

소송법서 『相避』의 성격과 明律의 문제*

임상혁**

목 차

- I. 머리말: 16세기의 소송법서와 이른바 『相避』
- II. 『상피』의 유래와 작성시기
- III. 편제상의 특징
 - 1. 편목의 배열
 - 2. 법전의 배치
 - 3. 수록 법전의 특징
- IV. 적용 명률의 문제
 - 1. 조선에서의 명률 적용에 관한 논의
 - 2. 소송법서들이 이용한 명률해설서
- V. 맺음말

[국문요약]

표지가 떨어져 서명을 모른 채 『상피』라는 이름으로 통용되는 소송법서 16세기에 만들어진 것으로 현재 일본 尊經閣에 소장되어 있다. 이 책은 편제와 구성은 좀 떨어지지만, 명률해설 서인 『大明律講解』, 『律條疏義』 등 다른 법서에서는 잘 보이지 않는 자료를 이용하고 있어 관심을 끈다. 이를 계기로 조선시대 명률의 적용 문제에 대한 검토를 해볼 수 있었다. 『상피』를 비롯한 16세기 소송법서에 수록된 명률 조문들의 분석을 해 보면, 명률에 관한 자료를 『대명률강해』나 『大明律直解』와 같은 해설서를 통해 얻었고, 그것들 모두가 법 적용의 자료로 이용되었을 가능성을 확인할 수 있다. 그 과정에서 『律學解頤』, 『律學辨疑』, 『對款識頭』 등 『실

* 본 연구는 숭실대학교 교내연구비 지원으로 이루어졌음.

** 숭실대학교 법과대학 전임강사

록』에 나타나는 다른 명률해서서들을 적극적으로 발굴하여 이용할 필요성도 제기되었다.

[주제어] 상피, 대전사송유취, 시송유취, 사송유초, 청송제강, 명률, 대명률강해, 대명률 직해, 율학해이, 율학변의, 대관의두

I. 머리말: 16세기의 소송법서와 이른바 『相避』

근래의 소개로 조선 전기의 소송법서가 일본에 다수 현존한다는 사실이 알려졌다.¹⁾ 우리나라에는 이 시기의 소송법서로서 『詞訟類聚』만이 전해지고 있는 데 비해, 일본에서는 그것 말고도 4종이 더 확인되는데, 『詞訟類抄』, 『聽訟提綱』, 『大典詞訟類聚』, 『相避』가 그것들이다.²⁾ 이러한 소개에도 불구하고 관심의 부족 때문에 이 서적들이 『시송유취』와 거의 같은 내용이라 인식되기도 했지만,³⁾ 실은 저마다 작성시기와 편제를 달리하는 책들이다.⁴⁾ 『시송유초』는 토오코오의 國立公文書館 나이카쿠(內閣)文庫에, 『청송제강』은 나고야의 호오사(蓬左)文庫에, 『대전시송유취』는 쓰쿠바(筑波)의 쓰쿠바대학 中央圖書館에 소장되어 있다. 이들 책은 일본 국회도서관 소장의 『決訟指南』, 나이카쿠문고 소장의 『詞訟錄』(이 두 책은 모두 『시송유취』와 동일한 내용임)과 함께 묶여 『十六世紀 詞訟法書 集成』으로 영인된 바 있다.⁵⁾

- 1) 이들의 존재를 우리나라에서 처음으로 알린 것은 田川孝三, 「大典詞訟類とその類書」, 『東方學志』 23-24, 연세대학교 국학연구원, 1980. 2이다. 이보다 이른 시기에 타가와는 「淸州刊經國大典註解について」, 『朝鮮學報』 48, 1968.를 통해 後集이 붙어있는 『經國大典註解』의 존재를 소개한 바 있는데, 여기서도 『聽訟提綱』, 『詞訟類抄』, 『大典詞訟類聚』의 이름을 들고 있어, 이미 오래 전부터 파악하고 있던 것으로 보인다.
- 2) 이 책들의 유래에 대해서는 임상혁, 『『大典詞訟類聚』와 朝鮮前期의 法理論』, 『법제연구』 제18호, 2000., 218면 참조.
- 3) 심재우, 「朝鮮後期 牧民書의 편찬과 守令의 刑政運營」, 『규장각』 제21호, 1998. 12., 89면. 이 논문으로 인해 『상피』의 소장처와 국내 영인 사실을 알 수 있었다. 물론 소장처는 영인본의 해제에도 나타난다.
- 4) 이들에 대한 간략한 소개는 임상혁, 「朝鮮前期 民事訴訟과 訴訟理論의 展開」(서울대학교 박사학위논문), 2002. 2., 105~111면.

