

19세기 조선의 국가, 법, 사회

제8회 월례발표회 자료집

제1발표: 조선후기 범죄와 형벌에 관한 연구 현황 및 과제
(이하경, 서울대 한국정치연구소)

제2발표: 조선후기 강상범죄의 양상과 관련 법규
(조운선, 한국고전번역원)

제3발표: 조선시대 형벌체계와 연구의 과제
(심재우, 한국학중앙연구원)

○ 일시: 7월 31일(금) 15:00 ~ 18:00

○ 장소: Zoom 회의

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

목차

제1발표: 조선후기 범죄와 형벌에 관한 연구 현황 및 과제	4
(이하경, 서울대 한국정치연구소)	
제2발표: 조선후기 강상범죄의 양상과 관련 법규	26
(조윤선, 한국고전번역원)	
제3발표: 조선시대 형벌체계와 연구의 과제	41
(심재우, 한국학중앙연구원)	

조선후기 범죄와 형벌에 관한 연구 현황 및 과제

이하경(서울대 한국정치연구소)

1. 서론

‘범죄와 형벌’이라는 주제는 당시 사회상, 국가상을 바탕으로 조선의 특성을 살펴볼 수 있는 중요한 연구 주제다. 어떠한 범죄행위가 주를 이루었는가 하는 것은 곧 해당 사회의 모순이나 한계를 보여주는 주요한 지표가 될 수도 있다. 또한, 일정한 행위를 위법한 ‘범죄’행위로 규정하였다는 것은 역으로 그 사회 내에서 지향하고 있는 가치를 살펴볼 수 있는 계기를 마련해주기도 한다. 나아가, 특정한 행위를 위법한 행위로 규정하고 이를 ‘형벌’이라는 수단으로 규제하는 것은 줄곧 국가권력의 현시수단으로 이해되어 왔다. 따라서, 사회내 범죄와 형벌에 관한 연구는 특정시기 한 사회 내에서 규정하고 있는 범법행위나 형벌 자체에 대한 심도있는 이해를 넘어서서, 국가가 국가권력을 어떻게 집행하는가의 문제, 정당한 행위 혹은 위법한 행위를 둘러싸고 지배층과 피지배층의 관계를 어떻게 설정하는가의 문제, 혹은 다양한 정치, 경제, 문화의 급격한 변화에 따른 사회적 일탈이 어떻게 표출되는가의 문제 등을 포괄하는 것이다.

전통적인 법제사 연구방법에 의하면, 주로 국가가 법을 토대로 한 공권력을 통해서 개인의 행위를 규제하거나 개인의 권한을 보장하고자 하는 구체적인 실상을 통해 해당 국가의 속성을 규정해 왔다. 대표적으로 오늘날의 합리적인 법의식 및 법 집행과정과 대비하여, 전근대 동양의 법에 관해 부정적인 인식을 바탕으로 전근대 국가의 특성을 전제주의적으로 규명하는 연구의 역사는 상당히 오래되었다. 예를 들어, 17세기 몽테스키외(Baron de Montesquieu)는 합리적인 법의 정신이 지배하는 서양과 달리, 동양에서는 예측의 정신이 지배하였기 때문에, 동양은 천 년 전과 다름없이 강력한 전제권력에 의해 지속되고 있다고 판단했다.¹⁾ 18세기 헤겔(G. W. F. Hegel) 역시 동양사회가 독립적인 개인이나 계급이 존재하지 않고 모든 것이 ‘규제’되는 사회라는 점에서 전제적인 특징을 가지고 있으며, 이로 인해 정제된 제국(prosaic empire)이라 명명한 바 있다.²⁾

한국의 경우도 전통법에 대한 부정적인 시각이 오랫동안 유지되어 왔으며, 이를 바탕으로 조선의 국가 속성 역시 전제주의적으로 간주하는 사례가 적지 않았다. 예를 들어, 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.³⁾ 이러한 묘사를 살펴보면, 조선의 법에서 규정하고 있는 행위들의

1) Baron de Montesquieu, *The Spirit of Laws*, (New York: Prometheus Books, 2002). 225쪽, 269쪽 참조.

2) G. W. F. Hegel, *The Philosophy of History*. Translated by J. Sibree, (New York: Prometheus Books, 1991), 116-138쪽.

3) 조운선, 「조선후기 법사학 연구의 현황」, 『조선후기사 연구의 현황과 과제』, (창작과 비평사, 2000)

속성 자체에 대한 연구가 곧 법규의 특성을 규정할 뿐만 아니라, 실제 법의 집행과정에서 국가권력의 속성을 엿볼 수 있음을 알 수 있다. 따라서, 조선시대 국가권력의 특성이나, 지배층과 피지배층의 관계에 대한 이해를 새롭게 하기 위해서는 조선시대의 법이 규정하고 있는 위법한 행위뿐만 아니라, 당시 범죄행위의 양상과 이에 대응하는 국가의 형벌권 역시 재고해 볼 필요가 있다.

이러한 분석을 위해서, 시기적으로 볼 때 무엇보다 ‘조선후기’에 주목해볼 필요가 있다. 조선후기 법제사 관련 연구의 성과로, 조선후기의 통치성격을 새롭게 규정하기도 하였다. 대표적으로 조선후기 영조와 정조대에 국왕의 주도하에 법제 정비와 형사제도의 개선 등 형사법제도의 개혁이 대대적으로 이뤄진 시기로 보고 있다.⁴⁾ 이를 통해 ‘조선초기가 교화중심의 사회였다면, 조선후기는 형정중심의 통치 체제 속에서 국가권력의 보조수단으로서 공형벌권이 크게 강화된 시기’라고 한다.⁵⁾ 상대적으로 법제사적 사료가 조선후기에 풍부하게 남아있기 때문에, 다른 시기보다 조선후기가 법제사적 관심이 집중되어 왔다. 다만, 기존의 연구들이 주로 18세기의 사료에 집중하였다면, 점차 19세기로 분석의 시기가 확대되어가는 추세라고 할 수 있다.

관련하여, 법사학 분야에서 연구사 정리 또한 다양한 측면에서 시도되고 있는데, 대표적으로 조운선과 심재우의 연구사 정리에 주목해볼 필요가 있다.⁶⁾ 조운선의 경우는 조선시대 법사학분야 전반에 대해서, 법전편찬과 법제기구 연구를 중심으로 한 법제도사, 형육과 재판제도를 중심으로 한 형사법, 소송법이나 가족법, 재산법을 중심으로 한 민사법, 마지막으로 유교적 법이념과 실학자들의 사상을 주제로 한 법사상 분야로 나누어 정리를 시도하였다. 그 과정에서 조선시대에 대해 전통적으로 가지고 있었던 부정적인 시각을 적절히 비판하고 있고, 조선시대 법사학 전체를 포괄한다는 측면에서 중요한 연구사 논문이다. 심재우의 경우, 조선후기 판례를 중심으로 하는 연구의 중요성을 상기시키면서, 주요 판례집을 중심으로 관련 범죄에 관한 연구사 정리를 시도하고 있어, 본 연구의 초석이 된다. 이에, 본 연구에서는 이러한 기존 연구를 토대로 하되, 그동안 연구사정리에서 포함되지 못했던 2017년 이후부터 2020년에 이르는 최근의 연구를 보강하는 방식으로 진행하고자 한다. 이를 통해서, 최근 조선후기 범죄와 형벌에 관한 연구의 현황을 분석하고 향후 연구과제에 관해 제언하고자 한다.

조선후기 범죄와 형벌에 관한 최근의 연구들은 크게 네 가지 경향으로 구별해 볼 수 있는데, 첫째는 현존하는 형사판례집에 주목하여 판례집에 수록된 범죄의 유형 및 추이를 살피고 이에 대해 국가의 대응을 분석하는 연구다. 둘째는 조선후기 특정 범죄에 주목하여 관련 사례들 속에서 해당 범죄가 어떻게 이해되고, 이에 대한 형벌이 어떠한 양상을 나타내는지에 주목한 분석하는 연구다. 셋째는 조선후기 범죄에 주목하기는 하되, 주로 법률 조항의 모호한 지

참조. 왕의 권한을 상대적으로 제한적으로 규정하는 연구들에서조차 조선시대 사법권이나 형벌권에 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, 『(다시찾는) 우리역사』, (경세원, 2011), 287쪽.

4) 예를 들면, 다음의 연구서 참조. 한상권, 「조선시대 법전 편찬의 흐름과 각종 법률서의 성격」, 『역사와 현실』 13 (1994); 심재우, 「18세기 옥송(獄訟)의 성격과 형정운용의 변화」, 『한국사론』 34 (서울대학교 국사학과, 1995); 심희기, 「18세기의 형사사법제도 개혁」, 『한국문화』 20 (1997); 심재우, 「정조대 『흙흙전칙(欽恤典則)』의 반포와 형구(刑具) 정비」, 『규장각』 22 (1999); 심재우, 「조선시대 법전편찬과 형사정책의 변화」, 『진단학보』 96 (2003)

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

6) 조운선, 「조선후기 법사학 연구의 현황」, 『조선후기사 연구의 현황과 과제』, (창작과 비평사, 2000); 심재우, 「조선후기 범죄와 판례 연구의 현황」, 심재우 외 공저, 『조선후기 법률문화 연구』, (한국학중앙연구원출판부, 2017).

점이나 모순적인 맥락에 주목한 연구다. 넷째는 조선후기 범죄를 다스리는 형정에 관한 연구다.

2. 조선후기 형사판례집 연구

현존하는 형사판례집에 수록된 범죄 사건에 집중하여 분석한 최근의 연구로 18세기와 19세기의 사료에 집중한 이하경과 이선희 연구를 들 수 있다.⁷⁾ 우선, 이하경은 18세기 추국청(推鞠廳)에서 다룬 사건들의 기록인 『추안급국안(推案及鞫案)』의 사건 유형을 분석한 바 있다.⁸⁾ 조선시대에는 역모와 반란 등의 정치범죄가 발생하면, 별도의 추국청을 개설하고 관련자들을 심문하였는데 이때 관련자를 잡아오라는 왕의 전교부터 심문의 결과 최종적인 형벌의 집행까지 전 과정을 기록한 기록을 추안(推案) 혹은 국안(鞫案)이라고 하고 이러한 사건기록을 모은 일종의 판례집이 『추안급국안』이다. 이하경에 의하면 다른 편년체 기록 『승정원일기(承政院日記)』나 『조선왕조실록(朝鮮王朝實錄)』 등에서는 관련 정치사건을 간략하게 수록하는 것과 달리, 『추안급국안』에서는 죄인의 압송과정, 심문과정, 판결과정에 이르는, 사건의 처리 과정 전체를 조망할 수 있다는 점에서 주목해볼 필요가 있다.

『추안급국안』은 선조 34년 (1601년)에서 고종 29년 (1892년)까지의 기록으로 모두 331책으로 구성되어 있지만, 동일한 사건이 여러 책으로 나누어진 경우도 있고, <의견 수렴> 등 『추안급국안』의 기록의 형식이 아님에도 불구하고 포함된 것도 존재한다. 이에, 이하경의 분석에 의하면, 현존하는 『추안급국안』의 전체 사건 수는 모두 266건에 이르고 그 가운데 영조대 83건, 정조대 18건의 사건기록이 있다.⁹⁾ 이러한 사건들 가운데는 직접적으로 반란을 모의하거나 반역자를 변호한 사건 이외에, 상소문, 편지, 책, 경연 등의 내용에서 특정 어구가 왕의 권위에 위협이 된다는 이른바 범상부도(犯上不法)죄 사건들도 존재한다. 또한, 능침방화나 잡술관련 사건이나, 왕을 상징하는 전패(殿牌)에 변고를 일으킨 사건, 어사를 사칭하는 사건, 왕의 윤음(綸音)을 위조한 사건 등 간접적으로 왕의 권위에 위협이 되는 사건들도 다수 존재한다.

이러한 이하경의 연구는 첫째, 거질의 『추안급국안』에 수록된 사건들에 관한 본격적인 연구라는 점에서 의의가 있다. 기존 법제사 연구에서 주로 주목을 받아왔던 『심리록(審理錄)』의 경우는 정치범을 제외한 일반 형사범죄에 관한 기록만을 포함하고 있기에, 『추안급국안』의 정치범 관련 연구는 기존의 연구에서 다루지 못했던 부분의 공백을 메우는 의의가 있다.¹⁰⁾ 둘

7) 이하경, 「추국장에서 만난 조선후기 국가」, 서울대학교 박사학위논문 (2018); 이선희, 「19세기 전반 서울의 刑政運營 연구」, 연세대학교 박사학위논문 (2017)

8) 『추안급국안』에 관한 초기 연구로는 정석중, 『조선후기사회변동연구』 (일조각, 1983)을 들 수 있고, 『추안급국안』을 시계열적으로 분석하여 추국과정 상의 변화를 추적한 연구로는 김우철, 「조선후기 추국 운영 및 결안의 변화」, 『민족문화』 35, (한국고전번역원, 2010) 참조. 그 외, 추국의 실무를 담당했던 의금부에 주목한 연구로는 김영석, 「의금부의 조직과 추국에 관한 연구」, 서울대학교 박사학위논문 (2013)이 있다. 이 이외에도 추국 혹은 『추안급국안』에 관한 사건 기록은 다양한 연구주제를 분석하기 위한 사료로 최근 활발하게 연구 대상이 되고 있다.

9) 구체적인 영조 정조대 사건분석은 이하경, 위의 글, 2장 참조.

10) 『심리록』에 관한 대표적인 연구로는 1776년 1785년 사이의 『심리록』 사건 100건 추출하여 번역하고, 조선시대 법이 현실에서 어떻게 해석되고 있는가를 실증적으로 검토한 William Shaw, Legal Norms in a Confucian State (Berkley: University of California, 1981)의 연구와 『심리록』에 수록된 범죄 판례에 대한 종합적인 통계 자료 처음으로 제시한 심재우, 『『심리록』 연구 - 정조대 사형범죄 처벌과 사회통제의 변화』 서울대학교 박사학위논문 (2005) 연구를 들 수 있다. 이후의 연구 성과도 계속해서 나오고 있는데 대표적으로 김현진, 『조선후기 유교윤리와 범죄판결- 정조의 『심리록』을

때, 정치사적으로 볼 때 중요한 반역사건에 관한 『추안급국안』의 사건을 분석을 시도할 뿐만 아니라, 추국장에서 반역사건을 다루는 과정에서 국가권력이 관철되는 양태를 포착하였다는 점에서도 주목할만하다. 다만, 분석의 시기 및 대상을 보다 확대하여 조선후기 정치범의 발생 현황을 조망할 수 있는 연구가 필요하다. 현재 이하경의 연구는 18세기에만 집중하고 있는데, 향후 『추안급국안』 전체로 분석의 대상을 확대할 경우, 보다 입체적으로 조선후기 정치범의 양상을 파악할 수 있으리라 기대된다. 또한, 현존하는 『추안급국안』에서 수록하고 있는 범죄의 기록이 갖는 대표성에 유의해야 한다. 물론 다른 현존하는 판례집에서 추출할 수 있는 범죄 기록의 대표성도 항상 문제가 될 수 있다. 예를 들어, 심재우(2017, 29-30)가 적절하게 지적하고 있는 바와 같이 조선시대 실제 발생했던 살육 사건의 경우는 당시 민간에서 관에 고발하지 않고 사적으로 처리하는 사화(私和)로 이어지는 경우가 많다고 한다.¹¹⁾ 이로 인해 살육 관련 판례집에서 수록하고 있는 사건의 수가 당시 살육사건을 모두 망라하지 못한다. 이에 더하여, 『추안급국안』의 경우는 정치적인 이유로, 이른바 충역(忠逆)시비 논쟁으로 인해서, 인위적으로 특정 사건 기록을 삭제하거나 누락했을 가능성도 있다. 따라서 『추안급국안』에서 수록하고 있는 사건이 갖는 의미를 해석할 때 주의를 기울여야 할 것이다.

두 번째 연구는 『포도청등록(捕盜廳謄錄)』에 수록된 사건들을 중심으로 19세기 전반 서울의 형정운영을 분석한 이선희의 연구다.¹²⁾ 『포도청등록』은 1775년(영조 51년)부터 1890년(고종 27년)까지 포도청이 관할하는 각종 업무에 관한 기록을 모은 문서로 알려져있지만, 많은 부분이 망실되고 19세기 사료만 현존하고 있다. 그러나 포도청은 범죄가 발생했을 때, 죄인을 체포하여 세 차례의 공초(供招)를 받는 일차 심문기관이기 때문에, 『포도청등록』은 범인의 신상은 물론, 범행동기와 방법, 공범자의 신상과 인적관계 등을 자세하게 확인할 수 있다.¹³⁾

이선희는 19세기 전반 서울집중 현상 심화에 주목하여 ‘서울’을 연구대상으로 삼고, 당시 서울에서 발생한 범죄를 국가권력에 도전하는 범죄, 국가의 자원관리에 반하는 범죄, 신용을 무너뜨리고 민의 생명을 위협하는 범죄로 구별하였다. 첫째, 국왕과 왕실권위에 도전하는 범죄는 께서, 관물절도, 관속층의 폭행사건이며, 둘째, 사회적 공공성 유지를 저해하는 범죄는 삼금을 위반하는 죄, 공문서 위조죄, 개인이 돈을 사사로이 주조하는 사주전(私鑄錢) 등이 이에 해당한다. 셋째, 민생민안을 위해하는 범죄로는 방화(放火)와 살인죄이다. 이선희의 연구 결과에 의하면, 조선정부는 형정운영 실무자들의 폐단을 막지 못했고, 백성들과 사회의 가치관 변화와 요구에 민감하게 반응하지 못하였다고 한다. 결과적으로 조선후기 엄형중심의 형정운영은 사회질서 유지와 통제에 있어 효과적이지 못했다고 본 것이다.

이러한 이선희의 연구는 첫째, 기존 조선후기 형정에 관한 연구가 주로 18세기 후반의 범죄

중심으로, 인하대학교 박사학위논문 (2012)을 들 수 있다.

- 11) 심재우, 「조선후기 범죄와 판례 연구의 현황」, 심재우 외 공저, 『조선후기 법률문화 연구』, (한국학중앙연구원출판부, 2017). 29-30쪽
- 12) 19세기 서울의 범죄 연구 가운데 주목할 연구로 유승희, 『18~19세기 한성부의 범죄실태와 갈등양상 - 『일성록』의 사죄범죄를 중심으로』, 서울시립대학교 박사학위논문(2007); 유승희, 『민이 법을 두려워하지 않는다- 조선후기 한성부의 범죄보고서』 (이학사, 2014) 등이 있다. 유승희의 연구에서는 심재우의 범죄 통계분석 방법론 및 문제의식 계승하면서도, 『일성록』의 사죄범죄를 중심으로 분석의 대상을 18세기부터 19세기 철종대까지 확장하였다. 특히 서울범죄에 주목하여, 도시화로 인한 다양한 갈등과 폭력을 내재하고 있던 서울의 치안 상황을 자세하게 보여 준 바 있다.
- 13) 포도청에 관한 연구로는 조선시대 포도청의 기능과 역할을 다룬 차인배, 「조선시대 포도청 연구」, 동국대사학과 박사논문 (2007); 차인배, 「조선후기 서울의 도시범죄와 포도청의 활동」, 『한국사상과 문화』 41, (2008); 차인배, 「조선후기 포도청 치안활동의 특성연구」, 『사학연구』 100 (2010) 등이 있다. 그 외 개화기의 포도청 운영 및 민의 갈등을 다룬 연구로는 박은숙, 「개항기(1876-1894) 포도청의 운영과 한성부민의 동태」, 『서울학연구』 5 (1995)가 있다.

