

고려시대의 杖流刑과 黥配刑*

채 응 석**

1. 머리말
2. 杖流刑의 시행과 적용
 - 1) 사형의 減輕
 - 2) 중죄에 대한 특별형벌
3. 黥配刑의 기능과 실태
 - 1) 劓面刑(黥刑)의 규정
 - 2) 경배형의 집행사례와 성격
4. 장류형과 경배형의 법제사적 검토
5. 맺음말

1. 머리말

고려전기에 唐律에서 정형화된 笞·杖·徒·流·死 오형체계를 따르는 한편 宋의 折杖法을 수용하여 형률을 운영하였다. 그에 따라 형벌을 오형 20등급 가운데 어느 하나로 정하면서 죄질이나 사유를 살펴 형량을 가감하였다. 그리고 경우에 따라서는 그런 主刑에 더하여 附加刑(從刑)으로서 沒官·除免 및 歸鄉·充常戶 등의 형을 가하기도 하였다.

그런데 오형체계에서 사형(絞·斬)과 유형 사이에는 차이가 너무 크다는 인식이 있었다. 유형을 받으면 멀리 추방되어 격리된 생활을 하면서 고난을 겪었고, 고려의 경우는 분명치 않지만 당률에 따르면 1년간의 居作 즉 노역을 해야 하였

* 이 논문은 2014년도 가톨릭대학교 교비연구비의 지원으로 이루어졌음.

** 가톨릭대학교 인문학부 국사학전공 교수.

다. 그렇지만 유형은 생명을 빼앗는 사형과는 큰 차이가 있었다. 특히 문제가 되는 것은 仁政 사상에 따라 恤刑을 하거나 사형 집행을 피하려고 할 때였는데, 유형만으로는 사형을 대체하기에 충분하지 않다고 여겼다. 원악지로 유배하더라도 사면을 거치면서 量移될 수 있었다.

그런 문제 때문에 당에서는 사형을 대체할 형벌로서 加役流를 두었으며, 고려에서도 그 제도를 수용하였다. 가역류는 3천 리 유배에 저작기간을 3년으로 늘린 형태로서, 3등으로 구분된 유형과 구분되었다. 그리고 사형의 대체형이기 때문에, 형을 가중해서는 가역류까지 이르지 않고 특별규정이 있어야 과할 수 있었다.¹⁾

그런데 비록 가역류가 사형의 대체형이라고 하지만, 자유형의 형태를 벗어나지 않았고 관인의 경우에는 저작을 부과하지 않았기 때문에 집행형태상 유형과 차이가 크게 나지 않았다. 때문에 당에서 대안의 하나로 등장한 것이 決杖配流였다.²⁾ 그러한 사정을 송 神宗 때 조정에서 벌어진 肉刑 관련 논의에서 잘 알 수 있다. 曾布가 건의하기를, 사형의 아래에 荆刑·宮刑을 두어 原情 상 사형을 가볍게 할 대체형벌로 삼고 刺配法을 제정하여 예전의 劓刑과 墨刑을 본뜨며 그 다음으로 유형을 적용하자고 하였다. 그 논의에서 王安石은, 당 태종이 비록 가역류를 두어 斬趾를 대신하였지만 유형만을 단독으로 쓰기에는 문제가 있어서 당에서도 別勅으로써 결장배류의 법을 시행하였다고 하면서, 만약 율만을 쓴다면 사형 다음으로 유형을 적용하게 되는데 그렇게 해서는 간악한 범죄를 막을 수 없다고 하였다.³⁾ 그런 맥락에서 송대에는 율이 아닌 칙으로써 사형과 유형의 사이에 刺面配流나 不刺面配流 등을 시행하였다.

이러한 사정은 고려왕조에서도 마찬가지였다. 그에 따라 율에 가역류제도를 수용하였으면서도 사형과 유형 사이에 위치하는 특별한 형벌들을 왕명으로 시행

1) 김택민, 2002 『중국고대 형법: 당제국의 형법 총칙』, 아카넷, 99면. 加役流는 사형죄 가운데 비교적 가벼운 것을 대체하기 위하여 貞觀 6년(632)에 황명으로 입법한 형벌이다. 당과 고려에서는 가역류제도를 시행하였더라도 오형에는 포함시키지 않았지만, 송에서는 유형의 한 등급으로 규정하였다.

2) 김진, 2014 『唐代 流刑制度의 活用과 變容』, 『東洋史學研究』 128, 164면.

3) 『續資治通鑑長編』 권214, 神宗 熙寧 3년 8월 戊寅.

하였다. 그 형벌들 중에서 充軍刑과 定役刑은 선행연구에서 다루었고,⁴⁾ 이 글에서는 杖流刑과 黥配刑에 대하여 살펴려고 한다. 장류는 杖配라고도 하고, 경배는 鋏面 유배 또는 刺配 등으로도 불렀다. 그 두 형벌은 외견상 유형에 장형이나 경형(삽면형, 墨刑, 刺字刑)을 병기한 형태이지만, 결장배류형이나 자면배류형처럼 오형체계의 유형과는 분명히 구분해야 한다.

고려시대의 장류형과 경배형에 대해서는 아직까지 거의 연구되지 않았기 때문에 관련 자료들을 수집, 검토하여 그 내용과 성격을 살펴보는 작업이 우선 필요하다. 그리고 중국 형법의 영향을 받아 시행한 것이라고 하더라도 역사환경에 차이가 있기 때문에 계승과 변용 양상을 밝히고, 또 신라와 조선의 관련 사례들을 검토하여 법제사적 추이를 살펴볼 필요가 있다.

2. 杖流刑의 시행과 적용

당률을 수용한 고려율에서는 원칙적으로 오형 20등급 가운데 한가지로 형벌을 정하였다. 그렇지만 율 외의 형벌로서 장류형을 고려 초기부터 말기까지 전시기에 걸쳐 운용하였다. 사례들을 살펴보면, 장류형은 사형을 減輕하여 대체형으로서 시행하는 경우와 유형보다 무거운 중형으로서 특별하게 시행하는 경우로 구분할 수 있다. 전자는 왕이 내리는 赦宥 은택에 의하여 시행한 寬刑의 의미를 지녔으며, 후자는 왕명에 의하여 시행한 것을 동일하지만 유형만으로는 행형효과를 충분히 거둘 수 없다고 하여 처벌의 강도를 높인 의미가 있었다.

시기별 특징을 본다면, 사면령을 내리면서 사형수에게 장형을 가하여 유배하는 방식으로 감경하는 사례들은 주로 고려전기에 발견된다. 그에 비하여 유형보다 처벌 강도를 높이려고 시행한 사례는 고려후기에 많았다. 고려후기에 정치적 사건에서 벌어진 처벌과 전투에서 패배한 장수에 대한 처벌에서 장류형을 많이 이용하였던 것이다.

4) 채웅석, 2005 「고려 중·후기의 充軍刑과 定役刑」 『韓國史研究』 131.

아래에서 장류형에 관한 규정과 시행사례들을 그 의미상 사형의 감경과 증죄에 대한 특별형벌로 구분하여 검토해보기로 한다.

1) 사형의 減輕

『高麗圖經』의 기록에 따르면 고려 사람들의 성격이 어질었기 때문에 사형 대신에 섬에 유배하는 경우가 많았다고 하였다.⁵⁾ 그 시대 중국인의 관찰에 그러했으니, 사형을 별로 시행하지 않은 것이 고려의 특징이라고 보아도 좋을 것이다. 고려가 정치이데올로기로 삼았던 유교에서 왕이 好生하는 德을 중시하여 신중하고 애홀하는 마음으로 형벌을 쓰도록 강조하였다. 율문을 기계적으로 적용하면 사형에 해당하더라도 사정을 감안하여 처분하는 原情이 필요하다고 여겼다. 그리고 天人感應說에 따라 자연재해를 하늘의 譴告로 인식하여 그 대책의 일환으로서 형벌을 사면하여 和氣를 부르고자 하였다. 그런 가운데 赦宥의 教·制를 자주 반포하여 시행하였다.

사유 내용 가운데 사형수에 대한 감경을 포함하였으며, 그 때 장류를 대체형으로 이용하였다. 관련 법령조문이 『고려사』 형법지에 다음과 같은 無編年 科條的 記事로 수록되었다.

A① 斬罪를 범했지만 死刑을 면한 자는 脊杖 50으로 하고 絞罪<를 범했지만 사형을 면한 자>는 척장 40으로 하며, 형을 판결하여 집행한 다음에 付處한다.⁶⁾

付處는 원래 役을 부과하지 않는 유배의 일종이지만, 이 사료에서는 유배와 동일하게 쓰였다.⁷⁾ 이 규정에 따르면 참형과 교형을 대체하면서 脊杖 50과 40으로 차이를 두어 유배하였다.⁸⁾ 무편년기사의 사료 성격상, 이 조문은 제정된 이

5) 『고려도경』 권16, 관부 囹圄 “夷性本仁 死辜多貸而流於山島”

6) 『고려사』 권84, 형법1 직제.

7) “二罪以上 除刑付處”(『고려사』 권13, 예종 5년 6월 병자)와 “斬絞二罪 除刑流配”(같은 책 권12, 예종 3년 4월 기해) 등의 기록으로 미루어 보면 고려시대에 付處와 流配를 통용하기도 하였던 것을 알 수 있다.

8) 脊杖은 臀杖과 구분하여 등 부위에 장을 가하는 형벌이다. 『고려사』 형법지 刑杖式에 金尺을 사용하여 척장과 둔장의 크기를 정한 규정이 있다.

후 항속적인 법령으로서 취급되었을 것으로 짐작된다.

편년사례들을 검토하여 사형의 대체형으로서 장류를 적용한 내용을 보완해보자.

A② (현종 5년) 유죄 이하를 사면하였다. 死罪를 감하여 장류하며, 皇甫俞義·張延祐 및 常赦不免을 제외하고 유배된 죄인을 모두 量移하였다.⁹⁾

③ (현종 9년) 敎하기를, 死罪를 범한 자는 사형을 면하여 遠地에 장류하고 유형 이하는 사면하였다.¹⁰⁾

④ (덕종 3년) 敎하기를, “형부에서 참형과 교형에 대하여 의견을 제시하여 결재를 요청한 문서를 살펴보니, 법을 보면 반드시 사형시켜야 할 것이다. 그렇지만 ‘죄가 의심스러우면 가벼운 쪽을 따른다’, ‘형벌을 신중하게 한다’는 것이 전왕께서 정하신 좋은 법이다. 그 家主를 구타한 자와 <가주를> 살해하려고 모의한 자, 殺人強盜를 한 자는 무인도로 장류하고, 비록 강도로 다른 사람을 상해하였어도 장이라는 무기를 갖고 한 것[持杖]과 그 이하의 죄는 유인도로 유배하라.”고 하였다. 이에 서울의 감옥에서 사형을 감경 받은 자가 69명이었다.¹¹⁾

⑤ (靖宗 원년) 制하기를, “선왕의 상복을 아직 벗지 못하였으니, 참형죄를 범한 자는 무인도에 장류하고 교형죄를 범한 자는 유인도로 장류하라.”고 하였다.¹²⁾

⑥ (靖宗 4년) 상서형부에서 아뢰기를, “전국에서 참형과 교형의 2죄를 지은 죄인이 103명입니다.”라고 하였다. 制하기를, “참형죄는 내려서[降] 무인도로 杖配하고 교형죄는 유인도에 장배하라.”고 하였다.¹³⁾

⑦ (문종 12년) 開城牧監直員 李啓가 사적으로 사람을 보내어 府軍 金祚를 체포하니, 김조가 이에 강물에 몸을 던져 죽었다. 형부에서 아뢰기를, “마땅히 脊杖을 가하여 섬으로 유배해야 합니다.”라고 하였다. 制하여, “除名을 하고 田을 몰수하라.”고 하였다.¹⁴⁾

⑧ (인종 9년) 죄수들을 심리하여 지체되지 않도록 하고[慮囚], 사형죄를 받은 56명을 감경하여 유인도로 장배하였다.¹⁵⁾

⑨ (인종 16년) 判하여, “80세 이상과 篤疾에 걸린 사람은 비록 살인죄를 범했어도 장형을 면제하고 섬으로 유배한다.”고 하였다.¹⁶⁾

9) 『고려사』 권4, 현종 5년 12월 정사.

