

19세기 조선의 국가, 법, 사회

제3회 학술회의 자료집

19세기 조선의 범죄와 형벌 <2>

○ 일시: 2021년 5월 28일(금) 15:00 ~ 19:00

○ 장소: Zoom 회의

이 자료집은 2019년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을
받아 수행된 연구임.(019S1A5C2A02082825)

제3회 연세대 법학연구원 19세기 국가, 법, 사회팀 학술회의 -심희기 교수 정년기념 학술회의-

- 주제 : 19세기 조선의 범죄와 형벌 <2>
- 일시 : 2021년 5월 28일(금) 15시 ~ 19시
- 진행 : ZOOM 화상회의

<https://yonsei.zoom.us/j/84938831669?pwd=Z3NyY01FSVhLanhZbEc0dDI5a092QT09>
 회의 ID: 849 3883 1669
 암호: 428780

시간	프로그램	
15:00 15:10	개회	
15:10 17:00	주제 발표	사 회: 전지연(연세대)
	제1부	
15:10 - 17:00	조선후기 법과 국가: 대안적인 국가론 모색을 위한 시론	발표 : 이하경(한국학중앙연구원) 토론 : 윤대식(한국외대)
	19세기 의금부의 ‘議律’업무와 王獄의 기능	발표 : 조윤선(한국고전번역원) 토론 : 김우철(국사편찬위원회)
	제2부	
17:10 - 19:00	잉추(仍推), 다른 수단에 의한 살육죄인 징벌: 19세기 살육 사건 심리의 실태와 특징	발표 : 문준영(부산대) 토론 : 조지만(아주대)
	『흙흙신서』 殺獄 판결에 반영된 유교적 가족관계상 : ‘義憤’에 대한 관용을 중심으로	발표 : 박경(연세대) 토론 : 심재우(한국학중앙연구원)
15:10 17:00	폐회	

목차

제 1 부

조선후기 법과 국가: 대안적인 국가론 모색을 위한 시론 10

발표 : 이하경(한국학중앙연구원)

토론 : 윤대식(한국외대)

19세기 의금부의 ‘議律’업무와 王獄의 기능 28

발표 : 조운선(한국고전번역원)

토론 : 김우철(국사편찬위원회)

제 2 부

잉추(仍推), 다른 수단에 의한 살육죄인 징벌 60

: 19세기 살육 사건 심리의 실태와 특징

발표 : 문준영(부산대)

토론 : 조지만(아주대)

『흠흠신서』殺獄 판결에 반영된 유교적 가족관계상 107

: ‘義憤’에 대한 관용을 중심으로

발표 : 박경(연세대)

토론 : 심재우(한국학중앙연구원)

제 1 부

조선후기 법과 국가: 대안적인 국가론 모색을 위한 시론 10

발표 : 이하경(한국학중앙연구원)

토론 : 윤대식(한국외대)

19세기 의금부의 ‘議律’업무와 王獄의 기능 28

발표 : 조운선(한국고전번역원)

토론 : 김우철(국사편찬위원회)

조선후기 법과 국가: 대안적인 국가론 모색을 위한 시론

이하경

목 차

1. 서론
2. 법사학 연구에서 국가
3. 조선후기 법정, 국가와 사회가 소통하는 공간
4. 국가-사회 상호작용의 결과물로서의 법
5. 사회와 소통하는 주체로서의 국가
6. 결론

1. 서론

최근 들어 조선시대 법사학 연구가 점차 증가하는 추세다. 우선, 학계에 소개되지 않았던 다양한 형옥류 사료를 발굴하고, 사료에 포함된 새로운 사건 판례를 분석하여 조선후기 범죄의 유형 및 사건 발생의 추이를 분석하는 연구가 있다.¹⁾ 또한, 조선후기 특정 범죄에 주목하여 관련 규정을 법제사적으로 검토하거나 이에 관한 정치적 함의를 분석하는 연구도 있다.²⁾ 나아가, 조선후기 범죄를 다스리는 형정에 주목한 연구도 나오고 있다.³⁾

이러한 연구들 속에서 필자의 이목을 끄는 연구로 김지수가 지난해 출간한 『정의의 감정들: 조선 여성의 소송으로 본 젠더와 신분』(너머북스, 2020)이다. 이 책은 김교수의 2010년 박사 학위논문인 *Voices heard: Women's right to petition in late Chosŏn Korea* (Columbia University)를 발전시켜 출간한 2015년의 *The emotions of justice : gender, status, and legal performance in Chosŏn Korea* (Seattle : University of Washington Press)를 한국어로 번역한 책이다. 김지수는 최근 증가하고 있는 법사학계의 사료 발굴에 더하여 다음과 같은 흥미로운 질문을 던지고 있다. 성리학 이념을 바탕으로 건국된 조선에서 법적 분쟁없이 사회적 균형을 이루는 이상적인 사회를 지향했음에도 불구하고, 왜 조선시대에는 법적인 다툼이 많았던 것일까?⁴⁾ 특히 조선후기에 들어서면, 국가차원에서 더 많은 규제를 입

1) 『일성록(日省錄)』이나 『심리록(審理錄)』, 『검안(檢案)』 뿐만 아니라 『추안급국안(推案及鞫案)』, 『사법품보(司法稟報)』, 『결송입안(決訟立案)』, 『추조결옥록(秋曹決獄錄)』, 『추조심리안(秋曹審理案)』 등 다양한 법률문서에 관한 분석작업이 시도되고 있다. 관련 연구 소개는 심재우, 「조선후기 범죄와 판례 연구의 현황」, 『조선후기 법률문화 연구』(한국학중앙연구원 출판부, 2017) 참조.

2) 최근의 연구로는 이선희, 「19세기 전반 國家紀綱 범죄와 처벌에 대한 일고찰-서울을 중심으로-」, 『사학연구』 137, (2020); 이하경, 「조선후기 범상부도죄의 정치적, 법제사적 의미」, 『사학연구』 136 (2019); 이하경, 「조선후기 '무고모역'의 정치적 의미」, 『한국정치학회보』 54(1) (2020).

3) 예를 들면, 한상권, 「조선시대의 교화와 형정」, 『역사와 현실』 79 (2011), 노혜경, 「조선후기 행정권의 분화」, 『조선시대사학보』 70 (2014); 노혜경, 「한말 행정권(行政權)의 남용과 국가체제 모순」, 『역사와 실학』 68 (2019).

법화하였을 뿐만 아니라, 살인, 반역 등과 같이 형사소송의 기록도 더 많아졌음을 알 수 있다. 뿐만아니라, 지역사회에서도 토지, 노비, 채무, 상속, 묘지, 입양 등을 둘러싼 소의 제기가 활발했고, 자신의 피해 혹은 억울함을 호소하는 상소가 난무했다는 점에 주목할 필요가 있다.⁵⁾ 국가가 법적 분쟁이 없는 이상적인 사회를 구상했음에도 불구하고, 조선에서 법적인 분쟁이 많았던 이유를 어떻게 설명할 수 있을까? 명시적이지는 않지만, 김지수의 연구에서는 다양한 사건을 해결하는 공간인 법정의 의미를 새롭게 조명하고, 그 과정에서 활용되는 법의 실제적 의미를 다시 살펴보면서 전근대 국가를 개념화하면서, 이 문제를 풀어간다.

본 연구에서는 이처럼 새로운 시도를 하고 있는 김지수의 연구를 한편으로는 보다 심층적으로 이해하고, 다른 한편으로는 향후 대안적인 국가론을 만들고자 할 때 조선후기 국가에 관한 개념적인 명료화를 시도하고자 한다. 이를 위해 우선, 법사학 연구에서 국가가 논의되어왔던 맥락을 재구성한다. 그 후 김지수의 연구를 중심으로 국가와 사회가 소통하는 공간으로서의 조선후기 법정, 국가와 사회 상호작용의 결과물로서의 법, 그리고 사회와 소통하는 주체로서의 국가의 면모를 살펴볼 것이다.

2. 법사학 연구에서 국가

법사학 연구에서 국가가 논의되어 온 맥락을 살펴보면, 다음과 같이 크게 두 경향을 띠는 것을 알 수 있다. 첫째, 초기 연구에서는 서양과의 비교 속에서 한국의 전근대 법의 속성 및 국가의 특성을 규정하는 연구 경향을 들 수 있다. 서양의 근대법을 기준으로 하여 한국의 전통법에 대한 부정적인 이해가 한동안 계속되어 왔고, 이후 이를 극복하고자 하는 형태로 연구가 진행되어 왔는데, 그 과정에서 국가에 대한 특성 역시 함께 조망되었다. 잘 알려진 바와 같이, 대표적으로 막스베버의 동양법에 대한 부정적인 묘사는 기존의 연구에서 여러 차례 언급된 바 있다. 즉, 서구의 법에서 찾을 수 있는 절차법 중심의 형식성이 결여되어 있다는 점, 자연법과 같은 관념이 존재하지 않는다는 점, 국가에 의해 훈련을 받은 법률가 계급이 없다는 점, 법학이나 법이론이 발달되지 못했다는 점이 주로 거론된다.⁶⁾

이러한 부정적인 평가는 조선의 법에 대한 평가에도 그대로 적용되었다. 조운선이 지적하고 있는 한국의 전통법에 대한 부정적인 시각을 살펴보면, ‘조선 법은 공법(公法), 행정법 위주의 강압적이고, 전제적인 모습의 법’이라거나, 혹은 ‘법의 운영이 왕의 자의에 의해 천단(擅斷)되고 관리의 남형(濫刑)이 자행되는, 그래서 참혹한 형장의 모습이 그려지고, 민(民)은 관에 대해 절대 복종하면서 자신의 입장을 밝히기 위한 노력도 감히 할 수 없는 그런 위압적인 모습의 법’ 등이 있다.⁷⁾ 결국, 조선 법의 속성 자체가 전제주의적인 국가의 속성을 규정한다고 보았

4) 김지수, 김대홍 역, 『정의의 감정들: 조선 여성의 소송으로 본 젠더와 신분』, (너머북스, 2020), 57쪽.

5) 예를 들어, 『조선왕조실록』에서 1400년에는 소송이 666건, 1414년에는 1만 2,797건을 확인할 수 있다고 한다. 당대 인구가 600만에서 700만명 정도로 추산된다는 점을 고려하면, 소송의 건수가 현저히 많았다고 할 수 있다. 한국고문서학회, 『조선의 일상, 법정에 서다』, (역사비평사, 2013) 26쪽. 아울러 조선시대 소송에 관한 연구가 많아지면서, 소송을 통해서 사회 내의 다양한 분쟁을 해결하고자 했던 관행을 쉽게 찾아 볼 수 있다. 임상혁, 『나는 노비로소이다』, (역사비평사, 2020), 205쪽.

6) 조운선, 「조선후기 법사학 연구의 현황」, 『조선후기사 연구의 현황과 과제』, (창작과비평사, 2000), 18-19쪽; 심재우, 「조선후기 범죄와 판례 연구의 현황」, 『조선후기 법률문화 연구』 (한국학중앙연구원 출판부, 2017) 17-18쪽.

7) 조운선, 「조선후기 법사학 연구의 현황」, 『조선후기사 연구의 현황과 과제』, (창작과 비평사, 2000) 참조. 왕의 권한을 상대적으로 제한적으로 규정하는 연구들에서조차 조선시대 사법권이나 형벌권에

으며, 법을 행사하는 방식에 있어서도 국가의 전제주의적인 특성에 주목해왔다.

이러한 시각에 대한 반성은 다양한 층위에서 시도되었다. 예를 들어, 초기연구자에 속하는 서일교의 경우, 조선의 전 시기를 대상으로 형사제도의 전반적인 특징을 고찰하고 있는데, 결론 부분에서 입법에 있어서 신중한 심의절차를 도입하고 있었다는 점에 주목했다.⁸⁾ 입법과정의 합리화로 인해 조선은 전제주의 국가지만, 실제 입법과정에서 왕의 전제적이거나 자의적인 의사결정에는 한계가 있었다고 보았다. 또한, 가혹한 형벌을 통해 인민을 강압하거나 지배한 것이라기 보다는 유화정책을 통해 합리적으로 인민을 통치한 것으로 규정하기도 하였다. 서일교의 경우는 조선을 여전히 전제주의 국가로 명명하면서도, 실제 법의 입법과정 및 집행과정에서 전제주의적이지 않은 관행이 존재했음에 주목했던 것이다.

또한, 심재우는 18세기 법전의 편찬이 활발해지고, 보다 많은 법률서가 보급되었으며, 여러 측면에서 형사제도가 개선되었던 점에 주목하여, 법률운영의 보다 진전된 모습을 보여주기도 했다.⁹⁾ 박강우는 조선 시대 증거재판주의나 공정한 재판을 구현하기 위해 운용되었던 상피, 검험, 삼복, 소원 등의 제반 형사법제도를 면밀하게 살펴봄으로써, 당시 상당히 정비된 형태로 형사절차가 진행되었음을 강조하기도 하였다.¹⁰⁾ 그 외 법제도사적인 차원에서 법전의 편찬과 법제기구의 특성을 조망한 연구, 형옥과 재판제도 상의 특성을 분석한 연구, 일반 민들의 토지, 노비, 묘지 등을 둘러싼 구체적인 민사 소송 사례 및 재판에 주목한 연구들도 있다.¹¹⁾

이와 같은 법사학 분야의 다양한 연구 성과들로 인해서 앞서 베버나 전봉덕이 지적하고 있는 법문화에 대해서는 상당부분 인식의 전환이 있었던 것은 사실이다. 심지어 최근 몇몇 연구자들은 조선시대의 법률 중심의 문화를 ‘법치주의’라고 명명할 정도로 긍정적으로 평가하는 연구도 있다.¹²⁾ 그러나 초기 연구자들이 전제하고 있던 전제주의적인 면모에 대해서는 여전히 암묵적으로나마 인정하는 경우도 있다. 대부분의 법제사 연구들은, 법률제정권이 군주 전제권의 일환이라고 말하면서도, 법률제정과정에서 자의적인 권력행사를 제약하는 요소를 강조하거나 ‘법의 집행과정의 합리화’를 통해서 왕의 전제적이거나 자의적인 권력 행사를 어느 정도 견제할 수 있었음을 강조하는 데에 그치고 있기 때문이다.¹³⁾

대해서는 왕의 자의적인 권력 행사가 가능했던 것으로 간주해왔다. 예를 들면 James Palais, *Politics and Policy in Traditional Korea*, (Cambridge, Mass.: Harvard Univ. Press, 1975) 27쪽; 한영우, 『(다시 찾는) 우리역사』, (경세원, 2011), 287쪽.

8) 서일교, 『조선왕조 형사제도의 연구』 (한국법령편찬회, 1968).

9) 심재우, 「18세기 옥송(獄訟)의 성격과 형정운용의 변화」, 『한국사론』 34 (서울대학교 국사학과, 1995).

10) 박강우, 「조선조(朝鮮朝) 형사절차(刑事節次)에 있어서 증거재판주의(證據裁判主義)와 공정(公正)한 재판(裁判)」, 『형사정책연구』 60, (2004).

11) 보다 자세한 연구 현황에 대해서는 조운선, 「조선후기 법사학 연구의 현황」, 『조선후기사 연구의 현황과 과제』, (창작과 비평사, 2000) 참조.

12) 대표적으로 김백철은 2016년에 『법치국가 조선의 탄생: 조선 전기 국법체계 형성사』와 『탕평시대 법치주의 유산: 조선후기 국법체계 재구축사』 두 권의 책을 통해서, 조선시대 전반적인 법치주의 문화를 강조한 바 있다. 그러나 제목에서 표방하는 연구의 주장과 달리, 형식적인 측면에서의 법제의 완비 과정에만 중점을 두고 있다. 김백철이 강조하는 바와 같이, 고려에 비해서 조선이 통일적이고 종합적인 성문법전을 갖추었다는 사실은 부정하기 힘들지만, 법전이 존재했다는 사실 만으로 곧바로 법치국가가 성립되는 것이 아니라는 점에서 보다 엄밀하게 논증할 필요가 있다.

13) 또한, 왕의 권력행사에 있어서 나타날 수 있는 자의성을 법이 아닌 다른 요인으로 제약하는 측면을 강조하는 연구도 있다. 이들 연구에서는 조선시대가 유교의 ‘예치(禮治)’ 문화를 통해서, 서구의 법 중심의 규율과는 다른 형식으로 왕의 자의적인 권력을 행사하는 것을 제약해 왔다고 주장한다. 심지어 법을 시행하는 일조차 예가 아니면 위엄이 서지 않기 때문에, 무엇보다 예를 통해서 모든 규범이 의미를 가졌다고 주장하기도 한다. 대표적으로 김영수, 「세종대의 법과 정치(I): 유학적 ‘예치주의’의 이상과 현실」 『한국동양정치사상연구』 6(1) (2007); 함재학, 「유교전통 안에서의 입헌주의 담론」 『법

둘째, 서양 근대법과의 비교를 떠나서 한국 나름의 법체계를 분석하고, 그 과정에서 한국 문화의 특질을 이해하고자 하는 연구 경향이다. 이는 역사학계에서 새로운 사례를 발굴하면서 보다 구체적인 사건 판단의 과정에서 조선시대의 특징을 고찰하는 과정에서 나타나는 경향이라고 할 수 있다. 본 연구에서 주목하는 바도 이와 같은 맥락인데, 사료 속에 나타나는 조선의 법문화는 일견 모순적으로 보이기 때문에, 서양의 근대법 기준에서는 제대로 설명할 수 없기 때문이다. 예를 들어, 조선시대 살인사건을 판결하는 사료를 살펴보면, 한편으로는 살인사건이 발생하면, 시체를 검시하고, 신중한 판결을 위해 삼복의 절차를 거치며, 사법적인 판단을 내릴 때에도 조율의 절차를 거치고 있음을 알 수 있다. 살인죄를 다스리는 형사법 규정이 상당히 구체화되어 있고, 흡사 오늘날과 유사한 정도로 법규에 따라 사건을 처리하고 있음을 알 수 있다. 다른 한편으로는 일단 살인사건이 발생했을 때 관에 보고하는 비율이 높지 않았다는 점, 사안별로 판단자에 따라 사건의 처리가 일관되지 않았다는 점, 조율에 의거한다하더라도 최종 심판권자인 왕이 다양한 사안을 고려하여 판단을 번복할 수 있다는 점에서는 여전히 한계가 있다.

이러한 현상에 대해 김호는 특히 기존의 연구들이 법치나 인치나의 이분법적인 구도로 설명하는 데에는 한계가 있음을 지적하고 있다.¹⁴⁾ 김호는 조선의 법전통을 서양의 법체계와 비교하여 극복의 대상으로 바라보는 일련의 연구들을 비판적으로 분석하고, “그 자체의 맥락과 고유한 역사”로부터 조선의 법 문화 특징을 밝혀야 한다고 주장한다.¹⁵⁾ 김호가 보기에, 베버의 부정적인 평가와 달리 조선시대에 법전이 지속적으로 편찬되고, 법치를 보장하는 제도화가 완비되어 나가고, 인율과정에서의 합리성도 부족하지 않았다는 설명 그 이상이 필요하다고 본다.

특히 김호는 정조를 중심으로 살펴보면, 다음과 같이 주장한다.

“조선의 살육 심리 과정에 필수적이었던 정, 리의 고려를 주관적인 인치의 증거로 단정하거나 법에 즉한 인율을 객관적인 법치의 증거로 환원하기보다, ‘정, 리와 법’의 조화야말로 조선 유교형정의 중요한 입론, 즉 (법에 근거하되 사건의 고유한 맥락과 인간의 도리(인륜)를 종합적으로 고려함으로써 시중(時中)의 판결에 이를 수 있다) ‘통합적 심리론’으로 정의할 필요가 있다고 본다(45쪽).”

김호의 이러한 주장은 중국의 전통법을 법치나 인치의 이분법적인 시각이 아니라, 정, 리, 법의 통합적인 고려 속에서 이해해야 한다는 견해와 맥락을 같이하는 것이다.¹⁶⁾

다만, 본 연구에서 주목하는 바는 이러한 유교적 형정 혹은 통합적 심리론을 받아들인다고 하더라도 여전히 풀리지 않는 지점들이 있다는 것이다. 먼저, 유교적 형정이 입법과 사법에 모두 일관되게 설명되지는 않는다는 점이다. 한편으로는 조선 후기 특히 영조와 정조의 경우, 왕 주도로 법제를 정비하고, 형사제도를 개선하는 등 형사법상 개혁을 단행해 왔다. 특히 ‘조

철학연구』 9(2) (2006); 함재학, 「유교적 입헌주의와 한국의 헌정사」 『憲法學研究』 14(3), (2008).

14) 김호, 『정조의 법치』, (휴머니스트, 2020).

15) 김호, 『정조의 법치』, (휴머니스트, 2020), 31-32쪽.

16) 김호의 유교적 형정론은 Shaw, William, *Legal Norms in a Confucian State*, (Institute of East Asian Studies of University of California, Berkley, 1981); 김여진의 역, 『법으로 읽는 중국 고대 사회- 중구 고대법을 형성의 사회사적 탐색』, (글항아리, 2020); 김지수, 『전통 중국법의 정신』, (전남대학교출판부, 2005)와 맥락을 같이 하는 것이다.

선초기가 교화중심의 사회였다면, 조선 후기는 행정중심의 통치 체제 속에서 국가권력의 보조 수단으로서 공형벌권이 크게 강화된 시기'라고 학계에서 평가하기도 한다. 그러나 구체적인 사법판단을 내리는 현장에 가서는 왕은 자신이 세우고자 했던 입법의 노력과 달리, 호생지덕(好生之德)이나 흠휼(欽恤)의 도를 내세우며 굴법(屈法)하는 경우가 있다. 따라서 한편으로는 입법을 하면서도, 실제 사건에 적용을 할 때에는 굴법을 하는 왕의 역할을 어떻게 일관되게 이해할 수 있을 것인가 하는 문제가 여전히 남는다.

둘째, 유교적 행정이라는 것을 정치주체 가운데 왕만이 행사하는 것으로 규정하고 있다는 점이다. 주지하다시피, 조선시대 유교 혹은 성리학이란 일종의 관념 자원으로서 왕만이 전유할 수 있는 것이 아니었다.¹⁷⁾ 정치적 담론 속의 유교 혹은 성리학적 가치는 누구나 전유할 수 있으며, 때로 왕에게 성군이 되기를 신하들이 요청함으로써 왕의 일정한 정치적 행위에 제한을 가하는 경우도 적지 않다. 그러나 김호의 견해에 따르면, 사법적인 공간에서 유교적 가치를 내세워 모든 것을 통합적으로 판단할 수 있는 자는 왕에 한정된다. 사법적인 판단을 내릴 때, 신하들이 유교적인 가치를 내세워 법이 아닌 요인에 고려하라고 왕에게 요구하는 모습을 찾기는 어렵다. 왕의 판단에 대해, 법대로 집행함으로써 국가의 기강을 세워야 한다는 신하들이 만류하는 양태인 것이다. 사법적인 판단에 이견이 존재할 때, 정과 리의 적용을 강조하는 것은 왕이요, 법의 적용을 강조하는 것이 신하라는 점을 어떻게 이해할 것인가 하는 문제가 남는다.

셋째, 유교적 행정론이란 개념이 모호하다는 점이다. 만일 특정 국가의 권력 집행과정에서 나타나는 특성을 유교라는 사상에 크게 영향을 받은 것이라고 전제한다면, 당시 유사한 유교 문화권이 있었던 중국이나 베트남 등의 국가들도 동일하게 유교적 행정론으로 설명할 수 있다는 말인가? 또한, 설사 유교 문화권이라는 속성이 특정 국가의 특징을 규정한다고 하더라도 과연 500여년 간 영향을 주었다는 '유교사상'이라는 것이 동일한 형태의 영향을 주었다고 하기는 힘들 것이다.¹⁸⁾

결국, 이와 같은 법사학 연구들에서 전통법규 혹은 법문화에 관한 기존의 부정적인 인식을 걷어내고, 한국의 특질에 주목했다는 점에서 의의가 있다. 다만, 그 과정에서 국가의 특성이나 국가권력의 작동기제에 분석적으로 접근하지 못한 측면이 있다. 따라서, 이하에서는 전근대국가의 권력이 어떻게 작동하였는지를 살펴보기 위해, 법정, 법, 국가의 세 측면으로 대별하여 살펴본다.

3. 조선후기 법정, 국가와 사회가 소통하는 공간

조선시대 법정에 대한 고전적인 질문은 성문화된 법을 바탕으로 행위의 위법성을 다투고, 법에 근거하여 형벌을 내리는 공간이었는지, 아니면 권력자의 자의적인 판단에 따라 형벌을 부가하는 공간이었는지 하는 것이다. 그런데 앞서 언급한 김호가 지적하고 있는 인치나 법치냐의 논쟁에서 간과되고 있는 것은 법을 가지고 판단하는 심판자와 심판의 대상자 간의 관계다. 즉, 인치나 법치냐의 논쟁에서 최고의 권위자가 사법적인 판단을 내릴 때 일정한 외적인

17) 김영민, 「친족집단의 정치적 정당성」, 『한국학논집』 47, (2012), 229-231쪽.

18) 유교를 본질주의적인 방식(essentialism)으로는 접근할 수 없음을 주장하는 연구로는 Youngmin Kim, Ha-kyoung Lee, and Seongun Park "The Confucian Tradition and Politics" *Oxford Research Encyclopedia*. 2019.7 참고.

기준에 의거해서 판단을 내리는지 여부에 중점이 될 있을 뿐이다. 그 기준이 법적인 판단인지의 여부 나아가 정, 리, 법이라는 통합적 근거에 따른 것인지와 무관하게, 결과적으로는 왕 혹은 국가만이 판단을 내리는 것은 주체라는 점이다. 그러나 김지수의 연구에서 법정이란 어떠한 기준으로 심판의 대상자에서 법적인 심판을 내릴 것인가 하는 문제는 중요한 고려사항이 아니다.

김지수가 새롭게 부각하고자 하는 것은 법적인 주체가 젠더나 신분차별 없이 법의 영역에서 상호작용하는 모습이다. 특히 비교사적인 관점에서 볼 때 조선의 이러한 특성은 더욱 주목할 필요가 있다고 한다. 예를 들어, 동시대 유사한 사상을 받아들이고 가부장적인 질서를 유지했던 중국에서는 여성의 법적 지위를 남성에게 종속시켰다. 또한, 유럽의 경우 하인, 농노, 무슬림, 유대인 같은 비자유인과 소외된 집단의 구성원들은 이들의 분노를 공론화하는 것이 허용되지 않았음을 지적하고 있다.¹⁹⁾ 그러나 조선에서는 신분제상의 하위에 있는 것으로 이해되는 하층민과 여성의 경우도 적극적으로 법정에 나서는 것을 쉽게 확인할 수 있다고 한다.

김지수가 보기에, 조선시대 여성이나 천민 같은 하층민은 특권 남성 지배층보다 훨씬 더 원(怨)을 체현하고 있었고, 격쟁이나 상언과 같은 그들의 소원(petition)은 억울함을 해소할 수 있는 견고한 기반을 마련해주었다고 본다.²⁰⁾ 여기서 말하는 소원은 은전을 위한 청원과 달리, 상대방을 대상으로 하는 통상의 법정 절차에서 공식화된 법적 구제나 상소권으로서 법적 구제수단에 초점을 둔다. 물론 조선시대 제출된 소장이 자비나 도움을 요청하기 위해 제출된 경우도 있지만, 대부분 법적 구제수단으로 간주할 수 있다고 김지수는 말하고 있다.

조선후기 상언이나 격쟁에 관한 선구적인 연구는 김지수의 연구에서도 적극적으로 활용되고 있는 한상권의 연구다.²¹⁾ 한상권은 『일성록(日省錄)』에서 확인할 수 있는 18세기 4000여건의 상언과 격쟁을 직역별, 신분별로 검토하고, 내용을 종류별로 분류하여 통계처리 한 바 있다. 한상권의 연구는 그동안 학계에서 거의 주목받지 못했던 소외계층의 민은(民隱)을 다양한 사례별로 확인했다는 점에서 중요한 연구라고 할 수 있다. 그러나 한상권은 18세기의 정치, 경제, 사회의 변화에 따라 기층민들이 상언이나 격쟁을 통해 어느 정도 집단성과 저항성을 내포하고 있었음을 보여주는 데에 그치고, 19세기 민란 발발 직전 민인들의 동향을 살펴보는 데에 중점을 두고 있다. 그리고 이러한 기층민의 동향에 대해 국가에서는 지방에서 발생하는 수령의 탐학 문제를 근본 원인으로 파악해, 지방행정에 대한 국가의 통제력 강화라는 차원으로 대응한 것으로 본다.

반면, 김지수는 조선시대 여성이 자신의 억울함을 법정에서 호소하는 과정에서 나타나는 소지류를 분석하는 데에 있어서 사료의 내용을 분석하는 것에서 머물지 않는다. 해당 소원 내용이 어떻게 특정한 서사구조를 형성하였는지, 법정에서 어떠한 방식으로 이해되는지에 초점을 둔다. 이는 데이비스(Natalie Davis)의 방법론에서 비롯된 것인데, 데이비스는 16세기 프랑스에서 감형을 위한 청원의 글을 읽어내는 과정에서 청원 내용의 ‘허구적’인 측면의 중요성을 밝힌 바 있다.²²⁾ 즉, 청원자들은 자신의 이야기가 보다 설득적이고 효과적으로 받아들여지도록 하기 위해 자신의 문화에 보다 익숙한 이야기로 청원 내용을 ‘만들어내고, 빚어내고, 다져낸다’는 것이다.

19) Daniel Smail, *The Consumption of Justice: Emotions, Publicity, and Legal Culture in Marseille, 1264-1423*, (Ithaca: Cornell University Press, 2003).

20) 김지수, 『정의의 감정들: 조선 여성의 소송으로 본 젠더와 신분』, (너머북스, 2020).

21) 한상권, 『조선후기 사회와 소원제도』, (일조각, 1996).

22) Natalie Davis, *Fiction in the Archives: Pardon Tales and Their Tellers in Sixteenth-Century France*, (Stanford: Stanford University Press, 1987), 1-6쪽.

김지수는 데이비스의 방법론에서 더 나아가, 언어 관행의 퍼포먼스적인 측면에 초점을 두었다.²³⁾ 당시 공식 언어는 한자였음에도 불구하고, 여성들이 한글로 상언과 소지를 작성한 것에 주목하였다. 이는 두 차원의 의미를 갖는다. 우선, 일부 양반 여성들은 한문으로 소지를 작성할 수 있음에도 불구하고 한글로 소지를 제출함으로써, 공식적인 문자영역에 도전하였다는 점이다. 둘째는 한글로 소지를 작성함으로써, 정치적으로 상당히 민감한 사건을 언급하면서도 자신의 여성성을 강조하면서 전략적으로 문제의 소지에서 피해갈 수 있었던 것이다. 그리고 그러한 과정에서 여성들이 소원할 수 있는 법적 능력을 행사함으로써 국가로부터 사법적인 보호를 추구하는 것과 동시에, 국가와 자신의 이해관계를 협상할 수 있었던 것으로 본다. 이렇게 여성들의 소원과정을 바라보게 된다면, 조선시대 법정은 국가와 사회 사이에서 억울함의 의미를 협상하는 장소로 재규정되고 있음을 알 수 있다.²⁴⁾

흥미로운 또 다른 지점은 법정에서의 법적능력을 행사하는 여성 주체의 역할을 강조하면서도, 이것이 일종의 개인의 권리를 보장받기 위한 노력이나 인권의 형성으로 나아가지 않는다는 것이다. 김지수가 분석하고 있는 사료 속에 등장하는 여성은 일반적인 상식과 달리 상당히 주체적으로 보이며, 때로 이들이 활용하고 있는 “법적 공간은 평민들이 소원의 법적 능력을 행사함으로써 양반에게 공개적으로 도전할 수 있는 장소들 중 하나”²⁵⁾로 보이기도 한다. 다만, 이는 어디까지나 국가의 차원에서 더 큰 분쟁이나 사회적 혼란을 막기 위해 일정한 정도의 분노를 배출할 수 있는 분출구로서의 역할만을 규정하고 있고, 당시의 신분제적 차별 요소를 오히려 공고히 하는 공간으로 간주한다. “정소활동은 안전판으로 기능하면서도 백성들이 사회 규범의 선을 넘지 않도록 규제함으로써 역설적으로 국가의 합법성을 강화했다.”는 김지수의 평가가 이를 단적으로 보여준다.²⁶⁾

이러한 김지수의 논점은 법정에 서는 주체가 훨씬 더 수동적인 것으로 이해되어 왔던 형사 재판의 법정에도 중요한 시사점을 제공한다. 김지수가 분석한 사례들은 토지, 노비, 묘지 등 주로 개인의 재산권 다툼과 관련한 분쟁 속에서 자신의 억울함을 적극적으로 해소하는 과정 속에서, 법적인 능력이 없을 것으로 예상되었던 법적 주체를 재발견한 것이다. 반면, 조선시대 형사재판은 살인이나 반역과 같이 중죄를 저질러 법정에 서게 된 죄인과 죄인에게 형벌을 내리고자 하는 국가간의 상하 관계가 극명하다고 여겨진다. 오늘날의 법정에서처럼 원고와 피고가 각자의 입장에서 자신들의 법익을 다투지 못하고, 일단 법정에 서는 순간부터 죄인으로 낙인찍히고, 강압적인 형문을 통해서 죄인들이 자신의 죄를 스스로 자백하게 만드는 모습이다. 앞서 살펴본 것처럼 “법의 운영이 왕의 자의에 의해 천단(擅斷)되고 관리의 남형(濫刑)이 자행되는, 그래서 참혹한 형장의 모습”에 더욱 가까운 것이다.

그런데 김지수가 주목한 바와 같이, 형사재판의 법정에서 참여하는 법적 주체들의 퍼포먼스에 대해서도 주목해 볼 필요가 있다. 예를 들어, 이하경은 조선시대 반역사건과 같은 중대범죄자를 심문했던 기록인 『추안급국안(推案及鞫案)』에 주목하고 있는데, 그 가운데 <영조 27년 김정구 사건>을 통해서 반역자를 심문하는 공간을 분석한 바 있다.²⁷⁾ 죄인 김정구가 지은 무고

23) 이하의 내용은 김지수, 『정의의 감정들: 조선 여성의 소송으로 본 젠더와 신분』, (너머북스, 2020). 2장 젠더, 글쓰기, 법적 퍼포먼스 참조.

24) 물론 본 연구가 제시하고 있는 사료가 어느 정도의 대표성을 갖는가 하는 문제를 제기할 수 있다. 500년이라는 왕조의 역사를 고려해 볼 때, 이 책에서 거론하고 있는 18-19세기의 불과 600여건에 해당하는 여성의 소원관련 자료들이 상대적으로 소략하게 보일 수도 있다.

25) 김지수, 『정의의 감정들: 조선 여성의 소송으로 본 젠더와 신분』, (너머북스, 2020), 38쪽.

26) 김지수, 『정의의 감정들: 조선 여성의 소송으로 본 젠더와 신분』, (너머북스, 2020), 39쪽.

27) 이하경, 「조선후기 ‘무고모역’의 정치적 의미」, 『한국정치학회보』 54(1) (2020).

모역(誣告謀逆)죄는 반란을 모의하고 있다고 허위로 고발하는 행위이고, 사인(私人)이 국가권력을 자의적으로 전유하여 사법체계에 혼란을 초래할 수 있는 중대한 위법행위이다.²⁸⁾ 따라서 자신의 고발이 거짓으로 드러나면 반란 모의와 동일한 죄값인 중형을 받게 된다. 그런데 김정구에 관한 추국 기록을 살펴보면, 훈련도감의 포수(砲手)인 김정구는 자신의 숙부가 살고 있는 변안지역의 김득구라는 자가 침학하고 일련의 비리를 저지르는 일을 왕에게 알리기 위해서 일부러 거짓으로 고변하였다고 주장하였다. 그리고 심문과정에서 변안지역에서 발생한 문제를 그동안 해결하기 위해 많은 노력을 했으나 거짓 고변 말고는 방도가 없었음을 토로하였다. 그 결과, 영조는 김정구에게 “다른 사람을 무고한 의도가 그 자를 죽이려고 한 것이 아니라 국청에서 심문을 받을 수 있는 기회로 삼고자 한 것”이라는 이유로 감형하여 정배형을 내렸다. 또한, 원래 문제를 야기한 김득구라는 자에게 벌을 내리도록 판결하였다. 이처럼, 김정구 사건에서 추국장이란 반역사건을 거짓으로 고한 죄인을 왕이 엄형으로 다스리는 공간이 아니다. 무고라는 위법한 행위를 하고서라도 지방사회에 벌어진 문제를 적극적으로 해결하고자 하는 공간이 된 것이다.

한편, <정조 8년 김하재 추안>에서는 전(前)이조참판인 김하재가 왕에 대한 욕설을 가득 적은 종이를 다른 관료에게 넘겨주었다가 추국을 받게 된 사건이다. 아직 김하재의 추국과정에 대해서는 선행연구에서 자세하게 논구된 바 없는데, 추국의 기록을 살펴보면 추구에 참여하는 김하재의 퍼포먼스를 직관적으로 이해하기는 어렵다. 우선, 김하재가 추포되는 과정을 살펴보면, 자신이 잡히게 될 줄 알면서도 일부러 문제가 되는 행동을 한 것처럼 보인다. 당시 김하재는 영희전(永禧殿)의 고유제(告由祭) 헌관(獻官)으로 향을 받으려고 향실에 들어가는 길에 소매 속에서 조그마한 종이쪽지를 꺼내어 예방(禮房) 승지 이재학(李在學)에게 넘겨주었다. 그리고 이재학이 이 쪽지를 펼쳐보니 왕에 대한 욕설이 가득하여 이를 고발하였고, 이로써 김하재는 잡히게 된 것이다. 둘째, 심문과정에서도 김하재는 자신이 더러운 이름을 먼 훗날까지 남기고 싶어서 일부러 그랬노라고 말한다. 심지어 “김일경(金一鏡)과 똑같은 심보였다”고 말하기도 한다. 김일경은 영조 즉위를 저지하려 했던 소론의 대표격으로 “영조 즉위년인 갑진년(1724년)에 처형당하였는데, 김하재는 올해가 갑진년(1784년)이므로 자신도 김일경처럼 죽겠다”고 하였다. 셋째, 계속된 심문 과정에서 “저는 마치 정신 나간 사람처럼 조상을 욕되게 했는데, 스스로 난신적자(亂臣賊子)가 될 줄을 알면서도 공연히 비명횡사하고 싶은 까닭에 이런 짓을 저질렀습니다”라며 자신의 행위가 의도된 것이라고 진술하였다.

심문과정에서 정조는 김하재의 이러한 태도를 전혀 이해할 수 없다고 계속 반복한다. 특히 김하재는 당시 조선후기를 대표하는 최고의 명문가 출신으로 25세에 문과에 급제한 후 청요직을 거치며 화려한 관직생활을 영위하였고, 당시에는 이조 참판에까지 올랐던 사람이다. 선행연구에서도 이미 정조 세손시절부터 김하재에 대한 정조의 신임은 두터웠다고 한다.²⁹⁾ 이 사건이 발생하기 직전 정조 8년의 4월에 김하재가 죄인인 윤득부를 홍문관에 천거하는 일에 관계되어 이조 참판에서 파직되었지만, 이는 명문세가의 후손을 보호하려는 정조의 교육지책이었다고 보고 있다.

김하재의 이러한 태도는 갑자기 자신이 관직에서 박탈당하여 흉악한 마음이 생겼다는 것으로 변한다. 그리고 대역부도(大逆不道) 죄를 저질렀음을 인정하는 결안(結案)을 김하재로부터

28) 기존 연구에서는 조선시대 무고가 만연했으며, 관료의 무능, 부패와 연계하여 사회의 고질적인 문제점으로 인식되어 왔다고 한다. 서정민, 『한국 전통형법의 무고죄』 (민속원, 2013) 260쪽 참조.

29) 예를 들면, 박성순, 「정조대(正祖代) "김하재(金夏材) 사건(事件)"의 전말과 성격」, 『조선시대사학보』, 47, (2008). 이하의 기존 연구의 김하재의 서술은 박성순의 글을 토대로 요약한 것임.

받아 결국 <대명률>에 의거하여 김하재는 능지처사되었다. 기존 연구에서는 구체적인 논증 없이, 김하재 사건은 주로 정조에 대한 노론의 뿌리 깊은 반감을 보여주는 사건으로만 추정한다. 정조의 즉위부터 반감을 가지고 있었을 노론이, 정조가 원자를 책봉하려고 할 때, 이를 막기 위해서 벌인 일이라고 간주하기 때문이다. 현 상황에서 사료상의 한계로 김하재의 의도를 정확하게 파악하기는 어렵다. 다만, 추국이라는 공간이 주권자에 의해 일방적으로 형벌이 강요되는 공간으로 이해해 왔던 것과 달리, 김하재 사건에서는 추국에 서서 ‘더러운 이름을 남기는 것’이 일정한 공적인 가치를 갖는 것이라고 주장하였다는 점에 주목해볼 필요가 있다. 그 결과, 정조는 김하재를 대역부도죄로 처형하였지만, 오히려 이것이 김하재가 의도한 바이기 때문에 결과적으로 정조가 지는 게임이 되어버렸다.

결국, 향후 다양한 형옥 사례를 분석하는 과정에서, 법정에 참여하는 행위자들의 법적 퍼포먼스 대해 조금 더 주의를 기울일 필요가 있다. 추국이라는 공간을 통해서 왕이 하고자하는 법적 퍼포먼스에 대한 분석도 필요하다. 그럴 경우, 반역사건을 다루는 추국장이 일방적으로 전제적인 왕의 형벌권이 남용되는 공간이 아니라 새로운 의미를 찾을 수 있을 것이다.

4. 국가-사회 상호작용의 결과물로서의 법

조선후기 법을 새롭게 보려는 여러 시도가 있었지만, 기존 연구에서 지적하고 있는 조선시대 법이 “공법위주의 법”이라는 관념은 크게 도전받지 못한 상황이다. 조선의 법체계가 주로 형법과 행정법으로 구성되어 있고, 민법 역시 형벌을 수반한다는 점이 크게 부각되어 왔다. 따라서 서구의 법체계와 달리 조선의 법은 개인의 권리를 보호하고 개인간 분쟁을 해결하는 수단이 아니라 행정권이나 공공질서의 도구로 간주되어 왔다고 할 수 있다. 유교적 담론에서 유가와 법가의 대립이나, 덕주형보의 관념, 교화중심에서 형정중심으로의 변화를 지적하고 있는 연구들에서도 공통적으로 찾을 수 있는 것은 ‘법’이란 피지배층에게 복종을 강요하는 수단이다. 사회 내에 폭력, 무질서와 혼란을 없애려고 하는 제도들에 의해 부과되는, 추상적인 규칙들로 이루어진 일관성을 갖춘 하나의 체계(a consistent system of abstract rules)로 법이 전제되고 있다.³⁰⁾ 유교적인 성군이 지향하는 ‘덕’과 대비되는 측면이 있기는 하지만, 법이란 결국 국가권력을 집행하는 도구적인 수단으로 간주한 것이다.

김지수는 첫째, 조선 법제도가 ‘질서’나 ‘공정성’을 확보하는 데 중점을 둔 것은 맞지만, 그렇다고 해서 조선의 법이 개인 사이의 분쟁해결에 관심이 없었다거나 사적 관계에서의 정의 구현에 책무를 두지 않았던 것이 아님을 강조하고 있다.³¹⁾ 물론 조선시대 소위 민법에 해당하는 규율이 있다하더라도, 형법의 상세한 규정과는 분명 대조적이다. 나아가 입법의 의도가 민법을 통해 개인의 권리를 보호하려는 것이라기 보다는 민사 관련 규정을 위반했을 때 형벌을 내리기 위한 것이기도 하다. 그러나 이러한 ‘법의 의도’와 달리, 실제로 많은 사람들이 소송을 제기하기 위해 사법제도에 크게 의존했다는 사실은 곧 그들의 이익을 보호하는 ‘실제적인 결

30) 이러한 베버의 시각에 대해서는 Max Weber, *The Theory of Social and Economic Organization*, trans. A. M. Henderson, ed. Talcott Parsons (New York, 1947), 330쪽; Simon Roberts, “The Study of Dispute: Anthropological Perspectives,” in *Disputes and Settlements: Law and Human Relations in the West*, ed. John Bossy (Cambridge, 1983) 1-24 쪽.

31) 이러한 인식으로는 Marie S. Kim, *Law and Custom in Korea*, (New York: Cambridge University Press, 2012) 24쪽

과가 있었음'을 보여준다는 것이다.

둘째, 법을 국가의 권력집행을 위한 수단으로만 간주하지 않고, 국가와 사회의 상호작용 결과로 형성된다고 본다. 부정의의 여부를 규정하는 것은 국가였지만, 백성들은 소원을 통해 이를 재규정하는 권능을 부여받았다고 본다.³²⁾ 백성들의 소원을 통해 국가가 이전에는 바로잡기를 소홀히 해왔던 부정의에 대한 자신들의 경험을 인정하도록 설득할 수 있었다. 구체적으로 소원자체에 대한 법규를 살펴보면, 상원이나 격쟁에 관한 선구적인 연구자인 한상권의 시각과 크게 대조적임을 알 수 있다.

한상권은 15세기 신문고를 설치하고 소원제도를 경국대전에서 법제화되는 과정에서부터, 16세기 상언과 격쟁이 새롭게 부상하면서 소원의 범위가 '사건사'로 확립되는 과정, 17세기 상언, 격쟁이 격화되면서 사건사의 범주가 새롭게 규정되는 과정, 그리고 18세기로 나아가면 더욱 확대되는 상언과 격쟁을 허용함으로써 결국 정조대에 이르러 민의 상달의 수단으로 확립되는 모습을 상세하게 논구한 바 있다.³³⁾ 특히 그 과정에서 사회 변화에 따라 급증해가는 상언이나 격쟁을 두고 왕과 다른 관료들이 수차례의 논쟁 끝에 이에 대한 대응책으로서 관련 규정의 입법과정으로 서술하고 있다. 특히 정조대에 이르면, 이른바 유교정치, 즉, 민본, 애민 이념을 실현하는 방안의 하나로 민의를 존중하고 이의 수렴에 나서는 것으로서 상언과 격쟁을 허용하게 된 것으로 간주한다.

그런데 한상권의 연구에서는 조선후기에 들면서 일반 백성들이 왜 그토록 상언 격쟁을 하고자 하였는지에 관심을 두지 않고, 늘어가는 민의를 어떻게 통제 혹은 허용할 것인가의 문제로 삼고 있다.³⁴⁾ 나아가 19세기에 있었던 민란의 전신으로서 점차 민인들의 사회경제적인 이익을 지키는 집단적인 저항수단으로서의 성격으로 변화했다고까지 지적하고 있다³⁵⁾

반면, 김지수는 소원과 관련한 제반 법규의 변화를 단순히 늘어가는 소원에 대한 국가의 통제책으로 설명하지 않고, 왕조초기부터 억울함을 구제하기 위해 송자들이 노력한 결과로 바라보고 있다. 즉, 일정한 방향으로의 입법과정은 국가가 사회와의 지속적인 상호작용과 협상과정에서 도출하게된 일종의 결과물인 것이다. 그 과정에서 특히 김지수가 주목하고 있는 부분은 15세기 소원제도가 개인적인 억울함에 대한 것으로 제한되어 있는 것과 달리, 18세기에는 가족 구성원의 억울함까지 대변할 수 있도록 변화하는 것이다. 즉, 이 문제는 사회의 유교화가 어떻게 집안의 권력을 재분배하였는가 하는 문제와도 관련이 되어 있는 것이며, 유교가 사법의 영역까지 스며들게 되는 지점을 흥미롭게 보여준다.

셋째, 법정에 대한 모순적인 역할을 지적한 것과 마찬가지로, 김지수는 이처럼 국가와 사회의 상호작용으로 만들어진 법이 사회 내에서 모순적인 역할을 한다는 점에 주목하고 있다. 법을 통해서 백성들을 그들의 신분 경계 내에서 보호해주면서 동시에 그들이 사회질서에 저항하는 것을 막아줄 수 있다는 것이다. 예를 들어, 소원제도 법에 있어서도 유교적인 신분제적인 사회에서 국가가 여성의 소원 능력을 승인한 것은 “여성으로 하여금 공적영역에서 남편을 옹호하고 대변할 수 있도록 한 것”이다. 여성으로 하여금 아내다운 의무를 수행할 수 있도록 만듦으로써 한편으로는 여성과 남성의 차별적인 규범을 강화한 것이지만, 동시에 판결을 번복하고 혹은 감형을 얻어내기 위해 아내의 법적인 퍼포먼스와 내러티브에 의존할 수 있도록 만든 것이다.³⁶⁾ 결국, 김지수가 보기에 조선후기의 법은 사회내 사인간의 갈등이 더 큰 불만으로

32) 김지수, 『정의의 감정들: 조선 여성의 소송으로 본 젠더와 신분』, (너머박스, 2020), 263쪽.

33) 한상권, 『조선후기 사회와 소원제도』, (일조각, 1996), 13쪽

34) 한상권, 『조선후기 사회와 소원제도』, (일조각, 1996), 45쪽.

35) 한상권, 『조선후기 사회와 소원제도』, (일조각, 1996), 83쪽.

36) 김지수, 『정의의 감정들: 조선 여성의 소송으로 본 젠더와 신분』, (너머박스, 2020), 219쪽.

나아가지 않도록하는, 일종의 분출구만을 만들어 주었다.

5. 사회와 소통하는 주체로서의 국가

조선후기 법정이나 법에 대한 인식을 새롭게 하게 된 것은 조선후기 국가권력 혹은 국가를 어떻게 바라보는지와 밀접한 관련이 있다. 김지수의 주장이 기존의 논의와 차이가 나는 지점은 크게 두 가지다. 첫째, 국가가 사인 간의 분쟁에 적극적으로 개입하고자 하는 것이 국가의 입장에서 일종의 합리적인 선택이었음을 보여준다는 점이다. 선행 연구들은 주로 유교적 성군을 지향하는 특정 왕이 소민정책에 의거해서 민의를 반영하고자 노력했던 것으로 이해했다.³⁷⁾ 다시 말하자면, 상언이나 격쟁을 통해 표출된 백성들의 의견을 들어주는 것을 성군과 같은 왕의 은덕(恩德)으로 비유되곤 하였다.

예를 들어, 한상권은 정조와 여타 신하들간의 입장 차이를 분석하여, 왕만이 상언이나 격쟁의 처리에 있어서 관용적인 자세를 취하고 있음을 강조한다.³⁸⁾ 그리고 정조대 헌납 김광악이 “국왕의 애민정치에 편승하여 민인들이 상언이나 격쟁을 양반과 수령에 저항하는 수단으로 활용하고 있음”을 비판한 것과 같이, 신하들의 비판적인 발언을 인용하여, 신하들은 상언이나 격쟁을 지배질서에 위협으로 인식하고 있음을 보여주었다.³⁹⁾ 그러한 신하들의 만류에도 불구하고 정조대에 상언이나 격쟁이 허용된 것은 결국 왕 개인의 애민사상, 흠휼의 원칙에 기인한 것으로 한상권은 보고 있다.

반면, 김지수의 입장에서는 국가가 사인간의 분쟁에 적극 개입하여 사법적인 정의를 추구할 이유가 있었다고 본다. 나아가, 사법적인 정의를 구현하는 것이 곧 공공질서를 확보하는 것과 상호배타적이지 않으며, 상호구성적인 역할을 한다고 한다. 예를 들어, 송자들의 목소리를 듣는 것은 자애로운 왕의 은덕에 머물지 않는다. 국가의 입장에서 볼 때, 상언이나 격쟁의 내용을 통해 군현과 같은 지방에서 사법권을 남용하는 관리나 행정 권력을 집행하는 데 실패한 지역의 권력자들을 손쉽게 효과적으로 파악할 수 있다. 그리고 지역사회에서 법규나 사회규범을 어긴 자들을 규제함으로써, 국가는 자신의 합법성을 유지할 수 있게 된다.⁴⁰⁾ 실질적으로 국가의 입장에서 충분히 민의에 관심을 가질 합리적인 이유가 존재하는 것이다. 결국, 김지수가 바라보는 조선은 사회나 그 구성원을 통치의 대상으로만 간주하고, 특정한 정책을 통해 사회의 공공질서를 확보하려고 하는 국가가 아니다. 소원이라는 사법제도 속에서 사회와 소통하는 주체로서의 국가, 사법 영역에서 이뤄진 상호 대화로 사회정의를 바로잡을 수 있는 국가를 그려내고 있다.

둘째, 법정에서 국가권력이 재구성된다고 본다. 국가가 사법 영역에서 적극적으로 개입하여 정의를 이루려고 하는 것은 이를 통해서 국가권력이 재구성된다고 보기 때문이다. 군주에게 억울함을 토로한 사람들에게 그러한 부정적 감정을 풀어주는 만족을 제공함으로써 국가는 권력을 창출할 수 있었을 뿐만 아니라, 사회질서의 본질을 강화할 수 있었다고 한다.⁴¹⁾ 동시대에 다른 국가들이 신분제상의 하류층에게는 그들의 불만이 공론화되는 것을 위험하다고 여겼

37) 김백철, 『당평시대 법치주의 유산: 조선후기 국법체계 재구축사』, (경인문화사, 2016).

38) 한상권, 『조선후기 사회와 소원제도』, (일조각, 1996), 70~73쪽.

39) 정조실록 25권, 정조 12년 1월 22일 을유, 76~78쪽

40) 김지수, 『정의의 감정들: 조선 여성의 소송으로 본 젠더와 신분』, (너머북스, 2020), 248쪽.

41) 김지수, 『정의의 감정들: 조선 여성의 소송으로 본 젠더와 신분』, (너머북스, 2020), 37쪽.

지만, 조선은 “천출의 원이라도 화합을 깨뜨리고 도덕적 변형을 해치기에는 충분”하다며, 신분제상에서 하층계급에 속하는 노비나 여성들도 법적주체로서 인정하게 되었다고 김지수는 주장한다.

또한, 김지수 역시 상언이나 격쟁이 지배질서에 일종의 위협이 될 수 있는 가능성을 당시 국가에서 충분히 인지하고 있었다고 본다. 그러나 이를 해결하는 방식이 특정한 왕 개인의 은덕에서 해결책을 찾는 것이 아니고, 국가가 자신의 정통성을 강화하고 합법성을 유지하기 위한 고민의 산물로 이해한다. 따라서, 국가는 평민과 노비의 고충을 들어주면서도 그들이 신분질서에 도전하는지를 동시에 감시할 수 있는 방향으로 결론을 내린 것이다.⁴²⁾

6. 결론

이상에서 검토한 바와 같이, 그동안 법사학 연구에서 국가가 논의되어 온 맥락은 크게 두 가지로 말할 수 있다. 하나는 서양의 근대법과의 비교속에서 한국의 전통법규를 이해하고 법규의 특징이 곧 국가의 속성을 규정한다고 보는 연구다. 주로 초기 법사학 연구에서 조선의 법규를 부정적으로 바라보고 법을 집행하는 국가 역시 전제주의적으로 이해해왔다. 이러한 시각에 대한 반성은 다양한 층위에서 시도되고 있고, 상당 부분 개선된 것은 사실이지만 국가를 전제주의적으로 규정하는 것은 여전히 한계로 남아있다. 다른 하나는 서양과의 비교가 아니라 한국의 역사적인 맥락과 고유한 역사로부터 특질을 찾아내고자 하는 연구들도 있다. 그 과정에서 주로 거론되는 것은 유교형정론이나 유교국가론과 같이 유교적인 특성을 중심으로 전근대 법문화와 국가를 설명하고자 하는 연구다. 이와 같은 연구들은 다양한 사료를 발굴해내고 흥미로운 논점을 중심으로 논의를 진행하고 있음에도 불구하고, 여전히 국가에 대한 개념적 명료화가 충분하지 못하다고 할 수 있다.