실태와 행정운영의 변화에 집중되어 있었기에, 분석의 대상을 19세기 전반으로 확장하였다는 의의가 있다. 특히 19세기 전반을 18세기와 정치적, 사회적으로 연결된 시기로 보고, 조선정부가 18세기 후반 ‘공형벌권(公刑罰權) 강화’ 기초를 수용하여 사회질서 유지와 통제를 실현하였다고 보았다. 둘째, 기존의 행정 연구가 주로 인명에 관한 사례 분석에 중점을 둔 것에 반해, 본 연구에서는 절도, 폭행, 위조 등과 같이 인명과 무관한 사건에 대해서도 분석하고 있다는 점에서 의의가 있다.¹⁴⁾ 셋째, 『포도청등록』의 사례를 분석하여, 19세기 서울에서 행해진 주요 범죄행위의 유형이나 분포를 분석하는데에 그치지 않고, 해당 범죄를 판단하기 위해 원용하는 근거 법제사적 분석을 시도하고 있고, 구체적으로 사안에 따라 어떠한 판결로 나아가는지를 유형화하여 분석했다는 점에서도 의의가 있다. 이를 통해 19세기 조선의 행정 운영의 실체와 한계까지도 추론하고 있다.

다만, 이선희의 연구 역시 보다 통시적으로 비교 분석이 가능한 사료에서 추출한 범죄를 분석하여 논의를 보충해야 할 필요가 있다. 특히 이선희의 연구에서는 19세기 조선정부의 정책 기초를 18세기와의 연속성을 강조하면서도 구체적인 논증 없이 이를 하나의 전제로 받아들이고 있다. 만일 18세기와의 연속성 속에서 정부의 행정을 살피고자 한다면, 두 기간의 비교가 어느 정도 가능한 사료에 대한 보충이 필요할 것이다. 나아가 『포도청등록』에서 나타나는 범죄의 기록을 그대로 19세기 서울에서 발생한 범죄사건의 ‘실태’로 규명할 수 있을 것인지의 문제도 있다. 특히 『포도청등록』의 사료가 망실된 부분이 많다는 점을 고려한다면, 『포도청등록』에 수록된 19세기 사건기록만으로 범죄의 발생 추이나 현황을 파악하는 것에는 주의가 필요할 것이다. 뿐만 아니라 실제로 범죄의 발생비율은 동일했다 하더라도, 19세기에 들어서 정부정책에 의해 보다 효과적으로 죄인을 검거했을 가능성도 있다. 또한, 유사하게 검거하고 사안을 처리했다라도 19세기 이후 기록이 더 잘 보존되었을 가능성도 존재한다. 따라서 공초기록만을 근거로 특정 시기 범죄의 양상이 만연되었다거나 심화되었다고 추론하는 데에는 주의가 필요하다.

3. 조선후기 특정 범죄 연구

특정 범죄에 집중하여 분석한 연구는 기존에 거의 다루어지지 않았던 범죄인 노름죄, 범상부도죄, 무고모역죄에 관한 연구와 기존에 논의되었던 산송사건을 새로운 사료 속에서 그 양상을 살펴본 연구로 구별해 볼 수 있다.

첫째, 전경목은 노름으로 인해 발생하는 인명사건에 주목하여 검안(檢案)의 사례를 분석한 바 있다.¹⁵⁾ 전경목에 의하면, 조선말기에는 노름이 크게 유행하여 노름천국이라 칭할 정도였다. 그러나 노름에 대한 연구는 거의 부재한 수준인데, 전경목은 그 이유를 사료의 부족 및 노름에 대한 부정적인 인식에서 찾고 있다.¹⁶⁾ 기존 학계에서는 노름을 연구의 대상으로 거의 고려하지 않고 있기 때문이라고 한다. 그러나 전경목은 노름이 조선후기에 크게 성행했고, 당

14) 이선희는 학위논문에서 논했던 국가권력에 도전하는 범죄 중 ‘관물절도죄’와 ‘관속총 폭행죄’를 중심으로 학술지에 게재하였다. 이선희, 「19세기 전반 國家紀綱 범죄와 처벌에 대한 일고찰-서울을 중심으로-」, 『사학연구』 137, (2020).

15) 전경목, 「고문서와 검안에 나타난 조선말기 노름의 실상」, 『고문서연구』 50 (2017).

16) 노름의 실상에 관한 연구로는 강명관, 『조선의 뒷골목 풍경』 (푸른역사, 2003), 유승훈, 『다산과 연암 노름에 빠지다』 (살림, 2006), 전경목, 「양사헌의 탄원서, 노름에 중독된 조선후기를 들추어내다」, 『고문서, 조선의 역사를 말하다』 (휴머니스트, 2013) 참조.

시 사회의 한 현상으로 간주해야 한다고 본다.

전경목의 연구는 두 차원으로 진행되었다. 우선 노름에 관한 고문서의 분석을 통해서 노름의 폐해와 노름 장소, 후속 범죄, 단속의 실제 사례, 근절 대책 등을 살펴보았다. 이를 통해서 조선후기 노름은 노름에 빠진 당사자뿐만 아니라 가족과 친족 등 혈연 공동체와 지역 공동체에까지 중대하게 폐해를 가져다 주었을 뿐만 아니라, 노름을 하는 과정에서 다른 사람을 유인하거나 노름 빚을 갚는 과정에서 횡령, 폭력행사, 문서 위조 혹은 사기 등의 여러 범죄를 동반함을 알 수 있다. 이러한 노름 현상에 대해서, 전경목은 조선말기에 관에서는 여러 가지 방법을 동원해서 단속을 실시했던 점에 주목하였다. 그렇지만 이러한 단속 혹은 근절 대책은 대체로 실효를 거두지 못했다고 전경목은 평가한다. 다음으로 전경목은 보다 구체적으로 검안 기록 분석을 통해서 노름빚을 갚는 과정에서 어떻게 살인사건이 일어났는가를 살펴보았다. 또한, 이를 통해 당시에는 빚을 지면 으레 노름빚으로 간주되었고 더 나아가 행실이 좋지 않은 사람을 지칭할 때에는 노름꾼으로 지칭되었다는 사실을 알 수 있었다.

이러한 전경목의 연구는 기존 연구에서 거의 다뤄지지 않은 노름을 분석의 대상으로 삼았다는 점에서 의의가 있다. 또한, 본 연구는 검안의 자료를 통해 노름으로 인한 인명사건을 분석했다는 점에서 검안의 사료적 가치를 보여주었다는 점에서 의의가 있다. 그리고 결론 부분에서 조선후기에 노름이 성행하게 된 이유를 당시 사회경제적인 측면에서의 변화와 더불어 사상적인 측면에서도 조망하고 있다는 점에서 주목할만하다. 다만, 본 연구를 통해서 조선후기 주요한 범죄 원인의 하나로 노름을 분석의 대상으로 삼아야 한다는 것은 효과적으로 보여주는 데에 그칠 뿐, 해당 범죄 연구를 통해서 조선시대 형정에 관한 새로운 분석의 결과가 없다는 점이 아쉽다.

둘째, 이하경의 범상부도죄에 관한 연구다.¹⁷⁾ 범상부도죄란 상소문의 문구나 특정 발언을 통해서 왕을 모욕했다는 이유로 형벌을 내리는 조선후기의 죄목을 말한다. 이하경에 의하면, 조선후기에 이르러 처음으로 범상부도에 관한 법규가 입안되고, 조선후기에 관련 처벌 기록이 많았다는 점에서 정치적, 법제사적으로 중요한 연구 주제라고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 범상부도죄에 관한 연구는 거의 전무한 상황이다.

이하경의 연구는 두 차원으로 진행되었다. 우선, 범상부도 죄로 추국장에 서게 된 영조 즉 위년의 이의연 사례분석을 통해서, 범상부도 죄목이 갖는 정치적 함의를 분석하였다. 범상부도 죄목은 왕이 자신이 마음에 들지 않는 자를 단순히 그의 언행을 구실로 가혹하게 처벌할 수 있다는 점에서 당시 전제적인 왕권의 특성을 보여준다고 할 수 있다. 그런데 이하경의 연구에서는 영조 즉위년의 이의연 사례분석을 통해서 추국장에서 범상부도 죄목이 전유되는 방식에 따라, 오히려 왕의 자의적인 권력행사를 제어하는 기제로 범상부도죄가 활용될 수 있음을 보였다. 또한, 본 연구에서는 기존의 정치학적 연구와 달리, 조선시대 법규의 변화를 치밀하게 분석하였다는 점에서도 차별성을 갖는다. 즉, 본 연구에서는 범상부도 죄목의 법제사적 변화를 추적하여, 조선후기의 관련 법규가 범상부도한 언행을 규제하기보다는 오히려 범상부도죄를 이유로 왕의 사법권이 남용되는 것을 제어하고자 하였음을 밝혔다.

이러한 이하경의 연구는 조선후기 특정 범죄를 중심으로 관련 행위를 규제하고자 하는 왕의 권력 속성을 재해석했다는 점에서 의의를 갖는다. 또한, 반역 범죄자 심문기록인 『추안급국안』 가운데 범상부도 죄로 추국을 받은 사건의 수가 상당함에도 불구하고, 학계에서 본격적으로 논의된 바 없었다는 점을 고려한다면, 이하경의 연구는 향후 다른 범상부도 사례 분석에도 활용될 것으로 기대할 수 있다. 다만, 본 연구는 분석의 초점이 조선후기 범죄에 있다기 보다

17) 이하경, 「조선후기 범상부도죄의 정치적, 법제사적 의미」, 『사학연구』 136 (2019).

는 특정행위를 범죄로 규정하고, 이를 처벌하는 과정의 국가권력 양태에 주목하고 있기 때문에, 기존의 형정사 연구들과는 결을 달리하고 있다.

셋째, 이하경의 ‘무고모역죄’에 관한 연구다.¹⁸⁾ 무고모역(誣告謀逆)이란 반란을 모의하고 있다고 허위로 고발하는 행위이고, 사인(私人)이 국가권력을 자의적으로 전유하여 사법체계에 혼란을 초래할 수 있는 중대한 위법행위이다. 이하경에 의하면, 반역범죄자 재판기록인 영조대 『추안급국안』 기록 중 무고모역 사건이 집중되어 있으며, 영조 중반기에 무고모역에 대한 법규가 마련되었지만, 정치학계뿐만 아니라 기존 학계에서는 무고모역죄에 대해서 거의 주목하지 않았다.

동 연구는 조선후기 무고모역 행위가 갖는 정치적 의미를 국가의 입장과 무고자의 입장으로 대별하여 분석하고 있다. 우선, 무고모역에 대한 규정이 법제사적으로 어떻게 발달해왔는지를 살펴봄으로써, 국가의 입장에서 반역을 허위로 고발하는 행위를 어떻게 규제하려고 하였는지를 추적하였다. 정치체제의 근간을 흔들지 모를 반역행위에 대한 허위 고발은 다른 범죄행위보다 더욱 중요하게 간주되었다. 그런데 문제는 국가가 반역에 대해 경계를 강화할수록, 이를 악용하여 무고행위가 남발될 수도 있다는 데에 있다. 따라서 국가의 입장에서 보면, 무고행위를 제어하면서도 동시에 반역행위와 관련된 정보를 사람들이 적극적으로 고발할 수 있도록 만들어야 하는 어려움이 있다.

반면, 무고를 행하는 개인의 입장에서 보면, 무고가 분쟁해결의 수단으로 활용된 측면도 있다. 기존에는 무고행위를 간사한 개인이 고소제도를 악용하여 선량한 타인에게 고의적인 해를 끼치고자 하는 위법행위로 간주했다. 그러나 『추안급국안』의 사례 가운데에는 자신의 권리구제수단이 체계적으로 보장되지 못한 조선 후기에 무고를 행해서라도 일단 왕 앞에서 발언권을 얻고자 했던 경우가 있다. 이하경은 영조대에 발생한 『추안급국안』의 무고모역 사건 16건을 분석하여, 추국장에서 무고자를 심문하는 과정에서 드러나는 지방사회의 문제, 이를 해결하기 위한 지방사회의 노력, 그리고 모든 심문과정 끝에 무과를 비롯한 관련자들에게 영조가 내리는 판결을 토대로 당시 무고모역행위가 갖는 정치적 함의에 대해서 재고찰하였다.

이러한 이하경의 연구는 오늘날 사법질서에도 문제가 되고 있는 무고 행위에 대해 역사적인 접근을 통해서 조선시대 무고에 대한 기존 인식을 전면적으로 재고했다는 데에 의의가 있다. 또한, 본 연구에서 기존 학계에 거의 알려지지 않은 『추안급국안』 영조 27년 김정구 사건의 사례분석을 했다는 점에서도 의의를 갖는다. 이를 통해 본 연구에서는 무고를 해서라도 자신의 문제를 적극적으로 해결하고자 했던 조선후기의 상황을 고찰하고 그 과정에서 무고자들이 국가권력에 대해 어떻게 인식하고 있었는지를 분석하였다.

마지막으로 심재우는 산송이 원인이 되어 살인이나 자살로 이어지는 검안의 사례를 분석한 바 있다.¹⁹⁾ 조선후기 본격적으로 대두된 산송 다툼은 18세기 19세기에 이르면 군현별로 관련 분쟁이 크게 증가하였다고 한다. 심재우는 정부의 산림정책과 이를 둘러싼 입법에서 혼선이 존재했을 뿐만 아니라, 지방관의 산송에 대한 고식적인 처리 및 판결의 한계가 산송의 갈등과 혼란을 더욱 가중했다고 보았다. 이로 인해 점차 수령의 판결에 불복하며, 공적인 절차 보다는 사적으로 해결하거나 상대방에 대한 직접적인 물리력 행사로 나아가기도 하였다고 한다.

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

19) 심재우, 「검안(檢案)을 통해 본 한말 산송(山訟)의 일단」, 『고문서연구』 50 (2017). 산송에 대한 기존 연구로는 김선경, 「조선후기 산송과 산림 소유권의 실태」, 『동방학지』 77,78,79 합집 (1993), 한상권, 「조선후기 산송의 실태와 성격- 정조대 상언, 격쟁의 분석을 중심으로-」, 『성곡논총』 27-4 (1996), 김경숙, 「조선후기 산송과 사회 갈등 연구」, 서울대학교 박사학위논문 (2002), 전경목, 「산송을 통해 본 조선후기 사법제도 운용실태와 그 특징」, 『법사학연구』 18 (1997) 등이 있다.

심재우의 연구는 크게 세 차원에서 진행되었다. 첫째, 19세기 수령의 법 집행 지침서의 성격을 지닌 『율례요람(律例要覽)』을 분석하였는데, 총 228개의 조문 가운데 산송 관련 조문이 17개가 수록되어 있다. 『율례요람』에 산송 관련 내용의 비중을 고려해 볼 때, 산송이 조선후기 크게 확대되었음을 알 수 있다. 또한, 『율례요람』의 내용을 통해서 당시 산송이 단순히 묘지를 둘러싼 다툼으로 그치지 않고, 물리적 충돌, 형사 분쟁으로 비화하며 큰 사회문제가 되었다고 추론이 가능하였다. 둘째, 심재우는 산송 관련 검안 16종을 분석하여 사건의 유형과 내용을 분류하였다. 사건의 원인별로 보면, 산림 소유권 관련 분쟁이 5건이었고, 11건은 묘지 분쟁에서 비롯된 것이다. 즉, 단순히 산림을 이용하는 문제보다는 묘지 분쟁이 살인이나 자살을 불러온 경우가 더 많았고 할 수 있다. 또한, 묘지 분쟁은 투장(偷葬)·금장(禁葬), 사굴(私掘), 벌상(伐喪) 등으로 분류할 수 있었다. 마지막으로, 검안의 사건 가운데, 묘지 분쟁에 따른 자살 사건인 충청도 청안군 서면 기록을 분석하였다. 동 사건은 묘소의 사굴 문제가 발단이 되어 아들이 감옥에 가게 되자 이를 비판한 부친이 연못에 투신한 사건이다. 이 사건을 통해 산송 처리의 지침이 되는 법규의 혼선을 비롯한 조선후기 산송 관련 문제점이 한말에 이르기까지 제대로 해소되지 못하고 있음을 재확인할 수 있었다.

이러한 심재우의 연구는 기존의 산송에 관한 연구가 소지(所志)나 민장치부책(民狀置簿冊)을 주로 활용하였던 것에 반해, 규장각 소재 검안을 분석의 대상으로 삼았기에, 자료의 확장이라는 측면에서 의의를 둘 수 있다. 또한, 기존에 주로 산림소유권이라는 경제적인 요인을 중심으로 산송의 문제를 다루어왔던 것에 반해, 심재우는 『율례요람』 및 검안 사료 분석을 통해서 지방사회에서 일어나는 주요 형사사건의 하나로 고찰했다는 점에서도 주목할 필요가 있다. 다만, 본 연구는 특정한 사료 속에서 산송의 사건의 내용을 분석하는데에 그치고 있고, 조선후기 산송의 성격이 갖는 의미를 어떻게 파악할 것인가의 문제로까지는 나아가지 못한 아쉬움이 있다.

4. 조선후기 범죄 관련 법규 연구

범죄와 관련된 법규에 주목한 연구로는 김태계, 조지만, 백민정의 연구를 들 수 있다.²⁰⁾ 먼저, 김태계는 『대명률』에 기초한 모살(謀殺), 투구살(鬪毆殺), 고살(故殺), 희살(戲殺), 오살(誤殺), 과실살(過失殺), 위법치사(威逼致死)를 검토하여, 오늘날의 형법체계, 구성요건, 형량 등을 비교하였다. 구체적으로는 인명에 관한 죄 중 모살, 고살, 투구살, 희살, 오살의 법정형은 모두 참수형이나 교형으로 사형이지만, 과실살만 속죄금을 내고 목숨을 보전할 수 있도록 규정하고 있는 점에 주목하였다. 위법치사의 경우도 공적인 일로 협박한 경우의 법정형은 장형(杖刑)이나 강간이나 절도 행위 중 피해자를 협박한 경우는 참형으로 규정되어 있다. 따라서, 과실살과 다른 인명 죄와의 구별이 무엇보다 중요함에도 불구하고, 이에 대한 관련 규정 및 절차가 부재했다고 김태계는 말한다. 따라서 김태계는 조선시대의 인명에 관한 죄 중 과실살에 대한 관형의 근거가 무엇인지를 알아보기 위해서 다산의 『흠흠신서』에서 수록하고 있는 조선과 명나라의 사례를 통해서 인명 죄 재판과정을 분석하였다. 다산에 의하면, 조선시대의 인명

20) 김태계, 「조선시대의 인명(人命)에 관한 죄의 종류와 그 형벌에 관한 연구」, 『법학연구』 26(4) (2018); 조지만, 「조선시대 이죄(二罪) 이상의 범죄와 처벌」, 『아주법학』 13(4), (2020); 백민정, 「조선후기 성 관련 범죄의 처벌 규정과 재판 양상—『審理錄』·『秋官志』와 『欽欽新書』의 판결 사례를 중심으로—」, 『민족문화연구』 87.

의 죄는 결과주의, 엄형주의, 죄형법정주의에 입각하여 재판을 함에 있어, 그 재판관들은 법률적 소양이나 청렴성이 무엇보다 중요했다. 그러나 실상은 관직에 오른 선비출신의 관리들은 시와 문에만 정열을 쏟고, 재판관련 전문서 읽고 지식을 함양 하는 데에는 관심이 없어 실무를 아전들에 맡기어 부패의 근원이 된다고 다산은 비판하고 있다.

