

一人償命 談論에 대한 再考*

심희기**

목 차

- I. 문제의 제기
- II. ‘一人償命’ 담론이 전개되는 18세기말의 배흥적 옥사
- III. ‘일인상명 담론’의 실무적인 전거: 무원록
- IV. ‘일인상명 담론’과 明·淸律의 ‘謀殺·同謀共毆(致死)조’
- V. 결어

[국문 요약]

하나무라 요시키(花村美樹)는 1968년 朝鮮學報 제48집에 ‘(조선에서의) 一人償命’이라는 짙막한 논문을 발표하였다. 그 논문의 요지는 “조선(李朝)은 國初부터 大明律을 依用하기로 하였지만, ① ‘數人이 共同하여 일인을 謀殺(기수)(305조)한 경우에 國王은 明律이 정함(305조)과 달리 ‘일인상명’이라는 독특한 法理를 내세워 裁斷한 사례가 특필할 만하다. 그 유래를 추적하면 ② 당시의 정치체제가 국왕의 재단을 명률 보다 우선시킬 가능성이 있는 것, 즉 명률의용은 장식물(文具)에 불과하고 國民性이 관대 하여, 律이 정한 바에 충실히 따르는 것에 의미를 두지 않은 것에 起因”하고, “③ (조선인은) 一個의 생명에 대하여는 1개의 생명으로 갚는데(償, 抵) 그치게 하는 것이 보다 人道的”이라고 생각하였다는 것이다. 나아가 그는 이 현상에서 “④ 李朝의 明律依用의 의미, 형사재판의 실태를 볼 수 있다”고 진단하였다.

이 논문의 문제의식은 ‘조선에서 전개된 일인상명’ 담론사례들을 발굴하여 상세한 분석을 가하고, 하나무라의 논지를 논평하려는 것이다.

‘일인상명’의 논의를 한국사 관련 데이터베이스에서 찾는 것은 어려운 일이 아니었지만 매

* 이 글은 제111회 정례학술발표회(동아대 법학연구소 공동주최, 2015년 1월 23일)에서 발표된 초고를 대폭 수정한 것이다.

** 연세대 법학전문대학원 교수

우 짧은 문장들이어서 상세한 비교분석을 하기에는 아직 적절하지 않다. 오직 흥흥신서에 나오는 1개의 옥인만이 비교적 철저한 분석을 가하기에 적합한 실체를 지니고 있어 이 논문에서는 주로 이 1개의 옥인을 중심으로 분석하였다. 먼저 ‘一人償命’ 담론이 전개되는 18세기말의 배홍적 옥사를 상세히 분석하여 ‘一人償命’ 담론이 전개되는 문맥을 분명히 하고(Ⅱ), ‘일인상명 담론’의 실무적인 전거가 무원록임을 밝힌(Ⅲ) 다음, ‘일인상명 담론’과 明·淸律의 ‘謀殺·同謀共毆(致死)조’의 관계를 규명하여 일인상명 논변은 주로 공모공구치사(313조 3항)의 포섭과정에서 문제될 수 있음을 논증(Ⅳ)한다. 이 논문의 결론(Ⅴ)은 다음과 같다.

첫째, 하나무라의 진단 중, “정치체제가 국왕의 재단을 명률 보다 우선시킬 가능성이 있는 것, 즉 명률의용은 장식물(文具)에 불과하고 국민성이 관대 하여, 律이 정한 바에 충실히 따르는 것에 의미를 두지 않은 것에 起因”한다고 논단한 것은 잘못된 것 같다. 조선인들이 스스로없이 ‘일인상명’ 담론을 전개하는 현상은 조선인들의 ‘명·청률’ 의용이 심화·발전되어 간 증거이지 ‘명·청률’ 의용으로부터의 이탈이 아니다. 그러나 이 현상에서 “④ (이조의) 명률의용의 의미, 형사재판의 실태를 볼 수 있다”는 하나무라의 진단은 여전히 유효하다.

둘째, Meijer는 刑案匯覽 등 청대의 판례집에서 여러 케이스를 발굴하여 매우 치밀한 분석을 가하였다. 청대의 판례들과 조선후기의 판례들을 비교분석하는 것이 흥미로울 테지만 현재로서는 그런 작업을 수행할 만큼 충실한 조선측 사료가 확보되지 못하여 그 작업은 장래의 과제로 남겨둔다.

셋째, 서양의 법학자들은 명·청대의 중국에서 일인상명 담론이 전개되고 실천되는 것을 보고 ‘중국법계의 형식성(formality)의 취약성’을 연상하기 쉽다. 그런 발상이라면 조선후기의 형사사법은 명·청대의 중국보다도 더 형식성이 취약한 형사사법의 모습으로 비추어질 것이다. 그러나 일인상명이라는 하나의 현상만을 가지고 조선의 형사사법, 나아가서는 조선 사법의 특성을 자리매김하려는 것은 성급한 논단이다. 조선사법의 특성을 자리매김하려면 규명하여야 할 측면들이 아직 대단히 많이 남아 있다.

[주제어] 일인상명, 투구살, 공모공구, 모살, 무원록

I. 문제의 제기

하나무라 요시키(花村美樹, 1894 출생, 이하 ‘하나무라’라 약칭함)는 1968년 朝鮮學報 제48집에 ‘(조선에서의) 一人償命¹⁾’이라는 짙막한 논문을 발표하였다. 그 논문의 요지는 “조선(李朝)은 國初부터 大明律을 依用하기로 하

1) 하나무라는 그 의미에 대하여 후술하는 바와 같이 ‘一個의 생명에 대하여는 1개의 생명으로 갚게 한다’는 정도로 다소 막연하게 파악하였다. 조선초기의 문헌은 ‘償命’을 ‘행凶인을 죽여 죽은 자의 목숨을 갚게 하는 것(償命也 償命謂殺其行凶之人 而酬報死人之命也)’(新注無冤錄, 한국과학기술사 자료대계 의약학편 49, 여강출판사, 1988, 150면)으로 정의하였다. 明·淸代 중국인들과 조선시대의 조선인들이 이 용어를 어떤 의미로 사용했는지 자체가 상세한 분석의 대상이다.

였지만, ① ‘數人이 共同하여 1인을 謀殺(기수)(305조²⁾)한 경우에 國王은 明律이 정함(305조)과 달리 ‘일인상명’이라는 독특한 法理를 내세워 裁斷한 사례가 특필할 만하다. 그(一人償命의) 유래를 추적하면 ② 당시의 정치체제가 국왕의 재단을 명률 보다 우선시킬 가능성이 있는 것, 즉 명률의용은 장식물(文具)에 불과하고 國民性이 관대³⁾하여, 律이 정한 바에 충실히 따르는 것에 의미를 두지 않은 것에 起因”하고, “③ (조선인은) 一個의 생명에 대하여는 1개의 생명으로 갚는데(償, 抵) 그치게 하는 것이 보다 人道的”이라고 생각하였다는 것이다. 나아가 그는 이 현상에서 “④ 李朝의 明律依用의 의미, 형사재판의 실태를 볼 수 있다”고 진단하였다.