10) 『고려사』 권4, 현종 9년 9월.

11) 『고려사절요』 권4, 덕종 3년 7월.

12) 『고려사』 권6, 靖宗 원년 7월 경술.

13) 『고려사』 권6, 靖宗 4년 7월 무신.

14) 『고려사』 권84, 형법1 살상 문종 12년.

15) 『고려사』 권16, 인종 9년 7월 계묘.

16) 『고려사』 권85, 형법2 흘형 인종 16년.

⑩ (의종 3년) 檢校少府少監 高元仁이 관장하고 있던 官絹 108필을 훔쳐서 죄가 교형에 해당하였으나, 범행이 사면령 전에 벌어졌기 때문에 척장을 가하고 遠島에 유배하였다.¹⁷⁾

⑪ (명종 24년) 사형수 10명을 감경하여 척장을 가하여 配流하였다.¹⁸⁾

⑫ (고종 41년) 전국의 사형수 10명을 사면하여 유인도로 장류하였다.¹⁹⁾

⑬ (충목왕 4년) 僧 宗範을 濟州에 장류하였다. 종범은 判事 任瑞生의 아들이다. 아버지를 칼로 베려고 했는데, 동생인 任琦가 구하려고 하자 칼로 임기의 코를 쳐서 베었던 것이다.²⁰⁾

사료 A②와 ③은 현종대의 사면기록들이다. 전자는 현종 5년(1014) 11월에 김훈·최질 등이 난을 일으켜 권력을 잡고 나서 그 다음 달에 내린 사면령의 내용이며, 후자는 9년 7월에 왕자가 출생한 것을 축하하여 내린 사면령이다. 두 경우에 다 사형을 대체하여 장류하였다. 인종대의 기록인 A⑧과 무신집권기의 기록인 ⑪과 ⑫에서도 사형죄를 감면하여 유인도 등으로 장류하였다. 이 사료들에서는 교형과 참형 사이에 대체형인 장류의 형량 차이를 언급하지 않았으며, 또 위에서 인용한 무편년기사에서는 그 차이를 척장 대수로만 표시하였다.

그렇지만, 사료 A④~⑥에서는 참형과 교형의 대체형 차이를 유배지 상으로도 무인도와 유인도로 구분하였던 것을 확인할 수 있다. A④은 덕종 3년(1034)에 정황이나 죄질이 명백하지 않을 때는 형벌을 신중하게 결정해야 한다는 원정 인식에 따라 훈형을 행한 기록이다. 이때는 죄목을 기준으로 삼아, 家主를 구타하거나 살해하려고 모의한 자, 살인강도를 한 자는 무인도에 장류하고, 강도 상해죄라고 하더라도 무기를 갖고 한 것과 그 이하의 죄는 유인도로 유배하게 하였다.²¹⁾ 고려올에서 쓰인 가주의 의미를 알 수 있는 사료가 없기 때문에 당률의

17) 『고려사』 권17, 의종 3년 12월 갑자.

18) 『고려사』 권20, 명종 24년 8월 갑진.

19) 『고려사』 권24, 고종 41년 8월 병자.

20) 『고려사』 권37, 충목왕 4년 12월 을축.

21) 『고려사』 형법지에는 같은 일을 기록하면서 “(전략) 其毆家主及謀殺人強盜者 杖流無人島 縱犯強盜傷人 持杖以下罪 竄有人島 (후략)”라고 하여, 부분적으로 차이가 있다(『고려사』 권85, 형법2 훈형 덕종 3년 7월). 그런데 이 형법지의 기록이 착오이며 『고려사절요』의 기록이 원형에 가깝다고 판단된다. 채웅석, 2009 『《高麗史》 刑法志 譯註』, 신서원, 539면 참조.

관련 조문들을 살펴보면, 가주는 家奴 등 私賤의 상대어로서 그 소유주를 가리키며, 가노가 주인을 살해하려고 모의한 죄는 참형으로 처벌하였다. 그리고 강도 과정에서 살인한 자는 참형이고 상해를 입혔을 때는 교형으로 처벌하였으며, 무기를 갖고 강도하면서 상해를 입힌 자는 참형으로 처벌하였다.²²⁾ 이것으로 미루어 본다면, A④에서 참형죄는 무인도 장류, 교형죄는 유인도 유배로 대체하여 경감한 것이라고 이해할 수 있다.

1035년에 정종이 전왕인 덕종의 喪中에 내린 사면령인 A⑤에서는 참형죄와 교형죄를 범한 자를 각각 무인도와 유인도로 장류하게 하였다. 상중에 사면령을 내린 배경은 그 이듬해의 사면령을 통하여 이해할 수 있다. 그에 따르면 아직 상복을 벗지 못하였는데 재이가 여러 번 일어났기 때문에 그에 대한 대책으로서 好生하는 덕을 베풀어 민을 구제하는[恤民]하는 마음을 보이려고 한다고 하였다.²³⁾ 그러면서 사형죄를 범한 자는 무인도 장류로 대체하고 사형죄를 범하였더라도 정상이 불쌍하여 참작할 만한 점이 있는 자는 유인도에 장류하였다. 정종 4년(1038)의 A⑥ 사면령에서도 참형죄는 무인도로 장배하고 교형죄는 유인도에 장배하는 방식을 채택하였다.

이상의 사례들을 살펴보면 홀형할 때 참형과 교형을 장류로 대체하되 전자의 경우는 무인도로, 후자의 경우는 유인도로 차이를 두어 보내는 경우가 많았던 것을 알 수 있다. 그리고 그 때 사료 A①의 규정처럼 장형을 척장으로 가하였던 사실을 A⑦, ⑩, ⑪에서 확인할 수 있다.

한편 사료 A⑦과 ⑩에서는 사형수가 마침 내린 사면령으로 인하여 장류형으로 대체 받은 구체적인 개별 사례를 찾아볼 수 있다. A⑦의 사례는 王寵之 열전에 내용이 보다 자세하다.²⁴⁾ 문종 12년(1058)에 開城監牧直 李啓가 일 때문에 사적으로 旗頭 李仁과 驅使 加達을 시켜 府軍 金祚를 잡게 했는데, 김조가 강물에 투신하여 죽었다. 刑部에서는 이계의 죄가 畏懼致死에 해당하니 鬪殺로 논죄하되, '今制旨'에 준하여 척장을 가하고 유인도에 유배하자고 의견을 올렸다. 이

22) 『唐律疏議』 권17, 賊盜 部曲奴婢殺主: 같은 책 권19, 賊盜 強盜.

23) 『고려사』 권6, 靖宗 2년 8월 병인.

24) 『고려사』 권95, 열전8 王寵之.

에 대하여 왕충지 등은 외구치사라는 것은 불가와 험한 곳에서 恐迫으로 인하여 죽게 하는 것이지만 김조는 스스로 익사하여 그것과 다르기 때문에 이인을 수괴, 가달은 從犯으로 삼고 이계는 事理가 무거운 것으로 논죄해야 한다는 의견을 제시하였다. 그러자 왕명으로, 이계를 외구치사로 논죄하지 말고 제명과 함께 田을 몰수하라고 결정하였다. 투살죄는 당률에서 사형에 해당하기 때문에²⁵⁾ 형부에서 유인도 장류로 처벌하자고 한 것은 경감한 것이라고 추측되고, 경감의 근거가 된 ‘今制旨’은 그해 7월에 반포한 赦宥令을 가리킨 것이라고 보인다.²⁶⁾

의종 3년(1149)의 사료 A⑩은 少府監의 관리가 관장하던 재물을 상당량 도둑질한 죄로 교형을 당할 처지였지만 사면령 이전에 일어난 사건이었기 때문에 장류로 감면된 내용이다. 그 전해에 왕태후를 책봉하면서 대사령을 내리고 또 태묘에 왕이 몸소 祫祭를 지내고 사면을 실시하였는데,²⁷⁾ 그 이전에 일어난 사건이어서 사면 대상이 되었던 것으로 보인다.

고려후기인 충목왕 사료 A⑬에서는 불효를 범하고 동생에게 상해 입힌 자를 장류한 사실을 보여준다. 승려인 宗範이 아버지를 칼로 베려고 하다가 동생이 말리자 칼로 동생의 코를 쳐서 베었는데, 그에 대한 처벌은 濟州에 장류하는 것이었다. 아버지를 살상하려고 한 것 자체가 惡逆으로서 무겁게 처벌될 일이었다. 『고려사』 형법지의 과조적 기사에 따르면, 周親尊長을 죽이려고 꾀한 자는 비록 상처를 내지 않았더라도 참형으로 처벌하였다. 그런데 이 사례에서 유인도 장류에 그친 것은 감형한 것이라고 여겨지고, 아마 얼마 전에 왕의 병환 때문에 사면하였던 것과 관련이 있지 않을까 한다.²⁸⁾

장류형의 대상이라고 하더라도 장형을 면제하는 경우도 있었다. 당률에 따르면 80세 이상의 고령자와 10세 이하의 연소자 및 篤疾 등 장애가 있는 사람에 대한 형벌에서 寬刑을 적용하였는데,²⁹⁾ 고려도 그 원칙을 지켜 그런 사람들은

25) 당률에서 싸우다가 구타하여 죽인 자는 교형, 싸움으로 인한 경우라도 兵刃을 사용하여 죽인 자는 참형이었다(『唐律疏議』 권21, 鬪訟 鬪故殺用兵刃).

26) 당시 여러 해 동안 水旱不調로 재변이 자주 발생하는 데 대한 대책으로서 赦宥를 행하였다(『고려사』 권8, 문종 12년 7월 경인).

27) 『고려사』 권17, 의종 2년 7월 을해: 10월 정묘.

28) 『고려사』 권37, 충목왕 4년 10월 병인.

장류하더라도 장형은 면제하였다. 인종 16년(1138)의 판문인 사료 A⑨의 내용이 그것을 말해준다. 80세 이상이나 독질에 걸린 사람은 비록 살인죄를 범했어도 장형을 면제하고 섬으로 유배한다고 한 문맥을 읽어 보면, 원래 살인죄에 대해서는 사형 또는 그 대체형으로서 섬에 장류하는 것이지만 신체 사정을 고려하여 장형을 면제하였던 사실을 알 수 있다. 이 관형규정이 적용된 실제사례로서, 문종 때 江陰縣에 사는 맹인이 남의 아내를 간음하려고 하다가 살인한 사건에서 사형에 처하는 것이 당연하였지만 80세 이상과 10세 이하 및 독질자에 관한 율문의 예에 따라서 사형을 감경하여 섬으로 유배하였던 사례가 있다.³⁰⁾

2) 중죄에 대한 특별형벌

장류형은 형벌이 무거운 정도로 본다면 사형과 유형의 사이에 위치하였기 때문에, 유형만으로는 처벌 강도가 약하다고 여긴 범죄행위에 대하여 시행하는 중형으로도 많이 이용하였다. 그리고 그 경우에도 장류가 율의 오형체계에 속하는 것이 아니기 때문에 왕명에 의한 특별한 형벌로서 시행하였다. 왕은 법에 대한 裁定 권능을 갖고 있어서 教·制 등의 형태로 법령을 개폐하거나 율 외의 형벌을 시행할 수 있었던 것이다.³¹⁾

먼저 법령의 형태로 된 관련 사료부터 살펴보기로 한다.