이러한 김태계의 연구는 조선시대 인명에 관한 범죄 규정이 『대명률』로부터 『속대전』 및 후속 법전에 이르기까지 변화되어 온 과정을 분석하였다는 점에서 의의가 있다. 또한, 과실살을 투구살에 준하여 처벌한다(『皆准鬪毆殺傷人罪』)는 규정의 의미를 기존의 해석과 다르게 감형된 법조항을 준용한다는 뜻으로 해석해야 한다고 주장하고 있어서 주목할 필요가 있다.²¹⁾

다음으로, 조지만은 조선시대에 두 건 이상의 범죄가 발각되었을 때 어떻게 처벌하는가와 관련하여 『대명률』의 규정들을 중심으로 세밀하게 구별하여 살펴보고 있다. 첫째, 동시경합범 즉, 동시에 발각된 이죄 이상의 범죄의 경우, 범죄의 형량이 서로 다를 때와 같을 때, 그리고 범죄 확정 후 집행 이전에 또 다른 범죄를 범했을 때로 세분화하였다. 둘째, 집행한 이후에 발각된 범죄 즉, 사후적 경합범에 대해서는 집행후 발각된 범죄의 형량이 가볍거나 같을 때, 혹은 더 무거울 때로 구별해서 분석하고 있다. 셋째, 문제가 된 범죄와 그 범죄가 일어나게 된 이유가 된 일이 범죄가 되어 경합하는 경우, 즉 유소규피(有所規避)다. 그 결과 조선시대에는 두 건 이상의 범죄에 대하여 가장 중한 죄에 해당하는 형벌로 처벌하는 흡수주의를 택하고 있었다고 조지만은 본다.

조선시대에 경합범에 대해 흡수주의를 택한 이유로 조지만은 두 가지 이유를 들고 있다. 첫째, 조선시대는 ‘행위’를 중심으로 형벌을 부과하기보다는 ‘행위자’ 중심으로 형벌을 부과했기 때문이라는 것이다. 둘째, 형사처벌의 실제적인 면에서 범죄들에 대한 형벌의 최고한도를 쉽게 확정함과 동시에 처벌의 확실성을 유지하기 위하여 가장 무거운 범죄의 형벌을 부과하도록 했던 것이라고 한다. 조지만의 이러한 분석은 경합범에 관한 규정을 치밀하게 분석할 뿐만 아니라 해당 원칙이 실무에서 적용되고 있는 양상도 확인하였다. 이를 통해 과거 전통시대의 형사 법제가 허술한 기준으로 이루어져 있었고, 그러한 기준마저도 제대로 지켜지지 않았을 것이라는 막연한 불신을 해소하는 데에 일조 할 수 있으리라 생각된다. 다만, 본 연구는 『대명률』의 규정만을 분석의 대상으로 하고 있기 때문에, 이후 조선후기의 법규로까지 확대하여 비교 분석해 볼 필요가 있다. 그리고 실제 판례집의 재판과정을 통해서 흡수주의가 구체적으로 어떻게 적용되고 있었는지, 혹시 적용과정에서 변화가 있었는지를 추적해 볼 필요가 있다.

마지막으로, 백민정의 조선후기 성관련 범죄에 관한 연구이다. 기존 여성사 연구에서는 김선경이 『흙흙신서』의 사례사례 분석을 한 이래로, 주로 새로운 사료 속에서 나타나는 여성 관련 범죄 사례의 발굴에 중점을 두었다고 할 수 있다.²²⁾ 예를 들어, 박경과 문현아는 『추관지』에 수록된 부부간 살해사건을 통해서, 부계중심적인 가족질서를 확인하고 있고, 유승희는 『일성록』에 수록된 여성 범죄 사건을 통해서 여성범죄의 실태와 함께 형사법상 성차에 따른 차별양상을 검토했다.²³⁾ 이숙인은 『심리록』의 성관련 범죄 사건을 분석하여 기존의 여성사 연구의

21) 과실살을 투구살을 준용하여 교형인 사형으로 논죄한다고 설명하는 연구로는 조균석, 「『흙흙신서』에 수록된 조선시대 과실살 사례의 고찰」, 『다산학』 20 (2012) 80쪽. 『대명률』의 ‘皆’자 해석에 관해서는 최근 조지만·김영석, 「『대명률』상 ‘皆’에 관한 연구」, 『법학논고』 54 (2016) 참조.

22) 여성사 연구의 선구적 연구는 김선경, 「조선후기 여성의 성, 감시와 처벌」, 『역사연구』 8 (2000)이며, 이후로도 다양한 측면에서 조선후기 여성과 관련된 연구가 활발하게 진행되고 있다. 미국의 한국 학자들 사이에서도 여성사 연구를 진행함에 있어 법제사적 사료를 활용하는 경우가 많은데 예를 들어, Jisoo Kim, *The emotions of justice : gender, status, and legal performance in Chosŏn Korea*, (Seattle : University of Washington Press, 2015).

23) 박경, 「살옥 판결을 통해 본 조선후기 지배층의 부처 관계상」, 『여성과 역사』 10 (2009); 문현아,

문제의식을 더욱 발전시켰다.²⁴⁾ 반면, 백민정의 경우는 조선후기 법전의 성 관련 범죄를 처벌하는 규정을 입법하는 과정과 실제 재판 양상을 토대로 ‘간통죄’와 ‘강간 범죄’ 상에서 서로 모순된 법의식을 밝혀내고 있다는 점에서 차별성을 갖는다.

백민정은 『대전후속록』, 『수교집록』, 『속대전』의 성범죄 관련 율문과 『심리록』, 『추관지』, 『흠흠신서』의 관련 사건기록들을 살펴봄으로써, 성범죄 관련 규정 및 법조문의 운용이 갖는 모순적인 맥락을 분석하였다. 특히 18세기 정조와 유학자 관료들이 가지고 있는 성에 대한 모순적인 인식, 불분명한 신념 및 윤리 등이 입법 및 재판과정에 반영되었다고 본다. 즉, 간통죄의 구성요건에 관해서는 엄격하게 규정하고 있는 반면, 강간 이수죄에 대해서는 그렇지 못하고 있고, 동일한 간통행위 내에서도 남성과 여성에 대해서는 차별적인 재판이 이루어졌음에 주목하고 있다. 이로 인해 조선후기 남녀의 성과 관련된 비대칭적인 인식의 체계 속에서, 당시 재판관은 관련 행위에 대해 법조문을 편의적으로 적용할 수 있는 위험이 존재했다고 비판하고 있다. 다만, 본 연구는 백민정이 조선후기 성 관련 범죄에 대한 하나의 시론적인 이해와 추측을 기반으로 당시 입법과정을 재구성하고 재판 과정을 해석하고 있는 것에 불과하다는 한계가 있다.

5. 조선후기 형정 연구

조선후기 범죄를 다스리는 형벌 체계와 관련해서는 노혜경의 두 연구에 주목할 필요가 있다. 노혜경은 2014년과 2019년 두 논문에서 조선후기 구류간을 중심으로 국가의 형정권이 분화되는 과정에 대해서 분석한 바 있다.²⁵⁾ 우선, 2014년의 연구에서는 ‘구류간’이라는 불법적인 감옥의 발생과 확대과정을 살피고, 이에 대한 정부 및 관서의 대응에 주목하였다. 노혜경에 따르면, 전통적인 형정권이 감옥을 갖추지 못한 관청이나 일반 사가에서 ‘구류간’이라는 불법적인 감옥을 만들어 채무 불이행자, 채무추심, 공물 봉납 등을 강제했다는 것이다. 17세기 중반부터 법사와 오군영에서부터 발생하기 시작해서 1725년 경부터 전 아문으로 확대되었다고 한다. 구류간이 확대된 데에는 조선후기 상품화폐경제의 발달과 신분제의 해체에 따라 범죄와 갈등, 하극상이 증가한 것과 관련이 있다. 양란 이후 왕성한 활동을 보인 내수사와 궁방에 먼저 사옥이 설치되었다. 특히 각 관서와 군문에서는 식리활동이 관서의 재정에서 큰 비중을 차지하게 됨으로써 채무징수가 관서의 사할이 걸린 문제가 되었다. 징채를 위해 구류간에 채무자를 가두고 심지어는 고문을 가하는 사례까지 발생했다고 한다.

이러한 구류간의 확대는 곧 수감 대상의 증가로 인해 감옥의 구치기능과 징계기능의 분화가 필요해진 것을 의미한다. 그리고 원래 형정권이 없던 각 관서에서 제각기 수감시설을 설치하고 형정권을 사용하기 시작한 것이므로, 구류간의 설치하는 형정권이 각 아문에 분산된 것을 의미했다. 문제는 그 과정에서 형정권이 국가의 관리 감독 체제에서 벗어난다는 것이다. 이를 방지하고자 정부는 구류간에 대해 혁파령을 고수했다. 영조의 지속적인 혁파와 단속에도 불구하고

「판결문 내용분석을 통한 조선후기 아내살해 사건의 재해석: 『추관지』 사례를 중심으로」, 『진단학보』 113 (2011); 유승희, 「조선후기 형사법상 젠더(gender) 인식과 여성 범죄의 실태」, 『조선시대사학보』 53 (2010).

24) 이숙인, 「淫獄에 비친 정조대의 성 인식: 『심리록』을 중심으로」, 『규장각』 39 (2011).

25) 노혜경, 「조선후기 형정권의 분화」, 『조선시대사학보』 70 (2014); 노혜경, 「한말 형정권(刑政權)의 남용과 국가체제 모순」, 『역사와 실학』 68 (2019).

하고 구류간은 끈질기게 부활했다. 또 단속을 피하기 위해 여러 가지 편법이 개발되었다. 관서 근처 민가에 구류간을 설치하기도 하고, 아예 별옥을 만들기도 했다. 감옥이 있는 법사에 이송하는 법도 있었다. 임시로 민가를 빌려 구류하기도 했다. 경주인의 경우는 보수라고 해서 구류간보다 시설이 좋은 여염집에 유치해서 보호하는 방법을 사용했다. 이에 정조는 구류간을 적발하면 건물 자체를 철거해 버리는 강경책을 사용하기에 이르렀다. 감옥의 구치기능과 징계기능의 분리는 합리적 요구였고, 구류간을 혁파하는 근본적인 방안은 사채에 의존하는 관서의 재정체제를 개혁하는 것이었다. 정부는 이에 대해 해결책을 제시하지 못했다. 그러나 정부는 구류간에 대해서는 혁파론을 고수했다. 이는 조선 정부가 육전체제에 기초한 형정의 운영원칙을 고수하려는 강력한 의지를 보유하고 있었음을 말해주는 것이다. 순조 때 잠시 사라졌던 구류간은 철종, 고종 때에 다시 부활했다. 각 관서는 구류간을 운영할 뿐 아니라 사법과 소송에 까지 간여하기 시작했다. 이는 결국 행정권이 국가의 통제를 벗어나 각 관서에 완전히 분할되었음을 의미하는 것이다.

2019년의 노혜경 연구는 구류간의 문제를 보다 거시적인 차원에서 분석하였다. 즉, 19세기 범죄의 증가, 계층 간의 갈등 현상에 대한 정부의 시각과 대응을 국가체제의 모순이라는 측면에 주목한 것이다. 19세기 급격한 범죄증가는 조선후기 경제구조의 변화에 따른 신분제 해체, 제도의 문란 등 사회 전반적인 인식변화의 결과였다. 그러나 조선 정부는 그 원인을 기강해이로 지목했다. 구체적 원인으로 사면령의 남발, 관원의 근무태만, 서리의 자질 저하 등을 들었다. 이를 해결하기 위한 정부의 대응방향은 법대로 엄하게 집행하는 것이었다. 이런 엄형주의는 효수의 증가를 불러왔는데, 강력한 처벌이 기강해이를 막을 수 있다는 기대 때문이었다. 이에 따라 관청의 과잉대응, 형정의 남용도 동반되었다. 구류채를 공식화시킨다던가 한성부의 오부가 사송기관처럼 행동했고, 복잡한 사건에 대해서도 현상적이고 임시방편적인 보여주기식 처벌로 일관했다. 가장 심각한 문제는 세금수취 과정에서 폭력을 수반한 수탈이 벌어진 것이다. 주민들은 법에 대한 신뢰, 법 집행, 형정에 대한 믿음을 갖게 않게 되면서 스스로 폐단을 바로잡겠다고 나섰다. 19세기 말 수취제도 관행으로 말미암아 벌어진 민란은 형정 남용의 결과였고 민의 저항과 반발이 현실화된 것이다.

결국 노혜경에 의하면, 19세기 말 경제 사회의 급격한 변화에도 불구하고, 조선 정부의 인식과 대응은 전통적인 사법행정의 문제로 국한되어 있었다는 것이다. 이로 인해 결국 국가체제 모순으로 가게 되었다는 것이다.

6. 결론: 조선후기 범죄와 형벌에 관한 연구 과제

이상에서 살펴본 바와 같이, 최근 조선후기 범죄와 형벌에 관한 연구는 새로운 판례집의 사례를 발굴하고, 기존에 잘 알려지지 않았던 범죄에 대해서도 분석을 시도하고 있다. 또한, 범죄나 형벌과 관련된 규정을 치밀하게 분석할 뿐만 아니라, 구류간이라고 하는 불법적인 감옥에 관한 분석을 통해서 조선후기 국가의 행정권에 대해서도 분석하고 있다. 이처럼 활발하게 연구가 진행되고 있음에도 불구하고, 여전히 조선후기 발생하였던 범죄는 어떠한 특징을 갖는지, 범죄들의 양상은 어떠했으며, 시기별로 어떠한 발생추이가 나타나는지에 대해서 개괄적인 분석을 하는 데에 한계가 있다. 또한, 당시 범죄를 다루는 공간의 정치적 의미와 해당 사안을 해결하는 과정에서 펼쳐지는 권력의 의미에 대해서도 여전히 해석의 여지가 많다.

그렇다면, 향후 조선후기 범죄와 형벌에 관한 연구를 위해서는 어떠한 과제가 있는가? 우선, 주지하다시피 조선후기 범죄의 종류와 양상을 분석하기 위해서는 보다 많은 판례집 연구가 필요하며, 통시적인 비교가 가능할 수 있도록 분석의 시기 및 대상을 확대해야 할 필요가 있다. 그런데 조선후기 범죄의 현황을 파악하기 위해서 현존 판례집을 토대로 범죄 통계분석을 시도할 때, 다음과 같은 어려움이 있다. 첫째, 해당 사건 기록 속에서 범죄를 분류해내는 기준에 대한 논의가 필요하다. 범죄의 원인에 대한 분류, 범죄자의 신분 혹은 지역, 범죄에 대한 형벌의 종류 등 구체적인 판단 기준에 대한 합의가 선제되어야 연구자들간 연구 성과를 보다 용이하게 비교 분석 가능하다. 그런데 사료상의 정보가 누락되어 구체적으로 범죄자의 신분이나 지역을 밝히기 힘든 경우, 혹은 지명의 변화에 따른 지역 구별이 힘들어지는 경우도 존재한다. 나아가, 기준을 정하는 것이 곧 해당 범죄의 성격을 규명하는 일이 되는 경우도 있다. 예를 들어, 심재우의 산송연구에서 심재우가 지적한 바와 같이, 산송을 산림 소유권 다툼이라는 경제적 요인을 중심으로 보아야 할 것인지 혹은 풍수사상이나 유교적 장례문화의 확산 또한 그 배경으로 보아야 할 것인지를 문제가 있다. 실제로 산송이 시작된 계기는 단순히 원한관계에 따른 묘지 훼손과 같은 일이 발단이 되는 경우도 존재하겠지만, 산송이 조선후기에 증가하는 현상의 원인을 어떻게 규명하는지는 결국 산송의 성격을 규정하는 일이 될 것이다.

둘째, 특정 판례집을 통해서 기록의 현황을 파악하는 것이 곧 해당 사건의 발생 현황을 파악하는 것과 차이가 날 수 있다는 점에 유의를 해야 한다. 앞서 지적한 것처럼, 현존 조선시대 형사판례집에 관련 사건 기록이 누락, 훼손 등의 이유로 완벽하지 않을 가능성이 높다. 그리고 하나의 사건이 여러 단계의 사법기관을 거치면서 다양한 형태로 사건기록을 남기게 될 경우, 중복 혹은 중첩되어 기재될 수도 있고, 또는 관련 범죄 기록 현황을 파악하는 데에도 어려움이 있을 수도 있다. 예를 들어, 산림 소유권을 다투는 문제가 소송으로 끝나지 않고, 검안의 사례들처럼 실제 살인사건으로 이어지게 될 경우, 산송은 인명사건이 되어 검안으로 남게 된다. 또한, 『추안급국안』에도 산송이 사건의 발단이 되어 추국장에서 심문을 받은 기록이 있다.²⁶⁾ 그렇다면 검안이나 다른 형태로 존재하는 산송의 기록을 검토하지 않은 채, 소지류나 민장치부책을 중심으로 산송을 연구하게 된다면, 당시 산송을 이해하는 데에는 한계가 있다고 할 것이다.

결국, 판례집의 범죄 현황을 분석하는 것은 일차적으로 기록의 현황을 분석하는 데에서 그치는 것이 아니라, 당시 정치주체가 해당 범죄를 어떻게 인식하고 있었는지를 다양한 사료속에서 비교 분석해야 한다. 법규에서 특정한 행위의 위법성을 어떻게 규정하고 있으며 혹은 이에 형벌을 어떻게 정당화하는지에 대한 분석과 함께, 그러한 규정이 어떻게 변화하였는지에 대한 분석이 동시에 함께 이뤄져야 할 것이다. 이를 통해서 판례집 수록 범죄의 현황을 밝히면서 곧 그 속에서 나타나는 민과 다른 정치주체와의 갈등구조에 주목할 수 있게 된다.

그런데 본 연구에서는 이와 같은 분석에서 한 걸음 더 나아가, 조선후기 정치 공동체가 특정한 행위를 위법행위로 규정하는 ‘법’이나 법을 다루는 사법 공간, 그 속에서 펼쳐지는 국가 권력에 대한 시각을 새롭게 해야 한다고 주장한다. 앞서 서론에서 설명하고 있는 전통적인 법에 대한 관념은 이른바 베버적인 시각이라고 할 수 있다. 다시 말하면, 피지배층에게 복종을 강요하고, 사회 내에 폭력, 무질서와 혼란을 없애려고 하는 제도들에 의해 부과되는, 추상적인 규칙들로 이루어진 일관성을 갖춘 하나의 체계(a consistent system of abstract rules)로 법을 바라본 것이다.²⁷⁾ 법이란 결국 국가권력을 집행하는 도구적인 수단으로 간주한 것이다.

26) 예를 들면 <영조 16년 노택추안>에서 호남지역의 노택이라는 자가 산송으로 인하여 영옥(營獄)에 들어와 장차 형장(刑杖)을 받게 되자, 스스로 고변(告變)하겠다고 해서, 추국장에서 심문을 받게 되었다.

조선후기를 형정중심의 통치체제로 간주하는 시각이나 조선후기 공형벌권의 강화를 보여주는 연구 역시 이러한 입장에 서 있다고 할 수 있다.

