『종교와 문화』 제44호
서울대학교 종교문제연구소, 2023. pp. 111-143

‘법률의 유가화’라는 관점에서 본 한대의 효와 불효*

이 연 승**

Ⅰ. 들어가는 말
Ⅱ. 한대 효의 공화(公化) 양상: 불효의 입률(入律)과 춘추결옥
Ⅲ. 불효입률(不孝入律): 불효에 대한 법적 규제
Ⅳ. 춘추결옥에 나타난 효/불효
Ⅴ. 나가는 말

Ⅰ. 들어가는 말

‘법률의 유가화’[法律儒家化]란 취통주(瞿同祖)가 1948년에 발표한 문장인 「중국 법률의 유가화」라는 제목에서 명시된 개념이다.1) 일부 연구자들이 지적했듯이, 이보다 먼저 천인커(陳寅恪)가 고대 중국에서 예(禮)와 율(律)의 관계는 밀접하였으며, 사마씨의 진(晉)에서 제정한 형률(刑律)이 특히 유가화되었다고 말한 바 있었다.2) 양자가 어느 정도 중첩되는 내용에 기반을 두고 유사한 주장을 펼친

* 이 논문은 2019년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2019S1A5A2 A03048807).

** 서울대학교 종교학과 교수

1) 이 글은 본래 『國立北京大學五十周年紀念論文集』(文學院 第四種, 北京: 北京大學出版部, 1948)에 실렸으며, 타이완에서 1984년 출간된 『中國法律與中國社會』(臺北: 里仁書局, 1984)에는 수록되어 있지 않지만, 『中國法律與中國社會』(北京: 商務印書館, 2010)라는 책의 부록으로 들어가 있다. 본고는 2010년에 실린 부록으로 실린 「中國法律之儒家化」를 인용한다.

것이 사실이나, 중국 전통사회에서 법률의 변화 양상을 유가와 법가, 예와 법의 구도를 통해서 지속적으로 정리, 해석한 취통주에 의하여 '법률의 유가화'라는 명제는 인구에 회자되었고, 특히 중국 법률사의 영역에서 핵심적 주제 중의 하나로서 큰 영향력을 가지게 되었다. 취통주는 위 문장의 목적은 법률의 유가화가 언제 시작되었고 그 경과는 어떠했는가를 탐구하는 것이라고 하면서, 본문에서 다음과 같은 표제어를 제시하며 논의하였다. 첫째, 진・한의 법률은 법가가 제정했고 순수하게 법가 정신에 근본을 두고 있으며, 둘째, 법률의 유가화는 한대에 이미 싹트기 시작했고, 셋째, 유가의 체계적인 법률 수정은 조위(曹魏)시대부터 시작되었다는 것이다.3) 또한 이 글의 마지막 문단에서는 다음과 같이 결론을 정리하였다.

> 요약하여 말하자면, 중국 법률의 유가화는 위・진에서 시작하여 북위・북제에서 이루어졌으며, 수・당이 이를 채택하여 사용한 후 중국 법률의 정통이 되었다. 그사이에 오랜 기간의 복잡한 과정을 거쳐 준비하고 성장하여 끝내 완성되었다.4)

법률의 유가화가 한대에 이미 싹트기 시작했다고 하는 말과 법률의 유가화가 위진 시대에 시작했다는 말은 문면상 모순으로 보이는데, 이는 취통주가 법률의 유가화에 대하여 정신적 기준과 텍스트상의 기준이라는 두 가지 기준을 가지고 있었기 때문이라는 리친통(李勤通)의 지적이 타당하다고 생각된다. 즉, 중국 법률의 정신과 내함은 한대에 변화하기 시작했고, 중국 법률 텍스트의 체계적인 변화는 위진 시대에 나타났다고 보았다는 것이다.5) 취통주는 한대에 여러 유가가

---

2) 예컨대, 李勤通의 「法律儒家化及其解釋力」(『學術月刊』 52 (2020))과 武樹臣의 「變革, 繼承與法的演進: 對'古代法律儒家化'的法文化考察」(『山東大學學報』(哲學社會科學版) 6 (2012))에서는 陳寅恪이 『隋唐制度淵源略論稿』(1940년 발표, 1944년 출간)에서 형률의 유가화에 대한 언급을 했다고 지적하였고, 아울러 瞿同祖의 '법률의 유가화'라는 말이 학계에서 영향력을 가지게 되기까지의 상황을 그의 『中國法律與中國社會』라는 저서와 관련지어 상세히 기술하고 있다.

3) 瞿同祖, 「中國法律之儒家化」, 각각 379, 380, 384에 보인다.

4) 瞿同祖, 「中國法律之儒家化」, 399.

5) 李勤通, 「法律儒家化及其解釋力」, 159.

법률을 주석하였고, 유가 경전의 교의로써 옥사를 판결했던 경의결옥(經義決獄)을 가리켜 법률의 유가화가 한대에 싹트기 시작했다는 증거라고 기술하였다.[6] 그러나 그가 말하는 ‘법률의 유가화’는 주로 법률 텍스트로서의 형률의 유가화에 초점을 맞추고 있고,[7] 따라서 그는 진율(晋律)에서 유가화가 시작되었다는 천인커의 주장을 수정하여 조위(曹魏)에서 시작되었음을 제시하는 세 번째 표제의 설명에 많은 편폭을 할애하였던 것으로 보인다.

1970년대 이후 수호지진간(睡虎地秦簡), 장가산한간(張家山漢簡) 등 출토자료가 등장하자, 여기에 나타난 소위 ‘유가’ 사상의 내용에 이목이 집중되었고, 특히 취통주가 법률의 유가화 과정을 서술하면서 제기했던 세 가지 표제어 가운데 첫 번째와 두 번째의 내용이 직접적인 도전을 받게 되었다. 즉, 진한의 법률이 결코 ‘순수하게 법가 정신에 근본을 두고 있다’고 할 수 없을 뿐 아니라 이미 전국시대의 형률에 ‘유가적’ 요소가 있었음을 위의 출토자료들이 여실히 보여주었던 것이다.[8] 그렇다면 여기에서 말하는 ‘유가적’ 요소란 무엇인가? 먼저, 취통주는 중국 고대 법률의 두 가지 중요한 특징으로 가족주의와 계급 개념을 들었고, 이 두 가지는 “유가 이데올로기의 핵심이자 중국 사회의 토대이며, 중국 법률이 지키고자 치중하는 제도와 사회질서”라고 하였는데,[9] 그의 논의로 미루어보자면 이러한 요소는 한 무제 이전에는 없어야 마땅한 것이다. 그런데 가족주의와 계급 개념이 전국 말과 진・한초의 법률에도 반영되어 있으니, 과연 이러한 요소들을 ‘유가적’이라고 단정할 수 있는지를 재고할 필요가 생긴 것이다. 양쩐홍(楊振紅)은 이

6) 瞿同祖, 「中國法律之儒家化」, 382.

7) 李勤通, 「法律儒家化及其解釋力」, 159; 武樹臣은 瞿同祖의 ‘법률의 유가화’ 및 이에 대한 다양한 찬반이나 평가에서 사용하는 ‘법률’ 개념이 대체로 ‘형사법률’을 가리키며, 형사 이외의 민사, 경제, 행정 등 분야의 법률제도까지 미치지 않는다고 지적하였다. 武樹臣, 「變革, 繼承與法的演進: 對‘古代法律儒家化’的法文化考察」, 2.

8) 崔永東은 ‘孝’, ‘尊老愛幼’, ‘가정 윤리의 維護’라는 세 가지 측면에서 張家山漢簡이 유가적 가치를 지지하는 법률사상을 반영하고 있다고 지적하였다. 崔永東, 「張家山漢簡中的法律思想」, 『法學硏究』 3 (2003): 140-142.

9) 瞿同祖, 『中國法律與中國社會』 (北京: 商務印書館, 2010), xii; 「導論」에 실린 이 구절은 中華書局의 2003년 新1版 排印本에 처음 등장하는 것으로 보인다. 1984년 臺北 里仁書局版의 「導論」에는 보이지 않는다.

문제에 관하여 상세하게 논의한 바 있는데, 그녀의 핵심적 주장은 진한률에 내포된 가족주의와 계급 관념은 그 수립 초기부터 존재했으며 결코 법률이 유가화된 결과가 아니라는 것이다.[10] 다시 말하면, 진한률의 기본적인 틀과 원칙은 상앙에 의하여 확립된 것이며,[11] 이는 법률 적용에 있어서 차별성의 원칙을 드러내고 있는 위계적 법률로서, 존비・귀천・장유・친소 등 위계적 사회를 구축하고, 관료제 국가의 질서를 유지하고자 했다는 것이다.[12] 따라서 양쩐홍은 예와 법이라는 구분을 전제하면서 '법률의 유가화'를 주장하는 취통주의 논의를 전면적으로 부정하고 있다.[13] 아울러 제프리 맥코맥(Geoffrey MacCormack)이 지적했듯이 '법률의 유가화'라는 명제가 성립하려면, 전제조건으로서 순수한 '유가사상'에 입각한 일련의 행위규범이 있어야겠지만,[14] 순수한 법가의 정신을 규명하는 것이 불가능하듯 이 역시 입증할 수 없다. 그러나 '법률의 유가화'라는 명제는 폐기되어야 하기보다는[15] 새로운 자료와 문제의식으로 연구함으로써 구체적인 내용이 수

---

10) 楊振紅, 「從出土秦漢律看中國古代的'禮'・'法'觀念及其法律體現: 中國古代法律之儒家化說商兌」, 『中國史硏究』 4 (2010): 99.

11) 楊振紅, 「從出土秦漢律看中國古代的'禮'・'法'觀念及其法律體現」, 94-99; 양쩐홍이 이같은 성격을 모두 상앙에게서 갖추어진 법가적인 것으로 보는 반면, 우슈천(武樹臣)은 유가와 법가의 공통적인 점이라고 설명한다. 즉, 춘추 전국시대라는 역사적 배경에서 유가와 법가는 정체(政體: 정권의 형식)과 통치 방법 및 법률 양식이라는 점에서 총체적인 대립이 있었으나, 양자가 중첩되는 부분도 있었는데 그것이 바로 사회 계급을 지키는 차별성과 가족의 윤리질서라고 지적하였다. 武樹臣, 「變革, 繼承與法的演進: 對'古代法律儒家化'的法文化考察」, 4.

12) 楊振紅, 「從出土秦漢律看中國古代的'禮'・'法'觀念及其法律體現」, 77-78.

13) 예와 법은 본래 대립 관계가 아니고, 대립된 것은 단지 儒・法 兩家의 사회적 주장이었을 뿐이라는 것이다. 楊振紅, 「從出土秦漢律看中國古代的'禮'・'法'觀念及其法律體現」, 75; 楊振紅은 상앙과 한비자 등 법가 사상가들 역시 '법 앞의 평등'이 아니라 존비의 질서가 뚜렷한 위계적 사회를 지향하며, 그를 위하여 예법과 예제의 필요성을 인정하고 있다는 점을 지적하고 있다. 楊振紅, 「從出土秦漢律看中國古代的'禮'・'法'觀念及其法律體現」, 99-106.

14) 제프리 맥코맥은 瞿同祖가 제기한 '법률의 유가화'라는 명제가 중국의 早期 法典에 대한 유가사상의 영향을 과대평가했다고 비판한다. Geoffrey MacCormack, 蔡京玉(譯), 「重估由漢至唐的'法律儒家化'」, 『中國史新論(法律史分冊)』, 柳立言 主編, (臺北: 中央硏究院: 聯經出版事業股份有限公司, 2008), 106-107.

15) '법률의 유가화'라는 논의는 중국 법률사상과 법률제도의 발전과 변화의 실제를 무시하

정, 보완되는 것이 바람직하다고 생각한다. 그 이유는 진한 시대에 걸쳐 중국 제국이 문화, 사상적 측면에서나, 의례적, 제도적 차원에서 기본적 틀을 구축해 나갔던 과정을 크게 보아 ‘유교화(Confucianization)’[16]라고 해도 과언이 아니며, 유교 경전에 대한 소양을 가진 자들이 관료가 되어 법적 영역에서도 일정한 역할을 담당했다는 점에서 보더라도 ‘법률의 유가화’가 진행되고 있었음을 부정할 수는 없기 때문이다.

