조선시대《大明律》不應爲조에 관한 연구*

김대홍**

목 차 -----

- I. 서론
- II. 《大明律》 不應爲圣 律文
- 1. 《大明律》不應爲丞 罪名
- 2. 《大明律》 不應爲圣 刑名
- Ⅲ. 조선시대 不應爲조 사례
- 1. 조선시대 不應爲조 罪名
- 2. 조선시대 不應爲조 刑名
- IV. 결론

[국문 요약]

《大明律》不應爲조는 미땅히 해서는 안 되는 행위를 처벌하는 포괄규정에 해당한다. 본 연구에서는 不應爲조를 不應得爲의 罪名과 笞40・杖80의 刑名의 측면으로 나누어 분석을 시도하였다. 律文에 正條가 없는 상황을 전제하고 있는 斷罪無正條조와의 관계, 事理의 輕重의 법적 의미가 《大明律》 不應爲조의 주요한 연구대상이다. 이와 함께 조선왕조실록의 기사를 중심으로 不應爲조가 실제 적용된 사례를 분석하였다. 法司와 신료들의 논의에서 나타난 不應爲조의 조율과정과 국왕의 최종적인 처결을 연구대상으로 하여 조선 형사사법에서 《大明律》 不應爲조가 가지는 의의를 규명하였다.

[주제어] 不應爲, 斷罪無正條, 引律比附, 大明律, 포괄규정, 형사사법

^{*} 이 논문은 2012년 정부재원(교육과학기술부)으로 한국연구재단의 지원을 받아 연구되었음 (NRF-2012-S1A5B5A01-025366).

^{**} 사법정책연구원 전문직연구위원(hislaw21@scourt.go.kr)

Ⅰ. 서론

不應爲조는 말 그대로 '마땅히 해서는 안 되는 행위'[不應得爲]를 행한 경우에 그를 처벌하는 조문으로 이른바 포괄규정에 해당한다. 《大明律》에서는 律令에 조문이 없는 경우에도 이치상 불가한 경우에는 不應爲조를 적용하여처벌한다고 명시하였기 때문에 不應爲조는 罪刑法定主義에 명백히 배치되는 것으로 인식되었다. 이에 따라 不應爲조는 일찍부터 많은 관심을 받아왔고, 다른 《大明律》의 개별 조문과는 달리 그에 관한 적지 않은 연구가 이루어졌다. 不應爲조의 개념과 연혁에서부터 罪刑法定主義와의 배치문제, 引律比附와 不應爲조와의 관계, 포괄적 구성요건의 문제 등 다양한 관점에서 不應爲조에 관한 분석이 시도되었다.1)

여기에서는 기존의 연구에서 간과되었거나 미처 다루지 못한 내용을 중심으로 不應爲조에 접근하기로 한다. 不應爲조의 罪名과 刑名을 구분하고²⁾

¹⁾ 기존의 주요한 연구성과는 다음과 같다: 김지수의 연구(『傳統 中國法의 精神-情・理・法의 中庸 調和-』, 전남대학교 출판부, 2011, 384~90면)는 不應爲조를 법의 홈결을 보충하는 개괄 범죄규정 으로 파악하면서 법사학적 시각에서 不應爲조의 개념과 역사를 설명하고 있다. 그와 함께 《唐律疏 議》에 한정되어 있지만, 唐律 해석상 不應爲조의 실례에 대해서 상술하고 있다; 정긍식의 연구 (「대명률의 죄형법정주의 원칙」, 『서울대학교 법학』 vol.49, no.1(서울대학교 법학연구소, 2008))는 《大明律》을 罪刑法定主義와 관련하여 분석하면서 不應爲조를 罪刑法定主義에 반대되는 요소로 규 정하고 있다. 다만, 不應爲조의 입법 취지에 대해서는 違令조를 적용하거나 引律比附로 처벌할 수 없는 가벌적 행위에 대한 처벌의 마지막 보루로 평가하고 있다; 최병조의 연구(「15세기 중반 세종 대 조선의 법리 논의: 斷罪無正條조와 不應爲조의 관계」, 『법사학연구』vol.44(한국법사학회, 2011))는 世宗代의 成均館 注簿 솟을개의 상언과 그에 대한 議政府의 반론을 통해서 당시의 법적 용 단계를 논리적으로 분석하고.《大明律》不應爲조와 斷罪無正條조와의 관계를 논하고 있다. 그 리고 罪疑惟輕에 관한 논란의 여지는 있지만 동서양의 법제를 아우르는 관점에서 徨숙과 經書에 기초한 조선시대의 법리적 논변을 해석하고 있다; 中村茂夫의 연구(中村茂夫, 「不應爲考」, 『金澤 法學』26-1(金澤大學法學部, 1983))는 주로 淸代의 사례를 중심으로 罪刑法定主義와의 관계 속에 서 不應爲조를 분석하면서 輕罪에 대해서는 不應爲조가. 重罪에 대해서는 引律比附가 처벌의 홈결 을 대신한 것으로 설명하고 있다; Derk Bodde와 Clarence Morris의 연구(Law in imperial China: exemplified by 190 Ch'ing Dynasty cases with historical, social, and juridical commentaries, Cambridge: Harvard University Press, 1967, 493~542면)는 不應爲조를 'catch-all statute'에 대 응시키면서 미국법에서 과거에 존재하였던 유사한 조문보다는 형량이 가벼운 것으로 보고, 그의 적용이 반드시 사법관의 자의로 연결되었던 것은 아닌 것으로 평가하고 있다.

²⁾ 罪名과 刑名은 각각 현대 형법의 범죄와 형벌에 해당하는 용어이다. 예를 들어 死罪는 死刑으로 처벌받는 罪名을 충칭하는 것이고, 死刑은 범죄인의 생명을 박탈하는 絞刑과 斬刑의 刑名을 충칭 하는 것이다.

《大明律》 不應爲조의 律文과 조선왕조실록의 기사를 대상으로 하여 不應爲 조의 법적 개념 및 실제 적용에 관한 내용을 분석하기로 한다. 罪名과 刑名 을 구분하는 이유는 不應得爲라는 범죄 개념을 정의하고 있는 罪名과 事理 의 輕重에 따라 笞刑과 杖刑의 형벌을 정하고 있는 刑名이 독자적인 의미를 갖기 때문이다. 不應爲조와 같은 포괄규정의 구체적 내용은 조문이 실제 적 용되었던 당시의 시대적 맥락 속에서 파악될 수밖에 없는 특성이 있다. 이 에 따라 《大明律》이 형사일반에 적용되었던 조선시대를 중심으로 不應爲조 의 적용 사례를 함께 논의해 보기로 한다.

Ⅱ 《大明律》不應爲圣 律文

1.《大明律》不應爲圣 罪名

不應爲조는《大明律》刑律 雜犯편에 다음과 같이 규정되어 있다.

《大明律》3) 刑律 雜犯 §410 不應爲

凡不應得爲而爲之者 笞四十〈謂律令無條 理不可爲者〉事理重者 杖八十.

조문제목은 '不應爲'이지만 본문에서는 '不應得爲'로 적고 그에 대해서 律 수에 正條가 없으나 이치상 해서는 안 되는 것으로 註를 달고 있다.4) '不應 得爲'를 '理不可爲'에 대응시킴으로써, 當爲의 의미를 갖는 '應'과 條理의 의 미를 갖는 '理'를 동일한 선상에 놓고 있음을 알 수 있다.

³⁾ 이 글에서 《大明律》의 국역은 《大明律講解(初譯本)》(서울대학교 법과대학 大明律講讀會 譯註, 2006)를, 《大明律》의 조문번호는 조지만의 『조선시대의 형사법』(경인문화사, 2007) 부록 2. '《大明 律》 규정비교'를 참조하였다.

^{4) 《}大淸律例》도 不應爲조의 본문은 《大明律》과 동일하다. 다만, 註의 내용이 다른데, 律에 罪名이 없지만 범한 바에 輕重이 있으니 각각 그 정상을 헤아려 처벌한다고 적고 있다. (《大淸律例》 刑律 雜犯 不得爲:凡不應得爲而爲之者 笞四十 事理重者 杖八十〈律無罪名 所犯事有輕重 各量情而坐之〉)

《唐律疏議》에도 '不應得爲'라는 조문제목으로 다음과 같이 유사한 내용의 律文이 규정되어 있다.

《唐律疏議》5) 雜律 § 450 不應得爲

[律文] 諸不應得為 而為之者 笞四十〈謂律令無條 理不可為者〉事理重者 杖八十. [疏議] 議日 雜犯輕罪 觸類弘多 金科玉條 包羅難盡 其有在律在令 無有正條 若不輕重相明 無文可以比附 臨時處斷 量情為罪 庶補遺闕 故立此條 情輕者 笞四十事理重者 杖八十.

《大明律》의 不應爲조는《唐律疏議》의 不應得爲조를 따른 것으로 이해되는데,6) 不應得爲조의 疏議를 보면 조문의 입법취지를 자세히 알 수 있다. 즉, 잡다한 輕罪는 저촉되는 것이 다양하여 법으로 모두 다 포괄하기 어렵기 때문에 比附할 조문마저 없는 사안에 대해서는 이 조문을 적용하여 그때마다처단토록 한다고 적고 있다. 이러한 疏議의 내용은 《大明律》 주석서에서도유사하게 인용되고 있다.7) 결국《大明律》 不應爲조는 律令의 불완비성을 전제하면서 '有罪必誅'8)의 이념에 따라 조문의 未備된 점을 보완하고 처벌의 흡결이 없도록 입법된 조문이라고 할 수 있다.9) 《大明律》에는 不應爲조와함께 違令조10)가 규정됨으로써, 법논리적으로는 律令의 불완비성을 완전히

⁵⁾ 현재 전해지고 있는 唐律은 대체로 律疏와 더불어 편집되었기 때문에 일반적으로 唐律이라 함은 《唐律疏議》를 가리킨다. 《唐律疏議》에는 唐律의 원문이라고 할 수 있는 502개조의 조문이 내용에 따라 12편으로 분류되어 있고, 조문마다 疏議文이 첨부되어 있다. 律疏 외에 注疏, 問答 등도 추가되어 있는데, 律文을 주석한 것이지만, 황제가 재가한 것이기 때문에 규범적 효력을 가지고 있다. 《唐律疏議》는 秦・漢・魏・晉・北齊 등 前代의 律을 집대성한 것으로 이후 明律이나 淸律의 근간이 되었다. 이 글에서 《唐律疏議》의 국역과 조문번호는《(譯註) 唐律疏議》(任大熙・金鐸敏 主編,한국법제연구원, 1994・96・98)를 참조하였다.

⁶⁾ 不應爲조의 연원은 漢律에서 발견되는 '所不當得爲', 《尚書大傳》에서 발견되는 '非事而事之' 등의 내용을 볼 때, 적어도 漢代 또는 그 이전으로 추정된다. (김지수, 위의 책, 385~6면 참조)

^{7) 《}律學解頤》刑律 雜犯 不應為: [解曰] 金科玉律 包羅難盡 其在律在令 無有正條 若不輕重相明 無 文可以比附 理獄者 量情爲罪 臨時定擬 情輕者 笞四十 事理重者 杖八十.

^{8)《}管子》七法第六,有功必賞 有罪必誅;《韓非子》飾邪第十九,有功者必賞 有罪者必誅,

^{9)《}大明律集解附例》刑律雜犯不應爲:[纂註]在律令雖無正條事理各有輕重或答或杖所以補諸律之未備也;《律條疏議》刑律雜犯不應爲:[謹詳律意]輕重量其事情答杖定其常律所以補諸條之未備也.

^{10)《}大明律》刑律 雜犯 § 409 違令: 凡違令者笞五十〈謂 令有禁制 而律無罪名者〉.

극복하는 것이 된다. 즉. 숭에서 금지하고 있으나 律에 죄명이 없는 경우는 違令조를 적용하여 처벌하고 律과 수에 모두 조문이 없는 경우는 不應爲조 를 적용하여 처벌하게 된다. 不應爲조와 違令조가 규정된 순서도 이러한 법 논리적 단계를 반영하여 違令조에 바로 이어서 不應爲조가 규정되어 있다.

不應得爲에 대응되는 개념으로 현대 형법의 사회상규에 위배되는 행위를 상정해 볼 수 있다. 不應爲조에서는 律수에 조문이 없어도 不應得爲에 해당 하면 처벌하도록 하고 있다. 그러나 정당행위에 의할 경우 구성요건에 해당 하는 행위라도 사회상규에 위배되지 않으면 처벌할 수 없으므로 양자는 정 반대의 입장에 있는 것이 된다. 이는 罪刑法定主義의 현대 형법과 有罪必誅 의 전통 형법의 차이를 보여주는 것이지만, 罪刑法定主義 확립 이전에도 이 러한 차이의 흔적을 발견할 수 있다. 로마법의 경우 "법적으로 허용된 것이 라고 해서 언제나 도덕적으로 합당한 것은 아니라고 설파함으로써 오히려 실 정법질서의 확장을 도덕질서로써 제한하려"한 시도가 있었던 것으로 전한 다.11) 이는 실정법질서와 도덕질서가 서로 교차되는 영역과 각기 존재하는 영역의 구분을 전제로 하고 있는 것이다. 그러나 禮로써 가지런히 하는데도 오히려 본받지 못하는 자가 있으면 刑으로써 다스린다는 사고가 지배하였던 전통법에서는 禮에 어긋나는 것은 모두 刑으로써 규율되어야 했다.12) 따라 서 律令에 조문이 없다고 해서 刑이 없는 것이 아니라. 事理를 논하여 어긋 남이 있으면 역시 罪가 있는 것으로 不應爲조는 그러한 경우의 처벌을 위해 서 존재하는 것이었다 13)

이슬람법에서는 법조문에 규정되지 않은 應罰的 사안에 대한 처벌이 전혀 다른 방향으로 전개되었다. 이슬람법에 따른 형벌은 固定刑(hudud), 同形同 熊刑(qisas), 矯正刑(tazir)의 세 가지가 있다.14) 고정형은 간통, 간통무고, 절

¹¹⁾ 최병조, 앞의 글(각주 1), 257~8면에서 인용.

^{12) 《}成宗實錄》 20年(1489) 6月 16日: 以禮齊之 猶有不率化者 則以刑驅之.

