

已行과 未行의 의미

-조선의 用例를 중심으로-

김영석*

목 차

- I. 머리말
- II. 《대명률》의 已行과 未行
 1. 已行·未行에 관한 규정
 2. 已行과 未行의 의미
 3. 未行의 처벌
- III. 조선의 法典類에서의 已行과 未行
 1. 三省交坐推鞠의 대상범죄
 2. 《속대전》과 《수교집록》의 비교
- IV. 照律과 《대명률》 已行·未行의 이해
- V. 맺음말

[국문 요약]

《대명률》에서 ‘已行’ 또는 ‘未行’이란 용어가 등장하는 것은 총 7개조이다. 이를 분석하면 已行은 실행착수, 未行은 실행착수 전단계를 의미함을 알 수 있다. 《대명률》에서는 원칙적으로 已行만을 벌하고, 예외적으로 謀反大逆과 謀叛의 未行을 처벌하였다. ‘謀’, 즉 모의가 중요한 구성요건요소였을 것으로 생각되는 범죄에 있어서도 이러한 원칙과 예외는 마찬가지로였다. 그런데 조선의 國典인 《속대전》에서는 謀反大逆·謀叛 외 범죄의 未行을 처벌하는 조항이 발견된다. 이는 《속대전》에서 已行과 未行이 《대명률》에서와 다른 의미로 사용되었기 때문이며, 중국보다 법집행을 엄격하게 하였기 때문이 아니다.

《속대전》에서 일관되게 已行은 기수를 의미하고, 未行은 미수를 의미하였다. 반면 《수교집록》 및 《신보수교집록》에서는 일관되게 《대명률》에서와 같은 의미로 사용되어, 《속대전》과는 다르다. 《속대전》에서 已行과 未行의 의미가 《대명률》에서와 달랐다고는 하나, 照律을 할 때에는 대체로 《대명률》의 已行·未行의 의미를 정확히 이해하여 적용하였던 것으로 보인다. 일부 법률용어를 중국에서와 다른 의미로 사용한 점, 그리고 이것에 일관성이 없어서

* 이주대학교 연구원: daehangugin@naver.com

중국에서와 같은 의미로 사용한 경우도 있다는 점을 염두에 두고서 당시의 형벌규정을 해석하여야 할 것이다.

[주제어] 已行, 未行, 실행착수, 기수·미수, 《대명률》, 《속대전》

I. 머리말

종래 중국과 우리나라의 전통 법전에 쓰인 ‘已行’과 ‘未行’이란 용어의 의미를 각각 다르게 해석해 왔으며, 어떻게 해석할 것인가에 관한 연구도 없다. 《당률소의》의 역주에서는 已行을 “이미 시행한”으로, 未行을 “아직 실행에 옮기지 않은” 또는 “실행에 옮기지 못한” 등으로 번역하였다.¹⁾ 《대명률강해》의 역주에서는 已行을 번역하지 않고 “이행”이라고 하거나, “실행하였으나” 또는 “실행에 착수한” 등으로 번역하였으며, 未行은 “미이행”으로 번역하였다.²⁾ 한편 《대전회통》의 역주에서는 已行과 未行을 각각 “기수”와 “미수”로 번역하였다.³⁾ 필자는 다른 연구를 위하여 이들 자료를 읽다가, 문맥 등을 고려할 때 모두가 올바른 번역이라는 느낌을 받았다. 중국의 법전인 《당률소의》·《대명률강해》의 번역과 우리의 법전인 《대전회통》의 번역이 다르게 되었는데도 둘 다 맞는 것이라면, 우리 조상들이 《대명률》을 적용하면서도 그 용어를 잘못 이해한 것은 아닌가 하는 의문을 품지 않을 수 없다. 법률용어를 잘못 이해하면, 그 용어가 사용된 법전 자체를 잘못 이해하게 된다. 따라서 위의 의문은 조선시대 형법사를 연구함에 있어 작은 문제가 아니라고 하겠다.

조선에서 《대명률》의 법조문이나 법률용어를 어떻게 해석하였는지에 관한 연구는 그리 많지 않다. 김대홍의 *違令조 연구*⁴⁾를 처음으로 꼽을 수 있을

1) 金鐸敏·任大熙 主編, 『譯註 唐律疏議』(한국법제연구원, 1994~1998), 310면·2175면·2385면 등. 문장 속에서의 쓰임에 따라 已行을 “이미 시행된” 또는 “이미 실행하였지만” 등으로 번역한 곳도 있는데, 이들 모두가 본질적으로는 동일하다고 하겠으므로, 已行의 번역이 “이미 시행한”이란 하나의 구절로 통일된 것으로 간주한다. 未行에 대하여도 같으며, 아래 각주 2·3에 대하여도 같다.

2) 조지만 외, 『규장각 자료총서 법전편』 『大明律講解-刑律, 工律』 譯註.(규장각한국학연구원, 2014), 214면·222면·226면·247면·249면 등.

3) 한국법제연구원 역주, 『大典會通』(한국법제연구원, 2000), 30면·31면·46면 등.

것이다.⁵⁾ 이밖에도 斷罪無正條조와 不應爲조의 관계에 관한 연구⁶⁾ 및 誣告조에 관한 연구⁷⁾가 있다. 이 중 誣告조에 관한 연구가 법률용어의 해석에 관한 것이며, 다른 둘은 법조문 자체의 해석에 관한 것이다. 한편 不應爲조에 관한 연구⁸⁾는 해석을 어떻게 하였는가보다는 법조문 적용범위의 설정에 관한 것으로 보아야 하겠으나, 넓은 범위에서는 조선의 법조문·법률용어 해석에 관한 연구에 포함될 수 있을 것이다.

본고에서는 먼저 《대명률》에서 已行과 未行이 각각 어떠한 의미로 쓰였는지 확인한다. 이와 관련하여, 예외적으로 未行을 처벌한 범죄를 알아보고, 그러한 범죄에서 未行 처벌의 이유를 생각해 본다. 다음으로 조선에서 已行과 未行이 각각 어떠한 의미로 사용되었는지 여러 법제자료를 조사·비교하여, 중국과 어떻게 달랐는지 확인한다. 이어서 중국에서와 다른 의미로 사용한 것이 《대명률》 규정에 관한 이해와는 어떠한 관계에 있는지를 照律과 관련된 연대기자료 기사를 통하여 알아본다. 마지막으로 맺음말에서는 연구를 통하여 내린 결론을 제시한다.

II. 《대명률》의 已行과 未行

1. 已行·未行에 관한 규정

종래의 譯註書에서 已行을 “이미 시행한” = “실행에 착수한”으로 번역하거나 “기수”로 번역하고, 未行을 “아직 실행에 옮기지 않은” = “실행에 옮기지

-
- 4) 김대홍, 「조선시대 《大明律》 違令條의 적용 사례 연구」, 『法史學研究』 제37호(韓國法史學會, 2008).
 - 5) 조지만, 『조선시대의 형사법 - 대명률과 국전 -』(景仁文化社, 2007), 176~183면의 내용은 節의 제목대로 《대명률》 율문과 《경국대전》의 용어대응에 관한 것으로, 명나라의 관직 체계나 通貨 등을 조선의 관직 체계 등에 대응시킨 것을 다루었다.
 - 6) 崔秉旻, 「15세기 중반 세종대 조선의 법리 논의 - 斷罪無正條조와 不應爲조의 관계 -」, 『法史學研究』 제44호(韓國法史學會, 2011).
 - 7) 서정민, 『한국 전통형법의 무고죄 - 朝鮮初期 誣告反坐律 -』(민속원, 2013).
 - 8) 김대홍, 「조선시대 《大明律》 不應爲조에 관한 연구」, 『法史學研究』 제49호(韓國法史學會, 2014).

못한”(=실행착수 전단계인 예비·음모)으로 번역하거나 “미수”로 번역하였는데,⁹⁾ ‘이미[已] 행하였다[行]’라는 의미를 생각할 때 已行을 예비·음모로 볼 수는 없고, 종래의 번역대로 실행착수와 기수 중 하나로 보아야 할 것이다. 이 경우 未行의 의미는 실행착수 전단계(=예비·음모)와 미수 중 하나가 될 것이다.

《大明律》에서 已行과 未行이 각각 위의 어떠한 의미로 사용되었는지를 알기 위해서는 우선 관련 조문을 보아야 한다. 《大明律》에서 범죄 실행과 관련된 개념으로서의 ‘已行’ 또는 ‘未行’이 등장하는 것은 7개조이다. 각각의 해당 내용을 보면 다음과 같다.

① 謀叛조

㉠ (모반의) 음모는 하였으나 未行인 경우에는 首犯은 교형에 처하고 從犯은 모두 장100 류3,000리에 처한다.¹⁰⁾

㉡ 산 속이나 늪지 등 험악한 곳으로 도피하여 송환에 복종하지 아니하는 경우에는 ‘모반 未行’으로 논하고, 관병에 항거·적대한 경우에는 ‘모반 已行’으로 논한다.¹¹⁾

② 強盜조

강도를 已行하였으나 재물을 얻지 못하였으면 모두 장100 류3,000리에 처한다.¹²⁾

③ 竊盜조

절도를 已行하였으나 재물을 얻지 못하였으면 태50에 처하되, 자지는 면제한다.¹³⁾

④ 謀殺人조

사람을 모살한 경우 모의를 주도한 자는 참형에, 추종하여 가담한 자는 교형에, 가담하지 않은 자는 장100 류3,000리에 처한다. 사망하였을 때에만 처벌한다. ○상

9) 각주 1~3 참조.