하나무라는 1918년 8월 조선총독부 司法官試補로 임용된 것을 계기로 조선 땅을 밟았다. 그는 京城帝國大學 教授로 임용된(1925) 이후 內藤吉之助와 더불어 한국법제사를 전문적으로 연구한 학자에 속한다⁴⁾. 그는 일본으로 돌

2) 필자는 현재 ‘대명률직해 역주팀’에 소속되어 3년째 역주작업을 하고 있는데 이 팀에서는 대명률에 조문번호를 붙여 특정하고 있다. 국제적인 호환성을 고려하여 일단 영문번역본(JIANG YONGLIN, The Great Ming Code, 2004(이 책은 洪武 30년률을 저본으로 하여 영역하였다의 그것을 따르려고 노력하였지만 대명률직해(만송본)(홍무 22년률)의 조문순서와 충돌할 때는 대명률직해의 조문순서를 더 우선시하였다.

3) 원문에서는 영어로 ‘generous’라 표현하였다.

4) 하나무라는 1918년 8월 조선총독부 사법관시보가 되어 조선으로 건너 와서 경성지방법원 검사국에 근무했다. 1920년 5월 경성지방법원 판사, 1922년 12월 경성복심법원 판사를 역임하였다. 1923년 7월 조선총독부 법무국 사무관으로 전직되었고 1924년 12월 경성복심법원 판사에 복직했다. 1925년 3월 경성법학전문학교 교수가 되었고, 경성제국대학 교수로 승진하여 1935년에 이른다. 그의 한국법제사 관련업적으로 중요한 것은 “朝鮮戶籍令施行手續解說”(1924, 朝鮮總督府 法務事務局 編, 京城: 朝鮮司法協會(宮本元 著, 朝鮮戶籍法令釋義에 편철됨)); 朝鮮法制史(朝鮮史學會 朝鮮史講座, 1925), “公選의 投票에 關する 罪に就て”(朝鮮 2월, 제141호, 1927년); “中華民國國民政府의 司法制度並に 刑事法規(一, 二, 三)”(司法協會雜誌 9-6, 7, 8, 1930); “經濟六典について”(法學論叢, 京城帝國大學法文學會 第一部論集 第五冊, 1932); “李朝に於ける 刑罰の理論”(治刑 10-10, 1932); “殺害後の 財物の 奪取について: 宮本元判事の 反駁に對する 反駁”(司法協會雜誌 第12卷 第8號, 1933); “寺院特に 濟州三姓祠について”(小田先生頌壽記念會 編, 小田先生頌壽記念朝鮮論集, 京城: 大阪屋号書店, 1934); “大明律直解攷(一, 二)”(法學協會雜誌 54-1, 2, 1936); 《校訂大明律直解(1936)》의 교정·훈집·해설; “高麗律”(京城帝國大學法學會 刊, 朝鮮社會法制史研究, 1937); “親族に對する 犯罪”(小野清一郎 編, 牧野教授還曆祝賀刑事論集, 東京: 有斐閣, 1938); 《秋官志(1939)》의 교정·훈집; “前問恭作大人の ことども”(書物同好會 編, 書物同好會會報 15, 京城: 大成書林, 1942); “賊盜處斷例攷1, 2”(法學會論集 第13冊 第4號, 1942); “賊盜處斷例”(佐伯千仞 編, 現代刑事法學の諸問題: 宮本博士還曆祝賀, 東京: 弘文堂書房, 1943); “新中國の 司法制度”(京城帝國大學大陸文化研究會 編, 大陸文化研究(統), 東京: 岩波書店, 1943); “逃走罪”(日本刑法學會 編, 刑事法講座 第7卷 補卷(刑法 第5), 東京: 有斐閣, 1953); “京城帝大의 全貌”(삼천리 제13권 제3호, 1941) 등이 있다(하나무라의 논저목록 작성에는 장경준 교수의 미발표초고, “花村美樹 선생의 대명률직해 교정에 대하

이간 이후에도 위 논문을 통하여 朝鮮法史에 대한 관심을 지속시켰는데 위 논문이 발표(1968)된 이후 벌써 46년이 지나가고 있다.

하나무라는 위 논문에서 ‘일인상명’의 담론을 막연히 ‘李朝實錄’에서 목격하였다(위 논문, 231면)고 말하지만 그 정확한 典據는 밝히지 않았다. 필자는 현재 4년째 소규모로 운영되는 ‘欽欽新書 讀會’에 참여하고 있는데 흠흠신서의 ‘祥刑追議’ 부분에서 ‘일인상명’의 담론이 전개되고 있는 부분을 여러 箇所⁵⁾에서 목격하였다. 그 개소들을 접할 때마다 ‘이 담론의 근거와 실제’가 무엇인지 궁금해 했었다. 그러던 차에 우연히 하나무라의 위 논문을 접하게 되었다. 처음에는 그의 논지에 이끌렸지만 시간이 지날수록 그의 논지가 과연 신뢰할 만한 논지인지 의심을 품게 되었다. 그러나 이 담론의 탐구는 조선형법사를 재현하는데 매우 중요한 단서를 제공할 수 있어 심층적인 연구 주제로 삼기에 적합한 측면이 있다. ‘조선에서의 일인상명’ 담론을 언급한 다른 선행연구는 찾을 수 없었지만 중국 明·清代의 재판문헌에서 출현하는 ‘일인상명’ 담론을 정면으로 분석한 선행논문으로 메이저(M. J. Meijer)의 1980년 논문⁶⁾을 발견하였다. 필자가 보기에 명·청대의 재판문헌에서 출현하는 ‘일인상명’ 담론에 관한 한 메이저의 이 논문이 2015년 현재까지도 가장 깊은 이해수준을 보여주고 있다.

이 논문의 문제의식은 ‘조선에서 전개된 일인상명’ 담론사례를 발굴하여 상세한 분석을 가하고, 하나무라의 논지를 논평하려는 것이다. 후술하는 바와 같이 ‘일인상명’ 담론은 조선 특유의 담론이 아니고 元·明·淸의 법률문헌에서 출현한 것인데 그것이 조선에 전래되어 조선에서도 특이하게 수용·변용된 담론으로 보인다.

여)를 참조하였다). “京城帝大의 全貌”에서는 자신을 ‘刑法, 刑訴’를 담당하는 ‘教授’, 內藤吉之助를 法制史 과목을 담당하는 교수(기타 朝鮮史學은 末松保和, 商法은 竹井廉, 民法, 民訴는 栗原一男, 憲法 行政學은 松岡修太郎, 國際私法은 長谷川理衛, 民法, 民訴는 松坂佐一, 法理學은 尾高朝雄, 商法은 西原寬一, 行政法은 鶴飼信成, 國際公法은 祖川武夫, 民法, 民訴는 有泉亭)로 묘사하였다.