그러나 초기 근대(early modern) 지역에 대한 서구의 법제사 연구에서는 새로운 연구경향을 포착할 수 있다.²⁸⁾ 법이 일관성을 갖춘 체계라기보다는, 원고, 피고, 목격자의 지위로 법정에 서게 되는 평범한 사람들과, 정치적 주체와 법적 전문가들 사이에서 계속해서 진행되는 대화들, 협상들, 논쟁들 사이에서 부수적으로 만들어지는(contingent) 산물에 불과하다는 것이다.²⁹⁾ 즉, 법을 사회구성원들의 상호작용을 통해서 나타나는 사회과정으로 이해해야 하고, 법정은 그러한 구성원들간의 상호작용이 이뤄지는 공간이 된다. 그리고 재판에 참여하는 관계자들의 상호작용을 속에서 이들이 공유하고 있는 법적 인식을 우리가 읽어내게 되는 것이다. 따라서, 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.³⁰⁾

이와 같이 법에 대한 인식의 변화를 통해 국가권력의 속성역시 새롭게 간주하는 시각은 조선의 경우에도 적용해볼 필요가 있다. 무엇보다 조선의 18세기와 19세기로의 변화에 대한 설명이 설득력이 높지 않기 때문이다. 한편으로는 국왕중심의 법제가 완비되었던 18세기의 형정중심의 통치구조가 19세기에다 지속되는 것으로 간주하면서도, 왜 19세기에는 범죄가 더욱 심화 혹은 만연되고 나아가 국가의 형정권 통제 밖으로 나가게 된 것인가? 공형벌권을 강화하여 여전히 권력의 중앙집중화를 추구하는 국가가 왜 구류간과 같은 불법적 감옥을 허용하게 되고 오히려 사적으로 무력을 행사하는 일을 방관하는가? 조선후기로 갈수록 민들은 한편으로는 법을 우습게 알면서도, 왜 다른 한편으로는 자신의 권리구제를 위해 법정에 호소하는 일이 많아졌는가? 이러한 질문들은 기존의 연구에서 전제하고 있는 베버적인 시각으로는 충분히 설명하기 어렵고, 어떠한 면에서 국가실패, 체제모순으로 밖에 서술되지 못한다. 그런데 법을 하나의

27) 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.

28) 이러한 새로운 시각은 주로 법인류학자들에 의해서 추동된 것이고, 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)

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

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

과정으로 바라보는 접근법을 가져온다면, 이러한 일련의 상황은 19세기의 조선이 사회의 빠른 변화에 부적응하여 나타난 실패라기 보다는 국가와 사회가 함께 만들어나가는 하나의 과정으로 재서술 될 수 있으리라 본다.

[부록] 심재우, 「조선후기 범죄와 판례 연구의 현황」, 『조선후기 법률문화 연구』 (한국학중앙연구원 출판부, 2017) 요약 및 발췌

1. 머리말

- 조선후기 역사상에 대한 이해의 심화를 위해, 미시적 접근이 필요하고, 사료에 대한 재해석 및 새로운 사료의 발굴이 필요함
- 조선시대 법문화와 법제사 영역의 연구에 주목할 필요가 있음. “법은 국가, 정치권력과 민에 대한 지배의 특징, 백성들의 사회적 위상을 보여줄 수 있는 중요한 도구”
- 범죄 판례에 대한 세밀한 분석을 통해, 재판이 사회변동에 따라 어떤 변화를 보였는지, 그리고 사건에 나타난 민의 갈등관계와 의식구조는 어떠했는지를 추적한다면, 종래의 사회사 연구에서 다소 소홀했던 국가권력, 민의 문제에 다가갈 수 있을 것임.

2. 조선시대 범죄와 판례

1) 조선시대 법과 범죄 판례

- 유교정치사상 ‘덕주형보(德主刑補)’ “덕치와 인정을 베풀게 되면 형벌의 필요성은 감소”
==> 조선 역시 유교의 덕치, 예치의 이상을 실현
- 조선시대 법과 법문화는 무관심, 선입견의 영역
 - 막스 베버(Max Weber): 동양법은 서양법이 갖고 있는 형식성의 결여, 자연법과 같은 개념의 부재, 씨족의 강인성 씨족중심주의, 국가에 의한 전문 법률가의 미양성, 도시법의 부재, 유교적 교육과 시험제도의 문제, 법학과 법이론의 미발달 등
 - 티모시 브룩(Timothy Brook, 박소현 역, 『능지처참 - 중국의 잔혹성과 서구의 시선』 (너머북스, 2010) -> 중국 법률문화에 대한 서양인의 법률 오리엔탈리즘 확인 가능
 - 조운선, 「조선후기 법사학 연구의 현황」, 『조선후기사 연구의 현황과 과제』 (창작과비평사 2000, 18-19): 조선의 법은 백성들을 통제하기 위한 형법, 행정법 위주로 구성되어 있어 백성들의 권리를 보호하기 위한 민법의 발달이 미흡, 법의 운영이 왕의 자의에 의해 천단되고 관리의 남형이 자행되는 사회였다는 인식이 주를 이룸

- 최근 법사학 연구의 활성화

조선시대 법전 편찬 및 형사정책의 변화상, 민사법의 특징과 소송제도의 발달양상에 대한 이해 심화시킬수 있게 됨

- 조지만, 『조선시대의 형사법-대명률과 국전』 (경인문화사, 2007)
- 다나카 토시미츠(田中俊光), 『조선초기 단옥(斷獄)에 관한 연구-형사절차의 정비과정을 중심으로』, 서울대학교 박사학위 논문 (2011)
- 임상혁, 『조선전기 민사소송과 소송이론의 전개』, 서울대학교 박사학위논문 (2002)
- 조운선, 『조선후기 소송연구』 (국학자료원, 2002)
- 임상혁, 『나는 노비로소이다: 소송으로 보는 조선의 법과 사회』 (너머북스, 2010)

형정 운영의 측면 18세기 국왕의 주도하에 법제 정비와 형사제도의 개선 등 형사법제도 개혁

==> 다양한 법전 및 법률서의 보급, 형사사법에 대한 중앙집권적 통제 추구, 남형 혹형의 폐지

- 심재우, 「18세기 옥송(獄訟)의 성격과 형정운용의 변화」, 『한국사론』 34 (서울대학교 국사학과, 1995)
- 한상권, 「조선시대 법전 편찬의 흐름과 각종 법률서의 성격」, 『역사와 현실』 13 (1994)
- 심희기, 「18세기의 형사사법제도 개혁」, 『한국문화』 20 (1997)
- 심재우, 「정조대 『흠휼전칙(欽恤典則)』의 반포와 형구(刑具) 정비」, 『규장각』 22 (1999)
- 심재우, 「조선시대 법전편찬과 형사정책의 변화」, 『진단학보』 96 (2003)

==> 교화 중심 통치사회에서 형정 중시 사회로의 전환

- 한상권, 「조선시대의 교화와 형정」, 『역사와 현실』 79 (2011)
- 판례에 관한 연구 필요성: 법전에 실린 추상적인 법규만으로는 파악하기 힘든 당대의 사회적 갈등 양상, 판결을 통해 본 법과 권력의 속성 등을 파악할 수 있을 것임.
- 윌리엄 쇼(William Shaw), *Legal Norms in a Confucian State*(Berkley: University of California, 1981) : 개척적인 연구성과로의 의미를 지니지만, 한동안 국내 연구자들에 의해 적극적으로 계승되지 못하였음. 1776년 1785년 사이의 『심리록』 사건 100건 추출하여 번역하고, 조선시대 법이 현실에서 어떻게 해석되고 있는가를 실증적으로 검토.

2) 현존 형사 판례집의 특징과 살육의 처리과정

- 재판기관의 상하관계와 형벌권 상의 조선과 청의 유사점
- ① 주현에서 독자적으로 처리할 수 있는 소송안건 별도로 존재
- ② 재판기구의 심급에 따라 형벌권에 차등
- ③ 사죄(死罪)의 경우 반드시 조정에 보고하여 최종적으로 국왕의 심리와 판결을 거친후 확정단, 군현 지방관의 형벌권 (태형 50대)로 청보다 낮으나, 관찰사의 형벌권은 형조와 동일하게 유형(流刑)까지 가능하는 점에서 차이

- 조선시대 주요 판례집에 관한 선행연구

- 정석종, 『조선후기사회변동연구』 (일조각, 1983)
- 김선경, 「《민장치부책》 해제」, 『한국지방사료총서-민장편1』 (여강출판사, 1987)
- 심희기, 『한국법제사강의』 (삼영사, 1997)
- 심재우, 「규장각 소장 형옥(刑獄) 사송류(詞訟類) 문서의 유형과 활용」, 『서지학보』 24 (2000)
- 심재우, 「조선후기 판례집, 사례집 유형과 『흠휼신서』의 자료 가치」, 『다산학』 20 (2012)

- 현존하는 판례집의 주요 특징

- ① 『추안급국안』 국청에 관계되는 정치범 기록으로, 선조대부터 고종까지 왕대별로 비교적 잘 남아있음. 반면, 사형에 해당하는 형사범 관련 판례집은 정조대의 기록 『심리록』만 남아있음. 국왕의 판부를 거친 중죄수에 관한 옥안 『추조결옥록(秋曹決獄錄)』과 『추조심리안(秋曹審理案)』 등 19세기 자료도 존재하지만, 연도의 누락이 심하고 사건 수가 제한적임
- 유승희, 「조선후기 옥안수계(獄案修啓)의 실태와 『추조결옥록(秋曹決獄錄)』의 편찬」, 『서지학연구』 46 (2010)
- ② 법률서적이 많지 않고, 정약용 판례연구서 『흠휼신서(欽恤新書)』가 독보적

인명사건과 관련한 형사사건 판례 549건 수록 및 중국 측 판례 동시 수록

- 심희기, 「『흙흙신서』의 법사학적 해부」, 『사회과학연구』 5-2 (영남대학교 사회과학연구소, 1985)
- 박소현, 「법률 속의 이야기, 이야기 속의 법률- 『흙흙신서』와 중국판례」, 『대동문화연구』 77 (2012)

③ 『조선왕조실록(朝鮮王朝實錄)』, 『승정원일기(承政院日記)』, 『일성록(日省錄)』 등 연대기 자료 속의 사건 기록 보완 가능. 특히 『일성록』에 실린 형옥류 기록에서 당시 범죄인의 현황과 처리과정, 범죄 유형 등을 상세히 파악 가능

- 유승희, 「『일성록』 형옥류에 나타난 사죄 기록의 고찰」, 『서지학연구』 38 (2007)

④ 지방관이 수사단계에서 생산한 법률 문서

보첩(報牒): 고을 수령이 관찰사에게 보고한 보고서

계록(啓錄): 관찰사가 조정에 업무와 관련한 사항 보고한 기록

검발(檢跋): 온전한 형태의 검안은 아니지만, 수령의 발사(跋辭)부분 기록

검제(檢題): 관찰사가 수령에게 내린 살인사건 수사 지시사항 기록

==> 아직 추가적인 자료 조사 필요

- 김호, 「규장각 소장 ‘검안’의 기초적 검토」, 『조선시대사학보』 4 (1998)
- 조운선, 「버클리대학 동아시아도서관 소장 검험서의 내용과 사료적 가치」, 『한국한의학 연구원 논문집』

- 현존하는 판례 기록 대부분 살옥 사건

① 살옥은 최고형량인 사형을 받는 범죄사건이므로 다른 사건들에 비해 중요하게 다뤄짐

국왕의 최종 심리를 거쳐야 함

- 조균석, 「『흙흙신서』에 수록된 조선시대 과실살 사례의 고찰」, 『다산학』 20 (2012)

② 유교의 인명 중시사상

③ 살옥의 처리 과정이 매우 복잡하여, 각 재판기관에서 해당사건에 대한 다양한 기록 존재

ex. 『심리록』에 나타난 살옥 처리 과정: 초검(初檢), 복검(覆檢), 회추(會推), 완결(完決), 결안(結案), 계복(啓覆), 판부(判付)

- 심희기, 「조선시대 살옥에 관한 연구(1)」, 『부산대학교 법학연구』 25(1) (부산대학교, 1982)

- 현존하는 판례 기록 및 연구의 한계

① 판례 사건 기록이 조선시대 실제 발생했던 사건 전체를 의미하지 않음.

: 정약용에 의하면, 전체 살인사건의 70-80%는 관에 보고 되지 않음, 수사과정에서 관의 형포로 보고를 꺼리거나 혹은 사화(私和)의 경우가 많았음.

② 사료가 조선후기 전체의 시계열을 확보하지 못하는 경우가 많고, 살옥을 중심으로 편중되어 있다는 점

③ 조선시대 형사재판제도를 복원할 수 있는 단계로까지 연구가 진전되지 못하고 있음

ex. 살옥의 절차 중 삼복(三覆)에 대해서도 학자들간 논쟁

- 정순옥, 「조선전기 의금부 죄수의 삼복과 의정부 삼복 시행 논란」, 『역사학연구』 29 (2007)

- 다나카 토시미츠(田中俊光), 『조선초기 단옥(斷獄)에 관한 연구-형사절차의 정비과정을 중심으로』, 서울대학교 박사학위 논문 (2011)

3. 판례를 활용한 범죄, 사건사 연구의 성과

1) 초기 연구와 문제의식

- 법원(法源)과 함께 법제의 내용을 개괄적으로 밝히고자 함
 - 서일교, 『조선왕조 형사제도의 연구』(한국법령편찬회, 1968)
: 조선왕조 형사제도를 사법기관, 법전, 형법, 형벌 등으로 구별하고, 주제별 자료 활용, 조선왕조의 전반적인 성격을 잘 정리함

- 1980년대 판례를 활용하여 법제사 살피려는 시도

- 윌리엄 쇼(William Shaw), *Legal Norms in a Confucian State*(Berkley: University of California, 1981)
 - ① 조선왕조에서 유교와 법 관계 재정립 시도- 유교 국가에서의 법의 중요한 기능과 역할 해명, 유교와 법이 대립되는 것으로 파악할 경우 당대 사회를 왜곡할 수 있어 위험하다고 주장
 - ② 조선후기 형사재판 절차에 대한 세밀한 고찰
 - ③ 『심리록』 범죄 분석 작업 시도- 촌락사회에서의 폭력 문제, 소문의 기능, 아전의 부패상, 술과 범죄의 연관성, 법에서의 여성문제

- 반면, 국내 『심리록』 판례연구는 1990년대에 들어와서야 시도

- 권영웅, 「『심리록』의 기초적 검토 - 정조대의 사죄판결」, 『이기백선생고회기념 한국사학논총(하)』(일조각, 1994)
 - 조광, 「18세기 전후 서울의 범죄상」, 『전농사론』 2 (2996)

- 1990년대 이전 조선시대 판례기록을 토대로 연구가 시작되기는 했지만, 당시 연구자들의 관심은 법제사 보다는 다른 곳에 있었음.

ex. 역사학계의 판례, 범죄사건 연구

- 정석종, 『조선후기사회변동연구』(일조각, 1983): 『추안급국안』을 본격적으로 연구에 활용했다는 점, 사건에 얽힌 하층민의 움직임을 적극적으로 당시 정세와 연결하여 해석했다는 점에 주목할 만함. 그러나 민중사의 한계가 존재

ex 2. 사회사, 향촌 사회사 연구: 향촌사회의 향권, 사족지배체제, 수령과 부세 문제에 주목하였고 그 과정에서 민장치부책(民狀置簿冊) 주목, 각종 분쟁의 양상과 지방관의 재판 운영방식 다만, 당시 재판에서 중세적 속성이 강조되거나, 수령의 고식적인 민장 처리에 주목했다는 한계. ** 당시에는 조선후기 신분제 해체, 경제변동 양상 해명에 관심 집중되어 있었기 때문.

- 김인걸, 「『민장』을 통해 본 19세기 전반 향촌사회 문제」, 『한국사론』 23 (서울대학교 국사학과, 1990)
 - 김선경, 「『민장치부책』을 통해서 본 조선시대 재판제도」, 『역사연구』 1 (1992)
 - 박명규, 「19세기 후반 향촌사회의 갈등구조: 영광지방의 민장내용 분석」, 『한국문화』 14 (1993)
 - 조윤선, 『조선후기 소송연구』(국학자료원, 2002)
 - 정승진, 「사회적 모순의 제양상: 영광 『민장치부책』의 분석」, 『한국근세지역경제사』(경인문화사, 2003)

- 심재우, 「조선후기 충청도 연기지역의 민장과 갈등양상: 1858년 『사송록』 분석을 중심으로」, 『정신문화연구』 134 (2014)

2) 범죄 분석의 성과와 한계

- 초기 연구

- 정태현, 『조선평기 사회범죄에 관한 연구』, 동국대학교 박사학위논문 (1998)
: 일탈행위로서 민인들의 범죄문제에 주목, 이들 사건을 유형화 하여, 사회상과 정부 대응책을 살펴 보려 한 초기 범죄사 연구. 사형에 해당하는 범죄로서, 삼복계에 의해 국왕 최종 판결이 난 것, 건국부터 성종년간까지를 분석의 대상. 자료 및 시각 상의 한계가 존재함.

