

진한(秦漢) 형벌체계 형성과정의 일고찰

방윤미**

사구(司寇)의 기원과 ‘정형’(正刑)화 과정을 중심으로*

초록 진한 형벌체계에서 사구의 특수성은 일찌감치 주목받았으나 학계에서 사구의 성별문제는 오랫동안 논의가 확정되지 않았다. 하지만 최근 진한 초기 율령 자료의 출토로 인해 문제의 개혁 이전까지 여자에게는 사구가 부과되지 않았음이 명백해졌다. 그렇다면 왜 여러 노역 중 사구만 유독 성별에 따라 이렇게 큰 차이가 있었을까? 본고는 이러한 의문을 가지고 사구의 특수한 기원을 고찰하고, 진한 형벌체계 형성과정에서 사구가 자리매김해 나가는 과정을 다각도로 고찰하였다.

필자는 여성에게 사구를 부과하지 않았던 원인을 여러 가지 가능성에서 찾아본 결과 사구의 기원과 관련이 있다고 보았다. 현재까지 발견된 사구로 직접 처벌하는 범죄행위는 모두 공무와 관련되어 있어서 처벌 대상이 되는 행위나 대상이 극히 제한적이다. 일반민이 일상생활의 광범위한 범주를 통해 사구로 처벌되는 경우는 대개 <그 법에 명기되지 않은 내외의 경우>(其法不名耐者)를 통하는 것이었다. 처벌 대상과 범죄 행위의 종류 등에 보이는 이러한 두 방식의 차이점은 사구의 내원이 본래 공무와 관련하여 리에게 부과하던 특수한 것이었으나 이후 예신첩 이상의 종신노역 처벌과 속죄라는 일시적 형벌 사이의 간극을 메꾸는 형벌로 일반민에게도 확대 적용 및 자리매김하면서 발생하였을 가능성을 시사한다. 사구가 선진시대에 진을 제외한 다른 나라에서 관직명이었던 것도, 후(侯)의 사례에서 보이는 공통점을 보아도, 사구는 일반민의 범죄에 공통적으로 적용하는 정형이 아니라 리에 대한 특수한 처벌로서 생겨났을 가능성이 크다. 사구의 기원을 이와 같이 설정할 때 여성 사구가 없었던 이유는 물론이고 사구를 둘러싼 여러 가지 이해하기 어려운 상황들이 일거에 설명된다. 이처럼 진한 형벌체계에서 특수한 대상에

* 본 연구는 2023년도 서울대학교 아시아연구소의 아시아연구기반구축 사업의 지원을 받아 수행되었음(0448A-20230018).

이 논문은 서울대학교 인문학연구원이 지원한 집담회의 성과임.

** 서울대학교 역사학부 강사

한정되었던 비정형에서 출발하여 결국 정형화되어 기본 형벌체계 속에 자리 잡은 사례는 사구뿐만이 아니었다. 속죄와 귀신백찬 역시 소위 비정형에서 정형화되어 가는 과정을 진한 율령의 발전 과정에서 확인할 수 있다. 결국 사구의 성별 문제는 사구라는 처벌 자체의 문제를 넘어서 진한 형벌체계의 형성과정을 보여 주는 중요한 단서였으며, 나아가 오랫동안 구독 방법과 해석을 둘러싸고 의견이 분분했던 『한서』 「형법지」의 문제 형제 개혁 조서를 다시 읽을 수 있는 실마리를 제공해 주었다.

주제어 사구, 진한, 형벌체계, 귀신백찬, 속죄, 속내, 후

1. 서론

진한(秦漢) 형벌체계에서 사구(司寇)는 여러모로 독특하다. 진한시대에는 전한(前漢) 문제(文帝)의 형제(刑制) 개혁 이전까지만 해도 일정 정도 이상의 범죄를 저지르면 그에 대한 처벌로 평생 국가가 지정한 노역에 종사해야 했다. 국가가 지정한 노역은 죄의 경중에 따라 성단(城旦)·용(舂), 귀신(鬼薪)·백찬(白粲), 예신(隸臣)·예첩(隸妾), 사구, 후(候) 등으로 나뉘는데, 사구는 이러한 처벌의 일종이면서 상대적으로 가벼운 노역에 종사했다.¹ 사구가 맡은 기본 업무는 그 명칭에서 알 수 있듯, 중범죄를 저질러 엄격한 감독이 필요한 성단·용, 귀신·백찬 등의 노역을 감시하는 것이었다.²

1 본고에서는 ‘사구형’과 같이 ‘刑’이란 단어를 사용하는 것을 지양한다. 이유는 진한 율령에서 ‘형’이란 신체에 영구적 손상을 가져오는 ‘肉刑’만을 의미하기 때문에 오해의 소지가 있기 때문이다. 또 실제 율령에서 어떤 범죄에 대해 ‘어떠한 형벌에 해당한다’는 표현보다는 ‘그러한 처벌을 받아야 하는 죄에 해당한다’라고 표현하고 있기 때문에 ‘사구형’, ‘예신첩형’이라는 표현이 당시의 법률적 관념을 표현하기에는 정확하지 않아 ‘형’ 대신 ‘죄’나 ‘처벌’, ‘노역’이라는 표현으로 대체하였다.

2 衛宏, 『漢官六種』 「漢官舊儀」 卷下, “有罪, 各盡其刑. 凡有罪, 男髡鉗爲城旦, 城旦者治城也. 女爲舂, 舂者治米也, 皆作五歲. 完四歲, 鬼薪三歲. 鬼薪者男當爲祠祀鬼神伐山之薪蒸也, 女爲白粲者, 以爲祠祀擇米也, 皆作三歲. 罪爲司寇, 司寇男備守, 女爲作如司寇, 皆作二歲. 男爲戍罰作, 女爲復作, 皆一歲到三月”.

하지만 같은 범죄자임에도 그 업무의 본질이 범죄자의 감시라는 것은 사구가 단순한 범죄자 혹은 도예가 아니었으며, 본고에서 다룰 사구의 특수성을 암시하고 있기도 하다. 실제로 진·한 초까지 사구는 죄를 지어 종신 노역에 처하고도 다른 도예에 비해 각종 법적 우대를 받았다.³ 또 진·한 초의 율령에서 직접적으로 저촉되어 사구로 처벌되는 죄가 매우 적다는 것도 다른 형벌과 비교되는 부분이다.⁴

무엇보다 진·한초 사구의 가장 큰 특이점은 여성에게는 부과하지 않았다는 사실이다. 다른 노역의 경우 남성은 성단·귀신·예신, 여성은 용·백찬·예첩으로 같은 등급 내에서도 성별에 따라 종사하는 노역 및 그에 따른 호칭이 구별되어 있었다. 그러나 사구는 성별의 구분없이 단일한 호칭만 존재했고, 여성은 사구로 처해야 하는 죄를 저질러도 사구가 되지 않고 속내(贖耐)라는 죄로 감해졌다.⁵ 속내는 본래 받아야 하는 내죄(耐罪)를 대신하여 일정 이상의 금액을 납부하게 하는 처벌이다. 여성의 사구죄는 속내로 감해졌으므로 그 결과 여성 사구는 존재하지 않게 된다.

그런데 진한 문제의 형제 개혁 이후에는 여성의 사구죄를 속내 대신 ‘작여사구’(作如司寇)로 처벌하도록 수정되었다. 즉 문제의 개혁 이후에야 비로소 남성의 사구죄에 대응하는 여성의 사구죄가 생겨났고 그 명칭이 전래

3 예를 들면 사구는 서인 이상의 신분과 나란히 국가로부터 田宅을 수여받거나 戶를 이룰 수 있으며 예신첩 이상의 도예가 자식을 낳으면 역시 예신첩이 되었던 것과 달리 사구의 자식은 사구가 되지 않고 士伍가 되었다(彭浩等主編(2008), 『二年律令與奏讞書』, 上海: 上海古籍出版社(이하 『이년율령』으로 약칭)「戶律」, 簡312, “司寇、隱官各五十畝.”; p. 218, 簡316, “司寇、隱官半宅。欲爲戶者, 許之.”; 「傳律」, 簡365, “公士、公卒及士五(伍)、司寇、隱官子, 皆爲士五(伍).”].

4 이를테면 “살인을 저지르면 棄市에 처한다”라거나 “사람을 다치게 하면 성단용으로 삼는다”처럼 “어떠한 죄를 저지르면 사구로 삼는다(爲司寇)”라고 사구로 처벌됨이 직접 명시된 조문이 거의 보이지 않는다.

5 『이년율령』「具律」, 簡88-89, “有罪當黥, 故黥者劓之, 故劓者斬左止(趾), 斬左止(趾)者斬右止(趾), 斬右止(趾)者府(腐)之。女子當磔若嬰(腰)斬者, 棄市。當斬爲城旦者黥爲舂, 當贖斬者贖黥, 當耐者贖耐.”

문헌이나 출토자료에 보이는 ‘작여사구’였던 것이다. 남성형명칭인 성단·귀신·예신에 대응하는 여성형 명칭 용·백찬·예첩처럼, 사구에 대응하는 여성형 명칭으로서 작여사구가 등장한 것은, 역으로 개혁 이전까지의 사구는 모두 남성이었으며 여성은 사구가 되지 않았기 때문에 별도의 명칭으로 성별을 구별할 필요가 없었기 때문일 것이다.⁶

일정 이상의 작(爵) 소지자를 우대하기 위해 설정된 귀신백찬조차도 남자에게는 귀신, 여자에게는 백찬이라는 형태로 남녀에게 동등하게 부과된 것을 고려하면,⁷ 남성에게만 사구를 부과한 것은 그 자체로 진한 형벌체계에서 사구만의 돌출된 모습을 보여 준다. 바꾸어 말하면 이렇게 특이한 사구를 다른 노역과 동일한 형벌체계 안에서 다루어서는 안 된다는 뜻이다. 그리고 문제의 개혁 이후 남녀에게 동등한 사구죄가 설정된 것은 이때 사구의 특수성을 제거하고 진한 형벌체계 내에서 사구를 다시 자리매김한 것으로 해석할 수 있다. 그렇다면 사구의 성별 문제는 진한 형벌체계의 형성 과정이라는 측면에서 다시 살펴볼 필요가 있다. 이는 결국 사구의 여러 특이성을 관통하는 사구의 본질과 무관하지 않을 것이다. 또한 진한시대 국가가 이렇게 독특한 사구를 굳이 설정한 원인을 규명한다면 진한 형벌체계 전체의 그림까지도 새롭게 그려볼 수 있을지도 모른다.

이에 필자는 진한 형벌체계에서 사구가 가지는 특수성에 주목하면서 이러한 사구의 특수성을 밝히기 위해서는 사구의 성별 문제를 해결하는 것이 급선무임을 인식하고 관련 연구를 진행한 결과, 진·한초 여성 사구는 존재하지 않았음을 증명했다.⁸ 이미 상세히 다룬 내용을 여기서 증언할 필요는 없겠지만 본문 진행에 앞서 독자의 이해를 돕기 위해 간략하게 그 내용

6 이상 文帝의 刑制 개혁 이전까지 여성은 사구로 처벌하지 않았다는 점과 개혁 이후 作如司寇 문제에 관해서는 방윤미(2023), 「秦·漢初 司寇 再考: 女性司寇 문제를 중심으로」, 『중국고중세사연구』 67, 중국고중세사학회 참고.

7 『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.”

8 방윤미(2023).

을 요약해 보도록 하겠다. 특히 비슷한 시기에 새롭게 공개되어 미처 다루지 못했던 출토자료⁹에서 필자의 주장을 더욱 확실히 해 줄 증거가 나왔기 때문에 이 부분을 추가로 설명하고자 한다.

진·한초의 율령에서 사구로 처할 수 있는 경우의 수는 3가지로 추려진다. ① 어떠한 범죄를 저지르면 사구로 삼는다고 명시된 조문에 의한 경우.¹⁰ ② 사구로 삼는다고 직접 명시되어 있지는 않지만 “내로 처벌한다”(耐, 耐之, 當耐)라고 되어 있는 범죄를 저지른 경우, 즉 법에 어떤 종류의 노역이 부과되는지 명시되지 않은 내죄를 범한 경우(이하 ‘그 법에 명기되지 않은 내의 경우’[其法不名耐者]로 표기), 범죄자가 서인 이상이면 사구로 삼는다.¹¹ ③ 예 신침죄를 저질렀으나 자수 등의 감경 사유에 의해 1등 낮은 사구죄로 감경되는 경우다.¹²

그런데 이 모든 경우의 수에서 여성은 사구로 처벌받지 않았다.¹³ 다만

-
- 9 荊州博物館 編(2022), 『張家山漢墓竹簡(三三六號墓)』(上), 北京: 文物出版社(이하 『장가산336호』로 약칭).
- 10 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228-229, “• 具律曰: 諸使有傳者, 其有發徵、辟問具毆(也)及它縣官事, 當以書而毋口欲(?)□□者, 治所吏聽行者, 皆耐爲司寇.”; 陳松長 主編(2017), 『嶽麓書院藏秦簡(伍)』, 上海: 上海辭書出版社(이하 『악록진간(5)』로 약칭), 簡182, “治道故塞徼外蠻夷來爲間及來盜略人□、以城邑反及舍者, 死臯不審, 耐爲司寇; 城旦舂臯不審, 貲…”; 陳松長 主編(2020), 『嶽麓書院藏秦簡(陸)』, 上海: 上海辭書出版社(이하 『악록진간(6)』으로 약칭), 簡46-47, “• 諸物之有程而當入縣官者, 其惡不如程而請吏入, 其受請者及所請, 皆坐惡不如程者, 與盜同贖, 贖(贖)不盈百一十錢者, 皆耐以爲司寇. • 十七一一.”
- 11 『이년율령』 「具律」, 簡90-92, “有罪當耐, 其法不名耐者, 庶人以上耐爲司寇, 司寇耐爲隸臣妾. 隸臣妾及收人有耐罪, 毆(繫)城旦舂六歲. 毆(繫)日未備而復有耐罪, 完爲城旦舂. 城旦舂有耐罪以上, 黥之. 其有贖罪以下, 及老小不當刑, 刑盡者, 皆笞百.”
- 12 『이년율령』 「告律」, 簡127-131, “告不審及有罪先自告, 各減其罪一等, 死罪黥爲城旦舂, 黥爲城旦舂罪完爲城旦舂, 完爲城旦舂罪□□鬼薪白粲及府(腐)罪耐爲隸臣妾, 耐爲隸臣妾罪耐爲司寇, 司寇、遷(遷)及黥顏頰罪贖耐, 贖耐罪罰金四兩, 贖死罪贖城旦舂, 贖城旦舂罪贖斬, 贖斬罪贖黥, 贖黥罪贖耐, 耐罪□金四兩罪罰金二兩, 罰金二兩罪罰金一兩. 令、丞、令史或偏(徧)先自得之, 相除.”
- 13 자세한 논증 과정은 방윤미(2023), pp. 19-30, II장 참고.

일부 조문에서 해석상 사구에 여성이 포함되는 것처럼 보이는 사례가 있다.¹⁴

(1) 죄를 지어 [그 죄가] 내(耐)해야 하는데 그 법에 [부가될 노역]이 명기되지 않은 내의 경우, 서인(庶人) 이상이면 내하여 사구(司寇)로 삼고 사구는 내하여 예신첩(隸臣妾)으로 삼는다.¹⁵(이하 밑줄 표기는 필자)

(2) 고발이 잘못되었거나 죄를 짓고 자수하면 각 그 죄를 1등 감한다. ... 내예신첩죄는 내하여 사구로 한다.¹⁶

(1)은 앞서 사구로 처할 수 있는 경우의 수 중 ② 즉, <그 법에 명기되지 않은 내의 경우>의 조문 전문이다. “사구는 내하여 예신첩으로 삼는다”라고 한 것은 내죄를 저지른 범죄자의 신분이 이미 사구였기 때문에 처벌을 사구에서 가1등하여 예신첩으로 삼는 상황이다. (2) 역시 사구로 처벌하는 세 번째 경우(③)로 언급한 고발과 관련된 감죄 조문이다. 여기서 “내예신첩죄는 [감하여] 내하여 사구로 삼는다”라고 한 것은 본래 내하여 예신첩이 되어야 하는 죄를 저질렀으나 자수하는 등 특정한 감경 조건을 충족할 경우 감1등하여 사구로 처벌한다는 것이다.

