

&lt;논문&gt;

## 형사피고인 자살의 효과\*

### —로마법의 경우—

최병조\*\*

#### 목 차

- I. 머리말
- II. 피고인의 사망
- III. 피고인의 自殺
  - 1. 칙법
  - 2. 법률가
  - 3. 후대의 칙법
- IV. 맺음말

#### [국문 요약]

로마법은 형사피고인이 절차 진행 중에 사망한 경우에는 원칙적으로 모든 것이 종료한다는 법리를 오랫동안 추종하였다. 그러나 제정기에 들어서자 피고인이 자살한 경우를 특별히 규율하기 시작하였다. 일반인의 경우에는 자살 기수만이 문제되었고, 자살자의 재산 몰수 여부가 법률문제였다. 군인의 경우에는 그 특성상 미수범에게 강력한 제제가 뒤따랐다. 하드리아누스

\* [일러두기] 이 논문의 게재심사자 3분의 심사평을 참고하여 오·탈자 등 기계적인 오류를 고치고, 내용면에서도 필자의 의도를 좀 더 명확히 하는 개선이 이루어질 수 있었다. 감사를 표한다. 그러나 주요한 점들에 있어서 동의할 수 없는 지적들이 적지 않았기에 해당되는 곳에서 각주를 통하여 필자의 견해를 밝혔다.

\*\* 서울대학교 법과대학·법학대학원 교수

이후 정착된 법리는 후대까지도 그대로 유지되었는데, 다음과 같이 정리해 볼 수 있다.

① 자살을 '이유 있는' 자살(厭世自殺 유형)과 그렇지 않은 자살(逃避性 自殺)로 구분하여 이 기준을 일관되게 적용하였다.

② '이유 없는' 자살의 경우에 한하여 재산 몰수를 시행하였다. 이 사건의 관할은 원래 형사 사건의 형사관할권이 아니라 국고회계관 담당이었다.

③ 재산 몰수가 시행되기 위해서는 피고인이 死刑이나 重流配刑에 해당하는 重犯罪의 現行犯이거나, 被訴된 상태여야 했다. 피소 상태는 범죄의 소추로 비롯하였다. 따라서 재산 몰수는 자살 자체에 대한 처벌이 아니었다.

④ 재산 몰수의 논리는 도피성 자살은 곧 自白 내지 自判이라는 관념이 뒷받침하였다.

⑤ 그러나 상속인은 자살자의 유죄를 다룰 수 있었다. 입증책임은 상속인이 부담했던 것으로 보인다.

[주제어] 군인, 군인 유언, 로마법, 로마형법, 몰수형, 유언의 실효, 자살, 재산 몰수, 형사 피고인

## I . 머리말

이른바 포괄적 뇌물죄 혐의로 검찰의 조사가 진행 중이었고 그에 따른 기소를 앞두고 있던 시점에 노무현 전 대통령이 자살을 하였다(2009년 5월 23일). 검찰은 곧 모든 절차가 종결되었음을 선언하였다. 이 글은 이 사건을 계기로 고대 로마에서는 피의자 내지 피고인의 자살이 형사법적으로 어떻게 처리되었는지를 살펴보려는 것이다. 이 문제에 관해서는 이미 국내에도 대체적인 내용은 알려져 있다.<sup>1)</sup> 게다가 문제 자체가 비교적 단순한 것이므로 특별히 상세한 연구를 진행한다기보다는 아직 국내에 직접 알려져 있지는 않은 관련 사료를 그저 충실히 소개하는 데 중점을 두었다.<sup>2)</sup>

1) 조규창, 442f.

2) 게재심사자 중 한 분(B)은 소개된 원자료와 관련하여 「원어를 번역하여 소개한 부분과 원어 자체만을 실어 놓은 차이가 있는지? 없다면 독자의 편의를 위해 모두 번역하여 제시하든지, 일관성을 지키는 것이 좋지 않을까요,」라는 의견이다. 이 견해에 대해서는 필자도 기본적으로는 동의한다. 그러나 지면관계도 있고 해서 대체로 본문에서는 번역문도 제시하고, 각주에서는 원칙적으로 원문만 제시하는 절충을 하였다. 지면을 생각해서 원문을 생략하고 번역

법사학의 과제는 여러 가지가 있겠고, 또 학자에 따라서 보는 바가 다양하겠지만,<sup>3)</sup> 적어도 사회적으로 파장이 컸던 사건들의 경우에는 이를 계기 삼아서 관련된 주제에 대한 과거의 법적 경험을 발굴하고 소개하고 분석하고 비교연구하여 일반 법학도는 물론 일반대중에게도 우리 법의 현주소를 더 잘 알릴 수 있는 작업도 보다 활발히 전개할 필요가 있을 것이다.<sup>4)</sup> 그런 의미에서 역사적 법을 있었던 그대로 재현하려는 노력의 중요성은 더 말할 나위 없는 것이지만(대략 「역사적 법사학 방법론」), 역사적 법을 오늘의 관점에서 재조명하고 재구성해 보는 작업이야말로 법사학을 살아있게 만드는 관건이 아닐까 한다(대략 「법학적 법사학 방법론」).<sup>5)</sup> 이런 의미에서 가령 한국법제사를 현대법의 체계에 따라 또 그 개념에 비추어 정리정돈하고 재조명한 김재문의 한국전통법 총서(2007)나 우병창(2006)의 시도는 아직 갈 길이 멀고, 또 자칫 법의 역사성에 대한 몰각으로 귀결될 위험성을 내포하지만<sup>6)</sup> 매우 의미심장한 행보의 시작이라고 평가된다. 서양의 경우에도 역사적 법(특히 로마법)을 유럽의 현대법과 새롭게 접목시키려는 일련의 움직임에 대하여 “신평택텐주의”라는 비판이 제기되고 있는 데에서도 알 수 있듯이, 법의 역사성에 대한 인식과 의식은 법사학의 경우 본질적이다. 그러나 당대적 경험의 관점에서의 전통법에 대한 접근은 연구실천적으로 불가피한 것이고,<sup>7)</sup> 당대 법률가들과의 소통(‘aggiornamento’)을 위해서도 필수적이다.<sup>8)</sup> 다른 한편으로 지금까지는 거의 행해진 바 없지만, 우리

---

문만 제시하는 방안도 고려해 볼 수 있는데, 첫째로 독자의 대부분이 원문을 접하기 힘든 사정을 고려하고, 둘째로 번역문이 원문과 함께 제시되어야 독자가 오역이나 부적절한 번역의 문제점을 지적할 수 있으며, 셋째로 필자 자신도 내용적인 파악에 있어서 번역문은 방편이고 원문에 의존할 수밖에 없으므로 가능하면 원문은 반드시 제시한다는 것을 필자의 원칙으로 삼고 있다. 양해를 구한다.

- 3) 심희기, 43ff.; 정공식 II, 497ff.; 정공식 III, 111f. 보다 일반적으로는 최종고·김상용, 11ff.
- 4) 가령 심희기, 406ff.(12.12와 5.18 관련); 528ff.(의붓아버지의 성폭력 관련); 554ff.(1980년대 국가안보 이태올로기 관련) 등은 이러한 예를 보여준다.
- 5) 가령 심희기, 464ff.(정소기한법과 시효취득법 관련)는 이러한 예에 해당한다. 또한 정공식 II, 500+nn.10-11.
- 6) 정공식 II, 500 n.12는 이런 관점에서 우병창(2006)의 기초가 된 그의 박사학위논문(1996)에 대하여 매우 비판적이다.
- 7) Wieacker, 368-370.

전통법을 기점으로 삼은 역사적 법끼리의 비교도 전통법을 또다른 거울에 비춰볼 수 있는 작업이라는 점에서 수행해 볼만한 가치가 있을 것이다. 가령 <大典後續錄> 이후 숙종 24년(1698년)까지 155년간의 敎令을 모은 <受敎輯錄>과 서양중세 나폴리-시실리 노르만왕국의 <Liber Augustalis>(帝王律典, 1231)를 비교한다든지,<sup>9)</sup> 로마의 소송방식서(formulae)를 영국의 소송영장(writs)과 세밀하게 비교해 본다든지, 아니면 보다 小主題의 영역에서는 가령 還退를 대응하는 그리스법의 *πρόσις ἐπὶ λύσει*와 비교하여 법교의학적 思考가 제한된 가운데 생활상의 필요에 응하여 어떻게 유사한 법형상을 산출하고 그 속에서 법적 사고를 발출시켰는지를 살핀다든가 하면 매우 흥미롭고 재미있을 것이다. 이 글을 말하자면 이런저런 요청에 아주 초보적인 형태로 부응해 보려는 것이다.<sup>10)</sup>

8) 정공식 I도 이러한 사정을 잘 보여준다.

9) 게재심사자 중 한 분(A)은 이 부분에 대해 「“受敎輯錄”이 무엇인지는 과묵한 평자가 알지 못한다. 관련 reference가 제시되었으면 한다. Liber Augustalis에 대하여도 그것이 프레데릭 2세가 13세기 시실리의 법령을 정리한 문헌(Constitutions of Melfi)이라는 취지의 설명이 뒷받침되지 않으면, 독자가 저자의 의도를 간파하기 매우 어려울 것이다.」라는 소견이었다. 그래서 전자에 대해 약간의 내용적인 설명을 부가하였다. 그러나 원론적으로 보면, 이러한 지적은 독자의 수준을 너무 무시하는 처사라고 생각된다. 한국법제사에 대한 상식이 있는 독자라면 <수교집록>이 무엇인지 이미 잘 알 것이고, 그렇지 않다면 치더라도 오늘날 누구라도 쉽게 <수교집록>이 무엇인지, <Liber Augustalis>가 무엇인지 정도는 바로 검색해서 알아낼 수 있기 때문이다. 이런 종류의 기본적인 사항에까지, 그것도 전체 논문에서 그저 주변적인 역할만을 할 뿐인 것들에 대해서, 설명이나 참고문헌을 표시한다면 글이 너무 번잡해 질 위험이 있다.

10) 이 부분에 대하여 이 논문의 게재심사자 A는 「논문의 나머지 부분과 유기적으로 연결되어 있거나, 나머지 부분의 도입에 반드시 필요한 수준의 충분하거나 필요한 논의라고 읽혀지지도 않는 듯 하다. 아예 삭제하거나, 이 부분을 유지하려면, 좀 더 충실한 논의가 필요할 듯하다.」고 하고, 또 한 분(B)도 「논문의 서문에서 법사학적 방법론에 대해 비교적 길게 언급하고 있으나, 필자가 밝힌 바처럼 역사적 사실을 현실적인 시각으로 재조명하거나, 비교법적인 검토를 통해 무언가가 도출되었는지는 본 심사논문에서 찾을 수가 없습니다. 단지 로마법의 관련 주제에 대한 내용의 소개에 국한된 것으로 보이는데, 서문이 지나치게 장황하고 본문의 내용을 넘어서고 있다는 점에서 축소 내지는 내용의 조정이 필요해 보입니다.」라는 부정적인 의견을 밝혔다. 모두 일리가 있는 지적이지만, 필자가 말하고자 한 것은 현행법을 공부하는 입장에서 역사적 법에 대한 비교검토가 좀 더 활발히 이루어졌으면 한다는 것(그리고 이러한 작업은 어떤 현실적인 계기가 있을 때 특히 관심의 대상이 될 수 있으므로 그러한 계기를 가급적 살피는 것)과, 또 법제사 연구도 시야를 좀 더 넓혀서 다양한 차원의 비교연구가 수행되었으면 좋겠다는 취지였을 뿐이다. 본 논문의 목표가 결코 거창한

## II. 피고인의 사망

로마법에서는 고소·소추(postulatio, delatio)로 인하여 형사피고인의 지위에 놓이게 된 자가 절차의 진행 중에 사망한 경우에는 어떤 단계에 있었든 절차 자체가 종료하고 피고인의 지위(reatus)와 형벌의 제재가 모두 소멸하였다(Crimen extinguitur mortalitate). 이것은 적어도 티베리우스까지는 확실하게 확인되는 확립된 법리였다.<sup>11)</sup> 범죄 책임을 귀속시킬 주체의 소멸로 더 이상의 형사소추가 무의미해졌기 때문에 피고인 자신에 대해서 그러한 것은 물론, 그의 상속인들에게도 피상속인의 형사책임은 일신전속적인 책임으로서 대물림되는 것이 아니었기에<sup>12)</sup> 이 점은 당연한 것이었다. 아주 중대한 범죄(大逆罪와 反逆罪)의 경우에는 예외였다.<sup>13)</sup> 물론 소추 이전에는 처벌 자체가 안 되므로<sup>14)</sup> 소

---

것이 아니라 로마법의 사료를 소개하는 데에 중점을 둔다는 것은 모두에서 분명히 밝힌 바 있다. 글을 쓰면서 반드시 주제와 필연적인 관련성이 있는 내용만을 다루어야 한다는 법칙이 있다면 또 모를까, 현금의 연구상황과 장차의 과제에 대한 필자 나름의 제안이라면 제안을 그러한 필연성의 홉결을 이유로 굳이 삭제해야 한다고는 생각되지 않기에 이 부분을 살려두었다. 다만 애초에 다소 긴 데도 불구하고 전제하였던 Franz Wieacker의 번역문은 난삽한 번역을 지적하신 A의 의견도 참작하여 생략하였다.

11) Wacke II, 54 n.124; 60f.; Volterra II, 305f.; Falchi, 22; Ermann, 39 n.119. 전거로 인용되는 것은 공화정기에 대해서는 Valerius Maximus, *Memorabilia* 9.12.7이고, 제정기에 대해서는 Tacitus, *Annales* 6.29이다. 후자는 길더라도 인용해 볼 가치가 있는데, 타키투스의 <연대기>는 국내 번역본이 있으므로 그것을 참조하기 바란다.

12) 민사상의 불법행위 책임도 대물림되지 않는다는 것이 로마법의 ‘가장 확실한’ 입장이었으므로 이는 자명한 것이었다. 민사 불법행위 책임에 관해서는 Gai. 4.112: est certissima iuris regula ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competere nec dari solere.

13) D.48.4.11 Ulpianus 8 disputationum.

Is, qui in reatu decedit, integri status decedit: extinguitur enim crimen mortalitate. nisi forte quis maiestatis reus fuit: nam hoc crimine nisi a successoribus purgetur, hereditas fisco vindicatur. plane non quisque legis Iuliae maiestatis reus est, in eadem condicione est, sed qui perduellionis reus est, hostili animo adversus rem publicam vel principem animatus: ceterum si quis ex alia causa legis Iuliae maiestatis reus sit, morte crimine liberatur.

후대에 이르기까지 보면 공물절도(peculatus), 공금횡령(residui crimen) 등으로 더욱 확대되었던 이러한 예외는 그리스도교와 함께 異端(haeresis), 背教(apostasia)까지로 확대되었다. Volterra II, 488ff.

14) Schol. 1) ad Bas.60.53.5 (Heimbach V, p.887):

Unde si deliquerit, nondum vero delatum sit crimen, puniri non debet.

추 전에 사망(자살 포함: Marci-Pap. D.48.21.3.pr)한 자를 상대로 형사절차를 진행시킬 수도 없었다.<sup>15)</sup>

피소 상태에서 자살한 경우에 후속조치가 필요할 남은 문제는, 하나는 사망한 피고인의 葬事 문제이고, 다른 하나는 부가형으로서의 재산 몰수<sup>16)</sup>의 문제이다.<sup>17)</sup> 이 후자는 자살자의 재산을 그대로 둠으로써 상속재산의 일부가 되도록, 그래서 특히 그에 관한 유언 처분을 유효한 것으로<sup>18)</sup> 허용할 것인지, 아니면 이와 관련한 절차를 진행시켜서 범죄가 입증되는 경우에 국고로 몰수할 것인지<sup>19)</sup> 하는 것이다. 이러한 문제들은 아무리 법학자들의 역할이 컸던 로마라 해도 그 성질상 학설에 맡겨서 해결할 수 있는 사안이 아니다. 실제로 이에 대한 법적인 규율은 칙법을 통해서 입법적으로 이루어졌는데, 하드리아누스가 최초로 이 문제를 황제의 권위에 기하여 결정할 때까지는 자살자의 경우에도 특별한 법적인 조치가 없었으므로 일반적인 自然死 사망자의 경우와 마찬가지로 취급되었다.<sup>20)</sup> 이로 인해 피소된 重犯人이 유죄판결(사형 또는 추방형)과 재산

15) D.48.1.3 Ulpianus 35 ad Sabinum.

