

대명률 위핍치사(威逼致死)의 법리와 조선에서의 적용*

한상권**

목 차

- I. 머리말
- II. 읍문 내용
- III. 법리 검토
- IV. 조선에서의 적용
- V. 맺음말

[국문 요약]

당률의 인명사건(人命事件)은 모살(謀殺), 고살(故殺), 투살(鬪殺), 희살(戲殺), 오살(誤殺), 과실치사(過失致死) 등 육살(六殺)이다. 반면 명률에서는 겁살(劫殺)인 위핍치사(威逼致死)가 추가되어 칠살(七殺)이 되었다. 『대명률』은 간음으로 인한 위핍치사인 인간치사(因姦致死)를 결과적가중범(結果的加重犯)으로 간주하여 극형인 참형으로 처벌하였다. 반면 조선에서는 검안(檢案)에 위핍치사의 범인을 정범(正犯)이 아닌 피고(被告)로 현록(懸錄)하고 유이지율(由我之律)로 처벌하였는데, 이는 행위의 결과귀속(結果歸屬)을 엄격히 하려는 것이었다.

[주제어] 대명률(大明律), 겁살(劫殺), 위핍치사(威逼致死), 인간위핍(因姦威逼), 결과적가중범(結果的加重犯), 결과귀속(結果歸屬), 피고(被告), 유이지율(由我之律)

* 이 논문은 2013년도 덕성여자대학교 연구비 지원으로 이루어졌음.

** 덕성여대 사학과 교수; skhan1953@empal.com

I. 머리말

당률의 인명사건(人命事件)은 6가지 형태로 나뉜다. 모살(謀殺), 고살(故殺), 투살(鬪殺), 희살(戲殺), 오살(誤殺), 그리고 과실치사(過失致死) 등의 육살(六殺)이 그것이다. 모살이란 사람을 죽이려는 계획을 세우고, 그런 후에 살인 행위로 나아간 것을 말한다. 모살은 본래 2인 이상이 공모한 경우를 말하지만, 모상(謀狀)이 현저하면 단독계획이라도 역시 이에 해당된다. 고살이란 갑자기 살의를 일으켜 죽인 것을 말한다. 다툼으로 말미암은 것이 아니고 고의(故意)로 살인행위를 한 것이다. 모살인(謀殺人)이 이미 살인행위를 마쳤으면 고살인과 같다.¹⁾ 모살과 고살은 모두 살인에 고의가 있는 것으로, 예모(豫謀)의 유무에 따라 구분하는 것이다. 다음으로 투살이란 살의(殺意)는 없으나 싸우고 서로 때려 상처를 입혀 상대방을 죽음에 이르게 한 것을 말한다. 또 희살이란 서로 장난하는 행위에서 잘못하여 상대방을 죽인 범죄를 말하며, 오살은 오늘날 사실의 착오에 해당하는 경우이다. 이상의 다섯 가지에 과실로 인하여 죽음에 이르게 한 과실치사를 더한 것이 당률의 육살이다.²⁾ 투살, 희살, 오살, 과실치사는 살의가 없다는 점에서 모살, 고살과 구분된다.

반면 원(元) 대덕(大德) 5년(1301)에 서원서(徐元瑞)가 편찬한 것으로 알려진 『이학지남(史學指南)』은 인명사건[命案]을 일곱 가지로 구분하여 칠살(七殺)이라 하였다. 당률의 육살에 겁살(劫殺)이 하나 더 추가된 것이다. 『이학지남』은 겁살을 “위력강취(威力強取)”라고 주해(註解)하였다.³⁾ 즉 겁살이란 ‘위력으로 겁박하여 목숨을 강제로 빼앗은 것’을 말한다. 다시 말하면 “힘으로 위협해 저항하지 못하도록 함으로써 무고한 사람이 자진(自盡)함으로써 죽음에 이르도록 한 것”⁴⁾이 겁살인 셈이다. 당률은 친수살인(親手殺人) 즉 본인이 직접 죽이지 않았으면, 어떤 일로 인해 사람이 자진(自盡)하게 되었는가를 묻지 않고 모두 실제 범한 것으로 의율(擬律)하지 않았다.⁵⁾ 반면 명률에서는

1) “故殺人 謂不因鬪競而故殺者 謀殺人已殺訖 亦同” 『唐律疏議』 제256조, 권17, 賊盜律9. 謀殺人條.

2) 나가무라 시게오 지음, 임대희·박춘택 옮김, 『판례를 통해서 본 청대형법』(서경, 2004), 37~8면.

3) “劫 威力強取” 『史學指南』 권3, 七殺.

4) “劫殺 以力脅止曰劫 害及非罪曰殺” 『史學指南』 권7, 賊盜.

위세(威勢)로 다른 사람을 꺍박(逼迫)하여 자진(自盡)한 경우 즉 꺍살을 다루기 위해 <위꺍인치사(威逼人致死)>라는 을문을 별도로 만들었다. 이로써 사죄(死罪)의 명목이 고법(古法)인 당률보다 늘어나게 되었다.⁶⁾

꺍살 즉 위꺍치사는 다음 세 가지 점에서 주목할 만하다.

첫째, 서양과 비교해 볼 때 동양 형법의 독특한 면을 보여주고 있다. 위꺍치사는 피해자가 자살한 데 대해 가해자에게 책임을 묻는 법조문이다. 서양에서는 인간이 자신을 죽일 권리가 없다고 보았기에 자살은 일반적으로 꺍렴치한 범죄로 여겨졌다. 따라서 18세기까지만 해도 그 범죄자는 모의재판에 부쳐져 공개적으로 모욕을 받았고 장례도 수치스러운 방식으로 꺍행되었다. 때로 그 자살자의 재산의 일부 혹은 전부가 몰수되었다.⁷⁾ 공리주의적인 관점에서 비인도적 형벌제도의 폐지를 주장한 벡카리아(Cesare Beccaria, 1738~1794)는 자살에 형벌을 과하고 자살자를 비인간적으로 처벌하는 것에 반대했다. 그 이유는 “자살은 엄밀히 말해 형벌을 과할 여지가 없는 범죄”라는 생각 때문이었다. “자살에 대한 처벌은 살아 있는 다른 결백한 자에게 과해지거나, 싸늘하고 감각 없는 시체에 과해질 수밖에 없기” 때문이었다.⁸⁾ 이 때문에 Arther H. Smith는 중국 법에서 자살을 야기 시킨 경우를 처벌하는 명문규정이 존재하는데 주목하여, 이것을 ‘서양과 중국 간의 문명의 현격한 차이를 재는 척도’라고 보았다. 자살자 자체가 이미 스스로의 생명에 대해 소위 가해자이며, 죄를 범한 자라는 서양인의 관점에서 본다면, 이 일반적으로 자살에 대해 관용적이며 오히려 때로는, 예컨대 정표절열(旌表節烈)처럼 적극적으로 긍정하는 것, 또 이것을 죽음으로 몰아넣은 자를 찾아 책임을 추급(追及)하는 법의 존재는 이상하게 비치는 것으로 여꺍만하다.⁹⁾

둘째, 중국 형법의 전통에 비추어본다 할지라도 독특하다. 꺍살 즉 위꺍치사와 관련된 조문이 고법(古法)인 당률에는 없기 때문이다. 이와 관련된 을

5) “唐律 非親手殺人 無論因何事致人自盡 均不擬以實抵” 『唐明律合編』, 500면.

6) “明律特立因姦威逼擬斬之條 以後例文日以紛多 而死罪名目較前亦加增矣”, 『唐明律合編』, 500면.

7) 체사레 벡카리아 지음, 한인섭 역, 『범죄와 형벌』(박영사, 2006), 218면.

8) 체사레 벡카리아 지음, 한인섭 역, 위의 책, 139면.

9) 나가무라 시게오 지음, 임대회·박춘택 옮김, 앞의 책, 245~291면.

문이 명대에 이르러 새롭게 마련되는데 이는 목숨을 잃은 사건이므로 가볍게 처리할 수 없다는 시대적 흐름이 반영되었기 때문이다.

셋째, 현대 형법에서 볼 때도 주목할 만하다. 자살이란 자기의 자유로운 판단에 의한 자유로운 의사결정으로 자신의 죽음을 야기한 것을 이른다. 자살은 자의(自意)에 의한 것이므로, 현행 형법에서 벌하지 아니한다. 살인죄의 객체인 사람은 타인을 의미하므로 자살은 살인죄의 구성요건해당성이 없기 때문이다. 이와는 달리 전근대사회에서 위꺾치사에 대한 처벌은 최저 신칙형인 장(杖) 100에서 최고 생명형인 참형(斬刑)에까지 이르고 있다. 현대사회에서는 무죄(無罪)인 범죄가 전통사회에서는 사죄(死罪)로까지 처벌된다는 사실은 주목할 만한 일임에 틀림없다.

