〈논문〉

大明律의 罪刑法定主義 原則*

鄭 肯 植**

Ⅰ. 머리말

범죄와 형벌은 법률로써 규정되어야 한다는 '罪刑法定主義'가 서양 근대의 산물임에 대해서는 아무런 의문이 없다. 형법교과서에서는 이에 대해 다음과 같이 설명하고 있다: ①성문법률주의, ②법률불소급의 원칙, ③유추해석의 금지, ④관습법의 배제, ⑤절대적 부정기형의 금지.[1] 근래에는 다시 '적정성의 원칙', '명확성의 원칙'을 추가[2]하기도 하는 등 그 내용이 달라지고 있다. 따라서 죄형법정주의는 절대적 명제가 아닌 역사의 산물이며, 주어진 역사적 상황에 따라 그 내용이 다르게 발현될 수 있는 것이다.

눈을 우리의 역사로 돌려보자. 조선시대에는 죄형법정주의가 존재하였을까? 대개는 우리 법의 역사에 대해 부정적으로 바라보는 것이 일반적이다. 따라서 당연히 존재하지 않았고, 그 결과 사법관이라기보다는 행정관인 守令—흔히 말하는 원님이나 사또, 궁극적으로는 국왕—이 제 마음대로 형벌을 부과하였다고 생각하고 있다. 그래서 우리는 "네 죄를 네가 알렸다!"로 시작되는 '원님 재판'을 떠올리고 있다.

과연 위의 생각 내지 인식은 타당한 것일까? 이에 대해 진지한 검토가 있어 왔는가? 가설이 아니라 검증된 事實인가? 이에 대한 대답은 부정적이다. 여기에

* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2008학년도 학술연구비의 보조를 받았음.

** 서울대학교 법과대학 부교수.

1) 劉基天, **改訂 刑法學[總論講義]**(제25판: 일조각, 1984), 44-46쪽; 鄭榮錫, **刑法總論**(제5전정판: 법문사, 1986), 56-57쪽.

2) 신동운, **형법총론**(제2판: 법문사, 2006), 17-43쪽; 적정성의 원칙은 비례성, 실체적 적정성 또는 균형성원칙 등으로 표현되기도 한다. 이상돈, "죄형법정주의의 현대적 의의", **법치국가와 형법**(세창출판사, 1998), 150-152쪽.

법사학자의 존재가치가 있다고 생각한다. 기존의 상식을 바로 잡는 것이 학자의 임무라고 생각한다.[3] 우리들이 갖고 있는 전통법에 대한 부정적 인식은 바로 위의 적례라고 생각한다. 식민지 지배자는 통치의 정당성 내지 정통성을 확보하기 위해서는 과거에 대한 부정이 필요하다. 그러한 식민지기의 경험과 인식, 그리고 낙인은 지금 우리를 지배하고 있다. 따라서 대중의 과거사에 대한 인식과 투쟁하여 인식의 틀을 바꿀 필요가 있다.

조선시대에 형사법은 대명률이 일반법이었고, 경국대전 등에 규정된 國典은 특별법이었다.[4] 따라서 형사법의 기본적이며 핵심적인 부분인 죄형법정주의와 관련된 조문은 대명률에 규정되어 있다. 본고에서는 우선 대명률의 죄형법정주의 원칙을 선언한 조문을 중심으로 검토하기로 한다. 본고의 일차적인 목표는 우리 전통법에서 죄형법정주의 원칙이 존재하였는지 여부를 검토하는 것이다. 이를 통해서 전통법에 대한 부정적 인식을 극복하고자 한다.

법서와 법문이 어려운 것은 예나 지금이나 마찬가지다. 특히 조선 초기에 중국의 법전인 대명률을 이해하기에는 난관이 많았다. 더 본질적인 문제도 있지만, 일차적으로는 언어적 문제이다. 대명률을 이해하기 위해 수용초기부터 이두로 번역이 시도되어 1395년(태조 3)에 ≪大明律直解≫가 간행되었다. 본고에서는 사료해석력을 기르기 위해 이두문과 대응하는 정확한 번역을 목표로 한다. 1964년 법제처에서 ≪大明律直解≫의 이두문을 중심으로 번역하였고, 또 부분적인 번역이 있었지만, 현대적 번역에 중점을 두었기 때문에 직해문 자체의 충실한 번역은 아니었다.[5] 특히 본고에서는 직해문만이 아니라 원문과 직해문 모두를 대상으로 하고 있다. 그 이유는 직해에 포함된 이두문을 훈련할 수 있으며, 원문과 직해문을 대조하는 과정에서 고유의 법률용어[6]를 발견할 수 있기 때문이다.

---

3) "역사가란 '역사와 투쟁하는 지식인'이라고 정의하고 있습니다. 역사가가 투쟁하는 역사란 대중의 과거사에 대한 집단기억을 말합니다. 대중의 집단기억은 자연발생적으로 생겨난 것일 수도 있지만 특정 이해관계집단이나 정치가에 의해 만들어지거나 조작되어 대중에 주입된 것일 수도 있습니다."; 이영훈, **대한민국 이야기**(기파랑, 2007), 66쪽 (작은따옴표는 원문).

4) 조지만, **조선시대 형사법 ―대명률과 국전―**(경인문화사, 2007) 참조.

5) 李喆洙, "大明律直解의 吏文解釋(1-3)", **논문집** 16～18(인하대학교 인문과학연구소, 1990～1) 참조; 卷1 名例律(제2조 十惡)에서 卷7 戶律 倉庫(제148조 隱瞞入官家産)까지 번역을 하였다. 그러나 번역은 이두를 그대로 번역하기보다는 현대역에 중점을 두고 있으며, 부분적으로 이두에 대해 설명하고 있을 뿐이다. 그리고 1964년의 법제처 번역본은 40여 년 전에 번역되었기 때문에 책을 구하기도 어려울 뿐만 아니라 언어 감각 등에서 현재에는 가독성 등도 떨어지고 있다.

마지막으로 부수적인 목표는 좀 더 많은 연구자들이 다양한 관점에서 전통법에 대한 관심을 가질 수 있는 계기를 제공하는 것이다. 우리 법에 직접적인 영향을 끼친 중국법은 형법을 중심으로 발달하였다—그렇다고 해서 私法이 발달하지 않은 것은 결코 아니다. 그 대표적인 것은 653년(唐 高宗 永徽 4) 長孫無忌 등이 국가의 공식적·유권적 해석인 注疏를 덧붙인 註譯書인 ≪唐律疏議≫이다.[7] 여기에는 율문에 대한 해석인 注와 疏만이 아니라 이것만으로는 이해할 수 없는 부분에 대해서는 사례를 들어 그 해답을 제시하는 '問答'까지 포함되어 있다. 그야말로 중국전통법의 고갱이다. 하지만 아쉽게도 법학자들은 이에 대해 별다른 관심을 두지 않았다. 오히려 중국사학자들이 이에 대한 연구서를 내었다.[8] 이 점은 분명 법학자들이 반성할 점이다.

본고에서는 먼저 기존의 연구성과를 토대로 중국전통법, 당률소의를 대상으로 죄형법정주의의 얼개를 소개한 다음, 대명률에서의 죄형법정주의를 원칙, 예외, 강제로 나누어 살펴 본 후, 마지막으로 우리나라에서 1894년 이후 근대적—서구적— 죄형법정주의가 도입되는 과정을 개별입법을 통하여 소개하기로 한다.

Ⅱ. 죄형법정주의의 구조

1. 唐律에서의 罪刑法定主義

중국고대에는 형법의 연원을 둘러싸고 法定主義와 擅斷主義의 대립이 있었는데, 법정주의는 국가권력 측에서 인민의 지배를 위한 것이다. 즉, 법률을 민중에 대한 위하의 수단으로 또 지배의 한계를 제시하여 관리의 천단을 누르려는 두

---

6) 박병호, "외국법의 계수와 법령용어", **法學論文集** 26-2(중앙대학교 법학연구소, 2002) 참조.

7) 당률소의는 종래의 법에 대한 해석이 다양하여 통치에 장애가 되었기 때문에 법령에 대한 해석을 국가적 차원에 통일한 작업이다. 당은 건국 초기부터 몇 차례 법전을 정비하였는데, 마지막으로 대대적으로 정비한 것이 653년(영휘 4)의 당률소의이다. 金秉駿, "後漢 法律家의 活動과 그 性格", **東洋史學研究** 30(동양사학회, 1989) 참고; 당률소의는 金鐸敏·任大熙의 主編으로 한국법제연구원에서 3책으로 1994, 1997, 1998년에 간행되었다. 본고에서 당률소의를 인용할 때에는 위 번역을 참조하였다.

8) 김택민, **중국고대 형법 —당제국의 형법 총칙—**(아카넷, 2002); 이 책은 "동양법의 일반원칙"이라는 서명으로 2004년에 다시 출간되었다. 또한 임대희 교수는 각칙에 대한 연구서를 준비 중이다.

사조가 바탕을 이루고 있다. 중국에서 죄형법정주의 사상은 周末秦漢時代에 성립하였고, 이는 唐律의 律令格式을 인용해서 처벌해야 한다는 규정으로 선언되었다. 중국고대 형법전의 성립에는 우선 공권력에 의한 지배체제의 확립과 지속이 목표이었다.[9] 淸代에는 조문의 문언을 인용할 때에는 의미를 왜곡하는 결과를 가져오는 문언의 생략은 금지되었으며, 범죄사실을 문리에 적합한 조문을 인용하면서 구체적인 정상을 과도하게 언급하면서 형의 가중을 금지하는 등이 조례에 규정되었다.[10]

중국전통법의 원형이라고 할 수 있는 唐律疏議에서는 제한적으로 죄형법정주의를 인정하고 있다.[11] 먼저 斷獄 제484조에서 다음과 같이 판결을 할 때에는 율령격식의 정문을 인용할 것을 요구하여 죄형법정주의 원칙을 선언하였다.

> 무릇 판결할 때에는 모두 반드시 律令格式의 正文을 갖추어 인용해야 한다. 위반한 경우 태형 30에 처한다. 만약 여러 사건이 몇 개의 조문에 해당하면 단지 범한 죄만을 인용하는 것을 허용한다.[12]

즉, 율의 정문을 인용해서 판결을 해야 한다. 이 규정은 소극적인 의미에서 재판관이 판결을 할 때 율문을 인용할 것을 강제한 것이다.

당률에서는 법률의 시간적 효력을 직접적으로 규정한 조문은 없는데, 당률에 대한 해석인 소의나 행정규정인 令 등에서 간접적으로 추론할 수 있다. 총칙에 해당하는 名例律 제30조에서는 70세 이상 또는 80세 이상의 죄인과 병자에 대해서는 특별처분을 규정하고 있다.[13] 제31조에서는 행위시에는 위 조문의 대상에 해당하지 않으나 사건이 발각되거나 재판을 받을 때 그에 해당하는 경우에는 행위시를 기준으로 하지 않고 사건 발각시 또는 재판시를 기준으로 하는 것으로 규정하고 있다.[14] 그리고 잔존한 獄官令 제22조에서는 "格이 무겁게 개정되었으

---

9) 仁井田陞, **中國法制史硏究: 刑法**(東京: 岩波書店, 1959), 172-183面.

10) 滋賀秀三, **淸代中國の法と裁判**(東京: 創文社, 1984), 74面.

11) 김택민, 앞의 책, 57-78쪽 참조.

12) ≪唐律疏議≫ 第484條 <斷獄> 16 [斷罪不具引律令格式] "諸斷罪 皆須具引律令格式正文 違者笞三十 若數事共條 止引所犯罪者 聽"; 任大熙・金鐸敏 主編, **譯註 唐律疏議-各則(下)**(한국법제연구원, 1998), 3350쪽 참조.

13) ≪唐律疏議≫ 第30條 <名例> 30 [老小及疾有犯] "諸年七十以上 十五以下及廢疾 犯流罪以下 收贖 (중략) 八十以上 十歲以下及篤疾 犯反逆殺人應死者 上請 盜及傷人者 亦收贖 (중략) 餘皆勿論"; 金鐸敏・任大熙 主編, **譯註 唐律疏議-名例編**(한국법제연구원, 1994), 233쪽 참조.

면 구법에 따르고, 가볍게 개정되었으면 신법에 따르는 것"[15]으로 규정하였다. 따라서 일반적인 경우에는 후술할 대명률과는 달리 현행형법 제1조 제1항처럼 재판시법이 아닌 행위시법을 기준으로 함을 알 수 있다.

그러나 행정법규에 해당하는 令과 그 시행세칙인 式을 위반하였으나 별도의 처벌규정이 없는 경우에 대비한 違令罪와 違式罪[16]가 존재하는데, 이는 백지형벌에 해당하며, 또 관습형법에 해당하는 不應得爲 규정이 있다.[17] 또 법해석의 기준을 지방의 관습에 따르는 것을 허용한 점 등에서 죄형법정주의가 철저하게 관철되지는 않았다. 죄형법정주의의 가장 큰 예외는 유추적용을 허용하고 있는 점이다. 명례률 [斷罪無正條]에서는 다음과 같이 율문에 죄의 명칭과 형벌이 없는 경우에 다른 규정을 근거로 처벌할 것을 규정하였다.

> 무릇 斷罪해야 하는데 그 처벌할 조문이 없지만, 죄를 감면해야 할 때에는 바로 무거운 조문을 들어 가볍다는 것을 밝히며, 죄를 주어야 할 경우에는, 곧 가벼운 조문을 들어 무거운 것을 밝힌다.[18]

당률소의에서는 추상적 범죄행위를 규정하고 이에 대해 포괄적으로 법정형을 규정하는 방식이 아닌 개별적으로 범죄태양을 설정하고 이에 대해 개별적인 법정형을 규정하였다. 따라서 유추적용은 필연적 요청일 수도 있다. 왜냐하면 입법자가 사전에 모든 범죄행위를 예상하고 일일이 규정할 수는 없기 때문이다.[19]

---

14) 10세 이하와 8세 이하의 경우도 마찬가지인데, 이들에 대해서는 행위시법을 적용한다(≪唐律疏議≫ 第31條 <名例> 31 [犯時未老疾] "諸犯罪時雖未老疾 而事發時老疾者 依老疾論 [중략] 犯罪時幼小 事發時長大 依幼小論"); 앞의 책, 242쪽 참조.

15) "諸犯罪未發及已發 未斷決 逢格改者 若格重 聽依犯罪時格 若格輕 聽從輕法"; 仁井田陞著, 池田 溫 編輯代表, **唐令拾遺補**(東京; 東京大學出版會, 1997), 1434面.

16) ≪唐律疏議≫ 第449條 <雜律> 61 [違令] "諸違令者 笞五十<할주: 謂令有禁制 而律無罪名者> 別式 減一等"; 任大熙・金鐸敏 主編, **譯註 唐律疏議-各則(下)**, 3276쪽 참조.

17) ≪唐律疏議≫ 第450條 <雜律> 62 [不應得爲] "諸不應得爲而爲之者 笞四十<할주: 謂律令無條 理不可爲者> 事理重者 杖八十"; 위의 책, 3277쪽 참조. 이에 대해 범죄와 형벌의 규정양식 등으로 고려하여 처벌의 흠결을 메워 법의 목적을 달성하는 기능을 가지며 또 처벌이 가벼운 점에서 죄형법정주의를 부정하는 것으로 보지 않는다(김택민, 앞의 책, 67-68쪽).

18) ≪唐律疏議≫ 第50條 <名例> 50 [斷罪無正條] "諸斷罪而無正條 其應出罪者 則擧重以明輕 其應入罪者 則擧輕以明重"; 앞의 **譯註 唐律疏議-名例編**, 345쪽 참조.

19) 1979년의 中華人民共和國 刑法(법률 제425호; 1980. 1. 1. 시행)에서는 유추적용을 인정하였다. 형법전 편찬자들은 실제에서 출발하여 원칙성과 유연성을 통일하는 사상을 견지하였다. 이에 따라 죄형법정주의를 절대화하지 않고 엄격히 통제된 법률의 유추제

전통중국법을 집대성하고 이후 明·淸律에까지 영향을 끼친 唐律에서는 범죄를 처단할 때에는 구체적인 법조문을 인용할 것을 규정하고 이를 위반하면 처벌한 점에서 기본적으로는 죄형법정주의를 선언하였다. 다만 백지형법인 違令罪, 관습형법인 不應得爲, 특히 유추적용이 인정된 점에서는 죄형법정주의 원칙이 철저하게 관철되지 못하였다고 할 수 있다.[20] 그러나 형사입법의 구조, 범죄에 대한 인식 등과 함께 종합적으로 고찰하여 판단·평가해야 할 것이다.

2. 대명률의 죄형법정주의

우리나라에 전래된 명률은 최종본인 "洪武 30年律"이 아니라 ≪大明律直解≫와 ≪大明律講解≫의 저본인 "洪武 22年律(1389)"이다. 그리고 현존하는 대명률 직해의 서명은 모두 "대명률"인데, 편의상 관례에 따라 "대명률직해"로 부르기로 한다. 본고에서는 ≪大明律講解≫를 기본으로 하고 이두문을 비교하기 위해 ≪大明律直解≫를 활용하며 부분적으로 ≪大明律附例≫를 이용한다.[21] 또한 대명률 자체에는 일련의 조문번호가 없지만, 편의상 조문번호를 붙이기로 한다.[22]

특정한 범죄와 그에 대응하는 형벌을 규정하고 있는 형법전 존재 자체가 바로 죄형법정주의를 선언하였다고 볼 수 있다. 특히 ≪大明律≫ <刑律> 卷第27「捕亡」

도에 의해 보충하였다. 제79조는 명문의 규정이 없으면 각칙에 가장 유사한 조문에 비추어 죄와 형을 정할 수 있지만, 最高人民法院에 보고해야 한다. 또 제3조에서는 중국 전역을 적용지역으로 하지만, 제80조에서는 자치구 또는 省인 국가기관은 해당 민족의 정치, 경제, 문화적 특색과 형법이 규정한 기본원칙에 기초하여 융통성이 있게 보충규정을 제정할 수 있다. 다만 全國人民代表大會常務委員會에 보고하여 승인을 받은 후에 시행한다. 또한 중국 형법 제158조는 불응위를 상기하는 내용이다. 자세한 것은 徐益初, "中國刑事法の發展"과 畑中和夫의 코멘트 및 陳宝樹, "罪刑法定原則"과 松宮孝明의 코멘트, 徐益初·井戸田侃 編著, **現代中國刑事法論**(京都: 法律文化社, 1992) 참조; 1997년 3월 14일에 공포되고 그해 10월 1일부터 시행된 중화인민공화국형법(修訂)에서는 위 규정들은 모두 삭제되었다. 조문의 내용은 부록2 참조.

