■ 민족문화연구 제87호(2020.05.31), 고려대 민족문화연구원, pp.185-223.
http://doi.org/10.17948/kcs.2020..87.185

# 조선후기 성 관련 범죄의 처벌 규정과 재판 양상*
## —『審理錄』·『秋官志』와 『欽欽新書』의 판결 사례를 중심으로—

백민정(白敏禎)**

목 차

1. 들어가는 말
2. 조선후기 법전의 성범죄 처벌 규정들
3. 간통 및 강간에 연루된 살인과 자살의 의미
4. 성범죄 재판을 통해 본 성 인식과 욕망
5. 나가는 말

국문초록

조선에서는 德과 禮가 정치의 근본이었고, 법과 형벌은 정치의 보조수단으로 간주되었다. 조선후기 正祖 때도 백성의 도덕적 각성을 위한 윤리 교과서, 교훈서들이 활발히 간행되었다. 당시 널리 보급된 교훈서 『五倫行實圖』의 수많은 효자·충신·열녀들은 지배층의 도덕적 지향과 목표를 보여준다. 한편 국왕과 刑曹의 형사재판을 수록한 『審理錄』과 『秋官志』에는 그들이 부도덕하고 비윤리적이라고 평가한 행위들이 수록되었다. 범죄사건과 재판 기록을 통해 우리는, 도덕과 부도덕의 경계 앞에 선 인간 군상들과 그들의 욕망을, 그 어떤 자료들보다 생동감 있게 잘 살펴볼 수 있다. 정약용의 『欽欽新書』도 비슷한 기능을 갖는다.

* 본 연구는 2019년도 가톨릭대학교 교비연구비의 지원으로 이루어졌음.
** 가톨릭대 철학과 부교수.

조선후기 성 관련 범죄의 처벌 규정과 판례를 분석한 이 글에서는, 성범죄의 성립 요건과 처벌 규정을 담은 『大典後續錄』, 『受敎輯錄』, 『續大典』 등 법조문을 먼저 살펴본다. 법조문에 담지 못한 다양한 사건과 재판 기록들은 『심리록』·『추관지』와 『흠흠신서』를 통해서 분석한다. 성 관련 범죄의 처벌 규정을 살펴보고 재판 운영방식을 분석하는 것은, 당시 법 제정과 운영에 간여했던 지배층, 즉 국왕과 관료들의 내면 심리와 모순된 자의식을 엿보기 위해서다. 영조 때부터 '차미(옷깃)를 당기거나 밥상을 마주대하는[挽裳飯對]' 수준의 행위를 간통죄 성립의 중요한 요건으로 간주하여 국왕 수교로 성문화했다. 그렇다면 이것은 상대방이 원하지 않을 경우, 강간 이수죄 성립 요건으로도 인정될 수 있었을 것이다. 당시 여성들은 옷깃을 잡아당기는 정도의 매우 사소한 행위만으로도 자살했다. '만상반대' 행위가 심각한 간통행위로 간주되었기에, 여성들은 이것이 화간이 아닌 강간임을 하소연하고 자신의 억울함을 표명하기 위해 최후 수단으로 자살을 선택한 것이다. 하지만 명백한 간통죄 성립 요건도 반대로 강간 이수죄 성립의 요건은 되지 못했다.

조선후기 남녀가 간통과 강간에 대한 차등적 인식 체계 속에서 살았다면, 오늘날 우리는 간통죄를 폐지하고 강간죄에 이목이 집중되는 세계에 살고 있다. 和姦과 强奸에 대한 오늘날의 명확한 판단 기준은 무엇일까? 우리는 강간죄를 특수한 성관계가 아닌, 심각한 폭력으로 이해할 인식론적 근거를 갖고 있을까? 간통과 강간의 구별에 민감했던 조선후기 위정자들의 성 인식과 그런 인식의 위력에 직면해 투항하거나 싸웠던 여성들의 체험은, 우리들의 성 인식의 좌표를 되묻고 있다.

주제어: 『審理錄』, 『秋官志』, 『欽欽新書』, 和姦(罪), 强奸[劫奸] 已遂罪, 挽裳飯對, 國王受敎, 威逼(律).

## 1. 들어가는 말

조선시대는 예치에 기반한 사회였고 정교하고 섬세하게 마련된 예치 시스템이 지향한 것은 유교적 윤리덕목의 구현이었다. 따라서 오늘날 적지 않은 연구자들은 조선이 덕과 예를 통한 유교적 도덕공동체, 윤리공동체를 지향한 국가였다고 이해한다. 조선후기에 강화된 강상윤리에 대한 지나친 강조와 집착도 크게 보면 이런 맥락에서 이해할 수 있을 것이다. 선진시대 유학자에게도 그랬지만, 덕과 예의 관계에서 보면 형벌이나 법은 전자를 실현하기 위한

보조수단으로 간주되었다[禮主刑補・德主刑補]. 공자가 『논어』「爲政」에서 정치명령[政]이나 형벌[刑]은 덕 또는 예와 달리 민중의 자발적 복종을 이끌어 낼 수 없다고 경계한 이래 유학자들에게 법은 최후의 교정수단으로 이해되었다.[1] 법가적 경향의 유학자 순자조차 예와 형벌 두 가지가 필요하지만 결국 예가 분별과 경계의 근본이라고 보았다.[2] 선진유학의 이런 경향은 송대 유학자 주희의 『論語集註』 해석에도 드러난다. "政이란 정치를 하는 도구고 형벌[刑]은 정치를 돕는 방법이다. 덕과 예는 정치가 나오는 근본이며 덕이 또한 예의 근본이다."[3]라는 주희의 발언은 덕과 예, 형벌의 우선순위를 잘 보여준다. 유교사회의 제왕학 교과서인 『대학』과 『대학장구』에서도 주희는 명덕의 발현[明明德], 즉 덕의 자발적 감화와 호응이라는 덕치를 통한 윤리공동체로의 지향성을 분명히 드러냈다.[4]

유교국가를 표방한 조선에서도 법과 형벌, 범죄는 다소 부차적인 것이 아니었나 생각할 수 있다. 『經國大典』「刑典」에서도 『大明律』을 사용한다는 전제 아래 「형전」을 소략히 기재했고 이 점은 「禮典」을 세밀하게 갖추었던 것과도 대조된다. 하지만 짐작할 수 있듯이 '도덕을 지향했다'는 것과 '도덕적이었다'는 것은 전혀 별개의 문제다. 조선후기 강상윤리의 강조와 강상죄인에 대한 율문 이상의 과도한 처벌은, 오히려 위정자들이 지향한 윤리가 그들이 원하는 만큼 구현되지 못했음을 방증한다. 『대전후속록』(중종)과 『(신보)수교집록』(숙종-영조), 『속대전』(영조)의 율문과 수교의 증설은, 그만큼 통제하기 어려운 인간욕망의 빈번한 표출과 저항에 맞닥뜨려 덕과 예가 아닌 형벌의 위압과 강제력을 필요로 했던 정황을 짐작케 한다. 국가의 금령, 금령에 동조하는 지식인들의 상소는 그들이 마주한 부도덕한 행위들이 무엇이었는지 우리에게 보여주며 금령과 형벌을 통해 억제할 수 없었던 인간 본성의 욕구와 의지가 무엇이었는지도 가늠하게 한다.[5]

---

1) 「爲政」, 『論語』. "子曰, 道之以政, 齊之以刑, 民免而無恥, 道之以德, 齊之以禮, 有恥且格."
2) 「成相」, 『荀子』. "治之經, 禮與刑, 君子以修, 百姓寧."; 『荀子』 議兵. "禮者, 治辨之極也, 彊固之本也."
3) 「爲政」, 『論語集註』. "[朱熹註] 爲政. 政者爲治之具, 刑者補治之法, 德禮則所以出治之本, 而德又禮之本也."
4) 朱熹, 「序文」, 『大學章句』. 주희는 군주의 권력이 아니라 윤리적 수양을 통한 덕성 함양이 백성의 자발적 복종과 호응을 유도할 수 있다는 덕치의 이념을 강조한다.

18세기 정조연간은 법전의 간행뿐만 아니라 민의 도덕적 각성을 위한 수신서, 교훈서의 활발한 간행으로도 유명하다. 정조는 『소학』, 『오륜행실도』, 『향례합편』을 출간해 지방에 널리 보급했다.[6] 수신교과서 『소학』은 기존 책을 재간행한 것이지만, 정조가 가장 많이 보급한 『오륜행실도』, 『향례합편』은 수정을 거듭하면서 국왕과 관료들의 윤리적 자의식을 충분히 반영할 수 있었던 텍스트였다. 특히 세종・성종의 『삼강행실도』를 계승한 정조의 『오륜행실도』는 그가 대민통치에서 어떤 도덕적 지향성을 견지했는지 잘 보여준다.[7] 『오륜행실도』에 등장하는 수많은 효자・충신・열녀가 위정자의 도덕적 지향과 목표를 반영한다면, 『심리록』과 『추관지』는 부도덕하고 비윤리적인 행위들, 도덕과 부도덕의 잣대(검열) 앞에 선 인간욕망의 위험한 경계들을 그 어떤 자료보다도 역동적이고 생동감 있게 잘 보여준다. 어떤 면에선 오히려 후자의 사건과 재판 기록이 당시 사회에 처한 인물들의 실존적 삶, 그들의 원망과 희구를 이념이나 관념이 아닌 실제 모습에 가깝게 비춰준다고 생각한다. 이 점에서는 정약용의 『흠흠신서』 역시 비슷한 기능을 갖는다. 인간과 여성에 대한 정약용의 관점은 그의 유명한 四書 주석서보다 『흠흠신서』에 좀 더 선명하고 노골적으로 드러난다.[8]

조선후기 성 관련 범죄의 처벌 규정과 판례를 분석하는 이 글에서는, 성범죄의 기본요건과 처벌 규정을 담은 『대전후속록』・『수교집록』・『속대전』의 해당 율문들을 먼저 살펴본다. 그리고 법조문에 담지 못한 다양한 사건과 재판 기록들은 『심리록』・『추관지』와 『흠흠신서』를 통해 분석한다. 선행연구

---

5) 법조문의 규정 외에도 유학자들의 상소문이나 개인 문집을 통해서도 이런 점을 엿볼 수 있다. 가령 성호 이익은 사치스럽고 패악한 아내와 부녀들을 개탄하며 이런 여성을 내쫓을 수 있는 출처법을 제정해야 한다고 역설한다. 김선희, 「가(家)의 확장과 내부의 실천: '여성'으로 본 성호학파의 유가적 세계」, 『민족문화연구』 제65호, 고려대 민족문화연구원, 2014.

6) 김문식, 『정조의 경학과 주자학』, 문헌과 해석사, 2000, 14-18면; 『정조의 제왕학』, 태학사, 2007, 166-173면; 백민정, 「정조의 경학 이해와 정치의 문제」, 『한국문화』 제89호, 서울대 규장각한국학연구원, 2020, 3-10면.

7) 『오륜행실도』는 『향례합편』과 마찬가지로 1797년 정월 편찬되기 시작한 것으로 보이는데 『오륜행실도』 권수에는 1797년 1월에 반포된 정조 윤음이 함께 수록되어 있다.

8) 『흠흠신서』에 나타난 정약용의 여성인식에 대해서는 백민정, 「『흠흠신서』의 여성 관련 범죄를 통해 본 정약용의 여성 인식과 시대적 의미」, 『동방학지』 제173집, 연세대 국학연구원, 2016.

에서 소개한 것처럼 『심리록』은 1775년부터 1800년까지 인명사건의 개요와 판결과정을 왕의 판부를 중심으로 기록한 판례집이다.[9] 『심리록』은 수령보고서[檢案·題詞], 관찰사보고서[本道啓], 형조보고서[刑曹啓] 등 관리의 공문서보다는 왕의 판부를 빠짐없이 기록하는 데 초점을 맞추었다.[10] 정조 15년에 편찬된 『추관지』는 사형범죄 자료집이라는 점에선 『심리록』과 유사하지만, 지방관과 형조 기록이 사건 유형별로 상세히 수록되었다는 점에서 『심리록』의 보완자료가 될 만하다.[11] 이 글에서도 사건 중복 때문에 『심리록』을 기본적으로 살피고 필요할 경우 『추관지』를 함께 참조한다. 『흠흠신서』도 「상형추의」에서 정조가 심리한 144건 범죄에 대한 정약용의 평가를 덧붙였기 때문에 국왕뿐만 아니라 당시 유학자 관료의 도덕적 잣대를 이해하는데 긴요한 정보를 제공한다.

『심리록』·『추관지』, 『흠흠신서』에 관한 일반적 연구뿐만 아니라 이곳에서 다룬 성 관련 범죄와 재판에 대해서도 어느 정도 선행연구가 이루어졌다.[12] 과거 연구가 주로 유교적 가부장제 사회에서 여성과 여성의 신체에 대

---

9) 심재우, 「조선후기 판례집·사례집의 유형과 『흠흠신서』의 자료 가치」, 『다산학』 제20호, 다산학술문화재단, 2012, 49-51면. 최근 『흠흠신서』의 편찬과정에 대한 보다 상세한 설명으로는 심재우의 다음 논문을 참조할 수 있다. 심재우, 「정약용의 『흠흠신서』 편찬과정에 대한 재검토」, 『한국사연구』 제186호, 한국사연구회, 2019.

10) 김선경, 「조선후기 여성의 성, 감시와 처벌」, 『역사연구』 제8호, 역사학연구소, 2000, 61면 주석 4번.

11) 박경, 「살옥 판결을 통해 본 조선후기 지배층의 夫妻 관계상」, 『여성과 역사』 제10집, 한국여성사학회, 2009, 38-39면 참조.

12) 『심리록』과 『추관지』 수록 성 관련 사건들의 의미와 판결을 분석한 논문들은 다음과 같다. 이숙인, 「'淫獄'에 비친 正祖代의 性 인식: 『審理錄』을 중심으로」, 『규장각』 제39집, 서울대 규장각한국학연구원, 2011; 김현진, 「『심리록』을 통해 본 18세기 여성의 자살실태와 그 사회적 함의」, 『조선시대사학보』 제52집, 조선시대사학회, 2010; 박경, 앞의 글, 2009; 문현아, 「판결문 내용분석을 통한 조선후기 아내살해 사건의 재해석: 『추관지』 사례를 중심으로」, 『진단학보』 제113호, 진단학회, 2011. 한편 『흠흠신서』에 관련해서는 다음 논문들을 참조할 수 있다. 김호, 「조선후기 강상의 강조와 다산 정약용의 情,理,法: 『흠흠신서』에 나타난 법과 도덕의 긴장」, 『다산학』 제20호, 다산학술문화재단, 2012; 「의살의 조건과 한계: 다산의 『흠흠신서』를 중심으로」, 『역사와 현실』 제84호, 2012; 「조선후기 '위핍률'의 적용과 다산 정약용의 대민관」, 『역사와 현실』 제87호, 2013a; 박소현, 「18세기 동아시아의 성 정치학: 『흠흠신서』의 배우자 살해사건을 중심으로」, 『대동문화연구』 제82집, 성균관대 대동문화연구원, 2013; 「법률 속의 이야기, 이야기 속의 법률:『흠흠신서』와 중국 판례」, 『대동문화연구』 제77집, 성균관대 대동문화연구원, 2012; 「『흠흠신서』와 법의 서술:

한 윤리적 통제와 검열, 법적 규정과 제재의 차별상을 부각하는 데 중점을 둔 반면, 최근 연구에선 성리학적 이념이 강하게 투사된 법이라고 해도 인간과 여성인권에 대한 일말의 인식과 가치를 반영했다고 보며, 여성 스스로 주체로 자각하고 대응한 사건들에 주목했다.[13] 이 글에서 조선후기 성 관련 법조문과 국왕 수교를 다시 살피는 것은, 우선 금령의 제정에 상호 모순적인 인식 혹은 판단이 전제된 것은 아닌지 분석하기 위해서다. 성 관련 범죄를 둘러싼 법조문 운용에서의 모순이나 결여, 미비점을 살펴보는 것은, 이런 법을 제정한 법 제정 주체들의 자의식을 엿보기 위함이다.[14] 그들을 비판하거나 반대로 옹호하기에 앞서 법 규정에 반영된 그들의 복잡한 자의식과 내면 심리를 추론할 수 있다면, 성범죄를 둘러싼 이해의 지형을 좀 더 선명하게 드러낼 수 있지 않을까 싶다. 오히려 이 점이야말로 당시 국왕을 중심으로 한 지배층이 지향했던 내밀한 성적 욕망과 성 관련 인식을 잘 대변한다고 볼 수 있다. 나아가 정조와 관료들의 모순된 자의식이 맞닥뜨린 경계 지점에, 그들이 부도덕하고 비윤리적이라고 규정한 범죄사건들 속에, 인간 본성의 규정하기 어려운 다양한 욕망과 성적 욕구들이 투영된 것을 간접적으로 살펴볼 수 있다. 우선 본론 첫 장에서는 성 문제를 둘러싼 조선후기 법전과 수교집의 관련 규정부터 먼저 살펴보겠다.

