

出土文獻에 보이는 秦漢시기 令과 律의 구별^{*}

任仲嬾^{**}

<목 차>

1. 律과 令 개념의 혼동
2. 詔書와 令의 구별
3. 令과 律의 구별
4. 결론을 대신하여 — 律令의 抄寫와 업데이트

1. 律과 令 개념의 혼동

필자는 前稿에서 秦漢시기의 律令의 연구사를 개관하면서 다음과 같은 주장을 한 바가 있었다. 일반적으로 인정되는 학계의 정설은 漢 泰始律令에서 처음으로 律令의 개념이 분리되어 律은 형법의 특징을, 令은 제도성 또는 규범성의 법률이 되면서 형벌성의 내용이 제거되었다는 것이다.¹⁾ 그러나 필자는 원론적으로 이와 같은 견해에 찬성하지만 泰始律의 변화가 갑자기 나타난 것이 아니라 그 이전부터 서서히 나타난 것이라고 보았다.²⁾ 秦末부터 漢初까지 律과 令이 독립된 개념으로 사용된 예도 적지 않았다. 그중에서도 특히 《奏讞書》 18의 “令：所取荊新地多群盜，吏所興與群盜遇，去北，以儋乏不關律論。律：儋乏

^{*} 본 연구는 숙명여자대학교 2015년도 교내연구비 지원에 의해 수행되었음.

^{**} 숙명여자대학교 역사문화학과 교수

1) 張忠焯, 《秦漢律令法系研究初編》(北京: 社會科學文獻出版社, 2012), p.141; 廣瀨薰雄, 《秦漢律令研究》(東京: 汲古書院, 2010), pp.170-171.

2) 任仲嬾, <秦漢 율령사 연구의 제문제> (《中國古中世史研究》 37, 2015), pp.46-49.

不鬪, 斬.”(《奏讞書》18)은 솥에 “荊(楚)의 신 점령지에 群盜가 많은데, 징집된 吏가 群盜와 조우했을 때 도망가거나 패배하면, 儋乏不鬪律로 논한다.”고 언급하고, 처벌의 근거를 律에서 찾은 것은 律의 기능이 처벌 규정으로 인식되어 있음을 말해준다.

비록 솥에 형벌규정이 포함되어 있더라도, 명심해야 할 것은 솥의 다수는 형벌과 무관하다는 사실이다.³⁾ 즉, 律은 罪名·刑制의 연원이라는 사실을 상기할 필요가 있는데, 형법과 관련된 것들은 律에 실려 있지, 솥에 실려 있는 것이 아니다. 奏讞書와 같은 실제의 재판문서에서 볼 때, 定刑量罪할 때 의거하는 것은 대부분 律이지 솥이 아니다.⁴⁾ 秦漢律에서의 이러한 律과 솥의 개념 구분은 필자의 생각으로는 절대로 魏晉律에서 처음 시작된 것은 아니다. 徐世虹은 “《晉書》<刑法志>에 말하는 ‘違令有罪則入律’과 같은 律令의 기능의 구별은 魏晉律 편찬이후에 구분된 것이다.”라고 하였지만,⁵⁾ 필자는 그 단초가 이미 秦律에 출현한다고 주장한 바 있다.⁶⁾

이러한 주장은 秦令이 포함된 《嶽麓書院藏秦簡(肆)》이 발표되기 이전이라고찰에 한계가 있었다.⁷⁾ 이제 이 자료를 바탕으로 秦漢의 律과 솥의 발전 과정을 고찰할 수 있는 자료가 골고루 갖춰지게 되었다. 비교 가능한 자료가 2개밖에 없을 때는 두 개 지점을 직선으로 굻듯이 단선적 결론을 내릴 수밖에 없고, 그 결론이 반드시 정확한 것인지도 판단하기 어렵다. 그러나 《嶽麓書院藏秦簡(肆)》가 추가되면서 秦漢시대 율령과 관련된 주제를 해결하는데 적어도 《睡虎地秦簡》·《二年律令》 등 3개 이상의 출토 자료를 이용할 수 있게 되었다.

秦漢의 律과 솥의 개념 분화는 미세하지만 稱號의 변화에서 감지할 수 있다. 《睡虎地秦簡》을 비롯한 秦律에서는 不從律과 不從令이 혼란스럽게 사용되었는데, 도대체 律文내에서 해당 律을 솥이라고 칭하는 것이 참으로 난해하였다.

3) 張忠偉, 앞의 책, p.136.

4) 張忠偉, 앞의 책, p.136; 任仲燾, 앞의 논문, p.48.

5) 徐世虹, <漢代社會中的非刑法律機制>(《傳統中國法律的理念與實踐》 中央研究院歷史語言研究所會議論文集 8, 2008), p.321.

6) 任仲燾, 앞의 논문, p.49.

7) 陳松長, 《嶽麓書院藏秦簡(肆)》(上海: 上海辭書出版社, 2016).

그후 二年律令의 27개 律 부분에서는 不從律을, 令(津關令)부분에서는 不從令으로 정리하고 있음을 확인하고 나서 律과 令의 개념분화가 漢初에 시작되고 있다는 것을 알게 되었다.

이처럼 과거 律과 令의 개념에 혼동이 있었기 때문에, 이 律과 令이 서로 혼용되고 있는지 여부는 秦漢의 律令史에 있어 큰 논란이 되어 왔던 문제이다. 律과 令이 혼동되었다는 논란의 시작은 律令의 근원이 皇帝의 制詔에 있으며, 秦始皇 26年 制詔로 명칭이 바뀌기 이전에 令으로 불리고 있다는 것에서 비롯되었다. 秦漢의 律名과 令名の 칭위 혼란 문제는 두 가지 이해방식으로 구분할 수 있다. 하나는 程樹德의 설로서, 漢代의 律과 令의 구별이 엄격하지 않아 律名과 令名이 혼용되어 令도 또한 律로 칭해질 수 있었다는 것이다. 때문에 文帝 5年(B.C.175) 錢의 私鑄를 금지한 법률을 錢律·盜鑄錢令·鑄錢之律·鑄錢令 등으로 부르고 있고, 金布令·金布律과 같은 칭위가 나왔다는 것이다.⁸⁾ 다른 하나는 中田薰의 설로서, “律令의 轉換”이라는 항목에서 “令이 변하여 律이 되는 것”이며, 金布令은 언제부터인가 金布律로 改變되었다는 것인데, 그 시점은 漢代부터라는 것”이다.⁹⁾ 이러한 稱謂의 혼란과 관련하여 많은 논란이 있어왔으나, 과거의 연구자들이 접할 수 없었던 새로운 출토문헌, 특히 秦令이 포함된 《嶽麓書院藏秦簡(肆)》이 출판되면서 이 문제의 해결이 가능하게 되었다. 이 문제의 해결의 열쇠는 律令에 포함된 不從令, 不從律과 같은 용어의 분석에 있다고 생각된다.

8) 《史記》卷二十二〈漢興以來將相名臣年表〉, p.1126, “除錢律, 民得鑄錢”;《漢書》卷四文帝紀>, p.121, “夏四月, 除盜鑄錢令. 更造四銖錢.”;《漢書》卷二十四下〈食貨志〉, p.1153, “孝文五年, 爲錢益多而輕, 乃更鑄四銖錢, 其文爲「半兩」. 除盜鑄錢令, 使民放鑄.”;《漢書》卷四十九〈鼂錯傳〉, p.2296, “張晏曰:「除鑄錢之律, 聽民得自鑄也.»”;《漢書》卷五十一〈賈山傳〉, p.2337, “其後文帝除鑄錢令”; 程樹德, 《九朝律考》(北京: 中華書局, 1963), p.11; 林炳德, 〈九朝律考譯注1〉(《中國古中世史研究》27, 2012), pp.408-409, “魏晉以後, 律令之別極嚴, 而漢則否. 《杜周傳》: “前主所是著爲律, 後主所是疏爲令.”文帝五年除盜鑄錢令, 《史記》將相名臣年表》作“除錢律”. 《蕭望之傳》引“金布令”, 《後書》則引作“漢律金布令”, 《晉志》直稱“金布律”, 是令亦可稱律也.”

9) 中田薰, 〈支那における律令法系の發達について補考〉(《法制史研究》3, 1953), pp.76-79.

2. 詔書와 令의 구별

詔書, 令, 律은 원래 뿌리에서 나온 것이기 때문에 詔書와 令이 같다든가, 令이 律과 같다든가 하는 주장이 나오게 되었다. 秦始皇 26년에 황제지배체제에 맞춰 모든 용어를 개정하는 과정에서 命令도 制詔로 이름이 바뀌고, 이로 인해 혼동이 생기게 되었다.¹⁰⁾ 이 조치에 의해 과거의 “令曰”이 “詔曰”로 바뀐 것인데, 문제는 과거의 令이라는 명칭이 律令의 令과 동일한 것으로 이해하는 경우가 발생하는 것이다. 이것이 군주의 令은 곧바로 법조문인 令으로 될 수 있다는 주장도 나오는 이유이다.

우선 皇帝가 반포한 모든 制詔가 令으로 될 수 있는 것인지 여부를 보도록 하자. 만약에 모든 制詔가 아무런 제약 없이 令으로 된다면, 양자는 이름만 다를 뿐 같은 것이며, 만약에 그렇지 않다면 制詔와 令 사이에는 구별이 있는 것이다. 이 문제를 검토하기 전에 詔書의 어떤 부분이 법률로서 拔萃되어 남게 되었는지 살펴보자.

아래는 유명한 漢文帝 前元十三年(前168) 육형폐지와 형기제정을 규정한 조서이다. 二年律令의 유일한 令인 津關令에 비춰보면 아래의 詔書 전체가 令이라고 할 수 없다.