20) 현재 중국의 연구자들은 현재의 분위기와는 달리 이상하게도 죄형법정주의에 대해 침묵을 지키고 있다. 1982년에 발간된 張國華 엮음/ 임대희 외 옮김, **중국법률사상사**(아카넷, 2003) 및 張晉藩 主編/ 한기종 외 옮김, **중국법제사**(소나무, 2006)에서는 죄형법정주의에 대해 아무런 언급을 하지 않고 있다. 張晉藩 主編, **中國法制通史(전10책)**(北京: 法律出版社, 1999)도 마찬가지이다.

21) 서울대학교 규장각에서 2001년도에 해제와 함께 영인한 책을 이용하였다. 각각『講解』,『直解』,『附例』로 인용한다.

22) 대명률은 총칙에 해당하는 名例律과 각칙인 吏戶禮兵刑工律 등 7편, 30권 총460조로 되어 있는데, 조문은 "凡"으로 시작한다. 본문 중의 "○"는 단순히 법문을 구별하기 위한 표시에 지나지 않는다.

편과 卷第28「斷獄」편에서는 법을 위반한 관리를 처벌하는 간접적인 방식이지만, 수사 및 재판절차와 행형절차 등을 자세히 규정하고 있다.[23] 본고에서는 오늘날 죄형법정주의의 징표로 인정되는 대명률의 내용을 소개하고 검토하기로 한다.

1) 죄형법정주의의 원칙

여기서는 형사재판의 준거가 되는 법률의 적용시점에 대한 규정, 판결을 할 때 구체적인 조문을 인용해야 하는 규정, 형벌을 가중 또는 감경하는 원칙에 대한 규정을 보기로 한다.

가. 斷罪依新頒律[24]

법률의 효력이 발생하는 시점에 대한 규정으로 내용은 다음과 같다.

율문: 凡律 自頒降日爲始, 若犯在已前者, 並依新律擬斷.

번역: [새로 반포한 률에 따라 죄를 처단함] 무릇, 법령은 반포한 날부터 비롯하여 시행하니, 만약 이미 앞서 죄를 지은 경우에도 모두 새 법령에 따라 비기어 처단한다.

大明律直解[25]	번역문
凡律文乙 頒降日始遵行爲乎矣 已前犯罪人是良置 新律乙依良 擬斷	무릇 율문을 반포한 날로부터 비롯하여 준행하오되, 이전에 죄를 지은 죄인이라도 신률을 따라 비기어 처단한다.

형사법의 적용시기를 행위시의 법이 아닌 재판시의 법으로 하고 있다. 강해와 직해 사이에 특별한 차이점이 보이지 않는다. 일견 이는 법률불소급의 원칙에 위배되는 것처럼 보인다. 하지만 다른 관점에서 볼 필요가 있다. 이 규정의 취지는 처벌에서 법적통일성을 도모하고 이를 바탕으로 황제의 齊民支配를 관철하기 위

23) 卷第27「捕亡」편은 제395조에서 제402조까지 8개의 조문, 卷第28「斷獄」편 제403조에서 제431조까지 29개조의 조문으로 구성되어 있다.
24) ≪大明律講解≫ 卷第1 <名例> 제45조; 『講解』, 97쪽.
25) 『直解』, 106쪽; 밑줄 부분은 이두이며, 풀이는 <부록 1> 참조.

한 것이다. 사회질서를 안정적으로 유지하기 위해 형률을 제정하였으므로 당연히 舊律보다 新律이 우선적으로 적용되어야 한다. 명 태조는 즉위 초부터 법전편찬에 지대한 관심을 가졌다. 1368년(洪武 1)에 처음 대명률을 반포 한 후, 세 차례의 수정을 거쳐 1397년(洪武 30)에 최종적으로 대명률을 완성하였다.[26] 명 태조는 1397년 최종 대명률을 반포하면서 수정을 금지하고 이를 어기면 처벌하도록 하였고, 그 후 대명률은 개정되지 않았다.[27] 이는 이전의 대명률을 적용하지 않고 오로지 최종 대명률만 효력을 인정한다는 의미이다. 따라서 행위시법주의가 아닌 재판시법주의는 한편으로는 법적안정성을 확보하고 다른 한편으로는 제민지배를 관철하기 위한 입법적 조처라고 할 수 있다.

나. 斷罪引律令[28]

죄형법정주의의 대원칙은 판결, 즉 죄를 확정하여 형을 선고할 때, 구체적인 조문에 근거해야 한다는 것이다.

율문: ○凡斷罪 皆須具引律令 違者 笞三十, 若數事共條 止引所犯罪者 聽 ○其特旨斷罪 臨時處治 不爲定律者 不得引比爲律, 若輒引比 致罪有出入者 以故失論

번역: [단죄할 때의 법조문의 인용] ○무릇 죄를 처단함에는 반드시 율령을 구체적으로 인용하여야 하며, 위반한 자는 태30에 처한다. 만일 한 조문에 여러 사안을 규정하고 있는 경우에는 범한 부분만을 인용할 수 있다. ○국왕의 특지로 단죄한 것이 임시로 처치한 것이고 정률이 되지 않은 경우에는, 그것을 율문으로 삼아 끌어들여 비교해서 율로 삼지 못한다. 만약 경솔히 그것을 끌어들여 붙여 적용하여 죄에 증감이 생긴 경우에는 고의 또는 과실로 사람의 (죄를) 증감한 죄[官司出入人罪]로 논한다.

---

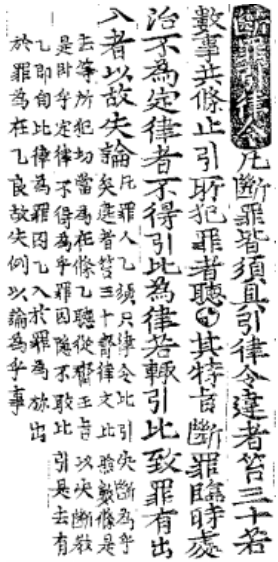
26) 鄭肯植・趙志晩, "大明律 解題", **大明律講解**(서울대학교 규장각, 2001), 8-11쪽.

27) ≪大明律附例≫ "秦 이전에는 모두 '法'이라고 하였는데, 商鞅이 법을 고쳐 '律'이라고 하였고, 漢 이후 이에 따랐다. 대명률은 1397년(明 太祖 30)에 중외에 반포되었으며, 條例는 1500년(明 孝宗 13)에 정하여졌고, 1550년(明 世宗 13)에 重修되었으며, 1555년에 增修되었고, 1585년(明 神宗 13)에 續修되었다(秦以前 皆稱法 商鞅改法爲律 漢以後 因之 ○大明律 洪武三十年五月刊中外 條例定於弘治十三年 重修於嘉靖二十九年 增修於嘉靖三十四年 續修於萬曆十三年).";『附例(上)』, 228쪽.

28) ≪大明律講解≫ 卷第28 <刑律>「斷獄」 제439조;『講解』, 501쪽.

斷罪引律令[29]	번역문
凡罪人乙 須只 律令比引決斷爲乎矣 違者笞三十齊 律文比照 數條是去等 所犯切當爲在 條乙 聽從齊 王旨以 決斷敎是臥乎 定律不得爲乎 罪囚隱 不敢比引是去有乙 卽自比律爲 罪囚乙 入於罪爲旀 出於罪爲在乙良 故失例以 論爲乎事	무릇 죄인을 반드시 율령을 비교하여 인용하여 결단하오되, 어기면 태 30이다. 율문을 비교하여 해당하는 것이 여러 조이거든 범한 바에 가장 적절한 조를 따라 듣는다. 왕지로 결단하시누온 율을 정하지 못한 죄수는 감히 비교하여 붙이지 못하거늘, 그대로 직접 율문을 인용하여 죄수를 죄에 들어가게 하며 죄에서 내거들랑 '고실례'로 논하올 일.

직해에서는 위 조문을 축조적으로 풀이하였다. 다만 2문의 "범한 부분만"이라는 부분은 "가장 적절한 부분"으로 하여 의미를 더욱 분명히 하였다. 또 '特旨'를 조선의 사정에 맞게 '王旨'로 번안하였다. 참고로 대명률직해 해당부분의 원문은 <그림 1>과 같다.[30]



[그림 1] 大明律直解

판결을 할 때에는 율문을 구체적으로 인용해야 할 것, 즉 죄형법정주의의 원칙을 천명하였다. 부례에서는 율령을 적용한 이치가 일관하는 것을 '具引'이라고 하며, 단순히 형벌만 언급하거나 율령의 적용에 일관성이 없는 것은 이 규정을 위반한 것으로 보았다.[31] 이 규정은 초개인주의적인 법가의 覇道意識과 유가의 王道精神이 융합된 것으로, 서구의 죄형법정주의와 같은 극단적인 형식주의의 폐단을 지양한 실질적 법치주의, 즉 天理와 人情에 합당한 법질서를 구축하기 위한 노력의 반영이다.[32]

만약 이를 어기면 태30으로 처벌을 한다. 특히 중요한 점은, 임금의 특지로 결정된 임시적인 사례를 인

29) 『直解』, 611쪽.

30) 1행으로 된 大字는 율문이며, 2행으로 된 小字가 직해 부분이다.

31) ≪大明律附例≫ "擬議罪名 須摘律令之理貫串 謂之具引 若止言笞杖徒流絞斬 而不具引律令者 謂之違"; 『附例(下)』, 536쪽.

32) 朴秉濠, "茶山의 刑律觀", 朴秉濠 외, **茶山學의 探究**(민음사, 1990), 44쪽.

용하여 처벌할 수 없는 사실이다. 즉 형률로 확정된 조문만 인정되며, 일시적인 임금의 명령은 형률로 인정받지 못하였다. 만약 이를 어기면 이 조에 따라 태30이 아니라 "관사출입인죄"에 따라 엄하게 처벌하여 구속력을 강화하였다.[33] 이는 후술할 引律比附의 폐단을 억제하기 위한 조치이다.

다. 加減罪例[34]

대명률에서는 구체적 구성요건을 규정하고 행위태양에 상응하는 형벌과 그리고 개별적으로 가중·감경의 사유와 등급을 규정하였다. 따라서 죄례의 가중과 감경은 형벌의 등급에 따라서 결정되어야 한다. 형벌은 五刑으로 "笞刑(5등급), 杖刑(5등급), 徒刑(5등급), 流刑(3등급), 死刑(2등급)" 등 모두 20단계의 형벌로 구성되어 있다.[35]

따라서 가감의 등급을 율에 규정하지 않고 판관에게 일임하는 것은 죄형법정주의에 위배되며 나아가 형벌의 불통일, 즉 법적안정성에도 장애가 된다. 그래서 형벌의 가감에 대해서도 상세하게 규정하였다.[36]

율문: 凡稱加者 就本罪上加重[註1] 稱減者 就本罪上減輕[註2] 唯二死三流 各同爲一減[註3] 加者 數滿乃坐[註4] 又加罪 止於杖一百流三千里 不得加至於死 本條加入死者 依本條[註5]

註1: 謂如人犯笞四十 加一等 卽坐笞五十 或犯杖一百 加一等 則加徒減杖 卽坐杖六十徒一年, 或犯杖六十徒一年 加一等 卽坐杖七十徒一年半, 或犯杖一百徒三年 加一等 卽坐杖一百流二千里, 或犯杖一百流二千里 加一等 卽坐杖一百流二千五百里之類.

註2: 謂如人犯笞五十 減一等 卽坐笞四十, 或犯杖六十徒一年 減一等 卽坐杖一百, 或犯杖一百徒三年 減一等 卽坐杖九十徒二年半之類.

註3: 二死謂絞斬 三流謂流二千里 二千五百里 三千里, 各同爲一減. 如犯死罪

---

33) 후술 제2장 제2절 3) 가 [官司出入人罪] 참조.

34) ≪大明律講解≫ 卷第1 <名例> 제38조 [加減罪例];『講解』, 93쪽.

35) ≪大明律講解≫ 卷第1 <名例> 제1조 [五刑] 참조; 법조문에는 遷徙, 陵遲處死도 확인된다.

36) 원문에는 본문은 1행으로, 주는 雙行으로 본문 다음에 있다. 본문은 연속되어야 전체를 쉽게 이해할 수 있다. 따라서 법문의 이해를 위해 본문과 주를 분리하였다. 강해부분도 마찬가지이다.

減一等 卽坐流三千里, 減二等 卽坐徒三年, 犯流三千里者 減一等 亦坐徒三年.

註4: 謂如贓加至四十貫 縱至三十九貫九百九十文 雖少一十文 亦不得科四十貫罪之類

註5: 加入絞者 不加至斬

번역: [죄를 가중·감면하는 예] 무릇 "가중한다[加]"라고 일컫는 것은 본죄에 더하여 무겁게 하는 것이며,[주1] "감경한다[減]"라고 일컫는 것은 본죄에서 덜어내 가볍게 하는 것이다.[주2] 다만 두 등급의 사죄와 세 등급의 유죄는 각기 하나로 삼아 경감한다.[주3] "가중"은 수가 찬 후에야 해당한다.[주4] 또한 죄를 가중하여도 장1백 유3천리에 그칠 뿐 사죄에 이르게 할 수는 없으나, 본조에서 (가중하여) 사죄에 들어가는 것을 규정하였으면 본조에 따른다.[주5]

주1: 어떤 사람이 '태40'의 죄를 지어 일등급을 가중하면 '태50'이 되고, 혹 '장100'의 죄를 지어 일등급을 가중하면 도형을 가중하고 장형을 감경해서 '장60 도1년'이 되고, 혹 '장60 도1년'의 죄를 지어 일등급을 가중하면 '장70 도1년반'이 되고, 혹 '장100 도3년'의 죄를 지어 일등급을 가중하면 '장100 유2000리'가 되고, 혹 '장100 유2000리'의 죄를 지어 일등급을 가중하면 '장100 유2,500리'가 되는 따위를 말한다.

주2: 어떤 사람이 '태50'의 죄를 지어 일등급을 감경하면 '태40'이 되고, 혹 '장60 도1년'의 죄를 지어 일등급을 감경하면 '장100'이 되고, 혹 '장100 도3년'의 죄를 지어 일등급을 감경하면 '장90 도2년반'이 되는 따위를 말한다.

주3: '두 등급의 사죄'란 '교형'과 '참형'을 말한다. '세 등급의 유죄'란 유2000리, 유2500리, 유3000리를 말하는데, 각기 한 등급으로 삼아서 경감한다. 가령 '사죄'를 지어 일등급을 감경하면 '유3000리'가 되고, 이등급을 감경하면 '도3년'이 된다. '유3000리'의 죄를 지은 경우 일등급을 감경하면 또한 '도3년'이 된다.

주4: 장물죄는 40관에 이르러야 가중[처벌]하니, 비록 39관990문에 이르러 10문이 부족하더라도 또한 40관 장죄로 죄를 부과하지 못하는 따위를 말한다.

주5: '絞刑'에 들어갈 경우는, 가중하여 '斬刑'에 이를 수는 없다.

加減罪例[37]	번역문
人亦 笞四十罪乙 犯爲在乙 加一等爲乎第亦中 卽加五十齊 杖一百罪乙 犯爲在乙 加一等爲乎第亦中 減杖六十爲遣 加徒一年齊 杖六十徒一年乙 犯爲在乙 加一等爲乎第亦中 卽杖七十爲遣 徒一年半爲齊 杖一百徒三年乙 犯爲在乙 加一等爲乎第亦中 卽杖一百爲遣 流二千里爲齊 杖一百流二千里罪乙 犯爲在乙 加一等爲乎第亦中 卽杖一百遣 流二千五百里爲齊	사람이 '태40'의 죄를 지었거늘 1등을 가중하올 경우에는 곧 더하여 '태50'이다. '장100'의 죄를 지어 1등을 가중하올 경우에는 감경하여 장60으로 하고 도1년을 더한다. '장60 도1년'을 범하였거늘 1등을 가중하올 경우에는 곧 장70하고 도1년반으로 한다. '장100 도3년'을 범하였거늘 1등을 가중하올 경우에는 곧 장100하고 류2천리로 한다. '장100 류2천리'의 죄를 지었거늘 1등을 가중하올 경우에는 곧 장100하고 류 2,500리로 한다.
人亦 笞五十乙 犯爲在乙 減一等爲乎第亦中 卽笞四十齊 杖六十徒一年乙 犯爲在乙 減一等爲乎第亦中 卽杖一百齊 杖一百徒三年乙 犯爲在乙 減一等爲乎第亦中 卽杖九十遣 徒二年半齊	사람이 '태50'의 죄를 지어서 1등을 감경하올 경우에는 곧 태40이다. '장60 도1년'을 지었거늘 1등을 감경하올 경우에는 곧 장100이다. '장100 도3년'을 범하였거늘 1등을 감경할 경우에는 곧 장90하고 도2년반이다.
율: 唯只 二死三流罪段 各同一減 二死謂絞斬是齊 三流謂二千里二千五百里三千里是齊	율: 다만 두 등급의 사형과 세 등급의 유형은 각각 함께 1등급으로 감경한다. 두 등급의 사형은 교형과 참형을 일컫는다. 세 등급의 유형은 2천리, 2천5백리, 3천리를 일컫는다.
各同爲一減段 絞斬二死罪乙 犯爲在乙 減一等爲乎第亦中 並只 卽流三千里是齊 二等乙 減爲乎第亦中 並只 卽徒役三年齊 流三千里犯罪爲在乙 減一等爲乎第亦中 徒役三年之類	"각각 함께 1등급으로 감경한다"라는 것은 교형과 참형 두 종류의 사죄를 지었거늘 1등을 감경하올 경우에는 모두 곧 류3천리이다. 2등을 감경하올 경우에는 모두 곧 도역 3년이다. 류3천리의 죄를 지었거늘 1등을 감경하올 경우에는 도역3년의 따위이다.