이 글은 한대 ‘법률의 유가화’ 양상 가운데 특히 효와 불효의 문제에 주목하고자 한다. 효란 친자(親子) 간의 감정적인 관계, 즉 혈연에 기반을 둔 친근하고 자연스러운 애정의 감정이며, 그중에서 자녀로부터 부모에게 향하는 감정이라고 할 수 있다. 그러나 친자 사이에는 쌍방적인 감정의 교류가 상정되기 마련이니, 부모로부터 자녀에게 향하는 자연스러운 애정의 감정도 있다. 일방적이 아닌 쌍방적인 친자 간의 자연스러운 감정 교류의 양상은 『노자』·『장자』·『묵자』·『한비자』 등 유가 계열이 아닌 전국 제자서들의 사례에서 분명히 드러난다.[17] 그런데 공자로부터 맹자에 이르는 동안 유가는 친자 간의 친근한 감정 가운데 자녀로부터 부

도록 유도하고, 다채로운 법률사상의 역사를 유가사상의 역사로 연역해 버리기 때문에, 이 속박에서 벗어나야 한다는 주장도 있다. 楊一凡, 「重述中國法律思想史」, 『華東政法大學學報』 4 (2021): 13; 郝鐵川은 『中華法系研究』에서 법가학설이야말로 역대 봉건 법전의 지도사상이라고 하면서 漢唐 사이에 법률은 유가화된 적이 없다고 주장하였으나, 학계의 보편적 인식과 달랐기에 주목받지 못했다고 한다. 楊振紅, 「從出土秦漢律看中國古代的‘禮’·‘法’觀念及其法律體現」, 76.

16) ‘Confucianization’을 ‘유교화’라고 하였는데, 이는 제국의 학술, 사상뿐 아니라 의례, 법률, 정책 등의 다양한 제도적 차원에서 전반적으로 유가적 이념이 반영되면서 체계화되어가는 양상을 의미하며, ‘유가화’라는 용어와 질적인 차이를 상정하고 있지는 않다. 瞿同祖 이하 많은 사람이 ‘법률의 유가화[法律儒家化]’라는 용어를 사용했으므로, 필자도 이 용어를 그대로 사용하였다.

17) 예컨대, 『老子』 18장(“六親不和 有孝慈”)과 19장(“六親不和 有孝慈”)에 ‘孝慈’라는 표현이 등장하고, 『墨子』 「兼愛(上)」에서는 父子, 兄弟, 君臣 사이의 상호적 사랑이 요구된다고 말한다. 또, 모든 것을 잊고 우주의 도와 일체가 되고자 하는 것을 목표로 하는 『장자』에서 親子 간의 친근한 감정은 상대화된다(『莊子』 「天運」에는 “夫孝悌仁義, 忠信貞廉, 此皆自勉以役其德者也, 不足多也”). 법치를 주장하는 『韓非子』의 경우, 親子 간의 친근한 감정 자체를 인정하지만, 부모로부터 자식으로의 방향으로 파악된다. 堀池信夫, 「前漢における孝の轉回と國家」, 『兩漢の儒教と政治權力』, 渡邊義浩 編 (東京: 汲古書院, 2005), 100-102.

모로의 방향인 효에 집중하였고, 기본적으로 상위자의 감정을 자발적으로 관찰하고 그 감정을 만족시키기 위하여 자신의 행동을 제어하기 위한 규범이 되어갔다.[18] 제자서에서 다양하게 논의되었던 효는 근본적으로 사적인 가정 내의 윤리였으나, 전국 말에서 진・한초에는 점차 사적인 윤리를 넘어서 공적인 윤리가 되고, 유가의 경우에도 『논어』・『맹자』에서와 같이 자발적이고 주체적인 복종이나 규범으로부터 외적인 규범이나 예제로의 변화가 나타나면서 이원적 면모를 띠게 되는데, 『순자』 및 『효경』이 대표적인 사례이다. 본고에서는 이와 같은 '효의 공화(公化)'[19] 양상을 한대 '법률의 유가화'라는 시각에서 고찰하려는 것이다.

Ⅱ. 한대 효의 공화(公化) 양상: 불효의 입률(入律)과 춘추결옥

"장사지내는 자가 슬퍼하지도 않고 공경하지도 않는다면 금수에 가까운 것이니, 군자는 이를 수치스럽게 여긴다"[20]라는 『순자』「예론」의 구절은 효가 친자 사이의 자연스럽고 친근한 감정이라는 공・맹의 사유를 계승, 공유하고 있음을 보여준다. 그러나 동시에 「예론」에서는 이러한 효의 감정이 합리적으로 제어되어야 하며, 효의 표현은 반드시 의례의 규범에 따라야 함을 강조한다.[21] 『효경』의 효 역시 친자 간의 자연스러운 감정이 토대를 이루지만, 군신 간의 관계가 아울러 언급되어 있는데, 이는 '효치(孝治)'라는 『효경』의 목표와 상응하며, 나아가 효와 충을 일관된 논리로 파악하고자 하는 소위 '이효작충(移孝作忠)'의 주장으로 이어진다. 이는 충과 효를 양립할 수 없는 것으로 이해했던 『한비자』의 입장과는 상반되는 지점이다.[22] 또, 효의 공화(公化)와 관련하여, 『효경』에는 효 안

18) 堀池信夫, 「前漢における孝の轉回と國家」, 102-103.

19) 호리이케 노부오는 전국 말에서 한초에 걸쳐 법가사상이 우위에 있었는데, 유가사상은 사상으로서의 사회적 요구에 대응하면서 신장(혹은 생존)하기 위해서 근본이념의 확장이 필요했다고 하면서 이러한 유가사상의 자기변신, 자기확대의 방향을 가리켜 '孝의 公化'라고 하였다. 堀池信夫, 「前漢における孝の轉回と國家」, 103.

20) "所以送葬之者, 不哀不敬, 則嫌於禽獸矣. 君子恥之"

21) 池澤優, 『'孝'思想の宗教學的研究』(東京: 東京大學出版會, 2002), 188-189.

에서 강제력의 정당성을 구한다는 것과 효가 천(天)에 근거하고 있다는 두 가지 측면이 주목되는데,[23] 필자는 이 두 측면이야말로 한대 법률의 유가화라는 현상을 이해하는 데에 결정적인 의미를 갖는다고 생각한다. 예컨대, 『효경』「오형(五刑)」장에 "공자께서 말씀하시기를, 다섯 부류의 형벌에는 삼천 가지나 되는 종류가 있는데, 그중에서 불효만큼 큰 죄는 없다[子曰, 五刑之屬三千, 而罪莫大於不孝]"는 구절이 있다. 이때 '불효'에 해당하는 행위가 어떤 것이었는지는 알 수 없으나, 이 맥락에서 불효는 도덕적 의미에서가 아니라 형벌로서 논의되고 있다. 사람은 태어나면서 친자 관계에 놓이게 되고, 혼인을 거쳐 아이를 낳고는 다시 친자 관계를 형성하게 된다. 이렇게 자연스러운 친자 간의 친근한 감정이 효라면, 어찌 불효를 형벌로 다스려야 하는 것일까? 선진 제자의 사상가들이 예외 없이 사적이고 가정 내부의 윤리라고 보았던 효가 어찌 국가의 공적인 형률의 범위에서 논의되어야 하는가? 이 지점에서 『한비자』의 냉철하고 예리한 시선이 시사점을 준다.

> 어머니의 자식 사랑은 아버지의 두 배가 되지만 아버지의 명령이 자식에게 행해지는 것은 어머니의 열 배나 된다. 관리는 백성들에 대하여 애정은 없지만 명령이 행해지는 것은 아버지의 만 배가 된다. 어머니가 사랑을 쌓아도 명령은 통하지 않지만, 관리는 (형벌로) 위엄을 부리므로 백성들이 따른다. 여기에서 위엄의 책략을 쓸 것인지 사랑의 책략을 쓸 것인지를 또한 결단할 수 있을 것이다.[24]

모친의 사랑이 부친의 사랑보다 갑절이 된다는 말에는 예외가 있겠지만, 집안

---

22) 『한비자』「오두」편에는 초나라 직궁의 아버지가 양을 훔친 것을 관리에게 고발하여 죽게 만들었던 예를 들어서 '군주의 정직한 신하는 아버지의 포악한 자식'이라고 하고, 늙은 아버지를 모시지 못할까 하여 전장에서 도주한 노나라 사람의 예를 들어, '아버지의 효자는 군주의 역신'이라고 말한다.

23) 호리이케 노부오는 이러한 의견은 이미 지적되었던 바가 있고(근거는 밝히지 않음), 특별히 새로울 것은 없지만 중요하므로 주의를 요한다고 말한다. 堀池信夫, 「前漢における孝の轉回と國家」, 104.

24) "母之愛子也倍父, 父令之行於子者十母; 吏之於民無愛, 令之行於民也萬父母。母積愛而令窮, 吏用威嚴而民聽從, 嚴愛之筴亦可決矣." 『韓非子』「六反」; 『한비자(Ⅱ)』, 이운구 역 (서울: 한길사, 2002)을 참조하여 다소 수정하였다.

에서 여러모로 힘을 가진 부친의 명령을 더 잘 듣는다거나, 사랑이 전혀 개입되지 않은 관리의 명령을 부모의 명령보다 더 잘 행한다는 말에는 대체로 공감할 수 있을 것이다. 이는 인간 본성의 선함이나 자각 능력에 대하여 아무런 기대 없이, 엄한 법령의 강제력을 동반한 규제를 통해서만 비로소 다스림을 이룰 수 있다는 법가적 사유의 전형이다. 실제 육국이 통일되어 광대한 제국이 형성되면서 전국을 일률적인 법에 의하여 통제할 수밖에 없었고, 이런 맥락에서 볼 때 『효경』에서 말하는 막중한 '불효'의 죄와 그 처벌은 제국 질서의 유지와 관련된 것이었음은 의심의 여지가 없다.[25] 앞서 언급했던 수호지진간과 장가산한간에 보이는 '불효' 관련 사항은 바로 이러한 시대적, 사상적 배경에서 독해되어야 한다.

『효경』에서 효가 천(天)에 의거하고 있다는 사유는 공자의 입을 빌어 효를 천경지의(天經地義)라고 규정하는 「삼재(三才)」장에 보인다.[26] 효는 천지의 이법(理法)이라는 절대적인 권위를 가짐으로써 개인적인 삶의 영역에서는 물론 공적인 사회, 정치의 영역에서도 보편적인 정당성을 확보하게 되는 것이다. 천을 둘러싼 다양한 회의와 변증이 제자백가에 의하여 진행되었지만, 전한 시기에 천의 절대성이 진리라는 변증은 특히 유교적 맥락에서 중요한 이슈였는데, 그 변증의 양상은 천의 질서정연함, 천이 가져온 이 세계의 원만한 합리성, 그리고 천의 수리적 합리성을 정밀하게 논증하는 방향으로 나타났다.[27] 여기에는 유가 경전 중에 유일하게 분서(焚書)의 화를 면했던 '『주역』에 대한 상수학적 접근'과 자연계의 현상을 정확하게 파악하여 음율 및 역서(曆書)를 수리적으로 일관성 있게 파악하고자 하는 '율력사상의 연구'라는 두 가지 흐름이 있었고,[28] 이는 당시 널리

---

25) 『효경』의 성립을 다룬 많은 연구들을 참고하여, 필자는 『여씨춘추』에 『효경』과 동일한 문구가 보인다는 사실과 『효경』의 今・古文 텍스트는 점차적으로 완성되었을 것이라는 추정에 의거하여 『효경』은 전국 말기에서 진대를 거쳐 전한 초기에 이르는 시기에 성립되었다고 판단하였다.

26) "子曰, 夫孝, 天之經也, 地之義也, 民之行也." 『孝經』「三才」; '天經地義'란 천지의 올바른 도리요, 불변의 진리라는 뜻이다. 『左傳』에서 鄭子産이 예를 가리켜 天經地義라고 한 바 있다.

27) 堀池信夫, 「前漢における孝の轉回と國家」, 110.

28) 호리이케 노부오는 전한 시기, 天道에 대한 悟性的 論證에는 易과 律曆이라는 두 가지 흐름이 있었다고 하였다. 堀池信夫, 「前漢における孝の轉回と國家」, 110.

