

진(秦)·한초(漢初) 사면(赦免)대상 확대 양상과 한문제(漢文帝) 형법개혁*

김보람**

초록 본고는 사면의 대상과 범위를 밝히고 한문제(漢文帝) 13년 형법개혁 전후의 변화와 그 의미를 고찰하였다. 우선 문헌에 보이는 사면 기록의 서사 특징을 통해 기본적으로 ‘죄인’(罪人)이 그 대상이었음을 검토하였다. ‘죄인’은 범죄자 일반을 가리키는 용어가 아니라 재판 과정에서 집행이 되기 이전 단계까지의 ‘수인’(囚人)을 의미하며 이는 도예와는 구분된다. 치옥 과정에 있는 ‘죄인’을 사면했기 때문에 옥사(獄事)의 체증, 그리고 많은 수의 ‘수인’을 일거 해소할 수 있는 효과도 있었다.

도예의 사면은 중국 최초의 ‘대사천하’(大赦天下)에 해당하는 진이세황제(秦二世皇帝)의 대사령(大赦令)에서 확인할 수 있다. 기요시 미야케(宮宅潔) 등 다수의 연구자는 진이세황제 대사령 이전에도 도예가 사면되었으며 도예 방출에 따른 노동력 문제는 ‘복작’으로 해결하였다고 주장한다. 그러나 한혜제(漢惠帝) 4년 이전의 복작 기록이 없다는 점에서 설득력이 낮다. 기록의 시점을 충실히 따르면 진이세황제 대사면 이후 도예의 사면이 가능해짐에 따라 노동력 문제의 대응책으로서 비로소 복작이 시행되었다. 도예가 사면에 포함된 이후 유기(有期)도예화에 이르기까지 그 과도기에 관부노동력을 유지하면서도 예속민을 방출하는 최소한의 장치로 복작이 활용되었다고 할 수 있다.

한편 도예가 사면의 대상으로 포함된 이후에도 육형(肉刑)을 받은 자는 제외되었다. 한번 육형을 받으면 서인(庶人)으로 되돌아갈 수 없고, 은관(隱官)이 되어 일반 민들과 구분되었다. 당시 사람들에게 육형을 받은 자는 곧 ‘이인’(異人)시되었고 영구적으로 회복될 수도 없었다. 한초(漢初)까지 이어진 육형과 무기(無期)도예의 존재는 사면의 일괄적인 적용을 저해하였고, 결국 이는 한문제 13년의 형법개혁은 육형 폐지와 도예의 유기

* 본 연구는 제19회 南雲古代學研究基金(2020) 및 2023년도 서울대학교 아시아연구소의 아시아연구기반구축 사업의 지원을 받아 수행되었음(0448A-20230018).

이 논문은 서울대학교 인문학연구원이 지원한 집담회의 성과임.

** 서울여자대학교 사학과 강사

화(有期化)로 귀결되었다. 육형이라는 변수를 형법개혁을 통해 제거함으로써, 그 이전에 일괄적이고 체계적인 범 적용이 어려웠던 부분들을 모든 도예를 대상으로 체계적으로 정리가 가능해지게 되었다. 육형이 없어졌으므로 도예들 모두 사면의 대상이 되며, 모든 인력을 방출하며 조절할 수 있는 기제가 되었다는 점에서 문제(文帝) 형법개혁의 의미를 찾을 수 있다.

주제어 사면, 한문제, 형법개혁, 도예, 육형, 진한제국

1. 머리말

고대 제국의 운영은 치밀한 법률의 제정과 실행에 기초하였기에 율령의 검토를 통해 그 사회의 성격을 이해할 수 있다. 진한(秦漢)시대는 율령을 바탕으로 신분 질서를 만들어 냈다. 기본 구조가 ‘육형+노역’의 조합으로 이루어진 복합적 형태의 신분은 다른 시대의 그것과는 구별되는 독특한 특징이라 할 수 있다. 율령에 근거해 배출된 도예(徒隸)는 국가의 다양한 노동력 수요를 충족시키는 인적 자원으로 활용되었다. 비교적 가벼운 잡무에서부터 대규모 토목건설 축조까지 국가가 필요한 노동력의 주된 공급원이 도예였음은 주지의 사실이다.

그러나 국가에 예속된 잉여 인력이 필요보다 많아지면 도리어 국가의 부담일 수밖에 없다. 따라서 국가는 인적 자원을 탄력적으로 운영할 필요가 있었고, 사면(赦免)은 도예 수의 조절에 효과적인 제도였다. 물론 사면 제도에 내포된 정치·사회적 성격을 제외하고 경제적 성격만을 강조할 수는 없다. 실제로 사면제도에 관해서는 정치사적 측면에서 분석한 연구가 주를 이룬다. 통치자의 권위를 드러내는 수단이라는 점을 강조하면서 사면의 절차나 횡수, 사면령 전후의 사정 등을 꼼꼼하게 분석한 연구들이 다수 축적되어 있다.¹

— www.kci.go.kr

1 沈家本(1976), 『歷代刑法總考』, 臺北: 臺灣商務印書館; 鄒文玲(2003), 「漢代赦免制度

사면 제도 자체의 분석으로 사면을 종류별로 나누어 분석한 연구도 많다.² 또는 조세감면, 구휼 등 광범한 영역에서 분석하고 사면령에 수반한 작위 수여나 우(牛)·주(酒)의 사여 등 사회적 사면의 효용성에 대한 연구들도 있다.³ 이러한 기존 연구들은 사면 제도를 이해하는 데 큰 도움을 주지만, ‘주권자의 관용’이란 큰 틀에서 벗어나지 않는다.

정치적 수사의 도구로서의 사면의 역할을 충분히 인정하면서, 본고에서는 경제적 효용, 특히 인력 운용이란 측면에서 사면을 검토해 보고자 한다. 기존 연구에서 지적하듯 일정한 주기로 사면령이 반복되지 않고, 특정 시점에 사면의 빈도가 증가하는데 대규모 토목공사가 완료되거나 국가재정을 긴축하던 시점과 상관관계를 보인다. 작(爵)의 반납을 제외하고 합법적으로, 그리고 대규모로 범법자를 석방하는 유일한 방법이 사면이므로 당연히 사면은 노동력 문제와 함께 다루어질 수밖에 없다. 이는 곧 사면의 대상이라는 문제와도 이어지는데, 그 대상이 누구인지, 어디까지인지에 따라 국가의 노동력 방출 정도와 의미가 달라지기 때문이다. 따라서 관부에 소속된 다양한 층차의 도예에서부터 범죄를 저지른 자들까지 사면의 대상을 구체적으로 밝힐 필요가 있다.

연구」, 中國社會科學院博士學位論文; Brian E. Mcknight(1981), *The Quality of Mercy: Amnesties and traditional Chinese Justice*, University Press of Hawaii, Honolulu; 陳東升(2004), 『赦免制度研究』, 北京: 中國人民公安大學出版社; 佐竹昭(1998), 『古代王權と恩赦』, 東京: 雄山閣出版.

- 2 주로 大赦, 常赦, 特赦, 曲赦, 別赦 등의 용어를 구분하여 분석한다. “常赦”와 “別赦”는 ‘정기적’인 사면과 ‘비정기적’인 사면으로 구분한다. 이 구분법은 사면령 반포의 유래를 기준으로 하는데, 황제의 즉위나 황후, 황태자의 책봉 등 상례화된 사면을 常赦로, 기근이나 재해 발생 등 단편적인 사건에 의해 발포되는 사면을 別赦로 구분한다. “大赦”는 전국을 단위로 하는 사면, “特赦”는 특별한 경우 혹은 비정기적 사면, “曲赦”는 특정 지역에 대한 사면을 말한다. 연구자마다 구분 방법에 다소의 차이가 있다. 예컨대 沈家本은 사면의 명목을 기준으로 30여 조목에 달하는 분류 방법을 택하였고, 오문령은 ‘大赦, 特赦, 赦免, 性減贖, 償賜’로 분류하는 등 각기 다른 기준에 의해 구분하였다.
- 3 趙克生(2001), 「中國古代赦免制度的演變及其影向」, 『淮南師範學院學報』2001-1, 淮南師範學院.

그다음 중요하게 고려해야 하는 점은 바로 ‘시점’이다. 진한(秦漢)시대의 도예는 한문제(漢文帝) 13년의 형법개혁을 기점으로 무기(無期)에서 유기(有期)로 전환되고 육형은 폐지된다. 형법개혁은 법제뿐 아니라 사회경제 방면에서도 큰 영향을 미쳤는데, 이 과정에서 사면의 적용 대상 역시 바뀌었을 가능성을 살펴보아야 한다.

이러한 경제적 측면에 집중한 연구는 대표적으로 도미야 이타루(富谷至)의 연구가 있다. 그는 형도와 수인(收人)이 사면령에 의해 해방되었고, 일정 사역이 끝나면 사면이 반포되는 경우가 많았던 점을 지적하면서 사면이 늘어난 관노비의 수를 통제하는 역할을 했다고 주장하였다.⁴ 그의 쓰에야 스(陶安)를 비롯하여 여러 연구자 역시 도미야 이타루와 비슷한 논조로 사면의 효용성을 설명하였다.⁵ 진(秦)·한초(漢初)의 무기 도예들이라도 높은 빈도로 서인(庶人) 신분으로 복귀했고,⁶ 정기적·비정기적 사면을 통해 ‘무기 도예’가 ‘유기화’(有期化)되는 과정을 겪은 뒤 한문제 시기 육형폐지로 인해 형도의 전면 유기화가 결정되었다는 것이다. 이러한 연구의 맥락에는 ‘무기 도예’ → ‘유기 도예화’ → ‘유기 도예’라는 도식의 근거로써 도예 방출 수단인 사면을 강조한 데 있다. 또한 “천하(天下)를 두루 사(赦)하였는데, 이미 발각된 것과 아직 발각되지 않은 것, 이미 판결한 것과 아직 판결하지 않은 것, 또 죄의 대소(大小)를 막론하고 모두 사제(赦除)”⁷하였다는 사면(赦免)에 대한 후대의 해석이 그대로 받아들여진 것과도 무관하지 않다.

이와 같은 연구들이 사면의 실질적 효과를 분석하는 데 ‘사면의 대상’에 주목한 것은 유효한 방법이다. 그러나 여전히 그 대상이 명확하게 드러

4 富谷至(1998), 『秦漢刑罰制度の研究』, 東京: 同朋舎, pp. 171-179.

5 陶安あと(2009), 『秦漢刑罰體系の研究』, 東京: 創文社.

6 『漢書』卷7「昭帝本紀」, p. 230. “元鳳4年條, 太常及廟令丞郎吏皆劾大不敬, 會赦, 太常轅陽侯德免爲庶人.”

7 丘濬, 『大學衍義補』卷109「慎刑憲」. “[臣按]後世赦文乃至徧赦天下, 已發覺未發覺·已結正未結正, 罪無大小, 鹹赦除之. 甚至十惡之罪·常赦所不原者亦或赦焉. 惠姦宄, 賊良民, 怙終得志, 善良暗啞, ….”

나지 않는 것은 재판 과정상 사면의 시점, 도예의 다양한 구성, 그리고 시기의 변화 등이 고려되지 않아서 ‘무기도예에서 유기도예화’하는 과정이 너무 도식적으로 그려지기 때문이다. 또한 현실적으로 모든 도예를 일거 방면 한다는 것은 불가능한 점을 생각하면 사면의 대상을 조금 더 세세하게 분석하여 구체적으로 밝힐 필요가 있다. 따라서 본고에서는 사면의 대상과 범위를 규명하고, 한문제 시기 형법개혁 전후의 변화와 그 의미를 살펴보고자 한다.

2. 사면의 기본 대상과 “죄인”(罪人)

문헌에 보이는 사면 기록에는 사령(赦令)을 반포하기까지의 경위와 날짜, 사면의 대상이 간략하게 서술되어 있다. 이것만으로 구체적 정보를 얻기에 충분하지는 않지만 서술상 몇 가지 특징을 도출할 수 있다.

(1)-① 今天下事畢，其赦天下殊死以下.⁸

(1)-② 立爲太子，大赦罪人.⁹

(1)-③ 其赦汾陰、夏陽、中都死罪以下.¹⁰

(1)-④ 赦信罪，以爲淮陰侯.¹¹

8 『漢書』卷1下「高帝本紀」, p. 51.

9 『史記』卷8「高祖本紀」, p. 372.