5) 정본흠흠신서, 상형추의1, 首從之別 01번 獄案(384-386쪽), 상형추의2, 07번 옥안(409-410쪽), 상형추의2 11번 옥안(418-421쪽)(다산학술문화재단 교감·표점 정본 여유당전서 30 흠흠신서 I, 이하 ‘정본흠흠신서 I’로 약칭함)

6) M. J. Meijer, AN ASPECT OF RETRIBUTION IN TRADITIONAL CHINESE LAW, *T'oung Pao*, Vol. LXVI, 4-5 (1980)(pp.199-216)(이하 이 논문은 ‘Meijer, 쪽수’의 방식으로 인용한다.)

다음에 이 논문의 주제에 접근하려면 唐律, ‘明·淸律’에 대한 매우 상세한 지식이 필요하다. 그동안 국내 연구자들이 ‘明·淸律’의 내용을 파악하는데 즐겨 사용하였던 大明律直解나 大明律講解 정도의 극히 간략한 주석서만으로는 이 문제를 분석하는데 큰 도움이 되지 않고 중국에서 생산된 ‘明·淸律에 대한 여러 주석서들’⁷⁾을 다수 활용할 필요가 있다.

하나무라는 위 논문에서 ‘일인상명’의 논의를 ‘李朝實錄’에서 목격하였다고 하였는데 그의 기억이 맞다면 ‘조선왕조실록 데이터베이스’⁸⁾에서 어렵지 않게 그 담론이 전개되는 개소를 찾을 수 있어야 한다. ‘일인상명’의 논의를 한국사 관련 데이터베이스에서 찾는 것은 어려운 일이 아니었지만⁹⁾ 매우 짧은 문장들이어서 상세한 비교분석을 하기에는 적절하지 않다. 오직 흠흠신서에 나오는 1개의 옥안만이 비교적 철저한 분석을 가하기에 적합한 실체를 지니고 있어 이 논문에서는 주로 이 1개의 옥안을 중심으로 하고 다른 방증 자료들을 부가적으로 활용하겠다.

II. ‘一人償命’ 담론이 전개되는 18세기말의 배홍적 옥사

黃海道 文化縣의 백성 배홍적(裴弘績)이 그 어머니 이조이(李召史, 이하 ‘이조이’로 약칭함)와 공동으로 배학대(裴學大)를 구타하여 치사시킨 혐의로 獄事가 성립되었다(1783년 7월 成獄). 이 옥사의 가장 유력한 적용법조는, 하나무라의 지적[謀殺조(305조)]과 달리, 대명률 313조(鬪毆及故殺人) 제3항의 ‘同謀共毆(致死)’ 부분이였다. 313조 3항의 의미를 정확히 알아야 적절한 사료해석이 가능하다. 따라서 아래에서 313조 3항의 原文을 제시하고 민감한 부분에 대하여는 ‘明·淸代 중국에서 발간된 각종의 大明律·大清律 註釋書

7) 그 대강의 목록은 이 논문의 참고문헌 뒤에 ‘인용문헌약어표’를 만들어 열거하였다.

8) <http://sillok.history.go.kr>

9) 예를 들어 孝宗實錄, 효종 3年(1652) 12月 16日자; 備邊司謄錄 英祖 4年(1728) 07月 20日자; 承政院日記 英祖 4年 07月 13日자; 英祖 18年 12月 11日자; 英祖 20年 12月 10日자; 英祖 39年 11月 25日자; 正祖 6年 11月 16日자; 正祖 7年 08月 13日자; 司法稟報(乙) 28 報告書 第六號 등.

들'을 찾아 각주로 주석을 붙였다. 조선에서 실용화된 大明律直解, 大明律講解 등에서는 참고할 만한 주석을 발견하기 어려웠기 때문이다. 율문과 주석서의 한글번역은 필자가 잠정적으로 시도한 것이고 필자의 독해방식을 독자에게 정확히 전달하기 위하여 괄호 안에 필자의 번역문을 제시하였으며 필요할 때는 율문과 주석서의 문장에 대하여도 괄호 안에 보역(補譯)을 추가하였다.

“[① 凡鬪毆殺人者 不問手足他物金刃 並絞 ② 故殺者 斬¹⁰⁾] ③ 若‘同謀共毆’人 因而致死者 以致命傷爲重 下手者 絞 原謀¹¹⁾者 杖一百 流三千里 餘人 各杖一百 [만약 (복수의 행위자들이) 타인의 ‘공동구타를 함께 모의’¹²⁾하였는데 그로 인하여 (피구타자가) 사망하면¹³⁾, 치명상을 (초래한 행위를) 중하게 여겨¹⁴⁾ (치명상을 초래한) 하수(실행행위자)는 교형, 원모인은 장 100 유 3000리¹⁵⁾, 여인은 각각 장 100이다⁶⁾.]”

10) 지면관계상 1항과 2항은 원문만 제시한다.

11) 唐律의 유사조문에서는 ‘原謀’를 ‘元謀’로 표기하였다[308조 同謀不同謀毆傷人: “諸同謀共毆傷人者 各以下手重者爲重罪 元謀減一等 從者又減一等 若元謀下手重者 餘各減二等 至死者 隨所因爲重罪。” 그래서 그런지 명·청대의 주석서나 사료에서는 ‘原謀’와 ‘元謀’를 구별 없이 사용하고 있다. 여기서는 대명률직해의 율문을 따라 ‘原謀’로 표기한다.

12) 공동구타를 함께 모의: “同謀共毆에는 세 가지 뜻이 있다. ㉠ 함께 (구타할 것을) 모의하고 또 (실제로) 공동으로 구타하는 것이 있고, ㉡ 공동으로 구타하였지만 (구타할 것을 사전에) 함께 모의한 일은 없는 것이 있고, ㉢ 처음에는 (구타할 것을) 함께 모의하였지만 끝내 공동으로 구타한 사실이 없는 것이 있다.[同謀共毆有三意 ㉠ 有同謀終又共毆者 ㉡ 有共毆而不同謀者 ㉢ 有始既同謀終不共毆者]” 《집해 1499쪽》

13) 만약……사망하면: “만약 타인과 더불어 1인에 대하여 함께 구타할 것을 모의는 하였지만 죽이고자 하지는 않았는데 그 사람이 받은 상해로 인하여 죽으면 ‘타인을 공동으로 구타할 것을 함께 모의하였는데 (그로) 인하여 사망에 이르게 한 것’이다.[若與人同謀共毆一人未欲殺人 而其人乃因傷而死則曰同謀共毆人因而致死]” 《집해 1500쪽》

14) 치명상을……여겨: “치명상(직접 사망을 초래한 상해, fatal blow=deadly injury)을 중하게 여긴다는 것은 다음을 이른다. 가령 갑이 을·병·정과 더불어 타인을 (공동으로) 구타할 것을 모의하고 각자가 실행하여 (그 결과) 상해가 발생하였을 때 치명상이 을의 실행행위(下手)에서 나왔으면 을이 마땅히 교형이고, 갑은 元謀가 되므로 장 100 유 3000리이고, 병·정은 餘人이 되어 각각 장 100이다. 만약 치명상이 혹 갑(의 행위)에서 나왔으면 갑이 교형, 을·병·정은 餘人이다.[以致命傷爲重 謂如甲與乙丙丁謀毆人 雖各下手有傷 而致命之傷 則出於乙 則乙當坐絞 甲爲元謀 杖一百流三千里 丙丁爲餘人 各杖一百 若致命之傷 或出於甲 則甲坐絞 而乙丙丁爲餘人矣]” 《석의 권19 10쪽》