만약 사구가 남성만을 의미한다면 (1)에서 사구이면 “예신첩으로 삼는다”고 하지 않고 남성형인 “예신으로 삼는다”라고만 하였을 것이기 때문에,

14 이 문제와 관련된 이하의 논증에 관해서는 방윤미(2023), pp. 30-36, III장 참고.

15 『이년율령』 「具律」, 簡90-92, “有罪當耐, 其法不名耐者, 庶人以上耐爲司寇, 司寇耐爲隸臣妾. 隸臣妾及收人有耐罪, 馵(繫)城旦春六歲. 馵(繫)日未備而復有耐罪, 完爲城旦春. 城旦春有罪耐以上, 黥之. 其有贖罪以下, 及老小不當刑, 刑盡者, 皆答百.”

16 『이년율령』 「告律」, 簡127-131, “告不審及有罪先自告, 各減其罪一等, 死罪黥爲城旦春, 黥爲城旦春罪完爲城旦春, 完爲城旦春罪 \square 鬼薪白粲及府(腐)罪耐爲隸臣妾, 耐爲隸臣妾罪耐爲司寇, 司寇、遷(遷)及黥顏頰罪贖耐, 贖耐罪罰金四兩, 贖死罪贖城旦春, 贖城旦春罪贖斬, 贖斬罪贖黥, 贖黥罪贖耐, 耐罪 \square 金四兩罪罰金二兩, 罰金二兩罪罰金一兩. 令、丞、令史或偏(偏)先自得之, 相除.”

예신첩이 되어야 하는 사구에 여성이 포함되는 것처럼 보인다. (2)에서도 여성이 예첩죄를 저지르고 감죄받아 사구가 될 가능성을 전제하고 있다는 점에서 여성 사구의 존재를 증명해 주는 것처럼 보인다.

하지만 (1)의 경우, 필자는 『이년율령』보다 조금 늦은 시기의 한율(漢律)¹⁷과 비교하였을 때 『이년율령』의 초사 과정에서 중문부호의 실수가 두드러진다는 점에 주목하여 초사자가 (1)을 베껴 쓰면서 “예신첩”에서 “예신”만 중문부호를 찍어야 하나, 실수로 “첩”까지 중문부호를 잘못 찍었을 가능성을 제시하였다. (2)의 경우, 율령에서 죄의 등급을 표기할 때 성별 표기가 부정확한 사례가 종종 보인다는 사실, 그리고 죄의 등급이기 때문에 성별이 부정확해도 법을 적용할 때 아무런 논리적 모순이나 문제가 생기지 않는다는 사실을 지적하였다. 게다가 등급으로서 사구죄는 오히려 여성을 배제하고 남성만을 전제로 하는 반례가 더 많음을 증거로 제시하였다. 즉 이 두 조문만으로는 여성 사구의 존재를 증명할 수 없었다.

그런데 필자의 주장을 더욱 강력히 뒷받침해 줄 증거가 새롭게 발견되었다. 아래의 (1)-①은 『이년율령』인 (1)의 사료 앞부분에 해당하는 원문을 제시한 것이고, (1)-②는 새로 공개된 자료인 『장가산336호』 중 (1)-①과 동일한 조문의 원문이다.

(1)-① 有罪當耐，其法不名耐者，庶人以上耐爲司_寇耐爲隸_臣妾_及收人有耐罪，繫城旦舂六歲。¹⁸

(1)-② 有罪當耐，其法不名耐者，庶人以上耐爲…爲隸_臣妾有耐罪，繫城旦舂六歲。¹⁹

17 荊州博物館 編(2021), 『荊州胡家草場西漢簡牘選粹』, 北京: 文物出版社(이하 『호가초장』으로 약칭).

18 『이년율령』, p. 12, 簡90 도판.

19 『장가산336호』, p. 51, 簡130-131 도판.

양자를 비교한 결과,²⁰ 앞서 문제가 되었던 (1)의 “사구는 내하여 예신 첩으로 삼는다.”라고 한 부분은 실제로 중문부호(◡)의 오류임이 명백해졌다. (1)-①에서는 “庶人以上耐爲司寇耐爲隸臣妾有耐罪(庶人以上, 耐爲司寇. 司寇, 耐爲隸臣妾. 隸臣妾有耐罪)”라고 하여, “隸臣妾”의 “妾”까지 중문부호가 있었으나, 동일 조문이 (1)-②에서는 “庶人以上耐爲…爲隸臣妾有耐罪(庶人以上, 耐爲…爲隸臣. 隸臣妾有耐罪)”으로 되어 있다. 즉 (1)-②에서 “隸臣妾”에서 “妾” 뒤의 중문부호가 빠진 것을 확인할 수 있고, 해석은 “사구는 내하여 예신으로 한다”가 된다. 이는 줄고에서 제시한 필자의 추정과 정확히 일치한다. 이렇게 예첩이 그 대상에서 빠지게 된 이상 (1)-①은 오히려 여성 사구가 없었음을 증명해 주는 강력한 증거로 보아야 한다.

그러나 석문을 공표한 『장가산336호』의 정리소조는 없는 중문부호를 다시 집어넣어 (1)-②의 석문을 “庶人以上耐爲【司寇, 司寇耐】爲隸臣妾. 隸臣【妾】有耐罪”와 같이 보충하였다.²¹ “耐爲” 다음에 결락된 부분의 빈칸이 3글자 정도이며 동일 조문인 (1)-①을 고려하면 “【司寇耐(司寇, 司寇耐)】”로 보충한 부분은 타당해 보인다. 하지만 중문부호가 없는 “妾”을 중문부호가 있는 것으로 보고 (1)-②처럼 “【妾】”을 보충한 것은 명백한 오류다. 이는 『장가산336호』의 정리소조가 (1)-①의 중문부호를 의식하였기 때문이지만,²² 『장가산336호』를 근거로 삼아 거꾸로 (1)-①, 즉 『이년율령』이 잘못 되었을 가능성을 생각하지 못하였다는 점이 아쉽다. 여성 사구가 없었다는 점을 확실히 인지하고 있었다면 쉽게 알아차릴 수 있는 문제였기에, 『장가산336호』의 사례는 그만큼 사구의 성별 문제에 대한 학계의 무관심을 반영하는 것 같다.

20 (1)-①의 “隸臣妾及收人” 중 “及收人”이 1-②에서 삭제된 것은 연좌로 인한 몰수법의 폐지로 인한 것이므로 두 조문은 동일한 조문이라고 보아도 무방하다(『장가산336호』 「具律」, p. 182, 簡130-131 주석 2).

21 『장가산336호』 「具律」, 簡130-131.

22 『장가산336호』 「具律」, p. 182, 簡130-131 주석 1.

문제의 형제 개혁 이전까지 여성은 사구로 노역하지 않았다는 사실이 이렇게 명백한데도 불구하고 아직도 학계에서는 왜 여성 사구의 그림자가 완전히 사라지지 않고 있을까? 사구는 다른 형벌에 비해 관련 자료가 적고, 향후 반례가 되는 새로운 간독 자료 한 줄만 나와도 결론이 뒤바뀔 수 있기는 하다. 하지만 이러한 위험성은 출토자료에 기대고 있는 최근의 진한사 연구 전반에 해당된다. 결국 사구의 성별 문제가 학계에 관철되지 않고 있는 보다 근본적인 이유는 성단-용, 귀신-백찬, 예신-예첩 등 다른 노역은 명백히 남녀 모두 동등하게 부과되고 있는데, 사구만 유독 남성에게만 부과된다는 사실이 상식에 부합하지 않기 때문일 것이다. 만약 사구가 남성에게만 부과하는 것이었다면 진한 형벌체계에서 사구는 아주 특수한 위치를 차지하고 있어야 한다.

하지만 사구의 성별 문제를 거론하면서도 이러한 근본적인 문제를 깊게 파고든 연구는 손에 꼽을 정도로 적다. 필자가 줄고에서 한 것처럼 파편적인 출토자료만 가지고 사구의 성별 문제를 증명하여도 이러한 근본적인 의문이 해소되지 않는다면 새로운 사구 관련 자료가 출현할 때마다 논란은 반복될 수밖에 없을 것이다.

따라서 본고에서는 여성은 사구로 처벌하지 않았던 근본적인 원인을 살핌으로써 진한 형벌체계를 재고찰해 보는 단서로 삼고자 한다. 먼저 2장에서는 왜 여성에게는 사구를 부과하지 않았는지, 그 원인에 대해 여러 가능성을 제시하고 각각의 타당성 여부를 확인하고자 한다. 3장에서는 성별 문제를 포함한 사구의 특성이 진한 형벌체계 형성과정에서 가지는 의미가 무엇인지 설명하고자 한다. 4장에서는 사구를 비롯한 진한 형벌체계의 형성과정 재고찰을 단서로 문제의 개혁 조서를 다시 읽어 보고자 한다.

2. 여성 사구의 부재 원인과 사구의 기원

- (3) ① <죄를 지어 경(黥)해야 하는 경우, 이전에 경을 받은 자는 코를 베고(劓), 이전에 코를 베 자는 좌지(左趾)를 참(斬)하고, 좌지를 참한 자는 우지(右趾)를 참하고, 우지를 참한 자는 거세한다(腐之).> ② <여자를 책(磔)하거나 요참(腰斬)해야 하면 기시(棄市)로 처한다. 참하여 성단으로 삼아야 하면 경하여 용으로 삼고, 속참(贖斬)해야 하면 속경(贖黥)으로 처하고, 내(耐)해야 하면 속내(贖耐)로 처한다.>²³

여성에게 사구를 부과하지 않은 원인으로 가장 쉽게 떠올릴 수 있는 것은 여성 우대라는 맥락이다. 서론에서 상술한 사구가 만들어지는 두 번째 경우(㉒)에서 <그 법에 명기되지 않은 내의 경우> 서인 이상의 남성은 사구가 되지만, 여성은 (3)에 의해 속내로 감해 주고 사구로 처벌하지 않았다. 그런데 (3)을 더 상세히 살펴보면, 이 조문은 육형 부과와 밀접한 관련이 있는 것처럼 보인다. (3)-①은 경이라는 육형을 이미 받은 상태에서 또다시 경을 받아야 할 때 ‘의-참좌지-참우지-부’순으로 가형한다는 규정이고, 뒤이어 (3)-②에서는 여성이 사죄를 저질러 책·요참과 같은 극형에 해당되어도 처벌을 기시에 그쳐 시신을 보존하도록 하고, 참 역시 면제하고 있다. 즉, 여성의 내죄를 속내로 처벌한다는 규정은 (3)-①육형에 대한 규정, 그리고 생전이든 사후이든 (3)-②여성의 신체 훼손을 최소화하는 규정 다음에 위치하고 있어, 여성의 신체적 조건이나 윤리적 문제로 여성에게는 특정한 우대 조치를 취한다는 맥락으로 읽을 수 있다.

이처럼 여성은 육체적으로 혹은 사회적으로 약자이기 때문에 형벌에 있어서도 특별히 배려받는 경우는 전통 중국의 오랜 관념에서부터 시작

23 『이년율령』「具律」, 簡88-89, “有罪當黥, 故黥者劓之, 故劓者斬左趾(趾), 斬左趾(趾)者斬右趾(趾), 斬右趾(趾)者府(腐)之. 女子當磔若腰(腰)斬者, 棄市. 當斬爲城旦者黥爲舂, 當贖斬者贖黥, 當耐者贖耐.”

될 뿐만 아니라,²⁴ 동서고금을 막론하고 흔하게 찾아볼 수 있다. 당률(唐律)에서만 해도 여성은 유배를 보내지 않고 장을 치는 것(決杖)으로 대체하였고,²⁵ 조선시대에는 사대부 여성에게 이러한 장을 치는 행위조차도 반대하는 여론이 있었다.²⁶ 물리적 거리는 멀지만 동시대인 로마에서도 특정한 범죄에 한해서 여성은 그 사회적 지위의 취약성을 고려하여 형벌을 경감받았다.²⁷

하지만 『이년율령』의 책·요참이나 참형은 여성의 육체적 취약성을 고려한 것이고, 당률의 유배형은 여성의 독자생존의 문제를 고려한 것이다. 또 조선시대 장형의 논의는 사대부 여성의 수치심을 야기하여 사회적 문제를 일으킬 수 있기 때문이라면, 로마법에서 여성의 형벌 감면은 가부장적 체제 내에서 여성의 주체성 인정 문제가 결부되어 있었다.

반면 내사구죄를 감등하여 속내를 부과하는 것은 그 어디에도 해당되지 않는다. 만약 육형과 연결지어 신체의 체모를 제거하는 내(耐)가 문제라면 백찬·예첩 등 다른 여성 도예들도 내로 처벌되었기 때문에 여성을 사구로 처벌하지 않을 이유가 될 수 없다. 게다가 문제의 형제 개혁으로 경(黥) 이상의 육형이 폐지된 이후에도 내는 폐지되지 않았고 남녀 모두에게 적용되었다. 또 (3)-②에서 알 수 있듯 여성에게 모든 육형이 면제된 것도 아니다. 최소한 얼굴에 목을 가하는 경은 여성에게도 부과되고 있는데, 경을 건너뛰고 이보다 가벼운 내만 특별히 면제해 줄 이유도 없다. 여성에게 내를 적용하지 않는 것이 문제가 되지 않는다면 역시 이 조문의 방점은 사구에 있으며, 육형 부과((3)-①) 및 여성의 육체적 형벌 감면 규정((3)-②)과 동일 선상에 놓고 볼 수 없다. 다시 말해 여성의 내사구죄 감등 문제는 사구 그 자체에서 그 원인을 찾아보아야 한다.

24 左丘明, 『春秋左傳』 “婦人無刑, 雖有刑, 不在市朝.”

25 김택민(2021), 『당률총론』, 파주: 경인문화사, p. 337.

26 박경(2017), 「조선시대 사족 여성 決杖 논의의 사회적 함의」, 『사학연구』 128, 한국사학회.

27 조규창(1998), 『로마형법』, 고려대학교출판부, p. 29

사구란 무엇인가? 사구의 본분은 그 명칭에서부터 드러나듯 ‘구를 사하는 것’이다. 「한관구의」에서도 “사구 남자는 비수한다(備守)”라고 하여 “비수”가 그 본분임을 명시하고 있다.²⁸ 성단은 성의 축조(治城), 용은 쌀 빙기(治米), 귀신은 귀신(鬼神)에게 제사 지내기 위한 땃감(薪柴)의 벌목, 백찬은 제사를 위한 쌀을 고르는 것(精米) 등²⁹ 진한시대 도예의 명칭은 일반적으로 그 도예가 맡는 업무에서 왔다. 이러한 도예의 탄생에 대해 이주현은 “결국 필요한 노동 수요를 충족시키기 위해서”라고 지적한 바 있다.³⁰ 각국이 부국강병에 사활을 건 전국시대를 거치며 국가가 전체 인력을 장악하고 효율적으로 활용하는 것이 국가의 최우선 과제가 되었고, 중국 고대 형벌체계의 중심이 신체에 대한 처벌에서 노역의 부과로 이동한 현상은 이 때문이었다. 즉 형벌을 통해 형성된 도예들은 국가의 인력 수요에 의해 만들어진 것이다. 사구 역시 만들어질 때부터 특정 목적과 수요를 전제로 하였을 것이다.

이명화는 이 점에 착목하여 여성에게 사구를 부과하지 않았던 원인은 여성 노동력에 대한 국가 수요의 문제에서 찾아야 하며, 즉 사구라는 업무 특성상 여성 사구가 불필요했기 때문이라는 논지를 펼쳤다.³¹ 사구가 감독

28 衛宏(1990), 『漢官六種』 「漢官舊儀」 卷下, “罪爲司寇, 司寇男備守, 女爲作如司寇, 皆作二歲.”

29 衛宏, 『漢官六種』 「漢官舊儀」 卷下, “有罪, 各盡其刑. 凡有罪, 男髡鉗爲城旦, 城旦者治城也. 女爲舂, 舂者治米也, 皆作五歲. 完四歲, 鬼薪三歲. 鬼薪者男當爲詞祀鬼神伐山之薪蒸也, 女爲白粲者, 以爲詞祀擇米也, 皆作三歲.”

30 이주현(2020), 「中國 古代 帝國의 人力 資源 편제와 운용」, 서울대학교 대학원 박사학위논문. p. 11.