1)

- A) 卽位十三年, 齊太倉令淳于公有罪當刑, 詔獄逮繫長安. 淳于公無男, 有五女, 當行會逮, 罵其女曰:「生子不生男, 緩急非有益(也)！」其少女緹縈, 自傷悲泣, 乃隨其父至長安, 上書曰:「妾父爲吏, 齊中皆稱其廉平, 今坐法當刑。」

10) 《史記》 卷六<秦始皇本紀(始皇二十六年)>, p.236, “等昧死上尊號, 王爲《秦皇》. 命爲《制》, 令爲《詔》, 天子自稱曰《朕》.” 里耶秦簡에도 이를 반영한 내용이 보인다. 陳偉主編, 何有祖, 魯家亮, 凡國棟, 《里耶秦簡牘校釋(第一卷)》(武漢: 武漢大學出版社 2012), pp.155-157. “以王令曰【以】 皇帝詔 …… □命曰制 爲謂□詔 莊王爲秦上皇 …… 九十八(背)(8-461)”

妾傷夫死者不可復生，刑者不可復屬，雖後欲改過自新，其道亡繇也。妾願沒入爲官婢，以贖父刑罪，使得自新。」

- B) 書奏天子，天子憐悲其意，遂下令曰：「制詔御史：蓋聞有虞氏之時，畫衣冠異章服以爲戮，而民弗犯，何治之至也！今法有肉刑三，而姦不止，其咎安在？非乃朕德之薄，而教不明與！吾甚自愧。故夫訓道不純而愚民陷焉。詩曰：『愷弟君子，民之父母。』今人有過，教未施而刑已加焉，或欲改行爲善，而道亡繇至，朕甚憐之。夫刑至斷支體，刻肌膚，終身不息，何其刑之痛而不德也！豈稱爲民父母之意哉？其除肉刑，有以易之；及令罪人各以輕重，不亡逃，有年而免。具爲令。」
- C) 丞相張蒼，御史大夫馮敬奏言：「肉刑所以禁姦，所由來者久矣。陛下下明詔，憐萬民之一有過被刑者終身不息，及罪人欲改行爲善而道亡繇至，於盛德，臣等所不及也。臣謹議請定律曰：諸當完者，完爲城旦舂；當黥者，髡鉗爲城旦舂；當劓者，笞三百；當斬左止者，笞五百；當斬右止，及殺人先自告，及吏坐受賕枉法，守縣官財物而卽盜之，已論命復有笞罪者，皆棄市。罪人獄已決，完爲城旦舂，滿三歲爲鬼薪白粲，鬼薪白粲一歲，爲隸臣妾，隸臣妾一歲，免爲庶人。隸臣妾滿二歲，爲司寇，司寇一歲，及作如司寇二歲，皆免爲庶人。其亡逃及有罪耐以上，不用此令。前令之刑城旦舂歲而非禁錮者，如完爲城旦舂歲數以免。臣昧死請。」
- D) 制曰：「可。」¹¹⁾

조서의 구조는 A)는 齊太倉令淳于公의 육형처벌과 그 딸 緹縈의 상소문, B)는 文帝의 육형폐지와 형기제정의 하령, C)는 丞相張蒼, 御史大夫馮敬의 육형폐지의 議請定律, D)는 이를 인정하는 황제의 制曰：「可。」로 구성되어 있다. 이것은 이른바 大庭脩의 제3형식(具爲令+請의 구조)에 해당하는 詔書의 완벽한 형태를 구비하고 있다.¹²⁾ 이 조서는 《漢書》<宣帝紀> 地節四年 九月詔에 “令甲：死者不可生，刑者不可息。”라고 하여 이미 令으로 되어있음을 알 수 있다.¹³⁾ 宣帝紀에 인용된 令의 내용이 節略되어 있어서 이 조서의 어느 부분이 令으로 되어 있는지 확인할 수는 없다. 이를 확인할 단서로서, 위의 육형폐지 조서와 동일하게 具爲令의 형태를 가진 津關令을 예로 들어보자.

11) 《漢書》 卷二十三<刑法志>, pp.1097-1100.

12) 大庭脩, 《秦漢法制史の研究》(東京: 創文社, 1982), p.230.

13) 《漢書》 卷八<宣帝紀>, p.252.

- 2) □、制詔相國、御史，諸不幸死家在關外者，關發索之，不宜，其令勿索，具爲令。相國、御史請關外人宦，爲吏若徭使，有事關中，(500) 不幸死，縣道若屬所官謹視收斂，毋禁物，以令若丞印封櫬，以印章告關，關完封出，勿索。櫬中有禁物，視收斂及封(501) 者，與出同罪。■制曰：可。(499) 相國·御史에게 조서로 명한다. 불행히 사망한 자의 집이 關外에 있을 경우, 關에서 이들의 棺을 열어 검사하고 있는데, 옳지 못하다. 검색하지 못하게 하고, 令으로 갖추도록 하라(其令勿索，具爲令). 相國·御史가 주청(請)하였다. 關外의 사람이 (關中에 들어와) 황제 측근으로 仕宦하여 吏가 되거나, 요역에 종사하거나, 관중에서 조정의 일을 하다가(500) 불행히 사망하였을 경우, 縣·道 또는 그가 소속된 관청에서 시신을 신중히 검시하고 관에 안치하되, 關外로 반출이 금지된 물품이 없으면, 令 또는 丞의 인장을 찍어 棺을 봉인하고, 그 찍은 인장으로써 關에 고하며, 關에서는 棺이 완전히 봉하여진 상태라면 關을 나가게 하고, 검사하지 말도록 합니다. 관 속에 금지 물품이 있는 경우, 시신을 검시하고 棺에 안치한 자 및 棺을 봉인한 자는(501) 금지 물품을 관외로 반출시킨 자와 같은 죄로 처벌하도록 하십시오. ·制：可하다.(499) 14)

이 津關令에서 남아 있는 것은 다음과 같은 것이다. 津關令에는 육형폐지조서의 A)에 해당하는 것은 없고, B)에서는 制詔相國·御史의 형식을 남기고 있다. 이것은 相國·御史에게 핵심적인 내용을 具爲令하도록 명령한 것이고, 津關令을 보면 C)에 해당하는 부분에서는 핵심내용에서 벗어나는 육형폐지조서의 “肉刑所以禁姦，所由來者久矣。陛下明詔，憐萬民之一有過被刑者終身不息，及罪人欲改行爲善而道亡繇至，於盛德，臣等所不及也。”와 같은 부분은 생략하고 “請”이하의 令이 될 수 있는 부분만을 남기고 있으며, 이것을 황제가 재가한 制曰：可로 종료하고 있다. 이상에서 본다면 津關令에서 본다면, 詔書에서 불필요한 부분은 모두 刪去시키고 핵심부분만을 추출한 것임을 알 수 있다.

이상의 津關令 사례 분석에 입각하여 재차 위의 육형폐지 조서를 검토해본다면, 밑줄 친 부분이 “令”으로 남았을 것으로 추정된다. A)에서는 緹繫의 사형과 육형이 개과천선하려고 해도 그 길을 막는 獄형이라는 취지 부분, B)에서는 文帝의 육형 폐지 및 형기 제정을 具爲令하라는 내용, C)에서는 丞相 張

14) 彭浩·陳偉·工藤元男, 《二年律令與奏讞書》(上海: 上海古籍出版社, 2007), p.313.

蒼、御史大夫 馮敬이 육형의 폐지와 형기의 제정을 상주하고 있으며, D)에서는 이를 재가한 내용이 令으로 추출되었을 것으로 추정된다.

육형폐지의 詔書에서 알 수 있는 것은, 制詔의 형성과정 등이 자세하게 포함되어 있으나, 津關令의 경우는 불필요한 부분을 刪去하고 핵심부분만 남기고 있다. 이러한 漢代의 令의 형태는 최근 석문이 발표된 岳麓書院藏秦簡의 令에서도 대동소이함을 알 수 있다.

- 3) ●制詔丞相御史：兵事畢矣¹⁵，諸當得購賞賁責(債)者，令縣皆極予之。令到縣，縣各盡以見(現)錢，不禁(308/1918)者，勿令巨臯。令縣皆極予之。■丞相御史請：令到縣，縣各盡以見(現)錢不禁者極予之，不足，各請其屬(309/0558)所執灑，執灑調均：不足，乃請御史，請以禁錢貸之，以所貸多少爲償，久易(易)期，有錢弗予，過一錢(310/ 0358) 賁二甲(311/0357)。¹⁵⁾

이것의 형식도 앞에서 고찰한 津關令의 내용과 일치한다. 황제가 丞相御史에게 制詔하여 “兵事が 끝났으니, 모든 購賞賁責(債)를 받아야 할 자에게 縣에서는 신속하게 줄 것”을 명령하였고, 이에 丞相御史가 그 명령에 대해 請한 내용으로 구성되어 있다. 또한 아래의 岳麓書院藏秦令도 制詔에서 비롯된 것임을 확인할 수 있었다.

- 4) ●制詔丞相御史：唯不爲人贅埤(壻)□徒數□……□(337/0351)舉，不如令者，論之，而上奪爵者名丞相，丞相上御史¹⁶。都官有購賞賁責(債)者，如縣。兵事畢(338/0668)矣¹⁶，諸當得購賞賁責(債)者。(339/0591)¹⁶⁾

위의 337簡은 “內史郡二千石官共令 第丁”에 해당하는 令이며, 앞서 고찰한 3)의 令과 마찬가지로 “制詔丞相御史”의 부분이 남아있다. 이 부분은 令의 제정 수속을 나타내는 부분으로서 大庭脩의 1, 3형식에 보이는 것이다. “制詔丞相御

15) 《嶽麓書院藏秦簡(肆)》，pp.197-198.

16) 《嶽麓書院藏秦簡(肆)》，pp.206-207.

史”는 공통적으로 勅에 남아있는 부분이라고 할 수 있다. 원래의 詔書에는 “制詔丞相御史”를 포함하여 그 제정 경위가 빠짐없이 기술되어 있지만, 그 후 勅으로 변화하는 과정에서 핵심적 제도 내용만을 추출하고, 실용적 가치가 없는 구어체의 詔書 형식을 제거하였다. 특히 불필요한 口語體 형식이 정리되지 않은 사례가 366-371簡의 경우인데, 여기에는 皇帝가 丞相에게 하달하는 대화 내용이 그대로 남아있다.

- 5) ●郡及關外黔首有欲入見親、市中縣【道】，【毋】禁錮者毆(也)，許之。入之，十二月復，到其縣，毋後田。田時，縣毋【】(366) 入毆(也) ㄴ，而澍不同 ㄴ，是吏不以田爲事毆(也)。或者以澍種時繇(徭)黔首而不顧其時 ㄴ，及令所謂春秋(367) 試射者，皆必以春秋間時毆(也)。今縣或以黔首急耕 ㄴ、種、治苗時已乃試之 ㄴ，而亦曰春秋試射之(368) 令毆(也)，此非明吏所以用黔首毆(也)。丞相其以制明告郡縣 ㄴ，及毋令吏(369) 以苛繇(徭)奪黔首春夏時，令皆明焉。以爲恒，不從令者，貲丞、令、令史、尉、尉史、士【】(370) 吏，發弩各二甲。(371)¹⁷⁾

위의 勅에서 밑줄친 부분이 바로 그에 해당한다. “이것은 현명한 관리가黔首를 부리는 방법이 아니니, 승상은 制로써 郡縣에 명확하게 告하라 云云”한 부분은 황제가 승상에게 언급한 대화내용이다. 이것이 삭제되지 않은 채로 남은 것은 詔書를 勅으로 정리할 때 미흡했다고 생각된다.

