

# 高麗初 別籍異財에 관한 法律의 制定

金 壽 泰

- |            |          |
|------------|----------|
| I. 머리말     | IV. 施行與否 |
| II. 唐律의 受容 | V. 맺음말   |
| III. 制定背景  |          |

## I. 머리말

주지하다시피 고려시대의 法制를 살펴보는 데에 있어서 가장 기본이 되는 사료는 高麗史 刑法志라고 할 수 있다. 그래서 刑法志는 법률을 통한 고려사회의 이해라는 점과 관련하여 일찍부터 여러가지 각도에서 관심의 대상이 되어 왔다. 그런데 이러한 연구의 대부분은 刑法志를 전반적으로 다룬 것이었다. 그 결과 刑法志는 中國 法制와 관련해서 唐이나 宋의 律令과 비교되기도 하였으며, 한편으로 고려사회에서 독자적으로 발생한 律令에 대한 관심도 가질 수 있었다. 또한 기본자료로서의 刑法志에 대한 자세한 검토를 통해서 고려율령에 대한 올바른 파악도 어느정도 가능하게 되었다.<sup>1)</sup>

그러나 이제 고려시대의 法制에 대한 연구의 방향은 새로이 달라져야 하지 않을까 생각된다. 즉 고려사 刑法志에 대한 전반적인 검토보다는 刑法志에 실린 律令의 具體的인 항목 하나 하나에 대한 세밀한 검토가 필요할 것으로 보인다. 왜냐하면 개개의 法이란 해당사회의 전반적인 상황과 관련하여 제정된 것이므로 각각의 法에 대한 보다 깊은 연구는 高麗社會

1) 尹熙勉, 「高麗史 刑法志 小考」, 『東亞研究』 6, 1985. 이 논문은 高麗史 刑法志에 대한 본격적인 연구라고 할 수 있다. 刑法志와 관련된 연구현황은 이 논문을 참고할 것.

의 이해에 큰 도움을 주리라 생각되기 때문이다. 물론 지금까지 歸鄉刑, 相避制 등에 대한 연구도 있었지만,<sup>2)</sup> 그러한 노력이 보다 적극적으로 추진되어야 한다는 점에서 더욱 그러하다.

따라서 본고에서는 그러한 작업의 일환으로서 高麗史 刑法志 戶婚條에 실려있는 別籍異財에 관한 法律을 구체적으로 검토해 보고자 한다. 이 法律은 家族의 分家와 財産의 相續에 대한 금지규정이라고 할 수 있다. 이 法律에 대하여는 지금까지 高麗時代의 家族律에 대한 연구를 비롯하여,<sup>3)</sup> 高麗社會의 家族構造에 대한 이해나,<sup>4)</sup> 財産의 相續問題와<sup>5)</sup> 관련하여 부분적으로나마 주목을 받아 왔다. 그러나 이러한 연구는 이 法律을 직접적으로 다룬 것이 아니었기 때문에 唐律과의 관계나 法律의 制定背景, 施

- 2) 歸鄉刑에 대하여는 文炳萬, 「麗代歸鄉考」, 『歷史學報』 24, 1974 이래로 많은 관심이 있었다.

北村秀仁, 「高麗時代의 歸鄉刑·充常戶刑について」, 『朝鮮學報』, 81, 1976.  
浜中昇, 「高麗における唐律の繼受と歸鄉刑·充常戶刑」, 『歷史學研究』, 483  
1980.

蔡雄錫, 「高麗時代의 歸鄉刑과 充常戶刑」, 『韓國史論』 9, 1983.

相避制에 대하여는 金東洙, 「高麗時代의 相避制」, 『歷史學報』 102, 1984 가 있다. 이밖에 구체적인 법률을 다룬 것은 아니지만 刑法志의 개별적인 항목만을 다룬 연구로 鄭容淑, 「高麗史 刑法志 奴婢項의 검토—撰者의 奴婢觀과 관련하여」, 『韓國史研究』 46, 1984 를 들 수 있다.

- 3) 李熙德, 「高麗律과 孝行思想」, 『歷史學報』 58, 1973 : 『高麗儒教政治思想의 研究』, 1984.  
4) 李佑成, 「高麗時代의 家族」, 『東洋學』 5, 1975 : 『韓國의 歷史像』, 1982.  
許興植, 「高麗時代의 家族構造」, 『高麗社會史研究』, 1981.  
———, 「高麗時代의 親族構造」, 同上.  
盧明鎬, 「高麗時代 親族組織의 研究狀況」, 『中央史論』 5, 1987 : 『高麗社會의 兩係의 親族組織 研究』, 서울대 박사학위논문, 1988.  
———, 「鄉村社會의 親族關係網과 家族」, 同上.

- 5) 旗田綱, 「高麗時代における土地の嫡長者相續と奴婢の子女均分相續」, 『朝鮮中世社會史의 研究』, 1972.

崔在錫, 「高麗時代의 家族과 親族」, 『韓國家族制度史研究』, 1983.

———, 「高麗時代 父母田의 子女均分相續再論」, 『韓國史研究』 44, 1984 : 『韓國古代社會史研究』, 1987.

許興植, 「高麗時代의 親族構造」, 1981.

이밖에 이 법률을 토지제도연구와 관련하여 언급한 姜晉哲, 「農民과 村落」, 『高麗土地制度史研究』, 1980 이 있다.

行與否 등의 문제에 대하여 의견의 불일치 뿐만 아니라 제대로 밝히지 못한 점이 있는 실정이다.

더우기 이 法律은 高麗時代의 身分制度의 운영에 직접적으로 연결되는 항목이라는 점에서 보다 자세한 검토를 필요로 한다. 왜냐하면 고려사회는 門閥貴族中心의 사회를 유지하기 위하여 身分의 세습을 원칙으로 하였는데, 그것이 바로 籍의 관리와 깊은 관련이 있었기 때문이다.<sup>6)</sup> 그러므로 이러한 연구를 통하여 기존의 연구에 나타나고 있는 의견의 혼란을 정리하는 한편, 고려시대의 신분제도에 대한 새로운 이해의 제기가 될 수 있기를 바란다.

