

『漢書』「刑法志」譯註*

林 炳 德 (忠北大)

대저 인간은 천지의 모양을 닮고,¹⁾ 마음은 仁, 義, 禮, 智, 信의五常의 性을 가졌고²⁾, 지혜는 매우 총명하여 살아있는 것 가운데 가장 뛰어나다. 그러나 손과 발로는 족히 욕망을 채울 수 없고³⁾ 빨리 달려도 災害의 충돌을 피할 수 없다.⁴⁾ 몸에는 추위를 피할 수 있는 毛羽가 없기 때문에 外物을 이용해서 생존을 꾀한다.⁵⁾ 인간이 귀한 이유는 지혜를 사용하고 물리적인 힘에 의존하지 않기 때문이다.⁶⁾ 그러므로 인간이 仁愛의 마음이 없으면 집단 생활을 영위할 수 없다. 집단생활을 하지 못하면 外物을 통제할 수 없고, 외물을 통제하지 못하면 생활에 필요한 물자가 부족하게 된다. 집단생활을 하면서 필요한 물자가 부족하게 되면 다투는 마음이 생기게 된다. 이 때문에 뛰어난 성인이 먼저 敬讓博愛의 품덕을 실행하면, 무리들이 감복하여 따르게 된다.⁷⁾ 따르는 사람이 무리를 이루어

* 이 譯註에 이용한 『漢書』刑法志의 원문은 中華書局 출판 점교본에 의한다. 또 이에 관한 譯註로는 內田智雄이 編한 『譯註 中國歷代刑法志』(創文社, 1964)와 辛子牛가 譯註한 『漢書刑法志注釋』(群衆出版社, 1984)이 있고, 그 외에도 비교적 최근에 출판된 高潮·馬建石 編한 『中國歷代刑法志注釋』(吉林人民出版社, 1994)이 있다. 筆者의 譯註도 이들의 연구를 크게 참고하였다.

- 1) 人宵天地之貌: 應劭注“宵, 類也. 頭圓象天, 足方象地.”宵는 宵와 통한다. 닮다. 유사하다라는 의미를 가졌다.
- 2) 五常: 仁, 義, 禮, 智, 信을 의미한다.
- 3) 爪牙: 手足을 가리킨다.
- 4) 趨走: 총총 걸음으로 빨리 달림. 避利害: 避害.
- 5) 御寒暑: 御寒
- 6) 任: 사용하다.
- 7) 上聖: 德才가 高尚한 聖人. 卓然: 卓越. 說: 悅.

받음으로 君이 되는 것이다.⁸⁾ 또 그 사람 아래에 물려가므로 그 사람이 王이 되는 것이다.⁹⁾

『洪範』에서는¹⁰⁾, “天子는 백성의 부모가 되어, 그로써 天下의 왕이 되시다”라 하였다.¹¹⁾ 聖人是 유사한 것을 취하여 사물의 명칭을 바르게 정하였으니, 君이 백성의 부모가 되었다 함은, 仁愛德讓이 천하를 통치하는 근본임을 밝힌 것이다. 仁愛는 공경에 의해서 쇠퇴하지 않고, 德讓은 위엄에 의해서 오래 유지될 수 있다.¹²⁾ 그런 까닭에 禮儀를 제정하여 恭敬을 숭상하고, 刑罰을 제정하여 威嚴을 밝히는 것이다. 聖人들은 본디부터 事理를 잘 살피는 천성을 갖추고 있고,¹³⁾ 반드시 天地의 마음에 통하고 있다. 그래서 예의를 제정하여 敎化하고, 형법을 제정하고, 행동은 民情에 따르면서 天地의 理法에 순응한다.¹⁴⁾ 그런 까닭에 先王이 예의를 세우는 것은, “天의 光明에 따르고, 地의 本性에 순응하는 것이다”라고 일컬어지고 있다.¹⁵⁾ 刑罰을 세우고 감옥을 설치하는 것은 하늘이 번개나 천둥을 쳐서 만물을 殺戮하는 것과 같다. 恩慈와 溫和를 베푸는 것은 天이 만물을 生殖하고 養育하는 것에 따르는 것이다.¹⁶⁾ 또 『書經』에서는, “하늘이 예의를 잘 지키는 자를 獎勵한다” 던가 “하늘이 죄있는 자를 懲罰한다” 라고 되어 있다.¹⁷⁾ 때문에 聖人은 하늘이 예의를 깨달은 사람을 獎勵하는 것처럼 五禮를 제정하고, 하늘이 有罪를 懲罰하는 것처럼 五

8) 君: 원래는 民衆을 조직할 능력이 있는 사람을 가리킨다. 후에는 통치자를 가리키는 의미로 되었다.

9) 王: 원래는 天下人들의 옹호를 받고 따르게 된 자를 일컫는데, 계급사회로 발전하고 나서 國家가 발생한 후에는 國君을 王으로 일컫게 되었다.

10) 『洪範』: 『尚書·周書·洪範』

11) 天子: 天子는 國君을 일컫는 말로 고대의 통치계급은 “君權神授說”을 宣揚하였다. 君王은 天意를 계승받아 인민을 다스리는 존재라 하여 君王을 일컬어 天子라하였다.

12) 待: 待. 須: “需”와 通함.

13) 聖人既躬明愷之性: 聖人은 先天的으로 보통 사람들의 識見을 훨씬 뛰어넘는 재능을 가지고 태어난다. 愷: 古“哲”字.

14) 動: 行動, 一舉一動. 緣: 依據, 遵守. 民情: 民衆의 生産·生活·精神·風俗 등의 情況. 則: 法, 效法. 則天象地: 效法天地. 象: 法式, 效法.

15) 『左傳』 昭公 25년에 보이는 鄭大夫 子太叔이 子產의 말을 인용함. 因: 隨順.

16) 刑罰威獄: 형법과 감옥. 震: 雷.

17) 『尚書·虞書』 皋陶謨의 文. 秩: 尊卑·貴賤·等級·隆殺에 대한 법칙을 차례로 정하는 것. 有禮: 禮制를 준수하는 사람을 뜻함. 討: 懲罰.

刑을 만들었다. 大刑에는 군대를 사용하고, 그 다음은 斧나 鉞을 쓰고, 中刑에는 刀나 鋸를 사용하고, 그 다음에는 鑽이나 鑿을 쓴다. 輕刑에는 鞭과 杖을 사용한다.¹⁸⁾ 무거운 죄로 살해된 사람은 시체를 原野에 陳列하고, (사형에 해당되는 자 가운데) 비교적 가벼운 죄로 살해된 사람으로 大夫 이상은 시체를 조정에 두고 士 이하는 市街에 둔다. 이와 같은 유래는 오래된 것이다.¹⁹⁾

黃帝 때에 炎帝가 침입하여 제후들을 어지럽히자 黃帝가 그 火災를 징벌하고, 顓頊이 共工과 다투어 水災를 평정하였다.²⁰⁾ 唐虞의 시기는²¹⁾ 유례없는 태평성대의 시대였지만 共工을 流하고, 讎兜를 放하고, 三苗을 驅逐하고, 鯀을 처벌하였다.²²⁾ 그런 연후에 천하가 비로소 복종하였다. 夏의 시대에도 甘扈의 誓가²³⁾ 있었다. 殷도 周도 무력으로 천하를 평정

18) “大刑”이하의 문장은 『國語·魯語』에서 出典함. 大刑: 가장 무거운 형벌. 大刑에 군대를 사용한다는 것은 天子의 征討를 형벌의 일종으로 간주하는 것이다. 중국고대에는 兵刑이 분리되지 않았기 때문에 군대를 동원하여 이민족을 정벌한다는 것을 大刑으로 간주하였다. 甲兵: 鎧甲과 兵器. 곧 군대를 가리킨다. 斧나 鉞을 사용한다는 것은 곧 斬刑을 가리킨다. 刀는 宮刑에 사용하고, 鋸는 刖刑에, 鑽은 脛骨을 절단하는 臕刑에, 鑿은 墨刑에 각각 사용한다.

19) 鯀: 由와 같음. 上: 古. 久遠.

20) 黃帝: 고대의 帝王. 姓은 公孫. 軒轅의 丘에서 태어났기 때문에 軒轅氏라고도 칭한다. 鄒衍은 黃帝를 천지개벽이래의 최고의 帝王으로 간주하고 있다. 漢初의 黃老學派에서는 黃帝를 無爲自然의 道를 체득한 자로 간주하고 있다. 또 黃帝는 신선사상과 결부되어 의술의 창시자, 방중술의 고안자로 알려지기도 하였다. 涿鹿之戰: 《史記·五帝紀》에 실려 있다. 전설에 의하면, 炎帝가 제후를 침범하고자 하자 제후들은 모두 軒轅氏에게 歸附하였는데, 軒轅은 병사를 일으켜 炎帝와 阪泉의 들에서 크게 3번 싸워 승리하였다고 한다. 涿鹿: 곧 阪泉. 현재 河北省 涿鹿縣 東南에 있다. 火災: 炎帝가 일으킨 災亂을 가리킨다. 炎帝는 火德을 상징하므로 이를 炎災라고 한 것이다. 顓頊: 黃帝의 孫. 共工: 炎帝의 후예로 전설에 나오는 水神. 共工은 五行說 가운데 水行에 해당한다. 陳: 陣과 同. 포진하여 싸우는 것.

21) 唐虞之際: 唐은 堯가, 虞는 舜이 각각 건설하였다. 곧 전설상의 堯·舜 시기를 말한다.

22) 共工, 讎兜, 鯀은 堯帝의 신하로 堯舜禪讓을 반대하여 난을 일으켰다가 舜帝에 의해서 추방되었다. 刑法志에서는 이 共工을 黃帝 때의 共工과 다른 사람으로 보고 있다. 三苗: 族名.

23) 甘扈之誓: 夏禹가 죽은 후에 帝位를 그의 아들에게 무려주었는데 有扈氏가 불복하자 夏의 王 啓가 有扈氏와 甘이라는 평원에서 전투를 벌였다. 전투에 앞서 부하 장군에게 信賞必罰을誓하였다. 그것이 『尚書·夏書』의 甘誓이다. 甘

하였다. 천하가 평정된 후에 병기를 거둬 수장하였고 文德으로서 가르쳤지만, 여전히 司馬의 官을 설치하였고 六軍의 병제를 설립하였고²⁴⁾ 井田制의 규정에 근거해서 軍賦를 만들었다. 사방 一里를 一井으로 하고, 十井을 一通으로 하고, 十通을 一成으로 한다. 一成은 사방 十里이다. 十成一 終이 되고, 十終이 一同이 된다. 一同은 사방 一百里이다. 十同一 封이 되고, 十封이 一畿가 된다. 一畿는 사방 一千里가 된다.²⁵⁾ 이것을 기초로 하여 稅와 賦를 징수한다. 稅는 식량을 충족시키기 위한 것이고, 賦는 군비를 충족시키기 위한 것이다.²⁶⁾ 그러므로 四井을 邑으로 하고 四邑을 丘로 한다. 一丘는 十六井이다. 一匹의 戰馬와 三頭의 牛를 낸다. 四丘를 甸이라 하는데, 甸은 모두 六十四井이다.²⁷⁾ 여기에서는 四匹의 戰馬와 兵車 一乘, 牛 十二頭, 甲士 三人, 步卒 七十二人을 내도록 하고 干과 戈를 갖춘다. 이것을 乘馬法이라 한다.²⁸⁾ 一同은 四方 一百里로 총괄해서 一萬井이다.²⁹⁾ 산천·大澤·개펄·城壁과 해자·주택지역·園囿·도로 등³⁰⁾ 점하는 三千六百井을 제외하고 賦를 내어야 할 토지는 六千四百井이다. 四百匹의 戰馬와 兵車 百乘을 내도록 되어 있다. 이것은 卿大夫의 采地³¹⁾ 가운데 큰 것이다. 이것을 百乘의 家라 한다. 一封은 사방 三百十六里로 모든 封의 토지는 十萬井이다. 이 가운데 賦를 내어야 할 토지는 六萬四千井으로 戰馬 四千匹, 兵車 千乘을 내도록 되어 있다. 이것은 大諸侯國으로 千乘之國이라 일컫는다. 天子의 一畿는 사방 천리로

은 지명으로 현재의 섬서성 戶縣의 서쪽에 있다. 결과는 有扈氏가 패배하였다.

- 24) 澌藏: 收藏. 藏은 藏. 藏과 통한다. 干戈: 兵器를 가리킨다. 文德: 武功에 대한 相對의인 표현. 司馬: 西周의 官名. 軍政과 軍賦를 담당한다. 六軍: 「周禮·夏官」司馬에는 「凡制軍, 萬二千五百人爲軍. 王六軍, 大國三軍, 次國二軍, 小國一軍」이라 하여 12,500 명이 1軍을 구성하는 것으로 되어 있다. 따라서 6軍은 7만 5천명의 병력에 해당한다.

25) 井, 通, 成, 終, 同, 封, 畿는 모두 토지의 면적의 명칭.

26) 稅: 田租. 賦: 兵賦.

27) 이상은 「周禮·地官」小司寇에 의한다.

28) 戎馬: 戰馬, 軍馬. 乘: 車輛. 乘馬之法: 軍賦制度를 가리킨다.

29) 提封: 顏師古注 「提, 舉也. 舉四封之內也.」 즉 大凡, 都凡, 總共의 의미를 지님. 封地의 數目을 總括해서.

30) 沈: 清 王先謙의 「漢書補注」에서는 王念孫의 말을 인용하여 「沈, 當爲沆. 沆, 大澤也」라 하고 있다. 斥: 개펄(염분이 많은 해변의 땅) 術: 고대 성읍에 있는 도로.

31) 采地: 采邑 혹은 封地.

모두 百萬井이지만, 賦를 내어야 할 토지는 六十四萬井이다. 戰馬 四萬匹, 兵車 一萬乘을 징수한다. 그런 까닭에 萬乘의 주라고 한다.

戰馬·兵車·士卒·武器를 평소 잘 정비하였다가 봄에는 搜라는 獵을 해서 군대를 정돈하고³²⁾, 여름에는 苗라는 田獵을 하여 露營의 연습을 한다.³³⁾ 가을에는 獮이라는 사냥을 해서 군사훈련을 한다. 겨울에는 狩라는 사냥을 하여 閱兵 연습을 한다. 모두 農閑期에 군사연습을 한다.³⁴⁾ 每 五國을 屬이라 하고 屬에는 長을 둔다. 十國을 連이라 하고 連에는 帥를 설치한다. 三十國을 州이라 하고 州에는 正을 둔다. 二百十國을 州라 하고, 州에는 牧을 둔다. 連帥는 해마다 兵車를 검열하고,³⁵⁾ 卒正은 삼년마다 兵員을 檢閱하고 諸州의 牧은 五年마다 兵車와 步兵을 대대적으로 검열한다. 이것이 바로 선왕이 국가를 다스리기 위해 군대를 세우고 군비를 충실하게 한 大概이다.

周의 정치가 쇠퇴하고 법도가 파괴되었다. 그러나 齊 桓公이 管仲을 임용하자 국가는 부강하게 되고 백성의 생활은 안정되었다.³⁶⁾ 桓公은 관중에게 霸道를 행하고 무력을 사용하는 방법을 물었다.³⁷⁾ 管仲은, “公께서 부대 편제를 정비하고, 병기를 정돈하고자한다면, 大國도 똑같이 정비하고자 할 것이고 小國도 수비를 더욱 강화할 것이다. 그러면 공께서 속히 뜻을 달성하기가 어려워질 것입니다” 라고 하였다. 이에 軍令의 정돈을 內政의 정비 중에 포함하기로 하였다. 이에 향리에서는 卒伍 편제를 정비하고, 城外로 나가면 그대로 군사체제가 되도록 하였다.³⁸⁾ 기층의

32) 搜: 봄에 수렵하는 것을 搜라 한다. 振旅: 부대를 정돈한다는 뜻.