## 2. 조선후기 법전의 성범죄 처벌 규정들

『대명률』과 조선시대 법전은 기본적으로 *身分刑法*이었다. 종법제에 따른 친족 간 친소관계, 양민과 천민의 신분관계, 관직의 상하관계에 따라 같은

---

『흠흠신서』「비상준초」의 중국 판례를 중심으로」, 『사림』 제69호, 수선사학회, 2019 참조.

13) 심재우, 「조선시대의 법과 여성의 몸」, 『역사와 실학』 제51집, 역사와실학회, 2013; 박소현, 앞의 글, 2013; 김호, 「조선후기 '因姦威逼律'의 이해와 茶山 丁若鏞의 비판」, 『진단학보』 제117호, 진단학회, 2013b.

14) '성 관련 범죄'라는 표현은 간통이나 강간 등 직접적인 성범죄보다는 이로부터 파생된 다양한 성 관련 범죄 혹은 사건이 많았다는 것을 함축하는 문구다. 가령 간통한 아내를 살인하는 것, 강간 미수 상태에서 피해 여성이 자살하거나 성추문 등으로 인해 관련자를 살해하는 등 간접적인 성 관련 범죄가 많았다. 목차에서는 지면의 제한으로 간략히 성범죄로 통칭하였다.

범죄라도 서로 다른 형벌에 처했다.[15] 법조문에서의 이러한 차등성은 공자로부터 연원한 명분론, 즉 '군군・신신・부부・자자'의 正名論에 따른 것이다. 군신・부자에서 부부・노주・관민 등 다양한 인륜관계로 확대 적용된 명분론은, 상하귀천과 친소존비에 따라 개인에게 상이한 사회적 역할과 법적 책임을 요구했다. 법조문이 차등적 명분론에 기반해서 만들어졌기 때문에, 명분을 어기는 犯分 행위를 가장 부도덕한 것으로 강력히 처벌했다. 군신・부자・부부・노주 간의 범분 행위를 강상범죄라고 해서 가중처벌한 것은 그것이 명분에 저촉되기 때문이었다.[16] 선행연구에서 지적한 것처럼 『(신보)수교집록』과 『속대전』에서 새로운 형률 조항을 대폭 늘리면서 강상범죄의 처벌수위가 『대명률』보다 높아졌다.[17] 『속대전』은 강상죄인들에 대해 正法[사형]을 시행한 후 그 처자식을 노비로 삼고 집을 헐어서 웅덩이를 만들며 해당 읍호를 강등하고 수령을 파직시키도록 했다.[18] 존속에 대해 비속이, 주인에 대해 노비가 그러한 것처럼, 남편에 대해 부인(여성)이 열악한 법적 지위에 처했던 점은 다양한 처벌 규정들 속에 잘 드러난다. 간통 등 성범죄 관련 여성 처벌에서 연좌제가 강화된 형태로 등장한 것을 통해서도 이 점을 엿볼 수 있다.[19] 모반대역의 연좌제 규정은 큰 변화가 없었지만 전가사변형을 폐지하는 등 연좌제가 완화되던 중 이런 분위기와 달리 부인의 남편 살해 범죄는 삼성추국을 시행하고 가족・수령까지 연좌시킨다는 조문이 추가로 등장했다.[20] 위 연구에서 밝힌 것처럼, 『續大典』 '推斷'에서는 임산부의 고문을 출산 후 100일 뒤로 미룬다는 『大明律』[21]규정에서 더 나아가 임산부 고문

15) 심희기, 「18세기 형사사법제도 개혁」, 『한국문화』 제20호, 서울대 규장각한국문화연구소, 1997a, 223-226면; 심재우, 「조선시대 법전 편찬과 형사정책의 변화」, 『진단학보』 제96호, 진단학회, 2003, 248-249면; 『조선후기 국가권력의 범죄 통계: 『審理錄』 연구』, 태학사, 2009, 42-43면 참조.

16) 심희기, 『한국법제사강의: 한국법사상의 판례와 읽을거리』, 삼영사, 1997b, 206-211면 참조.

17) 『續大典』 등 조선후기 국전의 강상범죄 가중처벌에 대해서는 조지만, 『조선시대의 형사법: 『대명률』과 국전』, 경인문화사, 2007, 254-268면 참조.

18) 「推斷」, 『續大典』 刑典. "綱常罪人弑父母夫, 奴弑主, 官奴弑官長者. 結案正法後, 妻子女, 爲奴, 破家瀦澤, 降其邑號, 罷其守令, 從時居邑."

19) 심재우, 앞의 글, 2013, 168-169면 참조.

20) 심재우, 「조선시대 연좌제의 실상: 『연좌안』 분석을 중심으로」, 『한국문화』 제55호, 서울대 규장각한국문화연구소, 2011, 93-95면 참조.

자체를 제한했고 영조수교로 여성죄수에게 형구를 끼우지 않도록 형구착용을 제한했다.[22] 하지만 여성죄수에 대한 이런 배려도 간통여성, 즉 가부장 질서를 해친 여성에게는 적용되지 않았다. 여성간통에 대한 엄격한 처벌과 달리 남편(남성) 간통은 그것이 사족녀를 침해한 것이 아니면 『대명률』 규정에 보이듯 장형(혹은 유장형) 정도로 가볍게 처리했고 심지어 남편의 간통을 문제 삼는 아내 살인의 구실이 되기도 했다. 어떤 상황이든 "남편이 처를 살해한 경우 명백한 간증이 없으면 남편이 처를 죽였을 때 쓰는 형률을 함부로 쓰지 않고 가벼운 법에 따라 감사정배한다"[23]는 숙종수교가 만들어진 후 정조 때까지 남편의 살처사건 대부분이 감형되었다.

『대명률』에 따르면 간통[和姦]한 남녀는 장 80대, 여성이 유부녀라면 장 90대, 성관계를 갖자고 상대를 유혹해서 화간한 경우—주로 남성에게—장 100대로 처벌했다.[24] 간통의 경우도 현장에서 즉시 포획하여 간통 남녀를 지목한 경우가 아니면 간통을 문제삼지 않도록 했고, 다만 여성이 임신한 상황이면 간통한 여성을 처벌받게 했다. 강간에서는 강간한 자를 絞刑에 처하고, 강간미수일 때는 장형 100대와 유형 3천 리로 처벌했고, 강간당한 여성은 처벌하지 않았다. 강간죄와 관련해 특이한 점은 『大明律直解』와 『大明律附例』, 『大清律例』 '威逼人致死' 조항에서 모두 '因姦(奸)威逼', 즉 강간으로 인해 위핍을 받은 여성이 자살할 시 관련 죄인을 참형에 처하도록 규정한 점이다.[25] 앞서 강간이수는 교형이지만 강간미수는 유장형에 처한다고 규정한 것과 비교하면, 강간 피해를 받은 여성이 자살할 경우, 강간의 성립 여부에 관

21) 「婦人犯罪」, 『大明律』 斷獄.
22) 심재우, 앞의 글, 2013, 157-164면 '『受教定例』 女人勿枷 조항' 설명 참조.
23) 「殺獄」, 『新補受教輯錄』. "殺妻罪人, 殺害其妻一款, 旣無明白看證, 則決不可過用一罪, 從惟輕之典, 減死定配."
24) 「犯奸[犯姦]」, 『大明律直解』 卷25 刑律. "凡和姦, 杖八十, 有夫, 杖九十, (刁)姦, 杖一百. 强姦者, 絞. 未成者, 杖一百流三千里 (…) 强姦者, 婦女不坐 (…) 其非姦所捕獲及指姦者, 勿論. 若姦婦有孕, 罪坐本婦. 『大明律直解』의 해당 조목에 '犯姦'으로 표기되어 있지만 '犯奸'의 의미로 읽고 풀이한다.
25) 「威逼人致死」, 『大明律直解』 卷19 刑律 人命. "凡因事威逼人致死者 杖一百, 若官吏公使人等 非因公務而威逼平民致死者 罪同, 並追埋葬銀一十兩. 若威逼期親尊長致死者 絞, 大功以下 遞減一等. 若因姦盜而威逼人致死者 斬"; 「因奸威逼」, 『大明律附例』 卷20 刑律. "因奸威逼者, 如强姦不拘已成未成, 而威逼婦人致死"; 「威逼人致死」, 『大清律例』 卷26 刑律. "凡因事威逼人致死者[審犯人必有可畏之威]杖一百 (…) 若因姦盜而威逼人致死者斬. 姦不論已成與未成, 盜不論得財與不得財."

계없이 남성을 참형으로 가중처벌한 것을 알 수 있다. 강간 미이수를 따지지 않고 여성의 죽음에 대해 남성이 목숨으로 갚도록 한 셈이다. 간통과 관련된 『大明律直解』의 다른 중요 조항은 "姦所親獲姦夫姦婦, 登時殺死"원칙이다.[26] 처첩이 간부와 간통하는 현장을 직접 발견해서 남편이 그들을 사적으로 처단한 경우 본 남편의 姦夫·姦婦 살해를 눈감아주고 범죄로 따지지 않는다고 한 것이다. 위 같은 조항에서는 간통한 부인이 간부와 공모하여 남편을 죽이면 처첩을 거열형에, 간부는 참형에 처하도록 했다. 또한 간부가 스스로 본 남편을 죽이고 처첩이 그 정황을 몰랐다고 해도 처첩을 교형으로 처벌했다.

중국 『대명률』과 다른 조선후기 법전의 상이한 특징으로 우선 士族과 常漢에 대한 상이한 처벌 규정을 들 수 있다. 사족층의 도덕적 책임을 강조하려고 사족이 연루된 범죄를 엄격히 처벌한 경우도 있지만, 반대로 사족층이 법적 특혜와 보호를 받은 경우도 있다. 사족의 자격과 권한, 책임이 강조되면서 동시에 사족부녀도 중종 때부터 중요한 법적 검열과 통제 대상이 되었다. 실행한 사족부녀를 어떻게 처벌할지 논란이 일면서, 사족부녀의 음행이 풍속을 더럽히고 교화를 방해하므로 극형에 처해야 한다고 본 국왕과 신료들의 강경 발언에 힘입어 실행한 사족부녀와 간부를 교수형에 처하는 사건이 발생했다.[27] 이로부터 "사족부녀가 멋대로 음탕한 욕구를 채워서 풍속과 교화를 문란하게 한 경우 姦夫와 함께 교형에 처한다"는 『大典後續錄』 '禁制' 조항이 만들어졌다[중종 38년][28] 『續大典』 '姦犯'에서도 이 조항을 그대로 기재했다.[29] 다만 (부녀가) 곤궁하여 생존할 수 없어서 길바닥에서 유리걸식하며 남에게 의탁한 경우 常賤과 다를 것이 없기에 士族으로 논할 수 없으니 姦夫

---

26) 「殺死姦夫」, 『大明律直解』 卷19 刑律 人命. "凡妻妾與人通姦而於姦所親獲姦夫姦婦 登時殺死者 勿論, 若止殺死姦夫者 姦婦依律斷罪 從夫嫁賣. 其妻妾因姦 同謀殺死親夫者, 陵遲註處死 姦夫處斬, 若姦夫自殺其夫者, 姦婦雖不知情, 絞."

27) 『中宗實錄』 권17 중종7년 10월 3일 5번째 기사. "실행한 부녀에 관한 형벌의 정법을 전교하다."; 6번째 기사. "실행한 부녀의 형벌에 관해 의논하다."; 『中宗實錄』 권17 중종7년 10월 18일 9번째 기사. "실행한 부녀의 정죄를 유순정 등이 의논하다."

28) 「禁制」, 『大典後續錄』 刑典. "士族婦女, 恣行淫慾, 瀆亂風教者, 幷奸夫, 處絞."

29) 「姦犯」, 『續大典』 刑典. "士族婦女, 恣行淫慾, 瀆亂風教者, 幷姦夫絞. 其窮不自存, 流離道路, 丐乞托身者, 與常賤無異, 不可以士族論, 幷姦夫勿推."

와 함께 推問하지 않는다고 덧붙였다.[30]

필자가 살펴본 결과 『속대전』에는 사족보다 사족부녀에 대한 처벌 규정이 훨씬 많았다. 남성이 사족으로 인정받기 위해서는 妻家와 外祖의 顯官에도 의존해야 했기에 사족 규정의 문제는 사족부녀에 대한 규정과 통제로까지 확장될 수밖에 없었다.[31] 이것은 사족부녀가 사족의 어머니이자 妻이고 사족의 內外祖를 구성하는 중요한 파트너였기 때문이다. 1550년 『各事受教』「刑曹受教」(명종 5년)에서 사족으로 인정되는 자에 대해서는 전가사변율을 면하도록 하고 次律로 정배하는 조문을 定法으로 확정한 이래 사족과 그 자손에 대한 규정이 다양한 방식으로 법조문에 수록되었다.[32] 『수교집록』에서는 사족으로서 朝官의 적자손인 蔭官에게 적용되는 법적 규정을 명시했고[33] 뒤이어 『속대전』에서는 유음자손에게 몇 세대에 한정해서 군역을 면제해준다고 밝혔다.[34] 조선시대의 지배계층을 나타내는 법제적 용어가 사족일 수 있는지에 대한 논란이 있었고[35] 양반이나 사족은 사회 관습적으로 존재했지만 법제상의 명확한

30) 숙종수교에서는 사족부녀 중 타인에 의해 억지로 다른 남성과 간통 상황에 빠지는 경우 음욕자와는 거리가 있으므로 감사정배한다는 조항이 있지만 『속대전』에서는 이 조항을 삭제하고 주석 29번 내용만 명시했다. 「奸犯」, 『新補受教輯錄』 刑典. "雖是士族婦女, 其所失行, 實由於他人終始敎誘, 則與恣行淫慾者有間, 減死定配."

31) 장병인, 「조선 중후기 간통에 대한 규제의 강화」, 『한국사연구』 제121호, 한국사연구회, 2003, 86-98면; 「조선시대 성범죄에 대한 국가규제의 변화」, 『역사비평』 통권 56호, 역사문제연구소, 2001.

32) 「庚戌二月二十七日傳」, 『各司受教』 刑曹受教. "士族除全家, 以次律定罪. 入居本意段, 專爲實邊而設, 非爲懲治士族乙仍于, 成宗朝以上, 士族無全家實邊者爲臥乎等用良, 嘉靖四年, 承傳內, 作罪入居抄出人內, 文武科出身員子孫, 及兩邊四祖俱有顯官者, 當身生員·進士者, 竝除全家入居, 以之次律定罪亦. 立法至爲詳蜜〔密〕爲昆, 申明擧行, 永爲定法爲只爲, 刑曹傳敎."

33) 「贖良」, 『受教輯錄』 刑典. "實職三品者之子孫, 曾經吏兵曹·都摠府·司憲府·司諫院·弘文館·宣傳官之子所生, 許令代口贖身. 雖非法典, 蔭官之人, 明是士族, 朝官之嫡子孫, 而嫡室無後, 當以娶公賤所生之子承重者, 各別明査, 亦許代口贖身. 所謂三品實職, 乃是東·西班正職, 如軍職僉使之類, 不可混參於其中. 西北公賤, 依法一切勿許."

