『서울대학교 法學』 제52권 제1호 2011년 3월 55～99면
Seoul Law Journal Vol. 52 No. 1 March 2011. pp. 55～99

〈논문〉

≪大典會通≫ 刑典 규정의 成立沿革*

趙 志 晩**

요 약

이 글에서는 ≪大典會通≫ 형전 규정의 성립연혁에 대하여 밝혔다. 지금까지 ≪大典會通≫에 실린 수교는 ≪大典通編≫의 편찬 이후의 수교들을 집성하여 모은 것으로 알고 있었지만, 이번 연구를 통하여 ≪大典通編≫의 편찬 이전의 수교들도 수록되어 있다는 것을 알 수 있었다. 그리고 ≪大典會通≫ 형전의 주된 내용이 정조연간에 집중되어 있으며, 순조, 헌종, 철종의 3대에 걸쳐서는 소량의 수교들이 생산되었다는 것을 알 수 있었다.

≪大典會通≫의 규정들은 대부분 구체적인 수교를 압축적으로 서술해 놓았기 때문에, 원래의 수교 내용을 알지 못하면 ≪大典會通≫ 규정에 대한 이해를 전혀 할 수 없는 경우가 많았다. 즉 한문을 해석할 수는 있지만, 규정의 의미에 대하여 이해할 수 없는 경우가 많았다. 그러나 이번 연구를 통하여 ≪大典會通≫ 형전 규정의 성립연혁에 대하여 자료의 한계상 모두를 밝힐 수는 없었지만, 대부분의 규정을 새로 발굴된 수교자료와 ≪承政院日記≫, ≪備邊司謄錄≫ 등을 통하여 구체적으로 이해할 수 있는 기틀이 되었다고 생각한다. 이러한 이해를 토대로 하여 ≪大典會通≫ 刑典이 담고 있는 18세기 말, 19세기 초의 범죄양상과 그 대응책에 대하여 연구할 수 있는 터전이 마련되리라 생각한다.

주제어: ≪大典會通≫, 刑典, 受敎, ≪大明律≫, ≪承政院日記≫

* 이 논문은 2010년 한국학중앙연구원 한국문화심층연구사업 공동과제로 수행된 연구임(AKSR2010-C01). 이 주제는 서울대학교 법학대학원 정긍식 교수에게서 기본적인 아이디어를 얻었다.

** 아주대학교 법학전문대학원 조교수.

1. 들어가며

1865년에 편찬된 ≪大典會通≫은 조선의 마지막 법전이다. 법전을 끊임없이 편찬했던 조선에서 ≪經國大典≫을 잇는 대전류 전통을 잇는 마지막 법전이 ≪大典會通≫인 것이다. 그런데 ≪大典會通≫에 수록된 受敎들은 대부분 ≪大典通編≫ 편찬(1785년) 이후에 새롭게 생성된 수교들이기 때문에 18세기말에서 19세기 중엽까지의 상황을 파악할 수 있는 규정들이 다수 존재하고 있다. 이 규정들은 당시 일어나고 있던 문제들에 대하여 집정자들이 어떻게 대응하였는가를 보여주고 있다.

그러나 ≪大典會通≫의 규정들은 원래의 수교가 담고 있던 구체적인 사실들을 捨象하고 압축적으로 규정한 경우가 대부분이기 때문에 그 규정들이 어떠한 의미를 가지고 있는지에 대하여 제대로 이해하기 힘든 측면이 있다. 현재 전통법전 중 ≪經國大典≫에 대하여는 상당한 양의 연구주석[1]을 통하여 ≪經國大典≫의 규정들이 가지는 의미가 상당한 정도로 밝혀져 있다. 그리고 이것이 전통법전의 연구, 法源史의 연구에 큰 도움이 되어 온 것도 사실이다. 하지만 그 이후의 법전들에 대하여는 번역은 이루어졌지만, 본격적인 연구가 시도되지는 않았다.[2] ≪大典會通≫에 대하여는 한국법제연구원에서 번역이 이루어졌고,[3] 상당한 양의 주석이 이루어졌지만, 당시 활용할 수 있는 자료의 한계로 인하여 ≪朝鮮王朝實錄≫을 주된 참고자료로 하였다. 하지만 ≪朝鮮王朝實錄≫의 조선 후기 부분은 많은 기사들이 생략된 채 수록되었기 때문에 18세기 후반과 19세기 초반을 내용으로 하는 ≪大典會通≫의 규정의 성립배경을 밝히기는 힘들었다. 이후 ≪承政院日記≫, ≪朝鮮王朝實錄≫, ≪備邊司謄錄≫ 등이 웹에서 제공되면서 이러한 작업을 보다 손쉽게 할 수 있게 되었고, 受敎자료의 발굴[4]로 인하여 보다 정확하게 접근할 수 있게 되었다. 이러한 작업환경의 변화로 이 글에서 ≪大典會通≫ 규정들의 성립과정을 추적할 수 있게 된 것이다.

---

1) 한국정신문화연구원, **譯註 經國大典 - 번역편, 주석편**, 1985는 그러한 방대한 작업을 하여 연구에 큰 도움을 주고 있다.

2) 그러한 번역들은 주로 법제처에 의하여 이루어졌다. 예컨대 **대전속록**(부・경국대전주해), 1975; **대전통편**, 1963; **전록통고**, 1974 등이 있다.

3) 한국법제연구원(이종일), **大典會通硏究**, 1993-1996.

4) 鄭肯植・趙志晩・金大洪・田中俊光, **朝鮮後期 受敎資料 集成(Ⅰ)-刑事篇: 1(奎章閣 所藏本)**, 한국법제연구원, 2009(이하 'I-쪽수'로 인용); 鄭肯植・趙志晩・田中俊光・金泳奭, **朝鮮後期 受敎資料 集成(Ⅱ)-刑事篇: 2(奎章閣 所藏本)**, 한국법제연구원, 2010(이하 'II-쪽수'로 인용).

이 글에서는 ≪大典會通≫ 刑典 규정의 성립 연혁에 대하여 분석하고자 한다. ≪大典會通≫ 전반에 대한 연구는 매우 광범위하고 사회 전반에 대한 지식을 필요로 한다. 이 모두를 다루는 것은 연구자 개인으로서는 거의 불가능한 일에 가깝다. 따라서 이 글에서는 형전에 한정하여 살펴보고자 한다. 형전 규정의 성립과정을 추적함으로써 조선 후기 다양한 범죄양상과 그에 대한 국가의 대응책을 추적할 수 있으리라 생각한다.

2. 연구의 대상 및 방법

이 글에서 연구하고자 하는 대상은 ≪大典會通≫ 刑典 규정이다. ≪大典會通≫이라고 할 때에는 ≪經國大典≫, ≪續大典≫, ≪大典通編≫이 합본된 형태로서의 법전을 가리키는 것이나, 여기서 분석하고자 하는 대상은 ≪大典通編≫이 편찬된 이후에 새로이 삽입된 규정을 가리키는 것이다. 이 규정들은 ≪大典會通≫에서 '補'로 표시되고 있으며, 이 글에서는 바로 이 '補'라고 표시된 규정들에 대하여 다루는 것이다.

≪大典會通≫은 새로운 내용의 추가, 기존 규정의 수정, 폐지 외에 관제의 변화, 인원의 변화까지 자세하게 규정하였다.[5] 그 중 형전의 경우에는 40개 항목 중에서 22개의 항목을 그대로 유지하고, 18개의 항목을 개정 내지 폐지하였는데, 그 중 本文을 개정한 것이 8個所이고 註를 수정한 것이 43개소이고, 별도의 규정을 두지 않은 채 삭제한 것이 1개소이다.[6] 기존의 연구에서는 별도의 규정을 두지 않은 채 삭제한 것을 제외해 두고, 수정 여부가 ≪大典會通≫ 상에서 나타나는 8개소와 43개소를 합쳐 총 51개소로 산정하였다. 규정을 분석하면 51개소이고 또 이렇게 파악할 수 있으나, 같은 개소라고 하여도 기존 수교를 종합, 정리하는 편집과정에서

---

5) ≪大典會通≫의 편찬과정과 관련하여서는 鄭肯植, "大典會通의 編纂과 그 意義", **서울대학교 法學** 제41권 4호, 서울대학교 법학연구소, 2001. 2를 참조하는 것이 아주 유용하다.

6) 정긍식, "대전회통 해제", **大典會通(상)**, 서울대학교 규장각, 1999, 18쪽(표 2) 및 19쪽(표 3), 32쪽(부표 2), 37-38쪽(부표 2-5) 참조. 註의 개소를 파악할 때는 19쪽(표 3)과 37-38쪽(부표 2-5)을 따랐다. 個所란 로마법에서 개별 텍스트를 지칭할 때 사용하는 용어인데 여기서는 편의상 추가되거나 수정된 부분을 지칭하는 것으로 사용하였다. 같은 해제, 17쪽 각주 52 참조.

시기가 다른 두 개의 수교가 하나의 개소로 합쳐진 경우도 있고, 같은 날 하나의 수교로서 이루어졌지만, 할부과정에서 각기 다른 개소로 나뉘어 규정된 경우도 있다. 이 글에서는 일단 외형적인 개소를 기준으로 삼아 원칙적으로 51개소를 기준으로 하되, 규정의 성립배경을 살피기 위하여 다른 두 개의 수교가 하나의 개소가 된 경우를 원래의 두 개의 수교로 나누어 살피기로 한다. 이렇게 하면 이 글에서 살펴볼 대상은 별도의 규정을 두지 않은 채 삭제한 규정을 포함하여 모두 55개이다.

≪大典會通≫의 규정은 대체로 ≪大典通編≫ (1785)이 만들어진 이후의 수교를 대상으로 하였지만, 그 이전의 수교들도 수록하고 있다. 이는 ≪大典會通≫의 범례에서 이미 밝히고 있는 것이다.[7] 그러나 ≪大典會通≫의 범례에서 밝히고 있는 것은 그 이전의 수교들도 수록하고 있다는 것일 뿐, 언제의 수교를 수록하고 있는지는 밝히지 않고 있다. 법문 중에도 수교의 성립연대를 밝히고 있는 것이 있지만, 단 4개뿐이다. 이를 연대별로 살펴보면 후술하는 바와 같이 ㊺ 正宗丁酉 (정조 1년, 1777), ㊸ 正宗庚戌 (정조 14년, 1790) ㊳ 純祖辛酉 (순조 1년, 1801), ⑥ 純祖壬午 (순조 22, 1822)가 그것이다. 나머지 수교들은 모두 연대가 나와 있지 않아 ≪承政院日記≫, ≪備邊司謄錄≫, 각종 수교자료들을 통하여 개별적으로 추적한 것이다. 추적한 결과를 종합하여 표로 정리하면 다음과 같다.

연　　대	개소	비　　고
정조(9년(1785) 9월 이전)	6	3개소 누락 (銀錢代用, 決訟該用紙, 奴婢決訟定限은 미상)
정조(9년(1785) 9월 이후)	26	
순조(1800～1834)	10	
헌종(1835～1848)	2	
철종(1849～1863)	4	
고종(1864～1865)	3	
계	52	

이 표에서 볼 수 있듯이 ≪大典會通≫ 형전 규정의 약 60%는 정조 연간에 만들어 진 것을 알 수 있다. 그리고 순조연간에는 10개소로서 거의 20%를 차지하고 있

7) ≪大典會通≫ 凡例: 一 自增典以前已爲遵用, 不入於增典者, 亦以補字添入.

어서 정조와 순조대의 수교가 80%에 육박하고 있다는 것을 알 수 있다. 헌종부터 고종까지의 약 30년간은 9개의 수교가 나타났을 뿐이다.

≪大典會通≫ 형전규정을 어떠한 방식으로 분석하여야 하는가의 문제가 있다. 형전에 규정되어 있는 내용을 주제별로 묶어서 예컨대 권력구조의 재편, 단순한 제도 변화의 반영, 비부·고공에 대한 규제강화 등으로 나누어 분석할 수도 있다. 그러나 ≪大典會通≫ 형전규정의 성립연혁이 밝혀지지 않은 상태에서는 기초적인 작업을 우선 행하는 것이 급선무가 아닐까 한다. 따라서 이 글에서는 ≪大典會通≫ 형전의 순서에 따라서 규정의 성립연혁을 살펴보는 것으로 그치기로 한다. 다만 편의상 55개를 개정된 ≪大典會通≫ 형전 규정의 18개 항목을 기준으로 순서대로 살펴보기로 한다. ≪大典會通≫ 형전 규정의 개별적 개소가 당시 사회변동과 관련하여 가지는 의미에 대한 본격적인 연구는 기초적인 작업 이후로 미루기로 한다.

3. ≪大典會通≫ 형전규정의 성립연혁

(1) 囚禁

囚禁조에는 죄수를 옥에 가두는 것과 관련된 사항들이 규정되어 있다. 수금조에서 '補'로 표시된 것은 4개소인데 다음과 같다.

【囚禁】 原 **杖以上囚禁, 文·武官及內侍府·士族婦女·僧人, 啓聞囚禁**<如司饔院·掖庭署之類一應入番者同> **犯死罪者先囚後啓** <…兵曹·本曹·漢城府·司憲府·承政院·掌隷院·宗簿寺·觀察使·守令外, 移本曹囚之 增 宗簿寺非設都監係璿源錄事勿爲用牌囚禁 補 ① 宗簿寺今屬宗親府> 續 … ○ **議政, 身犯惡逆外, 勿爲拿問** <增 宗親·儀賓, 資至顯祿·綏祿, 文宰, 曾經文衡·輔國·貳相·耆社人, 勿以輕罪繫囹圄 補 ② 顯祿·綏祿, 今上輔國> ○ **朝官犯罪被推於本曹·司憲府·司諫院而應囚者, 並啓移義禁府** <…補 ③ 兼引儀依御醫例王府拿囚> ○ **原典直囚衙門外, 備邊司** <補 ④ 今屬議政府>[8]

---

8) ≪大典會通≫에서 '補'규정의 이해에 필요한 한도에서 인용하였다. 本文은 글씨를 약간 크게 하고 진하게 표시하였으며, 註는 < >안에 표시하였고, '補'은 번호를 붙이고 밑줄을 그었다. 번역은 한국법제연구원에서 출간된 **대전회통연구**를 참고하되 약간의 수정을 가하였다.

【수금】 原 장형 이상은 가둔다. 문관과 무관 및 내시부, 사족의 부녀, 승려는 임금에게 보고하고 가두며, <사옹원, 액정서와 같은 부류의 모든 入番者도 같다> **死罪를 범한 자는 먼저 가두고 임금에게 보고한다.** <…병조・형조・한성부・사헌부・승정원・장예원・종부시・관찰사・수령 이외에는, 형조로 이송하여 가둔다. 增 종부시에서는 도감을 설치하거나 선원록에 관계되는 일이 아니면 패를 써서 가두지 못한다. 補 ① 종부시는 지금은 종친부에 속한다> 續 … ○ **의정은 자신이 악역을 범한 외에는 잡아와 신문하지 못한다.** <增 종친, 의빈은 자급이 현록대부나 수록대부에 이르거나, 문신인 재상이 문형・보국・이상・기사를 거친 사람인 경우 가벼운 죄로 가두지 못한다. 補 ② 현록대부와 수록대부는 지금은 상보국대부이다.> ○ **조정 관리가 죄를 범하여 형조, 사헌부, 사간원에서 가두어야 하는 경우에는 모두 임금에게 보고하여 의금부로 이송한다.** <…補 ③ 겸인의는 어의의 예에 따라 의금부에서 잡아 가둔다> ○ **경국대전의 직수 아문 외에 비변사도**<補 ④ 지금은 의정부에 속한다>

囚禁에서는 직접 수금할 수 있는 관청을 나열하고 있는데, 兵曹・本曹・漢城府・司憲府・承政院・掌隷院・宗簿寺・觀察使・守令이 바로 그것이다. 이 종부시는 원래 선원록을 편찬하고 종실의 불법행위를 규찰하는 기관인데 고종이 즉위하자 종부시를 단순한 종친들의 모임의 성격을 띠고 있던 종친부로 합치게 된다.[9] 이러한 조치를 단행한 것은 종친에 관한 업무를 종친부로 일원화하고 실제 職事를 갖는 아문으로 개편하여 대원군의 권력기반으로 삼고자 하였기 때문이다.[10] 종친부는 이로써 대원군의 의사를 펼치는 기관으로서의 성격을 가지게 된 것이다. ≪大典會通≫에서 종부시가 종친부에 속한다는 ①의 규정은 제도 변화를 반영한 것이다.

다음으로 ≪經國大典≫에서는 문・무관 등 일정한 신분에 있는 자들은 함부로 체포하거나 구속하지 못하도록 규정하고 있는데, 이를 ≪續大典≫에서는 議政에게 악역 외에는 구금하지 못하도록 하여 의정에 대하여 더욱 특별한 예외를 인정하고 있다.[11] 또 ≪大典通編≫ 단계에서는 같은 품계의 종친에게도 이러한 예외를 확대하게 되었다.[12] ②는 다만 吏典에서 종친인 顯祿大夫와 綏祿大夫를 上輔國崇祿大

---

9) ≪高宗實錄≫ 고종 원년(1864) 4월 11일. 실록은 http://sillok.history.go.kr/main/main.jsp (2011. 2. 9. 최종접속)을 통하였다.

10) 정호훈, "大院君 執政期『大典會通』의 편찬", 오영교 편, **세도정권기 조선사회와 대전회통**, 혜안, 2007, 376-379쪽 및 377쪽의 각주 11) 참조.