33) 苗: 여름에 수렵하는 것을 의미함. 拔舍: 除草를 하여 휴식할 장소를 정돈한다는 것을 뜻한다. 군대가 野外에서 宿營하는 것을 가리킨다.

34) 講事: 軍事演習. 講: 익히다.

35) 屬長, 連帥, 卒正, 州牧은 모두 각급 지방 관리를 가리킨다. 比年: 연년. 매년. 簡: 검열.

36) 周道: 周王朝의 治國의 道. 齊桓公: 春秋初期 齊國의 國君으로 姜太公의 후예이다. 春秋五霸의 하나. 齊國의 國君으로 在位는 기원전 685에서 기원전 643년 재위. 재위중에 管仲을 相으로 하여 제후들을 규합하고 맹주가 되었다. 「管子」에 그 언행이 많이 기록되어 전해지고 있다.

37) 伯: 霸와 같음. 行伯: 霸道を 실행함. 用師: 用兵.

38) 卒伍: 西周·春秋 시기 군대의 편제 명칭. 五人을 伍로 하고 百人을 卒로 한다. 設備: 防備. 里: 고대의 기층 행정조직. 郊: 封邑의 疆界. 庠: 庠의 古字. “卒伍定庠里, 而軍政成 庠郊”: 民衆이 거주하는 什伍의 組織에 따라 士兵 隊伍를 編制하여 出征시에 집결 지점을 정하여 군대를 組成한다는 의미.

백성을 五人組·十人組의 방식에 따라 조직하고, 함께 거처하면서 苦樂을 같이하고 생사를 걱정하며 화복을 함께한다. 때문에 야간에 싸우면 그 소리를 서로 알아들을 수 있고, 주간에 다투면 눈으로 보여 위급한 때에는 生死를 함께할 수 있다.³⁹⁾ 이처럼 그 敎令이 충분히 성과를 거둔 뒤에 밖으로는 夷狄을 물리치고, 안으로는 천자를 尊崇함으로써 諸侯國들을 안정시킬 수 있었다.⁴⁰⁾ 齊桓公이 逝去한 후 晉文公이 그 뒤를 계승하였다.⁴¹⁾ 晉文公 또한 먼저 그의 백성을 안정시킨 뒤, 被廬의 법을 만들고 제후들을 통솔하여⁴²⁾ 齊桓公을 대신하여 맹주가 되었다. 그러나 그 禮儀는 지나치게 本分을 초월하고, 또 시의에 무원칙하게 부합하여 빨리 공을 세우고자 하였기 때문에 先王의 제도에 합치할 수 없었다. 齊桓公·晉文公 이후 왕도가 점차 쇠퇴하여⁴³⁾ 魯의 成公이 丘甲의 제도를 제정하고⁴⁴⁾ 哀公이 田賦制를 채용함에 이르러서는⁴⁵⁾ 수렵, 연습, 열병 등의 행사가 그 모두 정도를 잃어버렸다. 「春秋」에서는 이에 대하여 기재하고 이를 비난함으로써 王道를 보존하고자 하였다. 이때에 군대는 빈번히

39) 其聲相聞: 소리로 서로 구별할 수 있다는 의미. 緩急: 위급한 일. 돌발한 사건.

40) 攘: 排除, 排斥. 安: 安撫.

41) 晉文公: 春秋時 晉國의 國君. 春秋 五霸의 하나로 在位는 기원전 636-628년. 名은 重耳. 晉獻公의 次子. 獻公은 驪姬를 총애하여 太子 申生을 살해하고 重耳를 추방하여 19년을 국외로 流亡하다가 秦穆公의 도움을 받아 귀국 후 晉의 國君이 되었다. “尊王”을 구호로 내세워 당시 중원을 위협하던 楚國을 격파하여 春秋五霸의 두 번째 霸主가 되었다.

42) 被廬: 晉의 地名. 晉文公 즉위 2년 被廬制를 제정하여 政治, 禮制의 개혁을 단행하고 군대의 法令을 정비하여 晉의 국력을 신속히 강화하였다. 다음해 남방의 강국 楚國을 격파하였다. 이에 대해서는 「左傳」 僖公二十七年 및 「國語」 晉語四에 그 기록이 실려있다. 晉은 被廬에서 晉은 수렵을 하거나 閱兵을 하였고 작위나 관리의 秩祿을 관리하였다.

43) 陵夷: 사물이 점점 쇠퇴해짐.

44) 成公: 在位는 기원전 590-573. 丘甲: 「春秋左傳」 成公元年條(기원전 590년)에 “三月, 作丘甲”이 나온다. 종래 甸에 課하였던 軍賦를 丘에 課하는 것으로 해석하는 설(左傳의 服虔과 杜預의 주)과 모든 丘의 民에게 甲을 만들도록 했다는 설(公羊傳의 何休의 주와 穀梁傳)이 있다. 顏師古도 이 양설을 병기하고 있다. 一丘는 十六井으로 一匹의 戰馬와 三豆의 牛를 징수한다.

45) 哀公用田賦: 哀公 12년(기원전 483년)의 일로 顏師古의 설에 의하면, 田地와 家財를 각각 별도로 계산하여 그 각각에 대하여 軍賦를 부과하게 하는 것으로 古制에 비하여 백성의 부담을 무겁게 한 것이라고 한다.

전쟁에 동원되고 백성이 피폐해지자 백성들은 절개를 지키다 국난을 위해 목숨을 바치고자 하는 마음이 없어졌다. 46) 공자께서는 이를 상심하여 말씀하시기를, “가르치지 아니한 백성으로 싸우게 하면, 이것은 백성을 버리는 것이다” 라고 47) 하였다. 때문에 공자는 子路를 평해서 “仲由은 千乘의 나라에 그 군사를 다스릴 수 있다” 라 하였고 48), 子路는 또한 “千乘의 나라가 큰나라 사이에 끼어 군란이 더하고 이로 인하여 기근까지 겹치어도, 제가 다스리면 삼년이면 백성들을 용맹이 있게 하고, 또 義에 향하는 바를 알게 하겠습니까”라고 하였다. 49) 요컨대, 부역과 군대를 다스린다는 것은 禮讓仁義를 가르친다고 하는 것을 이른 것이다.

春秋 이후 강국은 약국을 멸하고, 대국은 소국을 併吞하여 戰國의 시대를 형성하였다. 각국은 점점 군사를 훈련하는 禮儀를 증가시켰고, 그것을 보는 것을 즐거움으로 삼았고, 그것으로서 상대에게 자신의 武力을 자랑하였다. 秦에서는 이름을 바꾸어 角抵라 하였는데, 先王의 禮도 淫樂 중에 매몰되었다. 강하고 재능이 뛰어난 인물조차 시세에 따라 시류에 편승하고, 권모술수를 써서 서로 힘을 기울려 쓰러뜨리고자 하였다. 吳나라에는 孫武가, 50) 齊나라에는 孫臏이, 51) 魏나라에는 吳起가, 52) 秦에는 商

46) 『春秋』: 魯國의 編年體 歷史書. 원래는 魯國의 史官이 編寫한 것이었으나 후에 孔子를 거쳐 개정됨. 魯隱公元년부터 魯哀公十四년에 이르기까지 총 242년의 기록. 伏節死難: 氣節을 굳게 지키다가 국가의 急難을 위해 죽는 것. 亟: 屢次.

47) 『論語』 권 23. 子路篇을 인용함. 백성들에게 군사훈련을 시키지 않고 나아가 싸우게 하는 것은 그들을 死地에 빠뜨리는 것과 같다는 의미.

48) 『論語』 권 5. 公治長篇에 기초함. 子路: 仲由, 孔子의 學生. 일찍이 季氏의 家臣였다가 후에 衛大夫 孔悝의 邑宰를 역임하였는데, 귀족간의 內訌 중에 피살되었다.

49) 『論語』 권 11. 先進篇에 나오는 문장. 攝乎: 處于.

50) 孫武: 春秋末期 齊國人으로 吳나라에 가서 伍子胥의 추천에 의해 吳國의 장군이 되었다. 『孫子』兵法은 현재 13편이 남아 있다.

51) 孫臏: 戰國 시기의 저명한 군사가. 齊나라 사람으로 孫武의 후손이다. 일찍이 魏나라에 연금되어 臏刑을 받았다. 후에 齊國의 사신 淳于棼의 도움으로 비밀리에 齊國에 돌아와 齊威王에 의해 軍師로 임명되었다. 저술로는 『孫臏兵法』이 있는데 失傳되었다가 1972년 銀雀山西漢墓에서 새로이 발견되어 현재 『孫臏兵法』 十三篇으로 정리되어 출판되었다.

52) 吳起: 戰國 시기의 衛國人. 魯나라에서 兵法을 배우고 衛나라에서 벼슬하였으나 후에 楚나라로 달아나서 令尹에 임명되었다. 南으로는 百越을 평정하고, 북으로는 三晉을 물리치고, 서로는 秦을 정벌하였다. 楚國에서는 行政改革을 시도

鞅이 각각 있어서⁵³⁾ 모두 이와 같은 방법으로 적을 포로로 하고 적국에 승리하였는데⁵⁴⁾, 그 功業의 학설을 저술하여 후세에 전하고 있다. 이 때에 七國은 혹은 合縱하고 혹은 連橫하고⁵⁵⁾ 상대를 바꾸어 가며 공격하고 토벌하여 승자가 되기도 하고 패자가 되기도 하였다. 齊의 愍王은 무술이 뛰어난 병사로 강대해졌고,⁵⁶⁾ 魏惠王은 勇猛한 兵士로서 분투하였고,⁵⁷⁾ 秦의 昭襄王은 精銳한 士兵으로 승리를 획득하였다.⁵⁸⁾ 세상에서는 바야흐로 다투어 功利를 일삼는 것이 유행하였고, 遊說를 일삼는 자들은⁵⁹⁾ 모두 孫武나 吳起 등을 尊崇하였다.

이 때에 오직 孫卿만은⁶⁰⁾ 王道에 밝아서 그것을 비난하여, “孫武나 吳起 등은 權勢利益을 숭상하고 권모술수를 중시하였다. 이러한 권모술수를 난폭하고 우매무련한 국가에 퍼트려 君臣 사이를 이간질시키고, 上下 사이를 가르고, 정치 모략은 좋지 않아서 失策을 꾀한다. 때문에 모략과

하여 세습의 귀족을 폐지하고 戰士를 양성할 것을 주장하였다. 吳起의 개혁은 귀족의 이익을 침범하였기 때문에 楚國 大臣들의 불만을 사서 楚나라의 귀족에게 피살되었다.

53) 商鞅: 先秦 法家의 대표적인 인물. 衛國人으로 일찌기 魏나라에서 벼슬하였으나 重用되지 못하자 秦나라로 가서 秦孝公의 지지하에 變法을 시행하게 된다. 귀족세습제의 폐지, 井田制의 폐지, 耕戰體制의 구축 등을 시도하다가 귀족의 반발로 모반의 누명을 쓰고, 秦惠文王 시기에 車裂刑에 처해졌다. 현존하는 「商君書」는 後人の 저작으로 商鞅變法의 내용과 주장이 기록되어 있다.

54) 禽은 擒과 통한다.

55) 合縱: 齊, 楚, 燕, 韓, 魏 6국이 연합하여 서방의 強國인 秦에 대항하는 것. 連衡: 秦國이 東方 6국 가운데 어느 나라와 손을 잡고 나머지 다른 나라를 공격하여 6國의 연합을 파괴하는 것.

56) 齊愍王: 재위는 기원전 300 - 284년. 齊宣王의 아들. 齊愍王 재위시에 남방의 楚國과 서방의 秦國을 각각 격파하여 秦의 昭王을 西帝, 齊의 愍王을 東帝라고 불렀다.

57) 魏惠王: 재위는 기원전 369 - 319년. 일찍이 누차에 걸친 뛰어난 用兵으로 韓, 趙 등의 나라에 타격을 주었으나 魏惠王 30년, 즉 기원전 340년 齊軍에 馬陵에서 대패하였고, 얼마안가서 秦軍에게 패배하여 國力이 쇠퇴하였다.

58) 秦昭襄王: 재위는 기원전 306 - 251년. 재위 중 魏國의 河東의 땅을 취득하였고 연이어 齊, 楚 등을 격파하였다. 長平戰에서는 趙軍을 대파하여 趙國의 降卒 40만명을 活埋하여 이후 중국을 통일할 유리한 조건을 차지하였다.

59) 馳說者: 제후국간을 떠돌며 유세를 일삼는 사람.

60) 孫卿: 荀子. 戰國末의 학자로 趙에서 태어나 楚에서 사망하였다. 姓은 荀이고 字는 況인데, 漢宣帝의 위를 피하여 孫卿이라 하였다. 저술로는 「荀子」 32편이 있다.

술수를 펼 수 있었다. 인덕이 있는 군주가 통치하여 천하인이 그를 존경한다면, 그것은 마치 子弟가 父兄을 지키고, 手足이 머리카락이나 눈을 보호하는 것과 같으니 어떻게 이러한 나라에 대항할 수 있겠는가? 이웃 나라의 백성이 우리를 바라보고 환대하는 것이 마치 친척을 대하는 것 같고, 향기로움은 椒蘭과 같은데, 돌이켜 자신의 군주를 보면 원수를 깊게 새겨두는 것 같다. 人情으로서 어떻게 그 싫어하는 바를 위하고 그 좋아하는 바를 공격할 수 있겠는가? 때문에 桀과 같은 포악한 군주가 桀과 같은 포악한 군주를 공격하는 데에는 高下의 차이가 있지만⁶¹⁾ 桀과 같은 포악한 군주가 堯과 같은 仁愛의 君主를 속이는 것은 계란으로 바위를 치는 것과 같다. 어떻게 요행을 기대할 수 있겠는가? 『詩經』에서 이르기를, 「商의 湯王이 기를 높이 세우시고, 전사들이 엄숙히 도끼를 잡으니, 聲勢가 마치 불이 활활 타오는 듯하다. 누가 감히 막을 수 있겠는가?」라고 하였다.⁶²⁾ 이것은 仁義의 마음으로 백성을 어루만지면 천하에 적될게 없음을 가리키는 말이다. 齊의 무술이 뛰어난 병사는 적의 수급을 하나 획득하면 黃金을 받았다. 전쟁의 규모가 작고 적이 약하면 힘을 쓰지만, 전쟁의 규모가 크고 적이 건고하면 흠어져 버리고 만다. 이것은 나라를 망하게 하는 군대이다.