본 연구에서는 대안적인 국가론을 정립하기에 앞서서, 보다 분석적으로 전근대 국가론을 바라보기 위해 크게 조선시대 법정이라는 공간이 갖는 의미, 그 속에서 적용되는 법의 의미, 그리고 국가권력의 의미를 김지수의 연구를 중심으로 검토해 보았다. 첫째, 조선후기 법정은 그동안 국가권력이 피지배자에게 현시되는 일방적인 공간으로 묘사되어 왔다. 그러나 김지수에 의하면, 법정은 국가와 사회가 만나 상호작용하는 곳이다. 특히 김지수가 분석하고 있는 600여건의 여성들의 소원 문건은 학계에서 거의 주목하지 못했던 법적인 주체가 젠더나 신분의 차별 없이 국가와 상호작용을 하는 법정의 모습을 잘 보여주고 있다.

둘째, 조선후기 법 역시 국가권력을 집행하는 도구적인 수단으로 이해되어 왔지만, 김지수에 의하면 법이란 국가와 사회의 상호작용에 의해서 만들어지는 결과물이다. 그리고 그 법은 한편으로는 신분제상의 차별성을 분명히 하면서도 다른 한편으로는 누구나 소원을 통해 법정에 설 수 있도록 함으로써 일종의 평등적인 역할을 한다는 점에서, 사회내에서 모순적인 역할을 하였다. 법은 백성들을 그들의 신분 경계 내에서 보호해 주면서도 동시에 그들이 사회질서에 저항하는 것을 막아주었다.

셋째, 김지수는 전근대 국가가 단순히 공공질서를 확보하는 데에만 중점을 둔 것이 아니라, 사인들 간의 분쟁에 개입하여 사법적인 정의를 추구하고자 했음을 잘 보여주었다. 그리고 이 두가지 목표가 배타적이지 않고 상호구성적인 역할을 한다는 점에서, 국가의 입장에서 분쟁

42) 김지수, 『정의의 감정들: 조선 여성의 소송으로 본 젠더와 신분』, (너머박스, 2020), 87쪽.

해결에 적극적으로 참여하는 것이 합리적인 선택으로 설명하고 있다. 특히 국가권력이라는 것이 일방적으로 사회에 행사되는 권력이 아니라, 법정 속에서 사회와의 상호작용 가운데 끊임없이 재구성되는 것으로 본다.

김지수 연구에서 확인할 수 있는 조선후기 법정의 의미, 법의 의미, 그리고 국가권력에 관한 논의는 초기 근대(early modern) 지역의 법사학에 관한 법인류학적 연구 경향과 맞닿아 있다.⁴³⁾ 이들은 법이 일관성을 갖춘 추상적인 일련의 체계로 보지 않는다. 오히려, 원고, 피고, 목격자의 지위로 법정에 서게 되는 평범한 사람들과, 정치적 주체와 법적 전문가들 사이에서 계속해서 진행되는 대화들, 협상들, 논쟁들 사이에서 부수적으로 만들어지는(contingent) 산물로 여긴다.⁴⁴⁾ 즉, 법을 사회구성원들의 상호작용을 통해서 나타나는 사회과정으로 이해하게 되고, 법정은 그러한 구성원들간의 상호작용이 이뤄지는 공간이 된다. 그리고 재판에 참여하는 관계자들의 상호작용 속에서 이들이 공유하고 있는 법적 인식을 우리가 읽어내는 것일 뿐이라고 한다. 따라서, 법인류 학자들에 의하면, 법구조가 그 자체로 자율성을 갖고 국가권력의 도구적인 역할을 한다기보다는 평범한 사람들의 삶 속에 파고들어 일정한 상징체계를 통해서 그들의 삶과 연계된다.

이렇게 법을 새롭게 바라본다면, 법이 단순히 국가나 중앙엘리트만의 전유물이 아닌 것이고, 재판관도 일의적으로 명령을 하달하는 주체라기 보다는 사회 구성원들과 끊임없이 협상하고, 상호작용하는 주체로 변하게 된다. 따라서 법정이야 말로 국가와 사회가 만날 수 있는 공간이 되고, 공적 영역과 사적 영역의 경계가 새롭게 규정되는 곳이라고 한다. 그리고 그 과정에서 중세에서 근대로의 변혁을 가능하게 했다고 믿어지는 강력한 군주인 ‘절대군주정(absolutism)’에 대한 인식도 점차 변화하게 된다. 즉, 절대왕정이 강력한 국가권력을 위에서 아래로 하달하는 식으로 통치를 한 것이 아니라, 오히려 사회 엘리트들과 바로 ‘법정’에서 함께 협력관계를 통해서 통치했다고 간주한다.⁴⁵⁾

그렇다면, 이제 서론에서 제기한 문제 즉, 조선에서는 법적 분쟁이 없는 이상적인 사회를 구상했음에도 왜 법적인 분쟁이 많았던 것일까 하는 문제로 돌아가보자. 상대적으로 사료가 많이 남아있는 조선후기 특히 18세기는 영조와 정조의 강력한 정치적 리더십 하에서 공형벌권이 강조되고, 교화보다는 형정이 우선시되는 현상이 나타난다고 한다.⁴⁶⁾ 영조와 정조 대 다양한 법규 입안 노력이 구체화 되었고, 법규 뿐만 아니라 법의 집행에 도움을 줄 수 있는 판례집, 법서, 사료 등도 편찬되었다. 이러한 분위기에서 민인들의 법적 분쟁이 많았던 이유를 어떻게 설명할 수 있을까?

김지수나 혹은 앞서 언급한 법인류학적인 시각을 도입한다면, 국가의 입장에서는 끊임없이 중앙집중화와 같은 일정한 목표를 추구했음에도 불구하고, 사회와의 길항관계 속에서 특정 시기에만 우연히 권력집중화에 성공한 것일지도 모를 일이다. 그렇게 본다면, 왕권이 강하던 시

43) 법인류학적인 연구법에 대해서는 다음 참조. Simon Roberts, *Order and Dispute: An Introduction to Legal Anthropology* (New York, 1979); Sally Falk Moore, *Law as Process: An Anthropological Approach* (London, 1998); Laura Nadler, *The Life of the Law: Anthropological Projects*(Berkeley, 2002); June Starr and Jane Collier, eds., *History and Power in the Study of the Law: New Directions in Legal Anthropology* (Ithaca, NY, 1989); Norbert Rouland, *Legal Anthropology*, trans. Philippe G. Planet(Stanford, CA, 1994)

44) Michael Breen, "Law, Society, and the State in Early Modern France," *The Journal of Modern History* 83(2) (2011). 356-6쪽.

45) 예를 들어, William Beik, "The Absolutism of Louis XIV as Social Collaboration," *Past and Present* 188 (2005), 195-224쪽.

46) 한상권, 「조선시대의 교화와 형정」, 『역사와 현실』 79 (2011).

기에 비로소 법규가 완비되고 공형벌권이 강화된 것이 아니라, 사회와의 상호작용의 결과에 따라 그 산출물이 다른 양태를 나타내게 된 것에 불과한 것이다. 오히려 더 중요한 것은 국가의 입장에서든 민인들의 입장에서든 법정이라는 공간이 실질적으로 자신들이 원하는 결과를 얻을 수 있는 중요한 곳으로 여겨졌다는 것이다. 그리고 바로 그러한 법정에서 국가와 사회가 만나서 끊임없이 상호작용한 과정 속에서 국가권력도 재구성되고 있었을 것이라는 점이다. 따라서 앞으로 전근대 국가를 개념화하기 위해서는 법정이라는 공간에서 재구성되고 있는 국가권력의 특성에 주목해야 한다.

참고문헌

- 김백철, 『탕평시대 법치주의 유산: 조선후기 국법체계 재구축사』, (경인문화사, 2016).
- 김여진외 역, 『법으로 읽는 중국 고대사회- 중꾸 고대법률 형성의 사회사적 탐색』, (글항아리, 2020).
- 김영민, 「친족집단의 정치적 정당성」, 『한국학논집』 47, (2012).
- 김영수, 「세종대의 법과 정치(I): 유학적 ‘예치주의’의 이상과 현실」 『한국동양정치사상연구』 6(1) (2007).
- 김지수, 김대홍 역, 『정의의 감정들: 조선 여성의 소송으로 본 젠더와 신분』, (너머북스, 2020).
- 김지수, 『전통 중국법의 정신』, (전남대학교출판부, 2005).
- 김호, 『정조의 법치』, (휴머니스트, 2020).
- 노혜경, 「조선후기 행정권의 분화」, 『조선시대사학보』 70 (2014).
- 노혜경, 「한말 형정권(刑政權)의 남용과 국가체제 모순」, 『역사와 실학』 68 (2019).
- 박강우, 「조선조(朝鮮朝) 형사절차(刑事節次)에 있어서 증거재판주의(證據裁判主義)와 공정(公正)한 재판(裁判)」, 『형사정책연구』 60, (2004)
- 박성순, 「정조대(正祖代) "김하재(金夏材) 사건(事件)"의 전말과 성격」, 『조선시대사학보』 47, (2008).
- 서일교, 『조선왕조 형사제도의 연구』 (한국법령편찬회, 1968).
- 서정민, 『한국 전통형법의 무고죄』 (민속원, 2013)
- 심재우, 「조선후기 범죄와 판례 연구의 현황」, 『조선후기 법률문화 연구』 (한국학중앙연구원 출판부, 2017).
- 심재우, 「18세기 옥송(獄訟)의 성격과 형정운용의 변화」, 『한국사론』 34 (서울대학교 국사학과, 1995).
- 이선희, 「19세기 전반 國家紀綱 범죄와 처벌에 대한 일고찰-서울을 중심으로-」, 『사학연구』 137, (2020).
- 이하경, 「조선후기 ‘무고모역’의 정치적 의미」, 『한국정치학회보』 54(1) (2020).
- 이하경, 「조선후기 범상부도죄의 정치적, 법제사적 의미」, 『사학연구』 136 (2019).
- 임상혁, 『나는 노비로소이다』, (역사비평사, 2020)
- 조운선, 「조선후기 법사학 연구의 현황」, 『조선후기사 연구의 현황과 과제』, (창작과비평사, 2000)
- 한국고문서학회, 『조선의 일상, 법정에 서다』, (역사비평사, 2013)
- 한상권, 「조선시대의 교화와 형정」, 『역사와 현실』 79 (2011).

- 한상권, 『조선후기 사회와 소원제도』, (일조각, 1996).
- 한영우, 『(다시찾는) 우리역사』, (경제원, 2011).
- 함재학, 「유교적 입헌주의와 한국의 헌정사」 『憲法學研究』 14(3), (2008).
- 함재학, 「유교전통 안에서의 입헌주의 담론」 『법철학연구』 9(2) (2006).
- Beik, William. "The Absolutism of Louis XIV as Social Collaboration," *Past and Present* 188 (2005),
- Breen, Michael. "Law, Society, and the State in Early Modern France," *The Journal of Modern History* 83(2) (2011).
- Davis, Natalie. *Fiction in the Archives: Pardon Tales and Their Tellers in Sixteenth-Century France*, (Stanford: Stanford University Press, 1987)
- Kim, Jisoo. *Voices heard: Women's right to petition in late Chosŏn Korea* (Columbia University, 2010)
- Kim, Jisoo. *The emotions of justice : gender, status, and legal performance in Chosŏn Korea* (Seattle : University of Washington Press, 2015)
- Kim, Marie S. *Law and Custom in Korea*, (New York: Cambridge University Press, 2012)
- Kim, Youngmin, Ha-kyoung Lee, and Seongun Park "The Confucian Tradition and Politics" *Oxford Research Encyclopedia*. (2019)
- Moore, Sally Falk. *Law as Process: An Anthropological Approach* (London, 1998).
- Nadler, Laura. *The Life of the Law: Anthropological Projects* (Berkeley, 2002).
- Palais, James. *Politics and Policy in Traditional Korea*, (Cambridge, Mass.: Harvard Univ. Press, 1975)
- Roberts, Simon. "The Study of Dispute: Anthropological Perspectives," in *Disputes and Settlements: Law and Human Relations in the West*, ed. John Bossy (Cambridge, 1983) 1-24 쪽.
- Roberts, Simon. *Order and Dispute: An Introduction to Legal Anthropology* (New York, 1979).
- Rouland, Norbert. *Legal Anthropology*, trans. Philippe G. Planet (Stanford, CA, 1994)
- Shaw, William. *Legal Norms in a Confucian State*, (Institute of East Asian Studies of University of California, Berkley, 1981).
- Smail, Daniel, *The Consumption of Justice: Emotions, Publicity, and Legal Culture in Marseille, 1264-1423*, (Ithaca: Cornell University Press, 2003).
- Starr, June and Jane Collier, eds., *History and Power in the Study of the Law: New Directions in Legal Anthropology* (Ithaca, NY, 1989);
- Weber, Max. *The Theory of Social and Economic Organization*, trans. A. M. Henderson, ed. Talcott Parsons (New York, 1947).

이하경 교수님의 「조선후기 법과 국가: 대안적인 국가론 모색을 위한 시론」을 읽고

윤 대 식
(한국외대)

이 글은 법제사의 맥락에서 국가의 개념, 조선후기 국가와 사회가 소통하는 공간으로서 법정, 상호작용의 결과물로서 법, 소통하는 주체로서 국가를 김지수의 「정의의 감정들: 조선 여성의 소송으로 본 젠더와 신분」 연구를 출발점으로 해서 보다 심층적인 개념적 명료화를 시도하는 것입니다. 필자는 법제사의 맥락에서 특히 조선의 경우 법치주의의 내재적 고유성을 조선의 법제도 운영과 법치 관념을 통해 있는 그대로 이해할 필요성이 있다는 법사학의 최근 연구경향에 동의하면서도 국가의 구성요소, 속성, 국가권력의 작동기제를 분석하는데 미치지 못한다는 점을 지적합니다. 즉 법치주의의 관점에서 국가의 전근대성을 규정하고 그런 국가의 권력행사가 어떤 경로를 통해 표출되었고 정당성을 확보해 나갔는지를 찾아내야 현재의 법치국가가 보여주는 권력행사의 메커니즘과 비교 가능해진다는 것입니다. 필자는 그 경로를 공간-법-국가로 구분해서 소개하고 있습니다.

필자는 조선후기 그 중에서도 18세기 영정조 시대에 양적으로나 질적으로 급증한 민사 소송사건들, 민인들에 의해 적극적으로 제기된 소송과 여기에 조응하는 국가와 국왕의 법적 판결과 법 집행, 법 인식이 단순히 유가적 형정론에 입각한 도식적인 결과가 아니고, 국가 권력이 사회적 수요와의 접점에서 표출한 결과였음을 강조하고 있습니다. 그 힌트로서 김지수 연구성과를 채택하고 유추해서 국가권력의 작동기제라는 측면을 부각시키고 있습니다. 평자는 필자의 관점과 그 지표로서 법정-법-국가와 사회의 조응을 추적하는 전개과정이 상당히 흥미롭고 신선하며 공감하는 바가 크다고 말씀드립니다.

시간적 제약으로 인해 완성된 논문이 아닌 것으로 보이는데, 평자가 완성도를 높이기 위해 몇 가지 제언을 하려고 합니다. 이것으로 토론을 위한 반론을 대신하려고 합니다.

- ① 소통공간으로서 법정에 주목하면서, 법에 호소하는 주체가 신분제 사회의 특권계층인 양반 남성뿐만 아니라 오히려 여성과 천민이 빈번히 등장하고, 그들의 청원이라는 것이 단순히 자비와 관용을 요청하는 것이 아니라 법적 구제수단으로서, 권리로서 소송을 제기하고 있었음을 지적합니다. 그리고 법정에서 이 소수자들의 퍼포먼스를 뒷받침했던 서사 구조의 수단이 언문이었고, 이를 통해 소의 주체가 여성임을 명백히 하면서도 정치적 과장을 최소화하는 전략적 선택으로 법적 구제를 위한 능력을 전개하는데 따른 협상력으로 기능했음을 강조합니다. 조선후기 형사상, 민사상 소송의 급증이라는 현상을 고려할 때, 국가권력의 행사측면에서 이 현상을 바라보는 시각을 제공한다는 점에서 대단히 신선합니다. 한편으로 여성과 천민이라는 소의 주체를 부각시킴으로써 조선의 법치전통에 대한 주의를 환기시키고 있습니다. 그런데 소의 주체로서 여성이 선택한 전략으로서 언문을 통한 내레이션을 그리고 이를 통해 최대한의 호소력을 가지면서도 정치적인 시비를 불러일으키지 않았다는 점은 대단히 중요한 지적이지만, 여성성을 호소하는 전략은 오히려 법치의 공정무사함을 구현하는 것과 배치되는 것이 아닐는지요? 이로 인해 법 집행의 국가 권력도 정당성을 스스로 상실하는 자의적이고 임의적인 것으로 권위를 떨어뜨리는 결과



를 가져온 것은 아닐까요?

- ② 공법과 형법 위주로 전통적인 법치를 바라보는 시각이나 실제 구체적인 법조항을 설치하여 소원을 구제하는 국가의 역할로서 법치를 바라보는 시각 모두 일정부분 전통사회에서 법에 의한 지배라는 원칙이 지향하는 목적이 무엇인지를 설명합니다. 또한 이로 인해 입법과 사법 그리고 집법이 국가-사회의 끊임없는 조응이라는 사실을 확인하게 됩니다. 이 점에서 법치의 속성이 시의적임을 강조할 수 있고, 고금의 법치론이 본질적으로 동일한 수준이라고 판단됩니다. 그렇게 보면 법치, 특히 법에 의한 지배라는 맥락에서 법의 제정, 법의 집행, 법의 해석이 굳이 법실증주의적 토대 위에서 다루어질 것은 없지 않을까요? 오히려 법치의 사회적 의의-법의 제일성에 따른 공정무사함, 균일함, 마땅함 등-를 고려할 때, 법에 의한 지배가 법(法)의 취지와 의미 그대로 공동체와 개인의 보존에 위해를 가하는 악을 제거하여 꼭 고르게 하는 것임을 교시(teaching)하는 것만으로도 충분히 법치는 관철되는 것이 아닐까요? 즉 법을 구성하는 합리성을 개개인이 최소한의 수준으로 확보하기만 한다면, 국가-사회 간 상호작용의 결과물로서 법이라는 것도 애써 확인하지 않아도 될 것 아닌지요?
- ③ 5장은 조선후기 국가권력이 행사되는 메커니즘을 규명함으로써 국가의 존재와 영역이 어디까지인지를 설정할 수 있고, 이를 대안적 국가론의 모티브로 채택하려는 내용인데, 아마도 미완성인 듯이 보입니다. 필자의 의도를 충분히 전개할 수 없었던 상황이라 단정하기 어렵습니다만, 사회적 정의실현을 위한 국가개입의 여지를 찾을 수 있는 선례로 조선후기를 바라볼 수 있음을 지적하고 있습니다. 즉 국가를 합리적 선택을 보장하는 행위자로 간주할 수 있다는 것으로 보입니다. 더 바란다면 국가가 착한 사마리아인이 될 수 있다는 기대도 할 수 있을 듯 합니다. 그런데 ‘좋은 국가’ ‘좋은 공동체’는 공적 영역과 사적 영역의 경계 짓기 역시 분명히 하고 있습니다. 국가라는 존재로 명명된 행위자가 정당한 권력행사의 근거를 확보할 수 있다면 사적 영역의 분쟁이나 갈등을 보다 적극적으로 개입할 수 있다는 것이 과연 가능한 논리인지 의문입니다. 필자는 국가 자신의 정통성을 강화하고 합법성을 유지하기 위한 고민의 산물로 개인 간 송사에 적극적으로 개입했던 조선정부의 딜레마를 지적하는데, 그리고 현재 국가의 사법체계 역시 이 부분에 대해서 고민하는 것 역시 사실이지만, ‘착한 국가’를 원하는 것이 아니라 ‘좋은 국가’를 원하는 것이라면, 사적 영역에 대한 국가개입을 정통성과 합법성이라는 근거로 합리화할 수는 없지 않을까요?
- ④ 이 글의 부제는 ‘대안적인 국가론 모색’입니다. 현재까지 국가권력과 법의 상관성을 전제로 할 때, 대안적일 수 있는지 여부도 의문입니다. 오히려 국가의 고유영역이 무엇인지를 합리화할 수 있는 근거를 제시함으로써 사적 영역에 대한 국가개입의 정당성을 보장하는 위험한 기획으로도 보입니다. 물론 전적인 오해이지만, 동아시아의 법치전통이 국가영역을 보다 더 확장하고 사적 영역의 고유성을 최소화하는데 주력했다는 의구심을 가지고 있는 실정에서 이러한 국가 개입의 여지는 온정주의에 기초한다 할지라도 유가적 형정론의 연장선상에서 자의적이고 임의적인 법치의 파괴라는 역설로 받아들여질 위험성이 큼니다. ‘대안적’ ‘국가론’ 모두 지금의 논의로는 모색되고 있는 부분이 보이질 않습니다.

19세기 의금부의 ‘議律’업무와 王獄의 기능

조운선(한국고전번역원)

1. 『육전조례』 의금부 항목 구성과 「議律」
2. 推考·囚禁·刑推 업무와 감옥 운영
 - 1) 감옥의 기능과 推考·囚禁 업무
 - 2) 刑推의 정치적 의미와 대상

머리말

본 글은 19세기 의금부의 업무, 기능 중 종래 잘 언급되지 않았던 議律 업무와 감옥의 기능, 그리고 이와 관련하여 의금부에서 관원들을 推考하고, 囚禁하고, 刑推하는 과정과 관련 법규를 통해 조선시대 양반 관료제의 상징이며 그 체제를 만들어나가는 데 한 역할을 담당한 의금부의 모습을 살피는 것이 목적이다.

지금까지의 연구 동향을 보면, 우선 관사로써의 의금부에 초점을 맞추어 성립, 연혁, 인원 구성, 내부 조직, 규약 등을 정리한 연구가 있으며, 이를 통해 의금부 직제에 관한 기본적인 행정적인 여러 정보를 얻을 수 있다.¹⁾ 그러나 이 외에 현재까지 의금부에 대해서는 주로 추국을 주제로 한 연구가 많은 편이어서,²⁾ 의금부의 업무에 대한 이해나 관심이 추국에 한정된 면도 없지 않다. 그러나 의금부는 형조, 전옥서 등의 타 사법 기관과 밀접하게 관련되어 있고, 사법 행정에 있어서 추국 외 다양한 업무를 수행하고 있어 살펴 볼 부분이 많다. 그 중 조선이 신분제 사회임을 상징적으로 보여주는 관사인 의금부가 실제

- 1) 이상식, 「義禁府考」(『법사학연구』4, 1977.)는 의금부의 성립과 연혁, 직제, 조직 등과 낭관 중심에서 판사를 정점으로 하는 당상관 중심의 의금부로 정착하는 과정 등 조선 전기 『경국대전』 체제로 정리되기까지의 의금부가 담당한 여러 업무를 정리하였다. 김진옥, 「『金吾憲錄』의 자료적 가치」(『민족문화』45, 2015.)는 의금부의 관서지인 『金吾憲錄』을 분석한 글로, 의금부의 내부 운영 방식, 의금부 관원 상호간에 적용되는 규율 등을 이해하는데 도움이 된다.
- 2) 추국 자체를 주제로 한 연구가 있고, (김우철, 「조선후기 推鞠 운영 및 結案의 변화」, 『민족문화』 35, 2010. 김영석, 「추국의 의미 변화와 분류」, 『법사학연구』 48, 2013. 이하경, 「조선후기 추국장의 정치적 의미-영조 13년(1737년) 김성탁 사건을 중심으로-」, 『한국학연구』 50, 2018.) 그 외 대부분은 『推案及鞫案』에 실린 각 개별 사건들을 다룬 연구들이다.

조관, 양반을 위해 수행했던 업무나 王獄으로써 어떤 기능을 했는지 등에 대해서는 관련 연구가 부족하다. 본고는 이를 보충하는데 의미를 두고 19세기의 법전인 『육전조례』, 국전, 수교 등 법전류의 조문과 『승정원일기』 등의 자료를 통해 추국 외에 의금부에서 담당하고 있었던 議律 업무와 감옥으로서의 기능을 살펴보려 한다.

논의는 크게 두 부분으로 나누어 1장에서는 『육전조례』 의금부조 중에서 「議律」 항목을 중심으로 의율의 의미와 실제 사료에서 의율이 어떻게 이루어지는지를 다루고, 2장에서는 의금부의 처치 대상인 양반 관료의 추고, 수금 절차, 그리고 형추 관련 조문과 실례 등을 검토하여 행정 운영에 있어서 왕옥의 기능이 어떻게 작용하고 있었는지 살펴보겠다.

이를 통해 실제 의금부의 업무와 기능이 양반 관료제 체제, 신분제 사회의 유지에 나름의 역할을 하고 있었음을, 그리고 양반 관료들은 혜택과 우대책 등을 만들고 법규화 함으로써 스스로 그 수혜를 누리고 있었음을 확인해 볼 것이다.

1. 『육전조례』 의금부 항목 구성과 「議律」

『육전조례』는 조선시대 마지막 법전인 『대전회통』과 짝을 이루는, 19세기 조선의 사법, 행정 등 실무 조례가 최종 정리된 법전이다. 『육전조례』는 기존 법전과는 달리 관서별로 구성되어 있다는 점이 특징이며, 의금부 역시 독립된 항목으로 관련 규정이 마련되어 있다. 『대전회통』까지의 법전에서 의금부 관련 조문을 살피기 위해서는 여러 곳에 산재된 조문을 찾아서 검토해야 했으나 『육전조례』는 의금부 항목에 조문이 정리되어 있으므로 19세기 의금부 관련 사항을 모아 볼 수 있는 장점이 있다.

『육전조례』 의금부조는 총 6개 항목으로 구성되어 있다. 먼저 의금부 표제 아래에 “교지를 받들어 추국의 일을 관장한다.[掌奉教推鞠之事]”라고 주 업무를 규정하고, 바로 이어 관원과 吏胥, 徒隸의 품계, 인원수³⁾를 기록하였다. 종 1품 아문인 의금부의 대표 업무가 추국이라는 것은 『경국대전』에 조문화된 이후, 19세기 『육전조례』까지 일관되는 부분이다.

3) “판사(종1품), 지사(정2품), 동지사(종2품)이고, 1원 혹은 2원으로 하여 4원을 갖추는데, 모두 다른 관직이 兼帶한다. 도사는 종6품 5원, 종8품 5원이고, 1인의 검률이 있는데 律學兼教授를 나누어 차임한다. 금형관 1인은 執吏를 역임하고 이력이 있는 자를 별도로 差定한다. 이서는 서리 20인, 서사서리 1인, 장무서리 1인, 의금부의 대청직과 당직청의 대청직 각각 2인으로 구성되어 있고, 도례는 나장 80명, 군사 12명이다.” 『六典條例 刑典 義禁府』

의금부 전체 조문은 크게 「鞫」, 「開坐」, 「議律」, 「總例」, 「應入」, 「用下」⁴⁾의 순서로, 각 항목에 관련 조문이 정리되어 있다. 본고는 의금부의 업무 중 추국 외의 업무와 감옥으로서의 기능을 살피는데 목적이 있으므로 이를 이해하는데 필요하다고 생각되는 「議律」 항목을 중점적으로 검토해 보려 한다. 『육전조례』 의금부 조에 「鞫」과 더불어 한 항목으로 마련되었다는 점에서 「議律」 역시 의금부의 중요한 업무라고 생각되기 때문이다.

17개 조문으로 이루어져 있는 議律은 ‘議處照律’의 줄임말로, 죄목에 대해 의논하고 의계를 올려 처리하는 議處와 죄목에 해당하는 율을 정하는 照律을 의미한다. 즉, 의금부 죄수의 직책을 확인하고 저지른 범죄 내용, 처벌 근거, 죄의 경중을 의논하여 왕에게 계로 올리는 議啓와 이에 대한 왕의 처리, 그리고 『대명률』이나 國典 등에서 그 죄에 해당하는 율을 찾아 제시하는 조율, 이 의처와 조율을 아우르는 전반적인 심의 과정이 의율이다.

추국 죄인의 경우 遲晩, 結案, 照律에 대해 각각 의계를 올린다. 遲晩議啓는 “죄인 아무개에 대해서는 달리 신문할 만한 점이 없으니 지만을 받기를 청합니다.”라고 하고, 結案議啓는 “죄인 아무개에게 이미 지만을 받았으니 격식을 갖추어 결안을 받기를 청합니다.”라고 하고, 照律議啓는 “죄인 아무개에 이미 결안을 받았으니 律에 따라 처단하기를 청합니다.”라는 형식으로 올리며, 이는 모두 위관이 담당한다.⁵⁾

친국과 정국일 경우 조율한 手本은 律學廳兼教授가 獨啓한다. 먼저 죄인의 죄에 대한 승인이자 자백인 지만을 받고, 죄인의 신상, 죄의 내용, 이에 대한 지만을 갖춘 결안을 작성하고, 그 후 범행 죄에 대한 해당 율을 정하여 조율하는데 이 모든 내용에 대해 각각 의계를 올린다. 종래 결안을 추국의 최종 단계라고 이해하기도 했으나, 본 조문에 따르면 결안 다음에 이어지는 조율로 마무리된 것으로 볼 수 있고 기존 연구에서도 같은 결론을 찾을 수 있다.⁶⁾

조율은 원래 형조의 주 업무이고, 형조의 속사인 율학청 소속의 檢律이 담당한다.⁷⁾ 그러나 의금부, 승정원, 규장각,⁸⁾ 사헌부, 한성부, 병조, 8道, 4都(개성부, 강화부, 수원부, 광주부)에도 형조에서 검률을 分差하여 배치하였다. 수원부와 강화부의 경우, 유수부로 승격되면서 流罪 이하는 自斷하게 되었으므로

4) 應入과 用下는 의금부의 수입과 지출을 내용으로 하는 항목이다.

5) 『六典條例 刑典 義禁府 鞫』

6) 『추안급국안』의 자료를 분석한 실증적 연구에서도 조선후기 추국의 절차가 자백-결안-조율로 이어진다고 정리하였다.(김우철, 앞의 논문.)

7) “明律·審律·檢律이 율학청에 入直하며, 만약 大辟의 照律을 해야하면 돌아가며 舉行한다.”『六典條例 刑典 刑曹 【附】律學廳 [總例]』

8) “訓導는 생도의 교육 및 형방의 照律을 관장하며 규장각 檢律을 겸대한다.”『六典條例 刑典 刑曹 【附】律學廳 [總例]』

검률이 필요하다는 지적에 따라 검률 1원을 계하하도록 하였고, 제주에도 取才하여 차송하였다.⁹⁾ 의금부에는 율학청의 兼教授를 차임하여 『대명률』에 따라 의금부 죄수의 죄에 해당하는 율을 조율하도록 하였다.¹⁰⁾

의금부의 조율 업무는 친국 등 추국 외, 일반 관료의 죄를 대상으로 하는 경우가 훨씬 많고, 실제 의금부의 주된 업무이기도 하다. 이러한 내용을 담은 조율안의 명칭은 照本, 照目, 啓目 등으로 다양하며,¹¹⁾ 禁府照本, 禁府照目이나 摘奸 기사를 통해 그 형식을 볼 수 있다. 다음 몇 사례를 살펴보자.

(가) 의금부 照本 : ① 전옥서 主簿 尹大任. ② 농간을 부려 被囚罪人을 도망가게 한 죄로 ③ 杖70 徒1年이며, 續錄에 의하여 罷職한다. ⑤功으로 1등급을 감한다.¹²⁾

(나) 의금부 啓目 : ①전 군수 李起漢은 ② 收租를 마감한 뒤에 결수를 더 확보하였으니 마땅히 上司에 낱날이 보고해야 함에도 애매모호하게 섞어서 作夫하였다. 이것이 비록 백성을 위한 것이라 해도 은루하고 보고하지 않은 죄를 면하기 어려우며, 公木 방납의 죄도 면하기 어렵다. 飢民을 濫報한 일에 대해서도 변명하지 못했으니 속이고 사실대로 하지 않은[詐不以實]의 실상이 더욱 해괴하다. ③ 이것으로 조율하여 무거운 죄에 따라 장 100을 결장하고, 또 3년에, 告身을 모두 추탈한다.[盡行追奪]. 私罪이다. ⑤功과 議이므로 각각 1등급을 감한다.¹³⁾

(다) 의금부의 照目 : ① 假通禮인 성균관 典籍 현재목, 直講 홍성신은 ② 통례의 신분으로 막중한 動駕에 朝服을 입지 않았으니 사체로 헤아리면 매우 해괴합니다. ③ 이것으로 조율하여 죄는 각각 장 80에 收贖하고,

9) “檢律一員【明律·審律·檢律, 六·臘取才, 遞兒.】○ 奎章閣·兵曹【三十朔遞兒.】·司憲府檢律【十五朔遞兒.】竝以等第人, 輪回差定. ○ 漢城府檢律一員,【無品, 無祿.】取才差定. ○ 八道·四都【江華府三十朔.】·濟州牧各檢律一員.【十五朔遞兒. 以等第人輪回差送. 開城府則從榜次差送. 濟州一窠, 則特以絕域, 人每厭避, 取才差送, 亦以三十朔爲瓜.】”『六典條例 刑典 刑曹【附】律學廳』

10) “검교수는 형조의 장금사 1방과 상복사 1방의 조율을 관장하며, 의금부의 조율을 겸하여 관장한다. 추국때 죄인의 照律手本은 검교수가 獨啓하며 教授 1인이 預差로 대령한다.”『六典條例 刑典 刑曹【附】律學廳 總例』

11) 숙종대까지는 照本, 照目이 모두 쓰이다가 정조대 이후는 照目이 더 많이 쓰인다. 조본이나 조목은 형식적인 면이 강하다면 의금부 啓目は 죄수의 죄목 검토에 대한 논의에서부터 시작하여 구체적인 죄상, 그에 대한 조율 과정, 그 처리 등을 담고 있고, 형식에 구애받지 않고 다양한 방식으로 기술하고 있어서 사료상 검출 빈도는 가장 높다. 한 사건의 추이를 추적하려면 계목을 통해 살펴보는 것이 유효하다. 이하 조율에 관한 문건의 표현은 조선 후기에 조금 더 일반적으로 사용된 照目으로 통일하여 기술하였다.

12) 『承政院日記 仁祖 18年 5月 1日』

13) 『承政院日記 肅宗 17年 6月 23日』

奪告身 三等이고, 私罪입니다. ④ 이에 대해 아뢴대로 윤택한다는 판부를 받들었습니다.[奉敎依允爲旡] ⑤ 흥성신은 공으로 1등급을 감하라고 하시었습니다.[功減一等爲良如敎]¹⁴⁾

(라) ① “鄭述仁에 대한 의금부의 議啓중에서 공초를 보면, ② 상평창의 管餉穀의 이름이 다르고……그 죄상을 살피면 구구절절 통탄스럽습니다. ③ 이것으로 조율하면 올문을 살펴보건대 『대명률』의 制書有違조에 ‘제서를 받들어 시행하는데 어기면 장 100이다’라고 하였고, 『대전통편』의 추단조에 ‘私罪를 범하면 장 100에 결장하며, 고신은 모두 추탈한다.’라고 하였고, 잡령조에 ‘의금부에서 결장하는 경우 속전으로 대신한다.’라고 하였습니다. 정술인을 장 100에 수속하고 고신을 모두 추탈하여 석방하는 것이 ④ 어떻겠습니까.”라고 하니 전교하기를 “윤택한다. ⑤ 공과 의가 있으면 각각 1등급을 감하라.”라고 하였다.¹⁵⁾

인조, 숙종, 정조, 순조대에서 하나씩 뽑은 조율안이다. 내용이나 기술 방식에 약간의 차이는 있으나 기본적으로 공통되는 사항은 ① 죄수의 관명과 이름, ② 조율의 근거가 되는 죄목, ③ 『대명률』이나 국전에 따라 조율한 올문, 형량, 수속여부, 奪告身 여부,¹⁶⁾ 공죄, 사죄의 적용 여부이다. 또 ④는 여기까지의 내용에 대해 왕에게 계를 올리고 윤택을 받는 단계, ⑤는 윤택의 판부에 담긴 의공 여부를 확인하라는 지시와 이에 따라 감등 요건과 등급 조정 여부를 정하는 내용으로 역시 공통적이다. 시대에 따라 (가)와 (나)의 사료처럼 ④에 대한 기술이 생략되기도 하지만 19세기까지 유지된 조율의 기본 구조이다.

위의 사료는 시대의 간격도 있고 문서 방식에 따라 내용 기술에도 차이가 있다. (가)는 간단하게 조율의 핵심 내용만 기술한 것이고, (나)와 (다)는 조율의 전형적인 표본이다. 특히 (다)의 경우 형식에 있어서 이두 표기까지, 조본이 갖추어야 하는 요소를 다 담고 있다.¹⁷⁾ (라)는 의율 과정을 살피기에 좋은 자료

14) 『承政院日記 正祖 5年 12月 14日』

15) 『承政院日記 純祖 卽位年 12月 29日』

16) 告身은 관직에 임명된 사람에게 주는 職牒으로 이 고신을 빼앗는 것을 탈고신이라 한다. 탈고신은 차등으로 두어 시행했다. 즉, 탈고신 1등은 현재 품등의 고신만을, 탈고신 2등은 현재와 바로 그 이전 품등의 것을, 탈고신 3등은 또 그 이전 품등의 것까지를 빼앗는 것인데, 여기서 等은 각 품계마다의 正, 從을 각각 따로 1등씩 치는 것이다. 告身盡行追奪은 현재와 그 이전의 고신을 모두를 빼앗는 것이다.

17) “조율 계목에 ‘윤택한다는 하교를 받들었습니다.’라고 쓴다.【功과 議가 있으면 ‘윤택한다는 하교를 받들었습니다.’라고 하며, ‘功과 議는 각각 1등급을 감하라고 하시었습니다.’라고 쓴다.】 양사의 2품 이상에 대한 조율 계목에는 ‘이 올대로 시행하라는 하교를 받들었습니다.’라고 쓴다. 모두 장함을 쓴다.”(“照律啓目, 書‘奉敎依允’【有功議則‘奉敎依允爲旡, 功議各減一等爲良如敎’】 兩司二品以上照律啓目, ‘奉敎依此律施行爲良如敎’. 竝書長衡.”『銀臺條例 附錄 判付規式』)

이다. 죄상에 대해 서술하고, 그에 맞는 율문을 『대명률』과 국전에서 찾아 그 근거에 따라 조율하며, 이에 대해 왕이 윤허의 전교를 내리고, 그 전교에서 다시 의공 여부를 명시하는 과정을 잘 보여준다. 시대를 통틀어 모든 조율안은 위의 형식 중 한 가지 방식으로 기술되고 있다. 형조, 병조, 사헌부에서도 관리에 대해 조율하므로, 해당 관사가 올리는 계목에도 역시 관리에 대한 수속이나 감등 여부가 담겨 있다.¹⁸⁾ 즉 관사에 관계 없이 관리들에 대한 조율의 기본 형식은 대략 동일하다.

정조대 이후 19세기 조율안의 특징은 『대명률』, 『대전통편』의 조문을 각각 명확하게 근거로 제시하고 있다는 점이다. 위의 (라)인 순조대 기사에 담긴 조율의 방식은 정조대 부터 정착된 것으로 보인다. 『경국대전』과 『속대전』을 합하여 법전을 통일시키고 흠휰전칙을 마련하는 등 법제의 정비가 이루어진 시기라는 점에서 예견할 수 있는 부분이다. 법조문 해석이나 인용하는 방식에 있어서 법적인 형식을 갖추고 있고, 『대명률』과 국전에 대한 이해가 더 깊어졌음을 볼 수 있다.

위의 조율안에서 주목해 볼 수 있는 부분은 관리에 대한 우대 조건이다. 우선 태장의 수속에 관한 것, 즉 朝士不杖이다. 이는 『대명률』, 『경국대전』에도 이미 마련되어 있는 특권이다.

문관·무관 및 內侍府 관원, 蔭官의 자손, 생원, 진사가 十惡, 간음, 盜罪, 불법적인 살인, 법을 굽혀 뇌물을 받은 죄를 저지른 경우 외에는笞와 杖은 모두 贖錢을 받는다.¹⁹⁾

『대명률』에 이미 태형부터 사형까지 속전할 수 있는 규정이 있고,²⁰⁾ 『경국대전』에도 중죄를 지은 경우 외의 관리나 사대부들에게는 태장을 수속하여 신체형을 면제하였다. 따라서 照目에서도 태장은 수속을 아울러 표기한다. 만약 조율과정에서 실수로 수속을 표기하지 않거나, 절차상의 문제로 수속을 못하게 되어 決杖해야 하는 사태가 발생하였을 때 임금의 판부로 태장을 수속 처리한다.²¹⁾ 타 관사에서 다른 죄인이 조관인 경우 의금부로 옮겨 결장하도록 하지

18) “병조나 형조의 조율 계목에 ‘아뢴 대로 윤허한다는 재가를 받았습니다.’라고 쓴다.【공과 의의 감등은 다른 조율의 예와 같다.】 2품 이상에 대한 조율을 임금에게 여쭙는 계목에 ‘조율하라는 임금의 재가를 받았습니다.’라고 쓴다. 모두 단함을 쓴다.”(“兵.刑曹照律啓目, 書‘啓依允’.【功議減等與他照律例同.】 二品以上照律稟旨啓目, ‘啓照律爲良如教’, 竝書短銜.”『銀臺條例 附錄 判付規式』)

19) 『經國大典 刑典 推斷』

20) 『대명률』 명례율 五刑조에 태형, 장형, 도형, 유형, 사형의 등급에 따른 속전 규정이 있다.

21) 감등 여부를 기록하여 조율을 올리기 전에 죄인李文著 등의 元情公事에 대해

만 이때도 역시 의금부에서 결장할 경우는 金贖으로 대신한다는 아래의 조문에 따라 법적으로 속전의 혜택을 입었다.

東班 雜職【御寶가 찍힌 告身이 있는 경우를 이른다.】을 역임한 자에게는 杖을 치지【決杖】 않는다. 의금부에서는 장을 치는 것을 금전의 수속【金贖】으로 대신하고, 營門에서는 장을 치는 것【決杖】을 의금부로 잡아다 신문하는 것【拿問】으로 대신한다. 영조 신사년(1761, 영조37)의 하교(下敎)²²⁾

그런데 의금부 죄수에게 결장을 속전으로 대속하게 한 위의 조문은 영조 37의 수교로, 의외로 늦은 시기이다. 決杖의 代贖은 이전부터 계속 논의되어 오던 문제였다. 현종때 廣州府尹 李世華가 檢田에 착오를 일으킨 죄로 決杖의 벌이 거론되었는데 이때 좌의정 김수항이 차자를 올려 이 문제를 논의하였다. 3품직에 오른 姜皎가 朝堂에서 장을 맞은 일에 대한 唐 현종의 고사를 예로 들고 이세화에게 결장하는 것은 곧 관원을 皂隸처럼 대우하는 것이라는 의견을 제시하였고,²³⁾ 이 姜皎의 사례는 이후에도 조관에 대한 조율을 논의할 때 자주 인용되었다.²⁴⁾ 죄를 범한 宰臣에게 杖罰을 면하는 것은 그 당시에 규레이긴 하였으나 간간이 결장으로 조율하면서 문제가 되었으므로, 刑不上大夫를 법적으로 보장할 필요성이 커졌다. 따라서 영조 37년, 의금부 죄수로서 결장은 수속하게 하고, 지방 영문에서도 결장하지 말고 의금부로 拿來하게 하였다.²⁵⁾ 즉 경재 뿐 아니라 동반 잡직이라도 어보를 찍어 고신을 내린 관리므로 곧 조관으로 대우해야 한다는 뜻에서 내린 수교이다. 그리고 이 수교가 이어

別判付가 내려져 수속하지 못하게 된 경우가 있었는데, 본율인 장 100을 결장해야 했으나 임금이 전교로 결장하지 말도록 하였다.『承政院日記 肅宗 3年 3月 22日』

22) 『大典通編 刑典 雜令』

23) 부윤의 품계는 2품이고 특히 廣州는 직임이 중한 곳이며, 그 죄가 軍機失誤의 죄에 비할 수 없는데 태장으로 논의하는 것은 국체에 손상이 있을 것이라는 김수항의 차자가 받아들여져 이세화를 파직으로 처리하였다.『承政院日記 顯宗 14年 2月 6日』

24) 숙종 6년, 의금부에서 鄭楹에 대해 決杖 100, 유 2000리로 조율하자 승정원에서 역시 唐 姜皎의 고사를 들어 刑不上大夫의 당위성을 지적했다. 범법한 宰臣은 勘律 외에 특별히 杖罰을 면제해 주는 예를 들어 鄭楹의 죄가 중하지만 六卿에 오른 관원이므로 참작하는 은전이 있어야 한다고 하자 이에 숙종이 결장을 제하고 정배하도록 했다.『承政院日記 肅宗 6年 7月 23日』

25) 관리에게 직접 결장하는 것은 寬仁의 정치에 맞지 않는다는 정승을 위시한 판서, 판의금부사의 건의에 대해 내린 하교이다. 侍從文臣 외의 신하나 蔭武에게도 결장 면제의 혜택을 주어야 한다는 데 뜻을 같이했다. 아침에는 朝衣를 입고, 저녁에는 市街에게 결장하는 것은 使臣을 예우하는 도리가 아니며, 營門에서 결장하는 것도 관리를 대우하는 데 있어서 염치를 권려하는 뜻이 아니라는 이유에서 금부죄수는 결장을 수속하고, 지방의 관리는 결장하지 말고 의금부로 내려하게 하였다.『承政院日記 英祖 37年 12月 25日』

『대전통편』에 실리면서 상대부, 경재 뿐 아니라 그 이하 ‘曾經衣冠之人’인 朝士에게도 장을 치지 않는다는 것이 법조문화 되었다.²⁶⁾ 즉, 수속의 대상 범위가 시종신 등 고위직에서 일반 관료로 대폭 확대되고 법으로 규정된 것이다.

태장의 수속과 더불어, 조율에서 반드시 검토했던 또 한 부분은 公罪, 私罪 여부였다.²⁷⁾ 관리에 대한 혜택인 공죄 여부를 검토하여 조율에 적용하였다. 공죄는 관리가 저지른 범죄 중 범할 의도가 없고 위법성에 대한 인식도 없는, 공무 수행과 관련하여 실수나 착오로 저지른 과실범이고,²⁸⁾ 사죄는 일반인이 범하는 모든 범죄이며, 관리일 경우 私益을 위해 공무상 위범이나 부정을 저지른 범죄, 혹은 반드시 사익을 취하려는 것이 아니더라도 고의성을 가지고 있는 범죄이다.²⁹⁾ 그런데 관리자의 범죄를 공죄로 의율하는 것은 형사상 소추를 면제해주는 것으로, 공죄, 사죄를 구분했다는 것 자체가 관리들에 대한 우대조치였다고 할 수 있다.³⁰⁾ 공죄, 사죄에 대한 법전 규정은 다음과 같다.

- ①公罪로 徒刑 이상, 私罪로 장 100 이상이면 決杖한다.(『經國大典 刑典 推斷』)
- ②公罪는 收贖하며 奪告身이 없다.(『典律通補 刑典 推斷』)

공죄로 도형 이상이면 결장한다는 조문의 경우, 도형은 장형이 부가형이므로 도형과 장형을 함께 받아야 하지만 여기서 도형은 수속되었다.³¹⁾ 그런데 여기서 도형과 장형 중 어떤 형을 수속할 것인가 하는 문제는 꽤 논란거리였다. 『대명률』에 ‘大小軍民, 衙門官吏가 공죄를 범하여 태에 해당하면 관은 수속한다’는 조문이 있는데³²⁾ 여기에 도배형을 수속한다는 문장은 없다는 점이 문제의 소지가 되었다. 보통은 도배의 죄라도 공죄에 해당하면 으레 수속으로 조율

26) 형조에서도 刑推할 경우 외에는 의관을 거친 자, 즉 동반 잡직으로서 御寶가 찍힌 告身이 있는 자를 조율할 때 장은 속전을 거두도록 하였다.

27) 한상권, 「公罪와 私罪」, 『법사학연구』 53, 2016.

28) “公罪謂緣公事致罪, 而無私曲者.”(『唐律疏議 卷2 名例 以官當徒』) “公罪因公事得罪, 失出入人·文書遲錯之類.”(『大明律 名例律 文武官犯公罪』)

29) “私罪謂私自犯及對制詐不以實, 受請枉法之類. 疏議曰, 私罪謂不緣公事, 私自犯者, 雖緣公事, 意涉阿曲, 亦同私罪. 對制詐不以實者, 對制雖緣公事, 方便不吐實情, 心挾隱欺, 故同私罪. 受請枉法之類者, 謂受人囑請, 屈法申情, 縱不得財, 亦爲枉法. 此例既多, 故云之類也.”(『唐律疏議 卷2 名例 以官當徒』) “私罪非緣公事而犯罪者, 雖緣公事, 意涉阿曲者亦是. 造意者爲首, 隨從減一等.”(『經國大典註解 後集 吏典 天官 冢宰 考課條 私罪』)

30) 한상권, 위의 논문

31) “決杖八十徒二年, 徒段, 公罪以贖.”(『承政院日記 顯宗 15年 8月 3日』) “兵曹啓目, 成歡察訪柳文祐……等, ……罪各杖八十贖徒二年, 徒段公贖.”(『承政院日記 顯宗 5年 7月 14日』)

32) 『大明律 名例律 文武官犯公罪』

하여 들었는데 위 대전의 조문 ①에서 보듯 공죄로 도형 이상은 결장한다고 되어 있어서 결장, 도배 어떤 것이 수속의 대상이 되느냐에 대해 당시 관원들도 혼동하곤 했다. 그러나 대체로 ①의 文勢는 도배의 죄가 비록 공죄여서 수속의 혜택을 입어도 장 100은 반드시 결장한다는 뜻으로 보았다. 죄인이 도배에 해당하고 공죄이면 도는 수속하고 장은 율문에 따라 결장하는 것이 규례라고 이해하고 있었다.³³⁾ 즉, 공죄는 수속한다고 한 조문은 도형에 적용되는 규정으로 해석하여, 신체적 자유를 구속하고 노역을 시키는 처벌을 면하게 한 것인데, 徒配는 重律이어서 笞杖을 수속하는 것과는 비교할 수 없다는 인식에 따른 해석이기도 하다.³⁴⁾ 그러나 이후 사료에는 이 문제에 대해 여전히 각각 다르게 해석되고 처벌되며, 정조 이후에는 장과 도 모두 수속하는 것으로 기록되고 있다.³⁵⁾

한편 공죄는 고신을 빼앗지는 않는다는 점에서 告身追奪하는 사죄와 비해 관리에 대한 우대책이다.

私罪를 범하여 장 60에 해당하면 啓聞하여 告身 1等を 追奪하고, 장 70이면 고신 2등을 追奪하고, 장 80이면 고신 3등을 追奪하고, 장 90이면 고신 4등을 追奪하고, 장 100이면 고신을 전부 추탈하여[盡行追奪] 이조나 병조로 보낸다. 고신을 추탈할 때 品마다 正과 從을 나누어 등급을 삼는다.³⁶⁾

사죄는 장형과 함께 세밀한 규정을 적용하여 관직의 임명장인 고신을 빼앗는데, 그에 비해 공죄는 고신을 追奪하지 않음으로써 죄인이지만 관료였다는 사실을 부정하지 않게 하였다. 공부를 하고 과거를 보아 관료로 진출하는 것이 당시 모든 양반 사대부가 똑같이 가지고 있는 최종 목표였다는 점에서 관료의 증빙 문서를 그대로 가지고 있게 하는 것은 상징적 의미에서 중요한 혜택이다. 그리고 공죄에 이 혜택을 부여했다는 점에서 공죄, 사죄 여부는 조율에서 의미가 있는 대목이다.

태장을 수속하고, 죄인의 죄목에 대해 공죄인지, 사죄인지를 판단하여 수속이나 탈고신, 결장 여부를 정하여 계를 올리면 그 다음 확인할 사항은 功議여

33) 『承政院日記 顯宗 7年 2月 8日』

34) “故該府既已依律照入，而準徒收贖之命，出於格外，徒配重律，實非笞杖可贖之比。”
『承政院日記 顯宗 6年 1月 11日』

35) 公罪로 徒 이상은 수속하므로 장도 수속 대상에 들어간다고 보기도 하고(“註云，那移出納，是公罪，官吏還職，設錢糧文簿，俱要改正事目內，公罪徒以上收贖，則杖亦當在收贖之中。”『承政院日記 英祖 8年 6月 5日』 徒一年은 收贖하고 장 60은 결장하고 석방하기도 하는데, 정조대 이후는 杖과 徒모두 수속으로 처리되는 것 같다.

36) 『經國大典 刑典 推斷』

부이다. 왕은 계를 검토한 뒤, 죄인이 功과 議, 즉 功臣이나 議親에 해당하는지의 여부를 확인하도록 명을 내리면 의금부는 이에 따라 검토하여 감등하였다.³⁷⁾ 그런데 “조율한 초기에 대해 功臣과 議親인지의 여부를 구별하라는 전교가 없으면, 의금부에서 승정원으로 구두로 전해서 微稟”하게 하는 규정이 『육전조례』에 실렸다.³⁸⁾ 즉 공신과 의친에 대한 감면은 임금의 명으로 확인하는 절차를 거쳐야 하는 것으로, 만약 전교에서 이 부분을 누락하면 승정원에서 미품하여 반드시 의공 여부를 확실히 하였다. 법전 조문에 대한 조율과는 별개로 공신과 의친 여부를 반드시 임금의 명으로, 임금의 말로 확인하게 했다는 점에서 왕의 권한으로 내리는 恩典의 성격도 있는 듯하다.

의친과 공신의 범위는 『전률통보』³⁹⁾에서 규정하였으며,⁴⁰⁾ 『육전조례』에서 최종 정리하였다.⁴¹⁾ 의친과 공신 모두에 해당하면 각각 1등급을 감하여 총 2등급을 감해주었고, 의친이나 공신 한 경우만 해당하면 1등급을 감하여 의친과 공신에 대해 각각 감등 혜택을 적용하였다.⁴²⁾ 이처럼 『육전조례』에서 의공 여부, 그 범위 등을 특별히 조문으로 규정한 것은 19세기 대원군의 종친 우대책이나 왕실 권력의 강화 등의 정책과도 흐름을 같이하는 것이라 하겠다.

