≪經國大典≫ 刑典과 ≪大明律≫*

-실체법규정을 중심으로-

趙志晩**

목 차

Ⅰ. 들어가며
Ⅱ. ≪經國大典≫ 刑典과 ≪大明律≫의 관계에 대한 개관
Ⅲ. 刑罰의 가중
1. 僞造
2. 强盜의 刺字 및 緣坐
3. 尊卑秩序
Ⅳ. 구성요건의 통합-濫刑
Ⅴ. 구성요건의 세분화-亂言
Ⅵ. 맺으며

[국문요약]

≪大明律≫은 朝鮮時代 全時期에 적용된 刑律이다. 그런데 이와 병행하여 朝鮮에서 제정한 法典들의 刑典에서도 일정한 刑事規定들이 존재한다. 일반적으로 朝鮮의 法典에 나타난 刑事規定들은 ≪大明律≫의 특별규정들이라고 이야기되고 있다. 하지만 이들 규정들의 구체적인 모습에 대하여는 아직까지 연구가 미진한 바 있다. 이 글에서는 이들 규정들이 ≪大明律≫과 비교하여 어떠한 면에서 특별법적인 요소를 지니고 있는가를 밝히고 있다. 또 이를 통하여 朝鮮이 中國에서 만들어진 ≪大明律≫과 다른 규정을 통해서 추구하고자 했던 가치가 무엇인가에 대하여도 언급하고자 하였다.

[주제어] ≪大明律≫, ≪經國大典≫, 刑典

---

* 이 논문은 BK21 사업의 지원을 받았음.
** 서울大學校 21세기 세계속의 한국법의 발전 사업단 박사후 연구원

Ⅰ. 들어가며

朝鮮時代는 법전의 시대라고 할만큼 수많은 法典들이 양산되었던 시대이다. 법전이 따로 편찬되지 않았던 이전 시기와는 달리 朝鮮은 건국 초기부터 법전 편찬에 매진하여 ≪經濟六典≫, ≪續六典≫ 등의 제 법전을 편찬하고, 世祖 때에 이르면 朝鮮 初期의 제도를 집대성한 ≪經國大典≫이 그 모습을 드러내게 된다. ≪經國大典≫은 몇 번의 개정 끝에 成宗 16년에 현재 전해지는 모습으로 확정되는데 이것을 특히 '乙巳大典'이라고도 한다. 한편 우리 법제는 지리적으로 中國과 맞닿아 있는 관계로 역사상 끊임없이 중국법제의 영향을 받았는데, 朝鮮時代로 들어오면 이전 시기와는 다른 방식으로 중국법제를 흡수한다. 그것은 당시 中國의 현행법이었던 ≪大明律≫을 그대로 朝鮮의 刑法으로 쓴다는 방식이었는데,[1] 우리 역사상 최초의 명백한 외국법 계수라고 일컬어진다.[2] ≪大明律≫은 이렇게 우리 법제에 침투하여 1905년 ≪刑法大全≫이 제정되면서 형식적으로 폐지되지만 내용면에서는 남아 있었고, 실질적으로는 1912년 朝鮮總督府에서 制令 제14호로 "朝鮮刑事令"을 공포하여 "日本刑法"을 依用하면서 실질적으로 무대에서 사라졌다. 이렇게 ≪大明律≫은 朝鮮 500년 동안 형법에 관한한 일반법으로서의 지위를 누렸다.

그런데 그 동안 조선시대의 일반 형법으로 사용된 ≪大明律≫과 國典인 ≪經國大典≫의 刑典과의 관계는 일반법과 특별법의 관계에 있다는 논의는 많이 있었지만 실증적이고 구체적으로 어떠한 관계에 있는지 살핀 연구는 거의 없다고 봐도 무방할 것이다.[3] 이 글에서는 ≪大明律≫과 ≪經國大典≫ 刑典이

---

1) ≪經國大典≫ 刑典 用律 "用大明律".

2) 朴秉濠, 「韓國法制史의 時代區分과 各時期의 特徵」, 『近世의 法과 法思想』(도서출판 진원, 1996), 35면.

3) 문형진의 연구가 거의 유일한 것으로 생각된다. 문형진, 「『대명률』 전래와 한국적 변이양상」, 국제지역연구 제6권 제3호(한국외국어대학교 외국학종합연구센터, 2002 가을). 그는 ≪經國大典≫의 신설된 사례와 변용된 예를 통하여 조선사회가 ≪大明律≫ 수용 차원에서 머무르지 않고 실정에 맞게 독자적인 법규정을 시행하고 있었음을 드러내고 중국과 조선사회의 차이점을 밝히고 있다. 그런데 공노비 입역규정과 상속문제를 중점적으로 다루고 있는데 이

어떠한 관계를 맺고 있는지 그 실체에 대하여 규명하고자 한다. 한편 ≪經國大典≫ 刑典에는 사노비와 공노비에 관한 규정들, 각 관청에 근무하는 노비의 수에 관한 규정들, 상속에 관한 규정들이 존재하는데, 사실 이러한 규정들은 대부분 刑事法과는 관련이 없는 규정들이기 때문에[4] ≪大明律≫과 관련을 맺고 있지 않다고 보아도 무방하기 때문에 논의에서 제외하기로 한다. 절차 규정들도 형사규정에 포함되지만 여기서는 논의의 집중을 위하여 실체법규정들만을 대상으로 하고자 한다. 또한 시기는 ≪經國大典≫과의 관계를 다루고 있기 때문에 조선 전기에 한정될 것이다. 다만 아래에서 ≪經國大典≫ 刑典과 ≪大明律≫의 관계에 대하여 개괄적으로 고찰하여 전체적인 이해에 도움이 되고자 한다.

Ⅱ. ≪經國大典≫ 刑典과 ≪大明律≫의 관계에 대한 개관

≪經國大典≫ 刑典과 ≪大明律≫의 관계에 대하여 개관하기 전에 간략히 언급하고 넘어가야 할 것이 있다. 위에서 ≪經國大典≫ 刑典과 ≪大明律≫이 일반법과 특별법의 관계에 있다고 하였지만, 사실 일반법과 특별법이라는 말

들은 刑典에 속해 있지만 행위와 형벌의 체계, 그리고 그 절차에 관련된 규정은 아니라고 보여진다.

4) ≪高麗史≫ 刑法志에서는 奴婢에 대하여 古朝鮮의 8조 금법을 인용하면서 "남의 물건을 훔친 자는 노비로 만든다(相盜者, 沒入爲其家奴婢)."라는 조항에서 유래하였다고 한다. 古典硏究室편찬/新書苑 편집부 편집, 『北譯 高麗史』 제7책(신서원, 1997), 628면 奴婢항목 참조. 그렇다면 당대 사람들이 노비가 간접적으로나마 형벌과 관련이 있다고 생각했을 수 있다. 하지만 ≪經國大典≫에 규정되어 있는 公賤과 私賤에 관한 조항들은 대부분천인신분의 발생, 변동, 소멸에 관한 규정과 상속에 관한 규정들로 이루어져 있기 때문에 현대적 관점에서 보았을 때 범죄와 그에 대한 처벌의 체계 혹은 범죄와 그에 대한 처벌체계를 뒷받침하는 규정들로는 보이지는 않는다. 그래서 일응 이 글의 고찰범위에서 제외하기로 하였다. 한편 朴秉濠敎授는 "재판에 관한 규정과 사노비에 관한 규정 중에는 재산상속법이 포함되어 있는데, 형전에 들어 있는 이유는 당시 재산의 중요한 부분을 차지하는 노비에 관한 분쟁이 주로 상속에 관한 분쟁이며 그것이 판결을 통해 판례법으로 형성되었기 때문이다."라고 하고 있다. 朴秉濠, 『韓國法制史』(한국방송통신대학출판부, 1986), 17면.

자체도 정확한 용어 사용은 아닌 것이 ≪大明律≫은 실체법인 것은 분명하지만 ≪經國大典≫ 刑典은 실체법만 규정되어 있는 것은 아니다. ≪經國大典≫ 刑典에는 실체법적인 규정과 절차법적인 규정들, 조직법적인 규정들, 시행세칙적인 성격을 가지는 규정들이 아울러 규정되어 있다. 따라서 일반법과 특별법이라는 말을 사용할 때에는 정확하게는 ≪大明律≫과 ≪經國大典≫ 刑典의 실체규정을 대상으로 한다는 것을 미리 밝혀두고자 한다.

그러면 ≪經國大典≫ 刑典과 ≪大明律≫의 관계에 대해 개관해보기로 하자. 우선 ≪經國大典≫ 刑典에서는 律을 사용할 때 ≪大明律≫을 쓴다고 규정하고 있다. 그렇다면 ≪大明律≫을 형사규정으로서 사용하겠다는 의미인데, 그렇다면 별도로 刑法을 제정하여야 할 필요도 없고, ≪經國大典≫에서도 따로 刑典을 둘 필요가 없이 다만 조직법적이고 절차법적인 규정을 두면 될 것이다. 즉 조직법적 규정을 ≪經國大典≫의 어딘가에 규정하고, 그 조직에서 일어날 수 있는 상하관계상의 문제, 조직에서의 공죄, 사죄의 취급 등의 처벌문제는 ≪大明律≫로 처리하면 되기 때문에 ≪經國大典≫에는 ≪大明律≫의 어떤 조항을 지시하는 규정을 두면 될 것이다. 그러나 ≪經國大典≫에는 이러한 규정도 있지만, 그 이외에 ≪大明律≫에서 예정하고 있지 않은 범죄를 규정하기도 하고 사실관계에 따라 ≪大明律≫에서 예정하고 있는 형량을 감경하거나 가중하기도 한다.

이러한 모습이 나타나고 있는 것은 ≪大明律≫의 규정체계가 절대적인 構成要件을 제시하고 있고,[5] 그 구체적인 구성요건에 합치하지 않으면 그 조항이 적용될 수 없는 구조인 것도 하나의 이유가 될 수 있을 것이다. 가령 내의원의 은그릇을 절도한 경우나, 帳籍를 절도한 경우에는 현대의 개념에서는 절도죄에 해당될 것이다. 그러나 전통시대에 있어서는 신분이나 권력관계에 따라

5) 예컨대 현대에서는 상해의 개념에 포함되는 행위에 대하여 손과 발을 사용하여 상처가 난 경우에는 태 30, 사방 한 치 이상의 머리카락을 뽑은 경우에는 태 50 등으로 量刑까지 절대적으로 규정한다(≪大明律≫ 刑律 鬪毆 鬪毆: 以手足毆人 … 成傷 … 笞三十 … 拔髮方寸已上 笞五十).

각각 개별적인 형을 과하고 있기 때문에, 그 신분관계에 따른 혹은 그 권력관계에 따른 죄에 해당되어야 한다. ≪大明律≫은 그에 관한 조항을 가지고 있었지만, 내의원의 은그릇 절도를 어떤 조항으로 처벌해야 합당한지, 帳籍竊盜를 ≪大明律≫의 규정에 나와 있는 官文書로 보아 처벌하는 것이 합당한지에 대한 논란이 있을 수 있다.[6] 내의원의 은그릇 절도에 합당한 조항을 지시하는 것도 필요하고, 帳籍을 관문서로 보더라도 朝鮮의 사회상황에 비추어 적용되는 형벌을 조정할 필요도 있을 것이다. 또 사회 변화에 따라 새로운 범죄행위도 나오기 마련이다.[7] ≪大明律≫은 구체적인 구성요건으로 구성되어 있기 때문에 새로운 범죄행위에 대하여는 대처가 어려운데 일단은 ≪大明律≫ 不應爲에 의하여 笞40 혹은 杖80에 처하거나,[8] 유추적용을 통하여 해결할 수 있다. 하지만 不應爲는 雜犯에 적용하는 조항이기 때문에 그보다 불법성이 더 큰 범죄가 나타날 경우 적용조항을 의논할 수밖에 없다. 이 경우 유추적용을 통하여 해결할 것인데 한 때의 유추적용으로는 해결되지 않을 경우에는 동일한 사안에 대하여 자동적으로 유추적용되게 하는 새로운 규정을 만들어 내거나 완전히 새로운 규정을 만들게 될 것이다. 이럴 경우 나타나는 규정의 방식은 구체적으로 ≪大明律≫의 규정을 지시한다든가, 개별적으로 처벌규정을 규정하는 방식이 될 것이다.

