

〈논문〉

## 朝鮮前期 中國法書의 受容과 活用<sup>\*</sup>

鄭 肯 植<sup>\*\*</sup>

### 요 약

본 논문에서는 조선전기에 수입·활용된 중국법서를 분석하였는데, 唐에서부터 명까지 다음과 같은 17종의 법서가 수입·활용되었다: 《唐律疏議》(653년), 《唐六典》(738년) 등 唐代 2종, 《無冤錄》(1308년경), 《吏學指南》(1301년), 《大元通制》(1323년), 《至正條格》(1345년), 《議刑易覽》(미상) 등 元代 5종, 《大明律》(1397년), 《大明律講解》, 《律學解頤》(이상 미상), 《律解辨疑》(1386), 《御製大誥》(1385년), 《大明令》(1368년 완성), 《律條疏議》(1461년), 《啓蒙議頭》, 《對款議頭》, 법의학서인 《詳刑追議》(이상 미상) 등 明代 10종.

중국법서의 활용은 1485년 경국대전 편찬 전후로 그 용도가 달라졌다. 경국대전 편찬 전까지는 제도의 정비에는 물론, 구체적인 형사사건을 해결하기 위해 다양한 법서가 활용되었지만, 그 이후에는 대명률의 주석서가 적극적으로 활용되었다. 이는 대명률이 보통형법이 정착된 후, 이를 정확하게 해석하고, 합리적인 형사사법을 실현하기 위한 노력의 일환이었다.

조선 전기에 다양한 법서가 활용되는 현상은 합리적인 법해석을 추구하기 위해 다양한 자료를 수용·활용한 개방적 태도를 반영하는 것이다.

주제어: 중국법서, 《唐六典》, 《無冤錄》, 《吏學指南》, 《至正條格》, 《議刑易覽》, 《大明律》, 《大明律講解》, 《律學解頤》, 《律學辨疑》, 《大明令》, 《律條疏議》

\* 본 연구는 한국연구재단(구: 한국학술진흥재단)의 기초연구과제지원 인문사회분야 단독 연구(과제번호: KRF-2006-321-B00867)의 지원으로 수행되었다.

\*\* 서울대학교 법과대학·법학대학원 교수.

## I. 머리말

삼국시대 율령을 수용한 이래, 우리 전통법제는 중국법제의 영향을 다대하게 받았다. 중국법제를 수용함에는 법서를 수입·이용하였을 것으로 생각된다. 여말선초는 한국사에서 중요한 전환점이다. 법제사적으로는 개별적으로 중국법을 수용한 것이 아니라 대명률을 포괄적으로 수용한 점이 전대와는 다른 점이다. 여말선초에는 《대명률》만이 아니라 다양한 법서가 수입·활용되었고, 《경국대전》 편찬을 전후로 하여 대명률 주석서들이 수입되었으며, 여말선초 법제의 정비에 중요한 역할을 하였다. 중국법서는 당시 법제정이나 법해석을 위한 단순한 참고자료를 넘어서서, 法源으로 활용되었으며, 특히 《대명률》은 보통법으로 자리를 잡았다. 고려 말에서 《경국대전》이 편찬된 15세기말까지는 다양한 법원들의 경합 끝에 대명률로 귀결되는 과정이라고 할 수 있다.

조선전기의 사료에 나타나는 중국 법서는 다음과 같다. 《唐律疏議》(653년 완성), 《唐六典》(738년 완성) 등 唐代 2종, 법의학서인 《無冤錄》(1308년경 완성), 사찬법서인 《吏學指南》(1301년 완성), 법전인 《大元通制》(1323년 완성), 《至正條格》(1345년 완성) 그리고 형사실무지침서로 추정되는 《議刑易覽》(편찬연도 미상) 등 元代 5종, 《大明律》(1397년 최종본 완성)과 그 주석서인 《大明律講解》, 《律學解頤》(이상 편찬연도 미상) 및 《律學辨疑》(1386년 완성), 《御製大誥》(1385년 완성), 《大明令》(1368년 완성) 그리고 《律條疏議》(1461년 완성), 《啓蒙議頭》, 《對款議頭》, 법의학서인 《詳刑追議》(이상 편찬연도 미상) 등 明代 10종으로 총 17종이다.

그 동안 위의 중국법서에 대해서는 《경국대전》 체제와 관련하여 대명률을 중심으로 한 연구가 진행되었다.<sup>1)</sup> 그리고 세종대에 집중하여 대명률 외에 《唐律疏議》와 《至正條格》 등 중국법서가 구체적 사건의 처리와 法源으로 활용되는 상황과 《대명률》이 정착되는 과정에 대한 연구가 있다.<sup>2)</sup> 2002년에 《至正條格》 殘卷이 慶北 慶州에서 발견되고 2007년에 영인본이 출간되면서 연구성과도 함께 나왔다.<sup>3)</sup> 기존의 연구에서는 대명률 이외의 법서에 대해서는 분석하지 않았고, 시

1) 연구사 정리는 조지만, 『조선시대 형사법 —대명률과 국전—』(경인문화사, 2007), 5-14쪽 참조.

2) 박병호, 『세종시대의 법률』(세종대왕기념사업회, 1986), 40-62쪽; 「朝鮮初期 法制定과 社會相 —大明律의 實用을 중심으로—」, 『國史館論叢』 80(국사편찬위원회, 1998) 참조. 앞의 책은 이 논문의 구상에 큰 도움을 주었고, 현재로서도 능가하기 힘든 업적이다.

3) 한국학중앙연구원 편, 『至正條格 -影印篇·校註篇』(휴머니스트, 2007); 교주편에는 김호동,

기적으로도 《경국대전》 편찬 이후의 상황에 대해서는 거의 다루지 않았다.

본고에서는 기존연구를 바탕으로 朝鮮王朝實錄<sup>4)</sup>에서 16세기까지 조선에 수입되고 활용된 중국법서와 법전을 唐과 元에 대해 살펴보고(Ⅱ), 《大明律》의 주석서와 그 활용에 대해 검토한다(Ⅲ). 이어서 조선시대 전 기간에 걸쳐 활용된 법의학서인 《無冤錄》의 활용을 소개한다(Ⅳ). 그리고 중국 법서 수용의 특색과 역사적 의의를 보기로 한다(V).<sup>5)</sup>

## II. 唐과 元의 法書

### 1. 《唐六典》

당의 법전으로는 《唐律疏議》와 《唐六典》이 있다. 《고려사》 등에는 보이지 않지만, 당률소의나 당육전은 이미 고려대부터 수입되어 고려율을 마련하는데, 바탕이 되었을 것이다. 조선왕조실록에서 《唐律疏議》가 처음 등장하는 때는 1427년(세종 9) 3월로 鑄字所에서 인쇄한 《唐律疏議》를 전국에 배포하였다. 1430년에는 四孟朔 取才와 율과시험의 과목으로 선정하였다. 1431년(세종 13)에는 안송선·김중서 등이 《대명률》의 번역과 풀이를 《당률소의》와 《의형이람》 등을 참조하여 다시 해석할 것을 건의하였다.<sup>6)</sup> 《당률소의》는 세종대에 구체적인 사건의 해결이나 입법 등을 위해 집중적으로, 그리고 이후에도 간헐적으로 등장하는 등 조선조 전체에 걸쳐 직간접으로 영향을 미쳤다.<sup>7)</sup> 이는 입법의 이상으로 여겨졌으며, 명률의 원

「至正條格」의 편찬과 원말의 정치, 이개석, 「至正條格」의 편찬과 법제사상의 의의, 김문경, 「원간본 《至正條格》에 대한 기초적 고찰」, 안승준, 「《至正條格》의 소장 및 보존경위에 대한 고찰」 등으로 구성된 연구편이 있다.

4) 실록의 기사는 국사편찬위원회에서 제공하는 조선왕조실록(<http://sillok.history.go.kr>)을 참조하였으며, 내용은 번역본을 참조하여 다시 번역하였다. 날짜로 인용하기로 한다.

5) 본고에서는 ‘법서’에 법전이 포함되는 개념으로 사용한다. 그리고 법서의 범위를 좁혀 법전이나 법전에 대한 주석서 등으로 한정한다. 따라서 법제와 예제를 총괄하고 있는 《洪武禮制》나 《大明會典》 등은 제외하였다.

6) 《世宗實錄》 세종 9년 3월 23일(신해), 12년 3월 18일(무오), 13년 6월 22일(갑인) 참조.

7) 《唐律疏議》는 세종대에 21건의 기사가 있으며, 이후 단종대에 1건, 성종대에 6건, 연산군대에 1건, 선조대 1건, 광해군대에 1건, 영조 8년(1732)에 1건이 마지막으로 모두 31건이 있다. 정유재란 때인 선조 30년(1597)과 영조 8년(1732)에는 ‘唐律’은 중국법을 통칭하는 의미로 쓰였다(《宣祖實錄》 선조 30년 5월 10일[경자] 및 《영조실록》 英祖 8年 7月 29日 [계축] 참조). 조선시대의 《당률소의》에 대한 인식과 활용에 대해서는 별도의 논고라

천이 되는 것으로 《대명률》의 해석<sup>8)</sup>과 관련하여 많이 참조되었다.<sup>9)</sup>

《唐六典》은 722년(玄宗 開元 10)에 착수하여 16년만인 738년에 완성되었다. 편찬된 시기인 현종대에는 律令格式이 제대로 작동하고 있었기 때문에, 이는 현실적 적용을 위해서가 아니라 현종이 당시의 태평성대를 과시하기 위해 周禮의 六官體制에 따라 官職과 職掌을 함께 편찬한 것이다. 당시의 모든 법령이 아니라 그 요지와 연혁을 수록하였다. 오히려 이러한 점 때문에 당 후기에는 중요한 참고자료로 활용되기 시작하였고, 현재에도 당의 제도 전반을 일목요연하게 볼 수 있는 유용한 자료로 평가받고 있다.<sup>10)</sup>

《唐六典》은 1435년(세종 17)에 최초로 보인다. 행정조직을 규정하는 《唐六典》은 다음과 같이 제도의 정비에 직접적으로 영향을 끼쳤다. 중국 황제의 초상이나 일식으로 정지되었던 釋奠祭를 《지정조격》과 《禮記》 <曾子問> 및 《唐六典》의 “석전제가 大事와 겹치면 仲丁으로 고쳐 거행한다”<sup>11)</sup>에 따라 날짜를 바꾸어 거행하였다.<sup>12)</sup> 그리고 1438년(세종 20)에는 의정부의 건의에 따라 《唐六典》에 따라 관습도감의 齋郎을 武郎<sup>13)</sup>으로 개칭하였다.<sup>14)</sup> 1442년(세종 24)에는 세자궁에 詹事院을 두어 제반 사무를 처리하도록 하였다. 세종은 “중국의 황태자는 講官과 詹事府를 두어 사무를 처리하는데, 書筵官이 진강과 서무를 담당하는 것은 古制에 합당하지 않으니, 제도를 마련할 것”을 승정원에 명령하였다. 도승지 趙瑞康 등은 의정부와 상의하여 《唐六典》에 의거하여 다음과 같이 詹事院 관제를 정비하였다.<sup>15)</sup>

필요하다고 여겨 본고에서는 본격적으로 검토하지 않는다.

8) 《經國大典註解(後集)》에는 《唐律疏議》가 다음 네 곳이 인용되고 있는데, 모두 명률의 이해와 관련되는 것이다: <名例律> 「五刑」 [杖刑五], [笞刑五], [十惡], <雜律> [違令] (鄭肯植 外 譯註, 『經國大典註解』[한국법제연구원, 2009], 색인 참조).

9) 이상은 박병호, 앞의 책, 50-58쪽 참조.

10) 김택민, 「《唐六典》의 성립과 서술체제 및 판본」, 『역주 唐六典(상)』(신서원, 2003), 15-21쪽 참조.

11) 《唐六典》 卷之21 <國子監> “國子祭酒 司業之職 … 凡春秋二分之月上丁 釋奠於先聖 … 若與大祭祀相遇 則改用中丁”

12) 《世宗實錄》 세종 17년 2월 15일(정사)[황제 초상], 《世宗實錄》 세종 21년 7월 18일(갑자)[일식] 참조.

13) 관습도감은 태조 때 당악과 향악을 가르치는 기관으로 1467년(세조 12)에 장악서로 개칭되었다. 재량은 廟祠齋宮陵의 참봉이다.

14) 《世宗實錄》 세종 20년 6월 13일(을축) “○議政府又啓 慣習都監齋郎, 依大唐六典 文武二郎之制, 改稱武郎. 從之”; 그러나 《經國六典》 등에는 이러한 관청과 관직이 보이지 않는다.

15) 《世宗實錄》 세종 24년 7월 28일(병술) 참조.

太子詹事府에는 詹事 一人(정3품), 少詹事 一人(정4품), 丞 二人(정6품), 主簿 一人(중7품), 錄事 二人(정9품) 등이 있으며, 太子 詹事는 동궁의 3시와 十率府의 정령을 통솔하여 기강을 세우고 그 직무를 수행하며 소첨사는 버금으로 첨사의 직무를 보조하였다.<sup>16)</sup> 古制에 의거하여 첨사원을 설치하고 左右詹事 각 1인, 동첨사 1인을 두고 모두 종3품으로 하여 예문직제학보다 높게 하였다. 그리고 정 8품인 主事 2인을 두어 궁중의 업무를 관장하게 하였다.

世子侍講院은 위에 입각하여 《경국대전》에서는 영의정 등 겸직을 제외하고, 輔德 1인(중3품), 弼善 1인(정4품), 文學 1인(정5품), 司書 1인(정6품), 說書 1인(정7품)으로 구성되어 있다.<sup>17)</sup>

당의 법서인 《당률소의》와 《당육전》은 중국법의 湖水이고 또 周禮를 모범으로 한 이상적 법전이기에 때문에 그 시기의 疏遠함에도 불구하고, 관제정비와 법해석 및 입법에 활용되었다.

## 2. 元의 法典과 法書

### (1) 《至正條格》

《至正條格》은 1338년에 편찬에 착수하여 1345년에 완성되고 이듬해부터 시행된 원 최후의 법전이다. 이는 1323년에 완성된 《大元通制》를 보완하는 것이었지만, 실제로는 이를 넘어선 새로운 법전이였다. 이는 <條格>과 <斷例> 2편으로 구성되어 있다. 이는 원말의 문제점을 해결하기 위한 각종 조치가 수록되어 있다.<sup>18)</sup>

원의 법전이지만 《至正條格》은 세종대에 적극적으로 보급되었다. 1423년 승문원에서 《至正條格》 10부 등의 刊印을 청하자, 세종은 50부를 간행하도록 하였고(세종 5. 10. 3[경술]), 1434년에는 이를 文臣에게 頒賜하였다(세종 16. 12. 28[신미]). 그리고 1426년에는 문신 중에서 《至正條格》 등을 강습할 것을 논의하였으며(세종 8. 10. 27[정해]), 1430년에는 詳定所에서 제학 중 漢 吏學의 취재<sup>19)</sup>과목으로 《至正條格》

16) 《唐六典》 권26 <太子三師三少詹事府左右春坊內官> “太子詹事府, 詹事一人 少詹事一人 丞二人 主簿一人 錄事二人 … 太子詹事之職統東宮三寺十率府之政令 舉其綱紀 而修其職務. 少詹事爲之貳”

17) 《經國六典》<吏典> [京官職] 「世子侍講院」 참조. 세조대에 집현전을 폐지하고 세자시강원을 설치하였다. 자세한 것은 김문식·김정호, 『조선의 왕세자교육』(김영사, 2003), 181-190쪽 참조.

18) 자세한 것은 김호동 등의 앞의 논문 참조.

19) 취재: 특수직에 대해 간단한 시험으로 임용하는 것이다. 취재의 의미에 대해서는 정궁

을 포함시켰고(세종 12. 3. 18[무오]), 이듬해에는 승문원에서 《至正條格》 등을 鄉訓으로 익혀 시험을 보도록 하였다(세종 13. 1. 21[병술]). 1441년에도 《至正條格》 등 이문을 학습하는 생도들에게 승문원에서 매일 학습 정도를 점검하였다(세종 23. 11. 6[기해]).<sup>20)</sup>

세종대 이후에도 보급정책은 여전하였다. 1460년(세조 6)에 세조는 이문을 관장하는 승문원의 관원이 8품에서 去官할 경우에 《至正條格》 등을 習讀하게 하여 세 곳 이상이 略인 자는 遷轉시키고, 한 곳이라도 粗인 자는 遷轉을 금지하며 통·약 이상이면 승진시키고, 不通이면 파직하도록 하였다.<sup>21)</sup> 1470년(성종 1)에 성종은 교정청에 명하여 위 내용을 경국대전에 수록하도록 하였다.<sup>22)</sup> 1478년에는 이조와 예조 및 승문원에 젊고 총명한 문신을 선발하여 吏文을 전업으로 삼게 하고, 《至正條格》의 난해한 곳을 북경에 갈 때 습독관이 한문으로 번역해 오도록 하였다.<sup>23)</sup> 그리고 같은 해 승문원 제조가 이문을 익히는 관리에게 《至正條格》, 《大元通制》 등을 매일 10장 이상 읽게 하여 이를 기록하며, 계절의 끝 달에 읽은 곳을 시험하게 하였고 북경에 갈 때 난해한 부분을 익히도록 하였다. 또 평가결과에 따라 6월과 12월에 5회 수석자는 품계를 올려주고 資窮한 자는 陞職시켜 요직으로 보내고, 게으른 자는 파직하도록 하였다.<sup>24)</sup> 《至正條格》 등 이문 관련 법서에 대한 학습과 평가는 《경국대전》에 반영되었다.<sup>25)</sup>

종합법전인 《至正條格》은 제도의 정비에 활용되었다. 定宗代에 奉常少卿 金瞻이 《至正條格》에 따라 성균관에서 文宣王(공자)에 대한 제사에 희생으로 양을 쓰자고 건의하였는데, 大牢[소]를 쓰는 것이 관례이므로 門下府에서 그를 탄핵하였다.<sup>26)</sup> 奉常判官 朴堧이 釋奠樂을 고증하면서 송의 《大晟樂譜》와 《至正條格》을 참

식 외, 앞의 역서, “取才”, 106쪽 참조.

20) 이상은 박병호, 앞의 책, 43-44쪽.

21) 《世祖實錄》 세조 6년 5월 19일(갑오) 참조.

22) 《成宗實錄》 성종 1년 5월 8일(을유) 참조.

23) 《成宗實錄》 성종 9년 10월 3일(신묘) 참조.

24) 《成宗實錄》 성종 9년 11월 13일(경오) 참조.

25) 《經國大典》<禮典> [獎勸] “承文院官員 每旬 提調講所讀書 <註: …吏學指南 … 大元通制·至正條格·御製大誥…> 又製吏文給分數, 歲抄通考定等第 <…> 啓聞, 一等入格者準一上考, 五次一等者加階 <階窮則陞職> … <…漢語·吏文·寫字特異者, 雖犯罪作散, 除重犯·私罪外 仍仕 ○七品以下則四仲朔, 都提調·提調合坐, 講所讀書三處, 俱略以上者隨例遷轉, 粗通者勿轉, 不通者罷職>”

26) 《定宗實錄》 정종 2년 1월 24일(기축) 참조.

조하여 하였다(世宗 8. 4. 25[무자]). 1430년 12월에 완성된 아악보의 서에서 “봉상시의 악장 가운데 참고할 수 있는 것은 《儀禮》와 《詩樂風雅》 12편과 《至正條格》과 林宇의 《釋奠樂譜》 17宮뿐”이라고 하여(世宗 12. 윤12. 1[정유]) 지정조격을 중시하였다. 황제의 초상과 일식으로 정지되었던 석전제를 지정조격과 당육전에 따라 거행하였다(世宗 17. 2. 15[정사], 21. 7. 18[갑자]). 첨지중추원사 박연은 지정조격도 인용하면서 홍무예제를 더 중시하여 風雲雷雨壇을 바로 잡는 방안을 정비하였다(世宗 20. 12. 19[기사]).