B① (靖宗 11년) 榜을 게시하기를, “(중략) 만약 거짓을 꾸며서 면하기를 구하는 자가 있으면 칼[枷]을 씌워 저자에 세우고 장 77을 가하여 섬으로 유배하며, 지휘한 사람도 함께 銅을 징수하도록 하라. (중략)”고 하였다.³²⁾

② (공민왕 원년) 判하여, “訟事を 판결한 뒤에 노비를 仍執하여 내 놓기를 허락하지 않는 자는, 4품 이상은 申聞하여 죄를 주고, 5품 이하는 決杖 流配한다.”고 하였다.³³⁾

③ (공민왕 7년) 都評議使가 상언하기를, “요즈음 안렴과 수령들이 기강을 세우

29) 『唐律疏議』 권4, 名例 老小及疾有犯.

30) 『고려사』 권85, 형법2 홀형 문종 33년.

31) 채웅석, 2009 「〈高麗史〉 刑法志 所在 “判”에 대한 考察」 『東方學志』 148.

32) 『고려사』 권81, 병1 병제 靖宗 11년 5월.

33) 『고려사』 권85, 형법2 노비 공민왕 원년.

지 않아 여러 道의 향리들이 자기 욕심을 제멋대로 채우고 있습니다. 병사를 점검하면서 富戶에는 미치지 않고, 조세를 거두는 데는 사사로이 큰 말[斗]을 만들며, 京丁을 숨겨서 자기 토지로 삼고, 양인을 모아 자기 노예로 삼는 등, 誅求가 끝이 없습니다. 어사대와 여러 도의 안렴사들을 시켜, 元惡者를 찾아내어 車裂의 형벌을 가하고, 죄가 가벼운 자는 장류하십시오.”라고 하였다. 이를 따랐다.³⁴⁾

靖宗 11년(1045)의 사료 B①은 경군의 軍丁에 꺾원이 많이 생기자 보충하게 하면서 불인 방문의 내용이다. 선군하는 과정에서 만약 꾸미고 속여 면하려고 하는 자가 있으면 칼을 썬워서 저자에 세웠다가 장 77대를 쳐서 섬에 유배하도록 법령을 세워 고시하였다. 앞 절에서 살핀 무편년 과조적 기사에서 참형을 대체하여 척장 50에 부처하고 교형을 대체하여 척장 40에 부처한다고 규정한 것과 비교해보면, 이 사료에서 장 77에 섬으로 유배한 것은 매우 중형이었다. 물론 척장이 아니었을 가능성도 있지만, 칼을 썬워 저자에 세워 놓았다가 섬으로 장류한 것을 보면, 앞 절에서 살핀 것처럼 홀형으로서 시행한 것이 아니라 사람들에게 경각심을 주기 위해 시행한 중형임에 틀림없다.

사료 B②와 ③은 고려 말 공민왕 때의 사료들이다. 고려후기에 토지와 노비 관련 소송이 폭주하였다. 그런 가운데 본인 것이 아니라는 판결에도 불구하고 권세 있는 사람들이 그대로 권리를 행사하려고 하는 이른바 잉집이나, 불법적인 방법으로 남의 토지와 노비를 탈점하는 據執 현상이 많았다. 그렇게 되자 공민왕 원년(1352)에 B②의 규정을 입법하여, 판결이 끝난 뒤에도 잉집하는 관리들에 대하여 처벌하는 판을 내려서 5품 이하의 잉집자는 장류시킨다고 하였다. 공민왕 7년(1358)에는 B③처럼 도평의사가 향리들이 토지와 노비를 탈점하거나 징병과 조세수납과정에서 부정을 저지르는 문제를 지적하면서 대책을 건의하였다. 그런 부정과 비리를 막기 위하여 죄의 경중에 따라 거열이나 장류로 처벌하고자 하였는데, 왕이 그렇게 하도록 재가하였다.

위 사료들을 통하여, 특정 범죄에 장류형을 적용하여 중형으로 다스리겠다는 의지를 보인 개별입법사례들을 검토하였다. 정종 때 선군과정에서 속여 면하려고 하는 자에 대한 처벌로서 장류형을 이용하였고, 공민왕 때 노비를 잉집하는

34) 『고려사』 권85, 형법2 금령 공민왕 7년 4월.

관리 및 토지 탈점이나 징병·조세수납 부정을 자행한 향리에 대한 처벌로서 장류형을 적용하였다. 이 세 사례는 고려전기와 후기에 걸쳐서 당시 긴박한 현안 문제들을 해결하기 위하여 관련 법 위반자에게 장류형을 써서 엄벌에 처하겠다는 정부의 의지를 보여주려고 하였던 사실을 보여준다.

다음은 장류형을 써서 유형보다 더 중형으로 처벌한 실제 집행사례들을 살펴보자.

B④ 金致陽은 (중략) 千秋太后 皇甫氏의 外族이다. (중략) 일찍이 거짓으로 사발하고 천추궁에 출입하면서 자못 추문이 났다. 성종이 그것을 알고 먼 곳으로 장배하였다.³⁵⁾

⑤ (靖宗 9년) 有司에서 아뢰기를, “重光寺造成都監使 鄭莊이 서리 承迪과 함께 監臨하는 물건을 도둑질 하였으니, 법에 준하여 장배하기를 청합니다.”라고 하였다. 制하여 가벼운 형벌[輕典]을 적용하라고 하였다. 어사대에서 울대로 科斷하기를 논칭하니, 윤택하였다.³⁶⁾

⑥ (숙종 6년) 廣明寺 승려 光器와 主簿 孫弼, 進士 李震光 등이 陰陽書を 위조하였다가 발각되어서 장류하였다.³⁷⁾

성종 때의 사료 B④는 사료상 고려시대 장류형에 대한 첫 기록이다. 김치양은 천추태후의 외족으로서 태후가 홀로 된 후에 태후의 거처에 출입하면서 추문을 일으켰는데, 성종이 알고 그를 먼 곳으로 장류하였다. 왕실의 추문을 일으킨 당사자에 대하여 왕명으로써 장류시킨 것이다.

靖宗 9년(1043)의 사료 B⑤는 감람한 물건을 도둑질한 重光寺造成都監 관리들에 대하여 장류형으로 처벌한 내용이다. “准法杖配”라고 한 표현을 미루어보면, 감람관이 자신이 관할하고 있는 물품을 훔쳤을 경우에 장류로 처벌하는 법률이 정종 9년(1043) 이전에 정해졌다는 사실을 알 수 있다. 그렇지만 왕이 가벼운 형벌을 적용하라고 명령하자, 어사대에서 울대로 처벌해야 한다고 간쟁하여 관철시켰다. 당률에 따르면 監臨主守自盜에 대한 처벌은 일반적인 도죄에 2

35) 『고려사』 권127, 열전40 叛逆1 金致陽.

36) 『고려사』 권6, 靖宗 9년 9월 정축.

37) 『고려사』 권11, 숙종 6년 3월 경진.

등을 가중하고 30필에 교형으로 처벌하였으며, 주형에 除名을 부가하였다.³⁸⁾ 그런데 당에서는 盜와 枉法受贓 등의 죄는 무겁게 처벌하여 先決杖하는 別舍도 만 들었는데, 이 선결장제도에 대해서는 뒤에 상론하기로 한다. 송에서도 감림주수 자도죄는 무겁게 처벌하여 유형에 이르면 本州의 牢城부대에 편입시켰고, 그런 배군형에는 통상 장형을 병과하였다.³⁹⁾ 이와 비슷하게 고려에서도 감림주수자도 죄를 무겁게 인식하여 장류로 처벌하였던 것이다.⁴⁰⁾

사료 B⑥는 음양서 위조죄를 장류로 처벌한 사례이다. 12세기 사회변화 속에서 왕조의 운세가 쇠퇴하기 때문에 延基와 부흥을 위한 비상한 조치가 필요하다는 설이 퍼졌다. 그런 의식이 만연하자 예종 원년(1106)에는 정부에서 음양지리 서들을 刪定하여 『海東秘錄』를 편찬하기도 하였다.⁴¹⁾ 음양지리 지식을 국가가 관리하겠다는 의도였다. 국가의 운명을 논하는 음양지리 지식이 공인되지 않은 내용으로 민간에서 유포되면 지배질서에 위협이 될 수 있었다. 그런 맥락에서 음양서를 위조한 사람들에 대하여 속중 때 장류라는 중형으로 처벌하였던 것이다.

이상의 실제 시행 사례들을 통하여, 왕실의 추문을 일으킨 죄, 감림하는 물건을 도둑질한 죄, 음양서 위조한 죄 등을 대상으로 중형으로서 특별히 장류형을 시행하였던 것을 살펴보았다. 앞에서 다룬 개별입법법령들과 함께 보면, 고려시대에 장류형으로 처벌한 범죄들이 많이 있었던 것을 알 수 있다. 그런 범죄들은 해당시기의 지배질서를 위협하는 요인이라고 인식하여 사형과 유형 사이의 중형으로서 특별히 엄하게 처벌하였던 것이다.

한편 정치적으로 죄를 입은 사람을 숙청하여 왕명으로 장류형에 처한 사례들도 많이 발견된다. 특히 고려후기에는 이런 사례들이 많기 때문에 몇 가지만 뽑아 살펴보겠다.

38) 『唐律疏議』 권19, 賊盜 監臨主守自盜: 같은 책 권2, 名例 除名.

39) 『慶元條法事類』 권17, 文書門2 毀失 旁照法 盜賊勅 “諸監臨主守自盜財物 罪至流 配本州 (謂非除免者) 三十五匹絞”. 전영섭, 2009 「監臨自盜及受財枉法條를 통해 본 동아시아에서 高麗律의 위치」, 『지역과 역사』 25 참조.

40) 고려에서 監臨自盜罪는 장물의 다소에 관계 없이 모두 除名과 歸鄉刑을 부가하기도 하였다(『고려사』 권84, 형법1 직제 편목의 첫 무편년기사와 현종 7년 5월 條).

41) 『고려사』 권12, 예종 원년 3월 정유.

의종 5년(1151)에 환관 정함을 비롯한 국왕측근세력이 득세하자 대간의 간쟁이 벌어졌다. 왕의 비호에도 불구하고 측근세력이 코너에 몰리게 되자, 그들은 왕위계승에서 의종과 경쟁관계였던 대녕후를 역모로 고발하여 정치적 희생양으로 삼아 자신들의 입지를 회복 강화하려고 하였다. 그 과정에서 그들은 정서·임극정 등의 외척관료들이 대녕후와 사적으로 교제하고 있다고 고발하였으며, 이 문제에 대해 대간들도 처벌에 동조하는 입장을 보였다. 어사대가 가둔 정서·양벽·김의련 등을 왕이 풀어주었지만, 대간이 처벌을 고집한 결과 그들을 장류하였다.⁴²⁾

충렬왕대 말에는 왕의 측근세력과 충선왕 지지세력 사이에 대립이 격화되고 이른바 重祚현상이 벌어졌다. 그 과정에서 吳演이 왕유소 등과 함께 충렬왕의 측근세력으로 활동하였다. 그러다가 충렬왕 33년(1307)에 전왕인 충선왕이 원에서 武宗이 즉위하는 데 공을 세워서 권력을 장악하고 오연과 그의 아우 漣 등을 섬으로 장류하였다.⁴³⁾ 당시 유배하였던 충렬왕의 측근들은 충선왕 원년(1309)에 대개 방면하였지만 오연은 鎭邊所에 충군시켰다.⁴⁴⁾

충숙왕 후4년(1335)에 어떤 환관이 죄를 지어 왕이 섬으로 장류하게 하였는데, 당시 처벌을 담당한 관리가 고의로 풀어주었다가 발각되어 그 관리를 섬에 장류하고 집을 적몰하였다. 그 환관의 죄가 무엇이었기에 장류하려고 하였는지는 알 수 없으나, 왕의 뜻을 거역하고 몰래 그 환관을 풀어준 관리에 대하여 왕은 장류와 적몰로 처벌하고 나아가서 궁궐노비로 삼았다.⁴⁵⁾ 왕의 심기를 거슬러 장류당한 또 다른 사례로 충정왕 원년(1349)에 金敬直을 섬에 장류한 경우를 들 수 있다. 그를 장류한 이유는 충정왕이 즉위하기 전에 왕을 헐뜯었기 때문에 왕이 이를 유감으로 여겼기 때문이었다.⁴⁶⁾ 그는 공민왕이 즉위한 뒤에 복직하였다.