10) 《大明律講解》〈刑律〉[賊盜] § 278 謀叛：若謀而未行，爲首者，絞，爲從者，皆杖一百流三千里。知而不首者，杖一百徒三年。

11) 《大明律講解》〈刑律〉[賊盜] § 278 謀叛：若逃避山澤，不服追喚者，以謀叛未行論，其拒敵官兵者，以謀叛已行論。

12) 《大明律講解》〈刑律〉[賊盜] § 289 強盜：凡強盜已行而不得財者 皆杖一百流三千里。

13) 《大明律講解》〈刑律〉[賊盜] § 292 竊盜：凡竊盜已行而不得財者 笞五十 免刺。

해를 입었으나 죽지 않은 경우, 모의를 주도한 자는 교형에, 추종하여 가담한 자는 장100 류3,000리에, 가담하지 않은 자는 장100 도3년에 처한다. ○(살인을) 모의하여 已行하였으나 사람을 상해하지 않은 자는 장100 도3년에 처하고, 추종한 자는 각각 장100에 처한다.¹⁴⁾

⑤ 謀殺制使及本管長官조

칙명을 받은 사신을 관원 또는 서리가 모살하거나, 部民이 소속 관부의 知府·知州·知縣을, 軍士가 소속 부대의 指揮·千戶·百戶를, 吏卒이 소속 관청의 5품 이상 관장을 모살하는 경우, 已行한 자는 장100 류2,000리에, 상해한 자는 교형에 처하고, 살해한 자는 모두 참형에 처한다.¹⁵⁾

⑥ 謀殺祖父母父母조

㉠ 조부모·부모 및 기복친 이상의 尊長, 외조부모, 남편, 남편의 조부모·부모를 모살하는 경우, 已行한 자는 모두 참형에 처하고, 살해한 자는 모두 능지처사에 처한다.¹⁶⁾

㉡ 시마복 이상의 존장을 모살하는 경우, 已行한 자는 장100 류2,000리에, 상해한 자는 교형에 처하고, 살해한 자는 모두 참형에 처한다.¹⁷⁾

㉢ 존장이 비유를 모살하는 경우, 已行한 자는 각각 故殺의 죄에 의거하여 2등을, 상해한 자는 1등을 감경하고, 살해한 자는 고살의 죄에 의거하여 처벌한다.¹⁸⁾

㉣ 노비 및 머슴이 가장 및 가장의 기복친, 외조부모, 시마복 이상 친족을 모살하는 행위는 자손(의 모살)과 동일하게 처벌한다.¹⁹⁾

14) 《大明律講解》〈刑律〉[人命] § 305 謀殺人：凡謀殺人，造意者，斬，從而加功者，絞，不加功者，杖一百流三千里，殺訖乃坐。○若傷而不死，造意者，絞，從而加功者，杖一百流三千里，不加功者，杖一百徒三年。○若謀而已行，未曾傷人者，杖一百徒三年，爲從者，各杖一百。

15) 《大明律講解》〈刑律〉[人命] § 306 謀殺制使及本管長官：凡奉制命出使，而官吏謀殺，及部民謀殺本屬知府·知州·知縣，軍士謀殺本管指揮·千戶·百戶，若吏卒謀殺本部五品以上長官，已行者，杖一百流二千里，已傷者，絞，已殺者，皆斬。

16) 《大明律講解》〈刑律〉[人命] § 307 謀殺祖父母父母：凡謀殺祖父母·父母及期親尊長·外祖父母·夫·夫之祖父母·父母，已行者，皆斬，已殺者，皆凌遲處死。

17) 《大明律講解》〈刑律〉[人命] § 307 謀殺祖父母父母：謀殺總麻以上尊長，已行者，杖一百流二千里，已傷者，絞，已殺者，皆斬。

18) 《大明律講解》〈刑律〉[人命] § 307 謀殺祖父母父母：其尊長謀殺卑幼，已行者，各依故殺罪減二等，已殺者，依故殺法。

19) 《大明律講解》〈刑律〉[人命] § 307 謀殺祖父母父母：若奴婢及雇工人謀殺家長及家長之期親·外祖

⑦ 採生拆割人조

생기를 채취하기 위하여 신체를 절단한 자는 능지처사에 처한다. … 已行하였으나 사람을 상해하지 않은 자 또한 참형에 처한다.²⁰⁾

已行과 未行의 의미를 밝히기 전이므로 일단 ‘已行’과 ‘未行’은 번역하지 않았다. 7개조 중에서 已行과 未行을 모두 찾을 수 있는 것은 謀叛조(①)가 유일하다. 나머지 6개조에는 已行만 보인다.

2. 已行과 未行의 의미

已行의 의미를 분석해 보면, 우선 謀叛조(①)에는 “… ‘모반 已行’으로 논한다.”라고만 하여 已行의 의미를 전혀 알 수 없게 되어 있다.²¹⁾ 다른 조항들에서도 已行의 의미가 직접적으로 —본문을 통해서든 註나 講을 통해서든— 설명되어 있지는 않으나, 문맥을 통하여 의미를 추정하는 것이 가능하다. 強盜조(②)와 竊盜조(③)에는 “已行하였으나 재물을 얻지 못하였으면”이라고 하였으므로, 已行은 기수가 아님이 명백하다. 謀殺人조(④)와 採生拆割人조(⑦)에는 “已行하였으나 사람을 상해하지 않은”이라고 하였으므로, 역시 已行은 기수가 아님이 명백하다. 謀殺制使及本管長官조(⑤)와 謀殺祖父母父母조(⑥)는 “已行한 자는 …, 상해한 자는 …, 살해한 자는 …”의 구조로 되어

父母若總麻以上親者, 罪與子孫同.

20) 《大明律講解》〈刑律〉[人命] § 311 採生拆割人: 凡採生拆割人者, 陵遲處死. … 若已行而未嘗傷人者, 亦斬.

21) 이에 관하여 어느 심사위원은 “관병에 항거·적대한 경우를 ‘모반 已行’으로 처벌한다면, 已行과 未行을 구별한다는 전제에서 未行은 아직 실행의 착수조차 없는 상태로 해석할 가능성이 존재한다. 그리고 이는 개별구성요건 해석의 문제인데, 어느 범죄가 기수/미수에 이르렀는지의 문제는 그 구성요건이 무엇을 규정하고 있는지에 따라 달라지므로, 謀叛에서의 어떠한 행위가 기수/미수/예비음모 중 어느 단계에 해당하는지는 그 조문의 의미에 대한 이해를 전제하지 않고서는 말하기 어렵다. 謀叛조가 처벌하는 행위에 대한 설명이 조금 더 필요하다고 본다.”라고 하였다. 의견제시에 감사드린다. 다만 本稿의 목적은 당시의 법해석 모습, 그 중에서도 법률용어의 해석 및 사용에 관하여 알아보려는 것일 뿐, 개별규정을 직접 해석하려는 것이 아니기 때문에, 문맥을 통하여 已行의 의미가 명백히 드러나는 다른 조문들만 분석하였다. 그리고 謀叛조가 처벌하는 행위에 대하여는 종래 오해가 있기 때문에, 여기서 간단하게 언급하는 것은 적절하지 않고 별도의 연구과제가 하겠다.

있으므로, 죽이려고 하였으나 상해에조차 이르지 못한 행위도 已行이라고 함을 알 수 있다. 다만 ⑥-⑦은 “已行한 자는 …; 살해한 자는 …”의 구조인데, 이를 근거로 최소한 상해는 하여야 已行에 해당한다고 해석할 것은 아니다. ⑥-⑦에서는 已行만으로 이미 능지처사의 바로 아래인 참형에 해당하므로, 상해에 이르러도 형벌이 무거워지지 않는다. 상해한 자에 대한 형벌을 별도로 규정하지 않은 것은 이러한 이유에서이다. 따라서 謀殺制使及本管長官조(⑤)와 謀殺祖父母父母조(⑥)에서도 已行은 기수가 아님이 명백하다.

謀叛조(①)를 제외한 《대명률》의 여러 조문에서 已行이 기수를 의미하지 않음이 명백하다면, 실행착수를 의미하는 것이 된다. 未行의 의미는 謀叛조(①)에서 다소 불명확하나, “음모는 하였으나 未行인 경우에는”이라고 하였으므로, 음모에서 더 나아가지 않은 상태, 즉 실행착수 이전으로 봄이 타당할 것이다. 그렇다면 謀叛조(①)에서 已行의 의미도 실행착수라고 볼 수 있을 것이다. 따라서 《대명률》의 모든 조문에서 已行과 未行은 실행착수 여부로 구분하는 개념이라고 하겠다. 다시 말해서 已行은 실행착수의 의미이고, 未行은 예비·음모의 단계에 불과하다. 반면 《대명률》에 기수를 뜻하는 하나의 용어와 미수를 뜻하는 하나의 용어는 없다고 할 것이다. 謀殺制使及本管長官조(⑤)나 謀殺祖父母父母조(⑥)에 보이는 已傷·已殺, 強盜조(②)나 竊盜조(③)의 不得財, 謀殺人조(④)나 採生拆割人조(⑦)의 未曾傷人 등의 표현으로 기수나 미수 단계임을 나타낼 뿐이며, 《大明律附例》에는 已未成姦이나 已未得財로 기수·미수를 병칭하였다.²²⁾

3. 未行의 처벌

1) 예외적 未行 처벌—謀反大逆과 謀叛

현행 형법은 기수범 처벌을 원칙으로 하기 때문에, 미수범을 처벌하는 범 죄는 그나마 많은 편이나, 미수보다도 전단계인 예비·음모는 매우 예외적으

22) 《大明律附例》〈刑律〉[人命] § 322 威逼人致死：因姦威逼不分已未成姦 … 因盜威逼不論已未得財.

로 처벌한다.²³⁾ 《대명률》에서도 최소한 已行의 단계는 되어야 처벌대상이고, 未行은 원칙적으로 처벌대상이 아니다. 謀叛조(①)가 유일하게 未行 처벌규정을 두고 있을 뿐이다. 다만 謀反大逆²⁴⁾의 경우에도 未行이 처벌대상이라고 보아야 한다. 가벼운 범죄에 관한 규정으로써 무거운 범죄에 관한 규정을 알아낸다는 원칙(舉輕以明重)에 따라, 상대적으로 가벼운 범죄인 謀叛에 대하여 未行을 처벌하므로 그보다 무거운 범죄인 謀反大逆에 대하여도 未行을 처벌한다고 보아야 하는 것이다. 謀叛의 未行에 대하여는 已行에 비하여 형벌이 가벼울 뿐만 아니라 수범에게 과하는 형벌과 종범에게 과하는 형벌이 다르지만,²⁵⁾ 謀反大逆의 경우에는 已行과 未行을 구별하지 않고 똑같이 처벌하기 때문에 언급하지 않은 것으로 보인다. 《大清律例》에는 이러한 추정을 뒷받침해 주는 주석이 있으며, 조선의 고위관료도 모반대역은 已行과 未行을 불문한다고 말하였다.