의금부 죄수들은 수속으로 신체형을 면제하고, 공죄 역시 도형을 수속하며, 의친·공신 여부도 아울러 고려하여 형량을 최대한 가볍게 적용하였다. 바로 이러한 절차를 확인하고 적합한 지의 여부를 따지는 것이 의율이고 이는 의금부의 중요한 업무 중의 하나였다. 그렇기 때문에 의율은 散齋日⁴³⁾이라도 거르지

37) 공신이나 의친을 拷訊하도록 계청할 때에도 공신이나 의친 여부를 아울러 기록하여 아뢰었다. 『經國大典 刑典 推斷』

38) 『六典條例 刑典 義禁府 議律』

39) 의친 범위의 출전은 <補>이다. 『전률통보』는 국전과 『대명률』을 함께 구성한 법전이고 원전, 『속대전』, 『대전통편』, 『대명률』의 출처가 다 약어로 밝혀져 있으나 특히 <補>로 정리된 조문은 『대전회통』의 <補>와 구성이나 내용 등이 다르며, 『대전통편』 이후의 변화를 담고 있어 『전률통보』만이 가지는 의미가 있다. 본고에서 『전률통보』를 전거로 달았을 경우는 이 <補>에 해당하는 조문이다.

40) “죄를 의율할 때 공과 의가 있으면 각각 1등급을 감한다. 功臣子孫은 대수를 한정하지 않고, 원종공신도 같다. 의친은 왕의 同姓 10촌, 異姓 6촌 이상이고, 왕비의 동성 8촌, 이성 4촌 이상이다. 先王과 先后의 親도 같다. 촌수는 代數로 계산하고, 廟庭에 陪享한다. 공신도 같다.” 『典律通補 刑典 推斷 發配附』

41) 『典律通補』의 의친 규정 위에 세자빈궁, 부마가 추가되었다. (“世子嬪宮은 동성만 4촌친까지이고, 부마는 친가 외가를 막론하고 5촌친까지이다. 【즉 대왕의 이성 6촌친이다. 촌은 대이다. 생전에는 촌을 쓰고, 사후에는 대를 쓴다.】” 『六典條例 刑典 義禁府 議律』)

42) 다만 贓罪나 뇌물죄로 유배되는 경우는 의친이나 공신이라도 감등하지 않았다.

43) 제사를 지내기 앞서 齋戒를 행하던 날로, 弔喪, 問病을 하지 않고 음악을 듣지 않고 刑殺文書에 서명하지 않았다. “散齋日에는 用刑은 할 수 없으나 議處照律은 예대로 거행한다.” (『大典通編 禮典 雜令』)

않으며, 時囚를 의처한 뒤에 齋日을 만나게 되면 의처를 위해 연 좌기는 그대로 두고, 의처에 대해 계하하기를 기다렸다가 조율하도록 하였다.⁴⁴⁾ 의처하면 이어서 바로 조율해야 하는데 의처한 뒤 재일을 만나게 되면 滯囚의 염려가 있게 되므로 이를 막기 위해 의처를 위한 좌기를 열어둔 채 의처에 대한 啓下를 기다렸다가 조율하도록 하였고,⁴⁵⁾ 이 규정이 『육전조례』에 실리게 된 것이다. 의금부 시수 죄인의 체수를 막기 위한 조치라고 하겠다.

이상 의금부의 조율 과정, 조본이나 조목의 형식, 죄의 감면 조건 등을 살펴 보았다. 『육전조례』의 의율 항목은 관료 신분인 죄인을 의처하고 조율하는 것이 19세기 의금부의 주요한 업무였고, 의율은 관리에 대한 특권을 명시하는 내용으로 구성되었다는 점을 보여준다. 이하 다음 장에서는 실제 의금부에서 추고하고, 수금하고, 형추하는 대상에 대한 관련 법규와 실례를 살펴보려 한다. 王獄인 의금부가 실제 어떤 점에서 양반 관료의 관사인지에 대해 국전과 수교를 중심으로, 관련 조문이 마련되는 과정은 해당 시기의 『승정원일기』의 기사를 통해 확인해 보겠다.

2. 推考·囚禁·刑推 업무와 감옥 운영

1) 감옥의 기능과 推考·囚禁 업무

의금부의 수감 대상은 당연히 조관을 비롯한 관원들이고, 의금부는 이들을 수감하는 감옥이다. 그런데 조관이 의금부로 옮겨 수감된 것은 『大典續錄』을 기점으로 그 이후라 볼 수 있다. 즉 『대전속록』 이전에는 반역죄, 강상죄 및 장오죄나 군율을 범한 경우가 아니면 일반 잡범사죄를 지은 朝官은 형조에서 다루었고, 죄가 무거우면 왕에게 보고하여 처결하며, 경죄는 형조에서 처단하게 하는 것이 법례였다. 그리고 『경국대전』 형전 囚禁조에 ‘朝官으로 죄를 지은 자는 入啓하여 囚禁하라’고만 되어 있고 의금부로 옮기라는 규정은 없어서 죄를 지은 조관은 모두 형조에 가두어 다스리고 의금부에 수금하지 않았다.⁴⁶⁾ 이때까지만 하더라도 조관이라 하더라도 의금부에 수금하지는 않았던 것으로 보인다. 그러다가 『대전속록』에서 ‘朝官이 죄를 범하여 형조, 사헌부, 사간원에서 추고를 받아 수금해야 하면, 모두 계를 올리고 의금부로 옮긴다.’⁴⁷⁾라고

44) 『六典條例 刑典 義禁府 議律』

45) “左議政鄭元容曰……議處啓下之後，若連值齋日，滯囚可悶，在正廟朝翼考代理時，多有議處當日鱗次照律之例，此不可援而擅行之事，而此後議處後值齋之時，則因其議坐待啓下，仍爲照律，恐合仰法昔日恤囚之聖念，故敢此仰達矣。上曰依爲之。”『承政院日記 憲宗 8年 12月 3日』

46) 『承政院日記 仁祖 16年 5月 14日』

47) 『大典續錄 刑典 囚禁』

규정되면서 조관을 의금부에 수금하게 된다. 즉 단계상 『대전속록』 이전까지, 즉 1493년 이전까지는⁴⁸⁾ 의금부가 중죄를 지은 조관을 추고하는 역할만 했지 수금하는 감옥의 기능은 약했는데 조관을 수금하라는 수교가 『대전속록』에 실리면서부터 점차 감옥의 기능도 중해졌다고 볼 수 있다.⁴⁹⁾ 이 규정은 『속대전』에 정식으로 조문화되면서 의금부는 추고받는 조관을 수금하고 수용하는 감옥의 기능이 법적으로 확인되었다.

그런데 조관을 수금한다고 하였을 때 모든 조관을 다 수용하는가, 그리고 조관이라고 해서 다 의금부에 수금할 만한 자격이 있는가 하는 점을 검토하지 않을 수 없다. 의금부의 왕옥으로써의 의미, 조관을 우대하기 위함이라는 의금부 설립 목적과도 관련된다.

문제는 과거였다. 임진난 이후 수 십년 병란이 계속 되면서 전쟁의 공로로 常賤에게 과거의 문은 계속 열렸다. 그 결과 萬科, 五千科 등 많은 명목의 과거를 통해 砲手, 軍保, 公私奴隸 등이 出身으로 진출했다. 이들이 죄를 지었을 때 어떻게 대우해야 하는지는 충분히 논의 될 만 했고, 형조나 사헌부에서 잡아 가두어 죄를 처결하고 의금부에서는 다루지 않는다는 것을 확실히 해두어야 했다.

萬科를 실시한 뒤 상한 출신배들이 간사한 짓을 저지르고 죄를 범하는 경우가 계속 이어졌는데, 의금부에서 일일이 수감하여 다스리려 한다면 도리어 번거롭고 소란스러운 폐단이 있을 것이다. 이후로는 그들이 범한 죄의 경중을 살펴 倫常이나 살인, 절도 따위의 일에 관계된 경우는 형조에서 그때마다 입계하여 가두고 다스린다.⁵⁰⁾

이 수교는 만과 출신자 범죄자는 형조에서 다룬다는 것을 규정한 것이다. 그런데 그 조건이 윤상, 살인, 절도죄인데 실제 군공 등으로 출신이 된 이들이 저지른 죄는 대부분 살인이나 소나 말의 偷竊, 犯禁 같은 잡범이다. 따라서 죄목만 가지고도 이들은 모두 형조에서 다룰 수밖에 없게 된다.

또 위의 수교에 “이들을 의금부에서 다스리기 번거롭다”고 한 범범한 문장 속에는 이렇게 잡스러운 범죄를 저지른 草竊狗盜와 같은 자들은 지체 높은 양반 문무관 관료들이 裁決할 대상이 아니라는 뜻이 깔려 있다.⁵¹⁾ 신분제 사회

48) 『대전속록』은 1491년(성종 22)에 편찬을 시작하여 다음해 완성하였고, 새로 만든 조문은 1493년 5월부터 준용하였다.

49) 조선초기에 巡綽, 捕盜, 禁亂 등 군사적인 기능을 가지고 있었으나 점차 형조, 한성부, 포도청, 선전관 등에 임무를 넘기고 奉命推鞠하는 사법기관으로 정착되며, (이상식, 앞의 논문) 그 이후 감옥의 기능도 자리 잡은 것으로 볼 수 있다.

50) 『承政院日記 肅宗 12年 10月 3日』 『受教輯錄 刑典 推斷』

51) 『承政院日記 仁祖 16年 5月 14日』

의 중심인 양반들에게는 당연한 생각일 수 있고, 의금부 수금 대상을 설정해야 하는 실제 이유이기도 했다. 王獄의 사체가 중하다는 명분으로 위 수고는 『속대전』에 조문화 되었다.

문.무과[正科] 출신 및 동반.서반의 正職에 낙점받은 사람 외에 ‘納粟이나 軍功으로 관직을 받았거나 常賤으로 과거에 합격한 자’는 의금부로 옮기지 못한다.⁵²⁾

문무과 출신 및 동반 서반의 정직에 낙점받은 사람은 의금부에 수금한다고 하여 왕옥에 수금될 수 있는 조관의 범위를 밝힌 것이고, 납속, 군공, 상천 출신은 형조에서 다루어야 하는 신분임을 확실하게 법적으로 선을 그은 것이다.⁵³⁾ 이러한 의금부 수감 대상에 대한 범주 설정은 계속 보충되면서 내용이 채워졌다. 도적을 체포하여 납속한 당상으로 죄를 범한 자는 加設職의 예에 따라 형조에서 추단하고 의금부로 옮기지 못하게 하였으며,⁵⁴⁾ 落點別將도 僉使나 萬戶와는 다르므로 형조에서 推治하도록 하였다.⁵⁵⁾ 이와 함께 의금부에 수금할 수 있는 조관의 범위도 넓어졌다. 堂上譯官은 형조에서 推治할 수 없고, 內侍官으로 죄가 있으면 계문하여 의금부에 수금하게 하였다.⁵⁶⁾ 또 과거에서 아직 放榜 이전이라도 장원이나 探花⁵⁷⁾이면 의금부에 수금할 자격이 되었고,⁵⁸⁾ 兼引儀도 御醫의 예에 따라 의금부에서 나수하게 하였다.⁵⁹⁾ 즉 당상 역관, 내시관, 장원, 탐화의 과거 합격자, 겸인의 등도 차례차례 의금부 수금

52) 『受教輯錄 刑典 推斷』 『續大典 刑典 推斷』

53) 영조 10년, 윤상, 살인, 절도의 삼건 외에 다른 범죄는 어떤 기준으로 처리해야 하는지에 대해 定式이 있어야 한다는 형조의 계가 있었다.(『承政院日記 英祖 10年 10月 12日』) 충분히 논의되어야 할 문제였으나 관련된 기사가 없다. 이후 모든 죄를 이 3건에 적용시켜 처리했던 것으로 생각된다.

54) 『受教輯錄 刑典 推斷』 『續大典 刑典 推斷』

55) 숙종 28년, 의금부 시수 죄인 李旭을 의금부에 수금하는 것이 옳은지에 대한 논의가 있었다. 이욱은 본래 미천한 신분인데 상으로 加資되어 新門別將을 거쳤고, 이러한 경우는 관디 차림으로 행공하는 첨사, 만호와 다르므로 실직으로 볼 수 없다는 점을 문제 삼았다. 이전에 낙점별장의 직을 거친 자를 전옥서에 수금하는 것에 대해 살필만한 전례가 없어서 이때 이 문제가 논의된 것이다. 그리고 이후로는 상으로 직을 얻고 가자된 사람은 형조에서 추치해야하고, 동서반 실직이 아닌, 즉 護軍이나 별장 같은 부류는 모두 의금부로 옮기지 말고 형조에서 추치하도록 정식으로 삼게 하였다. 『承政院日記 肅宗 28年 10月 20日』 『新補受教輯錄 刑典 推斷』 『續大典 刑典 推斷』

56) 『續大典 刑典 推斷』

57) 갑과 급제자 3인 중 수석합격자를 장원, 차석합격자를 榜眼郎, 세 번째 합격자를 探花郎이라 하였다.

58) 『大典通編 刑典 推斷』

59) 『大典會通 刑典 推斷』

대상으로 포섭되었다. 이처럼 의금부에 수금하는 대상, 수금하지 못하는 대상을 조문화하고 또 추가하고 정리하는 움직임은 곧 관료 사회의 범위를 지켜내려는 양반층의 노력이고, 그 과정에 의금부가 한 역할을 하고 있었다.

의금부 수금 과정에서 검토해 보아야 할 문제는 推考이다.⁶⁰⁾ 조관의 추고는 관사가 직접 公臧을 받아 조율하여 보고하거나 임금의 傳旨를 받들어 추고하는 방식으로 이루어진다.

중앙과 지방의 모든 관원에 대한 추고는 각각 그 관사가 직접 公臧을 받아 照律을 한 뒤에 임금에게 아뢴다.
전지를 받들어 추고를 하면 전지에 구애받지 말고 반드시 原情, 供招를 받아야 한다.⁶¹⁾

중앙, 지방의 조관에 대한 추고 규정은 수교로 이미 마련되었고 『속대전』에서 완전히 조문화되었다. 조관이 추고되는 경우는 주로 임금이 전지로 추고를 명하거나 사헌부나 사간원 등으로부터 추함을 당할 때이다. 임금이 추고를 명할 때, 즉 禁推는 바로 의금부로 수금하여 진행하는 것이 원칙이었고 원정, 공초를 받도록 되어 있다.⁶²⁾ 관사에서 추고를 청할 때는 해당 관사가 직접 추고된 조관에게 함사를 받고 이에 대해 조율한 뒤에 임금에게 아뢴다.⁶³⁾ 함사를 받는 것은 피추 관원에게 서면으로 소명 기회를 주는 것으로 관원에 대한 일종의 우대책이다. 그런데 조관이 각 관사의 추고 함답[推臧]에 항거하고 응하지 않을 경우 의금부로 옮긴다.

60) 김진옥, 「‘禁推’의 성격과 특징」, 『민족문화』36, 2011. 「‘推考’의 性格과 運用」, 『고전번역연구』3, 2012.

61) “凡京·外官推考, 各其司直捧公臧, 照律始啓. 奉傳旨推考, 則勿拘傳旨, 須原情取招.”(『續大典 刑典 推斷』) 전지를 받들어 추고를 하면 전지에 구애받지 말고 반드시 原情, 供招를 받아야 한다는 조문은 『大典續錄』에 실린 것이다. 이 조문의 本意는 법을 집행하는 자가 전지에 구애되어 推斷하는 것이 지나치게 될 것을 막으려는 것이다. 즉 정상을 깨어 供招를 받지 않고서 억지로 승복하게 하는 것이 未便하다는 뜻에서 전지에 구애받지 말고 자세히 깨어묻고, 추고인의 원정과 공초를 받아 처리하게 할 것을 규정한 조문이다.(『成宗實錄 8年 9月 15日, 25年 6月 16日』)

62) 추고하는 전지는, 혹 대신이나 대간이 아뢰게 되면, 승정원이 그 아뢰는 것에 따라서 만든다.(『中宗實錄 7年 10月 18日) 금추는 일반 추고에 비해 더 엄한 추고였고, 주로 3품 이하 관원에게 많이 적용되었다. 수금이 원칙이지만 대간, 각신, 옥당, 승지, 춘방 관원 등 왕의 측근으로 직임이 중한 관원은 수금하지 않고, 의금부에서 개좌하여 공초를 받고 대명소로 보내어 왕의 명을 기다리게 했다.(김진옥, 「‘禁推’의 성격과 특징」, 『민족문화』36, 2011.)

63) 사헌부에서 추함하라는 전지를 받든 뒤 30일이 지나도록 감율하지 않으면 형조로 옮겨서 照勘하게 했다.『續大典 刑典 推斷』

推考臧答에 대해 서울에 있는 관인이 3차례 항거하면 그 다음 職牒을 거두고 進來推考하고, 또 遲晩하지 않으면 刑推를 啓請한다. 지방 수령이 3차례 항거하면 형추를 계청한다. 그리고 모두 의금부로 옮겨 처치한다.⁶⁴⁾

서울에 있는 관원은 먼저 함사추고의 기회가 있고 이에 항거하면 나와서 추고 받도록 進來推考하며, 여기서도 지만하지 않으면 그때 형추를 계청한다. 지방 수령의 경우는 바로 형추를 계청하고 그 다음 의금부에 수감한다. 이러한 규정은 현종 4년의 수교로 되어 있으나 인조대에도 이미 통용되었던 규례이다.⁶⁵⁾ 즉 법전에 기록되어 있지 않고 근거할 만한 문적도 없지만 그 이전부터 줄곧 써와서 법규처럼 된 추고와 수금의 방식이었는데, 『속대전』와서 정식으로 조문화 되었다.

그런데 각 관사에서 추고하다가 의금부로 옮기더라도 그 전에 조율 입계가 먼저 있어야 한다. 이를테면 만약 조관을 형조에 내려 추고하는 경우, 죄명의 경중에 따라 도형이나 장형으로 조율하여 입계하고 윤허가 내리면 의금부에 이송하는 것이다. 형조는 왕부가 아니므로 조관을 擅杖할 수 없기 때문에 의금부로 이송지만 조율하기 전에는 추고 받는 朝官을 미리 의금부에 옮겨 가둘 수는 없다. 조관을 전옥서에 가두더라도 형조에서 조율하고 형추를 계청하여 허락 받은 후에 의금부로 이송하는 것이 순서였다. 즉 조관이라 하여 바로 의금부로 이송하는 것은 아니고 형조에서 수금하여 추문하고 정범, 사간 등을 가린 뒤에 의금부로 이수하였다.

실제 惡逆이나 死罪인 경우 외에 의금부에 조관이 수금될 경우는 그리 많지 않다. 게다가 『대전통편』에서는 ‘宗親·儀賓·文·蔭·武正一品은 추고할 수 없다’고 하였고 함사도 받지 않게 하였다. 종친, 의빈, 정1품 관원은 추고대상에서 아예 제외하게 되었고 경죄로는 수금하지 않았다.⁶⁶⁾

이렇게 의금부에 수금할 수 있는 대상에 해당되고, 수금 요건이 갖추어 지면 절차에 따라 拿囚하였다. 이 때에도 예를 갖추어야 했다. 입직 낭청은 公服 차림으로 坐衙하며 나장이 좌우로 배열해 서서 규례대로 잡아들이며 항쇄를 채

64) “凡推考臧答，在京官人三度抗拒後，收職牒進來推考。又不遲晩，則啓請刑推。外邑守令三度抗拒，則啓請刑推，並移義禁府處置。”『續大典 刑典 推斷』

65) 『承政院日記 仁祖 17年 12月 5日』 영상 정태화도 자신이 仁祖朝에서 통진 현감으로 있었을 때 신상과는 관계가 없는 추함이 있어 3차에 걸쳐 항거하였더니 사헌부가 곧바로 본도로 하여금 형추를 하도록 청하였고 상은 특명으로 조율하게 하였던 일이 있음을 말하였다. 『顯宗改修實錄 4年 8月 13日』

66) “종친이나 의빈으로서 자급이 顯祿大夫나 綏祿大夫에 이른 사람이거나, 문관출신 재상으로서 홍문관 대제학, 보국숭록대부, 의정부 좌·우찬성을 역임하거나 기로소에 들어간 사람은 경죄로 감옥에 수금하지 않는다.”『大典通編 刑典 囚禁』

워 하옥한다.

의정은 자신이 惡逆을 범한 경우 외에는 拿問하지 않는다.

장형 이상은 수금하는데, 문무 관원 및 내시부 관원은 계문을 하여 수금한다.

議親, 공신 및 당상관이 사죄를 범하면 항쇄[鎖項]를 채우고, 당하관이면 항쇄와 족쇄를 채우되, 장형이면 항쇄만 채운다.⁶⁷⁾

체포하여 압송해 갈 때, 당상관은 사죄를 범한 경우 외에는 항쇄를 채우지 않는다.

수금하지 않을 경우는 公緘으로 추문한다. 7품 이하의 관원은 직접 추문한다.⁶⁸⁾

기본적으로 의정은 악역을 범하지 않는 한 수금시키지 않았다. 일반 범죄일 경우 장형 이상이면 수금하지만 문무 관원과 내시부 관원은 계문을 먼저 하도록 하였다. 그런데 계문을 먼저 한다는 것은 문무 관원은 장형 이상의 죄를 지었더라도 의금부나 형조에서 함부로 수금할 수 없다는 것이고 계문한 결과 왕의 판부에 따라 수금 여부가 달라 질 수 있었으므로 이 또한 혜택 중 하나이다. 또 죄의 減等 대상이었던 의친, 공신, 당상관의 경우 체포, 압송 과정에서도 死罪를 지은 것이 아니면 당상관은 항쇄를 채우지 못하도록 하였다. 즉, 고위 관료가 사죄를 지은 경우가 아니면 체포, 압송 과정에서도 항쇄를 채우지 못하였고, 6품이상의 관원은 공함으로 추고하였다. 이처럼 조율 과정 뿐 아니라 실제 감옥에 수금할 때에도 문무 관원은 나수 과정에서 예를 잃지 않도록 여러 혜택이 주어졌다.

일단 의금부에 수금하면, 경수는 西間에, 중수는 南間.東間에 나누어 가두었고,⁶⁹⁾ 경수는 눕거나 앉는 것, 음식 등을 수인이 편한 대로 따르도록 하였다.⁷⁰⁾ 그런데 의금부 대문 안의 지형이 낮고 습하여 장마가 진 뒤면 항상 무

67) 종묘·사직에 관계된 죄이면 이 규정을 적용하지 않는다. 親功臣 당상 및 가선대부는 예외의 차원에서 항쇄를 채우지 않는다. 鎖項鐵索은 길이를 4자로 하여, 의친·공신 및 당상관과 사족의 부녀로 死罪를 범한 사람에게 사용하고, 당하관과 庶人 부인으로 杖罪 이상을 범한 사람에게도 또한 사용한다. 족쇄 철삭은 길이를 5자로 하여, 死罪를 범한 사람에게 사용하고, 당하관과 서인의 부녀로 사죄를 범한 사람에게도 사용한다.『正祖實錄 2年 1月 12日』

68) 『經國大典 刑典 囚禁』

69) 경수가 있는 서간의 경우, 1칸은 3칸이 통해있는 구조이고, 2칸과 3칸은 각각 2칸이 통해있는 구조여서 총 7칸이다. 남간은 18칸으로, 동간은 14칸으로 되어 있으며 중수가 있는 곳이다.("本府罪人所囚：西一間，通三間；二間.三間，各通二間，輕囚所在處. 南十八間，東十四間，重囚所在處."『金吾憲錄 官府』)

70) "禁府之規，凡尋常輕囚，則置之西間，坐臥飲食，使之自便. 至於重囚，則置之南間，定軍士守直，自公家備饋，蓋所以防其交通外人，飲毒自死也."『承政院日記 肅宗 16年 1月 25日』

너질 염려가 있었고, 지어진 지 오래되어 주춧돌이 기울어지는 등 개수가 필요했다.⁷¹⁾ 특히 협칸 7칸인 西間이 더 열악했으므로 위험이 있을 때마다 또는 개수할 동안 수감된 죄인을 일단 남칸이나 장방으로 옮겨 두고 역을 마친 뒤 다시 옮기도록 하였다.⁷²⁾ 숙종대에도 장마 끝에 서옥 7칸과 아래 장방 3칸이 거의 무너질 지경이라 수인배들이 압사당할 위험도 있었으므로 무너질 위험이 있는 獄間을 모두 修補하게 하였다.⁷³⁾ 그리고 西間 時囚의 경우 口招나 重罪 외에 혹시 혹은을 만나면 늙고 병든 사람은 馬房에 들여보내 편의를 봐주었다.⁷⁴⁾

이에 비해 중수는 차꼬를 채워 南間에 두고 군사를 배정해 수직하고 公家에서 음식을 준비하는데 이는 중수가 외부인과 交通하여 음독하여 죽는 것을 막기 위해서였다. 수인이 스스로 목숨을 끊는 이유는 감옥의 열악한 환경을 견디지 못하는 점도 있지만⁷⁵⁾ 죄를 시인하여 지만하면 가족들이 연좌되기 때문이다. 특히 추국 죄인의 경우는 끝까지 지만하지 않고 물고되거나, 나장이나 옥졸의 도움으로 외부에서 독을 들여와 스스로 목숨을 끊는 일이 많았다. 영조 6년 모반 사건 때 연루되었던 박도창은 감옥 안에서 가족에게 편지를 보내어 執杖房에 줄 돈을 마련하여 外直羅將에게 주고 독약을 구해 음독하였다. 장을 맞다가 죄를 시인하면 가족들도 목숨을 부지하기 힘들고 가산도 지키기 힘들기 때문이었다.⁷⁶⁾ 따라서 의금부의 중수인 경우는 특히 이 점에 유의하였다.

또 밤에는 着枷하지만 낮에는 解枷하여 어느 정도의 생존 조건을 갖추어 주었는데, 밤에 차꼬 등 형구를 채우는 것은 죄인이 도망가거나 結項 등 자결을 막기 위함이었다.⁷⁷⁾ 또 의금부 관원으로 敕療官이 차임되는 것이나,⁷⁸⁾ 月令의

71) 의금부 옥의 상황에 대한 기록은 많이 보인다.

72) 『承政院日記 仁祖 14년 5월 22일, 顯宗 11년 9월 23일』

73) 『承政院日記 肅宗 18년 7월 17일』

74) “時囚之拘於禁令，不入馬房者，誠亦可悶。先朝禁令，不過一時下教，且與長房有異，此後，雖西間時囚口招及重罪外，或值隆寒之時，或有老病之人，入處馬房，不必一切禁斷，令該府，以此知悉。”『承政院日記 正祖 1년 12월 10일』

75) 김성우, 「조선시대의 감옥, 사형, 그리고 사형장의 변화」(『지방사와 지방문화』 19(1), 2016.)

76) 박도창의 처남인 정태형 역시 약을 구해 스스로 목숨을 끊었고, 이들이 음독하도록 도와준 나장 등은 참형에 처해졌다.(조운선, 「영조 6년 모반 사건의 내용과 그 성격」, 『조선시대사학보』 42, 2007.)

77) 역적 죄인에게 차꼬와 항쇄를 채우고 오른 손에 수갑을 채우며 밤에는 왼손을 뒤로 채우는 것이 예이다. 만약 차꼬와 수갑을 풀어주면 도망가거나 結項의 위험이 있기 때문이다. “凡逆賊罪人，着枷項鎖，扭其右手，夜則北結左手例也。若不解其枷，則雖欲結項，其勢必不可得。”(『承政院日記 仁祖 10년 5월 6일』) “其夜，許其解枷，以致逃竄。”(『承政院日記 英祖 4년 3월 22일』)

78) 구료관은 등제된 관생 및 녹관 중에서 관직의 차례에 따라 나누어 차임하는데 의

경우도 전옥서에서는 직속하지 않지만 의금부에서는 직속하는 점⁷⁹⁾ 또한 감옥에서 의금부 죄수를 보호하는 정책이라 할 수 있다. 전옥서 등 감옥의 열악한 상황⁸⁰⁾ 속에서 조관을 의금부에 따로 수금하여 보호하려는 여러 정책은 관료의 범죄와는 무관하게 양반 관료층에 대한 우대 정책으로 마련되어야 할 사항들이었다.

한편 이렇게 의금부에 수감되었다 하더라도 수감자가 의금부에만 있는 것이 아니다. 상황에 따라 의금부와 전옥서를 왕복한다. 의금부 죄수가 전옥서로 보내질 때는 첫째, 詳覆해야 하는 경우이다. 즉 結案 取招한 待時斬 죄인은 계啓覆하기 위해 예에 따라 전옥서로 옮긴다.⁸¹⁾ 둘째, 전염병이 돌 때이다. 의금부 죄수가 전염병에 걸리면 옥중에 전염될 염려가 있으므로 전옥서에 옮겨 두고 전염병이 지나간 뒤에 다시 가두었다.⁸²⁾ 다만 삼성죄인이면 의금부에게 함부로 할 수 없으므로 임금에게 품계하여 결정하였다.

셋째, 검시에 참석해야 할 경우이다. 검험 장소는 전옥서이고 담당은 한성부에서 한다. 따라서 피고인 자격이면 검시에 참석해야 하므로 그 때 전옥서로 보내졌다. 인조 16년, 형조에서 순충을 검시해야 했는데 검시때 참석해야 할 피고인이 出身이어서 의금부에 수금되어 있어 전옥서에서 압송할 수 없었다. 피고인이 없으면 검시하기 어려우므로 의금부에서 전옥서에 내어 주어 검시하게 한 뒤 도로 금부에 가두도록 하였다. 반대로 전옥서 죄수가 의금부로 옮겨 지기도 하는데, 추국 관련하여 심문받아야 할 경우이거나, 의금부 죄수와 대질할 필요 있으면 전옥서 수감죄수를 의금부에서 나수하였다.⁸³⁾

금부, 추국에도 구료관이 차임된다.『六典條例 禮典 典醫監 救療』

79) “政院啓曰, 問于義禁府郎廳, 則月令例爲直宿云. 問于典獄署官員, 則自前不爲直宿云矣.”『承政院日記 仁祖 3年 3月 21日』

80) 전옥서 관련하여 김성우(앞의 논문), 조운선, 「朝鮮後期 刑曹의 典獄署의 構造와 業務」(『법제연구』24, 2003.), 「19세기 典獄署 분석-『六典條例』·『承政院日記』를 중심으로-」(『민족문화』56, 2020.) 등의 연구가 있다.

81) “義禁府言啓曰, 賊人崔愛春, 既已結案取招, 法當不待時斬, 啓覆次, 依例移囚典獄之意敢啓”(『承政院日記 仁祖 18年 9月 24日』), “義禁府言啓曰, 罪人金浹, 今已結案取招, 法當待時啓覆次, 依例移囚典獄署之意敢啓”(『承政院日記 英祖 10年 12月 7日』)

82) “義禁府啓曰, 罪人金忠男……鼻血如瀉, 熱勢極重, 此必是染病, 恐有他罪人傳染之患……自前罪人中, 如有染疾者, 則有移置典獄署, 待差還囚之規, 同忠男, 移送典獄署何如, 傳曰依啓.”(『承政院日記 仁祖 20年 4月 12日』) “義禁府啓曰, 今據典獄署牒呈, 則本署移囚金忠男所患染病, 今已永差云, 本府還囚之意敢啓.”(『承政院日記 仁祖 20年 8月 12日』)

83) “義禁府啓曰, 以李珍元情公事, 與夢先·昌烈等, 一處面質後稟處事, 判下矣. 昌烈則卽爲拿囚, 夢先方囚典獄署, 亦爲移囚之意敢啓.”(『承政院日記 肅宗 16年 3月 8日』), “以義禁府言啓曰, 罪人李壽弘加刑公事判付內, 秋曹所囚干連諸囚, 一體移囚, 嚴問面質後稟處事, 判下矣. 干連罪人李永欽·蔡德浩等, 時囚於典獄署, 竝移囚本府

의금부는 추국할 때는 형조를 거치지 않고 전옥서에 직접 直囚할 수 있었다. 추국할 때 전옥서에 직접 수감하고 조사할 수 있는 직수 권한이 부여된 관사가 있었는데 이를 直囚衙門이라 한다.⁸⁴⁾ 그런데 의금부는 원래 직수아문이 아니었으나 추국의 경우 사안의 특수성으로 인해 직수의 권한이 부여되었다. 즉, 추국할 때는 의금부에서 죄인을 직접 전옥서에 데리고 가고 필요할 때 데리고 와서 심문하는 등의 권한을 가진 직수아문이 되었다. 의금부가 직수아문이 된 것은 비교적 늦은 시기이다. 『육전조례』에서 추국과 관련된 여러 사항이 의금부조에 정리된 것도 이러한 맥락에서 이해할 수 있다. 즉 의금부의 중요 업무인 추국을 운영하면서 형조를 배제하고 직접 추국 죄수를 다루는데 필요한 관련 법규 마련이 필요했다. 이를테면 ‘추국해야 하는 죄수라도 비가 오거나 매우 더운 날이면 공초를 받고 신문하여 추고하는 곳에 草蓆으로 만든 假家を 설치한다. 추국할 때 탄신 만나면 “탄신 전후의 각 하루씩은 拷訊을 행하지 말도록 『대전회통』에 실려 있는데 어떻게 해야겠습니까?”하고 계품한다.’ 라는 등의 규정이나, 죄인을 형신할 때나 형신하는 신장의 규정 등이다.⁸⁵⁾

이렇듯 『대전속록』 이후 감옥으로써의 기능이 높아지면서 감옥에 수금하는 대상, 수금하지 않는 대상을 규정해 나가는 작업이 계속 지속되었다. 수금하지 않는 대상 설정은 양반 관료의 범위를 제한하여 지킨다는 데 의미가 있고, 고위 관원의 수금 대상 제외는 반대의 의미로 대우의 차원에서 이루어진 조치이다. 이 두 경우 모두 왕옥으로써의 기능이나 목적에 부합하는 것이라 할 수 있을 것이다.

2) 刑推의 정치적 의미와 대상

조관을 수금한 다음의 절차는 刑推이다. 형추 대상이 대부분 조관이었던 의금부에서 형추는 중요한 일이었다.

죄인을 拷訊할 때 嚴刑하라는 別判付가 내려진 경우 외에는 모두 예대로 형추한다.[循例刑推]⁸⁶⁾

현종 5년의 수교이자 『속대전』에 실린 조문이다. 의금부 죄인을 형추할 때 엄형하라는 별판부가 내리면 그 때 엄형하고 그 후에는 다시 循例刑推, 즉 예

之意敢啓.”(『承政院日記 英祖 24年 1月 15日』)

84) 조운선, 「19세기 典獄署 분석-『六典條例』·『承政院日記』를 중심으로-」(『민족문화』 56, 2020.)

85) 『六典條例 刑典 義禁府 鞫』

86) 『續大典 刑典 恤囚』

대로 형추하도록 정식을 삼았다.⁸⁷⁾ 보통 장을 골라 매섭게 치면서[選杖猛施] 3차 정도하면 대체로 자복하게 되어 있다.⁸⁸⁾ 즉 엄형은 猛杖이다. 이에 반해 순례형추라는 것은 곧 虛杖이고, 歇杖⁸⁹⁾이다. 혈장은 죄인의 경폐를 막는 한 장치로 필요하긴 했다. 장을 계속 치면 徑斃가 염려되므로 장을 멈추고 혈장으로 심문하는 것이다. 이 혈장의 운영은 執杖人의 손에 달렸다. 이들은 안면에 구애되거나 혹은 뇌물을 받고 장의 강도를 조정했으며,⁹⁰⁾ 원래 장을 치는 곳도 타격부위가 아니라 나무 아니면 땅을 치는 방식으로 혈장을 집행했다.⁹¹⁾ 즉 장의 타격이 가벼운 혈장은 특히 의금부 죄인에게 적합한 형추가 될 수 있었다.

그러나 양반 조판이기 때문에 뇌물을 주고 장을 조절할 수 있었다는 점 정도에만 혈장의 의미가 있는 것은 아니다. 의금부의 형정 운영은 정치적인 판세와 밀접하게 연관이 있다. 특히 당쟁 속에서 당파들 간의 현실적인 세력 대결 장소가 곧 의금부이다. 사간원, 사헌부에서는 끊임없이 추고를 청하고, 이를 3번 항거하면 결국 의금부로 수감된다. 추고를 청한 세력은 계속 엄형을 요구하며,

87) 현종 5년, 의금부 죄인의 刑推公事에 대해 嚴刑으로 判下하면 한차례 엄형하고 그에는 循例刑推하는지, 혹은 계속 連次嚴刑하는지에 대해 논의가 있었다. 이에 계속 엄형하면 목숨이 끊어질 염려가 있다하여 차후로는 별판부가 있을 때에만 엄형하고 그 후에는 循例刑推하는 것을 정식으로 삼도록 하였다.『承政院日記 顯宗 5年 10月 26日』『受教輯錄 刑典 推斷』

88) 『承政院日記 景宗 1年 7月 16日』

89) “嚴刑은 별판부가 내려지면 하는 것이니 만약 형추만 하라고 판부가 내려지면 다만 예에 따라 형추할 뿐입니다. 예에 따른다는 것은[循例者]은 곧 虛杖이니 (魚壽遠 아들이 일은) 예에 따라 허장을 치는 것[循例刑推]으로는 실상을 알아낼 수 없습니다.”(『承政院日記 肅宗 2年 5月 11日』) “의금부의 규례는 엄형하라고 판부가 내려진 후에는 감히 예에 따라 歇杖[循例歇杖]할 수 없습니다.”(『承政院日記 肅宗 13年 11月 27日』)

90) 일반적으로 용형에 있어서 혈장은 執杖者의 손에 달렸고, 각 아문의 執杖人이 더러 人情을 받고 혈장하는 것이 古習이었던 만큼, 매의 대수와 관계없이 강도를 조절할 수 있는 여지가 있었다.(“執杖之人, 因歇杖之故, 致死亦數人”『承政院日記 仁祖 4年 7月 26日, 18年 4月 13日』) 앞서 예로 든 박도창의 경우도 떡값을 쓰면 매가 가벼워질 수 있을 것이라 하여 가족들에게 돈을 마련하여 나장에게 주게 한 것이다.

91) “의금부의 형장은 他獄에 비해 조금 헐하지만 심상하게 처리하지 말고 각별히 엄형하라는 판부가 내린 죄수의 경우는 당상과 낭청이 더욱 신칙하므로 이졸이 감히 마음대로 혈장할 수 없습니다.……이번에는 그렇지 않아 뇌물이 공공연하게 행해져 조금도 거리낌이 없으며 형장이 가볍고 헐하게 때리는 것이 마치 아이들과 노는 듯하며 장도 정강이가 아닌 나무나 땅을 칩니다.”『承政院日記 肅宗 27年 2月 7日』 “후한 뇌물에 따라 오직 혈장에만 뜻을 두어 1년이 지나도록 받은 형이 10여 차례에 불과합니다. 그나마 10여 차례의 형도 정강이를 때린 적은 많지 않으며 장을 친 곳이 나무 아니면 땅입니다.”『承政院日記 肅宗 26年 8月 23日』

수금된 세력은 계속 저항한다. 따라서 의금부의 형정에는 정치 세력간의 역학 관계가 반영될 수밖에 없다. 죄인의 추고를 청한 사간원 등에서 의금부가 ‘緩治’, ‘緩刑’한다는 것, 즉 죄인을 살살 다룬다는 점을 매번 문제 삼는 것도 이러한 점에서 이해할 수 있는 대목이다.⁹²⁾

적어도 현종 이후, 엄형의 별판부가 없으면 허장, 혈장으로 형추하고 加刑할 수 없었음은 규례가 된 듯 하다.⁹³⁾ 추고 기사에서 익숙히 보는 嚴刑刑推는 그야말로 엄형에 무게가 실린 적극적인 의미가 담긴 기록이다. 추국에서 죄인이 수십대, 수백대의 장을 견뎌내는 데에도 이런 배경이 있지 않나 생각된다.⁹⁴⁾ 장의 목적은 자백을 받아내는 것에 있지 목숨을 끊어지게 하는 데에 있지 않기 때문이다. ‘拿鞠嚴刑’하여 ‘期於得情’해서 ‘依律處斷’하는 것이 형벌권자가 그리는 이상적인 그림이다. 따라서 율에 따라 처단하기 위해서는 반드시 득정하고 이에 대한 지만을 받아야 하고, 그러기 위해서는 엄형을 해야하지만, 또 목숨을 잃게 해서는 안 되므로 순례 형추하기도 해야 한다. 이 사이에서의 균형을 잡는 것이 어쩌면 추국에서 의금부에 주어진 중요한 업무인 듯도 하다.

그런데 형추는 다시 刑推得情과 除刑推議處의 신분으로 나뉘어 행해진다. 즉 죄의 진상을 밝히는데 있어서 형벌을 가해 주문하는 대상과 형벌을 면하고 의논하여 처리하는 신분으로 구분된다. 除刑推議處하는 자격에 대한 법전이나 『대전통편』 규정은 다음과 같다.

종친이나, 문신인 시임 史官 및 侍從臣을 역임한 이상인 사람과 무신인 內乘, 선전관, 도총부의 낭관, 병마절도사, 수군절도사를 역임했거나 시임 곤수로 있는 사람, 음관으로서 돈령부 도정 이상을 거친 사람은 살인이나 贓汚罪와 관련되었을 때를 제외하고는 의금부에서 遲晩을 받을 경우에 모두 형문을 청하지 못하며, 수교에 의거하여 조율함을 곧바로 청한다.【별군직, 長番內侍, 醫官으로서 2품 이상인 사람에

92) “의금부에서 죄수에 관련해서는 모두 歇杖이어서 탐학한 무리들이 조금도 징계되나 두려워하지 않으니 일이 매우 해괴하다. 해당 당상을 파직하고 色郎廳은 拿鞠하여 법을 멀하고 사정에 따르는 죄를 다스리게 하라.”(『承政院日記 仁祖 16年 10月 6日』) 엄형하라는 별판부가 내려졌는데도 계속 미루며 1차 施刑도 하지 않았다가 하여 의금부 당상을 종종추고하기를 청하기도 하였다.(『承政院日記 肅宗 16年 1月 25日』)

93) 例刑之人, 循例舉刑, 非有別判付, 則不可加刑矣. 梓曰, 罪名若重, 則別判付而後, 可以加刑矣. 『承政院日記 英祖 3年 3月 14日』

94) 숙종은 綱常大辟 죄인이 연명하며 세월을 보내는 배후에도 이러한 혈장이 있었음을 지적하였다. 受刑이 80여 차례에 이르는 데도 한 사람도 자백을 하지 않았고 한 사람도 杖斃되지 않았다는 점에서 歇杖緩刑을 알 수 있다고 하며 형조의 按覈 당상과 낭청을 종종추고하라고 하였다. 『承政院日記 肅宗 34年 12月 6日』

김일경을 국문할 당시, 의금부에 혈장의 폐단이 있었는데 영조는 김일경이 장을 맞은 곳을 일일이 자세하게 검사하게 하였다. 『承政院日記 英祖 4年 4月 25日』

제도 이 예를 적용한다.】

위의 조문은 청형할 수 없는 관원에 대한 규정으로 형추를 면제하고 議處하는 대상이다. 결론적으로 말하자면 고위직 관료인 경우 형추를 하지 않는다는 것이다. 같은 조관이라 하더라도 고위직과 그 아래의 신분을 다시 형추 여부로 나눈 것이다. 『육전조례』에서는 御醫가 형추 면제 대상으로 추가되어, 만약 어의가 죄를 저지르면 예대로 의금부에 가두고 형추하지 않고 의처하게 하였다.

이렇게 법적으로 보장된 관직 외에는 형추득정하도록 청해야 한다. 그런데 형추득정을 청하는 데에도 일정한 형식이 보인다. 일단 죄수를 의금부에 나수하고 問目 내 辭緣에 대해 죄인이 원정을 바치는데 원정에서 泛稱遲晩하면 다음으로 의금부에서 刑推得情을 청하는 계를 올린다. 그러면 판부에서 除刑推하고 議處만 하게 한다.⁹⁵⁾ 즉, 법적으로도 처음부터 除刑推議處하는 관직이 있고, 형추득정해야 하는 관원도 판부로 형추를 면하고 의처로만 처리하기도 한다. 이러한 형추 대상 구분과 그 처리는 매우 정치적이다. 일단 형추 여부로 관직을 구분짓고 법적으로 그 대상을 밝히면서 서열 관계를 분명하게 한다. 그러나 또 실제 형추 현장에서는 임금의 판부로 형추를 면한다. 형추 대상을 통해 관료 사회의 상하 관계를 분명히 명시하면서도 실제로는 형추를 면하게 하여 관료들에 대한 대우는 보장하는 양반 관료제 사회에 적합한 행정 운영 방식이라 생각된다.

『육전조례』에서 제형추의 대상으로 규정된 몇몇 관원들에 대한 조문을 조금 더 살펴보자.

說書와 翰林은 侍從의 예로 시행한다.⁹⁶⁾

시강원 설서나 한림에 대해 의율할 때는 侍從臣과 같은 대우를 한다는 것이다. 시종신은 왕을 가까이에서 모시는 신하로, 弘文館의 玉堂, 사헌부·사간원의 臺諫, 승정원의 注書 등을 총칭한다. 이러한 시종신은 위에서 살폈듯이 형추를 면제하고 바로 조율을 청하도록 한다. 이에 따르면 설서와 한림도 형추를 면하게 된다.

조선 후기에 있어서 설서와 한림은 어떤 지위였을까. 설서는 세자시강원의 관원으로 정7품이며 한림은 예문관의 奉敎(정7품), 待敎(정8품), 檢閱(정9품)을

95) “府啓目，德山前縣監尹謙圭原情云云。問目內辭緣，泛稱遲晩，刑推得情何如？判付啓，除刑推議處爲良如敎。”『承政院日記 純祖 6年 12月 19日』

96) 『六典條例 刑典 義禁府 議律』

가리킨다. 설서와 한림 모두 정7품에서 9품 관직으로 품계가 낮다. 그러나 한림, 설서 모두 淸選職이며, 史官도 겸하는⁹⁷⁾ 요직으로 적어도 형추에 있어서는 시종신과 같은 처우를 받도록 한 것이다. 특히 설서는 세자시강원의 관료이므로 왕세자를 아주 가까이에서 보필하고 왕이 즉위하면 따라서 좋은 직으로 나아갈 수 있는 길이 보장된 자리였다.⁹⁸⁾ 왕세자였을 때의 설서가 왕이 즉위 후 한림으로 되기도 하므로⁹⁹⁾ 왕과의 관계가 특별히 밀접했고 바로 陞六하는 자리이기도 했다.¹⁰⁰⁾ 따라서 설서는 양반들이 가기를 원하는 직이고, 실제 정치권 안에서도 세자시강원 설서는 시종신의 대우를 받았다. 그에 비해 한림은 詞命의 제출과 편찬을 관장하는 예문관의 관료로서 청요직이기는 하지만 정치적인 이점은 설서에 비해 낮았고 설서와는 달리 시종신에 끼지 못했다. 따라서 한림을 기피하고 설서로 나아가려는 경향이 높아 한림과 설서를 같은 지위로 만들려는 일련의 정책이 계속 마련되었고, 『육전조례』에서도 한림과 설서를 동등하게 거론하며 시종신과 같이 다루도록 한 것이다. 적어도 19세기에 와서는 한림도 설서 못지않은 지위로 자리잡았고, 적어도 형추에 있어서는 그에 합당한 대우도 받았음을 알 수 있다.

한편 형추면제가 보장된 또 하나의 관원으로 규장각 신하인 閣臣을 주목해 볼 수 있다. 정조대에 규장각의 비중이 커지고 규장각 각신을 우대하면서 그 위상도 높아진 결과 이들에 대한 대우를 규정한 조문이 『대전통편』에서 법규화 되었다.

閣臣은 시임과 원임을 막론하고 형문을 청할 수 없으며 項鎖를 채울 수 없다. 시임 각신을 잡아다 추문해야 할 경우에는 승정원이 먼저 시임 각신의 규장각 직책을 체차시킨다는 전지를 받아야 한다. 의금부는 시임 각신을 잡아다 수금할 수 없으며, 개좌하여 공초를 받은 후에 待命所¹⁰¹⁾로 내보낸다. 원임 각신에 대해서는 이러한 예를 적용하지 않는다.¹⁰²⁾

97) 춘추관 기사관(記事官)을 겸한다.

98) 설서도 兼說書와 實說書가 있는데 한림, 주서가 겸대하는 것이 겸설서이고 타직이 없이 專行하면 실설서인데 겸설서가 실설서보다 우위에 있었다.『承政院日記 純祖 11年 6月 3日』

99) “詰輔曰，在邸時說書，登極後翰林矣．上曰然矣．”『承政院日記 英祖 36年 1月 9日』

100) 古例에 說書가 바로 陞六하기 때문에 아침에는 설서, 저녁에는 正言이라는 말도 있을 정도였다.(“古例說書卽爲陞六，故至有朝說書暮正言之言．”『承政院日記 正祖 8年 7月 10日』)

101) 대명소는 말 뜻대로 명을 기다리는 곳으로 서울은 금오문 밖, 新門 밖 등에 있었고, 지방 역시 華城府獄 등 각 지방의 옥마다 郡獄待命所가 있었다.

102) 『正祖實錄 5年 2月 13日』 『大典通編 刑典 推斷』

閣臣은 체통이 각별하므로 시임이나 원임을 막론하고 의금부에서 심문해야 하면 의금부에서 형신을 청하지 말게 하였고, 각신이 비록 당하관이지만 또한 목에 칼을 씌우지 말도록 하였다. 이 조처는 전에 玉堂의 관원에 적용되었다가 폐지된 법인데¹⁰³⁾ 정조는 列朝에서 집현전의 학사들을 예우하던 뜻을 이어 각신도 특별히 우대하는 의미에서 이 古事를 근거로 삼아 대명소로 보내는 법을 시행하게 한 것이다. 따라서 정조 5년, 시임 각신이 규장각의 일로 다른 관사의 일을 겸직하다가 나추 당하게 되면 승정원에서 먼저 각직을 체차하는 전지를 받들고 계하를 기다린 다음 나추하라는 承傳을 받들도록 하였다. 그리고 拿囚하지 않고 금오문 밖의 대명소에 유치해두었다가 개좌를 기다려 공초를 받고 그 후에 다시 대명소로 보내도록 하였다.¹⁰⁴⁾

그런데 여기서 拿囚도 의금부에 수금하는 경우와 대명소에 두는 경우, 즉 留置待命所 죄인과 時囚罪人으로 또 나눈다.¹⁰⁵⁾ 대명소로 보내는 대상으로 가장 많이 거론되는 관원은 규장각 각신이고, 이외 大祝, 輔國, 耆社人 등도 경죄이면 대명소로 보내졌다.¹⁰⁶⁾

“관(冠)을 쓰고 의자에 앉아 있는 사람들로 하여금 감옥에 갇혀 포승에 묶이는 지경에 이르지 않도록 하려는 것”이 이유였다. 각신에 대한 정조의 이러한 배려는 조선시대 전반에 걸쳐 추고나 형벌 시행에 있어서 관료들을 우대하는 정책에 깔린 인식을 대변한다. 정조대 이후 각신은 청형하지 않고, 형구를 쓰지 못하는 등 의금부에서도 다를 수 없는 직분이 되었다. 그리고 시임 각신에다가 문형까지 거친 자이면 冢宰의 체통이 중하고, 경고를 보이는 것만으로도 충분하다고 하여 대명소에 두지도 않고 용서하기도 한다.¹⁰⁷⁾ 分揀, 付過放送으

103) 전에 玉堂의 관원을 의금부에서 추고하게 되면 拿囚하지 않고 다만 개좌하였을 때 공초를 받도록 하고 이어 또 依幕, 즉 대명소에 나가서 있도록 하였다. 그런데 중간에 옥당 관원 두셋이 대명소를 멋대로 벗어났던 일로 있었고 이로 인하여 이 법이 폐기되었다.

104) 그러나 이는 특별한 은혜에 관계되는 일이니 한계를 두지 않을 수 없다면서 원임은 시임과 조금 다르니 이 예를 적용하지 않도록 하였다.『承政院日記 正祖 5年 10月 3日』

105) 예문관 검열, 총융사, 광주부유수, 행호군, 동지돈령부사, 행호군을 모두 나문 처치하라는 전교에 따라 이들을 나수하지만 이중 총융사 이경우는 輔國人인 輕囚로 감옥에 가두면 안되기 때문에 대명소로 유치하여 개좌하여 봉공하게 하였다.『承政院日記 高宗 18年 7月 10日』

106) “以義禁府言啓曰, 大祝徐有薰·李埵·南秉哲·趙鳳夏等, 今已開坐捧供, 依例出送待命所之意敢啓.”(『承政院日記 憲宗 7年 4月 6日』), “義禁府啓曰, 前咸鏡監司李是遠, 今方待命, 當爲拿囚, 而文宰耆社人, 勿以輕罪, 繫囚囹圄, 載在法典, 留置待命所, 待開坐捧供.”(『承政院日記 哲宗 9年 2月 16日』), “輔國人勿以輕囚繫囹圄, 載在法典, 李景宇以輔國人, 依法典留置待命所, 開坐捧供.”(『承政院日記 高宗 18年 7月 10日』)

로 처리한 추고는 경고성 문책 정도의 의미였다고 생각된다.

설서, 한림, 각신과 더불어 홍문관 관원에 대한 우대는 다음 조문을 통해 확인할 수 있다.

儒臣을 의금부에 내려 추고하는 경우는 功과 議가 없더라도 현직을 해임하지는 않는다.¹⁰⁷⁾

여기서 유신은 홍문관의 종6품까지의 관원이다.¹⁰⁹⁾ 이들이 죄를 지었을 경우 공신과 의친에 해당하지 않더라도 현직을 해임하지 않았다.

이처럼 형추 면제의 특권을 적용하는 대상으로 한림, 설서, 각신을 명시한 것이나 의공의 특권이 없어도 홍문관 관원이면 현직을 유지하게 한다는 이러한 조문을 통해 당시 관료제 속에서 실제 실권을 가지고 정치적 위상이 높았던 관직이나 관서가 무엇이었는지, 이들에 대한 우대책이 형정에 있었어서는 어떻게 적용되었는지를 살필 수 있다.

의금부에서 죄를 조율하고, 나수하고, 추고한 뒤 마지막 절차는 행형이다. 죄수에게 行刑할 때, 형의 집행은 전옥서 담당이지만 의금부 역시 역할이 있다. 의금부 입직 관원이 나장을 영솔하여 형을 집행하고 쇄장은 행형소에 대령한다.¹¹⁰⁾ 역모 죄인이거나 강상 죄인을 행형할 때 각 해당 관사에 甘結을 보내 각기 여러 형구를 준비하게 한 뒤 次堂上 1원이 개좌하여 죄인을 내오고, 전옥서의 관원이 주관하여 압송해 가며, 曹司郎廳이 또한 糾檢하여 형 집행을 감독한다.