공민왕 17년(1368)에는 金精·金興祖·趙思恭·兪思義 등이 辛屯을 주살하려고 하였다가 계획이 누설되어 체포되었다. 왕은 그들을 순군옥에 가두어 국문하

42) 『고려사절요』 권11, 의종 5년 5월.

43) 『고려사』 권32, 충렬왕 33년 12월 병신.

44) 『고려사』 권33, 충선왕 원년 3월 정미.

45) 『고려사』 권35, 충숙왕 후4년 윤12월.

46) 『고려사절요』 권26, 충정왕 원년 7월.

고 외방에 장류하였는데, 신돈이 도중에 사람을 보내어 모두 목을 졸라 살해하였다.⁴⁷⁾

한편 우왕 14년(1388)에는 이인임세력을 숙청하였는데, 그 처벌내용을 보면 염홍방·임견미 등은 사형하고, 李仁敏은 계림부에 봉졸로 충군하였으며, 李璣·都兪 등은 장류하고, 權執經·李稷 등을 유배하였다. 이인임은 京山府에 안치하였다.⁴⁸⁾ 이 사례에서는 한 사건에 연루된 사람들을 처벌하면서 사형, 충군, 장류, 유배, 안치 등을 경중에 따라 차등적으로 적용하였던 점이 주목된다.

고려후기에는 정치적 사건을 처리하는 과정에서 장류형을 적용하거나 장형을 동반한 충군형을 적용한 사례가 많았다. 충군형과 장류형은 다 같이 사형과 유형 사이의 사이에 위치하는 것이지만 법제사적 성격이 다르고, 위의 우왕 14년 사례에서처럼 분명히 구분되었다. 그리고 충군형은 군역을 부과하는 것이기 때문에 장형을 동반한 충군형은 장류형보다 훨씬 고통스러웠을 것이다. 그런데 장류라고 기록된 사례가 다른 사료에서는 충군형으로 기록된 경우도 있다.⁴⁹⁾ 원래 충군형이었을 것이지만, 것처럼 사료 기록에서 형명을 혼동한 이유는 두 형벌이 장형을 가하여 원지로 추방하다는 형태에서는 같았기 때문이었을 것이다.

3. 黥配刑의 기능과 실태

1) 鋏面刑(黥刑)의 규정

삼면형이나 墨刑, 黥刑, 刺字刑 등으로 불린 형벌은 죄인의 신체에 기호나 글자를 새겨 넣는 형벌이었다. 중국 고대에는 劓刑, 剕刑, 宮刑, 大辟 등과 함께 肉刑의 하나로서 시행하였다. 漢 文帝 때 육형을 폐지하였는데, 그 과정에서 제기된 논의를 보면, 지체를 자르고 피부에 새기는 형벌을 받으면 원상회복이 불가능하다고 하였다. 그래서 잘못을 반성하고 선행을 하려 하더라도 방법이 없게

47) 『고려사절요』 권28, 공민왕 17년 10월.

48) 『고려사절요』 권33, 우왕 14년 정월.

49) 채웅석, 2005 앞의 논문, 229면 및 234면.

되며 평생 동안 그 신체를 온전히 할 수 없어지기 때문에, 그런 형벌은 고통스럽고 또 부덕한 것이라고 인식하였다.⁵⁰⁾

육형은 仁政사상의 견지에서 보면 폐지해야 마땅한 것이었지만, 목형의 경우에는 몸을 불구로 만들지 않으면서도 범죄사실을 영구히 각인시켜 욱되게 하고, 그에 따라 다른 사람에게도 가시적인 경고표지로 삼을 수 있는 효과가 있었다. 자자형을 받는 고통도 태형이나 장형보다 더한 것이라고 여겼다.⁵¹⁾ 그렇기 때문에 그 행형효과를 고려하여 당에서 오형체계가 정형화된 뒤에도 율 외의 형벌로서 詔勅에 의하여 시행되기도 하였다.

한국사에서 삼면형은 사료상으로 볼 때 통일신라 이전에는 확인 할 수 없고, 고려시대에 비로소 발견된다. 그리고 목형이나 자자형이라고 지칭한 사례는 없고 삼면형이나 경형의 명칭을 사용하였다. 특히 범규정 내용을 담고 있는 사료들은 거의 대부분 삼면형이라고 썼다. 자자형의 경우에 얼굴 이외에 귀 뒤, 팔꿈치, 목 위 등의 부위에 자자하기도 하였지만,⁵²⁾ 삼면형은, 비록 명확한 규정은 찾을 수 없으나, 그 용어의 의미로 보아 얼굴에 자자하였던 것으로 추측할 수 있다.

삼면형이나 黥配刑을 적용한 법령을 형법지에서 무편년 과조적 기사로 몇 가지 찾아 볼 수 있다. 그러면 관련 사료들 가운데 그 법령들을 비롯하여 범규정 내용을 담고 있는 사례들을 먼저 검토해보자.

㉠ 소를 잡은 사람[宰牛人]은 良·賤을 물론하고 삼면하고 형을 판결, 집행하여 멀리 떨어진 육지의 주현에 충입시킨다.⁵³⁾

㉡ 도둑질을 한 죄를 범하고 配所에서 도망한 자는 형을 판결, 집행하여 삼면하고 멀리 떨어진 육지의 주현으로 유배한다.⁵⁴⁾

50) 『漢書』 권23, 형법지3 文帝 13년 육형 폐지 詔令 “今人有過 教未施而刑已加焉 或欲改行爲善 而道亡繇至 朕甚憐之 夫刑至斷支體刻肌膚 終身不息 何其刑之痛而不德也 豈稱爲民父母之意哉 其除肉刑 有以易之”

51) 『세종실록』 권45, 11년 7월 갑술.

52) 『續資治通鑑長編』 권362, 元豐 8년 12월 계유; 『세종실록』 권100, 25년 6월 신묘.

53) 『고려사』 권85, 형법2 금령.

54) 『고려사』 권85, 형법2 도적.

- ③ (현종 4년) 判하여, “良人이 되려고 다시 소송하는 還賤奴婢는 장형을 가하고 삼면하여 주인에게 돌려준다.”고 하였다.⁵⁵⁾
- ④ (문종 3년) 判하여, “세 번 도망친 公·私의 노비는 삼면하여 주인에게 돌려준다.”고 하였다.⁵⁶⁾
- ⑤ (문종 8년) 將作監의 상인이 고의로 官炭庫를 태웠기 때문에 판결하여 처장 20과 삼면하여 섬으로 유배하도록 하였다.⁵⁷⁾
- ⑥ (인종 14년) 詔하기를, “지금 法官이 소를 잡은 자를 살인죄에 준하여 논죄하고 삼면을 하여 섬으로 유배하고 있다. 이는 律文의 본뜻이 아니다. 이제부터 本罪로써 처벌하라.”고 하였다.⁵⁸⁾
- ⑦ (명종 3년) 執奏 李義方이 平斗量都監을 설치하였다. 말[斗]과 되[升]〈를 사용할 때〉는 모두 평미레[概]를 사용하게 하였으며, 이를 위반하는 자는 黥刑을 가하여 섬으로 유배하였다. 그렇지만 한 해를 넘기지 못하고 다시 처음처럼 되었다.⁵⁹⁾
- ⑧ (명종 15년) 어떤 南原郡 사람이 郡吏와 틈이 생겨, 그 집에 가서 군리를 기둥에 묶고 집에 불을 질러 태워 죽였다. 군신들이 鬪殺로써 논죄하라고 議論를 제시하였다. 왕이 制하여 이르기를 “죄상을 규명하되, 마땅히 삼면하고 充常戶刑을 적용하라.”고 하였다.⁶⁰⁾
- ⑨ (충선왕 즉위년) 敎하기를, “(중략) 전에 유배한 자로서 국가에 대한 謀亂, 불충·불효, 살인강도, 謀故劫殺 등으로 삼면 充常戶한 자를 제외하고 나머지 섬으로 들어간 자는 출륙하여 鄉에 남도록[餘鄉] 하고, 향에 남은 자는 조정에 나아가 왕을 배알할[朝見] 수 있게 하며, 왕을 배알한 자는 채용하도록 한다. (중략)”고 하였다.⁶¹⁾

사료 C①과 ②는 법령으로 간주되는 형법지의 무편년 과조적 기사이다. 전자는 소를 잡은 宰牛人에 대한 형벌규정으로서 삼면형을 가하고 형을 판결, 집행하여 멀리 떨어진 육지의 주현에 충입시킨다고 하였다. 소는 농사에서 쓰임새가 중하기 때문에 중농주의를 표방한 왕조에서 고의로 도살하는 것을 엄금하고 위반하면 중형으로 처벌하였다.

55) 『고려사』 권85, 형법2 노비 현종 4년.

56) 『고려사』 권85, 형법2 노비 문종 3년.

57) 『고려사』 권85, 형법2 금령 문종 8년.

58) 『고려사』 권85, 형법2 흘형 인종 14년 5월.

59) 『고려사』 권85, 형법2 금령 명종 3년 4월.

60) 『고려사』 권84, 형법1 살상 명종 15년 8월.

61) 『고려사』 권33, 충선왕 즉위년 정월 무신.