이에 본고는 전통시대 법리의 중요한 특징을 내포하고 있다고 보이는 대명률 ‘위꺾치사’에 대해, 율문의 내용, 율문의 특징, 법리 검토, 조선의 적용사례 등을 검토함으로써, 전근대사회 법률체계의 한 단면을 파악하고자 한다.¹⁰⁾

II. 율문 내용

위꺾치사란 “위세로 다른 사람을 깔보고 꺾박하여, 위세의 기염을 감당하기 어렵고, 꺾박하는 괴롭힘과 모욕을 수용하기 어렵고, 이미 그 위세를 두려워하는데, 또 그 꺾박에 마주쳐, 두려워 감히 따지지 못하고, 분하고 한스럽지만 억울함을 펼 도리가 없어, 이로 인하여 스스로 목숨을 끊는 것”을 이른다.¹¹⁾ 관련된 내용이 『대명률(大明律)』제322조 형률(刑律) 인명편(人命篇) 〈위꺾인치사(威逼人致死)〉조에 실려 있는데, 다음 4항으로 구성되어 있다.

10) 역사학자가 형법학 논문을 활용하여 법리 검토를 하였지만 오류가 있을 수 있으므로 형법학자, 법사학자의 치밀한 후속 논증이 나오기를 바란다.

11) “威逼致死 謂以威勢凌逼人 威之氣炎難當 逼之窘辱難受 既畏其威 復遭其逼 懼怕而不敢較 忿恨而無所伸 因而自盡也” 『大清律輯註(하)』, 704면.

- ① (戶婚, 田土, 錢債 등과 같은) 일이 원인이 되어 사람을 위세로 꺍박하여 죽음 [自盡]에 이르게 하면 장100이다[凡因事威逼人致死者 杖一百].
- ② 만약 관리나 관청에서 파견된 관원이 공무가 아닌데 위세로 (죄 없는) 백성을 꺍박하여 죽음에 이르게 하여도 죄가 같다[若官吏公使人等 非因公務 而威逼平民致死者 罪同].
- ①, ② 모두 매장비용으로 은 10냥을 추징하여 (죽은 자의 집에) 준다[並追埋葬銀一十兩].
- ③ 만약 (卑幼)가 기친(期親) 존장(尊長)을 위세로 꺍박하여 죽음에 이르게 하면 교형(絞刑)이다. 대공(大功) 이하이면 1등급씩 체감한다[若威逼期親尊長致死者 絞 大功以下 遞減一等].
- ④ 만약 간음이나 도둑질로 인해 사람을 위세로 꺍박하여 죽음에 이르게 하면 참형이다[若因姦盜 而威逼人致死者 斬].

①~④는 필자 표기임

이 조문은 일상에서 자주 볼 수 있는 사건에 기인하여 위세로 사람을 꺍박하여 그 때문에 그 사람을 자살로 몰아넣은 경우를 자살을 야기 시킨 가장 일반적인 규정의 첫 번째로 들고(①), 이하 관리가 공무에 인하지 않고 죄 없는 평민에 대하여(②), 또 비유(卑幼)가 일정한 복제 관계에 있는 존장(尊長)에 대해서(③), 모두 일반인끼리의 것이 아니라 어떠한 신분관계가 있는 자끼리의 위꺍치사에 대해서도 정하고 있다. 마지막에 간음[姦]이나 도적질[盜]이라는 그 자체가 이미 중한 범죄를 범하고, 다시 그것으로 인하여 위꺍치사 한 경우를 언급하였는데(④), 이 때는 기수(既遂) 미수(未遂)를 불문하고, 그 형벌은 참형(斬刑)으로 본 조문 내에서 가장 무겁다.¹²⁾

명대와 청대에 간행된 주석서¹³⁾를 바탕으로, 각 항의 내용을 좀 더 자세히

12) 나카무라 시게오 지음, 임대회·박춘택 옮김, 앞의 책, 245~246면.

13) 현재 明代 및 清代에 편찬된 대명률 주석서는 40여종이 알려져 있다. 이 가운데 필자가 참조한 주석서의 서명과 찬자, 간행연도를 정리하면 다음과 같다.

살펴보도록 하자.

①항은 범인(凡人) 즉 일반인의 관계로서 말한 것이다. 인명사건임에도 불구하고 형량이 장 100에 매장은(埋葬銀) 10냥으로 비교적 가벼운데, 이는 살옥(殺獄)이 일반인 사이에서 발생하였으며,¹⁴⁾ 피해자가 두려움을 느껴 스스로 죽은 것이지 고의로 죽인 것이 아니기 때문이다.¹⁵⁾ 만약 기꺼이 죽으려 하지 않았는데 강제로 핍박하여 죽였거나, 남의 재산이나 부인 딸 등을 차지하기 위해 강제로 죽도록 하였으면, 위꺨치사가 아니라 사람을 고의로 죽인 고살(故殺)로 논해야 한다.¹⁶⁾ 위꺨으로 인한 자살은 자기의 자유로운 의사결정으로 본인의 죽음을 야기한 것이라야 하며, 만약 살해하려는 마음을 가지고 의사의 자유를 잃게 할 정도의 위꺨을 가해 죽음에 이르게 된 때에는 고살이라는 것이다. 고살이면 참형으로 장 100에 비할 바가 아니다.¹⁷⁾

결국 의사의 자유를 구속할 만한 위협과 핍박에 ‘살해하려는 마음’이 있었는지의 여부가 고살과 위꺨치사를 가르는 기준이 되는 셈이다. 이처럼 죄인

번호	書名	撰者	간행연도	備考
1	律條疏議	張楷	1461년	1471년 重刊. 附律條罪名圖
2	大明律講解	미상	1510	
3	大明律釋義	應檣	1543	1549년 重刊
4	讀律瓊言	雷夢麟	1557	1563년 重刊
5	大明律附例注解	姚思仁	1585	
6	大明律附例	舒化	1585	
7	大明律集說附例	趙壽祖	1591	
8	大明律集解附例	袁貞吉 등	1596	1601년 高擧 등 重刊
9	大明律附例箋釋	王蕉 · 王肯堂	1612	
9	大明律例診解	榭原篤洲	1694	일본
10	大清律輯註	沈之奇	1715	청대
11	唐明律合編	薛允升 외	1891	
12	讀例存疑	薛允升, 黃靜嘉	1905	

* 이 표는 대명률 역주팀의 도움을 받아 작성한 것이다.

이 중 후대에 가장 널리 읽힌 것은 『大明律附例』(6)와 『大明律集解附例』(8)이다. 『大明律附例』는 1585년 『問刑條例』의 重修·改訂을 주도했던 刑部尙書 舒化 등이, 律文과 條例를 합하여 펴낸 官撰書라는 점에서 권위를 가졌던 듯하다. 또한 여러 異本을 교감하여 誤字 55자를 바로잡는 등, 律文 텍스트의 정확성에서도 가장 믿을 만하다고 할 수 있다. 『大明律集解附例』는 『大明律附例』의 이러한 장점에다가, 각 조항마다 자세한 纂註를 덧붙여 놓아서, 대명률에 관한 가장 좋은 注釋書로 평평이 나 있다. 『大明律講解』(2)도 우리나라에서 많이 읽힌 것으로 보인다(박진호, 『大明律의 注釋書』(2013)).

14) “凡因事威逼人致死者 杖一百 以上爲凡人而言” 『大明律附例注解』 권19 12면.

15) “威逼是以勢以威逼 使人畏之 不得已而自盡者 逼之者 原無殺之之心也” 『大明律附例(하)』, 256면.

16) “若其人肯就死 而用強逼殺之 或豪勢 欲奪人財產妻女 勒令自盡者 則依故殺民” 『大明律附例(하)』, 256면.

17) “故殺者 斬” 『大明律』 刑律 人命 <鬪毆及故殺人>조.

의 본심을 따져서 죄를 판정하는 것을 원심정죄(原心定罪)라고 한다. 범죄의 결과만으로 죄를 판정하지 아니하고 범죄의 동기에 유의하여 이를 유죄 여부나 죄형의 경중을 판결하는 최종근거로 삼는 것이 원심정죄인 것이다. 이는 범죄의 외형적 결과보다 내면적 동기를 더 중요시하는 입장으로, 대표적인 예가 춘추필법(春秋筆法)이다.