15) 원모인은 장 100 유 3000리: “화의 실마리를 마련한 것을 처벌할 뿐이다.[罪其爲禍端耳]” 《집해 1501쪽》

16) 여인은……장 100이다: “그 공동으로 악한 것을 하며 서로 도운 마음을 책망하는 데 그치는 것은 그것이 造意나 致命에 비할 것이 아니기 때문에 불쌍히 여기는 것이다.[止責其有同惡相濟之心 矜其非造意致命之比也]” 《소의(하) 304쪽》

관원들(檢官, 觀察使, 刑曹의 官員, 國王)의 조사·심리 과정에서 이 옥사의 사실관계는 ‘동모공구’ 사안, 그 중에서는, ‘㉠ (현장에서) 공동으로 구타하였지만 (구타할 것을 사전에) 함께 모의한 일은 없는 사안’으로 전제되었다. 그리고 이 옥사에 대한 조사·심리 과정에서 가장 논란이 된 것은 누가 ‘치명상을 일으킨 하수인’이었는가 하는 점이었다. ‘동모공구치사¹⁷⁾’ 사안에서는 세 가지의 행위패턴이 전제되어 있다. (치명상을 초래한) ‘하수인’(실행행위자)의 형량(絞)이 가장 높고, 그 다음이 ‘원모인¹⁸⁾’(장 100 유 3000리), 그 다음이 ‘여인’(장 100)이다. 그러므로 형량이 가장 높은 ‘치명상을 일으킨 하수인이 누구인가’ 하는 점이 1차적 관심사가 되었다.

배학대의 사망에 원인을 제공한 것으로 의심받은 사람은 여러 명이었지만 여러 가지 정황으로 보아 적어도 ‘치명상을 일으킨 하수인’은 배홍적과 이조이(배홍적의 母) 중 한 사람인 것으로 간주되었다.

初檢官은, ㉠ 여러 증인들이 ‘홍적이 먼저 발로 찼다’고 증언하였고, ㉡ 實因¹⁹⁾은 ‘피척(被踢, 발로 채임)인데, ㉢ 발로 걷어치는 것은 부녀(이조이)의 행위가 아님을 논거로 삼아, 배홍적을 ‘치명상을 일으킨 하수인’으로 지목²⁰⁾하였다. 그러나 초검관은 이조이의 실행행위(삽뚫으로 타격한 행위)가 ‘가장 독한 행위’(其毆打最毒)임을 附記하였다. 그런데 同推 과정에서 두 가지의 변수가 발생하였다. 첫째, 추관들이 보기에, ‘처음에 싸움을 시작한 것과 나중의 범행을 저지르기까지 모두 이조이의 손에서 나왔으므로 배홍적을 ‘치명상을 일으킨 하수인’으로 단언할 수 없고, 차라리 이 옥사는 ‘둘 중 누가 치명상을 일으킨 하수인’인지를 알 수 없는 사안(莫知誰是下手重者)이었다. 추관들이 이런 판단을 하게 된 근거는 다음과 같은 사정 때문이었다:

17) 325조(鬪毆)에는 ‘同謀共毆(傷人)’ 조문이 있어 이와 구별하기 위하여 ‘동모공구치사’로 표기한다.
 18) 원모인일 뿐 치명상을 일으킨 하수인(행위자)이 아닐 경우로 한정된다. 원모인이면서 또 치명상을 일으킨 하수인이면 이 자의 책임이 가장 무겁다. 다른 한편 원모인의 역할만 하고 하수에 전혀 가담하지 않아도 원모인은 하수인 다음으로 책임이 무거운 것으로 간주되었다.
 19) 증수무원록(법제처 법제자료 78집, 1975, 126쪽)은 실인을 ‘사망의 근본원인’(致命根因即實因)으로 정의한다.
 20) 정본흠흠신서(다산학술문화재단 교감·표점 정본 여유당전서 30 흠흠신서 I, 이하 ‘정본흠흠신서 I’로 약칭함), 상형추의02, 首從之別11(418-421쪽).

“만약 범인의 情實을 살펴보면 홍적은 특히 (범행당시 아직) 인지능력이 박약한 어린애였고, 겨우 사람의 모습을 갖춘 데 불과하나, 그 어미(이조이)가 싸움에 끼어 들어 함세하는 것을 보고, (피해자 배학대의) 상투를 거머잡고 한 다리로 건너찬 것이 치명처(要害)에 적중한 것입니다. 그 어미 이조이는 표독한 성질이 얼굴에 드러났고, 강건한 기운이 남자보다 더하였습니다. 처음에 싸움을 시작한 것과 나중의 범행을 저지르기까지 모두 이 (여자의) 손에서 나왔으므로 그 남편은 그가 ‘삼으로 난타한 사실을 숨기지 못하였고 여러 사람의 조사도 모두 (이 여자의 맹렬한) 구타를 증언하였습니다. 천도는 지극히 공정하여 스스로 저지른 행위에서 도망치지 못하였습니다.[若論犯人之情實, 則弘績特一幼穉殘劣, 僅具人形之物, 目見其母之合戰, 摔執髻子, 【本文云上土】一脚踢去, 而適中要害, 【是遣】其母李召史, 則悍惡之性, 發於面目, 勁健之氣, 勝於男子. 當初之搆擄, 末流之行兇, 都出於此手, 故其夫莫掩其以錘亂打, 諸招皆證‘其所毆尤猛,’ 天道至公, 自作難違.]”

둘째, 2차 刑推시에 이조이가 옥중에서 瘵死(受刑·饑寒·疾病 등으로 사망함)하였다. 그러자 추관은 다음과 같은 ‘일인상명의 논변’으로 나아갔다:

“(현재) 홍적이 홀로 살아남았는데 常法에 구애되어 또 홍적까지 죽이면 이는 ‘응당 죽어야 할 한 사람²¹⁾(배학대)를 죽인 사건에서, ‘두 사람의 의심스러운 생명’(이조이와 배홍적)으로 갚게 하는 것이어서 실로 성왕이 법을 제정한 본뜻이 아닙니다. 무원록에 ‘복수의 사람이 타인을 구타하면 치명흔을 짐정하기가 매우 어렵다. 만약 죽은 자의 몸에 두 개의 상흔이 있되 (그 두 개가) 모두 치명이 가능한 곳이고 (중략) (그 두 개가) 두 사람(의 하수의 결과)이면 1인은 상명이고 1인은 불상명이라 하였으니 이 조문을 방조하는 것이 좋겠습니다.[而弘績獨存, 若拘常法, 又殺弘績, 則是殺一當死之人, 償二可疑之命, 實非聖王制法之本意. 《無冤錄》曰: ‘聚衆打人, 最難定致命痕, 如死人身上有兩痕, 而皆可作致命, (중략) 若是兩人, 則一人償命, 一人不償命.’ 此條最宜旁照.]”

