

조선시대 《大明律》 制書有違조 조문 연구

김대홍*

목 차

- I. 서론
- II. 《大明律》의 制書有違조
 - 1. 《大明律》의 制書有違조 조문 검토
 - 2. 《大明律》의 制書 관련 조문 검토
- III. 朝鮮時代 國典의 制書有違조
 - 1. 조선시대 制書有違조의 이해
 - 2. 國典의 制書有違조 관련 조문 검토
- IV. 결론

[국문 요약]

본 연구는 《大明律》 <吏律> 公式편에 규정된 制書有違조의 조문을 대상으로 한 연구이다. 종래 制書有違조는 《大明律》 違令조나 不應爲조와 함께 이른바 포괄규정에 해당하는 것으로 인식되어 왔다. 그러나 본 연구에서는 《大明律》의 여러 주석서와 조선시대 國典인 《大典會通》의 검토를 통해 制書有違조는 포괄규정에 해당하지 않는 것임을 밝혔다. 또한 태종대의 실록 기사와 《大明律》 주석서 중 하나인 《大明律講解》와의 연관성을 밝혔고, 《大明律直解》의 制書有違조 직해가 갖는 정치적 의미를 밝혔다. 이와 함께 制書有違조를 현대 법제에 비교해 볼 경우 백지형법이라기보다는 직무유기죄나 직권남용죄에 가까운 것임을 밝혔다.

[주제어] 制書有違, 引律比附, 大明律, 大典會通, 守令, 切隣, 포괄규정, 백지형법, 직무유기, 직권남용

* 서울대학교 법학연구소 선임연구원(dha98@snu.ac.kr)

I. 서론

조선시대 형사 일반에 널리 적용되었던 《大明律》은 조문의 구성이 간결하면서도 명확한 것으로 평가받고 있다. 그러나 현대 형사법의 대원칙인 罪刑法定主義에 대한 이해가 없었기 때문에 구성요건의 명확성을 고려하지 않은 포괄규정 내지 개괄규정 역시 포함되어 있다. 대표적인 것이 違令조와 不應爲조로 罪者必誅의 법사상에 따라 律文에 구체적인 구성요건이 없는 사안이라도 가벌성이 인정된다면 이들 조문을 적용하여 처벌하도록 하였다. 따라서 違令조나 不應爲조는 전통 형사법의 전근대성을 드러내고 있다는 논란과 함께 그 구체적 적용 사례가 표징하고 있을 전통 형사법의 실현 모습에 대한 관심으로 일찍부터 큰 주목을 받아왔다.¹⁾²⁾

이러한 違令조나 不應爲조와 달리 종래 주목받지 못하던 조문 하나를 제시할 수 있는데, 바로 制書有違조이다. 制書有違조는 조문 명칭 그대로 制書에 위반이 있는 경우 그를 처벌하기 위한 조문이다. 制書는 천자의 지시나 명령을 의미하기 때문에 律文에서 처벌 대상이 되는 행위를 구체적으로 확정하지 않고 制書에서 지시하고 있는 바에 따르는 것이 된다. 이러한 制書有違조의 규정은 현대의 백지형법에 유사한 구조를 연상시키면서 포괄규정의 하나로 인식되어 왔다. 그렇지만 制書가 전통 형사사법의 정점에 위치한 천자의 지시를 의미한다는 점에서 명령을 법률의 하위에 두는 현대의 법체계에 단면적으로 대입시키는 것은 무리가 있다. 制書有違를 조금 극적으로 표현하여 皇命에 대한 거역으로 읽을 경우 制書有違조에 규정된 형량이 杖100으로

1) 違令조에 관한 주요 연구에는 김지수, 『傳統 中國法의 精神-情·理·法의 中庸調和-』(전남대학교 출판부, 2011), 388-90면; 정궁식, 「대명률의 죄형법정주의 원칙」, 『서울대학교 법학』 vol.49, no.1(서울대학교 법학연구소, 2008); 김대홍, 「조선시대 大明律 違令條의 적용 사례 연구」, 『법사학연구』 vol.37(한국법사학회, 2008) 등을 참조.

2) 不應爲조에 관한 주요 연구에는 김지수, 『傳統 中國法의 精神-情·理·法의 中庸調和-』(전남대학교 출판부, 2011), 384-88면; 최병조, 「15세기 중반 세종대 조선의 법리 논의: 斷罪無正條조와 不應爲조의 관계」, 『법사학연구』 vol.44(한국법사학회, 2011); 정궁식, 「대명률의 죄형법정주의 원칙」, 『서울대학교 법학』 vol.49, no.1(서울대학교 법학연구소, 2008); 김대홍, 「조선시대 大明律 不應爲조에 관한 연구」, 『법사학연구』 vol.49(한국법사학회, 2014); 中村茂夫, 「不應爲考」, 『金澤法學』 26-1(金澤大學法學部, 1983) 등을 참조.

그리 높지 않다는 점 역시 천자의 절대적 권위라는 전근대적 이미지와는 중첩되지 않는 측면이 있다. 또한 《大明律》에는 制書有違조 이외에도 棄毀制書印信조, 盜制書조, 詐僞制書조 등이 규정되어 있어서 制書와 관련된 행위 태양이 구체화되어 있다.

이러한 점들은 制書有違조의 연구에 있어 애초부터 처벌규정의 흠결을 예상하고 조문화된 違令조나 不應爲조와의 차이를 밝혀야 함과 동시에 그를 律文 전체의 체계 속에서 상호관련성 하에 접근하여야 함을 의미한다. 이에 따라 본 연구에서는 《大明律》 制書有違조의 조문 및 그에 대한 《大明律》의 여러 주석서, 그리고 조선시대 國典인 《大典會通》의 制書有違조 관련 조문을 중심으로 이러한 점들을 검토하여 制書有違조가 갖는 성격과 의미를 규명해 보기로 한다.

II. 《大明律》의 制書有違조

1. 《大明律》의 制書有違조 조문 검토

《大明律》〈吏律〉公式편에 규정되어 있는 制書有違조의 조문은 다음과 같다.

《大明律》〈吏律〉公式 制書有違

凡奉制書 有所施行而違者 杖一百 違皇太子令旨者 同罪 違親王令旨者 杖九十 失錯旨意者 各減三等.

○ 其稽緩制書及皇太子令旨者 一日笞五十 每一日加一等 罪止杖一百 稽緩親王令旨者 各減一等.

制書を 받들어 시행하는 데 위반이 있는 자는 杖100에 처한다. 황태자의 영지를 위반한 자는 죄가 같다. 친왕의 영지를 위반한 자는 杖90에 처한다. 그 취지를 실착한 자는 3등을 감경한다.

○ 制書나 황태자의 영지를 지체한 자는 1일에笞50에 처한다. 1일마다 1등을 가중하되, 죄는 杖100에 그친다. 친왕의 영지를 지체한 자는 각 1등을 감경한다.

《大明律》制書有違조는 制書의 시행에 위반이 있는 경우를 기본으로 해서 그것이 과실로 인한 경우와 制書의 시행에 지체가 있는 경우를 함께 규정하고 있다. 《唐律疏議》와 비교해 보면 被制書施行違者조와 稽緩制書조에 나뉘어 있던 내용을 한 조문에 모아놓은 것이다.³⁾ 이 같은 《大明律》制書有違조에 대해서는 다음의 몇 가지 측면, 즉 制書의 의미, 違·失錯旨意·稽緩의 행위태양의 구분, 杖100을 기본으로 한 형량 등과 관련하여 조문의 검토가 필요하다.

《大明律》의 여러 주석서를 참조하여 이를 살펴보면, 우선 制書에 대해서 《大明律講解》에서는 制勅·詔書를 制書의 예로 들면서 중앙관서에서 奏聞하여 시행한 것에 위반이 있는 경우는 制書有違조가 아닌 官文書稽程조나 違令조에 따라 논죄하여야 하는 것으로 설명하고 있다.⁴⁾ 《讀律瑣言》에서는 制書를 制命之辭로 설명하면서 그 예로 詔·赦·諭·筭를 들고 있다.⁵⁾ 그리고 制書有違의 책임을 묻기 위해서는 그것이 宸衷, 즉 임금의 뜻에서 나온 것으로 신하가 裁定하여 奏准한 것은 制書라고 할 수 없다고 하면서 條例를 위반한 것을 制書有違조로 처벌하는 것은 잘못된 것이라고 지적하고 있다.⁶⁾ 《大明律附例》에서는 詔·敕·諭·筭를 制書의 예로 들면서 이외에 법령에 부가된 特旨로 律文중의 條例 등도 모두 制書에 해당하는 것으로 설명하고 있다.⁷⁾ 그리고 신하가 奏聞하여 시행한 것이나 법령에 실리지 않은 것은 官文書에 따라야 하는 것으로 적고 있다.⁸⁾ 《大明律集解附例》에서는 천자의 말씀을

3) 《唐律疏議》職制 § 111 稽緩制書; § 112 被制書施行違者.

4) 《大明律講解》〈吏律〉公式 制書有違: [講曰] 謂如奉制勅詔書 若皇太子令旨 及各衙門欽奉旨意行事 違而不行者 依本律科之 其餘在京等衙門奏准 一應行移有違者 依官文書稽程 及違令律論.

5) 《讀律瑣言》〈吏律〉公式 制書有違: [瑣言] 制命之辭 如詔赦諭筭之類.

