

전통 禮法과 철학사상에서 본 墳墓發掘과 埋葬文化*

金池洙**

목 차

- I. 머릿글
- II. 이번 분묘 도굴 및 유골 협박 사건의 법적 분석
- III. 분묘 도굴 및 遺骸 손괴 범죄의 역사문화(法制史)적 연원
- IV. 분묘 도굴 범죄에 관한 철학사상적 성찰
- V. 맺는 글

(국문요약)

본고는 3년 전 발생한 분묘 도굴 사건을 계기로, 전통 예법(율령)문화와 판례에 나타나는 역대 분묘 발굴 범죄의 원인과 양상을 전반적으로 정리하고, 고금 종교 철학사상의 관점에서 비교 분석하면서, 근래 문제되고 있는 장례문화 개혁 운동을 함께 생각해 보자는 목적에서 작성하였다.

〈주제어〉 : 분묘 도(발)굴, 유골 협박, 매장, 화장, 절장(節葬), 장례문화

* 현대의 언어 관용상, ‘發掘’은 고고유적에 대한 학술상의 공식적인 합법 활동을 가리키고, 이번 사건과 같은 불법적인 범죄 행위인 경우에는 ‘盜掘’이라고 일컬어지는 듯하다. 그러나 전통법상으로는 전자와 같은 학술 발굴이 없으며, 禮法에 부합하는 遷葬·移葬·改葬만 인정되고, 그 밖에 무덤을 파헤치는 행위는 모두 범죄로 ‘發掘’이라고 일컫는다. 물론 여기에는 남 몰래 파헤치는 ‘盜掘’이 많겠지만, 합禮的인 遷葬·改葬을 빙자한 공공연한 ‘發掘’도 적지 않았기 때문이다.

** 全南大 法大 전임강사

I. 머릿글

근래 SK 그룹의 崔鍾賢 회장이 폐암과 투병 끝에 세상을 떠나면서 자신을 火葬하고 사회에 화장시설을 기증하도록 유언을 남겨, 한때 온 국민의 심금을 울리면서 잔잔하면서도 신선한 감동을 주었다. 그런데 그 감동의 여운이 채 사그라지기도 전에, 1999년 (3월 3일~4일)에는 롯데 그룹 辛格浩 회장의 先塋을 도굴하여 遺骨의 상반신을 절취하고, 그 유골을 불모로 8억 원을 요구하는 협박성 骸質劇이 벌어졌다. 그래서 전국의 모든 언론이 떠들썩하게 야단법석을 피우게 되었다.

두 사건은 언뜻 보기에 별로 직접 관련이 없는 듯하지만, 이번 분묘 도굴이 근본 상으로 死後 孝道까지 중시하는 ‘儒敎的’인 전통 葬禮 문화의식에서 비롯된 만큼, 사회경제적 지도층 인사가 스스로 숭선수범하여 전통 장례 문화를 개혁해 보려고 火葬을 유언한 사건과 내면 깊숙이 서로 연관됨을 느낄 수 있다.

이에 본 글은 법문화와 사회의식의 관점에서, 이번 사건의 원인 배경과 결과의 미를 잠시 생각해 보고자 한다. 특히 전통 예법과 철학사상에서 제시하는 매장 문화와 도굴 문제를 새롭게 깊이 탐색해 봄으로써, 이번 사건의 역사 문화적 배경과 장례의식의 개혁 방향도 함께 생각하고자 한다.

II. 이번 분묘 도굴 및 유골 협박 사건의 법적 분석

문화재나 문화유적으로 지정되었는지 여부와 관계없이, 값진 문화유물이 附葬되어 있을 것으로 추정되는 古墳에 대해서는, 국가공공단체의 공식적인 학술 문화적 발굴과 별도로, 전문 범죄인의 도굴 행각이 국내외를 막론하고 끊임없이 자행되고 있다. 그래서 지하 매장 고고 유적을 지닌 국가에서는, 거의 예외 없이 독립적인 文化遺物 관리법을 제정하여, 고분 도굴을 엄격히 금지·처벌하고 있다. 그러나 역사 문화적 의미와 사회경제적 가치가 거의 없는 근래의 私人 분묘를 도굴하리라는 기대 가능성은 보통 거의 없다. 옛날과는 달리, 사람들이 탐낼 만한 재물을 附葬하는 일이 거의 없어졌기 때문이다. 그래서 일부분 국가의 형법에서는 私人의 분묘를

도굴하는 범죄가 없다.

이번 사건도 처음에는 유골을 볼모로 한 금품 요구 협박 전화가, 회사 내부 갈등으로 인한 원한 관계나 범죄자의 정신 이상으로까지 추정되기도 하였다. 그러나 공범이 차례로 체포되거나 자수함에 따라 밝혀진 범죄 동기는, 前代未聞의 세계 토픽성 뉴스답지 않게, 다소 싱거운 사건이었다.

시설 농업에 투자했다가 수천만 원의 빚더미에 올라앉게 된 순박한 농민이, 롯데 그룹 신격호 회장의 선영에 보물이 附葬되어 있을 것이라는 막연한 소문과 기대로, 단순한 ‘古墳盜掘’을 감행한 것이었다. 도굴 후 기대했던 보물이 부장되어 있지 않음을 확인한 그들은 상당한 허탈감에 빠진 상태에서, ‘떡 본 김에 제사 지내는’ 격으로 내친 김에 유골의 일부를 절취하고, 이를 미끼로 8억 원의 돈을 요구하는 협박 전화를 걸었다는 것이다. 사전에 읽은 신격호 회장의 전기에서 그의 孝心이 남달리 강하다는 정보를 얻었고, 그 孝心을 볼모로 금전 거래를 할 수 있겠다는 순진하고 가련한 盜心이 한순간 충동질한 모양이다.¹⁾

현행 형법상으로는, 당연히 ‘재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득’하려다 성공하지 못한 恐嚇未遂罪가 우선 적용될 것이다. 여기서 공갈의 수단이 ‘遺骨’의 일부라는 점이 前代未聞의 獵奇性을 떨쳤는데, 그 유골의 절취와 취득 과정 자체도 이른바 ‘信仰에 관한 죄’로 독립 규정되어 있다.

‘墳墓를 발굴한 자는 5년 이하의 징역에 처한다’는 현행 형법 제160조와, ‘분묘를 발굴하여’ ‘死體·遺骨·遺髮, 또는 棺內에 藏置한 물건을 損壞·遺棄·隱匿 또는 領得한 자는 10년 이하의 징역에 처한다’는 제161조(제1항 및 제2항 참조)의 규정이 그것이다. 이들 규정은 구형법(1907년 4월 24일 법률 제145호, 1921년 및 1941년 개정) 제189~191조에 있었던 것으로, 日本 형법의 영향을 받아 刑期를 대폭 인상하였다고 한다.²⁾

분묘 발굴과 유골 취득의 죄가 ‘信仰’(구형법과 日本 형법의 경우 ‘禮拜所’)에 관한 죄의 章에 편입된 체계 자체가, ‘儒教的’인 ‘葬禮文化’에 근거하는 사상 배경을 명확히 반증함은 물론이다. 이는 같은 문화권에 있는 中華民國 臺灣의 형법 규

1) 『동아일보』, 1999년 3월 8일(月) A22~23면 및 9일(火) A23면 보도 내용 참조.

2) 劉基天, 『刑法學 各論講義下』(一朝閣, 1980), 3면 참조.

정에서도 그대로 확인된다. 1935년 1월 1일 공포되어 7월 1일부터 전 중국에 걸쳐 시행되다가, 지금은 서너 차례의 부분 修正을 거쳐 臺灣 지역에서만 시행되는 中華民國 刑法은, ‘葬禮·典禮를 모독하거나 墳墓·屍體를 침해하는 죄’라는 독립의 章에서, ‘시체를 손괴·유기·汚辱 또는 盜取한 자는 6월 이상 5년 이하의 유기徒刑(징역)에 처’하고(제247조 1항), 遺骨·遺髮·殮物(棺內附葬 물품) 또는 火葬한 遺灰(유골가루)를 손괴·유기 또는 盜取한 자는 5년 이하의 유기도형에 처한다(제247조 2항). 이 두 항의 미수범도 처벌하는데(제247조 제3항), 분묘를 발굴하여 이 두 죄를 범한 경우에는 그 刑期가 가중되어, 각각 3년 이상 7년 이하의 유기도형(제249조 제1항)과 1년 이상 7년 이하의 유기도형(제249조 제2항)에 처한다. 물론 분묘 발굴 행위 자체도 독립된 범죄로 규정하여 6월 이상 5년 이하의 유기도형에 처하고(제248조 제1항), 그 미수범도 처벌한다(제248조 제2항).

이들 일반 규정은 그 구성요건이나 형기 등이 우리 나라 형법과 대체로 비슷함을 알 수 있다. 그러나 중화민국 형법은 직계혈친 존속친에 대해 이들 죄를 범한 경우에 그 형벌을 2분의 1까지 가중한다(제250조)는, 신분상의 특수 가중 처벌 규정을 둔 점이 독특하다. 살아 계신 직계 존속에 대한 살인과 상해만 특별 구성요건으로 규정하여 가중 처벌하는 우리 나라 형법(제250조 제2항과 제257조 제2항)과 달리, 돌아가신 직계 존속에 대한 모독과 不敬까지 가중 처벌하는 점에서, 중화민국 형법은 儒敎의인 전통 문화(孝倫理)를 더욱 충실히 계승 보호하는 셈이다. [중화민국 형법도 존속 살인은 사형 또는 무기도형(제271조 제1항)이고, 존속 상해는 일반 상해의 형벌을 2분의 1까지 가중(제280조)하는 독립 구성요건으로 규정하고 있다.]

Ⅲ. 분묘 도굴 및 遺骸 손괴 범죄의 역사문화(法制史)적 연원

사회주의 중국의 형법에는 일반적인 文物 도굴과 재산 침해죄만 규정하고, 私人的 분묘 도굴이나 유해 손괴에 관한 특별 구성요건은 발견되지 않는다. 그러나 자유민주적인 자본주의 체제를 채택하고 있는 韓中日 삼국은, 위에서 살펴본 대로 유교적인 전통 喪禮文化 의식을 강하게 반영하여, 이들 범죄를 독립의 특별 구성

요건으로 규정하고 있다. 그러면 이들 범죄는 역사문화적으로 法制史적으로 어떤 淵源에서 유래하고 있을까?

(1) 漢 律令에 보이는 분묘 관련 범죄.

재산 가치가 있는 附葬品을 盜取하기 위한 분묘의 발굴은 이미 先秦 시대부터 성행하여 왔고³⁾, 따라서 그에 대한 금지와 처벌도 병행되어 왔을 것은 自明하다. 물론 언제부터 明文의 法으로 금지했는지, 정확한 문헌 자료를 확인하기는 어렵다. 그러나 중국이 통일되고 律令체제가 시작되면서부터, 이미 이에 관한 명문의 규정이 있었던 것으로 보인다.

漢初에 高廟(高祖의 사당, 宗廟)의 옥구슬을 훔친 자에게 법관(廷尉)이 棄市의 법을 적용하자, 황제가 三族을 멸하지 않는다고 분노하였는데, 법관이 법규정상 그 걸로 충분하다고 변론하여 황제의 분노를 풀어 준 사례가 역사 기록에 전한다.⁴⁾ 여기서 長陵(왕릉)의 한 줌 흙을 훔치는 죄에 대한 처벌 문제까지 언급되는 점으로만 보아도, 왕릉(분묘)의 도굴은 말할 것도 없는 막중한 죄임이 틀림없다. 이밖에 園陵 안의 물건을 훔쳤다가 파직된 제후도 있었고, 園陵에 속한 토지를 侵佔하였다가 자살한 제후들도 있었다.⁵⁾

(2) 唐 律疏議에 규정된 분묘 발굴 및 시신 훼손 범죄.