이른바 『상피』라고 하는 책은 표지가 떨어져 나간 탓에 제목을 알 수 없어, 첫장에 나타나는 첫 번째 편목의 명칭을 책이름으로 일단 쓰고 있는 것이다(이 글에서도 이 이름으로 통용하고자 한다).⁶⁾ 일본에 전해지는 16세기 조선의 소송법서를 소개한 타가와 코오조오는 이 책이 나이카쿠문고에 있다고 소개했다.⁷⁾ 하지만 公文書館에 방문하여 확인해도 찾을 수가 없었고, 그 때문에 『16세기 소송법서 집성』이 영인될 때도 빠졌다. 실제 『상피』가 보관되어 있는 곳은 尊經閣이었다. 나이카쿠문고에 있다고 한 것은 타가와와의 실수였던 것으로 보인다. 그리고 이 『상피』는 국내에서 영인되어 있다는 것도 확인되었다. 아세아문화사에서 영인한 『兵政』(外五種)이라는 책에 실려 있는데, 『청송제강』도 여기에 수록되어 있다.⁸⁾ 이 두 종류는 『병정』이란 책을 대표 제목으로 해서 함께 묶이기에는 부적절한 느낌이 있다.

조사의 미진으로 말미암아 글쓴이의 이전 연구에서 『상피』를 참조하지 못했기에, 이 책의 발견은 반가움과 아쉬움을 동시에 가지게 된다. 『상피』는 기존의 소개가 충분치 않아 오해도 있었다는 점과 그간의 소송법서에 대한 연구를 보충할 필요성이 생겼다는 점에서 검토를 하지 않을 수 없다. 그리고 다른 소송법서들과는 다른 편제도 보이고 있는 따위도 눈길을 끄는 점이다.

5) 정금식·임상혁 공편, 『十六世紀 詞訟法書 集成』, 한국법제연구원(1999, 서울). 이 영인본에서는 전체 면수와 함께 각 책의 개별 면수를 따로 메기고 있다. 이후 각 책의 이름과 개별 면수로 인용한다.

6) 『상피』라는 명칭은 그 책이 소송법서임을 제대로 나타내 주지 못할 뿐 아니라, 책의 성격을 오해할 우려도 있기 때문에 알맞지 않은 것이 사실이다. 보다 적당한 이름으로 합의할 필요가 있다고 본다.

7) 田川孝三, 「大典詞訟類とその類書」, 355頁.

8) 이우성 편, 『兵政』(外五種), 아세아문화사(1986, 서울). 앞으로는 『상피』라는 책명으로 인용하기로 한다.

II. 『상피』의 유래와 작성시기

타가와가 소개한 조선전기의 다른 소송법서들과 마찬가지로 『상피』에 대한 연구도 그다지 검토가 이루어지지 않았다. 더구나 처음 소개한 문헌에서 소장 기관을 오기하여 연구가 지연되기도 했다. 때문에 ‘상피’가 한 편목의 명칭인지도 모른 채, 그것이 표제인 줄 알기도 하고,⁹⁾ 내용 또한 『사송유취』 같은 다른 소송법서와 별 차이가 없다고 생각하기도 했다. 하지만 이 책 또한 나름대로의 여러 특징을 갖고 있는데, 소장처도 그 가운데 하나다.

일본에 소재한 다른 책들처럼 『상피』도 또한 임진왜란을 통해 전해졌으리라 여겨진다. 하지만 다른 3종의 책처럼¹⁰⁾ 임진왜란 시기에 살았던 이들이 수집, 소장했던 것이 아니라는 점에서 것처럼 잘라 말할 수 있는 상황은 아니다. 이미 말한 대로 『상피』는 尊經閣에 보관되어 있다. 이는 카가(加賀)藩의 영주였던 마에다(前田) 가문의 전적을 보존하고 있는 도서관이며, 현재 그 관리와 운영 또한 마에다育德會라는 재단법인에서 하고 있다. 이 책들을 주로 모은 이는 마에다 쓰나노리(前田綱紀)로서 1659년부터 公家, 寺社, 諸侯들로부터 열심히 책을 모았다고 하는데, 주로 대상이 된 제후가는 미토(水戸) 토쿠카와 가문이다.¹¹⁾ 이는 토쿠카와 이에야스가 수집한 서적들을 나누어 가진 집안 가운데 하나이며, 『충승제강』, 『사송유초』 등도 결국은 토쿠카와 이에야스의 장서에서 유래한다고 볼 때,¹²⁾ 『상피』의 출처가 이 곳일 가능성이 크다고 생각된다.