31 이명화 역시 (3)의 조문을 여성에 대한 寬刑 정책을 볼 수 없다고 설명하였다. 책형은 신체처리방식이 사형방식이 아니었으며, 요참형은 허리를 정확하게 자르기 위해 탈의를 해야 했으므로, “적어도 여성 책형, 요참형의 회피에서 여성형도에게 잔혹한 형을 가하지 않는 寬刑의 관념을 구할 수 없다.”라고 보았다. 또 고대 참좌지형을 받은 사람은 문지기 노역 등에 종사하였는데, 여성의 경우 문지기로도 쓰기 힘들어진다. 즉 노역이 사실상 불가능한 불구자가 될 뿐이기 때문에 해당 조문은 여성 도예의 노동력 활용 문제에서 접근해야 한다고 주장하였다[이명화(2011), 「秦漢 女性 刑罰의 減刑과 勞役」, 『중국고중세사연구』 25, 중국고중세사학회].

하는 대상은 성단용·귀신백찬 등 중범죄를 저지른 자들이다. 현대에서도 여성이 중범죄를 저지르는 비율은 낮은 것처럼, 진한시대에도 여성이 용·백찬으로 처벌받을 정도로 중범죄를 저지르는 경우가 적었을 것이고 이들을 감독할 여성 사구의 수요도 적었을 것이다. 또 사구에게는 본래의 직무의 “복·양·관부경비 및 다른 특수 업무³²”(僕·養·守官府及除有爲)를 시키지 못하는 등의 제약이 있었다.³³ 이명화는 국가의 입장에서 여성 사구를 활용할 만한 여지가 적었기 때문에 여성 사구의 필요성이 현저히 낮았고 이 때문에 여성에게는 사구를 부과하지 않고 대신 속내로 처벌하여 국가에 더욱 필요한 노동력을 제공할 수 있도록 만들었다고 보았다.³⁴

그러나 국가가 필요에 따라 노동력을 동원하기 위해 범죄자를 특정 노역에 처하는 것과 노동 수요가 없어서 죄를 감면해 주는 것은 다른 차원의 문제다. 형벌이란 죄지은 자를 벌주고 이로써 사회질서를 유지하고 정의를 구현하는 것에 그 1차 목적이 있다. 적어도 강력한 법가 통치와 함께 광범위한 도예 노동력을 통해 각종 행정과 관영사업을 뒷받침하고 있었던 진에서 단순히 종사할 업무가 많지 않다는 이유로 종신토록 노역해야 할 정도로 가볍지 않은 죄를 과연 감면해 주었는지 의문이다. 사실 사구가 상대적으로 가벼운 노역이라고 해도 전체 형벌 등급으로 보았을 때 결코 여자라는 이유로 속내로 감경해 줄 만큼 가벼운 범죄라고 할 수는 없다.

게다가 이 관점은 3가지 문제가 있다. 첫째, 사구가 맡고 있었던 업무는

32 “除有爲”에 대한 해석은 학자들마다 견해가 다르지만, 필자는 면직된 자가 “除有爲”된 일이 끝났는데도 해당 업무를 반환하지 않으면 망물로 논처한다는 점, 또 이와 유사한 표현인 “有事”가 진간에서 출장과 비슷하게 쓰인다는 점에서, 단순히 업무를 제수하는 것을 의미하는 것이 아니라 항상적인 본업 외에 어떤 특임을 맡게 된 것이나 혹은 출장소에서의 업무를 의미하는 것으로 이해하였다[『호가초장』 『置吏律』, 簡1161+1155, “諸除有爲, 若有事縣道官而免庠(斥), 事已, 屬所吏輒致事之. 其弗致事, 及其人留不自致事, 盈廿日, 吏罰金二兩, 以亡律論不自致事者.”; 『악록진간4』, 簡326, “令部吏有事縣道者循行之, 毋過月歸(?), 當繕治者輒繕治之.”]

33 『악록진간4』, 簡271, “司寇勿以爲僕、養、守官府及除有爲殿(也). 有上令除之, 必復請之.”

34 이명화(2011), pp. 72-76.

다양했다. “복·양·관부경비 및 다른 특수 업무” 등 특정 업무에 종사하지 못하게 한 것도 사실이지만, 사구가 비단 비수(備守)의 업무만 한 것은 아니었다. 여러 출토자료에서 도예 및 미결수 감시, 문서전달(行書), 물자운송, 치안업무 보조(용의자 정탐 및 체포), 토지(공전 혹은 둔전) 경작 등 사구가 다방면에서 활용되고 있었음이 확인된다.³⁵ 게다가 이렇게 본분 이외의 업무에 종사되는 것은 사구뿐만이 아니었다. 본래 토목공사와 같은 고된 노역에는 사공(司空) 관리하의 성단용이, 기타 잡역에는 창(倉) 관리하의 예신첩이 종사하도록 나누어 있었지만, 예신첩이 토목공사에 동원된 경우 식사를 성단용과 같이 지급하게 한 규정을 보면,³⁶ 필요에 따라 예신첩도 얼마든지 토목공사에 동원될 수 있었다. 실제로 진대 천릉(遷陵)현에서 도예를 부린 내역을 기록한 작도부(作徒簿)에서는 사공이 종종 창으로부터 예신첩을 데려와 성단용과 함께 부리고 있었음이 확인된다.³⁷ 사공에서 필요한 노동력이 부족할 경우 얼마든지 예신첩을 동원할 수 있었다는 의미다. 이처럼 도예 노동력은 융통성 있게 운용될 수 있었고, 그렇다면 국가 입장에서는 언제든지 사용할 수 있는 노동력의 확보가 중요하지, 그들에게 본래 분장된 업무가 적은 것은 부차적인 문제가 된다.

둘째, 정말로 맡길 업무가 없는 것이 문제라면 갱작(更作), 즉 고대근무를 시키면 된다.³⁸ 진술에서는 예첩을 갱작시키고 있었던 정황이 확인되고 유사시에는 이들을 비교대근무(冗作)로 전환하기도 하였다.³⁹ 율에서 예신

35 이상의 사구의 업무에 관해서는 張新超(2018), 「試論秦漢刑罰中的司寇刑」, 『西南大學學報(社會科學版)』, 2018-01 참조.

36 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) 「倉律」, 簡59, “免隸臣妾·隸臣妾垣及爲它事與垣等者, 食男子旦半夕參, 女子參. 倉”

37 陳偉 主編(2018), 『里耶秦簡牘校釋第2卷』, 武漢: 武漢大學出版社(이하 『이야진간(2)』로 약칭), 簡9-2289, “卅二年十月己酉朔乙亥司空守國徒作簿 … 受倉隸妾七人.”

38 更作과 冗作에 관해서는 楊振紅(2006), 「秦漢簡中的“冗”、“更”與供役方式——從〈二年律令·史律〉談起」, 『簡帛研究二〇〇六』, 桂林: 廣西師範大學出版社 참고.

39 『수호지진간』 「倉律」, 簡54, “更隸妾節(卽)有急事, 總冗, 以律稟食; 不急勿總. 倉.”

이 아닌 예첩만을 굳이 언급하고 있는 것을 보면 예신에 비해 쓸모가 적은 예첩의 갱작 비율이 높았거나 혹은 예첩에 한정하여 갱작을 시켰던 것 같다. 사구 역시 갱작을 했다.⁴⁰ 주지하듯 사구는 본인 소유의 전택과 가족이 있었기 때문에 평소에는 개인 생업에 종사하다가 필요할 때 동원되어 갱작으로 일했을 것이다. 여성 역시 일단 사구로 만든 뒤 갱작을 시켜 필요할 만큼만 동원하면 그만이다. 국가 입장에서 유독 여성의 사구죄만 속내로 감해 줄 이유가 없다.

셋째, 사구의 부족 현상이 확인된다. 진대 율령에 따르면 성단용 20인당 1인의 사구가 필요하였고 사구가 부족하면 성단 중 3년 이상 복역한 자를 ‘성단사구’(城旦司寇)로 삼고, 성단사구까지도 부족하면 예신첩이 그 역할을 맡게 되어 있었다.⁴¹ 이 조문에서는 성단사구만 언급하고 있지만 다른 율령에서 용사구의 존재도 확인할 수 있어서 실제로는 3년 이상 복역한 용도 용사구가 된 것으로 추정된다.⁴² 사구가 부족할 경우 대책을 이렇게 상세히 율문으로 만들었다는 것은 사구의 부족 문제가 중앙정부에 인식되어 국가 차원에서 법률로 대책을 지정할 정도로 만성적이었을 가능성을 암시한다. 천릉현 작도부에서도 사구를 대신하여 사구가 아닌 도예가 ‘사구’라는 업무를 맡았음이 드러난다.⁴³ 그중 진시황 32년 10월 을해일 사공의 작

40 사구도 元作과 更作이 모두 확인된다[『악록진간(4)』, 簡17-18, “及諸當隸臣妾者亡, 以日六錢計之, 及司寇元作及當踐更者亡, 皆以其當元作及當踐更日, 日六錢計之, 皆與盜同灑”; 陳偉(2022), 「胡家草場漢簡律典與漢文帝刑制改革」, 『武漢大學學報(哲學社會科學版)』 2022-03, p. 82].

41 『수호지진간』 「司空律」, 簡146, “城旦司寇不足以將, 令隸臣妾將. 居貲贖責(債)當與城旦春作者, 及城旦傅堅·城旦春當將司者, 廿人, 城旦司寇一人將. 司寇不隸, 免城旦勞三歲以上者, 以爲城旦司寇. 司空”

42 『악록진간(4)』, 簡50, “城旦春司寇亡而得, 黥爲城旦春, 不得, 命之, 其獄未鞠而自出毆(也), 治(答)五十, 復爲司寇.”

43 『이야진간(2)』, 簡9-2289, “卅二年十月己酉朔乙亥司空守園徒作簿. … 隸妾毆春八人. 隸妾居貲十一人. 受倉隸妾七人. … 三人司寇: 媼、狼、款.”; 陳偉 主編(2012), 『里耶秦簡牘校釋第1卷』, 武漢: 武漢大學出版社(이하 『이야진간(1)』로 약칭), 簡8-663, “二人司寇守: 囚、媼.”; 『이야진간(1)』, 簡8-2101, “[?]人牢司寇守: 囚、媼、負中.” 이의 司空作徒簿 중

도부에서 ‘사구’ 업무에 종사하였다는 3인은 여성 도예다.⁴⁴ 이렇듯 사구가 부족해서 본래 다른 업무에 종사해야 할 도예들, 특히 성단용 같은 중범죄자를 본래 업무에서 면제해 주면서까지 사구로 부리는 상황에서, 여성 중범죄자가 적으니 여성 사구도 필요 없었다는 주장은 당시의 현실과 부합하지 않는다. 오히려 여성 사구의 필요성에도 불구하고 여성을 사구로 처벌하지 않았기 때문에, 언급한 작도부에서처럼 예첩이나 용사구 등이 사구 업무를 대신하는 상황이 벌어지고 있었다고 보는 것이 합리적이다.

정리하면 국가 노동력 수요라는 관점은 남성 도예에 비해 용, 백찬, 예첩 같은 다른 여성 도예와 그 역할도 수요가 적었을 것임에도 여성이라고 특별히 죄를 감면해 주지 않았는데, 형벌체계의 형평성과 사회 정의를 흐트리면서까지 유독 ‘사구’ 업무만 여성에게 부과하지 않았을 이유로 보기에 설득력이 부족하다.

다음으로 사구가 다른 도예와 달리 전택 수여의 대상이 되는 등 작제 질서 안에 들어 있었기 때문에 일부러 여성은 사구로 만들지 않았다는 해석이 있다.⁴⁵ 후지이(藤井)에 따르면 사구는 ‘구를 정탐하다’(伺寇)의 의미로 군사적 업무와 밀접한 관련이 있는데, 상양변법에 따라 군사적 질서에 의해 재편성된 작제 질서의 최말단에 존재하였으며, 이는 전투에 참가하여 공적을 세워 작을 받을 수 있는 기회를 가질 수 있음을 의미한다. 물론 사구 자신은 범죄자이기 때문에 직접적으로 작을 받을 기회를 얻을 순 없지만 그 자식은 사오가 되어 작 질서로 편입할 수 있게 설계했다는 것이다. 이것은

작업 내용으로 “司空”이 있는데 “伺寇”의 오기가 아닐까 의심된다[湖南省文物考古研究所(2013), 『龍山里耶秦簡之徒簿』, 『出土文獻研究』 12, 中國文化遺產研究院, p. 105, 簡11-249. “卅一年九月庚戌朔癸亥, 司空色作徒薄. 城旦司寇□人. 鬼薪廿人. … □人司空: □”].

44 『이야진간(2)』, 簡9-2289, “卅二年十月己酉朔乙亥司空守園徒作簿. 城旦司寇一人. 鬼薪廿人. 城旦八十七人. 仗城旦九人. 隸臣毆城旦三人. 隸臣居貲五人. … □□八人. □□十三人. 隸妾毆春八人. 隸妾居貲十一人. 受倉隸妾七人. … 三人司寇: 莠, 狼, 款.”

45 藤井律之(2006), 『罪の加減と性差』, 『江陵張家山二四七號墓出土漢律令の研究(論考篇)』(富谷至 編), 京都: 朋友書店, pp. 82-84.

자식에게 도예 신분이 대물림 되는 예신첩 이하와 사구를 구분 짓는 핵심이다. 전투 참가를 전제할 수 있는 남성에게만 작을 부여하였기 때문에 이러한 작제 질서 내에 있는 사구 역시 남성에게만 부과하였다는 것이다.

하지만 서인(庶人)의 사례를 생각하면 사구가 작제 질서 안에 있다고 해서 남성만을 전제하였다는 결론을 도출하기 어렵다. 서인 역시 작제 질서 내에 공졸(公卒)·사오(士伍)와 동급으로 존재하면서 전택을 수여받고,⁴⁶ 응당 요역이나 병역의 의무를 지고 있었을 테지만 서인 자체는 명백히 여성도 존재했기 때문이다.⁴⁷ 그렇다고 여자 서인에게까지 전택을 수여하지는 않았을 것이다. 작제 질서에 따라 전택을 수여받거나 전투에 참여하는 기회를 얻는 등의 혜택을 가지는 것은 남성만이라는 대전제가 있다면, 이에 따라 서인이 전택을 수여받는다 하여도 당연히 남성만을 전제로 하는 것이며 작제 질서 바깥에 여성 서인이 있어도 문제가 되지 않는 것처럼, 모든 사구가 꼭 남성이어야만 할 필요는 없다.

정리하면 남녀 모두에게 사구를 부과하더라도 작에 따라 전택을 수여받는 것은 남성만이라는 기본 전제가 깔려있다면 아무런 문제가 없다. 오히려 거꾸로 여성에게 사구를 부과하지 않았기 때문에 사구가 작제 질서 내에 위치한다는 인상을 주는 것일지도 모른다. 그렇다면 사구가 전택을 수여받는 등 작제 질서 내에 있는 존재이기 때문에 남성만 사구로 삼았다는 것은 주객전도의 해석인 셈이다. 결국 사구가 작제 질서 내에서 전택 수여의 대상이 되거나, 혹은 그 자식이 사오가 되어 군공에 의해 작을 수여받을 기회를 얻도록 설계된 것이라 하여도, 이와 별개로 여성에게 사구를 부과하여도 아무런 모순이 발생하지 않는다.

46 『이년율령』 「戶律」, 簡310-313, “公卒、士五(伍)、庶人各一頃, 司寇、隱官各五十畝.”; p. 218, 簡316, “公卒、士五(伍)、庶人一宅, 司寇、隱官半宅.”

47 『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”; 「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; 女子庶人, 毋筭(算)事其身, 令自尙.”

이처럼 내사구의 ‘내’라는 처벌이나 ‘사구’라는 노역이 여성을 내사구로 처벌하지 않는 근거가 될 수 없다면, 내사구로 처벌하는 범죄행위가 무엇이었는가에 다시 주목할 수밖에 없다. 즉 사구로 처벌되는 경우를 다시금 살펴보아야 하는데, 여기에는 이상한 점이 있다.

