

조선시대의 죄형법정주의 斷想*

— 소급입법의 문제를 중심으로 —

崔秉祚**

목 차

- I. 머리말
- II. 《大明律》 【斷罪依新頒律】 조
 - 1. 소급입법의 원칙
 - 2. 同條의 의미(1): 정공식의 견해
 - 3. 同條의 의미(2): 필자의 소견
- III. 맺음말

* 이 논문은 서울대학교 법학연구소 기술과법센터의 2011년도 연구비 지원을 받았다.

** 서울대학교 법과대학 / 법학대학원 교수.

[감사의 말] 투고 심사자 세 분께 감사한다. 특별히 큰 지적은 없었으나, 몇 가지 수정과 보완을 하였다.

[일러두기] • 조선왕조실록의 기사는 편의상 ‘임금 治年-西曆年.月.日.②’의 형식으로 표기하였다. 끝의 원문자는 기사의 순서이다(②=2번째 기사).

- 참고문헌 목록의 문헌은 기본적으로 서명 또는 筆者나 編者명만으로 인용한다.
- 이해와 논의의 발전을 위하여 《唐律疏議》, 《大明律》, 《經國大典》의 律文에는 가능한 한 可用한 번역을 모두 붙였다. 이두문의 경우에는 풀어서 실었다. 그러나 이들 번역과 관련한 토론은 이 글의 취지와 지면관계상 꼭 필요한 경우로 한정하였다.
- 《大明律》의 조문 체제와 번호는 Jiang Yonglin의 것을 따랐다.
- 번역문 또는 인용문 중 [] 부분은 원래의 것을, < > 부분은 필자의 수정 내지 보충 제안을 의미한다.
- 한문 중 밑줄은 인명이다.
- 중국의 《大明律》 주해서들은 조선에서의 활용 여부와 관계없이 《大明律》의 이해에 도움이 되는 한 인용하였다.

[국문 요약]

이 글은 조선시대의 죄형법정주의에 대한 이해를 《大明律》 【斷罪依新頒律】 조(제45조)를 중심으로 고찰한 것이다. 종래 이 문제는 죄형법정주의 일반에 관한 고찰에서 크게 주목 받지 못하였거나, 아니면 그것이 배태하고 있는 문제점을 지적하기보다는 당시 지배의 依法主義의 측면이 강조됨으로써 지나치게 善解되거나 한 것으로 보인다. 이 글에서는 오늘날의 죄형법정주의가 요구하는 이른바 소급입법에 의한 불이익한 처벌의 금지라는 본연의 맥락에서 당시의 입법과 사법 운용의 모습을 조명하고 필요한 경우 로마법과의 비교도 곁들이면서 비판적으로 고찰하였다. 당시의 법질서에 근원적인 개인의 권리에 대한 인식의 저조함과 사안법적인 대처가 裁判時法主義를 채택하는 데 결정적으로 역할을 한 것으로 생각된다. 전통법제의 이 부분이 근대적 법관념으로 보면 미흡한 것이었음은 서양법의 수용과 함께 서구식의 죄형법정주의 관념과 사상이 동양에도 채택된 사실에서 잘 알 수가 있다.

[주제어] 講讀律令조, 經國大典, 斷罪依新頒律조, 斷罪引律令조, 唐律疏義, 唐六典, 大明律, 소급입법, 略和誘人赦後故蔽匿조, 裁決(decretum), 죄형법정주의, 특례법(ius singulare)

I. 머리말

1. 오늘날 형사처벌은 행위 시의 법률에 따라야 하며, 사후적으로 법을 중하게 바꾸어서 그에 따라 처벌을 해서는 안 된다. 이 취지를 우리나라 헌법 제13조 제1항은 “모든 국민은 行爲時의 法律에 의하여 犯罪를 구성하지 아니하는 행위로 訴追되지 아니하며”라 규정하고, 또 형법 제1조(犯罪의 成立과 處罰) 제1항은 “犯罪의 成立과 處罰은 行爲時의 法律에 依한다”, 또 제2항에서 “犯罪後 法律의 變更에 依하여 그 行爲가 犯罪를 構成하지 아니하거나 刑이 舊法보다 輕한 때에는 新法에 依한다”라 규정하였다. 이것은 죄형법정주의 원칙의 大宗을 이루는 것으로, 모든 국민으로 하여금 법적 안정성과 자유를 누리도록 하려는 취지에서 인정된 것이다.¹⁾

1) 죄형법정주의는 범죄법정주의(nullum crimen sine lege)와 형벌법정주의(nulla poena sine lege)로 구분되며, 소급입법의 금지와 관련해서도 두 측면이 구별 가능하다. 전자의 그리스도교적 맥

일반적으로 서구근대식의 죄형법정주의가 정착하지 않았던 조선시대에는 과연 소급입법에 의한 불이익한 형사처벌이 가능했을까? 이 글은 이 문제를 《大明律》의 관련 규정을 중심으로 살펴보려는 것이다. 보다 정확한 모습을 그리기 위해서는 많은 사례들이 발굴되어 종합적으로 분석되어야 하겠지만, 일단 원칙의 문제를 검토하는 데 그쳤다. 종래 조선시대를 죄형법정주의의 관점에서 고찰한 논문들은 모두 正條가 없는 경우의 보충적 포괄규정인 【不應爲】 조(제410조), 【違令】 조(제409조) 등 및 引律比附를 규정한 【斷罪無正條】 조(제46조)를 중심으로 고찰하였고, 소급입법이나 改律의 문제는 중심적인 주제가 되지 못하였다.²⁾ 김재문의 방대한 『한국전통 민주적 입법이론과 법의 형성』(아세아문화사, 2007) 역시 기대와 달리 이 문제는 전혀 다루지 않았다.³⁾

락에 대해서는 일반적으로 잘 알려져 있지 않은데, Berman, 186 + n.43에 의하면 12세기 페트루스 롬바르두스(Petrus Lombardus, ca. 1100-1160)와 같은 신학자가 그 선구적 반열에 속하였다 (“Non enim consisteret peccatum, si interdictio non fuisset”: 이에 관해 Berman: “There is no sin if there was no prohibition.” The use of the past tense—“was”—is striking. Here was the beginning of a long and winding jurisprudential path in the Western legal tradition, which culminated in the principle expressed in the eighteenth century in the Enlightenment and in the French Revolution’s Declaration of the Rights of Man and the Citizen: *Nullum crimen, nulla poena sine lege*—“No crime, no punishment without a law,” that is, without previously enacted statute defining the crime and fixing the punishment.). 그러나 원래 “Non enim consisteret peccatum, si interdictio non fuisset”(금지가 없었다면 죄도 없을 것이다)는 Ambrosius (339-397), *De paradiso*, Caput 8 n.39에서 인용한 것이다. Petrus Lombardus, Liber II, Distinctio XXXV, Cap. 1 (231), p.529 Fn.5. 더욱이 이미 신약성서에도 이러한 사상은 나타나 있다. 가령 로마서 4:15 “οὐδὲ δὲ οὐκ ἔστιν νόμος οὐδὲ παράβασις (Vulgata: praevaricatio; Calvin, ad h.l., p.51; Bengel, ad h.l., p.561: transgressio) - 법률이 없는 곳에는 또한 범법이 없습니다” 또는 5:13 “ἁμαρτία (Vulgata: peccatum) δὲ οὐκ ἐλλογέται (Vulgata: imputatur) μὴ ὄντος νόμου - 죄는 법률이 없으면 귀책되지 않습니다.” 여기서 사도 바울의 可罰性에 주목하는 법률적 표현(“귀책”)에 주의해야 한다. 그러므로 가령 성경 [표준새번역]이 로마서 5:13을 “율법이 없을 때에는 죄를 죄로 여기지 않았습니다”로 옮긴 것은 오해의 소지가 크다. 왜냐하면 성경의 다른 곳들에서 분명하듯이 법률(“율법”) 이전에도 죄는 죄였고 그러한 當罰性 차원과는 구별해야 하기 때문이다. 주지하듯이 이 imputatio 개념은 후대에 사무엘 푸펜도르프(Samuel Pufendorf, 1632-1694)에 의하여 법이론의 중심개념으로 되었다.

- 2) 鄭青植(1), 110-158; 조지만, 70f. 중국법에 대해서도 유사하다. 가령 何勤華, 319-350; 414-415; 시마다 마사오, 86-89.
- 3) 다만 김재문, 290에 “(1) 형법의 적용범위 1) 행위시법, 신법의거, 재판 확정 후 법개정 무죄형집행 면제: 대명률(명례률, 단죄의신[분]<반>률)”이란 간단한 메모만 보이는데, 이마저도

이 글은 이러한 연구 상황에서 일차적으로 문제제기의 성격이 강하다.

2. 종래 조선시대의 죄형법정주의를 논할 때 별로 거론되지 않은 것 중의 하나가 바로 관리들의 올령 속지를 규정한 《大明律》 吏律 卷第三 公式 【講讀律令】 조(제63조)이다. 이것은 국가의 법령이 실제로 제대로 시행되기 위한 충분조건은 아니지만 필요조건 중의 하나인 것만은 분명하다. 《大明律釋義》는 [釋義]에서 이를 「凡此皆欲使人講明而斷獄不謬遵守而律令易行也」라 표현하였다.⁴⁾ 국가의 大事인 兵·刑·錢·穀의 담당자인 관리의 국가법에 대한 무지와 무능은 어떤 훌륭한 법제라도 결코 감내할 수 없는 현실조건이기 때문이다. 이들이 법을 잘 알고 그에 따라 公事를 처리하는 한, 일단 法治의 풍토가 가능한 것이다. 《大明律釋義》는 이를 「律令所以斷罪, 蓋治獄之規矩準繩也. 臣下固不得擅有改更. 若使講解不精, 則引用必謬刑罰, 豈能得中哉」라 표현하였다.⁵⁾ 《大明律》는 국가기강의 확립이라는 차원에서 관리들의 遵法을 확보하기 위하여 그 前代보다 더 엄격한 법령과 제도 마련에 특별히 신경을 썼던 것으로 알려져 있는데(“엄벌을 통한 吏治의 정돈과 담관의 징벌”)⁶⁾, 건국의 경험을 공유했던 조선 역시 이 점에서는 《大明律》의 규정이 어쩌면 不敢請 固所願의 일단이었을 것이다.

○《大明律》 【講讀律令】 조(제63조) [1]:

凡國家律令 參酌事情輕重 定立罪名 頒行天下 永爲遵守. 百司官吏 務要熟讀講明律意 剖決事務. 每遇年終 在內從察院 在外從分巡御史提刑按察司 官按治去處考校. 若有不能講解 不曉律意者⁷⁾ 初犯罰俸錢一月 再犯笞四十附過 三犯於本衛門遞降敘用.

앞부분은 그 취지가 모호하고, 후반부도 법개정이 유리한 경우만을 염두에 둔 듯하여 소급입법의 문제점을 전체적으로 포착한 것 같지 않다.

4) 楊 II-1, 357.

5) 楊 II-1, 356f.

6) 장진번 주편, 599ff. (특히 605).

『直解』凡國家律令은 參酌事情輕重하여 定立罪名 頒行天下 永爲遵守하라고 하옵시는 일이었으니만큼 百司員吏들이 모름지기 熟讀하여 律意를 精通 事務를 辨決하오되, 年終이거든 京中을랑 司憲府 外方을랑 按廉使가 各村에 監行糾察하오되, 不能解明하며 不通律意한것을랑 初犯이거든 一朔俸祿俸을 還生徵하고, 再犯이거든 笞四十過名施行하다. 三犯이거든 本司에 降等敘用하다.

〔處譯〕 무릇, 國家의 律令은 犯罪事情의 가법고 무거운 것을 參酌해서 罪名을 規定하여 온 세상에 公布施行하여 길이 遵守하게 하는 것이니 모든 官司의 官吏는 모름지기 律令의 條文을 熟讀하고 그 뜻에 精通하여 事務를 判斷處理하여야 한다. 每年末에 中央에서는 司憲府가, 地方에서는 按廉使가 官吏의 律令에 대한 成績을 考察하여, 만약 律令을 解讀講釋하지 못하거나 뜻을 理解하지 못하는 者가 있으면, 初犯은 1個月의 俸祿을 停止하고, 再犯하면 笞四十의 刑에 처하는 위에 官員의 名簿에 罪科名을 附記하고, 3犯하면 그 在職官司에서 職位를 降等하여 任用한다.

〔會譯〕 무릇 국가의 율령은 사실의 경중을 참작해서 죄명을 정하여 천하에 반포시행해서 영원토록 준수케 하는 것이니, 모든 관사의 관리는 율령의 뜻을 숙독하고 분명히 파악하여 사무를 판단결정하는 데 힘써야 한다. 매년말에 중앙은 참원(察院)에서, 지방은 분순어사(分巡御使)·제형안찰사(提刑按察使)에서, 관리가 조사하여 처리한 것을 심사한다. 만약 율문을 익히지 못하거나 율문의 뜻을 이해하지 못하는 자가 있으면 초범은 벌로 1개월의 봉록을 정지하고, 재범은 태형 40대에 처함과 동시에 과명(過名)을 부기하며, 삼범은 재직하고 있는 아문에서 강등하여 임용한다.⁸⁾

7) 법문의 앞에서는 讀과 講이 쓰였으나 이 뒷부분에서는 講만이 쓰인 것에 주의할 필요가 있다. <讀律瑣言> 該條 [瑣言] 『瑣言曰, 講者解曉其意, 讀者記誦其辭』(楊 IV-2, 392); <王儀部先生箋釋> 該條 [第一節] 『講者解說其意, 讀者記誦其辭』(楊 II-3, 324)에 의하면 講은 그 뜻을 이해하여 밝히 아는 것을 가리키고, 讀은 그 문언을 기억하여 외울 수 있는 것을 가리킨다고 하였다. 이 중에서 당연히 그 뜻을 通曉하는 것이 중요하므로 이 주석들은 이어서 암기할 수 있는 것만으로는 부족함을 지적하였다(『若不能講解不曉律意, 雖能記誦引用猶差, 何以剖決事務』). 따라서 이 부분의 정확한 번역은 “不能講解”와 “不曉律意”를 실질적으로 동일한 의미로 새긴 번역이어야 할 것이다. 이 점에서는 이어서 바로 소개하는 우리나라의 기존 번역들이 다소 문제가 있다.