현전하는 最古의 完整한 법전이자 律令체계의 結晶本이라고 칭송되는 唐律에 이르면, 조금 경감된 형벌로 체계적 규정이 등장한다. 天地와 宗廟 등의 큰 제사

3) 『呂氏春秋』, 安死편에 따르면, “예로부터 지금까지 망하지 않은 나라가 없고, 망하지 않음 이 없는 나라마다 파헤쳐지지 않은 분묘(王陵을 주로 가르킴)가 없다. 눈으로 보고 귀로 들은 것만도 齊·荊·燕이 일찍이 망했고, 宋·中山이 이미 망했으며, 趙·魏·韓도 모두 망하여 옛 나라가 되었다. 그 이전에 망한 나라는 이루 헤아릴 수 없는데, 이들 나라의 큰 분묘는 헤쳐지지 않은 게 없다. 그런데도 세상에서는 모두 앞다투어(호화스러운 큰) 분묘를 계속 만들고 있으니, 어찌 슬프지 않으랴?”고 탄식한다. 陳奇猷 校釋本, 卷下(華正書局, 1988), 536면.

4) 『漢書』, 張釋之傳 참조.

5) 『漢書』, 百官表, 功臣表 등. 이상 漢書의 기록은, 沈家本, 漢律摭遺, 권2, 盜律편, 中華書局, 『歷代刑法考』, 1393~6면 참조.

(大祀)에 供養할 물건을 훔친 자는 流2천5백리에 처하고, 아직 완성되지 않은 물건이나, 공양을 바치고 더 이상 쓰지 않게 된 물건을 훔친 경우에는 徒2년에 처한다.⁶⁾ 그리고 皇祖神主를 모신 太廟(宗廟)나 山陵(천자 황제의 분묘를 秦代에 山, 漢代에 陵으로 호칭함) 기타 황실 묘역의 출입문을 무단 진입한 자는 徒2년, 담장을 넘은 자는 徒3년에 처한다.⁷⁾(물론 守衛도 직무 소홀의 책임을 져야 한다.) 또 정원이 딸린 帝王의 園陵 안에 있는 초목을 훔친 자는 徒2년반에 처한다.⁸⁾(베기만 하고 가져가지 않으면 일반 절도죄에 준하여 논죄한다.)

그러나 唐律의 특징이자 발전은, 私人의 시체 및 분묘에 대한 국법 차원의 보호 규정을 신설한 데 있다.

죽은 시체를 소각(火葬) 또는 토막(절단) 내거나 물 속에 버린 자는 폭행 살해(사형 또는 流刑)죄에서 한 등급 감경하고, 물 속에 버렸다가 되찾은 경우 또는 머리카락을 끊거나 가벼운 손상을 입힌 경우에는, 두 등급 감경한 형벌로 엄중 처벌한다. 그러나 앞의 죄가 總麻(시마 : 가장 낮은 등급의 有服親) 이상의 존속친에 대해서 자행되었거나, 뒤의 죄가 조부모·부모 또는 주인(部曲·奴婢의 경우)에 대해서 감행된 경우에는, 폭행살해죄 자체로 처벌된다. 말하자면 (직계) 존속친에 대한 특별 가중 처벌을 규정한 것인데, 이들 범죄는 不睦이나 惡逆 같은 十惡죄에 해당하여 不待時(秋審까지 기다리는 일반 재판심리 절차를 거치지 않는 즉시 처벌) 斬刑에 처하게 된다.⁹⁾

몸과 머리카락·피부는 부모에게서 타고 난 것이기 때문에 감히 손상시키지 않는 것이 유가적 孝道의 시작인데¹⁰⁾, 이제 죽은 후에도 그 시신까지 감히 손상시키지 않고 온전히 大地의 품속에 安葬시키는 것이 孝道의 끝이라고 의식한 것이 틀림없다. 그래서 효도로 이름난 曾子는 질병이 심해지자, 임종에 문하 제자들을 불러 놓고 자기 손과 발을 펴 보도록 분부한 뒤, “깊은 연못에 임하듯, 얇은 살얼음을 밟듯, 전전공공한다.”는 시구를 인용하면서, 이제 자기가 부모한테 타고난 신체를

6) 『唐律疏議』, 권제19, 賊盜, 中華書局 標點本, 1983년, 제270조, 348면 참조.

7) 『唐律疏議』, 권제7, 衛禁, 中華書局 標點本, 1983년, 제58조, 149면 참조.

8) 『唐律疏議』, 권제19, 賊盜, 中華書局 標點本, 제278조 전단, 355면 참조.

9) 『唐律疏議』, 권제18, 賊盜, 中華書局 標點本, 제266조, 律文 및 疏議 343면 참조.

10) 『孝經』, “開宗明義第一章: 身體髮膚, 受之父母, 不敢毀傷, 孝之始也.”

하나도 다치지 않고 온전히 되돌릴 수 있기 때문에, 자식된 효도 책임을 다한다고 스스로 안도하였다.¹¹⁾

죽은 뒤 시신에 대한 孝 윤리는 葬禮를 마친 다음까지 연장된다.

“땅을 파다가 죽은 사람(시신)을 발견하고서 다시 매장하지 않거나, 분묘 지역에서 여우 굴에 불(연기)을 지피다가 棺槨(內城外郭처럼 內棺外槨으로 구분됨)을 불 태운 자는 徒2년에 처하고, 시체를 태운 자는 徒3년에 처한다. 細麻(유복친) 이상의 존속친인 경우에는 각각 1등급씩 가중하고, 비속친인 경우에는 각각 1등급씩 감경한다. 또 조부모·부모나 주인의 분묘에서 여우 굴에 불을 지피다가 棺槨을 태우면 流3천리에 처하고, 시체를 태우면 絞刑에 처한다.”¹²⁾

물론 분묘에 대한 고의 발굴은 더욱 무거운 죄가 된다.

“무릇 무덤을 발굴한 자는, 노역을 부가한 유형에 처한다. [관곽이 보이도록 발굴하기만 하면 곧 논죄한다. (시신을 찾지 못하고) 영혼만 불러 매장한 경우에도 또한 그러하다.] 이미 棺槨을 (모두) 열어 (시신을) 본 자는 絞刑에 처하고, 발굴은 했으나 관곽이 드러나지 않은 경우에는 徒3년에 처한다.

“만약 무덤이 먼저 구멍 뚫려 있었거나 아직 매장하지 않은 상황에서 시신(모신 관)을 훔친 자는 徒2년반에 처하고, 의복만 훔친 자는 한 등급 감경 처벌하며, 기물이나 질그릇·판자 따위를 훔친 경우에는 일반 절도로 논죄한다.”¹³⁾

여기서 疏議는 “매장이란 사람들이 보지 못하도록 하기 위해 감추는 것이다.”는 禮記의 원문을 인용하면서, 아울러 “옛날의 장례는 나무솥으로 두텁게 옷 입히듯 둘러싸기만 하였는데 (이른바 草葬), 후대 성인이 棺槨으로 바꾸었다.”며 葬禮 문화의 역사 변천까지 언급하고 있다.¹⁴⁾

이렇게 하여, 죽은 이의 시신에 대한 훼손과, 매장 이후의 유해에 대한 과실 및, 고의의 발굴·훼손이 세 단계의 범죄로 체계화된 것이다. 유교적인 禮에 근거하여

11) 『論語』, 泰伯, 「曾子有疾, 召門弟子曰: “啓予足! 啓予手! 詩云: ‘戰戰兢兢, 如臨深淵, 如履薄冰’ 吾知免夫, 小子!”」

12) 『唐律疏議』, 권제18, 賊盜, 중화서국 표집본, 제267조, 343~344면 참조.

13) 『唐律疏議』, 권제19, 賊盜, 중화서국 표집본, 제277조, 354면 참조.

14) 『唐律疏議』, 권제19, 賊盜, 중화서국 표집본, 제277조, 354면 참조, 「禮云: ‘葬者, 藏也, 欲人不得見’ 古之葬者, 厚衣之以薪, 後代聖人易之以棺槨」

효도 윤리를 철저히 실현하면서, 墳墓埋葬 이외에는 火葬이나 水葬 등과 같은 장례는 한결같이 금지·처벌하는 점이 특징이다.

그런데 불교가 중국에 들어온 지 상당한 세월이 흘러 唐代에 이르기까지 꾸준히 보급·발전되면서, 불교의 火葬(荼毗)법이 山間의 사찰에서만뿐만 아니라 세속의 민간에도 어느 정도 영향을 끼쳤을 것으로 추정된다. 火葬의 合理性과 宗教信仰의 절대성은 때로 國法の 규제도 대수롭지 않게 여길 수 있기 때문이다. 또 사회경제의 발전과 거듭되는 전쟁 혼란 등의 요인도, 간편한 화장을 선호하게 만드는 동기로 작용했을 수 있다.

(3) 宋刑統의 火葬 허용 규정.

이러한 제반 상황의 변화 현실은, 宋나라 太祖 建隆 3년(962) 3월12일의 勅令에서도 명확히 반영되고 있다. 唐律疏議를 그대로 답습하여 새로운 상황 변화만 추가 규정한 宋刑統에 화장을 허용하는 예외 조항이 등장하는 것이다.

“수도 성곽 밖과 여러 지방에서 근래에 시신(모신 관)을 불태우는 자가 많이 있는데, 지금 이후로는 더 이상 못하도록 금지하는 것이 마땅하다. 만약 먼 길을 귀향하여 장례 지내야 할 경우나 승려 및 외국인들은 화장을 허락한다.”¹⁵⁾

또 主客式에도, “외국인과 외국에 사절로 파견된 사람이나 궁중 호위 군사의 자체가 자기 고향의 (관습)법에 따라 화장하려고 하는 경우에는 허락하고, 화장에 필요한 것도 관청에서 급여한다.”는 규정이 명문화되었다.¹⁶⁾ 이는 중국 法制史상, 유교의 효도 윤리에 근거한 획일적인 장례 문화의 철용성에 숨통을 터주는 변통 입법으로, 획기적인 변화가 아닐 수 없다.

또 南宋 寧宗(1195~1224재위) 때 編修된 慶元條法事類에는 조금 독특한 喪

15) 『重詳宋刑統』, 권제18, 賊盜律, ‘殘害死屍’조 附例. 中華書局, 1984년 點校本, 287면 「京城外及諸處, 近日多有焚燒屍柩者, 宜令今後止絕. 若是遠路歸葬, 及僧尼蕃人之類, 聽許焚燒」.

16) 위와 같은 곳. 「主客式, 諸蕃客及使蕃人宿衛子弟, 欲依鄉法, 燒葬者聽, 緣葬所須亦官給.」 또한 南宋 寧宗 때 편수된 慶元條法事類, 권77, 服制門, 喪葬조, 服制令에도 조공을 바치려 온 외국 사절이 도중에 객사한 경우 화장을 허용한다는 내용이 실려 있다. (新文豐出版社, 1976년 영인본), 559면 참조.

葬 관련 勅令이 실려 있다. (慶元은 寧宗의 첫 번째 연호임.) 전통적으로 내려오는 禮法에 따라, 墓田의 넓이와 각종 葬禮 기물을 官品별로 차등 규정하면서, 특히 사치스런 장례와 호화 분묘를 엄격히 금지하는 명령을 내렸다.

“무릇 棺槨에는 조각이나 그림·창문·간간 따위를 장식할 수 없고, 안에 金이나 보배 珠玉을 附葬할 수 없으며, 암석으로 관곽을 만들거나 묘실을 만드는 것도 금지한다.”¹⁷⁾

그리고 친족 분묘를 改葬(移葬·遷葬)하는 경우에는, 그 사유를 미리 縣에 신고하여 사실 확인을 거쳐 허가를 받도록 규정했다. 임의 분묘 발굴을 사전에 예방하기 위한 조치이다. 조상 분묘 지역이나 친족 공동 先山의 경우, 친족 대증이 허가해야 비로소 그곳에 安葬할 수 있으며, 허락 없이 몰래 盜葬하는 자는 남의 분묘에 盜葬한 죄로 처벌(杖60)하며, 다시 移葬하도록 명령한다. 만약 권세나 실력을 빌어 강제로 매장하면 가중 처벌(杖80)한다.¹⁸⁾ 가족 공동체의 자치 규범력을 강하게 인정한 셈이다.

(4)元代 법제의 변화

몽고족이 지배한 元代에는 漢族의 唐宋 律令 체계와 다른, 좀 독특한 형식의 법제가 시행되는데, 분묘 발굴 범죄와 관련된 실질 내용도 다소 변화가 나타난다. 이는 몽고족 고유의 전통이 반영되었을 가능성의 측면에서도 중요하지만, 고려를 사실상 식민 지배하면서 정치 군사상으로 뿐만 아니라 법제 문화상으로도 상당한 영향력을 직접 끼친 역사의 관점에서, 우리에게 매우 중대한 의미를 지닌다. 특히 몽고가 우리와 민족이나 언어상 한족보다 더 밀접한 관계이기 때문에 더욱 그러하다.