첫째, 본고 1장 서론에서 상술한 사구로 처벌되는 경우의 수는 세 가지인데, 그중 ① 사구로 처벌한다고 직접 명기된 경우와 ② 노역의 부가가 없는 내죄를 저지른 자가 서인 이상이면 사구에 처한다는 규정(〈그 법에 명기되지 않은 내의 경우〉 조문)에 의한 경우에 사구로 처벌되는 범죄행위와 처벌 대상에 간극이 크다는 점이다.

①에 규정된 범죄행위의 종류나 처벌 대상은 지극히 제한적이다. 모두 공무 관련이며 리(吏)나 공장(工匠)이 그 처벌 대상이었다.⁴⁸ 리나 공장 같은 집단은 국가의 특별한 수요에 의해 일반민과 다른 대우를 받는 특수한 대상이라고 할 수 있다. 따라서 ①에 의해 만들어지는 사구의 숫자 역시 제한적이었을 것이다.

사구의 본업은 중범죄자인 구(寇)를 감독(司)하는 것이다. 그런데 중범죄자가 경범죄자보다 적은 것이 일반적인 사회구조라면 성단용보다 사구로 처벌되는 경우가 더 흔하였을 텐데, 실제로 사구가 필요한 비율은 성단용 20명당 1명에 불과하니 정상적인 형벌체계에서 사구의 숫자는 실제 수요를 훨씬 웃돌았을 것이다. 전국시대를 거치며 국가의 노동력 장악 일환으로 범죄자에게 국가가 필요한 노역에 종사하도록 설계된 것이 진한시대 형벌체계라면, ①에서 사구로 처벌하는 범죄행위와 대상이 제한적이었던 것은 오히려 이러한 사구의 실수요에 부합하도록 국가가 의도한 것이라고 할

48 『악록진간(4)』, 簡228-229, “• 具律曰: 諸使有傳者, 其有發徵、辟問具毆(也)及它縣官事, 當以書而毋□欲(?)□□者, 治所吏聽行者, 皆耐爲司寇.”; 『악록진간(5)』, 簡182, “治道故塞徼外蠻夷來爲間及來盜略人、以城邑反及舍者, 死梟不審, 耐爲司寇; 城旦春梟不審, 賞…”; 『악록진간(6)』, 簡46-47, “• 諸物之有程而當入縣官者, 其惡不如程而請吏入, 其受請者及所請, 皆坐惡不如程者, 與盜同灑, 臧(贓)不盈百一十錢者, 皆耐以爲司寇. • 十七一一.”

수 있다.

문제는 ②에 저촉되는 범죄행위, 즉 “내”라고만 되어 있는 조문은 적지 않다는 것이다. 이러한 조문의 처벌 대상에는 리가 가장 많긴 하지만, 우인(郵人)⁴⁹·선인(船人)⁵⁰과 같은 특수 직종 종사자, 그리고 도망이나⁵¹ 상해,⁵² 호적 신고 부실(占年)⁵³ 등의 잘못을 저지른 불특정 다수까지 일반민도 광범위하게 포함되었다. 범죄행위를 보아도 공무와 관련된 비중이 크기는 하나 다방면에서 처벌하고 있다.⁵⁴ 즉 ②에서는 그 범죄행위나 처벌 대상에 특별

49 『악록진간(5)』, 簡133, “● 令曰: 郵人行書, 留半日, 賞一盾; 一日, 賞一甲; 二日, 賞二甲; 三日, 贖耐; 過三日以上, 耐. • 卒令丙五十.”

50 『이년율령』 「賊律」, 簡6, “船人渡人而流殺人, 耐之.”

51 『이년율령』 「亡律」, 簡157, “吏民亡, 盈卒歲, 耐; 不盈卒歲, 榘(繫)城旦春; … 皆籍亡日, 輒數盈卒歲而得, 亦耐之.”

52 『이년율령』 「賊律」, 簡27-28, “鬪而以刃(刃)及金鐵銳、錘、榘(錐)傷人, 皆完爲城旦春. 其非用此物而刃人, 折積(肢)、齒、指, 朕體, 斷陔(決)鼻、耳者, 耐.”

53 『이년율령』 「戶律」, 簡325-327, “諸(?)民皆自占年. 小未能自占, 而毋(無)父母、同產爲占者, 吏以□比定其年. 自占、占子、同產年, 不以實三歲以上, 皆耐.”

54 기존 연구에서는 “耐”, “當耐”, “耐之”라고만 되어 있는 조문의 실제 적용은 내예신첩이나 내사구 중 하나로 특정해 있었을 것으로 보고 양자를 구별해내는 시도를 한 바 있다 [이성규(2003), 「秦漢 형벌체계의 재검토: 雲夢秦簡과 『二年律令』의 司寇를 중심으로」, 『동양사학연구』 85, 동양사학회; 임중혁(2008), 「秦漢律의 耐刑: 士伍로의 수령 시스템과 관련하여」, 『중국고중세사연구』 19, 중국고중세사학회; 임병덕(2021), 「秦·漢律의 耐刑과 司寇」, 『中國史研究』 134, 중국사학회 등]. 그러나 필자는 이러한 조문들은 ② <그 법에 명기되지 않은 내의 경우>에 해당하고 따라서 서인 이상이면 일괄적으로 사구로 처하되 여성은 속내로 감면받았다고 본다. 물론 『수호지진간』에서 처된 내예신첩죄가 분명함에도 “耐”라고 생략형으로 쓴 경우가 있다. 예를 들어 110전을 훔치면 내예신첩죄이지만 「法律答問」, 簡35-36, “士五(伍)甲盜, 以得時直(值)臧(贓), 臧(贓)直(值)百一十, 吏弗直(值), 獄鞫乃直(值)臧(贓), 臧(贓)直(值)過六百六十, 黥甲爲城旦, 問甲及吏可(何)論? 甲當耐爲隸臣, 吏爲失刑罪. 甲有罪, 吏智(知)而端重若輕之, 論可(何)毆(也)? 爲不直.”] 이를 “내”라고만 적기도 하였다[「法律答問」, 簡33-34, “士五(伍)甲盜, 以得時直(值)臧(贓), 臧(贓)直(值)過六百六十, 吏弗直(值), 其獄鞫乃直(值)臧(贓), 臧(贓)直(值)百一十, 以論耐, 問甲及吏可(何)論? 甲當黥爲城旦; 吏爲失刑罪, 或端爲, 爲不直.]. 하지만 이는 『수호지진간』의 특성 때문이다. 『수호지진간』에는 “有罪”라고만 되어 있는 조문이 간혹 있는데[「田律」, 簡12, “百姓居田舍者毋敢酤(酤)酉(酒), 田嗇夫·部佐謹禁御之, 有不從令者有罪; 今課縣·都官公服牛各一課, 卒歲, 十牛以上而三分一死”; 「廩苑律」, 簡19-20, “不【盈】十牛以下,

한 제한이 있어 보이지 않는다. 그렇다면 ②에 의해 만들어진 사구의 수는 적지 않았을 것이다. ①에서 수요가 제한적인 사구를 많이 만들어 내지 않기 위해 이로 처벌하는 범죄의 종류나 처벌 대상을 제한하였다면, ②와 같은 별도의 과정을 거쳐서 사구를 양산해 내는 상황과 모순되고 있지 않은가?

둘째, 애초에 ②와 같은 과정이 왜 필요한가라는 점이다. 기본적으로 진한 형벌은 신체에 대한 처벌과 노역을 동시에 부과한다. “경하여 성단용으로 삼는다”(黥爲城旦舂), “내하여 예신첩으로 삼는다”(耐爲隸臣妾), “내하여 귀신백찬으로 삼는다”(耐爲鬼薪白粲) 등 신체에 대한 처벌과 부가되는 노역이 명확하게 규정되어 있다. 특히 내의 경우 부가되는 노역으로 귀신백찬, 예신첩, 사구 등 복수의 경우의 수가 존재하기 때문에 부가되는 노역이 무엇인지 더욱 명확히 할 필요가 있다. 처벌로서 노역이 부가되지 않은 내죄는 내사구죄라고 보아도 무방한데 실제로 “내한다”라고만 되어 있는 조문을 모두 “내하여 사구로 삼는다”(耐爲司寇)로 구체화하여도 실제 형벌 적용에 아무런 차이가 발생하지 않는다.⁵⁵

(4)-(이) 여자를 책하거나 요참해야 하면 기시로 처한다. 참하여 성단으로

及受服牛者卒歲死牛三以上，吏主者·徒食牛者及令·丞皆有罪。”；「金布律」，簡68，“賈市居列者及官府之吏，毋敢擇行錢·布；擇行錢·布者，列伍長弗告，吏循之不謹，皆有罪。” 등] 원래 조문에는 각각 무슨 죄에 해당하는지 명시하였을 것이다. 다만 초사 과정에서 해당 처벌을 일일이 적지 않고 필요에 따라 생략하거나 “有罪”와 같은 표현으로 대체하였을 따름이다. 뿐만 아니라 『악록진간』부터 『호가초장』까지 진한대 율령자료의 내용이 상당 부분 겹치는 것에 비해 『수호지진간』의 전반적인 내용은 다른 출토 율령자료와 차이가 있는데, 이는 『수호지진간』에 묘주 개인의 특정한 필요와 관심이 반영된 결과이다. 따라서 『수호지진간』의 특수한 사례를 가지고 『이년율령』이나 『악록진간』 등 기타 율령에 나오는 “耐”까지 생략형으로 보기는 어렵다. 또 <그 법에 명기되지 않은 내의 경우> 조문에서 “耐”，“當耐”，“耐之”라고만 되어 있는 조문에 대해 서인 이상은 내사구, 사구는 내예신첩이라는 명확한 방침을 제시하고 있는 이상 “耐”라고만 적혀 있다 하여도 리가 헛갈릴 이유가 전혀 없다.

55 다만 죄의 등급으로서 耐罪는 내예신첩죄를 포괄할 때도 있다.

삼아야 하면 경하여 용으로 삼고, 속참해야 하면 속경으로 처하고, 내해야 하면 속내로 처한다.⁵⁶

(호) 여자를 책하거나 요참해야 하면 기시로 처한다. 사구로 삼아야 하면 현관 및 기타에서 작시키되 모두 사구와 같이 한다.⁵⁷

(5)-(이) 선인이 사람을 건너게 하다가 익사시키면 내한다.⁵⁸

(호) 선인이 사람을 건너게 하다가 익사시키면 내하여 사구로 삼는다.⁵⁹

(6)-(이) 리·민이 도망하여 1년이 차면 내한다. 1년이 차지 않으면, 계성단용, … 모두 도망일수를 기록하고 일수를 가산한 것이 1년이 차고서 붙잡으면 역시 내한다.⁶⁰

(호) 리·민이 도망하여 1년이 차면 내하여 사구로 삼는다. 1년이 차지 않으면 관부에서 작시키고, … 모두 도망일수를 기록하고 일수를 가산한 것이 1년이 차고서 붙잡으면 역시 내하여 사구로 삼는다.⁶¹

상기의 사례 중 (이)는 출처가 『이년율령』, (호)는 『호가초장』이라는 의미다. 『이년율령』의 <그 법에 명기되지 않은 내의 경우>, 즉 “내한다”라고만 되어 있는 사례를 “내하여 사구로 삼는다”로 바꾼다면 오히려 <그 법에 명기되지 않은 내의 경우>의 적용 과정이 명쾌해진다. 『이년율령』의 “내한다”

56 『이년율령』「具律」, 簡87-89, “女子當磔若腰斬者, 棄市. 當斬爲城旦者, 黥爲舂. 當贖斬者, 贖黥. 當耐者, 贖耐.”

57 『호가초장』「具律」, 簡1253, “女子當磔若腰斬者, 棄市; 當爲司寇者, 作縣官及它皆如司寇.”

58 『이년율령』「賊律」, 簡6, “船人渡人而流殺人, 耐之.”

59 『호가초장』「賊律」, 簡1123, “船人渡人而流殺人, 耐爲司寇.”

60 『이년율령』「亡律」, 簡157, “吏民亡, 盈卒歲, 耐; 不盈卒歲, 貲(繫)城旦舂; … 皆籍亡日, 輒數盈卒歲而得, 亦耐之.”

61 『호가초장』「亡律」, 簡1309+1311, “吏民亡, 盈卒歲, 耐爲司寇; 不盈卒歲, 作官府, … 皆籍亡日, 輒數盈卒歲而得, 亦耐爲司寇.”

가 『호가초장』에서 모조리 “내하여 사구로 삼는다”로 바뀐 것은 이러한 문제를 인식했기 때문일 것이다.

셋째, 여성 사구의 문제도 ❶과는 관련이 없다. ❶은 그 범죄의 종류나 대상이 명확하게 제한되어 있으며 주로 공무와 관련하여 리를 처벌하고 있기 때문에 ❶로 여성이 사구로 처벌될 가능성은 없었다. (4)-(이) “내해야 하면 속내로 처한다”(當耐者, 贖耐)를 “내하여 사구로 삼아야 하면 속내로 처한다”(當耐司寇者, 贖耐)라고 하여 사구로의 처벌이 직접 명기된 경우를 대상으로 하지 않은 것도 원래 (4)-(이)에 의해 여성의 사구죄가 속내로 처벌받는 경우는 기본적으로 ❷인 <그 법에 명기되지 않은 내의 경우>를 전제로 한 것이고, 사구로의 처벌이 직접적으로 명기된 ❶의 사례는 모두 남자만을 전제로 하고 있었기 때문일 것이다.

이처럼 ❶와 ❷를 통한 사구 부과 양상에 모순이 있고, ❷는 사실상 불필요했으며 여성에게는 사구 대신 속내로 처벌하는 불평등 역시 ❷에서 비롯되었다는 점, 그래서 문제의 형제 개혁 후 『호가초장』에서는 ❷의 사례가 모두 ❶로 통일되고, 여성에게는 그에 상응하는 작여사구가 신설되어 성별 불평등이 해소되었다는 사실을 종합하며 보면, 사구로 처벌되는 경우를 둘러싼 모든 문제는 ❷가 관건이었다는 점을 알 수 있다.

이상의 분석을 바탕으로 필자는 한 가지 가설을 세워 보았다. 본래 국가가 설정한 사구는 ❶로서 특정한 범죄와 대상에게만 적용되는 특수 형벌에서 시작하였으나, 점차 형벌체계가 복잡해지면서 금전을 내면 끝나는 형벌과 종신 노역에 처하는 도예 사이에 들어갈 상대적으로 가벼운 노역 처벌이 필요해졌고, 이 때문에 ❷라는 방식을 통해 사구가 일반민에게도 확대 적용, 즉 소위 ‘정형화’(正刑化)되면서 각종 모순이 발생하게 되었다는 것이다.

이를 뒷받침하는 근거는 ‘사구’라는 업무와 리(吏)의 관련성이다. ❶에서 확인되는 사구로 처벌되는 범죄행위는 모두 공무와 관련되어 있고⁶² 그 대상

62 임병덕(2021) 역시 사구로 부과되는 죄목의 양상에서 공무와 관련이 있음을 지적하고,

은 주로 리였다. 이를 단순 우연으로 치부할 수 없다. 오히려 국가가 범죄에 대한 처벌로서 사구라는 노역을 만들 때 아무나 이 노역을 시키는 것이 아니라 리와 같은 특정 대상만 종사하도록 설계한 결과로 해석하는 것이 자연스럽다. 사구죄는 단순히 예신첩죄보다 한 등급 가벼운 처벌로 처음부터 설정된 것이 아니었으며 리를 대상으로 하는 특수한 처벌에서 출발한 것이다.