②항은 관리와 백성의 신분관계로서 말한 것이다. 공무를 집행하는 관리가 개인적인 이익을 챙기기 위해 관의 위세를 내세워 백성을 능멸하고 핍박하여 스스로 목숨을 끊게 만들면, 역시 죽이려는 마음이 있었던 것은 아니었으므로 ①항과 마찬가지로 장 100에 매장은 10냥을 추징한다. 가령 관리가 돈이나 곡식을 추징하거나 공무를 처리하거나 남을 부리는 과정에서, 재물을 강제로 요구하며 백성을 위세로 핍박하여 자진(自盡)하게 하면 여기에 해당된다. 이 경우 ①항의 일반인이 위세로 핍박하여 죽음에 이르도록 한 것과는 죄가 똑같다는 것은, 관리라고 해서 관대하게 처벌하지 않음을 말하는 것이다.¹⁸⁾ 그러나 율문에서 ‘공무가 아닌 것으로 인해[非因公務]’라고 하였으므로, 만약 정당하게 공무를 집행하다가 백성을 핍박하여 죽게 하였으면 죄를 논하지 않는다.¹⁹⁾ 가령 관리가 돈이나 곡식을 추징하거나, 공무를 처리하거나, 죄인을 뒤쫓아 가서 잡는 것 등으로 인해 백성을 위핍하여 자진하였으면, 관리의 소행은 법을 바르게 집행한 것이고 죽은 이가 스스로 목숨을 가볍게 여긴 것이므로 죄를 주지 않는다는 것이다.

③항은 비유(卑幼)와 기친(期親)의 명분관계로서 말한 것이다. 비유(卑幼)가 기친(期親) 존장(尊長)을 위법하여 존장이 자진하면 교형이다. 비유는 존장을 마땅히 공경해야 하며 위력을 가해서는 안 되는데, 핍박하여 죽음에 이르게 한 것은 비천함으로 존귀함을 능멸하는 반인륜적인 범죄를 범한 것이므로 생명형인 교형으로 무겁게 처벌하는 것이다. 그리고 대공(大功) 이하이면 1등급씩 체감한다. 즉 비유가 대공 존장을 위법하여 자진하면 장 100에 유 3,000리이며, 소공(小功)이면 장 100에 도 3년,²⁰⁾ 시마(總麻)이면 장 90에

18) “若以私事以威逼平民致死 與凡民威逼者何異哉 故其罪同” 『大明律釋義』 권19, 17면.

19) “言非公務平民 則因公務 而威逼有罪之民致死者 勿論” 『大明律釋義』 권19, 17면.

도 2년 반이다. 이는 “복제가 점차 멀어지면 형벌도 점차 감한다[服漸殺 罪漸減]”는 원칙에 의거한 것이다. 일찍이 위진(魏晉) 시대의 법률에서 이미 오복(五服)제도는 친족 관계의 판단 기준으로서 형벌의 경중과 연계되었다. 이후 당, 송, 명, 청의 역대 법률에서는 친족 범죄의 경우에는 거의 예외 없이 쌍방의 복제 관계에 따라 죄의 유무나 형량의 경중을 결정했다. 전통시대 중국의 형법에서 친족 범죄에 관한 규정을 ‘오복제죄(五服制罪)’라는 말로 개괄하여 설명한다 해도 치우친 말은 아니다.²¹⁾ 이는 “죄는 명분에서 생긴다[罪生於分]”는 법률관으로,²²⁾ 명분의 준비를 형벌 가감의 기준으로 삼으므로 복제의 친소(親疎)가 처벌의 경중을 결정하는 기준이 되는 것이다.

한편 강상(綱常)의 질서 하에서는 부모나 남편이 자·손이나 처·첩을 구타하거나 쫓아내고 심지어 죽여도 별 사회적 문제가 되지 않으므로²³⁾ 비유에 의한 존장 위법치사보다는 거꾸로 존장이 비유를 핍살(逼殺)할 가능성이 훨씬 더 높다. 그러나 율문에는 이에 대한 규정이 없다. 존장의 존귀함이 강조될 뿐 도덕적 책무는 언급이 없는 것이다. 그 까닭에 대해 주석서는 다음과 같이 설명하였다.

“존장과 (비유) 본래 명분으로 서로 임하므로 비록 (존장의) 위법(威逼)이 있더라도 위법이 아니다. 이는 남편이 (죄가 있는) 처나 첩을 구타하거나 욕설을 퍼부어 자진(自盡)하였다더라도 율문에 죄를 묻지 않도록 한 것과 마찬가지다.”²⁴⁾

20) 장 100 유 3,000리에서 1등급을 감하면 장 100 유 2,500리가 아니라 장 100 도 3년이 되는 까닭은 “唯二死三流 各同爲一減”의 減罪 원칙 때문이다. 이를 대명률은 다음과 같이 설명하였다. “두 등급의 死罪”란 교형과 참형을 이른다. ‘세 등급의 流罪’란 유 2,000리, 유 2,500리, 유 3,000리를 이른다. ‘각각 똑같이 하나로 간주하여 줄인다’는 것은, 예컨대 死罪를 범하였을 때 1등급을 줄일 경우 유 3,000리에 처하고, 2등급을 줄일 경우 도 3년에 처하며, 유 3,000리에 (해당하는 죄를) 범했을 때 1등급을 줄일 경우 또한 도 3년에 처하는 것이다[二死謂絞斬 三流謂二千里二千五百里三千里 各同爲一減 如犯死罪 減一等 卽坐流三千里 減二等 卽坐徒三年 犯流三千里者 減一等 亦坐徒三年]. 『大明律』 名例律 『加減罪例』조.

21) 范忠信·鄭定·詹學農 공저, 李仁哲 역, 『中國法律文化探究—情理法과 中國人』(일조각, 1996), 187~188면.

22) 『大明律釋義』 권19, 17면.

23) “若夫毆罵妻妾 因而自盡身死者 勿論” 『大明律』 刑律 人命 〈夫毆死有罪妻妾〉.

24) “尊者本以名分相臨 雖威勿威 若夫毆罵妻妾自盡 則依律勿論” 『大明律附例箋釋』 권19, 21면.

명분의 등급은 인위적인 것이 아니므로 법으로 존장의 존엄함을 처벌하는 것은 천리자연의 이치에 어긋난다는 입장이다[法不敵尊]. 임금 - 남편 - 아버지 삼존(三尊)의 명분과 권리, 신하 - 처 · 첩 - 자 · 손 삼비(三卑)의 명분과 의무를 강조하는 데서 비롯된 법률관인 것이다. 이러한 관념은 “아내에게 있어서 남편은 하늘같은 존재” “남편은 아내의 근본” “부(婦)라는 것은 복(服)이라는 말이다. 즉 남편에게 복종하여 남편을 섬기는 것이다” “여자라는 것은 남자의 가르침에 순종하여 그 이(理)를 기르는 존재이다. 때문에 여자에게는 자기 마음대로 할 수 있는 도리는 없는 것이다”²⁵⁾라는 말로 현실에서 구현되었다.

그러나 현실에서는 비유가 존장의 위법을 참고 견디다 못해 자살하는 일이 수시로 발생하였다. 가장 일반적인 사례가 시어머니의 위법에 의한 며느리의 자진이다. 이 경우 주석서는 “율문에 규정이 없으므로 존장을 처벌할 수 없다”는 주장과,²⁶⁾ “인명과 관련된 일이므로 기친을 제외하고 대공 이하는 불응위(不應爲)로 과단(科斷)하는 것이 옳다”²⁷⁾는 의견으로 나뉜다.

④항은 만약 간음이나 도적질로 인하여 다른 사람을 위법하여 자진에 이르게 하면 참형(斬刑)이라는 규정이다. 『대명률』의 형벌은 오형(五刑) 체계²⁸⁾로 되어있는데, 이는 범죄의 심각성에 따라 신체에 가하는 고통의 가혹함의 정도를 체계화한 것이다. 이 중 가장 무거운 형벌은 생명형인 교형과 참형이다.²⁹⁾ 『대명률』은 범죄의 심각성에 따라 형량을 높이면서도 율문에서 사죄(死罪)를 명기하지 않았으면 생명형으로 처벌할 수 없도록 하였다. 즉 가죄(加罪)는 아무리 죄를 더하여도 장 100 유 3,000리에 그쳐야 하며, 본조(本條)에서 ‘죄를 더하여 사죄(死罪)에 든다.’라는 규정이 없으면 사형에 이르게 할 수 없다는 것이다.³⁰⁾

25) 范忠信·鄭定·詹學農 공저, 李仁哲 역, 앞의 책, 286~287면.

26) “言卑幼威逼尊長致死之罪 則尊長威逼卑幼致死者 勿論矣” 『大明律釋義』 권19, 17면.

27) “同宗及外姻尊長於大功小功總麻卑幼因公威逼致死並依[不應杖]” 『大明律附例(하)』, 257면.

28) 五刑은 『대명률』 총칙에 해당하는 名例律 맨 앞에 명기되어 있다. 오형은 전근대 중국 사법체도의 표준형벌로서, 笞刑 5등급[10~50대], 杖刑 5등급[60~100대], 徒刑 5등급[1년, 1년 반, 2년, 2년 반, 3년], 流刑 3등급[2000리, 2500리, 3000리], 사형 2등급[교형, 참형] 등 모두 20단계의 형벌로 구성되어 있다.

29) “絞斬二刑 刑之極者” 『大明律』 제39조 名例律 加減罪例.

30) “加罪 止於杖一百流三千里 不得加至於死 本條加入死者 依本條” 『대명률』 제39조 名例律 加減罪例.