Publica accusatio reo vel rea ante defunctis [permittitur] <perimitur>.

16) D.48.20.1.pr-3 Callistratus 1 de iure fisci et populi.

Damnatioe bona publicantur, cum aut vita adimitur aut civitas, aut servilis condicio irrogatur.

(유죄판결로써 생명이나 시민권이 박탈되거나, 또는 노예의 지위가 부과됨과 동시에 재산이 몰수된다.)

Wacke II, 52f.; Wacke I, 465ff.; Mommsen, 1005ff.

17) Cf. C.7.66.3 Alexander Severus (a.228).

Si is, qui adeptis bonis in exilium datus appellaverit ac pendente provocacione defunctus est, quamvis crimen in persona eius evanuerit, tamen causam bonorum agi oportet. Nam multum interest, utrum capitalis poena inrogata bona quoque rei adimat, quo casu morte eius extincto crimine nulla quaestio superesse potest, an vero non ex damnatione capitis, sed speciali praesidis sententia bona auferantur: tunc enim subducto reo sola capitis causa perimitur bonorum remanente quaestione.

18) 재산 몰수는 유언능력의 상실을 수반하였다.

D.28.1.8.4 Gaius 17 ad edictum provinciale.

Hi vero, qui ad ferrum aut ad bestias aut in metallum damnantur, libertatem perdunt bonaque eorum publicantur: unde apparet amittere eos testamenti factionem.

19) 몰수(confiscatio)라는 단어 자체에 국고(fiscus)가 포함되어 있는 것에 주목하라.

20) 이러한 상태는 티베리우스 황제 때까지 확실히 확인된다: Val. Max. 9.12.7; Tacitus, *ann.* 6.29. Wacke II, 54; Volterra I, 186f.

몰수 및 매장상의 불명예를 회피할 목적으로 자살을 선택하는 일이 빈번했다고 한다.<sup>21)</sup> 그밖에도 소추에 처한 자가 재산을 빼돌려서 몰수를 막으려는 의도로 입양을 한(adoptio fraudis causa facta) 사례도 있었다고 한다.<sup>22)</sup>

이 글의 계기가 된 사안은 일반인의 자살이 既遂에 이른 경우이므로 일단 이 경우를 중점적으로 살피되, 자살이 未遂에 그친 경우의 관련 사료도 함께 소개하기로 한다. 군인의 경우와 노예의 경우는 부수적으로 언급하기로 한다. 고찰의 주안점은 관련 법리가 어떤 과정으로 성립했고, 또 일단 성립한 법리가 시간이 가면서 변모했는가 하는 점에 두었다.<sup>23)</sup>

21) 조규창, 442 + n.86; Wacke II, 55.

22) D.48.20.7.2 Paulus libro singulari de portionibus, quae liberis damnatorum conceduntur.

... fraudis autem causa adoptio facta videtur, etiamsi non in reatu, sed desperatione rerum per conscientiam, metu imminentis accusationis quis adoptet in hoc, ut ex bonis, quae se amissurum cogitat, portio detrahatur. Wacke II, 54 n.126.

23) 게재심사자 A는 「이 논문은 주로 Wacke가 제시한 여러 문헌을 위주로 자살에 대한 로마법의 입장을 제시하는 것인데, Wacke의 논문에서처럼, 자살 일반, 군인의 자살 및 자살 미수, 노예의 자살등을 주제별로 구분하여 설명하는 선택을 분명히 취하는 것도 아니고, 자살에 대한 일종의 “실체법” 적 논의가 어느 정도 제시되다가, 그 논의가 중도에서 멈추고 각각의 법률가 별로 그 견해를 나열, 소개하는 방식으로 전환한 다음, 그 중 파울루스의 견해를 소개하는 대목에서 “노예의 자살”에 대한 소략한 논의를 제시하고 있는데, 이러한 논문 체계를 선택한 뚜렷한 이유가 명백히 드러나는 것 같지는 않다.」고 피력한다. 또 게재심사자 B도 「서문을 읽으면서 기대한 바와 달리 논문의 본문 자체는 사적인 자료에 대한 소개와 부분적인 번역으로 채워져 있고, 본문의 전체는 개별적인 법률 혹은 학자들의 입장을 나열식으로 서술하는 것으로 비춰지는데, 좀 더 일정한 기준이나 유형에 따른 분류 등을 통해 법사학적 자료소개라고 하더라도 기승전결이 있는 모습이 좋지 않을 까 합니다.」라는 의견을 개진하였다. 「논문의 구성을 분명하게 하기 위해서 소 주제별로 나누고 시각적이고 내용적인 구분이 용이하게 조정하는 것이 필요하지 않을까요,」 하는 지적도 같은 취지일 것이다. 그런데 필자는 분명히 서문의 말머리에서 사료의 소개에 중점이 있음을 밝혔다. 또 법사학 논문으로서 이 논문의 의도는 로마법의 입장에 대한 찬반을 포함한 비판도 아니고, 그 체계적인 재구성도 아니며, 오히려 시간의 흐름 속에서의 그 변천상을 전해지는 그대로 살펴 보려는 것이다. 따라서 학자들의 입장을 그저 나열한 것이 아니라 통시적 관점에서 재 배열한 것이라는 점을 강조하고자 한다. 이 점을 보다 분명히 하기 위하여 약간의 부연을 하였다. 그리고 필자가 ‘Wacke가 제시한 여러 문헌을 위주로’ 했다는데, ‘문헌’이 로마법 원사료를 지시하는 것이라면 (그렇다면 이 ‘문헌’이라는 표현은 통째로 어긋나는 어법이다) 그가 다룬 사료와 필자가 다룬 사료가 일치하는 것은 너무나 당연한 것이대(여기서 다른 것이 사료의 전부이기도 하다). ‘문헌’이 이차문헌을 의미하는 것이라면 필자는 이 지적대로 Wacke가 제시한 여러 문헌을 위주로 작업을 할 수 있었기를 바란다. 안타깝게도 우리나라의 현상황은 그가 참고한 문헌 가운데 많은 것을 ‘지금 이 자리에서’ 접할 수가 없는 실정

### Ⅲ. 피고인의 自殺

#### 1. 칙법

자살<sup>24)</sup>은 로마법에서 기본적으로 금지되어 있지 않았다.<sup>25)</sup> 피고인이 자살한 특수한 경우에 새롭게 발생하는 법률문제는 자살자의 재산 몰수 여부였다.<sup>26)</sup> <학설취찬> D.48.21 *De bonis eorum qui ante sententiam vel mortem sibi consciverunt vel accusatorem corruerunt*과 <칙법취찬> C.9.50 *De bonis mortem sibi conscientium*가 그 章 제목에서 알 수 있듯이 이 문제의 사료 본거이다. 이 문제 자체에 관한 한, 후기 고전기의 율피아누스에 이르면 하드리아누스와 피우스의 관련 칙법들 (constitutiones)의 내용이 이미 오랫동안 현행법으로서 준수되어 온 바이므로, 다음 개소가 보여주듯이 이를 引用하는 경우에 어느 황제의 것이라고 특정할 필요도 못 느꼈던 것 같다.<sup>27)</sup> 후대의 바실리카 법전도 황제 이름을 전혀 거명하지 않는다. 사료에 자살의 동기와 관련하여 형사절차를 면하려는 逃避性 自殺과 이와 무관한 厭世自殺<sup>28)</sup>을 구별하는 문구가 거의 동일하게 반복되어 나타

---

이다. 그렇다고 이 소고를 위하여 광범위한 투자를 할 수도 없는 형편이었으므로 사료를 해석하는 과정에서 Wacke를 포함하여 필자에게 가용한 한정된 문헌을 비판적으로 이용하는 것 외에는 달리 방법이 없었다. 필자가 Wacke를 무조건적으로 추종한 것이 아님은 글을 읽어보면 알 것이다.

24) 고대 로마의 자살 일반에 관해서는 또한 Minois, 61ff.

25) 상세는 Wacke II, 47-50.

26) 상세는 Wacke II, 52ff. 단 은혜 차원에서 자식들에게 일정한 재산의 몫을 남겨주었다. Wacke II, 62f.+nn.119-120.

27) 게재심사자 B는 「가독성 내지 독자의 이해를 높일 수 있도록 문장의 표현을 다듬는 것, 혹은 지나치게 축약된 부분에 대한 수정이 필요할 것으로 보입니다.」라는 의견을 제시하면서 이 문장을 예로 들었다. 특히 “이를 인용하는 경우에 ~ 필요도 못 느꼈던 것 같다” 부분은 밑줄로써 강조하였다. 그러나 솔직히 왜 이 문장이 문제시되어야 하는지 필자로서는 이해가 가지 않기에 그대로 두었다.

28) 엄밀히 말하면 도피성 자살과 이를 제외한 다른 동기들에 의한 자살로 구분해야 하는데, 이들 동기 중에 주요한 것들(厭世, 身病 비관, 고통, 수치심 등)이 厭世의 범주에 속하므로, 비록 사료에 언급된 정신착란, 狂氣나 誇示慾까지 포섭하기에는 다소 무리가 있지만, 편의상 厭世自殺이라 칭한 것이다. 조규장, 441도 이 용어를 사용한다. 고대 로마에서의 염세 자살



나는 것은 법규로서의 칙령의 규정을 그대로 답습하고 있기 때문이다. Marcianus는 전자를 ‘(정당한) 이유 없는’(sine causa, D.48.21.3.6; nulla iusta causa praecedente, D.48.21.3.8) 자살로, 후자를 ‘정당한 이유 있는’(iusta causa praecedente) 자살로 범주화하였다(interesse qua ex causa, D.48.21.3.6). 후대의 비잔틴 법률가 Theodorus는 염세자살을 ‘비난해서는 안 되는’(ὁὐ μεμπτός = non reprehendendus) 자살로,<sup>29)</sup> 또 Thalelaeus는 ‘어여뻐 여길 만한’(ἐλέους ἕξιτοι = miseratione digni)<sup>30)</sup> 자살로 설명하였다.

D.28.3.6.7 Ulpianus 10 ad Sabinum.<sup>31)</sup>

… proinde si ante decesserit, utique testamentum eius valebit, nisi mortem sibi conscivit. nam eorum, qui moti magis quam damnari maluerint ob conscientiam criminis, testamenta irrita constitutiones faciunt, licet in civitate decedant : quod si quis taedio vitae vel valetudinis adversae impatientia vel iactationis, ut quidam philosophi, in ea causa sunt, ut testamenta eorum valeant…)

(… 따라서 그가 그 전에 사망하면 그가 자살한 것이 아닌 한 그의 유언은 항상 유효할 것이다. 왜냐하면 범죄의 결과를 의식해서(conscientia)<sup>32)</sup> 유죄판결을 받기보다 죽기를 더

의 사회문화적 측면에 관해서는 Minois, 65f.

29) Schol. 1) *Theod.* ad Bas.60.53.4(Heimbach V, p.886f).

30) Schol. 1) *Thalel.* ad Bas.60.53.4(Heimbach V, p.887).

31) Bas.39.2.6.7 (Heimbach IV, p.46):

… Et si ante responsum Principis decesserint, valet testamentum eorum : nisi forte conscientia criminis se ipsos interemerint, nec vero ob morbum vel taedium vitae, vel ut Philosophi….

32) 도피성 자살의 동기를 표시하는 데에 사용된 가장 핵심적인 어휘가 conscientia였다. 조규창, 442와 443은 이를 “범죄로 인한 양심의 가책”이라고 옮기고 있다(同旨 Marotta, 350 n.287 : ‘rimorso’). 그러나 범죄를 저지른 사람이 자살하는 경우가 모두 양심의 가책을 받아서 그런 것이 아님은 (죽어버린 사람의 내심의 문제가기 때문에 100% 확실성을 가지고 이야기하기는 빙하지만) 人間事가 보여주는 경험적 사실에 속할 것이다. 그렇다면 양심의 가책을 받아서 자살한 사람을 특별히 불이익 취급하는 로마법의 태도도 문제가 없다고는 할 수 없고, 무엇보다도 조규창 자신이 442면에서 피소된 重犯人이 유죄판결의 불이익을 회피할 목적으로 자살하는 일이 빈번했고, 이를 저지하기 위하여 하드리아누스가 새로운 규정을 도입한 것이라는 취지로 서술하고 있는데, ‘불이익 회피 수단’인 자살의 경우 이를 반드시 양심의 가책으로 말미암은 것이라고 보는 것도 타당성이 약하다. 관건은 이미 조규창, 442도 지적하듯이 conscientia로 인한 자살은 自白에 해당하는 것으로 평가했다는 점에 있다. 실제로 사료에 쓰인 용례를 보면 conscientia를 criminis, delicti, sceleris로 꾸미든가, 아니면 conscientiae metu와

바란 자들의 유언은 비록 그들이 시민권을 가진 상태에서 사망하더라도 칙령들이 실효로 만들기 때문이다.<sup>33)</sup> 그러나 어떤 자가 삶에 염증을 느껴서거나 나쁜 건강상태를 비관해서 거나 또는 일부 철학자들<sup>34)</sup>처럼 과시욕을 참지 못해서<sup>35)</sup> (자살한 경우<sup>36)</sup>에는 그들의 처

같이 conscientia가 아예 metus를 꾸미든가, 아니면 metu criminis, poenae, sententiae 등이 conscientia criminis etc.를 대체하든가, 아니면 함께 쓰이고 있다. 이 말은 conscientia에 도덕적 어감의 ‘呵責/苛責’(morsus conscientiae) 의미보다는 글자 그대로 ‘우리 자신의 행위에 대한 내적인 앎’(Certa apud animum nostrum scientia factorum nostrorum: Dirksen, s.v. Conscientia § 2, p.194)’이란 의미를 기초로 범죄로 인한 결과에 대한 두려움(metus)까지內呑한, 그래서 심리적 기제 속에 합리적 계산까지 가세해서 유죄판결의 결과를 회피하기 위한 자살을 강력하게 동기화하는, 개념이라고 할 것이다. 그래서 이 글에서는 일관되게 ‘범죄의 결과를 의식해서’ 하는 식으로 읊었다.

33) 同旨 C.6.22.2.1 Diocletianus / Maximianus (a.290) (아래 주 55).

34) 고대 철학자들의 죽음에 대한 관념과 태도에 관해서는 Wacke II, 45-47; Minois, 57ff.

35) Wacke II, 60은 iactationis 대신에 iactatione로 읽으라고 교정 의견을 내고 있다. 그러나 다른 모든 경우들과 비교해 볼 때 자살이 그저 원해서 하는 것이 아니라, 어떤 심리적 상황에 몰려서 거의 필연적으로 일어났을 때에 이유 있는 것으로 판단하고 있으므로, 이 경우에도 단순히 ‘과시하기 위한’ 것이 아니라 ‘과시욕을 억제할 수 없어서’ 자살한 경우로 이해하는 것이 수미일관될 것이다. 원문이 탈격이 아닌 屬格을 쓴 것은 이 또한 impatientia와 연결시키려는 의도라고 보인다. 원문이 오히려 정확한 것이다. 그러나 중국에는 이러한 차이는 별 의미가 없다. 왜냐하면 ‘이유 없는’ 도피성 자살이 아닌 한—그래서 이유의 열거는 한정적이지 아니라 예시적이고 ‘기타 등등’(vel alio modo, vel alia causa, aut aliquo casu)의 이유가 가능했다—, 모두 동일한 취급을 받았기 때문이다(Wacke II, 59 + n.150). 그럼에도 불구하고 정치적 항의의 표시인 자살(cf. Minois, 69f.)만큼은 제정기의 법률가들이 공식적으로 언급할 수 없었다는 점에 관해서는 Wacke II, 46 n.95; 59 n.149.