“무릇 분묘 발굴 범죄는 봉분을 이미 파헤친 자는 절도와 같고, 관곽을 연 자는

17) 『慶元條法事類』, 권77, 服制門, 喪葬조, 服制令, 新文豐出版社, 1976년 영인본, 559면 참조. 여기에 첨부된 服制格에 官品별 장례 규격이 열거되고 있는데, 그 중 대표적인 墓田 넓이와 封墳 높이를 보면 다음과 같다. 1품은 사방 90步에 높이 1丈 8尺, 2품은 80보에 1丈 6척, 3품은 70보에 1丈 4척, 4품은 60보에 1丈 2척, 5품은 50보에 1丈, 6품은 40보에 8척, 7품 이하는 20보에 8척, 서민은 18보에 6척이다. 같은 책, 560~564면 참조. 이는 물론 尊卑를 엄격히 구별하는 전통 禮法의 계급성 때문이다.

18) 위와 같은 책, 戶令, 559면 및 申明조 戶婚, 淳熙 10년(1183) 6월 21일 勅, 566면 참조.

강도와 같으며, 시신 유해를 훼손한 자는 사람을 상해한 죄와 같은데, 범인의 가족에게 燒埋銀(살인범의 가족에게 피살자의 장례 비용으로 추정하는 銀)을 추정한다.”

“무릇 원한을 복수하려고 분묘를 발굴하여 그 시신을 흠쳐 내버린 자는 사형에 처한다.”

“무릇 왕이나 駙馬의 분묘를 도굴한 자는 首從(主從)을 가리지 않고 모두 사형에 처한다. 금지 지역(山陵)을 지키는 사람은 杖1백7에 처하고, 家産(문맥상)으로 범인의 가산으로 이해됨은 셋으로 나누어 그 한 몫을 관청(국고)에 몰수한다.”¹⁹⁾

여기서 일반 살인범의 가족으로부터 피살자의 장례 비용으로 추정하는 燒埋銀을, 분묘 발굴범의 가족으로부터도 추정하여, 발굴된 분묘의 재 安葬 비용으로 지급하는 점이 독특하게 눈에 띈다. 燒埋銀이 용어 의미상 시신을 소각 또는 매장하는 금품(비용)인 점으로 보아, 元代에는 佛教가 아주 융성하여 화장이 매장과 함께 보편적으로 행해졌음을 감지할 수 있다. (이 점은 후술할 고려시대 매장 문화와도 일맥 상통한다.)

그리고 부장품의 절취 목적 이외에, 원한 관계로 인한 복수 범죄도 별도로 규정하여 극형에 처한 점도 주목된다. 왕이나 부마의 분묘를 도굴한 자에 대해 家産의 3분의 1을 관청에 몰수하는 것은, 앞의 燒埋銀과 같이 훼손된 왕릉이나 부마 묘지의 복원 비용에 충당하기 위한 조치로 이해된다.

이밖에 구체적인 사건에 대한 중요한 판결례도 몇 편 전해 온다. 우선 남의 분묘를 발굴한 죄인이 강도죄로 처단될 상황에서 황제의 사면 詔書가 내려지면, ‘도적은 비록 사면을 만나도 刺字(얼굴에 ‘도적’이라고 먹물로 글자를 새겨 넣는 부가형)를 한다’는 규정에 따라 시행된다.²⁰⁾

특히 후손이 조상의 분묘를 발굴하는 친족 범죄가 상당히 많이 자행되었는데, 成宗 大德 6년(1302) 江西行省의 한 고위 지방관이 보고한 글에 보면, 당시 ‘수많은 자손들이 부모 조상의 분묘를 발굴하여 묘지를 팔아먹는 일’의 원인 동기가 소상히 잘 나타나 있다.

19) 『元史』, 刑法二, 盜賊편. 群衆出版社, 1988, 歷代刑法志, 456면 참조.

20) 『大元聖政國朝典章』, 刑部卷12, 典章50, 諸盜2, 發塚子, (文海出版社, 1974년 영인본, 下冊), 628면 참조. 成宗 大德 6년(1302) 江浙行省에서 발생한 사안임.

“본 지방의 선비와 백성들은 단지 이익만 도모하고 조상을 공경하지 않아, 왕왕 민간의 무속인(地官)들이 풍수지리로 현혹시키는 妄言을 믿고 따릅니다. 예컨대, ‘어느 산이 강하여 아무개 후손이 부유하고, 어느 산은 약하여 아무개 자손은 가난하다.’든지, ‘이 산은 畝(鼎鼐)같은 기상이 없으니, 어떻게 1품의 고귀한 관직을 배출하겠는가?’ ‘이 산은 倉庫의 형상이 아니니, 어떻게 千金의 갑부가 나오겠는가?’ 따위의 말입니다.

“그래서 한 묘를 끊임없이 여러 번 이장하는 자가 있는가 하면, 자손이 못나고 가난한 분수를 지키지 못하며 무속인(地官)들의 꾀에 빠져, 단지 높은 땅값을 받으려고 (조상의) 분묘를 파내고 묘 자리를 팔아먹는 자도 있습니다.

“또 부귀한 집안에서는 風水가 좋은 묘 자리(明堂)를 탐내 돈으로 사들이려고 유혹하여, 자손들이 묘를 파내고 파는 자도 있으며, 분묘에 附葬한 金銀 재물을 꺼내려고 조상의 棺槨을 파헤치고, 시신과 유골을 물이나 불 속에 던지는 자도 있습니다.

“江西의 풍속이 각박하고 험악해, 후손들이 근면 절검하지는 않고 재산을 탕진한 뒤, 빈곤해지면 자신의 허물은 반성하지 않은 채, 도리어 선영의 풍수지리가 좋지 않은 所致라고 탓합니다. 그러다가 무속인들의 현혹이나 부귀권세가들의 유혹에 넘어가, 조상의 분묘를 파헤쳐 유해를 옮긴 뒤, 묘 자리를 비싼 가격에 팔아 넘깁니다.

“어질지 못하고 不孝스런 罪狀이 결코 가볍지 않은데, 지금 범죄 사실이 발각되어 관청에 잡혀 온 자만도 몹시 많습니다. 만약 重刑을 분명히 정하여 엄중히 경고 훈계하지 않으면, 어리석은 백성들이 대수롭지 않게 여기고 답습하여, 일상 다반사가 될까 두렵습니다.”

그리하여 刑部에서 의론한 결과, 자손이 조상 분묘 발굴한 범죄는 경중에 따라 엄벌에 처하되, 유해를 내버리고 제사도 지내지 않는 자는 惡逆죄로 처단하고, 묘 자리를 산 사람이 (분묘 발굴) 사실을 알았으면 범인보다 두 등급만 감경한 중형으로 처벌하되 땅값은 관청에 몰수하며, 사정을 몰랐으면 구체 상황에 따라 결정하고, 그러한 묘 자리에 대한 소유권 이전 등기는 관청에서 절대 접수하거나 처리하지 못하도록 규정하였다. 물론 禮法에 따라 사리에 맞게 실시하는 遷葬은 허용된다.²¹⁾

21) 앞의 『大元聖政國朝典章』, 같은 곳, 682~683면 참조. 이 판결 내용은 강도·절도·放

이 밖에 타인과 함께 집안 조상의 분묘를 세 차례나 파헤쳐, 유해를 훼손시키지 않고 銀器 등 부장품만 꺼내 나누어 가진 자에게, ‘親屬相盜’법에 따라 刺字는 면제하고 감경 처벌하자는 의론이 나온 적이 있었다. 그러나 ‘죄가 중대한 惡逆 사건’으로 ‘天倫을 滅絶시키고 情理가 몹시 중대하다.’는 명분론이 우세하여, 비록 사면의 은총을 받았지만 일반 강도범과 마찬가지로 刺字는 시행하고, 또 석방하더라도 고향 땅에서 친족들과 함께 살게 할 수는 없기 때문에, 변방으로 강제 이주시키기로 결정하였다.²²⁾

(5) 明律例의 새로운 정비

明律에 이르러서는 다시 唐宋 律令체계를 회복하는데, 唐律의 세 조문이 元代에 이미 공식 등장한 ‘發塚(발총)’이라는 공식 표제어 아래 한 조문으로 통일되면서 더욱 상세하게 규정되었다.

분묘 발굴죄는 唐律과 대체로 비슷하나, 경미한 범죄에 대한 형벌을 다소 낮추었다. 친족의 분묘 발굴을 새로이 명문화하여, 존속의 분묘를 발굴하면 보통 사람과 똑같이 처벌하되, 비속의 분묘를 발굴하면 감경 처벌하였다. 그리고 시체 훼손죄는 唐律과 실질 상 거의 같도록 형벌을 구체적으로 명기하였다.

明律에서 새로 명문으로 규정된 내용도 두 조항이나 있다. 타인의 분묘(封墳)를 평평하게 깎아 내어 田園을 만든 자는 杖1백에 처하며, 주인이 있는 분묘 지역에 몰래 매장(盜葬)한 자는 杖80에 처하고, 기한을 정해 移葬하도록 명령한다. 또 관할 토지 안에 죽은 사람이 있는 경우, 里長이나 이웃 사람이 관가에 신고하여 (死因·신분 등) 檢驗을 받지 않고, 시신을 다른 곳으로 옮기거나 그냥 임의로 매장하면 杖80에 처하고, 그로 인해 시신을 잃어버리거나 시신을 훼손하거나 몰 속에 버리면 차례로 가중된 형벌을 부과한다.²³⁾

火 등과 함께 例示된 刑圖에도 요약 수록되었다. 같은 책, 刑部卷11, 諸盜1, 655면 참조. 22) 앞의 『大元聖政國朝典章』, 같은 곳, 683면 참조. 仁宗 皇慶원년(1312)의 사안임. 이듬해에는 아버지가 아들과 의붓 조카를 데리고 胡州 判官 분묘를 발굴해 銀 등의 재물을 훔친 사안에서, 아들은 아버지 명령에 따랐기 때문에 刺字를 면제해 유배시킬 수 있다는 의론이 나왔으나, 훔친 贓物을 함께 나누어 가진 게 분명하므로 正犯으로 처벌하도록 결정났다. 같은 곳 참조.

그리고 刑律의 분묘 발굴 및 시신 훼손 범죄와 별도로, 禮律의 儀制편에 ‘喪葬’조를 신설하여, 喪葬의 일반 예법을 규정한 것이 明律의 고유한 특징이다. 즉 “무릇 초상을 당한 집에서는 반드시 禮에 따라 안장하여야 한다. 만약 풍수지리설에 미혹되거나 기타 사유를 칭탁하여, 시신을 집에 두고 해가 지나도록 매장하지 않는 자는 杖80에 처한다.” 특히 火葬이나 水葬은 여전히 엄격히 금지한다.

설령 “존속친의 유언에 따라 시체를 화장하거나 물 속에 내 던지더라도 杖1백에 처하며, 비속친인 경우에는 2등급을 감경(杖80)한다.” 다만 “먼 곳에서 사망(客死)하여 자손들이 (시신을) 고향으로 모셔와 장례 지낼 수 없어서 (부득이) 화장하는 경우에는 편리에 따르도록 허용한다.”²⁴⁾ 이는 宋初 새로이 인정된 예외적인 火葬 칙령이 더욱 일반화된 정식 律條로 발전한 것이어서 주목된다. 이 밖에 明律에 부가된 問刑條例에도 독특한 규정들이 보인다. 중앙 및 지방의 고위 관원이나 역대 帝王·大臣·先賢들의 분묘(이른바 고분 유적)를 발굴한 자는, 首從을 가리지 않고 변방에 유배 보내 充軍(국경 수비군에 충당)하는데, 만약 여럿이 무리를 지어 분묘를 발굴하고 관(시신·유해)을 꺼낸 뒤 재물을 요구하거나 (채무·조세·소착료·예속신분 따위의) 補贖을 요구하여 얻은 자는, 재물(이익)을 얻은 強盜의 律에 따라 首從을 가리지 않고 모두 斬刑에 처한다.²⁵⁾

분묘를 도굴하여 부장품을 절취하는 데 그치지 않고, 시신이나 유골을 꺼낸 뒤 주인을 협박하여 재물이나 이익을 강요하는 공갈죄가 명문으로 규정된 점이 주목된다. 嘉靖 4년(1525년)에 刑部가 江西都御史 陳洪謨의 奏請 내용을 인용하여, 분묘 발굴이 강서 지방의 고질적인 폐해라고 지적하였는데²⁶⁾, 附葬品 도굴 목적과 함께 유골을 불모로 한 공갈 협박의 동기도 없지 않았던 듯하다.

