

# 조선시대 照律과 立條에 관한 예시\*

- 중종대 子弟軍官 장효례 사건을 중심으로 -

김대홍\*\*

## 목 차

- I. 서언
- II. 사건의 前記
- III. 사건의 논의
  1. 照律의 문제
  2. 立條의 문제
- IV. 사건의 後記
- V. 결어

### [국문 요약]

장효례(張孝禮) 사건은 중종 35년(1540) 赴京하는 사신일행에 子弟軍官으로 참여했던 장효례가 銀을 몰래 지니고 가다가 압록강을 건너기 직전에 적발된 사건이었다. 장효례 사건을 둘러싼 朝廷에서의 논의는 照律 문제에서 시작해서 새로운 科條의 입법 문제로 연결되었던 당시의 전형적인 논의과정을 거치면서 문제의 쟁점마다 국왕을 가운데 두고 宰相과 臺諫이 서로의 견해를 끝까지 대립하였던 양상을 보여주었다. 장효례 사건의 논의과정에서 유추금지나 소급효금지과 같은 죄형법정주의 원칙과 관련된 요소들이 중요하게 고려되었지만, 죄형법정주의 원칙이 형사사건에 반드시 적용되는 원칙이 아니었기 때문에 당시의 법적 논의의 뛰어남을 보여주면서도 그 한계를 동시에 보여주었다.

[주제어] 照律, 立條, 禁制, 赴京使行, 已行·未行, 죄형법정주의, 유추금지, 소급효금지, 기수·미수

\* 장효례 사건의 사료적 가치는 서울대학교 법과대학/법학대학원 최병조 교수님의 논문, 『15세기 중반 세종대 조선의 법리 논의 - 斷罪無正條조와 不應爲조의 관계』, 『법사학연구』 제44호(한국법사학회, 2011), 268면, 각주 45에서 인지하였음을 밝힌다.

\*\* 사법정책연구원 연구위원; hislaw21@scourt.go.kr

## I. 서언

장효례(張孝禮) 사건은 중종 35년(1540) 冬至使 조윤무(曹允武)의子弟軍官으로 赴京하는 사신일행에 참여했던 장효례가 銀을 몰래 지니고 가다가 압록강을 건너기 직전에 적발된 사건이었다. 당시 《經國大典》에 의하면 赴京員人이 禁物인 銀을 몰래 팔았을 경우 絞刑으로 엄하게 처벌하도록 하고 있었다. 장효례 사건은 단순히 보이는 사실관계와는 달리 大典의 照律을 시작으로 하여 그의 처벌을 두고 수십여 일 동안 宰相과 臺諫의 의견을 대립했던 사건이었다. 뿐만 아니라, 사건이 조정에서 처음 거론되던 날 실록 기사에서는 사건 전체의 논의과정을 비판한 史論을 싣고 있었다. 장효례 사건이 조정에서 이처럼 크게 논란이 되었던 데는 장효례라는 개인의 비위 차원이 아닌, 그간 누적되어 온 赴京使行의 폐단이 다시 한 번 불거진 사건으로 인식하였던 것도 큰 이유가 되었다.

실록 기사에서 장효례 사건은 중종 35년(1540) 10월과 12월에 논의가 집중되어 나타난다. 10월의 논의에서는 潛賣의 구성요건에 潛贖의 경우를 포섭할 수 있는가를 두고 宰相과 臺諫의 견해가 대립하였고, 宰相 측에서 새롭게 제시한 科條에 대해서 臺諫의 罷經을 기다린 한 달 뒤인 12월에는 장효례의 처벌을 둘러싼 논의가 더욱 가열되어 진행되었다. 장효례 사건을 둘러싼 이와 같은 논란은 照律 문제에서 시작해서 새로운 科條의 입법 문제로 연결되었던 당시의 전형적인 논의과정을 거치면서 문제의 쟁점마다 宰相과 臺諫이 서로 나뉘어서 양측의 견해가 끝까지 대립하였던 양상을 보여주었다.

장효례 사건 자체는 장효례의 자결로 일단락되었지만, 宰相과 臺諫의 대립은 이후에도 반복된 赴京使行 사건에서 그대로 재현되었다. 이처럼 장효례 사건은 赴京使行 문제와의 전후 관련성 속에서 접근할 필요성이 있다. 이에 따라 장효례 사건의 본격적인 논의에 앞서 赴京使行과 그의 문제점을 먼저 살펴본 뒤, 장효례 사건을 照律과 立條의 문제로 나누어서 검토하기로 한다. 그리고 사건 이후 《大典後續錄》의 科條와도 연결되어 이어진 논의를 함께 살펴보기로 한다.

## II. 사건의 前記

장효례(張孝禮) 사건은 우발적이거나 단행적인 사건이 아니라, 赴京使行과 그에 따른 對明 私貿易의 구조적인 문제가 관련되어 있었던 사건이었다.<sup>1)</sup> 조선시대 당시 北京에 왕래하던 使行은 통상 正使, 副使, 書狀官의 三使臣과 이들을 보좌하고 호위하기 위한 通事 및 護送軍으로 구성되어 있었다. 이외에 사신의 자제나 가까운 친족들이 의례적으로 참여하였는데, 이를 子弟軍官이라고 불렀다. 장효례도 子弟軍官의 자격으로 使行에 참여하였다. 사행에는 기일이 소요된 만큼 필요한 짐이 적지 않았기 때문에 隨身行李라는 명목으로 일정량의 물품을 소지할 수 있었다. 사신일행은 이를 기화로 私貿易을 통하여 상당한 이득을 볼 수 있었기 때문에 가능한 한 많은 물품을 싣고 가려 하였다. 특히 사신일행의 사무역을 조장한 것은 商賈로 이들은 사행에 직접 참여할 수 있도록 청탁을 하거나, 호송군으로 이름을 바꾸어 대신 요동에 가서 교역을 하기도 하였다.<sup>2)</sup>

이러한 사행의 행태에 대해서 이미 조선 초기부터 많은 문제점이 지적되었고, 그에 대한 대비책이 함께 논의되었다. 태종대에는 사신의 행차시 진헌하는 物色과 몸에 따른 行李에 일정한 斤數를 정하는 제한을 가하였고,<sup>3)</sup> 세종대에는 商賈가 사행에서 禁物을 매매하였을 경우 赦宥에 관계없이 그를 몰수하도록 하였다.<sup>4)</sup> 그리고 使臣의 일원인 書狀官에게는 사신일행의 단속에 관한 임무를 맡겼다. 본래 서장관은 기록관의 역할을 맡은 사신이었지만, 세종대에 서장관이 檢察官을 겸하도록 하고 사신일행 중에 謀利하는 자가 있을 경우 비밀히 기록해서 국왕과 사헌부에 보고하도록 하였다.<sup>5)</sup> 성종대에

1) 조선 전기의 對明 무역은 朝貢貿易을 중심으로 公貿易과 私貿易의 형태로 이루어졌다. 공무역과 사무역은 會同館 開市에서 이루어졌는데, 양자의 구분은 사신일행이 누구의 주문에 따라 물품을 교역하였는지에 따랐다. 공무역과 사무역의 용어는 조선왕조실록에도 나타난다. 조선 전기 對明 무역의 기본구조에 대해서는 구도영, 『조선 초기 對明貿易體制의 성립과 운영』, 『사학연구』 제 109호(한국사학회, 2013) 참조.

2) 《太宗實錄》 5年(1405) 10月 22日; 6年(1406) 1月 28日.

3) 《太宗實錄》 6年(1406) 1月 28日.

4) 《世宗實錄》 5年(1423) 8月 23日.

5) 《世宗實錄》 3年(1421) 11月 15日.

도 서장관으로 하여금 자제군관이나 통사가 호송군에게 私物을 운반하는 것을 규찰하고 단속하도록 한 내용이 확인된다.<sup>6)</sup>

이와 같은 여러 제한과 제재에도 불구하고 사신일행의 사무역 행태는 크게 개선되지 않았는데, 이는 사무역으로 얻는 이익이 적지 않았기 때문이었다. 특히 金과 銀은 사무역으로 교역되는 단골 품목이었다. 무게에 비해 값이 많이 나가고 운반이 간편했기 때문이기도 하지만, 당시 조선과 중국의 특수한 사정도 반영되어 있었다. 金銀은 조선 초기 주요한 조공품목이었는데, 그 산출량이 많지 않았기 때문에 조선 조정에서는 그에 대해서 상당한 부담감을 갖고 있었다. 《朝鮮經國典》에서도 金銀의 매장량은 일정한데, 事大하는 시일은 제한이 없으니, 그에 대한 채취법도 역시 강구하지 않을 수 없다고 적고 있다.<sup>7)</sup> 金銀의 조달 문제가 점점 더 심각해지자, 조선 조정에서 취한 정책은 金銀이 조공품목에서 제외되도록 하는 것이었다. 이에 따라 태종 9년(1409)과 세종 2년(1420), 세종 11년(1429) 세 차례에 걸쳐 明에 대해서 金銀의 免貢과 함께 토산물로 代備하여 진헌에 상응할 수 있도록 奏請하였다.<sup>8)</sup> 金銀은 본래 조선에서 나지 않는 산물로 이전에 元의 客商이 왕래하면서 흥판하던 것이 적은 양 남아 있었지만, 그 사이에 이미 소진되었다는 점을 이유로 들었다. 이러한 주청의 결과 세종 11년(1429) 明으로부터 金銀이 이미 조선의 소산이 아니거든 이제부터 진헌하는 물품은 다만 토산물로써 성의를 다하라는 勅書를 받는다.<sup>9)</sup>

明 황제의 칙서로 조선에서는 金銀의 조공에 대한 부담을 덜게 되었지만, 金銀이 조선의 토산물이 아니라는 점을 명분으로 하였기 때문에 조선 조정에서는 또 다른 부담을 안게 되었다. 우선 내부적으로 증대하고 있는 金銀의 수요를 억제할 필요가 있었고, 외부적으로는 金銀이 유출되는 것을 어떻게든 막아야만 했다. 이러한 내용은 《經國大典》에도 법제화되는데, 禮典 儀章조에 冠·服·帶 등에 대해 품계에 따른 金銀의 사용을 엄격히 정하고, 刑典

6) 《成宗實錄》23年(1492) 10月 21日.

