

『秋曹審理案』을 통해 본 19世紀 中葉 朝鮮의 刑事政策*

타나카 토시미쯔(田中俊光)**

목 차

- I. 머리말
- II. 『秋曹審理案』의 史料的 性格과 編纂背景
 - 1. 『秋曹審理案』에 收錄된 內容과 作成年代
 - 2. 『秋曹審理案』의 編纂 背景
- III. 『秋曹審理案』에 收錄된 事例
 - 1. 證據不充分 및 滯獄
 - 2. 保辜限期의 經過
 - 3. 檢驗의 不一致
 - 4. 過剩防衛
- IV. 『秋曹審理案』에 나타난 19세기 中葉의 刑政
- V. 맺음말

[국문요약]

본 연구에서는 『秋曹審理案』을 통해서 19세기 중엽 조선의 형사정책에 대하여 고찰하였다.

『추조심리안』을 비롯하여 조선후기에 편찬된 각종 재판 심리기록은 그 중요성이 인식되면서도 아직까지 거의 연구가 진행되어 있지 않다. 따라서 먼저 『추조심리안』에 수록된 내용과 작성연대에 대하여 살폈다. 그 결과 철宗 卽位年 12월 28일부터 同王 元年 2월 9일까지 刑

* 이 논문은 BK21 사업의 지원에 의하여 연구되었음.

** Tanaka, Toshimitsu, 서울대학교 대학원 법과대학 박사과정(toshi32@smu.ac.kr).

曹에서 왕에게 死刑에 해당되는 32개의 중대사건에 대한 심리결과를 覆啓하여 裁可를 청한 내용과 그것에 대한 왕의 判付를 복제한 날짜 순서대로 수록한 책이라는 것을 밝혀냈다. 그리고 이 책이 편찬에 이르게 된 배경에는 正祖代의 寬刑·恤獄의 刑政이 모범이 된 '聖王之仁政'을 標榜하는 목적이 있었다고 추론하였다.

그 다음으로 실제로 수록되어 있는 사건 심리 중에서 주로 감형사유가 된 사례를 분류하여 소개하였다. '證據不充分 및 滯獄', '保辜限期 經過後의 피해자 사망', '檢驗의 不一致', '過剩 防衛'를 들어서 고찰하였는데, 사건 심리에서 사형을 가급적 피하여 減刑하려는 정책이 강하게 인식되어 있었음을 밝혀냈다.

『추조심리안』에 수록된 사건에서 죄수에 대하여 최종적으로 사형이 집행된 예는 한 건도 없었다. 그렇다고 형조에서 죄수에 대한 심리를 拙速하게 처리한 것도 아니었다. 이러한 움직임은 바로 '聖王之仁政'이 重大犯의 처벌 심리에 實踐的으로 반영된 결과였다고 볼 수 있을 것이다.

[주제어] 秋曹審理案, 保辜限期, 檢驗, 保放, 擊錘

I. 머리말

서울대학교 규장각에 소장되어 있는 『秋曹審理案』은 『朝鮮總督府 古圖書目錄』에 수록되어 있는데, 매우 간략한 서지사항만 기록되어 있어 내용에 관한 설명은 전혀 없다.¹⁾ 최근에 들어서도 “憲宗 2(1846)년부터 동왕 13년까지 秋曹 卞刑曹에서 審理한 각종 범죄사건 기록”²⁾이라고 역시 짧게 소개되어 있을 뿐, 여전히 이 책에 관한 구체적 내용 및 편찬 배경에 대한 연구는 없다.³⁾ 같은 조선후기에 형조에서 심리한 기록으로서는 正祖代까지의 형사사법제도와 심리내용을 모아 편찬한 『秋官志』와 정조대의 심리내용을 연월 순으로 수록한 『審理錄』, 그리고 정조 즉위(1776)년부터 고종 30(1893)년까지 형조에서 상주한 사건을 1년 단위로 묶어 책으로 만든 『秋曹決獄錄』⁴⁾ 등이 있는데, 이들을 활용한 연구 역시

1) 『朝鮮總督府古圖書目錄』(朝鮮總督府, 1921), 27면.

2) 『奎章閣韓國本圖書解題』 史部4(서울대학교 규장각, 1993), 366면. 단, 이 책에 수록되어 있는 『추조심리안』의 작성연대에 대한 해제설명은 잘못된 것이다. 『추조심리안』의 작성연대에 대해서는 본고에서 살펴보도록 한다.

3) 吳甲均, 『朝鮮時代司法制度研究』(三英社, 1995), 143~144면에서 『추조심리안』에 대하여 언급된 바 있다. 그러나 내용에 대한 설명이 매우 간략하고 구체적 검토까지 미치지 못하고 있다.

최근 본격적으로 시작된 단계에 있다.⁵⁾ 현재까지 『추조심리안』에 대한 연구가 미흡하였던 것도 이러한 연구 상황과 무관하지 않을 것으로 생각된다.

『추조심리안』은 앞에서 소개한 『추관지』나 『심리록』에 비하면 수록되어 있는 사건 건수가 훨씬 적어 史料로서의 한계성을 지니고 있다. 그러므로 이 사료만을 이용하여 일반화시키는 일은 조심해야 할 것이다. 그러나 『추조심리안』의 정연한 字體와 行間字數 등에 주목하면, 이 책이 단순히 형조에서 심리한 범죄사건을 메모하여 놓은 정도의 것이 아니라 다른 목적을 가지고 편찬된 가능성을 지적할 수 있다. 또, 19세기 중엽이라는 시대적 배경을 염두에 둘 때, 英正시대인 18세기에 이루어진 각종 惡刑 및 酷刑의 폐지 등 형사사법제도의 개혁⁶⁾이 19세기 중엽의 형사정책에도 여전히 영향을 주고 있었는지 『추조심리안』을 통하여 알 수 있을 것으로 생각한다.

그러므로 본고에서는 먼저 『추조심리안』의 사료적 성격과 편찬 배경에 대하여 살핀 다음, 실제로 수록되어 있는 사건 내용을 소개하여 약간의 고찰을 시도하고, 마지막으로 책에 수록되어 있는 기록과 『日省錄』, 『承政院日記』 등의 사료를 바탕으로 19세기 중엽 형사정책의 특징에 대하여 논하도록 한다.

-
- 4) 전 118책. 단, 純祖 21년본(제42책)까지는 현재 모두 缺冊이고, 이후 중간에 몇 권 빠져 있다. 현존하는 책은 『奎章閣韓國本圖書解題』 史部4, 366면에서 열거되어 있다.
- 5) 『심리록』에 관한 연구는 權延雄, 「《審理錄》의 기초적 검토: 正祖代의 死罪判決」, 『李基白先生古稀紀念 韓國史學論叢』 下(一潮閣, 1994)을 효시로 朴秉濠, 「해제」, 『국역 심리록』 1(민족문화추진회, 1998)에서 여러 異本의 내용 검토까지 심화되면서, 정순옥, 「정조의 법의식: 《審理錄》편부를 중심으로」, 『全南史學』 21(전남사학회, 2003)에서 판부 내용의 구체적 분석으로 정조의 법에 대한 고찰이 이루어졌고, 沈載祐, 『《심리록》 연구』(서울대학교 문학박사학위논문, 2005) 및 「18세기 후반 犯罪의 통계적 분석: 《심리록》을 중심으로」, 『法史學研究』 32(韓國法史學會, 2005)에서 범죄내용의 통계분석까지 진행되어 있다.
- 6) 영정시대 이전에는 지방 수령과 토호세력에서 壓膝刑, 烙刑, 周牢刑, 亂杖刑 등 불법적 고문과 혹형이 횡행하고 있었다. 특히 유망진을 중심으로 한 도적집단을 다스리기 위한 가혹한 형벌이 문제를 일으키고 있었다. 이것에 대하여 영조는 이를 가혹한 고문·악형 및 토호의 노비 등에 대한 私刑을 범으로 금지하였다. 정조대에 들어서는 1778년에 『欽恤典則』을 편찬하고 각종 刑具의 규격과 사용범위를 범제화하였다(沈載祐, 「18세기 獄訟의 성격과 刑政運營의 변화」, 『韓國史論』 34[서울대학교 인문대학 국사학과, 1995], 92~132면). 이러한 정책이 18세기의 형사사법제도 개혁의 가장 큰 성과라고 할 수 있다(沈載祐, 「정조대《欽恤典則》의 반포와 刑具 정비」, 『奎章閣』 22[서울대학교 규장각, 1999], 135~153면).

II. 『秋曹審理案』의 史料的 性格과 編纂背景

1. 『秋曹審理案』에 收錄된 內容과 作成年代

서울대학교 규장각 소장 『추조심리안』(奎12667)은 1책 21장으로 크기는 세로 37.0cm×가로 20.2cm, 1면 당 10行 23字이며, 해서로 정연히 필사되어 있다. 필적으로 보아 모두 동일인물에 의하여 필사된 것으로 여겨진다. 序文 및 跋文은 없고, 冒頭에서 첫 번째 사건의 심리기록이 시작한다. 사건은 도합 32건인데, 본고에서는 편의상 첫 번째부터 마지막 사건까지 [1]~[32]로 번호를 매겨 취급하도록 한다.

『추조심리안』의 서식에 대하여 살펴보면, 각 사건마다 먼저 標題로서 ‘① 죄수의 거주지, ② 죄수의 성명, ③ 범죄행위, ④ 피해자(범죄행위의 객체), ⑤ 피해자의 직접적 사망원인, ⑥ 實因(사망원인), ⑦ 獄成된(罪狀이 확정된) 干支와 달’을 쓰고, 행을 바꾸어 ⑧ ‘根因’으로서 죄수가 범죄행위에 이루게 된 원인 및 경위와 범죄행위의 내용, 그리고 그것으로 인한 결과에 대하여 구체적으로 기록하였다. 그 다음에 다시 행을 바꾸어 ⑨ ‘此獄段 …’으로 시작하고 ‘… 何如’로 끝나는 부분이 이어진다. ‘… 何如’로 끝나는 서식은 啓目 또는 草記가 이것에 해당되는데,⁷⁾ 이들 모두 관부에서 국왕에게 上奏하는 서식이므로 ⑨는 형조에서 심리한 결과를 국왕에게 상주한 내용이라고 할 수 있다. 상주문에는 吏讀가 사용되어 있고, 또한 『일성록』과 『승정원일기』에 수록된 해당 기사보다 내용이 상세하다. 이 점에서 미루어 보아 『추조심리안』에 수록되어 있는 상주문은 당시 올린 내용을 그대로 옮긴 것으로 짐작할 수 있다. 다음에 ⑩ ‘判付內

7) 啓目の 서식은 『大典通編』 권3 禮典 啓目式, 『百憲總要』 권2 啓目式, 『典律通補』 別編 啓目式을 참조. 草記의 서식은 『백헌총요』 권2 京司草記式, 『진률통보』 별편 草記式을 참조. 계목과 초기는 모두 臣下가 政務에 관하여 국왕에게 上奏하는 문서이다. 계목은 啓本이 大事에 사용된 것에 비하여 小事에 사용되었다. 草記는 계본이나 계목의 격식을 쓰지 않고 상주하는 政務上의 事實事項만을 간단히 적어 국왕에게 올릴 경우에 사용되었다(崔承熙, 『增補版 韓國古文書研究』[지식산업사, 2003], 152~164면).