23) 『明律』, 刑律1, 賊盜, 發塚조 참조.

24) 이상 律文의 내용은, 『明律』, 禮律, 儀制, 「喪葬」조 참조.

25) 黃彰健編, 『明代律例彙編』, 권18, 刑律1, 賊盜, 發塚조 뒤에 수록된 弘治問刑條例와 萬曆問刑條例 참조. 中央研究院 歷史語言研究所, 1979년, 789~791면 참조. 조례란 구체적 事案判例 가운데 일반성이 높아 후대의 법규범으로 삼을 만한 것을 간명하게 요약하여 律의 체제에 따라 분류·附屬시킨 것이다. 자세한 내용은, 김지수, 「受敎의 法的 性格과 理念－전통 중국법상의 條例와 대비하여－」, 『박명호교수 환갑기념 韓國法史學論叢』, (박영사, 1991), 113~143면 참조.

26) 위의 『明代律例彙編』, 790면 참조.

(6) 清代 條例의 修改와 판례의 급증.

淸律도 실질 상 明律을 답습하여 기본법은 크게 다르지 않다. 그러나 변화하는 규범 현실과 급증하는 범죄 및 司法 실무에 부응하여, 수시로 條例를 修改하여 律文의 뒤에 부가한다. ‘發塚’조의 경우에만 무려 30여조의 條例가 수록되어 전하고, 관련 判例도 상당수 요약·편집되어 있다.²⁷⁾ 이들 규정은 대체로 시대 상황에 따른 형벌 가중과 요건 세분화이다. 물론 여기에 반영되는 清代 특유의 변화도 확인된다.

첫째, 분묘 발굴 범죄가 누차 관행화되어, 상습범 처벌 조항이 눈에 띄게 등장한다. 처음에는 1차, 2차, 3차 이상으로 형량의 경중을 구분하던 구성요건이, 점차 5차 이상, 6차 이상, 8차 이상으로까지 늘어가고 있다. 次數를 구분하는 조례가 무려 10 항목이나 되는데, 특히 아직 매장하지 않은 관을 열어 부장품을 훔치는 죄에 대한 규정이 다수 포함되어 있다.

둘째, 묘의 封墳을 평평하게 깎아 전답을 만드는 범죄에 대해서도, 塚數에 비례하여 가중 처벌하는 조례도 등장한다. 남의 분묘인 경우 1층에 杖1백의 기본형을 부과하며, 매 3층마다 1등급씩 가중하여 최고 杖1백 徒3년형에 그친다. 친족의 분묘인 경우 원근(親疏)에 따라 1,2등급씩 더 가중하고, 조부모 분묘는 1층에 徒3년, 매 1층마다 1등급씩 가중하되, 최고 형벌이 死刑까지는 이르지 않고 극변 지방으로 보내 充軍에 처한다.²⁸⁾

셋째, 자손의 조상 분묘 발굴 행위를 더욱 엄중히 처벌하는 경향이 나타난다. 風水설에 미혹되어 시신의 살을 씻거나 검사한다는 명분으로, 有服親 존속의 분묘를 발굴하여 吉凶을 점검하는 행위를, 시체 유기 및 훼손죄로 처벌하고, 여기에 협력한 사람도 從犯으로 처벌한다.²⁹⁾ 또 조부모나 부모의 분묘를 발굴하여 관을 보기만 해도 즉시 斬刑에 처하고, 유해를 훼손하면 律外 특별형인 陵遲處死라는 참혹

27) 『大清律例會通新纂』, 권24, 刑律, 賊盜下, 發塚조, 文海出版社영인본, 제6책, 2241~2278면 참조

28) 실제로 嘉慶 22년(1817)에는 북경 부근의 한 백성이 始祖로부터 자기 조부까지 10대에 걸친 先山 분묘 61층을 깎아 밭을 만들었는데, 여기에 정확히 적용할 律例가 없어 의문하다가, 혹룡강에 유배 보내 노비로 만든 판례가 있었다. 위의 조례는 어쩌면 이 사건을 계기로 신설되었는지도 모른다. 앞의 『大清律例會通新纂』, 영인본 2273~2274면 참조

29) 앞의 『大清律例會通新纂』, 영인본, 2259면 참조

한 형을 부과하는데, 3층 이상인 경우에는 범인의 아들을 모두 극변 지방에 보내 充軍시키는 緣坐刑을 병행하였다.³⁰⁾ 이와 함께 有服 존속친의 분묘 발굴로 극변 지방에 充軍되는 형벌은, 律文상 최고 流刑인 3千里에 특별 가중한 ‘4千里’라는 새로운 刑名을 사용하는 점도, 능지처사와 함께 눈에 띈다.³¹⁾

넷째, 분묘 발굴 후 유골을 불모로 금품을 요구하는 공갈죄에 대한 가중 처벌 條例와 판례가 들쭉이나 발견된다. 즉 “무리를 모아 분묘를 발굴하고 관을 꺼내 재물을 요구하거나, 채무나 예속 신분의 면제(取贖)를 요구하는 범죄 행위로 이미 재물 이익을 얻은 자는, 재물을 얻은 강도의 죄에 따라 首從을 가리지 않고 즉시 斬刑에 처하되, 단지 동행하여 현장에서 지켜보기만 한 자는, 新疆으로 보내 官兵의 노비로 삼는다. 재물 이익을 얻지 못한 경우에는, 首(主)犯만 즉시 참형에 처하고, 나머지는 모두 新疆에 보내 노비로 삼는다.”³²⁾

이 조례는 그냥 ‘19년에 修改되었다’는 文字만 적혀 있고 연호가 빠져 있어, 확실한 연대를 알 수 없다.³³⁾ 그러나 그 뒤 同治 12년(1873) 修改된 조례에서는, 똑같

30) 앞의 『大清律例會通新纂』, 영인본, 2259면 참조 실제로 嘉慶 15년(1810) 판례에 따르면, 가난 때문에 高祖와 高祖의 부친·아우 묘 셋을 발굴하여 金銀 기물을 꺼낸 사람에게, 잔인한 패륜이라는 죄목으로 조정의 刑官을 파견하여 즉시 능지처사하고, 그 아들은 극변에 유배 보낸 뒤, 그에 협조하고 고발하지 않은 관련자 3人も 엄중 처벌한 사건이 있다. 같은 책, 2267~2270면 참조.

31) 앞의 『大清律例會通新纂』, 영인본, 2264~2268면 참조.

32) 앞의 『大清律例會通新纂』, 영인본, 2268~2269면 참조.

33) 이 판본에 수록된 조례에는 ‘十九年修改’라고만 적힌 게 여럿인데, 康熙(1680년)·乾隆(1754년)·嘉慶(1814년) 중의 하나가 틀림없다. 그중 세번째일 가능성이 비교적 높은데, ‘發塚’조에 실린 條例가 한결같이 嘉慶 이후 道光·同治의 연호만 明記하고 있고, 바로 전해인 嘉慶 18년에 바로 여기에 해당하는 사건이 발생하여 그의 처벌을 의론하는 과정이 생생히 기록된 판례가 함께 보이기 때문이다.

즉, 廣西省 桂平縣의 陳州가 두 사람을 끌어들이, 蔡씨의 분묘를 발굴하고 유골 항아리를 꺼내 숨긴 뒤, 묘지 주인인 邱씨에게 銀을 요구했다가 체포되어 판가에 압송된 사건에서, 기존의 조례에 “단지 재물을 요구하거나 채무 면제(속죄)를 요구한 경우라고만 규정되어 있고, 실제로 재물 이익을 얻었는지 여부는 언급하지 않았기 때문에,” 세 사람을 모두 ‘재물을 얻은 강도 죄’에 비추어 처단해야 할지, 아니면 실제 재물 이익은 못 얻었으므로 그냥 ‘관을 열고 시신을 본 죄’의 律例에 따라, 首從을 나누어 처벌해야 할지 의론하였다. 기존의 조례에 따라 재물을 못 얻었다더라도 발굴 공갈죄로 모두 참형에 처하면, 경중 구분이 없을 것이

은 내용에 “만약 분묘 발굴 후 시신 유골을 도로에 내 버리고 다른 사람이 살해한 것으로 고발하는 자도, 또한 재물을 얻은 강도의 죄에 비추어 首從을 가리지 않고 모두 즉시 斬刑에 처한다.”는 내용이 추가되어 있다.³⁴⁾

그런데, 이와 비슷하면서도 조금 색다른 판례도 발견된다. 廣東의 陳씨가 몇 사람을 모아 아직 매장하지 않은 여인의 屍棺을 몰래 열어 부장품을 훔쳤는데, 몇 푼 안 되는 은비녀 하나밖에 얻지 못하자, 두개골을 꺼내 감추고 喪主에게 대신 찾아준다고 속여, 사례비로 銀 260여 냥을 騙取한 사건이 道光 23년(1843) 문서에 실려 있다.

省에서는 두개골을 훔쳤지만, 대신 찾아준다고 속였을 뿐, 공공연하게 위협 공갈한 것은 아니라는 이유로, ‘아직 매장하지 않은 屍棺을 열고 시신을 한 차례 본 죄’의 조례에 따라, 극변에 充軍하는 형벌을 적용하되, 從犯에게는 徒4년형을 논했다. 그러나 刑部에서는, ‘무리를 모아 분묘를 파고 관을 열어 시신을 볼모로 재물을 요구한 죄’의 條例에 따라, ‘재물을 얻은 강도죄’를 적용하여, 首從을 가리지 않고 斬刑에 처해야 한다고 주장하기도 하였다. 그러나 이번 사건이 어느 條例에도 정확히 포섭되지 아니하므로, 결국 首犯은 ‘무리를 모아 분묘를 파고 관을 열어 유골을 볼모로 재물을 취득한 죄는 즉시 참형에 처하는 조례’를 기준으로, 酌量 감경하여 新疆에 보내 官兵의 노비로 삼고, 從犯은 매장하지 아니한 屍棺을 열어 시신을 본 從犯의 법정형인 徒4년을 기준으로, 酌量 加重하여 枷號(몸에 채우는 刑具)를 1개월간 채우는 독특한 타협안으로 판결하였다.³⁵⁾

(7) 우리 나라 전통법에 나타나는 분묘 발굴 범죄.

고려시대에 이미 唐律을 발취 요약한 71조의 高麗律을 시행하였고, 고려말에는 元나라 議刑易覽이나 大明律의 시행을 건의할 정도였으니, 기본 상으로 중국 律令의 내용을 수용한 것으로 보인다.³⁶⁾ 조선시대에는 經國大典에서 大明律의 보편

라는 주장이 강하였다. 그래서 재물을 얻지 못한 강도죄에 비추어, 首犯만 참형에 처하고 從犯은 극변 유형에 처하도록 최종 결정하였다. 이 사건의 판례를 바탕으로 본 조례가 구분 제정되고, 다음 조례의 修改가 뒤따른 것으로 보아야, 전후 관계와 文理에 부합한다.

34) 앞의 『大清律例會通新纂』, 영인본, 2278면 참조

35) 『刑案匯覽續編』, 권12, 刑律, 賊盜, 發塚조, 여섯번째 판례, (文海出版社, 영인본, 제4책), 1829~1831면 참조

적용을 규정하였으니 말할 나위도 없다. 그러는 가운데 우리 나라에 조금 독특한 매장문화 현상도 역사 문헌에 나타난다.

고려말 恭讓王 원년(1389)에 憲司의 상소문은, 당시 國敎인 佛敎의 영향으로 민간에 상당히 널리 퍼진 것으로 보이는 茶毗(火葬)法을, 새로 수입한 性理學의 斥佛論 입장에서 강력히 금지하도록 건의하고 있다.

