

漢文帝 시기 형법의 개혁과 그 전개 재검토*

張 建 國**

목 차

- I. 머리말
- II. 《漢書》〈刑法志〉와 여러 학자들의 주석
 - 1. “籍笞”에 관해서
 - 2. 顏師古의 誤注
- III. 五行說, 張蒼, 漢武帝와 刑期
- IV. 鈇趾刑과 斬右趾

I. 머리말

漢文帝 때 시행했던 刑制개혁은, 중국 형벌사상 중대한 의의를 갖는 사건이다. 《漢書》〈刑法志〉에 따르면, 漢文帝가 내린 詔書에 따라서 丞相인 張蒼과 御史大夫 馮敬이 제출한 개혁안은 다음과 같은 내용이었다.

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, 及吏坐受賂枉法, 守縣官財物而卽盜之, 已論命復

* 『古代文化』 제48권 제10호(京都)·1996년 에 실린 글임. 이 번역은 富谷 至(京都大學 人文科學研究所 助教授)가 일본어로 번역한 것을 바탕으로 하였음.

** 北京大學 法學部 助教授

有笞罪者，皆棄市。罪人獄已決，完爲城旦春滿三歲，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。前令之刑城旦春歲而非禁錮者，如完爲城旦春歲數以免。

衛宏의 《漢舊儀》에서도 형벌에 대해 언급하고 있다.

秦制，有罪各盡其刑。凡有罪。男髡鉗爲城旦，城旦者治城也。女爲春，春者治米也。皆作五歲，完四歲。鬼薪三歲。鬼薪者男當爲祠祀鬼神伐山之薪蒸也。女爲白粲者，以爲祠祀擇米也。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。

위평이 말하고 있는 형벌제도는, 실제로는 前漢末·後漢初 때 시행된 제도였다는 점은 이미 학계에서도 인정하고 있는 바이며, 刑期라는 면에서 본다면, 이러한 견해는 납득할 수 있다. 滋賀秀三은 「漢文帝的 刑制 개혁을 둘러싸고—《漢書》〈刑法志〉에서 빠진 글자에 대한 의혹—」이라는 논문에서, 衛宏의 《漢舊儀》가 〈형법지〉에 기록된 기재와 맞지 않는 곳이 있다는 매우 중요한 점을 지적하였다. 시가 씨는, 하나의 가설로서, 《한서》〈형법지〉에 刑期에 관한 부분에 빠진 글자가 있을 것이라는 생각을 거듭한 끝에, 모두 13자의 빠진 글자를 추정하고 그것을 원문에 보충하여 해석했던 것이다.¹⁾

나는, 滋賀秀三의 학문과 지혜 그리고 견식에 대해서 존경해 마지않지만, 유일하게 이 논거에 대해서만은 약간의 의심이 간다. 계속해서 이 문제점에 대해 짐작하고, 해명할 실마리를 모색해 왔는데, 최근 검토할 만한 가치가 있는 해석을 찾게 되었다. 다른 부분에 대해서는 억측스러운 면도 있지만, 여기에서 그러한 것들을 발표하는 것은, 비록 미비한 점이 있다고는 하나, 학계에 기여하는 바가 있을 것이기 때문이다.

1) 『東方學』 第79, 1990, 1~8면. 滋賀秀三이 내놓은 假說의 핵심이 되는 것은, 빠진 글자를 추정하는 것이다. 〈형법지〉에서 빠진 글자 부분을 삽입하면, 다음과 같이 된다. (빠진 글자는 【 】 으로 나타낸다).

罪人獄已決，完爲城旦春滿三歲，爲鬼薪白粲。鬼薪白粲一歲，【免爲庶人。鬼薪白粲滿二歲】，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【司寇】作如司寇二歲，皆免爲庶人。其亡逃及有罪耐以上，不用此令。前令之刑城旦春，歲而非禁錮者，如完爲城旦春，歲數以免。

II. 《漢書》〈刑法志〉와 여러 학자들의 주석

현행본 《漢書》〈형법지〉에는 본문 외에, 후대에 이루어진 주석이 있고, 본문에 관한 해석은 물론이며 주석에 관한 해석도 유익하다. 우선 제일 먼저 張蒼 등이 기초한 개혁안을 분석해 보자. 上奏文 가운데, 《臣謹議請定律曰》로 나타난 것을 《定律之段》이라고 하자. 현행본 〈형법지〉에 보이는 이 단락의 말미에는, 顏師古가 쓴 비교적 긴 주석이 있다.

(前略) 殺人先自告, 謂殺人而自首, 得免罪者也. 吏受賂枉法, 謂曲公法而受賂者也. 守縣官財物而即盜之, 即今律所謂主守自盜者也. 殺人害重, 受賂盜物, 贓污之身, 故此三罪已被論名而又犯笞, 亦皆棄市也. 今流俗書本 <笞三百>, <笞五百>之上及 <劓者>之下有 <籍笞>字, <復有笞罪>亦云<復有籍笞罪>, 皆后人妄加耳, 舊本無也.

顏師古의 注 후단에 주목하여, 流俗本 〈형법지〉에 있는 본문을 복원하는 것부터 살펴보자. 우선 분명히 해두어야 할 것은, 顏師古가 서술한 부분과 〈형법지〉의 원문을 자세히 검토해 보면, 실제로는 “劓者(의자)” 아래쪽에만 “籍笞”를 삽입하고, 다른 세 곳에는 단지 “籍”이라는 한 글자만을 보충하면 된다는 것이었다. [“籍笞” 두 글자를 모두 적용했다라도 의미에는 영향을 끼치지 않았지만].

諸當完者, 完爲城旦舂, 當黥者, 髡鉗爲城旦舂, 當劓者 [籍笞], [籍] 笞三百, 當斬左趾者, [籍] 笞五百, 當斬右趾, 及殺人先自告, 及吏坐受賂枉法, 守縣官財物而即盜之, 已論命復有 [籍] 笞罪者, 皆棄市.

<형법지> 본문과 顏師古의 注에 관해서, 나는 아래의 두 가지를 지적하고 싶다.

1. “籍笞”에 관해서

顏師古가 말하는 《舊本》의 권위가 어떠한 것인지는 분명하지 않지만, 流俗本에 이러한 원문이 있다는 것은, 그것이 그렇게 쉽게 쓰여졌던 것이라고 생

각할 수 없다. “籍笞”라는 말이 이 단락 가운데 모두 네 곳에서 보이는 것은 단순한 誤記가 아님이 분명하다. “籍”이라는 것이 어떠한 의미인가를 분명히 한 뒤에, 꼭 古字書 속에서 그 의미를 찾아낼 필요성은 없다고 생각하고 있다. <형법지>의 다른 곳과 연계를 지어 본다면, 시간적으로 가까운 景帝가 내린 詔書 가운데에서 그 합리적인 해석을 발견할 수 있을 것이다.

景帝 원년(기원전 156), 漢文帝 때에 제정된 형벌제도는,笞刑을 받은 죄인이 “사망하는 비율이 많다”는 이유로 개정이 단행되어, “중죄와 다를 것이 없는 자에게는 태형이 가해지며, 다행히 죽지는 않더라도, 사람 구실을 할 수 없다. 그 율(律)에 따라 태형 오백대는 삼백대로, 태형 삼백대는 이백대”로 하였다. 그래도 역시 불충분하였으므로, 경제 중(中) 6년 다시 다음과 같은 詔書를 내렸던 것이다.