입법과 형사사건의 양형에도 활용되었다. 1431년 部民告訴禁止法을 검토하면서 《至正條格》의 中統 연간(1260~3)의 聖旨를 인용하여 처리하였다(世宗 13. 7. 4[병인]). 1438년에 정신병자가 부모와 형, 수령까지 상해를 하고 구금 중에 사망한 사건이 발생하였다. 범인의 棄市에 대해 논란이 있었는데, 《至正條格》의 사례를 들어 이를 허용하였다(世宗 20. 7. 25[정미]). 1490년(성종 21)에 韓權이 처를 구타하고婢를 죽였는데, 의금부에서는 《대명률》에 따라 처리하려고 하였다. 尹弼商 등은 한환이 그 이전에 장인을 구타한 적이 있으므로, 《至正條格》에 “사위가 장인을 욕하면 아내가 이혼한다”를 들어 이혼시킬 것을 청하였고, 성종은 아내가 남편을 버리는 것임에도 불구하고 허용하였다.<sup>27)</sup> 1493년(성종 24)에 성종은 한나라의 사례에 따라 입춘에 경죄수를 석방하는 것에 대해 경연에서 검토를 명하였는데, 윤필상 등은 《至正條格》 등에 예가 있으며 어사를 파견할 것을 건의하였다. 이에 따라 성종은 사면령을 내렸다.<sup>28)</sup>

1451년(문종 1)에 형조판서 許詡가 도적을 막기 위해 서울과 지방의 군사로 捕盜牌를 만들어 도적을 수색·체포할 것을 건의하였다. 이의 실효성에 의문이 제기되자 安崇善이 《至正條格》에 捕盜官·捕盜卒이라고 부르는 관원이 있으며, 《大明律》에도 체포의무가 있는 관원에 대해서는 기한 내에 체포하지 못하면 처벌하는 내용이 있다는 것을 보고하였다. 우선은 별도로 설치하지 않고 만약 여전히 도적이 성행하면 《至正條格》에 따라 포도패를 설치하기로 하였다.<sup>29)</sup>

또한 服制의 정비와 풍속의 교화에도 활용되었다. 1446년(세종 28)에 부모의 상을 숨기는 관리의 처벌에 대해 논의가 있었다. 세종은 이에 대해 사형을 감경하여 杖100 流3천리로 처벌하려고 하였다. 세종은 여말 이래 부모 3년상을 거행

27) 《成宗實錄》 성종 21년 11월 4일(임오) 참조.

28) 《成宗實錄》 성종 24년 12월 22일(임오) 참조.

29) 《文宗實錄》 문종 1년 6년 4일(신미) 참조.

하여 우리의 풍속은 돈후한데, 지금 중국은 그렇지 않다. 그래서 《대명률》에서는 이에 대해 杖60 徒1年으로 처벌하고 있는데, 이 형벌은 너무 가벼우므로 가중하려고 하였다. 비록 우리가 대명률을 적용하고 있지만, 建文帝가 “儀禮는 本俗을 따르고 옛 법을 지키라”고 하였으니 대명률을 반드시 지켜야 하는 것은 아니고 우리의 사정에 따라 수정할 수 있는 것이니 가중하여 처벌하더라도 전혀 문제가 되지 않을 것임을 근거로 하였다.<sup>30)</sup> 이에 대해 黃禧 등은 “국가의 법령은 사정의 경중을 참작하여 죄명을 규정하여 반포해서 영구히 준수하도록 하며, 여러 관사의 관리들은 법령의 의미를 분명히 알아 사무를 처리해야 한다”<sup>31)</sup>라는 大明律의 규정을 원론적 근거와 匿喪不舉哀에 대해서는 杖60 徒1年은 가볍지만, 杖100 流3천리는 너무 무겁고 또 당률이나 지정조격의 모두 형벌이 이에 이르지 않는다는 비교법적 근거로 반대하였다.<sup>32)</sup> 다만 지정조격의 사례 중에 父喪에 舉哀하지 않은 관원을 除名한 예가 있으니 이에 따라 本律, 즉 대명률에 따라 처벌한 후 제명하여 서용하지 않을 것을 건의하였다(세종 28. 6. 7[계묘]).<sup>33)</sup>

1437년(세종 19)에 《家禮》와 《大明律》 <五服圖>에는 계모의 복만 있고 계조모의 복은 없는데, 그럼에도 불구하고 복을 인정하는 전거의 하나로 《儀禮》에는 종형제의 처에 대한 복이 없지만 《至正條格》에서는 繼麻로 규정하였고 《大明律》도 이에 따랐다는 것을 인용되었다.<sup>34)</sup>

1489년(성종 20)에 楮貨가 귀해져서 화폐가 필요한데, 司贍寺(사십시)의 저화가 부패하였으므로 민간의 그것과 바꾸는 것에 대해 논의하였다. 이 때 尹弼商은 화폐를 새로 만들거나 구폐에 도장을 찍는 것에 반대하고 《至正條格》에 화폐를 교환하는 법이 있으니 이를 검토할 것을 청하였다.<sup>35)</sup> 魚叔權의 《稗官雜記》에 가짜 금

30) 《世宗實錄》 세종 28년 6월 7일(계묘) “下書議政府曰 本國之俗, 行百日之喪, 自高麗之季, 始行三年之喪. … 今聞中國之俗, 遭父母之喪, 未過數日, 飲酒食肉, 笑語宴樂, 無異平昔, 衆論不以爲恠, … 中國 世俗之情, 如彼其薄, 制律者豈不知不孝莫大之罪而曰匿父母夫喪者杖六十徒一年. 是因世俗之情, 不得已而輕其罪也. 高皇帝 詔本國曰 ‘據數千里之地, 自爲聲教’ 建文時, 本國請 大明律, 詔旨不許曰 ‘儀從本俗, 法守舊章’ 是則 明律非本國要須遵守者也. 故本國雖用大明律, 因時俗事勢, 或輕之, 或重之, 或別立新條者多”

31) 《大明律》<吏律>「公式」[講讀律令] “凡國家律令, 參酌事情輕重 定立罪名, 頒行天下 永爲遵守. 百司官吏, 務要熟讀講明律意, 剖決事務”

32) 상중행위의 규제에 대해서는 鄭肯植, 「朝鮮初期의 居喪行爲의 規制(상)」, 『법사학연구』 10(한국법사학회, 1988) 참조.

33) 이상은 박병호, 앞의 책, 44-48쪽.

34) 《世宗實錄》 세종 19년 5월 20일(기유) “儀禮從兄弟妻 無服, 至正條格 繼麻, 大明律 同”

35) 《成宗實錄》 성종 20년 3월 17일(을해) 참조.



[假金]을 만든 金阿童을 언급하면서 《至正條格》의 기사를 인용하였다.<sup>36)</sup>

《至正條格》은 육전체제로 법령인 條例와 사례인 斷例로 구성되어 있고, 다루는 사항이 방대하다. 그렇기 때문에 예제의 정비에서 구체적인 사건의 해결, 입법에 까지 다양하게 활용되었다. 특히 원말의 기강문란을 쇄신하기 위해 편찬한 《至正條格》은 어느 정도 선초 이념적 지향과도 일치하였기 때문에 추상적인 명률이나 당률보다 더 활용될 수 있었다. 특히 문체가 순수한 한문이 아닌 관리들의 용어인 漢 吏文으로 되었기 때문에 외교문서를 담당한 承文院의 官吏들이 漢 吏文 습득용으로 활용되었고, 학습을 강조하였다.

## (2) 《吏學指南》

《吏學指南》은 1301년(元 大德 5)에 徐元瑞가 편찬한 것으로 司法實務를 담당하는胥吏들에게 법률지식을 익히기 위한 元代 용어풀이집이다. 전 8권으로 구성되어 있으며, 단어에 대한 설명이 주류를 이루고 있다. 이의 편찬배경에는 遷都와 표준어의 변화가 있다. 漢代에서 宋代까지는 長安 말이 ‘通語’ 또는 ‘凡通語’라고 하여 표준어로 되었다. 北京에 도읍을 한 元代 이후에는 北京語가 중국의 표준어로 되었다. 원대에는 구어의 漢兒言語에 근거하여 文語로서의 吏文이 발달하였다. 특히 법률과 제도 분야에 몽골어로부터 차용한 언어가 많았기 때문에 이에 대한 풀이집이 등장하였고, 《吏學指南》은 그 대표이다.<sup>37)</sup>

《吏學指南》이 처음 나오는 때는 1423년(세종 5)이다. 승문원에서 이학지남 15부를 인쇄할 것을 청하자, 세종은 50권의 인쇄를 명하였다.<sup>38)</sup> 이 책이 현존하는지는 알려져 있지 않으나 1458년(세조 4)에 경주에서 재간된 《吏學指南》은 현재 서울대학교 규장각(奎章閣2180)과 국립중앙도서관(古 6026-3)에 소장되어 있다.<sup>39)</sup>

법률용어집인 《吏學指南》은 대명률의 해석에 직접적으로 활용되었다. 1440년(세종 22) 奇尙廉이 그의 이복형제 奇尙質과 계모 김씨를 결박하고 머리카락을 잘라 고발한 사건<sup>40)</sup>과 같은 해 종이 주인을 배반하여 타인의 종이 되어 소송 중인데,

36) 한국학중앙연구원 편, 『지정조격—교주편—』, 부록: 지정조격관련자료, 330쪽; 부록에서는 실록 등에서 지정조격과 관련되는 자료를 모두 정리하였다. 그러나 현존하는 지정조격의 내용과 실록 등에서 인용된 조문이 서로 연결되는 것은 확인할 수 없었다.

37) 鄭光 외, 「〈吏學指南〉 解題」, 『吏學指南』(태학사, 2002) 15-17쪽 참조.

38) 《世宗實錄》 세종 5년 10월 3일(경술) 참조.

39) 元 간본 《吏學指南》은 北京圖書館에 소장되어 있으며, 우리 것도 이른 시기의 판본이다.

40) 《世宗實錄》 세종 12년 3월 5일(을사) “○義禁府啓 奇尙廉誣指 異母弟尙質 奸繼母金氏,

주인이 길에서 그 종을 만나서 붙잡자 종이 주인의 어깨를 쳐서 이빨을 부러뜨린 사건<sup>41)</sup>에서 《吏學指南》의 “손과 발로 사람을 때려 다치게 한 경우는 손과 발을 대표적인 예로 든 것이다. 머리를 때린 부류도 같으며, 만약 머리카락을 잡아당기거나 옷깃을 잡아 목을 조른 부류 역시 구타와 같은 예이다”<sup>42)</sup>를 인용하여 각각 구타의 책임을 인정하였다.<sup>43)</sup>

법률용어집인 《吏學指南》은 1555년(명종 10)의 《經國大典註解(後集)》의 편찬에 많이 활용되었다. 여기에서 《吏學指南》은 전체 830개소 중에서 86개소가 직접·간접으로 인용되고 있다.<sup>44)</sup>

① 100. “巡綽: 綽, 吏學指南作遑, 往來相察曰巡, 廣張聲勢曰遑, 韻會遑視行貌”<sup>45)</sup>

② 5. “承襲: 相繼曰承, 相因曰襲”<sup>46)</sup>

①은 본문에서 직접, ②는 본문에서 간접적으로 《吏學指南》을 인용하고 있는 것인데, 어느 것이나 《吏學指南》을 그대로 옮긴 점에서는 차이가 없다. 《吏學指南》은 책의 성격상 개별적인 법문의 해석이나 이를 통한 분쟁의 해결보다는 《경국대전》이나 대명률 등 법전을 이해하기 위한 수단으로 활용되었다. 1788년에 초고가 완성된 多言語辭典인 李義鳳(1733~1801)의 《古今釋林》의 <元明吏學>(卷39, 40)에 《吏學指南》의 행정관계용어와 이문이 수록된 점<sup>47)</sup>에서 《吏學指南》의 가치를 알 수 있다.<sup>48)</sup>

合結兩人, 斷其髮告官, 金則已依律文干名犯義條放之. 今考吏學指南云 ‘撮挽鬢髮, 擒領扼喉, 亦同毆打.’ ...”

41) 《世宗實錄》 세종 12년 12월 1일(정묘) “○刑曹啓 全州人姜鷹 奴同良, 背主投於人, 姜鷹訟于官, 道見同良猝之, 同良攘臂觸折 姜鷹齒. 按律, 奴婢毆家長條云 ‘奴婢過失傷家長者, 杖一百流三千里.’ 今同良 雖不以手足有意毆打, 然攘臂觸齒而折之, 論以過失, 未便. 吏學指南云 ‘若撮挽頭髮, 擒領扼喉, 亦同毆例.’ 請依毆家長律處斬. 命減一等”

42) 《吏學指南》<卷之6 獄訟> 1014. [手足] “謂以手足毆傷人者, 舉手足爲例, 頭擊之類亦是. 若以撮挽鬢髮·擒領扼喉 亦同毆例”

43) 조지만, 앞의 책, 110쪽 참조.

44) 鄭肯植 외 譯註, 앞의 역사, 색인 참조.

45) 《吏學指南》卷7 <1. 捕亡> [巡遑] “往來察視曰巡, 廣張聲勢曰遑”

46) 《吏學指南》卷1 <14. 世賞> [承襲] “相繼曰承 相因曰襲”

47) 서울대학교 규장각한국학연구원(<http://e-kyujanggak.snu.ac.kr/>) “이학지남” 해제 참조.

48) 중국에서는 《居家必用事類全集》에 수록되어 명대 이후에도 전해졌다.

### (3) 《議刑易覽》

《議刑易覽》은 현존하지 않아서 내용은 물론 편찬자나 시기를 알 수 없다.<sup>49)</sup> 이미 1388년(우왕 14) 典法司의 상소에 《대명률》과 함께 새로운 법전을 편찬하는데 참조할 것을 건의한 점에서 여말 선초에 많이 활용되었을 것이다. 그 내용은 서명 그대로 관리들이 재판할 때 유용하게 활용할 수 있도록 형사재판의 요령을 종합한 것으로 추정된다.<sup>50)</sup>

1422년(세종 4)에 절도범의 처벌과 사면의 문제를 해결할 때 《議刑易覽》이 활용되었다. 《대명률》에는 “무릇 절도를 세 번 지은 자는 교형에 처하고, 이미 刺字를 받은 경우에 해당한다”<sup>51)</sup>라고만 규정되어 있어 사면과의 관계에 대해서는 언급이 없다. 그래서 형조에서는 사면 전의 절도도 포함하여 처리하였는데, 의정부에서 《議刑易覽》의 “무릇 절도죄를 처단한 후 다시 절도를 하면 반드시 사면 후에 있는 것으로 처단한다”에 근거하여 이의 부당성을 지적하였다. 이후로는 자자를 한 날자와 사정을 명백히 기록하여 형조에 보고하여 시행하도록 하였다.<sup>52)</sup> 또 1423년(세종 5)에는 정신병으로 어머니를 물어 죽인 사건에 대해 《議刑易覽》의 “정신병으로 어머니를 죽였어도 결국 악역을 범한 것이다”에 따라 사형에 처하였다.<sup>53)</sup>

## III. 《大明律》의 각종 註釋書

태조가 즉위교서에서 《대명률》의 적용을 선언함에 따라 이의 해석과 적용을

49) 중국의 정사인 《元史》, 《新元史》와 《明史》 그리고 《四庫全書》에서 검색이 되지 않는다.

50) 박병호, 앞의 책, 48쪽.

51) 《大明律講解》<刑律>「盜賊」[竊盜] “凡竊盜已行 … 三犯者絞 以曾經刺字爲坐”; 대명률을 인용할 경우에는 원칙적으로 서울대학교 규장각한국학연구원에 소장된 1903년 法部 간행 《大明律講解》를 인용한다. 이는 2000년에 서울대학교 규장각에서 영인·발간하였다. 대명률의 서명 등에 대해서는 주201 참조.

52) 《世宗實錄》 세종 4년 12월 20일(계묘) “○議政府啓 大明律 竊盜條云 ‘凡竊盜三犯者絞, 以曾經刺字者爲坐.’ 而不分赦前赦後. 因此, 刑曹以竊盜三犯則赦前刺字, 并計爲坐, 實爲未便. 今按議刑易覽內 ‘諸盜經斷後, 仍更爲盜, 須據赦後爲坐.’ 今後竊盜三犯者, 須據赦後爲坐, 外方竊盜, 刺字後辭緣及日月, 明白置簿, 隨即報刑曹, 罪案施行, 以憑後考. 從之”

53) 《世宗實錄》 세종 5년 11월 22일(기해) “○刑曹啓 慶尙道 河東 水軍金德麟 妻心方 因病顛狂, 咬吃其母致死. 照律議刑易覽云 ‘心風殺母, 終犯惡逆.’ 擬合處死. 從之”

위한 《大明律講解》, 《律學解頤》, 《律解辨疑》, 《律條疏議》 등의 주석서도 함께 수입되었다.<sup>54)</sup> 또한 법제의 두 바퀴 중 하나로 《대명률》과 짝을 이루는 《大明令》도 활용되었다. 《大明令》은 明 최초의 법전으로 吳王 元年에 찬정되어 이듬해인 洪武 元年(1368)에 반포되었다.<sup>55)</sup> 1482년(성종 13) 盧思愼은 경국대전을 교정하면서, 중국에는 《諸司職掌》<sup>56)</sup>이 있어서 官司와 그 職務 등이 자세하나 우리는 그렇지 않기 때문에 관사와 직무를 모두 자세히 수록할 것을 건의하였다. 그리고 令도 法이며, 우리나라에서 大明律을 적용하는데, 당연히 《大明令》도 적용해야 할 것이므로, 수입되지 않는 《大明令》의 구입을 건의하였고, 성종도 이를 허락하였다.<sup>57)</sup> 이 기사에 따르면 《大明令》은 아마 15세기 말에 처음으로 수입된 듯하다. 그리고 16세기 중후반 《大明令》은 繼後子와 親生子 사이의 제사승계와 재산상속을 해결하는 데 활용되었다.<sup>58)</sup>

54) 이러한 명률주석서는 중국자료에서도 찾을 수 없다. 다만 《明史》 志73 <藝文志 2>에 “何廣《律解辨疑》三十卷”이라는 간단한 기록이 유일하다.

55) 沈家本, 『歷代刑法考』(中華書局, 北京, 1985), 1132面. 원문은 萬曆 연간(1573-1619)에 張鹵가 교정한 『皇明制書』(臺北: 成文出版社有限公司, 1969)에 수록되어 있다.

56) 제사직장: 명의 翟善 등이 1393년에 완성하였다. 당육전을 모방하여 吏部[選, 司封, 司勳, 考功], 戶部[民, 度支, 金, 倉], 禮部[儀, 祠, 膳, 主客], 兵部[司馬, 職方, 駕, 庫], 刑部[憲, 比, 司門, 都官], 工部[營, 虞, 水, 屯] 등 6부와 그 외 都察院, 通政司, 大理寺, 五軍都督府의 관사와 그 직무 및 소속관원 등을 자세히 서술하였다. 명초의 행정기구를 파악하는데 중요한 자료이며, 대명회전의 편찬에 크게 이용되었다. 원문은 위 『皇明制書』 제1권에서 제3권에 수록되어 있다. 李春植 主編, 『中國學資料解題』(신서원, 2003), 599쪽.

57) 《成宗實錄》 성종 13년 10월 8일(계유). “領事盧思愼啓曰, 今大典勘校事, 令承旨出納. 臣恐轉啓之間, 或有遺忘也. 臣等請親啓. 且中朝諸司職掌, 皆載所職, 我國大典, 但書司名, 而不載所職, 無乃欠乎. 請并錄. 令者法也, 律者所以罪之也. 大明有律令, 律則我國已遵行, 令則時未得見. 請令赴京者購求, 以來. 上皆可之”; 이 기사는 박사과정의 田中俊光 군이 알려주었다.

58) 1553년(명종 8)과 1580년(선조 13)에 立後를 한 후에 친생자가 출생하자, 과거하고 친생자를 봉사자로 정할 때에 《大明令》 <戶令>의 “입후한 후에 친자가 출생하면 친자가 봉사하게 하고 계후자는 중자로 삼아 형제와 같이 대우한다(無子者 許令 同宗昭穆相當之姪 承繼 先儘同父周親 次及大功小功總麻 如俱無 方許 擇立遠房及同姓 爲嗣 若立嗣之後 却生親子 其家產如元立均分)”에 따라서 과거를 금지하고 친생자가 봉사하고 계후자는 중자로 삼았다. 사찬법서인 申濤의 《大典詞訟類聚》에도 이 사안과 관련하여 《大明令》의 조문이 인용되고 있다(정금식·임상혁 편, 『十六世紀詞訟法書集成』[한국법제연구원, 1999], 257, 263쪽 참조). 자세한 것은 정금식, 「16세기 첩자의 제사승계권」, 『사회와 역사』 53 (한국사회사학회, 1998), 171, 178-180쪽 참조.