이 책 또한 저자나 작성시기를 알만한 실마리가 거의 보이지 않는다. 다른 소송법서들에서 간혹 보이기도 하는 찬기, 발문, 연호 등도 전혀 보이지 않기 때문에, 수록된 受敎의 연대로 기늠하는 정도가 가능할 것 같다. 가장 늦은 수교가 1566년

9) 위의 책, 解題(五), 11면.

10) 이들의 유래에 관하여는 임상혁, 『『大典詞訟類聚』와 朝鮮前期의 法理論』, 218면 참조.

11) 『國史大辭典』, 吉川弘文館(1987, 東京), 674면.

12) 임상혁, 『『大典詞訟類聚』와 朝鮮前期의 法理論』, 218면 참조. 미토가에 분배된 토쿠카와의 장서들은 현재 彰考館文庫에 보관되어 있다.

의 것으로 이는 『사송유취』(1577), 『대전사송유취』(1576)의 경우보다는 이르고, 『사송유초』(1565)와 비슷하다.¹³⁾ 수록 내용과 편제의 완성도로 볼 때, 『사송유취』와 『대전사송유취』가 가장 뒤에 나온 것으로 볼 수 있겠는데,¹⁴⁾ 그 측면에서 살펴봐도 『상피』도 또한 이들보다는 이른 시기의 것으로 보인다.

Ⅲ. 편제상의 특징

1. 편목의 배열

『상피』는 47장의 필사본으로 되어 있다. 이미 말한 대로 표지는 떨어져 나갔고, 목차는 본디 붙어 있었는지 알 수 없지만, 편목은 1)相避, 2)聽訟, 3)斷訟, 4)親着, 5)贖身, 6)決訟日限, 7)奉祀, 8)立後, 9)僞造, 10)功臣, 11)徵債, 12)惠恤, 13)婚嫁, 14)禁制, 15)陳告, 16)公賤, 17)私賤, 18)私賤相分法, 19)鄉役, 20)免役, 21)雜令, 22)禁令, 23)屬公, 24)買賣, 25)徵債, 26)驛路 의 26항목으로 이루어져 있다. 徵債가 11)과 25)로 두 번 겹치는데, 앞의 것에는 明律의 조문이, 뒤의 것에는 『경국대전』과 『대전속록』의 조문이 실려 있다. 내용상으로는 하나로 묶을 만하다. 정치하지 못함을 보여주는 면이기도 하다.

조선의 법전은 6전체제로 구성되어 있다. 16세기의 소송법서들은 이런 기관 중심의 법전 편제를 벗어나 주제 중심이 구성을 해냈다는 의의도 있다.¹⁵⁾ 민사소송을 주제로 하면서도 여전히 6전체제를 고수하는 『대전사송유취』를 뺀 『사송유초』, 『청송제강』, 『사송유취』의 경향을 『상피』도 또한 따르고 있는 것이다. 편목의 배열면에서 『상피』와 가장 유사함을 보이는 책은 『사송유초』이다. 『사송유초』는 1)相避, 2)聽訟, 3)斷訟, 4)親着, 5)贖身 6)決訟日限, 7)奉祀, 8)立後, 9)僞造, 10)

13) 『청송제강』에서 가장 늦은 수교는 1556년의 것이다.

14) 임상혁, 앞의 논문, 219~220면.

15) 임상혁, 『조선전기의 민사소송과 소송이론의 전개』, 100~102면 참조.

屬公, 11)功臣, 12)買賣, 13)買賣日限, 14)徵債, 15)惠恤, 16)婚嫁, 17)驛路, 18)停訟, 19)禁制, 20)陳告, 21)公賤, 22)私賤, 23)私賤相分, 24)使孫圖 의 24편목으로 1)에서 9)까지가 완전히 일치한다. 그리고 私賤相分과 같은 편목은 『상피』와 『사송유초』에서만 설정하는 것이다.

배열에서 보이는 또 하나의 특징은 다른 소송법서들은 모두 노비에 관한 부분(公賤, 私賤, 私賤相分)이 맨마지막에 배열되는데, 『상피』에서는 중간에 편제되어 있다. 그리고 그 이후의 편목들은 다소 잡다한 느낌을 준다. 곧, 각 편목에 수록된 조문이 대개 한두 개밖에 되지 않고, 雜令, 禁令은 다른 소송법서에는 없는 것이며, 이미 살핀 대로 徵債는 또 나오기도 한다. 이런 정황으로 볼 때, 지은이는 『사송유초』나 그의 저본이 되는 책을 중심으로 편목을 구성하여 집필한 뒤, 이후 그 밖에 필요한 것들을 뒤쪽에 붙인 것이라 여겨진다.