다음으로 勅이 律로 되는 2단계에는 “制詔丞相御史”의 형식도 남겨두지 않고 있다.¹⁸⁾ 律이 勅과 가장 크게 차이나는 점은 勅의 형식에 남아있던 “制詔丞相御史”의 부분을 비롯한 詔書의 제정 형식에 관한 내용을 삭제한 것에 있다. 皇帝의 詔書와 勅은 동일체에서 출발하였지만, 전자 가운데서 영속적인 내용을 갖는 필요한 부분만 勅으로 잔존하는 것이다. “制詔丞相御史”의 유무는 律과의 가장 큰 차이라고 할 수 있는데, 津關勅에는 계속하여 이 부분이 남아있지만, 岳麓秦簡의 律이나, 二年律令의 律에 이 부분이 남아있는 경우가 보이지 않는

17) 《嶽麓書院藏秦簡(肆)》，pp.216-218.

18) 秦濤，〈律令時代의 議事以制漢代集議制研究〉(西南政法大學博士學位論文，2014)，p.178.

다. 그 예로, 岳麓書院藏秦簡 第 1·2組는 律 부분인데, 詔書, 즉 敕令의 특징이 보이지 않고 形式上·言語上·內容上으로 律로서 많이 정리되었다. 그에 따라서 “此非明吏所以用黔首毆(也)……云云”과 같은 詔書의 형식은 일체 남아있지 않고, 睡虎地秦簡 魏戶律에 보이는 “弗欲”, “不忍” 등과 같은 感情의 字句도 보이지 않는다.

다음 단계로 살필 것은 詔書가 令으로 전환될 때, 모든 詔書가 빠짐없이 令으로 되는 것인가 하는 문제이다. 中田薰은 “漢代에도 天子의 命인 詔令은 반드시 모두 令典에 追加編入되는 것은 아니며, 그 대다수는 임시의 詔令에 지나지 않는다. 한편 장래 영구히 遵行해야 할 영속적 효력을 가지는 중요한 詔令에는 그 文中 또는 結尾에 특히 定令, 著令, 具爲令, 著於令, 定著令, 定著於令, 著以爲令 등의 著令 文言이 부가되고 있다.”고 주장한다.¹⁹⁾

반면에 富谷至와 廣瀨薰雄은 令과 詔는 이름만 다르지 실제로는 동일하다고 주장하였다. 富谷至는 2차에 걸쳐 자신의 견해에 변화를 주었다. 초기의 관점은 著令 文言이 붙은 詔敕만이 ‘令’으로 성립하는 것이 아니라, 모든 황제의 命令이 ‘令’으로 된다는 견해를 보인다. 후일 새로이 제시한 관점은 “制曰可”(또는 “抬頭한 制字”)를 가지고 있는 것이 漢令을 확정하는 관건이라고 주장했다.²⁰⁾ 廣瀨薰雄도 “皇帝의 詔는 반드시 令典에 편입된다.”고 주장했는데, 이 말은 곧 秦漢시대의 令은 곧 詔라는 의미이다.²¹⁾

19) 中田薰, <律令法系の發達について補考, 下篇律令の研究>(《法制史研究》 3, 1953), pp. 71-72.

20) 富谷至, 《文書行政の漢帝國》(名古屋: 名古屋大學出版會, 2010), p.38. 富谷至가 말하는 “制曰可”는 제2, 3형식에나 있는 것이고, 제 1형식에는 없는 것이므로 “制曰可”가 “令”으로 되는 필수 요건은 아니다.

21) 廣瀨薰雄, <秦漢時代律令辨>(《中國古代法律文獻研究》 7輯), p.114.

형식	내용	大庭脩
第1形式	皇帝가 자신의 의지로 명령 하달	制詔、布告天下使明知朕意、以稱朕意、著爲令
第2形式	官僚가 제안하면, 皇帝가 재가하고, 皇帝의 命令으로 발포	制曰可
第3形式	皇帝가 特定官僚에 하달해 立法 지시, 官僚는 方案을 올리면, 皇帝의 재가 후에 皇帝의 命令으로 발포	議爲令、具爲令、制曰可

이 문제를 논의함에 있어 大庭脩의 견해를 요약한 위의 표를 주목할 필요가 있다.²²⁾ 1형식은 皇帝가 자신의 의지로 명령을 하달하는 것이고, 2형식은 관리들의 請에 의해 올령을 제정하는 것이고, 3형식은 황제의 명령에 의해 관리가 법령을 제정하는 것이다. 2형식은 著令文언이 없더라도 관리들의 請에 의해 令으로 되는 것이다. 지방관리는 군태수 등을 통과하여 승상에게 입법을 상할 경우 굳이 著令문언이 필요 없기 때문이다.²³⁾ 津關令에 기록된 것들은 著令문언이 필요 없는 2형식의 것들이 대부분이다. “皇帝의 詔는 반드시 令典에 편입된다.”는 논의는 위의 형식에서 2형식을 제외한 1, 3형식만이 대상이 되는 것이다.

이 논쟁에서 秦濤는 매우 중요한 사료를 발굴하였다. 그는 富谷至·廣瀨薰雄의 견해와 반대되는 입장에서, 君主의 制詔가 律令으로 되지 못한 자료를 찾아냈다. 만약에 令이 안된 皇帝의 詔書를 찾는다면 富谷至와 廣瀨薰雄의 모든 制詔가 令이 된다는 논점은 성립될 수 없을 것이다.²⁴⁾

- 6) 建初中, 有人侮辱人父者, 而其子殺之, 肅宗賞其死刑而降宥之, 自後因以爲比. 是時遂定其議, 以爲輕侮法. 敏駁議曰: “夫輕侮之法, 先帝一切之恩, 不

22) 위의 표는 秦濤, 앞의 논문, p.163에서 참조함.

23) 張家山二四七號漢墓竹簡整理小組, 《張家山漢墓竹簡》[二四七號墓](이후 《張家山漢墓竹簡》으로 약칭.)》(北京: 文物出版社, 2001), p.163, “(置吏律) 縣道官有請而當爲律令者, 各請屬所二千石官, 二千石官上相國, 御史, 相國, 御史案致, 當請, 請之, 毋得徑請者. 徑請者,(219) 罰金四兩.(220)”

24) 秦濤, 앞의 논문, pp.191-192.

有成科班之律令也. …… 建初詔書, 有改於古者, 可下三公、廷尉鑷除其敝.”
議寢不省.²⁵⁾

秦濤는 위의 輕侮法과 관련된 詔書가 律令으로 되지 못한 것임을 입증하였다.²⁶⁾ 章帝 建初中(A.D.76-84)의 輕侮法은 자신의 부친을 모욕한 자를 살해한 아들의 사형죄를 章帝가 “사면하여 감형(貫其死刑而降宥之)”한 것에서 처음으로 법제화되기 시작하였다. 이것은 章帝 당시에 그 논의가 확정되어 制詔의 形式으로 발표되었고, 決事比가 되었다. 그 후 和帝 때에 이르러, “그 논의를 확정하여 輕侮法(遂定其議, 以爲輕侮法)”으로 확정하였다. 張敏은 이 輕侮法에 반대하여 “이 制詔는 단지 先帝의 모든 은혜이지만, 법률조문으로 반포되지 못하였다.”고 주장하였다. 위의 논의를 보면, 章帝(先帝)의 制詔는 그의 재위시기에 決事比의 단계에 머무른 채 律令으로 확정되지 않은 상태였고, 그후 和帝 시기에 이르러 輕侮法으로 된 것이다. 이 사실은 모든 조서가 율령이 되는 것이 아님을 말해주는 증거이다. 아래의 王尊의 자료도 令과 詔書는 구별되고 있는 것으로 생각된다.

- 7) 王尊字子贛, 涿郡高陽人也. 少孤, 歸諸父, 使牧羊澤中. 尊竊學問, 能史書. 年十三, 求爲獄小吏. 數歲, 給事太守府, 問詔書行事, 尊無不對. 太守奇之, 除補書佐, 署守屬監獄.²⁷⁾

王尊은 獄小吏가 되어 太守府에 給事할 때, 詔書와 과거의 行事까지 물어보았는데, 대답하지 못함이 없었다는 것이다. 詔書에 대해 師古는 「以施行詔條問之, 皆曉其事.」라고 하여 令과 별도의 施行詔書目錄이라고 하였다. 만약에 모든 詔書가 令으로 되었다면 令이라고 하면 될 것을 “詔書”라고 했을 리가 없다. 이것은 令과 별도로 조서목록이 정리되고 있음을 말한다.

모든 制詔가 令으로 편입되는 것은 아니지만, 일부의 令이 令에 편입될 수

25) 《後漢書》 卷四四 <張敏傳>, pp.1502-1503.

26) 秦濤, 앞의 논문, pp.191-192.

27) 《漢書》 卷七十六<王尊傳>, pp.3226-3227.

있는 자격을 갖춘 내용일까 하는 의문이 생기기도 한다. 아래의 枇杷 수송과 같은 내용은 지방적 사무로 생각되는데, 이를 飡으로 삼은 것도 조금 의아스럽기는 하다.

- 8) ● 令丙第九 丞相言：請令西成、成固、南鄭獻枇杷各十，至不足，令相補(?) 不足，盡所得。先告過所縣用人數，以郵、亭次傳。人少者財助獻。起所爲檄及界，郵吏皆各署起過日時，日夜走，詣行在所司馬門，司馬門更詣大(太)官，大(太)官上檄御史。御史課縣留釋(遲)者。御史奏，請許。制曰：可。孝文皇帝十年六月甲申下。²⁸⁾

令丙第九는 漢文帝시기 西成·成固·南鄭에서 枇杷를 중앙으로 바칠 때 동원하는 인원수와 郵·亭의 이용 등을 규정한 것인데, 丞相이 請했고, 文帝가 制可한 것이다. 이 내용은 전체 제국을 포괄하는 내용이 아니라, 일부 지방의 사무로 국한되는 것이었다. 그럼에도 令丙第九로 되었던 것인데, 이것이 가능했던 것은 앞서 언급한대로 지방관이 '爲律令', 즉 법령을 입안하고자 할 때는 所屬된 관부의 二千石官에게 요청하고, 二千石官은 다시 그 내용을 相國·御史에 請許하도록 규정한 二年律令의 조항에 의거해서이다. 이러한 법률적 근거에 입각하여 丞相은 西成·成固·南鄭 지역의 枇杷 상납과 관련된 법을 飡으로 해줄 것을 요청했던 것이다. 이것은 津關令의 많은 법률 조항이 지방관의 청원에 의해서 법률로 제정된 것과 일치하는 것이다.