공유되었던 천인상관적 사고방식 및 그에 입각한 재이설의 실제적 영향력과 상호 조응한다. 천자만이 반포할 수 있는 역서는 천문 현상에 대한 정확한 관측과 물후의 조화로운 순환 현상을 반영해야 했고, 이는 천자의 권위와도 관련이 있었다. 천에 토대를 둔 효는 한대의 사회, 정치 구조를 하나의 커다란 연결망으로 만드는 데에 결정적인 역할을 하였는데, 이에 대하여 호리이케 노부오는 이 연결망에서 천과 천자의 관계, 천자와 신민들의 상하 관계를 연결하는 것은 친자 관계를 연상시키는 효였으며, 크고 작은 가(家)의 상호 연결구조로 이루어진 국(國)은 하나의 우주적 가(家)가 되었다고 지적하였다.[29] 따라서 효는 더 이상 가정 내의 윤리만이 아니었고, 효를 위반하는 불효 행위는 공적인 영역에서 처벌될 수밖에 없었던 것이다. 이런 점을 고려한다면, 육고(陸賈)나 가의(賈誼)와 같은 한대 초기의 유자들이 진대의 조밀한 법과 혹독한 형벌을 비판하였지만, 사실상 불효에 관한 형률은 전한 중후기 이전까지는 전혀 달라지지 않았던 상황을 충분히 이해할 수 있다.[30]

앞서 언급했듯이 취통주가 한대 ‘법률의 유가화’를 설명하면서 한대 유가들이 법률에 주석을 했다는 사실과 더불어 중시했던 사항이 바로 ‘경의결옥(經義決獄)’이었는데, 이때의 경(經)이 『춘추』만이 아니라 『시』·『예기』 등도 사용되었지만, 그중에서 대표적인 것이 『춘추공양전』이었으므로 흔히 ‘춘추결옥’이라고 한다. 취통주는 “법률의 유가화란 겉으로는 명형필교(明刑弼教)[31]이나 속으로는 이례입법(以禮入法)으로, 어떻게 예의 정신과 내용을 법가가 정한 법률 안으로 끼워넣는가의 문제”이고 “달리 말하면, 어떻게 동일성의 법률을 차별성의 법률로 만드는가의 문제”라고 하였다.[32] 그러나 상앙의 변법으로 진나라 풍속이 악

29) 호리이케 노부오는 ‘子에서 親으로의 일반적 충효 回路’와 ‘親에서 子로의 강제력과 지배의 回路’로 모든 上下, 縱橫의 인간관계 구조가 孝라고 하는 ‘관절(joint)’로 연결되어 있는 ‘우주적 家’를 구축하게 되었다고 말한다. 堀池信夫, 「前漢における孝の轉回と國家」, 110.

30) 전한 선제(宣帝) 시기 이후에 점차 불효와 관련된 형률 적용이 완화되어 갔다고 하는 것이 일반적인데, 이에 대해서는 이후에 언급한다.

31) 출전은 『尙書』「大禹謨」의 “明於五刑, 以弼五教, 期於予治.”라는 구절로, 형법을 밝게 함으로써 오륜의 가르침을 돕는다는 뜻이다.

32) 瞿同祖, 「中國法律之儒家化」, 378; 취통주는 법은 모든 이들에게 평등하게 적용됨에

화되었다고 했던 문제(文帝) 시기의 가의도 "예는 장차 어떤 일이 일어나기 전에 금하는 것이고, 법은 이미 일이 벌어진 후에 금하는 것"[33]이라고 하면서 예와 법을 모두 선정(善政)의 도구로 인정하였으며, 다만 예는 악이 싹트기 전에 교화로써 금지하는 것이므로 더욱 힘쓸 필요가 있다고 하였던 것으로 미루어본다면, 취통주가 예와 법 사이의 긴장을 강조하면서 이를 각각 유가와 법가의 대립으로 단순화했던 것은 재고의 여지가 있다. 이런 점을 들어 폴 골딘(Paul Goldin)은 취통주가 실제로 법률의 '유가화'의 본질을 포착하지 못했다고 비판하였던 것이다.[34] 아울러 그는 한대에 유교화된 법의 증거로 간주될 수 있는 기록들은 항상 두 가지 원칙—법의 목적은 도덕적 가르침이라는 것, 법의 문헌적 기초는 유교적 규범이어야 한다는 것—에 근거했고, 한대의 법률가들이 직접적으로 예에 호소하는 경우는 거의 없었으며, 그들이 당시 가장 많이 인용했던 것은 『춘추공양전』이라고 지적하였다.[35] 따라서 그는 '법률의 유가화'라는 명제를 취통주와는 달리 법적 체계가 법의 새로운 의미에 대한 인식을 반영해 가는 과정이라고 이해할 것을 제안하는데, 이는 한대에 이루어진 '법률의 유가화'에 특히 적합하다고 생각된다. 이때 법적 체계란 단순히 율령이나 조례만이 아니라 법 해석과 이론화의 원칙들을 포함하며, 법의 새로운 의미란 사람들 각각의 관계에 따라 적절한 상호작용을 유지하도록 하는 것을 말한다.[36]

이하 3장에서는 한율(漢律)에서 불효를 어떻게 법적으로 규제하고 있는지, 그리고 양한의 역사 기록에서는 불효에 대한 법적인 규제가 어떻게 규정되고 처리되었는지 살펴보고, 4장에서는 남아있는 춘추결옥의 사례들 가운데 상당한 비중을 차지하는 효/불효와 관련된 사항들을 분석해 보고자 한다.

비하여 유가적 예는 신분에 따라 달리 적용되는 것으로 이해하였기 때문에 이같이 말했다. 그러나 이미 말했듯이 선진시대 법가의 법 적용은 이미 차별적이었다.

33) "夫禮者禁於將然之前, 而法者禁於已然之後, 是故法之所用易見, 而禮之所爲生難知也." 『漢書』, 「賈誼傳」, 2252.

34) Paul R. Goldin, "Han Law and the Regulation of Interpersonal Relations: 'The Confucianization of the Law' Revisited," *Asia Major* 25(1) (2012): 3.

35) Paul R. Goldin, "Han Law and the Regulation of Interpersonal Relations," 3-4.

36) Paul R. Goldin, "Han Law and the Regulation of Interpersonal Relations," 6.

Ⅲ. 불효입률(不孝入律): 불효에 대한 법적 규제[37]

앞서 말했던 수호지진간과 장가산한간 등이 출토, 해독되기 이전에 민국 시기의 저명한 법률사학가였던 청슈더(程樹德)는『구조율고(九朝律考)』중의『한율고』에서 ‘불효’라는 항목을 마련하여 “태자 상(爽)은 부친인 (형산)왕이 불효라고 고발한 죄를 받아 기시(棄市)에 처해졌다”라는 기사를 기록하였다.[38] 그에 대한 주에서는『효경』의「오형」장과 후한시대 하휴의『공양전』주해를 인용하여 불효는 효수(梟首)에 처하는 막중한 죄라고 하였으며, 유봉록의『공양석례(公羊釋例)』에 이를 ‘진률(秦律)’이라고 하였다고 명기하였으니,[39] 불효를 단순히 효의 반대어가 아니라 형률의 명칭으로 이해하고 있음을 알 수 있다. 그런데 이를 입증해주는 진한 시대의 간독 자료들이 출토되어 진한률에서 〝불효〞가 어떠한 형률이었는지, 또 법적으로 어떻게 처리되었는지를 어느 정도 짐작할 수 있게 되었다.[40] 흔히 진・한의 간독 자료에 근거한 연구는 진대와 한대를 분리하여 다루기보다는 진・한을 하나의 시기로 다루는 경우가 많은데, 주지하다시피 한률은 진률을 대체로 계승하였고, 양자의 시간적 차이도 별로 없기 때문일 것이다. 예컨대 한초 여후(呂后) 2년경까지 사용되었던 한간『이년율령(二年律令)』에서 진

---

37) 본 절에서 〝불효〞와 ‘불효’를 구분하여 사용한다. 예컨대 〝불효〞 및 〝불효〞죄라고 하여 〝 〞라는 기호를 사용할 경우에는 일반적인 효의 상대어로서의 불효가 아니라 형률의 맥락에서 규정되는 특수한 의미의 〝불효〞 및 〝불효〞죄라는 것을 뜻한다.

38) “太子爽坐告王父不孝棄市.(衡山王傳)”, 程樹德,『九朝律考』,「漢律考(四)」(臺北: 臺灣商務印書館, 1965), 117; 임병덕 역주본에서는 주해로『史記』「衡山王傳」에 “太子爽坐王告不孝, 皆棄市.”라는 문장을 적시해 주고 있다. 程樹德 저, 임병덕 역주,『구조율고』제2권 (서울: 세창출판사, 2014), 29.

39) 김진우,「중국 고대 ‘효’사상의 전개와 국가권력」(박사학위논문, 고려대학교, 2006), 108;『구조율고』원문의 출처는 앞의 주와 같다.

40) 김진우의 박사학위논문「중국 고대 ‘효’사상의 전개와 국가권력」(2006)의 제3장 ‘진한율령의 불효죄를 통해 본 국가권력과 가족질서’는 수호지진간과 장가산한간 중의『주얼서(奏讞書)』뿐 아니라 2001년에 공개된 장가산한간『이년율령』까지 자료로 하고 있으며, 당시까지의 중요한 연구 성과를 반영하고 있어서, 이 글의 작성에 크게 도움이 되었다. 같은 저자의「秦漢律의 ‘不孝’에 대하여:『睡虎地秦簡』・『張家山漢簡』의 ‘不孝’관련 조문을 중심으로」(『중국고중세사연구』19, (2008))라는 논문은 학위논문의 제3장의 내용을 부분적으로 수정, 보완하면서 당률과 관련지어 논하고 있다.

률과의 차이를 발견하기는 어려우며, 따라서 〃불효〃에 관한 율령도 진대와 한대 사이의 차이를 지적하기는 쉽지 않다. 본 절에서는 기존의 연구 성과를 참고하여 진한 시대 〃불효〃죄의 내용과 그 특성을 파악하고, 전세(傳世) 문헌에서 나타난 일부 〃불효〃죄의 사례로부터 한대에 '불효'가 다루어졌던 양상을 살펴보고자 한다.

먼저, 장가산한간의 『이년율령』의 「적률(賊律)」에 〃불효〃를 직접 언급하는 두 문장이 있는데, 같은 문장에 대해서도 〃불효〃의 내용을 이해하는 방식에 차이가 있으므로 직접 인용하여 논의하도록 한다.

> (a) ①자식이 부모를 고의로 살해하려 (했으나 실패)했을 경우나, ②조부모・부모・서조모(庶祖母)・여주인[嫡母][41]・계모를 때리고 욕하거나, ③부모가 자식을 〃불효〃라고 고발하면 모두 기시형에 처한다. 자식에게 성단용이나 귀신・백찬 이상에 해당되는 죄가 있거나 다른 사람의 노비가 되어 있을 경우, 부모가 자식을 〃불효〃로 고발해도 수리하지 않는다. 70세 이상인 사람이 자식을 〃불효〃라고 고발하면 반드시 삼환(三環)하도록 해야 한다. 세 차례 각각 서로 다른 날에 고발한다면, 고발을 접수한다. 다른 사람에게 〃불효〃를 교사하면 경위성단용에 처한다.[42]

> (b) 부모를 흉기로 살해, 혹은 상해하거나, 부모를 적살하려고 모의하거나, 부모를 구타하고 욕설하거나, 부모가 자식을 〃불효〃로 고발하여 처자를 관부에서 몰수하게 될 경우, 모두 금고에 처하고, 작위로 보상하거나 면제하거나 속환할 수 없게 한다.[43]

---

41) 서자의 입장에서 아버지의 정실을 이르는 말이다.

42) 번역문은 주로 임병덕의 「장가산한간 『이년율령・적률』 초탐」(『호서사학』 38, (2004))과 김진우의 글(「秦漢律의 '不孝'에 대하여」)을 참고하여 다소 수정하였으며, 앞으로도 이런 방식으로 할 것이다. 원문은 위의 두 논문에 모두 실려 있지만, 편의를 위하여 주해에 기재한다. "子牧殺父母, 毆詈泰父母・父母・假大母・主母・後母, 及父母告子不孝, 皆棄市. 其子有罪當城旦舂・鬼薪白粲以上, 及爲人奴裨者, 父母告不孝, 勿聽. 年七十以上告子不孝, 必三環之, 三環之各不同日而尙告, 乃聽之. 敎人不孝, 黥爲城旦舂." 張家山二四七號漢墓竹簡整理小組, 『張家山漢墓竹簡』(北京: 文物出版社. 2001), 139.