魏의 용맹한 군사는 三屬의 갑옷을 입고,⁶³⁾ 十二石의 弩를 잡고,⁶⁴⁾ 등에는 화살 五十枚를 들고, 긴창을 어깨에 매고, 투구를 쓰고 검을 잡고, 삼일분의 식량을 가득히 한 뒤 정오에 백리를 행군한다. 이 시험에 합격하여 武卒로 되면 그 戶의 賦稅를 면제받게 되고, 田地나 택지도 좋은 것을 받게 된다. 이와 같이 하면 비록 국토가 광대하다 하더라도 국가의 부세는 더욱 줄어들게 되고, 그 무졸의 기력도 수년으로 쇠퇴해 버린다. 이것은 나라를 위태롭게 하는 병사이다. 秦人은 秦나라의 백성을 협소하고 척박하게 하면서, 잔혹한 형벌로 백성을 使役하였다. 勢로서 백성을 협박하였고,⁶⁵⁾ 窮困한 백성들로 하여금 더욱 窮困하게 하였다. 또한 백성들로 하여금 적을 살해하여 상을 받는 것에 익숙하도록 하게 하고,

61) 巧拙: 잘함과 잘못함. 高下의 分. 以桀攻桀: 권모술수가 뛰어난 사람들이 서로 공격하는 것.

62) 『詩經』商頌 長發의 句. 武王 즉 商의 湯王이 夏의 桀王을 토벌한 내용.

63) 三屬之甲: 古代의 戰衣로 가죽으로 만들어진, 上身の 甲衣, 下身の 甲裳, 小腿部를 가리는 胛甲 등 3부분으로 나뉘어져 있었다.

64) 十二石之弩: 弦을 잡아당기는데 十二石의 힘이 필요한 弩.

65) 隄陘: 狹厄. 劫: 협박.

잘못이 있는 자는 형벌로 다스렸다. 백성이 위로부터 이익을 얻으려면, 전쟁에서 적을 살해하는 것 이외에는 다른 방법이 없도록 한다. 功과 賞을 서로 장려하여 五名の 甲士의 人頭를 획득하면 五戶의 人家를 예속할 수 있도록 하였다. (秦國은) 이 방면에 가장 뛰어난 술수를 가지고 있었기 때문에 四代에 걸쳐서 천하에 승세를 점할 수 있었다. 66) 그러나 모두 포상이나 이익을 따르는 병사여서 고용인이나 상인의 도에 지나지 않는다. 67) 국의 법령을 잘 지키고 질조를 굳게 지키는 도의가 존재할 수 없는 것이다. 때문에 비록 땅은 넓고 병사는 강하여도 언젠가 천하가 하나로 합쳐서 자신의 나라를 전복시키지 않을까 하고 항상 두려워하였다. 齊의 桓公이나 晉의 文公의 병사에 이르러서는 상당한 수준에 도달하여 질제가 있었다고 할 수 있으나 여전히 仁義의 기강을 근본으로 삼은 것은 아니다. 68) 때문에 齊의 무예가 뛰어난 병사가 魏의 용맹한 병사를 대적하지 못하고, 魏의 용맹한 병사는 秦國의 精銳兵을 상대하지 못하고, 秦의 精銳兵은 齊桓公, 晉文公의 節制를 감당하지 못한다. 齊桓公과 晉文公의 節制는 湯王이나 武王의 仁義에 대적할 수 없다" 라고 말하였다.

그러므로 "군대를 잘 통솔하는 사람은 布陣하지 않는다. 69) 진법을 잘 운용하는 사람은 싸우지 않는다. 싸움을 잘하는 사람은 패하지 않는다. 戰敗를 잘 처리하는 사람은 망하지 않는다"라고 하였다. 70) 예를 들면, 舜이 百官을 잘 정돈하고 71), 咎繇를 사법의 장관으로 임명하여 72), "만이가 중국을 어지럽히고 겁탈하며 국내·외에서 법을 어기고 난을 일으키니" 73) 이를 멸할 것을 명령하였지만 군대를 동원하지 않았다. 74) 이것은 앞서 언급한 바의 "군대를 잘 통솔하는 사람은 布陣하지 않는다"에 해당한다. 또 商의 湯王이나 周의 武王이 정벌할 때 75), 군사를 陣列하고 무

66) 4代: 秦孝公, 秦惠王, 秦武王, 秦昭王.

67) 干: 구하다.

68) 入其域: 先王用兵의 境地.

69) 師: 用兵.

70) 『穀梁傳』 莊公 8年條에 근거함. 원문은 "善爲國者不師, 善師者不陳, 善陳者不戰, 善戰者不死, 善死者不亡."으로 되어 있다.

71) 修: 整頓.

72) 咎繇: 皋陶라고도 함. 堯舜 시에 獄官의 長이었다.

73) 猜: 亂.

74) 刑無所用: 대형을 사용하지 않았다는 뜻, 즉 군대를 동원하지 않았다는 의미.

75) 商湯王이 夏의 桀을 토벌하고, 周武王이 商의 周王을 정벌한 것을 가리킴.

리들에게 誓辭하여⁷⁶⁾ 桀을 추방하고 紂를 체포하였다. 바로 이것이 “진법을 잘 운용하는 사람은 싸우지 않는다”에 해당한다. 齊의 桓公은 남으로 강국 초나라를 굴복시켜 周室에 入貢케 하였고, 북으로는 山戎을 쳐서 燕國을 위해 통로를 열어주었고, 멸망하려는 나라를 보존하여 후사를 이어주었다. 그 공은 패자 가운데 으뜸이었다.⁷⁷⁾ 그것은, 이른바 “싸움을 잘하는 사람은 패하지 않는다”에 해당한다. 또 楚의 昭王은 吳의 闔廬의 공격을 받아 국가가 파멸하고 昭王은 망명하였다. 그 때 楚의 父老들이 昭王을 來送하였다. 昭王이 말하기를, “父老들은 돌아가라. 國君이 없는 것을 왜 걱정하는가?”라고 하였다. 그러자 父老들이, “이와 같이 현명한 군주가 또 어디에 있을까?”라고 하면서 모두 昭王을 따라 갔다. 또 어떤 자는 秦나라에 달려가서 울면서 구원을 요청하였다.⁷⁸⁾ 秦人들은 이를 불쌍하게 생각하여 楚를 위해 出兵하였고 마침내 두나라는 힘을 합쳐 吳軍을 敗走시키고 昭王은 본국으로 되돌아 왔다. 이른바, “패하기를 잘하는 사람은 망하지 않는다”에 해당한다. 그런데 秦나라는 四代에 걸친 훌륭한 통치에 이르러서, 黃河나 殷山과 같은 험준한 곳을 점거하고, 白起나 王翦 등 승냥이나 이리와 같은 잔인한 사람을 임용하고⁷⁹⁾, 난폭한 군대를 동원하여 六國을 정복하고 천하를 통일하였다. 그러나 지나치게 무력을 사용하고 온갖 사술을 부려서 士民들이 따르지 않고 兵卒이나 노예 등이 도리어 秦나라를 원수처럼 여기고⁸⁰⁾, (起義者가) 폭풍처럼 일어나고 구름처럼 합하여 마침내 모두 힘을 합하여 秦나라를 무너뜨렸다. 이것은 바로 用兵의 下策이다. 무릇 군대는 멸망하려는 나라를 보존하여 후사를 이

76) 商의 湯王이 夏桀을 정벌시에 誓辭한 「湯誓」나 周武王이 紂를 토벌시에 행한 「泰誓」와 「牧誓」를 가리킨다.

77) 齊桓公이 南으로 楚를 굴복시켜 周王室에 入貢시킨 사실은 「左傳」僖公 4년에 나온다. 北伐山戎, 爲燕開路: 「春秋」莊公 30年條에 나온다. 開路: 燕國이 山戎의 위협에서 벗어나고 중원 각국과 내왕할 수 있는 길이 열리게 된 것을 의미한다. 존망계절: 멸망한 나라를 존속하게 하여 단절된 후손을 이어주게 하는 것. 구체적으로는 狄狄이 침입한 邢國과 衛國을 구해주고 내란에 빠진 魯國을 평정하여 僖公을 세운 것을 말한다. 伯은 霸로 읽는다.

78) 奔과 同. 號哭請救: 「左傳」定公 4年條에 出典.

79) 白起: 戰國 시기의 秦名將. 秦昭王 시에 군대를 거느리고 6국을 전전하면서 70여개의 성을 攻取하였다. 여러번 戰功을 세워 武安君에 封해졌다. 秦趙의 長平戰에서 대승하고 趙軍 四十萬을 생매장하였다. 王翦: 戰國末~秦始皇 시기의 秦名將으로 수차례 걸친 戰功으로 通武侯에 봉해졌다.

80) 陳勝, 吳廣, 英布와 같은 무리를 일컫는 것이다.

어주고, 內亂을 평정하고 災害를 제거하기 위한 것이다. 때문에 商의 伊尹이나 呂尙과 같은 명장은⁸¹⁾ 그 자손들이 모두 封해져 商周의 왕조와 같이 존속하였다. 그런데 말세에 이르러 사술과 무력만을 제멋대로 사용하여서⁸²⁾ 貪慾과 殘忍한 욕심을 채우고,⁸³⁾ 城을 다투어서는 戰死者가 城을 채우고 땅을 다투어서는 살해된 자가 野를 가득 채운다. 孫武·孫臏·吳起·商鞅·白起 등의 사람들이 殺戮된 후 그들의 국가 역시 곧 바로 멸망되었다. 報應의 因果가 각각 相類로서 나타나는 것은 당연한 이치이다⁸⁴⁾.

漢나라가 흥기하자 漢의 高祖는⁸⁵⁾ 몸소 英明한 재능을 발휘하고, 너그럽고 인자한 후덕을 베풀고, 천하의 영웅을 모두 총람하여 秦朝를 타파하고 項羽를 제거하였다. 蕭何나⁸⁶⁾ 曹參의⁸⁷⁾ 文才를 임용하고, 張良이나⁸⁸⁾ 陳平의⁸⁹⁾ 智謀를 채택하고, 陸賈나⁹⁰⁾ 酈食其의⁹¹⁾ 言辯을 이용하

81) 伊尹: 湯王을 도와서 夏의 桀王을 토벌하고 천하를 평정하였다. 湯王의 사후 無道한 湯王의 孫인 太甲을 잘 보좌하였다. 呂: 姜太公 呂尙周. 武王을 도와 桀을 벌하고 천하를 평정하였다. 齊國에 封해졌다.

82) 苟: 되는대로, 일시적으로, 터무니 없이, 함부로.

83) 快: 滿足.

84) 報應之勢: 報應之趨勢. 各以類至: 善은 善을 낳고 惡은 惡을 낳는다는 뜻.

85) 高祖: 漢의 開國 皇帝. 기원전 206년 - 195년 재위.

86) 蕭何: 沛人. 秦時 沛縣吏였는데 劉邦을 따라 起義에 가담하였다. 漢初의 정치가. 咸陽에 入關하였을 때 秦의 律令과 圖書를 접수하고 劉邦에게 전국 각지의 地理, 人情, 사회정황을 제공하였다. 후에 이를 토대로 하여 漢의 행정이나 입법의 기초에 도움을 주었다. 그 공적으로 승상이 되고 이어서 相國이 되었다.

87) 曹參: 沛人. 秦나라 때에 沛縣의 獄掾이었는데 蕭何와 함께 劉邦의 起義에 참여하였다. 高祖를 도와 천하를 안정시켜 平陽侯에 封해지고 齊의 相이 되었다. 蕭何의 사후 그 뒤를 이어 相國으로 되는데, 蕭何의 시정을 답습하여 淸淨無爲의 정치로서 백성을 안정시켰다.

88) 張良: 韓國의 귀족출신으로 秦末의 農民起義 때에 劉邦의 중요 謀士가 되었다. 漢이 건국하자 그 공적으로 留侯로 봉해지는데, 후에 관직을 버리고 은거하였다.

89) 陳平: 어려서 가난하였으나 독서를 좋아하였다. 陳勝起義 때에 먼저 魏咎, 項羽를 섬겼으나 후에는 劉邦에게 투항하여 주요 參謀가 되었다. 천하통일후 曲逆侯에 封해졌다. 曹參의 死後 左丞相이 되고, 呂侯 사후에는 周勃과 모의하여 呂氏일족을 멸하고 文帝를 옹립하였다.

90) 陸賈: 楚人으로 言辯이 뛰어나 종종 使者로 되었고, 太中大夫로 되었다. 高祖에게 秦이 망하고 漢이 흥한 바를 설명하여 新語 12편을 지었다. 呂侯때에 관직에서 물러났다가 文帝 즉위 후에 다시 太中大夫가 되어 南越에 파견되었

고, 叔孫通의 禮儀를 채용하고, 文官과 武將을 서로 配置시켜서 統治의 大綱을 확정하였다. 천하가 안정된 후, 秦의 제도를 계승하여 郡國에 材官을 두고⁹²⁾ 京師에는 南北軍을 駐屯시켰다. 武帝가 百粵을 平定하고⁹³⁾ 內로는 七校를 중실하고⁹⁴⁾, 對外的으로는 水軍을 갖추었다.⁹⁵⁾ 모두 매년 일정한 시기에 연습을 하고⁹⁶⁾, 軍備를 잘 다스렸다. 漢元帝 때에 이르러 貢禹의⁹⁷⁾ 제의에 의해 角抵의 遊戲를 폐지하였으나 治軍이나 用兵의 제도는 근본적으로 바로 잡지 못하였다.

옛사람이 말씀하시기를, “하늘은 金·木·水·火·土의 다섯가지 물질을 낳고,⁹⁸⁾ 사람들은 이를 모두 이용하기 때문에 어느 하나도 폐지할 수 없다. 누가 능히 兵을⁹⁹⁾ 없앨 수가 있겠는가?”라 고 하였다. 家에서는 鞭撻을 없앨 수 없고, 나라에서는 형벌을 폐할 수 없고, 천하에서는 정벌을 그치게 할 수 없다.¹⁰⁰⁾ 다만, 그 쓰임에 本末이 있고, 그 행함에 順逆이 있을 뿐이다. 공자가 말씀하시기를, “匠人이 그 일을 잘하려면, 반

다.

91) 酈食其：高陽人. 高祖를 위하여 齊나라에 가서 遊說하여 칠십여성을 항복받았는데, 그 직후 韓信의 大兵이 齊나라를 공략하여 결국 韓信과 동모한 것이 발각 되어 齊王에게 烹死되었다.

92) 叔孫通：秦二世 때에 項羽에 투항하였다가 劉邦이 彭城을 함락하였을 때에 항복하여 劉邦에 가담. 魯방이 稱帝 시에 群臣들이 예절을 지키지 않자 古禮와 秦儀를 결합시킨 조정의 禮儀規章을 만들었다. 材官：징병제도에 의해서 징용된 병사. 漢代에 지방의 특수한 지역에 각종 兵種을 훈련시켰는데, 훈련에 참가한 보졸을 材官이라 하였다.

93) 百粵：浙江, 福建, 江西, 廣東 등지에 소수민족이 건립한 지방정권. 漢武帝가 元鼎년간에 平定하였다. 百越이라고도 한다.

94) 七校：七校尉. 漢代 軍職을 일컫는 말. 대략 將軍 아래에 위치하는데, 그 직무로 이름이 정해졌다. 漢武帝 초에 中壘, 屯騎, 步兵, 越騎, 長水, 胡騎, 射聲, 虎賁의 八校와 각각의 長으로서 校尉를 설치하였다. 그 가운데 胡騎校尉는 常設이 아니었다. 秩二千石.

95) 樓船：多層으로 이뤄진 戰船. 水軍의 代稱.

96) 講肄：講習.

97) 元帝：기원전 49년에서 33년 재위. 貢禹：琅邪人으로 字는 少翁. 明經賢良을 거쳐 博士·河南令으로 되고 元帝 때에 諫議大夫가 되었다. 廉直으로 평가 받았다. 후에 光祿大夫를 거쳐 御史大夫가 되었다.