이 규정과 관계된 사료가 인종 14년(1136)의 C⑥이다. 당시 소를 도살한 자를 殺人罪에 준하여 논죄하여 삼면형을 가하고 섬에 유배하는 것은 율문의 본뜻이 아니기 때문에 本罪로써 처벌하라고 하였다. 이 내용을 C①과 비교해보면, 원륙지와 섬이라는 유배지의 차이가 있기는 하지만 소를 도살한 사람에 대하여 삼면 유배형을 적용한 것은 공통적인데, 아마 C①의 법조문이 인종 14년 이전에 왕명으로 이미 만들어졌을 가능성이 높다. 그리고 인종 14년의 조서 상에서 언급된 본죄는, 당률에서 고의로 官·私의 말이나 소를 도살한 자는 도형 1년 반에 처하며 贓罪가 무거운 경우에는 盜에 준하여 논죄한다는 조문이나 송에서 勅으로 고의로 관·사의 말이나 소를 도살한 자는 척장 20과 배역 1년으로 처벌한다고 정한 규정에 해당한다고 여겨진다.⁶²⁾ 송의 절장법에서 척장 20과 배역 1년이면 유 3천리에 해당하였기 때문에 소·말을 도살한 행위를 당보다 송에서 훨씬 중형으로 다스렸다는 것을 알 수 있다. 고려에서는 송보다도 더 중형로 다스려서 살인죄로 처벌하는 법을 왕명으로 입법하였던 것이고, 그 후 인종 때에 그렇게 처벌하는 것이 가혹하다고 하여 율에 정한 대로 처벌하게 한 것이다. 그러다가 고려말 공양왕 원년(1389)에 올린 趙浚의 상소문에서 소를 도살한 자를 다시 살인죄로 논죄하도록 건의하였다.⁶³⁾

사료 C②의 규정은 배소에서 도망한 盜犯에 대해서 삼면형을 가하고 먼 육지의 주현으로 유배한다는 내용이다. 당률에서는 유형이나 도형 죄인이 복역 중에 도망하면 도망일수에 따라 형량을 계산하여 태형과 장형에 처하였다.⁶⁴⁾ 고려에서는 어느 시기엔가 배소에서 도망친 도범의 경우에 특별히 중형으로 처벌하여 삼면 유배형에 처하도록 C②의 규정을 만든 것이다. 조선전기에도 절도범이 섬에 유배되었다가 도망 나오는 문제점에 대한 대책으로서 자자형을 거론하고 있어서 참고가 된다. 그에 따르면 절도범 가운데 再犯과 三犯 등을 섬에 가두는 것은 출입을 막아 그곳에서 일생을 마치도록 하는 것인데, 그 출입 금지 규약이

62) 『唐律疏議』 권15, 廐庫 故殺官私馬牛; 『宋刑統』 권15, 廐庫 故殺誤殺官私馬牛 말미의 臣等參詳.

63) 『고려사절요』 권34, 공양왕 원년 12월 임인.

64) 『唐律疏議』 권28, 捕亡 流徒囚役限內亡.

서지 않아서 계속 도망 나와 여전히 도둑질한다고 하였다. 그렇기 때문에 임시로 중한 법을 적용하여 도망한 자는 철저히 체포하되, 절도 재범이면 얼굴에 자자하고, 삼범은 斷筋하며, 재범이면서 두 번 도망친 자는 斷筋을 더하고 장100에 本島로 돌려보내며, 삼범이면서 두 번 도망친 자와 재범이면서 세 번 도망친 자는 竊盜三犯律에 따라 단죄하자는 건의가 제기되었다.⁶⁵⁾

여러 번 도망친 노비 또는 다시 양인이 되려고 소송을 하는 還賤奴婢에 대해서도 삼면형을 가하였는데, 그 관련 규정이 사료 C③과 ④이다. 환천노비는 放良되었다가 本主를 모욕하거나 본주의 친척과 대항하였다는 등의 사유로 다시 노비로 환원된 사람을 말한다. 성종 6년(987)에 방랑된 노비가 시간이 지나면서 주인을 업신여길까 우려하여 그런 노비를 다시 환천시키는 법령을 반포하였다.⁶⁶⁾ 그리고 현종 4년(1013)에 C③처럼 그런 환천노비가 다시 양인이 되려고 소송하면 장형을 가하고 삼면하여 주인에게 돌려주도록 하는 법령을 제정하였다. 이 경우에는 장형이 주형이고 삼면형이 부가형이었다. 또한 노비제도를 유지하기 위해서는 도망노비에 대한 처벌을 엄하게 할 필요가 있었으며, 그 일환으로 C④처럼 문종 3년(1049)에 세 번 도망친 노비에 대하여 삼면하고 주인에게 돌려주었다. 이 판문의 경우에는 삼면형이 마치 주형처럼 되어 있지만 그런 것은 아니었다고 판단된다. 당률을 보면 관·사노비가 도망한 경우에 1일을 경과하면 장 60대에 처하고 3일마다 1등씩 더하였다. 그리고 그 죄목의 최고형을 유형으로 하되 도형과 유형에 해당할 경우 장형으로 대체하였고 장 200대에 그쳤다.⁶⁷⁾ 고려에서도 이와 비슷한 내용으로 주형을 삼았을 것이며, 한두 번이 아니라 여러 번 도망치면 삼면형도 부가하겠다고 강력한 의지를 나타낸 것이 위의 판문이라고 판단된다.⁶⁸⁾

65) 『세종실록』 권68, 17년 6월 갑인: 같은 책 권69, 17년 7월 무술.

66) 『고려사』 권85, 형법2 노비 성종 6년 7월.

67) 『唐律疏議』 권28, 捕亡 官戶奴婢亡: 같은 책 권6, 名例 官戶部曲官私奴婢有犯.

68) 도망노비에게 경형을 가한 것은 풀과 西魏에서도 보인다. 『太平御覽』 권648, 刑法部14 黥 “晉令曰 奴婢亡 加銅青若墨黥 黥兩眼后 再亡 黥兩頰上 三亡 橫黥目下 皆長一寸五分 廣五分”: 『北史』 권5, 魏本紀5 西魏文帝 大統 13년 2월 “詔 自今 應官刑者 直沒官 勿刑 亡奴婢應黥者 止科亡罪”

문종 8년(1054)의 사료 C⑤를 보면, 관청창고에 고의로 불낸 죄에 대한 형벌로서 삼면·척장·배도의 형벌을 병과하였다. 하나의 죄에 대하여 세 가지 형벌을 병과한 형태이다. 당률을 살펴보면 관부의 廩舍를 고의로 태운 자는 도형 3년에 처하고 소실된 재물을 장물로 계산하여 5필이 되면 2천리 유형, 10필이 되면 교형에 처하였다. 그리고 송에서는 관의 창고를 태운 자를 교형에 처한다는 勅을 제정하였다.⁶⁹⁾ 이것을 본다면 사료 C⑤의 경우에 형량이 교형에 해당하였으며, 삼면·척장·배도를 병과한 것은 행형형태로 본다면 송의 刺面配流刑과 같은 것으로서 교형의 대체형으로 시행한 것이었다고 볼 수 있다. 그리고 그런 행형은 율에 규정된 것이 아니라 왕명으로 시행하였던 것이다.

무신집권기인 명종 3년(1173)에 李義方이 量器의 제도를 정하고 검사하는 平斗量都監을 설치하고, 말이나 되를 사용할 때 모두 평미레를 사용하게 하였다. 그리고 사료 C⑦에서 볼 수 있듯이 만약 위반하는 사람이 있으면 黥刑을 가하고 섬으로 유배하게 하였다. 경대승이 집권하던 명종 11년(1181)에도 재추·중방·대간들이 모여 물가를 정하고 말과 斛을 검사하였으며 위반하면 유배하게 하였다. 당시 물가가 불안하고 말·되 등 분량을 측정하는 도구를 부정하게 사용하는 풍조가 만연하자 이런 조치들이 필요하였던 것이다.

사료 C⑨는 1298년에 충선왕이 즉위하여 내린 교서의 일부로서, 사면을 하는 내용이다. 이 사료에 따르면, 당시 謀亂, 불충·불효, 살인강도, 謀殺·故殺·劫殺 등의 중죄를 범한 죄인에 대해서는 유배하더라도 삼면하고 充常戶刑을 부가하였다는 것을 알 수 있다. 충상호형은 귀향형을 받는 상태에서 사면의 가능성마저 박탈하는 처벌로서, 귀향형보다 한 단계 더 중형으로서 시행되는 부가형이었다.⁷⁰⁾ 모란, 불충·불효, 살인강도, 모살·고살·겁살 등 당시에 특히 배격하고자 했던 범죄를 저지른 죄인에 대해서는 사면이나 원정 등의 사유로 비록 유배형에 그치게 되더라도 충상호형을 부가하고 거기에 삼면형까지 더하여 낙인찍음으로써, 그 죄인의 사회활동을 영구적으로 제한한다는 형벌효과를 기대하였다고 보인다. 공민왕 원년(1352)에 시행한 사면령에서도 불충·불효와 모살·고살·겁

69) 『唐律疏議』 권27, 雜律 燒官府私家舍宅; 『慶元條法事類』 권81, 燒舍宅財物 勅 雜勅.

70) 蔡雄錫, 1983 「高麗時代의 歸鄉刑과 充常戶刑」 『韓國史論』 9.

살죄는 사면 대상에서 제외하였다.⁷¹⁾

사료 C⑧의 내용을 검토해보면 鬪殺 죄인에 대해서도 삼면을 하고 충상호형을 부가하였던 것을 알 수 있다. 명종 15년(1185)에 향리와 다투다가 기둥에 묶고 집에 불을 질러 태워 죽인 사건에 대하여 투살죄로써 논죄하게 되었는데, 죄상을 규명하되 삼면 충상호형을 적용하라고 왕이 명령하였다. 앞에서 살핀 것처럼 당률에서 투살죄는 사형에 해당하였으며,⁷²⁾ C⑧의 사건에서 투살죄로 판단하였으니, 사형으로 처벌할 것이었으며, 이에 대하여 왕은 죄를 규명하되 삼면 충상호의 형벌을 적용하라고 명령하였다. 이에 따라 그 죄인은 추후에 赦宥의 대상이 되더라도 부가형으로서 삼면형과 충상호형은 그대로 가해졌을 것이다. 사료상 이것과 같은 조항에 능성 사람이 아이를 업은 여자를 살해한 사건에 대한 판결사례가 함께 기록되어 있다. 그 달에 왕이 편전에 나아가 형부가 아뢰 준형을 판결한 사실이 있는데,⁷³⁾ 이 사례들은 아마 그 때 내린 판결들로 추정된다.

그런데 앞의 사료 A⑦의 사례에서 문종 12년(1058) 투살죄로 논죄하면서 사유의 대상이었기 때문에 감경 대체형으로서 脊杖配島의 형벌을 가한 것을 보았다. C⑧의 내용과 비교해보면 삼면과 충상호형의 부과가 기록되지 않았는데, 실제로 당시 그런 형벌들을 부과하지 않았는지의 여부는 알 수 없다.

이상에서 살펴본 것처럼, 宰牛人, 배소에서 도망한 도범, 세 번 도망친 노비와 다시 양인이 되려고 소송을 하는 환천노비, 관청창고에 고의로 화재를 낸 자, 量器를 부정사용한 자, 모란죄, 불충·불효죄, 살인강도, 모살·고살·겁살죄, 투살죄 등에 대하여 삼면형을 가한 것을 확인할 수 있다. 이런 특정한 범죄들에 대하여 율에 규정된 오형 외의 삼면형을 써서 처벌한 것은 해당시기에 중죄 또는 특별히 금지해야 한다고 인식한 범죄에 대하여 嚴刑으로써 처벌하여 위협하고 예방하려는 의도였다.

또한 삼면형은 주형으로서 단독 적용하기보다 다른 형벌에 병과하여 시행하였던 사실도 확인하였다. 특히 위에서 살핀 사료들 가운데 다수가 외형상 삼면형

71) 『고려사』 권38, 공민왕 원년 2월 병자.

72) 『唐律疏議』 권21, 鬪訟 鬪故殺用兵刃.

73) 『고려사』 권20, 명종 15년 8월 기미.

과 유배형을 병과하는 것 같은 형태의 이른바 경배로써 처벌하는 것을 규정하고 있었다.

2) 경배형의 집행사례와 성격

위에서 살펴본 사료 C⑤에서 척장과 함께 섬으로 경배한 사례를 살펴보았는데, 그 외에도 실제로 경배형을 집행한 것을 보여주는 사료들을 많이 찾을 수 있다. 경배형은 사형과 유형 사이에 위치하는 형벌이라는 점에서는 장류와 같지만, 영구적인 낙인을 찍는다는 점에서 경배형이 더 중형으로 취급되었을 것이다.