21) 배학대가 親屬婦女와 相姦한 혐의를 받았기 때문이다. 대명록 392조(親屬相姦) 참조.

황해도 관찰사도 추관의 견해에 동의를 표하였다.

“소란은 돼지를 풀어놓은 데서 처음 발단되어 간통을 하였다는 치욕까지 씻고자 한 바, 모자와 숙질 중 수범과 종범을 분간할 수 없고 머리채를 거머잡고 때렸는지 (발로) 차고 짓밟았는지 실인 역시 밝혀내기 어려운데 하나의 옥사를 두 사람의 목숨으로 갚는다는 것은 잘못된 형정인 듯합니다.[讞始起於放豚。恥欲雪於奔鶉。母子叔姪。首從莫下。摔打踢踏。實因難明。一獄兩償 恐欠失刑.]”²²⁾

國王(正祖)은 황해도 관찰사의 견해를 수용하여 다음과 같이 지시하였다:

“도신(관찰사)의 발사 중에 ‘같이 가둬 놓고 함께 추고하다가 그 어머니가 먼저 죽었는데 지금 만약 그 아들을 다시 법으로 다스린다면 이는 하나의 옥사에 두 사람이 목숨을 내놓게 되는 것입니다.’라는 말은 참으로 의견이 담긴 말이라고 하겠다. 그러나 형조의 복계에, ‘배홍적이 오로지 빠져나가려고만 하는 것이 은연 중 그 어머니에게로 죄를 돌리려는 것’이라고 논열한 것이 있는데, 이는 참으로 그러하다. 하나의 옥사에 두 사람의 범인은 마땅히 불쌍히 여겨야 하겠지만 인륜을 해치고 풍속을 무너뜨린 일은 더더욱 엄히 징벌하여야 한다. 배홍적은 사형을 감하여 정배하되, 도신으로 하여금 엄한 형장을 세 차례 가한 다음 유배지로 보내도록 하라(1784년 5월).[(진략) 道臣跋詞中, 同囚並推, 其母先斃, 今若復置其子於法, 則便是‘一獄二償命’云者, 儘有意見. 而卿曹覆啓, 以弘績之專事掉脫, 隱然歸罪於其母, 有所論列, 此則誠然矣. 一獄兩犯, 在所當恤, 傷倫敗俗, 尤屬嚴重, 弘績, 【段】減死定配, 【爲乎矣】 令道臣, 嚴刑準三次, 發配.]”

국왕은 관찰사의 견해에 동의를 표하였으면서도 형조의 의견을 배척하지 못하여 ‘이조이가 먼저 옥사한 사실’을 다소 소홀히 하는 듯하였지만 3개월

22) 審理錄 13권(1784년 3월): 이와 유사한 논증이 행하여진 사례로 “刑曹啓目粘連, 海州牧殺獄罪人趙靑音獄事段, 靑音之兄, 本以同犯, 既死杖下, 則一獄兩償, 有違法例, 次律傳生, 恐非失刑, 上裁, 何如? 判付內, 依回啓施行”(承政院日記 純祖 20年 5月 20日자).

후 다시 배홍적의 석방을 명한다²³⁾. 국왕이 설사 배홍적의 석방을 명하지 않았다 하더라도 배홍적을 사형으로 처벌하기 위한 절차를 계속 진행시키지 않았으므로 기본적으로 ‘일인상명’ 담론은 관철된 것이다. 이와 같은 사태 전개는 조선에서 ‘일인상명’ 담론이 실무에서 관철되는 가장 전형적인 사례로 보인다.

이 사례의 분석을 통하여 우리는 적어도 다음과 같이 논평할 수 있다고 생각한다.

조선의 국왕이나 관원들이 ‘일인상명’이라는 독특한 법리를 내세워 형사사건을 재단하려는 사안이 상당수 발견되는 것은 사실이다. 그러나 그 담론이 활용되는 문맥은 주로 모살조(305조)가 아니라 투구급고살인조(313조) 중에서도 3항의 ‘동모공구치사’ 부분의 포섭과정에서였다. 모살조를 적용할 때는, 규정의 구조상 ‘치명상이 누구에 의한 것인가’를 밝힐 필요가 없다. 그런데 배홍적 옥사에서는 치명상에 관한 논의가 중요하게 부각되었다. 따라서 모살조는 배홍적 옥사에 적용되지 않은 것으로 보인다.²⁴⁾

Ⅲ. ‘일인상명 담론’을 품고 있는 실무지침서: 무원록

배홍적 옥사의 추관은 ‘일인상명 담론’의 근거로 無冤錄을 인용하였다. 그러므로 이하에서는 ‘일인상명 담론’이 전개되는 무원록의 관련부분을 상세히 검토하여 보기로 한다.

배홍적 옥사의 추관들(초검관, 복검관)이 시신에 대한 검험을 행하고, 執定된 ‘正犯·被告’를 조사·심리할 때 반드시 참고하여야 할 실무지침서가 있었다. 그 실무지침서는 무원록이었다. ‘일인상명 담론’의 전거가 될 만한 무

23) 《국역일성록 8월 3일자》

24) 다른 사안인 정본홍흥신서 I, 상형추의1, 首從之別 01번 獄案(384-386쪽)에서는 ‘分首從’이 중요한 작업으로 등장하는데 모살조(305조)를 적용할 사안이면 이런 작업을 할 필요가 없다. 모살조(305조)에는 후술하는 바와 같이 공동가담자를 보다 세분하여 규율하는 별도의 방침이 마련되어 있다.

원록의 관련부분은 다음과 같다:

“○ 복수의 사람이 타인을 구타하면 치명흔을 짐정하기가 매우 어렵다. 만약 죽은 자의 몸에 두 개의 상흔이 있되 (그 두 개가) 모두 치명이 가능한 곳이고 이것이 한 사람의 하수(의 결과)면 해로울 것이 없다(그 자를 마땅히 상명하여야 하니 비록 두 상흔의 경중을 분별하지 않아도 해로울 것이 없다). 그러나 (그 두 개가) 두 사람(의 하수의 결과)이면 1인은 상명이고 1인은 불상명이니 반드시 두 개의 상흔 중에서 가장 무거운 것을 짐정하여 치명흔으로 삼아야 한다.[聚衆打人 最難定致命痕이니 如死人身上에 有兩痕호되 皆可致命이오 此兩痕이 若是一人下手則無害(其人當償命이니 雖不分兩疾之輕重이라도 亦無害라)이어나와 若是兩人이면 則一人은 償命이오 一人은 不償命이니 須於兩痕中에 斟(參)酌 最重者하야 爲致命이니라.]”(上篇 檢覆 屍帳式)²⁵⁾

정약용도 유사한 사건에 대한 논평에서 다음과 같이 무원록의 이 부분을 인용하여 자신의 논지를 전개한 바 있다:

“○ 신근안 : 무원록에 이르기를 (중략) 지금 이 맹삼의 상흔은 액로와 협륙에 있는데 이 두 개의 상흔이 있는 장소는 모두 치명치입니다. 나무 몽둥이로 액로를 때린 자는 한량이고 그 형태는 피가 엉키고 딱딱하였습니다. 발로 협륙을 찬 자는 소근인데 그 (상흔의) 빛깔은 약간 푸르스름하고 부드러웠으니 소근은 마땅히 차범입니다. 그러나 검안은 ‘신부(불두덩)를 채인 것 같다’고 하고, 또 ‘누구의 범죄행위 인지는 알 수 없습니다’ 하였습니다.[臣謹按 《無冤錄》 曰 (중략) 今此孟三之傷, 在於額顛脅肋, 是兩痕皆可致命者也. 椎打額顛者汗良, 而其形血癍堅硬, 足踢脅肋者小斤, 而其色微青柔軟, 則小斤當爲次犯. 然檢案, 似有賢阜被踢之說, 又不知其何人所犯也.]”²⁶⁾

25) 송철의 외 역주, 『역주 증수무원록언해(서울: 서울대학교출판부 2004, 191-192쪽)를 참조하여 필자가 손질을 가하여 번역하였다.