2. 법전의 배치

소송법서들에서 인용된 법전들은 『경국대전』과 명률의 조문들이 앞쪽에 놓이고, 다음으로 『전속록』과 『후속록』의 조문들이 실리고, 수교들은 맨 마지막에 배치되어, 典과 錄의 뚜렷한 구별과 수교의 개념적 지위를 살필 수 있게 한다. 『사송유취』의 경우, 『경국대전』은 法典名의 표기 없이 바로 戶典, 刑典의 형식으로 수록하고, 명률은 大明律, 『대전속록』은 前續錄, 『대전후속록』은 後續錄, 『경국대전주해』는 註解라고 머리에 붙여 붙여 인용한다. 『대전사송유취』에서는 이것이 형식적으로 구현되어, 『경국대전』 이외의 법전들은 그보다 한 칸 내려 인용하고, 私撰의 통용법서라 할 수 있는 『經國大典註解』<後集>은 그들보다 또 한 칸 내린다. 더욱이 자신이 견해를 밝히는 按此는 『경국대전주해』<후집>보다도 내려서 적고 있다.

이러한 법전의 수록 순서는 일치를 보이는데, 다만 차이가 있는 것은 『경국대전』과 명률의 배열이다. 명률은 『경국대전』<형전>의 머리인 用律條에 “大明律

을 쓴다”(用大明律)고 규정됨으로써 형사 일반법으로서의 지위를 획득하게 된다. 하지만, 『경국대전』 <형전>에 규정이 있는 경우에는 그것이 적용되었다. 곧, 『경국대전』이 명률에 대하여 특별법의 지위에 있는 것이다. 『大典通編』에서는 “『경국대전』의 규정에 따라 『대명률』을 쓰지만, 『경국대전』과 『속대전』에 해당하는 律이 있는 경우 이 두 법전을 따른다”고 하여 이를 명확히 한다.¹⁶⁾ 『경국대전』은 우선적으로 적용될 뿐 아니라, 형사법전인 『명률』과 달리 국가 운영 전반에 관한 법전이기 때문에, 소송법서들에서는 가장 먼저 기술하는 것이 일반적이다. 하지만 『사송유초』에서는 색다르게 명률을 먼저 배치하는 모습을 보여주는데, 『상피』도 이 태도를 따르고 있다. 이는 『사송유초』와 『상피』가 갖는 또하나의 유사함이다. 그리고 『대전통편』에서의 위 규정이 굳이 들어가게 되는 정황을 짐작하게 해주는 모습이기도 하다.

3. 수록 법전의 특징

명률을 우선시하는 것을 떠나서도, 『상피』의 저자는 명률에 관한 이해가 깊은 사람으로 보인다. 명률과 관련된 여러 해설서를 소장하고 있거나, 적어도 그에 접근할 수 있는 지위에 있었다고 할 수 있기 때문이다. 『상피』는 다른 소송법서에서 거의 나타나지 않는 법서 두 종을 등장시키고 있다. 그것은 『大明律講解』와 『律條疏義』이다.¹⁷⁾ 이들은 일종의 명률 해설서이다. 명률의 내용을 수록하고 있는 것들은 『大明律講解』 말고도 『大明律直解』, 『大明律附例』 따위가 있다.¹⁸⁾ 『대명률강해』(이하 『강해』라 함)나 『대명률직해』(이하 『직해』라 함)는 관행적인 명칭으로서 모두 표지 제목은 『大明律』이라 되어 있으나, 앞의 것은 내용에 ‘講’과

16) 依“元典”，用“大明律”，而“元典”、“續典”有當律者，從二典。[『大典通編』(규장각자료총서 법전편)(下), 서울대학교奎章閣 영인. 1998, 197면]

17) 『상피』, 511면.

18) 2001년 12월 서울대학교 규장각에서 규장각 소장의 『대명률직해』, 『대명률강해』, 『대명률부례』를 영인 출간하였다.

‘解’로 된 해설이 있어서 그렇게 불리워지는 것이고, 뒤의 것은 이두로 해석되어 있다고 하여 이름붙여진 것이다. 곧, 『강해』의 조문이 수록되었다는 것은 講과 解가 붙은 명률 조문이 인용되었기 때문에 알 수 있는 것이다.