## II. 唐律의 受容

高麗史 刑法志에 마련된 別籍異財에 대한 法律은 中國의 영향을 받아서 제정된 것이다. 그러므로 이러한 규정에 대한 올바른 이해를 위하여는 中國 法制와의 相異點을 우선 파악해 보아야 할 것이다.

中國의 경우 別籍異財에 관한 法律이 마련된 것은 唐代에 들어와서이다. 唐代 이전에 이미 別籍異財에 관한 法律이 마련되어 있었는지에 대하여는 學說이 나뉘어져 있는데,<sup>7)</sup> 그 어느 쪽도 명확한 사료로써 증명할 수 없는 실정이다. 그러나 唐의 律令에서는 그것에 대한 명확한 규정을 쉽게 찾아 볼 수 있다.

唐律에서 別籍異財에 대하여 규정하고 있는 바를 모두 들어보면 다음과 같다.

A-① 七曰 不孝 謂告言詛罵祖父母父母及祖父母父母在  
別籍異財 若供養有關 居父母喪 身自家娶……  
(唐律疏議 1, 名例, 十惡條)

6) 李基白, 「高麗時代 身分의 世襲과 變動」, 1969: 『民族과 歷史』, 1971.

7) 大塚勝美, 「唐代法における別籍異財の禁律に就て」, 『北九州大法政論集』 8—3·4, 1981, p.102.

- ② 諸祖父母父母在 而子孫別籍異財者 徒三年  
 (唐律疏議 12, 戶婚, 子孫不得別籍條)
- ③ 若祖父母父母 令別籍 及以子孫妄繼人後者 徒二年 子孫不坐 (同上)
- ④ 諸居父母喪生子 及兄弟別籍異財者 徒一年 (同上)

A—①은 名例, 十惡條에서 別籍異財에 대하여 언급하고 있는 것이며, ②, ③, ④는 戶婚, 子孫不得別籍條에서 규정하고 있는 내용이다. 그러니까 唐律에서는 名例와 戶婚의 양조목에서 別籍異財에 대한 규정을 마련하고 있다. A—①의 十惡條의 규정을 보면 別籍異財를 하는 경우, 그것은 부모에 대한 고발, 욕설이나 喪中嫁娶 등의 행위와 마찬가지로 不孝에 해당된다고 지적하고 있다. 그런데 여기에서는 따로이 처벌에 대한 규정을 마련하고 있지 않다. 그러나 A—②, ③, ④의 戶婚, 子孫不得別籍條를 보면 그와 같은 단순한 언급에 그치지 않고 각각의 경우마다 세분하여 그것에 대한 자세한 처벌규정까지를 마련하고 있음을 알 수 있다. 따라서 이러한 처벌규정을 자세히 살펴볼 필요가 있다.

처벌의 규정을 보면 祖父母·父母生存時와 死後服期間의 두시기로 나누고 있다. 우선 祖父母·父母生存時의 경우를 보면 그것은 또한 子孫이 스스로 別籍異財하는 경우와 祖父母·父母가 그것을 시키는 경우로 나누어서 언급하고 있다. 이 때 子孫은 스스로 別籍異財할 수 없다고 한다. 더우기 祖父母·父母에 의한 경우에도 別籍만은 시킬 수 없음을 강조하고 있다. 그런데 祖父母·父母가 시킬 경우에 있어서 別籍만을 지적하고 있을 뿐, 異財에 대해서는 전혀 언급하고 있지 않다는 사실은 주목된다고 하겠다. 한편 服內期間에는 祖父母·父母生存時의 경우와 달리 祖父母까지를 포함하지 않고 父母死後의 服期間에만 別籍異財를 금지시키고 있을 뿐이다. 그러므로 子孫은 父母死後의 일정기간이 경과하지 않고서는 스스로에 의해서는 別籍異財할 수 없다고 하겠다.

따라서 이러한 각각의 경우마다 처벌의 내용도 달리 규정되고 있다. 즉

徒 3년, 徒 2년, 徒 1년으로 조금씩 차이가 나타나고 있는 것이다. 그리고 祖父母·父母가 생존해 있을 경우 그들이 子孫에게 別籍을 시켰을 경우에는 그들의 子孫은 여기에 연루되어 처벌되지 않고, 다만 祖父母·父母만이 처벌의 대상이 되고 있다. 그러므로 이상의 唐律에 대한 검토를 통해서 볼 때 唐의 경우 別籍異財를 여러 경우로 나누어서 파악하고 있으며, 그 각각의 경우마다 엄격한 처벌규정을 마련하고 있음을 알 수 있다. 그 가운데에서도 특히 別籍의 문제에 대하여 異財와 달리 보다 큰 비중을 두고 있음을 또한 살필 수 있었다.

이와 같이 唐律에서 자세하고도 엄격한 규정이 마련된 別籍異財에 관한 法律은 중국에서는 이후 宋, 元, 明, 淸으로 계승되어 나갔으며,<sup>8)</sup> 한편으로 中國 이외의 지역에도 커다란 영향을 주었다. 唐代 이전과 달리 唐代法의 영향을 받으면서 독자적인 律令을 만든 日本·韓國의 경우를 보면 이러한 사실은 분명히 드러나고 있다.

日本의 경우,

B—祖父母父母在 而子孫別籍異財者 徒二年 若祖父母父母 令別籍 及以子孫妄繼人後者 徒?年(戶令義解 및 法曹至要抄)

라고 하여, 別籍異財에 관한 法律을 규정하고 있다.<sup>9)</sup> 그러나 唐律과 달리 약간의 차이가 있다. 즉 A—②, ③의 규정에 언급된 祖父母·父母 생존시의 문제만이 다루어지고 있으며, 父母 服內期間의 경우는 제외시키고 있다. 아울러 처벌에 있어서도 그 정도가 조금 완화되고 있음을 알 수 있다. 그러므로 일본에서는 唐律에서 규정된 別籍異財에 관한 法律이 약간씩 바뀌고 수용되고 있음을 살펴볼 수 있다고 하겠다.

이러한 현상은 韓國에서도 마찬가지가 아니었을까 한다. 한국의 경우

8) 宋刑統에서는 唐과 마찬가지로 名例, 十惡에서 언급하고 있으며, 元典章, 明律의 戶律에서, 淸律에서도 찾아진다(大塚勝美, 위의 論文, pp. 104~105).