7) 《朝鮮經國典》賦典 金銀珠玉銅鐵：然金銀有見數 事大之日無窮 則其採之之法 亦不可不講也.

8) 《太宗實錄》9年(1409) 1月 21日；《世宗實錄》2年(1420) 1月 25日；11年(1429) 8月 18日.

9) 《世宗實錄》11年(1429) 12月 13日.

禁制조에서는 大小員人이 酒器 이외에 金銀을 사용한 경우 그를 杖80으로 처벌하도록 하였다. 내부적으로 金銀의 사치를 억제하고 사용 대상자를 제한한 것이었다. 이외에도 刑典 禁制조에서 金銀을 禁物로 정하고, 赴京員人이 중국에서 金銀을 몰래 관 경우 그를 絞刑에 처하도록 함으로써, 金銀의 국외 유출을 막았다. 일반 禁物의 潛賣가 杖100·徒3년으로 처벌받는 것에 비해 金銀의 潛賣는 死罪로 엄하게 처벌받는 것이었다.

그런데 銀의 경우 16세기에 이르자 중국과 조선의 사정에 변화가 발생하였다. 明에서는 15세기 중후반부터 세금납부가 銀納으로 전환되면서 銀에 대한 수요가 비약적으로 증대하였고, 조선에서는 鉛鐵과 銀을 분리할 수 있는 기술이 개발되었다. 연산군 9년(1503) 조선에서 풍부한 鉛鐵을 불러서 銀을 채취하는 기술을 개발한 것으로 銀 생산에 있어 획기적인 사건이었다.<sup>10)</sup> 그러나 金銀은 어디까지나 조선의 不產之物이어야 했기 때문에 조선 조정에서는 銀 채취에 적극적일 수 없었다. 銀의 함유량이 많았던 단천 지역의 鉛鑛을 중심으로 연철 채취 논의가 이루어졌을 뿐이었다.<sup>11)</sup> 오히려 중종 16년(1521)에는 赴京 사신일행의 행장 속에 金銀을 많이 싸가지고 가는 것을 明 조정에서 알게 된다면 祖宗朝의 金銀免貢 奏請이 다 허위로 돌아갈 것이니 후일의 근심거리가 될 것이라는 우려의 목소리가 나왔다.<sup>12)</sup> 16세기 당시 明에서 銀의 수요는 비약적으로 증대하였고, 조선에서도 銀 제련기술이 획기적으로 발전하였지만, 明과의 관계에서 조선의 不產之物일 수밖에 없었던 銀은 조선 조정에서 그 생산이 계륙과도 같은 존재였다.

金銀을 비롯한 일부 禁物의 경우에는 제약이 있었지만, 어찌되었든 使行에 따른 교역은 明과 조선에서 무시할 수 없는 비중을 차지하고 있었다. 그런데 조선의 경우는 다른 조공국과 달리 교역에 있어 우대조치를 받고 있었다.<sup>13)</sup> 통상 조공국의 사신일행은 북경에 도착하면 會同館에 머물렀는데, 이

10) 《燕山君日記》9年(1503) 5月 18日.

11) 《燕山君日記》10年(1504) 1月 24日.

12) 《中宗實錄》16年(1521) 8月 27日.

13) 우대조치의 자세한 내용은 구도영, 「16세기 對明私貿易의 정책 방향과 굴레-中宗代明의 ‘조선사행단 출입제한 조치’를 중심으로-」, 『朝鮮時代史學報』62(조선시대사학회, 2012), 217~9면 참조.

때 회동관 밖 출입이 제한되었다. 교역 역시 開市를 통해서만 가능하였는데, 그 기간이 사흘에서 닷새 정도로 짧게 열렸다. 그렇지만 조선의 경우는 다른 조공국과 달리 그러한 출입의 제한을 덜 받았고, 또한 기간에 제한 없이 교역할 수 있었다.

그러나 중종 17년(1522) 그러한 우대조치에 금이 가는 사건이 발생하였다. 通事 김이석(金利錫)이 官本 서책을 구입하였는데 明의 禮部 郎中 손존(孫存)이 그를 문체 삼아 서책의 중개상인에게는 칼을 썬 30여 일이나 길 거리에 세워놓고, 담당관리인 序班에게는 금단하지 못한 책임을 물어 논죄한 사건이 발생한 것이었다.<sup>14)</sup> 조선의 사신일행에게는 직접적인 처벌은 없었지만, 숙소 밖 출입을 제한받는 조치가 내려졌다. 이 사건 이후 조선 사신일행에 대한 통제가 점차로 강화되었는데, 이러한 明의 태도변화에 대해서 조선 조정에서는 사신일행의 通事 등이 공무를 빙자하여 私利를 영위하는 것이 정도를 넘어섰기 때문으로 파악하였다.<sup>15)</sup> 즉, 출입제한은 손존이라는 明 관원 개인의 조치에서 비롯된 것이었지만, 그 기저에는 門牌人까지도 매매에 농간을 부리는 지경에까지 이르렀기 때문에 사신일행이 출입제한을 당하는 수모를 겪은 것으로 본 것이다.<sup>16)</sup>

조선에 대한 우대조치의 근거는 조선이 禮義之國이라는 것이었지만, 이미 중국에서 조선은 禮義를 가칭하여 興販을 도모한다는 비판이 나오고 있었다.<sup>17)</sup> 조선 조정에서도 중국이 조선을 중히 여기는 것은 禮를 알기 때문인데, 지금은 公貿易을 핑계 삼아 사사로운 매매를 일삼는 것을 보통으로 알고 있으니, 예의지국의 풍습이 땅을 쓴 듯 깨끗이 없어졌다는 한탄의 목소리가 나왔다.<sup>18)</sup> 이에 더해 明에서 이미 金銀의 생산을 알고 있기 때문에 예전처럼 다시 貢納을 독채당할 수 있음을 염려하게 된다.<sup>19)</sup> 이러한 일련의 과정 속에

14) 이 사건의 자세한 내막은 구도영, 위의 글, 219~28면 참조.

15) 《中宗實錄》 17年(1522) 11月 8日; 18年(1523) 3月 21日.

16) 《中宗實錄》 28年(1533) 12月 10日.

17) 《中宗實錄》 18年(1523) 8月 11日.

18) 《中宗實錄》 18年(1523) 6月 29日; 25年(1530) 9月 26日.

19) 《中宗實錄》 18年(1523) 6月 29日; 8月 11日.

서 私貿易을 억제하는 것이 明과의 관계에서 조선의 지위를 회복하는 것이라고 판단한 조선 조정은 중종 28년(1533) 중국과의 교역 규모를 대폭 축소하는 결정을 내리고,<sup>20)</sup> 중종 35년(1540)에는 赴京員人이 금제를 어기고 사무역을 하였을 경우 그를 엄하게 단속하여 처벌하도록 한 절목을 제정한다.<sup>21)</sup> 장효례 사건이 조정에서 유달리 크게 문제가 되었던 이유도 그러한 절목을 비롯기라도 하듯, 절목 제정 이후 처음으로 파견된 사신일행에서 불거진 사건이었기 때문이다.

### Ⅲ. 사건의 논의

장효례(張孝禮) 사건은 중종 35년(1540) 冬至使 조윤무(曹允武)의子弟軍官으로 赴京하게 된 장효례가 書狀官 윤고(尹杲)의 奴 고읍동(古邑同)에게 銀을 맡겼다가 압록강을 건널 때 적발된 사건이었다. 사건의 전개를 간략히 살펴보면, 同知敦寧府事 조윤무가 冬至使로 파견된 것이 8월 6일이었고,<sup>22)</sup> 사건이 조정에서 처음 논의된 것이 9월 14일이었다. 이후 장효례에게는 死罪가 조율되어 10월 20일 初覆 推案이 보고되었고,<sup>23)</sup> 10월 28일까지 照律의 적정성을 둘러싸고 宰相과 臺諫의 논의가 계속되었다. 이후 잠시 논의가 중단되었다가 12월 2일 중종은 장효례를 滅死하여 流刑에 처할 것을 명하였다. 그러나 臺諫에서는 滅死 결정에 반대하여 장효례를 一律에 처할 것을 주장

20) 《中宗實錄》 28年(1533) 12月 10日.

21) 《中宗實錄》 35年(1540) 7月 25日; 27日.