37) 『直解』, 97쪽.

加減罪例	번역문
율: 加者隱 原數良中 已滿爲去沙 坐罪贓亦 加至四十貫是沙 滿數是去等 必于 三十九貫九百九十文數良中 准至爲良置 一十文亦 不足爲良在等 四十貫加罪良中 同論決斷爲乎所不喩是乎事	율: 가중하는 것은 원래의 수에 다 차야 지만 죄를 준다. 장물이 가중하여 40관이 되어야 수에 다 차는 것이든 비록 39관 990문의 수에 준하여 이르러도 10문이 부족하거든 40관의 죄에 가중하는 것과 같은 결정으로 논하여 결단하올 바가 아닌 것이온 일.
凡加等罪段 杖一百流三千里爲限是乎等用良 至死罪良中 加至爲乎所不喩是齊 本條加入死者乙良 依本條齊 加入絞罪爲在乙良 不加至斬爲乎事	무릇 죄를 가중하는 것은 장100 류3천리를 한도이온 것으로써 사죄에 이르는 경우에 가중하온 바가 아니다. 본조에서 죄를 가중하여 사죄에 이르는 경우에는 본조에 따른다. 죄를 가중하여 교형에 이르면 죄를 가중하여 참형에는 이르지 못하온 일.

이 조문의 직해에는 약간의 착오와 의문이 있다. 우선 첫 두 율문 "凡稱加者 就本罪上加重 稱減者 就本罪上減輕" 부분은 직해하지 않았다. 또 마지막 율문은 본문과 주를 함께 직해하였다. 이는 단순한 착오로 보인다. 그리고 註의 "犯杖一百 加一等 則加徒減杖 卽坐杖六十徒一年"을 "杖一百罪乙 犯爲在乙 加一等爲乎第亦中 減杖六十爲遣 加徒一年齊"로 직해하였다. 이는 다음 두 가지 해석이 가능하다: 첫째, "장100의 죄를 지어 1등을 가중할 경우에는 장60을 감경하고 도1년을 더한다."인데, 즉 장40 도1년으로 해석할 수 있다. 둘째, "장100의 죄를 지어 1등을 가중할 경우에는 (장형을) 감경하여 장60으로 하고 도1년을 더한다."인데, 즉 장60 도1년으로 한다. 의미상으로는 후자로 풀이해야 한다. 직해에서 율문을 빠뜨린 것은 특별한 의도—해당 율문의 적용 배제 등—가 아니라 단순한 실수로 보인다.[38]

대명률의 여러 규정에 있는 가중과 감경의 방식에 대해 자세히 규정하였다. 이 규정을 위반하여 가중 또는 감경하면, 후술할 관사출입인죄로 처벌한다. 특히 주목할 점은 3등급의 유형과 2등급의 사형은 단계별로 각각 가중하지만, 감경할 때에는 유형과 사형 전체를 1등급으로 보는 것이다. 이는 欽恤과 博愛刑 思想의 발

38) 戶律 卷8 「課程」편은 국가의 專賣品인 소금과 차에 대한 규정이다. 전매를 하지 않은 조선에서는 이 편을 적용할 수 없기 때문에 아예 직해를 하지 않았다.

로이다.

우선 형벌을 부과할 때 재판시의 법을 기준으로 선언하고 개별적으로 구체적인 법률을 인용하여 처단하며 죄를 가중 또는 감경할 때의 기준을 제시한 점에서 죄형법정주의의 원칙은 충분히 구현되었다고 할 수 있다.

2) 죄형법정주의 예외

개별적 구성요건과 절대적법정형주의를 취하고 있는 중국법에서 모든 범죄를 사전에 규정하는 것은 사실상 불가능하다. 그렇다고 해서 가벌적 행위를 법에 처벌규정이 없다고 해서 내버려둘 수도 없다. 즉 인륜에 반하는 행위는 벌해야 한다는 것이 자명한 대전제로 포괄적으로 승인되어 있고, 구체적으로 개별행위에 대한 형벌을 규정하는 것이 법의 임무이다.[39] 이런 상황에서 법전에 규정되지 않은 가벌적 행위를 처벌하는 일반조항이 존재할 수밖에 없다.

가. 斷罪無正條[40]

대명률은 추상적 구성요건이 아니라 구체적 구성요건과 개개의 범죄태양에 따른 개별적 법정형을 규정하고 있다. 따라서 모든 범죄를 율에 모두 규정할 수 없다. 하지만 율문에 규정이 없는 가벌적으로 인식되는 행위를 처벌하기 위한 장치가 바로 이 조문이다. 이는 오늘날 유추해석에 해당한다.

율문: 凡律令該載 不盡事理 若斷罪而無正條者 引律比附 應加應減 定擬罪名 轉達刑部 議定奏聞, 若輒斷決 致罪有出入者 以故失論

번역: [죄를 처단하려는데 맞는 조문이 없는 경우] 무릇 법령에 실린 것이 事理를 다하지 못하여 만약 죄를 처단하려고 해도 맞는 조문이 없는 경우에는, 조문을 끌어다가 견주어 붙여서 마땅히 더할 것은 더하고 뺄 것은 빼어서 비길 죄명을 정하고 刑部로 넘겨 알려서 의논을 정하여 아뢴다. 만약 함부로 판단하거나 집행하여 죄에 늘임이나 줄임이 있기에 이른 경우에는 故失로 논한다.

39) 滋賀秀三, 앞의 책, 74-75面.

40) ≪大明律講解≫ 卷第1 <名例> 제46조 [斷罪無正條];『講解』, 98쪽.

斷罪無正條[41]	번역문
凡律令良中 並只 載錄不得爲在事果 正當爲在 條理 無在乙良 律文內乙 比准爲 理合於加爲旀 理合於減爲在 事狀乙用良 罪名乙 擬定 呈報刑曹 申聞爲白乎矣 此亦中 啓課不冬 趣便以 決斷爲 他矣 罪乙 或輕或重令是在乙良 故失例論	무릇 율령에서 모두 수록하지 못한 일과 정당한 조리가 없는 것들을랑 율문의 내용을 비교해서 비슷하게 이치에 합당하게 가중하며, 이치에 합당하게 감경하는 사건의 상태로 죄명을 비기어 정하여 형조에 보고하고 임금에게 아뢰되, 여기에 계과[42]를 않고 함부로 결단하여 남의 죄를 혹 가볍게 하거나 혹 무겁게 시키거들랑 '고실례'로 논한다.

직해에서는 율문을 조선의 상황에 합당하게 번안하였다. "형부"를 "형조"로, "奏聞→申聞", "比附→比准"으로 번역하였다. 그리고 의미가 더욱 분명하게 풀어서 번역하기도 하였다. 즉, "若輒斷決"은 "啓課不冬 趣便以 決斷爲"로, "不盡事理"은 "載錄不得爲在事果 正當爲在 條理 無在乙良"로, "應加應加[減]"의 '應'을 "理合於加[減]"으로 각각 번역한 것이 그 예이다.

구체적 구성요건을 규정하였기 때문에 모든 범죄행위를 전부 규정할 수 없다.[43] 그래서 가벌적이라고 인정되는 행위에 적합한 규정이 없을 때에는 율문의 내용과 그 입법취지 등을 비교해서 유사한 조문에 비겨 처벌하는 것이 본조의

41) 『直解』, 96쪽.

42) '課'는 반드시 해야 하는 일을 일컫는 것으로, "계과"는 임금에게 의무적으로 보고해야 하는 사항이다(사회과학원, **李朝實錄難解語辭典**[한국문화사, 1993], 19쪽).

43) 예컨대, ≪大明律講解≫ 卷第20 <刑律>「鬪毆」 제309조 [鬪毆]에서는 폭행 및 상해에 대해 규정하고 있는데, 폭행의 태양과 상해의 결과에 따라 개별적으로 법정형을 규정하고 있다: "손발로 때려 상처가 나지 않으면 태형 20, 상처가 나면 태형 30이고, 다른 물건으로 때려 상처가 없으면 태형 30, 상처가 나면 태형 40, 사방 1치 이상의 머리카락을 뽑으면 태형 50, 내장을 다쳐 피를 토하면 장형 80, 이 또는 손가락 1개를 부러뜨리면 장형 100, 2개 이상이면 장60 도1년, 두 눈을 멀게 하거나 칼날로 상해하면 장80 도2년, 두 눈을 빼거나 두 팔이나 다리를 부르뜨리거나 혀를 자르거나 생식기를 훼손하면 장100 류3천리로 처벌한다[하략](凡鬪毆 以手足毆人 不成傷者 笞二十 成傷 及以他物毆人 不成傷者 笞三十 成傷者 笞四十 拔髮方寸已上 笞五十 若血從耳目中出 及內損吐血者 杖八十 以穢物汚人頭面者 罪亦如之 折人一齒及手足一指 眇人一目 毁缺人耳鼻 若破人骨 及用湯火銅鐵汁 傷人者 杖一百 以穢物灌入人口鼻內者 罪亦如之 折二齒二指以上 及髡髮者 杖六十徒一年 折人肋眇人兩目 墮人胎及刃傷人者 杖八十徒二年 折跌人肢體 及瞎人一目者 杖一百徒三年 瞎人兩目 折人兩肢 損人二事以上 及因舊患令至篤疾 若斷人舌 及毁敗人陰陽者 並杖一百流三千里 [하략]").

취지이다. 이는 오늘날 금지되는 유추해석이다.

大明律附例에서는 '律'은 대명률이고, '令'은 대명령이며, 역대 조정의 명령이 령으로 된다고 하였다. 그리고 율에 누락된 실례로 "성문의 열쇠를 잃어버린 조문"이 없는데, 옛날에는 "인신과 순패를 잃어버린 율"[44]에 비부한 것을 들고 있다.[45]

다만 인율비부가 무제한적으로 확대되어 죄형법정주의가 아닌 죄형천단주의로 흐를 위험을 방지하기 위한 제도적 장치를 마련하였다. 그래서 비부를 할 때에는 죄의 경중을 묻지 않고 모두 형부에서 논의하여 죄명을 결정하여 임금에게 보고하며, 최종적으로는 임금이 결정하도록 하였다. 만일 이러한 절차를 무시하고 함부로 판단하여 죄를 준 경우에는 '官司出入人罪'에 따라 처벌하였다. 또한 이렇게 결정된 것은 확정적인 율이 아니므로 다음에 만약 이 결정에 따라 재판을 하면 '단죄인율령'조에 따라 역시 '官司出入人罪'에 따라 처벌하였다. 임금에게 보고하지 않고 함부로 처단하였는데 죄의 증감이 없으면 "應奏而不奏"[46]률에 따라 처벌하도록 하였다.[47]

여기서 조례는 개별사건에 대한 판단으로 오늘날 판례에 해당한다. 명 태조는 대명률을 반포하면서 수정을 금지하고 이를 어기면 처벌하도록 하였다. 그러나 현실적으로 새로운 사건과 이의 해결에 따른 새로운 법령이 증대할 수밖에 없었다. 특히 추상적인 구성요건이 아닌 '具體的인 構成要件'을 규정한 명률에서는 더욱 그러하다. 인율비부를 통하여 국왕으로부터 승인을 받은 예는 나중에는 하나의 관례로 인정되어 역시 法源으로 인정되었다. 이러한 선례와 대명률을 통일할 필요가 있었다. 그래서 1500년(弘治 13)에 최초로 ≪問刑條例≫를 편찬하였고, 1550년과 1585년(萬曆 13)에 증수·개정하였다. 또 1585년(萬曆 13) 4월에는 1555년(嘉靖 34) 이후의 詔令, 宗藩條例, 軍政條例, 捕盜條格, 漕運議單 등 刑名과 관계있는 것을 明律을 正文으로 하고 事例를 부속시켜 ≪大明律附例≫를 편찬하였다.[48] 여기서 '例'란 조리 있게 분류되고 체계적으로 條文化된 '판례'를 가리키는데, 明淸代에 律과 병칭되면서 조례 또는 부례라고 하였다. 이는 개별구체

---

44) ≪大明律講解≫ 卷第3 <吏律> 公式 제65조·제66조 棄毁制書印信 참조.

45) ≪大明律附例≫ "律是大明律 令是大明令 歷來朝廷命著爲令者 ○該載不盡 如城門鑰無遺失律 舊用比印信牌巡"; 『附例(上)』, 228쪽.

46) ≪大明律講解≫ 卷第3 <吏律>「公式」 제67조 [事應奏不奏] 참조.

47) ≪大明律附例≫ "○凡比附律 不論輕重 皆須奏請 方許判決 不奏而輒斷 罪無出入者 問應奏而不奏"; 『附例(上)』, 228쪽.

48) 鄭肯植·趙志晩, "大明律 解題", **大明律附例**(서울대학교 규장각, 2001), 28-29쪽.

적인 사안으로부터 통치권의 법적 판단과 절차를 거쳐 형성된 법규범으로 이후 유사한 사안에 대해 판단기준으로 작용하였다.[49] 이러한 과정을 거쳐 구성요건이 더욱 자세하게 규정되고 또 특수하게 되었다. 그 결과 청대에는 이러한 부수적인 조례가 2천조에 가깝게 되었다.[50]

나. 違令[51]

律令格式 체제에서는 令은 행정법규로 행위규범을 규정하였으며, 律은 형사법규로 처벌규범을 규정하였다. 그러나 令의 제정과 律의 정비는 때로는 일치하지 않아 행위규정 위반에 대한 처벌규정이 없는 경우가 종종 발생할 수도 있다. 이러한 사태에 대비해서 대명률에는 위령죄를 두었다.

율문: 凡違令者 笞五十[註] 註: 謂 令有禁制 而律無罪名者

번역: [令을 어긴 경우] 무릇 令을 어긴 경우에는 태 50에 처한다.[주]

주: 令으로는 禁止한 바 있으나 律에는 그 罪名이 없는 경우를 말한다.

違令[52]	번역문
凡違犯禁令爲在乙良 笞五十爲乎事	무릇 금령을 위반하여 범하거들랑 태50 하올 일

직해에서는 율문은 그대로 번역하였으나 주는 번역하지 않았다. 번역하지 않은 것은 특별한 의미는 없는 듯하다. 대명률부례에서는 '令'은 大明令으로 선대 임금이 제정한 것으로 법으로 대대로 백성에게 적용되는 것이며, '律'은 古制로 만세 동안 지켜야 할 헌장이고, 령 가운데 금지된 것을 어겼는데 율에 죄명이 없는 것을 태50으로 처벌하는 것이다.[53]

---

49) 김지수, "受敎와 條例의 法的 性格과 理念", **전통법과 광주반정**(전남대학교 출판부, 2006), 19쪽(원 발표: 1991).

50) 滋賀秀三, 앞의 책, 75面; 더 자세한 내용은 中村茂夫 저/ 임대희·박춘택 역, **판례를 통해서 본 청대 형법**(서경문화사, 2004) "제2장 비부의 기능" 참조.

51) ≪大明律講解≫ 卷第26 <刑律>「雜犯」 제409조; 『講解』, 467쪽.

52) 『直解』, 567쪽.

53) ≪大明律附例≫ "令是大明令 朝宗設之 以範世迪民者 律則古制 萬世所守之憲章也 違令中之禁制 而律無罪名者 笞五十"; 『附例(下)』, 468쪽.

위령죄는 오늘날 행정법령에 해당하는 令에서 특정한 행위를 금지하면서도 律에서 처벌규정을 두지 않았을 때 태50으로 처벌하는 것이다. 즉 법률의 흠결에 따른 처벌의 공백을 메우기 위한 것으로 백지형법에 해당한다.

다. 不應爲[54]

개별·구체적으로 범죄의 구성요건을 규정하고 있는 대명률에서는 사전에 모든 범죄를 규정하는 것은 불가능하다. 그러나 평화와 조화를 파괴하는 일탈행위에 대한 규제는 반드시 있어야 하는 것이 일반적인 인식이었다. 따라서 처벌규정의 흠결에 대비한 일반조항을 둘 필요가 있다.

율문: 凡不應得爲 而爲之者 笞四十[註] 事理重者 杖八十

註: 謂 律令無條 理不可爲者

번역: [마땅히 해서는 안 되는 경우] 무릇 마땅히 해서는 안 되는 것을 한 자는 태40에 처하며,[주] 事理가 무거운 경우에는 장80에 처한다.

주: 律과 令에는 (해당하는) 조문이 없으나 이치상 할 수 없는 것을 말한다.

不應爲[55]	번역문
凡於理不合行之事乙 行爲在乙良 笞四十 事理重爲在乙良 杖八十爲乎事	무릇 이치에 합당하지 않은 일을 하면 태40에, 사리가 무거우면 장80 하올 일

직해에서는 본문과 주를 구분하지 않고 함께 번역하였다. 이렇게 하여도 이해나 적용에 큰 문제가 없다고 판단하였기 때문일 것이다.