34) 「免役」, 『續大典』 兵典. "有蔭人, 限代免役. 大王孫, 勿限代, 新定式. 戰亡子孫見屬忠衛者, 限三代. 族親衛及功臣正勳子孫忠義, 限九代. 四王孫及先賢支裔, 相當良役外, 七般賤役皁隷·羅將·日守·漕水軍·烽軍·驛保, 竝勿定. 向化人入軍籍者, 許免. 諸冒頃人, 毋得許免. 冒屬忠義, 影職受帖, 冒屬鄕校·鄕所任校生衙前等, 收布案中, 毋得懸頃. 納粟堂上有軍役者, 勿頃, 無役者充定."

35) 김현영은 조선시대 지배층을 법제적으로 나타내는 용어는 사족이라고 보고 사족의 법적 규정이 徙民入居와 관련된 入居節目에서부터 시작되었다고 보았고, 김성우도 사족 개념과 기원을 검토하면서 사족을 국가에서 법제적으로 규정한 신분적 성격의 용어라고 이해했다. 김현영, 「조선후기 남

신분을 가리킨 용어는 아니라는 반박도 있었다.[36] 하지만 사족과 사족부녀, 상천녀에 대한 처벌 규정이 『후속록』과 『수교집록』에 등장하고 『속대전』에 완비되는 과정을 보면, 적어도 형사 처벌의 차원에서는 누가 사족녀인지 아닌지를 명료하게 정의할 필요가 있었다. 명종 9년 「형조수교」에서 "我國, 士族常人之分, 甚爲嚴峻."라고 역설한 이후 '士族常漢之分'은 법전에 여러 형태로 반영되었다.[37] 이 점에서 보면 사족(사족부녀)이 관습적으로만 존재했지 법제적 개념은 아니었다고 본 기존의 관점에 대해서는 재고할 여지가 있을 것 같다.

『續大典』 '姦犯'에서는 사족이 緦麻親 이상 친족관계의 처와 간통할 시 不待時絞에 처하며 大功親 이상 친족의 良妾과 간통할 때도 絞刑에 처한다고 했다.[38] 상천민의 동일 사건에서도 친소관계에 따라 참형과 교형을 적용했다. 주목할 점은 간통 사건의 처벌 규정에서 남녀를 同律로 처벌했던 점이다. 가령 '婢夫姦妻上典' 구문에서도, 여종 남편이 아내(여종)의 상전과 간통한 경우 남녀 모두 不待時斬에 처한다고 했다(강간이면 종의 남편을 강간 미이수 여부에 따라 不待時斬 혹은 待時斬으로 처벌했다. 아내의 상전이라면 그 여성은 사족일 가능성이 크다).[39] 사족부녀와 달리 상천녀의 간통행위는, 『대명률』에

---

원지방 사족의 향촌지배에 관한 연구」, 서울대 박사학위논문, 1992, 14-21면; 김성우, 『조선중기 국가와 사족』, 역사비평사, 2001, 186-187면; 「조선시대 '사족'의 개념과 기원에 대한 검토」, 『조선후기사 연구의 현황과 과제』, 창비, 2000, 346면. 이에 따르면, 사족을 전가사변율에서 제외하면서 문무과 출신자와 후손, 내외조 한 변이라도 顯官이 배출된 가문의 자제 및 본인이 생원·진사인 자가 사족으로 인정되었고, 顯官의 정의가 중종 20년 8월 '東西班 正職 5품 이상과 監察·郎官·部將·宣傳官·縣監'으로 규정되면서 결국 사족의 범위는 통상 유음자손에게 부여되는 문무반 정직 6품으로 확대되었다. 이것은 과거와 음서 무엇이든 6품 이상을 지닌 자의 후손 모두를 사족으로 간주한다는 말이 된다.

36) 유승원, 「조선시대 '양반'계급의 탄생에 대한 시론」, 『역사비평』 제79호, 역사문제연구소, 2007, 230-231면; 『조선초기신분제연구』, 을유문화사, 1987, 63-64면; 김성우, 앞의 글, 2000, 345-347면 참조.

37) 「甲寅四月初四日承傳內」(1554년 4월 4일), 『各司受教』 刑曹受教. "我國, 士族常人之分, 甚爲嚴峻. 非若中朝混無等級是去等, 其凌辱·毆打士族之律, 固不可不嚴爲旀."; 「推斷」, 『受教輯錄』 刑典. "士族常漢之分. 受教輯錄, 士族常漢之分甚嚴, 庶人·賤口恃其豪勢, 毆打士族, 全家徙邊之律, 申明擧行, 而據其兩邊元情, 明辨曲直, 使無誤蒙重罪."; 「贖良」, 『受教輯錄』 刑典. "賤妾子女, 士族子枝, 許其代口免賤, 其曾祖以下, 通仕路爲朝官者之子孫, 聽施."; 「推斷」, 『續大典』 刑典. "常賤毆打士族, 事情明白者, 杖一百徒三年. 傷者, 杖一百流二千里."

38) 「姦犯」, 『續大典』 刑典. "士族姦緦麻以上親及緦麻以上親妻者, 不待時絞. 姦大功以上親良妾者絞. 常賤之姦妻母者斬. 姦同母異父姊妹者絞. 姦從父兄弟妻者, 杖一百流三千里. 男女同. 强者男斬. 女不坐, 竝依本律."

39) 「姦犯」, 『續大典』 刑典. "婢夫姦妻上典者, 男女, 皆不待時斬. 强姦成者, 男同律, 女不坐. 未成者, 斬待時."

서 장 80(90)대로 규정한 것보다 가중처벌하여 양녀를 官婢로 삼거나 천녀를 杖流刑에 처했다고 분석한 선행연구가 있었다.[40] 이에 따르면 통상 유녀에 대한 처벌 규정을 확대 적용하여 일반 양녀의 간통 시 관비로 삼은 기록이 여러 곳 보이며 상천녀도 엄한 유장형으로 처벌한 것으로 보인다. 이에 비하면 상천녀와 관계한 남성은 간통행위 후에도 가볍게 처벌한 것으로 보이니. 반가 부녀가 상민과 간통할 시 동률로 不待時斬한 것과는 상당한 차이가 있다.

『續大典』은 간통죄를 『대명률』보다 가중처벌했을 뿐 아니라 간통죄 성립 요건을 완화해서, 외간 남녀가 서로 밥상을 마주하고 앉거나 치마 옷깃을 잡는 등의 행위만으로도 처벌 가능한 간통 상황으로 간주했다. 사소한 남녀 교류를 성범죄화 했으니 성을 매개로 한 국가 통제와 검열이 강화된 것이다.[41] 잘 알려진 사례가 『受教定例』에 기록된 영조 49년 발언이다.[42] 무인년(영조 34년) 영조의 판부에서 "以一房同食, 何異奸所爲教, 而減律定配"한 경우가 있었다는 것이다. 영조 49년, 간부를 살해한 남편[정태옥] 옥사에서 영조는 감사 정배마저 풀고 석방하라고 명했다. 밥상머리에 마주 앉은 남녀를 간통현장의 남녀로 간주, 남편의 간부 살해를 용서한 것이다. 간통현장의 의미를 광범위하게 해석함으로써 간통죄 성립 요건을 완화한 것은 『대명률직해』 "姦所親獲姦夫姦婦, 登時殺死者, 勿論"의 '登時殺死' 규정을 확대하여 남편의 아내 간통에

---

40) 장병인, 앞의 글, 2003, 91-98면.

41) 『顯宗實錄』 현종11년 3월 13일 기사. 柳徽의 죄를 논책하던 당시, 유휘와 간음한 사족부녀(이영구의 아내)를 처벌하라는 요청이 쇄도했는데, 간통의 정황 증거로써 제시된 것이 유휘와 이영구 처와의 서신교환이었다. 친밀하지 않은 남녀 간의 서신교환을 간통과 유사한 부류의 행위로 간주하기 시작했다.

42) 『受教定例』 卷三十二. "奸所殺死者, 狀稟[英宗 49年(1773)] 英宗四十九年癸巳, 刑曹判書趙所啓, '咸鏡・全羅兩道, 放・未放啓本, 仍秩中可稟者, 登對以稟事, 命下矣. 明川定配罪人文玉奉, 取考本案, 則玉奉因年凶轉乞, 留接於趙世中家, 而其妻潛通世中, 宛然同居, 故乘憤刃刺其妻, 而判付內, 與世中共處, 無異奸所, 減死定配矣. 律文, 奸所殺死者勿論, 法意有在, 且到配年久, 屢經大霈, 宜有酌處減等之道, 故敢達.' 上聞奏, 乃覺其何減等, 特放. 又啓曰, '全羅道亦有與此同罪者矣. 羅州定配罪人鄭太玉, 取考元案, 則太玉出他還家, 幼穉哭其房中, 其妻無去, 而其妻與三文, 共床喫飯, 太玉喝出三文, 則三文拔刃欲刺, 故太玉以石打殺云. 而戊寅判付內, 以一房同食, 何異奸所爲教, 而減律定配, 此亦到配年久, 故敢達.' 上曰, '一體放送, 可也.' 仍傳曰, '今因秋判所奏, 乃覺文玉奉・鄭太玉無異奸所, 此等類, 道臣初依本律勿問也, 雖不然, 其宜狀稟, 直置刑推, 仍登同推文案, 故乃至於此. 此後, 有若此者, 勿爲完決同推, 或以稟或狀聞後擧行事, 其令京鄉奉承傳事.'"

대한 사적 처벌을 손쉽게 만들었다. 숙종 즉위년 간통현장이 아닌 곳에서 처의 간부를 살해한 것을 감형한 이래 유사한 상황이 계속 발생했다.[43] "처가 간음한 지 오랜 뒤 간부를 칼로 찍어 죽여도 특별히 감사정배한다." "다른 사람이 처와 간통할 때 이들을 결박해 몇 리를 끌고 가서 물에 빠뜨려 죽인 경우는 그 자리에서 즉시 살해한 것으로 볼 수 있으니 죄를 따지지 않는다." "처가 친족과 간통하고 도주했는데 후에 이들을 잡아서 귀를 베어 운명하도록 한 것은 고의로 처를 구타해 죽게 한 것과 다르니 감사정배한다." "남의 아내와 간통한 자를 본 남편과 자식이 함께 도와 타살한 경우 남편은 논죄하지 않고 자식은 정상참작해서 정배한다."[44] 남편에 의한 간통죄 처벌 허용범위가 넓어짐에 따라 남편 아닌 자들의 사적인 처벌행위도 용인되었다. 『속대전』 '母與人潛姦'에서는 "자기 어머니가 다른 사람과 몰래 간통하여 그 아들이 간통 장소에서 간통한 남자를 刺殺한 경우 참작하여 정배한다"고 했고, 『대전통편』에서는 남편이나 아들뿐만 아니라 혼인 전의 부모가 딸의 강간범을 현장에서 즉시살사하는 것을 감형했다.[45]

강간범죄에 대해서는 『신보수교집록』 「형전」 '奸犯'에서 常漢女를 겁탈할 시 강간미수라면 流三千里로, 반가처녀를 겁탈하면 강간 미이수 혹은 종주범의 구분 없이 모두 不待時斬에 처한다고 규정했다.[46] 사족부녀를 강간하면 가중처벌했다. 이런 법적 규정은 『속대전』에 다음과 같이 수록된다. "士族의 妻나 그 딸을 겁탈한 자는 강간이 이루어진 여부를 막론하고 首犯과 從犯 모두 不待時斬에 처한다. 士族의 妾이나 그 딸을 겁탈한 자는 같은 형률로 처벌한다. 常賤女를 겁탈하여 강간이 이루어진 경우 主犯은 絞刑에 처하고 從犯은

43) 『肅宗實錄』 숙종 즉위년 12월 2일 2번째 기사. 이천 백성 李宗業이 아내의 奸夫를 간통하는 장소에서 붙잡았다가 놓친 뒤 수일 만에 다시 잡아 樸殺했고 그 아내는 自殺했다.

44) 「殺獄」, 『新補受教輯錄』 刑典. "淫奸其妻, 旣久之後, 刃殺奸夫者, 特爲減死定配."(숙종16, 1690); "他人與其妻相奸時, 執捉, 結縛男女, 驅出數里, 投水殺死者, 便是登時, 勿論."(숙종 33, 1707); "其妻, 與其族親, 相奸逃走, 而其後執捉, 割耳殞命者, 與用意毆妻至死者有異, 減死定配."(숙종 33, 1707); "通奸人妻, 而本夫與其子, 同力打殺者, 本夫, 勿論, 其子, 參酌定配."(숙종 38, 1712)

45) 「殺獄[母與人潛姦]」, 『續大典』 刑典. "其母與人潛姦, 其子於姦所刺殺姦夫者, 參酌定配."; 「殺獄[未嫁女爲人劫姦]」, 『大全通編』 刑典. "其父母毆殺其人於姦所者, 以應死而擅殺律, 杖一百."

46) 「奸犯[常漢女劫奪]」, 『新補受教輯錄』 刑典. "常漢女劫奪, 未成奸者, 流三千里, 兩班處女劫奪, 勿論奸與未成, 不分首從皆斬. 兩班妾女劫奪, 不分首從, 不待時處斬."(숙종 28, 1702)

본인에 한해 極邊에 노비로 삼는다. (상천녀) 강간 미수인 자는 장 1백을 치고 流三千里에 처한다."[47] 다음 장에서 보듯이 정조는 반가 여성이 강간당했을 때도 강간 여부를 따졌을 뿐 아니라 강간미수인데도 여성이 자살했다면 '因姦威逼律'을 적용할 수 없다고 보고 강간하려고 한 남성 대부분을 감사정배했다. 상천녀가 강간을 당했을 때는 더 엄격하게 강간 성립 여부를 심사했을 것이고, 결국 강간이수를 증명할 수 없다는 이유로 모든 남성이 사죄를 면하도록 했다.[48] 말하자면 강간 이수죄는 거의 성립되기 어려운 비현실적 조문이었던 셈이다. 『심리록』과 『추관지』의 성 관련 범죄사건, 특히 강간미수 사건들에서는 결국 여성이 자살해도 因姦과 威逼致死 사이의 법적 책임을 묻기 어렵다고 판단했던 것으로 보인다.[49]

'인간위핍률'의 엄격한 적용을 거부한 정조의 심리태도는 여러 사건에서 살필 수 있다. 심지어 고공 자리에서 쫓겨난 박삼복이 주인집 딸과 사통했다고 추문을 퍼뜨려 딸이 자살한 사건에서도 정조는 박삼복에게 함부로 위핍률을 적용하기 어렵다고 보았다.[50] 고공이 주인 딸과 和姦했을 수도 있는데 일이 발각되어 딸이 자살하자 주인집에서 상황을 그렇게 몰아갔을 수 있다고 본 것이다. 만약 雇奴가 雇主의 딸을 겁간하여 자살하게 했다면, 일반인보다 갑절의 형률을 적용해야겠지만, 정조는 위핍률을 박삼복에게 시행할 수는 없으며, 和姦이든 劫奸이든 간통은 간통이라는 입장을 내비쳤다. 정조는 박삼복을 형신한 뒤 絶島로 보내 노비로 사역하게 했다. 당시 정조의 발언은 '화간'과 '강간[겁간]'을 모두 동일한 '奸犯[姦犯]' 조항에서 다루던 통념을 빌린 것인데, 이것은 강간을 특수형태의 성 관계일뿐이지 인간에 대한 중대한 폭력행위라고 심각하게 고려하지 않던 상황을 반영한다.[51] 강간 성립 여부를 준별한 정조였기

47) 「姦犯」, 『續大典』 刑典. "士族妻女劫奪者, 勿論姦未成, 首・從, 皆不待時斬. 士族妾女劫奪者, 同律. 常賤女子劫奪成姦者, 絞. 爲從, 限己身, 極邊爲奴. 未成者, 杖一百流三千里."

48) 강간한 모든 남성이라고 표현한 것은, 강간범죄에 상대 여성을 살해[타살]한 인명범죄가 가중되거나 강간이 사족녀를 대상으로 한 경우를 제외하고는, 거의 예외 없이 모든 남성의 범죄행위가 강간미수로 간주되어 이수율[償命]로부터 감형된 것을 말한다.

