

## 조선시대 형벌과 법률문화

심재우(한국학중앙연구원)

### 1. 발표의 개요

#### ○ 오해와 편견

- 동아시아 법문화에 대한 편견 : 형법 위주의 법률 전통으로 말미암아 전근대 시기 동아시아의 법률은 오랫동안 오리엔탈리즘(Orientalism)의 전형으로 여겨져 왔지만, 그 오랜 기원과 제도의 체계성과 정밀성, 이념적 일관성과 합리성은 단순히 독단적인 동양적 전체주의의 산물로 치부해버릴 수 없음을 보여준다.

- 대중적 오해 : 형장, 고문 등 사소한 것에서부터, 조선의 사법체계에 이르기까지 史劇 등에 오해, 잘못이 확대 재생산되고 있음.

#### ○ 동·서양 가혹한 형벌과 법문화

- 법사학자 仁井田陞 : 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 자가 다시 그런 범죄를 저지르지 않도록 남성을 잘라내는 궁형(宮刑) 등과 같은 형벌은 더 이상 존재하지 않았다.

- 능지처참 : 능지처사(凌遲處死)라고도 하는데, 역모를 꾸민 대역죄인, 주인 혹은 부모를 살해한 패륜아 등이 능지처참의 대상이었다. 죄인의 몸을 찢어 죽인다는 점에서 중국, 조선의 참혹한 형벌의 대명사처럼 인식되었다.

- 독일 1532년 「카롤리나 형사법전」 : 수레로 찢어 죽이기(車裂), 술에 넣어 끓여 죽이기(烹刑), 꼬챙이로 쭈셔 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)

- 미셸 푸코(1926-1984) 『감시와 처벌』, 루이 15세를 살해하려다가 실패한 후 체포된 다미앵이란 인물에 대한 판결 : “손에 2파운드 무게의 뜨거운 양초 햇불을 들고, 속옷 차림으로 파리의 노트르담 대성당의 정문 앞에 사형수 호송차로 실려와 공개적으로 사죄를 할 것. 이 호송차로 그레브 광장에 옮긴 후, 그곳에 설치될 처형대 위에서 가슴, 팔, 넓적다리, 장딴지를 뜨겁게 달군 쇠집게로 고문하고, 그의 손은 국왕을 살해하려 하였을 때의 단도를 잡게 한 후 유황 불로 태울 것. 이어 쇠집게로 지진 곳에 불로 녹인 납, 펄펄 끓는 기름, 지글지글 끓는 송진, 밀랍과 유황의 용해물을 붓고, 몸은 네 마리의 말이 잡아끌어 사지를 절단하게 한 뒤, 손발과 몸은 불태워 없애고 그 재는 바람에 날려 버릴 것.”

## 2. 형벌 체계

### ○ 『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  |

- 오형 중 태형(笞刑)은 가벼운 죄를 지은 경우 태(笞)라는 작은 형장으로 때리는 벌이다. 10대에서 50대까지 10대 단위로 다섯 등급이 있었다. 장형(杖刑)은 태보다 큰 형장인 장(杖)으로 치는 형벌이며 60대에서 100대까지 다섯 등급이 있었다.

도형(徒刑)은 지금의 일종의 징역형과 유사한데, 대명률의 규정에 의하면 비교적 중한 죄를 범한 자를 官에 붙잡아두고 소금을 굽게 하며 죄를 불리게 하는 등 노역을 시키는 것을 말한다. 노역기간에 따라 도일년(徒一年), 도일년반(徒一年半), 도이년(徒二年), 도이년반(徒二年半), 도삼년(徒三年) 등 5등급으로 나누어져 있으며, 각각 장육십(杖六十), 장칠십(杖七十), 장팔십(杖八十), 장구십(杖九十), 장일백(杖一百)의 신체형이 부과된다는 것이 특징이다.

유형(流刑)은 매우 중한 죄를 범한 자를 차마 사형시키지 못하고, 먼 지방으로 귀양 보내어 죽을 때까지 살게 하는 것을 말한다. 『대명률』 규정에 유형은 유배 보내는 거리에 따라 2000리, 2500리, 3000리의 세 등급이 있었으며, 각각에 장일백(杖一百)을 아울러 집행하는 것이 원칙이었다. 마지막으로 사형은 목을 매달아 죽이는 교수형과 목을 베어 죽이는 참수형 두 가지가 있었다.

- 유배형 : 극단적 정치적 유혈을 완화시키는 역할 수행. cf. 유전무죄 무전유죄.