^{13)《}律條疏議》刑律 雜犯 不應爲:[謹詳律意] 視律令 則諸條不載 似若無刑 論事理 則於義或重亦合有 罪 凡此之類 是曰不應.

¹⁴⁾ 이원삼, 『이슬람법사상』(아카넷, 2002), 52~7면; Rudolph Peters, Crime and Punishment in Islamic Law-Theory and Practice from the Sixteenth to the Twenty-first Century (Cambridge University Press: New York, 2005), pp.65~7 참조.

도, 강도, 음주 등이 그에 해당하는데, 절도의 경우 손을 절단하는 것처럼 原典에서 단정적인 형벌을 규정하고 있다. 동형동태형은 살인과 상해에 관한 것으로 原典에서 同害의 형벌을 규정하고 있다. 고정형과 동형동태형은 극단적인 형벌이기 때문에 이슬람법학자들은 그의 적용이 제한될 수 있도록 原典으로부터 엄격하고 상세한 요건을 도출해 내는 법이론적 노력을 계속하였다.15) 교정형은 꾸란(Quran)과 하디스(Hadith)의 原典에서 규정하고 있지않은 형벌로 고정형과 동형동태형 이외의 모든 범죄가 그에 해당한다. 고정형과 동형동태형의 범죄도 세부적 요건을 충족하지 못하는 경우에는 역시 교정형으로 처벌받게 된다. 따라서 교정형은 그 범위가 가장 넓고 포괄적이다. 矯正이 필요하다고 판단되는 사안이면 단순한 질책에서 사형까지 다양한 종류의 처벌이 가능했고, 그에 대한 결정은 거의 전적으로 재판관인 까디(qadi)의 재량적 판단에 따랐다. 이슬람법학자들은 까디의 광범위한 재량에 대해서도 일정한 제한을 가하려고 시도했지만, 큰 성과는 없었던 것으로 전한다.16이와 같이 罪刑法定主義가 확립되기 이전에 명문의 처벌규정이 없는 應罰的사안에 대한 대응은 전통법, 로마법, 이슬람법에서 각각 다르게 나타났다. 전통법에서 부각되는 특징은 조문에 없는 應罰的사안의 처벌을 위한 조문을

사안에 대한 대응은 전통법, 로마법, 이슬람법에서 각각 다르게 나타났다. 전통법에서 부각되는 특징은 조문에 없는 應罰的 사안의 처벌을 위한 조문을 별도로 규정하여 형량을 정하였다는 점에 있다. 전통법은 儒家의 禮이념이 실정법에 대폭 받아들여져 禮규범에 강제력을 부여하게 된 儒法融合의 현상으로 설명된다.17) 여기에서 禮에 어긋나는 내용은 刑으로써 규율하는데, 그는 반드시 律令에 근거한 것이어야 했다. 반드시 律令에 근거하도록 한 이유는 《大明律》斷罪引律令조와 官司出入人罪조에서도 확인되는 바와 같이,18) 人情에 맡겨서 刑을 쓴다면 그 폐단이 이루 말할 수 없을 것이기 때문이었다.19)

¹⁵⁾ 김대홍, 「이슬람 후두드 형벌과 비례성의 원칙-절도죄의 신체절단형을 중심으로」, 『법사학연구』 vol.41(한국법사학회, 2010) 참조,

¹⁶⁾ Rudolph Peters, op. cit, p.67.

¹⁷⁾ 中村茂夫, 앞의 글, 23면.

¹⁸⁾ 斷罪引律숙조는 적인을 처단할 때 적용된 조문을 구체적으로 인용하도록 한 조문이고, 官司出入人 罪조는 관리의 고의·과실로 인하여 죄인이 실제 받아야 할 刑名에 가감이 생긴 경우 그에 상응하는 만큼 해당 관리를 처벌하도록 한 조문이다. (각각에 대해서는 최병조, 「조선시대의 죄형법정주의 斷想:소급입법의 문제를 중심으로」, 『법사학연구』 vol.45(한국법사학회, 2012), 30~40면; 정 궁식, 위의 논문, 128~37면 참조)

따라서 律수에 미처 규정되지 않은 應罰的 사안의 처벌을 위한 不應爲조의 입법은 관리의 자의적인 양형을 미연에 방지하기 위한 당연한 귀결이었다.

不應爲조의 적용대상은 《唐律疏議》의 疏議에서 나타나는 바와 같이 '雜犯 輕罪'에 한정되었다. 不應得爲의 개념에는 사회상규에 위배되는 모든 행위가 포괄될 수 있지만, 不應爲조의 적용대상은 어디까지나 가벼운 잡범이었다. 이러한 내용은 明代는 물론 淸代에도 이어져 《大淸律輯註》에서는 다음과 같 은 내용의 주석을 확인할 수 있다.

《大淸律輯註》20) 刑律 雜犯 不應爲

[律上計] 律於重大犯罪 莫不詳備 而細小事理 不能窮盡人情各立一法 恐因律無 正條而附會臆斷 輕則縱姦 重則傷和 致有太過不及 故補此不應得爲一律 或笞或 杖 隋事酌定 不得妄爲輕重 此律意也.

주석의 요지는 중대한 범죄는 律文에서 상세하게 대비하지 않은 것이 없 으나. 세세하고 작은 사안들은 人情을 다하여 일일이 법으로 만들 수 없기 때문에 不應爲조 하나를 두어서 견강부회하는 억단을 막는다고 적고 있다. '重大犯罪'에 대응한 '細小事理'는 '雜犯輕罪'와 마찬가지로 不應爲조의 적용 대상이 가벼운 범죄에 제한된 것이었음을 의미한다.

그런데 不應爲조가 전제하고 있는 "律令無條 理不可爲者"의 삿항은 引律比 附를 규정하고 있는 名例律 斷罪無正條조의 "律令該載不盡事理 若斷罪而無正 條者"의 상황과 동일하다. 처벌조문이 없는 應罰的 사안에 대해서 不應爲조와 斷罪無正條조의 두 조문이 모두 적용될 수 있는 것이다 21) 《唐律疏議》 不應得

¹⁹⁾ 律令에 근거한 처벌은 실록 기사에서도 자주 확인된다: 《世宗實錄》 7年(1425) 7月 19日, 《世宗實 錄》 20年(1438) 11월 3일, 《成宗實錄》 11年(1480) 9月 2日 기사 등 참조,

^{20) 《}大淸律輯註》는 청대 초기의 幕友였던 沈之奇의 저작으로 淸律에 관한 대표적인 주석서이다. 沈之 奇는 30여년 동안 막우로 활동하면서 그 경험과 연구로 이를 저술하여 康熙 54년(1715)에 완성하였 다. 《大淸律輯註》는 당시의 권위적인 제가들의 《讀律管見》、《讀律瑣言》、《刑書據會》、《律例箋釋》 등의 주석서를 흡수하고, 沈之奇 자신의 연구를 토대로 종합적인 견해를 피력하였다는 의의가 있다.

²¹⁾ 따라서 두 조문의 관계와 적용순서에 대한 논쟁은 충분히 예상되는 것이었고, 실제 조선에서는 세 종대에 성균관 주부 송을개의 상언과 그에 대한 의정부 반론으로 현실화되었다. (최병조, 「15세기」

爲조의 疏議에 의하면 正條가 없는 사안이 있으면 먼저 사안에 가까운 조문을 引律比附하고, 比附할 조문마저 적당치 않으면 不應爲조를 적용하게 된다.22) 따라서 斷罪無正條조, 不應爲조의 순서로 법적용이 이루어지는 것인데, 이러한 순서에 따를 경우 比附할 조문마저 없는 사안들은 不應爲조의 笞40과 杖80에 따라 처벌받는 것이 된다. 그러나 律文에서 正律과 比律을 모두 찾을 수 없을 만큼 예외적인 사안들을 笞40과 杖80의 두 刑名에 의해서만 처단하도록 하였다는 것은 쉽게 납득이 되지 않는다. 사안에 대한 적정한 형량을 중시하였던 당시에 流刑이나 死刑이 적정한 것으로 판단되는 경우를 比附할 조문이 없다고 해서 笞刑이나 杖刑으로 처벌하였다고 보기는 더욱 힘들다. 그리고 斷罪無正條조, 不應爲조의 순서로 이루어지는 법적용은 名例律 本條別有罪名조23)에 따라 刑律의 不應爲조보다 나중에 적용되어야 할 名例律의 斷罪無正條조를 먼저 적용하는 것이 되어서 자연스럽지 않다.

그렇다면 처벌조문의 부재라는 상황에 대비해서 斷罪無正條조를 두면서도 不應爲조를 규정한 이유는 무엇일까? 여기에 대해서는 不應爲조가 '雜犯輕罪'를 대상으로 한 점을 우선 지적할 수 있다. 이 점은 不應爲조가 刑律 '雜犯'편에 위치한 것과도 일치하는 것이다. 斷罪無正條조에 따라 引律比附라는 일반원칙을 설정하면서도 단지 '雜犯輕罪'의 처벌을 위해서 不應爲조를 규정하였다는 점에 대해서는 좀 더 설명이 필요한데, 여기에는 종래 引律比附에 대해서 간과되고 있었던 점을 지적할 수 있다. 斷罪無正條조에 따르면 引律比附는 최종적으로 황제의 재가를 받아야 하며, 이는 死刑과 같은 重刑에 제한된 것이 아니라, 원칙적으로 五刑의 引律比附 모든 경우가 그에 해당하였다. 그렇지만 笞刑이나 杖刑에 해당하는 가벼운 범죄의 경우에도 모두 황

중반 세종대 조선의 법리 논의: 斷罪無正條조와 不應爲조의 관계』, 『법사학연구』vol.44(한국법사학회, 2011) 참조)

^{22)《}唐律疏議》雜律 §450 不應得爲:[疏議] 其有在律在令 無有正條 若不輕重相明 無文可以比附 臨時處斷 量情爲罪 庶補遺闕 故立此條.

^{23) 《}大明律》名例律 § 37 本條別有罪名: 凡本條自有罪名 與名例罪不同者 依本條科斷; 총론에 해당하는 名例律의 罪名과 다른 내용이 각론에 해당하는 吏・戶・禮・兵・刑・工律의 各律 조문에 규정되어 있으면 各律이 우선되어 적용된다.

²⁴⁾ 이 점은 《讀律瑣言》의 瑣言에서도 다음과 같이 확인된다: [瑣言] 蓋自笞杖徒流以至絞斬 莫不皆然 今問刑者 於死罪比附類 皆奏聞 流徒以下比附 鮮有奏者 安得罪無出入也哉 雖無出入 猶當以事應奏

제의 재가를 받아야 한다는 것은 현실적으로 시행되기 힘든 점이 있다. 이에 따라 '雜犯輕罪'의 경우에는 지방관에게 허용되었던 笞刑이나 杖刑의 直斷權 과도 연계되어 引律比附의 절차 없이 바로 처벌이 가능할 필요성이 있었고. 不應爲조는 바로 그러한 경우에 의미는 갖는 조문이었다. 즉. 처벌조문이 없 는 應罰的 사안에 대해서 그것이 명백히 '雜犯輕罪'에 해당하면 직접 不應爲 조를 적용하여 처벌하고 그렇지 않으면 引律比附의 원칙으로 돌아가 名例律 의 斷罪無正條조를 적용하는 것이다. 따라서 '雜犯輕罪'에 대해서는 不應爲 조가 斷罪無正條조의 특칙이 되어 우선 적용되는 것이고. 이는 本條別有罪名 조에도 부합하는 것이다.25)

2.《大明律》不應爲 三.《大明律》不應爲 三.《大明律》不應爲 三.《大明律》 三.《大明祖》 三.《

《大明律》에서 不應爲조의 刑名으로는 答40과 杖80을 규정하고 있다 答 40을 기본형으로 하고 事理重의 경우에 杖80으로 가중하는 형식이다. 《唐 律疏議》도 刑名은 《大明律》과 동일하다. 다만. 疏議에서는 "情輕者 笞四十". "事理重者 杖八十"을 적고 있다.26) 情과 事理를 대응시킨 것인데, 사안의 情狀과 事理를 같은 의미로 보는 것으로 해석된다 疏議에서 '量情爲罪'라 는 내용도 나타나는데, 이 역시 사안의 情狀을 헤아려 처벌의 輕重을 결정 함을 의미한다.

《大明律》에 나타난 笞40과 杖80의 구체적 차이를 보면 단순히 刑名 네 등 급의 차이에 그치는 것이 아니라. 文武官에 대한 신분상 불이익도 다르게 나 타난다. 여기에는 公罪와 私罪27)의 구분이 있어서 文武官이 公罪를 범한 경

不奏論罪. 이에 관한 자세한 내용은 김대홍. 「조선초기 형사법상 引律比附에 관한 연구」(서울대학 교대학원 법학박사학위논문, 2012), 85~8면 참조,

²⁵⁾ 이 경우 《唐律疏議》 不應得爲조의 疏議와는 다른 순서가 되는데, 위의 송을개와 의정부의 논쟁에 서 나타나는 바와 같이 당시에 이에 관한 명확한 주석이나 법리적 정립은 없었던 것으로 보인다.

^{26)《}唐律疏議》雜律 § 450 不應得爲:議曰 雜犯輕罪 觸類弘多 金科玉條 包羅難盡 其有在律在令無有正條 若不輕重相明 無文可以比附 臨時處斷 量情爲罪 庶補遺闕 故立此條 情輕者 笞四十 事理重者 杖八十.