그리고 행정법적 규제를 행하는 데 있어서도 이를 강제하기 위해서는 법이 필요한 경우가 있다.[9] 가령 조선에서는 승려에게 도첩제를 시행하고 있었는데, ≪大明律≫에는 도첩제와 관련하여 사사로이 승려가 된 경우를 처벌하고 있다.[10] 그런데 ≪大明律≫에서 규정하고 있는 사항 이외에 도첩제와 관련하여

---

6) ≪大明律≫ 刑律 賊盜 盜內府財物, 盜制書 참조. ≪大明律≫의 규정은 서울대학교 규장각 영인, 『大明律講解』(2003)을 기준으로 하였고 특히 直解를 이용하여야 할 경우에는 서울대학교 규장각영인, 『大明律直解』(2003)을 이용하였다.

7) ≪大明律≫ 名例律 斷罪無正條에서는 유추적용을 허용하고 있다.

8) ≪大明律≫ 刑律 雜犯 不應爲.

9) 각종 금령위반에 대한 처벌을 들 수 있을 것이다.

10) ≪大明律≫ 戶律 戶役 私創庵院及私度僧道.

발생하는 사안에 대하여는 어떻게 규율하여야 하는지는 자율에 맡겨져 있다. 따라서 도첩제와 관련된 제반 사항을 ≪經國大典≫에 규정하면 되는데, 도첩에 관한 문제가 생기는 경우 어떻게 처리하여야 하는 문제에 있어서 조선의 일반 형법은 ≪大明律≫이기 때문에 ≪大明律≫의 관련 규정을 유추하여 적용하면 된다. 이럴 경우의 규정형식도 ≪大明律≫의 관련조항을 유추적용한다든지, 개별적인 처벌규정을 마련하면 된다.

한편 ≪大明律≫이 중국의 형법이고, 그것이 적용되는 조선은 삶의 방식이 다른 곳이기 때문에[11] 규율하는 사안은 같지만 처벌의 强度가 다른 경우가 있다. 가령 중국에서 노비의 존재는 미미하지만, 朝鮮의 경우 노비는 중요한 자산이었고, 노비와 주인의 관계 또한 중국과는 달리 처리되었다.[12] 따라서 범죄행위가 주인과 노비가 관련된 사안일 경우뿐만 아니라 예전에 주인이었던 자와 예전에 노비이었던 자 사이의 관계에서도 ≪大明律≫과는 다른 강도의 처벌이 행해지는 경우가 있다. 그것은 신분질서, 권력관계에 대한 관념이 다른 것에서 기인하는 것인데, 이로 말미암아 ≪經國大典≫ 刑典에는 ≪大明律≫에 명시적인 규정이 있음에도 불구하고, 처벌을 강화하거나 감경하는 규정들이 나타난다. 朝鮮의 士族에 대한 특권들도 이에 해당될 것이다.

이상과 같은 것들이 처벌을 어떻게 할 것이냐의 문제라고 한다면, 절차적인 규정들이 또한 ≪經國大典≫ 刑典에 규정되어 있다. 이것은 ≪大明律≫의 절차규정이 소략하기 때문인데, 律令체계에서 ≪大明律≫은 '律'에 해당하고 절차규정들은 '令'에 포함되는 규정들이기 때문에 그렇다. 따라서 '令'적인 의미를 가지는 ≪經國大典≫이 ≪大明律≫을 보충하는 의미를 가지고 있다고 할 수 있다. 오늘날의 절차법은 당사자로서의 피고인, 검사, 법원, 그리고 수사절

---

11) 朝鮮과 中國이 풍속이 다른 것은 당시 사람들도 인식하고 있었고, 달리 취급되어야 한다고 생각하고 있었다. ≪朝鮮王朝實錄≫ 世宗 28년 6월 癸卯. ≪朝鮮王朝實錄≫의 기사는 인터넷을 이용하여 검색하였는데 國史編纂委員會 사이트(http://sillok.history.go.kr/main/main.jsp)를 이용하였다.

12) 奴婢와 주인의 관계가 중국－≪大明律≫을 말한다－과 다르게 처리된 예는 池承鍾, 『朝鮮前期 奴婢身分硏究』(一潮閣, 1995), 350-358면 참조.

차, 공판절차, 선고 등으로 구성되어 있지만, ≪經國大典≫ 刑典에서 절차법과 실체법은 하나의 법전 안에 혼재되어 있었다. 따라서 당시 사람들이 절차법과 실체법을 명확하게 구분했다고 보기는 힘들 것이다. 그러나 혼재되어 있지만, 대략적인 구분은 행하여져서 囚禁, 훌형 등의 절차법적 항목과 위조, 贓盜 등의 실체법적 항목으로 나뉘어져 있다.

또 ≪大明律≫은 중국의 형법이기 때문에 관직이라든가 속죄금을 내는 단위 등이 조선과 다른 경우가 있다. 이런 경우에는 조절을 위하여 당연히 ≪經國大典≫ 刑典에 어떤 형태로든 규정되게 된다.

≪經國大典≫ 刑典과 ≪大明律≫의 전체적인 규정의 관계를 개괄적으로 고찰해 보았다. 그런데 ≪經國大典≫의 刑典에는 ≪大明律≫을 일반 형법으로 규정하는 조항이 있다. 그것이 바로 刑典 用律의 "用大明律"이라는 조항이다. ≪大明律≫은 중국의 형법이고, 주로 범죄로 되는 행위와 그에 대한 처벌조항으로 이루어져 있다. 물론 囚禁에 관련된 조항이라든지, 行刑에 관련된 조항들이 산재해 있기는 하지만, 그것은 소수이다. 따라서 ≪經國大典≫ 刑典에서 지칭하는 "用大明律"이라는 규정은 태생적으로 대부분 실체적인 형사규정으로서의 ≪大明律≫을 쓴다는 의미인 것이다. 이렇게 보면 ≪經國大典≫의 刑典의 규정들은 ≪大明律≫을 보완하는 의미에서 절차적인 규정들을 중심으로 구성되어 있다는 것이 자명해질 것이다. 그런데 위에서도 언급하였듯이 몇 가지의 이유로 ≪經國大典≫ 刑典에는 절차적인 규정들뿐만 아니라 실체적인 규정들이 제시되어 있다. 이들 규정들은 현대적인 관점에서 보면 절차법의 항목—예컨대 推斷—에 혼재되어 있는데, 여기에서는 범죄로 되는 행위와 그에 대한 처벌이라는 것을 기준으로 하여 이를 일응 실체법적 측면이라고 하여 다루어 보고자 한다.

이 작업을 위한 주된 방법은 ≪經國大典≫ 刑典의 규정을 중심으로 하여 ≪大明律≫의 규정이 어떠한 관계를 맺고 있는가를 살피는 것이다. 이는 규정의 비교만으로는 가능하지 않고, 규정이 성립된 연혁을 살피지 않으면 안된다. 이를 살필 수 있는 주된 자료는 ≪朝鮮王朝實錄≫이다. ≪朝鮮王朝實錄≫에

나오는 각종 논의들을 통해서 추상적으로 규정된 ≪經國大典≫ 刑典의 규정들이 성립된 연혁을 밝힐 수 있을 것이다. 그리고 이를 통하여 朝鮮 前期에 ≪經國大典≫ 刑典에 실려 있는 규정들이 一般刑法인 ≪大明律≫과 비교하여 어떠한 특색을 지니고 있는지 가늠할 수 있을 것이다.

Ⅲ. 刑罰의 가중

1. 僞造

현행 형법에서는 文書僞造로서 명의주체에 따라 私文書僞造와 公文書僞造를 나누어 처벌하고 있으며, 이와 아울러 印章 등의 위조에 대하여도 나누고 있다. 그리고 객체가 공문서나 공인장인 경우에는 가중하는 형벌체계를 취하고 있다.[13] 그런데 조선시대는 公文書의 경우 항상 官押을 찍게 되어 있고, 개인이 인장을 소유하고 있는 경우는 양반 부녀자를 제외하고는 없기 때문[14]에 私的 영역과 관련된 것은 보통 文記僞造로 나타나게 되고, 公的 영역과 관련된 것은 印信의 위조로 나타나게 된다. 그런데 전자에 대해 ≪大明律≫에서는 별도의 규율을 행하지 않고 있다. ≪大明律≫에서 관심을 기울이고 있는 것은 公的 영역과 관련된 문기의 위조와 印信의 위조이다. 따라서 전자에 대하여는 문제가 발생한다면 새로운 규정이 필요할 것이고, 후자에 대하여는 ≪大明律≫을 그대로 쓸 것인지 아니면 朝鮮에서 印信(여기서는 공문서위조도 포함) 僞造에 대해 특별한 취급을 할 것인지가 문제될 것이다.

조선 초기에 문기위조는 주로 노비의 신분관계와 상속문제에서 발생하였다. 노비 자신의 입장에서 노비의 면천을 증명하는 文記로서 양인이 되고자 하는 바램과, 그에 맞물려 財主의 입장에서 상속재산으로 삼으려고 노비신분임을 증

13) 형법 제231조 내지 제240조 참조.
14) 朴秉濠, 『한국의 법』(세종대왕기념사업회, 1999), 183면.

명하는 奴婢文記가 문제가 되기 때문이다. 그래서 문기위조와 관련된 조항은 ≪經國大典≫ 刑典 私賤에 규정되어 있는데, 주로 노비와 관련되기 때문이다. ≪經國大典≫에 의하면 노비상속에 관하여 "문기를 위조한 간사가 확실하게 드러난 자는 타관사에 이송하여 조사를 다시하여 죄를 과하고 영구히 임용하지 아니한다<再割註: 사면이 있어도 朝官은 영구히 임용하지 않고, 庶人은 도 3년에 처한다>"[15]라고 규정하여 이를 처벌하고 있다.[16]

한편 ≪經國大典≫에서 규정하고 있는 印信僞造와 관련된 ≪大明律≫에 나타나 있는 위조범죄의 양태에 대하여 언급해보자. 우선 ≪大明律≫에서는 왕의 詔書나 관청의 문서를 위조하거나 인신을 盜用한 경우에는 각각 참형에서 장100 도3년의 형에 이르기까지 신분에 따라 개별적으로 규정하고 있다. 또 明의 지폐인 寶鈔나 동전을 위조한 경우에도 행위의 태양에 따라서 각각의 형벌을 규정하고 있다. 또한 관사의 印信, 달력 등을 위조한 경우에도 일정한 형벌을 가하고 있다. 이들 조항을 제시해 보면 다음과 같다.

≪大明律≫ 刑律 詐僞 詐僞制書: 무릇 制書를 위조한 사람은 참형에 처하고, 따른 자(종범)는 장100 유3천리에 처한다. 미수자는 1등을 감한다. 제서를 증감하면 죄가 역시 같다. 다만 관부에서 문서를 보낼 때 옮겨 쓰는 데 착오가 있으면 실착으로 논한다. ○ 오군도독부・6부・간원・감찰어사 및 총병장군・도지휘사사, 수어관군 아문의 문서를 위조하거나 서명을 위조하며 印信을 몰래 쓰는 경우에는 장100 유3천리에 처하고 나머지 아문은 장100 도3년에 처한다. 따른 자는 각각 1등을 감한다. 미수자는 또 1등을 감한다. 회피함이 있는데 중한 경우에는 중한 것을 좇아 논한다.[17]

---

15) ≪經國大典≫ 刑典 私賤: <割註: ○僞造文記姦詐現著者 移送他司 更覈科罪 永不敘用(再割註: 經赦則朝官永不用 庶人徒三年)>.

16) ≪朝鮮王朝實錄≫ 世宗 16년 6월 丙寅의 사례도 이 조항에 의해 처벌된 듯하다.

17) ≪大明律≫ 刑律 詐僞 詐僞制書: 凡詐僞制書者斬 爲從者杖一百流三千里 未施行者減一等 若增減制書者罪亦如之 其官府行移傳寫有誤者以失錯論 ○若詐僞五軍都督府・六府・諫院・監察御史 及總兵將軍・都指揮使司 並守禦管軍衙門文書 套畵押字・盜用印信者 杖一百流三千里 其餘衙門者杖一百徒三年 爲從者各減一等 未施行者又減一等 若有規避事重者從重論.