## 1. 《大明律講解》

《大明律講解》는 서문이나 발문 등이 없기 때문에 편찬자나 연도 등을 전혀 알 수 없으며, 중국은 물론 일본에도 남아 있지 않고 우리나라에만 있다.<sup>59)</sup> 율문을 검토한 결과 《大明律直解》와 같고 《大明律附例》와는 다르기 때문에 1397년의 최종 《大明律》인 洪武 30年律이 아닌 1389년의 洪武 22年律로 추정된다. “大明講解律”라는 서명은 본문 중에 “講曰·解曰”로 조문을 설명하고 있기 때문에 나온 것이다.<sup>60)</sup> 조선왕조실록에서는 《大明律講解》,<sup>61)</sup> 《講解律》,<sup>62)</sup> 《大明講解律》<sup>63)</sup> 등으로도 나타나는데, 현존하는 《大明律講解》와 내용이 같으므로 동일한 책이다.

《大明律》의 주석서는 1415년(태종 15)에 처음 보인다. 즉, 《大明分類律》<sup>64)</sup>을 간행하여 전국에 배포하고 형조의 건의에 따라 讀法令을 반포하여 법을 몰라 죄를 짓게 되는 백성들이 없도록 법령을 고을에서 강독하도록 하였다.<sup>65)</sup> “講解律”이라는 용어는 1443년(세종 25년)에 처음 보이는데, 그 이전에 이미 수입·이용되었을 것이다. 1466년(세조 12)에는 궁에 내장된 《大明律講解》를 대사헌 梁誠之가 교정하여 경상도에 보내어 500질을 인쇄하여 배포하였다.<sup>66)</sup> 그리고 1468년에는 이미 《大明律講解》를 받은 자에게 《律學解頤》를 下賜하고, 崔灝元和 安孝禮에게도 이 책들을 각각 하사하였다.<sup>67)</sup>

1443년(세종 25)에 良人이 타인의 노비를 구타하여 죽게 한 경우에 대명률에

59) 중국에서는 楊一凡 外 主編, 『中國律學文獻』 第1輯 第4冊(哈爾濱: 黑龍江人民出版社, 2004)에 北京圖書館에 소장된 1903년 법부 간행본을 저본으로 영인·출판되었다(주51 참조).

60) 정궁식·조지만, 「해제」, 『大明律講解』(서울대학교 규장각, 2000) 참조.

61) 《成宗實錄》 성종 5년 10월 19일(신축).

62) 《世宗實錄》 세종 25년 10월 16일(정유).

63) 《世祖實錄》 세조 12년 7월 1일(경오).

64) 《明史》 志第73 <藝文 2>에는 陳廷璉이 《大明律分類條目》 4권을 편찬하였다는 간단한 기록이 있는데, 같은 책인지는 알 수 없으며, 撰者인 陳廷璉은 列傳에 수록되어 있지 않다.

65) 《太宗實錄》 태종 15년 5월 6일(임인) “下讀法令. 刑曹啓 京外愚民不知律文, 陷於罪辜, 可爲矜恤. 今刊大明分類律, 乞於京中五部 外方各官頒行. 京中則律學各一人分差, 每衙日五部官吏各率管領里正, 或以文字, 或以講論諭衆. 外方則各官守令, 使申明色與律學生徒, 以六衙日聚會, 各里方別監 里正, 文字講論傳傳教諭, 部令及守令無時考察, 其中令愚民有能通曉者及徒爲文具, 不爲用心奉行, 京中本曹, 外方監司以時考察, 仍加賞罰. 從之”

66) 《世祖實錄》 세조 12년 7월 1일(경오) “○上出內藏 大明講解律及律學解頤律辨疑等書, 命大司憲 梁誠之 校正. 分送講解律于 慶尙道, 解頤于全羅道, 辨疑于忠清道, 使之刊印各五百件, 廣布中外”

67) 《世祖實錄》 세조 14년 8월 6일(계사) “○傳曰 律學解頤 其賜于曾受講解律者. 崔灝元安孝禮, 各賜講解律律學解頤一件”

따른 기존의 처리와 《大明律講解》에 따른 새로운 해석의 차이가 논란되었다. 형조의 보고에 따라 의정부에서는 다음의 의견을 제시하여, 《大明律講解》의 해석이 아닌 기존의 관례에 따를 것을 청하였고, 세종은 이를 허락하였다.

“양인이 타인의 노비를 구타하면 일반인의 죄에서 1등을 감경하고, 살인과 故殺의 경우에는 교형에 처한다”라는 《大明律》良賤相毆條에 따라 鬪毆殺 이하는 1등을 감경하고 고살만 교형으로 처벌하는 것이 관례가 되어 있었다. 그런데 《大明律講解》의 “만약 구타하여 죽게 하거나 고의로 살해한 경우에는 교형에 처한다”고 하니 鬪毆殺은 교형에 처하는 것이므로, 관찰사에게 강해물의 뜻에 따르도록 하였다. 그런데 이 견해는 다음과 같은 잘못이 있다. ①같은 조에 “總麻親이나 小功親의 雇工을 구타한 경우에는 1등을 감경하고, 죽게 하거나[至] 고의로 살해한 경우에는 모두[竝] 교형에 처한다”<sup>68)</sup>라고 되어 있어서, 이 경우는 곧 ‘至와 並’자에 해당된다(乃下至字並字). 그런데 기본구성요건인 앞의 범문에는 “이르거나[至]와 모두[竝]”가 없어서, 다만 살인과 故殺만 교형에 처하도록 하고 있다. 이로써 판단하면 대명률의 ‘死와 故殺’은 문맥상 분명하지는 않지만 폭행·상해치사[毆傷殺]이고, 總麻親 등에 대한 다음 범문[其下]의 “死及”의 ‘死’를 “毆殺”로 논하는 것은 부당하다. ②《大明律講解》에서는 “毆傷殺”의 ‘殺’자를 해석하지 않았다.<sup>69)</sup> 그렇기 때문에 더욱 의심이 있다. ③威力制縛人조에서는 “위력으로 사람을 결박하여 이 때문에 죽게 되면 이를 시킨 자는 양인과 천인을 구분하지 않고 모두 교형에 처한다”<sup>70)</sup>라고 하고 있다. 良賤相毆條에서는 천인에 대해서는 가중하고 양인에 대해서는 감경한다. 처음부터 살인의 고의 없이 싸우다가 살해한 경우에는 교형을 감경하여 유형에 처하고, 싸우다가 고의로 살해한 경우에는 참형을 감경하여 교형에 처하여서, 양인과 천인 사이의 尊卑名分을 분명히 하고 있다. ④《大明律講解》는 조정에서 내린 법전이 아니므로 강해의 주해에 따라 사형으로

68) 《大明律講解》<刑律>「鬪毆」[良賤相毆] “其良人毆傷殺他人奴婢者，減凡人一等，若死及故殺者，絞。【講曰】「減凡人一等」者，謂良人毆他人奴婢，至篤疾，杖一百徒三年，若毆死及故殺者，並絞。… 若毆總麻・小功親雇工人，非折傷，勿論，… 至死及故殺者，並絞。【講曰】「折傷以上，各減凡人罪一等」者，謂折凡人一指，杖一百，… 毆至死及故殺者，並絞”；《大明律講解》에서 특별한 표시가 없는 부분은 율문이며，【註】로 시작하는 부분은 대명률 자체의 주로 범문과 효력이 같다. 【講曰】 또는 【解曰】로 시작하는 부분이 강해의 내용이며，본고에서는 “…”로 표시하였다(이하 같음).

69) 《大明律講解》<刑律>「鬪毆」[良賤相毆] “若奴婢自相毆殺傷者，各依凡鬪傷殺法。相侵財物者，不用此律。【講曰】「謂或奴婢侵盜良人財物，或良人侵盜奴婢財物者，各依凡人侵盜之法，不在加等減等之限，故云‘不用此律’”

70) 《大明律講解》<刑律>「鬪毆」[威力制縛人] “若以威力制縛人 … 並杖八十，傷重至內損吐血以上，各加凡鬪傷二等，因而致死者，絞”

처단하는 것은 타당하지 않다.<sup>71)</sup>

양인이 타인의 노비를 구타하여 죽게 하면 《大明律》에 따라 고살이 아니면 1등을 감경하였다.<sup>72)</sup> 그런데 을 가운데 “死及故殺”의 ‘死’의 의미에 대한 논란이 생겼다. 그 결과 강해에 따라 ‘死’를 “鬪毆殺”로 해석하여 서로 싸우다가 죽게 된 경우도 교형에 처하였다. 이에 대해 형조에서는 다음의 의견을 제시하였다. ①같은 조에서 總麻親이나 小功親의 雇工에 대해서는 ‘至死’와 ‘並’을 규정하였는데, 혈연관계가 없는 본 사안의 경우에는 그렇지 않다. 따라서 전자는 鬪毆殺이고, 후자는 그렇지 않다. ②강해에서 주해하지 않았기 때문에 근거가 미약하다. ③을에서는 양인과 천인의 존비명분을 엄격히 하고 있다. ④《講解》는 법전이 아니다. 이에 입각하여 ‘死’를 모살과 고살로만 한정하여 해석해서 종전에 따랐고, 그 결과 양인이 교형에 처해지는 경우는 줄었다.<sup>73)</sup> 특히 여기서는 《講解》의 성격을 분명히 인식하고 있다.

1444년(세종 26)에 절도범이 주인의 체포에 항거하면 재물취득 여부와 관계없이 모두 斬刑에 처하는 오랜 관례가 문제로 되었다. 형조에서는 아래와 같이 《講解》의 내용에 따라 재물취득 여부로 구분하여 다르게 처벌할 것을 의정부에 보고하여,

71) 《世宗實錄》 세종 25년 10월 16일(정유) “○議政府據刑曹呈啓 大明律 良賤相毆條云 ‘良人毆傷他人奴婢者 減凡人一等, 死及故殺者 絞.’ 本朝依此律, 凡鬪毆殺以下減一等, 故殺者乃絞, 已成格例. 今講解律, 解此條曰 ‘若毆死及故殺者, 並絞.’ 乃以鬪毆殺, 并爲絞刑, 故各道觀察使 有依講解之意用之. 今更考之, 右條內又曰 ‘毆總麻小功親雇工者, 減一等, 至死及故殺者, 並絞.’ 乃下至字並字, 而良人毆他人奴婢之條, 則不書至字并字, 只言死及故殺者絞. 以此觀之, 其死及故殺二字, 文雖未瑩, 然既言毆傷殺, 則其下死及之死字, 以毆殺論之未穩. 且講解律, 不解毆傷殺之殺字, 則尤爲可疑. 又於律文內 ‘威力制縛人, 因而致死者, 主使人 不論良賤並絞.’ 而鬪毆之條則於賤加等, 於良減等. 其初無害人之意而鬪殺者, 減絞從流. 雖因鬪而故殺者, 減斬爲絞, 以示良賤尊卑之分者, 深意存焉. 既非中國頒降成書, 而從註解之文, 加入於死, 實爲未便, 請姑從舊例. 從之”(강조는 필자, 이하 같음); 《大明律直解》에서는 “良人亦 他矣 奴婢乙 毆打有傷爲在乙良 凡人例良中 減一等齊 因傷致死爲弥 故殺爲在乙良 絞死齊”라고 직해하여 상해치사로 풀이하였다(이태릭체는 이두임).

72) 명률에서는 살인을 다음 여섯 종류로 구분한다: 1)謀殺, 2)故殺, 3)鬪毆殺, 4)戲殺, 5)誤殺, 6)過失殺; 자세한 것은 한상돈, 「中國 傳統刑律 中の 六殺」, 『법사학연구』 15(한국법사학회, 1994) 참조.

73) 중국과 조선에서의 ‘奴婢와 雇工 지위의 차이’ 등과도 관련이 있다. 이러한 차이는 성종대에도 이미 분명하게 인식하고 있다. 중국은 고공은 임노동자이며 노비는 인신구속을 받으나 신분은 세습되지 않는다. 노비에 대한 개념정의의 달리고 있는 대명률의 노비법이 조선에 적용되는 과정은 별도의 연구가 필요하다. 조지만, 앞의 책, 260-264쪽 참조.

의정부에서 세종의 재가를 받았다.<sup>74)</sup>

①《大明律》의 “절도범이 체포에 저항하거나 상해 또는 살인을 하면 모두 참형에 처한다”라는 내용에 대해, 《講解》에서는 “절도하여 재물을 얻었는데 물건 주인이 이를 알고 체포하려는데, 도리어 주인에게 저항한 자는 비록 사람에게 상처를 입히지 않았다 하더라도 모두 참형에 처하며, 만약 사람을 살상한 자는 역시 참형에 처한다”<sup>75)</sup>라고 풀이하였다. ②《大明律》의 “절도범이 절도하다가 주인에게 발각되어 재물을 버리고 도주하였는데, 주인이 뒤쫓아 와서 체포에 저항한 경우는 ‘罪人拒捕’<sup>76)</sup>에 의거하여 과죄한다”라는 내용에 대해, 《講解》에서는 “가령 절도하다가 재물을 버리고 도주하면 마땅히 ‘不得財’<sup>77)</sup>로서 논하여 태50에 처하고, 그러다가 체포에 저항한 자는 각각 본래 죄목에 2등을 가중하여 장70에 처한다”라고 주석하였다.<sup>78)</sup>

절도범이 도망가다가 주인의 체포에 저항하는 경우에 《大明律》에서는 殺傷과 재물미취득 두 유형으로 구분하였는데, 재물취득 여부와 관계없이 모두 참형에 처하는 것이 관례이었다. 그러나 《大明律講解》에서는 罪人拒捕조와 관련하여 재물취득 여부를 나누고, 미취득의 경우에는 다시 살상과 그렇지 않은 경우로 구분하여 주석하였고, 이에 따라 처벌하였다. 이는 《大明律講解》를 통하여 《大明律》을 정확하게 이해해가는 과정이다.

1474년(성종 5)에 強竊盜나 橫領 등 재산관련 범죄인이 사망하였을 경우에 그 대가인 贓物을 징수하지 말도록 하였다. 호조에서는 다음의 사망한 자에 대해 장

74) 《世宗實錄》 세종 26년 4월 15일(갑오) “○議政府據刑曹呈啓, 竊盜臨時拒捕人 不分得財與否, 並皆論斬, 其來久矣. 今考講解律, 竊盜臨時拒捕註云 ‘竊盜得財, 事主知覺捕捉. 却將事主拒捕者, 雖不傷人, 皆斬.’ 且 ‘其竊盜, 事主知覺 棄財逃走, 事主追逐 因而拒捕, 自依罪人拒捕律科罪, 註云 ‘謂如竊盜棄財逃走, 合以不得財論. 笞五十 因而拒捕者, 各於本罪加二等, 杖七十.’ 而我國因循舊例, 不分得財與否皆斬, 不可. 今後竊盜臨時拒捕者, 依註解施行. 從之”

75) 《大明律講解》<刑律>「賊盜」[強盜] “○若竊盜臨時 有拒捕及殺傷人者 皆斬, 【講曰】「謂竊盜得財 事主知覺捕捉 却將事主拒捕者 雖不傷人 皆斬, 若殺傷人者 亦皆斬」”

76) 《大明律講解》<刑律>「捕亡」[罪人拒捕] “凡犯罪逃走拒捕者 各於本罪上 加二等 罪止杖一百流三千里 毆人至折傷以上者絞 殺人者斬 爲從者 各減一等”

77) 《大明律講解》<刑律>「賊盜」[竊盜] “凡竊盜已行 而不得財者 笞五十 免刺”

78) 《大明律講解》<刑律>「賊盜」[強盜] “○其竊盜 事主知覺 棄財逃走 事主追逐 因而拒捕者 自依罪人拒捕律 科罪. 【講曰】「謂 如竊盜棄財逃走 合以不得財論 笞五十, 因而拒捕者 各於本罪上加二等 杖七十 …」”



물의 추징을 금지하는 1443년(세종 15) 2월의 형조수교를 들었다. 이 형조의 수교는 《大明律講解》와 《唐律疏議》를 토대로 제정된 것이었다.

《大明律講解》〈名例律〉[給沒贓物]의 “장물로 죄를 지었는데 원래의 장물이 현존하는 경우 관청이나 주인에게 돌려준다. 이미 써 버린 경우, 만약 범인이 죽었으면 추징하지 않는다. 【註】「다른 죄를 범하여 죽었을 경우도 또한 마찬가지다」와 강해의 “율에서 말한 ‘범인이 죽으면 추징하지 않는다.’는 것은 그가 형륙을 입고 장물을 이미 써버렸기 때문에 추징하지 않는 것을 뜻한다.”<sup>79)</sup>

《唐律疏議》〈名例律〉第33條 [以贓入罪] “(贓物을) 이미 消費한 자가 죽거나 유배된 경우에는 추징하지 않는다”와 그 疏議 “贓罪로 사형에 처단되었거나 流配刑에 처해졌다면, 얻은 죄가 원래 무거워 대부분 家業은 파산된다. (그러므로) 장물이 소비되었다더라도 (죄인이) 유배되거나 사망한 점을 불쌍히 여겨 그 장물을 추징하지 않는다.”<sup>80)</sup>

그런데 관리들은 관리나 공천이 횡령한 물건을 한결같이 절도죄에 장물을 계산하여 논죄하는 범문에 따라 사망한 후에도 추징을 하고 있다. 그런데 (장물을) 자기 것으로 한 贓吏나 강절도는 죽고서 그 재산을 소비하였으면 징수하지 않는 데, 자기 것으로 삼지 않은 경우에 모두 추징하는 것은 공평하지 않다.<sup>81)</sup>

호조에서는 《大明律講解》의 내용이 위 세종대 수교의 본뜻이기 때문에 원칙적으로 추징하지 말도록 하고 다만, 추징과 미추징 대상목록을 제시하고 이를 갑오대진과 함께 반포한 續錄에 수록하도록 하였다.<sup>82)</sup>

편찬자나 시기를 알 수 없는 《大明律講解》는 한번에 500질이 인쇄되고 內賜本

79) 《大明律講解》〈名例律〉[給沒贓物] “○若以贓入罪，正贓見在者，還官主。 <…> 已費用者，若犯人身死，勿徵 【註】「另犯身死者，亦同」 【解曰】「律云，‘犯人身死勿徵’者，謂其既被刑戮，贓已費用，故不追徵」”

80) 《唐律疏議》〈名例律〉第33條 [以贓入罪] “[律文2] 已費用者，死及配流勿徵，【註】「別犯流及身死者，亦同」] [疏2]議曰，因贓斷死及以贓配流，得罪既重，多破家業，贓已費用，矜其流・死，其贓不徵。『若未經奏盡，會赦免流死者，徵贓如法。盡訖會恩，即同免例。注云‘別犯流及身死者’，謂雖不因贓配流，別爲他罪流配及雖非身被刑戮，而別有死亡者，本犯之贓費用已盡，亦從免例』”

81) 《成宗實錄》성종 5년 10월 19일(신축) “今奉法官吏等，其官吏及公賤等所虧欠遺失物色，一於律文有準竊盜計贓論之條，至以身死人，並皆追徵。雖入己 贓吏及強竊盜，其身死則其費用之物，尚且勿徵，況不入己，虧欠遺失物色追徵，則輕重失宜”

82) 《成宗實錄》같은 조 “戶曹啓 今承傳敎 ‘身死勿徵節目，商議以啓.’ … 請今後身死贓犯人等，已費用物色及官吏公賤等虧欠遺失物色，依律文一皆勿徵。大明律講解曰 ‘律云犯人身死勿徵者，謂其既被刑戮，已費用故不追徵’，此是受敎及律文本意。 …”

으로 이용되었다. 그리고 대명률의 조문이 구체적인 사건의 해석에 동원된 점에서 주석서로 가장 중요하게 활용된 주석서이다.

## 2. 《律學解頤》와 《律解辨疑》

《律學解頤》는 慈利丞 蕭思敬이 지은,<sup>83)</sup> 《律解辨疑》<sup>84)</sup>는 河廣 등이 지은 《대명률》에 대한 주석서<sup>85)</sup>로, 《經國大典註解(後集)》에 간단한 설명만 있다.<sup>86)</sup> 1466년(세조 12)에 梁誠之에 명하여 《大明講解律》과 함께 두 책을 교정하여 지방에서 각각 500부씩 간행하여 보급하였다.<sup>87)</sup> 두 책 모두 율과의 初試와 覆試의 講書 과목이다.