49) 김호, 앞의 글, 2013b, 127-130면, 136면 참조.

50) 「結城 朴三卜獄」, 『審理錄』 卷28 丁巳(1797) 忠淸道. 박삼복이 李希迪의 雇工에서 쫓겨나자 이희적의 딸 翁德과 자신이 사통하여 옹덕이 임신했다고 무함하니 옹덕이 스스로 목매어 죽었다.

에 강간과 연이은 여성 자살 사건에서 남성을 사죄로 처벌한 경우는 거의 찾아보기 힘들다. 인명사건이 동반되지 않는 한 강간 이수죄라고 판단하여 남성을 사형한 경우는 없었다는 말이다.[52] 다만 1797년 豊德 金有奉 옥사에서 정조는 김유봉이 과부 김여인을 겁탈하려 할 때 김여인이 자살한 것은 반족으로서 수치와 분노 때문으로 "김유봉이 칼을 잡고 찌르고 발로 찬 것과 다르지만 정절녀를 욕보여 죽게 했으니 그 죄는 살인과 마찬가지다"라고 판결한 적이 있다.[53] 정조는 범인을 형신해서 공초를 받고 해당 형률을 속히 시행하도록 촉구했지만(1797년 5월) 일년이 지나도록 김유봉 사건의 推問 요구만 드러날 뿐 行刑 결과가 보이지 않는다(1798년 5월). 칼로 찌르고 발로 차서 죽인 것은 아니지만, 즉 겁간의 위협만 했고 반가 여성이 스스로 자살한 것이지만, 이것은 살인죄와 마찬가지라고 기록했던 정조 판부의 의미를 어떻게 해석하면 좋을까? 사족부녀의 강간은 미이수와 관계없이 처벌한다는 형률을 그대로 따른 것인지, 아니면 여전히 因姦威逼律 적용을 주저한 것인지 의문이 남는다. 이상에서 보듯 당시 간통죄는 사소한 요건만으로도 쉽게 성립되었지만 강간죄는, 특히 강간 이수죄는 웬만한 상황에서도 거의 성립되기 어려운 범죄였다. 강간행위에서 남성의 위핍, 위핍으로 인한 여성 자살을 인정하지 않으려고 한 정조의 심리태도가 큰 영향을 미쳤다고 볼 수 있겠다.[54]

---

51) 장병인, 앞의 글, 2001, 241면 참조.

52) 「北靑 李賛長獄」, 『審理錄』 卷1 丙申(1776) 咸境道; 「江陵 金順太獄」, 『審理錄』 卷24 甲寅(1794) 江原道; 「槐山 李巴金獄」, 『審理錄』 卷26 丙辰(1796) 忠淸道. 위의 세 가지 옥사에서 정조는 율문대로 처단하라고 했으나 첫 번째 사례를 제외하면 행형 결과가 명확하게 드러나지 않는다.

53) 「豊德 金有奉獄」, 『審理錄』 卷27 丁巳(1797) 京畿. 김유봉이, 과부 김 여인이 혼자 거름밭에 가는 것을 엿보아 뒤를 밟아서 능욕하려고 하자 김 여인이 班族으로서 수치와 분노로 음식을 먹지 않아 17일 만에 죽었다.

54) 정조는 강간미수 사건에서 상대방 여성이 자결한 경우 여성 자살의 직접 원인이 강간한 남성의 위핍 때문이라고 인정하지 않았다. 따라서 강간미수의 남성을 '因姦威逼律'로 사죄[참형]에 처하지 않았던 것이다. 다만 여성 자살에 강간미수에 그친 남성의 책임이 없다고는 볼 수 없으므로, 일반적인 강간 미수죄(장형 100대, 유형 3천 리)보다는 남성을 가중처벌해서 절도정배 한다든가 유장형에 처한 후 노비로 삼기도 했다. 말하자면 '인간위핍률'을 적용하지는 않고 다만 강간 미수죄를 가중처벌했을 뿐이다

## 3. 간통 및 강간에 연루된 살인과 자살의 의미

숙종과 영조연간의 간통죄 성립의 완화 경향은 정조 때도 '先祖受教'라는 명목으로 재등장한다. "치마를 당기거나 밥상을 마주 대하는 것은 간통현장과 다를 것이 없으니 이런 옥안은 완결하지 아니하고 狀聞한 후에 거행한다"는 선조수교 내용을 정조는 『형전사목』「수교사목」에 그대로 기재했다.[55] 수교사목에 근거해 정조는 『秋官志』 '因奸殺妻' '因奸殺人'에 수록된 사건들을 처리했다.[56] 서울의 조명근 옥사도 그에 해당된다. 조명근은 자신의 처 여종 삼매의 간통현장을 목격한 적은 없었지만 정황상 분명하다고 판단해서 여종 삼매를 세 번 칼로 찔러 죽였다. 판부에서는 "이 사건을 한마디로 말하면 成獄한 것이 부당하다. '치마를 당기거나 밥상에서 마주 대한 자가 그 남편에게 살해당한 경우 성옥하지 말라'는 것이 先祖의 受教였다. 삼매의 행위가 어찌 치마를 당긴 것이나 밥상을 마주 대한 것에 비교할 수 있겠는가."라고 명시했다.[57] 정조는 수교를 위배하면서 사건을 완결한 형조 관리만 책망하고 처를 살해한 조명근은 즉시 석방했다. 살처사건에서 아내와 간부를 정당하게 죽일 수 있는 간통현장의 범위가 과도하게 확장된 것을 정조의 판부 여러 곳에서 살필 수 있다. 정조는 청하의 黃龍金이 관비로 공속시킨 전처 都조이에게 20금을 요구했다가 거절당하자 살해한 사건에서도 헤어진 아내에 대한 전남편의 권한을 들어 용금을 감사정배했다.[58] 都조이는 과거 다른 남자와 몇 해 동거했는데 그것을 빌미로 남편이 처를 관에 속공시켰다. 판부는 "비록 5년, 10년이 지났어도 도여인과 김가 놈이 함께 있는 곳은 용금이의 치욕을 씻어야 하는 '간통현장'이다 (…) 이것이 어찌 상명해야 할 증거가 되겠

55) 「受教事目」, 『刑典事目・欽恤典則』. "挽裳飯對, 無異於奸所, 此等獄案, 勿爲完決, 狀聞後擧行."; 법제처 역주, 『형전사목・흠휼전칙』, 법제처, 1976b, 53면 참조.

56) 「因奸殺妻・因奸殺人」, 『秋官志』 卷3 詳覆部 奸淫에서 정조는 네 번 이상 선조수교를 인용한다.

57) 「因奸殺妻」, 『秋官志』 卷3 詳覆部 奸淫. "重補. 曹命根獄案. 重補 十四年, 京居曹命根刃刺其妻婢三每, 卽地致死, 實因被刺. 曹完結, 三每行淫, 旣不目擊, 而三處剚刃, 渠旣遲晩, 結案取服云. 判付內, 此獄一言而蔽之曰, 不當成獄. 挽裳者, 對飯者, 爲其夫所殺, 勿令成獄, 卽先朝受教也. 三每之所爲, 豈比於挽裳, 又豈比於對飯乎."

58) 「因奸殺妻」, 『秋官志』 卷3 詳覆部 奸淫. "重補. 六年. 淸河黃龍金刺打都召史, 卽地致死, 實因被打. 道啓, 都女之與金益重作奸逃走, 現捉於本夫, 則此與奸所捕獲, 無甚懸殊."

는가!"라고 기록한다. 한편 자신의 첩이 친구와 있는 것을 목격한 임세영이 친구 주지현을 살해한 사건에서도 정조는 남녀가 한 공간에 머무른 것 자체를 '挽裳飯對' 이상의 명확한 간통 물증이라고 보고 살인자 세영을 당장 석방시켰다.[59] 집과 방안에서 외부로 물리적 공간의 확장, 현재에서 5년, 10년 뒤 미래로 시간의 확장, '挽裳飯對'에도 미치지 못하는 淫行 성립의 간소화를 통해 '간통현장'의 의미를 최대한 넓게 허용한 것이다.

『秋官志』'因奸殺人' 조에서도 정조는 선조수교를 이유로 간부를 살해한 남편의 살인죄를 용서하고 모두 석방시켰다. "방안이든 마당이든 한 집안이면 어디나 간통현장이다 (…) 하물며 무인년[영조 34년]과 계사년[영조 49년]의 수교가 있으니 말할 것이 있겠는가."[60] "간통현장에서 잡은 것이 아니라도 치마를 당기거나 밥상에서 마주 대한 것과 같은 의심스러운 행적이 있으면 [그런 아내와 간부를 죽인 경우 살인한 남편에 대해] 관대한 은전을 베풀 수 있다고 한 수교로 보아 이를 인정할 만하다."[61] 9개월이 지난 뒤에야 간부를 살해한 방신의 처 박여인 사건에서는, 어제오늘의 일이 아닌 박여인의 반복된 음행에 분노하면서 정조는 '挽裳飯對'가 간통현장에서의 '姦所親獲'과 크게 다르다는 점을 인정했지만 그럼에도 수교를 통해서 이 같은 상황을 징계해야 할 필요성을 다시 강조했다.[62] 그는 방신 부자가 몇 달 뒤에 간부만 죽

59) 『正祖實錄』 권38 정조17년 11월 25일 1번째 기사. "개성부 유수 김노영, 경력 최경악과 풍덕부사 임성운 파직."

60) 「因奸殺人」, 『秋官志』 卷3 詳覆部 奸淫. "重補. 九年. 价川尹金刃刺李光白, 卽日致死, 實因被刺...判付內, 爲人夫見其妻白晝行淫之狀, 恬然視之, 無手刃之擧, 則此不可以常情論. 檢狀中, 以不卽執捉告官, 遂擬償命之律, 已失明獄之體. 又從以兇獰二字, 斷作鐵案者, 何不稱停. 至此無論房中與庭畔, 一室之內, 無非奸所. 殺之則固當, 不殺則便無人心. 此囚成獄, 非所可論. 況有戊寅癸巳受教乎. 尹金卽爲放送."

61) 「因奸殺人」, 『秋官志』 卷3 詳覆部 奸淫. "重補. 十一年. 鐵山徐乭男毆打金承秋, 當夜致死, 實因被打 (…) 判付內, 雖非奸所親獲, 如挽裳對飯等種種疑似之跡, 許從寬大之典, 觀於受教, 可以仰認 (…) 判付內, 乭男放送."

62) 「因奸殺人」, 『秋官志』 卷3 詳覆部 奸淫. "重補. 十三年. 龍崗印忠國擊錚原情內, 矣子方信妻朴女, 與矣身十寸弟全墨行淫於牟包上. 矣妻與子目擊, 全墨逃走, 九月後入來, 故方信松杖叩脛矣. 全墨絶飮餕斃, 而面任報官成獄云. 曹啓, 判付內, 挽裳與對飯之大異, 奸所執捉者, 猶命道伯論奏, 卽宥先朝受教, 昭如日星, 豈比尋常金石之典乎. 一邊之說, 雖難取信, 觀於今春營題, 朴女之行淫, 可知其非今斯今. 方信之奸所, 目見不敢, 卽地打殺, 雖由於年幼力綿, 而未免捉蟹放水, 較諸挽裳對飯, 不可但以十倍百倍言, 從後打脛, 無論器仗之大小下手之輕重, 奸夫之死, 豈可成獄乎. 方信父子之不與朴女幷殺, 節節孱弱, 此猶姑舍. (…) 若此, 則先朝受教, 不欲遵用乎, 婦誣姑而不反坐乎, 妻誣夫而亦無蠥乎, 奸所現捉而奸夫淫女倖逭當刑乎. 有一於此, 所失不輕, 印方信卽爲放送."

이고 방신의 처 박여인을 幷殺하지 못한 점을 도리어 안타깝게 여기고 있다.

이처럼 本夫의 살인행위를 정당화할 때는 '挽裳飯對'라는 영조수교의 판단 기준은 간통죄 성립에 일관되게 적용되었고 남편의 살인행위를 정당화하고 용서하는 근거가 되었다. 그렇다면 논의의 시선을 남편이 아닌 여성과 간부의 입장으로 옮겨보자. 당시 타인과 한 방에서 밥상을 마주하고 앉거나 타인에게 옷자락을 잡히는 사건은 명백한 간음[화간]의 증거로 간주되었다. 이 점은 너무도 분명했고 따라서 성과 관련된 범죄에 연루되지 않으려면 부녀 입장에서는 '挽裳飯對'을 가능한 멀리 해야 했을 것이다. 남녀 사건에서는 조금만 관점을 바꿔도 간음[화간]과 강간의 경계가 뒤집힐 수 있는 해석의 위험이 존재했다고 본다. 1797년 충청도 結城 朴三卜 옥사가 그 점을 잘 보여준다. 앞서 말했듯 고공 박삼복과 자살한 이희적의 딸 옹덕과의 관계를 판부에서는 겁간이 아닌 和姦이었을 가능성에서도 심리했기 때문이다. 이런 상황에서 당시 부녀가 외간 남성에게 적삼이나 치마 등 옷깃을 잡히는 것은 간통[화간]에 준하는 행위로 독해될 위험이 다분했다. 더구나 국왕과 관료들은 여성이 강간을 당한 즉시 자살하지 못한 점을 여러 대목에서 문책하고 있다.[63] 진정으로 그런 사태가 발생했다면, 즉 강간이수의 경험이 있다면 그 치욕 때문에 한시도 살아있을 수 없다고 본 것이다. 따라서 만약 '挽裳飯對' 경험에 직면한 여성이 즉시 가능한 한 빠른 시일 내 자살하지 않으면, 그것은 강간이 아닌 화간의 예증으로 비춰질 위험이 높았다. 말하자면 간통과 강간의 차이는 여성의 자발성, 주체성—주체적 선택—과 관련이 있었는데, 만약 여성이 '挽裳飯

63) 「因奸殺人」, 『秋官志』 卷3 詳覆部 奸淫. "同年[정조 3년, 1779]. 安州金春同劫奸李能白妻金召史, 第三十三日飮毒, 第十日致死, 實因飮毒." 안주의 김춘동이 이능백의 처 김 조이를 강간했는데, 그녀는 33일만에 음독했고 10여 일 뒤 치사했다. 김여인은 분을 참지 못했지만 남편이 오기를 기다린 뒤에 함께 관에 나가 고소했고 며칠 뒤 음독 자살한 것이다. 관찰사 사계를 보면 "김조이는 한 번 더 렵혀진 뒤에 꼭 자살하겠다고 결심했다면 그날 당장 죽어도 좋았고 이튿날 죽어도 좋았고 남편이 돌아온 날 즉시 죽어도 좋았고, 관가에 고소한 당일에 죽어도 좋았는데, 6월 14일에 소지를 내고도 한참 지난 7월 4일에나 음독했으니 지나치게 조용하고 오래 참아서 춘동이로 하여금 핑계를 만들어 주었으니 애석합니다."라고 기록했다. 당시 정조도 관찰사의 의문에 상당히 조리가 있다고 답했다. 김여인을 자살로 몰고 간 김춘동에 대한 정확한 판결 결과는 기록에 없다. 『審理錄』 卷24 1792년 충청도 燕岐 洪明烈 옥사에서도 정조 판부는 비슷한 발언을 남겼다. 반년 전에 강간당했다면 지금까지 자살하지 않고 지체한 것은 무엇 때문인지 그 연유를 죽은 여성에게 되묻고 있다.

對' 앞에서 즉시 자살하는 선택을 취하지 않을 경우, 그것은 여성이 자발적으로 상대 남성의 추태에 응한 간통사건으로 전화될 소지가 높았던 것이다. 물론 이것은 필자의 추론이다. 하지만 옷깃 스치는 듯한 사소한 경험에서도 부녀들이 부지기수로 자살을 선택했던 경위를 추론해볼 필요가 있을 것 같다.