8) 중국의 예를 보면, <大明律集解附例> 該條 [纂註] (劉兆祐, (一) 471) 및 <王儀部先生箋

II. 《大明律》 【斷罪依新頒律】 조

1. 소급입법의 원칙

《大明律》는 총론인 名例律편에서 명시적으로 소급입법에 의한 처단을 원칙으로 선언하였다.

○《大明律》 名例律 卷第一 【斷罪依新頒律】 조(제45조):

凡律自頒降日爲始. 若犯在已前者, 並依新律擬斷.

『直解』 凡律文을 頒降日始遵行하오되 已前犯罪人이라도 新律을 따라 擬斷.

[處譯] 모든 法律은 公布한 날로부터 施行한다. 만약 犯罪行爲가 法律의 公布 이전 에 있는 者는 모두 新法에 의하여 처리한다.

[會譯] 무릇 법령은 반포한 날로부터 비롯하니, 만약 이미 앞서 (죄를) 지은 경우에도 모두 새 법령에 따라 비기어 처단한다.

[정공식譯] 무릇, 법령은 반포한 날로부터 비롯하여 시행하니, 만약 이미 앞서 죄를 지은 경우에도 모두 새 법령에 따라 비기어 처단한다.9)

이러한 한도에서는 어쩌면 개별 사례 연구의 의미가 반감된다고 볼 수도 있을지 모른다. 그러나 모든 법에서 많은 경우 원칙적인 규정이 구체적인 적용 사례를 발견하지 못하고 그저 선언적인 성격의 구색으로 머무르는 경우들도 적지 않다는 점을 생각하면 《大明律》 名例律편의 원칙 규정의 의미를 구체적인 사례를 통하여 (재)확인하는 것은 분명 의미 있는 작업이 아닐 수 없다. 무

釋》 該條 [第一節] (楊 II-3, 324f.)에 의하면 知府(府의 장관)를 同知(=知縣)로, 同知를 通判으로 강등하는 것과 같은 類이고, 《大明律附例》(上) (奎章閣, 284), 《律條疏議》 該條 [疏議] (楊 I-2, 297) 및 《大明律直引》 該條 [解頤] (楊 III-1, 122)에 의하면 知縣(縣의 장관)을 縣丞으로, 縣丞을 主簿로, 典史(9품의 小관리)로 강등하는 것과 같은 類라고 한다.

9) 鄭肯植(1), 116.

엇보다도 소급입법에 의한 불이익처우 금지의 관점이 법질서 자체에 의하여 처음부터 배제되어 있다는 사실은 관련 문제의 고찰에 있어서 잊어서는 안 되는 전제이며 배경이다. 따라서 전통법의 소급입법에 대한 태도를 비판한다면 그것은 개별 사례를 하나하나 비판하는 것에 머물러서는 안 되고, 【斷罪依新頒律】 조(제45조) 자체에 대한 근본적인 비판이어야만 할 것이다. 이 글은 소급입법을 전면적으로 허용하는 이러한 독특한 태도의 배경을 살펴보고, 또 어떤 구체적인 모습으로 표출되는가를 예증적으로 검토해 보고자 하는 것이다. 이 글을 계기로 학계에서 더욱 진전된 연구 성과가 나오기를 기대해 본다.

2. 同條의 의미(1): 정공식의 견해

이 규정의 의미에 관해서 정공식은 다음과 같이 평가한다.

“형사법의 적용시기를 행위시의 법이 아닌 재판시의 법으로 하고 있다. … 일견 이는 법률불소급의 원칙에 위배되는 것처럼 보인다. 하지만 다른 관점에서 볼 필요가 있다. 이 규정의 취지는 처벌에서 법적통일성을 도모하고 이를 바탕으로 황제의 齊民支配를 관철하기 위한 것이다. 사회질서를 안정적으로 유지하기 위해 형률을 제정하였으므로 당연히 舊律보다 新律이 우선적으로 적용되어야 한다. 명 태조는 즉위 초부터 법전편찬에 지대한 관심을 가졌다. 1368년(洪武 1)에 처음 대명률을 반포한 후, 세 차례의 수정을 거쳐 1397년(洪武 30)에 최종적으로 대명률을 완성하였다. 명 태조는 1397년 최종 대명률을 반포하면서 수정을 금지하고 이를 어기면 처벌하도록 하였고, 그 후 대명률은 개정되지 않았다. 이는 이전의 대명률을 적용하지 않고 오로지 최종 대명률만 효력을 인정한다는 의미이다. 따라서 행위시법주의가 아닌 재판시법주의는 한편으로는 법적안정성을 확보하고 다른 한편으로는 제민지배를 관철하기 위한 입법적 조치라고 할 수 있다.”¹⁰⁾

10) 鄭肯植(1), 116f.

“조선시대에는 대명률을 일반법으로 수용했기 때문에 대명률에서 천명된 죄형법정주의 원칙은 조선에서도 그대로 유효하다. … 우선 [斷罪依新頒律]에서 형법의 시간적 효력을 규정하였는데, 이는 소급입법에 해당한다. 그렇지만 그 취지는 법의 통일과 황제권을 강화하여 백성을 專一的으로 지배하기 위한 입법적 조치라고 할 수 있다. …

물론 明律에서의 죄형법정주의는 현재의 그것과는 분명히 다르다. 어떤 의미에서는 백성에 대한 군왕의 지배권, 나아가 황제의 齊一的 지배를 확립하기 위한 수단이다. 법준수의 궁극적인 감시자는 황제이다. 황제를 법적으로 감시하고 구속하는 기구는 존재하지 않는다. 관리들은 황제통치권의 표현인 법을 준수해야 하는 의무가 있고, 또 법을 준수하였다. 즉 관료를 구속하는 원리로서 죄형법정주의는 존재한다. 이 점에서 백성들은 죄형법정주의의 혜택을 간접적으로 입었다고도 볼 수 있다.

그러나 서구의 죄형법정주의 자체도 시대와 상황에 따라서 변할 수 있는 가변적인 개념으로 보아야 한다. 그렇다면 형법의 규정 체제가 다른 중국적 전통과 가벌적 행위는 어떻게든 처벌해야 한다는 소박한 ‘正義觀念’을 고려한다면 부정적으로만 볼 수 없을 것이다. 따라서 상대적 관점에서 대상인 역사적 상황에 조응하여 판단하고 평가해야 할 것이다.”¹¹⁾

3. 同條의 의미(2): 필자의 소견

이러한 정공식의 평가는 타당한 것인가? 몇 가지 점에서 논평을 하기로 한다.

(1) 첫째로, 죄형법정주의라는 관점에서 역사적인 법제를 살피는 데 있어서 죄형법정주의의 개념 자체를 가변적인 것으로 설정하는 것은 방법론적으로 합당한 것 같지 않다. 그렇게 되면 모든 법제에 어떤 형식으로도 포함되어 있

11) 鄭肯植(1), 149f.

을 수밖에 없는 이른바 ‘죄형법정주의’적인 요소를 긍정할 수밖에 없고, 그렇게 되면 결국 그 차이를 드러내는 데에 어려움이 따르기 때문이다. 그러한 요소의 정도의 차이나 비중만이라도 제대로 포착하고 드러내기 위해서는 적어도 확고한 기준이 제시되어 있지 않으면 안 될 것이다. 그리고 그러한 기준으로서의 역사 발전의 최종단계의 그것을 활용하는 것이 가장 무난하고, 그러한 최종단계의 법을 체현하고 있는 현행법과의 비교고찰에도 득책이 될 것이다.

(2) 둘째로, 이렇게 할 때만이 사법담당자의 관점이 아닌 일반 국민의 입장에서 그 형사법제가 어떤 기제로 다가오는지가 판명될 수 있을 것이다. 행위 시에 알려져 있지 않은 새로운 죄목이나 형벌로 처벌을 받는다는 것은 그 가능성만으로도 국민의 입장에서는 정공식의 주장과 정반대로 법적안정성에 역행하는 처사이고, 불합리한 불이익 처분에 해당하기 때문이다. 주지하듯이 소급입법의 문제는 고스란히 이 논점에 초점이 놓여있는 것이다. 따라서 원칙적으로 일정한 기준시점을 중심으로 新律의 적용을 배제하는 조치, 특히 제재 자체를 배제하는 조치(“勿論”)라면 더욱 더, 불리한 처분이 아니므로 죄형법정주의의 관점에서는 얼마든지 가능한 것이되, 다만 그 기준시점이 新律의 반포보다 앞서는 경우에 한하여 소급적용의 문제가 발생할 뿐인 것이다. 이러한 예는 《大明律》【娶樂人爲妻妾】조(제119조)나 【逃避差役】조(제90조 [1])에서 볼 수 있는데, 각각 「其在洪武元年(1367)以前娶者勿論」, 「其在洪武七年(1374)十月以前移流他郡曾經附籍當差者勿論」이라 명문으로 규정하고 있는 것이다.

(3) 셋째로, 중국의 경우에도 《大明律》의 규율을 최대한 善解만 할 수는 없는 것이 명나라 이전의 법제에서 행위시법주의가 채택되어 있었던 경향이 있기 때문이다. 통시적인 고찰에 의한 상대평가가 필요한 까닭이다. 漢唐 이래 형벌 적용상 從輕主義 원칙을 강조하여, 漢令에는 「犯法者, 各以法時律令論之, 明有所詔也」라 규정하여 新定의 重法으로 처벌하지 않음을 분명히 한 바가 있다.¹²⁾ 이 令이 문제되었던 漢나라 때의 淳于長 사건의 기록¹³⁾은 이에 의

하면 정릉후(定陵侯) 淳于長이 大逆을 범할 당시 그의 小妻였던 迺始(내시) 등 6인을 연좌할 것인가를 논함에 있어서 승상 적방진(翟方進)은 令의 “法時”를 “(淳于)長犯大逆時”로 파악하고 당시에 이들은 長의 妻였으므로 이를 긍정했고, 반면에 孔光是 “(淳于)長坐大逆時”, 즉 재판시로 파악하고 이미 그 전에 이들과 長의 夫妻관계가 해소되었음을 이유로 이를 부정하였는데, 당 황제는 孔光의 견해를 손들어 주었다고 보고한다. 그렇지만 이것은 재판시법주의를 취하여 오히려 유리한 처분이 내려진 예이므로 통상 소급입법의 문제로 논하는 불리한 처분의 사례와 비교하는 것 자체가 (통설¹⁴⁾과 달리) 별로 의미가 있지는 않다. 반면에 행위시법주의를 취한 가장 확실한 선례는 바로 唐六典(738년)¹⁵⁾의 다음 규정이다.¹⁶⁾ 역대 가장 개방적이고 외부와의 교류에 적극적이었던 당나라 법문화, 특히 그 입법사상¹⁷⁾의 일단이 엿보이는 대목이다.

○唐六典 卷第六 尙書刑部:

凡有罪未發, 及已發未斷而逢格改者, 若格重則依舊條, 輕從輕法.¹⁸⁾

(무릇 죄가 발각되기 전 및 발각되었더라도 판결되기 전에 格¹⁹⁾이 개정된 경우, 만약

12) 教育部高等教育司組編, 313; 김택민, 64.

13) ○《漢書》卷八十一 孔光傳: 光久典尙書, 練法令, 號稱詳平. (成帝)時定陵侯淳于長坐大逆誅, 長小妻迺始等六人皆以長事未發覺時棄去, 或更嫁. 及長事發, 丞相[翟]方進, 大司空武議以爲: “令: 犯法者各以法時律令論之, 【師古曰: “此(其)[具]引令條之文也. 法時謂始犯法之時也.”】明有所說也. 長犯大逆時, 迺始等見爲長妻, 已有當坐之罪, 與身犯法無異. 後乃棄去, 於法無以解. 請論.” 光議以爲: “大逆無道, 父母妻子同產無少長皆棄市, 欲懲後犯法者也. 夫婦之道, 有義則合, 無義則離. 長未自知當坐大逆之法, 而棄去迺始等, 或更嫁, 義已絕, 而欲以爲長妻論殺之, 名不正, 不當坐.” 有詔光議是.

14) 仁井田 陸, 80; 殷嘯虎(1), 244; 蒲堅, 395; 김택민, 64.

15) 唐六典과 그 조선에서의 쓰임새에 관해서는 鄭肯植(2), 37-39.

16) 殷嘯虎(1), 245. 教育部高等教育司組編, 313은 이것을 唐律疏義로 잘못 알고 있다. 그러나 唐律疏義에는 이같은 조항이 없고, 기껏해야 범죄시에는 老疾이 아니었으나 발각시에 그렇게 된 경우 老疾로 (유리하게) 논한다는 규정만이 들어있다(卷第四 名例 第31조: 「諸犯罪時雖未老·疾, 而事發時老·疾者, 依老·疾論」). 譯註 唐律疏議(1), 242-245.

17) 葉孝信, 146-149; 越曉耕, 111-113.

18) 《大唐六典》, 145.

(개정된) 格의 (형벌이) 무거우면 옛 조문에 따르고, 가벼우면 가벼운 법에 따른다.)²⁰⁾

그러므로 전대에 비하여 폐쇄적이었던 명나라가 從輕主義 원칙을 버리고 新從重主義 원칙으로 선회한 ‘重大變化’²¹⁾를 그저 그에 반영된 重典治世²²⁾의 긍정적인 면만을 부각하여 외면하는 것은 문제가 있다.

(4) 넷째로, 정공식이 들고 있는 법적통일성과 제민지배의 필요성 등으로 인한 新法優先의 원칙[從新主義]은 통상 죄형법정주의에 의한 소급입법의 금지가 통용되지 않는 모든 경우에 적용되는 일반원칙이다. 신법우선주의는 일견

19) 格 역시 모두 형법제도였다는 점에 관해서는 《大唐六典》, 135f.; 김택민 주편, 譯註 唐六典 上, 575-577; 葉孝信, 155.

