

秦漢刑罰史研究의 현상*

初山 明**

목 차

- I. 머리말
- II. 기본 사료의 제시
- III. 刑期の 有無를 둘러싸고 : 隸臣妾의 위치 부여를 중심으로
 - 1. 無期說의 제창
 - 2. 有期說의 검토
 - 3. 無期說의 전개
- IV. 한문제의 형제개혁을 둘러싸고 : 《한서》 <형법지>의 해석을 중심으로
- V. 형벌의 원류를 찾아서
- VI. 맺음말

I. 머리말

본고는 睡虎地 秦簡이 미친 영향을 중심으로, 진한 형벌사 연구의 현상에 대한 학설사적 정리를 시도한 것이다. 구체적으로는 勞役刑 기간의 문제점 즉, 진대 노역형의 형기 유무와 漢文帝에 의한 刑制 개혁을 둘러싼 여러 학설에 대한 정리와

* 「秦漢刑罰史研究の現狀」, 『中國史學』 제5권, 中國史學會, 1995.10.

** 모미야마 아카라, 埼玉大學 教養學部 教授

비판이 중심이 된다. 저자는 이전에 「수호지 진간 연구안내」¹⁾를 집필할 때 약간의 관련 문헌을 들어 이 문제점을 약속했는데, 그 논문에서는 지면이 제한되었기 때문에 충분한 학설 비판을 할 수 없었다. 때문에, 양론이 併記된다는 인상을 줄 지도 모른다. 다행히 이번에 진한형벌사의 동향에 대해 논할 기회를 얻었기에, 이를 계기로 사료해석부터 시작하여 개개의 논점에 검토를 가하여, 학설의 타당성 여부에 대한 저자 나름의 평가를 내리기로 하겠다.

그러나 본고의 목적은 선행 학설에 대한 비판은 아니다. 사건에 의하면 형기유무라는 문제는 先秦시대를 포함한 중국고대형벌사의 구체적인 흐름을 푸는데 있어서 관건이 될 것이라고 생각된다. 바꿔 말하면, 이 문제에 관한 학설의 대립을 정리하는 것으로 중국고대사의 한 측면이 선명하게 부상될 것이라고 생각하는 것이다. 그것은 秦漢史와 先秦史의 교량 역할을 하는데 있어서, 좋은 題材를 제공해 줄 것이다. 따라서 본고는 진한형벌사의 학설정리임과 동시에 앞으로의 선진형벌사 연구를 위한 서설로서의 위치를 가진다.

또한 본문에서 수호지 진간을 인용할 때에는 원문을 掲出하지 않고 조문의 대의만 요약해 적겠다. 말이 뒤섞여져서 논점이 애매해지는 것을 피하기 위해서이다.

Ⅱ. 기본 사료의 제시

수호지 진간이 발견되기 이전에 진한형벌사 연구의 기본적인 사료는 후한시대 에 편찬된 班固의 《漢書》<형법지>와 衛宏의 《漢舊儀》였다. 알다시피 《한서》<형법지>는 3대 이후의 군사와 형벌의 연혁을 通論한 것이지만, 기원전 167년의 漢文帝에 의한 刑制 개혁을 기술한 단락에서 다양한 형벌의 명칭이 나타나는 것이 주목된다. 한편 《한구의》는 일찍이 散佚한 문헌이지만, 그 가운데 각종 노역형의 명칭과 형기에 대해 정리된 기술이 포함되어 있는 것이 輯本에 의해 볼 수 있다.

1) 梶山明, 「睡虎地秦簡研究案内」, 1993.

본장에서는 우선, 앞으로의 논의의 편의를 위해 이 두 개의 기본문헌에서 해당하는 사례를 뽑아내고자 한다. 우선, <형법지>의 문장을 단락별로 적겠다.

A : 天子憐悲其意, 遂下令曰, 制詔御史, …(中略)… 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.

B : 丞相張蒼·御史大夫馮敬奏言, …(中略)… 臣謹議, 請定律, 曰,

I. 諸當完者, 完爲城旦舂. 當黥者, 髡鉗爲城旦舂. 當劓者, 笞三百. 當斬左趾者, 笞五百. 當斬右趾, 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.

II. 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.

C : 制曰可.

A : 천자는 이를 대단히 애처롭게 생각하여 詔令을 내려서 말하기를, “御史大夫에게 制詔한다. <中略> 그 肉刑을 폐지하고 육형을 대신할 만한 다른 방법을 강구하도록 하라. 아울러 죄인에 대해서는 그 죄의 輕重에 따라서 服刑 기간내에 도망가지 않고 형기를 마치면 免해서 庶人으로 하라. 이상의 내용을 빠짐없이 갖추어 奏으로 하라”고 하였다.

B : 丞相 張蒼과 御史大夫 馮敬이 상주하여, “<中略> 저희들의 논의를 거쳐 정한 다음과 같은 律條를 請합니다.”

I. 무릇 이제까지 完刑에 해당하는 자는 고쳐서 完하여 城旦舂으로 하고, 黥刑에 해당하는 자는 髡鉗해서 城旦舂으로 한다. 劓刑에 해당하는 자는 笞三百으로 하고, 斬左趾에 해당하는 자는 笞五百으로 한다. 斬右趾에 해당하거나 살인하고 발각되기 전에 자수한 자, 뇌물을 받고 법을 어긴 관리, 관의 재물을 관리하는 직책에 있으면서 도둑질한 관리, 이미 판결을 받고 罪名이 정해진 뒤에 더욱 笞刑에 상당하는 죄를 범한 자는 모두 棄市로 한다.

II. 죄인의 獄이 이미 결정되어 完城旦舂인 자는 服役 三歲가 되면 鬼薪白粲이 되고 鬼薪白粲으로 一歲를 복역하면 隸臣妾이 된다. 隸臣妾이 복역 一歲이면 免하여 庶人으로 한다. 隸臣妾은 복역 二歲가 되면 司寇가 된다. 司寇 一歲 및 作如司寇는 복역 二歲로 免하여 庶人으로 한다. 그러나 逃亡을 하거나 거듭해서 耐罪 以上の 죄를 범한 자는 이 令을 적용받지 않는다. 이 법령의 시행 이전의 刑城旦舂으

로 몇 년간 복역하고 있으면서 禁錮되지 아니한 자는 完城旦舂의 歲數에 따라 면죄한다. 어리석은 자희들은 감히 위와 같이 上請합니다.

C : 皇帝가 조서를 내려 윤허하였다.²⁾

원래 이 개혁은 자신의 沒官과 맞바꾸어 아버지의 죄를 속죄하려고한 소녀 緹縈의 호소에 한문제가 감동된 것이 발단이 된다. 전체적으로는 A. 황제에 의한 법령화 명령, B. 명령에 대한 신하의 답신, C. 답신에 대한 황제의 재가의 세 부분으로 이루어져 있고 制詔에 의한 입법 과정의 한 전형이라고 해도 좋다.³⁾ A의 詔문이 “除肉刑, 有以易之”와 “罪人各以輕重, 不亡逃, 有年而免” 두 가지를 명하고 있는 것에 대응해 B의 奏對도 I · II 두 개의 부분으로 이루어져 있다. 이 가운데 I 부분이 黥이나 斬趾 등의 肉刑을 다른 형벌로 대체하는 것을 정한 이른바 「육형을 제거하는 개혁」인 것은 틀림없다. 한편 II부분은 노역형에 대한 寬刑 조치임에 틀림없지만, 그 구체적인 내용에 대해서는 여러 학자가 이해를 달리하는 점은 모두 뒤에서 기술하겠다.

이어서 《한구의》의 해당 부분을 孫星衍이 집교한 《平津館叢書》 판본에 따라 인용하겠다.

凡有罪, 男髡鉗爲城旦. 城旦者, 治城也. 女爲舂. 舂者, 治米也. 皆作五歲. 完四歲. 鬼薪三歲. 鬼薪者, 男當爲詞祀貴紳, 伐山之薪蒸也. 女爲白粲者, 以爲詞祀擇米也. 皆作三歲. 罪爲司寇, 司寇, 男備守, 女爲作如司寇, 皆作二歲. 男爲戍罰作, 女爲復作. 皆一歲到三月.

손성연이 이 말미에 “案此下疑有脫譌”라고 문구를 붙이고 있는 것은 “皆一歲”에서 句로 하고 “到三月”을 하문에 이어지는 것이라고 생각했기 때문이지만, 이것은 오히려 “1년에서 3개월에 이른다”라는 형기의 폭을 나타내는 표현일 것이다. 그렇다고 하면 여기에서 알아낼 수 있는 각종 刑役의 형기는 “髡鉗城旦舂 5년, 完

2) <역자주> : 충북대학교 사학과(林炳德) 교수가 번역한 『한서』의 형법지 전문(<http://imdh.knu.ac.kr/debate/ryulso/ryulso.html>)을 활용하였다.

3) 大庭修, 1963 「漢代制詔の形態」, 『秦漢法制史の研究』(創文社, 1982), 所收.

城旦舂 4년, 鬼薪白粲 3년, 司寇·作如司寇 2년, 戍罰作·復作 1년~3개월이 된다. 또한 이 《한구의》의 기재는 秦制, 즉 진의 제도를 전한 것이라고 보는 것이 전통적인 해석이었다.

이상의 두 가지 기본사료를 經絲[經絲]로 하고, 史書에 산견되는 다양한 관련 기사를 緯絲[緯絲]로 하여 한대의 신체형과 勞役刑[강제노동형] 전반에 걸쳐 상세한 검토를 가한 것이 濱口重國의 일련의 연구였다.⁴⁾ 하미구찌의 업적은 사료의 섭렵과 세밀한 독해에 근거하여, 각노역형의 형역내용을 해명한 것에 있다. 그리고 그 결과 얻어진 견해 가운데에는 刑名과 형역 내용이 전한 이래 점차 분리해 가는 경향에 있었다는 것이나, 무제 시기 이전에 존재하고 있던 隸臣妾刑이 형기 3년의 雜役刑이라고 추정할 것 등, 오늘날에도 참고할 만한 견해가 적지 않다.