다른 소송법서에서는 講이나 解가 붙은 명률 조문을 수록하는 것이 나타나지 않는다. 하지만 면밀히 살펴보면 『강해』의 내용이 수록된 것을 확인할 수 있다. 戶律 違禁取利조의 “사채를 놓거나 재물을 전당하여 달마다 이식을 얻는 경우에 모두 3分(30%)을 넘지 못한다. 연월이 많아지더라도 이자가 원금보다 많아질 수는 없다. 어길 경우 태 40으로 처벌한다. 넘게 받은 이자는 장물로 계산하여 중한 경우에는 장물죄로 처벌하되, 장 100을 넘지 않는다.”라는 규정에 “3分이란 본전인 1貫이면 달마다 이자로 300文을 받고 연월이 많아지더라도 이자가 원금보다 많아질 수는 없다는 것이며, 넘게 받은 이자를 계산하여 태 40보다 무거워지는 경우 장물죄로 처벌하되, 이 또한 장 100을 넘지 않는다는 것이다.”라는 주석이 붙어 있다.¹⁹⁾ 그런데 이 주석은 『강해』에 있는 같은 조문의 講인 것이다.²⁰⁾ 따라서 『직해』에서는 나타나지 않는다. 이 조문과 강은 『사송유취』, 『대전사송유취』, 『사송유초』, 『상피』의 4개 소송법서에 똑같은 형태로 실려 있다. 『강해』의 다른 수록례는 보이지 않는 데다, 다른 소송법서들에서는 물론 『상피』에서조차 강임을 밝히지 않고 똑같이 주석처럼 실고 있어서 특이한 경우이다.

『직해』는 현재도 다수 남아있는 편이어서, 비교적 많이 유통되었으리라 짐작할 수 있다. 『강해』도 현재 중국 쪽에서는 찾아보기 힘들지만, 우리나라에는 비교적 많이 남아있는 자료이다. 그래서 조선에서 만든 것일지도 모른다는 추측도 있었지만, 그렇지 않다는 것이 현재까지의 연구 결과이다.²¹⁾ 『울조소의』도 또한 명률 해

19) 凡私放錢債，及典當財物，每月取利，並不得過三分。年月雖多，不過一本一利。違者，笞四十。以餘利計贓，重者坐贓論。罪止杖一百。〔註〕三分爲：“如本錢一貫，每月取利錢三百文。年月雖多，不過一本一利。若計餘利，重於笞四十者，坐贓論，亦不得過杖一百”(『사송유취』, 303면; 『대전사송유취』, 26~27면; 『사송유초』, 60, 63면; 『상피』, 519~520면)

20) 『강해』, 219면.

21) 명률의 편찬과 판본에 관하여는, 정공식·조지만, 「대명률해제」, 『대명률직해』, 서울대학교 규장각, 2001.(『대명률강해』, 『대명률부례』 <상>에도 같은 해제가 실려 있다) 참조.

설서이다. 『조선왕조실록』에 따르면 이는 1480(성종 11)년에 명에 간 사신이 들어 온 것으로 되어 있다.²²⁾ 세조 때(1466) 『大明講解律』²³⁾, 『律學解頤』, 『律學辨疑』를 500권씩 찍어내었다는 기록이 있어, 이전부터 명률 해설서의 수입과 보급에도 힘써 온 것을 알 수 있다. 이밖의 해설서로 『對款議頭』²⁴⁾, 『大誥』도 보인다.

『율학해이』, 『율학변의』, 『대관의두』, 『율조소의』 등은 현재 거의 찾아보기 힘들어서, 『율조소의』가 고려대학교 도서관에 소장되어 있는 것이 확인되는 정도이다.²⁵⁾ 이들은 명에서도 그리 통용되는 해설서는 아니었던 것 같다. 공식적인 해설서인 『問刑條例』 외에도 『明史』 <藝文志>에는 『律解辨疑』, 『祥刑集覽』, 『大明律解』, 『大明律釋義』, 『大明律集解附例』, 『大明律例』, 『讀律瑣言』, 『大明律讀法書』 등이 나타나지만,²⁶⁾ 위의 것들은 보이지 않는다. 다만 선 지아뻘(沈家本)이 天一閣²⁷⁾에 『율조소의』, 『대명률부례』가 소장되어 있다고 확인한 바 있다.²⁸⁾ 선 지아뻘은 『율조소의』의 찬자를 모른다고 했으나, 조선의 조정에서는 1461년에 만들어진 것이라 파악하고 있었다.²⁹⁾ 『율조소의』도 명률을 적용할 때

22) 성종 11년 4월 12일: 奏聞使 魚世謙이 京師로부터 돌아와 『文翰類選』, 『五倫書』, 『율조소의』, 『國子通志』와 趙孟頫의 書簇 4축을 올리니, 毛馬粧을 내려 주라 명하였다.(『朝鮮王朝實錄』, 국사편찬위원회 영인[이하 『실록』이라 함], 10권, 118면 d).

