

『흠서박론』과 심대운의 형률론*

장유승**

〈차례〉

1. 머리말
2. 『흠서박론』의 체제와 편찬 의도
3. 『흠서박론』의 『흠흠신서』 비판
 - 1) 강상윤리 중시
 - 2) 사적제재 금지
 - 3) 수종구분 폐지
 - 4) 자의적 추론 지양
4. 맺음말

〈국문초록〉

본고는 『흠서박론』의 체제와 내용을 검토하여 『흠흠신서』와의 관계를 해명하고, 이 책에 나타나는 『흠흠신서』 비판의 주안점을 개략적으로 살핀 것이다. 지금까지의 연구는 이 책의 존재를 소개하는 정도에 머물렀고, 아직 이 책의 구성과 내용에 대한 개략적인 검토조차 이루어지지 않았다.

『흠서박론』의 편찬의도는 일차적으로 『흠흠신서』에 대한 비판이며, 이 과정에서 조선 형률의 전반적 문제점을 지적하였다. 심대운이 지적한 조선 형률의 문제점은 강상 윤리를 중시하지 않는 점, 사적 제재를 용납하는 점, 반좌율을 엄격히 적용하지 않는 점, 결과 책임을 중시하는 점, 수범과 종범을 구분하는 점이다. 심대운의 『흠흠신서』 비판은 이 다섯 가지에 초점이 맞추어져 있다.

심대운은 상고주의를 표방하지만 그가 거론하는 ‘선왕의 법’은 자신의 입론을 뒷

* 이 논문은 서울대학교 규장각한국학연구원의 2025년도 21세기 신규장각 자료구축 사업의 지원을 받아 수행된 연구임(KIKS-2025-452-22104-규장각 소장 『흠서박론(欽書駁論)』 역주).

** 성균관대학교 한문학과 조교수

받침하기 위한 명분에 가깝다. 그의 형률론은 단순한 복고주의로 환원하기 어려우며, 전근대적 요소와 근대적 요소가 착종되어 있다. 그의 형률론을 전근대적이라고 치부하거나 근대적, 합리적 면모에 지나친 의미를 부여하는 것은 온당하지 않다. 심대운은 당시 조선 사회의 현실적 상황을 고려하여 그가 생각하는 최선의 대안을 제시하였을 뿐이다.

□ 심대운, 흠서박론, 정약용, 흠흠신서, 형률

1. 머리말

심대운(沈大允, 1806~1872)의 존재는 정인보(鄭寅普)와 다카하시 도오루(高橋亨)가 처음 언급하였다. 이후 그의 저술이 『한국경학자료집성』에 수록되면서 주목받기 시작하였고, 영인본 『심대운전집』(2005)이 출간되면서 연구성과가 속출하였다. 경학 방면의 저술이 먼저 대상이 되었고, 성과도 가장 많다. 『백운집』(2015)의 번역을 전후하여 문학 방면의 연구도 활발해졌다. 한편, 경학이나 문학과는 결이 다른 저술, 예컨대 권선서(勸善書) 『복리전서(福利全書)』와 같은 저술에 대한 관심도 이어졌다. 병서(兵書) 『대운신서(大順新書)』의 발굴도 활발한 심대운 연구의 성과이다. 『심대운전집』에 수록된 19종의 저술 가운데 상당수의 번역이 이루어졌다는 점도 심대운에 대한 관심을 반영한다.¹⁾

1) 『심대운전집』에 수록된 심대운의 저술은 『백운문초(白雲文抄)』, 『남정록(南征錄)』, 『복리전서(福利全書)』, 『정법수록(政法隨錄)』, 『흠서박론(欽書駁論)』, 『동사(東史)』, 『좌국정론(左國定論)』, 『의례정론(儀禮正論)』, 『주례산정(周禮刪正)』, 『효경산정(孝經刪正)』, 『공자가어산정(孔子家語刪正)』, 『대학고정(大學考正)』, 『중용훈의(中庸訓義)』, 『논어주설(論語注說)』, 『시경집전변정(詩經集傳辨正)』, 『서경재전변정(書經蔡傳辨正)』, 『주역상의점법(周易象義占法)』, 『예기정해(禮記正解)』, 『춘추사전속전(春秋四傳續傳)』 총 19종이다. 이중 경세서(經世書)와 예서(禮書), 사서(史書) 등을 제외한 상당수의 저술이 번역되었다.

심대운의 생애와 학문은 이전의 누구와도 비슷하지 않은 독자적 성격이 뚜렷하다. 몰락 양반의 후예로서 수공업으로 생계를 영위한 경험도 영향을 미쳤을 것이다. 그럼에도 거대한 학문 세계를 구축한 그에게는 당시 심각한 문제를 노정하던 사회적 현실에 대해서도 필시 나름의 견해가 있었을 것인데, 정작 사회 문제를 정면으로 지적하고 개혁안을 제시한 『정법수록(政法隨錄)』과 『흠서박론(欽書駁論)』에 대한 연구는 답보 상태다.

『흠서박론』은 서울대학교 규장각한국학연구원 소장 도서로 1책 103장의 필사본이다. 이 책의 존재는 심희기(1985)가 처음 언급하였으나 저자를 확정하지 못하였다.²⁾ 이후 임형택(2005)이 심대운의 저서로 확정하고 『심대운전집』에 편입하였다. 그는 이 책의 제목이 『흠흠신서』를 비판한다는 의미로 보았으나,³⁾ 이후 견해를 수정하여 ‘박론’을 ‘박의(駁議)’와 동일한 의미로 간주하고, 형률에 관해 폭넓게 논한 저술로 보았다.⁴⁾ 아울러 그 요지는 복잡한 율문과 형식적 절차를 비판하고 ‘이간(易簡)’과 ‘충직(忠直)’의 법리 운용을 통해 상고시대로 회귀하려는 것이라고 정리했다.

심재우(2019)는 이 책을 『흠서요개(欽書要概)』, 『흠서철영(欽書掇英)』, 『흠서평의(欽書評義)』, 『흠서평의(欽書評義)』 등과 함께 『흠흠신서』의 활용과 보급 양상을 보여주는 자료의 하나로 거론하였다.⁵⁾ 이중 『흠서요개』는 제목과 달리 『흠흠신서』와 다소 거리가 있는 검시 관련서이며, 『흠서철영』과 『흠서평의』는 『흠흠신서』를 발췌, 요약한 책이다. 『흠서박론』에 대해서는 임형택의 언급을 재인용하는 데 그치고, 『흠흠신서』와의 비

2) 심희기, 「『흠흠신서』의 법학사적 해부」, 『사회과학연구』 5(2), 영남대학교사회과학연구소, 1985, 61~62쪽.

3) 임형택, 「심대운전집 해제」, 『심대운전집』, 2005, 16쪽.

4) 임형택, 「심대운의 공리주의적 사상과 경세론」, 『19세기 한 실학자의 발견-사상사의 이단아, 백운 심대운』, 성균관대학교 대동문화연구원, 2016, 36~37쪽.

5) 심재우, 「『흠흠신서』 연구의 현황과 관련 필사본의 유형」, 『다산과 현대』 12, 연세대학교 강진다산실학연구원, 2019, 35쪽.

교는 향후의 과제로 미루었다.

이처럼 『흠서박론』에 대한 지금까지의 연구는 이 책의 존재를 소개하는 정도에 머물렀고, 아직 이 책의 구성과 내용에 대한 개략적인 검토조차 이루어지지 않았다. 한 걸음 나아간 것이 임형택(2016)의 연구이나, 『흠흠신서』와의 관계는 여전히 불투명하고, ‘충직’과 ‘이간’이라는 추상적 개념은 『흠서박론』의 성격에 대한 충분한 설명이라 하기 어렵다.

『흠서박론』은 정약용의 『흠흠신서』와 밀접한 관련이 있는 저술로, 당시 형률에 대한 심대운의 인식이 드러난다. 아울러 심대운이 스스로 밝힌 대로 이 책은 『정법수록』 「형법(刑法)」의 각론에 해당하므로, 『흠서박론』에 대한 고찰은 추후 『정법수록』의 이해를 도울 수 있을 것이다. 본고는 『흠서박론』의 체제와 내용을 검토하여 『흠흠신서』와의 관계를 해명하고, 이 책에 나타나는 『흠흠신서』 비판의 주안점을 개략적으로 살피고자 한다.