죄인을 사형해야 할 때 날이 저물었거나, 비가 오면 법전에 따라, “밤이고 날이 밝지 않았으니, 또는 비가 내려 개지 않았으니 사형을 집행할 수 없으므로 내일 아침을 기다려 거행하겠습니다”라고 계품한다. 역모 등 중죄수의 경우, 본인의 처형 뿐 아니라 가족도 연좌하고 파가저택의 별도 아울러 내린다. 국청을 철파한 뒤에 연좌된 사람들을 조사해 내거나, 파가저택 등의 일에 대해 초기를 올린 뒤 행회 죄인의 집을 헐어 못으로 만드는 일 등은 본부에서 초기

107) 傳曰, 時任閣臣, 曾經文衡, 法典俱有所載, 冢宰體重, 示警足矣, 何必留在待令所? 特爲分揀, 『承政院日記 正祖 12年 6月 22日』

108) “儒臣禁推, 雖無功議, 勿解見任.” 『六典條例 刑典 義禁府 議律』

109) 유신은 경연이나 소대에 참석하는 홍문관의 관원으로 부제학(정3품), 직제학(정3품), 典翰(종3품), 應敎(정4품), 副應敎(종4품), 校理(정5품), 副校理(종5품), 修撰(정6품), 副修撰(종6품)이다. 부제학 1명은 이조에서 長望으로 임금의 낙점을 받고, 직제학 1명은 도승지가 예겸하고, 전한 1명은 응교를 역임한 사람으로 홍문관에서 회권한다. 응교와 부응교는 각각 1명이고 교리에서 부수찬까지는 각각 2명인데 이조에서 擬望하여 낙점을 받는다. 『銀臺條例 禮攷 儒臣』

110) 『六典條例 刑典 典獄署 總例』

를 올린 뒤 공문을 보내 알린다. 역적이 이미 죽어서 다른 곳에 묻혀 있어도 도사를 보내 파오게 하고 울에 따라 서소문 밖에서 정형하며, 처자를 노로 삼고, 파가저택하고, 적몰연좌 등을 거행한다. 이러한 조문이 추국 죄인의 행형과 관련하여 정리된 사항들이다.

즉, 죄인을 효시하거나 懸首, 肢解하는 등의 일에 대해 계를 올리는 일은 의금부에서, 직접 거행은 전옥서에서 담당하였다. 의금부에서 행형 죄인을 현가할 것인지의 여부를 임금에게 계를 올리고, 이에 대해 윤허가 내리면 행형 등을 직접 거행하는 일은 한성부, 전옥서, 경기 감영, 훈국 등에서 담당했다.¹¹¹⁾

즉, 19세기 의금부에서는 죄인을 직접 조사하고, 전옥서에 집적 수금하고, 직접 처벌할 수 있는 권한을 가졌으나 효시, 현수, 지해 등에 대해서는 계만 올리고 직접 시행은 전옥서를 위시한 감영 등에서 담당했다고 정리할 수 있겠다.

이상 감옥의 운영이나 추고, 수금 대상의 정리, 형추를 면제하는 관원 규정 등은 조선시대 형정이 양반 관료들에게 매우 많은 혜택을 주고 있었고, 그 역할을 의금부가 하고 있었음을 확인할 수 있었다. 즉 19세기 의금부는 양반 관료들을 위한 명실상부한 왕옥이었다.

맺음말

<참고문헌>

이상식, 「義禁府考」, 『법사학연구』4, 1977.

김성우, 「조선시대의 감옥, 사형, 그리고 사형장의 변화」, 『지방사와 지방문화』19(1), 2016.

김진옥, 「‘禁推’의 성격과 특징」, 『민족문화』36, 2011.

———, 「‘推考’의 性格과 運用」, 『고전번역연구』3, 2012.

———, 「『金吾憲錄』의 자료적 가치」, 『민족문화』45, 2015.

한상권, 「公罪와 私罪」, 『법사학연구』 53, 2016.

111) 賊首를 城中에서 효시하는 것은 원래 의금부에서 거행하는 전례가 없다면, 謀逆 죄인을 斬한 뒤 懸街하는 것은 전옥서가 해야 할 일이라고 하였고, (『承政院日記 英祖 4年 3月 21日』) 대역부도 죄인을 효시한 뒤 전옥서로 하여금 靑坡 앞길에서 肢解하게 하였다. (『承政院日記 英祖 31年 5月 6日』) 해지의 경우 전옥서 및 의금부 도사가 안동한다.

- 김우철, 「조선후기 推鞠 운영 및 結案의 변화」, 『민족문화』 35, 2010.
- 김영석, 「추국의 의미 변화와 분류」, 『법사학연구』 48, 2013.
- 이하경, 「조선후기 추국장의 정치적 의미-영조 13년(1737년) 김성탁 사건을 중심으로-」, 『한국학연구』 50, 2018.
- 조운선, 「朝鮮後期 刑曹의 典獄署의 構造와 業務」, 『법제연구』24, 2003.
- , 「영조 6년 모반 사건의 내용과 그 성격」, 『조선시대사학보』42, 2007
- , 「19세기 典獄署 분석-『六典條例』·『承政院日記』를 중심으로-」, 『민족문화』56, 2020.

<19세기 의금부의 ‘議律’업무와 王獄의 기능>의 토론문

김우철

평소 법사학 쪽 공부를 많이 하지 못한 토론자로서는 많은 공부가 되었습니다. 의금부 의율 업무와 왕옥의 기능을 19세기 뿐만 아니라 조선시대 전반의 연원을 밝혀 시대적 변화상을 통해 추적함으로써 그 의미를 천착한 좋은 논문이라고 생각합니다. 전반적 논지에 대해서 문제를 제기할 수준은 되지 못하니, 사소한 몇 가지 궁금증을 여쭙는 것으로 토론을 대신할까 합니다. 혹시 학문이 짧아 다들 알고 계시는 점을 헤아리지 못하여 엉뚱한 질문을 하더라도 널리 양해해주시기 바랍니다.

1장 6~7쪽 결장(決杖)·수속(收贖) 관련 조항에서 대명률·경국대전에 이미 만 들어져 있는 수속 조항이 영조 37년 수교에서 의외로 늦게 수교되었다고 하는데, 그럼 그 사이 실제 운영은 어떤 행태로 이루어진 것인지 궁금합니다. 대명률·경국대전의 조항이 지켜지지 않았다는 것인지, 아니면 계속 지켜진 것이 영조 37년에 다시 확인된 것인지? 계속 지켜졌다면 ‘의외로 늦게’라는 부분은 불필요한 언급 같고, 지켜지지 않았다면 대명률·경국대전을 그동안 위반한 것이 되는지요?

이건 논문과 직접 관련되는 것은 아닌데, 약간 궁금한 점이 있어서 함께 여쭙니다. 2장 1절중에는 영조 6년 모반 사건에서 박도창이 음독 혹은 독살된 것으로 나옵니다. 그런데 선생님 논문 <영조 6년 모반 사건의 내용과 그 성격> 209쪽 <표1>에는 박도창이 처형된 것으로 나오는데요. 어느 것이 맞는지요? 혹시 음독 시도 후 실패하여 처형된 것인지? 아니면 음독 혹은 독살된 것인지요?

2장 1절 18쪽에 직수아문에 관한 설명 중에 의금부도 전옥서에 직접 수감한다는 언급이 나옵니다. 직수아문은 병조, 형조, 한성부 등 다른 기관을 거치지 않고 직접 죄인을 가둘 수 있는 아문을 의미하는 것으로 알고 있습니다. 그런데 의금부의 경우 의금부가 아닌 형조의 전옥서에 수감하는 것인데 이를 직수(直囚)로 볼 수 있는 것인지요? 다른 직수아문이 모두 자기 관아에 수감하는 것이라면 이는 약간 개념 정리가 필요한 듯 합니다.

2장 2절 19쪽 순례형추에서 허장 및 혈장과의 관계를 명확히 구분해주셨으면 좋겠습니다. 순례형추 하는 중에 상황에 따라서 혈장을 하거나 또는 허장을 하는 것으로 보는 것이 합리적으로 보입니다. 물론 정치적 역학관계에 따라서 아예 혈장이나 허장만 하는 경우도 있겠지만, 표현된 대로만 보면 순례형추=허장=혈장이라는 식으로 이해될 염려가 있습니다.

2장 2절 23쪽 말단에 ‘시임 각신에다가 문형까지 거친 자이면 冢宰의 체통이 중하고’는 일반적 용례가 아니라, 당시 이조 판서의 자리에 있었던 해당자의 특수한 경우를 지칭하는 것으로 보입니다. 각신과 문형(대제학), 총재(이조 판서)를 거쳐야만 대명소로 가지 않는 것으로 읽힐 우려가 있습니다. ‘시임 각신으로 문형까지 거친 자에 대해서는 법전에 실려 있는 바가 있으며, 총재의 체모가 중하니...時任閣臣，曾經文衡，法典俱有所載，冢宰體重.’ 정도로 해석하는게 어떨지요.

2장 2절 24쪽 이하의 행형(行刑) 부분은 본고 2장에서 다루는 추고·수금·형추와는 차원을 달리하는 범죄에 대한 조치로 보입니다. 연결 관계를 명확히 하든지 아니면 나중에 논문으로 발표할 때에는 제외하는게 어떨까 합니다.

이상 두서없는 토론 마치겠습니다. 종래 의금부의 기능과 관련해서는 추국 정도만을 알고 있었는데, 제가 미처 모르고 있었던 의금부의 의율 업무를 통해서 당시의 사법절차와 양반관료제 사회에서 의금부의 기능에 대한 많은 이해를 할 수 있었습니다. 고맙습니다.

제 2 부

- 잉추(仍推), 다른 수단에 의한 살육죄인 징벌 60
: 19세기 살육 사건 심리의 실태와 특징
발표 : 문준영(부산대)
토론 : 조지만(아주대)
- 『흠흠신서』 殺獄 판결에 반영된 유교적 가족관계상 107
: ‘義憤’에 대한 관용을 중심으로
발표 : 박경(연세대)
토론 : 심재우(한국학중앙연구원)

잉추(仍推), 다른 수단에 의한 살옥죄인 징벌:
19세기 살옥 사건 심리의 실태와 특징

문준영

요약

일성록(日省錄)과 추조결옥록(秋曹決獄錄)에 있는 19세기의 살옥안 심리기록을 꼼꼼히 살펴 보면, 강상죄인이나 부대시죄인을 제외하고 보통 살옥죄인 중 사형판결이 확정되고 사형집행을 받은 자의 기록은 하나도 나오지 않는다. 보통의 살옥죄인들은 기간의 장단에 차이가 있을 뿐 거듭 ‘잉추(仍推)’ 처분을 받고 수금되어 신문을 받게 되는데, 다수의 죄인이 어느 시점에서 감사정배(減死定配)나 특위방송의 은전을 입었다. 이 글은 조선후기의 형사재판제도에 대한 기존의 논의로는 설명하기 힘든 19세기의 현상을 소개·분석하였다. 요약하면 다음과 같다.

(1) 19세기 보통살옥사건 심리는 정조의 실천에서 야기된, 보이지 않는 법적·실천적 전환 위에 이루어졌음. 19세기의 살옥사건 심리(의식, 실천, 결과)는 모두 정조의 유산으로 볼 수 있음.

○ 살옥사건 재판의 법제는 상복(상복계)과 심리·소결로 구성되었음.

- 상복과 심리·소결의 법적 규정은 19세기에도 존속. 그러나 법제와 현실이 현저히 괴리
- 상복(상복계)가 원칙이고 정규적이며 심리·소결은 비정규적이고 예외적이었음
- 영조는 매년 겨울 상복계를 거행하며 심리·소결을 보완적으로 시행하였음

○ 상복계는 정조 3년(1779)을 마지막으로 조선의 형사사법 현장에서 사라졌음. 격식을 갖춘 소결도 정조1년(1777)과 6년(1782)이 끝임.

- 상복계와 격식을 갖춘 소결을 대신한 것이 심리임.
- 정조는 상복계와 소결 의례의 장점을 심리에 접목시키는 방법을 왕세손 시절부터 고민하고, 이를 즉위 초기에 실천하기도 함. 예를 들어 심리를 거행할 때 삼정승·형조당상·좌우승지 등이 입시하여 안건을 논의하는 방식(일종의 ‘약식 상복계’)
- 상복계는 결정적 약점이 있음. (1)‘결안-조율-의정부상복’이 끝난 사건만이 대상이 됨. 영조시절에도 상복계에 회부된 사건은 연간 10건, 영조말년에는 3~4건, 아예 없기도 하였음. (2) 그 기원과 의례에 따라 겨울에만 함.
- 심리는 본래 자연재해나 국가경사를 맞아 예외적으로 실시하는 데서 출발한 만큼 비격식적이고 특별한 제한이 없음. 결안 이전의 사건, 결안이 끝난 사건, 관찰사가 녹계한 사건, 아직 녹계하지 않은 사건 모두 가리지 않고 심리의 대상으로 삼을 수 있음. 심리의 요점은 옥안을 검토하여 ‘계속 신추할 자’와 ‘살려줄만한 자’[부생(傳生)]을 가려내는 것.

○ 심리로의 일원화, 심리 절차와 방식의 정비

- 정조 시대에 정규적인 상복계와 예외적인 소결이 모두 ‘심리’로 흡수되고, 심리가 ‘정규적인 사형죄수 심판의 방식’이 됨.

- 이에 따라 심리에 관한 각종 규식이 마련되고 제도적인 정비가 이루어짐.

○ 순조대 이후에 정조대에 마련된 틀과 관행을 계속 유지하면서 일부 보완이 이루어졌을 뿐임.

○ 보통살육사건 재판에서 ‘결안-조율-상복(의정부상복+삼복계)’이 사실상 사라졌음.

반면, 삼성추국범죄, 부대시범죄는 기존의 법제가 준수됨. 부대시범죄에 대한 결안-조율-의정부상복(단, 형식적)은 19세기 말까지 변함없이 시행되었음.

(2) 1801년부터 1893년까지 보통살육사건 심리기록을 분석한 결과

○ 기록의 양과 죄인

- 보통살육사건에 대해 5,227건의 기록은 약 2,690명의 죄인에 대한 것. 이중 2690명(건)의 71%=1,916명(건)의 사건은 범죄발생 또는 성옥(成獄)된 시기를 확인·추정할 수 있음.

○ 연도별, 계절별 심리기록 분포

- 연도별 심리기록·심리회부 인원수가 큰 차이가 남. 이는 살육죄인의 심판이 심리로 일원화 되기는 했으나 심리의 정기화 및 상시화까지 나가지 못한 현실을 반영함.

- 가뭄이 있을 때 빈번히 소결을 위한 심리가 거행되었고, 원자탄생을 맞아 철종대와 고종대에 대규모 심리가 거행됨.

- 심리기록의 월별 분포를 보면, 1년 중 3~4개월 몰려 있고 1년 내내 심리가 시행되지는 않았음. 가뭄에 따른 소결 시행의 결과 여름에 심리가 집중된 해도 많음.

○ 살육사건의 연도별 발생현황과 추이

- 19세기 연도별 살육사건 발생건수를 추계하면, 순조대에 상승곡선, 순조25년(1825)경부터 점진적으로 하강하다가 고종연간이 1870년대 갑자기 늘어나는 모양이 됨 (고종대는 기록이 부실함)

- 정조대의 살육사건 발생 통계와 붙여서 보면, 정조대가 보통 살육사건이 가장 많이 발생하였고, 19세기에는 1820년대의 10년간, 1840년대 중반부터 50년대 중반까지의 10년간 두 개의 봉우리를 형성하나, 정조대의 정점으로부터 하강추세에 있었음.

○ 심리 후 처분의 분석

- 심리후 내려진 처분을 크게 ‘잉추 등’, ‘감등 등’, ‘방송’, ‘결안 등’로 나누어 집계하였음.

- 19세기 93년 동안 2690명의 죄인 중 불과 12명(0.4%)이 ‘결안 등’의 처분을 받았으며(주로 순조대), 이 처분을 받은 경우에도 사형확정으로 이어진 기록은 발견되지 않음.

- ‘상복을 기다리게 한다’(待詳覆)는 처분도 실제로 상복절차로 이행된 경우는 없으며, 실질적으로 ‘잉추’에 가까움. 다만, 결안이 끝난 사건이라는 점에서 절차의 단계상, 죄인에 대한 처우상 일반의 ‘잉추’와는 차이가 있었음. 예를 들어, 한 사례에서 ‘결안죄인’이 20년 동안 신추를 받지 않았음이 확인됨.

- 보통살육죄인에 대한 사형확정이 극히 드문 것은 정조대의 심리기록에서도 확인됨. 정조대의 보통살육사건 988건 중 사형확정은 8건 이내(0.8%), 감형 423건(42.8%), 석방 308건

(31.2%)임.

- 죄인에 대한 기록상 최종적 처분의 유형을 분석하면, 60% 이상이 감등과 방송처분을 받음. 순조·헌종대보다 정조대가 감등·석방의 비율이 더 높게 나타나며, 철종대의 비율이 정조대와 비슷함.

- 고종대의 심리 및 처분 결과는 가장 이질적이고 변칙적임. 옥안 자체를 심리하기 위해서가 아니라, 원자탄생 등을 맞은 대규모 소결=석방을 위한 것. 사면령과 구별이 되지 않음. 세 차례의 대규모 심리에서 70% 이상이 방송됨. 형조가 '영추'로 판단한 죄인까지 고종의 판부로 '특위석방'

○ 영추, 다른 수단에 의한 징벌

- 19세기 심리기록에서 나타나는 현상을 '심리의 지연'과 '미결구금의 지속'이라는 관점에서 본다면, 이 시대에는 체옥(滯獄)의 폐단이 극심했던 시대

- 그러나 19세기의 현상과 실천을 사형이 아닌 다른 수단에 의한 징벌 혹은 대체적인 징벌로 본다면 이야기가 달라짐.

○ 두 가지 비교사례

- 첫째, 근세 프랑스에서 특별형(poena extraordinaria)의 변형태인 "plus amplement informé" 명령. 본래는 형사피고인을 추가조사를 위해 명령. 그러나 16세기에는 사형에 처해질 수 있는 중범죄자에 대한 구금형(imprisonment)적 성격 획득.

16세기 유럽에서는 종래의 '고문→자백→유죄의 완전한 증명→사형'이란 경로를 따르지 않고 법원이 재량으로 사형이 아닌 다른 형벌을 선고하는 방법들이 고안됨. 프랑스 법원 실무에서 사용된 "plus amplement informé"도 그 하나임. 굳이 고문에 의해 자백을 받아내어 유죄=사형을 선고하기보다, 다른 간접증거들에 의해 혐의가 증명된다고 법원이 판단하는 경우 피고인에 대해 유기 또는 무기로 이 명령을 선고.

죄인이 자백을 했음에도 결안을 받고 사형확정의 절차로 진행하는 것이 아니라, '계속 엄히 조사하여 득정하라'(連加嚴覈期於得情)라고 하는 조선의 형사사법실무가 연상됨.

- 둘째. 오늘날 한국의 무기수형자. 무기수는 언제가 사회로 복귀할 수 있음. 초범이면서 교도소에서 사고치지 않고 모범수로서 생활하며 16~18년째가 되면 20년형으로 감형을 받는 단계를 거쳐 마침내 가석방의 기회를 얻을 수 있음.

- 기록에서 220명은 성옥연도, 감등연도, 석방연도를 모두 알 수 있음. 이들은 성옥(수금)되어 신추를 받다가 감등을 되고 마침내 석방될 때까지 평균 12~14년이 걸린 것으로 나타남. 죄수에 대한 처우 문제는 별개로 하고, 석방될 때까지의 형기만 비교하면 오늘날의 상황과 현저한 차이는 없음.

○ 의도된 체옥, 살리거나 죽이거나

- "plus amplement informé"와 유사한 형벌. '영추 형'의 운용

- 범죄증가에 따른 졸속적 대응의 결과인가? 아니면 조선 위정자들의 흠휼정신의 한 발현 양태인가? 조선은 왜 삼복계를 고쳐서 쓰려 하지 않았는가?

- 정조대 이후 100년 이상 지속되었다는 점에서 특별한 설명을 요구하고 있음.

서론

1874(고종14) 2월 개성부 살육죄인 차정득이 병사하였다. 사람을 구타 살해하여 1830(순조 30) 3월 수금된 지 44년째, 그 사이 73, 4세의 노인이 되었다. 일성록과 추조결옥록에는 헌종 대 3번, 철종대 4번, 고종대 2번 총 9번의 심리기록이 나타나는데 매번 계속 신추하라는 처분을 받았다.¹⁾ 마지막인 고종7년(1870) 9월의 심리에서 형조는 ‘신추한 지 이미 40년이 지났고 연령이 근 70세로 혹 가금(可矜)할 정상이 있으나, 손발로 마구 때리고 차고 아랫배와 몸통 뒷면에 가격 흔적과 치명상이 검험에서 확인되었으며 증인들이 부합하고 범인이 수실(首實)을 하였으니 법률이 지엄하여 감히 경솔히 의론할 수 없는바, 전과 같이 동추(同推)하여 기어이 수관(輸款)을 받을 것을 도신(道臣)에 분부하십시오”라고 하였다. 개성부의 장계등록에는 1861~62년과 1873년에 차정득에 대해 계절마다 시행된 동추(同推) 상황이 기록되어 있다. 마지막인 1830년 12월의 기록에 따르면 김순항을 발로 차 죽인 사연의 추책을 위해 차정득은 전에 받은 형신 1549차에 이번 겨울 석 달간 동추에서 받은 9차의 형문(刑問)까지 전후로 받은 고신이 모두 1,558차임에도 계속 변명을 하며 승복하지 않았다고 하며, 개성유수는 다시 엄형을 가해 기어이 득정(得情)하라 지시하였다.²⁾

오늘날의 법적 관점에 따르면 차정득은 44년간 미결수로 있다고 죽었다. 1,558차라는 형신 횟수는 차정득이 계절(3개월)마다 9차씩 매년 36차에 이르는 형신을 43.3년간 계속 받아왔음을 뜻한다. 놀랍게도 차정득은 계속 ‘抵賴不服’하였다. 심리기록에 따르면, 차정득의 범죄사실은 검험 및 목격자들의 증언에 의해 명백히 입증되고, 본인도 손발로 구타하고 도주한 사실 등을 ‘수관(輸款)’한 바 있었다. 그러나 심리의 결론은 매번 계속 신추하여 ‘期於取服’, ‘期於輸款’, ‘期於得情’하라는 것이었다. 어떠한 내용의 자복을 받아내고 어떤 ‘情’을 파악하려고 한 것일까?

경기도 양주목 김아지(金阿只)는 1829년(순조29) 3월 28일 시어머니를 살해하여 강상죄인으로 신문을 받았다. 김아지는 검험관들의 회추(會推)를 받고 ‘지만’(遲晩)을 하였다. 김아지의 범행에 대해 “울을 사용함에 조금도 느슨함이 없어야 하므로” 경기감사는 마전군수와 연천현감을 고복관(考覆官)으로 차정하여 고복을 하고, 경기감영에서 친히 문초하여 결안(結案)³⁾을 받았다. 김아지는 삼성추국죄인에 해당하여 법에 따라 의금부 도사를 경기감영으로 보내 김아지를 의금부로 압송해왔다.⁴⁾ 4월 17일 의금부에서 삼성추국이 시행되어 김아지의 결안을 받고, 당일 서소문 밖에서 능지처사하였다.⁵⁾ 범행일로부터 처형까지 불과 19일이 걸렸다.

1) 加訊輸款(1835년 11월, 헌종1), 嚴加訊推 期於償命(1837년 7월, 헌종3) 連加訊推 得情(1842년 6월, 헌종8) 嚴加訊推期於取(1852년 9월, 철종3), 嚴加訊覈(1853년 12월 철종 4), 連訊取服 期於償代(1857년 윤5월, 철종8) 依前訊推(1858년 12월 철종9), 另訊輸款(1864년 7월, 고종1),

2) “...罪人車正得, 庚寅四月十四日囚. 右人段, 金順恒踢殺辭緣推覈次, 前受刑一千五百四十九次, 今冬三朔九旬同推, 刑問九次, 前後拷訊合一千[五百]五十八次, 而一向抵賴不服, 更加嚴刑, 期於得情之意, 題送是白齊.” 국사편찬위원회 한국사데이터베이스>각사등록>各司謄錄 4, 開城府留營狀啓謄錄 2(337c ~ 338c)>同治十二年十二月三十日 (1873년 12월30일(음)).

3) 결안은 죄인의 죄상에 대한 자백(遲晩, 輸款, 承款, 承服)을 근거로 작성된, 사건을 마무리하는 성격의 문서이자 절차이다. 결안은 ‘근각’(根脚) 곧 본인의 신원을 밝히는 부분과 이미 자백했던 ‘행흉절차’(行凶節次) 즉 범행의 사실과 경위를 재확인하여 진술하는 부분으로 구성된다. 김우철, 「조선후기 推鞠 운영 및 結案의 변화」, 『민족문화』 35집

4) 일성록 순조 29(1829) 4. 5. 「命弑姑罪人金女阿只發遣府都事拿來」, 4. 12. 「命弑姑罪人金女阿只遣都事拿來」, 4. 13. 「義禁府啓言弑姑罪人金女阿只今已拿囚而係」

5) 일성록 순조 29(1829) 4. 17. 「設三省推鞠于本府」의금부 계언하기를 “시어머니를 시해한 죄인 김녀아지(金女阿只)가 결안하기를 ‘그 근각은 아버지 양인 화빈(化彬) 생존 중이며 아버지의 아버지 돌몽

필자는 최근 순조~고종대 살육안 심리기록을 살펴보고 있다. 그런데 지금까지 확인한 범위에서 추국죄인도, 부대시죄인(不待時罪人)도 아닌 대시(待時)의 살육죄인(편의상 ‘보통의 살육죄인’이라 하자) 중 사형 판결이 확정되어 형집행을 받은 자는 단 1명도 없었다. 보통의 살육죄인들은 기간의 장단에 차이가 있을 뿐 거듭 ‘잉추(仍推)’ 처분을 받고 계속 수감되어 신문을 받게 되는데, 많은 죄인이 어느 시점에서 감사정배(減死定配)나 특위방송의 은전을 입었다. 반면, 강상죄인은 앞서 본 김아지의 사례와 같이 처리된다. 추국이 아닌 통상의 절차로 처리되는 부대시 살육죄인(강도살인, 일가3인 살인 등), 살육안이 아닌 사학(邪學), 전패작변(殿牌作變), 사주(私鑄) 등 부대시 죄인들도 신속하게 결안을 받아 형집행이 이루어진다.

누구는 44년간 형추를 당하며 계속 승복하지 않았고, 누구는 단 며칠 사이에 지만과 결안을 하였다. 보통의 살육죄인에 대해 사형이 확정·집행된 예가 보이지 않는 것일까? 19세기의 수많은 살육 심리안이 보여주는 실상은, 조선후기 형사사법제도에 대한 선행연구나 당시의 형사법제에 대한 지식에 기초하여 예상했던 것과는 너무나 달랐다. 19세기에 들어 형사법제가 크게 변화된 것도 아니다. 법제는 변함이 없었다. 달라진 것은 형사사법 실무·실천(practice)이었다. 그에 대한 이해와 새로운 설명이 필요하다.

필자의 문제의식과 관련하여 조선후기 추국기록을 이용하여 추국절차상 결안의 형식과 성격 변화를 포착한 김우철의 연구가 매우 흥미롭다.⁶⁾ 특히 정조대 이후 결안 형식의 변화가 의미심장하다. 김우철에 따르면, 정조대 이후 자백을 받을 때의 심문내용이 그대로 결안에서의 범죄 사실 진술 내용으로 기재되는 새로운 결안 형식이 나타났고, 이는 고종대의 심문 기록까지 계속된다. “결국 결안은 죄인 스스로 범죄 사실을 자백하고 최종 확인하는 절차가 아니라, 심문관이 범죄 사실을 확정하고 죄인에게 자백 받아 최종 확인을 받는 절차가 되었다. 죄인의 자백을 받아서 사건을 마무리 짓는다는 취지에서 유지되었던 결안의 형식은 계속 남았지만, 그 내용은 심각하게 변질된 것이었다.”⁷⁾ 조선시대의 형사사법 실무에서 죄인의 자백과 ‘결안’의 의미를 이해하는 데 있어 김우철의 지적은 정곡을 찌르고 있다. 다만, 정조대의 변화라는 것이 종래 없던 것이 새로 나타난 것인지 또는 이미 결안 자체에 잠재되어 있거나 병존하고 있던 것이 전면화된 것인지 따져볼 여지는 있다. 결안 자체에 양 측면, 즉 범인 자신이 기존의 자백을 재진술·확인한다는 측면과 심문관이 확정된 죄상을 범인이 복창·확인한다는 측면이 모두 있다고 생각하기 때문이다. 오늘날 수사서류에 기록된 자백의 임의성·진정성을 따질 때도 비슷한 문제가 발생한다.

결안에 심문관이 확정된 죄상을 범인이 복창·확인한다는 측면이 있다고 볼 때, 보통의 살육 사건이 결안과 사형확정에 이르지 않는 이유에 대해 가설을 세워볼 수 있다. 법관이 죄인이

(寔夢) 사망. 어머니 김소사 생존 중이며 어머니의 아버지는 이름을 모름. 부모는 경기도 광주 땅 이름을 모르는 면(面)의 고자지촌 태생이고, 부모를 따라 성장하여 계미년(1832)에 출가하여 양주 고장 주 향동리 거주 수어청 대기수(大旗手) 백홍길(白紅吉)에 입적(入籍)하였음이 적실'합니다. '행흉절차(行凶節次)는 그는 본래 매우 사납고 독한 성격으로 삼강오륜의 중함을 알지 못하고, 가체[髻]를 훔친 일로 시어머니의 질책을 당한 것에 원한을 품고 처음에는 언사가 불손하였다가 끝내는 돌로 쳐서 머리가 깨져 피가 분출하여 즉각 사망에 이르렀습니다. 천지에 용서할 수 없고 만 번 죽여도 벌이 가볍습니다. 직접 범행을 정절을 이미 지만(遲晚) 납초하였고 시어머니를 시해하였음이 적실'하고, 죄가 부대시 능지처사입니다.”(義禁府啓言 弑姑罪人 金女阿只 結案以爲 渠根脚 則父良人化彬 生存 父之父 寔夢故, 母 金召史 生存 母之父 名不知, 父母 以胎生 於京畿廣州地面名不知古自只村, 隨父母長養 癸未年出嫁 于楊州古楊州亢洞里居 守禦廳大旗手 白紅吉入籍的實, 而行凶節次則渠 本以至悍至毒之性 不知倫綱之爲重, 含怨於媿母盜髻之責, 始也言辭不順, 末乃推撲石塊 腦破血迸 至於當刻致命 覆載難容 萬戮猶輕, 窮凶情節 已爲遲晚納招 弑姑的實, 罪 不待時凌遲處死.).

6) 김우철, 조선후기 推鞠 운영 및 結案의 변화, 『민족문화』 35집, 2010.

7) 위의 글, 231면.

죽을죄를 지은 것은 명확하지만 ‘죽이지 않고 살려두기’로 결정했다는 것이다. 결안은 단순한 자백이나 최후진술이 아니다. 결안은 사형에 처할 죄인에게서만 받는다. 결안은 죄인이 스스로 죽을죄를 지었음이 명백하고 법에 따라 처형되어 마땅하며 죽더라도 억울함이 없다고 언명하는 것이다. 죄인이 결안을 바친다는 것은 곧 조율과 사형확정 단계로 넘어감을 의미한다. 그런데 이를 다른 각도에서 보면, 법관이 조만간 사형을 확정·집행하기로 결정된 죄인에게서 결안을 받는 것이다. 결안 시행 여부의 결정권은 형벌권자 쪽에 있다. 부대시죄인의 경우 신속하게 결안-조율-형집행이 시행된다. 반면, 보통의 살육범죄의 경우 마치 결안에 이르지 않기로 결심한 것처럼 ‘임추’만 계속된다. 서울과 지방의 옥에 있는 살육죄인에 대한 재판이 종국에 이르지 않는 것은 ‘사형이 아닌 다른 수단’에 의한 징벌로 볼 수 있지 않을까? 살육죄인의 체수(滯囚)는 법관들이 나태하고 기강이 해이해졌기 때문이 아니라, ‘의도된 체옥(滯獄)’이었다고.

조선후기 형사사법 운영 실태와 변화상과 관련하여 야기 다케시의 연구는 매우 주목할만하다. 그는 조선 후기 범죄의 증가와 그에 대응하는 ‘엄벌주의’, ‘즉결주의’의 확대에 따라 덕치주의의 이상이 파탄하고 있었다고 주장한다.⁸⁾ 그가 연대기 기사를 분석하여 짚어 낸 ‘삼복계(三覆鷄)의 생략’과 ‘심리·소결(疏決)의 상태화(常態化)’ 현상은 필자가 살펴본 살육심리기록을 통해서 입증된다. 야기 다케시는 심리·소결의 잦은 시행이 삼복계의 본래의 취지를 형해화시키고 사법기관에 의한 엄정한 재판 및 형벌의 집행을 저해하는 요인이 되었다고 본다. 분명히 일리가 있는 지적이다.

그러나 다음과 같은 지적에는 동의하기 어렵다. “유교국가의 군주가 덕치를 표방하면 할수록, 법치의 테가 느슨해지고, 법치의 테가 느슨해지면, 결국 범죄의 증가를 막을 수 없게 되고, 옥이 더욱 삼체(澁滯)된다. 조선시대에 반복하여 행해진 심리·소결에 의해서도 결국 ‘공옥(獄空)’의 이상을 실현할 수 없었다.”⁹⁾ 특히 ‘법치가 느슨해지면 범죄가 증가한다’는 판단은 살육사건에 관한 한 근거가 부족하다. 이 말은 ‘사형집행이 줄거나 없어지면 살인범죄가 늘어난다’는 오늘날 사형제 찬성의 한 주장으로 바꿔보면 알 수 있듯이 실증적으로 증명되지 않는 주장이다. 야기는 옥사를 비운다는 옥사를 비우는 공옥의 이상(理想) 쪽에서 사태를 관찰하고 있다. 야기는 범죄의 증가에 따라 ‘엄벌주의’, ‘즉결주의’가 확대되었다고 하는데, 만약 보통의 살육죄인에 대해서 엄벌주의와 즉결주의가 관철되었다면, 오히려 ‘공옥’의 이상에 더 가까워졌을 것이다. 그런데 앞서 언급했듯이 사형수의 ‘체옥’ 자체도 덕치와 무관하지 않으며, 19세기의 살육죄인에 대한 재판과 형정에서 어찌면 이미 예상되고 감수되고 있었을지도 모른다. 우리나라가 사실상 사형제 폐지국의 지위를 유지하는 한 구치소에 사형수가 누적되는 것이 불가피한 것처럼 말이다.

그 시대의 형사사법의 실태, 당대인들의 의식과 실천을 포착하고 설명하기에는 ‘덕치와 법치’, ‘엄벌주의·즉결주의’ 등과 같은 말이나 개념은 조금은 단순하고 모호하다. 그렇다고 필자가 대안적 개념이나 관점을 제시할 수 있지는 않다.

이 글의 목적은 앞으로의 논의를 위해 필자가 파악한 당시의 사정을 보고하는 데 있다. 필자는 일성록과 추조결옥록¹⁰⁾에 수록된 1801년~1893년 사이의 보통의 살육사건의 심판에 관한 기록을 거의 전량 추출하고자 하였다. 살육죄인 약 2,700명에 관하여 약 5,220건의 녹색·계북

8) 矢木毅, 『朝鮮朝刑罰制度の研究』, 朋友書店, 2019.

9) 矢木毅, 『朝鮮朝刑罰制度の研究』, 朋友書店, 2019, 349면.

10) 두 자료에서의 형사사건 관련 기록의 개요와 특징에 관해서는 유승희, 『『日省錄』 刑獄類에 나타난 死罪기록의 고찰』, 『서지학연구』 38, 2007; 유승희, 「조선후기 獄案修啓의 실태와 「秋曹決獄錄」의 편찬」, 『서지학연구』 46, 2010.

·심리 기록이 나왔다. 또한 보통 살육사건과의 비교분석을 위해 강상죄인, 강도살인 등 부대시 죄인에 관한 약 120건의 기록을 추출하여 분석에 활용하였다. 이를 통해 19세기의 살육사건의 심판과 행형을 이해하기 위해 필수적이고 기초적인 지식과 정보를 확보하려 하였다.

이 글에서는 먼저, 살육사건의 재판과 행형의 밑바탕이 되는 법제와 실무를 살펴볼 것이다. 특히 조선시대 사형범죄 재판에 관한 선행연구에서 그동안 인식되지 못한 19세기적 현상의 기원이 정조 시대에 있음을 보게 될 것이다. 다음으로, 살육범죄의 발생 상황, 조사와 심판 절차의 진행, 결·미결의 기간, 심리의 결과(처분의 종류) 등에 관하여 기본적인 통계처리 결과를 보여주며 몇 가지 논점을 짚어보고자 한다.

I 사형죄인의 재판 및 재심사에 관한 법제

순조대 이후 살육죄인 심판의 실태를 살펴보기에 앞서 법제상 심판의 절차와 방식이 어떻게 규정되고 있었는지 알아보자. 그에 관해서는 『六典條例』 刑典·詳覆司 부분에 잘 요약되어 있다. 아래는 대역죄인의 ‘상복’과 ‘심리’에 관한 조문들이다. 설명의 편의를 위해 필자 나름대로 주제와 항목을 설정하여 조문을 재편하고 번호를 달았다.

1. 상복(詳覆)과 삼복계(三覆啓)

1. 상복

1-1. 대시죄인에 대한 상복¹¹⁾

1-1-1. (상복의 시기) 서울과 지방의 사형죄인에 대해 사형을 판결하는 때는 3개월 전에 詳覆한다.

1-1-2. (결안) 사형죄수로 遲晩을 받은 때는 啓下를 거쳐 형조의 당상관과 낭관이 합좌하여 그 죄명으로 심문사항[問目]을 발하여 죄인에게서 結案과 根脚을 받고 계하를 기다린다.

1-1-3. (조율 후 의정부 보고) 계하가 되면 詳覆을 시행하는 뜻으로 다시 계를 올려 재가를 받는다. 형조는 해당 옥사의 原案과 照律한 手本을 의정부에 보고한다.

1-1-4. (의정부의 재심사와 회답) 우의정이 주관하여 개회한다. 문안을 살핀 후 잘 照律되고 斷案이 완성된 형조의 報狀에 ‘보고한 바의 율문으로 抄啓할 것’이라고 題하여

11) 六典條例·刑典·刑曹·詳覆司·詳覆大辟

○一律罪人捧遲晩者, 啓下後, 諸堂郎會坐, 以其罪名發問目, 捧結案及根脚後, 待啓下, 以詳覆之意, 更爲啓下, 以原案與照律手本, 報議政府. <右議政開坐, 本府閱覽文案後, 長照律成爲立案報狀, 以依所報律, 抄啓題送, 則啓覆舉行. 所犯雖一律, 而絞·斬未分, 則臨時稟定.>

○文書修正, 盛于櫃, 啓覆日入之, <文書, 前期回鑑大臣.> 冬至前, 自政院稟旨, 擇日奉行. <擇日, 自九月限冬至. ○若值歉歲及三公不備, 毋得循例稟旨, 至冬至, 因入頃啓.> 初·三覆, 入侍爲之. <殿座處所, 政院取稟. ○應參官, 東西班次, 以加資次序, 禮房承旨圖書入之. ○時任大臣·政府六房承旨·六曹長官·本曹亞三堂, 各持諸罪人文案一件, 入侍論斷, 無疑端者, 即日處分, 有疑端者, 待再覆日更啓. ○銀臺便覽, 京兆堂上·三司亦爲入參, 服色以黑團領.> 再覆日, 本曹三堂上開坐, 只諸罪人文案修正入啓. <各其文案末端, 再覆施行啓目粘連. ○初覆啓目, 承政院付標, 再·三覆啓目, 本曹付標.>

○三覆後, 待季冬行刑.

[중략]

○大辟罪人, 已經考覆者, 每歲末又行詳覆.

보내면, 啓覆을 거행한다. 지은 죄가 사형에 해당하나 교형과 참형이 아직 구분되지 않은 때는 임시로 품의하여 결정한다.

1-1-5. (계복문서의 작성과 회람) 계복을 위한 문서가 작성되면 궤에 담아 계복일에 들여보낸다. 대신에게는 그 전에 문서를 회람시킨다. 초복의 啓目は 승정원에서 標를 붙이고, 재복과 삼복의 계목은 형조에서 표를 붙인다.

1-1-6. (계복일의 택일 및 사고에 따른 불거행) 동지 전에 승정원에서 稟旨하여 택일한 날에 거행한다. 9월부터 동지 사이에 택일한다. 흉년 또는 삼정승 중 궐위가 있어 정례대로 거행할 수 없으면 이를 품지하고 동지 이전에 상복을 거행할 수 없다는 뜻으로 入啓한다.

1-1-7. (초복과 삼복) 초복과 삼복은 入侍할 때 이를 행한다. 임금이 있을 장소는 승정원에서 계품한다. 참석하는 관원의 좌석은 동반에서 서반으로, 加資의 순서에 따라 정하되 禮房承旨가 그림을 기른 문서를 들인다. 현직 대신, 의정부와 6방 승지, 6조의 장관, 형조의 亞堂上은 각각 죄인들의 문안 1건을 가지고 입시하여 논단한다. 《은대편람》에 따라 한성부의 당상관과 삼사(사헌부·사간원·홍문관)도 참석한다. 복색은 黑團領으로 한다. 의심할 단서가 없으면 그 날 처분하고, 의심할 단서가 있으면 재복일을 기다려 다시 계한다.

1-1-8. (재복) 재복일은 형조의 세 당상관이 회동하고, 죄인들의 문안만 고쳐서 입계한다. 각 문안의 끝에 再覆施行啓目を 점련한다.

1-1-9. (사형 집행) 상복을 한 후, 늦겨울을 기다려 사형을 집행한다.

1-1-10. 사형죄인 중에서 考覆을 거친 자는 매년 말에 다시 詳覆을 행한다.

1-2. 부대시죄인과 삼성추국죄인에 대한 특례¹²⁾

1-2-1. (부대시죄인에 대한 단삼복) 不待時罪人은 상복을 한 번 시행한다. 형조에서 조율하여 의정부에 보고하면 영의정과 참찬 1원이 회동하여 형조의 報狀에 제사를 적어 형조로 보낸 후 형조가 행형단자를 올린다.

1-2-2. (삼성추국죄인의 의금부 이송) 삼성추국 죄인은 결안을 받은 후에 ‘의금부에 명하여 죄인을 잡아올 것’(命義禁府拿來)의 뜻으로 계목을 올린다. 의금부에서 거행한다.

(1) ‘상복’의 의미

이상의 규정 및 다른 자료에 의거하여 앞으로의 논의를 위한 몇 가지 사항을 정리해보자.

먼저 ‘상복’의 의미. ‘상복’은 1-1-4에 나오는 의정부의 재심사와 1-1-5 이하의 삼복계(초복·재복·삼복)를 가리킨다. 가장 엄밀한 의미에서의 ‘상복’은 삼복계까지 시행되는 것을 뜻한다. 후술하는 바와 같이 삼복계는 정조대에 한두 차례 시행된 후 더는 시행되지 않았다.

1-1-4에서는 의정부의 재심사에 대해 ‘상복’이란 용어를 쓰고 있지 않다. 사료에 따르면 이 역시 ‘상복’이다. 『추관지』 권1 「啟目式」에 수록된 「계복계목규식」¹³⁾은 1-1-2부터 1-1-8에 이르는 각 단계에서 임금에게 올리는 각종 계목의 서식을 규정하고 있다. 1-1-2에서와 같이 범죄의 수사와 죄인 신문 절차가 최종단계인 결안에 이르면 형조는 조율과 상복을 위한 계목을 올린다. 이 계목의 서식은 다음과 같다.

12) ○不待時罪人, 單詳覆施行. <照律報議政府, 則首相與參贊一員, 會坐公廨, 報狀題送後, 入呈行刑單子.> ○三省罪人, 捧結案後, 令義禁府拿來事, 啓目. <該府舉行.>

13) 『秋官志』 권1, 雜儀 啓目式 <啓覆啓目規式>

“점련 계하하신 바, 전의 아무개 아무 犯, ... 범행의 정상과 경위를 이미 낱낱이 승복(承服)하였고, 법례에 따라 합동신문(同推)과 재심사(考覆)를 거쳐 친히 심문하여 결안의 진술을 받은바, 일죄(一罪)에 해당하므로 법전에 따라 조율하고 의정부에 보고하여 상복을 시행함이 어떻습니까?”¹⁴⁾

이에 대해 임금이 재가하면 1-1-3의 단계로 넘어간다. 형조 소속의 율관(檢律)이 조율한 결과를 手本으로 작성하여 보고한다. 형조는 이 수본과 함께 해당 옥사의 원안(原案)을 점련하여 의정부에 보고하는 관문을 보낸다. 의정부가 형조의 단안과 조율이 타당하고 인정하고 ‘보고한 율로써 계문할 일’이란 제사를 적어 회답하면, 형조가 계복 시행의 윤허를 청한다. 그 서식은 다음과 같다.

“형조판서 신 아무개. 照律을 위해 삼가 올린 계에 대해 계하하시고 조율하라 하셨습니다. 율관 아무개의 手本에 라고 하였사오며, 手本 및 推案을 모두 의정부에 보고하여 상복하였사온데, 의정부가 회답한 관문에 ‘所報律以抄啓’라고 하였습니다. 죄인 아무개의 죄상은 위 율로 시행하라 하실지 삼가 계합니다.”¹⁵⁾

두 계목의 문구에서 알 수 있듯이 의정부의 재심사를 ‘상복’이라 하고 있다. 또한, 1-2-1에 따르면 부대시죄인의 경우 ‘單詳覆’을 시행한다. ‘단상복’이란 1-1-5 이하의 삼복계 절차가 생략되고, 1-1-4의 의정부 상복만 시행함을 뜻하는 말이라 할 것이다. 즉, 본래의 상복이란 ‘의정부 상복과 삼복계’를 모두 행하는 것을 뜻하는데, 이에 대해 ‘단상복’라는 용어로 삼복계가 생략된 1회의 상복(의정부 상복)을 표현하고 있었던 것이다.

(2) 상복의 예외: 부대시죄인의 단상복, 삼성추국죄인의 상복 생략

1-1과 1-2가 보여주듯이 사형범죄의 종류에 따라 원칙과 예외의 구별이 있었다.

1-1에는 대시, 바깥 말하면 통상의 사형죄인에 대한 결안, 조율, 상복 절차가 규정되어 있다. 이를 정리하면, ‘죄인의 지만 → 결안 → 형조에 의한 조율과 의정부 보고 → 의정부의 상복 → 계복 시행의 윤허 → 초복 → 재복 → 삼복 → 형 확정과 집행’이다.

그러나 1-2-1의 부대시죄인의 경우 의정부에 보고하여 상복하는 절차까지만 밟는다. 의정부의 상복 결과에 따라 사형이 확정되고 형이 집행된다. 덧붙여 말하면, 조선후기 들어 실무에서 부대시죄인에 대한 상복이 생략되곤 하였는데, 정조 2년의 수교로 부대시죄인에 대해서도 반드시 의정부상복을 거쳐 의율하도록 하였다.¹⁶⁾ 육전조례의 위 조문은 그것이 반영된 것이다.

1-2-2는 삼성추국 죄인에 대한 특례이다. 강상사건에 대해 왕의 특旨가 있으면 삼성(의정부·사헌부·의금부)의 관원이 합석하여 추국을 하였다.¹⁷⁾ 삼성추국을 열라는 특지가 내려지면 해당

14) 刑曹 啓目. 粘連啓 下是白有亦, 向前某亦隨其所犯稱., 某節次, 既已箇箇承服, 依例同推·考覆·親問·結案取招爲白有置, 係是一罪, 依法典照律, 報議政府, 詳覆施行何如.

15) 刑曹判書臣某等, 謹 啓爲照律事, 粘連 啓下是白有亦, 照律令是白乎矣, 某律, 某手本內云云是白乎味, 手本及推案, 竝以報議政府, 詳覆爲白乎矣, 同府回答關內, 所報律以抄啓亦爲白有置, 向前某罪狀乙良, 右律以施行爲良如教諭乃, 謹具啓

16) 『정조실록』 정조 2년(1778) 11월 2일.

17) 『대전회통』 刑典·推斷·弑父母三省推鞠: 아버지·어머니·할아버지·할머니·시아버지·시어머니·남편·백부(伯父)·백모(伯母)·숙부·숙모·형·누나를 죽인 경우, 노비가 주인을 죽인 경우, 관노가 관장(官長)을 죽인

사건은 형조에서 의금부로 관할이 이전된다. 1-2-1에는 명시되지 않았지만, 삼성추국죄인 및 모반대역죄인에 대해서는 삼복계는 물론 의정부상복도 생략된다. 다만, 정조가 말했듯이 “대역 부도와 강상죄를 범한 무리는 대신이 국문하는 자리에 임석하여 삼사에서 옥사를 안핵”한다는 점에서 “상복하는 뜻”이 간접적으로 실현되고 있다.¹⁸⁾ 모반대역과 삼성추국죄인의 추국에는 의금부의 관원만이 아니라, 의정부의 삼정승과 대신, 사헌부·사간원 등의 관원 등이 위관으로 임명되고 이들 가운데는 정규의 삼복계에 참여하는 권원도 포함되어 있다.

(3) 삼복계의 시행 방식

1-1-7과 1-1-8에는 초복·삼복과 재복의 시행방식이 나와 있다. 초복·재복·삼복은 추분과 동지 사이에 택일된 날에 시행된다. 초복·삼복은 임금이 전좌하고 삼공·구경·삼사의 권원 등이 입시하여 옥사의 문안을 하나하나 읽고 임금과 참석한 권원들이 돌아가며 사안을 논단하는 방식으로 행해진다. 반면, 재복은 형조가 준비한 재복의 문안만을 검토한다.

승정원일기에는 삼복계 기사가 다수 실려 있다. 삼복 기사를 보면 논단이라는 것은 결코 평의를 통해 어떤 합의에 도달하는 방식이 아니었다. 기본적으로 각각이 자신의 의견(결론)을 돌아가며 말하고 임금이 결론을 내리는 식이었다. 영조대의 삼복계 기사를 보면, 신하들의 의견 개진이 끝난 후 영조가 그 자리에서 판부를 내렸다.

정조3(1779) 10월에 거행된 삼복계의 대상이 되어 감사정배로 감형된 평안도 강계군 살옥죄인 식련(式連)의 사례를 통해 삼복계의 실제와 정조대의 변화를 살펴보자.

정조3년(1779) 7월 8일 형조는 처를 구타살해한 살옥죄인 식련이 흥행 절차를 이미 승복하고 법례에 따라 결안을 바쳤으므로 법전에 따라 조율하고 의정부에 보고하여 상복을 시행하는 뜻으로 계문하여 윤허를 받았다.¹⁹⁾ 10월 20일 선정전(宣政殿)에서 초복이 거행되었다. 이 날의 초복은 문안을 읽고 간략히 의견을 말하는 정도로 그쳤다.²⁰⁾ 10월 24일 형조는 죄인 식련에 대해 재복시행의 계를 올려 윤허를 받았는데, 형조의 재복계목(再覆啓目)은 사료에 나오지 않는다.²¹⁾

11월 12일 선정전에서 삼복이 거행되었다. 승지가 식련의 문안을 읽은 후 정조는 이 사건이 ‘가의’(可疑)에 해당하고 고살(故殺)과 차이가 있다고 하고 신하들의 의견을 물었다.²²⁾ 25

경우(이상은 실행에 옮긴 경우와 미수에 그친 경우를 따지지 않는다.), 고공(雇工)이 가장(家長)을 죽인 경우, 계모를 간음하거나, 백모·숙모·고모·누나·누이동생·며느리를 간음하거나, 사내종이 여자 상전을 간음하는 경우, 적모(嫡母)를 방매(放賣)하거나, 아버지나 어머니를 때리거나 욕하는 경우, 아버지의 시체를 불태우는 경우(이상은 실행에 옮긴 경우만 따진다.)에는 모두 삼성추국(三省推鞠)을 연다.

18) 『정조실록』 정조 2년(1778) 11월 2일.

19) 일성록 정조3(1779) 7. 8. 「命殺獄罪人朴世奉定配 居士式依法照律」

20) 일성록 정조3(1779) 10. 20. 「御宣政殿行初啓覆仍召見京畿監司 鄭好仁」. 식련에 관한 부분은 다음과 같다.

승지 김문순에 명하여 강계의 죄수 거사 식련의 문헌을 읽도록 하다.

정조: 의론하라.

영의정 서명선: 그의 죄상이 용서하기 어렵습니다.

좌의정 홍낙순: 신 역시 이견이 없습니다.

판중추부사 정홍순 등: 신의 뜻도 그러합니다.

21) 일성록 정조 3(1779). 10. 24. 「命罪人李千奉等加刑得情式連等再覆施行」

22) 일성록 정조 3(1779). 1. 12. 「御宣政殿行三啓覆」

정조: 이 옥사는 가의(可疑)에 해당. 또한 고살과는 차이가 있다. 의견들은 어떠한가?

영돈령 이은: 문안은 명백하나 과연 고살과 차이가 있습니다.

영의정 서명선: 처음 구타한 것은 일시의 흥분 때문이고 죽이려는 마음에서 나온 것이 아닙니다. 그러나

명이 돌아가며 의견을 밝혔다. 9명이 정조의 의견에 동조하는 의견이었다. 14명은 가살(可殺)이었다. 설혹 고살이 아니고 의문이 있다고 해도 결안을 한 이상 재론이 불가하다. 살인은 살인이므로 목숨으로 갚아야 한다는 것이었다. 2명은 기록을 보지 못해 의견 개진을 못하겠다고 하였다. 흥미로운 것은 형조판서와 형조참판이 의견이다. 삼복계에 부친 사건들은 형조의 심의와 조율을 거쳐 올라온 것이다. 그런데 형조판서와 참판은 ‘죄는 가살(可殺)이나 사증은 소루’하다고 하였다.

신하들의 의견을 들은 후 정조는 “살인의 증적은 심히 분명하다. 그러나 그 본정(本情)을 헤아리면 고살과 차이가 있다”고 하였다. 그런데 정조의 이 발언은 자신의 견해를 말한 것이고 계복에 대한 ‘판부’가 아니었다. 선왕 영조가 그 자리에서 판부를 내려 받아쓰게 한 것과는 달랐다. 같은 날 일성록 기사에는 식련을 포함하여 삼복이 시행된 5명의 죄인의 삼복계목에 대한 정조의 판부가 실려 있다.²³⁾

형조 의령현 살육죄인 관노 업이, 강동현 살육죄인 황기중, 해주 살육죄인 이의번 삼복계에 대해 하교하시길 “의율(依律)”

강계 살육죄인 거사 식련 삼복계목에 대해 하교하시길 “죄인 식련은 살인의 죄적이 매우 분명하고 의문이 없다. 그러나 이 사건의 치사는 거의 해후(邂逅)에 가깝고 또 몰래

이미 성옥(成獄)이 되어 결안(結案)에 이르렀으므로 용법(用法) 외에 다른 길이 없습니다.

좌의정 홍낙순: 신의 의견도 같습니다.

판중추부사 정홍순: 살인이 분명합니다.

형조판서 정상순: 김태정에게 처음에 신문하지 않은 것은 사증(辭證)이 불분명하다 할 것이다.

형조참판 홍수보: 죄는 가살(可殺)이나 사증은 소루합니다. 형조판서가 달연한 바와 같습니다.

得臣: 고살의 마음에서 나오지 않았다 해도 반드시 목숨으로 갚게(償命) 해야 합니다.

允明: 김태정이 재차 심문했다면 곡절이 있을 것 같은데, 문안이 소루함을 면치 못합니다.

允鈺: 신은 이 옥사에 늘 의문이 있습니다.