1784년 정조는 제천의 李器大가 盧여인을 길가에서 희롱하고 겁박하여 음독자살케 했던 사건을 심리했는데, 기대는 강제로 혼인하고자 사주단자까지 노여인에게 보냈다. 노씨의 죽음을 두고 정조 판부에서는 "대저 노여인의 죽음은 정절이기는 하지만 '옷소매를 잡았던 날 즉시 자살하지 않고 사주단자를 보내왔을 때[다음 해] 자결했으니' 그 죽음이 적절한 시기에 이루어졌다고 할 수 있을지 모르겠다 (…) [기대를] 성옥·상명하는 것은 논할 수 없다. 한 차례 형추한 뒤 석방하라"고 결론냈다. 여성은 자신이 겁간·강간을 당했다고 느끼면 즉시 자살을 선택해야 한다. 그렇지 않으면 바로 위와 같은 반전된 평가를 받을 가능성이 높았다. 만약 당시 국왕과 관료들이 '挽裳飯對' 수준의 행위를 엄격하게 적용했다면, 간통과 강간사건 그리고 이에 연루된 남편의 살인행위와 아내의 자살행위를 동일한 기준에 따라 평가해야 했을 것이다. 여성 입장에서는 원치 않는 '挽裳飯對' 수준의 경험이 곧 자살을 택할 수밖에 없는 강간현장으로 인식될 수밖에 없었다. 오늘도 법정에서 성 관련 사건을 진술하면서 자신을 변호하는 것이 쉽지 않은 것처럼, 당시도 여성이 자발적으로 간통하지 않았음을, 그래서 이것은 일방적 강간[겁간] 사건임을 주장하는 것이 매우 어려웠을 것이다. 불행한 일이지만 자살을 선택함으로써 자신이 화간하지 않았음을 표명할 수밖에 없었을 것이라고 본다.

'挽裳飯對' 정도로 즉각 간통현장이 구성된다면, 마찬가지로 '挽裳飯對' 정도의 옷깃을 당기거나 치마를 끌어당기는 혹은 적삼을 건드리는 타인의 행위는 '간강이수'를 성립시켜야 했을 것이다.[64] 하지만 예상할 수 있듯이, 이보다 심

64) 강간이 통상 남녀 간의 성교와 남성 성기의 관통을 기준으로 결정된다면 간통도 마찬가지일 것이며 반대로 간통 여부를 직접 성교가 아닌 '挽裳飯對'를 기준으로 판단한다면 강간도 동일한 기준에 따라 미이수 여부를 결정해야 할 것이다. 본론 이 장에서 다룬 모든 사건에서 여성은 '挽裳飯對'와 유사한 경험을 했고 다소 시간의 차이는 있지만 모두 자살했다. 그러나 반가 여성을 겁박하려다가 죽게 만든 한 가지 사건, 『심리록』 권29 경기 豊德 金有奉 옥사(행형 결과 불분명)를 제외하

한 충돌과 폭력의 정황에도 좀처럼 강간 이수죄는 성립되지 않았다. 『심리록』에서는 남자가 여성의 적삼 옷깃을 당기거나 치마를 잡아당겨서 이 일로 인해 여성이 자결한 경우의 옥사를 수차례 언급하고 있다. 1781년 全義 吳一運 옥사가 대표적이다. 오일운은 徐行進의 누이인 徐女人을 간음하려고 치마를 잡아당겼는데 서여인이 이를 분하고 원통하게 여겨 치마끈으로 목매달아서 자살했다. 정조는 "서여인이 목을 맨 것은 일운이가 옷을 끌어당긴 것으로 말미암은 것이니, 실정은 비록 패악하지만 '법률에는 적용할 만한 조항'이 없다. 강간에 준하려고 해도 강간하지 않은 증거가 있고, 겁간에 비기려고 해도 겁간한 자취가 없다 (…) 일운이는 형벌 쓰기를 기다렸다가 장형을 가한 후 유배토록 하라. 서여인은 마땅히 포상해야 하는데 判尹의 상주가 내 뜻에 부합한다."[65]고 판결했다. 정조는 치마를 잡아당긴 '挽裳' 행위를 거론하며 강간 이수죄로 해석할 만한 '율문이 없다'고 개탄했다. 간통과 강간 사이의 위험한 경계에 있으면서, 간통에 대해서는 구태여 수교[영조]까지 만들어 범죄화했고 강간에 대해선 죄를 주려고 해도—'挽裳'만으로는—해당 법조문이 없다며 물러선 것이다. 1782년 남원 金日先의 옥사에서도 김일선이 술김에 金奉先의 처 金女人을 강간하려고 적삼 옷깃을 당겼는데, 김여인이 원통하여 독약을 마셨고 5일 만에 사망했다. "김일선의 죄는 이미 적삼을 건드린 정도에 그쳤고 김여인의 죽음은 독약을 마시고 죽은 것이 명백하니, 본래 법률에 따라 처벌해야 한다 (…) 김일선은 경이 아뢴 대로 減死하여 絶島定配하라."[66] 정조의 판부는 위의 서여인 사건과 비슷하다. 강간미수는 장 100에 유형 삼천리인데 가중처벌하여 절도정배로 판결한 것이다.[67] 앞서 보았듯 옷깃을 잡아당기는 정도 행위에 여성이 순응하면, 다시 말해 저항하지 않으면 곧바로 간통이며—수

---

고 강간 후 여성이 자살했던 모든 사건들은 강간의 미성립, 즉 강간미수로 간주되어 남성을 감사 정배하도록 했다. 물론 정조가 엄형으로 형추해서 絶島定配 시킨 경우도 있지만, 해당 사건들을 강간미수로 판결했던 결과는 뒤바뀌지 않았다.

65) 「全義 吳一運獄」 판부, 『審理錄』 卷3 辛丑(1781) 忠淸道.

66) 「南原 金日先獄」 판부, 『審理錄』 卷5 壬寅(1782) 全羅道.

67) 강간미수의 경우 국왕 정조의 판결이 남성 가해자에게는 傅生의 덕을 펴고 피해자 여성에게는 潔身의 기회를 주려는 의도였다고 평가한 김호의 다음 논문 참조. 강간 미수범에 대한 판결을 상세히 설명함. 김호, 앞의 글, 2013b.

교에 근거해—이로 인해 남편이 殺妻해도 변명할 여지가 없었다. 하지만 옷깃이나 치마 잡는 타인의 손을 뿌리친다고 해서 여성의 저항이 입증되지 않는다. 그 정도의 소심한 반응이면 도리어 화간으로 간주될 우려가 있다. 이 때문에 부녀들이 극단적인 저항행위로 자살을 택한 사례가 늘었다고 본다. 강간 시도 날짜로부터 한참 떨어진 때 발생한 부녀의 자살 시도도 적지 않았는데, 이것은 여성 자신의 저항의지, 즉 화간이 아니었다는 억울함과 원망의 호소가 주변에 수용되지 못한 결과 최후로 선택한 행위가 아니었을까 생각한다.[68]

『심리록』에는 강간에 저항하다가 피살된 경우가 다섯 건 정도 수록돼 있다.[69] 이것은 성범죄에 인명범죄가 중복 발생한 경우로서 사죄로 처벌한 가능성이 높은 사건들이었다. 北靑의 李賛長은 김여인을 강간하려고 했지만 여성이 심하게 저항하자 칼로 찔러 사망케 했는데 정조는 매우 예외적으로 율문에 따라 처벌하라고 했다. 인명죄로 처벌한 셈이다. 충청도 槐山 李巴金 사건은 이파금이 문여인의 남편이 없는 틈을 나서 문여인을 강간하려고 했는데 따르지 않자 때려서 다음날 죽게 만든 것이다. 양형 결과가 분명히 나와 있지 않지만 정조가 악행을 징계하라고 엄하게 조처한 것을 보면 사죄로 처벌했을 것으로 짐작되는데, 이곳에서 판부는 "劫奸도 사형에 해당하고 殺傷도 사형에 해당한다. 한 사람으로서 사형에 해당하는 두 가지 죄를 저질렀으니 '죽이고 용서하지 말아야 한다'는 말은 그를 위해 준비된 말이다."라고 평결했다. 형조 기록에는 겁간하려고 시도했을 뿐 문여인의 저항으로 성공하지 못했다고 했는데, 그렇다면 겁간(미수)도 사형이라는 정조의 발언은 단순한 수사였던 것일까? 1794년 강원도 강릉 金順太 옥사 때 정조는, 김순태가 과부가 된 韓成化의 딸을 강간하려고 했으나 죽기를 각오하고 따르지 않자 분노하여 그 딸을 때려죽인 사건이었는데 이렇게 총평했다. "그의 공초에서는

68) 「燕岐 洪明烈獄」, 『審理錄』 卷23 壬子(1792) 忠淸道. 양여인은 반년 전 강간사건이 있었을 때 죽지 못하고 해를 넘겨 다음 절식해서 자살했는데 이를 두고 정조는 양여인의 진정성을 의심스러워했다.
69) 이숙인, 앞의 글, 2011, 112면 표 4 참조하여 설명함. 「北靑 李賛長獄」, 『審理錄』 卷1 丙申(1776) 咸境道; 「公州 林男伊獄」, 『審理錄』 卷3 辛丑(1781) 忠淸道; 「東萊 孫貞日獄」, 『審理錄』 卷25 甲寅(1794) 慶尙道; 「江陵 金順太獄」, 『審理錄』 卷24 甲寅(1794) 江原道; 「槐山 李巴金獄」, 『審理錄』 卷28 丙辰(1796) 忠淸道 등 총 다섯 건.

비록 한 여인이 스스로 목을 매서 죽었다고 했으나, 이것은 죽을 처지에서 살기를 구하려는 계책일 뿐이다. 설사 [한성화의 딸이] 정말 스스로 목을 매어 죽었다고 하더라도 그[김순태]를 償命하는 데 털끝만큼도 하자가 없다." 강간은 성립되지 못했지만 이로 인해 충격을 받은 한성화의 딸이 스스로 자결했을 수도 있는데, 만약 이런 경우라도 정조는 김순태를 상명에 처하는 데 조금도 결함이 없다고 본 것이다. 앞서 언급한 김유봉 옥사에서도 정조는 김유봉이 과부 김여인을 겁탈하려고 시도해서 김여인이 자살했을 때 비록 김유봉이 칼로 찌르고 발로 찬 것은 아니지만, 즉 직접 죽이지 않고 강간을 시도해서 정절녀를 욕보여 죽게 한 것이지만, 그 죄는 결국 살인과 마찬가지라고 평가했다. 마지막 경우는 반가 여성이라는 특징이 있지만 위의 몇 사례를 포괄해서 보면, 정조는 강간의 시도도 사죄에 해당되고 여성이 스스로 자결해도 상대 남성을 상명하는 데 조금의 하자가 없으며 손으로 직접 죽이지 않았어도 살인과 마찬가지라고 주장한 셈이다. 강간미수라도 위핍치사의 가능성이 있다는 점을 완전히 부정하지는 못한 것 같다.[70]

그렇다면 강간 성립 여부를 엄격히 따지는 것이 강간(이수)죄로 인정하는 데 있어 얼마나 필수적이었고 일관적인 것이었는지 의문이 든다. 가령 『秋官志』 '因奸殺人'에 수록된 정조 9년(1785) 충추 박승문 사건 때 박승문의 강간으로 황여인이 당일 날 목을 매서 죽었는데 정조는 "황여인의 죽음은 그 원인이 그[박승문]가 아니라면 누구겠는가. 강간이수인지 미수인지 구별하는 것

70) 「咸陽 張水元獄」, 『審理錄』 卷25 甲寅(1794) 慶尙道. 장수원이 여인 韓鳥籠을 간음하려고 하자, 한조롱이 거절하여 따르지 않고 물에 빠져 죽었다. 당시 정조 판부는 다음과 같은데 평소 정조는 직접 살해한 것과 위협만 했을 뿐인데 상대가 자살한 것을 엄격히 구분해서 양형했다. 칼로 찍어 죽이지 않았어도 직접 죽인 것과 같다는 정조의 발언을 한 때의 주관적 감상으로 보기 어려운 것은 이런 점 때문이다. "강간으로 보면 미수에 그친 강간이고, 범행으로 말한다면 직접 범행한 것이 아니다. 한갓 누구 때문에 죽었다고 하여 급급히 그의 목숨으로 보상하게 하는 것은 法理로 논하더라도 신중하게 함이 마땅하다 (…) '강간하려고 위협하였다'는 것이 비록 이 옥사의 해당 율문이라고는 하나 이미 강간미수에 그쳤고 또 직접 손으로 밀친 것과도 다르니, 당초 두 검험관이 正犯이라고 하지 않고 단지 被告라고 한 것은 대개 이 때문이다. 장수원이 마침내 사형을 면했는데, 만에 하나 옥중에 갇혀 병들어 죽게 된다면 처음에 살려 주려고 하던 본의와는 아주 다르게 된다. 한조롱은 褒奬함으로써 원통하고 억울함을 펴게 되었으니, 장수원은 지금 판결을 마무리하는 것이 가뭄을 만나 화평을 인도하는 정사가 될 것이다. 장수원을 도신에게 분부하여 율문을 감하여 참작해서 처리토록 하라."

은 본래 사후에 따질 만한 것이 아니다. 하지만 위협·치사에 관한 규정에 딱 들어맞는지는 모르겠다. 적용할 마땅한 법조문이 없다면 오일운 사건의 경우와 다를 바가 없으니 승문이를 감사도배하라."[71]고 명했다. 정조는 광주리 들고 나물 캐던 여인이 몸이 더럽혀졌으니 강간미수인지 이수인지를 막론하고 行露의 누명은 평생 씻기가 어려우므로 자살할 수밖에 없었다고 말한다. 당시 檢官은 이 사건이 강간이 아닌 和姦으로 보인다는 의사를 밝혔지만, 정조는 타인의 미덕을 이루어주길 꺼린다며 검관을 책망했다. 검시관의 판단으로 보면 강간이수일 가능성도 있었고, 그날 광주리를 뿌리치며 폭력을 휘두른 장면을 목격한 다른 간증인도 있었는데, 정조는 승문이를 강간 미수율로 처리해서 감사도배 하도록 했다. 그리고 평상시 본인의 강경한 태도와는 매우 어긋나게도 강간이수인지 미수인지 구별하는 것은 본래 사후에 따지기에 충분하지 않다고 해명한다. 앞선 1782년 경상도 웅천 李昌範 옥사 때는 이창범이 미성년 金已丹을 강간하려 하자 김이단이 목을 매 자살한 사건이 있었다.[72] 정조는 "[강간죄인을] 사형할 것인가 아닌가의 관건은 '강간이 이루어졌느냐 아니냐'에 달려 있으니 이것을 따지지 않고 즉시 억측으로 단정하려고 하면 심리를 제대로 하는 뜻에 어긋난다."고 우려했다. 김이단이 사망한 것은 앞서 황여인의 경우와 동일한데도, 어느 때는 명백히 강간 미이수를 따져야 한다고 강변하고, 어느 때는 죽은 후 어찌 미이수를 충분히 가릴 수 있겠냐며 회피한 것이다. 이처럼 강간이수냐 미수냐를 따지는 것은 상황에 따라 매우 유동적이었다. 따라서 어떤 사건이 강간 이수죄로 확정될 수 있는지에 대해서도 임의적인 해석의 위험이 충분히 존재했다고 본다.

앞서 거론한 강간 시도 후 발생한 인명사건 나머지 두 사례에서 정조는 강간 여부를 명확히 증명할 수 없고 여성 죽음의 원인도 불분명하다고 보고 상대 남성을 강간미수로 처결했다. 충청도 공주 임남이 옥사에서 정조는 강

71)「因奸殺人」,『秋官志』卷3 詳覆部. "重補同年. 忠州朴升文强奸黃女, 卽日自縊致死, 實因自縊 (…) 黃女之死, 非渠而誰. 奸未成之別, 本不足擬議於死後, 然逼死之律, 未知襯合, 律無可施, 則與吳一運無異. 升文嚴刑, 減死島配. 黃女貞標, 豈可泯沒, 其在聳勸之政, 合施表奬之典. 分付道伯, 詳探實蹟狀聞, 仍令禮曹, 依徐女例, 施以給復之典."

72)「熊川 李昌範獄」판부,『審理錄』卷9 壬寅(1782) 慶尙道.