6) 《讀律瑣言》〈吏律〉公式 制書有違: [瑣言] 凡問制書有違 須是制命之辭出自宸衷者 方是 ○若出自臣下 裁定奏准通行者 不得謂之制書 ... 今問刑者於違例之人 皆問違制 誤矣.

7) 《大明律附例》〈吏律〉公式 制書有違: [附註] 詔敕諭筭 或特旨着爲令甲 如律中條例之類 俱是制書.

8) 《大明律附例》〈吏律〉公式 制書有違: [附註] 若臣下奏准通行 非令甲開載者 止依官文書.

‘制’라고 하고, 그 말씀을 글로 적은 것을 ‘書’라고 하면서 制書의 예로 詔, 勅, 箭, 諭를 들고 있다.⁹⁾ 《大明律集解附例》에서는 이와 함께 《讀律瑣言》의 주석을 직접 인용하면서 宸衷에서 비롯한 것만이 制書에 해당한다고 한 《讀律瑣言》의 견해가 타당하다고 적고 있다.¹⁰⁾

이러한 주석의 내용은 《唐律疏議》와는 차이가 있는 것인데, 《唐律疏議》에서는 奏抄는 황제가 친히 ‘聞’이라고 서명한 것으로 制는 황제의 뜻을 받들어 선포·시행한 것이니, 황제가 서명한 것이 황제의 뜻을 받든 것보다 가볍지 않으므로, 이치상 制書와 그 의미가 같다고 하였다.¹¹⁾ 따라서 奏抄는 관사에서 상용하는 관문서에 해당하지 않는다고 하였다.¹²⁾ 이를 《大明律》과 비교해 보면 《唐律疏議》에서는 천자의 서명이 있으면 制書로 보았지만, 《大明律》에서는 천자의 직접적인 결정과 신하의 품의에 따른 결정에 차이를 두어서 制書의 범위를 좁힌 것이라고 할 수 있다.

《大明律》 制書有違조에서는 制書 외에 令의 위반에 대해서도 규정하여 皇太子 令의 위반은 制書의 위반과 동일하게 처벌하고, 親王의 令은 그보다 1등을 감경하여 처벌하고 있다. 制書와 皇太子 令을 동일하게 취급하는 것은 《大明律》〈名例律〉稱乘輿車駕조에 규정된 바와 일치하는 것으로 稱乘輿車駕조에서는 制를 가리킬 때는 대황태후, 황태후, 황태자의 令이 모두 같다고 규정하고 있다.¹³⁾ 이러한 내용은 《大明律》 주석서에서도 확인된다. 《大明律集解附例》에서는 황태자는 군주에 버금가는 것이기 때문에 그 令이 천자의 制書와 같은 것이라고 설명하고 있고,¹⁴⁾ 《讀律瑣言》에서는 稱乘輿車駕조의 내용을 그대로 인용하고 있다.¹⁵⁾

이를 보면 《大明律》에서는 制書를 천자의 직접적인 지시로 정의하면서 律

9) 《大明律集解附例》〈吏律〉公式 制書有違: [纂註] 天子之言曰制 而書則載其言者 如詔勅箭諭之類.

10) 《大明律集解附例》〈吏律〉公式 制書有違: [纂註] 按瑣言曰 凡問制書有違 須是制命之詞出自宸衷者方是 若出自臣下 裁定奏准通行者 不得謂之制書... 今問刑者於違例之人 皆問違制 誤矣 其說當從.

11) 《唐律疏議》〈職制〉 § 112 被制書施行違者: [答] 其奏抄御親書聞 制則承旨宣用 御書不輕承旨理與制書義同.

12) 《唐律疏議》〈職制〉 § 111 稽緩制書: [疏2] 議曰 官文書 謂在曹常行 非制勅奏抄者.

13) 《大明律》〈名例律〉 § 39 稱乘輿車駕: 稱制者 太皇太后 皇太后 皇太子令 並同.

14) 《大明律集解附例》〈吏律〉公式 制書有違: [纂註] 然太子儲君 故其令旨同.

15) 《讀律瑣言》〈吏律〉公式 棄毀制書印信: [瑣言] 稱制者 太皇太后 皇太后 皇太子令 並同.

文보다는 하위에, 官文書보다는 상위에 위치시켰음을 알 수 있다. 그리고 황태자의 습습는 制書와 동격으로 취급하였지만, 친왕의 습습는 그보다 아래에 두었다. 條例도 단순한 조례는 官文書에 해당하는 것으로 보았지만, 律文 중의 조례는 制書에 해당하는 것으로 보았다. 이는 항구불변을 예정한 律文의 틀 속에 時宜에 따른 판단을 고려할 수밖에 없는 制書를 묶어두면서도 천자의 권위를 높이기 위해 官文書와의 분명한 차이를 둔 것이라고 할 수 있다.¹⁶⁾

《大明律》 制書有違조에서는 制書의 시행에 있어 ‘違’와 ‘失錯旨意’, ‘稽緩’의 경우로 행위태양을 나누고, 각각의 형량에 차등을 두고 있다. 이에 대해 《讀律瑣言》에서는 制書의 詞議가 심원하여 일시 오해가 있는 것이 ‘失錯旨意’로 制書에 위반함이 있었더라도 본래 故意가 아니었으면 制書有違보다 감경하여 처벌하는 것이라고 설명하고 있다.¹⁷⁾ 《大明律附例》에서는 본래 고의로 위반한 것이 아니라, 制書의 의미가 심오하여 그를 상세히 살피는 데 과실이 있는 경우가 ‘失錯旨意’라고 설명하고 있다.¹⁸⁾ 《大明律集解附例》에서는 각각 ‘違’를 制書에서 지시한 바를 준수하지 않은 것으로, ‘失錯旨意’와 ‘稽緩’은 制書의 의미를 잘못 이해하여 실행에 착오가 있는 것과 制書를 보류하고 지체하여 즉시 실행하지 않은 것으로 설명하고 있다.¹⁹⁾ 이처럼 制書有違조에서 가장 기본이 되는 행위태양은 ‘違’로 制書의 시행이 지시된 바에 위반하여 이루어진 경우이고, ‘失錯旨意’는 그 위반이 과실범의 형태로 이루어진 경우, 그리고 ‘稽緩’은 制書의 내용에 위반됨은 없었지만, 그 시행에 지

16) 중국에서 통용된 《大明律》은 洪武 30年律로 明太祖는 이를 반행한 뒤, 律文의 안정성을 지키는 것을 매우 중시하여 《大明律》의 律文을 가볍게 의논하여 변경하지 말도록 하고, 그를 어길 경우 變亂祖制의 죄에 처할 것을 명하였다고 한다. (조지만, 『조선시대의 형사법』(경인문화사, 2007), 25-6면 참조)

17) 《讀律瑣言》〈吏律〉公式 制書有違：[瑣言] 失錯旨意 謂詞議深遠 一時誤解 有失其意而錯行者 雖於制書有違 原非故意 減有違罪三等 杖七十.

18) 《大明律附例》〈吏律〉公式 制書有違：[附註] 失錯旨意 謂制書詞義深奧 失於詳看 而錯本旨行事 原非故違.

19) 《大明律集解附例》〈吏律〉公式 制書有違：[纂註] 違不遵其言也 失錯謂失解其意行之誤也 稽緩謂稽留遲緩 不即奉行也.

체가 있었던 경우를 가리킨다고 할 수 있다.²⁰⁾

《大明律》 制書有違조에서는 制書의 시행에 위반이 있는 경우 杖100을 기본 형량으로 정하고 있다. 그리고 制書의 취지를 실착한 경우는 3등을 감경해서 杖70으로, 制書를 稽緩한 경우는 지연 일수에 따라 笞50에서 杖100으로 각각 형량을 정하고 있다.²¹⁾ 制書有違조는 조문의 성격상 행위주체로 대개 관리를 예상할 수 있는데, 《大明律》에서는 관리가 범죄를 범했을 경우 公罪와 私罪로 구분하여 그에 따른 신분상의 불이익을 정하고 있다. 이는 현대 법제에서 공무원이 형사처벌을 받을 경우 그에 따른 징계처분을 정하고 있는 것과 기본적으로는 유사하다. 그렇지만 《大明律》에서는 公罪와 私罪를 구분하여 징계처분의 수위를 세분하고 있는 점이 다르다. 즉, 관리가 공무를 집행하는 과정에서 불가피하게 범하게 된 범죄인 公罪와 공무의 집행이라는 외견을 띠었지만 법적용을 왜곡하여 사사로움을 도모한 범죄인 私罪를 구분하고, 관리가 私罪를 범했을 경우에는 公罪보다 징계처분의 수위를 높이고 있다.²²⁾

制書有違조에 규정된 杖100의 형량과 관련하여 이를 살펴보면, 公罪로 制書有違를 범한 경우 《大明律》 文武官犯公罪조에 따라 문안을 명백히 작성하고 매년 한 차례에 고과하여 죄명을 기록하고, 9년에 한 번 범한 죄의 횟수와 경중을 모두 조사하여 출척의 자료로 삼게 된다.²³⁾ 따라서 해당 관

20) 稽緩은 다른 《大明律》 조문에서는 稽程, 稽留 등으로도 표현되는데, 모두 지체한 일수에 따라 형량을 단계적으로 가중하는 형식을 취하고 있다: 《大明律》〈吏律〉公式 § 71 官文書稽程, 〈兵律〉官衛 § 205 從駕稽違, 〈兵律〉軍政 § 226 從征違期, 〈兵律〉郵驛 § 265 驛使稽程, 〈兵律〉郵驛 § 259·260·261 遞送公文, 〈兵律〉郵驛 § 269 公事應行稽程, 〈刑律〉捕亡 § 415 稽留囚徒 등 참조.