9) 大塚勝美, 위의 論文, p. 103에서 재인용.

唐과 밀접한 관련을 맺고 있었던 新羅의 경우 여기에 관한 법률 규정은 찾아볼 수 없다. 그러나 高麗時代に 들어오면 비로소 그것을 찾아볼 수 있다.

C—祖父母父母在 子孫別籍異財 供養有關 徒二年 服內別籍 徒一年(高麗史 84, 刑法, 戶婚)

別籍異財에 대한 언급은 唐과 달리 刑法 가운데에서도 戶婚에서만 그것이 나오고 있다. 그리고 高麗時代に 만들어진 이 법률의 규정은 얼핏 살펴봐도 唐과는 많은 차이가 나고 있음을 알 수 있다. 그러나 기존의 연구에서는 이러한 차이점에 대하여 별로 주목하지 않았는데, 그 결과 이 법률의 受容問題, 法律의 制定背景 등에 대한 이해를 어렵게 했던 것 같다. 그러므로 唐律과의 자세한 비교·검토를 필요로 한다.

C의 高麗律과의 唐律을 비교해 보면, 우선 祖父母·父母 생존시와 服內期間의 둘로 나누어서 살피고 있는 점은 일치하고 있다. 그러나 祖父母 父母 생존시의 경우에 있어서 자손이 스스로 別籍異財 하는 경우에 대한 처벌규정만을 언급하고 있을 뿐, 祖父母·父母가 그것을 시키는 경우에 대한 처벌규정은 전혀 없다. 이 점은 일본과도 다르다고 할 수 있다.

한편 唐律과 달리 처벌규정에서는 別籍異財와 함께 供養有關의 문제를 언급하고 있어 주목된다. 그런데 이 기록에 대하여 기존의 연구에서는 이것은 高麗에만 있고 唐律에는 없는 독자적인 것으로 고려에서 삼입한 것이라고 보았다.<sup>10)</sup> 그러나 이것은 唐律에 대한 잘못된 이해에서 비롯된 것이 아닐까 한다. 왜냐하면 앞서 검토한 A—①의 唐律에서는 이미 別籍異財와 함께 供養有關에 대한 기록을 언급하고 있기 때문이다. 그리고 唐律에서는 供養有關에 대하여

諸子孫違犯教令 及供養有關者 徒二年 (唐律疏義 24, 鬪訟, 子孫違犯教令條)

10) 李佑成, 「高麗時代의 家族」, p. 166.

라고 하여, 따로이 처벌규정을 마련하고 있는 것이다.<sup>11)</sup>

한편 처벌의 내용에 있어서도 일본의 경우에서처럼 중국보다 완화되고 있다고 할 수 있다. 그래서 이러한 처벌규정에 대하여도 誤植이 아닌가 하는 의문이 제기되기도 하였지만,<sup>12)</sup> 그것은 이미 지적하였듯이 위의 기록에 대한 이해의 부족에서 나온 것이라고 할 수 있다. 중국의 경우에서도 A-③에서 보이듯이 別籍異財와 관련한 처벌의 내용중에서 徒 2년을 찾아 볼 수 있으며, 또한 唐律에서 供養有關의 경우 처벌할 때 앞서 살펴 보았듯이 徒 2년으로 하고 있기 때문이다. 따라서 일본의 경우처럼 唐律과 달리 減刑된 것으로 이해하는 것이 옳을 듯 하다.

그리고 父母死後의 服內期間의 문제를 보면 중국과 달리 父母의 경우에만 국한시키지 않고, 祖父母까지 포함시키고 있는 사실도 다르다. 또한 이때에 있어서도 중국과 달리 別籍異財를 모두 언급하지 않고, 단지 別籍의 문제만이 다루어지고 있다. 그러나 처벌의 내용에 있어서는 唐과 같이 徒 1년으로 규정되고 있다. 그러므로 子孫은 唐과 마찬가지로 父母死後의 일정기간이 지나지 않고서는 別籍할 수 없음을 알 수 있다. 이러한 점에서 볼 때 高麗에서도 唐과 마찬가지로 別籍異財에 관한 법률이 別籍의 금지에 비중을 두고 있다고 할 수 있다.

이상의 검토를 통해서 볼 때 C의 高麗律은 日本의 경우에서처럼 唐律을 수용함에 있어서 唐律을 선별하고, 또한 그러한 과정에서 고려의 실제상황에 알맞게끔 수정한 것이 아닐까 생각된다.<sup>13)</sup> 이러한 사실은 다음의 기록에서

11) 따라서 이 경우 C의 사료는 祖父母·父母가 생존해 있을 경우 子孫이 別籍異財하여 供養에 關함이 있다면 徒 2년이라고 해석하기보다는 祖父母·父母가 생존해 있을 경우 別籍異財하는 경우와 供養에 關함이 있는 경우 徒 2년으로 각각 구별하여 이해·해석될 수도 있다. 즉 이 경우 徒 2년의 처벌은 別籍異財와 供養有關의 두 경우에 각각 해당하는 것이 된다(李熙德, 「高麗律과 孝行思想」, pp. 230~233).

12) 李熙德, 「李佑成의 高麗時代의 家族에 대한 토론」, 『東洋學』 5, 1975, p. 676.

13) 盧明鎬, 「高麗時代 親族組織의 研究狀況」, p. 15.

D—高麗一代之制 大抵皆倣乎唐 至於刑法 亦採唐律 參酌時宜而用之(中略)總七十一條 削煩取簡 行之一時 亦不可謂無據(高麗史 84, 刑法, 序)

라고 했듯이, 고려에서 唐律을 取簡하여 時宜에 맞게 참작하여 고려의 刑法에 使用하였다는 점에서도 확인이 된다고 하겠다.

### Ⅲ. 制定背景

그러면 계속해서 이제 고려시대에 이러한 法律이 왜 제정되었는지를 알아 볼 필요가 있겠다. 기존의 연구에서는 약간의 언급이 있을 뿐, 그것에 대한 상세한 검토가 전혀 행해져 있지 않았다.