그런데 생명형은 수형자의 고통이 아니라 신체의 절단 여부로 나누었다. 신체적 완전성—살아 있을 때처럼 죽었을 때에도 신체를 온전하게 보전하는 것—의 손상은 전통시기 중국의 형벌체계에서 가장 두려워하는 결과였으며, 가장 효력을 발휘하는 위협이었다. 머리가 없는 채로 사후세계에 들어가면 계속 그 상태로 남아 있을 것이라고 굳게 믿었기 때문이다.³¹⁾ 똑같은 생명형이지만 참형이 교형보다 한 단계 더 무거운 것은 이 때문이었다. 설사 “가죄(加罪)하여 교형(絞刑)에 든다 할지라도 참형에 이르게 할 수는 없었다.”³²⁾

따라서 ④항의 참형은 ③항의 교형과 똑같은 생명형이면서도 한 단계 더 중한 형벌이었다. 간음이나 도적질로 인해 위핍치사하면 참형이라는 극형으로 처벌하는 까닭은, 이들이 명분과 교화를 파괴하는 반인륜적·반사회적인 흉악 범죄이므로 조짐을 막기 위해서이다.³³⁾

④항에서 언급한 두 가지 범죄 중, 후자 즉 ‘도적질로 인한 위핍(因盜威逼)’이란 “강도짓으로 인해 비록 재물은 얻지 못했으나 재물 주인이 강도의 겁박에 두려움을 느껴서 스스로 죽었거나, 혹은 절도하는 것으로 인해 발각되어 재물주인이 고발하려 하자 도리어 재물주인을 위세로 핍박하여 죽음에 이르게 하는 것과 같은 따위”를 이른다.³⁴⁾ 그런데 주석서는 ‘인도위핍(因盜威逼)’은 발생 가능성이 낮은 조문이라고 하였다.

“도적질로 인해 위핍(因盜威逼)하는 경우에 대해 혹자는 가령 강도(強盜)가 주인 집에 들어가지 않고 먼저 문밖에서 큰소리치면 피해자 및 집안사람이 놀라 자진(自盡)하는 것을 이른다”고 한다. 절도(竊盜)의 경우, 피해자 및 구원하는 사람이 추격하는데,

31) 티모시브록 외 지음, 박소현 옮김, 『능지처참』(너머북스, 2010) 43~48면. 극형 중 가장 가혹한 형벌은 목, 팔, 다리 등 신체의 여러 부위를 절단하는 陵遲處死刑이다. 대명률에는 범인을 陵遲處死刑으로 처벌할 수 있는 죄목이 15개 조항 있는데, 그 가운데 11개 조항이 +惡에 포함되어 있어 지금 히 예외적인 형벌이라 할 수 있다.

32) “加入絞者 不加至斬” 『대명률』 제39조 名例律 加減罪例. “가령 첩이 남편을 구타하거나 또는 노비가 주인의 總麻親을 구타하여 折傷에 이르면 죄를 더하여 絞罪에 들되 斬罪에는 이르지 않는 것이다(如妾毆夫及奴婢毆家長總麻親 至折傷 加入絞罪 不至於斬).” 『大明律集解附例』, 350면.

33) 『大明律例診解』 권22, 65면.

34) “如因行強盜 雖未得財 而財主畏懼自盡身死 或因竊盜 財主欲告 反將財主用計威逼身死 若此之類謂之因盜威逼” 『大明律講解』, 369면.

이로 인하여 체포를 거부하여 피해자와 구원하는 사람이 놀라 넘어져 죽는 것이 모두 이에 해당된다고 한다. 그러나 생각건대 이는 ‘위법인치사(威逼人致死)’ 법과 부합되지 않으며 또한 위법(威逼)한 일이 없는 듯하다. 강도가 아직 문에 들어가지 않았는데 피해자가 어찌 자진하는가? 절도하는 사람이 추격당해 체포를 거부하는 것은 뜻이 위험에서 벗어나려는데[脫身] 있는데, 추격하는 사람이 넘어져 죽는 것은 전혀 위법(威逼)의 사정과 합치되지 않는다. 간음으로 인한[因姦] 위법인치사자(威逼人致死者)는 늘 있으나, 도적질로 인한[因盜] 위법인치사자(威逼人致死者)는 절대 없다. 도적질에는 본래 율문이 있으니 반드시 왜곡해 설명할 필요는 없다.”³⁵⁾

즉 강도나 절도와 이로 인한 위법치사는 인과관계가 성립되지 않으므로 본율(本律)로 처벌해야 한다는 것이다.³⁶⁾ 본 율문이라 함은 『대명률』 제289조 형률 도적편 <강도>조를 말한다.³⁷⁾

그러면 ④항의 중심 내용은 ‘인간위법(因姦威逼)’이 된다.³⁸⁾ ‘인간위법’이란, 강간으로 인해 부녀(婦女)를 위세로 핍박하여 자진하게 하거나, 화간을 하려다 방해하는 그 남편이나 혹은 그 친속들을 위세로 핍박하여 자진하게 하는 경우 모두가 이에 해당된다.³⁹⁾ 이 경우 기수(既遂) 미수(未遂)를 구분하지 않고 참형으로 엄하게 처벌하였다.⁴⁰⁾

한편 부녀(婦女)가 다른 남자와 통간(通姦)한 사실이 발각되어 친속에게

35) “因盜威逼者 或謂如強盜未入主家 先于門外虛張聲勢 以致事主及家中人有驚惶自盡者 若竊盜被事主及救援人追逐 因而拒捕 事主救援人慌張撲跌而死 皆是 竊謂此與威逼之法未協 亦恐威逼之事所無 強盜尙未入門 事主何至自盡 竊盜被追拒捕 意在脫身 追者撲跌而死 全與威逼事情不合 因姦而威逼人致死者常有之 因盜而威逼人致死者絕無 盜有本律 可不必曲爲之說也” 『大清律輯註(하)』, 707면.

36) 실제로 1894년(고종 31)부터 1907년까지 전국 각지의 관아와 지방재판소에서 법부에 올려 보낸 공문서를 묶어놓은 『司法稟報』에도 ‘因盜威逼致死’ 사례는 거의 보이지 않는다.

37) “凡強盜已行 而不得財者 皆杖一百流三千里 但得財 不分首從 皆斬 ○若竊盜 臨時有拒捕 及殺傷人者 皆斬 因盜而奸者 罪亦如之 共盜之人 不會助力 不知拒捕殺傷人 及姦情者 止依竊盜論 ○其竊盜事主知覺 棄財逃走 事主追逐 因而拒捕者 自依罪人拒捕律 科罪”

38) ‘因姦威逼致死’에 대한 연구로는 김호, 『조선후기 ‘因姦威逼律’의 이해와 다산 정약용의 비판』, 『진단학보』 117(2013.4) 참조.

39) “因姦而威逼人致死 如強姦 而其婦自盡 或和姦 而有所阻礙 威逼其夫 或其親屬 致其自盡者 皆是也” 『大明律釋義』 권19, 17~18면.

40) “因姦威逼 不分已未成” 『大明律附例(하)』, 258면.

붙잡혀 맞아 죽거나 혹은 남편에게 붙잡혀 맞거나 모욕당하여 부인이 부끄러움을 느끼고 자진(自盡)할 경우, 간부(姦夫)는 다만 화간(和姦) 죄인 장 80으로 처벌하며, 본 율문은 적용하지 않는다.⁴¹⁾ 부녀 자신이 스스로 저지른 잘못이므로 다른 사람을 원망할 것이 없으며, 화간이므로 위꺨치사율을 쓰는 것이 합당하지 않다고 보기 때문이다.⁴²⁾

그런데 ‘인간위꺨(因姦威逼)’도 ‘인도위꺨(因盜威逼)’과 마찬가지로, 대명률에 본죄(本罪)에 대한 처벌 조항이 있다. 관련 내용을 발췌하면 다음과 같다.

“화간(和姦)을 하면 장 80이되 남편이 있으면 장 90이다[凡和姦杖八十 有夫杖九十]. 조간(刁姦)을 하면 장 100이다[刁姦杖一百]. 강간(強姦)은 교형이며, 미수이면 장 100에 유 3,000리이다[強姦者 絞 未成者杖一百 流三千里].”⁴³⁾

본죄에서는 간음을 화간(장 80)과 조간(장 90), 강간(교형)으로 나누고, 다시 강간을 기수(교형)와 미수(장 100 유 3000리)로 구별하였다. 반면 <위꺨인치사>조에서는 강간의 경우 기수 미수 구별 없이 모두 참형으로 처벌함으로써, 본죄보다 형량이 무겁다는 사실을 알 수 있다. 법리 검토를 통해 그 까닭을 알아보도록 하겠다.