...’로 시작하는 부분에는 형조의 상주에 대하여 왕이 판부한 내용을 적었다.

①의 죄수의 거주지에는 한성부의 五部인 東·西·南·北·中部가 많으나 龍仁[3], 河東[28], 光州[30] 등 지방 거주자도 포함되어 있어 이 책이 한성부에서 발생한 사건만을 수록한 것이 아님을 알 수 있다.

③의 범죄행위에 대하여 각 사건을 살펴보면, 구타 및 흉기 등으로 인한 살인 등의 인명사건이나 문서 및 인장 위조사건, 邪學(천주교) 신앙 사건 등 죄상이 중대한 범죄 특히 법정형이 사형에 해당되는 사건들만 수록되어 있다.⁸⁾ 『大典通編』에 의하면 “서울과 지방의 死罪는 형조에서 의정부에 보고하여 상세히 覆啓한다”라는 규정이 있다. 그러므로 『추조심리안』에 수록되어 있는 사건들은 死罪에 해당되는 죄수의 獄案을 형조에서 심리하여 왕에게 아뢰는 것이라고 할 수 있다.

⑤의 피해자의 직접적 사망원인에는 ‘自溺致死’, ‘服毒致死’ 등 피해자의 자살을 가리킨 것과 ‘翌日致死’, ‘第八日致死’ 등 사건 후 피해자가 사망에 이르기까지의 일수의 두 가지가 있다. 전자는 죄수의 선행행위와 피해자의 자살과의 인과관계, 후자는 죄수의 구타 등의 실행행위와 피해자의 사망과의 인과관계를 각각 표시하고 있다. 특히 후자는 ‘保辜限期’와 관련이 있는데, 이것에 대해서는 뒤에서 자세하게 논하도록 한다.

⑥의 實因은 사망원인 즉 피해자가 사망에 이르게 된 원인을 의미한다.¹⁰⁾ 사망원인은 檢驗(검시)의 결과에 의하여 究明되었는데, 이 검시에서는 객관적 진실을 밝혀내기 위하여 無冤錄을 사용하면서 의학적 견지에서 사망원인을 판단하는 방법이 채택되어 있었다. 검험은 원칙적으로 初檢·覆檢의 두 번 실시되었으나 서로 판정한 실인이 일치하지 않을 경우는 三檢, 四檢으로 계속해서 검

8) 예컨대 살인죄에 경우는 『대명률』 刑律 鬪毆及故殺人條로 “凡鬪毆殺人者, 不問手足他物金刃, 並絞”이고, 인장위조죄는 『대전통편』 형전 偽造條로 “偽造印信者, 印文雖未成, 處斬”, 또한 “偽造印信刻造者, 模畫篆文者, 並以一律論”으로 모두 사형(참형 또는 교형)으로 처단하도록 규정되어 있다.

9) 京外死罪, 本曹報議政府詳覆(『대전통편』 권5 형전 推斷).

10) 實因, 謂因以致死之實(『대전통편』 권5 刑典 檢驗).

힘을 실시하였다.¹¹⁾ 이 검험에 대해서도 뒤에서 살펴보도록 한다.

⑨에 있는 형조에서 상주한 처분 내용을 보면, 모두 32건 중 ‘以次律’, ‘從輕’, ‘惟輕’, ‘審克’ 등 사형을 감경하는 것이 16건, ‘放送(석방)’이 1건, ‘계속 신문하여 진상을 밝혀냄’이 15건이다. 여기서 ‘以次律’ 및 ‘從輕’은 法定刑인 사형을 한 단계 낮춘 형벌 즉 流刑을 말하고,¹²⁾ ‘惟輕’은 罪疑惟輕 즉 罪狀이 분명하지 않아 輕重을 판단하기 어려운 경우에 가볍게 처단하는 것을 말한다. ‘審克’은 원래 힘을 다하여 꾸준히 상세하게 죄수를 심리하는 것을 말하는데¹³⁾ 『일성록』에 수록되어 있는 관계 기사를 살펴보면 심극을 받은 殺獄囚는 모두 감형조치를 받고 있다. 그러므로 심극 역시 결과적으로 형의 감경을 나타내는 표현이라고 할 수 있다.

『대전통편』을 보면 “서울과 지방에서 執法하는 官이 죄를 조사할 때, 一律(사형)에 해당되는 죄를 범한 자의 경우는 사정에 용서할 만한 것이 있더라도 반드시 啓稟하여 처리하고 함부로 처단하여 사형을 감경할 수 없다”¹⁴⁾라는 규정이 있다. 『추조심리안』에서 형조가 감형을 상주하고 있는 각 사건의 ⑨의 말미에는 반드시 “獄體至重(莫嚴), 臣曹不敢擅便, 上裁何如”라는 부분이 있는데, 이것은 『대전통편』의 규정에 말미암아 표기된 것이라고 할 수 있겠다.

다음으로 각 사건의 수록 순서에 대하여 고찰한다. 먼저 『추조심리안』에 수록되어 있는 모두 32건의 사건의 내용을 실마리로 그 순서를 살펴보았으나 알 수 없었다. 특히 각 사건마다 옥성된 간지와 달이 표시되어 있는데, 이것과 수록 순서 사이에 아무 상관성도 찾을 수 없다. 그러므로 『일성록』 및 『승정원일기』에

11) 검험의 절차 및 검사에서 사용된 무원록의 종류에 대한 상세한 연구는 沈羲基, 『朝鮮時代의 殺獄에 關한 研究(Ⅰ)』, 『法學研究』 25(부산대학교 법학연구소, 1982), 243~262면을 참조.

12) 從輕에 대해서는 “謂降死從流, 流從徒, 徒從杖之類”(『百憲總要』 권2 赦宥)라는 설명이 있다.

13) 宋 夏僕 撰 『尙書詳解』 권25 呂刑(文淵閣四庫全書本)에 의하면, 審克의 審은 “사람의 죄에 대한 심리를 궁구하는 것”을 말하고, 克은 “사사로운 감정으로 형벌을 주려는 자신의 마음을 이겨 꾸준히 심리하는 것”을 말한다고 註에서 해석하고 있다(審則究人之罪, 克則勝己之私刑罰之事. 惟能究人情, 勝己意者, 可以無失. 故言審克).

14) 京外執法之官按罪之時, 如有罪犯一律者, 雖情有可原, 必啓稟處置, 毋得擅斷減死(『대전통편』 권5 형전 推斷).

수록되어 있는 이들 사건에 관한 모든 기사를 뽑아 조사한 결과, 그 답을 얻을 수 있었다. 즉 [1]~[3]은 철종 즉위(1849)년 12월 28일에 형조에서 殺獄案을 복제한 내용이고,¹⁵⁾ [4]~[8], [9]~[13], [14]~[18], [19]~[23], [24]~[27]은 각각 동왕 원년 정월 17일,¹⁶⁾ 20일,¹⁷⁾ 23일,¹⁸⁾ 27일,¹⁹⁾ 2월 3일²⁰⁾에 형조에서 京囚의 살육안을 복제한 내용이며, [28]~[32]는 동왕 2월 9일에 형조에서 죄수의 살육안을 복제한 내용²¹⁾과 동 월 27일에 判下에 따라 형조에서 의정부에 下詢한 결과의 에 대한 상주[28], [29], [30]²²⁾이다. 결국 『추조심리안』에는 이 60일간에 복제한 사건이 1건을 제외하고²³⁾ 모두 수록되어 있다.

위에서 비정한 날짜를 근거로 각 사건의 옥성된 연월을 보면, 가장 오래된 것은 [11]의 순조 24(1824)년이고, 가장 새로운 것이 [31]의 현종 14(1848)년이라는 것도 알 수 있다.

위에서 살펴본 것을 정리하면 『추조심리안』은 哲宗 즉위년 12월 28일부터 동왕 원년 2월 9일까지 형조에서 왕에게 전국의 사형에 해당되는 중대사건에 대한 심리결과를 覆啓하여 재가를 청한 내용과 그것에 대한 왕의 판부, 그리고 일부는 동 월 27일에 형조에서 의정부에 下詢한 결과의 상주와 그 판부까지 추구한 내용을 복제한 날짜 순서대로 수록한 것임을 알 수 있다. 그러므로 앞에

15) 『일성록』 철종 즉위년 12월 28일. 단 『승정원일기』에는 이들 사건에 관한 기사가 없다.

16) 『일성록』 및 『승정원일기』 철종 원년 정월 17일.

17) 『일성록』 및 『승정원일기』 철종 원년 정월 20일. 단 (13)의 사건은 『승정원일기』에 해당 기사가 없다.

18) 『일성록』 및 『승정원일기』 철종 원년 정월 23일.

19) 『일성록』 철종 원년 정월 27일. 『승정원일기』에서는 모두 그 다음날인 28일에 수록되어 있다.

20) 『일성록』 및 『승정원일기』 철종 원년 2월 3일.

21) 『일성록』 및 『승정원일기』 철종 원년 2월 9일.

22) 『일성록』 철종 원년 2월 27일.

23) 『추조심리안』에는 『일성록』에 수록되어 있는 철종 원년 정월 25일(『승정원일기』에는 그 다음날인 26일로 되어 있음)에 복제한 남부 살육죄인 李守凡의 심리기록만이 수록되어 있지 않다. 이수범이 칼로 사람을 죽였는데 이것은 법에 따라 償命시키는 일이라 다시 심의할 여지도 없으므로 계속 엄격히 신문을 가하여 진상을 밝혀내겠다고 형조에서 상주하자, 왕이 이에 따랐다는 내용이다. 이 사건이 왜 『추조심리안』에서 빠졌는지 그 이유를 알 수 없는데, 이 사건은 『일성록』 및 『승정원일기』에도 이 날 기사만 수록되어 있을 뿐 그 전후에 있었을 것으로 여겨지는 심리의 경위는 전혀 알 수 없다.

서 소개한 “헌종 2년부터 동왕 13년까지 추조에서 심리한 각종 범죄사건 기록”이라는 이 사료에 대한 기존의 설명은 수정되어야 할 것이다. 필자의 분석을 바탕으로 『추조심리안』의 내용을 대략 정리하면 본고 말미의 <표 1>과 같다.

『일성록』에 의하면 『추조심리안』에 수록되어 있는 복계 이후, 동왕 원년 6월 30일까지 살육안의 복계는 없었다. 전술하였다시피 『추조심리안』은 모두 동일 인물에 의하여 필사된 것으로 보이는 것을 염두에 두면, 결국 이 책은 철종 원년 2월 27일부터 동년 6월 30일 사이에 동일인물에 의하여 작성되었을 가능성이 높다고 할 수 있을 것이다.