먼저 기존의 연구를 살펴보자. 우선 家族倫理的인 측면에서 다른 연구를 찾아볼 수 있다.<sup>14)</sup> 이것은 高麗律에 나타난 孝行思想의 검토를 통하여 서였다. 新羅와는 달리 高麗에서는 본격적으로 儒敎的인 이념의 구현을 위하여 노력한 결과 가족윤리적인 측면에서 특히 孝思想을 강조하게 되었는데, 그것이 구체적으로 法制化되어 나타난 것이 바로 이 법률이라는 것이다.

이러한 설명은 고려사회가 전시대보다 여러모로 儒敎思想이 매우 강조되었다는 사실을 고려한다면 일견 타당해 보이기도 하다. 그러나 이 법률의 제정배경으로서 너무 儒敎的인 측면을 부각시킨 것이 아닐까 한다. 왜냐하면 唐律과 달리 高麗律에서는 이미 지적되고 있듯이 不孝에 대한 항목이 독립적으로 설정되고 있지 않으며, 더우기 唐律에서 不孝로 규정한 조문들 중에서도 빠져 있는 부분이 나온다는 점과<sup>15)</sup> 또한 거기에 해당하는 법률의 처벌 정도도 한결 완화되어서 규정되고 있는 사실에 주목해 볼

14) 李熙德, 「高麗律과 孝行思想」, pp. 225~233 와 「李佑成의 論文에 대한 토론」, p. 676.

15) 李熙德, 「高麗律과 孝行思想」, pp. 235~237.

필요가 있기 때문이다. 더우기 고려사회를 전반적으로 살펴보면 역시 儒敎의인 측면보다는 佛敎의인 생활신앙이라는 요소가 보다 지배적이었다는 사실에서도 그러하다.<sup>16)</sup> 따라서 法律制定에 있어서 이러한 儒敎의인 요소를 하나의 요인으로 생각할 수 있다고 하더라도 보다 중요한 배경은 역시 다른 곳에서 찾아야 할 것으로 보인다.<sup>17)</sup>

그것은 이 법률이 고려중앙정부에 의하여 제정되었다는 사실에서 國家의 특별한 목적이 있지 않았을까 하는 점에 서 있다. 왜냐하면 戶籍을 달리 한다는지, 財産을 달리 한다는 사실은 國家의 측면에서 파악할 때 국가의 통치와 밀접히 연결된 중요한 문제로서 커다란 영향을 주는 일이기 때문이다. 그러므로 그것의 혼란이란 戶口調査라든지, 租稅徵收, 身分制度의 운영 등의 문제를 제대로 통제·파악할 수 없게 한다. 이러한 까닭에 社會經濟的인 측면에서의 검토가 또한 필요하지 않을까 생각된다.

그런한 측면에서의 연구로는 고려 사회의 家族編制를 다룬 연구에서 언급한 것을 들 수 있다.<sup>18)</sup> C에 나오는 供養有關이라는 기록에 주목하여 그 배경을 살핀 것이다. 이 기록은 唐과 달리 高麗에서 새로이 삽입한 것으로 법률 제정을 살피는 중요한 단서라는 것이다. 그래서 父母에 대해서 일단 分家해 나간 자식의 경우 同一家族이 아니기 때문에 그 결과 父母의 봉양에 소홀해져 심한 경우 전혀 責任을 지지 않는 일도 있어 이러한 法律이 제정된 것으로 보고 있다. 즉 고려와 같이 生産力이 빈약한 사회에서 부유한 양반층에서는 별로 문제가 되지 않겠지만, 특히 어려운 생활을 감수해야 하는 하층민들 가운데에서 만일 分家한 자식이 父母를 돌보지 않을 때에는 참으로 곤란한 문제가 발생하기 때문에 이와 같은 사정이 감안되어 법률이 만들어졌다는 것이다.<sup>19)</sup>

16) 李佑成, 「李熙德의 討論에 대한 대답」, 『東洋學』 5, p. 680.

17) 大塚勝美, 앞의 論文, p. 104. 특히 唐에서 父母가 子息에게 別籍異財시키는 경우에 대한 처벌이 또한 마련되고 있는 데에서도 짐작된다고 하겠다.

18) 李佑成, 「高麗時代의 家族」, pp. 163~164.

19) 盧明鎬, 「鄉村社會의 親族關係網과 家族」, p. 76에서도 이러한 설명을 따르

그런데 이러한 설명은 비록 經濟的인 요소를 고려하였다고는 하지만, 역시 부모에 대한 효도라는 측면을 벗어나지 못했다고 하겠다. 더우기 供養有闕이라는 기록은 이미 살펴 본 것처럼 고려시대에 와서 중국과 달리 새롭게 삽입된 규정이 아니며 별개의 내용규정으로도 볼 수 있기 때문이다. 따라서 이러한 설명 역시 制定背景에 대하여 만족스러운 것은 아니라고 할 수 있다.

그러나 이 점에 있어서 당나라에서 이 法律을 제정하게 된 배경에 대한 설명은 자못 주목을 끌게 한다. 그것은 단순히 家族倫理的인 측면에서가 아니라 국가와 관련하여 社會經濟的인 요인을 더욱 고려하고 있기 때문이다. 그것은 均田·租庸調과 관련해서 살핀 연구이다.<sup>20)</sup>

즉 唐에서 실시된 均田制는 대토지소유의 발전과 농민의 몰락을 국가가 어느 정도로 저지시키기 위하여 土地와 農民을 일치시켜 마련한 제도이며 이러한 均田制를 바탕으로 균전제에 규정된 토지를 받건 받지 않건간에 일률적으로 농민으로부터 규정된 租庸調를 징수하였다고 한다. 그런데 이러한 制度는 무엇보다도 戶籍制度의 올바른 운영을 통하지 않고서는 이루어질 수 없었던 것이다. 따라서 이러한 작업은 백성들로 하여금 課役을 부담하는 課戶와 담당을 면하는 不課戶로 구별하여 파악하게 만들었다. 그 결과 백성들은 課役의 부담을 면제하기 위하여 戶籍을 허위로 기록하는 일이 나타나게 되었으며, 시간이 흐를수록 이런 폐단은 더욱 심해졌던 것이다. 이러한 까닭에 唐에서는 이러한 폐단을 방지하기 위하여 결국 別籍異財에 관한 법률을 제정하게 되었다는 설명이다.