謀反<…> 및 모대역<…>은 단지 공모한 것만으로 수범·종범<已行·未行>을 구별하지 않고 모두 능지처사에 처한다.²⁶⁾

우찬성 류관이 말하기를, “… 만약 大逆이면 모의를 하고 비록 실행하지 않았을 지라도 已行·未行을 분별하지 않습니다. 대역이 아니면 已行·未行을 마땅히 분간하여야 합니다. …”라고 하였다.²⁷⁾

23) 형법의 예비·음모죄 처벌조항으로는 § 90①(내란의 죄), § 101①(외환의 죄), § 111③(외국에 대한 私戰), § 120①(폭발물사용), § 150(逃走援助), § 175(방화의 죄 일부), § 183(溢水の 죄), § 191(교통방해의 죄 일부), § 197(飲用水에 관한 죄 일부), § 213(通貨·외국통화의 위조·변조·수입·수출), § 224(유가증권·우표·인지에 관한 죄 일부), § 255(살인의 죄 일부), § 290(국외이송을 위한 약취·유인·매매), § 343(강도)가 있다.

24) 謀反大逆은 謀反과 謀大逆의 合稱이다. 《大明律講解》〈名例律〉§ 2 十惡에 “一曰謀反”과 “二曰謀大逆”이라 하고 각각 주석을 달아서 “謂謀危社稷” 및 “謂謀毀宗廟山陵及宮闈”이라 하였는데, 이 주석은 《大明律講解》〈刑律〉[賊盜] § 277 謀反大逆의 것과 일치한다.

25) 謀叛을 已行한 자는 수범과 종범을 가리지 않고 참형에 처한다(《大明律講解》〈刑律〉[賊盜] § 278 謀叛：凡謀叛 但共謀者 不分首從 皆斬). 未行의 경우에는 수범은 교형에, 종범은 장100 리3,000리에 처한다(①-① 참조).

26) 《大清律例》卷二十三 〈刑律〉[賊盜上] 謀反大逆：凡謀反<…>及大逆<…> 但共謀者不分首從<已未行> 皆凌遲處死. 《皇越律例》卷之十二 〈刑律〉[賊盜上] 謀反大逆도 같은 내용이다.

27) 《中宗實錄》중종 35년(1540) 12월 2일① 右贊成柳灌曰：“… 大抵若大逆，則謀雖未施，不分已

《당률소의》에는 모반대역의 未行을 처벌함이 疏議에 드러나 있는데, 항목을 바꾸어서 처벌근거와 함께 보기로 한다.²⁸⁾

2) 예외적 未行 처벌의 이유

《大明律》에 모반대역·謀叛에 대해서만 未行도 처벌하는 것으로 규정한 까닭은 무엇일까? 이들 범죄가 국가나 군주를 대상으로 하는 매우 중대한 범죄이기 때문이다. 즉 謀反大逆은 국가(謀反) 또는 군주(謀大逆)에게 정면으로 도전하는 범죄이고, 謀叛은 국가나 군주를 배신하고 떠나 버리는 범죄이다. 《대명률》에 의하면 일부 범죄에 대하여는 범인 집의 재산을 몰수당하고 범인의 가까운 친족이 연좌되는데, 연좌의 종류나 범위가 일정하지 않다.

〈표 1〉 범인의 친족의 緣坐²⁹⁾

연좌 대상 친족	姦黨	交結近侍官員	謀反大逆	謀叛	殺一家三人 / 採生拆割人의 미수	採生拆割人 / 造畜蟲毒殺人
父	-	-	교	류2천리안치	-	-
子	노비	류2천리안치	교	공신의 노비	류2천리	2천리안치
母·祖·孫·兄弟	-	-	공신의 노비	류3천리안치	-	-
姊妹	-	-	공신의 노비	-	-	-
妻	노비	류2천리안치	공신의 노비	공신의 노비	류2천리	2천리안치
妾·女	-	-	공신의 노비	공신의 노비	-	-
아들의 妻·妾	-	-	공신의 노비	-	-	-
叔·姪	-	-	류3천리안치	-	-	-
同居家口	-	-	-	-	-	2천리안치

行·未行也, 非大逆, 則於已行·未行, 應有分揀也, …”

28) 각주 35) 참조.

29) 《大明律講解》〈吏律〉[職制] § 60 姦黨· § 61 交結近侍官員· § 62 上言大臣德政; 《大明律講解》〈刑律〉[賊盜] § 277 謀反大逆· § 278 謀叛; 《大明律講解》〈刑律〉[人命] § 310 殺一家三人· § 311 採生拆割人· § 312 造畜蟲毒殺人 참조. § 62 上言大臣德政에는 이것이 바로 姦黨이라고 하였다. 즉 이 행위를 姦黨에 준하여 처벌하거나 姦黨으로 처벌하는 것이 아니라, 姦黨의 행위태양 중 하나라는 뜻이다.

현직 관원이 봉당을 결성하여 조정의 정치를 문란케 하면 모두 참형에 처하며, 처지는 노비로 삼고 재산은 몰수한다. ○형부와 대소 각 아문의 관리가 법대로 집행하지 않고 상급관서 관원의 使喚에 따라 다른 사람의 죄를 가중 또는 감경한 경우에도 죄가 같다.³⁰⁾

〈표 1〉을 보면 범인의 가까운 친족이 죽거나 노비가 되는 범죄는 모반대역·謀叛·姦黨뿐임을 알 수 있다. 姦黨을 범하여 가까운 친족이 연좌되는 경우는 위와 같은데, 모반대역으로 발전할 위험성 때문에 이에 준하여 강력하게 처벌할 것으로 생각되며, 굳이 처벌 근거를 찾는다면 현행 형법 제114조 범죄단체조직죄처럼 다른 범죄의 예비에 해당하는 행위를 예비죄가 아닌 별개의 범죄로 규정한 것이라 하겠다.³¹⁾ 姦黨조의 성격을 이와 같이 해석한다면, 모반대역이나 謀叛을 범한 자에 대해서만 가까운 친족을 노비로 삼는다고 할 수 있을 것이다. 이밖에 《대명률》에서 모반대역과 謀叛만 특별취급하는 규정을 찾을 수 있다.

죄를 짓고 발각되기 전에 자수한 사람은 그 죄를 면제한다. … 謀叛(이상)의 죄를 짓고 도망가다가 자수하면 2등을 감경하여 처벌한다.³²⁾

함께 살거나 大功 이상의 친족 및 외조부모·외손·처부모·사위·손주며느리·남편의 형제·형제의 아내가 죄를 지었는데 서로 숨겨주는 경우, 그리고 노비와 머슴이 가장을 위하여 숨겨준 경우에는 모두 죄를 논하지 않는다. (관청에서 체포하려는) 사실을 누설하거나 소식을 알려 주어 죄인으로 하여금 숨거나 도피하게 한 경우도 처벌하지 않는다. 小功 이하의 친족으로서 서로 숨겨주거나 (관청에서 체포하려는) 사실을 누설하면 보통 사람보다 3등을 감경하며,

30) 《大明律講解》〈吏律〉[職制] §60 姦黨：若在朝官員 交結朋黨 紊亂朝政者皆斬 妻子爲奴 財產入官。○若刑部及大小各衙門官吏 不執法律 聽從上司官主使 出入人罪者 罪亦如之。

31) 그러나 봉당 결성 등을 모반대역의 예비라고 하는 것은 지나치다. 개국공신을 숙청하던 명나라 초기의 시대적 상황이 반영된 조문이라 하겠다. 《唐律疏議》에는 이를 처벌하는 규정이 없다.

32) 《大明律講解》〈名例律〉§24 犯罪自首：凡犯罪未發 而自首者 免其罪 … 逃叛而自首者 減罪二等坐之。

無服의 친족은 1등을 감경한다. 謀叛 이상을 범한 경우에는 이 규정을 적용하지 않는다.³³⁾

각종 장인과 여러 기예를 담당한 사람으로서 율령을 숙독하여 익히고 그 뜻에 정통한 자는 과실로 죄를 범하거나 남에게 연루되어 처벌받게 된 경우에 죄의 경중을 불문하고 모두 한 번은 면죄한다. 단, 사건이 謀反·모대역·謀叛에 관계된 것이면 그러하지 아니하다.³⁴⁾

한편 《당률소의》에서는 모반대역의 未行을 처벌하는 이유를 다음과 같이 설명하고 있다. 《대명률》에 관해서도 참고가 될 만하다고 생각되어 아래에 인용한다.

임금은 천지와 덕이 같고, 해·달과 밝음이 같다. 위로는 천명을 공경하고, 아래로는 천하에 군림한다. 그러나 교활한 자와 흉악한 무리가 있어 사직을 위태롭게 하려고 피하여 바야흐로 狂妄한 계획을 세웠다면, 그 일을 아직 실행하지 않았어도 도모하였으니 반드시 誅殺해야 하며, 바로 실제 반역과 같은 것이다.³⁵⁾

未行을 처벌한다는 점을 律文에서 밝힌 바가 없음에도, 소의에서 이를 전제로 하여 처벌의 근거를 논한 것이다.

33) 《大明律講解》〈名例律〉§ 31 親屬相爲容隱：凡同居，若大功以上親，及外祖父母·外孫·妻之父母·女婿，若孫之婦，夫之兄弟及兄弟妻，有罪相爲容隱，奴婢·雇工人，爲家長隱者，皆勿論。若漏泄其事，及通報消息，致令罪人隱匿·逃避者，亦不坐。其小功以下，相容隱及漏泄其事者，減凡人三等，無服之親，減一等。若犯謀叛以上者，不用此律。

34) 《大明律講解》〈吏律〉【公式】§ 63 講讀律令：其百工技藝諸色人等 有能熟讀講解 通曉律意者 若犯過失 及因人連累致罪 不問輕重 並免一次。其事干謀反逆叛者 不用此律。

35) 《唐律疏議》〈賊盜〉§ 248 謀反大逆의 疏議1：人君者，與天地合德，與日月齊明，上祇寶命，下臨率土。而有狡豎凶徒，謀危社稷，始興狂計，其事未行，將而必誅，卽同眞反。번역은 金鐸敏·任大熙 主編, 앞의 책을 참조하였다.