게다가 사구는 선진(先秦)시대 진(秦)을 제외한 다른 나라에서 원래 관직명이었다.⁶³ 『주례』에서도 사구는 대관(大官)의 하나로 형옥을 담당하였다.⁶⁴ 다만 최근 출토자료에 기반한 연구에 따르면 원래 서주(西周)시대 사구는 구를 감독한다는 업무를 의미할 뿐으로, 실제 사구라는 관직이 등장한 것은 서주 후기에 이르러서이고 그마저도 『주례』에서처럼 대관이나 형옥을 관장하기보다는 대부급 이하의 중소관직에 해당하며 업무 역시 치육이 아닌 치안유지에 방점이 있었다고 여겨진다.⁶⁵ 이처럼 『주례』의 과장된

처벌이 사구로 명시되어 있지 않아도 내죄 중 공무 관련 죄는 자동적으로 모두 사구로 처했을 것이라고 보았다. 사구와 공무와의 관련성을 지적한 것은 시사하는 바가 있지만, <그 법에 명기되지 않은 내의 경우>에 범죄자의 지위에 따라 부과한다는 조문이 있음에도 불구하고 모든 <그 법에 명기되지 않은 내의 경우>를 공무와 비공무라는 기준으로 사구와 예신첩을 나누어 부과했다는 것은 과도하다. 해당 연구에서는 근거로 예신첩으로 처벌하는 범죄행위들은 공무가 아니라고 주장하였으나, 당장 제시된 근거 중 『수호지진간』 「법률답문」, 簡124, “捕贓罪, 卽端以劍及兵刃刺殺之, 可(何)論? 殺之, 完爲城旦; 傷之, 耐爲隸臣.” 조문만 보아도 공무 관련 업무로 볼 여지가 다분하다. 이처럼 어떤 범죄 행위가 공무 관련이나 아니냐를 분별하는 것보다 내죄를 범한 범죄자가 서인 이상이나 사구이나에 따라 처벌을 달리하는 편이 훨씬 객관적이고 헛갈릴 여지가 없다. 따라서 공무 관련이기 때문에 사구에 처한 것이 아니라, 사구가 본래 吏에게 부과된 것에서 시작하여 <그 법에 명기되지 않은 내의 경우> 조문에 의해 일반민 및 공무 외 범죄에도 확대 적용된 것이기 때문에 공무상 처벌 규정이 많은 것으로 이해하는 편이 자연스럽다.

63 荀况, 『荀子』卷28 「宥坐」 “孔子爲魯司寇有父子訟者, 孔子拘之, 三月不別. 其父請止, 孔子舍之.”; 司馬遷, 『史記』卷47 「孔子世家」 “定公十四年, 孔子年五十六, 以大司寇行攝相事.”

64 『周禮』 「秋官司寇」第5 “惟王建國, 辨方正位, 體國經野, 設官分職, 以爲民極, 乃立秋官司寇, 使帥其屬而掌邦禁, 以佐王刑邦國, 刑官之屬.”; “大司寇之職, 掌建邦之三典, 以佐王刑邦國, 詰四方. … 凡諸侯之獄訟, 以邦典定之. 凡卿大夫之獄訟, 以邦灋斷之. 凡庶民之獄訟, 以邦成弊之.”

65 黃海는 춘추시대 사구에 관한 기존 논의를 크게 3가지로 정리하였다. (1) 당시 사구는 소

이미지를 걷어내고 나면 서주시대부터 사구의 본질은 줄곧 구를 감독하는 업무에 있었고 그 지위도 높은 것은 아니었다는 결론을 도출할 수 있다. 이는 전국시대 진에서 공무상의 죄를 저지른 리에게 처벌로 사구라는 업무를 맡기는 것과 자연스럽게 이어진다. 진에서는 사구뿐만 아니라 서주시대 삼사(三司)로서 고위직이었던 사공 역시도 일개 지방 말단 조직으로 전락하긴 했지만, 사공은 여전히 리의 영역에 속해 있었던 반면, 사구는 형벌까지 전락하였다. 사구가 관직 혹은 관리의 업무에 기원하였기 때문에 진에서도 리에게만 사구 노역을 부과했다는 것이다.

무엇보다 사구가 리에 대한 특수처벌에서 기원하였다면 몇 가지 사구를 둘러싼 의문이 해소된다. 첫째, 여성 사구는 당연히 존재할 수 없었다. 사구로의 처벌이 원래 리에 대한 처벌의 일환으로 부과되었다가 일반민에게 확대 적용된 것이라면, 그 과정에서 여성에게는 부과하지 않고 속죄로 처리하여 속내를 부과한 것은 자연스러운 조치이다. 벌금12량에 불과한 속내와 내사구죄의 간극을 생각하면, 이때 여성에게 부과한 속내는 내죄에 대한 환경적 속죄일 가능성이 있다. 즉 사구 부과와 성별 불평등은 애초에 성별이라는 관점에서 이해할 수 없는 것이 당연했다.

둘째, 앞서 지적하였던 사구를 필요로 하지 혹은 활용하지 않으려고 하면서, ② 즉 <그 법에 명기되지 않은 내의 경우>에 의한 독특한 부과 형태로 사구를 양산하고 있는 상황을 이해할 수 있다. 원래 리에게 적용된 특수 형

송, 심판 등 사법실무를 담당했음. (2) 사구는 법관이 아니며 治獄을 관장하지 않았고 주요 사무는 “主除盜賊”이었음. (3) 사구는 치안유지라는 기초 위에 기능이 확대되어 사법 영역으로 진입하였음. 黃海는 (2)의 견해를 지지하며 법관이라 할 수 있는 존재는 전국시대에서야 생겨났다고 보았다[黃海(2019), 「論中國古代專職法官在戰國時期的出現」, 『華東政法大學學報』 2019-02]. 필자는 黃海의 견해에 동의하여 전래문헌에 보이는 춘추시대 사구의 기능은 치안유지라는 맥락으로 포괄할 수 있다고 보지만, 김동오의 논문에 정리된 춘추시대 각국의 사구 관련 사료와 연구를 참고하면 춘추시대 각국의 사구의 기능을 일괄적으로 단정하기보다는 일부 국가에서는 사구가 治獄과 관련된 직무를 담당하였을 가능성을 유보한다[김동오(2019), 「中國 古代 職官制度的 구조와 그 변화」, 서울대학교 대학원 박사학위논문, pp. 52-106].

별이었다면 사구로 처벌되는 범죄행위나 그로 양산되는 사구의 수도 제한적이었을 것이다. 리의 업무상 연장선에 있다고 생각하면 이들에게 도예를 감독하는 업무를 분담시킨 것도 자연스럽다. 하지만 언제부터인지 특정할 수는 없어도 늦어도 진의 통일 전후 진율령에서 <그 법에 명기되지 않은 내의 경우>가 확인되므로, 이 시기 사구는 이미 <그 법에 명기되지 않은 내의 경우> 조문에 의해 일반백성에게도 확대 적용되었음을 알 수 있다. 그만큼 사구의 숫자가 늘어나게 되었지만,⁶⁶ 여성은 사구로 만들지 않거나 다른 도예를 사구 업무에 충당하면서도 사구를 동원하는 일은 최소화하는 경향이 보이는 모순은 이 때문에 발생하였다. 더불어 사구에게 복·양·관부경비 등의 업무를 시키지 말라고 특정한 것 역시 사구의 기원 때문일 수 있다. 리의 복·양⁶⁷은 리의 시종이라 할 수 있는데, 도예이지만 전직 리로서 특수한 위치에 있었던 사구를 이러한 업무에 배당하는 것은 적절하지 않았기 때문일 것이다.

셋째, 범죄로 처벌받은 존재임에도 불구하고 다른 도예와 달리 선택의 수여 대상이 되거나 자식은 사오가 되는 것도 사구 기원의 특수성을 보여준다. 같은 맥락에서 “후·사구 및 여러 하리”(候·司寇及群下吏)에 대해서는 특별히 “관부의 좌·사 및 금원헌도”(官府佐·史及禁苑憲盜)로 삼으면 안 된다고 규정하는 이유도 추정할 수 있다.⁶⁸ 이들이 “관부의 좌·사 및 금원헌도”로 임용될 여지가 있지 않다면, 특별히 이러한 조문을 설정할 이유도 없다.

66 이때 사구가 확대적용된 배경에는 통일전쟁을 하면서 전쟁과 확장으로 인해 유입되거나 발생한 도예의 숫자가 증가하였기 때문일 가능성도 배제할 수 없지만, 그럼에도 불구하고 문제의 형제 개혁 이전까지 끝내 여성은 사구로 만들지 않는 등의 이유로 사구의 부족 현상은 지속되었던 것으로 보인다.

67 養에는 吏를 위한 養과 도예를 위한 養이 있다[『이야진간(1)』, 簡8-736 “卅一年四月癸未朔甲午, 倉是□□ 大隸臣廿六人□ 其四人吏養: 唯、冰、州、□□ □午旦, 隸妾□□”; 簡8-1259, “一人稟人: 廉, 一人求翰羽: 强, 二人病: 賀、滑, 一人徒養: 央芻, □帶手.”].

68 『수호지진간』 「內史雜律」, 簡193, “侯(候)、司寇及群下吏毋敢爲官府佐、史及禁苑憲盜. 內史雜.”

즉 “후·사구 및 여러 하리”가 본래 리의 공무상 죄에 적용되었던 처벌이었기 때문에 이들이 소리(小吏)로 임용될 가능성이 있다고 여겨진 것이다.

3. 진한 형벌체계의 세분화 과정

3.1. 내후

결국 사구를 둘러싼 모순은 진한 형벌체계 형성과정 속에서 사구가 자리매김하는 과정과 불가분의 관계에 있다고 할 수 있는데, 사구와 함께 특수한 형벌이었으나 전혀 다른 결말을 맞이한 형벌이 존재한다. 바로 내후(耐候)이다.

후는 그 명칭으로 보건대 망을 보는 업무를 맡은 것에서 기원하였을 것이다. 이 형벌은 진간에 극히 소수 발견되고 한간에서는 보이지 않는다. 한초의 <그 법에 명기되지 않은 내의 경우> 조문에서 내죄를 언급할 때나 한울의 감죄 및 가죄 등급 체계에서도 누락되어 있기 때문에 한대에 들어서 폐지된 형벌로 보아야 할 것 같다. 하지만 『수호지진간』 내 일련의 내죄 관련 조문을 정리해 보면 내후는 사구보다 한 단계 낮은 등급의 내죄에 속하여,⁶⁹ 진대에 한하여 내에 부가된 노역은 [귀신백찬-예신첩-사구-후]라는 등급 체계로 정리된다.

이러한 후와 사구에는 공통점이 있다.⁷⁰ 일단 후는 노역 체계상 가장 가벼운 처벌임에도 불구하고 후로 처벌하는 조문이 지나치게 적다. 예신첩은

69 『수호지진간』 「법률답문」, 簡117, “當耐司而以耐隸臣誣人, 可(何)論? 當耐爲隸臣. ■ 當耐爲侯(候)罪誣人, 可(何)論? 當耐爲司寇.”; 簡118, “當耐爲隸臣, 以司寇誣人, 可(何)論? 當耐爲隸臣, 有(又)馘(繫)城旦六歲.”

70 여기서 분석하는 사구 부과 조문은 ② <그 법에 명기되지 않은 내의 경우>를 제외하고 ① 사구로 처벌된다고 직접 명기된 경우에 한한다.

물론이고 심각한 범죄인 성단용보다 적다. 또한 성단용·예신첩이 도둑질, 상해 등 누구나 저지를 수 있는 범죄에 적용되는 경우가 많은 것에 비해, 사구나 후가 적용되는 범죄행위와 대상은 한정적이다. 사구는 물론 후 역시 명령서를 폐기하고 따르지 않은 경우의 처벌,⁷¹ 제자에 대한 관리와 임용 추천에 관한 처벌,⁷² 죄인 체포 과정에서 상금 부당 수령을 공모한 죄에 대한 처벌⁷³ 등 리나 공무와의 관련성이 두드러진다.⁷⁴ 게다가 후 역시 사구처럼 선진시기에 관직명이었다는 점에서도 시사하는 바가 있다.⁷⁵ 앞장 마지막 문단에서 “후·사구 및 여러 하리”에 대해서는 특별히 “관부의 좌·사 및 금원헌도”로 삼으면 안 된다고 규정한 것도 사구가 리에서 기원하였기 때문으로 추정하였는데, 후 역시 같은 맥락에서 리와의 관련성을 보여 준다.⁷⁶ 또 후도 사구처럼 성별에 따른 별도의 명칭이 확인되지 않는다.

바꾸어 말하면 후와 사구의 부과 양상은 이들이 애초에 일반민의 범죄에 공통적으로 적용하는 정형이 아니었을 가능성을 시사한다. 애초에 ‘후(候)’라는 업무가 전장이나 요충지에서 벌어질 법한 업무라면, 후 역시 남성

71 『수호지진간』 「秦律雜少」, 簡4, “·爲(偽)聽命書, 法(廢)弗行, 耐爲侯(候); 不辟(避)席立, 貲二甲, 法(廢).”

72 『수호지진간』 「秦律雜少」, 簡6, “當除弟子籍不得, 置任不審, 皆耐爲侯(候). 使其弟子贏律, 及治(答)之, 貲一甲; 決革, 二甲, 除弟子律.”

73 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)』로 약칭), 簡24, “●史議曰, “癸·瑣等論當毆(也), 沛·綰等不當論.” 或曰, “癸·瑣等當耐爲侯(候), 令瑣等環(還)癸等錢, 綰等【…】”

74 이의 정확히 알 수 없지만 反寇와의 전투와 관련된 처벌로 耐侯가 된 사례가 있다[『이아진간(2)』, 簡9-2287, “廿六年五月辛巳朔壬辰, 西陽騎敢告遷陵主: 或詣男子它, 辨曰: 士五居新武陵鞋上, 往歲八月毆反寇, 遷陵屬邦候顯、候丞不智名與反寇戰, 丞死, 它獄遷陵, 論耐它爲侯, 遣它歸復, 令令史崎追環它更論, 它毆獄府去亡, 令史可以書到時, 定名吏里, 亡年日月, 它坐論報放(赦)鼻云何或覆問毋有遺識者, 當騰騰, 爲報, 勿留, 敢告主. /五月戊戌, 西陽守丞宜敢告遷陵丞主, 未報, 追, 令史可爲報, 勿留, 敢告主. /手.”].

75 김동오(2019), pp. 73-75.

76 『수호지진간』 「內史雜律」, 簡193, “侯(候)、司寇及群下吏毋敢爲官府佐、史及禁苑憲盜, 內史雜.”

에게만 부과되었을 가능성이 크며,⁷⁷ 어쩌면 군사 업무에서 그 기원이 시작되었을지 모른다.⁷⁸

이상 후와 사구가 가지는 의미나 부과 양상을 생각할 때, 이 두 가지 노역은 리에 대한 특수한 처벌로서 생겨났을 가능성이 크다. 이것은 이들이 리·민을 불문하고 부과하는 성단용-예신첩과 같은 기본 형벌체계의 바깥에서 만들어진 특수 형벌이었다는 뜻이다. 다만 형벌체계가 정비되는 과정에서 후는 폐지된 반면, 사구는 일반민에게도 확대 적용되면서 예신첩 아래의 등급으로 자리 잡게 되어 양자는 전혀 다른 결말을 맞이했다. 현재 진한 율령에서 보이는 후와 사구의 특수한 모습은 이러한 과도기를 보여 주는 것이다.

3.2. 속죄

(7) 속사는 금2근8량, 속성단용·속귀신백찬은 금1근8량, 속참·속부는 금1근4량, 속의·속경은 금1근, 속내는 금12량, 속천은 금8량⁷⁹

이러한 가능성은 진한 형벌체계의 형성과정을 살펴볼 때 더욱 커진다. 주지하듯 진한의 형벌체계는 원래 신체에 대한 처벌과 노역이라는 서로 다른 형벌계통이 합쳐진 것이다.⁸⁰ 기본 뼈대는 사(死)-형(刑)-내(耐) 3등급이고 내와 형에는 각각 사구, 예신첩, 귀신백찬, 성단용 등이 부수되었다. (7)에서처럼 속참·속경·속내 등 육형에 대한 속죄 체계와 속성단용·속귀신백

77 藤井律之(2006), p. 80. 여기에 제시된 근거에 문제가 있기는 하지만 藤井도 후는 남성만 이라고 보았다.

78 김동오(2019), pp. 73-75.

79 『이년율령』 「具律」, 簡118-119, “贖死, 金二斤八兩. 贖城旦春、鬼薪白粲, 金一斤八兩. 贖斬、府(腐), 金一斤四兩. 贖劓、黥, 金一斤. 贖耐, 金十二兩. 贖遷(遷), 金八兩.”

80 이와 관해서는 陶安あんど(2009), 『秦漢刑罰體系の研究』, 東京: 創文社, pp. 5-108 참고.