98) 「左傳」襄公二十七年條.

99) 만물의 생성과 변화를 金木水火土의 理法으로 설명하는 五行說에 의하면 兵은 金에 해당한다.

100) 弛：免除. 偃：정지. 휴식.

드시 그 도구가 적합해야한다”고 하였다.¹⁰¹⁾ 禮樂과 恩德은 帝王의 利器이고, 권위와 무력은 禮樂과 恩德의 보조이다. 禮樂의 程度가 깊으면 깊을수록 무력을 복종시키는 바도 커지고, 恩德을 널리 베풀수록 권위를 제압하는 범위가 넓어진다. 夏·殷·周 三代의 盛世에 형벌을 사용하지 않고 군대를 사용하지 않음에 이른 것은 文德과 兵刑의 本末의 관계와 그 처리가 적당했기 때문이다. 이것이 바로 帝王의 최대의 공적이다.

중전에 周나라에서는 세가지 법전을 만들어서¹⁰²⁾ 국가를 통치하고 사방의 제후국을 다스렸다. 새로이 건국한 나라에서는 輕典을 쓰고, 안정된 나라에서는 中典(일반적인 刑典)을 사용하고, 어지러운 나라를 다스림에는 重典을 쓴다. 五刑에는, 墨罪에 해당하는 것이 五百條,¹⁰³⁾ 劓罪가 五百條, 宮罪가 五百條,¹⁰⁴⁾ 剕罪가 五百條, 死罪가 五百條로 이것은 이른바 안정된 국가를 다스리는데 사용하는 中典이다.¹⁰⁵⁾ 무릇 살인죄를 저지른 사람은 저자에서 사형을 집행하여 사람들에게 시체를 보여준다. 墨刑에 처해진 자는 宮門을 지키게 한다. 劓刑에 처해진 사람은 關所를 지키게 한다. 宮刑에 처해진 자는 後宮을 지키게 한다. 剕刑에 처해진 죄인은 帝王의 園圃를 지키게 한다. 完刑을 받는 범인은¹⁰⁶⁾ 물자를 쌓아둔 창고를 지키게 한다. 그 奴로 된 자 가운데 남자는 官府에 몰입되어 罪隸의 官의 감독하에 勞役을 하고, 여자는 舂人·槁人의 官의 감독하에 노역을 한다. 무릇 爵이 있는 자와 年齡이 七十 이상이거나 유아는 모두 奴로 하지 않는다.

周의 정치가 쇠퇴해지면서, 穆王은¹⁰⁷⁾ 만년에 老衰하고 사리판단이 흐

101) 『論語』衛靈公.

102) 周之法: 周公이 제정한 법전. 즉 『周官』前漢 시기에는 그 명칭을 바꾸어 「周禮」로 하였다. 三典: 輕典, 中典, 重典.

103) 墨: 범인의 面前이나 이마에 刺字하는 것. 또 “黥”이라고도 칭한다. 漢文帝 13년 肉刑을 폐지하였을 때에 墨刑도 폐지하였으나 五代시 後晉 天福年間 流配 刺面之法을 창건하여 宋·元 이후 沿用되고 清末까지 사용되었다.

104) “腐刑”, “蠶室刑”이라고도 칭하며 死刑에 다음가는 중형. 顏師古注: “宮, 淫刑也. 男子 割腐, 婦人幽閉”

105) 『周禮』秋官, 司刑: “司刑掌五刑之法, … 墨罪五百, 劓罪五百, 宮罪五百, 剕罪五百, 殺罪五百.”

106) 完에 대한 해석은 매우 다양하다. 秦簡에 의하면 주로 黥城旦에 對한 것으로 完城旦이라는 용어가 사용되고 있다. 耐刑과 유사하다고 보기도 하지만 반드시 그렇게 볼 수 만도 없는 점이 있다. 顏師古는 “完은 죄인의 몸을 훼손하지 않고 단지 노역형에 처하는 것이다”고 보고 있다.

려져 甫侯¹⁰⁸⁾ 司寇로 임명하여 甫侯에게 당시의 정치상황에 적합한 새로운 형법을 제정하여 사방의 제후국을警戒하였다. 그 刑法은 墨에 해당하는 형벌의 종류가 千條, 劓에 해당하는 형벌이 千條, 膺에 해당하는 형벌이 五百條, 宮에 해당하는 형벌이 三百條, 死刑에 해당하는 형벌이 二百條, 五刑의 條例는 모두 三千條로 안정된 국가의 일반 형벌보다 五百條가 더 많았다. 이것은 이른 바 어지러운 나라를 다스릴 때 사용하는 重典이다.

春秋時代가 되자 王道는 점점 무너지고 敎化는 점점 시행되지 않았다. 子產은 鄭의 宰相이 되어¹⁰⁹⁾ 刑書를 금속에 鑄造하여 공포하였다. 그 때 晉의 叔嚳이 그것을 비난하여, “옛날 先王은 범죄의 내용을 잘 살펴서 刑을 결정하고, 형법의 成文을 제정하지 않았다. 그것은 백성들이 법률에 의존해서 다투어 소송을 할 것을 우려했기 때문이다. 그러나 여전히 악한 行爲를 막을 수 없었기 때문에 도의를 가르쳐서 부정한 생각을 막고¹¹⁰⁾, 행정수단으로 백성을 단속하고, 백성으로 하여금 禮法을 지키도록 하고, 백성으로 하여금 信義를 지키도록 하고, 백성을 仁愛로써 愛養하고, 봉록이나 작위를 제정해서 백성이 敎令에 따를 것을 권한다. 법률을 엄격하게 집행해서 그들이 방종하지 않도록 하였다.¹¹¹⁾ 그래도 백성들이 순종하지 않을까 우려해서 忠誠의 도로써 백성을 가르치고, 선악의 행위를 열거해서 백성들을 권장하고, 백성이 국가에 대해 해야 할 의무를 가르치고, 온화한 태도로서 백성들을 부리고, 공경한 태도로 백성들을 대하고, 위엄있는 태도로 백성을 감시하고, 과감한 태도로 그들을 처리한다.¹¹²⁾ 게다가

107) 穆王：周의 5代王. 周는 제 4代인 昭王부터 정치가 쇠퇴하였다고 일컬어지고 있다. 『史記』周本紀에 의하면, 穆王은 즉위시에 이미 50세였다고 한다.

108) 甫侯：呂侯. 周穆王의 臣子로 일찌기 司寇가 되었다.

109) 子產：姓 公孫, 名은 僑, 字는 子產. 春秋時代 鄭國의 大夫로 저명한 정치가이다. 鄭簡公十二年(기원전 554년) 卿이 되고, 二十三年(기원전 543년) 鄭의 재상이 되었다. 이십년의 집권기간동안 稅制와 田制에 대한 개혁을 실시하고 晉과 楚의 강대국 사이에 끼인 鄭國을 안정시키는데 성공하였다. 鄭簡公三十年(기원전 536년) 귀족간의 분쟁을 막고 중국 최초의 성문법을 만들어 법치주의에 입각한 통치를 실현하였다. 刑書를 만들고 형법성문을 금속에 주조하였다.

110) 辟：：法. 禁御：禁止, 防止. 閑：막다. 制限하다. 約束하다.

111) 淫：放也.

112) 懷：장려, 勸勉. 敎：告. 臨：높은 곳에서 낮은 곳을 향해서 治理하는 것. 莅：臨과 同. 剛：果斷.

聖명한 公侯, 明察한 卿大夫, 忠信한 長者, 慈惠로운 師長을 뽑아서 백성을 통치하도록 하였다. 이와 같은 상황하에서 비로소 백성을 부리고 맡길 수 있어서, 禍亂도 생기지 않는 것이다. 백성들이 법률을 알면, 윗사람을 두려워하지 않게 되고, 사람마다 爭訟하는 마음을 갖게 된다. 刑法書에서 근거를 찾아 요행이 성공한다면 도저히 다스릴 수 없게 된다.¹¹³⁾ 夏朝는 정치가 문란하여 禹刑을 제정하였고, 商의 정치가 혼란하였을 때에 湯刑이 만들어졌고, 周의 정치가 혼란했을 때는 九刑이 제정되었다. 禹刑·湯刑·九刑이 제정되었을 때는 모두 국가가 쇠퇴해졌을 때이다.¹¹⁴⁾ 지금 그대가 鄭國의 宰相이 되어 夏·商·周 三國의 法典을 참조하여 鄭國의 法律을 제정하고 이를 刑書로 鑄造하였다. 이와 같이 해서 백성을 안정시킨다는 것은 어려운 일이 아닐까? 『詩經』에 '文王의 덕치를 잘 본받으면, 능히 사방을 안정시킬 수 있다'¹¹⁵⁾이라 하였고, 또 '문왕의 덕을 잘 본받으면, 천하가 믿고 따르리라'¹¹⁶⁾라 하였다. 이 詩와 같이 한다면, 刑法을 제정할 필요가 있을까? 백성이 법률조문을 다루고 사건마다 법률로 해결하고자 하고, 전통의 예의를 버리고 刑書에서 근거를 구한다면, 매우 사소한 일에 이르기까지 모두 다루고자할 것이다. 범법자가 점점 증가하게 되고, 뇌물이 성행하게 될 것이고, 당신이 사망하고 난 뒤에는 결국 鄭國은 파멸하게 될 것이다"라고 하였다. 子產이 이에 대답하여, "당신이 말한 대로이다. 그러나 나는 재능이 부족하여 자손의 이익까지 생각할 수 없고, 현재의 병폐만을 제거할 수 있을 뿐이다"라고 하였다. 이로부터 政令이 더욱 浮薄해졌다. 공자는 이를 우려해서, "德으로 백성을 인도하고 예로써 백성을 整齊하면, 백성들은 부정을 수치로 알고 착하게 된다. 政令으로 百姓을 인도하고 형벌로써 백성을 정제하면, 백성은 법망을 벗어나도 부끄러움이 없을 것이다"¹¹⁷⁾라 하였고, 또 "禮樂이 일어나지 않으면 형벌이 맞지 아니하고, 형벌이 맞지 않으면 백성은 손과 발을 둘 바가 없게 된다"¹¹⁸⁾라고도 하였다. 魯의 孟孫氏가 陽膚를 사법관으로 하였을 때,

113) 徵: 證明. 書: 刑書. 辟: 法也. 爲: 治理.

114) 三辟: 夏의 「禹刑」, 商의 「湯刑」, 周의 「九刑」을 가리킨다. 叔世: 末世. 정권이 衰微하는 시기를 가리킨다. 伯世, 仲世, 叔世, 季世로 구분된다. 季世는 國亡의 시기.

115) 「詩經·周頌」, 我將篇.

116) 「詩經·大雅」, 文王篇.

117) 「論語」, 爲政篇.

118) 《論語》子路篇.

陽膚가 曾子에게 가르침을 청하였다.¹¹⁹⁾ 曾子도 또한, “윗사람이 統治의道を 잃어버려서 백성들이 흩어진지 오래되었다. 그 범죄의 실정을 살필 수 있다면, 그들을 불쌍히 여기고 기뻐하지 말라”고¹²⁰⁾ 답하고 있다.

올바른 도가 점점 쇠퇴하면서 戰國에 이르자 韓은 申子를 임용하고¹²¹⁾ 秦은 商鞅을 채용하여 상호 連坐하는 규정을 제정하고 三族을 誅滅하는 제도를 설치하였다. 또 肉刑이나 死刑의 종류를 증가시켰는데, 그 가운데는 鑿顛이나 抽脅, 鑊烹과 같은 刑罰이 있었다.¹²²⁾ 秦始皇帝가 六國을 并呑함에 이르러서는 드디어 선왕의 제도가 훼손되게 되었고, 禮儀를 맡는 관직을 폐지하였고, 오로지 刑罰에 의해서 民을 다스렸다. 그는 몸소 文件을 살펴보고 낮에는 중죄를 처리하고 밤에는 문서를 처리하였다. 分量을 정하여 政事를 처리하였는데, 매일 서류의 무게를 一石으로 定量을 삼았다.¹²³⁾ 그러나 간사하고 사악한 무리들이 끊임없이 발생하여 붉은 옷을 입은 죄수가 길을 가득 매웠고 감옥은 시장처럼 사람으로 가득찼다. 천하의 백성들이 모두 원망하여 인심이 이반되었고 이윽고 秦朝에 반란을 일으켰다.

漢나라가 흥기하고 高祖가 처음 關中에 입성하였을 때, 백성들에게 法三章을 約束하였다. 그것은, “살인자는 사형, 사람을 상해한 자 및 도둑질한 자는 각각 그 죄에 해당한다”는 것이다. 그리하여 秦의 번잡하고 가혹한 법을 제거하게 되었고 백성들은 매우 기뻐하게 되었다. 그 후 사방의 이적들은 여전히 歸附하지 않고 전쟁도 종식되지 않은 상태여서 三章의 법은 간소한 행위를 방지하기에 충분하지 않았다. 이에 재상인 蕭何는 秦律 가운데 時勢에 적절한 것을 모아서 九章律을 제정하였다. 惠帝나¹²⁴⁾ 呂太后 시기에¹²⁵⁾ 이르러 비로소 백성들이 災難의 고통에서 벗어

119) 孟氏: 즉 孟孫氏. 魯國의 大夫. 叔孫氏, 季孫氏와 함께 魯國의 국정을 장악하였다.

120) 『論語』子張篇.

121) 申子: 申不害. 초기의 法治主義者로 韓의 昭侯 때의 재상.

122) 顛: 頭頂. 鑿顛: 정수리를 뚫음. 抽脅: 肋骨을 추출함. 烹: 烹과 同. 鑊烹: 가마솥에 삶아 죽임.

123) 程: 規程. 自程決事: 스스로 매일 처리할 일을 규정하는 것.

124) 孝惠: 漢의 제 2代 天子. 재위는 기원전 194 - 188년. 名은 盈. 劉邦의 아들로 그의 母 呂后에게 廢되었다.

125) 高后: 高祖의 皇后. 呂씨. 惠帝의 뒤를 이어 기원전 188 - 180년에 이르기까지 대략 8년간 천하를 통치하였다.

날 수 있게 되자 사람들은 모두 어린 자녀를 잘 양육하고 노인들을 잘 봉양하고자 하였다. 蕭何나 曹參이 宰相이 되자 無爲로써 백성을 안정시키고, 백성이 하고자 하는 바에 따르자 어지러워지지 않았다. 그 결과衣食은 풍부해지고 형벌은 거의 사용되지 않았다.

孝文帝가¹²⁶⁾ 즉위하자 몸소 無爲의 治를 연구하고 실행하였다. 農業이나 養蠶을 장려하고, 田租나 人頭稅를 감면하였다. 게다가 당시의 大臣이나 將軍들은 모두 漢初 이래의 功臣들로 꾸밈이 적고 소탈하여 秦을 멸망으로 이끈 정책을 증오하였고,¹²⁷⁾ 정치를 논함에 寬大仁厚를 힘썼고, 他人의 過失을 말하는 것을 부끄러워 하였다. 이러한 教化가 天下에 미치게 되었고, 타인의 악을 고발하는 풍습은 바뀌게 되었다. 관리들은 편안하게 직무를 수행하였고, 백성들은 생업에 열중하였다. 그 결과 물자는 해마다 싸여가고 호구는 점차 증가하고, 風流는 敦厚해지고 法網은 허술해지고 관대해졌다. 또 張釋之를¹²⁸⁾ 選舉하여 廷尉로 하였는데, 그는 죄가 의심되는 경우에 백성에게 유리한 판결을 내렸다.¹²⁹⁾ 그리하여 형벌이 크게 감해지고 重罪로 판결받는 것이 사백여건에 지나지 않아 형벌은 방치해두고 사용되지 않는 기풍을 형성하였다.