이상에서 분석한 필자의 결론은 아래와 같다. 詔書와 飡은 문헌자료와 출토 자료를 비교했을 때, 그 형식에 차이가 존재한다. 詔書가 飡으로 될 때에 불필요한 내용을 정리하기 때문에, 飡의 내용은 詔書에 비하여 깔끔하게 정리된 모습을 보인다. 또한 황제가 발포한 모든 詔書가 飡으로 승격하는 것은 아니다. 詔書 가운데는 전혀 법률적 내용을 포함하지 않은 것도 있기 때문이다. 飡에는 "制詔丞相御史"와 같은 詔書의 형식이 약간 남아있지만, 律에는 그러한 詔書의

28) 胡平生, "松柏漢簡令丙九釋解", 簡帛網, http://www.bsm.org.cn/show_article.php?id=1014.

형식조차 모두 정리하여 핵심적인 내용만 남기고 있다.

3. 令과 律의 구별

앞에서는 詔書와 令의 형식적 차이를 살펴보았다. 이제 다음 단계로 令과 律이 程樹德의 주장처럼 엄격하게 구별이 되지 않는 것인가의 문제를 살펴보고 하겠다. 이를 분석함에 있어 중요한 것은 1)의 “其亡逃及有罪耐以上，不用此令”에 보이는 “不用此令”의 부분이다. 이하에서는 본고에서 고찰할 핵심용어인 “不用此令” “不從令” 등이 어떻게 令에 포함되게 되었는지에 대해 살펴볼 것이다. 결론을 먼저 말한다면, 不從令은 원래 詔書에 포함되어 있던 단서 조항으로서, 詔書가 令으로 법령화되면서 범조문 속에 포함되어진 것이다.

“不從令”과 “不從律”은 令과 律의 차이점을 고찰할 때, 중요한 키워드가 된다. 왜 不從令이 이 문제를 해결하는데 주요한 도구가 되는 것인가? 예컨대, “效公器贏、不備，以齋律論及賞(償)，毋齋者乃直(值)之。效”에서 “齋律”은 현재의 律 또는 令 조문을 위배했을 때, 적용해야 할 범조문이다.²⁹⁾ 반면에 不從令은 “현재의 범조문(令 또는 律)을 따르지 않으면 어떠한 처벌을 내린다.”는 의미이고, 不用此令은 “이 조문은 누구누구에게는 적용하지 않는다.”는 단서조항이다. 이때에 不從令, 不用此令의 지칭대상은 현재의 조문이므로, 현재의 조문이 令인지 律인지를 판단하는 단서가 될 수 있다.

不從令에 관해서는 많은 논자들이 언급하고 있는데, 堀敏一은 犯令, 不從令이라는 문언에 주목, 이들 문언은 律文에 위반한 경우를 가리켜 사용되고 있는 것이므로 律文을 令으로 부르고 있는 것으로 이해하였다.³⁰⁾ 宮宅潔도 堀敏一과 비슷한 견해를 가지고 있는데, “이 경우는 律文을 “令”으로 부르는 것이고,

29) 睡虎地秦墓竹簡整理小組, 《睡虎地秦墓竹簡》(北京: 文物出版社, 1978), p.101.

30) 堀敏一, 《律令制と東アジア世界——私の中國史學(二)》(東京: 汲古書院, 1994), pp.10-11.

그 의미에서 “令”은 “律”도 포함한 넓은 개념을 가지는 말이라고 주장하였다.³¹⁾ 그러나 不從令은 오히려 廣瀨薰雄의 견해가 정곡을 찔렀다고 생각한다.

필자는 廣瀨薰雄의 주장에서, “令은 원래 황제의 詔書 그 자체를 의미하는 것이다.”라고 하는 점은 찬성하지 않으나, “不用此令”의 令이 “현재 조서의 명령”임을 가리키는 부분은 동의한다.³²⁾ 그의 관점은 詔=令의 시각에서 나온 것이며, 필자는 詔≠令의 관점을 가지고 있다. 아래의 文帝紀의 不用此令은 역시 현재의 조서를 적용할 때 제외시켜야 할 대상을 특별히 지정한 “但書” 조항이다.

- 9) 又曰：「老者非帛不煖，非肉不飽。今歲首，不時使人存問長老，又無布帛酒肉之賜，將何以佐天下子孫孝養其親？今聞吏稟當受鬻者，或以陳粟，豈稱養老之意哉！具爲令。」有司請令縣道，年八十已上，賜米人月一石，肉二十斤，酒五斗。其九十已上，又賜帛人二疋，絮三斤。賜物及當稟鬻米者，長吏閱視，丞若尉致。不滿九十，嗇夫、令史致。二千石遣都吏循行，不稱者督之。刑者及有罪耐以上，不用此令。³³⁾

이것은 나이가 80·90세 이상의 고령자에게 米, 肉, 酒의 하사를 규정한 養老의 詔書인데, “不用此令”은 刑者 및 有罪耐以上에게는 이 養老의 우대정책에서 제외시킨다는 것이다. 이것은 이후 制曰可의 단계를 거쳐 令으로 확립되는 것이다. 즉, 具爲令과 有司의 請의 단계를 거치고 있으면 “請” 이하의 핵심부분이 令으로 되는 것이다. 그 과정에서 詔書에 포함되어 있던 不用此令의 문투가 그대로 令으로 되는 것이다. 이것은 文帝의 육형폐지령에서도 “亡逃 및 有罪耐以上에게는 이 조서를 적용하지 않는다.”는 단서조항이 보인다.³⁴⁾ 또한 후한

31) 宮宅潔, 《漢令의 起源とその 編纂》(《中國史研究》 第五卷, 1995), p.115.

32) 廣瀨薰雄, <秦漢時代律令辨>, pp.117-118.

33) 《漢書》 卷四<文帝紀>, p.113.

34) 《漢書》 卷二十三<刑法志>, p.1099, “丞相張蒼、御史大夫馮敬奏言：「肉刑所以禁姦，所由來者久矣。陛下下明詔，憐萬民之一有過被刑者終身不息，及罪人欲改行爲善而道亡繇至，於盛德，臣等所不及也。曰：諸當完者，完爲城旦舂；當黥者，髡鉗爲城旦舂；當劓者，笞三百；當斬左止者，笞五百；當斬右止，及殺人先自告，及吏坐受賕枉法，守縣官財物而即盜之，已論命復有笞罪者，皆棄市。罪人獄已決，完爲城旦舂，滿三歲爲鬼薪白粲，鬼薪白粲一歲，爲隸臣

시대의 조서에는 不用此令 대신에 不用此書가 보이는데, “이 조서를 적용하지 않는다.”는 의미이다.³⁵⁾

不從令의 令은 원래 詔書를 지칭하는 것이지만, 그후 令으로 전환하는 과정에서 不從令도 함께 편입되었다. 二年律令의 27개 律에서는 不從律이라 하였고, 津關令에서는 不從令이라 하여 양자의 개념이 명확히 구별되고 있다. 이는 漢初에 律과 令이 程樹德·堀敏一·宮宅潔이 말하는 것처럼 혼용되는 개념이 아니라는 것이다. 그 변화과정을 살펴보자.

不從令은 秦朝에서 漢朝로 내려가면서 不從律로 변화하고 있다. 이 변화 과정을 고찰하면, 秦漢의 律과 令의 개념변화에 대한 어떤 유의미한 결론을 추출해낼 수 있다. 여기에서 고찰할 출토자료는 睡虎地秦簡, 里耶秦簡, 岳麓書院藏秦簡, 二年律令이다.

		睡虎地		龍崗秦簡		里耶秦簡		岳麓秦簡				二年律令			
		律	令	律	令	律	令	1,2組		3組		律		津關令	
								律	令	律	令	律	令	律	令
如此律								2							
不如律	不如令	1	2					1	1		2				
不用此律	不用此令							1			1	4			1
不從律	不從令		6	1	1		1		9		4	3	1		
不以律		1													
	前此令										1				
합계		2	8	1	1	0	1	4	10	0	8	7	1	0	1

表中에서 알 수 있듯이, 전체적인 흐름은 秦代 睡虎地秦簡에서는 不從令이 대세를 이루고 있으나 점차적으로 不從律로 바뀌어 가는 추세이다. 秦통일 이후

妾。隸臣妾一歲，免爲庶人。隸臣妾滿二歲，爲司寇。司寇一歲，及作如司寇二歲，皆免爲庶人。其亡逃及有罪耐以上，不用此令。前令之刑城旦舂歲而非禁錮者，如完爲城旦舂歲數以免。臣昧死請。」制曰：「可。」

35) 《後漢書》 卷二<顯宗孝明帝紀(永平十六年)>, p.121, “九月丁卯, 詔令郡國中都官死罪繫囚減死罪一等, 勿笞, 詣軍營, 屯朔方、敦煌; 妻子自隨, 父母同產欲求從者, 恣聽之; 女子嫁爲人妻, 勿與俱。謀反大逆無道不用此書。”; 《後漢書》 卷七 <孝桓帝紀>, p.290, “丙午, 詔郡國繫囚減死罪一等, 勿笞。唯謀反大逆, 不用此書。”

의 문서인 岳麓書院藏秦簡 시기에는 不從令과 不從律이 혼재하는데, 전자가 후자에 비해 많이 사용되고 있다. 이는 詔書에서 사용했던 不從令이 令의 단계에서도 자동적으로 편입되었으나, 不從律로 改書하기 시작한 것을 말한다. 다만 이 수정 작업이 전면적으로 진행되지 않았다. 그 후 二年律令에서는 거의 완벽하게, 律에서는 不從律로 칭하고, 令에서는 不從令으로 칭하고 있다. 우선 자료를 예시하면 아래와 같다.

3.1 秦代 睡虎地秦簡

睡虎地秦簡에서는 律임에도 불구하고 不從令(6회), 不如令(2회)이 사용되고 있다. 즉, 不如令이 대세를 이루고 있다. 다만 律에도 不如律, 不以律이 한 차례 보이는 것으로 보아서 不從令을 不如律로 수정하는 단서가 나타나기 시작했음을 말해준다. 즉, 秦律雜抄 戌律에는 同居者가 동시에 戌에 징발되지 않도록 하는 것을 규정했고, 이를 위반했을 경우 縣嗇夫 등은 “行戌不以律”로써 貲二甲에 처벌되도록 하였다. 그런데 이와 동일한 내용이 《岳麓書院藏秦簡(肆)》의 戌律에도 규정되어 있다.

- 10) ●戌律曰：同居毋并行，縣嗇夫、尉及士吏行戌不以律，貲二甲。(秦律雜抄)³⁶⁾
- 11) ●戌律曰：戌者月更。君子守官四句以上爲除戌一更。遺戌，同居毋并行，不從律，貲二甲。³⁷⁾

이 때 岳麓書院藏秦簡에서는 不以律이 不從律로 바뀌어 있다. 이처럼 양자가 같은 것이라면, 睡虎地秦簡의 시점에서든 현재의 律을 따르지 않을 경우 不以律로써 처벌하는 규정이 있었던 것이다. 그렇다면 표현한 용어는 不從律이 아

36) 《睡虎地秦墓竹簡》，p.147.