3) ‘謀 범죄’³⁶⁾의 未行 처벌 여부

謀反이나 謀殺과 같이 그 명칭에 ‘謀’가 들어가는 범죄는 모의만으로도 처벌하는 것은 아닌가, 다시 말해 未行의 경우에도 처벌하는 것은 아닌가 하는 의문이 있을 수 있다. 모반대역과 謀叛을 제외하고는 未行이 처벌대상이 아님을 위에서 확인하였으나, 이외에도 已行·未行이란 용어를 사용하지 않을 뿐 실질적으로 未行을 처벌하는 내용을 담은 조문이 존재할 수도 있다.

《大明律》에서 조문 제목에 ‘謀’가 들어가는 것은 8개조이다. 이 중 謀反大逆조·謀叛조·謀殺人조·謀殺制使及本管長官조·謀殺祖父父母母조에 관해서는 위에서 이미 보았다. 謀反大逆조와 謀叛조를 제외하고는 已行만 처벌한다. 나머지 3개조의 관련 내용을 보면 다음과 같다.

⑧ 共謀爲盜조

㉠ 강도를 공모하였는데 범행 당시에는 강도가 아닌 절도를 한 경우, 공모자가 贓을 나누어 가졌다면, 모의를 주도한 자는 절도의 수범이 되고 나머지 사람은 모두 절도의 종범이 된다. 장을 나누어 가지지 않았다면, 모의를 주도한 자는 절도의 종범이 되고 나머지는 모두 태50에 처하며, 범행의 실행 당시에 주도한 자가 절도의 수범이 된다.³⁷⁾

㉡ 절도를 공모하였는데 범행 당시에는 절도가 아닌 강도를 한 경우에 범행을 실행하지 않은 사람에게 대하여는, 모의를 주도한 자가 장을 나누어 가졌다면 (강도의) 실정을 알았는지 여부에 관계없이 모두 절도의 수범이 된다. 모의를 주도하고서 장을 나누어 가지지 않은 자와 나머지 사람으로서 장을 나누어 가진 자는 모두 절도의 종범이 되고, 범행의 실행 당시에 주도한 자 및 함께 강도를 한 자는 수범과 종범을 가리지 않고 논죄한다.³⁸⁾

36) 만약 명칭에 ‘謀’가 들어가는 범죄에 대해서는 未行의 경우에도 처벌한다면, 이는 모의에 초점을 맞추었기 때문일 것이다. 이러한 의미에서 이들 범죄를 묶어서 ‘謀 범죄’라는 이름을 붙여 보았다.

37) 《大明律講解》〈刑律〉[賊盜] § 302 共謀爲盜：凡共謀爲強盜 臨時不行 而行者却爲竊盜 共謀者分贓 造意者爲竊盜首 餘人並爲竊盜從 若不分贓 造意者爲竊盜從 餘人並答五十 以臨時主意上盜者爲竊盜首.

38) 《大明律講解》〈刑律〉[賊盜] § 302 共謀爲盜：其共謀爲竊盜 臨時不行 而行者爲強盜 其不行之人造意者分贓 知情不知情 並爲竊盜首 造意者不分贓及餘人分贓 俱爲竊盜從 以臨時主意及共爲強盜者不分首從論.

⑨ 謀殺故夫父母조

㉠ 처나 첩이 전남편의 조부모·부모를 모살하는 것은 모두 시부모를 모살하는 것과 더불어 죄가 같다.³⁹⁾

㉡ 노비가 옛 가장을 모살하는 것은 일반 모살죄로 논한다.⁴⁰⁾

⑩ 同行知有謀害조

동행하는 사람이 타인을 모해하려고 하는 것을 알면서 즉시 막고 구조하지 않은 자 및 피해가 발생한 후에 고발하지 않은 자는 장100에 처한다.⁴¹⁾

共謀爲盜조(⑧)는 절도를 공모하였음에도 그 중 일부가 강도를 실행한 경우 또는 강도를 공모하였음에도 그 중 일부가 절도를 실행한 경우의 처벌에 관하여 규정하므로, 실행을 전제로 한 조항이다. 未行의 경우에는 처벌하지 않음이 명백하다. 謀殺故夫父母조(⑨)는 謀殺祖父母父母조에 의하여 처벌하거나(㉠) 謀殺人조에 의하여 처벌하는(㉡) 것으로 규정하는데, 謀殺祖父母父母조(⑥)이든 謀殺人조(④)이든 已行만 처벌한다. 따라서 謀殺故夫父母조에 있어서도 未行의 경우에는 처벌하지 않음이 명백하다.

이러바 ‘착한 사마리안 법’을 떠올리게 하는 同行知有謀害조(⑩)는 두 가지 점에서 다른 7개조와는 본질적으로 구별된다. 첫째, 謀의 주체가 본인이나 제3자이다. 따라서 구성요건의 해석에 있어 ‘(제3자의) 謀害’로서만 의미를 가질 뿐 ‘謀’만으로는 아무런 의미를 부여할 수 없다고 할 것이므로, 명칭에 ‘謀’가 들어간다는 것만으로 다른 7개조와 같은 범주에 넣을 수는 없다.⁴²⁾ 둘째, (眞正)不作爲犯을 처벌하는 조항이다. 이러한 특수성 때문에, 실행착수⁴³⁾는 처벌대상이 아니라 오히려 의무가 되며, 반대로 실행 없음은 당

39) 《大明律講解》〈刑律〉[人命] § 309 謀殺故夫父母：凡妻妾 謀殺故夫之祖父母・父母者 並與謀殺舅姑罪同.

40) 《大明律講解》〈刑律〉[人命] § 309 謀殺故夫父母：若奴婢謀殺舊家長者 以凡人論.

41) 《大明律講解》〈刑律〉[人命] § 324 同行知有謀害：凡知同伴人欲行謀害他人 不卽阻當救護 及被害之後不首告者 杖一百.

42) 따라서 ‘謀 범죄’로 분류할 수 없다.

43) 同行知有謀害는 진정부작위범이므로, 작위범에나 어울리는 已行·未行의 용어를 그대로 쓰는 것은 적절하지 못하다. 이러한 이유로 已行 대신 ‘실행착수’라고 하였다. 같은 취지로 아래에서 未行 대

연히 처벌대상이 되는 것이 논리적 귀결이다.

이상에서 분석한 바에 따르면, 예외적인 同行知有謀害조를 제외하고는 ‘謀범죄’에 관해서도 已行만을 처벌하는 것이 원칙이다. 未行 처벌이 명시적으로 규정된 謀叛조와, 擧輕以明重에 의하여 또는 唐律·清律에 비추어 未行 처벌로 해석되는 謀反大逆조만 예외인데, 이에 관해서는 위에서 이미 살펴보았다.

Ⅲ. 조선의 法典類에서의 已行과 未行

1. 三省交坐推鞠의 대상범죄

문제는 《속대전》〈刑典〉에는 위 범죄 중 일부에 대하여 未行도 삼성교좌 추국의 대상으로 규정되어 있다는 점이다.

부모·조부모·시부모·남편·큰아버지·큰어머니·작은아버지·작은어머니·형·오빠·언니·누나를 죽인 사건, 노비가 주인을 죽인 사건, 관노비가 官長을 죽인 사건〈이상은 已行·未行을 불문함〉, 머슴이 家長을 죽인 사건, 계모와 간음한 사건, 큰어머니·작은어머니·고모·자매·며느리와 간음한 사건, 사내종이 여자 주인과 간음한 사건, 嫡母를 팔아버린 사건, 부모를 때리거나 욕한 사건, 아버지의 시체를 불태운 사건〈이상은 已行에 대해서만〉에는 모두 삼성교좌추국을 한다.⁴⁴⁾

삼성교좌추국은 형조에서 조사를 모두 마치고 범죄사실의 자백까지 받아낸 다음에 오로지 결안⁴⁵⁾을 위하여 벌이는 것이 원칙이었다.⁴⁶⁾ 형조에서 조사

신 ‘실행 없음’이라고 하였다.

44) 《續大典》〈刑典〉[推斷]: 弑父母·祖父母·舅姑·夫·伯叔父母·兄·姊者, 奴隸主, 官奴弑官長(以上勿論已行·未行), 雇工殺家長者, 淫烝後母者, 淫烝伯叔母·姑母·姊妹·子婦者, 奴姦女上典者, 放賣嫡母者, 毆辱父母者, 燒火父屍者(以上已行), 並三省推鞠.

45) 結案: 자백을 받아서 기록하는 행위 또는 그 결과로서의 문서, 결안에 관하여 자세히는 金友哲,

결과 처벌대상이 되는 범죄가 아님이 밝혀진 경우에는 삼성교좌추국을 할 수가 없었다. 따라서 일부 범죄의 未行이 삼성교좌추국의 대상이었다는 것은 이들 범죄의 未行이 처벌대상이었음을 의미한다. 《대명률》에서는 謀反大逆과 謀叛에 대하여만 未行을 벌하고, 대상이 누구이든 살인의 죄에 대하여는 已行만을 벌하므로, 위 《속대전》 규정의 前段에 나열된 범죄들—已行·未行을 불문하는 범죄들—의 未行은 《대명률》에 의하면 처벌대상에 해당하지 않는다. 그렇다면 《대명률》에 의해서는 처벌대상이 아닌 행위를 조선에서는 처벌하였다는 것인가? 이것이 불가능한 것은 아니었다. 특정 행위에 대하여 《대명률》에 처벌규정이 없더라도 《경국대전》·《속대전》 등의 國典에 처벌규정이 마련되어 있다면, 그 행위를 처벌할 수 있었다. 이에 관하여는 《속대전》에 명시적인 규정이 있는데, 《속대전》이 편찬되기 전부터 당연히 그러한 것으로 해석되던 것을 명문화한 규정이다.