2. 『흠서박론』의 체제와 편찬 의도

『흠서박론』은 본편과 부록 「무원록변정(無冤錄辨正)」으로 구성되어 있다. 본편의 형태는 강목체(綱目體) 사서(史書)와 유사하다. 비교적 짧은 분량의 강(綱)을 먼저 제시하고, 이어서 1행 낮추어 목(目)을 제시하였다. 강만 있고 목이 없는 경우도 있고, 목을 행바꿈으로 분할하여 하나의 강에 여러 목이 부기된 경우도 있다. 하나의 강을 1칙으로 간주하면, 본편은 총 184칙이다.

부록 「무원록변정」은 법의학서 『증수무원록(增修無冤錄)』에 대한 논평이다. 부록의 형태는 강목체 형식의 본편과 달리 일반적인 필기의 형태에 가까우며, 총 35칙이다. 간혹 제목을 부기한 칙도 있는데, 이 역시 본편과는 상이하다. 부록은 형식적으로나 내용적으로나 본편과 성격이 상이하

므로 본고의 논의에서는 제외한다.

『흠서박론』 본편 184칙은 언뜻 보기에 다양한 주제를 두서없이 배열한 것처럼 보이지만, 그 구성은 전적으로 『흠흠신서』를 따르고 있다. 주지하 다시피 『흠흠신서』는 다섯 부분으로 구성되어 있다. 경전과 사서에서 형사 관련 내용을 수집한 「경사요의(經史要義)」, 중국 역대의 형사 사건 기록 「비상준초(批詳雋抄)」, 청나라 형사 사건 판례 「의율차례(擬律差例)」, 정조조의 판례에 자신의 의견을 덧붙인 「상형추의(祥刑追議)」, 실제 사건을 두고 가상으로 작성한 사건 기록 「전발무사(剪跋蕪詞)」이다.

『흠서박론』은 편명을 표시하지는 않았으나 『흠흠신서』의 구성을 충실히 따르고 있다. 1~56칙은 「경사요의」, 57~79칙은 「비상준초」, 80~143칙은 「의율차례」, 144~178칙은 「상형추의」, 179~183칙은 「전발무사」의 관련 내용을 초록하고 비평한 것이다. 마지막 184칙은 서문에 해당한다. 『흠흠신서』에서 논평이 필요치 않다고 판단한 부분은 간략히 요약하거나 아예 제외하였으며, 각 편에 수록된 사건들의 순서 역시 『흠흠신서』와 동일하다. 마치 『흠흠신서』를 옆에 펼쳐두고 하나하나 검토하며 자신의 의견을 기재한 것처럼 보인다. 심대운은 『흠흠신서』를 바탕으로 일부를 뽑아 요약하고 자신의 의견을 덧붙여 『흠서박론』을 편찬한 것이 분명하다.

강목체 사서처럼 보이는 형태도 『흠흠신서』의 비판을 위한 구성으로 보인다. 강은 『흠흠신서』 기사의 요약이며, 목은 심대운의 논평이다. 따라서 『흠서박론』의 편찬의도는 일차적으로 『흠흠신서』의 비판에 있다고 보는 것이 타당하다. 임형택(2016)의 주장처럼 『흠서박론』이 ‘형률에 관해 폭넓게 논한다’라는 의미라면, ‘흠서’는 법제서 일반을 가리키는 용어로 보아야 하는데, 그러한 용례는 보이지 않는다. ‘흠서’는 『흠흠신서』가 분명하며, ‘박론’은 반박의 의미다. 따라서 임형택(2016)의 견해는 다시 임형택(2005)으로 수정할 필요가 있다.

다만 심대운은 『흠흠신서』 비판에 앞서 당시 조선 형률의 문제점을 거

시적인 관점에서 파악하고 있었으며, 그 대안도 마련해 놓고 있었던 것으로 보인다. 『흠흠신서』에서 『정법수록』 「형법」을 자주 인용한 점에서 확인할 수 있다. 따라서 『흠서박론』의 편찬의도는 『흠흠신서』의 비판에 일차적 목적이 있지만, 그것이 전부는 아니다. 이 점은 서문에 해당하는 마지막 칙을 통해 확인할 수 있다.

① 삼대(三代) 이후로 덕의 교화가 무너지고, 세상의 군주가 잡고서 다스리는 방법은 형법 뿐이었다. 상양(商鞅)이 선왕의 법을 변경하고, 진(秦)나라 이후 세상을 다스리는 자는 모두 이를 따라 가감하여 갈수록 선왕의 뜻에서 멀어졌다. 잡고서 다스리는 방법은 오직 형법 뿐인데 형법이 또 좋지 않으니, 어찌 러워지기는 쉽고 다스리기는 어려운 이유는 바로 이것이다.

우제(虞帝 순(舜))의 ‘형벌은 형벌이 없기를 기약해야 한다.’는 덕이고, 고요(皐陶)의 ‘형률이 중도에 맞는다.’는 예이니, 어찌 다른 뜻이 있겠는가. 내가 선왕의 뜻을 미루어 근본으로 삼아 『정법록』을 저술하여 예의와 형벌의 강령을 갖추고, 또 옛일과 현재 법률의 오류를 뽑아 『흠서박론』을 저술하였다.⁶⁾

심대윤도 여느 유학자와 마찬가지로 삼대(三代)를 지향했다. 진(秦)나라 이후로는 삼대의 성왕(聖王)이 마련한 형벌의 본질을 잃었으므로, 과거로 회귀해야 한다는 주장이다. 형벌의 궁극적 목적이 형벌 없는 세상을 만드는 데 있다는 점도 전통적 관념이다. 심대윤은 『흠서박론』 전편에 걸쳐 ‘선왕의 법’을 준거로 삼고, ‘형벌을 줄이고 법을 간략히 하는 것[省刑簡法]’을 지향한다. 임형택(2016)이 심대윤의 법의식을 ‘상고주의’로 규정한 것도 이 때문으로 보인다.

6) 『흠서박론』 184칙. “自三代以降, 德化既替, 世主之所執以爲治者, 惟刑法而已. 商鞅更變先王之法, 繼秦而制者, 皆沿襲而損益, 日遠於先王之義矣. 所執以爲治者, 惟刑法而已. 而刑法又不善, 其易亂而難治, 職由於此也. 夫虞帝之刑期無刑則德也, 皐陶之律得衷則禮也, 豈有他哉? 余推本先王之意, 著政法錄, 既具禮刑之綱目, 而復取故事、時律之紕繆者, 著爲駁論.”

② 현재 법률의 좋지 않은 점은 다섯 가지이다. 인륜과 의리에 밝지 않은 점이 첫째요, 함부로 죽인 자를 주살하지 않는 점이 둘째요, 무고한 자를 반좌율에 처하는 법을 거행하지 않는 것이 셋째요, 자신에게서 말미암은 형률을 만든 것이 넷째요, 수범과 종범을 구분하여 대명(對命)하는 것이 다섯째이다. 이것이 없으면 거의 잘못되지 않을 것이다.⁷⁾

심대운은 조선 형률의 문제점을 다섯 가지로 요약했다. 첫째, 인륜과 의리에 밝지 않은 점[不明於倫義], 둘째, 함부로 죽인 자를 주살하지 않는 점[無擅殺之誅], 셋째, 무고한 자를 반좌율에 처하는 법을 거행하지 않는 점[不舉誣告反坐之法], 넷째, 자신에게서 말미암은 형률을 만든 점[設由我之律], 다섯째, 수범과 종범을 구분하여 목숨으로 갚게 하는 것[辨首從對命]이다.

첫째는 성리학적 종범 질서에 바탕한 강상 윤리 강화, 둘째는 국법을 무시한 사적 제재를 금지해야 한다는 주장이다. 셋째는 반좌율 강화, 넷째는 행위책임을 벗어나 결과책임을 묻어서는 안 된다는 뜻이다. 다섯째는 수범과 종범의 구분 및 대살상명(對殺償命)의 원칙을 폐기하지는 주장이다. 『흠서박론』에서 심대운은 이 다섯 가지에 중점을 두고 『흠흠신서』를 반박했다.