²⁷⁾ 公罪와 私罪는 공무집행 관련성과 사리사욕의 여부를 기준으로 구분되는데. 私罪는 공무집행 과정 에서 범한 公罪보다 무거운 징계처분을 받게 된다. 文武官의 범죄를 公罪와 私罪로 구분하는 이유 는 관리가 공무를 집행하는 과정에서 불가피하게 범하게 된 범죄인 公罪와 공무의 집행이라는 외

우 笞40에 해당하면 收贖할 수 있고 附過하지 않아도 되지만, 杖80에 해당하면 罪名을 기록해 두고 인사에서 黜陟의 자료로 삼도록 하고 있다.²⁸⁾ 文武官이 私罪를 범한 경우에는 차이가 더욱 커져서 笞40의 경우 附過만 하고 현직을 유지할 수 있지만, 杖80의 경우는 현직에서 해임되고 신분도 3등급 내리게 된다.²⁹⁾

不應爲조에서는 이 같은 차이가 있는 笞40과 杖80의 刑名을 事理의 輕重에 각각 대응시키고 있기 때문에 이의 해석을 두고 여러 견해가 제시되었다. 주요한 쟁점은 事理 輕重의 차이가 공범관계를 의미하는 首犯과 從犯의 차이를 의미하는 것인지, 그리고 그것이 首犯과 從犯의 처벌에 대해서 한 등급만의 차이를 두도록 한 名例律 共犯罪分首從조30)의 특칙을 이루는 것인지에 관한 것이었다. 이와 관련한 내용은 《大明律》 주석서에서 다음과 같이 확인할 수 있다.

《大明律附例》31) 刑律 雜犯 不應爲

[附註] 不應雖無首從 若同犯一事 則情稍重者杖 次者笞 若二人各有所犯 而同為 不應 [難分]³²⁾輕重 幷杖之.

견을 띠었지만 사리사욕을 도모하기 위하여 범한 범죄인 私罪를 구분하고, 그에 따라 관리라는 신분에 대한 정계처분의 수위를 달리하기 위한 것이다.

^{28)《}大明律》名例律 §7 文武官犯公罪:凡內外大小軍民衙門官吏 犯公罪 該答者 官收贖 吏每季類決不必附過 杖罪以上 明立文案 每年一考 紀錄罪名 九年一次通考 所犯次數 重輕以憑黜時.

^{29)《}大明律》名例律 §8 文武官犯私罪: 凡文官犯私罪 笞四十以下 附過還職 五十解見任別敍 杖六十降一等 七十降二等 八十降三等 九十降四等 俱解見任 流官於雜職內敍用 雜職於邊遠敍用 杖一百者 罷職不敍.

^{30)《}大明律》名例律 § 29 共犯罪分首從: 凡共犯罪者 以造意爲首 隨從者減一等.

^{31) 《}大明律附例》는 律文과 사례를 결합한 종합법서로 전한다. 萬曆 13년(1585) 형부상서 徐化 등이 편찬하였다. 《大明律附例》에는 律文에 대한 주석과 사례가 모두 나타나는데, 주석의 경우는 律文 다음에 행을 바꾸어 쌍행으로 달고 있다. 《大明律附例》의 주석은 별도의 표제 없이 시작하기 때문에 편의상 [附註]로 표시한다. '附註'라는 용어는 英祖 9년(1733) 실록 기사에서 《大明律附例》의 주석을 언급할 때 사용된 것이 확인된다(《英祖實錄》 9年(1733) 9月 14日).

³²⁾ 附註는 割註로 되어있는데, "爲不應 輕重幷杖之"를 "爲不應輕 / 重幷杖之"처럼 네 자씩 배열시킨 것이 아니라, "爲不應 / 輕重幷杖之"로 세 자, 다섯 자로 배열시키고 있다. 이에 따라 '難分'이 생략된 것으로 추정해본다.

《大明律集解附例》33) 刑律 雜犯 不應為

[纂註] 不應無首從 若同犯一事 則爲首者杖八十 爲從者笞四十 若爲從之人 各有 所犯 而同爲不應者 難分輕重

《讀律瑣言》34) 刑律 雜犯 不應爲

[瑣言曰] 不應雖無首從 若同犯一事 則以爲首者村八十 爲從者答四十 若首從之 人 各有所犯 而同爲不應者 自難分輕重矣.

《大明律集解附例》와《讀律瑣言》의 주석은 거의 동일하고 《大明律附例》 만 조금 다르다. 《大明律集解附例》와《讀律瑣言》을 보면. 不應爲에는 본래 首犯과 從犯의 구분이 없지만. 공동으로 같은 不應爲를 범할 경우 수범은 杖 으로 종범은 答로 처벌하는 것으로 해석하고 있다. 그리고 각각 범한 바가 다같이 不應爲에 해당하면 輕重을 분가하기 힘든 것으로 해석하고 있다. 이 에 대해서 《大明律附例》는 정상이 무거운 자는 杖으로 가벼운 자는 笞로 처 벌하되, 각각 범한 바가 다같이 不應爲에 해당하면 杖으로 처벌하는 것으로 해석하고 있다. 이러한 해석은 不應爲조의 事理 輕重의 구분이 首從에 관하 여 한 등급만의 차이를 두도록 한 名例律 共犯罪分首從조의 특칙을 이루는 것으로 본 것이다. 그러나 《大淸律輯註》에서는 다음과 같이 그에 반대하는 견해를 제시한다.

≪大淸律輯註≫ 刑律 雜犯 不應爲

[律上註] 指南諸書 皆謂不應律無首從法 若同犯一事 爲首杖八十 爲從笞四十 此 說非也 按名例爲從減一等 各律莫不皆然 未有以輕重二罪分首從也 如二人以上

^{33) 《}大明律集解附例》는 총 30卷으로 萬曆 연간(1573~1619)에 勅定되었다. 目錄 다음에 都察院 右僉 都御史 高擧가 發刻하고, 監察御史 鄭繼芳・韓浚・張惟任 등이 訂正, 布政使 洪啓睿 등 11인이 同校한 것으로 적고 있다. 《大明律集解附例》는 '集解附例'라는 명칭과 같이 조문 다음에 '纂註'로 시작하는 주석과 함께 '條例'를 싣고 있다.

^{34) 《}讀律瑣言》의 구성은 30권, 附 1권으로 되어 있으며, 明 嘉靖代(1522~1566) 刑部郎中 雷夢麟이 찬수한 《大明律》 주석서이다. 현재 嘉靖 36년(1557) 廬州府知府汪克用刻本과 嘉靖 42년(1563) 徽 州府歙縣知縣熊秉元重刊本이 전하다. '瑣言曰'로 시작하는 주석과 '問刑條例'를 싣고 있다.

同犯不應 為首應笞四十 則為從笞三十 為首應杖八十 則為從杖七十 如所犯有輕重之分 自當分擬笞杖 不以首從論也.

《大淸律輯註》에 의하면 不應爲조의 事理 輕重의 구분을 首從의 구분으로 해석하고 있는 이전의 주석서들은 틀린 것으로 적고 있다. 從犯의 경우 首犯 보다 1등급을 감경하도록 한 名例律의 共犯罪分首從조와 달리 各律에서 罪의 輕重으로 首從을 구분한 경우는 없으며, 2인 이상이 공동으로 不應爲를 범한 경우는 역시 名例律에 따라야 하는 것으로 해석하고 있다. 즉, 不應爲事理輕의 공범인 경우 首犯은 笞40, 從犯은 그보다 1등급을 감경한 笞30으로, 不應爲事理重의 공범인 경우 首犯은 杖80, 從犯은 역시 1등급을 감경한 杖70으로 처벌하는 것으로 해석하고 있다.

이와 함께 《大淸律輯註》에서는 不應爲조의 刑名에 대해서 다음과 같이 事理의 輕重에 따른 笞40과 杖80의 두 등급이 있을 뿐, 笞40부터 杖80까지의 다섯 등급이 있는 것은 아니라고 해석하고 있다.

《大淸律輯註》刑律 雜犯 不應爲

[律上註] 本律止兩等 輕則笞四十 重則杖八十 非自笞四十至杖八十止 有五等罪也.

《大明律附例》나 《大明律集解附例》, 《讀律瑣言》의 경우 輕重을 首從으로 해석하고 있는데, 不應爲조 律文상의 輕重은 분명히 事理 또는 情狀의 輕重을 의미하는 것이기 때문에 그와 같은 해석에는 근거가 필요하다. 《大明律》 名例律에 의하면 首犯은 원칙적으로 범의를 造意한 자를 가리키고, 從犯은 首犯보다 1등급을 감경하여 처벌한다.35) 그런데 各律에서 名例律과 달리 首從을 구분하거나 首從의 형량 차이를 다르게 할 때는 律文에서 '爲首', '爲從' 등으로 표시하면서 구체적인 내용을 적고 있다.36) 또한 首犯과 從犯에게 같

^{35)《}大明律》名例律 § 29 共犯罪分首從: 凡共犯罪者 以造意爲首 隨從者減一等.

³⁶⁾ 首從의 구분이 名例律과 다르거나 그를 보충하는 경우는 § 70 漏泄軍情大事조, § 103 荒蕪田地조, § 123 出妻조, § 124 嫁娶違律主婚媒人罪조, § 301 盜賊窩主조, § 305 謀殺人조, § 335 威力制縛

은 형량을 과할 경우에는 例分八字之義조37)에 따라 律文에서 '밤'字를 쓰는 것을 원칙으로 하고 있다. 따라서 事理의 輕重을 共犯의 首從의 구분과 연결 시키는 것은 근거가 빈약하며, 각자 범한 바가 輕重의 구분이 있으면 答와 杖에 비길 것이지. 首從의 구분에 따를 것은 아니라고 한 《大淸律輯註》의 해 석이 보다 설득력이 있다.

不應爲조에서는 事理의 輕重에 따라 答40과 杖80을 대비시키고 있는데. 이와 유사한 예가 《大明律》의 다른 조문에서도 발견된다. 刑律 詐僞 詐病死 傷避事조38)에서는 관리가 질병을 사칭하여 직무에 회피함이 있으면 答40으 로 사안이 중한 경우는 杖80으로 처벌하고 있고, 刑律 雜犯 夫匠軍士病給醫 藥조39)에서는 군사가 주둔지에서 질병에 걸린 경우에 해당 관사에서 적절한 치료를 받지 않게 하면 笞40으로, 죽음에 이르면 장80으로 처벌하고 있다. 모두 事理의 輕重에 따라 答40과 杖80을 대비시키고 있는 것이다. 다른 예로 는 制書有違조40)와 違令조41)의 예를 들 수 있다 制書有違조의 刑名은 杖 100이고, 違令조의 刑名은 答50이다. 두 조문은 각각 束律 公式편과 刑律 雜 犯편에 달리 규정되어 있는 조문이지만. 역시 事理의 輕重에 따라 대비되고 있다 42) 《大淸律輯計》는 이에 대해서 制43)는 一定한 법이지만 숨은 一時적 으로 시행되는 것이기 때문에 杖과 答의 구분이 있다고 설명하고 있다.44) 이러한 점들을 볼 때 不應爲조의 笞40과 杖80은 律文 그대로 事理의 輕重에 따른 구분으로 이를 首從의 구분과 연결시킬 것은 아니며, 다른 조문들에서

人조 등 참조; 首從의 형량 차이가 名例律과 다른 경우는 § 229 縱軍擴掠조 § 290 劫囚조 § 305 謀殺人조 등 참조.

^{37)《}大明律》卷首 例分八字之義: 皆〈皆者, 不分首從, 一等科罪〉。

^{38)《}大明律》刑律 詐偽 § 388 詐病死傷避事:凡官吏人等 詐稱疾病 臨事避難者 笞四十 事重者 杖八十.

^{39)《}大明律》刑律 雜卯 § 401 夫匠軍士病給醫藥: 凡軍士在鎭守之處 丁夫雜匠在工役之所 而有疾病 當該官司不爲請給醫藥救療者 笞四十 因而致死者杖八十.

^{40)《}大明律》 吏律 公式 § 64 制書有違: 凡奉制書 有所施行而違者 杖一百 違阜太子令旨者 同罪.

^{41)《}大明律》刑律 雜犯 § 409 違令: 凡違令者 笞五十.

⁴²⁾ 실록의 기사에서도 두 조문이 대비되어 적용된 경우가 자주 나타난다. (김대홍, '조선시대 大明律 違令條의 적용 사례 연구」, 『법사학연구』vol.37(한국법사학회, 2008), 45~9면 참조)

^{43) 《}大明律集解附例》에 의하면 制는 황제의 말을, 書는 그를 글로 적은 것을 의미한다. (《大明律集解 附例》刑律 雜犯 不應爲:[纂註]天子之言曰制 而書則載其言者)

^{44)《}大清律輯註》刑律 雜犯 違令: [律後註] 吏律公式內 制書有違 則杖一百, 此違令者則笞五十, 制爲 一定之法 令則一時所行 故違者有杖・笞之別.

발견되는 예와 같이 사안의 정상을 참작하여 적정한 양형이 이루어질 수 있 도록 대비되어 규정된 刑名이라고 할 수 있다.

Ⅲ 조선시대 不應爲조 사례

1 조선시대 不應為 罪名

1) 不應爲조 罪名의 정리

조선왕조실록에서 不應爲조와 관련된 기사는 모두 83건 정도가 확인된 다.45) 중종대까지의 기사가 76건으로 전체의 대부분을 이루고 있고, 특히 세 종대(21건)와 성종대(25건)에 기사가 집중되어 있다. 이러한 결과는 다른 《大 明律》의 조문을 검색할 경우에도 유사하게 나타나는 현상으로 조선 초기는 형사제도의 정비와 함께 《大明律》과 관련한 법적 논의가 활발하게 이루어진 시기였다. 특히 세종과 성종 두 국왕은 재위기간이 길었을 뿐만 아니라. 형사 사건의 照律과 處決에 적극적인 관심을 가지고 있었다. 국왕에게 啓聞되고 신료와 함께 의논되었지만 不應爲조는 刑名이 答40과 杖80으로 가벼운 罪名 에 해당한다. 笞40은 지방 수령이. 杖80은 관찰사나 형조에서 直斷할 수 있는 형량이다.46) 死罪와 같이 국왕에게 반드시 보고되어야 할 罪名이 아님에도 불구하고 조정에서 논의되었다면. 그것이 어떤 이유에서이든 사안 자체를 심 중하게 인식하였다는 것이 된다.

실록 기사에서 국왕에게 不應爲조 사건을 보고한 法司는 주로 司憲府(24 건)와 義禁府(19건)였다.47) 이는 국왕에게 보고된 不應爲조 사건 관련자의

^{45) &#}x27;不應爲' 또는 '不應得爲'로 검색한 결과로 '不應爲而爲之'와 같이 不應爲조와 명백히 관련되지 않 은 기사는 제외하였다. '不應爲而爲之'는 不應爲조를 의미하는 것이 아니라. 마땅히 하지 말아야. 했으나 그를 행하였다는 내용을 한자어구로 옮긴 것이다. (실록 기사의 不應爲조 사례 전체의 정리 는 〈붙임〉 참조)

^{46)《}經國大典》刑典 推斷:本曹·開城府·觀察使 流以下直斷 各衙門 笞以下直斷.