43) "賊殺傷父母, 牧殺父母, 毆詈父母, 父母告子不孝, 其妻子爲收者, 皆錮, 令毋得以爵償

위의 두 문장은 연이어 나열된 것으로, 양자 모두 부모가 자식을 ″불효″로 고발한다는 말이 나오기 때문에, (a)와 (b)의 모든 내용을 모두 ″불효″죄에 해당된다고 생각할 수도 있을 것이다. 특히 (a)에서는 기시에 해당되는 세 가지를 나열하고 있는데, 쉬스홍이 지적한 바와 같이 ①과 ②의 주체는 자식이고 구체적인 행위를 적시하고 있는 반면, ③에서 ‘자식을 ″불효″로 고발한다’고 할 때의 행위 주체는 부모이며, 따라서 ①과 ②는 ‘불효’이긴 하지만 ″불효″에 해당된다고 단정할 수는 없으며, ″불효″로 고발할 만한 죄에는 어떤 행위들이 해당되는지는 명시되어 있지 않은 셈이다.[44]

이런 사정은 수호지진간에서 ″불효″가 언급된 사례에서도 유사한데, 첫 번째는 「법률답문(法律答問)」에 “면로(免老)[45]가 어떤 이를 ″불효″로 고발하여 죽이기를 청하면, 삼환(三環)해야 합니까? 라고 하니, 삼환해서는 안 되고 곧바로 체포하여 놓치지 말라”[46]는 것으로, 삼환(三環)의 적용이 『이년율령』과는 차이가 있다.[47] 두 번째는 수호지진간 중 「봉진식(封診式)」에 기록된 친부가 친자를 ″불효″로 고발한 사건으로, 고소한 내용과 관부에서의 처리 과정 및 친자가 죄과를 인정하는 내용으로 이루어져 있다.[48] 두 번째 사례에서 피고자인 친자는 친

・免除及贖.” 『張家山漢墓竹簡』, 139.

44) 徐世虹, 「秦漢簡牘中的不孝罪訴訟」, 『華東政法學院學報』 3 (2006): 126.

45) 戰國과 秦漢의 부역제도의 규정에 따라 부역을 면제받은 노인을 뜻한다. 衛宏의 『漢舊儀』에 따르면, 秦制에서는 작위가 있으면 56세에, 작위가 없으면 60세에 면로가 되었고, 漢制에서 백성들은 56세에 면로가 되었다.
https://www.cidianwang.com/lishi/zhishi/0/38350sd.htm (2023년 4월 20일 최종검색)

46) “免老告人以爲不孝, 謁殺. 當三環之不? 不當環, 執勿失.” 睡虎地秦墓竹簡整理小組, 『睡虎地秦墓竹簡』 (北京: 文物出版社, 1978), 195; 번역은 김진우(2008)와 krpia에 실린 『수호지진묘죽간역주』를 참고하였다.

47) 『이년율령』에서는 70세 이상의 노인이 ″불효″로 고발할 경우에 각각 다른 날 반복하여 고발해야 비로소 수리한다고 하였는데, 이 진율에서는 60세 이상의 면로가 고발할 경우 삼환해서는 안 되고 곧바로 처리해야 한다고 말하고 있다. 『수호지진묘죽간역주』에서는 삼환(三環)을 피고를 세 차례 용서해주는 것[三宥]으로 풀이하고 있는데, 여기에서는 ‘반복하다’라는 뜻으로 풀이하였다. 『수호지진묘죽간역주』, 361-362.

48) “告子爰書: 某里士伍甲告曰, ‘甲親子同里士伍丙不孝, 謁殺, 敢告.’ 卽令令史己往執. 令史己爰書: 與牢隸臣某執丙, 得某室. 丞某訊丙, 辭曰: ‘甲親子, 誠不孝甲所, 毋它坐罪.” 『睡虎地秦墓竹簡』, 263; 『수호지진묘죽간역주』, 475.

부가 고발한 ″불효″를 스스로 인정하고 있는데, 이로 미루어보면 ″불효″죄에 해당되는 언행의 범위를 당시인들은 일반적으로 알고 있었던 것으로 보이나,[49] 역시 무엇을 ″불효″라고 고발했는지는 알 수 없다. 다만 이로부터 ″불효″죄가 성립하려면 부친이나 면로의 제삼자가 고발[告]하는 절차가 필요하다는 점이 『이년율령』의 ″불효″죄에도 이어지고 있음을 확인할 수 있다.[50] 이와 관련하여 미즈마 다이스케는 공실고(公室告)와 비공실고(非公室告)의 구분이 있던 시기에는 가(家) 내부의 일에 국가가 간섭하지 않았으므로 ″불효″죄는 존재하지 않았는데, 전국 말 즈음 양자의 구분이 사라지면서 ″불효″죄가 법률상 마련되었을 것이라고 하였다.[51] 이는 국가권력이 강대해졌음을 말하는 것으로서, 원칙적으로 ″불효″죄가 성립되려면 부모의 고발이 필수 요건이었지만, 부모가 사망했을 경우 제삼자의 고핵이 인정되었다는 사실은 설사 부모의 뜻과 위배되는 경우라고 해도 ″불효″죄가 국가의 처벌 하에 놓이게 되었음을 뜻한다고 하였다.[52]

---

49) 김진우, 「중국 고대 '효'사상의 전개와 국가권력」, 114.

50) 와카에 켄조는 『이년율령』 전체가 공개되기 이전, 그 중의 「奏讞書」까지를 검토했던 글에서 수호지진간에 실린 위의 두 건의 경우를 가리켜 '秦律的不孝罪'라고 명명하였는데, 그 핵심은 부모의 고발을 조건으로 하면서 양형은 사형인 진・한초의 불효죄였다. 若江 賢三, 「秦漢律における'不孝'罪」, 『東洋史研究』, 55(2) (1996): 14 ; 김진우는 위의 두 사례에 더하여, 역시 「봉진식」에 실린 '遷子爰書'(친부가 친자의 다리를 자르고 蜀의 변경 현으로 거처를 옮겨 죽을 때까지 그 곳을 떠나지 못하게 할 것을 요청하고 가족들도 연좌하도록 하여 그대로 처리된 사례)를 합하여 '불효죄' 유형이라고 하였다. 김진우, 「秦漢律의 '不孝'에 대하여」, 189.

51) ″불효″죄가 생긴 후에는 부모라고 해도 자식에게 자의적으로 제재할 수 없게 되었고, 국가에 자식의 죄를 고하면 형벌의 형식으로 국가가 제재를 가하는 방식이 된 것이라고 하였다. 水間 大輔, 「秦漢律における不孝罪の成立要件と父母の'告'」, 『中央學院大學法學論叢』 33(1) (2019): 18-19; 비공실고란 가정 내부의 문제를 고발하는 것으로 관부는 이를 수리하지 않는다.

52) 부모는 자식이 큰 잘못을 저질러도 관부에 고발하기를 원하는 경우가 드물었을 것이며, 부모가 자식을 ″불효″죄로 고발하면 주로 기시형에 처해졌기 때문에 부모 역시 봉양이나 제사라는 면에서 포기해야 하는 것이 많았다. 그러나 점차 ″불효″죄는 부모의 뜻보다는 국가의 형률에 따라 처리되는 방향으로 전개되었고, 당률에서는 더 이상 부모의 고발을 필요로 하지 않았다는 것에서도 이른 방향성을 짐작할 수 있다. 水間 大輔, 「秦漢律における不孝罪の成立要件と父母の'告'」, 19-20.

다시 「적률」의 사례로 돌아가 두 가지 언급해야 할 것으로, 첫째, 부모가 〃불효〃라고 고발해도 수리하지 않는 경우로서, 이미 성단용이나 귀신・백찬 이상의 형을 받고 있거나 다른 사람의 노비가 된 자를 들고 있는 것을 보면, 〃불효〃라는 행위가 기시형에 처해질 정도의 중죄임에도 불구하고 부모의 고소권은 국가와 공동체의 권리를 넘어서지 못한다는 것을 알 수 있다.[53] 둘째, (a)의 바로 앞 조항에 "자식이 부모를 흉기로 살상하거나, 노비가 주인이나 주인의 부모・처자를 흉기로 살상한 경우에는 모두 효수에 처한다"[54]는 내용이 있는데, 이를 〃불효〃라고 직접 언급하고 있지는 않다. 그러나 기시보다는 효수가 더 무거운 형벌이며, "사람을 적살하거나 다투어서 살해하면 기시에 처한다"거나 "사람을 적살하거나 모의에 참여한 자는 모두 기시에 처한다"는 율문을 보면,[55] 부모가 자식을 〃불효〃라고 고발할 경우의 형벌인 기시(棄市)는 일반적인 살인죄와 같은 형벌이었고, 자식이 부모를 흉기로 살상할 경우는 일반적인 살인보다 더 무거운 형벌인 효수에 처했음을 알 수 있다.[56]

장가산한간 「주얼서」에는 〃불효〃와 관련된 두 안건이 있는데, 그중 제6번 판례에서는 공대부(公大夫)였던 창(昌)이 자기 대신 노역을 하던 노비 상여(相如)를 매질하여 사망에 이르게 한 사건을 다룬 것으로, 창은 본래 평민이던 상여를 노역에서 면제해 주기로 약속해 놓고 지키지 않았으며, 매질하여 상여가 죽자 상여를 〃불효〃로 사후에 고소했었던 것이었다. 이 사건을 맡았던 한중군(漢中郡)에서 창이 상여를 〃불효〃로 고소한 것을 착고(錯告), 즉 잘못된 고소라고 판단했는데, 이에 대하여 죄를 부과해야 할지 의문이 생겨서 중앙에 문의하였고, 중앙의 정위가 이를 처벌해야 한다고 답한 내용이다.[57] 이 판례는 다양하게 추론될

53) 김진우, 「秦漢律의 '不孝'에 대하여」, 193.

54) "子賊殺傷父母, 奴婢賊殺傷主・主父母妻子, 皆梟其首市." 『張家山漢墓竹簡』, 139.

55) "賊殺人・鬪而殺人, 棄市.", "賊殺人・及與謀者, 皆棄市." 『張家山漢墓竹簡』, 137.

56) 김진우, 「秦漢律의 '不孝'에 대하여」, 191; 『이년율령』에 보이는 사형의 종류는 책(磔)・요참(腰斬)・효수・기시의 네 가지로서 해당되는 죄의 내용에 따라 구분되었는데, 김진우는 네 가지 사형에 해당되는 사례를 도표로 제시하고 있다. 김진우, 「중국 고대 '효'사상의 전개와 국가권력」, 119.

57) 김진우, 「秦漢律의 '不孝'에 대하여」, 197-198.

여지가 있다. 첫째, 상여가 본래 노비가 아닌데 노비로 간주하고 〃불효〃로 고소한 것이 착고라고 판단한 것이라고 판단했을 가능성이 있다.[58] 둘째, 진한 시대에는 실제 부친과 노비주는 자식과 노비에 대하여 동일한 법적인 권리를 가질 수 있었기 때문에 노비주는 노비를 〃불효〃로 고소할 수 있었지만, 관부에 고소하여 처벌받도록 해야 하는데 그런 절차를 거치지 않고 사후에 〃불효〃로 고소한 것을 가리켜 착고라고 했다는 해석도 가능하다.[59] 이 경우 부자 사이에서 성립하는 〃불효〃죄가 노비주와 노비 사이에서 성립된다고 해서 효의 범위가 노비와 주인에게도 해당된다고 보기보다는 단지 법의 적용에서 부자 관계와 동일하게 취급되었다고 보는 것이 합당하리라 생각된다.

「주얼서」의 제21번 판례문은 두현(杜縣) 호리(滹里)의 여자 갑(甲)이 남편의 사망 후에 장례가 끝나지 않았는데 간음한 사건을 시어머니가 고발했을 경우의 처벌 방법에 대하여 어떤 율문을 적용하여 처리할 것인가를 비교적 길고 상세하게 다루고 있는데, 그 가운데 〃불효〃가 직접 언급된 조항이 두 번 나온다.

> (c) 다른 사람에게 〃불효〃를 교사하는 것은 〃불효〃에 다음 가는 율이다. 〃불효〃는 기시형에 처한다.[60]
>
> (d) 부인이 후계자가 되는 순서는 남편과 부모의 다음이다. 부모가 사망하여 아직 장례가 끝나지 않았는데, 관 옆에서 간음한 경우는 〃불효〃에 해당되며, 〃불효〃는 기시에 처한다.[61]

---

58) 김진우는 고소권이 없는 주인이 잘못된 죄목으로 노비를 고소한 것이라고 보았다. 「秦漢律의 '不孝'에 대하여」, 198.

59) 임병덕, 「秦・漢 交替期의 奴婢」, 『중국고중세사연구』 16 (2006): 178.