그 가운데에서도 주목할 것은, <형법지> II 부분에 보이는 규정을 한문제에 의한 恩赦의 일종이라고 해석한 점이다.⁵⁾ 그에 의하면 이 부분 전체는 I과 같이 육형개정을 시행하는 것과 함께, “현재 完城旦舂 이하의 형벌을 내리는 형도에 대해, 이러 이리한 恩宥를 내려야 함을 규정한 것은 명료하다”라고 한다. 그리고 그 “은유” 내용으로서는 일단 가벼운 형역으로의 이행을 제시한 것이라고 생각했다. 즉 II의 모두의 한 구절은 그에 의하면 “현형이 완성단용형으로 복역3년에 치는 자는 남은 형을 鬼薪白粲으로 고쳐라”라고 읽던가, 혹은 “완성단용형으로 하여 이미 3년 복역을 채운 자는 남은 형기 가운데 최초의 1년간은 귀신백찬으로 하고 다음 1년간은 예신첩으로 한다. 이리하여 면제되어 서민이 된다”라고 독해된다. 그의 논문 전체로 볼 때는 비교적 눈에 띄지 않는 부분이지만, 이 한문제의 형제개혁에 대한 이해는 기억해 두면 좋을 것이다.

그러나 그의 연구에서도, 역시 판연하지 않은 부분은 남는다. 앞서 말한 개혁은 육형의 비정함을 호소한 上書에 기인한다. 따라서 우선 개혁해야 할 것은 육형이지 노역형이 아닌 것이다. 그럼에도 불구하고 한문제가 육형 개혁과 함께 형도로 “은유”하도록 제시하고 있는 것은 무슨 까닭일까? 그의 논문에서는 그 필연성을

4) 濱口重國, 1936 「漢代における強制勞動刑その他」; 濱口重國, 1937 「漢代の笞刑について」, 濱口重國, 1938 「漢代の鈇趾刑と曹魏の刑名」; 『秦漢隋唐史の研究』上卷(東京大學出版會, 1966), 所收

5) 濱口重國, 「漢代における強制勞動刑その他」, 1936.

알아낼 수 없다. II부분의 지시가 단순한 상황이 아니라고 한다면 그에 합당한 이유가 있을 것이다. 그렇지만 이 문제는 “肉刑의 제거와 형도로의 은전”이라는 병렬적 이해 이상으로는 깊게 추구되는 일없이 끝나버릴 것처럼 생각된다. 그것이 해명되는 것은 1975년 수호지 진간의 발견과 그 이후의 연구까지 기다려야만 했다. 그리고 그 해명으로 가는 길은 고대형벌사의 새로운 전망이 점차 열려 가는 과정이기도 했다.

Ⅲ. 刑期の 有無를 둘러싸고 : 隸臣妾⁶⁾의 위치 부여를 중심으로

1. 無期說의 제창

수호지 진간이 발견된 후, 학계에서 가장 많은 논점이 된 것은 진간에 자주 발견되는 예신첩의 신분에 대한 평가였다. 예신첩이란 앞서 말한 것처럼 《한서》 <형법지> 속에서는 죄수(刑徒)의 일종으로 나타난다. 그러나 그 노역 내용 등 구체적인 양상은 그다지 명확하지 않고, 또 「秦制」를 전하는 《한구의의》에 그 이름이 보이지 않는 점에서 秦에는 없고 漢에 이르러 만들어진 형벌일 것이라는 추정도 하고 있었다.⁷⁾ 그렇지만 진간 속에서는 예신첩을 언급하는 조항이 실로 57조나 포함되어 있고,⁸⁾ 그 표현 방법도 똑같지 않다. 수호지 진간의 발견에 의해 예신첩의 성격을 둘러싼 논의가 한꺼번에 활기를 띤 것도 사실 당연했다.

언뜻 보아도 알 수 있는 것처럼, “예신첩”이라는 명칭은 노예나 노비를 연상시킨다. 그러므로 예신첩을 둘러싼 논의가 먼저 계급 관계에 민감한 중국 학계에서

6) <역자주> : “예신첩”에 관하여 좀 더 자세한 내용을 파악하려면, 도미야 이파루(富谷至)지음 / 임병덕 · 임대희 옮김, 『유골의 증언 - 고대중국의 형벌』(서경문화사, 1999)의 제2장 진간의 형벌을 참조하기 바람.

7) 沈家本, 『歷代刑法分攷』

8) 黃展岳, 「雲夢秦律簡論」, 『考古學報』 1980-1.

노예제도와와의 관계로 이루어진 점도 충분히 이해할 수 있겠다. “노예제의 잔여”라는 말을 표제에 포함한 高敏의 논고⁹⁾는 그 전형이라고 해도 좋을 것이다. 논문의 결론을 요약하면, “官府 노예”인 예신첩은 “私家 노예”인 신첩과 함께 “노예제의 잔여”였지만, 봉건제적 생산관계 아래에서는 봉건적 수확제도의 보완물로서 기능하고 있었다. 즉 예신첩의 관유노예로서의 측면을 강조하고 노예제에서 봉건제로의 이행기의 특유한 신분으로서 위치 지운 점이 이 논문의 특징이다.

高恆의 저명한 논고¹⁰⁾도 또한 이러한 문제 상황의 산물이었다. 이 논문의 주 관심도 高敏과 마찬가지로, 노예제의 잔여에 의해 봉건적 수확관계를 보완하는 실례로써 예신첩을 위치 지우고 있다. 그리고 그 논증의 일환으로서 진의 예신첩이 형도이면서 노예적인 성격을 가진 점을 다음 세 가지 점에서 증명하려고 시도하였다.

첫째는 복역기간(刑期)에 관한 문제점이다. 수호지 진간에 의하면 예신첩이란 범죄의 결과로서 생긴 형도의 신분임에도 불구하고 형기의 규정이 조문의 어디에서도 찾아볼 수 없다. 이것은 즉 진의 예신첩이 형기가 없는 종신복역의 노예적인 신분이었다는 것을 의미하는 것이 아닐까. 또한 종신 신분이란 점에서는 예신첩 이외의 다른 형도도 역시 마찬가지이다.

둘째는 예신첩으로의 경로에 관한 문제이다. 진간에 보이는 예신첩은 자신의 범죄 외에도 친족의 범죄에 의해 籍沒되는 경우와 敵人이 投降해 온 경우라는 두 가지 경로에 의해 생겨난다. 이것은 춘추·전국시대의 收孥와 투항자를 노예화하는 관행과 일치하며, 예신첩의 노예적 성격을 증명할 수 있다.

셋째는 법률상의 지위이다. <법률답문>에 투서자를 잡은 자에게는 “臣妾 두명을 購한다”라는 규정이 있고, 예신첩이 賞賜品으로 되었던 것을 알 수 있다. 이것은 예신첩이 물품과 동등시되는 인격이 없는 존재였다는 것을 증명한다.

이상이 高恆이 주장하는 「예신첩= 관유노예」설의 근거이다. 한번 읽고도 알 수 있는 것처럼 둘째, 셋째 점은 논거로서는 조금 약하고 특히 셋째 점은 신첩과 예

9) 高敏, 「從出土『秦律』看秦的奴隸制殘餘」, 同 『雲夢秦簡初探』(河南人民出版社, 增訂本, 1981), 所收

10) 高恆, 1977 「秦律中“隸臣妾”問題的探討」, 同 『秦漢法制論考』(廈門大學出版社, 1994), 所收

신첩을 혼동하고 있다는 오류가 있다. 또 첫째도 형기의 규정이 사료에 나타나 있지 않았다는 것이 바로 無期의 증거가 되는 것은 아니다. 수호지 진간이 전체성을 가진 사료가 아닌 점은 항상 염두 해야 할 기본적인 인식이다.

그러나 그러한 결함은 있지만, 高恆의 논문은 그 후의 진한법제사 연구의 전개에 있어 선구적인 의의를 지녔다. 그것은 위의 첫째 점 즉, “진의 노역형에는 형기가 없고, 형도는 전부 종신 신분이었다”라는 학설¹¹⁾이 高恆에 의해 처음으로 제창되었기 때문이다. 그리고 더욱더 주목해야 할 점은, 그 방증으로서 한문제의 형제개혁에 새로운 해석을 한 것이다. 한문제의 詔文에서 말하는 “有年而免”이라는 것은 바로 형기의 설정에 대한 지시이며, 그것에 의해 지금까지 종신복역이었던 노역형이 유기형으로 고쳐졌다. 따라서 高恆는 “한문제의 형제개혁의 Ⅱ부분은 ‘각종 정도의 형기와 현재 복역하고 있는 자에 대한 감면방법을 규정’한 자료로서 읽을 수 있다”고 주장한 것이다. 진의 노역형은 유기인가 무기인가? 기원전 167년의 한문제의 형제개혁은 법제사상에서 어떻게 위치시킬 수 있는가? 이 두 가지 문제에 대해 연구자의 관심을 끌게 한 것이 高恆씨 논문의 학설사적 의의이다. 그리고 그것은 노예제론과는 별개의 새로운 지평을 열어, 진한 형벌사연구를 개척하게 된 것이다.

高恆의 논문 이후의 연구 조류는 형기의 유무와 한문제의 형제 개혁에 대한 평가를 기본으로 크게 3가지로 분류할 수 있다. 첫째는 高恆과 마찬가지로 진의 노역형에는 형기가 없고 그것을 설정하였거나 설정하도록 길을 연 점에 한문제의 형제개혁의 의의가 있다고 하는 무기설이고, 두번째는 隸臣妾을 종신 노예제 신분이라고 하는 점에서는 高恆의 설을 계승하지만, 城旦舂을 비롯한 다른 노역형은 모두 유기이며 한문제의 형제개혁은 형기의 설정을 주요한 목적으로 한 것이 아니라고 하는 설이 있다. 그리고 셋째는 둘째설을 더욱 철저하게 한 것으로 예신첩에는 무기의 관유노예와 함께 유기 刑徒가 있고, 진의 노역형은 이 형벌도 예신첩을 포함해 단계적인 형기체계를 갖추고 있었다고 하는 설이다. 이 설에 의하면 한문제의 형제 개혁에 대한 평가가 가장 소극적으로 된다. 둘째·셋째설은 일부 상이한 점이지만, 진의 노역제에 형기의 존재를 인정한다는 점에서 「유기설」로 일

11) 이하 이것을 “無期說”이라고 한다.