22) 《中宗實錄》 35年(1540) 8月 6日: 冬至使는 冬至 절기를 전후하여 파견된 것으로 대개 설명되고 있다(한국민족문화대백과, 한국고전종합DB, 두산백과 등). 그러나 이러한 소개와는 달리 중종대에는 冬至使가 8월에 파견되었던 것으로 확인된다. 구도영의 연구에서는 冬至使는 중종 31년(1526)부터 파견되었으며, 매년 10월에 출발했던 正朝使가 冬至使로 대체되어 8월에 파견된 것으로 보고 있다(구도영, 『조선 전기 對明 陸路使行의 형태와 실상』, 『震檀學報』 117(진단학회, 2013), 65면 참조).

23) 《經國大典》 刑典 推斷조에서는 死罪의 판단을 신중하게 하기 위하여 初覆·再覆·三覆으로 반복하여 조사해서 국왕에게 보고하도록 규정하였다. 조선시대 死罪의 斷獄節次에 관해서는 다나가 토시미즈, 『朝鮮初期 斷獄에 관한 研究: 刑事節次의 整備過程을 中心으로』(서울대학교대학원 박사학위논문, 2011), 43~5면·213~8면 참조.

하였고, 宰相은 臺諫의 주장을 다시 반박함으로써, 장효례의 처벌을 둘러싼 논의는 해를 넘겨 계속되었다. 이듬해인 중종 36년(1541) 1월 11일 밤 장효례가 옥중에서 자결함으로써 장효례 사건은 일단락된다.<sup>24)</sup>

장효례 사건과 관련한 실록 기사에서 특이한 것은 사건이 조정에서 처음 거론되었을 때 史臣의 논평을 담은 史論을 먼저 신고 있다는 점이다. 史論에서는 장효례 사건을 둘러싼 당시의 논의를 국왕을 가운데 두고 宰相과 臺諫의 견해가 대립하였던 구도로 파악하고 있었다.<sup>25)</sup> 史論의 자세한 내용은 다음과 같다.<sup>26)</sup>

史臣은 논한다. 국가에서 銀을 금한 것은 그 염려가 심원한 것인데, 銀을 가지고 赴京하는 일이 요즘 들어 더 잦아졌다. 거듭 법조문을 세워 엄하게 금한 것은 진정 우연이 아니다. 법을 세워 엄히 천명할 때 장효례가 가장 먼저 법을 범하였으니, 누구나 그가 꼭 죽게 될 것이라고 생각했었다. 이 傳教를 보면 上 또한 重典으로 다스리려 했음이 의심할 여지가 없다. 그런데 어찌하여 宰相들은 다른 의견을 주장하고 그에 동조해서 모두가 한 목소리로 시정 무퇴배의 죽음을 안타까워하고 국가에 기칠 만대의禍는 생각하지 않는가? 인군의 好生之道를 칭탁하여 이미 마련된 법조문을 고치면서까지 ‘潛賣’와 ‘潛贖’의 구분을 세밀히 따지고 또 이미 강을 건넌느니[已越江] 건너지 않았느니[未越江] 하는 의논을 꺼내서 上聽을 혼란시킨단 말인가? 그 당시 臺諫이 힘써 논쟁을 벌여 上의 마음을 돌이키지 않았더라면 銀을 금하는 법이 그로부터 크게 무너져서 국가의 일이 날로 잘못되어 갔을 것이다.<sup>27)</sup>

24) 《中宗實錄》 36年(1541) 1月 12日.

25) 二品 이상 宰相이 개별적으로 자신의 견해를 표출한 반면 臺諫의 경우는 내부의 의견을 조율하여 臺諫의 견해로 표출한 경우가 많았다. 장효례 사건이 처음 논의될 당시 大司憲은 신광한(申光漢), 大司諫은 김만균(金萬鈞)이었고, 大司憲에는 이후 이언적(李彦迪)이 제수되었다. 이하에서는 필요한 경우 宰相의 경우에만 구체적 견해를 제시한 인물의 관직과 성명을 표시하기로 한다.

26) 《中宗實錄》 35年(1540) 9月 14日.

27) 史臣曰 國家禁銀 其慮深遠 而竊銀赴京 比來尤濫 申立科條 嚴加痛禁 固非偶然 孝禮當立法申明之初 而首犯之 非徒人人以爲必死 觀此傳教 則上之心 亦欲賞之重典也無疑 奈何宰相 唱而和之 同然一辭 猶愛市井無賴之死 不念國家萬世之禍 托人君好生之道 變古今已立之條 曲辨潛賣潛贖之分 又發已越江未越江之議 以惑上聽哉 向非臺諫論執力爭 以回天聽 則禁銀之防 自此大壞 而國家之事 將日非矣.

위의 史論에는 장효례 사건을 둘러싼 쟁점이 명확하게 드러나 있다. 자체 군관이었던 장효례는 압록강을 건널 때 禁物인 銀을 소지하고 있었던 것이 적발되었다. 《經國大典》에서는 禁物을 潛賣하였을 경우 絞刑에 처하도록 하고 있는데, 장효례는 賣買가 아닌 越江 당시에 적발되었기 때문에 그의 처벌을 둘러싸고 ‘潛賣’와 ‘潛齎’, ‘已越江’과 ‘未越江’의 여부가 문제되었다. 몰래 판 것인지, 몰래 가져간 것인지, 이미 강을 건넌 것인지, 아직 강을 건너지 않은 것인지, 이들을 하나하나 구분한 宰相의 논의 그 자체는 지금의 죄형법정주의에 그대로 부합한다고 할 만큼 照律에 있어 엄밀한 포섭과정을 거친 것이었다. 그러나 史臣은 오히려 宰相이 ‘潛賣’와 ‘潛齎’, ‘已越江’과 ‘未越江’을 따지고 있음을 비판하고 있다. 지금의 관점에서 볼 때 오히려 전도된 것처럼 들리는 史論을 정확히 이해하기 위해서는 법조문의 단순한 적용 단계를 넘어서는 비전형적 형사사건에 대한 당시의 照律과 立條에 대한 차분한 검토가 필요하다.<sup>28)</sup>

## 1. 照律의 문제

### 1) 《經國大典》刑典 禁制조

장효례 사건에서는 《經國大典》과 《大明律》의 당시 형사 관련 法源이 대부분 논의되었다. 우선적으로 장효례에게 조율된 조문은 다음의 《經國大典》刑典 禁制조였다.

#### 《經國大典》刑典 禁制

赴京及使隣國員人 … 潛賣禁物者 杖一百徒三年, 重者〈鐵物·牛馬·金銀·珠玉·寶石·焰硝·軍器之類〉絞〈付囑者並減一等〉.

28) 장효례 사건에는 장효례 이외에 奴 고읍동(古邑同), 장효례의 사위 등이 관련되어 있었던 것으로 나타나지만, 奴 고읍동에 대해서 장효례와 함께 각각 首犯과 從犯으로 논죄해야 한다는 내용 이외에 관련자에 대한 별다른 논의를 찾을 수 없다. 이하에서도 장효례에 대한 논의를 중심으로 照律과 立條에 대한 사항을 검토하기로 한다.

赴京員人이 禁物을 潛賣, 즉 몰래 판 경우 杖100·徒3년으로 처벌하되, 金銀과 같이 사안이 重한 경우에는 絞刑에 처한다는 내용이다. 장효례 사건의 논의에서 臺諫은 이 조문을 적용하여 장효례를 처벌할 것을 주장하였지만, 宰相은 장효례가 매매할 때 잡힌 것이 아니기 때문에 사건에 正條로 적용할 수 없음을 주장하였다.

宰相의 견해를 먼저 살펴보면, 장효례가 애초에 銀을 가지고 간 것은 潛賣하려는 의도가 있었다고 할 수 있겠지만, 大典 禁制조에서는 禁物을 몰래 팔았을 경우만을 처벌하지, 몰래 가지고 간 경우까지를 처벌하는 것은 아니기 때문에 그를 적용할 수 없다는 점을 근거로 내세웠다.<sup>29)</sup> 그리고 범죄를 이미 실행한 것과 아직 실행하지 않은 것은 차이가 있는 것으로, 禁物을 몰래 가지고 간 것[潛賣]과 몰래 판 것[潛賣]은 구분되어야 하는 것으로 보았다.<sup>30)</sup> 실록 기사에서는 ‘其原心’, ‘其設心’, ‘其欲’ 등으로 표현되고 있는데, 결국 원래 의도한 바였던 潛賣의 범죄의사는 있었지만, 潛賣는 그를 실행한 것이 아니기 때문에 미수와 기수의 구분과 같이 潛賣와 潛賣를 각각 未行과 已行으로 구분하여 다르게 처벌해야 한다고 본 것이다.<sup>31)</sup>

宰相의 논의에서는 好生之道の 명분도 제시되었다. 潛賣는 潛賣와 다른 것인데, 다같이 一律에 처하게 되면 死罪를 늘리는 것이 되어 임금의 살리기 좋아하는 덕을 해치는 것이라고 본 것이다.<sup>32)</sup> 好生之道の 명분뿐만 아니라, 罪疑惟輕도 인용되었다. 罪疑惟輕은 사실관계의 확정뿐만 아니라 적용법조의 결정에 있어서 명확한 판단이 의심스러울 때 欽恤之意와 연결되어 가벼운 처벌의 근거로 두루 인용되었던 《書經》의 한 구절이다.<sup>33)</sup> 장효례 사건에서 宰相은 潛賣를 潛賣에 포섭시키기에는 의심스러우므로, 罪疑惟輕에 따라

29) 《中宗實錄》 35年(1540) 10月 28日.

30) 《中宗實錄》 35年(1540) 12月 2日.