③ 법률은 기준을 설치하기 위한 것이다. 기준을 설치한다는 것은 그렇게 되는 의리를 밝혀서 보여주는 것이다. 논의하여 합치시키는 것은 담당 관원의 일이다.【현재의 법률은 그렇지 않아 법조문마다 조목을 만들어 자잘하고 세밀하며 법에 의지하고 사람에게 의지하지 않는다. 이것으로는 간사함을 멈추게 하기 부족하고, 도리어 간사함이 일어나게 만든다. 「여형(呂刑)」에서 처음으로 조목을 만들고 자산(子產)이 형정(刑鼎)을 주조하자 선왕의 덕과 형벌이 쇠퇴

7) 『흠서박론』 184칙. “凡時律之不善有五. 不明於倫義一也, 無擅殺之誅二也, 不舉誣告反坐之法三也, 設由我之律四也, 辨首從對命五也, 無已則庶乎其不失矣.”

하였다. 지금 『상서』, 『예기』, 『주역』, 『춘추』에서 말하는 형률의 뜻과 내가 만든 『정법록』 및 이 책에서 만든 형벌을 보고 변동하여 사용한다면 끝이 없을 것이다. 세상에 전하는 형률에 관한 책은 모두 버려야 한다.

「여형」에 “형벌을 결단한 내용을 갖추어 올리되 두 형벌을 아울러 올린다.” 하였으니, 한 사람이 여러 죄를 저지르면 한 가지 형벌만 사용하는 것이다. 『정법록』에 따르면 오형(五刑)을 자자(刺字)로 바꾸었으므로 한 사람이 여러 죄를 저지르면 그 죄명을 모두 새기고 그 벌을 모두 거행하며, 갖추어 올리지도 않고 아울러 올리지도 않으니 「여형」과는 다르다. 하나하나 징계하여 다시는 죄를 저지르지 않게 하고, 다시 죄를 저지르면 형률을 더하려는 것이다.】⁸⁾

법률은 원칙을 밝히는 기준에 불과하며, 구체적인 적용은 담당 관원의 할 일이라고 밝혔다. 주석에서는 현행 법률이 지나치게 자세하다고 지적했는데, 심대운은 이것이 오히려 송사를 늘리고 판결을 어렵게 한다고 보았다. 법률이 간단명료해야 한다는 점은 심대운의 일관된 주장이다.

이 서문은 『흠서박론』과 『정법수록』의 관계에 대해서도 중요한 언급을 남기고 있다. ①에서는 『정법수록』에서 ‘예의와 형벌의 강령’을 갖추고, 『흠흠신서』에서 ‘옛일과 현재 법률의 오류’를 뽑았다고 밝혔다. ③에서는 『흠서박론』과 『정법수록』을 법 적용에 참고해야 하고, 그밖의 형률서는 모두 버려야 한다고까지 주장했다.

‘예의와 형벌의 강령’이라는 언급처럼 『정법수록』 「형법」은 입법의 취지를 밝힌 일종의 가이드라인에 가깝고, 『흠서박론』은 역대의 판례를 비

8) 『흠서박론』 184칙. “法律者所以設爲準의也, 設爲準의者, 明其所以然之義而示之也. 若其議擬而合之, 則有司之事也. 【時律則不然, 逐條而設目, 煩瑣而細密, 任法而不任人, 此不足而止姦, 而反以起奸也. 自呂刑始立條目, 子產鑄刑鼎, 而先王之德刑衰矣. 今參看尙書、禮記、易、春秋所言刑律之義及予所爲政法錄及此書制刑之中, 而推移用之, 則庶乎其不窮矣. 凡世所傳刑律之書, 一切去之可也. 呂刑曰: “其刑上備, 有並兩刑.” 一人犯數罪, 止用一刑也. 據政法錄, 以刺字易五刑, 故一人犯數罪, 皆刺其罪名, 皆舉其罰典, 而不備不並, 與呂刑異矣. 使其一一懲戒而不復犯, 復犯則將加律也.】”(필자주: 【 】 안의 내용은 원주이다.)

평한 판례서에 가깝다. 심대운은 『정법수록』에서 “형벌을 사용하는 방법은 『흠서박론』에 자세하니 참고해야 한다.”⁹⁾라고 하였는데, 여기서 두 저술의 성격을 짐작할 수 있다. 『정법수록』은 총론, 『흠서박론』은 각론에 해당하며 둘은 상호 보완 관계라고 볼 수 있다.

『정법수록』에 대한 연구가 현저히 부족하므로 그 성격을 간략히 소개한다. 이 책은 「예악(禮樂)」, 「형법(刑法)」, 「정사(政事)」, 「교선(教選)」, 「관제(官制)」, 「전제(田制)」, 「병제(兵制)」 7편으로 구성되어 있다. 당시 사회문제를 분야별로 지적하고 개혁안을 제시했다. 정약용의 저작 중에서는 『경세유표(經世遺表)』와 성격이 비슷하다고 하겠다. 이 중 「형법」이 『흠서박론』과 밀접한 관계가 있다.

「형법」은 87칙으로 구성되어 있으며, 연좌제 폐지, 부관참시 금지, 고문 금지 등 당시 사법 현실에서는 파격적인 주장을 담고 있다. 죄인의 얼굴에 글자를 새기는 경형(黥刑)의 부활을 주장한 점 역시 파격적인데, 그 의도는 가혹한 형벌로 범죄를 막겠다는 것이 아니라 오히려 그 반대이다. 『대명률』에서 가장 가벼운 형벌인 태형(笞刑)조차 죽음에 이를 가능성이 있으므로, 목숨을 온전히 보존하면서 징계하고 치욕을 주는 효과를 거둘 수 있다는 이유이다. 이밖에 관원과 유생의 투표로 관원의 처벌을 결정한다는 점도 특이하다. 강상죄 처벌 강화, 사적 제재 금지 등 『흠서박론』에서 주장한 사안도 그대로 실려 있다. 『흠서박론』은 18차례 『정법수록』을 인용하였으며, 『정법수록』에서도 수차례 걸쳐 『흠서박론』을 인용하였다. 이처럼 두 저술이 상호 인용하고 있으므로 어느 쪽이 먼저 완성되었는지는 단언하기 어렵다.

『흠서박론』의 『흠흠신서』 비판은 비단 정약용의 형률론에 대한 비판에 그치지 않고, 당시 형률에 대한 전반적 비판에 해당한다. 아울러 『흠서박

9) 『政法隨錄』 「刑法」, “其用刑之法, 詳在欽書駁論, 宜參考.”

론』은 그가 구상한 형법을 현실에 적용하는 구체적 방안을 담고 있다는 점에서 단순히 『흠흠신서』 비평서로 의미를 축소하기 어렵다.

3. 『흠서박론』의 『흠흠신서』 비판

심대윤은 『흠서박론』에서 정약용의 발언을 25회에 걸쳐 인용하였다. 단순 인용 및 동의를 표한 부분도 있지만 대부분은 비판이다. 심지어 ‘오독이 심하다.[蓋誤讀之甚也]’, ‘중풍 앓는 자의 헛소리[病風譫妄之言]’, ‘하나도 말이 되지 않는다.[一不成說]’, ‘강상의 경중을 너무도 모른다.[其不知綱常之輕重, 不亦甚矣.]’라는 과격한 비판도 보인다.

심대윤의 정약용 비판은 앞서 그가 조선 형률의 문제점이라고 지적한 다섯 가지에 집중되어 있다. 따라서 강상 윤리를 중시하고, 사적 제재를 금지하며, 반좌율을 강화하고, 행위책임 원칙을 천명하고, 수종 구분을 폐지하는 것이 그의 제안이다. 이 다섯 가지 중 정약용에 대한 비판이 집중된 부분을 살펴보고자 한다.

1) 강상 윤리 중시

심대윤은 조선 형률이 강상 윤리를 중시하지 않는다고 비판했다. 현대적 관점에서 조선 형률은 강상 윤리를 지나치게 강조하였다고 이해되고 있지만, 심대윤은 이조차 미진하다고 보았던 것이다. 형사 판결에서 강상 윤리를 중시해야 한다는 주장은 『흠서박론』 전편을 관통하고 있다.

[강] 형이 인륜을 멸시하고 불효하여 만 번 죽을 죄를 지었다. 그의 아우는 아버지가 소리치는 명령에 따라 돌을 들어 형을 때려 죽게 했다. 장 1백 대에 유형 3년으로 결안했다.