팔할 수 있을 것이다. 또한 첫째 설을 취하는 논자 가운데에는 자세히 보면 예신첩의 관유노예적 성격을 강조하는 자와 단순하게 정도로 보는 자가 포함되어 있는데, 양자의 차이는 조명을 비추는 방법의 차이에 지나지 않으며, 당시의 형도는 “범죄노예”라고 불러야 할 미분화된 존재였다고 생각되는 점은 모두 뒤에서 다시 기술하겠다.

그러면, 이어서 위의 3가지 설 가운데 대표적인 논고를 골라 논점을 정리하고 그 입론의 근거를 점검해 보겠다.

2. 有期說의 검토

행론의 형편상, 우선 둘째 설부터 들어보겠다. 이 설의 필두로 들 수 있는 것은 高敏의 논문¹²⁾이다. 앞의 高恆의 논문과 마찬가지로 논문의 주안점도 예신첩의 노예적 성격을 강조하는데 있다. 그의 주장은 예신첩의 내원은 한 사람의 형벌에 만 한하지 않으며, 거기에는 범죄자와 함께 많은 죄 없는 자들이 포함된다는 것이다. 그러므로 이러한 신분은 단순한 정도로 보는 것보다 오히려 관유노예로 규정하는 쪽이 어울린다는 것이다. 이 점에 관해서는 高恆의 앞의 논문과 본질적인 차이는 없다.

반면에 성단용 이하의 노역형에는 형기가 있었다고 하는 점에서 高敏의 견해는 高恆과 크게 다르다. 그럼 무엇을 근거로 유기라고 판단하는가? 高敏씨에 의하면 그것은 아래의 네 가지 점에 있다고 한다. 즉 ①“又繫城旦六歲(또 성단에 이어지는 것 6년)”라는 <법률답문>의 문언은 성단형의 형기가 6년이었던 것의 반영은 아닌가? ②“司寇가 부족한 경우는 城旦의 勞三歲 이상의 자를 면제하여 城旦司寇로 했다(免城旦勞三歲以上者, 以爲城旦司寇)”라는 <秦律十八種> 규정은 성단형의 형기가 사구의 형기 보다 3년 길다는 것을 의미하는 것이 아닌가? ③徭律에 “무리를 징발하여 짓게 한 울타리가 1년이 안되어 무너진 경우, 다시 그 무리에게 복구를 명령하고 그 사이의 노역일수는 요역기간에 산입하지 않는다(勿計爲徭)”라는 규정이 있는데 여기에서 ‘무리[徒]’는 형도를 가리키므로 “요역기간에 산입하지

12) 高敏, 「關於『秦律』中的“隸臣妾”問題質疑-讀『雲夢秦簡』札記兼與高恆同志商榷-」, 同上所收.

않는다(勿計爲徭)”란 刑徒에 刑期가 있었던 증거가 아닌가? ④“예신첩의 성단용에 연루된 자”가 도망하여 잡힌 경우, 태(笞)50대를 가한 위에, “備繫日” 즉, 잔여기간 동안 노역시킨다는 <秦律十八種>의 규정은 “예신첩의 성단용에 연루된 자”에 형기가 있었다는 증거가 아닌가.

이처럼 高敏의 논문에서는 진의 노역형 특히 성단형에 형기가 있었다고 주장한다. 그렇지만 한편으로 예신첩에서는 형기를 인정하지 않기 때문에 한문제의 형제개혁에 관한 평가에서는 좀더 다른 해석을 필요로 한다. 高敏은 “문제 조의 ‘有年而免’이라는 구절은 확실히 형기의 설정을 가리키고 있지만 그 대상은 어디까지나 예신첩에 한정된다. 왜냐하면 한 문제의 형제개혁은 원래 緹繫이 관노비가 되어 아버지의 죄를 속죄하고 싶다고 상서한 것에서 발단했기 때문”이라고 말한다. 이해하기 어려운 논리이지만 아버지 淳于公보다도 오히려 沒官을 청원한 딸 제영을 구하기 위해 文帝가 改制에 착수한 것이라는 점이 그가 말하고자 하는 바일 것이다.

유기설의 논거에 대해서는 나중에 언급하기로 하고 우선 한문제의 형제개혁에 대한 이해를 보면 高敏에 의한 이 해석에는 역시 무리가 있다고 할 수 있다. 《한서》 <형법지>에 적힌 문제의 조만 읽었을 경우, 예신첩을 특별시하는 표현은 어디에도 찾아볼 수 없기 때문이다. 高敏의 설은 예신첩 무기설을 맞추기위한 나머지 한문제의 형제개혁에 대한 이해가 부자연스럽게 되어버린 것이 아닐까?

黃展岳의 논고¹³⁾는 주요 논점에서는 高敏의 논문을 답습하지만, 한 문제의 형제개혁에 대해서는 그설을 비판하며 다음과 같은 이해를 제시하였다. 즉 문제가 “有年而免”이라고 한 말에 담긴 의도는, 형기의 설정이 그 운용을 맡는 관리에 의해 반드시 지켜진 것은 아니며 복역연한을 넘겨도 해방되지 않는 “有年不免”의 폐해를 볼 수 있는 것을 반성하고, 다시 형기의 준수를 엄명하는 것에 있었다고 한다. 또 그와 동시에 지금까지 종신 노예신분이었던 隸臣妾은 형기의 적용을 받음으로서 유기형도로 변화했다고 하는 것이다. 따라서 黃展岳에 의하면 한문제가 실시한 형제개혁의 획기적인 면은 “노예제의 잔여”인 예신첩이 순수한 형도가 된 것에 있다는 점이 될 것이다.

13) 黃展岳, 「雲夢秦律簡論」, 『考古學報』 1980-1

셋째 설로 옮기겠다. 이 설을 대표하는 것은 劉海年の 두 편의 논고¹⁴⁾로 유기 설을 가장 강력하게 주장한다. 그 논거는 아래 5개로 정리할 수 있겠다. ①衛宏과 如淳 등의 인식¹⁵⁾ ②“又繫城旦六歲”의 문언¹⁶⁾ ③“日未備”, “備繫日”의 문언¹⁷⁾ ④“免城旦勞三歲以上者, 以爲城旦司寇”¹⁸⁾라는 규정 ⑤형도에 贖身이 적용되는 점¹⁹⁾이다. 또한 예신첩에 대해서 그는 ⑥관유노비 예신첩과 형도 예신첩인 두 종류가 있고 전자는 속신(贖身)에 의해서만 서민이 될 수 있는 종신(終身)의 신분이었다는 인식을 나타내고 있다.²⁰⁾

이 가운데 ①은 오히려 진간의 발견에 의해 검증해야 할 사항으로 논거로서 제기하는 것은 적당하지 않다. 또, ⑤와 같은 “속신할 수 있기에 유기형이다”라는 논법은, ⑥의 “속신에 의해서만 서민이 될 수 있는 종신 신분”이라는 말과 모순되지만, ⑤가 잘못된 것이라는 것은 뒤에 다시 언급하기로 하겠다. 나머지 ②~④의 논거는 이미 高敏과 黃展岳에 의해 지적되었기에 결국 ⑥을 제외하면 제2설과 큰 차이는 없다. 바꾸어 말하면, 유기형도인 예신첩을 인정하는가 아닌가에 대해서는 제2설과 상이점이 있다고 할 수 있겠다.

그리고 이 점 때문에 한 문제의 형제개혁에 대한 평가는 제2설에 비해 보다 소극적인 것이 되지 않을 수 없다. 劉海年도 黃展岳과 마찬가지로 한문제의 조서에서 말하는 “有年而免”이란, 당시 형사 행정에만 볼 수 있었던 “有年而免” 풍조에 대해 기한대로 형도를 해방하도록 강력하게 지시한 말이었다고 해석하였다. 다만, 당시 이미 유기형의 형도인 예신첩이 존재했기에 문제의 조에 의해 형기가 설정되는 것은 겨우 관유노비인 예신첩에 한정된다. 즉, 문제 조령에 형기를 설정하려는 의도는 없었으며, 주안점은 어디까지나 규율의 준수·철저를 명령한 것에 있었다

14) 劉海年, 「秦律刑罰考析」, 中華書局編輯部編 『雲夢秦簡研究』 中華書局, 1981 所收; 劉海年, 「關於中國歲刑的起源- 兼談秦刑徒的刑期和隸臣妾的身分-」, 『法學研究』, 1985-5

15) 상계논문

16) 상계논문

17) 劉海年, 「關於中國歲刑的起源- 兼談秦刑徒的刑期和隸臣妾的身分-」, 『法學研究』, 1985-5

18) 劉海年, 「秦律刑罰考析」, 中華書局編輯部編 『雲夢秦簡研究』(中華書局, 1981), 所收; 劉海年, 「關於中國歲刑的起源- 兼談秦刑徒的刑期和隸臣妾的身分-」, 『法學研究』, 1985-5

19) 劉海年, 전계논문

20) 劉海年, 전계논문.

고 하는 것이 劉海年の 해석이다.

그런데 이처럼 제2, 제3설을 살펴보면 진의 노역형에 형기가 있었다고 하는 유기설의 논거는 결국 다음의 경우에 한정된 것을 알 수 있다. 즉 ①“又繫城旦六歲” 문언, ②“日未備”, “備繫日” 문언, ③“免城旦勞三歲以上者, 以爲城旦司寇” 규정, ④“勿計爲徭” 문언의 4가지이다. 제1설에 대해 소개하기 전에 이들 논거가 과연 유기설의 뒷받침이 될 수 있는지 어떤지에 대해 한번 검토해 보겠다.

우선 ④는 高敏의 둘째 논문에 보이는 논거인데, 이것은 분명히 高敏씨의 오해 일 것이다. 해당 문언은 확실히 ‘徒’에 노역 기한이 있었다고 나타내지만, 이 요율의 제1절은 전체적으로 농민에 대한 요역징발에 대해 규정한 것으로서, 여기서 언급된 ‘徒’라는 것은 그러한 요역에 종사하는 무리이다. 그것은 율문의 후단에 “성단용에 관부를 증축·수선시킬 경우에는 云云”이라고 형도의 노동에 대해 별도의 규정을 설정하고 있는 점에서도 증명된다.