11) 조지만, **조선시대의 형사법 -대명률과 국전-**, 경인문화사, 2007, 239-240쪽.

夫로 바꾼 것을 刑典에서 반영한 것이다.[13]

≪大典會通≫ 囚禁조에서 들고 있는 또 하나의 규정은 의금부의 관할과 관련된 규정이다. 의금부는 왕명을 받아 추국의 일을 담당하는 기관인데,[14] ≪續大典≫에서는 朝官의 범죄를 의금부에서 담당하도록 하였고, 이후의 과정은 朝官의 범위를 어디까지 볼 것인가 즉 義禁府와 刑曹의 관할의 경계를 어디까지로 할 것인가에 관한 논의과정이라고 할 수 있다.[15] ≪大典會通≫에서 보완된 ③의 兼引儀를 어의의 예에 따라서 의금부에서 관할하도록 한 것도 그러한 맥락에서 살펴 볼 수 있다.[16]

④는 備邊司가 폐지된 것을 반영하여 규정된 것이다. 즉 備邊司는 ≪受敎輯錄≫에서 비로소 법전 내로 편입되었다가 ≪續大典≫ 단계에서 大典에 규정하였던 것인데, 대원군의 의정부 체제로의 회귀[17]에 맞추어 刑典에서도 관련된 규정을 개정한 것이다.

(2) 推斷

추단에는 죄를 推問하여 처단하는 것과 관련된 규정들, 즉 죄를 신문하는 것에서부터 형벌, 정배의 집행 등과 관련된 사항들이 모두 망라되어 있다. 그렇기 때문에 추단에는 '補'로 표시된 개소가 55개 중 18개가 집중되어 있다. 내용이 많으므로 세 부분으로 나누어 보기로 한다.

【推斷】 續 ○ **陵上放火者, 殿牌作變者, 移義禁府設鞫** <爲從分輕重, 絶島或極邊定配 補 ⑤ 殿牌作變, 事關逆節外, 勿爲逮鞫, ⑥ 本處不待時斬, 孥戮勿施, 純祖壬午> ○ **弑父母·祖父母·舅姑·夫·伯叔父母·兄姊者, 奴弑主·官奴弑官長** <以上勿論已行·未行> **雇工弑家長者, 淫烝後母者, 淫姦伯·叔母·姑母·姊·妹**

---

12) 상게서(각주 11), 325-326쪽.

13) ≪承政院日記≫ 고종 2년 1월 22일; ≪敎式啓草≫ 乙丑 정월 22일(정긍식, 전게논문(각주 5), 332쪽 <표 2>에서 재인용). ≪承政院日記≫는 http://sjw.history.go.kr/main/main.jsp(2011. 2. 9. 최종접속)를 통하였다.

14) ≪經國大典≫ 吏典 京官職 義禁府: 掌奉敎推鞫之事.

15) 조지만, 전게서(각주 11), 240-243쪽 및 327쪽 참조.

16) ≪承政院日記≫ 정조 20년(1796) 2월 18일 및 ≪聽訟定例≫(K2-3435) 129. 兼引儀依內醫例囚之王府 참조. 이에 따르면 兼引儀까지는 의금부에서 담당하고, 假引儀는 형조에서 담당하도록 한다. ≪聽訟定例≫는 한국학중앙연구원에 소장되어 있는 사료이다. 현종 13년(1672)부터 순조 22년(1822)까지의 수교가 실려 있다.

17) ≪高宗實錄≫ 고종 2년(1865) 3월 28일.

· 子婦者, 奴姦女上典者, 放賣嫡母者, 毆辱父 · 母者, 燒火父屍者 <以上已行> **並三省推鞫** <補 ⑦ 倩工之人, 受値十兩, 議限五年以上, 立券入籍者以雇工論, 不受値立券入籍, 一二年使喚者, 依凡人論> **○ 綱常罪人** <弑父 · 母 · 夫, 奴弑主, 官奴弑官長者> **結案正法後, 妻 · 子 · 女爲奴, 破家瀦澤, 降其邑號, 罷其守令** <從時居邑 ○ 縣令以上降縣監, 縣監勿革, 而序諸縣之末, 限十年復舊 ○ 反逆緣坐, 自有本律, 破家以下用此律 補 ⑧ 守令勿罷 ⑨ ○ 陵寢所在邑不降> **結案後徑斃者, 一體論** …

【추단】 續 **○ 능에 방화한 자, 전패작변자는 의금부로 이송하여 국청을 설치한다.** <종범은 경중을 분간하여 외딴 섬이나 먼 변방으로 정배한다. 補 ⑤ 전패작변은 대역에 관계되지 않으면 국청을 설치하지 않고, ⑥ 발생한 곳에서 부대시 참형에 처하며, 연좌는 하지 않는다. 순조 임오년> **○ 부모, 조부모, 시부모, 남편, 백숙부모, 형이나 누나를 죽이거나, 종이 주인을 죽이거나, 관노가 관장을 죽이거나,** <이상은 기수와 미수를 가리지 않는다> **고공이 가장을 죽이거나, 계모를 간음하거나, 백숙모 · 고모 · 자매 · 자부를 간음하거나, 종이 여자 상전을 간음하거나, 적모를 팔거나, 부모를 때리거나 욕하거나, 아버지의 시신을 태우는 경우는** <이상은 기수이어야 한다> **모두 의정부, 사헌부, 의금부에서 합동하여 추국한다.** <補 ⑦ 고용인이 돈 10냥을 받고 5년 이상을 기한으로 정하고, 문서를 만들어 입적한 경우에는 고공으로 논한다. 돈이나 문서를 받지 않고 입적하여 한 두해 사환한 경우에는 일반인으로 논한다.> **○ 강상죄인은** <부모, 남편을 죽이거나, 종이 주인을 죽이거나, 관노가 관장을 죽인 경우> **판결하여 집행한 후에, 처와 자녀는 노비로 삼고 집을 부수어 못을 만들며, 그 읍의 호칭은 강등하며, 수령은 파직한다.** <죄인이 당시 거주하던 읍을 따른다. ○ 현령 이상은 현감으로 강등하며, 현감은 혁파하지 아니하나, 그 차례를 여러 현의 끝으로 한다. 10년이 지나면 원상으로 복구한다. ○ 반역하여 연좌하는 경우는 본래의 율이 있으므로 '집을 부수어' 이하만 이 규정을 적용한다. 補 ⑧ 수령은 파직하지 않는다. ⑨ ○ 능이 있는 곳의 읍은 강등하지 않는다.> **판결 후 집행 전에 죽은 경우도 같이 논한다.** …

⑤와 ⑥은 殿牌作變과 관련된 규정으로 하나의 개소이지만, 각기 다른 수교를 원천으로 하여 합친 것이기 때문에 두 개로 나누어 살펴보기로 한다. 전패작변은 임금을 상징하는 전패를 훼손하거나 도난하는 행위 등으로 인한 범죄를 가리킨다.

전패는 왕을 상징하는 것이기 때문에 이에 대한 훼손 자체는 주관적 의도와는 무관하게 대역과 마찬가지의 대단히 큰 범죄로 여겨졌고, 따라서 전패작변을 일으킨 당사자는 사형에 처해지고 가산은 몰수당하고 해당 읍의 읍호는 강등하게 되어 있었다. 그러나 조선후기에는 전패작변이 가지는 대역으로서의 의미를 이용하여 수령을 축출하기 위한 의도로 이용되는 경우가 많았다.[18] 전패작변이 이러한 의도로 많이 일어나는 것을 고려하여 ≪續大典≫에는 해당 읍의 읍호를 강등하지 말고, 수령은 파직하지 않도록 규정하게 된다.[19] 이렇게 규정하게 된 배경에는 전패작변이라는 범죄가 大逆과 완전히 같지는 않다는 인식의 변화가 있지 않았는가 생각된다. 그러나 여전히 전패작변은 수없이 일어났고,[20] 범인 자신은 자신의 의도와는 무관하게 일괄적으로 大逆과 같이 처벌되고 처자 또한 연좌되고 있었다. 순조 연간에는 바로 이 의도가 인식되고 있었다. 즉 당시 형조참판이었던 李止淵은 반역을 꾀하지 않는 사람들이 전패작변을 일으킨 경우에는 오로지 수령을 축출하고자 하는 의도이기 때문에 연좌를 하지 않지만 본인은 부대시참형에 처할 것을 건의하였고, 대신들도 연좌를 하는 것이 유추와 같은 것이기 때문에 굳이 연좌를 하지 않을 것으로 보고하여 이것이 확정되어[21] ⑥과 같이 규정된 것이다. 한편 전패작변죄인은 원래 대역과 마찬가지로 취급되기 때문에 서울의 의금부에서 국청을 열어서 처리하게 되는데, 실제 범죄의 의도가 대역의 뜻에서 나온 것이 아니라면 굳이 의금부에서 추국할 일도, 서울에서 집행할 일도 아니었다. 또한 이러한 범죄의 경우에는 오히려 사건이 발생한 곳에서 처벌까지 행하게 되면 경계의 뜻에도 더욱 부합할 수 있었다. 그래서 대역과 관계되지 않은 죄인은 의금부에서 추국하지 않고 敬差官을 파견하여 체포하여 추국하며 그곳(本處)에서 처형하도록 하였다.[22] 이 두 개의 수교, 즉 부대시참하되 연좌하지는 않는다는 수교와 역옥과 관계되지 않은 전패작변은 의금부에서 추국하지 않고, 사건의 발생지에서 처형한다는 것이 編輯에 의하여 하나의 규정으로 합쳐져서 이 곳에 割付된 것이다.[23]

---

18) 조윤선, "朝鮮後期 綱常犯罪의 양상과 法的 대응책", **法史學硏究**, 제34호, 한국법사학회, 2006. 10, 48-51쪽.

19) ≪續大典≫ 吏典 雜令: ○ 殿牌作變邑, 勿爲降號, 守令亦勿罷職. 원래의 受敎는 ≪受敎輯錄≫ 96번 수교(1671년[현종 12]).

20) ≪承政院日記≫ 숙종 20년(1694) 4월 26일, ≪承政院日記≫ 영조 30년(1754) 3월 22일 등 다수.

21) ≪純祖實錄≫ 순조 22년(1822) 5월 25일 및 ≪受敎謄錄≫ 4번 수교(순조 22년 5월 25일)(II-272).

22) ≪受敎謄錄≫ 3번 수교(순조 20년[1820] 6월)(II-270).

⑦은 雇工을 정의한 규정이다. 雇工은 ≪大明律≫에도 규정되어 있고, ≪經國大典≫에도 규정되어 있다. ≪大明律≫에서 雇工은 노비보다는 좀 더 높은 지위에 있고 일반인보다는 약간 낮은 지위에 있는 자이다.[24] 이 규정은 뒤에 나오는 ㊶의 규정과 동일한 사건에서 연유된 것인데 규정의 내용상 ⑦과 ㊶로 나뉘어 할부된 것이다. ⑦의 성립경위는 鄭大仁이라는 자가 머슴을 毆殺한 것에서 연유한다. 즉 정조 4년(1780) 6월경에 鄭大仁은 雇奴 白萬을 결박하여 때려 그 날로 죽게 하였는데 故殺로 판단되었다. 그런데 鄭大仁은 白萬이 雇工일 경우에는 絞刑에 처해지므로 사후에 노비문서를 꾸며서 살 길을 도모하였다.[25] 이 사건과 관련하여 고공에 대한 논의가 일어나게 된 것이다. 또 이러한 논의가 일어나게 된 것은 이는 당시 고용노동력의 수요가 확대되어 고공의 수가 증가한 것도 이유였다.[26] 정조 5년(1781) 정월 22일에 이 사건에 대하여 논의하는데 정조는 ≪大明律附例≫에 따라서 보수가 10냥 이상, 기한이 5년 이상이며 계약문서를 작성하여 장적에 등록된 자에 한하여 雇工으로 보자는 영의정 徐命善의 의견을 좇아[27] 보수를 적게 받거나 문서를 작성하지 않거나 장적에 등재하지 않거나 1, 2년 출입하여 심부름을 하는 경우에는 일반인으로 논하도록 한다.[28] 그러나 이 논의가 이 때 확정되었던 것 같지는 않다. 왜냐하면 정조는 이와 관련하여 아직도 복계하지 않고 있다고 하여 재차 收議를 요구하고 있기 때문이다.[29] 이에 따라 다시 논의가 진행되는데 이 때

---

23) 割付는 종합, 정리된 수교들을 내용별로 분류, 정리하여 기존법전에 편입하는 것이다. 정긍식, 전게논문(각주 5), 336쪽 참조.

24) 예컨대 ≪大明律≫에 따르면 奴婢가 가장을 때리면 모두 斬刑에 처하지만, 雇工이 가장을 때리면 장100 도3년에 처하며, 가장이 죄 있는 노비를 관사에 고하지 않고 毆殺하면 장100, 죄가 없는데 죽이면 장60 도1년에 처하는데 고공을 毆殺하면 장100 도3년, 故殺인 경우에는 絞刑에 처한다. ≪大明律≫ 제337조 刑律 鬪毆 奴婢毆家長.

25) 이상의 사실관계는 정조 명찬/박찬수, 김기빈 역, **국역 심리록 1**, 민족문화추진회, 1998, 274-279쪽에서 재구성하였다. 노비를 죽였을 경우에는 주인된 자는 처벌되기는 하지만 사형에 처해지지는 않는다. 각주 24) 참조.

26) 田中俊光, "朝鮮後期の刑事事件審理における問刑条例の援用について", **朝鮮史研究會論文集**, 제46집, 2008. 10, 106쪽.

27) ≪審理錄≫에서는 정조 7년(1783)에 이르러 이 논의가 된 것처럼 하여 좌의정 서명선의 의견이라고 하고 있으나(**국역 심리록 1**(각주 25), 277쪽), 이 당시의 영의정은 鄭存謙이다. 따라서 서명선이 의견을 개진한 것은 정조 5년(1781) 당시라고 봐야하고 당시에 서명선은 영의정이었다.

28) 이는 ≪大明律附例≫의 新題例를 참고한 것이다. 이와 관련된 자세한 논의는 田中俊光, 전게논문(각주 26), 106-108쪽 참조.

29) 정조 명찬/박찬수, 김기빈 역, 전게서(각주 25), 277쪽.

雇工에 대한 정의가 확정이 되고 고공에 대한 처벌이 확정된 것 같다. 즉 고공에 대한 정의는 지난번과 마찬가지의 의견이 제시되어서 결국 10냥, 5년, 문권작성 및 장적 등재로 확정되어, ≪大典會通≫에 그대로 실린 것이다.[30]

⑧과 ⑨는 강상죄인이 발생한 곳의 수령의 처리와 발생한 곳의 읍호와 관련된 규정이다. 우선 ⑧은 수령은 파직하지 않는다는 규정이다. 원래 ≪續大典≫에 규정된 강상죄인이 나오는 경우 수령을 파직한다는 규정(罷其守令)은, 현종 때 강상죄인이 최근에 빈번하여 당해 읍의 수령이 연좌되어 파직하는 일이 많은데 법식이 없으니 한번 법식을 정해야 한다는 우의정 許積의 의견에 따라 정한 것이었다.[31] 그러나 그 이후에 수령을 파직하는 조치가 바뀌었는지 숙종 22년에는 수령을 파직하지 않는 것이 근례의 예라고 하여 파직하지 않는 사례가 나온다.[32] 수령을 파직하지 않는다는 것이 ≪續大典≫이나 ≪大典通編≫에는 수록되지 않지만, 이후에도 계속하여 수령을 파직하지 않는다.[33] 이로 보아 國典에 수록하지 않고 있던 것을 ≪大典會通≫을 편찬하면서 수록한 것이 아닌가 생각된다. ⑨의 능침소재의 읍호를 내리지 말라는 규정은 원래부터 의례대로 해 오던 것인데,[34] 이를 ≪大典會通≫에 들어와서 확실하게 법전에 규정한 듯하다.

【推斷】 … ○ **常賤毆打士族, 事情明白者, 杖一百徒三年** <傷者, 杖一百流二千里 補 ⑩ 常賤罵有品雜岐官及無品士族者, 杖六十, 事理重者, 杖六十徒一年, 搆捏誣訴者, 比犯人加等論> … ○ **御史書啓, 貪贓被論者, 觀察使親按啓聞, 勿委查官** <該道查啓, 雖或見脫, 事理重者, 義禁府覆啓更查 補 ⑪ 勿許道查, 直爲議律> ○ **還上虛錄·田結私用者, 在囚未及議處, 而遇赦蒙放則追覈實犯, 然後禁錮** <禁

30) 확정과정에 대한 논의는 ≪特敎定式≫(古951.009-T296) 1. 67. 雇工定制(Ⅱ-124)와 ≪聽訟定例≫(K2-3435) 66. 雇工定制 그리고 ≪受敎謄錄≫(古6022-77, 국립중앙도서관본) 15. 雇工定制에 자세히 나오는데, 가장 자세한 논의를 볼 수 있는 것은 ≪受敎謄錄≫이다. ≪受敎謄錄≫에는 ≪承政院日記≫나 여타 자료에 나오지 않는 대신들의 다양한 논의가 나와 있기 때문에, 당시의 법제정과정을 가장 자세하게 보여주는 자료라고 생각된다. ≪受敎謄錄≫은 영조 52년(1776)부터 순조 16년(1816)까지의 수교들이 수록되어 있는데, 다른 수교자료들보다 수교를 자세하게 수록한 경우가 많고, 수교를 어떻게 시행하라는 내용까지 실려 있어 수교의 실제 집행과 관련하여 연구할 가치가 매우 크다.