21) 《唐律疏議》에서는 같은 내용에 대해서 각각 徒2년, 杖100, 笞50~徒1년을 규정하고 있다. 대개 같은 범죄라도 《唐律疏議》보다 《大明律》의 형량이 낮게 규정되어 있다.

22) 《唐律疏議》에 규정된 公罪와 私罪의 정의는 다음과 같다: 《唐律疏議》〈名例〉§ 17 官當: [律文1] 私罪 謂私自犯及對制詐不以實 受請枉法之類, [疏1]議曰 私罪 謂不緣公事 私自犯者 雖緣公事 意涉阿曲 亦同私罪. [律文3] 公罪 謂緣公事致罪而無私曲者 [疏3]議曰 私曲相須 公事與奪 情無私曲 雖違法式 是爲公坐.

23) 《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.

리는 일단 공직을 유지할 수 있다. 그렇지만 私罪로 制書有違를 범한 경우에는 《大明律》文武官犯私罪조에 따라 파직되고 서용되지 못하게 된다.²⁴⁾ 私罪 杖90까지는 품위가 강등되고 현직에서 해임되는 것에 그치지만, 私罪 杖100은 아예 罷職과 不敘의 처분을 받게 되는 것이다.

2. 《大明律》의 制書 관련 조문 검토

《大明律》制書有違조는 制書의 시행에 위반이나 지체 등의 문제가 있는 경우를 규정한 것인데, 《大明律》에서는 이외에도 制書에 대한 손괴, 절도, 위조 등의 범죄를 규정하고 있다. 《大明律》棄毀制書印信조, 盜制書조, 詐僞制書조 등이 그것으로 制書에 대한 ‘違’의 경우를 기본조문으로 두고, ‘棄毀’, ‘盜’, ‘詐僞’ 등의 행위태양에 대해서 별도의 처벌조문을 둔 것이다. 각 조문의 주요한 규정은 다음과 같다.

《大明律》〈吏律〉公式 棄毀制書印信 (一)²⁵⁾

凡棄毀制書 及起馬御寶聖旨起船符驗 若各衙門印信及夜巡銅牌者斬.

制書 및 기마어보성지·기선부험, 각 아문의 인신 및 야순동패를 폐기하거나 훼손한 자는 참형에 처한다.

《大明律》〈吏律〉公式 棄毀制書印信 (二)

凡遺失制書聖旨符驗印信巡牌者 杖九十徒二年半.

制書·성지·부험·인신·순패를 분실한 자는 杖90·徒2년반에 처한다.

《大明律》〈刑律〉賊盜 盜制書

凡盜制書 及起馬御寶聖旨起船符驗者 皆斬.

24) 《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 五十解見任別敘 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 流官於雜職內敘用 雜職於邊遠敘用 杖一百者 罷職不敘.

25) 《大明律》원문에 ‘棄毀制書印信 二條’로 되어 있어 그를 두 개의 조문으로 나눈 것이다.

制書 및 기마어보성지·기선부험을 절취한 자는 모두 참형에 처한다.

《大明律》〈刑律〉詐僞 詐僞制書

凡詐僞制書及增減者 皆斬 未施行者 絞 傳寫失錯者 杖一百.²⁶⁾

制書を 위조하거나 증감한 자는 참형에 처한다. 미수범은 교형에 처한다. 옮겨 쓰는 데 실착이 있는 자는 장100에 처한다.

행위태양의 구체적 양상에 따라 制書의 ‘棄毀’는 ‘違’의 경우와 같이 〈吏律〉公式편에, ‘盜’는 〈刑律〉賊盜편에, ‘詐僞’는 〈刑律〉詐僞편에 규정되어 있다. 각각의 형량을 보면 ‘違’가 杖100으로 처벌받는데 비해서 ‘棄毀’나 ‘盜’, ‘詐僞’의 경우는 모두 斬刑이라는 가장 엄한 형벌에 처해진다. 制書에 대한 ‘違’와 ‘棄毀’, ‘盜’, ‘詐僞’는 이러한 구성요건과 편제상의 차이 이외에도 制書의 내용을 범죄의 목적물로 한 것인지, 아니면 制書라는 물건을 범죄의 목적물로 한 것인지에 대한 차이도 있다. ‘違’와 ‘詐僞’의 경우에는 制書에 적힌 구체적 내용을 목적물로 하여 그의 위반이나 위조를 문제 삼은 것이고, ‘棄毀’와 ‘盜’는 制書라는 물건 자체를 목적물로 하여 그의 손괴나 절도를 문제 삼은 것이라고 할 수 있다.

制書有違조에서 ‘違’ 이외에 ‘失錯旨意’와 ‘稽緩’의 경우를 규정하고 있는 것과 같이 棄毀制書印信조와 詐僞制書조에서도 각각 ‘遺失’과 ‘傳寫失錯’을 규정하고 있다. 棄毀制書印信조에 규정된 ‘遺失’은 ‘棄毀’가 과실범의 형태로 범해진 경우로 그 형량이 杖90·徒2년반으로 되어 있다. 이는 ‘棄毀’의 경우보다 3등을 감경한 것인데,²⁷⁾ 3등의 감경은 制書有違조에서 ‘違’와 ‘失錯’의 처벌에 3등의 차이를 두고 있는 것과 같다. 그리고 詐僞制書조에 규정된 ‘傳

26) 《大明律講解》에서는 이에 해당하는 律文이 《大明律附例》나 《律條疏議》 등과 달리 “凡詐僞制書者 斬 爲從者杖一百流三千里 未施行者減一等 若增減制書者罪亦如之 其官府行移傳寫有誤者 以失錯論”으로 되어 있다. 이와 관련하여 《大明律附例》에서는 “鄉本爲從者杖流 未行增減減等 傳寫有誤以失錯論”이라는 頭註를 적고 있다.

27) 《大明律》〈名例律〉 § 38 加減罪例조에서는 死刑 2등과 流刑 3등은 각각 1등으로 하여 감경하도록 규정하고 있으므로, 斬刑을 3등 감경하면 杖90·徒2년반이 된다.

寫失錯'은 制書를 옮겨 쓰는데 과실이 있었던 경우로 杖100에 처하도록 되어 있다.

'傳寫失錯'은 그에 규정된 형량과 관련하여 검토가 필요하다. '傳寫失錯'의 형량은 制書의 시행에 위반이 있는 경우와는 처벌이 같고, 制書의 취지를 실착한 경우보다는 처벌이 무겁다. 여기에서 같은 失錯임에도 불구하고 '傳寫失錯'이 '失錯旨意'보다 무겁게 처벌받는 것에 대해서 양형상 형평성의 문제가 제기될 수 있다. '傳寫失錯'의 형량이 杖100인데 비해 '失錯旨意'의 형량은 杖70이기 때문이다. 《大明律》의 여러 주석서에서 이에 관한 문제점을 제기하고, 그 해답을 구한 내용을 확인할 수 있다.

우선 《律學解頤》에서는 制書의 실착은 이미 정해진 制書의 취지를 잘못 이해한 것으로 시행에 착오가 있는 것에 그치지만, 親承한 御書를 처음 반행할 때 잘못 옮겨 쓰는 것은 그 사안이 가볍지 않은 것으로 서로 견줄 바가 아니기 때문에 전자는 감경하여 처벌하지만, 후자는 감경하지 않는 것이라고 설명하고 있다.²⁸⁾ 《大明律講解》에서는 制書를 처음 반포하여 시행할 때 잘못 옮겨 써서 여러 곳에 그를 전달한 경우는 이미 제정된 制書의 본래 취지를 잘못 이해하여 시행에 착오가 있는 경우와 비교할 수 없기 때문에 후자를 감경하여 처벌하는 것이라고 설명하고 있다.²⁹⁾ 《讀律瑣言》에서는 制書有違조의 실착과 詐僞制書조의 실착은 다른 것으로 전자는 制書의 의미를 명확히 알고 있으면 스스로 착오가 없을 것이므로 그 죄가 가볍지만,

28) 《律學解頤》〈吏律〉公式 制書有違 [問曰] 此條 失錯旨意者減三等 與詐僞制書條內 傳寫失錯杖一百同否 [答曰] 此條 失錯旨意者 謂制書已定 止是不曉本意 錯誤行事 非傳寫失錯之比也 故得減制書有違 及違皇太子令旨 杖一百罪上 減三等杖七十 違親王令旨 杖九十罪上 減三等杖六十 若詐僞制書條 傳寫失錯者 謂親承御書初頒之時 傳寫失錯誤 事不淺 故坐杖罪不減.

29) 《大明律講解》〈吏律〉公式 制書有違 [講曰] 詐僞制書律云 傳寫失錯者 杖一百 此云失錯旨意者 減三等 未知有何分別 [解曰] 制書初頒奉行 衆傳寫失錯 則誤事不淺 故坐杖一百之罪 若失錯旨意者 謂制書已完 止是不曉本旨 錯誤行事 非如傳寫失錯誤事之比 故失錯制書及皇太子令旨者 杖七十 親王令旨杖六十 謂之各減三等; 《大明律講解》詐僞制書조의 해당 律文은 위의 각주 26)에서 설명한 바와 같이 "其官府行移傳寫有誤者 以失錯論"으로 되어 있다. 그러나 정작 《大明律講解》 制書有違조의 講解에서는 다른 《大明律》 판본의 詐僞制書조 律文인 "傳寫失錯者 杖一百"에 입각하여 주석을 달고 있다. 이는 《大明律講解》의 편찬과정을 추적해 볼 수 있는 주요한 자료로 판단된다.