찬과 같은 노역에 대한 속죄 체계가 각각 존재하는 것은 신체에 대한 처벌과 노역이 처음부터 일원화된 계통은 아니었다는 의미다.⁸¹ 본래는 신체를 처벌함으로써 죄에 대한 징벌적 성격이 강했던 형벌이 전국시대에 들어와 국가의 인적자원 확보라는 당면과제 속에서 노역 부과가 형벌체제로 들어와 신체에 대한 처벌과 복합형으로 엮이게 된 것이다.⁸²

그런데 이 속죄 체계는 그 자체로 진한 형벌체계의 형성과정을 보여 주기도 한다. 본래 ‘속’이란 본죄에 대한 환형으로 적용되는 것이었지만,⁸³ 『이년율령』의 단계에서는 이미 노역과 벌금 사이에 존재하는 벌금의 상위 등급으로 전용되고 있다.⁸⁴ 이는 별도로 존재하고 있었던 ‘속’이라는 요소

81 陶安あんど(2009), pp. 112-116. 다만 陶安의 연구에서는 진율의 속죄에는 贖死·贖刑·贖耐 3개만 존재했으며, 贖城旦舂·鬼薪白粲은 『이년율령』에서만 보이는, 후대 노역 형벌으로의 쉬프트 이후에 생겨난 것이라고 보았다. 하지만 이후 공개된 『악록진간』에 “贖城旦舂” 등이 확인됨에 따라 노역에 대한 속죄가 진율에는 없었을 것이라고 추정한 도안의 견해는 수정되어야 한다[『악록진간(5)』, 簡170-172, “●捕以城邑反及非從興殿(也), 而捕道故塞徼外蠻夷來爲閭, 賞毋律。今爲令。謀以城邑反及道故塞徼外蠻夷來欲反城邑者, 皆爲以城邑反。智(知)其請(情)而舍之, 與同臯。弗智(知), 完爲城旦舂。以城邑反及舍者之室人存者, 智(知)請(情), 與同臯, 弗智(知), 贖城旦舂。典、老、伍人智(知)弗告, 完爲城旦舂, 弗智(知), 賞二甲。·廷卒乙廿一”]. 하지만 속죄가 각각의 형벌에서 換刑적 요소, 그리고 훗날의 정형적 요소가 혼재하였던 것, 그리고 신체에 대한 처벌과 노역 처벌 양자가 동시 발생하여 처음부터 복합형으로 부과된 것이 아니었다는 것은 여전히 긍정할 수 있으며, 陶安이 추정한 변화의 시기가 조금 앞당겨진 秦 통일 율령에서 확인된다는 점만 차이가 있을 뿐, 그의 논지는 여전히 유효하다고 생각한다.

82 陶安あんど(2009); 이주현(2020).

83 예를 들어 臣邦眞戎君長의 경우 죄를 저질러도 그대로 처벌하지 않고 贖을 하게 하고 있는데, 이것은 그의 특수한 신분 및 秦과의 관계를 고려한 결과일 것이다[『수호지진간』「법률답문」, 簡113-114, “可(何)謂‘贖鬼薪盜足’? 可(何)謂‘贖宮’? ·臣邦眞戎君長, 爵當上造以上, 有罪當贖者, 其爲群盜, 令贖鬼薪盜足; 其有府(腐)罪, 【贖】宮. 其它罪比群盜者亦如此.”].

84 『이년율령』「具律」, 簡118-119, “毋敢以投書者言(繫)治人. 不從律者, 以鞫獄故不直論. 贖死, 金二斤八兩. 贖城旦舂、鬼薪白粲, 金一斤八兩. 贖斬、府(腐), 金一斤四兩. 贖黥、黥, 金一斤. 贖耐, 金十二兩. 贖遷(遷), 金八兩. 有罪當府(腐)者, 移內官, 內官府(腐)之.”; 「告律」, 簡127-129+403+123, “告不審及有罪先自告, 各減其罪一等, 死罪黥爲城旦舂, 黥城旦舂罪完爲城旦舂, 完爲城旦舂罪、鬼薪白粲及府(腐)罪耐爲隸田妾, 耐爲隸田妾罪耐爲司寇, 司寇、遷(遷)及黥(顏)類罪贖耐, 贖耐罪罰金四兩, 贖死罪贖城旦舂, 贖城旦舂罪贖斬,

를 끌어다가 노역과 벌금 사이의 간극을 메꾸는 방향으로 형벌체계의 등급이 보다 세분화되어 발전해 가는 양상을 보여 준다.⁸⁵

더욱 정확히 말하면 속죄가 내죄보다 가벼운 형벌체계로 자리 잡게 되는데, 이렇게 속죄가 기본 형벌체계에 삽입되면서 혼란이 발생하였다.

(8) ① <선인이 타인을 건너게 하다가 물에 빠트려 죽게 만들었다면 내하고, 선택부·리로서 담당자는 속내로 처벌한다.〉 ② <만약 죽게 한 것이 말·소거나 사람을 [죽이지는 않고] 다치게 한 것이라면 선인은 속내, 선택부·리는 속천으로 처벌한다.〉⁸⁶

(9) 고발한 것이 정확하지 않거나 죄가 있는데 먼저 자수한 경우 각 그 죄를 1등 감한다. 사죄는 경성단용으로, 경성단용죄는 완성단용으로, 완성단용·귀신백찬 및 부죄는 내예신첩으로, 예신첩죄는 내사구로, ① <사구·천 및 경안규죄는 속내로〉, ② <속내죄는 벌금4량으로〉, 속사죄는 속성단용으로, 속성단용죄는 속참으로, 속참죄는 속경으로, ③ <속경죄는 속내로 처벌하고〉, 죄벌에 날짜나 금전의 수가 있으면 각 반감한다.⁸⁷

(10) 수인(囚人)이 도망하면 그 죄를 1등 가한다. [원래의 죄가] 태에 해당하면 벌금1량으로, 벌금1량은 벌2량으로, 벌2량은 벌4량으로, ① <벌4량

贖耐罪贖耐, 贖耐罪贖耐, 罪罰有日及錢數者, 各半之.” 단, 이 조문(원래 簡127-131)의 철합은 새로 공개된 『장가산336호』에 근거하여 일부 수정하였다[周海鋒(2023), 「張家山漢簡《漢律十六章》初讀(上)」, 簡帛網 2023-03-20 <http://www.bsm.org.cn/?hanjian/8933.html>].

85 張建國(2002), 「論西漢初期的贖」, 『政法論壇』 2002-5; 陶安あと(2009), pp. 112-116.

86 『이년율령』 「賊律」, 簡6-8, “船人渡人而流殺人, 耐之, 船畜夫、吏主者贖耐. 其殺馬牛及傷人, 船人贖耐, 船畜夫、吏贖罷(遷).”

87 『장가산336호』 「告律」, 簡90-92, “告不審及有罪先自告, 各減其罪一等. • 死罪黥爲城旦舂, 黥【爲】城旦舂罪完爲城旦舂, 完爲城旦舂、鬼薪白粲及府(腐)罪耐爲隸臣妾, 隸臣妾罪耐爲司寇, 司寇、遷(遷)及黥顏類罪贖耐, 贖耐罪罰金四兩, 贖死罪贖城旦舂, 贖城旦舂罪贖斬, 贖斬罪者贖黥, 贖黥罪贖耐, 罪罰有日及金錢數者各半之.”

은 속내로), ② <속내는 속경으로>, 속경은 속참으로, 속참은 속성단용으로, 속성단용은 속사로, ③ <속사·천 및 내사구는 내예신첩으로>, 내예신첩은 완성단용으로 완성단용 및 귀신백찬은 경성단용으로, 경성단용은 육형을 더하고 육형을 다 받은 자는 기시로 처벌한다. 죄벌에 일수가 있으면 각각 2배한다.⁸⁸

예를 들면, (8)-①에서 선인이 타인을 건너게 하다가 물에 빠뜨려 죽게 만든 경우는 내로 처벌하고 선택부 및 담당 리는 속내로 처벌하고 있다. 뒤 이어 (8)-②에서 만약 죽게 한 것이 말·소거나 사람을 죽이지는 않고 다치게 한 경우 속내로 처리하고 선택부 및 리를 속천으로 처벌하고 있다. (8)-①의 내→속내, (8)-②의 속내→속천으로의 감죄가 확인된다.

(8)-①의 내→속내로의 감경은 두 가지 원인이 있을 수 있는데, 하나는 내죄에 대한 환형적 속죄로서 속내로 처벌하였을 가능성과 또 하나는 내죄의 1등 감죄로서 속내로 처벌하였을 가능성이다. 만약 (8)-①의 감죄가 (8)-②의 감죄와 동일한 논리에 의한 것이라면 후자에 해당한다. 왜냐하면 (8)-②의 속내→속천으로의 감죄에서 양자는 (7)에서 확인되듯 각각 벌금 12량과 벌금8량에 해당하며 속죄 체계 내에서 1등급 차이가 나기 때문이다. 속내→속천이 1등급 감경이라면 내→속내로의 감경도 환형적 속죄가 아니라 1등급 감경으로 보아야 한다. 실제로 (9)-① 「고율」의 감죄 등급에 따르면 내죄나 다름없는 사구죄의 감1등이 속내이기 때문에 관리자인 선택부 및 리로서 담당 리에 대한 속내 처벌은 잘못을 저지른 당사자가 저지른 죄인 사구죄에서 1등 감죄해 준 것으로 보인다.

88 『장가산336호』 「囚律」, 簡169-171, “• 囚遂駕(加)其罪一等, • 【當】笞者罰金一兩, 罰金一兩者罰二兩, 罰二兩者罰四兩, 罰四兩者贖耐, 贖耐者贖黥, 贖黥者贖斬, 贖斬者贖城旦舂, 贖城旦舂者贖死, 贖死、遷(遷)及當耐爲司寇者耐爲隸臣妾, 耐爲隸臣妾者, 完爲城旦舂, 完爲城旦舂及鬼【薪】白粲者贖爲城旦舂, 黥爲城旦舂者駕(加)其刑, 刑盡者棄市. 罪罰有日數者各倍之.”

[표 1] (7) 속죄 체계

속천	속내	속의·속경	속참·속부	속성단용· 속귀신백찬	속사
금8량	금12량	금16량	금20량	금24량	금40량

[표 2] (9) 「고을」의 감죄 체계(적용 방향 ←) 중 속죄 체계(음영표시)

별금4량	속내	사구	예신첩	완성단용	경성단용	사죄
				귀신백찬·부		
		천·경안규				
		속경	속참	속성단용	속사	

[표 3] (10) 「수율」의 가죄 체계(적용 방향 →) 중 속죄 체계(음영표시)

별금4량	속내	속경	속참	속성단용	속사	예신 첩	완성 단용	경성 단용	가형 (加刑)	가사
					천·사구					

문제는 정작 (9)의 감죄 체계 내 속죄의 등급 체계와 (7)의 속죄 내부의 감죄 체계가 맞아떨어지지 않는다는 점이다. 일단 (9)-②에 보이듯 속내(별금12량)와 별금4량 사이에 속천(별금8량)이 없고, 속내의 1등 감죄는 속천이 아니라 별금 4량이다. [표 1]과 [표 2]를 비교하면 더 쉽게 이해된다. 또 (7)에 의한 속죄 내의 감죄 체계로는 속경의 1등 감죄는 속내가 되어야 한다([표 1]). (9)-③에서도 동일하게 속경의 1등 감죄는 속내이다. 그런데 (9)-①에 따르면 내죄인 사구죄의 1등 감죄도 속내가 된다. 그렇다면 속내를 기준으로 반대로 1등 가죄를 한다면 사구죄 혹은 속경이 되므로 속경과 사구죄는 동급이 되는 셈이다. (9)의 감죄 체계를 정리한 [표 2]를 보면 확연히 알 수 있다. 하지만 정작 (10) 「수율」에 보이는 가죄의 등급 체계는 이와 완전히 다르다. (10)에 나타난 가죄의 등급 체계에서 속내의 1등 가죄는 속경이고(10)-②), 속경이 아니라 속사가 내사구죄와 동급인 것처럼 그려진다(10)-③). [표 3]을 참고하면 더 쉽게 알 수 있다.

이상 (9)의 감죄와 (10)의 가죄 체계의 등급상 혼란은 노역과 속죄 체계가 만나면서 발생한 결과다. 감죄의 경우 본래 내죄를 속하는 것에서 출발한 속내, 즉 환형적 속내가 내죄의 감죄로 인식되어 내죄의 1등 감죄로 위치하게 되었다. 동시에 속죄가 노역과 벌금 사이의 간극을 메꾸는 고액의 벌금으로서 기능을 하게 되면서 금액에 따른 속죄 내의 등급에 따라 속경의 1등 감죄로 속내가 자리 잡게 되었다. 그 결과 노역과 속죄의 체계가 속내에서 접점을 이루게 된 것이다. 반면 가죄의 경우 속죄의 가장 윗등급인 속사의 1등 가죄로 내예신첩이 설정됨으로써 속사에서 속죄와 노역 체계가 접점을 이루게 되었다. 속사의 1등 가죄를 내예신첩죄로 설정한 것이나 벌금 4량에서 속내, 그리고 이어지는 가등 체계에 반영된 속죄는 금액을 기준으로 하는 것으로 본래 속죄의 환형적 요소와는 관련이 없는 것이다.

그런데 주목할 점은 속사의 1등 가죄로 내사구가 아닌 내예신첩이 설정된 것이다. 이는 감죄 체계에서 내사구죄의 1등 감죄가 속내이기 때문에, 속사의 1등 가죄를 내사구죄로 하였을 경우 형평성의 문제를 고려했을 가능성도 있다. 하지만 [표 2]에서 볼 수 있듯 이미 감죄 체계 내에서도 종신형인 내사구죄와 금전만 내면 끝나는 속경죄가 모두 속내로 감경되는 불합리가 발생하고 있는데, 이러한 이유 때문에 속사를 내사구죄와 동급으로 설정하였다고 보기 어렵다. 오히려 형벌체계의 균형을 고려한다면 속사죄의 1등 가죄로 내사구를 위치시키는 편이, 속죄 체계를 내죄 체계의 아래로 위치시켜 두 개의 서로 다른 체계를 조화시키는 방법이다. 그럼에도 불구하고 [표 3]에서 볼 수 있듯 속사의 1등 가죄로 내사구가 아닌 내예신첩이 설정된 것은 본래 내죄와 결합되는 가장 낮은 등급의 노역은 예신첩이었으며 사구의 특수한 유래를 보여 주는 또 하나의 사례가 아닌가 싶다.

정리하면 한울의 형벌 등급 체계에서 가죄와 감죄의 등급 체계는 속죄 체계를 기준으로 현격한 차이를 보이는데, 이것은 이미 속죄가 상당 부분 고액의 벌금으로 작용하고 있었음에도 불구하고, 내죄의 속죄에서 기원한 속내의 원래 의미가 여전히 존속했기 때문이다. 이후 문제의 형제 개혁으로

고액의 벌금으로 작용하는 속죄는 모두 벌금 체계로 편입된 것을 볼 때,⁸⁹ 속죄를 둘러싼 가죄와 감죄 체계상의 혼란도 함께 수정되었을 가능성이 높다. 이처럼 기본 형벌체계 바깥에 존재하고 있던 속죄가 기본 형벌체계 안으로 편입되어 들어오면서 한울의 가죄와 감죄 체계에 발생한 모순들은 그 자체로 진한 형벌체계 형성과정의 과도기적 모습을 보여 준다. 무엇보다 감죄 체계에서 속죄는 내사구죄의 1등 아래로 속내가 설정되고, 가죄체계에서는 속사죄가 내사구죄와 동급으로 설정됨으로써 두 체계가 묶이는 것을 볼 때, 내죄의 가장 아래등급으로 편입되었으나 여전히 그 특수한 기원으로 인해 속죄 체계보다 완전히 높은 등급으로 인식되지 않는 내사구죄의 형벌체계상 과도기적 지위를 확인할 수 있다.

이상의 여러 사례를 놓고 볼 때, 문제의 형제 개혁으로 예신첩 아래의 등급에 자리 잡은 사구 역시 그 기원은 기본 형벌체계 바깥에 존재한 특수한 처벌이었을 가능성이 높다. 본래 ‘사구’는 선진시대 다른 나라에서 보듯 관직 명칭 혹은 리의 직무와 관련이 있으나, 진에서는 공무상 잘못을 저지른 리에게 형벌로서 이러한 임무를 맡겨 처리한 것으로 추정된다. 때문에 사구는 여성에게 부과되지 않았고 사구로 처벌하는 범죄행위의 수량이나 성격도 제한적이었다.