2. 『秋曹審理案』의 編纂 背景

앞에서 『추조심리안』에 수록된 사건들은 모두 법정형이 사형에 해당되는 것이고, 형조에서 심리하여 왕에게 복계한 날짜순으로 배열되어 있음을 밝혔다. 『추조심리안』에 수록된 사건 중 형조에서 상주한 처분은 ‘감형’·‘석방’과 ‘계속 신문하여 진상을 밝혀냄’의 두 가지인데, 감형된 후에 실제로 어떤 형벌이 집행되었는지, 그리고 신문을 계속한 결과 어떤 사실이 밝혀졌는지까지 기록되어 있지 않다. 즉 특별히 죄수에 대한 감형사례만을 뽑아서 수록한 것이 아니라 단순히 철종 즉위년 12월 28일부터 60일 동안에 있었던 살육안의 복계 내용과 왕의 판부를 기록한 것에 불과하다. 그리고 『추관지』나 『심리록』, 『추조결옥록』에서는 형조의啓함에 대하여 왕이 판부한 연월이 반드시 표시되어 있는데 『추조심리안』에는 옥성된 해의 간지와 달만 표시되어 있을 뿐, 각 사건에 대하여 왕이 판부를 내린 연월을 전혀 알 수 없다. 이러한 내용의 斷片性과 시간적 不明確性으로 미루어 볼 때, 『추조심리안』은 『심리록』 등이 가지는 實務性을 지닌 審理記錄集으로서의 성격과는 다른 측면을 가지고 있다고 생각할 수밖에 없다. 그러므로 『추조심리안』이 편찬된 배경에 대하여 살피면서 그 주된 목적이 무엇이었는지 좀 더 구체적으로 고찰하도록 한다.

『일성록』에 의하면, 『추조심리안』 편찬의 발단으로 생각되는 일을 철종 즉

위년 12월 20일에 대왕대비가 서울과 지방의 獄囚에 대한 심리를 신치하도록 명하는 기사에서 찾을 수 있다. 해당 기사의 내용을 요약하면 다음과 같다.

영의정 鄭元容이 다음과 같이 啓言하였다. “이번에 임금이 郊館에 거둥하셨을 때 많은 살인사건 관계자들이 억울함을 하소연하였으니, 옥안을 조사하여 주십시오. 寬刑과 恤獄은 ‘聖世의 백성을 사랑하고 仁政을 베푸는 중요한 政事(聖世仁民之大政)입니다. 우리 正祖에는 죄수를 신중하게 살펴 석방한 일이 많았으니 백성이 그 은혜를 평생 잊지 않았습디다. 형옥이 오래된 자를 너그럽게 돌보고, 聖上의 생각을 和氣를 불러일으키는 근본으로 삼아 주십시오.”

이에 대하여 大王大妃가 다음과 같이 하교하였다. “형옥에서 오래 간혀 있는 것은 매우 불쌍하니, 10 중 1, 2라도 용서할 만한 단서가 있으면 죄를 감경하는 뜻으로 事理를 따지고 草記를 올려라. 이 내용은 지방에도 공문으로 알려라.”²⁴⁾

위 기사에 의하면 ‘聖世仁民之大政’을 위하여 서울과 지방에서 발생한 살인 사건을 자세히 조사하여 寬刑·恤獄하는 것을 제의하는 영의정의 계언에 대하여 대왕대비는 형조로 하여금 매일 살인사건을 자세히 조사하고 조금이라도 용서할 만한 단서가 있으면 죄를 감경하도록 심리하여 초기를 올리라고 명령하였다. 앞에서 『추조심리안』의 내용을 분석하는 가운데 ㉠는 형조에서 심리한 결과를 국왕에게 보고한 ‘계목’ 또는 ‘초기’의 서식임을 밝혔는데, 위 기사와 『추조심리안』의 작성 사이에 연관성이 있다면 『추조심리안』에 수록되어 있는 ㉠는 ‘초

24) 領議政鄭元容啓言, “今番郊館動駕時, 多有鳴金訴冤之人云, 問秋曹則多是殺獄, 請查之案矣. 夫寬刑恤獄, 卽聖世仁民之大政. 竊, 我正廟朝, 每行審慎, 多所宥釋, 非惟百姓之沒世不忘, 亦宜後王之監先無愆, 伏願以寬恤刑獄長留, 聖念以爲導迎和氣之本焉. 今此呼冤之諸狀, 未知其果皆冤枉而亦必有橫罹而不得伸者矣, 一或有當伸而久繫者, 則是豈聖人哀矜之意乎? 京獄則令秋曹三堂課日會坐閱簿詳查, 如有可冤可生之情, 則卽爲具啓, 外道則行關知委, 使之趁速查究修啓之意, 請另加申飭.” 大王大妃殿教曰, “今番前後郊館動駕後, 擊鍾鳴冤之民狀爲多, 雖未知狀中本情之何如而心焉哀矜, 欲送示大臣而未果矣. 刑獄之久滯, 果極矜悶, 秋堂逐日審慎會坐詳查, 十分中苟有一二分可原之端, 則以傳生之意論理草記, 此意亦行關外道.”(『일성록』 철종 즉위년 12월 20일).

기'의 내용을 옮겨 쓴 것이 판명된다.

대왕대비란 안동김씨의 일문으로 純祖대에 정권을 전단한 金祖淳의 딸이자 순조의 왕비인 純元王后를 말한다. 헌종이 왕세자를 남기지 않은 채 사망하자, 대왕대비는 江華에 유배되어 있었던 元範(뒤의 철종)을 궁중에 불러 헌종의 뒤를 잇게 하였다. 그러나 철종의 親政이 시작하는 것은 1852년부터이었고 즉위 직후는 대왕대비가 垂簾聽政을 하였다. 즉 대왕대비의 위의 명령과 『추조심리안』이 편찬된 시기는 모두 안동김씨의 勢道政治期에 해당된다. 이 시기는 세도정치의 폐해로 인하여 정치의 紀綱이 문란해지고, 잇따른 자연재해와 전염병으로 민생의 고통이 극한에 달하고 있었다. 田政·軍政·還穀의 三政이 문란하면서 각지에서 민란이 일어난 것도 이 시기이었다. 또한 사회적 신분질서가 붕괴되면서 사회 전반에 걸쳐 큰 혼란이 발생하기 시작하기도 하였다.

정원용이 위 계언을 올리기 전에 살옥건수가 얼마나 많았는지 자세히 알 수 없다. 그러나 『일성록』을 보면, 8일 후인 12월 28일부터 살옥수의 심리내용이 형조에서 빈번히 복제되어 있고, 그 내용이 『추조심리안』에 거의 빠짐없이 수록되어 있다. 이 점으로 미루어보아 『추조심리안』은 정원용의 계언을 계기로 대왕대비가 '聖世仁民之大政'으로 말미암은 寬刑·恤獄을 표방하는 목적으로 작성하게 한 것이 아닌가 생각된다. 『추조심리안』이 『심리록』 등과 달리 형조의 계언에 대하여 왕이 판부한 연월을 표시하지 않고, 또한 수록되어 있는 사건의 내용이 단편적인 까닭에는 철종 즉위 초기의 형사정책에서 백성을 사랑하고 寬刑·恤獄的 仁政을 지향하려는 대왕대비의 의도가 엿보인다.

Ⅲ. 『秋曹審理案』에 收錄된 事例

전술한 바와 같이 『추조심리안』에는 구타 및 흉기 등으로 인한 살인 등의 인명사건, 문서 및 인장 위조사건, 邪學 신앙 사건 등 사형에 해당되는 32건의 사건들이 수록되어 있는데, 사건에 대하여 형조에서 상주한 심리내용 및 왕에게

제의한 처분내용은 다양각색이다. 그런 의미에서 『추조심리안』에 수록되어 있는 각 사건에 대하여 개별적으로 고찰하면 19세기 중엽의 형사정책을 미시적으로 검토하는데 도움이 될 것으로 생각된다.

사형이 감경된 사례 16건에서 감형사유를 살펴보면 ‘증거불충분 및 滯獄’([1], [3], [4], [5], [7], [12], [16], [17], [18], [20], [21], [26], [28], [29], [30]), ‘保辜限期 경과 후의 피해자 사망’([27]), ‘검험의 불일치’([5], [20]), ‘과잉방위’([1]), 『大明律附例』 問刑條例의 援用에 따른 감형’([10]), ‘邪學 信仰에 대한 悔悟’([30])로 분류할 수 있다. ‘문형조례의 원용에 따른 감형’ 및 ‘邪學 신앙에 대한 悔悟’의 두 개는 특수한 사례이므로 다른 기회에 별도로 논하기로 하고,²⁵⁾ 여기서는 앞의 네 가지 사례에 대하여 소개하도록 한다.

1. 證據不充分 및 滯獄

『추조심리안』에 수록된 중대사건에 대한 감경사유 중에서 가장 많은 것이 ‘증거불충분’이다. 상주문 안에 常套句처럼 ‘瘦死獄中’이라는 표현이 등장하는데, 이것은 오랫동안 수감되어(久囚) 심문을 받으면서도 결국 명백한 증거를 제시하기 어렵거나(終涉疑眩) 범죄의 정상을 감안하여 참작할 만한 사유가 있어(有參酌之道) 사형을 감경하여도 충분하다고 판단된 것을 말한다. 증거불충분인지 여부에 대한 심리에는 앞서 대왕대비의 下敎에서 본 “10 중 1, 2라도 용서할 만한 단서가 있으면 죄를 감경하는 뜻”이 전제로 되어 있었을 것으로 생각된다. 『추조심리안』에 수록된 사형 감경사례 16건 중 대부분이 이것에 해당하는데 그 중에서 여기서는 하동 김명희에 대한 형조의 계언[28]을 소개하도록 한다. 그 내용은 다음과 같다.

25) 『대명률부례』 문형조례의 원용에 따른 감형은 당시 조선후기에 유효하였던 法源 문제와 큰 관련성이 있다. 조선에 있어서의 문형조례의 원용에 대한 연구는 지금까지 거의 이루어져 있지 않은 상황이다. 필자는 『추조심리안』에서 나타난 문형조례의 원용에 대하여 어느 정도 분석을 마친 상황이지만 이 문제는 별도로 논증하는 것이 바람직하다고 판단하여 본고에서는 다루지 않기도 하였다.

○하동 김명희가 御寶를 위조하였다. 신축(1841)년 5월에 옥성됨.

○근인 : 명희와 최봉악은 남의 재물을 속여서 빼앗으려고 마음을 먹고 홍패를 위조하여 김정업에게 건네주고 遊街(과거 급제자가 풍악을 울리고 시가행진을 벌이면서 관계자나 친척 등에게 인사한 것)를 시켜서 돈을 구하게 하였는데, 홍패를 위조하여 건네준 봉악은 도망가고, 동모한 명희는 포도청에 붙잡혔다.