10 『漢書』卷6「武帝本紀」, p. 195.

11 『史記』卷92「淮陰侯列傳」, p. 2627.

(1)-⑤ 六月壬辰, 大赦天下.¹²

상기한 사면반포 기록은 본기(本紀)에 수록된 사면 사례의 일부인데, 여타 기록들의 서사 방식 역시 이것과 거의 차이가 없다. (1)-⑤를 제외하고는 그 서술 구조가 ‘赦+罪(人)’와 같다.¹³ (1)-⑤의 ‘대사천하’(大赦天下)의 구체적 범위 문제는 후술하기로 하고, 먼저 ‘赦…罪’, ‘사죄인’(赦罪人), ‘…罪以下, 皆赦之’와 같은 ‘赦+‘罪’’, 즉 ‘죄인’(罪人)이 지칭하는 대상을 검토 하겠다. ‘죄인’이 곧 사면의 대상자이기 때문이다. 하지만 ‘죄인’은 오늘날 ‘범죄자’ 일반을 일컬으므로 진한대의 ‘죄인’도 그와 같이 본다면 범죄의 시점과 현재 처벌 여부와 무관하게 모든 범죄자가 사면의 대상이라고 오해할 수 있다. 그러나 사면으로 모든 범죄자를 구제했다고는 볼 수 없는데 진한대 법률용어로서 ‘죄인’은 범죄자 일반을 의미하지 않고 범죄자 중 ‘특정한 대상’에 한정된 용어이므로 그렇다. 다행히 진한(秦漢) 율령 내에서 죄인의 용례가 다수 등장한다. 용례들을 검토하면서 율령 내 죄인은 어떤 대상을 가리키는 지, 모든 범죄자, 그리고 모든 예속민을 포함하는 의미로 사용되었는지를 살펴보자.

(2)-① ·詰靡: 모두가 (죄인들을) 奪爵하고 수변에 처하자고 논하였는데도 (너는) 法승대로 하지 않았다. 人臣은 마땅히 삼가 법을 받들어 처리해야 하는 것이다. 지금 너[靡]는 법을 내버리고 상서하여 新黔首의 罪를 독단으로 재단한 것 만을 아뢰었으니, 너가 罪人을 풀어주려 한 것이 분명하다. 吏가 (이에 따라) 너를 논처한다면, 너는 어떻게 해명할 것인가?¹⁴

12 『漢書』卷1下「高帝本紀」, p. 58.

13 (1)-①의 ‘수사(殊死)이하’는 ‘수사죄이하’와 동일한 의미다.

14 彭浩·陳偉·工藤元男 主編(2007), 『二年律令與奏讞書』(張家山二四七號漢墓出土法律文獻釋讀), 上海: 上海古籍出版社(이하 『이년율령』으로 약칭)「奏讞書」案例18, 簡146. “·詰

(2)-② 吏나 민이 죄가 있어笞에 해당하는데[有罪當笞] 罰金 1兩으로서 태를 대신하기를 청한다면 허락한다.¹⁵

(2)-③ 공사나 공사의 처 및 □□ 70세 이상 혹은 17세 미만인 자가 죄가 있어 刑에 해당하면[有罪當刑] 모두 完으로 한다.¹⁶

(2)-②와 ③에서 ‘죄’(罪)는 ‘當+처벌(城旦舂, 鬼薪白粲 등)’과 세트처럼 사용되고 있다. ‘當’은 ‘마땅히…해야 하는’이라는 의미를 가지고 있으므로¹⁷ ‘當+처벌’은 ‘마땅히 …로 처벌받아야 하는’이라고 해석해야 한다. 가령 ‘죄당성단용’(罪當城旦舂)이나 ‘죄당귀신백찬’(罪當鬼薪白粲)의 구절은 ‘성단용(城旦舂)에 처해져야 하는 죄’, ‘귀신백찬(鬼薪白粲)에 처해져야 하는 죄’라고 해석해야 하지, 이미 신분이 예속민으로 떨어진 ‘성단용인 죄인’이나 ‘귀신백찬인 죄인’이라고 해석할 수는 없다. 이러한 ‘죄인’은 이미 집행이 완료되어 처벌을 받은 ‘도예’(徒隸)와는 구분이 된다. 요컨대 ‘죄인’은 아직 형벌을 받지 않은, 즉 ‘미집행 죄인’을 칭하는 용어다. 아래의 사례들은 이를 더 명확하게 보여 주는 증거들이다.

(3)-① 罪人の 獄이 이미 완료된[獄已決] 경우, 完爲城旦舂은 3년을 채우면 鬼薪白粲으로 한다. 鬼薪白粲으로 1년(을 채우면) 隸臣妾으로 한다.

庫：等雖論奪爵令戍，而毋法令，人臣當謹奉法以治。今庫釋法而上書言獨裁新黔首罪，是庫欲釋縱罪人明矣，吏以論庫，庫何以解之？”

15 『이년율령』「具律」, 簡86. “吏、民有罪當笞，罰金一兩以當笞者，許之。”

16 『이년율령』「具律」, 簡83. “公士、公士妻及□□行年七十以上，若年不盈十七歲，有罪當刑者，皆完之。”

17 當은 ‘~에 해당하다’, ‘상당하다’의 의미도 가지고 있다. ‘당+처벌’에서 이러한 의미로 해석한다고 하더라도 처벌이 집행되지 않은 상태를 표현하는 점에서는 ‘마땅히~해야 하는’의 의미와 차이가 없다.

隸臣妾으로 1년(을 채우면) 免하여 庶人으로 한다.¹⁸

- (3)-② “葆子の 옥사 안전에 대하여 아직 논란이 끝나지 않은[獄未斷] 상태에서 (葆子가) 타인을 무고한 경우, 그 죄는 ‘當刑爲鬼薪’이지만 刑을 가하지 말고 耐를 행하여 繫城旦 6년에 처한다.” 어떤 경우에 ‘當刑爲鬼薪’이라고 하는가? • ‘當耐爲鬼薪’에 처해진 자가 아직 논란이 끝나기 전[未斷]에 當刑隸臣 및 完城旦의 죄목으로써 타인을 무고한 경우, 이를 ‘當刑鬼薪’이라 한다.¹⁹

(3)-①에서는 죄인의 옥이 이미 완결된 경우 ‘당(當)완위성단용’이 아닌 ‘완위성단용’으로 표기함을 보여 준다. (3)-②에서는 ‘당내위귀신’의 ‘죄목’을 받고 나서 집행이 이루어지는 단계 이전에 추가 범죄를 저지르면 당형귀신으로 처리한다고 규정한다. 두 사례 모두 ‘當+처벌’과 실제 신분으로 변하는 과정 사이의 단계가 있음을 보여준다.²⁰ 재판 중에 있는 ‘죄인’은 집행이 완결(行)되었을 때²¹ 비로소 ‘성단용’(城旦舂) 등으로 신분이 변한다. ‘죄인’에 대한 ‘처벌’이 내위예신첩이나 완·경성단용, 귀신백찬 등인 것이다. 여타 기록을 보더라도 예신첩, 성단용과 같은 ‘이미 치옥이 완료되어 처벌을 받은 자들’은 ‘죄인’이라 부르지 않고 ‘형도’(刑徒), ‘도예’(徒隸)로 지칭

18 『漢書』卷23「刑法志」, p. 1099. “罪人獄已決, 完爲城旦舂, 滿三歲爲鬼薪白粲. 鬼薪白粲一歲, 爲隸臣妾. 隸臣妾一歲, 免爲庶人.”

19 陳偉 主編(2014), 『秦簡牘合集1卷(上): 睡虎地秦墓簡牘』, 武漢: 武漢大學出版社(이하 『수호지진간』으로 약칭)「法律答問」, 簡111-112. “葆子獄未斷而誣告人, 其罪當刑鬼薪, 勿刑, 行其耐, 有(又)繫城旦六歲. 可(何)謂‘當刑爲鬼薪’? • 當耐爲鬼薪未斷, 以當刑隸臣及完城旦誣告人, 是謂‘當刑鬼薪’.”

20 성단용, 예신첩, 사구는 엄밀하게 말하면 ‘노역형’에 해당하지만 본고에서는 편의상 ‘신분’으로 표현하기도 하였다.

21 治獄 절차에서 처벌이 정해진 이후 집행되는 절차는 ‘行’으로 표현된다[방윤미(2020), 「秦漢시대 治獄 절차와 시점: 論·決·斷을 중심으로」, 『중국고중세사연구』 57, 중국고중세사학회. pp. 86-87].

한다. ‘사죄인’(死罪人)은 ‘사형을 받은 자’가 아니라 ‘사형에 처해야 하지만, 아직 처결되지 않은 자’인 것처럼 말이다. 이처럼 ‘죄’와 ‘처벌’은 구분된다. 그러나 당시에 ‘살인죄’, ‘상해죄’처럼 죄목만을 명기하지 않고 ‘성단용죄’, ‘예신첩죄’ 등 ‘벌’에 해당하는 것을 ‘죄’와 함께 표기했기에 쉽게 혼동된다.

(4)-① 다시 사건을 살펴보니 다음과 같다. “市는 田과 和奸한 것을 인정하였고 隸臣인 毋智가 현장에서 잡았다. 田은 불복했으나 市와 毋智의 진술을 달리 해명할 수 없다. 그 재심청구는 ‘不審’에 해당한다.” 田은 그대의 縣에 계류되었다. (그를) 繫城旦 12년에 처해야 하나(當繫城旦12歲) 己巳 사면령이 있었다. 田을 사면해 (죄를) 없애주고 다시 隸臣으로 돌아가게 하라.²²

이 사례는 이미 예신인 자의 사면에 관한 재판기록이다. 예신 전(田)이 화간(和奸)을 저지르고 재심청구를 했다가 기각되어 계성단(繫城旦)12세(歲)에 처해졌는데, 마침 사면령이 내려졌다. 전의 죄는 사면되었는데 사면 후 전은 다시 예신으로 복귀하였다. 전이 사면을 받고도 다시 예신이 되었다는 사실은 신분이 이미 도예로 바뀐 자들은 사면의 대상에 포함시키지 않았음을 보여 주는 결정적 증거다. 만약 모든 ‘범죄자’가 사면으로써 방면될 수 있었다면 전 역시 서인이 되어야 했겠지만, 전은 그저 현재 ‘미집행’된 계성단12세만을 제거받았다.

한편 『논형』(論衡)에서는 사면령에 대해 “사면령이 장차 이르면 가두어진 곳의 자물쇠가 움직이고, 옥중인(獄中人)이 밖으로 나갈 수 있게 된다”²³

22 朱漢民·陳松長 主編(2013), 『嶽麓書院藏秦簡(參)』, 上海: 上海辭書出版社(이하 『악록진간(3)』으로 약칭) 「奏讞書」 案例12, 簡 206-207. “●覆之: 市仁(認)與田和奸, 隸臣毋智捕校上, 田不服, 而毋(無)以解市·毋智言. 其乞鞫不審, 田繫于縣. 當繫城旦十二歲, 逕己巳赦. 其赦除田, 復爲隸臣.”

23 『論衡』 “赦令將至, 繫室籥動, 獄中人當出, 故其感應令籥動也.”

라고 설명하는데, 역시 사면의 대상으로 ‘논단(論斷)이 끝나지 않은 자’에 한정한다. ‘옥중(獄中)은 재판이 진행 중인 상태이며 ‘자물쇠가 움직여 옥중인이 나오는 것’은 구류자를 석방함을 의미한다. 이미 판결을 받고 옥(獄)이 완결된 예속민들은 ‘옥중인’이라고 표현하지 않는다. 옥(獄)은 안건이 접수되어 재판이 열리고 해당자가 처벌을 받는 것(行)까지 포함한다. 만약 어떤 사람이 당(當)경성단(黥城旦)으로 판결이 나면 ‘경(黥)하여 성단(城旦)이 되는 시점까지가 재판의 완료다.

처벌이 집행되지 않은 ‘죄인’을 지칭하는 용어가 또 있다. 바로 ‘수(囚)이다.²⁴ 엄밀히 말하자면 ‘수’는 죄인이 갇혀 있는 공간을 의미하지만, 그 자체로 죄인을 가리키는 용어로 사용되기도 하였다. 『논형』에서 언급한 ‘옥중인’의 용법과도 상통한다.

(5)-① 獄을 논(論)함에 무엇을 “不直”이라 하고, 무엇을 “縱囚”라 하는가?