이어서 ①인데, 이 문언을 근거로 성단용의 형기를 논할 수 없는 것은 이미 줄고²¹⁾에서 상세하게 서술했다. 그곳에서의 논증을 되풀이하지는 않겠는데, 요컨대 “又繫城旦六歲”란 附加刑으로서의 罰勞働을 나타내는 표현으로 본형의 성단이 6년형이었다는 것을 의미하는 것은 아니다. 그것은 무엇보다도 ‘又(더하여)’라는 문자에 의해 나타나지만, 거듭 말하면 ‘繫’라는 단어도 본형 이외의 특별히 형기를 제한한 강제노동을 가리켜 사용되는 말인 것 같다²²⁾.

그렇다고 한다면 앞의 ②의 논거도 또한 무너져 버릴 것이다. 왜냐하면 ‘繫日’이란 바로 그러한 ‘기간을 제한한 강제노동시간’이란 뜻이고, 또 ‘日未備도 성단용에 ‘묶여(繫)진 사람인 奴婢[사노비]이 “기간을 다 채우지 못하고 죽은 경우는 云云”이라는 문맥 속에 나타나고 있기 때문이다.

남은 ③에 대해서는 어떤가? 劉海年에 의하면 이 표현이야말로 《한구의》의 기술이 바름을 증명하는 것이라고 한다. 왜냐하면 “이미 복역한 3년 이상의 형기에 계속해 복역하는 사구의 형기 2년을 합치면 성단 본래의 형기 5~6년과 일치하기”

21) 柊山明, 「秦の隸身分とその起源- 隸臣妾問題によせて-」, 『史林』 第65卷 第6號, 1982.

22) 다음 예를 참조 “將上不仁邑里者而縱之, 何論. 當繫作如其所縱, 以須其得. 有爵, 作官府 <法律答問 63>; 이것은 邑리에 ‘不仁’한 자를 호송 도중에 놓친 경우, 도망자가 체포되기까지, 책임자가 不仁者가 본래 받아야 할 노역에 ‘묶여’진다고 하는 규정이다.

때문이다.²³⁾ 그러나 이것은 기묘한 논리이다. 성단 본래의 형기를 5~6년으로 산출하기 위해서는 사구의 형기를 2년으로 정하고 또한 “3년 이상”이라는 표현을 “3년 내지 4년”으로 읽어야만 한다. 즉 劉海年의 견해는 사구의 형기가 2년, 성단형도 5년을 넘지 않는다는 《한구의》의 기술을 전제로 하고 있다는 점에서 순환 논법에 빠져 있는 것이다. 만약 “3년 이상”이 5년이나 10년을 포함할 수도 있는 것이라면 그의 논리는 의미를 잃어버릴 것이다. 문제가 되는 <진률 18종> 규정은 “사구를 성단에서 보충할 경우에는 복역3년 미만의 신참자를 배당해서는 안 된다”는 이상의 의미를 갖지 않은 것은 아닐까.

한편, 이러한 중국에서의 여러 연구와는 별개의 시점에서 예신첩이 유기형이었다는 것을 증명하려고 시도한 것이 若江賢三의 일련의 논고이다.²⁴⁾ 그의 논고 저변에 깔린 것은 앞의 劉海年과 마찬가지로 “속신할 수 있기 때문에 유기”라는 논리였다. 그리고 그런 논리 위에서 있는 그는 대개 다음과 같은 순서로 형기를 「산출」해 보았다.²⁵⁾ ①<진률18종>의 “爵二級”을 돌려주어 친부모의 예신첩 한사람을 면제하는 것을 허용한다”는 규정에 의하면 예신첩형은 작2급과 동등한 가치가 있으며 <②《商君書》<境內>편의 “용케 甲首를 얻는 자는 작1급을 상준다”는 기재에 의하면 작1급이 一甲에 상당한다. ③그렇지만 진률의 여러 규정에서 판단해 보면 진의 벌금형으로는 一甲 = 二盾이라는 관계가 성립되며, ④<법률답문>에 “賞盾沒錢五千”이라는 부분에서 一盾 = 5千錢인 것을 알 수 있다. ⑤나아가 《한서》<食貨志>에서 인용하는 李悝의 말에서 판단하면 평균적인 농민의 일년간 총수입은 약 5천전이었다. 이상 ①~⑤에서 「예신첩형=爵二級=甲=4盾=2만錢=4년간의 농민수입」이라는 등식이 성립되며 예신첩형이 4년형으로 정해진 것이 추정된다.

이러한 若江의 논증은 차원이 다른 사료를 나열했다는 느낌이 있으며 행론에

23) 劉海年, 전개논문.

24) 若江賢三, 「秦漢時代の勞役刑 -ことに隸臣妾の刑期について-」, 『東洋史論』 第1號, 1980; 若江賢三, 「秦律における贖刑制度 -秦律の體系的把握への試論-(上)(下)』愛媛大學法文學部論集』文學科編 第18・19號, 1985・6; 若江賢三, 「秦律における勞役刑の刑期再論」(上)(下)(同上, 第25・27號, 1992・4

25) 상계논문.

조금 불안을 느끼게 된다. 이러한 논법으로 나간다면, 예를 들어 “百姓內粟千石, 拜爵一級(《史記》<秦始皇>本紀)”과 “繫城旦舂, 公食當責者, 石三十錢(睡虎地秦簡 <司空律>)”의 두 가지 사료에서 爵二級=6만錢이므로 예신첩의 형기는 12년이라고 정산할 수도 있을 것이다. 그 외에 개개의 사료 평가·해석에 대해서는 이미 堀敏一씨에 의해서 요점이 분명하게 비판되고 있기에²⁶⁾, 여기에서는 중복을 피해 한가지 초보적인 의문을 기술하는 데서 그치겠다. 그것은 ①에서 작2급을 대신하여 사면이 인정되는 예신첩은 잔여 형기가 4년인 자만을 가리키는 것인가 라는 의문이다. 아마 그렇지 않을 것이다. 4년인 자만을 가리키는 문언도 필연성은 보이지 않는다. 그러나 만약 잔여 형기가 3년이하인 자를 포함한다고 하면 위의 등식은 근본에서부터 무너져 버리는 것은 아닐까? 원래 현재 복역하고 있는 유기 형도의 속신 규정이면 잔여형기 내지는 경과한 형기가 마땅히 문제시되어야 할 것이다. 그런데도 그것이 전혀 언급되고 있지 않다는 것은 속신 대상이 되는 형도에 형기가 없었다는 증거가 아닐까? 본장의 모두에서 “형기의 규정이 사료에 보이지 않기 때문에 무기이다”는 高恆의 논리를 비판했지만, “형기가 문제가 될 경우에 있어서”라는 한정구를 써넣는다면, 그의 논리는 성립될 수 있다고 생각한다.

이상의 검토를 통해 유기설의 논증이 모두 성립하기 어렵다는 것을 증명하게 되었다. 다만 그것은 어디까지나 “유기라고 인정되는 적극적인 증거가 없다”라는

26) 이것에 대해 若江은 “堀氏の 의문에 대한 회답”으로서 하나 하나 반론을 시도하고 있는데(若江賢三, 『秦律における勞役刑の刑期再論(下)』, 『愛媛大學法文學部論集』文學科編, 第27號, 1994), 그것이 유효한 반비판인지 저자로서는 의문이 간다. 한 예만 들어보면 본문에 소개한 순서로 ③에 대해 진률에서 벌금형의 액수를 나타내는 ‘甲’이 어째서 적의 首級을 의미하는 ‘甲首’와 같게 되는가라는 의문을 나타낸 堀氏에 대해, 그는 《商君書》에 기재된 ‘能得甲首一’을 ‘能得爵首一’로 만든 版本의 존재에 주의를 기울이면서 “전투에서 爵一級 상당의 敵首를 획득하는 것을 ‘得甲(爵)首’라고 표현하고 작일급을 一甲의 가격과 같게 했다고 볼 수 있다”고 주장한다. 그러나 사료를 언뜻 보아도 《商君書》가 작일급의 가치가 있다고 규정하고 있는 것은 어디까지 적의 수급으로 甲 그 자체는 아니라는 것을 분명히 알 수 있다. 작일급과 等價로 되어 있는 것은 알맹이가 없는 ‘甲’이 아니라, ‘갑옷을 입은 머리’인 것이다. 堀氏의 비판도 바로 그 점을 지적한 것이었는데 그의 답변은 이것에 충분히 답했다고는 할 수 없다.

것으로 이것이 바로 무기설이 옳다고 뒷받침하는 것은 아니다. 진의 노역형에 형기가 없었다고 주장하기 위해서는 별개의 논증이 필요할 것이다. 그럼 그것은 어떠한 논증일까. 제1설에 대해 검토해 보기로 하자.

3. 無期說의 전개

高恆의 첫 논문을 효시로 하는 무기설은 그 후 栗經·霍存福²⁷⁾과 張金光²⁸⁾ 등에 계승되었고, 또 高恆도 새로운 논문²⁹⁾에서 자신의 주장을 보강하고 유기설에 대해서 비판하고 있다. 물론 진간 가운데 무기를 명언한 조문이 있을 리가 없기에, 무기설의 논증은 앞의 제2설이나 제3설 비판, 즉 노역형의 일부 혹은 전부를 유기라고 가정한 경우의 모순점을 지적하는 것에 주안점이 놓여지게 된다. 아래에 그 주요 논점을 정리해 보겠다.

우선 제2설과 같이 예신첩을 무기, 다른 노역형을 유기로 한 경우의 모순점.