≪大明律≫ 刑律 詐僞 僞造印信曆日等: 무릇 여러 아문의 印信과 달력, 信標, 야간 순찰패, 차와 소금의 판매허가장 등을 위조하면 참형에 처한다. … 종범과 그 사정을 알고서 사용한 자는 각각 1등을 감경하며, 만약 시도는 하였으나 완성하지 못하였으면 또 각각 1등을 감경한다.[18]

≪大明律≫ 刑律 詐僞 僞造寶鈔: 무릇 보초를 위조하면, 수범과 종범, 와주 그리고 사정을 알고서 사용한 자 모두 참형에 처하고, 재산은 官에 몰수한다.[19]

≪大明律≫ 刑律 詐僞 私鑄銅錢: 무릇 사사로이 동전을 주조하면 교형에 처하고, 장인의 죄도 같다. 종범과 그 사정을 알고서 사서 쓰면 각각 1등을 감경한다.[20]

詐僞制書와 僞造印信曆日等이 印信 僞造에 관한 조문인데 印信의 명의주체가 누구이냐에 따른 구별이라고 할 수 있다. 그리고 僞造寶鈔와 私鑄銅錢은 通貨의 위조에 관한 처벌 조항이라고 할 수 있다. 우선 印信의 위조에 관하여 어떻게 처벌하고 있었는지에 대하여 살펴보도록 하자. ≪朝鮮王朝實錄≫의 사안에서는 구체적인 사실관계와 적용법조를 생략해 놓은 경우가 많기 때문에 구체적인 것은 알기 힘들지만 이들 조문에 의하여 처벌되었으리라고 짐작되는 사례가 꽤 나오고 있다. 가령 왕지나 관교를 위조하여 참형에 처해진 사례가 있고,[21] 御寶나 관인을 위조하여 참형에 처해지는 사례들이 있다.[22] 한편 僞造

---

18) ≪大明律≫ 刑律 詐僞 僞造印信曆日等: 凡僞造諸衙門印信 及曆日・符驗・夜巡銅牌・茶鹽引者 斬. … 爲從及知情行用者 各減一等, 若造而未成者 各又減一等. 이외에 ≪大明律≫의 詐僞편에는 詐傳詔旨, 對制上書詐不以實, 詐假官, 詐稱內使等官, 近侍詐稱私行, 詐僞瑞應, 詐病死傷避事, 詐敎誘人犯法가 있으나 이 조문들은 문서의 위조, 인신의 위조 자체에 관심을 둔 규정이 아니기 때문에 일단 제외하기로 한다.

19) ≪大明律≫ 刑律 詐僞 僞造寶鈔: 凡僞造寶鈔 不分首從 及窩主 若知情行使者 皆斬 財産并入官.

20) ≪大明律≫ 刑律 詐僞 私鑄銅錢: 凡私鑄銅錢者 絞 匠人罪同 爲從及知情買使者 各減一等.

21) ≪朝鮮王朝實錄≫ 太祖 4년 4월 甲申, ≪朝鮮王朝實錄≫ 太祖 4년 7월 병진, ≪朝鮮王朝實錄≫ 世宗 12년 7월 庚申, ≪朝鮮王朝實錄≫ 世祖 13년 5월 辛卯 등. 이 사례들은 ≪大明律≫ 刑律 詐僞 詐僞制書에 의해 처벌된 것으로 보인다. 왜냐하면 이 조문들은 인영 위조를 처벌하는 것이 아니라 내용 자체의 위조를 처벌하기 때문이다.

의 未遂犯 처벌에 대하여 ≪大明律≫에는 僞造의 기수와 미수를 구분하여 미수인 경우에는 1등을 감하도록 규정하고 있다. 하지만 印信 위조의 기미수 여부에 따라 형량을 조정하는 ≪大明律≫의 규정은 조선에서는 쓰이지 못하고 있었다. 왜냐하면 世宗 15년에 형조에서 印信 위조의 기미수를 구분하여 ≪大明律≫에 따라 감등할 것을 주장하고 있기 때문이다.[23] 世宗의 判付에 의하여 ≪大明律≫의 기미수 구별이 규범력을 확보했지만 印信의 위조가 성행하자 睿宗때에는 印信僞造의 기미수를 불문하고 모두 참형에 처하도록 하고, 처자는 지방 고을에 영속하도록 하며, 검거하지 못한 관리는 制書有違律에 따라 처벌하는 조치가 내려지게 된다.[24] 이 조치는 受敎로 되어 적용되다가[25] 다음과 같이 ≪經國大典≫에 실리게 된다.

≪經國大典≫ 刑典 僞造: 印信을 위조하는 경우에는 印文이 비록 이루어지지 않았더라도 참형에 처하며, 처자는 제읍의 노비로 영속시키고, 포고자에게는 범인의 재산을 급부한다.[26]

한편 楮貨의 위조에 대하여도 ≪大明律≫에 규정이 있음에도 불구하고 ≪經國大典≫에 규정된다.

≪經國大典≫ 刑典 僞造: ○저화를 위조하는 경우에는 교형에 처하고, 포고자에게는 官에서 정포 250필을 상으로 주며(도급일 경우에는 평분한다), 또 범인의 재산을 급부한다.[27]

---

22) 어보위조: ≪朝鮮王朝實錄≫ 世宗 11년 10월 庚子, 동년 11월 壬寅 등. 관인위조: ≪朝鮮王朝實錄≫ 世宗 14년 8월 己亥.

23) ≪朝鮮王朝實錄≫ 世宗 15년 1월 己巳. ○刑曹啓 凡僞造諸衙門印信者, 或印文未成, 或大小懸別, 依大明律, 唐律, 減等科罪, 從之. 이 사례는 國王의 判付에 의하여 ≪大明律≫의 개별 조항이 규범력을 확보해 가는 보여준다.

24) ≪朝鮮王朝實錄≫ 睿宗 1년 7월 甲辰.

25) ≪朝鮮王朝實錄≫ 成宗 3년 10월 辛未, 成宗 4년 5월 乙卯.

26) ≪經國大典≫ 刑典 僞造: 僞造印信者 印文雖未成處斬 妻子永屬諸邑奴婢 捕告者給犯人財産. 이를 인용하여 처벌한 예로는 成宗 9년 4월 庚子, 동년 12월 戊戌, 13년 2월 壬子 등 참조.

27) ≪經國大典≫ 刑典 僞造: ○僞造楮貨者絞 捕告者官賞正布二百五十匹<割註: 都給 平分> 仍

이로 보자면 ≪大明律≫ 刑律 詐僞에서 僞造와 관련하여 朝鮮에 적용될 수 있는 조항은 詐僞制書, 僞造寶鈔, 私鑄銅錢, 僞造印信曆日等인데 이들 중 두 조문에 대하여 ≪經國大典≫에서 규정하고 있는 것이다. 印信에 대하여는 성행하는 印信 僞造의 엄금을 위하여 기미수를 구분하지 않을 뿐 아니라 妻子를 奴婢로 정속시키므로 기준이 되는 ≪大明律≫보다 강화하여 처벌하는 것이다. 여기서 중국의 형률인 ≪大明律≫이 들어오긴 하였지만, 발전과정에서는 朝鮮의 사정이 고려되어 기미수를 구분없이 처벌하는 형태의 규정이 ≪經國大典≫에 편입되는 모습을 볼 수 있다. 한편 楮貨僞造에 대하여는 ≪大明律≫의 僞造寶鈔條가 斬刑을 규정하고 있는 것에 대하여 ≪經國大典≫에서는 絞刑을 규정하고 있는데, 강제통용력이 약한 楮貨[28]이기 때문에 형량이 약화된 것이 아닐까 생각된다.[29] 僞造와 관련하여서는 朝鮮에서 새로운 규정을 두어 처벌하고 있었던 것이 ≪經國大典≫의 규정이었던 것이다.[30]

給犯人財産. 이 조항에 의해 처벌된 예로는 ≪朝鮮王朝實錄≫ 成宗 8년 6월 癸卯, 9년 4월 戊申.

문형진은 "사형을 부가한 형벌에 있어서는 ≪大明律≫과 차이가 없으나 연좌의 범위와 형벌이 추가되고 있음을 알 수 있다."라고 하고 있는데(문형진, 앞의 글, 175면), "형벌이 추가되고 있음"이 무엇을 의미하는지는 모르겠으나 형벌에 있어서도 印信僞造에 있어서 기수와 미수의 동일시, 楮貨僞造에서는 참형과 교형의 차이가 나타나고 있음을 알 수 있다.

28) 楮貨는 치폐를 거듭하는데 저화를 사용하도록 하였다가(≪朝鮮王朝實錄≫ 太宗 1년 4월 甲子), 폐단에 따라 혁파하고는(≪朝鮮王朝實錄≫ 太宗 3년 9월 乙酉), 다시 저화를 사용하도록 한다(≪朝鮮王朝實錄≫ 太宗 10년 5월 辛巳).

29) 문형진, 앞의 글, 176면에서는 "大明律에서는 관에 범인을 고발한 자에게 은 50냥을 급상한 반면, 經國大典에서는 정포 50필과 범인 재산도 주고 있다. 經國大典 위조조의 규정이 大明律에 비해 처벌조항이 확대되었고, 급상의 규모가 범인 재산으로까지 확대되었으며, 처자에까지 연대 책임을 묻고 있는 것으로 볼 때 위조범에 대한 조선사회의 인식이 명나라에 비해 강경했음을 알 수 있다"라고 하고 있는데, ≪經國大典≫에서는 인신위조와 저화위조를 나누어 규정하여, 인신위조의 경우에는 범인의 재산만 급부하고, 저화위조의 경우에는 정포 250필과 범인재산을 주고 있다. 한편 ≪大明律≫에서는 인신위조의 경우 은 50냥을 주지만, 보초위조의 경우에는 은 250냥과 범인재산을 급부하고 있다. 이로 미루어 본다면 조선에서는 인신위조의 경우에는 처자를 노비로 정속시키는 것과 범인 재산을 급부하는 것으로 볼 때 ≪大明律≫보다 강화되었다고 볼 수 있지만, 楮貨僞造의 경우에는 참형이 교형으로 된 것으로 볼 때 약화되었다고 볼 수밖에 없다. 즉 僞造는 경우를 나누어 생각하여야 한다.

30) 이런 까닭으로 成宗 25년 7월에 "我朝土風與中國 或有殊異 則斟酌一代之制 變而通之 與時宜之 不得不爾也 故印信僞造未成文者 律文不至死"라는 말이 나오는 것이다. ≪朝鮮王朝實錄≫

2. 强盜의 刺字 및 緣坐

이 범죄들은 부가형의 형태로 형벌을 가중하는 경향을 보여 준다. 우선 强盜에 대한 ≪大明律≫의 처리 방침을 살펴보자.

> ≪大明律≫ 刑律 賊盜 强盜: 무릇 강도를 이미 범하였는데 재물을 얻지 못한 경우에는 모두 장100 유3천리에 처하고, 단 재물을 얻은 경우에는 首從을 가리지 않고 모두 참형에 처한다.[31]

≪大明律≫에 따르면 强盜에 대한 법정형은 재물의 취득 여부에 따라 참형에 처해지느냐 1등을 감하여 처벌되느냐가 나뉘고 있음을 알 수 있다. 刺字에 대하여는 따로 규정이 없는데, 强盜 기수인 경우에는 이미 사형에 처해졌으므로 刺字를 할 필요가 없지만, 미수인 경우에는 살아 있는 상태이므로 예방적 효과를 위하여 刺字를 할 필요가 있을 것이다. 그런데 ≪大明律≫에서는 竊盜 미수인 경우에는 刺字를 면제하는 것으로 규정하고 있다.[32] 이로 미루어보아 강도의 미수에도 마찬가지로 刺字를 하지 않는다는 의미로 보인다.[33]

强盜의 처벌에 대하여는 대체로 ≪大明律≫에 따른 처벌이 행해져, 강도를 범한 자는 斬刑에 처해졌는데,[34] 나이가 어리다는 이유로 減死되는 경우도 있었다. 특히 減死된 경우 '强盜'라는 글자를 刺字하였다.[35] 이것이 선례가 되어 成宗 2년이 되면 强盜로서 사형되지 않은 자에게 '强盜'라는 글자를 刺字하게 되고[36] 이것이 ≪經國大典≫에 그대로 규정된다. 한편 强盜에 대한 처벌도 緣

成宗 25년 7월 丙申.