罪가 중한 처벌에 해당하는데 고의로 가볍게 하거나 가벼운 처벌에 해당하는데 고의로 무겁게 하면 이를 “不直”이라 한다. 論해야 하는데 고의로 論하지 않거나 獄을 가벼이 여겨 고의로 처벌 기준에 이르지 않게 해 (범법자를) 나가게 하면 “縱囚”라고 한다.²⁵

(5)-② (光武帝 29年) 여름 4월 乙丑일, 詔令을 내려 天下의 구금된 자[繫囚] 중 수사 殊死 이하의 (죄인)인 자 및 徒는 각 본 죄에서 1등 감하고 나머지 贖罪의 노역은 각각 차등을 두게 하였다.²⁶

24 囚는 범죄자가 붙잡혀 구치소에 있는 경우에 한정한다. 죄인은 체포되지 않은 범죄자를 포함하므로 더 넓은 범위에서 사용이 가능하다. 사면은 옥중의 사람과 체포되지 않은 사람 모두를 포함하므로 양자를 포괄적으로 표현할 때 죄인이 더 적절한 용어라 할 수 있다.

25 『수호지간간』 「法律答問」, 簡93. “論獄(何)謂‘不直’? 何謂‘縱囚’? 罪當重而端輕之, 當輕而端重之, 是謂‘不直’. 當論而端弗論, 及傷其獄, 端令不致, 論出之, 是謂‘縱囚’.”

26 『後漢書』 卷1下 「光武帝本紀」, p. 80. “夏四月乙丑, 詔令天下繫囚自殊死已下及徒各減本

‘수’는 이미 도예가 된 자들과는 구분되어 사용하였다. 위의 (5)-① 「법률답문」에서 ‘중수(縱囚)는 재판 중인 자를 본래 받아야 할 처벌보다 가볍게 처벌하는 것을 말하는데 도예는 해당되지 않는다. (5)-②의 사면 반포 기록은 그러한 사실이 더욱 잘 드러난다. 지금까지 논증한 바와는 달리 여기에서는 도(徒)가 사면의 대상에 포함된다. 후한 시대의 사료라는 시대적 변화와 유관하며, 이에 대해서는 후술할 예정이다. 일단 사면의 대상이 천하(天下)의 ‘계수자수사(繫囚自殊死)이하’ 및 ‘도(徒)라고 명시한 부분에 주목하자. ‘수’와 ‘도’는 접속사 ‘급(及)으로 엮여있어 양자가 다른 범주의 사람임을 알 수 있고,²⁷ ‘수’ 혹은 ‘옥중인(獄中人)에 결코 형도가 포함되지 않았음이 누차 확인된다. 정리하자면 재판이 완결된 자들과 ‘죄인’은 구분되며, 사면의 대상은 재판과정에서 처벌이 집행되기 전 구류되어 있는 자들에 한정하는 것이 기본 원칙이다. 도예는 주로 재판의 과정을 거쳐 범법자에 대한 ‘사회적 인간의 속성’을 제거하고 관에 복속시키는 절차를 진행함으로써 생산되었다. 죄인을 사면하는 것은 도예가 되기 전, 그 죄를 사면해주는 것이고 국가는 사면을 통해 범죄를 저지른 자들이지만 관의 노동력으로 흡수되지 않게끔 그 수량을 통제하는 것이 가능했다.

한편 사면의 대상이 기본적으로 재판 중에 있는 ‘죄인’이었기에 사면은 옥사(獄事)의 체증, 그리고 많은 수의 ‘수인(囚人)을 일거 해소할 수 있는 효과도 있었다. 진한대(秦漢代) 사법 안건에서 논단(論斷)까지 가지 못하고 적체되어 있는 사례들을 어렵지 않게 볼 수 있다. 재판은 주로 현(縣)에서 이루어지지만 상급기관에 보고해야 했고, 상급기관에서는 재판에서 잘못된 판결이 있으면 담당 관리(官吏)를 처벌했다. 이 때문에 옥사는 신중하게 진행되었고 복잡한 행정처리 과정을 거쳐야 했다. 안건과 관련된 증인들을 모두 모으고, 그들을 각각 심문하여 진술서를 확보하고, 심리(審理)하여 판결

罪一等，其餘贖罪輸作各有差。”

27 김병준(2018), 「표지로서의 허사: 秦漢시기 법률 속 ‘及’의 어법적 기능」, 『중국고중세사연구』 48.

해야 했다. 그런데도 의혹이 있으면 상급기관에 물어보는데, 상급기관에서도 미심쩍은 부분이 있다면 재조사를 하기도 하였다. 정확한 판단을 위해 판결을 유보하는 사례도 많다. 이러한 엄격한 재판 진행은 오류를 줄이고 율령을 준수하여 판결하기 위함이었겠지만 신속한 범 집행을 저해하는 요소가 되기도 하였다. 옥사를 더디게 진행하여 상급기관으로부터 재촉을 받는 경우도 많았다.

(6)-① 甲이 소를 훔쳤는데, 소를 훔칠 당시 甲의 신장은 6척이었고, 1년 동안 구금한 후 다시 키를 측정하니 6척 7촌이었다. 감을 어떻게 논죄해야 하는가? 완성단에 해당한다.²⁸

(6)-② 그 獄이 …오랫동안 지체하였는데 상황은 어떠한지 바로 보고하고 지체하지 말라.²⁹

(6)-③ 지금 郡國에서 刑을 받고 죽은 자가 매년 수만이고, 천하의 獄事는 2천여 건입니다. 원통하게 죽은 자가 많고 적음이 서로 뒤섞이고 獄은 한 사람도 줄어들지 않으니 이것이 氣의 (흐름이) 윤택하지 않은 까닭입니다.³⁰

(6)-①과 같이 수인으로 1년 이상 계류되어 옥사가 장기간 완료되지

28 『수호지진간』 「法律答問」, 簡6. “甲盜牛, 盜牛時高六尺, 鬻(鬻)一歲, 復丈, 高六尺七寸, 問甲可(何)論? 當完城旦.”

29 陳偉 主編(2018), 『里耶秦簡牘校釋(第2卷)』, 武昌: 武漢大學出版社(이하 『이야진간(2)』로 약칭), 簡 9-472+1416; 簡9-472+1416. “[朔]朔甲寅, 廬江段(假)卒史適宜[]…遷陵書到亟日夜具寫其 []舍適等治所, 毋有所脫. 其[罪][]若未決者, 勿庸決, 而署其獄 [] [], 弗言, 令覆者(諸)久留事狀何如, 其亟言勿留. 它如前書. /書一封.”

30 『漢書』卷23 「刑法志」, p. 1109. “今郡國被刑而死者歲以萬數, 天下獄二千餘所, 其寃死者多少相覆, 獄不減一人, 此和氣所以未洽者也.”

않은 사례도 종종 찾을 수 있다. (6)-③에서 언급한 ‘천하옥사 2천여 건’은 정확한 수치라고 볼 수 없고 과장되었을 가능성도 있다. 다만 전체 논조가 ‘옥사가 지나치게 많다’를 강조하고 있어 당시 과다한 옥사에 대한 문제의식이 존재했음을 보여 준다. 지체된 옥사는 행정적으로도, 비용적으로도 비효율적인 수밖에 없다. 사면을 통해 적체된 옥사를 해결할 수 있었으며 도예의 진입을 막는 방법으로 그 수량을 조절하여 경제적 효과를 이중으로 가져갈 수 있었을 것이다. 사면의 효력은 범죄 사실이 발각되지 않은 자들에게까지 미쳤으므로, 행정력을 절약하는 데도 유효했다.³¹ 정리하자면 사면은 일반적으로 처결이 완료되기 이전의 죄인에 한정되었다. 따라서 사면의 효력은 옥사의 적체 해소와 구금된 죄인의 해방, 즉 ‘재판’ 과정과 관련한 것이었고, 재판이 끝난 뒤의 도예 감소는 해당되지 않았다.

3. 도예(徒隸) 사면으로의 확대

앞서 살펴봤듯이 기본적으로 사면의 대상이 ‘처결[行] 이전의 죄인(罪人)’이라면, 사면은 전체 관부에 속한 도예를 해방하여 그 수를 축소시켰다. 그렇다면 이미 재판이 완료되어 신분이 변한 사람들의 경우는 어떠할까? 기존 연구에서 언급하는 도예 사면은 없었던 것인가? 결론부터 말하자면 육형(肉刑)이 폐지되어 도예의 유기화(有期化)가 진행되었던 한문제(漢文帝) 13년의 형법개혁 이후에는 확실히 도예도 사면의 대상에 포함되었다. 특별한 경우를 제외하면 종신 노역해야 하는 무기(無期) 도예가 일반적이었던 이전과는 달리 일정 기한 노역하면 다시 서인이 되는 유기 도예는 앞에 인

31 胡平生·張德芳 編撰(2001), 『敦煌懸泉漢簡釋粹』, 上海: 上海古籍出版社, pp. 15-16. “當徒邊未行、行未到若亡勿徒、赦前有罪、後發覺勿治。奏當當上勿上、其當出入其□□□在所縣爲傳、疑者讞廷尉、它如律令。丞相禦史分行詔書、爲駕各…”

용한 (5)-②의 사례와 같이 사면을 받았다.

물론 대사면으로 모든 도예가 일괄 방면되었던 것은 아니다. 진한제국의 운영은 관부 소속 도예 노동력이 주축이었던 상황을 고려하면 도예를 일시에 방면하는 행위는 상식적으로 불가능하다. 국가가 필요한 노동력의 확보라는 현실적인 문제가 발생하기 때문이다. 주지하듯 중국 고대 사회에서는 토목공사나 관부의 온갖 잡무를 담당하는 인력을 도예로 충당하였고, 요역의 명목으로 일반 민(民)을 동원하면서도 최대한 도예를 우선 동원하여 민의 불필요한 사역을 피하였다.³² 도예는 각 관부에 배속되어 노동력을 제공하였고 국가는 작업량을 치밀하게 계산하여 필요한 인원을 투입하였다.³³ 복무할 인원의 수를 일정하게 유지해야 했으므로, 인원이 부족해지면 담당 관리는 반드시 상급 기관에 보고하여 충원해야만 했다.³⁴ 이처럼 국가 행정과 예속민 노동은 불가분한 관계였기에 사면을 통해 도예가 서인이 될 수 있다고 하더라도 결코 일괄 방면하는 일은 없었을 터이다. 사면령 반포를 기점으로 당시의 도예를 방출할 때 생길 각종 사회적 문제에 대한 대응책이 수반되어야 한다.

한문제 13년 이후에는 ‘복작’(復作)이 그 방법이었다고 할 수 있다. 복작이란 도예가 사면을 받은 뒤 형구와 도예가 입는 복장을 하지 않고 서인(庶人)의 신분이 되어 본래 채워야 하는 남은 형기 동안 노동력을 제공하는 것

32 『이야진간(2)』 簡9-2283. “今洞庭兵輸內史及巴、南郡、蒼梧，輸甲兵當傳者多，節傳之，必先悉行乘城卒、隸臣妾、城旦舂、鬼薪白粲、居貲贖責(債)、司寇、隱官、踐更縣者。田時殿(也)，不欲興黔首。”

33 이성규(2010), 「計數화된 인간: 古代中國의 稅役의 기초와 기준」, 『中國古中世史研究』 24, pp. 40-41.

34 陳偉 主編, 何有祖·魯家亮·凡國棟 撰著(2012), 『里耶秦簡校釋(第1卷)』, 武漢: 武漢大學出版社(이하 『이야진간(1)』로 약칭), 簡8-757+8-758-8-759. “... 徒少及毋徒, 薄(簿)移治虜禦史, 禦史以均予。今遷陵廿五年爲縣, 廿九年田廿六年盡廿八年當田, 司空厭等失弗令田。弗令田即有徒而弗令田且徒少不傳於奏。及蒼梧爲郡九歲乃往歲田。厭失, 當坐論, 卽如前書律令。/七月甲子朔癸酉, 洞庭假守繹追遷陵。/歇手。•以沅陽印行事。”

이다.³⁵ 육형 폐지 이후 유기 도예에 대한 복작 기록은 문헌에서도 출토사료에서도 ‘도복작’(徒復作), ‘현도, 복작’(見徒, 復作), ‘면도, 복작’(免徒, 復作)과 같은 용례를 찾을 수 있다. 한문제의 형법개혁은 관부노동력을 적극적으로 방출할 수 있는 기제가 되었음에도 여전히 관부에서 작업할 최소 노동력을 확보해야 하는 것이 얼마나 중요했는지 복작 시행을 통해 확인할 수 있다.