《경국대전》에 의하여 《대명률》을 적용하되, 《경국대전》과 《속대전》에 범죄에 해당하는 규정이 있는 경우에는 두 국전에 따른다.⁴⁷⁾

그런데 위 《속대전》 규정의 前段에 나열된 범죄들에 대하여는, 국전에 별도의 처벌규정이 없다. 《대명률》에서 이들 범죄의 未行을 처벌대상으로 하지 않고 국전에도 별도의 규정을 마련하지 않아 처벌할 수 없으므로, 절차 규정—그것도 삼성교좌추국이라는 특수한 절차에 관한 규정—에서 이들 범죄가 처벌대상임을 전제로 하는 것은 모순이다.

여기서 未行과 已行의 해석 문제가 제기된다. 《대명률》 규정의 해석상 已行은 실행착수, 未行은 실행착수 전단계를 의미하나, 조선에서는 已行을 기수의 의미로, 未行을 미수와 실행착수 전단계를 포함하는 의미로 이해하고 사용하였을 수도 있는 것이다. 조선에서 未行을 미수의 의미로 사용하였다

『조선 후기 推鞠 운영 및 結案의 변화』, 『民族文化』 第35輯(한국고전번역원, 2010) 참조.

46) 《銀臺便攷》〈刑房攷〉[三省推鞠]: 三省推鞠 所犯情節 該曹既已承款 故鞠廳只捧結案舉行後罷坐 無撤罷傳教.

47) 《續大典》〈刑典〉[用律]: 依《大典》用《大明律》而《大典》·《續大典》有當律者 從二典.

면, 國典에 처벌대상으로 전제되어 있는 未行은 《대명률》의 已行에 해당하므로, 위에서 지적한 모순이 해소된다.

2. 《속대전》과 《수교집록》의 비교

1) 婢夫의 家長 살해에 관한 규정 비교

㉠ 이내의 주인을 죽인 자는 부대시⁴⁸⁾로 참형에 처한다<죽이려고 꾀하였으나 未行한 자는 무기한으로 변방 먼 곳에 유배지를 정함>.⁴⁹⁾

㉡ 노비의 남편이 아내의 주인을 죽이려고 꾀하여 已行하였으나 죽이지는 못한 경우에 일반인의 일반인 謀殺에 관한 규정으로 논하여 처단하면 너무 가볍고, 머슴의 가장 謀殺에 관한 규정을 유추적용하는 것도 불가하니, 무기한으로 변방 먼 곳에 유배지를 정하라. [1682년(숙종 8)에 받은 전교]⁵⁰⁾

위에서 밑줄은 필자가 그은 것이다. 《속대전》의 규정(㉠)은 두 규정이 각각 본문과 주석으로 합쳐진 것이기 때문에, 《수교집록》과 비교하기 위하여 분리하고 밑줄을 그었다. 《수교집록》의 것(㉡)은 受敎인 까닭에 입법취지가 포함되어 범조문답지 못하므로, 입법취지를 제외한 부분에 밑줄을 그었다. 밑줄 부분만 비교하면 《속대전》 규정과 《수교집록》 수교의 형벌이 세부적으로도 일치한다. 한편 《수교집록》에서 이러한 행위에 관한 수교를 더 찾을 수 없으며, 기타 법제자료에도 이에 관한 별개의 규정이 보이지 않는다. 따라서 위 《속대전》 규정과 《수교집록》 수교는 동일한 구성요건에 관한 것으로 판단된다. 그렇다면 《속대전》의 未行은 《수교집록》의 ‘已行하였으나 죽이지는

48) 不待時: 사형에는 집행방법을 기준으로 ① 목을 베는 斬刑과 ② 목을 조르는 絞刑의 두 종류가 있고, 집행시기를 기준으로 ① 즉시 집행하는 부대시와 ② 秋分이 되기를 기다렸다가 집행하는 待時의 두 종류가 있다. 本稿에 나오는 참형은 모두 이른바 ‘十惡’에 해당하는 것이어서 예외 없이 부대시로 집행하였다.

49) 《續大典》〈刑典〉[殺獄]: 殺妻上典者, 不待時斬<謀殺未行者, 不限年邊遠定配>.

50) 《受敎輯錄》〈刑典〉[推斷] § 592: 婢夫之謀殺妻上典 已行未殺 以凡人謀殺人律論斷 太輕 又不可比用雇工謀殺家長之律 不限年邊遠定配. [康熙壬戌承傳].

못한' 것이다. 즉 범죄의 실행에는 착수하였으나 실패라는 결과가 발생하지 않았다는 의미로 쓰인 것이 된다. 未行이 이러한 의미라면, 모순개념인 已行은 '결과발생'의 의미로 해석하여야 할 것이다. 그러나 《수교집록》의 위 수교에서는 已行이 '실행착수'의 의미로 쓰였음이 명백하다.

2) 《수교집록》과 《신보수교집록》에서의 已行과 未行

《수교집록》에서 未行이라는 용어는 찾을 수가 없으나, 已行이 쓰인 예는 하나 더 있으며, 역시 실행착수의 의미로 쓰였다.

⑥ 둔전을 경작하는 군졸이, 해당 별장이 토지를 조사하여 (그 군졸의) 경작지의 결부⁵¹⁾를 많이 책정했다는 이유로, 무리를 지어 총포를 쏘면서 꾸짖고 옥하였다면, 비록 已行하였으되 죽이지는 못하였을지라도, 강도와 다름없다. 둔전을 관할하는 별장은 守舍와 차이가 있으나, 총포를 쏜 사람들은 난동을 부린 곳에 梟首하여, 다른 이들이 경계하게 하라. [1686년(숙종 12)에 받은 전교]⁵²⁾

《신보수교집록》에도 已行이란 용어가 보이는데, 수교의 배경이 된 《현종개수실록》 및 《승정원일기》의 기사를 통하여, 그 의미가 실행착수임을 알 수 있다.

남편을 죽이려고 꾀하여 已行한 자를 비록 단지 참형에 처할지라도[處斷], 守舍과죄과 毘號 강등과 집을 헐어 못으로 만드는 등의 일도 모두 거행하라.

[1670년(현종 11)에 받은 전교]⁵³⁾

51) 結負 : 토지의 비옥도에 따른 상대면적. 동일한 면적일지라도 비옥한 땅으로 관정되면 상대면적은 커지고, 척박한 땅으로 관정되면 상대면적은 작아진다.

52) 《受教輯錄》〈刑典〉[推斷] § 613 : 屯卒 以其別將踏驗 所耕結負多括 結倘放炮叱辱 雖已行未殺 與強盜無異 屯將 與守舍有間 放炮人等 梟示於作變處 懲戢他人. [康熙丙寅承傳].

53) 《新補受教輯錄》〈刑典〉[推斷] § 796 : 謀殺夫已行者 雖只爲處斷 罷守舍·降號·瀆澤等事 並皆舉行. [康熙庚戌承傳].

승지 남이성이 말하기를, “남편을 죽인 죄인 진상은 실제로 남편을 죽인 것이 아니라 남편을 죽이려고 꾀한 것이어서, 이미 살해를 행한 것과 같지 않으므로, 다만 참형에 처하고 능지처사를 집행하지 않았습시다.⁵⁴⁾ …”라고 하였다. … 좌의정 허적이 말하기를, “남편을 죽인 죄인을 이미 사형에 처하였으나, 그 姦夫 2인은 啓覆 중에 있습니다. 신의 생각으로는 부대시로 참형에 처함이 옳은 것 같습니다.”라고 하니, 임금에 윤허하였다.⁵⁵⁾

승지 남이성이 아뢰기를, “… 진상은 그 남편이 다시 살아났다는 이유로 비록 능지처사에 처하지 않았습시다만, …”라고 하였다.⁵⁶⁾

姦夫들에 관하여 《현종개수실록》에서도 《승정원일기》에서도 더 이상의 정보를 얻을 수는 없었으나, 문맥상 진상과 간부들이 공모하였음과 실제로 살해를 시도한 사람은 간부들이었음을 알 수 있다. 그리고 진상의 남편은 회생하였다. 그런데 이 사건을 계기로 내려진 수교에서의 용어는 已行이므로, 《신보수교집록》에서도 已行은 기수가 아니라 실행착수의 의미로 쓰인 것이다. 《수교집록》과 《신보수교집록》을 통틀어 未行이라는 용어는 찾을 수가 없고, 已行은 일관되게 실행착수의 의미임을 알 수 있다. 未行이라는 용어가 쓰이지 않은 것도 그것이 실행착수 전단계를 의미하기 때문이라고 하겠다. 모반대역·謀叛에 비견할 만한 범죄가 아닌 이상, 실행착수 전단계를 가리키는 용어를 수교에서 사용할 리가 없는 것이다.

3) 《속대전》의 未行

國典의 다른 규정에서는 已行 또는 未行이 어떠한 의미로 사용되었을까?

54) 닷새 전인 6월 18일에 당고개에서 집행하였다. 《承政院日記》 현종 11년(1670) 6월 18일① 禁府, 三省罪人眞祥, 堂古介行刑, 啓.

55) 《顯宗改修實錄》 현종 11년(1670) 6월 23일② 承旨南二星曰: “弑夫罪人眞祥, 非眞弑夫, 乃謀弑其夫, 與已行弑者不同, 故只爲處斬, 不行凌遲之刑, …” … 左相許積曰: “弑夫罪人既已伏法, 而其奸夫二人, 在啓覆中. 臣意以爲, 不待時斬, 可也.” 上許之.

56) 《承政院日記》 현종 11년(1670) 6월 23일② 承旨南二星所啓, “… 眞祥, 以其夫之更活, 雖不置凌遲之刑, …”

《경국대전》에서는 已行이나 未行이란 용어를 찾을 수 없고, 《대전통편》·《대전회통》에 추가된 조문에서도 그러하다. 《속대전》에서도 已行이란 용어는 삼성교좌추국의 대상이 되는 범죄에 관한 위 규정을 제외하고는 사용되지 않았으나, 未行은 몇 건 더 찾을 수 있다.