“장례란 해골이 드러나지 않도록 감추는 매장입니다. 근래 浮屠氏(불교)의 다비법이 성행하여, 사람이 죽으면 들어다가 맹렬한 불길 속에 장례를 지내, 머리카락과 살이 모두 시커멓게 타고 단지 해골만 남으며, 심한 경우 해골마저 불살라 그 재를 물고기나 새들의 먹이로 뿌립니다. 그러면서 반드시 이렇게 하여야만 天에 태어나고 서방극락에 왕생할 수 있다고 말합니다. 이러한 주장이 한번 일어나니, 고명한 사대부들조차 모두 현혹되어, 죽은 뒤 땅 속에 매장하지 않는 자가 많습니다. 정말로 몹시도 어질지 못한 일입니다.

“사람의 정신은 두루 흘러 통하기 때문에, 산 사람이나 죽은 귀신이나 본디 동일한 氣에 속합니다. 조부모께서 땅속에 편안히 계시면 (지상의) 자손 또한 편안하고, 그렇지 않으면 반대가 됩니다. 또 사람이 세상에 생존하는 것은, 마치 나무가 땅 속에 뿌리박고 있는 것과 같습니다. 뿌리를 불사르면 가지와 잎이 말라 죽고, 가지와 잎을 불사르면 뿌리 또한 병들게 됩니다. 어떻게 무성히 자랄 수 있겠습니까? 이는 어리석은 아나도 알 수 있는 이치입니다.

“성인이 네 치의 棺과 세 치의 槨으로 장례를 제정한 것은, 시신이 너무 빨리 썩을까 염려한 때문이고; 수십 겹의 옷으로 斂하는 것은, 너무 얇을까 걱정한 까닭이며; 관 속에 곡식을 넣는 것은, 개미 같은 벌레가 혹시라도 침입할까 두려워해서입니다. 喪葬의 예법이 이와 같거늘, 도리어 아비 없는 오랑캐의 가르침을 따르다면, 어질다고 말할 수 있겠습니까? 앞으로는 일체 철저히 금지하고, 여기는 자는 엄하게 논죄하길 바라옵니다.”³⁷⁾

이러한 논지는 불교를 억제하고 유교를 國是로 삼은 조선왕조에서, 大明律의 보편 적용을 통해 시종일관 철저히 실현되었을 것이 自明하다. 경국대전 등에 특별

36) 『高麗史』, 권84, 刑法志1, (아세아 문화사 영인본), 中冊 833면 참조.

37) 『高麗史』, 권85, 刑法志2, (아세아 문화사 영인본), 中冊 867면 참조.

한 입법이 보이지는 않지만, 新補受教輯錄 禮典에는 ‘山訟’이라는 독립된 표제 아래 20여 항목의 受教가 수록되어 있다.³⁸⁾ 조선 후기 (대체로 肅宗 이후) 장례와 관련된 소송을 주로 규정한 것인데, 매장문화를 중시하는 유교의 喪禮에다 풍수지리설까지 합쳐지면서, 이른바 ‘明堂 자리’를 놓고 서로 다투고 장례를 방해하며 盜葬·도굴을 빈번히 감행하던 매장문화를 여실히 반영하는 法制史의 거울이다.

또 秋官志에는 ‘山訟’의 표제 아래, ‘山訟’·‘偷葬(盜葬)’·‘遷葬(移葬)’·‘私掘’·‘掘塚入葬’ 등의 독립 조목이 차례로 열거되어, 10여건의 구체적인 사례가 수록되어 있다.³⁹⁾ 이들도 대부분 풍수지리설에 근거한 명당 자리 다툼으로 비롯된 도굴·盜葬이며, 중국 明清代의 律例에서 규정하는 부장품 절취나 재물 요구를 노리는 범죄 유형은 거의 없다시피 하다. 이 점이 우리 나라와 중국 법제사에 나타나는 분묘 범죄의 독특한 문화 차이다.

예컨대, 숙종 24년(1698)에는 임금이 “근래 遷葬(移葬)은 두 번 세 번, 심지어 너댓 번까지 계속하는 고질적인 병폐가 되었다.”고 탄식하면서, “風水설에 따라 묘지를 택하는 것이 사람 자식된 도리와 감정에 어쩔 수 없다지만, 풍수지리에 미혹되어 매달리는 사대부들의 폐습을 시정할 방도를 강구하라.”고 명령하였다.

그래서 “옛날에는 묘만 쓰고 封墳은 없는 장례로 體魄(시신)을 평안히 모시기만 했는데, 魏晉시대 풍수설이 처음 일어난 이후, 근래 폐단은 극도에 이르러, 사대부 가운데 遷葬하지 않는 이가 10분의 2·3도 못되고, 백성들도 빈 땅이 거의 없어져 끊임없이 偷葬(盜葬)하는 것은, 모두가 地官들이 재물을 탐내 사람들을 미혹되게 부추기기 때문이다.”고 지적하며, 山訟이 제기되면 우선 관련된 地官부터 엄중히 처벌하자는 방안까지 나왔다.

또 魚孝瞻이 일찍이 풍수지리설의 그림을 변론하면서, 스스로 부모를 집 뜰 옆

38) 『新補受教輯錄』, 禮典, 山訟조 참조. 受教에 관하여는, 앞에 인용한 김지수의 「受教의 법적 성격과 理念」 논문을 참조 바람. 한편 『秋官志』, 제3편 考律部, 定制, 山訟事日조에도 대체로 비슷한 규정들이 수록되어 있다. 조선총독부 중추원, 昭和 14년 발행. 활자본, 506~508면 참조.

39) 『秋官志』, 考律部, 續條, 山訟. 앞의 활자본, 695~702면 참조. 이 가운데 78세 노인의 처를 남의 5代祖 분묘 자리에 盜葬한 사건에서, 노인(78세)과 아들(20세미만)이 연령상 형벌 면제자에 해당하고, 집안 가족 공범의 경우 어른만 처벌한다는 법규정이 있음에도 불구하고, 둘 모두 외딴 섬과 먼 곳에 유배 보낸 판결이 눈에 띈다.

에 안장하고, 그가 죽은 뒤 그 아들이 그를 물가에다 안장하였는데, 후자는 그 자손들이 아무 탈도 없는 구체적 실례를 거론하면서, 풍수지리설의 未必然性을 널리 일깨우자는 대책도 제시하였다. 특히 국법상 禮葬을 치러 주도록 규정된 大臣들의 경우에도, 遷葬 때에는 더 이상 禮葬을 허용하지 말자는 대책도 나왔는데, 이 주장은 유효 적절한 방안으로 받아들여져 立法으로 시행되었다.⁴⁰⁾

(8) 전통법 상 분묘의 권리에 관하여

한국법사학회 학술 발표회에서 최병조 교수와 이진기 박사의 지적에 따르면, 로마법에는 분묘의 권리 개념까지 있었다고 한다. 묘지부터 부장품에 이르기까지 모두 死者의 권리로 인정하고, 生者(유족)는 死者의 유산을 상속하는 法理를 취했다고 한다. 로마법과 달리 私法과 권리 개념이 별로 발달하지 못한 중국과 우리 전통법에서는, 물론 분묘의 권리에 대한 명문의 규정이 발견되지 않는다. 다만 분묘의 발굴 자체를 조상(死者)에 대한 중대한 모독 내지 不孝의 범죄로 엄벌하고, 부장품을 후손이 발굴해 가지는 것도 금하며(특히 親族相盜죄 적용을 의기한 사실에 주의), 또 봉분을 깎아 묘지를 밟으로 개간하는 행위도 중형에 처한 범문화 전반에서 고찰한다면, 중국과 우리의 전통법도 묵시적으로나마 로마법과 비슷한 ‘死者의 권리’로 인정할 것이 아닐까 추정된다. 특히 부모님을 살아서는 예로 섬기며, 돌아가신 뒤에는 예로써 안장하고 제사지낸다는 전통 효도 윤리와, 또 장례의 근본 목적이 死者의 평화로운 永眠이라고 인식하고, 분묘를 死者가 영원히 安住하는 거처로 여겨 ‘宅’이라고 개념 규정한 철학사상 등을 종합적으로 고려하면, 분묘는 우선 死者의 권리에 귀속된다고 보아야 할 것 같다.

IV. 분묘 도굴 범죄에 관한 철학사상적 성찰

죄악이 본능적인 욕망으로부터 비롯된다고 인식한다면, 모든 범죄는 대체로 계

40) 『秋官志』, 考律部, 續條, 山訟. 앞의 활자본, 695~702면 참조.

물이나 女色 또는 원한 관계로부터 발생한다고 볼 수 있다. 분묘 도굴은 보통 附葬 品の 재산 가치를 노리는 경우가 대부분이며, 원한 관계나 여색은 아주 특수한 동기가 될 것이다. 이는 통치계층이 군림하고 사유재산이 축적되면서, 死後 영혼 세계에 대한 주술 미신을 바탕으로 生前과 똑같은 생활환경을 附葬하고, 심지어 산 사람을 신하나 노비로 함께 殉葬하는 고대의 매장문화에서 직접 연원하는 것으로 보인다. 권력과 財富를 과시하기 위한 잘못된 厚葬 풍습이, 결과적으로 死者의 平和와 安眠을 파괴하는 결정적인 피해를 불러온 것이다.

(1) 墨子の 節葬 사상

先秦 諸子百家 중에서 厚葬을 철학사상적으로 가장 적극 반대한 이는, ‘節儉’을 최고의 미덕으로 숭상한 墨子이다. 공자와 마찬가지로 仁義 정치로 堯舜禹湯 文武 성왕의 道가 다시 실현되길 바란 목자는, 어진 이가 천하를 위하는 법도는 효자가 부모를 위하는 법도와 다를 바가 없다고 전제한 뒤, 당시 보편적으로 실행되던 厚葬久喪이 과연 仁義 정치이고 효자의 도리인지, 그 여부에 대한 찬반 양론을 주도면밀하게 분석 검토한다. 여기서 목자가 제시하는 판단 기준은 정치경제적인 利用厚生으로, 가난을 부유하게 만들고 적은 백성을 많게 늘리며, 위기와 혼란을 다스려 안정시킬 수 있는 방도인지 반문하는 것이다.

이어 목자는, 周禮가 사실상 무너지고 정치사회적인 혼란이 가중된 춘추말엽 전국초기의 당시 현실에서, 고관대작들의 엄청난 厚葬 실례를 구체적으로 조목조목 상세히 열거하고, 특히 天子는 수십부터 수백 명까지, 장군이나 大夫는 적어도 몇 명씩 산 사람을 함께 매장하던 殺殉 악습까지 적나라하게 고발하면서, 이러한 葬禮문화가 결코 천하의 이익을 일으키고 천하의 해악을 제거하는 仁義 정치가 아니라는 비판 논리를 강력히 전개한다. 厚葬久喪으로 의식주가 부족해지고 민생치안이 불안해지게 된다는 것이다.

한편 목자는, 옛날에 堯舜禹 임금이 천하 사방으로 순시 교화를 나갔다가 길에서 별세하여, 각각 부근의 적당한 땅에 평범하게 매장된 역사적인 실례를 들면서, 厚葬久喪이 마치 옛날부터 전해오는 聖王之道처럼 오인하는 세속의 선입견을 정면으로 부정한다. 이에 비하면, 당시 현실의 王公大人의 장례는 너무 호화롭고 사

치스럽게 짝이 없다고 힐난한다.

마지막으로 목자는, 厚葬久喪이 성왕의 도도 아닌데 당시의 군자 대인들이 너나 할 것 없이 끊임 없이 선택하는 사회 현실에 대해서, 단지 오랫동안 전해 온 관습을 편하게 여기고 풍속을 당연히 옳다고 여기는 人之常情 때문이라고 지적한다. 이러한 논리를 뒷받침하는 증거로, 목자는 당시 중국 변방의 오랑캐국들에서 오랫동안 慣行으로 전해 오는 각종 야만적인 풍속을 든다.