그러므로 이러한 法制定의 정신이 高麗時代의 法律制定時에도 반영된 것이 아닐까 생각된다. 왜냐하면 위의 연구는 戶籍制度와 관련하여서 이 법률의 제정배경을 살폈기 때문이다. 그것은 唐律에서나 高麗律에서 異財보다도 특히 別籍의 문제를 강조하고 있는 점에 주목해서도 그러하다. 또

고 있다.

20) 大塚勝美, 앞의 論文, pp. 108~111.

한 異財의 문제도 역시 別籍을 바탕으로 해서 이루어지는 문제로 보이기 때문이다. 사실 後三國을 통일한 고려 중앙정부가 부딪쳤던 가장 중요한 사회적 문제의 하나는 바로 農民의 몰락저지와 당시 대규모적으로 발생한 流民의 새로운 정착이었던 것이다.<sup>21)</sup> 新羅末이래 貴族과 寺院의 大土地所有로 말미암아 발생한 소농민의 몰락과<sup>22)</sup> 그 결과 발생한 유민들로 말미암아 이들 백성의 戶籍이 매우 혼란된 상태에 놓이게 되었으며, 이들의 경제적 상태는 매우 열악하였기 때문이다. 이러한 까닭에 高麗는 국가적 차원에서 이들 백성들의 경제적 상태를 개선하고 이들을 국가의 통제하에 놓는 우선적인 작업은 바로 戶籍制度의 정비라고 생각했던 것 같다. 그러므로 이들 백성의 이동을 확인하거나 정지시키기 위하여 籍을 바로 잡을 수 있도록 하는 籍의 재확인 혹은 재정리하는 작업이 필요하게 되었을 것이다.<sup>23)</sup> 또한 이러한 작업의 진행과 함께 이것을 계속적으로 유지시켜가기 위한 법제정이 필요했던 것이 아닐까 한다.

그런데 이와 같이 戶籍制度의 문란을 방지하는 법이란 이미 脫戶에 대한 규정을 통하여 할 수가 있었다. 高麗史 刑法志 戶婚條를 보면,

家長漏口 及增減年壯免課役者 一口徒一年 二口一年半 五口二年 七口二年半 九口三年 若增減非免課役 四口爲一口 罪止徒一年半

라고 하여 脫戶에 대한 처벌규정을 마련하고 있는 것이다. 그러면 왜 이와 같이 戶籍制度和 관련된 새로운 법률이 필요했던 것일까. 보다 자세한 검토를 필요로 한다고 하겠다.

그것은 고려시대 身分制度의 형성과 밀접한 연결이 있는 것이 아닐까 한다. 주지하다시피 신라의 骨品體制가 무너진 뒤에 高麗의 새로운 지배 세력은 새로운 형태의 신분제도를 필요로 했던 것이다.<sup>24)</sup> 이 때 새로이

21) 流民의 문제에 대해서는 金光洙, 「羅末의 社會變動」, 『韓國史研究入門』, 1987, p. 149 이 참고된다.

22) 李基東, 「新羅喪亡史觀의 概要」, 『韓治勛紀念史學論叢』, 1981, p. 149.

23) 拙稿, 「高麗 本貫制度의 成立」, 『震檀學報』 51, 1981, pp. 58~59. 이것은 本貫制度의 성립을 籍의 문제와 연결시켜서 생각해 본 것이다.

만들어진 고려의 身分制度는 국가의 행정기구에 참여하는 일정한 정치적 기능 즉 役을 토대로 하여 짜여진 것이었다. 또한 이 役은 個人이 아니라 氏族을 단위로 하여 부과되었으며, 그 결과 대대로 세습되었다. 그러므로 役의 세습은 곧 役을 담당하는 氏族身分의 세습을 의미하는 것이었다.

그런데 이러한 身分制度의 운영을 위하여 고려 중앙정부 즉 國家가 기본적으로 필요로 한 것은 바로 氏族을 단위로 하여 籍을 만드는 것이었다. 왜냐하면 이 籍은 役을 담당하는 인원을 확보하고, 그 권리와 의무를 확실하게 주는 公的인 證書와 같은 구실을 하였기 때문이다. 그런데 이와 같이 職役과 身分에 따르는 특수한 籍은 바로 戶籍이 바탕이 되었던 것이다.<sup>25)</sup> 그러므로 役을 담당하는 인원의 계속적인 확보를 위하여는 국가에서는 籍에 대한 관리가 반드시 필요하였을 것이며, 이러한 까닭에 국가에 의하여 인정되지 않는 무원칙적인 籍의 분리는 법률로써 금지할 필요가 있었을 것이다.

한편 이와 같이 籍을 통한 役을 담당하는 인원의 계속적인 확보는 바로 財産의 분할을 금지시키는 규정을 아울러 필요로 했던 것이 아닐까 한다. 왜냐하면 그것은 役을 담당하는 氏族身分의 經濟的인 기반을 확보하는 문제와 서로 밀접히 연결되어 있기 때문이다. 이러한 사실은 고려시대 軍人身分의 세습과 그것과 연결되어 있는 軍人田의 경영을 통하여 쉽게 확인할 수 있다. 軍役을 담당하는 軍戶는 군인과 그 후계자인 그의 자손·친척으로 구성되어 있었는데, 군인전 역시 군인에게 지급되기는 하지만 실제로 군호에게 지급된 것이었기 때문이다. 이것을 흔히 軍戶連立과 田丁連立이라고 하고 있다.<sup>26)</sup> 이와 같이 役의 연대적인 부담과 財産의 공동관리는 서로 연결되어 있었던 것이다.<sup>27)</sup> 따라서 國家에서 규정한 원칙을 벗

24) 李基白, 「高麗時代 身分의 世襲과 變動」, pp. 94~96. 이러한 신분제도는 班體制라고 부를 수 있다고 하면서, 이것은 바로 고려시대 文班을 중심으로 하는 門閥貴族中心의 身分制度를 유지시키기 위한 것이라고 한다.

25) 許興植, 「高麗時代의 戶口成籍과 그 效用」, 『高麗社會史研究』, p. 11.