漢文帝 즉위 十三年 齊의 太倉의 장관인 淳于公이 죄를 범해 형에 처해지게 되었다.¹³⁰⁾ 漢文帝는 詔獄을 命해 그를 長安으로 압송하였다.¹³¹⁾ 淳于公은 아들이 없고 딸만 다섯을 두었다. 그가 체포되어 가려고 할 때, 자신의 딸들을 꾸짖으면서, “남은 바가 모두 여자아이이고 아들이 하나도 없다 보니 급한 일을 당해도 조금도 도움이 되지 않는다”라고 말하였다. 그의 小女 緹縈은 슬픔을 느끼고 울면서 그 아버지를 따라 長安에 도착하여 上書하여 말하기를, “저의 父親은 官吏가 되어 齊國에서는 모두 清廉公平하다고 일컫고 있습니다. 지금 法에 저촉되어 罪人이 되어 刑을 받게 되었습니다. 제가 애통해하는 것은 죽은 사람은 다시 회생할 수

126) 孝文: 漢의 文帝. 名은 恒. 天子. 在位는 기원전 179 - 157년.

127) 少文多質: 형식에 구애받지 않고 실재를 추구함. 少: 輕視.

128) 張釋之: 漢文帝 때에 諫者僕射, 中大夫, 中郎將을 거쳐 廷尉로 되었다. 廷尉시에 황제에게 아부하지 않고 공정하게 법을 집행하였다.

129) 罪疑: 疑獄. 輕罪로 판결을 내릴 수도 있고 重罪로도 판결할 수 있는 안건을 말함.

130) 太倉令: 천지에서 식량을 쌓아두는 太倉을 관장하는 관리. 淳于公: 臨淄人. 太倉令을 역임하였기 때문에 “倉公”이라고 불림. 姓은 淳子, 名은 意.

131) 詔獄: 天子의 詔令을 받들어 행하는 특별한 裁判.

없고 肉刑을 받은 자는 다시 원상태로 회복할 수 없다는 점입니다. 아울러 후에 잘못을 뉘우치고 새로워 지고자 하더라도 이미 그 방법이 없다고 하는 점입니다. 원컨대, 저를 沒入하여 官婢로 삼고 대신 父의 刑罪를 贖免해주시어 부친께서 스스로를 更新할 수 있는 기회를 주십시오"라 하였다. 이 上書가 천자에게 올라가자 천자는 이를 대단히 애처롭게 생각하여 詔令을 내려서 말하기를, "御史大夫에게 制詔한다.¹³²⁾ 舜임금대에는 죄를 범한 자를 肉刑으로 처벌하는 대신에 衣冠에 범죄자의 표시를 그려서 복장을 일반인과 구별하였는데, 그것만으로도 백성들이 죄를 범하지 않았고 사회는 매우 안정되었다. 현재 법률에 肉刑은 三種類가 있지만,¹³³⁾ 奸邪는 끊이지 않는다. 그 잘못은 어디에 있는 것일까? 그것은 朕의 德이 不足하고 教化가 不明해서이다. 朕은 그것을 심히 부끄러워한다. 대저 백성을 가르쳐 인도함이 불순하면 우매한 백성은 죄를 범하게 된다. 『詩經』에 이르기를, '온화하고 단정한 우리 君子 만백성의 부모 이시다.'라 하였다.¹³⁴⁾ 현재 사람들이 잘못을 범하면, 교화를 베풀지 않고 형벌을 먼저 가한다. 혹 잘못을 반성하여 善行을 하고자 하더라도 할 수 있는 방법이 없다. 朕은 그것을 심히 안타깝게 생각한다. 대저 刑을 가해서 죄인의 지체를 절단하거나 피부에 새기면, 평생동안 그 신체를 온전히 재생할 수 없다. 얼마나 형벌이 고통스럽고 부도덕한 것이겠는가? 어찌 백성의 부모된 자의 뜻에 符合한다고 할 수 있겠는가? 그 肉刑을 폐지하고 육형을 대신할만한 다른 방법을 강구하도록 하라. 아울러 죄인에 대해서는 그 죄의 輕重에 따라서 服刑기간내에 도망가지 않고 형기를 마치면 免해서 庶人으로 하라.¹³⁵⁾ 이상의 내용을 빠짐없이 갖추어 壽命으로 하라."라 하였다.

丞相 張蒼과 御史大夫 馮敬이¹³⁶⁾ 상주하여, "肉刑은 奸邪를 막기 위한

132) 制詔: 천자가三公이나 기타의 고관에 대해서 제도에 관한 詔令을 내리는 것.

133) 黥·劓·刖을 말한다.

134) 『詩經·大雅』潤酌.

135) 현재 학계에서는 "不亡逃有年而免"라는 문장을 둘러싸고 刑期の 新設이라는 견해와 그렇지 않다는 견해로 나뉘어져 있다. 또 부분적으로 일부 형도에 대해만 형기가 신설된 것이라고 보는 견해도 있다.

136) 張蒼: 秦의 御史였는데 漢나라에 항복하여 北平侯에 봉해졌다. 律曆이나 圖書計籍에 밝았다. 御史大夫를 거쳐 文帝의 初에 丞相으로 되었다. 馮敬: 文帝의 初 典客을 거쳐 御史大夫가 되었다. 忠直으로 평가받았다.

수단으로 생긴 것이고 그 유래는 매우 오래 되었습니다. 폐하께서는 聖明한 詔命을 반포하셨는데, 그것은 백성이 한 번 잘못을 범하여 肉刑에 처해지면 평생동안 그 신체를 온전히 재생활 수 없고, 또 범행을 뉘우치고 선행을 행하고자 해도 그 방법이 전혀 없게 됨을 매우 불쌍하게 생각하셨기 때문입니다. 陛下의 聖德에는 감히 우리의 생각이 미치지 못하는 바입니다. 우리들의 논의를 거쳐 정한 다음과 같은 律條를 請합니다.¹³⁷⁾ '무릇 이제까지 完刑에 해당하는 자는¹³⁸⁾ 고쳐서 完하여 城旦舂으로 하고, 黥刑에 해당하는 자는 髡鉗해서 城旦舂으로 한다. 劓刑에 해당하는 자는 笞三百으로 하고, 斬左趾에 해당하는 자는 笞五百으로 한다.¹³⁹⁾ 斬右趾에 해당하거나 살인하고 발각되기 전에 자수한 자, 뇌물을 받고 법을 어긴 관리, 관의 재물을 관리하는 직책에 있으면서 도둑질한 관리, 이미 판결을 받고 罪名이 정해진 뒤에 다시금 笞刑에 상응하는 죄를 범한 자는 모두 棄市로 한다.¹⁴⁰⁾ 죄인의 獄이 이미 결정되어 完城旦舂인 자는 服役 三歲가 되면 鬼薪白粲이 되고 鬼薪白粲으로 一歲를 복역하면 隸臣

137) 議請定律: 漢初에 실행한 朝議 제도로 중대한 國事の 경우 丞相, 御史大夫의 공동 議定을 통하여 皇帝에게 참고하도록 제공한다.

138) 完: 臣瓚은 "完爲城旦舂"의 完을 髡으로 해석함. 髡은 髡鉗城旦舂. 臣瓚이 이를 完이 아닌 髡으로 본 이유는, 문장대로 해석할 경우, 完을 完으로 즉, 完城旦舂을 完城旦舂으로 고치라고 하는 것이 되어 文意가 통할 수 없기 때문이었다. 臣瓚의 해석 이후 漢口重國, 內田智雄, 高瀬・徐世虹 등이 많은 사람들이 이 견해를 따르고 있다. 顏師古도 臣瓚의 주석을 인용하여 完城旦舂의 完을 髡으로 해야한다고 보았다. 그러나 이 完을 그대로 보아야한다고 하는 견해는 若江賢三과 富谷至에 의해 제시되었다. 若江賢三은 諸完의 諸에 주목하여 漢文帝의 刑法改革 이전에 完城旦 이외에 完司寇, 完隸臣妾 등의 여러 完刑이 있었는데, 결국 刑法改革 이후 이러한 여러 종류의 完刑을 모두 정리하여 完城旦舂 하나로 통일하였다고 한다. 富谷至는 漢文帝의 刑法改革 이전에는 髡鉗城旦舂이 존재하지 않았다는 점을 들어 完을 髡으로 수정하지 않고 그대로 完으로 보아야한다는 견해를 제시하고 있다. 필자도 富谷至의 견해가 타당하다고 생각하여 完으로 하였다.

139) 當黥者: 黥+城旦舂. 當劓者: 劓+黥+城旦舂. 當斬左止: 斬左止+黥+城旦舂.

140) "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"에 대한 일반적인 해석은 본문에 나오는 바대로이다. 이에 대하여 張建國은 이 문장을 1. 當斬右止, 及殺人先自告, 皆棄市. 2. 吏坐受賕枉法, 已論命復有(籍)笞罪者, 皆棄市. 3. (吏)守縣官財物而即盜之, 已論命復有(籍)笞罪者, 皆棄市. 로 각각 분리하여 해석하고 있다. 論命: 심판을 거쳐 죄명이 확정된 것.

妾이 된다. 隸臣妾이 복역 一歲이면 免하여 庶人으로 한다. 隸臣妾은 복역 二歲가 되면 司寇가 된다. 司寇 一歲 및 作如司寇는 복역 二歲로 免하여 庶人으로 한다. 그러나 逃亡을 하거나 거둬해서 耐罪 以上の 죄를 범한 자는 이 수을 적용받지 않는다.¹⁴¹⁾ 이 법령의 시행 이전의 刑城旦春으로 몇년간 복역하고 있으면서 禁錮되지 아니한 자는 完城旦春의 歲數에 따라 면죄한다.¹⁴²⁾’ 어리석은 저희들은 감히 위와 같이 上請합니다.” 皇帝가 조서를 내려 윤허하였다. 이 이후로 형식적으로는 경감되었지만, 실재로는 사람을 죽이는 결과를 가져왔다. 斬右止자는 사형에 처해졌다. 斬左止는 笞五百으로 되고, 劓刑에 해당하는 자는 笞三百으로 되었는데, 笞五百과 笞三百을 받는 자는 거의 모두 사망하였다.

景帝元年 詔書를 내려 말하기를,¹⁴³⁾ “笞를 시행하는 것은 사형과 다를 바가 없다. 요행히 살아난다 하더라도 사람 노릇을 할 수 없다. 그 律을 새로이 개정하여 笞五百을 笞三百으로 하고, 笞三百을 笞二百으로 하라”

141) 위의 사료를 이해하는데에는 몇가지 곤란한 점이 있기 때문에 일부학자들은 몇가지 다른 방식으로 새롭게 해석을 가하고 있다. 예를 들면, 漢口重國은 完城旦의 형기가 4년 임을 들어 “完城旦春滿三歲”의 三을 二로 고쳐야 한다고 보았고, 司寇와 作如司寇의 형기는 동일하므로 作如司寇二歲的 二는 一의 잘못이라고 보았다. 若江賢三은, “完爲城旦春, 滿三歲爲鬼薪白粲. 鬼薪白粲一歲, 免爲庶人. 2. 完爲城旦春, 滿三歲爲隸臣妾. 隸臣妾一歲, 免爲庶人. 으로 鬼薪白粲과 隸臣妾 부분을 분리해서 해석하고 있고, 滋賀秀三은, 罪人獄已決, 完爲城旦春滿三歲, 爲鬼薪白粲. 鬼薪白粲一歲, [免爲庶人, 鬼薪白粲滿二歲], 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[司寇]作如司寇二歲, 皆免爲庶人. 으로 하여 문장을 추가하여 재구성하고 있다. 이들의 연구는 필자가 보기에 거의 가설이라고 보인다. 이에 대하여 張建國은 “罪人獄已決, 完爲城旦春, 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. 鬼薪白粲滿三歲爲隸臣妾. 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.”이라 하여 顏師古注를 본문에 삽입하여 해석하고 있다. 이에 대하여 역자는 형법지 본문의 문장이 정확하다 보고 이에 대한 修正·追加를 반대하고 있다.

142) 內田智雄은 “前令之城旦春歲而非禁錮者”에 대한 해석을 본문처럼 “城旦春으로서 몇 년 인가 복역하고 있으면서”로 해석하고 있지만, 高潮·徐世虹은 “肉刑廢止의 詔令이 나오기 이전에 城旦春의 노역에 복역한 것이 일년이 된 형도”으로 해석하고 있다. 若江賢三도 刑城旦春을 선고받고 복역한 것이 1년인자로 해석하고 있다. 대체로 많은 사람들이 歲앞에 ‘一’이 생략된 것으로 보고 있다.

143) 景帝: 漢文帝的 長子. 기원전 157년~141년 在位. 景帝는 文帝의 유복을 계승하여 農桑을 중시하고, 節儉하고, 刑罰을 줄였다. “文景之治”라는 평가를 받게 되었다.

라 하였다.¹⁴⁴⁾ 그래도 여전히 신체가 온전하지 못하자 中元六年(기원전 144년) 또 詔를 내려서 말하기를, “笞를 받는 죄인 가운데는 혹 이미 죽었는데笞數를 채우지 못하는 경우가 있다.朕은 그것을 매우 안타깝게 생각한다. 그笞三百을 減해서 二百으로 하고,笞二百을 減해서 一百으로 하라”고 하였다. 또 말하기를, “笞刑은 백성을 가르치기 위한 것이다. 그 箠令을 定하라”고 하였다.丞相 劉舍와 御史大夫 衛綰¹⁴⁵⁾ 등이, “笞는 추의 길이가 五尺이고 손을 잡는 하부의 두께가 一寸인데, 대나무로 만듭시다.笞打하는 상부의 두께는 半寸으로 대나무 마디는 모두 평평하게 합니다.笞刑에 처해진 범인에게는 궁둥이를笞打합니다.笞刑을 가하는 도중에 다른 사람으로 바꾸어笞打하는 것을 不許하고 한명의 죄인의笞打를 끝낸 후에 다른 사람으로 바꾸어笞打하는 것을 허락해야 합니다.”라고 上請하였다. 이로부터笞刑을 받는 자는 生命을 保全할 수 있었다. 그러나 酷吏들은 여전히笞刑으로 자신의 위세를 과시하였다. 게다가 死刑은 지나치게 무거웠고 生刑은 지나치게 가벼워 백성들은 쉽게 죄를 범하였다.¹⁴⁶⁾

漢武帝가 즉위하면서 대외적으로는 사방의 夷狄을 정복하였고, 내로는 향락을 추구하였다.¹⁴⁷⁾ 徵發이 빈번이 행해져 백성들은 빈곤해지고, 戶口와 財力은 크게 감소되었다. 궁해진 백성들은 法을 犯하고 酷吏들은 그들을 가차없이 처벌하였지만 범죄자가 증가하는 것을 막을 수 없었다.¹⁴⁸⁾ 이에 張湯이나 趙禹와¹⁴⁹⁾ 같은 무리들을 등용해서 법령을 조문으로 제정하고 見知故縱이나 監臨部主의 법을 만들고¹⁵⁰⁾ 深故의 罪를 輕

144) 여기서笞五百,笞三百,笞二百이라 함은 엄밀히 말해서笞五百+髡鉗城旦春,笞三百+髡鉗城旦春,笞二百+髡鉗城旦春을 의미한다.