### ○ 『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<br>枉法贓 | 竊盜<br>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<br>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

### 3. 贖錢, 형벌의 환산, 수수료 관련 규정

○ 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 : 准笞一十
- 罰俸錢半月 : 准笞二十
- 罰俸錢兩月 : 准笞五十
- 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

○ 작목식(作木式) : 소송의 수수료

- 奴婢每口作木三疋 田畝十負準奴婢一口 瓦家每一間作木一疋 草家每二間作木一疋 空堡每四間作木一疋 貢米十石準奴婢一口(短訟作木折半)

#### 4. 刑具·獄具 및 고문기구

##### ○ 형구 및 옥구

- 笞杖 : 대명물에는笞와杖을‘荊’(가시가 있는灌木)으로 만들도록 규정. 茶山은 물푸레나무(水靑木)를 사용하였던 것으로 언급
- 枷 : 죄인의 목에 씌우는 갈. 『경국대전』에는 常賤人에게만 枷를 씌우며, 종묘사직과 관계되거나 特敎가 있는 경우를 제외하고는 議親·功臣·堂上官·堂下官과 士族婦女·庶人婦女 등은 枷를 씌우지 않도록 함
- 杻 : 죄인의 손에 채우는 일종의 수감. 『經國大典』에서는 常賤人 가운데 徒罪 이상 즉 徒·流·死罪를 범한 남자 죄수들에게 채우도록 규정. 정조대에는 死罪를 범한 남자 죄수에게만 채우도록 함.
- 鐵索 : 鎖項鐵索, 鎖足鐵索 두 가지가 있음. 議親·功臣·堂上官과 士族婦女가 死罪를 범한 경우 鎖項를 채운다. 堂下官과 庶人婦女의 경우 徒·流·死罪를 범하면 鎖項·鎖足を 모두 채우며, 杖罪를 범한 경우 鎖項만을 채운다.

##### ○ 신장(訊杖)과 고문방법

- 사용방법 : 죄수의 무릎 아래부분 중에서 정강이(膝肋)를 제외한 뒷부분과 옆부분을 치도록 하였으며, 1차에 30대를 넘지 않도록 규정.
- 종류 : 一般訊杖, 推鞠訊杖, 三省訊杖
- 원칙 : 笞刑만을 직단할 수 있는 지방수령은 피의자에게 마음대로 訊杖으로 고문할 수 없었다. 訊杖 30대에 대한 贖錢은 杖100에 준함.

##### ○ 곤장(棍杖)에 대한 오해와 진실 : 『欽恤典則』

| 종류  | 사용 주체   | 비고               |
|-----|---|------------------|
| 重棍  | 兵曹判書, 軍門大將, 留守, 監司, 統制使, 兵使, 水使   | 死罪에만 사용          |
| 大棍  | 3軍門의 都提調, 兵曹判書, 軍門大將, 禁軍別將, 捕盜廳, 軍門의 中軍, 留守, 監司, 統制使, 兵使, 水使, 討捕使, 2품 이상 軍務使星   |                  |
| 中棍  | 內兵曹, 都總府, 軍門의 從事官·別將·千總, 禁軍將, 左右巡廳, 營將, 兼營將, 虞候, 中軍, 邊地守令, 邊將, 四山參軍, 3품 이하 軍務使星 |                  |
| 小棍  | 軍門의 把總·哨官, 僉使, 別將, 萬戶, 權管   |                  |
| 治盜棍 | 捕盜廳, 留守, 監司, 統制使, 兵使, 水使, 討捕使, 兼討捕使, 邊地守令, 邊將                                   | 治盜 및 邊政, 松政에만 사용 |

## 5. 형사사법 절차법규의 정비

### ○ 인명사건에 대한 신중한 수사와 검시

살인사건이 발생할 경우 지방의 수령은 아전들을 대동하고 즉시 검시를 하였다. 검시에는 법의학책인 『無冤錄』이 참고되어 정확한 사인의 파악을 매우 중시함.

- 검시에서의 정확성 : 사망 원인을 정확하게 파악하고 관리들이 거짓으로 조작하는 폐단을 없애기 위하여 검시는 한차례에 그치지 않고 여러번 행하였다. 1차 검시는 당해 수령, 2차 검시는 이웃 고을 수령이 수행.

- 검시에서의 과학성 : 법의학책 『無冤錄』. 검시를 위해 사용하는 재료로는 술, 지게미, 식초(醋), 소금, 호초(椒), 파, 매실, 감초, 토분, 망치, 탕수기, 목탄, 은비녀, 백반, 닭, 백지, 솜, 거적, 가는 노끈, 재, 盆器, 官尺 등.