⁴⁷⁾ 실록 기사에서 不應爲조를 조율한 法司 또는 해당 法司의 관원이 명확하게 나타난 경우임.

신분과 관련이 있다. 실제 不應爲조가 조율된 자들의 신분을 보면. 工曹判書 (정2품). 觀察使(좆2품). 大司諫(정3품). 刑曹參議(정3품). 都承旨(정3품). 司 諫(冬3号). 大護軍(冬3号). 禮曹正郎(々5号). 副司直(冬5号). 監察(々6号). 吏 曹佐郎(정6품), 藝文館奉敎(정7품) 등 堂上官을 포함한 여러 품계의 문무관 의 처벌이 논의되었다. 문무관 이외에 訓導(정9품). 渡承(종9품)의 기술관이 나 掖庭署 司鑰(정6품)의 화관 등도 처벌이 논의되었으며 儒生・學生・向化 人・伴人・奴婢 등 다양한 신분이 不應爲조 위반으로 조율되었다. 그렇지만 문무관 이외의 자가 논의된 사건은 각각 한두 건에 그치고, 실록 기사에서 나타난 不應爲조 위반자의 대부분은 문무관이었다.

무무관에 대해서 不應爲조의 罪名이 논의된 사안을 보면 節制使에 부임 된 都摠制가 자신보다 품계가 낮은 관원의 부하로 된 것에 푸념한 경우,48) 左司諫이 私事의 원망으로 보복하여 署經을 미룬 경우 49) 都承旨가 자신의 부하의 인사문제를 언급한 경우.50) 刑曹參議가 臺諫의 논박을 당하자 스스 로 臺諫에 관계된 글을 계문한 경우.51) 藝文館奉敎가 經筵 입시에서 앉아서 졸다가 서책을 두고 나간 경우52) 등 다양하게 나타났다. 문무관 이외에 기술 관 등이 논의된 사안은 訓導가 악병을 구제해 다스리는 방법을 물은 策問에 供佛이라고 답한 경우53)나 涌事가 중국에서 처녀를 뽑으려 한다는 말을 전 파한 경우54)와 같은 사례가 있었다. 이밖에 환관이 술에 취해 朝官을 능욕한 경우55)나. 儒生이 자신의 처가 절도한 사실은 물론 장물까지 숨긴 경우56). 學生이 國喪중 기생을 맞아서 간음한 경우57) 등의 사례에서 不應爲조 적용

^{48) 《}世宗實錄》 3年(1421) 8月 27日 [사례 9]: 사안에서 資憲大夫(정2품)가 江界道 兵馬都節祭使에 제수되었는데, 강계를 관할하고 있던 平安道 兵馬都節制使에는 嘉善大夫(종2품)가 제수되어 있었다.

^{49) 《}世宗實錄》 18年(1436) 10月 18日 [사례 21].

^{50) 《}成宗實錄》 8年(1477) 12月 14日 [사례 36].

^{51) 《}成宗實錄》 10年(1479) 10月 29日 [사례 40].

^{52) 《}成宗實錄》 22年(1491) 5月 28日 [사례 52].

^{53) 《}成宗實錄》 20年(1489) 2月 19日 [사례 51].

^{54) 《}中宗實錄》 16年(1521) 1月 30日 [사례 72].

^{55) 《}文宗實錄》 2年(1452) 2月 6日 [사례 30].

^{56)《}文宗實錄》 1年(1451) 9月 17日 [사례 29].

^{57) 《}端宗實錄》 即位年(1452) 閏9月 6日 [사례 31].

이 논의되었다. 문무관이 不應爲조 罪名으로 문제된 사안은 그의 직위와 관련한 처신의 부적절함과 그에 대한 문책의 필요성에서 논의된 경우가 많았고, 문무관 이외의 경우는 행위 자체가 綱常과 관련된 것이어서 그에 따른 처벌의 공론화 이유에서 논의된 경우가 많았음을 알 수 있다.

이외에도 실록 기사에서 개별 사례가 아닌 입법의 형식으로 不應爲조 罪名이 논의된 경우를 찾을 수 있는데, 일정 행위를 금지하면서 그의 위반을 不應爲조로 처벌할 것을 밝힌 계문 등이 그에 해당한다. 여기에서 실록의 특성을 언급할 필요가 있는데, 실록은 기본적으로 국왕을 중심으로 한 국정논의를 적은 기록이라는 성격을 갖는다. 따라서 개별 사례에서 不應爲조 위반이 논의된 경우는 의금부나 사헌부를 통해서 국왕에게 보고되는 것이 정례였던 문무관 범죄를 중심으로 나타났지만, 입법 형식의 기사를 통해서는 不應爲조 위반이 일반 백성에게 적용되었던 경우를 살펴볼 수 있다.

구체적으로는 태종대에 호패법을 정하면서 호패를 분실하거나 함부로 둔경우는 不應爲 笞40으로, 58) 타인의 호패를 고쳐 쓴 경우는 不應爲 杖80으로 처벌하도록 한 사안이 있었다. 59) 이때 호패를 僞造한 경우는 僞造寶鈔律로 논죄하도록 하였는데, 《大明律》僞造寶鈔조60)를 가리키는 것으로 斬刑에 처하게 된다. 세종대에는 동전을 녹여서 만든 그릇을 사사로이 매매한 경우 不應爲 杖80으로 처벌하도록 한 사안이 있었다. 61) 이때 동전을 녹여 구리로 부어 만드는 행위 자체는 私鑄錢律62)에 따라 杖100에, 새로이 그릇을 부어만든 경우는 杖100과 充水軍에 처하도록 하였다. 성종대에는 私船의 사공이사람들을 건너 주며 지나치게 수가를 취하는 경우 이를 단속하지 못한 渡丞을 不應爲 杖80으로 처벌하도록 한 사안63)과 앵미[惡米]를 흥판한 경우 不

^{58) 《}太宗實錄》 13年(1413) 9月 1日 [사례 3].

^{59) 《}太宗實錄》 14年(1414) 8月 18日 [사례 4].

^{60)《}大明律》刑律 詐僞 § 382 僞造寶鈔:凡僞造寶鈔 不分首從 及窩主 若知情行使者 皆斬 財産幷入官.

^{61) 《}世宗實錄》 14年(1432) 11月 10日 [사례 18].

^{62) 《}大明律》 刑律 詐僞 § 383 私鑄銅錢: 凡私鑄銅錢者 絞 ... 若將時用銅錢 剪錯薄小取銅 以求利者 杖一百; 《大明律》은 동전을 위조하는 행위와 동전에서 구리를 취하는 행위를 모두 처벌하는데, 조선초기에는 화폐유통이 진작되지 않았고 구리 자체가 귀했기 때문에 동전의 위조보다도 동전에 서 구리를 취하는 행위와 그의 단속이 더 문제되었다.

^{63) 《}成宗實錄》 5年(1474) 3月 7日 [사례 34].

應爲 杖80으로 처벌하도록 한 사안64)이 있었다.

위와 같은 실록 기사에서는 여러 범죄태양과 그에 관한 처벌이 입법의 형 식으로 규정되었기 때문에 不應爲조가 갖는 상대적인 위치를 알 수 있다. 호 패 자체를 위조한 경우와 호패를 변조 또는 분실한 경우, 동전을 녹여 구리 나 그릇을 만든 경우와 그렇게 만들어진 그릇을 매매한 경우를 각각 비교해 보면 상대적인 처벌의 차이가 분명하게 나타난다. 그리고 不應爲조의 罪名이 언급되었지만 사실상 刑名으로써 기능하였다고 할 수 있다. 즉. 새로운 구성 요건을 규정하면서 그 처벌에 대해서 笞40이나 杖80을 직접 규정하지 않고. 不應爲조를 이용하여 처벌하도록 한 것이다.

조선에서는 이처럼 《大明律》에 없는 처벌규정을 마련할 때, 그에 대한 형 량을 별도로 규정하지 않고 《大明律》의 조문을 이용하여 처벌하도록 한 예 가 많았다(65) 이 경우 대개 인용된 조문은 不應爲조나 違令조 制書有違조 등으로 모두 구체적 행위태양을 규정하지 않은 이른바 포괄규정에 해당하다 새로운 처벌규정을 입법하면서 刑名을 별도로 규정하지 않고 《大明律》의 罪 名을 이용하여 처벌하도록 한 것에 대해서는 아직 명확한 설명이 없다. 다만 특정 범죄행위 유형을 추상화하여 하나의 조문으로 구성하는 논리적 사고의 부족 때문이라기보다는 '用大明律'66)이라는 원칙에 따라 되도록 大明律의 近 律을 적용하려 했기 때문으로 보인다. 그리고 이 경우 구체적 행위태양을 규 정하지 않은 포괄규정은 보다 무리 없이 여러 사안에 적용될 수 있었다.67)

2) 不應爲조 照律의 특성

실록 기사에서는 한 사안에 적용할 조문을 두고 不應爲조 이외에 여러 조

^{64) 《}成宗實錄》 23年(1492) 10月 19日 [사례 54].

^{65)《}大典會通》의 경우 戶典 田宅조(山腰以上起耕者 禁斷 守令不能禁斷者 以不應爲律論). 戶典 收稅 조(灾傷都目改籌時用術算員 依踏驗書員漏負律論 郞廳以不應爲律論), 戶典 漕轉조(全羅・忠淸兩道 都事 俱兼海運判官 慢忽漕務 無故上來者 以不應爲律論;漕船每運以三十隻作一綜 到泊・回發 毋 得先後 違令者沙工 刑推汰去 押領官以不應爲律論;浦民見敗船而不卽奔告本官者 嚴刑 守令常時不 能檢飭之罪以不應爲律論; 裝載時 不到海倉守令 施以制書有違律 限五年禁錮 徵索官吏 不飭守令 以不應爲律論 三年禁錮) 등에서 不應爲조를 이용하고 있다.

^{66)《}經國大典》刑典 用律:用大明律.

⁶⁷⁾ 김대홍, 앞의 논문, 58~63면 참조.

문들이 논의된 사례가 나타난다. 사안에 정확히 들어맞는 正條가 없었기 때문에 서로 다른 罪名들이 제시된 사례로 不應爲조와 관련한 조율의 특성을 잘 살펴볼 수 있다. 실록 기사에 나타난 주요한 사례는 다음과 같다.

먼저 문종대의 사례를 보면, 儒生이 자신의 처가 훔친 비단을 매부 등에게 맡겨서 숨긴 사건이 있었다.⁽⁶⁸⁾ 首犯인 유생의 처에 대해서는 장물을 계산하여 杖100·流3,000리에 처할 것이 결정되었지만,⁽⁶⁹⁾ 유생에 대해서는 견해가 나뉘어서 竊盜 窩主, 竊盜 從犯, 不應爲 事理重 등이 조율되었다. 竊盜 窩主에 의하면 절도 외주가 범행을 造意하고 장물을 나누어 가진 경우는 직접실행하지 않았더라도 首犯으로 논하도록 하고 있으므로, 유생 역시 杖100·流3,000에 처하게 된다.⁽⁷⁰⁾ 반면 竊盜 從犯의 경우는 杖100·流3,000리를 1등급 감경하여 장100·도3년에 처하게 된다. 절도 외주가 장물은 나누어 가졌으나 범행은 실행하지 않은 경우 절도 종범으로 논하도록 한 것에 따른 것이다⁽⁷¹⁾

이 사건에 대해서는 律로 논한다면 의당 不應為 杖80으로 다스려야 하지만, 정상으로 논한다면 의당 重刑을 가하여야 한다고 한 것처럼,⁷²⁾ 유생을 엄벌해야 한다는 인식이 있었기 때문에 不應爲조와 형량 차이가 많이 나는 절도 와주나 절도 종범이 조율된 것이었다. 비록 처음부터 더불어 꾀하지는 않았으나 사리를 아는 유생으로서 그 처가 절도한 것을 알고서도 내치지 못하였고, 도리어 장물을 수색한다는 말을 듣고서는 그를 숨기기까지 하였으니, 정상을 이는 외주의 율이 매우 합당하다는 것이 그 논거였다.⁷³⁾ 그러나

^{68) 《}文宗實錄》 1年(1451) 9月 17日 [사례29].

^{69) 《}大明律》은 재산범죄에 대해서 장물의 액수에 따라 형량을 다르게 정하고 있는데, 절도의 경우 杖100·流3,000리가 가장 높은 형량이다. (《大明律》 刑律 賊盜 § 292 竊盜: 一貫以下杖六十 一貫 之上至一十貫杖七十 ... 一百一十貫 杖一百流二千五百里 一百二十貫 罪止杖一百流三千里)

^{70)《}大明律》刑律 賊盜 § 301 盜賊窩主:竊盜窩主造意 身雖不行 但分贓者 爲首論.

^{71) 《}大明律》 刑律 賊盜 § 301 盜賊窩主: 行而不分贓 及分贓而不行 仍爲從論; 刑律 賊盜 § 292 竊盜 : 爲從者 各減一等; 名例律 § 38 加減罪例: 唯二死三流 各同爲一 減. 《大明律》名例律 共犯罪分 首從조에서 '隨從者減一等'이라고 규정하고 있지만, 절도의 경우 수인의 종범을 상정하여 '各減一 等'이라고 별도로 규정하고 있다. 名例律 加減罪例조에 따라 2등급의 死刑과 3등급의 流刑은 각각 1등급으로 하여 감정하기 때문에 杖100・流3,000리를 1등급 감정하면 杖100・流2,500리가 아니라, 杖100・徒3년이 된다. 당해 사건에서도 이러한 점이 모두 고려되어 刑名이 제시되었다.

^{72) 《}文宗實錄》 1年(1451) 9月 17日: 以律論之 則官服杖八十 以情論之 則官加重刑.