60) "敎人不孝, 次不孝之律, 不孝者, 棄市." 江陵張家山漢簡整理小組, 「江陵張家山漢簡『奏讞書』釋文(二)」, 『文物』 3 (1995): 35. 「주얼서」의 번역은 김진우(2008)와 이명화의 『진한시대 여성사 연구』(서울: 일조각, 2017)에 수록된 번역문을 참고하여 다소 수정하였으며, 이는 앞으로도 같다.

61) "妻之爲後次夫・父母. 夫父母死, 未葬. 奸喪旁者. 當不孝. 不孝棄市." 「江陵張家山漢簡『奏讞書』釋文(二)」, 35; (d)의 밑줄 친 부분의 원문인 '夫父母'의 해석에 대하여 미즈마 다이스케는 불효란 법률상에서든 인륜상에서든 자식과 부모 사이에 성립하는 것이고, 부부 사이에 성립하는 것은 아니므로, '夫'를 남편이 아니라 衍字로 보는 것이 옳다고 하였다. 水間 大輔, 「秦漢律における不孝罪の成立要件と父母の'告'」, 6-8; 바로 앞 구절에 '夫・父母'라는 표현이 나오기도 하고, 이 판례 자체가 남편 상 중의 처의 태도

(c)와 (d)는 모두 ″불효″죄에 대한 일반적인 형벌은 기시형이라는 것을 명시하고 있으며, (d)에서는 부모의 장례가 끝나지 않았는데 관 옆에서 간음한 경우가 ″불효″죄에 해당되는 항목 중 하나임을 알려준다. (d)의 뒤에 이어지는 문장에 “부인이 남편을 존대하는 것은 부모에 다음가야 하는 것[次父母]인데, 갑은 남편이 죽었는데도 슬퍼하지 않고 남자와 관 옆에서 간통하였으니 차불효·오한 두 율문에 해당된다”는 구절이 있다.62) 여기에서 ‘차불효’라는 용어는 ‘차부모’가 부모를 높이는 것에 버금간다는 의미인 것과 마찬가지로, 양형에서 ″불효″죄에 버금간다는 의미일 뿐 남편도 효의 대상이라고 해석할 필요는 없으며, 이는 6번 안례에서 주인과 노비 사이의 관계에서와 마찬가지라고 생각한다. 이 판례의 최종 결론에 도달하는 과정에서 정사(廷史)였던 신(申)이라는 인물이 등장하는데, 그는 정위(廷尉)였던 곡(穀) 등의 판결이 잘못되었다고 하면서 다음과 같이 논의를 전개한다.

> 신(申): 시비를 가리고자 한다. 율에 말하기를 불효는 기시형이다. 부친이 살아계시는데 삼일간 음식을 올리지 않으면 관리는 어떻게 자식을 논죄해야 하는가?
>
> 곡(穀) 등: 기시에 처해야 한다.
>
> 신: 부친이 사망했는데 그 무덤에 사흘이 지나도록 제사 지내지 않으면 자식을 어떻게 논죄해야 하는가?
>
> 곡 등: 논죄해서는 안 된다.63)

에 관한 것이기 때문에 ‘남편과 부모’라고 보는 경우도 있는데, 그러면 부부 사이에도 ″불효″죄가 적용되는 것이 된다. 김진우(2008)와 이명화는 ‘남편의 부모(=시부모)’라고 보았다. 필자는 굳이 남편의 부모에만 해당되는 것은 아니라고 판단하여 夫를 衍字로 보고 풀이하지 않았다.

62) “妻尊夫, 當次父母, 而甲夫死, 不悲哀, 與男子和奸喪旁, 致次不孝·敖悍之律二章.” 「江陵張家山漢簡『奏讞書』釋文(二)」, 35. 이 원문은 김진우(2008)에 따라 수정을 거친 것이다.

63) 곡(穀) 등이라고 했는데, 곡을 비롯하여 약 30명 정도가 함께 논의하였다고 한다. “議曰: 當非是. 律曰, 不孝棄市. 有生父而弗食三日, 吏且何以論子? 廷尉穀等曰: 當棄市. 又曰: 有死父, 不祠其冢三日, 子當何論? 廷尉穀等曰: 不當論.” 「江陵張家山漢簡『奏讞書』釋文(二)」, 35. 원문의 수정은 김진우(2008)에 따랐다.

위의 내용에 이어 양쪽이 시비를 가리는 논의는 계속되지만, 위의 대화만으로도 ″불효″죄에 해당하는 또 한 가지의 내용을 알 수 있으니, 부모를 물질적으로 봉양하지 않는 행위가 이에 해당된다는 것이다. 이와 더불어 한대의 법적 영역에서 다루어지는 효/불효의 판단은 부모의 사후가 아니라 생전의 언행에 해당된다는 것을 알 수 있다. 앞에서 보았던『이년율령』「적률」에서 "부모가 자식을 ″불효″라고 고발한다"고 할 때 그 ″불효″의 내용이 무엇인지가 명시된 바 없고, 이런 사정이 수호지진간에서도 마찬가지라는 것을 확인하였는데,「주얼서」제21번 판례를 통하여 한대 ″불효″죄에 해당되는 사항을 두 가지 알게 된 것이다. 쉬스홍은『사기』·『한서』·『후한서』 등에 기록된 사례를 통하여 한대의 ″불효″죄에 해당되는 사례를 7가지 제시한 바 있는데—①모반으로 부모를 사형당하게 하는 것 ②부모를 고소함 ③조모와 뇌준(罍樽)을 두고 다툼 ④후모를 처로 만듦 ⑤음식을 공양하지 않고 상복을 입지 않음 ⑥거상 기간에 아이를 낳음 ⑦계모를 증오하고 헐뜯음—[64] 부모를 물질적으로 봉양하지 않은 것은 ⑤에 해당되고, 부모의 상중에 간통하는 것은 포함되지 않지만, 거상 기간에 충분히 슬퍼하지 않고 쾌락을 좇는 것이 그 핵심이므로 ⑥과 일맥상통한다.

와카에 켄조 역시 전한 시대에 ″불효″죄가 적용된 사례들을 고찰하면서 그 형량은 수호지진간과 장가산한간에서 일관되게 사형이었음을 확인하였지만,[65] 전한 중기를 지나고 나면 죄상에 ″불효″라는 말이 기술되었다고 해도 실제 사

---

64) 徐世虹,「'三環之'·'刑復城旦春'·'繫城旦春某歲'解-讀「二年律令」札記」, 中國文物研究所編,『出土文獻研究』6 (上海: 上海古籍出版社, 2004), 81. 주해에 각 사항의 해당 출처를 밝히고 있다.

65) 와카에 켄조는 전한 시대의 ″불효″죄를 몇 건 다루었는데, 첫 번째는「주얼서」제21번 판례이고, 두 번째와 세 번째는 모반과 관련된 것으로, 전한 景帝 시기에 대역무도를 선고받은 恢說의 '불효모반' 사건(『한서』「경제기」 경제 3년) 및 무제 시기 劉爽의 사례이다(衡山王 劉賜의 장자였던 劉爽이 부친이 모반하고자 했던 것과 태자가 되었던 아우 劉孝의 惡事를 고발하자, 劉賜도 아들을 불효로 고발하였고, 결과적으로 劉爽은 부친을 고발했던 ″불효″죄로 기시되었다). 네 번째는 전한 후기 美陽縣의 한 여성이 양자가 자신을 범한 '불효'죄를 고소한 사건으로 단지 기시가 아니라, 나무에 매달아 화살로 射殺하는 극한 처형을 하였다. 다섯 번째는 무제 시기 陳季須가 모친의 상중에 간음하고 형제와 재산을 다툰 사례로 사형당했던 사건이다. 若江 賢三,「秦漢律における'不孝'罪」, 9-14.

형을 당하지 않는 사례가 보이기 시작하고, 오히려 사형과 직결되는 ″불효″죄가 예외적이라고 할 정도였다.[66] 몇몇 연구자들도 대체로 이 변곡의 시기가 전한 중후기라는 것에는 이견이 없는 것으로 보인다.[67] 진에서 한초까지의 시기의 법령에 관한 단편적인 출토자료를 통하여 ″불효″죄를 검토하는 것으로는 이렇다 할 한대 법률의 유가화 현상을 지적하기 어렵지만, 역사서에 기록된 사례를 통하여 전한 중후기에는 ″불효″죄의 처벌에 변화가 나타났음을 알 수 있었다. 실제 한초에 진률을 계승하면서도 이념적으로는 진률에 대한 비판이 제기되었던 상황에서, 문제(文帝)는 일부 혹독한 진률을 제거하려는 형법의 개혁을 단행하였으며, 무제 시기에는 부도죄(不道罪)와 불경죄(不敬罪) 등을 위시한 한대의 독자적인 법체계가 갖추어져 갔다.[68] 이러한 추세가 지속, 강화되면서 선제 시기 이후 ″불효″죄는 형률 영역에서 사라지지는 않지만 점차 퇴색해 가면서[69] 도덕률의 요소가 강조되는 방향으로 전개되었다고 할 수 있는데, 이로부터 법률 유가화의 추세 혹은 방향성을 읽어낼 수 있다고 하겠다.

---

66) 와카에 켄조는 구체적인 전환의 계기로 선제 이전의 창읍왕(昌邑王) 퇴위사건의 경과를 들고 있다. 창읍왕은 ″불효″죄로 탄핵되지는 않았지만, 탄핵문에는『효경』「오형」장이 인용되었는데, 이는 현 황제를 사형시킬 수는 없으나, 효의 자질이 부족하다는 것을 퇴위의 이유로 삼아야 했던 정치적 상황에서 비롯된 것이라고 하였다. 若江 賢三,「秦漢律における‘不孝’罪」, 18, 22-23.

67) 장공은 진한 불효죄의 변화를 ① 진대의 불효죄 ② 서한 전기(고조-소제)의 불효죄 ③ 서한 후기(선제 이후) 및 동한의 불효죄로 시기 구분을 하였다. 張功,「秦漢不孝罪考論」,『首都師範大學學報(社會科學報)』5 (2004): 13-18; 류허우친과 티엔윈의 글에서도 한대 불효죄에 대한 처벌은 서한 선제 이전에는 엄형을 위주로 하다가, 점차 법률적 처벌로부터 교화에 의한 변화를 이끌어내고자 하는 방향으로 선회하였다고 지적하였다. 劉厚琴・田芸,「漢代‘不孝入律’研究」,『齊魯學刊』4 (2009): 43.

68) 若江 賢三,「秦漢律における‘不孝’罪」, 22.

69) 와카에 켄조는 이를 ‘秦律的 不孝罪’의 伏流水化라고 표현하였다. 若江 賢三,「秦漢律における‘不孝’罪」, 25.

Ⅳ. 춘추결옥에 나타난 효/불효

청슈더(程樹德)는『한율고』중「춘추결옥고」에서 춘추결옥에 대하여 분명히 정의를 시도하지는 않았고, 단지 "한대는 고대로부터 멀지 않아서 법률 사안을 논할 때 경의(經義)를 많이 인용하였다"라고 한 후에『한서』에 실린 공손홍(公孫弘), 여보서(呂步舒), 예관(兒寬) 등이『춘추』의 의리[義]로써 정사, 특히 옥사를 다루었다고 한『한서』의 기록을 들었다.70) 이어서 역대 도서목록에 실린 춘추결옥과 관련된 서지사항을 소개하고, 동중서의 춘추결옥 6건과 한대에『춘추』로써 결옥했던 사례를 24조목으로 나열한 후에, 양한 시기에 걸쳐 법률 사안을 논의하면서『춘추』를 인용한 사례 33건을 들고 있다.71) 이 중 서지사항을 소개한 대목에서 여러 차례 언급되는 인물이 바로 동중서인데, 예컨대『한서』「예문지」에『공양동중서치옥(公羊董仲舒治獄)』16편이 실려 있다는 것, 또『후한서』「응소전(應劭傳)」에 실린 기사—"교동국의 국상이었던 동중서가 노환으로 치사하였는데, 조정에서 정사의 의론이 있을 때마다 자주 정위였던 장탕을 보내서 친히 누항에 이르러 그 득실을 묻게 하였다. 이에『춘추결옥』232사를 지었는데, 종종 경의로써 답하였으며 설명이 상세하였다"72)—등은 적어도 후한 응소의 시대까지는 춘추결옥에서 전한의 대표적인 공양학자였던 동중서가 핵심적인 역할을 했다고 여겨졌음을 알려준다.73) 동중서가『춘추』의 의리를 결옥에 본격적으로 도

---

70) 程樹德,『九朝律考』,「漢律考(七)」, 197; 程樹德 저, 임병덕 역주,『구조율고』제2권, 288.