20) 김택민 주편, 譯註 唐六典 上, 613 (김택민 번역). 단 김택민은 동 번역에 대한 역주 194에서 《唐律疏議》 제488조 斷獄 20 赦前斷罪不當조(「諸赦前斷罪不當者, 若處輕爲重, 宜改從輕. 處重爲輕, 卽依輕法」; 번역문은 譯註 唐律疏議(III), 3361)을 唐六典의 해당 부분에 대한 설명의 뜻으로 부기하고 있는데, 이는 누가 봐도 분명 오류이다. 두 법문은 전혀 다른 사안을 규율하는 것이기 때문이다.

21) 教育部高等教育司組編, 313. 특히 族刑 連坐의 방면에서 모반대역죄에 한하여 아버지와 16세 이상의 아들만 사형에 처했던 唐律에 비하여(《唐律疏議》 제248조 賊盜 1 【謀反大逆】 조 [율문1] 「諸謀反及大逆者 皆斬, 父子年十六以上 皆絞」, 唐律疏議(II), 2381) 明律이 범위와 양형 면에서 훨씬 더 가혹해졌고, 실제로 明太祖 주원장이 각종 의혹 사건을 일으켜 관리 10만여 명을 살해했고, 永樂帝 역시 方孝孺의 九族과 제자, 친구 등 873명을 능지처참했다는 역사적 사실과 같은 것(殷嘯虎(2), 321; 신경진, 27)은 호도해서는 안 될 것이다. 반면에 서양의 법사상은 連坐 및 緣坐를 분명히 거부하였다. 가령 Grotius (1583-1645), Lib.II Cap.21 § 12: *dicemus neminem delicti immunem ob delictum alienum puniri posse.* (우리는 범죄의 負責이 없는 어느 누구도 타인의 범죄로 인하여 처벌될 수 없다고 말할 것이다); 또한 Lib.II Cap.21 § 13 (특히 Arcadius et Honorius C.9.47.22 [a.399] 인용: *Sancimus ibi esse poenam, ubi et noxa est.* ... *Peccata igitur suos teneant auctores nec ulterius progrediatur metus, quam reperitur delictum*); cf. Maihöf, 4. 특히 반역죄인의 경우인데도 자식, 친척과 친지들을 死刑에 연좌시키지 않는 법리는 Arcadius et Honorius C.9.8.5 (a.397), 특히 pr. *Quisquis ..., ipse quidem utpote maiestatis reus gladio feriat, bonis eius omnibus fisco nostro addictis: 1. Filii vero eius, quibus vitam imperatoria specialiter lenitate concedimus ...* (pr. [반역행위를] 한 자는 자신만 대역죄의 피고인으로서 검으로 처형되고, 그의 전 재산이 국고에 몰수되지만, 1. 그러나 그의 아들들은, 이들에게는 생명을 황제의 관용으로써 특별히 허용하는바, ...).

22) 郭成偉, 303-304; 張晉藩, 291-293.

자명한 것처럼 생각되지만, 이것은 어디까지나 법을 성문법 위주로 생각하는 법규범 이론의 전제하에서 그러한 것이다. 법의 연원에 대한 기본적인 관념이 성문법 위주가 아닌 때에는 신법에도 불구하고 오히려 법원리를 더 잘 구현하고 있는 것으로 판단된 舊法을 적용하는 법학적 태도도 얼마든지 가능하다. 로마법은 구체적인 예를 제시한다.²³⁾ 실제로 조선의 법운용에서도 이러한 모습은 낫설지 않았다. 기본적으로 효력이 있는 것으로 전제된 성문의 법조가 마련되어 있음에도 불구하고, 필요한 경우 舊法에 의뢰하는 것이 가능했던 것이다. 가장 전형적인 예를 들어본다. 《經國大典》이 공포 시행되었음에도 불구하고 唐律에 의거한 법운용이 사라지지 않았던 것이다. 이러한 사실은 당시의 ‘법전’이 자족적인 완결성을 전제하는 오늘날의 codification이 아니라, 論想論(topica)의 의미에서 법을 발견하는 데에 최우선적으로 동원되는, 동시에 가장 포괄적인, 규범프로그램(Normprogramm)이었음을 증거하는 것이다. 법적 논거의 論想(topoi. loci)은 《經國大典》 및 그것이 지시하는 《大明律》 안에만 있는 것이 아니라, 밖에도, 그것도 舊法에, 얼마든지 존재하는 것으로 관념된 것이다.²⁴⁾ 여기서 원래 —受範者가 행위 시에 법규범을 알았거나, 적어도 알 수 있었거나 알 수 있었어야만 그의 책임으로 돌릴 수 있는 범위만이 인정될 수 있다는— 과실책임주의 원칙에 입각하여 인정되었던²⁵⁾ 소급입법에 의한 형사처벌의 금

23) Cf. 최병조(1), 253f.

24) 이러한 태도는 동아시아의 법제에만 고유한 것이 아니었다. 이 점에서 가령 영국의 킴론 로 법관이 로마법의 구속력을 공식적으로 前面에서는 부인하면서도, 구체적인 경우 그 법리를 결정적인 것으로까지 원용하는 일이 있었다는 사실은 매우 시사적이다(12 M. & W. at 353; Lewis, 201f.에서 재인용):

“The Roman law forms no rule, binding in itself, upon the subjects of these realms; but in deciding a case upon principle, where no direct authority can be cited from our books, it affords no small evidence of the soundness of the conclusion at which we have arrived, if it proves to be supported by that law, the fruit of the researches of the most learned men, the collective wisdom of ages and the groundwork of the municipal law of most of the countries in Europe.”

25) Cf. Voet, ad D.48.19 n.10 (p.915): “Tempus quod attinet, si quidem post crimen commissum, sed ante condemnationem, poena statuto exasperata sit, illa magis imponenda videtur, quae tempore perpetrati facinoris obtinuit, eo quod quisque delinquens velut contractu quodam involuntario intelligitur sese ad eam

지가, 바로 이런 이유로 창설적으로 형벌을 가하는, 즉 그 전에는 가치중립적이던 행위에 새롭게 형벌에 의한 제재를 과하는 법률에 대하여 적용되고, 기존의 지배적인 가치관을 그저 수용하여 실정법에 의하여 이를 선언할 뿐인 선언적 신법률에 대해서는 작용되지 않았던 과거 서양의 경험을 상기할 필요가 있다. 이때에는 그러한 행위가 금지된다는 것을 그러한 법률에 의한 확정 없이도 인식할 수가 있었기 때문이다.²⁶⁾ 로마 공화정의 경우에는 소급입법의 금지는 실천적인 의미가 크지 않았는데, 많지 않은 형사법률들이 그저 선언적인 성격이었기 때문이었다. 이것은 제정으로 넘어 오면서 바뀌는데, 이제 법률은 대부분 창설적이 되었기 때문이었다. 『누구도 자신의 계획을 남을 침해하도록 바꿀 수 없다』(D.50.17.75 Papinianus 3 quaestionum: Nemo potest mutare consilium suum in alterius iniuriam)는 일반적인 행위 준칙이 입법자에게도 타당할 때 쉽게 수긍할 수 있는 소급효의 금지는 다수의 황제들 치세에, 특히 테오도시우스 I세(379-395), 테오도시우스 II세(408-450), 발렌티니아누스 III세(425-455) 때, 모든 형사법률에 대하여 원칙으로 법정되었다.

obligasse poenam, quam scivit, aut scire saltem potuit atque debuit, delicto per leges propositam esse; nec divinare necesse habuit, levioris poenae prioris futuram in durius commutationem.” (기존시점에 관한 한, 범행 후, 그러나 유죄판결 전에 형벌이 법률로써 입증하게 된 경우에는, 범죄자는 마치 비자발적 계약에 의한 것처럼 자신을, 그가 법률들에 의해 정해졌음을 알았거나 적어도 알 수 있었거나 알아야만 했던 형벌에, 구속했던 것으로 생각되므로, 악행을 범한 시점에 유효했던 형벌이 부과되어야 하는 것으로 인정된다. 또 그는 이전의 가법된 형벌이苛重한 것으로 변경될 것임을 짐쳐야 할 필요도 없었다).

- 26) 초기 로마의 경우에 대하여 Cf. Platner, *Quaestiones de Jure Criminum Romano* (1842), Quaest. I, p.8: “Civem scire debere ex notione reipublicae, cui adscriptus est, quae peccata sint fugienda, si in poenam incurrere nolit. Legem hic omnino deesse dici nequit, verum enim vera lex, qua poena infligitur, est illa omnium civium communis conscientia, quae cum unoque quasi nascitur et adolescit, ita ut a nemine ignorari possit, qui vinculo reipublicae illigatus [eneatur]<creatur?>.” (시민은 그가 속한 공동체의 관념상, 범죄에 빠지지 않으려면, 어떤 범죄들을 피해야만 하는지 알아야만 한다. 이때 법률이 전연 없다고 말할 수 없는데, 왜냐하면 개인과 더불어 말하자면 태어나고 자라나는 시민 모두의 저 공동 양심이 정녕 그에 의해 형벌이 부과되는 진정한 법률이어서, 공동체의 法鎖(vinculum)에 구속되어 태어나는 어느 누구에 의해서도 不知될 수가 없기 때문이다.). Jhering, 48 n.31에서 재인용.

D.48.19.1.pr Ulpianus 8 disputationum.

Quotiens de delicto quaeritur, placuit non eam poenam subire quem debere, quam condicio eius admittit eo tempore, quo sententia de eo fertur, sed eam, quam sustineret, si eo tempore esset sententiam passus, cum deliquisset.

(범죄가 문제될 때마다 범죄자는 그에 관해 판결이 선고되는 시점에 그의 조건(cf. D.48.19.1.1-2)이 수용하는 형벌을 받아야만 하는 것[裁判時法主義]이 아니라, 범행 시에 판결에 처했다라면 받았을 형벌을 받아야만 한다[行爲時法主義]는 것이 통설이다.)²⁷⁾

D.48.19.41 Papinianus 2 definitionum.

Sanctio legum, quae novissime certam poenam irrogat his, qui praeceptis legis non obtemperaverint, ad eas species pertinere non videtur, quibus ipsa lege poena specialiter addita est. nec ambigitur in cetero omni iure speciem generi derogare, nec sane verisimile est delictum unum eadem lege variis aestimationibus coerceri.

(법률의 명령에 순종하지 않은 자들에게 최근에 일정하게 정해진 형벌을 가하는 법률들의 제재는 그 법률 자체에 의하여 형벌이 특별히 덧붙여진 그러한 사안들에는 해당되는 것으로 인정되지 않는다. 또 여타 모든 법에 있어서 種[특별법]이 類[일반법]를 폐기한다는 것은 하등 의심의 여지가 없고, 또 하나의 범죄가 동일한 법률에 의하여 다양한 평가에 따라 懲治된다는 것 또한 정녕 비근한 일이기도 한 것이다.)

C.1.14.7 Theodosius et Valentinianus (a.440).

Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim etiam de praeterito tempore adhuc pendentibus negotiis cautum sit.

(법률과 칙법들이 미래의 사건들에 규범을 부여하고, 과거의 행위들에 소급 적용되는 것이 아니라는 것은 명백하다. 그러나 또한 과거 시점에 비롯하여 아직 係屬 중인 사건들에 대하여 명시적으로 규정이 된 경우에는 그러하지 아니하다.)

27) Cf. Bas.60.51.1 (Heimbach V, p.853): Ulp. Rei conditio spectari debet, non quam habet tempore sententiae (ἐν τῷ καιρῷ τῆς ἀποράσεως), sed quam habuit, cum delinqueret (ἀμαρτάνων).
Brunnemann, ad. D.48.19.1 n.1: "Quando poena est irroganda, tempus delicti attendendum est, non vero sententiae, licet interim rei status sit mutatus" (p.1347).

Cf. D.50.16.131.1 Ulpianus 3 ad legem Iuliam et Papiam.

... poena non irrogatur, nisi quae quaque lege vel quo alio iure specialiter huic delicto imposita est: ...

(... 형벌은 어떤 법률에 의하여 또는 다른 법에 의하여 특별히 이 범죄에 대하여 부과된 경우가 아닌 한 부과되지 않는다. ...)

D.50.16.244 Labeo 4 pithanon a Paulo epitomatorum.

... Paulus: ... quia poenae certae singulorum peccatorum sunt ...

(... 파울루스: ... 형벌은 개별 범죄들에 대하여 일정하게 정해진 것인 반면에...)

그러나 황제에게는 그에 대한 예외가 무제한 인정된다는 한계가 있었다.²⁸⁾ 이러한 비교사적 고려 하에 조선을 바라보면 당시 일정한 행위(crimina)의 當罰性과 可罰性에 대한 관념과 법의식은 사법담당자뿐 아니라 모든 백성들에 의해서도 공유되었던 것으로 보이고, 이러한 측면에서 행위 시의 舊律보다 재판 시의 新律에 의한 처벌(poena)이 더 중할 경우에 발생할 수 있을 인권 침해에 대한 심각한 의문은 제기되지 않았던 것으로 보인다. 어차피 순수한 法文에 구애된 司法이 아니라 情理를 중시하여 刑의 加減이 常態였던 법운용²⁹⁾은 반드시 엄한 新律을 그대로 적용하는 것에 그치는 것도 아니었으므로 문제의식이 그만큼 약화되었거나, 진지하게 문제시될 정도로 중요한 것으로 치부되지 않았을 것으로 생각된다.

○성종 129권, 12년(1481 신축 / 명 성화(成化) 17년) 5월 27일(신축) 3번째 기사
형조(刑曹)에서 아뢰기를,

“공사(公私)의 천구(賤口)로서 도망한 사람 가운데 사유(敎宥) 뒤에 붙잡힌 경우에는 관리들이 후시 사유(敎宥) 뒤에도 그대로 도망하였다고 하여 죄를 결절(決折)하기도 하고

28) Schreiber, 1105; Hall, 165ff.; 또한 Karlović, 256ff.; Ducos, 266-271.

29) Cf. 박종성, 999ff.