“이 사건은 홍패를 꾸며 만들고 어보를 위조하는 일은 법에서 극히 엄중히 규정하고 있고, 전혀 용서하기 어려우나, 다만 어보의 篆字 획이 제대로 글자꼴을 이루지 않았고, 문서 서식을 알지 못하며, 그 모양새는 얼핏 보면 피박된 면이 있고 자세히 조사하면 매우 천박하며, 또한 그 속셈은 그의 외람된 꾀에 불과하고 처음부터 다른 사람에게 파는 움직임은 없었습니다. 하물며 당초 書寫한 최봉악은 이미 죄에 따라 처단하였는데 김명희는 옥중에서 말라 죽을 지경에 있으니 심극이 결여되어 있지 않을까 염려됩니다. 그러나 죄가 極刑에 해당되고 형조에서 억측으로 판단하기 어려우니 대신에게 下詢하여 조치하는 것이 어떻습니까?”라고 하니 판부하기를 ‘윤허한다.’라고 하셨습니다. 그러므로 삼가 판부에 의하여 대신에게 문의하였는데… (중략) …영의정 정원용은 ‘생각건대 이 사건은 그 계획이 遊街로 생계를 꾸리는 것만에 있고 사람의 손을 빌려서 模寫하였으나 篆字 획이 글이 되어 있지 않고 글자는 모양을 갖추고 있지 않다. 이렇게 어리석고 둔한 이유는 더 이상 숨겨진 정상이 없기 때문이고 용의주도하게 위조한 경우와 차이가 있다. 삼가 정조 신해(1791)년에 형조에서 올린 홍패 위조 죄인의 계목을 상고하건대 그 때 판부하기를, 삼가 先朝의 受教를 상고하건대, 어보 위조에서 篆字 획이 분명하지 않거나 위조한 장물을 압수하지 못할 경우는 해당 율문을 적용하지 말라고 하교하셨다. 지금 이 죄인이 범한 것은 篆字 획이 분명하지 않다는 규정과 일치하므로 수교의 정식에 의하여 次律을 배푸는 것이 심극하는 형정으로 알맞습니다.’라고 하였고… (중략) …대신의 소견은 이와 같습니다. 성상께서 裁可하시는 것이 어떻습니까?”

판부하기를 “回啓한 대로 시행하라.”라고 하셨다.26)

26) ○河東金明喜 御寶僞造, 辛丑五月獄成.

○根因, 明喜與崔鳳岳, 敢生騙財之心, 僞造紅牌, 傳給金政業, 使之遊街斂錢矣, 書給之鳳岳逃走, 同謀之明喜被捉於捕廳.

김명희는 최봉악과 함께 돈을 구걸하는 목적으로 가짜 홍패를 작성하였는데, 홍패에 찍힌 어보(科擧之寶)를 위조한 행위가 중죄가 된 사건이다. 『대전통편』에는 “인신을 위조하여 製造한 자와 篆字 획을 模寫한 자는 모두 사형(一律)으로 논죄한다.”²⁷⁾고 되어 있다.

그러나 본 사건에서 형조는 어보를 위조하였다는 범죄사실을 인정하면서도 위조된 어보의 전자 획이 제대로 글자꼴을 이루지 못하고 있었고 홍패의 글자도 잘 알아보지 못할 수준이었으며, 처음부터 용의주도하게 준비된 것이 아니었다고 심리하였다. 그러므로 옥중에서 말라 죽을 지경에 있는 명희의 사형을 감경할 것을 상주하였는데, 먼저 대신들에게 자문하는 절차를 밟고 있다. 의정부 大臣은 영조의 수교와 정조 15년에 내려진 判付²⁸⁾를 인용하면서 명희에게 次律을 베풀도록 회답하였다.

필자는 앞에서 살펴보았듯이 철종 즉위년에 영정시대의 寬刑·恤獄政策이 ‘聖世仁民之大政’으로서 재평가되고 그 復古가 지향되었으며, 그러한 정책의 상징으로서 『추조심리안』이 편찬되었다고 추론하였는데, 본 사건의 심리에서 정조대의 판부가 인용되어 감형조치가 베풀어졌다는 사실을 보아도 당시의 사건 심리에 정조대의 정책이 강하게 의식되어 있었음을 알 수 있다.²⁹⁾

此獄段，假作紅牌，偽造寶篆，三尺極爲嚴重，一縷固難容貸是白乎矣，第篆文之不成字樣，字格之不識，何狀驟看則有似好點，細究則全沒知覺，且其設心不過渠矣窮濫之計，初無他處買賣之舉，況於當初書寫之崔鳳岳，既已酌處，則金明喜之獲死獄中，恐久審克，而罪關極律，臣專有難臆斷，下詢大臣處之如何，判付內，依允，謹依判下問議于大臣，則領中樞府事趙寅永，病未獻議，領議政鄭元容，以爲此獄段，設計只在於遊街糊口借手摸畫，而篆不成文，字不成樣，愚蠢所致，更無隱情，此與用意偽造者有間，謹稽正宗辛亥，因秋曹偽造紅牌罪人啓日，判付內，謹稽先朝受教，以御寶偽造之篆畫不分明，及偽造眞賊未捉納者，勿用當律爲教，今此罪人所犯，襯合於篆畫不分明條，依受教定式，施以次律，允合審克之政云，判中樞府事權敦仁，病未獻議，判中樞府事金道喜，病未獻議，判中樞府事朴晦壽，病未獻議矣，大臣之議如此，上裁何如，判付內，依回啓施行。

27) 偽造印信刻造者，模畫篆文者，並以一律論(『대전통편』 권5 형진 偽造).

28) 『추관지』 考律 續條 寶印 紅牌爲踏 今上15年條. 『심리록』을 보면 당해 사건에 대한 정조의 판부가 이듬해인 壬子年 6월에 내려진 것으로 되어 있다(권23 京 壬子 복부 金晉煥條).

29) 『심리록』에 나타난 정조의 살옥수에 대한 판부 기준은 實因과 辭證 그리고 범죄의 고의성 유무에 있었다. 이들 기준은 법집행을 신중히 하려는 정조의 법의식을 보여주고 있다(정순옥, 앞의 글, 43~48면).

2. 保辜限期の 經過

保辜는 구타로 인하여 상처를 입었을 때 일정 기간 내에 그 상처가 원인으로 피해자가 사망한 경우, 結果的加重犯으로서 가해자에게 傷害罪가 아니라 傷害致死罪를 적용하는 법을 말한다. 『대명률』에는 “범인에게 의술로 치료하도록 책임지게 하며, 보고한기 내에 상처로 인하여 사망한 경우는 모두 鬪毆殺人罪로 논하여야 한다.”³⁰⁾라고 되어 있다. 『추조심리안』에는 이 보고한기를 경과하여 피해자의 사망한 것이 죄수에 대한 감형사유가 된 사례가 있다. 남부 이완금의 살육안에 대한 형조의 복계[27]가 그것이다. 그 내용은 다음과 같다.

○남부 이완금이 이인산을 구타하였는데 인산이 사건 45일 후에 사망하였다. 실인 : 구타를 당하여 사망. 임인(1842)년 8월에 옥성됨.

○근인 : 완금과 인산들은 노름판에서 만났는데 서로 말다툼을 하다가 완금이 사발을 던졌더니 마침 인산의 왼쪽 귀뿌리에 부딪쳤다.

“이 사건은 노름판을 벌인 배 안에서 원래 사이 좋게 지냈는데 내기에 건 돈 때문에 싸우는 것은 상놈들에게 흔한 일이라 하더라도 어떻게 사발을 던졌더니 깨진 파편이 다시 부딪치게 되었는지 대체 무슨 뜻인지 모릅니다. 그래도 부족하고 긴 나무 막대기로 난타하니 매우 미워했었다고 할 수 있습니다. 두 번의 검험에서 지적된 상처에는 차이가 없고 많은 공술의 목격증언이 일치하며, 성안은 이미 오래되어 다시 의논할 여지는 없습니다. 다만 한두 가지 의심할 부분이 있는데, 위태로운 증상이 사건 후 45일까지 끌렸다는 것은 혹시 다른 빌미가 첨가되고 養生에 부적당함이 있었을지도 모릅니다. 그 정상과 드러난 형적을 논구하면 장난 끝에 살인이 난 것에 불과하고 원래 고의로 죽이려는 본심은 없었기 때문에 동 죄인 이완금은 특별히 惟輕을 베풀어 흠홀하는 것이 알맞습니다만, 獄體는 지중하니 형조에서 감히 함부로 처리할 수 없습니다. 성상께서 裁可하시는 것이 어떻겠습니까?”

판부하시기를 “回啓한 대로 시행하라.”라고 하셨다.³¹⁾

30) 凡保辜者, 責令犯人醫治, 辜限內, 皆須因傷死者以鬪毆殺人論(『대명률』 형률 鬪毆 保辜限期條).

이완금과 이인산은 노름판에서 내기에 건 돈을 둘러싸고 말다툼을 하다가 완금이 사발을 인산에게 던졌더니 마침 인산의 왼쪽 귀뿌리에 명중했고, 인산은 그 사건 후 45일이 지나서 사망하였다는 사건이다.

전술하였다시피 保辜에는 ‘일정 기간 내’라는 기한이 있고 상처의 정도에 따라 일수에 차등이 있다. 즉 “손발 및 다른 물건으로 사람을 때려 다치게 한 경우는 20일, 칼날과 뜨거운 물이나 불로 다치게 한 경우는 30일, 사지를 부러뜨리거나 뼈를 부러뜨리거나 낙태시킨 경우는 손발·다른 물건을 막론하고 모두 50일이다”³²⁾라고 규정되어 있다. 본 사건의 경우, 사발을 던져서 귀뿌리에 상처를 입혔기 때문에 보고한기는 20일로 보는 것이 타당할 것이다. 보고한기를 지나면 원래의 죄 즉 통상의 鬪毆傷罪(태40)로 처단해야 하는데, 본 사건은 45일 후에 인산이 사망하였다는 것과 왼쪽 귀뿌리에 입은 상처와의 인과관계를 인정하고 완금의 죄를 鬪毆殺人罪로 擬律하고 있다.

한편, 형조의 상주문을 보면 “장난 끝에 살인이 난 것에 불과하고 원래 고의로 죽이려는 본심은 없었다(不過弄假而成眞, 原無故犯之實心).”라는 말이 보인다. 이것에 따르면 완금의 죄는 戲殺人罪로 擬律될 수도 있는데, 『대명률』 戲殺誤殺過失殺傷人條에 의하면 “장난치다가 사람을 殺傷한 경우 투구살상죄로 논한다.”³³⁾라고 규정되어 있으므로 이 사건의 경우 鬪毆殺人罪로서 결국

31) ○南部李完金毆打李仁山, 第四十五日致死, 實因被打, 壬寅八月獄成.

○根因, 完金·仁山等聚會雜技, 互相言詰, 完金以沙梳擲打, 適中仁山左耳根.

此獄段, 同船設局, 本出好誼, 因賭錢而鬪鬪, 雖常漢之例套, 夫何沙梳之擲打, 至於破碎則破片之再打, 抑又何心是白乎旆, 此猶不足長木亂打, 可謂疾之已甚是白遣, 兩檢之傷損無差, 衆招之看證丁寧, 成案已久, 無容更議是白乎矣, 第有一二可疑之端, 以若危懷形症, 拖至四十五日, 則抑或他祟之添損, 不無將養之失宜是白加喻, 論其情而究其跡, 則不過弄假而成眞, 原無故犯之實心是白如乎, 同罪人李完金, 特傳惟輕, 允合欽恤, 而獄體至重, 臣曹不敢擅便, 上裁何如. 判付內, 依回啓施行.