71) 程樹德,『九朝律考』,「漢律考(七)」, 198-212; 程樹德 저, 임병덕 역주,『구조율고』제2권, 290-339; 이 가운데 '한대에『춘추』로써 결옥했던 사례 24 조목'에는 같은 사안에 대하여 출처가 다른 것을 각각 나열한 경우도 있고, 춘추결옥이라고 할 수 있을지 의문의 여지가 있는 사례도 포함되어 있다. 그러나 기존에 춘추결옥 연구에 가장 기본적인 자료를 제공해 준 것은 분명하다.

72) "故膠東相董仲舒老病致仕, 朝廷每有政議, 數遣廷尉張湯親至陋巷, 問其得失. 於是作春秋決獄二百三十二事, 動以經對(, 言之詳矣)."『後漢書』第48卷「楊李翟應霍爰徐列傳」, 1612;『구조율고』의 원문에는 괄호 부분은 빼고 인용하였다. 程樹德,『九朝律考』,「漢律考(七)」, 197; 程樹德 저, 임병덕 역주,『구조율고』제2권, 289.

73) 이인철은 응소 이전의 한대인들이『춘추결옥』에 실린 232건의 사법적 판결의 사례가 춘추결옥의 범주에 들어간다고 여겼으므로, 현재 6건밖에 전해지지 않지만 이를 분석

입했다고 할 수는 있겠지만, 춘추결옥이 동중서에 의하여 시작되었다고 할 수는 없다. 이는 전한 중엽에 경술리(經術吏)가 기용되어 황제의 마음에 맞는 결옥을 하면서 유행하게 되었던 것으로, 율문에 입각한 판단을 보완하거나 바꾸게 할 수 있는 경서에 대한 지식이 권위를 발휘하던 사례들이 동중서 이전에도 산견된다.74) 『춘추결옥』은 동중서 개인의 저작이라기보다는 동중서 및 그의 제자들, 달리 말하면 동중서 학파의 저작이라고 보는 것이 적절하지만, 편의상 이하에서 '동중서'라고 쓸 것이다. 청슈더의 「춘추결옥고」에 실린 동중서의 춘추결옥 6건 중 2건이 효/불효의 문제와 관련이 되어 있고, 부자관계에 대한 것이 1건, 부부관계에 대한 것이 1건이 있는데, 가족에 대한 법률적 문제에 많은 비중이 두어진 것이 눈에 띈다. 이 자료를 통하여 동중서가 효/불효와 관련하여 법률의 영역에서 무엇을 문제로 보았고, 어떤 방식으로 해결하고자 했는지에 초점을 맞추어보겠다. 첫 번째 살펴볼 사례는 다음과 같다.

> [1] 갑에게는 아들 을이 있었는데 자기 아들을 병에게 주었다. 을이 후에 장성하였는데 병이 길러준 것이다. 갑이 술에 취하여 을에게 '너는 내 아들이다'라고 하자 을이 화가 나서 갑에게 장 20대를 쳤다. 갑은 을이 본래 자신의 아들이므로 분함을 못 이기고 스스로 현관에게 고발하였다. 동중서가 판결하기를, '갑은 을을 낳았지만 양육할 수 없어서 병에게 주었으니 이미 부자의 의리는 끊어진 것이다. 을이 비록 갑을 때렸으나 (불효죄로) 처벌해서는 안 된다.'75)

이 사례에서 병과 을을 친자 관계라고 하고 추론해 보자면, 두 가지 가능성이 있다. 첫째, 앞 장의 『이년율령』 「적률」에서는 자식이 부모를 흉기로 살상할 경

함으로써 춘추결옥이 무엇인가에 대한 최소한의 기준을 제공해 줄 것이라고 말한다. 이인철, 「춘추결옥의 개념에 대한 재검토」, 『동양사학연구』 57 (1997): 3.

74) 임중혁, 「한률의 정신과 유가사상의 침투(상)」, 『법사학연구』 17 (1996): 20-21 ; 앞으로 『춘추결옥』이라고 할 때는 춘추결옥의 사례를 엮은 전적을 의미한다.

75) "甲有子乙以乞丙, 乙後長大, 而丙所成育. 甲因酒色謂乙曰: '汝是吾子'. 乙怒杖甲二十. 甲以乙本是其子, 不勝其忿, 自告縣官. 仲舒斷之曰: '甲生乙, 不能長育, 以乞丙, 於義已絶矣. 雖杖甲, 不應坐." 程樹德, 『九朝律考』, 「漢律考(七)」, 189; 程樹德 저, 임병덕 역주, 『구조율고』 제2권, 291-292. 번역은 임병덕 역주, 『구조율고』를 참조하면서 다소 수정하였다.

우 효수형에 처한다고 했으니,[76] 효수형에 처해지거나, (a)의 ②항에 있듯이 부모를 구타, 욕설할 경우 기시형에 처한다고 했으니 기시형에 처해진다. 결국 모두 사형에 해당되는 것이다. 그런데 가족이 아닌 관계, 즉, 타인을 구타했을 경우 「적률」에는 정확하게 해당되는 조항은 없지만, "칼이나 금속성의 도구로 타인을 상해했을 경우에 완위성단용에 처한다"[77]는 조항이 있는 것으로 미루어보면, 이 경우에는 우발적으로 금속성이 아닌 장(杖)으로 때린 것이므로 비교적 가벼운 형벌에 해당될 가능성이 있다. 그런데 동중서는 갑이 양육의 의무를 하지 않았으므로 갑과 을 사이에는 사실상의 부자관계가 성립하지 않고 부자의 의리가 끊어졌으므로, 을 역시 갑에게 효의 의무가 없다고 판단하였다. 친아들에게 장으로 맞은 갑은 현관에 가서 고발했으니 이는 앞 장에서 여러 차례 등장했던 '부모가 자식을 불효로 고발하는 것[父母告子不孝]'이었고, 이는 곧 기시형에 해당되지만, 동중서는 혈연적으로는 부자 관계지만 실제로는 그렇지 않다고 판단하였으므로 '처벌해서는 안 된다[不應坐]'고 한 것이다. 이때의 '처벌해서는 안 된다'는 말은 아마도 무죄라는 뜻이 아니라, 불효죄로 처벌해서는 안 된다는 의미로 보는 것이 더 타당하리라고 생각한다.

두 번째 사례 역시 부친을 구타한 행위에 관한 것으로, 의문의 여지가 있는 사안이다.

> [2] 갑의 부친 을이 병과 언쟁하다가 서로 다투었는데 병이 차고 있던 칼로 을을 찌르려 하니, 갑은 곧바로 막대기로 병을 때리려다 잘못하여 을에게 상해를 입혔다. 갑을 어떻게 논죄해야 하는가? ㉠혹자는 '아비를 구타하는 것은 효수형에 처해야 한다'고 한다. [동중서가 다음과 같이] 논한다. "㉡신의 어리석은 생각으로는 부자의 관계는 가장 가까운 것입니다. 자기 아비가 다툰다는 소식을 듣고 놀라고 두려워하는 마음이 없을 수 없으므로 몽둥이를 들고 아비를 구하려고 한 것이지 아비를 [의도적으로] 욕보이려 한 것이 아닙니다. 춘추의 의리에 '허지는 아버지가 병들자, 아버지께 약을 올렸는데 돌아가시게 되었으나, ㉢군자는 그 마음을 헤아려 사면하고 주벌하지 않았다'고 하였습니다. 갑은 율에서 말하는 '아비를 구타한

76) 앞의 주 54번을 참고할 것.

77) "鬪而以刃及金鐵銳, 錘, 椎傷人, 皆完爲城旦舂.……" 『張家山漢墓竹簡』, 138.

죄'에 해당되지 않으니, 처벌해서는 안 됩니다."78)

㉠에서 말하는 효수형이란 [1]번 사례의 설명에서 말한 「적률」의 내용에 해당되는 것으로 생각된다. 이 사례에서 갑은 결과적으로 부친 을을 때렸으므로 행위로 판단하면 실정법상 부친을 구타한 죄에 해당되는데, 판단을 달리했던 동중서는 먼저, 갑이 이러한 행동을 하게 된 '동기'를 헤아려 '부친이 타인과 싸우는 것을 보고 아들이 부친을 보호하려는 마음에서 구타한 것이고, 결과적으로 실수를 하여 부친을 상해하게 된 것'이라고 제시하였다. 이는 겉으로 드러난 행위의 결과만을 가지고 판단하기 전에 그러한 행위를 이끌어낸 심리적 동기를 판단에 넣야 한다는 뜻이다. 자식이 부모를 구타한 불효막심한 행위의 결과는 효수형일 수도 있으나, 구타하게 된 동기는 오히려 '효심'에 있었다는 점을 부각한 것이다. 그다음으로 자신이 이렇게 판단하게 된 근거로 『춘추공양전』 소공 19년의 허나라 도공과 그의 아들 세자 지(止)에 관한 기사의 '일부'를 제시하고 있다. 즉 세자였던 허지가 부친을 위하여 탕약을 달여서 드렸는데, 부친이 이를 마시고 죽은 사건에 대한 기사에서 "허나라 도공을 장사지냈다(葬許悼公)"고 한 구절을 보면 군자—『공양전』에서의 군자는 공자를 가리키며, 공양학자였던 동중서 역시 공자라고 이해했을 것이다.—가 허지의 죄를 용서했다는 뜻이라고 한 것이다. '일부'라고 한 까닭은 『공양전』에서는 "허나라 세자 지가 그 군주 매를 시해했다(許世子止弑其君買)"라고 제시하였고, 이에 대하여 자식의 도리를 다하지 않았음을 책망하는 뜻이라는 것 또한 지적하고 있기 때문이다. 일반적 춘추필법으로 보자면 군주를 시해한 역적을 주살하지 못했을 경우에 군주의 장례 사실을 기록하지 않는 것이 원칙인데, 『공양전』에서는 이를 기록하여 세자가 자식의 도리를 다하지 못했던 점을 책망하는 동시에 세자 지의 본의를 참작하여 그의 죄를 사면해 주었음을 보여주었던 것이라고 말한다. 『공양전』에서 이 기사의 양면을 동시에

78) "甲父乙與丙爭言相鬪, 丙以佩刀刺乙, 甲卽以杖擊丙, 誤傷乙. 甲當何論? 或曰: '毆父也', 當梟首. 論曰: '臣愚以父子之親也, 聞其鬪, 莫不有之心, 扶杖而救之, 非所以欲父也. 春秋之義, 許止父病, 進藥於其父而卒, 君子原心, 赦而不誅. 甲非律所謂毆父, 不當坐." 程樹德, 『九朝律考』, 「漢律考(七)」, 189; 程樹德 저, 임병덕 역주, 『구조율고』 제2권, 293-294. 번역은 임병덕 역주, 『구조율고』를 참조하면서 다소 수정하였다.

보여주고 있다는 사실은 또 다른 동중서 학파의 저작인 『춘추번로』「옥배(玉杯)」에는 잘 나타나 있다.79) 그런데 이 춘추결옥의 기사에서는 군자가 허지의 행위가 효에서 우러나온 것임을 보고 죄를 사면했다는 사실을 부각시키고 있다.

㉢ "군자는 마음을 헤아린다[君子原心]"는 말에서 '원심(原心)'이란 동중서가 파악한 『공양전』 기사에 담긴 군자의 의도 중 하나로서, 군자의 포폄은 행위의 결과가 아니라 행위자의 동기에 있다는 것을 말한다. ㉡ "신의 어리석은 생각으로는[臣愚]"이라는 표현이 있는 것으로 미루어보면, 이는 응소가 말했듯이 조정에서 사람을 보내어 질의한 것에 대해서 답하는 것임을 짐작하게 한다.80) 그렇다면 이 사례들을 실제로 발생했던 사안에 대한 기록으로 보아야 할 터인데, 그렇다면 『춘추결옥』은 앞에서 보았던 판례집 「주얼서」와 같은 성격의 책이 된다. 그러나 『춘추결옥』은 「주얼서」에서와 같이 구체적인 지명이나 인명을 밝히면서 기록하지 않고, 갑・을・병 등의 익명을 사용하고 있는데, 토미야 이타루는 『춘추결옥』이 현실에서 발생할 법한 사건을 일반적인 안건으로 추상화하여 정리한 것으로, 「법률답문」과 유사한 법률 해석집으로 보아야 할 것이라고 말한다.81) 물론 판례집 역시 구체적인 사안의 판결에 참고자료가 되지만, 『춘추결옥』은 율령의

---

79) 『춘추번로』「옥배」는 주로 춘추필법에 대한 논의가 실려 있는데, 특히 진나라 조둔의 기사와 허나라 세자 허지의 기사에 대한 질의응답식의 설명이 많은 부분을 차지한다. 동중서는 『춘추』, 즉 『공양전』의 기사에 은미하게 담겨 있는 군자의 의도를 잘 살펴야 한다고 강조하고 있다. "春秋之好微與, 其貴誌也. 春秋修本末之義, 達變故之應, 通生死之志, 遂人道之極者也. 是故君殺賊討, 則善而書其誅. 若莫之討, 則君不書葬, 而賊不復見矣. 不書葬, 以爲無臣子也. 賊不復見, 以其宜滅絶也." 蘇輿, 『春秋繁露義證』(北京: 中華書局, 1992), 38-39. 이 문장에 이어지는 질의응답에서도 허지에 관한 기사에 담긴 포폄의 뜻을 지적하고 있다.