(或以赦後仍逃決罪), 혹은 사유 전에 범한 죄라고 하여 완전히 석방하기도 하니(或以赦前所犯全釋), 그 죄상(罪狀)은 한 가지인데 그 논죄하는 것은 각각 다릅니다. 당률(唐律)에 이르기를, ‘그 범죄로 인하여 도망하였다가 사유(赦宥)를 거쳐 죄를 면(免)하게 될 때 [기한 이외에도]<기한을 넘기고도> 자수하지 않는 자는 다만 그 도망한 것만을 [연좌시키고]<처벌하고> 본죄(本罪)는 논하지 않는다(其因犯罪逃亡, 經赦免罪, 限外不首者, 只坐其亡, 勿論本罪).’³⁰⁾ 하였으니, 금후로는 도망중에 있는 천구(賤口)가 1백 일 안에 자수하지 않는 자³¹⁾는 위의 율(律)에 의하여 죄를 주소서.”

하니, 임금이 그대로 따랐다.

어떤 범죄를 저지르고 도주한 경우에 그 범죄에 대한 赦宥가 있으면 그 도주자를 어떻게 처리할 것인가 하는 赦宥의 효력 범위가 문제된 이 사건은 바로 이러한 경우를 다루고 있는 율문이 《大明律》에는 결여되어 있었기에³²⁾ 일선

30) 《唐律疏議》第35條 名例 35 【略和誘人赦後故蔽匿】 조 [律文10] 「其因犯逃亡, 經赦免罪, 限外不首者, 止坐其亡, 不論本罪」(그러나 죄를 범하고 도망했다가 赦免令이 내려서 죄가 免罪되었는데 기한이 지난 뒤에도 자수하지 않는 자는, 단지 도망죄만 처벌하고 본罪는 처벌하지 않는다).

31) 《唐律疏議》第35條 名例 35 【略和誘人赦後故蔽匿】 조 [疏11] 「議曰: 謂赦前犯罪, 因即逃亡, 會赦之後, 罪皆原免, 赦後百日, 仍不自首, 止有逃亡之坐, 更不論其本罪」(사면령 이전에 죄를 범하고 그것으로 인해 도망갔어도 사면령이 내린 뒤에는 죄가 모두 용서되어 赦免되며, 사면령이 내린 이후 100일 내에도 여전히 자수하지 않았어도 도망죄만 처벌하고 그 본罪는 다시 논하지 않는다는 것을 말한다).

32) 기껏해야 《大明律》卷第一 名例律 【徒流人在道會赦】 조(제17조) [1]에 의하여 도형·유형을 받은 자가 도망 중에 있던 사이 도중에서 사면 받은 경우만이 규정되어 있을 뿐이다.

○「凡徒流人, 在道會赦, ... 若曾在逃, 雖在程限內, 亦不放棄, 其逃者身死, 所隨家口願還者聽, 『直解』凡徒流人이 路次에 마침 宥旨이시었거든 ... 일찍이 在逃하였다든 人을랑 비록 行路限日이 未滿하여도 不許放免하라. 在逃人이 身故하거든 隨去하였다든 家口가 自願還鄉 하거들랑 許聽放還하며

[處譯] 무릇, 徒刑이나 流刑을 받은 罪人이 귀양살이 곳으로 가는 途中에서, 마침 赦令을 만나면 ... 일찍이 逃避하여있던 사람은 비록 行路限日이 未滿되더라도 放免하지 아니하며, 逃避한 사람이 死亡하면 그에게 따라간 家口들은 自願하면 고향에 돌아가는 것을 聽許한다. [會譯] 도형·유형을 받은 자가 이동 중에 사면을 받으면 ... 만약 이미 도망 중에 있던 경우에는 비록 행정 기한에 있어도 역시 방면하지 않고, 그 도망자가 죽었을 경우에는 함께

의 사법관들이 도주의 죄책을 묻기도 하고 불문에 부치기도 하는 등 혼선이 있었다. 의심스러운 때에는 피고인에게 유리하게 해석하는 원칙(in dubio pro reo)을 따른다면 법에 규정이 없다면 당연히 모든 죄책이 赦宥된 것으로 새길 것이지만, 이러한 의미의 죄형법정주의를 알지 못하고, 오직 有罪必罰의 원칙을 고수한 가운데 의심스러운 때에도 오히려 처벌하되 가법게 하는 사법 운용의 원칙[罪疑惟輕]을 따랐던 당시의 사법 실무에서 담당관들 중에 도주의 죄책을 묻지 않은 자들이 있었다는 사실이 오히려 놀라울 정도이다. 이러한 입장의 논거가 무엇이었는지는 사료상 알 수 없다. 도주의 죄책을 本犯과 독립된 것으로 파악하면서도 本犯에 대한 赦宥가 도주에까지 미친다고 보았을 수도 있고, 아니면 반대로 도주를 오늘날 말하는 不可罰的 事後行爲(straflose Nachtat)로 파악하여 本犯과 동시에 처벌받는(mitbestrafte) 행위로 봄으로써 赦宥가 역시 이에 미친다고 보았거나 한 때문일 것이겠지만, 다른 견해가 있는 것으로 볼 때 이와 관련한 형사법의 이론이 확립되어 있었던 것은 아닌 것으로 보인다. 오히려 이 사건의 처벌을 통하여 그 반대로 귀결된 것임은 분명하다.

이 사건은 소급효와 관련하여 적어도 두 가지 점에서 흥미롭다.

① 첫째로, 이 사건은 행위 시에는 사법당국자들을 포함하여 그 누구에게도 법의 규율이 구체적으로 무엇인지가 분명하게 알려져 있지 않았던 경우들이 있었다는 사실을 적나라하게 드러내는데, 이러한 혼선이 국왕에 의한 有權解釋(authentische Interpretation)을 통하여 정리된 것이다. 사법관은 이러한 해석 이전에 발생한 법률관계에 대해서도 이렇게 해석된 법규범을 적용해야만 하였던 한, 유권해석은 소급효가 있는 것이다. 그런데 국왕의 유권해석은 입법과 그 경계가 반드시 명쾌한 것이 아니고, 이렇게 보면 이미 원리적으로 國王 司法의 성격상 소급입법에 대한 자기 억제와 어려울 것임을 짐작할 수 있다(후술 참조).

따라간 가구들이 귀환을 원하면 허락한다.

② 둘째로, 그런데 이렇게 확정된 법리의 결여라는 의미에서 행위 시의 규율 흠결을 재판 시의 법규에 의존해서가 아니라 (로마법학의 고전기에 몇 백 년 전의 12표법을 적용했듯이) 몇 백 년 전의 당나라 舊法에 의거해서라도 재판 시에는 해결하고자 했다는 점에서 (행위 시에 알려져 있지 않기는 마찬가지였던) 逆時間的 ‘소급법’의 적용이기 때문이다.

물론 이 사건의 경우는 赦宥로 모든 죄책이 면제된다는 피고인의 가능한 주관적 기대를 만족시키지 않는 법해석이 사후적으로 확정되었음에도 불구하고 엄밀히 말해서 내용면에서는 赦宥로 인해 사후적으로 불이익한 대우가 발생한 것이 결코 아니므로 엄격한 의미에서는 오늘날 죄형법정주의의 문맥에서 논하는 소급입법의 문제라고 하기 어려운 점이 있는 것은 사실이다. 이러한 예외적인 경우를 제외한다면 실제로 재판 시의 일반적인 준거가 된 것은 당연히 新律일 터였다.³³⁾ 개인의 자유와 권리를 위한 현대적인 죄형법정주의의 원리가 관철되지 않은 한 이것은 당연한 모습일 수밖에 없었을 것이다.

법의 적용에 관한 신법우선주의의 일반원칙이 긍정된다고 해서 논리필연적으로 소급입법에 대한 태도가 가부간에 결정되는 것은 아니다. 이를 新法優先을 관철하여 긍정할 것인지, 아니면 인권 보호의 맥락에서 예외적으로 금지할 것인지는 법제의 정책이 결정할 문제이다. 그러므로 명 태조 朱元璋이 거시적인 차원에서 大明律의 最終版만이 유효한 것으로 선언하고 모든 司法의 기초로 삼도록 하고, 더욱이 그 번개를 금지했다고 해서 그것이 바로 소급입법의

33) 그러나 이때에도 때로는 舊法이라도 그 법리를 강화시켜준다고 생각될 때에는 함께 원용되었다. 하나의 전형적인 예로 성종 5-1474.10.19.⑤을 들 수 있다. 이 사안은 관리나 公賤이 虧欠(휴흡) 또는 遺失한 물건을 절도에 준하여 장물로 추정하되 죄인이 사망한 경우까지 그렇게 해 온 사법 실무(「今奉法官吏等, 其官吏及公賤等所虧欠遺失物色, 一於律文有準竊盜計贓論之條, 至以身死人, 竝皆追徵」)를 교정하면서 장물의 경우 죄인이 사망하면 추정하지 않는다는 법조의 勿論解釋상 당연히 추정해서는 안 된다는 결론을 내면서 《大明律》 卷第一 名例律 【給沒贓物】 조(제23조) [2] 외에도 《唐律疏議》 제33조 名例 33 【以贓入罪】 조 [율문2] 「已費用者, 死及配流勿徵」, ([贓物을] 이미 消費한 자가 죽거나 유배된 경우에는 추정하지 않는다)을 원용하고 있는 것이다.

문제를 고려하여 정책적 입장을 밝힌 것으로 파악하는 것은 타당하지 않다. 오히려 이 문제는 [斷罪依新頒律]조를 둠으로써 비로소 입장을 정한 것으로 보아야 할 것이다.

(5) 다섯째로, 新律이 舊律보다 우선 적용되어야 하는 것은 정공식이 주장하듯이 ‘사회질서를 안정적으로 유지하기 위해’ 刑律을 제정하였으므로 ‘당연히’ 그렇다는 논리는 설득력이 떨어진다. 왜냐하면 이 논리는 新法優先主義가 적용되어야만 사회질서가 안정적으로 유지되고, 따라서 소급입법이 금지되면 신법우선주의가 깨지는 결과 사회질서가 안정적으로 유지되기 어렵다는 논변으로 보이는데, 이것은 오늘날 우리가 역사적 성취로 평가하는 소급입법을 금지하는 모든 죄형법정주의 법제를 불안정한 법질서로 보는 것과 다름 아니기 때문이다. 사회질서의 안정이란 원칙과 예외가 모두 일관되게 관철될 때에는 달성할 수 있는 법상태이지, 원칙만이 예외 없이 적용되어야 도달할 수 있는 것이 아닌 것이다.

(6) 여섯째로, 중국의 경우에도, 조선의 경우에도, 근대형법의 도입과 함께 바로 [斷罪依新頒律] 조가 개정되었다. 이것은 이 조문이 기준으로 삼은 근대적 의미의 죄형법정주의에 반한다는 부인할 수 없는 증거이다. 당시인들이 스스로 의식하여 취한 이러한 엄연한 역사적 조치를 보더라도 大明律의 동 법조는 죄형법정주의의 맥락에서 지나치게 선해하기에는 분명히 한계가 있다. 이와 관련하여 刑法大全(1905.4.29. 공포시행) 부칙 제679조(“從前施用호든 律例는 本 法律施行日로부터 并廢止함이라”)와 제680조(“本法律은 頒布日로부터 施行함이라”)를 정공식은 斷罪依新頒律을 따르는 것으로 이해한다.³⁴⁾ 그러나 이러한 이해는 형법의 일반적 시간적 효력을 정한 것으로 보는 한 타당하지만,

34) 鄭肯植(1), 146.

이것을 마치 대명률의 【斷罪依新頒律】 조와 같은 것으로 이해하는 것이라면 잘못이다. 소급입법을 정한 동 율문의 후단이 삭제된 것은 그 자체 소급입법을 배제했음을 의미하는 것이기 때문이다. 참고로 중국의 경우를 보면 전통적 관념의 끈질긴 존속을 엿볼 수 있다. 즉 1908년 완성되고 1911년 1월 25일 공포된 (실시되지는 않음) 大清新刑律을 보면³⁵⁾ 다음과 같이 규정하였다.

○《光緒二十三年(1897)刑律草案 刑律》(大清光緒新法令第十九冊)

修訂法律大臣沈家本等奏進呈刑律草案摺 ...

...光緒三十三年(1907)月日謹奏

謹將酌擬刑律草案繕具清單恭呈御覽

第一編總則 ...

第一章法例 ...

第一條 ① 凡本律自頒行以後之犯罪者 適用之。

② 若在頒行以前未經確定審判者 俱從本律處斷。 但頒行以前之律例不為罪者 不在此限。

(제1조 ① 무릇 本律은 頒行 이후의 범죄에 적용한다.

② 만약 頒行 이전에 아직 심판이 확정되지 않은 것은 모두 本律을 따라 처단한다. 그러나 頒行 이전의 律例가 죄로 삼지 않은 것은 그러하지 아니하다.)

행위 시의 법에 의하여 범죄를 구성하지 않는 경우에는 新律을 적용하지 않음을 明定하였음에도 불구하고(제1조 제2항 단서), 新律보다 이전에 재판에 회부되었으나 아직 확정판결이 나지 않은 재판 계속 중인 사안에 대해서는 여전

35) <http://web.nchu.edu.tw/~hfsai/downloads/course/library/1.pdf> (“光緒二十三年刑律草案 刑律 [大清光緒新法令第十九冊]”), p.1-3을 기본으로 하되 <http://www.lawtime.cn/info/lunwen/qitalw/2006102659151.html> (“近代西方刑法新旧派理論對《欽定大清刑律》的影響”)을 참고하여 수정 보완하였다(최종 검색 2012.3.26). 그러나 두 자료 모두 正文에는 못 미치는 것으로 생각된다. 향후 재검토가 필요하다.