(7)-① 居延復作大男王建³⁶

(7)-② 赦天下, 毋有復作³⁷

그러나 여기서 문제는 과연 육형이 폐지되기 전에도, 혹은 진대(秦代)에도 이러한 복작을 통해 도예를 사면했는가 하는 것이다. 기요시 미야케(宮宅潔)는 진한대 도예의 사면은 빈번히 일어났고 노동력 방출의 수단으로 활용되었다고 하면서 그 근거로 ‘복작의 시행’을 들었다. 그는 비록 ‘복작’의 용어는 한혜제(漢惠帝) 4년 이전의 기록에서는 볼 수 없지만, 복작과 유사한 노동의 형태가 이전에도 있었음을 강조하였다. 동시에 이것이 진대의 도예 사면의 증거라고 주장하였다.³⁸ 만약 그의 주장대로 진대에도 도예가 복작을 했다면 사면의 대상에 도예가 포함되었다고 이해할 가능성도 있다. 하지만 필자는 앞 장에서 일반적으로 사면이 ‘죄인’을 대상으로 한다고 논증했

35 복작에 대해 『漢書』 「宣帝紀」, “使女徒復作淮陽趙徵卿、渭城胡組更乳養”條 중 注는 다음과 같다. ① 경죄를 저지른 남자는 守邊 1세를 가고 여자는 연약하여 官에서 작업하였기에 복작은 여성형도를 말한다(李奇). ② 사면령을 받아 형구와 도예 복장을 벗고, 관부에서 노역하는 것이 복작이다(孟康). 顏師古는 孟康의 설이 옳다고 하였다. 근래 출토자료에 “居延復作大男王建”(『居延漢簡釋文合校』: 764: 합37.33) 등 남자 復作 사례가 다수 발견됨에 따라 孟康注가 復作의 성격에 더 가깝다고 할 수 있다.

36 謝桂華·李均明·朱國韶(1987), 『居延漢簡釋文合校』, 北京: 文物出版社, 簡764: 합37.33.

37 『史記』 卷28 「封禪書」, p. 1400.

38 宮宅潔(2011), 『中國古代刑制史の研究』, 京都: 京都大學學術出版會, p. 193.

는데, 이는 기요시 미야케의 주장과 배치된다. 과연 진한대 모든 시기의 도예들이 사면의 대상이였는가? 이 문제를 해결하기 위해서는 복작이 진대에도 행해졌는지 기요시 미야케의 논거를 검토해 볼 필요가 있다. 따라서 이번 장에서는 복작의 시행과 관련한 기록을 중점적으로 살핍으로써 도예의 사면 여부를 밝혀보겠다. 이하 기요시 미야케가 복작으로 간주한 기록들이다.

(8)-① 佐弋의 隸臣·湯家臣이 士伍로 免되어 佐弋에 속하였는데 도망한 경우, 그를 논죄함에 寺車府(의 경우)에 比附한다. 內官·中官의 隸臣妾·白粲이 功 및 勞로써 士伍·庶人·工·工隸隱官로 免되어 內官·中官에 다시 속하게 된 경우, 혹 도망하여...³⁹

(8)-② 寺車府·少府·中府·中車府·秦官·御府·特庫·私官의 隸臣을 士伍·隱官으로 免하거나 (동일 관부의) 隸妾을 巧나 勞로써 庶人으로 免하였는데 (그들이) 다시 그 官에 소속된 경우, 도망한 지 만 3개월 이상이 되어 잡히거나 자진 출두[自出]하면 耐隸臣妾으로 처벌한다. 도망한 지 만 3개월이 안 되어 잡히거나 자진 출두하면 笞50으로만 처벌한다. 도망한 지 만 3개월이 안 된 경우 그 일수를 기록하고, 이후에 다시 도망하면 그 일수를 합산해서, (총합이) 만 3개월 이상이 되어 잡히거나 자진 출두하면 또한 耐隸臣妾으로 처벌한다. (이상의 경우) 모두 그 官에 돌려보낸다.⁴⁰

39 陳松長 主編(2015), 『嶽麓書院藏秦簡(肆)』, 上海: 上海辭書出版社(이하 『악록진간(4)』로 약칭) 簡7-8. “佐弋隸臣, 免爲士伍(伍), 屬佐弋而亡者, 論之, 比寺車府. 內官、中官隸臣妾、白粲以巧及勞免爲士伍(伍)、庶人、工、工隸隱官而復屬內官、中官者, 其或亡.”

40 『악록진간(4)』, 簡33-36. “寺車府、少府、中府、中車府、秦官、禦府、特庫、私官隸臣免爲士伍(伍)、隱官及隸妾巧及勞免爲庶人, 復屬其官者, 其或亡盈三月以上而得及自出, 耐以爲隸臣妾, 亡不盈三月以下而得及自出, 笞五十, 籍亡不盈三月者日數, 後復亡, 輒數盈三月以上得及自出, 亦耐以爲隸臣妾, 皆復付其官.”

(8)-③ 율문에서 말하길, “죄인을 감시·통솔하던 중에 죄인이 도망하였는데, 감시자 자신 또는 그의 친지가 알고서 도망자를 체포하였다면, (감시자의) 죄를 제거해 없애 준다. 이미 刑을 받았다면 隱官에 처한다.” • 무슨 죄가 隱官에 처해지는가? • 群盜를 저지른 자가 사면을 받아 서인이 되었는데, 刑罪 이상을 저질러 형구를 찬 囚人을 인솔하다가 (囚人이) 도망하면 옛 죄로써 논처해 斬左止하여 城旦이 되게 한다. 그 후 그 도망자를 직접 체포하였으면 이것을 “隱官에 처한다”라고 한다. • 다른 죄 중 군도에 비견하는 경우 모두 이처럼 처리한다.⁴¹

(8)-④ 노비가 선량한 일을 하여 주인이 방면하고자 하는 경우 이를 허락한다. 奴는 私屬으로 삼고, 婢는 庶人으로 하며, 모두 다시 부리고 요역·산부는 노비와 같게 한다. 주인이 죽거나 죄가 있으면 사속은 서인으로 삼되, 刑者는 은관으로 삼는다.⁴²

이제 순서대로 복작의 증거로서 타당한지 검토해보자. 우선 (8)-①과 ②는 특정 관 소속의 도예가 공로(功勞)로써 면(免)되었다라도 본래 소속했던 관에 복귀하도록 한 규정이다. 기요시 미야케의 의견처럼 서인으로 방면된 상태에서 관에 노동력을 제공하는 도예가 있음은 확인이 된다. 그러나 각각 ‘좌익예신·탕가신’(佐弋隸臣·湯家臣), ‘시거부·소부’(寺車府·少府) 등으로 복귀하는 관의 종류를 나열한다는 것은 오히려 ‘모든’ 도예가 복귀하는 것이 아니라, 특정 관에 한정되어 있음을 의미한다. 게다가 사면이 아닌

41 『수호지전간』 「法律答問」, 簡125-126. “將司人而亡, 能自捕及親所知爲捕, 除無罪; 已刑者處隱官.” • 何罪得“處隱官”? • 群盜赦爲庶人, 將盜械囚刑罪以上, 亡, 以故罪論, 斬左止爲城旦, 後自捕所亡, 是謂“處隱官”. • 它罪比群盜者皆如此.”

42 『이년율령』 「亡律」, 簡162-163, p.155. “奴婢爲善而主欲免者, 許之, 奴命曰私屬, 婢爲庶人, 皆復使及筭(算)事之如奴婢. 主死若有罪, 以私屬爲庶人, 刑者以爲隱官. 所免不善, 身免者得復入奴婢之. 其亡, 有它罪, 以奴婢律論之.”

‘공로’로써 면속될 수 있다는 규정은 일반 관부에 소속된 도예에게 해당한다고 보기 어렵다. 진대 도예가 ‘무기’였다는 대전제가 바뀌지 않는 이상, 일반 도예가 연차에 따라 ‘공로’를 받는 것은 불가능하다. 위와 같은 관에서 복무한 특수한 도예의 경우 그 노동력을 확보할 필요가 있으므로 서인(이상)으로 신분이 바뀌어도 여전히 관에 소속시켰다고 이해하는 편이 더 자연스럽다. 따라서 이 두 사례로는 일반 도예가 복작을 했다는 증거로 삼기에 충분하지 않다.

(8)-③은 군도죄를 저지르고 사면을 받아 서인이 되어 수인(囚人)을 감독하는 상황이 담겨 있어 미야케는 이것을 복작이라고 이해했다. 그러나 복작이라고 단정할 직접적인 증거는 없다. 군도죄는 진율(秦律)에서 극형인 요참(腰斬)에 처하는 죄이다. 수인 감독 혹은 성단용 감독의 신분은 사구(司寇)라서, 신분형 중의 가장 낮은 처벌인 사구 업무를 요참형에 상당하는 중범죄자에게 맡기는 것이 ‘본래 노동을 이어서 하는’ 복작의 의미에서 벗어난다. 다만 어떠한 경위로 사면 후 수인 인솔 업무를 하게 되었는지는 현재로서 합리적으로 설명하기 어렵다.

(8)-④는 사노비가 면(免)되면 남자 노비는 ‘사속’(私屬)의 신분으로 노비와 동일한 노동을 하는 규정이다. 미요시 미야케는 관(官)·민(民)의 제도가 유사하고, ‘사속’은 복작의 성격과 유사하므로, 이 규정을 진대 복작 시행의 방증으로 삼았다. 하지만 관련 조항이 추가적으로 나오지 않는 이상, 사속 만으로 ‘사면 후 복작’의 증거로 단정할 수 있을까?

이처럼 진대 복작의 존재하였느냐에 대한 질문에서 상기한 사례들을 가지고 그것을 입증하기에는 부족하다고 할 수 있다. 또한 그 외 두 가지 이유에서 진대 복작 시행의 가능성은 낮다. (1) 한혜제 4년의 ‘복작’ 기록을 제외하면 문헌과 출토사료에서 모두 복작에 대한 기록을 찾을 수 없다. 만약 사면 이후 도예가 모두 방면되어 복작을 했다고 가정하면, 다수의 자료에서 복작자(復作者) 기록이 빈출해야 자연스럽다. 하지만 현재까지 한혜제 이전의 기록에서 직접적으로 복작에 관한 기록을 찾아볼 수 없다. (2) 또한

복작이 남은 형기를 신분이 서인(庶人)으로 회복된 상태에서 노동만 부과되는 것이라면, 형법 개혁 이전의 무기 도예는 ‘잔여 형기’라는 것이 없으므로 신분을 서인으로 변경한다고 해도 평생 노역을 하게 된다는 점에서 논리적으로도 어색하다. 앞서 지적한 대로 복작의 형태로 관부의 노동을 하는 자들이 많았다면, 이야진간(里耶秦簡) 등의 관부 문서에 등장하지 않았을 리 없다. 오히려 ‘계…세’(繫…歲)의 추가노동이 후대의 복작과 비슷하다고 볼 수 있지만, 이것도 기존의 신분 그대로 유지된 채 별도의 노역을 하는 형태라서 복작과는 다르다. 따라서 필자는 진한대 전 시기에 걸쳐 도예 사면이 행해졌다는 기요시 미야케의 주장에 동의하지 않는다. 그렇다면 무기 도예의 경우에는 사면의 대상에서 제외되었는가? 해당 질문의 실마리는 ‘시점’에 있다고 생각한다. 전적으로 기록에 의지하면 도예가 포함된 사면의 사례는 진이세황제(秦二世皇帝)의 대사령(大赦令)이 처음이다. 그 이전 시기에 도예가 사면으로써 서인이 된 경우는 찾을 수 없다. 작의 반납으로써 도예를 속면하는 것은 율령으로도 보장해주었지만, 이는 등가교환에 해당한다. 불특정 다수의 도예가 그 대상이 되지 않았다. 그러나 진이세황제 2년에는 이전과는 다르게 사면에 도예가 포함되어 그 대상이 확대됨을 확인할 수 있다. 진이세황제의 대사령 기록에서도 ‘사도예’(赦徒隸) 등 직접적으로 도예 사면을 표현하지는 않는다. 아래의 (9)에서는 대사령을 주청한 장한(章邯)의 발언으로써 진이세황제가 대사령을 내리게 된 경위와 목적을 짐작할 수 있는데, 사면의 대상이 분명하게 드러나지는 않더라도 “여산 도(徒)가 많으니 사면하여 병력으로 활용하자”고 한 뒤 사면령이 하달되었으므로 정황상 대사면 대상에 도예가 포함되었다고 보아야 한다.