23) 『대명률강해』를 가리킴. 지적인 대로 『대명률강해』는 현재 통용되는 명칭이고, 『실록』에서는 『대명강해율』, 『강해율』 따위로 나타난다.

24) 『啓蒙議頭』란 것도 나타나는데, 같은 책인지는 확인하지 못했다.

25) 고려대학교 도서관은 이를 귀중도서로 분류하여 복사도 제한한다.

26) 沈家本 撰, 『歷代刑法考』(二), 中華書局(1985, 北京), 1154면.

27) 명나라 때 세워진 장서각으로 30만권이 넘는 책을 소장하고 있다고 한다. 지양수(江蘇)성 Ningbo(寧波)에 있다.

28) 沈家本 撰, 앞의 책, 1154면.

29) 성종 25년 7월 10일: 金漬의 죄를 따지는 일을 의논하게 하였다. 金應箕, 姜龜孫, 丘致岷이 주장하였다. “太祖 高皇帝가 즉위하여 대명률을 정해 천하에 반행한 지 30년에 이르러서 또 『대관의두』를 지어 科條를 정하였습니다. 이 때 死罪를 대속하는 아홉 조문을 인준하였는데, 情과 法을 참작하고 그 차이를 매꾼 것이 어찌 없다고 하겠습니까? 英宗 天順 5년에 『율조소의』를 찬정하여 사죄를 대속하는 아홉 조문도 상세한 설명이 나타났습니다. …”(『실록』, 12권, 557면 b). 『대관의두』에 대해서는 사찬이라 시행할 수 없다는 견해도 있었다. 성종 25년 7월 11일: 政府, 坡平府院君, 六曹, 漢城府, 臺諫을 불러, 김지의 죄를 따

참조하도록 하였고, 1487년에는 간행하라는 기사도 확인된다.³⁰⁾ 이런 『율조소의』나 『강해』의 조문을 수록하는 것으로 보아 『상피』의 저자가 소송의 실무 관서에서 근무했을 가능성이 높다. 소송법서들의 법전 수록 현황은 <표 1>과 같이 정리할 수 있다.

<표 1> 소송법서별 수록 법전(법률) 현황

	대전사송유취	사송유취	사송유초	청송제강	상피
『경국대전』	○	○	○	○	○
『대전속록』	○	○	○	○	○
『대전후속록』	○	○	○	○	○
『경국대전주해』<전집>	○	○	○	○	○
『경국대전주해』<후집>	○		○		○
명률	○	○	○	○	○
『대명률강해』	○	○	○		○
『율조소의』					○
수교	○	○	○	○	○
備忘記	○				
『遵行錄』	○			○	
계	10	7	8	7	9

지는 일을 의논하도록 하였다. ... 尹弼商,李克墩이 주장하였다. “『경국대전』에서는 대명률을 쓴다고만 하였습니다. 『율조소의』와 『대관의두』는 율문과 어긋나는 데가 있어 적용할 수 없습니다. 더구나 『대관의두』는 관부에서 찬정한 것이 아니고, 개인적으로 新例나 율문에 실려 있지 않은 조목을 수집하여 用律의 예로 삼았으니, 우리 나라에서는 더더욱 일일이 준용할 수 없습니다. ...”(『실록』, 12권, 558면 b).

30) 성종 18년 12월 16일(『실록』, 11권, 276면 a, b).

IV. 적용 명률의 문제

1. 조선에서의 명률 적용에 관한 논의

이미 보았듯이 『경국대전』을 통해 명률이 형사일반법이 되었지만, 사실은 그 이전부터 그러한 역할을 하고 있었다. 그것이 태조의 즉위교서로써 명률을 포괄적으로 계수하게 되었을 때부터라는 견해가 일반화되었지만, 즉위교서에서는 文武官이公私罪를 범한 경우를 규정하고 있을 뿐이고, 그후 실효성을 획득하는 여러 과정을 거쳐 일반형법으로서의 정착하게 된 것으로 보는 것이 타당하다.³¹⁾ 그리고 명률의 수용과정에서 중요한 의미를 가지는 『직해』에 관하여도 현재 전해지는 명률인 1397(홍무 30)년의 것을 저본으로 한 것인지, 아니면 1389(홍무 22)년 개정 명률³²⁾을 기초로 한 것인지에 대한 논의가 있었다. 이에 대해서도 축조 비교를 통해 1389년의 것이 저본이었다는 것이 실증되었다.³³⁾