26) 정본홍흥신서, 상형추의02, 首從之別07(409-410쪽)(이 옥사는 1785년에 성육된 사건이다.)

이로 미루어 볼 때 조선의 관원이 ‘일인상명 담론’을 펼칠 때의 실무적인 근거중 하나는 무원록임이 분명하다. 그런데 문제는 무원록의 그 담론이 ‘명·청률과 별도의 담론’인가 아니면 ‘명·청률의 근거에 내재되어 있는 담론’인가 하는 점이다. 하나무리는 ‘일인상명 담론’이 ‘명·청률과는 관계없는’, ‘조선 특유의 담론’인 것으로 의심하였었다. 이 점의 규명이 이하에서의 과제이다.

‘일인상명 담론’의 실무적인 근거가 무원록 이라면 그 담론이 ‘조선 특유의 담론일 것’이라는 하나무리의 추측은 일단 의심이 가는 추측이다. 왜냐하면 무원록도 그 기원을 추적하면 元代의 중국에서 출간된 저술이며 이것이 고려를 경유하여 조선에 전래되어 조선적 변용을 받은 책²⁷⁾이기 때문이다. 그런데 ‘명·청대’의 법의학 실무서인 洗冤錄에도 무원록의 ‘일인상명 담론’과 거의 동일한 담론이 기술되어 있다.²⁸⁾

IV. ‘일인상명 담론’과 明·清律의 ‘謀殺·同謀共毆(致死)조’

‘복수의 사람이 타인을 공동으로 구타하여 피구타자가 사망하였을 때 1인만 상명하고 다른 사람은 상명할 수 없다’는 무원록과 세원록의 발상은 어디서 나왔을까? 필자는 아직 이 문제를 제기하고 해답을 시도한 선행연구를 발견하지 못했다. 필자는 잠정적으로 다음과 같이 추론한다. 그것은 아래에서 논하는 바와 같이 아마도 唐律, 宋刑統, 明律·清律의 謀殺·同謀共毆(致死)조의 규정형식에서 유래하는 것 같다. 여기서는 명률의 규정형식을 소재로 하여 분석하여보자.

27) 조선에서 활용된 무원록은 『신주무원록』(1440), 『증수무원록』(1748), 『증수무원록언해』(1796)였다. 최혜별, 『송(宋), 원(元)시기 검험(檢驗)지식의 형성과 발전: 세원집록(洗冤集錄)과 무원록(無冤錄)을 중심으로』, 『中國學報』 69, 2014; 金滸, 『新註無冤錄과 조선전기의 檢屍』, 『法史學研究』 27, 2003; 장윤희, 『近代語 資料로서의 증수무원록언해』, 『韓國文化』 27, 2001; 高淑姬, 『조선시대 중국 실용전문서적의 전래와 수용: 《無冤錄》을 중심으로』, 『중국소설論叢』, 2014 참조

28) “凡聚眾打人最難定致命痕。如死人身上有兩痕皆可致命，此兩痕，若是一人下手則無害，若是兩人，則一人償命，一人不償命。須是兩痕內斟酌得最重者為致命。”(洗冤集錄)

1. 모살인조(305조)의 내용

복수의 행위자들이 타인에게 유형력을 가하여 사망의 결과를 초래하는 프로세스를 예상하고 있는 대명률의 조문을 찾아보면 謀殺人(305)조와 鬪毆及故殺人(313)조 중 제3항인 同謀共毆(致死) 부분이다. 故殺 부분은 복수의 행위자들이 타인에게 유형력을 가하여 사망의 결과를 초래하는 케이스를 예상하고 있지 않다²⁹⁾. 따라서 우리가 주목해야 할 부분은 ‘모살인과 동모공구(치사)의 異同’이다. 동모공구치사 부분에서는 앞에서 자세히 살펴보았듯이 하수인 1인만이 사형(絞)의 대상이다. 모살인조는 어떤가? ‘모살인조’의 내용은 다음과 같다:

“凡謀殺人 造意者 斬 從而加功者 絞 不加功者 杖一百 流三千里 殺訖乃坐 ○ 若傷而不死 造意者 絞 從而加功者 杖一百 流三千里 不加功者 杖一百 徒三年 ○ 若謀而已行 未曾傷人者 杖一百 徒三年 爲從者 各杖一百 但同謀者 皆坐 ○ 造意者 身雖不行 仍爲首論 從者不行 減行者一等 ○ 若因而得財者 同強盜 不分首從 皆斬 [① 살인을 (공동)모의하여(여 기수이)면³⁰⁾ 조의한 자는 참형이고³¹⁾ (조의자를) 따라 가공³²⁾한 자는 교형이고 (동모하기는 하였지만 살해 현장에서) 가공하지 않으면

29) “투구살·고살은 모두 1인의 일시적인 일(에서 나오는 범죄)이므로 율문에 ‘爲從’의 죄를 규정하지 않았다.(중략) 뜻이 있어 죽이는 것을 ‘고의’라 한다. (그 고의는) 타인이 알 수 없다. 만약 타인이 (그 고의를) 더불어 알았다면 ‘함께 모의한 것’이고 (모살이지) ‘고살’이 아니다.[鬪毆故殺俱出自一人一時之事 故律不著爲從者之罪 (중략) 有意而殺之曰故意 非人所知 若人得與知則爲同謀 非故殺也]” 《집해 1498-1499쪽》

30) 살인을…모의하면: “모의한다는 것은, 계획을 세우고 방책을 생각하여 은밀히 해칠 것을 도모하는 것으로서, 혹은 칼날로써, 혹은 독약으로써, 혹은 물·불로 몰아넣어, 혹은 刑獄에 (걸리도록) 誣陷하는 따위이다. 만약 원한이 있어 고의로 살해하면 (고살이 아니라) 모두 謀殺이라고 이른다.[謀者 計議 籌策 潛圖賊害 或以刀刃 或以毒藥 或驅赴水火 或誣陷刑獄之類 但有讎嫌 故行殺害者 俱謂謀殺]” 《소의(하) 281쪽》