후자는 잘못 옮겨 써서 전달하게 되면 착오의 경우가 많을 것이므로 그 죄가 무겁다고 설명하고 있다.³⁰⁾ 《大明律附例註解》에서는 制書의 의미가 심원하여서 그를 실착한 것은 정리상 용서의 여지가 있지만, 본래 正文이 있는 것을 잘못 옮겨 쓴 것은 일에 삼가지 못한 것으로 그 착오가 한 데 그치지 않고 여럿으로 나타날 수 있기 때문에 죄의 경중에 차이가 있는 것이라고 설명하고 있다.³¹⁾

이외에 《律解辯疑》와 《律條疏議》, 《大明律附例》, 《大明律集解附例》 등에서도 이와 유사한 주석을 확인할 수 있다.³²⁾ 결국 制書의 헤아리기 어려운 취지를 잘못 이해한 것과 신중하지 못하여 制書의 글자를 잘못 옮겨 쓴 것은 그 정상에 있어 차이가 있는 것으로 보았다고 할 수 있다. 그리고 무엇보다도 ‘失錯旨意’와 ‘傳寫失錯’ 모두 失錯에 의한 행위로 과실범에 해당하는 것이지만, 착오가 해당 사안에 그치는 ‘失錯旨意’의 경우와 달리 ‘傳寫失錯’의 경우는 잘못 기재된 지시가 여러 관서에 전달되는 높은 전파성을 갖는 것이기 때문에 양자의 형량 차이를 당연한 것으로 보았다고 할 수 있다.

30) 《讀律瑣言》〈吏律〉公式 制書有違：[瑣言] 或以失錯謂行移文書傳寫失錯 非也。觀詐爲制書律條 傳寫失錯者 杖一百 蓋傳寫失錯 是錯寫制書之詞 而誤傳之所誤者衆 故其罪重 失錯旨意 是錯解制書之意而誤用之 其能解曉者自無誤也 故其罪輕。

31) 《大明律附例註解》〈吏律〉公式 制書有違：[頭註] 詐爲制書條 傳寫失錯者杖一百 而此失錯旨意者減三等 何也 蓋意或深遠而錯解者 情有可原 若本有正文而錯寫者 事屬不謹 且錯解而行誤在一處 錯寫而傳所誤者衆 故罪有輕重耳。

32) 《律解辯疑》〈吏律〉公式 制書有違 [議曰] 詐爲制書律令云 傳寫失錯者杖一百 此云失錯旨意者各減三等 未知有何分別 [解曰] 制書初頒奉行者 衆傳寫失錯 則誤事不淺 故坐杖一百之罪 若失錯旨意者 謂制書已定 止是不曉本旨 錯誤行事 非如傳寫失錯事之比 故失錯制書及皇太子令旨者 杖七十 親王令旨杖六十 謂之各減三等；《律條疏議》〈吏律〉公式 制書有違：[問曰] 詐爲制書律云 傳寫失錯者杖一百 此言失錯旨意者減三等 何也 [答曰] 制書明有正文 傳寫之人不行敬謹以致失錯 其情重 失錯旨意者 或制書內言遠意深 一時不能通曉而失錯施行者 其情輕 故定罪有輕重之異也；《大明律附例》〈吏律〉公式 制書有違：[附註] 詐爲制書條傳寫失錯 是初頒奉行錯寫傳誤於事不小 其罪故重；《大明律集解附例》〈吏律〉公式 制書有違：[纂註] 按失錯一也 在詐爲制書傳寫失錯杖一百 此言失錯旨意減三等杖七十者 蓋傳寫失錯是錯寫制書之詞而誤傳之 所誤者衆 故其罪衆 失錯旨意是錯解制書之意而誤用之 其能解曉者 自無誤也 故其罪輕。

Ⅲ. 朝鮮時代 國典의 制書有違조

1. 조선시대 制書有違조의 이해

조선에서 《大明律》 制書有違조를 어떻게 이해하고 있었는지를 살펴보기 위해서는 먼저 《大明律直解》의 검토가 필요하다.³³⁾ 制書有違조에서 制書와 親王의 旨에 차이를 두고 있고, 조선에서는 明에 대한 事大의 예를 취했기 때문이다.

《大明律直解》〈吏律〉公式 制書有違

凡王旨乙 奉行爲白乎矣 違者乙良 決杖一百齊 世子令旨乙 奉行爲白乎矣 違者罪同 諸王令旨乙 違者杖九十齊 ○王旨意向乙 失錯亦 使內在乙良 各減三等齊 ○王旨及世子令旨乙 遲緩爲在乙良 一日是去等 笞五十 每一日加一等 杖一百爲限齊 諸王令旨乙 遲緩爲在乙良 各減一等爲乎事.

《大明律直解》에서는 각각 制書를 王旨로, 皇太子 旨를 世子 旨로, 그리고 親王 旨를 諸王 旨로 직해하고 있다. 그런데 親王은 황제의 아들이나 형제를 가리키는 것으로 이들은 각 諸侯국의 왕으로 봉해졌다. 그러나 조선은 諸侯국이 없기 때문에 親王 자체가 존재하지 않는다. 따라서 이를 직해할 용어가 애매해질 수 있다. 《大明律直解》에서는 이를 ‘諸王’으로 직해하고 있는데, 이러한 것을 두고 단순한 실수였거나 중국과 은연중에 격을 같이 하기를 도모했던 것이라는 견해가 제시되고 있다.³⁴⁾

《大明律直解》는 太祖가 즉위교서에서 刑決에 《大明律》을 적용할 것을 선언하였고,³⁵⁾ 정도전이 《朝鮮經國典》에서 《大明律》을 이해하기 쉽게 方言으로 번역할 것을 제시하였던³⁶⁾ 배경에서 간행된 律書이다. 《大明律直解》의

33) 《大明律直解》의 해제는 박철주 역주, 『역주 대명률직해』, 민속원, 2014, 15-30면 참조.

34) 박철주 역주, 위의 책, 149-50면·564-5면 참조.

35) 《太祖實錄》1卷, 1年(1392) 7月 28日.

36) 《朝鮮經國典》〈憲典〉摠序: 又慮愚民無知觸禁 爰命攸司將大明律譯以方言 使衆易曉 凡所斷決 皆

직해가 완전무결한 것은 아니지만, 해당 부분이 制書 및 皇太子 令의 위격과 관계된 주요한 사안이라는 점에서 ‘諸王’이라는 직해를 단순한 실수로 단정하기는 어렵다. 그렇다고 明에 대한 事大之忠를 밝힌 상태에서 정도전이 직접 윤색한 《大明律直解》에 그런 얽은 수를 써서 중국과 격을 같이 하기도 모했다고 보는 것도 설득력이 떨어진다.

중국은 황제-황태자-친왕의 순으로 위계를 이룬다. 여기에서 제후국에 방점을 두면 친왕에 대응하는 용어가 애매해질 수 있지만, 조선 역시 왕-세자-군의 순으로 위계를 갖는다는 점에 착안하면 친왕을 ‘諸王’이 아닌 ‘諸君’으로 직해하는 것 역시 가능하다. 여기에서 다른 《大明律直解》의 조문들을 살펴보면, 《大明律直解》公侯使役官軍조와 《大明律直解》私受公侯財物조에서는 公侯를 각각 諸君·宰樞와 諸君·宰相으로 직해하고 있음을 알 수 있다. 《大明律直解》에서 이미 ‘諸君’이라는 용어를 사용하고 있는 것이다. 그런데 《大明律》公侯使役官軍조와 《大明律》私受公侯財物조의 규정을 보면 각각 公侯가 함부로 관군을 사역하거나, 군관에게 재물을 준 경우 그를 처벌하는 것을 내용으로 하고 있다.³⁷⁾ 《大明律直解》에서는 公侯를 諸君·宰相으로 직해함으로써 ‘諸君’ 역시 수범자에 포함시키고 있다. 그러나 制書有違조는 그의 지시에 따르지 않았을 경우 그 위반을 처벌하기 위한 규정으로 조문의 구조상 公侯使役官軍조나 私受公侯財物조와는 반대의 상황을 예정하게 된다. 즉, 親王 令을 諸君 令으로 직해하게 되면 諸君의 지시를 받은 자가 수범자가 되어 諸君의 지시에 대한 위반을 역시 처벌할 수 있게 되는 것이다. 따라서 조선에서 《大明律直解》를 간행할 때 制書有違조의 親王을 ‘諸君’이 아닌 ‘諸王’이라는 어정쩡한 용어를 사용하여 직해한 것은 단순한 실수에 의한 것이거나 중국과 격을 같이 하기 위한 것이 아니라, ‘諸君’의 권한을 제한하고 통제하려는 정치적 고려에서 의도된 것으로 파악하는 것이 보다 설득력

用此律 所以上奉帝範 下重民命也.

37) 《大明律》〈兵律〉軍政 §237 公侯使役官軍：凡公侯非奉特旨 不得私自呼喚各衛軍官·軍人 前去役使 違者初犯再犯免罪附過 三犯准免死一次；〈刑律〉受贓 §375 私受公侯財物：凡內外各衛指揮·千戶·百戶·鎮撫并總旗·小旗等 不得於私下或明白接受公侯所與寶鈔·金銀·段疋·衣服·糧米·錢物 ... 公侯與者 初犯·再犯免罪附過 三犯准免死一次.