유생이 처와 절도를 미리 공모한 것은 아니었기 때문에 와주로 논하는 것에 대한 반론 역시 적지 않았다. 처의 장물을 가지고 그 지아비를 와주로 논함 수는 없는 것이며,74) 그 정상이 가증하여 마땅히 중죄에 처하여야 할 것이지 만 律은 어디까지나 公律이라는 것이 반론의 논거였다.75)

다음으로 단종대의 사례를 보면, 司勇과 學生이 國喪중 기생을 맞아서 관 계한 사건이 있었다.76) 사헌부에서는 이에 대해 國喪犯姦律을 조율하였는데. 그의 타당함을 두고 신료들 사이에 견해가 나뉘었다. 조선에서 國喪 중 간통 은 綱常에 관계된 범죄로 사안을 가볍게 여기지 않았지만 《大明律》에 그를 가중하여 처벌하는 별도의 조문이 없었기 때문에 匿父母夫喪조나 居喪及僧 道犯姦조를 比附하여 처벌하였다.77) 사헌부에서 조율한 國喪犯姦律도 이들 조문에 따른 것이었다. 그러나 의정부에서는 사헌부의 조율에 반대하면서 不 應爲 事理重으로 처벌할 것을 주장하였다.

사안의 잿점은 첩의 범위를 어디까지로 볼 것인지에 있었다. 즉 가통한 기생을 첩으로 보게 되면 이미 두었던 자신의 첩과 관계한 것을 犯姦으로 처벌할 수는 없었기 때문이었다 78) 國喪犯姦律을 조율한 사헌부에서는 기생 은 본래 정한 남편이 없으니, 왕래하면서 상간한 것을 첩으로 논할 수는 없 다고 주장하였지만 79) 그에 반대한 의정부에서는 國惠 이전에 두었던 첩과 관계한 것을 간통으로 볼 수는 없다는 이유에서 國喪犯姦律보다 가벼운 처 벌인 不應爲 事理重을 조율하였다.80)

^{73)《}文宗實錄》1年(1451)9月15日: 瓘雖初不與謀 以識理儒生 知妻竊恣 既不能去之 及聞搜索贓物 又從而藏匿 知情窩主之律甚合矣.

^{74) 《}文宗實錄》 1年(1451) 9月 11日: 不可以妻之贓 而論其夫窩主.

^{75) 《}文宗實錄》 1年(1451) 9月 15日: 情狀可憎 宜置重罪 然律公律也.

^{76) 《}端宗實錄》 即位年(1452) 閏9月 6日 [사례 31].

^{77)《}大明律》禮律儀制 § 198 匿父母夫喪:凡聞父母及夫之喪 匿不擧哀者 杖六十徒一年;《大明律》 刑律 犯姦 § 396 居喪及僧道犯姦: 凡居父母及夫喪 若僧・尼・道士・女冠犯姦者 各加凡姦罪二等 相姦之人 以凡姦論.

⁷⁸⁾ 이와 유사한 사례가 성종대에도 나타나는데, 大臣이 內禁衛의 첩과 관계한 사건이 있었다. 이 사례 에서도 犯姦과 不應爲의 견해가 대립하였다. 絃首娼妓의 무리는 歌舞하는 곳이면 이르지 않는 곳 이 없으니, 진실로 정해 놓은 지아비가 없으므로 빼앗아서 간통한 것[奪姦]으로 논하는 것은 애매 하다는 것이 不應爲 事理重의 논거였다. (《成宗實錄》 25年(1494) 11月 15日 [사례57])

^{79) 《}端宗實錄》 即位年(1452) 閏9月 6日: 凡妓本無定 夫往來相奸者 難以妾論.

^{80)《}端宗實錄》即位年(1452) 閏9月 6日: 雖在國喪 然所嘗畜之妾 宜照不應爲事理重之律 不可以犯奸論也.

끝으로 성종대의 사례를 보면, 行護軍이 이웃에 시는 私奴의 집을 사려 하였으나 그가 다른 사람에게 팔아버리자, 그 집의 기와를 없애버리고 서까래를 자르고 처마 밑을 파서 水田을 만들어 미나리를 심은 사건이 있었다.81)이 사건에 대해서는 强占人田宅律, 侵占律, 不應為 事理重 등이 조율되었는데, 强占人田宅律과 侵占律은《大明律》盜賣田宅조에 따른 것이었다.82)强 占人田宅律에 의하면 杖100・流3,000리에, 侵占律에 의하면 침점한 면적에따라 答50에서 杖80・徒2년에 처하게 된다. 사안에서는 侵占律로 처벌하면 너무 가볍고, 强占人田宅律로 처벌하면 너무 무거우니, 不應為 事理重으로 논단해야 한다는 언급이 있는 것으로 보아서,83) 침점한 면적 자체는 넓지 않았던 것으로 보인다.

위 사건에 대한 조율을 최초로 보고한 곳은 사간원인데, 사간원에서는 《大明律》 주석서인《律條疏議》84)의 强占人田宅律에 따를 것을 계문한다. 사간원에서 굳이《律條疏議》를 언급한 것은 强占人田宅律의 구성요건 때문이었다. 强占人田宅律은 官民의 山場이나 茶園 등을 强占한 경우 死刑 다음의 형벌인 杖100・流3,000리로 엄하게 처벌하도록 하고 있다. 문제는 《大明律》 盜賣田宅조의 구성요건에서 강점으로 대상으로 田宅을 명시적으로 규정하고 있지 않았기 때문에 사안에 적용될 수 있을 것인지에 대한 의문이 제기되었고, 사간원에서도 이 점을 의식하여《律條疏議》를 인용한 것이었다. 《律條疏議》의 問答에 의하면 다른 사람의 田宅을 강점한 경우에 강점의 정상이 명백하면 역시 山場 강점의 항목에 따라 杖100・流3,000리로 처벌하도록 하고 있다.85)

^{81) 《}成宗實錄》 15年(1484) 8月 5日 [사례 46].

^{82)《}大明律》戶律田宅 §99 盜賣田宅:侵占他人田宅者田一畝屋一間以下答五十每田五畝屋三間加一等罪止杖八十徒二年;○若强占官民山場湖泊茶園蘆蕩及金銀銅錫鐵治者杖一百流三千里。

^{83) 《}成宗實錄》 15年(1484) 8月 5日: 若坐以侵占律 則過輕 若坐以强占人田宅 則過重 以不應爲事理 電論斷

^{84) 《}律條疏議》는 張楷가 明 天順 5년(世祖 7년, 1461)에 편찬한 《大明律》 주석서로 《律學解頤》 《律解辯疑》를 참조하여 편찬된 것으로 전한다. 조선에서는 成宗 11년(1480) 奏聞使로 북경에서 돌아온 魚世謙이 바쳤으며, 2년 후 法司에서 照律할 때 참조하라는 傳旨가 내려졌다. 私撰 주석서 이기 때문에 그 권위가 논란이 되었으나 여전히 개별 조문의 해석에 활용되었다. '疏議曰'로 시작하는 주석과 '謹詳律意'로 시작하는 주석, 그리고 '問曰'과 '答曰'로 문답하는 주석이 있다.

위 사건의 실록 기사에서는 律文의 侵占과 强占의 차이에 대한 논의도 나 타난다. 즉. 다른 사람의 田宅을 침점하는 것은 점차로 빼앗아 차지하는 것으 로 강점하는 것은 위력으로 죄다 빼앗는 것으로 해석하면서 사안을 강점으 로 논단하면 너무 무겁고 침점으로 처벌하면 너무 가벼울 듯하니. 침전한 것 에 등급을 더하여 처벌하는 것이 타당하다는 견해가 제시된다.86) 여기에서 는 강점을 죄다 빼앗는 '盡奮'로 해석하였는데, 이는 《律條疏議》와는 다른 해 석으로 《律條疏議》에서는 강점의 경우 强暴의 정상을 고려하여 강점한 면적 을 따지지 않는 것으로 해석하고 있다.87) 《律條疏議》와 달리 강점을 '盡奪' 로 해석한 견해는 行護軍이 占한 면적이 田宅의 일부였기 때문에 점차로 빼 앗는 侵占에는 해당하지만 죄다 빼앗는 强占에는 해당하지 않는다는 근거로 제시한 것이었다.

이와 같은 不應爲조 사례에서 알 수 있듯이. 당시 法司와 신료들은 조율 과정에서 《大明律》의 律文은 물론 그에 관한 주석까지 다양하게 참고하고 있었으며, 조율에 확실한 근거를 제시하기 위하여 노력하였음이 나타나 있 다. 照律은 律文에 정밀하고 익숙한 자가 아니면 가볍게 의논할 수가 없다고 한 것처럼 88) 建文 자구의 의미는 물론 建文 전체의 맥락을 다각도로 고려하 여 사안에 적용할 조문을 찾기 위해 애썼던 흔적들을 찾을 수 있다. 그러나 구성요건에 사안을 포섭하여 형량을 결정하는 지금의 법추론 과정과는 다른 모습을 발견할 수 있다. 즉. 사안에 조율된 애초의 罪名에 따른 刑名이 사안 의 정상보다 過輕 또는 過重한 것으로 판단되면 사안에 적정한 刑名을 근거 로 새로운 罪名을 결정하는 경우를 볼 수 있다. 이러한 경우에는 사안의 정 상에 상응하는 적정한 형을 찾는 것이 주가 되고, 조율 과정에서의 논리성은

^{85)《}律條疏議》戶律 田宅 盜賣田宅:又問 設有强占人田宅者 作何擬斷,答曰 鞫問明白 果有强占情犯 比依强占山場等項 擬流三千里 奏; '奏'가 있는 것으로 보아 황제에게 보고되었으며, 그에 따라 사 간원에서는 단순한 주석이 아닌 규범력을 가지는 해석으로 판단했던 것으로 보인다.

^{86)《}成宗實錄》15年(1484)8月5日:律云 侵占人田宅者 漸次侵占之謂也 强占人田宅者 以威力盡奪 之謂也 ... 斷以强占 則似乎過重 以侵占律罪之 則似乎過輕 於本律 加等何如.

^{87)《}律條疏議》戶律 田宅 盜賣田宅:問曰 上言田宅皆有等第 侵占者 罪止杖八十徒二年 此言强占官民 山場等項 皆不分多少何也, 答曰 上文俱無强字 故罪輕 此言强占 故罪重 一以禁强暴之心 一以情重 乎物 故也.

^{88) 《}成宗實錄》 24年(1493) 11月 17日: 然照律 非精熟律文者 未可輕議.

후퇴하게 된다. 律文의 엄격한 적용이 아니라, 유력한 처벌 근거로써 사안에 가까운 近律을 찾는 과정이 되면서 律文의 의미에 대한 엄밀한 논의나 사실 관계에 대한 치밀한 확정 역시 후퇴하게 된다. 그리고 이러한 현상은 사안을 정확히 포섭하는 正條가 없는 경우에 더욱 두드러졌다고 할 수 있다.89)

2. 조선시대 不應爲조 刑名

1) 不應爲조 刑名의 정리

국왕과 신료가 不應爲조의 처벌을 함께 논의한 연유가 사건 관련자의 직위 때문이든, 사안 자체의 심각성 때문이든, 한 가지 분명한 점은 不應爲조의 刑名이 笞40과 杖80이라는 점이다. 不應爲조는 조문 자체의 성격상 행위태양을 유형화하기 힘든 조문이고, 실록의 사례도 어떤 기준에 의한 분류가 무의미할 만큼 다양한 형태로 나타났다.90) 그렇지만 不應爲조가 조율된 사건은 유책성이나 가벌성의 측면에서 동일하게 평가되었던 것으로 상정해 볼 수있다. 예를 들어 명확하지 않은 이유로 署經을 미룬 兩司의 관원을 세종대와성종대 모두 不應爲 事理重으로 조율하였고,91) 연산대에는 어전에 침을 뱉은 선전관의 처벌에 대해서 大射禮에 침을 흘린 것을 不應爲 事理重으로 조율하였던 전일의 사례를 상고하였다.92)

그러나 유책성이나 가벌성의 평가에는 사건의 다양한 요소가 고려되었기 때문에 이러한 결과는 우연적인 것으로 보아야 한다. 몇 차례 나타나는 관리의 음주사건을 보면, 不應為 答40이나 杖80으로 조율된 경우도 있었고, 杖90이나 徒刑으로 조율된 경우도 있었다.93)음주사건에 不應為조가 아닌 制書

⁸⁹⁾ 최병조, 「15세기 후반 조선의 법률논변: 私婢 斤非 사건을 중심으로」, 『서울대학교 法學』제52권 제1호(2011), 43면; 김대홍, 「조선초기 형사법상 引律比附에 관한 연구」(서울대학교대학원 법학박사학위논문, 2012), 142~3면 참조,

⁹⁰⁾ 淸代의 不應爲조 사례에서도 이러한 점은 유사하게 확인된다. (中村茂夫, 앞의 논문, 4면 참조)

^{91) 《}世宗實錄》 18年(1436) 10月 18日 [사례 21]; 《成宗實錄》 15年(1484) 6月 21日 [사례 45].

^{92) 《}燕山君日記》 9年(1503) 10月 19日 [사례 63]; 《燕山君日記》 8年(1502) 3月 18日.

^{93) 《}世宗實錄》 3年(1421) 3月 28日 [사례 8]; 《世宗實錄》 12年(1430) 8月 25日 [사례 17]; 《文宗實錄》 2年(1452) 2月 6日 [사례 30]; 《成宗實錄》 9년(1478) 9月 10日 [사례 37].