1473년(성종 9)에 임사홍, 조자광 등을 대명률의 奸黨조에 따라 처벌하면서 《大明律講解》에는 없는 ‘奸과 黨’의 의미를 《율학해이》<sup>88)</sup>를 인용하였다.<sup>89)</sup> 1478년(성종 14)에 漕船의 回泊이 늦어지자 거짓으로 왜구를 만났다고 한 것에 대해 대명률의 妖書妖言律<sup>90)</sup>을 적용한 것에 대해 《율학해이》에서는 “‘妖書’는 ‘요망하고 괴이한 이상한 글’이고 ‘妖言’은 ‘欺罔하는 간사스러운 말’이다. 만약 讖緯의 妖書·

83) 《律學解頤》는 낙질본을 최중고 교수가 소개하여 존재가 알려졌지만, 현 소장처는 확인할 수 없다(崔鍾庫, 『法史餘滴(29): 律學解頤』, 『법률신문』 1987. 6.). 서문의 뒷장이 없어서 간행연도 등을 알 수 없다. 귀중한 자료를 제공해주신 崔鍾庫 교수님께 감사드립니다.

84) 《律解辨疑》는 명칭이 다양하게 나온다. 《經國大典》과 《經國大典註解(後集)》 및 《大典會通》 등에는 “律學辨疑”로 나오며, 실록에는 연산군 2년의 기사 두 곳에는 “律學辨疑”로, 세조 12년, 성종 24년과 연산군 9년에는 “律解辨疑”로, 성종 3년에는 “律解辯疑”로 나온다. “律解辨疑”가 옳다. 1472년(성종 3)에 양성지는 <校定大典四十五事>에서 “율학변의를 율해변의로 수정할 것(律科: 律學辨疑 改律解辨疑)”을 건의하였지만 받아들이지 않았다(조지만, 『《經國大典》의 편찬과 梁誠之』, 『법사학연구』 39[한국법사학회, 2009], 26, 28쪽).

85) 《律解辨疑》는 臺灣中央圖書館에 소장되어 있으며, 《明史》<志 73> [藝文志 2]에 저자와 30권인 기사만 있다. 楊一凡 外 主編, 『中國珍稀法律典籍續編 第4冊: 明代法律文獻(下)』(哈爾濱: 黑龍江人民出版社, 2002)에 활자본으로 수록되어 있다. 그런데 서명은 “律解辯疑”로 되어 있다. 원문을 보지 못하였기 때문에 誤字 여부를 확인할 수 없다. 1386년(洪武 丙寅)의 序文이 있다.

86) 《經國大典註解(後集)》<禮典> [取才] “辨疑: 大明河廣等撰”, “解頤: 大明慈利丞蕭思敬撰”

87) 《世祖實錄》세조 12년 7월 1일(경오) 참조.

88) 《大明律講解》<吏律> [職制] [姦黨]; 《律學解頤》[姦黨] “姦黨者【解曰】「姦者 奸回之僞黨者 朋黨之人也 若人本無罪 或有罪不至死者 俱被此等奸邪朋黨之人 妄進讒譖之言 而左使殺人者斬」”

89) 《成宗實錄》成宗 9년 5월 6일(정묘) 참조.

90) 《大明律講解》<刑律> [賊盜] [造妖書妖言] “凡造讖緯·妖書·妖言及傳用惑衆者, 皆斬”

妖言으로 나라의 흥망을 미리 점치고 전하여 민중을 미혹시킨 자는 모두 참형에 처한다”<sup>91)</sup>라고 한 것을 들어 반대하였다.<sup>92)</sup>

1472년(성종 3)에 사형의 집행을 율문에 따라 시행하도록 하면서, 《경국대전》의 [用律]조에 따라 禁刑日을 《율학변의》<sup>93)</sup>에 의거해서 정하여 준수하도록 하였다.<sup>94)</sup> 1493년(성종 21) 私奴 萬山과 性仇之가 서로 싸우다가 성구지가 만산의 가슴을 두르니 만산이 칼로 성구지를 찔러 죽인 사건에 대해 형조에서는 鬪毆故殺人<sup>95)</sup>으로 斬待時로 擬律하였다. 의논과정에서 만산은 죽일 의사 없이 다만 떨어지게 하였기 때문에 故殺 여부가 논란이 되었다. 고살임에 반대하는 의견은 없었지만,李克均 등은 “투구살은 교형이나 칼을 사용하면 殺意가 있는 것으로 보고 또 원인이 있어서 칼날[兵刀]로 살해한 자는 고살로 본다”는 律解辨疑의 내용을 인용하였다.<sup>96)</sup> 다만 申從濩 등은 투구조의 “무릇 싸우다 살해한 자는 손발이든 금인이든 다른 물건이든 물론하고 모두 絞刑에 처한다”에 따라 교형에 해당하고 사면 전의 사건이기 때문에 국왕에게 일임하였다. 성종은 성구지는 힘이 세고 만산은 어려 힘이 약하므로 칼로 찌른 것은 괴로움을 이기지 못한 것이니 투구살에 해당하며 또 사면 전의 범죄이므로 사형을 감면하였다.<sup>97)</sup>

91) 《律學解頤》[造妖書妖言] “造妖書妖言條內云 凡造讖緯妖書妖言 【解曰】「讖緯者謂‘造成休咎善祥凶惡之語及鬼神之言 妄說吉凶 以惑衆也’ 妖書者謂‘妖異妖常之書也’ 妖言者謂‘欺罔奸邪之言’ 若以讖緯妖書妖言 預占國家興廢及傳用惑衆者 皆斬”

92) 《成宗實錄》성종 14년 8월 10일(경오) 참조.

93) 《律解辨疑》<刑律> 「斷獄」[死囚覆奏待報] “凡死罪囚不待覆奏回報 而輒處決者 杖八十 【議曰】「獄官令 自立春之後 秋分之前 不得奏決死刑 … 其大祭祀 … 不得行刑」” 성종실록에서는 율문의 註 등 부연적인 설명은 생략하였다. 楊一凡 外 主編, 앞의 책, 287-288面.

94) 《成宗實錄》성종 3년 5월 27일(계해) “○下書諸道觀察使曰 律解辨疑 死囚覆奏待報註云 ‘其大祭祀 其致齋 朔望 上下弦 二十四氣 夜未明 雨未晴 十直日 禁屠月, 不得行刑’. 大典云 ‘凡用刑, 皆用大明律’, 則凡死囚行刑, 當依律解辨疑施行, 慮有官吏不審律文, 以大典內無舉論死囚, 輒於禁刑日行刑, 今後審考律文, 施行” 참조.

95) 《律解辨疑》<刑律> 「人命」[鬪毆及故殺人] “凡鬪毆殺人者 不問手足他物金刀 並絞”

96) 《律解辨疑》<刑律> 「人命」[鬪毆及故殺人] “凡鬪毆殺人者 不問手足他物金刀 並絞. 【解曰】「鬪毆者 原無殺心, 因相毆殺人者 絞. 以刀相毆而用刀 即有害心, 又非因鬪爭 無事而殺, 是名‘故殺’, 雖因事而用兵刀殺者, 與故殺同…”, 楊一凡 外 主編, 앞의 책, 205面.  
“싸우는 자는 원래 살의가 없으므로 서로 싸우다가 살해한 자는 교형에 처한다. 그러나 칼로 서로 싸우다가 칼을 사용하면 곧 살의가 있고 또 싸우지 않고 까닭없이 살해하면 이는 ‘고살’이다. 비록 까닭은 있지만 兵仗器를 써서 살해한 자는 故殺과 같다.”

97) 《成宗實錄》성종 24년 5월 3일(병인) “順天居私奴萬山, 以私奴性仇之所騎馬踏損其田, 與之相詬, 性仇之以兩膝壓觸萬山胸膛, 萬山拔所佩刀, 刺性仇之腹肚殺害罪, 律該鬪毆故殺人斬待時. … 李克均 … 臣等謹按律解辨疑 「鬪毆者 … 與故殺同」. 今萬山雖初無殺心, 又因鬪毆, 然至用金刀, 加之致命之處, 即有害心, 未免故殺, 律當處斬. … 申從濩·朴元宗議

《율학해이》와 《율학변의》는 《당률소의》를 바탕으로 명률의 조문을 해석한 것이다. 그 성격상 대명률의 문구를 해석하거나 개별사건에 정확한 율문을 적용하는데 활용되었다. 이들 법서는 1493년(성종 24) 이후에는 《율조소의》와 함께 논의되고 있으며, 대명률의 정치한 해석에 함께 활용되었다.

### 3. 《律條疏議》

#### (1) 신주석서의 수입

《律條疏議》는 張楷가 1461년(英宗 天順 5년, 세조 7)<sup>98)</sup>에 편찬한 명률에 대한 주석서이다.<sup>99)</sup> 현존하는 것은 1544년(嘉靖 갑진, 중종 39)의 중간본으로 黃嚴의 서문이 있다. 여기에는 1467년(成化 3년 정해, 세조 3)의 錢唐倪의 서문이 있다. 서문에 따르면 그 이전에 상당히 유포되었으며, 宋宗魯가 재간을 희망하여 1467년에 재간되었다.<sup>100)</sup> 《율조소의》는 1480년(성종 11)에 奏聞使로 북경에서 돌아온 魚世謙이 바쳤으며, 2년 후에 형조 등에 照律할 때에 참조하라는 명을 내렸다.<sup>101)</sup> 1482년(성종 13)에는 晝講에서 좌부승지 金克儉이 이를 인쇄하였는데, 오자가 많기 때문에 다시 교정을 할 것을 청하여 간행·활용되었다.<sup>102)</sup>

성종대 후반인 15세기말에는 《율조소의》만이 아니라 《啓蒙議頭》, 《議頭疏議》, 《對款議頭》<sup>103)</sup> 등의 주석서도 수입되었다. 1494년(성종 25)에 盧思愼 등이 율문

‘萬山・性仇之, 本無讎怨, 因一時鬪狠, 用金刀殺害. 大明律鬪毆條「凡鬪毆殺人者 … 並絞」, 斷以此律爲當. 但事在赦前, 伏惟上裁.’ … 弼商・崇祖則曰 ‘以金刀刺殺致命處, 此故殺也’, 餘皆曰 ‘當論以鬪毆殺矣’ 傳曰 ‘性仇之年壯而力強, 萬山年小而力弱, 雖以金刀刺之, 然見侵於性仇之, 不忍其苦, 要以離却耳. 然則鬪毆殺, 而事在赦前, 可減死矣’

<sup>98)</sup> 《成宗實錄》 성종 25년 7월 10일(병신) “英宗天順 五年, 撰定律條疏議, 贖死九條, 亦詳著焉”

<sup>99)</sup> 《律條疏議》는 楊一凡 編, 『中國律學文獻』 第1輯 第2冊・第3冊(哈爾濱: 黑龍江人民出版社, 2004)으로 영인・출판되었다(이후 I, II와 面數로 인용한다).

<sup>100)</sup> 《律條疏議》〈重刊律條疏議敘〉 “…四明張楷式之入官 憲臺於法律之學 精究講明 深所練習 乃於聽政之隙 特加論釋 於律篇則 述其沿革之由 於各條則 析其致辟之旨 事有可疑則 設問答而剖之 意有未盡則 爲總說而該之 … 既成名曰律條疏議 僉憲宋儒宗魯 嘗爲板行於世矣 江浦縣知縣王迪宗道河間故城人也 得是書而愛重之 以爲誠仕學之不可無者 慮其傳之未廣 乃捐俸僱工重刊 諸梓用廣其傳 爰調余敘 … 成化三年丁亥夏 五月初吉 賜進士及第禮部右侍郎致仕 前翰林院學士直東閣同修國史 錢唐倪謙敘 / 嘉靖甲辰春正月望 掌南京陝西道事 南京福建道監察御史 黃嚴符驗 重梓”

<sup>101)</sup> 《成宗實錄》 성종 11년 4월 12일(임술), 《成宗實錄》 성종 13년 2월 29일(무진) “傳旨刑曹 兵曹 司憲府 司諫院 義禁府 漢城府 宗簿寺曰 今後凡照律時, 並用律條疏議”

<sup>102)</sup> 《成宗實錄》 성종 18년 12월 16일(신사) 참조.

<sup>103)</sup> 《成宗實錄》 성종 25년 7월 10일(병신) “太祖高皇帝 即位(1368년), 定大明律, 頒行天下,

을 교정보고서 《啓蒙議頭》, 《律條疏議》, 《大誥》 등이 대명률과 차이가 있기 때문에 千秋使에게 《啓蒙議頭》에 대해 조사할 것을 요청하였다. 성종은 《啓蒙議頭》에 이해하기 어려운 부분과 오자가 많아서 적용하기에 문제가 많다고 하면서, 경국대전에 따라 대명률을 계속 적용하지 바꿀 의사가 없음을 분명히 하였다. 이에 대해 盧思愼 등은 대명률의 난해한 부분에 대한 설명이 있고 또 사형의 수속 등에 대해서는 대명률이 미비하기 때문에 참조할 수 있다고 하니, 성종은 자세히 조사할 것을 명하였다.<sup>104)</sup> 1502년(연산군 8)에는 司醞署 主簿 安孟禮가 형벌이 잘못 되면 억울함이 쌓이게 되고 이것이 재앙을 부르기 때문에 《율조소의》를 백관에게 배포해서 그 뜻을 강구하여 재판에 이용할 것을 청하였다.<sup>105)</sup>

1494년(성종 25)의 실록기사에는 《啓蒙議頭》, 《對款議頭》, 《議頭疏議》와 약칭인 《議頭》가 서로 혼용되어 나타나고 있다.<sup>106)</sup> 아마 같은 책인데 서명에 혼동이 있는 듯하다. 1495년(연산군 1)에는 승정원의 청에 따라 《對款議頭》를 인쇄해서 널리 배포하였다.<sup>107)</sup>

至三十年, 又制對款議頭 分科定條, ... 英宗天順 五年, 撰定律條疏議, 贖死九條, 亦詳著焉. 自洪武丁丑, 至天順辛巳, 殆六十有五年, 後王相承, 遵而行之, 亦豈無自而然耶. 以是觀之, 此法之行乎中國 久矣”라고 있다. 여기서 ‘홍무 정축년’은 홍무 30년(1397)으로 최종 대명률이 반포된 해이다. 실록편찬자는 《對款議頭》를 명 태조가 편찬한 것으로 이해하고 있다. 그러나 서명이 《明史》 등에 나타나지 않고, 또 萬曆 연간(1573-1619)에 간행된 『皇明制書』에도 유사한 서명이 보이지 않기 때문에 그럴 가능성은 없다. 그렇다면 현재로서는 《對款議頭》은 최종대명률과 함께 반포된 해설서로 추정할 수밖에 없다.

104) 《成宗實錄》 성종 25년 6월 19일(병자) “盧思愼 ... 校律文以啓曰 臣等觀 啓蒙議頭律條疏議大誥等書, 與大明律牴牾者有焉. 請令千秋使, 訪問啓蒙議頭, 是高皇帝所製歟, 成於何代歟 今以何書爲主而行之歟, 其用律之意, 細問何如. 傳曰 予觀議頭, 文多未解, 字多舛誤, 若用議頭, 則律官必變亂是非, 莫適所主, 或由輕而入重, 或由重而入輕, 是豈用律之本意乎. 遵用大明律之條, 載在大典, 而自祖宗朝常行之法也. 予意以爲, 一從大明律, 而不可輕變也. 於卿等意, 何如. 思愼等啓曰 上教允當. 臣等意, 亦以爲不可輕變也. 然大明律難解之文, 議頭或有詳釋者焉, 且如新例及死罪贖法, 則大明律之所未備, 參酌用之, 何如. 傳曰 詳錄以啓”

105) 《燕山君日記》 연산군 8년 12월 12일(경술) “司醞署主簿 安孟禮 啓曰 刑罰失中, 則易致冤枉. 傷和召灾, 未必不由於此. 前頒降律條疏議, 請多數印出, 頒賜百官, 講明其意, 用以剖決, 庶無差失”

106) 《啓蒙議頭》: 6월 19일(병자)/ 《對款議頭》: 7월 5일(신묘), 7일(계사), 10일(병신), 11일(정유)/ 《議頭疏議》: 7월 10일(병신)/ 《議頭》: 6월 19일(병자), 7월 7일(계사), 10일(병신), 11일(정유); 이들 서명은 《明史》는 물론 四庫全書에서도 검색이 되지 않는다.

107) 《燕山君日記》 연산군 1년 12월 2일(신해) 참조.

## (2) 《律條疏議》의 활용

중국에서 1397년 최종 대명률이 반포된 후에 주석서가 간행되었을 것이고, 《大明律講解》나 《律條疏議》, 《對款議頭》 등도 그 중 하나이며, 조선에도 유입되었다.

1484년(성종 15)에 行護軍 金崇漢은 자기가 사려고 한 집을 팔아버린 私奴의 집을 철거하는 등 살 수 없게 하였다. 사간원에서는 김승한을 《대명률》의 侵占律<sup>108)</sup>이 아닌 더 무거운 《율조소의》의 强占人田宅律<sup>109)</sup>을 적용할 것을 청하였다. 鄭昌孫은 양자를 절충하여 ‘不應爲 事理重論’<sup>110)</sup>으로 처벌할 것을 주장하였다. 韓明澮 등은 본율에 따를 것을, 沈澮 등은 중죄이지만 본율이 있으므로 《율조소의》를 적용할 수 없다고 주장하였다. 盧思愼은 “‘侵占’은 차츰 차츰 빼앗는 것이고, ‘강점’은 위력으로 빼앗는 것”<sup>111)</sup>이므로 그의 행위는 중간이기 때문에 本律인 대명률에 가중할 것을 청하였다. 성종은 강점으로 처단해도 애매할 것은 없으나 정창손의 의견에 따라 장80으로 처벌하였다.<sup>112)</sup>

1493년(성종 24)에 朴元宗이 官船을 私的으로 이용한 것이 논란이 되었다. 성종은 《대명률》의 私借官車船條의 “笞 50대보다 무거우면 坐贓으로 논하여 1等を 가중한다”<sup>113)</sup>의 의미에 대해 묻자, 柳崇祖는 坐贓致罪條<sup>114)</sup> 및 官吏受財條<sup>115)</sup>와

108) 《大明律講解》<戶律>「田宅」[盜賣田宅] “侵占他人田宅者 田一畝屋一間以下笞五十 每田五畝屋三間加一等 罪止杖八十徒二年 係官者各加二等 ○若强占官民山場湖泊茶園蘆蕩及金銀銅錫鐵冶者 杖一百流三千里”

109) 《律條疏議》[盜賣田宅] “問曰 上言田宅 皆有等第 侵占者 罪止杖八十徒二年. 此言强占官民山場等項 皆不分多少 何也. 答曰 上文俱無强字 故罪輕 此言强占 故罪重 一以禁强暴之心 一以情重乎物 故也”(I: 401-402面). 대명률에서는 侵占한 경우에 차등을 두어 최고형벌을 장80 도2년으로 하고 있는데, 강점한 경우에는 차등 없이 장100 류3천리로 처벌하고 있다. 양자의 차이에 대해 《律條疏議》에서는 問答으로 전자의 경우는 ‘强’자가 없기 때문에 강압적으로 탈취하는 것이 아니므로 죄가 가볍고 후자는 강압적으로 탈취하는 것이기 때문에 죄가 무거운데, 이는 강폭한 마음을 억제하고 결과[物]보다 심정 내지 동기[情]를 중시하는 까닭이라고 하였다.

110) 《大明律講解》<刑律>「雜律」[不應爲] “凡不應得爲 而爲之者 笞四十 事理重者 杖八十”

111) 《成宗實錄》성종 15년 8월 5일(기미) “‘侵占田宅’者, 漸次侵占之謂也, ‘强占人田宅’者, 以威力盡奪之謂也”

112) 같은 조 참조; ‘不應爲律’은 정확하게 해당하는 율이 없거나 유사한 율을 끌어와 적용할 수도 없는 경우[引律比附; 유추해석]에 적용되는 조문이다. 이 사안에는 적합하지 않다. 이에 대해서는 鄭肯植, 「大明律의 罪刑法定主義 原則」, 『서울대학교 법학』 49-1(서울대학교 법학연구소, 2008), 127-128쪽.