80) 같은 표현이 6건의 사례 가운데 두 번 보이고, 세 건은 '중서가 (판단하여) 말하기를[仲舒斷曰・仲舒斷之曰・仲舒曰]'이라는 표현이 나오며, 한 건은 동중서라는 화자가 노출되지 않은 채, '曰'이라고 되어 있다.

81) 토미야 이타루 저, 『유골의 증언: 고대 중국의 형벌』, 임병덕・임대희 역 (서울: 서경문화사, 1999), 114-115; 이인철은 토미야 이타루의 견해를 참조하면서도, 『후한서』「응소전」에 실린 기사를 인용하면서 『춘추결옥』이 후한 시대에 국가법률문서의 하나로 확고한 위치를 차지하고 있었음을 지적하였으며, 따라서 구체적인 사건들에 대한 논단의 기록이었다고 해도 표준적 판례를 제시하기 위하여 일반화 작업을 거쳤을 것이라고 말한다. 이인철, 「춘추결옥의 개념에 대한 재검토」, 25-26.

조항만으로는 해결할 수 없는 결옥에서 유연한 판결을 내리기 위한 법률적 원천의 역할을 했을 것이라 생각된다. 물론 이때의 '유연한 판결'이라는 말의 배후에는 '자의적인 판결'이라는 부정적인 측면 및 악용될 소지가 있다는 것은 분명하다. 그러나 동중서에게는 진대 법률의 엄격한 적용에 따른 부작용에 대한 비판의 시각이 있었고, 이를 극복하기 위한 방법으로 유가 경의를 법률 운용에 도입할 필요가 있었던 것으로 보인다.

> (진나라는) ㉣명목만을 보고 주벌하면서 실정을 살피지 않았으니, 선을 행한 사람이 반드시 죄를 면할 수 있는 것이 아니고, 악을 범한 사람이 반드시 형벌을 받는 것도 아니었습니다. 이런 까닭에 백관들은 모두 빈말과 허황된 언사로 수식할 뿐, 실질을 돌보지 않았습니다. ㉤밖으로는 군주를 섬기는 예를 갖추었지만, 안으로는 윗사람을 배반하는 마음을 지니고 있었으며, 거짓을 만들고 겉치레를 꾸며서 이익을 추구하면서도 부끄러움이 없었습니다.[82]

이는『한서』「동중서전」에 실린 천인삼책 중 제2 대책문에 실린 것으로, 동중서는 진나라가 신불해와 상앙의 법을 스승 삼고, 한비자의 주장을 그대로 행하면서 탐욕을 일삼고 교화를 멀리했다고 하면서 법가풍을 비판하였고, 이어서 진률의 맹점은 ㉣ '명목만을 보고 주벌하면서 실정을 제대로 살피지 않았던 것[誅名而不察實]'이라고 지적하였다. 이에 비하면 춘추결옥은 특수한 개별적 상황의 실정을 살펴서 그에 적합한 판결을 내리고자 하는 것이었다고 하겠다. 또, ㉤에서는 외적인 언행과 내적인 마음의 대비를 들고 있는데, 이는 자연스럽게 원심정죄(原心定罪)라는 춘추결옥의 방법으로 이어지게 되었던 것이다. 아래의 사안은 효/불효의 문제는 아니지만 친자 간의 효자(孝慈) 가운데 자(慈)에 관한 것이며, 여기에서도 [1]의 사안과 일맥상통하는 논리가 제기되고 있다.

> [3] 이때 미심쩍은 옥사가 있었다. "갑은 자식이 없어서 길가에 버려진 아이 을을 데려다가 길렀고 자식으로 삼았다. 을이 성장하여 살인죄를 지었는데, 이를 갑

82) "誅名而不察實, 爲善者不必免, 而犯惡者未必刑也. 是以百官皆飾空言虛辭, 而不顧實, 外有事君之禮, 內有背上之心, 造僞飾詐, 趣利無恥. ……"『漢書』「董仲舒傳」, 2510.

에게 말하니, 갑은 을을 숨겨주었다. 갑을 어떻게 논죄해야 하는가?" 동중서가 판결하기를, "갑에게는 자식이 없어서 을을 거두어 길렀으니, 비록 낳은 것은 아니나 누가 그를 바꿀 수 있겠는가? (누군가 아무리 좋은 것을 갑에게 준다고 해도 을과 맞바꾸지 않을 것이다.) 『시』에 이르기를, '명충 나방의 유충이 애벌레일 때 니나니 벌이 유충을 업고 다닌다네'라고 하였다. 『춘추』의 의리에 따르면 '아버지는 아들을 위하여 숨겨주는 것이다.' 갑은 마땅히 을을 숨겨준 것이니, 죄를 물어서는 안 된다."[83]

주지하다시피, 전한 선제 지절(地節) 4년(기원전 66년)에 비로소 친속 간의 수닉죄(首匿罪)가 부분적으로 폐지되었음을 생각해 본다면,[84] 동중서가 활동하던 시기에는 친자 간에도 수닉죄가 적용되고 있었으며, 더구나 부친이 아들을 은닉한 경우이므로 무엇이 미심쩍었는지가 오히려 불분명하다. 물론 양부와 양자 사이의 은닉에 대한 조항이 따로 설정되어 있지 않았으므로 이를 친속 관계로 볼 것인지 아닌지는 의심스러울 수 있을 것이다. 그렇다면 타인을 은닉하는 것과 부친이 아들을 은닉하는 죄 사이에 서로 다른 형률이 적용되고 있었다고 추론할 수밖에 없을 텐데,[85] 각 율령조항이 존재하는지, 차이는 무엇인지에 대해서는 불

83) "時有疑獄曰: '甲無子, 拾道旁棄兒乙, 養之以爲子, 及乙長, 有罪殺人, 以狀於甲, 甲藏匿乙, 甲當何論?' 仲舒斷曰: '甲無子, 振活養乙, 雖非所生, 誰與易之. 詩云: 蛉蛉有子, 蜾蠃負之. 春秋之義, 父爲子隱. 甲宜匿乙, 而不當坐." 程樹德, 『九朝律考』, 「漢律考(七)」, 189; 程樹德 저, 임병덕 역주, 『구조율고』 제2권, 290-291; 밑줄 친 부분에 대하여 이인철은 사건의 처리 결과를 기록한 '詔不當坐'를 바꾸어 쓴 것으로 추정되지만, 『通典』의 기록에 따라 삭제한다고 하였다. 그러나 6건 가운데 1건을 제외하고는 모두 이와 유사한 결과의 기록이 있으므로 그대로 두었으며, 번역은 임병덕 역주, 『구조율고』를 참조하면서 다소 수정하였다.

84) "詔曰: '父子之親, 夫婦之道, 天性也. 雖有患禍, 猶蒙死而存之. 誠愛結于心, 仁厚之至也, 豈能違之哉. 自今子首匿父母, 妻匿夫, 孫匿大父母, 皆勿坐. 其父母匿子, 夫匿妻, 大父母匿孫, 罪殊死, 皆上請廷尉以聞.'" 『한서』 「선제기」, 251; 이 수닉죄의 폐지가 부분적인 이유는 아들이 부친을, 아내가 남편을, 손자가 조부모의 죄를 은닉하는 것은 무죄이지만, 그 반대의 경우에는 정위에게 상청하여 보고하도록 하는 방식이었기 때문이다.

85) 이인철은 정의(廷議)에서 갑은 人이 人을 은닉한 행위에 대한 처벌을 규정한 율령조항에 따라 처벌해야 한다는 주장과, 父가 子를 은닉한 행위에 대한 처벌을 규정한 율령조항에 따라 처벌해야 한다는 주장이 제기되었을 것이라고 말한다. 이인철, 「춘추결옥의 개념에 대한 재검토」, 5.

분명하다. 동중서의 판결문을 보면, 먼저 을이 갑의 친자가 아님을 재차 명시하였고, 갑이 비록 친부는 아니지만 사랑과 정성으로 양육하였음을 밝히고 있다. 『시경』 소아의 「소완(小宛)」시를 인용한 것은 혈연관계가 아닌데 수양(收養)하는 양부가 양자에게 마음을 다하여 보살핀다는 뜻을 비유하기 위한 것이며, 이어서 『춘추공양전』 문공 15년의 기사로부터 추론한 춘추의 의리란 아비가 자식을 숨겨준다는 것으로서, 갑은 마땅히 을을 숨겨주어야 하는 것이고, 따라서 죄를 묻지 않아야 한다고 결론짓고 있다. 이로써 동중서는 부자관계를 단지 혈연에 의한 것만이 아니라 양육에 의한 비혈연적 관계로까지 확장시키고 있으며, 이때 양부의 지위는 법적으로 친부의 지위와 다르지 않다는 것을 확인시켜 주고 있다.

춘추결옥은 죄의 명목만을 고려하면서 일반적인 해당 율령 규정을 일괄적으로 적용할 때 생기는 문제, 즉 선행을 했음에도 처벌받거나 악행을 했음에도 처벌받지 않는 폐단을 최대한 방지하기 위하여 유교 경전에 실린 사례나 교의를 결옥의 또 다른 기준으로 활용했던 법 운용의 한 방식이었다. 효/불효의 문제가 춘추결옥에서 다루어진 양상을 보자면, 양부와 양자의 관계에서 발생한 사건에 대한 결옥([1]과 [3])을 통하여 상식적인 의미의 부자관계를 재규정하였다. 비록 친자가 아니더라도 양육의 의무를 이행한 양부는 법적으로 친부와 동일한 자격을 가지며, 양육의 의무를 하지 않은 친부는 이미 자식과 부자의 의리가 끊어진 것이라고 함으로써 자식에게 효를 요구할 수 없고, 따라서 〝불효〞죄도 적용되지 않는다고 판결하였다. [2]의 경우에서는 의도를 가지고 하지 않은 행동의 결과에 대해서 죄를 묻기보다는 그러한 행동을 하게 된 의도와 목적을 고려해야 한다고 함으로써 기계적인 법 운용방식을 보완할 수 있는 계기를 마련해 주었다. 물론 긍정적으로만 평가할 수 없는 측면도 충분히 예상되는데, 이는 춘추결옥으로 인하여 죄형법정주의—춘추 말기 정자산에 의하여 확립되어 진률에도 계승되었던 원칙—가 심각한 손상을 받게 되었다는 평가에서도 잘 드러난다.[86] 위잉스는 일찍이 한초에 유학은 정치적 성격에 있어서 기본적인 변화가 생겼다고 하면서 이를 '유학의 법가화'라는 용어로 표현한 바 있다.[87] 그는 전한 시대에 나타났던 '유학의

86) 임중혁, 「한률의 정신과 유가사상의 침투(上)」, 9.

87) 위잉스는 '유학의 법가화'가 단순히 유가들이 형법의 사회질서 유지 작용을 긍정한다는

법가화' 현상을 서술하는 과정에서 춘추결옥을 매우 혹독하게 비판하였다.[88] 춘추결옥이 황제권을 강화하거나 정적을 제거하는 수단으로 악용되거나 관리들의 자의적인 판결에 오용되는 사례가 충분히 예상됨에도 불구하고, 앞에서 살펴보았던 동중서 춘추결옥의 경우, 법의 운용에 있어서 복잡한 인간관계에서 벌어지는 구체적인 실정을 반영할 수 있는 길을 열어준 측면도 경시할 수 없을 것이다.