32) 手足及以他物毆傷人者, 限二十日, 以刃及湯火傷人者, 限三十日, 折跌肢體及破骨·墮胎者, 無問手足他物, 皆限五十日(『대명률』 형률 鬪毆 保辜限期條).

33) 凡因戲而殺傷人, 及因鬪毆而誤殺傷傍人者, 各以鬪毆殺傷論(『대명률』 형률 人命 戲殺誤殺過失殺傷人條). 戲殺의 개념에 대해서는 西田太一郎, 『中國刑法史研究』(岩波書店, 1974), 139~141면, 및 中村茂夫, 『清代刑法研究』(東京大學出版會, 1973), 44~53면 참조. 전자는 주로 唐律, 후자는 清律例의 당해 규정에 대하여 논증하고 있는데, 희살에 대하여 장난을 치면 상

絞刑이 적용된다.³⁴⁾

『대명률』 보고한기조의 규정대로라면 대40에 해당되는 상해죄가 당초 투구 살인죄로 論罪된 것은 피해자인 인산이 결과적으로 사망하였다는 사실에 대한 有責性을 중시하였기 때문이라고 생각된다. 그런데 이러한 해석은 상해와 사망과의 인과관계의 범위에 대하여 규정한 보고한기 규정의 취지를 근본적으로 부정하는 방향으로 이어질 위험성이 있다. 형조에서 『대명률』 보고한기 규정에 대하여 일면서도 당초 따르지 않았다는 것은 이 규정이 당시 조선의 법관들의 法感情에 맞지 않았고,³⁵⁾ 오히려 피해자의 사망이라는 사실에 대한 책임을 보다 중시하려는 경향이 있었다고 볼 수 있다.

3. 檢驗의 不一致

검험은 앞에서 언급하였다시피 피해자의 사망원인을 객관적으로 밝혀내기 위하여 실시되었는데, 피해자 친족의 고발내용, 피의자와 관계자의 공술, 사건 현장의 목격증언, 무원록에 의한 검시 등을 종합하여 死因을 확정하였다. 검험은 초검·복검의 두 번 실시되는 것이 원칙이었으나 서로 확정된 실인이 일치하지 않았을 경우는 삼검, 사검으로 계속해서 검험이 실시되었다.³⁶⁾ 『추조심리

대방을 살상할 위험성이 있다는 豫見可能性이 인정되는 상황에서 상대방을 살상한 경우를 말하는 점에서는 모두 똑같다. 그러나 당률과 청률례에서는 회살죄에 대한 법정형에 차이가 있다. 즉 당률은 투구살상죄에서 2등을 감형한 반면, 청률례는 명률과 같이 투구살상죄를 그대로 적용하였다.

34) 凡鬪毆殺人者, 不問手足他物金刃, 並絞(『대명률』 형률 인명 鬪毆及故殺人條).

35) 조선전기는 『대명률』에 대한 관심이 『대명률』에 담긴 이데올로기를 포함한 텍스트적 측면에 있었던 반면, 후기에는 『대명률』에서 규정된 構成要件보다 오로지 刑量에 관심이 집중되었고, 당시의 사회적 法感情과 저촉되는 규정에 대해서는 새로 규정을 만들어 나가는 방식을 취하고 있었다(趙志晚, 『朝鮮時代 刑事法으로서의 <大明律>과 國典』[서울대학교 박사학위논문, 2006], 183~185면). 조선왕조에서는 『대명률』을 依用하면서도 반드시 규정대로 따르는 것은 정서에 맞지 않았다는 것은 花村美樹, 「一人償命」, 『朝鮮學報』 48(朝鮮學會, 1968), 231~237면에서도 지적되고 있다. 본 사례에서 당초 『대명률』 보고한기 규정대로 擬律하지 않았다는 것은 그런 『대명률』의 운용방식과 관련성이 있는 것으로 생각된다.

36) 初覆檢實因, 若有疑端, 則三四檢<註: 京則覆檢漢城府堂下官, 三檢則本曹啓稟發遣郎官, 舉行.

안』에는 초검과 복검이 서로 일치하지 않은 점이 죄수에 대한 감형사유 의 하나가 된 사례가 있다. 동부 이진륜의 살육안에 대한 형조의 복계[5] 및 남부 박영문의 살육안에 대한 형조의 복계[20] 등이 그것이다. 여기서는 [5]에 대하여 살펴보기로 한다. [5]의 심리내용은 다음과 같다.

○동부 이진륜이 양학무를 무릎으로 치고 학무가 사건 10일 후에 사망하였다. 실인 : 초검은 질병, 복검은 무릎을 맞고 사망, 삼검은 무릎을 맞고 사망. 정유(1837년) 12월에 옥성됨.

○근인 : 진륜과 학무는 같이 현방에서 때때로 장사하는 사람이었다. 학무의 말이 공손하지 않다는 이유로 진륜이 학무의 상투를 잡았더니 서로 넘어지고 진륜의 무릎이 학무의 옆구리에 아래에 부딪쳤고, 그 다음날 진륜의 작은아버지인 보규는 자신의 조카에게 상처를 입혔다고 하면서 다시 학무를 찾다.

“이 사건은 사망한 날이 保辜限期 내에 있다고 하더라도 초검은 병사라고 하고, 복검은 무릎을 맞았다고 하며, 삼검은 무릎을 맞고 상처를 입었다고 합니다. 어떨 때는 병이라고 하고 또 어떨 때는 맞았다고 하니, 세 번의 검험에는 전혀 구별이 없고, 실인은 처음부터 실마리가 안 되며, 증거도 분명하지 않습니다. 대개 이진륜이 그 날에 무릎을 부딪쳤을 때는 학무는 간신히 일어섰는데 결국 이보규가 길에서 발로 찬 것이 학무가 쓰러져 일어나지 못하게 된 원인이니, 사리를 헤아리면 보규를 정범으로 보는 것이 마땅한데, 진륜의 성안은 과연 먼저 피해를 입힌 것과 인과관계가 있는지 정범이 누구인지 결국 의아하고, 이보규는 이미 죄에 따라 처단되었고 이진륜은 옥중에서 말라 죽을 지경에 있어 원통하다고 일컬음에 괴이함이 없으니 특별히 次律을 베풀어 심극하는 것이 알맞겠습니다만, 獄體는 지중하니 형조에서 감히 함부로 처리할 수 없습니다. 성상께서 裁可하시는 것이

○外別觀察使定差員覆檢.>『대전통편』 권5 형전 檢驗. 초검·복검 결과를 보고하는 문서의 서식 및 검험 담당자에 대한 각종 규정은 『추관지』 詳覆部 檢驗, 『심리록』 권수 應行格式 및 『백헌총요』 권3 檢驗·殺獄檢狀이 자세하다. 검험 회수에 대해서는 20세기 초의 사례이지만 경상도 山淸郡 生林里 鴨谷洞에서 일어난 金召史 사망사건에서는 증인의 갑작스러운 사망과 동네에서 범행 주도자의 영향력이 강한 사정이 있어 관련자들이 증언을 반복하면서 사건의 진상을 찾을 수 없어 검험이 五檢까지 시행된 예가 있다(金滌, 『100年 前의 殺人事件 報告書, ‘檢案’』, 『법제연구』 21[한국법제연구원, 2001], 200~223면).

어떻겠습니까?”

관부하시기를 “回啓한 대로 시행하라.”라고 하셨다.³⁷⁾

이진륜이 양학무의 말이 공손하지 않았다는 이유로 싸웠다가 돌이 넘어지면 서 진륜의 무릎이 학무의 옆구리에 부딪쳤는데, 그 다음날에 이보규가 자신의 조카에게 상처를 입혔다고 학무를 발로 찼고, 학무는 사건 10일 후에 사망하였다는 사건이다.

이 사건에서는 다음 세 가지의 감형될 만한 요소가 복합되고 있다고 심리되었다. 즉 ① 초검의 실인(병사)과 복검의 실인(무릎을 맞아서 사망)이 일치하지 않았으므로 학무의 사망원인이 진륜의 무릎이 부딪친 점에 있는지 불분명하다는 것, ② 진륜의 무릎이 학무의 옆구리에 부딪친 행위와 학무가 사망하였다는 결과에 인과관계가 인정되는지 여부, ③ 장기간에 걸쳐 수감되어 심문을 받았고 범죄의 정상을 감안하여 참작할 만하다는 것 등이다. ②는 진륜이 무릎을 부딪친 날에는 학무는 일어설 수 있었고, 그 다음날에 보규가 학무를 발로 차고 학무가 쓰러져 일어나지 못하게 되었는데 진륜의 선행폭행이 학무를 사망에 이르게 하는 정도였는지 의아하다고 심리되었다. ③은 앞에서 소개한 ‘瘦死獄中’과 같은 이유라고 할 수 있다. 여기서 주목하고 싶은 것은 ①이다. 초검에서 실인을 병사로 판정한 것은 아마도 학무의 몸에 외상이 없었기 때문이라고 생각되는데, 복검 및 삼검은 진륜의 무릎을 맞고 사망하였다고 판정하였다. 이것에 대하여 형조에서는 세 번의 검사에서 실인이 명백하지 않고 증거도 불분

37) ○東部李鎮倫膝觸梁學舞，第十日致死，實因初檢病患，覆檢被膝觸撞，三檢被膝觸，丁酉十二月獄成。

○根因，鎮倫·學舞同是懸房時肆人，因學舞之言語不恭，鎮倫手執學舞頭髻，互相顛仆，鎮倫之膝仰築學舞之脇肋，其翌鎮倫之叔普達，謂瑕疵渠侄，又踢學舞。

此獄段，其死也，雖在辜限之內，初檢則曰病患致死，覆檢則曰被膝觸撞，三檢被膝觸傷損之，或病，或觸，三檢之案，無甚區別，實因初末端的，詞證又不分明是白道，蓋李鎮倫之當日膝觸也，彼學舞強力起動是白如可，終焉李普達之路上足踢也，仍臥不起，則揆諸事理，普達宜爲正犯，而乃以鎮倫成案，果緣先犯之故是白如喻，正干之目，終涉疑晦，而李普達既已之處，則李鎮倫之瘦死獄中，稱冤無怪，特施次律，允合審克是白乎矣，而獄體至重，臣曹不敢擅便，上裁何如。判付內，依回啓施行。

명하다고 심리하였다.

이 사건에서의 사형 감경사유는 여러 개의 요소가 복합되어 있는데 검험의 불일치가 감경사유의 한 요인이 되었다는 점을 지적할 수 있다.

초검·복검의 검시결과가 일치하지 않았을 경우, 담당 검험관은 어떻게 처분되었을까? 검험이 일치하지 않았던 또 하나의 사례[20]의 『일성록』 관련 기사를 보면, 검험을 담당한 南部都事 홍병원이 검험시에 자세히 조사하지 못하였다는 이유로 형조에서는 장80을 收贖하도록 계언하고, 왕이 이에 따랐다는 기사가 있다.³⁸⁾ 그러므로 검험에서 오판한 담당관에 대해서는 장80에 해당하는 액수의 贖木(綿布 1필 21척 혹은 錢文 5량 6전)³⁹⁾을 징수하는 처분이 내려졌음을 알 수 있다.⁴⁰⁾

4. 過剩防衛

『추조심리안』에 수록된 사건 중 과잉방위로 인하여 사형에 해당되는 죄를 범한 죄수에 대하여 감형을 심리하는 사례가 있다. 동부 김응준의 살육안에 대한 형조의 복계[1]가 그것이다. 그 내용은 다음과 같다.