이 있다고 본다.

《大明律直解》간행 이후 태종대와 세종대를 거치면서 비로소 수많은 논의를 통해 《大明律》에 대한 본격적인 이해가 이루어진다. 制書有違조에 대해서도 이 같은 논의를 확인할 수 있는데, 태종 12년(1412)의 실록 기사를 보면 다음과 같은 내용이 나타나 있다.³⁸⁾

을문에 制書有違조가 있고 違令조가 있는데, 奉行하는 자가 간혹 분변하지 못하니, 청컨대 이제부터는 반포한 宥旨와 教旨를 폐하여 두고 행하지 않는 자는 制書有違로 논하고, 교지의 뜻을 失錯한 자는 각각 3등을 감하되, 무릇 大小衙門에서 受敎한 條令을 봉행하지 못한 자는 違令으로 논하게 하소서.

기사의 내용은 制書有違조와 違令조의 적용을 명확히 하기 위해서 王旨에 해당하는 宥旨와 教旨의 위반은 制書有違조로 처벌하고, 官文書에 해당하는 대소아문의 수교 條令은 違令조로 처벌할 것을 논의한 것이다.

이 같은 내용은 《大明律講解》의 制書有違조 講解에서도 유사하게 확인되는데, 이 부분이 의미를 갖는 것은 官文書의 위반에 대해서 적용 조문을 특정하여 官文書稽程조나 違令조로 처벌할 것을 명시하였다는 점이다.³⁹⁾ 다른 《大明律》주석서에서도 制書와 官文書의 구분을 명확히 할 것을 강조하는 내용은 반복되어 확인되지만,⁴⁰⁾ 《大明律講解》에서는 적용 조문을 특정하고 있는 점이 다르다. 즉, 《大明律》에서 官文書와 직접 관련된 조문은 官文書稽程조와 增減官文書조의 두 가지로⁴¹⁾ 官文書의 시행에 위반이 있는 경우 制

38) 《太宗實錄》24卷, 12年(1412) 8月 6日: 律文有制書有違條 有違令條 奉行者或不能辨 請自今 頒降宥旨及教旨 廢閣不行者 以制書有違論 失錯旨意者 各減三等 凡大小衙門受敎條令 不能奉行者 以違令論.

39) 《大明律講解》〈吏律〉公式 制書有違: [講曰] 謂如奉制勅詔書 若皇太子令旨 及各衙門欽奉旨意行事 違而不行者 依本律科之 其餘在京等衙門奏准 一應行移有違者 依官文書稽程 及違令律論.

40) 《大明律附例》〈吏律〉公式 制書有違: [附註] 若臣下奏准通行 非令甲開載者 止依官文書; 《讀律瑣言》〈吏律〉公式 制書有違: [瑣言] 凡問制書有違 須是制命之辭出自宸衷者 方是 ○若出自臣下 裁定奏准通行者 不得謂之制書 ... 今問刑者於違例之人 皆問違制 誤矣; 《大明律集解附例》의 纂註에서도 '按瑣言曰'로 시작하며 《讀律瑣言》의 이 부분을 인용하고 있다.

書有違조와 같은 조문이 없기 때문에 그에 적용할 조문이 애매해지는데, 《大明律講解》에서는 이 경우 違令조를 적용하도록 한 것이다. 違令조의 형량은 笞50이고, 官文書稽程조의 형량은 笞10에서 笞40이다. 制書有違조에서는 ‘違’의 형량을 杖100으로, ‘稽緩’의 형량을 笞50에서 杖100으로 규정하고 있으므로, 형량의 차이도 비슷하게 나타난다.

본래 違令조의 令은 官文書와는 다른 것이기 때문에 官文書의 위반에 違令조를 적용하도록 한 것은 斷罪無正條조에 따라 引律比附한 것으로,⁴²⁾ 이것이 《大明律》 주석서에 실리기에까지 이른 것이라면 그에 대한 황제나 국왕의 결정이 있었던 것으로 미루어 볼 수 있다. 官文書의 위반에 대해서 違令조가 아닌 增減官文書조를 比附할 수도 있는 것이기 때문에 더욱 그러하다. 《大明律講解》는 그 편찬시기 뿐만 아니라, 그것이 중국에서 이루어진 것인지, 조선에서 이루어진 것인지 아직까지 명확히 밝혀진 바가 없다.⁴³⁾ 여기에서 태종 12년(1412)의 기사와 《大明律講解》의 講解가 유사하다는 점, 그리고 그러한 내용이 다른 《大明律》 주석서에서는 발견되지 않는다는 점만을 놓고 보면, 적어도 실록 기사에서 ‘講解律’이라고 명시적으로 언급되는 세종 25년(1443)보다 훨씬 이전에 이미 《大明律講解》가 중국으로부터 수입되었거나, 《大明律講解》가 애초에 조선에서 편찬되었을 가능성 역시 적지 않음을 보여준다고 할 수 있다. 현재로서는 양자의 가능성을 모두 열어놓을 수밖에 없다.

실록 기사에서는 制書有違조의 수범자에 관한 논의도 나타난다. 세종 6년(1424)의 기사로 制書有違조에 관한 세종의 教旨를 다음과 같이 실고 있다.⁴⁴⁾

41) 官文書稽程조와 增減官文書조는 모두 《大明律》〈吏律〉公式편에 규정되어 있다.

42) 引律比附에 대해서는 김대홍, 「조선시대 형사법상 引律比附에 관한 연구」(서울대학교대학원 법학박사학위논문, 2012) 참조.

43) 《大明律講解》에 관한 개략적인 내용은 정궁식, 「朝鮮前期 中國法書의 受容과 活用」, 『서울대학교 법학』 vol.50, no.4(서울대학교 법학연구소, 2009), 47-52면 참조.

44) 《世宗實錄》 25卷, 6年(1424) 8月 21日: 大明律 制書有違條云 凡奉制書 有所施行而違者 杖一百 失錯旨意者 減三等 律文本意 但指官吏奉行而言 非謂常人犯法者也 近來法司照律 皆失其旨 凡有誤犯一時王旨禁令者 例以制書有違論決 ... 自今有犯王旨禁令者 除合該奉行見任官吏外 大小人民雜犯 各以本律科斷 毋得似前比附 有所失入 一遵古昔制律之本意 以副寡人欽恤之至意.

《大明律》制書有違조에 이르기를, ‘制書を 받들어 시행하여야 할 것을 어긴 자에게는 刑杖 1백 대요, 그 본 뜻을 잘못 알고 시행한 자는 3등을 감한다’ 하였는데, 律文의 본 뜻은 다만 관리로서 받들어 행할 자를 가리켜서 말한 것이요, 보통 사람으로서 법을 범한 자를 말하는 것이 아니거늘, 근래에 法司에서 이 律을 시행하는데 모두 그 본 뜻을 잃고서, 무릇 한때의 잘못으로 王旨로 내린 禁書を 범한 자로써 制書有違律로 판결한다. ... 지금부터는 王旨로 내린 禁書を 범한 자가 있더라도, 마땅히 받들어 실행할 현임 관리 외에는 대소 인민의 잡범은 각기 그 사건에 당한 本律로 치죄하여 판결할 것이고, 전과 같이 比附나 失入이 있게 하지 말고 한결같이 예전에 법률을 제정한 본 뜻에 따라, 과인의 형벌을 조심히 불쌍히 여기는 지극한 뜻에 합치되도록 하라.

기사의 내용은 세종이 王旨로 내린 禁書を 위반한 경우 대소아문의 관리에게는 制書有違조를 적용하고, 대소 인민에게는 그 사건에 해당하는 本律을 적용할 것을 教旨로 내린 것이다. 禁書에서 특별히 本律을 정하고 있지 않으면 違令조를 적용하게 되므로, 대소 인민은 違令조의 笞50으로 처벌받는 것이 된다. 이는 결국 禁書이 내려진 경우 禁書 자체의 위반과 禁書의 시행에 관리감독을 철저히 하지 못한 것을 분명히 구분하고, 원칙적으로 전자의 경우는 違令조를, 후자의 경우는 制書有違조를 적용하여 처벌하도록 한 것이다. 이러한 세종의 教旨는 다만, 制書有違조의 수범자를 관리로 한정하는 것이라기보다는 다음에서 살펴볼 國典의 예에서 확인되는 바와 같이, 관리에게 국왕의 명령에 따른 관리감독의 책임을 묻는 경우 制書有違조를 기본 조문으로 한 것이라고 할 수 있다.

2. 國典의 制書有違조 관련 조문 검토

조선시대 마지막 國典인 《大典會通》을 살펴보면, 《大明律》 制書有違조를 적용해 처벌할 것을 규정한 조문들을 많이 확인할 수 있다. 모두 57건 정도가 확인되는데, 《大明律》 違令조나 不應爲조의 경우는 예닐곱 건이 되지 않

는다는 점을 감안하면 상당히 많은 《大典會通》의 조문에서 制書有違조를 규정하고 있는 것이다. 이를 구체적으로 살펴보면 六典별로는 〈吏典〉에서 3건, 〈戶典〉에서 15건, 〈禮典〉에서 2건, 〈兵典〉에서 6건, 〈刑典〉에서 29건, 〈工典〉에서 2건이 확인되고, 시기별로는 《經國大典》에서 7건, 《續大典》에서 32건, 《大典通編》에서 17건, 《大典會通》에서 1건이 확인된다. 그리고 1건에서만 制書의 ‘稽緩’을 규정하였고, 다른 모든 건에서는 制書의 ‘違’를 규정하였다.⁴⁵⁾

이처럼 國典 여러 곳에 산재해 있는 制書有違조 관련 조문들은 내용 역시 편린적인 경우가 많아서 유형화하기 힘들지만, 행위주체의 측면과 관련해서는 일정한 방향성을 확인할 수 있다. 즉, 制書有違조에 따라 처벌할 것을 규정하면서 그 수범자를 특정한 경우가 많이 나타난다. 여기에는 備堂·判書·書狀官·守令 등의 관원에서부터 일반 官吏, 面任·里任, 切隣, 內需司 典守奴, 師僧尼 등 다양한 신분이 制書有違조의 행위주체로 규정되어 있다. 이들 중에서 가장 많이 등장하는 신분은 守令으로 14건 정도가 확인되고, 다음으로 切隣이 7건, 面任·里任이 4건, 書狀官이 2건 정도 확인된다.