31) ≪承政院日記≫ 현종 7년(1666) 2월 11일.

32) ≪承政院日記≫ 숙종 22년(1696) 10월 4일: "依近例降以爲縣, 守令勿罷, 何如? 傳曰, 允".

33) ≪承政院日記≫ 영조 17년(1741) 3월 20일, ≪承政院日記≫ 정조 9년(1785) 4월 4일, ≪承政院日記≫ 순조 4년(1804) 8월 14일 등.

34) 예컨대 ≪承政院日記≫ 영조 31년(1755) 5월 29일: …陵寢所在, 例不得降號….

府照律計贓, 計其石數移送吏曹, 依其石數勘定禁錮年限, 而其限年從徒年限後始計 補 ⑫外官犯贓, 直用本律囚家僮還徵> … ○ **凡擬罪時, 功臣子與孫, 綱常·贓盜外, 杖流以下許贖, 而曾孫以下, 某朝** <增 勿書某朝> **某功臣付標以啓** <原從同 ○ 功臣子與孫, 雖工商賤隷, 拷訊時啓請, 原從同 補 ⑬ 配享功臣子孫, 世宥 ⑭ ○ 贓賄流配, 勿付功議>

【추단】 … ○ 상천이 사족을 구타한 사정이 명백한 경우에는 장 100 도 3년에 처한다. <상해를 입힌 경우에는 장 100 유 2천리에 처한다. 補 ⑩ 상천이 품계가 있는 잡기관 및 품계가 없는 사족을 모욕한 경우에는 장 60에 처한다. 사정이 무거운 경우에는 장 60 도 1년에 처한다. 이러한 사실을 날조하여 무고하는 경우에는 일반인에 비하여 가중하여 논한다> … ○ **어사의 서계에 탐장으로 논죄된 자에 대하여는 관찰사가 친히 살펴 임금에게 보고하며, 조사관에게 위임하지 못한다.** <당해 도에서 조사하여 임금에게 보고한 것이 비록 사리에 벗어난 것이 보여도 중한 경우에만 의금부에서 임금에게 재보고하여 재조사한다. 補 ⑪ 해당 도의 조사를 허용하지 않으며 곧바로 의율한다.> ○ **還上를 허위로 기록하거나 전결미를 사사로이 쓴 경우에 구금되어 있으면서 죄를 확정하기 전에 사면되어 석방된 경우에는 實犯을 추가로 조사한 후에 금고한다.** <의금부에서 조율하여 장물을 계산하고 석수를 계산하여 이조로 이송하면, 그 석수에 따라 조사하여 금고의 기간을 정하는데, 그 기간은 도형의 기간이 끝난 후에 기산한다. 補 ⑫ 지방관이 장물이 관련된 죄를 범하면 곧바로 본 규정을 적용하여 가동을 가두고 추징한다.> … ○ **무릇 죄를 정할 때에는, 공신의 아들과 손자는 강상, 장도 이외의 범죄로서 유형 이하에 해당하는 때에는 속죄금으로 대신하는 것을 허용하며 증손 이하는 어느 왕 때** <增 어느 왕 때는 쓰지 않는다.> **어떤 공신이라는 표시를 하여 임금에게 보고한다.** <원종공신도 같다 ○ 공신의 아들과 손자는 비록 공상천예라고 하여도 고신할 때에는 임금에게 보고하여 청한다. 원종공신도 같다. 補 ⑬ 배향공신의 자손도 대대로 용서한다. ⑭ ○ 장물범으로 유배를 간 때에는 공신, 의친을 표시하지 않는다.>

⑩의 규정은 노비 김득복의 아비를 주인이 毆殺하자 이에 대하여 그 원인을 제공한 자를 고소하여 주인을 얽으려 했던 사안에서 나온 것이다.[35] 정조는 이 사안에서 노비가 주인을 고소한 것이라고 단정하고, 이러한 현상이 발생하는 것이 早

35) 자세한 사실관계는 ≪秋官志≫ 掌隷部 私賤 (重補) 奴告主 참조.

隷들이 관장을 알지 못하고 노복들이 주인을 두려워하지 않는 것에서 비롯되었다고 생각하였다.[36] 이에 따라 이들을 어떻게 처리할 지에 대한 논의가 시작된 것이다. 이 논의에서 당시 판중추부사 김익을 비롯한 대신들은 고공이 주인을 욕하는 규정은 ≪大明律≫에서 규정하고 있고, ≪大典通編≫에서는 솔하의 婢夫를 고공으로 규정하고 있으며, 상민이 사족을 욕하는 경우에는 상민이 사족을 폭행할 때의 처벌 규정인 장100 도3년에서 감경하여 처벌하면 되며, 조예가 관장을 욕하는 경우에는 ≪大明律≫의 규정과 ≪大典通編≫ 告尊長의 규정을 적절히 참작하여 사용하면 되지 굳이 새로운 규정을 만들 필요까지는 없다는 의견이었다.[37] 하지만 정조는 그렇게 해서는 '熟鹿皮大典'이 될 것이고, 특히 5품 이상 관리를 욕했을 경우에는 장 100의 형량이 정해져 있는데 6품 이하의 관리중 품계가 없는 잡기관은 처벌하지 않을 것인가라고 하여 재논의를 하도록 하였다.[38] 이리하여 형조에서는 관리를 욕했을 경우의 처벌규정과 상민이 잡기관과 품계가 없는 사족을 욕했을 때에 가벼울 경우에는 형장을 치고, 무거울 경우에는 도배를 보내며, 이와 같이 입법하였을 때 자신이 모욕당했다고 허위로 신고하는 사족이 있을 것을 염려하여 무고하는 경우에는 범인보다 가등하여 논하는 것으로 정하자고 하였다. 그래서 구체적으로 상민이 잡기관과 품계가 없는 사족을 욕했을 때에 장 60으로 처벌하고 사리가 중한 경우에는 장 60 도 1년으로 처벌하며 허위로 무고한 경우에는 범인보다 가등하여 논하는 것으로 정한 것이다.[39] 비부의 가장 능욕이나 관리에 대한 모욕과 관직이 없는 사족 등에 대한 모욕을 나누고, 이 중 후자를 상민과 사족과의 관계를 규정하고 있는 推斷에 할부한 것이다. 그리고 비부가 가장을 능욕한 경우나 이졸이 5품 이상의 관원을 욕한 경우 등은 告尊長으로 할부하였다(뒤의 ㉚, ㉛ 참조).

⑪의 당해 도에서 조사하지 말고 곧바로 의율하라는 규정은 어사의 서계에서 비롯된 규정이다. 本文으로 규정되어 있는 어사의 서계에 대하여 조사관을 보내지 말고 관찰사가 직접 조사하라는 규정은 원래 숙종 때 당시 전라감사였던 민진원의 보고에서 비롯되었다. 즉 어사의 서계에서 貪贓으로 보고된 자에 대하여 조사할 때

---

36) ≪正祖實錄≫ 정조 10년(1786) 6월 12일.

37) ≪正祖實錄≫ 정조 10년(1786) 6월 12일.

38) 재논의에 대한 자세한 내용은 조지만, 전게서(각주 11), 330-331쪽 참조.

39) 이는 事目으로 정해졌는데 ≪聽訟定例≫에 전한다. ≪聽訟定例≫(K2-3435) 83. 正祖 10年(1786): 奴告主 一. 婢夫告家長者, 杖一百流三千里. 凌辱者, 比此律減三等, 杖八十徒二年. 非作妻居生於率下者, 只杖一百. 一. 吏卒罵五品以上, 杖一百, 六品以下者, 減三等, 杖七十, 事理絶悖者, 杖一百徒三年, 罵他衙門官者, 各減一等. 常賤罵有品雜岐官及無品士族者, 杖六十, 事理重者, 杖六十徒一年. 構捏誣訴者, 比犯人加等論.

관찰사가 각읍의 수령에게 지시하고 각 읍의 수령이 조사관을 파견하게 되는데, 이 때 죄인의 자제들이 내려가 조사관을 알선하여 무죄방면되는 일이 허다한 데에서 관찰사가 직접 조사하게끔 한 것이다.[40] 그런데 철종 때 전라우도 암행어사 朴麟夏에 의하여 관찰사가 탐장으로 탄핵되는 일이 발생한다.[41] 당시 탄핵되었던 鄭最朝는 본도에서 조사할 것을 청하였으나, 비변사에서는 이에 대하여 본도에서 조사하는 것을 금하고 의금부에서 곧바로 조사하여 조율할 것으로 보고하고 철종은 이를 승인하였다.[42] 관찰사가 피고인이 된 사안에서 관찰사의 조사는 성립할 수 없기 때문에 의금부에서 직접 조사하도록 한 것이다.

한편 조선 후기에는 삼정의 문란이 사회문제가 된다. 그 중에서 환곡과 관련하여 규정한 것이 바로 ⑫의 규정이다. 환곡과 관련하여서는 주로 戶典에서 규정하고 있는데,[43] 이들 규정들 중 일부는 환곡과 관련된 수령들을 贓吏로 간주한다는 내용을 담고 있다. 이와 관련하여 ≪續大典≫ 刑典에서 규정하고 있는 것은 환곡으로 인한 범죄자가 범죄가 확정되지 않은 채 수금되어 있다가 사면되어 풀려났을 때 禁錮에 처하는 것을 규정하고 있는 것이다. 그리고 그 주에서는 禁錮의 기간을 계산하는 방식에 대하여 규정하고 있다. ≪大典會通≫에서 규정하고 있는 것은 수령으로서 재정을 채우지 못하고 교체되는 경우에는 곧바로 본래의 율인 大典상의 贓律을 적용하여 장 100 도 3년과 금고 5년에 처한다는 내용과 贓物의 징수를 독촉하기 위하여 家僮을 수금한다는 내용이다. 이 내용은 戶典에 보다 자세하게 규정되어 있는데,[44] 주된 내용은 贓物을 배로 징수하겠다는 것이다. 이는 수령이 교체될 때 매번 창고가 부족하는 일이 발생하는데도 이를 채우지 않고 흐지부지 되는 상황에서 철종 2년(1851) 좌의정 金興根이 ≪大明律≫에서도 일일이 추징하도록

---

40) ≪承政院日記≫ 숙종 29년(1703) 4월 4일, ≪新補受敎輯錄≫ 刑典 推斷: ○ 御史書啓中 貪贓被捉者 勿定査官 自營門親自明白 啓聞 [康熙癸未承傳](846번 수교).

41) ≪哲宗實錄≫ 철종 5년(1854) 7월 30일을 통하여 당시의 암행어사를 알 수 있다.

42) ≪備邊司謄錄≫ 철종 5년(1854) 7월 6일, ≪受敎謄錄≫ 36번 수교(II-298). ≪備邊司謄錄≫은 http://db.history.go.kr/url.jsp?ID=bb(2011. 2. 9. 최종접속)을 통하였다.

43) 환곡의 횡령과 관련하여 ≪受敎謄錄≫에는 여러 건의 수교가 실려 있고, 이들 중 몇 건은 ≪大典會通≫ 戶典에 규정된다. ≪大典會通≫ 戶典 倉庫 …<還補未捧守令, 以十分爲率, 一分未捧杖六十, 每一分, 加一等, 止杖一百徒三年, 始逋者, 徒三年定配, 又五年禁錮, 經冬不勘簿守令, 施全未捧律> 등. 조지만, "≪受敎謄錄≫에 관한 연구", **法學硏究** 제51권 제1호, 부산대학교 법과대학・법학연구소, 2010. 2, 10쪽의 각주 35) 및 18쪽 표 4 참조.

44) ≪大典會通≫ 戶典 倉庫: 續 ○ 守令交遞後, 觀察使定差員, 與新官眼同反庫, 啓聞 <… 補 守令債負, 直用本律, 囚家僮還徵, 因循不納者, 加倍勘處>.

하고 있다는 점을 들어[45] 이를 곧바로 본율로 처벌하고 가동을 수금하는 것으로 압박할 것을 건의하여 법식으로 정해진 것이다.[46] 이 규정은 戶典과 刑典이 각각 '守令債負', '外官犯贓'으로 약간 다르긴 하지만 같은 내용을 규정한 것으로 刑典에는 내용상 굳이 규정할 것이 없었는데 할부과정에서 간과된 것은 아닌가 생각된다.

⑬과 ⑭는 ≪大明律≫의 議功을 적용하는 것과 관련된 것이다. 왜냐하면 本文이 바로 범죄를 행한 공신의 처우에 관한 규정이기 때문이다. 우선 ⑬의 배향공신의 자손을 대대로 용서하라는 규정은 정조 11년의 수교에서 나온 것이다.[47] 이에 따르면 배향공신은 영구히 제사를 받는 점에서 보면 녹훈 공신에 비하여 국가에서 우대하는 것이 크다는 것을 알 수 있는데, 녹훈공신의 자손들이 대대로 형벌을 면제받는데 비하여 배향공신의 자손은 그러한 규정을 두지 않은 것은 빠뜨린 것이라고 하여 이것을 법식으로 삼은 것이 ≪大典會通≫에 규정된 것이다. 다음으로 ⑭의 뇌물범죄의 경우 팔의에 해당하지 않도록 한 수교가 ≪大典會通≫에 실린 것이다. 이 수교는 철종 9년에 비변사가 암행어사의 의견에 의거하여 장물의 양이 일정 수준 이상이 되는 경우에는 원래 정해진 율이 있으므로 가중이나 감경이 없어야 하므로 이들은 모두 議功에 해당시키지 말도록 의금부에 분부하도록 청하여 윤허받은 것이다.[48] 이 규정은 本文에서 贓盜는 특별취급하지 않는다는 규정이 있음에도 불구하고 규정된 것으로 보아, 당시 이러한 행위가 횡행하고 있기 때문에 강조하기 위하여 규정한 것이 아닌가 생각된다.

【推斷】 … ○ 徒·流以下之罪, 喪前所犯, 而喪後發覺者, 喪前發覺, 而喪後勘斷者, 並從勘斷時, 收贖 <補 ⑮ 雜犯徒・流獨身人之親年未滿七十, 而赴配後滿七十者, 稟旨許贖> … **○ 絶島無官守處則罪人勿爲編配** <黑山島等極惡地, 特敎外勿爲定配, 濟州三邑, 罪名特重者外勿爲定配 補 ⑯ 楸子島・濟州牧, 特敎外勿爲定配> … **○ 江華府, 流罪以下直斷** <開城府已見原典, 江華陞留守後, 亦如開城之例 補 ⑰ 水原府 ⑱ 廣州府同> **○ 凡徒・流・付處・安置定屬人, 本曹置簿, 他司及**

---

45) ≪大明律≫ 제23조 名例律 給沒贓物: 凡彼此俱罪之贓 及犯禁之物 則入官.

46) ≪備邊司謄錄≫ 철종 2년(1851) 윤8월 6일.

47) ≪正祖實錄≫ 정조 11년(1787) 3월 13일, ≪承政院日記≫ 정조 11년 3월 13일, ≪特敎定式≫ 1.79. 配享臣子孫世宥(II-138), ≪聽訟定例≫(K2-3435) 89. 配享臣子孫世宥. 실록에는 간략하게 배향공신의 자손을 훈신의 자손의 예에 따라 대대로 용서하는 법을 법식으로 삼았다고만 하고 있다.

48) ≪受敎謄錄≫ 42번 수교(II-304), ≪哲宗實錄≫ 철종 9년(1858) 1월 7일, ≪備邊司謄錄≫ 철종 9년 1월 7일.

外方定配罪人, 亦移文本曹置簿, 憑考檢擧 <京・外罪人到配後, 該道觀察使擧其罪名及到配日字, 狀開 補 ⑲ 發配日子, 亦爲登聞> … 補 **⑳ 年分尤甚邑勿配** <㉑ 配滿十人, 移定於道內數少邑 ○ ㉒ 配所, 勿定於家在道內>

【추단】 … ○ 도형과 유형 이하의 죄는 喪 이전에 범하여 喪 이후에 발각된 경우, 喪 이전에 발각되어 喪 이후에 처단하는 경우는 모두 처단할 때를 따라서 수속한다. <補 ⑮ 잡범으로 도형이나 유형을 범한 자가 독신이고 어버이의 나이가 70이 되지 않았으나, 배소로 간 후에 70이 된 경우는 임금에게 보고하고 수속을 허용한다.> … **○ 외딴 섬으로 관리가 지키지 않는 곳에는 죄인을 유배 보내지 않는다.** <흑산도 등의 아주 험악한 곳은 특교가 없으면 정배하지 않는다. 제주의 3읍은 죄명이 특히 중한 경우 외에는 정배하지 않는다. 補 ⑯ 추자도・제주목은 특교가 없으면 정배하지 않는다.> … **○ 강화부에서는 유죄 이하를 직단한다.** <개성부는 이미 경국대전에 있다. 강화가 유수부로 승격한 이후에는 역시 개성부의 예와 같다. 補 ⑰ 수원부 ⑱ 광주부도 같다.> **○ 무릇 도, 류, 부처, 안치로 정속된 사람은 형조에 장부를 보관하며, 다른 관사와 지방의 정배 죄인은 또한 형조로 문서를 보내어 장부를 보관하여 단속에 참고로 삼는다.** <서울과 지방의 죄인은 배소에 도착한 후에 당해 관찰사는 그 죄명과 배소에 도착한 날짜를 장계한다. 補 ⑲ 배소로 출발한 날짜도 또한 보고한다.> … 補 **⑳ 흉년이 심한 읍에는 유배보내지 않는다.** <㉑ 배소에 10명이 되면 도내의 유배인이 적은 읍으로 옮겨 정한다. ○ ㉒ 배소는 죄인의 집이 있는 도내에는 정하지 않는다.>

⑮의 규정은 나이 든 자를 우대하고 효도를 숭상하는 뜻에서 나온 것이다. 이 규정은 헌종 9년에 만들어진 수교를 바탕으로 하고 있다. 헌종 9년에 좌의정 鄭元容은 강원도의 도배죄인 이경순의 사안을 검토하면서 收贖하여야 한다는 주장을 하고 있다. 즉 자신의 나이기 70세 이상인 경우에는 수속하도록 하고 있으며,[49] 어버이가 70세 이상인데 독신인 자[50]는 법에서 모두 수속하도록 하고 있는데, 실무에서는 본인의 나이가 아직 70세가 되지 않을 때 유배간 경우에도 유배지에서 70세

---

49) ≪大明律≫ 제21조 名例律 老少廢疾收贖: 凡年七十以上十五以下 及廢疾犯流罪以下 收贖.