(a) 貲罪의 범인을 잡을 수 있을 때, 고의로 칼이나 무기로 찢러 죽인[刺殺] 경우에 “죽였을 경우엔 완성단, 상처를 입혔다면 耐隸臣”이라고 되어 있는 <法律答問>의 규정에 의하면, 무거운 쪽인 살해는 유기 of 성단, 가벼운 쪽인 상해에 무기의 예신이 가해졌던 것이 된다.³⁰⁾

(b) 같은 <법률답문>에 “贓物 평가액이 110전이면 내예신, 660전을 넘으면 黥城旦”이라는 원칙을 전제로 한 답문이 있는데, 이 경우에도 장물의 평가액이 많은 쪽에 유기 of 성단, 적은 쪽에 무기의 예신이 대응하게 된다³¹⁾

(a)와 (b)를 모순 없이 해석하기 위해서는 제1설처럼 예신첩도 다른 노역형과 함께 무기로 생각하든지³²⁾, 제3설처럼 성단용에서 예신첩을 거쳐 候에 이르는 단계

27) 栗勁·霍存福, 「試論秦의 刑徒는 無期刑 -兼論漢初有期刑徒의 改革-」, 『中國政法大學學報』 1984-3

28) 張金光, 「關於秦刑徒의 幾箇問題」, 『中華文史論叢』 1985-1

29) 高恆, 「秦律中的 刑徒及其 刑期問題」, 同上所收, 1983

30) 栗勁·霍存福, 「試論秦의 刑徒는 無期刑 -兼論漢初有期刑徒의 改革-」, 『國政法大學學報』 984-3

31) 상계논문

32) 형벌의 경중은 노역 내용의 경중에 따른다

적인 형기를 상정하는 수밖에 없다. 그러나 만약 제3설에 따라 노역형에 형기를 인정한 경우, 이번에는 다음과 같은 의문이 생겨난다.

(c) <법률답문>에 “예신이 감독으로 있던 성단의 형도를 놓치면 본인은 완성단이 되고, 그밖에도 아내[자유신분의 아내]를 몰관한다”라는 율문이 보인다. 이 경우 연좌된 아내가 종신의 관유노예가 되는 것에 비해 본인은 5~6년의 형기를 마치면 해방되어 버리는 것일까?³³⁾

(d) <封診式>의 「告臣」에 “교만해서 명령을 듣지 않는 男奴인 丙을 ‘公’에 팔고 斬하여 성단으로 하도록” 요구한 구절이 있다. 이 경우 公[국가]에 팔려진 丙은 5~6년으로 해방되는 것일까?³⁴⁾

(e) <법률답문>에 “내예신에 해당하는 자가 司寇의 죄로 타인을 무고하면 내예신에 처단되고 게다가 성단에 이어지는 것 6세”라고 있으며 또 “내사구에 해당하는 자가 내예신 죄로 무고한다면 내예신에 처단된다”라고 있다. 이 경우 같은 무고죄이지만, 전자에서는 본래 가해져야 할 내예신형에 성단의 죄인 6년간의 노동이 부가되는 것에 비해 후자에서는 본래 가해져야 할 내사구형 대신에 형기가 겨우 1년 뿐인 내예신이 가해지는 것으로 끝나 버리는 것일까?

이 외에도 張金光의 논문 등에는 노역형에 형기를 인정한 경우의 모순점을 몇 가지 예로 들고 있다. 사료해석 상에서 무리가 없는 반증이라면 위의 세 가지 점이 좀더 타당한 것이 될 것이다. 이러한 여러 모순을 회피하기 위해서는 예신첩을 포함하는 모든 노역형이 무기였다고 상정하는 수 밖에 없다는 것이 제1설의 주장이다.

따라서 문제의 개제(改制)는 당연한 것이지만 「형기 설정의 개혁」으로서 위치지어진다. 이 점에 관해서는 《한서》<龜錯傳>에서 말하는 “罪人有期”라는 한 구절이 논자에 의해 이전부터 주목되고 있는데, 高恆의 둘째 논문에 보이는 다음과 같은 지적도 역시 주목할 만 하다. 즉 그에 의하면 말미를 “具爲劓”이라고 맺는 문제의 조는 유기론자가 주장하는 “형기 준수”를 명령한 것일 수가 없다. 왜냐하

33) 張金光, 전개논문.

34) 張金光, 「關於秦刑徒的幾箇問題」, 『中華文史論叢』 1985-1; 高恆, 1983 「秦律中的刑徒及其刑期問題」, 『秦漢法制論考』 廈門大學出版社, 1994, 所收

면 이 “具爲令”의 문언은 顏師古가 “다시 조제를 만들게 하라”라고 注하는 대로, 새로운 법 제정을 명령할 경우의 고유한 표현이기 때문이라고 한다. 이것은 중요한 지적이다. 일찍이 大庭脩가 분명히 밝힌 대로 “具爲令”이란 말은 “前述한 뜻을 구현하여 令을 만들어라”고 하는 令辭로 그것을 맡은 신하 覆秦은 황제의 제가를 거쳐 법전에 더하였다.³⁵⁾ 그렇다고 하면 해당 문언으로 맺어지는 문제 조서가 의도하는 것이 “有年不免” 해소라고 한 일과성의 政令이었다고는 생각하기 어렵다. 문제는 역시 조에 의해 새로운 입법을 명령했다고 봐야 할 것이다. 조령을 받은 丞相·御史大夫 등의 제안이 “請定律”이라는 말로 시작되고 있는 점이나 한문제의 형제개혁을 기술한 문단이 한대 입법과정의 전형인 先述 등을 다시 상기하기 바란다.

그러나, 제1설에 대한 유기설 입장에서의 비판이 없는 것은 아니다. 예를 들면, 앞에서 말한 若江賢三의 논문은 전기 (c)의 의문에 대해 이런 경우 “범죄자 본인의 형기가 완료되면 그 가족도 동시에 면제되어 서민이 된다고 생각하는 것이 자연스러우며”, 연좌된 처자가 종신 관유노예가 되는 것을 전제로 하는 유기론자의 논설은 성립되지 않는다고 주장한다.³⁶⁾ 그러나 연좌에 의해 신분을 沒官당한 가족이 범죄자 본인의 형기 종료와 함께 해방된다는 원칙이 존재한 것을 뒷받침하는 사료는 없으며, 그것이 ‘자연’스럽다고 단정할 수 있는 논리적 필연성도 없다³⁷⁾. 또 그는 (d)에 대해서도 국가에 팔린 臣인 丙은 원래 노비였다는 이유로 城旦의 형기 만료 후에도 해방되어 자유신분으로는 되지 못하고 계속 노비 신분이었을 것이라고 비판한다.³⁸⁾ 그렇지만 이 경우에도 마찬가지로 그러한 원칙의 존재

35) 大庭脩, 「漢王朝の支配機構」, 同上所收, 1970

36) 若江賢三, 「秦律における勞役刑の刑期再論」(上), 同上, 第25號, 1992

37) (3) 의문(c)가 문제시하고 있는 조문은 다음과 같다. “隸臣將城旦, 亡之, 完爲城旦, 收其外妻·子。子小未可別, 令從母爲收。●何謂從母爲收。人固實, 子小不可別, 弗賣子母謂也。 <法律答問 116>”

“자녀가 어리면 緣坐로 몰관된 어머니는 팔지 않는다”라는 규정에서는 자식이 이미 성장했으면 어머니가 팔리는 경우가 있었다는 것을 알 수 있다. 그와 같은 팔린 아내 혹은 어머니가 남편이 성단에서 해방되고 동시에 자유인 신분으로 회복한다는 것은 일반적으로 생각하기 어려운 것은 아닐까.

38) 상계 논문.

를 뒷받침할 증거는 없고, 그렇게 생각하지 않으면 안될 도리도 없다. 若江賢三의 논문은 주인의 채무를 갚기 위해 노역을 한 노비가 채무에 상당하는 기일의 노동을 마쳐도 자유신분이 되지 못하는 예[司空律]를 논거로서 들고 있다. 하지만, 이 노비는 주인의 채무를 갚기 위한 것을 목적으로 노역에 임한 것이므로 채무를 다 하면 또 본래의 노비로 돌아가는 것은 당연하며 비록 노역 중에 형도와 같은 처지에 놓여져 있었다고 하더라도 형벌로서 성단형에 처해진 예와 동일시할 수는 없을 것이다. 결국 그의 입론은 사료 해석에서 너무나 주관적이며 제1설에 대한 비판으로는 될 수 없다.

이상에서, 장황하게 여러 설을 검토해 왔는데 그 결과로써 말할 수 있는 것은 제1설 즉 진의 노역형에는 형기가 없다고 하는 무기설이 현존 사료에 의해서 가능한 가장 합당한 것이 아닌가 하는 것이다. 그 이유는

- (1) 유기설의 논거가 전부 성립되기 어려운 점.
- (2) 유기형이라고 생각할 수 있는 경우, 법규 상호간에 모순이 생기는 점.
- (3) 문제의 조령은 형기 설정을 지시하고 있다고 해석되는 점의 3가지로 정리할 수 있을 것이다. “有期인가, 無期인가”라는 점에만 한한다면 이 시점에서 이미 결론은 나왔다고 해도 좋다.

그러나 이것으로 모든 것이 해결되는 것은 아니다. 진의 노역형에 형기가 없고 전한 문제의 형제개혁에 의해 처음으로 형기가 설정되었다는 것이 확실하다고 하더라도 형기 설정이 구체적으로 어떠한 방법에 의해 이루어졌는지, 그 점이 아직 해명되지 못한 채 남겨져 있다. 이 문제는 말할 것도 없이 《한서》 <형법지>에 전하는 한문제의 형제개혁의 일단을 어떻게 해석하는가에 달려 있다. 그리고 그것은 형기의 유무라고 하는 차원을 넘어 고대형벌사의 흐름을 어떻게 받아들이는가 하는 큰 문제로 이어지는 것이라고 생각된다. 장을 바꾸어 한 문제의 형제개혁을 둘러싼 여러 설을 검토해 보겠다.

IV. 한문제의 형제개혁을 둘러싸고 : 《한서》〈형법지〉의 해석을 중심으로

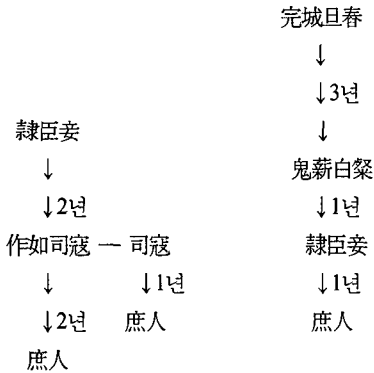
가장 먼저 다루어야 할 것은 앞 장의 제3절에서 소개한 栗勁·霍存福이 쓴 논문이다.³⁹⁾ 이 논문의 의의는 앞서 말한 것처럼 유기설의 모순을 집어내어 무기설의 보장을 피하는 점에 있지만, 동시에 한문제의 형제개혁에 대해서도 아래와 같은 주목해야 할 해석을 보여주고 있다.