인종 14년(1136)에 김부식이 이끄는 진압군이 서경반란을 진압하였을 때, 끝까지 주동적으로 항거했던 사람들은 성이 함락될 때 자살하였고, 사로잡힌 사람들 가운데 崔永·黃麟·德宣 등은 참형하여 효수하였다. 그 나머지는 서울로 압송하여 저항 정도에 따라 세 단계로 나누어 처벌하였는데, 그중에서 죄가 무거운 두 단계에 삼면형을 부과하였다. 즉 제일 심하게 저항한 자는 西京逆賊이라고 삼면하여 海島로 유배하고, 그 다음은 西京이라고만 삼면하여 鄉·部曲으로 유배하였으며, 나머지는 여러 지방에 나누어 안치하는 방식이었다.⁷⁴⁾ 반란에 가담한 죄인의 일부를 일반적인 유배정보다 더 중하게 처벌하여 경배하였으며, 그 경우에도 죄의 경중에 따라 삼면하는 글자 수에 차이를 두고 또 유배지를 섬과 부곡제지역으로 차등을 두어 시행하였던 것이다.

앞에서 의종 5년(1151)에 환관 정함을 비롯한 국왕측근세력이 득세하자 대간의 간쟁이 격렬하게 벌어지고 측근세력이 코너에 몰리면서 벌어진 정치적 사건을 살폈다. 그 뒤 바로 이어 정함 등은 散員 鄭壽開를 피어서 왕제 대녕후와 대간들이 역모를 꾀하고 있다고 고발하여 자신들의 입지를 강화하려고 하였다. 그렇지만 고발 내용이 誣告라고 밝혀지자, 정수개는 멀리 섬으로 경배 당하였다.⁷⁵⁾ 당물을 살펴보면 무고한 사람에게 무고한 죄만큼 되돌려 처벌하는 反坐律이 있었는데, 고려에서도 이 율에 따라 역모를 무고한 죄에 대하여 경배형을 적용하였던 것으로 보인다.

74) 『고려사절요』 권10, 인종 14년 2월.

75) 『고려사절요』 권11, 의종 5년 윤4월.

무신집권기 초기인 명종 6년(1176)에도 역모를 무고한 사건이 벌어졌다. 당시 는 정중부가 집권하던 시기였고 송유인은 그의 사위로서 권세를 누리고 있었다. 그런데 崔察松이라는 사람이 송유인이 반란을 꾀한다고 고발하였고, 무고라는 것이 드러나자 최찰송을 반좌하여 섬으로 경배하고 집을 籍沒하였다.⁷⁶⁾ 앞의 정수개 사례와 비교하여 역모 무고죄에 경배형을 적용한 것은 동일하지만 이 경우에는 적몰이 더해졌다.

위와 같은 해에 良醞同正 盧若純, 主事同正 韓受圖 등이 당시 명망이 있던 관료들의 글을 위조하여 망이의 鳴鶴所 항쟁군을 끌어들이려서 정변을 일으키려고 한 사건이 발생하였다. 당시 정중부정권은 망이가 일으킨 항쟁군을 토벌하는 데 실패하자 명학소를 忠順縣으로 승격시키고 현령과 현위를 파견하여 회유하려고 하였다. 노약순 등의 사건이 일어난 시기는 정부가 이처럼 회유책 내지 소극적 대응책을 펴던 때로서, 정권에 비판적인 일부 관료들이 망이의 항쟁군에 접선하여 정변을 일으키려고 하자 망이가 오히려 사지를 잡아 정부측에 넘겼다. 체포된 관련자들은 重房이 아된 대로 먼 섬으로 경배하는 형벌을 받았다.⁷⁷⁾

명종 24년(1194)에도 반란에 緣坐된 사람들을 경배형에 처한 사례가 있다. 그 전해에 운문·초전지역에서 金沙彌·孝心 등이 일으킨 항쟁군이 경상도 전역으로 세력을 확대하고 고려왕조를 부정하여 신라 부흥을 표방하였다. 그 항쟁군은 당시 집권하고 있던 이의민과도 연결되었다는 의혹도 받았다. 그러나 해를 넘기면서 진압군이 대대적으로 공세를 펴면서, 김사미가 투항하고 밀성 豬田村 전투에서 7천여 명이나 전사하는 등 항쟁군이 타격을 받았으며 이어 효심도 체포되었다. 그 과정에서 사로잡힌 항쟁군의 처자들을 서해도에 경배하고 계다가 여러 성의 노비로 충당하는 처벌을 하였다.⁷⁸⁾ 엄중한 반란사건에 연좌된 친속들에 대한 형벌이 경배형이었던 것이다.

무신정권 초기에는 집권무신의 권력이 확고하지 못하고 권력투쟁이 자주 벌어졌다. 그리고 정치권력이 취약하여, 중방에서 일을 처리하면 장군방에서 저지하

76) 『고려사절요』 권12, 명종 6년 3월.

77) 『고려사절요』 권12, 명종 6년 9월.

78) 『고려사』 권20, 명종 24년 10월 정유.

고 장군방에서 의견을 내면 낭장방에서 저지하는 식으로 이루어지는 바람에 政
 令이 나오면 백성들은 어디에 따라야 할지 모른다는 말이 나올 정도였다.⁷⁹⁾ 그
 런 가운데 하극상이라고 할 사건들이 많이 벌어졌다. 명종 7년(1177)에 양계 州
 鎭의 判官에는 武官을 보임하지 말자는 중방의 결정에 무관들이 불만을 품고,
 발의자였던 장군 홍중방의 길을 막고 항의하는 사태가 벌어졌다. 그리고 그 때
 하극상을 범한 무관들을 섬에 경배하는 방식으로 처벌하였다.⁸⁰⁾ 그런데 『고려사』
 의 홍중방 열전에는 配島라고만 기록하여 차이가 있다.⁸¹⁾ 이것으로 미루어 보면
 사료상 배도라고 기록된 형벌 가운데는 실제로는 경배였을 가능성도 있다고 보
 인다.

이상에서 살펴본 것에 따르면, 반란사건에 대한 처벌에서 경배형을 많이 적용
 하였던 것을 알 수 있다. 그리고 그 경우에 유배지는 죄질에 따라 향·부곡을 포
 함한 원륙지와 섬으로 차등을 두어 적용하였으며, 일반적인 유배정보다 더 중형
 으로 취급하였다.

또 경배형 시행사례 검토에서 한 가지 더 주목되는 것은 그 사례들이 사료상
 12세기에 집중적으로 나타난다는 점이다. 앞의 사료 C⑨에서 충선왕 즉위년
 (1298) 이전에 국가에 대한 모란죄에 경배와 충상호형을 부과하였던 것을 알 수
 있는데, 고려중기에 이미 그 죄에 경배형을 많이 적용하였던 것이다. 고려중기처
 량 변란·민란과 하극상 등을 비롯하여 사회적 일탈행위가 대거 발생하는 시기
 에는 국가에서 그에 대한 위협수단으로 중형을 강조하여 방지 의지를 보여주려
 는 경향이 있었다. 집권세력에 대한 도전이 잦고 신분질서가 동요한 무신집권기
 에 경배형 사례가 상대적으로 많이 보이는 것은 바로 그런 이유 때문이었을 것
 이다.

한편 고려시대에 사료 C⑤의 사례처럼 경배형을 사형의 대체형으로 활용하면
 서도 赦宥令을 내렸을 때 사형을 경감하는 대체형으로 적용한 사례는 사료상으
 로 보이지 않는다. 이것은 장류형의 용례와는 다른 점인데, 실제로 그랬는지는
 알 수 없다.

79) 『고려사』 권101, 열전14 宋諄.

80) 『고려사』 권19, 명종 7년 4월 정축.

81) 『고려사』 권100, 열전13 洪仲邦.

4. 장류형과 경배형의 법제사적 검토

한국사에서 사료상 장류형을 적용한 첫 사례는 신라 효소왕 10년(701)에 靈巖郡 太守 一吉滄 諸逸이 공을 저버리고 私를 도모하였기[背公營私] 때문에 형벌로 杖 1백을 가하고 섬에 들어가게 하였다고 한 것이다.⁸²⁾ 신라에서 이처럼 유형에 장형을 병과한 것을 北朝律의 전통을 이은 隋律에 따른 것이라고 해석하는 견해가 있다.⁸³⁾ 당에서도 유형에 장형을 병과하였지만, 그것은 개원 연간 이후에 사형의 대체형으로서 시행한 특수한 경우였다고 파악하였다. 그렇지만 위의 효소왕대 사례를 그처럼 당이 아닌 그 이전 왕조의 영향을 받은 것이라고 파악하는 것은 재검토할 여지가 있다.

북조의 北齊에서는 사형, 유형, 耐刑, 鞭, 杖으로 구별된 형벌체계를 운영하였으며, 이 가운데 유형은 사형이 마땅하지만 原情하여 죄를 감할 경우 鞭·笞를 가하고 머리를 깎아 변방의 병졸로 삼는 형벌이었다.⁸⁴⁾ 그리고 北周에서 시행한 유형에서도 笞·대 또는 杖을 병과하였다.⁸⁵⁾ 이런 전통을 이어 받아 수의 開皇律에서 유형을 1000리, 1500리, 2000리로 등급화하고 거기에 居作과 장형을 차등적으로 병과하였다.⁸⁶⁾

이와 달리 당의 오형체계는 하나의 범죄에 대하여 복수의 형벌을 가하지 않는 것이 원칙이어서, 유형에 장형을 병과하지 않았다. 그런데 실제로는 황제의 처분에 따라 사형에 대체하여 율 외의 형으로 決杖配流에 처한 경우가 많았다. 사료

82) 『삼국사기』 권8, 효소왕 10년 5월.

83) 洪承佑, 2004 「新羅律의 基本性格: 刑罰體系를 중심으로」 『韓國史論』 50, 46면.

84) 『隋書』 권25, 刑法 “河清三年 尙書令趙郡王劼等奏上齊律十二篇(중략) 其制 刑名五(중략) 二曰流刑 謂論犯可死 原情可降 鞭笞各一百 髡之 投于邊裔 以爲兵卒”

85) 위의 책 “乃命司憲大夫拓拔廸掌之 至保定三年三月庚子乃就 謂之大律 凡二十五篇(중략) 其制罪(중략) 四曰流刑五 流衛服 去皇畿二千五百里者 鞭一百笞六十 流要服 去皇畿三千里者 鞭一百笞七十 流荒服 去皇畿三千五百里者 鞭一百笞八十 流鎮服 去皇畿四千里者 鞭一百笞九十 流蕃服 去皇畿四千五百里者 鞭一百笞一百”

86) 위의 책 “其刑名有五(중략) 二曰流刑三 有一千里千五百里二千里 應配者 一千里居作二年 一千五百里居作二年半 二千里居作三年 應住居作者 三流俱役三年 近流加杖一百 一等加三十”

상으로 처음 확인되는 결장배류 사례는 측천무후 집권 초기인 684년에 무후의 심기를 거스른 太僕丞 裴仙先에게 朝堂에서 장 100을 가하고 瀼州에 長流시킨 것이 최초였다. 이 경우는 유형만으로는 처벌이 부족하다고 여기거나 또는 최고 권력자로부터 질책을 받아 시행된 형벌이었다.⁸⁷⁾ 이어 706년과 711년에 사형을 면제하여 결장배류를 한 사례가 있으며, 개원·천보 연간에 관련 사례들이 산견된다.⁸⁸⁾ 특히 현종 천보 6년(747)에 가뭄대책으로 사면령을 내려 死罪는 결장배류하고 徒罪 이하는 特免하도록 한 방식은⁸⁹⁾ 사료 A①~⑫와 같은 고려의 사면 내용과 유사한 것이었다. 그리고 개원 10년(722)에 蔣寵이라는 인물을 “言事涉邪” 죄목으로 결장배류하였는데,⁹⁰⁾ 그런 경우는 특별히 중형을 가한 것이다.