히 행위 시의 舊律이 아니라 그 이후의 新律을 적용할 수 있도록 정했던 것이다(제1조 제2항 본문). 따라서 중한 新律에 의한 처벌 가능성을 열어놓았던 것이다.³⁶⁾ 이것은 조선을 포함하여 동아시아 전통사회의 당시 司法이 受範者, 특

36) 이 점은 당시 최고의 법학자였던 沈家本(1840-1913)의 관련 해설에서 그대로 드러난다. 반면에 로마법은 계속 중인 사건에 대하여 예외를 인정할 때에도 法定된 매우 제한적인 경우에 한하였다(C.1.14.7 cit. 단서). 沈家本의 설명은 제법 긴 관계로 원문은 생략하고 拙譯으로 소개한다.

“【이유】 본조는 형법의 시간적 효력에 관한 것이다.

제1조 규정은 형법불소급의 원칙에 기초한 것으로, 제10조 규정이 채용한 正條가 없을 시 처벌하지 않는다는 원칙과 서로 도와 시행하고 응당 어느 한 쪽을 폐하지 말아야 한다.

제2항 전단은 범죄가 新律 시행 전에 있었으나 심판이 시행 후인 경우 新舊 두 律 중에서 어떤 것을 마땅히 끌어 써야 하는지를 가리킨다. 本題의 입법례에 관해서는 두 가지가 있다.

(1) 하나는 新舊 두 법을 비교하여 그 중 가벼운 것에 따라 처단하는 주의이다. 프랑스형법 제4조, 벨기에형법 제2조, 독일형법 제2조, 헝가리형법 제2조, 네덜란드형법 제1조 제2항, 뉴욕형법 제2조, 일본현행형법 제3조 제2항, 일본개정형법 제6조, 이탈리아형법 제2조 제3항, 불가리아형법 제2조 제2항, 노르웨이형법 제3조 등 모두 이에 기초한 것이다.

(2) 그 둘은 新舊 두 법을 나누지 않고 모두 新法에 따라 처단하는 주의로서 영국이 쓰고 있다. 우리나라의 明律 역시 이 주의를 본으로 삼았다. 本朝는 비록 제1주의의 예가 있으나, 律의 본문에 “犯在已前並依新律擬斷”라는 규정이 있는데, 의논하는 자가 피소된 범죄의 시점에 당시 법률이 정하는 바의 형을 받을 권리가 있다고 한다. 이렇게 이야기하면 마땅히 모두 舊律의 刑으로써 科罪하고 다시 新舊 두 律의 輕重을 마땅히 나누어서는 안 된다. 하물며 臣民이 국가에 대하여 결코 이른바 형을 받을 권리를 갖지 못한다는 법리입에야. 혹은 다시 新律이 舊律보다 중하다고 하면서 舊律 시대의 犯人을 新律의 중형으로 과죄하면 舊律 시대 舊律의 輕刑을 받은 동종의 범인과 서로 비교하여 그 형평을 잃은 것으로 보인다고 한다. 이렇게 이야기하면 新律 시행 후 삼가 이 舊律 시대의 동종 범인은 舊律의 輕刑으로 과죄하고, 저 新律 시대의 범인은 新律에 의거하여 중형을 과해야 하는데, 서로 비교하면 다시 그 형평을 잃는 것이다. 혹은 다시 형이 엄함을 잃는 것은 형이 관대함을 잃는 것만 못하다고 이른다. 新律의 가벼운 것을 따르는 것은 관대함을 이루는 것이다. 그러나 형은 은혜를 사고파는 도구가 될 수는 없는 것으로 가히 엄할 수도 가히 관대할 수 있는 것도 아닌 것이다. 무릇 법률을 제정하는 것은 民度를 참작하여 빼고 보태는 것이다. 이미 재가를 거쳐서 반포되면 법을 세워서 일대의 憲章이 되는 것으로, 응당 다시 輕重과 寬嚴을 구별해서는 안 되는 것이다. 歐美와 일본 등 각국의 입법례는 제1주의를 채용한 바로써 모두 프랑스 형법의 영향을 받았다. 그러나 프랑스 형법의 규정은 그 시대의 반동이었으며, 그래서 오늘날에는 살펴 선택할 수 있는 것이 아니다. 우리나라는 옛부터 법리가 본래 제2주의의 입법례를 가졌는바, 이것이 이 法律案에서 다수의 예를 제시하여 서로 부화뇌동하지 않고 제2주의를 답습한 까닭이다.

【注意】

제1항은 이미 형법불소급의 원칙을 채용하여 新刑律 시행 이전의 행위는 新刑律에 비록 유

히 국민의 입장에서 행위 당시의 예견가능성과 기대가능성을 중시한 것이 아니라, 재판시의 현행 법규를 기준으로 한 사법담당자들의 현재적 규범의식과 도덕관념이 결정적이었음을 의미한다. 이중에서도 당시의 사안법적(casuistic) 법조들³⁷⁾의 文言 자체보다도 후자의 재판담당자들의 규범의식이 더 중요했었다. 그것은 사안법의 특성상 명문의 법조 자체도 어디까지나 다양한 현실의 가능성을 예비적인 지침으로 규정한 것으로서 법전 전체의 성격이 어디까지나 오늘날의 진정한 의미의 codification과는 달리 규범프로그램이었고, 이 프로그램의 구체적인 실현은 당연히 사법담당자들의 손에 맡겨져 있었기 때문이다. 다음의 사안은 임의의 舊法 역시 이러한 규범 프로그램의 일부였음을 잘 보여준다.

○단중 11권, 2년(1454 갑술 / 명 경태(景泰) 5년) 5월 16일(병인) 3번째 기사

의정부(議政府)에서 아뢰기를, “도적을 다스리는 법은 《육전(六典)》에 기재된 바와 각년의 수교(受敎)가 지극히 엄밀합니다. 그런데 중외(中外)의 도적이 날로 늘어나고 달로 성하여 양민이 해(害)를 받아서, 옥송(獄訟)이 번다(繁多)하여 장차 군도(群盜)가 일어날 조짐이 있으니, 염려하지 아니할 수 없습니다. 삼가 《당률(唐律)》을 상고하니, ‘50필을 절도한 자는 가역류(加役流)한다.’ 하였고, 《당률소의(唐律疎議)》에 말하기를, ‘가역류(加役流)라는 것은 예전에 사형(死刑)이다.’고 하였습니다. [그러자] <그런 즉> 절도는 장물(贓物)의 수(數)로써 사형에 처하는 것이 예전에도 그 제도가 있었습니다. 또 전(傳)에 이르기를, ‘백성이 게으르면 규찰하기를 엄하게 하여야 한다.’고 하였습니다. 이와 같이 법을 게을리하는 무리는 마땅히 임시로 무거운 법전을 써야 하니, 청컨대 우마적(牛馬賊)이 소를 죽였든지 죽이지 아니하였든지 막론하고, 초범(初犯)의 수죄(首罪)는 교형(絞

사한 범죄 행위가 있더라도 新律의 규정에 의거하여 이를 벌하는 것을 할 수 없다.

제2항은 아직 재판의 확정을 거치지 않은 경우 비록 이미 선고가 있었다라도 다시 상소에 의하여 이를 변경할 수 있음을 가리킨다. 무릇 안건이 이러한 사정을 갖추면 검찰관은 상소하여 新律을 끌어 쓸 것을 청구할 수 있고, 그 상소방법과 그 제한은 한결같이 소송법에 의거한다.”

37) Cf. 崔秉祚(3), 270-272.

刑)에 처하고, 중범(從犯)은 법에 의하여 자자(刺字)하여 거제도(巨濟島)·진도(珍島)·남해도(南海島)에 방치(放置)하고, 재범(再犯)은 유사(宥赦)하기 전의 죄를 통산해서 교형에 처하고, 그 나머지 절도는 여러 번 범죄하여 아울러 발견된 장물(贓物)을 통산(通算)하여 아울러 장물이 10관 이상인 자는 초범(初犯)의 수죄(首罪)가 되는 자는 교형에 처하고, 중범 및 10관 이하인 자는 법에 의하여 자자하고, 재범인 경우는 또한 사전(赦前)을 통산하여 교형에 처하소서.” 하니, 그대로 따랐다.

이때 국가구성원의 시민으로서의 개인적 권리, 특히 자유를 법적 사고의 출발점으로 삼지 않는 당시의 법질서가 소급입법에 의한 불이익한 결과를 재판시의 관점에서 그저 대수롭지 않은 것으로 여기지 않았다면, 아예 의식조차 못했던 것은 아닌가도 싶다.³⁸⁾ 이 점은 무엇보다도 《大明律》를 다룬 법률문헌들에서 거의 모든 경우 동 법조에 대한 주해 자체가 아예 없거나,³⁹⁾ 주해가 붙어 있는 경우에도 거의 전부가 신반포의 연혁적 사실을 거론하는 데 그치고 있는 데에서 드러난다.⁴⁰⁾ 극히 드물게 내용적인 설명이 있더라도 동 조문의 소급입법의 문제점을 간과한 채 법률이 반포된 후에 발생한 범죄를 그 新律에 따라 처단하는 것을 말하는 것으로 이해하여 일반 신법우선주의의 의미만이 강조되고, 그래서 국왕의 법제를 지키는 것은 舊律을 다시 쓸 수는 없는 노릇이라고

38) 로마의 인간관이 법에서 *persona*로 표상된 것의 의미에 관해서는 일응 崔秉祚(2), 17-21.

39) 《大明律直解》(中樞院, 104), 《大明律附例注解》(宋祥瑞, 228-229), 《大明律講解》(楊 I-4, 99), 《大明律直引》(楊 III-1, 95), 《律條疏議》(楊 I-2, 245), 《讀律瑣言》(楊 IV-2, 324).

40) 《大明律釋義》(楊 II-1, 321), 《大明律附例》(上)(奎章閣, 228), 《王儀部先生箋釋》(楊 II-3, 261), 《大明律集解附例》(劉兆祐, (-) 369f). 특히 마지막 것은 이 원칙을 법조의 시간적 적용대상과 관련하여 명문의 규정을 둔 구체적인 예를 두 가지 들어서 설명하고 있는데(該條【纂註】『然娶樂人爲妻妾條(제119조)有云其在洪武元年前娶者勿論, 則元年前者爲舊律, 以後者爲新律矣. 逃避差役條(제90조)有云其在洪武七年十月以前移流他郡會經附籍當差者勿論, 則七年十月以前者爲舊律, 以後者爲新律矣』), 이로 미루어 볼 때 당시 율학가들이 【斷罪依新頒律】 조(제45조)의 후단이 가져올 실천적 효과를 사실상 인식하지 못한 채 동 규정의 의미를 전단에 치중하여 법조 일반의 시간적 효력문제로만 이해했음을 보여 준다. 《大明律集解附例》(劉兆祐, (-) 370). [纂註]의 마지막은 이를 이렇게 정리하였다: 『合一以三十年(1397)五月內刊頒者爲定』.

첨언할 따름이다. 다음 주석이 가장 전형적인 예이다.

○《大明律集解附例》【斷罪依新頒律】조(제45조) [纂註] 「此言犯罪在先頒律後事發 並依新定律條擬斷 蓋遵王之制不得復用舊律也」⁴¹⁾

물론 다른 한편으로 (가령 서양의 경우 토마스 아퀴나스가,⁴²⁾ 동양의 경우에는 管子가 강조했듯이⁴³⁾ 법률의 공포 자체가 합리적인 법질서의 필요요건이지만, 중국의 법제사에서 이것이 항상 당연한 것으로 받아들여졌던 것은 아니라는 점⁴⁴⁾에서 보면, 《大明律》이 적용법규를 다름 아닌 반포된 법률에 의한다고 명시적으로 규정했다는 사실만으로도 위 법조는 나름으로 의미가 없는 것은 아니다. 이 한도에서는 이 법조는 【斷罪引律令】 조(제439조)의 기반을 이루는 사항을 규율하는 것이다.

그러나 실제로 《大明律》 刑律 卷第二十八 斷獄 【斷罪引律令】 조(제439조)는 이러한 일반법리 외에도 개별적인 新律에 의한 처벌을 이미 전제하고 있다. 국왕의 特旨가 그것이다.

41) 劉兆祐, (一) 369.

42) Thomas Aquinas, *Summa Theologica* I-II, q.90, a.4:

“Unde ad hoc quod lex *virtutem obligandi obtineat* quod est proprium legis, oportet quod applicetur hominibus qui secundum eam regulari debent; talis autem applicatio fit per hoc quod in notitiam eorum deducitur ex ipsa promulgatione: unde promulgatio ipsa necessaria est ad hoc quod lex 《*habeat suam virtutem*》, id est, ut ex lege promulgata oriatur nova norma vere obligatoria”

(그러므로 법률이 그 고유한 속성인 구속력을 얻기 위해서는 그에 의하여 규율되어야 하는 사람들에게 적용되어야 한다. 그런데 그러한 적용은 법률이 公布에 의하여 그들이 인식하게 됨으로써 일어난다. 따라서 公布는 그 자체 법률이 《그 효력을 가지도록》 하는 데에 필수적이다. 즉 公布된 법률로부터 진정 구속적인 새 규범이 발생하는 것이다). 상세는 Güenechea, 28-32.

43) 『管子』第十六篇 [法法]: 「令未布而罰及之, 則是上妄誅也」(It is reckless of the sovereign to mete out punishments before orders have been issued. - Rickett, 258) 및 蕭公權, 359f.; 管子의 以法治國이 유럽의 법치사상과 동일한 것은 아니라는 점에 관해서는 同, 366-369.

44) 楊鴻烈, 146-154.

○《大明律》【斷罪引律令】조(제439조):

[1] 凡斷罪 皆須具引律令 違者笞三十. 若數事共條 止引所犯罪者聽.

[2] 其特旨斷罪 臨時處治 不爲定律者 不得引比爲律. 若輒引比致罪有出入者 以故失論.

『直解』 [1] 凡罪人을 모름지기 律令比引決斷하오되 違者笞三十하라. 律文比條數條 이거든 所犯切當한 條를 聽從하라.

[2] 王旨로써 決斷하옵시는 定律못되는 罪囚는 不敢比引이거늘 卽自比律하여 罪囚를 入於罪하며 出於罪한것을랑 故失例로써 論하올일.

『處譯』 [1] 무릇, 罪人을 判決함에 있어서는 마땅히 律令의 條文을 具體的으로 引用 하여야 한다. 違反한 者는 笞三十의 刑에 처한다. 만약 律文比照할 것이 數條이면 所犯에 適切한 條만을 引用하는 것을 許容한다.