50) ≪大明律≫ 제18조 名例律 犯罪存留養親: 凡犯死罪 非常赦所不原者 而祖父母 父母 老疾應侍 家無以次成丁者 開具所犯罪名奏聞 取自上裁 若犯徒流者 止杖一百 餘罪 收贖 存留養親.

이상이 된 경우에는 해당 부서에서 위의 법규정을 유추하여 석방할 것을 요청하고 있다는 것이다. 그런데 같은 논리라면 유배갈 때 어버이의 나이가 70세 미만이었다가 이후 70세가 된 경우도 같이 석방할 것을 요청하여야 하는데 그러하지 않고 있으므로 이러한 경우도 포함하여 거행하여야 효를 일으키는 것을 으뜸으로 삼는 왕정에 합치한다는 것이었다.[51] 헌종은 이 주장을 따르고 이경순을 석방하라고 명한다.

⑯은 특교가 있어야 보낼 수 있는 유배지에 관한 규정이다. 이 규정의 성립배경을 시간적 순서대로 구성해 보면 우선 영조 원년(1725)에 사람이 살만한 곳이 아닌 흑산도에 배소를 정하는 것은 참혹하므로 특교가 있을 경우에만 흑산도에 배소를 정하라는 수교가 있었다.[52] 그리고 영조 4년에 관리가 지키지 않으면 죄인이 도망갈 염려가 있으므로 그곳으로 정배를 하지 말라고 하는 수교가 내려진다.[53] ≪續大典≫에서는 이 두 규정을 묶어서 하나의 규정을 만들면서 本文과 註로 구분하여 규정하였다. 그리고 정조 16년에 이르면 絶島에 정배할 때 추자도, 흑산도, 제주도는 반드시 특교가 있어야 한다고 결정하였다.[54] 이 조치가 있은 후 흑산도는 원래 규정되어 있었기 때문에 특교가 있어야 정배하는 장소로 추자도와 제주목이 추가된 것이다.[55]

⑰과 ⑱은 규정은 직단권의 확대와 관련된 규정이다. 조선시대의 직단권은 스스로의 책임 하에 형벌을 과할 수 있는 권한을 의미하는데, 국왕만이 사형에 대한 직단권을 가지며, 형조, 개성부, 관찰사는 流刑 이하의 직단권을 가지고 있었다.[56] 개성부는 유수부로서 종 2품의 유수 2명 중 1명을 경기관찰사가 겸직하는 관청[57]이었기 때문에 流刑 이하의 직단권을 가질 수 있었다. 정조 17년에 수원부의 책임자를 부사에서 유수(정 2품)로 승격시켰고,[58] 정조 19년에는 광주부의 책임자를

---

51) ≪備邊司謄錄≫ 헌종 9년(1843) 1월 11일, ≪受敎謄錄≫ 35번 수교(II-296).

52) ≪承政院日記≫ 英祖 원년(1725) 3월 26일; ≪新補受敎輯錄≫ 刑典 推斷 828, ≪特敎定式≫ 3. 8. 特敎外勿配黑山島(II-202) ≪秋官志≫ 卷7 考律部 續條2 徒流 勿配黑山.

53) ≪承政院日記≫ 영조 4년(1728) 5월 6일. ≪新補受敎輯錄≫ 876번 수교.

54) ≪正祖實錄≫ 정조 16년(1792) 10월 15일, ≪承政院日記≫ 정조 16년 10월 15일, ≪特敎定式≫ 2.50. 勿配黑山楸耽三島(II-194).

55) 다만 제주 3읍이라고 하지 않고 제주목이라고 하였는데, 이는 원수교에서는 '楸・黑・耽'이라는 것에서 '耽'을 제주목으로 해석하여 규정한 것이다.

56) ≪經國大典≫ 刑典 推斷: 本曹・開城府・觀察使, 流以下直斷.

57) ≪經國大典≫ 吏典 京官職 종2품아문.

58) ≪正祖實錄≫ 정조 17년(1793) 1월 12일.

부윤에서 유수(정 2품)로 승격시켰기 때문에[59] 아울러 직단권을 가지게 되었는데 이를 ≪大典會通≫에서 반영한 것이다.

⑲에서 ㉒까지는 유배와 관련한 행정사항을 규정해 둔 것이다. 우선 ⑲는 유배 보낼 때 배소로 출발한 날짜를 적으라는 규정이다. ≪續大典≫에는 죄인이 정배를 갈 때에는 배소에 도착한 후 관찰사가 그 죄명과 배소에 도착한 날짜를 적어 보고하도록 하고 있었다. 그런데 순조 11년(1811)에 유배가던 죄수가 사람을 고용하여 대신 유배가게 하는 일이 발각되었다. 이에 경기관찰사는 유배죄인을 유배 보낸 뒤에 중간에서 머뭇거리는데 그 사이에 역졸이 뇌물을 받고 느슨하게 하여 그러한 폐단이 나타난다고 하여, 이는 관찰사가 올리는 到配啓本에 도착한 날짜만 쓰고 출발한 날짜는 쓰지 않아서 그러한 것이라고 한다.[60] 순조가 이를 윤허하여 출발한 날짜도 보고하도록 한 것이 ≪大典會通≫에 규정된 것이다.

推斷에서 本文으로 규정된 ⑳의 규정과 그 註인 ㉑, ㉒의 규정도 또한 정배와 관련된 것이다. 정배의 경우에는 정배된 읍에서 그의 의식주를 모두 해결하게 해주어야 하는데, 정배자가 한 곳에 몰리게 되면 부담이 크지 않을 수 없다. ≪大典會通≫의 이 규정은 이러한 사정을 감안하여 규정된 것이다. 즉 정조 10년에 삼남지방에 심한 흉년이 들자 환곡, 신공의 납부기한을 뒤로 미루는 조치가 이어진다.[61] 이러한 상황에서 경상도 관찰사 鄭昌淳은 흉년이 심한 읍에는 배소를 정하지 말 것을 요청하자 정조는 이를 받아들이면서 당시의 흉년이 심한 읍의 別單을 써서 들이라고 한다.[62] 그 후 별단이 들어오자 정조는 평년에도 쇠잔한 읍의 사람들은 정배죄수가 많으면 곤란함을 입는데 흉년이라면 더욱 심할 것이라고 하여 흉년이 심한 읍에는 배소를 정하지 않고, 정배죄인의 수가 10명에 이르면 배소를 본도의 다른 곳으로 옮길 것을 법식으로 정한 것이다.[63] 한편 철종 8년에는 정배죄인의 배소가 원래의 집이 있는 근처로 정해지는 경우가 생겨났다. 이에 비변사에서는 도류형의 뜻이 무색해진다고 하여 집이 있는 도내에는 배소를 정하지 말 것을 요청하여 철종의 윤허를 받았다.[64] 이것이 ≪大典會通≫에 규정된 것이다.

---

59) ≪正祖實錄≫ 정조 19년(1795) 8월 19일.

60) ≪受敎定例≫(古5120-176) 91. 到配啓本中發配日子亦爲擧論(I-200), ≪聽訟定例≫(K2-3435) 141. 到配啓本中發配日子亦爲擧論.

61) ≪正祖實錄≫ 정조 10년(1786) 9월 29일 등.

62) ≪承政院日記≫ 정조 10년(1786) 9월 19일.

63) ≪正祖實錄≫ 정조 10년(1786) 9월 29일, ≪承政院日記≫ 정조 10년 9월 29일, ≪受敎定例≫ 45. 定配滿十移配(I-182), ≪特敎定式≫ 1.78. 配滿十人邑移配(Ⅱ-138), ≪聽訟定例≫(K2-3435) 84. 定配滿十移配.

(3) 濫刑

전통시대에 拷訊은 법적으로 허용되어 있었지만, 일정한 한도를 정하여 이를 넘어서 죄수가 사망하는 경우에는 관리를 처벌하였다. 이와 관련된 사항을 규정한 것이 남형이다. ≪大典會通≫에서는 남형 항목에 하나의 규정을 보충하여 넣었는데 本文으로 규정하였다.

【濫刑】 補 ㉓ 一日杖毋過百度

【남형】 補 ㉓ 하루에 장은 100대를 넘을 수 없다.

拷訊은 피의자의 자백을 받기 위하여 신장으로 신체를 타격하는 것이다. 고신은 자백을 받기 전에 피의자가 사망하는 경우가 많이 발생하였기 때문에 고신에 대한 제한이 법전에 규정되어 있었다. 예컨대 1차에 30대를 때리고 집행 후에는 3일이 지난 후에 집행하라는 규정,[65] 형신은 하루에 한 차례만 행하라는 규정[66] 등이 그것이다. 이렇듯 신체를 타격하는 것에 대한 제한은 법전에서 두고 있었고, 이를 넘어서서 집행하는 경우에는 남형에 의하여 처벌하고 있었다.[67] 그런데 정조 18년에 승정원의 서리를 嚴杖治罪하라는 정조의 명에 따라 하루에 150대를 집행하는 사건이 발생한다. 이 사건은 이미 100대가 집행된 것을 모르는 정조가 다시 엄장치죄하라는 명을 내려서 집행된 것이다. 이에 정조는 杖罪는 100대를 넘지 못하고, 형신은 30대를 넘지 못하며, 고신하는 데에도 며칠간의 간격이 있는데 하루에 150대를 때리는 것은 어디에도 해당하지 않는다고 하여 앞으로는 하루에 100대를 넘지 않도록 지시하고, 이미 맞았으면 미리 보고하라는 뜻으로 지시한다.[68] 이것이 하루에 장은 100대를 넘기지 말 것으로 법식이 되어 ≪大典會通≫에 실린 것인데, 수교의 내용을 살펴보면 그러한 의미인지 의문이다. 즉 원래 장형은 100대를 넘지 못하고, 형신은 30대를 넘지 못하는 것이 법으로 규정되어 있는 이상, 본 수교의 의미는 그것을 넘어서 형신하거나 장을 칠 경우에는 반드시 국왕에게 보고하라는

---

64) ≪備邊司謄錄≫ 철종 8년(1857) 12월 3일, ≪受敎謄錄≫ 41번 수교(II-304).
65) ≪經國大典≫ 刑典 推斷 凡拷訊<… 一次無過三十度>, ○ 三日內毋得再行拷訊.
66) ≪續大典≫ 刑典 推斷 ○ 凡刑訊, 一日一次.
67) ≪經國大典≫ 刑典 濫刑: 官吏濫刑, 杖一百徒三年, 致死者, 杖一百, 永不叙用.
68) ≪正祖實錄≫ 정조 18년(1794) 1월 19일, ≪承政院日記≫ 정조 18년 1월 19일.

의미가 아닐까 한다. 왜냐하면 ≪特敎定式≫에서는 ≪承政院日記≫와는 약간 다르게 "此後則凡於科治之際, 旣施三十刑・百度杖之後, 或有更治之飭敎, 必以旣施幾度, 何以爲之之意, 更爲草記或入稟, 待下敎擧行事"[69]라고 하고 있어서 국왕이 법을 위반하지 않도록 몇 대를 집행했는가를 미리 보고하라는 것에 중점이 놓여 있기 때문이다. 더군다나 杖刑의 집행은 100대가 한도인 상황에서 하루에 100대를 넘을 수 없다는 것은 이해되지 않는다. 따라서 하루에 100대 이상의 杖刑을 집행하여서는 아니된다는 규정은 원래의 수교를 잘못 해석한 결과가 아닌가 생각된다.

(4) 恤囚

휼수는 보통 옥에 갇혀 있는 죄수를 구휼하는 것을 의미하지만, 옥에 갇혀 있지 않더라도 가령 유배간 죄수의 경우도 포함한다. 그렇기 때문에 휼수에는 옥에 갇혀 있는 자에 대한 처우뿐만 아니라 유배간 죄수의 처우도 같이 규정되어 있다. 휼수에는 3개소가 있다.

【恤囚】 續 … **○ 重囚外, 罪名稍輕, 而身病極重者, 月令看審, 報典獄官, 典獄官報本曹, 保授姑放** <禁府罪囚則月令直報本府, 啓稟保放 補 ㉔ 病勢危重者, 一邊保放, 一邊啓稟> … 補 **㉕ 流囚家屬許從 ㉖ ○ 輕囚放釋, 過後還囚, 堂上重勘, 郎廳先汰後拿, 下吏刑配.**

【휼수】 續 … **○ 중한 죄수 외에는, 죄명이 아주 가벼운데 병이 위중한 경우에는 월령이 진찰하여 전옥관에게 보고하며, 전옥관이 형조에 보고하여 保守하여 잠시 석방한다.** <의금부의 죄수는 월령이 곧바로 의금부로 보고하며, 의금부에서 임금에게 보고하여 보방한다. 補 ㉔ 병세가 위중한 경우에는 한편으로 보방하고 한편으로 임금에게 보고한다.> … 補 **㉕ 유배 죄수의 가속이 따라가는 것을 허용한다. ㉖ ○ 경죄수가 석방되었는데, (추위나 더위가 가시고 난 후) 다시 가두면, 당상관은 무겁게 죄를 조사하고, 낭청은 먼저 해임한 후에 잡아가며, 하리는 형장을 치고 정배한다.**

조선시대에는 옥수의 간수에 대하여도 휼수라는 명목으로 신경을 많이 썼다. 왜

69) ≪特敎定式≫ 1. 96. 一日杖不過百度(II-152).

냐하면 아직 자백하지 아니한 죄수 내지 집행을 기다리는 죄수에 대하여도 국왕의 은택이 미쳐야 하기 때문이었다. 이러한 취지에서 법전에는 휼수를 위한 규정들을 많이 두었다. 國典에 보방을 규정한 것도 바로 그러한 취지에서 나온 것이다.[70] ≪大典會通≫의 규정이 할부된 원래의 규정(本文)를 보면 중한 죄수 이외에 병이 위중한 자는 月令이 전옥관에게 보고하고, 전옥관이 형조에 보고하여 보증인을 세워 임시로 놓아주며, 의금부는 월령이 곧바로 의금부에 보고하라는 것이다. 그런데 정조 16년에 의금부에서 월령의 의견에 의거하여 임시로 보방할 것을 청하였는데, 정조는 한편으로는 보방하고 한편으로 보고하는 것을 법식으로 정하라고 하였다.[71] 즉 보고하는 사이에 죄수가 사망할 수 있기 때문에 병세가 위중한 경우에는 보고와 보방을 동시에 진행하라는 수교라고 할 수 있다.[72] 즉 ㉔는 내용상 ≪續大典≫에서 규정하는 보고와 보방의 시간적 선후관계를 수정한 것이라고 할 수 있다.

㉕개소는 죄수를 유배할 때 죄수의 가족은 따라가지 못하도록 하고 있었는데, 정조가 잡과 합격생들과의 대화시에 시험문제였던 ≪大明律≫의 流囚家屬에 관한 규정[73]을 듣고는 생각해 낸 것이다. 즉 ≪大明律≫에서도 유배죄수의 처첩이 유배죄수를 따라가도록 하고 있는데, 요새의 예는 처첩이 따라가지 못하도록 하고 있다는 것이다. 그리하여 선대의 법이 관대하고, 자신도 관대한데도 손을 쓰지 못한 것이라고 하면서 자원하는 경우에 한하여 처첩을 따라갈 수 있도록 법식으로 정한 것이다.[74] 이 규정은 ≪大明律≫이 전면적으로 그대로 적용되지는 않았음을 보여주고 있다.[75]

또한 조선시대에는 경한 죄수의 경우 추위나 더위가 심한 경우에는 죄수가 상할까 염려하여 석방하는 경우가 많았다.[76] 그런데 추위나 더위가 심할 때 석방하도

---

70) 保放에 관하여는 원재연, "조선시대 保放의 典據과 그 實態", **法史學硏究** 제33호, 2006. 4, 5-24쪽; 이종길, "조선시대 수인보호에 대한 일검토", **인권과 정의** 제325호, 대한변호사협회, 2003. 9, 1-16쪽 참조.

71) ≪承政院日記≫ 정조 16년(1792) 2월 30일. 조지만, 전게논문(각주 43), 18쪽 <표 4>에서 이 규정을 ≪受敎謄錄≫ 8번 수교라고 하였는데 오류임을 밝힌다.