㉞ (사신 또는 그 일행이 되어) 북경에 가는 사람이 인삼이나 물품을 몰래 가지고 가면, 국경에서 참형에 처한다. 8포로 정해져 있는 수 외에 은화를 가지고 가는 자는 사형으로 논한다. … 우리나라 영역에서 몰래 禁物을 관 자는 사형에서 감경하여 유배한다(… 사적 물품을 몰래 가지고 가서 몰래 장사하려 하였으나 未行한 사람은 같은 규정으로 처벌함 …).⁵⁷⁾

㉟ 사사로이 돈을 주조하면 匠人과 조수를 모두 부대시로 참형에 처한다(… 용광로를 설치하고서 未行한 자는 유배형으로 논함).⁵⁸⁾

㊱ 부모가 자녀를 죽이거나 형이 아우를 죽였는데 그 범의가 흉악하고 참혹한 경우에는 모두 때려죽인 행위에 관한 규정으로 논한다(자녀를 죽이려고 꾀하였으나 未行한 자는 먼 지역으로 유배지를 정함).⁵⁹⁾

㉞에서 사적 물품을 몰래 가져가서 팔려 하였으나 未行한 사람을 같은 규정으로 처벌, 즉 사형에서 감경하여 유배한다는 규정의 배경이 된 사건을 《중종실록》에서 찾을 수 있었다. 사신을 따라 중국에 가던 張孝禮라는 子弟軍官이 서장관 尹某의 종 곱동[古邑同]에게 은을 맡겼다가 압록강을 건너기 직전의 수색에서 발각된 사건이 그것으로,⁶⁰⁾ ㉞의 未行이 무엇을 의미하는지 파악하기 위해서는 이 사건에 관하여 알 필요가 있다.

57) 《續大典》〈刑典〉[禁制]: 赴燕人(…)挾持蔘貨者, 境上斬(…). 八包定數外, 銀貨賫去者, 以一律論(…). … 在我境潛賣禁物者, 減死定配(… 挾持私貨潛商未行者, 同律 …).

58) 《續大典》〈刑典〉[偽造]: 私鑄錢文者, 匠人及助役人, 並不待時斬(主接者·同謀分利者亦以一律論, 設爐未行者以次律論).

59) 《續大典》〈刑典〉[殺獄]: 父母殺子女, 兄殺弟, 而其用意凶慘者, 並以鬪毆殺律論(謀殺子女而未行者, 遠地定配).

60) 《中宗實錄》중종 35년(1540) 9월 14일①.

당시 우의정 유인경·병조판서 류관·이조판서 양연·참찬 이귀령은 “장효례가 단순히 몰래 지니고 있던 상태에서 국경을 벗어나기 전에 잡힌 것이어서 潛賣禁物을 하다가 잡힌 것과는 차이가 있고, 潛賣를 한 경우에도 중국과 국내를 구별하여 처벌하므로, 장효례의 행위에 대한 형벌은 새로이 의논하여 정함이 옳다.”라는 취지의 의견을 내었으나, 대사헌 신광한과 예조판서 정옥형은 “새로 법을 만든 지 얼마 되지도 않았는데 위반이 있었고, 그 마음에 있어서는 잠매금물과 다를 것이 없으므로, 잠매금물에 대한 규정을 그대로 적용하여 사형에 처해야 한다.”라는 취지의 의견을 내었다.⁶¹⁾ 中宗은 삼복에서 재론할 것을 전제로 초복에서는 잠매금물에 대한 규정을 그대로 적용함이 옳다고 하였다.⁶²⁾ 40여 일 후의 삼복에서 장효례에 대한 형벌은 최종적으로 감사정배로 결정되었고,⁶³⁾ 이 형벌은 위 《속대전》 규정의 형벌과 같다. 그런데 위 사건의 처리에 관한 병조판서 류관과 증종의 발언에서 장효례의 행위가 未行으로 표현되었다.

병조판서 류관이 말하기를, “... 장효례가 몰래 가지고 간 것은 그 마음으로 계획한 것이 본래 몰래 팔고자 한 것이기는 하지만, 몰래 팔 때에 잡힌 것은 아니니, (몰래 판 것과) 차이가 있는 것 같습니다. 평상시에 죄를 논함에는 반드시 이미 행한 것[已行]과 아직 행하지 않은 것[未行]을 구분하여야 합니다. ...”라고 하였다.⁶⁴⁾

임금이 말하기를, “그렇다. 당시에 매매를 아직 하기 전이었는데[未行] 몰래 판 행위를 처벌하는 규정을 적용한다면, 법에 있어서 어떠하겠는가?”라고 하였다.⁶⁵⁾

61) 《中宗實錄》 중종 35년(1540) 10월 20일①.

62) 《中宗實錄》 중종 35년(1540) 10월 20일① 上曰：“... 依允初覆而更議三覆，爲當。若輕議於初覆，則用法似輕。”... 上曰：“... 張孝禮之罪，... 不可輕議於初覆也。”... 上曰：“張孝禮，依律可也。”

63) 《中宗實錄》 중종 35년(1540) 12월 2일①. 그런데 장효례의 나이가 많다는 이유로 속전을 거두고 형벌을 면해 주려다가, 사형에서 감경한 유배는 일반적인 유배와 다르므로 나이가 많아도 그대로 집행해야 한다는 논리로써 유배에 처하기로 하였다(《中宗實錄》 중종 35년(1540) 12월 8일① 참조).

64) 《中宗實錄》 중종 35년(1540) 10월 20일① 兵曹判書柳灌曰：“... 孝禮之潛賣，其設心則本欲潛賣，然不見捉於潛賣之時，則疑有間也。常時論罪，必分已行未行。...”

65) 《中宗實錄》 중종 35년(1540) 10월 20일① 上曰：“然。時未行貿易，而用之以潛賣之律，於法如何?”

류관은 직접적으로 장효례의 행위를 ‘아직 행하지 않은 것[未行]’이라고 하지는 않았으나, 장효례의 사건을 논하면서 “죄를 논함에는 반드시 이미 행한 것[已行]과 아직 행하지 않은 것[未行]을 구분하여야 합니다.”라고 하였으므로, 간접적으로 장효례의 행위를 ‘아직 행하지 않은 것[未行]’이라고 한 것이다. 종종은 직접적으로 ‘아직 하기 전[未行]’이라는 표현을 사용하였다. 여기서 한 가지 짚고 넘어갈 점이 있다. 위에서 류관이 실제로 “已行”이나 “未行”이라고 하였는지는 알 수 없는데, 아니었을 가능성이 높다. 류관이든 종종이든 당시의 조선말—한국어—로 발언하고 이를 史官이 한자로 기록한 것이므로, 위 기사의 已行과 未行은 모두 사관의 표현에 불과하다. 사관은 《대명률》의 내용이나 법률용어를 그리 잘 아는 사람이 아니었으므로, 그가 已行·未行이라고 쓴 것은 일상용어였을 뿐이고 법률용어로서의 의미를 부여할 수는 없을 것이다.⁶⁶⁾ 중요한 것은 이 표현이 《속대전》 규정 ㉠에 그대로 사용되었다는 점이고, 이 규정의 배경이 된 위 사건을 고려한다면, ㉠의 未行은 단지 지니고만 있는 상태, 즉 실행착수 전단계를 의미하는 것임을 알 수 있다.

㉠에서 용광로를 설치[設爐]하고서 未行하였다 함은 용광로만 설치했을 뿐 화폐의 주조는 시작조차 하지 않았다는 의미일 것이므로, 역시 실행착수 전의 예비 단계이다. ㉡의 未行은 실행착수 전단계와 미수의 어느 쪽으로도 해석될 수 있다고 하겠으나, 노비의 남편이 아내의 주인을 죽인 행위에 관한 규정⁶⁷⁾에서와 같이 “죽이려고 꾀하였으나 未行한[謀殺(…)未行]”이라고 표현하였으므로, 역시 실행착수 전단계로 해석함이 타당할 것이다. 즉 《속대전》 규정 ㉡~㉣에서 未行은 예외 없이 실행착수 전단계의 의미로 사용되었다고 하겠다. 따라서 삼성교좌추국의 대상에 관한 규정⁶⁸⁾에서도 未行은 실행착수 전단계를 의미하는 용어라고 할 것이며, 이로써 모순은 해소되었다.

66) 현재도 동일한 단어가 일상용어로 쓰일 때와 법률용어로 쓰일 때에 의미가 다른 경우가 적지 않다. ‘善意’나 ‘相當하다’를 그 예로 들 수 있다.

67) 각주 49) 참조.

68) 각주 44) 참조.

4) 범죄 실행단계의 구분

그러나 범죄의 실행단계를 음모 → 예비 → 실행착수 → 결과발생으로 명확히 구분할 수 있는지 의문이다. 이는 결국 해석에 의하여 정해진다고 하겠다. 특히 사적 물품을 몰래 가져가기 위한[挾持] 買收나 짐 꾸리기가 아니라 몰래 팔기 위한 挾持라면, 그리고 設爐를 위한 준비행위가 아니라 돈을 주조하기 위한 設爐라면, 예비가 아니라 실행착수까지 나아간 것으로 보더라도 크게 이상할 것은 없다고 하겠다.

나아가 당시의 법해석과 지금의 법해석이 반드시 같은 것은 아니다. 아래는 成宗代에 공주의 노비 등이 공주를 독살하려 한 사건에 관한 《성종실록》 기사 중 일부이다.