守令에 관한 대부분의 조문은 守令이 직무에 충실하지 못하거나, 직권을 남용한 경우 그 책임을 묻거나, 守令에게 ‘不檢擧’한 관리감독의 책임을 묻는 것이다. 먼저 守令이 직무에 충실하지 못한 예를 살펴보면, 경기도의 田稅와 大同米를 육로로 수송하여 自納하는 고을의 守令이 기한 내에 京倉에 도착하지 못하거나 납입을 마치지 못한 경우[조문에 12]나 조운 선박을 裝備하고 곡식을 적재할 때에 守令이 海倉에 나오지 않은 경우[조문에 13] 등을 들 수 있다. 守令이 직권을 남용한 예로는 守令이 貢物을 代納하는 것을 들어준 경우[사례 37]나 守令이 公事로 인하지 아니하고 관할 경계를 넘은 경우[조문에 38], 守令이 流配된 죄인이 외출할 수 없도록 치는 가시 울타리를 民家나 民塚에 친 경우[사례 45] 등을 들 수 있다. 守令 이외의 관리의 경우에도 그 직권을 남용한 경우 制書有違조를 적용하여 처벌하도록 한 조문을 확인할

45) 《大典會通》에 규정된 《大明律》 制書有違조는 〈부록〉에 첨부하였다; 《大典會通》 〈戶典〉 支供조에 는 《大明律》 棄毀制書印信조에 해당하는 誤毀制書律도 1건 규정하고 있다.

수 있다. 예를 들어 各陵의 관리가 該曹의 差帖 없이 私的으로 자신을 대신 하여 守直시킨 경우[조문에 2]나 詞訟官이 법을 위반하여 소송을 수리하고 심리한 경우[조문에 54] 모두 制書有違조로 처벌받는다. 堂上官의 경우에도 직권을 남용한 경우 制書有違조를 적용받는 경우가 있어 備邊司 堂上官이 사사로이 守令과 邊將에게 부임하지 말 것을 지시한 경우[조문에 3]나 判書나 堂上官이 임금에게 아뢰고 윤험을 받아 설치해야 하는 新廳·新契를 法禁을 어기고 설치한 경우[조문에 18] 모두 制書有違조로 처벌받는다.

守令에게 ‘不檢擧’의 관리감독 책임을 묻는 경우는 그 예가 가장 많다. 魚·鹽稅를 징수할 때에 소관 고을 및 해당 鎭에 소속하는 자가 海民을 침탈하는 것을 단속하지 못한 경우[조문에 10]나 稅穀을 거두어 올릴 때에 米色이 좋지 않거나 白土粉末을 혼합하여 색을 낸 것을 감독하지 못한 경우[조문에 11], 관할 지역의 定配罪人이 도망치는 것을 놓쳐 버린 경우[조문에 34], 元惡鄉吏를 해당 守令이 알고서도 擧劾하지 않은 경우[사례 36], 實貢奴婢를 숨겨두고 사역시키는 것을 해당 守令이 檢擧하지 못한 경우[조문에 49] 모두 制書有違조로 처벌받는다. 守令 이외의 관리에 대해서도 制書有違조를 적용하여 관리감독의 책임을 묻는 조문이 확인된다. 예를 들어 書狀官⁴⁶⁾의 경우가 이에 해당하는데, 赴京 인원이 商賈에게 물건과 은화를 사사로이 기탁하고 중국 물건과 무역하는 것을 檢擧하지 못한 경우[조문에 39] 또는 赴京 인원이 本國의 사정을 누설하는 것을 檢擧하지 못한 경우[조문에 40] 그를 단속할 책임이 있는 書狀官은 모두 制書有違조로 처벌받는다.

이처럼 《大典會通》에서 관리가 制書有違조의 행위주체로 규정된 경우는 직무상의 책임을 묻는 경우가 많은 반면 관리가 아닌 경우에는 일종의 불고 지죄인 ‘知而不告’의 책임을 묻는 경우가 주로 확인된다. 切隣이 이에 해당하

46) 書狀官은 正使·副使·書狀官의 3使로 구성되는 赴京使臣의 일원으로, 사신일행의 단속에 관한 임무를 맡았다. 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(《世宗實錄》 14卷, 3年(1421) 11月 15日). 성종대에도 서장관으로 하여금 자제군관이나 통사가 호송군에게 私物을 운반하는 것을 규찰하고 단속하도록 한 내용이 확인된다(《成宗實錄》 270卷, 23年(1492) 10月 21日).

는데, 切隣은 거리의 원말로 범죄자 집의 이웃에 살고 있는 사람을 가리킨다. 切隣은 國典에서 制書有違조와 관련하여 守舍 다음으로 많이 규정되어 있다. 切隣의 책임을 묻은 예를 보면, 切隣이 軍士 및 保人이 군역을 싫어하고 꺼리어 他戶로 도피한 사정을 알고서도 고지하지 않은 경우[조문예 24]나 徙民의 도망을 받아들인 것을 알고서도 고지하지 않은 경우[조문예 32], 公賤이 流亡하고 있는 것을 알고서도 고지하지 않은 경우[조문예 46], 實貢奴婢를 숨겨두고 사역하는 것을 알고서도 고지하지 않은 경우[조문예 49] 모두 制書有違조로 처벌받는다.

한편 해당 고을에서 호적이나 기타 공무를 맡아보던 面任·里任의 경우는 守舍이나 切隣과 함께 규정되어 중간 단계의 책임을 지는 경우가 확인된다. 예를 들어 造畜蠱毒⁴⁷⁾하는 자가 있는 경우[조문예 29] 切隣에게는 그를 알고서도 고지하지 않은 책임을 묻지만, 面任·里任에게는 檢擧하지 못한 책임을 묻는다. 이때 面任·里任은 制書有違조로 처벌받고, 切隣은 범인보다 4등을 감경하여 杖80·徒2년으로 처벌받는다.⁴⁸⁾ 반면 살인범이 도주 중인 경우[조문예 33] 面任·里任에게는 切隣과 같이 그를 알고서도 고지하지 않은 책임을 묻고, 官吏에게 그의 捕捉에 충실하지 못한 책임을 묻는다. 이때 官吏는 制書有違조로 처벌받고, 面任·里任과 切隣은 藏匿律로 처벌받는다. 藏匿律은 《大明律》 知情藏匿罪人조를 가리키는 것으로 범인을 은닉한 경우 범인보다 1등을 감경하여 처벌하도록 규정하고 있다.⁴⁹⁾ 實貢奴婢를 숨겨두고 사역시키는 경우[조문예 49]에도 유사한 예가 나타나는데, 面任·里任과 切隣에게는 알고서도 고지하지 않은 책임을 묻고, 守舍에게는 檢擧하지 못한 책임을 묻는다. 이때는 守舍과 面任·里任, 切隣 모두 制書有違

47) 毒을 제조하거나 毒蟲을 기르는 것으로 그에 의한 살인은 《大明律》〈刑律〉人命 §312 造畜蠱毒殺人조에서 규정하고 있고, 《大明律》〈名例律〉§2 十惡조에서는 十惡중 다섯 번째 不道에 해당하는 것으로 규정하고 있다.

48) 《大明律》〈刑律〉人命 §312 造畜蠱毒殺人조에서는 범인을 斬刑에 처하도록 하고 있다. 《大明律》〈名例律〉§38 加減罪例조에서는 死刑 2등과 流刑 3등은 각각 1등으로 하여 감경하도록 규정하고 있으므로, 斬刑을 4등 감경하면 杖80·徒2년이 된다.

49) 《大明律》〈刑律〉捕亡 §417 知情藏匿罪人：凡知人犯罪事發 官司差人追喚 而藏匿在家 不行捕告 及指引道路 資給衣糧 送令隱避者 各減罪人罪一等，其展轉相送而隱藏罪人 知情者皆坐 不知者勿論。

조로 처벌받는다.