Ⅲ. 법리 검토

‘인간위꺨(因姦威逼)’의 본죄인 간음에 대한 처벌 조항은 대명률 <범간>조에 있으며, 형량은 최저 장 80에서 최고 교형까지였다. 그러나 <위꺨인치사>조에서는 ‘인간위꺨’의 경우, 기수 미수 구분 없이 모두 극형인 참형으로 처벌하였다.⁴⁴⁾

41) “如姦婦被親屬拘執打死 或被夫毆罵 婦羞自盡 姦夫止坐姦罪 不可作威逼” 『大明律附例(하)』, 258면.

42) 『大明律例診解』 권22, 66면.

43) 『大明律』 형률 범간편 <犯姦>.

주석서는 “대저 죄가 참형에 그치는 것은 이미 중형이니, 비록 간음이나 도적질한 실정이 가히 미워할만하나 또한 반드시 꺾박한 위세가 있어야 비로소 이 율문을 쓸 수 있다. 가령 화간이나 절도는 본래 위세가 없고 원래 꺾박한 것이 아니니 가벼이 (참형으로) 처벌할 수 없다.”고 하면서도, 실제로는 “오로지 부녀가 다른 사람과 통간하였는데 부모와 남편이 부끄러워하고 떨쳐버리지 못하여 자진하였으면 비록 큰 위세가 없었으나 가문의 욕됨이 위세보다 심한 것이니 간부(姦夫)와 간부(姦婦)는 모두 응당 율문대로 의죄(擬罪)해야 한다.”고 주장하였다.⁴⁵⁾

이는 간음으로 인해 발생한 죽음을 중죄로 다스려야 한다는 생각에서 나온 것이다. 현대형법에서, 고의에 기한 기본범죄에 의하여 행위자가 예견하지 않았던 중한 결과가 발생한 때에 그 형이 가중되는 범죄를 ‘결과적가중범(結果的加重犯)’이라 한다.⁴⁶⁾ 결과적 가중범을 무겁게 벌하는 이유는 이 경우에 중한 결과는 기본 범죄에 포함되어 있는 전형적 불법이 실현된 것이므로 고의에 의한 기본범죄에 의하여 그 범죄에 전형적으로 결합되어 있는 위험을 주의의무에 위반하여 발생케 한 것은 순수한 과실범의 경우보다 행위불법이 무겁다는 점에 있다.⁴⁷⁾

〈위법치사〉에서 간음을 기본범죄보다 무겁게 처벌하는 까닭은 ‘인간꺾살(因姦逼殺)’을 결과적 가중범으로 인식하였기 때문이다. 먼저 화간한 부녀의 처벌을 살펴보자. 형률 〈범간(犯姦)〉에서 “화간(和姦)은 남녀 동죄”라고 하였으므로, 간부(姦夫)와 간부(姦婦)를 똑같이 장 80으로 처벌하는 것이 마땅하였다.⁴⁸⁾ 그러나 〈위법치사〉에서는 남자인 간부(姦夫)는 율문대로 장 80인 반면, 여자인 간부(姦婦)는 무려 11등급이나 높은 교형으로 처벌하는 것이 마땅하다고 하였다.

44) “因姦威逼 不分已成未成” 『大明律附例(하)』, 258면; “姦 不論已成與未成” 『大清律輯註(하)』, 704면.

45) “夫罪止于斬 已爲重刑 雖姦盜之情可惡 亦須有威迫之威 方用此律 若和姦竊盜 本無威勢 而非逼迫者 不可輕坐 惟因婦女與人通姦 而父母與夫 羞慚窒礙自盡者 雖無大威勢 而家門之辱 甚于威也 姦夫姦婦俱應如律擬罪” 『大明律集說附例』 권6, 93~94면.

46) 이재상, 『형법총론』(박영사, 2003), 197면.

47) 이재상, 위의 책, 198면.

48) “犯姦條云 和姦刁姦者 男女同罪 強者 婦女不坐 若因強姦 而威逼人致死 止坐姦夫 因和刁而 威逼人致死 男女同科” 『大明律附例(하)』, 257면.

“혹자는 이르기를 화간(和姦)으로 인해 다른 사람을 위궤하여 죽게 되었으면 남자가 죄가 같다고 하는데 잘못이다. 만약 본부(本夫)가 부인이 다른 사람과 간통한 것을 들어 알아 부끄럽고 분하여 자진(自盡)한다면, 간부(姦夫)에게 있어서 원래 위궤(威逼)한 실정이 없으니 간부(姦夫)는 단지 화간(和姦)한 죄인(장 80에) 그치는 것이 마땅하며, 간부(姦婦)는 이어 이전 율문[威逼期親尊長致死之律]에 비부하여 교형(絞刑)에 의율(擬律)하면 거의 정(情)과 법(法)의 가볍고 무거움의 마땅함을 잃지 않을 것이다.”⁴⁹⁾

심지어 화간이면 장 80으로 처벌해야 하는 간부(姦夫)를 무려 12등급이나 높은 극형인 참형으로 의율하는 사례도 왕왕 있었다.

“근래 화간한 부녀자가 남편에게서 쫓겨나서 스스로 목숨을 끊는 것을 볼 수 있는데, 비록 자진(自盡)이 간음으로 인한 일이라는 하지만 위세로 꺾박한 실정이 없는데도 관아에서 왕왕 이 율문을 인용하여 간부(姦夫)를 참죄(斬罪)로 의율(擬律)할 것을 요청하는데 이는 잘못됨이 심한 것이다.”⁵⁰⁾

강간의 경우에는 행위자에게 제3자의 자살까지 책임을 물었다.

“강간이 이미 이루어져 그 남편과 부모, 친속 및 본부(本婦)가 수치스럽고 분하여 자진한 경우에는 참감후(斬監候)⁵¹⁾에 의율(擬律)한다. 만약 강간이 아직 이루어지지 않았거나 혹은 단지 놀림을 당하고 그 남편과 부모 친속 및 본부(本婦)가 수치스럽고 분하여 자진한 경우에는 모두 교감후(絞監候)에 의율(擬律)한다.”⁵²⁾

49) “或謂因和姦而威逼人致死者 男女同罪 非也 … 若本夫聞知婦人 與人奸通 而羞憤自盡 在姦夫原無威逼之情者 姦夫止宜和姦之罪 姦婦仍比依前律擬絞 庶不失情法輕重之宜也” 『大明律附例箋釋』 권19, 21면.

50) “近見和姦之婦 爲夫所毆 而自盡者 雖有因姦之事 而無威逼之情 問官往往引此律 擬而斬罪 則誤甚矣” 『大明律釋義』 권19, 17면.

51) ‘監候’란 명청시대에 사형수를 즉시 처형하는 ‘不待時’와는 달리 옥에 구금하여 秋審이 끝날 때까지 기다려 처형하던 일을 이른다. 斬監候와 絞監候 2종이 있다.

52) 嘉慶 11년(1806) 增定: 나카무라 시게오, 임대회·박춘택, 앞의 책, 251면, 주449에서 재인용.

제3자가 자살한 경우, 원래의 가해자는 또한 발생한 자살에 대한 죄책(罪責)을 면제하지 않으며, 그 형벌은 직접 피해자가 자살한 경우와 대체로 같다. 피해자와 제3자가 함께 자살한 때에는 자살자가 복수(複數)인 경우가 직접 피해자의 자살에 대한 경우보다도 대개 형벌을 가중시키는 사유가 된다. 직접 피해를 입지 않은 자의 자살에 ‘즉 자신이 모함 받은 것과 다름없다’는 논리로 피해자 자신의 자살을 규정한 조례를 적용하고 있는 것이다.⁵³⁾

뿐만 아니라 가해행위와 자살 간에 상당한 시간적 거리가 있는 경우에도 위꺍치사로 인정하고 있다. 많은 사안처럼 피해를 입은 후 시기가 얼마 되지 않은 때 다분히 충동적인 자살의 경우와는 달리, 자살이 본래의 가해행위가 멈춘 후 상당한 시일이 지난 점에 행해졌고, 따라서 그 사이에 새로운 여러 사정이 개입하는 일이 많았던 자살도 똑같이 처리되고 있는 것이다.

이처럼 제3자가 자살한 경우나 상당한 시간적 거리가 있는 데도 행위자에게 책임을 묻은 것은 기본범죄와 중한 결과 발생 사이의 인과관계를 ‘조건설’에 의거하여 파악하기 때문이었다. 모든 범죄(결과범, 침해범)는 결과가 발생하여야 기수(既遂)에 이르게 된다. 그러나 이러한 범죄에서도 행위와 결과가 독립하여 존재하는 것으로 충분한 것이 아니라, 발생한 결과가 행위자의 행위에 의한 것이라는 일정한 연관이 있어야 한다. 따라서 결과에 대한 형사책임의 근거는 구성요건에 해당하는 행위와 그 결과 사이의 ‘인과관계’라고도 할 수 있다. 형법상의 인과관계의 문제는 발생한 결과를 행위자에게 그의 행위로 귀속시키기 위하여 행위와 결과 사이에 어떠한 연관이 있어야 하느냐의 문제를 의미한다. 인과관계는 행위가 결과에 대한 원인으로 작용하였는가를 묻는 존재론적 문제인 것이다.⁵⁴⁾

인과관계를 파악하는 이론 중의 하나인 조건설이란 행위와 결과 사이에 조건적 관계만 있으면 인과관계를 인정하는 견해이다. 즉 조건설은 행위와 결과 사이에 그 행위가 없었다면 결국 결과가 발생하지 않았다고 볼 수 있는 관계가 있으면 인과관계를 인정하는 것이다.⁵⁵⁾ 그런데 조건설에 의거할 경

53) 나카무라 시게오, 임대희·박춘택, 앞의 책, 266면

54) 이재상, 앞의 책, 136면.