조선에서 형률 적용에 있어서는 이 『직해』가 실질적으로 기준이 되었을 것이라 여겨져 왔다. 어려운 법문이 조선의 실정에 맞게 해석되어 있는 데다 현재 많은 수가 남아있기 때문에 것처럼 생각하는 것도 자연스럽다. 하지만 『실록』의 기사를 보게 되면 앞에서 든 명률 해설서를 모두 이용하여 합리적인 적용을 하려 애쓰는 모습이 흔히 나타난다. 따라서 적용 기준이 되는 것은 명률의 법문 자체였고, 여러 율서들은 그 해석을 위한 자료였다고 보아야 할 것이다.³⁴⁾

『직해』가 형률 적용의 기준으로 여겨 왔던 그동안의 분위기에 대해, 최근의 연구에서는 여러 사정을 종합하여 “조선시대에 실제로 적용된 대명률은 『대명률직해』가 아니라 『대명률강해』이다”³⁵⁾라고 결론짓는다. 하지만 이처럼 쉽게 결론지

31) 趙志晚, 「朝鮮初期 <大明律>의 收容過程에 관한 研究」, (서울대학교 석사학위 논문), 1998, 참조(특히 16~18, 83, 84면)

32) 총 30권 460조로 되어 있는데, 『明史』 <藝文志>에는 1395년의 일로 나와 있다(沈家本撰, 앞의 책, 1126면).

33) 楊一凡, 『洪武法律典籍考證』, 法律出版社(1992, 北京), 227~247면.

34) 조지만, 앞의 논문, 39면 참조

을 수는 없을 것 같고, 여러 자료들을 검토하여 귀납적으로 도출하는 작업이 필요하다고 여겨진다. 명률의 조문만을 찍어서 반행한 것은 보이지 않으므로, 그 율문은 위의 해설서들을 통하여 얻게 된다. 어느 것을 통해 명률의 조문을 가져왔는지 살펴보게 되면, 주로 적용된 해설서를 파악하는 한方便일 수 있다. 우선 여러 소송법서들의 태도를 살펴 볼 수 있겠다.

2. 소송법서들이 이용한 명률해설서

『직해』와 『강해』에서 신고 있는 율문들 가운데 서로 표현을 달리한 조문들이 보인다. 『직해』의 저본 추정도 이러한 조문들의 비교를 통해 이루어진 것이다. 같은 방식을 통해 각 소송법서들이 어느 쪽을 통해 명률의 율문을 얻어냈는지 살펴볼 수 있다. 물론 『직해』와 『강해』 이외의 다른 해설서들을 참조하였을 가능성도 있지만, 일단 가장 보편적이라 할 수 있는 이 두 권으로 한정하기로 한다. 그렇게 살펴볼 경우 <표 2>로 정리될 수 있다. 여기서 聽訟回避조의 경우는 『직해』와 『강해』 모두가 표제와 내용에서 글자의 혼용을 보이고 있기 때문에 빼놓고 생각하는 것이 좋을 것 같다.

우선 <표 2>에서 뚜렷이 나타나는 것은 『대전사송유취』의 수록 명률이 『직해』와 일치하는 것이다. 그리고 해당 조문이 들썩박에 되지 않지만 『사송유초』와 『상피』는 『강해』의 조문을 인용한 것으로 보인다. 이 점에서도 『사송유초』와 『상피』는 유사함을 나타낸다. 나머지에 대해서는 특별히 말할 수 있는 사항이 아닌 듯하다. 『대전사송유취』의 저자인 申澐은 중앙의 法司에서 3년간 재직했던 경험이 있는 이이다.³⁵⁾ 따라서 조정의 공식자료들을 충분히 접할 수 있는 위치에 있었다고 볼 수 있고, 저작의 수준에 있어서도 또한 매우 높은 완성도를 보여주고

35) 정공식·조지만, 『대명률해제』, 24면.

36) 임상혁, 『『大典詞訟類聚』와 朝鮮前期의 法理論』, 234면.

있다. 실무경험과 뛰어난 법학 지식을 지닌 신변의 『대전사송유취』가 이용한 명률이 『직해』라는 것은 중앙의 사법기관에서 『직해』를 적용하였다는 근거가 될 수 있다. 따라서 『직해』가 아니라 『강해』가 실제로 적용되었다고 선불리 단정할 수는 없을 것이다. <표 2>와 같은 결과는 결국 『직해』나 『강해』가 모두 명률해설서로 적용되고 통용되었음을 짐작케 해 주는 것이다.