이는 오늘날 관습형법에 해당한다. 어떤 행위가 可罰的이라고 판단되는 경우, 이를 처벌할 조문이 전혀 존재하지 않는 때, 그 행위를 처벌할 수 있는 근거가 된다. 이는 인율비부 및 위령죄로도 처벌할 수 없는 마지막 처벌의 보루인 것이다. 이 조문의 취지는 입법의 미비 내지 흠결을 보충하는 것이다.[56]

이상에서 대명률상 죄형법정주의의 예외를 살펴보았다. 즉 유추해석인 引律比

54) ≪大明律講解≫ 卷第26 <刑律>「雜犯」 제410조; 『講解』, 467쪽.

55) 『直解』, 567쪽.

56) ≪大明律附例≫ "此條補諸條之未備者"; 『附例(下)』, 468쪽.

附, 백지형법인 違令罪, 그리고 관습형법인 不應爲가 그것이다. 그러나 구성요건상으로는 범죄가 명백하지만 실제의 적용에서 사실상 죄형법정주의 원칙을 무시하게 되는 '制書有違'[57]과 '坐贓致罪'[58]도 있다. 전자는 황제나 황태자 등의 명령을 위반한 경우에 장100으로 처벌하는 것이며, 후자는 관리들이 업무와 관련 없이 재물을 받아 장물에 해당된 경우이다. 명령위반의 개념과 장물에 해당되는 태양이 명확하지 않기 때문에 실제로는 죄형법정주의를 위반하는 결과를 가져왔다. 하지만 본고의 분석대상은 실제의 적용이 아니라 법조문이므로 간단히 조문만 소개한다.

3) 죄형법정주의의 강제

죄형법정주의 원칙이 현실에서 준수되는 것을 기능적으로 보장하는 방법은 절차적으로 必要的 覆審制, 事後報告 등 심급제도가 있다. 또 사법과 행정이 분리되지 않은 관료제에서 많은 관료가 여러 단계에 걸쳐 재판에 관여하여 교정하는 것도 한 방법이 된다.[59] 또 법 자체에서 형사재판을 하면서 법을 위반한 경우를 처벌하는 것도 재판을 수행하고 법을 집행하는 관리에 대해 법준수 의무를 부과하여 죄형법정주의 원칙을 관철하는 간접적인 방법이다.

앞서 간단히 언급한 바대로, 대명률에서는 <刑律> 「斷獄」편에서 관리들에게 법준수 의무를 부과하고 이를 위반하면 처벌함으로써 죄형법정주의를 강제하고 있다. 여기서는 죄형법정주의와 직결되는 조문에 대해서만 살펴보기로 한다.

가. 官司出入人罪[60]

절대적법정형을 규정하고 있는 대명률체제에서도 실제 재판을 담당한 관리들이 법을 무시하고 함부로 재판을 하면 법 자체가 무의미해진다. 그래서 법과 다르게 재판을 한 관리를 처벌하는 규정을 두었다. 참고로 대명률강해 해당부분의 원문은 <그림 2>와 같다.[61]

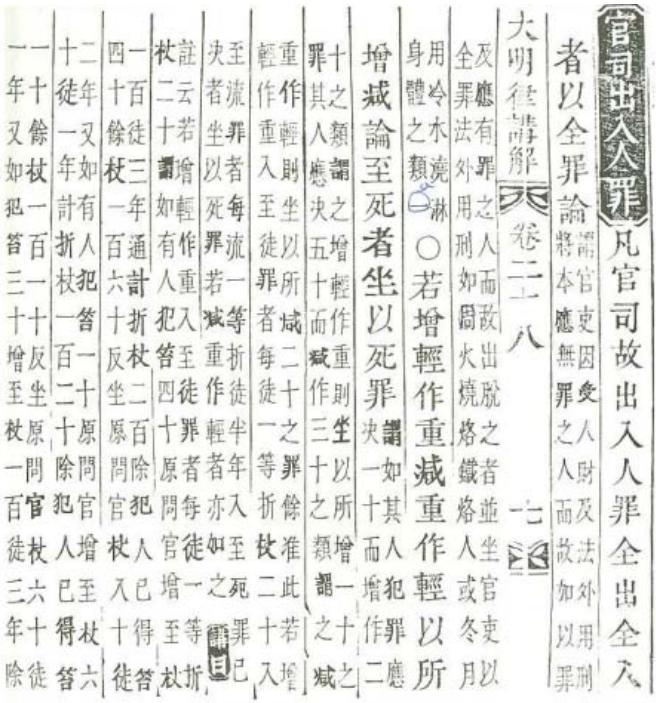
---

57) ≪大明律講解≫ 卷第3 <吏律> 「公式」 제64조 "凡奉制書 有所施行而違者 杖一百 違皇太子令旨者 同罪 違親王令旨者 杖九十 失錯旨意者 各減三等 其稽緩制書及 皇太子令旨者 一日笞五十 每一日加一等 罪止杖一百 稽緩親王令旨者 各減一等"; 『講解』, 122쪽.

58) ≪大明律講解≫ 卷第23 <刑律> 「受贓」 제352조 [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"; 『講解』, 434쪽.

59) 滋賀秀三, 앞의 책, 76-77面.

60) ≪大明律講解≫ 卷第28 <刑律> 「斷獄」 제433조; 『講解』, 493쪽.


官司出入人罪 凡官司故出入人罪全出全入者以全罪論謂官吏因受人財及法外用刑將本應無罪之人而故加以罪及應有罪之人而故出脫之者並坐官吏以全罪法外用刑如用火燒烙鐵烙人或冬月用冷水澆淋身體之類○若增輕作重減重作輕以所增減論至死者坐以死罪謂如其人犯罪應決一十而增作二十之類謂之增輕作重則坐以所增一十之罪其人應決五十而減作三十之類謂之減重作輕則坐以所減二十之罪餘准此若增減至流者每流一等折徒半年入至死罪已決者坐以死罪若減重作輕者亦如之講曰註云若增減如有人犯笞四十原問官增至杖六十徒一年又如有人犯笞一十原問官增至杖六十徒一年計折杖一百二十除犯人已得笞一十餘杖一百一十反坐原問官杖六十徒一年又如犯笞三十增至杖一百徒三年通計折杖二百除犯人已得笞四十餘杖一百六十反坐原問官杖六十徒

[그림 2] 大明律講解

율문: 凡官司故出入人罪 全出全入者 以全罪論[註1] ○若增輕作重 減重作輕, 以所增減論, 至死者 坐以死罪.[註2] 若斷罪失於入者, 各減三等, 失於出者, 各減五等.[註3] 並以吏典爲首, 首領官減吏典一等, 佐貳官減首領官一等, 長官減佐貳官一等科罪. ○若囚未決放, 及放而還獲, 若囚自死, 各聽減一等.[註4]

註1: 謂官吏因受人財 及法外用刑, 將本應無罪之人 而故加以罪, 及應有罪之人而故出脫之者 並坐官吏以全罪. 法外用刑, 如用火燒烙鐵烙人 或冬月用冷水澆淋身體之類.

註2: 謂如其人犯罪 應決一十 而增作二十之類, 謂之"增輕作重" 則坐以所增一十之罪. 其人應決五十 而減作三十之類, 謂之"減重作輕" 則坐以所減二十之

61) 이 조문에 대해서는 "講"을 두어 추가적인 설명을 하고 있다. 1행으로 된 大字는 율문이며, 2행으로 된 小字는 주이며, 음각으로 된 "講曰" 다음 부분이 講의 내용이다. "講" 자체는 율문이 아니기 때문에 설명의 편의를 위해 조문의 해석에서 다루지 않고 분리하여 소개하기로 한다. 다만 원문에서의 위치만 표시하였다.

罪. 餘准此. 若增輕作重 入至徒罪者 每徒一等 折杖二十, 入至流罪者 每流一等 折徒半年, 入至死罪已決者 坐以死罪. 若減重作輕者 亦如之.[講1]

註3: 謂鞫問獄囚 或證佐誣指, 或依法拷訊 以致招承, 及議刑之際 所見錯誤 別無受贓情弊 及法外用刑, 致罪有輕重者. 若從輕失入重, 從重失出輕者, 亦以所剩罪論.

註4: 謂故入及失入人 笞杖徒流死罪 未決, 其故出及失出人 笞杖徒流死罪 未放及放而更獲, 若囚人自死者, 於故出入及失出入人罪上 各聽減一等.[講2]

번역: [관사가 사람의 죄를 증감함] 무릇 관사에서 고의로 사람의 죄를 증감하여 죄가 있는 사람을 무죄로 하거나 죄가 없는 사람을 유죄로 한 경우는 그 증감한 죄로 논죄한다.[주1] ○만약 경죄를 가중하여 무겁게 하거나 중죄를 감경하여 가볍게 하면 증감분으로 죄를 논하되, 死罪에 이르게 한 경우는 死罪에 처한다.[주2] 만약 죄를 처단하는데 잘못하여 실수로 가중하면 각각 3등을 감하고, 잘못하여 실수로 경감하면 각각 5등을 감한다.[주3] 모두 吏典을 우선하고, 首領官[62]은 이전에서, 佐貳官은 수령관에서, 長官[63]은 좌이관에서 각각 1등을 감하여 죄를 준다. ○만약 죄수가 아직 형집행 또는 석방되지 않았거나, 석방되었으나 다시 잡혀오거나, 또는 죄수가 스스로 죽은 경우는 각각 1등을 감하는 것을 허용한다.[주4]

주1: 관리가 사람에게서 재물을 받거나 법외로 형을 집행하고, 본래 죄가 없는 사람에게 고의로 죄를 주거나 죄가 있는 사람에게 고의로 죄를 면하게 한 경우는 모두 관리를 그 증감한 죄로 처함을 말한다. 법외로 형을 집행한다는 것은 가령 불로 사람을 지지거나 쇠붙이를 찍거나, 또는 겨울철에 몸에 냉수를 끼얹는 따위를 말한다.

주2: 가령 어떤 사람이 죄를 범하여 태10에 처하여야 하는데 가중시켜서 태20으로 하는 따위라면 이것을 이르러 "경죄를 가중하여 무겁게 한다"라는 것이고, 그 가중분 10으로 논죄함을 말한다. 또 사람을 태50에 처하여야 하는데 감경하여 태30으로 하는 따위라면 이것을 이르러 "중죄를 감경하여 가볍게 한다"라는 것이고, 그 감경분 20으로 논죄함을 말한다. 다른 경우도 이에 준한다. 만약 경죄를 가중하여 무겁게 하여서 徒罪에 이르게 한 경우는 도

62) 吏典은 관청에서 실무를 맡은 하급직원이며, 首領官은 金元 이후 중앙 및 지방 관청에서 공문서 관리, 吏典 관할 및 장관의 업무 보좌를 맡은 관리인 經歷, 司務, 典簿 등을 통칭한다. 明 초기에는 각 部의 主事 또한 首領官에 속했다.

63) 佐貳官은 각 관청의 부책임관이며, 長官은 각 관청의 최고책임관이다.

형 1등마다 장20으로 환산하고, 流罪에 이르게 한 경우는 유형 1등마다 徒 반년으로 환산하며, 死罪에 이르게 하여 이미 처형한 경우는 死罪에 처한다. 만약 중죄를 감경하여 가볍게 한 경우도 역시 이와 같다.[강1]

주3: 옥수를 신문하는데 증인이 위증하거나, 법대로 고문하여 자백을 얻어 형량을 의론할 때에 소견에 착오가 생기고, 이 때 별도로 장물을 받을 정실과 폐단이나 법외로 형을 집행하는 일은 없으나 죄를 주는데 경중이 있었을 경우를 말한다. 만약 가벼운 죄를 잘못 가중하거나 무거운 죄를 잘못 경감하는 경우는 역시 그 남은 부분의 죄로 논죄한다.

주4: 사람의 태장도류사죄를 고의로 또는 실수로 가중하였으나 아직 형을 집행하지 않은 경우나, 사람의 태장도류사죄를 고의로 또는 잘못 경감하였으나 아직 석방하지 않았을 경우 또는 석방하였으나 다시 잡아온 경우, 또는 죄수가 스스로 죽은 경우는 사람의 죄를 고의로 또는 잘못 증감시킨 죄에서 각각 1등을 감하는 것을 허락함을 말한다.[강2]

官司出入人罪[64]	번역문
凡官司亦 他人矣 罪乙 故只入出爲去等 全出全入爲在乙良 全罪例以 論齊[註1]	무릇 관사가 타인의 죄를 일부러 더하거나 줄이거든, 죄 전부를 덜거나 더하면 전죄로 논한다.[주1]
輕罪乙 重罪如 爲旀 重罪乙 輕罪如 爲在乙良 其矣 加減罪以 論齊 至死令是在乙良 坐以死罪齊[註2]	가벼운 죄를 무거운 죄이다 하며, 무거운 죄를 가벼운 죄이다 하면 그의 죄를 '가감죄'로 논한다. 만약 사형에 이르게 하면 사죄로 처벌한다.[주2]
斷罪爲乎矣 知不得 入於罪爲在乙良 各減三等爲遣 知不得出於罪爲在乙良 各減五等齊[註3]	죄를 판단하되, 알지 못하고 죄에 넣으면 각각 3등을 감경하고, 알지 못하고 죄에서 빼면 각각 5등을 감경한다.[주3]
並只 令史色員乙 爲先論罪爲遣 郎廳乙良 令史色員罪良中 減一等齊 之次員乙良 郎廳罪良中 減一等齊 長官乙良 之次員罪良中 減一等科罪齊	모두 영사와 담당 아전[65]을 먼저 논죄하고, 낭청은 영사와 담당 아전의 죄에서 1등을 감경한다. 그 다음 담당 관원은 낭청의 죄에서 1등을 감경한다. 장관은 그 다음 담당 관원의 죄에서 1등을 감경하여 죄를 준다.
○囚人乙 決放不冬爲旀 放送爲有如可 更良 執捉爲旀 囚人亦自死爲在乙良 減一等爲乎事[註4]	○죄수를 방면하지 않으며, 방송하였다가 다시 잡아가두며, 죄수가 자살하면 1등을 감경하올 일.[주4]

직해 주	번역문
1. 謂官吏亦 他矣 財物乙 受贈爲旀 法律外良中 用刑爲 本來無罪人乙 故只 加罪爲旀 本來有罪人乙 故只 免脫令是在乙良 並只 全罪以 坐罪齊 法外用刑謂如用火燒烙爲旀 用鐵烙人爲旀 或冬月良中 冷水乙 罪人矣身體良中 流注爲臥乎事	1. 관리가 타인의 재물을 받으며 법률 외의 형벌을 써서 원래 죄 없는 사람을 일부러 죄를 더하며, 원래 죄 있는 사람을 일부러 면탈시키면 모두 전죄로 처벌하는 것을 일컫는다. “법률 외의 형벌을 쓴다”는 것은 불을 써서 태우거나 지지며, 쇠를 써서 사람에게 낙인을 하며, 혹은 겨울에 냉수를 죄의 몸에 붇누온 일을 일컫는다.
2. 謂其人矣 犯罪亦 決笞一十是去乙 加作二十是如爲在乙良 加作爲乎 一十乙 笞決爲齊 其人亦 笞決五十是去乙 減作三十是如爲在乙良 所減二十乙笞決爲齊 萬一增輕作重爲乎矣 至徒罪者乙良 每徒一等 折杖二十齊 入至流罪者乙良 每流一等折徒半年齊 入至死罪已決者乙良 坐以死罪齊 萬一重罪乙 輕罪良中 出者置 亦如之齊	2. 그 사람의 범죄가 태10에 해당하는데, 더하여 (태)20으로 만들면 더하여 만든 10을 태형으로 결정한다. 그 사람이 태50에 해당하는데, 덜어서 (태)30으로 만들면 줄인 바의 (태)20으로 결정한다. 만일 가벼운 죄를 더하여 무거운 죄로 만들되 도죄에 이르게 되면 도형 1등급을 각각 장20으로 환산한다. 유죄에 이르게 되면 유형 1등급을 각각 도 반년(1등급)으로 환산한다. 만약 사죄에 이르게 되어 이미 사형을 집행한 경우에는 사죄로 처벌한다. 만일 무거운 죄를 가벼운 죄에 낸 경우도 역시 이와 같이 한다.[66]
3. 謂罪囚乙 推考次 或證人亦虛指爲旀 或依法推問取招服爲旀 及刑罰乙 議論次 所見錯誤分是遣 受贓物爲乎 情狀無齊 及法外用刑罪狀加減無齊 從輕失入重爲去乃 從重失出輕者乙良 各以所剩罪以 論齊	3. 죄수를 조사하면서 혹 증인이 거짓으로 가리키며 혹 법에 따라 조사하여 심문을 하고 자백을 받으며 또 형벌을 논의하면서 착오가 보일 뿐이고 뇌물을 받은 정상이 없고 그리고 법외의 형벌을 써서 죄상을 더하거나 던 것이 없으며 가벼운 죄에서 실수로 무거운 죄로 들어가거나 무거운 죄에서 실수로 가벼운 죄로 나오면 각각 남은 바의 죄로써 논한다.

64) 『直解』, 599쪽.

65) 영사는 고려 때의 관청에 소속된 벼슬아치이며, 색원은 담당아전이다.

66) 첫머리의 “謂”를 편의상 번역하지 않았다. 굳이 번역하자면 “다음을 일컫는다:”로 하는 것이 가장 무난하다.