두 사람은 이렇게 주장한다. 문제가 조문에서 요구하고 있는 것은 肉刑을 제거하는 것과 노역형[徒刑]의 형기를 정하는 두 가지 점에 있지만 이 가운데 후자에 대해서는 다음과 같은 방향으로 개혁이 추진되었다. 즉 ①장래를 위해 항상적 제도를 세우는 것과 ②이미 판결이난 형도에 대한 조치라는 두 가지이다. ①해당하는 것은 <형법지> I에 보이는 “무릇 髡⁴⁰⁾에 해당하는 자는 完하여 城旦舂으로 하라”, “黥에 해당하는 자는 髡鉗해서 城旦舂으로 하라”라는 부분으로 지금까지沿用해온 진제를 완화하는 것이 의도되고 있다. 한편 ②에 상응하는 것은 <형법지> II부분에 기술된 형기설정지의 조치로 그것은 형벌을 “循次的으로 遞減시켜 가는 과도적인 형식”에 의해 실행되었다. ‘과도적인 형식’이란 이 경우 서민이 될 때까지 鬼薪白粲·隸臣妾·司寇 등을 경유하는 것을 말한다. 즉, 두 사람은 <형법지>의 기사가 이미 판결된 형도의 석방 규정임과 동시에 형기 설정의 규정이기도 하다고 해석하고 있다. 그리고 그 결과로 설정된 형기는 구체적으로 말하면 완성단용 5년, 예신첩 3년 내지 4년, 형성단용 6년의 3종류라고 한다.

이러한 구체적인 형기의 설정이 <형법지> II부분의 충실한 해석에 기인하고 있다는 점은 틀림없다. “免爲庶人”의 말을 단락지어서 <형법지>의 문장을 해독해가면 형도의 석방 규정은 아래 그림처럼 해석할 수 있기 때문이다.

39) 栗勁·霍存福, 「試論秦의 刑徒是無期刑-兼論漢初有期刑徒의 改革-」, 『中國政法大學學報』, 1984-3

40) 栗勁·霍存福은 원문의 “完”을 “髡”으로 고쳐 臣瓚說에 의거하고 있다.



나아가 II부분의 말미에서 말하는 “前令의 형성단용으로 1년간 복역하며 禁錮刑이 아닌 자는, 완성단용의 햇수에 준해서 석방한다”라는 규정에 의하면 형성단용의 형기(刑期)는 완성단용보다 1년이 긴 6년으로 산정할 수 있을 것이다.

그러나, 여기에서는 현재 귀신백찬이나 사구로 복역하는 자의 형기를 정한 흔적이 없다. 그 명칭은 보이지 않지만 모두 서인에 이르는 과정에서 거쳐가는 것으로, 말하자면 ‘과도형’으로서 정규노역형과는 별개의 것이다. 그러므로 두 사람은 기원전 167년 단계에서는 형벌의 주류를 차지하고 있던 성단용과 예신첩의 형기가 먼저 정해졌던 것으로 귀신백찬이나 사구의 형기는 미정이었다고 생각한다. 즉, 두 사람의 이해에 의하면 <형법지>에 전하는 문제의 개제는 여전히 개혁의 단서에 지나지 않았던 것이 된다. <형법지>의 본문을 부동의 것이라고 보는 한, 이것이 가장 온당한 견해일 것이다.

그렇지만 이러한 栗勁·霍存福의 논문에도 문제는 있다. 예를 들면 한문제의 형제개혁 때에 설정된 완성단용의 형기를 5년이라고 추정하고 있지만 이것은 《한구의》에서 말하는 “完四歲”, 즉 완성단용 형기 4년과 분명히 모순된다. 또 <형법지>의 기재에 따르는 한 예신첩 2년 이후, 남자는 사구 1년을 거쳐 합계 3년으로 해방되고, 여자는 작여사구 2년을 거쳐 합계 4년으로 해방된다고 해석하는 것이 분명하다. 남자가 형기를 달리해야 하는 필연성이 있는 것일까. 나아가 귀신백찬이나 사구에 복역하는 刑徒도 多寡는 어쨌든 간에 현재 존재하는 것으로 그 형기의 설정을 일부러 늦추는 일이 있었을지는 역시 의심스럽다.

栗勁·霍存福의 논문에 앞서 발표된 富谷至씨의 논문⁴¹⁾은 한문제의 형제개혁의 역사적 위치 부여를 통해 이러한 기본 사료 사이의 모순을 종합적으로 이해하려고 한 시도이다. 그는 우선 《한서》 <형법지>와 《한구의》를 대조하여 다음의 4가지 의문을 제시한다.

- ① <형법지>의 기재에 보이는 隸臣妾刑이 왜 《한구의》에는 보이지 않는가.
- ② <형법지> I 부분 모두의 “諸當完者完爲城旦舂”인 기재를 종래는 “諸當髡鉗者完爲城旦舂”으로 고쳐 이해해왔는데, 그 설은 타당한가.
- ③ <형법지> II부분의 규정에 의하면 완성단용이 해방되기까지 5년을 필요로 한다고 했지만 이것은 《한구의》에서 말하는 “完四歲”와 모순되는 것이 아닌가.
- ④ <형법지> II부분의 규정이, a) 가장 무거워야 할 곤경성단용에서가 아니라 완성단용에서 시작되는 것은 왜 인가. 또, b) 예신첩형에 대해서만 특별히 되풀이해서 해방 규정이 기술되고 있는 것은 왜 인가.

이 가운데 ③은 앞의 栗勁·霍存福 논문의 첫째 의문에, ④ b)는 둘째 의문에 각각 대응한다. 또 ②에서 말하는 ‘完’을 ‘髡鉗’으로 바꾸는 설⁴²⁾은 그들의 논문에서도 답습되고 있었다.

그런데, 위의 의문에 대해 富谷至씨는 수호지 진간에서 복원된 진의 노역형 체계에 비추어, 대략 다음과 같은 해답을 나타냈다. 번거로움을 피해 결론만 적어두겠다.

④a' 진~한초에는 공형벌인 髡刑은 존재하지 않고, 곤경성단용형은 한문제의 형제개혁에 의해 처음으로 설치된 형벌이다. 따라서

② <형법지> I 부분 모두의 기재는 문자를 고치는 일없이 이해해야 한다. 또

④b' 예신첩형은 진제 아래에서는 신분형의 범주에 속해 있으며 한문제의 형제개혁에 의해 노역형으로 편입되었다. <형법지> II부분에서 예신첩형의 해방에 대해 반복하는 것을 볼 수 있는 것은 그 때문이며,

41) 富谷至, 『秦漢の勞役刑』, 『東方學報』京都, 第55冊, 1983

42) 그 전례는 《한서》의 注에 인용된 臣瓚說이다

① 같은 이유에서 진의 노역형 체계 서술을 목적으로 하는 《한구의》에는 그 이름이 나타나지 않는다. 나아가

③ <형법지>Ⅱ부분은 어디까지나 이미 판결된 처리 규정을 정한 것으로 완성단의 형기가 《한구의》처럼 4년이라고 정해진 것은 그 이후의 일이므로, 두 사료의 기술이 달라도 이상할 것은 없다.

富谷至의 논문에 나타난 해당 가운데 ④a' 와 ①' 에는 약간의 수정이 필요할 것이다. 곤점성단용의 형벌이 한문제의 형제개혁에 의해 처음으로 창설되었다는 설은 타견이지만, 곤형은 그것에 앞서 이미 공형벌에 포함되었던 형적이 있다⁴³⁾. 또 《한구의》에 예신첩의 이름이 보이지 않는 이유는 일찍이濱口重國이 추측한 것처럼⁴⁴⁾, 衛宏이 살았던 前漢 말까지 廢罷되었기 때문일 것이다⁴⁵⁾. 그러나 그러한 수정은 있지만 富谷至의 논문은 다음의 두 가지 점에서 중요한 문제를 제기한 것이라고 생각한다. 즉 첫째로, <형법지>Ⅱ부분을 “이미 판결된 처리 규정” 즉, 이미 판결·집행을 거친 형도에 대한 석방을 위한 경과규정이라고 받아들인 점(전제 ③'), 그리고 둘째로 문제의 형제개혁은 단순한 제도의 수정이 아니라 “秦法으로부터의 탈피를 겨냥한 독자적인 체계 제정의 총결산”으로, 그 체계의 수립은 여러 형의 노역형으로의 통합에 의해 실현되었다는 이유를 나타낸 점(전제 (4b'))이다. 특히 둘째 점은 富谷至의 그 후의 연구⁴⁶⁾로까지 이어진 기본 인식이다. 거기에는 진에서 후한시기 까지를 조망하면서, 한문제의 형제개혁에 의해 형기라는 개념이

43) 예를 들면 《한서》 권48 <賈誼傳>에서 말한다. “誼數上疏陳政事, 多所欲匡建, 其大略曰, …(中略)…今自王侯三公之貴, 皆天子之所改容而禮之也, 古天子之所謂伯父·伯舅也, 而令與衆庶同黥劓笞髡棄市之法(下略).”

“王侯三公에 서민과 같이 ‘黥劓笞髡棄市之法’를 적용해야 하는 것이 아닌가”라는 것이 賈誼의 주장인데, 이것이 문제개체에 앞선 기원전 174년 무렵의 上疏의 한 구절인 점에 주의하길 바란다. 물론 여기에 호칭이 보이는 여러 형벌은 모든 衆庶에게도 가해졌던 공개형벌의 일환으로서 존재했던 것이다.

44) 濱口重國, 1936 「漢代における強制勞動刑その他」, 『秦漢隋唐史の研究』上卷(東京大學 出版會, 1966)

45) 富谷至 자신도 뒤의 논문에서는 濱口重國의 설을 따르는 듯하다(富谷至, 「ふたつの刑徒墓- 秦~後漢の形役と刑期」, 川勝義雄·礪波護 編, 『中國貴族制社會の研究』(京都大學 人文科學研究所, 1987).

46) 富谷至, 앞의 논문

도입된 결과 노역형의 경중 기준이 노역 내용에서 就役年限으로 변화하였고 결국에는 형역의 이름이 복역 년수를 나타내는 것과 부합되게 되는 진한형벌사의 전개가 전망되고 있는 것이다.