加笞者, 或至死而笞未畢, 朕甚憐之, 其減笞三百曰二百, 笞二百曰一百.

경제가 내린 詔書에 “加笞”라는 말이 두 번에 걸쳐 언급되고 있는 것에서, “籍笞”라는 의미는 다름 아닌 “加笞”이고, “籍”은 “加”와 같다고 추측하는 것은 충분한 이유가 있다고 해도 좋을 것이다. 《漢書》의 판본이 본래 어떠한 것이었는지에 대한 추측은 접어 두더라도, 여기에서 張蒼 등이 처음으로 필사한 상주문 가운데, 이 글자가 존재한다는 결론을 이끌어낼 수 있을 것이다. “籍”이라는 글자는 바로 그 “笞”라는 글자가 독립된 형벌로서의笞가 아니라, 髡鉗城旦刑(근검성단형)에 더해진 부가형이며, 加笞의 “加”에 비해서, 한층 “付加”된다는 말뜻을 나타내고 있는 것이다. 지금까지 이루어진 해석에서는, 여기의 “笞”를 漢나라 당시의笞刑으로 오해했는데, 그것은 한 글자가 빠졌기 때문에 생긴 일임에 틀림 없다. 그 결과, 顏師古를 비롯하여, 모두 그것을笞刑처럼 설명하게 되었다. 이것은 큰 잘못이며, 張蒼이 제기했던 원뜻과 맞지 않다. 顏師古는 그 점을 이해하지 못하고, 유속본을 “妄加”라고 공격했던 것이다. 그러나, 실제로는 바로 이 流俗本이, 顏師古의 주변에 가깝게 있었던, 이른바 “舊本”과는 달랐던 점이었을 것이다. 유속본이야 말로 충실히 법령의 원형태를 전하며, 상주문에서 형벌의 범주를 나타내어야 할 때에 이 글자는 빼놓을 수 없는 것이었다.

2. 顏師古의 誤注

顏師古에 따르면, 새롭게 개정된 것은 殺人自首, 受賂枉法, 主守自盜의 세 가지 범죄는 이미 論命한 후에 다시笞에 해당하는 죄를 범하면, 그 지역에서 棄市에 처했다는 것이다. 이 해석은 잘못되었다고 생각한다. 원문의 참뜻은 다음과 같을 것이다.

A. 殺人先自告, 棄市

이것은, 지금까지 살인을 범하고 자수하러 온 자에 대해서는, 사형에 처하지 않고, 필시 감형 조치를 시행했던 것을, 新法에서는 自首 정황을 전혀 고려하지 않고, 일률적으로 살인으로 간주하여 棄市에 처한다는 것이다. 이 조항은 “復犯籍笞”에는 관련되어 있지 않기 때문에, 顏師古의 해석은 바르지 않다. 籍笞의 죄를 다시 범하여 사형에 처해야 하는 것은 다음의 두 가지 경우이다.

B. 吏坐受賂枉法, 已論命復有籍笞罪者, 棄市.

C. (吏?) 守縣官財物而卽盜之, 已論命復有籍笞罪者, 棄市.

“論命”의 의미는 잘 모르겠지만, 晉灼이 행한 注인 “命者, 名也, 成其罪也”에 따르면, 罪名이라는 것은 심판을 거쳐 罪名이 확정되는 것이라고 추측해도 좋을 것이다. 그러면, 무엇 때문에 이러한 字句가 사용되었던 것일까? 아마 그것은 포함되어 있는 의미가 복잡하기 때문일 것이다. 예를 들면, 結審 후, 이미 죄의 論단을 거친 단계에 있어서, 형을 집행할 복역기간에 있는 경우와 구류 중 우연히 대사면을 만나서 罪名은 확정되었어도 판결이나 형 집행에는 이르지 않는 경우가 있는데, 이것은 모두 “已論命”에 속한다. “復有籍笞罪”라는 것은, 이미 두 종류의 賊罪 가운데 어느 한쪽을 범하고, 罪名을 거친 후 일정 기간이 지났는데, 또 “髡鉗城旦籍笞五百(이전의 斬左趾)” 혹은 “髡鉗城旦籍笞三百(이전의 의[劓])”과 같은 죄를 범한 것을 말한다. 나중에 범한 범행이 비교적 중죄이기 때문에, 이전에 범한 것과 연관하여, 이러한 종류의 특정

2) 코를 베는 형벌.

누범죄에 대해서는 肉刑에 처단했던 것을 이 때에 棄市로 개정한 것이다. 지금까지 이해해왔던 것처럼, “笞”죄를 범한 것 때문에 棄市에 처한다면, 몰인정하고 도리가 없는 것이다. 일반적으로 말해서,笞의 수는 가장 작을 때는, 불과 10대 내지 20대에 지나지 않는데, 분명히 그것은 가벼운 벌칙이라고 해야 할 것이다. 과연 이러한 미진한 죄를 범한 것만으로, 棄市에 처하여 생명을 빼앗을 수 있는가? 그것은 당치 않는 말이 될 것이다. 즉, “笞罪”가 아니라 “籍笞罪”가 棄市에 처해졌다고 해석해야 한다.

술文과 수호지 죽간에 보이는 형벌명의 한 예에서 보면, 漢文帝 때 시행한 肉刑의 개혁은 아래와 같은 것이었다고 할 수 있다.

- 當黥은 髡鉗城旦春 (예: “黥城旦”이 “髡鉗城旦”으로 변하였다.)
 當劓는 籍笞三百 (예: “黥劓城旦”이 “髡鉗城旦籍笞三百”으로 변하였다.)
 當斬左趾는 籍笞五百 (예: “斬左趾又黥以爲城旦”이 『髡鉗城旦籍笞五百』으로 변하였다.)

當斬右趾는 棄市 (後述)

“籍”자는 획수가 많았기 때문에 “加”자를 대신 사용하였는데, 그 후 “加”자를 사용하지 않고도 해석에는 영향을 주지 않는다고 여겨져 생략하고 말았다. 이번 논의에는 벗어나지만, 나는 이렇게 추측하고 있다.

張蒼의 상주문 가운데 두 번째 단락은, 刑期에 관한 규정이다. 나는 그것을 “定令의 段”으로 칭하고자 한다. 漢代는 형벌에 관한 자세한 규정에 있어서, 律이 아니라 令의 형식으로 보충하고 있었다. 지금부터, 그 단락의 맨 첫 절을 검토해 보고자 한다. 앞으로, 논증을 전개해 나가기 위해서, 여기에서 顏師古의 주석문을 빼낼 필요가 있기 때문에, 원래의 자리로 그것을 돌려보낸다.

罪人獄已決, 完爲城旦春滿三歲, 爲鬼薪白粲. 鬼薪白粲一歲, 爲隸臣妾. 隸臣妾一歲, 免爲庶人. (師古曰, 男子爲隸臣, 女子爲隸妾, 鬼薪白粲滿三歲爲隸臣, 隸臣一歲, 免爲庶人, 隸妾亦然也). 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.

滋賀씨의 假說에 따라 도출할 수 있는 한 가지는, 현존하는 판본에 보이는

문자[正文]를 고려할 때, 처음에 鬼薪白粲에 처단된 자에 대해서, 그 후부터 刑期를 어떻게 확정해야 하는가에 대해서 검토되지 않았다는 것이다. <형법지>를 거듭 검토하는 가운데, 현행본 《漢書》에 기록된 문자를 고려해 넣어서 글자를 보충하지 않아도 현존하는 판본에서 문자 범주로 적당히 본문과 주석문을 조정하면 글의 의미가 통하는 것을 발견할 수 있다. 그러한 조정을 제시하기에 앞서, 《漢書》판본에서, 이전부터 문제점이 되고 있는 부분을 제시하여, 조정하는데 있어서 이를 정당한 이유로 들고 싶다.