31) ≪大明律≫ 刑律 盜賊 强盜: 凡强盜已行而不得財者 皆杖一百流三千里, 但得財 不分首從 皆斬.

32) ≪大明律≫ 刑律 盜賊 竊盜: 凡竊盜已行 而不得財者 笞五十 免刺.

33) 이는 强盜를 자자하려고 하자 竊盜를 자자하는 일이 있으나 强盜를 자자한다는 것은 일찍이 들어보지 못했다는 議政府의 보고에서도 확인된다. ≪朝鮮王朝實錄≫ 世宗 29년 5월 壬寅.

34) ≪朝鮮王朝實錄≫ 世宗 1년 11월 乙卯 등 다수.

35) ≪朝鮮王朝實錄≫ 世宗 29년 5월 壬寅.

36) ≪朝鮮王朝實錄≫ 成宗 2년 11월 丁卯.

坐를 하게 되는데, ≪大明律≫에는 연좌에 대한 규정이 없어서 睿宗 1년에 강도의 처자를 극변의 관노비로 영속하게끔 하는 조치가 내려지고,[37] 다시 성종 1년에 强盜로서 사형에 처하지 않는 자의 가족을 모두 극변에 정속시키라는 조치가 내려진다.[38] 이 조치는 受敎로서 행해지다가,[39] ≪經國大典≫의 단계에 가면 합쳐져서 强盜의 처자를 소재지 관아의 노비로 영속하게 된다.[40] 또 강도와 표리가 되는 窩主에 대한 처벌도 강도와 마찬가지로 행해져 사형에 처해지지 않는 窩主의 가족은 全家를 극변으로 옮기고[41], '强窩' 두 글자를 刺字하게 되었고,[42] 이것이 그대로 ≪經國大典≫에 규정되었다.

≪經國大典≫ 刑典 贓盜: 강도로서 사형에 처해지지 아니한 자는 율에 따라 논죄한 후 '강도'를 자자하고, 재범하면 교형에 처한다<割註: 강도의 처자는 소재지 관아의 노비로 영속시킨다. 窩主로서 율이 사형에 이르지 않은 자는 논죄 후에 '强窩'를 刺字하고 전가사변하며, 3범하면 교형에 처한다>.[43]

이처럼 强盜의 경우에는 대체로 ≪大明律≫에 따르지만 刺字규정과 처자를 노비로 정속시키거나 全家徙邊하는 방안으로 부가적인 규정을 덧붙여서 强盜에 대한 처벌을 강화하고자 하였다.[44] 强盜에 대한 처벌에서도 또한 상황 변화에 따라 범죄 행위에 대한 효과적인 대응책을 ≪經國大典≫에 규정하는 모습

37) ≪朝鮮王朝實錄≫ 睿宗 1년 5월 甲申. 이 경우에는 强盜 자신은 斬刑에 처해질 것이므로 가족들만 극변에 정속된다.
38) ≪朝鮮王朝實錄≫ 成宗 1년 3월 壬午.
39) ≪朝鮮王朝實錄≫ 成宗 2년 윤9월 壬戌, ≪朝鮮王朝實錄≫ 成宗 2년 윤9월 戊辰 등.
40) 이에 따른 처벌 사례로는 ≪朝鮮王朝實錄≫ 成宗 17년 5월 癸酉, ≪朝鮮王朝實錄≫ 成宗 17년 5월 辛亥 등.
41) ≪朝鮮王朝實錄≫ 成宗 1년 3월 壬午.
42) ≪朝鮮王朝實錄≫ 成宗 2년 11월 丁卯.
43) ≪經國大典≫ 刑典 贓盜: 强盜不死者 依律論罪後 刺强盜二字 再犯處絞(强盜妻子永屬所在官奴婢 窩主律不至死者 論罪後 刺强窩二字 全家徙極邊 三犯處絞).
44) 이는 强盜에 대하여 보고 없이 拷訊을 허용한 규정에서도 확인할 수 있다. ≪經國大典≫ 刑典 推斷 참조.

을 볼 수 있다. 한편 군인절도에 대하여도 ≪大明律≫에서는 刺字를 면제하고 있는데,[45] 초기에는 군인절도의 예에 따라 刺字를 면제하고 있었다.[46] 그런데 刺字가 없으면 범죄한 것을 외형상 알 수 없기 때문에 범죄한 것이 비록 수십 번에 이르더라도 推問할 길이 없으며, 또 벼슬길이 통하여 장차는 朝班에 섞이게 될 폐단이 있을 것이고, 朝鮮에서는 군인과 민간인이 본디 같은 관계에 있어 서로 役을 바꾸게 되므로, 중국의 제도와는 같지 않기 때문에 군인에게도 자자를 하여야 한다는 형조의 건의에 따라 刺字하게 되어,[47] ≪經國大典≫에 규정되었다.[48]

이러한 예와 달리 竊盜에 대하여는 ≪經國大典≫에 규정이 없다. 즉 현존하는 ≪經國大典≫ 즉 乙巳大典에는 竊盜에 대한 특칙이 존재하지 않는다. 하지만 乙巳大典이 반포되기 전의 ≪經國大典≫에는 竊盜에 대한 특칙이 존재하고 있었다. 竊盜에 대해서는 ≪大明律≫에서는 3범일 경우에 絞刑을 행하지만[49], 竊盜의 성행에 따라 朝鮮에서는 世祖 연간에 再犯者를 교형에 처하는 조치를 취하고 있었고, 이것은 ≪經國大典≫에도 기재되어 있었다. 다만 再犯者를 교형에 처한다는 것만 기재되어 있기 때문에 赦免이 되면 사면과의 관련성을 언급하고 있지 않기 때문에 3범이라도 이전에 사면된 것에 의하여 絞刑이 면제될 수 있기 때문에 도적이 없어질 기약이 없다는 刑曹의 지적에 대하여 赦前을 가리지 말 것, 즉 사면과 관계없이 전과를 누적하여 통산할 것으로 결정하였다.[50] 이것이 甲午年에 편찬된 ≪經國大典≫과 함께 반포된 ≪續錄≫에 기재된 것이다.[51] 그런데 盜賊이 뜸해지자 ≪大明律≫에 따를 것이 논의되

45) ≪大明律≫ 刑律 賊盜 竊盜: ○若軍人爲盜 雖免刺字 ….
46) ≪朝鮮王朝實錄≫ 世宗 12년 4월 丙申.
47) ≪朝鮮王朝實錄≫ 世宗 17년 10월 癸亥.
48) ≪經國大典≫ 刑典 贓盜: 軍人犯盜者亦刺字.
49) ≪大明律≫ 刑律 賊盜 竊盜條 "三犯者 絞"
50) ≪朝鮮王朝實錄≫ 成宗 6년 1월 己巳.
51) ≪朝鮮王朝實錄≫에 나타나는 ≪大典續錄≫은 두 가지 판본이 존재했던 것으로 보인다. 첫 번째 판본은 甲午年에 반강된 ≪經國大典≫과 함께 반포되었다가 乙巳年에 최종적인 ≪經國大典≫의 반포와 함께 사라진 ≪大典續錄≫, 그리고 成宗 23년에 반포되어 현전하는 ≪大典續錄≫이 그것이다.

다가,[52] 일체 율문에 따르게 되어[53] ≪經國大典≫에는 규정되지 않았다. 竊盜에 대하여 ≪大明律≫에 따르기로 하여 ≪經國大典≫에 규정되지 않았지만, 다른 한편으로 생각하면 竊盜의 대책에 관하여는 竊盜의 熾盛 여부에 따라 그 때 그 때 임시적인 조치를 내어 규율하면 되고, 항구적인 법전으로서의 ≪經國大典≫에는 규정할 필요가 없다는 인식이 깔려 있었다고 생각된다.[54] 또 强盜와 竊盜의 규정이 이렇게 차이가 나는 이유는 强盜의 경우에는 부가형적이고 연좌형적인 규정이어서 한 번 규정된 이후 별 논란이 없었던 반면에, 竊盜의 경우에는 재범을 교형에 처할 것인가 살릴 것인가의 문제였고, 竊盜의 증감에 따라 치폐가 거듭되었기 때문에 처음에는 ≪經國大典≫에 실었다가 이후 항구적인 法典에는 실을 수 없다는 인식이 확산되었기 때문이 아닌가 생각된다.

3. 尊卑秩序

존비질서의 유지를 위하여 ≪大明律≫의 규정보다 형벌을 강화하는 경우도 나타나는데 그것은 ≪經國大典≫ 刑典 告尊長에 규정되어 있다. 告尊長은 주로 卑幼의 尊長에 대한 고발을 다루고 있다. 卑幼의 尊長에 대한 행위는 殺人, 暴行, 侮辱, 犯姦, 告訴를 들 수 있을 것이다. 그런데 卑幼의 尊長에 대한 살인, 폭행, 모욕, 범간의 경우에는 이미 ≪大明律≫에서 신분질서를 대폭 강화하여 처벌하고 있기 때문에 ≪經國大典≫에서 다른 규율방식을 찾을 필요는 없다. 가령 ≪大明律≫ 暴行에 대해 보자면 노비가 가장을 폭행하는 경우에는 斬刑에 처하고, 죽이면 凌遲處死에 처하고 있으며,[55] 妻가 남편을 때린 경우에는

52) ≪朝鮮王朝實錄≫ 成宗 8년 11월 癸未. 여기서는 ≪大典續錄≫에 의할 것으로 결정된다.
53) ≪朝鮮王朝實錄≫ 成宗 9년 8월 乙卯. 이를 다시 한번 확인한 것은 ≪朝鮮王朝實錄≫ 成宗 10년 12월 己巳.
54) 가령 竊盜의 초범은 永屬하고 재범은 전가 영속하라는 中宗의 전교에 대해 承傳이라면 항구한 법이 될 수 있으므로 '盜賊寢息間'이라는 글자를 넣자는 의견(≪朝鮮王朝實錄≫ 中宗 7년 11월 壬辰條의 都承旨 慶世昌의 啓)도 이에 대한 방증이 될 것이다.
55) ≪大明律≫ 刑律 鬪毆 奴婢毆家長: 凡奴婢毆家長者皆斬 殺者皆凌遲處死.

장100에서 뼈가 부러지는 상해를 일으키면 일반 상해에서 3등을 가중하고 있고,[56] 부모를 폭행하면 斬刑에 처해진다.[57] 또 侮辱의 경우에도 노비가 가장을 모욕하면 絞刑에 처하고,[58] 부모를 모욕해도 絞刑에 처해진다.[59] 즉 살인, 폭행, 모욕, 범간이 존비질서와 관련될 경우의 조항들은 이미 ≪大明律≫상에 死刑으로 마련되어 있다고 볼 수 있다. 다만 告發하는 경우에는 誣告를 하지 않는 이상 死刑에까지 이르지는 않는다. 그런데도 ≪經國大典≫은 告尊長을 두어 ≪大明律≫보다 중하게 처벌하고 있는 것이다. ≪經國大典≫의 규정을 보자.

> ≪經國大典≫ 刑典 告尊長: 자손, 처첩, 노비로서 부모, 가장의 비행을 고발하는 경우에는 모반, 역반을 제외하고는 絞刑에 처한다. 奴妻, 婢夫가 家長의 비행을 고발하는 경우에는 장100 유3천리에 처한다. <割註: 옛 노비, 雇工이 옛 가장을 구타, 욕설, 고발하는 자는 가장을 구타, 욕설, 고발한 律에서 각 2등을 감하여 논죄한다. ○무릇 下官이 한 등급이 높은 관원을 욕한 경우에는 남을 욕한 本律에 1등을 더하며, 두 등급인 경우에는 또 1등을 더하고, 이렇게 번갈아 더하여 장100에서 그친다. 工商賤隷는 관직의 유무를 물론하고 각각 또 1등을 더한다>[60]

이 규정을 보면 우선 그 전단에서 직접적인 존비관계가 있는 자손, 처첩, 노비로서 부모, 가장의 비행을 고발하는 자는 謀叛, 逆反을 제외하고는 교형에 처하도록 규정하고 있다. 원래 ≪大明律≫로는 이 경우 장100 도3년의 형에 처해지도록 되어 있는데,[61] 2등을 가중하여 처벌하고 있는 것이다. 한편 告尊長

---

56) ≪大明律≫ 刑律 鬪毆 妻妾毆夫: 凡妻毆夫者 杖一百 … 至折傷以上 各加凡鬪傷三等. 첩이 때린 경우에는 다시 1등을 가중한다.