그런데 栗勳·霍存福과 富谷至의 논문을 대조하면 《한서》 <형법지> II부분의 이해에 있어 다음과 같은 차이가 있다는 점을 깨닫게 될 것이다. 즉, 후자가 그것을 정도의 처리규정(경과규정)으로만 해석하는 것에 비해 전자는 형기의 설정의미도 간과하고 있다. 모두 일리가 있는 해석이지만 역시 문제점이 없는 것은 아니다. 栗勳·霍存福 논문의 경우, 《한구의》 기재와의 사이에 모순이 발생하는 것은 이미 말했다. 한편 富谷至의 논문에서는 경과 규정이라고 해석하여 모순은 회피했지만 오히려 형기의 설정을 전하는 기사가 <형법지>에서 빠지는 결과를 낳았다. 주지한대로 <형법지>에서 한문제의 형제개혁을 기술한 단락의 뒤에는 景帝에 의한 垂命 제정의 기사가 이어지고 있으며, 鼂錯가 “臯人有期”라고 칭송한 형기 설정의 기사는 어디에서도 발견할 수 없기 때문이다.

이러한 딜레마를 <형법지> 본문을 개정함으로써 타개하려고 한 것이 滋賀秀三이다.⁴⁷⁾ 그의 논문은 우선 高恆 이래의 무기설에 관여하는 것을 표명하고 富谷至의 두 편의 논문을 “가장 설득력이 뛰어나다”고 평가한다. 그러나 <형법지> II부분을 ‘처리 규정’으로 보는 견해에는 동의할 수 없으며 어디까지나 형기설정 기사로서 이해해야 한다고 주장한다. 왜냐하면 I부분이 장래를 위한 육형의 폐지를 결정하고 있는 이상, II부분도 우선은 장래를 위해 각종 刑種의 형기를 정한 규정으로 “동시에 그 은혜가 현재 복역중인 형도에도 미치는 것”이었다고 해석하는 것이 <형법지>의 문맥에 비추어서 자연스럽기 때문이다. 따라서 II부분 모두의 “罪人獄已決”의 한 구절에는 “앞으로 판결을 받는 자는”과 “기결수는 판결을 받은 시점에서 起算해서”라는 두 가지의 의미가 함축되게 된다. 즉 ‘已’라는 문자가 현재완료로서 뿐만 아니라 미래완료로도 나타내고 있다고 할 수 있을 것인가.

이러한 기본 인식 위에서, 그의 논문은 나아가 <형법지> 본문에 脫文을 보충하는 것으로 《한구의》 기재와의 모순을 해소하려고 시도한다. 원문을 그대로 인용

47) 滋賀秀三, 「前漢文帝의 刑制改革을めぐって-漢書刑法志脫文의疑い-」, 『東方學』 第79輯, 1990

하면 아래와 같다. 【 】 은 그가 추정한 탈문이다.

(1) 罪人獄已決, ① 完爲城旦舂滿三歲, 爲鬼薪白粲. 鬼薪白粲一歲, 【免爲庶人. ② 鬼薪白粲滿二歲】, 爲隸臣妾. 隸臣妾一歲, 免爲庶人 ③ 隸臣妾滿二歲, 爲司寇. 司寇一歲, ④及【司寇】作如司寇二歲, 皆免爲庶人. (2) 其亡逃及有罪耐以上, 不用此令. (3) 前令之刑城旦舂, 歲而非禁錮者, 如完爲城旦舂, 歲數以免.

(1)의 부분에서 알 수 있는 형기는 ①완성단용 4년, ②귀신백찬 3년, ③예신첩3년, ④사구·작여사구 2년 이다. 참고로 그의 설을 圖示해 두겠다.

			完城旦舂
	隸臣妾	鬼薪白粲	↓
	↓	↓	↓3년
司寇·作如司寇	↓2년	↓2년	↓
↓	司寇	예신첩	귀신백찬
↓2년	↓1년	↓1년	↓1년
庶人	서인	서인	서인

나아가 (3)에서 말하는 “前令之刑城旦舂” 즉, 신법의 곤검성단용(I 부분의 규정에 의한다)이 완성단용 4년 + 1년의 5년형이 되는 것은 새삼 말할 필요도 없다. 요컨대, 그에 의하면 《한구의》에 전하는 각종 노역형의 형기는 다름 아닌 한문제의 형제개혁에 의해 제정된 것이 된다. 이 점에서 그의 설은 오히려 栗勁·霍存福의 합리적 수정안으로서의 성격을 가진 것이 된다.

시가[滋賀]씨 자신이 기술한 대로 이 탈문의 補足은 문제의 성질상, 확실한 증거를 들어 입증하는 것이 불가능하며 어디까지나 가설의 영역을 벗어나지 않는다.⁴⁸⁾ 그러나 <형법지> II부분이 각종 노역형에 형기를 설정한 기사인 점⁴⁹⁾은 움직일 수 없는 해석이며 <형법지>와 《한구의》가 딱 들어맞는 해석은 이러한 인식

48) 이에 대해서는 張建國의 논문이 있는데, 이를 《법사학연구》 19집에 이미 번역하여 실었다<역자주>.

49) 따라서 형기의 설정은 기원전 167년의 시점에서 이루어졌다는 점

을 벗어날 수 없다고 생각된다. 그의 견해는 하나의 유력한 학설일 것이다. 다만 그의 설에 하나의 의문점이 있다고 하면, 마지막 1년 동안을 일단 가벼운 형역으로 옮긴다는 복잡한 “과도기적인 형식”이 형기설정에 있어서 채택될 수밖에 없었던 이유가 나타나지 않는 점을 들 수 있다. 물론 이 점에 대해 사료가 명확하게 증명하는 것은 없지만, 사전에 의하면 거기에는 역시 현재 복역중인 형도에 대한 은혜의 의도가 포함되어 있다고 생각된다

“판결을 받은 시점에서 기산하여” 성단용으로 3년, 귀신백찬이나 예신첩으로 2년을 경과하고 있는 기결수⁵⁰⁾는 법령의 시행 시점에서 일단 가벼운 형역으로 옮겨지며, 그 1년 후에는 해방된다. 그렇게 하는 것으로 문제는 장래를 위해 각 종류의 형기를 정함과 동시에 “현재 복역하는 형도에 대한 은유”를 나타낸 것이 아닐까. 제1장에서 언급했던 濱口重國의 견해⁵¹⁾는 확실히 이 사안의 정곡을 찌르고 있다.

그렇지만 역시 과제는 남는다. 한문제의 형제개혁에 의해 노역형에 형기의 개념이 처음으로 도입된 것은 고대형벌사에서 어떠한 의의를 가지고 있는가? <형법지>Ⅱ부분의 해석을 모두 확정된 지금, 이 문제가 다시 검토되어야만 할 것이다. 앞서 말한 것처럼 富谷至의 논문에서는 그 의의가 후한시기로의 전망 속에서 기술되어 있었다. 필자도 역시 그의 견해와 별다를 바 없다. 그러나 한편으로 한문제의 형제개혁에서 수호지 진간에 앞선 아득히 먼 고대 형벌도 예측할 수 있다고 생각한다. 다음 장에서는 다시 <형법지>의 원문으로 돌아가 이 문제를 약술하겠다.

V. 형벌의 원류를 찾아서

한문제의 형제개혁의 계기가 된 緹縈의 상서에 대해 《한서》<형법지>는 다음과 같은 내용을 전하고 있다.

50) 당연히 그 가운데에는 그 이상을 경과한 자도 포함됨

51) 濱口重國, 1936 「漢代における強制勞動刑その他」, 『秦漢隋唐史の研究』上卷, 所收

妾父爲吏，齊中皆稱其廉平。今坐法當刑。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。

“저의父는 官吏가 되어 清廉公平하다고 齊國에서는 모두들 일컫고 있습니다. 지금 法에 저촉되어 刑을 받게 되었습니다. 제가 애통해하는 것은 죽은 사람은 다시 회생할 수 없고 肉刑을 받은 자는 다시 원상태로 회복할 수 없다는 점입니다. 아울러 후에 잘못을 뉘우치고 새로와지고자 하더라도 이미 그 방법이 없다는 점입니다. 원컨대, 저를 沒入하여 官婢로 삼고 대신 父의 刑罪를 贖免해주시어 父가 스스로를 更新할 수 있는 기회를 주십시오.”⁵²⁾

언뜻 보아서 분명히 알 수 있는 것은, 제영이 여기서 호소하고 있는 것은 사형·육형의 비정함이다. 이것은 그녀에게 있어 형벌이 사형이 아니라도 육형이라고 인식되고 있는 점을 보여주는 것일 것이다. 그렇지만 상서를 받은 문제가 내린 조령은 앞서 말한 것처럼 육형의 제거뿐만 아니라 형기의 설정을 명령한 것이었다. 따라서 당연히 그것에 부응한 승상·어사대부의 奏對도 육형의 제거와 형기의 설정이라는 두 갈래로 나뉘어진다. 본고에서 말하는 형법지 I·II 부분이 그것이다.

이러한 문제의 대응은 육형의 제거가 형기의 설정과 불가분의 관계에 있었다는 것을 시사한다. 바꾸어 말하면 한문제의 형제 개혁에 앞선 시대에 육형은 무기노역형과 같았던 것이 아닐까? 그러므로 한쪽을 개정하는 것은 필연적으로 다른 쪽을 개정하는 것으로 이어진다. 형도에 대한 “육형의 제거[除肉刑]”과 “有年而免”은 문제의 의식 속에서 연동하고 있었음에 틀림없다.

여기서 다시 한번 수호지 진간의 노역형 체계를 상기하길 바란다. 富谷至나 張金光의 논문에서 극명하게 논한 대로, 거기에서는 노역형에 자주 黥이나 斬趾 등의 육형이 부가되어 있었다. 운 좋게 사형을 면했다고 하더라도 신체의 손상이라는 두려움이 항상 따라다닌다. 이와 같은 제도 아래에서는 형벌이란 사형이 아니더라도 육형이 된다고 인식되어도 전혀 이상할 것이 없을 것이다. “죽은 자는 다시 살아날 수 없고, 형벌을 받은 자는 다시 본래대로 돌아올 수 없다”라고 제영이

52) <역자주> 林炳德 교수가 『한서』 형법지 전문을 번역한 것을 활용하였다

한탄하는 배후에는 이러한 사정을 읽어낼 수 있다.