31) 《中宗實錄》 35年(1540) 10月 20日.

32) 《中宗實錄》 35年(1540) 10월 21일.

33) 罪疑惟輕은 《書經》 大禹謨에서 ‘罪疑惟輕 功疑惟重’이라고 한 것에서 유래한 것으로 《禮記》 玉制에서는 ‘附從輕 赦從重’으로 표현되어 있다. 罪疑惟輕에 관한 심도 있는 논의는 최명조, 『15세기 중반 세종대 조선의 법리 논의 - 斷罪無正條조와 不應爲조의 관계』, 『법사학연구』 제44호(한국법사학회, 2011), 265~9면 참조.

潛贖의 경우를 一律로 처벌해서는 안 된다고 보았다.<sup>34)</sup> 그러나 好生之道나 罪疑惟輕은 臺諫에 의해서도 마찬가지로 제시되었다. 臺諫은 장효례의 죄에 의심할 만한 단서가 없으니, 그를 一律로 처벌하는 것이 크게 공평하고 지극히 바른 것으로, 임금의 살리기 좋아하는 덕을 손상시키는 것이 아님을 주장하였다.<sup>35)</sup>

臺諫은 宰相의 未行과 已行의 구분 주장에 대해서는 다음과 같은 반론을 펼쳤다. 즉, 律文에서 已成과 未成을 구분할 때는 輕重의 차이를 둔 것인데, 大典 禁制조에서 其成과 未成을 구분하지 않은 것은 禁物을 제한하는 것이 一國의 중요한 禁수이므로 다같이 一律로 처벌하도록 한 취지라고 주장하였다.<sup>36)</sup> 따라서 몰래 팔려는 의도가 있었으면 潛贖 역시 潛賣와 마찬가지로 大典 禁制조가 적용되어야 하는 것으로 보았다.

臺諫에서는 이와 함께 國典인 《經國大典》을 제정한 것은 萬世遵行의 법을 세우기 위한 것으로 大典에서는 《大明律》 律文을 참조하여 兪甲을 정하였으니, 의당 다하지 못한 바가 없다[宜無所不盡]는 점을 근거로 내세웠다.<sup>37)</sup> 臺諫이 사용한 ‘宜無所不盡’이라는 표현은 《大明律》 斷罪無正條<sup>38)</sup>의 ‘律令該載不盡事理’라는 律文과 묘한 대비를 이루는 것이다. 律令에는 事理를 다하지 못한 바가 있을 수 있지만, 大典은 그러한 律文을 참조하여 제정한 것이므로 의당 다하지 못한 바가 있을 수 없다는 논리다. 大典 禁制조에서 단순히 潛賣라고 하였지만, 이는 已行과 未行을 모두 고려하여 입법된 것이라는 점이 臺諫 주장의 요체인 것이다.

현행 형법 총칙 제29조와 같이 미수범을 처벌할 죄는 각 본조에 정한다는 조문이 있으면 각칙에서 미수범 처벌을 규정할 때만 그를 처벌하게 되므로, 장효례 사건에서의 논의가 간명해진다. 《大明律》에도 已成과 未成, 已行과

34) 《中宗實錄》 35年(1540) 12月 2日.

35) 《中宗實錄》 35年(1540) 12月 10日.

36) 《中宗實錄》 35年(1540) 12月 28日.

37) 《中宗實錄》 35年(1540) 12月 28日.

38) 《大明律》 名例律 §46 斷罪無正條：凡律令該載不盡事理 若斷罪而無正條者 引律比附 應加應減 定擬罪名 轉達刑部 議定奏聞 若輒斷決 致罪有出入者 以故失論.

未行의 구분이 있지만,<sup>39)</sup> 謀叛조<sup>40)</sup>와 謀殺人조,<sup>41)</sup> 強盜조,<sup>42)</sup> 竊盜조<sup>43)</sup> 등의 本條 처벌규정에서 개별적으로 已行·未行을 구분하고 있을 뿐, 총칙에 해당하는 名例律에서는 현행 형법 제29조와 같은 조문을 두고 있지 않다. 《大明律》 本條別有罪名조<sup>44)</sup>에서는 吏·戶·禮·兵·刑·工律의 本條에 名例律 조문과 다른 내용이 규정되어 있을 경우 本條를 우선하여 적용토록 하고 있지만, 名例律 자체에 아예 규정되어 있지 않은 내용의 경우 어느 것이 원칙이고, 어느 것이 예외인지 단정할 수 없게 된다. 따라서 현재의 관점에서는 宰相의 주장이 臺諫의 주장보다 설득력 있게 들리지만, 미수에 해당하는 未行의 경우 원칙적인 처벌인지, 아니면 예외적인 처벌인지 《大明律》의 律文 구조상으로는 양측의 견해가 모두 가능한 것이다.

중증은 이러한 宰相과 臺諫의 논의에 대해서 宰相의 견해를 지지하였다. 즉, 大典 禁制조에서 潛賣의 경우만을 규정하고 潛齎의 경우를 규정하지 않은 것은 판 것과 가지고 간 것을 다르게 보아 輕重의 차이를 둔 것으로 해석하였다.<sup>45)</sup> 조정에서 법을 적용할 때는 법조문에 따라야 하고, 법조문을 벗어나서 달리 해석해서는 안 되는 것으로, 大典 조문에서 潛賣로 규정하고 있는 이상 禁物을 매매하다가 붙잡힌 경우가 아니라면 一律을 적용할 수 없는 것으로 판단한 것이다. 臺諫에서는 大典 禁制조에서 조목을 나누지 않은 것은 銀을 禁함이 중하기 때문인 것으로 이미 판 것과 팔지 않은 것을 구분해서는 안 된다고 하였지만, 중증은 그 같은 臺諫의 견해에 반대하였다.

39) 장효례 사건과 관련한 실록 기사에서는 已越江·未越江, 已成·未成, 已行·未行의 용어가 혼용되고 있는데, 본래 《大明律》에서 기수와 미수의 의미로 사용된 용어는 已行과 未行이다.

40) 《大明律》 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.

41) 《大明律》 刑律 人命 §305 謀殺人：若謀而已行 未曾傷人者 杖一百徒三年 爲從者 各杖一百 但同謀者皆坐.

42) 《大明律》 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 但得財 不分首從 皆斬.

43) 《大明律》 刑律 賊盜 §292 竊盜：凡竊盜已行 而不得財者 笞五十 免刺 但得財者 以一主爲重 併賊論罪 爲從者 各減一等.

44) 《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.

45) 《中宗實錄》35年(1540) 12月 8日.

2) 《大明律》名例律 老少廢疾收贖조

실록 기사에서 장효례는 사건 당시 70세가 넘었던 것으로 나타나 있다. 이 경우 다음의 《大明律》名例律 老少廢疾收贖조가 문제될 수 있는데, 장효례 사건에서도 역시 이 조문이 논의되었다.<sup>46)</sup>

《大明律》名例律 §21 老少廢疾收贖

凡年七十以上十五以下 及廢疾犯 流罪以下收贖.

70세 이상 15세 이하의 범죄자 및 廢疾이 있는 범죄자의 경우 流罪 이하는 刑을 집행하지 말고 贖錢을 거두도록 한 내용이다.<sup>47)</sup> 장효례 사건에서 《大明律》名例律 老少廢疾收贖조가 특히 논의되었던 이유는 장효례가 범한 元犯의 판단 문제와 관련되어 있었기 때문이다.<sup>48)</sup>

조선시대 당시 조정에서 형사사건이 논의되었을 경우 法司에서 먼저 照律을 보고하면 국왕이 여러 견해를 참조하여 최초의 照律보다 감경된 刑으로 최종적인 處決을 내리는 경우가 많았다. 장효례 사건에서도 臺諫은 死罪를 조율하였지만, 종종은 流罪로 처결할 것을 명했던 내용이 나타난다. 이 때 流罪의 성격을 死罪인 元犯을 감경한 減死의 처결로 볼 것인지, 아니면 流罪 그대로를 元犯으로 한 처결로 볼 것인지에 따라서 名例律 老少廢疾收贖조의 적용여부, 즉 刑의 실제 집행여부가 달라지게 된다.

중증은 傳敎에서 장효례의 경우 三覆에서도 大典의 潛賣 조문에는 해당되

46) 조선시대 당시 《大明律》의 吏·戶·禮·兵·刑·工律의 本條뿐만 아니라, 名例律의 조문까지 함께 고려하여 照律이 이루어졌음은 이미 널리 알려진 바이다. 대표적인 예로 刑曹의 檢律이 《大明律》名例律의 조문을 인용하지 않고 六律만의 조문을 인용하여 조율하자, 그의 처벌을 논의한 사건이 있었다(《成宗實錄》 24年(1493) 11月 3日).

47) 《大明律》老少廢疾收贖조에서는 이외에도 80세 이상 10세 이하 및 篤疾이 있는 범죄자, 90세 이상 7세 이하의 범죄자를 구분하여 刑을 감면하도록 규정하고 있다. 《唐律疏議》老小及疾有犯조의 疏議를 보면 이 조문의 취지를 알 수 있는데, 疏議에서는 나이 70세 이상인 자와 아직도 乳齒를 다 갖지 않은 어린아이는 모두 奴로 삼지 않는다고 한 周禮의 내용을 인용하면서 지금 律에서 늙고, 어리고, 병든 자에게 流罪 이하를 贖하도록 한 것은 그를 矜恤히 여기기 때문이라고 적고 있다.