[목] 아들이 아버지의 명령을 따랐는데 죄라고 할 수 있겠는가. 아버지의 목숨이 형보다 중요하고 형이 또 패악한데, 아버지의 명령에 따라 형을 때린 것이 의롭지 않다면, 패악한 형과 함께 아버지의 명령을 거슬러야 의로운가. 또 아버지가 아들을 죽인 것이지 아우가 형을 때린 것이 아니다. 그런데 아우를 의율하니, 형제가 있는 줄만 알고 부자가 있는 줄은 모르는가.【정약용은 말했다. “아버지의 명령을 따르는 것은 옳지만, 돌을 사용하여 때리는 것은 옳지 않다.” 그러나 때리는 것은 아버지의 명령을 따르는 것이고, 때리지 않는 것은 아버지의 명령을 따르지 않는 것이다. 그런데 ‘명령을 따르는 것은 옳다.’라고 하고서 ‘돌을 사용하여 때리는 것은 옳지 않다.’라고 하니, 품병 앓는 자의 헛소리다. 아버지가 돌로 때리라고 명령했는데 차마 할 수 없어 손으로 때렸다면, 이것도 아버지의 명령을 거스른 것이며, 이것은 스스로 형을 때린 것이다. 아버지는 손으로 때리라고 명령하지 않았는데 자기가 손으로 때린다면, 이는 스스로 형을 때린 것이다.】 형이 아버지를 배반하고 아버지를 거슬렀다면 아우가 아버지를 위해 때리고 베는 것이 의리이다. 어찌 형을 죽이는 것을 꺼리겠는가. 【만약 아버지가 의롭지 않은 잔학한 명령을 내렸다면 따를 수 없다. 『춘추속전(春秋續傳)』에 자세히 보인다.】¹⁰⁾

『흠흠신서』 「의율차례(擬律差例)」 〈윗사람을 지키다 저지른 죄[衛尊之犯]〉에 나오는 사건이다. 왕중향(王仲香)이 부친 왕상귀(王尙龜)를 구타하자 왕중향의 아우 왕중귀(王仲貴)가 부친의 명에 따라 돌로 형을 구타하여 죽인 사건이다. 정약용은 왕중귀가 급소 아닌 곳을 때렸어야 했다고

10) 『흠서박론』 112칙. [강] “兄蔑倫不孝，罪當萬死，其弟承父囑命，舉石打兄，因以致死，結案杖百流三。” [목] “子承父命，可謂罪乎？父命重於兄，兄又悖逆，承父命而毆兄爲不義，則便同悖逆之兄而逆父命爲義乎？且父之殺子也，非弟之毆兄也，擬律於其弟者，知有兄弟而不知有父子乎。【丁鏞曰：‘承父命可也，用石毆之，則不可也。’父管用石毆之，而毆之承父命也，不毆之，則是不承父命也。曰承命可也，又曰承命不可也，其亦病風譫妄之言也。夫父命以石毆之，而有不忍，故以手毆之，則是逆父命也，是自毆兄也，父無以手毆之之命，而自以手毆之，則是自毆兄也。】兄叛父而爲難於父，弟爲父擊斬之，義也，豈以殺兄爲嫌乎？【若父不義之虐命，亦不可從，詳見春秋續傳。】”(필자주: [강]과 [목]은 필자의 편의상 구분이다.)

보았다.

심대윤의 견해는 다르다. 존속의 명령은 반드시 따라야 하며, 존속의 명령을 따른 사람에게는 책임을 물을 수 없다는 것이다. 반면, 존속이 비속을 상대로 저지른 죄에 대해서는 관대하다. 그가 강상의 위계를 절대적인 것으로 간주하기 때문이다.

남의 도움으로 먹고 사는 자는 죽여도 죄가 없다. 여섯 가지 가축은 사람의 도움으로 먹고 산다. 그러므로 고기를 먹고 가죽을 깔고 자도 잘못이 아니다. 신하는 임금의 도움으로 먹고 살기 때문에 죽여도 옥사에 연루되지 않는다. 고용노비와 여종의 남편으로서 주인의 도움으로 먹고 살며 부림을 받는 자는 비록 죽여도 옥사가 성립하지 않는다. 윗사람과 아랫사람의 구분을 분명히 하고 기강을 지키기 위해서이니, 간사한 폐단이 생기는 것을 막고 옥사를 줄일 수 있다.¹¹⁾

심대윤은 존속과 비속의 관계를 사람과 가축의 관계에 비유했다. 사람이 가축을 죽여도 죄가 되지 않듯이, 존속이 비속을 죽이는 것은 원칙적으로 죄가 되지 않는다는 주장이다. 임금이 신하를 죽여도 처벌할 수 없는 것처럼, 부모가 자식을 죽이거나 주인이 노비를 죽이더라도 처벌할 수 없다는 것이 그의 논리이다. “모든 사속(私屬)은 원래 마음대로 해도 되고, 원래 마음대로 부러도 되고, 원래 마음대로 때리고 꾸짖어도 된다. 또 함부로 죽인 죄를 물을 수 있겠는가.”¹²⁾라는 것이 심대윤의 주장이다.

이 주장은 다소 극단적이며, 실제 사건에서는 심대윤 역시 사회적 상식

11) 『흠서박론』 31칙. “食於人者, 殺之無罪, 六畜食於人, 故食肉寢皮而不以爲非, 臣食於君, 故殺之而不坐獄, 傭奴婢夫衣食於主而爲其驅使者, 雖殺之, 不可成獄也. 所以明上下之分而存紀綱也, 可以防姦蔽之生而省刑獄也.”

12) 『흠서박론』 30칙. “凡其私屬, 固其所自擅也, 固其所役使也, 固其所笞罵也, 又可問擅殺之罪乎?”

을 벗어난 비속 살해를 처벌해야 한다고 보았다. 다만 일반적인 살인보다 경감하여 처벌해야 한다는 입장은 분명하다. 강상을 중시해야 “간사한 폐단이 생기는 것을 막고 옥사를 줄일 수 있다.”는 것이다. 심대운의 궁극적인 목적은 형률을 공정하게 적용하는 것이라기보다 ‘형벌 없는 세상’이라는 이상을 관철하는 것이다. 심대운은 강상 위계를 강화함으로써 의옥(疑獄 미제사건)을 방지하고 옥사를 줄이며 나아가 사회 질서를 유지할 수 있다고 보았다. 현실적으로 법률이 모든 사건에 일일이 개입할 수 없으므로, 강상 윤리에 의한 질서 유지가 필요하다고 보았던 것이다. 다음 사건도 같은 논리다.

[강] 강진(康津) 백씨의 딸 필랑(必娘)과 필애(必愛) 자매 두 사람이 계모와 사이가 나빠서 이유 없이 함께 물에 빠져 죽었다. 계모가 꾀박하여 죽게 만들었다고 논죄하고, 청조루(聽潮樓) 아래에서 계모를 곤장으로 때려 죽였다.

[목] 형벌을 담당한 자가 어찌 모두 어미 없는 사람이겠는가미는 어미를 고발한 자식을 참수하지 않고 어미를 죽였으니 윤리를 망치기가 이 지경에 이르렀는가.【정약용은 “필애의 오빠 백득손(自得孫)이 조사하는 날에 감히 ‘천첩이지 계모가 아니다.’라고 말하며 방자하게 속였으니 관계가 적지 않으나 책망하기 부족하다. 곤장 30도를 때리고 풀어주며 다른 죄는 모두 용서할 만하다.” 하였다. 그러나 인륜을 어긴 죄는 용서할 수 없다. ‘책망하기 부족하다’라는 말은 인륜을 점차 없애는 것이다. 30도의 곤장이 대역죄에 걸맞겠는가. 강상의 경중을 모르기가 심하지 않은가. 이 지경에 이르렀으니 사람이 금수와 다른 점이 또 얼마나 되겠는가.】¹³⁾

13) 『흠서박론』 179칙. [강] “康津白家女子必娘、必愛兄弟二人，與其繼母相戾，無故相携投水死，論以繼母逼迫致死，杖殺繼母於聽潮樓下.” [목] “是其司刑者，豈皆無母之人乎？不斬子告母者而乃殺母，滅倫悖理，至於此乎？【丁鏞以必愛之兄自得孫在查問之日，敢以賤妾也非繼母也之說，肆爲認罔，關係不小，而不足責也。當杖三十度釋之，他罪皆可恕也。彝倫之犯，不可恕也。不足責云者，駸駸乎滅倫

『흠휼신서』 「전발무사」에 기재된 사건으로 『장화홍련전』을 연상케 한다. 강진 현감과 전라 감사는 계모가 자매를 꺾박하여 자살하게 만들었다고 보고 계모를 때려죽였다. 반면 정약용은 전처 자녀들이 계모를 모함한 사건으로 보았다. 계모와 불화한 전처 자녀들이 자매를 충돌질하여 자살하게 하고, 계모에게 그 책임을 돌렸다는 것이다.