이와 같이 國典에 규정된 《大明律》制書有違조의 예를 보면, 해당 조문의 수범자가 관리일 경우 주로 그에게 직무와 관련한 ‘不檢舉’의 관리감독 책임을 묻고 있음을 알 수 있다. 이 경우 해당 조문에서는 관리감독의 대상이나 직무의 범위를 구체화해서 규정하고 있다. 수범자가 관리가 아닌 경우에는 주로 ‘知而不告’의 책임을 묻고 있는데, 이 경우에도 고지해야 할 대상을 구체화해서 규정하고 있다. 또한 ‘不檢舉’나 ‘知而不告’의 경우 制書有違조를 적용하여 처벌하고 있는 경우가 많지만, 언제나 그러한 것은 아니어서 행위의 가벌성의 정도에 따라 형량을 차등화해서 규정하고 있는 것으로 나타나 있다. 杖100이라는 刑名 대신에 制書有違律이라는 罪名을 굳이 써서 규정하고 있는 점도 특이한데, 이는 國典의 조문이 입법되는 과정에서 연유하는 것으로 본다. 즉, 國典의 조문들은 受敎의 구체적 사례가 추상화된 경우가 많은데, 해당 사례에서 制書有違조를 引律比附하여 처벌할 것이 논의되었고, 그를 그대로 조문화했기 때문에 制書有違律의 罪名이 그대로 남아있는 것으로 보인다.⁵⁰⁾

IV. 결론

지금까지 살펴 본 《大明律》의 制書有違조와 國典의 制書有違조 관련 조문을 종합해 보면, 애초의 예상과는 다른 점을 여럿 확인해 볼 수 있다. 우선 制書有違조는 制書의 위반이라는 점 때문에 현대의 백지형법과 유사한 구조를 갖는 포괄규정으로 예상되었다. 그렇지만 《大明律》에서는 制書를 官文書와 구분하였을 뿐, 그를 違令조나 不應爲조에서의 令과 律과 같은 법령체계

50) 이를 볼 때, 실록 기사에서 확인되는 制書有違조의 사례 건수가 國典의 예에서와 같이 違令조나 不應爲조의 경우보다 훨씬 더 많이 나타나는 것은 우연이 아닌 것으로 본다. 본 연구에서 制書有違조의 사례를 한꺼번에 검토하기에는 적절치 않은 것으로 판단되어 차기의 연구를 기약한다.

에 포함시키거나 새로운 법령체계를 설정하지는 않았다. 또한 皇命에 대한 거역이라는 전근대적 이미지와는 달리 기본 형량을 杖100으로 하고, ‘違’, ‘失錯旨意’, ‘稽緩’으로 행위태양을 세분하면서 棄毀制書印信조, 盜制書조, 詐僞制書조 등을 별도로 규정하는 등 制書와 관련한 조문들을 체계적이고 유기적으로 구성하였다. 여기에는 양형의 형평성을 위한 적절한 형량의 세심한 고려도 수반되었다.

國典의 경우에도 여러 조문에서 制書有違조를 적용하여 처벌할 것을 규정하고 있는데, 상당 부분이 관리에게 직무와 관련한 관리감독의 책임을 묻기 위한 것임을 확인할 수 있다. 이 경우 기본적으로 수범자의 신분과 그에 따른 직무의 범위나 책임의 소재를 구체화하여 규정하고 있다. 이는 《大典會通》과 같은 國典의 조문이 사례에서 비롯한 受教에 근거를 두고 추상화된 경우가 많기 때문이기도 하지만, 결과적으로는 制書有違조의 처벌범위가 구체적으로 확정되어 적용되는 방향으로 나타났다.

이러한 점들을 볼 때 制書有違조에 대해서 《大明律》 制書有違조 하나만을 두고 違令조나 不應爲조와 같은 포괄규정으로 파악하는 것은 타당하지 않다고 본다. 또한 制書有違조를 백지형법에 가까운 구조로 파악하는 것 역시 타당하지 않다고 본다. 직무의 범위가 관련 법규의 해석을 통해서 구체화되는 것처럼, 制書는 황제의 구체적인 지시에 따라 그 내용이 확정된다. 이 같은 현대와 과거 법제의 차이를 긍정한다면 國典의 예에서 나타나는 바와 같이 制書有違조를 백지형법보다는 오히려 현행 형법의 직무유기죄나 직권남용죄에 가까운 것으로 보는 것이 타당하다고 본다.

〈부록〉《大明律》制書有違조를 규정한 《大典會通》 조문의 예시

1.《大典會通》〈吏典〉【京衙前】【書吏】

續 〈計仕去官之法今廢 以坊民抄定 定額外 各司加出者 以制書有違律論〉

2.《大典會通》〈吏典〉【差定】

增 〈各陵無該曹差帖 私自代直 該官及代直人 並施制書有違律〉

3.《大典會通》〈吏典〉【雜令】

增 〈備堂·臺閣私自分付守令邊將 使之勿赴者 以制書有違律論〉

4.《大典會通》〈戶典〉【戶籍】

續 〈入籍而無戶口者 以制書有違律論〉

5.《大典會通》〈戶典〉【戶籍】

續 ○ 男丁十六歲以上佩號牌 ... 〈不佩者以制書有違律論 借佩他人號牌者以漏籍律論 與者杖一百徒三年 軍兵仍用腰牌〉

6.《大典會通》〈戶典〉【諸田】

增 ○ 奉常寺位田私自買賣 有職者 施以制書有違律 無職者 流配

7.《大典會通》〈戶典〉【田宅】

續 〈○ 尺數內起耕者 並還陳 犯者及監官色吏杖一百定配 守令以制書有違律論〉

8.《大典會通》〈戶典〉【給造家地】

增 勿論空垆及圃田 許民造家 本主防塞抵毀者 以制書有違律論

9.《大典會通》〈戶典〉【倉庫】

增 〈○ 軍資廣興倉官 以倉米許給員役 創開還上謬例者繩以制書有違律〉

10.《大典會通》〈戶典〉【魚鹽】

續 〈○ 魚鹽收稅時 本官及該 鎮所屬 侵漁海民者杖一百遠地定配 守令以制書有違律論 邊將從輕重決棍〉

11.《大典會通》〈戶典〉【收稅】

續 〈○ 稅穀捧上時 米色或不精 或以白土末雜舂取色者 監捧差使員及該守令以制書有違律論〉

12.《大典會通》〈戶典〉【漕轉】

續 〈○ 京畿田稅大同米陸運自納邑守令 趁期傾民納京倉 托故不來及不爲畢納者以制書有違律論〉

13.《大典會通》〈戶典〉【漕轉】

增 ○ 諸道漕·站運外 山郡作木 沿邑賃船 ... 〈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〉

14.《大典會通》〈戶典〉【稅貢】

續 〈○ 奉常寺所納稅貢 過限守令降資 通訓以下以制書有違律論〉

15.《大典會通》〈戶典〉【雜稅】

補 銀銅 非度支關文 任其開店者 稱以看色 托公私採 則道臣 施以制書有違律 地方官 徒配又三年禁錮 自本道舉實狀聞 該衙門堂上 亦施制書有違律 匿不以聞則道臣同罪〉

16.《大典會通》〈戶典〉【雜稅】

續 ○ 方物布子內·外面各異麤造者 其監納官 推考罷黜 〈其納布人 以制書有違律論 監納後 潛換者杖一百徒三年 納布人厭憚精擇 故爲延拖不納者 杖八十〉

17.《大典會通》〈戶典〉【雜稅】

續 ○ 內需司典守奴等 依憑取利 民間牛馬·田地·財產濫奪抑買者 許人陳告 囚禁

轉啓 以制書有違律論 內需司官員通同作弊者 降犯人罪一等論 守令不檢舉者 罷黜

18.《大典會通》〈戶典〉【雜稅】

增 ○ 新廩·新契 非稟請蒙允 毋得許設 違禁判堂 以制書有違律論

19.《大典會通》〈禮典〉【諸科】

續 ○ 科場試官僉從 一切嚴禁 館學奴及各司奴 憑藉闖入者 帶率試官 以制書有違律論 犯者 永屬兩界官奴

20.《大典會通》〈禮典〉【獎勸】

續 ○ 天文肄習文臣 令觀象監領事抄啓 ... 〈連三次通者準一考 三次不通者削一考 懶慢不學習者以制書有違律論〉

21.《大典會通》〈兵典〉【龍虎營】

增 〈西北別付料軍官 以出身閑良分半 各試取四十人 各置付料十窠 逐朔試射 從矢數付料 非邊地混許入屬者 本曹判書及該帥臣 施以制書有違律〉

22.《大典會通》〈兵典〉【武科】

續 ○ 科場用奸者 從輕重論罪 〈兄弟各字者 用制書有違律 兄弟各所者 保舉僞著者 用詐不以實律〉

23.《大典會通》〈兵典〉【成籍】

增 黃口 兒弱 充定守令 從輕重論罪 〈黃口十名以上 守令五年禁錮 監色刑配 二十名以上 守令十年禁錮 監色嚴刑島配 兒弱十名以上 守令施以制書有違律 監色杖八十徒二年 二十名以上 守令徒配 監色刑配〉