松: 그 본심을 헤아리면 죽이려는 마음에서 나온 것이 아닙니다.

光漢: 김태정을 한 번도 심문하지 않은 것은 어리석은 짓입니다.

華鎭: 죄는 마땅히 용법(用法)해야 합니다.

福源: 목숨으로 갚는 율(償命之律)을 쓰는 것은 극히 중대하고 어렵습니다.

■祥: 간음하는 때 붙잡힌 경우가 아니므로 김태정에게 심문할 게 특별히 없었습니다. 그러나 이미 구타를 하였으므로 어찌 죽이려는 마음이 아니겠습니까?

時俊: 고살이 아니라 해도 목숨으로 갚아야 할 것 같습니다.

坊: 이미 결안을 하였으므로 재론할 여지가 없습니다.

民始, 鎭衡: 신 역시 다른 의견 없습니다.

有防: 손으로 죽인 것이 적실합니다.

義弼: 문안은 분명합니다.

夏材: 신은 본 문안을 미처 보지 못했기 때문에 감히 의견을 말씀드리지 못하겠습니다.

勉柱: 신의 의견도 마찬가지입니다.

元始: 상명의 율(償命之律)은 매우 중대합니다.

有元: 죽이려는 마음으로 실행한 것이 아니라 해도 그가 이미 결안을 하여 달리 의론할 게 없어 보입니다.

儒慶: 옥정(獄情)이 이미 갖추어져서 용법(用法)함이 마땅합니다.

命勳: 용서하기 어려울 것 같습니다.

정조: 살인의 증적은 심히 분명하다. 그러나 그 본정(本情)을 헤아리면 고살과 차이가 있다.

23) 일성록 정조 3(1779). 11. 12. 「命殺獄罪人業伊等依律式連減死定配疏批添書罪人尙光澤更查啓聞」

竝因刑曹 宜寧縣殺獄罪人 官奴業伊 江東縣殺獄罪人 黃起宗 海州殺獄罪人 李宜蕃 三覆啓目 竝教以依律 又因江界殺獄罪人 居士式連 三覆啓目 教以 罪人式連 殺人之跡 則雖甚昭然無疑是乃 蓋此致斃 殆近邂逅 且其起鬧由於潛奸 原究其情 合施傳生之典 減死定配 又因疏批添書罪人 尙光澤 三覆啓目 教以 兪議 既有異同之見 其在重死刑之道 不可遽然置 法筵臣之奏 自本曹騰書一通下 本道令道臣 更爲詳查啓聞.

간음한 것에서 싸움이 기인하였다. 그 정상을 살피면 전생(傳生)의 은전을 베풀어 합당하다. 감사정배.”

상소 비답에 첨부한 죄인 상광택 삼복계목에 대해 하교하시길 “의론할 때 의견이 갈렸으나 사형을 무겁게 여기는 도에 있어 갑자기 법을 안 쓰고 둘 수는 없다. 연신(筵臣)의 상주문을 형조가 1통 등사하여 본도로 내려보내고 관찰사에 명하여 상세히 조사하여 계문하게 하라.”

5명의 사죄수에 대해 3명은 조율, 1명은 감사정배, 1명의 재조사 처분이 내려졌다. 5명이 적은 숫자로 보이나 영조대의 기사에 나오는 삼복계 인원을 보면 5명이 예외적으로 적은 인원은 아니다. 무엇보다 삼복계는 결안과 조율이 끝난 죄인을 대상으로 하기 때문이다.

결안 절차를 거친 사건이기 때문에 사형확정으로 기울 가능성이 크다. 따라서 어찌 보면 삼복의 의미, 특히 왕의 결단이 갖는 의미와 상징성을 드러내기 위해서도 사형의 확정과 사형의 감면 양자가 모두 요구되었다. 거사 식련은 삼복계의 과정에서 전생의 은전을 입었다.²⁴⁾ 마지막 상광택에 대한 판부는 삼복계까지 끝나고도 조사가 미진하다고 인정하는 경우 결말을 짓지 않을 수도 있음을 보여준다. 삼복계 후의 판결이 반드시 사형과 감사의 양자택일만으로 마무리되는 것은 아니다. ‘의율’로 판결하여도 다시 뒤집힐 수 있었다. ‘의율’은 사형의 확정을 뜻할 뿐 형집행에 앞서 다시 임금의 재가를 받아야 한다. 형집행 전에 재심사를 받을 기회가 있었다.

2. 심리와 소결

육전조례에는 상복에 이어 ‘심리’라는 제하에 다음과 같은 조문이 있다.

2. 審理²⁵⁾

2-1. (疏決) 소결은 왕의 특교가 있으면 시행한다. 의금부와 형조에서 각각 소관죄인에 관하여 문서를 작성한다. 육방승지, 현직 대신, 의금부와 형조의 당상관과 삼사의 관원은 흑단령을 입고 참석한다. 전직 대신도 특교가 있으면 참석한다.

2-2. (심리) 나라에 경사가 있거나 심한 가뭄을 당하면 전교 또는 경연의 품지[筵裏]에 의하여 서울과 지방의 죄수를 심리한다. 죄상에 의문이 있어 살릴만한 경우는 사정을 헤아려 처단하고[酌處], 각 도의 유배수 중에서 죄가 가벼운 자는 사정을 헤아려 석방한다.

2-3. (심리 시 형조의 사무) 형조의 判堂은 각 도의 錄啓한 문안을 깊고 신중하게 밝히고 살릴만한 자(可以傳生者)와 그대로 신추할 자(依前訊推者)를 의견을 갖추어 覆啓한다. 또한 각 도에 알려 아직 녹계되지 않은 자도 역시 문안을 작성하여 계문하도록 한다.

24) 여기서 ‘해후’(邂逅)는 우연적인 결과를 가리키는 기술적인 용어로, 해후로 인정되면 가원(可原), 전경(傳輕) 또는 전생(傳生)을 논하는 근거가 된다.

25) ○疏決有特教乃行. 文書, 自該府·本曹修正. <六房承旨·時任大臣·禁府刑曹堂上·三司, 以黑團領入參, 原任大臣或特教入參.>

○邦慶或值悶旱, 因傳教或筵裏, 審理京外獄囚, 罪疑傳生酌處, 各道配囚輕罪者酌放. <判堂就諸道錄啓文案, 潛心究理, 可以傳生者, 或依前訊推者, 具意見覆啓. 知委諸道, 未錄啓者, 亦爲修啓.>

(1) 심리와 소결의 의미

소결은 죄수를 관대하게 처결함을 뜻한다. 소석(疏釋), 소방(疏放)이라고도 한다. 소결의 목적은 2-2와 같이 나라의 경사나 재해를 당하여 옥에 수금되어 있거나 유배중인 죄인들의 옥안을 재심사하여 사형수의 경우 살려줄 만한 자를 사정을 헤아려 감등처결하고 죄가 가벼운 자는 사정을 헤아려 석방하는 데 있다. 소결은 특별한 계기가 있어 왕명으로 일정한 부류의 사건들 전체를 대상으로 시행되는 특별재심절차이다. 이 점에서 사안별로 이루어지는 통상의 재심과 구별된다. 그렇지만 소결은 어디까지나 사안별 심사의 방법을 취하는 점에서 사면과는 구별된다. 사면은 사면령을 내려 일정한 죄목이나 죄수에 대해 일괄적으로 죄를 용서하거나 소멸시키는 방법으로 행해진다. 그러나 간혹 소결을 시행하며 경수(輕囚)에 대해 일괄 석방하는 경우도 있는데, 소결과 사면의 경계가 모호해지기도 한다.

심리는 사안을 심사하고 처리한다는 의미이다. 형사재판에서 심리는 사안을 심리한다는 기본적인 의미 외에 위 조문에 규정된 특별한 의미가 있다. 소결과 마찬가지로 나라의 경사, 자연재해, 기타의 사유로 임금의 심리를 시행한다는 명이 내려면 서울과 지방의 옥안에 대한 심리가 개시된다. 심리의 중점은 수금된 죄수 중 그대로 계속 신문할 자와 용서할만한 자를 가려내어 후자를 살려주거나 석방하는 데 있다. 이러한 심리는 옥안에 대한 재심사의 일종이다. 앞서 본 의정부의 상복과 삼복계가 결안과 조율이 끝난 사안에 대한 재심사라 한다면, 심리는 그 단계에 이르지 못한 사안을 대상으로 한다. 2-3과 같이 심리의 명이 있을 이미 녹계된 사건뿐만 아니라 아직 녹계되지 않은 사건도 조속히 고핵을 마무리하고 의견을 갖추어 녹계하라는 형조의 지시가 내려진다. 때에 따라서는 이미 완결된 사건, 삼복계를 거쳐 형벌이 확정된 사건에 대해서도 시행될 수 있었다.

(2) 심리와 소결의 형식

소결과 심리는 그 거행방식이 다르다. 2-1에 따르면 소결은 초복·삼복과 유사한 격식을 갖추어 거행된다. 반면 심리는 삼복계 중 형조가 작성하여 올린 심리계목에 따라 판부를 내리는 방법으로 행해진다. 양자의 차이에 대해 정조는 다음과 같이 말하였다.

조정의 거조는 각기 체계가 있다. 소결하는 것과 심리하는 것이 녹수(錄囚)하고 심형(審刑)하는 일은 같지만, 소결은 법복(法服)으로 편전(便殿)에 나아가 대신·법관·삼사가 각각 사죄(死罪) 및 도류(徒流)의 안(案)을 가지고 등연(登筵)하여 매번 한 가지 안에 대하여 읽기를 마치면 두루 여러 사람의 의논을 묻기를 한결같이 계복(啓覆)하는 예와 같이 하며, 심리는 서울과 지방의 사형수를 녹계(錄啓)한 안에 나아가 그대로 둘 자[仍推]와 가볍게 해 줄 자[傳輕]를 형관이 본사에 모여 논계하면 조목에 따라 판하하는 것이다. [정조실록 정조 21년(1797) 5. 18.]

효종 3년(1652)의 다음 기사는 소결이 왜 심리와 밀접하게 관계되고 위와 같은 형식을 갖추게 되었는지 알려준다.²⁶⁾ 효종은 심한 가뭄이 들어 친히 기우제까지 지냈음에도 가뭄이 해소되지 않아 자신의 부덕함을 자책하며 대신들의 의견을 물었다.²⁷⁾

26) 효종실록 효종 3년(1652) 4월 24일 을축

27) 효종실록 효종 3년(1652) 4월 24일 을축

(전략) 領議政鄭太和曰: "親祀社稷, 微雨霑灑, 至誠所感, 若有冥應, 而須臾解陰, 杲日復出, 臣等憂惶悶迫, 不知所爲也。 今宜疏釋罪辟, 勿問輕重, 洞開囹圄, 然後可以解冤枉, 而消戾氣也。 若但取文案

영의정 정태화가 아뢰기를,

"상이 직접 사직단에 제사를 지내고 나자 가랑비가 뿌리기에 지극한 정성에 감동되어 하늘의 보살핌이 있는 것인가 하고 여겼더니 순식간에 구름이 걷히고 뜨거운 해가 다시 비추니 신들은 걱정이 되고 민망하여 어찌할 바를 모르겠습니다. 이제는 죄수들을 석방하여 경죄인과 중죄인을 따지지 말고 옥문을 활짝 열어 준 뒤에야 원망과 사나운 기운이 해소될 것입니다. [A-1] 만약 문안(文案)만을 가지고 논단(論斷)을 하게 되면 확실하게 분별하여 실정을 얻어내기가 어려울 것입니다. 그리고 [B-1]전교에 대응한 상소에 혹 계복한 죄인도 심리하는 것이 마땅하다고 했는데, 이 말이 진실로 옳은 말입니다. 마땅히 형관으로 하여금 다시 분명하게 심리하소서."

하자, 상이 이르기를,

"나의 뜻도 진실로 이와 같다. 국가에 일이 많아서 사형수를 계복하지 못한 지가 지금 십여 년이 되었다. 이 죄수들이 비록 복죄하였다고 하나 그 가운데 원한을 품은 채 분명하게 밝히지 못한 자가 없었겠는가. 여러 해를 옥에 가두어 두었으니 필시 억울한 기운이 있었을 것이다. 화기(和氣)를 손상시키고 재해를 불러들인 것이 아마 이 일 때문인가 보다."

하였다. 좌의정 김육이 아뢰기를,

[C-1]"심리(審理)는 단지 원한을 풀어주기 위한 것인데 만일 죄가 있는 자까지 모두 사면을 받는다면 어찌 심리라고 하겠습니까."

하고, 대사헌 오준(吳竣)이 아뢰기를,

[C-2]"계복한 죄인은 법률상 마땅히 사형을 해야하므로 경솔하게 논의할 수 없습니다."

하니, 상이 이르기를,

"대사헌의 말은 법률대로 집행하자는 뜻이다. 그러나 [B-2]사형수 중에 혹시라도 실정을 따져서 사형을 면할 자가 있을지 모르니 지금 일체로 심리하는 것이 마땅하겠다."

하였다. 정태화가 아뢰기를,

[B-3]"선왕조 때는 계복한 죄인이 혹 그들의 처자(妻子)가 상소를 하여 억울함을 호소하므로 인해 사형을 감하여 정배된 일이 있습니다."

하고, 우의정 이시백(李時白)이 아뢰기를,

"선왕이 일찍이 가뭄을 만나 신하들을 인접하고 형옥에 대하여 묻기에, 신이 대답하기를 [A-2]'죄인은 단지 문안(文案)만으로 논단(論斷)할 수 없습니다. 죄는 가벼운데 정상이 가증스런 자가 있으며, 죄는 무거운데 정상이 용서해 줄 자가 있습니다.' 하니, 선왕이 그날 바로 금부와 형조의 당상을 불러들이도록 하여 죄수를 탐전에서 의결토록 했는데, 며칠이 지나자 많은 비가 왔습니다. 신은 여기에서 형옥의 실정에 대하여 자세히

而論斷，則恐難辨核得情矣。且於應旨之疏或以爲，啓覆罪人，亦宜審理，此言誠是。宜令刑官，明覆疏決。" 上曰："予意固已如此矣。國家多事，不覆大辟，囚于今十餘年。此囚等雖已就服，其中豈無抱冤難明者乎？累歲繫獄，必有鬱抑之氣。傷和召災，恐由於斯也。" 左議政金瑬曰："審理只是解冤枉而已，如使有罪者，竝蒙有赦，則豈審理之謂也？" 大司憲吳竣曰："啓覆罪人，在法當死，不可輕議。" 上曰："大憲之言，執法之意也，而然死囚之中，亦或有原情免死者，今宜一體疏決。" 太和曰："先王朝啓覆罪人，或因其妻子之上言訴冤，減死定配矣。" 右議政李時白曰："先王嘗遇旱災，引接臣隣，問及刑獄，臣對曰：'罪人不可但以文案論斷。或有罪輕而情可惡者，或有罪重而情可恕者也。'先王即日命召禁府、刑曹堂上，議決罪囚於榻前，居數日大雨。臣於此，益知獄情之不可不詳察也。" 上曰："諸大臣之言是矣。再行審理，雖非常例，今茲旱暵，既是異常之變，予欲親覈罪囚，疏決冤枉。其令攸司，即日舉行，而除逆賊緣坐，凡罪人勿論輕重，一體審理。" 太和曰："先朝亦有榻前審理之舉，而詳議稟決，至於夜深。今請依此例，令禁府、刑曹堂上，各持文案，入侍稟裁。" 上從之。

살피지 않으면 안 된다는 것을 더욱 알게 되었습니다."

하니, 상이 이르기를,

"여러 대신들의 말이 옳다. [B-4]재차 심리하는 것은 비록 상례가 아니지만 지금 가
뭇은 이미 이상한 재변이니, 내가 친히 죄수를 논핵하여 그들의 원통함을 심리하고자
한다. 유사로 하여금 오늘 당장 거행토록 하되 역적과 연좌된 자는 제외하고 일반 죄인
들은 경중을 따지지 말고 일체로 심리하라."

하였다. 정태화가 아뢰기를,

[A-3] "선조 때도 탑전에서 심리했던 거조가 있었는데, 상세하게 의논하여 품결하느
라 늦은 밤까지 있었으니, 이번에도 이와 같은 규례에 따라 금부와 형조의 당상으로 하
여금 각각 문안을 가지고 입시하여 품재(稟裁)토록 하소서."

하니, 상이 따랐다

[A-1]~[A-3]은 소결의 형식과 관련된 발언이다. 문안만으로 논단하는 방법으로는 옥사의 실
정(實情)을 정확하고 자세히 파악할 수 없으므로 자칫 경솔한 처결을 내릴 우려가 있다. 따라
서 자세히 살피고 신중히 처결하기 위해 '금부와 형조의 당상이 입시하여 상세히 의논하여 품
결'하도록 한 것이다.

[B-1]~[B-4]는 '심리'의 의미·목적과 함께 심리의 대상에는 이미 계복을 마친 죄인까지도 포
함될 수 있는 이유를 설명하고 있다. 심리의 목적이 옥문을 활짝 열어 원망과 사나운 기운을
해소하기 데 있다. 이상한 재변을 맞아 비상한 조치로서 심리와 소결이 시행되는 만큼, 정규
적인 재판절차에 따라 사형이 확정된 죄수라 하여 예외로 둘 것은 아니다. 같은 맥락에서 아
직 완결되지 않은 사안도 조속히 심리·녹계하여 임금의 심리대상에 포함시키는 것이다. 특히
[b-4]의 "오늘 당장 거행"하라는 효종의 말에는 임금의 다급하고 절실한 마음이 나타나고 있
다. 가뭇은 임금의 부덕과 잘못 때문이다. 그럼에도 임금이 손 놓고 있을 수는 없다. 단비를
기다리는 백성뿐만 아니라 엄청난 심리적 부담을 느끼고 있었을 임금을 위해서도 소결이란 방
책을 택해야 했을 것이다. 그만큼 소결과 심리에는 임금의 의향이 반영되기 쉬웠고, 상황이
심각하면 심각할수록 더 짧은 시일에 더 많은 죄인에 대한 재심이 단행되었다.

[C-1] [C-2]는 그와 같은 단행되는 심리에 대한 우려를 표현하고 있다. '심리는 원한을 풀
어주기 위한 것'이기 때문에 기본적으로 죄를 용서하는 판단으로 기울기 쉽다. 예외적이고 졸
속으로 흐를 수 있는 심리가 형사재판의 원칙을 훼손하고 정기적인 절차의 결과를 흔들 수 있
다.

II. 정조대 이후 상복·소결·심리의 변화

육전조례가 고종대에 편찬되었으므로 당연히 고종 시대에는 법문에 따라 상복·소결·심리가
시행되고 있었다고 생각할 것이다. 그러나 실재는 전혀 그렇지 않다. 순조~고종대에 보통살육
죄인에 대한 삼복계는 한 번도 거행되지 않았다. 보통의 사형죄인에 대한 심판은 '심리'의 방
법을 취하였다. 소결은 자주 단행되었으나 입시의 의례는 사라졌다. 사형죄수에 관한 소결 역
시 '심리'의 방법을 취하였다. 소결의 형식이 사라지고 심리를 통해 소결의 실질을 거두는 식
이었다. 법제와 현실의 괴리, 재판과 재심의 방법이 '심리'로 일원화된 현실을 인식할 때 비로
소 19세기의 형사사법의 구조와 실태, 그리고 실무를 이해할 수 있다. 정조대에 그러한 방향
으로의 전환이 이루어졌다.

1. 삼복계의 중단과 심리에 의한 대체

(1) 삼복계의 중단

삼복 제도는 세종조에 정립되었는데, 왕조 시대 내내 잘 거행된 것은 아니었다. 삼복계에 반드시 입시해야 할 삼정승 중 빠진 자리가 있거나, 나라에 다른 일이 있는 경우 삼복계를 다음 해로 미루었는데, 효종조에는 국가의 다사를 이유로 10여년 간 사형수에 대한 삼복계가 행해지지 않았다.²⁸⁾ 숙종·영조대에는 삼복이 가장 철저히 행해졌는데, 숙종대에는 9·10월에, 영조대에는 11·12월에 거의 빠짐 없이 삼복이 시행되었다고 한다.²⁹⁾

정조대에 들어와서 정조 3년(1779) 11월 12일에 처음이자 마지막으로 삼복계가 거행되었다.³⁰⁾ 정조10년(1786) 1월에는 형조판서 조시준의 계언에 따라 이제부터 매해 겨울에 삼복을 거행하기로 했고,³¹⁾ 정조19년(1795) 10월에는 삼복계를 거행하려 했으나³²⁾ 역시 뜻대로 되지 않았다.

순조 1년(1801) 10월에 삼복을 다시 거행하려 했으나 결국 시행하지 못했다. 다음은 그에 관한 일성록의 기사이다.³³⁾

형조판서 이경일: 서울과 외방의 중수(重囚) 중 죄가 일률에 해당하는 자는 서울에서는 형조, 외방에서는 각 도에서 결안(結案)을 받아 완결(完決)한 후 매년 동지 전에 비로소 삼복계를 합니다. 초복은 전좌(殿座)하신 후 삼공·구경·승지·삼사가 모두 입시하여 그 생살의 당부를 의열합니다. 그 후 재복은 형조에서 계목을 닦아 입계합니다. 삼복은 초복의 예와 같이 입시하여 논주하는데, 선대왕 기해년(정조3년, 1779년) 겨울에 한 차례 행해진 후 삼공이 불비하거나 다른 이유로 매년 명년에 거행한다는 하교가 내려져 지금

28) 효종실록 효종 3년(1652) 4. 24.

29) 심재우, 『심리록』연구, 47면.

30) 일성록, 정조 3(1779).11.12. 御宣政殿行三啓覆

31) 일성록 정조10(1786). 1. 22. 御仁政門行朝參

형조판서 조시준이 다시 계언하였다. “서울과 지방의 대역죄인이 고복(考覆, 상복)을 거치는 것은 곧 국법을 엄히 하고 옥체를 중히 하는 길입니다. 그러나 **경자년(1780, 정조4) 이후 6년 동안 상복을 행하지 못했습니다.** 고복 후에도 수감된 자가 13명이나 됩니다. 이는 비록 천지의 호생하는 덕에서 나왔다고 하나 그 죄가 사죄에 해당함에도 요행히 형을 피하면 법을 굽힐 우려가 없지 않고, 살길이 있음에도 오랫동안 옥에 갇히면 역시 번울(繁鬱)의 원망에 이릅니다. **이후에는 매년 겨울의 상복을 하나 같이 법전과 따라 거행하기를 청합니다.**” 종지(從之).

(刑曹判書 趙時俊) 又啓言. 京外大辟罪人之已經考覆 乃是嚴國法 重獄體之道, 而庚子以後 六年之間 不得行詳覆 考覆後見囚者 至於十三名之多, 此雖出於天地好生之德 而第其罪合置辟 而僥倖假息 則不無屈法之嫌, 如或有一線生路 而許久幽繫 則亦當致繁鬱之冤, 此後 則每冬詳覆 請一依法典舉行. 從之.

32) 일성록 정조19(1795).10.20. 命啓覆時領相登筵與否詢問以啓

33) 일성록 순조 1 (신유, 1801) 10.30. 命京外重囚啓覆置之

刑曹判書 李敬一 啓言. 京外重囚之罪 至一律者 內而刑曹 外而諸道 捧結案完決後 每歲陽至前 始行啓覆, 初覆 則殿座後 三公·九卿·承旨·三司 一竝入侍 議讞其生殺當否, 後 再覆 則自臣曹修啓目入啓 三覆 則一如初覆之例入侍 論奏矣. 先朝己亥冬 一次行之 而伊後 或因三公不備 或因他故 每有待明年舉行之下教 于今二十三年 尚未行之矣. 日前 自政院啓覆擇日依例入啓而自該曹詳覆完決後以啓目修入之下教, 而審決事體重大 自臣曹修啓 既無前例, 請下詢大臣處之/

予: 詢大臣

領府事 李秉模 曰: 凡係大辟之罪 法曹及諸道 雖得完決 至於覆啓 則法意至嚴 自該曹 恐不敢舉行矣.

領議政 沈煥之 曰: 該曹無舉行之例 則似當退年矣.

右議政 徐龍輔 曰: 勢不可自該曹舉行, 故自前有故之時 或有置之之命 或有待明年舉行之命矣.

教以 置之

까지 23년 동안 시행된 적이 없습니다. 일전에 승정원은 계복을 택일하여 예에 따라 입계하고 형조는 상복완결(詳覆完決)한 후 계목을 닦아 입계라고 하교하셨습니다. 그러나 심결(審決)은 사체(事體)가 중대합니다. 형조에서 수계(修啓)하는 것은 전례가 없습니다. 대신에 하순하여 처결하십시오. (밑줄은 인용자)

순조: 대신에 하순한다.

영의정 이병모; 大辟에 관계되는 죄는 刑曹와 道信들이 完決할 수 있지만, 復啓의 경우 법의가 지엄하여 형조에서 감히 거행할 수 없을 듯 합니다.

영의정 심환지: 형조가 거행한 예가 없으니 마땅히 해를 물려야 할 것 같습니다.

우의정 서용보: 사세상 형조가 거행함이 불가합니다. 그래서 전부터 이유가 있을 때는 그대로 두라는 명 혹은 명년에 거행하는 명이 있었던 것입니다.

敎: 그대로 두라.

이 기사의 초점은 상복 시행의 명을 순조가 거둬들였다는 데 있지 않다. 순조는 상복의 거행을 명함과 함께 형조가 상복을 완결하여 문안을 수계(修啓)하도록 명하였다. 그러나 대신들은 전례가 없다는 이유로 반대하였다. 상복은 의정부의 상복 및 삼복계의 순서로 진행된다. 재복 단계에서는 형조가 재복계목을 작성하여 입계하지만, 초복·삼복에서는 삼공과 구경의 대신 및 삼사의 관원이 상복에 관여하는 것이 법례이다. 형조와 관찰사는 옥안을 완결하고 결안을 받는 것까지는 권한이 있지만, 상복은 그 권한 밖이다. 그런데 순조는 이러한 법례를 따르지 않고 상복의 권한과 임무를 모두 형조에 맡기는 것 같은 뜻으로 명하였다. 순조의 명은 사실상 기존의 법례를 폐기하고 새로운 법례를 도입하는 것이었다. 이에 대해 대신들은 법례와 사체를 들어 반대한 것이다.

순조가 법례에 반하는 명을 내릴 수 있었던 것은 선대왕인 정조 시절부터 고착된 관행이 있었기 때문일 것이다. 앞서 보았듯이 삼복계는 정조 3년 겨울을 마지막으로 시행되지 않았고, 그 후 사형죄인의 심판과 재심은 형조가 관여하는 ‘심리’의 방법으로 시행되어왔다. 정조대에 편찬된 『심리록』은 그러한 ‘심리’의 기록을 편집한 것이다. 순조의 명은 선대왕 시절에 성립한 ‘심리’ 관행에 더 나아가 ‘상복’이란 명칭과 지위를 부여한다는 의미가 있었다.

(2) 삼복계를 대체하는 심리의 형식에 대한 정조의 구상

연대기 기사에서는 ‘삼공이 불비하다, 사고가 있다, 나라에 일이 많다’ 등이 삼복계 불시행의 이유로 거론된다. 그러나 과연 정조대에 정조 3년(1779) 11월을 끝으로 삼복계가 거행되지 않은 이유도 그렇게 설명될 수 있을까? 몇 차례 거르는 것은 그렇게 설명될 수도 있다. 하지만 정조와 같은 근면한 군주가 이후 20년 동안 단순히 위와 같은 이유로 삼복계 불시행 상태를 방치하였다고는 상상하기 어렵다.

삼복계와 심리에 대한 정조의 인식을 엿볼 수 있는 왕세손 시절의 기사가 있다. 영조52년(1776) 2월 왕세손이 대신들과 옥사를 의론하였다.³⁴⁾

34) 영조실록 영조52(1776) 2. 23. ○王世孫坐尊賢閣, 領左相秋曹堂上入對. 令曰: "莫重殺獄, 審慎之道, 不可以一日之內, 草草了當, 余當親自閱覽後, 可疑處更問于大臣矣." 領議政金尙喆曰: "若非三覆, 元無入參議獄之例, 此後則待回啓處之好矣." 令曰: "召大臣同參議獄, 重獄不可獨斷故也. 所達如此, 此後則回啓處之似好矣." 令曰: "各道審理文案, 大臣刑堂入對稟處之命, 余非創無例者也. 當此代理之初, 實出仰體欽恤之聖德. 而領相所達亦然矣, 其在致禮之道, 不可數數引接, 今後非三覆, 則此等文案, 在家獻議, 依大臣言施行."

왕세손이 존현각(尊賢閣)에 앉으니, 영상(領相)·좌상(左相)·추조 당상(秋曹堂上)이 입대하였다. 하령하기를, "막중한 살옥(殺獄)을 상세히 살피고 삼가는 도리로서는 하루 안에 황급히 끝낼 수 없으니, 내가 친히 본 뒤에 의심스러운 곳을 대신에게 다시 물겠다."

하매, 영의정(領議政) 김상철(金尙喆)이 말하기를, "삼복(三覆)이 아니면 본디 입참(入參)하여 옥사(獄事)를 의논한 전례가 없으니, 이 뒤로는 회계(回啓)를 기다려서 처리하는 것이 좋겠습니다."

하니, 하령하기를,

"대신을 불러 옥사를 의논하는 일에 동참하려고 한 것은 중옥(重獄)은 독단적으로 할 수 없기 때문이었다. 상달한 바가 이와 같으니 이 뒤로는 회계를 기다려서 처리하는 것이 좋겠다."

하였다. 하령하기를,

"각도에서 심리(審理)한 문안(文案)을 대신과 형조 당상(刑曹堂上)이 입대(入對)하여 품처(稟處)하라는 명은 내가 전례가 없는 것을 창시한 것이 아니다. 대리(代理)하는 처음인 이때를 당하여 실로 죄인을 신중히 살피고 불쌍히 여기는 성덕(聖德)을 우러러 본받으려는 데에서 나온 것이다. 그러나 영상이 아뢴 것도 옳거니와, 예대(禮待)하는 도리에 있어 자주 인접할 수 없으니, 이 뒤로는 삼복이 아니면 이런 문안은 집에서 의논을 올리도록 하여(在家獻議) 대신의 말대로 시행하라." 하였다. (밀줄 인용자)

영조 말년에는 병환 등의 이유로 삼복계가 시행되지 않고 있었다. 2월이면 삼복계를 거행할 때가 이미 지난 시점이었다. 이에 왕세손은 막중한 살옥안건을 하루 안에 모두 심단할 수 없으므로 본인이 미리 문안을 검토한 후 대신과 형조 당상이 입대한 자리에서 의심스러운 곳은 대신에게 물어보고 결정하겠다는 뜻으로 "각도에서 심리한 문안을 대신과 형조 당상이 입대하여 품처하라는 명"을 내렸다. 이에 대해 영의정은 삼복이 아니면 대신들이 입참하여 옥사를 의논한 전례가 없다고 하며, 회계(회계)문서로 의견을 진달하는 방안을 건의하였다.

그런데 왜 2월에 각도의 살옥심리안을 처리하였는가? 영조는 정례적인 삼복계 외에도 부정기적인 '소결' 또는 '심리'를 통해 살옥안을 처결하였다. 정식으로 소결 형식을 갖추는 때도 있었지만,³⁵⁾ 형조의 당상관이 심리문안을 가지고 입시하여 복주(覆奏)하여 처리하는 때가 더 많았다.³⁶⁾ 영조44년(1768) 11월에는 '여러 번의 심리를 통해 중한 죄수가 거의 없어서 계복할 것이 없는'(自上屢命審理故重囚殆空, 無啓覆矣) 상황에서도 형조 판서에게 명하여 문안을 가지고 들어와 복주하게 하였다.³⁷⁾ 형조 당상이 문안을 읽으면 그 자리에서 참작처분하거나 형을 가하도록 명하는 방식이었다. 정규의 복계 외에 부정기적으로 심리 시행되는 것에 대해 좌의정 한익모는 "살옥은 지극히 중한 것이지만 주상으로부터 살리게 하는 의논이 많기 때문에 혹시 요행으로 면하는 자가 많으니, 마땅히 자세히 살핌을 더할 것이며 가볍게 분간을 의논할 수 없"다고 우려를 표하기도 하였다.

위 인용된 영조52년(1776) 2월의 기사에서 거론된 살옥안 심리도 평소와 같으면 이러한 방

35) 영조실록 영조35(1759) 4. 17. "임금이 공목함에 나아가 대신과 비국(備局)의 유사 당상(有司堂上)을 불러 보고 8도(道)의 의옥 문안(疑獄文案)을 심리(審理)하였다."

36) 영조실록 영조 26(1750) 5.14. "형조 당상에게 옥안을 가지고 입시할 것과, 살려줄 만한 죄수를 감사하도록 명하다." 영조42(1766) 9. 25. "형조 판서 심수·참판 원경렴 등에게 심리 문안을 가지고 들어와 복주하라고 명하다." 영조42(1766) 11. 3. "형조 판서 심수에게 경기의 심리 문안을 가지고 입시하여 복주하라고 명하다." 영조 42(1766) 11. 30. "형조 판서 심수에게 각도의 심리 문안을 가지고 입시하여 복주하게 하다."

37) 영조실록 영조44(1768) 11. 2.

식으로 시행될 수 있을 것이다. 그러나 왕세손은 옥사를 신중히 살핀다는 이유를 들어 본인의 사전 검토 및 대신의 입참을 덧붙이려 한 것이다. 삼복계나 소결, 심리 어느 것이든 “하루 안에 황급히” 끝내버린다면, 심신(審愼)의 이념에 위배될 것이다.

영조가 삼복계와 심리를 병용한 것 자체가 삼복계의 한계를 보여주기도 한다. 삼복계의 정규의 재심사절차로서 중대한 의미와 상징성을 가졌지만, 앞서 언급했듯이 어디까지나 결안을 마친 사건을 대상으로 한다. 결안에 이르지 못한 사건은 처음부터 임금 앞에 오를 기회조차 없었다. 결안을 마쳐야 했기 때문에 그 수가 많지 않았다. 영조는 말년을 제외하고 거의 매년 삼복계를 시행하려 했다. 매해 복계에 오른 인원은 대개 10명~15명, 드물게 20명을 넘을 때도 있었다.³⁸⁾ 영조22년(1764) 11월 복계 인원이 10명 아래로 내려오자 한편으로 다행이라 하면서 다른 한편으로 관리들의 잘못된 행태를 경계하였다.³⁹⁾ 말년인 영조39년(1763), 41년(1765)에는 복계 인원 단지 3~4명이었고,⁴⁰⁾ 44년(1768), 45년(1769)에는 복계할 죄인이 없었다.⁴¹⁾ 39년(1763) 11월 삼복계에 오른 사형수가 3인뿐인 것에 처음 있는 일이라고 기뻐하면서 “형조에 명하여 중외(中外)의 죄수들 가운데 의심스러워 결단하지 못한 채 오래도록 체옥(滯獄)된 자들은 모두 문안(文案)을 가지고 와서 아뢰어 결단하게 함으로써 영어(囹圄)가 텅 비게 하였다.”⁴²⁾ 영조 역시 삼복계의 한계를 알고 심리를 병용하고 있었던 것이다.

이상과 같이 심리는 한편으로 자연재해나 나라의 경사에 따른 특별재심절차로서 다른 한편으로 정규적인 삼복계의 한계를 보완하는 수단으로 이용되었다. 정조는 심리를 삼복계를 대체하는 정규적인 사형사건 심판 방법으로 만들었다.

앞서 보았듯이 정조 3년(1779) 11월 거행된 삼복계가 정조대 처음이자 마지막 삼복계였다. 그런데 정조는 이미 심리를 이용하고 있었고, 무엇보다 왕세손 시절의 구상을 실천으로 옮겼다. 즉, 대신과 형조당상이 입시하여 논단하는 방식의 심리이다. 삼복계 참가 인원 중 실질적으로 중요한 대신과 형조당상만 참여하는 방식이라는 점에서 ‘약식 삼복계’라고도 할 수 있다.

정조 2년(1778) 12월 27일 정조는 서울과 지방의 살옥심리에 대신이 함께 입시할 것을 명하였는데, 그 날은 다른 일로 살옥심리는 시행되지 않았다.⁴³⁾ 한 달 후인 정조 3년(1779) 1월 30일 희정당에서 거행된 심리에 영의정, 좌의정, 형조판서·참판·참의, 도승지, 부승지가 입시하여 각 도의 살옥안을 심리하고 판부를 내렸다.⁴⁴⁾ 정조 6년(1782) 12월 23일 성정각에 삼정승과 형조 당상관, 좌·우부승지가 입시하여 지방 살옥안 심리가 시행되어 5명에 사형을 면하는 판부가 내렸다.⁴⁵⁾

그러나 종래의 심리 방식도 사용되었다. 정조 5년(1781) 1월 서울과 지방의 사형죄 사건을

38) 영조20(1744) 12. 13. “덕이 없는 이 사람이 임어한 이후로 세말(歲末)에 계복(啓覆)이 언제나 10건이 넘었는데, 금번에는 24건이나 많은 데에 이르니,”

39) 영조22(1746) 11.19. “내가 부덕하여 임어한 지 몇 년이 되었는데도 교화가 행해지지 않아서 한 해 동안의 여수(慮囚)가 10여 명에 이르렀으니, 마음에 늘 개탄을 하고 있었다. 다행히 오늘날의 여수는 열 숫자 안에 들기는 하였으나, 이것이 어찌 감옥에 가둘 죄수가 없어서 이러한 것이겠는가? 법의 기강이 해이하고 관리가 안락과 재물만을 탐하여 이러한 것이다.”

40) 영조39(1763) 11.24., 영조41(1765) 11.21.

41) 영조45(1769) 10. 9.

42) 영조39(1763) 11.24.,

43) 승정원일기 정조 2(1778) 12.27.

44) 승정원일기 정조 3(1779) 1.30.

45) 승정원일기 정조6(1782). 12. 23.

심리하여 26명이 사형을 면하였는데, 이때는 형조당상과 대신들이 입시하지 않고 형조의 회계에 판부를 내렸다.⁴⁶⁾

3. 심리에 관한 규칙과 녹계제도의 정비

삼복계를 대신하여 심리가 활용됨에 따라 새로운 과제에 직면하게 된다. 삼복계의 대상사건은 그 수도 적을뿐더러 사건기록과 문안 자체도 그간 수차례의 검토와 수정을 거치며 어느 정도 체제가 잡히고 정돈되게 마련이다. 그러나 심리의 대상에는 ‘결안을 마친 사건’이라는 제한이 없다. 일차적으로 임금에게 보고되고 형조의 검토를 거친 사건이 될 것이다. 지방의 사건의 경우 관찰사가 녹계한 사건이 대표적이다. 각 도에서 올라온 녹계문안이 “1백 수십 도”에 달할 정도 많았다.⁴⁷⁾

정조 3년(1779) 1월 30일의 심리 시 형조판서는 “8도의 심리는 근래 처음으로 크게 거행되기 때문에 각 도 옥안의 상제·간략함이 서로 같지 않고 규칙이 제각각이므로 한 번 정식을 정할 필요가 있다”고 아뢰어 정조의 지침을 받았다. 정조는 다시 6년(1782)⁴⁸⁾ 추가로 옥안수계에 관한 지침을 주었다. 이렇게 해서 추관지에 실린 각 도의 심리계목규식(審理啓目規式)⁴⁹⁾이 마련되었다.

정조 7년(1783)에는 이미 결옥한 안건을 사후에 고열하는 편의를 위해 의금부·형조의 결옥안과 계목을 주기적으로 초록·녹계·등록하여 책으로 묶을 것을 명하였다. 또한 사형의 중한 죄수에 대해 판하에 따라 각 도에서 재조사를 하는 때는 반드시 관찰사가 친히 조사한 후 계문하는 것을 정식으로 삼게 하였다.⁵⁰⁾

정조 8년(1784)에는 전년에 명한 결옥안 작성의 예를 지방으로 확대하였다. 서울의 죄수는 완결된 후에서 형조에 문안이 있어 항상 열람이 가능하나, 지방의 옥수는 한번 녹계한 후에 다시 참고할 방도가 없기 때문이었다. 이에 각도에서 녹계한 사죄안건을 분류·등사하여 책자를 만들어 1건은 입계하고 1건은 형조에 올리도록 하였다.⁵¹⁾ 아울러 지방의 녹계문안에 대한 형조 내부의 검토 및 부생(傳生)과 난상(爛商)의 분류와 표시 방법을 하교하였다. 특히 형조 낭관은 장래 지방관이 될 사람이므로 그 능력을 관찰하고 식견을 기르게 한다는 취지에서 원문안에 대해 먼저 낭관이 검토하여 의견을 붙이도록 하였다.⁵²⁾

정조 9년(1785) 4월에는 지방의 사죄안건 체목을 만들어내는 두 가지 폐단을 없애기 위한 대책이 마련되었다.⁵³⁾ 하나는 관찰사가 녹계하지 않은 죄인의 경우 형조와 왕의 심사를 받지 못한 체 체옥되는 폐단이다. 이에 대해 형조가 각도에 신칙하여 아직 녹계되지 않은 중죄수의 안건을 거듭 고열한 후 녹계할 조목, 소방(疏放)할 조목, 미녹계 조목으로 분류하여 장문을 올리도록 하였다. 실제로 19세의 장계등록을 보면 각 도의 사형수 심리를 시행할 때 이 같은 내용의 하교나 계하가 형조의 관문을 통해 각 도로 하달되었음을 알 수 있다.

46) 일성록 정조 5(1781) 1. 22.

47) 정조실록 정조8(1784) 3. 27.

48) 승정원일기 정조 3(1779) 1.30., 秋官志 권2 詳覆部 啓覆 (重補)獄案修啓.

49) 秋官志 권3 詳覆部 審理 上 (補)審理狀啓規式.

50) 秋官志 권2 詳覆部 啓覆 (重補)獄案修啓.

51) 秋官志 권2 詳覆部 啓覆 (重補)獄案修啓. 정조실록 정조8(1784). 3. 14.

52) 정조실록 정조8(1784). 3. 27.

53) 정조실록 정조9(1785) 4. 10.

다른 하나는 녹계된 죄인이 체옥되는 폐단이다. 녹계된 죄인에 대해서는 “한번 등문(登聞)하면 영구히 철안(鐵案)으로 만드니, 만일 심리하라는 명령이 없으면 혹을 거론하는 일도 없다.”⁵⁴⁾ 예를 들어, 어떤 죄인에 대해 관찰사의 녹계, 그에 대한 형조의 복계를 거쳐 ‘해당 죄인은 죄증이 명확하고 이미 자백하여 진상이 규명되었고 재론할 여지가 없다’는 판단을 받은 사건은 이후 특별히 ‘심리’의 명이 없는 한 관찰사가 “철안(鐵案)”으로 단정하여 방치하고 관심을 주지 않는 것이다. ‘녹계되는 것이 오히려 녹계되지 않는 것보다 못한 문제’를 교정하기 위해 정조는 관찰사가 교체될 때마다 신임 관찰사가 도내의 녹계문안을 재검토하는 것을 의무화하는 것이다. 이는 “각 도에서 녹계한 죄인은 신임 관찰사가 부임한 뒤에 문안을 자세하게 살펴 만약 살려 줄 단서가 있으면 녹계한 내용을 고쳐 임금에게 장계로 보고하며, 살려 줄 단서가 없어도 임금에게 없다고 장계로 보고해야 한다. 기한을 넘기도록 임금에게 장계로 보고하지 않은 경우에는 형방승지(刑房承旨)와 형조가 문서로 아뢴다”는 수교로 정식화되고 대전통편의 법문이 되었다.⁵⁵⁾

참고로, 헌종 1년(1835) 6월에 새로운 내용이 추가되었다. 신임 관찰사는 부임 후 3개월을 기한으로 심리하여 중수(重囚)의 옥안은 이미 녹계된 것과 아직 녹계되지 않은 것을 불문하고 일일이 자세히 조사 심구하여 용서할 점이 있으면 논리 계문하도록 한 것이다.⁵⁶⁾

4. 심리를 통한 실질적 소결

정조대에 소결도 중대한 변화를 겪는다. 삼복계가 이미 시행되지 않는데, 소결만 초복·삼복과 유사한 의례를 갖추어 시행될 수 없기 때문이다.

정조 1년(1777) 5월 11일에 여정당에서 의례를 갖춰 소결이 거행되었다. 정조 6년(1782) 12월 3일 거행된 소결도 삼공과 의금부·형조·이조·병조의 소결 담당 당상관들이 입시하여 거행되었다.⁵⁷⁾ 그런데 정조 1년에 거행된 소결과 같이 “의례를 갖추어 거행하는 소결은 무오년(영조 14, 1738) 후 처음”이라고 하였다.⁵⁸⁾ 그렇다면 영조 14년 이후 소결이 전혀 시행되지 않았다는 것인가? 그렇지 않다. 약식의 소결이나 심리를 통해서도 소결의 실질을 거둘 수 있었다.

정조 21년(1797)년 심한 가뭄을 맞이 정조는 심리의 시행을 명하였다. 5월 18일 정조는 각도의 옥안(獄案) 52건에 대해 판하하면서 다음과 같이 하교하였다. 전반부는 이미 앞에서 인용하였으나 중요한 논점이 담겨 있어서 재차 인용한다.

54) 정조실록 정조9(1785) 4. 10.

55) 대전통편 형전 잡령 [各道錄啓罪人]

56) 일성록 헌종1(1835, 을미) 6. 20. 「飭京外獄囚審理疏放」

左議政 洪奭周啓言 恤刑獄 伸冤枉 實爲王政之要務 而 初服維新之治 尤當以導和布德爲先 且 今赦令屢降 凡在疏放廢錮之籍 率多蒙曠蕩之典 而 唯是京外重囚之久繫囹圄者 獨無舉論於審理疏決之政 彼其情犯無疑 罪案明白者 固無可論矣 許多滯囚之中 又安知無橫罹之抱冤者乎 況於其間 又有罪名之初不甚重 而或以他審之干連 或因查事之稽遲 經年閱歲 漠然無生出之期者 似此之類 尤足傷和 道臣新莅後 審理修啓 係是應行之常規 而 近亦鮮有舉行者 久矣 今宜另加申飭 將重囚獄案 毋論已錄啓未錄啓 一一細加查究 如有情法之可以容議者 許令論理啓聞 以俟裁處 至於輕囚之久滯者 使之劃即疏放 秋曹獄囚 亦令準此舉行 而 外道讞啓 竝以關到後 三朔爲限 請毋或過期遲 延大王大妃殿 從之

57) 일성록 정조6(1782, 임인) 12. 3.

58) 일성록 정조1(1777, 정유) 5. 11. 「御興政堂行疏決」

予曰: 疏決 幾年後 初有乎.

國榮曰: 備儀舉行 則戊午年後 初有矣.

"조정의 거조는 각기 체계가 있다. 소결하는 것과 심리하는 것이 녹수(錄囚)하고 심형(審刑)하는 일은 같지만, 소결은 법복(法服)으로 편전(便殿)에 나아가 대신·법관·삼사가 각각 사죄(死罪) 및 도류(徒流)의 안(案)을 가지고 등연(登筵)하여 매번 한 가지 안에 대하여 읽기를 마치면 두루 여러 사람의 의논을 묻기를 한결같이 계복(啓覆)하는 예와 같이 하며, 심리는 서울과 지방의 사형수를 녹계(錄啓)한 안에 나아가 그대로 둘 자[仍推]와 가볍게 해 줄 자[傳輕]를 형관이 본사에 모여 논계하면 조목에 따라 판하하는 것이다. 그런데 요즈음 가뭄이 심하기 때문에 답답함을 소통시키고 억울함을 살피는 행정을 집행하려고 하는데 마침 부수찬의 상소[堂疏]까지 있어 마음이 확고하게 되었다. 그러나 위의 항목의 소결과 심리는 너무 지나친 것 같으므로 우선 추관(秋官)에게 명하여 서울의 죄수로 살려주어야 할 자들을 대신(大臣)에 문의하여 계문(啓聞)하도록 하였다. 좌재(坐齋)가 내일 있을 것인데, 지방의 죄수에 대한 여러 안은 형세로 보아 미처 하지 못할 것이니, 번열(反閱)하던 때에 일찍이 해야했던 것으로 써서 내리게 하라. 이것을 여러 도에 분부하도록 하라."⁵⁹⁾

밑줄 부분이 주목된다. 정조는 전반부에서 소결과 심리의 방식에 대해 말한 후 후반부에서 그러한 소결과 심리의 방식이 지나친 것 같으므로 먼저 형조 관원에게 명하여 살려주어야 할 죄인들은 대신에게 문의하여 의견을 듣도록 하였다. 같은 날 판하한 심리안에 대한 형조계목 중에는 형조 낭관을 보내 각 대신에 문의한 결과가 기록되어 있는 것이 있다.

이 방법은 정조가 5월 12일 이미 명해둔 것이었다. 소결의 시행을 청하는 부수찬의 상소를 가납하면서 정조는 “죄인의 녹계하는 일에 조정에 격레가 있고 지금은 소결과 심리를 거행하는 때가 아니므로, 근일 경외의 녹계사형수의 옥안을 책상위 올려보고 반복하여 고열하였으나 아직 의심을 일으키는 단서를 얻지 못했다”고 하며 다음과 같이 하교하였다.

“심리와 소결함이 잠시 거창하다 하나 (소결이란) 이름이 없어도 그 결실이 있다면 어찌 화기(和氣)를 이끄는 단서가 되지 않겠는가? 의문이 있는 옥안이 있으면 형조의 당상 중 본사에 입직하는 자가 정밀하게 궁리하는 것 역시 응행하는 격레이다. 근일 가뭄이 서울 부근이 먼 지방보다 심하다. 더욱 몸가짐을 바르게 하고 반성하는 마음이 절실하다. 오늘부터 형조의 당상들은 형조에 모두 회동하여 먼저 서울의 죄수중 결안·완결·미성옥(未成獄)된 부류에 대해 충분히 의문의 단서를 집어낸 후 대신에 문의하여 의견을 갖추어 초기(草記)하라. 경기도의 옥안 중 이미 녹계된 것, 아직 녹계되지 않은 것, 성옥했으나 완결에 이르지 않은 것, 장계를 올렸으나 성안에 이르지 않은 것은 관찰사가 소상히 살펴 마땅히 즉시 결처하고, 이미 녹계한 것에서 만일 살릴 만한 조건을 잡았다면 그 계락을 단자에 초록하여 대령할 것을 경기감영에 분부하라.”⁶⁰⁾

59) 정조실록 정조21년(1797) 5. 18., 일성록 정조21(1797) 5. 18.

... 朝廷舉措 各有體段 疏決也 審理也 同是錄囚 恤刑之舉 而 疏決 則法服臨殿 大臣·法官·三司 各持死罪及徒流之案登筵 每讀訖一案 遍詢僉議 一如啓覆例 審理 則 就京外死囚錄啓之案 仍推與傳輕者 刑官會于本司論啓 則逐案判下. 近因亢暘早旱 欲行疏鬱 審枉之政際 有堂疏 掣然於心 而 上項疏決與審理 近於張大 先命秋官 以京囚之可議生科者 議大臣啓聞 而坐齋在明 外囚諸案 勢未及爲 以嘗所料 定於反閱之時者書下 分付諸道

60) 일성록, 정조21(1797) 5. 12.

... 至於錄囚一事 朝廷自有格例 疏決與審理 姑非其時 所以自昨日 收置京外錄啓死囚之案 於案上 紬繹反復 未得起疑之端. 仍教曰, 審理疏決 姑張大 無其名而有其實 則豈不爲導和之一端乎. 凡有疑案 刑曹堂上之省記入直於本司 聚精究理 即亦應行之例也. 近日旱氣 近京處甚於遠道者, 尤切兢懼修省之思. 自今日 刑曹該堂 齊會該曹 先從京囚之已結案已完決未成獄之類 拈其十分疑端然後 就議大臣具意見草記. 京畿之已錄啓未錄啓 及成獄而未及完決者 發狀而未及成案者 道伯消詳看閱 宜即決處 錄

대신에 문의하여 의견을 갖추는 것은 소결과 심리의 장점을 절충한 것이라 할 것이다. 의례를 갖춘 소결은 여러 신하의 의견을 듣고 의논할 수 있지만, 번잡하다는 단점이 있다. 이때 심리한 안건 101건에 달했는데, 많은 권원을 한 날 한 시에 입시케 하여 이 많은 사건을 심의하기도 어려울 것이다. 반면, 심리의 방법은 간편하기는 하지만, 형조 관원들의 검토의견과 문안에만 의존한다는 문제가 있다. 정조가 지시한 방식은 판단이 어려운 사안에 대해 사전에 삼공의 의견을 구하여 심리계목에 기재하게 함으로써 실질적으로 삼공이 입시하여 의견을 개진하는 것과 같은 효과가 있었다.

흥미롭게도 승지 김달형은 “이번 심리는 소결의 예를 썼습니다.”라고 말하였다.⁶¹⁾ 조보(朝報)에 이번 심리의 문안과 판부를 어느 정도까지 옮겨 적을지를 놓고 김달형은 ‘소결의 예’를 썼으므로 마땅히 심리안과 판부의 글자 하나하나를 전사하여야 한다고 아뢰었다. 정조는 이번 심리안과 판부는 조보(朝報)에 일일이 전부 옮겨적을 필요가 없다고 하교한 바 있었다. 101건에 달하는 심리문안과 판부를 조보에 전사하다가 혹시 오탈자가 발생하는 경우 조보담당 관리가 벌을 받게 될 것인데, 흠흠을 위해 한 일이 조보담당 관리에게는 고통을 가져다 줄 수 있다고 보았다. 정조는 당초의 하교를 유지하였다.

그러나 심리에 소결의 예를 썼다는 자체에 특별한 의미를 부여할 필요는 없을 것이다. 그보다는 소결과 심리가 그 거행방법이 다르다는 인식의 장벽을 허물어버린 것에 더 큰 의미가 있을지도 모른다. 심리는 비록 엄밀한 의미의 소결이 아니지만 소결을 실질을 거둘 수 있다는 것이다.

순조대 이후의 논의를 보면 소결의 격식성에 대한 인식이 희박해 진 것 같다. 이제 소결은 그 수행 형식보다는 그 실질과 결과를 가리키는 말이 되었다. 순조9년(1809) 5월 가뭄을 당하여 순조는 “다른 때 심리의 정사를 늦춰서는 안 되지만, 답답함을 풀고 억울함을 살피는 정사[疏鬱理冤之政]가 금일 매우 시급하다. 승정원은 형조에 신칙하여 옥안을 심리하고 계문하여 소결하라”고 하였다.⁶²⁾ 순조24(1824) 가뭄을 당하여 19월 사간 김철원(金喆遠)은 “근래 형옥이 적체되었으나 소결을 행하지 않아 감옥 속에 답답함과 원통함이 쌓였다”고 하며 “심리 특명”할 것을 청했고 왕세자는 “심리”를 시행하라 하였다.⁶³⁾ 헌종 8(1842) 5월에는 “서울과 지방의 경수(輕囚)로서 체수된 자는 즉시 소결하고, 중수(重囚)는 녹계와 미녹계를 불문하고 일체 심리할 것”을 명했다.⁶⁴⁾

순조26년(1826)년 3월에는 유배형과 도형의 죄인에 대한 소결 심리를 위한 일정한 기준이 마련되었다. 도형죄인, 무덤을 사굴한 죄인, 살옥으로 작쳐된 자와 간련 범인, 공화를 함포한 죄인, 잡범, 사학죄인 등 유배죄인의 경우 죄의 종류·경중·정상, 유배기간에 관한 일정한 기준을 제시하고 죄인이 혁심(革心)하였는지 등을 따져 소결하도록 하였다. 예를 들어 살옥으로 작쳐된 자(감사정배된 자)와 살옥간련범인은 계미년(1823년) 이전에 정배된 자에 한하여 본래의

啓者 如獲可活之條件 單抄概略 來待事 分付畿營.