직해 주	번역문
4. 謂囚人矣 笞杖果 徒流果 死罪乙故只 入於罪爲去乃 知不得 入於罪爲去乃 決絶不冬爲是果 又他人矣 笞杖徒流死罪等乙 故只 出於罪爲去乃 知不得 出於罪爲去乃 放出不冬爲是果 已放爲有如可 更良 執捉爲是果 囚人亦 自死爲在乙良 故出入及失出入人罪良中 各減一等	4. 죄수의 태장형과 도유형과 사죄를 일부러 죄에 들이거나 알지 못하고 죄에 들이거나 결단하지 아니한 것과 또 타인의 태장도류사죄 등을 일부러 죄에서 빼거나 알지 못하고 죄에서 빼거나 방출하지 아니한 것과 이미 석방하였다가 다시 잡아가둔 것과 죄수가 자살하거든 '고출입죄'와 '실출입죄'에서 각각 1등을 감경한다.

다른 조문과는 달리 직해에 상당한 고심을 하였다. 관직을 조선에서는 吏典, 首領官, 佐貳官, 長官의 구별이 없기 때문에 각각 令史·色員, 郎廳, 之次員, 長官으로 번안하였다.[67] 그리고 "故"는 "故只"로, "失"은 "知不得"으로, "鞫問"은 "推考"로, "證左"는 "證人"으로, "拷訊 以致招承"은 "推問 取招服"으로 번역하였다. 이해를 위해 고유의 법률용어로 풀이한 것이다. 그리고 주2의 "增輕作重, 減重作輕, 餘准此" 등 율문 자체도 부분적으로 생략하여 간단히 하였다. 또 주4는 이해를 위해 풀어서 번역하였다. 이는 대명률을 직해한 자들이 쉽게 이해할 수 있도록 노력한 점을 나타내는 것이다.

이 조문에서 '관사'는 형사재판을 담당하는 관원을, '出'은 죄를 감면하는 것, '入'은 죄를 가중하는 것을, '全入'은 죄가 없는 사람을 유죄로, '전출'은 죄가 있는 사람을 무죄로 하는 것을 일컫는다.

이 조문은 크게 세 부분으로 구분할 수 있다. ①법정형 전부의 加減: 관리가 뇌물을 받거나 법외의 고신을 해서 고의로 무죄인을 유죄로 하거나 그 반대로 하면 부과하거나 없앤 형벌로 처벌[全罪]한다. ②법정형 일부의 加減: ⅰ)고의로 유죄인 사람을 법정형보다 가중하거나 감경하면 그 차이가 있는 형벌만큼 처벌하며, 사형에 이르면 사형으로 처벌한다. ⅱ)이 경우 과실인 경우에는 형벌을 가중하였으면 3등을, 감경하였으면 5등을 감경한다. ⅲ)책임주체를 구분하여 일차적으로 업무를 담당하는 이전을 정범[首][68]으로 하고 상위 감독자는 차례대로 각각

67) 명과 관직명의 통일은 1435년(세종 17)에 통일이 되어 부분적인 개정을 거쳐 경국대전에 반영되었다. 자세한 것은 조지만, 앞의 책, 176-178쪽 참조.

68) 직해에서는 '首'를 "먼저[爲先]"로 번역하였지만, "정범[首犯]"으로 보는 것이 타당하다.

1등을 감경하였다. ③잘못된 판결의 執行: 유죄 또는 무죄로 잘못 결정된 죄수에 대해 형의 집행·석방하지 않았거나, 석방하였으나 다시 잡았으며 또는 죄수가 자살한 경우에는 각각 1등을 감경하였다. 즉 잘못 판결은 하였지만 그 판결이 집행되지 않았거나 결과적으로 그렇게 된 경우에 감경하는 것이다.

"주1"은 유죄인 또는 무죄인에 대해 무죄 또는 유죄로 하는 경우[전죄]에 대한 설명이다. "주3"은 실수로 형벌의 가감이 있는 정황을 설명하는 것인데, 위증 또는 합법적인 고신으로 말미암은 것을 일컬으며, 만약 뇌물이나 불법적인 고신이 있으면 고의가 된다. "주4"는 율문의 내용을 더 자세히 설명한 것이다.

"주2"는 유무죄가 바뀐 것이 아니라 유죄인 경우에 법정형의 차이가 있는 경우에 대한 설명이다. 또 五刑 체제에서 다른 종류의 刑을 환산하는 방식을 규정하였는데, 徒刑 1등급은 杖20으로, 流刑 1등급은 徒 半年, 즉 도형 이상의 형벌은 각 등급을 장20으로 환산하였다. 그리고 사형에 이른 경우에는 환산하지 않았는데, 이는 "②의 ⅰ)"에 따른 것이다. 이에 대해 "講 1"에서는 더욱 자세히 구체적인 예를 들어 설명하였다.

> 주에서 "만약 경죄를 가중하여 무겁게 하여서 徒罪에 이르게 한 경우는 도 1등마다 장20으로 환산한다"라는 것은 다음과 같다. ㈎사람이 태40의 죄를 범하였으나 原問官이 장100 도3년으로 가중하면 통틀어 환산하여 장200이 되는데, 범인이 이미 얻은 태40을 빼면 나머지는 장160이 되니 원문관에게 反坐하여 장80 도2년에 처한다. ㈏사람이 태10의 죄를 범하였으나 원문관이 장60 도1년으로 가중하면 환산하여 장120이 되는데 범인이 이미 얻은 태10을 빼면 나머지는 장110이 되니 원문관에게 반좌하여 장60 도1년에 처한다. ㈐태30의 죄를 범하였는데 장100 도3년으로 가중하면 범인이 이미 얻은 태30을 빼면 나머지는 장170이 되니 원문관에게 반좌하여 장90 도2년반[69]에 처한다. ㈑범인이 태40의 죄를 범하였는데 장100 유2000리로 가중하면 5徒[70](장100 도3년)는 아울러 장200으로 환산되고, 범인이 이미 얻은 태40을 빼면 나머지는 장160이 되고 유형 1등은 모두 도 반년에 환산되니 원문관에게 반좌하여 장80 도2년 반에 처한다. ㈒범인이 장60 도1년의 죄를 범하였는데 장100 유3000리로 가중하면 5徒는 아울러 장200으로 환산되고 범인이 이미 얻은 장60 도1년을 빼면 통틀어 장120이 되고 나머지는 장80이 되며, 3流[장100 유3000리]는 아울러 도1년반이 되니,

---

卷之1 <名例律> 제29조 [共犯罪分首從] "凡共犯罪者 以造意爲首 隨從者 減一等" 참조.

69) 원문은 "杖九十徒二年"이나 계산에 따라 바로잡았다. ㈏의 결과와도 같다.

70) 원문은 "三"이지만 "五"의 오기이므로 바로잡았다.

원문관을 반좌하여 장80 도1년반에 처한다. ㈐중죄를 감형하여 가볍게 한 경우도 역시 이에 준하여 죄를 준다.[71]

태형(10～50)과 장형(60～100) 사이에서는 차이가 있는 수만큼 태형이나 장형으로 처벌하면 되므로 문제가 되지 않는다. 그리고 도형과 도형 사이, 유형과 유형 사이에서는 그 자체로 빼면 된다. 그래서 "講"에서 특별히 언급하지 않았다. 형의 환산에서 문제로 되는 것은 5종의 徒刑과 3종의 流刑에 杖刑이 부가되어 있기 때문이다. 그래서 "주2"에서 환산법을 규정하고 또 "講"에서는 태형을 도형으로[㈎-㈐], 태형을 유형으로[㈑], 도형을 유형으로[㈒] 처단한 경우를 예로 들었다.

㈎는 '장100'을 기본으로 하고 여기에 5등급의 도형을 장형으로 계산한 '장100'을 더한 결과인 '장200'에서 원래의 형벌인 '태형 40'을 뺀 '장160'을 다시 오형으로 환산한 결과이다. ㈏와 ㈐는 계산한 결과가 장110과 장170으로 환산한 결과에는 정확하게 해당하지 않는다. 이 경우는 장100과 장160을 초과했으므로 각각 장60 도1년과 장90 도2년반에 해당한다. ㈑와 ㈒는 유형이 있는 경우이다. 이는 세 단계를 거쳤다. 먼저 장100을 초과하였으므로 장100에, 5종의 도형을 장형 100으로 환산한 결과를 더하여 장200이 된다. 여기에 원래의 형벌인 태형 40을 빼서 장160으로, 장80 도2년이 된다. 다시 유형을 도 반년으로 환산하여 더하여 "장80 도2년반"이 된다.[72] 이를 정리하면 다음 표와 같다.

---

71) "【講曰】註云 '若增輕作重 入至徒罪者 每徒一等 折杖二十' 謂如有人犯笞四十, 原問官增至杖一百徒三年, 通計折杖二百, 除犯人已得笞四十, 餘杖一百六十, 反坐原問官杖八十徒二年. 又如有人犯笞一十, 原問官增至杖六十徒一年, 計折杖一百二十, 除犯人已得笞一十, 餘杖一百一十, 反坐原問官杖六十徒一年. 又如犯笞三十, 增至杖一百徒三年, 除犯人已得笞三十, 餘杖一百七十, 反坐原問官杖九十徒二年. 又如有犯笞四十, 增至杖一百流二千里, 三徒并杖通折二百, 除犯人已得笞四十, 剩杖一百六十, 并流一等折徒半年, 反坐原問官杖八十徒二年半. 又如有犯杖六十徒一年, 增至杖一百流三千里, 五徒并杖通折二百, 除犯人已得杖六十徒一年, 計折杖一百二十 餘杖八十, 并三流折徒一年半, 反坐原問官杖八十徒一年半之類. 減重作輕 亦准此科之."; 『講解』, 494-495쪽.

72) 만약 부가되는 도형을 장형으로 환산하여 처리하면 다음과 같다. ㈑: 장100[기본]＋장100[도형]＋장20[도반년]－장40＝장220－장40＝장180 ⇒ "장90 도2년반", ㈒: 장100[기본]＋장100[도형]＋장60[도1년반]－장120＝장260－장120＝장140 ⇒ "장70 도1년반"; 각각 장10의 차이가 난다.

五刑	換算合計	五刑	換算値	換算合計
笞 10	笞 10	杖 60 徒1年	杖 20	杖120
笞 20	笞 20	杖 70 徒1年半	杖 40	杖140
笞 30	笞 30	杖 80 徒2年	杖 60	杖160
笞 40	笞 40	杖 90 徒2年半	杖 80	杖180
笞 50	笞 50	杖100 徒3年	杖100	杖200
杖 60	杖 60	流2000里	徒 半年	杖200＋徒 半年
杖 70	杖 70	流2500里	徒 半年	杖200＋徒 1年
杖 80	杖 80	流3000里	徒 半年	杖200＋徒 1年半
杖 90	杖 90	死(絞・斬)		死
杖100	杖100			

다음의 문제는 율문 마지막의 “各聽減一等”의 의미이다. 명률에서 ‘各’은 법률용어로 개개의 경우에 해당하는 조문 등을 모두 적용한다는 뜻이다.[73] 여기서 1등을 감경할 때에 잘못 부과한 형벌에서 먼저 감경한 후 환산을 하는지, 아니면 환산한 후에 감경하는지 의문이다. 이에 대해 “講 2”에서는 다음과 같이 해석하였다.

> “각각 1등을 감하는 것을 허용한다.”라는 것은 경죄를 가중하여 무겁게 하거나 중죄를 감경하여 가볍게 하여 도죄・유죄로 하면, 먼저 잘못 처단한 도죄・유죄에서 1등을 감경한 후에 환산하여 과죄하는 것이다. 가령 사람이 태20의 죄를 범하였는데 가중하여 장100 유2000리로 한 경우, 먼저 아직 형집행하지 않거나 석방되지 않는 것에서 1등을 감경하여 장100 도3년으로 하고, 이를 장200으로 환산하여 과죄한다. 먼저 유형 1등마다 도 반년으로 환산하여 결정한 후에 아직 형집행 또는 석방되지 않는 것으로 1등을 감경할 수는 없다.[74]

---

73) ≪大明律講解≫ 卷首 [例分八字之義] “各: 各各者, 彼此同科此罪. 謂如諸色人匠, 發赴內府工作, 若不親自應役, 雇人冒名, 私自代, 替及替之人, 各杖一百之類”; 『講解』, 7쪽.

74) “【講曰】‘各聽減一等’者 謂如增輕作重 減重作輕, 至徒流者, 先於徒流上減一等, 然後折杖科之. 假如有人犯笞二十, 增至杖一百流二千里, 先坐以未決放減一等, 然後以杖一百徒三年, 折杖二百科之, 不得先以每流一等折徒半年科算已定 然後論未決放減一等也.”; 『講解』, 496쪽.

즉, 먼저 잘못 처단한 형벌에서 1등을 감경한 후에 환산하는 것으로 하였다. 講解에 따르면 다음과 같다: 먼저 '장100 유2000리'에서 1등을 감경하면 '장100 도3년'으로 이는 장200이 된다. 여기에서 원래의 형인 태형 20을 빼면 장180이 되어 '장90 도2년반'이 된다.[75]

이 관사출입인죄조에서는 구체적 구성요건과 절대적 양형을 규정한 명률이 실효성을 갖도록 하기 위하여 실제 재판을 하는 관리들의 책임을 세세하게 규정하여 죄형법정주의가 실질적으로 구현되도록 하였다.

나. 斷罪不當[76]

위 "관사출입인죄"는 재판에서 법에 따르지 않고 유무죄나 양형을 함부로 하는 행위를 처벌하는 것이다. 그러나 죄형법정주의가 실천되기 위해서는 이것만으로는 부족하다. 법에 따라 재판을 하였지만 실제 판결대로 집행을 하지 않으면 안 된다. 그러므로 형벌의 집행 자체를 법적으로 강제할 필요가 있다.

율문: 凡斷罪應決配而收贖 應收贖而決配 各依出入人罪減故失一等 ○若應絞而斬 應斬而絞者 杖六十 失者減三等 其已處決訖 別加殘毁死屍者 笞五十 ○若反逆緣坐人口 應入官而放免 及非應入官而入官者 各以出入 流罪故失論

번역: [판결의 부당] 무릇 형을 판결함에 유배를 보내야 되는데 돈을 받고 형벌을 면제[收贖]하거나, 수속하여야 하는데 유배를 보내는 경우에는 각각 관사출입인죄에 따르되 고의나 과실로 한 것에서 1등을 감한다. ○교형에 처해야 하는데 참형에 처하거나, 참형에 처해야 하는데 교형에 처한 경우에는 장60에 처하고, 과실인 경우에는 3등을 감경한다. 이미 처결이 끝났는데 따로 시체를 훼손한 경우에는 태50에 처한다. ○반역에 연좌된 사람이어서 관에 정속시켜야 하는데 방면하거나, 정속시키지 않아야 하는데 정속시킨 경우에는 관사출입인죄 중 流罪의 고의, 과실죄로 논한다.

---

75) 강해와 달리 환산을 먼저 하면 다음과 같다: '장100 유2000리'는 '장200 도반년'이 되며, 여기에 태형 20을 빼면 '장180 도반년'으로 '장90 도3년'이 된다. 이를 1등을 감경하면 '장80 도2년반'이 되어 장10의 차이가 있다.

76) ≪大明律講解≫ 卷第28 <刑律>「斷獄」 제446조; 『講解』, 506쪽.

斷罪不當[77]	번역문
凡斷罪爲乎矣 理合流配爲在乙良贖罪令是旀 理合贖罪爲在乙 流配爲在乙良 出入人罪例乙 依准爲 故失例良中 減一等齊	무릇 죄를 결정하되, 이치상 유배시키는 것이 합당한데 속전을 받고 석방시키며, 이치상 속전을 받고 석방시켜야 하는데 유배시키면 '출입인죄의 예'를 준용하여 '고실례'에서 1등을 감경한다.
○合理絞死爲在乙 斬爲旀 理合斬爲在乙 絞死爲在乙良 杖六十 知不得失錯爲在乙良 減三等齊 已決斷後 更良 屍體乙 殘毁爲在乙良 笞五十齊	○이치상 교형인 것을 참형에 처하며, 이치상 참형인 것을 교형에 처하면 장 60으로 처벌하고, 알지 못하여 실수로 하였으면 3등을 감경한다. 이미 결단한 후에 다시 시체를 훼손하면 태 50에 처한다.
○反逆罪人矣 坐罪良中 干連人口乙 理合沒官爲在乙 放免爲旀 入官理合不得爲在乙 入官爲在乙良 各各出入流罪及故失例以 論爲乎事	○반역죄인이 연관된 죄에 관련된 인구를 이치상 관에 몰수하는 것이 합당한데 방면하며, 관에 몰수하는 것이 이치상 합당하지 않는데 몰수하거들랑 각각 '유죄의 출입'과 '고실례'로 논하올 일.

직해에서는 "配→流配", "收贖→沒官", "依→依准", "失→知不得 失錯", "緣坐人口→坐罪良中 干連人口" 등 고유의 용어를 사용하고 또 상당히 풀어서 쉽게 번역하였다.

이 조문에서는 유형 이상의 중형의 집행에 대해 규정하고 있다. 또 기본적으로 관사출입인죄를 전제로 하고 있다. 먼저 죄수를 판결대로 유배를 보내지 않고 贖罪金을 받고 석방하거나 그 반대의 경우에는 관사출입인죄에서 1등을 감경하여 처벌하였다. 만약 고의라면 [관사출입인죄]조에서 감경하지 않으므로 1등만, 과실이라면 [관사출입인죄]조에서 5등을 감경하므로 모두 6등을 감경한다. 그리고 사형수에 대해 교형과 참형을 서로 바꾸어 집행한 경우는 장60으로, 만약 과실이라면 3등을 감경하여 태30으로 처벌하였고, 사형집행 후에 시체를 훼손하면 태50으로 처벌하였다. 그리고 반역에 연좌된 사람을 노예로 삼아 관에서 부리는 경우에 법대로 하지 않은 경우, 노예로 되는 것을 流刑에 상당한 것으로 보아 관사출입인죄 가운데 유형으로 잘못 판단한 것으로 간주하여 처벌하였다.