예 1 : 《漢書》의 주(注)에는, 주석자의 성명이 누락된 부분이 있다는 점이다. 예를 들면 <衛青傳>에, 위청 휘하의 特將 15명을 들고 있는데, 그 가운데 한사람인 李沮에 대해서, “李沮, 雲中人”이라고 되어 있다. 그런데, 이 구절 아래에 있는 주석은 단지 “沮, 音俎”뿐이고, 통상적으로 주석 앞에 있어야 하는 주석자의 이름이 보이지 않는다. 게다가 현행의 각 판본 모두 이 부분에서 주석자의 이름이 보이지 않는다. 王先謙은 “師古曰” 3자가 누락되어 있다고 한다.

예 2 : 상술한 문제점 이외에도, 《漢書》에는 正文과 주석문이 혼동되어 있다는 점이다. 예를 들면, <地理志>에, 京兆尹 管轄의 각 현을 들고 있는데, 그 중에서, “南陵, 文帝七年置. 沂水出藍田谷, 北至霸陵入霸水, 霸水亦出藍田谷, 北入渭, 師古曰茲水, 秦穆公更名以章霸功, 視子孫, 沂音先歷反, 視讀曰示”가 있다. 생각컨대, 이 문장에서는 “師古曰”부터 그 뒤는 주석문이라는 것이 명백하게 되었다. 그런데, 錢大昕은 거기에서 문제점을 발견했다. 그는, “師”는 후대인이 함부로 덧붙인 것이므로 이를 삭제해야 하며, “古”자 이하는 班氏의 본문은 결국 《漢書》의 正文인데, “沂音” 위에 “師古曰” 이 3자가 있었을 것이라고 해석하고 있다. 나는 錢氏의 고증에 수긍이 간다. 이에 따라 고친다면, 이 단락은 “霸水……古曰茲水, 秦穆公更名, 以章霸功, 視子孫, [師古曰] 沂音先歷反, 視讀曰示”로 된다.³⁾

현행본 《漢書》 <형법지>에도 이와 같은 版本의 착오 가능성이 있는 것은 아닐까? 본문과 주석문을 자세히 분석한 결과, 따로 새로운 수정 방법을 발견했다. “鬼薪白粲滿三歲爲隸臣, 隸臣一歲, 免爲庶人”. 이것은 顏師古의 주석문이 아니라, <형법지>의 본문에 해당하는 것이다. 이 본문에 있는 한 구절

3) 본문 속에서 인용한 《漢書》 및 주석은 모두 中華書局 標點本을 썼다.

뒤에 주석자의 이름을 빠트리고 있다. 이것은, 현행본 《漢書》에 자주 나타나 는 현상이라고 하더라도, “某某曰” 석자를 덧붙이기만 해도 전체 문장은 자연 스럽게 해석이 된다.

이렇게 해서, 기본적으로는 字句를 덧붙이지 않고도, 의문스러운 점을 해결 할 수 있을 것이다. 아래에 있는 것은, 내가 추정한 복원문이다. 그 중에서, 보충한 것을 【】 로 기록하여 알기 쉽게 구별해 두었다. 주석문은 작은 글자 로 밑줄 친 부분은 본래 주석문 이었던 것을 내가 본문으로 생각한 것이다. 司寇에 대한 문제점을 고찰하기 위해서 如淳의 注도 함께 제시해 두었다.

罪人獄已決, 完爲城旦春滿三歲, 爲鬼薪白粲

鬼薪白粲一歲, 爲隸臣妾

隸臣妾一歲, 免爲庶人.

師古曰, 男子爲隸臣, 女子爲隸妾

鬼薪白粲滿三歲爲隸臣, 隸臣一歲, 免爲庶人.

【師古曰】 隸妾亦然也

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.

如淳曰, 罪降爲司寇, 故一歲, 正司寇, 故二歲也

위와 같이 조정해 보면, 원래의 令文 속에는 보이지 않은 鬼薪白粲의 刑期 가 여기에는 모습을 나타내고 있다. 그 형기는 4년이다. 앞에서 서술한 《漢書》 판본에 현존하는 문제점(예 2)을 언급하면, 여기에서 <형법지>의 본문을 顏師古(혹은 다른인물)가 쓴 주석문으로 잘못 인식할 수 있다. 그와 같은 상태 로 된 것이 언제부터인지는 확실하지 않지만, 대개 西晉 이후일 것이라고 생 각한다. 그 이유에 대해서는 아래와 같이 4가지로 상세하게 설명하고자 한다.

① 《漢書》에 주석을 단 사람은, 東漢, 三國, 晉 시대의 몇 사람이 있었는데, <형법지> 만을 따로 떼내어서 보면 수십명에 이른다. 지금 문제시되고 있 는 漢文帝의 改制 부분에서도 三國 시대의 李奇, 孟康, 如淳, 晉의 晉灼, 臣瓚 등이 있다. 그리고, 그들은 漢代와 그렇게 멀지 않은 시대에 살았다. 그러면,

漢文帝 改制 전후의 漢나라 형법제도 가운데 형벌명과 형벌 기간이 존재했던 것을 나타내었던 鬼薪白粲이 본문에 보이지 않았다면, 그들은 그것이 잘못됐다는 것을 금방 알아차릴 것이다. 그런데, 한사람도 그것을 언급하지 않았다는 것은, 당시의 판본에서는 우리들이 현재 주목하고 있는 문제점이 존재하고 있지 않았다는 것을 말해 준다. 그러한 문제점이 나타난 것은, 틀림없이 나중에 여기저기 유포된 《漢書》와 여러 학자의 주석을 포함해서 주석본을 편성했을 때일 것이다. 그런데, 그 때 부주의하게도 본문과 주석문을 혼동했던 것이 아닐까 추정하는 것이다. 敦煌寫本 《漢書》 잔여편에 의해서, 顏師古가 다른 사람의 주석을 자신의 주석에 간혹 사용한 점을 많은 사람들이 지적하고 있다. 만약 그것이 사실이라면, 그 당시의 몇 명이 漢나라 때의 형법제도에 대해 꿰뚫지 못하여 다른 사람의 주석에 따라 이미 혼란이 되고 있었던 주석문을 그대로 기록해 버렸던 것은 아닌가 생각된다. 또 다른 가능성 가운데 하나는, 顏師古 이후에 본문과 주석문 사이에 혼란이 일어났다고 하는 것이다.

② 복원한 正文 “鬼薪白粲滿三歲爲隸臣, 隸臣一歲免爲庶人(귀신백찬이 3년을 채우면 예신이 되고, 예신 1년이면 서민으로 면한다)”에서는, 鬼薪白粲으로 감형된 후에 隸臣이라고만 말하고, “妾”이라는 한 글자가 빠져 있다. 이것은 張蒼이 제정한 令文에서 빠진 것인지, 아니면 班固가 기록했을 때에 그것을 생략한 것인지 이 둘 가운데 어느 하나일 것이다. 이 문제점도 앞에서 서술한 籍笞의 문제점과 유사한 것이라고 말할 수 있을 것이다.