또한 당에서는 절도 등의 특별한 죄목에 대하여 先決杖하는 格勅의 別습이 있어서 장형과 유형이 결합될 수도 있었다. 선결장은 형벌을 가하기 전에 일정한 숫자의 장을 먼저 집행하여 엄형 효과를 거두려는 제도였다.⁹¹⁾ 고종 때인 669년에 을 외에 선결장 100으로 처벌하던 59개 조항 중에서 盜罪 및 죄질이 나쁜 자를 처벌하는 12개 조문을 제외한 47개 조를 폐지하였다는 기록으로 보아⁹²⁾ 당에서 선결장 제도를 많이 운용하였다는 사실을 짐작할 수 있다. 관련 법조문을 몇 가지 들어보면, 官典主司의 枉法受贓罪에 대하여 1필 이상이면 선결장 100대를

87) 『新唐書』 권117, 裴劉 附 裴仙先. 당의 配流는 원지 추방이라는 형태로 보면 유형과 비슷하지만 차이가 있었다. 을에 따르면, 관인은 실형에 처하지 않는 원칙에 따라 도형과 유형은 官當하게 하고 관당으로 다 채우지 못한 나머지 형량은 속동하게 하였다. 다만 五流罪(가역류, 반역죄에 연좌된 유형, 과실로 조부모·부모를 살해한 자손의 유형, 불효로 인한 유형, 사면령이 내려도 그대로 유형에 처해야 할 죄[會赦猶流])의 경우에는 감형하거나 속면하지 않았다. 이에 비하여 배류형은 유형의 실형을 받지 않는 관인에게도 적용하였다. 다만 관인을 배류할 경우에 배소에서 거작을 면제하였다(김택민, 앞의 책, 304-305면; 辻正博, 2010 『宋代의 配流刑と 配軍刑』 『唐宋時代刑罰制度の研究』, 京都大學學術出版會, 213면 참조).

88) 김진, 앞의 논문, 186-191면; 鄭炳俊, 1996 『唐代的 杖刑』 『魏晉隋唐史研究』 2, 146면; 仁井田陞, 1992 『中國法制史研究: 刑法』, 불함문화사, 112면.

89) 『舊唐書』 권9, 玄宗下 天寶 6년 7월 을유.

90) 『册府元龜』 권152, 帝王部 慎罰 開元 10년 윤5월 을유.

91) 鄭炳俊, 앞의 논문, 144면; 김진, 앞의 논문, 187-188면.

92) 『通典』 권170, 刑8 寬恕 總章 2년 5월; 『唐會要』 권40, 君上慎恤 總章 2년 5월 11일.

가하였고, 장례용품을 금·은으로 장식하지 말라는 금령을 어긴 자, 私鑄錢을 한 죄인, 牛·馬·驢를 죽인 私賤 등에게도 선결장을 가하였다.⁹³⁾

이런 선결장제도에 의하여 외견상 장형과 유형이 결합되는 형태로 행형이 이루어질 가능성은 충분하였다. 위에서 살핀 것처럼 景雲 3년(712)에 주무관리인 官典主司이 사건에 연루된 사람으로부터 1필 이상 재물을 받고 법을 굽혀 적용하는 범죄를 저지르면 선결장을 가한다고 입법하였다. 그런데 당률에서 枉法贓에 대한 처벌은 1필 이상이면 도형이고 6필 이상이면 유형이며 15필이면 교형에 처한다고 규정하였기 때문에, 경운 3년 이후에 6필 이상 15필 미만의 왕법장 죄에는 선결장 100을 가하고 유형에 처하였을 것이다.⁹⁴⁾

이렇게 본다면 효소왕 10년(701)의 장류형사례는 당의 선결장 제도를 수용하여 시행한 것일 가능성이 있다. 그게 아니라면 비슷한 시기에 당에서 실시하던 결장배류형을 수용하여 왕명에 의한 엄형으로서 시행한 것일 가능성이 크다.⁹⁵⁾

이상에서 살펴본 것처럼 신라에서 사형과 유형 사이에 장류형을 이미 시행하였기 때문에, 그 전통을 이어 고려는 초기부터 그 제도를 운용할 수 있었다고 생각된다. 더구나 고려는 당제를 수용한 정치기구를 갖추고 당의 법률과 정치에 대해서도 잘 인식하고 있었기 때문에, 율 외에 시행된 결장배류의 내용과 의미에 대하여 인식하였을 것이다. 그리하여 왕의 特恩 赦宥의 일환으로 사형을 대체하는 형태, 또는 특정범죄에 대해서 왕명으로 특별히 중형에 처하는 형태로 장류형을 시행하였다. 후자의 경우에 사료 B⑤에서 알 수 있듯이 관리의 감림주수자도죄 같은 경우에 장배한다고 입법을 해놓기도 하였다.

한편 주지하다시피 고려는 당의 제도와 함께 송의 정치기구, 법률 등도 수용하였다. 그에 따라 형률과 행형제도에서 송제의 영향을 받은 부분들이 적지 않았다.⁹⁶⁾

93) 『舊唐書』 권7, 睿宗 景雲 3년 4월 신축: 같은 책 권8, 玄宗 개원 2년 9월 갑인: 『通典』 권9, 食貨9 錢幣 下 永淳 원년 5월; 『唐會要』 권41, 斷屠鈞 先天 2년 6월.

94) 『唐律疏議』 권11, 職制 監主受財枉法.

95) 韓鈴和도 諸逸에 대한 장100과 入鳥 형벌은 당의 결장배류의 영향을 받아 시행한 것일 가능성이 있다고 파악하였다(韓鈴和, 2011 『韓國 古代의 刑律 研究』, 성균관대학교 박사학위논문, 183-184면).

송에서는 유형을 절장법에 따라 척장과 配役을 가하는 방식으로 대체하였다. 그리고 당에서와 마찬가지로 배류를 율 외의 형벌로서 시행하였다. 앞에서 살핀 것처럼 왕안석 등 송의 위정자들은 당에서 사형과 유형 사이의 중형으로서 別勅으로 절장배류의 법을 시행한 사실을 알고 있었다.⁹⁷⁾ 그에 따라 중죄를 범한 죄인을 엄형으로 배류하거나 사면령에 의하여 사형에서 감경된 죄인을 배류하였던 것이다. 그런데 그 배류에는 刺面과 不刺面 즉 경형이 부과되는 경우와 그렇지 않은 경우의 두 종류가 있었다.⁹⁸⁾ 당의 배류형에서는 경형을 부과하지 않았지만 송대에는 부과하는 경우가 생긴 것이다. 고려의 경배형은 이러한 송의 刺面配流刑, 이른바 刺配刑의 영향을 받아 시행하였을 가능성이 크다.

그러면 고려에서 시행한 삼면형(경형)의 법제사적 맥락을 좀더 검토해보자. 앞에서 검토한 것처럼 전한 초까지 묵형 곧 경형이 행해지다가, 漢 文帝 13년(167)에 斬趾·劓·경형을 폐지하면서 경형에 대신하여 “髡鉗城旦舂”이라는 형벌을 부과하였다. 그와 같은 肉刑 폐지 추세에 따라 다른 육형들은 시행되지 않았으나, 경형은 남북조시기 西魏 劉宋과 梁 등에서 예외적인 형태로 시행한 기록이 있다. 당률에는 경형이 없었다. 그렇지만 종종 때 上官昭容이 사형을 당하게 되자 측천무후가 재주를 아껴서 黥面하는 데 그치게 했다는 기록이 보이는 등, 당에서도 예외적인 형태로 시행되었다.⁹⁹⁾ 이어 오대시기에는 後晋 天福 연간(936~943)에 刺面과 유배를 결합하여 이른바 刺配로써 처벌한 사례가 발견된다.¹⁰⁰⁾ 그 후 주지하다시피 송에서 자자형을 받아들였고 이후의 왕조에서 형벌의

96) 仁井田陞, 1965 『唐宋の法と高麗法』 『東方學』 30; 李貞薰, 2002 「고려시대 支配體制의 변화와 中國律의 수용」 『한국사론』 33, 국사편찬위원회; 이정란, 2010 「고려전기 절장법(折杖法)의 규정과 운용」 『역사와 현실』 75; 위은숙, 2010 「고려시대 宋律 수용의 제양상」 『한국사학보』 41. 위은숙은 위의 논문에서 송률 수용 양상의 하나로 編配를 고찰하였는데, 송의 편배는 추방적 성격의 配流, 配軍, 編管 등을 총칭한 것이다(辻正博, 앞의 책, 322면).

97) 주3)과 같음.

98) 송의 배류형에 대해서는 辻正博, 앞의 논문 참조.

99) 林炳德, 2002 「中國 古代·中世의 肉刑과 髡刑」 『魏晉隋唐史研究』 9, 8면; 曾我部靜雄, 1971 「宋代의 刺配について」 『中國律令史の研究』, 吉川弘文館, 96-97면.

100) 『五代會要』 권9, 議刑輕重 后晋 “晉 天福三年八月 大理寺奏 左街韓延嗣爲百姓李延暉衝者 本街史連喝不住 毆擊致死 准律 鬪毆者原無殺心 因相鬪而殺人者 依故殺人者斬 其韓

일종으로서 널리 사용하였다. 송대의 자자형은 엄한 징벌이자 위협 효과를 노리는 형벌이었다. 특히 본래 사형에 해당하던 절도, 관리의 贓罪, 전매품의 密造密賣, 銅禁·酒禁 위반, 도박, 방화, 十惡, 造蟲 등의 범죄에 대체형으로 자배형을 적용하였다. 그리고 자배에 관한 법령이 진종대에 46조, 인종대에 54조, 효종대에 570조로 늘어나는 등 점차 적용범위가 확대되었다.¹⁰¹⁾ 송의 자배과정을 보면 본주에서 사형수를 決杖 黥面하여 국도로 호송하고(문서로만 하기도 함) 이후에 황제가 감경하여 배류에 처하였다.

이러한 송의 자자형, 자배형에 대해서 고려에서 인식하고 있었다. 『宋刑統』의 強盜竊盜條에 수록된 乾隆 3년(962) 勅節文에 절도범에 대하여 贓 5貫文 이상은 사형, 5관문 미만은 척장 20에 배역 3년, 3관문 미만은 척장 20에 배역 2년, 2관문 미만은 척장 18에 배역 1년으로 처벌하며, 1관문 이하는 죄를 헤아려 科決하되, 배역인들은 배소에서 重役을 부과하고 刺面을 하지 않으며 기간이 차면 석방하도록 한다고 규정하였다.¹⁰²⁾ 이 勅에서 송 초기부터 자면형을 시행한 사실을 볼 수 있는데, 맨 마지막 부분을 제외한 내용이 『고려사』 형법지에 무편년 과조적 기사로 수록되어 있다.¹⁰³⁾ 따라서 고려에서 이 칙문을 알고 있었고 또 그 내용 일부를 수용하였다는 것이 분명하다. 또한 문종 때의 사료 C⑤를 검토하여 관청창고에 고의로 불낸 죄에 대한 형벌로서 삼면·척장·배도의 형벌을 병과한 것을 살펴보았는데, 이처럼 한 범죄에 대하여 삼면·척장·배류의 형벌들을 병과한 것은 송에서 시행한 자배에서 볼 수 있는 행형형태였다. 그렇다면 고려의 삼면형과 경배형은 송의 자자형과 자배형제도를 받아 시행한 것이라고 보아도 될 것이다.