有違조와 같은 다른 조문이 적용된 경우도 있었다.94) 署經이 미루어진 경우 에도 처벌에까지 이르지 않고. 국왕이 臺諫에게 경고하는 것으로 그친 경우 도 있었다.95) 다른 예로는 주인이 자신의 奴의 엄지손가락을 찍어 자른 경우 와 婢를 불로 지진 경우 모두 不應爲 杖80으로 조율된 사례가 있었는데.96) 처가 질투로 婢를 단근질한 사례에서는 직접 행위하지 않은 가장에게도 처를 단속하지 못한 책임을 물어 역시 不應爲 杖80이 조율된 경우가 있었다.97)

논죄 과정에서 不應爲조의 事理 輕重이 뒤바뀐 경우도 있었다. 태종대에 호패를 시행하면서 타인의 호패를 고쳐 쓴 자의 처벌이 문제가 되었다. 형조 에서 不應爲 事理輕으로 처벌할 것을 상소하였지만, 태종은 不應爲 事理重에 따라 처벌할 것을 명한다 98) 세종대에는 前敎導가 會試 初場에서 經義의 本 草를 개서한 사람에게 그를 바꾸어 주고자 科場에 들어간 사례가 있었다. 사 헌부에서는 그에 대해 不應爲 事理輕을 조율하였지만 세종은 科場의 일은 謹嚴하게 하지 않을 수 없다고 하여 不應爲 事理重으로 바꿀 것을 명하다 99) 중종대에는 先農祭 初獻官이 受香에 까닭 없이 불참한 사례가 있었다. 사헌 부에서는 그에 대해 不應爲 事理輕을 조율하였지만. 중종은 祭享에 삼가도록 한 것을 강조하면서 不應爲 事理重으로 다시 조율할 것을 명한다 100)

不應爲조의 事理 輕重이 쉽게 뒤바뀔 수 있음은 세종대에도 크게 논의가 되었다. 101) 成均館 注簿 송을개는 不應爲조의 문제점을 지적하면서 지금 안 팎의 관리들이 한때의 감정으로써 제 마음대로 경하게 하기도 하고 중하게 하기도 하니, 명분은 비록 律文에 의거한다고 하지만 실상으로는 私情을 쓰 는 것이라고 비판한다. 102) 그는 이러한 문제점을 해소하기 위해서 事理의 輕 重이 현격한 경우에만 不應爲조를 적용하고. 그 밖에 의심되고 용서할 만한

^{94) 《}世宗實錄》 12年(1430) 8月 25日.

^{95) 《}世宗實錄》 7年(1425) 5月 6日.

^{96) 《}成宗實錄》 19年(1488) 6月 20日 [사례 49];《燕山君日記》 5年(1499) 8月 21日 [사례 60].

^{97) 《}成宗實錄》 5年(1474) 11月 1日 [사례 35] : 사례에서 正犯인 처는 杖60・徒1년으로 조율되었다.

^{98) 《}太宗實錄》 14年(1414) 8月 18日 [사례 4].

^{99) 《}世宗實錄》 8年(1426) 4月 15日 [사례 13].

^{100) 《}中宗實錄》 15年(1520) 3月 2日 [사례 69].

^{101) 《}世宗實錄》 19年(1437) 7月 10日 [사례 22].

^{102)《}世宗實錄》19年(1437)7月10日: 今內外官以一時喜怒 擅自輕重 名雖按律 實用私意.

경우는 다른 조문을 比附하도록 하여 不應爲조의 적용이 함부로 이루어지지 않도록 것을 상언하다 103) 不應爲조의 事理 輕重이 신중하게 젓해지지 않고 있던 법사의 관행을 지적한 그의 상언은 분명히 일리가 있는 것이었다. 의정 부에서도 그러한 점에 동의하여 법사의 관리가 事理의 輕重을 잘못 분간하 여 죄를 다스림에 刑名의 차이가 있게 되면 官司出入人罪조에 따라서 엄벌 하도록 할 것을 보고하고 세종 역시 이를 받아들인다 104)

不應爲조는 '마땅히 해서는 안 되는 행위'를 행한 경우를 처벌하기 위한 조문이지만, '마땅히 해서는 안 되는 행위' 자체가 굉장히 불확정적인 개념이 다. 따라서 答40 또는 杖80으로 조율된 사안들에 대해서 이를 서로 다른 행 위의 유책성이나 가벌성에 대한 동일하고 일관적인 평가로 연결시키는 것은 무리가 있다. 이는 罪刑法定主義 원칙에서 예측가능성, 법적 안정성의 이유 로 명확하지 않은 형법 조문을 금지한 것과는 반대로 《大明律》에서 不應爲 조에 의한 처벌을 긍정하였을 때 이미 예견된 결과라고 보아야 한다. 이를 가장 잘 보여주는 한 예가 연산대에 임금의 사치와 사냥의 부당함에 대해 간언하거나 그에 동조한 臺諫 및 승정원의 관원들을 不應爲조로 조율한 사 례라고 할 수 있다.105) 前代였으면 言路를 막는 것이라 하여 아예 처벌 자체 가 논의되지 않을 사안이었다. 따라서 不應爲조가 동일하게 적용되어 答40 또는 杖80의 刑名이 부과된 경우에도 유책성과 가벌성의 평가는 사이마다 상대적인 시각에서 이루어진 것으로 보아야 한다. 그리고 答40과 杖80의 事 理 輕重의 구분 자체도 이미 당시에 지적된 바와 같이 자의적으로 흐를 위험 성이 다분히 있었다고 할 수 있다.

2) 不應爲조 處決의 특성

실록 기사에 나타난 不應爲조 사례에서 특이한 점은 法司에서 不應爲조로 조율한 사건에 대해서 국왕이 그대로 처결을 명한 경우는 드물고 상당수의

^{103) 《}世宗實錄》 19年(1437) 7月 10日: 臣願事理輕重懸絶者 依此律施行 其他可疑可恕者 比擬他律 母得輒用此律.

^{104) 《}世宗實錄》 19年(1437) 7月 10日: 若妄分輕重 致罪有出入者 以故失論何如.

^{105) 《}燕山君日記》 10年(1504) 6月 5日 [사례 65]; 《燕山君日記》 10년(1504) 8월 8일 [사례 66].

사례에서 감경하여 처벌할 것을 명하거나 아예 처벌하지 말 것을 명하였다는 점이다. 감면의 사유가 구체적으로 나타난 경우도 있는데, 대부분 공신이거 나 공신의 자손이라는 점을 들었다. 문무관의 경우에도 법사의 不應爲조 조 율을 그대로 따른 경우는 드물고, 단순히 파직이나 좌천, 감면 등을 명한 경 우가 많았다. 반면 의금부나 사헌부의 법사에서 조율한 그대로 처벌할 것을 명한 사안들을 보면 주로 환관 또는 郡事, 訓導, 別坐, 향리와 같이 신분이 낮은 관리의 처벌이 논의되었을 때였다.

법사의 조율과 국왕의 최종적인 처결 사이에 나타나는 차이는 설명이 곤 라한 부분이다. 국왕이 마음대로 처결할 것이라면 굳이 법사에서 힘들여 조 율하고 신료들이 애써 논의할 필요가 없었을 것이기 때문이다. 법사에서 조 율을 다시 행하는 경우는 罪名 자체를 바꾸는 경우와 刑名만을 바꾸는 경우 가 있는데 刑名만을 바꾸는 경우에도 그에 따른 罪名을 함께 바꾸는 것이 원칙이었다.106) 그러나 국왕의 최종적인 처결은 법사에서 제시한 罪名은 그 대로 두면서 刑名만을 바꾸는 식으로 나타난 경우가 많았다. 법사의 조율에 서 국왕의 처결까지의 과정을 보면 마치 법정형과 처단형에서 선고형으로 이 루어지는 지금의 양형 단계를 연상시키지만 《大明律》은 현대 형법과 달리 절대적 정기형을 규정하고 있는 차이가 있다. 즉. 하나하나의 罪名마다 五刑 스무 등급의 刑名 중 한 가지씩을 대응시키고 있는 구조를 가지고 있다. 따 라서 법사에서 조율한 罪名인 不應爲조에 규정되지 않은 刑名으로 국왕의 최종 처결이 이루어진 것은 분명히 자연스럽지 않다. 이러한 점 때문에 전통 형사법에서 처벌의 자의성 내지 천단성을 보여주는 것으로 비판받는 부분이 기도 하다.

전통 형사법에서는 특정 신부에 대해서 형사처벌상 특례를 인정하고 있다. 대표적인 예가 八議로 八議는 종친이나 공신에 해당하는 여덟 가지의 특권 계층을 의미한다 107) 八議에 해당하는 자나 그의 祖父・父・妻・子孫 등이

¹⁰⁶⁾ 조율을 바뀌는 '改律'의 의미에 대해서는 최병조 「조선 전기 奴婢와 主人 관계에 대한 지배층의 관념: 成宗 8년(1477) 主人 謀害 사건을 중심으로」、『서울대학교 法學』 제53권 제1호(2012), 227~9면 참조.

^{107)《}大明律》名例律 § 3 八議: 一曰 議親 二曰 議故 三曰 議功 四曰 議賢 五曰 議能 六曰 議勤

죄를 범한 경우에는 법사에서 함부로 추문하거나 처벌하지 못하고 국왕의 재 결을 받도록 하고 있다 108) 不應爲조 관련 실록 기사에서도 八議의 해당 여 부에 대한 구체적인 언급은 없지만, 공신이나 공신의 자손임을 들어 형의 감 면을 명한 사례가 나타난다. 문무관의 경우에도 형사처벌상 특례가 인정되는 데. 公罪로 徒刑 이상. 私罪로 杖100 이상의 죄를 범한 경우가 아니면 笞刑 이나 杖刑은 실제로 형을 집행하지 않고 收贖할 수 있다 109) 따라서 문무관 에게 不應爲조가 적용되었을 때는 笞40과 杖80의 어느 경우이든 실제로 형 이 집행되지는 않는다. 문제는 문무관의 신분상 불이익에 관한 것이다. 문무 관이 죄를 범한 경우에는 죄의 경중에 따라 신분 등급이 강등되고 인사고과 에 기록된다 110) 不應爲 笞40의 경우에는 큰 문제가 없지만, 不應爲 杖80의 경우에는 公罪이면 罪名을 기록하고 私罪이면 현직에서 해임됨과 동시에 신 분이 3등급 강등된다. 따라서 私罪 不應爲 杖80으로 조율된 사안에 대해서 형의 감면 이외에 단순히 파직이나 좌천만을 명한 것도 律文 이상으로 문무 관에게 관대한 처벌을 내린 것이 된다 111)

七日 議貴 八日 議賓; 종친은 議親에 공신은 議功에 해당된다. (다나카 토시미츠 「朝鮮初期 斷 獄에 관한 研究: 刑事節次의 整備過程을 中心으로」(서울대학교대학원 법학박사학위논문, 2011), 143~5면 참조)

^{108)《}大明律》名例律 § 4 應議者犯罪: 凡八議犯罪 實封奏聞取旨 不許擅自勾問 若奉旨推問者 開具所 犯及應議之狀 先奏請議 議定奏聞 取自上裁、〈其犯十惡者 不用此律〉;《大明律》名例律 §9 應議 者之父祖有犯: 凡應八議者之祖父母・父母・妻及子孫犯罪 實封奏聞取旨 不許擅自句問 若奉旨推 問者 開具所犯及應議之狀 先奏請議 議定奏聞 取自上裁.

^{109)《}經國大典》刑典 推斷: 文・武官及內侍府有蔭子孫・生員・進士 犯十惡・姦盗・非法殺人・枉法 受贓外 答・杖並收贖 公罪徒 私罪杖一百以上 決杖; 이 조문은 세종 5년(1423) 형조에 내린 敎旨 를 법제화한 것이다. (《世宗實錄》 5년(1423) 1월 27일 기사 참조)

^{110)《}大明律》名例律 § 7 文武官犯公罪:凡內外大小軍民衙門官吏犯公罪 該答者 官收贖 吏每季類決 不必附過 杖罪以上 明立文案 每年一考 紀錄罪名 九年一次通考所犯次數 重輕以憑黜陟;《大明律》 名例律 §8 文武官犯私罪:凡文官犯私罪 笞四十以下 附過還職 五十解見任別敍 杖六十降一等 七十降 二等 八十降三等 九十降四等 俱解見任 流官於雜職內敍用 雜職於邊遠敍用 杖一百者 罷職不敍;《經國 大典》刑典 推斷: 犯私罪杖六十者 啓聞 追奪告身一等 七十 二等 八十 三等 九十 四等 一百 盡行追奪送 吏・兵曹; 문무관의 公・私罪에 대해서 어느 정도의 신분상 불이익을 처분할 것인지는 조선 초기에 논의가 계속되다가 최종적으로 《經國大典》에는 《大明律》과 동일한 정도의 징계 처분을 내리는 것으로 규정된다. (《世宗實錄》 5년(1423) 1월 27일, 《成宗實錄》 4년(1473) 4월 4일 기사 참조)

¹¹¹⁾ 不應爲조 관련 실록 기사에서 사안마다 公・私罪의 여부가 명시적으로 나타나 있지는 않다. 다만. 다음의 사례에서는 公·私罪의 여부가 사안의 직접적인 쟁점이 되었다:《成宗實錄》25年(1494) 8月 23日 [사례 56]、《中宗實錄》 18年(1523) 4月 16日 [사례 73]、《中宗實錄》 23年(1528) 閏10月 5日 [사례 74] 참조.

이와 같이 나타난 신분 고하에 따른 법사의 조율과 국왕의 처결 사이의 차이는 전통시대 형사사법의 정의에 대하 회의와 함께 建文의 존재이유에 대한 의문을 아기하는 것이 사실이다. 여기에 대해서는 차등적 신분질서를 전제로 하면서 사법권의 정점에 국왕을 위치시키고 있었던 당시 법제의 반 영이라는 측면을 고려해 볼 필요가 있다. 《經國大典》에는 2품 이상의 관원 은 法司에서 추문을 마치면 王旨를 받도록 하고 3품 이하의 관원은 비록 공신·의친이더라도 조율을 한 후에 계문하도록 한 조문이 있다.112) 고위 관원에 대한 절차상 특례 외에 이 조문이 갖는 중요한 의미는 고위 관원의 처벌에 있어 법사의 조율을 참조하여 국왕이 최종적인 刑名을 결정하는 것 을 제도적으로 규정하고 있다는 점이다. 즉. 법사의 조율과 국왕의 처결 사 이의 차이가 이미 법문상으로 예정되어 있는 것이다. 不應爲조의 실록 기사 가《經國大典》반행 전후에 걸쳐 있고 《經國大典》반행 이후의 사례가 《經 國大典》의 조문을 반드시 따르고 있는 것은 아니지만, 실록 기사에서 나타 난 不應爲조의 罪名과 刑名, 照律과 處決 사이의 차이는 이러한 전후사정을 반영하고 있는 것으로 보이야 한다. 113) 따라서 律文에 따른 처벌이라는 관 점에서 보면 신분의 고하를 고려하고 있는 당시의 양형이 부정의하고 자의 적인 것으로 해석될 수 있지만, 신분적 차등을 전제로 한 律수에 의한 형정 이라는 관점에서 보면 국왕의 감면 역시 전체 제도의 틀을 벗어나지 않은 것으로 해석될 수 있다.114)

^{112) 《}經國大典》 刑典 推斷: 그品以上 畢推取旨 三品以下 雖功臣·議親 照律以啓; 이 조문의 취지에 대해서는 3품 이하의 관원은 法司에서 미리 조율을 마치도록 함으로써 斷獄의 지연을 방지하기 위한 것이라는 설명이 있다. (다나카 토시미츠, 앞의 논문, 210~1면 참조)

¹¹³⁾ 조율과 처결 사이의 차이가 不應爲조 사례에서 보다 두드러지게 나타난 것인지에 대해서는 다른 개별 조문과의 추가적인 비교연구가 필요하다.