秦漢시기에서 漢文帝 시대에 이를 때까지는, “隸臣妾”을 “隸臣”이라고 약칭하더라도 별 문제점은 없었다. 그런데 隸臣妾이라는 형벌의 명칭이 사라진 후, 특히 삼국시대 이후에는 勞役刑에 대한 명칭은 형벌 시기의 年數를 나타내는 호칭으로 바뀌어 버렸다. 그리고, 그 후에 《漢書》를 읽는 독자를 위해서는 설명이 필요하게 되었다. 그러한 까닭으로, “예첩 또한 그러하다(隸妾亦然也)”라는 한 구절을 후대의 주석자가 덧붙이게 되었다. “女徒”도 마찬가지로 설명되었는데, 그것은 사람들이 의문을 느끼지 않도록 하기 위해서이다. 張蒼 등이 이렇게 기재했다고 하더라도, 그 당시의 漢인들이 오해할 리는 없고, 女徒인 “白粲”의 감형은, 男徒인 “鬼薪”이 “隸臣”으로 감형된 것에 비추어, “隸

臣”에 대응하는 “隸妾”으로 덧붙여진 것은 주지하는 바이다. 특히 “班固”가 의식적으로 삭제했다고 하는 생각도 당연히 성립할 수 있을 것이다. “班固”가 《漢書》를 집필할 즈음에, 무의식중에 간략히 하는 것에 익숙해진 결과, 아마 해석에는 영향이 없을 것이라고 간주하여 한자를 생략해도 큰 차이가 없다고 생각했을 것이다. 그러나, 《漢書》가 후대로 전해 내려오는 가운데, 본문과 주석문이 하나로 되어 버렸을 때, 이 한 구절 아래 있는 주석문이 전술한 예와 같이 되어 버렸다. 그리고, 주석자의 이름이 없었던 것도 漢代의 제도를 잘 모르는 후대사람들이 베껴 쓰는 가운데 전면의 본문을 합체화 시켜 버렸던 것이다. 이렇게 해서, 거기에 있는 문자는 앞 주석문에 연결된 한 단락의 긴 주석문으로 모습을 바꾸게 되었다. 잘 읽어보면, 이 긴 주석문은 매우 장황하여, 좀처럼 요령을 찾을 수 없을 것 같다. 王先謙에 이르러, 《漢書補注》에 실려있는 “三歲”이라는 것은 “一歲”의 “誤記”라고 간주하여 앞뒤에 있는 문장을 합리적으로 해석하려 한 것이다. 이 구절에서 가장 큰 문제점은 그 구절 자체가 앞뒤에서 이치가 맞지 않는다는 점이다. 왜냐하면, <형법지>의 앞 단락에서 분명히, 城旦春은 “만 3년이면 鬼薪白粲이 된다”가 되어 있는데도 불구하고, 顏而古가 해석한 단계에서 왜 “鬼薪白粲 만3년에 隸臣이 된다”로 바뀌어졌는가를 생각하기에 이르렀던 것이다. 그러면서도, “王先謙”은 거기에서 우리들이 주창하고 있는 본문과 주석문의 착각이라는 것을 알아차리지 못하고, 그의 의문은 문자를 고쳤다고 주장하는 이유를 정당화하는 데로 흘러간다. 실제로, “三”은 잘못된 것이 아니다. 이 조항은 원래, 畝文 가운데 鬼薪白粲의 刑期에 관한 규정인데, 후대 사람들이 주석 속에 잘못 기록해 버렸던 것이다.

③ 司寇에 관한 문제점

如淳의 注인 “罪降爲司寇, 故一歲; 正司寇, 故二歲也”의 해석에 따르면, “隸臣妾”에서 하강해서, “司寇”가 되며, 그것은 원래 남녀 양성을 총칭한 것이며, 睡虎地 秦簡의 “城旦司寇”, “春司寇”에 비견된다. 本刑이 司寇가 아니라, 그것보다도 무거운 형벌에서 낮추어진 것이었고, 그 때문에 낮추어진 후에 刑期가 짧아진 것이다(여기에서 나는 本刑과 減刑의 구별을 설명할 뿐이며, 秦漢시대 형벌에 대한 그밖의 같고 다른 언급하지 않는다). “作如司寇”에 대해

서 말하자면, “正司寇”를 들 수 있다. 나의 견해로, 이 단락은 본형(즉 형벌처단 당시)이 분명히 “作如司寇”로 처단됐던 것을 설명하는 듯하다. 이 부분에 대해서, 반드시 《漢舊儀》의 설에 구애받을 필요는 없을 것이다. 왜냐하면, 衛宏은 秦나라 제도를 소급하는데 있어서, 그가 해석한 秦나라 제도도 아니며 漢나라 제도도 아니라는 해설은 전면적으로 漢制에 중심을 둔 것도 아니다. 왜냐하면, 漢代의 “作如司寇”는 반드시 女徒를 가리키는 형벌로 되어있지는 않기 때문이다. 그 한 예를 여기서 들어보자. 《後漢書》〈章帝紀〉에, 章帝 建初 7년 9월에 내려진 감형 조치가 보인다. 그런데 여기에서, 死罪 또는 亡命에 관하여 각각 사면이나 감형을 베푸는 것뿐 아니라, 현재 복역하고 있는 刑徒에 대해서 다음과 같은 조치가 내려졌다. “系囚鬼薪白粲已上, 皆減本罪各一等, 輪司寇作”. 여기에서 말하는 ‘輪司寇作’이라는 것이 바로 漢文帝 이후, 司寇의 정식 명칭으로 勞役의 성질을 가진 “作如司寇”가 틀림이 없다. 章帝의詔가 의미하는 바, 鬼薪, 城旦은 “輪司寇作”에 해당할 수 있고, “白粲”, “舂”도 또한 “輪司寇作”으로 감형되었다. 司寇에는, 남녀 刑徒들에 관한 명칭상의 구별은 없었다고 보아야 할 것이다.

④ 본 단락 처음에 나오는 “罪人獄已決”의 의미에 대해서, 본고는 滋賀의 해석을 따랐다. 그는 이 단락에서 규정하고 있는 刑期和 무기형의 폐지는, 두 종류의 죄수들(미래와 현재의 죄수들)에게 영향을 미쳤다고 본다. 결국, 새로이 법령을 반포하기에 앞서 판결이 내려져서, 복역중인 현역 刑徒도 그들의 형기가 “판결된 날부터” 계산된다는 의미일 뿐만 아니라, “이후, 판결을 받은 것은 판결을 언도 받은 때부터” 계산한다는 의미도 포함되어 있다고 여기는 것이다. 본문의 하단에 있는 刑期에 관한 문제점을 논하는데 있어서도, 滋賀의 “이중 의미설”을 전제로 하고 있다.⁴⁾

4) 원래 나의 說은, 富谷至씨의 해석과 같으며, 新法은 그 단계에서 복역중인 기결수에 대한 처리 규정이라고 생각한다. 나중에 滋賀씨와 서신을 교환하면서, 그가 편지에 상세하게 그의 해석을 설명해 주어서 납득할 수 있었다. 여기에서, 滋賀씨에게 깊은 감사사를 드린다.

그렇지만, 약간의 의문은 남는다. “罪人獄已決”이라는 것은, 당시 복역하고 있던 판결을 끝낸 자의 처리방안 뿐 아니라, 앞으로 죄를 범하려는 자들에게 대해서도, 기결수의 처리 방법에 비추어 개정 처리한다는 점도 겨냥했을 것인데, 그 밖에 대해서는 班固가

이상의 분석을 종합해서, 完城旦에서 司寇에 이르는 刑期の 서열은 다음과 같이 될 것이다.