- 조선시대 법문화에 대한 체계적 분석을 위한 범죄 통계 분석

- 심재우, 「『심리록』을 통해 본 18세기 서울의 범죄 양상」, 『서울학연구』 17 (2001)
- 심재우, 『『심리록』 연구 -정조대 사형범죄 처벌과 사회통제의 변화』 서울대학교 박사학위논문 (2005)
- 심재우, 『조선평기 국가권력과 범죄 통제- 『심리록』 연구』 (태학사, 2009)

① 조선시대 특정 시기의 범죄 판례에 대한 종합적인 통계 자료 제시한 첫 성과
인명범죄, 경제범죄, 사회풍속범죄, 관권침해범죄 등으로 유형화, 지역별 시기별 변화 양상
범죄인의 성별, 신분과 직역, 사건이 성숙된 후 국왕의 판부가 내려지기까지의 과정과 형량분포 등도 통계로 제시

② 서울의 인구수 대비 범죄발생률이 높았다는 점, 살인사건에서 지역사회 구성원들 간 다양한 일탈 및 갈등의 발생 배경, 인간관계 등도 엿볼 수 있음, 범죄 판결에서는 정조가 사형죄수를 대부분 감형한 사실도 통계로 제시

==> 법과 재판을 바라보는 정조의 관점이 무엇인지, 그러한 판결의 의미를 어떻게 해석할 것인지에 대한 연구 필요

- 이후 『심리록』 사건에 주목한 연구성과

- 정순옥, 「정조의 법의식- 『심리록』 판부를 중심으로」, 『역사학연구』 21 (2003)
- 정순옥, 『조선시대 사죄심리제도와 『심리록』』, 전남대학교 박사학위논문 (2005)
- 조순희, 「『심리록』을 통해 본 사죄사건의 심리와 정조의 형정관」, 국민대학교 석사학위논문 (2005)
- 김현진, 『조선평기 유교윤리와 범죄판결- 정조의 『심리록』을 중심으로』, 인하대학교 박사학위논문 (2012)

- 범죄의 통계 분석

- 유승희, 『18~19세기 한성부의 범죄실태와 갈등양상- 『일성록』의 사죄범죄를 중심으로』, 서울시립대학교 박사학위논문(2007)
- 유승희, 『민이 법을 두려워하지 않는다- 조선평기 한성부의 범죄보고서』 (이학사, 2014)
: 범죄 대상 시기를 정조대부터 철종대까지 확장하여 통계분석한 성과
서울범죄를 집중 분석함으로써, 도시화로 인한 다양한 갈등과 폭력이 내재된 당시 서울의 치안 상황을 자세히 보여줌

3) 분석대상 자료 및 연구주제의 확대

- 다양한 판례집, 법률 문서에 대한 분석작업이 시도되고 있음

① 『흙흙신서』: 인명과 관련된 살인사건만 수록하고 있지만, 다산의 의견과 법률적 추론을 담고 있어 사건처리양상과 다산의 법사상을 살필 수 있는 중요한 자료

- 미야자키 이치사다(宮崎市定), 「欽欽新書 解題」, 『朝鮮學報』 46 (1968)
- 심희기, 「『흙흙신서』의 법사학적 해부」, 『사회과학연구』 5-2 (영남대학교 사회과학연구소, 1985)
- 유재복, 「『흙흙신서』의 편찬과 그 이본의 비교」, 『서지학연구』 7 (1991)
- 권영웅, 「『흙흙신서』 연구 1: 「경사요의」의 분석」, 『경북사학』 19 (1996)
- 심재우, 「조선후기 판례집, 사례집 유형과 『흙흙신서』의 자료 가치」, 『다산학』 20 (2012)
- 박소현, 「법률 속의 이야기, 이야기 속의 법률- 『흙흙신서』와 중국판례」, 『대동문화연구』 77 (2012)

==> 『흙흙신서』의 중요성과 자료 가치는 충분히 논의되었지만, 수록된 사건에 대한 본격적인 연구는 몇 편에 불과

- 김선경, 「조선후기 여성의 성, 감시와 처벌」, 『역사연구』 8 (2000)

② 『추조결옥록』: 아직 연구 시작의 단계

- 권순철, 「19세기 전반 서울지역 하급관리 범죄의 실태와 정부의 대책」, 『사총』 55 (2002)
- 유승희, 「조선후기 옥안수계(獄案修啓)의 실태와 『추조결옥록(秋曹決獄錄)』의 편찬」, 『서지학연구』 46 (2010)

③ 『추조심리안』

- 다나카 토시미츠(田中俊光), 「『추조심리안』을 통해 본 19세기 중엽 조선의 형사정책」, 『법사학연구』 35 (2007): 『추조심리안』의 연대기를 바로잡아, 철종 즉위년 12월 28일부터 원년 2월 9일까지, 국왕이 처리한 32건의 사형 사건임을 밝힘. 정조대 관형(寬刑)의 판결이 철종대에서도 확인, 향후 비교 검토 필요
- 김선경, 「1833-34년 전라도 지역의 살육 사건과 심리: 『완영일록』의 분석」, 『역사교육』 122 (2012): 서유구가 전라도 관찰사로 재임하던 시절의 관아일기 중, 96건의 살육사건에 대한 분석, 향후 판례집으로 구성되어 있지 않으면서도 사건의 처리과정을 살펴볼 수 있는 일기, 일록, 보첩, 계록규 자료에 대한 발굴 및 분석 필요성

- 다양한 연구주제 시도

① 여성사 연구: 김선경 (2000) 연구가 선구적

- 박경, 「살육 판결을 통해 본 조선후기 지배층의 부처 관계상」, 『여성과 역사』 10 (2009)
- 문현아, 「판결문 내용분석을 통한 조선후기 아내살해 사건의 재해석: 『추관지』 사례를 중심으로」, 『진단학보』 113 (2011)
- 유승희, 「조선후기 형사법상 젠더(gender) 인식과 여성 범죄의 실태」, 『조선시대사학보』 53 (2010)
- 이숙인, 「淫獄에 비친 정조대의 성 인식: 『심리록』을 중심으로」, 『규장각』 39 (2011)
- 박소현, 「18세기 동아시아의 성(gender) 정치학- 『흙흙신서』의 배우자 살해사건을 중심으로

로」, 『대동문화연구』 82 (2013): 중국과 조선의 배우자 살해사건 비교 분석, 여성사 연구의 전통적 통념에 대한 문제의식

② 정약용의 법사상에 주목

- 김호, 「『흠흠신서』의 일고찰: 다산의 과오설 해석을 중심으로」, 『조선시대사학보』 54 (2010)
- 김호, 「조선후기 강상의 강조와 다산 정약용의 정, 리, 법: 『흠흠신서』에 나타난 법과 덕의 긴장」, 『다산학』 20 (2012)
- 김호, 「의살의 조선과 한계- 다산의 흠흠신서를 중심으로」, 『역사와 현실』 84 (2012)
- 김호, 「조선후기 위법률의 적용과 다산 정약용의 대민관」, 『역사와 현실』 87 (2013)
- 김호, 「조선후기 도뢰(圖賴)와 다산 정약용의 비판」, 『한국학연구』 37 (2015)

=> 다산은 도덕교화와 법치의 절묘한 조화, 시중(時中)을 강조했다는 입장

- 박소현, 「중국과 조선의 법률문화와 범죄소설의 계보학」, 『비교문학』 53 (2011)
- 박소현, 「법률 속의 이야기, 이야기 속의 법률- 『흠흠신서』와 중국판례」, 『대동문화연구』 77 (2012)

4) 검안연구

- 초기 연구: 검시 제도, 검안의 내용과 형식, 사료의 중요성

- 심희기, 「조선시대 살육에 관한 연구(1)」, 『부산대학교 법학연구』 25(1) (부산대학교, 1982)
- 심재우, 「조선후기 인명 사건의 처리와 검안」, 『역사와 현실』 23 (1997)

- 1990년대 교육부 지원받아 규장각자료 해제작업

- 김호, 「규장각 소장 검안의 기초적 검토」, 『조선시대사학보』 4 (1998)
- 김호, 「100여년 전의 여성들- 규장각 소장 ‘검안’으로 들여다 본 민중의 삶」, 『한신인문학연구』 1 (2000)
- 김호, 「100년 전 살인사건, 검안을 통해 본 사회사」, 『역사비평』 55 (2001)
- 김호, 「100년 전 살인사건, 검안을 통해 본 사회사 - 죽음의 원인을 밝히는 원님들」, 『역사비평』 56 (2001)
- 김호, 「100년 전의 살인사건 보고서, 검안- 경상도 산청군 생림리 압곡동 김소사 사건의 진실을 찾아서」, 『법제연구』 21 (2001)
- 김호, 「검안을 통해 본 100년 전 영종도의 풍경- 1906년 영종도 전소면에서 발생한 조문주 사건을 중심으로」, 『기전문화연구』 33 (2006)
- 김경옥, 「19세기 말 창선도 임소사 치사사건에 대한 검안 분석의 사례」, 『역사와 경계』 73 (2009)

- 여성사 연구의 일환

- 백옥경, 「조선시대의 여성폭력과 범죄- 경상도 지역의 검안을 중심으로」, 『한국고전여성문학연구』 19 (2009)

- 학제간 연구

- 최재천, 한영우, 김호, 황희선, 홍승효, 장대익, 『살인의 진화심리학- 조선후기 가족살해와 배우자 살해』 (서울대학교출판부, 2003)

- 그 외

- 조영준, 「조선시대 문헌의 신장 정보와 척도 문제 - 군적과 검안을 중심으로」, 『고문서연구』 41 (2012)

4. 맺음말

조선시대 판례집의 유형과 자료가치를 살펴보고, 판례를 활용한 범죄사, 사건사 관련 연구성과를 유형화하여 검토

조선시대 綱常罪의 정의와 관련 법규

조운선(한국고전번역원)

1. 綱常罪 정의와 범위

○ 기존 연구¹⁾

○ 삼강오륜을 거스르는 범죄, 충과 효를 거스르는 不忠, 不孝의 범죄. + 분수를 범하는 범죄 (綱常罪人, 倫紀罪人)

효는 인간의 심성 속에 내재한 것으로 법적 강제성이 클 필요가 없다. 그러나 충은 혈연 관계가 아닌 대상에 대한 복종.(君父의 개념)

奴主 관계, 상급 관원과 吏隸는 효가 사회적 윤리로 둔갑하여 강요된 관계이다.

이와 같은 비혈연적인 관계에 이념적으로 강제된 질서는 강상이라는 윤리로 묶여 있으나 견고할 수 없다. 이를 유지하기 위해서는 법적인 강제, 규제가 필요

▶ 법전의 綱常犯罪, 綱常罪人 규정

▷ 續大典 刑典 推斷조의 강상죄인 정의

○ 綱常罪人【弑父·母·夫, 奴弑主, 官奴弑官長者.】結案正法後, 妻·子·女爲奴, 破家瀆澤, 降其邑號, 罷其守令.【從時居邑. ○ 縣令以上 降縣監. 縣監勿革, 而序諸縣之末, 限十年復舊. ○ 反逆緣坐自有本律, 破家以下用此律.】 結案後徑斃者, 一體論.

父, 母, 夫를 죽이거나, 노비가 주인을 죽이거나, 관노가 관장을 죽인 경우를 강상죄로 규정하였다. 즉, 살인죄 중에서 가해자와 피해자의 관계가 부모와 자식, 奴主, 관장과 관노인 경우를 특정하여 강상죄로 규정한 것.

처형한 뒤에 가족과 수령까지 연좌시키며 공동체에도 불이익을 준다는 점에서 일반 살인죄의 처벌과는 다르다.

이 세 가지 조건 중 부모자식의 관계는 혈연관계의 천륜에 반하는 범죄라는 점에서 강상죄의 조건에 합치. 그러나 노주와 관장.관노는 사회적, 신분적으로 엷힌 관계. 이들에게도 부모자식의 천륜 관계와 동등한 의미를 부여하고 강상죄로 규정

1) 김대길, 「조선후기 酒禁에 관한 연구」, 『史學研究』 50, 1995

이기명, 「15.16세기 綱常論의 社會規範化와 相避問題」, 『역사와 교육』, 동국대학교 사범대학 역사교육학과, 2002.

조운선, 조선후기 강상범죄의 양상과 법적 대응책, 법사학연구 34, 2006

조운선, 조선후기의 사회윤리 강상범죄를 통해 본 사회상, 청주대학교 한국문화연구소 청대학술논집 35, 2007

김순남, 「조선 세종대 강상(綱常) 윤리 강조의 실상」, 『歷史와 實學』 69, 2019

▷ 三省推鞠 대상

○ 弑父母·祖父母·舅姑·夫·伯叔父母·兄姊者, 奴弑主, 官奴弑官長, 【以上勿論已行·未行.】 雇工弑家長者, 淫烝後母者, 淫姦伯叔母·姑母·姊妹·子婦者, 奴姦女上典者, 放賣嫡母者, 毆辱父母者, 燒火父屍者, 【以上已行.】 竝三省推鞠.

삼성추국의 대상을 규정한 것으로, 위의 강상죄인 조문의 확장이다. 살해 대상이 부모, 남편, 주인, 관장에서 조부모, 시부모, 백숙부모, 형과 누이로 넓혀졌으며, 고공이 가장을 죽인 경우도 포함되었다. 여기에 간음의 범죄도 규정하였는데 後母, 백숙모, 고모, 자매, 子婦 등 친족내의 간음과 여자 상전을 간음한 奴를 삼성추국 대상으로 명시하였고, 嫡母를 방매하거나 부모를 때리고 욕보이거나 부모의 시체를 불태우는 경우 역시 강상죄로 보았다.

○ 綱常罪人所居官, 降罷. 康熙癸卯承傳.²⁾

○ 雇工殺家長者, 不當輕施處斬之律, 三省推鞠. 順治庚寅承傳.³⁾

○ 其父骸骨燒火者, 論以綱常罪人, 破家瀝澤, 妻子爲奴, 降邑號, 罷守令. 康熙乙丑承傳.⁴⁾

이상의 강상죄에 대한 처벌은 모두 妻·子·女爲奴, 破家瀝澤, 降其邑號, 罷其守令이라는 점에서 같은 죄질의 강상죄.

▶ ‘事係綱常’의 적용과 해석 범위

일이 강상에 관계된다, 즉 죄가 강상에 관계된다는 규정은 강상죄 정의에 있어서 여러 해석이 가능, 매우 탄력적으로 적용, 운영될 수 있다.

續大典 刑典 推斷조나 추관지 事係綱常의 규정, 기타 수교집록, 수교정례 등의 법제 자료에 어떤 범죄가 ‘강상죄에 관계’되는지 규정.

부모를 봉양하지 않음[不養父母]⁵⁾

노모를 봉양하지 않음[不養老母]⁶⁾

부모상에 달려가지 않음[父喪不奔]⁷⁾

2) 受教輯錄 吏典 雜令 /승정원일기 현종 4년 6월 16일

3) 受教輯錄 刑典 殺獄 /승정원일기 효종 1년 1월 10일

4) 受教輯錄 吏典 雜令 (1685년, 숙종 11년)

5) 淳昌私奴奉鶴, 不能養父母, 使老母至於飢渴自斃之境. 《大明律》云, “不養父母以致餓死者, 杖一百流三千里.”(秋官志 卷9 考律部 掌禁部 考律部 雜犯 事係綱常 不養父母)

6) 靈光李再燁不能養老母, 以至僵死路傍, 三日不知. 《續大典》推斷條云, “罪犯綱常, 情理深重者, 杖一百流三千里.”(秋官志 卷9 考律部 掌禁部 考律部 雜犯 事係綱常 不養老母)

7) 私奴芮順立, 父死不奔喪, 依律文絕島定配.

重補平康金元信, 父死京中, 而稱病在家, 不爲奔喪罪. 《大典通編》, “罪犯綱常, 情理深重者, 杖一百流三

양자를 모칭함[冒稱養子]⁸⁾

계모를 서모라고 함[以繼母謂庶母]⁹⁾

계모를 관에 정소함[呈官繼母]¹⁰⁾

상중에 등과함[居喪登科]¹¹⁾

상복을 미리 벗음[徑脫喪服]¹²⁾

구고를 침범함[侵犯舅姑]¹³⁾

부조를 바꿈[換易父祖]¹⁴⁾

제 아버를 擘三寸이라 하고 제 어미를 삼촌 숙모라고 하면서 노비를 두고 소송함¹⁵⁾

庶子の 이름을 면하려고 嫡母나 외조모를 타인의 노비라고 함.¹⁶⁾

私奴로서 그 주인을 배반하려는 목적으로 호적에 올라 있는 사람 중 다른 사람을 지목하여 자신의 아버지라고 하거나 생존해 있는 아버지를 사망한 것으로 기록함.

庶擘 이름을 모면하려고 嫡母와 外祖母를 타인의 여자종이라고 함.¹⁷⁾

아들이 아버지를 증언함.¹⁸⁾

노가 父上典 墳墓를 荊藁로 圍之.¹⁹⁾

千里.” 金元信據律定配.(秋官志 卷9 考律部 掌禁部 考律部 雜犯 事係綱常 父喪不奔)

8) 定州金今弼貪其庶五寸叔應秋田產，當應秋身死之日，冒稱養子，被髮奔喪。《續大典》推斷條云，“罪犯綱常，情理深重者，杖一百流三千里。”(秋官志 卷9 考律部 掌禁部 考律部 雜犯 事係綱常 冒稱養子)

9) 海美鄭國良恥其父降娶，指繼母謂庶母，不服其喪。《續大典》推斷條云，“罪犯綱常，情理深重者，杖一百流三千里。”(秋官志 卷9 考律部 掌禁部 考律部 雜犯 事係綱常 以繼母謂庶母)

10) 靈光姜世煥，以繼母行淫孕胎，呈官成獄，敗常傷倫。《續大典》推斷條云，“罪犯綱常，情理深重者，杖一百流三千里。”(秋官志 卷9 考律部 掌禁部 考律部 雜犯 事係綱常 呈官繼母)

11) 中和金錫正，母喪未畢，登科。《續大典》推斷條云，“罪犯綱常，情理深重者，杖一百流三千里。”(秋官志 卷9 考律部 掌禁部 考律部 雜犯 事係綱常 居喪登科)

12) 李觀成脫去喪服，改着華衣，挾娼酗酒。初以流三千里定配慶源，後因逃還，捉囚嚴刑，移配海島。江陵李台得不知繼養之重，因事乘憤，徑脫喪服。《續大典》推斷條云，“罪犯綱常，情理深重者，杖一百流三千里。”(秋官志 卷9 考律部 掌禁部 考律部 雜犯 事係綱常 徑脫喪服)

13) 女素福侵犯舅姑，欲害其夫。依法典杖一百流三千里。

富寧許女薄待尊舅，構陷舅家。《續大典》推斷條云，“罪犯綱常，情理深重者，杖一百流三千里。”(秋官志 卷9 考律部 掌禁部 考律部 雜犯 事係綱常 侵犯舅姑)

14) 青陽李京賢欲免良役，改父易祖，冒稱士夫子孫。《續大典》推斷條云，“罪犯綱常，情理深重者，杖一百流三千里。”/北青李寅憐假稱李兵使應憐之四寸，欲爲藉勢誑惑愚民。《大典通編》，“罪犯綱常，情理深重者，杖一百流三千里。”李寅憐據律定配。(秋官志 卷9 考律部 掌禁部 考律部 雜犯 事係綱常 換易父祖)

15) 續大典 刑典 推斷

16) 續大典 刑典 推斷

17) 典錄通考 戶典 上 戶籍/受教輯錄 戶典 戶籍

○ 私奴欲叛其主，入錄於戶籍之中，指他人爲父及生存之父以死懸錄者，欲免庶名，嫡母及外祖母謂之他婢者，論以罪犯綱常情理深重者，全家徙邊。康熙戊午承傳。(承政院日記 숙종 4년 6월 3일)

18) 肅宗十一年，大興山城別將，失庫銀數百兩，疑庫直之偷出，先訊其十二歲兒子，以爲證案。南九萬曰，“以子證父，大關綱常。”上命別將罷職，捕將·刑堂，從重推考。(特教定式 各司稟定 2.4. 以子證父[肅宗 11年(1685)](승정원일기 숙종 11년 4월 15일/秋官志 卷10 〈掌禁部〉「申章」[親屬詞證 以子證父])

19) 木川私奴七同，以荊藁圍之父上典墳墓事，《大典通編》推斷條云，“罪犯綱常，情理深重者，杖一百流三千里。”(秋官志 卷9 考律部 掌禁部 考律部 雜犯 墳山作變 棘圍/受教定例 附錄 2. 傍照 棘圍上典墳塚)

부모의 主櫃를 타파함.²⁰⁾

이러한 범죄를 ‘강상에 관계되는’ 사건으로 보았다.

이들 범죄에 대해서는 모두 《續大典》推斷條의 “罪犯綱常，情理深重者，杖一百流三千里”가 적용된다.

이상이 법전에서 찾아지는 강상죄 관련 규정. 처벌은 結案正法，破家瀦澤，妻子爲奴，降邑號，罷守令이거나 이보다는 죄질이 가볍지만 정리가 중하면 장1백 유3천리.

收贖 제한

공신의 아들과 손자는 杖刑 및 流刑 이하에 해당하는 죄일 경우에는 贖錢 받는 것을 허용하지만 강상죄와 贓盜罪인 경우는 허락되지 않는다.²¹⁾

○ 강상죄를 범한 것이 情理로 보아 매우 심각한 경우는 수속을 허락하지 않고 그대로 본래의 역을 지게하며 모두 양계(兩界 평안도·함경도)나 황해도에 전가사변.²²⁾

士人, 사족 부녀자 기록

○ 강상을 무너뜨린 士人, 그릇된 행실을 한 士族의 부녀자(改嫁한 자도 같다.)는 文案에 기록하고 이조·병조·사헌부·사간원에 공문을 보낸다.²³⁾

※ 강상죄 처벌과 형률 적용의 시대적 변화.