113) 《大明律講解》<戶律>「田宅」[私借官車船] “凡監臨主守 將係官車船・店舍・碾磨之類 私自借用 或轉借與人 及借之者 各笞五十 驗日追雇賃錢入官 若計雇賃錢 重者 各坐贓論加一等 【講曰】「驗日計雇工錢 重於笞五十 各坐贓論 謂如計贓 四十貫 該杖六十 加一等

연계하여 설명하였다. 즉 전자는 배를 이용한 대가에 대한 형벌이 태50보다 무거우면 坐贓致罪의 형벌에 1등을 가중하며, 후자는 관리가 뇌물을 받았는데, 불법이 없으면[不枉法] 받은 것의 절반에 대해서만 처벌하는 것이다. 그리고 私借官車船조에는 “절반만 처벌한다”는 후자의 규정이 없기 때문에 坐贓致罪로 처벌하는 것으로 보았다. 이에 대해 蔡壽는 명례률의 二罪俱發以重論조<sup>116)</sup>에 따라 형벌이 무거운 것에 따라야 한다고 주장하였다. 또 許琮은 坐贓致罪條에서 “준 자는 5등을 감경한다”라고 하였으니 통산할 수 없고 坐贓致罪條에 따라 사용액의 절반으로 처벌할 것을 주장하였다. 이에 대해 유송조는 대명률의 해당율과 名例律<sup>117)</sup> 그리고 《율학해이》<sup>118)</sup>를 인용하여 처리해야 한다고 주장하였다. 끝내 결론

杖七十之類”

이 규정의 취지는 관물을 관리하는 관리가 관물을 사적으로 이용한 경우에 그 사용일수에 따라 처벌하며, 그 가액이 坐贓致罪의 해당하는 율보다 많은 경우에는 坐贓致罪에 1등을 가중하여 엄하게 처벌하는 것이다.

- 114) 《大明律講解》〈刑律〉「受贓」[坐贓致罪] “凡官吏人等 非因事受財 坐贓致罪 各主者通算折半科罪 與者減五等 【註】「謂如被人盜財或毆傷 若賠償及醫藥之外 因而受財之類 各主者並通算折半科罪 爲兩相和同取與 故出錢人減受錢人罪五等 又如擅科斂財物 或多收少徵錢糧 雖不入己 或造作虛費人工物料之類 凡罪由此贓者 皆名爲坐贓致罪」【講曰】「若非因事受一主之贓 及各條內稱損失官物之類 坐贓賠償者 並不在折半之限 合全科」 / 一貫以下答二十 一貫之上至一十貫答三十 二十貫答四十 三十貫答五十 四十貫杖六十 五十貫杖七十 六十貫杖八十 七十貫杖九十 八十貫杖一百 一百貫杖六十徒一年 二百貫杖七十徒一年半 三百貫杖八十徒二年 四百貫杖九十徒二年半 五百貫之上 罪止杖一百徒三年”
- 이 규정은 정당한 원인이 없이 경제적 이득을 취하거나 상대방에게 손해를 끼친 행위를 처벌하는 것이다. 관리의 경우에는 직무와 관련이 없어야 하며, 만약 직무와 관련이 있으면 “官吏受財”에 해당한다. ‘贓’은 《唐律疏議》에서는 “죄인이 취한 재산[贓](贓謂罪人所取之贓)”으로 정의하였다(<名例> 34 [平贓及平功庸]), ‘贓’에 대해서는 김대홍, 『唐律에서의 범죄와 형벌의 비례성—贓의 개념을 중심으로—』, 『법사학연구』 39(한국법사학회, 2009), 90-93쪽 참조.
- 115) 《大明律講解》〈刑律〉「受贓」[官吏受財] “凡官吏受財者 計贓科斷 … 一貫以下杖七十 一貫之上至五貫杖八十 一十貫杖九十 一十五貫杖一百 二十貫杖六十徒一年 二十五貫杖七十徒一年半 三十貫杖八十徒二年 三十五貫杖九十徒二年半 四十貫杖一百徒三年 四十五貫杖一百流二千里 五十貫杖一百流二千五百里 五十五貫杖一百流三千里 八十貫杖 不枉法贓 各主者通算折半科罪”
- 116) 《大明律講解》〈名例律〉[二罪俱發以重論] “凡二罪以上俱發 以重者論 罪各等者 從一科斷”; 가벼운 형벌을 무거운 형벌에 포함시키는 吸收主義이다.
- 117) 《大明律講解》〈名例律〉[給沒贓物] “若計雇工賃錢, 爲贓者, 亦勿徵. 其估贓者, 皆據犯處當時中等物價, 估計定罪. 若計雇工賃者, 一人一日爲銅錢六十文, 其牛·馬·駝·驢·驢·車·船·碾磨·店舍之類, 照依犯時雇工賃直, 賃錢雖多, 各不得過其本價”
- 이 규정은 범죄와 관련되는 물건[贓]의 물수에 대해 규정하였다. 그러나 품삯은 직접적인 장[正贓]이 아니기 때문에 물수의 대상으로 하지 않았다. 그러나 소나 말, 선박

이 나지 않자 성종은 율문을 아는 문신을 선발하여 난해한 곳을 풀이하여 檢律 등에게 가르치도록 하는 것으로 일단 매듭을 지었다.<sup>119)</sup>

유송조와 재상의 의견이 일치하지 않아 그날 다시 논의하였다. 許琮 등은 율에 서는 주는 자와 받는 자를 같게 처벌하므로, 좌장치죄의 절반으로 처벌함을 주장하였다. 율문에 밝은 좌의정 노사신은 자기 이익으로 하였으면 장물을 합산하는 것이 타당하나 준 자는 자기에게 이익이 없으므로 본죄<sup>120)</sup>로 처벌할 것을 주장하였다. 유송조는 다른 조문에는 감경하는 내용이 있으나, 私借官車船條에는 감경하는 내용이 없기 때문에 그대로 -허종의 주장에 대해서는 가중- 처벌할 것을 주장하여 결론이 나지 않았다. 다시 허종은 명례를 급물장물조의 취지와 《율조소의》의 [私借官車船條]<sup>121)</sup> 및 《대명률》[坐贓致罪條] 註의 내용들이 일치하지 않음을 지적하고 형조에서 자세히 논의할 것을 청하였다.

그래서 의금부와 형조의 당상관들도 논의하였다. 義禁府判事 鄭恬과 刑曹判書 成健 등은 관련규정을 종합하여 보고하면서 “율조소의가 최후에 편찬되었기 때문에 율학해이와 율학변의를 참조하여 정하였기 때문에 율문에 의심이 있으면 당

등을 이용한 경우에 장물을 계산하되, 이용한 일수가 많아 그 이용액이 그 물건의 가액을 초과하더라도 그 가액을 한도로 함을 규정하였다.

- 118) 《律學解頤》[私借官車船條]內云 “驗日追雇工賃錢入官 【解曰】「如主守之人 私將官車船借與人者 各答四十 並照犯時 民間雇賃價錢入官 其車船直鈔二十貫 不得追雇工賃錢二十二貫 故名例律 (給沒贓物條: 필자 보충)云 工賃錢雖多 各不得過其本價 是也. 蓋車船以下 大小不同 閑要有異 並依借時賃值 不可 唯常價爲估」”

해이의 내용: “관리자가 사적으로 관선 등을 빌려주면 양자 모두 각각 태40인데, 조율할 때에 민간의 품삯은 관에서 몰수한다. 그 선박 등의 가액이 20관이면 고임전은 22관을 추징할 수 없다. 그래서 명례를 (급물장물조에서는: 필자 보충) 품삯 등이 비록 많더라도 (선박 등의) 가액을 넘을 수 없다고 한 것이 바로 이것이다. 대개 선박 등은 크기가 같지 않기 때문에 수요에 따라 가격이 다르므로 모두 빌리거나 빌릴 때의 값으로 할 수 없기 때문에 오직 통상가격을 기준으로 한다.”

이 설명은 품삯 등으로 추징하는 금액이 선박 등의 가액을 넘지 못하는 이유와 선박 등의 가액을 산정하는 기준에 대한 것이다.

- 119) 《成宗實錄》성종 24년 11월 3일(갑오) 참조.

- 120) 노사신이 주장하는 본죄가 무엇인지 정확히 파악하기 어렵다. 전체적으로 私借官車船條인듯 한데, 그러면 형벌이 무거워지기 때문에 주장하는 맥락과는 벗어난다. 그렇다면 坐贓致罪條인데 가액을 절반으로 계산한다. 그렇게 하면 40관이라고 가정하면 전자에 따르면 杖60이나 후자에 따르면 答40으로 형벌이 가벼워진다.

- 121) 《律條疏議》[私借官車船] “監臨主守之人, 將係官車船店舍碾磨之類, 私自借用或借與人及借用之者, 各答五十, 驗其借過之日, 每日追雇賃錢六十文入官”(I: 419面)

이 주석은 형벌을 설명하고 명례률의 내용을 반복하여 사용액을 결정하는 기준을 설명하였다.



연히 울조소의를 우선해야 한다”<sup>122)</sup>고 건의하였다. 이에 대해 허중은 일단은 정괄의 의견에 찬성하면서 《울조소의》가 뒤에 나왔지만 그래도 가액을 결정할 때에는 명례를 적용할 것을 주장하면서도 고찰할 도리가 없어서 수긍하였다. 결국 의금부와 형조의 의견에 따라 《울조소의》를 적용하고, 중국에 가면 이를 문도록하였다.<sup>123)</sup>

이 사례에서는 대명률의 私借官車船條, 坐贓致罪條, 官吏受財條, 給沒贓物條와 이에 대한 주석들이 동원되었다. 朴元宗<sup>124)</sup>이 官船을 私의으로 이용하였기 때문에 일단 私借官車船條에 해당한다. 여기에서는 笞50으로 처벌하되, 이용한 날수를 계산하여 그 가액이 40관이 넘으면 坐贓致罪條에 1등을 가중하여 처벌하였다. 그런데 박종원이 관인이었기 때문에 官吏受財條가 관련이 되었다. 장물의 몰수와 재산죄 이외의 장물의 계산방법을 규정한 명례률의 給沒贓物條도 함께 문제로 되었다.

柳崇祖는 私借官車船條에 의거하여 이용액이 40관이 넘고 또 “절반만 科罪한다”는 규정이 없기 때문에 官吏受財條가 아니라 坐贓致罪條에 따라 처벌해야 한다고 주장하였다. 이에 대해 許琮은 坐贓致罪條에서 준 자와 받은 자를 갈게 처벌하고 또 “준 자는 5등을 감경한다”에 따라 통산할 수 없다고 하였다.<sup>125)</sup> 이에 대해 유승조는 관선이용의 가액을 규정한 명례률의 給沒贓物條와 율학해이를 원용하였다. 노사신은 이익의 유무에 따라 적용법조를 달리하여 결과적으로 坐贓致罪條의 적용을 주장한 듯하다. 결론은 이와 관련되는 조문과 주석이 일치되지 않기 때문에 최후에 나온 《律條疏議》에 따라 처리하였다.<sup>126)</sup>

122) 《成宗實錄》 성종 24년 11월 3일(갑오) “律條疏議最後出, 斟酌解頤・辨疑而定之, 律有可疑處, 當以疏議爲主”

123) 같은 조 기사 참조. 이 사건에 대한 기사는 같은 날 두 번 나오고 있다. 처음에는 이것 외에 다른 것도 논의되었으며 다음에는 이 사건만 논의되었다. 아마도 첫 회의를 마친 후 문신들이 율문을 조사한 다음 회의를 재개하여 논의한 듯하다. 이후 이와 관련된 기사가 없어서 중국으로부터 어떤 의견이 왔는지 알 수 없다.

124) 박원중(1467[세조 13]~1510[중종 5]): 적개공신의 아들로 蔭敍로 宣傳官이 되었고 1486년(성종 17)에 무과에 급제하였다. 1492년에 兵曹參知가 되었고, 사건 당시에도 같았다. 이 사건은 같은 해 10월 兩司에서 제기하였다. 《成宗實錄》 성종 24년 10월 28일(기축) 참조.

125) 蔡壽는 경합법에 대한 명례률의 규정을 들고 있다. 이를 종합하면 박원중은 여러 번 官船을 빌려 사용하여 이익을 취한 듯하다. 그러나 실록에는 사실관계가 적시되지 않았기 때문에 정확히 알 수 없다.

126) 여기서 《律條疏議》는 단순한 사적인 주석서가 아니라 공식적인 법서로 인식된 듯하다. 이러한 인식은 이를 수입할 때에도 나타난다(주98 참조).

1496년에 연산군은 《律條疏議》의 “남편에 쫓겨난 부인이 그 아들이 벼슬을 하면 아들의 관품과 같이 한다. 그 이유는 모자 사이의 도가 끊어지지 않기 때문이다”에 근거하여 연산군의 친모인 폐비 윤씨의 사당을 세웠다.<sup>127)</sup> 1509년(연산군 9)에 강도죄인 金奉山에 대해 논의가 있었다. 成俊은 김봉산이 강취한 재물도 적고 자백을 하는 등으로 보아 강도로 보지 않았다. 그러나 李克均 등은 《律條疏議》의 “강도는 불을 밝히고 몽둥이로 주민을 공격·검탈하거나 무리를 모아 병력을 갖추어 상가를 약탈하는 등 그 정상이 일정하지 않다”<sup>128)</sup>에 따라 병력을 갖춘 정도는 아니지만 상인을 약탈하였기 때문에 강도로 주장하였고, 이 의견이 수용되었다.<sup>129)</sup> 1543년(중종 38)에 韓鐵同은 중국에 가는 李富聘에 물건구입을 부탁하였는데, 이부담이 체포되어 供招에서 자기 이름이 나왔다는 소식을 듣고 도망하였다. 그때까지 도망하였다는 사실만으로 謀叛에 擬律해서 사형에 처하는 것이 관례이었다. 尹殷輔 등은 《律條疏議》에서 “군민이 세금이나 부역 등을 이유로 산림으로 도망가 관에서 소환하여 돌아와서 본업에 종사하는 것을 거부하면 謀叛 未遂로 논한다”<sup>130)</sup>와 “죄를 짓고 도망가서 체포에 저항하면 원래의 죄에 2등을 가중한다”<sup>131)</sup>고만 하였지, 도망[亡命]에 관한 법문이 없기 때문에 한철동과 같은 경우를 모반으로 처단할 수 없고, 정확한 율로 시행할 것을 청하였다.<sup>132)</sup>

### (3) 주석서의 종합적 이용

다양한 주석서가 등장함에 따라 각각의 내용이 다를 수 있다. 1495년(연산군 1)에 진주의 李守長이 從妹와 간통을 하였다. 그런데 각 법전과 해설서마다 親屬相奸條의 ‘同姓從妹’에 대한 설명과 법정형이 《해이》만 장100 도3년이고, 나머지는 모두 교형으로 달라서, 의정부 등에서 논의하여 결정하도록 하였다.<sup>133)</sup> ‘同姓從

127) 《燕山君日記》 연산군 2년 10월 2일(을해) “婦人夫在被出者, 其子爲官者, 得與子之官品同, 爲母子無絶道故也”

128) 《律條疏議》[強盜] “強盜(者)或明火・持杖, 攻劫居民; 或嘯聚[衆]擁兵, 掠奪商賈, 其狀非一(難以殫陳)’(Ⅱ: 207面)

129) 《燕山君日記》 연산군 9년 6월 18일(계축) 참조.

130) 《律條疏議》[謀叛] “若軍民有因錢糧差役等故, 而逃亡躲避於山林水澤之間, 官府追求呼喚, 不肯服從還業者, 以謀叛未行論<爲首者 絞 爲從者 皆杖一百流三千里>”(Ⅱ: 186面)

131) 《律條疏議》[罪人拒捕] “凡(有人)犯罪(而官府捉拿 或亡命而[逃]走或拒捕(不服)者, 各於本罪上加二等<罪止杖一百流三千里>”(Ⅱ: 585面)

132) 《中宗實錄》 중종 38년 1월 17일(임술) 참조.

133) 《燕山君日記》 연산군 2년 12월 7일(경진) 참조.

妹'에 대한 법전과 주석서의 내용은 다음과 같다.

《明律》: 若奸總麻以上親及同母異父姊妹者, 杖一百, 徒三年. 若奸從祖之母姑, 從祖伯叔母姑, 從父姊妹者, 各絞.<sup>134)</sup>

《律學辨疑》: 從父姊妹, 謂之堂姊妹.<sup>135)</sup>

《律學解頤》: (奸)父之堂姊妹, 奸己之堂姊妹者, 杖一百, 徒三年.<sup>136)</sup>

《律條疏議》: (奸)己之堂姊妹 則當絞<sup>137)</sup>

그 해 12월에 결론을 내렸다. 盧思愼 등은 《당률소의》<sup>138)</sup> 등을 추가하고 또 율문에서 존속과 간통할 때에는 “伯叔母姑”로 표현하기 때문에 부의 자매는 “伯叔母”라고 하지 “姊妹”로 하지 않을 것을 이유로 《율학해이》가 잘못되었다고 하였다. 李克墩 등은 근친간의 간통에 대한 양형의 비례와 《율학해이》는 官撰이 아닌 私撰이기 때문에 이를 근거로 할 수 없다고 주장하였다. 柳曄는 율문의 해석보다 이수장이 처삼촌의 조카도 간음하였기 때문에 사형에 처할 것을 주장하였다. 李世佐 등은 服制에 근거해서 《율학해이》의 오류를 지적하였다. 다만 趙益貞은 정확한 율문이 없기 때문에 《書經》의 “의심나면 가벼운 죄(罪疑惟輕)”<sup>139)</sup>에

134) 《大明律講解》<刑律>「犯姦」[親屬相姦] “○若姦總麻以上親及【注】「謂內外有服之親」… 同母異父姊妹者, 各杖一百徒三年, … 若姦從祖祖母姑・從祖伯叔母姑・從父姊妹 … 各絞”; 《大明律直解》“總麻以上親族果 … 同母異父爲在 姊妹等乙 通奸爲在乙良 各杖一百徒三年齊 … 同姓四寸大父妻果 四寸大母果 五寸叔父妾 妻果 五寸叔母果 四寸姊妹果 … 行奸爲在乙良 各各絞死齊”

135) 《律學辨疑》<刑律>「犯姦」[親屬相姦] “議曰” 부분; 楊一凡 外 主編, 『中國珍稀法律典籍續編 第4冊: 明代法律文獻(下)』, 260面.

136) 《律學解頤》“律云 若姦從祖母姑 從祖伯叔母姑 從父姊妹 母之姊妹【解曰】「…從父姊妹者 謂父之堂姊妹也,」”

137) 《律條疏議》[親屬相姦] “若奸 … 父之堂姊妹【注】「從父之姊妹 卽己之堂姊妹」 … 各絞”(Ⅱ: 546面).

138) 《唐律疏議》<雜律> [姦從祖母姑] “從父姊妹 謂己之堂姊妹”

139) 《書經集傳》권2 <大禹謨> “고요가 말하였다: 황제의 덕은 허물이 없어서 아랫사람에게 간절하게 하고 무리는 너그러움으로 다스리며, 죄는 자손에게 미치지 않고 상은 자손에게 미치며, 과실로 지은 죄는 비록 커더라도 용서하고 고의로 지은 죄는 작더라도 벌을 주며, 죄에 의심이 있으면 가볍게 다스리고 공에 의심이 있으면 중하게 상을 주며, 무고한 사람을 죽이기보다는 오히려 법을 지키지 않은 실수를 하니 살려주기를 좋아하는 덕이 민심에 흡족합니다. 그래서 백성들이 죄를 짓지 않습니다(皐陶曰, 帝德罔愆, 臨下以簡, 御衆以寬, 罰弗及嗣, 賞延于世, 有過無大, 刑故無小, ‘罪疑惟輕’, 功疑惟重, 與其殺不辜, 寧失不經, 好生之德, 洽于民心, 茲用不犯于有司).”; 成百曉 譯註, 『懸吐完譯 書經集傳(上)』(전통문화연구회, 1998), 90쪽.

따를 것을 건의하였고, 연산군은 이에 따랐다.

그러자 盧思愼 등은 이수장의 죄를 논하는 것이 아니라 율문 중의 자매의 의미를 분변하는 것이기 때문에 의견을 통일해서 법의를 확립해야 하며, 조익정의 의견에 따르면 훗날의 사건을 처리할 수 없을 것이므로, 일단 법의를 확정한 후에 김수장의 죄를 다룰 것을 청하였고, 이 의견이 수용되었다.<sup>140)</sup>

위 사례에서는 법조문과 다른 주석서의 합리적인 해석을 통하여 오류를 잡았다. 또한 법전과 주석서의 차이를 분명히 인식하고 있다.