우, 인과관계를 직접 구명하지 않고 일단 인과관계가 존재한다는 전제에서 가설적 사고과정의 제거절차를 밟고 있다는 점에서 방법론상의 잘못을 범하였으며, 인과관계의 범위가 지나치게 확대된다는 비판을 면할 수 없다.⁵⁶⁾

이 때문에 시대가 내려옴에 따라 인과관계를 엄격히 적용해야 한다는 주장이 나왔다. 명대의 주석서가 “무릇 위핍의 일은 천태만상이어 모두 거론할 수 없다. 다만 보기에 살아있는 사람이 가히 두려워할만한 위세가 있고 죽은 사람이 어찌할 수 없는 실정이 있거니만 하면 위핍으로 처벌한다.”⁵⁷⁾라며, 서양의 조건설과 같은 논리로 인과관계를 폭넓게 인정하는 반면, 청대 주석서는 이를 엄격히 제한하려는 움직임을 보이고 있어 주목된다.

“어떤 일로 인해 위세로 꺾박하여[因事威逼] 이 네 글자를 중요하게 볼 필요가 있다. 위핍을 행하는 사람은 반드시 이 일로 인하여 실행하고, 위핍을 받는 사람은 반드시 이 일로 인하여 죽어야 바야흐로 이에 해당한다. 먼저 일찍이 위핍이 있는데 뒤에 다른 일 때문에 자진하는 일이 있을까 염려된다.”⁵⁸⁾

“위핍의 실정은 천태만상이다. 반드시 그 사람의 위세가 과연 두려워할 만하고, 꺾박이 과연 감당할 수 없어 참고 견딜 수 없으며, 그 어찌할 수 없는 사정이 있어서 그로 인하여 스스로 목숨을 끊어야 바야흐로 이 율문에 합당하다. 대개 어리석은 남자와 여자가 매번 작은 일로 곧 생명을 가벼이 여기는 데 반드시 위핍으로 말미암은 것이 아니다. 형벌을 담당하는 사람이 그 법을 가볍게 여겨 쉽게 위핍치사율을 들이는데 율문의 뜻이 아님을 알지 못하는 것이다.”⁵⁹⁾

55) 이재상, 앞의 책, 138면.

56) 이재상, 앞의 책, 137~138면.

57) “大凡威逼之事 千形萬狀 不可悉數 但看生者有可畏之威 死者有不得已之情 卽以威逼坐之” 『大明律例諺解』 22권, 67면.

58) “因事威逼 四字要重看 行威逼之人 必因此事而發 受威逼之人 必因此事而死者方是 恐有先曾威逼後爲別事而自盡之事也” 『大清律輯註(하)』, 706면.

59) “威逼之情 千態萬狀 必其人之威勢果可畏 逼迫果不堪 有難忍難受 無可奈何之情 因而自盡者 方合此律 蓋愚夫愚婦 每因小事 卽致輕生 非必果由威逼也 司刑者 多因其法稍輕 容易加入 而不知非律意” 『大清律輯註(하)』, 706면.

이처럼 인과관계를 엄격히 제한함으로써 형사책임의 무제한한 확대를 제한하려는 노력은 죄형법정주의(罪刑法定主義)를 지향하고 있다는 점에서 주목할 만하다.

한편 결과적 가중범의 법리를 적용하려면 인과관계의 존부뿐만 아니라 행위의 결과귀속도 따져보아야 할 문제였다. 결과적 가중범이 성립하기 위해서는 (가) 기본적으로 고의 행위가 있고 (나) 중한 결과의 발생이 있으며 (다) 고의 행위와 중한 결과 사이에 인과 관계가 있어야 하고 (라) 중한 결과는 행위자가 예견할 수 있는 것이어야 하기 때문이다.⁶⁰⁾

겁살(劫殺)인 위꺍치사는 친수살인(親手殺人)인 육살(六殺)과는 달리 위세와 꺍박에 의한 자살이므로 살옥(殺獄)의 책임을 누구에게 돌릴 것인가 하는 결과귀속은 반드시 검토해야 할 문제였다. 확정된 인과관계는 결과귀속의 전제에 지나지 않기 때문이다. 발생한 결과를 행위자에게 귀속시키기 위해서 인과관계 이외에도 그 결과를 행위자에게 귀속시키는 것이 정당한 처벌이라는 관점에서 법적 규범적으로 긍정되지 않으면 안 된다. 이것이 객관적 귀속이다.⁶¹⁾

객관적 귀속이란 인과관계가 인정되는 결과를 행위자의 행위에 객관적으로 귀속시킬 수 있는가를 확정하는 이론을 말한다. 인과관계는 발생한 결과를 행위자에게 귀속시키기 위하여 행위와 결과 사이에 어떤 연관이 있어야 하는가에 대한 이론이다. 그러나 발생한 결과를 행위자에게 귀속시킬 수 있느냐의 문제는 인과관계가 있는가라는 존재론적 문제가 아니라 그 결과가 정당한 처벌이라는 관점에서 행위자에게 객관적으로 귀속될 수 있느냐라는 규범적 법적 문제에 속한다. 물론 객관적 귀속을 인정하기 위하여서는 인과관계의 존재가 전제되어야 한다. 이러한 의미에서 인과관계는 객관적 귀속 판단에 있어서 중요한 역할을 한다. 그러나 행위와 결과 사이의 인과관계는 형법적 판단의 기초에 지나지 않는다. 인과관계는 행위와 결과 사이에 조건관계가 있으면 인정된다. 그러나 행위와 결과 사이에 인과관계가 존재한다는 것만으로는 이러한 관계가 법질서에 대하여 어떤 의미를 갖는가에 관하여 아

60) 박종순, 「결과적 가중범에 있어 인과관계와 예견 가능성」, 『변호사』 제44집(2013), 476면.

61) 하태영, 「형법 제17조 인과관계와 객관적 귀속-대법원 판례 분석」, 『동아법학』 58(2013), 294~295면.

무런 해결을 주지 못한다. 여기에 인과관계 이외에 귀속의 기준을 명백히 하지 않으면 안 될 이유가 있다.⁶²⁾

그런데 피해자의 자기침해행위가 피해자의 자유로운 자기책임 하에 행해진 경우에 행위자의 결과귀속은 부정된다. 자살행위가 대표적인 예이다. 피해자의 행위가 개입되어 결과가 발생한 경우, ‘자기책임의 원칙’이 적용되기 때문이다. 자기책임의 원칙이란 피해자가 위험에 대하여 책임이 있는 때에는 그 위험과 위험이 실현되어 발생한 결과를 위험을 창설한 행위자에게 귀속할 수 없다는 원칙이다.⁶³⁾ 이에 의거해 볼 때 인간치사(因姦致死)를 결과적 가중범으로 처벌하는 것은 현대 형법에서는 불가능하다. 강간을 당해 자살하였을지라도 “강간행위와 피해자의 자살행위 사이에 인과관계를 인정할 수는 없다.”는 입장이기 때문이다.⁶⁴⁾ 명·청대의 주석서에서 기본범죄와 자살 간의 인과관계를 엄격히 제한하려는 흐름은 확인할 수 있었으나 행위자의 결과 귀속 문제를 검토한 내용은 찾아보기 어렵다. 반면 조선의 법률서에서는 이에 관한 내용을 다루고 있어 주목된다.

IV. 조선에서의 적용

다산 정약용(丁若鏞, 1762~1836)은 『흠흠신서(欽欽新書)』에서 법 집행의 일반 원칙을 다음과 같이 언급하였다.

“법을 집행하는 논리는 엄격해야 하고, 조문을 인용하는 규칙은 신중해야 한다.

다만 법을 시행할 때는 정절(情節)도 또한 미땅히 살펴서 의심이 없는 곳에서도

62) 이재상, 앞의 책, 149~150면.

63) 이재상, 『형법기본관계총론』(박영사, 2011), 96면.

64) 강간행위와 그것이 원인이 된 피해자의 자살행위 간에 인과관계를 인정하지 않는 것이 대법원판례인데, 판결요지는 다음과 같다. “강간을 당한 피해자가 집에 돌아가 음독자살하기에 이른 원인이 강간을 당함으로써 인하여 생긴 수치심과 장래에 대한 절망감 등에 있었다 하더라도 그 자살행위가 바로 강간행위로 인하여 생긴 당연의 결과라고 볼 수는 없으므로 강간행위와 피해자의 자살행위 사이에 인과관계를 인정할 수는 없다.” 대법원 1982.11.23. 선고 82도1446 강간치사.