72) 원재연, 전게논문(각주 70), 12쪽.

73) ≪大明律≫ 제15조 名例律 流囚家屬: 凡犯流者 妻妾從之 父祖子孫欲隨者聽 遷徙・安置人家口 亦准此.

74) ≪正祖實錄≫ 정조 14년(1790) 8월 20일, ≪承政院日記≫ 정조 14년 8월 20일.

75) '用大明律'을 어떻게 해석하여야 할지는 상당히 어려운 문제이고, 보다 실증적이고 자세한 연구가 뒤따라야 할 것이다. 이에 대한 단상은 조지만, 전게서(각주 11), 354-355쪽 참조.

76) 자세한 사례는 원재연, 전게논문(각주 70), 16쪽; 이종길, 전게논문(각주 70), 5-6쪽. 다만

록 하면 이를 실무에서는 보방의 의미로 파악하여 추위나 더위가 가시면 다시 잡아들이도록 하고 있었던 것 같다. 그래서 정조는 추위가 심해지자 형조의 죄수를 석방하면서 이는 흠휼하는 뜻에서 나왔다고 하여 다시 잡아가두는 폐단을 일체 금하도록 명하였다.[77] ㉖은 바로 이 수교가 ≪大典會通≫에 실린 것으로서, '過後'는 '추위나 더위가 지나간 후'라고 해석하여야 한다.

(5) 逃亡

도망에서는 옥에 갇힌 죄수나 사민정책에 의하여 이주시킨 백성, 노비로 영속된 자, 유배간 자들이 정해진 지역을 이탈하여 도망한 경우에 대하여 규정하고 있다. ≪大典會通≫에서 보충된 것은 2개소이다.

【逃亡】 … 續 死囚逃亡邑守令, 先罷後拿, 依律科罪 <補 ㉗ 失囚未捕守令, 公罪施行, ㉘ 典獄官, 斷以常律>

【도망】 … 續 사형수가 도망한 읍의 수령은 먼저 파직한 후에 잡아와서 율에 따라 죄를 준다. <補 ㉗ 죄수를 놓치고 잡지 못한 수령은 공죄로 시행한다. ㉘ 전옥관은 일반적인 율로 처단한다.>

≪大典會通≫에서 보충된 이 규정은 하나의 개소로 보이지만 실은 두 개의 개소로 보아야 한다. 왜냐하면 두 개소가 만들어진 연대가 다르고, 내용적으로도 다르기 때문이다. 이 규정이 속한 원래의 규정(本文)은 사형죄수가 도망간 읍의 수령은 먼저 파직한 후에 잡아오라는 것이다. 그런데 당시 지방의 아전들이 수령을 교체시키기 위하여 농간을 부려서 일부러 죄수를 놓아주는 일이 빈번하게 발생하고 있었다.[78] 사형죄수를 놓치는 것을 전패작변이 일어나는 상황과 마찬가지의 상황

이종길, 전게논문(각주 70), 5쪽에서 석방한 경우를 같이 다루고 있는데 이는 釋放과 保放을 구별하지 않은 것으로 보인다. 實錄에서는 영구 석방일 경우에는 '放釋', 임시 석방일 경우에는 '保放'으로 표현하고 있다. 이와 관련하여 원재연은 보방을 "…대개는 일정기한이 지나면 還囚 또는 還配를 전제로 하면서 일정한 保證人을 세우고 일시 釋放하는 제도"라고 정의한다. 원재연, 전게논문(각주 70), 6쪽.

77) ≪承政院日記≫ 正祖 14년(1790) 11월 23일, ≪聽訟定例≫(K2-3435) 114. 輕囚放釋不得還囚, ≪受敎定例≫ 69. 輕囚放釋後不得還囚(I-191).

78) 趙允旋, 전게논문(각주 18), 50-51쪽.

으로 파악하던 상황[79]에서 순조 24년에 典獄官이 사형죄수를 놓치는 사건이 발생한다. 당시 영의정 남공철은 典獄官은 京官이므로 지방 수령을 쫓아내려는 의도가 적용될 여지가 없으므로 보통의 율로 처리할 것을 주장하였고 이에 순조가 동의한 것[80]이 바로 ㉘개소이다.

한편 순조 25년(1825) 수령의 경우에는 사형수를 놓치는 경우에도 전패작변의 예와 마찬가지로 처벌하지 않고 있었는데, 뇌물을 받고 일부러 놓아 줄 것을 염려하는 좌의정 이상황의 주장에 의하여 다시 처벌하도록 된다.[81] 그런데 순조 34년(1834)에 이르자 비변사에서는 이 규정을 엄격히 시행하다보면 아전들이 수령을 쫓으려는 증거와 정상이 명백히 밝혀졌는데도 여전히 수령은 처벌해야 하므로, 기한 내에 도망죄수를 잡지 못할 것을 우려하여 수령을 파직하는 입법취지는 몰각된다고 하여 다시 예전과 같이 수령을 파직하지는 않을 것을 주장한다. 다만 뇌물을 받고 풀어준 경우에는 반드시 드러나며 드러난 대로 처벌하면 되고, 뇌물을 받고 풀어준 경우가 아니라고 하더라도 평소에 검칙하지 못한 것을 다스려야 하므로 인사평가에서 '降'으로 평가하고, 다음 차례의 관직에 임용하지 않을 것을 제안하여 윤허를 받는다.[82] 헌종 4년(1838)이 되자 이마저도 관리의 업무수행에 지장을 준다고 하여 폐지된다. 즉 당시 우의정이었던 李志淵은 죄수를 체포하지 못한 수령의 근무평정을 '降'으로 하게 되자 당상관은 파면되나 당하관은 파면되지 않으므로 불합리하다고 하여 公罪[83]로 시행하되, 근무평정은 '降'으로 하지 말 것을 주장하여 허락을 얻는다.[84] ≪大典會通≫에서는 헌종 4년의 수교를 기준으로 하여 ㉗개소와 같이 "놓친 죄수를 잡지 못한 수령은 공죄로 시행한다."라고 규정된 것이다. 이 규정에 따르면 결국 ≪續大典≫의 규정인 사형수가 도망간 곳의 수령을 먼저 파직한 후에 잡아온다는 규정은 수정된 것이 아닌가 생각된다. 왜냐하면 '놓친 죄

79) 즉 전패작변이 일어나도 수령은 파직하지 않도록 한 것을 가리킨다.

80) ≪備邊司謄錄≫ 순조 24년(1824) 8월 11일, ≪受敎謄錄≫ 5번 수교(II-272).

81) ≪備邊司謄錄≫ 순조 25년(1825) 5월 30일, ≪受敎謄錄≫ 6번 수교(II-274).

82) ≪備邊司謄錄≫ 순조 34년(1834) 6월 1일, ≪受敎謄錄≫ 16번 수교(II-280).

83) ≪大明律≫ 제7조 名例律 文武官犯公罪: 凡內外大小軍民衙門官吏犯公罪, 該笞者官收贖 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. 公罪란 公事로 말미암아 죄를 지은 것으로서 사사로움과 枉曲이 없는 것을 말한다(公罪, 謂緣公事致罪而無私曲者). 金鐸敏・任大熙 主編, **譯註唐律疏議(Ⅰ)－名例編－**, 한국법제연구원, 1994, 166쪽, 제17조 名例 17. 官當.

84) ≪憲宗實錄≫ 헌종 6년(1840) 6월 20일, ≪備邊司謄錄≫ 헌종 6년 6월 20일, ≪受敎謄錄≫ 21번 수교(II-284).

수를 잡지 못한 수령'이라는 것은 죄수를 놓칠 때 수령이었던 자를 가리킨다고 보아야 하고, 그 경우에 이를 파직하지 않고 그대로 기한 내에 잡도록 하고 있다가 끝내 잡지 못한 경우에 그저 公罪로 다스리겠다는 것이기 때문이다. 또한 이는 위에서 살펴본 입법과정에서 보아도 명백하다고 할 것이다.

(6) 銀錢代用

은전대용에서는 ≪經國大典≫의 國幣인 正布와 楮貨 대신으로 銀錢을 쓸 때 그 환산과 관련한 규정을 두고 있다.

【銀錢代用】 原 律稱銀錢並以國幣準計 <銀價依七品銀, 願納銀者聽, 錢十文準楮貨一張 補 ㉙ 楮貨今廢>

【은전대용】 原 ≪大明律≫에서 은전이라고 칭하는 것은 모두 국폐로 환산하여 계산한다. <은의 값은 7품은에 의하며, 은으로 납부하기를 원하는 경우에는 들어준다. 전 10문은 저화 1장에 준한다. 補 ㉙ 저화는 지금 폐지되었다.>

은전대용 규정에 따르면 저화가 환산되는 비율을 표시하고 있는데, 저화는 ≪大典通編≫에서 이미 폐지되었다. 즉 ≪大典通編≫ 戶典 國幣에서 저화는 폐지되었는데,[85] ≪大典通編≫을 편찬할 때 刑典에 반영되지 못한 것을 ≪大典會通≫에서 반영한 것이다.

(7) 告尊長

고존장에서는 자손, 처첩, 비부, 하관 등이 父祖, 남편, 가장, 상관 등에 대하여 폭행, 욕설, 고소, 고발하는 행위에 대한 규정을 두고 있다. ≪大典會通≫에서 보충된 개소는 2개이다.

【告尊長】 原 子孫·妻妾·奴婢告父母·家長, 除謀叛·逆反外, 絞, 奴妻·婢夫告家長者杖一百流三千里 <舊奴婢·雇工, 毆罵告舊家長者, 各減毆罵告家長律

85) ≪大典通編≫ 戶典 國幣 原 國幣通用布·楮貨 <正布一匹準常布二匹, 常布一匹準楮貨二十張, 楮貨一張準米一升, 凡徵贖全用楮貨, 價買, 一半用之 增 今廢>.

二等論 ◯ 凡下官罵差等官者, 於罵人本律加一等, 隔等者又加一等, 以此遞加, 至杖一百而止, 工・商・賤隷勿論有・無職, 各又加一等 補 ㉚ 婢夫凌辱家長者杖八十徒二年, 非居生於率下者杖一百 ㉛ ◯ 吏・卒罵五品以上官者, 杖一百, 六品以下者, 減三等杖七十, 事理絶悖者, 杖一百徒三年, 罵他衙門官者, 各減一等>

【고존장】 原 자손 · 처첩 · 노비가 부모 · 가장을 고소하면, 모반 · 반역 이외에는 교형에 처한다. 奴妻·婢夫가 家長을 고소하면 장 100 유 3천리에 처한다. <옛노비나 고공이 옛 가장을 폭행하거나 모욕하거나 고소하면, 가장을 폭행하거나 모욕하거나 고소하는 율에서 각각 2등을 감한다. ◯ 무릇 낮은 관원이 한 등급 높은 관원을 모욕하면 일반인을 모욕한 율에서 1등을 가중하며, 두 등급 높은 관원이면 또 1등을 가중하며, 차례대로 가중하되 장 100에서 그친다. 공상천예는 유직, 무직을 막론하고 또 1등을 가중한다. 補 ㉚ 婢夫가 家長을 능욕하면 장 80 도 2년에 처하며, 거느리고 살지 않는 경우에는 장 100에 처한다. ㉛ ◯ 이・졸이 5품 이상의 관원을 모욕하면 장 100에 처하며, 6품 이하인 경우에는 3등을 감하여 장 70에 처한다. 사정이 패악한 경우에는 장 100 도 3년에 처한다. 다른 아문의 관원을 모욕한 경우에는 각각 1등을 감한다.>

이 규정은 ⑩에서 살펴본 바와 같이 하나의 사건으로 인하여 성립된 규정인데, 告尊長에서 규정하고 있는 사안과 관련되므로 告尊長에 할부가 된 것이다. 여기서는 데리고 사는 비부가 가장을 능욕한 경우는 비부가 가장을 고발할 때의 처벌인 장 100 유 3천리에서 3등을 감하여 장 80 도 2년에 처하고, 데리고 살지 않는 비부가 능욕하였을 때에는 여기서 다시 3등을 감하여 장 100에 처하도록 하였다. ≪大明律≫에 제사(制使)나 본관 관장 5품 이상의 관원에게 욕한 자는 장 1백 대를 치고 6품 이하의 관장을 욕한 자는 3등급을 감하여 곤장 70대를 친다고 되어 있으니 이를 따르되, 그 가운데 사리에 어긋난 자는 장 100 도 3년에 처하고, 다른 관청의 관장을 욕한 자는 각각 1등급을 감하도록 한 것을 새로이 입법한 것이다.

(8) 禁制

금제서는 여러 가지 금령에 대한 처벌규정을 두고 있다. 금령이 내려지고 이에 불응하는 경우를 처벌하는 것이다. 금제에서 보충된 개소는 2개소이다.

【禁制】 續 … ○ **市價刁蹬者,** … **不係廛案, 而亂廛者** <… 補 ㉜ 鎖廛撤市該頭人, 刑配> **並禁斷** ○ **三法司**<本曹・司憲府・漢城府> **毋得在家出禁, 毋得昏夜出禁, 京城禁標外, 毋得出禁** <亂廛同> **禁條外, 毋得創出他條, 量定時刻, 毋得踰越. 禁吏, 憑依橫拿者, 杖一百**<… 增 三法司木牌外, 加作紙牌, 一切嚴禁 補 ㉝ 監察出牌一切禁斷>

【금제】 續 … ○ **물가를 간사한 꾀로 올리는 자,** … **전매상인 명부에 등록하지 않고 난전을 하는 자는** <… 補 ㉜ 가게를 닫고 철시하면 당해 우두머리는 형장을 치고 정배한다.> **모두 금단한다.** ○ **3법사는** <형조・사헌부・한성부> **집에서 금령을 낼 수 없고, 어둡고 깊은 밤에 금령을 낼 수 없고, 서울의 금표 밖에서 금령을 낼 수 없으며,** <난전도 같다.> **금하는 조목 이외에 다른 조목을 만들어 낼 수 없으며, 시각을 정하였으면 넘을 수 없다. 금리가 금령을 빙자하여 함부로 잡는 경우에는 장 100에 처한다.** <… 增 3법사는 목패 이외에 종이패를 더하는 것을 일체 엄금한다. 補 ㉝ 감찰이 패를 내는 것은 일체 금단한다.>

㉜개소는 정조 13년에 나온 것으로 당시 예조판서 李在簡의 보고에 의한 것이다. 즉 그는 근래에 가게문을 닫고 철시하는 사태가 왕왕 일어나는데 이를 금단하기 위하여는 이유를 묻지 않고 당해 가게 주인을 곧바로 엄형 정배하자고 주장하였는데, 이를 정조가 따른 것이다.[86] 시장 가격을 혼란시키는 행위를 처벌하기 위한 것으로 보인다.

㉝개소는 형조, 사헌부, 한성부에서 패를 가지고 감찰하는 것과 관련된 규정이다. 사헌부는 원래 감찰하는 업무를 담당하고 있어 풍속을 규정하기 위하여 出禁할 수 있는 권한이 있는 부서이다. 그런데 사헌부에서 왕에게 보고할 일이 있을 때 臺廳에 나아갈 수 있는 자격이 있는 자들이 출금하는 것이 관례인데, 순조 34년 당시에는 그러한 권한이 없는 사헌부의 監察(정6품)도 풍문을 가지고 마음대로 나가서 제멋대로 가두는 병폐가 있었던 듯하다. 좌의정 심상규는 이에 감찰이 출금하는 것을 금단하고 사헌부의 수장이 풍화와 禁濫에 관한 일을 재량껏 처리하도록 할 것을 보고하여 윤허를 받았다.[87] 이 규정이 ≪大典會通≫에 수록된 것이다.

---

86) ≪承政院日記≫ 정조 13년(1789) 5월 26일, ≪受敎定例≫ 59. 禁撤市(I-188), ≪特敎定式≫ 2.43. 禁撤市(II-188), ≪聽訟定例≫(K2-3435) 99. 禁撤市.

87) ≪純祖實錄≫ 순조 34년(1834) 6월 10일.

(9) 訴冤

소원에서는 억울하고 원통한 것을 국왕에게 호소하는 절차와 이에 부수하여 나타는 제반 사항에 대한 규정을 두고 있다. 소원에서 보충된 개소는 3개소이다.