[2] 만약 王의 特旨로써 罪人을 判決하게 되었을 때, 그 特旨가 臨時로 처리하는 것이 一定한 刑律로 定한 것이 아니면, 그 特旨에 의한 判決例를 引比하여 類推 처리하지 못한다. 만약 이것을 引用類推하여 罪에 增減을 가져오게 한 者는 故出入人罪 또는 失出入人罪의 例로써 論罪한다.

『會譯』 [1] 무릇 죄를 처단함에는 반드시 율령을 구체적으로 인용하여야 하며, 위반한 자는 태30에 처한다.[만일 한 조문에 여러 사안을 규정하고 있는 경우에는 범죄한 부분만을 인용할 수 있다.]<만약 여러 건이 흔히 율문에 해당한다면 범해진 것으로 법에 따라 인정되는) 바의 죄를 인용하는 데 그치는 것을 허용한다(또는: 죄만을 인용하는 것을 허용한다).>

[2] 국왕의 특지로 단죄한 것이 임시로 처치한 것이고 정물이 되지 않은 경우에는, 그것을 율문으로 삼아 인용하거나 유추적용하지 못한다. 만약 경솔히 그것을 인용 또는 유추적용하여 죄에 증감이 생긴 경우에는 고의 또는 과실로 사람의 증감한 죄(官司出入人罪)⁴⁵⁾로 논한다.

45) 《大明律》 제433조.

이 법조의 제1항에 관한 한, 《唐律疏議》卷第三十 斷獄 16 【斷罪不具引律令格式】 조(제484조)의 규정:「諸斷罪皆須具引律·令·格·式正文, 違者笞三十. 若數事共條, 止引所犯罪者, 聽」도 거의 같은데, 특히 뒷부분은 동일하다. 임대희·김택민의 이 부분 번역(p.3350)은 “數事共條”를 “여러 사건이 조문을 같이한다”라고 하였다. 필자도 처음에는 (무엇보다도 이 번역이 언어적으로 더 가깝다고 생각하여) 이에 따라 會譯의 大明律 번역문을 동일하게 바꾸자고 제안하였었다. 이에 대하여 심사자 중 한 분(이하 “甲”)이 다음과 같이 번역상 이견을 피력하였다.⁴⁶⁾

「단죄인율령의 해석 ‘한 조문에 여러 사안을 규정하고 있는’ → ‘만약 여러 사건이 조문을 같이한다면’으로 하고 ‘경죄의 법조는 인용하지 않는 것을 말한다’고 하였습니다.

당률의 원문<중 疏 부분>을 보면 ‘若數事共條, 謂依名例律, 二罪以上俱發, 以重者論. 卽以贓致罪, 類犯者並累科. 假有人雖犯二罪, 並不因贓, 而斷事官人止引二罪俱發以重者論, 不引以贓致罪之類者, 聽.’인데 이를 분석하면 명례율의 규정을 예로 들어서 설명한 것이 아닌가 합니다. 즉 명례율 (율문 1) 二罪以上俱發, 以重者論. (율문 [2]<4>) 卽以贓致罪, 類犯者並累科.에 의하면 (원래는 모두 다 인용하여야 하지만) 어떤 사람이 두 가지 죄를 범하였는데 모두 장물로 인한 것이 아니라면 (율문 [2]<4>는 인용할 필요가 없이) 斷事官인이 二罪俱發以重者論만 인용하면 되고, 以贓致罪之類를 인용하지 않아도 좋다는 의미가 아닌가 합니다.

또 당대의 판결은 아닙니다만, 과거의 양식이 이어졌다고 생각되는 구한말의 형사판결문을 보면 경죄의 법조를 인용하지 않는 것이 아니라, 두 가지 법조를 모두 인용한 다음에 이죄구발이중문을 거론하고 있습니다.

그리고 구한말의 판결문에서는 두 가지 법조를 인용할 때 그 법조에서 규정하는 모든 사항을 인용하는 것이 아니라 범죄와 관련된 사항만을 인용하고 있습니다. 예컨대, 親屬相姦 ○ 凡姦同宗無服之親及無服親之妻者, 各杖一百. 若姦義女者, 加一等. ○ 若姦總

46) 이해의 편의상 단락 구분을 필자가 다시 하였다.

麻以上親及總麻以上親之妻 의 경우에 범죄와 실제로 관련이 있는 부분만을 인용하고 있는 것입니다.

따라서 ‘만약 여러 사건이 조문을 같이한다면’보다는 ‘한 조문에 여러 사안을 규정하고 있는’이라고 하는 것이 보다 자연스러운 해석이라고 생각합니다.」

이 견해는 Jiang Yonglin, *Da Ming Lü*, Art. 439 [1] 제2문: “If several crimes are stipulated in one article, it is permitted to cite only the portions regarding the specific crimes”와 동일한 이해이다. 이를 계기로 좀 더 생각해 본 결과 위에서 제시한 새로운 번역 의견에 이르렀다. 이 소견은 直解文 및 그것을 번역한 處譯의 이해와 일치하는 것이다. 그 이유는 다음과 같다. 數事共條에서 事란 일용 율문에서 정한 범죄행위에 해당하는 독립적인 범행 사안 내지 사건을 가리킨다는 데 의심의 여지가 없다. 그러면 왜 이 내용을 설명하는 데 唐律에서는 卷第六名例 【二罪從重】 조(제45조)를 들고 있는 것일까? 그것은 각각 율문에 해당하는 행위가 여럿일 때에 원칙적으로 적용되는 법조가 바로 이 조문이고, 이에 의하면 그 중 가장 중한 범죄에 해당하는 죄만으로 처벌하므로 바로 그 율문만이 인용되면 족한 것으로 법정되어 있기 때문이다. 경한 죄목은 언급할 필요가 없는 것이다. 다만 贓罪의 경우에는 贓罪만을 범했을 때에는 모든 액수를 누적하여 과죄하므로 예외를 구성하는 것이지만, 贓罪와 다른 죄를 함께 범한 경우에는 그 중 중한 것에 따라 그것만을 인용하면 되므로 원칙에 따르면 되는 것이다. 이렇게 보면 共條의 의미가 ‘어떤 법조에 여러 범죄행위가 규정되어 있다’거나 아니면 ‘여러 사건이 조문을 같이한다’거나 하는 이해는 잘못되었거나 적어도 오해의 소지가 매우 크다. 오히려 ‘여러 건이 共히, 즉 각각, 율문에 해당한다’는 의미이고,⁴⁷⁾ 그렇다면 所犯罪者 역시 ‘죄를 범한 바로 인정되는 것’,

47) 이 점은 大明律 【二罪俱發以重論】 조(제25조) 첫부분의 [講]을 보면 「謂如甲先犯私借官物(제134조)笞五十 又犯把持行市(제173조)杖八十 一時被人告發 卽從重罪 杖八十科斷. 又如乙先犯別籍異財(제93조) 又犯逃避差役(제90조) 俱該杖一百 當從一罪斷之」 ([會譯] 가령 甲이 私借官物 笞 50을 먼저 범하고 또 把持行市 杖 80을 범하여 동시에 고발되면, 重罪에

‘법에 의하여 범죄로 논하면 되는 것’이라는 의미일 수밖에 없다. 왜냐하면 二罪俱發의 경우에도 以重論하지 않고, 따라서 數事를 그대로 모두 인용해야 하는 다른 경우들이 존재하기 때문이다. 가장 전형적인 것이 【二罪俱發以重論】 조(제25조)의 단서 규정이다.

○ 「其應入官 陪償 刺字 罷職 罪止者 各盡本法」⁴⁸⁾

[處譯] <그러나>⁴⁹⁾ 당연히 官에 沒收해야 할 것, 賠償해야 할 것, 刺字의 刑을 받아야 할 것, 罷職해야 할 것, 罪를 어느 刑에 그쳐야 한다고 規定한 것은 각각 그 本法대로 處斷한다.

[會譯] <그러나> 마땅히 입관, 배상, 자자, 파직으로 죄가 그치는 것은 각각 본법대로 한다.

결국 다른 정함이 없는 한, 원칙적으로 가장 중한 범죄의 해당 율문만 인용하면 된다는 결론이 된다. 그러나 왜 그것만을 인용했는지는 당연히 밝혀야 하므로 大明律 【二罪俱發以重論】 조(제25조) 역시 함께 인용하지 않으면 안 된다.

○大明律 【二罪俱發以重論】 조(제25조):

『凡二罪以上俱發 以重者論. 罪各等者 從一科斷』

『直解』 凡二件罪가 一時俱發하거든 從重罪論하라. 二罪가 相等하거든 從一科斷하라.

따라서 杖 80으로 과단한다. 또한 가령 율이 別籍異財를 먼저 범하고 또 逃避差役을 범하면, 모두 杖 100에 해당하므로 응당 한 건만 처단한다) 분명하다.

48) 구체적인 예는 該律文의 [註]와 [講] 참조.

49) 율문에서 쓰인 其는 앞의 규정과 달리 규정하는 경우를 표시하는 것이다. 【例分八字之義】 其 [註] 『其者, 變於先意. 謂如論八議罪犯, 先奏請議, 其犯十惡, 不用此律之類』 ([處譯] ‘其’字를 쓴 것은 먼저 표시한 뜻을 변경하는 것을 표시한다. 가령 八議에 해당하는 者의 犯罪에 대하여는 먼저 王에게 奏請하는 것이나 그중 十惡의 罪를 犯한 者에게는 이 規定은 適用하지 아니한다고 한 따위와 같다). 따라서 이를 “그”라고 번역하는 것은 오역이고, 적어도 번역하지 않고 넘기거나, 더 좋기는 ‘그러나’로 명시해야 한다.

[處譯] 무릇 二件 이상의 犯罪가 한꺼번에 發覺되면, 中 重한 罪로써 論罪하고, 二件 이상의 罪가 서로 相等하면 中의 한事件에 쫓아 처벌한다.

[會譯] 2건 이상의 죄가 함께 발각되면 중한 것으로 논한다. 죄가 각각 같으면 한 건만 과단한다.

따라서 심사자 甲이 중한 죄의 兪문이 아니라 二罪俱發以重論만 인용하면 된다고 본 것은 잘못이다. 조선의 실무에서 둘 중 중한 것에 의하여 제○○조에 의하였다고 적지 않고, 경하고 중한 모든 죄목을 언급하고 大明律 제25조를 적용한 것은 사무 처리의 면에서는 더욱 확실한 照律 실무이고, 바람직한 것이지, 결코 법에 어긋나는 것이 아니다. 법은 이럴 때 사무 처리의 번거로움을 피하여 편의상 (흡수되어 버렸다고도 볼 수 있는) 경한 죄목을 생략할 수 있다고 했을 뿐이기 때문이다. 그러므로 심사자 甲이 以贓致罪之類를 인용하지 않아도 좋다고 한 것 역시 잘못이다. 數事가 모두 贓罪인 경우거나, 贓罪가 함께 범한 범죄 중에서 가장 중한 경우에는 당연히 贓罪의 兪문을 인용해야만 했기 때문이다. 또 심사자 甲이 親屬相姦의 예를 들어서 하나의 兪문에서 여러 구성요건이 규정된 경우에는 해당 구성요건만을 인용하면 되었고, 실무도 실제로 그렇게 했다고 지적하는데, 이것은 너무나도 당연한 것으로서 굳이 언급할 필요조차 없는 사항이다. 大明律의 兪문치고 변쇄하게 길지 않은 것이 드문데, 쓸데없이 해당사항 아닌 부분까지 모두 인용하도록 法定한다는 것은 아무리 善解해도 당시의 수준을 너무 낮게 보는 것일 터이다. 이 법조는 이와는 무관한 것이다.

위 법조의 제2항과 관련해서 비교법적으로 살펴보면, 로마법에서도 특례법(ius singulare)의 경우 그 유추적용을 금하는 법리가 알려져 있었는데, 모두 법의 안정성을 위한 조치이다. 특례법이란 법체계의 主論理에는 맞지 않지만 일정한 효용으로 인하여 법설정 권위자⁵⁰⁾에 의해 도입된 것을 말하는데(D.1.3.16 Paulus libro singulari de iure singulari. Ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est), 이러한 것들은

유추나 引律比附를 통한 확대적용⁵¹⁾이 그 법의 정신에 맞지 않기 때문이다.

D.1.3.14 Paulus 54 ad edictum.

Quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias.

(법체계의 主論理에 반하여 수용된 것은 끝까지 일관되게 적용되어서는 안 된다.)

D.1.3.15 Iulianus 27 digestorum.

In his, quae contra rationem iuris constituta sunt, non possumus sequi regulam iuris.

(법체계의 主論理에 반하여 설정된 것은 定律로 隨從할 수 없다.)

조선의 경우에도 特旨에 의한 改律이 초래할 수 있는 문제점을 잘 알았기에 그 定律로서의 성격을 판단함에 대단히 신중한 태도를 보였음에도 불구하고 그것을 匡衡의 至上 결정으로서 상시적으로 허용하였다는 사실이야말로 당시의 ‘죄형법정주의’가 오늘날의 죄형법정주의가 될 수 없었음을 보여주는 것이다. 오늘날 죄형법정주의의 한 가지인 불리한 소급입법의 금지, 즉 처벌은 행위

50) D.1.3.11 Iulianus 90 digestorum.

Et ideo de his, quae primo constituuntur, aut interpretatione aut constitutione optimi principis certius statuendum est.

(그래서 우선 (법으로) 설정된 것들에 관해서는 혹은 해석으로, 혹은 조소한 황제의 칙법으로써 더 확실하게 정립되어야 한다.)

51) D.1.3.12 Iulianus 15 digestorum.

Non possunt omnes singillatim aut legibus aut senatus consultis comprehendi: sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui iurisdictioni praest ad similia procedere atque ita ius dicere debet.

(모든 사항이 하나하나 혹은 법률들으로써, 혹은 원로원의결들으로써 포괄될 수는 없다. 하여 어떤 사항에 관하여 이 법규들의 취지가 명백한 경우에는 사법담당자가 유사한 것으로 나아가서 [=유추하여] 그에 따라 법을 선언하여야 한다.)