의심을 일으켜 반드시 죽일 곳에서 삶을 구하는 것이 이것이 진실로 공평하고 정당한 도리이다.”⁶⁵⁾

형벌의 적용은 오로지 율문에 따라 의율정죄(依律定罪)할 것이며, 선입견을 내세워 심증만으로 선불리 유죄 판단을 하지 말고, 사죄(死罪)에 의의(疑意)가 있을 때에는 죄를 감경(減輕)하여 목숨을 살려주어야 흠휼정신에 부합된다는 것이다.

이를 위해서는 인명사건인 살육(殺獄)의 경우, 첫째 실제 사망 원인인 실인(實因)을 밝혀내는 일이며, 둘째 피해자를 살해한 정범(正犯)을 확정하는 일이 무엇보다 중요하다. 이 두 가지에 사람을 살리느냐 죽이느냐 하는 문제가 달려 있기 때문이다. 그런데 검안의 작성원칙은 실인을 어떻게 확정하느냐에 따라 달라진다. 이와 관련하여 다산은 『흠휼신서』에서 다음과 같이 언급하였다.

“무릇 검안(檢案)에서 살펴보는 것은 다만 죽은 원인의 한 구절로서, 실제 죽은 원인이 다른 사람에게 있으면 이에 정범(正犯)이 있는 것이요, 실제 죽은 원인이 자기에게 있으면 이에 피고(被告)가 있는 것이다. 이것이 곧 검안의 대원칙이고 기본적인 법이다.”⁶⁶⁾

실인이 타살이면 검안에 ‘정범’이라 쓰고, 자살이면 ‘피고’로 써야 한다는 것이다. 그리고 지방관은 이 대경대법(大經大法)에 의거해 살육 검안을 작성해야 한다고 강조하였다.

“세속에서는 모두 정범(正犯)을 남의 신체를 범한 범인으로 삼기 때문에 스스로 빠진 것이나 스스로 목을 매서 죽는 등의 사건에 그 죄인을 모두 피고(被告)라 이름하

65) “大抵執法之論 不得不尙嚴 引律之例 不得不從重 … 第伏念法之將行 情亦宜察 起疑於無疑之中 求生於必死之地 此固平允之道也” 『欽欽新書』 剪跋蕪詞 2 『康津縣鄭節婦初檢案跋詞』.

66) “夫檢案所觀 只是實因一句 實因他人 則斯有正犯 實因自己 則斯有被告 此檢案之大經大法也” 『欽欽新書』 祥刑追議 4, 自他之分 11.

고, 정범이라 하지 아니함은 이미 항구적인 규칙처럼 되어 깨뜨릴 수가 없다. 만약 위세로 꺾박한[威逼] 죄목에 정범(正犯)으로 문서에 기록한다면 상급 관아의 제사(題辭)에서 반드시 잘못을 논해 책망할 것이니, 이것을 수령은 반드시 알아야 한다.”⁶⁷⁾

수령이 검안 작성의 기본 원칙에 따르지 않고, 위꺾치사의 죄목에 피고가 아니라 정범으로 기록한다면, 상급관아의 문책을 받게 된다는 것이다. 1898년 함경남도 재판소 관사 황기연(黃耆淵)이 법부(法部)에 올린 질품서(質稟書)가 그러하였다.

“대체로 검사장의 핵심은 오직 실인(實因) 한 구절에 있으니, (죽음이) 다른 사람에게서 말미암기 때문이라면 이는 정범(正犯)이 있는 것이고, 자기에게서 말미암았다면 이는 피고(被告)에 있다는 법례(法例)가 바로 그러합니다. 이번 사망하게 된 것이 자기에게서 말미암기 때문인즉 초검안(初檢案)에서 정범으로 기록한 것은 사실에 부합되지 않음을 면할 수 없으며”⁶⁸⁾

다산의 언급한 것처럼, 함경남도 재판소 관사 황기연은 위꺾으로 인해 자진한 사건의 죄목에 피고로 쓰지 않고 정범으로 기록한 것이 잘못임을 지적하였다. 이는 『흙흙신서』가 조선의 법 현실을 정확히 반영한 법률서임을 말해주는 것이다.

1894년부터 1907년까지 사법관련 문서를 모아놓은 『사법품보(司法稟報)』에는 실인이 자진(自盡)인 경우, 다산이 언급한 원칙대로 검안이 작성되어 있다. 그 실례로 1898년 8월 2일 경상남도 관찰사 엄세영(嚴世永)이 접수한, 영덕군(盈德郡) 외남면(外南面) 장사리(長沙里)에서 사망한 여인 이 조이(李召史)의 옥사에 대한 초검관을 맡은 군수 임영호(任永鎬)의 문안(文案)을 들 수 있다.

67) “世俗皆以正犯 爲犯人身體之犯 故凡自溺自縊等獄 其罪人皆名被告 不名正犯 已成恒例 牢不可破 若於威逼之目 錄以正犯 則上營之題 必有論責 此守令之所宜知也” 『欽欽新書』 祥刑追議 9, 故誤之弊.

68) “大抵 檢帳肯綮이 惟在實因一節 卽오니 因有他人 則斯有正犯이요 因有自己 則斯有被告는 法例가 卽然 而今此致命이 因由自己 則初檢之懸以正犯은 未免失實이오며” 『司法稟報』(아세아문화사, 1988) 3책, 191면.

“위 죽은 여인 이 조이는 본 군(本郡) 신흥리(新興里) 최의주(崔宜周)의 첩입니다. 그런데 음력 5월 9일에 위 죽은 여인이 최의주의 장모 김 조이(金召史)와 더불어 서로 말다툼한 뒤에 몰래 비상을 복용하였고, 같은 달 13일에 끝내 죽게 되었습니다. 실인(實因)은 ‘비상을 먹고 죽게 되었다고 기록하고, 김 조이는 ‘피고’라고 써 두었습니다.”⁶⁹⁾

이 조이를 위꺾치사한 김 조이를 검안에 정범이 아닌 피고로 써둔 것이다. 피고란 “다른 사람에게 고소당한 사람을” 지칭하는 용어로,⁷⁰⁾ 범인을 정범으로 확정하기 이전에 부르는 일반적인 명칭이다.

“대개 논리로 따져 판정하기 전에는 우선 피고인(被告人)이라 부르지만, 논리를 따져 판정한 뒤에는 정범(正犯)이라 부르는 것이다. 그러나 시체검험서의 격식에 검험을 시작할 때에는 (실제로) 범행함이 없는 자는 피고(被告)라 기록하고, 실제 범행한 자를 정범(正犯)이라 기록하고 그 연령을 쓰고 진술을 받는 것이다.”⁷¹⁾

그런데 위꺾치사에서 직접 범행을 하여 죽이지는 않았지만 죽음의 원인을 제공한 책임이 있는 이를 검안(檢案)에 피고라고 현록(懸錄)하였다. 내가 직접 범행하지는 않았으나 죽음이 나로 말미암아 발생한 경우, 죄를 탈면(脫免)하기 어렵기 때문에 피고로 기록하는 것이다.

“남이 지은 죄악에는 마땅히 정범이 있어야 하고 자신이 지은 죄악에는 당연히 피고라 일러야 한다.”⁷²⁾

다산은 조선에서 살육사건의 범인은 오직 두 가지 이름밖에 없으니 정범(正犯)이 아니면 피고(被告)라고 하였다.⁷³⁾ 이 때 피고에게 적용되는 법리가

69) 『司法稟報』 3책, 257면.

70) 『吏學指南』 권6, 獄訟, 被告.

71) “蓋云論理執定之前 姑名曰被告人 論理執定之後 乃名曰正犯也 然檢狀之式 已自檢驗之初 無犯者書之曰被告 實犯者 書之曰正犯 書其年歲 以受招辭” 『欽欽新書』 祥刑追議 2, 首從之別 16.

72) “人作之孽 宜有正犯 自作之孽 宜云被告” 『欽欽新書』 祥刑追議 5, 自他之分 20.

유아지율(由我之律)인 것이다. 유아지율이란 직접 살인을 하지는 않았지만 죽음의 원인을 제공한 책임을 물어 처벌하는 것으로, 조선에서만 쓰는 법률 용어이다. 즉 조선에서 위꺨치사의 피고를 처벌할 때 원용하는 법리가 유아지율인 것이다.

1898년 복어 알을 구어 먹고 죽은 배 조이[召史] 옥사에 대해, 부산항 재판소 판사서리 남인회(南麟會)는 유족과 목격 증인, 면장, 이장 등의 진술과 검안을 첨부하여 법무대신에게 보고하면서 다음과 같이 언급하였다.