26) 李基白, 「高麗軍役考」, 『高麗兵制史研究』, 1977, pp. 141~149.

어난 무분별한 재산의 분리는 役을 담당하는 氏族身分의 경제적 기반을 무너뜨리는 기능을 하므로, 국가에서는 이것에 대하여도 함께 처벌규정을 마련할 필요가 있지 않았을까 한다.

이와 같이 국가의 관점에서 볼 때 이러한 籍의 관리는 매우 중요한 문제였던 것이다. 그러므로 개인에 의하여 무원칙적으로 籍이 분리되는 현상은 국가적으로 매우 중요한 사건이었다. 그래서 唐이나 高麗에서 모두 공통적으로 別籍의 문제를 특히 강조하였던 것이다. 그래서 국가에서는 그것을 방지하기 위하여 戶籍制度和 관련한 새로운 법률적인 대책이 필요했던 것이 아닐까 한다.<sup>27)</sup> 그러므로 이제 국가가 허용하는 원칙에 의하지 않고서는 別籍異財는 이루어질 수 없게 된 것이다. 한편 이러한 法律的인 정비를 통하여 국가는 백성들에 대한 통제·파악도 손쉽게 할 수 있게 되었으며, 신분제도의 운영 또한 원활히 할 수 있게 되었을 것으로 보인다.

그러므로 이 법률은 고려초 戶籍制度의 정비와 법률에 대한 정비가 공통적으로 이루어지는 시기에 만들어졌을 것으로 보인다. 그 시기는 高麗初 대체적으로 보아 制度의 개혁이 활발해지고 유교적인 이념을 바탕으로 하여 中央集權的인 貴族政治體制를 확립해 나가던 成宗代일 가능성이 클 것으로 보인다. 왜냐하면 고려초 건국 이래로 추진되어 오던 호적작성이 정치적인 안정과 함께 보다 제도적으로 완비한 것이 이 시기로 생각되며,<sup>28)</sup> 또한 唐律을 극복하고 新羅이래의 律令과 高麗의 法令, 그리고 唐

27) 許興植, 「高麗時代의 親族構造」, p. 325 에서도 連立이란 토지의 공동관리와 役의 연대적인 부담을 의미한다고 한다.

28) 이러한 점에서 볼 때 고려의 戶籍記載方式은 신라와 약간 달라지는 것이 아닌가 하는 추측을 낳게 한다. 新羅時代의 경우 자세한 것은 살필 수 없지만 촌락문서인 新羅帳籍을 통해서 대체적인 것을 짐작해 본다면 재산과 호구에 대한 것이 함께 기록되고 있는 것이다. 그러나 高麗時代에 들어와서는 신라말의 혼란을 겪으면서 재산과 호구를 분리해서 파악할 필요를 느낀 것이 아닌가 추측되기 때문이다. 그런데 高麗前期의 것은 확인되지 않고 있으며, 高麗後期에서는 호구와 토지가 구분되어 파악되고 있음이 사례로서 확인된다 (許興植, 「高麗時代의 戶口成籍과 그 效用」, pp. 9~10).

29) 현재 고려시대의 戶籍으로 前期의 것은 古文書形態로 남아 있는 것이 없다.

律을 함께 참작하여서 체계적인 高麗律令을 편찬한 것도 成宗代로 보이기 때문이다.<sup>30)</sup>

#### Ⅳ. 施行與否

이러한 社會經濟的 배경속에서 법제화된 別籍異財에 관한 법률이 高麗 時代에 과연 실시된 것일까. 왜냐하면 기존의 연구에서는 이러한 법률이 현실적으로 고려사회에서 시행되었는지의 여부에 대한 논란이 있기 때문이다. 그러므로 부정적인 견해와 긍정적인 견해를 중심으로 법률의 施行 與否에 대한 자세한 검토를 해보자.

먼저 이 법률의 시행에 대한 부정적인 견해를 보자. 가족편제의 연구와 관련하여 언급한 견해가 부정적인 견해의 대표적인 것이라고 할 수 있다.<sup>31)</sup> 이 분가금지안 역시 상당한 부분 唐律을 그대로 가지고 온 것인만큼, 어느 정도 실질적인 의미를 가졌던 것인지를 알 수 없다고 한다. 더우기 이 법률에는 分家禁止가 부모생존시라는 한정기간이 조건부로 되어 있으며, 또한 唐律과 달리 供養有闕이라는 단서가 붙어있기 때문에 부모 공양에 문제만 없다면 부모의 생존시에도 分家가 일반적이었을 것이라는 것이다. 그러므로 이와 같이 형제간의 분가가 본질적인 추세로 되어 있는 고려사회에 있어서 이 법률은 일시적 제동으로 자기 기능을 한정했을 따름이며, 거의 시행되지 않았을 것이라는 것이다. 한편 家族의 分家와 관

---

그러나 다른 지방문서를 통하여 高麗前期에도 건국 이래로 戶籍作成이 추진되어 왔음을 쉽게 확인할 수 있다. 그러나 그 가운데에서도 뒤에 轉寫된 것이지만 『慶州府尹先生案』에는 成宗 5년에 「內外戶口施行」이라 하여 戶籍作成이 있었음을 특별히 기록하고 있는 것은 주목된다. 왜냐하면 成宗 2년에 地方 度制가 정비되고 지방관이 파견되고 있는 점을 고려할 때 호적작성에 있어서도 이 때 보다 제도적으로 보완되면서 지방관과 향리의 협조속에 그와 같은 호적작성이 가능했으리라 생각되기 때문이다.

30) 尹熙勉, 앞의 論文, p. 353.

31) 李祐成, 앞의 論文, pp. 165~166.