그러나 전국시대 국가의 인적 수요라는 시대적 배경하에서 형벌체계가 노역 중심으로 세분화되면서 사구는 점차 기본 형벌체계 안으로 들어와 예신첩보다 1등 가벼운 등급으로 자리 잡았다. 한대에 들어서도 이러한 사구의 속성이 유지되는 한편, 사구와 유사한 특수 처벌이었으나 사구보다 가벼운 것으로 취급되던 후는 사라지고 내죄 등급은 예신첩-사구의 2개 등급으로 정리된다.⁹⁰ 그 결과 사구죄는 예신첩죄와 속죄 사이에 위치하게 되었지만, 그 기원으로 말미암아 형벌체계 내에서 돌출되어 보이는 여러 가지 현

89 陳偉(2022), pp. 83-84.

90 귀신백찬 역시 내와 함께 부과되지만 실제로는 성단용과 동급으로 형벌 등급으로서의 내죄의 범주에는 들어가지 않았다고 본다.

상이 나타났으며, 그중 하나가 바로 여성에게는 사구를 부과하지 않고 속내로 감면한 것이었다.

하지만 시간이 흐르면서 사구의 기원이라는 의미는 퇴색되고 예신첩보다 아래 등급으로 자리 잡으면서, 여자에게는 사구가 부과되지 않는 특징은 형벌체계의 합리성을 저해하는 요소가 되었을 것이다. 이에 문제의 형제 개혁에 이르러 ‘작여사구’라는 방식으로 여성도 사구로 처벌하게 되었고, 보다 완전한 형벌의 등급체계를 이루게 된 것이다. 이처럼 문제의 형제 개혁을 거치면서 한대의 사구는 가장 가벼운 노역으로서 남녀에게 모두 부과되는 동시에 형벌체계 안에 ‘정형’으로 완전히 자리 잡게 되었다.

4. 문제의 형제 개혁 조서의 의미

한편 진한 형벌체계의 형성과정에서 사구와 유사하게 특정한 대상에게만 부과하던 노역이었으나 차츰 기본 형벌체계 안으로 들어오게 된 것으로 귀신백찬이 있다. 귀신백찬은 상조 이상의 작을 가진 자가 경 혹은 성단용 이상의 죄를 저질렀을 때 “내하여 귀신백찬으로 삼는” 것이다.⁹¹ 이는 작에 의한 감면 조치라고 볼 수 있으며 어떤 범죄 행위에 대응하여 가해지는 처벌이 아니다. 비록 경 혹은 성단용죄에서 감죄된 것이긴 하나 이렇게 만들어진 성단용과 귀신백찬 간 법적 지위는 사실상 동일하다.⁹² “여동죄 및

91 『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.”

92 『이년율령』 「具律」, 簡121+107-109, “城旦舂、鬼薪白粲有罪遷(遷)、耐以上而當刑復城旦舂, 及日黥之, 若刑爲城旦舂, 及奴婢當刑界主, 其證不言請(情)、誣告, 告之不審, 鞫之不直, 故縱弗刑, 若論而失之, 及守將奴婢而亡之, 篡遂縱之, 及諸律令中日與同法、同罪, 其所與同當刑復城旦舂, 及日黥之, 若鬼薪白粲當刑爲城旦舂, 及刑界主之罪也, 皆如耐罪然. 其縱之而令亡城旦舂、鬼薪白粲也, 縱者黥爲城旦舂.” 이외에도 성단용과 귀신백찬이 형벌 적용시의 기준이나 죄의 등급으로 병렬되고 있는 사례는 흔하게 찾아볼 수 있다.

동법”(與同罪、同法)에서 여동(與同)한 바가 귀신백찬이면 완성단용이라고 한 것도 양자가 동급이었음을 시사한다.⁹³

다만 『이년율령』에는 도망한 경우에 한해 성단용은 경을 하고 귀신백찬은 태100의 처벌에 그친다는 규정이 있어 양자 간 큰 차이가 있는 사례도 있다.⁹⁴ 그러나 동일 조문으로 추정되는 『장가산336호』 「망률」에는 귀신백찬도 성단용과 똑같이 경성단용으로 처벌받고 있기 때문에 『이년율령』의 첩합에 문제가 있었던 것으로 판단되고⁹⁵ 도망행위에 있어서도 역시 귀신백찬은 성단용과 동급으로 취급되었음을 알 수 있다.

또 『이년율령』의 정리소조는 「고율」의 감죄 조문을 “완성단용죄…귀신백찬 및 부죄”로 첩합하여 “완성단용죄”와 “귀신백찬” 사이에 결락된 부분이 있다고 보고 마치 양자 간의 등급 차이가 있는 것처럼 첩합하였다.⁹⁶ 하지만 『장가산336호』의 동일 조문인 (9)에서 확인할 수 있듯 양자 사이에는 결락 없이 이어져야 하며 완성단용과 귀신백찬은 동급이라고 보아야 한다. (10)에서도 완성단용과 귀신백찬은 동급이다.

경성단용과 완성단용이 서로 1등 차이가 나는데 작에 의해 경성단용죄를 감면받아도 귀신백찬, 완성단용죄를 감면받아도 귀신백찬이 되는 것은 사실 형벌 등급상 형평성이 맞지 않다. 그러나 귀신백찬은 원래 기본 형벌체계 바깥에 있는 특수한 형벌이기 때문에 이러한 불공평의 문제에서 상대적으로 자유로울 수 있다. 다만 가죄와 감죄 체계에서 확인할 수 있듯 귀

93 『장가산336호』 「具律」, 簡126, “• 諸律令中日與同罪、同法, 其所與同鬼薪白粲也, 完以爲城旦舂.”

94 『이년율령』 「亡律」, 簡164-165, “城旦舂亡, 黥, 復城旦舂. 鬼薪白粲也, 皆笞百.”

95 『장가산336호』 「亡律」, 簡230, “城旦舂亡, 黥復城旦舂. 鬼薪白粲亡, 黥爲城旦舂. 不得者皆命之.”

96 『이년율령』 「告律」, 簡127-131, “告不審及有罪先自告, 各減其罪一等, 死罪黥爲城旦舂, 黥爲城旦舂罪完爲城旦舂, 完爲城旦舂罪 \square 鬼薪白粲及府(腐)罪耐爲隸臣妾, 耐爲隸臣妾罪耐爲司寇, 司寇、遷(遷)及黥顏頰罪贖耐, 贖耐罪罰金四兩, 贖死罪贖城旦舂, 贖城旦舂罪贖斬, 贖斬罪贖黥, 贖黥罪贖耐, 耐罪 \square 金四兩罪罰金二兩, 罰金二兩罪罰金一兩. 令、丞、令史或偏(偏)先自得之, 相除.”

신백찬죄가 완성단용과 동급이 됨과 동시에 자연히 내예신첩죄의 1등 가죄로, 또 내예신첩죄가 귀신백찬죄의 1등 감죄로 설정되면서 귀신백찬죄 역시 내예신첩죄보다 1등 무거운 처벌로 인식될 여지가 생겼다. 이것이 문제의 형제 개혁에 이르러서는 귀신백찬이 완성단용과 내예신첩 사이의 등급으로 설정된 계기가 되었을 것이라 본다.⁹⁷

사실 『이년율령』 정리소조가 「고율」의 감죄 규정이나 「망률」에서 귀신백찬의 도망 규정 조문을 잘못 철합한 것은 모두 이러한 후대의 귀신백찬의 이미지, 즉 완성단용보다 1등급 낮은 귀신백찬의 이미지를 소급하였기 때문이라고 생각된다. 이는 1장에서 상술한 『장가산336호』 정리소조가 진한초 사구에는 남성밖에 없다는 사실을 인지하지 못하고 『이년율령』 「구율」의 잘못된 중문부호를 참고하여 『장가산336호』 「구율」에 없는 중문부호를 만들어 보충한 것과 일맥상통한다. 결국 사구나 귀신백찬에 대한 잘못된 인식은 문제의 형제 개혁 이후에 만들어진 형벌체계의 그림자에서 비롯된 것이다.

이상의 사실을 염두에 둔다면 문제의 형제 개혁의 내용과 의미도 다시 생각해 볼 수 있다. 특히 오랫동안 구독 방법과 해석을 둘러싸고 의견이 분분했던 『한서』 「형법지」의 문제 형제 개혁 조서를 다시 읽을 수 있다.

- (11) 罪人獄已決, ① <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.> ② <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.>⁹⁸

97 『호가초장』 「盜律」, 簡1374-1375, “盜賊(贓)直(值)六百錢以上, 髡(髡)爲城旦舂. 不盈到五百, 完爲城旦舂. 不盈到四百, 耐爲鬼薪白粲. 不盈到三百, 耐爲隸臣妾. 不盈到二百, 耐爲司寇. 不盈到百, 罰金八兩. 不盈到一錢, 罰金.”

98 班固, 『漢書』 「刑法志」, “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. 其亡逃及有罪耐以上, 不用此令. 前令之刑城旦舂歲而非禁錮者, 如完爲城旦舂歲數以免.”

(11)에서는 경성단용(또는 근점성단용)과 귀신백찬, 사구의 형기가 불분명하다. 여러 학자들이 없는 구절을 삽입하는 등의 조치로 문제의 해결을 시도한 바 있지만, 필자는 이미 줄고에서 사구의 형기 조정에 관한 한 별다른 보충 없이도 이 조서를 이해할 수 있다고 설명하였다. “작여사구2년”(作如司寇二歲)은 “사구·작여사구2년”(司寇、作如司寇二歲)의 생략형이라고 이해하는 것이 가장 합리적이며 사구는 2년을 채우면 면하여 서인이 되었던 것이다.⁹⁹

그런데 귀신백찬 역시도 본래 작에 의한 감면이라는 특수한 내원이 있지만 성단용과 동급으로 취급되었고 이것은 결국 완성단용죄과 더불어 내예신첩죄보다 1등 가죄라는 등급이 내귀신백찬죄에 설정되면서 결과적으로 『호가초장』 시기에는 완전히 성단용과 예신첩 사이의 등급으로 자리 잡게 된 것이다. 하지만 문제 재위 초기의 율령인 『장가산336호』에서도 확인할 수 있듯, 문제의 형제 개혁 시점까지 귀신백찬은 완성단용과 동급이라는 설정이 여전히 강력하게 작용하고 있었으므로, 『한서』 「형법지」의 귀신백찬의 형기 문제도 이러한 맥락에서 본다면, 귀신백찬은 특수한 형벌임인 동시에 완성단용과 동급이기 때문에 따로 언급을 하지 않아도 완성단용과 같은 형기를 가졌을 가능성이 높다. 즉, 문제의 개혁 당시 사람들의 인식 속에서 귀신백찬은 완성단용과 동급이기 때문에 완성단용이 성단용으로 3년, 귀신백찬으로 1년, 예신첩으로 1년이라는 5년의 형기가 설정되었다면, 귀

99 ①이 완성단용이 귀신백찬-예신첩 단계를 거쳐 최종적으로 서인이 되는 과정을 서술한 것이라면, ② 역시 예신첩이 “滿~歲”에서 시작하여 “免爲庶人”에 이르기까지 사구를 거쳐 서인이 되는 과정을 서술한 것으로 보아야 한다. 그렇다면 “司寇一歲”는 예신첩의 형기를 규정하는 “隸臣妾滿二歲，爲司寇”부분의 연장으로 보아야 한다. 한편 ② 말미에 “皆免爲庶人”이라고 되어 있는데 “皆”는 복수의 대상을 상정하고 있으므로 ②에서 최종적으로 “免爲庶人”이 되는 대상은 최소 2개 이상이어야 하며, 곧 “及”의 앞뒤인 “隸臣妾滿二歲，爲司寇，司寇一歲”인 경우 하나와 “作如司寇二歲”인 경우 하나로 나누어 보는 것이 타당하다. 이 조서 전체 내용이 전체 내용이 무거운 형벌에서 가벼운 형벌 순으로 서술되고 있고 전자가 예신첩 형기이므로, “及” 다음에 오는 “作如司寇二歲”야말로 예신첩보다 1등급 아래인 사구의 형기에 해당한다고 보아야 한다[방윤미(2023), pp. 17-18].

신백찬도 자연히 귀신백찬으로 4년, 예신첩으로 1년이라는 5년의 형기로 설정되었고, 이것이 당대인들에게는 따로 언급하지 않아도 상식으로 느껴졌을 가능성이 높다.

물론 원래 문제가 내린 조서 원본에는 귀신백찬의 형기에 관해서도 따로 명시되어 있었을 것이다. 최근의 연구에 따르면 현재 전래문헌이나 출토자료에서 보는 조령은 반포 당시의 원문 그대로가 아니라 누군가에 의해 자의적으로 발췌된 부분일 가능성이 높다.¹⁰⁰ 같은 맥락에서 『한서』 「형법지」의 조서 역시 이미 발췌된 조령을 옮겼거나 서술자가 직접 발췌하여 옮겨 쓴 내용이고, 이는 옮기는 사람이 이해 가능한 선에서 얼마든지 축약이 가능했다는 의미로서, 귀신백찬이나 사구의 형기가 누락된 해당 기사의 불완전성은 당시의 초사 습관으로는 자연스러운 결과로 볼 수 있으며, 당대인들은 이를 특별히 잘못 베껴 쓴 것으로 인식하지 않았을 수 있다.¹⁰¹ 또한 경성단용의 형기에 대한 언급이 없는 것도 이 조문은 기본적으로 형제 개혁 당시 현존하는 도예 및 관영 노동력을 염두에 둔 것이기 때문에, 이미 육형을 받아 영구적인 육체의 손상을 입어 정상적인 서인이 될 수 없는 경성단용은 이처럼 단계적으로 해방할 수 없었기 때문이다¹⁰².

그렇다면 『한서』 「형법지」 문제 형제 개혁 조서는 당시 사람들에게는 특별히 보충을 가하여 이해할 필요 없이 그 자체로 개혁의 내용을 온전히 이해할 수 있는 조문이며, 형벌체계의 형성과정을 드러내고 있다고 평가할 수 있다. 즉, 완성단용은 성단용으로 3년, 귀신백찬으로 1년, 예신첩으로

100 김병준(2023), 「진(秦)·한(漢)시기 조령(詔令)의 반포와 영(令)의 정비」, 『인문논총』 80권 2호, 인문학연구원.

101 반포 당시 완전한 조령을 복원한다면 “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。鬼薪白粲滿四歲，爲隸臣妾。隸臣妾一歲，免爲庶人。隸臣妾滿二歲，爲司寇作如司寇，司寇作如司寇一歲，免爲庶人。司寇作如司寇滿二歲，免爲庶人。”였을 것이다.

102 김보람(2023), 「진(秦)·한(漢) 초(初) 사면(赦免)대상의 확대 양상과 한문제(漢文帝) 형법개혁」, 『인문논총』 80권 2호, 인문학연구원.

1년으로 총 5년을 복역한 뒤 서인으로 방면되고 예신첩은 예신첩으로 2년, 사구로 1년으로 총 3년 복역 후 방면, 사구 및 작여사구는 2년 복역 후 방면 되는 것으로 읽어야 한다. 이때 나머지 도예, 즉 이미 육형을 받은 경성단용은 서인으로 방면될 수 없었기 때문에 언급하지 않았고 귀신백찬은 완성단용과 동급으로 인식되었기 때문에 생략된 것으로 추정된다.

정리하면 『한서』 「형법지」에서 전하고 있는 문제의 형제 개혁은 가혹한 육형의 폐지나 유기형으로의 전환을 통한 관영 노동력 해방만을 의미하고 있지 않다. 사구만 해도 ‘비정형’에서 ‘정형’으로 자리매김함으로써, 진대부터 여러 가지 체계가 ‘덕지덕지’ 붙어 온 형벌체계를 각각의 기원에 구애받지 않고 사형-유기노역(성단용-귀신백찬-예신첩-사구)-벌금이라는 등급으로 깔끔하게 정비한 것에 의의가 있다. 스에야스(陶安)는 “중국의 긴 역사 속에서 진의 신분질서는 극히 특수한 예가 아닐까”라고 평가한 바 있다.¹⁰³ 또한 『이년율령』을 비롯한 한초의 율령은 한승진제(漢承秦制)의 대표적인 증거로 제시되기도 하지만, 이들에 드러나는 과도기적 모습 역시 진대의 특수한 맥락에서 만들어진 형벌체계가 한대 이후 포괄적이고 종합적인 형벌 체계로 나아가는 과정을 보여 주는 것이라고 하겠다.