37) 《岳麓書院藏秦簡(肆)》，p.129.

니고 不以律이었다더라도, 律 규정을 따르지 않는 것을 처벌하는 규정이 睡虎地秦簡에서부터 존재하는 것을 확인할 수 있다. 다만 일반적으로 조서에서 비롯되었기 때문에 不從令을 쓰고, 律에서는 不從律이 되는 것인데, 戍律에서는 不以律로 되어 있는 것이 특이하다.

睡虎地秦簡에서의 不從令은 원래 詔書에 사용했던 단서조항의 용어였는데, 그것이 그대로 令에도 轉載되고 있던 것으로 보인다.

- 12) 爲作務及官府市, 受錢必輒入其錢緡中, 令市者見其入, 不從令者貲一甲. 關市(睡虎地秦簡)³⁸⁾
- 13) 金布律曰: 官府爲作務, …… 輒入錢緡中, 令入錢者見其入. 月壹輸緡錢, 及上券中辨其縣廷, 月未盡而緡盈者, 輒輸之, 不如律 貲一甲(岳麓書院藏秦簡)³⁹⁾

위에 인용한 關市律과 金布律에서, 令이 律로 바뀔 때 不從令은 律에 부합되지 않음 不如律로 수정되고 있는 사실로 볼 때, 양자는 같은 의미라고 할 수 있다. 그러나 睡虎地秦簡의 단계에서는 不從令의 사용회수가 훨씬 많은 것을 보면, 律文으로 전환될 때 용어를 수정해야하는 관리들이 이에 대해 깊이 인식하지 못했다고 생각된다. 그런데 岳麓書院藏秦簡에서는 不從律로 전환하는 흐름이 많아졌다. 아래의 律文에서는 不從令과 不如律이 동일한 것임을 보여준다. 岳麓書院藏秦簡의 시기에서 전자에서 후자로 수정되고 있다.

위의 關市律과 金布律은 모두 作務·官府市에서 錢을 받을 때 緡에 넣도록 규정한 내용이다. 동일한 내용이지만, 전자는 關市律, 후자는 金布律에 기록된 것으로 보아 律의 명칭은 복수로 사용될 수도 있었다. 그런데, 전자인 睡虎地秦簡에서는 不從令, 후자인 岳麓書院藏秦簡에서는 不如律로 변경되어있다. 이 사실에서 볼 때 律과 令은 엄격하게 구별되지 않았다는 주장도 가능할 수 있겠다. 예컨대 張忠燁는 양자가 동시기의 것이므로, 같은 내용을 律(不如律)과 令

38) 《睡虎地秦墓竹簡》, p.68.

39) 《嶽麓書院藏秦簡(肆)》, p.108.

(不從令)으로써 부른 것은 호칭이 엄격하게 구별되지 않은 증거라고 주장하였다.⁴⁰⁾

睡虎地秦簡의 成書연대는 일괄해서 말할 수 없지만, 진시황 이전과 이후로 구별할 수 있다. 각 편마다 차이가 있어서 일괄적으로 말할 수는 없으나, 孝公, 惠文王, 昭襄王시기 등 다양하다.⁴¹⁾ 12)의 <秦律十八種>에 보이는 다른 律文에는 秦王政 5년(B.C.242)의 것인 12郡의 기록, 秦王政의 이름을 避諱하지 않은 기록 등이 있는 것으로 보아 秦王政元年(B.C.246) 이전의 기록이다.⁴²⁾ 이에 반해서 13)의 <岳麓書院藏秦簡>은 진시황 26년에 최초로 사용한 “黔首”가 나타나는 것을 보면 30년 정도의 시간적 차이가 있다. 그렇다면 12) <秦律十八種 關市>의 “不從令”이라 기록된 것을 秦통일 이후 律文을 정리하는 과정에서 13) 金布律의 “不如律”로 改書되었을 가능성이 높다.⁴³⁾ 동일한 조문에서 不從令을 不如律로 수정한 것은 양자가 동일한 것이라고 봐야 한다. 이것을 令=律로 보기보다는 睡虎地秦簡의 不從令을 岳麓書院藏秦簡의 단계에서 不從律로 수정했을 가능성이 있다.

3.2 秦代 龍崗秦簡

龍崗秦簡에서는 不從律者和 不從令者가 각각 1례씩 확인된다.

- 14) 制, 所致縣、道官, 必復請之, 不從律者, 令、丞[](8)
 15) 田不從令者, 論之如律. [](117)

40) 張忠輝, 《秦漢律令法系研究初編》, pp.128-130. “不如令”의 令을 “명령”으로 보는 富谷至의 견해는 바로 그 위치에 “不如律”이 사용되고 있기 때문에 타당하지 않다. 富谷至, <晉秦始令への道—第一部 秦漢の律と令> (《東方學報》 72, 2000), pp.95-97.

41) 舒之梅, <珍貴的雲夢秦簡>, 《雲夢秦簡研究》(北京: 中華書局, 1981), pp.3-6.

42) 《睡虎地秦墓竹簡》, p.70. “縣及工室聽官爲正衡石贏(龔)、斗用(桶)、升, 毋過歲壺(壹). 有工者勿爲正. 段(假)試卽正. 工律”; p.94. “縣、都官、十二郡免除吏及佐、群官屬, 以十二月朔日免除, 盡三月而止之.”

43) 任仲燦, <秦漢 율령사 연구의 제문제>, pp.36-37.

龍崗秦簡은 秦帝國 멸망시기의 것이다. 《雲夢龍崗秦簡(1997)》에서 整理者는 “龍崗秦簡의 법률조문은 진시황 27년(B.C.220)부터 秦 二世3년(B.C.207)까지 14년간 통용되었다.”고 하여 그 하한선을 秦 二世3년으로 잡았다.⁴⁴⁾ 그러나 《龍崗秦簡(2001)》에서는 그 하한선을 漢高祖 3년(B.C.204)까지로 내려 잡았다.⁴⁵⁾ 앞서 고찰한 것처럼 睡虎地秦簡에서는 不如律이 출현하기도 하지만, 아직은 不從令이 훨씬 많았는데, 龍崗秦簡에서는 不從令과 不從律의 비율이 1:1이다. 그러나 표본 사례가 너무 부족하므로 유의미한 결론을 내리기는 곤란하다. 아래의 동일 시기의 것인 里耶秦簡에서도 不從令 밖에는 사례가 없기 때문에 판단을 유보할 수밖에 없다.

3.3 秦代 里耶秦簡

16) 𠄎不從令貲二甲(8-1890)

3.4 秦代 岳麓書院藏秦簡

岳麓書院藏秦簡의 하한은 秦二世 3년이므로 진제국 멸망 직전의 율령의 상황을 반영하는 것이라고 볼 수 있다.⁴⁶⁾ 따라서 龍崗秦簡과 동시기의 것이라고 할 수 있다. 龍崗秦簡은 사례의 부족으로 전체적인 파악이 불가능했지만, 岳麓書院藏秦簡은 이보다는 훨씬 많은 사례를 포함하고 있다.

표에서 볼 때, 岳麓書院藏秦簡의 시점에서는 不從令에서 不從律로 전환하는 것이 점차 증가했다고 할 수 있다. 주목할 수 있는 특징은 岳麓書院藏秦簡(肆)의 第1, 2組, 즉 律의 부분에서 如此律(2회), 不如律(1회), 不用此律(1회)처럼

44) 劉信芳·梁柱, 《雲夢龍崗秦簡》(北京: 科學出版社, 1997), p.48.

45) 中國文物研究所·湖北省文物考古研究所, 《龍崗秦簡》(北京: 中華書局, 2001), pp.8-9.

46) 陳松長, <岳麓秦簡中的兩條秦二世時期令文> (《文物》 2015-9), p.91.

“현 조문의 律”을 律이라고 지칭하는 사례가 종전보다 많아졌다는 것이다. 그 증가의 이유는 해당 律에 위배될 경우 종전대로 “습을 따르지 않으면”이라고 했을 경우, 律을 습으로 부르는 稱謂上的 모순을 자각했기 때문으로 생각된다.

그러나 岳麓書院藏秦簡에서 不從令 등의 사용이 많아서 不從令 9회, 不如令 1회나 사용되는 것은 不從律로의 수정이 본격화되지 않은 것으로 생각된다. 岳麓書院藏秦簡에서는 “현 조문의 律을 따르지 않을 경우”를 의미하는 如此律 (2회), 不如律(1회), 不用此律(毋用此律)(1회) 등 律이 포함된 다양한 용법이 나타나고 있다. 그러나 律을 지칭하는 것임에도 “如此律”과 같은 것으로 모두 수정된 것은 아니었다. 그것은 아래의 조문에서 알 수 있다.

17) 睡虎地秦簡 秦律十八種

百姓居田舍者毋敢醢(酤)酉(酒), 田嗇夫、部佐謹禁禦之, 有不從令者有罪, 田律⁴⁷⁾

18) 岳麓書院所藏秦簡

田律曰: 黔首居田舍者毋敢醢(醢(酤))酒, 有不從令者遷(遷)之, 田嗇夫、士吏、吏部弗得, 貲二甲. ●第乙(280/0994)⁴⁸⁾

19) 岳麓書院所藏秦簡

黔首居田舍者毋敢醢(醢(酤))酒, 有不從令者遷(遷)之, 田嗇夫、吏、吏部弗得, 貲各二甲. 丞、令、令史各一甲.(115/1400)⁴⁹⁾

용이하게 알 수 있듯이 3개의 조문은 모두 秦의 田律이며, 동일 조문을 抄寫한 것이다. 17)은 田律임을 명시했고, 18)은 ‘田律曰’과 ‘第乙’의 2글자가 있다. 19)도 직접 ‘田律曰’이라고 한 것은 아니지만, 1400簡의 바로 앞 簡인 1276簡에 ‘田律曰’이라고 하였으므로 田律로 봐야 할 것이다. 흥미로운 것은 18)의 ●第乙이다. 이것은 岳麓書院藏秦簡의 令 標題簡인 ■內史郡二千石官共令 第乙

47) 《睡虎地秦墓竹簡》, p.30.

48) 《嶽麓書院藏秦簡(肆)》, p.161. 陳松長, <岳麓書院所藏秦簡綜述>(《文物》 2009-3), p.87; 徐世虹<《秦律十八種》中的“有罪”蠡測>(《中國古代法律文獻研究》 7輯, 2013), p.105. 陳松長에 따르면, 第乙과 같은 干支는 단지 습의 編號로만 보인다.

49) 《嶽麓書院藏秦簡(肆)》, p.106.