### ○ 중죄인에 대한 심리 절차 : 同推, 三覆

- 直斷權 : 태형이하(수령), 유형 이하(관찰사, 형조), 사형(국왕)

- 『經國大典』 권5, 刑典 「推斷」 ‘死罪三覆啓 外則觀察使定差使員 同其邑守令推問 又定差使二員考覆 又親問 乃啓 濟州三邑 則節制使親問 報觀察使啓聞’ : 서울과 지방의 사형 죄수들은 형조에서 의정부에 보고하여 상세히 심리[詳覆]할 것, 사형 죄수는 세 번 계문하여 심리[三覆]하되, 지방에서는 관찰사가 差使員을 정하여 그 고을의 수령과 함께 推問하고, 또 差使 두 사람을 정하여 옥안을 다시 심리[考覆]하고, 또 친히 推問한 후에 비로소 啓聞할 것 등.

- 국왕은 최고 재판관 : 최종 판결권, 사형결정권, 사면권

## 6. 정조대 『심리록』을 통해 본 법집행의 실제

### ○ 『審理錄』의 특징

국왕 正祖가 代理聽政을 하던 1775년 12월부터 사망한 1800년 6월까지 직접 審理한 重罪囚에 대한 사건 개요와 그 처리과정을 요약하여 기록한 일종의 刑事判例集

- 『심리록』에는 모두 1,112건의 사건이 연도별, 군현별로 분류되어 수록되어 있다. 각 사건은 크게 ① 범죄가 발생한 郡縣名(서울은 部名)과 범죄인 성명, ② 사건 개요, ③ 觀察使와 刑曹의 조사 보고인 道啓와 曹啓, ④ 국왕 正祖의 判付 순으로 적음.

### ○ 『심리록』 수록 범죄의 유형

| 유형    | 非殺獄  |        |        | 殺獄    | 총 합계  |
|-------|------|--------|--------|-------|-------|
|       | 經濟犯罪 | 官權侵害犯罪 | 社會風俗犯罪 | 人命犯罪  |       |
| 건수    | 74   | 21     | 13     | 1,004 | 1,112 |
| 비율(%) | 6.7  | 1.9    | 1.2    | 90.3  | 100   |

- 인명사건의 특징 : 관속들의 폭력과 관·민 관계의 위기, 토호의 私刑의 지방사회, 가족·친족 살인과 여성의 취약한 지위

- 경제범죄의 특징 : 서울의 도시문제와 위조범죄
- 기타 : 천주교 문제, 전패작변 등 의식구조와 사회규범의 변모에 따른 새로운 갈등양상 증폭

○ 『심리록』 수록 사형수의 형량 분포

| 刑量    | 건수    | 비율(%) |
|-------|-------|-------|
| 死刑    | 36    | 3.2   |
| 減刑    | 489   | 44.0  |
| 充軍·爲奴 | 27    | 2.4   |
| 釋放    | 343   | 30.8  |
| 物故    | 99    | 8.9   |
| 其他    | 46    | 4.1   |
| 未詳    | 72    | 6.5   |
| 총 합계  | 1,112 | 100   |

- 정조의 심리과정 : 정조 스스로 ‘하나의 殺獄案을 처리하기 위해 일고여덟 번 살펴보고 일고여덟 번 생각해보았다’거나, ‘獄案을 살피는 것은 經書 보듯이 해야 하니, 경서를 볼 때에는 반드시 의심할 것이 없는 곳에 의심을 한 뒤에야 잘 본 것이 된다. 옥안도 또한 이러하다’고 말하여 죄수 심리와 판결에 많은 노력과 시간을 투여하였음을 밝히고 있다.

- 판결의 특징 : 『書經』의 정치 이념 가운데 특히 聖王의 ‘好生之德’ 체득과 ‘罪疑惟輕’ 원칙의 실천으로 요약할 수 있다. ‘欽恤’ 및 ‘寬刑’

7. 행정체계의 정비와 근대화

○ 영조대 금지된 가혹한 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」    |

○ 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,<br>2년, 1년반, 1년        | 10 | 반란죄, 관원의<br>公罪에만 적용 |
| 役刑  | 중신, 15년, 10년, 7년, 5년, 3년, 2년반,<br>2년, 1년반, 1년        | 10 |                     |
| 禁獄刑 | 10개월, 9개월, 8개월, 7개월, 6개월, 5개월,<br>4개월, 3개월, 2개월, 1개월 | 10 |                     |
| 笞刑  | 100, 90, 80, 70, 60, 50, 40, 30, 20, 10              | 10 |                     |