D.1.3.13 Ulpianus 1 ad edictum aedilium curulium.

Nam, ut ait Peditus, quotiens lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est cetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione vel certe iurisdictione suppleri.

(왜냐하면, 페디우스(주황동시기 1세기 후반)가 말하듯이, 법률로써 이런 혹은 저런 어떤 것이 도입된 경우마다 동일한 취지를 향하는 여타의 것들이 혹은 해석으로써, 혹은 확실히 사법권의 행사에 의하여 보충되는 좋은 계기인 것이다.)

시의 법률에 의해서만 가능하고, 사후적으로 법률을 바꾼 다음 그에 의거하여 처벌하는 것을 금지하는 원칙과 정면으로 배치되는 처결이 가능하였던 것이다. 그만큼 당시에 인민의 자유와 인신의 보호는 미흡할 수밖에 없었음을 보여준다. 동시에 이것은 다른 경우들보다 훨씬 더 극명하게, 당시의 재판이 (가령 引律比附, 罪疑惟輕 등을 동원하여) 기존 법규의 단순한 적용에 그치는 것이 아닌 많은 경우에 그 실질이 법의 伸造, 즉 발전적 형성(Rechtsfortbildung)으로서 입법과 맥이 닿아 있었다는 사실도 보여준다. 이런 의미에서 모든 照律은 결과적으로는 법의 적용(Rechtsanwendung)에만 그치는 것이 아니라 그때그때마다의 법창설(Rechtsschaffung)이었다. 궁극적으로 주권자인 임금의 대응이라는 점에서 개별적인 사건에 대한 처결이지만, 이 역시 법의 정립에 해당하는 것이고, 병행적 비교사례를 들자면 로마의 황제가 다양한 방식으로 내렸던 모든 공적인 결정이 칙법(constitutiones)을 구성했던 것과 같은 것이다.⁵²⁾ 국왕의 特旨는 로마 황제의 개별사건 판결인 裁決(decretum)에 상응한다. 格例로서의 일반성을 결여한 受教에 대하여 永典에 수록할 恒式으로서의 가치를 인정하지 않았던 태도

52) 이 constitutiones에 해당하는 것이 《大明律》 제64조 【制書有違】 조의 制書이다. 制란 모든 임금의 말을, 書란 그것을 기록한 것을 말하기 때문이다. 그런데 [處譯]은 이를 ‘王의 詔勅’이라 번역하면서(p.163) 그 註(93)에서는 ‘詔勅의 1種. “帝之下書有四 一曰策書 二曰制書 三曰詔書 四曰誡勅 云云, 制書者 帝者制度之命 其文曰制詔 …” (後漢書, 光武紀 辛未詔 註), 이라 설명하고 있다(p.184). [會譯]은 그냥 ‘제서’라 쓰면서 그 각주 7)에서 ‘詔勅 중의 하나’라고 할 뿐이다(p.160). Jiang Yonglin의 번역은 그냥 ‘imperial edicts’라 옮겨서 edict를 이해하기에 따라서는 보다 포괄적인 의미도 가능하기는 하지만 반드시 명료한 것은 아니다. 그러나 이러한 이해들은 그릇된 것이다. 漢나라 때의 이야기(大漢和辭典 卷二, 【制書】 70 ●, p.255)가 이 후대에 전거가 될 수 없음을 물론이다. 明·清 시기의 의미는 《大明律集解附例》【纂註】‘天子之言曰制 而書則載其言者 如詔勅諭諭之類’(劉兆祐, (一) 474); 《大明律釋義》該條【釋義】‘天子之言曰制 書則載其言 如令詔勅之類 故曰制書’(楊 II-1, 358); 《王儀部先生箋釋》【第一節】‘如奉敕詔勅諭諭 聖旨之類’(楊 II-3, 326); 《讀律瑣言》該條【瑣言】‘制命之辭 如詔勅諭諭之類’(楊 IV-2, 394); 《律條疏議》該條【謹詳律意】‘制令之出所當欽承’(楊 I-2, 301); 清律 該條【注】‘天子之言曰制, 書則載其言者, 如詔勅諭諭之類, 若奏准施行者, 不在此內;’ 또한 [清國行政法汎論, 官吏義務, 忠順義務] ‘制書者, 謂詔勅諭諭等, 所有君主之命令’(大漢和辭典 卷二, 【制書】 70 ●, p.255)에 잘 설명되어 있다. 鄭肯植(1), 128 + n.57은 두루 ‘황제의 명령’으로 옮겨 이해하였다. 判리를 대상으로 한 왕의 教旨라는 조선 세종대의 이해에 관해서는 조지만, 82f.

까지 제정기 로마와 조선의 왕정은 일치한다.

Institutiones Iustiniani I.2.6:

Sed et quod principi placuit, legis habet vigorem, cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem concessit.⁵³⁾ quodcumque igitur imperator per epistulam constituit vel cognoscens decrevit vel edicto praecepit, legem esse constat: hae sunt quae constitutiones appellantur.⁵⁴⁾ plane ex his quaedam sunt personales, quae nec ad exemplum trahuntur, quoniam non hoc princeps vult: nam quod alicui ob merita indulsit, vel si cui poenam irrogavit, vel si cui sine exemplo subvenit, personam non egreditur.⁵⁵⁾ aliae autem, cum generales sunt, omnes procul dubio tenent.

(그런데 [원수의 처벌]<황제가 嘉納하는 바>도 법률의 효력을 가진다. 왜냐하면 그의 대권에 관하여 제정된 [왕법]<王權法>⁵⁶⁾으로써 국민이 그에게 그리고 [그에 대한]<그를 상대로>, 모든 [그(국민)]<자신>의 대권과 권한을 양도하였기 때문이다. 그리하여 황제가 서한으로 제정한 것 또는 심리하여 재결한 것 또는 고시로 명한 것도 법률이라는 점

53) = D.1.4.1.pr Ulpianus 1 institutionum.

Quod principi placuit, legis habet vigorem: utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat.

또한 C.1.17.1.7 Justinianus (a.530):

... Cum enim lege antiqua, quae regia nuncupabatur, omne ius omnisque potestas populi Romani in imperatoriam translata sunt potestatem, ...

(... 왜냐하면 王權法이라 불렀던 옛 법으로써 로마 人民의 모든 권리와 모든 權能이 황제의 權能으로 移讓되었기 때문에 ...)

54) = D.1.4.1.1 Ulpianus 1 institutionum.

Quodcumque igitur imperator per epistulam et subscriptionem statuit vel cognoscens decrevit vel de plano interlocutus est vel edicto praecepit, legem esse constat. Haec sunt quas vulgo constitutiones appellamus.

55) = D.1.4.1.2 Ulpianus 1 institutionum.

Plane ex his quaedam sunt personales nec ad exemplum trahuntur: nam quae princeps alicui ob merita indulsit vel si quam poenam irrogavit vel si cui sine exemplo subvenit, personam non egreditur.

56) lex regia에는 크게 두 가지 용법이 있다. 하나는 로마 古拙期 왕정 시기의 (로물루스, 누마 폼필리우스 등의) 왕법이라는 의미이고(Riccobono ed., caput I, p.1-20), 다른 하나는 이곳에서처럼 lex de imperio를 달리 칭하는 표현이다. 그렇다면 이곳의 역어는 역시 王權法 또는 大權法이 더 적합하다.

명확하다. 이것들이 칙법이라고 불리는 것들이다. 확실히 이 중에서 어떤 것들은 황제가 원치 않았기 때문에 [예로써 들어질] <格例로 삼을> 수 없는 一身적인 것이다. 즉 그(황제)가 어떤 이에게 功勳을 이유로 부여했거나 또는 어떤 이에게 형벌을 부과했거나 또는 어떤 이에게 先例를 짓지 않으면서 扶助한 것은 일신을 넘어가지 않는다. 그런데 다른 것(칙법)들은 일반적이기 때문에 의심의 여지없이 모든 이를 기속한다.)⁵⁷⁾

다만 조선이나 중국의 경우 군왕의 통치의 그 사상사적 기반이 로마처럼 人民에 의한 권한의 委讓과 그 사실을 성문화한 王權法(*lex regia, lex de imperio*)⁵⁸⁾과 같은 것과는 거리가 멀어도 한참 멀었다는 점에서 근본적인 차이가 있었고,⁵⁹⁾ 그에 상응하여 소급입법에 의한 시민의 자유에 대한 제약 역시 다른 태도로 취급될 수밖에 없었을 것이다.

그러나 로마의 경우에도 후대로 오면서 帝政의 성격도 專制的으로 변하고,⁶⁰⁾ 법학의 수준도 달라지는데다가, 특히 관료에 의한 부정과 부패를 명시적 일반법률(*lex generalis*)에 의한 법운용으로써 대처하려는 의도에서 더 이상 *lex*

57) 성중모, 326f.; cf. 최병조(1), 230.

58) 현전하는 구체적인 예를 하나 들자면 유명한 베스파시아누스 황제의 왕권법(*Lex quae dicitur de imperio Vespasiani, AD 69-70*)이 있다. 상세는 Crawford (ed.), 549-553.

59) 이 점은 조선도 중국과 마찬가지로 실질적으로 군주의 至上權과 全權과 專權에 관한 한, 일찍이 儒家 사상으로 윤색되었지만(기원전 136년 漢武帝에 의한 공인 이후), 그 실질은 언제나 철저히 法家の 군주 유일절대권력주의를 기반으로 삼았고, 백성은 정치적으로 그저 다스림과 부림의 대상이었을 뿐이었던 사실의 반영이다. Cf. 정위안 푸 (2011); 崔秉祚(4), 82-84.

60) 왕권법도 238년 이후로는 사라진다. Liebs(1), 24; Liebs(2), 86. 이러한 변화의 징후는 가령 아우렐리아누스 황제(Aurelianus: 270-275)가 투숙한 여관에서 집주인의 아내와 간통하다가 현장에서 발각된 한 병사에게 알렉산더 대왕만이 실시했던 가혹한 형(두 나무그루를 굽혀서 양쪽 끝에 발을 묶고 잡고 있던 나무줄기를 놓아서 몸이 두 쪽 나도록 한 처벌)을 명한 것에서 간취할 수 있을 것이다.

Scriptores Historiae Augustae (Flavius Vopiscus Syracusius) - XXVI: Aurelianus, cap. 7, par. 4:

Solus denique omnium militem, qui adulterium cum hospitis uxore[*m*] commiserat, ita punivit, ut duarum arborum capita inflecteret, ad pedes militis deligaret easdemque subito dimitteret, ut scissus ille utrinque penderet, quae res ingentem timorem omnibus fecit.

이외의 王旨는 法源으로서 원용하지 못하도록 사정이 바뀐다.⁶¹⁾ 관료에 의한 恣意的인 결정을 미연에 방지하려는 것 역시 그 취지의 중요한 일단이었던 大明律 【斷罪引律令】 조(제439조)도 官尊民卑의 전통사회에서 언제나 가능했던 권력 남용의 실태를 염두에 둔 것이라는 점에서 후기 로마의 경우와 크게 다르지 않다.

Ⅲ. 맺음말

이 글은 조선시대의 죄형법정주의에 대한 이해를 《大明律》 【斷罪依新頒律】 조(제45조)를 중심으로 고찰한 것이다. 종래 이 문제는 죄형법정주의 일반에 관한 고찰에서 크게 주목받지 못하였거나, 아니면 그것이 배태하고 있는 문제점을 지적하기보다는 당시 지배의 依法主義的 측면이 강조됨으로써 지나치게 善解되거나 한 것으로 보인다. 이 글에서는 오늘날의 죄형법정주의가 요구하는 이른바 소급입법에 의한 불이익한 처벌의 금지라는 본연의 맥락에서 당시의 입법과 사법 운용의 모습을 조명하고 필요한 경우 로마법과의 비교도 곁들이면서 비판적으로 고찰하였다. 당시의 법질서에 근원적인 개인의 권리에 대한 인식의 저조함과 사안법적인 대처가 裁判時法主義를 채택하는 데 결정적으

61) Imperatores Theodosius et Valentinianus (a.426) C.1.14.3; C.1.14.2; C.1.19.7; C.1.22.5; CTh.1.4.3. 상제는 Liebs, 18-25; Kussmaul (1981). 참고로 이러한 태도는 후대 스피노자(1632-1677)의 법사상에서도 찾아볼 수 있다.

Spinoza, *Tractatus politicus*, Caput VII § 1 i.f.:

Atque adeo imperium Monarchicum, ut stabile sit, instituendum est, ut omnia quidem ex solo Regis decreto fiant, hoc est, ut omne jus sit Regis explicata voluntas; at non ut omnis Regis voluntas jus sit, de quo vide Art. 3. 5. et 6. praec. Cap.

(그러므로 군주정이 안정적이기 위해서는 모든 것이 왕의 법령으로만 행해지도록 시행되어야 하는바, 즉 모든 법이 왕의 분명한 의지이도록 시행되어야 하는 것이지, 왕의 모든 의지가 법이도록 시행되어서는 안 되는 것이다. 이에 관해서는. 前章 3절, 5절, 6절 참조)

몽테스키외(1689-1755)에 이르면 아예 그러한 종류의 개별 王旨는 나쁜 입법방식의 전형으로 취급된다. Montesquieu, livre XXIX, Chapitre XVII: *Mauvaise manière de donner des lois* (p.1037f.).

로 역할을 한 것으로 생각된다. 전통법제의 이 부분이 근대적 법관념으로 보면 미흡한 것이었음은 서양법의 수용과 함께 서구식의 죄형법정주의 관념과 사상이 동양에도 채택된 사실에서 잘 알 수가 있다.