5. 결론

이상 본고에서는 문제의 형제 개혁 이전까지 여성에게 사구는 부과되지 않았음을 확인하고 그 이유를 사구의 기원에서 찾았다.

진한 율령에서 사구로 처벌되는 경우와 그에 따른 여성사구의 존재 문제는 이미 줄고에서 다룬 바 있다. 줄고에서 검토한 결과 진·한초까지 여성에게는 사구를 부과하지 않았다. 이는 최근 새롭게 공개된 『장가산336호』

103 陶安あと(2009), p. 90.

조문을 통해 재확인할 수 있었다.

그럼에도 불구하고 사구의 성별 문제를 둘러싼 논의가 아직까지 제대로 해결되지 않은 이유는, 역시 여성에게만 사구를 주지 않을 납득할 만한 설명을 찾지 못했기 때문일 것이다. 여성에게 사구를 부과하지 않은 원인은 몇 가지 가능성이 있다.

우선 여성 우대의 맥락이다. 여성의 내죄는 속내로 감면한다는 조문은 경 이상의 육형 부과 방식에 대한 규정 및 여성은 참에 처하지 않는다는 규정과 연결된다. 여성은 육체적으로 혹은 사회적으로 약자이기 때문에 형벌에 있어서도 특별히 배려받는 경우는 동서고금을 막론하고 흔한 현상이다. 그러나 과연 ‘내’라는 형벌을 다른 육형과 동일선상에 놓을 수 있는가? 즉 앞에서 여성의 육형에 대한 배려를 규정한다고 해서 내사구 역시 같은 맥락으로 생각할 수 있는지 의문이다. 왜냐하면 여성을 아예 ‘내’로 처벌하지 않았으면 모를까, 참의 사례와 달리 진한시대에는 내백찬·내예첩 등 ‘내’를 여성에게 부과하는 것에 아무런 거리낌이 없기 때문이다.

다른 원인으로는 여성 노동력 활용의 문제를 떠올릴 수 있다. 진이 강력한 법치를 통해 중앙집권과 부국강병을 이룩하고, 이를 뒷받침하는 방안으로 국가의 수요가 있는 노역을 형벌화하여 범죄자를 동원한 것은 주지의 사실이다. 그렇다면 여성은 도예를 감시하는 사구로 쓰기에 마땅하지 않거나 수요가 적기 때문에 일부러 여성을 배제하였다는 설명도 가능하다. 그러나 형벌의 1차적 목적은 저지른 죄에 상응하는 값을 치르게 하여 사회질서 유지와 정의를 구현하는 것에 있다. 단순히 종사할 업무가 많지 않다는 이유로 사구를 일제히 속내로 감면하기에는 형벌의 등급상 사구죄가 그리 가볍지 않다. 게다가 사구가 맡고 있었던 업무는 도예 감시 이외 여러 가지가 있었기 때문에, 감독할 여성 도예가 많지 않았다면 다른 사역에 종사시키거나 갱작하면 되는 일이었다. 또한 사구가 부족한 현상이나 여성 사구 대신 용사구나 예첩이 사구 역할을 하고 있었던 것은 여성 사구의 수요가 없었다는 주장의 반증이기도 하다.

셋째, 사구와 작제 질서의 연관성이다. 사구는 그 자식이 사오가 되어 작제 질서에 편입되었으므로 작제 최말단에 위치하였다고 평가할 수 있다. 이는 도예의 신분을 대물림하는 예신첩 이하의 경우와 확연히 다르다. 그렇기 때문에 작에 따라 전택을 수여 받는 명단의 최말단에 사구가 위치하고 있었던 것이다. 이러한 사구의 작제 질서 내 위치로 인해 여성에게 사구를 주지 않았다는 것이 해당 학설의 설명이다. 그러나 마찬가지로 작제 질서 내에 있지만 여성도 존재하였던 서인의 사례를 생각하면 작제 질서 내에서 전택 수여의 대상이 되었다고 해서 남성에게만 반드시 사구를 부과할 필요는 없다. 물론 서인은 그 안에 다양한 군상이 집합되어 있는 형태이지만, 서인 역시 전택 수여의 대상이 되는 등 작제 질서 내에서는 공졸·사오와 동급으로 취급되었다. 애초에 작제 질서란 남성을 대상으로 한다는 대전제가 있는 이상 여성 서인이나 여성 사구가 있다고 해서 아무런 문제가 생기지 않는다. 여성에게도 사구를 부과하여도 그 자식이 사오가 되는 것에 모순이 생기지 않고 작에 따른 전택 수여 규정에서 사구에게 주는 전택을 여성 사구에게까지 주지 않는 것이 상식이었을 것이기 때문이다. 굳이 사구죄에 해당하는 범죄를 저지른 여자는 속내라는 파격적인 감면을 단행하여 작제 질서에서 배제시킬 이유가 없다.

결국 여성을 사구로 처벌하지 않은 원인은 다른 곳에서 찾아야 하는데, 필자는 사구의 기원과 관련이 있다고 보았다. 현재까지 발견된 사구로 직접 처벌하는 범죄행위는 모두 공무 관련으로 처벌 대상이 되는 행위나 대상이 극히 제한적이다^①. 일반민이 일상생활의 광범위한 범죄를 통해 사구로 처벌되는 경우는 대개 <그 법에 명기되지 않은 내의 경우>를 통하는 것이었다^②. 사구가 만들어지는 두 가지 경우에서 보이는 이러한 차이점은 사구의 내원이 본래 공무와 관련하여 리에게 부과하던 특수한 것이었으나 이후 예신첩 이상의 종신노역 처벌과 속죄라는 일시적 형벌 사이의 간극을 메꾸는 형벌로 일반민에게도 확대 적용 및 자리매김하면서 발생하였을 가능성이 있다. 사구가 선진시대에는 진을 제외한 다른 나라에서 관직명이었

던 것도, 후의 사례에서 보이는 공통점을 보아도, 사구는 일반민의 범죄에 공통적으로 적용하는 정형이 아니라 리에 대한 특수한 처벌로서 생겨났을 가능성이 크다.

물론 이러한 추정을 직접적으로 증명하는 출토자료는 없다. 그러나 속죄와 귀신백찬이 소위 ‘비정형’에서 ‘정형화’되어 가는 과정을 진한 율령의 발전 과정에서 확인할 수 있듯, 사구도 이와 유사한 과정을 거쳤을 가능성은 억측만은 아닐 것이다. 무엇보다 이러한 사구의 기원적 특수성을 고려할 때, 몇 가지 사구를 둘러싼 의문이 해소된다. 첫째, 리에 대한 처벌의 일환으로 부과되었던 것이 일반민에게 확대 적용된 것이라면, 당대인들의 입장에서 여성에게 사구를 부과하지 않은 것은 오히려 자연스러운 조치로 인식되었을 것이다. 둘째, 앞서 지적하였던 사구를 필요로 혹은 활용하지 않으려고 하면서, <그 법에 명기되지 않은 내의 경우>에 의한 독특한 부과 형태로 사구를 양산하고 있는 모순적인 상황을 이해할 수 있다. 셋째, 작제 질서 내의 사구의 특수한 지위도 사구의 리로서의 기원이 반영된 것이다.

결론적으로 본래 ‘사구’는 선진시대 다른 나라에서 보이듯 관직 명칭 혹은 리의 직무와 관련이 있으나, 진에서는 공무상 잘못을 저지른 리에게 형벌로서 이러한 임무를 맡겨 처리하였다. 사구의 기원을 이와 같이 설정할 때 여성 사구가 없었던 이유는 물론이고 사구를 둘러싼 여러 가지 이해하기 어려운 상황들이 일거에 설명된다. 사구와 관련된 제반 문제는 사구가 일반민에게도 확대적용되고 기본 형벌체계 내로 삼입해 들어오면서 모순과 충돌이 발생한 것이다.

기존 연구에서 사구의 성별 문제로 대표되는 사구의 모순점을 둘러싸고 논란이 지속되었던 것은 문제의 형제 개혁 이후 남녀에게 동등하게 부과되고 공무와 밀접한 관련이 있었던 사구의 기원이 완벽히 지워진 모습이 과거로 소급되어 투영되었기 때문이다. 이처럼 문제의 형제 개혁 이후의 정비된 체계를 머릿속에서 지우고 나서 진한 형벌체계의 형성과정을 다시 살펴본다면 오히려 『한서』 「형법지」의 문제의 형제 개혁 조서를 정확히 이해

할 수 있다. 나아가 문제의 형제 개혁이 가혹한 육형의 폐지나 유기형으로의 전환을 통한 관영 노동력 해방이라는 의미를 넘어서, 진대의 특수한 맥락에서 ‘덕지덕지’ 형성되어 온 형벌체계가 한대 이후 한층 정비되고 통합적인 체계로 나아가게 되는 계기가 되었다는 점에서 개혁의 의의를 재평가할 수 있다.

마지막으로 본고에서는 사구에 집중하다 보니 후나 속죄, 귀신백찬 등을 언급하면서도 각각을 충분히 다루지 못한 부분이 있었다. 귀신백찬이나 속죄는 그 자체로 별고가 필요할 정도로 큰 주제이거니와 후와 사구가 내죄의 부가형벌로 자리잡는 과정을 고찰하기 위해서는 내죄와 그에 속하는 다른 노역에 대해서도 깊은 고찰이 필요하다. 이러한 한계에 대해서는 후속 논문을 통해 보충하고자 한다.

참고문헌

자료

㉠ 문헌자료

- 班固(1964), 『漢書』, 北京: 中華書局.
 司馬遷(1963), 『史記』, 北京: 中華書局.
 荀況(2005), 『荀子校釋』, 上海: 上海古籍出版社.
 衛宏(1990), 『漢官六種』 「漢官舊儀」, 北京: 中華書局.
 左丘明(2000), 『春秋左傳正義(十三經注疏)』, 北京: 北京大學出版社.
 『周禮注疏(十三經注疏)』(2000), 北京: 北京大學出版社.

㉡ 출토자료

- 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(2020), 『嶽麓書院藏秦簡(陸)』, 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』, 武漢: 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), 『里耶秦簡牘校釋第1卷』, 武漢: 武漢大學出版社.
 彭浩 等 主編(2008), 『二年律令與奏讞書』, 上海: 上海古籍出版社.
 荊州博物館 編(2022), 『張家山漢墓竹簡(三三六號墓)』, 北京: 文物出版社.
 荊州博物館 編(2021), 『荊州胡家草場西漢簡牘選粹』, 北京: 文物出版社.

논저

㉠ 한국어문헌

- 김동오(2019), 「中國 古代 職官制度의 구조와 그 변화」, 서울대학교 대학원 박사학위논문.
 김보람(2023), 「진(秦)·한(漢) 초(初) 사면(赦免)대상의 확대 양상과 한문제(漢文帝) 형법개혁」, 『인문논총』 80권 2호, 인문학연구원.
 김병준(2023), 「진(秦)·한(漢)시기 조령(詔令)의 반포와 영(令)의 정비」, 『인문논총』 80권 2호, 인문학연구원.
 김택민(2021), 『당률총론』, 과주: 경인문화사.
 박경(2017), 「조선시대 사족 여성 決杖 논의의 사회적 함의」, 『사학연구』 128, 한국사학회.
 방윤미(2023), 「秦·漢初 司寇 再考: 女性司寇 문제를 중심으로」, 『중국고중세사연구』 67, 중국고중세사학회.
 이명화(2011), 「秦漢 女性 刑罰의 減刑과 勞役」, 『중국고중세사연구』 25, 중국고중세사학회.
 이성규(2003), 「秦漢 형벌체계의 재검토: 雲夢秦簡과 『二年律令』의 司寇를 중심으로」, 『동양사학연구』 85, 동양사학회.
 이주현(2020), 「中國 古代 帝國의 人力 資源 편제와 운용」, 서울대학교 대학원 박사학위논문.
 임병덕(2021), 「秦·漢律의 耐刑과 司寇」, 『中國史研究』 134, 중국사학회.
 임중혁(2008), 「秦漢律의 耐刑: 士伍로의 수렴 시스템과 관련하여」, 『중국고중세사연구』 19, 중국고중세사학회.
 조규창(1998), 『로마형법』, 고려대학교출판부.

㉡ 기타 동양문헌

- 陶安あんど(2009), 『秦漢刑罰體系の研究』, 東京: 創文社.
 藤井律之(2006), 「罪の加減と性差」, 『江陵張家山二四七號墓出土漢律令の研究(論考篇)』 (富谷至 編), 京都: 朋友書店.
 楊振紅(2006), 「秦漢簡中的“冗”、“更”與供役方式: 從〈二年律令·史律〉談起」, 『簡帛研究』 二〇〇六, 桂林: 廣西師範大學出版社.
 張建國(2002), 「論西漢初期的贖」, 『政法論壇』 2002-5.
 張新超(2018), 「試論秦漢刑罰中的司寇刑」, 『西南大學學報(社會科學版)』 2018-01.
 周海鋒(2023), 「張家山漢簡《漢律十六章》初讀(上)」, 簡帛網 2023-03-20 <http://www.>

bsm.org.cn/?hanjian/8933.html(접속일: 2023.4.1.)

陳偉(2022), 「胡家草場漢簡律典與漢文帝刑制改革」, 『武漢大學學報(哲學社會科學版)』 2022-03.

湖南省文物考古研究所(2013), 「龍山里耶秦簡之徒簿」, 『出土文獻研究』 12, 中國文化遺產研究院.

黃海(2019), 「論中國古代專職法官在戰國時期的出現」, 『華東政法大學學報』 2019-02.

원고 접수일: 2023년 5월 1일, 심사완료일: 2023년 5월 24일, 게재 확정일: 2023년 5월 24일

中文摘要

秦漢刑罰體系考察

方允美*

以司寇的來源與正刑化過程爲中心

A Study on Sikou in Qin and Han's Penal System Bang, Yun Mi*

在秦在秦漢刑罰體系中，司寇的特殊性很早就受到了關注。但在司寇的性別問題上，學界一直未有定論。近來隨著漢初律令資料的出土，文帝改革之前女性不被處以司寇的情況得以明確。在各類勞役中，爲何只有司寇一項存在如此大的性別差異？本文以這一問題爲基礎，考察了司寇的特殊起源，對司寇在秦漢刑罰體系形成過程中的自我定位過程進行了多角度的討論。

筆者從多種可能性中分析了漢文帝刑制改革以前女性不被處以司寇的原因，指出這一情況與司寇的起源有關。迄今爲止發現的直接處以司寇的犯罪行爲都與公務相關，受到處罰的行爲或對象較爲有限。一般民因日常生活中的各類犯罪行爲被處爲司寇的情況，大多依據“其法不名耐者”處理。從處罰對象和犯罪行爲的種類等方面呈現出的這兩種方式的差異，可能與司寇的起源有關。

司寇本來是因公務問題而向吏進行的特殊處罰，後來爲填補隸臣妾以上的終身勞役處罰和贖罪這一暫時性刑罰之間的缺口，其適用範圍擴大到一般民。先秦時期，在除秦國以外的其他國家，司寇是官職名稱。而從“候”的事例中也可以看出，司寇很有可能不是適用於一般民犯罪的正刑，而是作爲對吏的特殊處罰而產生的。如此理解司寇的起源，不僅可以解釋沒有女性司寇

* 首爾大學 歷史學部 講師

Lecturer, Department of History, Seoul National University

的現象，也能夠說明其他與司寇相關的各類難以理解的問題。秦漢刑罰體系中，最初作為限於特殊對象的非正刑，後發展為基本刑罰體系中的正刑的情況不限於司寇一例。在秦漢律令發展過程中，贖罪和鬼薪白粲也存在從非正刑到正刑的過程。

由此可見，司寇的性別問題已經超越了該處罰本身，是體現秦漢刑罰體系形成過程的重要線索。此外，《漢書·刑法志》中文帝刑制改革詔書的句讀和解讀久有爭議，司寇的性別問題也為重新理解這部分內容提供了切入點。

關鍵詞 司寇, 秦漢, 刑罰體系, 鬼薪白粲, 贖罪, 贖耐, 候