61) 일성록 정조21(1797, 정사) 5. 22. 命今番審理獄案只以營邑之臣罷拿及烈行施褒之判下出朝報 承旨 金達淳 啓言: 今番 京外獄案 審理判付 爲一百一度, 而以其朝報傳寫之際 易致誤字落書之弊, 故伏承 不必盡頒之下教, 第伏念 今番審理 既用疏決之例, 文案判付 亦當一一謄頒矣.

敎以: 朝報吏 亦人耳. 百餘度判付 使之盡謄 若有誤落 而徒被各該司之鞭朴, 則憫旱恤囚之舉 適爲渠輩宛轉呻吟之苦 渠輩豈可堪乎. 依初下敎 勿爲全錄, 只以營邑之臣罷拿 及烈行旌褒之判下 出朝報.

62) 일성록 순조9년(1809). 5. 19. ...審理之政 雖在他時不可緩也 而 疏鬱理冤之政 尤急於今日 令政院申飭秋曹 審理獄案啓聞疏決.

63) 일성록 순조24(1824). 10. 16. 「司諫 金喆遠疏請刑獄審理賜批」

64) 일성록 헌종8(1842) 5. 20. 「命京外輕囚并疏決重罪一體審理」

옥사의 옥정을 상세히 고찰해야 한다.⁶⁵⁾ 후대의 왕들도 이를 선례로 삼아 유배죄인에 대한 소결을 시행할 때 일정한 기준을 설정하였다. 철종5년(1854) 5월 17일에는 살옥작처자는 본래의 옥정을 고열하고 범한(犯限)이 10년 이상. 타인의 명예를 더럽혀 그 타인을 사망에 이르게 한 자(汚人名節致命), 위협·핍박을 가하여 자살하게 만든 자(威逼自裁)는 7년 이상, 살인의 원모자 및 간련인은 5년 이상이 되어야 한다.⁶⁶⁾

Ⅲ. 19세기 심리기록을 통해 살펴본 보통살옥사건의 현황과 처리 실태

본장에서는 일성록과 추조결옥록에 수록된 살옥사건 심판기록을 활용하여 살옥안 조사·심리의 실태를 살펴볼 것이다. 본격적인 논의에 앞서 기록의 현황에 대해 언급하고 넘어갈 필요가 있다. 순조~철종대에는 살옥안을 포함하여 형조가 처리·관여한 형옥에 관하여 가장 기본적으로 중요한 자료원은 일성록이다. 일성록과 추조결옥록의 기록을 대조하면 동일한 사안이 양쪽에 모두 실려 있는데, 대체로 내용이 동일하지만, 일성록의 기록이 매우 소략한 경우 추조결옥록상 기록이 더 자세하다. 문제는 추조결옥록이 결락된 부분이 많다는 점이다. 현존하는 43책 중 24책이 고종대의 것이다. 추조결옥록은 순조와 헌종대의 경우 순조대 3년치(1822, 1830, 1834), 헌종대 3년치(1843, 1845, 1848)만 전해진다. 철종대와 고종대의 기록은 비교적 양호하다. 철종대는 철종1(1850)과 철종11(1860)의 두 해 분량이 없다. 순조~철종대의 경우 일성록의 기록이 촘촘하여 거기에서 뽑아낸 사건기록은 시계열적·수량적으로 분석하는 데 무리가 없을 정도이고 당시 실제로 취급되었을 사건수에 근접할 것으로 추측된다. 추조결옥록은 고종대의 경우 5년치(고종4=1867, 고종9=1876, 고종13=1876, 고종23=1886, 고종24=1897)가 남아 있지 않다. 그러나 고종대에는 일성록으로 보완하는 것이 불가능하다. 즉위 초기를 제외하면, 고종대에는 통상적인 형옥 관련 기록이 일성록이 실리지 않는다. 추조결옥록이 유일한 자료이지만, 빠진 부분이 많다. 따라서 고종대의 경우 현존하는 사료만으로는 어쩔 수 없이 공백이 발생한다. 고종대의 경우 이러한 문제가 있다는 점에 주의를 바란다.

1. 보통살옥 심리기록의 현황 및 인원수 추산

[표 1]은 일성록과 추조결옥록에서 일반살옥사건의 녹색·복색 기타 심리기록을 추출하고 죄인 1인 당 1건의 기록으로 환산하여 연도별로 집계한 것이다. 순조대 1,809건, 헌종대 923건, 철종대 1,417건, 고종대 1,078건 총 5,227건이다.

앞으로의 논의를 위해 참고사항을 몇 가지 말해둔다. 서론에서 밝혔듯이 보통살옥죄인을 대

65) 일성록 순조26(1826) 3. 7. “命秋曹疏放罪人等革心與否詳知後更爲草記”

66) 일성록 철종5(1854) 5. 17. “命各道徒流案中付籤人放送”...殺獄酌處 考閱本獄之情 犯限以十年以上 汚人名節致命 威逼自裁 七年以上 殺獄原謀及干連 五年以上

상으로 한다. 강상범죄, 강도살인 기타 부대사로 처벌되는 치사범죄의 정범 및 공범은 제외하였다. 5,227건은 살육범인의 총 인원수가 아니라, 어느 날짜의 심리기사 나오는 죄인 1명을 기준으로 기록수를 산정한 것이다.⁶⁷⁾ 5,227건의 기록은 약 2690명의 살육죄인에 대한 것이다.⁶⁸⁾ 5,227건에는 동일사건의 동일죄인에 대한 기록이 여러 개 포함되어 있다. 따라서 동일인-동일사건의 기록들을 연결하면 최초로 녹색 시점의 기록부터 최종적인 단안의 기록까지 재구성할 수 있다. 아쉽게도 일성록의 심리기록은 완전하지 않다. 어디선가 끊어져 있거나 처음과 끝이 분명하지 않은 기록들이 많다.

연도	인원	연도	인원	연도	인원
순조1 1801	10	헌종1 1835	102	고종1 1864	168
1802	17	1836	22	1865	7
1803	1	1837	214	1866	15
1804	5	1838	48	1867	16
순조5 1805	6	헌종5 1839	10	고종5 1868	6
1806	67	1840	17	1869	13
1807	55	1841	16	1870	138
1808	6	1842	222	1871	10
1809	115	1843	16	1872	9
순조10 1810	51	헌종10 1844	5	고종10 1873	16
1811	14	1845	62	1874	289
1812	3	1846	27	1875	2
1813	113	1847	77	1876	×
1814	41	1848	76	1877	1
순조15 1815	19	헌종15 1849	9	고종15 1878	9
1816	6	헌종대 소계	923	1879	×
1817	16			1880	0
1818	30	철종1 1850	45	1881	1
1819	23	1851	24	1882	0
순조20 1820	41	1852	274	고종20 1883	134
1821	260	1853	201	1884	3
1822	23	철종5 1854	122	1885	0
1823	40	1855	49	1886	×
1824	23	1856	25	1887	×
순조25 1825	74	1857	248	고종25 1888	0
1826	41	1858	252	1889	4
1827	71	철종10 1859	86	1890	10
1828	114	1860	0	1891	×
1829	33	1861	67	1892	177
순조30 1830	6	1862	24	고종30 1893	50
1831	347	철종14 1863	0	고종대 소계	1078
1832	90	철종대 소계	1417		
1833	33	순조대	연평균 52		
순조34 1834	15	헌종대	연평균 62		
순조대 소계	1809	철종대	연평균 102	총계	5227

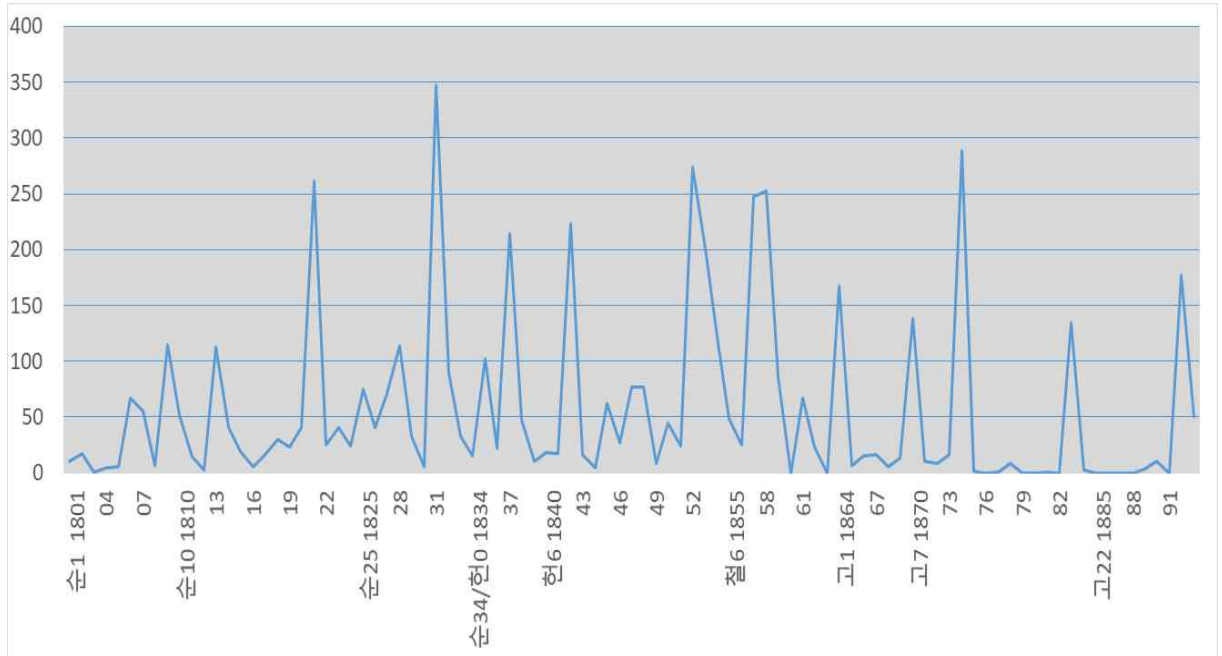
[표 5] 연도별 심리기록수 (죄인 당 1건 기준)

0: 사료는 있으나 심리기록이 없음

67) 하나의 장계나 계목에서 하나의 사건만 논단하지 않고 여러 사건의 여러 죄인들에 대한 심리안이 이어지는 경우가 있는데, 이때는 1개 사건과 죄인을 기준으로 분리하여 각각 1건으로 산정하였다. 1개 사건의 기록에서 정범과 공범이 함께 나오는 경우 죄인별로 분리하지 않고 1건으로 산정하였다.

68) 1건의 기록에 정범과 공범이 있으면 편의상 1명으로 계산하였다.

X: 당해연도의 추조결옥록이 현존하지 않음.



[그림 1] 연도별 심리인원의 추이

[표 1]과 [그림 1]에서 나타나듯이 해마다 심리인원수가 큰 차이가 있다. 이는 살옥죄인의 심판이 심리로 일원화되기는 했으나, 심리의 정기화 또는 정례화되는 못한 현실을 반영한다. 어느 해가 갑자기 심리인원수가 치솟는 이유는 그해에 소결의 일환으로 심리가 시행되어 서울과 각도의 기록계·미록계 살옥안이 일거에 심리대상이 되기 때문이다.

연도	합계	1월	2월	3월	4월	5월	6월	7월	8월	9월	1-월	11월	12월
순9 1809	115	-	-	1	-	-	75	-	-	28	-	8	3
순13 1813	113	-	-	-	14	54	12	5	-	28	-	-	-
순21 1821	260	-	-	-	-	-	-	106	104	-	50	-	-
순28 1828	114	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	114
순31 1831	347	65	109	110	35	-	-	-	-	-	13	15	-
헌1 1835	102	-	-	-	-	-	31	15	20	-	5	21	10
헌3 1837	214	-	-	-	-	21	82	97	1	-	9	1	3
헌8 1842	222	1	2	-	1	17	79	68	49	-	-	2	3
철2 1852	274	-	-	-	48	-	44	7	-	16	28	51	80
철4 1853	201	28	-	-	-	12	3	1	6	67	34	-	50
철5 1854	122	-	54	61	2	-	-	-	-	5	-	-	-
철8 1857	248	29	-	-	-	150	69	-	-	-	-	-	-
철9 1858	252	1	-	4	-	-	-	-	-	-	-	-	247
고1 1864	168	-	-	-	-	-	-	163	-	-	2	2	1
고7 1870	138	-	-	-	1	-	1	-	81	-	54	-	1
고11 1874	289	-	-	-	-	-	-	-	-	18	271	-	-
고19 1883	134	-	-	-	-	20	38	-	76	-	-	-	-
고30 1892	177	175	-	-	-	-	-	-	-	-	1	-	1

[표 6] 월별 심리 인원수 (연간 100건 이상인 연도)

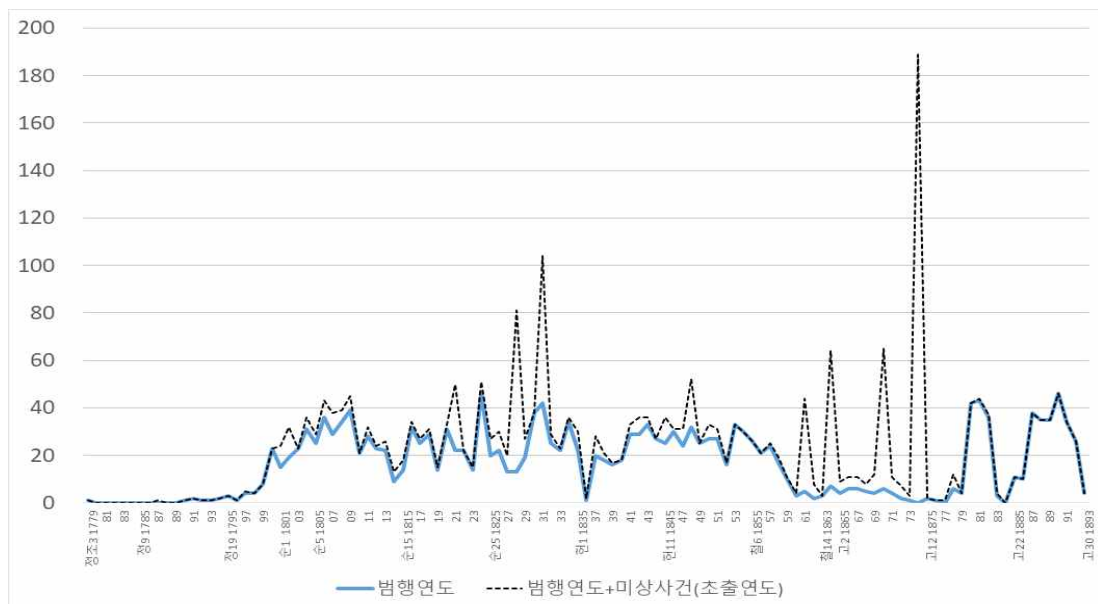
* 윤달의 인원은 전월의 인원수에 합산하였음.

[표 2]는 연간 심리기록이 100건 이상인 연도를 골라 다시 월별 심리건수를 집계한 것이다. 삼복계가 보통 겨울에 거행된다. 매년 거행된다고 해도 겨울에 몰아서 하게 된다. 심리에는 그러한 계절적 제한은 없다. 그러나 위 표에 따르면, 3~4개월 몰려 있고, 1년 내내 심리가 시행되지는 않았음을 보여준다. 위 표는 특히 대규모 소결이 행해졌던 상황을 반영하는데, 여름에 심리가 집중된 해도 있음을 알 수 있다. 가뭄이나 큰물 등 자연재해를 당하여 소결을 실시했기 때문이다. 철종 9년(1858)과 고종 11(1874)의 대규모 심리는 원자의 탄생을 경축하기 위한 것이었다. 재위기간에 비하여 철종대에 연간 심리인원이 100명을 넘는 해가 가장 많은 점이 눈에 띈다. [표 1] 하단의 연평균 심리건수도 철종대에 압도적으로 많다.

(2) 살옥범죄자의 수와 범죄 발생 시기

5,227건의 기록은 약 2690명의 죄인에 대한 것이다. 각 죄인의 기록에는 죄인의 수금 연월 일이나 성옥(成獄)된 달이 표시되어 있다. 수금일이나 성옥일을 알 수 없어도 기록에 기재된 범행시기, 범죄신고나 검험의 시기, 신추 또는 수금된 기간 등을 통해 범죄발생시점이 추정가능한 사건도 있다. 이러한 사건이 2690명(건)의 71%에 해당하는 1,916명(건)의 사건이다.

[그림 2]는 수금·성옥·검험·발생 기타 정보를 통해 범행시점을 확인·추정할 가능한 사건이 해당 연도를 범행연도로 표시한 것이다. 참고를 위해 범행시점이 미상인 사건은 해당 사건의 기록이 최초로 등장하는 연도(초출연도)를 기준으로 점선으로 표시하였다.

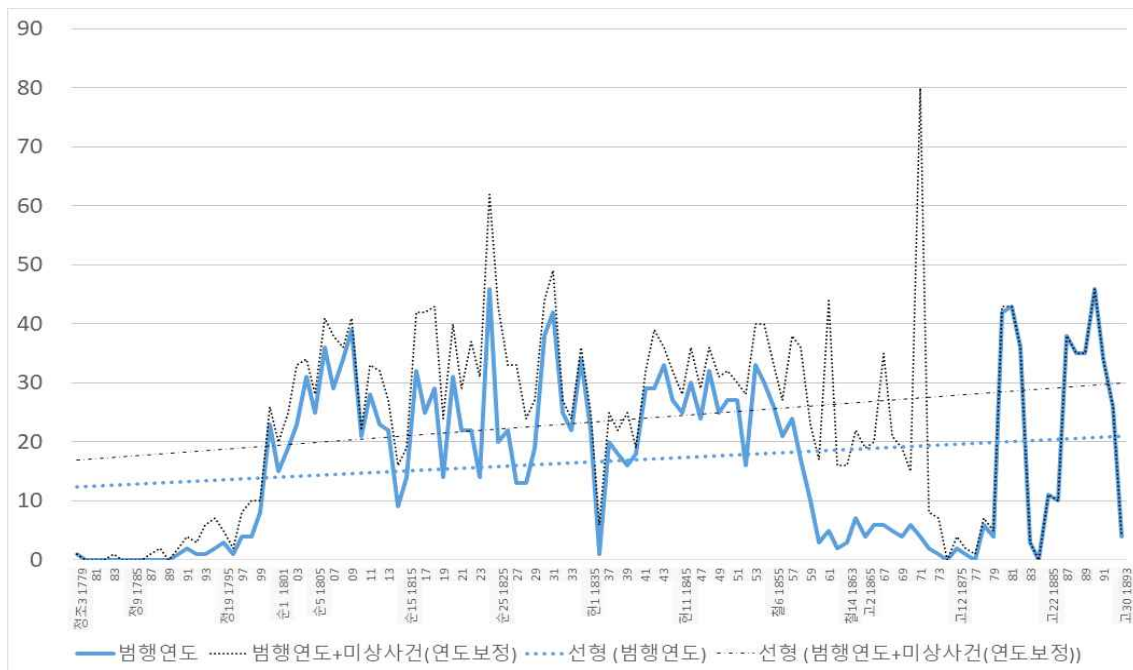


[그림 2] 연도별 살옥사건의 추이

순조대에 심리된 사건 중에는 정조대에 발생한 사건이 42건(범행연도 확인·추정가능 사건)이 있다. 가장 이른 것은 정조3년(1779)년의 것이 있지만, 대부분은 정조 24년이자 순조즉위년 1800년에 몰려 있다(22건).

범행연도를 알 수 사건의 추이를 통해서도 증감추이를 대략 알 수는 있다. 그러나 2690명의 절반 이상 범행연도가 불분명하다. 위 그림에서는 미상사건은 기록상 초출연도로 표시했는데, 초출연도 대신 보다 실제에 근접할 수 있는 연도로 보정하는 방법도 있을 것이다.

하나의 방법은, 발생연도를 알 수 있는 1,916명(건)의 경우 각각 심리·처결이 있었던 연도가 범행연도로부터 얼마나 경과했는지를 파악하고 이를 집계한 수치를 기초로 연도보정에 필요한 정보를 계산하는 것이다. 범행연도 확인·추정 가능한 사건의 각각의 심리·처결 연도가 범행연도로부터 얼마나 경과했는지 그 햇수를 구하고 집계하여, 평균값, 중간값, 최대값을 구하면, 나중에 제시하는 [표 3]과 같다. 여기서의 평균값과 중간값에 참고하여 범행연도 미상사건의 초출연도에 보정치를 덧붙이면, 초출연도로 표시할 때보다는 좀 더 실제에 가깝게 여러 해로 분포된 수치를 얻을 수 있다.⁶⁹⁾ 아래 [그림 3]의 점선은 미상사건의 초출연도를 각 왕대별·연도별로 배열한 뒤 각 왕대의 평균값·중간값에 근사하도록 보정치를 적용한 결과이다.



[그림 3] 연도별 살옥사건의 추이 (범행연도 미상사건 보정 후)

순조대에 살옥사건이 증가하여 순조25년(1825)경부터 하강하는 추세에 있다가 1870년대에 갑자기 늘어나는 모양이 된다. 1870년대 초에 사건이 급증하는 모양을 갖는 것은 1874년 10월부터 역대 두번째로 많은 289명에 대한 심리가 이루어졌는데, 심리기록에 성옥(成獄)시점이 표시되지 않은 것이 많은 데다 그 전과 후의 심리기록 자체가 부실하기 때문에 보정을 해도 위와 같은 모양이 된 것이다. 고종대의 경우 연도별 추이를 정확히 알기는 어렵지만, 살인사건의 총량 자체는 앞 시기에 못지 않다. 추세선을 보면 완만한 상승을 보이고 있다. 그러나 이는 순조대 이후의 기록만을 볼 때 그러한 것이다. 그 전의 정조대의 사건발생 추이와 연속해서 살펴보아야 한다.

69) 예를 들어, 순조대 연대미상의 초출기록들에 해당 사건이 실제로는 1년 전, 2년 전 혹은 10년 전에 발생한 것으로 가정하여 범행연도를 추계하였다. 이 때 순조대의 평균값과 중간값에 근접하도록 범위와 분포를 정하여 보정치의 집합을 만들고 이를 순조대의 초출기록들에 무작위 순으로 적용하였다.

정조대의 살육사건 기록은 『일성록』과 『심리록』을 통해 얻을 수 있다. 심재우 교수의 선행 연구에서 심리록에 기록된 1,112건의 사죄사건의 성옥연도 및 연도별 분포를 분석한 바 있다.⁷⁰⁾ 감사하게도 심재우 교수로부터 심리록 통계분석 데이터를 제공받았다. 해당 자료에서 필자의 분석대상인 보통의 살육사건(총 989건)을 추출하고, 살육죄인 중 순조대 이후의 기록에도 나오는 자를 확인·제거하는 작업을 거쳐, 필자의 통계자료와 합쳐보았다. 시점은 정조 즉위년(1776)으로 잡았다.⁷¹⁾

연도	성옥 등 연도 확인가능 (A)	A+ 미상사건 (연도보 정)	연도	성옥 등 연도 확인가능 (A)	A+ 미상사건 (연도보 정)	연도	성옥 등 연도 확인가능 (A)	A+ 미상사 건(연도 보정)	연도	성옥 등 연도 확인가능 (A)	A+ 미상사 건(연도 보정)
정0 1776	13	13	순5 1805	25	28	헌1 1835	22	25	고1 1864	7	22
77	12	12	06	36	41	36	1	6	65	4	19
78	8	8	07	29	38	37	20	25	66	6	20
79	63	63	08	34	36	38	18	22	67	6	35
정4 1780	23	23	09	39	41	39	16	25	68	5	21
81	93	93	순10 1810	21	22	헌6 1840	18	19	69	4	19
82	55	55	11	28	33	41	29	32	고7 1870	6	15
83	74	75	12	23	32	42	29	39	71	4	80
84	89	89	13	22	27	43	33	36	72	2	8
정9 1785	64	64	14	9	16	44	27	32	73	1	7
86	11	11	순15 1815	14	19	헌1 1845	25	28	74	-	-
87	27	28	16	32	42	46	30	36	고12 1875	2	4
88	8	10	17	25	42	47	24	29	76	1	2
89	74	74	18	29	43	48	32	36	77	-	1
정14 1790	86	87	19	14	24	49	25	31	78	6	7
91	9	11	순20 1820	31	40	소계	349	421	79	4	5
92	10	12	21	22	29	철1 1850	27	32	고17 1880	42	43
93	21	26	22	22	37	51	27	30	81	43	43
94	49	54	23	14	31	52	16	28	82	36	36
정19 1795	22	24	24	46	62	53	33	40	83	3	3
96	24	25	순25 1825	20	43	54	30	40	84	-	-
97	76	80	26	22	33	철6 1855	26	33	고22 1885	11	11
98	34	40	27	13	33	56	21	27	86	10	10
99	36	38	28	13	24	57	24	38	87	38	38
정24 1800	43	46	29	19	27	58	17	36	88	35	35
소계	1,024	1,061	순조30 1830	38	44	59	10	23	89	35	35
			31	42	49	철11 1860	3	17	고27 1890	46	46
순1 1801	15	20	32	25	27	61	5	44	91	34	34
02	19	25	33	22	24	62	2	16	92	26	26

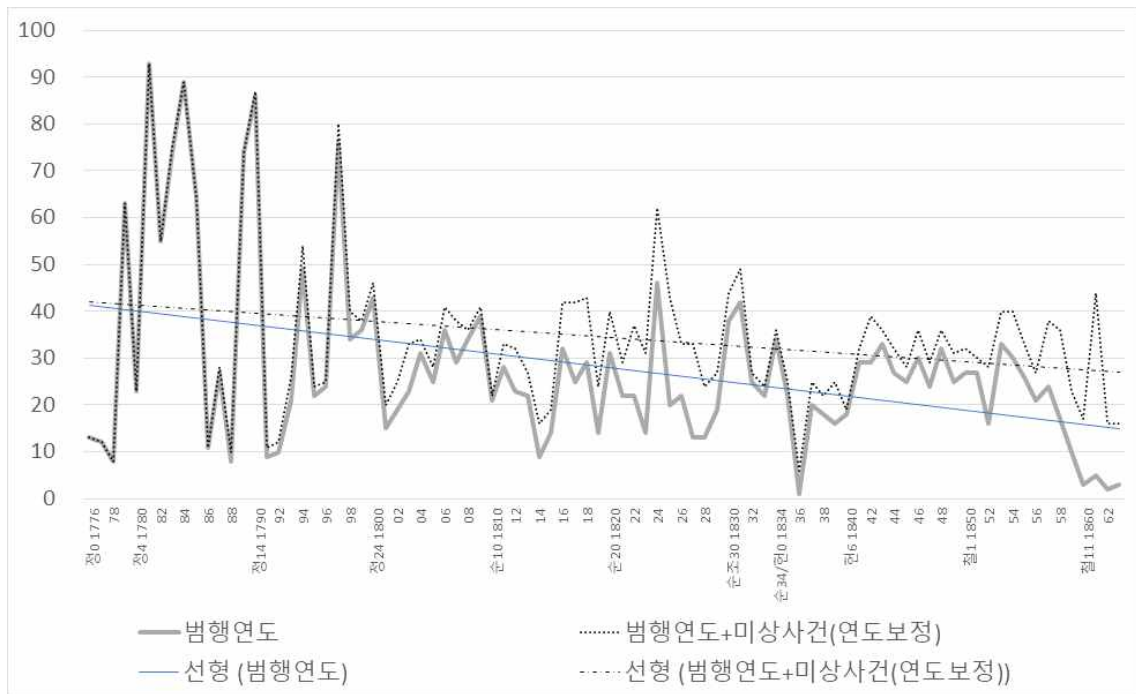
70) 심재우, 앞의 논문, 83-4면.

71) 영조대에 성옥된 살육죄인 75명은 집계에서 제외하였다.

03	23	33	순34/ 현00 1834	34	36	철14 1863	3	16	고30 1893	4	4
04	31	34	소계	851	1,135	소계	244	420	소계	421	629

[표 7] 보통 살육사건의 연도별 발생현황 (1775~1893)

[그림 4]는 정조즉위년(1776)부터 철종 14년(1863)까지 연도별 발생건수와 그 추세를 나타낸 것이다. 고종대를 배제한 이유는 1860년대 후반 이후 데이터의 연속성에 문제가 있어서 이를 반영하면 추세가 왜곡될 수 있기 때문이다.



[그림 4] 보통 살육사건의 연도별 발생현황(1776~1863)

[그림 4]를 통해 18세기 후반부터 19세기 후반까지 살육사건의 발생추이를 대략 파악할 수 있게 되었다. 순조대 이후 기록의 신빙성에 큰 하자가 없다면, 우리는 정조대 24년간이 보통의 살육사건(고의살인, 폭행치사, 상해치사, 위궤치사 등)이 가장 많이 발생하고 증가한 때라고 볼 수밖에 없다. 순조대 이후의 19세기는 1820년대의 10년간, 1840년대 중반부터 50년대 중반까지의 10년간 두 개의 봉우리를 형성하지만, 정조대의 큰 봉우리와 정점과는 비교가 되지 않는다. 고종대의 데이터가 보강·추가된다면, 1860년대부터 다시 올라가는 추세를 보이게 될 것이다.

2. 심리 후 처분의 유형 및 시기별 변화 양상

이제 심리의 결과를 살펴보자. 당시 심리 후 내려지는 처분들은 몇 가지 유형으로 나눌 수 있는데, 아래의 표에서는 크게 4가지로 분류하였다.

첫째, ‘잉추(仍推 등)’. 가장 전형적인 것은 ‘訊推得情’, ‘連加訊推’, ‘依前訊推’ 등 신추하라,

계속 신추하라는 처분이다. 해당 항목의 수치 절대다수가 ‘신추’, ‘계속신추’에 해당한다. 한편, 관찰사에게 ‘상세히 조사하여 장계로 보고하라’(詳查狀問), 혹은 형조에게 사안을 ‘대신에 문의하라’(問于大臣)라는 명이 내려지는데, 계속 조사·심의 중이라는 뜻에서 ‘잉추 등’으로 분류하여 처리하였다.

둘째, ‘감등 등’. 일반적인 것은 옥정이 의심스럽거나 공훈이 여길만한 점이 있어서 살려주거나, 가볍게 벌하거나 차율(次律)로 벌하는 처분이. 다른 하나는, 사형을 면하는 다른 율문을 적용하는 경우이다. 해당 죄인에 대해 최종적으로 일률이 아니라 그의 범죄와 관련된 본율(本律) 또는 최초의 범죄에 적용되는 율로 시행한다는 처분으로 실질적으로 감등에 해당한다고 보았다.

셋째, ‘방송’. 감경을 거치지 않고 곧바로 석방하는 처분으로 보통 ‘특위방송(特爲放送)’이란 표현이 쓰인다.

넷째, ‘결안 등’. 심리안의 내용상 완결 절차에 이른 처분들이 나오는 경우이다. 죄인이 이미 승판(承款)하였으니 ‘법례에 따라 結案取招후 품처한다’.(捧結案). 이미 결안을 받았으니 ‘법전에 따라 조율하여 의정부에 보고하여 상복을 기다리게 한다’(依法典照律 報議政府 待詳覆) 등을 가리킨다. 후술하지만, 이렇게 완결단계에 이르렀지만 실제로 완결과 형집행이 결정된 사례는 없다.

다섯째, ‘물고’. 죄수가 도중에 사망한 경우이다. 처분에 해당하지 않고 사례도 극히 적지만 달리 분류할 수 없어서 일단 독립적인 항목으로 두었다.

[표 4]와 [표 5]는 5,227건의 심리기록을 처분유형별로 분류하고 이를 각 왕대 및 10년 단위의 기간으로 구분하여 각 처분의 비율을 나타낸 것이다. 이를 그래프로 나타낸 것이 [그림 5]와 [그림 6]이다.

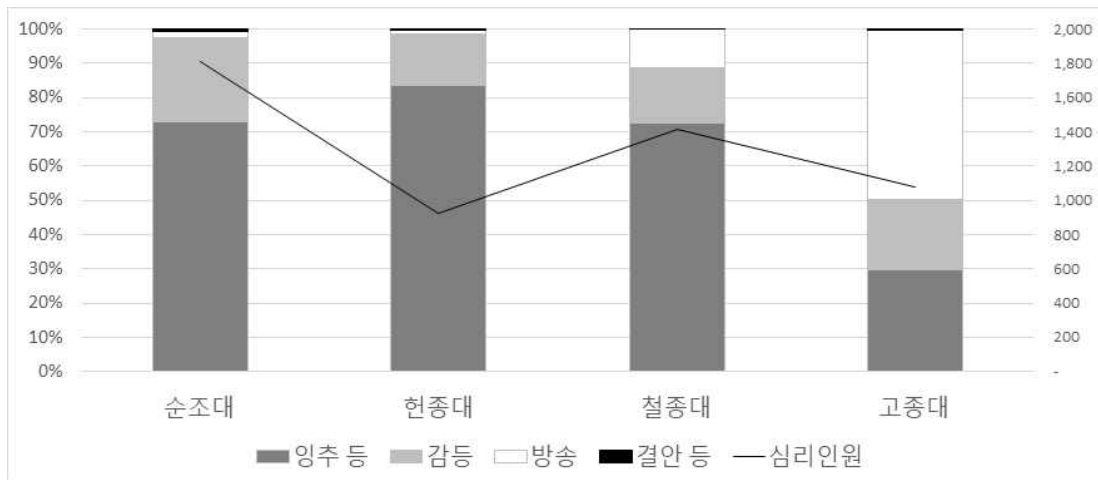
왕대	심리건(명)	잉추 등	감등 등	방송	결안 등	물고
순조대	1,809	72.7%	24.2%	2.0%	0.7%	0.4%
헌종대	923	83.2%	14.8%	1.1%	0.4%	0.2%
철종대	1,417	72.4%	15.7%	11.4%	0.1%	0.1%
고종대	1,078	29.7%	20.5%	49.5%	0.3%	0.0%
합계	5227	65.7%	19.5%	14.2%	0.4%	0.2%

[표 8] 심리 후 처분 유형 1

연대	심리건(명)	신추 등	감등	방송	결안 등	물고
1800s	282	70.9%	23.8%	3.2%	2.1%	0.0%
1810s	316	68.7%	25.3%	4.1%	0.3%	1.6%
1820s	720	75.6%	22.5%	1.4%	0.3%	0.3%
1830s	887	77.2%	21.0%	1.1%	0.5%	0.1%
1840s	527	83.1%	15.0%	0.9%	0.6%	0.2%
1850s	1,326	74.1%	13.6%	12.1%	0.0%	0.1%
1860s	316	53.2%	42.4%	3.2%	0.9%	0.0%

1870s	474	27.6%	11.2%	61.0%	0.2%	0.0%
1880-1893	379	17.2%	20.3%	62.5%	0.0%	0.0%

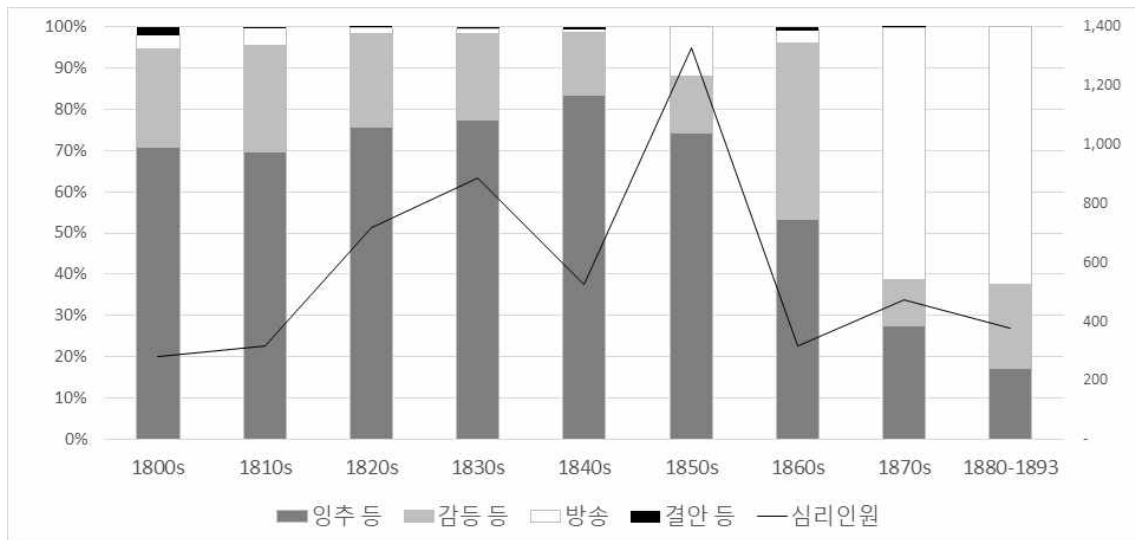
[표 9] 심리 후 처분 유형 2



[그림 5] 심리 후 처분 유형 1 (왕대별)

순조대에서 고종대까지 왕대별로 유의미한 차이가 나타난다. 실선은 재위연간에 심리한 사건(죄인)의 총수이다. 고종대에는 기록 자체에 결락에 있음은 앞에서 언급한 바와 같다. 순조~철종대는 70~80%가 영추 등으로 처분되며, 헌종대에 영추의 비율이 더 높아졌다. 가장 유의미한 차이는 '방송'의 비율이다. 철종대에 들어 즉각적인 방송의 비율이 11.4%로 갑자기 커졌다. 이는 1858년 왕세자 탄생에 따른 소결의 일환으로 거행된 심리의 결과였다.

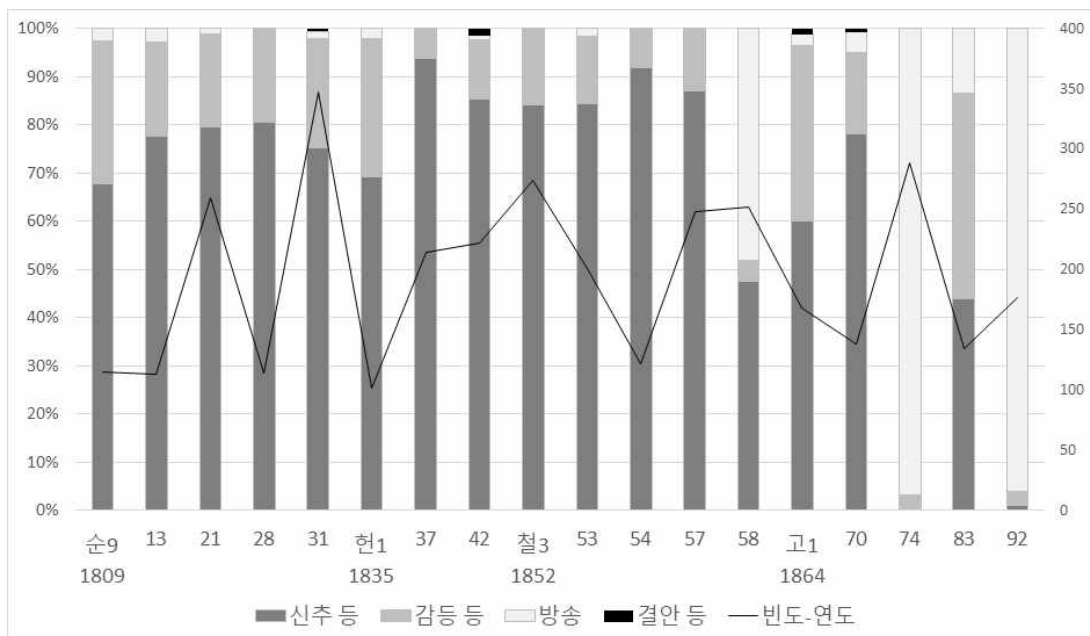
문제가 많은 것은 고종대이다. 심리안건의 거의 절반(45.5%)이 석방되었고, 여기에 감등된 것(20.5%)까지 더하면 70%의 심리에서 감등과 방송의 특전이 내려졌다. 고종대의 살육안심리가 어떤 계기(왕실의 경사)로 감등과 방송을 위해 형식적으로 심리가 행해졌음을 말해준다. 실제로 고종조의 대규모 심리시의 기록을 보면, 형조가 '계속 신추하여 목숨을 값게 할 것'을 청한 다수의 사안에서 고종은 '죄는 용서하기 어려우나 마침 경사를 맞았으니 엄형 3차하고 특위방송하라'(罪 雖難容 適值慶會 嚴刑三次 特爲放送爲良如教), '이 때에 살려주는 것은 실로 널리 경축하기 위한 것이다. 엄형 3차하고 특위방송하라(此際傳生 實出廣慶 嚴刑三次 特爲放送爲良如教). 고종대에는 몇 해에 심리건수가 몰려 있고 다른 해에는 심리건수가 극단적으로 적었다. 일성록에서는 살육심리기록이 생략되고, 추조결옥록은 결락이 있는 점, 그리고 몇 차례의 전란과 사변이 일어난 상황 등도 고려해야 하겠지만, 고종대에 비정상적으로 심리건수가 줄어드는 것은 아무래도 왕과 조정이 살육안의 심리와 처결에 큰 관심이 없지 않았나 하는 느낌이 든다.



[그림 6] 심리 후 처분 유형 2 (10년 단위)

[그림 6]은 같은 데이터를 10년 단위로 재편하여 10년간 심리건수와 처분 유형별 비율을 계산한 것이다. 1820년대와 1830년대에 심리건수가 증가하였는데, 앞서 보았듯이 이때는 순조대 이후 살육사건 발생건수가 증가한 것을 어느 정도 반영하겠으나, 그것보다는 순조21(1821) 260건, 순조28년(1828) 114건, 순조31년(1831) 347건과 같이 대규모 심리가 시행된 결과라고 판단된다.

앞의 [표 2]에서 알 수 있듯이 철종대에는 재위기간 대비 연간 100건 이상의 심리된 연도가 가장 많으며, 특히 1850년대에 몰려 있다. 이 점에 착안하여 연간 심리건수가 100건 이상인 해를 골라 처분 유형별 비율을 살펴보았다.



[그림 7] 연간 심리 100건 이상인 해의 처분 유형별 비율

전체적으로 앞의 [그림 5] 즉 각 왕대별로 처분 유형 비율을 살펴본 결과와 유사한 패턴을 보이고 있다. 순조대, 헌종대, 그리고 1858년을 제외한 철종대의 기록에서 연간 100건~350을 심리한 해에도 해당 재위연간 및 10년 단위 기간의 결과와 큰 차이가 없다. 그러나 1858년의 심리에서 심리에 오른 살육죄인의 절반 방송이 되고, 고종대인 1874년 1892년은 방송 자체가 목적인 것처럼 심리가 이루어진 것으로 보인다.

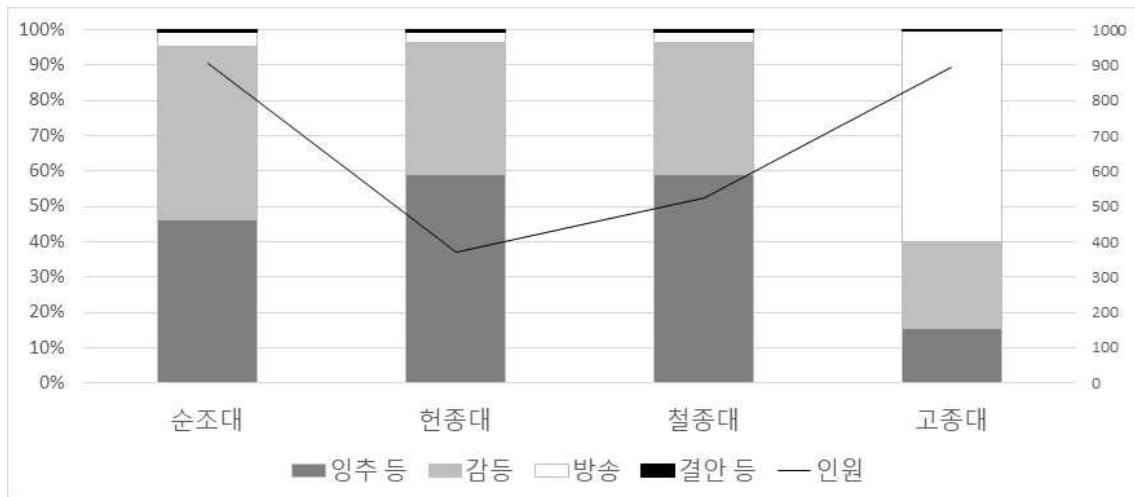
3. 각 죄인의 마지막 심리기록에 나오는 처분 유형별 비율

앞에서 살펴본 것은 동일사건·동일죄인 여부에 관계 없이 5,227건의 심리기록 전체를 대상으로 처분유형을 조사한 것이다. 이제 각 살육죄인을 기준으로 같은 방법을 적용해보고자 한다. 앞서 언급했듯이 위 건수는 약 2,690명의 죄인에 관한 것이다. 이들 죄인에 대한 마지막 기록에 나오는 처분을 집계해보았다. 마지막 기록이란 한 명의 죄인에 여러 기록이 있는 경우 최종 기록, 1개의 기록이 있는 경우 해당 기록을 뜻한다. 마지막 기록상의 처분이 ‘감등’ ‘방송’ ‘물고’ 또는 사형확정과 집행 처분이라면, 그것은 실질적으로 해당 살육사건과 죄인에 대한 최종적 처분 또는 결과를 의미한다. 그러나 앞서 보았듯이 마지막 기록이 ‘잉추 등’의 처분을 끝나는 죄인도 많다. 이후 어떤 처분이 있었을 수 있으나 현존하는 기록으로는 알 수 없다. 일단 각 죄인의 마지막 기록에 기재된 처분 유형을 이용하면 다음의 통계표와 그래프를 얻을 수 있다.

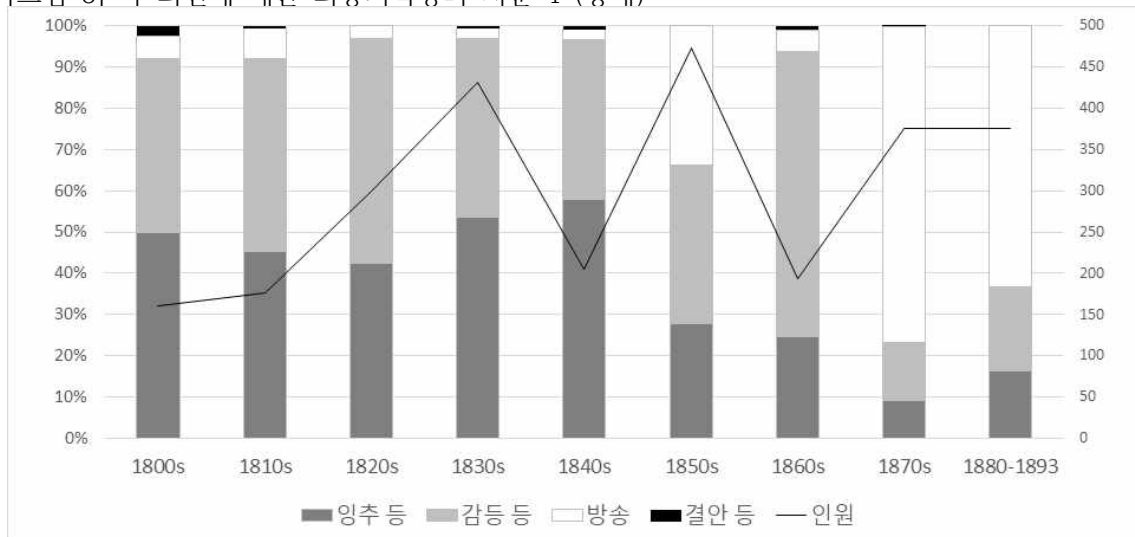
구분		합계	신추 등	감등 등	방송	결안 등	물고
순조대	빈도	903	415	438	36	7	7
	비율	100%	46.0%	48.5%	4.0%	0.8%	0.8%
헌종대	빈도	369	217	137	10	3	2
	비율	100%	58.8%	37.1%	2.7%	0.8%	0.5%
철종대	빈도	524	138	224	162	0	0
	비율	100%	26%	43%	31%	0%	0%
고종대	빈도	894	138	220	533	2	0
	비율	100%	15%	25%	60%	0%	0%
전기간	합계	2690	908	1021	741	12	9
	비율	1	33.8%	37.9%	27.5%	0.4%	0.3%

[표 10] 각 죄인에 대한 최종기록상의 처분

5,227건에 대한 분석결과와 비교하면 ‘잉추 등’ 처분의 비율이 훨씬 낮은데, 이는 당연한 결과다. 최종기록상의 처분을 집계하였기 때문에 감등·방송 등 실질적 최종처분을 받은 자의 비율이 높아지고, 반대로 ‘잉추 등’의 처분 비율은 낮아질 수밖에 없다. 아무튼 기록상으로는 2960명의 60%가 감형과 석방의 처분을 받았음을 확인할 수 있고, ‘물고’를 제외하고 다른 ‘잉추 등’, ‘결안 등’으로 처분을 받은 죄인들의 경우 기록에 나타나지 않지만 실질적인 최종 처분을 받았을 것이다.



[그림 8] 각 죄인에 대한 최종기록상의 처분 1 (왕대)



[그림 9] 각 죄인에 대한 최후기록상의 처분 2 (10년 단위)

4. 기록상 사형확정·집행 처분의 부재

(1) 극소수의 봉결안(捧結案), 대상복(待詳覆) 처분 사례

통계표와 그래프에서 알 수 있지만, ‘결안 등’의 비율이 너무 적다. 19세기 93년 동안 2690명의 죄인 중 불과 12명(0.4%)이 ‘결안 등’의 처분을 받았다. 더 중요한 것은 이 처분을 받은 경우에도 실제로 사형확정으로 이어졌는지 확인할 수 없다는 것이다.

‘결안 등’의 처분을 받은 자는 순조대에 7명, 헌종대 3명, 고종대 2명이다. 순조8년(1806) 죄인 유득명(劉得明)은 이미 수관(輸款)을 박고 상복을 기다리는 중이라는 기록으로 끝난다. 순조1(1801) 노 점금(奴占金)은 이미 자복을 하여 ‘법례에 따라 결안취복’한다는 처분으로 기록이 끝난다. 순조6년(1806) 이소득(李小得), 순조14년(1814) 박재수(朴再修)에 대한 최종 기

록도 마찬가지다. 순조4년(1806)에 ‘依例結案稟處’로 처결된 박대숙(朴太叔)은 1806년의 심리계목에서는 결안을 받았으며 형조에서 조율하여 의정부 보고, 상복을 시행한다는 처분으로 기록이 끝난다. 순조22(1822)년 홍수명(洪壽命)에 대해서도 ‘법례에 따라 결안을 받았으니 조율하여 의정부에 보고, 상복을 시행’하기로 했는데, 10년 후인 순조32년(1832)의 마지막 형조 심리계록은 “전과 같이 결안하여 상복을 기다릴 것을 청합니다”(請依前結案 以待詳覈)라는 내용이었다. ‘결안 등’의 처분을 받은 사건들은 다 이러한 식이고 실제로 ‘상복’을 마치고 ‘의율’ 즉 사형확정 단계까지 간 경우는 없다.

순조대의 최성경(崔星慶) 옥사는 결안을 받는다 해도 조작과 오판의 가능성이 제거되지 않는다는 점을 보여준다. 순조21년(1821년) 최성경, 최운경 형제, 주소사(朱召史)가 주소사의 남편을 살해한 죄인으로 추책을 받았다. 최성경과 주소사는 간통 관계였다. 법전에 따르면 처첩이 간통하여 간부(奸夫)와 함께 남편을 살해한 경우 처첩은 능지처사, 간부는 참형에 처하고, 간부가 남편을 살해하였으나 처첩은 그 정을 몰랐다면 처첩은 교형에 처한다. 초검·복검의 조사 결과를 바탕으로 관찰사는 당초 최성경을 정범으로 지목하여 녹계하였다. 형조의 복계를 거쳐 이 사안에서 최성경은 참형에, 주소사는 정을 몰랐어도 교형에 해당하므로 ‘격식을 갖추어 지만을 받도록 하였다(具格遲晚)’. 그런데 이에 따라 재심사(考覆)를 거쳐 감영에서 관찰사가 죄인들을 친문하고 결안을 받는 단계에서 최초의 진술이 뒤집히고 최운경이 정범이 되어 결안을 받았다. 최성경과 주소사는 방송되었다. 그런데 결안 단계에서 정범이 바뀐 사실이 남편 정씨 집안의 격쟁에 따른 재조사를 통해 밝혀졌다(순조24년, 1824). 정씨 집안의 격쟁 소식을 듣고 자취를 감춘 최성경을 체포하는 명이 내려졌다. 최운경은 정범 최성경이 도주해버린 때 그대로 감옥에 둘 수 없으므로 특별히 유경(惟輕)한다 하여 석방되었다. 석방되었던 주소사는 “스스로 음란한 물건이 되어 살사(殺死)의 변을 양성했으나 나중에 변언함을 불가하여 그대로 두어 차율(次律)을 시행”하는 것으로 하였다. 즉, 주소사는 다시 간부의 남편 살해의 공범으로서 정상에 따라 능지처사 또는 교형을 받아야 하지만 이미 석방 처분이 내려진 바 있으므로 도로 말을 거두어들여 사형을 내리지는 않겠다는 뜻이다.

결안을 받은 경우도 후속 절차로 넘어가지 않으면 결국 ‘잉추’와 다를 게 없을 것이다. 순조22년(1822)년 ‘의정부에 보고, 상복을 시행한다’는 처분을 받은 고성범(高成範)은 20년 후에 인 헌종8년(1842)에도 같은 내용의 형조계목으로 윤허를 받았다. 고종대 ‘결안 등’의 처분을 받은 2명 중 1명도 비슷한 사례이다. 경상도 현풍의 살육죄인 윤운득(尹云得)은 친족과 함께 종조카의 아내(從嫂)를 목매달아 죽여 순조31년(1831) 7월 초1일에 수금되었다. 헌종8년(1842) 1월 형조는 윤운득이 범죄의 정황과 경위를 ‘날날이 승관하였고 동추·고핵(同推·考覈)과 관찰사의 친문을 거쳐 결안취복을 하여 장계를 올렸으며 일률죄인에 관계되므로 의정부 보고와 상복 시행을 청하였다. 성옥된 지 11년만에 결안 절차에 이른 것이다. 같은 해 8월 형조는 심리계목에서 윤운득이 이미 결안을 받았으니 상복을 기다리게 할 것을 청하였다(既捧結案 請以待詳覆). 이후 윤운득에 대한 기록이 나오지 않다가 헌종 8년으로부터 22년 성옥이 된 때부터 33년이 지난 고종1년(1864) 7월 다시 윤운득의 심리기록이 나온다. 형조는 “종숙부가 종수를 늑살하여 단안(斷案)이 이미 결안에 이르렀고” “사안은 윤리상의 변괴이고 그 죄의 형적은 잔인하고 야박하여 전과 같이 엄히 수금하고 상복이 기다리게 하면 어떻습니까”(其事 則彝倫變怪 以跡則殘忍薄行 依前嚴囚 以待詳覆何如)라고 아뢰었다.