현숙공주의 노비 청옥이 왕대비에게 아뢰기를, “공주의 유모 대이, 보모 소비, 노비 부거지·옥매·도치, 유모의 아들 이근수가 공주를 독살하려고 꾀하였다가 미처 실행하지 못하였습니다.”라고 하였다. 임금이 … 진교하기를, “현숙공주의 유모 대이가 공주를 죽이려고 꾀하여, 몰래 심복들과 砒霜을 잘게 부수어 공주의 밥에 타서 해치려고 하였는데, 그 사람이 차마 타서 올리지 못하자, 대이가 그가 오래 끄는 것을 책망하였는데, 대비가 듣고서 국문하게 하였다. …”라고 하였다.⁶⁹⁾

의금부에서 아뢰기를, “풍천위 임광재의 노비 부거지·도치·옥매, 충찬위 이근수가 사망한 소비·대이·종이 등과 함께 비상으로 공주를 죽이려고 꾀한 죄와 … 노비 청옥이 그 모의를 알고도 고발하지 않다가 이치의 범행을 신문할 때에 이르러서야 고한 죄는 규정상 부거지·도치·옥매는 부대시 참형에, 이근수는 장 100을 집행하고 직첩을 모두 追奪하는 것에 해당하며, … 청옥은 자수로 면죄하는 것에 해당합니다.”라고 하였다.⁷⁰⁾

69) 《成宗實錄》성종 25년(1494) 5월 26일③ ㉠ 顯肅公主婢青玉啓王大妃曰：“公主乳母大伊·保母小非，與婢夫巨之，玉梅奴都致乳母子李根守，謀毒殺公主未行。”上 … 傳曰：“豐川尉公主乳母大伊謀殺公主，陰與腹心之人，欲細屑砒礪和公主之食以毒之，其人不忍和進，大伊責其遲留，大妃聞而鞠之。…”

70) 《成宗實錄》성종 25년(1494) 9월 12일② ㉠ 義禁府啓：“豐川尉任光載婢夫巨之·奴都致·婢玉梅，忠贊衛李根守，與物故小非·大伊·從伊等，以砒礪，謀殺公主罪，… 婢青玉知其謀不發告，至問李致

위 사건에서 공주의 유모 대이 등은 모의를 하고 독약을 준비하여 밥에 타기 좋은 상태로 만들기까지 하였으나, 독을 밥에 타는 것과 그 밥을 공주에게 올리는 것은 공주의 시중을 드는 노비 청옥이 하기로 되어 있었던 것 같다. 그런데 청옥이 차마 실행을 하지 못하고 머뭇거리고 있다가 다른 사건을 계기로 왕대비에게 자수한 것이다. 현대의 법해석으로는 대이·부거지·도치·옥매 등의 행위는 예비·음모에 해당한다.⁷¹⁾ 그러나 당시의 법해석으로는 이를 已行, 즉 실행착수에 해당하는 것으로 보았다. 이는 부거지 등에게 적용된 형벌을 보면 알 수 있다. 위 기사에서는 부거지 등을 공주의 노비 또는 공주 남편의 노비로 기술하였는데, 《대명률》 규정(⑥-㉔·㉕)을 보면 노비가 가장이나 가장의 기복친 이상 친족⁷²⁾을 모살하는 것에 관하여 已行하면 참형에 처하고 죽이면 능지처사에 처하므로, 부거지 등이 공주의 노비이나 공주 남편의 노비이나에 따라 그들에 대한 형벌이 달라지지 않는다. 의금부에서는 이 《대명률》 규정에 따라 부거지 등에 대하여 참형을 적용하였으므로, 그들의 행위를 已行으로 본 것이다.⁷³⁾

IV. 照律과 《대명률》 已行·未行의 이해

已行·未行의 용어를 《대명률》에서의 의미대로 쓰기도 하고 —《수교집록》과 《신보수교집록》—《대명률》에서와는 다른 의미로 사용하기도 하여 —《속대전》— 통일적이지 못하였으나, 照律을 함에 있어서는 대체로 《대명률》에 쓰

所犯乃告罪，律該夫巨之·都致·玉梅斬不待時，李根守決杖一百，告身盡行追奪。… 青玉以自首免。”

71) 그들이 실제로 한 행위만으로도 예비·음모에 해당하고, 청옥을 교사한 것도 예비·음모에 준하여 처벌 받는다(형법 제31조②).

72) 아내에 대한 服制는 齊衰杖朶이므로, 아내는 기복친 이상 친족에 포함된다(《大明律講解》 권수의 [妻爲夫族服之圖] 참조).

73) 그럼에도 사용된 용어는 未行이다. 그러나 이는 노비 신분인 청옥이 정식의 신분절차에서 진술한 것이 아니라 왕대비에게 고한 내용의 기록이므로, 청옥이 직접 사용한 표현도 아니고 재판기록을 담당할 관리의 기록도 아니며, 법을 모르는 史官의 표현일 뿐이다. 따라서 의미를 부여할 것이 못된다. 이 기사에서만뿐만 아니라, 실록 기사에서 사용된 已行·未行이 대부분 史官 개인의 표현에 불과하다.

인 의미대로 이해하였던 것으로 보인다.

의금부에서 三覆하여 아뢰기를, “大黨賊 우지개가 어명을 받은 사람에게 체포될 때에 최송 등의 집에 숨은 죄는 《대명률》의 ‘산 속이나 늪지 등 험악한 곳으로 도피하여 송환에 복종하지 아니하는 경우에는 謀叛未行으로 논한다.’에 比擬하여 首犯은 교형에 해당합니다. 최송·두합이 우지개를 숨겨 주고, 어명을 받은 사람이 체포하자 붙잡고 꾸짖은 죄는 《대명률》의 ‘官兵에 항거·적대한 경우에는 謀叛已行으로 논한다.’에 해당하니, 수범과 중범을 가리지 않고 모두 참형에 해당합니다.” 라고 하니, (임금이) 이에 따랐다.⁷⁴⁾

좌승지 김응기가 형조의 啓本을 가지고 아뢰기를, “영월의 죄수인 사노비 신정금이 그 아버 신정부의 말을 듣고 독약을 음식에 넣어 남편 임천을 죽이려 한 죄는 규정상 부대시로 참형에 처함에 해당하며, 신정금의 오라비인 신영충이 아버의 말에 따라 임천을 때려죽인 죄는 규정상 교형에 해당합니다.”라고 하니, 임금이 좌우에 물었다. 광릉부원군 이극배가 대답하기를, “신정금이 처음에 아버의 명령을 듣고서 말하기를, ‘내내로서 남편을 죽이고 무슨 면목으로 (세상) 사람들을 보겠습니까?’라고 하고는 곧 독약을 버렸다가, 아버가 강요한 뒤에 독약을 넣었으니, 이는 아버가 다그친 것이지 그의 마음이 아닙니다. 하물며 임천은 독으로 죽은 것이 아니고, 결국은 신영충에게 죽은 것입니다. …”라고 하였다.⁷⁵⁾

승지 김수성과 홍섬이 아뢰기를, “… 홍주의 죄수 私奴 손이는 참형에 해당합니다(손이는 주인 변승환의 가족을 몰살하려고 피하여 그 집 굴뚝 안에 몰래 쇠부처

74) 《成宗實錄》성종 원년(1470) 3월 7일⑩ 義禁府三覆啓: “大黨賊牛知介, 當承傳捕捉, 隱匿崔松等家罪, 比《大明律》: ‘若逃避山澤, 不服追喚者, 以謀叛未行論’, 爲首者絞. 崔松·豆含藏匿牛知介, 承傳捕捉, 扶執叱勒罪, 律該‘拒敵官兵者, 以謀叛已行論’, 不分首從皆斬.” 從之.

75) 《成宗實錄》성종 24년(1493) 4월 2일① 左承旨金應箕將刑曹啓本啓: “寧越囚私婢丁今, 聽其父辛丁夫言, 置毒謀殺其夫林泉罪, 律該斬不待時. 丁今甥永忠, 從父言打殺林泉罪, 律該絞.” 上問左右, 廣陵府院君李克培對曰: “丁今初聞父命, 乃曰: ‘妻而殺夫, 何面目見人乎?’ 乃棄毒藥, 父強之而後毒之, 則是迫於父命, 非其情也. 況林泉非因毒而死, 終爲永忠所殺…”

를 던져 넣은 죄로 부대시 참형인데 三覆을 함). …”라고 하니, 임금의 대신에게 의견을 물었다. … 예조판서 김안국이 말하기를, “… 사람을 죽이려고 피한 일에는 이미 실행한 것[已行]과 아직 행하지 않은 것[未行]을 구별합니다. 이 사람이 몰래 쇠부처를 던진 것이 이미 실행한 것인지 아직 행하지 않은 것인지를 모르겠으니, 자세히 살펴서 처결함이 옳습니다(佛像을 굴뚝에 던진 증거가 이미 드러났는데, 이것이 이미 실행한 것이 아니고 무엇인가. 김안국의 말은 잘못이다)⁷⁶⁾. …”라고 하였다.⁷⁷⁾

의금부에서 아뢰기를, “저희 관청의 啓辭로 삼성교좌추국 죄인 망나니를 이미 참형에 처하였습니다. 이에 관하여 律文에서 찾아보면, ‘조부모·부모 및 기복친 이상의 尊長, 외조부모, 남편⁷⁸⁾, 남편의 조부모·부모를 모살하는 경우, 已行한 자는 모두 참형에 처하고, 살해한 자는 모두 능지처사에 처한다’라 하고, 이른바 ‘已行한 자’의 주석에 ‘피하여 이미 실행하였으나 사람을 다치게 하지는 못한 경우’라 하였습니다. 이번에 망나니가 장터에서 잡혔을 때에 그 아비를 욕하기를 ‘먼저 늙은 놈을 없앴더라면 어찌 이런 일이 있었으리?’라 하였고, 또 낫을 쥐고 계모 등을 쫓은 것은 律文에 이른바 ‘피하여 이미 실행하였으나 흉악한 결과를 발생시키지 못한 경우’이니, 죄가 참형에 처하는 것에 그칩니다. …”라고 하였다.⁷⁹⁾

형조판서 이정제의 상소에 대략 이르기를, “김제의 옥사는 정말 드물게 있는 변괴입니다. 나치경이 죽자 그 아들 나중이 아버지가 죄 없이 죽었다고 여겨, 형제와

76) < > 안의 내용은 史官의 의견을 기술한 것이다.

77) 《中宗實錄》중종 36년(1541) 11월 16일① ㉠ 承旨金遂性·洪暹啓：“… 洪州囚私奴孫伊斬，〈孫伊謀滅上典邊承翰，其家烟突內，潛投鐵佛罪，斬不待時，三覆〉…” 上顧問大臣何如，… 禮曹判書金安國曰：“… 凡謀殺人之事，有已行·未行之辨。此人之潛投鐵佛，不知爲已行乎，爲未行乎，詳審處決可也(投佛烟突逆跡已影，此非已行而何哉? 安國所言誤也)。…”

78) 원문에는 없으나 《대명률》 조문에 의거하여 번역문에는 추가하였다. 국사편찬위원회 제공 DB에도 괄호 안에 ‘夫’를 추가하였다.