○동부 김응준이 김영손을 구타하였는데 인산이 사건 다음날에 사망하였다. 실인 : 구타를 당하여 사망. 병신(1836)년 8월에 옥성됨.

○근인 : 응준과 영손은 같이 가축을 판매하고 있었는데, 장사의 이익을 둘러싸고 서로 말다툼을 하였고, 영손이 응준 아버지의 상투를 잡아 머리를 쳤더니, 응준이 나무 방망이를 휘둘러 영손의 머리를 때리자 숫구멍의 피부가 찢어져 피가 나서 딱지가 생겼다.

38) 『일성록』 현종 7년 10월 24일. 여기서 홍동원은 八議의 하나인 ‘功議’로 장80에서 1등을 감면(功減一等)하는 왕명을 받고 있다.

39) 『대전통편』 권5 형진 笞杖徒流贖木.

40) 『추관지』 詳覆部 檢驗 京司檢驗新定事目에는 “一, 三檢後, 檢驗不實之官員·醫律生·下吏等, 會推後卽爲論罪”라고 되어 있다. 또 『백헌총요』 권3 檢驗에는 “增減尸傷, 不實定執致死, 根因不明者, 正官杖六十, 吏典杖八十. 件作行人罪同”이라고 되어 있다.

“이 사건은 상처가 사망과 관련이 있고, 두 번의 검험에서도 모두 그것이 치명적이었고 판단하였으며, 또 사건 다음날의 증언을 가리기 힘들 것이니, 정범으로 보는 것이 다시 의논할 여지는 없습니다. 다만 현장에서 싸우는 모습을 봤다는 공증은 몇 명 없고, 수급된 후 매년 원통함을 호소하니 그 정상과 드러난 형적은 결국 의아하게 되었고, 자신의 아버지를 위하여 방어하였다는 주장도 용서할 여지가 될 만하므로 동 죄인 김응준은 특별히 惟輕하여 次律을 베풀어 답답한 마음을 풀어헤치는 형정이 알맞겠습니다만, 獄體는 지중하니 형조에서 감히 함부로 처리할 수 없습니다. 성상께서 裁可하시는 것이 어떻겠습니까?”

판부하시기를 “回啓한 대로 시행하라.”라고 하셨다.⁴¹⁾

김응준이 김영손과 장사에 관한 이익으로 싸웠는데 영손이 응준의 아버지에 게 폭행을 가하자 응준이 아버지를 방어하기 위하여 영손을 나무 방망이로 구타하여 죽음에 이르게 하였다는 사건이다. 응준의 행위는 자신의 아버지가 구타를 받았다는 急迫·不正한 침해에 대한 방위행위이었다고 하더라도 상대를 죽음에 이르게 하였다는 것은 방위의 정도를 넘었다고 판단되어 과잉방위로 논죄되었다. 조부모·부모가 구타를 당하였을 경우에 대한 정당방위의 범위 및 과잉방위의 처벌에 관해서는 『대명률』 父祖被毆條는 다음과 같이 규정하고 있다.

무릇 조부모·부모가 다른 사람에게 구타를 당할 때 자손이 즉시 구호하고 도리어 다른 사람을 구타한 경우, 뼈를 부러뜨리는 상해(折傷)를 입히지 않으면 죄를 논하지 않고, 折傷 이상을 입히면 싸움으로 인한 통상의 상해죄에서 3등을 감경하며, 죽음에 이르게 하면 통상의 살인죄(常律)에 따른다.⁴²⁾

41) ○東部金應俊毆打金英孫，翌日致死，實因被打，丙申八月獄成。

○根因，應俊·英孫皮物商同事矣，因利條之相詰，英孫扶執應俊父頭髻，以頭撞之，則應俊以木椎揮打英孫頭部，額門皮破血痂。

此獄段，傷損係是必死之地，而兩檢俱備致命，又在過夜之後，而衆耳難掩，正犯之目，無容更議是白乎矣，但當場鬪鬪公證苦無其人，課歲呼籲，情跡終涉疑眩是白遣，爲其父捍禦之說，亦足爲可原之端是白如乎，同罪人金應俊特傳惟輕施以次律，允合疏鬱之政是白乎矣，而獄體至重，臣曹不敢擅便，上裁何如。判付內，依回啓施行。

42) 凡祖父母·父母爲人所毆，子孫卽時救護而還毆，非折傷勿論，至折傷以上減凡鬪三等，至死者依

자신의 조부모·부모가 구타를 당하였을 때 이를 구호하는 목적으로 즉시 상대방을 반격한 경우, 상대방의 뼈를 부러뜨리지 않는 범위 내에서는 정당방위가 성립하지만, 만약 折傷 이상을 입히면 과잉방위로 판단되어 鬪毆折傷罪에서 감경 처벌되고, 죽음에 이르게 하면 감형하지 않고 그대로 鬪毆殺人罪(교형)⁴³⁾로 처벌되었다. 즉 정당방위로서의 違法性阻却事由의 범위는 상대방에 대한 ‘非折傷’까지이며, 그 범위를 넘은 김응준의 행위에는 鬪毆殺人罪가 적용된 것이다.

그러나 김응준에 대하여 형조에서는 증거불충분과 可罰性的 유무를 문제로 삼아 “용서할 만한 단서(可原之端)”로 판단하고 流刑으로 감경하는 것을 상주하였다.

그런데 이 사건에서 적용된 법에 대하여 약간 의문이 남는다. 즉 이 사건의 심리 시기 이전인 영조 22(1746)년에 반포된 『續大典』에 의하면 “아버지가 다른 사람에게 구타를 당하여 중상을 입었을 때 아들이 그 사람을 구타하여 죽음에 이르게 한 경우는 사형을 감형하여 定配한다.”⁴⁴⁾라고 이미 규정되어 있기 때문이다. 특별법인 『속대전』의 규정은 일반법인 『대명률』에 우선한다.⁴⁵⁾ 문리 해석상 『속대전』의 규정은 아버지가 중상을 입었을 때에 한정되는 것이고 응준의 경우는 이것에 해당되지 않기 때문에 본 규정을 적용하지 않았다고 볼 수도 있다. 그러나 『일성록』에 수록된 이 사건의 복계 내용을 보면 “응준의 아버지는 영손에게 욕설을 당한 후에 폭행을 당하고 옷이 찢어졌는데, 나이 70세에 가까운 아버지는 이를 상대할 수 없어 피를 흘리고 쓰러졌다”⁴⁶⁾라고 형조에서 왕에게 보고하고 있기 때문에 응준 아버지는 중상을 입었다고 보는 것이 타당

常律(『대명률』 형률 鬪毆 父祖被毆條).

43) 凡鬪毆殺人者, 不問手足他物金刀, 並絞(『대명률』 형률 人命 鬪毆及殺殺人條).

44) 其父被人毆打傷重, 而其子毆打其人致死者, 減死定配(『속대전』 권5 형전 殺戮).

45) 『대명률』과 『경국대전』 및 『속대전』의 법적용에 대하여 『대명률』과 규정이 저촉되는 경우는 『경국대전』 및 『속대전』의 규정을 사용하고, 없을 경우에는 『대명률』을 사용하였다(依原典用大明律, 而原典·續典有當律者, 從二典(『속대전』 권5 형전 用律)). 『속대전』 형전을 보면 士族과 관련한 규정, 綱常과 관련한 규정, 謀反大逆에 관한 규정, 각종 재산범죄에 관한 규정 등이 『대명률』의 규정과 저촉되는데도 불구하고 늘어나고 있다. 이것은 조선 후기 사회의 특징을 보여주는 것이라고 할 수 있다(趙志晚, 앞의 글, 125~185면).

46) 『일성록』 현종 4년 8월 17일.

할 것이다. 따라서 기존의 三錄(『大典續錄』, 『大典後續錄』, 『新補受教輯錄』)을 정리하여 편찬한 『속대전』의 본 규정은 본 사건이 일어난 헌종대에는 이미 弛緩되어 있었을 가능성이 있다. 이러한 모습은 보고한기의 사례에서 본 것처럼 피해자가 사망하였다는 결과책임을 중시한 당시의 擬律의 경향이 반영된 점이 가장 큰 이유가 아닌가 싶다.

IV. 『秋曹審理案』에 나타난 19세기 中葉의 刑政

위에서 19세기 중엽의 형사정책을 미시적으로 고찰하는 방법으로써 『추조심리안』에 수록되어 있는 사례들을 소개하고 약간의 고찰을 시도하였다. 사형에 해당되는 죄를 범한 자에 대한 감형의 특징으로서는 (1) 오랫동안 수감되어 심문을 받아도 명백한 증거를 제시하기 어렵거나 범죄의 정상에 참작할 만한 까닭이 있을 경우, (2) 보고한기 경과 후에 피해자가 사망하고 범죄행위와 사망과의 인과관계를 인정하지 어려울 경우, (3) 초검과 복검의 검시결과가 일치하지 않아 實因이 명백하지 않은 경우, (4) 과잉방위로 인한 피해자의 사망에 대한 情狀酌量, 그리고 본고에서는 다루지 않았으나 (5) 『대명률부례』 문형조례의 원용에 따른 감형, (6) 邪學 신앙에 대한 悔悟로 분류할 수 있었다.

한편 당시의 형사정책을 거시적으로 고찰하기 위해서는 19세기 중엽에 살육이 어떻게 왕에게 복계되고 복계 후 실제로 어떻게 형이 집행되었는지 살펴볼 필요가 있다고 생각한다. 그러나 전술한 바와 같이 『추조심리안』에 수록되어 있는 사건의 내용은 단편적인 한계성이 있으므로 당시의 형사정책의 전체상을 그리는데 어려움이 있다. 그러므로 『일성록』에 수록되어 있는 각 사건에 관련된 기사를 참고하면서 고찰하도록 한다.

『일성록』에 수록되어 있는 각 사건 관련 기사에는 ㉠ 형조에서 왕에게 살육 사건의 심리안을 啓言한 내용, ㉡ 죄수의 가족이나 친족이 죄수가 억울하게 囚禁되어 있는 것을 왕에게 하소연하는 목적으로 擊錘한 일에 대한 심리결과를

형조에서 상주한 내용, ㉔ 살육사건의 심리안을 다시 복계한 내용, ㉕ 죄수에 대한 처분을 복계하는 내용 등이 있다. 그 중에서도 특히 ㉔의 기사가 매우 많다. 이들을 바탕으로 ‘옥성 후 『추조심리안』에 수록된 복계까지의 계언 횟수(및 그 중에서 격쟁에 관한 계언 횟수)’, ‘『추조심리안』에 수록된 계언 후 죄수의 처분을 복계할 때까지의 계언 횟수(및 그 중에서 격쟁에 관한 계언 횟수)’, ‘옥수에 대한 처분 내용’, ‘처분 후의 상황’을 분석하여 정리하면 본고 말미의 <표 2>와 같다.