145) 劉舍: 景帝 初에 太僕으로 되고, 이어 御史大夫를 거쳐 中原三年(기원전 147년) 丞相으로 되었다. 衛綰: 文帝 때에 中郎將을 역임하고, 景帝初에 河間王의 太傅로 되었다. 吳楚의 亂을 평정한 공으로 建陵侯에 封해졌다. 中原三年(기원전 147년)에 御史大夫로 되고 劉舍의 뒤를 이어 丞相이 되었다.

146) 生刑: 死刑 이외의 형벌.

147) 事: 從事, 進行. 盛: 극히 만족하다는 의미.

148) 擊斷: “決斷”과 통함, 즉 斷獄을 가리킨다.

149) 張湯: 武帝 시에 御史, 太中大夫, 廷尉를 거쳐 御史大夫의 자리에 올랐다. 『越宮律』二十七篇을 저술하였다. 漢武帝 시기의 가장 대표적인 酷吏. 趙禹: 武帝 시기에 刀筆吏에서 御史로 승천하였다가 中大夫, 廷尉 등의 직책을 맡았다. 『朝律』六篇의 저술이 있다.

150) 見知故縱의 法: 타인이 죄를 범한 것을 알면서도 고의로 묵인하는 것을 처

減하고¹⁵¹⁾ 縱出의 誅를 嚴하게 하였다.¹⁵²⁾ 그 후 奸狡한 관리들이 법령을 교묘하게 꾸며서 다른 용례로 서로 類推에 의해 확대 해석하고 법망을 더욱 엄밀하게 하였다. 律令은 모두 三百五十九章, 사형에 관한 條文은 모두 四百九條, 千八百八十二事例, 死罪의 決事比의 사례로¹⁵³⁾ 萬三千四百七十二件이 있다. 법률문서는 서재나 누각에 가득차서 사법을 맡은 관리조차 두루 살펴볼 수 없을 정도였다. 이 때문에 각 郡國에서 사용할 때에 혼란이 발생하여 통일되지 않는 상황이 발생하여 어떤 案件은 죄가 똑같은데 判決이 다른 경우가 발생하였다. 교활한 관리는 그 기회를 이용하여 거래를 하였는데, 살리고자 하면 生刑에 比附하여 판결하고, 죽이고자 하면 사형의 判決例에 比하여 贊同하였다. 사람들은 모두 그것을 매우 비통해하였다.

宣帝는 민간에서 살았기 때문에 이와 같은 실정을 잘 이해하였다.¹⁵⁴⁾ 天子에 즉위하자 廷史 路溫舒가 上疏하여¹⁵⁵⁾, “秦朝의 정치에는 十種의 過失이 있었는데, 그 실정의 한가지가 현재에도 존재합니다. 재판을 맡는 관리가 바로 그것입니다”라 하였다. 그 上疏의 내용은 「路溫舒傳」에 상세히 기재되어 있다. 漢宣帝는 매우 심려하여 이에 조서를 내려 말하기를, “요사이의 옥리들이 법을 집행하는 과정 중에 법률조문을 교묘하게 꾸며서 왜곡하는 것이 점점 심해지고 있다. 이것은 짐의 부덕의 소치이다. 재판이 부당하게 이뤄지면 죄있는 사람은 사악한 마음을 갖게되고 죄

법하는 법. 監臨部主의 法: 부하가 죄를 범했을 경우 그 감독을 맡고 있는 자나 책임자를 連坐시키는 법.

151) 深故의 罪: 범인에 대하여 가중 처벌하는 것을 深이라 하고, 고의로 타인을 죄에 빠트리는 것을 故라 한다.

152) 急縱出之誅: 관리가 범죄자를 부당하게 감면하였다는 의혹이 있을 때에는 그 관리에 대한 처벌을 엄히하는 것. 急: 加重.

153) 決事比: 정식의 법률조문에 의존할 수 없는 경우, 유사한 판결의 사례를 援用하여 比할 수 있다. 황제에게 보고하여 비준을 받으면 법률효력을 갖는다.

154) 宣帝: 漢의 제 九代 天子로 武帝의 曾孫, 즉 衛皇后 所生의 劉據의 손자. 기원전 73년~49년 재위. 어릴때 父인 戾太子가 巫蠱를 당해 민간에서 자랐다. 백성의 고통을 잘 이해하여 즉위 후 유능한 인재를 등용하고 백성의 요역과 부세를 경감하였다.

155) 廷史: 廷尉史라고도 칭하는데 廷尉의 속관이다. 書記를 책임지고 疑獄을 奏獻한다. 路溫舒: 처음에는 옥소리였는데, 물령을 배워서 옥사가 되었다. 이후 정위사를 지냈다. 일찍이 德을 숭상하고 刑을 경감할 것을 주장하였고 이후 승진을 거듭하여 臨淮의 太守가 되었다.

없는 사람은 殺戮을 받게 된다.¹⁵⁶⁾ 그 결과 父子가 悲痛해 하고 怨恨에 사로 잡힌다.¹⁵⁷⁾ 朕은 그 점을 매우 애석하게 생각한다. 현재 廷尉를 지방에 파견해서 지방관과 함께 안건을 심의하고 있지만, 廷史의 지위가 낮고 俸祿이 박하다. 마땅히 廷平의 官을 설치하여¹⁵⁸⁾ 그 秩祿은 六百石으로 규정하고 定員은 四人으로 하라. 마땅히 재판을 공정히 하도록 힘써서 朕의 뜻을 만족시키도록 하라”라고 하였다. 이에 于定國을 뽑아서 廷尉로 하고, 明察寬大한 사람인 黃霸 등을¹⁵⁹⁾ 求해서 廷平으로 하였다. 매년 秋季 後¹⁶⁰⁾ 확정하기 어려운 重罪를 皇帝에게 보고하여 결정할 것을 請求한다. 이 때에 宣帝는 항상 宣室에 幸臨하였다가¹⁶¹⁾ 齋戒하고 裁決을 결정하였다. 그리하여 형벌에 대한 판결이 공정하게 되었다고 일컬어졌다. 그 때 涿郡의 太守 鄭昌이 上疏해서 말하기를, “聖王이 諫爭의 신하를 둔 목적은 결코 德政을 중시해서라기 보다는 안락하게 지내는 마음이 생기는 것을 막기 위한 것입니다. 法을 만들고 刑罰을 확정하는 목적은 천하를 다스리기 위한 것이라기 보다는 衰亂이 일어나는 것을 救하기 위한 것입니다. 지금 聖明한 군주가 현명한 판결을 내려주시면¹⁶²⁾ 廷平을 설치하지 않아도 재판은 저절로 바르게 될 것입니다. 만약 後嗣를 啓蒙하고자 한다면, 律令을 삭감하여 정리하는 것이 낫습니다. 律令이 일단 定해지면 백성들이 회피할 줄 알게 되고 교활한 관리들이 법률조문을 회롱

156) 巧文寢深: 옥리들이 법을 왜곡하여 治獄하는 것이 점점 심해짐. 決獄不當: 判案이 지나치게 가볍거나 지나치게 무거운 것을 가리킴. 不辜: 無辜, 죄없는 사람을 가리킨다.

157) 父子: 무죄이면서 살육된 사람의 친족을 가리킨다.

158) 廷平: 즉 廷尉平. 廷尉의 속관으로 左右平이 있었는데 後漢에서는 右平을 생략하고 左平 1인을 두었다. 재판을 담당하며 隋 이후에는 大理寺評事라고 칭하였다.

159) 于定國: 昭帝時에 御史, 御史中丞, 光祿大夫 등의 직책을 역임. 宣帝 時에 廷尉로 발탁되어 공정하고 신중하게 법을 집행하였다. 판결을 하기에 불확실한 경우에는 가볍게 처리하였다. 후에 丞相이 되었고 西平侯에 封해졌다. 黃霸: 어릴 때부터 律令을 배워 武帝시에 侍郎謁者, 河南太守의 丞이 되고 宣帝 때에는 潁川太守, 揚州刺史를 역임하였다. 후에 御史大夫, 丞相을 거쳐 建成侯에 封해졌다.

160) 季秋: 晚秋. 秋季의 마지막 일개월, 즉 陰曆 9월을 가리킨다.

161) 幸: 皇帝가 어느 곳에 도달하는 것을 幸이라함. 宣室: 漢代 未央宮에 있는 殿의 이름. 황제가 齋戒하는 곳이다.

162) 躬垂明聽: 친히 스스로 안건을 처리.

할 수 없게 됩니다. 지금 근본을 바르게 하지 않고 廷平을 두어 그 末만을 바로잡으려 하고 있습니다. 정치가 쇠퇴하고 안건의 처리를 게을리하면, 廷平이 권력을 휘둘러서 세상을 어지럽히는 수령이 될 것입니다”라고 하였다. 그러나 宣帝는 修正하지 않았다.

元帝의¹⁶³⁾ 卽位 初에 이르러 詔書를 내려서, “대저 법령이라는 것은 강퍅한 것을 억누르고 弱小한 것을 도와주기 위한 것으로 그 목적은 백성들로 하여금 죄를 범하는 것을 두렵게 하고 법을 지키는 것을 즐겁도록 하려는 것에 있다. 지금의 律令은 煩多하고 簡略하지 않아서 법률을 주관하는 관리조차 분명히 알지 못한다. 그러면서도 생각지 않게 죄를 범한 백성을 속박하고자 한다.¹⁶⁴⁾ 이것이 어찌 형벌을 바르게 적용한다는 본래의 뜻이 될 수 있겠는가? 그 律令 中 減輕하거나 削除할 수 있는 것을 토의해서 날날이 조목을 써서 상주하도록 하라. 그 목적은 오로지 백성들을 편안하고 안정되게 함에 있다” 라고 말하였다.

成帝 河平 년간에 이르러¹⁶⁵⁾ 또 다시 詔를 내려 말하기를, “『南刑』에 이르기를,¹⁶⁶⁾ “五刑에는 모두 三千條가 있고, 死刑에 속하는 형벌은 모두 二百條가 있다”라 하였다. 지금 死刑에는 千餘條가 있다. 律令은 煩多하여 百餘萬語에 달한다. 奇請이나 它比가 날로 증가하고¹⁶⁷⁾, 법률을 잘 알고 있는 전문가라 하더라도 근거해야 할 바를 모르는데, 백성에게 알려서 깨우치게 하고자 한다는 것은 또한 어려운 일이 아닌가?¹⁶⁸⁾ 백성들을 구속하여 죄없는 자의 생명을 끊는다면 어찌 슬픈 일이 아니겠는가? 그 中二千石, 二千石¹⁶⁹⁾, 博士 및 律令에 밝은 자와 함께 사형을 경

163) 元帝: 宣帝의 아들. 기원전 49~33년 재위.

164) 約: 簡明. 典文者: 執法者. 文: 法令條文. 羅: 網羅. 元元: 百姓. 不逮: (생각이) 미치지 못하다.

165) 漢의 제 11 代 天子. 元帝의 아들. 기원전 32년~7년 재위. 河平: 成帝의 年號 가운데 하나. 기원전 28년~25년.

166) 『南刑』: 『尚書』의 篇名. 呂刑이라고도 稱한다. 원문은 “大辟之罰, 其屬二百. 五刑之屬三千”으로 되어 있다.

167) 奇請: 법률조문에 의거하지 않고 재판관이 별도로 天子에게 奏請하여 판결을 내리게 하는 것. 它比: 정식으로 적용할 수 있는 법률조문이 없는 경우 다른 유사한 사례를 比附하여 판결하는 것.

168) 自: 即使. 설령...라 하더라도. 曉喻: 明白하게告知함. 衆庶: 民衆, 百姓.

169) 中二千石, 二千石: 漢代 官制의 祿俸 等級인데 실제로는 官位品秩의 표시이다. 漢代에는 內로는 九卿 外로는 郡守에 이르기까지 年俸祿이 모두 二千石인데 모두 三級으로 나뉘어 진다. 그 三級은 각각 中(滿)二千石, 二千石, 比(比

감하거나 줄이거나 없앨 수 있는 律令을 토의해서 분명히 알기 쉽게 하도록 하고 낱말이 조목을 써서 상주하도록 하라. 『書經』에 ‘오직 형벌의 부당함을 우려하라’ 라고(170) 하지 않았던가? 그 法令을 자세히 살피고 힘써 고대법제의 정신을 기준으로 삼도록 하라. 朕은 장차 진심을 다하여 이를 檢閱해보도록 하겠다”고 하였다.

그러나 그 일을 담당할 관리들은 仲山父와 같이 천자의 정치를 보좌할 유능한 재능을 가지지 못하였고, (171) 시세에 순응해서 천자의 은덕을 널리 선전하고, 완비된 법제를 만들거나 當朝의 法令을 제정하지 못하고, 다만 사소한 문제만을 전드리고, 사소한 事例만을 열거함으로써 皇帝의 詔令을 막았을 뿐이다. 때문에 律令을 토의해서 분명히 알기 쉽게 하도록 하지 못하고, 드디어 그대로 오늘에 이르렀다. 어떤 사람이 혹 논의하기를, “법은 자주 변경하기 어려운 것이다”고 하지만, 이것은 보통 사람이 도리에 통달하지 못하고, 治世의 길을 방해하는 것으로 聖明仁智한 사람이 항상 우려하는 바이다. 때문에 나는 漢이 일어난 이래 법령이 取捨되고 정해져서, 고대 법제의 정신에 부합되고 또 오늘날의 상황에도 시행하기에 적합한 것을 略述하고자 한다.

漢朝가 처음 흥기하였을 때, 비록 約法三章이 있었지만 그 법망은 매우 疏闊하여 배를 삼킨 큰물고기가 빠져나갈 수 있는 그물과 같았다. 그러나 그 死刑의 규정 가운데는 여전히 三族을 멸한다는 규정이 있었다. 그 속에는, “三族의 刑에 해당하는 자는 모두 우선 黥·劓·斬左右趾刑을 받은 다음에 笞殺을 가하고 머리를 높은 곳에 걸어두고, 시장에서는 그 骨肉을 절여서 肉醬으로 한다. 천자를 비방하거나 욕한 자는 먼저 그 혀를 자른다”라고 되어 있다. 때문에 三族의 刑은 五刑을 갖추었다고 일컬어지고 있다. (172) 彭越이나 韓信의 (173) 무리들은 모두 이같은 형벌에 처

照)二千石이다. 『後漢書』百官志에 의하면, 中二千石은 月俸一百八十斛, 二千石은 月俸一百二十斛, 比二千石은 一百斛으로 穀物과 貨幣로 支拂하도록 되어 있다.

170) 『書經·虞書』 舜典.

171) 仲山父: 周宣王時의 名臣.

172) 여기에서 五刑은 黥, 劓, 斬左右趾, 斷舌, 梟首 등의 여러 종류의 형벌을 포괄하는 의미이다. 그런데, 『後漢書』의 崔寔傳에서는 『政論』의 一文을 인용하여 黥, 劓, 斬左右趾, 斷舌, 梟首를 五刑으로 하고 있다. 보통 중국고대의 五刑이라하면 黥, 劓, 刖, 宮, 死刑을 가리키는데, 隋唐 이후에는 笞, 杖, 徒, 流, 死刑으로 바뀌었다.