¹¹⁴⁾ 淸代의 형사사례를 소개하고 분석한 Derk Bodde와 Clarence Morris의 연구에서도 당시 형사사례 에서 지주 나타나는 減刑에 대해서 전체적으로는 체계적이고 구조적인 것으로 평가하고 있다. 減刑 을 행사하는 주체와 대상자, 그리고 恤刑 등에 대한 보다 심도 있는 분석이 필요하겠지만, 전통 형사사법에 대한 비교적 평가로써 참고할 수 있다. (Derk Bodde and Clarence Morris, op. cit., pp.541~2)

Ⅳ. 결론

지금까지 《大明律》 不應爲조의 법적 개념에 대한 이해와 조선시대 실록 기사의 사례를 罪名과 刑名의 두 측면에서 살펴보았다. 不應爲조가 違令조와함께 律令의 불완비성에 대비하기 위한 조문이라는 점에 대해서는 이론이 없었지만, 斷罪無正條조에 규정된 引律比附와의 관계에 대해서는 논란이 있었다. 引律比附의 경우 일일이 황제의 재가를 받아야 하지만, 不應爲조는 가벼운 범죄에 대해서 그러한 절차를 거치지 않을 수 있도록 한다는 점에서 引律比附와는 다른 조문의 의미를 찾아야 한다. 不應爲조의 罪名은 不應得爲라는 포괄적 개념을 구성요건으로 함으로써, 개별 사안의 유책성이나 가벌성의 평가에 있어서 예측가능성이나 법적 안정성을 불안한 지위에 남겨두었지만, 그 刑名을 事理의 輕重에 따라 笞40과 杖80에 제한함으로써 처벌의 한계를 두었다고 평가할 수 있다.

조선시대 실록 기사에서 나타난 사례들은 국왕을 중심으로 한 국정논의의 기록이라는 실록의 특성을 반영하면서 不應爲조의 다양한 조율 모습을 보여 주었다. 法司에서는 不應爲조의 개념이나 의미를 분명하게 인식하고 있었으며, 사안에 적용할 正條가 명확하지 않은 경우에도 不應爲조라는 포괄규정을 먼저 내세워 손쉬운 조율을 선택하지는 않았다. 그러나 국왕의 최종적인 처결은 법사의 조율과는 다른 차이를 보여 주었다. 이는 전통 형사법의 한계를 보여주는 것으로 비판받은 부분이기도 하지만, 국왕의 감형 역시 당시의 律수의 전체적인 체계 속에서 이미 예정되어 있던 것으로 보아야 한다.

〈붙임〉조선왕조실록의 ≪大明律≫ 不應爲조 사례의 照律과 處決 정리

연번	일자	사건개요	조율	처결
1	1404. 3. 3 (태종 4)	伴人 채무자가 빚 갚을 것을 독촉하는 刑曹杖首 채권자를 구타 출혈케 함	형조정랑 불응위 장80 집행	答30 합당 (鬪毆律)
2	1412. 5. 14 (태종 12)	공조판서가 자신의 앞에서 말을 타고 가는 副司直을 붙잡아서 때림	代言司 불응위 태40 보고	대종 불처벌 명함 (당상관 이유)
3	1413. 9. 1 (태종 13)	호패를 잃어버리거나 잊어버리고 방치한 경우	의정부 불응위 태40 보고	세종 그대로 따름
4	1414. 8. 18 (태종 14)	타인의 호패를 고쳐 쓴 경우	형조 불응위 태40 보고	태종 장80 명함
5	1415. 2. 30 (태종 15)	黃州判官이 講武 준비에 많은 人馬 동원함	攸司 불응위 장80 보고	태종 파직 명함
6	1416. 9. 16 (태종 16)	司鑰이 還刀를 궁으로 가지고 온 환관을 규찰하지 못함	의금부 불응위 장80 보고	태종 減等 명함
7	1418. 11. 13 (세종 즉위년)	대신이 임금에게 총행을 받는 옹주의 아들을 侍養子 삼기를 원하며 노비 50口를 줌	태종 불응위 고려	태종 고신·공신녹권 추탈, 放 명함
8	1421. 3. 28 (세종 3)	大護軍과 別侍衛 등이 의정부 서편 행랑에서 음주함	형조 불응위 태40 보고	태종 파직 등 명함 (공신 아들 이유)
9	1421. 8. 27 (세종 3)	都摠制가 節制使에 부임되자, 자신보다 낮은 품계 관원의 부하로 된 것에 대해 푸념함	의금부 불응위 장80 보고	태종 고신 추탈 명함
10	1424. 2. 1 (세종 6)	예조정랑이 倭通事에게 알리지 말게 한 倭書를 護軍에게 보여주고 통역시킴	의금부 불응위 장80 보고	세종 감경 명함
11	1424. 2. 14 (세종 6)	주지승이 분향 수도하는 승려의 급료를 가져다가 자기와 친히 이는 여러 사람에게 줌	사헌부 불응위 장80 보고	세종 3등 감경 명함
12	1424. 3. 10 (세종 6)	副使 摠制가 表文을 같이 조사하여 대조해 보면서도 성찰하지 못함	사헌부 불응위 장80 보고	세종 좌천 명함
13	1426. 4. 15 (세종 8)	前敎導가 試券을 바꾸어주려고 科場에 들어감	사헌부 불응위 태40 보고	세종 장80 명함
14	1426. 9. 11 (세종 8)	환관의 妻가 夫를 핍박하여 이혼문서를 받음	사헌부 불응위 장80 보고	세종 그대로 따름
15	1426. 12. 10 (세종 8)	副司直이 凶地를 타인의 묘지로 골라줌	사헌부 불응위 장80 보고	세종 贖杖 명함
16	1429. 4. 23 (세종 11)	《大明律》 祭享條, 講讀律令條 등의 罰俸錢 해당사건에 대해서 違令조나 不應爲조를 적용하는 것의 미편함을 논의함	형조의 계문 (罰俸發을 笞刑으로 환 산 보고)	세종 그대로 따름
17	1430. 8. 25 (세종 12)	監察등이 會飮하고 취해서 머리털을 꺼두르며 서로 힐난함	사헌부 장90 보고 (二罪俱發以重論: 會飮 장90, 相詰 장80)	세종 減等, 收職牒 등 명함 (공신 손자 이유)
18	1432. 11. 10 (세종 14)	돈과 쇠를 녹여 만든 그릇을 매매한 경우	형조 불응위 장80 보고	세종 그대로 따름

19	1433. 2. 20 (세종 15)	의금부 도사가 자신의 노비가 의금부에서 伐取한 雜石을 점거해 빼앗은 사정을 알고도 받아 씀	사헌부 장80·刺字 보고	세종 불응위 事理重 명함
20	1434. 1. 26 (세종 16)	① 江界人이 사신에게 지인의 苦役을 면하게 할 것을 청탁 ② 현감이 魚箭 설치를 지시하였는데, 때마침 폭우로 군사 38명 사망함	① 의정부 불응위 장80 보고 ② 감사 불응위 장80 보고	① 세종 그대로 따름 ② 세종 贖杖100·罷黜 명함
21	1436. 10. 18 (세종 18)	左司諫이 告身 署經에서 私事의 혐의로 보복하고 署經을 미룸	大司憲 불응위 장80, 職牒회수 보고	세종 贖仗80, 파직 명함
22	1437. 7. 10 (세종 19)	성균관주부 송을개가 無正條의 경우 불응위의 사리경중이 현격할 때 不應爲조를 적용할 것을 주장하였으나, 의정부에서는 斷罪無正條조를 적용할 것으로 반론을 제기합 ¹¹⁵⁾	성균관주부의 상언과 의정부의 반론	세종 의정부 의견에 따름
23	1438. 6. 21 (세종 20)	형이 형제간 다툼에서 자신의 과오를 폭로하고 욕하는 동생을 구타하려 함	사헌부 불응위 장80 보고	세종 불처벌 명함
24	1443. 8. 25 (세종 25)	巫籍에 올리지 않은 무당을 은닉한 경우	의정부 불응위 장80 보고	세종 그대로 따름
25	1444. 2. 27 (세종 26)	行大護軍이 風水學官에게 그가 風水提調의 조상 분묘 문제를 두고 비난한 것을 알고 風水提調이 그를 증오한다고 전함	의정부 불응위 장80 보고	세종 불처벌 명함
26	1447. 6. 2 (세종 29)	判事가 불응위로 벌한 것을 잘못 판결한 것이라고 하여 判事를 처벌		
27	1447. 8. 19 (세종 29)	감사가 도내의 수령에 대한 포펌을 불공정하게 함	사헌부 불응위 장80 보고	세종 불처벌 명함
28	1451. 1. 13 (문종 1)	府使가 司僕寺에 土馬을 바치고 말 값을 다른 목장에서 받음	의금부 불응위 장80 보고	세종 불처벌 명함 (赦前 행위 이유)
29	1451. 9. 17 (문종 1)	儒生이 자신의 처가 절취한 비단을 매부 등에게 맡겨서 숨김	竊盜 窩主, 竊盜 從犯, 불응위 事理重 등 논의	문종 決杖 면제, 配 명함 (원종공신 손자 이유)
30	1452. 2. 6 (문 종 2)	환관이 술에 취해 朝官을 능욕함	장100 2등 가중 (장100·도1년반) ¹¹⁶⁾	문종 태40 명함 (불응위 事理輕)
31	1452. 閏9. 6 (단종 즉위년)	司勇, 學生이 國喪중 기생을 맞아서 간음함	사헌부 國喪犯奸律 보고, 의정부 불응위 장80 보고	단종 각각 微贖, 配 명함
32	1454. 6. 3 (단종 2)	郡事가 齋庵에 왕래하는 부녀와 섞여 앉아 있는 중을 구타함	의금부 불응위 장80 보고	단종 그대로 따름
33	1473. 6. 18 (성종 4)	대사간이 익명서의 내용을 억측하고 동료에게 이야기함	사헌부 불응위 장80 보고	성종 파직 명함
34	1474. 3. 7 (성종 5)	渡丞이 私船의 津夫가 폭리를 취하는 것을 적발 못한 경우	공조 장100 보고 (制書有違律)	성종 장80 수정 (불응위 事理重)

35	1474. 11. 1 (성종 5)	가장이 처가 질투로 비를 단근질하는 것을 막지 못함	의금부 불응위 장80 보고	성종 파직, 외방부처 명함(공신 아들 이유)
36	1477. 12. 14 (성종 8)	도승지가 임금에게 자신의 부하의 인사문제를 언급함 ¹¹⁷⁾	사간원 장100 보고(失次啓達罪)	성종 장80 명함 (불응위 事理重)
37	1478. 9. 10 (성종 9)	中學의 훈도 등이 예조의 낭관과 음주	의금부 불응위 장80 보고	성종 그대로 따름
38	1478. 9. 27 (성종 9)	향리가 양가의 딸이나 관비를 첩으로 삼은 경우 불응위 事理重이나 和奸律로 처벌하는 것이 가벼우므로, 元惡鄕吏의 예로 처벌할 것을 논의함	사헌부 계문	성종 그대로 따름
39	1478. 12. 11 (성종 9)	경기관찰사가 황해관찰사에게 음식을 부탁하 자, 황해감사가 임지 수령에게 요구함 ¹¹⁸⁾	의금부 불응위 장80 보고	성종 고신추탈, 외방부처 명함
40	1479. 10. 29 (성종 10)	형조참의가 臺諫의 논박을 당하자, 스스로 대간에 관계된 글을 올려 진술함	승정원 불응위 장80 보고	성종 파직 명함
41	1479. 閏10. 14 (성종 10)	황해관찰사가 마음대로 군대를 정발함	형조 불응위 장80 보고	•
42	1482. 5. 11 (성종 13)	병조판서가 差帖의 위조를 알고도 계문하지 않음	사헌부 불응위 장80 보고	성종 그대로 따름
43	1482. 6. 30 (성종 13)	婢夫가 그의 아내 등이 夫人을 誣陷한 데 대하여 정상을 들어 알고 있음	의금부 불응위 장80 보고 후, 장100·도3년 수정	성종 改律 명함
44	1484. 5. 20 (성종 15)	庶人과 工商賤隷가 時任 宰相까지 매도하는데, 不應爲조를 일률적으로 적용하는 것의 미편함을 논의함	형조의 계문 (신분에 따라 처벌을 가 감할 것을 보고)	성종 그대로 따름
45	1484. 6. 21 (성종 15)	사헌부관리들이 사헌부감찰 임명과 관련하여 사실이 없는 말에 따라 부당하게 논박하고 署經을 늦춤	사간원 불응위 장80 보고	성종 時推로 조율 명함
46	1484. 8. 5 (성종 15)	行護軍이 아웃에 시는 私奴의 집을 사려 하였는데, 그 종이 다른 사람에게 팔자, 그 집을 훼손함	强占人田宅,侵占律, 불응위 事理重 등 논의	성종 不應爲 事理重, 外方付處 명함
47	1485. 1. 10 (성종 16)	도승지가 절도사로부터 貂皮를 받음119)	의금부 本律이 가벼우니, 불응위 事理重 보고	성종 불응위 事理重 따름
48	1487. 8. 20 (성종 18)	豊儲倉守가 사헌부관리에게 패만한 말을 함	사간원 불응위 장80 보고	성종 贖杖60 명함
49	1488. 6. 20 (성종 19)	주인이 자신의 奴의 오른손 엄지손가락을 찍어 자름	형조 불응위 장80 보고	성종 그대로 따름
50	1489. 2. 10 (성종 20)	典說司別坐가 習陣시 帳帳을 점검하지 못하여 재상 등이 부상당함	의금부 장70 邊遠充軍 보고, 사헌부지평 불응위 事理重 보고	성종 사헌부 의견에 따름
51	1489. 2. 19 (성종 20)	訓導가 악병을 구제해 다스리는 방법을 물은 策問에 供佛이라고 답함	사헌부 불응위 장80에 더해서 극변귀양 보고	성종 극변귀양 명함