한번 육형을 받은 신체는 두 번 다시 본래대로 돌아가지 않는다. 그렇다고 하면 형도의 취로가 종신을 원칙으로 한 것은 당연하다. 신체의 결손이 이어지는 이상, 노역도 또 이어진다. 육형과 무기 노역형은 바로一體였던 것으로 육형의 폐지는 필연적으로 무기 노역형의 개정을 의미했다. 《史記》〈篇鵠·倉公列傳〉이나 《한서》〈文帝紀〉가 한문제의 형제개혁을 다만 “육형의 법을 제거한다”라고만 적고 있는 것은 이런 불가분한 관계를 전제로 하면 잘 이해할 수 있다.

그렇지만, 그렇다고 하더라도 노역형에 종사하는 형도에 대해 왜 육형이 시행되어야만 하는가? 바로 연상되는 점은, 斬趾를 동반하지 않는 완성단용에 나무로 만든 칼[枷]을 씌웠던 것이다.⁵³⁾ 말할 것도 없이 도망을 막는 장치이다. 그러나 참지에 대해서도 같은 이유로 설명하는 것은 어렵다. 단순한 도망 방지라면 칼을 씌우면 충분하며, 노동에 지장을 초래하는 것을 잘 알면서도 신체를 훼손하는데까지는 이르지 않는다. 그럼에도 불구하고 굳이 참지를 시행하는 목적은 형도의 자유를 빼앗는 것과는 다른 이유가 있는 것은 아닐까?

이 문제를 생각하는 데에 시사하는 바가 풍부한 견해를 徐鴻修의 논문 가운데에서 찾을 수 있다.⁵⁴⁾ 그의 논문은 예신첩을 둘러싼 중국학계의 논쟁을 이어받아, 진나라 형도의 노예적 성격을 강조한 것인데, 그 논증 과정에서 선진시기의 범죄 노예가 가진 특유한 표지에 주목한다. 특유의 표식이란 刖[斬趾]이나 黥, 髡이나 赭衣라는 일반 서민과는 다른 외견상의 특징을 말한다. 그리고 그들이 모두 진의 노역형에도 부수하는 것에서, 당시의 형도는 오히려 범죄노예라고 규정해야 한다고 주장하는 것이다.

이 지적은 경청할만하다. 왜냐하면 여기에서는 첫째, 문제의 「육형의 폐지」가 「표지선별」로서의 측면을 가지고 있었다는 인식이 도출되기 때문이다. 문제가 개혁을 할 때, 모든 표지를 폐지한 것은 결코 아니다. 그가 시행한 개혁은 그때까지의 노역형에 부수하고 있던 선진 이래의 다양한 가운데 영구적인 신체 변형(즉 斬趾나 黥 등의 肉刑)을 제거하고 髡이나 자의와 같이 일시적인 異形만을 남긴 것이

53) 富谷至, 「秦漢の勞役刑」, 『東方學報』京都, 第55冊, 1983

54) 徐鴻修, 「從古代罪人收奴制的變遷看“隸臣妾”“城旦春”的身分」, 『文史哲』1984-5

었다. 이리하여 형도의 특이한 외모는 그 신분의 종료와 함께 원상으로 복귀하는 것이 가능하게 된다. 그것이 형기 설정이라는 취 기간의 유희화와 표리일체를 이루는 것은 새삼 말할 필요도 없을 것이다.

그리고 둘째로 중요한 것은 보다 시원적인 형벌의 모습을 생각하는데 있어서, 徐鴻修의 논고가 시사를 더해주는데, 그가 지적한대로 선진시기의 사료에는 신체를 훼손받은 노예적 존재가 산견된다. “오나라 사람이 楚나라를 정벌해 포로를 붙잡고 鬪⁵⁵⁾으로 만들어 배를 지키게 했다 《左傳》襄公 29년”라는 예에서 보면 그 모든 것이 협의의 「형벌」, 즉 반드시 범죄에 대한 제재의 결과라고는 말하기 어렵지만, 신체의 결손이 예속 신분의 표지이었다는 점은 틀림없다. 그리고 이 견해는 일찍이 滋賀秀三에 의해 제창된 “사형도 육형도 추방도 사회로부터의 배제라는 견지에서 일원적으로 받아들여야 한다”는 견해와 연결된다고 생각된다. 그도 주의를 환기한 대로 그러한 육형에는 賤役으로의 종신 취로가 동반되었다. “육형을 가하는 것은 바로 노예가 되는 것이나 다름없다”.⁵⁶⁾ 그렇다고 하면 여기에 “신체 훼손을 받은 자는 사회에서 배제되고 官有노예적 신분으로서 賤役으로 종신 취로한다”라는 원초적인 형벌의 본연의 모습이 떠오를 것이다. 그러한 관유노예적 신분이야말로 뒷날의 형도의 전신이었다. 그리고 그 노예적 지위는 다름 아닌 신체훼손에 유래하는 것이다. 육형은 친역취로의 전제조건으로서 그 반대는 아니다. 髡頭나 赭衣 등에 의한 이형화도 육형과 같다고 생각해도 좋을 것이다. 노역에 종사하는 형도에 왜 육형이 시행되었는가 하는 앞의 의문은 이러한 형벌사의 연혁 속에서 해답을 얻을 수 있다. 한문제의 형제개혁 이전의 노역형은 그러한 의미에서 古風의 형벌의 영역을 완전히 탈피하지 못했던 것이다.

55) 鬪이라는 것은 ‘문지기’라는 의미도 있으나, 여기에서는 宦官, 內侍이거나 刑刑을 받은 사람을 의미할 것이다.

56) 滋賀秀三, 「中國上代の刑罰についての一考察 -誓と盟を手がかりとして-, 『石井良助先生還曆祝賀法制史論集』(創文社, 1976)

VI. 맺음말

진에서 한초에 걸친 노역형에는 형기의 설정이 없고 贖身되던가 사면되지 않는 한 형도가 서인이 되는 방법은 없었다. 이같은 제도 아래에서는 형역 사이의 경중은 취역기간의 장단에 의해서가 아니라, 노역 내용의 정도에 의해서 결정된다. 따라서 당시의 형도는 한편으로 각종 노역마다 할당된 종신 복역의 범죄노예로서의 성격을 지니고 있었다.

형도의 이러한 종신 신분은 그들에게 시행된 육형이 평생 없어지지 않는 것과 관계된다. 신체의 훼손은 특이한 의복이나 용모 등과 함께 이른바 형도의 표지이었다. 그리고 그러한 관계의 연원은 선진시대로까지 거슬러 올라간다. 신체가 훼손되어 천역에 종사하는 이형의 노예적 신분이 그때까지 널리 존재하고 있었던 것이다.

기원전 167년의 한문제에 의한 형제 개혁은 그때까지의 형도가 가지고 있던 여러 표지 중에서 회복불능한 신체훼손을 제외함⁵⁷⁾과 동시에 모든 형도에 대해 일정기간 복역한 뒤에는 서인으로 복귀할 수 있는 길을 열었다⁵⁸⁾. 노역과 육형은 여기에서 완전히 분리되어 각 刑種 사이의 경중은 취역기간의 장단으로써 결정되게 되었다. 이리하여 형도는 범죄노예의 성격을 탈피하지만, 한편으로는 형기의 설정에 의해 刑名과 노역 내용의 괴리가 한층 진전되었고, 형역의 명칭은 복역 년수를 나타내는 것으로 부합되었다.

본고에서 비판·검토한 진한형벌사의 성과에 의해, 대강 이상과 같은 형벌사 흐름을 그릴 수 있게 될 것이다. 수호지 진간의 발견은 진한사뿐만 아니라 선진사의 분야에까지 파문을 던진 것이 된다. 마지막으로, 지금까지의 검토에서 파생될 두 가지 문제를 기술하면서 본고를 매듭짓고 싶다.

첫째, 한문제의 형제개혁의 근거에 있는 정치·사상 상황의 해명이다. 앞서 말한 것처럼 이 개혁은 緹繫의 상서에서 발단했다. 그러나 일개 서민의 호소로 국가

57) 육형의 제거

58) 형기의 설정

제도의 대폭적인 개정이 단행되었을 만큼 당시의 정치가 소박했다고는 생각할 수 없다. 상서는 어디까지나 그 계기에 지나지 않았으며 개혁의 근본적인 원인은 문제 시기의 한제국이 깊어지고 있는 고유한 과제에 있었음에 틀림없다. 誹謗妖言 誅의 정지나 鑄錢律의 제거, 關所의 철폐라는 문제에 의한 일련의 寬政과 합쳐 생각했을 때, 거기에는 무엇이 보여질 것인가?

둘째, 선진시대에 있어서, 신체 훼손자의 사회적 위치를 고찰할 필요가 있다. 본고 제4장에서 육형이 천역 종사의 전제조건 가운데 으뜸으로 추정했지만, 왜 신체 훼손이 천역으로 결부되는가는 앞으로 설명되어야할 과제로서 남겨져 있다. 말할 것도 없이 거기에는 일종의 “排除構造”를 상정할 수 있는데, 그러한 일반론을 제기하기 전에, 선진시기의 특유한 사회·신분의 이상적인 모습이 우선은 확정되어야 할 것이다. 그것은 또 형벌의 옛 단계를 찾아낸다고 하는, 어렵기는 하지만 매력 넘치는 여행으로의 첫걸음이 될 것임에 틀림없다.

윤진이 주 : 이 글은 필자인 栲山 明로부터, 이 글이 발표된 뒤에 張建國의 논문이 나왔다는 점을 밝혀둔다는 조건아래에, 번역하여 게재하는 것을 양해받았다. 張建國의 논문은 『법사학연구』 제19호(1998. 12)에 번역되었다. 이 글과 함께 참고하시기 바라며, 아울러 좀 더 자세한 참고문헌이 필요한 경우에는 富谷 至 / 임병덕·임대희 역, 『유골의 증언-중국고대의 형벌』(서경문화사, 1999)의 참고문헌을 참고하시기 바란다. 이 글의 교정단계에서 성균관대학 문헌정보학과에 재학중인 김민지 양의 도움을 받았으며, 그 요구와 지적에 따라 좀 더 쉽게 읽을 수 있도록 수정한 부분이 있다.

윤진이: 임대희(경북대학교 사범대학 역사교육과 교수)

김민지(경북대학교 대학원 사학과 박사과정)