정약용은 자살한 자매를 동정하면서도 계모를 처형할 수는 없다고 보았다. 그 이유 역시 강상이다. 계모와 전처 자녀도 부모자식 관계이며, “부모가 자애롭지 않더라도 자녀는 불효할 수 없다”는 원칙을 지켜야 한다는 것이다. 아울러 계모가 전처 자녀를 학대한 사실이 없고, 사소한 다툼에서 비롯된 사건이라는 사실도 작용하였다. 정약용은 자매의 자살 원인을 제공한 계모를 장 30대, 가정을 다스리지 못한 부친을 태 30대, 부모와 진술을 달리하며 계모를 모욕한 자매의 오라비 백득손을 장 30대에 처해야 한다고 결론지었다.

심대윤은 강상 윤리를 더욱 엄격히 적용한다. 계모 역시 어머니이니, 계모를 천첩이라 모욕하고 고발한 백득손을 참수해야 한다고 주장한다. 심대윤은 전처 자녀와 계모의 관계처럼 사회적 관습상 부모자식 관계를 곧장 적용하기 어려운 경우 역시 명분을 중시했다. “부모의 의리는 경중이 있으나 친하기는 마찬가지로다.”라는 언급에서 확인할 수 있다. 이는 고용노비나 여종의 남편처럼 주종의 위계가 다소 불분명한 관계에도 적용된다. 강상 윤리는 모든 사건 판결에서 최우선적으로 고려되어야 한다는 것이 그의 견해이다.

2) 사적 제재 금지

‘친살(擅殺)’은 ‘함부로 죽인다’는 뜻이지만 법률적 의미는 조금 다르다.

矣. 三十之杖, 足以準大逆耶? 其不知綱常之輕重, 不亦甚矣. 至于此而人之不爲禽獸, 又何遠之有哉?】”

사적 복수 또는 사적 처벌의 성격을 지닌 살인이다. 이를테면 부모를 죽인 원수를 죽이는 행위이다. ‘천살’은 법을 무시한 사적 제재라는 점에서 국가의 입장에서는 용납하기 어렵다. 형벌은 국가의 권한이기 때문이다. 그러나 ‘천살’은 대개 나름의 타당한 사유가 있기 마련이다. 사법권이 속속들이 미치지 못하는 현실도 고려해야 한다. 따라서 일반적인 살인보다 등급을 낮추어 처벌하는 것이 관례였다.

‘천살’은 살인의 주체와 동기에 따라 형량이 달라진다. 일반적으로 죽을 죄를 저지른 자를 죽이면 장 1백, 자식이 부모의 원수를 죽이면 장 60대이다. 다만 부모가 죽은 현장에서 즉시 원수를 죽이면 죄를 묻지 않는다. 『흠서박론』에 수록된 사건은 대부분 살인 사건이며, 이중에는 ‘천살’에 해당하는 것이 적지 않다. 정약용 역시 원칙적으로는 ‘천살’을 금지해야 한다는 입장이지만, 살인의 주체와 동기가 합리적이면 폭넓게 용인했다.

[강] 김연석(金延石)이 김배동(金輩同)을 밀어 물에 빠뜨려 죽였다. 김배동의 아우 김대한(金大漢)이 형을 위해 복수하여 김연석을 때려 죽였다.

[목] 정약용이 말했다.

“김연석은 죽어야 하는 사람이다. 김대한이 죽어야 하는 사람을 죽여 형의 원수를 갚았으니 범리상 죽여서는 안 된다.”

김연석은 죽어야 하는 사람이 맞지만 김대한은 죽여야 하는 사람이 아니다. 나라에 군주가 있고 법이 있는데 필부가 어찌 군주를 대신하여 법을 사용하는가. 김대한은 죽여야 하는 사람이 아닌데, 죄가 있는 사람을 모두 필부가 다스린다면 군주는 어디에 쓰겠는가.¹⁴⁾

14) 『흠서박론』 168칙. [강] “金延石擠溺金輩同死，輩同之弟大漢爲兄復讎打死延石。” [목] “丁鏞曰：‘延石殺人當死之人也，大漢殺當死之人以復兄讎，法不宜殺。’ 延石當死之人也，大漢非當殺之人也，國有君焉有法焉，匹夫安可代君而用法乎。大漢非當殺之人也，有罪者皆自匹夫治之，焉用君爲。”

정약용은 김대한의 행위를 정당한 살인으로 보았다. 이른바 ‘의살(義殺)’이다. 그러나 심대윤은 ‘의살’이 아니라 ‘천살’로 보았다. 과도한 사적 복수라는 말이다. 사적 복수가 정당하려면 우선 복수할 자격이 있어야 한다. 피해자의 배우자, 자녀 등이다. 김대한은 피해자의 아우이니 자격은 있다고 하겠다. 그러나 또 하나의 조건이 필요하다. 복수가 사건 현장에서 이루어져야 한다는 것이다.

심대윤은 남편의 원수를 죽인 아내의 사건에서 “만약 현장에서 싸우던 중이라면 함부로 되값아 죽었다고 책망할 겨를이 없으나, 이번에는 일이 벌어진 뒤이니 국법을 적용해야 한다.”¹⁵⁾라고 했다. 아내는 남편의 원수를 값을 자격이 있지만, 현장이 아니면 안 된다는 것이다. 김대한의 경우도 마찬가지다. 그는 형이 죽은 다음날 원수를 찾아가 복수했다. 따라서 현장에서 이루어진 복수가 아니다. 심대윤은 이러한 경우를 ‘천살’로 간주한다.

심대윤은 웬만큼 타당한 사유가 있더라도 사적 복수를 인정하지 않았다. 사적 복수가 군주의 권위를 약화시키고 법질서를 흔들 위험이 있다고 보았기 때문이다. “죄가 있는 사람을 모두 필부가 다스린다면 군주는 어디에 쓰겠는가”라는 위의 언급이 이러한 인식을 보여준다. 이밖에도 “천살과 살인은 그 죄가 같다.”¹⁶⁾ “천살의 죄는 용서 없이 죽여야 한다. 후세에 천살에 대한 처벌이 가벼워졌으니, 이것은 필부의 사사로운 의리가 있는 것만 알고 국가의 공법이 있는 것은 모르는 것이다.”¹⁷⁾ “비록 정당하지 않은 이유로 사람을 죽여 법으로 복수해야 마땅한 자에게도 제멋대로 복수하는 것은 허락하지 않는다.”¹⁸⁾는 언급에서 ‘천살’에 대한 엄격한 태도를 엿볼

15) 『흠서박론』 170칙. “若在當場鬪鬪之中，則不暇責其擅反殺也，今在事定之後，則有王法存。”

16) 『흠서박론』 111칙. “擅殺與殺人，其爲罪一也。”

17) 『흠서박론』 23칙. “凡擅殺之罪，殺無赦，後世擅殺之律輕，是知有匹夫之私義，而不知有國家之公法也。”

18) 『흠서박론』 4칙. “雖殺人而不義，法在當讐者，不許其擅復也。”

수 있다. 심대운이 사적 복수를 전혀 허용하지 않은 것은 아니지만, 허용의 폭은 매우 좁다. 사적 복수를 폭넓게 인정하고 감형 또는 사면을 주장한 정약용과는 사뭇 다른 지점이다. 국가가 형벌을 독점해야 한다는 주장은 사뭇 근대적인 것처럼 보이기도 한다.

3) 수종 구분 폐지

다수가 가담한 범행은 수범과 종범을 구분하는 것이 『대명률』에 입각한 조선 형률의 원칙이다. 범행의 가담 정도에 차이가 있으니, 이를 처벌에 반영하는 것이 공정해 보이기는 하다. 그러나 심대운은 현실적으로 수범과 종범을 구분하기 어려우며, 그 부작용이 심각하다고 보았다. 나아가 수범과 종범을 구분하지 않는 것이 강상 윤리 유지와 범죄 감소에 기여한다고 주장하였다.