48) 이외에도 流罪를 收贖하게 될 경우 다음 장에서 자세히 논하고 있는 새로운 科條(全家徙邊 규정)가 大典 禁制조(絞刑 규정)를 대신하여 장효례에게 적용된 것으로 볼 수 있는 여지가 있었기 때문이다.

지 않는다는 논의가 있어 減死할 것을 명하였는데, 이제 장효례의 나이가 70이 넘었으니, 流罪를 다시 贖해야 하는가를 묻는다. 臺諫에서는 장효례에게 死罪를 고집한 만큼 收贖 역시 반대하였지만, 宰相의 경우는 견해가 나뉘었다. 즉, 장효례의 죄는 死罪를 감하여 流罪가 된 것이지만, 이 역시 律文에 따라 贖해야 하는 것이므로 마땅치 않으니, 다른 餘罪를 찾아 처벌해야 한다는 견해와 장효례의 죄는 流罪이지만, 이는 死罪를 감경한 것이므로 死罪를 감경하여 流罪로 하였다면 이미 死罪를 贖한 것이니, 流罪는 다시 贖할 수 없다는 견해로 나뉘었다.<sup>49)</sup> 宰相 측의 두 견해 모두 장효례에게 실질적인 刑의 집행이 이루어져야 한다는 점에는 일치했지만, 그 이유와 방법은 달랐다. 전자의 견해는 최종적인 처결이 流罪이므로 일단 流罪 자체는 贖해야 한다는 입장이었지만, 후자의 견해는 死罪로 조율된 것이 流罪로 減死 처결된 이상 또다시 流罪를 贖할 수는 없다는 입장이었다. 중종은 70세 이상 범죄자를 收贖하도록 한 것은 元犯이 流罪인 경우로 死罪를 贖하여 流罪가 된 장효례의 경우는 그에 해당하지 않는다고 함으로써, 후자의 견해를 지지하였다.<sup>50)</sup>

## 2. 立條의 문제

장효례 사건에서 大典 禁制조의 적용 여부가 논란이 되자, 관련 受教 역시 참조되었다. 실록 기사에서 丁丑年과 辛巳年의 受教가 참조된 것으로 나타나는데, 각각 중종 12년(1517)과 중종 16년(1521)의 受教이다. 丁丑年 受教의 경우 전체의 정확한 조목을 알 수 없지만, 대개 赴京行次에 金銀을 가져가는 것을 엄금할 수 있도록 사신일행이 중국으로 떠날 때와 돌아올 때에 가져가고 가져온 물건을 점검하여 過當한 경우 그를 治罪하고 재물을 沒官하도록 한 내용과 赴京一行의 검찰을 맡은 書狀官을 의례 監察에게 전임토록 하니, 오히려 단속이 소홀해지고 있으므로 별도로 선발한 質正官에게 御史職을 兼

49) 《中宗實錄》 35年(1540) 12月 8日 : 전자는 左議政 홍언필(洪彦弼), 후자는 領議政 윤은보(尹殷輔)의 견해.

50) 《中宗實錄》 35年(1540) 12月 8日.

帶시켜 검찰에 충당토록 한 내용으로 확인된다.<sup>51)</sup>

辛巳年 受敎의 경우 역시 전체의 정확한 조목을 알 수 없지만, 장효례 사건의 논의 과정에서 그 내용이 일부 언급되고 있다. 구체적으로는 赴京一行이 銀을 먼저 義州에 보내어 맡긴 뒤에 중국으로 몰래 가지고 가는 경우가 빈번하므로, 의주에서 銀 10兩 이상을 받아서 맡은 자는 強竊律로 논죄한다는 내용과 銀을 밀반출하려는 것을 捕告한 자는 強盜捕告律에 따라 포상한다는 내용이 확인된다.<sup>52)</sup> 強竊律은 《大明律》盜賊竊主조<sup>53)</sup>를 가리키는 것으로 해당 조문에서는 強盜의 竊主를 斬刑에 처하도록 하고 있다. 強盜捕告律은 《大明律》이 아닌 《經國大典》捕盜조<sup>54)</sup>를 가리키는 것으로 強盜를 체포하면 일정匹의 綿布를 주거나 官職을 주어 포상하도록 하고 있다.<sup>55)</sup>

그러나 辛巳年 受敎에 의할 경우 의주에서 銀 10兩 이상을 맡은 자는 가장 무거운 斬刑으로 처벌받는 반면, 정작 銀을 밀반출해 북경에서 판매한 자는 大典에 따라 그보다 가벼운 絞刑으로 처벌받게 되어 양자의 처벌에 있어 刑의 輕重이 전도되는 문제가 발생한다. 장효례 사건에서 大典 禁制조의 적용 여부가 논란이 되자, 辛巳年 受敎를 함께 검토한 것인데, 해당 受敎에서 大典과의 처벌규정에 불균형이 있음을 발견하게 된 것이다. 이러한 형량의 불균형을 시정하고, 장효례 사건에서 논의가 된 已越江과 未越江의 문제를 모두 해결할 수 있도록 宰相은 다음과 같은 개정안을 제시하였다.<sup>56)</sup>

51) 《中宗實錄》12年(1517) 8月 20日.

52) 《中宗實錄》35年(1540) 12月 28日.

53) 《大明律》刑律 賊盜 盜賊竊主：凡強盜竊主造意 身雖不行但分贓者斬.

54) 《經國大典》刑典 捕盜：強盜則一人 五十匹 每一人加五匹 至百匹而止 其爲首捕強盜者 賞職 元有職者加階.

55) 《經國大典》捕盜조는 強·竊盜 체포시의 포상을 위주로, 《大明律》盜賊捕限조는 強·竊盜 체포 지체시의 처벌을 위주로 구성되어 있다. 이는 기본적으로 《經國大典》과 《大明律》이 각각 행정법전과 형사법전의 성격을 갖는 것과 관련되어 있다.

56) 《中宗實錄》35年(1540) 10月 21日：개정안에는 倭銀을 구입한 자에 대한 처벌내용도 포함되어 있으나, 장효례 사건과는 큰 관련성이 없어 여기에서는 검토하지 않기로 한다. 중종 35년(1540) 12월 조령에서 장효례 사건과 관련하여 丁丑年과 辛巳年 受敎가 다시 논의될 때도 倭銀과 관련한 사항은 언급되지 않았다.

銀兩 등의 엄금하는 물건을 몰래 지니고 북경에 가다가 강을 건너기 전에 적발된 자는 死罪에서 1등급을 감하여 全家徙邊에 처하고,  
이미 강을 건넌 자는 《大明律》將軍器出境者處絞律에 比附하며,  
義州 사람으로 사정을 알고 銀 10兩 이상을 맡은 자는 同犯으로 논한다.<sup>57)</sup>

全家徙邊은 기본적으로 流刑에 해당하면서도 死刑의 특별감경 내지 流刑의 특별가중의 성격을 갖는 형벌이다.<sup>58)</sup> 《大明律》에는 규정되어 있지 않았지만, 조선에서는 세종대부터 시행되었다. 宰相의 개정안에서는 潛賣의 경우를 별도의 구성요건으로 규정해서 북경에서 銀을 潛賣하려는 자가 아직 강을 건너기 전[未越江]에 적발된 경우에는 死罪에서 1등급을 감하여 全家徙邊에 처하도록 함으로써, 大典에 규정된 潛賣의 경우보다 감경하여 처벌하도록 하였다. 이와 달리 이미 강을 건넌 경우[已越江]에는 《大明律》將軍器出境者處絞律을 比附하도록 하였는데, 구체적으로는 《大明律》私出外境及違禁下海조<sup>59)</sup>를 가리키는 것으로 해당 조문에서는 軍器를 가지고 국경을 넘은 경우 絞刑에 처하도록 하고 있다. 比附는 律文에서 사안에 정확히 들어맞는 正條를 찾을 수 없는 경우 다른 유사한 조문을 인용하여 처벌토록 한 것으로,<sup>60)</sup> 개정안에서는 銀을 가지고 강을 건넌 경우가 軍器를 가지고 국경을 넘은 경우와 유사하다고 판단한 것이다. 《大明律》私出外境及違禁下海조에 규정된 처벌은 絞刑이므로, 已越江의 경우는 潛賣의 경우와 형량이 동일하게 된다. 이와 함께 의주 사람이 사정을 알고 銀 10兩 이상을 맡은 경우는 직접 銀을 지니고 간 경우와 同犯으로 논하도록 함으로써, 이전의 強窩律 斬刑보다 刑을 감경하여 형량의 불균형을 시정하였다.

宰相 측에서 이와 같은 수교의 개정안을 제시하자, 종중은 개정안에 의할

57) 潛持銀兩等重禁之物赴京 未越江而現露者 減死罪一等 全家徙邊, 已越江者 比大明律將軍器出境者處絞律論, 義州人 銀兩知情受寄十兩以上者 同犯者論.

58) 全家徙邊에 관해서는 김지수, 『朝鮮朝 全家徙邊律의 역사와 법적 성격』, 『법사학연구』 제32호(한국법사학회, 2005) 참조.

59) 《大明律》兵律 關津 § 246 私出外境及違禁下海: 若將人口軍器出境及下海者 絞.

60) 比附는 引律比附를 가리키는 것으로 이에 관해서는 김대홍, 『조선초기 형사법상 引律比附에 관한 연구』(서울대학교대학원 박사학위논문, 2012) 참조.