<표 2> 소송법서에 수록된 명률의 동향

명률		강해	직해	대전사 송유취	사송 유취	사송 유초	청송 제강	상피
吏律	官員襲蔭	官員襲蔭[표제]	官員襲蔭[표제]					강해
戶律	收留迷失 子女	賣爲奴婢者 自從重論	放賣爲奴婢者 從重論	직해				
	欺隱田糧	欺隱田糧[표제]	欺隱田糧[표제]	직해				
	典賣田宅	不肯放賣者	不敢放賣者	직해		강해		
	男女婚姻	杖八十[註] 追還財禮	杖八十追還財禮[註]		직해			
刑律	略人略賣人	畧人畧賣人	畧人畧賣人	직해				
	告狀不受理	原告	元告	직해	강해	강해	직해	강해
	聽訟回避	聽訟迴避[표제]	聽訟回避[표제]					직해
移文回避		移文回避					강해	

V. 맺음말

16세기의 소송법서로 확인된 것은 『상피』를 포함하여 5종이다.³⁷⁾ 이는 결코 적지 않은 수라 할 것이며, 이들의 상호 비교 연구는 여러 가지 의미 있는 결과를 이뤄낼 수 있으리라 본다. 소송법서 『상피』를 다른 법서들과 함께 살피는 것도 또한 그간의 논의를 더욱 풍부하게 하는 단초를 제공한다. 『상피』는 다른 소송법서들

37) 『服式』이라는 자료에도 소송 관계 규정들이 수록되어 있으나, 본격적인 소송법서라 하기는 어렵다(정궁식·임상혁, 『服式』, 『법사학연구』 제22호, 2000, 참조).

에 비해 체계성이 다소 떨어지는 저작이지만, 색다른 자료들을 인용하고 있음으로 말미암아 명률의 적용에 대해 다시 한번 생각해 보게 만든다. 그리하여 『대명률직해』와 『대명률강해』가 모두 보편적인 명률해설서로 적용되는 모습을 살필 수 있었다. 하지만 이는 잠정적인 결론일 뿐이다. 『율학해이』, 『율학변의』, 『대관의두』, 『율조소의』 등의 해설서들을 살펴면서 따져본 것이 아니기 때문이다.

『율학해이』, 『율학변의』, 『대관의두』는 현재 찾아보기 어려운 실정이다. 1466년에 『율학해이』, 『율학변의』를 500권이나 찍어서 반행했다는 기록도 있는 만큼, 없지는 않으리라는 생각도 든다. 국외에서, 특히 우리 전적을 많이 소장하고 있는 일본에서 조사를 진행하면 성과가 있을지 모른다. 그리고 중국에 나온 자료였으므로, 중국 쪽에 남아있을 수도 있다. 현재 中國社會科學院 法學研究所에서는 중국 법제사 관련 희귀자료들을 수집, 정리하는 작업을 장기 프로젝트로 진행하고 있기 때문에,³⁸⁾ 이의 진행 성과들에 접근해 보면 용이한 조사가 가능할 것이다. 더욱 많은 자료가 발굴되어 보다 정확한 해명이 이루어지길 기대한다.

38) 楊一凡, 「中國法制史 관련 稀貴文獻 整理의 成果」, 『법사학연구』 제26호, 2002. 참조.

A Study on *Sangpi*(相避), the Procedural Law Book and the Application of the *Minglü*(明律)

Ihm Sahng-hyeog*

Sangpi(相避), the procedural law book in 16th Century Joseon Dynasty is kept in Sonkeikaku Bunko(尊經閣文庫) Collection in Japan. This is inferior to other procedural law books in 16th Century, but contains the text of uncommon law books such as *Daemyeongryulgangbae*(大明律講解) and *Yuljoso'eni*(律條疏義). This fact can provide a momentum for reviewing the application of the *Minglü*(明律) in Joseon. Analysing the text of *Minglü* in the procedural law books in 16C certifies that the manuals on *Minglü*, especially *Daemyeongryulgangbae* and *Daemyeongryuljigbae*(大明律直解) could furnish the text of *Minglü*, and that they were used in the application of laws. To intensify the analysis other manuals such as *Yulbaehae'eni*(律學解頤), *Yulbaehyeon'eni*(律學辨疑) and *Daegwanuidu*(對款議頤) found in Joseon'wangjosillo(朝鮮王朝實錄 chronological document of daily government) need to be unearthed.

* Professor, College of Law Soongsil Univ.