36) 그리스도교에서 견유학파로 전향했던 Peregrinus Proteus가 165년 올림픽 경기에서 헤라클레스로 등장한 다음 자기 焚身式을 공연하고 焚死한 사례(Wacke II, 60 + n.153.)에 관해서는 영문 번역으로 소개한다.

Lucian of Samosata, *The Passing of Peregrinus* 35 :

Soon the Olympic games were ended, the most splendid Olympics that I have seen, though it was then the fourth time that I had been a spectator. As it was not easy to secure a carriage, since many were leaving at the same time, I lingered on against my will, and Peregrinus kept making postponements, but at last had announced a night on which he would stage his cremation; so, as one of my friends had invited me to go along, I arose at midnight and took the road to Harpina, where the pyre was. This is quite twenty furlongs from Olympia as one goes past the hippodrome towards the east. As soon as we arrived, we found a pyre built in a pit about six feet deep. It was composed mostly of torchwood, and the interstices filled with brush, that it might take fire quickly. When the moon was rising—for she too had to witness this glorious deed—he came forward, dressed in his usual fashion, and with him the leaders of the Cynics, in particular, the gentleman from Patras, with a torch—no bad understudy. Proteus too was bearing a torch. Men, approaching from this side and that, kindled the fire into a very great flame, since it came from torchwood and brush. Peregrinus—and give me your reose attd bron now!—laying aside the

지는 그들의 유언은 유효하다는 것이다…)

Hadrianus(117~138)의 경우 일반인과 군인을 구별하지 않고서 동일한 규율 하에 복속시켰다.

일반인의 경우에 대해서는 방금 인용한 Ulp. D.28.3.6.7 cit. 외에도 다음 개소가 전해진다.

D.48.21.3.5 Marcianus libro singulari de delatoribus.<sup>37)</sup>

Videri autem et patrem, qui sibi manus intulisset, quod diceretur filium suum occidisse, magis dolore filii amissi mortem sibi irrogasse et ideo bona eius non esse publicanda divus Hadrianus rescripsit.

(그런데 자기 아들을 살해했다<sup>38)</sup>고 주장되어 自決했던 아버지도 아들을 잃은 고통으로 自盡했던 것으로 인정되며, 그래서 그의 재산은 몰수해서는 안 된다고 神皇 하드리아누스가 批答<sup>39)</sup>하였다.)

wallet, the reoak, and that notable Heracles-club, stood there in a shirt that was downright filthy. Then he requested incense to throw on the fire, when someone had proffered it, he threw it on, and gazing towards the south—even the south, too, had to do with the show—he said, “Spirits of my mother and my father, receive me with favour.” With that he leaped into the fire, he was not visible, however, but was encompassed by the flames, which had risen to a great height.

(<http://www.tertullian.org/rpearse/lucian/peregrinus.htm>)[2009. 8. 16 최근 접속].

37) Bas.60.53.3.5 (Heimbach V, p.886):

Is etiam, qui sibi mortem irrogant ob filium, quem dicebatur occidisse, videtur dolore filii id facere, et bona eius non publicantur.

38) 문법적으로는 “자기 아들이 살해했다”는 번역도 가능하다. 그렇다면 아들이 살인범으로 사형을 당할 위기에 처한 사안이 될 것이다. 이때에는 아버지가 달리 재산몰수형에 처할 범죄로 피고인이 된 상태여야 할 것이다. Cf. Wacke II, 58 n.145. 통설은 아들·을 살해한 것으로 이해한다.

39) 게재심사자 A는 이 용어에 대하여 「rescriptio」를 “批答”이라는 난해한 표현으로 소개할 경우, 로마법 연구가 불필요하게 esoteric한 작업이 될 우려가 있다. 평심하게 “[황제의] 회신”이라 표현하거나, “勅答”이라 표현하면 어떨까 한다.”라고 지적하였다. 그러나 영어로 esoteric은 쓸 수 있고, 우리 전통법 용어인 批答은 피해야 한다는 생각에는 동의하기 어렵다. 필자는 가능한 경우 우리 전통법의 용어를 살려 쓰는 방안이 적어도 다른 나라의 역사적 법에 대한 용어 선택에 있어서 하나의 좋은 대안일 수 있다는 사견을 이미 밝힌 바 있다. 최병조 II,

군인의 경우에는 자살이 성공한 사안은 다음 개소들이 전해진다.

D.28.3.6.7 Ulpianus 10 ad Sabinum.<sup>40)</sup>

… quam distinctionem in militis quoque testamento divus Hadrianus dedit epistula ad [Pomponium]<Pompeium Orelli> Falconem, ut, si quidem ob conscientiam delicti militaris mori maluit, irritum sit eius testamentum: quod si taedio vel dolore, valere testamentum aut, si intestato decessit, cognatis aut, si non sint, legioni ista sint vindicanda.)

(… 이같은 구별을 군인 유언의 경우에도 神皇 하드리아누스가 폼페이우스 팔코에게 보낸 서신에서 정하였는바, 즉 군사범죄의 결과를 의식해서 죽기를 선호한 경우에는 그의 유언은 실효하고, 반면에 (삶에) 염증을 느껴서거나 고통 때문에 (그런 경우에는) 유언이 유효하거나, 무유언으로 사망했으면 宗族員들에게, 그들이 없으면 軍團에게 그의 재산이 귀속되어야 한다.)

D.29.1.34.pr Papinianus 14 quaestionum.<sup>41)</sup>

Eius militis, qui doloris impatientia vel taedio vitae mori maluit, testamentum valere vel intestati bona ab his qui lege vocantur vindicari divus Hadrianus rescripsit.

(고통을 견디지 못해서 또는 삶에 염증을 느껴서 죽는 것을 선호한 군인의 유언은 유효하고, 무유언자인 경우 그 재산은 법률에 의해서 순위가 되는 자들에 의하여 청구된다 고 神皇 하드리아누스가 批答하였다.)

453 주 14. 그리고 *rescriptio*가 아니라 *rescriptum* (복수 *rescripta*)이다.

40) Cf. Bas.39.2.6.7 (Heimbach IV, p.46):

… Haec vero constitutio etiam in militibus, qui ob militare delictum se ipsos interemerunt, locum habet: et vel *infirmantur testamenta eorum, vel firma manent, vel ab intestato cognati iis succedunt, vel his deficientibus legiones, in quibus erant.*

여기서 중간 부분의 *et vel ~ firma manent* 대목 이후는 분명히 축약과정에서 자살의 구분에 따른 중요한 차이를 빼먹는 바람에 생긴 이상한 문장이다. 무유언 염세자살자의 경우만을 다루고 있는 Schol. 9)도 이 缺落을 보완하지 못하고 있다.

41) Bas.35.21.27.pr (Heimbach III, p.638):

Eius militis hereditas, qui ob morbum vel taedio vitae se ipsum interemit, vel scriptis heredibus, vel ab intestato venienti competit.

또 다음 개소에서 보듯이 실패한 경우에 대해서도 사료가 전해진다.

D.49.16.6.7 Arrius Menander 3 de re militari.

Qui se vulneravit vel alias mortem sibi conscivit, imperator Hadrianus rescripsit, ut modus eius rei status sit, ut, si impatientia doloris aut taedio vitae aut morbo aut furore aut pudore mori maluit, non animadvertatur in eum, sed ignominia mittatur, si nihil tale praetendat, capite puniatur, per vinum aut lasciviam lapsis capitalis poena remittenda est et militiae mutatio irroganda.

(自害했거나 달리 자살을 시도한 자(군인)의 사안의 기준은 다음과 같이 정한다고 하드리아누스 황제가 批答하였다: 즉 ‘고통을 견디지 못해서거나 삶에 염증을 느껴서거나 身病이나 정신착란이나 창피스러워서 죽는 쪽을 선호했던 경우에는 그를 사형에 처하지 않고 불명에 제대시키고, 아무런 그러한 사유를 보여주지 않는 때에는 극형으로 처벌한다.’ (하지만) 술이나 輕薄함 때문에 일탈한 자들에게는 극형이 면제되어야 하며 降等に 처해야 한다.)

Antoninus Pius(138~161)는 하드리아누스의 칙령을 유지하면서 좀 더 명확화·구체화시키는 조치들을 취하였다. 가장 중요한 것은 자살자의 재산몰수의 일반적 요건으로서 그가 범한 범죄가 死刑이나 重流配刑(deportatio)에 해당하는 重犯罪일 것을 규정함으로써 그 범위를 제한한 것과(D.48.21.3.1) 상속인들이 유죄를 다투는 경우에는 이를 허용하고 유죄가 입증되어야만 몰수할 수 있도록 한(D.48.21.3.8) 것이었다.

D.48.21.3.1; 2; 4; 8 Marcianus libro singulari de delatoribus.

(1) Ut autem divus Pius rescripsit, ita demum bona eius, qui in reatu mortem sibi conscivit, fisco vindicanda sunt, si eius criminis reus fuit, ut, si damnaretur, morte aut deportatione adficiendus esset.<sup>42)</sup>

42) Bas.60.53.3.1 (Heimbach V, p.886):

et hoc non simpliciter, sed ita si condemnatio criminis, cuius accusatur, mortem aut deportationem,...

(그런데 神皇 피우스가 批答하였듯이, 소추된 상태로 자살한 자의 재산은 다음 경우에 만 국고로 몰수되어야 하는데, 즉 그가 유죄판결을 받으면 사형이나 重流配刑이 부과되어야 할 범죄의 피고인이었던 경우 말이다.)

(2) *Idem rescripsit eum, qui modici furti reus fuisset, licet vitam suspensio finierit, non videri in eadem causa esse, ut bona heredibus adimenda essent, sicuti neque ipsi adimerentur, si compertum in eo furtum fuisset.*<sup>43)</sup>

(같은 황제는 사소한 절도의 피고인이었던 자는 비록 삶을 목을 매어<sup>44)</sup> 마감했다라도 재산이, 그에게서 절도가 발각되었던 경우에 그 자신으로부터도 박탈되지 않았듯이, 상속인들로부터도 박탈되어야만 하는 지위에 있는 것으로는 인정되지 않는다고 批答하였다.)

(4) *Si quis autem taedio vitae vel impatientia doloris alicuius vel alio modo vitam finierit, successorem habere divus Antoninus rescripsit.*<sup>45)</sup>

(그러나 어떤 자가 삶에 염증을 느껴서거나 어떤 고통을 견디지 못해서거나 또는 달리 삶을 마감하는 경우에는 상속인을 가진다고 神皇 안토니누스<sup>46)</sup> (피우스)가 批答하였다.)

(8) *De illo videamus, si quis conscita morte nulla iusta causa praecedente in reatu decesserit, an, si parati fuerint heredes causam suscipere et innocentem defunctum ostendere, audiendi sint nec prius bona in fiscum cogenda sint, quam si de crimine fuerit probatum: an vero omnimodo publicanda sunt. sed divus Pius Modesto Taurino rescripsit, si parati sint heredes defensionem suscipere, non esse bona publicanda, nisi de crimine fuerit probatum.*<sup>47)</sup>

inferret.

43) Bas.60.53.3.2 (Heimbach V, p.886):

*Ceterum modici furti reus si se interemerit, bona eius non publicantur. [Schol. 2]: quia neque ipse superstes et furti convictus proscriberetur.*

44) 고대의 그리스인들과 로마인들은 목을 매어 자살하는 것을 명예롭지 못하고 고상하지 못한 방식으로 여겼다. 영혼이 기도에서 막혀서 지상으로 떠나지 못한다고 여겼기 때문이다(cf. 우리말의 ‘목숨’). 따라서 그 시체도 不淨한 것으로 여겼다. 상세는 Wacke II, 42-44.

45) Bas.60.53.3.4 (Heimbach V, p.886):

*(bona eius non publicantur) neque eius, qui se interemit taedio vitae, vel dolore morbi, vel alia ex causa.*

46) Wacke II, 58은 이를 Antoninus Caracalla로 본다. 그러나 전후 문맥으로 볼 때 Antoninus Pius임이 분명하다.

47) Bas.60.53.3.8 (Heimbach V, p.886):

*Si heredes rei, qui sine causa mortem sibi conscivit, parati sint eius defensionem suscipere, innocentiae eius*

(어떤 자가 아무런 정당한 사유 없이 자살을 시도해서 피소 중에 사망한 경우에, 상속인들이 소송을 인수해서 亡者들이 無辜함을 밝히고자 하면 聽許해야만 하고 범죄에 관하여 입증되기 전에는 재산이 국고로 몰수되어서는 안 되는지, 아니면 반대로 어쨌든 몰수해야만 하는지의 문제에 관해 살펴보자. 神皇 피우스는 모데스투스 타우리누스에게 (이렇게) 批答하였다: 상속인들이 방어를 인수하고자 하면 재산은 범죄에 관하여 입증되지 않는 한 몰수해서는 안 된다.)<sup>48)</sup>

D.48.21.3.8에서 문제는 자살자의 유죄에 대한 입증책임은 누가 지는가 하는 것이다. 먼저 이 개소는 자살이 정당한 이유에 근거하지 않은 것인 경우, 즉 도피성 자살인 사안을 다루고 있음을 잊지 말아야 한다. 이 상태에서는 국고의 대변인은 일단 재산의 몰수에 들어갈 것이고, 이를 막는 방법은 다른 요건의 흠결, 즉 피고인이 無辜하다는 것이 입증되는 것뿐이다. 피우스의 批答은 피고인 측, 즉 상속인이 이 입증을 위한 피고인 방어에 나서면 그때에는 이를 허용하고 그 결과를 기다려서 범죄가 입증되지 않으면 몰수할 수 없다는 교시인 것이다. 이로 미루어 보건대 피고인이 자살하면 관할 당국에서 그 자살의 도피성 여부를 판단하여<sup>49)</sup> 도피성으로 판명되면 몰수에 나서고, 피고인 측이 방어에

probandae causa, bona eius fiscus non vindicat, antequam crimen fuerit prolatum.

- 48) 이 개소에 대한 오해의 예: Marotta, 351 n.587: "L'aver ricordato l'epistola antoniniana non è senza conseguenze paradossali sull'argomentazione del giurista: il tentativo è punito più gravemente del suicidio andato a compimento. Il primo, infatti, è equiparato immediatamente ad una confessione; il secondo, invece, non consente una subitanea confisca dei beni del reus." 즉, 바로 자백으로 취급되는 자살 미수가 재산 몰수를 가져오지 않는 기수보다 더 심하게 제재 받는 모순을 운위한 것인데, 앞의 전제는 이미 일반론으로서 틀렸고, 뒤의 전제도 현 문맥에서 논점을 잘못 파악한 오류를 범했다.
- 49) 개재심사자 A는 이와 관련하여 「그 자살이 도피성 자살인지, 아니면 염세로 인한 자살인지를 밝히는 단계가 논리적으로 선행되어야 할 것」임을 정당하게도 지적하면서, 「이 단계에서의 입증책임이 누구에게 있는지는 문헌상 분명하지는 않다」고 한다. 그러나 사태의 진전과정을 감안해 보면 자살자의 재산 몰수에 관심이 있는 관할 당국이 도피성 여부를 입증했다기보다는 판정하였을 것으로 추정된다. 이어서 A는 D.48.21.3.8의 nisi de crimine fuerit probatum 구절을 근거로 「무죄추정의 대원칙("in dubio pro reo")은 "자살"이 있었다고 뒤집어지는 것이 아니라, 그 자살이 "염세 자살"이 아니라 "도피성 자살"이라는 점이 입증되어야만 비로소 반복된다는 가설이 오히려 설득력이 있어 보인다.」고 주장한다. 그러나 이 소견은 잘못이다. 왜냐하면 피우스가 도피성 자살의 경우에 상속인에 의한 무죄의 입증을 인정한 동 개소에

나서서 무죄를 입증하는 식으로 일이 진행되었던 것으로 보인다.<sup>50)</sup> Wacke는 D.48.21.3.8이 확실하지는 않지만 피고인 측에 입증책임을 두는 인상을 준다고 하면서, 이것이 로마법의 입장이었음은 그 후의 칙령(C.6.22.2.pr-1)을 통해 확인 된다고 새기는데,<sup>51)</sup> 실제로 이 개소의 규정형식도 D.48.21.3.8과 같은 방식이다. 즉 자살의 성격에 관해서는 사실 차원에서 전제되고,<sup>52)</sup> 이어서 유무죄 여부의 입증은 자살자의 상속인에게 부담되는 것이다. 여기서 C.6.22.2의 사안을 분명히 인식할 필요가 있다. 도피성 자살자의 경우 그 유언이 무효라는 법리는 비록 자살자가 유언을 통해 상속인을 지정하거나 수유자에게 유증했다라도 그 효력이 없다는 것이고, 이것은 그 자살자의 재산이 국고로 몰수되는 데 있을 수 있는 장애가 부존재로 귀착한다는 의미이다.<sup>53)</sup> 즉 이 개소의 사안도 D.48.21.3.8과 마찬가지로 재산몰수사건인 것이다.<sup>54)</sup>

---

서도 드러나듯이 범죄의 유무죄 여부와 자살의 도피성 여부는 전혀 별개의 문제였기 때문이다.