- (1) 完城旦春 : 본형 3년 복역 후, 鬼薪白粲刑에 1년 복역, 그리고 隸臣妾에 1년 복역 후 석방. 형기는 합쳐서 5년
- (2) 鬼薪白粲 : 본형 3년 복역 후, 隸臣妾刑에 1년 복역한 후 석방. 형기는 합쳐서 4년.
- (3) 隸臣妾 : 본형 2년 복역 후, 司寇刑(남녀 동명)에 1년 복역한 후 석방. 형기는 합쳐서 3년.
- (4) 作如司寇(남녀동명, 실제 사용은 司寇로 약칭) : 본형 2년 복역 후 석방

여기에 이어서 <형법지>의 두번째 단락에 있는 마지막 부분의 원문은 이러하다.

其亡逃及有罪耐以上, 不用此令, 前令之刑城旦春歲而非禁錮者, 如完爲城旦春歲數以免

이 부분은 지금 현재 가장 알기 보기 힘든 부분이다. 여기에서 몇 가지 분명한 해답이 없는 문제점을 식출해낼 수 있다. 滋賀는, “刑城旦春”에서의 “刑”은 “黥”의 대칭인 것을 이미 지적했었고, 우리들이 이해하고 있는 바의 연장선상에서, 문제점 가운데 하나는 해결되었다. 그러나, 여기에서 “刑城旦春”이라고만 하고, 기존의 “刑爲鬼薪”, “刑爲隸臣” 등 똑같은 “刑”을 말머리로 하는 형벌의 명칭에 관해서는 어떠한가? 어째서 그것에 관해서는 언급되어 있지 않는가? 그러나, 이러한 의문들은 우선 접어두더라도 현재 이해할 수 있는 것부터 살펴보면, 滋賀의 논고에서 “歲”라는 것은 “1년”을 의미하는 것임을 확인할 수 있다. 즉, 新法에서는 髡鉗城旦春(근검성단용)의 刑期 추측이 가능하다. 판결 받은 날부터 만 1년 노역에 복역한 후, 다시 完城旦春의 年數(5년)

초록한 <刑法志>에는 없다. 따라서, 令文 가운데, “其亡逃及有罪耐以上, 不用此令”이라는 어구에서, 다음과 같은 것을 연상하게 한다. “此令”을 제정했을 때는, 아직 制定을 끝내지 않는 “他令”이 있었던 것은 아닌가 하는 점, 또 “前令之刑城旦春歲而非禁錮者, 如完爲城旦春, 歲數以免”이라는 구절은 完城旦春의 年數에 비취서 服役한 그 이전의 1년은, 도대체 어떤 형벌로 복역했던 것인가 하는 것으로 문장 상으로는 알 수 없다. 앞으로 검토해야 할 과제일 것이다.

의 刑期를 채워서, 결국 6년의 형기가 되는 것이다.

Ⅲ. 五行說, 張蒼, 漢武帝와 刑期

본 절의 표제는 그다지 관계가 없는 인물과 사항들을 함께 늘어놓았다고 여길지도 모르겠다. 아래에 그 유기적인 연관성을 하나하나 분석해 가겠다.

《史記》〈始皇本紀〉는, 秦나라가 처음으로 천하를 통일한 것을 기록한 뒤, 다음과 같이 기록하고 있다.

始皇推終始五德之傳, 以爲……方今水德之始, 改年始, 朝賀皆自十月朔. 衣服旄旌節旗皆上黑. 數以六爲紀, 符, 法冠皆六寸, 而輿六尺, 六尺爲步, 乘六馬.

이 단락 뒤에는 주석문이 있고, 張晏은 “水, 北方, 黑, 終數六, 故以六寸爲符, 六尺爲步”, 瓚은 “水數六, 故以六爲名”이라고 각각 말한다.

五德이 陰陽五行學說에 기본을 두었다는 것은 주지의 사실이다. 실제로 그것이 운용되는 점에 있어서는, 주로 正朔, 色, 數라는 것도 새삼스레 말할 필요도 없다. 劉邦이 일어나 秦나라에 반기를 들었을 때, 그 부하들이 유방을 살아 있는 神처럼 숭배하도록 했고, 白蛇를 칼로 베고, 유방 자신이 赤帝의 아들이라고 날조했던 것이다. 따라서 色은 붉은 색을 떠받들게 되었다. 다만, 그가 그때의 신분으로, 正朔, 數, 나아가서 五行의 어떤 德을 사용하는 지에 대해 고려할 자격이 없었다. 秦나라가 멸망한 뒤, 五德이 필요하게 된 단계에서는, 다시 예전에 秦나라에서 사용했던 것으로 돌아가 버렸다. 《史記》〈張丞相列傳〉에 따르면 다음과 같다.

張蒼爲計相時, 緒正律曆, 以高祖十月始至霸上, 因故秦時本以十月爲歲首, 弗革, 推五德之運, 以爲漢當水德之時, 尚黑如故, 吹律調樂, 入之音聲, 及以比定律令.

漢이 德을 이용하기는 했지만, 역시 10월을 한 해의 시작으로 하고, 검은색을 존중하고, 당연한 것이지만 숫자에 관해서는 “六”을 사용했던 것이다.

張蒼은 水德의 채용을 강하게 주장하였고, 《史記》는 그가 水德으로써 “以比定律令”하였다고 한다. 이 구절은 매우 중요하다. 張蒼이 율령을 정하는 것에

서도 水德說을 굳게 주장하고 관철시켰던 것을 말해주고 있는 것이다. 지금 만약, 漢文帝의 형법 개혁 시점에서, 승상의 자리에 있었던 장창 이아말로 첫 번째 책임자였던 것을 상기한다면, 刑期를 확정함에 있어서, 水德에서 말하는 마지막 숫자인 “六”을 잊어버리지 않을 것이다. 제도 가운데에서도, 가장 중요한 법률이 水德의 규제를 받아야만 한다면, 형기 가운데 최고형이 “6년형”이 된다는 것은 필연적이었으리라.

장창의 입장에서의 水德 및 그것을 사용해야 하는 숫자 “六”은 내가 앞 절에서 분석했던 漢文帝 개혁시 각종 형벌시기에 관해 제기된 문제점을 풀어나가는데 실마리가 될 것이다. 최고형의 형기가 “六年”이라는 것에 간과할 수 없는 증거를 제공하고 있다고 해도 좋을 것이다.

漢文帝 13년의 형법 개혁 이전의 일로서, “賈誼는 한(漢)이 일어난 지 이십여 년, 천하는 평화로웠다. 正朔을 개정하고, 服色·制度를 바꾸고, 官名을 정하고, 禮樂을 일으켜야 한다고 여겼다. 그 내용에 관한 초안을 만들어, 色은 黃을 존중하고, 數는 5를 사용하고, 官名은 전부 변경하여 이를 상주하였다. 모든 일에 소극적인 漢文帝는 개혁에도 소극적이어서 이를 착수하지 않았다”고 한다(《漢書》〈賈誼傳〉). 그러나 그후 머지않아 張蒼의 “水德說”은 정면에서 부딪치게 된다.