52	1491. 5. 28 (성종 22)	藝文館奉教가 經筵에 입시할 때 앉아 졸다가 서책을 두고 나감	사헌부 불응위 장80 보고	성종 좌천만 명함
53	1492. 5. 14 (성종 23)	進賀副使가 商賈人을 데리고 赴京하려 함		성종 불응위 事理重 에 불과하다고 함
54	1492, 10, 19 (성종 23)	앵미[惡米]를 홍판하는 경우	한성부 불응위 장80 보고	성종 그대로 따름
55	1493. 11. 17 (성종 24)	평안도관찰사가 군인이 野人에게 잡혀갔는데도 溺死의 거짓 첩보를 믿고 계문하지 않음	軍情隱匿不奏律, 應奏不奏, 불응위 事理重 등 논의	성종 불처벌 명함
56	1494. 8. 23 (성종 25)	전라우도의 남도포에 왜변이 발생하자, 침입경로를 두고 전라좌도의 虞候와 수령·만호의 죄책을 논함	병조판서 불응위 보고	
57	1494. 11. 15 (성종 25)	大臣이 內禁衛의 첩과 간통함 (첩인지 絃首娼妓인지 논람됨)	奪奸, 불응위 事理重 등 논의	성종 승하로 미결
58	1498. 閏11. 5 (연산 4)	鄕試에서 試官들이 성종의 廟號 및 김종직의 시호를 문제로 냄	불응위 事理重이나, 赦前 행위 보고	연산 불처벌 명함
59	1499. 2. 3 (연산 5)	손위처남을 모해하려는 자의 부탁으로 상언을 초안함	不應爲律은 경한 처벌 보고	연산 상언자의 종범 으로 처벌 명함
60	1499. 8. 21 (연산 5)	주인이 죄가 있다고 하여 여종을 불로 지짐	의금부 불응위 장80 보고	연산 決杖 명함
61	1501. 11. 22 (연산 7)	홍문관 관원들이 유자광이 간사하고 음해한다는 상소를 올림	의금부 정상은 詐不以實이나, 불응위 事理重 보고	연산 換差나 贖錢 명함
62	1503. 6. 26 (연산 9)	관원들이 別監을 구타함	의금부 불응위 장80 보고 (皇家祖免期親歐打律, 歐制使律 등도 검토)	
63	1503. 10. 19 (연산 9)	선전관이 어전을 향해 서서 소리 내어 침을 뱉음	승정원 불응위 事理重을 贖한 전례 보고	
64	1504. 閏4. 9 (연산 10)	中官이나 조정 관원이 承命牌를 가지고 외방에 나갈 때에 말을 탄 자가 말에서 내리지 않고 그대로 지나는 경우	사헌부 불응위 事理重 보고	연산 조율이 가볍다고 함
65	1504. 6. 5 (연산 10)	임금의 행위가 言路에 방해된다고 啓함	불응위 장80 보고	연산 조율이 부적절 하다고 함
66	1504. 8. 8 (연산 10)	임금의 사치나 사냥의 부당함을 지적하거나 대간의 陳達에 찬동하여 옳다고 함	불응위 장80 보고	연산 관련자를 모두 심문하도록 함
67	1507. 7. 29 (중종 2)	재상이 다른 사람의 분묘를 뭉개버리고 父의 장사를 지냄	사헌부 불응위 장80 보고	중종 불처벌 명함
68	1509. 2. 1 (중종 4)	掌樂院正이 자색이 있고 기예가 성숙한 女妓는 贖身이 된 경우라도 전일의 수교에 따라 궁중연회에 立役하게 할 것을 계문함	巧言佞色, 불응위 事理重, 制書有違律 등 논의	중종 다시 照律하도록 명함

69	1520. 3. 2 (중종 15)	先農祭 初獻官이 香을 받을 때에 까닭 없이 불참함	사헌부 불응위 태40 보고	중종 불응위 事理重 명함
70	1520. 6. 14 (중종 15)	이조좌랑이 사간원을 경멸함	사헌부 불응위 태40 보고	중종 다시 照律하도록 명함
71	1520. 11. 23 (중종 15)	向化人이 故영의정의 첩을 강간하려고 집의 문을 밀치고 들어갔으나 첩이 피하여 달아나서 강간하지 못함	사헌부 불응위 장80 보고	중종 다시 照律하도록 명함
72	1521. 1. 30 (중종 16)	通事가 중국에서 처녀를 뽑으려 한다는 말을 망령되이 전파함	의금부 불응위 장80 보고, 사헌부 가중처벌 보고	중종 다시 照律하도록 명함
73	1523. 4. 16 (중종 18)	평안감사가 의주성이 퇴락한 형상을 바른대로 아뢰지 않고 역군을 징발하여 역사를 독려함	臺諫 불응위 장80 보고	중종 파직 명함
74	1528. 閏10. 5 (중종 23)	내관이 병을 고치려고 東別室에 함부로 불 때서 병풍에 번져 타는 것을 겨우 진화함	사헌부 불응위 장80 보고	중종 다시 照律하도록 명함
75	1534. 4. 11 (중종 29)	형조가 外方의 송사하는 사람을 즉시 잡아 보내지 않은 것을 永不敍用으로 조율	사헌부집의 불응위 事理重으로 조율할 것 보고	중종 타당 명함
76	1542. 12. 17 (중종 37)	이미 부임한 수령으로서 직역을 규먼하려는 경우의 정계	승정원 擅離職役조(태40) 불구, 불응위 장80 관행 보고	중종 별도의 입법 명함
77	1573. 4. 20 (선조 6)	奉常寺의 관원이 直宿하는 군사의 게으름을 태20에 처하였는데, 우연히 죽음에 이른 것을 檢律이 濫刑으로 조율하여 처벌함	유희춘 불응위 事理重이 타당 보고	
78	1574. 1. 29 (선조 7)	관리가 과오를 숨기고 속여서 國事를 그르친 것의 경중이 중한 경우	유희춘 불응위 事理重으로 처벌 보고	
79	1706. 4. 16 (숙종 32)	判官이 婢妾에게 蠱惑된 일로 夫妻가 서로 고소하기에 이르게 되자, 夫에 대해서 능히 집안을 다스리지 못한 죄를 물음	의금부 불응위 장80 보고	
80	1788. 10. 28 (정조 12)	府使가 송사를 잘못 관결함		정조 不應爲律 公罪 석방 명함
81	1794. 9. 7 (정조 18)	試官이 식년 문과 초시에서 우등한 시권에 等第를 쓰지 않음	의금부 불응위 장80 보고	
82	1795. 閏2. 27 (정조 19)	大司憲 등의 啓辭에 대해 임금이 하교하여 준엄하게 꾸짖으니, 大司憲 등이 상소하여 引罪하자, 臺閣을 욕되게 한 죄를 물음	의금부 不應爲律 보고	정조 파직 명함
83	1832. 閏9. 17 (순조 32)	五家 統首가 금주위반 사실을 알고도 고발하지 않은 경우	형조 不應爲律 보고 (酒禁事目)	

¹¹⁵⁾ 이 사례에 관해서는 최병조, 「15세기 중반 세종대 조선의 법리 논의:斷罪無正條조와 不應爲조의 관계」, 『법사학연구』 vol.44(한국법사학회, 2011) 참조.

참고문헌

《(譯註) 唐律疏議》 名例編・各則(上・下), 任大煕・金鐸敏 主編, 한국법제연구원, 1994・96・98. 《大明律附例》(上・下), 규장각자료총서 법전편, 서울대학교 규장각, 2001.

《大明律集解附例》, 明代史籍彙刊 12, 臺灣學生書局(臺北), 1986.

《大明律直解》, 규장각자료총서 법전편, 서울대학교 규장각, 2001.

《大明律講解》, 규장각자료총서 법전편, 서울대학교 규장각, 2001.

《律學解頤》. 落帙本.

《律條疏議》,張楷 撰 ・ 楊一凡 編,中國律學文獻 第1輯 第2・3冊,黑龍江人民出版社(哈爾賓),2004. 《讀律瑣言》,雷夢麟 撰、懷效鋒・李俊 點校,法律出版社(北京),2000.

《大清律輯註》(上・下), 沈之奇 撰, 懷效鋒・李俊 點校, 法律出版社(北京), 2000.

《經國大典》, 규장각자료총서 법전편, 서울대학교 규장각, 1997.

《大典會通》(上・下), 규장각자료총서 법전편, 서울대학교 규장각, 1999.

김대홍, 『조선시대 大明律 違令條의 적용 사례 연구』, 『법사학연구』vol.37, 한국법사학회, 2008.
, 『이슬람 후두드 형벌과 비례성의 원칙-절도죄의 신체절단형을 중심으로』, 『법사학연구』
vol.41, 한국법사학회, 2010 참조.
, 「조선시대 형사법상 引律比附에 관한 연구」, 서울대학교대학원 법학박사학위논문, 2012.
김지수, 『傳統 中國法의 精神-情・理・法의 中庸調和-』, 전남대학교 출판부, 2011.
나까무라 시게오·임대희 등 역, 『판례를 통해서 본 청대 형법』, 서경문화사, 2004.
이원삼, 『이슬람법사상』, 아카넷, 2002.
정긍식, 『대명률의 죄형법정주의 원칙』, 『서울대학교 법학』 vol.49, no.1, 서울대학교 법학연구소, 2008.
, 「朝鮮前期 中國法書의 受容과 活用」, 『서울대학교 법학』vol.50, no.4, 서울대학교 법학연구소,
2009.
조지만, 『조선시대의 형사법』, 경인문화사, 2007.
최병조, 「15세기 후반 조선의 법률논변: 私婢 斤非 사건을 중심으로」, 『서울대학교 法學』제52권
제1호, 2011.
최병조, 「15세기 중반 세종대 조선의 법리 논의:斷罪無正條조와 不應爲조의 관계」, 『법사학연구』
vol.44, 한국법사학회, 2011.
, 「조선 전기 奴婢와 主人 관계에 대한 지배층의 관념: 成宗 8년(1477) 主人 謀害 사건을

, 「조선시대의 죄형법정주의 斷想: 소급입법의 문제를 중심으로」, 『법사학연구』vol.45, 한국법

중심으로」, 『서울대학교 法學』 제53권 제1호, 2012.

¹¹⁶⁾ 실록 원문은 "本犯杖一百 加二等 杖七十徒一年"인데, 장100을 2등 기중하면 장70·도1년반이므로 '장70·도1년반'으로 적는다. 그리고 실록 국역에서는 '加二等'을 '2등을 감하여'로 오역하고 있다.

¹¹⁷⁾ 이 사례에 관해서는 김대홍, 앞의 글(각주 24), 189~211면 참조

¹¹⁸⁾ 이 사례에 관해서는 김대홍, 앞의 글(각주 24), 186~8면 참조,

¹¹⁹⁾ 이 사례에 관해서는 김대홍, 앞의 글(각주 24), 151~85면 참조.

사학회, 2012.

- 仁井田陞、『中國法制史研究:刑法』,東京大學東洋文化研究所(東京),1959.
- 岩崎二郎、「罪刑法定主義と不應爲及び援引比附」、『神奈川法學』5-2、神奈川大學法學會、1969. 中村茂夫、「不應爲考」、『金澤法學』 26-1、金澤大學法學部、1983.
- Derk Bodde and Clarence Morris, Law in imperial China: exemplified by 190 Ching Dynasty cases with historical, social, and juridical commentaries, Harvard University Press (Cambridge), 1967.
- Fu-mei Chang Chen, "On Analogy in Ch'ing Law", Harvard Journal of Asiatic Studies (vol. 30), 1970.
- William C. Jones, The Great Qing Code, Oxford University Press (New York), 1994.
- Jiang Yonglin, The Great Ming Code: Da Ming lu, The University of Washington Press (Seattle), 2005.
- Rudolph Peters, Crime and Punishment in Islamic Law-Theory and Practice from the Sixteenth to the Twenty-first Century, Cambridge University Press (New York), 2005.

⟨Abstract⟩

The Study of the Article of Doing What Should Not Be Done of the Great Ming Code in the Joseon Dynasty*

Kim, Dae Hong**

When there are neither specific nor analogical articles applicable to cases, criminals are punished by application of the article of Doing What Should Not Be Done of the Great Ming Code. Doing what should not be done means any sorts of behaviors that violate social norms. Thus the article of Doing What Should Not Be Done is a typical example of sweeping or catch-all statutes. The article of Doing What Should Not Be Done makes a distinction between criminal codes and morals unclear. This reflects the legal philosophy in the Great Ming Code, that what is wrong morally is also wrong legally. Since no specific type of behavior is stipulated in the article of Doing What Should Not Be Done, it is possible that punishment by application of the article imposed arbitrarily. In order to prevent the abuse of the article, the article of Doing What Should Not Be Done stipulates mild penalty and is temporarily applied to exceptional cases where no other article of the Great Ming Code is applicable. Judiciary officials in the Joseon dynasty comprehended adequately the meaning of the article of Doing What Should Not Be Done

^{*} This work was supported by the National Research Foundation of Korea Grant funded by the Korean Government(NRF-2012-S1A5B5A01-025366).

^{**} Research Fellow, Judicial Policy Research Institute

and the relationship with other articles in the Great Ming Code that was the basic criminal code throughout the Joseon dynasty. They also recognized the possibility of the arbitrary application the article. Normative discussions for criminal cases were animated for discreet application of the article of Doing What Should Not Be Done. At least judicial officials in the central judicature of the Joseon dynasty did not rely on the sweeping or catch-all statute for hard cases without logical reasoning.

[Key Words] the article of doing what should not be done, the article of deciding cases without specific articles, sweeping statute, catch-all statute, the Great Ming Code, criminal justice

접수일: 2014, 3,20, 비 심사일: 2014, 4, 4, 비 게재확정일: 2014, 4,22,