런된 이러한 설명은 적은 사례이지만 父의 생존시에도 子가 戶主로 되는 경우가 발견된다는 사실과 관련하여 최근에 들어와서 다시 지지를 받고 있다.<sup>32)</sup>

이러한 설명과 달리 財産의 相續問題와 관련된 부정적인 설명을 또한 살펴볼 수 있다.<sup>33)</sup> 이것 역시 이 법률에 대하여 唐律을 모방·제작한 것으로 생각되므로 실제로 행해졌다고 생각할 수 없다는 것을 전제로 하고 있다. 또한 婚姻式이 高麗와 唐과의 사이에 상당한 차이가 나므로 그러한 추정이 더욱 가능하다는 것이다. 그러나 무엇보다도 分財時期의 문제와 관련하여 아들에게만 재산을 상속시키는 唐과는 달리 딸에게도 아들과 똑같이 재산을 均分相續시키는 高麗에서 조부모, 부모의 생존시에 異財를 할 수 없다는 위의 규정을 만일 지키려면 조부모나 부모가 사망할 때까지는 수십년이 경과하므로 실제 딸에게는 財産相續을 시킬 수 없게 되기 때문에 실제로 시행될 수 없다는 것이다.

그러나 이러한 부정적인 견해와는 달리 이 법률의 시행에 대한 긍정적인 견해도 찾아볼 수 있다. 우선 家族倫理의 측면에서 이 法律을 다룬 研究에서 살펴볼 수 있다.<sup>34)</sup> 여기에서는 唐律의 영향을 받아서 제정된 高麗의 家族律이 얼마만큼 사회에 허용되었는지는 문제가 된다는 조심스러운 태도를 가지면서도 이 법률의 경우 大家族制를 권장하고 있는 고려의 사회구조와 관련시켜서 볼 때 대체로 시행되었을 것으로 추측하고 있다. 이러한 측면에서의 연구와 달리 고려시대의 호적에 대하여 집중적인 연구를 한 연구에서는 보다 적극적으로 이 법률이 실제로 시행되었음을 주장하고 있어 주목된다.<sup>35)</sup> 즉 이것은 所謂 國寶戶籍과 함께 후대 族譜들에

32) 盧明鎬, 「高麗時代 親族組織의 研究狀況」, p. 12.

33) 崔在錫, 「高麗時代의 家族과 親族」, p. 284.

34) 李熙德, 「高麗律과 孝行思想」, p. 231와 「李佑成의 論文에 대한 토론」, pp. 678~679.

35) 許興植, 「高麗時代의 家族構造」, p. 299 와 p. 314 및 「高麗時代의 親族構造」, p. 333.

진재되어 오던 高麗時代의 여러 戶口單子 및 淮戶口를 조사하여 이 법률의 시행여부를 검토한 것인데, 고려시대의 戶籍에서는父가 살아 있으면서 子息이 戶主로 된 예를 찾아볼 수 없다는 것이다. 이러한 점으로 미루어 보아 戶主의 사망이전에 別籍異財의 금지를 규정한 법제가 준수되고 있었다고 해석되며, 여러 호적을 통하여서도 또한 입증되는 셈이라는 것이다. 그러나 朝鮮中期에 가까워지면서 父가 사망하기 전에 비로소 別籍하는 예가 생기는 것이 아닌가 하고 추측하고 있다.

이와 같이 이 법률의 施行與否에 대한 커다란 견해의 차이가 있지만, 이 법률은 고려시대에 대체적으로 시행되었던 것이 아닐까 생각된다. 그것은 무엇보다도 우선 지금까지의 연구에서 이 法律의 制定背景에 대한 이해를 소홀히 했던 사실을 지적할 수 있기 때문이다. 또한 唐律과의 관계를 보더라도 부정적인 견해를 표명하는 쪽에서 이 법률이 고려에서 唐律을 수용하면서 실제적인 기능을 발휘하도록 수정했으리라는 사실을 무시하고 있는 것이다. 그것은 이미 五服制에 관한 연구 등에서 살펴볼 수 있듯이 唐·宋의 법제 중에서도 고려에서 선별되고 고려의 상황에 맞게 수정되기도 하며 또한 나름대로의 실제적인 기능을 하고 있는 것이 발견되기 때문이다. 사실 唐·宋의 법제가 고려사회에서 어느 정도로 실시되었느냐에 대한 이해방식의 타당성여부는 고려시대에 대한 이해를 크게 갈라지게 하는 문제이다. 그러나 고려의 관계에서처럼 법률에서도 唐·宋制를 많이 참고·도입했다고 해서 곧 실제성이 없는 것이라고 하는 이해는 불식되어야 하리라 본다.<sup>36)</sup>

한편 家族의 分家와 관련된 문제에 있어서도 그러하다. 최근에 들어와서 戶籍에서 적은 사례이지만 分家の 예가 찾아진다고 주장되기도 하지만 그것은 이례적인 현상이 아닐까 한다. 왜냐하면 高麗後期の 戶籍이 대부분인 현재의 상황에서 볼 때, 거기에서는 分家の 예보다는 別籍되지 않은

36) 盧明鎬, 「高麗時代 親族組織의 研究狀況」, p. 15.

현상이 더 많이 찾아지므로 오히려 그것이 대부분이라고 할 수 밖에 없기 때문이다. 또한 高麗後期에 그러한 分家의 예가 찾아진다고 해서, 그것을 高麗前期로까지 소급시켜 적용하기는 더욱 어려운 것이 아닐까 싶다.<sup>37)</sup> 그러므로 고려시대에 父母生存時 分家が 일반적인 추세였다는 설명은 조금 무리가 있는 것으로 생각된다.

그리고 分財時期의 문제에 있어서는 부모생존시 分財를 허락한 예가 나오는 점을 고려해야 할 것으로 보인다.

益禱幼習武藝 不暇讀書 而性耿介 慕節義 恥與人爭 母嘗分財 別遺藏獲四十口 辭曰 以一男居五女間 烏忍苟得以累鵲鳩之仁 母義而從之(高麗史 104, 羅裕, 附益禱傳)

라고 하여, 모가 아들에게 재산을 상속시키려고 한 경우가 찾아지는 것이다. 또한 唐律과 다른 고려의 법률의 특징을 고려해야 할 것이다. 즉 고려의 법률에서는 부모가 別籍異財를 시키는 경우에 대한 처벌규정이 없으며, 또한 服內기간에 있어서도 異財에 대한 처벌규정이 없는 점으로 미루어 보아, 적어도 異財의 경우에는 別籍의 경우와는 다른 법률적용이 있었을 것으로 생각되기 때문이다.<sup>38)</sup> 그러므로 분제시기와 관련하여 子孫이 스스로 別籍異財할 수 없다고 규정한 이 법률이 시행되지 않았을 것이라는 주장은 좀 더 고려해 볼 필요가 있겠다.