"(각각 관사출입인죄에 따르되) 고의나 과실로 한 것에서 1등을 감한다"는 가령

77) 『直解』, 617쪽.

유배형을 집행해야 하는데 고의로 수속을 하면, '고출죄'에 따라 1등을 감경한다. 만약 실수로 한 것이면 '실출죄'에 따라 모두 6등을 감경한다. 유형은 비록 3종이 있지만 감경할 때에는 구분하지 않으므로 6등을 감경하면 '장100'이 된다. 그리고 그 반대의 경우, 즉 수속을 해야 하는데 유배형을 집행한 경우, 고의로 죄를 더한 경우에는 1등을 감경하고 또 [관사출입인죄]조에서는 3등을 감경하므로 모두 4등을 감경해서 '장70 도1년반'이 된다. 만약 과실의 경우에는 죄에 증감이 있으면 그 증감된 바에서 1등을 감경하여 [관사출입인죄]조를 적용하여 추가적으로 감경한다. 만약 도형수나 유형수가 사형수와 혼동하여 죽이게 된 경우, 고의라면 故殺罪[78]에 따르고, 만약 실수라면 '失入人罪'에 따라 3등을 감경한다.[79]

형벌 자체의 면제를 가져오는 판결의 부당한 집행에 대해서는 기본적으로 [관사출입인죄]를 적용하였다.

다. 決罰不如法[80]

죄형법정주의는 결정된 형벌을 법대로 집행하는 것에서 실질적 의미를 찾을 수 있다. 대명률에서는 다음과 같이 적극적이든 소극적이든 형벌의 적극적인 집행과 그 위반에 대한 처벌규정을 두었다.

율문: 凡官司決人不如法者 笞四十, 因而致死者 杖一百 均徵埋葬銀一十兩, 行杖之人 各減一等.[註1] 其行杖之人 若決不及膚者 依驗所決之數 抵罪, 並罪坐所由. 若受財者 計贓 以枉法從重論.[講1] ○若監臨之官 因公事 於人虛怯去處 非法毆打 及自以大杖 或金刃手足 歐人至折傷以上者, 減凡鬪傷罪三等, 至死者 杖一百徒三年, 追埋葬銀一十兩, 其聽使下手之人 各減一等, 並罪坐所由.[註2] ○若於人臀腿受刑去處 依法決打 邂逅致死及 自盡者 各勿論.

註1: 不如法, 謂應用笞而用杖 應用杖而用訊 應決臀而決腰 應決腿而鞭背.

註2: 謂情不挾私 非梯己事者, 如有司官 催徵錢粮 鞫問公事 提調造作 監督工程,

---

78) ≪大明律講解≫ 卷第十九 <刑律>「人命」제297조 [鬪毆及故殺人] 참조; [관사출입인죄]에 따라도 사형이다.

79) ≪大明律附例≫ "'減故失一等'者 如將應決配流罪 故斷收贖 依故出減一等 若失 則依失出 通減六等 杖一百 故入減一等 失則依失入 通減四等 杖七十徒一年半 若有增減 則亦就所增減上 減一等 ○將徒流罪人 混於死刑而殺之 依故殺 失者亦依失入 減三等"; 『附例(下)』, 545쪽.

80) ≪大明律講解≫ 卷第28 <刑律>「斷獄」제437조; 『講解』, 499쪽.

打所屬官吏夫匠之類, 及管軍官 操鍊軍馬 演習武藝 督軍征進 修理城池, 打總旗小旗軍人之類.[講2]

율문: [법과 다르게 형을 집행함] 무릇 관사에서 법과 다르게 형을 집행하면 태40에 처하며, 그로 인하여 사망에 이르면 장100에 처하고 매장비용 은10량을 추징하며, 형장을 친 자는 각각 1등을 감한다.[주1] 형장을 치는 자가 몸에 닿지 않게 형장을 시행한 경우에는 그 횟수를 조사하여 죄를 준다. 모두 죄는 범죄가 되는 행위를 직접 한 자만을 처벌한다. 만약 재물을 받았다면 장물을 계산하여 무거운 것에 따라 枉法[81]으로 논한다.[강1] ○감림하는 관원이 공사로 인하여 사람에게 급소가 되는 곳을 불법하게 구타하거나, 스스로 큰 몽둥이, 칼, 손과 발로써 사람을 구타하여 뼈가 부러지는 이상의 상해를 입혔다면, 일반투구상해죄[82]에서 3등을 감하여 처벌하며, 사망에 이른 경우에는 장100 도3년에 처하고 매장비용 은10량을 추징한다. 지시를 받고 직접 가격행위를 한 자는 각각 1등을 감한다. 모두 죄는 죄가 되는 행위를 직접 한 자만을 처벌한다.[주2] ○사람의 볼기, 넓적다리 등 형장을 치는 부위를 법에 따라 타격하다가 사망에 이르게 되었거나 집행을 받는 자가 자살한 경우에는 각각 죄를 논하지 아니한다.

주1: '법과 다르게 형을 집행한다'는 것은, 笞를 써야 하는데 杖을 쓰거나, 장을 써야 하는데 訊杖을 쓰거나, 볼기를 쳐야 하는데 허리를 치거나, 넓적다리를 쳐야 하는데 등을 채찍으로 치는 따위를 말한다.

주2: 사사로움을 끼지 않고 자신의 일로 인한 것이 아니면서, 예를 들어, 전량의 징발, 공사의 국문, 물품제조의 지휘, 건설공사의 감독을 담당하는 관사가, 소속관리, 인부・기술자[夫匠][83] 등을 구타하는 따위, 또는 군관의 관리, 군마의 조련, 무예의 연습, 출진・행군의 지휘, 성과 못의 수리를 관장하는 관사가, 총기, 소기,[84] 군인 등을 구타하는 따위를 말한다.

81) ≪大明律講解≫ 卷第23 <刑律>「受贓」 제351조 [官吏受財] 참조.
82) ≪大明律講解≫ 卷第20 <刑律>「鬪毆」 제309조 [鬪毆] 참조.
83) 夫匠: 役을 수행하고 있는 工匠을 가리킴.
84) 明의 군사편제로 병력 50명으로 總旗를, 10명으로 小旗라고 했다.

決罰不如法[85]	번역문
凡官司亦 人罪乙 決斷爲乎矣 不如法爲在乙良 笞四十齊 因而致死者 杖一百遣 燒埋銀一十兩乙 別乎 生徵齊 執杖人乙良 各減一等.[註1]	무릇 관사가 사람의 죄를 결단하오되, 법대로 하지 않거든 태40에 처한다. 이로 말미암아 사망에 이르게 되면 장100에 처하고, 장례비용으로 은10량을 따로 징수한다. 장을 집행한 사람은 각각 1등을 감경한다.
打杖人亦 不及膚爲在乙良 決杖數以 反罪遣 受財者乙良 贓物乙 計爲 枉法例以 從重論齊	장을 때리는 사람이 (장이) 살갗에 닿지 않거들랑 집행한 장의 수로 도리어 죄를 주고, 재물을 받은 자는 장물을 계산하여 법을 어긴 예로 논하여 무거운 죄에 따라 논한다.
○監臨官員亦 因公事爲 人矣身上要害爲在 虛處乙 非法以 毆打爲旀 大杖及刀刃手足等物以 毆打爲 折傷爲在乙良 凡鬪傷罪良中 減三等 至於死爲在乙良 杖一百徒三年遣 燒埋葬銀一十兩徵給齊 聽使下手人乙良 各減一等遣 罪在所作人齊[註2]	○감림관원이 공사로 말미암아 사람의 신체에 중요한 급소를 불법으로 구타하며 큰 장 및 칼날이나 손발 따위의 물건으로 구타하여 뼈가 부러지는 상해를 하게 되면 투상죄에서 3등을 감경하며, 사망에 이르게 되면 장100 도3년으로 처벌하고 장례비용으로 은10량을 징수해서 준다. 명령을 듣고서 직접 한 사람은 각각 1등을 감경하고 죄는 행동을 한 사람에게 있다.
人矣 依例受刑爲臥乎 臀腿良中 依法決打爲良在乙 逢音 致死爲旀 及自盡而死者 各勿論爲乎事	사람이 의례히 형벌을 받누온 볼기와 넓적다리에 법대로 집행하였거늘 마침 죽음에 이르게 되거나 또 스스로 죽게 된 경우에는 각각 논하지 말 일.

직해주	번역문
1. 不如法 謂決笞合當爲在乙 用杖爲旀 用杖合當人乙 亂杖爲旀 打臀合當人乙 打腰爲旀 打腿合當人乙 打背之類.	1. “법대로 하지 않는다”라는 것은 태형을 집행하는 것이 합당한데 장을 사용하며, 장을 쓰는 것이 합당한데 난장을 쓰며, 볼기를 때리는 것이 합당한 사람을 허리를 때리며, 넓적다리를 때리는 것이 합당한 사람을 등을 때리는 따위를 일컫는다.

85) 『直解』, 607쪽.

직해주	번역문
2. 謂情不挾私爲旀 私事不喩在所乙用良 所任官亦 錢粮催徵及推問公事果 次知造作令是臥乎 功課乙 監督等事以 官吏工匠等乙 打傷爲旀 管軍官亦 軍馬乙 操鍊爲旀 武藝乙 慣習爲旀 軍行乙 催促爲旀 城郭乙 修理等事以 百戶統主軍人等乙 打傷之類	2. 다음을 일컫는다: 사정이 사사로움을 끼지 않고 사적인 일이 아닌 바를 말미암은 것이다. 맡은 관이 전량의 징수를 독촉하거나 공사를 조사·신문하거나 일 할 것을 담당시키는 공과를 독촉하는 따위의 일로 관리와 공장 등을 구타하며, 군을 관장하는 관이 군마를 조련하며, 무예를 훈련하며 군행을 최촉하며, 성곽을 수리하는 따위의 일로 백호, 통주, 군인 등을 때려 다치게 하는 따위이다.

직해를 하면서 용어를 선택함에 조선의 실정을 상당히 고려하였다. “下手之人→下手人”, “催徵→催徵” 등은 중국용어를 그대로 옮긴 것이며, “軍征進→軍行”, “人虛怯去處→人矣 身上要害爲在 虛處”, “罪坐所由→罪在所作人”, “行杖之人→執杖人·打杖人”, “贓→贓物” 등은 중국용어를 알기 쉽게 풀이한 것이다. “演習→慣習”, “夫匠→工匠”, “城池→城郭”, “小旗→統主” “總旗→百戶”, “工程→功課” 등은 조선의 사정을 고려하여 용어를 선택한 것이고, “鞫問→推問”, “均徵→別乎 生徵”, “督→催促”, “埋葬銀→燒埋銀”, “訊→亂杖”, “有司官→所任官”, “抵罪→反罪”, “提調→次知”, “追→徵給” 등은 고유의 용어를 살려 풀이한 것이다. 직해는 명률을 단순히 이두로 번역한 것이 아닌 대명률을 실제로 적용할 수 있도록 고민을 한 결과이다.

이 조문은 濫刑 등의 폐단을 방지하기 위해 형을 집행하는 관리들의 의무를 부과하고 위반행위에 대한 처벌을 규정한 것이다. 위법한 형집행에 대해서는 태40으로 처벌하고 만약 그 때문에 受刑人이 사망하게 되면 장100으로 처벌함과 동시에 일종의 손해배상[86]으로 장례비용 은10량을 추징하였다. 실제로 형벌을 집행한 자는 1등을 감경하여 지시자의 책임을 더 무겁게 물었다. 반대로 겉으로는 형벌을 집행하였지만 엉뚱한 곳을 치는 등으로 사실상 형벌을 집행하지 않은 경우 역시 태40으로 처벌하였다. 이 역시 직접 실행한 자의 책임만 물었고, 만약 뇌물을 받았다면 관리가 뇌물을 받고 법을 어긴 것으로 가중해서 처벌한다.[87] 그

86) 자세한 것은 金池洙, “전통법의 民事賠償 책임”, **전통법과 광주반정**(전남대학교 출판부, 2006), 327-330쪽 참조.

87) “若受財者 計贓 以枉法從重論”; 이 죄의 법정형은 태40 또는 장100 도3년이다. 그런데

리고 직접 지휘·감독를 하는 상급자[監臨官]가 하급자를 지휘하여 급소를 구타하거나 형벌을 불법으로 집행하여 뼈가 부러지는 등의 상해를 입히면 一般鬪毆罪에서 3등을 감경하여 처벌하고 만약 이 때문에 죽게 되면 장100 도3년으로 처벌하고 장례비용 은10량을 추징한다. 그리고 합법적인 형집행으로 수형인이 사망하거나 자살한 경우에는 관리의 책임을 묻지 않는다. “주 1”에서는 법과 다르게, 즉 불법으로 형벌을 집행하는 예를 들고 있으며, “주 2”에서는 감림관이 합법적으로 업무를 집행하는 예를 들고 있다.

그리고 부수적인 내용에 대해서는 “講 1”과 “講 2”에서는 다음과 같이 부가적으로 풀이하고 있다.

> “모두 죄는 범죄가 되는 행위를 직접 한 자만을 처벌한다”라고 함은, 법과 다르게 형장을 집행하거나 그로 인하여 사망에 이르게 한 경우, 비록 동료관원이 文案에 함께 서명하였다고 하더라도 이를 主張하여 지시하고 시킨 자에게 죄를 묻는 것을 말한다. 또한 만약 형장을 치는 자가 몸에 닿지 않게 형장을 집행한 경우에는 집행한 횟수를 조사하여 죄를 주는데, 관할하는 관사가 주도적으로 명령하였다면 그 관사를 처벌하는데, 이러한 것들을 일컬어 ‘죄는 그 범죄가 말미암은 자만을 처벌한다’라는 것이다. 형장을 맞는 자가 부탁하여 몸에 닿지 않게 형을 시행하게 되었다면, 그 횟수를 거듭 부과한다. 만약 관사와 형리가 청을 받지 않고 스스로 몸에 닿지 않게 형장을 시행하였다면 형장을 맞은 자는 처벌하지 아니한다.[88]
>
> 지시를 받고 실행한 자는, 만약 관할 관사가 그것을 위협·핍박하였고 자신에게서 비롯된 것이 아니라면, 그 관사를 처벌하는 데 그치고, 지시를 받고 실행한 부하는 처벌하지 아니한다.[89]

관련문서에 함께 서명을 하는 등 범죄행위에 외견상 관련이 있어도 적극적으

[官吏受財]조의 “枉法贓”에서는 받은 장물에 따라 법정형이 다른데, 최저형은 장70[有祿官] 또는 장60[無祿官]이므로 태40이 아니라 장60 이상으로 처벌한다. 만약 뇌물을 계산한 형벌이 장100 도3년 이상이면 그에 따라 처벌한다.

88) “【講曰】‘並罪坐所由’者, 謂如決人不如法, 因而致死, 雖同僚共署文案 止坐主使之人. 又如‘行杖之人 決不及膚’者, 驗數抵罪 若係官司主使 罪坐官司 若此之類 謂之罪坐所由. 其被決之人 若有所請求 致令決不及膚者, 驗數重科 若官司及行杖之人 自決不及膚者, 被決之人不坐.”; 『講解』, 499-500쪽.

89) “【講曰】其聽使下手之人 若係官司 威逼事 不由己者 止坐官司 聽使之人不坐.”; 『講解』, 500쪽.

로 주장하여 직접 지시한 자에게만, 또 관할하는 관사에서 형집행인에게 지시를 하였으면 그 관사에게만 책임을 묻는다. 그리고 직접 지휘·감독하는 관사와 하급관사 사이에서도 같다. 또 수형인이 부탁한 경우에는 실제로 맞지 않은 만큼 형벌을 다시 집행하였고, 만약 수형인의 의사와 관계없이 관사나 형리가 스스로 그렇게 하였으면 수형인은 다시 처벌하지 않는다.

Ⅲ. 근대적 죄형법정주의의 도입 과정

위에서 대명률에 나타난 죄형법정주의의 다양한 형태에 대해 살펴보았다. 그렇지만 오늘날 우리가 이해하고 있는 죄형법정주의와는 상당한 차이가 있는 것도 사실이다. 즉 현재의 죄형법정주의는 범죄자, 나아가 개인을 국가의 권력으로부터 보호하는 것이 주목적이다. 하지만 중국, 나아가 전통시대의 그것은 개인의 보호보다는 국가에서 인민을 지배할 필요성에서 나온 것이다. 즉, 국가권력의 임의성이 지배에 불편하기 때문에 권력자가 스스로 지배의 한계를 설정한 것[90]으로 개인의 보호는 부수적인 것이라고 할 수 있다. 즉 형을 집행하는 관리가 국법을 준수함으로써 간접적으로 개인을 보호하는 결과를 낳게 된 것이다.

1. 형법전의 편찬흐름과 죄형법정주의

본장에서는 우리나라에 근대적 의미의 죄형법정주의가 도입되는 과정을 형법전의 편찬과정에서 검토한다. 刑法艸案(1897. 2), 陸軍法律(1900. 9. 법률5), 刑法草(1902년 경), 刑法大全(1905. 4. 법률2), 刑法大全改正草案(미상) 등에서 죄형법정주의원칙의 예외규정인 "引律比附, 違令罪, 不應爲"의 존폐와 관련하여서만 간략하게 살펴보기로 한다.