《史記》〈孝文本紀〉에 따르면,

(文帝十四年) 魯人公孫臣上書陳終始五德事, 言方今土德時, 土德應黃龍見, 當改正朔服色制度,

이 있고, 漢文帝는 丞相인 張蒼에게 이것에 대해 자문한 결과, “丞相推以爲今水德, 始明正月上黑事”으로 되어, 개혁해서는 안 되는 것으로 되었다. 그러나, 15년이 되어서, 成紀에서 “黃龍”이 출현하였고, 그리하여 漢文帝는 한번 더, 公孫臣을 불러 博士로 임명하고, 土德으로 바꾸는 것을 검토하게 했던 것이다. 이 때 張蒼은 실각하고 관직을 박탈당했다.

토덕(土德)으로 개정할 것을 진행시키고 있는 중에, 그것을 기회로 삼은 新垣平의 사기 사건이 드러났고 신원평이 주살된다. 漢文帝의 흥미는 그쯤에서 완전히 떨어져 버렸고, 正朔·服色을 개정하는 것은 더 이상 문제로 되지 않았다. 그 후 “數”는 형세에 따라 여전히 “6”으로 유지되었다고 해도 좋을 것이다.

새로운 변화가 있었던 것은, 漢武帝 太初 원년(기원전 104년)이었다. 《漢書》〈武帝紀〉 태초 원년조에 이렇게 기록되어 있다.

夏五月，正曆，以正月爲歲首，色上黃，數用五，定官名，協音律，(張晏注，漢據土德，土數五，故用五，謂印文也，若丞相曰〈丞相之印章〉，諸卿及守相印文不足五字者，以〈之〉足之。)

漢武帝 때에 “數”는 “五”를 사용했다고 하는 것이다. 그것은 빠른 단계로 시작되었다고 해야 할 것이다. 예를 들면, 儒家의 敎典은 본래 “六藝”이고, “樂”을 포함하는데, 기원전 136년에는 “詩, 書, 易, 禮, 春秋”의 五敎博士가 설치된 것에 지나지 않는다. 또 漢武帝는 이전에 화폐를 “三銖錢”에서 “半兩錢”으로 바꾸고, 그 후 기원전 118년에 한번 더 “五銖錢”으로 바꿨던 것이다. 太初 원년에 이르렀던 단계에서는 그렇게 진행되고 있었던 흐름이 정리되어 숫자는 전적으로 “五”를 사용하게 되었던 것은 아닌가 생각된다.

형벌이라는 중요한 제도도 예외일 리가 없었다. 그때까지 勞役刑 중에서 가장 긴 刑期를 가지고 있었던 것은 6년형인 髡鉗城旦舂이었는데, 여기에서 최고 연한을 단축했어야만 했다. 이렇게 해서, 비로소 五行의 숫자에 부합하게 되었던 것이다. 나는 이 시기에 隸臣妾이 노역 형벌 체계에서 벗어나 소 실해 버린 것은 아닌가 생각된다. 실제로 개혁에 해당했던 것은, 오늘날의 연구자와 마찬가지로, “隸臣妾”의 형벌명은 문헌에 기록되어 있는 刑徒를 의미하는 “臣妾”과 유사하다고 여겨졌다. 그런 까닭에 적합하지 않다고 생각되었고, 형벌명을 하나 없애야 하는 단계에서 가장 먼저 희생양이 된 것은 아닌가 생각된다.

富谷씨에 따르면, 문헌 사료를 검토한 결과, 가장 나중에 “隸臣妾”이 확인된 것은 漢武帝 元狩 5년(기원전 118년)인데, 그것은 《漢書》〈高惠高后功臣表〉에 보인다.⁵⁾ 당시는 太初 원년에서 시간차가 불과 14년이 벌어질 뿐이었고, 王侯將相의 명수는 그다지 많지 않았고, 범죄를 상정해서 반드시 隸臣妾으로 처벌받은 셈은 아닌 것 등등을 고려한다면, 《漢書》는 단지 왕후장상의 역사를 기재하고 있을 뿐이고, 일반 백성의 범죄 상황의 국한을 반영하고 있는

5) 富谷至, 「ふたつの刑徒墓- 秦~後漢の刑役と刑期」, 『中國貴族制の研究』(京都, 昭和 62年), 596면.

것은 아니라고 봐도 될 것이다. 따라서, 이 조문을 무시할 수는 없다고 하더라도 隸臣妾刑의 소멸을 元狩 년간이라고 결정하는 것이 아니다. 실제로 확정된 것은, “숫자는 5를 사용했다”는 太初 元年 여름 5월의 일이 아닌가 생각된다. 이것을 계기로, 노역형의 형벌명과 刑期는 아래에 나타난 표와 같이 되었던 것이다.

髡鉗城旦舂 → 五歲刑	完城旦舂 → 四歲刑
鬼薪白粲 → 三歲刑	司寇 → 二歲刑

髡鉗·完城旦·鬼薪 등은 각각 6·5·4년에서 5·4·3년으로 감소되었다. 이러한 減年으로 이점이 하나 있었다. 즉, 吏民들은 거의 전적으로 노역형이 한 단계 경감되었다고 느끼고, 土德으로 바꾸어서 정말 다행이라고 확신했었다. 황제의 은에는 정말 넓게 퍼져 있었고, 그것으로 인해 백성에게 五德의 개혁을 이해시키는 한편 찬성하게 했던 셈이다.

沈家本은, 《敎考》卷二 改元 項에서, 漢武帝 시기의 상황을 열거한 뒤, 다음과 같이 말하고 있다. “武帝 즉위 때에 赦가 행해지지 않았지만, 改元 때에 赦를 실행하고, 그후, 10번의 改元이 행해지고 3번은 赦가 없었다”. 赦免이 행해지지 않은 세번 가운데, 太初가 누락되어 있다.⁶⁾ 正朔·服色을 제정하는 중대한 개정의 해에, 사면이 시행되지 않는 것은 정상이라고 할 수 없다. 그러나 지금 당장이라도 그 문제점에 대해서 묻는다면 멋진 답을 들려줄 수 있다. 앞에서 서술한 해석에 따르면, “五”라는 숫자를 사용하게 되었던 그 시점에서, 대부분의 노역형은 모두 한 등급 경감되었다는 것(既決犯도 포함된 것은 말할 필요도 없다)이며, 恩賜가 해당하는 시점에만 영향을 끼치는 일반사면과 비교했을 경우, 위의 조치로서 은택이 넓게 미친다는 것은 명백하다. 漢武帝는 그 외의 사면령을 거듭 공포하는 것 등은 이 시점에서 전혀 필요하지 않았던 것이다.

改元에 관해서 그 외에 필요했던 것은 “太初”를 경계로 해서, 그 이전의 여섯 번(太初 포함)은 전적으로 6년을 채운 후에 행해졌던 것으로, 그 이후에 몇번 더 있었던 개원은 4년에 한번 정도로 바뀌었다고 하는 것이다. 이 또한 태초 이전에는 한무제가 의연히 “六”이라는 숫자를 사용했던 증거로 봐도 될

6) 沈家本, 《歷代刑法考》(北京, 1985年).

것이다.