경우 강을 건너기 전에 적발된 장효례가 死罪에는 해당하지 않게 되므로, 장효례 사건에 대한 照律을 다시 논해야 하는가를 묻는다. 이에 대해서 宰相은 새로운 개정안은 사헌부·사간원 兩司의 署經을 거친 뒤 법으로 정한 뒤에야 장효례 사건에 조율할 수 있다는 견해를 제시한다.<sup>61)</sup> 이러한 절차는 《經國大典》依牒조<sup>62)</sup>에 따른 것으로 신법의 제정이나 구법의 개정시 臺諫의 署經을 거치도록 규정하고 있다. 문제는 臺諫에서 이 같은 署經 절차에 반대한 것이다.<sup>63)</sup> 臺諫의 논거는 이미 장효례가 포함되었던 冬至使의 파견 직전에 舊法을 申明하도록 한 절목을 마련하였는데, 다시 새로운 科條를 만들어서 장효례 사건에 조율할 수 없다는 것이었다.<sup>64)</sup> 즉, 大典 禁制조에서 北京에 禁物을 몰래 가져가는 자를 死刑에까지 처하도록 함으로써 법이 엄하지 않은 것이 아닌데, 일찍이 적발하여 치죄한 적이 없었기 때문에 법을 엄신여기는 풍조가 만연한 것으로, 舊法을 申明하여 엄하게 단속하도록 하였다는 점을 들었다. 특히 장효례는 舊法의 申明을 밝힌 이후에 처음으로 法禁을 위반한 자인데, 이제 와서 새로운 科條를 세워서 다시 署經하도록 한다는 것은 받아들일 수 없다는 점을 강조하였다.<sup>65)</sup> 臺諫에서는 이외에도 署經 절차를 밟을 경우 그 기간 동안 장효례의 啓覆 절차를 폐할 수밖에 없다는 점을 署經 불가의 또 다른 논거로 들었다.<sup>66)</sup>

그러나 중중은 署經을 거쳐야 한다는 宰相의 견해를 따랐다. 장효례에 관한 일은 새로운 科條의 적용 여부에 달린 것인데, 이는 또한 署經 여부에 달린 것이므로, 署經을 기다려서 啓覆하여야 한다는 宰相의 견해를 지지한 것이다.<sup>67)</sup> 이에 따라 중중은 臺諫에게 署經의 절차를 밟을 것을 명하였고, 한 달여 동안 장효례 사건에 관한 논의는 중단되었다.<sup>68)</sup> 그렇지만 실록 기사에

61) 《中宗實錄》35年(1540) 10月 21日.

62) 《經國大典》禮典 依牒：新法之立 舊法之改 及在喪人員起復者 議政府擬議以聞 本曹考司憲府司諫院署經出依牒；署經과 관련한 사헌부·사간원의 직제에 대해서는 김대홍, 『經國大典의 중앙통치제도』(서울대학교대학원 석사학위논문, 2004), 42~8면 참조.

63) 《中宗實錄》35年(1540) 10月 25日.

64) 舊法의 申明에 대해서는 《中宗實錄》35年(1540) 7月 25日과 27日 기사 참조.

65) 《中宗實錄》35年(1540) 10月 25日；26日；27日.

66) 《中宗實錄》35年(1540) 10月 27日.

67) 《中宗實錄》35年(1540) 10月 28日.

서 臺諫은 결국 罷經을 마치지 않은 것으로 나타난다.<sup>69)</sup> 銀을 지니고 강을 건너기 전에 적발된 경우 全家徒邊에 처하도록 한 宰相의 개정안에 끝까지 반대하였던 것이다.

臺諫에서 宰相의 개정안에 대한 書經을 마쳤을 경우에도 새롭게 마련된 科條를 장효례 사건에 적용하여 그를 처벌할 수 있을 것인가에 대한 문제는 계속 남는다.<sup>70)</sup> 宰相은 兩司의 罷經을 거쳐 법으로 정한 뒤에 장효례 사건에 조율할 수 있다는 견해를 제시하였기 때문에 새로운 科條가 장효례 사건에 적용될 것을 전제로 논의를 전개하였다고 할 수 있다. 그러나 당시 형사사건의 조율에 있어 행위시법과 재판시법의 구분에 현행 형법 제1조와 같은 대원칙이 있었던 것은 아니었다.<sup>71)</sup> 《大明律》名例律에 斷罪依新頒律조<sup>72)</sup>가 규정되어 律의 頒降 이전에 있었던 범죄의 경우도 새로운 律의 적용을 받도록 하였지만, 이것이 새롭게 제정된 《大明律》반포의 경우는 물론, 개별 조문의 개정이나 입법에 있어서도 적용되는 것인가에 대해서는 명확하지가 않다. 《大明律》은 반포 이후에 새로운 개정이 없을 것을 원칙으로 하여 제정된 법전이기 때문이다. 즉, 明太祖는 律의 안정성을 중시하여 《大明律》을 가볍게 의논하여 변경하지 않도록 하고, 그를 어겼을 경우 선조의 제도를 변란시킨 죄로 처벌하도록 하였다.<sup>73)</sup> 따라서 名例律 斷罪依新頒律조는 새롭게 반포된 《大明律》을 頒降 이전의 범죄에도 적용하도록 한 선언적인 의미를 가지는 것으로, 이후 새로운 입법을 예상하여 그 경우에까지 재판시법을 적용하도록 한 규정

68) 중종이 臺諫에게 新立科條의 罷經을 명한 것이 10월 28일이고, 한 달여를 지난 12월 2일 조정에서 장효례 사건이 다시 논의되었다.

69) 《中宗實錄》35年(1540) 12月 8日.

70) 장효례 사건에서는 새로운 科條가 장효례에게 보다 유리한 것이었기 때문에 일반적인 소급입법의 문제와 동일선상에서 논의하기 어려운 측면도 있다.

71) 조선시대의 소급입법에 대해서는 정궁식, 『大明律의 罪刑法定主義 原則』, 『서울대학교 法學』 제49권 제1호(서울대학교 법학연구소, 2008), 116~7면; 최병조, 『조선시대의 죄형법정주의 斷斷-소급입법의 문제를 중심으로』, 『법사학연구』 제45호(한국법사학회, 2012) 참조.

72) 《大明律》名例律 § 45 斷罪依新頒律：凡律自頒降日爲始 若犯在已前者 並依新律擬斷；《大明律》斷罪依新頒律조는 唐律에는 없고 明律에 있는 조문이다.

73) 蘇亦工, 이원택·채성국 역, 『明清時代 中國의 法律』, 『법사학연구』 제26호(한국법사학회, 2002), 212~3면; 조선에서도 明高皇帝가 律을 고치는 자는 謀叛으로 논죄하라 하여 後世에 경계하였다고 한 논의를 전한다(《成宗實錄》12年(1481) 9月 17日).

이라고 보기는 힘들다.

조선에서도 성종대에 《經國大典》을 勘校한 뒤에는 《大明律》의 예에 따라 경솔하게 어지러이 고치지 못하게 하고, 고치기를 청하는 자가 있으면 법을 세워서 처벌하도록 한 논의가 있었다.<sup>74)</sup> 그러나 大典의 제정 차원이 아닌 새로운 科條의 적용여부는 《大明律》 斷罪依新頒律조에 따른 것이 아니라, 사안별로 결정된 측면이 강하였다고 할 수 있다. 장효례 사건에서도 宰相 대부분은 새로운 科條를 세울 것을 주장하였지만, 吏曹判書 양연(梁淵)은 장효례의 범죄는 법을 만들기 전의 일이므로 새로운 법을 적용하여 처벌하는 데는 무리가 있다고 지적하였다.<sup>75)</sup> 중종 역시 새로운 科條의 署經을 직접 명하였지만, 法典을 한 사람 때문에 고칠 수는 없는 것이니, 臺諫이 署經을 넘긴 것은 진실로 당연하다는 다소 모순된 첨언을 남긴다.<sup>76)</sup>

#### IV. 사건의 後記

장효례(張孝禮) 사건에서 논의가 되었던 科條는 결국 臺諫의 署經을 받지 못함으로써, 照律의 근거가 되지 못하였다. 그러나 장효례 사건 이전이 그러했던 것처럼, 장효례 사건 이후에도 赴京하는 사신일행의 銀 매매는 근절되지 않았고, 赴京員人의 銀 매매에 대한 처벌이 다시 한 번 조정에서 논의되었다. 장효례 사건이 종결된 지 반년이 지나지 않아 三公과 左·右贊成, 六曹判書, 漢城判尹의 宰相은 다음과 같은 개정안을 제시한다.<sup>77)</sup>

赴京人員이 銀兩을 팔다가 현장에서 잡히면 의당 大典에 따라 시행해야 하지만, 매매 현장에서 잡힌 경우가 아니면 彼我的 지역, 功議 및 有·無職을 따지지 말고

74) 《成宗實錄》15年(1484) 4月 8日.

75) 《中宗實錄》35年(1540) 12月 2日.

76) 《中宗實錄》35年(1540) 12月 2日.

77) 《中宗實錄》36年(1541) 6月 10日 : 이외에도 검거에 미흡한 담당 관리의 처벌, 신고자에 대한 포상 등이 함께 제안되었다. 여기에서는 장효례 사건과 관련한 처벌내용만을 검토하기로 한다.

모두 死罪를 감경하여 杖100·全家徙邊에 처하되, 赦令 이전을 분간하지 않는다.