간당할 위기에 있던 박여인이 겁간 사건 후 3일 뒤에 죽었을 때 인명사건의 원인도 알 수 없고 강간의 성립도 알 수 없는 일이라며 임남이를 강간미수율로 처벌했다.[73] "지금 강간으로 주장할 수 있는 것은 손톱자국에 살가죽이 긁혔고 갓끈이 끊어지고 치마가 찢어진 것에 불과한데, 피차 의복에 흙을 묻히면서 강제로 억누르고 이에 항거하면서 엎치락뒤치락할 때라 형적이 이 같은 것은 필연적 형세이니 이것을 두고 강간이 성립된 자취라고 단정할 수 있겠는가? (…) 강제로 핍박했다는 것은 그럴듯해 보이지만 강간을 이루어졌다는 말은 끝내 명확한 증거를 결하고 있다." 정조 판부를 살피면 '挽裳飯對' 수준과는 비교가 안 될 정도로 강한 완력이 사용된 것으로 보이지만, 이 사건은 강간이수로 인정받지 못했다. 반대로 여성이 죽거나(타살) 자살하지 못했다면 당시 완력과 신체 접촉의 수위는 도리어 화간의 증거로 악용될 위험이 높았다. 바로 이런 모호성 때문에 앞서 다른 사건에서 정조는 行露의 누명을 쓰면 강간이수든 미수든 평생 씻을 수 없는 고통을 당한다고 한 것이다. 강간죄와 인명죄가 중복된 마지막 살인사건에서 정조는 동래지역 죄수 손정일에게 무엇 하나 명확한 죄를 씌우기 어려움을 호소한다. 1794년 손정일은 박여인을 겁탈하려 했으나 따르지 않자 칼로 찍어 죽인 죄로 붙잡혔다.[74] 하지만 명확한 증거나 간증인이 없자 정조는 "그날 칼로 찌른 것을 목격한 자는 누구며 (…) 소매에 묻은 피가 닭 잡느라 그런 것이 아닌지 어떻게 알겠는가? 박여인은 나이가 40에 가깝고 손정일은 이제 겨우 24세인데 강간 운운하는 것을 진실이라고 기필할 수 없다."고 했다. 불분명한 살인사건을 함부로 완결해서는 안 되겠지만 그렇다고 강간 성립 여부를 이렇게 판단했던 것은 주관적 심증에 의한 결과라고밖에 볼 수 없다.

앞서 거론한 웅천 이창범 옥사는 창범이 김이단을 강간하려고 하자 이단이 목을 매 자살한 것인데 판부에서는 "한 번 죽기를 진작 결심하였다면 비록 孟賁과 夏育 같은 용맹으로도 굴복시키지 못했을 것이다. 이 점이 미처 강간하지 못했음을 알 수 있는 이유이니, 강간이 이루어지지 못했음을 명백히 알면

73) 「公州 林男伊獄」 판부, 『審理錄』 卷3 辛丑(1781) 忠淸道.
74) 「東萊 孫貞日獄」, 『審理錄』 卷25 (1794) 慶尙道.

서 사형에 처하는 것으로 결정하기에 급급하여 강간이 이루어진 것으로 몰아가면, 이 또한 자세하고 분명하게 처리하는 정사에 흠이 되며 김이단의 정조를 더럽히기에 충분하다"[75]고 평했다. 시골 양녀 김이단이 사족 이창범의 강간 시도로 목을 매 죽었지만, 이미 죽음을 결심하고 맹렬히 저항했을 것이기에 강간이 성립되지 않았을 것, 즉 강간미수라고 판단한 것이다. 당시 정조 발언은 매우 위험했는데, 만약 강간이수가 되었다면 그것은 여성이 전력을 다해 저항하지 못했기 때문이라고 보는 부녀책임론을 낳을 수 있기 때문이다. 1792년 충청도 연기 洪明烈 옥사에서도 유사한 태도가 엿보인다. 양반 명색의 홍명렬이 梁女人을 강간하자 양여인이 이를 부끄럽게 여기고 분해서 절식하다가 5일 만에 피를 토하고 죽었다. "대개 홍명렬이 강제로 겁탈한 일은 이미 지난해 8월부터라고 한 것도 양여인 입에서 나왔는데, 반년이 지난 뒤에야 비로소 홍명렬의 범행에서 사생을 결판내려고 한 것은 또한 무슨 이유인가. 가령 양여인이 진심으로 부끄러워 죽고 싶은 마음이 있었다면 실로 겁탈당한 즉시 자신의 목숨을 끊어서 본심을 드러내기에도 겨를이 없었을 텐데, 지금까지 숨기고 묵묵히 있으면서 오래도록 지체한 것은 무슨 까닭인가? 강간[작년]과 모욕[현재]의 경중이 어떠하단 말인가?"[76] 정조는 강간을 당했다면 참을 수 없어 그 자리에서 자결했어야 할 텐데 어째서 지금까지 목숨을 부지하고 있었는지 반문한다. 이곳 판부에서 정조는 홍명렬을 양여인의 매장지에서 엄형을 가한 후 감사정배라고 함으로써 강간미수율에 준해 처벌했다.

'挽裳飯對'와 유사한 상황에 처해 여성이 자살했다면 그런 죽음을 초래한 강간 시도 행위[강간 미수]는, 그 정도 일로 자살할 만큼의 위핍(위력)은 있지 않다는 이유로 감형되었고, 만약 여성이 자살하지 않았다면 강간의 위협에 의한 고통과 그 진정성을 의심받는 상황이 초래되었다. 『명종실록』 9년(1554), 11월 23일에는 단성 사족 柳夢祥이 수절하던 자신의 딸(강절부)을 재가시키기 위해 허환을 침소에 들여보내서 강절부를 억지로 강간토록 한 사건이 거론되었다. 실록의 사관은 부모의 불인함을 개탄하면서도 강간당한 부녀가 절개를 무너뜨린 뒤 자

75) 「熊川 李昌範獄」, 『審理錄』 卷9 壬寅(1782) 慶尙道.
76) 「燕岐 洪明烈獄」, 『審理錄』 卷23 壬子(1792) 忠淸道.

결하여 평소의 뜻을 지키지 못함을 책망했고 죽지 않은 딸에게도 죄가 없을 수 없다고 논평했다. 강간을 당한 것도 아닌데 자결했던 충청도 沔川 李有卜옥사에서 정조가 목을 매 자살한 배여인의 절행을 칭송한 것도 이와 비슷한 맥락에서다.[77] 정조에 의하면 배여인은 몸이 더럽혀지지도 않았는데 죽음을 결행했기에 더럽혀진 이후 어쩔 수 없이 죽어야 해서 죽는 것보다도 열 배는 더 훌륭한 행위를 한 여성이었다. 죽은 자는 말이 없다지만, 어떤 여성이라도 생사의 기로에서 죽음을 택할 때 엄청난 실존적 공포와 두려움을 느꼈을 것이다. 그럼에도 죽음을 택했다면 그 행위에는 말 못한 나름의 이유가 있었을 것이다. 하지만 그것이 한 번 죽을 각오로 맹렬히 저항했으니 강간미수일 수밖에 없고 아직 강간도 안 당했는데도 죽었으니 더욱 절개가 빛난다는 그런 칭송에 의해 조망될 의미는 아니었다고 본다. 강간 시 죽지 않을 경우 최선을 다해 간부를 저지하지 않은 것이 아니냐는 불신에서부터, 화간이 아니었냐는 누명에 이르기까지 온갖 수모를 겪어야 했다면, 자신의 결백이 용납되지 않을 때 부녀가 택한 죽음은 마지막 저항이자 말 없는 항변일 수밖에 없었을 것이다. 강간죄 성립 여부를 판별하던 평가 기준이 비일관적으로 혹은 심증에 의해 주관적으로 작동한 것은, 결국 평가자의 심증에 수반된 성 윤리의 잣대가 가진 편향성 혹은 과도함 때문이었을 것으로 짐작된다.

## 4. 성범죄 재판을 통해 본 성 인식과 욕망

알려진 것처럼 18세기 정조시대에 간통이라는 성범죄는 혼인 관계에 속하지 않은 모든 남녀의 성적 관계를 포괄하는 개념이었다. 그런데 간통(화간)으로 인해 촉발된 인명사건들 가운데 상당수가 처첩의 간통행위에 대한 남편의 살인 복수행위로 사건화되었다.[78] 남편의 간통에 대한 처의 반응으로 빚어진

77) 「沔川 李有卜獄」, 『審理錄』 卷29 丁巳(1797) 忠淸道. 이유복이 婦女人 집에 사람이 없는 틈을 엿보아 강간을 하려 하였는데 배 여인이 수치와 분노로 13일 만에 스스로 목을 매어 죽었다.

78) 이숙인, 앞의 글 2011, 102-103면. 『심리록』의 성 관련 범죄들—淫獄 사건 148건—을 분석했던 이숙인은, 성 관련 범죄의 심리과정에 드러난 여성의 성에 대한 당시 국왕과 지식인들의 관점, 성인식을 구명한 바 있다. 이에 따르면, 간통사건(58건) 중 남편이 처첩 혹은 상대방 간부를 살해하거나 간통의 중매자를 살해한 것이 총 30건으로 가장 많은 비율을 차지했다. 이와 달

인명사건은 전체 사건 중 3건뿐이었기 때문에 『심리록』의 성범죄 관련 사건들 중 남편의 간통에 대해 처가 남편에게 복수하거나 응징할 수 있던 경우는 거의 없었다고 볼 수 있다. 간통행위를 저지른 姦夫와 姦夫를 본 남편이 처단해도 죄를 묻지 않았고 남편이 아내를 돈 받고 타인에게 되팔아도 전혀 문제가 되지 않던 상황에서, 부녀의 간통행위는 자신들의 의지적 결단이 아니고서는 도저히 발생하기 어려운 위험한 선택이었다. 그만큼 혹독한 대가와 사적 처벌에 따른 살해 위협에 시달려야 했기 때문이다. 그럼에도 『수교집록』과 『속대전』에서 사족부녀의 간통에 대한 형벌 규정이 늘고, 반가 여성과 관계하는 상천민[남성]의 간통행위에 대한 처벌 조항이 명시된 것을 보면, 그 같은 사례가 적지 않았던 것으로 짐작된다.[79] 당시 부녀의 간통을 직접 처단한 本夫의 통렬한 살인행위를 비호했던 국왕과 관료들의 격렬한 언사를 『심리록』 기록을 통해 살펴볼 때, 그 이면에서 부녀의 간통행위와 성적 욕구를 철저히 통제하지 못했던 당시 정황을 가늠할 수 있다. 부녀의 간통현장을 목도하는 남편의 목소리를 대변하면서, 정조는 장소를 불문하고 어디나 간통현장이며 본부의 치욕을 씻을 수 있는 장소이니 姦夫와 姦夫를 병살했다면 더없이 당연하지만 죽이지 못했다면 오히려 사람 마음조차 없는 나약한 인간이라고 남편을 힐난한다.[80] 다른 남자 강씨와 간통했던 아내가 항변하길 "나는 본래 강씨의 처인데 당신이 나를 왜 찾는 것인가"라며 대들자 본부가 아내의 코와 귀를 칼로 베어 죽인 사건이 있었다. 당시 정조는 남편을 두둔하면서 악덕한 부인이 그나마 형벌이 아니라 남편 손에 죽은 것이 다행이라고 조롱한다.[81] 국가[정조]와 가부장의 분노가 한껏 폭발하고 여성 간통의 처벌 수위가

---

리 남편 간통에 대한 처의 대응으로 초래된 인명사건은 전체 중 3건뿐이었다. 이 경우에도 남편의 간통을 비판하며 원망을 표출한 아내를 남편이 직접 살해한 것이 두 건이고, 부인의 질투 때문에 남편이 화간했던 상대방 奸婦를 살해한 것이 다른 한 건이다.

79) 사족부녀와 달리 양녀와 천녀들은 남편의 사적 응징이나 고소가 없는 이상, 국가가 깊이 개입하지 않았던 것으로 보이기에, 기록된 자료보다 더 적극적인 성적 욕망의 표출 사례가 있었을 것으로 예상된다.

80) 「价川 尹金伊獄」, 『審理錄』 卷16 乙巳(1785) 平安道.

81) 『日省錄』 정조11년(1787) 4월 24일. "형조의 殺獄에 대한 回啓에 대하여 判下하다.[判下刑曹殺獄回啓]"

높아지면 질수록 그 이면에 은폐된 아내(여성)의 성적 욕망과 욕망 표출의 강렬함이 더욱 선명하게 전해지는 듯하다.

반대로 남편의 음행에 대한 여성의 반발과 간섭은, 질투 혹은 투기로 간주되면서 여성 자신을 부덕하고 악덕한 부녀로 몰아가는 명분이 되었다. 이 때문에 남편의 음행을 질투하고 투기하는 아내의 속 좁음과 편협함, 투기심을 없애기 위한 다양한 부녀 교육법이 등장했다. 앞서 보았듯이 『심리록』에는 남편 간통에 대해 투기하고 질투하던 여인들이 도리어 간통한 남편에게 폭행당해서 사망한 경우가 기록돼 있다. 여성 혹은 아내가 원망과 노여움, 질투의 감정을 직접 표출했던 결과 남편으로부터 폭행치사된 것이다. 당시 판부를 보면 통제되고 억제되어야 할 아내의 질투심과 투기가 화근이 되어 의도치 않게 살인사건을 초래했다고 힐난한 것을 알 수 있다. 이렇게 부녀의 부도덕한 감정을 폄훼하고 비난해도 성적 질투와 원망의 감정은 쉽게 사그라들지 않았던 것으로 보인다. 정약용이 「상형추의」에서 직접 소개한 1781년 평안도 강계 李宗大 옥사, 직접 다루지 않은 1780년 서울 서부 安宗玄 옥사도 아내 투기와 질투로 빚어진 남편 폭력, 살처사건을 다루고 있다. 이종대가 여종과 간통했을 때 부인 전씨가 반발하면서 극렬히 저항했는데, 이종대는 시아버지 이기명과 함께 처를 구타치사했고 자신의 죄를 모면하기 위해 부인이 물에 빠져 죽은 것처럼 위장했다.[82] 이종대는 3차례 엄한 추심 뒤 국왕의 특별사면으로 석방되었음을 평안도 한필주 옥사를 통해 확인할 수 있다.[83] 안종현 옥사도 비슷한 유형이다. 안종현은 박여인과 간통한 뒤 아내 부매가 질투하자 부인을 폭행해서 죽였는데, 문제는 첩이였던 간통녀 박여인이 재판 때 진술을 번복했기 때문에 정조가 오히려 박여인을 유배보내고, 아내를 죽인 안종현은 첩 때문에 잠시 유혹에 빠져 실수를 저지른 것이니 정상을 참작해서 재조사하라고 한 점이다.[84] 1795년 경상도 함창 박안성 옥사에서도 정조는 박안성이 김여인과 간통한 것을 아내가 눈치채서 싸움이 붙자

82) 丁若鏞, 「佐儷之戕」 九, 『欽欽新書』 卷九 祥刑追議十三. "江界民李宗大, 殺其妻田召史."
83) 「江東 韓必周獄」, 『審理錄』 卷14 甲辰(1784) 平安道.
84) 「西部 安宗玄獄」, 『審理錄』 卷3 己亥(1780) 京(서울).