79) 《承政院日記》인조 21년(1643) 7월 17일⑥ ㉠ 義禁府啓曰，“本府啓辭，三省罪人亡難，既已處斬。考諸律文，‘凡謀殺祖父母·父母及期親尊長·外祖父母·夫之祖父母·父母，已行者，皆斬，已殺者皆凌遲處死’云，所謂已行者註云，‘若謀而已行，未曾傷人’。今此亡難，場市被捉之時，罵其父曰：‘先除老漢，則豈有此患’云，又持鎌追逐義母等事，律文所謂‘計已行，而未曾行兇’也，罪止處斬。…”

노비들을 거느리고 도끼를 쥐고 관청에 들어가 창문을 두드리며 울부짖었다고 합니다. … 《대명률》에 ‘部民이 군수[知州]를 모살하는 경우, 已行한 자는 장100 리 2,000리에, 상해한 자는 교형에, 살해한 자는 참형에 처한다.’라고 하였습니다. … 마땅히 已行한 것으로 照律하여 아뢰어야 할 따름입니다. …”라고 하였다.⁸⁰⁾

인용문에 형벌이 명시되지 않은 범죄가 일부 있는데, 남편이나 주인을 謀殺하는 것에 관한 《대명률》 규정인 謀殺祖父母父母조에 의하면, 已行에 그치고 사망이라는 결과가 발생하지 않은 경우에는 참형에 처한다.⁸¹⁾ 각 기사에 드러난 사건의 구체적 내용과 이에 적용된 《대명률》 규정을 비교하면, 已行을 ‘실행에 착수한 것’—더 자세하게는 已傷이나 已殺과 대비하여 ‘실행에 착수하였으나 미수에 그친 것’—으로 정확히 이해하여 적용하였음을 알 수 있다. 예조판서 김안국이 오류를 범하여 史官의 비난을 받기는 하였으나, 최소한 의금부와 형조에서는 정확하게 이해·적용하여 보고하였다. 승지 김수성·홍섬이 아뢴 내용도, 처음에 의금부 또는 형조에서 照律·보고하여 재가를 받은 것을 세 번째로 심사하기 위하여 다시 그대로 아뢴 것에 불과하다.

V. 맺음말

《대명률》에서 已行은 실행착수를 의미하고, 未行은 실행착수 전단계, 즉 예비·음모를 의미한다. 조선의 法典類에는 “已行=기수, 未行=미수”로 쓰이기도 하고, “已行=실행착수, 未行=예비·음모”로 사용되기도 하였다. 그러나 未行이 미수의 의미로 사용된 규정을 적용하여 처벌하는 경우에도, 《大明律》에서 未行으로 보는 행위, 즉 실행에 착수조차 하지 않은 행위를 처벌

80) 《英祖實錄》 영조 8년(1732) 윤5월 3일③ 形曹判書李廷濟上疏, 略曰: “金堤之獄, 實罕有之變. 羅致慶旣斃, 其子綜謂父死非辜, 率兄弟奴屬, 持斧入官, 擊窓號哭云, … 《大明律》曰: ‘部民謀殺知州, 已行者杖一百流二千里, 已傷者絞, 已殺者斬.’ … 宜以已行律奏當而已.”

81) 각주 16)·19) 참조.

대상으로 삼은 것은 아니었다. 일부 예외가 있기는 하지만, 이는 당시의 법해석이 지금의 법해석과 달라서 특정 행위를 《대명률》의 己行으로 파악한 것이거나, 《대명률》에서도 未行을 처벌하는 모반대역·謀叛에 관한 사건이어서, 문제가 되지 않는 것들이다. 즉 전자는 결국 《대명률》의 己行에 해당하는 행위를 벌한 것이므로 실제로는 예외가 아니며, 후자는 당연히 취해야 하는 태도이다. 《대명률》에서 명시적으로 예외를 인정한 모반대역·謀叛을 제외하고는, 조선에서도 《대명률》의 己行에 해당하는 행위만을 벌하고자 하였다.

한편 실록의 여러 기사에서는 《대명률》에 쓰인 己行의 의미를 정확히 이해하여 적용한 모습을 확인할 수 있었다. 《대명률》의 용어인 己行·未行을 國典에서 다른 의미로 사용하긴 하였어도, 이것이 그 용어의 의미를 오해하였기 때문은 아닌 것이다.

그러므로 《속대전》에 未行을 처벌하는 규정이 있다는 사실이 조선이 중국보다 법집행을 엄격하게 하였음—《대명률》에는 未行을 처벌하는 규정이 없는 범죄라는 점에서—을 의미하는 것도 아니고, 조선이 미개하였거나 법해석학의 발달이 부진하였음—《대명률》에 쓰인 용어를 다른 의미로 사용하였다는 점에서—을 의미하는 것도 아니다. 다만 일부 법률용어를 중국에서와 다른 의미로 사용한 점, 그리고 이것에 일관성이 없어서 중국에서와 같은 의미로 사용한 경우도 있다는 점을 염두에 두고서 당시의 형벌규정을 해석하여야 할 것이다. 한편 일관성이 전혀 없는 것도 아닌 것이, 《속대전》 내에서는 일관성을 유지하고 있고, 《수교집록》 내에서도 일관성을 유지하고 있으며, 《수교집록》에서의 의미와 《신보수교집록》에서의 의미가 같다. 9개의 조항만으로 결론을 내리는 것은 비약이겠으나, 시대에 따라 용례에 변화가 생겼을 수도 있다.

■ 참고문헌

- 『朝鮮王朝實錄』國史編纂委員會 영인, 1955~1958.
- 《承政院日記》國史編纂委員會 영인, 1961~1977.
- 《大明律講解》, 奎章閣資料叢書 法典篇, 서울대학교 奎章閣 영인, 2001.
- 《大明律附例》, 奎章閣資料叢書 法典篇, 서울대학교 奎章閣 영인, 2001.
- 田濤·鄭泰 點校, 《中華傳世法典 大清律例》, 北京: 法律出版社, 1999.
- 《皇越律例》
- 《各司受教·受教輯錄·新補受教輯錄》, 奎章閣資料叢書 法典篇, 서울대학교 奎章閣 영인, 1997.
- 《續大典》, 奎章閣資料叢書 法典篇, 서울대학교 奎章閣 영인, 1998.
- 《大典會通》上·下, 奎章閣資料叢書 法典篇, 서울대학교 奎章閣 영인, 1999.
- 《銀臺便攷》上·下, 奎章閣資料叢書 法典篇, 서울대학교 奎章閣 영인, 2000.
- 金鐸敏·任大熙 主編, 『譯註 唐律疏議』, 한국법제연구원, 1994~1998.
- 金友哲, 『조선후기 推鞠 운영 및 結案의 변화』, 『民族文化』 第35輯, 한국고전번역원, 2010.
- 김대홍, 『조선시대 《大明律》不應爲조에 관한 연구』, 『法史學研究』 제49호, 韓國法史學會, 2014.
- _____, 『조선시대 《大明律》違令條의 적용 사례 연구』, 『法史學研究』 제37호, 韓國法史學會, 2008.
- 서정민, 『한국 전통형법의 무고죄 - 朝鮮初期 誣告反坐律 -』, 민속원, 2013.
- 조지만, 『조선시대의 형사법 - 대명률과 국전 -』, 景仁文化社, 2007.
- 조지만 외, 『규장각 자료총서 법전편 『大明律講解 - 刑律, 工律』 譯註』, 규장각한국학연구원, 2014.
- 崔秉祚, 『15세기 중반 세종대 조선의 법리 논의 - 斷罪無正條조와 不應爲조의 관계 -』, 『法史學研究』 제44호, 韓國法史學會, 2011.
- 한국법제연구원 역주, 『大典會通』, 한국법제연구원, 2000.
- 한국역사연구회 중세 2분과 법전연구반, 『受教輯錄』, 청년사, 2001.
- 한국역사연구회 중세 2분과 법전연구반, 『新補受教輯錄』, 청년사, 2003.
- 朝鮮王朝實錄, <http://sillok.history.go.kr>, 2014년 9월 21일 최종접속.
- 承政院日記, <http://sjw.history.go.kr>, 2014년 9월 21일 최종접속.

〈Abstract〉

‘Already Done(已行)’ and ‘Not Yet Done(未行)’

Kim, Young Suck*

In the Great Ming Code, we find ‘Already Done(已行)’ or ‘Not Yet Done(未行)’ at seven articles. Analyzing these articles, we come to know that ‘Already Done’ means commencement of the commission of the crime and ‘Not Yet Done’ means pre-commencement phase.

The Great Ming Code punished just ‘Already Done’ in principle, ‘Not Yet Done’ was punished anomalously in the case of rebellion or traitorship. But in *Sok-daejeon*(續大典) which is the Joseon Dynasty’s Code, we find some articles punishing ‘Not Yet Done’ of non-rebellion, non-traitorship crimes. It is because ‘Already Done’ and ‘Not Yet Done’ have different meanings in *Sok-daejeon* from in the Great Ming Code, not because the Joseon Dynasty executed law more strictly than the Chinese Empire.

Consistently ‘Already Done’ means consummation and ‘Not Yet Done’ means attempt in *Sok-daejeon*. Whereas in *Sugyo-jimnok*(受教輯錄; a compilation of decrees grouped in the six-part system) and in *Sinbo-sugyo-jimnok*(新補受教輯錄; other compilation of decrees grouped in the six-part system), consistently ‘Already Done’ and ‘Not Yet Done’ have the same meanings as in the Great Ming Code.

Though ‘Already Done’ and ‘Not Yet Done’ have different meanings in

* Researcher at Ajou University

Sok-daejeon and in the Great Ming Code, the Joseon Dynasty's officers mostly understood the meanings of 'Already Done' and 'Not Yet Done' in the Great Ming Code properly when they applied the Great Ming Code's articles to criminal cases. I want to emphasize this point: interpreting the Joseon Dynasty's punitive laws, we should bear it in mind that some legal terms have different meanings in the Joseon Dynasty's Code and in the Chinese Empire's Code, and also should bear it in mind that those terms often have the same meanings in the Joseon Dynasty's Code and in the Chinese Empire's Code—it means inconsistency.

[Key Words] Already Done(已行), Not Yet Done(未行), commencement of the commission of the crime, consummation, attempt, the Great Ming Code, *Sok-daejeon*(續大典)