57) ≪大明律≫ 刑律 鬪毆 毆祖父母父母: 凡子孫毆祖父母・父母 及妻妾毆夫之祖父母・父母者 皆斬.

58) ≪大明律≫ 刑律 罵詈 奴婢罵家長: 凡奴婢罵家長者 絞.

59) ≪大明律≫ 刑律 罵詈 罵祖父母父母: 凡罵祖父母父母 及妻妾罵夫之祖父母父母者 並絞.

60) ≪經國大典≫ 刑典 告尊長: 子孫・妻妾・奴婢告父母・家長 除謀叛・逆反外 絞 奴妻・婢夫告家長者杖一百流三千里<割註: 舊奴婢・雇工, 罵告舊家長者 各減罵告家長律二等論 ○凡下官罵差等官者 於罵人本律加一等 隔等者又加一等 以此遞加 至杖一百而止 工・商・賤隷勿論有・無職 各又加一等>

후단은 家長과 직접 관계를 맺고 있지 않은 奴妻나 婢夫가 가장의 비행을 신고하는 경우 장100, 유3천리에 처하도록 규정하고 있다. 奴妻나 婢夫는 원래 자신의 배우자의 家長과는 주종관계가 성립하지 않는다. 그런데도 직접 주종관계를 맺고 있는 관계를 처벌하는 ≪大明律≫의 장100 도3년보다도 3등을 가중한 형벌인 장100 유3천리로 규정하고 있는 것이다. 이는 일견 존비질서가 확장된 것으로 볼 수 있다.

좀 더 자세히 告尊長條가 탄생한 배경을 살펴보자. 자식이 父母를 고발한 경우와 奴婢가 家長을 고발한 경우의 유래가 다르기 때문에 나누어 보아야 한다. 우선 자식이 父母를 고발한 조항의 성립에 대하여 살펴보면, 世宗 때 계모의 머리털을 자르고 두손을 뒤로 묶어 형조에 고발한 사건이 있었다. 즉, 奇尙廉이 자신의 이복동생인 尙質과 자신의 계모가 간통하였다고 하여 둘의 머리털을 자르고 형조에 고발한 것이다. 世宗은 강상에 관계된 사건이므로 이들을 형조에서 의금부에 넘기고, 그 처벌방법을 논의하게 하였다. 許稠는 어미와 자식 사이는 비록 과실이 있더라도 서로 용서하고 숨겨주는 것이 의리인데, 기상렴이 그 어미를 고발한 것은 그 어미와 아우를 죽이고 재물과 노비를 차지하고자 한 것일 뿐이니 크게 징계하여야 한다는 의견을 제시하였다. 그에 따라 ≪大明律≫로는 처벌이 미흡하다고 하여 ≪唐律≫에서는 "자손으로서 부모를 고발한 자는 교형에 처한다"[62]고 되어 있으므로 ≪唐律≫에 따라 人道를 세우기를 주장하였는데 이 주장이 받아들여졌다. 다만 ≪唐律≫은 당시의 현행법이 아니었으므로 이를 현행법으로 편입시키는 조치가 필요한데, 이에 세종은 "앞으로 자손이 부모를 고발한 경우에는 唐律에 따라 처벌한다"라는 受敎를 내렸다.[63] 따라서 이제 자손이 부모를 고발하게 되면 ≪大明律≫과 달리 일반적으로 교형에 처해지게 된 것이다. 이 사안에서 내려진 受敎는 그대로 ≪經國大典≫에 수

61) ≪大明律≫ 刑律 訴訟 干名犯義: 凡子孫告祖父母・父母, 妻妾告夫及夫之祖父母・父母者杖一百徒三年. … 若奴婢告家長及家長緦麻以上親者 與子孫卑幼罪同. 다만 誣告한 경우에는 絞刑에 처해진다.

62) ≪唐律疏議≫ 卷第二十三 鬪訟 告祖父母父母: 諸告祖父母父母者絞.

63) "今後子孫告父母者 依唐律議斷". ≪朝鮮王朝實錄≫ 世宗 12년 2월 己亥.

록되는 것이다.

다음으로 奴婢가 家長을 고발한 경우에는 斬刑에 처하고, 奴妻, 婢夫의 경우 노비와 같이 처리했는데,[64] 奴妻, 婢夫는 노비와는 차이가 있으므로 차등을 두어 논죄할 것을 청한 刑曹의 보고에서 시작되었다.[65] 이에 따라 논의가 행해져 時王의 제도[66]에 어긋남이 있지만, 강상에 관계된 것이기 때문에, 奴婢가 주인을 고발한 경우에는 ≪大明律≫ 干名犯義條의 誣告에 比擬하여 絞刑에 처하고, 奴妻, 婢夫는 永樂 5년(1407)의 受敎에 따라 雇工과 동일하게 취급되고 雇工은 1등을 감하므로 장100 유3천리에 처하는 것으로 결정되었다.[67] 奴主의 分을 엄히 하기 위한 것으로 朝鮮 奴婢法의 특징 가운데 하나가 되었다고 할 수 있다.[68] 이는 受敎로써 시행되다가,[69] ≪續六典≫에 실리게 되고,[70] 그대로 ≪經國大典≫에 규정된다. ≪大明律≫과 비교해보면 존비질서를 강화했다고 볼 수 있지만, 원래 처벌해 오던 — 모두다 斬刑에 처하던 — 방식보다는 좀 약화된 형태라고 할 수 있을 것이다. 이 규정이 나오게 된 과정에서 볼 수 있듯이, 형량을 결정하는 데는 ≪大明律≫의 규정과 朝鮮 社會의 현실을 적절히 조화하고자 하였음을 알 수 있다.

이상은 직접적이거나 그와 유사한 존비관계가 있는 경우인데, 예전에 이런 관계가 있었던 경우에도 없는 것으로 처벌하지는 않고 보다 가중하여 처벌하고 있다. 즉 ≪大明律≫에 의하면 노비가 옛가장을 모욕하거나 폭행하면 일반

---

64) ≪朝鮮王朝實錄≫ 世宗 2년 9월 戊寅: ○禮曹判書許稠等啓 … 願自今臧獲如有告主者勿受 仍斬之 … 從之.

65) ≪朝鮮王朝實錄≫ 世宗 3년 12월 乙卯: 刑曹啓 婢夫奴妻 亦在臧獲之例 然與臧獲有間 罪同未便 婢夫奴妻告主者 請於本律加等論罪.

66) 時王의 제도는 당시 현행되고 있던 中國의 제도를 의미하며 구체적으로는 ≪大明律≫을 가리킨다.

67) ≪朝鮮王朝實錄≫ 世宗 4년 2월 庚寅: ○刑曹啓 … 願自今奴婢告主者勿受 依誣告律處絞 婢夫奴妻告主者勿受 杖一百 流三千里 … 從之.

68) 池承鍾, 앞의 책, 355면.

69) ≪朝鮮王朝實錄≫ 世宗 13년 3월 壬辰. 그런데 이 기사에서는 永樂 18년(世宗 2년) 9월의 受敎로 인용하며 '處絞'라고 하고 있는데, 이 때 許稠의 건의는 '斬刑'이었다. 世宗 4년의 受敎를 잘못 인용하지 않았나 생각된다.

70) ≪朝鮮王朝實錄≫ 世宗 16년 6월 庚戌, ≪朝鮮王朝實錄≫ 世宗 19년 11월 庚寅 등.

인으로 논죄하고 있다.[71] 그런데 ≪大明律≫을 直解하면서 直解文에는 이를 일반인으로 논하지 않고, 가장을 폭행한 죄인 斬刑에서 1등을 감하거나, 가장을 모욕한 刑罰인 絞刑에서 2등을 감하도록 하고 있다.[72] 이 直解文에 대해 世宗은 노주관계가 한결같은 모양이 아닌데 분변하여 시행할 수 없게 되니 문제가 있다고 비판하고, 노주의 관계가 끊어지지 않은 전매된 노비나 보충군에 소속된 노비의 경우에 1등 내지 2등을 감하라고 하고 있다.[73] 말하자면 주체를 한정한 것이라고 할 수 있다. 하지만 ≪經國大典≫에는 世宗의 의도가 모두 반영되지는 않고 모두 2등을 감하여 논죄하는 것으로 규정된다. 이 규정에 따라 형량을 계산해 보면 고발, 모욕, 폭행의 경우에 각각 장80 도2년(雇工의 경우에는 장70 도1년반), 장100 도3년, 장100 도3년의 형에 처해지게 된다. 이를 일반인이 같은 죄를 범했을 때 우선 고발은 문제가 되지 않고, 모욕의 경우에는 일반 모욕죄인 罵詈가 적용되면 태10의 경미한 형에 처해지며, 폭행한 경우에 노비의 신분을 벗어나지 못했다고 가정한다고 해도 상처에 따라 태30에서 시작하는 형을 받게 되는 것과 비교해본다면 신분관계가 이미 종료된 자 사이에 이전 신분관계가 유추되어 적용된다는 것은 ≪大明律≫보다 극히 가중적인 처벌을 가져온다는 것을 알 수 있다. 여기에서 조선에서는 일단 한번 奴主之分이 맺어지면, 그 노비가 타인 소유가 되거나 심지어 贖身從良되더라도, ≪大明律≫에서처럼 범상한 관계로 바꾸어지는 것이 아니라 주노관계에 준하는 특수한 관계에 있는 것으로 인정되었음을 알 수 있다.[74]

告尊長에서는 관리를 모욕한 경우에 대하여도 특칙을 규정하고 있다. 즉 下

---

71) ≪大明律≫ 刑律 罵詈 妻妾罵故夫父母: 若奴婢罵舊家長者 以凡人論. ≪大明律≫ 刑律 鬪毆 妻妾毆故夫父母: ○若奴婢毆舊家長 及家長毆舊奴婢者 各以凡人論.

72) ≪大明律直解≫ 해당 조문. 현재 초간본이 전해지지 않으므로 확언할 수 없지만, 다른 증거가 없는 한 국초부터 ≪大明律≫보다 강화된 형률을 시행했던 것으로 추정할 수 있다. 池承鍾, 앞의 책, 375면.

73) ≪朝鮮王朝實錄≫ 世宗 14년 9월 癸酉.

74) 池承鍾, 앞의 책, 377면. 한편 ≪大明律直解≫의 直解文에서 暴行은 1등을 감하고, 侮辱은 2등을 감하라고 한 것에 대해 ≪經國大典≫에는 일률적으로 2등을 감하는 것으로 규정되는데, 이것은 ≪大明律直解≫의 위상의 변화와 관련하여 중요한 의미가 있다.

官으로서 한 등급이 높은 관원(差等官)을 욕하면 1등을 더한다는 등의 규정이다. 즉 下官이 한 등급 높은 관원을 모욕하는 경우에는 일반 侮辱罪보다 1등을 가중하여 태20으로 처단한다는 것이다.[75] 이 규정의 성립경위를 추적해 보자. 우선 ≪大明律≫에는 下官이 관청의 長官[76]을 모욕하는 경우나, 관내의 部民이 長官을 모욕하는 경우에 대하여 규정하고 있지만,[77] 하급관원이 상급관원에 대해 모욕하는 것은 규정되어 있지 않다. 즉 일반인의 모욕으로 처벌한다는 것이 ≪大明律≫의 뜻일 것이다. 그런데 朝鮮社會에서는 名分을 중시했는지 ≪大明律≫대로 일반인끼리의 모욕으로 처벌할 수는 없었다. 이에 새로운 규칙을 만드는데, 太宗 15년에 3품 이하 9품 이상이 2품 이상을 모욕하면 佐職統屬罵長官의 5품 이상 長官을 모욕한 예에 의해 장80에 처하고, 7품 이하와 양인이 6품 이상을 모욕한 경우에는 佐職統屬罵長官의 6품 이하 長官을 모욕한 예에 따라 태50에 처하기로 한다.[78] 하지만 이 조치는 사실 佐職統屬罵長官[79]를 적용하기 위한 조치일 뿐이며, 가령 6품관이 5품관을 모욕한다든가, 양인이 5품관을 모욕하는 경우 등과 같이 세분된 경우에 적용할 조항이 없다. 그래서 위와 같은 ≪經國大典≫의 조문이 생겨났는데, 世祖 7년에 頒降된 ≪經國大典≫에는 이 조항이 들어 있었지만 成宗 5년에 반강된 ≪經國大典≫에는 이 조항이 없었던 듯하다. 이러한 상황이라면 서인들이 재상을 모욕하여도 일반 모욕죄에 따라 태10에 해당하는 형을 가하는데 인정에 맞지 않으므로 부득이 不應爲律을 인용하여 처벌하던 상황이었다. 그래서 成宗 15년에 형조에서는 이를 다시 재규정할 것을 요청하여[80] 현재의 ≪經國大典≫에 실리게 된 것이다. ≪大明律≫에서 규정하고 있지 않고 일반 모욕죄로 처리해야 하지만, 이는 너무 경하기 때

75) ≪大明律≫ 刑律 罵詈 罵人: 凡罵人者 笞一十.