여기에서 “대상복(待詳覆)”이라고 했지만, ‘의정부에 보고하여 상복하는 절차를 밟는다’는 절차적 의미는 거의 사라진 것처럼 보인다. 기실 상복을 기다린다는 표현의 의미는 ‘상명하는 율을 기다리게 하라’(待償命之律) 또는 ‘기어이 상명하도록 하라’(期於償命)이라는 표현과 다를

게 없어 보인다.

그러나 계속 수금되어 있다는 점에서 ‘잉추죄인’과 같다고 하더라도 결안절차를 마친 죄인은 절차 단계상 및 처우상 다른 죄인과는 차별점이 있었던 것으로 보인다. 이미 죄상과 경위에 대해 낱알이 자백하고 결안까지 받았기 때문에 해당 죄인에게 다시 무엇인가를 더 캐내어 ‘득정’(得情)하는 것은 법리상 타당하지 않다. 따라서 이미 상복을 기다리는 중인 사안이 다시 심리에 오르는 때는 그 절차의 진행 단계를 고려하여 특별한 사정변경이 없다고 인정된다면 결국 ‘대상복’ 처분을 반복하는 수밖에 없다. 아니면, 후속 단계로 나가거나 감형을 해야 한다.⁷²⁾

결안한 죄인에 대한 처우상의 차이를 보여주는 증거가 있다. 경상감영 장계등록에는 임신(1842) 4월 19일 및 계해(1863) 4월 16일 현재 윤운득에 대한 신추 상황을 보고한 내용이 있다. 20여년의 시간차가 남에도 두 보고 내용은 모두 “현풍 윤운득, 전에 형문 125차, 결안하여 이미 계문(啓問). 위 사람은 심소사를 액살(縊殺)한 사연을 추고할 차 신묘7월 초1일 수금”(玄風 尹云得, 前受刑問一百二十五次, 結案已啓聞. 右人段, 沈召史縊殺辭緣推覈次, 辛卯七月初一日囚)”이다. 1842년은 윤운득의 결안을 받았다는 관찰사의 장계와 이제 ‘상복을 기다리게 한다’는 형조의 계언이 있었던 해이다. 그로부터 1863년까지 20년 동안 추가적인 형추가 없었다는 말이다. 반면 잉추의 처분을 받은 죄인은 서론에 언급된 차정득과 같이 매달 3차의 형신을 받는다. 이 점이 ‘잉추죄인(仍推罪人)’과 ‘결안죄인(結案罪人)’의 절차상·처우상의 차별점이라 할 것이다.

그렇다면 같은 살육범죄인데 어떤 사건은 ‘잉추’ 처분을 받고, 어떤 사건은 죄인의 결안을 받으려 하는가? 기록을 읽어보고 받은 느낌으로는, 강상죄인이나 부대시죄인에 해당하지 않지만 그에 버금가는 패륜성이 있다고 보았을 범죄 또는 범행수법과 죄질이 흉악한 범죄의 경우 결안을 받고 조율·상복을 해야 할 중대한 사건으로 인식·취급되는 것 같다. 예를 들어, 겁탈로 인한 자살사건이나 피해자가 양반댁 처녀(죄인은 부대시참)가 아닌 경우, 친족에 대한 범행, 모살·고살로 논할만한 사건, 집단적 범행의 지휘, 간통한 여성과 남성에게 의한 본부살해(本夫殺害) 사건 등이다.

그러나 이 역시 순조대의 사건 기록 중 결안을 받으려는 의지가 드러나거나 ‘결안 등’의 처분을 받은 사건들을 분석하였을 때 그러하다는 것이다. 철종대에는 보통살인사건 중 ‘결안 등’ 처분이 내려진 사건이 없다. 고종대의 2건은 앞서 본 윤운득 사건 그리고 이종지간인 과부를 겁간하여 자액(劫奸自縊)케 하였다고 인정된 사건이다.

(2) “有刑措之風”

어쨌든, 적어도 기록상 보통의 살육사건 가운데 1801년부터 1893년까지 ‘결안 등’의 처분을 받은 사건이 0.4%에 불과하고 사형확정이 확인되는 사건은 단 하나도 없다는 사실을 어떻게 받아들여야 할까? 혹시 최종적으로 사형이 확정·집행된 예가 있었으나 미처 기록되지 않았을 지도 모를 일이다. 그러나 그런 사례가 있을 것이라고 받아들인다고 해도, 현존하는 기록 중 사형의 확정·집행을 명확히 확인할 수 있는 사건이 하나도 없다는 점에서 단순히 기록의 부실로만 이 사태를 설명할 수가 없다. 설혹 그런 사례가 있었다 하더라도, 당시의 기록자들이 그러한 사건은 체계적으로 일성록이나 결옥록에 올리지 않기로 작정하지 않은 이상, 결국 극소

72) 부친이 구타하는 자를 구타하여 치사시킨 박성항(朴聖恒)은 결안을 받은 중죄수였는데 순조11년(1811)에 감사정배되었다.

수이 사건만이 기록에서 빠졌을 것이다. 따라서 앞서 확인한 각 처분별 비율이 크게 달라질 가능성은 없다.

그렇다면 다른 가설을 세워보아야 한다. 필자가 제시하는 가설은 이렇다. 보통살육사건의 죄인은 ‘죽이지 않고 살려두기’로 했다는 것이다. 사형이 아닌 수단에 의해 징벌과 죄값을 하게 하는 것이다.

이와 관련하여 영조가 매우 인상적인 말을 한 바 있다. 말년인 재위 45년(1769) 10월 영조는 그해 복계할 죄인이 몇 명인지 물었는데 복계 죄인이 없다는 답을 들었다. 그즈음 해마다 복계 죄인이 3~4명 혹은 거의 없던 때가 이어지고 있었다. 영조가 말하길 "有刑措之風矣."⁷³⁾

영조는 무슨 생각으로 이 말을 하였을까? 부덕한 자로 용상에 올라 45년간 노력하여 드디어 ‘형벌을 폐하여 쓰지 않아도 될 정도로 나라가 잘 다스려져 죄를 짓는 사람이 없는 상태’에 이르렀음을 보고 ‘이제 되었구나!’라는 마음을 은연중에 표현한 것일까? 아니면, 관리들의 법 집행 실상 혹은 영조 자신의 행동을 돌아볼 때, 그러한 이상을 향해 실천하는 성인(聖人)의 모범을 단지 관념적으로 추수하며 ‘형벌을 써야 함에도 형벌을 쓰지 않는 것이 풍조가 되어버렸구나!’라고 탄식한 것일까? 아마도 영조는 두 가지를 다 생각했을지 모른다.

그런데 19세기의 살육사건의 재판과 행형 실태는 사형을 쓰지 않는 것이 풍조가 되어버렸다는 인상을 준다. 살려두고 다른 방식으로 죄과를 치르게 하고 추후 살려줄 기회를 찾는다는 것이다. 정조대에도 이러한 경향이 나타나고 있었다. 『심리록』의 사죄사건들에 대해 내려진 처분 중에서 사형·감형·석방의 비율을 분석한 바에 따르면, 전체 1,112건 중 실제로 사형이 선고된 것은 겨우 36건(3.2%), 감형이 489건(44.0%), 석방 343건(30.8%)이다. 인명범죄 1,004건 중에서는 사형 20건(2%), 석방 448건(44.4%), 석방 324건(32.1%)이다.⁷⁴⁾

심재우 교수님이 제공한 데이터에서 추려내 보통살육사건 988건에 대한 처분 중 의율(依律) 즉 사형확정된 것은 8건 이내(0.8%)로 줄어들고, 감형이 423건(42.8%), 석방이 308건(31.2%)이다. 이 감형과 석방의 비율을 [표 6]의 최종기록 상의 처분 비율과 비교하면, 철종대의 것이 가장 비슷하다. 순조대와 헌종대에는 정조대보다 감형과 석방이 비율이 줄어들었다.

5. 다른 방식에 의한 징벌: 잉추(仍推)에서 부생(傳生)으로

(1) 성옥 후의 미결 수금 기간

보통의 살육죄인들은 기간의 장단에 차이가 있을 뿐 거듭 ‘잉추(仍推)’ 처분을 받고 계속 수금되어 신문을 받게 되는데, 많은 죄인이 어느 시점에서 감사정배(減死定配)나 특위방송의 은전을 입었다. 앞서 보았듯이 심리에 오른 사안의 대다수가 ‘잉추’로 판정되고, 감등과 방송의 은전을 받는 사건도 있었다. 심리에 오른 죄인들은 얼마나 수금되어 있었던 것일까?

[표 7]은 5,227건의 기록 중 성옥시기 등을 확인·추정가능한 사건의 기록 약 4,200건을 활용하여 해당 사안이 심리된 시점이 성옥시점으로부터 얼마나 지났는지를 산출하고, 그 평균값, 중간값, 최대값을 구한 것이다.

73) 영조실록 영조45(1769) 10. 9.

74) 심재우, 앞의 논문, 198면. 사형·감형·석방 이외의 처분의 비율은 제외하였다.

성옥→현재	전 기간	순조대	헌종대	철종대	고종대
평균값 (AVERAGE)	8.5	6.9	9.1	10.6	6.8
중간값 (MEDIAN)	6	5	6	9	3
최대값 (MAX)	49	36	41	49	44

[표 11] 성옥에서 각 심리시점까지 기간 (년)

위 표의 값은 죄인별로 최종처분 시까지의 수금기간을 구한 것이 아니다. 각 연도에 심리된 모든 사안에 성옥시점으로부터 얼마나 지났는지를 보여준다. 순조대를 예로 들면, 순조대에 심리대상이 된 사건들은 각 심리시점에서 성옥된 지 평균적으로 6.9년이 지났고, 중간값은 5년이라는 뜻이다. 헌종대와 철종대에는 평균 9.1년, 10.6년이다. 고종대에 평균 5년, 중간값 3년으로 대폭 줄어드는데, 이는 특위방송이 남발된 고종대의 심리의 결과가 반영된 것이다.

철종대 49년이 최장기 수금기간으로 나온다. 그 중 1명이 개성부 살육죄인 개성부 조독상(趙禿尙)이다. 그는 2냥을 갚지 않는다고 마구 폭행하여 필자의 시신에 온전한 곳이 남아 있을 않을 정도였다. 거둬진 심리에서 잉추처분을 받았는데 기록상 철종 3년(1852) 4월에 마지막이다. 이번에도 ‘50년 장기간 수금되었지만 상흔이 남자하고 죄적을 숨길 수 없으며 누차의 심리로 철안(鐵案)이 되었다’고 하고 ‘의전신추(依前訊推)’ 처분이 내려졌다. 조독상은 이후 계속 수금되었으므로 최장기간은 49년보다 늘어난다.

한편, 철종4년(1853) 9월의 심리를 통해 전라도 남평현 살육죄인 김시행(金時行)이 순조4년(1804년) 8월에 수금된 지 49년만에 특위방송의 은전을 입었다. 포교(捕校)였던 김시행은 무고한 사람을 도적으로 몰아 학무지형(鶴舞之刑)과 같은 혹형을 가하여 당일 사망에 이르게 하였다. 김시행의 옥사는 의문스러운 점이 있어 가벼운 처분을 받은 것이 아니라 정조 경술년(정조14, 1790)의 ‘잉추 중인 70세 이상의 죄인은 기록계·미록계 또는 상복 여부를 물론하고 매번 즉각 장계를 올려 계문한다’는 수교에 따른 것이었다.⁷⁵⁾ 잉추 중에 70세 이상이 된 죄인들이 정조 경술년 수교의 혜택을 입었다.

죄인을 기준으로 수금기간을 계산해보자. [표 5]는 성옥시점을 확인·추정 가능한 죄인중에서 감등 또는 방송의 처분을 받은 1194명이 대상으로 감등·방송 처분의 시점이 성옥연도로부터 얼마나 지났는지를 계산한 것이다. 예를 들어 헌종대의 살육죄인 중 감등·방송된 자는 범행시점으로 부터 평균 7.3년 동안 옥에 갇혀 있다고 부생의 은전을 입었다. 어떤 참작할 점이 있어서 감등·방송된 자들이기 때문에 수금기간이 [표 7]보다 줄어드는 것은 당연한 결과이다.

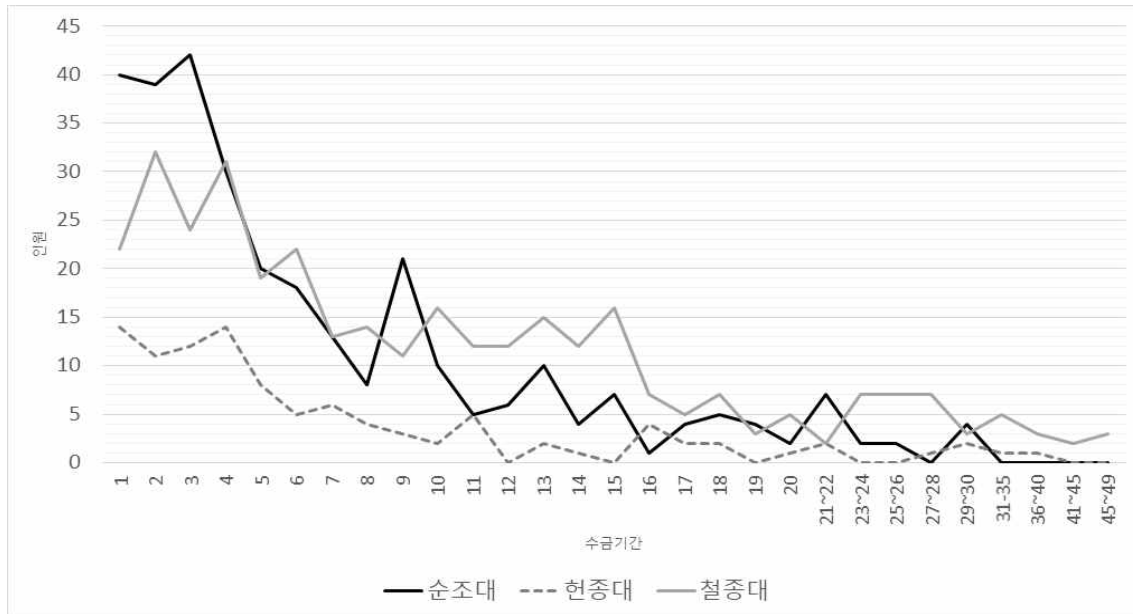
성옥→감등·방송	전 기간 (1,194명)	순조대 (325명)	헌종대 (106명)	철종대 (343명)	고종대 (420명)
평균값 (AVERAGE)	7.3	6.5	7.3	10.3	5.5

75) 일성록 정조14(1790) 8. 2. 「諭兩都及諸道錄案 仍推秩中 年過七十者 各卽狀聞」

중간값 (MEDIAN)	4	4	4	8	3
최대값 (MAX)	49	30	36	49	44

[표 12] 감등·방송된 죄인의 성옥에서 감등·방송까지 기간 (년)

[표 8]에 압축된 정보를 시각적으로 보여주기 위해 감등·석방된 죄인들이 감등·석방까지 걸린 햇수의 분포를 그래프로 표현하면 [그림 10]과 같다.



[그림 10] 감등·석방 전 수금기간의 분포

참고로 성옥연도를 확인·추정가능한 죄인 중에서 최종기록상 처분이 ‘영추’인 자가 703명인데, 당해 최종기록상의 처분연도를 기준으로 성옥시점에서 경과한 기간으로 계산하면 [표 9]와 같다. 예를 들어 철종대에 최종기록이 영추처분으로 끝나는 죄인은 평균 12.0년이 지난 상태에서 여전히 영추중이라는 것이다.

성옥→최종 기록상 영추	전 기간 (703명)	순조대 (296명)	헌종대 (175명)	철종대 (131명)	고종대 (101명)
평균값 (AVERAGE)	9.7	8.2	12.0	12.0	7.1
중간값 (MEDIAN)	7	6	11	9	3
최대값 (MAX)	49	36	41	49	40

[표 13] 최종 기록상 영추처분을 받은 죄인의 수금·신추기간 (년)

(2) 잉추, 다른 수단에 의한 징벌

앞서 본 어느 시점까지의 수금기간을 ‘심리의 지연’과 ‘미결구금의 지속’이라는 관점에서 본다면, 이 시대에는 체옥(滯獄)의 폐해가 극심해졌다고 말할 수도 있을 것이다. 10년이 넘도록 판결을 확정하지 않고 질질 끌었고, 심지어 미결구금기간이 49년 이상인 자도 있었다고 말이다. 그러나 이를, 사형이 아니라 다른 수단에 의한 징벌 혹은 대체적인 징벌로 본다면 이야기가 달라질 수 있다. 좀처럼 사형을 확정하지 않고 계속 살려두며 신추를 하는 현상을 목도하고 두 가지 비교사례가 떠올랐다.

하나는 근세 프랑스에서 사형을 감경·대체하는 특별형(poena extraordinaria)의 변형태인 “plus amplement informé” 명령이다.⁷⁶⁾ 이는 형사피고인을 추가조사를 위해 조사기간을 임시로 연장하는 명령이었는데, 16세기에는 사형에 처해질 수 있는 중범죄자에 대한 구금형(imprisonment)적 성격을 획득하였다.⁷⁷⁾ 이 “plus amplement informé”에서 죄인이 자백을 했음에도 굳이 사형확정의 절차를 밟지 않고 ‘계속 엄히 조사하여 득정하라’(連加嚴覈期於得情)라는 조선의 사법실무가 연상된다. 단 조선의 사법실무에서는 주기적으로 합동신문(同推)와 고신을 받게 되지만, 장기간의 잉추죄인에게는 형식적으로만 시행되는 것에 불과한 상황이었다.

다른 하나는 오늘날 한국에서 무기수이다. 무기수는 형기가 정해져 있지 않은 죄수로 언젠가 밖으로 나올 수 있다. 초범이면서 교도소에서 사고를 저지르지 않고 모범수로서 생활하여 16~18년째가 되면 무기수에서 20년형으로 감형을 받는 단계를 거쳐 마침내 가석방의 기회를 얻을 수 있다. 무기수들도 16~18년 정도를 주관적으로 복역기간으로 잡고 있으며 복역 후 10년 정도가 지나면 출소의 희망을 구체적으로 느끼고 있다는 연구결과가 있다.⁷⁸⁾

필자는 추조결옥록과 일성록 기사에 있는 각도도류안(各道徒流案) 및 방미방수계(放未放修啓)의 심사 결과 석방자 명단 가운데 살옥죄인으로서 감등된 자 367명을 찾아낼 수 있었다. 이들 중 336명은 감등된 시점과 이후 소결을 만나 석방된 시점을 확인할 수 있었다. [표 10]에 따르면, 평균적으로 감사정배되어 5~6년이 지나면 유배에서 풀려났다.

76) John H. Langbein, *Torture and the Law of Proof: Europe and England in the Ancien Régime*, Chicago & London: The University of Chicago Press, 2nd ed., 2006, pp. 53-54.

77) 근세 유럽의 규문적 형사소송에서는 중죄의 피고인에게 유죄(그 결과는 사형)를 선고하기 위해서는 ‘2명 이상의 좋은 증인’ 또는 ‘범인의 자발적인 자백’이란 완전증거(full proof)가 있어야 하는데, 완전증거가 부족한 경우 혐의를 절반 정도 입증할만한 증거(half proof)가 있으면 피고인의 자백을 획득하기 위해 고문을 명할 수 있다. 고문을 시행하여 법적 요건에 따라 자백을 받으면 유죄를 선고할 수 있다. 피고인이 끝까지 자백하지 않고 ‘2명 이상의 증인’도 없다면, 다시 말해 완전증거가 불비한 경우, 당시의 중죄에 관한 증거법에 따라 피고인을 무죄로 선고해야 한다. 이렇게 법리에 따르면, 중죄의 경우 ‘완전입증→유죄→사형’이거나 ‘완전증거에 조금 모자란 증명→무죄→석방’이란 결과가 된다. 이 엄격성을 우회하기 위해 16세기 이후 유럽에서는 ‘고문→자백→유죄의 완전한 증명→사형’이란 경로를 따르지 않고 법원이 재량으로 사형이 아닌 다른 형벌을 선고하는 방법들이 사용되었다. 프랑스 법원의 형사실무에서 사용된 “plus amplement informé”도 그 하나이다. 이는 굳이 고문에 의해 자백을 받아내어 유죄=사형을 선고하기보다, 다른 간접증거들에 의해 혐의가 증명된다고 법원이 판단하는 경우 피고인에 대해 유기 또는 무기로 이 명령을 선고하였다. 유기(Plus amplement informé à temps) 6개월~1년으로 기간이 종료하면 법원의 명령으로 피고인이 석방되지만, 법원은 석방된 피고인에 대해 추가 증거 없이 다시 무기의 명령(plus amplement informé indéfini)을 내릴 수 있다. 이는 해당자를 영구적인 피고인의 지위에 두는 조치로서 공민권 박탈을 수반하였다. Ibid, pp. 45-53.

78) 한인섭, 무기수형자의 시설내 적응과 사회복귀에 관한 연구, 『성곡논총』 32-2, 2001, 432면.

감등→석방	전 기간 (336명)	순조대 (89명)	헌종대 (44명)	철종대 (138명)	고종대 (65명)
평균값 (AVERAGE)	5.4	4.1	8.2	6.1	3.7
중간값 (MEDIAN)	4.5	3	6	5	3
최대값 (MAX)	26	24	19	26	11

[표 14] 감등·석방연도 확인가능 죄인의 감등에서 석방까지 기간 (년)

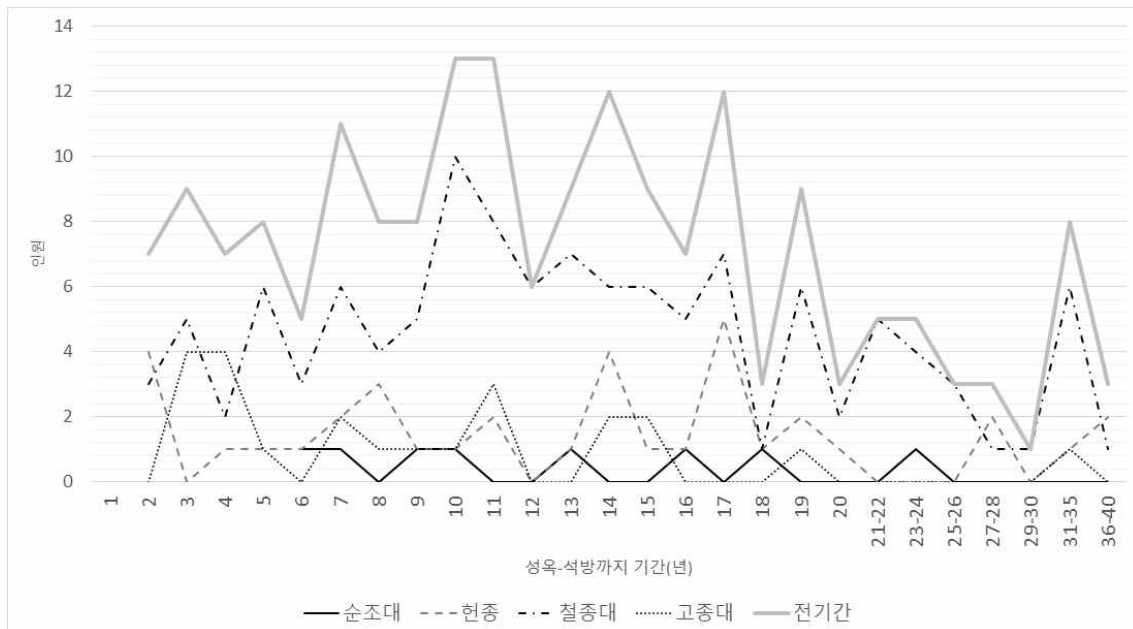
이들 중에서 220명은 성옥연도, 감등연도, 석방연도를 모두 알 수 있다. [표 11]은 220명이 성옥에서 감등까지, 감등에서 석방까지 걸린 기간을 함께 산출한 것이다. [그림 11]은 기간별 분포를 그래프로 표현한 것이다.

경과 기간(년)		전기간 (220명)	순조대 (41명)	헌종대 (37명)	철종대 (105)	고종대 (37명)
성옥→감등	평균	7.6	7.6	6.6	8.2	6.8
	중간	6	6	4	6	5.5
	최장	33	22	27	33	23
감등→석방	평균	5.6	4.4	7.7	6.1	3.2
	중간	5	3	6	6	3.5
	최장	26	24	17	26	9
성옥→석방	평균	13.2	12.0	14.3	14.3	10.0
	중간	12	11	14	13	8
	최장	40	27	40	39	32
	최단	2	2	2	2	2

[표 15] 성옥·감등·석방연도 확인가능 죄인의 각 소요기간 (년)

순조~철종대 석방된 자들은 성옥이 되어 석방될 때까지 평균 12~14년이 걸렸다. 이 기간을 중심으로 비교적 고른 분포를 보인다. [표 11]에 집계된 죄인들이 어느 정도의 대표성을 갖는지는 검증이 필요하지만, ‘성옥→감등’, ‘감등→석방’의 기간이 앞서 본 수치와 현저한 차이는 안 난다. 앞서 1990년대 한국의 무기수들은 복역 후 16~18년쯤 20년으로 감형되어 이후 가 석방의 길이 열린다고 하였다. 범죄의 죄질로 본다면, 현대의 무기수들 쪽이 우리가 살펴보는 조선후기의 보통살육죄인들 쪽보다 더 흉악하다는 점을 감안하자.⁷⁹⁾ 죄수에 대한 처우 문제는 논외로 하고, 체포되어 석방될 때까지의 기간만 비교한다면, 오늘날의 상황과 현저한 차이는 없다.

79) 1990년대에 무기형을 선고받은 자는 극히 드물게 선고되는 사형을 제외하고 살인·강도·강간 등 중대 범죄에 대한 최고형이었다. 한인섭, 앞의 논문, 366면에 따르면, 설문조사에 응한 무기수형자 289명 중 살인관련 범죄(강도살인, 존속살해, 살인교사, 상관살인미수)가 92.7%, 살인 이외의 강력범죄(강도, 강간, 강도강간, 강도상해, 특가법상의 강도 등)가 7.3%였다.



이와 같은 19세기의 현상을 단순히 ‘체옥’(滯獄)으로 부르고 성격규정을 하는 것이 적절할까? 근세 프랑스에서의 “plus amplement informé”와 유사함을 볼 수 있지 않은가? 조선적인 “plus amplement informé”, ‘잉추 형’의 운용이라 할 수도 있지 않을까?

(2) ‘죽은자의 억울함이 풀릴 때’

살옥죄인을 수금하고 신추하는 것이 형벌로 인식되었음을 보여주는 예로 ‘죽은 자의 원통함을 위로하고 풀어주어야 한다’는 생각이 종종 표출되고 있는 점을 들 수 있다. 대개는 범죄가 흉악하여 원혼을 위로하기 위해 반드시 목숨으로 갚게 해야 한다는 취지인데, 간혹 옥안이 의문이 있어도 죽은자의 원통함을 불쌍히 여겨야하므로 계속 신추해야 한다고 한다.

경상도 상주 살옥죄인 배중식(裴仲直)의 사례를 보자. 배중식은 유중이를 발로 차 유중이가 13일째 사망하였다. 검험을 거쳐 배중식은 1827년 3월 13일 수금되었다. 관찰사는 녹계안에서 유경(疑輕)에 해당한다는 의견을 밝혔다. 순조(익종) 28년(1828) 12월의 심리에서 대리청정 하던 효명세자는 형조의 복계에 따라 “배중식의 옥사는 관찰사의 발문은 유경으로 하였고 그렇게 해도 부생지념(傅生之念)을 해하지 않는다. 그러나 형조의 의론은 명확하고 상세하여 절 옥하는 원칙에 부합한다. 죽은 자의 원통함도 또한 불쌍히 여겨야 한다는 것 역시 경위(經緯)를 지키는 논단이다. 신추하여 득정하라.”⁸⁰⁾고 하였다. 순조31(1831)년 2월 배중식 옥안이 다시 심리를 받았다. 형조는 “배중식의 옥사는 발로 찔음이 적확히 증명되고 상처가 요해(要害)부위에 있으며 피해자가 누워서 일어서지 못하고 10여일 만에 끝내 사망하였습니다. 죽음으로 죄값을 할 자를 구하는 데 그를 버리면 누가 더 있겠습니까? 계속 신추하여 자복을 받을 것을 청합니다.”라 하였다.⁸¹⁾ 이듬해인 순조32(1832) 다시 심리를 받았다. 형조는 이번에는 다음과 같이 계언하였다. “이 옥사에 대해 전 관찰사는 발사(跋辭)에서 상처가 미미하고 증인

80) 일성록 순조(익종)28(1828).12. 19. 「判下秋曹京外諸道殺獄案覆達」 “... 令以 裴仲直獄事 道跋則 置諸疑輕之科 雖不害爲傅生之念 而觀此秋曹議識 明的詳確 儘合折獄之體矣 死者幽冤 亦不可不恤者 亦爲守經之論 訊推得情.”

81) 일성록 순조21(1831) 2. 23. 「命義城囚權萬石等施以次律…」 “... 裴仲直獄事 則踢有的證 傷在要害 一臥旬餘 竟至致命 爲死求償 捨渠而誰 請連訊取服.”

의 진술이 서로 다른 점을 들어 부생(傳生)으로 논했습니다. 본조(형조)의 신목(申目)은 고의범으로 논단했습니다. 혹 본래 의도한 것이 아니라 해도 남의 일을 횡방한 것은 분명하고, 망자의 원통함을 마땅히 불쌍히 여겨야 하므로 신추를 청하였습니다. 지금 도신의 발사도 다시 가법게 처분하기를 청합니다. 하물며 여러차례 심리한 후에야 마땅히 죄의유경의 은전을 써야 합니다. 죄인 배중식을 차울로 시행하는 뜻으로 도신에게 분부하시기를 청합니다.”⁸²⁾

당대인의 생각 속에서 망자의 원한이 해소되었가 하는 것은 상당히 중요한 요소였던 것 같다. 공범 중 한 사람이 옥중사망한 후 원혼이 해소되었다면 다른 공범을 감응한 사례가 있다. 순조13(1813) 4월의 심리 시 충청도 천안 살육죄인 석재종(石在宗)이 수금(1805년)된 지 8년 만에 감응되었다. 방봉성이 구타를 당해 그 자리에서 사망한 사건인데, 석재종과 황문주(黃文柱) 둘 중에 누가 정범이고 간범(干犯)인지 의문이 있었어 삼검까지 시행된 적이 있었다. 1810년에 간범 황문주가 옥중에서 앓다 죽었다(瘵死). 충청도 관찰사는 “두 죄인이 모두 수금되었는데 황문주는 이미 옥중 병사했으니 방봉성의 원통함은 거의 없어져 석재종이 생존한 것에 반드시 원한이 맺히지는 않을 것”이라고 하였다. 형조는 석재종과 황문주 중 누가 정범인지 여러 정황을 들며 논하고는 “황문주가 이름은 간범이지만 실은 정범과 다르지 않고, 그가 이미 옥중에서 병사하여 죽은 자의 원한이 충분히 사라졌으므로 석재종이 상명(償命)하는 것은 양범(兩犯)을 취급하는 법리에 저촉될 우려가 있어서 정상을 헤아려 죄를 용서함이 가볍게 벌하는 은전에 합치할 것”이라고 하였다.⁸³⁾

맺음말

(생략)

82) 일성록 순조32(1831) 12. 10. 「命全州囚金成業等訊推得情靈光囚任柱云等施以次律」 “...道臣跋辭 以痕損之甚微 證招之相左 有傳生之論. 本曹申目 以斷以故犯 或非本情顯有作孽 幽冤宜恤 有訊推之請矣. 今道臣跋辭 又請從輕 況於屢經審理之後 宜用罪疑惟輕之典. 罪人 裴仲直 施以次律之意 請分付道臣.”

83) 일성록 순조13(1812) 4. 26. 「命天安囚石在宗等依覆啓施行…」

잉추(仍推), 다른 수단에 의한 살육죄인 징벌 토론문

조지만(아주대학교)

보통 19세기는 체옥의 시대라고 합니다. 이 글에서 필자는 『일성록』, 『추조결옥록』 등의 자료를 통해서 그대로 신추한다는 ‘잉추’의 비율이 감등, 방송 등에 비하여 매우 높고, 결안의 비율은 무시해도 좋을 정도로 매우 낮다는 점을 체옥이라고 해석하여야 하는 것이 아니라는 점에 착안한 것으로 보입니다. 사실 잉추가 나타내는 19세기의 모습은 그야말로 재판이 확정되지 않은 미결구금의 숫자를 나타내는 것으로, 당시의 형사 시스템이 제대로 작동하지 않는 것을 보여주는 증거로서 여겨져 왔습니다. 필자는 이를 뒤집어서 오히려 ‘잉추’야말로 형사사법의 새로운 모습을 보여주는 것이 아닌가 하는 관점에서 접근하였습니다. 그야말로 19세기 형사사법을 바라보는 시각을 완전히 전환하는 새로운 시도인 셈입니다.

이러한 새로운 시각의 제시를 위하여 필자는 정조가 바라볼 때 삼복이 가지는 문제점을 지적하고, 이 때문에 정조대에 소결과 심리가 활성화되었고, 이후에는 소결과 심리의 경계선이 더욱 희미해지는 과정을 그렸습니다. 그리고 이러한 새로운 시각의 착안점은 법원이 재량으로 사형이 아닌 다른 형벌을 선고하는 프랑스의 제도와 오늘날 무기수형자의 사례를 들고 있습니다. 이 글은 하나의 착안점을 중심으로 방대한 사료를 치밀하게 해석해 내고자 하고 있습니다. 워낙에 치밀한 논증을 통한 결론이기 때문에 이에 대하여 토론자의 역량으로 토론을 하기에는 적절하지 않은 것으로 생각합니다.

다만 토론자가 이 글을 읽으면서 드는 몇 가지 의문들을 제기하면서 토론에 갈음할까 합니다. 우선 이 글은 19세기 순조, 헌종, 철종, 고종 연간 약 93년간의 일반살육사건을 대상으로 하여 분석하고 있습니다. 그 수는 사람을 중심으로 하면 2690명의 살육죄인에 대한 것입니다. 대체로 연평균 29명에 해당합니다. 이 중 <표 6>에 의하면 최종적으로 60%가 감형과 석방의 처분을 받았고, 잉추 처분을 받은 죄인은 33%에 달하며, 결안 등의 처분을 받은 죄인은 0.4%에 불과합니다. 그런데 이를 심재우의 『심리록』연구와 비교해보면, 심재우의 연구(표 4-6)에서는 인명범죄의 경우 사형 2%, 감형 44.6%, 석방 32.3%로 집계하고 있고, ‘잉추’는 33건으로서 3% 남짓 됩니다. 『심리록』은 삼복이 아니라 그야말로 필자가 이야기하고 있는 ‘심리’를 모아놓은 책입니다. 이 두 통계를 놓고 볼 때, 18세기 후반에 극히 미미한 비율을 차지하던 ‘잉추’가 19세기에 들어서서 ‘잉추’라는 새로운 유형의 범죄처벌방식으로 바뀌었다는 주장이 가능하기 위하여는 정조 사후 어떠한 질적인 변화를 나타내는 고리가 있어야 할 것으로 생각합니다. 무기형처럼 사람을 일단 살려 놓고 이후에 풀어주는 효과를 나타내는 것을 지향하였다면, 그에 맞는 실질적인 계기가 있어야 하는데, 정조 사후에 급작스럽게 변화해버린 잉추의 증가를 계기 없이 범죄처벌방식의 변화로 설명할 수 있을지 의문입니다. 오히려 자연스러운 해석은 철저한 ‘심리’를 통하여 대부분 감형이든 석방이든 결론을 내렸던 근면했던 정조에 비하여 그 이후에는 이러한 철저한 ‘심리’가 불가능했던 사정이 ‘잉추’의 증가로 나타났던 것은 아닌가 합니다.

‘의도된 체옥’이 가능하기 위해서는 범죄사실에 대한 의도된 입증태만이나 사형수에 대한 사회복귀지향이라는 어떠한 목적이 있어야 하는데, 이러한 부분에 대한 설명도 부탁드립니다.

아울러 삼복에 대하여도 겨울에만 가능했던 약점이 있었다고 하는데, 이 부분도 실록을 뒤져보면 최소한 숙종 이전까지는 삼복의 시기가 특정되어 있지는 않았던 것으로 보입니다. 삼복

에서 소결, 심리로 나아간 이유가 삼복이 겨울로 한정되었거나 결안이 안되었거나 하는 이유로만 설명이 가능할지, 아니면 삼복을 보다 철저히 할 수 없었던 어떤 사정이 있었을지 좀더 연구가 있으면 좋겠습니다.

37쪽에서 살육범죄중 잉추와 결안의 구분점이 강상죄인에 버금가는 패륜성, 죄질 흉악에 있다고 하였는데, 정확한 기준을 제시할 수는 없다고 하더라도 이 부분을 좀더 명확히 제시해 주면 좋겠습니다. 특히 결안 사건은 12건밖에 안되는데, 12건의 결안사건과 비슷한 유형의 잉추 사건은 없었는지 궁금합니다.

마지막으로 44쪽에서 공범 중 수범이 누구인지 모르는 상황에서 1인이 사망한 경우, 나머지 1인을 정상을 헤아려 죄를 용서하는 부분을 망자의 원한이 해소되었는가가 중요한 기준이었다고 하는데, 이 부분은 ‘일인상명’이라는 용어로 나타나는 것이 아닌가 합니다.

이상으로 두서없는 토론을 마치겠습니다. 감사합니다.

『흠흠신서』 殺獄 판결에 반영된 유교적 가족관계상 : ‘義憤’에 대한 관용을 중심으로

박경 (연세대학교 법학연구원)

1. 머리말

조선의 지배층들은 유교적 가족질서 정착을 통해 사회질서를 구축해 나갔다. 형정(刑政)에는 『대명률』을 수용하고, 이를 조선의 실정에 맞게 적용하거나 변용하기 위한 여러 수교들을 반포함으로써 이러한 정책 방향에 부응해나갔다.¹⁾ 조선 후기 명분이 강화되어가는 분위기 속에서 17세기 후반 이후 가족관계와 관련된 수교들이 다수 반포되었는데, 복수 살인이나 간통 규제에 관한 수교가 대표적이다. 간통 규제가 여성의 정절에 대한 사회적 요구의 강화나 남편에 대한 처, 첩의 예속에 관한 것이라면 복수 살인법은 가족 관계를 보호하기 위한 법이었다.

이 연구에서는 가족을 살해한 자를 죽인 복수 살인 사례와 부모를 구타하거나 부모의 음행을 무고한 자를 구타하다 죽게 한 사례를 중심으로 관련 법 제정과 판결 경향을 검토하고자 한다. 복수 살인에 대해서는 그동안 여러 연구가 축적되어 왔다. 중국의 복수론에 대한 연구²⁾, 다산의 복수론에 대한 법적 검토³⁾, 『심리록』 사례를 통한 복수 살인의 실태 분석⁴⁾, 『추관지』의 복수 살인 판결 과정의 서사 분석을 통한 복수 살인 판결의 양상을 분석한 연구⁵⁾ 등이 그러한 연구들이다. 이 논문에서는 복수 살인을 비중있게 다루면서도 이러한 사례와 부모를 위해한 자를 구타하다 죽인 사례 판결 과정을 함께 다룸으로써 조선 후기 지배층들이 형정을 통해 지향했던 가족 관계상을 밝히고자 한다. 또한 이와 관련하여 판결 과정에서 이상적인 가족 관계상을 구현하기 위해 살인의 원인이 된 감정을 판결의 고려 대상으로 삼은 것에도 주목하여 감정의 법적 수용 정도를 함께 살펴보고자 한다.⁶⁾

『흠흠신서』는 19세기 초 형조의 관원과 지방관을 역임하고 정조의 명에 의해 정조대의 옥

1) 朴秉濠, 1998, 「朝鮮初期 法制定과 社會相 -大明律의 實用을 중심으로-」, 『國史館論叢』 80; 鄭肯植, 趙志晚, 2003, 「朝鮮 前期 大明律 의 受容과 變容」, 『震檀學報』 96; 조지만, 2007, 『조선시대의 형사법 -대명률과 국전-』, 경인문화사 참조.

2) 심희기, 1983, 「復讐考序說」, 『해암 문헌주 총장 정년기념 논문집』.

3) 윤재현, 「다산(茶山) 정약용(丁若鏞)의 복수론(復讐論)」, 『다산학』 3, 422~449쪽.

4) 김현진, 2008, 「復讐 殺人事件을 통해 본 朝鮮後期の 社會相 -『審理錄』을 중심으로-」, 『역사민속학』 26, 107~140쪽.

5) 최진경, 2016, 「正祖時代 ‘復讐殺人’의 양상과 그 의미: 『추관지』 復讐殺人 판례를 중심으로」, 『한문학보』 35, 45~72쪽.

6) 관련 연구로는 정리와 법의 긴장관계에 대해 다룬 김호의 연구가 있다. (김호, 2012, 「조선 후기 강상(綱常)의 강조와 다산 정약용의 정(情)·리(理)·법(法): 『흠흠신서(欽欽新書)』에 나타난 법과 도덕의 긴장」, 『다산학』 20, 7~39쪽) 이 연구에서는 긴장 관계보다는 법에서 정리를 수용하는 정도를 살펴보고자 한다.

사 내용을 수록한 『상형고(祥刑攷)』를 편찬한 경험을 가지고 있는 노지식인이 조선의 법질서의 근간이 되는 유교적 법의(法意), 중국과 조선 역사상의 판결 사례, 정조대의 판결 사례 등을 섭렵하여 형사 사건을 담당하는 관원들이 신중히 옥사를 처리하도록 편찬한 지침서이다.⁷⁾ 이러한 성격의 『흙흙신서』에서는 수집 자료는 19세기 초 당시 형사 사건을 담당하는 관원들이 공유하여 활용할 수 있는 기존 질서를 담은 지식으로 구성되며, 이러한 지식을 존중하는 가운데 ‘흙흙’을 위한 그의 편집과 논평이 추가되어 있는 형태로 판단된다. 당시 조선의 지배층들이 축적해 온 법적 지식과 인식이 수집되어 있으며, 사회를 선도하고자 했던 지식인 정약용의 당시 형정과 사회를 보는 관점에 의해 편집된 자료로 당시의 쟁점을 보여준다는 점에서 이 자료를 연구 대상으로 삼았다.

2. 18세기 가족 위해자 살인에 관한 법 제정의 배경

1) 『대명률』 규정과 그 법의(法意)

18세기 조선에서는 가족을 살해하거나 구타한 자를 죽인 경우의 형량이나 처벌 지침에 관한 여러 수교들이 반포되었다. 그런데 그 이전부터 조선에서 형률로 이용해오던 『대명률』 규정에서는 조부모, 부모를 살해하거나 구타한 자를 죽인 경우 대한 처벌 규정은 『대명률』 부조피구(父祖被毆)조에 다음과 같이 규정되어 있었다.

조부모나 부모가 다른 사람에게 구타당하는데, 아들이나 손자가 즉시 구호하여 되갚아 구타한 경우 구타당한 자가 절상에 이르지 않으면 논하지 않는다. 절상(折傷) 이상에 이르면 일반 투구[凡鬪]의 형량에서 3등을 감한다. 죽음에 이르면 상률(常律)에 의한다. 조부모나 부모가 다른 사람에게 살해되었는데, 아들이나 손자가 살해한 자를 멋대로 죽이면 장 60에 처한다. 단, 즉시 죽이면 논하지 않는다.⁸⁾

이 규정에서는 두 가지 범죄 행위의 형량을 규정했다. 그 하나는 조부모나 부모가 다른 사람에게 구타당했을 때 자식이나 손자가 조부모나 부모를 구하기 위해 즉시 구타한 자에게 폭력을 가한 경우의 형량이다. 다른 하나는 조부모나 부모가 다른 사람에게 살해당했을 때 자식이나 손자가 살해한 자를 법에 의하지 않고 멋대로 죽인 경우의 형량이다. 이 두 가지 경우의 형량을 정리하면 다음 <표 1>과 같다.

7) 『흙흙신서』의 편찬 과정에 대한 최신 연구는 심재우, 2019, 「정약용의 『흙흙신서』 편찬 과정에 대한 재검토」, 『한국사연구』186, 363~394쪽을 참고할 수 있다.

8) “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 依常律 若祖父母父母爲人所殺 而子孫擅殺行兇人者 杖六十 其卽時殺死者 勿論”, 『대명률』 권20, 형률, 鬪毆, 父祖被毆.

〈표 1〉 『대명률』 부조피구조의 범죄 행위에 따른 형량

번호	범죄 행위	피해자의 상태	형량
1	조부모나 부모가 다른 사람에게 구타당하는데, 아들이나 손자가 즉시 구호하여 구타한 자를 폭행함.	절상에 이르지 않음.	논하지 않음.
		절상 이상의 상해를 입음.	일반 투구[凡鬪]의 형량에서 3등을 감함.
		사망	상률(常律)에 의함.
2	조부모나 부모가 다른 사람에게 살해되었는데, 아들이나 손자가 살해한 자를 멋대로 죽임.		장 60
			논하지 않음.

이 두 행위는 범죄이기는 하지만 부모에 대한 효가 표출된 결과라는 점을 감안하여 이와 같이 감형되었다. 이 연구가 살육 판결에 대한 연구인만큼 살인에 대한 형량 부분을 살펴보면, 1의 경우에는 피해자가 상해를 입은 경우까지는 감형했지만 사망하게 되면 감형되지 않고, ‘상률’로 처리하도록 함으로써 일반 살인 형량을 그대로 적용시켰다. 『대명률』에서 피해자와 가해자 사이가 특수 관계가 아니라면 구타하다가 사망한 투구살(鬪毆殺)에 대해서 교형에 처하도록 했기 때문에 이 경우 피해자 사망시 교형에 처해지는 것이 일반적이었다.⁹⁾ 반면 흔히 복수 살인이라고 불리는 2의 경우 장 60에 처하거나 즉시 죽였다면 성옥(成獄) 자체를 하지 않도록 했다. 특수 관계가 아닌 사람을 살해했을 때 형량이 살해의 고의성이 없는 투구살의 경우 교형, 고의 살인은 참형에 처해졌다.¹⁰⁾ 그런데 이렇게 장 60이나 논죄하지 않도록 한 것은 살인의 동기가 부모, 조부모의 복수라는 점을 감안한 결과였다.

이 규정의 법의를 서술한 『대명률집설부례』 부조피구조의 첫머리에는 “원수와는 하늘을 함께 이지 않는다는 것은 만세 불변의 의에 관계된다.”¹¹⁾라고 전제한 후 이 조항 내의 두 규정에 대해 해설했다. 먼저 첫 번째 규정, 즉 조부모, 부모가 타인에게 구타당하여 그 욕됨이 매우 커 자식이나 손자가 즉시 구호하여 되갚아 구타한 것은 그 정리가 매우 절박한 데서 나온 것이라고 했다. 형량에 대해서는 절상이 아니면 논하지 않는 것은 부모의 수치를 설욕할 수 있도록 한 것이라고 했고, 절상 이상에 이르면 일반 투구에서 3등을 감하도록 한 것은 그 부모를 위하여 갚겠다는 마음을 헤아려 용서한 것이라고 했다. 그렇지만 구타하여 죽음에 이르게 되면 인명을 중하게 여겨 상률에 의해 교형에 처하도록 했다고 했다.¹²⁾ 다음으로 두 번째 규정에 대해서는 다음과 같이 해설했다. “조부모나 부모가 타인에게 살해당해 그 원수에게 매우 크게 화가 나 자식이나 손자된 자가 관에 고하지 않고 멋대로 부모나 조부모를 살해한 사

9) 『대명률』 권19, 형률, 人命, 鬪毆及故殺人.

10) 위와 같음.

11) “讐有不共戴天者 乃天經地義之所關 不容以常法禁之也”, 『大明律集說附例』 권7, 형률, 父祖被毆.

12) 상률에 의한다고 한 규정을 교형에 처하도록 했다고 해설했던 것은 구타하다 사망에 이른 경우, 즉 투구살(鬪毆殺)의 형량이 교형이기 때문이다. 일반적으로 구타당하는 조부모, 부모를 구하기 위해 구타하는 것은 폭행의 의도는 있지만 살인의 의도는 없는 것으로 판단되어 투구살로 교형에 처해질 가능성이 많다. 그러나 살인에 고의가 있었다고 판명된 경우에는 고의 살인의 형량인 참형에 해당할 수 있다.

람을 죽이면 비록 그것이 사사로이 살해한 것이라 죄가 되지만 실로 함께 하늘을 이지 않는 의(義)에 격해져 어찌 그 다른 것을 계산하겠는가? 그러므로 장 60에 그치도록 하여 경계한 것이다.” 이는 이 조항 첫머리에 전제한 부모, 조부모를 죽인 자와 함께 하늘을 이지 않는 의가 가벼운 처벌의 이유가 되었다는 것을 설명한 것이다. 또한 즉시 죽인 경우에 대해서는 죽여야 할 죄를 진 사람을 한 때의 대의에 격해져 살해했다고 해서 금할 수 없다고 하며, 이는 강상을 돕고 흉악하고 사나운 자를 없애기 위한 것이라는 말을 덧붙였다.¹³⁾

이 조항의 두 규정은 부모를 위하는 마음을 중요하게 여긴 것이다. 특히 부모나 조부모를 살해한 자를 죽인 경우 형량을 대폭 감경한 것에 대해서는 부모를 죽인 자와 하늘을 함께 일수 없다는 『곡례(曲禮)』의 문구에서부터 이어져 온 인식이 반영되었다. 다만 부모, 조부모를 구타한 자를 구타하다 사망한 경우는 상대방의 구타 행위를 살인으로 갚은 것이기 때문에 인명을 살해했다는 점을 중히 여겨 일반 살인 형량을 적용시켰다. 그리고 부모, 조부모를 죽인 자를 살해한 경우는 살해당한 자가 이미 살인죄로 형률상 죽임을 당해야 하는 자이기 때문에 대폭 감형하거나 논죄하지 않았다. 이를 통해 부모, 조부모를 향한 자식, 손자의 효를 권면하면서도 형률 조항간의 균형을 확보하여 형률의 체계성을 확보하고자 했음을 알 수 있다.

2) 18세기 제정된 법의 성격

18세기 조선에서는 1절에서 제시한 『대명률』 규정 적용 대상을 확대하고, 규정 시행상의 세부 규정을 마련하는 수교가 여러차례 반포되었다. 이들 수교에서 범죄 행위와 형량을 정리하면 다음과 같다.

- (가) 처가 남편을 위하여 원수를 멋대로 살해함. → 장 60을 치고 석방 [1706, 숙종 32]¹⁴⁾
- (나) 어머니가 자식의 복수를 함. → 장 60 [1706, 숙종 32]¹⁵⁾
- (다) 아버지가 살해되고 성옥(成獄)한지 4년 후에 관의 사건 규명을 기다리지 않고 멋대로 찔러 살해함. → 사형에서 감하여 정배 [1721, 경종 원년]¹⁶⁾
- (라) 전세(田稅)를 납부하지 않은 매부 때문에 관에서 장을 맞다 사망하자 그 딸과 처가 그 매부(딸에게는 고모부)를 함께 구타하여 사망에 이르게 하고 자수함. → 처는 참작하여 정배, 딸은 방송. 그 절의를 포장 [1730, 영조 6]¹⁷⁾
- (마) 아버지를 죽이고 눈먼 어머니와 통간한 사람을 9년 동안 찾다가 복수하고 관정에 자수. → 특별히 복호. 눈먼 어머니 석방 [1736, 영조 12]¹⁸⁾

13) 『大明律集說附例』 권7, 형률, 父祖被毆

14) “其夫爲人所殺 而痛夫非命 刃刺讎人之腹 妻爲夫擅殺讎人者 律無其條 杖六十 決放”, 『신보수교집록』 하, 형전, 殺獄, 康熙丙戌承傳.

15) “母復其子之讎 猶用子復其父之律 論以子孫擅殺行兇人者 杖六十之律”, 『신보수교집록』 하, 형전, 殺獄, 康熙丙戌承傳.

16) “其父爲人所殺 而成獄四年之後 不待究覈 擅自刺殺 可謂無所據 而既曰爲父復讎 則不可無可恕之道 參酌 減死定配”, 『신보수교집록』 하, 형전, 殺獄, 康熙辛丑承傳.

17) “因其妹夫田稅不納 被官杖而死 其女其妻 共打其同姓叔母夫 致死後 自現入獄 互相爭死者 其妻 參酌定配 其女 特爲放送 以表其節”, 『신보수교집록』 하, 형전, 殺獄, 雍正庚戌承傳.

18) “殺其父 通其盲母者 以九歲稚兒 能記父讎 尋母於九年 雪讎於白晝之中 自首官庭 視死如歸 特爲給復 其盲母 則放送 令其子護歸全孝”, 『신보수교집록』 하, 형전, 推斷, 乾隆丙辰承傳.

(바) 아버지가 엄지 손가락이 물려 물린 지 63일 만에 사망하자 누이, 처와 함께 의논하여 칼로 가해자를 찌름. → 『대명률부례』에서 지체(肢體)를 부러뜨리면 보고 기한을 20일에 한하여 더해줄 수 있도록 한 조문에 의해 아들은 멋대로 죽인 경우에 적용하는 본율(장 60) 시행. 그 누이와 처는 분간 [1736, 영조 12]¹⁹⁾

이 규정들 중 (가), (나)는 조부모, 부모 살해자 복수 살인 규정을 남편, 자식 살해자를 복수 살인한 경우까지 확대하여 적용하도록 한 규정이라는 점에서 주목된다. 1706년(숙종 32)에 반포된 (가)와 (나)의 수교에서는 처가 남편을 살해한 자에게 복수한 경우, 어머니가 자식을 살해한 자에게 복수한 경우에도 자식, 손자가 부모, 조부모를 살해한 자에게 복수 살인하는 경우에 장 60에 처하도록 형률을 적용하도록 했다.

남편을 살해한 사람에게 처가 복수한 경우에 그 절의를 존중하여 감형해야 한다는 인식은 이 수교 반포 이전부터 있었다. 1664년(현종 5)에 남편을 죽인 마을 사람을 찢어 죽인 임생의 처벌에 대한 형조의 계문에서 “부처(夫妻)는 삼강(三綱)의 하나이니, 자식이나 손자가 조부모나 부모를 위해 복수한 경우와 조금도 다를 것이 없다”²⁰⁾는 논리로 『대명률』 부조피구조를 적용시켜 장 60에 해당한다고 했다. 이에 현종은 그 자리에서 죽었으니, 논하지 말도록 했다.²¹⁾ 수교 반포 이전에 이미 남편을 살해한 자를 죽인 사안에 부처 관계는 부자 관계와 마찬가지로 삼강의 하나라는 이유로 『대명률』 부조피구조를 적용시켰던 것이다.