“검험(檢驗)에서는 애초에 손을 대서 난 상처는 없고, 증언과 증거에 이미 (복어 알) 독을 먹은 재앙이 뚜렷하니, 정범(正犯)이라는 명목으로는 비록 의의(擬議)해야 할 판죄하기가 어려우나, 죽음의 원인을 제공한 책임[由我之律]은 면하기 어렵기에 최가 놨은 피고(被告)로 기록해 두었거니와”⁷⁴⁾

이처럼 조선이 위꺨치사에서 죽음의 원인을 제공한 이를 정범이 아닌 피고로 기록하고 유아지율로 처벌한 것은 행위의 결과귀속을 신중히 다루었음을 보여주는 것으로 주목할 만하다.

그렇다면 살육 검안에 피고로 현록되는 것이 어떤 의미가 있을까? 이와 관련하여 다산의 다음 언급이 주목된다.

“피고란 ‘몸을 빼내어 죄를 면한다[脫免]한다’는 명칭이니, 피고로 문서에 기록하는 이유를 설명하려면, 반드시 먼저 그가 (직접) 범행한 사실이 없다는 것을 말하여 이리이러하므로 피고로 문서에 기록한다고 하는 것이 사건 처결 보고서[跋文]의 기본적인 격식이다.”⁷⁵⁾

73) “吾東俗例 於殺獄 犯人唯有二名 不曰正犯 卽曰被告 除此以外 無他名也” 『欽欽新書』 剪跋蕪詞 2 康津縣鄕節婦初檢案跋詞.

74) “檢驗에 初無手犯之傷 故 詞證에 已著服毒之崇 則正犯之目은 縱難擬議나 由我之律은 在所難道 故로 崔漢段은 以被告人으로 懸錄하올건과” 『司法稟報』 3책, 749면.

75) “被告者 脫免之名也 將說被告懸錄之所以然 則必先言其無犯日如此如此 故以被告懸錄 此跋文之體例也” 『欽欽新書』 祥刑追議 7, 故誤之弊.

검안에 정범이 아닌 피고로 기록되면 사죄(死罪)를 면하게 되므로, 사건 처결 보고서인 발문(跋文)에 그 이유를 분명히 밝혀 기록해야 한다는 것이다. 피고를 사죄로 처리하지 않는 까닭은 “무릇 살인 사건은 직접 범행한 경우가 아니면 목숨으로 보상[償命]하지 않는 법”이기 때문이다.⁷⁶⁾

조선은 인명사건을 실인(實因)에 따라 정범(正犯)과 피고(被告)로 나눔으로써, 살육의 결과를 행위자에게 귀속시키는 데 신중히 하였다.⁷⁷⁾ 이는 위법치사의 인과관계와 객관적 귀속을 부정하는 현대 형법의 법리에 비추어 볼 때 한계는 있지만, 결과적가중범으로 보아 생명형으로 처리하는 법리에 비해서는 한 단계 나아간 법 적용이라고 할 수 있다.

V. 맺음말

이상의 검토를 통해 다음 몇 가지 사실을 확인할 수 있다.

첫째, 겁살(劫殺)인 위법치사에 관한 율문은 당률에는 없으며 『대명률』에 구체적인 내용이 실려 있다.

둘째, 당률의 육살(六殺) 가운데 『대명률』의 위법치사에 가까운 인명사범은 고살(故殺)이며, 양자를 구분하는 기준은 살의(殺意)의 유무이다.

셋째, 『대명률』의 위법치사는 일반인, 관리, 친속 등 행위자와 피해자의 사

76) “大凡殺獄 非其手犯者 謂不償命” 『欽欽新書』 剪跋蕪詞 2 康津縣鄭節婦初檢案跋詞.

77) 다산이 “사건을 처리하는 사람은 언제나 죽은 자를 돕고 산 자를 억누르려 하므로, 억지로 그 죄를 찾아내어 형률을 적용하려 하니, 또한 하나의 폐단인 것”이라고 하는 것처럼, 위법치사에서 ‘범행이 없으면 피고’라는 법리가 늘 지켜지는 것은 아니었다. “威逼이 직접 죽인 범죄와는 다르다”며 죄를輕減시키어 목숨을 살려주는 傅生의 덕을 펴는 정조도 판결의 기준을 달리하여 공정성을 잃었다는 비판을 받기도 하였다. 실례로 1778년 황해도 재령에서 도둑으로 몰리자 억울하다고 생각한 최 여인이 자식 조카들과 함께 모두 물에 빠져 7명이나 목숨을 잃게 되는 사건이 발생하였다. 정조는 최 여인을 도둑으로 몰아 7명의 목숨을 죽게 한 친척 이경휘를 死罪에 처하지 않을 수 없다고 판단하였다. 이에 대해 다산은 『欽欽新書』에서 “7인의 목숨이 끊어진 사실을 판단하여 살인의 죄를 논한다면 최 녀에게도 있다. 자살도 사람을 죽이는 것이요, 자녀를 살해한 것 또한 사람을 죽이는 것이다. 愚見으로는 단지 최 녀가 살인한 것만 보이지 이경휘가 사람을 죽인 죄는 보이지 않는다.”라고 정조의 판결을 비판하였다(김호, 『조선후기 ‘위법률(威逼律)’의 적용과 다산 정약용의 대민관(對民觀)』, 『역사와현실』 87(2013), 560~561면).

회적 관계에 따라 형벌을 달리하는 신분형법이다.

넷째, 『대명률』에서는 인간치사(因姦致死)를 극형인 참형으로 처벌하였는데, 이는 간음으로 인해 자살에 이르게 하는 범죄행위를 결과적 가중범으로 간주하였기 때문이다.

다섯째, 청대로 내려올수록 위궤치사의 인과관계를 엄격히 적용하려는 움직임이 있는데, 이는 법정주의(法定主義)의 강화를 보여주는 것이다.

여섯째, 조선에서는 ‘수범(手犯)이 아니면 피고’라는 원칙에 따라 위궤치사의 범인을 검안(檢案)에 정범(正犯)이 아닌 피고(被告)로 현록(懸錄)하고 유아지율(由我之律)로 처벌하였는데, 이는 행위의 결과귀속을 엄격히 하려는 것이다.

■ 참고문헌

1. 사료

『唐律疏議』, 『史學指南』, 『唐明律合編』, 『大清律輯註(하)』, 『大明律附例(하)』, 『大明律』, 『大明律釋義』, 『大明律附例箋釋』, 『大明律集解附例』, 『大明律例診解』, 『大明律講解』, 『司法稟報』, 『大明律集說附例』, 『欽欽新書』,

2. 논저

1) 저서

나까무라 시게오지음, 임대희·박춘택 옮김 『관례를 통해서 본 청대형법』, 서경, 2004.

范忠信·鄭定·詹學農 공저, 李仁哲 역, 『中國法律文化探究－情理法과 中國人』, 일조각, 1996.

이재상, 『형법기본판례총론』, 박영사, 2011.

_____, 『형법총론』, 박영사, 2003.

체사레 벵카리아 지음, 한인섭 역, 『범죄와 형벌』, 박영사, 2006.

티모시브룩 외 지음, 박소현 옮김, 『능지처참』, 너머북스, 2010.

2) 논문

김 호, 「조선후기 ‘위궤률(威逼律)’의 적용과 다산 정약용의 대민관(對民觀)」, 『역사와현실』 87, 2013.

_____, 「조선후기 ‘因姦威逼律’의 이해와 다산 정약용의 비판」, 『진단학보』 117, 2013.

박종순, 「결과적 가중범에 있어 인과관계와 예견 가능성」, 『변호사』 제44집, 2013.

하태영, 「형법 제17조 인과관계와 객관적 귀속－대법원 판례 분석」, 『동아법학』 58, 2013.

〈Abstract〉

Crime or Charge of Perpetrating a Persecution that leads to one's Death(‘威逼致死’), and Joseon's punishment of such offense

Han, Sang Kweon*

The charge of perpetrating a persecution that leads to one's death(“Wipib Chisa, 威逼致死”) appears for the first time in the Great Ming Code(“大明律”). In the Ming Code, such perpetration occurred in the process of adultery was defined as a consequently aggravated crime(結果的加重犯), and as a crime punishable by execution by beheading. On the other hand, the Joseon court recorded in the case reports(檢案) the offender as not the main culprit(正犯) but the defendant(被告), and punished the person with rules applied to self-generated[imposed] aggravations(由我之律). This was a demonstration of an attention to clarify where the ultimate responsibility and implications fell upon(結果歸屬).

[Key Words] Dae'Myeong-ryul(大明律, The Great Ming Code), threatening(or robbing) and killing(“Geobsal, 劫殺”), Persecution leading to death(威逼致死), consequently aggravated crime(結果的加重犯), upon where the ultimate responsibility and implications falls

* Professor, Duksung Women's University

(結果歸屬), defendant, rules applied to self-generated[imposed]
aggravations(由我之律)