50) Brunnemann II, ad C.9.50 n.2, p.1156은 원하는 경우 무죄 여부에 대한 입증책임을 상속인이 지므로, 그 입증에 실패한 경우 다시 염세자살임을 입증하는 것 역시 상속인의 몫이었을 것이라는 견해이다. 그러나 관할 당국이 도피성 자살로 판정한 이상, 그를 전제로 무죄 입증에 나섰다가 실패한 상속인에게 자살 관련한 판정을 다시 반복하는 절차가 인정되었을 가능성은 희박한 것으로 보인다.

51) Wacke II, 61f.

52) 도피성 자살이 아닌 경우로 전제되고 있음에도 불구하고 자살을 빌미로 유언의 무효가 주장되어서는 안 된다고 하고 있고, 또 상속인이 무죄의 입증에까지 나선 것으로 볼 때, 어쩌면 일반인들의 관념도 피고인이 자살을 하면 일단은 도피성 자살로 여겼거나 그쪽으로 판정이 내려지리라고 예상했던 것 같고, 그래서 그에 따라 반응했던 것 아닌가 싶기도 하다. 자살 발생 시에 일단 재산몰수 조치부터 취하고 보는 일이 없었을 것이라는 보장도 없다. 어쨌든 批答은 문의한 사안에 대하여 회답하는 것이었으므로 당사자들 사이에 일이 진행된 모습은 법규범의 차원에서 보면 터무니없는 주장이나 반응도 일상적이었고, 그래서 批答의 구체적인 사안을 고려하지 않은 채 이를 무조건적으로 일반화하는 것은 위험한 해석방법이다.

53) 위 주 18 참조.

54) 이 점을 게재심사자 A는 오인하였다. 그는 D.48.21.3.8은 재산몰수사건에, C.6.22.2.pr-1은 가령 법정상속인과 유증 수혜자 간의 민사사건에 관한 것으로 이해하면서, 전자는 「범죄입증의 부담은 국고(fiscus)를 대변하는 procuratores)에게 있다는 취지」이고, 후자는 「유언의 효력을 다투어 재산을 회복하려는 원고가 입증책임을 부담한다는 취지」라고 새긴다. 그러나 국고가 범죄의 입증책임을 부담하지 않는다는 점은 이미 밝혔다(형사소추 자체가 국가의 임무가 아니었던 사실을 상기하라). 후자의 경우 유언의 효력을 다투어 재산을 회복하려는 자는 법정 상속인일 텐데, 동 개소에서 입증을 하는 m는 의심의 여지없이 유언상속인이고, 또 그 입증



C.6.22.2.pr-1 Diocletianus / Maximianus (a.290).

Si is, qui tecum uxorem tuam heredem scripsit, quando testamentum ordinavit, sanae mentis fuerit nec postea alicuius sceleris conscientia obstrictus, sed aut impatiens doloris aut aliqua furoris rabie constrictus se praecipitem dedit, eiusque innocentia liquidis probationibus commendari potest a te, adscitae mortis obtentu postremum eius iudicium convelli non debet.

(1) Quod si futurae poenae metu voluntaria morte supplicium antevenit, ratam voluntatem eius conservari leges vetant.

(그대와 더불어 그대의 아내를 상속인으로 기재했던 자가 유언을 작성했을 때 제 정신 이었고 그 후에 어떤 범행의 결과에 대한 심리적 압박에서가 아니라 고통을 견디지 못해 서거나 또는 정신착란의 광기에 의해 투신자살한 것이고, 그의 無辜함이 명백한 증거로써 그대에 의하여 입증될 수 있으면, 자살을 구실로 그의 終意決定이 無力化되어서는 안 된다.

[1] 장차 처벌받을 것을 두려워하여 자발적인 사망으로 형벌을 피한 경우에는 그의 의사(유언)가 추인되어 유지되는 것을 법률은 금지한다.<sup>55)</sup>

이 개소와 관련하여 자살자가 이미 피소되었는지가 불확실하다는 견해<sup>56)</sup>가 있는데, 이것은 오류이다. 사실관계를 압축적으로 포함시키거나 또는 암묵적으로 전제한 가운데 법교시를 내리는 勅答의 일반적인 경향을 염두에 둘 때, 하드리아누스 황제 이후로 이미 확립된 법리와 그 법리가 규율하고자 하는 사실관계의 유형을 벗어나는 결정을 내린 것으로 볼 하등의 이유가 없기 때문이다. 확립된 법리를 전제로 할 때 이 批答은 아무런 모순 없이 아주 매끄럽게 읽힌다.

3세기부터 자살자의 미망인과 결혼하는 자는 破廉恥의 제재가 따랐다.<sup>57)</sup>

---

의 내용도 자살자의 무죄여서 이것이 입증되면 유언이 오히려 유효로 귀착할 것이다. 동 개소도 재산물수사건을 다룬 것이다. 「저자의 견해는 그가 매우 의존하는 Wacke의 논문의 결론에 과도하게 영향 받은 듯」하다는 A의 추측은 Wacke를 비판적으로 참고한 필자의 견해에 대하여 A 자신의 틀린 이해를 전제로 해서 내려진 잘못된 평가라고 생각한다.

55) 同旨 Ulp. D.28.3.6.7 cit. (위 주 33).

56) Wacke II, 62 n.157.

## 2. 법률가

칙법이 있는 모든 경우에 그렇듯이 법률가들의 역할은 칙법의 해석·적용에 집중되었다.<sup>58)</sup> 시간순으로 살펴본다(괄호 속의 연도 표시는 대략적인 주요활동 기간이다).

### 1) Neratius(\*ca. 50; cos. suff. 87)

네라티우스를 인용하고 있는 율피아누스의 다음 개소는 로마인들이 자살을 도피성 자살과 厭世自殺로 구분한 것이 하드리아누스에 의해 처음으로 행해진 것이 아님을 보여준다. 실제로 로마인들의 자살 관념은 철학(특히 스토아)으로부터 많은 영향을 받았다.<sup>59)</sup> 도피성 자살자의 경우에는 관습상 망자의 추도행사가 금지되었다. 특히 不淨탄 방식이었던 목을 매어 죽은 자들의 경우에는 고래로 매장이 거부되었다.<sup>60)</sup> 하드리아누스 이후의 칙법도 이 부분을 건드리지는 않았다. 도피성 자살자는 결국 전이나 후나 유죄가 확정된 중범죄자에게 적용되었던 조치의 제약을 받았다.<sup>61)</sup>

D.3.2.11.3 Ulpianus 6 ad edictum.

Non solent autem lugeri, ut Neratius ait, hostes vel perduellionis damnati nec suspensiosi nec qui manus sibi intulerunt non taedio vitae, sed mala conscientia: si quis ergo post huiusmodi exitum mariti nuptum se collocaverit, infamia notabitur...

57) Minois, 71.

58) Archi, 1433ff.는 이 문제에 관한 하나의 전형적인 예를 제공한다.

59) Bynkershoek, 345; cf. Seneca, *Controversiae* 8.4(주제가 「자살자는 매장하지 않고 遺棄되어야 한다」이다).

60) Servius grammaticus, *Commentarius in Vergilii Aeneidos libros* 2, ad 12.603: sane sciendum quia cautum fuerat in pontificilibus libris, ut qui laqueo vitam finisset, insepultus abieceretur: unde bene ait 'informis leti', quasi mortis infamissimae; Wacke II, 44 n.79; 47.

61) Wacke II, 43f.; 조규창, 442 n.89.

(그런데 네라티우스가 말하듯이, 國敵이나 반역죄 유죄판결을 받은 자, 또 목매 죽은 자들과 삶에 염증을 느껴서가 아니라 범죄의 결과를 의식해서 자결한 자들은 추도하지 않는 것이 관례이다...)

大修辭學者였던 Quintilianus(ca. 35-ca.96)를 저자로 내세웠으나 그의 저작이 아닌 웅변연습서 *Declamationes minores*(1~2세기)의 第299題를 보면 「근친살해범의 뼈를 파내다」(*Ossa eruta parricidae*)라는 제하에 아버지가 죽으면서 딸에게 자신이 두 아들이 준 毒으로 인해 죽는다고 하면서 복수를 부탁하고, 딸이 두 사람을 소추한 다음에 그 중 1인이 자살을 해서 조상들의 묘소에 묻히고, 나머지 1인은 유죄판결을 받아서 사형당한 뒤 매장되지 못하고 放棄되었는데(*alterum cum damnasset et insepultum proiecisset*), 딸이 동시에 매장되었던 다른 형제의 뼈를 파내서 遺棄한 결과 분묘침해죄(*crimen sepulchri violati*)<sup>62)</sup>로 소추된 사안을 설정한 것이 나온다.<sup>63)</sup> 피고인의 장례와 관련하여 당시의 일반의 관념 내지 범상태를 보여주는 것으로 판단된다.

## 2) Florentinus(161~211)

법률가들 중 재산 몰수 문제를 다룬 가장 이른 사료는 플로렌티누스의 것으로 추정된다. 이 단편은 중범죄를 범한 피해방자가 재산 몰수를 당하는 경우에도 그를 해방시킨 前主人인 보호자는 피해방자가 自然死하면 받았을 그의 유산의 몫은 국고로 몰수당하지 않는다는 보호자의 특권을 다룬 후,<sup>64)</sup> 피해방자

62) 이 글을 마무리 짓는 중에 8월 15일 영화배우 겸 텔레비전연출가 최진실 씨의 유골함이 보관 장소가 훼손된 채 사라졌다는 뉴스가 있었다. 이 기회에 분묘침해죄에 대한 비교법적 고찰을 해 보는 것도 흥미로울 것이다. 최진실씨가 자살로 생을 마감한 분이라는 것도 예사롭지가 않게 느껴진다.

63) Quintilianus, CCXCIX, pp.180-182. 특히 그곳의 문제제기(*Sermo*) 부분 참조: *hinc speciales quaestiones, utrum lex damnatum tantum parricidii, an revera parricidam prohibeat sepeliri? an ille parricida fuerit?*

64) D.38.2.28.1.pr-1 Florentinus 10 institutionum.

*Si in libertinum animadversum erit, patronis eius ius, quod in bonis eius habituri essent, si is in quem*

가 자살하는 경우에도 이처럼 유죄판결을 받은 자(damnatus)의 경우와 동일하게 취급한다는 내용이다.

D.38.2.28.1.pr Florentinus 10 institutionum.

Eadem servantur in bonis eorum qui metu accusationis mortem sibi consciverint aut fugerint, quae in damnatorum bonis constituta sunt.

(소추를 두려워하여 자결하거나 도주한 자들의 재산에 관해서는 유죄판결 받은 자들의 재산에 관하여 정해진 바가 동일하게 준수된다.)

플로렌티누스가 “소추를 두려워하여” 운운 한 것은 염세자살이 아닌 도피성 자살임을 표현한 것이다. 그러면 이러한 ‘도피성 자살 = 유죄판결’이라는 결정은 정당한가? 이것은 물론 ‘도피성 자살 = 自服’이라는 논리와 ‘自服 = 유죄판결’이라는 논리의 축약적 결합 이외의 방식으로는 설명될 수 없을 것이다. 실제로 로마인들은 자살은 곧 범죄의 自服이라는 경험칙에 따른 해석을 전개하였다.<sup>65)</sup> 피우스의 결정 중 하나(Marci. D.48.21.3.8 cit.)는 바로 이러한 해석을 전제로, 그러나 이것은 또 어디까지나 추정일 뿐<sup>66)</sup>임을 인식해서 상속인들에게 반대의 입증을 허용했던 것이었다. 사실 ‘자살 곧 自服’이라는 논리는 D.48.21.3.pr에 의하면 통설(placuit)이었다. 즉 반대가 입증되지 않는 한 자결한 피고인을 아예 ‘자백한 자’(confessus)와 같이 생각했다.

---

animadversum est sua morte decessisset, eripiendum non est. sed reliquam partem bonorum, quae ad manumissorem iure civili non pertineat, fisco esse vindicandam placet.

Wacke II, 69f.

65) Seneca, *Controversiae* 8.4 :

... quod solum scio, scelus cogitat (sc. homicida in se). Nescio cuius sibi criminis conscius confugit ad mortem, cuius inter scelera etiam hoc est, quod damnari non potest...

(내가 아는 것은 오직 그자살자가 생각하는 것은 범죄라는 것이다. 모르던 몰라도 그는 어떤 범죄를 의식해서 죽음으로 도피한 것이다. 그의 범죄 중에는 또한 이것도 들어 있다. 즉 유죄선고될 수 없다는 것 말이다.)

66) Brunneemann II, ad C.9.50 n.2, p.1156: “nam ex sui interfectione oritur praesumpta confessio.”

D.48.21.3.pr Marcianus libro singulari de delatoribus

... non enim facti sceleritatem esse obnoxiam, sed conscientiae metum in reo velut confesso teneri placuit...

(... 이상의 이유는 통설이 ‘이 행위[=자살]의 범죄성이 해로운 것’이라고 보는 것이 아니라, [절차에 진입하여] ‘범죄결과를 아는 데에서 오는 두려움이 自白者로서의 피고인 안에서 발휘된다’라고 보기 때문이다...)

그러면 ‘自服 = 유죄판결’이라는 등식은 성립하였는가? 비록 군인의<sup>67)</sup> 자살 未遂 사안에 관한 것이기는 하지만, 마르키아누스의 입론은 또한 이러한 방향의 논리를 고려했던 것으로 보인다. 말하자면 ‘자살 = 자기 유죄판결’이라는 것이다. 이 자기 판결 속에 포함된 ‘스스로를 봐주지 않았음’은 죄를 자백한 것 이상의 확고한 유죄판정이라고 평가한 것이다. 따라서 자살미수자의 경우에는 혐의가 있는 범죄로 더 이상의 증거조사 없이 바로 유죄판결을 내려야 한다 (omnimodo puniendus).<sup>68)</sup>

D.48.21.3.6 Marcianus libro singulari de delatoribus.<sup>69)</sup>

Sic autem hoc distinguitur, interesse qua ex causa quis sibi mortem conscivit : sicuti cum quaeritur, an is, qui sibi manus intulit et non perpetravit, debeat puniri, quasi de se sententiam tulit. nam omnimodo puniendus est, nisi taedio vitae vel impatientia alicuius doloris coactus est hoc facere. et merito, si sine causa sibi manus intulit, puniendus est : qui enim sibi non pepercit, multo minus alii parceret.