⇒숙종 4년, 인정과 사리로 보아 중대한 경우에는 全家徙邊.²⁴⁾

철종대 강상죄는 대명률 조문으로 처벌.²⁵⁾

헌종 즉위년, 逆獄鞫囚를 綱常罪人처벌 규정에 따름²⁶⁾

2. 사회적 관계망에서 규정되는 강상죄

▶ 효 윤리를 입힌 奴主, 雇工·主人, 官員·吏隸 간의 범죄

이 세 경우에게 적용되는 분수는 모두 동일하다.

20) 打破父母主櫃事, 《大典通編》推斷條云, ‘罪犯綱常, 情理深重者, 杖一百流三千里.’(受教定例 附錄 2. 傍照 打破父母主櫃)

21) 續大典 刑典 推斷

22) 大典後續錄 刑典 雜令//典錄通考 刑典 下 雜令

23) 刑典 禁制//典錄通考 刑典 禁制

24) ○ 私奴欲叛其主, 入錄於戶籍之中, 指他人爲父及生存之父以死懸錄者, 欲免庶名, 嫡母及外祖母謂之他婢者, 論以罪犯綱常情理深重者, 全家徙邊. 康熙戊午承傳. 승정원일기 숙종 4년 6월 3일/受教輯錄 戶典 戶籍

25) “矣身本以班家奴子, 平日含憾,……弑上典情節의實, 遲晚의只罪, 大明律奴婢毆家長條云, 奴婢殺家長者, 凌遲處死, 同律死囚覆奏待報條云, 其犯十惡之罪應死者, 決不待時亦爲白有臥平等用良, 福同段, 不待凌遲處死爲白乎事. 罪人福同捧結案” 승정원일기 철종 10년 4월 28일

26) 승정원일기 헌종 즉위년 12월 23일

노비와 주인 사이는 강상에 관계되고, 下隸들이 官長에 대해 가지는 분수는 奴主 관계와 같다. 모두 강상으로 규정되는 관계.

▶ 奴主, 雇工·主人간의 범죄

▷ 주인 살해, 구타

▷ 노가 주인을, 婢夫가 妻上典을 무고하거나 고발

노주의 분수는 엄중한데 분수를 범하고 윤리가 무너짐이 이와 같으니, 사람은 사람이 되지 못하고 나라는 나라답지 못하게 되었다.……지금 사노 득복의 옥안을 보니…… 이 재판 사건은 常情을 어지럽힌 變異로 노주의 분수와 班賤이 차이가 없게 되었다. 노비가 주인을 증언하는 것은 오히려 나라에서 금하는 바인데 노가 주인을 誣告하는 것은 어떤 죄에 해당시켜야 할 것인가. 대체로 고발한 것은 재판 사건화 하기를 바란 것이고 재판 사건화한 것은 주인이 죽도록 음모를 꾸민 것이니 주인을 살해한 죄로 三省按鞫하라.²⁷⁾

▷ 여상전 간음

▷ 犯分

▷ 상전 배반

▶ 노주간의 姦犯罪_속대전 형전 姦犯

▷ 婢夫로서 妻上典을 겁탈하면 남녀 모두 不待時斬한다. 강간이 이루어 졌으면 남자는 같은 율로 처벌하나 여자는 처벌하지 않으며, 강간이 미수로 그쳤으면 남자는 待時斬한다.

사족의 아내와 딸을 겁탈하면 강간의 성립, 미성립을 물론하고 주범과 종범을 모두 不待時斬한다.(사족의 첩이나 딸을 겁탈해도 같은 율로 처벌한다.)

▷ 사족의 간범에 대해서는 不待時絞. 사대부나 사족 부녀에 대한 풍교의 책임 강화

▷ 중종 7년, 내금위 김각의 아내 옥종의 간통사건 ; 종이 옥정의 간통 사건을 드러냈다는 점에서 노비와 주인사이의 강상문제 거론. 종을 매질하여 조사하면서 주인의 죄를 묻는 것은 강상을 훼손하는 일 vs 사족 부녀의 음행을 법으로 다스려야 한다는 문제

▷ 노비와 상전 간의 강간 사건이 일어났을 때 여자의 절의를 지키는 행동을 정려하여 마을 전체에 삼강오륜적 인식을 강제. 양반 여자와 상천·노비와의 관계일 경우, 남자는 극형으로 처형하고 여자는 스스로 목숨을 끊어야 할 만큼 신분제 조선에서 끝까지 유지하고자 했던 강상윤리.

27) 『심리록』권15, 서울 병오, 南部 奴 得福獄.

▶ 官員·吏隸간의 범죄

무릇 관의 下隸들이 官長에 대해 가지는 분수는 奴主와 같다. 조금이라도 그 분수를 능멸하거나 범하면 誅戮을 용납지 못할 것이다.²⁸⁾

관장과 下隸간의 상하 관계는 관료 조직 내에서 형성되는 행정적, 사무적 관계인데 이를 노주의 분수와 같게 본다. 즉 효의 개념은 혈연관계에서 노주관계, 상하급 관원의 관계까지 확장하여 적용할 수 있고, 따라서 모두 강상죄.

▷『律例要覽』²⁹⁾ 사례 ; 이웃 고을의 관장을 능욕한 죄(율례 176), 관장을 업신여기고 범한 죄(율례 57), 본 아문의 관장에게 욕설하며 사리에 몹시 패려한 자의 죄(율례 69), 소송관을 침범하여 모욕한 죄(율례 139) 등 관장, 수령에 대한 민의 범죄를 강상죄로 파악.

▷ 邑吏나 백성이 국왕의 대리자인 지방 관장을 시해하는 행위³⁰⁾

▷ 관장에게 모욕을 주거나 무함하여 고발하는 誣告³¹⁾

▷ 관장의 비리 등을 폭로하는 付榜³²⁾

▷ 소송관원에 대한 공격³³⁾

▷ 松田放火

▷ 죄수 방면³⁴⁾

▷ 部民告訴

→ 부민고소의 경우, 부민의 수령에 대한 관계는 아들의 아버지에게와, 신하의 임금에 대한 것과 같아서 절대로 범할 수 없으며, 만약 그 허물과 악함을 고소하면, 이는 신하와 아들이 임금과 아비의 허물을 들추는 것과 같다고 함.³⁵⁾ 名義를 범하고 예의를 심하게 무너뜨리며 나라를 예로써 통치한다는 기본 원리에 어긋난다는 점이 부민고소를 금하는 가장 근본적인 이유.³⁶⁾

수령과 민, 아버지와 아들, 임금과 신하의 관계를 한결같이 忠과 孝의 관계로 파악하

28) ‘夫吏隸之於官長，分同奴主，一有凌犯，罪不容誅.’(승정원일기 영조 즉위년 9월 29일)

29) 『수교정례·율례요람』, 법제자료38(법제처, 1970).

30) 정조실록 5년 4월 21일/7년 1월 25일

31) 정조실록 3년 6월 14일/승정원일기 정조 6년 6월 17일

32) 길인항은 돈화문에 수령을 무함하는 방을 붙인[付榜] 죄로(『심리록』 권20, 강원도(庚戌2), 狼川 吉仁恒獄)), 咸致祥도 수령을 무함하는 내용의 방을 紅馬木에 붙임으로써 감옥에 갇혔다.(위의 책) 이우추는 掖隸를 모칭하고 수령을 무함하며 궁궐문에 방을 붙였고(『심리록』 17, 京(己酉1), 東部 李遇秋獄), 인은복은 산송에서 진데 원한을 품고 喬桐 水使를 해치기 위해 궁궐 문에 방을 붙여 감옥에 갇히게 되었다(『심리록』 권1, 京(戊戌), 東部 印殷復獄).

33) 승정원일기 숙종 36년 9월 16일

34) ‘死囚逃亡 邑守先罷後拿 依律科罪.’(속대전 형전 逃亡)

35) “部民之於守令，猶子之於父，臣之於君，截然不可犯也。若訴其過惡，則是猶臣子而揚君父之過也.”(세종실록 13년 6월 임자)

36) “使其部民告訴其邑宰，是使臣子告其君父也。……今若爲守宰之不法，使部民告訴，則是干名犯分，而毀禮之甚者.”(명종실록 6년 7월 기해)

는 한, 신하 된 자가 자신의 아버지와 같은 임금[君父]을 고소하는 부민고소는 충효의 강상을 거스르는 중대 범죄

※ 행정적인 상하 관계의 정점은 국왕.

국왕에 대한 범죄는 역모 등의 죄목이 있으나 殿牌, 御寶, 傳敎 위조 등 임금의 권위나 상징물을 훼손하는 범죄의 성격은?

▷ 殿牌作變 ; 임금을 상징하는 殿牌³⁷⁾를 훼손함.³⁸⁾

▷ 御寶, 傳敎 등 위조

▷ 兵符를 훔쳐 불태움

※ 이상 범죄의 목적은 수령 축출.³⁹⁾ 임금을 상징하는 전패나 병부를 훼손하거나 잃어버리면 그 책임을 수령이 지고 파직되었기 때문에 수령을 쫓아내고자 할 경우 이러한 형태의 범죄들을 저지름. 왕의 대리자로서 왕의 통치를 대행하는 수령을 상대로 저지른 이 같은 범죄는 결국 관료 조직의 최정점에 있는 국왕에 대한 범죄라는 점에서 상징적인 의미가 크다.

3. 審問 방식과 절차

1) 三省推鞠

중대한 강상 범죄의 경우는 의금부 단독으로 하게 하지 않고 의정부, 사헌부와 함께 삼성교좌하여 추국한다.⁴⁰⁾

→ 강상범죄는 삼성추국하지만 삼성추국하는 죄가 모두 강상범죄는 아니다.⁴¹⁾

삼성추국은 보통 省鞠이라고 하며 推鞠과 같은 시스템인데 다만 委官 1員, 문사낭

37) '殿'자를 새긴 패로서 각 고을의 客舍에 두고 客舍匠 및 禮房色吏가 관리하도록 하였는데, 望闕禮나 나라에 의식이 있을 때 지방에 나간 대소 臣僚들과 수령들이 이에 배례하여 임금에게 정성을 표시하였다.

38) 殿牌作變罪人之禁府設鞠, 非續大典纂述時始出之法也, 其來已久. 丙辰年亦非無設鞠之法, 而同推·考覆·親問·敬差官下送, 一與三省罪人無異. 승정원일기 영조 30년 3월 25일

39) 충청도[本道]에서 받은 진술에서 生伊가 말하기를, “저는 감옥에서 도망친 후 가만히 듣자하니 전패를 잃어버리면 곧 관원이 파직된다고 하기에 그래서 수령을 쫓아내고자 하여 이에 범죄를 저질렀습니다.”했다. “本道捧招辭中, 矣身自言越獄逃躲之後窃聞, 殿牌見失則官員罷職云云, 故欲逐主倖遂乃作變是如爲有置.”(『추안급국안』 권7, ‘殿牌偷取罪人生伊推案’, 현종 3년 12월).

40) "이 일은 매우 중대하니 禁府 혼자서 다스리게 할 수는 없다. 三省推鞠하는 것이 어떻겠는가?" 선조 26년 8월 13일

41) 승정원일기 인조 21년, 李挺海 呈書中所言 謀背本國潛從他國云者 似近, 三省推鞠

승정원일기 인조 4년 3월 仁祿 宣陵丁字閣放火 三省推鞠

승정원일기 숙종 즉위 9월 寧陵書員辛宗建, 守僕朴廷民, 守護軍金斗完·黃戒近等 依法例三省推鞠

승정원일기 숙종 2년 7월 張得善等 齊陵 丁字閣 放火 (의금부에서 이들의 죄는 강상에 비할 바가 아니라고 犯逆에 관계된다고 보아 삼성 국문은 事體不重하니 법에 따라 추국하자는 의견)(추국 권8 삼성추국 정지, 추국으로 심문)(秋官志 卷8 考律部 考律部 續條六 陵園 (補)齊陵放火)

승정원일기 숙종 7년 7월 林尙敏·林嚴承等 陵上作變 自三省推鞠, 移送臣曹

청이 2원.⁴²⁾

죄인이 저지른 범죄의 정절에 대해 형조에서 이미 승관했으면 국청에서는 결안만 받고 좌기를 파하며 첩파하라는 전교는 없다.⁴³⁾ 즉, 강상죄인은 최후 의금부에서 처리하며, 다만 죄상을 형조 심문 때 다 자백하고 인정했으면 의금부에서는 결안만 받는다.

삼성추국에 쓰는 신장은 너비 8푼, 두께 3푼으로, 추국신장과 의금부 신장의 중간 크기이다.⁴⁴⁾ 의금부 외에는 三省訊杖을 쓸 수 없으나 지방에 三省罪人이 있으면 경차관을 差送하여 예에 따라 按問하고 罪人이 끝까지 불복한 그 후에 비로소 法杖을 쓴다.⁴⁵⁾

강상죄인을 행형할 때 捧甘하고 각 該司는 각기 諸具를 준비한 뒤 次堂上 一員이 開坐하고 出罪人한다. 典獄署 官員이 主管하여 押去하고, 의금부, 曹司 郎廳도 糾檢 監刑한다.⁴⁶⁾

▶ 지방의 省鞫 죄인을 처리하는 절차

▷ 本道 監司가 同推·考覆·親問·具格(罪人具枷杻, 各別嚴囚守直)한 뒤에 형조에 狀聞을 보냄 → 형조에서 추고경차관을 하송 → 추고경차관이 取服하여 啓 → 형조에서 사안을 의금부에 이송하여 設鞫할 것을 청함 → 의금부에서 都事를 發遣하여 拿來.⁴⁷⁾

▷ 육전조례 규정

해당 도에서 同推·考覆하여 문안을 갖춰 올려보내면 형조에서 추고경차관을 차정하여 보내 안핵한 후 품처할 일로 회계하고, 政事를 기다려 下批하고, 臺銜을 兼付하고, 齎去事目을 입제한 뒤 해당 도의 執吏가 따라 간다. 해당 도에 도착하여 안핵 후 馳啓하면 의금부에서 稟處할 일로 回啓하고 의금부에서 거행한다. 부근 읍의 수령을 가도사로 차정하여 行刑한다.⁴⁸⁾

서울은 형조에서 의금부로 강상죄인을 이관하고, 지방은 추고경차관을 보내 안핵하여 치계하면 의금부에서 처리하고 행형은 지방에서 한다. 이 절차는 매우 철저하게 지켜졌다.

42) ○ 省鞫竝同推鞫, 而但委官一員·問郎二員啓差開坐. 罪人若日暮後拿來, 則待明朝設鞫事, 自政院啓稟.(六典條例 卷9 刑典 義禁府 鞫)

43) ○ 三省推鞫罪人, 刑曹以移禁府拿來啓目判下, 則本府草記, 卽請發遣都事拿來. 罪人所犯情節, 在刑曹時既已承款, 鞫廳只捧結案後, 罷坐, 無撤罷傳教.(六典條例 卷9 刑典 義禁府 鞫)

44) 推鞫 訊杖은 너비9푼, 두께 4푼이고, 의금부 신장은 너비 7푼, 두께 2푼이다. ○ 推鞫訊杖, 廣九分·厚四分, 三省訊杖, 廣八分·厚三分, 本府訊杖, 廣七分·厚二分.(六典條例 卷9 刑典 義禁府 鞫)

45) 승정원일기 정조 5년 4월 27일

46) ○ 犯逆·綱常罪人行刑時, 捧甘各該司, 各備諸具後, 次堂上一員開坐, 出罪人. 典獄署官員主管押去, 本府曹司郎廳亦爲糾檢監刑.(六典條例 卷9 刑典 義禁府 鞫)

47) 승정원일기 영조 30년 3월 25일

48) 按覈綱常罪人, 自該道同推考覆, 具案上來, 則令該曹差定推考敬差官發遣, 按覈後稟處事回啓, 待政下批, 兼付臺銜, 齎去事目入啓後, 該道執吏隨去. 到該道, 按覈後馳啓, 則令義禁府稟處事回啓, 金吾舉行. 以附近邑守令差定假都事, 行刑. ○ 殿牌作變罪人同.(六典條例 卷9 刑典 刑曹 考律司 按覈)

형조 고을사 담당⁴⁹⁾

○ 강상죄에 관계된 죄인은 비록 경미한 죄라 하더라도 서울의 관사에서는 草記로, 지방에서는 狀啓로 임금에게 보고하고 회답이 내려오기를 기다려 거행한다.⁵⁰⁾

○ 강상 관련 사안은 형조에서 그때그때 入啓하여 囚禁하고 죄를 다스리도록 하였다.⁵¹⁾

지방 綱常獄은 推考敬差官 파견.

→ 事干人에 대한 조사가 주목적, 으레 추고경차관을 보내서 事干之人을 먼저 심문함. 인조대, 경차관이 이러한 前規를 모르고 事干을 추핵하기 전에 먼저 정범을 국문하여 徑斃에 이르게 한 것이 문제가 된 이후 경차관이 임의로 형추하지 못하게 하였다.⁵²⁾

→ 영조가 罪人 洪大隱惡을 의금부에서 잡아와서 처리하라고 命을 내리자 이는 法例를 어기는 것이라고 의금부에서 계를 올림. 즉, 삼성 죄인은 먼저 추고경차관을 파견하여 取服結案후에 의금부에서 도사를 보내어 잡아오게 하는 것이 규칙이라는 점을 다시 확인.⁵³⁾

※ 추고경차관의 파견은 강상옥의 제반 상황을 살피게 하려는 것이 목적. 의금부에서 바로 강상범을 잡아 올려 심문하면 옥사의 실정을 제대로 파악할 수 없다는 문제가 발생할 수 있다. 특히 강상죄는 해당 사건을 강상죄의 범주에 넣느냐, 강상죄에 해당시킬 수 있느냐의 판단이 중요한데 여기에서 事干人의 진술이 근거가 됨. 이를 조사하는 추고경차관의 파견은 지방의 강상죄 처리에 있어서 반드시 필요한 절차.