31) 살인을……참형이고: “무릇 마음에 두고 자꾸 생각하여, 계획을 세우고 모의를 정하여, 살인할 뜻을 세우고 살인할 방법을 생각해 내는 것을 造意라고 한다.[凡處心積慮 設計定謀 立意殺人 而造出殺人方法者, 是謂造意]” 《집주 654쪽》

32) 따라 가공: ‘從而加功’의 범위에 대하여 주석서에 따라 미묘한 차이가 드러난다. “따라서 일을 돕는 다 함은, 함께 죽일 것을 공모하고 살해 당시에 돕는 것이다. 비록 직접 살인의 실행행위를 하지 않았더라도 당시 함께 길을 막거나 혹은 위협하거나 (길을) 막아 도망할 길이 없게 하면, 이와 같은 부류가 모두 일을 도운 것이다.[從而加功者 謂同謀共殺 殺時加功者. 若雖不下手殺人 當時共相擁道

장 100 유 3000리이다. 사망의 결과가 발생하여야 처벌한다. ② 만약 상해를 입혔으나 (피해자가) 죽지 않으면, 조의자는 교형이고 (조의자를) 따라 가공하면 장 100 유 3000리이고³³⁾ (따랐으되) 가공하지 않으면 장 100 도 3년이다. ③ 만약 모의하고 나서 이미 실행하였으나 타인에게 상해를 입히지 않았으면,³⁴⁾ (조의자는) 장 100 도 3년이고 따른 자(爲從者)³⁵⁾는 각각 장 100이다. 단 함께 모의한 자는 모두 처벌한다. ④ 조의자는 비록 몸소 실행하지 않았다 하더라도 그대로 수범으로 삼아 논한다³⁶⁾. 따른 자(從者)는, 실행하지 않았으면 실행한 자(의 형량)에서 1등급을

或恐嚇 遮阻使之無所逃竄 如此之類 並是加功] 《강해》; “만약 그 모의를 따라 힘을 보태어, 비록 직접 실행하지 않았더라도, 謀殺할 때에 혹은 推逼하거나 혹은 위협하거나 혹은 그를 위하여 망을 보거나 혹은 행선지를 가리켜 주거나 하여 말 한 마디, 손가락 하나라도 힘을 보냈으면 모두 加功이다.[若隨從其謀 而助其力 雖不下手 但於謀殺之時 或相推逼 或相恐嚇 或爲其瞭望 或指點去處 曾助一言一指者 俱爲加功] 《소의(하) 281쪽》; “加功이란 힘을 보태어 실행하는 것을 이른다. 舊說에 이르기를 ‘망을 보는 것, 밀거나 붙잡는 것이 모두 加功이다.’라고 했는데, 무릇 밀거나 붙잡는 것은 그 情狀이 비교적 무거워서 이를 加功이라고 해도 괜찮으나, 망보는 것은 함께 모의하는 경우 항상 이 (역함을 맡은) 사람이 있다. (망본 사람까지) 과연 加功으로 처벌한다면, 비록 백 명, 열 명이라도 모두 교형으로 처벌하게 된다. (따라서 망본 것은 제외하고) 반드시 힘을 보태어 실행한 것만이 이에 해당한다.[加功謂助力下手也. 舊說謂: ‘瞭望推擁 俱爲加功.’ 夫推擁 其情較重 謂之加功 猶可. 若瞭望 則同謀皆有之. 果坐加功 雖百十人 俱坐絞矣. 須助力下手 爲是]” 《전석 권19 2쪽》; “功은 殺人하는 일이다. 가는 힘을 쓰는 것을 이른다. 그러므로 실행하여 사람을 죽이거나 상해를 입혀야 비로소 加功이라 이른다. 만약 현장에서 망보거나 위협하거나 逼迫하거나 둘러싼 사람은 모두 이른바 加功하지 않은 것이다. 만약 망보는 것 등을 加功으로 간주한다면, 아마도 너무 많은 사람을 모두 교형으로 처벌하게 될 것이다. 뒤의 條例 내의 註에서 ‘반드시 때리는 것을 도와 상처가重해야 비로소 加功으로써 교형으로 논한다.’고 밝혔는데 그 뜻이 매우 분명하다. 만약 독약으로 살인하려고 모의하여, 이를 위해 (독약을) 만들어 주어 먹게 하면 역시 加功이다.[功者, 殺人之事也; 加者, 用力之謂也. 故下手殺人傷人, 方謂加功. 若在場瞭望恐嚇, 逼迫擁衛之人, 皆所謂不加功也. 如將瞭望等皆作加功, 則恐多人俱坐絞矣. 後條例內註明 ‘必助毆傷重, 方以加功論絞’, 其義甚明. 若謀用毒藥殺人, 而爲之和合與喫者, 亦爲加功]” 《집주 654쪽》

- 33) 따라……3000리이고: “일을 도운 사람이 만약 兵器를 지니고 있으면 兇徒에 관한 條例(⇨325조 關毆의 條例)의 充軍(구징)을 끝이다 本法을 다 적용해야 한다.[加功之人 若持有兵器 當引兇徒例充軍 方盡本法]” 《전석 권19 2쪽》
- 34) 타인에게……않았으면: “그 사람(피해자)이 혹 저항하여 싸움을 벌여서 (살해를) 면하거나 혹 숨어서 자신(의 목숨)을 보전한 것을 이른다.[謂其人或拒關而獲免 或隱匿而自全者]” 《전석 권19 2쪽》; “혹 (피해자가) 스스로 저항하여 싸움을 벌이거나, 혹 다른 사람의 救護를 만나 벗어나거나, 혹 (자기를 죽이려 한다는) 소식을 알고 피하거나, 혹 그 때에 이르러 도망쳐서 자신(의 목숨)을 보전하여, 그 사람이 상해를 입지 않은 것이다.[或自己拒鬥, 或遇人救護而得免, 或知風引避, 或臨時脫逃而自全, 其人尙未受傷]” 《집주 652쪽》
- 35) 따른 자: “이미 ‘상해를 입히지 않았다’고 했으니, 도운 것과 안 도운 것을 구별할 수가 없다. 그저 ‘爲從’이라고만 말할 수 있을 따름이다.[既曰‘未傷’ 則未有加功不加功可辨 但可曰爲從而已]” 《소의(하) 281쪽》
- 36) 조의자는……논한다: “당률에서 사람을 고용하여 죽이면 역시 똑같이 처리한다.[唐律 雇人殺者 亦同]” 《전석 권19 2쪽》

감한다.³⁷⁾ ⑤ 만약 이로 인하여 재물을 얻으면 강도와 같이 (취급하여) 수범과 중범을 구분하지 않고 모두 참형이다.³⁸⁾”

사실이 밝혀지면 복수의 행위자에게 사형(斬과絞)이 가해질 수 있는 행위패턴은 1항과 5항의 행위패턴이다. 2항에는 사형이 하나 있고, 3항, 4항의 행위패턴에는 사형이 없다. 결국 ‘1인상명 1인불상명’의 담론이 적용될 여지가 있는 조항의 포섭은 2항뿐이다. 그런데 2항은 ‘복수의 행위자들이 미리 살인모의를 하고 이를 실행한 때’에만 적용할 수 있다. 거듭 말하거니와 ‘복수의 행위자들 사이에 공동구타의 의사만 있는 때’에는 동모공구치사(313조 3항) 조항이 적용되고 이때에만 일인상명 논의가 등장한다. 이하에서는 동모공구치사(313조 3항) 조항을 좀 더 심층적으로 이해하기 위하여 이것과 ‘모살조 1항의 행위패턴과 형량을 비교검토하여 보자.