(그런데 이것은 어떤 이유로 어떤 자[군인]가 자살했는지 중요하게 되는 방식으로 구별되는데, 자결을 시도했으나 既遂에 이르지 않은 자는 마치 자신에 관하여 (스스로) 판

67) Wacke II, 63 n.160.

68) Wacke II, 64.

69) Bas.60.53.3.6 (Heimbach V, p.886) :

Qui sibi manus intulit sine causa, nec peregit, punitur, quasi in se sententiam tulit. Qui enim sibi non pepercit, neque alii parceret.

결을 내린 것으로서 처벌받아야만 하는지가 문제되는 경우처럼 말이다. 왜냐하면 삶에 염증을 느껴서거나 어떤 고통을 견디지 못해서 이런 짓을 하도록 강요된 경우가 아니면 절대적으로 처벌해야만 하기 때문이다. 그리고 아무런 이유 없이 자결을 시도한 경우에 처벌해야만 하는 것은 정당한 것이다. 왜냐하면 스스로를 봐주지 않은 자는 다른 자는 더 적게 봐줄 것이기 때문이다.)

자백자를 유죄판결을 받은 자와 같이 보는 관점은 파울루스의 다음 개소에 서는 더욱 분명하게 드러난다.

D.42.2.1 Paulus 56 ad edictum.

Confessus pro iudicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur.

(自白者は 유죄판결을 받은 자에 해당하는데, 이 자는 어느 의미에서 자신의 판결로 유죄판정이 되는 것이다.)

그렇다면 플로렌티누스의 논리는 수긍할 수 있을 것이다.<sup>70)</sup> Diocl./Max. C.6.22.2.pr(a.290) cit.에서 “자살을 구실로” 삼는다는 것도 자살하면 바로 유죄로 추정하는 실무를 전제한 것이다(입증책임에 관해서는 전술). 마르키아누스 단편의 마지막 구절은 자신의 목숨도 소중히 하지 않았던 자라면 남에 대한 배려가 어떠할지는 不問可知라는 것이고, 결국 그런 자라면 혐의가 있는 범죄를 저질렀을 것이라는 추정이 충분히 가능하다는 논법이다.<sup>71)</sup> 이러한 논법은 율피아

70) 자살을 自服으로 본다고 해서 공모자들 중 1인이 자살한 것이 다른 사람들에게까지 自白으로 치부될 수 없음을 법원리상 당연하다. Wacke II, 64f.는 이 점을 해석이 쉽지 않은 다음 디오클레티아누스의 比답을 통해서 밝혀내고 있다(개소 표시가 C.9.2.19로 틀려 있다).

C.9.2.12 Diocletianus / Maximianus (a.293).

Factum sponte se praecipitantis innocenti criminis periculum adferre non potest.

(자발적으로 투신하는 자의 행위는 범죄에 無辜한 자에게 위험을 가할 수 없다.)

71) 이 부분에 대한 물어해의 예는 Marotta, 350 n.287: “In questa frase è tutto l'errore popolare per il suicidio, atto incomprensibile, apooratore di mali per l'intera comunità, Ma il discorso del giurista risulta, per molti versi, incomprensibile.” 또 그로 인한 텍스트 수정 고려 등등.

누스도 노예가 자살을 시도한 경우에 대해서 구사한 바가 있는데,<sup>72)</sup>老세네카(L. Annaeus Seneca, ca. 55 BC-ca. 39 AD)의 영향이 간취된다: *Controversiae* 8.4: Nihil non ausurus fuit qui se potuit occidere (“스스로를 살해할 수 있었던 자가 감행할 수 없었을 것은 아무 것도 없는 법이다”).<sup>73)</sup> 자살의 동기는 물론 법이 정하는 유형에 따라 구별되었다.

### 3) Papinianus(170~212)

파피니아누스의 경우에도 군인에 대한 것(Pap. D.29.1.34.pr cit.)과 일반인에 대한 것이 모두 전해진다. 통설에 충실한 내용들이다.

D.48.21.3.pr Marcianus libro singulari de delatoribus.

… Papinianus tamen libro sexto decimo digestorum responsorum ita scripsit, ut qui rei criminis non postulati manus sibi intulerint, bona eorum fisco non vindicentur: …

(… 그렇지만 파피니아누스는 <정돈해답록> 제16권에서 범죄로 피소되지 않은 상태로 자결한 자들의 재산은 국고로 몰수되지 않을 것이라고 기술하였다: …)

### 4) Menander(193~217)

메난더는 이미 살펴보았듯이 기본적으로 하드리아누스의 批答을 報告하는 글만이 전한다(D.49.16.6.7 Arrius Menander 3 de re militari. cit.). 하드리아누스는 군인의 경우에는 바로 군인이라는 특수 신분 때문에 자살미수자도 모두 제재하였다. 단 염세자살 미수자는 사형 대신에 불명예 轉役(missio ignominiosa)에 처했다. 그 밖의 자살 미수자는 피고인 지위에서 자살로 도피한 경우(일반인의 도피성 자살 해당)는 물론이고, 이외에도 염세 등으로 인한 것이 아닌 모든 경우

72) Ulp. D.21.1.23.3(아래 주 80): … tamquam non nihil in alium ausurus, qui hoc adversus se ausus est.

73) Wacke II, 64 n.165.

(*nihil tale*)에 사형에 처하였다. 군인으로서의 직분을 회피하기 위하여 자살을 기도한 경우가 이에 해당한다.<sup>74)</sup> 自害의 경우도 마찬가지였다. 이에 덧붙여서 메난더는<sup>75)</sup> 그렇더라도 자살 기도가 음주 등에 기인하여 故意라고 보기 어려운 일정한 경우(*per vinum aut lasciviam*)에는 계급을 낮추는 선에서 처벌을 해야 할 것이라는 견해를 밝혔다.<sup>76)</sup> 군인의 경우에는 이처럼 자살 미수는 自害行爲, 脫走(*desertio*), 敵前 비겁행위와 함께 중대한 형사적 紀律事犯이었다.<sup>77)</sup>

### 5) Paulus(175~230)

파울루스의 경우에도 통설을 반영하는 사료가 전해지는데, 다음 개소는 일반적인 사망의 경우의 원칙을 천명한 다음에 자살의 문제를 다루었다.

D.49.14.45.1-2 Paulus 5 sententiarum.

(1) [= PS 5.12.1b] *Bona eorum, qui in custodia vel in vinculis vel compedibus decesserunt, hereditibus eorum non auferuntur, sive testato sive intestato decesserunt.*

(2) [= PS 5.12.1c] *Eius bona, qui sibi mortem conscivit, non ante ad fiscum coguntur, quam*

74) Schiller, 303은 하드리아누스의 군인 자살미수 사안을 “a case of suspected *malingering* or attempted suicide”로 규정할 후, 그 판단의 기준을 “whether the act was done to escape military duty, or resulted from extra-military factors”라고 새긴다. 그러나 이 설명은 부정확하다. 왜냐하면 自害 행위가 반드시 ‘피병의 의심’을 받아야만 하는 것도 아니고, 또 가령 도피성 자살은 ‘군사 의무를 회피하기 위한’ 것이라고 보기 어렵고, 그래서 오히려 이와 대비된 ‘군사외적 요인들’이란 사유에 해당할 터인데, 그렇다면 Schiller의 논리상 감경처분의 대상이 될 터인데, 사실은 그렇지 않기 때문이다. 그리고 ‘군사외적 요인들’이란 그 문맥상 의도에 따라 염세자살 유형의 사유만을 지시하기에는 용어상으로 이미 너무 넓게 오해할 소지가 크다. 사료 자체가 말하듯이 염세형 자살과 그렇지 않은 일체의 것으로 분류하는 것만이 오류를 피하는 길이다.

75) Rilinger, 193은 *per vinum*~ 문장이 하드리아누스 批答의 내용인 것으로 오해하고 있다. 그러나 어법을 보면 이는 분명히 그 앞에서 끝나는 批答과 구별된 메난더의 소견이다(“~해야 한다”).

76) Wacke II, 66; Watson, 384f.; Volterra I, 191f.; Costa, 193+n.1.

77) 조규창, 322f.; 27 n.81(각주에서 인용하고 있는 Paul.5,31,2c은 5.31.6의 誤임); 441 n.85; 443+nn.93-94.



prius constiterit, cuius criminis gratia manus sibi intulerit. [= PS 5.12.1] eius bona, qui sibi ob aliquod admissum flagitium mortem conscivit et manus intulit, fisco vindicantur : quod si id taedio vitae aut pudore aeris alieni vel valetudinis alicuius impatientia admisit, non inquietabuntur, sed suae [ordinariae PS 5.12.1] successioni relinquuntur.

([1] 監禁이나 捕繩拘禁 또는 足鎖拘禁 중에 사망한 자들의 재산은 그들이 유언을 하고 사망했든 아니면 무유언으로 사망했든 그들의 상속인들에게서 박탈되지 않는다.

[2] 자살한 자의 재산은 먼저 그가 어떤 범죄 혐의 하에 자결했는가가 확정되기 전에는 국고로 몰수되지 않는다. 불법한 악행 때문에 자살하고 자결한 자의 재산은 국고로 몰수된다. 그러나 삶에 염증을 느껴서거나 빛에 쫓들려서거나 건강상의 문제를 비판해서 자결을 한 경우에는 문제삼지 않을 것이고 재산이 그 자신의 [정규의 PS 5.12.1] 상속에게 남겨진다.)

인용 원문에 이미 표시하여 밝혔듯이 이 단편은 고전기 후의 僞파울루스의 <견해록>에도 그대로 채록되었는데,<sup>78)</sup> 이에 대한 해석도 동일한 내용을 반영하였다.

PS 5.12.1 : (280-300) Interpretatio Ad § 1 :

Si quis sibi pro aliquo admissio<sup>79)</sup> crimine mortem intulerit, facultates eius fisco vindicat. Nam

78) Schellenberg, 51f.

79) 게재심사자 A는 법사료에 나타난 *admittere* 어휘의 활용형과 관련하여 그 의미를 ‘범죄의 혐의를 시인하다’로 새기고, 그에 따라서 「파울루스의 견해록 (PS 5.12.1)의 번역 중, “Si quis sibi pro aliquo admissio crimina mortem intulerit”은 “어떤 범죄의 혐의를 시인하여 자살한 자의 경우”라고(*admissio*의 의미를 살려) 번역하는 것이 어떨지? 염세 자살이 아니라 “도피성 자살”인 경우라는 점을 분명히 할 필요가 있다.”고 주장하거나, 후술(아래 주 106)하는 「C.9.50.1.pr의 경우에도 “qui conscientia delati admissisque criminis metuque futurae sententiae”는 “범행을 스스로 시인하거나 유죄판결을 두려워하여”라고 번역하는 것이 더 타당할 듯.”이라고 주장하거나, 「자살의 동기가 무엇이었는지가 핵심적 쟁점이고, 로마법 문헌은 “범행을 스스로 시인하거나 유죄판결을 두려워하여” 감행한 자살의 경우에만 재산 몰수를 허용한 것이라는 점이 좀 더 뚜렷하게 드러났으면 한다.”고 의견을 밝힌다. 이로 미루어 보건대, A는 *admittere*의 의미를 ‘혐의를 스스로 시인하는 것’이라고 새기는 듯하다. 그러나 이는 잘못이다. 왜냐하면 혐의를 시인하는 것은 자백(*confessio*)에 해당하는 것으로 바로 유죄판결과 같은 결과가 초래되므로

si ingratitude malae vitae aut propter verecundiam contracti enormis debiti vel impatientia valetudinis mortem sibi intulerit, bona eius suis aut legitimis heredibus nullatenus auferuntur.

(어떤 자가 불법한 범죄로 자결한 경우 그의 재산은 국고가 몰수한다. 반면에 힘든 삶에 시달려서 또는 엄청나게 진 빚에 쫓겨서 또는 건강상 문제를 비판해서 자결한 경우에는 그의 재산은 가내상속인이나 법정상속인들로부터 결코 박탈되지 아니한다.)

군인의 경우에 관한 다음 개소 역시 Menander D.49.16.6.7 cit.와 동일한 내용으로 당시의 현행법을 재현하였다.

D.48.19.38.12 Paulus 5 sententiarum = PS 5.31.6.

Miles, qui sibi manus intulit nec factum peregit, nisi impatientia doloris aut morbi luctusve aliusve vel alia causa fecerit, capite puniendus est: alias cum ignominia mittendus est.

(자결을 기도했으나 행위를 완수하지 못한 군인은, 고통이나 身病 또는 어떤 슬픔을 견디지 못하여 또는 다른 이유로 한 경우가 아닌 한, 극형으로 처벌해야만 한다. 그 밖의 경우에는 불명예로 제대시켜야만 한다.)

### [附論] 노예의 자살

파울루스의 또 하나의 사료에는 도피성 자살자의 개념규정으로 보이는 것이 들어있다. 그러나 이 개소는 시장에서의 노예매매를 감독하는 高等按察官의 告示에서 정하는 물건의 하자에 대한 매도인의 책임을 다루는 맥락에서 내려

---

더 이상의 논의가 필요하지 않을 뿐만 아니라, *admittere*가 쓰인 어법 용례들을 보면 *crimen*이나 *delictum*, *flagitium* 기타 이에 준하는 불법의 영역에 속하는 행위(가령 *furtum*, *adulterium*, *incestum*, *homicidium*, *dolus*, *fraus*, *neglegentia*, *damnum*, *iniuria* 따위)를 목적으로 삼아서 *committre*, *perpetrare*, *facere*, *contrahere*의 의미로 사용되기만 하기 때문이다. *OLD*, s.v. *admitto*, no.13; no.12 (p.48); *Dirksen*, s.h.v., § 3 (p.29); *Heumann/Seckel*, s.h.v., 6) (p.15f.); 망라적 *VIR*, s.v. *admitto*, III (p.236f.). 예컨대 다음 개소에서 보듯이 *fraudulenter*라는 부사와 함께 쓰였던 *admittere* 동사는 도저히 ‘시인하다’는 의미일 수 없는 것이다.

D.1.15.3.5 Ulpianus libro singulari de officio praefecti vigilum.

Adversus capsarios quoque, qui mercede servanda in balineis vestimenta suscipiunt, iudex est constitutus, ut, si quid in servandis vestimentis fraudulenter admiserint, ipse cognoscat.

진 개념규정인 만큼 자유인을 다룬 다른 개소들과는 다소 다른 어휘들이 등장한다.

D.21.1.43.4 Paulus 1 ad edictum aedilium curulium.

Mortis consciscendae causa sibi facit, qui propter nequitiam malosque mores flagitiumve aliquod admissum mortem sibi consciscere voluit, non si dolorem corporis non sustinendo id fecerit.

(‘자살을 하기 위하여 행위한 자(노예)’란 육신의 고통을 견디지 못하여 그렇게 했던 경우가 아니라, 非行과 악습 또는 어떤 불법한 악행 때문에 자살하기를 원했던 자를 말한다.)

원래 자살시도를 (특히 상습적으로) 한 노예는 나쁜,<sup>80)</sup> 따라서 가치가 적은 것으로 여겨졌고, 이 사실은 매도인이 매수인에게 밝혀야 하는 하자에 해당하였는데, 파울루스는 이때에도 자살의 전통적 분류에 유사하게, 그러나 생활관계의 특성을 고려해서 고통으로 인한 자살의 경우만은 예외로 선언한 것이다.<sup>81)</sup> 이 사실은 이미 노예에게도 자살을 할 인간으로서의 원초적 자유<sup>82)</sup>가 매우 제한적이기는 하지만 인정되었음을 보여준다. 율피아누스는 이 점을 “*licet enim etiam servis naturaliter in suum corpus saevire*”(“노예 역시 자신의 육신에 폭거

80) D.21.1.23.3 Ulpianus 1 ad edictum aedilium curulium.

Excipitur et ille, qui mortis consciscendae causa quid fecerit. malus servus creditus est, qui aliquid facit, quo magis se rebus humanis extrahat, ut puta laqueum torsit sive medicamentum pro veneno bibit praecipitemve se ex alto miserit aliudve quid fecerit, quo facto speravit mortem perventuram, tanquam non nihil in alium ausurus, qui hoc adversus se ausus est.