【訴冤】 續 擊申聞鼓者, 刑戮及身 · 父子分揀 · 嫡妾分揀 · 良賤分揀等項四件事, 及子孫爲父祖, 妻爲夫, 弟爲兄, 奴爲主, 其他至寃極痛事情則例刑取招, 此外並嚴刑, 啓達勿施 <申聞鼓, 今無之, 訴寃者, 許擊金于差備門外, 謂之擊錚 增 申聞鼓, 依原典復置 … 補 ㉞ 擊錚, 雖非四件事係是民弊, 勿請猥濫律 ㉟ ○ 雖四件事血書者勿施 ㊱ ○ 勿論山訟·他訟, 泛及題外, 原情燒火, 勿論訟理曲直, 加等勘罪>

【소원】 續 신문고를 치는 경우는 형벌이 자신에게 미쳐 죽게 되는 경우, 아버지와 아들의 분간, 적처와 첩의 분간, 양인과 천인의 분간 등의 4건사와 아들과 손자가 아버지와 할아버지를, 처가 남편을, 동생이 형을, 종이 주인을 위하거나, 기타 지극히 원통함이 있는 사정이면 가볍게 치면서 문초한다. 이외에는 모두 엄형하고 임금에게 보고하지 않는다. <신문고는 지금은 없는데, 원통함을 호소하는 자는 차비문 밖에서 징을 치는 것을 허용하는데 이를 격쟁이라고 한다. 增 신문고를 경국대전에 따라 다시 설치한다. … 補 ㉞ 격쟁은 4건사가 아니어도 민폐에 관계되면 외람율로 청하지 않는다. ㉟ ○ 비록 4건사라고 하여도 혈서로 쓴 것은 받아들이지 않는다. ㊱ ○ 산송과 기타 소송을 막론하고 표제 외에 미치는 경우 원정은 불사르고 소송의 곡직을 따지지 않고 가등하여 죄를 처단한다.>

㉞, ㉟, ㊱개소는 모두 격쟁과 관련된 규정이다. 격쟁이란 백성들이 궁궐에 난입하거나 국왕의 거둥시에 징이나 꽹과리 등을 쳐서 이목을 집중시키고 국왕에게 자신의 억울한 사항을 직소하는 것이고, 상언이란 글로 써서 국왕에게 자신의 사정을 직소하는 것이다. 보통 상언과 격쟁을 국왕에게 직소한다는 의미에서 한가지로 묶어서 취급하기는 하지만, 엄밀하게는 차이가 있다.[88] 그런데 상언과 격쟁은 월소라는 의미에서 비합법적인 상소수단이었지만,[89] 계속하여 일어나게 되자 4건사를 중심으로 하여 제도화되게 된다.[90] 그러나 민폐와 관련된 상언, 격쟁도 발생하게

88) 상언과 격쟁의 구체적인 차이점에 대하여는 한상권, **朝鮮後期 社會와 訴冤制度**, 일조각, 1996, 22-28쪽.

89) 하라 다케시 지음/김익한, 김민철 옮김, **직소와 왕권**, 지식산업사, 2000, 50쪽.

되자 이를 허용하는 방향으로 나아가기도 하고, 상언, 격쟁이 관장을 향하게 되자 이를 금지하기도 한다.[91] 원래 사건사가 아니어도 민폐와 관련되면 외람율로 청하지 말라고 하는 수교는 정조 9년에 나오는데,[92] 이를 통하여 ㉞와 같이 광범위하게 민폐와 관련된 격쟁을 받을 수 있는 법적 근거가 마련된 것이다. ㉟는 격쟁의 방법에 대한 것이다. 즉 정조 10년에는 격쟁하면서 혈서로 된 원정을 내는 사람이 있었다. 형조판서 鄭昌聖은 혈서라는 것이 간혹 있기는 하나 보통은 부모나 자신이 형륙에 빠지는 경우이며, 만약 이 혈서를 다른 피로 썼다면 정상이 가증스럽고, 자신의 피로 섰다고 하더라도 인정에 부합하지도 않으며 신체를 가벼이 훼손할 수 없다는 이유로 혈서로 쓴 것은 4건사라도 받아들이지 말 것을 청하고 정조가 이를 따른 것이다.[93]

정조 15년(1792)에는 격쟁을 하면서 관련되는 사실을 적시하여야 사실을 판단하기가 쉬운데, 거론하면 안되는 것을 거론하거나 상대방의 조상에 대한 일을 글에 써서 올리는 경우가 발생한다. 정조는 이러한 것 때문에 공정한 판결이 이루어지기 어렵다고 보고, 그러한 내용을 적은 자를 당해 관아에서 엄히 다스리도록 하였다. 아울러 이후로는 산송과 기타 송사를 막론하고 표제의 주지를 벗어난 내용까지 언급하면서 언설하여 두드려 흔들려 꾀한 경우에는 형조나 해당 도의 관아에서 받은 원정을 소각하고, 해당 소송의 이치의 옳고 그름을 막론하고 한층 더 무겁게 죄를 처단할 것을 법식으로 정하라고 하였는데,[94] 이 때의 수교가 ㊱과 같이 규정된다.

---

90) 사건사는 원래 형륙이 자신에게 미치는 일, 부자관계를 밝히는 일, 처첩을 분변하는 일, 양천을 가리는 일이었다. 이것이 18세기 초에 격쟁할 수 있는 사안으로서 孫爲祖父母, 子爲父母, 妻爲夫, 弟爲兄을 사건사로 일컫게 되고 ≪續大典≫에는 子孫爲父祖, 妻爲夫, 弟爲兄, 奴爲主로 규정되었다고 한다. 한상권, 전게서(각주 88), 33쪽.

91) 자세한 경과는 한상권, 상게서(각주 88), 35-79쪽 참조.

92) ≪承政院日記≫ 정조 9년(1785) 9월 24일, ≪聽訟定例≫(K2-3435) 77. 擊錚事係民弊勿爲直請猥濫律. 한상권은 정조가 ≪大典通編≫을 편찬할 때에 비로소 이 수교가 있었던 것을 알았다고 한 것을 근거로 추적하여 원래의 수교가 영조 34년에 있었던 것을 논증하고 이 수교가 조선 후기 訴冤과 관련하여 대단히 중요한 의미를 가지고 있다고 한다. 한상권, 상게서(각주 88), 73-74쪽.

93) ≪承政院日記≫ 정조 10년(1786) 11월 11일, ≪正祖實錄≫ 정조 10년 11월 11일, ≪受敎定例≫ 41. 血書上言雖四件事勿施(I-180), ≪聽訟定例≫(K2-3435) 80. 血書上言者雖四件事勿施.

94) ≪承政院日記≫ 정조 15년(1791) 1월 20일, ≪受敎定例≫ 71. 禁擊錚原情泛及題外(I-191), ≪特敎定式≫ 1.91. 禁擊錚原情題外(II-148), ≪聽訟定例≫(K2-3435) 116. 禁擊錚原情泛及題外.

(10) 公賤

공천에는 공노비와 관련된 사항들이 규정되어 있다. 공천에서 보충된 개소는 3개소인데 本文 2개, 註 1개이다.

【公賤】 補 **㊲ 定屬官婢只役其身, 勿侵所生 ○ ㊳ 內奴婢·寺奴婢一并革罷** <純祖辛酉 ㊴ ○ 籍産奴婢居京者劃給本曹, 居外者仍屬該官使役>

【공천】 補 **㊲ 정속된 관비는 단지 자신만 역을 지며, 그 소생을 침범해서는 안된다. ○ ㊳ 내노비와 시노비는 모두 혁파한다.**<순조 신유 ㊴ ○ 적몰된 노비로서 서울에 살고 있는 자는 형조에 나누어주고, 지방에 사는 자는 당해 관에 그대로 두고 사역시킨다.>

지방의 관아에 소속된 관비는 자신만이 역을 지고 소생은 침범하지 못하는 것이 법이다. 그러나 정조 7년에 救活婢와 定屬婢는 당대에 한하여 역을 진다는 것이 법전에 실려 있는데도[95] 그 소생을 여전히 부리는 일이 많아서 이는 기강과 관계되므로 풀어줄 것을 당시 영의정 鄭存謙이 요청하여 허락을 받은 바 있다.[96] 하지만 정속비의 소생을 여전히 침범하는 사례가 발생하자 정조 21년에는 이를 법식으로 정하여 정속관비의 신역은 자신에 한하며 소생을 침범하지 말 것을 신명하게 된다.[97] ≪大典會通≫에는 구활비에 관한 규정이 없는 것으로 보아 ㊲의 규정은 정조 21년의 수교를 수록한 것으로 보인다.

㊳의 규정은 역사적으로도 유명한 순조의 내노비, 시노비 혁파와 관련된 규정이다.[98] ≪大典會通≫의 편찬자들도 범례에서 중요한 사건의 경우에는 수교된 연도

95) 이에 대한 법전의 규정을 찾을 수 없었으나, ≪新補受敎輯錄≫에서 13세 이상 자를 길렀을 경우에는 그 자에 한하여만 고공으로 삼을 수 있다는 규정이 참고가 될 수 있다. ≪新補受敎輯錄≫ 禮典 惠恤 533번 수교: 京外流丐 令下之後 限明年麥秋 饋餉救活者 勿論公私賤 十二歲以下 則後所生 並作奴婢 十三歲以上 限己身 作爲雇工.

96) ≪承政院日記≫ 정조 7년(1783) 7월 5일, ≪受敎定例≫ 34 定屬及救活婢所生勿役(I-176), ≪特敎定式≫ 3. 30. 定屬及救活婢所生勿役(II-222), ≪聽訟定例≫(K2-3435) 65. 定屬及救活婢所生勿役.

97) ≪承政院日記≫ 正祖 21년(1797) 5월 10일, ≪聽訟定例≫(K2-3435) 133. 定屬婢只役其身申明.

98) ≪承政院日記≫ 純祖 원년(1801) 1월 28일, ≪純祖實錄≫ 원년 1월 28일, ≪受敎定例≫ 86. 內奴婢寺奴婢革罷(I-197), ≪聽訟定例≫(K2-3435) 136. 內奴婢寺奴婢革罷.

를 밝힌다고 하였는데, 이 규정이 바로 그것이다. 내수사의 노비와 중앙관청인 시(寺)노비를 혁파한 것을 ≪大典會通≫에 규정한 것이다. 이렇게 내노비와 시노비를 혁파하자 그와 관련된 문제가 나타났다. 즉 적몰된 노비의 경우에는 원래 호조에 소속시키고 시노비의 예에 따라서 身貢을 거두었는데, 이제 각사의 노비가 혁파된 후에 적몰노비는 어디에 소속시킬 것인가에 대하여 한 번 법식을 정하자는 것이 호조판서 李書九의 요청이었던 것이다. 이서구는 이를 서울에 사는 경우에는 형조에 소속시키고, 지방에 사는 경우에는 해당 고을의 노비로 소속시켜서 부리게 할 것을 제안하고 순조가 그대로 따른 것[99]을 ≪大典會通≫에 수록한 것이 ㊴이다.

(11) 殺獄

살옥에는 살인죄에 관련된 사항을 규정하고 있다. 殺獄 항목이 두어진 것은 ≪續大典≫에서부터인데, 그 이후에는 살인죄와 관련된 사항이 살옥에 규정된다. 살옥에서 보충된 개소는 5개소이다.

【殺獄】 續 … ○ **不告官擅殺其奴婢者, 用大明律杖徒之法, 而如當房人口悉放從良之文, 勿用** <婦女因妬殺婢者, 鐘路決杖, 定配 補 ㊵ 率接之婢夫, 肆發惡言, 情理絶悖, 而治罪, 邂逅致死者, 勿爲成獄, 非絶悖, 治罪邂逅則獄具後, 草記稟決 ㊶ ○ 雇主殺雇工, 比平人相殺減一等, 杖一百流三千里> … ○ **外方殺獄, 觀察使同道內剛明守令査治, 其難決者啓移本曹稟處** <增 在鄕堂上朝官殺人, 該道觀察使, 啓聞拷訊 補 ㊷ 內侍係干殺越, 依朝官例, 京・外獄官自斷訊推> 增 **殺獄久囚罪人, 年滿八十證援俱絶者, 減死定配** <補 ㊸ 久囚年七十以上者區別, 狀聞稟處, 正宗庚戌, 下敎> … 補 **㊹ 姦贓未捉於姦所, 一房同食, 無異姦所, 勿爲完決, 狀聞稟處**

【살옥】 續 … ○ **관에 고하지 않고 그 노비를 함부로 죽인 경우에는 ≪大明律≫의 장형, 도형의 법을 쓰되, "동거가족은 모두 방면하여 양인으로 한다."라는 법문은 적용하지 않는다.** <부녀가 시기로 인하여 계집종을 살해한 경우에는 종로에서 장을 치고 정배한다. 補 ㊵ 거느리고 사는 계집종의 남편이 방자하게 악언을 하는데 그 정리가 패악하여 죄를 다스리다가 우연히 사망에 이르게 된 경우에는 살인사건으로 삼지 않는다. 패악하지 않은데 죄를 다스리다가 사망에 이르게 된 경우에는

99) ≪承政院日記≫ 純祖 원년(1801) 9월 20일, ≪受敎定例≫ 85. 籍産奴婢所(I-197), ≪聽訟定例≫(K2-3435) 137. 籍産奴婢屬之秋曹及該官.

옥구를 갖추고 초기로 임금에게 보고하여 결정받는다. ㊶ ○ 고용주가 고공을 살해한 경우에는 일반인끼리 살해한 것에서 1등을 감하여 장 100 유 3천리에 처한다.> … **○ 지방의 살옥은 관찰사가 도 내의 강명한 수령과 함께 조사하여 다스리고, 해결이 어려운 것은 임금에게 보고하며 형조에서 계품하여 처리하도록 한다.** <增 지방에 있는 당상관인 조관이 살인을 하면 당해 도의 관찰사는 임금에게 보고하고 고신한다. 補 ㊷ 내시가 살인에 관계되면 조관의 예에 따라 서울과 지방의 옥관이 판단하여 고신하여 조사한다.> 增 **살옥으로 오래 갇혀 있는 죄인이 나이가 80세가 되고 증거와 증인이 모두 없어진 경우에는 사형을 감하여 정배한다.** <補 ㊸ 오래된 죄수로 나이가 70세 이상인 자는 구별하여 장계로 보고하고 임금이 처리하도록 한다. 정조 경술년 하교> … 補 **㊹ 간통한 증거를 간통 장소에서 잡지 못하여도 한 방에서 같이 먹었으면 간통 장소와 다르지 않으니 완결하지 말고 임금에게 보고하여 처리하도록 한다.**

조선사회에서 노비는 아니지만 남의 집에 들어가 살면서 남의 집에 들어가 사는 婢夫의 규율도 행하게 된다. 婢夫는 사실 婢의 주인과는 전혀 관계가 없는 자이지만, 그들이 사실상 婢의 주인집에 들어가 살 정도로 지위가 열악한 데도 불구하고 가장의 통제권이 제대로 미치지 않기 때문에 이들에 대한 규율을 하고자 한 것이다. 이들 婢夫들은 ≪大明律≫에서 제시하고 있는 雇工과는 또 다른 존재로서 자리매김되고 이에 대한 규율은 정조대에 이르러 婢夫定制라는 형식으로 나타나게 된다.[100] 이때의 논의는 처 상전이 비부에게 악언을 듣고 비부에게 손을 댔다가 우연히 죽으면 처 상전의 목숨으로 갚는 것을 의아하게 여긴 정조의 의문에서 시작되었다. 즉 비부가 처 상전에게 악언을 한 것은 노비가 주인을 능욕한 것과 비슷한데 이를 다스리다가 비부가 죽은 경우를 일반인처럼 취급해서는 안 된다는 것이었다. 또한 영조 때 간통 현장이 아니더라도 처의 치마를 잡아당기는 것을 보거나 마주 앉아 밥을 먹는 것을 본 남편이 상대방을 죽이는 경우에 가벼운 법을 따르라는 수교가 있었는데, 비부의 사안도 명분상 간통의 사안보다 중하면 중하였지 경하지는 않다는 것이 정조의 생각이었다. 논의 과정에서는 비부의 종류가 여러

100) ≪承政院日記≫ 正祖 17년(1793) 12월 18일, ≪正祖實錄≫ 17년 12월 18일, ≪受敎定例≫ 74. 婢夫定制(I-192), ≪特敎定式≫ 1.70. 婢夫定律(II-130), ≪聽訟定例≫(K2-3435) 122. 婢夫定式. 이하의 설명은 ≪特敎定式≫이 가장 자세하여 ≪特敎定式≫을 참고하였다.

가지이고 새롭게 법을 제정하면 폐단이 생길 수 있다는 의견이 있었으나 정조는 비부라는 것을 행랑채에 사는 자들을 한정하여 가리키는 것이라고 하여 배척하고, 데리고 있는 비부가 처 상전에게 악한 말을 함부로 하여 인정과 사리에 아주 어긋나서 처 상전이 죄를 다스리다가 우연히 죽게 하였다면 성옥하지 말고, 사정이 아주 나쁘지 않은데 죄를 다스리다가 우연히 죽은 경우에는 옥안을 갖춘 다음에 초기를 올려 품결할 것을 정하였는데 이것이 ㊵의 규정으로 ≪大典會通≫에 수록되었다.

한편 앞서 살펴본 ⑦의 전거가 된 정대인옥사와 관련하여 또 하나의 논점으로 등장한 것이 雇主와 雇工 사이의 범죄와 관련된 것이다. ≪續大典≫에서는 고공이 가장을 살해한 경우에 삼성추국을 행하는 것으로 하고 이에 대한 처벌을 규정하고 있다.[101] 그러나 가장인 고주가 고공을 살해한 경우를 어떻게 처리하여야 하는가는 규정하지 않고 있는데, 고공에 대한 정의가 내려진 이상 이제 이 문제에 대하여 접근하게 된다. 正祖는 이에 대하여 일반인을 기준으로 1등을 가감하는 설과 노비를 기준으로 1등을 가감하는 설이 있는데 어떤 것으로 할지를 의논하라고 하였는데, 비변사에서는 이에 대하여 고공이 고주를 살해한 경우에는 규정이 있으므로 논의할 여지가 없지만, 고주가 고공에 대한 경우에는 노비를 살해한 것에 비하여 1등을 가중하면 장 70 도 1년반이 되는데 너무 가볍다고 하여 일반인보다 1등을 감경한 장 100 유 3천리로 할 것을 건의하여 일반인을 기준으로 할 것이 결정되었고[102] 이것이 ≪大典會通≫에 수록된 것이다. 이 규정에 대한 논의를 통하여 살펴볼 때 고공에 관한 규정이 ≪大明律≫에 있었음에도 불구하고 ≪續大典≫에서 새롭게 규정되었다는 것을 볼 수 있고 그것은 고공에 관한 규정이 제대로 작동하지 않았음을 나타낸다고 할 수 있다. 할부에 의하여 하나는 推斷에 하나는 ㊶은 殺獄으로 나뉘어 규정되었다.