銀兩을 판 자, 맡긴 자, 맡은 자, 날라 준 자는 모두 범인과 同罪로 논한다.<sup>78)</sup>

위의 개정안에서는 已越江과 未越江을 구분하였던 장효례 사건의 개정안과 달리 매매 현장에서 적발된 경우와 그렇지 않은 경우를 구분하여 각각 絞刑과 全家徙邊에 처하도록 하였고, 조선에서 적발되었는지 중국에서 적발되었는지를 따지지 않았다. 그리고 義州人이 銀 10兩 이상을 맡은 경우만을 처벌토록 한 것을 그러한 제한 없이 판 경우, 맡긴 경우, 맡은 경우, 실어준 경우 모두에 있어 범인과 同罪로 논하도록 하였다. 이전의 개정안보다 보다 추상화된 법조문의 형식으로 정리되었음을 알 수 있다.

중종은 장효례 사건을 염두에 둔 듯, 宰相에게 새로운 개정안에 臺諫이 과연 찬성할 것인가를 묻는다. 그리고 銀兩을 판 자 등은 赴京하는 자와 관계가 있는 경우만을 가리키는 것일 터인데, 단순히 銀을 매매한 경우까지를 모두 범칭하는 것 같아 科條가 분명치 않다는 문제를 제기한다.<sup>79)</sup> 장효례 사건의 개정안에서는 ‘사정을 알고’[知情]라는 내용이 있었는데, 금번 개정안에서는 그것이 생략된 것을 지적한 것이다. 이에 대해서 宰相은 ‘赴京’이라는 글자가 위에 있어서 銀兩을 판 자 앞에서는 다시 거론하지 않은 것인데, 이것이 上敎와 같이 銀 매매를 범칭하는 듯하므로 마땅히 付標해야 할 것이라고 답한다.<sup>80)</sup>

이같이 검토된 개정안은 臺諫의 署經을 거치게 되는데, 그 사이에 赴京 사신일행이 銀을 潛賈하다가 적발된 사건이 또 다시 발생하였다. 우종(禹鍾)이라는 자가 通事로서 赴京하다가 의주에 이르러 銀을 가지고 간 것이 발각된 것이다. 애초에 우종은 絞待時로 조율되어 入啓되었지만, 중종은 銀을 매매하던 현장에서 잡힌 경우가 아니면 全家徙邊에 처하도록 한 법이 이미 署經을 거쳤으므로, 법을 제정하기 이전과 이후가 서로 다르지 않은가를 묻는

78) 赴京人員賣銀兩 買賣所被捉者 自依大典施行 非買賣被捉者 勿論彼我地 功議有無職 并減死杖一百 全家徙邊 勿揀赦前, 銀兩賣者 寄者 受害者 輸給者 與犯人同罪.

79) 《中宗實錄》36年(1541) 6月 10日.

80) 《中宗實錄》36年(1541) 6月 10日.

다.<sup>81)</sup> 장효례 사건과 달리 우중 사건에서는 해당 科條에 대해서 臺諫에서 이미 罷經을 마쳤지만, 臺諫에서는 이 경우에도 구법에 따라 논죄할 것을 주장하였다. 모든 죄인의 照律은 범행했을 때의 國法을 따라야 하는 것으로 通事 우중이 범한 죄는 신법이 제정되기 전의 일이라는 점을 근거로 들었다. 사람의 重罪를 처단하는 것은 결코 작은 일이 아니므로 경솔하게 고쳐서는 안 된다는 것이 또 다른 이유였다.<sup>82)</sup> 이에 대해서 중종은 우중이 죄를 범한 것이 신법의 제정 전이었다고 하더라도 그 服招는 신법의 제정 뒤에 있었으므로 신법에 따라 조율할 것을 명한다. 이는 宰相 대체의 의견과도 일치하는 것으로 오늘은 우중을 법을 제정하기 전의 범죄자라 하여 一罪로 처단하고, 내일은 또 범죄자가 생겨서 법이 제정된 뒤라고 하여 全家徙邊을 시킨다면 好生之道를 위하여 신법을 제정한 뜻에 어긋난다는 것이 그 근거였다.<sup>83)</sup>

우중 사건은 또 다른 측면에서도 문제가 되었는데, 우중에게 銀을 판매한 신연손(辛連孫)이라는 자에 대한 처벌이 논란이 되었다.<sup>84)</sup> 우중과 신연손의 차이는 우중은 신법으로 처벌이 가벼워진 것이고, 신연손은 신법으로 새로이 처벌받게 된 것이다. 臺諫에서는 신연손에 대해서도 신법을 적용하여 처벌할 것을 주장하였다.<sup>85)</sup> 이에 대해 宰相의 견해는 나뉘었다. 領議政 윤은보(尹殷輔)와 右議政 윤인경(尹仁鏡)은 우중을 이미 신법에 따라 치죄토록 하였으니, 신연손도 마땅히 신법으로 치죄해야 할 것을 주장하였지만, 左議政 홍언필(洪彦弼)은 신연손을 신법에 따라 치죄하는 것은 처벌이 너무 무겁다는 견해를 피력하였다. 신연손이 銀을 판 것은 신법이 제정되기 전으로 신연손이 신법이 제정될 것을 미리 알았을 리가 없고, 신법이 있는 줄을 알면서도 감히 범행한 자와는 차이가 있다는 점을 근거로 들었다. 이에 대해 중종은 영의정과 우의정의 견해에 따라 신연손 역시 신법에 따라 처벌할 것을 지시한다.<sup>86)</sup>

81) 《中宗實錄》36年(1541) 7月 13日.

82) 《中宗實錄》36年(1541) 7月 14日.

83) 《中宗實錄》36年(1541) 7月 14日.

84) 《中宗實錄》36年(1541) 7月 14日.

85) 《中宗實錄》36年(1541) 7月 19日.

86) 《中宗實錄》36年(1541) 7月 19日.

이와 같이 우여곡절을 겪은 중종 36년(1541)의 개정안은 중종 38년(1543)에 간행된 《大典後續錄》에도 다음과 같이 법제화된다.<sup>87)</sup>

《大典後續錄》刑典 禁制

赴京人 賚銀鐵買賣所被捉者 依禁物重者論 非買賣所被捉者 勿計被我地 勿論功議 並杖一百全家徙邊 勿揀赦前, 赴京人處 銀鐵賣者寄者 受寄者 輸給者 與犯人同罪.

새롭게 추가된 《大典後續錄》禁制조의 규정은 중종 36년(1541)의 개정안과 거의 동일하다. 다만, 大典에 따라 시행하도록 한 것[依大典施行]을 ‘禁物重者論’이란 표현으로 바꾸었고, ‘赴京人處’의 구절이 추가되었다. 전자의 경우는 《大典後續錄》刑典 禁制조가 《經國大典》刑典 禁制조의 연장선상에 있다는 점에서 大典 禁制조의 해당 부분을 구체화한 ‘禁物重者論’으로 바꾼 것으로 보인다. 후자의 ‘赴京人處’의 경우는 중종36년(1541)에 지적되었던 上敎를 반영한 것인데, 장효례 사건의 개정안에서 ‘사정을 알고’[知情]라고 했던 것과는 차이를 보인다. 이는 赴京人員에게 사정을 알고 銀을 판매한 경우만을 처벌할 경우 단속이 어렵다는 논의를 반영하여<sup>88)</sup> ‘赴京人處’라는 절충적 형태로 규정된 것으로 보인다.

한편 장효례 사건 이후 장효례의 赴京使行 참여근거가 되었던 子弟軍官에 대해서도 문제 제기가 있었다. 子弟軍官은 ‘子弟’라는 명칭과 달리 그렇지 않은 자가 참여한 경우가 많아서 이미 성종대부터 그 자격을 두고 논란이 있었던 사항이었다. 성종 22년(1491) 司譯院에서는 使臣의 子弟라 칭하며, 軍官이라 칭하는 자는 진짜 자제나 군관이 아닌 경우가 많아서 市井의 장사하는 무리가 뇌물 바치기를 달게 여기면서 윗사람을 속이고 꺼리는 것이 없으므로, 子弟軍官의 수를 한두 명으로 제한해야 한다는 上疏를 올리기에 이른다.<sup>89)</sup>

87) 《大典後續錄》의 규정은 이후 《續大典》에도 다음과 같이 법제화된다 : 《續大典》刑典 禁制, 赴燕人 … 八包定數外 銀貨賚去者 以一律論 〈搜檢前現發則極邊定配〉 先送金銀 寄置灣上者 依強盜律論 受寄者 知而不告者 並杖一百流三千里.

88) 《中宗實錄》36年(1541) 7月 14日.

89) 《成宗實錄》22年(1491) 3月 29日.