V. 나가는 말

본고는 취통주의 '법률의 유가화'라는 용어에 관한 논의가 1970년대 진·한의 출토자료들이 발굴되고 연구가 축적되는 과정에서 다시 조명된 이래 지금까지도 여전히 다각도에서 이어지는 상황에 주목하였다. 1940년대에 취통주가 제기했던 일부 주장들은 출토자료들로 인하여 저절로 유효하지 않게 되었고, 유가와 법가의 범주를 독립적으로 설정할 수 없다는 문제로 인하여 논리적인 취약성도 이미 지적되었다. 그러나 필자는 전한 시대 이후 이른바 '유교화'라는 현상이 제반 영역에서 진행되어 갔던 상황을 부정할 수 없으며, 그중의 하나인 법률의 유가화가 비록 취통주가 최초에 제시했던 양상과는 부분적으로 차이가 있다고 해도 여전히 유효한 명제라고 판단한다. 이 글에서는 한대 '법률의 유가화' 양상 가운데 특히 효와 불효의 문제에 주목하였다.

대체로 전한 초기 이후 널리 읽혔던 『효경』에서 천(天)에 토대를 두고 있는 효는 절대적인 가치를 담보하면서 천과 천자, 천자와 신민들의 관계를 엮는 역할을

뜻이 아니라고 하면서, 이는 이미 『荀子』의 「王制」와 「正法」 등에서도 나타나는데, 한초 유학의 법가화는 맹자의 '君輕'이나 순자의 '從道不從君'의 관념으로부터 법가의 '尊君卑臣'論으로의 변화, 즉 군신 관념의 근본적인 변화에서 잘 나타난다고 지적하였다. 余英時, 「反智論與中國政治傳統」, 『歷史與思想』 (臺北: 聯經出版事業公司, 1976), 31-32.

88) 위잉스는 청대의 조익(趙翼)이 한초에 법제가 미비하였기 때문에 경의단사(經義斷事)를 할 필요가 있었다고 한 것은 실제와 동떨어진 말도 안 되는 소리라고 하였고, 법률은 단지 외적인 행동을 통제하지만, '경의단옥', 즉 춘추결옥은 사람의 마음속까지 파고드는 가장 철저한 살인 수단이라고 비판하였다. 余英時, 「反智論與中國政治傳統」, 36.

하게 되었다. 따라서 효는 가정 내부의 윤리일 뿐만이 아니라, 황제로부터 서민에 이르기까지 누구도 어겨서는 안 되는 사회적 규범이기도 하였는데, 이러한 서주 이래의 ‘추효(追孝)’의 이념까지도 포함하고 있는 『효경』에 이미 ‘불효’가 형벌로서 언급되었던 것으로 미루어보면, 전국 말기부터 국가의 권력이 점차 강화되면서 공실고와 비공실고의 구분이 소실됨과 동시에 ″불효″죄가 나타났고, 가족 내부의 사건에 국가가 법적으로 간여하게 된 상황을 추론할 수 있다. 출토된 진한률 관련 자료들을 통해서 우리는 ‘불효’와 관련된 다양한 조항들과 ″불효″죄 및 그에 대한 형벌의 양상을 어느 정도 파악할 수 있었는데, ″불효″죄는 일괄적으로 기시형에 처해지는 중죄였고, 한초에는 진대(秦代)와 별다른 차이가 없었다. 그러나 전한 중후기가 되면서 처벌 방식은 점차 완화되어 엄형에 처해지는 것이 오히려 드물 정도가 되어갔다. ‘불효’ 및 ″불효″죄 관련 율문에서는 한대 고유의 법률 유가화의 성격이 두드러지지 않았지만, 『사기』나 『한서』에 기록된 불효 관련 기사들로부터 그 처리 방식에서는 중요한 변화가 생겨났다는 것을 알 수 있는데, 이러한 판례들은 형벌보다는 교화를 중시하는 방향으로의 선회를 보여주는 것이라고 할 수 있다.

″불효″죄는 예외 없이 기시형에 처해진다는 원칙과 현실에서의 처벌 방식에 차이가 있는 판례들이 결사비(決事比)로서 축적되어 가면서 법적 효력을 발생하기 때문에, ″불효″죄의 개념은 자연스럽게 변화해 갈 수밖에 없다.[89] 춘추결옥이란 바로 이러한 결사비의 대표적인 형태로, 그 사례집인 『춘추결옥』은 『춘추결사비』라고도 불렸다. 본고에서는 동중서의 춘추결옥 가운데 불효(효)와 관련된 사안을 중심으로 살펴보았는데, 구체적인 상황을 고려하지 않고 진한률의 ‘불효’ 혹은 ″불효″죄를 적용할 경우 효수형 혹은 기시형 등 사형에 처해질 수밖에 없는 사안이었으나, ‘처벌받지 않아야 한다’는 결론을 이끌어내고 있었다. 부모가 자식을 ″불효″로 고발하면 곧바로 기시형에 처했던 진한률의 경우와는 달리, 부자간의 의리[義]가 있는 경우에 비로소 ″불효″죄가 인정된다고 판결하였으니, 동중서 춘추결옥은 효와 불효가 부모의 자의에 의해서가 아니라 유교의 경의(經義)에 의해서 정해지는 것이라는 인식을 보여준다. 황제가 정식으로 반포한

89) 若江 賢三, 「秦漢律における‘不孝’罪」, 17.

조령(詔令)만이 보편적인 법률적 효력을 발휘하는 것이지만, 정식 법률조항이 없거나 의혹의 여지가 있는 사안에서 유가의 윤리를 반영하는 춘추결옥은 한률을 보완해 주는 역할을 하였다.

효는 한대 사회 전반에 걸쳐서 보편적인 중요성을 가진 가치이자 누구에게나 예외 없이 요구되는 실천 양식으로서, 통치 질서의 유지에 근간을 이루는 법률의 영역에서 점차 법률의 유가화를 추동하는 중요한 계기로 작용하였다. 본고에서는 불효 및 ″불효″죄의 규정 및 처리 방식과 춘추결옥에서 효와 불효의 문제가 다루어지는 양상을 통하여 한대 법률의 유가화 양상의 한 단면을 조명해 보았다. ″불효″죄 사건에 대한 처벌이 전한 중기를 지나면서 율령의 조항과는 달리 관대하게 처벌되는 사례가 늘어나고, 아울러 유가의 경의에 의하여 판결한 판례가 실제로 효력을 발휘하면서 축적되었다는 것 자체가 한대 법률의 유가화 양상을 잘 보여준다고 하겠다.

주제어: 법률의 유가화[法律儒家化], 효(孝), 불효죄(不孝罪), 춘추결옥(春秋決獄), 한율(漢律), 취통주[瞿同祖]

원고접수일: 2023년 05월 21일
심사완료일: 2023년 06월 19일
게재확정일: 2023년 06월 21일

참고문헌

『史記』. 臺北: 宏業書局, 1983.

『漢書』. 臺北: 宏業書局, 1984.

睡虎地秦墓竹簡整理小組.『睡虎地秦墓竹簡』. 北京: 文物出版社, 1978.

張家山二四七號漢墓竹簡整理小組.『張家山漢墓竹簡』. 北京: 文物出版社, 2001.

程樹德.『九朝律考』. 臺北: 臺灣商務印書館, 1965.

정수덕 저, 임병덕 역주.『구조율고』. 서울: 세창출판사, 2014.

蘇輿.『春秋繁露義證』. 北京: 中華書局, 1992.

瞿同祖.『中國法律與中國社會』. 北京: 商務印書館, 2010.

池澤優.『‘孝’思想の宗教學的研究』. 東京: 東京大學出版會, 2002.

이명화.『진한시대 여성사 연구』. 서울: 일조각, 2017.

토미야 이타루.『유골의 증언: 고대 중국의 형벌』. 임병덕・임대희 역. 서울: 서경문화사, 1999.

余英時.「反智論與中國政治傳統」.『歷史與思想』, 1-46. 臺北: 聯經出版事業公司, 1976.

Geoffrey MacCormack, 蔡京玉(譯).「重估由漢至唐的‘法律儒家化’」.『中國史新論(法律史分冊)』, 柳立言 主編, 103-140. 臺北: 中央研究院: 聯經出版事業股份有限公司, 2008.

徐世虹.「‘三環之’・‘刑復城旦春’・‘繫城旦春某歲’解-讀「二年律令」札記」.『出土文獻研究』6, 中國文物研究所編, 79-89. 上海: 上海古籍出版社, 2004.

堀池信夫.「前漢における孝の轉回と國家」.『兩漢の儒教と政治權力』, 渡邊義浩編, 97-117. 東京: 汲古書院, 2005.

김진우.「중국 고대 ‘효’사상의 전개와 국가권력」. 박사학위논문, 고려대학교 사학과, 2006.

_____.「秦漢律의 ‘不孝’에 대하여:『睡虎地秦簡』・『張家山漢簡』의 ‘不孝’관련 조문을 중심으로」.『중국고중세사연구』19 (2008): 179-210.

이인철.「춘추결옥의 개념에 대한 재검토」.『동양사학연구』57 (1997): 1-42.

임병덕.「장가산한간『이년율령・적률』초탐」.『호서사학』38 (2004): 93-131.

_____.「秦・漢 交替期의 奴婢」.『중국고중세사연구』16 (2006): 171-221.

임중혁.「한률의 정신과 유가사상의 침투(상)」.『법사학연구』17 (1996): 7-37.

江陵張家山漢簡整理小組.「江陵張家山漢簡『奏讞書』釋文(二)」.『文物』3 (1995): 31-36.

李勤通.「法律儒家化及其解釋力」.『學術月刊』52 (2020): 157-169.

武樹臣.「變革, 繼承與法的演進: 對'古代法律儒家化'的法文化考察」.『山東大學學報(哲學社會科學版)』6 (2012): 1-8.

崔永東.「張家山漢簡中的法律思想」.『法學研究』5 (2003): 139-147.

楊振紅.「從出土秦漢律看中國古代的'禮'・'法'觀念及其法律體現: 中國古代法律之儒家化說商兌」.『中國史研究』4 (2010): 75-106.

楊一凡.「重述中國法律思想史」.『華東政法大學學報』4 (2021): 6-19.

張功.「秦漢不孝罪考論」.『首都師範大學學報(社會科學報)』2004年 第5期(總第160期).

劉厚琴・田芸.「漢代'不孝入律'研究」.『齊魯學刊』2009年 第4期(總第211期).

徐世虹.「秦漢簡牘中的不孝罪訴訟」.『華東政法學院學報』3 (2006): 124-129.

Goldin R. Paul. "Han Law and the Regulation of Interpersonal Relations: 'The Confucianization of the Law' Revisited." *Asia Major* 25(1) (2012): 1-31.

若江 賢三.「秦漢律における'不孝'罪」.『東洋史研究』55卷 2號 (1996): 249-282.

水間 大輔.「秦漢律における不孝罪の成立要件と父母の'告'」.『中央學院大學法學論叢』33(1) (2019): 1-23.

https://www.cidianwang.com/lishi/zhishi/0/38350sd.htm (2023년 4월 20일 최종검색)

Abstract

Filial Piety and Unfilial Conducts during the Han Dynasty: from the Perspective of the ‘Confucianization of Law’

Lee, Younseung (Seoul National Univ.)

The discussion on the term ‘Confucianization of law’ by Qu Tongzu in 1948 regained academic attention due to the archaeological discoveries of legal manuscripts, such as Shuihudi Qin Jian (睡虎地秦簡) and Zhangjiashan Han Jian (張家山漢簡), excavated in the 1970s and 1980s. While some of Qu Tongzu's arguments were invalidated by these excavated documents, I still consider the theory of ‘Confucianization of law’ to be valid, albeit with some differences from Qu Tongzu's original ideas. This article specifically focuses on the issue of filial piety and unfilial acts within the context of the Confucianization of law. During the early Western Han period, filial piety transformed from a mere family ethic to a social norm that no one, from the emperor to the common people, should violate. Therefore, various unfilial acts were punished according to the laws of the Han Empire. To comprehend the aspects of ‘Confucianization of law’ in the Han Dynasty, this study examines two key issues: the crime of unfilial conduct in the Han Code and the method of operating laws known as Chunqiujueyu (春秋決獄: Deciding Cases through *the Spring and Autumn Annals*). It was confirmed that the ideology and practice of filial piety and unfilial conduct were critical aspects of the ‘Confucianization of law’ process during the Han Dynasty.

Keywords: the Confucianization of law, filial piety (孝), the crime of unfilial conduct (不孝罪), Chunqiujueyu (春秋決獄: Deciding Cases through *the Spring and Autumn Annals*), the Han Code (漢律), Qu Tongzu (瞿同祖)