76) ≪經國大典≫에서는 ≪大明律≫에서 長官이라고 하는 것을 '行首'로 하고 있다. ≪經國大典≫ 刑典 推斷.

77) ≪大明律≫ 刑律 罵詈 罵制使及本管長官와 佐職統屬罵長官 참조.

78) ≪朝鮮王朝實錄≫ 太宗 15년 11월 丁巳.

79) ≪大明律≫ 刑律 罵詈 佐職統屬罵長官: 凡首領官及統屬官 罵五品以上長官 杖八十 若罵六品以下長官 減三等 佐貳官罵長官者 又各減二等.

80) ≪朝鮮王朝實錄≫ 成宗 15년 5월 丙午.

문에 不應爲로 처벌하던 것을 ≪經國大典≫에서는 관계에 따라 장100을 부과할 수도 있게끔 가중하고 있는 셈이다. 결국 ≪經國大典≫의 告尊長은 ≪大明律≫에서 이미 가중하여 처벌하는 것보다 더 가중하여 처벌하는 것을 보여주는데, 여기에서 朝鮮 사회가 존비질서에 관하여는 ≪大明律≫ 자체도 신분질서에 따른 차등처벌을 예정하고 있었지만 그보다도 더 강하게 신분질서를 유지하고자 했던 모습을 엿볼 수 있다.[81]

Ⅳ. 구성요건의 통합－濫刑

拷訊이란 "조선시대의 형사재판과정에서 피의자 또는 목격자(증인)의 自白 기타의 진술을 얻어내기 위하여 일정한 법적 규제와 제한 하에 실시하는 강제수단"[82]이라고 할 수 있다. 따라서 조선시대에는 拷訊이 합법적으로 행하여졌던 것인데, 拷訊으로 인한 부작용, 예컨대 피의자의 상해, 사망 등을 방지하기 위하여 법적으로 여러 가지 제도적 장치가 만들어져 있었다. 범죄행위를 밝히기 위한 拷訊이 도가 지나치게 되면 바로 濫刑이 되는데, 합법적인 拷訊과 濫刑의 경계를 찾는 것이 중요하였다. 왜냐하면 拷訊이 합법적인 것이라고는 해도 인민에 대한 신체적인 위해를 가하는 것인 이상 백성의 원억을 되도록이면 억제하여야 하는 王政에서는 이를 가급적이면 제한하는 것이 중요한데, 제한 내에서만 拷訊을 행하게 되면 실체적인 진실이 파묻혀버릴 수 있기 때문이

81) ≪經國大典≫ 告尊長의 정신은 현행 刑事訴訟法에도 자기 또는 배우자의 직계존속은 고소하지 못한다고 규정되어(刑事訴訟法 제224조) 이어지고 있는데, 전통적인 가정내 위계질서를 존중・유지하기 위한 것이라고 한다. 申東雲, 『刑事訴訟法(제3판)』(法文社, 2005), 87면. 또 朝鮮에서 불효와 관련된 犯罪는 ≪刑法大全≫(1905)에까지 남아 있다가 사라진다. 불효죄와 관련하여 자세한 것은 朴秉濠, 「孝倫理의 法規範化와 그 繼承」, 『近世의 法과 法思想』(도서출판 진원, 1996), 507-529면 참조. 특히 527-529면에 걸쳐서 불효죄와 관련한 ≪刑法大全≫, ≪唐律≫, ≪大明律≫의 규정들과 및 한국, 대만, 일본의 刑法에 규정되어 있는 불효죄를 표로 정리하여 대비하여 놓았다.

82) 沈義基, 『韓國法制史講義』(삼영사, 1997), 221면.

다.[83] 따라서 제한된 합법적인 拷訊과 濫刑과의 경계를 찾는 것이 중요한데 이 문제는 濫刑을 엄격하게 제한한 世祖 때에 중하게 다루어져 과거의 시제로까지 출제되기도 하였다.[84]

濫刑과 관련된 규정이 ≪大明律≫에는 두 조문이나 존재하고 있는데 다음과 같다.

≪大明律≫ 刑律 斷獄 故禁故勘平人: ○ 만약 죄없는 사람을 고의로 신문한 경우 장80에 처하며… 부러뜨린 상해 이상을 입혔으면 '일반 투상'에 의하여 죄를 논하고, 그로 인하여 죽음에 이르게 한 경우 참형에 처한다.[85]

≪大明律≫ 刑律 斷獄 決罰不如法: 무릇 관사에서 법과 다르게 형을 집행하면 태40에 처하며, 그로 인하여 사망에 이르면 장100에 처하고 매장비용 은10량을 추징하며, 형장을 친 자는 각각 1등을 감한다. … ○감림하는 관원이 공사로 인하여 사람에게 급소가 되는 곳을 불법하게 구타하거나, 스스로 큰 몽둥이, 칼, 손과 발로써 사람을 구타하여 절상 이상의 상해를 입혔다면, 일반투구상해죄에서 3등을 감하여 처벌하며, 사망에 이른 경우에는 장100 도3년에 처하고 매장비용 은10량을 추징한다. 부림을 받아 직접 가격행위를 한 자는 각각 1등을 감한다. 모두 죄는 죄가 말미암은 자만을 처벌한다.[86]

---

83) 濫刑을 금지한 것에 대한 비판은 ≪朝鮮王朝實錄≫ 곳곳에 나타난다. 예컨대, 도적을 막기 위한 여러 정책을 베푸는데도 濫刑의 위험 때문에 함부로 杖訊을 가하지 못하여 도적이 더욱 성행한다든가(≪朝鮮王朝實錄≫ 世祖 11년 2월 辛巳), 법 이외에 고신하는 것을 모두 濫刑으로 논하고 赦免시에도 용서하지 않기 때문에 도적이 날로 성해진다는 기사가 있다(≪朝鮮王朝實錄≫ 世祖 13년 11월 丁亥).

84) ≪朝鮮王朝實錄≫ 世祖 14년 4월 辛卯.

85) ≪大明律≫ 刑律 斷獄 故禁故勘平人: 若故勘平人者 杖八十 … 折傷以上 依凡鬪傷論 因而致死者 斬.

86) ≪大明律≫ 刑律 斷獄 決罰不如法: 凡官司決人不如法者 笞四十 因而致死者 杖一百 均徵埋葬銀一十兩 行杖之人 各減一等 …○若監臨之官 因公事 於人虛怯去處 非法歐打 及自以大杖或金刃手足 歐人至折傷以上者 減凡鬪傷罪 三等 至死者 杖一百徒三年 追埋葬銀一十兩 其聽使下手之人 各減一等 並罪坐所由.

우선 故禁故勘平人에 의하면 부러뜨린 상해 이상인 경우에는 '일반 투상'의 예에 따른다고 하였는데 이는 ≪大明律≫ 鬪毆를 가리킨다. 鬪毆에 따르면 부러진 상처에 따라 장100에서 장100 유3천리의 형을 과하고,[87] 죽은 경우에는 참형에 처하게 되는 구조이다. 한편 決罰不如法에 의하면 관사에서 법과 다르게 형을 집행하여 사망에 이른 경우에는 장100에 처하고 매장은 10냥을 추징하고, 감림관원이 공사로 인하여 급소를 불법하게 구타하는 등 사망에 이른 경우에는 장100 도3년에 처하고 매장은 10냥을 추징하는 구조이다. 이상과 같이 규정이 있는 이상 朝鮮은 형률에 있어서 ≪大明律≫을 쓴다고 하였으므로 이에 따라 처벌하면 될 것이었다.

사실관계가 명확하게 나와 있지 않아 어떠한 조문을 적용했는지 정확하게는 알 수 없으나,[88] ≪大明律≫의 刑罰과 일치하는 것을 살펴보면 太宗때 전 議郎 方與權이 溫水貢吏를 남형한 죄에 대하여 장 80에 처하였고,[89] 濟州 按撫使 趙希鼎이 私奴 洪龍에게 남형하여 치사케 한 죄는 장100에 해당하며,[90] 고을 사람 鄭偶가 사슴을 사냥하여 私的으로 사용하는데 화를 내어 濫刑한 결과 치사케 한 判忠州牧事 尹夏에 대하여는 장80 도2년에 조율한 사례를 볼 수 있다.[91] 또 死刑에 해당하는 것으로 전 永興府使 朴冠이 官奴인 延萬·加叱

87) ≪大明律≫ 刑律 鬪毆 鬪毆 참조.

88) ≪大明律≫ 刑律 斷獄 故禁故勘平人은 무고한 자를 수금하여 拷訊하는 경우에 적용되는 조문이고, 決罰不如法은 원래 正刑을 집행할 때 타격처나 타격방법 등을 달리한 경우에 적용되는 조문인데, ≪朝鮮王朝實錄≫의 기사로는 이를 구분할 정도로 자세한 사안을 알 수 없다. 하지만 朝鮮에서는 決罰不如法을 正刑 집행의 불법뿐만 아니라 拷訊의 불법에도 적용하여 濫刑이라는 용어 속에 통합하여 사용하였다. 예컨대 ≪朝鮮王朝實錄≫ 太宗 17년 5월 丙申: 京中掌刑各司 已決訊杖次數及杖數 每於決等啓本具錄 雖竟未得情 其已行訊杖者 次數杖數亦當啓聞 毋得濫刑,

89) ≪朝鮮王朝實錄≫ 太宗 11년 윤12월 丁巳. 이는 ≪大明律≫ 刑律 斷獄 故禁故勘平人: 若故勘平人者 杖八十에 해당될 것이다.

90) ≪朝鮮王朝實錄≫ 世宗 9년 9월 壬辰. ≪大明律≫ 刑律 斷獄 決罰不如法: 凡官司決人不如法者 笞四十 因而致死者 杖一百에 해당될 것이다.

91) ≪朝鮮王朝實錄≫ 世宗 12년 11월 丁巳. 그런데 ≪大明律≫ 刑律 斷獄 決罰不如法에 의하면 이러한 경우에는 장100 도3년의 형이 과해져야 하는데, 어떤 이유에서인지 2등을 감하여 조율되었다. 世宗은 尹夏에 대하여 다만 직첩만 회수하여 외방에 부처하도록 한다.