장효례는 사건 당시 70세가 넘었던 것으로 나타나는데, 이에 따라 《大明律》 老少廢疾收贖조의 적용 여부에 대한 논의가 있었지만, 정작 사건 당시 70세가 넘는 자가 어떠한 사정으로 子弟軍官에 참여할 수 있었는지에 대한 논의는 없었다. 그런데 장효례 사건 이후 중종 36년(1541) 개정안이 시행되자, 臺諫에서는 70세 이상 고령자의 사신일행 참여에 대해서 정식으로 문제를 제기하였다.<sup>90)</sup> 즉, 신법에 따라 赴京人員이 銀兩을 팔다가 현장에서 잡힌 경우가 아니면 杖100·全家徙邊으로 처벌하게 되는데, 이에 따라 70세 이상 자가 일부러 사신일행에 참여할 수 있으므로 그에 대비해야 한다는 계문을 올린 것이다. 즉, 70세가 넘는 자의 경우 《大明律》 老少廢疾收贖조에 따라 流罪 이하를 收贖하게 되므로, 중종 36년(1541) 개정안에 따른 全家徙邊 역시 收贖하게 되어 刑이 집행되지 않을 것을 미리 알고 범법하는 경우가 생길 수 있음을 경계한 것이다. 臺諫에서는 이를 방지하기 위하여 70세 이상 된 자는 사신일행에 참여하는 것을 금지시킬 것을 주장하였다. 이러한 내용은 중종에게도 받아들여져 중종은 宰相과 함께 논의할 것을 결정하였다.<sup>91)</sup> 장효례 사건에서 장효례의 元犯이 무엇인지를 두고 일었던 논란이 새로운 科條의 시행에 있어서 다시 한 번 상고가 되었던 것이다.

## V. 결어

장효례(張孝禮) 사건을 두고 宰相과 臺諫의 견해가 대립하였지만, 宰相 측의 주장이 보다 논리적인 것이었음을 부인할 수 없다. 宰相은 未行과 已行을 구분하여야 하듯, 潛贖을 潛賣의 경우로 처벌할 수는 없다고 하였고, 새로운 科條를 마련하였지만, 臺諫의 罷經을 거친 다음에야 사건에 조율할 수 있다고 하였다. 그리고 새로운 科條의 적용에 대해서는 범법자가 그를 미리 예상할 수 있었는지를 거론하기에까지 이르렀다. 이에 반해 臺諫의 경우는 이미

90) 《中宗實錄》 36年(1541) 7月 29日.

91) 《中宗實錄》 36年(1541) 7月 29日.

舊法을 申明하였음을 강조하며, 장효례를 一律에 처할 것을 끝까지 고집하였다. 그리고 새로운 科條에 대해서는 70세 이상 된 자가 收贖으로 刑의 집행을 피해갈 수 있음을 우려하였다. 宰相이 보다 논리적으로 접근하였다면 臺諫은 보다 정책적으로 접근하였다고 할 수 있다.

중증은 적절한 순간마다 필요한 문제를 제기하며, 대체적으로는 宰相의 견해를 지지하였다. 그렇지만 史臣은 史論에서 宰相을 비판하고 臺諫을 옹호하였다. 지금의 관점에서 보면 선뜻 이해하기 힘든 경우이다. 여기에는 당시 赴京使行의 문제가 더 이상 통제될 수 없는 지경에 이르렀다는 史臣의 위기 의식과 사건에서 직접 거론되지는 않았지만, 장효례의 뒤를 봐주고 있었을지 모를 商賈와 또 그 뒤를 봐주고 있었을지 모를 배후에 대한 조사가 없었다는 불만과 비판이 함께 표출된 것으로도 볼 수 있다.

장효례 사건에서 드러난 논의만을 놓고 볼 때, 臺諫의 주장 역시 논리에서 완전히 벗어난 것은 아니었다. 潛賣가 未行의 경우를 포함하는 것으로 해석할 수도 있고, 그렇다면 신법이 罷經을 거치지 않았으니 당연히 구법에 따라 一律에 처해야 하는 것이었다. 또한 구법에 따라 死罪가 조율된다면 그를 감경하여 처결해야 한다고 한 宰相의 근거 역시 명확하지 않은 것이었다. 당시의 관점에서 보면 臺諫 역시 宰相과 마찬가지로 나름대로의 견해를 논리 있게 펼쳤던 것이라고 할 수 있다.

이처럼 宰相과 臺諫의 견해는 모두 나름대로의 논리성을 지닌 것이었지만, 지금의 죄형법정주의 원칙에 비추어 보면 분명히 宰相의 견해를 지지하게 된다. 장효례 사건에서 논란이 되었던 문제들은 죄형법정주의 원칙에 따를 경우 일목요연하게 해결되는 것들이 대부분이었다. 宰相과 臺諫의 양측 모두 유추 금지나 소급효금지과 같이 죄형법정주의 원칙과 관련되는 요소들에 대한 문제의식은 공유하고 있었다. 그러나 당시 죄형법정주의 원칙은 형사사건에 적용되는 대원칙이 아니었다. 죄형법정주의 원칙과 관련되는 요소들을 진지하게 고려한 것은 틀림없었지만, 조율과 처결에 있어 반드시 그에 따라야 하는 것은 아니었다. 宰相의 견해가 臺諫의 논박과 史臣의 비판을 당하는 처지에 놓이게 된 것도 이러한 이유 때문이었다. 好生之道와 罪疑惟輕도 제시되었지

만, 역시 조율과 처결에 있어 다른 가치에 우선하여 적용되는 대원칙이 아니었기 때문에 내세운 명분으로 절하되는 위치에 처하게 되었다. 이처럼 장효례 사건에서 나타난 宰相과 臺諫의 견해 대립은 당시의 법적 논의의 뛰어난 모습을 보여주면서도 그 한계를 동시에 노정하는 것이었다고 할 수 있다.

## ■ 참고문헌

- 《(譯註) 唐律疏議》名例編·各則(上·下), 任大熙·金鐸敏 主編, 한국법제연구원, 1994·96·98.
- 《大明律直解》규장각자료총서 법전편, 서울대학교 규장각, 2001.
- 《大明律講解》규장각자료총서 법전편, 서울대학교 규장각, 2001.
- 《大明律附例》上·下, 규장각자료총서 법전편, 서울대학교 규장각, 2001.
- 《經國大典》규장각자료총서 법전편, 서울대학교 규장각, 1997.
- 《大典續錄·大典後續錄·經國大典註解》규장각자료총서 법전편, 서울대학교 규장각, 1997.
- 《續大典》규장각자료총서 법전편, 서울대학교 규장각, 1998.
- 《大典會通》上·下 규장각자료총서 법전편, 서울대학교 규장각, 1999.
- 구도영, 「16세기 對明私貿易의 정책 방향과 굴레 - 中宗代明의 '조선사행단 출입제한 조치'를 중심으로 -」, 『朝鮮時代史學報』 62, 조선시대사학회, 2012.
- \_\_\_\_\_, 「조선 전기 對明 陸路使行的 형태와 실상」, 『震檀學報』 117, 진단학회, 2013.
- \_\_\_\_\_, 「조선 초기 對明貿易體制의 성립과 운영」, 『사학연구』 제109호, 한국사학회, 2013.
- 김대홍, 「經國大典의 중앙통치제도」, 서울대학교대학원 석사학위논문, 2004.
- \_\_\_\_\_, 「조선초기 형사법상 引律比附에 관한 연구」, 서울대학교대학원 박사학위논문, 2012.
- 김지수, 「朝鮮朝 全家徙邊律의 역사와 법적 성격」, 『법사학연구』 제32호, 한국법사학회, 2005.
- 다나카 도시미즈, 「朝鮮初期 斷獄에 관한 研究 : 刑事節次的 整備過程을 中心으로」, 서울대학교대학원 박사학위논문, 2011.
- 蘇亦工, 이원택·채성국 역, 「明清時代 中國의 法律」, 『법사학연구』 제26호, 한국법사학회, 2002.
- 윤경희, 「燕行과 子弟軍官」, 『批評文學』 제38호, 한국비평문학회, 2010.
- 정공식, 「大明律의 罪刑法定主義 原則」, 『서울대학교 法學』 제49권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2008.
- 최병조, 「15세기 증반 세종대 조선의 법리 논의 - 斷罪無正條조와 不應爲조의 관계」, 『법사학연구』 제44호, 한국법사학회, 2011.
- \_\_\_\_\_, 「조선시대의 죄형법정주의 斷想 - 소급입법의 문제를 중심으로」, 『법사학연구』 제45호, 한국법사학회, 2012.

조선왕조실록, <http://sillok.history.go.kr/main/main.jsp> 2014. 9. 21. 최종접속.

한국역사정보통합시스템, <http://www.koreanhistory.or.kr/> 2014. 9. 21. 최종접속.

한국고전종합DB, <http://db.itkc.or.kr/itkcdb/mainIndexIframe.jsp> 2014. 9. 21. 최종접속.

〈Abstract〉

## The case study on the application and the legislation of criminal law in the Joseon dynasty

Kim, Dae Hong\*

A military officer in the delegation to Beijing planned to trade in silver in China. It was strictly prohibited by law and culprits were punished with the death penalty in the Joseon dynasty. It was not clear, however, whether he should be put to death because he was arrested near the border before trading in silver in China. King Jungjong and the higher officials in the royal court participated in the discussion of the case. They debated not only the application but also the legislation of criminal law to the case. Though there was no modern principle of *nulla poena sine lege*(no penalty without a law) in the Joseon dynasty, the requirements of the principle of *nulla poena sine lege* were seriously considered in the discussion of the case, such as *nulla poena sine lege scripta*(no penalty without written law) and *nulla poena sine lege praevia*(no penalty without previous law). The debate reflects a high level of legal discussion in the Joseon dynasty.

**[Key Words]** the prohibition of trading in silver, the delegation to Beijing, the application of criminal law, the legislation of criminal

---

\* Research Fellow, Judicial Policy Research Institute.

law, *nulla poena sine lege*(no penalty without a law), *nulla poena sine lege scripta*(no penalty without written law), *nulla poena sine lege praevia*(no penalty without previous law)