49) 事係綱常·毆傷·誣陷·假稱·偷弄·詐僞·放火·填山作變·買賣·冒稱·犯奸·神主作變·鄉民武斷·奴主·租稅。獄囚(추관지 卷之九 考律部 續條七 雜犯)

50) 刑典 推斷//典律通補 刑典 綱常 [情理深重] ○係關倫常，雖微罪，京司草記，外方狀聞，待回下舉行。增

51) 만과(萬科) 이후에 상한(常漢) 출신(出身)의 무리들 가운데 간사한 짓을 저지르고 범법을 하는 자들이 계속나와 만약 의금부에서 하나하나 수금(囚禁)하여 죄를 다스리려고 하면 도리어 번거롭고 소란스러운 폐단이 있을 것이므로 범죄 행위의 경중을 살펴보고 강상(綱常)이나 살인·절도에 관계된 사안의 부류들은 형조에서 그때그때 입계(入啓)하여 수금하고 죄를 다스리도록 하였다. 강희(康熙) 병인년(1686, 숙종12)의 승전이다.(典錄通考 刑典 推斷)

52) “仁祖八年，知義禁朴鼎賢所啓，有外方綱常之獄，例送推考敬差官，先問事干之人。近來敬差之下去者，不知前規，未推事干之前，先鞫正犯之人，以至徑斃。頃日奉化金得淸之獄，近間杆城弑主之獄，竝皆如是，致令徑斃。按獄之體豈可如是。自今一定規式，使敬差官不得任意刑推，俾無正犯徑斃之患何如？上曰依爲之。”(추관지 三省推治식)

53) 英宗七年，禁府啓曰，因全羅監司趙顯命狀啓，罪人洪大隱惡，依三省例，拿致本府，考法處之事命下，而自前三省罪人爲先發遣推考敬差官，取服結案後，方自本府發送都事拿來，而今自本府，直爲拿來，有違法例，何以爲之，敢稟。傳曰，依允。(秋官志 卷2 詳覆部 詳覆部 倫常 (補)三省推治式)

4. 《承政院日記》綱常罪人 기록

왕	년/월	성명	罪目	지역	기타	
인조	1/3	內人生伊·可復·難香·銀德·甲伊·業麟·仲還·慶春·難伊·恣香·玉還·業難·玉介·女玉·天福·巫女秀蘭介	咀呪		실록	甲伊·銀德·仲還·景春·天福·業難
					추국	銀德, 甲伊~ 숙경~ 의숙, 종환 (권2)
	1/5	朴咸元	嫡母放殺			
	3/7	愛男	弑母			
	4/7	婢莫德等	以婢弑主 以妾弑夫	瑞山		
	6/5	德信	弑父	江華		
	6/6	權叱同伊	弑母			
	7/2	仇乙於等	弑姑	祥原		
	8/9	柱天·應吉·仁吉		奉化		罪關倫紀
	8/12	夢伊等	弑主	杆城		
	9/2	沈箕發·玉梅	淫蒸其三寸叔妻 玉梅士族	江陵		
	9/3	亓無金 奉春	弑主	全州		
	9/4	得立	弑主	茂長		
	10/1	金伊·竹梅等		喬桐		承服正刑
	10/12	七香·得只等 ⁵⁴⁾	凶謀咀呪			
	11/9	禮成				罪關綱常
	13/7	大福等	弑主			
	16/1	貴金夫妻	燒殺其父			
	17/5	亡龍·應立	弑主			
	20/1	良女加知卜	奸夫教誘 謀殺本夫	楊州		
	21/6	今伊等	咀呪上典			係是綱常極罪
	21/7	亡難	謀害父母	新昌		
	21/8	柳之蔓	不孝, 咀呪/弑母			秋官志 卷2 詳覆部 詳覆部 倫常 弑母 (補)柳之蔓獄案
	21/9	今伊·弟明·貞伊等	咀呪			
	21/11	乙生等	與其子之蔓·之蕃·之英及其奴愛仁·仁守, 婢禮業·莫非等, 謀害嫡室/埋置兇穢之物			
	24/4	還伊		楊州		綱常罪人
	24/5	張雲·白伊等	追逐厥父 謀議殺害			係干綱常, 三省推鞠
	25/8	命上等	弑主			
	26/4	承立·承春等	順陵作變			
	26/4	金應哲·盧結·盧明吉等	弑兄			
	27/3	玉眞·愛英·異生		濟州		等罪犯甚重, 三省推鞠
효종	즉위/6	趙箕俊 李薰	十惡	安山		
	1/1	九月	雇工之殺家長, 弑主			三省推鞠
	1/11	徐獻文	弑母	郭山		
	2/2	奴德守·彥男等	弑主			
	2/10	古音生·香難等	弑主			
	3/10	難生 今春	謀害上典			
	4/2	大奉	弑主			
	4/7	禮香	弑主			
	4/윤7	禮眞	弑主			

	4/윤7	奴時榮·時華等	弑主	任實	
	6/5	蔴德	弑夫	伊川	
	7/4	己亥	弑父		
	8/5	莫金等七名	弑主	平安道	
	9/6	億伊等	弑主	安陰	
	9/10	勝山	弑母		
	10/3	連香·芻無赤	弑主	廣州	
현종	1/5	莫立	弑姊		
	2/11	甲戌·恠男·其土里等	弑主	原州	
	3/6	申一生	弑祖母		
	4/1	順天弑夫春代等	弑夫	順天	
	4/1		殿牌 흥침	溫陽	生伊
	4/7	檢忠·劉立·私婢每介	弑主	殷栗	
	4/7	玉只·崔二男	弑夫	楊口	
	5/2	趙墨石	弑母		
	6/5	士玉，於叱龍·生男·德非·貴龍·申立等	弑主	咸興	
	6/6	萬伊	弑父	慶州	
	7/1	承世，義香	弑主 淫奸		
	7/1	玉只等	生埋弑父	江陵	
	8/6	守男	刑打其母		係是綱常
	8/10	金先立	謀殺其父		
	9/6	金伊	弑主		
	9/9	非喜 ⁵⁵⁾	綱常		※犯係關綱常 논의
	11/4	愛相	弑夫		
	11/5	栗玉	弑夫		
	12/5	金叱芻·玉將等	上典女子玉將淫蒸	慈山	
	12/10	韓德先·韓德吉等	弑其同姓三寸叔父		
	12/11	崔金伊	弑主		
	12/11	松男	弑主	永興	
	13/윤7	愛淑	弑夫		
	14/1	富貴	弑夫		
	14/5	愛春	弑夫		
	14/7	奴甘同·婢春德·奴萬一·愛同等	弑主		
	14/10	香伊	弑夫		
	14/12	生金	弑主		
	14/12	全石	弑主		
	15/8	僧法玄	殺主		
숙종	2/1	小斤德	弑殺其長甥		
	2/2	順京	弑夫		
	3/4	禮仁	淫奸		
	4/7, 9	分禮/明禮?	弑夫		
	5/7	亂香	謀殺其主		
	5/8	雪以生	弑夫		
	6/6	俊益	弑父		
	6/8	文連日	弑主		
	7/1	貴英	弑夫		
	7/11	孝陽	咀呪		
	7/12	壬先	謀殺其上典		
	7/12	順伊	淫奸其奴		
	8/9	信良·莫男等	與奴相奸		待產後一百日加刑
	9/4	裕白	弑母		
	9/5	碩貞	弑主		

9/6	愛得	弑主設計		
9/윤6	承元	弑主		
10/5	香仙	弑夫		
11/7	亥玉	弑殺姑母		
11/8	鄭得春	其父屍體燒火		
13/4	李進汗	弑母		
14/3	順立	弑父		
	首陽代	弑夫		
14/5	次貞	弑夫	慶尙道機張	
14/10	今眞	弑夫		
15/윤3	斗任	誣證繼母烝獄		事係綱常 三省推鞠
15/6	今禮	上典家衝火作變		
15/7	白守奉·至連等			倫紀罪人 三省推鞠
15/8	千命	謀害上典		
16/4	甲生	以鎌子欲擊其母		
16/9	今香	謀殺其少上典		
17/6	莫今	弑夫		
18/4	虎碩·麟碩	弑父		
	耑男·三金等	殺主		
18/7	合進	謀弑上典		
20/4	蔡世昌	弑母		
20/6	四龍	弑主		
20/7	忠立·生伊·點山等	弑主		
22/6	愛禮	弑夫		
22/9	承男·千伊等	弑主		
22/10	朴順·朴儀甲等	謀殺其叔父		
23/6	柳元瑞	弑父		
23/8	金承黃·金承卜	椎殺其同生兄及姪子		
23/9	權之萬	戕殺叔父		
23/10	世徵·承白·承見等	戕殺叔父		
23/11	鄭後英	謀殺後母		
24/8	李乙民	謀殺同生伯姊		
24/10	婢淑丁·淑分	弑主		
24/12	略德	殺害其上典		
28/8	李英建	毆打其父		
28/10	郭萬里	弑母		
29/2	甘德	弑夫		
30/1	奉尙	弑夫		
	點山	殺兄		
30/4	檢同	弑母		
30/11	二星	毆打其母		
32/4	月心·翠今·林泰先·大得等 ⁵⁶⁾	毒害本牧		
34/6	順承	弑夫		
34/12	己陽·尙伊等	相奸		
35/9	宣玉	弑夫		
36/3	閔致平·石禮等	淫奸其父妾石禮		
36/11	次龍	弑夫		
36/12	吳時俊	刃傷其父母		
37/1	明德	謀害本夫		
38/7	先男	弑主		
41/2	玉流花	弑姑母		
41/5	南溟運	毆打其母		
41/9	曹勛相	淫奸嫡妹		

	42/9	於隣	弑夫		
	43/5	尙今	弑夫		
포로	즉위/9	大阿只	弑夫		
	2/4	李玉江 玉世	打殺其同姓三寸叔母	尙州牧	倫紀罪人 三省罪人
	3/6	順化	弑夫		
포주	1/2	萬香	弑夫		
	2/4	有機	與父相訟	靈光人	
	5/1	京天	弑夫		
		有永	弑夫		
	7/4	玉伊	果與間夫梁漢，謀議毒殺本夫		三省推鞠
	7/11	丁今	弑夫		
	9/1	次貴	弑父		
	9/6	洪大隱惡	子誣其父之獄	全羅道全州	
	9/8	玉丹	戕殺本夫		
	9/8	白振聲	弑母		
	9/12	李萬才	弑主		
	10/6	莫承	謀殺本夫		
	10/11	金浹	總功以上親淫奸		
	12/7	惡德·古公等	謀殺主倖		
	13/12	贊周			三省罪人 綱常罪人
	14/2	五乙禮	弑夫		유옥화 옥사 비교
	14/5	長德	弑夫		
	16/8	水男	謀弑上典 戕殺處女	公洪道公州牧	綱常罪人
	16/11	惠任·翼虎等		公洪道公州牧	綱常罪人
	17/3	今禮	弑夫		
	17/9	李金男			倫紀罪人 三省推鞠
	18/5	李夏澤	弑姊		
	18/8	金太漢	弑兄		
	19/1	莫丹	毒殺上典		
	19/10	韓云星	弑兄		
	20/12	沈德恒	殺叔母	全羅道長城府	倫常罪人
	22/1	金震觀·李阿只連等 五丁·時亨等			綱常罪人
	22/3	石梅	弑夫		
	22/9	惡只	弑母		
	23/3	鄭運弼 ⁵⁷⁾	猶弑母		關係倫紀
	25/3	全春守	打其嫡母		
	30/3		吉州殿牌作變		
	32/1	金伊道里	弑父	全羅道龍安縣	
	33/9	宅尙	弑父	京畿楊州牧	
	38/7	廣漸	弑兄		
	38/8	順丹	弑夫		
	44/7	全弼郁/全必郁	不爲供養，至餓死之境/毆打其母		
	44	曹風老味	殺人		花妻，獄事稱冤 上言
	47/7	潤今			關係三省
정주	10/6	私奴得福	誣告上典 欲爲成獄		罪犯傷倫
순주	14/12	私奴德順	弑其內上典		
	20/4	劉女於仁連	殺獄 弑夫	淮陽府	
		朴女於仁連	弑夫	西部	
	27/4	婢福梅	弑夫		
	29/4	金女阿只	弑姑	楊州牧	
	29/5	金女古+乙德	謀殺本夫	黃海	

	29/7	金末孫	弑父	順興府	
	30/6	李啓華	弑母		
현종	1/6	韓明辰	弑父	咸興	
	6/12	李昌錫	弑父	長湍府	
	14?		弑上典		추국 사노福同(28권)
철종	10/4	私奴福同	弑其上典		
고종	3/6	白女玉蟾/朴女卜蟾	謀殺本夫 弑夫/謀殺親夫罪人		추국 朴卜蟾/白玉蟾(29권)
	4/9	宋長骨	弑母	全州府	
	6/9	金吝成	弑母		

총 203건

○弑母/弑父/嫡母放殺/弑姑/燒殺其父/謀害父母/追逐厥父謀議殺害/弑兄/弑姊/弑祖母/生埋弑父/刑打其母/謀殺其父/弑其同姓三寸叔父/弑殺其長甥/弑殺姑母/其父屍體燒火/以鎌子欲擊其母/謀殺其叔父/椎殺其同生兄及姪子/戕殺叔父/謀殺後母/謀殺同生伯姊/毆打其父/毆打其母/刃傷其父母/打殺其同姓三寸叔母/殺叔母 → 67건

○弑主/以婢弑主 以妾弑夫/咀呪上典/雇工之殺家長,弑主/謀害上典/弑主 淫奸/謀殺其主/謀殺其上典/弑主設計/上典家衝火作變/謀殺其少上典/毒殺上典/誣告上典 欲爲成獄/弑其內上典 → 54건

○弑夫/謀殺本夫/謀害嫡室/謀害本夫/謀議毒殺本夫/戕殺本夫 → 48건

○淫蒸其三寸叔妻/上典女子玉將淫蒸/淫奸/淫奸其奴/與奴相奸/誣證繼母烝獄/相奸/淫奸其父妾/淫奸嫡妹/總功以上親淫奸 → 10건

○毒害本牧/謀殺主倅 → 2건

○咀呪/凶謀咀呪 → 4건

○미학인 → 12건

○기타 → 順陵作變 1건, 十惡 1건, 殿牌作變 2건, 與父相訟 1건, 子誣其父 1건

54) 禁府郎廳以委官意啓曰, 崙貞以朴家切親, 季眞·七香等凶謀咀呪之事, 雖或參聞, 而爲朴家必欲報讎, 主謀指揮之狀似不明白, 設令與知, 當更[受]謀故殺人之罪, 本不係於綱常, 竝鞠於三省, 物議譁然, 皆以爲不可, 揆之獄體, 果爲失當, 臣更委按獄, 不能辨別於當初, 與綱常正犯, 混同請刑, 國家刑政, 緣坐致誤, 不勝惶恐之至, 獄體如此, 人言如此, 仍爲省鞠, 實涉未安, 令該府, 訊鞠得情, 按法處置, 何如? 傳曰, 知道. 승정원일기 인조 10년 12월 12일

55) 罪人非喜所犯既非弑逆, 而不無罵詈之事, 只以不順之罪處斷, 則似當用大典後續錄罪犯綱常情理深重, 全家徒邊定配之律, 而罪名甚重, 本府不可直爲照斷, 收議于諸大臣稟處何如? 傳曰, 允. 승정원일기 현종 9년 9월 28일

罪人非喜, 非但常時不順於其舅姑, 其日姑母呵責之時, 高聲對答, 以致激怒得病, 終至不救之說, 既出於其夫衫之招, 以此觀之, 則雖不可以三省治之, 亦不可只以平日不順之罪論斷. 參酌情犯, 減死定配以爲得中, 伏惟上裁. 승정원일기현종 9년 9월 29일

56) 月心等諸罪人受刑皆至八十餘次, 無一人輸情者, 亦無一人斃於杖下者, 其歇杖緩刑, 據此可知 승정원일기 숙종 34년 12월 6일

57) 運弼所犯關係綱常, 合設三省, 而秋曹無當律云, 不可不議大臣定法也. 승정원일기 영조 23년 2월 29일

※ 대명률에는 綱常이라는 용어가 없고, 강상죄라는 죄목의 범죄도 없음.(cf 十惡)

강상죄는 조선 사회만의 특별한 범죄 유형인가.

대부분 가족 간에 벌어지는 불효의 범죄가 주를 이룬다. 그러나 문제는 비혈연적 관계에서 규정되는 강상죄. 조선사회를 유지하고 통치하는데 있어서 비혈연적 관계 간에 벌어지는 범죄를 어떻게 강상죄의 범주에 넣고 관리해 나가는가, 그럼에도 불구하고 조선후기 증가하는 犯分 범죄는 어떤 형태까지 강상범죄로 볼 수 있는가.

강상죄를 법전 규정이나 처벌 형량으로 한정하여 규정해야 하는가, 아니면 임금이나 조정에서 강상에 관계된다고 판단하면 강상죄인가,(事係綱常)

넓은 의미로 파악한다면 그 범위를 어디까지 볼 수 있는가.⁵⁸⁾

58) 이외에도 酒禁이나 邪學 관련 죄에도 강상 윤리를 적용한다.

조선시대 형벌 체계와 연구의 과제

심재우(한국학중앙연구원)

1. 형벌과 사회 : 형벌을 보는 시각
2. 조선시대의 형벌 체계
3. 형벌권의 문제와 조선후기의 형정
4. 야기 다케시 교수의 최근 연구
5. 형벌 관련 이슈와 해결 과제

1. 형벌과 사회 : 형벌을 보는 시각

○ 연구의 현황

- 개관 : 조선시대 형벌 자체를 법제사적 시각에서 본격적으로 다룬 연구는 거의 전무한 실정. 중국에서 수용한 ‘五刑’에 대한 단순한 이해. 사형 집행 방법, 유배형과 유배생활에 대한 사례 분석, 형구와 고문의 규정에 대한 검토 정도에 그침.

○ 니이다 노보루(仁井田陞), 『중국법제사연구-형법』 : 중국의 ‘五刑’ 제도

유럽사회가 16세기까지 형법이 미개상태에 있었던 것에 비해 중국에서는 7세기에 마련된 당률(唐律)의 우수성이 돋보인다고 지적. 당률에서는 중국 고대의 잔혹한 육형(肉刑), 예컨대 도둑질한 자들을 경계하기 위하여 먹으로 죄명을 몸에 새겨 넣는 묵형(墨刑), 음식을 훔친 자에게 음식 냄새를 맡는 코를 베는 의형(劓刑), 도망간 죄인이 다시 도망가지 못하게 발뒤꿈치를 자르는 월형(剕刑), 강간이나 간통 등의 범죄를 저지른 자에게 행한 궁형(宮刑) 등과 같은 형벌은 더 이상 존재하지 않았다.

cf. 독일 1532년 「카롤리나 형사법전」 : 수레로 찢어 죽이기(車裂), 술에 넣어 끓여 죽이기(烹刑), 꼬챙이로 찌서 죽이기(串刺刑), 불에 태워 죽이기(火刑), 물속에 넣어 죽이기(溺刑) 손목 자르기(斷手刑), 손가락 자르기(斷指刑), 귀 베기(斷耳刑), 코 베기(斷鼻刑), 혀 베기(斷舌刑), 눈 도려내기(抉目刑)

○ 푸코, 『감시와 처벌』 : 근대 감옥의 탄생, 자유형의 발달을 보는 시각

서양 부르조아 근대국가의 형성 과정을 깊이있게 그려내면서, 근대 국가를 규율, 훈련, 처벌의 사회로 독해하고 있다. 그는 이 저작에서 서양 중세에서 근대로의 이행과정에서 나타나는 형벌제도와 처벌 관념의 변화를 매개로 사회 변동과 권력의 작동 체계 등을 탁월한 시각에서 분석. 푸코는 이같은 근대 형벌제도의 성립을 ‘잔인성에 대한 인도주의의 승리’, ‘암흑에 대한 계몽의 승리’, ‘편견과 불합리에 대한 과학의 승리’로 보는 전통적 시각에서 벗어나 새로운 권력 작동 방식, 훈련·규율적 권력의 확산의 측면에서 새롭게 재해석하였다

2. 조선시대의 형벌 체계

* 형벌의 분류 : 서일교, 閔刑과 正刑(서일교, 1968 『조선왕조 형사제도의 연구』 한국법령판찬회). 閔刑은 특별신분에 한하여 적용되는 특별한 체계의 형벌을 말하며, 이에 반해 일반민에 적용되는 기본적인 형벌을 正刑이라고 한다. 奪告身, 免官, 禁錮와 같이 관리의 명예를 박탈하는 일종의 명예형이 閔刑이다. 正刑은 태·장·도·류·사의 오형을 말하는데, 중국의 수·당 대에 시행되던 것을 도입하였다. 閔刑의 체계는 관료조직, 정치구조 등과 관련 깊다.