同·內隱達 등 6명에게 濫刑하여 치사케 한 사안에서 참형으로 조율한 사례를 볼 수 있다.[92] 太宗, 世宗 대의 이 사례들은 양형단계의 문제를 떠나서 照律단계에 있어서는 濫刑하는 관리들에 대한 처리를 충실하게 ≪大明律≫에 따라 하고 있었음을 보여준다고 하겠다. 이렇게 처벌하고 있었던 것은 ≪大明律≫이 하나의 法源으로 인정된 것이기도 하지만, 특히 續刑典에 이 규정이 편입되어 있었기 때문이기도 하였다. 즉 續刑典에서는 "서울과 지방의 관리로서 만약 법을 어겨 남형하면, 서울에서는 사헌부가 지방에서는 감사가 죄인의 친속이 고발하는 것을 허용하여 율에 따라 과죄한다"라고 규정하고 있었는데,[93] 여기서 '律'이라는 것은 ≪大明律≫을 의미하기 때문에 ≪大明律≫의 규정에 따라 과죄한다는 의미이다. 여기서 특이한 것은 ≪大明律≫ 상으로는 행위와 대상에 의하여 확연하게 구분되는 두 규정 — 故禁故勘平人, 決罰不如法 — 이 실무에서나 법전에서나 濫刑이라는 용어 하나로 다루어진다는 것이다. 더군다나 文意로 보면 拷訊의 不法에는 적용되지 않을 것 같은 ≪大明律≫의 조항들이 濫刑이라는 새로운 構成要件에 의하여 적용되고 있는 점이다. 즉 濫刑이라는 구성요건의 포괄범위는 무고한 자에 대한 拷訊, 불법한 拷訊, 불법한 正刑에까지 이른다는 것이다. 이로서 추측해볼 수 있는 것은 ≪大明律≫이 적용되기 이전부터 행위와 대상의 구분 없이 濫刑이라는 용어가 굳어져 있었고 그 처벌을 어떻게 할지가 문제가 되었는데, 각기 사안에 따라 故禁故勘平人, 決罰不如法을 적용하여 濫刑이라는 명목으로 처리해 오던 것이 아니었나 생각된다. 그러던 것이 法典에 故禁故勘平人, 決罰不如法을 포괄하는 의미에서의 濫刑으로 규정되고, 이 두 가지 행위가 있을 경우 각기 ≪大明律≫의 해당 조항을 적용

92) ≪朝鮮王朝實錄≫ 世宗 12년 윤12월 丙午. ≪大明律≫ 刑律 斷獄 故禁故勘平人: 若故勘平人者 … 因而致死者 斬에 해당된다. 이 사건에서 朴冠은 감 1등된다. 그리고 같은 사건에서 嚴克寬은 匿名文書에 의하여 內隱達에게 형을 잘못 실시하여 죽게 하여, 杖100 도3년과 매장은 10에 처해지는데 이는 決罰不如法에 부합한다.

93) ≪朝鮮王朝實錄≫ 世宗 21년 2월 辛亥: 續刑典 京外官吏 如有違法濫刑者 京中憲府 外方監司 許令犯罪人親屬陳告 依律論罪; 연세대학교 국학연구원편, 『經濟六典輯錄』(신서원, 1993), 293면에 의하면 이 조문의 元受敎가 太宗 17년 5월 丙申의 기사이기 때문에 여기서 말하는 續刑典은 新續六典의 刑典을 의미한다고 한다.

했을 것이라 생각된다.

그런데 이렇게 대체로 ≪大明律≫에 따라 처벌되던 濫刑이 世祖 대에 들어오면 보다 강화된다. 즉 世祖는 濫刑에 대하여 중하게 다스릴 것을 효유[94]한 후에, 이를 故殺에 비겨 처리하기도 하고,[95] 특히 형벌을 어긋나게 가한 관리를 중한 자는 교형과 참형에까지 이르게 하였다.[96] 赦免의 대상에서 제외한 것도 濫刑을 금지하기 위한 世祖가 濫刑을 제한하기 위한 조치라고 할 것이다.[97] 世祖 대의 사안을 이전 시기와 비슷하게 ≪大明律≫에 해당되게 처벌한 것으로 분류하여 보면 斬刑에 처하는 계열[98]과 장100 도3년에 처하는 계열[99]이 있다. 그런데 장100 도3년에 처하는 계열의 경우에는 이전 시기와는 다르게 특별히 '영구히 서용하지 않는다'는 조치를 덧붙이는데 이것은 ≪大明律≫보다 형을 가중한 것이라고 할 수 있다.

世祖 대에 조금 더 강화된 형태로 처벌되던 濫刑이 ≪經國大典≫의 단계에 가면 조금 다르게 규정된다.

> ≪經國大典≫ 刑典 濫刑: 관리의 濫刑은 장100 도3년에 처하고 치사시킨 자는 장100에 처하고 영구히 서용하지 않는다.[100]

이 조항은 이전까지 처벌해 오던 방식과는 조금 다른 방식을 취하고 있다. 즉 이전까지의 사례들은 ≪大明律≫의 규정을 크게 벗어나지 않는 斬刑 계열과 장

---

94) ≪朝鮮王朝實錄≫ 世祖 8년 6월 乙酉: …濫刑誣陷無罪者 當治罪不饒 惟爾刑曹 體予至懷 曉諭中外.

95) ≪朝鮮王朝實錄≫ 世祖 11년 9월 己酉: …然其中濫刑官吏 例同故殺 不可不懲.

96) ≪朝鮮王朝實錄≫ 世祖 12년 7월 丁丑: …枉刑官吏 隨其輕重 重者至於絞斬.

97) ≪朝鮮王朝實錄≫ 世祖 7년 4월 乙酉를 시작으로 하여 ≪朝鮮王朝實錄≫ 世祖 13년 4월 丙午 등 多數.

98) ≪朝鮮王朝實錄≫ 世祖 12년 12월 癸亥: ○傳旨義禁府曰 吳達善 金貴明 楊仲生 甫羅 吳決等 濫刑殺人 金宗蓮附下罔上 竝處斬.

99) ≪朝鮮王朝實錄≫ 世祖 11년 12월 庚子, 동년 12월 辛丑 등인데 이 경우 대개 장90 도2년반이나 기타로 감형된다.

100) ≪經國大典≫ 刑典 濫刑: 官吏濫刑 杖一百徒三年 致死者 杖一百 永不敍用.

100 도3년에 永不敘用을 덧붙이는 형태였지만, 이 조항에 의하면 濫刑에서 斬刑 계열이 제외되어 있음을 볼 수 있다. 이러한 형태의 조문이 언제 성립되었는지는 명확하게 알 수는 없지만, 成宗 4년에 濫刑한 정읍현감 金瑗을 ≪經國大典≫에 의해 장100, 고신추탈, 영구히 서용하지 않도록 한 사례[101]를 보면 成宗 4년 때 시행되고 있던 ≪經國大典≫에 이미 현재 남아있는 ≪經國大典≫(乙巳大典)의 조문과 동일한 형태의 조문이 존재하고 있음을 추정할 수 있다.[102] 이로 본다면 世祖 11년 이전에는 ≪大明律≫에 따라 濫刑한 자를 斬刑에 처하거나 장100 도3년에 처하고 永不敘用을 덧붙이던 것을, 成宗 4년까지의 사이에 장100 도3년과 장100 영불서용으로 나누어 규정한 것이 아닌가 생각된다. 거기에 ≪大明律≫의 부가형인 埋葬銀 10냥도 또한 추징하였음을 알 수 있다.[103] 이전에는 濫刑이라는 구성요건에 포함되던 故禁故勘平人의 斬刑을 제외시키는 조문성립과정을 보면 ≪經國大典≫에 규정된 濫刑조항은 ≪大明律≫의 그것과 극히 유사한 것으로 ≪大明律≫에 없는 부가형인 永不敘用에 초점을 둔 것이라고 할 수 있지만, 故禁故勘平人과 決罰不如法을 濫刑이라는 하나의 구성요건으로 통합하여 다루었다는 점에도 주목하여야 할 것이다. 이후의 사례를 보면 濫刑을 하였다고 斬刑으로 照律하는 사례는 찾아볼 수 없으며, 律에 의한다고 표현하지만 ≪經國大典≫에 의하였다고 생각되는 것[104]도 故禁故勘平

---

101) ≪朝鮮王朝實錄≫ 成宗 4년 4월 甲子: 고신추탈은 私罪로 장100에 해당하면 고신을 추탈한다는 규정에 따른다. ≪經國大典≫ 刑典 推斷 <割註: ○犯私罪 … 一百盡行追奪>.

102) 한편 ≪朝鮮王朝實錄≫ 成宗 10년 7월 己巳에는 "臣等 以謂濫刑及塗改文書者 永不敍用 載在續典"이라고 하는데 여기서 말하는 '續典'은 成宗 5년에 ≪經國大典≫(甲午大典)과 함께 반포된 ≪大典續錄≫을 말한다. 이는 ≪朝鮮王朝實錄≫ 成宗 5년 3월 戊子에서 "大典續典"이라고 한 표현에서도 확인할 수 있다. 그렇다면 永不敘用이라는 부가적 형이 ≪經國大典≫(成宗 5년 이전)에 실려 있었다가 成宗 5년에 ≪經國大典≫을 개정하면서 ≪大典續錄≫(成宗 5년판)에 실었다가 다시 ≪經國大典≫에 실은 것으로 추정할 수 있을 것이다.

103) ≪朝鮮王朝實錄≫ 成宗 11년 5월 丙戌: 前會寧府使沈膺 濫刑女妓笑雲英致死罪 律該決杖一百 告身盡行追奪 均徵埋葬銀一十兩 依大典 永不敍用. ≪朝鮮王朝實錄≫ 中宗 4년 8월 丙辰: ○傳曰 覽鄭士傑推案 濫刑繼同已甚 當如律罪之 功減一等 杖九十 永不敍用.

104) 가령 바로 윗주의 中宗 때의 사례를 보면 해당 律에서 1등을 감하여 장90, 永不敍用이라고 하는데 ≪大明律≫에서 1등을 감하면 장90이지만 永不敍用은 없다. ≪經國大典≫에 의하였다고 볼 수 있다.

人과 決罰不如法이 ≪經國大典≫의 濫刑으로 통합되었다는 것을 뒷받침하는 것이라고 생각된다.

Ⅴ. 구성요건의 세분화－亂言

朝鮮 시대의 亂言은 세상에 대한 불평 내지 王에 대한 불평을 포함하며 그것이 갖는 의미가 넓은 구성요건이라고 할 수 있다.[105] 그런데 ≪大明律≫에서는 亂言에 대하여 따로 규정하는 체제를 취하지 않고 황제와 관련되어 謀反大逆에 해당하는 경우를 처벌하고 있다.[106] 따라서 난언을 한 경우에는 별다른 조항이 없어서 사안의 경중에 관계없이 조선 초기에는 ≪大明律≫의 謀反大逆에 따라 처벌하고 있었던 것 같다.[107] 그런데 亂言이라는 행위는 워낙 개념이 넓기 때문에 일률적으로 謀反大逆으로 처리하면 타당하지 않은 문제가 있어서 世宗은 이를 세분하여 처벌하기 위하여 역대의 刑律을 상고할 것을 명한다.[108] 刑曹에서 이 명령에 대하여 회답을 하는데, 唐의 刑律과 元史 刑法志를 인용한다. 즉 唐律에 의하면 황제를 지목하여 비난함에 정리가 切害한 경우에는 참형에 처하고, 절해하지 않은 경우에는 도2년에 처하며,[109] 元史 刑法志에 의하면 난언으로 임금을 범하면 死刑에 처하고, 가산을 몰수한다고 규정되어 있다고 하였다. 唐律과 元史 刑法志를 종합하여 난언으로 임금에게 관계된 것으로

---

105) 兪起濬, 「朝鮮初期 刑律硏究－律文과 律學을 中心으로－」(충남대학교 문학박사학위논문, 1996), 34면은 "난언이라 함은 왕실에 대한 비난이나 모독 등의 유언비어를 말하는 것으로 왕권의 유지에 영향을 미칠 수 있는 행위"라고 정의하고 있다.

106) ≪大明律≫ 禮律 祭祀 禁止師巫邪術가 말하자면 소위 '혹세무민'에 해당하는 범죄를 처벌하는 조항일 수 있으나, 이는 주체가 무당이고, 주술행위와 관련된 것이다. 단순히 세상이나 왕에 대한 불평을 처벌하는 조항은 아니다.

107) 世宗 1년 金仁發의 亂言이 불충에 관계된다 하여 凌遲處死에 처한 예가 있다. ≪朝鮮王朝實錄≫ 世宗 1년 11월 壬寅.

108) ≪朝鮮王朝實錄≫ 世宗 4년 윤12월 辛酉.

109) 임대희, 김택민 주편, 『譯註 唐律疏議－各則(상)－』(한국법제연구원, 1998), 2154면(제122조 職制 32 指斥乘輿).

情理가 切害한 경우에는 참형에 처하고 가산을 몰수하며, 切害하지 않은 경우에는 장100 유3천리에 처할 것을 청하고, 世宗은 이에 따랐다.[110] 이 때 정해진 규정은 切害하지 않은 경우에는 장100 도3년으로 정해졌다가,[111] 다시 ≪經國大典≫의 단계에 가서 약간의 수정을 거쳐 수록된다.