중국에서는 모든 형벌을 금전으로 대체할 수 있는 贖刑을 규정하고 있다. 그런데 《大明律》에서는 사형의 收贖, 즉 贖死에 대해 자세하게 규정하고 있지 않아서 구체적인 집행에는 난점이 있었다. 하지만 《律條疏議》에는 본문이 끝난 다음에 “大明律과 御製大誥 수록의 속전 허용 및 불허용 사죄(律誥該載 不准贖 准贖死罪) 항목”을 수록하고 있다. 이 중에 후자, 즉 속전을 바치고 사형을 면제받을 수 있는 범죄로는 다음 9종을 규정하였다.<sup>141)</sup>

①관리가 사형에 해당하는 뇌물을 받은 죄, ②(관청의 창고를 지키는 자가) 창고의 돈과 곡식을 절취한 죄,<sup>142)</sup> ③궁궐 내의 재물을 절취한 죄,<sup>143)</sup> ④억울함을 호소하면서 도장을 빌리고 봉투를 바꾼 죄,<sup>144)</sup> ⑤도망간 군인의 처와 딸을 이어받아 서울 밖으로 보낸 죄,<sup>145)</sup> ⑥황제의 의장에 들어와 호소한 사실이 거짓인 죄,<sup>146)</sup> ⑦군관의 죄에 대해 그의 공을 황제에게 보고하지 않은 죄,<sup>147)</sup> ⑧내부에서 거둔 금과 비단 등을 꺾 밖으로 함부로 내보낸 죄,<sup>148)</sup> ⑨무덤을 파서

140) 《燕山君日記》 연산군 2년 12월 19일(임진) “盧思愼 … 議 從父姉妹, 律學辨疑 謂之堂姉妹, 唐律及律條疏議 謂己之堂姉妹, 獨解頤曰 從父姉妹者, 謂父之堂姉妹. 然律文奸尊屬, 皆稱伯叔母姑. 如此則父之姉妹, 於己宜稱伯叔母, 不應曰 姉妹也. 是解頤之所謂 父之堂姉妹者, 誤也. … 今日僉議之意, 只在律文姉妹分辨之事, 非議守長之罪也, … 律文未瑩處, 必須商議歸一, 以爲萬世之典. 今若從 益貞之議, 則後或有奸堂姉妹者, 亦難定罪, 請歸一定法”; 최종결론은 확인할 수 없다.

141) 《律條疏議》[律誥該載 不准贖 准贖死罪] “官吏受贓過滿, 盜倉庫錢糧, 盜內府財物, 稱訴冤枉借用印信封皮, 遞送逃軍妻女出京城, 衝人儀仗并訴事不實, 軍官犯死罪不請旨論功上議, 內府交納餘剩金帛擅將出外, 若塚先穿陷及未殯埋開棺槨見屍”(II: 716-717面).

142) 《大明律講解》<刑律>「賊盜」[監守自盜倉庫錢糧] 참조.

143) 《大明律講解》<刑律>「賊盜」[盜內府財物] 참조.

144) 《大明律講解》<禮律>「儀制」[上書陳言] 참조.

145) 《大明律講解》<兵律>「關津」[遞送逃軍妻女出城] 참조.

146) 《大明律講解》<禮律>「儀制」[衝突儀仗] 참조.

147) 《大明律講解》<吏律>「公式」[事應奏不奏] 참조.

관곽을 열고 시체를 드러나게 한 죄<sup>149)</sup>

1494년(성종 25)에 金好文이 그의 부가 위 첫번째에 해당하는 官吏受贓過滿<sup>150)</sup>으로 사형에 처하게 되자 속형을 요청하였다. 좌승지 權景祐는 이에 대해 《大明律》과 《律條疏議》에 참고할 부분을 표시하였다고 보고하였고, 성종은 死罪의 속형에 대해 《律條疏議》와 《對款議頭》에 불분명한 점이 있으므로 대신들에게 의논하게 하였다.<sup>151)</sup>

경국대전에는 《大明律》만 언급하고 있고 《律條疏議》와 《對款議頭》는 그렇지 않으므로 논의할 필요가 없다는 의견(尹弼商)과 《律條疏議》와 《對款議頭》에는 사형에 대해 속형을 허용하고 있고 또 이는 제왕의 덕이며, 법서가 전해오지 않았기 때문에 시행하고 있지 않는데, 의논한 후에 시행하자는 의견(盧思愼, 鄭文炯, 尹孝孫)이 대립되었다. 성종은 贖死는 임금의 덕이나 법은 일정해야 하고 또 대전에서는 《大明律》에 따르도록 하므로 허용하지 않았다.<sup>152)</sup>

재론에서도 역시 의견의 대립이 있었다. 金應箕 등은 다음과 같이 찬성하였다. 《大明律》과 《律條疏議》, 《對款議頭》 등의 연혁을 설명하고, 《律條疏議》는 贖死 9조를 상세히 한 것이고, 《律條疏議》는 《對款議頭》를 조술한 것인데, 1482년(성종 13)부터 참고하면서 이 조문만 적용하지 않았는데, 贖死를 허용하는 범죄는 十惡에 비할 수 없고, 또 《大明律》을 적용하므로 중국에서 적용하는 《律條疏議》, 《對款議頭》도 적용할 수 있다는 의견이 있었다. 이에 대해 韓斯文 등은 다음의 이유로 반대하였다. 속형은 權宜의 術이며, 宋의 사례를 들어 형벌이 절도를 잃어 결국 송은 형벌이 가볍게 되었으므로 속사는 허용할 수 없다. 또 《律條疏議》와 《對款議頭》에서 속사 9조를 실은 근거를 알 수 없으며, 중국과 우리는 다르기 때문에 《大明律》을 적용하였다고 해서 현재 중국의 법서에 따라 속사를 허용할 수 없다. 실제로 《경국대전》에서는 印信僞造犯에 대해서는 참형으로, 노비가 가장을 고발한

148) 《大明律講解》〈吏律〉「倉庫」[附餘錢糧私下補數] 참조.

149) 《大明律講解》〈刑律〉「賊盜」[發塚] 참조.

150) 《大明律講解》〈刑律〉「受贓」[官吏受財] “凡官·吏受財者 計贓科斷 無祿人各減一等 … 有祿人枉法贓 各主者通算全科 一貫以下杖七十 … 八十貫 絞 【註】「謂雖受有事人財 判斷不爲曲法者 如受十人財 一時事發 通算作一處 折半科罪」 【講曰】「若受一主之贓 不在折半之限 並全科」”

151) 《成宗實錄》 성종 25년 7월 5일(신묘) 참조.

152) 《成宗實錄》 성종 25년 7월 7일(계사) 참조.

것에 대해서는 교형으로 《大明律》보다 더 무겁게 처벌하고 있으며 贓吏도 엄격하게 다루고 있으니 《大明律》에 따라 속사를 허용할 수 없다.<sup>153)</sup>

성종은 속사 허용에 대해 《對款議頭》의 불분명을 이유로 허용하지 않을 뜻으로 대신들의 의견을 물었다. 尹弼商 등은 대명률과 율조소의 등은 차이가 있으며, 후자는 사찬이기 때문에, 尹壕 등은 속사를 허용하면 뒷날의 폐단을 막을 수 없기 때문에, 成俔 등은 《對款議頭》은 중국의 현행제도[時王之制]라고 할지라도 우리나라에 적용되지 않기 때문에 속사를 허용할 수 없다고 하였다. 이에 대해 朴安性 등은 시왕지제이기 때문에 적용할 수 있다고 하였다. 盧思愼은 속사의 허용은 국가의 안위가 아닌 개인의 탐오와 관계되기 때문에 허용할 수 있으나, 속사 자체에 대해 논의한 후에 다시 결정하자고 하였다. 결국 성종은 속사를 허용하지 않았다.<sup>154)</sup>

《律條疏議》는 중국에서 간행된 지 20년만에 수입되어 개별조문의 해석에 활용되었다. 특히 사형의 收贖 허부와 관련해서는 당시의 상황을 엿볼 수 있다. 이 논의에서는 대명률과 중국의 현행 명률주석서의 효력 그리고 율의 독자성 등이 문제로 되었는데, 《율조소의》 등 주석서의 성격에 대한 상반된 입장이 있다. 사찬이므로 권위를 인정하지 않지만, 반대의 입장도 있고, 또 관찬 내지 현행법이므로 적용할 수 있다는 입장과 그렇더라도 양국의 사정이 다르기 때문에 반대하는 의견도 있었다. 결국 속사를 허용하지 않았다.<sup>155)</sup> 그렇지만 이후 《율조소의》는 개별적인 해석에 여전히 활용되었다.<sup>156)</sup>

153) 《成宗實錄》 성종 25년 7월 10일(병신) 참조.

154) 《成宗實錄》 성종 25년 7월 11일(정유) 참조.

155) 조선시대에 사형에 대해 속형이 허용되었는지는 검토를 요한다. 《決訟類聚補》 <徒流死收贖圖>에서는 유형 이하의 형벌에 대해서는 “大明律 銅錢, 決訟類聚 木棉, 刑曹時用 銅錢”을 모두 규정하고 있으나, 사형[絞·斬]은 ‘刑曹時用 銅錢’이 없고, 《續大典》 <刑典> [笞杖徒流贖木]에서는 사형에 대한 속형을 인정하지 않고 있다. 이는 김영석(서울대 박사과정) 군의 지적이다. 그러나 규장각한국학연구원 소장 《受教定例》(고5120-176) 1799년(정조 23)의 수교에서는 過失殺에 대한 속형을 인정하고 있다. 이에 대한 별도의 연구가 필요하다. 鄭肯植 외 編, 『朝鮮後期 受教資料集成(Ⅰ) 一刑事篇(1): 奎章閣所藏本』(한국법제연구원, 2009), 197쪽 참조.

156) 《律條疏議》는 고려대학교 晩松文庫에 필사본(낙질)이 있으며(만송 B7A1194), 전봉덕 선생은 일찍이 1948, 49년에 발표한 논문 「韓國法の 構造와 性格」에서 “불응위조”에 대해서 이를 인용한 바가 있다(전봉덕, 『한국법제사연구』[서울대학교 출판부, 1969], 217쪽 주70).

#### IV. 《無冤錄》

인명을 존중하여 살인사건과 관련되는 법의학서에 대한 관심이 높았다. 대표적 법의학서인 《無冤錄》은 원의 王與(1261~1346)의 저작으로 1308년경에 편찬되었다. 왕여는 송대의 《洗冤錄》, 《平冤錄》과 원대의 판례를 참조하여 편찬하였다. 그는 서문에서 다음과 같이 편찬목적を 밝혔다.

옥사를 처리하고 결정하기는 매우 어렵다. 특히 옥사가 생명과 관계되는 경우에는 檢屍가 가장 어려우며 조그만 차이가 사람의 생명과 직결된다. 옛적에 宋惠父가 검험이 잘못되는 것을 우려하여 《洗冤錄》을 지었으며, 趙逸齋가 《平冤錄》을 교정하였다. 내가 검험을 담당하게 되어 역대의 初檢과 再檢의 어려움을 몸소 체험하게 되었다. 그러던 중에 《洗冤錄》과 《平冤錄》을 보고 增損하고 省部에서 내려보낸 <考試程式>을 기본으로 하여 異動을 참고하여 분류하여 편찬하였다.<sup>157)</sup>

즉 왕여는 인명과 직결되는 검험의 중요성을 강조하고 정확한 검험과 이에 따른 살인자의 적발과 억울함을 없게 하기 위해 그 이전의 《洗冤錄》과 《平冤錄》을 참고하고 형부에서 제정한 <考試程式>을 기본으로 여러 사례를 종합하여 내용적으로 분류하여 편찬하였다.

고려시대인 1059년(문종 13)에 《疑獄集》이 편찬된 사실에 비추어보면 송대의 《洗冤錄》과 《平冤錄》, 《結案程式》 등이 전래되었을 가능성이 높고, 여말에는 《지정조격》이 수입·적용되었기 때문에 이미 여말에 《무원록》이 수입되었을 가능성도 있다.<sup>158)</sup>

조선초기에는 《無冤錄》이 널리 활용되지 못하였는데, 그 이유는 용어가 생소한 등 너무 어려웠기 때문이다. 이를 해소하기 위해 1438년(세종 20)에 崔致雲(1390[공양왕 2]~1440[세종 22]) 등이 주석을 한 《新註無冤錄》을 간행하여, 이듬해 봄에 강원도 관찰사 柳孝通에게 이의 인쇄와 전국에 배포를 명하였다. 농번기를 피

<sup>157)</sup> <新註無冤錄序> “...蓋獄重事也, 治獄固難 斷獄尤難. 然獄之關於人命者 唯檢屍爲至難 毫釐之差 生死攸繫. ... 昔宋惠父念獄情之失 由定驗之誤 曾編洗冤錄, 趙逸齋又訂平冤錄. ... 予濫叨案牘之寄 歷試檢覆之難 因觀洗冤平冤二錄 互有損益 遂以省部見降考試程式 爲持循之本 參攷異動 分門編類...”; 김호 옮김, 『신주무원록』(사계절, 2003), 51-3쪽.

<sup>158)</sup> 박병호, 『세종시대의 법률』, 58-62쪽.

해 간행에 착수하였으나 완성되지 못한 채, 후임으로 崔萬理가 부임하여 1440년 봄에 완성되었다. 강원도의 지역적 한계를 克服하기 보급하기 위해 1447년(세종 29)에 경주에서 重刊하였고, 이어서 진주, 남원 원주 등지에서도 번각·발행하였다.<sup>159)</sup>

《無冤錄》이 보급된 것은 이보다 앞선 1419년(세종 1)이다. 형사사건의 처리에 날짜를 분명히 하여 정확한 재판을 하기 위해 형조에서 “무원록에 따라 인명과 관계된 공사의 문서와 후일 증빙이 될 문서에는 반드시 날짜를 구체적으로 기록 할 것”을 청하였고, 세종은 이를 허락하였다.<sup>160)</sup> 이는 《無冤錄》 권상 <論辯> [晝夜之分]에 있다.<sup>161)</sup>

1435년(세종 17)에는 예조와 의정부의 의견에 따라 검시격례가 수록된 《無冤錄》에 따라 검시하고, 이를 吏科와 律科의 시험과목으로 정하고, 관료들에게 학습 하게 하였다. 그리고 강습하는 것은 율과를 講試하는 해에는 다른 과에 비해 가장 적으니 율과에서는 시험을 하고 分數를 주었다.<sup>162)</sup> 이에 따라 《無冤錄》은 율과 초시·복시의 講書와 취재의 과목으로 되었다.<sup>163)</sup>

《無冤錄》은 구체적인 사건처리의 지침으로 활용되었다. 1439년(세종 21)에는 의정부에서 《무원록》에는 시체를 검험할 때에 상처의 깊이를 재는 내용만 있고, 산 사람의 상처는 그렇게 하는 내용이 없음에도 불구하고 관리들이 상해의 경우에도 그렇게 하는 것을 금지하였다.<sup>164)</sup> 그리고 1442년(세종 24)에는 司律院의 程

159) 이상은 김호, 「해제」, 앞의 역서, 16-19쪽.

160) 《世宗實錄》 세종 1년 2월 23일(무술): “○刑曹啓 ‘無冤錄云 ‘凡告事 必明註年月, 而文案中 不得寫去年今年前月今月當日此日’ 今後關係人命重事及堪爲後考公私文案, 必書某年某月某日, 以爲恒式.’ 從之”

161) 《無冤錄》 권상 <論辯> [晝夜之分]; 앞의 역서, 106-107쪽.

162) 《世宗實錄》 세종 17년 6월 8일(무신) “○禮曹與議政府諸曹同議, 各品陳言以啓 … 一. 檢屍之際, 毫釐有差, 人命係焉, 中外官吏, 檢屍不明, 以致冤抑. 臣竊見無冤錄一書, 具載檢屍格例. 乞於吏科律科, 并試之, 朝士亦令肄[원문은 ‘隸’이나 오자임]習. 右條 律科講試之歲, 比他科最少, 唯於律科, 并試給分 … 從之”

163) 《經國大典》<禮典> [諸科] 「律科初試」 “講書 無冤錄”, 「律科覆試」 “講書 無冤錄”, [取才] “律學: … 無冤錄”

164) 《世宗實錄》 세종 21년 11월 29일(계유) “○議政府據刑曹呈啓 又觀無冤錄 「驗定本屍, 沿身某處有傷, 長闊各若干分寸・深若干分寸」 而生人傷處則無寸量深淺之法矣. 近年以來, 京外官吏等, 例於凡人被打傷審驗時, 傷處深淺, 並令寸量. 人既被傷, 受痛已甚, 又因寸量深淺, 如以木枝等物衝刺, 尤致痛傷, 恐至殞命. 古人之說, 想必有深意存焉. 況律文內成傷則一體科罪, 而不必以傷處深淺罪有輕重乎. 自今死屍外, 被打人傷處深淺, 並勿寸量. … 從之”; <十七. 初復檢驗關文式>, 앞의 역서, 256쪽.



文에 의거하여 형조에서는 《무원록》과 <檢屍規式>에 따라 서울과 지방에서 檢屍하도록 건의하였고, 세종은 이에 따랐다.<sup>165)</sup> 내용은 다음과 같다.

검시는 서울에서는 한성부와 각부의 官吏가, 지방에서는 그 고을의 三班首吏가 初檢을, 守令은 復檢을 합니다. 無冤錄의 正官檢屍及受理人命詞訟에는 “이제부터 시체를 검험함에는 그 곳의 장관을 차출하여 典吏, 형사에 익숙한 실직 서리, 믿음직스럽고 능숙한 作作과 行人을 데리고 거리를 가리지 말고 시체가 있는 곳에 간다. 시친과 이웃사람, 시체감시인을 불러 오작과 향인이 일일이 자세하게 검험하도록 직접 감독한다. 검험을 마친 후에 그 곳의 장관에 보고하고 초검에 관계한 자들은 회피하며, 복검관리 등도 위에 따라 검험하여 원래의 관사에 회牒한다”라고 있습니다. 그리고 이번에 간행한 <檢屍規式>에는 “초검관은 서울에서는 각부의 관리, 지방에서는 시체가 있는 곳의 수령이, 복검관은 서울에서는 한성부의 관리가, 지방에서는 인근 수령이 한다. 그 주에는 인근 관리는 본관의 문첩을 받으면 빨리 가서 검험하는 것은 恒式으로 한다”라고 있습니다. 지금 서울과 지방에서는 구습에 따라 전혀 따르고 있지 않으니 규칙에 따라 시행하십시오.

위 《무원록》의 내용은 1270년에 中書右三部(병부·형부·공부)에서 중죄수를 심리하면서 검험의 폐단을 지적하고 시정한 것이다. <檢屍規式>에서는 초검관과 복검관을 각각 달리하고 있는데, 이는 위에 따른 것이다. 이것은 이후 검험의 기본적인 원칙이 되었다.

살인사건처리의 지침서로 《무원록》과 검험의 중요성이 강조되었음에도 불구하고 현실에서는 검험을 제대로 하지 않고 따라서 살인사건의 처리도 원만하게 되지 않았다. 1483년(성종 14)에 한성판윤李克均은 당시의 살인사건처리의 문제점에 대해 다음과 같이 지적하였다.<sup>166)</sup> 즉 死因은 다양하고 또 검험관이 더러움 등

165) 《世宗實錄》 세종 24년 2월 27일(무오) “○刑曹據司律院呈啓 凡檢屍, 京中則 漢城府 各部官吏 外方則其官三班首吏初檢, 守令復檢, 京外各異. 謹考無冤錄 正官檢屍及受理人命詞訟規式內 「今後檢驗屍傷, 委本處管民長官, 劃時將引典吏並諳練刑獄正名司吏信實慣熟作作行人, 不以遠近, 前去停屍處, 呼集屍親并隣佑主守人等, 躬親監視, 令作作行人對衆一字細檢驗, 回報本處官司, 仍仰初檢官吏人等回避, 其復檢官吏人等, 依上檢驗回牒, 元委官司」 又今刊行檢屍規式內 ‘初檢官, 在內各其部官吏, 在外所在官守令. 復檢官, 在內 漢城府官吏, 在外隣近守令’ 註云 ‘在外隣近官, 如承本官文牒, 急速往驗, 以爲恒式’ 今京外官因循舊弊, 全不舉行, 請一依規式施行”; 앞의 역사, 176, 178쪽.