에 있는 “第乙”과 동일한 編號이므로, 令의 편제번호였다고 생각된다. 이러한 編號는 岳麓書院藏秦簡의 律文에서는 보이지 않고 令文에서만 확인된다. 그렇다면 18)은 “第乙”의 편호가 붙어 있는 田令을 田律로 수정하는 과정에서 令의 흔적을 제거하지 않은 증거라고 할 수 있다.⁵⁰⁾ 즉, 이러한 簡은 비록 律文을 기록하고 있으나, 皇帝詔(또는 秦王令)의 형식이 남아 있는 것이다.⁵¹⁾ 이 주장에 잘못이 없다면 0994簡은 令이 律로 전환된 확실한 증거라고 할 수 있다.

그런데 동일한 규정이 田律로 승격했음에도, 岳麓書院所藏秦簡의 17)-19)에서는 “有不從令者”를 계속 사용하고 있다. 岳麓書院藏秦簡의 일부 律에서는 “有不從律者”로 수정되고 있기는 하지만, 百姓을 黔首로 수정하는 것만큼 절실하게 수정해야 할 사항으로 인식되지 못했던 것 같다. 또한 律로 승격되는 과정에서 “第乙”이라는 令의 編號까지 轉載된 것을 보면 이 수정을 담당한 관리들의 律令지식에 대한 수준을 엿볼 수 있다고 생각한다. 지금까지의 분석을 놓고 볼 때, 睡虎地秦簡으로부터 岳麓書院藏秦簡까지의 율령 字句의 수정은 완벽하게 이루어진 것으로는 생각되지 않는다. 결론적으로 嶽麓書院藏秦簡(肆)에서는 律을 지칭할 때, 종전의 습관인 不從令과 새로운 추세인 不從律이 혼재되어 있는 상태라고 할 수 있다.

한편 第3組, 즉 令의 경우에는 계속 종전대로 不從令, 不如令, 前此令, 不用此令을 사용하고 있으며, 第3組의 令을 지칭할 때 如此律, 不如律, 不用此律과 같이 律로 지칭하는 경우는 “當然히” 한 차례도 보이지 않는다. 이것은 당연히 令을 令으로 칭한 것이라고 할 수 있다.

앞에서 설명한 바와 같이, 睡虎地秦簡 關市律의 “不從令者貲一甲”을 岳麓書院藏秦簡에서는 “不如律貲一甲”으로 수정하였으므로 不從令과 不如律은 동일한 의미였다. 원래 이 令이 詔書에서 비롯된 것이므로 不從令者는 “이 詔書를 따르지 않는 자는”의 의미였다. 이것이 睡虎地秦簡의 단계에서 關市律로 되었다면, 의당 이 부분을 不從律 또는 不如律로 수정되어야 했으나, 아직 그렇게 수정되

50) 廣瀨薰雄, 위의 책, pp.160-161.

51) 廣瀨薰雄, 위의 논문, p.123.

지 않았다. 그러던 것이 岳麓書院藏秦簡 金布律의 단계에 이르면 不如律로 수정하게 된 것이다.

程樹德은 令과 律이 서로 혼용되어 사용되었다는 주장을 하였다. 그러나 그의 주장과 달리, 令과 律이 통용되기 때문에 金布令과 金布律이 혼용되는 것이 아니라, 岳麓書院藏秦簡을 경계로 하여 용어 정리가 시도되는 과정에서 나타난 현상이라고 할 수 있다. 즉, 不用此令이 不用此律로 되는 것은 해당 令이 律로 이동하는 과정에서 발생하는 용어 수정작업인데, 그 와중에서 令名도 律名으로 바뀌어가던 것이었다.(예컨대 金布令에서 金布律) 그것을 후대 학자들이 令名과 律名을 혼용한 것이라고 잘못 이해한 것이다.

3.5 漢代 二年律令

律의 不用此律

二年律令에는 不從律과 不從令이 秦律과 비교할 때 훨씬 명료하게 정리되어 있다. 표에서 알 수 있듯이, 二年律令 27개의 律에서는 不用此律은 4회, 不從律은 3회가 사용되었고, 不從令은 단지 田律에서만 1회 수정이 안된 채 不從令으로 남아 있다. 田律에서 不從律로 바뀌지 않은 것은 수정과정에서 누락된 것이라고 생각된다. 二年律令의 단계에서는 不從令이 1회 사용된 것을 제외하면, 모두 不用此律·不從律로 수정되었는데, 이것은 律에는 律을, 令에는 令을 사용하는 원칙이 수립된 것이다.

二年律令의 단계에서 律에 “不從令”을 사용하지 않게 되는 이유는 무엇일까? 그것은 二年律令의 시점에서 律과 令의 개념이 확립되었기 때문이라고 생각된다. 二年律令의 시점에 도달하면, 令이 律로 전환된 상태에서 그 律을 ‘不用此令’이라고 부르는 것은 모순이라는 인식이 확고히 자리 잡았기 때문일 것이다. 이러한 결과는 律令의 정리를 주관한 官吏가 “意識的”으로 정리한 것이라고 판단하지 않으면 안된다. 이것은 이년율령이 秦律보다 정리되고 발전한 단계였

음을 말해주는 것이다.

令의 不用此令

二年律令의 令에서는 津關令에 不用此令을 사용한 것이 1회 확인된다. 令에서만 “不用此令”이 사용되고, 二年律令의 27개 律에서는 “不用此律”만이 사용되고 있는 것은 매우 현저한 특징이다.

- 20) 津關令: □、制詔御史, 其令諸關, 禁毋出私金器、鐵。其以金器入者, 關謹籍書, 出, 復以閱, 出之。籍器、飾及所服者不用此令。 493(C121)

津關令의 ‘不用此令’은 “出關할 때는 入關시에 기록한 器(金器), 의복에 붙어 있는 金裝飾, 입고 있는 金裝飾에 대해서는 이 令을 적용되지 않는다.”는 뜻이다. 즉, ‘不用此令’은 현재의 詔書를 적용하지 않는다는 단서 조항인 것이다. 津關令에 不用此律이 보이지 않고, ‘不用此令’만이 확인되는 것은 이미 漢初에 律과 令의 개념이 명확하게 분리된 상태임을 의미하는 것이다. 때문에 이년율령의 단계에서 律과 令이 서로 혼용되었다고 하는 견해에는 동의하기 어렵다.

지금까지의 고찰을 정리하면, 詔書가 令으로 전환될 때, 詔書의 불필요한 부분을 정리하고 핵심적인 내용만 남기게 된다. 이 점은 岳麓書院藏秦簡의 令, 津關令 등에서 확인되는 점이다. 이때에 조서에 있던 不從令과 不用此令 등도 令에 남게 된다. 그후에 律로 될 때, 이러한 단서조항인 不從令은 이제 그 적용하는 法條文이 律이므로 不從律로 변경하게 되었다.

과거 不從令과 不從律을 구별없이 사용했기 때문에 令과 律의 구별이 없었다는 주장도 있었다. 律과 令의 개념은 睡虎地秦簡 시기에 성립된 듯하다. 그러나 睡虎地秦簡 등 초기의 秦律에서는 不從令을 전면적으로 不從律로 변경하지 않은 것이다. 岳麓書院藏秦簡부터는 不從律의 사용이 증가하였고, 二年律令의 시점에서, 그 이전부터 존재했던 律과 令의 개념에 입각해, 律과 令의 편제를 획기적이지, 동시에 통일적으로 정리하였다.

4. 결론을 대신하여 — 律令의 抄寫와 업데이트

漢초기의 율령인 二年律令 이전까지 어떠한 이유로 不從令이 不從律로 바뀌지 않았을까? 현재 발견된 출토자료들은 지방 郡縣의 것들인데, 중앙의 법률이 지방정부에 제 때 전달되지 않아 不從律로 수정되지 않은 것일까? 중앙 정부의 법률을 지방의 郡縣으로 배포하는 문제와 관련해서, 律令을 어떻게 전 제국으로 전달하였을까?

商君書 定分篇에는 秦代의 법률관리에 대한 전반적인 내용을 담고 있다.⁵²⁾ 그 대체적인 내용은 다음과 같다. 秦國에서는 법령을 별도로 抄錄하여, 1부는 天子의 殿中에, 1부는 禁室에 별도로 보관하였다. 殿中, 御史, 丞相의 3계통의 法官을 설치했는데, 郡縣에서는 매년 禁室의 법령을 한차례씩 전국에 배포하는데, 중앙 및 군현 정부의 법령을 주관하는 관리는 법령을 수령하였다. 금실 법령을 대조하여 지난해에 받은 법령에 어떠한 변동 또는 잘못된 抄寫가 있는지 대조한다.⁵³⁾ 商君書의 내용은 출토자료에 입각할 때 대체로 부합한다. 우선 중앙 소재의 관부에 대해서 살펴보자. 睡虎地秦墓竹簡의 尉雜에는 다음과 같은 내용이 있다.

21) 歲讎辟律於御史.(199簡)

52) 蔣禮鴻 撰, 《商君書雜指》<定分篇>(北京: 中華書局, 1996), pp.141-144, “法令皆副置: 一副天子之殿中, 爲法令爲禁室, 有鍵鑰爲禁而以封之, 內藏法令, 一副禁室中, 封以禁印, 有擅發禁室印, 及入禁室視禁法令, 及剝禁一字以上, 罪皆死不赦. 一歲受法令以禁令. 天子置三法官; 殿中置一法官, 御史置一法官及吏, 丞相置一法官, 諸侯郡縣皆各爲置一法官及吏, 皆比秦一法官. 郡縣諸侯一受禁室之法令, 并學問所謂. 吏民欲知法令者, 皆問法官, 故天下之吏民, 無不知法者. 吏明知民知法令也, 故吏不敢以非法遇民, 民不敢犯法以干法官也. 吏遇民不循法, 則問法官, 法官即以法之罪告之, 民即以法官之言正告之吏. 吏知其如此, 故吏不敢以非法遇民, 民又不敢犯法. 如此, 則天下之吏民, 雖有賢良辯慧, 不敢開一言以枉法; 雖有千金, 不能以用一銖. 故知軸賢能者皆作而爲善, 皆務自治奉公.”

53) 朱紅林, <讀里耶秦簡札記>(《出土文獻研究》11輯, 2012), p.139.

整理小組는 “尉雜”의 “尉”는 廷尉이며, “尉雜”은 “廷尉의 職務와 관련된 各種 法律規定”으로 해석하고 있다.⁵⁴⁾ 따라서 이 율문의 내용은 廷尉가 매년 연초에 御史府에 가서 法條文을 대조하는 것이라고 할 수 있다.⁵⁵⁾ 그런데 尉雜을 廷尉의 규정으로 보는 것에 대해서 다른 견해를 보이고 있는 논자도 있다. 徐世虹은 尉雜이 廷尉를 가리킨다는 것에 부정적 입장이다.⁵⁶⁾ 그러나 睡虎地秦簡에 동일한 尉雜 200簡을 보면 “尉”가 법률과 관련한 부서임을 부정할 필요는 없다고 생각된다.