[강] 호성룡(扈聖龍)과 김유한(金幼漢)이 함께 정복실(鄭福實)을 때려죽였다. 정약용은 말했다.

“들은 몽둥이보다 세고, 이마는 등보다 중요하며, 뼈가 부서진 것은 살이 갈라진 것보다 심하다. 이유를 따지자면 호성룡이 원한을 품었기 때문이고, 범행을 따지자면 호성룡이 김유한보다 앞섰으니, 이 옥사의 수범과 종범은 의심스러울 것이 없다. 그러나 성상이 살리기를 좋아하는 덕으로 죽을 목숨을 살려준 것이다.”

[목] 몽둥이로 때리고 살이 갈라진 것이 과연 사람을 죽게 만들기 부족한가. 김유한은 원한도 없으면서 함께 범행했으니 더욱 흉포한 자가 아니겠는가. 앞사람이 시작하고 뒷사람이 끝맺었으니, 끝맺은 자가 더욱 죄가 무겁지 않겠는가. 어찌하여 수범과 종범을 구분하기 쉽다고 말하는가. 그 죄는 똑같으니 수범과 종범을 억지로 구분하려 하면 결코 안 된다는 것을 알 수 있다. 몽둥이로 때린 것과 돌로 때린 것, 뼈를 다친 것과 살을 다친 것, 먼저 했는지 나중에

했는지가 과연 경중을 가리기 충분하겠는가. 가령 상처 하나가 가볍고 상처 하나가 무겁더라도 우연에서 나온 것이다. 사람을 죽이려던 정황은 피차간에 차이가 없다.¹⁹⁾

『흙흙신서』 「상형추의」 〈수범과 종범의 구분[首從之別]〉에 나오는 사건이다. 『심리록』에도 실려 있는 사건인데, 이 옥사의 관건은 누가 수범인가 하는 점이었다. 목격자의 진술에 따르면 수범과 종범은 이미 분명했지만, 두 가해자가 서로를 수범이라 주장하며 말을 바꾸었으므로 판결이 지체되었다. 정약용은 가해자가 사용한 무기, 피해자의 상처 위치와 상해 정도, 범행의 선후를 근거로 수종을 구분했다. 정조가 판결을 지체한 것은 수종을 구분하지 못해서가 아니라 살리기를 좋아하는 덕 때문이라고 덧붙였다.

그러나 심대운은 종범의 행위가 수범보다 가볍기는 하지만 역시 사람을 죽이기 충분하며, 따라서 살인에 대한 책임을 함께 물어야 한다고 보았다. 심대운은 수종 구분 원칙을 폐기해야 한다는 주장을 여러 차례 개진했는데, 네 가지 근거를 제시했다.

첫째, 피해자의 상처는 가해자가 타고난 신체적 강약에 의해 결정되곤 하는데, 선천적 차이를 수종 구분의 기준으로 삼는 것은 부당하다. 둘째, 범행에 사용하는 흉기는 우연에 의해 결정되곤 한다. 무기가 손에 가까이 있으면 무기를 잡고, 채찍이 손에 가까이 있으면 채찍을 잡는다. 따라서 사용한 흉기를 가지고 수종을 구분하는 것도 부당하다. 셋째, 여러 사람이

19) 『흙서박론』 145칙. [강] “扈聖龍金幼漢共毆殺鄭福實，丁鏞曰：‘石頭猛於杖頭，眉角重於脊背，骨破甚於肉爛，以根由則怨起於扈，以犯手則扈先於金，此獄首從，非有疑難，而上好生之德，貸其死命也。’” [목] “杖頭之擊，脊背之爛，果不足致人命乎。金以無怨而同犯，豈非尤凶暴者乎。先者始之，後者結局也，結局者豈非尤重乎。何可云首從易分也。厥罪惟均，而強欲分其首從，決知其不得也，杖石之別，骨肉之傷，先後之辨，果足爲輕重乎。假令一傷輕一傷重，亦出於偶然也，其殺人之情節，無分於彼此也。”

뒤엎겨 싸우는 상황에서는 때린 사람도 맞은 사람도 수종을 구분하지 못한다. 그런데도 억지로 구분하는 것은 부당하다. 넷째, 신체적 강약이 같고 사용한 흥기가 같더라도 상흔의 경중은 다를 수 있다. 힘을 세계 들였는지 약하게 들였는지의 차이이다. 이것은 애당초 구분이 불가능하다.

수종 구분의 원칙을 폐기해야 하는 가장 중요한 이유는, 법치의 근본과 관련이 있다.

정약용이 말했다.

“두 죄수가 함께 죄를 저지르고 수범과 중범을 구분하지 못했는데 한 죄수가 갑자기 죽으면 옥사의 체모는 저절로 죽은 자를 수범으로 삼고, 산 자는 면죄하여 한 사람의 목숨을 들이 갚지 않도록 한다.”

정약용의 말은 틀렸다. 수범과 중범은 죄의 경중에 따라 정한다. 아직 결안하지 않았는데 갑자기 죽은 것은 그의 운명이 불행해서이지 법으로 사람을 죽인 것이 아니다. 죄의 경중에 따지지 않고서 불행히 지레 죽은 자를 수범으로 삼고, 요행히 죽지 않은 자를 중범으로 삼는다면, 이것은 옥사를 요행과 불행으로 판결하는 것이지 죄의 경중으로 판결하는 것이 아니다. 만약 수범이 지레 죽었다면 그만이지만, 중범이 지레 죽어서 이로 인해 수범이 된다면, 이는 옥사를 요행과 불행으로 판결하는 것이지 죄의 경중으로 판결하는 것이 아니다. 죄가 가벼운 자를 처벌하고 죄가 무거운 자를 풀어준다면 법이라 할 수 있겠는가. 지레 죽은 것이나 병으로 죽은 것이나 차이가 없으니, 그의 운명이 불행해서이지 법으로 사람을 죽인 것이 아니다. 두 사람 모두 목숨으로 갚는 것을 어찌 꺼리겠는가. 법을 집행하는 자는 죄가 무거운 자를 수범으로 삼아야지, 지레 죽고 안 죽고는 법이 알 바 아니다.²⁰⁾

20) 『흠서박론』 150칙. “丁鏞曰: ‘兩囚同犯, 首從未分, 而一囚徑弊, 獄體自應以死者爲首, 從而免生者, 俾不一命兩償也.’ 丁氏之說非矣. 首從定於罪之輕重也, 未及結案而徑弊者, 自其命之不幸也, 非法殺人之也. 不問罪之輕重, 而不幸而徑弊者爲首, 幸而不弊者爲從, 是獄決於幸不幸, 而不決於罪之輕重也. 若爲首者徑弊則已, 若爲從者徑弊而因而爲首, 則是獄決於幸不幸, 而不決於法也. 入其輕而出其重, 可謂法乎. 徑弊者與病死, 無以異也. 自其命之不幸也, 非法殺之也. 又何嫌

『흫흫신서』 「상형주의」 〈수범과 종범의 구별〉에 나오는 사건에 대한 정약용의 논평과 그에 대한 심대운의 비판이다. 숙부와 조카가 함께 살인을 저지르고 서로를 주범이라 주장하여 판결을 내리지 못하는 와중에 조카가 감옥에서 죽었다. 정약용은 ‘대살상명’의 원칙을 지키기 위해 이미 죽은 조카를 주범으로 간주해야 한다고 보았다. ‘대살상명’은 피해자의 목숨을 가해자의 목숨으로 보상해야 한다는 논리다. 이것은 ‘사람을 죽인 자는 죽인다.[殺人者死]’라는 오랜 관념에 바탕한 원칙이다. 그러나 심대운은 이를 정면으로 반박한다.