- (9) (秦二世皇帝) 2년 겨울, 陳涉이 보낸 周章 등은 장차 서쪽으로 戲 땅에 이르니 병사는 수십 만이었다. 이세황제는 크게 놀라 군신과 의논하여 말하길, “어찌해야 하는가?” 少府의 章邯이 말하였다. “도적은 이미 다 다랐고 병력이 강성하니, 지금 가까운 縣에서 (병사를) 징발해도 부족

합니다. 酈山의 徒가 많으니, 청컨대 그들을 사면하여 병기를 주어 (도적을) 치게 하십시오.” 이세황제는 이에 ‘大赦天下’하고 章邯이 이끌게 하여 周章의 군대를 격파하고 달아나게 하여 마침내 주장을 曹陽에서 죽였다.”⁴³

그러면 확인되는 바에 따르면 진이세황제 2년이 되어야 도예 사면이 시행되었다는 것인데, 흥미로운 점은 이때의 사면이 중국 최초의 ‘대사천하’(大赦天下) 기록이라는 것이다. 진시황이 전국을 통일하기 이전에는 당연히 천하를 범위로 하는 법령이 시행될 수 없었다. 진시황의 치세에는 ‘천하’를 사면할 수 있는 조건인 ‘전국 통일’이 마련되었지만, 그가 ‘대사천하’를 시행하였다는 기록은 없다. 『사기』 진시황 26년조에는 ‘오랫동안 사면을 내리지 않았다고’⁴⁴라고 기록되어 있으나, 출토자료인 『악록진간(3)』의 안례 13번 〈성·창지도분장안〉(猩·敞知盜分贓案)에서 진시황 23년의 사면 기록이 발견되어, 기존에 알려진 바와는 달리 진시황 치세에도 사면이 행해졌던 사실이 드러났다.⁴⁵ 그러나 이 사례는 시기적으로 통일 이전의 것이며 ‘대사천하’로 볼 수 있는 근거가 없다. 게다가 〈성·창지도분장안〉 내에서 사면을 받은 자들도 각각 ‘당경성단’(當黥城旦)과 ‘당내귀신’(當耐鬼薪)에 해당하는 ‘죄인’이므로 도예 사면과는 무관하다.⁴⁶ 따라서 ‘대사천하’를 처음 시행

43 『史記』 卷6 「秦始皇本紀」, p. 270. “二年冬, 陳涉所遣周章等將西至戲, 兵數十萬. 二世大驚, 與羣臣謀曰, ‘奈何?’ 少府章邯曰, ‘盜已至, 眾彊, 今發近縣不及矣. 酈山徒多, 請赦之, 授兵以擊之.’ 二世乃大赦天下, 使章邯將, 擊破周章軍而走, 遂殺章曹陽.”

44 『史記』 卷6 「秦始皇本紀」, p. 238. “剛毅戾深, 事皆決於法, 刻削仁之恩和義, 然後合五德之數. 於是急法, 久者不赦.”

45 이와 관련해서는 여러 연구자가 이미 지적한 바 있다[김동오(2016), 「秦帝國 縣의 徒隸 운용」, 『중국고중세사연구』 40, pp. 12-13.; 이주현(2020), 「秦·漢 시기 國有 人力 유지의 재정적 부담과 그 영향: 도예 노동과 고용 노동의 비용 지출을 중심으로」, 『중국고중세사연구』 56, p. 88 등].

46 『악록진간(3)』 簡60-61. “●鞠之: ‘達等塚冢, 不與猩·敞謀, 【得】衣器告; 猩·敞受分, 贓(贓)過六百六十錢. 得. 猩當黥城旦, 敞耐鬼薪. 遷戊午赦(赦).’ 審. 江陵守惑·丞暨·史同論

한 시기는 바로 이세황제 2년이고, 그 이전과는 다른 사면의 효력을 가졌을 가능성을 염두에 두어야 한다.

진이세황제의 천하 대사면령에 도예가 포함된 것은 아마 진제국에 반기를 든 반란군이 각지에서 진격하고 있는 위기 상황에서 부득이하게 내린 조치였기 때문일 것이다. 다만 여산릉 공사의 마무리 단계에서 도예를 사면 하면 잉여 인력의 감축이란 측면에서도 유효하기에 이후 도예 사면으로 이어질 수 있었다고 본다. 통일 후 도예의 과부족 상황을 정확히 알 수는 없어도 한초까지 여러 차례 사면이 행해진 점을 고려하면, 국가에서 도예 방출이 필요한 시점에 도달했다고 보인다. 이제 죄인만을 사면하던 소극적 방식의 사면이 아닌 ‘적극적’ 관노동력 방출의 기제로 사면이 활용되었음을 의미한다.

한혜제 4년에는 ‘무소복작’(無所復作)의 사례가 등장하므로 진이세황제와 한혜제 4년 그사이에는 복작이 생겨났음을 알 수 있다.⁴⁷ 진이세황제의 대사면 이후 도예로까지 사면의 대상이 확대되었고 진(秦)의 멸망부터 한초(漢初)까지 불안정한 사회 분위기가 이어짐에 따라 자주 사면령이 반포되었지만, 한편으로 노동력 방비 문제에 대응할 필요가 있었다. 이것을 다시 해결하는 과정에서 복작이 시행되었던 것으로 추측한다. 미결수(未決囚)만을 대상으로 하던 사면의 범위에 도예가 포함된 이후부터 형법개혁의 유기(有期) 도예화까지, 그 과도기에 관부노동력을 유지하면서도 예속민을 방출하는 최소한의 장치로 복작이 활용되었던 것이다. 그러나 진이세황제의 대사면과 한문제 13년의 형제개혁 사이, 무기 도예의 복작 시행은 ‘급한 대로’ 조치한 미봉책에 불과하다. 복작의 성격과 운영원리와 어울리지 않기 때문에 무기 도예의 원칙을 버리지 않는 한 사면은 일관성 있게 작동할 수 없다. 결국 이러한 미봉책이 아닌 대대적인 법률 정비가 필요했고 한문제 육

赦(赦)猩·敵爲庶人。達等令(?)別(?)論。敢獻(讞)之。”

47 『史記』卷22「漢興以來將相名臣年表」, p. 1123. “三月甲子, 赦, 無所復作.”

형폐지를 기다릴 수밖에 없었다.

4. 형인(刑人)의 배제와 육형폐지

지금까지 검토한 바를 정리하자면 처결 이전까지의 죄인에 한정된 사면의 대상이 진이세황제의 ‘대사천하’ 이후 부득이 도예를 포함하는 것으로 확대되었다. 도예 사면이 가능해지면서 최소한의 도예 노동력을 확보하기 위한 장치로 복작이 시행되었지만 무기형도의 복작이라는 모순이 여전히 남아 있었고, 이는 한문제 13년 형법개혁으로 귀결되었다. 그러나 또 하나 해결해야 할 문제가 있었다. 바로 도예의 층차에 따른 사면의 불균형 문제다.

도예는 육형의 여부와 노역형의 종류에 따라 여러 층차로 나뉜다. 도예는 그 층차와 무관하게 사면이 되는가? 미결수의 사면은 죄의 경중에 상관 없이 이루어진다. 아직 신분이 변하기 전이므로 특별히 사면 불가자로 지정되지 않는 한 그 죄는 면해질 수 있다. 하지만 도예의 경우는 다르다. 이미 처결이 완료된 자들이므로 사면이 되면 신분을 변경해야 하는 추가적인 조치가 필요하다는 점에서 그렇다. 특히나 육형 여부로 넘어가면 문제는 더 두드러진다. 후술할 사례들을 보면 육형을 받은 자와 그렇지 않은 자의 처우는 매우 다르기 때문이다. 그간 이러한 도예 내에서의 사면 적용의 차이는 그다지 주목받지 않았다. 그러나 필자는 이것이 한문제 형법개혁에도 중요한 변수였다고 생각한다. 따라서 이번 장에서는 도예의 층차와 사면 적용 문제를 면밀하게 검토해 보고자 한다.

필자가 우선 흥미롭게 여기는 것은 육형을 받은 ‘형인’(刑人)은 같은 도예라도 ‘비형인’(非刑人)과 구분된다는 점이다. 이것이 사면의 적용 여부와도 관련이 있지 않을까? 아래 (10)은 승상 장창(張蒼)과 어사대부 풍경(馮敬)이 상주하고 한문제가 비준한 형법개혁 조령의 일부이다. 형법개혁을 통해

앞으로의 재판에서 더 이상 무기 도예를 생산할 수 없게 되었고, 기존의 무기 도예는 (10)에서 규정하는 대로 단계적인 방면이 가능해졌다. 그런데 이상한 점은 조령에서 기존 무기 도예의 방면이 육형을 받지 않은 ‘완위성단용’(完爲城旦舂)부터 규정되는 것이다.

- (10) 罪人の獄이 이미 決되었다면 (다음과 같이) 한다. 完爲城旦舂의 경우, 3년을 채우면 鬼薪白粲으로 한다. 鬼薪白粲으로 1년을 채우면 隸臣妾으로 한다. 隸臣妾으로 1년을 채우면 免하여 庶人으로 한다. 隸臣妾의 경우, 2년을 채우면 司寇가 되게 한다. 司寇로 1년을 채우거나 作如司寇 2년을 채우면 免하여 庶人이 되게 한다.⁴⁸

참좌·우지나 궁형, 비형 등 비교적 특수한 육형을 받은 자들이 등장하지 않는 것은 차치하고서도 경위성단용(黥爲城旦舂)을 건너뛴 채 완위성단용이 방면 규정의 맨 앞에 위치하는 것에는 의문이 든다. 만약 이 방면 단계가 ‘성단용-귀신백찬-예신첩-사구’라는 신분 레벨에 의해 정해졌다면 그저 ‘성단용’만을 언급하면 그만이다. 하지만 여기서는 굳이 ‘완’위성단용이라고 명기하였다. 경위성단용 이상의 형인이 비형인과 동일하게 방면되었다면 조령의 작성이 위와 같았을까? 형인에 대한 처우 차이는 여타 기록에서도 보인다.

- (11) 작 2급을 반납함으로써 예신첩인 친부모 1인을 면하고자 하거나 예신이 참수(의 공을 세워) 公士가 되었는데 공사의 (작을) 반납하여 예첩인 옛 처 1인을 면하고자 한다면 허락하고, 면하여 庶人으로 한다. 工隸臣이 참수(의 공을 세우거나) 타인이 참수(의 공)으로써 그를 면해 주

48 『漢書』卷23「刑法志」, p. 1099. “罪人獄已決, 完爲城旦舂, 滿三歲爲鬼薪白粲. 鬼薪白粲一歲, 爲隸臣妾. 隸臣妾一歲, 免爲庶人. 隸臣妾滿二歲, 爲司寇. 司寇一歲, 及作如司寇二歲, 皆免爲庶人.”

는 경우 모두 工이 되게 한다. (신체가) 不完한 경우 隱官工으로 삼는다.⁴⁹

(11)은 작으로써 도예를 속면하는 규정으로, 그 전제는 ‘신체가 불완(不完)하지 않는 것’이다. 법률용어로서 ‘완(完)은 ‘형(刑)과 대비되는 개념이므로 ‘불완’은 육형으로 인해 신체가 훼손된 상태를 말한다. 즉 육형을 받은 자는 속면이 되더라도 서인(庶人)이 아닌 ‘은관(隱官)이 된다는 것이다. 이 밖에도 형(刑)을 받은 자들이 모종의 이유로 방면되어야 할 때 은관에 처한다는 규정을 찾아볼 수 있다.