166) 《成宗實錄》 성종 14년 10월 14일(계유) 참조.

을 싫어하거나 그 방식을 몰라서 직접 검험하지 않고 오작인 등에게 맡겨버리는 폐단이 있다고 하였다. 특히 싸운 후에 4, 5일이나 10일 후에 사망한 경우에 치명적인 상처가 없더라도 辜限<sup>167)</sup>을 적용하여 구타 때문에 사망한 것으로 처리하고 있었다. 그는 해결방법으로 《무원록》에 따른 검시를 강조하였다. 즉 《무원록》에 있는 치명상을 열거하고 이에 해당할 경우에만 고한을 적용하여 살인의 책임을 물을 것을 주장하였다.<sup>168)</sup> 또 지방에서 검험을 할 때 尺度로 周尺이나 營造尺을 사용하는 등 통일되지 않았는데, 양자에는 차이가 있기 때문에 法物[기준이 되는 물건]이 될 수 없으므로 《무원록》에 따라 척도를 고쳐 만들어 지방에 보낼 것을 청하였다. 또 毒殺 여부를 판명할 때 《무원록》에는 범물로 은비녀를 쓰도록 하고 있는데, 만약 은비녀가 가짜이면 독살 여부를 판명할 수 없기 때문에 순은으로 이를 만들어 보낼 것을 청하였다.

검험을 철저히 하여 살인의 책임을 물을 것에 대해서는 타당성을 긍정하였으나, 애매한 경우에는 《經國大典》<刑典> [推斷]의 “사정이 애매한 경우에는 사유를 갖추어 보고하여 국왕의 승인을 받는다”<sup>169)</sup>로 처리하면 된다고 하여 수궁하지 않았다. 그리고 범물로 영조척을 쓰자는 주장은 즉시 수용되었으며,<sup>170)</sup> 순은비녀의 사용에 대해서는 死因이 너무 많기 때문에 일일이 사용할 수 없다고 부정하였다. 그러나 은비녀 사용 자체가 부정된 것은 아니다. 1516년(중종 11)에는 《무원록》에 따라 은비녀로 독살 여부를 판단하게 하였다.<sup>171)</sup>

167) 폭행 및 상해치사의 경우, 원인행위와 사망의 인과관계를 의제하여 책임을 묻는 것이다(《大明律講解》<刑律>「鬪毆」[保辜限期] 참조).

168) 《成宗實錄》성종 14년 10월 14일(계유) “臣謹按無冤錄云: ①「四縫屍首, 切須仔細, 躬親看驗, 頭上頂・顙門・乘枕・左右額角・太陽・鬢門・項下及當心左右・兩脇上下・小腹左右及陰囊・玉莖・腦後・左右兩肋處, 並係緊切, 虛脇・要害致命之處, 慮有他故 於內, 若一處有痕損, 在要害致命處, 或非致命處, 並即令作作, 指定喝起」, ②「打著頭面額角兩大陽穴腦頭并兩脇肋後, 如大段打破, 深重骨損時, 定是要害身死」③又云: 「他物及頭額・拳手・腳足・堅硬之物, 撞打痕損, 顏色其至重者, 紫黯微腫, 次重者, 紫赤微腫, 又其次紫赤色, 又其次青赤色, 其出限外痕損者, 其色微青」④又云, 「痕紫黑黯色, 看其大小, 量見分寸, 又看幾處皆可致命, 只指一重要害處, 定虛脇, 要害, 致命身死」; ①: <檢法>, 앞의 역서, 316쪽, ②: <九. 棒毆死>, 앞의 역서, 402쪽, ③: <九. 棒毆死>, 앞의 역서, 410쪽, ④: <十三拳手足踢死本>, 앞의 역서, 438쪽.

169) 《經國大典》<刑典> [推斷] “獄囚情涉疑似者具由取旨”

170) 《成宗實錄》성종 14년 10월 14일(계유) “○傳于刑曹曰 檢屍之時, 外方官吏, 或用營造尺, 或用周尺, 長短無准, 一依無冤錄, 用官尺申明舉行”; <檢驗用營造尺>, 앞의 역서, 74쪽.

171) 《中宗實錄》중종 11년 11월 9일(병술) “○敎刑曹曰 其依無冤錄, 造銀憑, 以驗毒藥致死者”; <檢屍法物銀釵假偽>, 앞의 역서, 80-84쪽.

이후 개별사건에서 《무원록》은 계속 활용되었다. 1491년(성종 22)에는 동부승지 曹偉의 家奴 檢都致가 조위의 丘使를 때려 죽였다. 이 사건이 발각되자 사헌부에서는 사건에 관계된 자의 加刑을 청하였다. 이에 대해 성종은 달이 지나서 검시를 하였기 때문에 實因을 판정할 수 없고, 이를 이유로 사헌부의 의견을 수긍하지 않았다. 또 장령 楊沔도 《무원록》을 근거로 폭행치사를 부정하였다.<sup>172)</sup>

1494년(성종 25) 鄭守同이 安元生을 죽인 사건에서는 《무원록》의 勒死條, 自縊條의 내용과 사망자의 屍帳을 검토하였지만, “生前에 졸라서 죽지 않은 동안에 곧바로 매달고 자신이 목을 매어 죽은 것처럼 만들면, 이것은 자못 분변하기 어렵다”에 따라 분명한 결론을 내리지 못하였다. 정수동은 고의로 살해할 마음은 없었지만, 옆구리를 때려 다치게 하고 즉시 구원하지 않았으며 또 죄를 면하기 위해 자살한 것으로 위장하였기 때문에 결국 살해한 것과 같게 보았다.<sup>173)</sup>

1525년(중종 20)에 10년 전에 발생한 사건이 논란되었다. 尹元孫이 자기 비인 仇叱德[국덕]이 도망쳤다고 해서 잡아다가 문초하자 仇叱德이 양인임을 주장하다가 자살하였는데, 검시하니 은비녀가 달라졌다. 이에 대해 윤원손은 仇叱德이 형장을 이기지 못해 자살하였다고 주장하였다. 《무원록》에서는 “순은을 써야 독살 여부를 판단할 수 있다”<sup>174)</sup>고 했는데, 당시 검험을 할 때 순은을 사용했는지를 알 수 없기 때문에 증거로 할 수 없고 또 50차례의 형신을 하였음에도 불구하고 자백을 하지 않았기 때문에 疑獄으로 보았다.<sup>175)</sup>

172) 《成宗實錄》 성종 22년 9월 19일(임진) “... 掌令楊沔來啓曰 臣等亦以爲疑獄也。但無冤錄 壞爛死條 「毆死者被傷處，不至骨損，則肉緊貼在骨上」，此屍有堅硬之肉，付在骨上，恐其毆傷而死也。且其人被打後，不得還家，經宿後人負以去。檢都致，雖加刑，必不承服，故請刑事干人。...”; <壞爛死>, 앞의 역사, 546쪽.

173) 《成宗實錄》 성종 25년 5월 12일(기해) “又議 鄭守同 事。克敬·浚·倜·克恆 議：無冤錄 勒死條 ①「若被人行打勒殺，假作自縊，則口眼多開，手散髻寬，慢喉下血脉不行，痕跡淺瀆，無血磨黑跡，舌不出，亦不抵齒」，又云 「②生前未死間，即時吊起，詐作自縊，此稍難辨」，自縊條 「③自縊身死者，兩眼合，唇口黑皮間露齒，若勒喉下，則口開舌尖出，兩手須拳握，兩腳尖直垂下，臀有糞出」 今審 安元生 屍帳，「兩眼合，口唇翻，左手微握，右手緊握，兩腳直下，臀後出糞，左右耳後傷處紫黑色」，然則傷處與自縊傷同，而無被人勒死傷處痕跡，然上項 無冤錄內 「生前未死間，即時吊起，作自縊 此稍難辨」，則今以傷處議斷固難。然鄭守同 初無殺心，因忿打下，誤傷虛脇，知其必死，欲免死罪，未氣絕前，即時吊起勒死，故其傷處與自縊傷處略同 無冤錄 所謂難辨者此也。今以事跡雖擬故殺，於法似當，然傷處如是難辨，又拷訊十九次後乃服，又初無殺心，刑曹以疑獄稟旨，允合罪疑惟輕之義”; ①: <勒死>, 앞의 역사, 336쪽, ②: <勒死>, 앞의 역사, 342쪽, ③: <自縊死>, 앞의 역사, 354쪽.

174) <檢屍法物銀釵假偽> “俗稱倒三七者 即三分是銀七分是銅 或半眞半假者有之 銀釵假偽 才觸穢氣 其色卽變 難以 辨明 遂致冤枉”; 앞의 역사, 82쪽.

1537년(중종 32)에는 金弼의 父 金仲良을 內隱藏[안장]과 鄭亨根이 독살한 사건이 발생하였다. 사실관계는 다음과 같다. 김종량이 병을 피해 아들인 김빈의 집에 있었는데, 內隱藏이 밥을 주지 않았다. 김빈은 평소 內隱藏을 해코지하려는 마음이 있었는데, 부 김종량의 주검을 보니 부가 독을 마신 것처럼 보여서 內隱藏 등을 고소하였다.<sup>176)</sup> 의금부[법사]에서는 《무원록》에 근거하여 검험하고 實因을 독살로 보았다. 그리고 이에 따라 정형근 등이 독을 넣었다는 증거가 없으므로 석방하고, 오히려 아들 김빈이 부를 독살한 사건으로 刑推하였다. 그런데 사간원에서는 이것이 부당하므로 김빈이 아니라 內隱藏과 정형근을 추문할 것을 청하였다.<sup>177)</sup>

나흘 후에 左承旨 黃憲은 다음과 같이 보고하였다. 정형근 등이 다섯 차례의 고신에도 불구하고 자백하지 않으니 독을 넣은 정황에 의문이 있다고 하였다. 그리고 검시장의 내용을 《무원록》에 따라 검사하여 “목구멍에는 증험이 없고, 항문[穀道]에는 증험이 있다”라고 보고하였다. 그런데 《무원록》에는 “독을 먹인 후에 목을 누르면 식도가 아닌 항문에 증험이 있다”는 내용을 인용하였다. 그리고 김종량은 죽은 먹은 후에 토를 하였기 때문에 항문이 아닌 식도에 증거가 있어야 한다.<sup>178)</sup> 그렇지 않으므로 정형근 등을 석방하고 김빈을 무고죄로 다스리도록 하였다. 중종은 증거가 없고 또 김빈이 內隱藏을 해치려 한 것으로 보아 이에 따랐다.

사흘 후에 사헌부에서는 반대의견을 제시하였다. 우선 정형근 등을 몇 차례 형신을 한 후 疑獄으로 처리하는 것은 제대로 된 신문이다. 그리고 《무원록》에 분명한 근거가 있는데도 이에 따라 처리하지 않으면 죄인은 두려워하지 않고 억울한 자는 雪冤할 수 없을 것이라고 하였다. 그러나 중종은 이미 조사관[委官]들이 推問하여 실상을 알기 어려우므로 여러 대신의 의견에 따르도록 하였다.<sup>179)</sup>

1589년(선조 22)에 독살사건에 대해 오부와 한성부 관원이 검시할 때에 實因을 기재하지 않았다가 형조의 독촉을 받고서 “非常致死”로 기재하였는데, 이는 분명

175) 《中宗實錄》 중종 20년 11월 15일(경오) 참조.

176) 《中宗實錄》 중종 32년 2월 23일(임신) 참조.

177) 《中宗實錄》 중종 32년 2월 19일(무진) 참조.

178) 《中宗實錄》 중종 32년 2월 23일(임신) “左承旨 黃憲 啓曰 … 以檢屍狀, 憑驗於無冤錄, 則皆不相準. 唯銀釵, 試之於喉中則無驗, 而試之於穀道則有驗. 「以銀釵, 試於死人之喉中及穀道, 有藥毒, 則銀釵色黑, 以皂角水洗之, 而黑色不變, 無藥毒, 則釵色雖黑, 以皂角水洗之, 黑色還白」唯此爲疑端, 故內隱藏等, 今已受刑矣. 然以無冤錄考之, ‘服毒之後, 若爲壓下, 則喉中無驗, 而有驗於穀道.’ 仲良 則臨死時, 飲粥即吐, 非是壓下, 似乎無驗於穀道, 而有驗於喉中也. 今仲良之檢屍反是, 此亦可疑也”; <十六毒藥死>, 앞의 역서, 454쪽 참조.

179) 《中宗實錄》 중종 32년 2월 26일(을해) 참조.

하지 않고 또 《무원록》에 없기 때문에 실인으로 인정하지 않고 초검관과 복검관을 파직하고 다시 검시하도록 하였다.<sup>180)</sup>

1603년(선조 36)에 검시를 완료한 사건에 대해 다시 재검을 요청한 사건이 있었다. 검시가 완료된 시체의 처리에 대해서는 《무원록》 <검시조>에 따르면 “복검관이 검시를 마쳤는데, 이의가 없으면 시체를 친숙에게 내어주어 매장하게 한다. 만약 이의가 있으면 시체를 안치하고 그 위에 문짝 등을 덮어두고 흙으로 덮어 봉토를 만든 후에 회를 뿌려[灰封] 踏印하여 다음의 복검에 대비한다”라고 되어 있다. 韓德麟의 유아가 사망하였는데, 복검이 끝나자 屍親<sup>181)</sup> 韓德麟이 특별한 이의를 하지 않고 着名을 한 후에 시체를 인수해갔는데, 그 후 회를 뿌리고 답인을 하지 않은 채로 그의 집에 보관하였다. 그런데 무슨 연유에서인지 한덕린이 형조에 억울함을 호소하였고, 이에 따라 형조에서 재검을 요구하였다. 의금부의 낭청이 검험이 끝난 다음의 사실을 보고하였으며, 의금부에서는 《무원록》에 따라 처리하였는데, 아무런 근거도 없이 복검을 하는 것은 간사함을 막는 법의에도 위배되고 또 검안에 첨부한 보관상태도 알 수 없기 때문에 반대의 뜻을 던지시 내비추었고, 선조도 이에 따랐다.<sup>182)</sup>

20일 후 형조판서 洪汝諄은 한덕린의 사건에서는 실인을 확정해서 실체를 밝혀야 하고, “회를 뿌려 踏印하지 않은 것”을 이유로 재검을 하지 않겠다는 의금부의 주장에 대해서는 《무원록》에 ‘灰封’이 있으나 “회봉하지 않으면 검시하지 않는다(無灰封不檢屍)”는 문장이 없기 때문에 ‘회봉하지 않은 것’을 이유로 검시 결과에 대해 이의를 제기할 수 있지만, 이것을 빌미로 재검하지 않는 것은 억울함을 낳는 것이므로 불가하다고 하였다. 이에 대해 선조는 재검, 즉 三檢을 허용

180) 《宣祖實錄》 선조 22년 8월 23일(무술) “爲檢屍官者, 所當十分詳檢, 實因懸錄, 然後獄事可辨, 而當部及漢城府官員檢屍之時, 初則不書實因, 及刑曹催督, 然後以‘非常致死’懸錄. 非常二字, 在於疑似之間, 既非無冤錄所載, 人命大獄, 亦不可以此斷決. 其臨事依違之罪, 不可不懲, 請初覆檢官並命罷職, 更爲檢屍, 以斷大獄”

181) 시친: 피살자의 친척 등으로 형사절차에서 고발인의 역할을 담당하였다.

182) 《宣祖實錄》 선조 36년 6월 5일(경인) “○義禁府啓曰 無冤錄檢屍條云 ‘覆檢官檢訖, 如無爭論, 方可給屍與親屬, 無親屬者, 責付本都部埋瘞. 如有爭論, 切未可給尸, 即掘一坑, 就所瘞物埋屍, 安頓坑內, 上以門扇蓋, 以土掩瘞作堆, 周迴用灰, 印記防備, 後來官覆檢, 仍責看守狀附案云云’ 今依啓下公事, 令本曹郎廳, 與該曹郎廳, 同往所謂停屍處, 問其屍身所在, 則初覆檢時, 屍親韓德麟, 無辭着名, 別無爭論之事, 即受原屍而去, 不爲灰封踏印, 至今仍置 德麟家云, 故所遣郎廳, 即以此意回告矣. 今若取屍於其親之家, 無端改檢, 則有違法文防閑奸弊之意, 又無看守狀可以附案. 未知何以處之. 敢稟. 傳曰 自當按法施行”; 앞의 역시, 318쪽.

하였다.<sup>183)</sup>

그러나 사헌부에서는 다음과 같이 형조판서 홍여순의 주장을 반박하였다. 초검과 복검의 결과가 같으면 결과를 반복하지 않는 것이 詞訟에서 三度得伸法과 같아서 다시 검험을 하지 않는 것이 법이다. 그런데 만약 상언 등이 있으면 왕명을 받아 처리하였다. 張孝孫 사건에서는 복검까지 마친 후에도 피고인이 끝까지 억울함을 호소하고 착명하지 않아서 결국 조사관[推官]을 처벌한 후 왕명을 받아 재검을 한 것이다. 이 사건에서 형조판서 홍여순은 조사관들이 제대로 하지 않았다고 하면 이를 분명히 조사해서 조사관을 처벌한 후 삼검을 하여 실인을 바로 잡아야 한다. 그런데 형조판서는 사실을 적시하여 주장하는 것이 아니라 추상적으로 하는 것이므로 이는 法例에 어긋나는 것이다.<sup>184)</sup>

《無冤錄》은 살인사건의 처리에서 구체적인 지침으로 활용되었다. 뿐만 아니라 구체적인 형사사건의 심리에 도움이 되는 중국의 형사사례집인 《棠陰比事》나 《疑獄集》<sup>185)</sup> 등도 수입되었다. 1485년(성종 14)에는 寬刑의 정책에 도움이 되도록 이 서적들을 간행하였고(성종 14.8.24), 1539년(중종 34)에는 대사헌 상진의 건의에 따라 《棠陰比事》를 印頒하였다(중종 34.10.7).<sup>186)</sup>

《無冤錄》은 조선시대 기본적인 법의학서로 활용되었으며, 영조대에는 《增修無冤錄》, 정조대에는 《증수무원록언해》, 또는 《無冤錄大全》으로 간행되었다.

## V. 中國法書 受容의 特徵과 意義

조선전기에는 당에서 명까지의 다양한 법서들이 수입되고 활용되었다. 《唐律疏議》와 《唐六典》이 이용되었다. 《唐律疏議》는 1427년에 주자소에서 인쇄한 이래 널리 보급되었으며, 율과와 取才의 과목으로 되었다. 《唐六典》은 세자시강원의 정비에 동원되는 등 각종제도의 정비에 유용한 기초자료로 인식되었다. 《至正條格》은 1423

183) 《宣祖實錄》 선조 36년 6월 25일(경술) “○刑曹判書 洪汝諄 啓曰 韓德麟 … 所謂灰封, 固是無冤錄所載, 而初無無灰封不檢屍之文. 若以不灰封, 爲一段痕咎, 則猶或可也, 而執此爲說, 終莫之開檢, 則不亦冤乎. … 傳曰 允”

184) 《宣祖實錄》 선조 36년 6월 25일(경술) 참조; 최종결론을 확인할 수 없다.

185) 의옥집: 宋 桂萬榮이 지은 것을, 明 常熟人 吳訥이 增補하였다.

186) 정궁식, 「법서의 출판과 보급으로 본 조선사회의 법적 성격」, 『서울대학교 법학』 48-4 (서울대학교 법학연구소, 2007), 97쪽.

년에 간인되었고, 이후 漢 吏文을 습득하기 위한 교재로 성종대까지 중시되었다.<sup>187)</sup> 특히 1554년(명종 9) 也足堂 魚叔權(생몰년 미상)이 편찬한 類書로 大夫와 胥吏 및 선비까지 알아야 할 일상생활에 필요한 내용을 수록한 《稗官雜記》에도 인용되는 것으로 보아 상당히 유포되었음을 알 수 있다. 용어집인 《吏學指南》은 국내에서 재간될 정도로 중시되었으며, 《經國大典註解(後集)》의 편찬에 큰 영향을 주었고, 구체적인 용어의 해석과 이에 터잡은 법적용에 활용되었다. 구체적인 형사사건 처리지침서인 《議刑易覽》은 이미 고려말에 주목을 받을 정도로 초기부터 보급되었다.