22) □其官之吏□□□□□□□□□□法律程籍, 勿敢行, 行者有罪. 尉雜(200簡)⁵⁷⁾

이 簡은 보이지 않는 글자가 많아서 전체 내용의 파악이 어렵지만, “法律程籍”과 같은 내용으로 볼 때 尉雜은 법률을 취급하는 官府의 律로 추정되므로, 199簡에 보이는 尉를 縣尉 계통으로 볼 필요는 없는 것 같다. 廷尉府에서 초록한 것은 중앙의 법률을 주관한 御史府의 法律이다. 御史府는 秦國의 국가문서를 보관하는 기구이다. 그래서 劉邦이 함양을 점령했을 때 蕭何가 신속하게回收한 秦律令은 丞相御史府에 보관되어 있던 것이었다. 위의 律文에서의 핵심은 尉가 연초에 御史에 가서 법률을 대조하여 검사하는 시스템으로 인하여 중앙(御史)의 법률이 계속 餘他 행정 관서로 전파되는 시스템이라는 사실이다.

중앙의 법률을 지방 군현에 끊임없이 최신의 정보로 업데이트하게 한 법률은 위의 尉雜(律)만에 규정된 것은 아니었다.

54) 《睡虎地秦墓竹簡》, pp.109-110.

55) 陳中龍, <從秦代官府年度律令校讎的制度論漢初《二年律令》的“二年”>, 簡帛網, http://www.bsm.org.cn/show_article.php?id=2550

56) 徐世虹, <秦“課”芻議>(《簡帛, 第八輯》, 2013), p.265; 王偉, <張家山漢簡《二年律令》札記三則>(《中國古代法律文獻研究》四輯, 法律出版社, 2010), p.79. 《睡虎地秦簡 尉雜》과 《說文解字 尉律》의 관계는 명확하지 않지만, “尉律”의 “尉”가 中尉, 都尉, 縣尉 系統의 職官이라고 지적하였다.

57) 《睡虎地秦墓竹簡》, p.110.

23) 內史雜: 縣各告都官在其縣者, 寫其官之用律.

內史 관할의 縣은 그 縣에 소재한 都官에 고하여 律을 抄寫하게 하고 있다. 都官은 中央에서 地方에 승 또는 長을 설치한 機構이므로, 이 조항은 縣을 통해서 都官에 법률을 구비하도록 강조한 것이다.

이상에서 살펴본 바와 같이, 尉雜과 內史雜 등의 규정을 보면, 1단계로 御史府에서 중앙 소재의 관부 및 內史로 법령을 하달하였고, 2단계로 內史 지역은 예하의 縣, 그리고 都官에 법령을 하달하였다. 만약에 제국내의 울령이 일치하지 않는다면 황제의 일원적 지배는 불가능해질 것이므로 法律의 配布와 管理에 세심한 주의를 표시하지 않을 수 없었다.⁵⁸⁾

지방의 군현으로 중앙의 울령이 전파되는 과정에 대하여, 游逸飛는 監郡御史에 주목하였다. 尉雜 199簡에 보이는 御史는 중앙에서는 御史大夫이고, 지방에서는 監郡御史일 것이라고 추정했다.⁵⁹⁾ 따라서 위의 199簡은 지방 군현의 경우에도 적용되는 것으로서, 지방관부는 御史에게 가서 법률을 抄寫한다고 보았다. 秦代에 各 官署는 정기적으로 인원을 파견해 지정장소에서 行政에 필요한 律文을 監郡御史로부터 抄寫, 對照하였다.⁶⁰⁾

과연 21)의 199簡에서 監郡御史에게 律을 대조하는 과정은 어떠하였을까? 御史府는 황제 詔書의 기초 작업과 지도 제작을 수행하는 官府이자 보관하는 장소였으므로 지방의 御史도 군현에 울령 보급과 地圖제작에 관여했을 가능성이 높다.⁶¹⁾ 아래의 《里耶秦簡》을 보면, 律令과 地圖의 제작에도 종사하고 있었던 御史가 울령의 지방 보급에 관여한 것은 확실하다.

58) 鄧薇, <從睡虎地秦簡看秦檔案及庫房的管理> (《黑龍江史志》 2010-9), p.32.

59) 游逸飛, 《戰國至漢初的郡制變革》(臺北: 國立臺灣大學歷史學研究所博士論文, 2014), p.96.

60) 周海鋒, <嶽麓書院藏秦簡《田律》研究> (《簡帛 第十一輯》 2015), p.105.

61) 《史記》 卷五十三<蕭相國世家>, p.2014, “及高祖起爲沛公, 何常爲丞督事. 沛公至咸陽, 諸將皆爭走金帛財物之府分之, 何獨先入收秦丞相御史律令圖書藏之. 沛公爲漢王, 以何爲丞相. 項王與諸侯屠燒咸陽而去. 漢王所以具知天下隄塞, 戶口多少, 疆弱之處, 民所疾苦者, 以何具得秦圖書也.”

- 24) 其旁郡縣與接(接)界者毋下二縣, 以□爲審, 卽令卒史主者操圖詣御史, 御史案讎更并, 定爲輿地圖. 有不讎、非實者, 自守以下主者(8-224+8-412+8-1415)⁶²⁾

이것은 지도의 제작을 담당한 卒史가 지도를 가지고 御史에게 가서 대조하도록 하고, 부분지도를 병합하여 輿地圖를 제작하도록 한 내용이다. 결국 이것은 御史가 지방에서 地圖의對照와 輿地圖의 제작을 감독하고 있는 것이다. 三王世家에서도 御史가 輿地圖를 바치게 하고 있는데, 이것도 어사부에 律令과 地圖가 소장되어 있는 것과도 관계된 것이다.⁶³⁾ 지도의 제작에서 유추한다면, 율령을 관장한 지방의 監郡御史는 율령의 郡縣보급에 중요한 역할을 하였다. 아래의 里耶秦簡은 율령의 배포와 관련된 내용이다.

- 25) □年四月□□朔己卯, 遷陵守丞敦狐告船官□: 令史應讎律令沅陵, 其假船二艘, 勿留.(里耶秦簡 6-4)⁶⁴⁾

최근 출토의 자료들은 律의 抄寫를 통하여 縣이하의 관부까지 중앙의 律令을 抄寫하도록 요구한 내용이 보인다. 이 里耶秦簡은 遷陵縣守丞 敦狐가 船官에게 내린 문서에, 令史應에게 명령하여 인접 縣인 沅陵에 가서 律令을 校讎하라고 하였으니 船官은 지체되지 않도록 협조하라는 내용이다. 遷陵에서 沅陵으로 가려면 水路를 경유해야 하므로 借船하러는 것이다.

沅陵으로 令史를 보낸 이유는 무엇일까? 그곳에 監郡御史의 治所는 臨沅으로 추정된다.⁶⁵⁾ 臨沅과 떨어진 沅陵에서 율령의 대조작업을 하는 것은 監郡御史가 이곳에 와 있었을 가능성이 크다. 郡監御史는 中央에서 새로이 校讎한 律

62) 陳偉主編, 《里耶秦簡牘校釋(第一卷)》, p.118.

63) 《史記》卷六十<三王世家(齊王)>, p.2110, “高皇帝建天下, 爲漢太祖, 王子孫, 廣支輔, 先帝法則弗改, 所以宣至尊也. 臣請令史官擇吉日, 具禮儀上, 御史奏輿地圖, 他皆如前故事.” 制曰: 「可。」

64) 陳偉主編, 위의 책, p.19.

65) 湖南省文物考古研究所, 《里耶秦簡(壹)》(北京: 文物出版社, 2012), p.5, “臨沅監御史”: 陳偉主編, 위의 책, p.265, “書遷陵, 遷陵論言. 問之監府致轂座臨沅(8-1032)”

을 받은 후에 郡內 屬縣의 담당자인 令史들을 모두 이곳 沅陵으로 소집하여 校讎하였을 가능성이 있다.⁶⁶⁾ 遷陵縣의 令史가 令을 抄寫하러 갈 때에 假船한 것이 二艘이므로 이 작업에 참여한 인원규모와 운반하는 令의 화물은 꽤나 많았을 것으로 추정된다. 監郡御史가 이 많은 令을 휴대하고 각 縣을 巡行하였다기보다는 沅陵으로 소집하여 통합적으로 抄寫작업을 수행했을 가능성이 있다. 이것이 중앙의 令을 郡에서 縣으로 전달하는 1단계로 생각된다.

縣에서는 전달받은 律令을 縣 소속의 기구에 2단계로 전달하였다. 秦時에, 律令의 校讎는 縣廷과 그 하부 機構 사이에 현저한 현상이었다. 里耶秦簡 8-173簡 正面에 다음과 같은 내용이 있다.

26) (秦始皇)卅一年(B.C.216)六月壬午朔庚戌(29日), 庫武敢言之: 廷書曰令史操律令詣廷讎, 署書到, 吏起時, 有迫. ●今以庚戌遣佐處讎, 敢言之.⁶⁷⁾

庫吏 武의 언급에 의하면, <廷書(縣廷의 하달 문서)>에 令史에게 종전에 사용하고 있던 律令을 가지고 縣廷에 들어와서 校讎할 것을 명령한 내용이다. 이제까지 사용하고 있던 舊本을 새로이 抄寫할 新本과 대조하여 校讎하라는 것이다.⁶⁸⁾ 이렇게 중앙과 지방 縣에서의 律令 校讎는 최소 1년 단위로 이행되고 있었던 것이다. 그렇기 때문에 중앙의 御史府에서 律文이 수정되지 않았으면 지방의 郡縣에서도 수정되지 않았다고 이해해야 한다. 지방의 행정은 중앙의 움직임에 그림자처럼 수행했던 중앙집권적 지배체제였던 것이다. 매년 令의 새로운 버전이 전파되고 있다는 것이 확실하므로 睡虎地秦簡과 岳麓書院藏秦簡의 단계에서 不從令이 不從律로 바뀌지 않은 것은 중앙의 御史府에서 보관하고 있는 법률이 신속하게 수정되지 않았기 때문이었을 것으로 생각된다. 이것은 어사부에서 律 그 자체를 따르지 않는 행위를 不從令이라고 부르는 것이

66) 游逸飛, 위의 논문, p.96.

67) 陳偉主編, 위의 책, p.104.