(12)-① 율문에서 말하길, “죄인을 감시·통솔하던 중에 죄인이 도망하였는데, 감시자 자신 또는 그의 친지가 알고서 도망자를 체포하였다면, (감시자의) 죄를 제거해 없애준다. 이미 刑을 받았다면 隱官에 처한다.” • 무슨 죄가 隱官에 처해지는가? • 群盜를 저지른 자가 사면을 받아 서인이 되었는데, 刑罪 이상을 저질러 형구를 찬 囚人을 인솔하다가 (囚人이) 도망하면 옛 죄로써 논처해 斬左止하여 城旦이 되게 한다. 그 후 그 도망자를 직접 체포하였으면 이것을 “隱官에 처한다”라고 한다. • 다른 죄 중 군도에 비견하는 경우 모두 이처럼 처리한다.⁵⁰

(12)-② 庶人 이상, 司寇·隸臣妾이 성단용, 귀신백찬 이상의 죄가 없는데도, 吏가 고의로 경중을 달리하였거나 실수로 육형을 집행하였다

49 『수호지간간』 「軍爵律」, 簡155-156. “欲歸爵二級以免親父母爲隸臣妾者一人, 及隸臣斬首爲公士, 謁歸公士而免故妻隸妾一人者, 許之, 免以爲庶人. 工隸臣斬首及人爲斬首以免者, 皆令爲工. 其不完者, 以爲隱官工.”

50 『수호지간간』 「法律答問」, 簡125-126. “將司人而亡, 能自捕及親所智(知)爲捕, 除毋(無)罪; 已刑者處隱官.’ • 可(何)罪得‘處隱官’? • 群盜赦爲庶人, 將盜戒(械)囚刑罪以上, 亡, 以故罪論, 斬左止爲城旦, 後自捕所亡, 是謂‘處隱官’.’ • 它罪比群盜者皆如此.”

면, 모두 은관으로 한다.⁵¹

은관은 그 구체적인 성격이 알려져 있지는 않으나, 서인(庶人)과 동등한 계층이 아니었음은 분명하다. 그들에게는 무작자(無爵者)인 서인이 받는 토지·전택의 절반 규모만이 주어졌고,⁵² 노역 차출 측면에서도 차별받았다. 국가에 필요한 노동을 제공하는 자는 관부에 속한 도예들이었고, 그들로도 부족하면 사구·은관 등을 먼저 차출하여 검수는 최대한 동원하지 않게끔 배려하였다.⁵³ 일반 민(民)이 국가로부터 보호받아야 할 존재라면, 은관은 국가의 우선순위에서 그다음으로 밀려 있었기 때문이다.

그렇지만 은관을 도예(徒隸)로 규정할 수 있는지는 의문이다. 은관의 신분이 ‘도예’나 ‘천민’이냐를 가지고 이미 많은 연구가 진행되어왔다. 간단하게 설명하자면, 은관을 도예로 보는 연구자들은 진한(秦漢)시대 간독자료에 은관과 사구가 병렬되는 용례가 많다는 점을 주된 근거로 한다. 은관과 사구는 거의 동급의 신분으로 보이는데, 사구는 ‘내’(耐)를 받은 범죄자이므로 도예에 속하고 은관 역시 마찬가지라는 것이다.⁵⁴ 은관을 천민으로 보는 연구자들은 은관의 내원(來源)을 검토하며 그들이 도예가 아닌 이유를 설명한다. 은관은 본래 형(刑)이 집행된 상태에서 누명을 벗거나 사면을 받는 등 모종의 이유로 형도의 신분에서 벗어난 사람들이므로 은관이 도예라면 다른 종류의 도예로 변경되는 것은 부당하다고 보았다. 『이년율령』 「부율」(傅律)에 은관의 자식은 사오(士伍)가 된다는 점도 은관이 도예가 아니라는 방

51 『이년율령』 「具律」, 簡120-124. “庶人以上, 司寇, 隸臣妾無城旦舂, 鬼薪白粲罪以上, 而吏故爲不直及失刑之, 皆以爲隱官.”

52 『이년율령』 「戶律」, 簡310-313. “上造二頃, 公士一頃半頃, 公卒、士五(伍)、庶人各一頃, 司寇、隱官各五十畝. 不幸死者, 令其後先擇田, 乃行其餘.”

53 『이야진간(2)』, 簡16-5. “...傳送委輸, 必先悉行城旦舂、隸臣妾、居贖贖債; 急事不可留, 乃興繇. 今洞庭兵輸內史及巴、南郡、蒼梧, 輸甲兵當傳者多, 節傳之, 必先悉行乘城卒、隸臣妾、城旦舂、鬼薪白粲、居贖贖債、司寇、隱官、踐更縣者. 田時也, 不欲興黔首.”

54 馬非百(1978), 「雲夢秦簡中所見的曆史新證舉例」, 『鄭州大學學報』2期, p. 67.

증으로 삼았다.⁵⁵ 혹은 사구·은관에게 전택과 전지(田地)가 수여된다는 점이야말로 자유민 신분임을 말해 주는 가장 좋은 증거라고 지적하는 연구도 있다.⁵⁶ 한편 형도와 일반민 양자 사이에 있는 존재, 즉 서인보다는 낮고 형도보다는 높은 계층에 있었던 존재라고 보는 입장도 있다.⁵⁷

이상의 논의와 그 근거를 종합하여 살펴보면 은관은 도예가 아니었다는 설이 더 타당하다고 판단된다. 사구가 범법자에서 유래했지만, 비교적 경미한 범죄를 저지른 자들이고 편호(編戶)가 가능한 신분이었으며, 은관도 이와 유사한 신분이라면 성당용·예신첩 등의 도예와는 구분된 존재로 보인다. 그러나 유의해야 할 점은 사구와 은관(隱官)도 약간의 층차가 보인다는 것이다. 사구는 서인으로서의 이동이 가능했던 데 반해⁵⁸ 은관은 서인이 될 수 없다는 큰 차이가 있다. 재판 과정에서의 실수로 인해 억울하게 형(刑)을 받게 된 자가 후에 그 판결의 부당함이 밝혀진다 해도, 이미 형의 집행이 끝나버렸다면 은관이 될 뿐 다시 서인으로 복귀할 수 없었다. 형을 받은 자가 서인이 될 만한 당위를 가졌음에도 은관에 그치는데 만약 곧바로 서인이 될 수 있다면 당연히 은관으로 삼을 필요가 없다. 따라서 은관과 서인의 사이는 넘을 수 없는 일종의 허들이 있었다고 보는 것이 자연스럽다.

국가에서 도예도, 사오도 아닌 이러한 애매한 신분을 설정했던 이유는 은관의 명칭으로 짐작해 볼 수 있다. 수호지진간 정리소조는 은관의 ‘은(隱)을 ‘은닉’, ‘숨기다’의 의미로 풀고, 사람들이 볼 수 없는 곳을 가리키며, 은관은 숨겨진 장소에서 종사하는 자들이라고 해석하였다.⁵⁹ 리차오(李超)는 ‘은(隱)은 장소의 의미가 아니라, ‘말하기 곤란한’ 사람들을 의미한

55 楊振紅(2010), 「從出土秦漢律看中國古代的“禮”·“法”觀念及其法律體現: 中國古代法律之儒家化設商兌」, 『中國史研究』 4期, p. 79.

56 孫聞博(2015), 「秦及漢初的司寇與徒隸」, 『中國史研究』 3期, pp. 76-77.

57 蘇家寅(2020), 「釋“隱官”」, 『史學月刊』 2期, pp. 8-9.

58 陳松長 主編(2017), 『嶽麓書院藏秦簡(伍)』, 上海: 上海辭書出版社(이하 『약록진간(5)』로 약칭) 簡179, “隸臣捕道故徼外來誘而舍者一人, 免爲司寇, 司寇爲庶人, 其捕數人者, 以口.”

59 睡虎地秦墓竹簡整理小組 編(1990), 『睡虎地秦墓竹簡』, 北京: 文物出版社, p. 55.

다고 하였다. 그는 은관에 처해진 자들은 사면을 받았지만 이미 육형을 받아 신체가 훼손되었기에 여러 방면에서 문제가 될 수 있음을 지적하였다. 사회로 돌려보낸다면 일반 민의 부담이 가중되고 또한 은관들이 국가에 불만을 갖고 저항하는 세력으로 성장할 위험이 있어 국가에서는 어쩔 수 없이 은관이라는 특수한 관제를 설치하여 일반 사회와 그들을 격리 혹은 분리시켰다는 것이다.⁶⁰ 이 밖에도 ‘은’의 뜻에 ‘통’(痛)·‘병’(病)이 있음에 주목하여 신체가 ‘불완’(不完)한 사람들을 은관이라 불렀다고 보는 연구도 있다.⁶¹

이러한 연구들은 각 입장에 다소의 차이는 있으나, 육형 받은 자들을 관리하기 위해, 그리고 일반 민(民)과 분리시키기 위해 은관이 설치되었다는 설명은 공통적이다. 결국 은관이 되는 가장 중요한 요인은 ‘육형’이라고 말할 수 있겠다. 살펴본 바와 같이 은관의 설치 그 자체가 ‘형’의 여부로 도예의 신분 회복이 결정되었음을 보여 주는 증거다. 그런데 왜 이토록 형에 의한 처우의 차이가 컸던 것일까.

형은 얼굴에 묵(墨)을 가하는 경형(黥刑)이나 신체의 일부를 절단하는 참형(斬刑) 등 신체를 훼손하는 처벌이었다. 여러 연구자가 지적하듯 육형으로 인한 신체의 변형은 사회에서 범법자에 대한 영구적 배제를 의미하였다.⁶² 신체를 훼손함으로써 사회에서 추방하여 종신토록 사회의 일원으로 회복시키지 않는다는 것이다.⁶³ 이와 관련하여 도미야 이타루는 추방의 관

60 李超(2009), 「也談秦代“隱官”·“隱宮”考」, 『秦漢研究』 3, pp. 210-216.

61 蘇家寅은 여러 문헌에 “隱”이 질병으로 사용되는 사례를 근거로 은관의 신체적 특징에서 “隱官” 명칭이 유래했다고 주장했다[蘇家寅(2020), pp. 14-15]. 그가 언급한 사례를 몇 가지 열거하면 다음과 같다. 『後漢書』卷 59 「張衡傳」, p. 1904, “勤恤人隱, 李賢注, “隱, 病也.”; 『詩經』「邶風」「柏舟」, “耿耿不寐, 如有隱憂”에 대한 毛亨傳, “隱, 痛也.”

62 滋賀秀三(1976), 「中國上代の刑罰についての一考察: 誓と盟を手がかりとして」, 滋賀秀三·平松義郎 共編, 『法制史論集』, pp. 9-12; 이성원(1999), 「고대 중국의 형벌관념과 肉刑」, 『동양사학연구』 67, p. 11.

63 『史記』卷88 「蒙恬列傳」, p. 2566, “趙高者, 諸趙疏遠屬也. 趙高昆弟數人, 皆生隱宮, 其母被刑, 世世卑賤.”

점에서 육형을 보다 세분화하여 설명하였다. 기시(棄市)는 다수가 지켜보는 장소에서 생물계로부터 추방, 궁형(宮刑)은 동물계로부터 추방, 참형은 인간 사회로부터의 추방, 경형은 화하(華夏)에서 이적으로의 추방이라는 것이다. 그러면서 이러한 추방을 ‘비인화’(非人化) 혹은 ‘이인화’(異人化)라고 설명하였다.⁶⁴

육형을 받은 사람은 외형상 육형을 받지 않은 사람과 뚜렷이 구분된다. 『사기』(史記) 「오태백세가」(吳太伯世家)에서 태백(太伯)과 중옹(仲雍)이 동생 계력(季歷)에게 왕위를 양보하기 위해 형만(荊蠻)으로 달아나 문신단발(文身斷髮)으로써 왕이 될 수 없는 몸임을 드러냈다는 이야기는 문신에 대한 부정적 인식을 단적으로 보여 준다.⁶⁵ 이뿐만 아니라 소위 ‘오랑캐’에 대한 묘사는 문신을 그 특징으로 지적하는 사례가 무수히 많은데, 『주례』(周禮) 등 유가류 문헌을 비롯하여 『사기』나 『삼국지』(三國志) 등의 역사서에서도 어렵지 않게 찾아볼 수 있다. 얼굴에 문신을 하는 경형은 신체를 절단하여 기능을 망가뜨리지는 않더라도, 당시 사회에서 ‘이인’(異人)으로 규정하고 구분 짓기에 충분한 도구였다. 또한 ‘묵(墨)을 받으면 문(門)을 지키게 하고, 의(劓)를 받으면 관(關)을 지키게 하고, 궁(宮)을 받으면 (궁의) 내부를 지키게 하고, 월(剕)을 받으면 유(圉)를 지키게 하고, 완(完)을 받으면 적(積)을 지키게 한다’⁶⁶는 기록은 ‘정상적’인 사람들의 범주에서 벗어난 ‘비정상적’인 이인과 분리시키는 작업이 일찍부터 시행되었음을 유추하게끔 한다. 산서성 출토 서주(西周) 청동기 ‘월인수유동만거’(刑人囚囹銅挽車)에는 월형을 받은 자가 문 앞을 지키고 있는 모습이 그대로 묘사되어 있는데, 이는 형자(刑者)를 구분하였던 관념이 실제로 매우 이른 시기부터 생성되었음을 보여 준

64 富谷至(2016), 『漢唐法制史研究』, 東京: 創文社, pp. 367-370.