그리고 1687년(숙종 13) 춘옥이 남편 복수로 살인한 사건에 대한 대신들의 의논에서도 “자식이 부모에게, 처가 남편에게는 그 의(義)가 한 가지이다.”라는 논리를 폈다.²²⁾ 그리고 남편이 사망했을 때 관에 고했던 사실도 함께 감안하여 복수 살인한 죄조차 적용하지 않고 정려하기까지 했다.²³⁾

이를 통해 (가)의 수교가 반포되기 이전에 이미 주무 관사와 대신들, 왕에 이르기까지 처가 남편을 살해한 자를 죽인 사건에 대해서 자식이나 손자가 부모나 조부모를 살해한 자를 죽인 경우와 동일하게 처리해야 한다는 인식이 있었으며, 이러한 인식에 의거한 법 적용이 행해지고 있었음을 알 수 있다. 이러한 상황에서 1706년(숙종 32)에 (가)의 수교를 반포함으로써 이를 상례로 적용하도록 했다. 다만 이 수교에는 부모, 조부모 복수살인의 즉시 죽이면 논하지 말도록 한 규정은 포함되지 않고, 장 60에 처하도록 한 규정만 포함되어 있었다.²⁴⁾

어머니가 자식을 살해한 자에게 복수한 경우에도 부모, 조부모 복수 살인의 형률을 적용하도록 한 (나) 수교 반포의 취지는 1690년(숙종 16) 자식이 피살되자 그 자리에서 그 살인자를 살해한 경덕의 사례를 통해 확인할 수 있다. 이 사건의 형조 계문에서는 『대명률』의 조부모,

19) “他人因鬪 咬其父母拇指 至於肉剝碎骨 因以毒氣 兩節腐落 終以此致死 在於被咬後六十三日 而與其妹其妻 誓心密議 懷刀刺讎者 依大明律附例 折跌肢體 用加限二十日之例 只依擅殺本律施行 婦女 并分揀”, 『신보수교집록』 하, 형진, 殺獄, 乾隆丙辰承傳.

20) “夫妻乃三綱之一 與子孫爲祖父母父母復讎 少無異同”, 『현종실록』 권7, 현종 5년 정월 20일 계미; 『현종개수실록』 권10, 현종 5년 정월 20일 계미.

21) 『현종실록』 권7, 현종 5년 정월 20일 계미; 『현종개수실록』 권10, 현종 5년 정월 20일 계미.

22) “子之父 妻之夫 其義一也”, 『숙종실록』 권18, 숙종 13년 5월 28일 을사.

23) 『숙종실록』 권18, 숙종 13년 5월 28일 을사.

24) 그러나 이는 이후 모든 처의 남편을 위한 복수 살인에 장 60을 적용했다는 것을 의미하는 것은 아니다. 이 경우 논죄하지 않고 심지어 복호 등의 포상을 하는 경우도 있었다.

부모 살해자 복수 살인 규정을 거론하며, 율문에는 부모가 자손을 죽인 원수를 멋대로 살해한 것에 관한 조문이 없다 하더라도 “자손이 조부모에 대해서와 조부모가 자손에 대해서는 정리(情理)가 다르지 않다”²⁵⁾는 입장을 보였다. 그렇지만 이 사안은 법에 없기 때문에 경솔하게 판단할 수 없다며 왕이 판단하기를 청했다. 숙종은 경덕이 그 아들이 살해되는 것을 보았으니, 지정(至情)에 관계된다며, 장 60에 처하고 석방하도록 판결했다.²⁶⁾ 이렇게 아들을 살해한 자를 죽인 경덕에 대해서 부모, 자식간의 정리를 들어 부모, 조부모 살해자 복수 살인 규정의 형량인 장 60을 적용했다. 다만 자식을 살해한 자를 그 자리에서 살해한 사건임에도 그 자리에서 살해하면 논하지 않도록 한 형량을 적용시키지는 않았다. 이러한 판결 방향은 (나)의 1706년(숙종 32) 수교에 그대로 반영되었다.

이렇게 조선에서는 『대명률』 규정대로 부모, 조부모에 대한 효를 중요시하여 부모, 조부모 살해자 복수 살인에 대해 감형하거나 논죄하지 않은 것은 물론이고, 처의 남편에 대한 의(義)를 부모, 조부모에 대한 효와 같은 반열에 두어 남편 살해자를 처가 죽인 사건에도 부모, 조부모 살해자 복수 살인의 형량을 적용하도록 했다. 또한 부모, 자식간의 ‘정리’도 중시하여 어머니가 자식을 살해한 자를 죽인 경우에도 부모, 조부모 살해자 복수 살인의 형량을 적용하도록 했다.

한편, 『추관지』의 ‘복수’ 조항에는 아버지, 어머니, 남편, 자녀 복수 항목과 함께 형을 살해한 자를 복수 살인한 사건에 대한 정조대의 판결 2건을 ‘복형수(復兄讎)’라는 하나의 항목으로 구성되어 있다. 이 두 사안은 한 사건은 사형을 감하여 정배했고, 한 사건은 사형에 처해야 할 사람을 법에 의하지 않고 멋대로 살해한 경우에 장 100에 처한다는 『대명률』 규정을 적용하여 장 100에 처하도록 하는 등 사건의 성격에 따라 형량이 달랐다. 그러나 이 두 사안에서 관찰사의 장계와 왕의 판부에 각각 ‘아우로써 형을 지키고자 하는 마음’, ‘분(憤)이 일어나 뒷일을 생각하지 않고 마주잡고 구타한 것은 천리(天理)와 인정(仁情)에 당연한 것’이라고 한 것을 통해 형, 아우간의 우애있는 마음을 보호해주어야 한다는 논리가 살인의 엄중함을 상쇄했음을 알 수 있다. 『추관지』에서는 형과 아우 상호간이 아닌 아우의 형을 위한 복수에 대해서만 수록되어 있지만 판결 과정에서 아우가 형에게 가지는 우애있는 마음이 보호의 대상이 되었다는 되었다는 점을 파악할 수 있다.

이와 같이 18세기 조선에서는 자식, 손자가 부모, 조부모에 대해서, 처가 남편에 대해 가져야 하는 ‘의’ 뿐 아니라 부모, 자식 간의 정리, 형에 대한 우애있는 마음 등 가족간에 친밀하게 여기고 서로를 보호하려는 마음 자체를 정부에서 보호해주어야 할 가치로 여겼다.

(다), (마), (바) 수교는 자식이 부모를 살해한 자를 복수로 죽인 경우의 규정이며, (라)는 자식과 처가 함께 그들에게 아버지, 남편이 되는 사람의 죽음에 원인을 제공한 자를 구타하여 죽게 한 경우이다. 이 규정들은 복수 살인 사건의 변수를 감안한 형량과 처리지침에 관한 규정들이다. 이 중 (다)는 성옥 후 판결이 나기 전에 복수 살인한 경우이고, (라)는 복수 살인 대상자가 원인을 제공했지만 관의 행정 행위에 의해 사망한 경우로 이 두 수교는 복수 살인 사

25) “子孫之於祖父母 祖父母之於子孫 情理雖無異同 其在執法之道 不敢以無於法之法輕斷重獄 上裁”, 『추관지』 권3, 詳覆部, 復讎, 復子女讎.

26) 『추관지』 권3, 詳覆部, 復讎, 復子女讎.

안이라는 점을 참작함과 동시에 법 질서와 관의 권위를 수호하고자 하고자 하는 목적의 판단이 함께 이루어진 사안이었다. (마)는 9살 때 아버지를 살해하고 눈먼 어머니와 통간한 자를 기억하여 9년만에 복수 살인하고 어머니를 찾은 특별한 사건으로 어렸을 때 일을 기억하여 아버지의 원수를 갚고 어머니를 찾은 효성스러운 마음을 높이 사 법조문상의 장 60의 형량도 적용하지 않고, 포상까지 하도록 한 수교이다. 이를 법제화했다는 것은 특별하게 효를 실천한 경우 논죄하지 않을 뿐 아니라 복호 등의 포상까지 할 것이라는 것을 천명한 것이라 할 수 있다. (바)는 복수 살인의 동기가 된 아버지의 죽음을 피살로 볼 것인지 판단하기 위한 보고(保辜) 기한 세부 규정이다. 즉, 법적으로 복수 살인 여부를 판정하기 위해 폭행과 죽음의 인과관계를 따지는 보고 기한의 적용에 관해 규정한 수교이다.

이 규정들 중 복수 살인 감형 대상을 확대시킨 (가), (나)와 성욕 후 관의 판결을 기다리지 않고 사사로이 살해한 자에 대한 규정인 (다), 본 살인 사건의 보고 기한 적용 지침인 (바)는 개별 사건과 관련된 구체적인 내용 일부가 제외하고 『속대전』 살육조에 다음과 같이 수록되었다.

○ 그 아버지가 살해당해 성욕되었는데, 관의 사건 규명을 기다리지 않고 멋대로 그 원수를 살해하면 사형을 감하여 정배한다. <…《중략》… ○ 그 아버지가 다른 사람과 싸우다가 물려 상처가 찢어 사망했는데, 60일 후에 그 아들, 딸과 며느리가 그 원수를 멋대로 죽이면 『대명률부례』의 지체를 부러뜨리면 보고 기한을 20일을 더하는 예에 의하여 그 아들은 다만 멋대로 죽인 경우에 적용하는 본율(장 60)을 적용하고, 그 며느리와 딸은 분간한다.>²⁷⁾

○ 처가 남편의 원수에게 복수하고 어머니가 자식의 원수에게 복수하여 그 원수를 멋대로 죽이면 자식이나 손자가 부모, 조부모를 살해한 사람을 멋대로 죽인 경우에 적용하는 형률에 의하여 장 60에 처한다.²⁸⁾

그리고 이 규정은 『대전통편』, 『대전회통』에도 그대로 수록되어 조선에서 이에 관한 사건이 발생했을 때 적용되었다.²⁹⁾

복수 살인 규정 외에도 1711년(숙종 37)에는 아버지가 구타당했을 때 자식이 아버지를 구타한 사람을 때려 죽음에 이르게 한 경우 감형하도록 한 다음과 같은 법이 제정되었다.

그 아버지가 구타당하자 그 자식이 아버지를 구타한 사람을 되갚아 구타하여 사망하게 되면 사형을 감하여 정배한다. [1711, 숙종 37]³⁰⁾

『대명률』에서는 조부모, 부모를 구타한 사람을 즉시 폭행했을 때 사망하지 않을 경우 감형

27) “○ 其父被殺 成獄不待究覈 擅殺其讎人者 減死定配 <…《중략》… ○ 其父與人鬪而被咬 腐傷致死 於六十日之後 其子女與婦 擅殺其讎人者 依大明律附例折跌肢體加限二十日之例 其子只用擅殺本律 其婦女分揀>”, 『속대전』 권5, 형전, 殺獄. * <>안은 세주

28) “妻復夫讎 母復子讎 擅殺其讎人者 依子孫擅殺行兇人律 杖六十”, 『속대전』 권5, 형전, 殺獄.

29) 『속대전』 권5, 형전, 殺獄; 『대전통편』 권5, 형전, 殺獄; 『대전회통』 권5, 형전, 殺獄.

30) “其父逢打 而其子反毆打父之人 致死者 減死定配”, 『신보수교집록』 하, 형전, 殺獄.

했으나 사망하면 인명을 중시하여 상률에 의하여 사형에 처하도록 했다. 그런데 이 수교에서는 아버지를 구타한 자를 구타하다 죽게 한 경우 사형을 감하도록 했다. 이 규정은 아버지가 구타당하여 중상을 입은 경우로 조건이 변경되어 『속대전』에 “그 아버지가 다른 사람에게 구타당하여 무겁게 상해를 입자 그 자식이 그 사람을 구타하여 사망하게 되면 사형을 감하여 정배한다.”라고 수록되었다. 그리고 이 규정 역시 이후 『대전통편』, 『대전회통』에 수록되었다.³¹⁾ 한편, 이 규정은 아버지가 구타당하는 경우에 대한 규정이지만 실제 판결 현장에서는 어머니의 경우도 이 규정이 적용되었다는 사실을 확인할 수 있다.³²⁾ 부모, 조부모 등을 살해한 자를 죽인 행위는 형률상 사형에 처해야 할 자를 죽인 것으로도 형률 체계상 정당화할 수 있는 여지가 있으나 구타한 자를 죽인 행위는 이와는 다르다. 그럼에도 불구하고 수교로 반포하고, 『속대전』에도 수록하여 이러한 사건이 발생했을 때 상례적으로 사형을 감하도록 했다는 것은 18세기에 이르러 부모에 대한 효성스러운 마음을 장려하고자 하는 의지가 타인을 살해한 행위를 목숨으로 갚아주어야 한다는 기존의 형률상의 논리를 압도했다는 사실을 보여준다.

이렇게 18세기에 이르러 『대명률』 규정대로 부모, 조부모를 살해한 자를 죽인 경우 가볍게 처벌하도록 한 데 그치지 않고 남편, 자식을 살해한 사람을 죽인 경우까지 이 규정을 확대 적용시키도록 한 수교가 반포되었다. 또한 이 시기 실제 판결에서 형을 살해한 자를 복수 살인한 경우에도 감형하도록 하는 판결이 내려졌다. 이는 18세기 조선 정부에서 형률을 통해 부모에 대한 효와 남편에 대한 의와 같은 규범화된 유교적 가치 뿐 아니라 부모, 자식간의 정리, 형, 아우간에 우애있는 마음을 보호하고자 했음을 알 수 있다. 이는 부모, 조부모, 남편에 대한 일방적인 ‘의’ 뿐 아니라 부모, 자식간의 정리, 형제간에 우애와 같은 감정적인 요소이면서도 본연의 유교적 가치이기도 한 부분까지 보호하고자 했음을 알 수 있다. 한편, 부모가 구타당한 경우에 구타한 자를 폭행하다 그 사람이 사망한 경우 사형에 처하지 않고 감형하도록 한 수교를 통해 부모에 대한 효성스러운 마음을 그 어느 가치보다 중시했던 18세기의 사회상을 파악할 수 있다.

3. 『흙흙신서』에 나타난 가족 관계 보호를 위한 법 운영 방식

18세기 이와 같은 법 제정의 기반위에서 19세기 초반 정약용은 고대부터 축적되어 온 부모 등 가족 살해자 복수 살인 형량 감경 법의 근간이 된 논의를 「경사요의(經史要義)」편에 수록했고, 정조대 가족 살해자 복수 살인 사건과 부모를 구타하거나 음행을 저질렀다고 무고한 자를 살해한 사건의 판결 실례를 「상형추의(詳刑追議)」편을 중심으로 정리했다. 3장에서는 그 구체적인 내용에 대해 살펴보도록 하겠다.

1) 복수 살인에 대한 정약용의 입론

31) “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, 殺獄; 『대전통편』 권5, 형전, 殺獄; 『대전회통』 권5, 형전, 殺獄.

32) 『흙흙신서』 권3, 상형추의 11, 情理之恕 2.

부모 살해자 복수 살인에 대한 감형 논리는 중국 고대 유교 경전에서부터 나타나며, 이후 유학자나 유학적 소양을 가진 관료들 해석되고 법제화되어왔다. 『흙흙신서』에는 많은 지면을 할애하여 유교 경전상의 부모를 위한 복수 살인 감형 논리를 수록했고, 정약용은 이에 대한 자신의 입론을 펼쳤다. 형정 운용의 핵심 논리들을 경서에서 추출한 「경사요의」 1의 13항목 중에 복수 살인에 관한 항목 3항목이 수록되어 있다. 그리고 역사 속에서 사례를 추출하여 형정 운용의 방향과 논리를 제시한 「경사요의」 2에서는 자식이 아버지의 원수에 복수한 사례 8사례, 아들이 어머니의 원수에 복수한 사례 2사례, 처가 남편의 원수에 복수한 사례 3사례, 아우가 형의 원수에 복수한 사례 1사례, 복수로 관원을 살해한 사례 2사례로 모두 5항목 16사례를 수록했다. 그렇다면 정약용이 경서와 역사 속에서 추출하고 정리한 복수 살인 감형의 논리 중 조선 후기 살육 판결에 적용될 수 있는 논리를 중심으로 살펴보도록 하겠다.³³⁾

정약용은 「경사요의」의 구수천살지의(仇讎擅殺之義) 항목에서 『곡례』의 “아버지의 원수는 하늘을 함께 이지 않는다”³⁴⁾는 글과 이 글에 대한 정현의 주석인 “아버지는 아들의 하늘이다. 자기의 하늘을 죽인 자와 하늘을 함께 인다면 효자가 아니다. 쫓아가 그를 죽여야 그만두는 것이다.”³⁵⁾라는 논리를 수록하고, 이에 대해 기본적으로 긍정했다. 또 이러한 인식이 법제화된 조부모, 부모를 살해한 자를 복수로 죽인 자를 감형, 혹은 논죄하지 않도록 한 『대명률』 규정을 수록했으며, 이 『대명률』 규정과 함께 성옥 후에 조사 결과를 기다리지 않고 아버지를 죽인 원수를 멋대로 살해한 경우에 사형을 감하여 정배한다는 『속대전』 규정을 수록했다.

그러나 그는 근래에 복수 살인 사건에 절렬(節烈)만을 인정하여 대개 성옥하지 않는 것을 큰 폐단이라고 했다. 살해되었는지가 분명하지 않는데도 사사로이 원수라고 지목하여 공공연하게 복수하는 자가 있는데, 이것은 작은 문제가 아니라는 것이다.³⁶⁾ 부모, 남편, 자식을 살해했다는 사실이 분명한 사안에만 복수 살인 감형을 인정해야 원수라며 함부로 살인을 감행하는 일이 없어진다고 본 것이다. 또한 과실로 남편을 살해한 사람을 죽인 사건에 대해서 죽지 않아야 하는 사람을 죽이면 죽인 사람이 마땅히 죽어야 한다는 입장을 보이기도 했다.³⁷⁾ 한편, 복수의 법에 갇히 경을 죽이면 경의 아들이 갇히 죽이는 것은 허용했으나 갇히 아버지를 죽이는 것은 복수가 아니라며 이 경우에는 성옥하여 상명(賞命), 즉 사형에 처해야 한다고 했다.³⁸⁾

또, 의살물수지의(義殺勿讎之義) 항목을 구성하여 『주례』의 지관, 조인조에 “사람을 죽였는데, 의(義)한 경우에는 나라를 같이하지 않으며, 복수하지 못하게 하고 복수하면 죽인다.”³⁹⁾는 글과 그 주석을 인용하며, 의살인 경우에는 사사로이 죽일 수 없다는 인식을 표출했다. 그리

33) 중국 고대의 경서 내용부터 정리했기 때문에 조선 후기 살육 판결에는 적용하기 어렵다 하더라도 그 글의 의미를 해석한 부분이 있다. 이러한 부분은 생략하고 서술하고자 한다.

34) “父之讎 不與共戴天”, 『흙흙신서』 권1, 경사요의 1, 仇讎擅殺之義.

35) “父者 子之天 殺己之天 與共戴天 非孝子也 行求殺之 乃止”, 『흙흙신서』 권1, 경사요의 1, 仇讎擅殺之義.

36) 『흙흙신서』 권1, 경사요의 1, 仇讎擅殺之義.

37) 『흙흙신서』 권1, 경사요의 2, 妻復夫仇2.

38) 『흙흙신서』 권1, 경사요의 1, 仇讎擅殺之義.

39) “凡殺人而義者 不同國 令勿讎 讐之則死”, 『흙흙신서』 권1, 경사요의 1, 義殺勿讎之義.

고 그 의살을 대악(大惡), 불효, 불우(不友), 패역(悖逆), 음란하여 정리상 용서할 수 없는 경우라고 했다.⁴⁰⁾

이와 더불어 수주불복지의(受誅不復之義) 항목에서 『춘추공양전』과 그 주석 내용을 인용하여 주살당한 경우 복수하지 못한다는 인식을 표출했다. 즉, 정당하게 법에 의해 죽임을 당한 경우 복수할 수 없다는 것이 정약용의 입장이었다.⁴¹⁾ 『경사요의』의 당 양만경이 장심소를 살해한 사건에서도 근래에 원수를 갚은 옥사에 본 사건의 허실은 묻지 않고 오직 너그럽게 형벌을 면하게 하는 것에 힘쓰는 것 또한 하나의 폐단이라며, 아버지가 법에 의해 정당하게 죽임을 당했으면 복수할 수 없다는 입장을 피력했다.⁴²⁾

“아버지의 원수와는 하늘을 함께 이지 않는다”는 복수 살인 형량 감경 논리는 부모에 대한 효에서 비롯된 ‘분노’의 감정을 허용하고 있다. 앞에서 언급했던 『대명률집설부례』의 부모, 조부모 살해자 복수 살인 형량 감경에 관한 법 해설에서 “조부모나 부모가 타인에게 살해당해 그 원수에게 매우 크게 화가 나 자식이나 손자된 자가 관에 고하지 않고 멋대로 부모나 조부모를 살해한 사람을 죽이면 비록 그것이 사사로이 살해한 것이라 죄가 되지만 실로 함께 하늘을 이지 않는 의(義)에 격해져 어찌 그 다른 것을 계산하겠는가?”라고 했던 것에서도 부모를 죽인 자에게 화가 나는 것, 원수와 함께 하늘을 이지 않는 의에 격해지는 감정을 인정하여 가볍게 처벌하도록 했음을 확인할 수 있다. 뒤에서 언급하겠지만 『흠흠신서』에는 의에 격해지는 감정을 표현하는 말로 ‘의분’이라는 용어가 사용되었다.

부모 살해자를 복수로 살인하는 행위를 가볍게 처벌하는 것은 국가적인 차원에서는 효를 장려하는 것이었지만 개인적인 차원에서는 살인 행위에 대한 죄의식을 덜며 부모를 위한 마음을 거리낌없이 표출할 수 있는 분위기를 형성하는 것이기도 하다. 따라서 정약용은 부모를 위하는 마음을 존중하면서도 죽지 않아야 할 사람을 죽이는 자는 감형하지 않아야 한다고 보았다. 즉 부모 살해 사실이 분명하지 않은 경우, 부모를 살해했으나 의살인 경우, 법에 의해 주살된 경우는 복수 살인 형량 감경을 적용하지 않아야 한다고 보았다. 이를 인명 존중, 법 질서, 효의 가치의 보호 이 세 가지를 모두 확보할 수 있는 방안이라고 판단한 것이다.

2) 복수 살인 사례 판결

「상형추의」에는 18세기 후반 정조대에 부모 등 가족 구성원의 복수를 한 사례와 가족에게 위해를 가한 자를 구타하여 그 사람이 죽게 된 사례에 대한 판결이 수록되어 있다. 분석할 대상은 복수 살인 사례인 복설지원(復雪之原) 5사례와 가족에게 폭행 등 위해를 가한 자를 살해한 사건 5사례이다. 먼저 복수 살인 사례인 ‘복설지원’ 항목에 어떤 사안을 선정하여 수록했고, 조사에서 판부에 이르는 과정 중 무엇에 중점을 두고 수록했는지를 검토함으로써 18세기 판결 경향과 함께 정약용이 이를 어떻게 계승해야 한다고 인식했는지 살펴보고자 한다.

40) 『흠흠신서』 권1, 경사요의 1, 義殺勿讎之義.

41) 『흠흠신서』 권1, 경사요의 1, 受誅不復之義.

42) 『흠흠신서』 권1, 경사요의 2, 復讎殺官1, 2.

〈표 2〉 「상형추의」의 복수 살인 사례⁴³⁾

	정범 (正犯) <피고인>	피살자	실인	복수 이유	주요 수록 내용	
					조사 과정과 판부	정약용의 평
1	윤항	윤언서	피자 (被刺)	윤언서 형제가 윤항의 아버지 윤덕규를 구타한 후 윤덕규 사망	• 초검장, 초검 발사, 복검 발사, 순영 제사: 검시, 공초 내용을 바탕으로 한 사건 경위 파악, 조율 • 형조 계문: 윤덕규 딸의 격쟁원정 • 판부, 형조 3당상 의견 청취 • 판부: 재조사 지시 • 형조 계문: 본도 사계 검토 후 의옥(疑獄)으로 보고 • 판부: 윤의(倫義)를 중히 여겨 관전을 내림.	
2	박내린	박성대	피타 (被打)	박성대가 박내린의 아버지 살해	판부: 관전을 내려야 하는 이유를 제시하고 감사 정배하도록 함.	장 60이 아닌 감사정배하도록 한 것에 다른 근유(根由)가 있을 것이라고 추정함.
3	김대한	김연석	피타 (被打)	김연석이 김대한의 형 김초동을 익사 시킴.	• 초검 발사, 복검 발사, 삼검 발사, 삼검 발사, 사검 발사: 검시와 사증을 바탕으로 실인과 정범 결정 • 순영 제사: 초검~사검을 검토. 사관(査官)을 정하여 김초동의 피익(被溺), 자익(自溺) 여부 조사와 네 검안 검토 지시 • 사관 보장: 김초동 사건 피익으로 보고. 실인, 정범 결정 보고 • 순영 제사: 정범 김대한, 실인 구타치사로 일단락. 동추관 결정하고 회추 지시	• 각 검안 발사와 사관 보장에 대해 실인, 정범 결정 과정에서 문제점 지적. • 두 번째 순영 제사에 대해 피익이라면 성욕할 사안인지에 대해 의문 제기
4	복순	<김조이> 44)	피타 (被打)	손아랫누이 복점이 시어머니 김조이의 꾸짖음에 자살	판부: 관전을 내리는 이유를 제시하고, 특별히 석방	처벌 없이 석방한 원인 추정. 시어머니와의 불화로 자살한 사례가 펍살이 아닐 수도 있다는 견해 제기
5	오역춘 <鄭女> 45)	안종면	피자 (被刺)	안종면이 정녀의 남편이자 오역춘의	• 형조 계문: 검시 및 조사의 허술함을 지적한 후 정녀의 형을 잠시 정지하고 재조	형조 첫 번째 계문인 재조사 요청 계문 내용의 오류 지적

43) 『흙흙신서』 권8, 상형추의 10, 復雪之原.

				종속인 오명 담을 밀고해 장을 맞아 사 망	사를 명하기를 청함. •사관 보장, 본도 사계: 조 사 후 오억춘을 정범, 정녀 를 지교자(指教者)로 집정 하여 보고 •형조 계문: 본도의 계문 내용을 근거로 보고 •판부: 미진한 부분 추가 조사를 명함.	
--	--	--	--	----------------------------------	--	--

다섯 사안 중 1, 2는 아버지를 살해한 자를 죽인 사건이다. 3은 형, 4는 손아래누이의 원수를 갚은 사례로, 복수 살인 감형법에 해당하지 않는 사안이며, 5는 정녀와 오억춘이 함께 정녀의 남편을 죽게 한 원인을 제공한 사람을 살해한 사건으로 정녀 입장에서는 남편 복수를 한 것이었다.

이 사례에는 복수 살인 감형법 적용 대상이 아닌 형, 손아래누이의 원수를 갚은 사안이 포함되어 있으며, 특히 복수가 손아래누이의 원수를 갚은 4의 사안에서 처벌 없이 방면하도록 했다는 사실이 주목된다. 정약용은 복수를 정범이 아닌 피고인이라고 지칭한 것을 통해 처벌 없이 석방한 것은 사망 원인이 복수의 구타가 아니라 병으로 판단되었기 때문이라고 추정했다. 피타치사(被打致死)로 판정되었다면 형량이 감경되기는 했더라도 처벌 없이 석방하지는 않았을 것이라고 본 것이다. 이를 통해 정조대에 형을 위한 복수 뿐 아니라 손아래누이를 위한 복수에도 형량 감경이 이루어지고 있었다는 사실을 알 수 있다. 정조의 판부에서는 복수의 구타 행위에 대해 “동기(同氣)의 지극한 정으로 사람이라면 누가 그러하지 않겠는가.”⁴⁴⁾라며, 동기간의 정으로 누이를 찰박하여 죽게 한 시어머니를 구타하는 것은 당연하다는 인식을 표출했다. 또, 정조는 이 오누이가 어려서 고아가 되었던 사실을 언급하며, 누이를 잃은 오라버니의 아픔을 ‘삭일 수 없는 원통함’으로 표현했다. 이를 통해 정조는 순위, 손아래 관계없이 형제간에 서로 위하는 마음 자체를 법으로 보호해야 하는 가치로 여겼음을 알 수 있다.

1, 3, 5의 사례에서는 검안과 보장 내용을 상세히 수록하고, 검시나 법 적용 및 행정 처리 과정에서 문제가 없는지를 평했다. 즉, 검시 및 당시 상황을 조사하고 공초를 받아 정범을 결정하고, 피살자가 복수당해야 마땅한 사람인지를 검토하는 과정을 면밀히 고찰한 것이다. 이는 정범이 누구인지, 부모, 남편, 형제 등을 살해한 것이 명확한지에 따라 복수 살인법을 적용해야 할지의 여부가 결정되기 때문으로 보인다. 이 중 3, 5의 사례에서는 최종 판결은 기록하지 않으면서도 검시와 조사 과정을 기록한 검안이나 보장은 자세히 수록했다. 이러한 편집 방향은 복수 살인의 형량 감경에는 공감하면서도 해당 사안이 복수 살인의 법을 적용받아야 할 사안인지는 면밀하게 검토하여 함부로 인명을 살해하는 것을 방지해야 한다는 정약용의 인식

44) 『흙흙신서』에는 성이 기록되어 있지 않아 『심리록』에 수록된 같은 사례로 보완했다. (『심리록』 권 15, 을사 2, 경상도, 安東權福順獄.)

45) 『흙흙신서』에는 오억춘이 안종면을 살해한 것으로 기재했지만 『심리록』에는 정녀가 오억춘과 안종면을 찢어 죽인 것으로 기재되어 있다. (『심리록』 권11, 계묘 3 松禾鄭女大隱阿只等獄.)

46) “同氣至情 人孰不然”, 『흙흙신서』 권8, 상형추의 10, 復雪之原 4.

이 반영된 것으로 판단된다.

1의 사례인 윤항이 윤언서를 살해한 사건은 아버지를 살해한 자를 죽인 복수 살인의 대표적인 유형이다. 그럼에도 복수 살인 대상인지에 대한 사관, 관찰사의 검토, 이 검토가 타당한지에 대한 정약용의 평이 상세히 기록되었다는 점에서 검토해 볼 필요가 있다. 이는 윤항의 아버지 윤덕규가 집안의 서얼인 윤태서, 윤언서 형제에게 구타당한 후 사망하자 윤항이 윤언서를 자살(刺殺)한 후 윤언서의 소장을 꺼내어 어깨에 메고 허리에 두르고 관문(官門) 밖에서 북쪽을 향해 꿇어 앉아 있었던 사건이었다. 이 사건에서는 초검, 복검, 순영의 제사에 이르기까지 윤언서 형제의 구타와 윤덕규 사망의 인과 관계 파악과 윤언서 형제가 살인 의도가 있었는지에 집중했다. 윤언서 형제의 구타가 사망으로 연결되었는지, 병 등 다른 이유로 사망했는지에 따라 복수 살인 형률을 적용시킬지의 여부가 결정되기 때문이었다. 결국 초검, 복검의 사관, 순찰사 모두 윤덕규 사망시의 조사 결과 등에 따라 구타와 사망에 인과 관계가 없다고 판단했으며, 순찰사는 살인 의도가 있었다는 증거도 없다고 했다. 그 결과 초검 사관과 순찰사는 각각 살인률, 사형에 처해야 한다고 했으며, 복검 사관은 『대전통편』의 규정에 의해 사형을 감하여 정배해야 한다고 논했다. 그러나 윤덕규의 딸이 이에 관해 격쟁을 올렸고, 정조는 형조의 3당상에게 논의하도록 한 후 관찰사에게 다시 조사하도록 명했다. 관찰사의 장계에 따라 올린 형조의 계문에서는 이를 의옥(疑獄)으로 판단하고 정조의 판결을 청했다.

정조는 “사람을 죽인 사람은 죽는 것이 온 천하에서 만세토록 바꿀 수 없는 법이지만 부모를 위하여 수치를 씻고 분을 풀어 남을 구타하고 상하게 하여 사망하는데 이르게 한 경우에는 대개 법을 굽혀 용서했다”⁴⁷⁾고 했다. 또한 “올레에 가장 중요한 것은 윤의(倫義)”⁴⁸⁾라고 했으며, “수치와 분이 원수에는 이르지 않더라도 일이 부모를 위하여 손쓴 것에 관계된다면 살려야 하는데 하물며 이 옥사는 복수에 가까운 것임에랴.”⁴⁹⁾라는 입장을 보였다. 정조는 설사 복수 살인법을 적용하는데 해당하지 않는다 하더라도 부모를 위해 수치스러운 욕을 씻고 분을 푸는 행위에 대해서는 목숨으로 갚도록 해야 한다는 말이 나와서는 안된다고 보았다. 그리고, 초검관과 복검관을 결옥을 잘못된 죄로 나문하여 처벌하도록 하고, 각도에 풍교를 두텁게 하는 다스림에 유념하도록 알리라고 명했다.

정약용은 초검, 복검관의 윤덕규 죽음의 원인에 대한 검토가 잘못되었다고 판단했다. 윤항 형제가 애초에 아버지 죽음의 실인을 분명히 하여 발고했다면 윤덕규 사망 당시 윤태서 형제를 법으로 처벌할 수 있었을 사안이라며, 윤항 형제와 당시 이 사건을 조사했던 관의 잘못을 함께 지적했다. 그리고 윤덕규 사망 후 조부와 어머니의 죽음이 원통함 때문이 아니라고 할 수 없을 것이라며 윤항 형제의 슬픔에 공감하면서도 윤언서를 죽인 후 배를 가르고 창자를 꺼내 몸에 두른 잔인한 행위는 징계해야 할 필요가 있다고 보았다.⁵⁰⁾

정약용은 이 사안에 대해서 윤의를 중시했던 정조의 판부를 중심으로 수록하지 않고, 초검

47) “殺人者死 通天下萬世不易之法 而爲父母雪羞 逞憤毆人傷人 至於致命者 輒多屈而貸之”, 『흙흙신서』 권8, 상형추의 10, 復雪之原 1.

48) “大抵律例 最重倫義”, 『흙흙신서』 권8, 상형추의 10, 復雪之原 1.

49) “羞與憤之未至於讐 而事有關於爲親下手 猶當傳生 況此獄之近於復讐乎”, 『흙흙신서』 권8, 상형추의 10, 復雪之原 1.

50) 『흙흙신서』 권8, 상형추의 10, 復雪之原 1.

안, 복검안, 순영의 제사, 윤덕규 딸의 격쟁, 형조 3당상의 논의, 형조의 계문, 왕의 최종 판부에 이르기까지 이 긴 내용을 모두 수록했다. 결국 윤의를 중시하여 형량을 감경해야 한다는 쪽으로 판결난 사건임에도 복수 살인으로 인정할 사안인지에 대한 조사·검토 과정을 상세하게 수록하고, 검토의 오류를 평했으며, 이전 사건에 대해 관에서 제 역할을 못함으로써 이러한 살인 사건이 발생하게 되었다고 지적했다. 이러한 수록 방식은 복수 살인에 관한 사건이라 하더라도 사건을 조사하는 관원은 복수 살인법을 적용해야 할 사안인지, 일반 살인률로 처벌해야 할 지를 면밀히 따져보아야 하며, 관에서는 관내 백성들의 죽음의 원인을 철저하게 조사하여 억울한 일이 없도록 해야 한다는 그의 입장을 반영한 것으로 보인다.

한편, ‘근유(根由)’에 사건의 실제 원인을 기재하기도 했지만 ‘의분’이라고 기재한 사례가 나타나는 점이 주목된다. 정약용은 윤향이 윤언서를 살해한 이 사건의 근유(根由)를 ‘의분’이라고 기재했다. 아버지에 대한 효성스러운 마음으로 인해 윤언서를 상대로 일어난 분을 푼 사건이라는 것이다. 또, 복순이 손아래누이 복점의 죽음에 원인을 제공했다고 생각하며 복점의 시어머니를 구타했던 4의 사건도 근유를 ‘의분’이라고 기재했다. ‘효’나 ‘의’ 뿐 아니라 동기간의 정리를 ‘의’라고 표현함으로써 당시에 보호해야 할 가치로 보고, 이 살인 사건들은 ‘의’가 ‘분’으로 전환되어 벌어진 사건이라고 인식한 것이라 하겠다.

3) 부모를 위해한 자의 구타치사 사례 판결

부모, 자식, 형제를 살해한 자나 그들의 죽음에 원인을 제공한 자를 죽여 복수 살인한 사안 외에도 부모를 구타하거나 부모에게 음행이 있다고 한 자를 그 자리에서 혹은 추후에 구타하다가 사망하게 된 경우에도 감형이 이루어졌다. 이 경우 조율을 맡은 관사에서는 1711년 제정되고 개정을 거쳐 『속대전』에 수록된 “그 아버지가 다른 사람에게 구타당하여 무겁게 상해를 입자 그 자식이 그 사람을 구타하여 사망하게 되면 사형을 감하여 정배한다.”는 법을 적용했다.

이에 대해 정약용은 『대명률』에 비해 국전의 형률이 가볍다고 하면서 이는 자식이나 아우로 아버지나 형을 보위하는 것은 이치상 금하기 어렵다며 정리가 진정성이 있으면 국전을, 정리가 절박하지 않으면 『대명률』 규정을 적용시켜야 한다고 주장했다.⁵¹⁾ 정조는 이러한 사안에 대해 『속대전』의 법 규정을 적용시키도록 하기도 했고, 아버지를 구타하는 의자(義子)를 살해한 경우와 같이 피타치사를 초래한 본 폭행 사건이 윤리상 해서는 안 되는 사건인 경우 처벌하지 않고 석방하기도 했다.

부모에게 위해를 가하여 구타하다 사망한 사건은 여러차례의 검시 및 조사 결과를 수록한 앞의 복수 살인 사건 수록 방식과는 달리 사건의 경위를 파악할 수 있는 사관의 보장이나 본도 사계 중 한 건과 정조의 판부를 기록하거나 정조의 판부만을 기록하는 방식으로 수록되었다. 사관의 보장이나 본도 사계에서도 복수 살인 사례에서는 본 살인 사건과 살인의 원인이 된 이전 살인 사건에 대한 조사 보고가 많은 비중을 차지하는데 비해 이 사안에서는 부모를

51) 『흙흙신서』 권8, 상형추의 11, 情理之愬 3.

위하는 마음을 보호하고자 하는 관원들의 의지가 상대적으로 부각되었다. 전자는 복수를 빙자한 살인을 방지해야 한다는 목적이 있었던 데 비해 후자는 살인 의도가 없었는데 폭행 여파로 사망하게 되는 경우가 많아 폭행 당시의 정황이 자세히 서술될 수밖에 없었고, 그 과정에서 관원들의 부모를 위하는 마음을 보호하고자 하는 의지도 더 구체적으로 드러났던 것으로 보인다. 따라서 부모에 대한 효성스러운 마음으로 인해 분기가 치밀어오를 수밖에 없는 상황, 즉 의분이 일어나는 상황, 그리고 이러한 상황에 대한 법적 수용의 정도가 더 분명하게 드러난다.

이 사안에서는 정조의 판부에서 뿐 아니라 사관의 보장이나 본도의 장계에서부터 부모가 구타당하는 상황에서 분기가 치밀어오르는 것이 필연적이라는 내용이 포함되어 있는 사례들이 나타난다. 박봉손이 아버지 박소상을 구타하는 배종남을 폭행하여 사망에 이르게 한 사건에 대해 본도 장계에서는 “이 위태롭고 급한 상황을 보고 어찌 아버지를 위하여 저지하여 도리어 때리고 차지 않을 수 있겠습니까? 천성이 격해져 분기가 불꽃같이 일어나 죽을지 살지를 가늠하여 돌아볼 겨를이 없었었으니, 그가 비록 사납게 찼다 하더라도 이치상 괴이할 것이 없습니다.”⁵²⁾라고 했다. 아버지의 위태로움을 보고 천성이 격해지고 분기가 치밀어오르는 것을 당연하다고 한 것이다. 정조의 판부에서도 “한 포의 피로 욱하게 되고 마음대로 때려 가슴에 상처를 입어 피가 흐르는데 이르렀으니, 비록 길 가던 사람이라 하더라도 만약 천성을 갖추었다면 진실로 팔을 걷어붙이고 분을 풀려했을 것이다.”⁵³⁾라고 했다. 아버지가 구타당하는 상황에서 이를 저지하는데 그치지 않고 분기로 심하게 구타하게 되는 것도 인간이라면 그럴 수 밖에 없는 당연한 것으로 인식했다.

이후상이 공 조이를 살해한 사건에서도 이러한 인식이 드러난다. 이 사건은 나이 어린 10촌 동서인 공 조이가 이후상의 어머니 봉 조이의 머리카락을 잡고 뺨을 때리자 이후상이 공 조이를 구타하여 사망하게 된 사건이다. 이후상의 구타에 대해 사관은 “후상이 자식이 되어 눈으로 이 상황을 보고도 수수방관하며 태연히 있었다면 그 불효가 큰 것입니다. 이 때 마음이 아프고 머리가 지끈지끈하여 노기가 산처럼 솟아올라 주먹이 저절로 휘둘리고 발이 저절로 나가는 것을 깨닫지 못하는데 공씨녀는 이미 중상을 입었으니, 어느 겨를에 생사를 헤아렸겠습니까?”⁵⁴⁾라고 하며, 『속대전』 규정을 적용하기를 청했다. 이를 살펴보면 부모가 다른 사람에게 구타당할 때 노기가 올라와 상대방을 때리고 차게 되는 것을 자연스러운 효심의 발로로 보았다. 감정을 분출하는 행위 역시 효심으로 인정하여 정상 참작해야 함을 주장한 것이다. 정조도 “그 분기(憤氣)가 치밀어올라 분노한 주먹이 뻗어나가 때리거나 차거나 하는 것을 스스로 그칠 수 없는 것은 진실로 형세상 필연이다”⁵⁵⁾라며, 어머니가 구타당하는 것을 보고 분노가 치밀어올라 상대방을 때리게 되는 것을 누구나 그렇게 할 수 밖에 없는 필연적인 것이라고 했

52) “見此危急 安得不爲父捍禦 反加毆踢乎 秉彝所激 憤氣如燄 輕重死生 有不暇顧 則其踢雖猛 理無可怪”, 『흙흙신서』 권8, 상형추의 11,情理之恕 3.

53) “一苞之稷 至發詆辱 恣意下手 轉至傷胸而出血 雖在行路之人 若具秉彝之性 固當扼腕而雪憤”, 『흙흙신서』 권8, 상형추의 11,情理之恕 3.

54) “厚相身爲人子 目見此狀 袖手傍觀 然無愁 則其爲不孝大矣 當是時也 痛心疾首 怒氣山湧 不覺拳之自奮足之自抵 而孔女則已重傷矣 何暇計較其生死乎”, 『흙흙신서』 권8, 상형추의 11,情理之恕 2.

55) “若其憤氣之所衝發 怒拳之所撞著 或毆或踢 不能自止者 固是勢所必然”, 『흙흙신서』 권8, 상형추의 11,情理之恕 2.

다.

정조대 부모가 구타당했을 때 상대방을 구타하다 사망하게 한 경우에 위의 『속대전』 혹은 『대전통편』 규정을 적용했다. 이 규정에서는 부모가 중상을 입은 경우만을 특정했지만 정조대에는 부모가 꼭 중상을 입지 않더라도 구타당하는 부모를 구하기 위해, 혹은 부모를 구타한 것에 대한 분노가 치밀어 올라 구타하다 그 사람이 사망에 이르게 된 경우에도 이 법을 적용했다. 그리고 그 과정에서 구타의 원인이 된 분노의 감정을 효심이 표출된 이상할 것 없는 당연한 현상으로 보았다는 사실을 확인할 수 있다.

18세기 살인 사건 조사 체계와 19세기 초 『흙흙신서』의 정약용의 평을 살펴보면, 절의가 매우 중시되는 분위기, 복수 살인 형량 감경 적용 대상의 확대되어가는 상황 속에서 이들은 규범적인 효와 의의 가치 뿐 아니라 부모, 자녀간의 정리, 형제간의 우의 등을 보호하면서 법 질서를 지키고 인명 존중의 가치를 실현해야 했다. 그 과정에서 효와 의, 가족관의 친밀한 감정들로 인해 분기가 일어나 살인이라는 극단적인 행위에까지 이르더라도 ‘의분’이 일어나 벌어진 일로 인식하여 이러한 분노를 오히려 감형의 이유로 제시하는 등 법적으로도 일정 부분 수용했다. 이렇게 이 시기 법과 판결을 통해서 가족간의 친밀한 감정을 적극적으로 보호함으로써 유교적 가치를 실현하고 가족관계를 보호하고자 했다. 그러나 형사 판결이나 형정을 담당하는 관원들은 인명을 존중하고 법 질서와 사회 질서를 유지하기 위해 부모, 남편, 자식, 형제를 위한다는 이유의 분노 감정 표출을 제한할 필요도 있었다. 복수살인법 적용에 신중해야 한다는 정약용의 입장은 당시 지배층들의 이러한 고민이 반영된 결과라 하겠다.

4. 맺음말

이 연구에서는 『흙흙신서』에서 가족을 위해한 자를 살해한 경우의 판결 양상을 검토함으로써 조선 후기 지배층들이 형정 운용을 통해 지향하고자 했던 유교적 가족 관계에 대해 살펴보았다.

『대명률』에는 조부모나 부모를 살해한 자를 아들이나 손자가 살해했을 때 장 60에 처하도록 하고, 즉시 죽인 경우에는 논죄하지 않도록 하는 규정이 있었고, 조선에서도 이 규정이 지켜지고 있었다. 그런데 18세기에 이러한 조부모, 부모 복수 살인에 대한 감형에서 더 나아가 남편, 자식의 복수로 살인하는 경우에도 장 60에 처하도록 했다. 그리고 조부모, 부모 살해자 복수 살인 감형시의 세부 규정들을 제정했다. 남편 살해자를 복수로 죽인 행위에 대한 감형 규정은 자식이 부모에게, 처가 남편에게 그 의가 같다는 논리로 제정되었다. 그리고 자식 살해자를 복수로 죽인 행위에 대한 감형 규정은 부모, 자식간의 정리를 생각해서였다. 한편, 『추관지』 복수 조항에서는 형을 살해한 자를 복수 살인한 사건에 대한 정조대의 판결도 포함시켰다. 이 뿐만 아니라 정조대 사례에서는 손아래누이를 이렇게 18세기 조선에서는 살인 사건 판결을 통해 부모에 대한 효, 남편에 대한 의와 같은 규범화된 유교적 가치 뿐 아니라 부모, 자식간의 정리, 형에 대한 마음이라는 감정적인 요소이자 본연의 유교적 가치이기도 한

부분까지 보호하고자 했다. 부모, 조부모에 대한 효에서 비롯된 복수 살인만을 인정했던 『대명률』 복수 살인 규정과는 달리 조선의 복수 살인 규정은 효와 의 뿐 아니라 가족 구성원간의 친밀함과 화목함을 보호하고자 하는 모습을 보였다. 또한 부모를 구타한 자에게 폭행을 가해 그 사람이 죽은 경우 감형하도록 한 규정도 제정되었다. 『대명률』에서는 이 경우 일반 살인률을 적용하도록 했던 것을 감안하면 효를 무엇보다도 큰 가치로 인식했던 당시 사회의 모습을 보여준다.

이와 같은 법 제정이 이루어지는 가운데 19세기 초 『흠흠신서』를 집필한 정약용은 “아버지의 원수와는 하늘을 함께 이지 않는다”는 경전의 어구에서 비롯된 효의 표출로서의 복수 살인 형량 감경에 대해 긍정적인 입장이었다. 그러나 실제 사건 판결시 절렬(節烈)만을 인정하여 성욕하지 않는 것은 비판했다. 살해되었는지가 분명하지 않는데 사사로이 원수라고 지목하여 공공연하게 복수하는 것은 작은 문제가 아니라는 것이다. 또한 복수 대상자를 죽이는 것은 허용했으나 복수 대상자의 자식 등을 죽이는 것은 살인죄로 처벌해야 한다고 보았다. 그리고 의 살이나 정당하게 법에 의해 주살된 경우는 복수하지 못한다는 입장을 피력했다. 이를 정약용은 효의 가치를 보호하면서 인명을 존중하고 법 질서를 보위하는 방안으로 본 것이다.

『흠흠신서』 「상형추의」에는 정조대 복수 살인의 사례와 부모를 구타하거나 음행을 했다고 무고한 자를 구타하여 죽게 한 사례들이 수록되어 있다. 복수 살인 사례에는 몇 차례에 걸친 검안과 보장 내용이 상세하게 수록했고, 검시나 법 적용, 행정 처리 과정에서 문제가 있는지를 검토했다. 이는 정범이 누구인지, 복수해야 마땅한 사안인지 등을 면밀히 검토하여 살인 사건에 대한 철저한 조사 없이 관용을 베풀으로써 함부로 인명을 살해하는 일이 발생하는 것을 방지해야 한다는 인식이 반영되었던 것으로 보인다.

한편, 복수 살인 사건의 근유를 ‘의분’이라고 기재한 사례가 나타난다. 이는 아버지 살해자에 대한 복수 살인 사례 뿐 아니라 손아래누이의 자살에 원인을 제공한 손아래누이의 시어머니를 살해한 사건에도 기재되어 있다. 조선에서의 ‘의’는 ‘효’, ‘의’와 같은 규범적 ‘의’ 뿐만 아니라 형제간의 정리도 ‘의’로 인식되고 보호해야 할 가치로 여겨졌다. 이 살인 사건들은 ‘의’가 ‘분’으로 전환됨으로써 일어난 것이다.

이러한 ‘의분’이 일었던 상황은 부모를 구타하거나 부모의 음행을 무고한 사람들 구타하다 죽인 사건에서 더 구체적으로 묘사되었다. 이 경우 법적으로는 살인률로 사형에 처하지 않고 1711년에 제정되고 약간의 개정을 거친 사형을 감하여 정배하도록 한 규정에 의해 처벌되었다. 또한 분노가 일어나 상대방이 죽을지도 모른다는 것을 고려하지 않고 심하게 구타한다 하더라도 이를 천성에 의해 일어난 필연적인 것, 인간이라면 그럴 수 밖에 없는 당연한 것으로 보아 처벌에 관용을 베풀어야 한다고 인식하고 처벌에 관용을 베풀었다.

18세기 조선에서는 살인 사건 판결을 통해서 효나 의와 같은 규범적 가치 뿐 아니라 가족 사이의 정리를 보호해주는 방향으로 판결하고자 했다. 그리고 이는 19세기에도 법 적용과 판결에서 지켜야 할 하나의 원칙으로 작용했다. 또한 가족 사이의 친밀한 감정들이 가족을 해치는 자들에 대한 분노로 표출되어 살인이라는 극단적인 행위에까지 이르더라도 이러한 경우까지 ‘의분’이 일어난 것으로 인식하여 이러한 분노를 오히려 감형의 이유로 제시하는 등 법적

으로도 일정 부분 수용했다. 이렇게 이 시기 법과 판결을 통해서 가족간의 친밀한 감정을 적극적으로 보호함으로써 유교적 가치를 실현하고 가족관계를 보호하고자 했음을 알 수 있다. 이러한 분위기 속에서 19세기 초 정약용과 같은 관원 출신 지식인은 『흙흙신서』의 내용을 통해 관원들이 살인 사건의 내막을 철저히 조사함으로써 복수 살인 등의 허용에 의해 자의적인 살인 사건이 발생하지 않도록 해야 할 의무가 있다는 경각심을 불러일으키고자 했다.

“『흠흠신서』 殺獄 판결에 반영된 유교적 가족관계상: ‘義憤’에 대한 관용을 중심으로” 토론문

심재우(한국학중앙연구원)

이 글은 조선후기 가족을 위한 복수살인 행위자에 대한 판결의 특징을 분석하여 유교적 가족윤리가 법집행(구체적으로는 減刑)에 깊숙이 영향을 미친 사실을 해명하고자 한 연구이다. 이를 위해 먼저 『대명률』과 함께 숙종, 영조대 새로 만들어진 관련 수교를 살펴보고, 이어 『흠흠신서』의 관련 사건(復讐, 復雪) 판례를 제시, 검토하였다.

먼저 본 논문의 결론, 즉 1) 조선후기에 오면서 가족을 위한 복수가 폭넓게 용인되고 또 형량 적용 때 참작되고 있었다는 점, 2) 당대 위정자들이 효, 우애 등 유교적 가족 가치를 실현, 혹은 강화하려는 목적에서 이런 결과가 이루어졌다는 주장에 대해서는 충분히 동의할 수 있다. 아래에서는 논문 수정 과정에서 보완, 혹은 고려해야 할 점에 대해서 두 세 가지 제시해보고 싶다.

첫째, 조선후기 복수 관련 殺獄에 대해서는 논문에서도 제시한 것처럼 선행 연구가 여럿 제출된 바 있다. 예컨대 『흠흠신서』 義殺에 대한 연구, 『심리록』 복수살인 사건에 대한 연구 등. 본 연구가 이들 선행 연구와 어떤 차별성이 있는지 선뜻 눈에 들어오지 않는다. 좀더 분명하게 입론, 연구 방향을 제시해주면 좋겠고, 필요하다면 제목 등도 수정할 필요가 있을 것 같다.

둘째, 필자가 제시했듯이 『대명률』 복수살인 조문을 확대 적용하기 위한 수교가 숙종, 영조대에 집중적으로 보이고 있다. 특히 숙종대에 이들 입법이 크게 늘어난 이유는 무엇일까 궁금하다. 유교적 가치규범이 전 사회적으로 확산된 사회변동과 연결시킬 수 있는가? 아니면 이 무렵 『대명률』의 이해가 높아짐으로써 조선적 특수성을 입법에 반영하는 단계로 진입했다고 해석해야 할지 궁금하다.

셋째, 본 연구에서는 『흠흠신서』의 복수살인 사례가 다뤄지고 있고 다산의 해당 사건에 대한 입장이 부분적으로 언급되고 있다. 다만 이 논문이 복수살인, 義殺에 관한 판결의 실태를 제시하는 수준에서 그치려는 것이 아니라면 다산의 생각이 갖는 특징이 좀더 본격적으로 다뤄질 필요가 있다고 본다. 주지하듯이 다산은 당대 관리들의 온정주의적 법 적용과 지나친 寬刑에 대해서 매우 비판적인 태도를 견지했으며, 『흠흠신서』에서 자신이 존경하는 국왕 정조의 과도한 恩典 남용에 대해서도 때로는 완곡하게, 때로는 정면으로 비판한 것으로 알고 있다. 특히 다산은 본 연구에서 다루는 주제인 복수살인(정당한 복수, 의로운 살인)을 제한적으로 인정해야 한다는 복수관을 지녔고, 죄지는 자가 정당하게 죄값을 받게 하는 것을 공정한 판결로 간주했다. 당시 판결의 경향과 다산의 생각은 기존 연구에서 다루어진 바 있으므로 본고에서 좀더 분석적으로 제시해준다면 본 연구의 연구사적 의의를 살릴 수 있을 것이라고 생각한다.

끝으로 판례 분석 연구자들에게 자료 이용과 관련한 제언을 하나 덧붙이고 싶다. 지금까지 살육 사건 분석에서 『심리록』, 『흠흠신서』 등 판례집을 활용해왔고 이는 연구의 초기에 불가피한 측면이 있었다. 그렇지만 앞으로는 연구자료의 범위를 확대할 필요가 있으며, 이를 위해 규장각 등에 소장된 각종 獄案이나 지방관아에서 생산한 報牒·啓錄 등 臚錄 자료 등도 적극 발굴, 활용될 필요가 있다.