≪經國大典≫ 刑典 推斷: ○무릇 난언을 하는 경우에는 왕에게 보고하여 추문하여 사실을 조사하고, 장100 유3천리에 처한다. 만일 임금을 범한 것에 관여되어 정황이 아주 나쁜 경우에는 참형에 처하고, 가산을 적몰한다. 무고하는 경우에는 반좌하며, 알고도 고발하지 아니하면 각각 1등을 감하여 처벌한다.[112]

亂言의 실체가 실록상으로 대부분 나타나지 않고 있지만, 형량을 기준으로 하여 본다면 亂言은 謀反大逆에 해당하는 亂言[113]과 임금과 관계되지만 정리가 절박하지 않은 난언, 그리고 정리가 절박한 난언[114]으로 구분할 수 있을 것이다. ≪經國大典≫에서는 뒤의 두 사항에 대하여 규정하고, 亂言이 모반대역에 해당할 경우에는 본율인 ≪大明律≫로 돌아가서 처벌하면 된다. 왜냐하면 ≪大明律≫은 ≪經國大典≫에 규정이 존재하지 않을 때 쓰는 일반 형법이기

110) ≪朝鮮王朝實錄≫ 世宗 5년 1월 丙戌.

111) ≪朝鮮王朝實錄≫ 世宗 6년 3월 戊寅, ≪朝鮮王朝實錄≫ 世宗 11년 7월 丁巳, ≪朝鮮王朝實錄≫ 世祖 6년 3월 戊寅의 사안에서는 受敎 내지 續典에 정리가 절박하지 않은 경우에는 장100 도3년에 처한다로 규정되어 있다는 표현이 나오고 있다.

112) ≪經國大典≫ 刑典 推斷: ○凡亂言者 啓聞推覈 杖一百流三千里 若干犯於上情理切害者斬 籍沒家産 誣告者反坐 知而不告者各減一等.

113) 이러한 亂言의 사례는 ≪朝鮮王朝實錄≫ 世祖 5년 8월 丙子, ≪朝鮮王朝實錄≫ 世祖 6년 1월 庚辰, ≪朝鮮王朝實錄≫ 成宗 1년 1월 壬寅 등을 들 수 있다. 특히 ≪朝鮮王朝實錄≫ 世宗 18년 12월 甲申에 나오는 사례는 "천신이 나에게 말하되 너를 명하여 北狄을 다스려 임금이 되라 한다."라는 亂言을 한 金浩然에 대해 凌遲處死하여야 한다는 의금부의 주장에 대하여 "이 사람에게 능지형을 가하면 謀反의 마음이 있는 사람에게는 어떤 죄를 가하겠는가"라고 하여 배척하고 斬刑에 처해진 사안인데 亂言에 대해 경우를 나누어 판단해야 한다는 사안으로 이해할 수 있겠다.

114) 이 경우가 가장 사례가 많은데 ≪朝鮮王朝實錄≫ 世宗 6년 5월 戊子, ≪朝鮮王朝實錄≫ 世宗 6년 6월 庚戌, ≪朝鮮王朝實錄≫ 世宗 13년 5월 戊子 등이 있다.

때문이다. 한편 亂言을 하였다고 誣告한 경우에도 ≪經國大典≫에서는 反坐한다고 규정하는데 이는 이미 ≪大明律≫ 誣告에 반좌하는 규정이 있으므로 주의적 규정이라고 할 수 있다.[115] 이렇게 본다면 亂言은 임금과 관련되어 있다면 ≪大明律≫에서는 謀反大逆으로 규율될 것인데 사안의 경중을 따르지 않고 謀反大逆으로만 처벌하면 刑이 너무 무거우므로, 亂言의 내용을 경중을 나누어 규정한 것이 ≪經國大典≫이라고 할 수 있다. 이 규정의 성격에 대하여 "국가왕실에 대한 모독 행위에 대해서는 중국의 律보다 엄한 제재가 따르고 있는 것이다"라고 평가하는 견해도 있다.[116] 그러나 亂言이라는 構成要件이 ≪大明律≫에 존재하지 않기 때문에 ≪大明律≫에서 처벌하지 않고자 하는 것을 國典인 ≪經國大典≫에 新設한 것으로 보이지만, 실은 입법과정에서 살펴볼 수 있듯이 謀反大逆으로만 처벌하면 처벌이 너무 중하기 때문에 처벌을 완화하기 위하여 행위 유형을 세분화하여 규정한 것이라고 생각된다.

Ⅵ. 맺으며

이상에서 ≪經國大典≫ 刑典과 ≪大明律≫의 관계에 대하여 ≪經國大典≫ 刑典 규정을 중심으로 살펴보았다. 이상에서 살핀 바로부터 다음의 것들을 이야기할 수 있다.

사회에서 그 범죄가 차지하는 영향에 따라 ≪大明律≫을 가중하기도 하고, 사회윤리를 보호하기 위하여 ≪大明律≫의 규정보다 가중하여 처벌하는 규정들이 나타나고 있다. 朝鮮과 中國이 가지고 있는 사회제도가 달랐기 때문에 그

115) 亂言을 무고한 경우 反坐되어 장100 유3천리에 加役 3년이 부가된 사례로는 ≪朝鮮王朝實錄≫ 世宗 2년 2월 丁卯, ≪朝鮮王朝實錄≫ 世宗 4년 4월 丁未, ≪朝鮮王朝實錄≫ 世宗 10년 1월 己酉, ≪朝鮮王朝實錄≫ 世祖 1년 12월 丙辰 등을 들 수 있다. 참고로 ≪大明律≫ 刑律 訴訟 誣告條에 의하면 "…至死罪 所誣之人已決者 … 未決者 杖一百流三千里加役三年"으로 규정하고 있다.

116) 兪起濬, 앞의 글, 35면.

에 대한 인식도 다를 수밖에 없었고, 인식차가 ≪經國大典≫에 형이 가중되는 형태로 실린 것이다. 朝鮮 後期로 갈수록 신분질서가 더욱 강화되는 방향으로 나아감에 따라 ≪大明律≫이 예정하고 있던 신분차에 따른 형벌도 더욱 강화된 형태로 규율되는데, ≪經國大典≫의 규정들은 신분질서에 따른—≪大明律≫보다 강화된—刑罰加重의 단초를 보여주는 것이라고 할 수 있다.

한편 ≪經國大典≫ 刑典 규정의 성립과정을 보면서 흥미로운 추측을 할 수 있었는데, 그것은 ≪經國大典≫이 受敎의 집적물이기 때문에 ≪大明律≫과 별도로 규율되던 범죄행위가 ≪大明律≫의 영향을 받아 규정되었다고 추측할만한 규정도 있었고, ≪大明律≫만으로는 처벌에 문제가 발생하므로 ≪唐律≫ 등 다른 法源을 동원하여 채택된 규정도 있었다는 것이다. 이로 보건대 ≪大明律≫이 太祖의 선언에 의하여 바로 刑法으로 사용되었다기보다는 여러 法源들 간의 경쟁에서 가장 강력한 刑事法源으로부터 ≪經國大典≫ 刑典 用律의 '用大明律'의 규정으로 나아간 것이다.

여기서 한 가지 간과하지 말아야 할 것은 ≪經國大典≫의 '用大明律'이 현대에서 법을 적용한다는 의미와는 조금 차이가 난다는 점이다. 현대법에서 법을 적용할 때에는 그 법을 적용하면 되지 굳이 다른 法源을 동원하여 때때로 이를 수정할 필요는 없을 것이다. 하지만 당시 사람들이 ≪大明律≫을 쓴다고 했을 때는 이를 그대로 적용하는 측면도 있지만, 일정한 경우에는 이를 수정하여 다른 법규범을 만들기도 한다는 점이다. 이 점은 당시 사람들이 법을 이용한 것은 어떤 범죄에 대하여 적용할 형벌을 규정한 근거로서 이용한 것이었지 반드시 그 규정에 따라야 한다는 의식을 가지고 있었다고 보기는 힘들다는 것을 의미한다. 그러한 맥락에서 규정된 것이 ≪經國大典≫ 刑典의 ≪大明律≫에 대한 특별규정들이었다고 보여지며, 이는 朝鮮 後期의 상황에서는 이러한 의식이 더욱 많이 나타나고 있다. 특히 刑事 實體法的인 측면에서는 刑事特別法의 특성이 一般法보다는 刑罰을 가중하는 것이기 때문에[117] ≪經國大典≫

117) 예컨대 刑法 제260조 1항에서는 사람의 신체를 폭행한 자에 대하여 2년 이하의 징역, 500만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료를 법정형으로 규정하고 있다. 이에 대하여 특별법인 폭력행

에서도 ≪大明律≫의 刑罰보다 가중하여 규정되고 있다.

마지막으로 이 글의 제목과 관련된 언급을 하여 보자. ≪經國大典≫ 刑典과 ≪大明律≫의 관계는 실체법적인 면에서 볼 때 一般法과 이를 변용하였다고 생각되는 特別法의 관계에 있다고 보아도 좋을 것이다. 하지만 一般法과 特別法이라는 일반적인 언명만으로는 해결되지 않는 다양한 변형들이 ≪大明律≫과 ≪經國大典≫ 刑典에서 발견되는데, 그것은 ≪經國大典≫이 ≪大明律≫을 보완 내지 보충하고 있기도 하고, 또 ≪大明律≫의 일반적인 언급들을 구체화하고 있는 모습들에서 나타난다고 할 수 있을 것이다. 조선 전기의 형사제도를 이해하는데 ≪大明律≫만으로는 반쪽의 이해밖에 되지 않는 이유가 여기에 있다고 하겠다.

〈참고문헌〉

1. 史料

『經國大典』, 서울대학교 규장각, 1997.

『高麗史』, 아세아문화사, 1972.

『大明律講解』, 서울대학교 규장각, 2003.

『大明律直解』, 서울대학교 규장각, 2003.

朝鮮王朝實錄: http://sillok.history.go.kr/main/main.jsp

임대희, 김택민 주편, 『譯註 唐律疏議－各則(상)－』, 한국법제연구원, 1998.

2. 論著

문형진, 「『대명률』 전래와 한국적 변이양상」, 『국제지역연구』 제6권 제3호, 한국외국어대학교 외국학종합연구센터, 2002.

위 등 처벌에 관한 법률 제3조 1항, 제2조 1항에 따르면 흉기 또는 기타 위험한 물건을 휴대하기만 하여도 1년 이상의 유기징역에 처하고 있다.

朴秉濠, 『韓國法制史』, 한국방송통신대학출판부, 1986.
_____, 『近世의 法과 法思想』, 도서출판 진원, 1996.
_____, 『한국의 법』, 세종대왕기념사업회, 1999.
申東雲, 『刑事訴訟法』, 法文社, 2005.
沈羲基, 『韓國法制史講義』, 삼영사, 1997.
兪起濬, 『朝鮮初期 刑律硏究－律文과 律學을 中心으로－』, 충남대학교 문학박사학위논문, 1996.
池承鍾, 『朝鮮前期 奴婢身分硏究』, 一潮閣, 1995.

Criminal Section of ≪GyeongGukDaeJeon≫ and the Ming Code

Cho, Ji-man*

Provisions of criminal Section of ≪GyeongGukDaeJeon≫ are divided into a substantive law and a adjective law. The substantive provisions of ≪GyeongGukDaeJeon≫ supplement or replace those of the Ming Code. Because ≪GyeongGukDaeJeon≫ is a special law, it provides the aggravated penalty compared with the Ming Code, for example, the guilt-by-association system for forgery or robbery. An accusation against the elder is also punished with the aggravated penalty in accordance with difference in social status. In addition there are provisions in ≪GyeongGukDaeJeon≫ which coordinate or subdivide those of the Ming Code. They were provided to find out the appropriate provisions applicable to different cases.

The conclusion from an analysis on provisions of the Ming Code in comparison with those of ≪GyeongGukDaeJeon≫ is as follows. First, there is a provision of 'apply the Ming Code' in the chapter HyeongJeon of ≪GyeongGukDaeJeon≫. The meaning of 'apply' in this provision does not always correspond to the literal meaning of 'apply'. At that time people also used a criminal code for reference and did not always observe law in accordance with a express provision. More references were needed to solve different cases and this resulted in the increase of criminal provisions in ≪GyeongGukDaeJeon≫. Second, we can see the first step of a status system's intensification in ≪GyeongGukDaeJeon≫. It is focused on the relation of master and servant or parents and son.

[Key Words] GyeongGukDaeJeon, criminal section, the Ming Code

---

* Post-doctoral researcher, BK21 Law & Globalization, Seoul National University