65 『史記』卷31「吳泰伯世家」, p. 1445. “太伯、仲雍二人乃荊蠻, 文身斷髮, 示不可用, 以避季歷.”

66 『漢書』卷23「刑法志」, p. 1091. “凡殺入者踏諸市, 墨者使守門, 劓者使守關, 宮者使守內, 剕者使守圉, 完者使守積.”

다.⁶⁷

병법(兵法)으로 유명한 손빈(孫臏)의 고사를 보면 그의 뛰어난 방언(龐涓)이 그를 제거하고자 없는 죄를 뒤집어써서 두 다리를 절단하고 얼굴에 경(黥)을 가하였다. 이렇게 형을 당하면 손빈이 활동하지 못할 것이라 여겼기 때문이다. 손빈의 이름에 ‘발을 자르는 형벌(臏)’ 의미를 담은 글자가 들어가는 것도 그의 신체적 특징과 유관하다.

- (13) 齊의 使者가 梁에 갔을 때 孫臏은 刑徒였기 때문에 몰래 만나 齊의 使者에게 유세하였다. … 그 후 魏가 趙를 치자 趙는 다급하여 齊에 도움을 요청했다. 齊威王은 손빈을 장수로 (임명)하고 하였으나 손빈은 사양하며 말하였다. “刑을 받은 사람은 그럴 수 없습니다.” 이에 田忌를 장수로 하고 손빈을 군사로 삼아 덮개가 있는 수레에 머물며 전략을 짜게 하였다.⁶⁸

손빈이 조나라를 전쟁에서 돕는 과정을 묘사한 일화에서는 당시 사회에서 형을 받은 자의 처우가 잘 드러난다. 위의 기록을 간단하게 정리하면, 제나라 사신이 위나라를 방문했을 때 손빈은 형을 받은 사람이라 비밀리에 조우해야 했다. 후에 제나라가 조나라를 구원하기 위해 손빈을 장군으로 삼으려 했으나, 손빈은 본인이 ‘형여지인’(刑餘之人)이라 장군이 되는 것이 불가하다며 결국 사람들의 눈에 띄지 않도록 덮개 있는 수레에서 군사(軍事)를 처리하였다. 약육강식의 치열한 전쟁이 벌어지는 전국시대는 신분 고하를 막론하고 인재라면 등용하기 위해 애썼던 시기였다. 이런 시기에 손빈은

67 월형을 받아 신체의 기능이 저하된 자는 효용의 측면에서 문지기에 적합하지 않다. 그러나 그럼에도 불구하고 ‘관문’을 지키게 하였다는 점에서 오히려 刑者が 人과 非人의 경계에 있다는 관념의 반영을 방증한다.

68 『史記』卷65「孫子吳起列傳」, p. 2162. “齊使者如梁, 孫臏以刑徒陰見, 說齊使. … 其後魏伐趙, 趙急, 請救於齊. 齊威王欲將孫臏, 臏辭謝曰, “刑餘之人不可.” 於是乃以田忌爲將, 而孫子爲師, 居輜車中, 坐爲計謀.”

형을 받은 사람이라는 이유만으로 공개적인 활동을 할 수 없었던 것인데, 그만큼 ‘이인’에 대한 거부감이 강한 사회였음을 증언한다.

게다가 육형은 신체의 영구적 손상을 의미하였다.⁶⁹ 일단 이인(혹은 비인)이 되면 다시는 온전한 신체로 돌아올 수 없다. ‘형’이 형벌체계에서 육형을 받지 않는 처벌과 얼마나 과중한 차이를 만들어 낼 수 밖에 없었는지는 바로 육형이 갖는 이 ‘영구적 속성’과 관련이 있다. 때문에 국가는 형을 면제해 주는 조건들을 설정하고 있었던 것 같다. 예컨대 ‘당형’(當刑)해야 하는 유작자를 ‘완’(完)하여 귀신백찬이 되게 함으로써 육형을 면제해 주거나 노소자 혹은 여성은 최대한 형을 주지 않고 감면해 주었다.

(14)-① 상조나 상조의 처 이상 및 內公孫·外公孫·內公耳玄孫이 죄가 있는데, 육형에 해당하거나 및 성단용에 해당하면 耐하여 鬼薪白粲으로 한다.⁷⁰

(14)-② 공사나 공사의 처 및 □□ 70세 이상 혹은 나이가 17세 미만인 자가 죄가 있어 육형에 해당하면 모두 完으로 한다.⁷¹

(14)-③ 贖罪이하거나 老·小하여 육형이 적용되지 않는 경우 및 (모든 단계의) 육형이 다 집행되었던 경우 모두 태 100으로 한다.⁷²

69 耐刑이나 完刑 육형으로 보는 시각도 있지만 두발이나 수염을 깎는 정도로 설명하는 것이 중론이다. 육형으로 분류한다고 하더라도 그 효과가 영구적이지는 않고 일시적이라는 점에서 여타 육형과는 구별된다.

70 『이년율령』 「具律」, 簡82. “上造、上造妻以上, 及內公孫、外公孫、內公耳玄孫有罪, 其當刑及當爲城旦舂者, 耐以爲鬼薪白粲.”

71 『이년율령』 「具律」, 簡83. “公士、公士妻及□□行年七十以上, 若年不盈十七歲, 有罪當刑者, 皆完之.”

72 『이년율령』 「具律」, 簡120-124. “其有贖罪以下及老小不當刑、刑盡者, 皆答百.”

국가는 이처럼 형을 가급적 신중하게 적용하였다. 예신첩이나 성단용과 같은 ‘노역’만큼 내(耐), 완(完), 형(刑) 등 ‘형’의 여부 역시 처벌의 중요한 기준이었기 때문이다. 따라서 刑을 잘못 집행하여 재판으로 그 결백을 인정받았더라도 신분을 완전히 회복시키지 못하고 은관으로 남겨둘 수 밖에 없었던 것이다. 아래의 규정을 보면 더욱 분명하다.

- (15) 노비가 선량한 일을 하여 주인이 방면하고자 하는 경우 이를 허락한다. 奴는 私屬으로 삼고, 婢는 庶人으로 하며, 모두 다시 부리고 요역·산부는 노비와 같게 한다. 주인이 죽거나 죄가 있으면 사속은 서인으로 삼되, 刑者는 은관으로 삼는다.⁷³

국가에 예속된 도예뿐 아니라 민가(民家)의 노비들도 형을 받았다면 서인으로 방면되지 못하고 은관이 되어야만 했다. 따라서 육형을 받은 예속민은 사면의 대상이 아니었을 것으로 생각되지만 현재까지 직접적인 증거는 보이지 않는다. 그러나 만약 사면의 대상이 되었다고 가정하더라도 법리상 매끄럽지 않은 부분이 남아 있다. 왜냐하면 육형을 받은 자는 서인이 되지 못하므로 사면 후 서인이 되는 루트와 은관이 되는 루트로 이원화되기 때문이다. 이러한 모순의 근본적인 원인인 육형은 한문제 형법개혁을 통해 폐지됨으로써 이후 일률적인 법 적용이 가능해질 수 있었다. 은관의 존재는 육형으로 인한 비인화(非人化)가 당시 관념으로 온전하지 않은, 일반인과 구분되는 신체에 대한 혐오, 두려움이 반영되었던 것과 관련한다. 비인(非人)으로 전락한 사람들을 구제하기 어려웠던 상황에서 결국 육형의 폐지만이 영구적 비인화를 막는 방법이었을 것이다.

73 『이년율령』 「亡律」, 簡162-163. “奴婢爲善而主欲免者, 許之, 奴命曰私屬, 婢爲庶人, 皆復使及算(算)事之如奴婢. 主死若有罪, 以私屬爲庶人, 刑者以爲隱官.”

- (16) (漢文帝) 13년, 齊太倉令 淳於公이 刑을 받아야 하는 罪를 저질러 長安으로 압송하라는 조서가 내려졌다. … 그의 딸 緹縈은 스스로 매우 슬프게 울며 아버지가 長安에 이르기까지 따라갔다. 그리고 다음과 같이 上書하였다. “저의 아버지는 官吏인데, 齊에서는 모두 청렴하고 공평하다고 평가합니다. 지금 法에 저촉되어 刑을 받아야 합니다. 제가 애태우는 것은 대저 죽은 자는 다시 살아날 수 없고, 刑을 받은 자는 다시 屬할 수 없다는 것입니다. 만약 후에 과오를 고치고 스스로 새로 위치려 한다고 해도 이미 그 도리가 없다는 것입니다. 저는 원컨대 몰수되어 관노비가 되는 것으로 아버지의 刑罪를 대속하여, (아버지가) 스스로 更新할 수 있게 해 주십시오.”⁷⁴

한문제 13년의 형법개혁을 촉발한 것으로 유명한 제영(緹縈)의 상소문으로 문제(文帝)는 이 사건을 계기로 형벌체계에서 육형을 폐지한다. 주지 하듯 효녀 제영의 구슬픈 청원은 형법을 개혁하는 정치적 수사로 활용되었으나, 형을 받으면 영원히 돌이킬 수 없음을 수차례 강조하고, 문제의 개혁 조서에서도 마찬가지로 육형(肉刑)을 언급한다는 점에서 개혁의 주요 방향이 육형을 없애는 데 초점이 가 있었음을 엿볼 수 있다. 당연히 육형 폐지에 수반된 예속민의 유기화(有期化) 역시 형법개혁이 이끈 중요한 변화였다. 문제 2년에 이미 연좌를 없앴으로써 관노비로 진입하는 수를 축소하는 정책을 시행하였는데, 관유노동력의 지나친 증가를 막고 유지비용을 절감하기 위함이었을 것이다. 그러나 더욱 근본적인 문제로 인식되었던 것은 바로

74 『漢書』卷23「刑法志」, pp. 1097-1098. “卽位十三年, 齊太倉令淳於公有罪當刑, 詔獄逮繫長安. 淳於公無男, 有五女, 當行會逮, 罵其女曰: 「生子不生男, 緩急非有益(也)!」其少女緹縈, 自傷悲泣, 乃隨其父至長安, 上書曰: 「妾父爲吏, 齊中皆稱其廉平, 今坐法當刑. 妾傷夫死者不可復生, 刑者不可復屬, 雖後欲改過自新, 其道亡繇也. 妾願沒入爲官婢, 以贖父刑罪, 使得自新.’」書奏天子, 天子憐悲其意, 遂下令曰: 「… 夫刑至斷支體, 刻肌膚, 終身不息, 何其刑之痛而不德也! 豈稱爲民父母之意哉? 其除肉刑, 有以易之; 及令罪人各以輕重, 不亡逃, 有年而免. 具爲令.’”

육형의 과중함이었다. 앞서 살펴보았듯 육형을 받으면 다시는 신체적 사회적 인간성을 회복할 수 없기에 형법개혁에서 육형을 폐지함으로써 영구히 이인화(異人化)하는 요인을 제거해 버릴 수 있게 되었다. 형을 폐지함과 동시에 형기(刑期)를 설정하여 일정 기간 관에서 복역한 뒤 본래의 신분으로 되돌아가는 것이 가능해졌다.⁷⁵ 다시 말해 이제 재판을 받아 새롭게 관노동력으로 진입하는 자들은 일정 기한 ‘임시’ 관노비가 되었다 서인으로 복귀할 수 있었다.

또한 육형이라는 변수를 형법개혁을 통해 제거함으로써, 그 이전에 일괄적이고 체계적인 법적용이 어려웠던 부분들을 모든 도예를 대상으로 체계적인 정리가 가능해지게 되었다. 기본적으로 형법개혁 이후에도 일반사면은 미결수를 대상으로 하겠지만, 도예들 역시 형이 없어졌으므로 모두 사면의 대상이 되며, 모든 인력을 방출하며 조절할 수 있는 기제가 되었다는 점에서 한문제 형법개혁의 의미를 찾을 수 있다.