1894년 갑오개혁기에 고종은 "弘範 14條"를 반포하였는데, 여기에 "民法과 刑法을 제정하여 감금과 징벌을 남용하지 않으며, 인민의 생명과 재산을 보호할 것"[91]을 선언하였다. 이에 따라 형법전의 편찬에 착수하였는데, 그 첫 결과는 日本人 法部顧問官인 星亨과 野澤鷄一이 작성한 "刑法艸案"이다. 이 초안은 日本舊刑法(1882년 제정)의 문제점을 입법적으로 개선한 노력이 반영된 것이다. 죄형

90) 仁井田陞, 앞의 책, 183-185面.

91) "民法刑法 嚴明制定 不可濫行監禁懲罰 以保全人民生命及財産"

법정주의 원칙을 명시적으로 선언한 규정은 없지만, 엄격한 죄형법정주의를 부정하는 引律比附 등의 규정은 없다.[92] 초안작성의 배경과 작성자들을 고려하면 죄형법정주의를 명시적으로 선언하지는 않았지만, 당연한 원칙으로 전제되어 있다고 보아야 할 것이다. 그러나 이 형법초안은 복고적인 정치사회적 분위기 속에서 폐기되었다.

부국강병을 위해서는 군대가 필요하고, 군대는 기율이 있어야 한다. 이러한 배경에서 1898년 4월에 착수하여 1900년 4월에 陸軍法律이 공포되었다. 이 법은 당시의 방침에 따라 大典會通 兵典 및 大明律 兵律을 기본으로 하고 외국군법을 참고하여 작성된 것이다. 일반형법이 없는 당시의 상황에서는 외견상으로는 특별법처럼 보이지만, 일반법에 해당하는 조문도 상당하다.[93] 죄형법정주의의 예외규정인 "引律比附, 違令罪, 不應爲"가 규정되지 않았다.

육군법률을 제정한 후 일반형법의 편찬에 착수하였다. 그 결과로 刑法草가 완성되었다. 이는 1902년 12월경에 초안이 완성되었으며, 1902년 1월에 교정을 끝내고 중반에 인쇄를 마친 상태에서 국왕의 재가를 기다리다가 폐기된 초안으로 여겨진다.[94] 刑法草에는 "斷罪引律令(§126), 加減次序(§162), 出入人罪律(§339-344)" 등이 규정되어 있으나, "引律比附, 違令罪, 不應爲"는 없다.

육군법률과 형법초에서는 비록 명시적이지는 않지만, 어느 정도 근대적 죄형법정주의에 접근하였다고 볼 수 있다. 즉 육군법률의 편찬자들은 기존의 형사법에 있는 민사적 규정을 삭제하거나 최소한 형벌을 부과하지 않아야 한다고 인식하였다.[95] 이러한 인식 아래에 인율비부 등 죄형법정주의 원칙에 위배되는 조문을 삭제하였으며, 부득이하게 당시의 법제에 합당하게 앞서 본 죄형법정주의 원칙과 관련된 규정은 존치한 것이다.

2. 刑法大全과 죄형법정주의

대한제국의 최대의 입법인 형법대전은 1905년 4월 29일에 공포되어 공포 즉시

---

92) 鄭肯植, **韓國近代法史攷**(박영사, 2002), 148-159쪽 참조.

93) 文竣暎, "大韓帝國期 刑法大全의 制定과 改正", **法史學硏究** 20(한국법사학회, 1999), 42-43쪽.

94) 형법초는 국립중앙도서관에 소장되어 있으며(일산 고 6630-2), 문준영이 발굴하여, **法史學硏究** 제19-21호에 영인·소개하였다. 文竣暎, 「≪刑法草≫(天)」, **法史學硏究** 19(한국법사학회, 1998), 183-184쪽.

95) 文竣暎, "大韓帝國期 ≪刑法大全≫의 制定에 관한 硏究", 서울대 법학석사학위논문(1998), 58쪽.

시행되었다. 형법대전은 凡例에서 "大典會通과 大明律과 新頒律을 參互ᄒᆞ야 集成ᄒᆞᆷ이라"라고 밝힌 대로 '舊本新參'에 입각하여 조선시대의 법과 갑오개혁 후의 신법률을 참조하여 편찬하였다.

형법대전에는 본고에서 다룬 죄형법정주의와 관련되는 조문이 모두 수록되어 있다. 우선 형법의 시간적 효력은 附則 第679條 "從前施用ᄒᆞ든 律例ᄂᆞᆫ 本法律施行日로붓터 幷廢止ᄒᆞᆷ이라", "第680條 本法律은 頒布日로붓터 施行ᄒᆞᆷ이라"라 하여 斷罪依新頒律을 따르고 있다. 그리고 제339조, 제340조에서 斷罪引律令의 내용을 거의 그대로 반복하고 있으며, 제157조[96]에서는 加減罪例에 따라 입법하였다. 그리고 죄형법정주의를 강제하는 官司出入人罪, 斷罪不當 및 決罰不如法은 제328조~제333조와 제320조~제327조에 반영되었다.[97] 죄형법정주의에 위배되는 引律比附, 違令, 不應爲는 각각 다음의 조문에 거의 그대로 수록되었다.

> 제2조 犯罪ᄒᆞᆫ 者가 本法律에 正條가 無ᄒᆞᆫ 境遇에ᄂᆞᆫ 引律比附ᄒᆞ야 處斷호ᄃᆡ 死刑에ᄂᆞᆫ 比附ᄒᆞᆷ을 得지 못ᄒᆞᆷ이라
> 제677조 監臨官의 令을 違ᄒᆞᆫ 者ᄂᆞᆫ 笞40에 處ᄒᆞᆷ이라
> 제678조 應爲치 못ᄒᆞᆯ 事를 爲ᄒᆞᆫ 者ᄂᆞᆫ 笞40이며 事理 重ᄒᆞᆫ 者ᄂᆞᆫ 笞80에 處ᄒᆞᆷ이라[98]

위령죄는 "監臨官의 명"으로 대상을 제한하고 형벌을 태50에서 태40으로 낮추었으며, 불응위는 형벌의 변화로 폐지된 장형을 태형으로 바꾸어 각각 태40, 태80으로 하였다.[99] 형법대전은 입법방침 등에 따라 대명률의 체제를 그대로 따르고 있다. 이런 이유로 근대적 죄형법정주의 관점에서는 일본인 법부고문이 작성한 형법초안만이 아니라 육군법률이나 형법초보다도 후퇴하였다고 평가할 수 있다.

그리고 1906년 6월 10일 이전에 나온 것으로 추정되는 刑法大全改正草案이 있

---

96) 第4編 律例上 第3章 斷獄及訴訟所干律 第15節 引律違式律 및 第3編 刑例 第1章 刑罰通則 第14節 加減次序

97) 第4編 律例上 第3章 斷獄及訴訟所干律 第13節 出入人罪律 및 第4編 律例上 第3章 斷獄及訴訟所干律 第12節 決罰違犯律

98) 第1編 法例 第1章 用法範圍 第1節 本法律施用權限, 第5編 律例下 第14章 雜犯律 第9節 違令律 및 第5編 律例下 第14章 雜犯律 第10節 不應爲律

99) 형법대전 제1차 개정(1906. 2. 2. 법률 1)에서는 죄형법정주의와 관련되는 규정은 개정되지 않았다. 관제변화에 따른 관원명칭의 수정, 형사절차의 보완, 구성요건 및 법정형의 수정 등 기술적이고 단편적인 개정이 있었다.

다.[100] 범례에서 "형법대전과 외국현행형전의 제도를 참조하여 편찬하였으며, 시대가 다르고 刑名이 같지 않으므로 重罪·輕罪의 구별과 가중감경의 절충방법을 채용하였고, 總則과 罪律로 구분하여 총칙은 죄율 전체에 해당하고, 죄율은 각죄각형의 罪名과 律例를 규정하였으며, 편입하지 못한 세목은 시행법으로 정하고, 시의에 따라 國漢文을 혼용하여 講讀에 편의를 제공함"을 밝혔다.[101]

이 草案은 刑法大全의 절차규정 등 非刑法的 조문들을 모두 삭제하고 일본 형법의 조항들을 편입시킨 것으로 제1편 總則과 제2편 罪律, 총 424개조로 구성되어 있다. 형법대전을 참조했음을 명언하고 있지만, 죄형법정주의와 관련되는 조문은 없다.[102] 이 형법초안은 제1차 개정 刑法大全을 다시 개정하기 위해 1906년 12월에 임명된 刑法校正官이 한 것이다.[103] 이때에는 일본인도 참여하였는데, 근대적 형법전을 지향하였기 때문에 전통적인 죄형법정주의 관련규정은 들어가지 않았다. 그러나 이 초안 역시 폐기되었다.

1908년 7월 법전조사국의 주도로 刑法大全 680개 조문 가운데 290여 개조를 대폭 삭제·수정하는 개정을 하였다(법률 19).[104] 이에 따라 죄형법정주의와 관련된 형법대전의 규정은 상당히 변하였다.

斷罪引律令의 내용을 규정하고 있는 引律違式律(제339조, 제340조)은 절 전체가 삭제되었고, 加減次序(제157조)는 전면적으로 개정하여 자세히 규정하였다. 형집행에서 관리의 준법의무를 부과한 決罰違犯律(제320조~제327조)은 부분적으로 개정되었으며, 재판관이 양형을 임의로 결정하는 것을 처벌하는 出入人罪律(제328조~제333조)는 제328조 제1호에서 제3호까지만 남기고 모두 삭제하였다. 그리고 죄형법정주의 원칙에 위배되는 제2조(引律比附)와 제678조(不應爲)는 그대

100) 이는 張燾 編, **新舊刑事法規大全卷下**(磚洞 普成社 印刷), 331-420쪽에 수록되어 학계에 소개되었다. 표지에 "光武十一年六月十日 法部認可"라고 있다. 따라서 이 책은 1906년 6월 이후에 발간되었음을 확인할 수 있다. 이 자료는 2006년 12월 國立臺灣大學 法學圖書館에서 우연히 발견하였으며, 같은 책이 국립중앙도서관에 소장되어 있는 것을 확인하였다(청구기호: 364-2-45). 또한 刑法施行法과 함께 수록되어 있으며, 臺灣大學 소장본도 같다.

101) 이 범례는 위 張燾의 책에는 없다.

102) 굳이 관련을 지우면 "사법관이나 경찰관이 범인을 拷訊하면서 법률에 위반한 방법을 사용하는 행위를 처벌"하는 제163조 정도이다(제2편 죄례 제4장 官吏職務所干罪 제10절 越權及濫刑罪).

103) 文竣暎, 앞의 "大韓帝國期 刑法大全의 制定과 改正", 50쪽.

104) 개정의 배경과 앞의 형법대전개정초안과의 관계에 대해서는 문준영, 앞의 논문, 51-52쪽 참조.

로 남겨두었으며, 제677조(違令)은 "暴動罪"로 개정하였다.[105]

위 형법대전의 개정내용은 전통법적 요소를 그대로 온존시키면서 재판제도의 정비에 따라 관련규정을 조정한 것이다. 특히 죄형법정주의의 핵심적 요소인 유추해석 및 관습형법의 금지와 관련되는 인율비부와 불응위를 존속시킨 것은 개별적 구성요건을 규정하고 있는 형법대전을 고려하더라도 식민지적 특수성이 너무나 강하게 드러난다. 이 두 조문은 식민지화에 걸림돌이 되는 모든 행위를 처벌할 수 있는 넝마주머니와 같은 조문이다.[106] 게다가 위령죄를 폐지하고 그 대신 폭동죄를 신설하였다. 이는 법전조사국의 형법대전 제2차 개정의 목적이 어디에 있는지를 잘 드러내고 있다.

1910년 한국을 병합한 일본은 1912년 3월 朝鮮刑事令(制令 11)을 공포하여 식민지 형사법제의 기초를 구축하였다. 이 제령의 시행으로 일본형법이 依用되었다. 그 결과 이 땅에 본격적으로 근대적 의미의 죄형법정주의가 도입되었다.[107] 조선형사령 부칙 제41조에 따라 刑法大全이 폐지되었다. 하지만 刑法大全의 일부 조항은 당분간 조선형사령의 시행 전과 동일한 효력을 갖고 있었다.[108] 이에 따라 드물지만 형법대전 제678조 불응위와 제2조 인율비부가 논의되었다.[109] 刑法大全의 일부조항을 존속시키고 있었던 조선형사령의 규정은 1917년 12월 제령 제3호로 폐지되었다. 이로써 刑法大全과 함께 전통적인 의미의 죄형법정주의도 역사에서 사라졌다.

---

105) 제9절 폭동죄 제677조 "多衆이 聚合ᄒᆞ야 暴動을 行ᄒᆞᆫ 者ᄂᆞᆫ 懲役10年이며 附和隨行에 止ᄒᆞᆫ 者ᄂᆞᆫ 笞100에 處ᄒᆞᆷ이라"

106) 형벌이 태형인 점은 식민지기의 朝鮮笞刑令(1912. 제령 13)을 연상시킨다.

107) 일본 형법에는 죄형법정주의를 선언하는 명문의 규정은 없다. 하지만, "일본신민은 법률에 의하지 않고서 체포, 구금, 심문, 처벌을 받지 아니 한다"는 大日本帝國憲法 제23조 및 "유죄판결을 할 때에는 법령의 적용을 명시"해야 하는 日本 刑事訴訟法 제360조에 따라 인정되고 있다. 牧野英一, **刑法總論**(新法律學全集 23: 日本評論社, 1937), 78面 참조.

108) 존속조항은 刑法大全 제473조 모살죄, 제478조 고살죄, 제498조 친속존장 살해죄의 제1호, 제516호 강도·절도상해죄, 제536호 강도·절도강간죄와 각 죄의 미수범처단 규정들로, 기수범의 법정형은 모두 교형이다.

109) 1912. 1. 20 판결 明治 44년 형상 제162호 및 1916. 6. 19 판결 大正 5년 형상 제56호; 내용은 법원도서관(http://library.scourt.go.kr/) → 법원사자료실 → 국역자료 → 조선고등법원판결 형사편 1권 및 3권 참조.

Ⅳ. 맺음말

위에서 대명률의 규정을 중심으로 죄형법정주의에 대해 살펴보았다. 물론 서구의 그것과는 다르지만, 엄연히 죄형법정주의 원칙이 존재하고 있음을 확인하였다.

동양에서의 죄형법정주의는 唐律에서 확정이 되었다. 즉, [斷罪不具引律令格式]에서 판결을 할 때에는 반드시 律令格式의 正文을 갖추어 인용하도록 하였으며 이를 위반하면 태30으로 처벌하였다. 그러나 違令罪와 違式罪, 不應得爲가 존재하는데, 이는 오늘날 금지되는 백지형벌과 관습형법에 해당한다. 그리고 [斷罪無正條]에서 유추해석을 허용하고 있다. 이 점에서 죄형법정주의 원칙이 없다고 할 수도 있지만, 오늘날처럼 추상적 구성요건이 아닌 개별적 구성요건이며 또 절대적 법정형을 상정하고 있는 당률의 체제에서는 처벌의 흠결을 막기 위한 부득이한 조처라고 볼 수도 있다. 어쨌든 죄형법정주의의 인정 여부와 관계없이 성문법이 없는 상태보다는 일보진전한 것으로 볼 수 있다.

조선시대에는 대명률을 일반법으로 수용했기 때문에 대명률에서 천명된 죄형법정주의 원칙은 조선에서도 그대로 유효하다. 명률에서는 더욱 구체화되었다. 우선 [斷罪依新頒律]에서 형법의 시간적 효력을 규정하였는데, 이는 소급입법에 해당한다. 그렇지만 그 취지는 법의 통일과 황제권을 강화하여 백성을 專一的으로 지배하기 위한 입법적 조치라고 할 수 있다. 그리고 [斷罪引律令]에서는 판결을 할 때 법조문을 구체적으로 적시할 것을 요구하고 어기면 처벌하였다. 또한 [加減罪例]에서는 양형에서 재판관의 재량을 극도로 축소하여 법적안정성을 추구하였다. 또한 법의 준수를 강제하는 조문도 설정하였다. 먼저 [官司出入人罪]에서는 재판관이 법을 어기고 판결을 하면 처벌을 하였다. 그리고 판결은 법에 따라 제대로 하였지만 실제 형벌을 집행할 때 어기는 경우에 대해서도 [斷罪不當], [決罰不如法]에서 규정을 하였다. 이러한 조문을 통해 자의적인 재판이 아닌 법에 의한 재판이 규범적으로는 확립되었음을 알 수 있다. 그러나 예외도 존재하는데, 당률과 마찬가지로 [斷罪無正條]에서는 유추해석인 引律比附를 허용하고 있으며, [違令]에서는 백지형벌을, [不應爲]에서는 관습형법을 허용하고 있다. 이 점에서 죄형법정주의가 확립되지 않은 것으로도 파악할 수 있다.

물론 明律에서의 죄형법정주의는 현재의 그것과는 분명히 다르다. 어떤 의미에서는 백성에 대한 군왕의 지배권, 나아가 황제의 齊一的 지배를 확립하기 위한 수단이다. 법준수의 궁극적인 감시자는 황제이다. 황제를 법적으로 감시하고 구속하는 기구는 존재하지 않는다. 관리들은 황제통치권의 표현인 법을 준수해야

하는 의무가 있고, 또 법을 준수하였다. 즉 관료를 구속하는 원리로서 죄형법정주의는 존재한다.[110] 이 점에서 백성들은 죄형법정주의의 혜택을 간접적으로 입었다고도 볼 수 있다.

그러나 서구의 죄형법정주의 자체도 시대와 상황에 따라서 변할 수 있는 가변적인 개념으로 보아야 한다. 그렇다면 형법의 규정 체제가 다른 중국적 전통과 가벌적 행위는 어떻게든 처벌해야 한다는 소박한 '正義觀念'을 고려한다면 부정적으로만 볼 수 없을 것이다. 따라서 상대적 관점에서 대상인 역사적 상황에 조응하여 판단하고 평가해야 할 것이다.