≪大典通編≫에서는 지방에서 살인 사건이 발생한 경우 관련자가 당상관일 경우에는 당해 지역의 관찰사가 왕에게 보고하고 고신할 것을 규정하고 있다. 그런데 정조 13년에 살인사건과 관련된 내시가 외부 사람과 교통하는 일이 발생하자 정조는

---

101) ≪續大典≫ 刑典 推斷: … 雇工弑家長者 … 並三省推鞫 ○ 綱常罪人 … 結案正法後, 妻子女爲奴, 破家瀦宅, 降其邑號, 罷其守令.

102) ≪承政院日記≫ 정조 7년(1783) 7월 14일, ≪秋官志≫ 卷6 <考律部> [定制 雇工 雇工定制], ≪審理錄≫ 卷6 辛丑3 [全羅道 寶城 鄭大仁獄], ≪受敎定例≫ 36. 雇工定制(I-177), ≪特敎定式≫ 1. 67. 雇工定制(Ⅱ-124), ≪受敎謄錄≫(古6022-77, 국립중앙도서관본) 15. 雇工定制.

법전에서 통훈대부 이하는 담당관사에서 직접 신문하고 조사할 것을 규정하였으니, 내시도 서울과 지방의 옥관이 스스로 판단하고 거행할 것을 분부하였다.[103] 이는 ≪大典通編≫의 규정으로 처리할 수 있으므로 굳이 따로 규정할 것은 없었지만, 내시이기 때문에 따로 규정되고 ≪大典會通≫에도 ㊷와 같이 수록된 것으로 추정된다.

㊸개소는 오래된 죄수로서 70세 이상인 자는 구별하여 장문하여 품처한다는 것으로서 정조 14년에 나온 수교이다. 당시 원자가 탄생하여 대사면을 행하였는데, 이를 기념하여 정조가 크게 사면을 하는 것을 고려하여 이러한 조치를 취한 것이다.[104]

㊹개소는 本文으로 규정되어 있는데, 이 규정은 영조 때 나온 挽裳對飯律과 관련이 있다. 挽裳對飯律이란 치마를 당기거나 밥상을 같이한 것을 간통한 것과 같이 본다는 규정이다. 영조 34년(1758)에 한 방에서 같이 밥을 먹은 것을 이유로 사람을 죽인 옥안을 살펴보던 영조는 대신들에게 하문하고, 대신들은 대개 남녀가 같은 상에서 밥을 먹고 있는 것은 간통 현장에서 포착한 것과 다름이 없다[105]고 하였고, 영조도 이에 동일하게 생각하여 한 방에서 같이 밥을 먹는 것을 보고 죽인 경우를 간통현장에서 포착한 것과 다름이 없다고 하였다.[106] 또한 영조 49년(1773)에는 이러한 경우에는 완결하지 말고 임금에게 보고한 후에 처리할 것을 명하였다.[107] 정조 8년(1784)에는 이러한 사건을 임금에게 보고하여 처리하는 예가 없는 것을 보고 위 영조의 두 수교를 신칙함으로써 간통장소에서 포착한 것으로 의제하는 사안은 국왕에게 보고하도록 한다.[108] 정조 8년에 신칙한 사안이 ≪大典會通≫에 규정된 것이다.

---

103) ≪承政院日記≫ 정조 13년(1789) 5월 22일, ≪正祖實錄≫ 정조 13년 5월 22일, ≪受敎定例≫ 62. 係關殺獄內侍自斷(I-189), ≪特敎定式≫ 1.81. 內侍干殺獄直勘(II-140). ≪聽訟定例≫(K2-3435) 103. 內侍干犯殺獄直勘.

104) ≪承政院日記≫ 정조 14년(1790) 8월 2일, ≪受敎定例≫ 67. 久囚之年七十以上者狀聞(I-190), ≪聽訟定例≫(K2-3435) 109. 久囚之年七十以上者狀聞.

105) ≪大明律≫ 刑律 人命 殺死姦夫: 凡妻妾與人通姦 而於姦所 親獲姦夫姦婦 登時殺死者 勿論 若止殺死姦夫者 姦婦依律斷罪 從夫家賣.

106) ≪承政院日記≫ 영조 34년(1758) 11월 26일. 이렇게 처리하는 법적 효과는 간소에서 살인하였으므로 범인이 경한 처벌을 받게 된다는 것이다.

107) ≪承政院日記≫ 영조 49년(1773) 11월 28일.

108) ≪承政院日記≫ 정조 8년(1784) 3월 19일, ≪受敎定例≫ 38. 挽裳對飯(I-179), ≪特敎定式≫ 1.73. 奸獄狀聞(II-136), ≪聽訟定例≫(K2-3435) 72. 挽裳對飯奸獄狀聞.

(12) 檢驗

검험에는 살인사건이 발생하였을 때 시체에 대하여 검시를 행하는 사항들을 규정하고 있다. 검험은 ≪續大典≫에서 처음으로 항목으로 독립되어 규정되는데, ≪大典會通≫에서는 2개소를 보충하고 있다.

【檢驗】 續 … ○ **初・覆檢實因** <謂因以致死之實> **若有疑端則三四檢** <京則覆檢漢城府堂下官, 三檢則本曹啓稟, 發遣郎官擧行 ○ 外則觀察使定差員覆檢 增 殺人匿埋者, 依例檢驗, 其他已瘞者, 勿爲掘檢 ○ 凡當掘檢者, 勿爲徑自開檢, 必先啓聞擧行 ○ 初・覆檢, 法不敢相通, 檢吏私自宣泄者, 嚴刑定配 補 ㊺ 其他已瘞者勿檢, 指白骨檢驗之謂, 若不計久遠, 通指已瘞則豈有匿埋檢驗之敎, 此後又或有年久, 而不可不掘檢, 啓聞後施行, 正宗丁酉, 下敎 ㊻ ○ 檢驗謀避守令, 拿問重勘>

【검험】 續 … ○ **초검과 복검에서 실인에** <죽게된 실제원인> **만약 의심스러운 단서가 있으면, 3검, 4검을 한다.** <서울에서 복검은 한성부의 당하관이, 3검은 형조에서 임금에게 보고하고 낭관을 보내어 거행한다. ○ 지방은 관찰사가 차사원을 정하여 복검한다. 增 살인하고 몰래 파묻은 경우에는 예에 따라 검험하나, 기타 이미 묻은 것은 파내어 검험하지 못한다. ○ 무릇 마땅히 파내어 검험해야 하는 것도 곧바로 분묘를 파서 검험하지 말고 반드시 먼저 임금에게 보고하여 거행한다. ○ 초검과 복검은 서로 감히 통하지 못하는 것이 법인데, 검험하는 관리가 사사로이 누설하는 경우에는 엄형 정배한다. 補 ㊺ "기타 이미 묻은 것은 검험하지 못한다."라는 것은 백골검험을 지칭하여 이르는 것이다. 만약 오래된 것을 헤아리지 않고 이미 묻은 것을 통칭하였다면 어떻게 몰래 묻은 것을 검험하라는 전교가 있었겠는가. 앞으로 또 여러 해가 되어 파내어 검험하지 않을 수 없는 것은 임금에게 보고한 후에 시행하라. 정조 정유년 하교 ㊻ ○ 검험을 회피하려고 하는 수령은 잡아와서 엄중히 다스린다.>

≪大典通編≫에서는 사람을 죽여 몰래 파묻은 경우에는 검험을 하지만, 기타 이미 매장되어 있었던 경우에는 파서 검험하지 말 것을 규정하고 있다. 이는 영조 때의 수교를 바탕으로 한 것으로,[109] 백골의 검험을 금지한 것이다. 그런데 이 수교를

109) ≪承政院日記≫ 영조 41년(1765) 2월 2일.

바탕으로 하여 당시 검험관행이 이미 파묻힌 자는 검험하지 않는 것을 관례로 하고 있었던 것 같다. 그런데 정조는 이러한 관행이 영조의 수교를 잘못 해석하여서라고 지적하고 수교에서 '其他已瘞者, 勿爲掘檢'의 의미를 해석한 것이다. 즉 기타 이미 파묻은 경우란 백골 검험을 가리키는 것이라는 것이다. 그것이 만약 오래된 것을 계산하지 않고 통틀어서 '已瘞' 즉 이미 묻힌 것을 가리킨다면 어떻게 몰래 묻은 것을 검험하라는 규정이 있겠느냐는 것이다. 그래서 이후로는 기간이 오래된 것을 파내어 검험해야 할 경우에는 가벼이 직접 파내어 검험하지 말고 반드시 보고한 뒤에 거행할 것으로 법식으로 정한 것[110]이 바로 ㊺개소이다. 그런데 의문이 드는 것은 이 수교가 정조 1년에 있었는데 ≪大典通編≫에는 수록되지 않고 원래 영조의 수교만 수록되어 있는 점이다. 추측건대 정조가 스스로 밝히고 있듯이 영조가 이미 매장된 자를 검험하지 말라고 한 것은 아니라는 것을 신칙한 것이기 때문에 굳이 이를 규정할 필요가 없지 않았는가 생각한다. 하지만 시일이 흐르면서 ≪大典通編≫의 규정만으로는 이러한 해석이 불가능할 수 있기 때문에 ≪大典會通≫의 편찬자들이 위 수교의 뜻을 헤아려 압축하여 규정한 것이 아닌가 생각한다.

또한 검험은 사건의 실체를 밝히는 데 중요한 요소이다. 그런데 정조 13년에 순천, 광양, 보성의 수령이 검험을 서로 미루어 시체가 썩어서 증빙할 수 없게 되는 상황이 발생하자, 정조는 이 수령들은 잡아와서 중히 다스리도록 하였는데[111] 이 수교가 ㊻으로 수록된 것이다.

(13) 補充隊

補充隊는 군사적 기능보다는 천인이 양인으로 속신하는데 주안점이 있는 부대이다.[112] 따라서 보충대와 관련하여서는 천인 신분과 관련된 규정이 많다. ≪大典會通≫에서는 보충대와 관련하여 단 하나의 개소를 두고 있다.

【補充隊】 續 … ○ **自己婢妾所産子女, 不屬於補充隊, 而現發者, 定爲公賤, 本**

---

110) ≪承政院日記≫ 정조 원년(1777) 5월 10일, ≪正祖實錄≫ 정조 원년 5월 10일, ≪秋官志≫ 卷2 <詳覆部> [附檢驗 檢驗雜式], ≪受敎定例≫ 28. 掘檢申明(I-174), ≪特敎定式≫ 1.50. 禁掘檢(II-114), ≪聽訟定例≫(K2-3435) 53. 掘檢申明.

111) ≪承政院日記≫ 正祖 13년 5월 22일, ≪受敎定例≫ 61. 檢驗謀避守令論罪(I-188), ≪特敎定式≫ 1.83. 檢驗厭避(II-142).

112) 보충대에 관하여는 한국법제연구원(이종일), **大典會通 硏究 - 兵典編 -**, 1995, 374-376쪽 참조.

主毋得使役 <若被其嫡族之發告, 沒爲公賤則甚係傷倫, 因他事現發者外, 其嫡族陳告, 勿施, 連二代良役, 事在六十年前, 非當身見存, 雖無帖文, 亦勿沒入公賤 補 ㊼ 今廢>

【보충대】 續 … ○ **자기의 비첩이 낳은 자녀가 보충대에 속하지 않았는데, 발각된 경우에는 공천으로 하며 본래의 주인이 사역할 수 없다.** <만약 그의 적족에게 고발되어 공천이 된 경우에는 인륜이 심히 상하는 데 관계되므로 다른 일로 발각되는 경우 외에 적족이 신고하는 것은 허용하지 않는다. 연 2대 양역하면 일이 60년 전에 있고, 본인이 살아 있지 않은 경우에는 비록 체문이 없어도 또한 공천으로 몰입하지 않는다. 補 ㊼ 지금은 폐지되었다.>

자기의 비첩 소산이 양인이 되는 길은 보충대에 입속하여 일정한 기간이 지나야 가능하였는데, ≪續大典≫에서는 보충대에 입속하지 않은 자를 그대로 양인으로 할 수도 없기 때문에 이들이 적발되면 공천으로 하고 본주인이 부리지 못하도록 규정하였다.[113] 또한 그 적처 자손들이 이들을 공천으로 만들면 인륜을 손상시키므로 다른 사람이 고발하는 경우를 제외하고는 받아들이지 않는 것으로 규정하고, 연 2대 양역을 하고 일이 60년 전에 있으며 본인이 죽은 경우에는 비록 帖文이 없다고 하여도 공천으로 몰수하지 않도록 하였다.[114] ≪大典會通≫에서는 시노비와 내노비를 혁파한 것을 반영하여 보충대를 폐지한 것으로 추정된다.[115]

(14) 聽理

청리에는 소송을 처리하기 위한 각종 규정들이 수록되어 있다. 청리에 수록되어 있는 소송규정들은 獄訟을 제외한 소송과 관련된 규정들이다. 청리에는 2개소가 보충되었다.

【聽理】 續 … ○ **凡詞訟官違法聽理者, 以制書有違律論** <補 ㊽ 部官聽訟, 二十兩以上, 從重論勘, 部屬刑配, 訟隻不在當部, 亦勿受狀> … 補 **㊾ 奴犯主山, 無論曲直, 嚴刑三次, 仍本役島配, 勿揀赦前**

113) ≪受敎輯錄≫ 913번 수교, ≪承政院日記≫ 숙종 13년(1687) 11월 13일.
114) ≪受敎輯錄≫ 914번 수교, ≪承政院日記≫ 숙종 13년(1687) 12월 11일.
115) 이종일, 전게논문(각주 112) 참조.

【청리】 續 … ○ **무릇 사송관이 위법하게 청리하는 경우에는 제서유위율로 논한다.** <補 ㊽ 部官이 20냥 이상의 사건을 청송하면 중하게 처벌하고, 部屬은 형장을 쳐서 정배한다. 피고가 해당 부에 없으면 소장을 수리하지 않는다.> … 補 **㊾ 종이 주인의 산을 범하면 곡직을 따지지 않고 엄형 3차한 후 본역 그대로 섬으로 유배하며, 사면하지 않는다.**

사송의 송관이 위법하게 청리한 경우에는 제서유위율로 논하는 것이 ≪續大典≫의 규정이다. 사송은 주로 한성부에서 담당하기 때문에 정조 15년에 한성부 판윤 具礜이 한성부 내의 5부에 20냥 이하의 사건과 술주정, 싸움에 관한 일을 청리할 수 있도록 할 것을 건의하였는데, 정조는 법식을 새로 만들 필요는 없으며 5부에서는 빚과 관련된 일은 형조와 한성부에 보고한 후에 처리하며 술주정, 싸움에 관한 일은 그대로 청리할 수 있도록 하였다.[116] 그런데 순조 34년에 이르자 당시의 한성부 판윤이었던 李止淵은 20냥 이하의 民訟에 한하여 청리할 수 있도록 한 것이 법전에 규정되어 있지 않기 때문에 근래에 한계가 없이 간사한 백성들이 많은 소송을 일으키면서 법사에 제소하지 않고 각부에 정소하면서 비리가 많이 일어나고 있다는 것을 지적한다. 그리고 대책으로서 20냥 이상의 소송은 각부에서 청리하지 않으며, 소송 당사자가 해당 부에 없는 경우에는 소장을 받아들이지 않으며, 5일마다 소송서류를 한성부로 송부할 것을 건의하였다. 아울러 예전과 같은 버릇을 그대로 유지하는 경우에는 당해 부의 부관은 從重論勘하며, 部屬은 法曹로 이송하여 형배할 것을 요청하였다.[117] 순조가 이를 받아들여 수교가 되었는데, ≪大典會通≫에서는 문장을 정리하여 ㊽과 같이 수록하고 있다.

조선후기에는 산송이 많이 일어나는데 ㊾의 규정도 산송과 관련된 규정이다. 원래의 수교에서 정확한 사실관계가 드러나지 않기 때문에 배경은 알 수 없지만 추측컨대 남자 종이 주인의 산에 투장한 것을 파내지 못하여 주인인 南陽幼學 宋復奎가 상언한 것이 아닌가 한다. 여기서 정조는 풍속과 교화와 관계된 것으로서 노비와 주인간의 분수를 어겼다고 하여 그 남자 종을 여러 도를 돌아가며 보인 후에 유배지로 압송할 것을 명하고, 앞으로 이를 범하는 노비들은 엄형 3차하여 멀고 열악한 외딴섬에 그대로 본역에 충당하여 배정하며, 사면 전인지를 가리지 말 것을 형조의 수교에 싣도록 하였는데,[118] 이 수교가 그대로 ≪大典會通≫에 수록되었다.

---

116) ≪正祖實錄≫ 정조 15년(1791) 4월 4일, ≪承政院日記≫ 정조 15년 4월 4일.
117) ≪備邊司謄錄≫ 순조 34년(1834) 6월 10일.