살인자를 주살하는 이유는 죽은 사람을 위해 목숨으로 대신하고 원한의 빛을 갚기 위해서가 아니다. 살인자의 악행을 징계하고 국법을 지켜 포악하고 혼란해지는 조짐을 막기 위해서다.……세상에서 죄를 심리할 때는 모두 죽은 자를 위해 목숨으로 갚아[對殺償命] 죽은 자의 원한을 푸는 것을 위주로 하지만, 이것은 법을 제정한 본뜻을 모르는 것이다. 법이 어찌 일개 필부를 위해 만든 것이겠는가. 나라의 큰 한계를 위해서이다.²¹⁾

법은 피해자의 원한을 갚기 위해 존재하는 것이 아니라 국가의 질서 유지를 위해 존재한다는 주장이다. 법의 근본적 목적은 사회 질서 유지다. 악행에 대한 처벌이나 피해자를 위한 복수는 부차적 기능이다. 심대운은 후자를 중시하고 전자를 망각한 당시의 사법 현실을 문제삼은 것이다.

지금 선왕의 의리에 근거하여 법을 만들어 ‘사람을 죽이면 손댄 사람은 수범과 종범을 따지지 않고 동일한 형률을 적용한다.’라고 이렇게 법을 만들면 의심

於兩償乎. 爲法者惟卽其罪重者而爲首也. 徑弊與不弊, 非法之可知也.”

21) 『흫흫박론』 26칙. “夫殺人而誅者, 非爲死者對命而償怨債也. 討殺者之惡而存國法, 以防暴亂之漸也.……世之議讞, 皆主於對殺償命, 以伸死者之冤, 此不知制法之本義也. 法豈爲一匹夫設哉. 爲國之大防也.”

스러운 옥사가 생기지 않고 법을 어기는 백성은 저절로 줄어들다. 옥사가 의심스럽고 간사한 것이 이루 말할 수 없이 많은 것은 수범과 중범을 구분하려고 힘쓰기 때문이다.²²⁾

심대운은 수범과 중범을 가리지 않고 동일한 형률을 적용해야 의욕이 생기지 않고 범범이 줄어들다고 보았다. 그는 옥사를 공정하게 판결하는 것보다 판결이 사회적으로 미칠 영향을 중시했다. 수범과 중범을 구분하지 말아야 한다는 주장을 엄형주의로 치부하기는 어렵다. 뿌리깊은 법관념인 ‘대살상명’의 폐단을 혁파하기 위한 것이다. “형벌은 사람을 죽이기 위한 것이 아니라 사람을 살리기 위한 것이다.”²³⁾라는 것이 그의 생각이었다.

심대운은 실제 사건에서는 수범과 중범의 구분이 어렵다는 현실적 이유, 처벌을 경감하고자 친족간에도 서로 수범으로 지목하여 강상이 무너지는 이유, 그리고 다수가 연루된 범죄를 엄격히 처벌해야 범죄가 줄어든다는 이유로 수범과 중범의 구분에 반대했다.

4) 자의적 추론 지양

『대명률』은 살인을 모살(謀殺), 고살(故殺), 투살(鬪殺), 희살(戲殺), 오살(誤殺), 과살(過殺) 여섯 유형으로 구분하고, 사형을 능지(凌遲), 참결(斬決), 참후(斬候), 교결(絞決), 교후(絞候) 다섯 등급으로 구분한다. 정약용은 중국이 법률 체계가 세밀함에도 오히려 범죄가 많다는 점을 반례로 삼아야 한다고 하며, 살인을 고살, 오살, 투살 세 가지 유형으로 요약하고, 5등급의 사형 제도 역시 바람직한 법은 아니라고 했다.

심대운도 기본적으로 같은 입장이다. 살인을 의도에 따라 구분하는 것

22) 『흠서박론』 140칙. “今據先王之義而立法曰：‘凡殺人但犯手者，不問首從而同律。’制律如此，而疑獄不興，犯民自少矣，獄之疑眩，姦之不勝，由於務辨首從也。”

23) 『흠서박론』 173칙. “凡刑者，非欲殺人者也，欲活人者也。”

은 부적절하며, 사형의 경우는 참형(斬刑)과 사사(賜死) 두 가지로 단순화해야 한다고 주장했다. 심대운은 살인과 사형 뿐만 아니라 형법 전반의 간소화를 주장했다. 형률이 굳이 복잡할 필요가 없다는 것이 정약용의 주장이라면, 심대운은 형률이 복잡할수록 범죄가 늘어난다고 보았다. 형률이 지나치게 복잡하여 무문농법(舞文弄法)의 소지가 있고, 백성이 이해하지 못하니 도리어 없는 것이나 마찬가지라는 것이다.²⁴⁾ 심대운이 형률의 간소화를 강력히 주장하는 이유이다. 다만 『흠서박론』에서 형률 자체의 문제점은 그다지 자주 언급하지 않는다. 『흠서박론』에서 크게 문제삼는 것은 사건을 분석하는 정약용의 태도이다.

옥사는 실정으로 다스려야지 글로 다스리는 것이 아니다. 비발(批跋)의 내용은 실정을 곧장 진술해야 하며 간략하고 명확해야 한다. 어찌 격례(格例)와 정식(程式)을 많이 사용하여 번번이 오류를 범하고 복잡하게 서로 지적할 필요가 있겠는가. 또 어찌 댓구를 만들어 고운 모습을 드러낼 필요가 있겠는가. 조탁하고 장황하게 하려다가 말뜻을 도리어 전달하지 못하니, 이것은 실정을 가리켜 진술하고 말뜻이 엄정한 것이 아니다. 지금 정약용의 비평을 보면 한 글자, 반 구절의 오류나 정격의 터럭만한 잘못도 장황하게 번석하니, 가혹하고 심각하다고 하겠다.²⁵⁾

‘실정[情]’은 『흠서박론』의 중요 개념이다. 심대운에 따르면 실정은 ‘정적(情迹)’, 곧 겉으로 드러난 자취로 객관적 증거에 해당하며, 그 반대편에 있는 것은 ‘정의(情意)’로 주관적 판단의 영역에 속한다.²⁶⁾ 가해자의 의도

24) 『흠서박론』 83칙. “條等既多，傳生與死，專在於舞文之筆端，是法多而反亡也。”

25) 『흠서박론』 149칙. “凡治獄以情，而不以文，批跋之辭，當直陳情節，要爲簡精明暢善矣，又何用多爲格例程式，而動輒紕謬，互相糾摘而紛紜哉。又何用抽黃白之詞，呈月露之態，求爲雕琢靡曼，而辭理反以不達，此非指陳情實，詞義嚴正者也。今觀丁鏞之批評，隻字半句之誤，程格毫毛之失，無不張皇辨析，可謂苛細深文者矣。”

26) 『흠서박론』 19칙. “夫獄貴在審情，情者情迹之情也，非情意之情也。凡聽獄之道，

를 추정하는 따위가 대표적이다. 『흠흠신서』의 사건 분석은 지방관의 발사(跋詞)와 같은 문서에 크게 의지하고 있는데, 심대운은 정약용이 문서의 자구를 근거삼아 사건의 진상을 자의적으로 결론짓는 태도를 문제삼는 것으로 보인다. 이 점은 구체적 사건에 대한 분석에 자세하다.

물이 깊다는 것을 알고서도 사람을 몰아넣었으니 실수라고 할 수 있겠는가. 지나가는 나그네라 물이 깊은 줄 모르는데 쫓기다가 다급히 물에 들어갔으니 스스로 빠졌다고 할 수 있겠는가. 정약용은 김세강에게 죄가 없다고 종이 가득 장황하게 말했지만 하나도 말이 되지 않는다. 교묘한 꾸밈은 사실만 못하다는 말이 참으로 옳다.²⁷⁾

이양택이 김세강에게 쫓기다가 물에 빠져 죽은 사건에 대한 심대운의 견해이다. 정약용은 초검(初檢)과 복검(覆檢)의 발사를 토대로 사건을 재구성했다. 사망의 원인은 구타가 아니라 익사이며, 이양택이 스스로 물에 뛰어들어도 분명하다는 정약용의 주장은 어느 정도 타당하다. 다만 김세강이 마을 사람들을 따라 무심코 추격에 동참하였을 것이라거나, 물에 빠진 이양택을 구해주지 않은 것은 당황하여 더 깊은 곳으로 들어가거나 함께 빠져죽을 위험 때문이었을 것이라는 정약용의 주장은 아무래도 자의적인 추론이라고 볼 수밖에 없다.

임석정이 임광일을 제방에서 밀어 떨어뜨려 죽게 만든 사건에 대한 견해도 이와 비슷하다.

정약용이 말했다.