○ 『대명률』의 오형 : 자유형의 발달

형벌	형량	등급
死刑	絞, 斬	2
流刑	杖100 流2천리, 杖100 流2천5백리, 杖100 流3천리	3
徒刑	杖60 徒1년, 杖70 徒1년반, 杖80 徒2년, 杖90 徒2년반, 杖100 徒3년	5
杖刑	杖60, 杖70, 杖80, 杖90, 杖100	5
笞刑	笞10, 笞20, 笞30, 笞40, 笞50	5

○ 『증보문헌비고』 諸律類記에 수록된 처벌 법규

분류	형량	大明律	經國大典	續大典	大典通編	합계
笞刑·杖刑	笞10	34	2	3		39
	笞20	47				47
	笞30	29				29
	笞40	91		4		95
	笞50	58	1	6	1	66
	杖60	75	5	8		88
	杖70	25	1			26
	杖80	123	20	22		165
	杖90	24	2	1		27
	杖100	152	19	75	4	250
	합계	658	50	119	5	832
徒刑·流刑	杖60 徒1년	34		12		46
	杖70 徒1년반	25				25
	杖80 徒2년	43	1	10		54
	杖90 徒2년반	48		2		50
	杖100 徒3년	138	11	91		240
	杖100 流2천리	39		3		42
	杖100 流2천5백리	4				4
	杖100 流3천리	96	5	69		170
	杖100 遷徙	4		1		5
	杖100 充軍	15		12		27
	杖100 邊遠充軍	21		8		29
	杖100 水軍充軍		1	6		7
	徒配			6		6
	杖100 定配			39		39
	勿限年定配			9		9
	杖100 遠地定配			16		16
	邊遠定配			4		4
	極邊定配			4		4

	杖100 絶島定配			15		15
	減死定配			13	2	15
	爲奴	6	4	24		34
	합계	473	22	344	2	841
死刑	一律			27		27
	梟示			12		12
	絞待時	90	5	9		104
	絞不待時	18		3		21
	斬待時	103	5	10		118
	斬不待時	34		34		68
	凌遲處死	15				15
	합계	260	10	95		365
총합계		1,391	82	558	7	2,038

○ 육장도(六贓圖) : 『秋官志』

형벌	형량	監守自盜	常人盜 枉法贓	竊盜 不枉法贓	坐贓
笞	20				1관 이하
	30				1관에서 10관
	40				20관
	50				30관
杖	60			1관 이하	40관
	70		1관 이하	1관에서 10관	50관
	80	1貫이하	1관에서 5관	20관	60관
	90	1貫에서 2貫 500文	10관	30관	70관
	100	5관	15관	40관	80관
徒	1년(장60)	7관 500문	20관	50관	100관
	1년반(장70)	10관	25관	60관	200관
	2년(장80)	12관 500문	30관	70관	300관
	2년반(장90)	15관	35관	80관	400관
	3년(장100)	17관 500문	40관	90관	500관
流	2000리(장100)	20관	45관	100관	
	2500리(장100)	22관 500문	50관	110관	
	3000리(장100)	25관	55관	120관	
雜犯 死罪	絞		80관		
	斬	40관			

* 1貫=10兩=1,000文

- 監守自盜 : 관리의 범죄 중 관직에 있으면서 자기 관할하는 관고의 물건을 훔치는 행위
- 枉法贓 : 사건에 관계하여 법적용을 부당하게 하고 뇌물받은 행위
- 不枉法贓 : 법 적용을 부당하게 하지는 않았으나 사건에 관련되어 뇌물받은 행위
- 坐贓 : 사건에 관련없이 뇌물받은 행위
- 常人盜 : 상인이 관고의 재물을 훔치는 행위
- 竊盜 : 상인이 일반 타인의 재물을 훔치는 행위

○ 수속식(收贖式) : 『증보문헌비고』

五刑	형량	면포(綿布)	대전문(代錢文)	비 고
태형	10	7尺	7錢	
	20	14척	1냥 4전	
	30	21척	2냥 1전	
	40	28척	2냥 8전	
	50	1匹	3兩 5錢	
장형	60	1필 7척	4냥 2전	
	70	1필 14척	4냥 9전	
	80	1필 21척	5냥 6전	
	90	1필 28척	6냥 3전	
	100	2필	7냥	
도형	1년	2필	7냥	
	1년반	3필	10냥 5전	
	2년	4필	14냥	
	2년반	5필	17냥 5전	
	3년	6필	21냥	
유형	2000리	8필	28냥	
	2500리	8匹 24尺 6寸	31兩 2錢 6分	
	3000리	10필	35냥	
사형	교(絞)	14필	49냥	過失殺人
	참(斬)			

○ 준계식(准計式) : 『증보문헌비고』

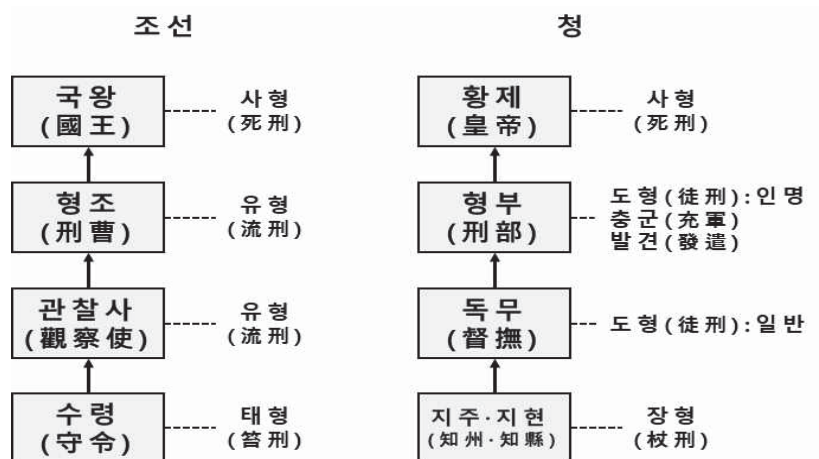
- 罰俸錢十日 : 准答一十 (官吏의 공무상 輕罪에 대한 일정기간 俸給을 삭탈 : 罰俸制)
- 罰俸錢半月 : 准答二十
- 罰俸錢兩月 : 准答五十
- 充軍 : 准杖一百 徒三年
- 邊遠充軍 : 准杖一百 流三千里
- 爲奴 : 准杖一百 流三千里
- 刑推一次 : 准杖一百

○ 감옥과 형구, 고문(訊杖), 악형, 기타 실태

- 도적 : 주리와 난장. 곤장. 治盜律의 실행은?
- 군율의 문제 : 곤장과 효시.

3. 형벌권의 문제와 조선후기의 형정

○ 조선과 청의 재판기관 위계와 형벌권 비교



○18세기 유럽의 변화와 조선사회

-유럽 : 계몽사상가들의 영향에 의해 가혹한 형벌과 고문의 계속적인 사용을 반대하는 강한 인도주의 운동 일어남. 프러시아 등 여러 나라에서 고문 금지 조치, 고문의 금지와 아울러 신체형에서 구금형으로의 형벌제도의 변모도 드러남.(심회기)

-문제 : 한국사와의 비교는 가능한가? 국왕의 역할은?

○ 영조대 금지된 고문·혹형

고문·혹형	금지 연도	근거 법전
壓膝刑	1724년(영조 즉위)	『續大典』 권5, 刑典 「推斷」
鞫囚兩柱	1729년(영조 5)	『大典通編』 권5, 刑典 「推斷」
捕盜廳 剪刀周牢	1732년(영조 8)	『新補受教輯錄』 권5, 刑典 「用刑」
烙刑	1733년(영조 9)	『續大典』 권5, 刑典 「推斷」
刺字刑	1740년(영조 16)	『續大典』 권5, 刑典 「推斷」
朱杖撞問	1759년(영조 35)	『大典通編』 권5, 刑典 「推斷」
帶枷刑推	1764년(영조 40)	『秋官志』 권5, 考律部 除律 「除刑」
亂杖刑	1770년(영조 46)	『大典通編』 권5, 刑典 「推斷」

-조윤선, 영조대 형정을 보는 비판적 관점 : 악형 폐지 조치 등을 형벌제도를 개선하려는 영조의 일관된 의지가 적극 반영된 것으로 보고 영조의 ‘寬刑’의 欽恤 사상을 높이 평가하는 것은 당대 정치적 흐름을 고려하지 않은 법조문 중심의 단순한 해석이라고 비판.

역모 등 정치사건 처리과정에서 행해진 형벌 적용 사례 등을 구체적으로 분석해 본 결과 실제로는 영조의 형정 운영이 정치법에 대한 자의적인 남형, 법 원칙의 일관성 결여 등을 드러내고 있다고 지적. 따라서 재위 기간 중 일부 가혹한 고문·혹형 금지 조치를 취했다고 하더라도 실효성이 떨어지는 死後藥方文에 불과하기 때문에 영조의 형벌 개혁을 높이 평가하는 것은 곤란하다는 주장.

○ 정조 『審理錄』와 판결의 특징

- 판결의 특징 : 『書經』의 ‘好生之德’ 체득과 ‘罪疑惟輕’ 실천, ‘寬刑’의 흐름(?)

刑量		건수	비율(%)
死刑	死刑	36	3.2
	합계	36	3.2
減刑	減死定配	394	35.4
	減律	11	1.0
	酌處	84	7.6
	합계	489	44.0
充軍·爲奴	爲奴	20	1.8
	充軍	5	0.4
	平民降等	2	0.1
	합계	27	2.4
釋放	釋放	343	30.8
	합계	343	30.8
物故	物故	99	8.9
	합계	99	8.9
其他	逃躲	7	0.6
	不成獄	4	0.3
	移送本道	1	0.1
	移捕廳	1	0.1
	仍推	33	3.0
	합계	46	4.1
未詳	未詳	72	6.5
	합계	72	6.5
총 합계		1,112	100

○ 쟁점 : 18세기 탕평 군주의 형정 성과와 한계를 어떻게 볼 것인가?

육형의 금지, 신체형의 완화, 형사 제도 개선, 그리고 양반 사대부들의 민에 대한 私刑의 금지 조처 등은 민의 법률적, 인신적 지위의 향상을 가져왔다는 점에서 진보적 성과로 평가할 수 있다. 그렇지만 ‘형벌은 대부에까지 올라가지 않는다(刑不上大夫)’, ‘선비는 죽일 수는 있어도 욕보일 수는 없다(士可殺不可辱)’는 이념에 의해 형사사법제 개혁이 지배층인 양반 사족의 위상을 침해하지 않고 신분제에 기초한 조선 국가의 구조를 근본적으로 바꾸는 방향으로 전개된 것은 아니다. cf. 심희기, 조운선(부정적) — 심재우 — 김백철(긍정적)

○ 갑오개혁 이후 근대적 개혁

- 갑오개혁 : 참형 및 능지처참 폐지, 연좌율 폐지, 재판소 구성법 마련 등
- 『형법대전(刑法大全)』(1905)의 형벌체계

형벌	형량	등급	비고
死刑	絞	1	
流刑	중신, 15년, 10년, 7년, 5년, 3년, 2년반, 2년, 1년반, 1년	10	반란죄, 관원의公罪에만 적용
役刑	중신, 15년, 10년, 7년, 5년, 3년, 2년반, 2년, 1년반, 1년	10	
禁獄刑	10개월, 9개월, 8개월, 7개월, 6개월, 5개월, 4개월, 3개월, 2개월, 1개월	10	
笞刑	100, 90, 80, 70, 60, 50, 40, 30, 20, 10	10	

4. 야기 다케시(矢木毅) 교수의 최근 연구

○ 『朝鮮朝刑罰制度の研究』, 2019, 朋友書店

-목적 : 율과 예의 질서를 밝다 운용되던 조선의 형벌 및 징계제도를 체계적으로 복원하는 것이 목적. 특히 당쟁과의 관련하여서 국왕이 행사한 관인처벌(징계) 체계를 복원하여 이것을 형벌일반의 제도와 대비, 고찰하는 것이 본서의 가장 중요한 과제라 언급

-선행연구 비판 ; 조선의 법제는 대명률 준용했다는 선입견에 사로잡혀 실증적 연구 결여. 최근 주목할 성과로 조지만 책(『조선시대의 형사법』)과 田中俊光 박사논문(「조선초기 斷獄에 관한 연구」, 서울대) 정도의 글 거론.

- 형벌과 징계의 차이 : 律에 기초하여 사회성원 일반에 적용된 처벌이 형벌, 왕명에 기초하여 특정신분(특히 관인)에 적용된 律外의 처분을 징계(禮의 실천)로 구분.

- 핵심 논점: 『예기(禮記)』 곡례(曲禮) 편 '예불하서인(禮不下庶人) 형불상대부(刑不上大夫)'에 의거하여 문벌귀족(양반)은 刑의 대상이 아니라는 것. 형의 대상이 되는 경우 양반 자격 상실하고 관직 임용 기회 영원히 상실함. 결국 관인신분 범죄에 대해 국왕이 다수 참작 처벌한 것은 군신관계라는 예의 논리에 기초한 징계라는 주장. cf. 대명률의 관인범죄 처벌 규정은 모두 「本系常人」, 즉 상인 출신 관인을 위해 만든 법률이라는 주장.

○ 야기 교수가 구조화한 조선시대 형벌과 징계 체계

	律에 의한 刑罰	例에 의한 刑罰	軍律에 의한 刑罰	王命에 의한 懲戒
笞	笞10		棍杖	推考
	笞20			
	笞30			
	笞40			
	笞50			
杖	杖60			罷職 收告身 削去仕版 永不敘用
	杖70			
	杖80			
	杖90			
	杖100			
徒	杖60 徒1년			削黜 付處
	杖70 徒1년반			
	杖80 徒2년	杖100 遷徙		
	杖90 徒2년반			
	杖100 徒3년	杖100 充軍		
流	杖100 流2천리			遠竄 安置 圍籬安置
	杖100 流2천5백리			
	杖100 流3천리	杖100 定配 杖100 邊遠充軍		
死	絞		梟首	賜死
	斬			
	凌遲處死			

○ 책의 주요 내용

1.조선평초기 笞杖刑 : 관인은 태장형 收贖 가능. 관인의 囚禁 시에 告身 수취. 관인의 신분과 특권 박탈 의미. 관인의 태장 범죄 처벌 양상(公罪-수속, 私罪-수속 후 罷職, 收告身 등의 징계처분 가증하는 형태). 관인으로 복귀 가능.

2.조선평초기 徒流刑 : 관인이 도류형 범하면 고신 박탈. 庶人과 동급. 杖刑도 집행당함. 복직의 권리가 반드시 보장된 것은 아님. cf. 도형은 거주지 소속 道內, 유형은 거주지 소속 道外로 배소를 정함.

3.조선평후기 棍杖刑 : 임란 이후의 嚴刑化. 효시형 확대(안데쉬 칼손), 곤장형 출현(야기 다케시)

임란 이후 군율 적용범위의 확대(군율 : 死罪엔 梟首, 기타는 棍杖에 의해 처단)되는데, 이는 국내 군사체제를 재편(서울의 오군문, 지방의 수령이 영장, 방어사 등 겸임)과 강상질서 강화 움직임과 연결 --.전시의 비상법제인 군율(효시형과 곤장형)이 평시에 군대 이외에 일반민중에까지 그 적용범위가 확대.

영조는 사대부에 대한 곤장형 남용, 지방관은 군민에 대해 곤장형 남용->국왕과 수령의 도덕적 권위 실추, 민란의 증대로 이어짐

4.조선평후기 定配 : 원래 '배소를 정한다'는 뜻. 조선평후기에는 그것 자체가 하나의 刑名으로 확립했는데, 유3천리에 준하는 유배처분임.

5.死刑囚의 再審 제도 : 국왕이 死刑 안건 검토하는 기회는 최초계문과 삼복계 합쳐 모두 4회(이 중 최초계문과 재복 두가지는 형식적이었다고 추정. 그래서 기록이 없다)

詳覆 : 의정부에 의한 재검토. 三覆 하기 전에 시행.

조선평후기 三覆啓 절차 생략(군율에 의한 처형, 모반, 반역죄와 강상죄 등, 不待時 안건에 대해서) -->조선평후기 嚴刑主義, 卽決主義적 경향 반영. 조선평후기 특별심리로서 疏決(在獄죄수에 대한 국왕의 특별심리)이 자주 행해짐으로써 정규 절차로서의 삼복계 실시 필요성 감소했기 때문.

犯越罪人의 경우 청나라 秋審 대상이 됨-->조선의 청 속국으로서의 성격 보여줌

6.恤囚 제도 : 錄囚-옥에 있는 囚徒 살피고 기록해 怨罪 유무와 장기구류 조사. 서면심사 季月監獄-季月마다 전옥서, 의금부 옥수 조사, 위생 검토 후 輕罪 석방

審理 -사죄수의 죄안에 대하여 국왕이 직접 재심을 행하는 것. 심리는 한발에 옥중 冤氣 없애기 위해 행하므로 관대한 방향으로 흐름. 미결수 대상. 서면상의 재심

疏決-미결수 외에 기결 徒流人도 그 대상. 대규모 恩赦. 편전에서 관료들 의견 들으면서 처분을 내리는 점에서도 심리와 차이. 애초부터 有免이 목적.

-->심리, 소결의 성행은 삼복계 취지 형해화. 사법기관에 의한 엄정한 재판 및 형벌의 집행을 저해하는 요인이 됨. 덕치를 표방할수록 그 실패는 형해화한 法治의 규율이 이완. 심리, 소결을 해도 결국 '獄空'의 이상을 실현하는 것은 불가능해짐

○ 야기 교수의 최대 성과 두 가지

1. 형벌과 징계 체계를 명확히 분리 : 율에 기초한 五刑의 집행형태를 실증하고, 관인에 의한 율외의 처분(징계)를 체계적으로 고찰 - 실증에 대한 검토 필요
2. 조선후기 형벌, 형정에 대한 시각 제시 : 엄벌주의와 즉결주의적 경향. 결국 덕치의 강화로 인한 법치의 이완을 주장 - 시각의 문제 고려할 필요

5. 형벌 관련 이슈와 해결 과제

○ 쟁점 혹은 과제들

- 형벌과 징계 체계 점검 : 야기 교수 성과에 대한 비판적 검토. 특히 관원 징계의 내용과 특징(현재 推考에 관한 것 한, 두편 외에는 연구 전무한 실정)
- 처벌 관련 법조문의 심층 분석 : 대명률, 특히 조선에서 등장한 새로운 수교들, 살육 이외의 다양한 범죄에 대한 형량 분석
- 도류형의 실체, 운영양상, 사례 : 특히 도형의 실태
- 사면령과 空獄의 논리, 실태 : 감옥 제도. 전국 죄수 실태, 도류 유배인 실태
- 세부 형정의 실상 : 감옥, 고문. 형구, 사형장 문제 등. cf. 亂杖 : 차인배
- 재판기구와 형벌권의 문제(直斷權) : 각급 재판기구의 판결 절차. 형벌 집행의 특징
- 법전 및 수교의 입법 문제, 檢律 등 법조인의 실체
- 국왕의 역할과 殺獄 재판의 특징 : 寬刑과 嚴刑, 禮治와 法治 등등
- 개별 사건에 대한 판례와 형량 분석 : 예컨대 천주교 박해 문제와 신자들에 대한 처벌의 특징. 擬律 조문. 형량, 연좌 유배인 생활 등
- 형벌제도의 근대적 개혁 문제 : 19세기 형벌·형사재판제도 개혁론, 丁若鏞과 沈大允의 형정사상 비교, 갑오 이후 형벌제도