1443년 이전에 이를 근거로 기존의 처벌관례를 바꾼 예와 1466년에는 왕궁에 소장된 《大明律講解》를 교정하여 500질을 인쇄한 예에서 보듯이 《大明律講解》는 일찍부터 중시되었고, 실제로 활용된 대명률은 이 책으로 생각한다. 그리고 다른 주석서인 《律學解頤》나 《律解辨疑》도 수입되었다. 이들은 모두 율과와 취재의 과목이었다. 경국대전의 편찬을 전후하여서는 《律條疏議》 등 최신 대명률주석서도 수입되어 활용되었다. 이때부터는 단편적으로 특정한 법서만을 참조하여 문제를 해결하는 것을 지양하여, 여러 법서를 활용하여 적합한 해결책을 찾으려고 노력하였다. 이 과정에서 《律解辨疑》의 오류를 찾아내고, 주석서의 성격과 한계를 분명히 할 수 있었다. 특히 최신 주석서인 《律條疏議》는 중국서 간행된 지 20년이 채 되기 전에 수입되었고, 즉시 활용되었다. 특히 여기의 贖死規定은 조선에 적용할 것인가를 둘러싸고 논란이 되었으며, 이 과정에서 비록 대명률을 적용하지만 조선형법의 독자성까지 논의되었다.

중국법서 가운데 가장 큰 영향을 준 것은 법의학서인 《無冤錄》이다. 이 책은 이미 고려시대에도 수입·활용되었을 것이라고 추정된다. 특히 이의 효용성을 높이기 위해 1438년에는 조선에서 《新註無冤錄》을 간행하였다.

이러한 중국법서는 중앙에서만 아니라 지방에서도 활용되었다. 지방에서 중국법서의 보급은 위 어숙권의 《故事撮要》의 <八道道程> [책판목록]을 통하여 알 수 있다. 법률서는 《故事撮要》의 史部 政法類에 모두 24종이 수록되어 있다. 이중 중국법서는 “당률, 대명률강해, 무원록, 祥刑要覽(명 吳訥), 小全대명률(세조 때 양성지 명), 신주무원록, 율학해이, 疑獄集(晉 和凝), 이학지남, 易刑義南[議刑易覽의

187) 元의 《大元通制》(1323년 완성), 明의 《御製大誥》(1385년 완성)도 이문교재로 중시되어 간행되었다(《世宗實錄》 세종 23년 11월 6일[기해], 세종 5년 10년 3일[경술] 등). 이들 법서는 이외에는 특별한 내용이 보이지 않으므로 제외하였다.

오기로 보임]” 등 10종 15책인데, 강원도와 함경도를 제외하고는 전국에 걸쳐 있다.<sup>188)</sup>

중국법서는 그 성격에 따라 다양하게 활용되었다. 대부분의 법서는 개별형사사건을 처리하는데 전거로 활용되었고, 《唐律疏議》와 《至正條格》은 제도정비, 입법 및 사건 처리의 전로 활용되었다. 특히 元代의 법서는 중국과의 외교관계상 漢 吏文을 훈련할 수 있는 교재로 널리 보급·활용되었고, 이는 경국대전 예전 [諸科]와 [取才]에 과목으로 수록되었다.

경국대전 <형전> [용률]조에서 대명률이 일반형법으로 확정되기 전까지는 다양한 法源이 경합하는 과정이었다. 특히 世宗代에는 법서가 아닌 《元史》<刑法志>가 활용되기도 하였다. 1423년(세종 5)에는 《대명률》에서는 규정하지 않은 사면 후의 절도범에게 刺字하는 위치에 대한 논의가 있었다.<sup>189)</sup> 즉, 《元史》<刑法志>의 “초범은 왼쪽 팔에, 재범은 오른 쪽 팔에 하며, 삼범은 목에 자자한다. 강도는 초범이어도 목에 자자한다. 절도 누범은 양쪽 팔에 모두 자자하며, 재범은 목의 빈 곳에 자자한다.”<sup>190)</sup>라는 내용에 따라 절도 삼범은 양팔의 팔꿈치와 목 뒤에 하여 사면 후의 절도행위에 참고하도록 하였다.<sup>191)</sup> 구체적인 사건에 대한 照律[擬律]과정에서 다양한 법원이 동원되는 시기는 세종대이다.<sup>192)</sup> 이때에는 특정법전에 얽매이지 않고 다양한 법원을 검토하여 합리적이고 타당한 결론을 내리고 노력하였다. 이러한 과정을 거쳐 대명률에 대한 이해가 높아지고 그 결과 대명률이 형사일반법으로 수용된 것이다. 대명률의 위상이 확고해진 이후에도 다른 법전이 활용되었지만, 이는 대명률에서 전거를 찾기 어려운 경우에 국한되었다. 이후로는 《大明律講解》와 《律學解頤》나 《律條疏議》 등 대명률의 주석서가 주로 활용되었다.

중국법서 가운데 조선후기까지 영향을 미친 것은 《大明律講解》와 《無冤錄》이다. 전자는 율문과 해설 및 假想的 사례가 함께 있어서 율문을 이해하기 쉬우며 또

188) 정궁식, 앞의 논문, 107-108쪽의 표를 재정리하였다.

189) 《大明律講解》<刑律>「盜賊」[竊盜] “初犯 並於右小臂膊上 刺竊盜二字, 再犯 刺左小臂膊上”

190) 《元史》志 제52 <刑法 3> “盜賊: 諸盜賊共盜者, … 諸竊盜初犯, 刺左臂, 謂已得財者. 再犯刺右臂, 三犯刺項. 強盜初犯刺項, 並充警迹人, 官司以法拘檢關防之”

191) 《世宗實錄》세종 5년 1월 9일(신묘) “○刑曹啓 今竊盜三犯者, 須據赦後刺字爲坐, 然律文內只有竊盜初犯右小臂膊上, 再犯左小臂膊上, 而不載赦後仍更爲盜者刺處. 按元史 刑法志 ‘諸竊盜初犯刺左臂, 再犯刺右臂, 三犯刺項. 強盜初犯刺項, 諸累犯竊盜, 左右項臂刺徧, 而再犯者, 於項上空處刺之’ 乞依元史, 左右臂肘後 項後刺字, 以考赦後更犯. 從之”

192) 朴秉濤, 「朝鮮初期 法制定과 社會相 - 大明律의 實用을 중심으로 -」 참조.



세종 연간부터 이용한 대명률 주석서라는 점에서 후기에도 여전히 존중받았다. 새로운 주석서가 소개되었음에도 불구하고 여전히 옛 것을 참조하는 것은, 익숙해진 것을 버리고 새 것을 참조함에는 현실적인 어려움과 저항이 적지 않았을 것이다. 慣性の 法則 내지 傳統의 重壓이 《大明律講解》를 계속 활용하게 하였고, 이는 20세기 초반까지 지속되었다. 후자는 살인사건을 처리하는데 檢屍를 하고, 사인을 규명하는데 기본이 되었기 때문이다. 그리고 내용의 이해와 현실적인 활용을 위해 《增修無冤錄》 등 자체적으로 새로운 주석서 내지 해설서가 등장하였기에 계속 생명력을 지닐 수 있었다.

이처럼 조선전기에는 다양한 중국법서가 수입·활용되었지만, 후기에는 사정이 달라진다. 명 태조는 1397년 대명률을 반포하면서, 이의 개정을 금지하였다.<sup>193)</sup> 그러나 사회의 변화 등으로 그의 遺訓은 준수될 수 없었고, 결국 1500년에 《問刑條例》가 편찬되었으며, 이후 몇 차례 수정·보완되었다. 그리고 율문에 대한 사례를 집성한 《大明律附例》가 1585년에 편찬되었고,<sup>194)</sup> 청대에는 《大清律》이 편찬되었다. 《大明律附例》는 1688년(숙종 14)에 형조판서 徐文重이 왕명에 따라 繕寫하여 진상하고 이를 영남과 호남에서 간행하였다.<sup>195)</sup> 《問刑條例》<sup>196)</sup>와 《大清律例》<sup>197)</sup>은 공식적인 법전으로 활용되지는 않고 실무에서는 부분적으로 활용되었을 뿐이다.<sup>198)</sup> 중국법서의 수입과 활용이라는 점에서 조선 전기와 후기는 확연히

193) 《大明律講解》〈吏律〉「公式」[講讀律令] “若官吏人等 挾詐欺公 妄生異議 擅爲更改 變亂成法者 斬” 참조.

194) 정공식·조지만, 앞의 해제, 28-29쪽 참조.

195) 《大明律附例》는 율문이나 주보다는 사례가 중시된 듯하다. 서울대학교 규장각한국학 연구원에 소장된 순조 연간인 1825년 이후에 편찬된 《受教定例》(고5120-176)에는 부록의 형태로 “附例大明律抄”에서 부례를 발췌하여 정리하였다(정공식 외 편, 『朝鮮後期 受教資料集成(Ⅰ)』, 66-79쪽, 207-217쪽 참조). 그리고 1907년 張燾가 편찬한 《新舊刑事法規大全(上)》에는 “第一類 附例明律”에 《大明律附例》전체가 수록되어 있다. 이 점에서 《大明律附例》는 조선후기에 상당히 유포된 것으로 볼 수 있다. 조선후기의 상황에 대해서는 별도의 고찰이 필요하다.

196) 《問刑條例》는 국내에 완질이 소장되어 있지 않고, 서울대학교 법학도서관에 “대명률”이란 서명으로 낙질이 소장되어 있는데, 이는 일본에서 간행된 것으로, 식민지기에 유입된 것으로 생각된다.

197) 정약용의 《欽欽新書》에는 《大清律例》를 인용하고 있는데, 비공식적으로 참조한 듯하다. 이에 대해서는 심희기, 「欽欽新書의 法史學的 解剖」, 『사회과학연구』 5-2(영남대학교 사회과학연구소, 1985) 참조.

198) 자세한 것은 田中俊光, 「朝鮮後期の刑事事件審理における問刑條例の援用について」, 『朝鮮史研究會論文集』 46(朝鮮史研究會, 2008) 참조.

다르다. 이는 중국법서만이 아니라 법서일반에 대해서도 마찬가지이다.<sup>199)</sup>

## VI. 맺음말

조선의 건국은 법치주의의 확립이라는 점에서 큰 의의가 있다. 고려는 개별사건에 대한 왕의 판단을 토대로 법제를 운영한 王法國家이다. 이에 반해 조선은 대명률과 《경국대전》 등 법전을 일차적인 바탕으로 하고 개별사건에 대한 수교로 이를 보완한 통일법전의 국가이다. 이러한 통일법전의 운영에는 경국대전 등 고유법전의 편찬이 일차적인 토대로 되었지만, 이의 근저에 있는 중국의 법과 법서의 수입과 활용도 무시할 수 없을 것이다. 여말선초의 다양한 법원을 종합적으로 이해하는 가운데 대명률이 형사법원으로 귀결되었으며, 이후 그 운용에는 대명률의 주석서가 중요한 역할을 하였다.

조선전기에 수용된 중국법서는 멀리는 653년의 《唐律疏議》에서부터 1461년의 《律條疏議》까지, 그리고 공식적인 법전에서 사찬법서까지 다양하게 활용되었다. 개별형사사건을 처리함에 조선의 실정이나 당시의 법감정에 합당한 결론을 얻기 위한 전거로 주로 이용되었으며, 개별제도의 정비에도 유용하게 활용되었다. 그리고 중앙만이 아니라 지방에도 보급되어 활용되었을 것이다. 이러한 중국법서 중에는 《大明律講解》처럼 중국에도 實物은 물론 書名조차 전해지지 않은 법서와 지금껏 단편적인 자료로 억측만 있을<sup>200)</sup> 《至正條格》처럼 우리나라에 유일하게 전해오는 법서도 있다.

중국법서의 활용은 경국대전 편찬 전후로 성격이 달라진다. 이전에는 다양한 법서들이 동원되었지만, 이후로는 대명률의 주석서가 주로 이용되었다. 이는 일반형사법으로서의 대명률의 위상이 확립된 것에 따른 불가피한 현상이다. 특히 1494년에 贖死와 관련하여서는 당시로서는 최신 주석서인 《律條疏議》의 적용 여부를 둘러싼 논쟁에서 주석서의 성격을 이해하고 나아가 비록 대명률을 적용하지만 형법체계의 고유성에 대한 자각도 생겼다. 이 과정을 통해 《大明律講解》는 조선에서 효력이 있는 대명률로 위상을 확립하였다.<sup>201)</sup>

199) 이에 대해서는 정공식, 「법서의 출판과 보급으로 본 조선사회의 법적 성격」 참조.

200) 植松 正, 「《至正條格》出現の意義と課題」, 『法史學研究會會報』 12(法史學研究會, 2008) 참조.

조선전기에는 적극적으로 중국법서를 수입하여 활용하려고 하였지만, 후기는 그렇지 않았다. 물론 《大明律講解》를 적용하는 데 익숙해져서 새로운 주석서가 없어도 현실문제를 다루는 데 큰 어려움이 없을 것이고, 또 《大清律》도 《大明律》을 바탕으로 하고 있는 점에서 새로운 주석서의 필요성은 거의 없을 것이다. 그러나 이 점만으로는 전후기의 차이를 설명하는 데는 한계가 있다. 가장 큰 이유는 사회 성격의 변화, 위정자의 법에 대한 인식과 사회를 보는 시각과 규율하는 태도의 차이라고 생각한다. 이 문제에 대해서는 긴 호흡을 통한 숙고를 필요로 한다.

투고일 2009. 11. 25	심사완료일 2009. 12. 11	게재확정일 2009. 12. 14
------------------	--------------------	--------------------

201) 국내에 현존하는 대명률 관련 책의 겉표지 서명은 모두 ‘大明律’인데, 내용상 구분하여 관례적으로 각각 “大明律直解”, “大明律講解”, “大明律附例”라고 부른다. 현재 가장 많이 남아 있는 것은 “大明律講解”이며, 조선에 적용된 대명률은 《大明律直解》가 아닌 《大明律講解》이다.

## 참고문헌

- 《經國大典》, 《決訟類聚補》, 《大典詞訟類聚》(申濤 撰), 《受教定例》(규장각 고 5120-176)
- 《大明律講解》, 《大明律直解》, 《大明律附例》(서울대학교 규장각, 2000)
- 張燾, 《新舊刑事法規大全(上)》
- 《唐六典》, 《唐律疏議》, 《吏學指南》, 《律學解頤》, 《律條疏議》
- 沈家本, 『歷代刑法考』, 北京: 中華書局, 1985
- 楊一凡 外 主編, 『中國珍稀法律典籍續編 第4冊: 明代法律文獻(下)』, 哈爾濱: 黑龍江人民出版社. 2002
- 楊一凡 編, 『中國律學文獻(第1輯)』, 哈爾濱: 黑龍江人民出版社. 2004
- 『皇明制書』, 臺北: 成文出版社有限公司, 1969
- 정공식·임상혁 편, 『十六世紀詞訟法書集成』, 한국법제연구원, 1999
- 김호 옮김, 『신주무원록』, 사계절, 2003
- 朝鮮王朝實錄(<http://sillok.history.go.kr/main/main.jsp>)
- 서울대학교 규장각한국학연구원(<http://e-kyujanggak.snu.ac.kr/>)
- DB 文淵閣 四庫全書(<http://skqs.snu.ac.kr/>)
- 《二十六史》, 『中華歷史文庫: 多媒體簡繁體電子版』
- 김문식·김정호, 『조선의 왕세자교육』, 김영사, 2003
- 박병호, 『세종시대의 법률』, 세종대왕기념사업회, 1986
- 田鳳德, 『한국법제사연구』, 서울대학교 출판부, 1969
- 李春植 主編, 『中國學資料解題』, 신서원, 2003
- 鄭肯植 외 역주, 『經國大典註解』, 한국법제연구원, 2009
- 鄭肯植 외 編, 『朝鮮後期 受教資料集成(Ⅰ) 一刑事篇(1): 奎章閣所藏本』(한국법제연구원, 2009)
- 조지만, 『조선시대 형사법 —대명률과 국전—』, 경인문화사, 2007
- 한국학중앙연구원 편, 『至正條格 -影印篇·校註篇』, 휴머니스트, 2007
- 김대홍, 「唐律에서의 범죄와 형벌의 비례성—‘贓’의 개념을 중심으로—」, 『법사학연구』 39, 한국법사학회, 2009
- 김택민, 「《唐六典》의 성립과 서술체제 및 판본」, 『역주 唐六典(상)』, 신서원, 2003
- 김호동, 「《至正條格》의 편찬과 원말의 정치」, 『至正條格 -校註篇』, 휴머니스

트, 2007

朴秉濠, 「朝鮮初期 法制定과 社會相 —大明律의 實用을 중심으로—」, 『국사관논총』 80, 국사편찬위원회, 1998

沈義基, 「欽欽新書의 法史學的 解剖」, 『사회과학연구』 5-2, 영남대학교 사회과학연구소, 1985

鄭光 외, 「<吏學指南> 解題」, 『吏學指南』, 태학사, 2002

鄭肯植, 「朝鮮初期의 居喪行爲의 規制(상)」, 『법사학연구』 10(한국법사학회, 1988

정공식, 「16세기 첩자의 제사승계권」, 『사회와 역사』 53, 한국사회사학회, 1998

鄭肯植, 「법서의 출판과 보급으로 본 조선사회의 법적 성격」, 『서울대학교 법학』 48-4, 서울대학교 법학연구소, 2007

鄭肯植, 「大明律의 罪刑法定主義 原則」, 『서울대학교 법학』 49-1, 서울대학교 법학연구소, 2008

鄭肯植 · 趙志晚, 「해제」, 『大明律講解』, 서울대학교 규장각, 2000

趙志晚, 「《經國大典》의 편찬과 梁誠之」, 『법사학연구』 39, 한국법사학회, 2009

崔鍾庫, 「法史餘滴(29): 律學解頤」, 『법률신문』 1987. 6.

韓相敦, 「中國 傳統刑律 中の 六殺」, 『법사학연구』 15, 한국법사학회, 1994

植松 正, 「《至正條格》出現の意義と課題」, 『法史學研究會會報』 12, 法史學研究會, 2008

田中俊光, 「朝鮮後期の刑事事件審理における問刑條例の援用にいて」, 『朝鮮史研究會論文集』 46, 朝鮮史研究會, 2008

<Abstract>

## A Study on Use and Imports of Chinese Legal Books in the Early Chosun Dynasty

Geung Sik Jung\*

In this paper, I analysed usage and imports of Chinese legal books in the Early Chosun Dynasty(15~16<sup>th</sup> Centuries). During that times, 17 Chinese legal books were imported and used, they are as follow: *Tangyulsoeui* [唐律疏議, in 653], *Tangyukchun* [唐六典, in 738], *Muwonrok* [無冤錄, in 1308], *Yihakchinam* [吏學指南, in 1301], *Taiwontongche* [大元通制, in 1323], *Chichungchogyuk* [至正條格, in 1345], *Euihyungyiram* [議刑易覽], *Taimyungyul* [大明律, in 1397], *Taimyungyulkanghae* [大明律講解], *Yulhakhaeyi* [律學解頤], *Yulhaepyuneui* [律解辨疑, in 1386], *Eochetaiko* [御製大誥, in 1385], *Taimyungryung* [大明令, in 1368], *Yulchosoeui* [律條疏議, in 1461], *Kyemongeuidu* [啓蒙議頭], *Taikwaneuidu* [對款議頭], *Sanghyungchueui* [詳刑追議].

The usage of these books were differed by promulgation of *Kyungkuktaechun* [經國大典, in 1485]. Till 1485, they were used to improve not only legal and political system but also to solve criminal cases. After 1485, mainly the commentaries on *Taimyungyul* were used to understand and apply criminal cases to *Taimyungyul* because it became the general criminal code in Chosun Dynasty.

This character was reflected open-minded aspects to accomplish reasonable legal solution by utilizing many legal materials.

Key words: Chinese legal books, *Tangyukchun* [唐六典], *Muwonrok* [無冤錄], *Yihakchinam* [吏學指南], *Chichungchogyuk* [至正條格], *Euihyungyiram* [議刑易覽], *Taimyungyulkanghae* [大明律講解], *Yulhakhaeyi* [律學解頤], *Yulhaepyuneui* [律解辨疑], *Yulchosoeui* [律條疏議]

---

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