본고에서는 법전만 대상으로 하였고, 부수적으로 大明律直解를 검토하여 우리 고유의 법률용어를 찾으려는 실마리를 보였다. 고유의 법률용어를 발견하고 그 의미를 부여하는 작업은 아주 초보적인 수준으로만 진행되고 있으며, 주로 현재의 문제와 관련하여 근대에 집중되고 있다. 시야를 확대하여 전통시대로 대상을 넓히면 대명률직해는 보고라고 할 수 있다.[111]

경우에 따라서는 "법은 법이고 현실은 현실이며, 법은 멀고 주먹은 가깝다"라고 논박을 할 수 있을 것이다. 그러나 실제의 재판에서는 최소한 [斷罪引律令]에서 규정한 대로 판결을 할 때에는 구체적으로 법조문을 적시하였다. 예컨대, 秋官志 雜犯편의 강상에 관한 사건(事係綱常)을 보면 明律 또는 續大典의 조문을 적시하고 있다.[112] 실제 조선후기 형사 관련 자료를 검토하면 처벌을 할 때에는

---

110) 滋賀秀三, 앞의 책, 76-77面; 또 그는 "專制中國에서는 치자와 피치자 사이에 법공동체—상호간에 법을 판정하는 재판관, 그 소리에 귀를 기울여 자기의 법의식을 확인하고 맞이하는 민중의 자세—는 존재하지 않았다. 왕조와 인민을 포괄하는 하나의 법적·정치적 공동체로 파악할 수 있는 단어는 존재하지 않았다. '국가가 천하를 영유한다'가 중국인의 世界像이다. 법은 그와 같은 의미에서 '국가'의 소유물이다. 법의 해석과 적용, 즉 司法도 왕조가 천하를 다스리는 行政의 일환으로 존재했다. 그와 같은 법이 量刑의 기준에 주안을 두고 발달한 것은 근거가 없는 것은 아니다. 다만 刑의 量定은 본질적으로 행정에 속한다."라고 한다(같은 책, 80面).

111) 정긍식 외, **현행 법률용어에 대한 역사적 고찰**, 법률용어정비사업 제2차 전문가회의 자료집(한국법제연구원, 2002. 7. 25.), 참조; 현재 법제처를 중심으로 일본식 법률용어를 순화하는 작업을 오래 동안 진행하고 있다. 그러나 이 작업은 우리의 역사와 전통을 고려하지 않는 듯하다. 우리 고유의 법률용어를 살리고 나아가 현실의 법생활에 이를 반영하는 것에 대한 고민이 필요하다. 이 점에서, 14세기 말의 대명률직해는 오늘날에도 여전히 의미가 있다고 생각한다.

112) 不養父母: "淳昌私奴奉鶴 不能養父母 至於 飮毒自斃之境 大明律云 '不養父母 以致餓死者 杖一百流三千里'"; 不養老母: "靈光李再燁不能養老母 以至僵死 路傍 三日不知 續大典推斷條云 '犯罪綱常情理深重者 杖一百流三千里'".

대부분 구체적인 조문을 적시하고 있다.[113] 일반적인 생각과 달리 결코 "네 죄를 네가 알렸다!"식의 원님재판은 결코 아니었다. 지금까지의 논의를 종합하면 조선시대를 엄밀한 의미의 '법의 지배(Rule of Law)'라고는 할 수 없지만, 최소한 '법에 의한 통치(Rule by Law)'라고는 할 수 있다. 즉 폭력과 자의에 의한 지배를 넘어서 법에 의한 지배—법의 통치/통제 도구로서의 속성을 강조하는—단계라고 평가할 수 있다. 이는 권위주의적 지배와 손쉽게 결합되지만 규범에 의한 권력의 통제는 어느 정도 가능한 단계이다.[114] 다만 최종적인 판단을 할 때에 상황을 고려하여 법외적인 요소가 많이 개입되고 있으며, 특히 조선후기가 그러하다.[115] 따라서 사료에 천착한 깊은 연구가 필요하다.

그리고 앞으로는 본고에서 다룬 개별조문 하나하나에 대해 구체적인 사례에 대한 개별적인 연구가 필요하다. 특히 인율비부, 위령, 불응위 등 죄형법정주의의 예외에 대한 연구가 더 중요하다. 개별사례에 대한 연구를 집적하여 종합함으로써 전체상을 그릴 수 있다. 예외를 관통하는 원칙의 발견은 죄형법정주의가 조선시대 형사사법에서 일관되게 지속되고 있음을 실증적으로 증명하는 것이다. 나아가 조선의 한계를 넘어서서 중국, 일본 나아가 서양과도 비교하는 거시적 안목의 연구가 필요하다.[116] 그래야만 역사상이 다양해지고 더 때깔이 있는 그림을 그릴 수 있다.

주제어: 唐律疏議, 大明律, 刑法大全, 罪刑法定主義, 引律比附, 不應爲, 違令

113) 이는 서울대학교 규장각 소장 ≪秋曹決獄錄≫(奎15148)을 강독하면서 받은 느낌이다. 참고로 ≪秋曹決獄錄≫은 정조 즉위(1776)년부터 갑오개혁 직전인 고종 30(1893)년까지 秋曹, 즉 刑曹에서 왕에게 啓聞한 기록을 1년 단위로 1책씩 편찬한 자료이다. 총 118책으로 구성된 방대한 자료인데, 순조 21년본까지는 현재 모두 남아 있지 않고 또 중간에 결락이 있어 현재 43책만 남아 있다.

114) 김도균, "근대 법치주의의 사상적 기초 : 권력제한, 권리보호, 민주주의 실현", 김도균 외, **법치주의의 기초 : 이념과 역사**(서울대학교 출판부, 2006), 참조, 인용은 9쪽.

115) 조선시대 전기와 후기 사회의 법적 성격의 변화에 대해서는 정긍식, "법서의 출판과 보급으로 본 조선사회의 법적 성격", **서울대학교 법학** 48권 4호(서울대학교 법학연구소, 2007) 참조.

116) 본고를 완성한 후에야 로마에 대한 중요한 연구성과를 읽었다. "로마에서도 형사사법에서 죄형법정주의는 황제에게는 무제한의 예외가 허용되는 점에서 오늘날과는 차이가 있지만 죄형법정주의의 모습을 띠고 있다"고 매듭을 짓고 있다(최병조, "서양 고대 로마의 법치 : 이념과 현실", 김도균 외, 앞의 책, 169쪽). 근대 이전의 사회에서는 거의 유사한 모습이 나타나고 있다. 이 논문에서 많은 시사점을 얻었으나 지면과 시간 관계상 개별적으로 인용할 수 없었다.

[보 론]

필자는 2007년 1학기 대학원에서 한인섭 교수와 공동으로 한국형정사 세미나를 하였다. 여기에는 한국법제사 전공자를 비롯한 다양한 전공자들이 참여하였다. 세미나를 진행하면서 한국법제사의 기본자료가 소개되지 않아 다른 전공자들이 접근하는 데 애로가 있다는 사실을 느꼈다. 한국법제사의 저변을 넓히고 다양한 글들이 나오려면 다른 전공자들이 쉽게 접할 수 있는 한국법제사 관련 기초자료가 번역되고 기본적인 논문이 제공되어야 한다. 그리고 현대 법학의 분석틀을 동원한 전문적인 연구가 많아져야만 역사학과 대비하여 법사학의 고유성이 부각될 수 있으며 또 법사학 자체의 존재이유와 인식영역도 확대될 수 있다(2008. 2. 28. 서울대학교 법과대학 BK21 비교한국법센터 주최 <형법과 역사> 학술대회에서 이용식 교수가 "객체의 착오와 방법의 착오의 구별 및 형법적 처리"라는 논문에서 秋官志와 審理錄의 사례를 소개·분석한 것은 연구에 많은 시사점을 준다).

필자는 2001년 3월 두뇌한국21의 지원으로 大明律講解의 강독을 시작해서 2006년 2월 초역을 마쳤다. 논문이나 학술저서보다 번역이 훨씬 더 어렵기 때문에 아직 공간할 엄두를 내지 못하고 있다. 본고는 공동작업인 강독의 첫 결과물이다. 공동작업의 결과를 필자 단독명의로 발표하는 것은, 논문의 결과에 대한 책임을 분명할 따름이다. 특히 박사과정의 김대홍, 다나카 토시미츠(田中俊光) 군은 최종원고를 검토해주었다. 지면을 빌어 그 동안 대명률강해 강독에 참여해준 모든 분께 다시 한 번 감사를 드리며, 빠른 시일 내에 번역본을 공간할 것을 약속한다.

그리고 논문을 검토해주신 심사위원께 감사를 드린다. 특히 "전통형률이 구체적인 事例型 구성요건 규정에 이르게 된 속사정, 재판시를 기준으로 하게 된 사실"에 대한 설득력 있는 설명과 "서구적 의미의 죄형법정주의 사고법과 동양적 그것과의 차이", "가장 큰 사고방식의 차이는 법규정이 없을 때 국가형벌권의 제한 여부로, '可罰性制限 의식의 유무'라는 실질적 관점에서 대명률을 평가해야 한다"는 등 본고의 주제에 대한 핵심적인 지적이 있었다.

그러나 위 지적사항은 본고에서는 반영할 수 없었다. 이는 한두 편의 단편논문으로 다루기에는 너무나 본질적이기에, 다양한 관점에서 접근한 연구들의 집적을 통해서만 가능하다. 위 지적사항을 향후의 연구에 반영한다는 다짐으로 글을 휘갑한다.

〈부록 1〉

이두 정리

更良[가새아] 다시
故只[짐짓] 일부러
果[과] -과/와
敎是臥乎[이시누온] -이시는, -하시는
其矣[저의] 그 사람의, 저 이의
內[안/내] --안(內)
段[딴] -는, -인즉
良中[아해] -에, -에서, -에게서
令是臥乎[시기누온] 시키는
令是在乙良[시기견을랑] 시킨 것을랑,
  시킨거들랑
令是旀[시기며] 시키며
無在乙良[업견으랑] 없거들랑,
  없는 것을랑
別乎[벼림/별오] 벼름, 고르게 분담
並只[다무기] 모두, 함께
逢音[마침] 마침
不冬[안들] 아니하다
不冬爲是果[안들하이과] 아니함과,
  아니 한 것(이)와
不冬爲旀[안들하며] 아니 하며
不得爲在事果[못질하견일과]
  못한 일과
不得爲在乙[못질하견을] 못하거늘
不得爲乎[못질하온] 못 하온,
  못 하므로, 못 하오니
不喩在所乙用良[아닌디견바를쓰아]
  아닌 바로써, 아닌 바를 말미암아
分是遣[뿐이고] -뿐이고
使內在乙良[부리견으란] 시키거들랑
須只[모로미] 모름지기, 반드시
是去等[이거등] 이거든, 이었는데,
是去有乙[이거이시날] -이거늘,
  -이었거늘
是去乙[이거늘] -이거늘
是良置[이라두] -이어도, -이라도
是沙[이사] -이야, -이야말로
是如爲在乙良[이다하견으란] -이라고
  하거들랑, -이라고 하는 것을랑
是齊[이져] -이다
是乎等用良[이온들쓰아]
  -이온 줄로써, -이온 바로써
如[다] -다.
如爲在乙良[다하견으란]
  -라고 하거들랑, -라고 한 것을랑
亦[여] -이/가(주격조사)
亦中[여해] -에게,
爲[하] -하, -하고, -하다
爲去乃[하거나] -하거나
爲去等[하거든] -하거든
爲去沙[하거사] -하여야, -하여야만
爲遣[하고] -하고

爲良在等[하얏거든] -하였거든, 하였다면
爲良在乙[하얏겨늘] -하였거늘, -한 것을
爲良置[하아두] -하여도
爲白乎矣[하삽오되] -하사오되, -하옵되
爲是果[하이시과] -한 것과, -한 이와
爲有如可[하잇다가] -하였다가
爲在[하견] -한, -하는
爲在乙[하견을] -한 것을
爲在乙良[하견으란] -한 것을랑, -하거들랑
爲齊[하져] -한다. -함
爲乎[하온] -한, -하올
爲乎事[하온일] -한 일, -하올 일
爲乎所不喩是齊[하온바아닌디이졔] -하온 바 아님(아니다)
爲乎所不喩是乎事[하온바아닌디이온 일] -하온 바 아니온 일
爲乎矣[하오대] -하오되
爲乎第亦中[하온뎨여해] -하온 경우에 대하여, -할 경우에
爲旀[하며] -하며
隱[은] -은/-는
乙[을] -을/-를
乙良[으란] -은(는), -을랑, -인즉
乙用良[을쓰아] -으로써, -을 말미암아
依良[따라] 따라
以[로] -로
齊[졔] -하라, -하다.
第亦中[뎨/제여해] 때에, 경우에, 차에
知不得[알못질] 알지 못한다.
趣便以[취편으로] 제 마음대로
置[두] -도
他矣[남의] 남의
必于[비록] 비록

* 장세경, 『이두자료 읽기 사전』(한양대학교 출판부, 2001)을 참조하였다.

〈부록 2〉

中華人民共和國 刑法 관련 조문*

第七十九条 本法分则没有明文规定的犯罪, 可以比照本法分则最相类似的条文定罪判刑, 但是应当报请最高人民法院核准。

Article 79. Crime that are not expressly defined in the Specific Provisions of this Law may be determined and punished in according to whichever article in the Specific Provisions of this Law that covers the most closely analogous crime, but the judgment shall be submitted to the Supreme People's Court for approval.

第八十条 民族自治地方不能全部适用本法规定的, 可以由自治区或者省的国家权力机关根据当地民族的政治、经济、文化的特点和本法规定的基本原则, 制定变通或者补充的规定, 报请全国人民代表大会常务委员会批准施行。

Article 80. Where the provisions of this Law cannot be completely applied in national autonomous areas, the organs of state power of those autonomous regions or the provinces concernedmay formulate adoptive or supplementary provisions based on the political, economic and cultural characteristics of the local nationalities and the basic principles stipulated in this Law, and these provisions shall go into effect after they have been submitted to and approved by the Standing Committee of the National People's Congress.

第一百五十八条 禁止任何人利用任何手段擾亂社會秩序。擾亂社會秩序情節嚴重、致使工作、生産、營業和教學、科研無法進行、國家和社會遭受嚴重損失的、對首要分子處五年以下有期徒刑, 拘役、管制或者剝奪政治權利。

Article 158. It shall be prohibited for anyone to disturb public order by any means. If the circumstances of the public disturbance are so serious that work,

---

* 법률 제425호(1979. 7. 6. 공포, 1980. 1. 1. 시행); 이 법은 법률 제239호 中華人民共和國刑法(修訂)(1997. 3. 13. 공포 1997. 10. 1. 시행)으로 폐기되었다.
출전: 中国法律法规检索系统(http://202.99.23.199/home/begin1.cbs)
이 자료는 이화(서울대학교 대학원 법학과 박사과정)양이 조사하였다. 도움에 감사한다.

production, business, education or scientific research cannot be conducted and the state and society suffer serious losses, the ringleaders shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not more than five years, criminal detention, public surveillance or deprivation of political rights.

<Abstract>

A Study on the Principle of "*nullum crimen, nulla poena sine lege*" in the Great Ming Code

Geung Sik Jung*

In this paper, I researched the principle of "*nullum crimen, nulla poena sine lege*" in the Great *Ming* Code[大明律] which was the general source of criminal laws in the Chosun dynasty. In strict meaning, this principle is a historical result of the modern western society. But it is a declaration of this principle that detailed crimes and their punishments were provided in laws and codes. In traditional China, this principle was a device to rule people equally prohibiting public officials' arbitrary punitive authority. So people were protected indirectly by criminal laws.

In traditional China, this principle was stipulated in the *Tang* Code[唐律] compiled in AD 653, and was maintained in the Great *Ming* Code promulgated in 1397. In the Great *Ming* Code, this principle was manifested in the next articles: Article 45 "Deciding Penalties in Accordance with Newly Promulgated Code[斷罪依新頒律]", and Article 439 "Citing the Code and the Commandment in Deciding Penalties[斷罪引律令]", Article 38 "Principles for Increasing and Reducing Punishment[加減罪例]". And then in Section 28 Judgment and Imprisonment[斷獄] of the Great *Ming* Code, It was compelled for public officials to obey the laws, if they did not so, they were punished by laws. So this principle was observed firmly.

But there were exceptions in this principle. They are as follows: Article 46 "Deciding Cases without Specific Articles[斷罪無正條]" which is an analogy in interpretation of criminal laws, and Article 409 "Violating the Commandment[違令]" which is a punishment without noticing, Article 410 "Doing What Ought

* Associate Professor, College of Law, Seoul National University

Not to Be Done[不應爲]" which is a customary punishment. In these points, it was argued that there was no this principle in the Great Ming Code. But considering particular constituent elements and understanding of crimes, this principle was maintained limitedly.

After the 1894 Reformation, this principle based on the Great *Ming* Code was denied and the western principle was accepted in the Chosun dynasty. But in the Penal Code of the Imperial Korea[刑法大全] in 1904, the western principle was disappeared and the traditional principle was restored. The western principle was accepted by the Japanese Governor-General's Decree about Criminal Rules[朝鮮刑事令] in 1912.

Key words: the Commentary of Tang Code (*Tangryulsoeui*), the Great Ming Code (*Taimyeounryul*), the Penal Code of the Imperial Korea (*Hyeongbuptaichun*), the Principle of "nullum crimen, nulla poena sine lege", Analogy in Interpretation (*Inryulbibu*), Customary Penalty (*Buleungwi*), Violation of Commandment (*Wiryeong*)