察於形見之地，而不察於隱微難明之中。”

27) 『흠서박론』 152칙. “知水之深而驅人而入之，可謂過失乎. 過客不知水之深，見逐而蒼黃入水，可謂自溺乎. 丁鏞以爲金世江無罪，滿紙張皇，一不成說，巧文不如情實，信矣.”

“그가 죽을 것이라 예상하고 밀었다면 죄는 사형에 해당하고, 떨어질 것이라 예상하고 밀었다면 죄는 차올에 해당하고, 밀었을 뿐이라면 도형과 유형에 해당하지 않는다.”

세속의 아전이 교묘하여 충직과 거리가 몹시 멀다. 사람을 밀어서 죽였는데 또 어찌 세 등급의 다른 논의가 있는가. 사람을 죽이면서 반드시 그는 죽고 자기는 목숨으로 갚게 될 것이라고 예상하면서 때리고 미는 사람은 열에 두셋도 되지 않는다. 그가 죽을 것이라 예상하지 못하였다고 모두 풀어주면 살인자는 죽는 경우가 없을 것이다.【정약용의 말은 대부분 가혹하고 세밀하며 번거로우며 실정에 충실하지 않으니, 이것은 우직하고 진실한 옥리보다 한참 못하다. 그 폐단이 더욱 심하다.】²⁸⁾

정약용은 가해자가 어떠한 결과를 예상하였는가에 따라 처벌이 달라져야 한다고 보았다. 죽을 것을 예상했다면 사형, 제방에서 떨어질 것을 예상했다면 차올, 결과를 예상하지 못하고 밀기만 했을 뿐이라면 도형이나 유형조차 적용할 수 없다는 것이다. 실제로 정조는 죽일 의도가 없었던 행위로 보아 임석정에게 형장을 치고 풀어주었다.

그러나 심대운은 가해자의 의도에 따라 처벌을 달리하는 것은 공정하지 않다고 보았다. 대개의 범 죄는 결과를 예상하지 못하는 상황에서 벌어지는 것이 현실이기 때문이다. 그렇다고 결과를 예상하지 못했으니 가볍게 처벌해야 한다는 주장은 아니다. 가해자의 정확한 의도는 누구도 알 수 없고, 가해자의 진술에 의존한다면 살인의 핑계로 악용될 소지도 있기 때문이다. 심대운의 언급은 결과를 예측하였는지 여부를 따지지 말아야 한다는 것이 아니라, 가해자의 진술이나 정황 근거보다는 객관적 증거를 토대로 판결해

28) 『흠서박론』 154칙. “丁鏞曰：‘料其死而擠之，罪當死，料其墮而擠之，則罪次死，擠之而已，則不中徒流。’甚矣，文俗吏之纖巧而遠於忠直也。擠人而殺之，又有三等之異論耶。凡殺人者必料其死而已償命而毆踢打擠者，蓋十無二三也。出於不料其死者皆縱之，則殺人者無死者也。【丁鏞之言，槩多苛細繁文而不衷於情實者，此不如愚直惛愒之獄吏遠矣。其流之蔽滋甚也。】”

야 한다는 주장에 가까워 보인다.

4. 맺음말

『흠서박론』에 대한 그간의 선행연구는 개괄적 소개에 머물렀다. 이 글은 『흠서박론』의 구성과 내용을 구체적으로 살펴 『흠흠신서』와의 관계를 해명하고, 조선 형률에 대한 심대운의 문제의식 및 『흠흠신서』 비판의 주안점을 조명하였다.

심대운은 조선 형률의 문제점 다섯 가지를 지적하고, 강상 윤리 강화, 사적 제재 금지, 반좌율 강화, 행위책임주의, 수종구분 및 대살상명 폐지를 제안하였다. 심대운은 이 제안에 입각하여 『흠흠신서』의 사건 분석과 판결을 비판하였다. 이같은 심대운의 형률론은 상고주의로 치부하기 어려운 면이 있다.

심대운이 『흠서박론』에서 걸핏하면 ‘선왕의 법’을 언급한 것은 사실이나, 그가 지향한 ‘고(古)’의 실체가 무엇인지는 좀더 자세히 들여다볼 필요가 있다. 심대운이 지향한 ‘고’는 당시 일반적인 관념의 ‘고’와 상이하다. ‘고’는 경전을 통해 증명할 수밖에 없는데, 심대운의 경전 해석은 주자주(朱子註)와도 다르고, 고주(古註)와도 다르기 때문이다. 그는 정현, 공영달, 가공언 같은 저명한 경학자의 해석도 자신의 논리와 맞지 않으면 틀렸다고 단언한다. 심지어 맹자와 주자의 발언도 비판한다. 심대운이 경전을 자의적으로 해석하며 입론의 근거로 삼았다는 증거이다.

심대운이 과연 삼대의 형률을 그대로 복원하는 것을 지상의 과제로 삼았다면, 연좌와 멸족, 육형(肉刑) 등 경전에 기재된 형벌의 부활을 주장했겠지만 그렇지 않다. 심대운의 형률론은 단순한 복고주의로 환원하기 어렵다. 그에게 ‘고(古)’는 자신의 입론을 뒷받침하기 위한 명분에 가깝다.

심대운의 형률론은 전근대적 요소와 근대적 요소가 착종되어 있다. 신분적 위계를 엄격히 설정하고 명분에 입각하여 강상 윤리를 중시하였다는 점은 전근대적이지만, 근대적, 합리적 성격이 뚜렷한 면모도 보인다. 이 점은 『정법수록』에서 형률 개혁안에서도 확인할 수 있다. 심대운의 형률론을 전근대와 근대의 잣대로 재단하는 것은 타당치 않다. 당시 사회 현실에서 강상 윤리를 중시하였다는 것은 한계라고 하기 어려우며, 그가 제시한 개선안은 현실적 문제를 해결하려는 문제의식에서 비롯된 것으로, 과도한 의미를 부여할 수 없다. 심대운은 당시 사법 현실의 문제점을 해결하기 위해 독자적 경전 해석에 입각하여 그가 생각하는 최선의 대안을 제시한 것이다.

참고문헌

- 박석무·이강욱, 『역주 흠흠신서 1』, 한국인문고전연구소, 2019, 1~444쪽.
_____, 『역주 흠흠신서 2』, 한국인문고전연구소, 2019, 1~495쪽.
_____, 『역주 흠흠신서 3』, 한국인문고전연구소, 2019, 1~530쪽.
_____, 『역주 흠흠신서 4』, 한국인문고전연구소, 2019, 1~639쪽.
- 심재우, 「『흠흠신서』 연구의 현황과 관련 필사본의 유형」, 『다산과 현대』 12, 연세대학교 강진다산실학연구원, 2019, 17~40쪽.
- 심희기, 「『흠흠신서』의 법학사적 해부」, 『사회과학연구』 5(2), 영남대사회과학연구소, 1985, 31~62쪽.
- 임형택, 「심대운전집 해제」, 『심대운전집 1』, 성균관대학교 대동문화연구원, 2005, 3~19쪽.
- _____, 「심대운의 공리주의적 사상과 경세론」, 『19세기 한 실학자의 발견-사상사의 이단아, 백운 심대운』, 성균관대학교 대동문화연구원, 13~43쪽.

ABSTRACT

Heumseobaknon and Sim Dae-yun's Criminal Law Reform
Proposal

Jang, Yoo-seung

This thesis examines the structure and content of *Heumseobaknon* in order to clarify its relationship with *Heumheumsinseo*, and offers an overview of the criticisms and reform proposals regarding Choson criminal law presented in this work. The primary editorial intention behind *Heumseobaknon* was to criticize *Heumheumsinseo*, and in the course of doing so, it pointed out the fundamental five problems of Choson criminal law. Sim Dae-yun's critique of *Heumheumsinseo* centers on these five aspects. Although Sim Dae-yun proclaims an antiquarian stance, in practice he relies on the Confucian classics as the basis for his arguments, and his theory of criminal law intertwines premodern and modern elements. Sim Dae-yun merely presented what he regarded as the best possible alternative, taking into account the concrete social conditions of Choson at the time.

Key Words Sim Dae-yun, *Heumseobaknon*, Jeong Yak-yong, *Heumheumsinseo*, criminal law

논문투고일: 2026.01.17.

심사완료일: 2026.02.03.

게재확정일: 2026.02.05.