단 이곳에서 말하는 ‘자살을 하기 위해서 무엇인가를 한 자’도 예외라는 설시는 파울루스의 경우와 달리 하자로 인해 매매해제가 있을 때 반환되어야 하는 범위에서 제외된다는 것이다. 한편 Bynkershoek, 350은 ‘*medicamentum pro veneno*’를 ‘*venenum pro medicamentum*’으로 바꿔야 한다면서 이 자명한 것을 아무도 알아채지 못한 게 이상하다고 하는데, 자살을 하기 위해서는 藥이 아니라 毒을 먹어야 한다는 데서 그렇게 생각한 것이 확실해 보인다. 그러나 이곳에서 말하고자 하는 것은 자살을 하기 위하여 온갖 시도를 하는 모습을 묘사하려는 것으로 毒을 먹는다고 藥을 먹어대는 것거리를 오히려 정확히 표현한 것이다.

81) Wacke II, 72 n.181.

82) Bynkershoek, 345: “*naturalis libertas se ipsum occidendi*”.

를 가할 자연적인 자유가 있다”고 한 마디로 정리하였다(D.15.1.9.7 Ulpianus 29 ad edictum).<sup>83)</sup> 사실 죽어버린 노예에 대해서는 누구도 어쩔 수 없으므로 자살이 성공한 경우에는 자유 운운할 실익도 없다. 반면에 미수에 그친 경우에는 이상의 ‘자연적’ 자유는 노예 본인에게 더 이상 도움이 되지 못했음이 명백하다. Naturaliter가 바로 civiliter를 의미하는 것은 아니었고,<sup>84)</sup> 그래서 그때에는 법의 제재가 따랐기 때문이다(“malus servus”!). 파울루스가 고통 자살의 경우를 예외로 선언한 것도 결국 노예 자신을 위한 것이 아니라 주인을 위한 것이었을 따름이다. —

#### 6) Ulpianus(190~223)

가장 많은 사료가 전해지는 것은 역시 율피아누스이다. 먼저 지금까지 살펴본 통설적 내용을 그대로 전하는 개소로 다음의 것이 있다.

D.29.5.1.23 Ulpianus 50 ad edictum.

Si quis non metu criminis imminentis, sed taedio vitae vel impatientia doloris sibi manus intulit, eius testamentum aperiri et recitari mortis casus non impedit.

(어떤 자가 임박한 범죄의 결과를 두려워해서가 아니라 삶에 염증을 느껴서거나 고통을 견디지 못하여 자결한 경우에는 그의 유언의 개봉과 공개를 사망 사건이 방해하지 않는다.)<sup>85)</sup>

83) D.15.1.9.7 Ulpianus 29 ad edictum.

Si ipse servus sese vulneravit, non debet hoc damnum deducere, non magis quam si se occiderit praecipitaverit: licet enim etiam servus naturaliter in suum corpus saevire. sed si a se vulneratum servum dominus curaverit, sumptuum nomine debitorem eum domino puto effectum, quamquam, si aegrum eum curasset, rem suam potius egisset.

이 개소는 특유채산을 가진 노예의 자살의 경우에 특유채산 소권으로 제소당한 주인의 책임한도를 산정하는 문제에 관한 것이다. Wacke II, 70f.

84) Bynkershoek, 350.

85) Wacke II, 68 n.176.

이미 칙령들과 관련하여 부분적으로 살펴본 바 있는 다음의 개소는 재산의 몰수 및 그에 부응하는 유언의 失效는 重流配刑에 해당하는 重罪의 경우에 적용된다는 것과 이러한 형벌이 황제의 재가에 의하여 확정되어야 발생한다는 것을 부수적으로 확인한 외에는 지금까지 살펴본 바와 동일한 내용이다.

D.28.3.6.7 Ulpianus 10 ad Sabinum.

Eius qui deportatur non statim irritum fiet testamentum, sed cum princeps factum comprobaverit : tunc enim et capite minuitur. sed et si de decurione puniendo vel filio nepoteve praeses scribendum principi interlocutus est, non puto statim servum poenae factum, licet in carcere soleant diligentioris custodiae causa recipi. nec huius igitur testamentum irritum fiet, priusquam princeps de eo supplicium sumendum rescripserit : proinde si ante decesserit, utique testamentum eius valebit, nisi mortem sibi conscivit. nam eorum, qui mori magis quam damnari maluerint ob conscientiam criminis, testamenta irrita constitutiones faciunt, licet in civitate decedant : quod si quis taedio vitae vel valetudinis adversae impatentia vel iactationis, ut quidam philosophi, in ea causa sunt, ut testamenta eorum valeant...

(重流配刑에 처해지는 자의 유언은 즉시 失效로 되지 않을 것이고, 황제가 그 사실을 재가해야 실효한다. 왜냐하면 그때서야 또한 頭格이 감소하기 때문이다. 그리고 시참사회원이나 그 아들 또는 손자의 처벌에 관하여 지방수령이 황제에게 上奏할 것을 중간판정 한 때에도 私見으로는 비록 그들이 보통 보다 면밀한 감시를 위하여 감옥에 수감되기는 하지만 즉시 형벌노예<sup>86)</sup>가 되었다고 생각하지 않는다. 또 그러므로 황제가 그에 관하여 처벌이 행해져야만 한다고 批答하기 전에는 이 자의 유언은 失效로 되지 않을 것이다. 따라서 그가 그 전에 사망하면 그가 자살한 것이 아닌 한 그의 유언은 항상 유효할 것이다. 왜냐하면 범죄의 결과를 의식해서 유죄판결을 받기보다 죽기를 더 바란 자들의 유언은 비록 그들이 시민권을 가진 상태에서 사망하더라도 칙령들이 失效로 만들기 때문이다. 그러나 어떤 자가 삶에 염증을 느껴서거나 나쁜 건강상태를 비관해서거나 또는 일부 철

86) 이에 관한 상서는 Burdon, 68-85.

학자들처럼 과시욕을 참지 못해서 (자살한 경우에는) 그들의 처지는 그들의 유언은 유효하다는 것이다....)

반면에 근친살해법을 다룬 다음의 개소는 일견 자살자의 범주를 구별하고 있지 않다는 점에서 지금까지의 예들과 구별된다. 그러나 自然死의 경우에 (일반원칙에 따라 형사소추가 종료하므로) 상속이 일반법리대로 진행된다는 후단의 摘示와 대비해 볼 때, 그리고 자살자의 재산이 국고로 몰수된다는 내용으로 볼 때, 이때의 자살은 분명히 도피성 자살을 말하는 것이고, 염세자살의 유형까지 포함하는 것은 아닌 것이 확실하다. 여기서도 중범죄인 근친살해가 문제되었다.

D.48.9.8 Ulpianus 8 disputationum.

Patricidii postulatus si interim decesserit, si quidem sibi mortem conscivit, successorem fiscum habere debet: si minus, eum quem voluit, si modo testamentum fecit: si intestatus decessit, eos heredes habebit, qui lege vocantur.

(근친살해로 피소된 자가 유책판결 전에 사망한 경우 자결한 것이면 국고를 상속인으로 가져야만 할 것이다. 그렇지 않은(즉 자살을 하지 않은) 경우에는 유언을 했다면 그가 원했던 자를, 무유언으로 사망했다면 법률에 의해서 순위가 되는 자들을 상속인으로 가질 것이다.)

또 하나의 단편은 부부간 증여의 사안을 다룬 것이다. 부부간 증여는 주지하다시피 혼인 중에는 무효였으나, 카라칼라 이후로 증여자가 사망 시까지 취소하지 않으면 치유되었다.<sup>87)</sup> 따라서 증여한 남편이 사망하면 치유될 증여였지만, 도피성 자살의 경우에는 유죄판결자에 준하여 이러한 효과가 부인된다는 것이다. 타인에게 한 일반 증여는 자살 전에 이미 유효한 것이고, 증여자의 자

87) Kunkel/Honsell, 347f.

살로 달라질 것은 없다. 死因贈與의 경우에는 일반적인 사인증여라면 사망으로써 발효할 것이지만,<sup>88)</sup> 자살의 경우에는 도피성이면 유언능력의 결여로 그 효과가 저지될 터이다.<sup>89)</sup> 율피아누스가 전하는 새로운 정보 하나는 自然死를 포함한 사망 일반에 있어서 사망 후에 追憶抹殺(damnatio memoriae) 처분이 있게 되면 사망에 따르는 증여의 치유 효과가 도피성 자살의 경우와 마찬가지로 부인된다는 것이다.<sup>90)</sup> 추억말살형의 효과는 판결선고 시가 아니라 범죄 시로 소급적이었기 때문이다.<sup>91)</sup>

D.24.1.32.7 Ulpianus 33-ad Sabinum.

Si maritus uxori donaverit et mortem sibi ob sceleris conscientiam consciverit vel etiam post mortem memoria eius damnata sit, revocabitur donatio: quamvis ea quae aliis donaverit valeant, si non mortis causa donavit.

(남편이 아내에게 증여하고 범행의 결과를 의식해서 자살하거나 또는 사망 후라도 그의 追憶의 抹殺을 명하는 판결을 받은 경우에는 증여는 취소될 것이다. 비록 사인증여가 아니었던 한 그가 타인들에게 증여했던 것들은 유효함에도 불구하고 말이다.)

군인에게도 일반인과 동일한 조치를 명했던 하드리아누스의 書翰을 언급하고 있는 Ulp. D.28.3.6.7 cit.는 이미 살펴보았다. 이 편지는 118년~122년 사이에 브리타니아(Britannia) 총독을 지냈던 폼페이우스 팔코에게 보낸 것으로 추정된다. 軍團의 상속권은 하드리아누스가 부여한 특권이었던 것으로 보인다.<sup>92)</sup>

88) 최병조 I, 318f.

89) Wacke II, 69.

90) Volterra I, 21f.; Vittinghoff, 68. 아직 국내에 연구가 없는 Damnatio memoriae는 그 자체로 別稿가 필요한 흥미 있는 주제이다.

91) Simonius, 217 bei n.5.

92) Wacke II, 66 n.172.

## 7) Marcianus(210~230)

형사소추 중의 피고인 자살 문제를 비교적 상세히 다룬 자가 있다면 바로 마르키아누스이다. 그도 다음 개소에서 알 수 있듯이<sup>93)</sup> 自然死의 경우에는 모든 절차가 종료한다는 원칙으로부터 출발하였는데, 이 점을 하급심에서 유죄판결을 받은 자가 상소한 경우에 대하여 확인하였다. 하급심 판결로 사건이 종결된 것이 아니고 아직 절차가 진행 중이므로<sup>94)</sup> 당연한 귀결이다.

D.48.20.11 Marcianus libro de publicis iudiciis.

Si quis damnatus appellaverit et pendente appellatione decesserit, bona eius non publicantur : nam ita posterius quoque testamentum eius ratum est. idem est et si appellatio non recepta est.

(어떤 자가 유죄판결을 받고서 上訴하고 상소가 계속 중에 사망한 경우에는 그의 재산은 몰수되지 않는다. 마찬가지로 또한 그의 그 후의 유언도 추인된다. 상소가 受理되지 않은 경우에도 동일하다.)

이상의 대원칙은 유죄가 확정되지 않은 상태에서 사망하는 모든 경우에 적용되었으므로 피고인이 구금 중이거나 보석 중이었더라도, 더욱이 소송의 결과가 불확실한 상황에서의 사망은 당연히 재산 몰수로 이어질 수 없었으나, 마르키아누스에 의하면 실무의 의문이 있었는지 황제가 훈령(mandata)을 통해서 이를 분명히 하였다.

D.48.21.3.7 Marcianus libro singulari de delatoribus.<sup>95)</sup>

93) 게재심사자 A는 곧 인용할 D.48.20.11과 D.48.21.3.7이 자살과 무관한 개소인데 필자가 이를 자살 관련한 개소로 인용한 것이 평하였다. 그러나 필자도 이들 개소는 자연사에 관한 것임을 분명히 밝혔다. 자살을 다룬 논문이라고 해서 인용한 개소가 모두 자살 관련 개소인 것이 아님은 굳이 지적할 필요도 없을 것이다.

94) Cf. D.3.2.6.1 Ulpianus 6 ad edictum.

Set si furti vel aliis famosis actionibus quis condemnatus provocavit, pendente iudicio nondum inter famosos habetur : ...



Si qui autem sub incerto causae eventu in vinculis vel sub fideiussoribus decesserint, horum bona non esse confiscanda mandatis cavetur.

(그런데 소송의 결과가 불확실한 가운데 捕繩拘禁 중 또는 保釋 중에 사망한 자들의 경우 이들의 재산은 몰수해서는 안 된다고 훈령으로써 규정되었다.)

自殺 사안을 본격적으로 다루고 있는 Marci. D.48.21.3.pr-8은 앞서 칙법을 소개하면서 일부 이미 인용하였다. 대략 순서대로 살펴본다.

D.48.21.3.pr Marcianus libro singulari de delatoribus.<sup>96)</sup>

Qui rei postulati vel qui in scelere deprehensi metu criminis imminenti mortem sibi consciverunt, heredem non habent. Papinianus tamen libro sexto decimo digestorum responsorum ita scripsit, ut qui rei criminis non postulati manus sibi intulerint, bona eorum fisco non vindicentur: non enim facti sceleritatem esse obnoxiam, sed conscientiae metum in reo velut confesso teneri placuit. ergo aut postulati esse debent aut in scelere deprehensi, ut, si se interfecerint, bona eorum confiscentur.

(피소되거나 또는 범행 중 체포되어 임박한 범죄처벌을 두려워서 자살한 피고인들은 상속인을 가지지 못한다. 그렇지만 파피니아누스는 <정돈해답록><sup>97)</sup> 제16권에서 범죄로 피소되지 않은 상태로 자결한 자들의 재산은 국고로 몰수되지 않을 것이라고 기술하였다. 이상의 이유는 통설이 ‘이 행위[=자살]의 범죄성이 해로운 것’<sup>98)</sup>이라고 보는 것이 아니

95) Bas.60.53.3.7 (Heimbach V, p.886):

Si quis autem in incerto reatus eventus in vinculis, vel sub fideiussoribus constitutus decesserit, bona eius non publicantur.

96) Bas.60.53.3pr (Heimbach V, p.886):

Non cuiuscumque, qui sibi mortem conscivit, bona publicantur, sed accusati, aut scelesto facinore deprehensi.

97) ‘digestorum’이란 수식어는 원래 파피니아누스의 <해답록>에는 없는 표현이다. Wacke II, 56 n.137. 마르키아누스가 인용하면서 덧붙인 것 같다. 레넬도 아무런 疑念없이 이 단편을 <해답록> 제16권속에 배치시켰다. Lenel II, Papinianus fr.740, p.944.

98) Wacke II, 70는 그가 인용하고 있는 20세기의 몇몇 선행연구자들의 의견을 좇아서 해당 원문의 [facti sceleritatem]을 <fati celeritatem>으로 교정해야 한다는 일견 아주 교묘한 견해를 제시하고 있다. 이 견해는 일찍이 Bynkershoek, 348f.도 16~17세기의 몇몇 학설을 소개하면서 동조

라, [질차에 진입하여] ‘범죄결과를 이는 데에서 오는 두려움이 自白者로서의 피고인 안에서 발휘된다’라고 보기 때문이다. 그러므로 자살하는 경우에 그들의 재산이 몰수되기 위해서는 피소된 자이거나 범행 중에 체포된 자이어야만 한다.)

파피니아누스에 따르면 도피성 자살의 경우이더라도 아직 피소되지 않아서 피고인 지위에 있지 않으면 재산 몰수는 부인되었다. 이로부터 마르키아누스는 재산이 몰수되기 위해서는 피고인일 것이 요건이라는 점을 뒷받침한다. 아울러 現行犯은 피고인과 같게 처리된다는 점도 밝히고 있다.