처와 함께 김여인을 폭행했을 때 남편보다는 질투심에 사로잡힌 아내가 간통녀 폭행치사에 더 큰 책임이 있다고 판결했다.[85]

『흠흠신서』을 살펴보면 정약용에게도 강자의 위핍은 주로 백성에 대한 호강자의 정치적 위력에 관한 문제였지 여성에 대한 남성(남편)의 일상화된 폭력과 학대가 고려 대상은 아니었던 것으로 보인다.[86] 정약용은 중국 살인사건을 인용한 「의율차례」에서, 간통을 일삼던 남편의 폭행(위핍) 때문에 아내가 자살하자 남편을 絞刑으로 처단한 청나라 형부의 판결을 비판한 적이 있다.[87] 남편이 부인을 때렸어도 결국 부인 스스로 죽었는데 어떻게 남편을 위핍치사율로 상명할 수 있는지 의문을 표한 것이다. 정약용은 남편 간통 때문에 부인이 질투하다가 스스로 자살한 다른 사건에서도 '짧은 소견과 편협한 마음' 때문에 부녀가 죽음을 초래한 것으로 이해했다.[88] 사실 위핍률의 취지가 호강자를 억제하기 위한 것일 뿐만 아니라 여성을 보호하기 위한 장치였음에도, 남성 폭력에 의해서 여성이 살해당하거나 자살할 수밖에 없던 상황에서—강간을 포함한 폭력에 따른—위핍치사율의 적용으로 가해자를 처벌하는 것은 거의 불가능했던 것처럼 보인다. 특히 남편의 가족 폭력은 강상이란 명분 때문에 거의 예외 없이 용서받았고, 심지어 아내를 심하게 폭행해서 치사시켰던 살인사건들의 경우도 장형 이후 석방되었기 때문이다.[89]

---

85) 「咸昌 朴安成獄」, 『審理錄』 卷27 乙卯(1795) 慶尙道.

86) 丁若鏞, 「康津縣鄭節婦初檢案跋詞」, 『欽欽新書』 卷十 剪跋蕪詞二.

87) 丁若鏞, 「伉儷之戕」, 『欽欽新書』 卷四 擬律差例. "安徽民榮恒山, 調姦兩媳未成, 因妻吳氏斥責, 輒用刀柄毆打, 致吳氏投河自盡. 恒山從重比照毆妻致死律絞. 按恒山本係亂倫淫惡之人, 所以擬絞不然, 毆妻而妻自溺者, 豈有死法? 此案比照似非."

88) 丁若鏞, 「張一魁自殺判詞 妒影浪死」, 『欽欽新書』 卷二 批詳雋抄二.

89) 丁若鏞, 「伉儷之戕」 1-11 조목, 『欽欽新書』 卷九 祥刑追議十三. 정조의 『심리록』 중 배우자 살해사건(모두 남편의 아내 살해사건) 12가지 경우를 『흠흠신서』 「상형추의」에 수록했는데, 이 가운데 사건 정황을 정확히 알 수 없는 12번째 사건을 제외한 나머지 11개의 배우자 살해사건에서, 주범으로 간주된 남편이 모두 死罪에서 감형되어 장형, 일부 유배형 판결 이후에 전원 석방된 것을 알 수 있다. 1781년 평안도 이종대 옥사에서 정약용은 아내 살해사건을 정조가 대부분 감형했는데[減死定配하거나 放免] 이종대 사건과 전라도 능주 임성원 사건은 남편이 죽인 아내를 물에 빠진 것으로 위장하거나 사당에서 스스로 목을 매단 것처럼 거짓으로 꾸몄기 때문에 그 잔인함을 벌주기 위해 엄형의 비답을 내렸다고 전한다. 하지만 이종대도 결국 형추를 엄하게 3차례 집행한 다음 석방했고 임성원 역시 한 차례 형신을 가한 뒤 방면했다. 「江東 韓必周獄」, 『審理錄』 卷13 甲辰(1784) 平安道; 「全州 吳奉太獄」, 『審理錄』 卷18 己酉(1789) 全羅道. 사면령 때 이종대, 임성원 등 석방했다고 기록.

남성[남편]의 성 관련 폭행과 학대로 자살한 여성들이 있던 반면, 소수이기는 하지만 여성 스스로 강간 행위자 혹은 성 추문을 퍼뜨린 자를 찾아내서 살해하는 사건들도 발생했다. 여성들이 실절 상황에서 소극적으로 자살하기보다 정조를 침탈한 남성을 죽이거나 소문의 진원지를 찾아내 자신을 무고한 자를 직접 살인하는 사건들이 발생한 것이다. 1787년 평안도 龜城 崔召史 옥사는 李三致가 최여인을 강간하려고 하자 죽을 듯이 저항하다가 번철로 남자를 내리쳐서 7일 만에 죽게 한 사건이다.[90] 형조 관리는 겁간당하려고 할 때 저항한 것이므로 상명할 수 없지만 차율로 다스려야 한다고 했고 국왕 정조는 "왕정의 급선무는 風化에 있으니 본 사안은 마땅히 살려 주는 법을 써야 한다. 최여인을 특별히 무죄 석방하라."고 판결했다. 정약용은 『흠흠신서』에서 성추문으로 인해 벌어진 여성의 복수살인을 매우 우려했는데, 그 가운데 주목할 만한 사건이 바로 전라도 강진의 김은애 사건이다.[91] 은애가 살해했던 안노파는 은애가 시집가기 전 최정련과 간통했다고 추문을 퍼뜨렸는데, 간음 누명이 원통했던 은애는 안노파를 직접 찾아가 칼로 찔러서 죽였고 관아에 자수했다. 정조도 이 사건에 각별히 주목했다. 그는 부녀의 살인행위가 보통 살 궁리를 도모하고 요행을 구걸하는데 목숨을 내놓은 은애의 의협심과 용맹한 행위는 남자도 따라오기 어려운 정도니, 은애를 특별히 석방하고 교화를 위해 판부를 등사하여 지방에 널리 알리도록 조치했다. 은애의 통쾌한 복수를 보며 인간으로서 기절과 윤리가 있다는 것이 무엇인지 백성에게 교화시킬 수 있다고 본 것이다. 정조는 심각한 성추문을 퍼뜨린 노파를 은애가 맹렬히 처단했다고 칭송했고 급기야 「은애전」까지 만들도록 했지만, 형조의 계사에 따르면 좌의정 蔡濟恭은 "남을 무고한 죄의 율문은 사형에 이르지 않지만 [은애가] 독심으로 보복한 것은 살인죄를 범했음이 분명하다"고 보아 정조의 판부에 대한 반대 의사를 표명한 것을 알 수 있다.

『秋官志』 '因奸殺人'의 정조 10년(1786) 여주 姜就文 옥사도 유사한 관점에

90) 「龜城 崔召史獄」, 『審理錄』 卷16 丁未(1787) 平安道. 최 여인이 李三致가 강간을 하려고 하자 죽기를 맹세코 저항하다가 번철로 내리쳐서 7일 만에 죽게 하였다.
91) 「康津 金召史獄」, 『審理錄』 卷21 庚戌(1790) 全羅道.

서 재고해볼 수 있다. 같은 동네에 살던 金判連 여인은 姜就文이 자신과 은밀히 간통하였다고 거짓 소문을 퍼뜨리자 원통해서 간수를 마시고 자살했다. 김판련의 아버지 金完伊는 초소에서 말하길, 딸 판련의 나이 18세가 되니 동네 사람 강필주가 그 아들 취문을 위해서 구혼해 왔지만 자신은 허락하지 않았고 충주 사람과 딸이 청혼하게 되었다고 밝혔다. 그런데 어느 날 강취문이 오더니 "내가 벌써 담장을 넘어 은밀히 [판련과] 간통했으니 다른 곳으로 시집가지 못한다"고 윽박질렀고 이내 관아에 소지를 올려 이 사실의 진위를 가려 달라고 요청했다는 것이다. 이 때문에 딸 판련이 간수를 마시고 치명하게 되었다고 아비가 그 억울함을 하소연했다. 정조의 판부는 이러했다. "김판련 여인이 시골의 천인이지만 정숙하고 결백하게 몸을 지키는 의리를 알아서 죽음도 두려워하지 않고 자신의 지킬 바를 잃지 않았다 (…) 관찰사로 하여금 지방관에 분부하여 그 마을에 旌門을 세울 것을 行會하도록 하라 (…) 그[강취문]의 행위를 생각하면 특히 흉악하기 짝이 없다. 그러나 간음으로 인한 위협에 관한 법률은 반드시 사형에까지 이르지 않는다. 그러니 정법과 계략이 흉악하고 참혹하다는 것만으로 곧바로 極律[死罪]을 시행할 수 없다. 경[형조판서]은 해당 목사[여주목사]에게 분부하여 판련의 정려 아래 취문이를 데려와 判下의 뜻으로 엄하게 효유한 뒤 여주목의 奴案에 올려 事役하도록 하라."[92] 강취문 사건의 맥락과 의미로 볼 때 강진 김은애 사건과 매우 유사했다고 볼 수 있다. 은애 사건에서 정조는 성추문을 제공한 자를 사적으로 응징한 것을 장려하고 칭송했다. 한편 강취문 사건에서는 심지어 성추문과 무고의 피해를 입은 피해자 여성(김판련)이 자살하기까지 했는데, 그렇다면 당연히 국가는 강진의 김은애가 보인 의협심을 대신해서 성추문을 퍼뜨려 김판련을 무고했던 강취문를 공적인 형벌에 의해 살인죄의 수위로 처벌해야 마땅

92) 「因奸殺人」, 『秋官志』 卷3 詳覆部 奸淫. "重補. 十年. 驪州金女判連, 因姜就文誣以潛奸, 飮鹵致死. 判連父金完伊招內, 有女判連, 年至十八, 洞人姜弼周爲其子就文求婚而不許, 與忠州人定婚矣 (…) 判付內, 金女判連之渠以鄕曲賤人, 能知貞白之義, 視死如歸, 不失所守. 卿曹覆啓中, 褒美之請, 深得風礪之政. 令道臣分付地方官, 就其閭表旌事, 行會. 庚戌別諭內, 姜就文之獄, 論其情犯, 想其謀計, 則誠可謂至兇且慘 (…) 然大約因奸威逼律, 不至必死, 則固不可以情犯謀計之兇慘, 直施極律. 卿其分付該牧使, 就判連旌閭之下, 拿致就文, 以判下辭意, 嚴加曉諭後, 仍充本牧奴案使役."

하지 않았을까? 은애의 사적인 복수살인을 정당하다고 보면서 『은애전』까지 만들어 전국에 보급했다면, 국가의 공적 재판과 처벌(사형)은 김판련 여인에 대해서는 더 긴요하고 불가피한 책임이 아니었을까?

지배층의 성 인식, 특히 최종 판결권을 가진 국왕 정조의 재판 사례를 통해서 잘 살펴볼 수 있는 것처럼, 당시 지배층은 간통과 강간죄 성립 여부에 있어서 서로 판이하게 다른 성적 인식과 지향성을 드러냈다. 동일한 수위의 남녀 행위가 전자[간통]의 경우는 사죄에 준하는 심각한 성범죄로 인식되었지만, 후자[강간]의 경우에는 강간 미수죄로 간주되어 대부분 감형되었기 때문이다. 마찬가지로 성추문 혹은 성추행—혹은 화간에 의한 성관계—와 관련해서 초래된 남성[남편]의 살인행위 혹은 여성 자신의 정당방위로서의 복수살인과 자살 등에 대해서도 서로 상이한 분석과 평가가 이루어졌다. 남편의 살인행위는 보편적으로 정당하게 용인되었고 심지어 살인 후 곧바로 석방되기까지 했지만, 남성 폭력에 대한 최후 저항으로서의 부녀들의 자살은 그만큼의 위상으로 평가받거나 처우 받지 못했다고 볼 수 있다. 다만 강진현의 김은애 사건에서 보이듯이 여성에 대한 성 관련 추문, 특히 억울한 추문에 대한 보복행위, 살인에 대해서는 국가도 정당한 방식으로 김은애의 살인행위를 용납할 수밖에 없었다. 마찬가지 맥락에서 필자가 앞서 반문한 것처럼, 추문에 시달리다 자살한 김판련의 억울함 죽음에 대해서도 국가는 왜 사죄에 해당하는 정도로 가해자에게 책임을 지우지 않았는지, 국가는 스스로 공적 책임을 다하지 못한 것에 대한 추궁을 받지 않을 수 없다. 여성과 부녀들에 대해 심각한 정도의 성 윤리를 강요했던 점은 거꾸로 남성과 남편들에 대해 국가가 강력한 수위의 성 윤리를 요구할 수밖에 없는 역설적 결과를 초래하기도 했던 것이다.

## 5. 나가는 말

이 글은 서두에서 밝힌 것처럼 조선후기 성 관련 범죄에 대한 처벌 규정을 살펴보고 실제 사건들에서는 어떤 방식으로 율문이 적용되었는지 분석하는 것으로부터 논의를 시작했다. 필자는 법전과 수교의 새로운 규정 및 법조문 운영

이 가지는 모순적인 맥락들을 살펴봄으로써 그러한 법 제정에 간여하거나 법을 운용하는 자들의 자의식과 내면 심리를 엿보고 싶었다. 자신들의 정체성과 가치관을 반영하지 않은 범죄 판결은 없었을 것이기 때문이다. 물론 이 글은 하나의 시론적 이해와 추측이기 때문에 좀 더 많은 구체적 사례들, 역사적 정황들을 깊이 있게 살펴볼 필요가 있을 것이다. 다만 누구나 짐작할 수 있듯이, 정조시대 국왕과 신료들의 의식, 가치관이 투영된 『심리록』이나 『흠흠신서』의 판례를 살펴보는 것은 단순히 그 자체의 의미를 분석하는 것에만 한정되지 않는다고 본다. 성 관련 범죄는 여전히 오늘날에도 첨예한 관심사이며, 간통의 검열에서는 자유롭고 싶지만 타인의 강간행위에 대해서는 준엄한 자세를 취하는 우리에게도 여전히 간통[화간]과 강간 사이의 모호한 인식론적 경계 지점이 존재하는지도 모른다. 따라서 18세기 정조와 유학자 관료들의 자의식에 자리한 불분명한 신념들과 모순된 성 인식, 성 윤리는 어쩌면 우리 자신의 모습을 비추는 역사적 자화상과 같은 것일 수도 있다.

본론에서 상술했듯이 만약 당시 국왕과 관료들이 '차미를 당기고 밥상을 마주하는' 수준의 행위를 간통죄의 구성 요건으로 간주했다면, 이것은 거꾸로 강간이수죄의 구성 요건도 될 수 있었을 것이다. 하지만 전자는 국왕수교를 통해 성문화했던 반면, 후자는 그럴 필요를 느끼지 못했는지 여전히 『대명률』의 전거만 고수한 채 양형하려고 해도 법조문이 없다고 하소연했다. 법 운영자들의 정서에서는 강간죄에 그런 추가 조문을 만들어서는 안 된다고 반발했을지도 모른다. 강간미수라는 심증이 들면 "강간미수냐 이수냐가 죄인을 사형시킬 수 있는지 없는지의 관건이다."라고 엄별할 수 있고, 강간미이수가 불분명하거나 혹은 어쩌면 강간이수일지 모른다는 우려가 들면 "강간이수거나 강간미수라는 것은 사후에 충분히 따질 만한 것이 못 된다."라고 우회할 수도 있었을 것이다. 직접 칼로 죽인 것이 아니라고 구별하면서도, 한편으로는 칼로 죽인 것과 전혀 다름이 없다고 엄형을 선포한다. 말하자면 주관적인 심증과 특정한 지향성을 가진 성 윤리에 기반해서 성 관련 범죄를 재판할 때도, 이런 식으로 법조문을 편의적으로 적용할 수 있는 해석과 판단의 위험지대가 존재한 것이다. 그들이 견지한 성 인식과 성 윤리의 잣대가 반성되지 않은 자신들 욕망의 일부만을 맹

목적으로 지지할 때, 그리고 자신들의 욕망에 저촉되는 상이한 타인의 욕망을 범죄와 형벌의 이름으로 단죄할 때, 이런 법 해석의 편향성은 점점 심각해질 수밖에 없었을 것이다. 정조가 말하듯 "법을 농락하는 죄는 작지만 풍속을 무너뜨리는 폐단은 크며 교화는 위중하지만 법은 가벼운 것"이라서[93] 그들의 성에 대한 인식과 판단에 기반하여 얼마든지 성범죄의 성립 규정과 처벌의 수위를 조절할 수 있는 자의적 위험성이 존재했던 것이다.