(15) 잡령

잡령에는 말그대로 위의 항목 중 어디에도 들어가기 힘든 사항들이 수록되어 있다. 따라서 다양한 사항들이 수록되어 있는데, ≪大典會通≫에서 보충된 개소는 3개소이다.

【雜令】 續 … ○ **各邑身役錢·布, 京主人處毋得替徵** <增 儒生之憑藉疏廳, 求請外邑, 先徵邸人錢者, 亦禁斷 補 ㊿ 疏廳求助主張人, 刑配> … ○ **各司奴婢他役者, 其提調毋得啓請還給, 雖都提調, 一應匠人則毋得啓請還給, 而移文本曹則本曹分揀各司殘盛, 參酌粘啓** <補 51 今廢> … 補 **52 貶下守令, 反罰上營, 依投印律論**

【잡령】 續 … ○ **각읍에서 신역으로 바칠 돈과 베는 경주인에게서 대신 징수하지 못한다.** <增 유생이 소청을 빙자하여 지방의 읍에 비용을 청구하여 먼저 경주인에게 돈을 징수하는 것도 역시 금단한다. 補 ㊿ 소청에서 도움을 구하자고 주장하는 자는 형장을 치고 정배한다.> … ○ **각사의 노비로 다른 역을 지는 경우 그 제조가 되돌릴 것을 임금에게 요청하지 못한다. 비록 도제조라고 하여도 일응 장인이면 되돌릴 것을 임금에게 요청하지 못하나, 형조에 문서를 보내면 형조에서 각사의 잔약함과 풍성함을 분간하여 참작하여 임금에게 보고한다.** <補 51 지금은 폐지되었다.> … 補 **52 근무평정에서 '하'를 받은 수령이 도리어 상사를 모욕하면 투인율에 따라 논한다.**

㊿의 규정은 잡령에서 경주인과 관련된 규정이다. ≪續大典≫에서 각 읍에서 신역을 바칠 돈과 베를 경주인에게 대신 징수하지 못하도록 하였고, ≪大典通編≫에서는 유생이 유생들이 건의하기 위하여 모이는 장소인 疏廳을 빙자하여 지방의 읍에 청구하는데 먼저 경주인에게 돈을 징수하는 것을 금지하였다. 그러자 疏廳을 빙자하여 지방의 향교나 서원에 통문을 돌려 부조하는 물건을 토색질하는 일들이 발생한다.[119] 이에 좌의정 沈象奎는 祠院의 私設을 금지하였는데 이를 세우고자 하는 것은 토색질하려는 의도가 있는 것이고, 원래 疏廳은 시비와 의리에 관계되는 일을

---

118) ≪承政院日記≫ 정조 14년(1790) 2월 15일, ≪受敎定例≫ 65. 奴犯主山(I-190); ≪特敎定式≫ 1.94. 奴主相訟(II-122), ≪聽訟定例≫(K2-3435) 107. 奴犯主山絶島充軍.

119) ≪純祖實錄≫ 순조 24년(1824) 4월 4일.

진달하기 위하여 세우는 것인데, 이를 일컬으며 불량한 자들을 끌어모아 졸개로 만들고 오로지 청구하고 요구하여 의식의 자료로 삼으니 성균관으로 하여금 이를 제어할 조목을 올려서 비변사로 하여금 품처하게 할 것을 요청한다.[120] 이에 성균관에서 보고한 것을 토대로 비변사에서 조목을 제시하는데 그 중에 소청에서 물품 등을 청구하는 것을 주장하는 자를 형배하도록 하는 조항[121]이 ≪大典會通≫에 규정된 것이다.

㊶의 규정은 각사노비안을 태운 상황에서 이 규정은 필요가 없으므로 폐지한 것으로 보인다. 이 규정은 내노비, 시노비의 혁파와 관련되어 있으므로 순조 때의 수교로 추정하였다.

㊷는 근무평정에서 '하'를 받은 수령이 도리어 상관을 모욕한 경우에 투인율에 의하여 처벌한다는 규정이다. 투인율이 언제 만들어졌는지는 정확히 알기 어려우나 정조 5년에 인신을 버리고 집으로 돌아간 수령을 처벌할 때에 투인한 수령을 처벌하는 것이 先朝의 永式이라고 한 것[122]으로 보아 영조 때에 만들어진 것 같다. 그리고 투인율의 처벌은 그 땅으로 정배하는 것이 아닌가 생각된다.[123] 또한 투인율이 적용되는 실제 사례는 주로 관찰사와 수령이 다투었을 때 수령이 인신을 버리고 귀가하는 것으로 나타나고 있다.[124] 그런데 정조 24년에는 인사고과에서 '下'를 받은 수령이 관찰사에 대하여 모욕을 하니 이를 투인율에 의하여 처벌할 것을 의금부에서 요청한 것을 정조가 받아들인 것이다.[125]

(16) 笞・杖・徒・流贖木

이 항목은 贖刑과 관련하여 형벌을 면포나 돈으로 환산할 때 환산비율을 규정하고 있다. ≪大明律≫에서 이를 규정하고 있지만, 물가가 다른 조선에서 이를 그대로 사용할 수는 없다. 그래서 조선에 합당한 환산율을 정하고 있었는데, 시대가 흐름에 따라서 환산율은 변하게 된다. ≪續大典≫에서는 그러한 변화를 반영하여 항목을 따로 두어 이 환산율을 규정하고 있는 것이다. ≪大典會通≫에서 이를 보충한 것은

---

120) ≪純祖實錄≫ 순조 34년(1834) 3월 10일.
121) ≪備邊司謄錄≫ 순조 34년(1834) 3월 29일.
122) ≪正祖實錄≫ 정조 5년(1781) 10월 29일: … 尋常守令之投印, 先朝永式.
123) ≪正祖實錄≫ 정조 10년(1786) 9월 20일: … 上曰, 投印者, 卽其地定配, 便一成憲.
124) ≪正祖實錄≫ 정조 8년(1784) 7월 9일 등.
125) ≪承政院日記≫ 正祖 24년(1800) 윤4월 12일, ≪受敎定例≫ 84. 貶下守令反罵上營者用投印律正(I-197), ≪聽訟定例≫(K2-3435) 135. 貶下守令反罵上營者用投印律.

1개소이다.

笞·杖·徒·流贖木 續 **○ 流二千五百里, 綿布八匹二十二尺六寸, 代錢文三十一兩二錢六分** <補 ㊸ 流二千五百里, 綿布九匹, 代錢文三十一兩五錢>

태·장·도·류속목 續 **○ 유 2천 5백리는 면포로는 8필 22자 6치, 엽전으로 대신하면 31냥 2전 6푼이다.** <補 ㊸ 유 2천 5백리는 면포로는 9필이며, 엽전으로 대신하면 31냥 5전이다.>

이 규정은 단순히 ≪續大典≫에서 환산을 잘못한 것을 바로 잡기 위한 것이다. 즉 ≪續大典≫에는 유 2천리 대신 받는 면포는 8필이고 유 3천리 대신 받는 면포를 10필로 규정하고 있으므로 유 2천 5백리는 당연히 면포 9필이 되어야 하는데 면포 8필 22자 6치로 되어 있으며, 돈으로는 한 필에 3냥 5전이므로 9필이면 31냥 5전이 되어야 하는데 31냥 2천 6푼으로 규정하고 있다. 정조 11년(1787)에 구윤명이 이를 지적하여 바로 잡을 것을 청하였고 정조가 윤허한 것이다.[126]

(17) 決訟該用紙

決訟該用紙에는 결송입안을 받을 때 필요한 수수료를 규정하고 있다. ≪大典會通≫에서 폐지하였다. 언제 폐지되었는지는 불분명하다. 아마도 입안제도가 조선 중기 이후로 유명무실해지자 실효성이 없는 규정이 되었고, 이에 따라 ≪大典會通≫에서 명시적으로 폐지한 것이 아닌가 생각된다.

決訟該用紙 續 <補 ㊹ 今廢>

결송에 해당하는 용지 續 <補 ㊹ 지금은 폐지한다.>

(18) 奴婢決訟定限(㊺)

奴婢決訟定限에는 태조 이후 성종 대까지 노비소송의 처리 과정에서 정해진 시

126) ≪承政院日記≫ 正祖 11년(1787) 2월 20일(戊午), ≪受敎定例≫ 47. 流二千五百里定贖(I-182), ≪聽訟定例≫(K2-3435) 91. 流二千五百里贖九疋.

한을 명시한 판결기준을 정하고 있다. 이는 ≪經國大典≫의 형전 부록과 같은 위상을 가지는 것인데, ≪大典通編≫에는 규정되어 있었으나, ≪大典會通≫에서 아무런 표시 없이 삭제되었다. 원래는 ≪續大典≫이나 ≪大典通編≫ 단계에서 이미 삭제되었어야 하는 실효된 규정이었는데 삭제가 되지 않고 있다가, ≪大典會通≫을 편찬하면서 부록과 같은 위상이기 때문에 별다른 표시없이 삭제한 것으로 생각된다.

4. 맺으며

지금까지 ≪大典會通≫ 형전 규정의 성립연혁에 대하여 추적하여 보았다. 이를 통하여 알 수 있는 것은 우선 전체적으로 법전편찬 면에서 ≪大典會通≫의 편찬이 기본적으로 ≪大典通編≫을 보충하기 위한 것이었음을 생각할 때, ≪大典會通≫은 ≪大典通編≫ 편찬 후의 수교를 종합정리하는 기본적인 틀을 유지하였고, 본질적인 변혁은 없었다는 것을 볼 수 있었다.[127] 이를 통해 조선에서 행해지고 있던 기본적인 법전편찬방식의 틀을 그대로 답습하고 있었다고 평가할 수 있다.

그리고 형전 규정의 성립 연혁 모두를 밝힐 수는 없었지만, 대부분의 규정을 새로 발굴된 수교자료와 ≪承政院日記≫, ≪備邊司謄錄≫ 등을 통하여 복원하는 것이 가능하였다. 이제 이 작업을 통하여 정확한 규정이해가 이루어지리라 생각된다. 그러나 이들 ≪大典會通≫의 형전 규정을 통하여 시대상을 추출하기는 곤란하다. 왜냐하면 전통시대의 법전편찬은 시대의 흐름에 따라 누적된 수교들을 어느 한 시기에 정리하는 작업이기 때문에 어떤 일관된 흐름을 포착하기가 힘들기 때문이다. 그러므로 개개의 규정을 통하여 당시의 규율하고자 하였던 범죄양상과 국가의 대응책에 대하여 접근할 수 있을 뿐이다. 다만 새로 편입된 규정들을 통하여 ≪大典會通≫이 편찬되던 시기에 어떤 범죄가 문제였는지, 그 이전 시기와의 연장선상에서 그것이 어떠한 의미를 갖는지는 파악할 수 있을 것이다.

또한 ≪大典會通≫의 규정 내용을 통하여 이전 시기와는 질적으로 어떤 차이가 나는가도 살펴볼 수 있을 것이다. 그러나 ≪大典會通≫ 형전 규정의 성립연혁을 밝히는 이 글에서 이를 상세히 다룰 수는 없었다. 다만 이전시기와 연장선상에서 보다 강화된 모습으로 나타나는 것이 신분 및 강상관련 범죄의 처벌과 관련된 범죄

127) 鄭肯植, 전게논문(각주 5), 343쪽.

(예컨대, ⑦⑧⑨⑩㉕㉖㊲㊵㊶㊷㊹)가 있고, 뇌물범죄와 관련된 규정들(예컨대, ⑪⑫⑭)이 보완되는 것으로 보아, 19세기의 무너져가는 사회에서 법적 처벌을 통하여 다시 한 번 기강을 세우려고 하는 모습을 엿볼 수 있었다. 또한 ≪續大典≫에서 증보된 격쟁과 관련되는 규정들이 증가된 것(예컨대 ㉞㉟㊱㊽㊾)으로 보아, 분쟁해결의 주체로서의 국왕의 역할이 보다 강화되어 갔다는, 역으로는 정상적인 사법시스템이 제대로 작동하지 않는다는 방증일 수 있다는 것도 엿볼 수 있었다. 또한 입법기술적인 측면에서 대전의 위상에 걸맞지 않는 세부적인 규정들이 대전에 스며들어 있다는 것도 확인할 수 있었다(예컨대 발배일자를 적으라는 ⑲, 동일한 지역에 유배보내는 인원은 10명을 넘지 않게 하라는 ㉑ 등). 이는 입법기술적인 측면에서 ≪大典會通≫이 ≪經國大典≫보다 후퇴하였다는 증거일 수 있다. 하지만 이상과 같은 분석은 초보적인 것으로 하나의 예시일 뿐이다. 이 글에서 제시한 바 있는 ≪大典會通≫ 형전 규정의 전거를 통하여 보다 본격적인 연구가 기대된다.

투고일 2011. 2. 9	심사완료일 2011. 3. 4	게재확정일 2011. 3. 7

참고문헌

≪朝鮮王朝實錄≫ http://sillok.history.go.kr/main/main.jsp (2011. 2. 9. 최종접속).

≪承政院日記≫ http://sjw.history.go.kr/main/main.jsp (2011. 2. 9. 최종접속).

≪備邊司謄錄≫ http://db.history.go.kr/url.jsp?ID=bb (2011. 2. 9. 최종접속).

經國大典 (서울대학교 규장각, 1997).

大典會通 (서울대학교 규장각, 1999).

大明律講解, 大明律直解, 大明律附例 (서울대학교 규장각, 2000).

各司受教 受教輯錄 新補受教輯錄 (서울대학교 규장각, 1997).

≪聽訟定例≫(K2-3435).

≪受教謄錄≫(古6022-77).

金鐸敏・任大熙 主編, **譯註 唐律疏議(Ⅰ) - 名例編 -**, 한국법제연구원, 1994.

鄭肯植・趙志晩・金大洪・田中俊光, **朝鮮後期 受教資料 集成(Ⅰ)-刑事篇: 1(奎章閣 所藏本)**, 한국법제연구원, 2009.

鄭肯植・趙志晩・田中俊光・金泳奭, **朝鮮後期 受教資料 集成(Ⅱ)-刑事篇: 2(奎章閣 所藏本)**, 한국법제연구원, 2010.

정조 명찬/박찬수, 김기빈 역, **국역 심리록 1**, 민족문화추진회, 1998.

한국법제연구원(이종일), **大典會通研究**, 1993-1996.

한국역사연구회 중세 2분과 법전연구반, **受教輯錄**, 청년사, 2001.

한국정신문화연구원, **譯註 經國大典 - 번역편, 주석편**, 1985.

조윤선, "朝鮮後期 綱常犯罪의 양상과 法的 대응책", **法史學研究** 제34호, 한국법사학회, 2006. 10.

조지만, **조선시대의 형사법 - 대명률과 국전 -**, 경인문화사, 2007.

하라 다케시 지음/김익한, 김민철 옮김, **직소와 왕권**, 지식산업사, 2000.

한상권, **朝鮮後期 社會와 訴冤制度**, 일조각, 1996.

원재연, "조선시대 保放의 典據과 그 實態", **法史學研究**, 제33호, 2006. 4.

이종길, "조선시대 수인보호에 대한 일검토", **인권과 정의**, 제325호, 대한변호사협회, 2003. 9.

鄭肯植, "大典會通의 編纂과 그 意義", **서울대학교 法學**, 제41권 4호, 서울대학교 법학연구소, 2001. 2.

정호훈, "大院君 執政期『大典會通』의 편찬", 오영교 편, **세도정권기 조선사회와**

대전회통, 혜안, 2007.

조지만, "≪受敎謄錄≫에 관한 연구", **法學硏究**, 제51권 제1호, 부산대학교 법과대학・법학연구소, 2010. 2.

田中俊光, "朝鮮後期の刑事事件審理における問刑条例の援用について", **朝鮮史硏究會論文集**, 제46집, 2008. 10.

<Abstract>

The Formation of the Articles in the Criminal Part of *Daejeonhoetong* (大典會通)

Cho, Jiman*

In this paper, I study how new criminal articles were stipulated in *Daejeonhoetong* (大典會通). Previous studies claim that royal edicts after *Daejeontongpyeon* (大典通編) were complied into *Daejeonhoetong* (大典會通), but this paper shows that royal edicts before *Daejeontongpyeon* (大典通編) were also included in *Daejeonhoetong* (大典會通). Most of the new criminal articles in *Daejeonhoetong* (大典會通) were based upon royal edicts during the *Jeongjo* (正祖) rule, while a small number of royal edicts were issued by his successors, such as *Sunjo* (純祖), *Heonjong* (憲宗), and *Cheoljong* (哲宗).

Because the abstract criminal articles in *Daejeonhoetong* (大典會通) were stipulated by compiling concrete royal edicts, it is impossible to understand them without knowing the original contents of royal edicts. In many cases, we fail in comprehending the contextual meaning of articles by literal interpretation of them. Though this study does not give the entire picture of the establishment of new criminal articles in *Daejeonhoetong* (大典會通), it provides a glimpse of how we can understand them completely through royal edicts newly found, *Seungjeongwonilgi* (承政院日記), *Bibyeonsadeungrok* (備邊司謄錄), and so forth. It also provides foundation for studying aspects and countermeasures of crimes in the late 18th and the early 19th century reflected on the criminal articles in *Daejeonhoetong* (大典會通).

Keywords: *Daejeonhoetong* (大典會通), Criminal Part (刑典), *Sugyo* (受教, Royal edict), *Seungjeongwonilgi* (承政院日記), The Great Ming Code

---

* Assistant Professor, Law School, Ajou University.