68) 陳中龍, <從秦代官府年度律令校讎的制度論漢初《二年律令》的“二年”>, 簡帛網 http://www.bsm.org.cn/show_article.php?id=25500

모순되는 것을 인식하고는 있었으나, 전체 律에 포함된 不從令을 광범위하게 不從律로 통일하지 못했던 이유가 있었을 것으로 생각된다. 이것이 모순되는 것을 미약하게나마 인식했던 것은 이미 睡虎地秦簡 시기부터였으나, 통일전쟁 등 정치적인 사건이 많아서 이를 수정할 수 있는 시간적 여유가 없었을 것이고, 근본적인 원인은 御史府내에서 이 모순에 대한 확고한 인식이 부족했기 때문에 전반적으로 수정하지 못했던 것으로 생각된다.

또한 지방에서는 舊法과 新法이 병존하는 현상도 존재했던 것 같다. 예를 들어 睡虎地秦簡과 岳麓書院藏秦簡에서 발견된 법률에서 법조문에 약간의 字句上의 차이가 나는 현상은 어떠한 원인에서 왔을까?

27) 睡虎地秦簡 秦律十八種

百姓居田舍者毋敢醢(醢)酉(酒), 田嗇夫、部佐謹禁禦之, 有不從令者有罪, 田律⁶⁹⁾

28) 岳麓書院所藏秦簡

田律曰: 黔首居田舍者毋敢醢(醢)酒, 有不從令者遷(遷)之, 田嗇夫、士吏、吏部弗得, 貲二甲. ●第乙(0994)⁷⁰⁾

29) 岳麓書院所藏秦簡

黔首居田舍者毋敢醢(醢)酒, 有不從令者遷(遷)之, 田嗇夫、吏、吏部弗得, 貲各二甲. 丞、令、令史各一甲.(1400)⁷¹⁾

27)과 28)은 田律로 표시했으나, 29)는 律名이 없다. 睡虎地秦簡의 27)은 “百姓”을 사용한 것으로 보아서 3개 가운데 가장 오래된 것이다. 岳麓書院所藏秦簡의 28)과 29) 가운데서 어느 것이 오래된 것인지는 판단하기 쉽지 않다. 추정을 가한다면, 모두 黔首를 사용하였으므로 秦始皇 26년 이후의 것이지만, 28)은 第乙이 있는 것으로 보아 좀 오래된 버전을 抄寫한 것으로 되고, 29)는

69) 《睡虎地秦墓竹簡》, p.30.

70) 《嶽麓書院藏秦簡(肆)》, p.161.

71) 《嶽麓書院藏秦簡(肆)》, p.106.

律에 令의 編號인 第乙이 부착된 것이 적합하지 않으므로 이후에 삭제한 것으로 생각된다. 따라서 28)에 第乙이 있고, 29)에 第乙이 없는 것은, 동일 지역의 상급기관에 보유하고 있던 律令을 抄寫하는 과정에서 나타난 시간적 차이가 반영된 것이라고 생각된다. 지방에서 중앙의 법률을 부분적으로 抄寫하다 보니 舊法과 新法의 병존, 혼재하는 현상이 나타났다고 생각된다.

< 參考文獻 >

[단행본]

- 司馬遷, 《史記》, 北京: 中華書局, 1965.
- 班固, 《漢書》, 北京: 中華書局, 1965.
- 廣瀨薰雄, 《秦漢律令研究》, 東京: 汲古書院, 2010.
- 堀敏一, 《律令制と東アジア世界——私の中國史學(二)》, 東京: 汲古書院, 1994.
- 大庭脩, 《秦漢法制史の研究》, 東京: 創文社, 1982.
- 富谷至(임병덕 역), 《목간과 죽간으로 본 중국고대 문화사》, 서울: 사계절, 2005.
- 舒之梅, <珍貴的雲夢秦簡>, 《雲夢秦簡研究》, 北京: 中華書局, 1981.
- 睡虎地秦墓竹簡整理小組, 《睡虎地秦墓竹簡》, 北京: 文物出版社, 1978.
- 沈家本, 《歷代刑法考》, 北京: 中華書局, 1985.
- 劉信芳·梁柱, 《雲夢龍崗秦簡》, 北京: 科學出版社, 1997.
- 游逸飛, 《戰國至漢初的郡制變革》, 臺北: 國立臺灣大學歷史學研究所博士論文, 2014.
- 張家山二四七號漢墓竹簡整理小組, 《張家山漢墓竹簡》〔二四七號墓〕, 北京: 文物出版社, 2001.
- 蔣禮鴻, 《商君書錐指》, 北京: 中華書局, 1996.
- 張忠偉, 《秦漢律令法系研究初編》, 北京: 社會科學文獻出版社, 2012.
- 程樹德, 《九朝律考》, 北京: 中華書局, 1963.
- 陳松長, 《嶽麓書院藏秦簡(肆)》, 上海: 上海辭書出版社, 2016.
- 陳偉主編, 何有祖·魯家亮·凡國棟, 《里耶秦簡牘校釋(第一卷)》, 武漢: 武漢大學出版社, 2012.
- 彭浩·陳偉·工藤元男, 《二年律令與奏讞書》, 上海: 上海古籍出版社, 2007.
- 湖南省文物考古研究所, 《里耶秦簡(壹)》, 北京: 文物出版社, 2012.

[논문]

- 宮宅潔, <漢令の起源とその編纂>, 《中國史研究》 5(1995).
- 廣瀬薫雄, <秦漢時代律令辨>, 《中國古代法律文獻研究》 7(2013).
- 鄧薇, <從睡虎地秦簡看秦檔案及庫房的管理>, 《黑龍江史志》 9(2010).
- 富谷至, <晉泰始令への道—第一部 秦漢の律と令>, 《東方學報》 72(2000).
- 徐世虹, <漢代社會中的非刑法律律機制>, 《傳統中國法律的理念與實踐—中央研究院歷史語言研究所會議論文集》 8(2008).
- 林炳德, <九朝律考講注1>, 《中國古中世史研究》 27(2012).
- 任仲燾, <秦漢 율령사 연구의 제문제>, 《中國古中世史研究》 37(2015).
- 井上亘, <漢代の書府—中國古代における情報管理技術—>, 《東洋學報》 87-1(2005).
- 周海鋒, <嶽麓書院藏秦簡《田律》研究>, 《簡帛》 11(2015).
- 朱紅林, <讀里耶秦簡札記>. 《出土文獻研究》 11(2012).
- 中田薰, <支那における律令法系の發達について>, 《比較法雜誌》 1-4(1951).
- 中田薰, <支那における律令法系の發達について補考>, 《法制史研究》 3(1953).
- 陳松長, <嶽麓書院所藏秦簡綜述>, 《文物》 3(2009).
- 陳松長, <嶽麓書院藏秦簡中的郡名考略>, 《湖南大學學報》 23-2(2009).
- 陳松長, <岳麓秦簡中的兩條秦二世時期令文>, 《文物》 9(2015).
- 陳中龍, <從秦代官府年度律令校讎的制度論漢初《二年律令》的“二年”>, 簡帛網, http://www.bsm.org.cn/show_article.php?id=2550
- 秦濤, <律令時代的“議事以制”漢代集議制研究>, 西南政法大學博士學位論文(2014).
- 胡平生, “松柏漢簡“令丙九”釋解”, 簡帛網, http://www.bsm.org.cn/show_article.php?id=1014.

< Abstract >

One of the important issues about laws and decrees during Qin and Han dynasties is whether “law” and “decree” were mixed. There are two types of interpretation for this issue: 1) According to Cheng Shude, the law and the decree were not strictly distinguished in Han dynasty. Names of laws and decrees were mixed. Sometimes, the decree was called law as well. 2) According

to Kaoru Nakata, “decree turned into law” from the perspective of “conversion between law and decree”. The Decree of Gold and Cloth had been replaced by the Law of Gold and Cloth since a certain time. The author believes that the key to this problem is to analyze such terms as “incompliant to decree” and “incompliant to law” in the laws and decrees.

“Incompliant to decree” means “when disobeying the existing legal provisions (“decree or law”), the person will be penalized”. In terms of the existing provisions, the referents of “incompliant to decree” and “the decree is not applicable” here can be considered as the proviso for judging whether the provision is a decree or a law. Cheng Shude held that decrees were mixed with laws at that time. However, it’s not because decrees were mixed with laws that the Decree of Gold and Cloth could be mixed with the Law of Gold and Cloth. Instead, it was a phenomenon occurring during the sorting of terms in the period of the bamboo slips of Qin dynasty collected by Yuelu Academy of Classical Learning. It was wrongly interpreted as mixed use of names of decrees and laws by scholars of later ages.

Comparing “incompliant to law” and “incompliant to decree” from the Laws and Decrees of the Second Year with those from the laws of Qin dynasty, the sorting in the former is much clearer. In the 27 laws of the Laws and Decrees of the Second Year, “incompliant to decree” was only used once, and all the others were changed to “the law is not applicable” or “incompliant to law”. It can be seen that the principle of using the term “law” in laws and the term “decree” in decrees had been established at that time. Why? Because in the period of preparing the Laws and Decrees of the Second Year, the concepts of “law” and “decree” had been defined, so when “decree” was changed into “law”, it would be considered as contradictory to use “the decree is not applicable” under a law. It resulted from the sorting of concepts by the officials in charge of laws and decrees. Therefore, the author does not agree with the idea that “laws” and “decrees” were mixed in the period of Laws and Decrees of the Second Year. “Incompliant to decree”, “the decree is not applicable” and so on were still used

in imperial edicts. Afterwards, when “decree” was changed into “law”, “incompliant to decree” turned to “incompliant to law” as well. As “incompliant to decree” was not distinguished from “incompliant to law” in the past, there were scholars deeming that there was no difference between “decree” and “law”. The concepts of “law” and “decree” were established during the period of bamboo slips of Qin dynasty unearthed at Shuihudi. “Incompliant to decree” was not completely transferred to “incompliant to law” in early laws of Qin dynasty. From the bamboo slips of Qin dynasty collected by Yuelu Academy, “incompliant to law” was used more frequently. During the period of Laws and Decrees of the Second Year, based on existing concepts of law and decree, the preparation for laws and decrees was adjusted and unified, which has historical significance. Why wasn't “incompliant to decree” replaced by “incompliant to law” before the period of Laws and Decrees of the Second Year? It's because during the period of bamboo slips of Qin dynasty unearthed at Shuihudi and the period of bamboo slips of Qin dynasty collected by Yuelu Academy, the laws kept by the Central Censor Office had not been modified yet.

Key Words: the bamboo slips of Qin dynasty unearthed at Shuihudi(睡虎地秦簡), the bamboo slips of Qin dynasty collected by Yuelu Academy of Classical Learning(岳麓書院藏秦簡), The Zhangjiashan Han Wooden slips(張家山漢墓漢簡)

원고접수일	심사일정	1차수정	게재확정	출간
2016. 10. 24.	2016. 11. 27.	2016. 12. 02.	2016. 12. 12.	2016. 12. 31.