그런데 송의 자배와 고려의 경배 사이에는 차이점도 있었다. 송의 자배는 각지의 牢城部隊나 관영수공업장 등에서 노역에 복무하게 하였지만, 고려의 경배

延嗣准律合斬 准刑法統類節文 絞刑決重杖一百處死 勅 法寺定刑 比不因鬪毆故傷人 辜內死者依殺人論 蓋微相類 且非本條 罪有可疑 法當在宥 徒二年半 刺面配華州 發運務收管”

101) 남현정, 2007 「宋代 刺字刑의 시행과 사회적 인식의 변화」 『法史學研究』 35, 243-244면.

102) 『宋刑統』 권19, 賊盜律 強盜竊盜 乾隆 3년 2월 11일 勅節文.

103) 『고려사』 권85, 형법2 도적 “應犯竊盜 滿五貫 處死 不滿五貫 脊杖二十配三年 不滿三貫 脊杖二十配二年 不滿二貫 脊杖十八配一年 一貫以下 量罪科決 女免配”

에서는 軍中이나 관영수공업장에서 노역시킨 사실을 확인할 수 없다. 그리고 송에서는 희녕 2년(1069)에 命官 즉 관인에게는 杖·黥을 면제하고 유배 보내는 원칙을 정하였다.¹⁰⁴⁾ 당시 어떤 5품관이 왕법장의 죄를 지어 교형에 처할 것을 감경하여 척장과 함께 섬으로 경배하게 되었는데, “刑不上大夫”의 원칙에 따라 사대부의 품위를 지킬 수 있게 하자는 건의에 따라 장형과 경형을 면제하고 배류만 하게 하면서, 이후 관인에게 적용하는 범으로 삼았던 것이다. 고려에서도 관인에 대한 경배형에서 그런 우대법을 시행하였는지는 알 수 없다.

또한 고려에서 삼면형을 시행하면서 송에서처럼 刺字의 부위, 형태, 크기 등에 관한 규정이 있었는지도 확인할 수 없다.¹⁰⁵⁾ 조선 세종 때 형조에서 아뢴 내용에 따르면, 우리나라에는 자자하는 범을 의거할 데가 없다고 하면서, 자자하는 글자는 方 1寸 5分이고 매 획의 넓이를 1分 5釐로 한다고 규정한 『大明律』의 율문에 따라 시행하자고 건의한 것을 보면,¹⁰⁶⁾ 고려시대에 그에 대한 규정이 따로 없었을 가능성도 있다.

한편 충선왕 즉위년(1298)의 사료 C⑨ 이후에는 고려에서 경형을 시행한 사료가 보이지 않는다. 그렇지만 장류와 함께 경배형도 계속 시행하였을 것으로 짐작된다. 고려가 몽골 세계제국의 판도 속에 편입되면서, 원의 제도를 받아들여 사회를 개혁하자는 주장과 고려의 고유한 제도를 우선적으로 지켜야 한다는 주장이 대립하였다. 그런 가운데 대간과 전법사의 관직을 역임한 관리가 “通制條格과 本國判旨에 각별히 더 유의하였다.”고 평가 받은 데에서 볼 수 있듯이,¹⁰⁷⁾ 고려에서 고유한 법률과 원의 법률이 통용되었다. 그런데 아래에 상술하는 것처럼 원대에도 장류와 자자형을 시행하였기 때문에, 원율의 영향 속에 있었던 고려에서¹⁰⁸⁾ 장류와 경배를 계속 적용하였다고 보는 것은, 비록 그 시기 경배 관련

104) 『宋史』 권201, 형법3 熙寧 2년.

105) 송에는 熙寧 6년(1073)에 도법에 대한 형벌에서 자자하는 부위의 직경은 5분을 넘을 수 없다고 하였고(『宋史』 권201, 형법3 熙寧 6년), 영종 때 만들어진 법령에는 죄의 등급에 따라 자자의 크기를 2分~7分을 넘지 못하도록 규정하였다(『慶元條法事類』 권75, 刑獄門 斷獄令).

106) 『세종실록』 권103, 26년 정월 신미.

107) 『高麗墓誌銘集成』(金龍善 편), 「尹侁墓誌銘」.

사료가 확인되지는 않지만, 자연스럽다.

원대의 형벌체계는 사형과 장형을 골격으로 하였다. 그리고 본형인 장형에 부수되어 과해지는 부가형의 형태로 도형과 유형이 부활하였다고 파악되고 있다.¹⁰⁹⁾ 원대에 遠流는 곧 出軍이었는데, 『元史』에 기록된 오형체계상의 유형에서 남인은 요양 이북으로, 북인은 호광으로 옮긴다고 하여 장형과 자자형의 병과 여부는 기록되지 않았다. 그렇지만 원대 유형수는 대개 107下의 장형에 처하고, 경우에 따라서는 자자를 한 후, 首枷를 채워 배소까지 호송하였다.¹¹⁰⁾ 그리고 『원사』 형법지를 보면 도적질을 한 자, 禁苑에 들어가 官獸를 도살한 자, 조상의 분묘를 발굴하여 재물을 취한 자 등, 자자형을 가하는 여러 가지 죄목들이 산견된다.

고려 말에는 주지하는 것처럼 「대명률」을 수용하였다. 「대명률」에 규정된 오형을 보면 도형과 유형에 장형을 병과하여, 유형의 각 등급마다 각각 장형 1백대를 병과하였다. 곧 율에서 유형을 장류형으로 대체한 셈이었다. 위에서 살핀 것처럼 원대에 장형에 부가형의 형태로 도형과 유형이 부활하였던 것이 이처럼 명대에 도형과 유형에 장형이 병과되는 발단이 되었다고 파악할 수 있다.¹¹¹⁾ 그리고 『대명률』에서 監守自盜와 절도죄 등의 조문에 자자형을 가하는 내용을 담았다.¹¹²⁾ 그렇기 때문에 고려를 계승하고 「대명률」을 사용한 조선왕조에서 장류형과 자자형을 시행한 것은 자연스러웠다.¹¹³⁾ 그에 따라 감수자도를 비롯한 관리들의 贓罪, 소나 말을 도살한 죄, 절도죄 등에 대하여 무거운 형벌로서 장형·자자형·유배(또는 충군)를 병과한 사례들을 조선전기의 실록기록에서 다수 찾을 수 있다.

108) 金仁晷, 2002 「고려의 元律 수용과 高麗律의 변화」 『한국사론 33: 고려시대의 형법과 형정』, 국사편찬위원회: 魏恩淑, 2007 「원간섭기 元律令의 수용문제와 權貨令」 『民族文化論叢』 37: 채웅석, 2005 앞의 논문.

109) 滋賀秀三, 2003 「刑罰の歴史」 『中國法制史論集』, 創文社, 325면; 德永洋介, 1996 「金元時代の流刑」 『前近代中國の刑罰』, 京都大學 人文科學研究所, 292-293면.

110) 德永洋介, 위의 논문, 305면.

111) 德永洋介, 위의 논문, 286면.

112) 『大明律直解』 권18, 刑律 盜賊 監守自盜倉庫錢糧: 常人盜倉庫錢糧: 白晝搶奪: 竊盜.

113) 조선시대의 자자형에 대해서는 문형진, 2001 「朝鮮初 竊盜犯 처벌실태와 그 附加刑」 『朝鮮時代史學報』 19 참조.

5. 맺음말

지금까지 고려시대에 율에 규정된 오형체계와 달리 시행된 장류형과 경배형에 대하여 검토하였다. 장류형과 경배형은 기본법전에 규정된 것이 아니고 왕명으로 시행되었다. 현실에서 오형체계만으로는 소기의 행형목적이나 형정인식을 충분하게 이루기 어렵다고 여길 경우에 특별한 형벌을 왕명으로 시행할 수 있었다. 장류형과 경배형은 형벌 강도로 보면 사형과 유형 사이에 위치하였다. 행형형태로 보면 자유형인 유형에 신체형인 장형이나 경형을 병기한 듯하지만, 율에 규정된 유형과는 구분해야 한다.

장류형은 특별히 중형을 가할 사안에 적용하거나 또는 赦宥의 왕명을 반포함에 따라 사형을 감경 대체하여 시행하였다. 전자의 경우에도 유형만으로는 행형효과를 충분히 거둘 수 없다 하여 업형으로서 적용하는 경우가 있는가 하면 사형에 처할 것이지만 寬刑의 의미로 적용하는 경우도 있었다. 고려 전 시기에 걸쳐 장류형을 이용하였는데, 사형을 감경하여 대체형으로 시행한 사례는 주로 고려 전기에 발견된다.

경배형은 삼면함으로써 영구적인 낙인을 동반하기 때문에 매우 중형이었다. 사료상으로 볼 때, 시행사례가 정치변란과 민란이 대거 발생하던 고려중기에 집중적으로 보인다. 그리고 사형의 대체형으로 경배형을 활용하면서도, 赦宥에 따라 사형을 경감한 형벌로 적용한 사례는 보이지 않는다.

법제사적으로 볼 때 장류형은 당의 결장배류형이나 선결장제도의 영향을 받은 것으로 짐작되며, 이미 통일신라 때에 시행한 전통이 있고 또 고려가 당의 제도를 수용하였기 때문에 고려초기부터 이용하였던 듯하다. 경배형은 송 제도의 영향을 받아 시행한 것이다. 한대 이후 당대까지 예외적으로 시행되던 자자형이 송 이후의 왕조에서 널리 이용되었다. 그리고 송에서는 사형에 해당하는 범죄에 대체형으로 자면배류 즉 경배형을 적용하였다. 한국사에서는 사료상 고려에서 삼면형이라는 명칭으로 자자형을 처음 시행한 것으로 나타나며, 특히 삼면·척장·유배를 병기한 행형형태는 송의 자면배류형에서 볼 수 있는 것이었다. 송

이후 원과 명에서 제도적으로 유형에 장형을 병과하고 자자형을 시행하였으며, 고려는 그런 원·명률의 영향을 받았다. 그렇기 때문에 고려후기에도 계속하여 장류형과 경배형이 시행되었다.

주제어 : 杖流, 黥配, 鋏面, 刑罰制度, 重刑

투고일(2015. 4. 27), 심사시작일(2015. 5. 4), 심사완료일(2015. 5. 19)

〈Abstract〉

“*Janglyu*(杖流)” and “*Gyeongbae*(黥配)” in the Penal System
of Goryeo Dynasty

Chai Oong-Seok*

In Goryeo dynasty, the penal system was based on Five Punishment(五刑) by accepting Tang Dynasty's system. However, the gap between the death penalty and the exile was considered to be huge. Therefore, other punishments were legislated in order to make up the gap. “*Janglyu*(杖流)” and “*Gyeongbae*(黥配)” were some of those punishments. *Janglyu* and *Gyeongbae* were not provided in the Code but imposed by the king's command.

Janglyu was the exile together with flogging. It was imposed on the criminals who deserved heavy punishment in particular. It was also alternative for the death penalty when Decree of Amnesty was distributed. *Gyeongbae* was the exile together with “*Sapmyeon*(鋏面, facial tattoo punishment)”. It was a very heavy punishment because ‘scarlet letter’ was accompanied. It was frequently implemented in the 12th century when coups and people's revolts were largely erupted.

From the point of the legal history, *Janglyu* is considered to have been influenced by Tang's “*Gyeoljangbaelyu*(決杖配流)” or “*Seonkyeoljang*(先決杖). *Janglyu* was used from the beginning of Goryeo since it was also likely to be the tradition in the Late Silla and Goryeo accepted Tang's legal system. And *Gyeongbae* was conducted by accepting Sung dynasty's legal system.

Key Words : *Janglyu*(杖流), *Gyeongbae*(黥配), *Sapmyeon*(鋏面), The Penal System, heavy punishment

* Professor, Department of Korean History, Catholic University of Korea.