해졌다. 高后元年(기원전 187年)에 이르러 비로소 三族의 罪와 妖言을 폐지하였다.

文帝 二年(기원전 178년)¹⁷⁴⁾ 또 丞相·太尉·御史에게 詔를 내려서, “법은 다스림의 근본으로 난폭한 사람을 단속하고 善人을 보호하기 위한 것이다. 현재 죄를 범한 본인을 단죄하고, 죄없는 父母·妻子·兄弟姊妹까지 連坐하여¹⁷⁵⁾ 官에 몰수하여 노비로 삼는 것은 朕이 심히 납득하기 어려운 것이다. 마땅히 이 문제를 논의하도록 하라”라고 하였다. 右丞相 周勃과 左丞相 陳平이 上奏하여 말하기를, “父母·妻子·兄弟姊妹를 連坐하여 官에 沒收하는 것은 그것에 의해서 사람들의 범죄의식을 속박하고 경솔하게 犯法하지 못하도록 하기 위한 것입니다. 관에 몰수해서 노비로 삼는다는 것은 유래된 바가 오래된 것입니다. 저희들의 어리석은 견해로는 전과 같이하는 것이 좋다고 생각합니다”라고 하였다.

文帝가 재차 詔를 내려 말하기를, “朕이 듣기로는 법이 바르면 백성들은 신중하고, 형벌이 타당하면 백성들은 순종한다고 한다. 또한 백성을 다스리고 善導하는 것은 관리들의 할 일이다. 그런데 善道로서 백성을引導하지 못하고 바르지 않은 법으로 백성에게 형벌을 가하는 것은 법이 도리어 백성에게 해를 입히고 폭력을 가하는 도구가 되는 것이다. 朕은 그 좋은 점을 찾아볼 수 없다. 마땅히 이 문제를 자세히 고려해보아라”라고 하였다. 陳平과 周勃은 이에, “폐하께서는 참으로 깊고 큰 은혜를 천하에 베푸셨습니다. 죄를 범한 가족을 몰수하지 않고 죄없는 사람들을 서로 연좌시키지 않게 하는 것은 매우 盛大한 恩德으로 저희들이 감히 미칠 수 없는 생각이십니다. 저희들은 삼가 폐하의 詔를 받들어 收律과 連坐法을 완전히 폐지하겠습니다”라고 上奏하였다.

그 후 申垣平이 모반을 꾀하자 재차 三族을 멸하는 형벌을 부활하였다. 이것을 말미암아 설명하자면, 풍속은 바뀌는 것으로, 사람의 본성은 서로 가까운 것이지만 습관에 의해서 멀어진다고¹⁷⁶⁾ 하는 것은 정말로

173) 彭越: 秦末漢初의 群雄의 한사람으로 楚漢爭霸 시에 처음에 項羽를 섬기다가 후에 劉邦을 섬겼다. 漢高祖에 의해 梁王으로 封해졌다가 후에 모반죄로 살해되고 그 종족은 주멸되었다. 韓信: 高祖를 도와 천하통일에 가장 큰 공을 세운 장군으로 楚王에 封해졌다. 후에 모반이 의심되어 淮陰侯에 降해졌다가 기원전 196년 劉邦이 친히 陳豨를 정벌할 때 韓信은 病을 핑계로 따르지 않았다. 후에 呂后의 계략으로 長安에서 체포되어 살해되었고 三族이 誅滅되었다.

174) 『史記』孝文帝本紀, 『漢書』文帝紀 등에는 모두 文帝元年으로 되어 있다.

175) 同產: 卽 同生. 同母兄弟를 가리킨다.

말 그대로이다. 漢文帝의 仁德과 陳平·周勃의 지혜로서도 형벌을 지나치게 가하고 그릇된 논의를 함이 이와 같이 심한데, 하물며 평범한 재능밖에 가지지 못하고 나쁜 풍조에 빠진 보통 사람이야 말할 나위가 있겠는가?

『周官』에는¹⁷⁷⁾ 五聽·八議·三刺·三宥·三赦의 규정이 있다. 五聽은 첫째가 辭聽이고, 둘째가 色聽이고, 세째가 氣聽이고, 네째가 耳聽이고, 다섯째가 目聽이다.¹⁷⁸⁾ 八議는 첫째가 議親이고, 둘째가 議故이고, 세째가 議賢이고, 네째가 議能이고, 다섯째가 議功이고, 여섯째가 議貴이고, 일곱번째가 議勤이고, 여덟번째가 議實이다.¹⁷⁹⁾ 三刺는 첫째 大臣의 의견을 訊問하는 것, 둘째 群吏의 의견을 訊問하는 것, 세째 백성의 의견을 訊問하는 것을 말한다.¹⁸⁰⁾ 三宥는 첫째가 不識, 둘째가 過失, 세째가 遺忘을 각각 輕減하는 것을 말한다.¹⁸¹⁾ 三赦는 첫째가 幼弱, 둘째가 老耄, 세째가 愚戇이다.¹⁸²⁾ 무릇 重罪에 해당하는 죄수는 양손목에 梏과

176) 『論語』陽貨篇. “子曰, 性相近, 習相遠也.”

177) 周官: 『周禮·秋官』小司寇.

178) 辭聽: 죄인이 진술하는 말로 曲直을 판단하는 것. 顏師古注: “觀其出言, 不直則煩.” 色聽: 顔色으로 판단하는 것. 顏師古注: “觀其顔色, 不直則變.” 氣聽: 호흡으로 판단하는 것. 氣聽: 호흡으로 판단하는 것. 顏師古注: “觀其氣息, 不直則喘.” 耳聽: 청각의 반응으로 판단하는 것. 顏師古注: “觀其聽聆, 不直則惑.” 目聽: 眼色의 正邪로 판정하는 것. 顏師古注: “觀其瞻視, 不直則亂.”

179) 八議: 특별한 신분을 가진 사람의 범죄에 대해서는 국법을 적용하고 형벌을 부과함에 특별한 심의를 거쳐서 그 죄를 논한다. 議親: 천자의 친족의 죄를 심의하는 것. 議故: 천자의 故友의 죄를 심의하는 것. 議賢: 有德한 賢者의 죄를 심의하는 것. 議能: 학문과 도덕, 기예가 뛰어난 자의 죄를 심의하는 것. 議功: 국가에 공로가 있는 신하의 죄를 심의하는 것. 議貴: 작위가 높은 자의 죄를 심의하는 것. 議勤: 六百石 이하의 관리로 國事에 刻苦 노력한 자의 죄를 심의하는 것. 議實: 천자의 賓客으로 대우하는 자의 죄를 심의하는 것. 이에 대하여 顏師古는 “謂前代之後, 王所不臣者也.”라 하고 있다.

180) 三刺: 訴訟을 審理할 때에 三訊을 거친 후 판결하는 것. 鄭玄은 群臣, 群吏, 百姓에게 물어서 모두 사형이라고 하면 사형에 처한다는 의미로 해석하고 있다.

181) 不識: 愚民이 법을 몰라 생긴 죄라는 설과 대상을 오인해서 범한 죄파라는 양설이 있다. 過失: 범죄를 범할 의도는 없이 발생한 죄. 遺忘: 법률 규정을忘記하여 생긴 범죄.

182) 幼弱: 7세이하. 형법상 책임능력이 없는 사람. 老耄: 80세 이상. 愚戇: 白痴. 여기에 해당하는 사람은 원칙적으로 사면된다.

桎을 채우고 양발목에 桎을 채운다.¹⁸³⁾ 中罪는 손목에 桎을 발목에 桎을 채운다. 下罪는 손목에 桎을 채운다. 君王과 同族인 자는 양손목에 桎을 채우고 작위가 있는 사람은 발목에 桎을 채우고 판결을 기다린다.¹⁸⁴⁾ 高祖 7년(기원전 200년)에 御史에게 다음과 같이 詔書를 내렸다. “판명하기 어려운 안전에 대하여 혹 어떤 관리들은 감히 판결을 내리지 못하여 죄가 있는 자를 오랫동안 논죄하지 못하는 반면 죄가 없는 자를 오랫동안 구류하고 판결하지 못하기도 한다. 지금부터 지방의 縣·道의 관리가¹⁸⁵⁾ 판결하기 어려운 사건은 각각 자신이 소속된 郡守에게 보고하고¹⁸⁶⁾ 郡守는 각각 적합한 죄명을 결정하여 縣·道에 회답하도록 하라. 郡守가 판결하기 어려운 案件은 모두 廷尉에게 보고하도록 하고 廷尉는 마땅히 신중하게 판결하도록 하라. 廷尉가 결정하기 어려운 案件은 삼가 자료를 갖추어서 상주하고 마땅히 비교하고 참조할만한 律令을 첨부하여 皇帝에게 보고하도록 하라.” 天子의 은혜가 이와 같은데 관리들은 여전히 천자의 은혜를 받들어 그 뜻을 아래 사람들에게 전달하지 못하였다. 그 때문에 漢 景帝 中元五年(기원전 145년)에 또 詔書를 내려서 “의혹이 있어서 판결하기 어려운 모든 안전에 대하여, 비록 獄吏가 교묘하게 법을 적용하여 有罪의 판정을 내렸다하더라도 人心에 납득되기 어려운 경우에는 마땅히 다시 자세히 조사하여 사실을 가려서 재판을 하도록 하라”라 하였다. 그런데 그 후 재판을 하는 관리들은 상세한 법률조문의 적용을 피하고 자신의 우매한 생각대로 재판을 행하였다. 後元元年(기원전 143년)에 이르러 景帝가 다시 詔令을 내려서 “재판은 중대한 일이다. 사람들에게는 智愚의 차이가 있고, 官에는 上下의 구별이 있다. 판결하기 어려운 안전은 상급기관에 보고하여 재결을 받아 판결하면 그 후 판결이 잘못된 것이 밝혀진다고 하더라도 그것은 보고하여 판결한 자의 過失이 아니다”라고¹⁸⁷⁾ 하였다. 이 이후부터 재판이 점점 신중해져서 五聽三宥의 정신에 가까워지게 되었다. 後元三年(기원전 141년) 景帝는 다시 詔令을 내려서 말하기를, “언장자는 사람들이 존경하는 대상이다. 홀아비와 과부

183) 桎: 양손과 양다리에 각각 채우는 형구. 桎: 손목에 채우는 목재로 된 형구. 桎: 손목에 채우는 형구로 두손목을 함께 채운다.

184) 弊: 판결하는 것.

185) 道: 소수민족 거주지 변경지역.

186) 二千石: 郡太守와 州牧의 代稱.

187) 讞: 죄를 결정하기 어려운 경우에 상급기관에 상급해서 그 판결을 청하는 것.

는 믿고 의지할 바가 없는 자로 사람들이 가련이 여기는 대상이다. 마땅히 법령 중에 아래와 같이 명기해야 한다. 80세 이상의 노인과 8세 이하의 어린이 및 임신 중인 여자, 두눈이 먼 音樂師·朱儒¹⁸⁸⁾ 등으로 심문을 거쳐 뇌옥에 들어가야 할 사람은 옥중에서 몸을 구속하는 형구를 채우지 말라"라고 하였다. 宣帝 元康 四年(기원전 62년)에 이르러 또 詔를 내려서 "朕이 생각하기에 年老한 사람은 머리카락이나 치아도 빠지고 혈기가 쇠락하여 난폭한 마음도 없다. 현재 어떤 노인 가운데는 법률의 제재를 받아 뇌옥에 들어가¹⁸⁹⁾ 그 천수를 다하지 못하는 경우가 있다. 朕은 이들을 매우 불쌍하게 생각한다. 지금부터 80세 이상인 자는 타인을 무고하거나 살상하는 경우를 제외하고는 모두 면죄한다"라고 하였다. 成帝 鴻嘉元年(기원전 20년)에 다음과 같은 법령을 정식으로 확정하였다: "7세 미만의 아동으로 故意殺人罪·鬪毆殺人罪 및 斬首刑에 해당되는 경우를 제외하고는¹⁹⁰⁾ 廷尉에게 上報하고 廷尉는 皇帝에게 上奏하여 사형을 감면받을 수 있다." 그 결과 古代의 三敕 가운데 幼弱과 老人을 사면한다는 규정에 매우 부합하게 되었다. 이것은 법령이 점점 정비되면서 고대의 법제의 정신에 가깝게 되고 백성에게도 편리하게 된 것이다.

孔子가 말하기를, "만약 王者가 출현하여 30년을 경과하면¹⁹¹⁾ 반드시 仁政을 펼 수 있고, 善人이 나라를 다스리면 100년 후에 殘暴을 극복하고 살육을 제거할 수 있다"라 하였다.¹⁹²⁾ 그 의미는 聖王이 쇠퇴의 뒤를 이어서 亂世를 다스리고 일어나 백성에게 德教를 베풀어 人情風俗을 변화시키면 이로 인하여 반드시 30년이 지나면 仁政을 성취할 수 있게 되고, 善人은 聖王의 영역에까지는 도달할 수 없지만¹⁹³⁾ 그래도 100년 후에는 반드시 殘暴을 극복하고 殺戮을 제거할 수 있다는 것이다. 이것은

188) 朱儒: 즉 侏儒. 신체가 단소한 사람. 왕후·귀족가의 애완의 대상. 가내노예로 侍奴婢와 같은 역할을 담당하였다.

189) 文法: 法律.

190) 賊鬪殺人: 故意殺人과 鬪毆殺人. 殊死: 斬首刑.

191) 王者: 德으로 天下를 다스리는 君主.

192) 이상은 『論語』 子路篇에 나오는 말이다. 世: 三十年을 一世라 한다.

193) 入于室: 古代에는 室外에 堂이 있고, 堂外에 門이 있었다. 이것은 학식과 도덕의 단계를 비유하는 말이다. 入于室은 학문과 도덕이 매우 높은 것을 설명하는 것으로 여기에서는 聖王의 경지를 가리킨다. 『論語』 先進篇: "子張問善人之道. 子曰. 不踐迹. 亦不入于室" 室: "升堂之室"의 室을 의미한다. 『論語』 先進篇: "由也升堂矣. 未入于室也." 入室은 최고의 경지. 升堂은 入室에 다음가는 것.

국가를 다스리는 기본 원리이다. 현재의 漢의 정치는 극히 융성하고 이미 200 여년의 역사가 되었는데, 194) 昭帝나 宣帝에서 元帝·成帝·哀帝·平帝까지 6代간의 상황을 살펴보면 195), 재판관을 거쳐 사형에 처해진 사람이 대략 연간 인구 1000여명 당 1명 꼴이고 耐罪이상 鈇右趾에 이르는 형벌을 받은 사람은 196) 대략 사형의 3배 정도에 이른다. 옛사람이 말하기를 “滿堂의 사람이 모두 술을 마시고 있는데, 단지 어느 한사람이 모퉁이에서 슬프게 울고 있으면 滿堂의 사람이 모두 이로 인하여 즐겁지 않게 된다”라 하였다. 197) 왕자의 천하에 대한 태도도 滿堂에 거처하는 사람의 위에 있는 것과 같다. 때문에 단지 한사람이라도 공정하게 대하지 못하면 내심 그 때문에 슬퍼진다. 현재 각지에서 형을 받아 죽게 된 사람은 매년 모두 만으로 헤아려지고 198) 천하의 감옥은 2000 여개소에 이르고 있다. 그 가운데 원통한 죄로 사형에 처해지게 된 자들은 그 수를 헤아릴 수 없지만, 다시 재판관을 받은 후에 감옥에 있는 사람은 한명도 줄어 들지 않는다. 이것은 上下 和合의 氣가 미흡하기 때문이다.