예컨대, 越의 동쪽 軋流(새술)國에서는, 만아들을 낳으면 아우를 위해 잡아먹고, 아버지가 죽으면 귀신의 아내와는 함께 살 수 없다는 이유로 어머니를 업어다 내버린다고 한다. 또 楚의 남쪽 炎人國에서는 친척이 죽으면, 살은 발라 내버리고 뼈만 매장해야 효자가 된다. 그리고 秦의 서쪽 儀渠(의거)國에서는, 친척이 죽으면 땀감을 모아 불살라(火葬) 연기가 올라가는 것을 登遐(멀리 올라감)라고 부르는데, 그 래야 효자가 된다는 것이다. 중국 사람들이 보기에 야만적인 이들 풍속도, 그 나라에서는 오랫동안 전해진 관습을 편안히 여기고 풍속을 당연하게 생각하기 때문이라는 것이다. 법과 관습의 안정 지향적 보수성과 속지주의적 특수성을 뜻한다.

마찬가지로, 중국의 厚葬久喪도 오랜 기간 인민들의 잘못된 관행으로 굳어진 것일 따름이며, 결코 聖王의 도도 아니고 仁義 정치도 아니라는 것이다. 오랑캐 나라의 장례 풍속이 너무 刻薄한 반면, 중국의 장례법은 지나치게 호화스럽기 때문에, 적절한 중용 조화를 꾀하는 것이 바람직하다는 것이, 목자의 시종 일관된 주장이다. 의식주같이 산 사람에게 유익한 필수품도 절제해야 하거늘, 허물며 죽은 사람을 편안히 모시는 매장 물품에만 절제가 없어서 되겠느냐고 반문한다. 그래서 시종 일관하여 거듭 강조하는 목자의 매장법은, 성왕의 예법을 다시 회복 실현시키는 것이었다.

“관은 세 치면 살을 썩히기에 충분하고, 옷은 세 벌이면 험오를 감추기에 충분하다. 땅을 파서 매장할 때는, 아래로는 샘물(지하수맥)까지 닿지 말며, 위로 악취가 새어 올라오지 않게만 하되, 봉분은 밭이랑의 세 배 높이가 되게 하는 데서 그친다. 죽은 자를 이미 장례 지냈거든, 산 사람은 결코 오래 통곡하지 않으며, 금방 일상 생활에 종사하며 각자의 능력을 발휘하고 서로를 이롭게 돕는 것이다. 이것이 성왕의 법이다.”⁴¹⁾

물론 당시 목자를 비롯한 제자백가가 한결같이 비판하던 厚葬久喪은, 周禮를 옹호하고 특히 3년喪을 아직도 강조하던 유가의 상례를 겨냥한 것으로 보인다. 확실히 孔子와 孟子·荀子は 한결같이 3년상을 三代 성왕의 공통된 법도이자, 人之常情에도 합당한 喪禮라고 강조하였다.⁴²⁾

그러나 厚葬만큼은, 목자가 지적한 것처럼 당시 사람들의 그릇된 습속 현실이었지, 결코 공자를 비롯한 유가 성현들의 철학사상이 아니다. 공자는 殉葬을 반대했음은 물론, 무덤에 사람 대신 人形(진시황릉에서 출토된 兵馬俑 같은 것)을 附葬하는 것조차 상징적 순장으로 강렬히 비판했다. ‘처음 부장용 인형(俑)을 만든 사람은 후손이 없을 것’이라고 까지 저주했는가 하면, 심지어 ‘죽은 사람에게 산 사람의 기물을 사용(부장)하는 것은 순장에 거의 가깝다.’고도 단언했다.⁴³⁾

특히 공자는 禮가 사치스럽게 형식화되는 것을 염려하며, 검소한 정신을 강조하였다. “예는 사치보다는 검소가 본질이고, 喪(禮)은 능숙한 처리보다 슬픔이 정신이다.” “禮를 운운하는 것이 玉帛(예물)을 일컫고, 음악을 운운하는 것이 鍾鼓(악기)를 일컫는단 말이나?”는 어록만 보아도, 공자가 厚葬을 주장하거나 두둔했을 리는 만무하다.⁴⁴⁾

41) 이상 내용은 『墨子』, 節葬下편의 내용을 요약 정리한 것이다. 인용문의 原文은 두어 곳이 약간씩 다르다. 「古聖王制爲葬埋之法曰: ‘棺三寸, 足以朽體; 衣衾三領, 足以覆惡. 以及其葬也, 下毋及泉, 上毋通臭, 壘若參耕之畝, 則止矣. 死則既以葬矣, 生者必無久哭, 而疾而從事, 人爲其所能, 以交相利也; 此聖王之法也.」

42) 『論語』, 陽貨: 「子生三年, 然後免於父母之懷. 夫三年之喪, 天下之通喪也.」 孟子, 滕文公上: 「三年之喪, 齊疏之服, 飡粥之食, 自天子達於庶人, 三代共之.」; 荀子, 禮論: 「三年之喪何也? 曰稱情而立文. …人道之至文者也. 夫是之謂至隆.」 여기서 3년喪은 만3년이 아니라 했수로 3년이며, 25개월 또는 27개월 喪이 된다.

43) 『孟子』, 梁惠王上편 및 孔子家語, 권10, 曲禮公西赤問편 참조. 순장에 대해 반대 비판하는 당시의 사상적 흐름 전반에 관하여는, 김지수, 「傳統 中國法에서의 情理法에 관한 연구」(서울대 박사학위 논문, 1994), 269~270면 참조.

44) 『論語』, 八佾: 「禮, 與其奢也, 寧儉; 喪, 與其易也, 寧戚.」; 陽貨: 「禮云禮云, 玉帛云乎哉? 樂云樂云, 鍾鼓云乎哉?」 공자의 검소성 전반에 관해서는, 김지수, 「老子 ‘無爲自然’ 法思想의 철학기초(下)」(司法行政, 1998, 5월호), 35~38면 참조.

(2) 呂氏春秋의 厚葬 반대 사상

요컨대, 厚葬만큼은 제자백가의 공통적인 반대와 비판 대상이었음이 확실하다. 그런데 厚葬이 분묘 도굴의 원인을 제공하는 어리석은 것이라고 일깨우는 철학사상이 등장하여, 특히 눈길을 끈다. 先秦 제자백가 사상을 종합 정리한 呂氏春秋는, 백해무익한 결과만 자초하는 厚葬이, 장례의 근본 목적인 死者의 평화로운 永眠을 방해할 수 있다는 현실적인 논리를 전개한다.

인생은 보통 60세, 길어야 고작 백세를 넘지 못하는데, 그렇게 짧은 인생의 안목으로, 萬歲조차 한순간 밖에 안 되는 사망의 세계를 헤아려서, 분묘를 마치 궁궐이나 성곽 짓듯이 만들면, 情理에 어울리지 않는다고 우선 전제한다. 그리고 지금까지 망하지 않은 나라가 없고, 망한 나라로서 군왕의 분묘가 발굴되지 않은 게 없는 역사 현실을 구체적으로 열거하면서, 아직도 세상 사람들이 다투어 厚葬을 일삼는 어리석음을 탄식한다.

무덤 안에 귀중한 보물 재화를 附葬하면, 국법도 안 지키고 부모 말도 안 듣는 무뢰배들이, 일확천금 하려는 허황된 기대로 때를 지어 밤낮 도굴하기 마련이다. 그러면 돌아가신 조상 친척의 시신이 말할 나위 없는 커다란 모욕을 당하고 만다. 그래서 死者를 끔찍이 사랑하고 존경해서 막중한 예를 갖춘 것이, 도리어 그를 해치고 욕되게 만든 꼴이 되는 것이다.

“옛 성왕들이 절점으로 장례를 치른 것은, 그 비용이 아까워서도 아니고, 그 수고로움이 싫어서도 아니며, 단지 죽은 이를 생각해서이다. 옛 성왕들이 싫어한 바는, 오직 죽은 이가 모욕을 당하는 것이다. 무덤을 발굴하게 되면 반드시 모욕을 당하는데, 검소하게 매장하면 발굴할 리가 없다. 그래서 옛 성왕들은 장례를 반드시 검소하고, 반드시 자연 환경에 맞추어 어울리도록 치렀다.”

여쭙춘추는, 악인들이 앞을 다투어 분묘를 도굴하는 범죄 행위를 비난하고 처벌하기보다는, 먼저 그렇게 도굴을 자행하게 만드는 원인을 비판하고 반성해야 한다고, 예방법학의 頂門一鍼까지 가한다. 그리고 ‘보옥으로 매장하는 것은 해골을 들쭉한 가운데 내버려 두는 것과 같다’는 공자의 비유를 인용하면서, 厚葬이 非禮라고 단정한다.⁴⁵⁾

45) 이상의 내용은 『呂氏春秋』, 권제10, 安死편을 요약 정리한 것임. 陳奇猷校釋本, 535~

(3) 장례문화에 대한 현대적 성찰

지금까지 살핀 바와 같이, 분묘 발굴 범죄는 재물 가치를 노리도록 찢는 厚葬으로부터 직접 말미암았으며, 또 그에 대한 전통법의 重刑嚴罰은 孝윤리와 특히 喪葬禮를 중시하는 유가적인 철학사상에 뿌리를 두고 있다. 또 律例를 통해 나타나는 법제사의 변화를 주목하면, 처음에는 皇室같은 통치계층의 陵園이나 宗廟에서 출발하여, 점차 일반 백성의 분묘까지 보호 대상이 확대된 것으로 추정된다. 즉, 황제 개인의 조상에 대한 孝道가 국가 차원으로 승격되어, 백성들의 황실에 대한 忠誠으로 확장 요구된 것이 아닌가 생각된다.

군주가 宗廟나 陵園에 관계된 사항을 重法으로 대처한 것은, 자신의 孝誠을 실천하고 과시하기 위한 정치성 때문이다.⁴⁶⁾ 그러다가 백성들에 대한 충성 요구를 정당화시키려는 통치이념(이데올로기)의 필요에서, 황제 자신의 孝心과 마찬가지로, 일반 백성 개인의 孝心도 人之常情의 恕道에 근거하여 똑같은 法益으로 인정한 것이다. 다만 보호의 경중과 정도가 다를 뿐이다. 말하자면, 孝道로부터 忠誠을 자연스럽게 도출해 내고, 忠의 강제가 孝에 의해 정당화되는 大義名分인 셈이다.⁴⁷⁾

그러나 지금은, 무덤 안에 값진 보물을 附葬하여야, 죽은 이가 저승에 가는 路資로 쓰거나, 산 자가 효성을 다한다고 생각하는 사람은 거의 없다.⁴⁸⁾ 즉 厚葬으로 말미암은 분묘 도굴의 범죄 가능성은 별로 없다. 이번 범죄가 비록 附葬품이 있을 것이라는 막연한 소문과 기대로 개시되었다고 하지만, 결국 도굴할 만한 厚葬이 아님을 확인시켜 준 셈이다. 앞으로 비슷한 유형의 범죄가 재발할 가능성은 이번 첫 범죄의 발생 확률보다 더 낮아졌다고 보아도 좋을 것이다.

537면 참조. 「先王以儉節葬死也, 非愛其費也, 非惡其勞也, 以爲死者慮也. 先王之所惡, 惟死者之辱也. 發則必辱, 儉則不發, 故先王之葬, 必儉必合必同. …孔子曰: ‘以寶玉收, 譬之猶暴骸中原也.’」

46) 沈家本, 漢律摭遺, 권2, 盜律, 앞의 『歷代刑法考』, 395면 참조.

47) 이를 흔히 ‘孝以移忠’이라고 표현한다. 법제화된 통치이념으로서 忠과 孝의 상관성에 관하여는, 김지수, 「傳統 中國法에서의 情理法에 관한 연구」(서울대 박사학위 논문, 1994), 143~158면 참조.

48) 참고로 필자가 國立臺灣大學 法律學研究所에 遊學시절 직접 보고 들은 바에 따르면, 대만에서는 아직도 葬禮나 省墓 때 紙錢(노란 종이돈)을 불살라 死者나 冥府 귀신이 路資나 용돈으로 쓰도록 보내주는 사람이 많다.

따라서 지금 분묘 도굴과 관련하여 우리가 관심을 가지고 논의할 문제는, 內實 있는 重厚한 附葬이 아니라, 사회경제적 신분 지위와 富貴를 과시하기 위해, 넓은 '明堂' 터를 물색하여 높은 封墳과 화려한 樹石으로 장식하는, 이른바 호화 분묘이다. 좀더 근원 상으로 사색하자면, 농경지와 주거지도 부족한 좁은 국토에 많은 인구가 살아가면서, 꼭 지하 매장만을 고집하는 유교적 전통 예법을 절대로 숭상해야 하는지가 時代적인 話頭로 떠오른다.