Marci. D.48.21.3.1 cit.는 재산 몰수를 초래할 도피성 자살자의 혐의범죄를 사형이나 重流配刑에 해당하는 중범죄로 규정한 피우스의 批答을 인용하고, 이를 효과 면에서 다시 한 번 확인한다.

#### D.48.21.3.3 Marcianus libro singulari de delatoribus.<sup>99)</sup>

Ergo ita demum dicendum est bona eius, qui manus sibi intulit, fisco vindicari, si eo crimine nexus fuit, ut, si convinceretur, bonis careat.

한 바가 있다. 이것은 “운명을 앞당긴 것”, 즉 자살이 관건이 아니라는 의미로 해석하려는 것이다. 그러나 이러한 匡正은 잘못임이 명백하다. 왜냐하면 일찍이 라틴어 문학에서 *faci celeritas*와 같은 어구는 사용된 바가 없을 뿐 아니라, 특히 이때 명사 *celeritas*가 *fatum*의 屬格과 연결되면서 *fatum*을 앞당긴다는 타동사적 의미의 용법으로 쓰인 예도 전혀 알려진 바가 없는 것이다(Perseus Lookup Tool에 의한 검색. 2009.10.12 최근 접속). 내용적으로 보아도, 운명을 앞당긴 자살이야말로 自服으로 평가된다는 바로 이은 대목과도 부합하지 않고, 또 이로부터 분명하듯이 현재의 논점은 언제 자살이 일어났는가가 중요하다는 것인데, 자살 자체를 무해한 것으로 만든다면 어불성설이기 때문이다. 관사가 없는 라틴어의 특성상 *factum*이 무엇을 지시하는지를 잘 살펴보면 바로 앞의 *manus sibi inferre* 행위임이 드러난다. 결국 자살의 경우에는 자살 자체의 불법성이 문제되는 것도 아니고, 오히려 그가 범죄를 저질렀다는 사실은 기본전제로서 중요한 것이지만, 이 또한 그 사실만으로 의미가 있는 것이 아니라 자살자가 어떤 상황에서 (그리고 다른 개소의 내용까지 합치면, 어떤 동기에서) 생을 마감했는가가 중요하다는 취지이다. 이 같은 논란은 Marcianus의 글이 워낙 압축적이어서 생긴 결과인데, 내용 파악의 어려움을 텍스트 교정을 통해 해결하려는 방법론의 한계를 보여주는 예이기도 하다.

99) Cf. Bas.60.53.3.1 (Heimbach V, p.886):

et hoc non simpliciter, sed ita si condemnatio criminis, cuius accusatur, ... aut publicationem inferret.

(그러므로 자결한 자의 재산은 그가 유죄 확정될 경우 재산을 박탈당하는 범죄에 연루된 경우에 한하여 국고로 몰수된다고 말해야만 한다.)

또 D.48.21.3.4 cit.에서는 도피성 자살과 대비되는 염세자살의 유형을 논한 같은 황제의 批答을 소개하였다. 아들을 살해한 아버지의 자살은 그것이 사실이라면 자살의 동기와 관련하여 해석상 논란의 여지가 있을 터인데, 아들 살해가 주장만 되는 상황에서<sup>100)</sup> 자살한 아버지에 대하여 염세자살로 인정한 하드리아누스의 인도주의 성향의 비답을 소개한 D.48.21.3.5 cit.도 이 맥락에 속한다.<sup>101)</sup> 자살 동기에 따른 구별의 중요성(*interesse qua ex causa*)은 D.48.21.3.6 cit.에서 상세히 논하였다.

마르키아누스는 또 칙법에서 말하는 혐의범죄란 유죄로 확정될 경우 ‘재산 박탈’이 따르는 범죄라는 해석을 제시하였다.

D.48.21.3.3 Marcianus libro singulari de delatoribus.

Ergo ita demum dicendum est bona eius, qui manus sibi intulit, fisco vindicari, si eo crimine nexus fuit, ut, si convinceretur, bonis careat.

(그러므로 자결한 자의 재산이 국고로 몰수되는 것은 확정될 경우 재산이 박탈되는 범죄에 연루된 경우에 한하여 그렇다고 말해야만 한다.)

100) Wacke II, 58.

101) Marotta, 306+n.158은 여기서 아버지가 살해된 아들에 대해 家長權을 가졌었는지 분명히 드러나지 않는다고 지적하는데, 이러한 의문은 父의 아들에 대한 生死與奪權(*ius vitae ac necis*)이 이미 하드리아누스에 의해(D.48.9.5 Marcianus 14 institutionum. Divus Hadrianus fertur, cum in venatione filium suum quidam necaverat, qui novercam adulterabar, in insulam eum deportasse, quod latronis magis quam patris iure eum interfecit: nam patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere; Kunekl/Honsell, 148 n.10; Rilinger, 191f.; Wacke II, 59 n.147) 남용의 경우 형사처벌로써 제약된 이후이므로 만일에 이러한 남용에 해당했다면 하드리아누스의 이러한 결정은 없었을 것이라는 생각에서 제기한 것 같다. 그러나 이 개소는 이미 아들 살해를 재산몰수가 따르는 중대 범죄로 진제하고 있다(et ideo)는 점에서(Wacke II, 58 n.146) 家長權에 대한 고려는 이미 불필요한 것이다. 뿐만 아니라 자살한 경우에는 그가 가장권을 가졌었는가 아닌가 하는 것은 동기의 면에서 보면 아무런 차이가 없는 것이다. 批答에서 이 점에 대한 언급이 없는 것은 당연한 것이다.

그리고 D.48.21.3.2 cit.에서는 이상의 귀결로서 사소한 절도범의 경우에는 적용되지 않는다는 피우스 황제의 批答을 소개하고 있다. 모데스투스 타우리누스에게 내린 피우스이 비답을 담고 있는 D.48.21.3.8 cit.에 관해서는 전술하였다.

### 8) Pseudo-Quintilianus(1~2세기)

끝으로, 신빙성 있는 법률자료는 아니지만, 다시 한 번 전술한 바 있는 *Declamationes minores*의 第299題 사안을 일별하기로 한다. 형사절차가 진행 중에 1인이 자살한 부분(*inter moras unus se occidit*)과 관련해서 *Sermo*에서 제시되고 있는 물음들은 일반인의 차원에서 족히 제기할 수 있을 물음을 시사하는가 하면 (가령 *an non possit quisquam mortuus damnari?* “亡者は 아무도 유죄판결을 받을 수 없는가?”) 지금까지 법률사료에서 쓰인 어휘와 구문을 그대로 답습하고 있다(가령 *qui in reatu periit* “피소 중에 사망한 자”). 특히 눈에 띄는 것은 *an damnatus sit sua sententia, qui sibi manus aitulit?* “자결한 자는 자기 자신의 판결로써 유죄판정된 것인가?” 하는 것인데,<sup>102)</sup> *Marci. D.48.21.3.6 cit.*; *Paul D.42.2.1 cit.*를 상기시킨다. 이러한 법의 차원의 문제(*πραγματική*)가 우리의 주제 설정으로 이끌고, 또 수사학 연습에서 다루어질 정도로 일반의 관심사일 수 있는 것은 물론 자살이란 현상이, 그것도 탈일상적인 극적인 상황에서의 자살이라면 더욱 더, 心惝(*affectus*)의 문제(*παθητική*)이기도 하기 때문일 것이다.<sup>103)</sup>

### 3. 후대의 처벌

200년 이후의 처벌들을 살펴보기로 한다.

102) Quintilianus, CCXCIX. *Sermo*, p.180.

103) Quintilianus, CCXCIX. *Sermo*, p.180.

## 1) Florentinus 후

207년의 한 勅答은 실무상 중요한 문제인 자살 피고인의 재산 몰수 사건의 관할에 관하여 피고인의 형사사건을 관장했던 *proconsul*(知事)이 아니라 *procuratores*(國庫會計官들)가 처리할 일임을 분명히 밝혔다.<sup>104)</sup>

C.3.26.2 Severus / Antoninus (a.207).

Non animadvertimus, cur causam ad officium procuratorum nostrorum pertinentem ad proconsulis notionem advocare velis. Nam cum hoc quaeratur, an pater tuus mortem sibi consciverit metu alicuius poenae ac propterea bona fisco debeant vindicari, iam non de crimine aut poena mortui, sed de bonis quaerendum est.

(朕들은 그대가 왜 우리의 Procurator들의 관할에 속하는 사건을 Proconsul의 심리로 이송하고자 하는지 이해하지 못한다. 왜냐하면 그대의 아버지가 어떤 형벌을 두려워해서 자살하고 그 때문에 (그의) 재산이 국고로 몰수되어야만 하는가의 여부가 문제되는 경우에는 이미 亡者の 범죄나 형벌에 관해서가 아니라 [= 형사법의 문제가 아니라] 제정에 관해서 다루어야만 하는 것 [= 재정법의 문제]이기 때문이다.)

피고인의 사망 후 절차 일반에 관해서 마르키아누스도 같은 취지의 서술을 전해준다.<sup>105)</sup> 이것은 자살의 경우에도 이러한 일반적 범리의 예외가 아니었음을 보여주는 것이다.

D.48.1.6 Marcianus 14 institutionum.

Defuncto eo, qui reus fuit criminis, et poena extincta in quacumque causa criminis extincti debet

104) Volterra I, 201; 'procurator Caesaris'; Wacke II, 68f.; 제도와 관련한 상세는 Pessi. 149ff.; 본 개소에 대해서는 특히 154 n.315.

105) 계제심사자 A는 D.48.1.6과 관련해서도 필자가 이 개소를 자살 관련 개소로 오인한 것으로 오해하였다. 명확을 기하기 위하여 부연설명을 붙였다.

is cognoscere, cuius de pecuniaria re cognitio est.

(범죄 피고인이었던 자가 사망하고 형벌이 소멸하면 소멸한 범죄로부터 유래하는 어떠한 사건에 관해서도 금전 문제에 심리권이 있는 자가 심리하여야만 한다.)

## 2) Papinianus 후

카리칼라의 한 勅答은 정확하게 현행법의 통설적인 법리를 아주 핵심적으로 교시한다.

C.9.50.1.pr-1 Antoninus (a.212).

Eorum demum bona fisco vindicantur, qui conscientia delati admissique<sup>106)</sup> criminis metuque futurae sententiae manus sibi intulerint.

(1) Eapropter fratrem vel patrem tuum si nullo delato crimine, dolore aliquo corporis aut taedio vitae aut furore aut insania aut aliquo casu suspendio vitam finisse constiterit, bona eorum tam ex testamento quam ab intestato ad successores pertinebunt.

(고소된 불법한 범죄의 결과를 의식해서 장차의 유죄판결에 대한 두려움으로 자결한 자들의 재산만이 국고로 몰수된다.

[1] 그런 고로 그대의 형제나 아버지가 범죄의 고소 없이 육신의 어떤 고통 때문에 또는 삶에 염증을 느껴서 또는 정신착란이나 광기 또는 어떤 사변에 의해 목매달아 삶을 마감했음이 확인되면, 그들의 재산은 유언에 기하든 무유언으로든 상속인들에게 귀속할 것이다.)

## 3) Ulpianus 후

226년의 한 勅答은 혐의범죄에 perduellio가 속한다는 사실을 밝히고 있다. 이

---

106) 위 주 79 참조.

경우 유죄선고 전에 사망하더라도 범죄 자체가 소멸하지 않는 것은 Theodorus 에 의하면 追憶抹殺이 되기 때문이다(ἡ γὰρ μνήμη αὐτοῦ καταδικάζεται).<sup>107)</sup> 그 밖의 점에서 특이사항은 없다.

#### C.9.50.2 Alexander Severus (a.226).<sup>108)</sup>

Eorum, qui in reatu diem suum functi sunt, si non perduellionis causam sustinuerunt nec ob metum criminis mortem sibi consciverunt, bona ad successores transmittuntur.

(소추된 상태로 사망한 자들의 재산은, 반역죄 혐의를 받은 것도 아니고 범죄의 처벌을 두려워해서 자살한 것도 아닌 경우에는, 상속인들에게 이전된다.)

#### 4) Marcianus 후

3세기 중후반의 법도 종래의 법을 그대로 유지하였다. 피고인 사망의 문제를 원칙과 예외(자살)로 한 문장으로 정리한 고르디아누스의 다음 칙법은 이 사실을 ‘notissimi iuris est’ 한 마디로 단언하였다.

#### C.9.6.5 Gordianus (a.238).

Defunctis reis publicorum criminum, sive ipsi per se ea commiserunt sive aliis mandaverunt, pendente accusatione, praeterquam si sibi mortem consciverint, bona successoribus eorum non denegari notissimi iuris est.

(형사범죄의 피고인들이, 그들이 스스로 그 범죄를 저질렀든 아니면 다른 사람들에게 시켰든, 소추가 계속 중에 사망한 경우, 자살한 경우는 제외하고, (그들의) 재산이 그들의 상속인들에게 거부되지 않는다는 것은 가장 확실한 공지의 법이다.)

107) Schol. 1) *Theodori*. ad Bas.60.53.6 (Heimbach V, p.887).

108) Bas.60.53.6 (Heimbach V, p.887) :

Si qui criminis postulati ante sententiam decesserint, si quidem perduellionis erat crimen, publicationis ratio in heredes transmittitur. Sed si aliud erat, quam perduellionis crimen, et sibi metu criminis mortem non consciverint, crimen extinguitur.

여기서 ‘자살’은 물론 도피성 자살만을 의미한다. 이보다 52년 후의, 이미 살피본 바 있는 *Dioletianus / Maximianus C.6.22.2.pr-1 (a.290) cit.*도 하드리아누스 황제 이래의 자살 유형에 따른 법적 효과의 구별을 그대로 유지하고 있기 때문에 다른 이해는 불가능하기 때문이다.

#### IV. 맺음말

로마법은 형사피고인이 절차 진행 중에 사망한 경우에는 원칙적으로 모든 것이 종료한다는 법리를 오랫동안, 적어도 티베리우스 때까지는 확실하게, 추종하였다. 그러나 제정기에 들어서자 법정정책 이유에서, 그리고 그렇기 때문에 칙법을 통하여, 피고인이 자살한 경우를 특별히 규율하기 시작하였다. 이때 피고인을 신분 면에서 일반인과 군인으로 구분하고, 자살의 기수·미수 여부에 따라서 다시 구별함으로써 사안의 네 가지 조합이 가능했지만, 실제로 일반인의 경우에는 기수만이 문제되었고, 이때 주안점은 자살자의 재산 몰수 여부였다. 군인의 경우에는 그 특성상 미수에도 관심을 기울여서 미수범에게 강력한 軍刑法 및 紀律上的 제재가 뒤따랐다. 하드리아누스 이후, 또 특히 피우스를 거치면서 정착된 법리는 후대까지도 그대로 유지되었는데, 다음과 같이 정리해 볼 수 있다.<sup>109)</sup>

- ① 자살을 ‘이유 있는’ 자살(厭世自殺 유형)과 그렇지 않은 자살(逃避性自殺)로 구분하여 이 기준을 일관되게 적용하였다.
- ② ‘이유 없는’ 자살의 경우에 한하여 재산 몰수를 시행하였다. 이 사건의 관할은 원래 형사사건의 형사관할관이 아니라 국교회계관 담당이었다.
- ③ 재산 몰수가 시행되기 위해서는 피고인이 死刑이나 重流配刑에 해당하는 重犯罪

109) Cf. Wacke II, 55; Brunemann II, ad C.9.50 n.1, p.1156; Brunemann I, ad D.48.21.3.8 n.1, p.1353 (단 군인에 해당하는 D.48.21.3.6의 내용을 일반화시킨 점에서 오류가 발견된다);



의 現行犯이거나, 被訴된 상태여야 했다. 피소 상태는 범죄의 소추로 비롯하였다. 따라서 재산 몰수는 자살 자체에 대한 처벌이 아니었다.<sup>110)</sup>

- ④ 재산 몰수의 논리는 도피성 자살은 곧 自白 내지 自判이라는 관념이 뒷받침하였다.
- ⑤ 그러나 상속인은 자살자의 유죄를 다룰 수 있었다. 입증책임은 상속인이 부담했던 것으로 보인다.