먼저 ‘『추조심리안』 이전의 계언 횟수’를 보면, 옥성된 연월이 오래될수록 복계 횟수가 많아지는 것은 당연하겠으나, 여기서는 『추조심리안』에서 판부된 처분 내용이 그 판부 이전의 계언 횟수와 상관성이 없는 점에 주목하고 싶다. 즉 [13]은 『추조심리안』의 판부 이전에 26번 계언되었으나 『추조심리안』의 판부는 여전히 ‘連加詎推’인 반면, [16]처럼 이전에 계언이 1번밖에 없는데 ‘惟輕’으로 감형된 사례도 있다. 이것은 철종 즉위년 12월 20일에 대왕대비로부터 옥안을 신중히 심리하도록 명령을 받은 형조에서는 죄수에 대하여 결코 졸속으로 감형을 결정하지 않았음을 의미한다.

다음으로 ‘옥수에 대한 처분 내용’에 대해서 보면, 사형에 해당되는 중대범에 대한 감형조치는 次律인 ‘장100 유3000리’로 처단된 경우와 ‘保放’으로 처분된 경우가 대부분인 것이 확인된다. 변경지역에 보내어 충군시키는 형으로 처단한 [10]과 [23]은 『대명률부례』 ‘汚人名節律’로 논죄된 사례이다. 사료의 제약상 처분 내용을 알 수 없는 사건도 있으나 『일성록』 및 『승정원일기』로 조사한 한 『추조심리안』에 수록되어 있는 32개의 사건 처분에는 최종적으로 사형이 집행된 예는 한 건도 찾아낼 수 없다. 특히 『추조심리안』에 수록된 심리에서는 ‘계속 신문하여 진상을 밝혀냄’으로 判付한 사건들도 그 후 약 9년이 지난 철종 9년 11월에 일제히 ‘保放’ 처분을 받고 있다.⁴⁷⁾

保放은 獄에 갇혀 있는 죄수나 徒刑囚 및 流刑囚에게 질병이나 親喪 등이

47) 『승정원일기』 철종 9년 11월 9일.

발생하였을 경우, 일정기한이 지나면 다시 還囚·還配하는 조건으로 보증인을 세워 一時釋放하는 처분을 말하고, 원래 『대명률』에 규정되어 있었다. 그러나 조선후기에 들어가 『속대전』에 가뭄, 홍수, 심한 추위나 더위 등 天災地變이 발생한 경우까지 확대 규정되고, 死罪囚에게도 적용되며, 還囚·還配하지 않는 경우도 나타나는 등 차차 恤囚로서 국왕의 仁政을 베푸는 赦免政策으로 변질하였다.⁴⁸⁾ 철종 9년 11월에 보방 처분을 받은 사건들을 보면, 보방 후 還囚하였다는 기록을 전혀 찾을 수 없다. 또 重囚에 대한 보방과 함께 輕囚에 대한 석방 처분도 내려져 있는 것을 보면, 이 때의 보방 처분은 滯獄囚에 대한 사면 목적으로 시행되었다고 할 수 있다. 이러한 경향은 『심리록』에 나타난 정조대의 사형 대상자에 대한 처분내용과 유사하다.⁴⁹⁾ 여기서도 정조대의 寬刑政策의 영향을 짐작할 수 있다.

마지막으로 격쟁에 대하여 살펴본다. [1], [10], [12], [17]의 사건을 보면 처단된 후 다시 복계되어 있는데, 이들은 모두 죄수가 定配된 후에 죄수와 친속 관계에 있는 자가 격쟁한 것에 대한 심리결과를 형조에서 계언한 것이다.

격쟁은 억울함을 가진 자가 주로 왕이 거동할 때 꿩파리나 북을 쳐서 왕에게 원통을 하소연하는 청원 수단인데, <표 2>에서도 알 수 있듯이 『일성록』에 수록되어 있는 살육에 관한 복계 기사 중 상당수가 이 격쟁에 대한 심리결과와 계언이다. 격쟁의 청원자격으로서는 ① 사형이 자신에게 미치는 일, ② 父子 관계를 밝히는 일, ③ 적·첩을 가리는 일, ④ 양·친을 가리는 일 및 ①' 자손이 父祖를 위해, ②' 처가 남편을 위해, ③' 동생이 형을 위해, ④' 종이 상전을 위한 것 네 가지(四件事),⁵⁰⁾ 그리고 특별히 원통함이 심한 경우로 제한되어 있었

48) 元載淵, 「조선시대 保放의 典據와 그 實態」, 『法史學研究』 33(韓國法史學會, 2006), 5~23면. 이 논문은 조선에서의 保放에 대한 개념과 범위가 시대가 내려갈수록 擴大·寬容化되고, 또 특수신분층에 대한 우대책으로써 이용되었다는 점 등을 왕조실록에 나온 사례를 바탕으로 분류·분석하고 있다.

49) 『심리록』에 수록된 사형범죄 건수 1,112건 중 '死刑'이 3.2%, '減死定配'가 44.0%, '充軍·爲奴'가 2.4%, '釋放'이 30.8%, '物故(옥중 사망)'가 8.9%, '기타·미상'이 10.6%로 '減死定配'와 '釋放'이 매우 많다(심재우, 「18세기 후반 犯罪의 통계적 분석」(각주 4), 193~200면).

50) 韓相權, 『朝鮮後期 社會와 訴冤制度: 上言·擊錘 研究』(一潮閣, 1996), 19~28면. 한상권은 이

고, 그 이외의 무자격자가 청원한 경쟁은 嚴刑에 처하여 받아들이지 않았다.⁵¹⁾ 그러나 격쟁자격자가 청원을 할 수 있는 횟수에 한도가 없었으므로 빈번히 격쟁이 일어났다. 격쟁은 수금되어 계속 신문을 받고 있는 옥수의 석방을 청원한 것뿐만 아니라, 감형처분한 후 定配되거나 服役하는 죄수에 대한 放免에서도 제기되었다. 그 결과 유배된 죄수에 대한 격쟁 후 심리를 거쳐서 실제로 방면된 사례도 찾을 수 있다([1] 및 [10]).

위와 같이 『추조심리안』에 수록되어 있는 사건의 전말에 대하여 고찰한 결과, 형조에서 사형수에 대한 안전을 매우 신중히 심리하면서 조금이라도 寬刑할 수 있는 여지가 있으면 사형이 아니라 次律로 처단하도록 하는 자세가 보이고, 또 滯獄囚에 대해서는 일종의 赦免으로 保放 처분을 내렸음을 알 수 있었다. 처분내용도 『심리록』에 나타난 것과 유사하다. 그러므로 철종대 초에 대왕대비가 내세운 ‘聖世仁民之大政’은 정조대의 형사정책을 모범으로 삼으면서 19세기 중엽의 사회적 혼란에도 불구하고 어느 정도 실현되어 있었다고 평가할 수 있다.

V. 맺음말

『추조심리안』은 철종 즉위년 12월 28일부터 동왕 원년 2월 9일까지 형조에서 왕에게 사형에 해당되는 32개의 중대사건에 대한 심리결과를 복계하여 재가를 청한 내용과 그것에 대한 왕의 판부를 복계한 날짜 순서대로 수록한 책이

책에서 전자(①~④)를 ‘四件事’, 후자(①~④)를 ‘新四件事’라고 부르고 있다. 전자는 16세기 중엽에 이르러 범주화된 것이고, 후자는 18세기에 새로 성립되었다고 분석하고 있다. 新四件事는 18세기 초에는 ①) 손자가 조부모를 위해, ②) 자가 부모를 위해, ③) 처가 남편을 위해, ④) 동생이 형을 위한 네 가지였으나 『속대전』 편찬과정에서 ‘자손이 부조를 위해’로 합쳐지고 ‘중이 상전을 위해’가 추가되었다.

51) 擊申聞鼓者, 刑戮及身·父子分揀·嫡妾分揀·良賤分揀等項四件事, 及子孫爲父祖, 妻爲夫, 弟爲兄, 奴爲主, 其他至冤極痛事情, 則例刑取招, 此外並嚴刑, 啓達勿施(『대전통편』 권5 형전 訴冤).

다. 이 책의 편찬 시기는 『일성록』 등을 참조하여 고증한 결과, 철종 원년 2월 27일부터 동년 6월 30일 사이일 가능성이 높은 것을 밝혀냈다.

『추조심리안』에 수록되어 있는 내용 중 절반은 형조에서 사형을 감경하도록 상주한 것인데, 그 감형사유로서는 주로 ‘증거불충분 및 滯獄’, ‘保辜限期 경과 후의 피해자 사망’, ‘검험의 불일치’, ‘과잉방위’ 등이 있었다. 이들 사례를 분석하는 가운데 당시의 사건 심리에 정조대의 정책이 강하게 인식되어 있었음이 확인되고, 다른 한편에서는 조선후기에 있어서 『대명률』의 규정과 조선의 사회적 法感情이 괴리되고 계수법의 한계성이 증대하고 있었던 점을 볼 수 있었다.

滯獄囚에 대해서는 保放 처분이 내려지기도 하였으나, 죄수와의 관계에서 四件事에 해당된 사람들은 업형으로 처단될 위험도 무릅쓰고 빈번히 격쟁하여 죄수의 冤痛함을 주장하는 모습을 살펴볼 수 있었다.

본고에서는 『추조심리안』을 통하여 19세기 중엽 조선의 형사정책에 대하여 살펴봤는데 사형 집행을 가급적 피하고 조금이라도 용서할 여지가 있으면 감형시키려는 모습이 실제로 형옥에 반영되었음을 밝혀냈다. 그러나 이 史料는 32건의 중대사건에 대한 심리결과라는 사료적 한계성을 가지고 있어 이것을 일반화시키기는 어려움이 남는다. 그러므로 향후는 더 사료적으로 풍부한 『심리록』, 『추조결옥록』 등을 이용하면서 조선후기의 형사정책의 모습에 대하여 描寫할 계획이다. 그리고 조선의 이러한 형정의 모습을 세계사적 흐름에서 어떻게 평가해야 할 것인지, 다른 동아시아 국가 특히 중국 및 일본에서도 이러한 형상을 볼 수 있는지, 앞으로의 연구과제로 하고 싶다.