인간의 육신은 다른 만물과 마찬가지로, 흔히 地水火風의 4大(원소)로 구성되어 있다고 일컬어진다. 因緣이 닿아 地水火風이 적절히 和合하고 영혼(의식·정신)이 깃들면 생명이 시작되고, 또 因緣이 다하여 영혼이 떠나가면 이른바 죽음이 찾아와, 육신은 다시 地水火風으로 흩어진다는 것이다. 우리가 육신이 흠에서 왔으니 흠으로 돌아간다고 땅 속에 매장하는 것은, 사실 四大 중의 대표적인 '地' 하나에 시선이 크게 집중된 까닭이다. 그렇게 따진다면, 생물학 상으로 인체는 7할이 물(水)로 이루어졌으므로, 죽어서 물로 돌아가는 것이 가장 큰 비중을 차지할 것은 당연하다. (물론 매장 시 물이 땅속으로 스미어 지하수에 합류할 것이다.)

예로부터 각 지역마다 민족에 따라 인류의 장례문화는 다양하지만, 크게 地葬(매장)·水葬·火葬·風葬(또는 草葬)으로 분류된다. 人體의 구성 요소인 4대에 따라서 각각 '落葉歸根'하는 자연의 순환 법칙을 적용한 것이다. 이 가운데 水葬과 風葬은 비록 일부 지역에서 자연 환경과 종족의 전통 습속으로 오래도록 전승되어 온 것이 사실이지만,⁴⁹⁾ 지금 우리의 현실과 의식상으로는 일반 장례문화로 받아들이기 어렵다.

결국 흔히 거론되는 埋葬과 火葬만 남는데, 이 두 가지는 각각 거대하고 막강한 종교적인 윤리도덕에 사상적인 근거와 지지 기반을 두고 있다. 그래서 서로 세력도 만만치 않을 뿐만 아니라, 국교를 인정하지 않고 신앙의 자유를 허용하는 다원화된 민주사회에서, 자칫 종교상의 오해나 갈등 대립을 불러일으킬 소지가 다분하기 때문에, 자못 신중할 수밖에 없다.

49) 물 속에 빠져 溺死한 시신을 못 건지는 경우, 자연스런 水葬이 될 수 밖에 없다(전부터 익사자의 '넋 건지는 풍속'이 전해 온다). 그런데 15년 전쯤 필자가 다도해의 甫吉島에 가 있을 때, 初喪난 시신을 술가지로 에워싸, 바람결에 肉脫되기를 기다렸다가 유골을 매장한다는, 이른바 草葬(일종의 風葬)이 행해지는 현장을 목격한 적이 있다.

화장은 불교의 荼毗로 대표되고, 매장은 앞서 언급한 유교의 효도 윤리와 그리스도교(天主教·改新教)의 復活 교리신앙에 확고한 뿌리를 두고 있다. 그래서 고려 때 불교가 국교로 행해지면서 민간에서도 화장을 널리 행하다가, 고려말 성리학이 전래되면서 유교의 매장 예법에 근거하여 화장을 비난하고 금지까지 주장하는 상소가 제기된 것이다.⁵⁰⁾ 유교를 國是로 하고 大明律을 기본 刑律로 적용한 朝鮮 시대에 화장이 금지된 것은 당연하다.

孔子가 당시에 보편적으로 행해지던 매장 예법을 당연한 것으로 받아들였지만, 화장을 직접 반대하거나 금지했다는 말은 전해지지 않는다. 유교적인 매장의 근거는, 앞서 언급한 것처럼, “신체는 부모에게서 물려받은 것이기 때문에, 감히 훼손하거나 다치지 않는 것이 효도의 시작이다.”는 孝經의 구절과, 공자의 제자 중 특히 孝道로 이름 높았던 曾子의 언행(특히 임종에 묻혀 제자들을 불러놓고 자기 손발을 펴 보라고 분부한 뒤, 온전한 신체로 돌아가게 되어 불효의 죄는 면하게 되었다고 슬회한 언행)에 결정적 근거를 두고 있다.

그러나 근대 중국의 위대한 철학사상가인 康有爲가 지적한 것처럼, 공자는 인간의 생명을 이루는 심성과 목숨을 함께 닦고(性命交修), 영혼과 기백을 나란히 함양하는(魂魄並養), 중용조화의 人道를 중시하였다.⁵¹⁾ 그런데 曾子는 공자의 ‘殺身以成仁’이나 ‘見危授命’(또는 見危致命 : 국가민족의 위태로움을 보면 자기 목숨도 내어 준다.)의 정신적 道는 망각한 채, 오직 손발과 터럭 하나도 다치지 않게 전전긍긍하는 ‘護身’을 지상 최고의 ‘孝道’로 착각하였다. 애석하게도 공자의 大道를 이어받을 顏回와 有子 같은 수제자가 일찍 요절함으로써, 평범한 일반인에게 더 친숙하게 느껴지고 게다가 장수하여 門人을 많이 두게 된 曾子가, 마치 공자의 정통 道德을 전승하는 인물로 잘못 부각된 것이다.⁵²⁾

50) 앞에서 인용한 『高麗史』, 권85, 刑法志2, (아세아 문화사 영인본), 中冊 867면 참조

51) 康有爲, 『論語注』, 泰伯第八, 第四章注. 中華書局, 1984년本, 109면 참조. 康有爲에 따르면, 불교와 기독교는 정신과 영혼에 치중하여 몸을 아끼지 않고, 老莊과 道敎는 氣魄에 치중하여 不老長生을 추구하였기 때문에, 각각 극단에 치우쳤다고 한다.

52) 康有爲, 『論語注』, 學而第一, 第二章 및 第四章의 注. 中華書局, 1984년本, 3~6면 참조. 여기서 康有爲는 有子를 大乘과 慧能에 비기고, 曾子를 小乘과 神秀에 견주었다. 또 안희와 유자의 短命은 孔子의 道가 大宗을 잃고 협소해진 근본 원인이며, 따라서 천하의 크나큰 불행이라고 탄식하였다.

생전의 자기 육신도 血氣(현대어로 바꾸면 ‘세포’)의 끊임없는 新陳代謝 순환으로 변하기 때문에, 그렇게 애착을 가지고 보전할 만한 것이 없는데, 하물며 돌아가신 부모의 遺體야 이미 부모의 생명을 떠나 썩어 문드러질 것인데, 더더욱 보전하고 애착할 게 없다. 이집트의 미이라가 신기한 약품 처리로 수천 년 보존되어 왔지만, 끝내는 틀림없이 소멸하고 말 물질이다. 부모의 遺體를 사랑하는 것은, 부모에 대한 사랑과 존경의 확장 표현에 불과하다. 마치 아내가 예쁘면 처가의 소 말뚝 보고도 절을 하고, 부처를 공경하는 불자는 부처님 사리에도 예배 드리는 것과 같다.⁵³⁾ 따라서 시신을 온전히 땅 속에 매장하여야만 비로소 유교적인 효도가 된다는 의식은, 근본 정신을 도외시키고 형식 문자에 집착한 융통성 없는 편견으로, 시대 환경에도 부응하지 못할 것이다.

그리고 그리스도교의 復活 신앙도 반드시 화장을 반대하지는 않을 것이다. 물론 초대 교회는 유대인들의 관행에 따라 매장을 하였는데, 특히 신자들은 부활 신앙에 입각하여 죽음을 잠으로 보았고 시체는 부활의 씨로 여겼으며, 또한 土葬이 육체에 대한 존엄성과 부활의 신비와 희망에 더 적합하다고 생각하였으므로, 시체를 인공적으로 말소시키는 것을 피하였고, 그러한 뿌리 깊은 전통과 의식이 현대의 그리스도교 신자들에게까지 면면히 이어져 내려오는 것은 사실이다. 그러나 한편, 그리스도교가 세계 각지로 전파되면서, 장례식은 각 지역의 풍습에 적응해 나갔다고 한다.⁵⁴⁾

무엇보다도 시대 상황의 커다란 변화에 따라, 그리스도교 신앙의 본질과 관련되지 아니한 사소한 형식의 의식 전례는 융통성 있게 변화할 수 있으며, 또 지금까지 그리해 왔다고 본다. 그 대표적인 사례가 지금 우리 시대에 논의되고 있는 장례 문화일 것이다. 화장이 그리스도교 신앙과 교리에 본질적으로 어긋나지 않을 것이라는 추론은, 무엇보다도 적지 않은 그리스도교 성직자들이 화장 보급 운동에 적극 나선다는 사실 하나만으로도 유력한 논증이 된다고 생각한다.⁵⁵⁾ 神學과 教理에 門

53) 康有爲, 『論語注』, 앞의 책, 109면 참조.

54) 이상의 내용은, 한국가톨릭대사전 ‘매장 埋葬 [라] sepultura [영] burial’ 조, 2559~2562면 설명을 발췌 인용한 것임.

55) 예컨대 천주교에서는 1987년 안양 라자로 마을에 100구가 들어갈 수 있는 납골당을 준공하였고, 1990년 주교회의에서는 시한부 묘지, 즉 납골당식 묘지 조성을 추진한다고 발표하여 극심한 묘지난 해결에 앞장서는 대안을 내렸다고 한다. 그래서 최근에는 천주교 신자들의

外漢인 주제에, 선불리 是非를 논할 수도 없고, 또 논하고 싶지도 않지만, 사실 인간적인 논리에 따르더라도, 하느님(天主·上帝)께서 심판의 날에 죽은 자들을 復活시킨다는 全知全能이, 단지 흙 속에 매장하여 유품이라도 남아 있거나 그마저 흔적도 없는 死者만 부활시킬 수 있고, 화장하여 재와 연기로 사라져 버린 死者는 부활시킬 수 없다면, 그것은 이미 ‘全知全能’이 못될 것이다.⁵⁶⁾

무엇보다도 예수님 자신이 생전에 설교하신 復活의 교리 자체가 가장 중요하다. 부활을 믿지 않는 사두개인이 ‘어떤 사람이 자식이 없이 죽으면, 그 동생이 미망인(형수)과 결혼하여 대를 이어야 한다.’는 모세의 律法을 인용하면서, 7형제 중 맏형이 결혼해 자식 없이 죽어 아내를 아우에게 물려주었는데, 둘째·셋째…일곱째 모두 형수와 차례로 결혼하였다가 죽었고, 마지막에 그 여자까지 죽은 경우, 부활 때 그 여자가 과연 누구의 아내가 될 것인지 물은 적이 있었다.

예수님은 인간적인 논리로는 대답하기 어려운 질문에 대해, ‘성서도 모르고 하느님의 권능도 모르기 때문에, 그런 잘못된(어리석은) 생각을 한다.’고 지적하신 뒤, ‘부활한 다음에는 장가들지도 않고 시집가지도 않으며, 하늘의 천사와 같이 된다.’고 愚問賢答을 하셨다.⁵⁷⁾ 부활이 人間적이고 세속적인 일이 아니라, 天上적이고 聖스러운 일이라는 의미이다. 그렇다면, 부활이 지상(有形)의 육체적·물질적 차원이 아니라, 천상(無形)의 聖靈적·정신적 차원에서 이루어질 것이 아니겠는가?⁵⁸⁾

火葬예식을 위한 기도문 시안을 주교회회에서 만들고 있다고 한다.

그리고 천주교회내 신문사에서 1998년 수도권 가톨릭 신자 119명을 대상으로 화장제 및 납골제도에 관한 의식 조사를 실시한 결과, 화장이 41.6%, 매장 후 일정 기간 뒤 납골당 안치가 34.1%로 나타나고 있다. 또 1999년에는 수원 교구 주교를 비롯한 사제 95인이 장기 및 시신 기증에 동참하는 등, 천주교회 안에 장기 기증 운동이 활발히 전개되고 있다고 한다. 이수연, 「천주교에도 새로운 장묘 바람이 분다」, 『여성佛敎』(2000년 4월호), 22~25면 참조.

56) 이 견해는, 元老 법학자이면서 독실한 天主教 신자이신 의문사진상규명위원회위원장(前 서울大 법학연구소장) 梁承圭 교수께서도, 火葬에 관한 천주교 신앙의 입장을 여쭙 필자의 질문에 대해, 명확히 답변하신 내용이다.