이 글의 계기가 되었던 노무현 전 대통령은 투신자살<sup>111)</sup>에 앞서서 컴퓨터에 다음과 같은 유서(파일명: “나로 말미암아 여러 사람의 고통이 너무 크다”)를 남겼다고 한다.

「너무 많은 사람들에게 신세를 졌다.

110) Wacke II, 31ff.에 의하면 로마법의 이러한 태도와 달리 16-18세기 프랑스, 독일, 오스트리아에서는 자살 자체에 두 가지 처벌이 (흔히 병합해서) 시행되었는데, 하나는 그리스도교 장례의 거부이고 다른 하나는 재산 몰수였다. 전자는 교회법의 영향이고, 후자는 로마법 계수의 결과라고 한다. 이 과정에서 흥미로운 것은 <작센 法鑑>(Sachsenspiegel, 1220-1235), <람베르크 法典>(Bambergensis, 1507), 특히 로마법의 영향을 강하게 받은 <갈 황제 刑法典>(Carolina, 1532) 등의 명문 규정에도 불구하고 법원실무와 지역법규가 재산 몰수를 오히려 더욱 강화시켰다는 사실이다. 프랑스(Montesquieu, Voltaire, Holbach, Rousseau, Diderot, 백과전서파)와 이탈리아(Beccaria, Gaetano Filangieri)의 계몽사상가들이 이의 타파를 주장한 반면에 독일의 법사상가들(Samuel Pufendorf, Christian Thomasius, Christian Wolff)은 그렇지 못했으나 이웃의 영향 하에 점차 반론(K. F. Hommel, Moses Mendelssohn)이 확산되었다. 프랑스에서는 1790년에 국민회의에서 만장일치로 폐지한 반면에, 독일에서는 프로이센 국왕 프리드리히 대왕의 1751년 결정을 따른 <프로이센 일반국법전>(1794)이 여전히 강력한 규제를 유지하였다. 참고로 번역하여 소개한다.

Allgemeines Landrecht T.II Tit.20 §§ 803-805 (Wacke II, 39 n.51):

§ 803: 자살자들은 그들의 死後 모욕당해서는 안 된다. 그러나 그렇지 않은 경우 다른 사람들의 타계와 추모가 그들의 신분이나 지위에 의해서 승모되곤 하는 일체의 것들을 상실할 것이다.

§ 804: 중대한 범죄로 받게 될 불명예스러운 형벌을 회피하기 위하여 스스로 목숨을 앗은 자들은 소송 지휘 법원의 결정에 따라서 刑場에 파묻는다.

§ 805: 형사판결이 이미 내려진 때에는 死體에 대한 집행이 가능하고 집값고 그리고 다른 사람들을 威嚇하는 데에 도움이 되는 한 이를 집행한다.

111) Wacke II, 42 + nn.68-69에 의하면 고대에는 현대보다 이 방법의 자살이 훨씬 더 빈번했었던 것으로 보인다고 한다.

나로 말미암아 여러 사람이 받은 고통이 너무 크다.  
 앞으로 받을 고통도 헤아릴 수가 없다.  
 여생도 남에게 짐이 될 일 밖에 없다.  
 건강이 좋지 않아서 아무 것도 할 수가 없다.  
 책을 읽을 수도 글을 쓸 수도 없다.

너무 슬퍼하지 마라.  
 삶과 죽음이 모두 자연의 한 조각이 아니겠는가?  
 미안해하지 마라.  
 누구도 원망하지 마라.  
 운명이다.

화장해라.  
 그리고 집 가까운 곳에 아주 작은 비석 하나만 남겨라.  
 오래된 생각이다.」

로마인들은 인간 노무현의 죽음을 과연 어떻게 판단했을까?<sup>112)</sup>

---

112) 필자가 마지막으로 던진 이 물음에 대해서 게재심사자들의 반응은 대체로 부정적인 것 같다. 게재심사자 A는 「노무현 전대통령의 자살에 대한 언급이 논문의 첫머리와 마지막에 제시되는데, 이점은 로마법률가들의 관심사가 오늘날의 관심사와도 직결될 수 있다는 점을 시사하는 긍정적인 효과가 있긴하나, 노무현 전대통령의 자살에 대한 법리적인 논의가 전혀 제시되지 않은 상태로는 로마법 문헌에 나타나는 (주로 전 재산 몰수에 관한) 자살 관련 문헌들이 과연 노무현 전대통령의 자살과 무슨 의미있는 관련이 있는지 전혀 드러나지 않는다. 오히려, 마치 이글의 저자가 노무현 전대통령의 경우에도 그 자살이 전 재산 몰수와 연결되어야 할지를 검토해야 할 사안이라는 듯 전제하는 것이나 아닌지 의문이 들 위험마저 있다.」는 견해이고, 게재심사자 B는 「맺는 말에 언급된 고 노무현 대통령의 유서에 대해 ‘로마인들은 어떻게 평가했을까?’라는 자문(自問)이 본 논문과 연결되려면, 논문 자체에서 자살의 유형에 대한 판단 기준이 제시된 경우가 아닐까요. 본문에는 그러한 자살구분의 기준 등에 대해서는 언급되지 않고 있다는 점에서 걱정하지 않아 보이며, 오히려 논문의 가치를 평가절하시키는 것은 아닐까요.」라고 피력한다. 또 명시적으로 노무현 전대통령을 언급하지는 않으나 대략 같은 방향의 취지로 보이는 게재심사자 C의 소견은 이와 같다. 즉 「논제의 핵

## ■ 참고문헌

- 김재문, 『경국대전의 편찬과 법이론 및 법의 정신』, 2007.
- \_\_\_\_\_, 『한국전통 담보제도』, 2007.
- \_\_\_\_\_, 『한국전통 민법총칙과 물권법』, 2007.
- \_\_\_\_\_, 『한국전통 민주주의 이론과 법의 정신』, 2007.
- \_\_\_\_\_, 『한국전통 민주적 입법이론과 법의 정신』, 2007.
- \_\_\_\_\_, 『한국전통 법조윤리와 공직자정신』, 2007.
- \_\_\_\_\_, 『한국전통 사법(재판)이론과 법의 정신』, 2007.
- \_\_\_\_\_, 『한국전통 채권법·가족법 소송법』, 2007.
- 沈羲基, 『韓國法制史講義—韓國法史上의 판례와 읽을 거리—』, 1997.
- 우병창, 『조선시대 재산법』, 2006.
- 정공식, 『朝鮮時代의 權力分立과 法治主義—그 試論的 考察—』, 『서울대학교 法學』 제42권 제4호, 2001. 12., 27-65 [= 정공식 I]
- 정공식, 『<자료> 韓國法制史 관련 문헌자료 검색법—조선시대를 중심으로—』, 『서울대

심은 결국 자살이 이유있는 것이냐 여부로 나뉘어지는데, 연구자는 어느 곳에서도 ‘이유’가 무엇인가에 대해 설명하지 않고 있다. 따라서 많은 설명과 논의가 있었음에도 불구하고 독자들이 크게 공감할 수 없게 되므로, 이에 대한 보완 설명이 필요하다고 여겨진다.

이에 대한 필자의 답변은 다음과 같다. 위 질문은 이 논문의 계기가 되었던 모두의 사건에 대하여 이 기회에 살펴본 로마법의 입장에서는 어떤 판단이 가능할지를 물은 것이고, 필자 생각에는 자연스러운 질문이라고 본다. 법사학연구의 범위 안에서 필자가 할 수 있었던 것은 로마인들이 자살을 도피성 자살과 그렇지 않은 염세자살로 나누어서 법적으로 달리 취급했다는 사실의 확인뿐이고, 그들이 그 구별의 기준이나 요건을 구체적으로 밝히고 있지 않은 한(사실문제에 대한 로마법률가들의 태도를 고려할 때 사실 이것은 기대할 수도 없다) 어떤 자살이 이유 있는 자살인지, 또는 자살의 유형에 대한 판단 기준이 무엇인지를 이론적으로 밝힐 수도 없고, 또 그렇게 하는 것이 법사학자의 본령도 아님은 거의 자명하다고 생각되며, 또 노무현 전대통령의 자살에 대한 법리적인 논의가 전혀 제시되지 않은 상태로는 로마법 문헌에 나타나는 (주로 전재산 몰수에 관한) 자살 관련 문헌들이 과연 노무현 전대통령의 자살과 무슨 의미 있는 관련이 있는지 전혀 드러나지 않는다고 하지만, 어차피 현행 법적인 자살과 법사학적인 논의는 차원을 달리하는 것으로서 후자가 전자를 대체하는 것이 아님은 물론 대체할 수도 없을 또한 자명하다 할 것이다. 그렇다고 로마적 관점에서 오늘날의 사태에 대한 판단이 전혀 불가능한 것도 아닐 것이다. 우리는 역사적 상상력을 동원해서 옛 로마의 사건이 현재의 한국에서 일어난다면 어찌될까 하고 물을 수 있듯이, 또한 그 사건이 옛 로마에서 일어났었다면 어찌되었을까 하고 물을 수 있는 것이다.

- 학교 法學』 제43권 제1호, 2002. 3., 495-518 [= 정공식 II]
- \_\_\_\_\_, “『서울대학교 法學』 50년: -법사학- 그 성과와 전망”, 『서울대학교 法學』 제50권 제2호, 2009. 6., 93-118 [= 정공식 III]
- 조규창, 『로마刑法』, 1998.
- 최병조, “로마법상 사용취득(usucapio)의 권원 개념(I)-表見權原과 謾想權原-”, 『서울대학교 法學』 제50권 제2호, 2009. 6., 451-496 [= 최병조 II]
- \_\_\_\_\_, “死因贈與의 概念과 法的 性質”, 『民事判例研究』 XXIX, 2007, 803-873 [= 최병조 I]
- 崔鍾庫·金相容 編著, 『法史學入門』, 1985.
- Archi, Gian Gualberto, “Rescripts impériaux et littérature jurisprudentielle dans le développement du droit criminel”(1957), *Scritti di Diritto Romano* III, 1981, 1433~1449.
- Brunnemann, Johann(1608~1672), *Commentarius in Pandectas*, editio quinta, Wittebergae & Berolini, 1701. [= Brunnemann I]
- \_\_\_\_\_(1608~1672), *Commentarius in Codicem Justinianum*, editio novissima, Lipsiae, 1708. [= Brunnemann II]
- Burdon, Joan, “Slavery as a Punishment in Roman Criminal Law”, in: *Slavery and Other Forms of Unfree Labour*, edited by Léonie J. Archer, 1988, 68-85
- Bynkershoek, Cornelis van(1673~1743), “Περὶ αὐτοχειρίας” (Lib. IV Cap. IV), in: *Observationum Juris Romani Libri Quatuor*, editio secunda, Lugduni Batavorum, 1735, 345-351
- Costa, Emilio, *Crimini e Pene da Romolo a Giustiniano*, 1921.
- Dirksen, Henricus Eduardus, *Manuale Latinitatis Fontium Iuris Civilis Romanum*, Berolini, 1837.
- Ermann, Joachim, *Strafprozess, öffentliches Interesse und private Strafverfolgung. Untersuchungen zum Strafrecht der römischen Republik*, 2000.
- Falchi, Giuseppino Ferruccio, *Diritto Penale Romano*, vol. III: Procedura, 1937.
- Heumann, H./Seckel, E., *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 11. Auflage 1971.
- Kunkel/Honsell/Mayer-Maly/Selb, *Römisches Recht*, 4. Auflage 1987.
- Lenel, Otto, *Palingenesia Iuris Civilis*, I et II, 1889/Nachdruck 1960.
- Marotta, Valerio, *Multa de Iure Sanxit. Aspetti della Politica del Diritto di Antonino Pio*, 1988.
- Minois, Georges, *Histoire du suicide. La société occidentale face à la mort volontaire*, 1995.

- Oxford Latin Dictionary*, edited by P. G. W. Glare, 1982/reprinted 1985. [= OLD]
- Pessi, Maria Vittoria Giangrieco, *Situazione economico-sociale e politica finanziaria sotto i Severi*, 1988.
- Quintilianus, M. Fabius, *Declamationes quae supersunt*, recensuit Constantinus Ritter, editio stereotypa editionis prioris, 1884, 1965.
- Rilinger, Rolf, *Humiliores—Honestiores. Zu einer sozialen Dichotomie im Strafrecht der römischen Kaiserzeit*, 1988.
- Schiller, A. Arthur, “Sententiae Hadriani de re militari”, in: *Sein und Werden im Recht. Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 70. Geburtstag am 21. August 1970*, 1970, 295-306
- Schellenberg, Hartwig, *Die Interpretationen zu den Paulussentenzen*, 1965.
- Simonius, Pascal, *Donatio mortis causa*, 1958.
- Vittinghoff, Friedrich, *Der Staatsfeind in der römischen Kaiserzeit. Untersuchungen zur “damnatio memoriae”*, 1936.
- Vocabularium Iurisprudentiae Romanae* I, 1903. [= VIR]
- Volterra, Edoardo, “Sulla confisca dei beni dei suicidi”(1933), in: *Scritti giuridici*, VII, 1999, 185-208 [=Volterra I]
- \_\_\_\_\_, “Processi penali contro i defunti in diritto romano”(1949), in: *Scritti giuridici*, VII, 1999, 305-320 [=Volterra II]
- Wacke, Andreas, “Dig.19,2,33: Afrikans Verhältnis zu Julian und die Haftung für höhere Gewalt”, *Aufstieg und Niedergang der Römischen Welt* II 15, 1976, 455-496 [= Wacke I]
- \_\_\_\_\_, “Der Selbstmord im römischen Recht und in der Rechtsentwicklung”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Rom. Abt.* 97, 1980, 26-77 [= Wacke II]
- Watson, Alan, “Drunkennes in Roman Law”, in: *Sein und Werden im Recht. Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 70. Geburtstag am 21. August 1970*, 1970, 381-387
- Wieacker, Franz, “Zur Methodik der Rechtsgeschichte”, *Festschrift für Fritz Schwind zum 65. Geburtstag*, 1978, 355-375

<Abstract>

## Legal Effect of a Suicide of an Accused prior to a Judgment in Roman Criminal Law

Choe, Byoung Jo\*

Roman Law has long adhered to a doctrine that all the proceedings of a criminal case comes to an end when the accused commits a suicide. In the middle of the classical times of the Roman jurisprudence the imperial enactments began to regulate the suicide of the accused. For the civil persons only a completed suicide was relevant. The main point was to distinguish between the excusable and the unexcusable suicide to decide whether the will of the deceased was to be nullified (*testamentum irritum*) and the property of the deceased to be confiscated to the fisc. For the soldiers a committed suicide without effect was also disciplined with penal sanctions.

The legal rules which continued to be the current law to the late times are as follows :

1. A suicide with just cause as motivated by being tired of life (*taedio vitae*) or unable to bear pains or ill-health (*impatientia doloris, morbi*), etc. is distinguished from a suicide without cause (*sine causa*) motivated with the consciousness of having committed a crime (*conscientia criminis*).

2. A confiscation is prescribed only in the case of a suicide without cause. It is, however, not a penalty for a suicide.

3. For a confiscation is restricted to the case of a crime of which the penalty amounts

---

\* Professor of Law, School of Law, Seoul National University

to death or *deportatio* and which would itself bring about a confiscation if convicted guilty.

4. The main argument for the confiscation is that a suicide may be equivalent to a confession or a self-judgment admitting guilt.

5. However, an heir is allowed to defend the deceased and to prove his innocence.

**[Key Words]** accused, confiscation, Criminal Law, Roman Criminal Law, Roman Law, suicide, *testamentum irritum*, *testamentum militis*

접수일 : 2009.8.18, 심사일 : 2009.9.24~10.5, 게재확정일 : 2009.10.12