5. 맺음말

한초(漢初)까지 이어진 육형(肉刑)과 무기(無期) 도예의 존재는 사면의 일괄적인 적용을 저해하였고, 결국 한문제 13년의 형법개혁은 육형 폐지와 도예의 유기화로 귀결되었다. 문제의 육형폐지 조서에서도 확인되듯 육형을 받지 않은 ‘완위성단용’(完爲城旦舂)부터 단계별로 신분을 회복할 수 있었다. 하지만 이제 근본적으로 육형이 폐지됨에 따라 무기형도가 배출되는 기

75 『漢書』卷23「刑法志」, p. 1099. “丞相張蒼、禦史大夫馮敬奏言: ‘肉刑所以禁姦, 所由來者久矣. 陛下下明詔, 憐萬民之一有過被刑者終身不息, 及罪人欲改行爲善而道亡繇至, 於盛德, 臣等所不及也. 臣謹議請定律曰: 諸當完者, 完爲城旦舂, 當黥者, 髡鉗爲城旦舂, 當劓者, 笞三百, 當斬左止者, 笞五百, 當斬右止, 及殺人先自告, 及吏坐受賕枉法, 守縣官財物而即盜之, 已論命復有笞罪者, 皆棄市.’”

제 역시 사라지게 되었다. 즉 문제의 형법개혁은 관유 노동력을 방출하는 획기적 사건이라 할 수 있겠다. 이후 줄곧 사면의 빈도가 증가하며, 관노비를 풀어 준다거나 천하의 ‘도(徒)’를 사면하라는 기록이 종종 등장하는 현상이 형법개혁이 ‘관유 노동력’의 방출 및 진입 방지에 초점이 있었던 사정을 알려 준다.

한제국 통치의 기틀이 잡혀 가면서 더 이상 그 이전과 같이 모든 영역에서 국가의 장악력을 높일 필요가 없었다. 관영 작방의 운영, 광산 등의 자원 개발과 같이 국가가 배타적 독점권을 갖고 있던 여러 산업들이 민간으로 이양되는 것이 시대적 흐름이었다. 게다가 국가 운영 초에 수반되었던 대규모 토목공사가 마무리되고 반란과 국지적 소요가 어느 정도 제거됨에 따라 국가가 필요한 인력 수요도 점차 줄어들었다. 오히려 과도한 국가인력의 증가는 국가의 입장에서는 부담이 될 수밖에 없다.⁷⁶ 예신첩(隸臣妾)을 비롯한 예속민들은 국가가 각종 노역에 활용할 중요한 자원인 동시에, 늙거나 병들어서 노동의 질이 떨어지거나 대규모 사역이 완료되어서 인력의 쓸모가 없어지면 오히려 부양해야 할 존재이기도 했다. 게다가 진(秦)이 통일하는 과정에서 발생한 육국(六國)의 포로들을 비롯하여 엄격한 법치(法治)의 결과 양산된 범죄자들이 관부에 종신 노역하는 도예로 전락하면서 국가는 방대한 양의 도예를 감당해야 했다.⁷⁷

이런 상황에서 국가가 취할 수 있는 방법은 관의 예속민의 수량을 조절하는 것이다. 마침 진율(秦律)의 엄형(嚴刑)주의에 대한 비난이 당시 사회에 만연하였고, 형벌을 완화해야 한다는 사회적 합의가 필요한 시점이었다. 한 문제는 이러한 시점에서 형법개혁을 통해 육형을 폐지함으로써 영구적인 ‘이인화’를 방지하고 언제나 예속민을 방출할 수 있는 계기를 마련하고 국

76 『漢書』卷72「貢禹傳」, p. 3076. “又諸官奴婢十萬餘人戲遊亡事, 稅良民以給之, 歲費五六鉅萬, 宜免爲庶人, 廢食, 令代關東戍卒, 乘北邊亭塞候望.”

77 이주현(2008), 「중국 고대 제국의 인력 자원 편제와 운용」, 서울대학교 박사학위논문, p. 110.

가 노동력의 탄력적인 운용을 가능케 하였다.

한편 유의할 점은 사면을 받은 자들이 완전히 일반 민(民)과 동일한 ‘자유인’으로 회귀했다고 보기는 어렵다는 것이다. 사면을 받은 자는 관리 임용이 불가능했고⁷⁸ 통행증을 발급받을 때도 사면 이력의 유무를 검증했다. 또다시 재판에 연루되면 이전 사면 기록이 조회되었다.⁷⁹ 또한 사면을 받아 된 서인(庶人)의 신분은, 사오(士伍) 이상 일반 민과 수전(受田) 권리와 세역 납부 의무를 동일하게 가지고 있었지만, 사오보다 한 단계 낮은 신분으로 유사시 도에 다음으로 우선 동원되었다. 사면된 자들을 별도로 관리하며 서인으로 삼아 제민(齊民)을 보호하는 사회적 비용의 절감이 가능하였다. 이 또한 사면의 기능이라고 할 수 있다.

참고문헌

사료

『史記』(中華書局 標點校勘本) 『漢書』(中華書局 標點校勘本) 『後漢書』(中華書局 標點校勘本) 출토자료.

謝桂華·李均明·朱國炤(1987), 『居延漢簡釋文合校』, 北京: 文物出版社.

睡虎地秦墓竹簡整理小組 編(1990), 『睡虎地秦墓竹簡』, 北京: 文物出版社.

朱漢民·陳松長 主編(2013), 『嶽麓書院藏秦簡(參)』, 上海: 上海辭書出版社.

陳松長 主編(2017), 『嶽麓書院藏秦簡(伍)』, 上海: 上海辭書出版社.

陳松長 主編(2015), 『嶽麓書院藏秦簡(肆)』, 上海: 上海辭書出版社.

陳偉 主編(2018), 『里耶秦簡牘校釋(第2卷)』, 武昌: 武漢大學出版社.

陳偉 主編(2014), 『秦簡牘合集1卷(上): 睡虎地秦墓簡牘』, 武漢: 武漢大學出版社.

陳偉 主編(2012), 『里耶秦簡校釋(第1卷)』, 武漢: 武漢大學出版社.

78 『수호지간간』 「內史雜」, 簡191. “令堯父(赦)史毋從事官府. 非史子毆(也), 毋敢學學室, 犯令者有罪.”

79 『수호지간간』 「封珍式」, 簡6-7. “有鞠 敢告某縣主: 男子某有鞠, 辭曰: “土五(伍), 居某里.” 可定名事里, 所坐論云可(何), 可(何)罪赦, 或覆問毋(無)有, 遺識者以律封守, 當騰, 騰皆爲報, 敢告主.”

- 彭浩·陳偉·工藤元男 主編(2007), 『二年律令與奏讞書』(張家山二四七號漢墓出土法律文獻釋讀), 上海: 上海古籍出版社.
- 胡平生·張德芳 編撰(2001), 『敦煌懸泉漢簡釋粹』, 上海: 上海古籍出版社.

연구서

- 宮宅潔(2011), 『中國古代刑制史の研究』, 京都: 京都大學學術出版會.
- 大庭脩(1997), 『秦漢法制史研究』, 東京: 創文社.
- 陶安あんど(2009), 『秦漢刑罰體系の研究』, 東京: 創文社.
- 富谷至(2016), 『漢唐法制史研究』, 東京: 創文社.
- 富谷至(1998), 『秦漢刑罰制度の研究』, 東京: 同朋舍.
- 水間大輔(2007), 『秦漢刑法研究』, 東京: 知泉書館.
- 沈家本(1976), 『歷代刑法總考』, 臺北: 臺灣商務印書館.
- 佐竹昭(1998), 『古代王權と恩赦』, 東京: 雄山閣出版.
- 陳東升(2004), 『赦免制度研究』, 北京: 中國人民公安大學出版社.
- Mcknight, Brian E. (1981), *The Quality of Mercy: Amnesties and traditional Chinese Justice*, University Press of Hawaii, Honolulu.

연구논문

- 김동오(2016), 「秦帝國 縣의 徒隸 운용」, 『중국고중세사연구』 40.
- 김병준(2018), 「표지로서의 허사: 秦漢시기 법률 속 ‘及’의 어법적 기능」, 『중국고중세사연구』 48.
- 방윤미(2020), 「秦漢시대 治獄 절차와 시점: 論·決·斷을 중심으로」, 『중국고중세사연구』 57.
- 이성규(2010), 「計數化된 인간: 古代中國의 稅役의 기초와 기준」, 『中國古中世史研究』 24.
- 이성원(1999), 「고대 중국의 형벌관념과 肉刑」, 『동양사학연구』 67.
- 이주현(2020), 「秦·漢 시기 國有 人力 유지의 재정적 부담과 그 영향: 도예 노동과 고용 노동의 비용 지출을 중심으로」, 『중국고중세사연구』 56.
- 이주현(2008), 「중국 고대 제국의 인력 자원 편제와 운용」, 서울대학교 박사학위논문.
- 李超(2009), 「也談秦代“隱官”·“隱宮”考」, 『秦漢研究』 3.
- 馬非百(1978), 「雲夢秦簡中所見的曆史新證舉例」, 『鄭州大學學報』 2期.
- 蘇家寅(2020), 「釋“隱官”」, 『史學月刊』 2期.
- 孫聞博(2015), 「秦及漢初의 司寇與徒隸」, 『中國史研究』 3期.
- 楊振紅(2010), 「從出土秦漢律看中國古代的“禮”·“法”觀念及其法律體現: 中國古代法律之儒家化設商兌」, 『中國史研究』 4期.
- 鄔文玲(2007), 「赦令與漢代政治的良性運行」, 『河北學刊』 5期.
- 鄔文玲(2003), 「漢代赦免制度研究」, 中國社會科學院博士學位論文.

趙克生(2001), 「中國古代赦免制度的演變及其影向」, 『淮南師範學院學報』 2001-1, 淮南師範學院.

滋賀秀三(1976), 「中國上代の刑罰についての一考察: 誓と盟を手がかりとして」, 滋賀秀三·平松義郎 共編, 『法制史論集』.

원고 접수일: 2023년 5월 3일, 심사완료일: 2023년 5월 21일, 게재 확정일: 2023년 5월 22일

ABSTRACT

The Expansion of Amnesty in Ancient China and the Reformation of Criminal Law by Emperor Wen (文帝) of the Han Dynasty

Kim, Bo Ram*

This paper examines the scope of amnesty and the changes brought about by, as well as the implications of, the Reformation of Criminal Law by Emperor Wen (文帝) of the Han Dynasty. The amnesty records reveal that ‘罪人’ were the fundamental constituents of amnesty. ‘罪人’ does not refer to criminals in general but refers to ‘囚人’ in trial before execution, which is distinct from 徒隸. Granting amnesty to those in trial was an effective method to clear congestion in the court system and reduce a large number of ‘囚人’ at once.

The first confirmed case of amnesty for 徒隸 is the ‘大赦天下’ of the second emperor of the Qin Dynasty (秦二世皇帝), the first ‘大赦天下’ in China. 宮宅潔 and others have argued that 徒隸 were pardoned prior to ‘大赦天下’, and the labor problem caused by the release of 徒隸 was resolved through 復作. However, insufficient records of “復作” before Emperor Hui (惠帝) 4th year of the Han Dynasty makes such claim less convincing. According to the timing of the records, ‘復作’ was implemented as a response to the labor problem after the pardoning of the second emperor

of the Qin Dynasty (秦二世皇帝) was granted. This paper argues that, from the inclusion of 徒隸 in amnesty to the institutionalization of 徒隸, 復作 was a minimal strategy to release 徒隸 while maintaining the state labor force during such transitional period.

On the other hand, those who had received a physical punishment (肉刑) were excluded from the scope of amnesty even after 徒隸 were included. Those who had received ‘肉刑’ were considered ‘non-human beings’ (異人) as their bodies became irreparable. Continuation of physical punishment and 徒隸 into the early Han Dynasty hindered comprehensive application of amnesty. Eventually, the Reformation of Criminal Law by Emperor Wen (文帝) of the Han Dynasty abolished physical punishment and the permanence of 徒隸. Removing the variable of physical punishment through the criminal law reform initiated systematic changes that allowed legal application of pardoning to all people. The significance of the criminal law reform by Emperor Wen (文帝) of the Han Dynasty is that elimination of physical punishment included all of 徒隸 within the scope of amnesty and provided a means to regulate manpower.

Keywords Reformation of Criminal Law, Amnesty, Physical Punishment, Han Dynasty, Qin Dynasty