■ 참고문헌

- 《經國大典》[奎章閣資料叢書 法典篇], 서울大學校奎章閣, 1997.
- 윤국일 옮김, 신서원 편집부 꾸밈, 新編 經國大典, 신서원, 1998/초판2쇄 2005.
 - 법제처, 經國大典, 一志社, 1978.
- 《光緒二十三年刑律草案 刑律》(大清光緒新法令第十九冊) =
<http://web.nchu.edu.tw/~hftsai/downloads/course/library/1.pdf> (최종검색 2012.2.27.)
- 《唐律疏議》
- 譯註 唐律疏議(I)-名例編, 主編 金鐸敏·任大熙, 한국법제연구원, 1994 = 唐律疏議(I)
 - 譯註 唐律疏議 各則(上)-衛禁·職制·戶婚·廩庫·擅興·賊盜-, 主編 金鐸敏·任大熙, 한국법제연구원, 1997 = 唐律疏議(II)
 - 譯註 唐律疏議 各則(下)-鬪訟·詐僞·雜律·捕亡·斷獄-, 主編 金鐸敏·任大熙, 한국법제연구원, 1998 = 唐律疏議(III)
- 唐玄崇, 《大唐六典》, 臺北: 文海出版社, 中華民國五十七年[1968]
- 大唐六典, 김택민 주역, 譯註 唐六典 上, 신서원, 2003.
- 《大明律講解》(明) 佚名撰 朝鮮光武七年[1903]法部奉旨印頒 活字印本: 楊一凡 編, 中國律學文獻 第一輯 第四冊, 黑龍江人民出版社, 2004 = 楊 I-4
- 大明律講解-初譯本-: 서울대학교 법과대학 大明律講讀會 譯註 (2006년 2월 28일) = [會譯]
- 《大明律附例》(上)(下) [奎章閣資料叢書 法典篇], 서울大學校奎章閣, 2001.
- 《大明律附例注解》(明) 姚思仁, 北京大學出版社, 1993.
- 《大明律釋義》(上)(下) (明) 應欞(?)撰 明嘉靖二十八年[1549]濟南知府李遷重刻本: 楊一凡 編, 中國律學文獻 第二輯 第一冊·第二冊, 黑龍江人民出版社, 2004 = 楊

II-1; II-2

《大明律直引》(明)佚名撰 明嘉靖五年[1526]刻本：楊一凡 編，中國律學文獻 第三輯 第一冊，黑龍江人民出版社，2004 = 楊 III-1

《大明律直解》中樞院調查課編 校訂 大明律直解 (朝鮮總督府中樞院 昭和十一年 [1936])

- 大明律直解 [法制資料誌 第13輯]，法制處，1964 = [處譯]

《大明律集解附例》明萬曆間浙江官刊本 [國立中央圖書館藏本] 劉兆祐 叙錄，(一) (臺灣 學生書局，中華民國五十九年[1970]/中華民國七十五年[1986]四月再版) = 劉兆祐 (一)

- *The Great Ming Code / Da Ming li*, translated and introduced by Jiang Yonglin, University of Washington Press, Seattle and London, 2005.

《讀律瑣言》(明)雷夢麟撰 明嘉靖四十二年[1563]歙(喜)縣知縣熊秉元刻本：楊一凡 編，中國律學文獻 第四輯 第二冊·第三冊，黑龍江人民出版社，2004 = 楊 IV-2; IV-3

《法家哀(早)集》(明)陳永輯 明嘉靖三十年[1551]唐堯臣刻本：楊一凡 編，中國律學文獻 第一輯 第四冊，黑龍江人民出版社，2004 = 楊 I-4

《王儀部先生箋釋》(明)王肯堂原釋(清)顧鼎重編 清康熙三十年[1691]顧鼎刻本：楊一凡 編，中國律學文獻 第二輯 第三冊·第四冊·第五冊，黑龍江人民出版社，2004 = 楊 II-3; II-4; II-5

《律條疏議》(明)張楷(洵)撰 明嘉靖二十三年[1544]黃巖符驗重刊本：楊一凡 編，中國律學文獻 第一輯 第二冊·第三冊，黑龍江人民出版社，2004 = 楊 I-2; I-3

《朝鮮王朝實錄》：<http://sillok.history.go.kr/main/main.jsp> (국사편찬위원회)

『管子』：李勉 註譯 管子今註今譯 上冊，中華文化復興運動推行委員會·國立編譯館中華叢書編審委員會 主編 (臺灣商務印書館中華，民國七十七年[1988]七月初版/七十九年[1990]九月二版)

- *Guanzi* 管子. *Political, Economic, and Philosophical Essays from Early China, A Study and Translation* by W. Allyn Rickett, Volume One, Revised Edition. Chapters I,1–XI,34, and XX,64–XXI,65-66 (Boston · Worcester: Cheng & Tsui Company, 2001)

《漢書》卷八十一 孔光傳 = <http://www.sidneyluo.net/a/a02/081.htm> (최종검색 2012.2.27.)

- 김택민, 동양법의 일반원칙, 아카넷, 2002.
- 김재문, 경국대전의 편찬과 법이론 및 법의 정신, 아세아문화사, 2007.
- 박중성, 朝鮮은 法家の 나라였는가—죄와 벌의 통치공학—, 인간사랑, 2007.
- 성중모, “유스티니아누스 법학제요 한글初譯—제1권의 翻譯과 注釋—”, 法史學研究 第44號(2011.10.), 315-354.
- 蕭公權 著, 崔明·孫文鎬 譯, 中國政治思想史, 서울대학교출판부, 1998.
- 시마다 마사오(島田正郎) 지음, 임대희·박원길·우덕찬·이광수 옮김, 아시아법사, 서경문화사, 2000(원저 昭和45年)
- 신경진, “[漢字, 세상을 말하다] 族刑”, 중앙SUNDAY 제259호, 2012년 2월 26일~2월 27일.
- 장진번 주편, 중국법제사, 2006.
- 鄭肯植(1), “大明律의 罪刑法定主義 原則”, 서울대학교 法學 제49권 제1호, 2008.3, 110-158.
- 鄭肯植(2), “朝鮮前期 中國法書의 受容과 活用”, 서울대학교 法學 제50권 제4호, 2009. 12., 35-80.
- 정위안 푸(Zhengyuan Fu, 傅正源) 지음, 윤지산·윤태준 옮김, 법가, 절대권력의 기술, 돌베개, 2011(영어원저 1996)
- 조지만, 조선시대의 형사법—대명률과 국전—, 景仁文化社, 2007.
- 최병조(1), 로마법강의, 박영사, 1999.
- 崔秉祚(2), “로마법상 사용취득(*usucapio*)의 권원 개념(II)—*Pro suo*와 *pro possessore*를 중심으로—”, 서울대학교 法學 제50권 제3호, 2009. 9., 1-88.
- 崔秉祚(3), “15세기 중반 세종대 조선의 법리 논의—斷罪無正條조와 不應爲조의 관계—”, 法史學研究 第44號, 2011.10., 251-277.
- 崔秉祚(4), “동양 법사고의 특성과 한계: 비교문화유형론적 고찰—지속가능한 민주주의를 위하여—”, 서울대학교 法學 제52권 제4호, 2011. 12., 1-99.
- 大漢和辭典 卷二, 諸橋轍次 著, 東京: 大修館書店, 昭和三十一年[1956]初版/五十九年[1984]修訂版.
- 仁井田 陞, 中國法制史 增訂版, 東京: 岩波書店, 1963/第14刷 1978.

- 郭成偉 主編, 中國法制史, 北京: 中國法制出版社, 1999.
- 教育部高等教育司組編, 中國法制史, 北京: 法律出版社, 1999.
- 楊鴻烈, 中國法律思想史, 臺灣商務印書館, 中華民國五十九年.
- 葉孝信 主編, 中國法制史, 上海: 復旦大學出版社, 2002.
- 趙曉耕 主編, 中國法制史教學案例, 北京: 北京大學出版社, 2006.
- 殷嘯虎(1), “108. 我國古代刑法實行過“罪刑法定主義”嗎?”, in: 主編 陳鵬生, 副主編 洪丕謨·夏永孚, 中國古代法律三百題, 上海古籍出版社, 1991, 243-245.
- 殷嘯虎(2), “144. 我國古代的“族刑”“連坐”是怎樣的?”, in: 主編 陳鵬生, 副主編 洪丕謨·夏永孚, 中國古代法律三百題, 上海古籍出版社, 1991, 319-321.
- 張晉藩 主編, 中國法制史, 北京: 中國政法大學出版社, 1999.
- 蒲堅 編著, 中國古代法制叢鈔第一卷, 北京: 光明日報出版社, 2001.
- 何勤華, 中國法學史(第一卷·修訂本), 北京: 法律出版社, 2006.
- Joh. Albert Bengel, *Gnomon Novi Testamenti*, editio octava, Stuttgartiae: Sumptibus J. F. Steinkopf, 1887.
- Harold J. Berman, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge and London: Harvard University Press, 1983.
- Johannes Brunnemann, *Commentarius in Pandectas*, editio quinta, Wittebergae & Berolini: Sumtibus J. W. Meyeri & G. Zimmermanni, 1701.
- Iohannes Calvin, *In Omnes Pauli Apostoli Epistolas atque etiam in Epistolam ad Hebraeos Commentarii*, ad ed. R. Steph. accuratissime exscripti, Volumen I. Epistolas ad Romanos, Corinthios et Galatas complectens, Halis Saxonum: Sumptibus Librariae Gebaueriae, 1831.
- M. H. Crawford (ed.), *Roman Statutes*, Volume I, Institutes of Classical Studies, University of London, 1996.
- Michèle Ducos, *Les Romains et la loi*, Paris: Société d'Édition «Les Belles Lettres», 1984.
- Hugo Grotius, *De Iure Belli ac Pacis Libri Tres*, curavit B. J. A. De Kanter-van Hettinga Tromp, Lugduni Batavorum: E. J. Brill, 1939.
- Iosephus N. Gijenechea S. I., *Principia Iuris Politici*, Volumen secundum, Romae: Apud Sedes Universitatis Gregoriana, 1939.

- Jerome Hall, “Nulla Poena Sine Lege”, *The Yale Law Journal*, vol. 47 No. 2, December, 1937, pp.165-193.
- Rudolf von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Teil 2 Abteilung 1, 9., unveränderte Auflage [Unveränderter Neudruck der 5. (letzten veränderten) Auflage Leipzig 1894], Darmstadt: Scientia Verlag Aalen, 1968.
- Tomislav Karlović, “Retroactivity in Preclassical Roman Law”, *Yearbook of Young Legal History* 4, 2009, pp.256-269.
- Peter Kusmaul, *Pragmaticum und Lex. Formen spätrömischer Gesetzgebung 408-457*, Vandenhoeck & Ruprecht in Göttingen, 1981.
- Andrew Lewis, “‘What Mrcellus says is against you’: Roman law and Common law”, in: *The Roman Law Tradition*, edited by A. D. E. Lewis and D. J. Ibbetson, Cambridge University Press, 1994, pp199-208.
- Detlef Liebs(2), “III. Jurisprudenz”, in: *Die Literatur des Umbruchs. Von der römischen zur christlichen Literatur 117 bis 284 n. Chr.*, herausgegeben von Klaus Sallmann, C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung München, 1997, pp.83-217.
- Detlef Liebs(1), “Das Gesetz im spätrömischen Rechts”, in: *Das Gesetz in Spätantike und frühem Mittelalter*, herausgegeben von Wolfgang Sellert, Vandenhoeck & Ruprecht in Göttingen, 1992, pp.11-27.
- Petrus Lombardus, *Sententiae in IV Libris Distinctae*, Tom. I Pars II (Editiones Collegii S. Bonaventurae Ad Claras Aquas Grottaferrata, Romae, 1971.
- Harald Maihold, *Strafe für fremde Schuld?*, Köln: Böhlau Verlag, 2005.
- Montesquieu, *De l’Esprit des lois*, II, Édition établie par Laurent Versini, Éditions Gallimard, 1995.
- Salvatore Riccobono ed., *Fontes Iuris Romani Antejustiniani, Pars prima: Leges*, Florentiae: Apud S. A. G. Barbèra, 1968.
- H.-L. Schreiber, “Nulla poena sine lege”, in: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, herausgegeben von Adalbert Erler und Ekkehard Kaufmann, III. Band, Berlin: Erich Schmidt Verlag, 1984, pp.1104-1111.
- Baruch Spinoza, *Tractatus politicus* = <http://www.fogliospinoziano.it/tractatus14.htm#ca8> (최종검색 2012.2.27.)

Johannes Voet, *Commentarius ad Pandectas*, Tomus secundus, editio ultima accuratior (Coloniae Allobrogum: Apud Fratres Cramer, 1757)

<Abstract>

Criminal Punishment by Way of a New Retroactive Enactment in the *Joseon* Dynasty

Choe, Byoung-Jo*

This article is to elucidate the meaning of the Article 45 *Dae Myeong Ryul* (大明律, chinese: *Da Ming li*), the basic criminal code of the *Joseon* Dynasty (朝鮮), for the administration of criminal justice.

○ *Dae Myeong Ryul*, Article 45 (Deciding Penalties in Accordance with the Newly Promulgated Code [斷罪依新頒律]):

The Code (律) shall take effect from the day it is promulgated. If crimes are committed before then, they shall all be judged in accordance with the new Code.

Up to now, scholars fail to consider its legal connotations, or are inclined to overestimate its good side for the rule by law. I criticize its negative side in the spirit of the modern principle of *nullum crimen nulla poena sine lege*, comparing now and then with the regulations of the ancient Roman law. The declared principle of sentencing according to the law valid at the time of the judgment, not of the accused crime seemed to be, to a great extent, due to a not fully developed legal consciousness of individual right on the one hand, and to a typical trait of the jurisprudence based on the casuistic

* Professor of Law, College of Law/School of Law, Seoul National University

legal norm program on the other. No significant reforming change had ever been introduced into the traditional legal system until it met the modern European legal idea prohibiting a retroactive law to the disadvantage of the accused.

[Key Words] *Dae Myeong Ryul* (大明律), *Dang-Ryul So-Eui* (唐律疏義), decretum, *Gyeong-Guk Dae-Jeon* (經國大典), *ius singulare*, *nullum crimen nulla poena sine lege*, retroactive law

접수일:2012. 2. 28., 심사일:2012. 3. 12.~3. 19., 게재확정일:2012. 3. 19.