다음으로 高麗律令의 변천과정과 관련하여 이 法律의 施行與否를 생각해 볼 수 있다. 거의 成宗代에 편찬되었으리라 생각되는 고려율령은 이후 몇차례의 개찬이 행하여졌다. 이 때 새로운 고려의 법령이 계속 제정되었지만, 한편으로 宋과의 외교 결과 새로운 刑律이 도입되기도 하였으며, 그 후 元의 간섭하에서도 元律이 도입되고, 麗末에 大明律의 수입과 함께 이

37) 한편 高麗後期에 분가의 예가 찾아지는 것은 이 법률의 붕괴문제와 관련시켜서 이해해야 할 것이다.

38) 부모생존시 分財가 불가능한 것은 아니지만 정상적인 것은 아닐 것으로 보는 견해도 있다(旗田綱, 앞의 論文, 347). 또한 財産의 형태가 매우 다양하다는 점도 고려해야 할 것으로 보인다.

러한 것들을 高麗律에 적용시키려는 노력이 또한 있었던 것이다.<sup>39)</sup> 그런데 이미 지적한 것처럼 宋이나 元, 明의 율령에서도 別籍異財에 관한 法律이 계승되고 있다는 점을 고려한다면 高麗初에 唐律을 수용하여서 만든 이 법률의 원칙은 그 이후의 시기에 있어서도 별다른 커다란 변화는 겪지 않았으리라 본다.

그러나 물론 고려사회의 역사적인 변동속에서 서서히 약간의 변화가 일어났던 것도 틀림없는 사실이라고 하겠다. 왜냐하면 이미 언급한 것처럼 고려후기의 現傳戶籍 중에서는 이례적으로 적은 사례이지만 父의 생존중에 子가 戶主가 된 예를 찾아볼 수 있다는 사실이 지적되고 있기 때문이다. 더우기 이 법률에 대한 처벌규정이 완화되는 宋, 元, 明律의 도입은 이러한 추세를 더욱 촉진시켜 나갔을 것이다.<sup>40)</sup> 따라서 이러한 사실을 모두 고려한다고 하더라도 別籍異財에 관한 법률은 고려시대 일대에 걸쳐서 적어도 門閥貴族中心의 身分制度가 충실히 유지된 高麗前期까지는 그 원칙이 대체로 엄격히 지켜지며 시행되어 갔으리라 보고도 좋지 않을까 한다. 또한 이 법률의 시행은 고려사회에 있어서 身分制度의 운영 뿐만이 아니라 가족구조의 문제라든지, 재산의 소유형태와 재산의 상속문제 등 다방면에 걸쳐서 커다란 영향을 미쳤을 것으로 생각된다.

## V. 맺음말

지금까지 高麗史 刑法志 戶婚條에 실려 있는 別籍異財에 관한 법률을 唐律과의 비교, 制定背景, 施行與否를 중심으로 해서 살펴보았다. 간단히 요약하여 결론에 대신하고자 한다.

高麗史 刑法志에 마련되어 있는 別籍異財에 관한 법률은 唐律의 영향을

39) 尹熙勉, 앞의 論文, p. 353.

40) 예를 들면 明의 경우 子孫이 別籍異財하는 경우 杖一百으로 減刑되고 있다. 이러한 현상은 元, 淸에서도 공통적이다. 唐 이후 나타나는 이러한 減刑에 대하여 大塚勝美는 법률이 習俗앞에 굴복하여 그 엄격함을 잃어버린 것이라고 설명하고 있다(앞의 論文, pp. 104~105).

받아서 제정된 것이다. 그러나 이 법률의 규정은 唐律과 상당한 차이가 드러나고 있다. 고려의 경우 子孫이 스스로 別籍異財하는 경우에 대한 처벌규정만이 마련되어 있을 뿐이다. 또한 처벌의 내용에 있어서도 중국보다도 완화되고 있다. 그러나 高麗에서도 唐과 마찬가지로 특히 別籍의 금지에 보다 큰 비중을 두고 있음은 공통적인 사실이었다. 그러므로 고려의 이 法律은 唐律을 수용함에 있어서 고려의 실제상황을 고려하여 그것을 알맞게끔 수정한 것이라고 하겠다.

그런데 이 法律이 만들어지게 된 배경은 역시 국가와 관련된 社會經濟的인 목적이 중요한 것으로 보인다. 왜냐하면 戶籍을 달리한다든지, 財産을 달리한다든지 하는 사실은 국가의 통치와 밀접히 연결된 중요한 문제이기 때문이다. 그것은 고려중앙정부가 身分制度의 운영과 관련하여 이 법률을 만들었다는 사실에서도 짐작된다. 신라의 골품제도가 무너지고 만들어진 고려의 새로운 신분제도는 신분의 세습을 원칙으로 하였는데, 그것은 籍의 관리와 깊은 관련이 있었기 때문이다. 국가는 役을 담당하는 인원의 계속적인 확보를 위하여 무원칙적인 籍의 분리를 법률로써 금지시켰으며, 한편으로 이것과 연결된 문제로써 役을 담당하는 씨족신분의 經濟的인 기반을 확보하기 위하여 재산의 분할을 금지시키는 규정을 아울러 마련했던 것이 아닐까 생각된다. 이러한 까닭에 이 법률이 제정된 시기는 대체적으로 활발한 제도의 개혁과 함께 고려올령이 체계적으로 편찬되는 成宗代일 것으로 여겨진다.

그러므로 이와 같은 배경 속에 제정된 이 법률은 고려시대 일대에 걸쳐서 적어도 高麗前期까지는 그 원칙이 대체적으로 엄격히 지켜지며 시행되어 갔으리라 생각된다. 물론 고려사회의 역사적인 변동속에서 서서히 이 법률에 대하여 변화가 일어났던 것도 틀림없는 사실이었지만, 이 법률의 시행은 고려사회에 있어서 身分制度의 운영 뿐만이 아니라 가족구조의 문제라든지, 재산의 소유형태와 재산의 상속문제 등 다방면에 걸쳐서 커다란 영향을 미쳤을 것으로 보인다.