〈표 1〉 『秋書審理案』에 收錄된 事件의 概要

	罪人	被害者	犯罪行爲	獄成年月	判付된 處分內容	備考
▽哲宗 즉위(1849)년 12월 28일						
1	東部 金應俊	金英孫	毆打致死	1836. 8	以次律	
2	南部 柳慶得	曹萬石	足踢致死	1845. 4	連加訊推	
3	龍仁 李晉明	金(召史)	毆打致死	1846. 6	參酌發配	공범:(妓女)雲仙
▽哲宗 원(1850)년 정월 17일						
4	南部 崔建明	金致俊	毆打致死	1843. 4	參酌	
5	東部 李鎭倫	梁學舞	膝觸致死	1837.12	特施次律	공범:(叔)普達
6	東部 李同蕃	李東蕃	毆打致死	1826. 9	連加訊推	
7	西部(私奴)仁芝	徐福伊	毆打致死	1844.10	審克	
8	東部 金福彙	梁奇得	刃刺致死	1839.10	依前訊推	
▽哲宗 원(1850)년 정월 20일						
9	東部 鄭聖遇	申義吉	刃刺致死	1839.12	連加嚴刑	
10	西部 洪判孫	文(召史)	威逼自溺致死	1840. 4	發邊遠充軍	
11	北部 金性福	金允禧	足踢致死	1824. 9	連加刑訊	
12	西部 鄭者斤孫	朴正完	足踢致死	1824.12	從輕	
13	南部 全成喆	李漢甲	足踢致死	1831. 4	連加訊推	
▽哲宗 원(1850)년 정월 23일						
14	北部 尹琦衡	金弘德	以餅椎毆打致死	1848. 5	連加嚴訊	
15	西部 金漢相	鄭敬云	毆打致死	1841.12	連加訊推	
16	西部(私奴)判吉	(私奴)今得	足踢致死	1848. 3	惟輕	
17	中部 李方道	白良玉	縛打致死	1831.12	特施次律	공범:金順吉
18	東部 梁範信	安鳳吉	足踢致死	1844.12	特施次律	
▽哲宗 원(1850)년 정월 27일						
19	西部 金晚得	權鼎壽	刃刺致死	1839. 3	連加訊推	

20	南部 朴永文	鄭煥宗	足踢致死	1841. 9	特施次律	
21	西部 李有得	鄭今哲	足踢致死	1844.11	從輕	
22	西部 崔景孫	鄭大吉	追捉揮倒致死	1838. 1	連加訊推	
23	西部 金龍範	金女大阿只	誣讞服毒致死	1848. 4	連加訊訊	
▽哲宗 원(1850)년 2월 3일						
24	中部 宋千石	張聖孫	毆打致死	1842. 2	連加訊推	
25	西部 金在千	沈得伊	足踢致死	1840. 9	連加訊推	
26	南部 咸義孫	李龍伊	毆打致死	1844. 1	審克	
27	南部 李完金	李仁山	毆打致死	1842. 8	惟輕	
▽哲宗 원(1850)년 2월 9일						
28	河東 金明喜		御寶偽造	1841. 5	以次律	공범:崔鳳岳
29	南部 權完實		御寶偽造	1844. 6	以次律	공범:李春實
30	光州 洪鳳周 洪達周		沈染邪學	(1839.3 移全州)	並即放送	1848년 2월의 擊錘審理
31	南部 崔守吉	李(召史)	毆打致死	1848. 8	依前訊推	
32	中部 朱興石	(私奴)石崇	足踢致死	1847. 4	依前訊推	

※[28], [29], [30]에는 判下에 따라 철종 원년 2월 27일에 의정부에 下詢한 내용과 그것에 대한 왕의 판부가 있음.

〈丑 2〉 『秋曹審理案』을 前後한 刑曹의 啓言回數와 處分內容 및 處分後의 狀況

	罪人	獄成年月	審理案 以前の		秋曹審理案의 判付內容	審理案 以後의		處分內容	處分後의 狀況
			啓言數	擊錘數		啓言數	擊錘數		
1	金應俊	1836. 8	17	13	以次律	1	1	杖100流3千里 (利原縣)	1번 原情覆啓 →放送
2	柳慶得	1845. 4	6	4	連加訊推	11	8	保放**	-
3	李晉明	1846. 6	3	2	參酌發配	-	-	-	-
4	崔建明	1843. 4	7	5	參酌	-	-	杖100流3千里 (南原縣)	-
5	李鎮倫	1837.12	17	11	特施次律	-	-	杖100流3千里 (巨濟府)	-
6	李同蕃	1826. 9	18	12	連加訊推	1	1	-	-
7	奴 仁芝	1844.10	6	5	審克	-	-	杖100流3千里 (慶興府)	-
8	金福秉	1839.10	2	1	依前訊推	10	7	保放**	-
9	鄭聖遇	1839.12	1	0	連加嚴刑	2	0	保放**	-
10	洪判孫	1840. 4	12	10	邊遠充軍	2	2	發邊遠充軍 (長興府)	2번 原情覆啓 →放送
11	金性福	1824. 9	21	16	連加刑訊	3	1	-	-
12	鄭者斤孫	1824.12	27	18	從輕	3	3	杖100流3千里 (晉州牧)	3번 原情覆啓
13	全成喆	1831. 4	27	21	連加訊推	15	10	保放	-
14	尹琦衡	1848. 5	1	0	連加嚴訊	9	6	保放**	-
15	金漢相	1841.12	12	10	連加訊推	15	8	杖100流3千里 (淳昌郡)	-
16	奴 判吉	1848. 3	1	0	惟輕	2	2	杖100流3千里 (昌平縣)	2번 原情覆啓
17	李方道	1831.12	19	16	特施次律	-	-	杖100流3千里 (鐵海縣)	-
18	梁範信	1844.12	8	6	特施次律	-	-	杖100流3千里 (雲山郡)	-

19	金晩得	1839. 3	10	9	連加訊推	18	13	保放**	-
20	朴永文	1841. 9	15	11	特施次律	-	-	杖100流3千里 (陽德縣)	-
21	李有得	1844.11	6	4	從輕	-	-	杖100流3千里 (機張縣)	-
22	崔景孫	1838. 1	10	8	連加訊推	12	9	保放**	-
23	金龍範	1848. 4	2	1	連加刑訊	5	2	發邊衛充軍 (會寧府)	-
24	宋千石	1842. 2	9	7	連加訊推	11	7	保放**	-
25	金在千	1840. 9	9	6	連加訊推	3	2	杖100流3千里 (新寧縣)*	1년 原情覆啓 →放送
26	咸義孫	1844. 1	-	-	審克	-	-	杖100流3千里 (海南縣)	-
27	李完金	1842. 8	4	3	惟輕	-	-	杖100流3千里 (昆陽郡)	-
28	金明喜	1841. 5	10	9	以次律	-	-	杖100流3千里 (碧潼郡)	-
29	權完實	1844. 6	4	3	以次律	1	1	杖100流3千里 (驪城府)	收贖放送(母年84, 無兄弟獨身)
30	洪鳳周 洪達周	(1839.3 移全州)	4	3	並即放送	4	0	-	1866.1.16 鳳周出付義禁府
31	崔守吉	1848. 8	2	1	依前訊推	9	6	保放**	-
32	朱興石	1847. 4	1	0	依前訊推	5	2	杖100流3千里 (興陽縣)	-

※계연 횡수 및 차분내용은 『일성록』 수록기사에 의하였다. 단 ** 및 ***는 각각 『승정원일기』 철종 원년 12월 3일, 동양 9년 11월 9일 기사에 따랐다.

※해당 기사가 없는 부분은 ‘-’로 표시했다.

※아래의 罪人 이름은 『일성록』 기사에 따라 일부 표기가 다르나 심리된 내용상 동일인물로 판단하였다.

[2]柳景得, [5]李鎮菴, [6]李東番, 東藩, 同番, [8]金福謙, [13]金成哲, [17]李光道, [19]金萬得, [22]崔慶孫, 慶祿, [27]李完釗, [28]金明善, [31]崔壽吉

〈참고문헌〉

1. 法典 및 法書類

- 『大明律直解』 규장각자료총서 법전편, 서울대학교 규장각, 2001.
『大典通編』 규장각자료총서 법전편, 서울대학교 규장각, 1998.
『續大典』 규장각자료총서 법전편, 서울대학교 규장각, 1998.
『典律通補』 규장각자료총서 법전편, 서울대학교 규장각, 1998.

2. 史書 및 기타

- 『秋曹審理案』, 서울대학교 규장각, 圭12667.
『日省錄』, 서울대학교 규장각, 1994.
『承政院日記』, 國史編纂委員會.
『국역 심리록』 1-5, 민족문화추진회, 1998~2006.
『秋官志』 규장각자료총서 법전편, 서울대학교 규장각, 2004.
『百憲總要』, 법제처, 1979.
『朝鮮總督府古圖書目錄』, 朝鮮總督府, 1921.
『奎章閣韓國本圖書解題』, 서울대학교 규장각.

3. 單行本

- 崔承熙, 『韓國古文書研究』, 지식산업사, 2003
韓相權, 『朝鮮後期 社會와 訴冤制度 : 上言·擊錚 研究』, 一潮閣, 1996.
吳甲均, 『朝鮮時代司法制度研究』, 三英社, 1995.
中村茂夫, 『清代刑法研究』, 東京大學出版會, 1973.
西田太一郎, 『中國刑法史研究』, 岩波書店, 1974.

4. 論文

- 權延雄, 「『審理錄』의 기초적 검토 : 正祖代의 死罪判決」, 『李基白先生古稀紀念 韓國史學論叢』 下, 一潮閣, 1994.

- 金 滄, 「100年 前의 殺人事件 報告書, ‘檢案’, 『법제연구』 21, 한국법제연구원, 2001.
- 沈載祐, 「18세기 獄訟의 성격과 刑政運營의 변화, 『韓國史論』 34, 서울대학교 국사학과, 1995.
- _____, 「정조대<<欽恤典則>>의 반포와 刑具 정비, 『奎章閣』 22, 서울대학교 규장각, 1999.
- _____, 『<<심리록>>연구』, 서울대학교 문학박사학위논문, 2005.
- _____, 「18세기 후반 犯罪의 통계적 분석 :<<심리록>>을 중심으로, 『法史學研究』 32, 韓國法史學會, 2005.
- 沈羲基, 「朝鮮時代의 殺獄에 關한 研究(I), 『法學研究』 25, 부산대학교 법학연구소, 1982.
- 元載淵, 「조선시대 保放의 典據와 그 實態, 『法史學研究』 33, 韓國法史學會, 2006.
- 정순옥, 「정조의 법의식 :<<審理錄>>판부를 중심으로, 『全南史學』 21, 전남사학회, 2003.
- 趙志晚, 『朝鮮時代 刑事法으로서의<<大明律>>과 國典』, 서울대학교 박사학위논문, 2006.
- 花村美樹, 「一人償命, 『朝鮮學報』48, 朝鮮學會, 1968.

An Analysis of the Mid-19th Century Korean Criminal Policy through Studying the Chujo Shimri-An

Tanaka, Toshimitsu*

This study investigated the Korea criminal policy in the mid-19th century through studying the Chujo Shimri-An(秋曹審理案).

Existing studies on criminal policy of the late Joseon Dynasty are mainly based on chonical records. Court records of the late Joseon Dynasty, such as the Chujo Shimri-An, have rarely been used despite its importance. Through careful analysis of the records, some integrity problems in the text have been corrected. The dates of records, which are absent from the original text, are also inferred by correlating with other sources, such as the Ilsong Rok(日省錄).

Given that chonical records already served the purpose of recording the cases, the actual reason of publishing the court records remains inconclusive. Part of this study establishes a hypothesis to answer this question.

Characteristic cases that reflect the essence of the records are introduced. Observations are discussed and conclusions are drawn. The cases showed that the king had the tendency to avoid conduction of death penalties. The author regard this as an exhibition of the king's clemency to his people.

[Key Words] 秋曹審理案, 保辜限期, 檢驗, 保放, 擊錘

* Doctral Course, College of Law, Seoul National University