특히, 이 형법 개혁은, 복잡하게 단계를 붙인 노역 체제를 동시에 개혁하려는 것이었다. 이것을 경계로 형벌의 명칭은, 형역의 종류와 복역 연수를 나타내는 복잡한 상황에서, 형기의 장단을 나타내는 것으로 일원화했다. 여기에 이르러서, 西漢末 東漢初에 衛宏이 지은 《漢舊儀》에서 말하는 형기와 완전히 일치하는 것이다. 그러나, 衛宏은 秦나라 제도를 다루면서 엉뚱한 말을 했을 뿐만 아니라, 漢나라의 제도를 다루면서도 혼란을 일으켰다. 원래 이것은 衛宏의 고의가 아니라, 기본적으로 이해하지 못했던 것에서 기인했음은 말할 필요도 없다. 그가 설명하는 형기는 어디까지나 참고 정도에서 그칠 것이고, 동한의 상황을 주로 설명하는데 지나지 않고, 진대의 형기도 아니고, 그렇다고 해서 漢文帝 시기의 형기도 아니다. 결국, 한무제 시기 이후의 소산물인 것이다. 衛宏에게서는, 원래 존재하고 있었던 일련의 발전이라는 것이 전혀 보이지 않았다고 해도 될 것이다.

IV. 鈇趾刑과 斬右趾

漢代의 鈇趾刑(체지형)을 둘러싸고, 선학자 몇 명이 연구를 해 왔다. 동한이라 하면, 항상 대두되는 형벌의 사면과 감면에 대한 칙서에는, “右趾至髡鉗城旦舂”이라고 나타나고, 또 《晉書》〈형법지〉에서 인용된 《魏律序》에는, “髡刑有四”로 되어있는 것에서 보면, 네 가지 중에서는 체지형인 곤형이 포함되어 있다고 해석해도 될 것이다. 그러나, 구체적으로 어떤 형벌을 가리키고 있는가에 대해서는, 학계에서 서로 다른 해석을 하고 있다. 나는 이전에 이 문제점에 관해서 논문을 발표하고 한가지 견해를 내놓았는데 최근에 그것을 수정해야 할 필요를 느꼈다. 이하가 새롭게 추측한 것이다.⁷⁾

7) 張建國, 「論文帝改革後兩漢刑制并無斬趾刑」, 『中外法學』, 1993年 第4期, 北京.

刑 名	약 칭	刑 名	약 칭
髡鉗鈇左右趾城旦舂笞二百	右趾	髡鉗城旦舂笞二百	髡鉗笞二百
髡鉗鈇左趾城旦舂笞二百	鈇左趾	髡鉗城旦舂	髡鉗

① 현존하는 자료에 보이는 “鈇左右趾”라는 형벌명은 居延漢簡 40~1간에 보인다

望□苑髡鉗鈇左右趾大奴馮宣⁸⁾

그러나, 죽간문에서 보면, 馮宣은 죄수가 아니고, 상림원 가운데 “望□苑”의 성년 관노에 지나지 않다. 관부는 그가 도주한 후, 체포 명령을 내렸다. 아마 그가 국경 부근의 흉노족의 영토로 도망갈 것을 두려워했을 것이다.

이 조항은, 형벌체계 가운데 사건의 형벌명이 존재하고 있는 것을 직접적으로 증명하기엔 불충분하다.

居延漢簡에서 특별히 두 편의 서간을 들 수가 있다.

甘露三年三月甲申朔癸巳甲渠鄣候强敢言之府下詔書曰徒髡鉗鈇左
右趾城旦舂以下及復作品書到言所『居延新簡』EPT 56.230A, 281

이 두 편의 죽간은 이어진 것이며, “髡鉗鈇左右趾城旦舂以下”의 구절을 확인할 수 있다. 죽간문에서 “髡鉗鈇左右趾城旦舂”이 하나의 형벌명임을 검증할 수 있을 뿐만 아니라, 새로운 추측이 성립되는 것은 아닌가 생각한다. 즉, 원래 후한시대에 늘 눈에 띄는 “右趾”는 “鈇右趾”라는 견해와는 달리, 사건으로서 그것은 문자 그대로 “鈇右趾”였던 것이 아닌가 하고 생각해 본다. 그 이유는 단지 “鈇左趾”를 “鈇右趾”로 개정한 것만으로는 형벌에 차등이 없고, 지금 만약 甲을 “鈇左趾”로 처벌하고, 乙을 “鈇右趾”로 처벌한다면, 두 사람은 형벌의 고통도라는 점에서 어떠한 차이가 있다고 할 것인가? 그 점에 관해서, 한나라 당시에는 右를 존중했다는 등의 설명으로는 설득력이 없다.

단, 이러한 해석이 가능할 것이다. 체형의 폐지 후, “右趾”로 칭하는 경우에

8) 本文에서 인용한 居延漢簡은 『居延漢簡合校』(北京, 1987年)에서 인용했다. 『居延新簡』은 1990년 출판된 新簡釋文이다.

는, 발족쇄를 왼쪽 발에도 채웠던 형벌을 실제로는 의미했다. 즉, 鈇左右趾가 바로 그것이다. 이렇듯이 두발에 족쇄를 채운 것으로써, 그 한 등급 아래인 鈇左趾와 구별이 분명했던 것이다. 그것은 아래의 사료에서 증명할 수 있을 것이다.

今漢道至盛，歷世二百餘載，考自昭，宣，元，成，哀，平六世之間，斷獄殊死，率歲千餘口而一人，耐罪上至右趾，三倍有餘。

《漢書》〈刑法志〉

理出死罪三十六人，耐罪八十人，其餘減罪，死右趾以下至司寇。

《後漢書》〈皇后紀〉

詔郡國中都官死罪系囚減罪一等，詣敦煌隴西及度遼營，其右趾以下及亡命者贖，各有差。

《後漢書》〈安帝紀〉

일반적으로 여기서 右趾를 언급할 경우, 통틀어 “鈇”자는 붙이지 않는다. 그러나 “右趾以下”라고 표현되어 있다. 거기에서 우리가 노역형 가운데 최고였음을 쉽게 알 수 있을 것이다. 첫번째 사료에서는, 적어도 전한 소제 때에 右趾는 형벌의 이러한 등급으로 위치지워졌던 것을 나타낸다. 이상, 총괄적으로 분석한 결과 대충 다음과 같이 단정할 수 있을 것이다. “右趾”라는 것은, 실제로는 예외 없이 “髡鉗鈇左右趾城旦舂”을 의미하는 것이었으리라.

② 左趾에 관해서 거연 한간에서 몇 가지의 예를 들 수 있다.

番和髡鉗鈇左趾城旦服涂，故民 EPS4.T2:25

故吏，坐施髡鉗鈇左趾城旦昌 EPS4.T2:69

또한, 다만 髡鉗鈇左趾라고만 쓰여진 것도 있다.

居延所命髡鉗鈇左趾洛都毋崔 117·32

이렇게 髡鉗鈇左右趾는 찾아낼 수 있었고, 또 髡鉗鈇左趾도 확인할 수 있었다. 그러나, 鈇右趾는 보이지 않는다. 원래, 漢簡 속에서 발견할 수 없는 것으로 충분한 이유는 되지 않는다. 그러나, 앞에서 분석했던 것과 상호 연관해서 생각할 경우에 단순한 “鈇右趾”가 존재하지 않았다고 하는 것은 근거가

없는 것이라고 해도 될 것이다.

③ 제3급의 髡鉗에 따라, 이전에 나는笞 100대를 가한 것이라고 주장했다. 이것은, 漢景帝 시기에 태 2백대를 100대로 감한 것에서 추측했던 것이다. 그 후에, 富谷의 논문⁹⁾에서, 《後漢書》〈耿夔傳〉에, “元初元年. 坐徵下獄 以減死論. 笞二百”이라는 조문을 인용하고 있는 것을 접하고, 부가형의 태형은 이백대라는 생각에 이르렀다. 이것은 아마도 틀림없을 것이다. 鈇趾刑을 정식으로 노역형 속에 최고 위치에 두었을 때, 태형 백대도 폐지되었을 것이다. 漢簡에서도, 髡鉗+笞의 예를 들 수가 있다.