뇌옥과 형벌이 이렇게 繁多해지는 원인을 살펴보면 199), 禮敎가 확립되지 못하고 刑法이 分明하지 않고, 백성의 대부분 빈궁하고, 豪強들이 奸私한 활동에 종사하고, 죄를 범한 사람을 즉시 체포하지 못하고, 재판이 공정하게 이뤄지지 않기 때문이다. 『書經』에 “伯夷가 禮敎를 시행해서 백성을 인도하고, 백성들이 禮法을 깨우치게 한 후 비로소 刑을 사용한다”라 하였는데, 200) 이것은 禮法을 제정한 목적이 刑을 사용하지 않기 위한 것임을 말하는 것으로 제방을 쌓는 목적이 홍수를 막기 위한 것과 같다. 201) 현재 제방은 점점 낮아지고 禮制는 아직 확립되지 못하고, 死刑은 過重하여 그 한도를 초과하고 있고, 生刑은 지나치게 가벼워서 사람

194) 前漢 건립시기부터 後漢 시기 班固가 『漢書』를 편찬하기까지의 시기를 말한다.

195) 哀帝: 기원전 6년~기원후 1년 재위. 평제: 기원후 1년~5년 재위.

196) 李奇는 司寇以上至右止에 처해진 사람이 1000명당 3명으로 해석하고 있다. 右止를 內田智雄과 馬建石이 斬右止로 해석하고 있지만 漢文帝 이후 斬右止의 肉刑이 폐지된 것을 감안할 때, 여기에서의 右止는 鈇右止로 해석해야 한다.

197) 前漢 劉向이 저술한 『說苑』 貴德篇에 의한다.

198) 萬을 單位로 계산된다.

199) 原: 찾아원. 근본을 추구함. 근본을 켜.

200) 『尙書·周書』 呂刑.

201) 堤: 禮에 비교한 것. 溢水: 사회규범에 벗어나는 것을 비유.

들이 범하기 쉽다. 백성들은 추위와 굶주림으로 압박을 받고 궁지에 빠져서 사회규범을 벗어나 꺼리낌없이 행동하고²⁰²⁾ 豪強들은 공공의 질서를 무시하고 이러한 자들을 은닉하였다. 奸邪한 자들에게 은닉하는 장소가 생기면 백성들은 이에 대해서 익숙해져서 악한 일을 하는 자가 점점 증가하게 된다. 이것이 형벌이 증가하게 된 원인이다.

공자가 말하기를, “옛날에 법을 집행하는 자는 가능한한 형벌을 줄이고, 미연에 예방하고자 하였다. 이것이 근본으로 상책이다. 현재 법을 집행하는 자는 有罪者를 빠뜨리지 않으려 한다. 이것은 治國의 下策이다”라 하였다.²⁰³⁾ 또 공자가 말하기를, “현재 재판을 하는 자는 어떻게 하면 사형에 처할 것인가? 하는 이유를 찾지만, 옛날에 재판을 하는 자는 어떻게 하면 살릴 수 있을 것인가하는 이유를 찾았다”고 하였다.²⁰⁴⁾ 죄 없는 자를 죽이기 보다는 죄있는 자를 잡지 못하는 것이 낫다.²⁰⁵⁾ 현재의 獄吏는 上下가 서로를 몰아부쳐 가혹하게 형을 집행하는 것을 嚴明하게 법을 집행하는 것이라 한다. 법률조문을 엄밀하게 적용하여 부당하게 지나친 刑을 부과하는 자가 공명을 얻게 된다. 공정하게 법을 집행하는 사람은 後患을 당하기 쉽다. 속담에 “관을 파는 자는 해마다 유행병이 발생하기를 바란다”고 한다. 그것은 결코 사람을 증오해서 살해하고자 하는 것이 아니고 사람이 죽음으로 인하여 이익이 생기기 때문이다. 현재 재판을 하는 관리들이 사람들을 害롭게 하여 죄를 짓게 하는 것도 바로 또 이와 같다. 무릇 이 다섯가지 병폐가²⁰⁶⁾ 獄訟과 형벌이 많아지게 된 원인이다.

漢光武帝·漢明帝 시기부터²⁰⁷⁾ 백성들은 비로소 전쟁의 화에서 벗어나 수 있게 되었고, 사람들은 생활의 낙을 즐기고자 하는 생각을 가지게 되었다. 그것은 高祖나 惠帝 시기의 상황과 같았다. 정치는 강한 것을 억

202) 濫盜: 홍수로 범람하는 것. 사람들의 행위가 일정한 사회 규범을 벗어나 꺼리는 바가 없음을 비유함.

203) 이상은 『孔叢子』 刑論篇에 나오는 말.

204) 이상은 『孔叢子』 刑論篇에 기초함.

205) 『尚書·虞書』 大禹謨에 나오는 말. 원문은 “與其殺不辜, 寧失不經”으로 되어 있다. 不經: 常規에 不合함.

206) 다섯가지 병폐: ① 禮敎不立, ② 刑法不明 ③ 民多貧窮 ④ 豪傑務私 ⑤ 獄犴不平.

207) 建武: 後漢 初代 皇帝 光武帝의 年號. 기원후 25~57년 永平: 後漢 제 2대 皇帝 明帝의 年號. 기원후 58년~75년.

누르고 약한 것을 도와주는 것을 방침으로 삼아 조정에서는 권세를 부리는 대신이 없고 鄉邑에서는 세력을 떨치는 游俠도 없었다. 인구의 비율에 따라 계산하면 재판을 거쳐 刑에 처해진 사람은 成帝나 哀帝 시기에 비하여 10분의 8로 줄어들어 법제는 淸明해졌다고 말할 수 있다. 그러나 여전히 고대법제의 정신에 부합하지 못하여 고대법제의 興盛과 비교할 수 없다. 그 이유는 다섯가지 병폐가 근절되지 못하고 형벌을 설치한 근본목적이 바르지 않기 때문이다.

孫卿은²⁰⁸⁾ 형벌에 관해 매우 타당한 주장을 하고 있다. 그가 말하기를, “세속의 논자들은, 사회가 안정된 고대에는 肉刑이 없었고, 肉刑을 대신하는 象徴刑이 있었다고 한다.²⁰⁹⁾ 예를 들면, 얼굴에 墨으로 칠하여 黥刑을 대신하는 것, 범인에게 죄신을 신겨서 刑罰을 상징하는 것, 봉하지 않은 붉은 옷을 입혀 사형을 상징하는 것 등이 그것이다. 그러나 그것은 사실이 아니다. 고대사회가 안정되어서 사람들이 죄를 범하지 않았다고 한다면, 肉刑만이 아니라 象刑의 시행도 필요하지 않았을 것이다. 만약 어떤 사람이 죄를 범하였는데 단지 범죄에 대한 처벌만을 곧 바로 경감한다면, 살인자를 사형에 처해지지 않고 타인을 傷害한 자를 징벌하지 않게 될 것이다. 죄가 지극히 무거운데 형벌이 지극히 가볍다고 한다면 백성들은 두려워하는 바가 없어져 매우 큰 혼란이 발생하게 될 것이다. 무릇 형벌을 제정하는 근본 목적은 흉폭사악한 것을 단속함과 동시에 범죄행위를 사전에 단속함에 있다.²¹⁰⁾ 살인자를 사형에 처하지 않고 타인에게 상해를 입힌 자에게 형벌을 가하지 않는다고 하는 것은 흉폭한 자에게 은혜를 베풀고 사악한 자를 관대하게 대해주는 셈이다. 때문에 象刑은 사회가 안정된 고대에 발생한 것이 아니라 사회가 혼란된 今世에 생긴 것이다. 무릇 작위나 관직이나 포상이나 형벌은 모두 각각의 행위에 상응해서 주어지는 것이다. 단지 하나라도 맞지 않으면 혼란을 야기하게 된다. 덕행이 그 작위에 맞지 않고, 능력이 그 관직에 적당하지 않고, 포상이 그 공적에 상응하지 않고, 형벌이 그 범죄의 내용에 맞지 않으면, 그렇게 큰 재앙은 없을 것이다. 난폭한 사람을 징벌하고 반역자를 誅殺하는 것은 治國의 위엄이다. 살인자를 사형에 처하고 타인을 상해하는 자에

208) 孫卿: 荀子, 戰國後期の 趙國人. 先秦 시기의 저명한 사상가. 이하 인용문은 「荀子」 正論篇에 기초함.

209) 象刑: 肉刑 대신에 각각 刑을 표시하는 상징을 사용하는 형벌.

210) 未: 아직 발생하지 않은 범죄 행위.

게 형벌을 부과하는 것은 역대의 군주들이 공동으로 사용하는 법으로 어느 왕조에서 생겨났는지 그 유래를 알 수 없을 정도로 오래된 것이다. 때문에 치세에는 형벌이 무겁고, 난세에는 형벌이 가볍다. 치세에는 범죄를 무겁게 처벌하고 난세에는 범죄를 가볍게 처벌한다. 『書經』에 이르기를 '형벌은 때로 무겁기도 하고 때로는 가볍기도 하다'라 211)한 것은 바로 이것을 말한 것이다. '象刑에는 오직 嚴明함만이 있다'라는 212) 말은 天道에 象해서 형벌을 제정했다는 것을 뜻하는 것이지 어찌 冢신을 신고 붉은 옷을 입고 다른 형벌을 대신한다는 것이겠는가?"라 하였다.

孫卿의 말은 이미 언급한 바대로 인데, 또 속설에 따라 내 자신의 주장을 논하면 다음과 같다. 213) 夏의 禹王이 堯舜의 뒤를 계승한 뒤에 스스로의 덕이 堯舜보다 쇠퇴했다고 생각해서 肉刑을 만들고 商의 湯王이나 周의 武王이 그에 따라서 肉刑을 사용하였는데, 그것은 세상의 풍속이 堯나 舜의 시대보다도 경박하였기 때문이다. 그런데 현재의 漢은 쇠퇴한 周나 난폭한 秦의 극단적인 폐단의 流風을 계승하여 世風은 三代보다도 크게 경박한데, 堯舜 시기와 같은 관대한 형벌을 집행하고 있다. 이것은 고삐만 있으면 사나운 말을 부릴 수 있다는 것과 같으니 현재의 時世를 구하기에 적당치 않다. 또 文帝가 肉刑을 제거한 것은 본뜻이 백성의 性命을 보존하는 것에 있다. 그런데 현재의 형벌등급상 髡鉗에서 刑을 일단계 높이면 곧 사형이다. 死刑으로 백성을 害하는 것은 文帝가 肉刑을 폐지한 본래의 뜻을 잃어버린 것이다. 死刑에 처해지는 자가 매년 萬으로 헤아려지는데 그것은 형벌이 과중하기 때문에 나타난 결과이다. 벽을 넘고 창문을 뚫어 절도를 하고, 분노하여 타인을 傷害하고, 남녀가 淫佚하고, 관리들이 부정하는 등과 같은 죄에 이르러서는 髡鉗의 형벌로도 징벌할 수 없다. 형벌을 받는 자가 매년 十萬으로 헤아려지지만 백성들은 두려워하지 않고 또 범죄를 부끄러워하지 않는 것은 형벌이 가볍기 때문에 생긴 것이다. 이 때문에 이른 바 재능이 있는 세속관리는 공공연히 도적을 살해하는 것으로서 위엄을 삼는다. 사형을 남발하는 사람은 직책을 잘 수행하는 관리이고, 법률 규정대로 행사하는 관리는 도리어 잘못 다스리는 것으로 간주된다. 이처럼 명분을 어지럽히고 제도를 훼손하는 것이 열

211) 『尙書·周書』, 呂刑. 형벌은 당시의 형세에 가벼울 수도 있고 무거울 수도 있다는 뜻.

212) 『尙書·虞書』, 益稷.

213) 班固가 자신의 의견을 서술하기 위해 겸손한 표현을 사용함.

거할 수 없을 정도이다. 이 때문에 법률조문이 비록 엄밀해져도 奸邪를 막을 수 없고 형벌이 繁多해져도 백성들은 더욱더 태만해진다. 삼십년 후에도 仁政을 펼 수 없고, 일백년 후에도 殘暴을 제거할 수 없다. 확실히 이것은 禮樂이 빠지고 형벌이 바르지 않기 때문이다. 따라서 마땅히 어떻게 하면 형벌의 본원의 도리를 清明하게 하고 바르게 할 수 있을 것인가를 고려하여 논의해야 할 것이다. 이때까지의 律令을 정리하여 이백장으로 편찬하고 그것을 사형에 해당하는 것으로 한다.²¹⁴⁾ 기타의 죄로 그 형벌의 등급이 과거에는 生刑에 해당하던 것이 현재 사형에 처해지는 형벌은 모두 資贖하여 肉刑을 받을 수 있도록 한다.²¹⁵⁾ 타인을 傷害하고 도둑질하고, 관리가 뇌물을 받고 법을 왜곡시키고 男女가 음란한 행위를 한 죄행에 대해서는 모두 고대의 肉刑을 회복하고 律令을 삼천장으로 한다.²¹⁶⁾ 속이거나 교묘하게 달리 해석하여 죄없는 사람을 쉽게 죄인으로 만들 수 있는 지나치게 세밀한 법률은 모두 폐지하도록 한다.²¹⁷⁾ 이와 같이 하면 사람들은 형벌을 두려워하게 되고, 법에서 금하는 것은 피하기 쉽고, 관리들은 사형의 남발을 자제하게 되고, 법률의 적용은 하나로 통일할 수 있고, 刑의 輕重은 그 범한 죄에 상응하고, 백성의 생명을 온전히 보존할 수 있게 된다. 또한 형벌을 시행하는 정도에 부합하고, 天과 人 사이에 화합하고, 고대의 법제에 순응하여 사회 안정을 이루게 된다. 周의 成王이나 康王 때의 형벌을 사용하지 않는 태평의 시기에는 미치지 못하지만 漢文帝 시기처럼 형벌이 크게 생략되고 重罪의 판결이 적었던 상태는 거의 달성할 수 있을 것이다. 『詩經』에 “成王이나 康王 때의 형벌을 사용하지 않는 태평의 시기에는 백성에 마땅하고 사람에게 마땅하니, 녹을 하늘에서 받았다”라 하였고,²¹⁸⁾ 『書經』에 “功名을 세우고 事業을 성취한 사람은 延年益壽할 수 있다”라고²¹⁹⁾ 하였다. 이것은 국가를 다스림에 백성의 심정에 순응하는 사람이 공을 세우고 사업을 성취하면, 天祿을 받고 국가의 복이 오래갈 수 있다는 것으로 그것은 이른 바 “한 사람에게 경사가 있으면, 천하 백성이 모두 이 혜택을 누린다”라고 하는 것

214) 二百章: 『尚書·周書』呂刑의 “大辟之屬二百”을 가리킨다.

215) 募行肉刑: 資財로 贖하여 死刑을 肉刑으로 減免받을 수 있도록 하는 것.

216) 皆復古刑: 모두 古代 『尚書·周書』呂刑 “五刑之屬三千”의 규정을 회복한다는 의미.

217) 文致: 舞文弄法, 陷人于罪.

218) 『詩經·大雅』假樂篇.

219) 『今文尚書』泰誓의 文.

을²²⁰⁾ 말하는 것이다.

220) 『尙書·周書』 呂刑의 文. 원문은 “一人有慶, 兆民賴之”