24.《大典會通》〈兵典〉【軍士還屬】

續 軍士及保人厭憚逃避他戶者 還屬本役 〈許接者 杖一百徒三年 知情不告切隣管領里正 以制書有違律論〉

25.《大典會通》〈兵典〉【烽燧】

增 ○ 烽臺近處 禁淫祀祈禱 犯者 地方官施以**制書有違律**

26.《大典會通》〈兵典〉【廢牧】

續 濟州旌義大靜各牧場 體大馴良有才色馬 作騙調養 遞來官進上 〈牧使判官各三匹 縣監二匹 不合御乘則以**制書有違律論**〉

27.《大典會通》〈刑典〉【囚禁】

增 〈下番鄉軍罪犯 非有關係者法司無得囚拘 犯者 論以**制書有違律**〉

28.《大典會通》〈刑典〉【囚禁】

增 以父母代子 以兄代弟 以妻代夫 次知囚禁者並嚴禁 犯者以**制書有違律論**

29.《大典會通》〈刑典〉【推斷】

續 ○ 蠱毒造畜人 許人告訴 〈切鄰知而不告者 減犯人罪四等 面·里任不能檢舉 以致毒害人物者 以**制書有違律論**〉

30.《大典會通》〈刑典〉【推斷】

增 〈闕同推一次者以違令 笞五十 二次·三次者 以**稽緩制書** 杖一百 並公罪〉

31.《大典會通》〈刑典〉【推斷】

增 〈○ 檢後不卽會推 推後不卽完決 延拖時月者 當該堂郎 施以**制書有違律**〉

32.《大典會通》〈刑典〉【逃亡】

原 〈徙民逃亡許接人 全家徙邊 五口以上逃亡 守令罷黜 所管人 京則首領 外則勸農 里正統主 及切隣等知而不告者 以**制書有違律論**〉

33.《大典會通》〈刑典〉【逃亡】

續 殺人在逃者 ... 〈許接戶首 依藏匿罪人律論 自首者免罪 又依凡人例給賞 切隣·

面·里任知而不告者 亦依藏匿律論 不用心捕捉官吏 以制書有違律論

34.《大典會通》〈刑典〉【逃亡】

增 〈○ 定配罪人逃失邑守令 以制書有違律論〉

35.《大典會通》〈刑典〉【捕盜】

續 ○ 盜賊就捕者 自其邑窮問取服後 移送討捕使 違者以制書有違律論

36.《大典會通》〈刑典〉【元惡鄉吏】

原 元惡鄉吏 許人陳告 亦許本官京在所告司憲府 推劾科罪 犯徒者永屬本道殘驛吏 犯流者永屬他道殘驛吏 守令知而不舉劾者 以制書有違律論

37.《大典會通》〈刑典〉【禁制】

原 ○ 代納貢物者 杖八十徒二年 永不敍用 〈聽從守令以制書有違律論〉 其物沒官

38.《大典會通》〈刑典〉【禁制】

原 ○ 守令非因公事越境者 以制書有違律論

39.《大典會通》〈刑典〉【禁制】

續 赴燕人 ... 商賈私托物貨貿易唐物者並受寄人 杖一百徒三年 物貨未滿二十貫則減一等 〈不檢舉書狀官義州府尹 並以制書有違律論 勿揀赦前〉

40.《大典會通》〈刑典〉【禁制】

續 赴燕人 ... 漏洩本國事情者 杖一百徒三年 關係重者 絞 〈不檢舉書狀官以制書有違律論〉

41.《大典會通》〈刑典〉【禁制】

續 咸鏡道富寧以北 商賈入去者 以制書有違律論

42.《大典會通》〈刑典〉【禁制】

續 僧尼濫入都城者 〈杖一百 永屬殘邑奴婢 許接人以**制書有違律論** 童女爲尼者 治罪還俗 ○ 僧人有公事者勿禁〉 並禁斷 而申嚴舊典 其勿濫及

43.《大典會通》〈刑典〉【禁制】

增 ○ 亂塵物件勿爲屬公 違者施以**制書有違律**

44.《大典會通》〈刑典〉【禁制】

續 ○ 閭家奪入者 徒三年定配 〈其稱借貫者 同律 ○ 每朔 部官擲奸其有無報漢城府入啓 而掩置不報者 以**制書有違律論**〉

45.《大典會通》〈刑典〉【禁制】

續 ○ 守令梲棘民家民塚者 以**制書有違律論**

46.《大典會通》〈刑典〉【公賤】

原 ○ 公賤有流亡者 本官卽報上司 移文諸道 根尋發還 ... 不能檢舉官吏及知而不告所管人·切隣 並以**制書有違律論** 若避役爲僧尼者 決杖一百 極邊殘邑官奴婢永屬 知情師僧尼 以**制書有違律論** 還俗當差

47.《大典會通》〈刑典〉【公賤】

原 〈○ 選上闕役者 杖八十 準限追立 不卽捉送該吏 杖一百徒三年 守令以**制書有違律論**〉

48.《大典會通》〈刑典〉【公賤】

原 ○ 公賤物故者 ... 該吏及一族等知情以生爲死者 勿論經赦 全家徙邊 官吏以**制書有違律論**

49.《大典會通》〈刑典〉【公賤】

續 ○ 實貢奴婢 ... 如有容隱役使者 不計口數多少·役使久近 杖一百徒三年 徵役價

面·里任·切隣知而不告者 守令不檢舉者 並以**制書有違律論**

50.《大典會通》〈刑典〉【公賤】

續 ○ 官婢依法贖身免役外 作妾率畜者 嚴立科條刷還賤 〔守令私與者 不推還者 並以**制書有違律論** 不發覺觀察使一體論罪〕

51.《大典會通》〈刑典〉【良妻子女】

續 私賤無子女身死者已物 給己之主 而身死久遠 勿施 當身生時 具證筆放賣他人者 毋得混入 如或娶他婢有子孫 而其主記上者 以**制書有違律論** 〔公賤同〕

52.《大典會通》〈刑典〉【良妻子女】

續 ○ 誘匿兒童待壯爲奴婢者 ... 〔北道宮屬人及土豪品官 同居婢夫雇工外 冒占良人 容隱役使者 以**制書有違律論** 三人以上杖一百徒三年 知情色吏·面·里任·切鄰 同律〕

53.《大典會通》〈刑典〉【贖良】

續 〔○ 公賤詐爲贖身者 還賤 色吏杖一百遠地定配 官員以**制書有違律論**〕

54.《大典會通》〈刑典〉【聽理】

續 ○ 凡詞訟官違法聽理者 以**制書有違律論**

55.《大典會通》〈刑典〉【雜令】

續 ○ 有貢物各司及五部官員隨駕差祭時 責立馬匹 責出諸具於貢人坊民者 並以**制書有違律論**

56.《大典會通》〈工典〉【度量衡】

增 〔○ 凡公·私所用並準地部斗升 如有奸民之私自贏縮者隨現重繩 該署官員 以**制書有違律論**〕

57.《大典會通》〈工典〉【舟車】

續 ○ 公·私用車子 漢城府烙印錄案 〈冒錄他人車子者 家長及官吏 以制書有違律論〉

■ 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).
- 《大明律講解》, 규장각자료총서 법전편(서울대학교 규장각, 2001).
- 《大明律直解》, 규장각자료총서 법전편(서울대학교 규장각, 2001).
- 《大明律附例》(上·下), 규장각자료총서 법전편(서울대학교 규장각, 2001).
- 《大明律附例注解》(明)姚思仁, 宋祥瑞 主編(北京大學出版社(北京), 1993).
- 《大明律集解附例》, 明代史籍彙刊 12(臺灣學生書局(臺北), 1986).
- 《讀律瑣言》, 雷夢麟 撰, 懷效鋒·李俊 點校(法律出版社(北京), 2000).
- 《律學解頤》, 落帙本.
- 《律解辯疑》, 楊一凡·田壽 主編, 中國珍稀法律典籍續編 第四冊(黑龍江人民出版社(哈爾濱), 2002).
- 《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(哈爾濱), 2004).
- 《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).
- _____, 『조선시대 형사법상 引律比附에 관한 연구』(서울대학교대학원 법학박사학위논문, 2012).
- _____, 『조선시대 大明律 不應爲조에 관한 연구』, 『법사학연구』 vol.49(한국법사학회, 2014).
- 김지수, 『傳統 中國法の 精神-情·理·法の 中庸調和-』(전남대학교 출판부, 2011).
- 박철주 역주, 『역주 대명률지해』(민속원, 2014).
- 정궁식, 『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 중반 세종대 조선의 법리 논의: 斷罪無正條조와 不應爲조의 관계』, 『법사학연구』 vol.44(한국법사학회, 2011).
- 中村茂夫, 『不應爲考』, 『金澤法學』 26-1(金澤大學法學部, 1983).
- Jiang Yonglin, *The Great Ming Code: Da Ming lu*, Seattle: The University of Washington Press(2005).

〈Abstract〉

The study on the article of violating imperial edicts of *the Great Ming Code* in the Joseon dynasty

Kim, Dae Hong*

In this paper, I analyze the article of violating imperial edicts in *the Great Ming Code*. This article is recognized as one of catch-all statutes or sweeping statutes such as the article of violating the commandment and the article of doing what ought not to be done in *the Great Ming Code* without correct understanding of the meaning and the function of imperial edicts. However, I conclude that the article of violating imperial edicts does not fall under the type of catch-all statutes or sweeping statutes from reviewing various commentaries on *the Great Ming Code* and *the Comprehensive Collection of Dynastic Codes* (Daejeonhoetong) in the Joseon dynasty. I argue that the article of violating imperial edicts in the Great Ming Code corresponds to the article of abandonment of duties or the article of abuse of authority in the current criminal law rather than Blanketstrafgesetz(blank criminal law). In addition, I show the correlation between the record in *the Annals of King Taejong* (Taejongsillok) and the comment in *the Explication on the Great Ming Code* (Daemyeonglyulganghae), and the political implication reflected in *the Translation of the Great Ming Code* (Daemyeonglyuljighae) in regard to the article of violating imperial edicts.

* Senior Researcher at the SNU Law Research Institute

[Key Words] the article of violating imperial edicts, the article of deciding cases without specific articles, *the Great Ming Code, the Comprehensive Collection of Dynastic Codes* (Daejeonhoetong), catch-all statute, sweeping statute, the article of abandonment of duties, the article of abuse of authority, Blanketstrafgesetz(blank criminal law)