57) 『신약성서』, 마태복음 22:23~33; 마가복음 12:18-27; 누가복음 20:27~40 참조.

58) 이점은 사도 바오로가 고린도 전서(15:42~57)에서 설명한 부활론에서도 명백히 잘 드러난다. “죽은 자들의 부활도 이와 같습니다. 썩을 몸으로 묻히지만 썩지 않는 몸으로 다시 살아납니다. … 육체적인 몸으로 묻히지만 영적인 몸으로 다시 살아납니다. 육체적인 몸이 있으면 영적인 몸도 있습니다. … 그러나 영적인 것이 먼저 있었던 것이 아니라 육체적인

그렇다면 지상에서 생존시 잠시 빌려 쓴 물질의 肉身을, 죽은 뒤 땅 속에 묻었거나 불 속에 살랐거나, 復活에 아무런 장애나 상관이 없을 것은 자명하리라.

실제로 천주교(가톨릭)의 현행 교회법 제1176조 제3항에는, “교회는 죽은 이들의 몸을 땅에 묻는 경건한 관습을 보전하기를 간곡히 권장한다. 그러나 화장(火葬)을 금지하지 아니한다. 다만 그리스도교의 교리를 반대하는 이유들 때문에 선택하였다면 그러하지 아니하다.”고 규정하여, 火葬을 소극적으로나마 公認하고 있다.⁵⁹⁾

V. 맺는 글

지금까지 근래에 발생한 분묘 도굴 및 유골 볼모의 공갈 범죄를 계기로, 분묘 도굴에 관한 간단한 법적 분석과 함께, 역사문화(法制史)적 淵源 및 철학사상적 思惟를 두루 살펴보았다. 언론 보도의 성향과 내용을 보면, 아직도 우리 국민들의 마음속에는 전통 법의식과 윤리도덕 감정이 농후하여, 비인도적인 ‘패륜’ 범죄로 단정하며 엄벌에 처할 것을 자못 기대한 듯하다.⁶⁰⁾ 물론 수사를 통해 밝혀지는 구체적 범죄 사실과 법원의 재판을 통해 내려지는 처벌 정도가 또 한번 중요한 국민적 관심사가 되었다.

그러나 사실 이번 사건에 대한 법적 평가와 처벌 문제는, 본고의 관심 밖에 있다. 이런 독특한 범죄의 근본 원인과 목적 및 방지 대책을 전통법의 역사문화와 철학사상에서 두루 확인하고, 나아가 현재 우리에게 심각한 사회문제로 대두되고 있는 장

것이 먼저 있었고, 그 다음에 영적인 것이 왔습니다. 첫째 인간은 흙으로 만들어진 땅의 존재이지만, 둘째 인간은 하늘에서 왔습니다. … 살과 피로는 하느님의 나라를 이어 받을 수 없고, 썩어 없어질 것은 불멸의 것을 이어 받을 수 없습니다. … (심오한 진리) 마지막 나팔 소리가 울릴 때 순식간에 죽은 이들은 불멸의 몸으로 살아나고, 우리는 모두 변화할 것입니다. 이 썩을 몸은 불멸의 옷을 입어야 하고, 이 죽을 몸은 불사의 옷을 입어야 하기 때문입니다. …”

59) 지금까지 본 논문에서 인용된 천주교 관련 참고자료는 천주교 한마음한몸운동본부 장기기증부 간사로 활동하시는 이수연 선생님께서 제공해 주셨음을 밝히고, 이 자리를 빌어 감사드립니다.

60) 『동아일보』, 1999년 3월 8일(月) A22~A23면 및 9일(火) A23면 보도 내용 참조.

례문화의 논의와 연계시킴으로써, 유교적인 전통 매장 의식의 개혁과 장례 문화의 혁신변화에 조금이나마 참고가 될 수 있기를 바라는 게 주목적이다. 그렇다고 본고가 매장을 비판하거나 반대하고, 화장만을 주장하는 것은 결코 아니다. 다만 매장제도를 장례문화 전반 속에서 일반적이고 객관적인 관점으로 비추어 보고, 역사적인 전통이 반드시 철학사상으로 절대 진리를 반영하는 것은 아님을 밝히고 싶을 따름이다.

최근 언론과 사회 각계에서 널리 진행되고 있는 장례제도와 의식의 개혁 운동이, 전통과 현실을 적절히 조화시키는 올바른 방향으로 지속되어, 국민적 공감대를 형성하고 실속 있는 성공을 거두기를 진심으로 기대한다. 시신을 몇 년간 땅 속에 매장하였다가 肉脫된 유골을 납골당에 모시는 방법이, 合理的이고 合情적인 中庸의 法으로 제시된 代案도 괜찮게 여겨진다.

無爲自然과 落葉歸根의 道家적 입장에서, 시신을 인위적으로 불사르는 것보다는, 땅속에서 자연스럽게 분해(肉脫)되길 기다렸다가 유골을 적절히 처리하여 묘지의 영구 점유 문제를 해결하는 것이, 현대의 주요 화두인 자연 친화와 환경 보호에 더 적합할지도 모른다. 화장하면서 자칫 많은 생명(벌레)을 죽인다면, 살생을 금하는 불교의 첫 번째 계율도 어기고, 또 연료 낭비도 적지 않다는 지적도 있는 것 같다.

하루가 다르게 급변하는 첨단 과학 시대의 미래 모습과, 산 부모도 제대로 찾지 않는 요즘 자손들의 의식 행동을 비추어 보더라도, 명절 때마다 찾아와 성묘하고 차례 지내 주기를 바라는 마음에서 매장을 고집하는 생각이라면, 마땅히 떨쳐 버릴 때가 되었다고 본다. 물론 누구보다도 정치·사회·경제적인 지도층 인사들이, SK 그룹의 崔鍾賢 회장처럼 미련 없이 화장을 스스로 선택하는 솔선수범을 보여야 한다. 공자가 말한 것처럼, 백성은 풀(草)과 같아서, 지도층의 바람(風)에 따라 휩쓸리기 때문이다.

이올러, 국가 정책과 법제도상으로도 최대한 先導와 뒷받침을 할 필요가 있다. 특히 ‘國立墓地’ 제도를 획기적으로 개혁하는 방안도 신중히 고려해 보아야 한다. 물론 일반 순국 희생자(軍警등)의 경우 화장하여 유골을 안장한다고 하니, 괜찮은 방법이다. 그런데 정부 고위 관직을 지낸 분들만, 널찍한 ‘明堂’ 자리(?)에 높다란 封墳까지 올리는, 우아한 매장법만 계속 고수할 필요가 있을까?

국가 민족을 위해 일생을 공헌하다가 목숨까지 바치신 유공자들을, 국민과 후손들이 공경과 정성으로 禮遇해야 함은 당연하다. 그러나 그분들의 훌륭한 애국과 희생의 '정신'에 있지, 죽은 뒤의 '시신'에 있지 아니하다. 순국 선열들은 오히려 정의와 진리의 생명을 위하여, 육신의 목숨을 초개처럼 몸소 내버리지 않았는가? 그런 분들을 정신상으로 받들기보다는 시신의 안장으로만 모시려고 한다면, 애국 헌신의 본의에도 맞지 않을 것이다. 또 독립 투쟁과 전란의 와중에서 시신조차 수습하지 못한 애국 지사와 전몰 장병이 얼마나 많은가?

장례는 단순한 국토 먼적 잠식의 문제가 아니다. 死後 세계관을 반영하는 중요한 문화 규범이다. 死後에 대한 인식과 목표가 올바로 서지 않으면, 생전의 삶이 제대로 이루어지기 어렵기 때문이다. 죽은 뒤의 肉身과 매장(묘지)에 집착하는 마음이, 생전에는 재물과 권력 욕망에 불타지 않을까? 그런 사람이라면, 설사 법규정상 국립묘지에 묻힐 자격을 갖추었더라도, 결코 국립묘지에 안장할 수 없고, 또 그래서 안 된다. 이는 국가와 민족의 수치이다. 국립묘지는 국가 민족을 위해서 개인의 모든 것을 희생한 분들께만 어울리는 거룩한 곳이다.

요컨대, 국립묘지 안장 제도를 과감히 대폭 개혁할 필요가 있다고 본다. 전통 장례문화와 매장의식을 정말로 혁신하여 묘지의 국토 잠식 문제를 해결하여야 한다면, 누구보다도 국가의 법제도와 정책이 명실상부하게 앞장서고, 다음으로 사회지도층 인사들이 몸소 백성들의 모범이 되어야 한다. 그밖에는 다른 효과적인 방법이 전혀 없다.

從傳統禮法與哲學思想看墳墓發掘與埋葬文化

金池洙*

1999年3月初，在韓國發生一件發掘他人先塋(祖先墳墓)而盜取遺骨，并藉此要恐嚇勒贖而不遂之犯罪。就此前代未聞之獵奇性事件，言論與輿論紛紛沸騰。此種發掘墳墓之犯罪是傳統儒家文化的遺傳，而韓中(臺灣)日東亞三國之刑法對此有明文規定，但社會主義中國則尚無有之。

發掘墳墓之行爲從先秦就有之，其主要目的是爲盜取有財產價值之附葬品。當然其主要標的是王公諸侯等富貴人的墳墓。所以呂氏春秋主張節葬而說：“先王之所惡，惟死者之辱也。發則必辱，儉則不發，故先王之葬必儉。”墨子之所以主張節葬，其實質理由是相通的。

然而富貴人對先亡祖先的墳墓，執迷不悟，依舊厚葬，因而歷代發掘墳墓之犯罪綿綿不絕，尤其貧窮而不肖之後孫犯其祖先墳墓的特別增多。所以歷代王朝之律令對此規定逐漸繁複。在現傳中國律令中，唐律可能是保護私人屍體與墳墓之最初國法，而宋刑統始見‘聽許焚燒’(火葬)之例外規定。至元朝，盛行風水(地理)說，不少士民迷惑於此，竟發掘祖先墳墓而遷葬或賣地。元律始設‘發掘’專條，明律新設‘喪葬’專條，是其特有的歷史發展，而明律附例始有發掘墳墓而盜取遺骨藉此勒贖之犯罪規定。清律是抄襲明律，在律文上全無發展，但其附加條例則日益蕃衍，尤其有數明顯特徵出現。第一，對慣犯因數量加重刑罰；第二，對子孫發掘祖先墳墓的犯罪，特別加重處罰，甚至執行陵遲處死或流四千里等刑外之刑。第三，對盜掘遺骨而藉此勒贖之犯罪，也加重刑罰。

韓國傳統法文化，在基本上與中國大同小異，尤其高麗倣唐律制定律，而朝鮮在經國大典明文規定直接適‘用大明律’之條項。然朝鮮固有的‘受教’法典上有

* 全南大學 法學系 專任講師

‘山訟’專條20餘項。主要內容是圍繞風水地理說上的明堂互相爭奪墓地之犯罪，例如偷葬·遷葬·私掘·掘塚入葬等，與中國有顯然的差異。現代社會人口增加，而土地有限，各國對墓地擴散侵蝕土地之問題，大傷腦筋，須待適當解決。尤其是韓國受到傳統儒教埋葬文化的影響甚大，且近代傳來的基督教復活信仰之偏信支配衆多教徒的意識，所謂左右爲難。其實，所有宗教哲學更注重精神上的孝親於肉身上的孝親。正如中國近代著名哲學史學家康有爲指出，孔子說‘殺身成仁’與‘見危授命’之道德生命的崇高性，而說‘立身行道，揚名於後世，以顯父母，孝之終(完成)也。’佛教是原則上主張火葬，輕視‘生者必滅’的肉身，無須贅言。

基督教的復活問題，對火葬也不成甚大障礙。因爲復活是在天上的聖靈的，而不是地上的肉身的。上帝(天主)的‘全知全能’，在復活死者的靈肉時，毫無條件或問題。所以羅馬天主教并不禁止火葬，而最近韓國天主教也公開推廣火葬文化。

總之，現今國民對喪葬禮法的意識，急需改變，進而對死後精神生命之觀念，更要革新。尤其社會領導階層與富貴人士，應當率先垂範，以身作則，以期創新殯葬文化。