법 규정과 운영에 반영된 지배층의 복잡한 자의식과 내면 심리를 추론할 수 있다면, 국왕을 중심으로 한 당시 지배층의 내밀한 성적 욕망과 성 인식도 좀 더 선명하게 드러낼 수 있다고 본다. 나아가 정조와 관료들의 모순된 자의식이 맞닥뜨린 경계 지점에, 그들이 부도덕하고 비윤리적이라고 규정한 범죄사건들 속에서, 인간 본성의 규정하기 어려운 다양한 욕망과 성적 욕구들이 투영된 점도 간접적으로 살펴볼 수 있다. 조선후기의 남녀가 간통행위와 강간죄에 대한 비대칭적 인식 체계에서 살았다면, 오늘날 우리는 거꾸로 간통죄를 폐지하고 강간죄에 무서운 사회적 이목과 비난이 집중되는 세계에서 살고 있다. 위력에 의한 강간죄 성립 여부를 중요한 사회적 이슈로 경험하기도 했다. 화간과 강간에 대한 우리 시대의 명확한 인식 기준은 무엇일까? 우리는 강간죄를 특수한 성관계가 아닌, 심각한 폭력으로 마주할 만한 분명한 인식론적 근거를 가지고 있을까? 간통과 강간의 구별에 민감했던 조선후기 위정자들의 성 인식과 그런 성 인식의 위력에 직면해서 투항하거나 혹은 싸웠던 여성들의 체험은 우리에게 오늘날 우리 자신의 성인식의 좌표를 되묻고 있다.

93) 『正祖實錄』 권50 정조 22년 11월 19일 무인 2번째 기사. "며느리 간통을 사주한 여자를 죽인 신사량을 사형시키지 못하도록 하다."

## ▮ 참고문헌

『審理錄』 1-32, 『秋官志』 1-4, 『刑典事目・欽恤典則』, 『弘齋全書』.

『經國大典』, 서울대 규장각 편, 규장각자료총서 법전편, 서울대 규장각, 1997.
『大明律直解』, 서울대 규장각 편, 규장각자료총서 법전편, 서울대 규장각, 2001.
『大典通編』(上・下), 서울대 규장각 편, 규장각자료총서 법전편, 서울대 규장각, 1998.
『續大典』, 서울대 규장각 편, 규장각자료총서 법전편, 서울대 규장각, 1998.
『受教輯錄・新補受教輯錄』, 서울대 규장각 편, 규장각자료총서 법전편, 서울대 규장각, 1997.
『定本與猶堂全書』(新朝鮮社本), 다산학술문화재단 편, 사암출판사, 2013.
『弘齋全書』 1-5(文化財管理局 藏書閣 所藏本 影印), 태학사, 1996.

김문식, 『정조의 경학과 주자학』, 문헌과 해석사, 2000.
_____, 『정조의 제왕학』, 태학사, 2007.
김선경, 「조선후기 여성의 성, 감시와 처벌」, 『역사연구』 제8호, 역사학연구소, 2000, 57-100면.
김선희, 「가(家)의 확장과 내부의 실천: '여성'으로 본 성호학파의 유가적 세계」, 『민족문화연구』 제65호, 고려대 민족문화연구원, 2014, 211-247면.
김성우, 「조선시대 '사족'의 개념과 기원에 대한 검토」, 『조선후기사 연구의 현황과 과제』, 창비, 2000.
_____, 『조선중기 국가와 사족』, 역사비평사, 2001.
김현영, 「조선후기 남원지방 사족의 향촌지배에 관한 연구」, 서울대 박사학위논문, 1992.
김현진, 「『심리록』을 통해 본 18세기 여성의 자살실태와 그 사회적 함의」, 『조선시대사학보』 제52집, 조선시대사학회, 2010, 197-230면.
김 호, 「조선후기 강상의 강조와 다산 정약용의 情・理・法: 『흠흠신서』에 나타난 법과 도덕의 긴장」, 『다산학』 제20호, 다산학술문화재단, 2012a, 7-39면.
_____, 「義殺의 조건과 한계: 다산의 『흠흠신서』를 중심으로」, 『역사와현실』 제84호, 한국역사연구회, 2012b, 331-362면.
_____, 「조선후기 '위핍률'의 적용과 다산 정약용의 대민관」, 『역사와 현실』 제87호, 한국역사연구회, 2013a, 541-575면.
_____, 「조선후기 '因姦威逼律'의 이해와 茶山 丁若鏞의 비판」, 『진단학보』 제117호, 진단학회, 2013b, 119-145면.
문현아, 「판결문 내용분석을 통한 조선후기 아내살해 사건의 재해석: 『추관지』 사례를 중심으로」, 『진단학보』 제113호, 진단학회, 2011, 163-195면.
박 경, 「刑政 운용을 통해 본 조선 전기의 가족정책: 부처 간의 폭력에 대한 처벌실태 분석을 중심으로」, 『사학연구』 제90호, 한국사학회, 2008, 67-100면.
_____, 「살옥 판결을 통해 본 조선후기 지배층의 夫妻 관계상」, 『여성과 역사』 제10집, 한국여성사학회, 2009, 35-70면.
박소현, 「진실의 수사학: 『흠흠신서』와 공안소설의 관계를 중심으로」, 『중국문학』 제69집, 한국중국어문학회, 2011, 107-132면.

_____, 「법률 속의 이야기, 이야기 속의 법률: 『흠흠신서』와 중국판례」, 『대동문화연구』 제77집, 성균관대 대동문화연구원, 2012, 413-450면.
_____, 「18세기 동아시아의 성 정치학: 『흠흠신서』의 배우자 살해사건을 중심으로」, 『대동문화연구』 제82집, 성균관대 대동문화연구원, 2013, 301-333면.
_____, 「『흠흠신서』와 법의 서술: 『흠흠신서』 「비상준초」의 중국 판례를 중심으로」, 『사림』 제69호, 수선사학회, 2019, 159-181면.
박철주 역주, 『譯註 大明律直解』, 민속원, 2014.
백민정, 「정약용의 형법사상에 반영된 德과 禮治의 문제의식: 『흠흠신서』 연구사의 분석과 문제제기」, 『한국실학연구』 제28호, 한국실학학회, 2014, 269-325면.
_____, 「『흠흠신서』의 여성 관련 범죄를 통해 본 정약용의 여성 인식과 시대적 의미」, 『동방학지』 제173집, 연세대 국학연구원, 2016, 161-200면.
_____, 「『흠흠신서』에 반영된 다산의 유교적 재판원칙과 규범: 〈經史要義〉의 法理 해석 근거와 의미 재검토」, 『대동문화연구』 제99집, 성균관대 대동문화연구원, 2017, 375-417면.
_____, 「정조의 경학 이해와 정치의 문제」, 『한국문화』 제89호, 서울대 규장각한국학연구원, 2020, 3-38면.
법제처 역주, 『大明律直解』, 법제자료집 제13집, 법제처, 1964.
_____, 『추관지』 1-4, 법제처, 1976a.
_____, 『형전사목·흠휼전칙』, 법제처, 1976b.
유승희, 「조선후기 형사법상의 젠더gender 인식과 여성 범죄의 실태」, 『조선시대사학보』 제53집, 조선시대사학회, 2010, 235-270면.
심재우, 「조선시대 법전 편찬과 형사정책의 변화」, 『진단학보』 제96호, 진단학회, 2003, 243-264면.
_____, 『조선후기 국가권력의 범죄 통계: 『審理錄』 연구』, 태학사, 2009.
_____, 「조선시대 연좌제의 실상: 『연좌안』 분석을 중심으로」, 『한국문화』 제55호, 서울대 규장각한국문화연구소, 2011, 87-113면.
_____, 「조선후기 판례집·사례집의 유형과 『흠흠신서』의 자료 가치」, 『다산학』 제20호, 다산학술문화재단, 2012, 41-76면.
_____, 「조선시대의 법과 여성의 몸」, 『역사와 실학』 제51집, 역사와실학회, 2013, 147-179면.
_____, 「정약용의 『흠흠신서』 편찬과정에 대한 재검토」, 『한국사연구』 제186호, 한국사연구회, 2019, 363-394면.
심희기, 「흠흠신서의 법학사적 해부」, 『사회과학연구』 제5집 2권, 영남대 사회과학연구소, 1985, 31-62면.
_____, 「18세기 형사사법제도 개혁」, 『한국문화』 제20호, 서울대 규장각한국문화연구소, 1997a, 205-244면.
_____, 『한국법제사강의: 한국법사상의 판례와 읽을거리』, 삼영사, 1997b.
유승원, 『조선초기신분제연구』, 을유문화사, 1987.
_____, 「조선시대 '양반' 계급의 탄생에 대한 시론」, 『역사비평』 제79호, 역사문제연구소, 2007, 194-250면.
윤국일 역, 『新編 經國大典』, 신서원 편집부, 2005.
이숙인, 「'貞淫'과 '德色'의 개념으로 본 유교의 성 담론」, 『철학』 제67집, 한국철학회, 2001, 5-

32면.
_____, 「조선시대 여성지식의 성격과 그 구성원리」, 『동양철학』 제23집, 한국동양철학회, 2005, 77-104면.
_____, 「조선시대 교육의 젠더 지형도」, 『정신문화연구』 제29권 1호, 한국학중앙연구원, 2006, 333-368면.
_____, 「'淫獄'에 비친 正祖代의 性 인식: 『審理錄』을 중심으로」, 『규장각』 제39집, 서울대 규장각 한국학연구원, 2011, 99-132면.
_____, 『정절의 역사』, 푸른 역사, 2015.
이혜순, 「열녀상의 전통과 변모: '삼강행실도'에서 '열녀전'까지」, 『진단학보』 제85호, 진단학회, 1998, 163-183면.
이혜순・김경미, 『한국의 열녀전』, 월인출판사, 2002.
장병인, 「조선시대 성범죄에 대한 국가규제의 변화」, 『역사비평』 통권 56호, 역사문제연구소, 2001, 228-250면.
_____, 「조선 중후기 간통에 대한 규제의 강화」, 『한국사연구』 제121호, 한국사연구회, 2003, 4-116면.
정긍식, 「參酌減律을 통해 본 다산의 법인식」, 『다산학』 제4호, 다산학술문화재단, 2003, 96-128면.
_____, 「법서의 출판과 보급으로 본 조선사회의 법적 성격」, 『법학』 제48권 4호, 서울대 법학연구소, 2007, 88-123면.
丁若鏞, 민족문화추진위원회 역주, 『역주 經世遺表』 1-4, 민족문화추진위원회, 1989.
_____, 다산연구회 공역, 임형택 교열, 『역주 牧民心書』 1-7, 창작과비평, 2018.
_____, 박석무・이강욱 역, 『역주 欽欽新書』 1-4, 한국인문고전연구소, 2019.
정지영, 「조선후기의 첩과 가족 질서: 가부장제와 여성의 위계」, 『사회와 역사』 제65집, 한국사회사학회, 2004, 6-37면.
_____, 「조선시대 첩에 대한 포섭과 배제의 장치들: 법전류의 첩 관련 규정 분석을 중심으로」, 『한국고전여성문학연구』 제19집, 한국고전여성문학회, 2009, 65-92면.
조지만, 『조선시대의 형사법: 『대명률』과 국전』, 경인문화사, 2007.
_____, 「조선 전기 유가 법사상의 전개」, 『한국유학사상대계: 법사상편』, 한국국학진흥원, 2008.
한국정신문화연구원 역사연구실 역주, 『譯註 經國大典』, 국학총서 85-1, 한국정신문화연구원, 1985.

「국회도서관 전자도서관 DB」, 국회도서관, https://www.nanet.go.kr/.
「조선시대법령자료 DB」, 국사편찬위원회 한국사데이터베이스, http://db.history.go.kr/law/.
「조선왕조실록」, 국사편찬위원회 한국사데이터베이스, http://sillok.history.go.kr/.
「한국고전종합 DB」, 한국고전번역원, http://db.itkc.or.kr/.

【Abstract】

# Punitive Regulations and Trials on Sex Crimes over the Latter Half of the Joseon Dynasty —With a Focus on Examples of Decisions in the *Simnirok*, *Chugwanji* and the *Heumheum Sinseo*—

Baek, Min-Jung*

King Jeongjo's (正祖) reign (1776-1800) in the 18th century during the latter half of the dynasty likewise saw the active publication, first, of diverse ethics textbooks and didactic books (教訓書) for the people's moral awakening. The countless filial children (孝子), loyal ministers (忠臣), and virtuous women (烈女) featured in *Oryun Haengsildo* (五倫行實圖) demonstrate well the ruling classes' moral orientation and goals. Meanwhile, the *Simnirok* (審理錄) and the *Chugwanji* (秋官志), which include the results of criminal trials conducted by the king and the Board of Punishments (刑曹), enumerate a large number of acts evaluated as 'immoral' and 'unethical' by the ruling classes. A collection of judicial precedents by Confucian Jeong Yag-yong (丁若鏞, 1762-1836), the *Heumheum Sinseo* (欽欽新書, *New Book on Criminal Law*), too, performs similar functions. Analyzing punitive regulations and judicial precedents regarding sex crimes from the latter half of the Joseon Dynasty, this study first examines the relevant legal provisions in the *Daejeon Husongnok* (大典後續錄), *Sugyo Jimnok* (受敎輯錄), and *Sokdaejeon* (續大典), which all include the basic requirements and punitive regulations regarding the establishment of sex crimes. In addition, various cases and trial records not addressed in provisions are analyzed through texts such as the *Simnirok*, *Chugwanji* and the *Heumheum Sinseo*.

I examine punitive regulations on sex crimes and analyze the ways in which these regulations were applied to trials because I wish to glimpse, through trials, at the mentality and self-awareness of the ruling classes who were involved in either the legislation or the direct enforcement of such laws. As discussed in detail in the main body of this study, at the time, the king and officials acknowledged acts on the level of '[a man] tugging at the hem [of the skirt of a woman other] or sitting across each other [i. e., eating together] at a table (挽裳飯對, mansang bandae)' as an important requirement for

* Associate professor, Dept. of Philosophy, Catholic Univ.

the establishment of the crime of adultery. If so, then when the women involved had not consented to such acts, those acts should have been acknowledged as the requirements for the establishment of the crime of already committed rape (强奸 已遂罪) as well. In this era, women all too easily committed suicide due to insignificant acts on the level of being tugged at their hems by men. In other words, because the act of 'tugging at the hem or sitting across each other at a table' was considered to constitute serious adultery, women took their own lives in order to plead in advance their own innocence and sense of the injustice of the circumstances. In the case of adultery, the legislators and law enforcers of Joseon at the time created diverse royal edicts and punished acts on the level of 'tugging at the hem or sitting across each other at a table' as the sex crime of adultery. In contrast, as for rape, these figures only clung to provisions in the *Daminglü* (大明律, *Great Ming Code*), presenting the interpretation that there was no relevant provision and desisting from strictly punishing the perpetrators.

This paper examines problems and inadequacies in the interpretation and implementation of legal provisions surrounding sex crimes in order to glimpse at the contradictory sexual mores and legal judgments of the subjects who legislated such laws. This, above all, can be seen as better reflecting the intimate sexual desires and aspirations of the ruling classes centering on the monarch at the time. If men and women during the latter half of the Joseon Dynasty lived under a cognitive system that was seriously differential toward the crimes of adultery and rape, then, today, South Koreans conversely live in a world where the crime of adultery has been abolished and public attention is directed at the crime of rape. We have also experienced as an important issue whether or not sexual relations by force can be established as rape. What are the clear judgment criteria for consensual sex and rape today? Do we have the epistemological grounds to understand rape not as a special form of sexual relations but as serious violence? The gender awareness of late Joseon administrators, who were sensitive to the distinction between adultery and rape, and the experiences of women who, faced with the strong power of such an awareness, either capitulated or fought back, prompt us to rethink the coordinates of our own gender awareness.

Keywords: *Simnirok* (『審理錄』), *Chugwanji* (『秋官志』), *Heumheum Sinseo* (『欽欽新書』), crime of adultery (和姦(罪)), crime of already committed rape (强奸 已遂罪), tugging at the hem [of the skirt of a woman] or [a man and a woman not related by marriage] sitting across each other at a table (挽裳飯對), a Royal Edicts (國王受敎), intimidation (威逼(律)).

접수일: 2020.03.30. ‖ 심사일: 2020.04.10. ‖ 게재확정일: 2020.05.18.