移魏郡元城逮書曰命髡鉗笞二百 EPT51: 470

일반적으로는, 사형 아래에 髡鉗城旦舂이 그 뒤를 잇고, 鈇左右趾(즉 右趾)는 부가형으로 여겨지고, 사형으로 직접 이어지는 형벌체계에서 벗어난다. 사형을 감형받은 후의 형벌은 두 종류의 체지형을 넘어서 체형을 덧붙이지 않는 髡鉗城旦 笞二百으로 직접 연결되었던 것이다. 무거운 형벌(重刑: 死刑)에서 가벼운 형으로 감해지는 모습은 이상과 같았을 것이었다고 여겨진다.

④ 네번째 등급인 髡鉗城旦舂은 태형이 부가되지 않았을 뿐 아니라, 체형도 부가되지 않았다고 하는 것에 관한 것이다.

앞에서 서술한 네 번째 등급이 낮은 등급에서 높은 등급으로 병행한다면, 곤경성단용에서 단계적으로 우지쪽으로 이동해가는 단계에서 기본적인 형벌은 髡鉗城旦舂인 것은 그렇다 치더라도, 그 외에 상술한 세 종류가 있었고, 대개 비슷한 부가형으로 적용되었다. “一罪加重, 數罪併合, 累犯加重”이라는 조건하에서 일급이 이급으로 형벌이 무겁게 되었던 것이다. 그 구체적인 예는 적지 않으며, 여기서 일일이 열거하는 것은 피하겠다.

종합적으로 말하자면, 이러한 상황하에서 비교적 높은 등급은 나중에 張斐가 설명한 “죄의 가중에 의해 사형이 되는 일은 없다”라는 기본원칙과 같은 것을 관찰시켜 존재시키기 위한 것이었다.

같은 원리에 따라, 다음과 같은 것도 유추할 수 있을 것이다. 한 문제 개

9) 富谷 至, 註5) 「前掲論文」, 565면.

혁 때에 이전의 肉刑 가운데, 斬右趾는 棄市로 흡수되었던 것이 나름대로의 합리성도 있다는 것이다. 즉, 육형이 시행되었을 시대, 예를 들면 睡虎地 秦簡의 《法律答問》에 기록되어 있는 加罪에 관련된 해석이 있다. 거기에서, 하나의 범죄에 대한 처벌이 판명되는데, 가장 중한 것은 斬左趾黥城旦에 그치므로, 아래와 같은 추측이 가능한 것이다.

A. 斬左趾는 보통 죄를 여러 번 범할 경우에 적용된다.

B. 斬右趾刑이 집행된다는 것은 죄인의 왼 발도 절단된다는 것이다. 이 경우에는 두 가지 상황으로 갈라진다. 하나는, 죄인이 첫 판결에 있어 몇 번의 죄가 추가된 것에서 동시에 左右趾를 참한다. 둘째는, 죄인이 이전에 斬左趾罪를 범하고, 또 참좌지죄를 범했을 경우 右趾를 참하거나 범죄를 겹쳐서 黥劓斬左趾를 처단하고, 다시 경성단 이상의 죄를 범할 때는 斬右趾에 적용되었던 것이다.

예를 들면, 《史記》〈孫子吳起列傳〉, 龐涓이 同學인 孫臏의 재능을 시기하여, 魏나라로 불러들였던 것을 기록한 가운데 한 단락을 들 수 있다.

以法刑斷其兩足而黥之
또, 《韓非子》〈和氏〉에는
楚人和氏得玉璞楚山中. 奉而獻之厲王. 厲王
使玉人相之. 玉人曰石也. 王以和爲誑. 而刑
其左足. 及厲王薨. 武王即位. 和又奉其璞而
獻之武王. 武王使玉人相之. 又曰石也. 王又
以和爲誑. 而刑其右足.

한나라 시대의 상황을 반영하고 있는 것으로는, 張家山 漢簡《奏讞書》에 보이는 한초(漢初)의 사례를 들 수 있다.¹⁰⁾ 여기를 보면, 隱官 解가 도망자인 符를 맞아들여 아내로 삼았다. 규칙에서는, “娶亡人爲妻, 黥爲城旦”으로 되어 있는데, 은관 해는 이전에 이미 黥·劓의 육형을 받고 있어서 경형을 더이상 적용할 수 없었다. 따라서 그 결과로서 “斬左趾城旦”으로 측정되었던 것이다. 은관 해가 다시 사면되어 은관이 되고, 그 후에 또 경성단 이상의 죄를 범할 때에는 참우지를 받을 것이라는 것을 상징할 수 있다.

10) 江陵 張家山, 「漢簡」, 『奏讞書』; 譯文 『文物』 1993年 第8期, 北京.

이렇게 해서 당시의 상황과 합치시켜 보면, 은관 해는 적어도 세 번에 걸쳐 죄를 범하고서 비로소, 斬右趾라는 단계에 도달했다고 보아야 한다. 이 상에서 살펴봤던 것에서 논하자면, 누범의 수가 많은데 계속해서 범한 범행이 비교적 무겁고, 그러한 경우는 아마도 적지 않았을 것이다. 한 문제 때의 형벌 개혁과 연결시켜 생각해 보면, 이상과 같은 상황이었기 때문에 장창 등이 참우지를 개정해 棄市로 만든 방안을 제출한 것이고, 실제로는 누범으로 중죄를 범해, 斬右趾刑에 처해진 것을 사형으로 바꿨음에 틀림이 없다.

漢代에는 초범이고 그것도 한번만 죄를 범한 것으로 참우지에 처단된 적이 있는가 어떤가에 관해서는 지금의 나로서는 그것을 긍정하지 않으며, 오히려 그러한 일은 없었던 것이라고 본다.

한문제가 개혁으로 인하여, 후대 사람들에게 비난을 받았던 것은 斬右趾를 개정하여 棄市로 했다는 것이다. 당시의 구체적인 상황을 알 방법이 없었던 사람들의 입장에서 본다면, 분명히 납득할 수 없는 처사였는지도 모른다. 단지, 법률을 개정했을 때에는 군신들이 이것을 타당성이 있다고 보았던 것이다. 거기에는, 후대 사람들이 이해할 수 없는 이유가 반드시 있었을 것이다. 새롭게 떠오른 漢簡《奏讞書》에 따라서, 우리들은 합리적인 해석을 여기에 제출할 수가 있었는데, 張家山 漢簡의 모든 내용이 공개되는 그날이 오면, 보다 상세한 검증을 할 수 있을 것이다.

내가 이전에 추정한 曹魏時代 魏 武帝 甲子科 이후의 네 종류의 髡刑에 대한 것은¹¹⁾, 현 단계에서 수정할 필요가 있어서 아래와 같이 고치고자 한다.

1. 減左右趾髡鉗五歲刑笞二百
2. 減左趾髡鉗五歲刑笞二百
3. 髡鉗五歲刑笞二百
4. 髡鉗五歲刑

번역 : 임대희(경북대학교 사범대학 역사교육과 교수)
김민지(경북대학교 대학원 사학과 박사과정)

11) 張建國, 「魏晉五刑制度略論」, 『中外法學』, 1994年 第4期, 北京.