37) 따른 자……감한다: “만약 그 謀議에 따르기만 하고 함께 가서 살인하지 않으면, (함께 모의한 사람) 이미 죽였으면 행하여 일을 도운 것에서 1등급을 감하여 장 100 유 3000리이고, (함께 모의한 사람) 상해를 입혔으나 죽지 않았으면 행하되 일을 돕지 않은 것에서 1등급을 감하여 장 90 도 2년 반이고, 상해를 입히지 않았으면 따른 자에서 1등급을 감하여 장 90이다.[若止曾從其謀議而不會同去殺人者 如已殺 減行而加功一等 杖一百流三千里 傷而不死 減行而不加功者一等 杖九十徒二年半 未曾傷人 則減從者一等 杖九十]” 《소의(하) 281쪽》

38) 만약……참형이다: “무릇 살인을 모의하고 남의 재물을 취하지 않으면, (이는) 단지 원수를 갚으려는 것일 뿐, 그 재물에서 이익을 얻으려는 것은 아니다. 그러므로 중범은 약간 減輕할 수 있다. 만약 謀殺로 말미암아 죽인 사람의 재물을 취하면 강도와 같게 되므로 강도와 같이 처리하여 수범과 중범을 구분하지 않고 모두 참형이다. 그러나 강도는 뜻이 재물을 얻음을 위주로 하므로, 재물을 얻으면 모두 참형이다. 謀殺은 뜻이 살인을 위주로 하므로, 그로 말미암아 재물을 얻은 경우, 반드시 일을 돕고 贓을 나누어야 비로소(強)盜와 같이 논한다. 그 함께 모의한 자로서 행하고 贓을 나눠 갖지 않은 경우, 贓을 나눠 가졌으며 행하지 않은 경우, 행하지도 않고 贓도 나눠 갖지 않은 경우는 그대로 謀殺의 本律로 科斷한다. 그가 공모했던 애초에 원래 살인을 위한 것이었지(목적) 재물을 얻음에 있지 않았기 때문이다. ‘共謀爲盜’條(⇒302조)를 보면 유추할 수 있다.[夫謀殺人, 不取人之財, 特以報仇怨耳, 非利其財也. 故爲從得而未減. 若因謀殺而得所殺人之財, 猶之強盜矣, 故同強盜, 不分首從皆斬. 然強盜意主于得財, 則但得財者皆斬, 謀殺意主于殺人, 則因而得財者, 必加功分贓, 方同盜論, 其同謀者, 行而不分贓, 分贓而不行, 與不行又不分贓者, 仍以謀殺本律科斷, 以其共謀之初, 原爲殺人, 不在得財. 觀共謀爲盜條可推矣]” 《집주 652쪽》

2. ‘가담의 패턴’을 기준으로 본 ‘모살인(기수)’(305조 1항)와 동모공구(치사)(313조 3항)의 異同

‘모살인(기수)’의 가담 패턴을 형량이 높은 순서로 나열하면 ‘造意(斬)’, ‘從而加功(絞)’, ‘從而不加功(장 100 유 3000리)’, ‘爲從(장 100 유 3000리)’의 4가지이다. 이에 반하여 ‘동모공구(치사)’의 가담 패턴을 형량이 높은 순서로 나열하면 ‘(치명상을 초래한) 下手(絞)’, ‘原謀(장 100 유 3000리)’, ‘餘人(장 100)’이다.

모살인(기수)에서 형량이 가장 높은 ‘造意’는 ‘동모공구(치사)’의 ‘原謀’와 비슷한 성질의 행위패턴처럼 보이지만 명·청률의 입법자는 양자를 질적으로 현격히 다른 것으로 파악하였다. 모살인에서는 조의가 가장 책임이 무겁지만 ‘동모공구(치사)’의 ‘原謀’는 책임이 가장 무거운 행위가 아닌 것으로 집정되었다. 왜 그런가?

모살인조의 조의자의 마음(心)은 ‘상대방을 죽이고자 하는 마음’임에 반하여 ‘동모공구(치사)’의 ‘原謀’의 마음(心)은 ‘상대방을 구타하고자 하는 마음’에 그친다. 또 ‘동모공구(치사)’에서 치사라는 결과는 ‘原謀’에게 뜻밖의 결과이다. 이에 반하여 ‘대상자(target)의 사망’이라는 결과는 모살인조의 조의자에게 뜻밖의 결과가 아니다. 따라서 모살인조의 조의자는 ‘비록 몸소 실행하지 않았다 하더라도 여전히 首犯’으로 간주된다. 그러나 ‘동모공구(치사)’에서 가장 책임이 중한 자는 ‘原謀’가 아니라 ‘사람의 사망’이라는, 객관적으로 중한 결과를 야기한 ‘(치명상을 초래한) 하수인’으로 설정되고 있다.³⁹⁾

3. ‘모살인(기수)’조와 동모공구(치사)조가 예상하는 ‘償命=抵命’자의 수

명·청률의 입법자가 예상하는 가해그룹의 刑量構想을 ‘償命=抵命(피해 그룹의 생명을 침해하면 가해그룹의 생명침해로 죄 값을 치르게 한다는 발상

39) 《집주 682쪽》 참조.

이다)’의 각도에서 분석해 보자. 동모공구(치사)조가 예상하는 ‘상명=저명’해야 할 자의 수는 1명(치명상을 초래한 하수인)임에 반하여, 모살(기수)조가 예상하는 ‘상명=저명’해야 할 자의 수는 최소 2명(造意者斬 從而加功者絞)이다. 여기서 다음과 같은 잠정적인 추정을 해 볼 수 있다.

무원록과 세원록의 ‘일인상명, 일인불상명’ 담론은 아마도 송형통·명률·청률의 ‘동모공구(치사) 부분’과 친화성이 있는 담론으로 보인다. 메이저(Meijer)의 논문에서 검토된 명·청대의 사안들도 모두 ‘동모공구치사’사안들이었다.

다음에 무원록과 세원록의 규정만으로 모든 것이 해결되지는 않는다. 무원록과 세원록의 규정은 사실규명작업에 오랜 시간(3,4년 혹은 7,8년)이 소요되고 그 기간 중에 누군가가 먼저 사망하는 사태를 염두에 둔 규정이다. 그러므로 우리가 연구대상으로 삼고 있는 사료들을 이해하려면 또 다른 ‘법제적 전거(律 또는 條例)’가 필요하다. 그 법제적 전거는 1588년(萬曆 16)을 전후한 시기에 출현⁴⁰⁾하였다.

4. 1588년(萬曆 16)의 明의 條例

1588년(萬曆 16)에 明 황제가 하명한 조례는 다음과 같은 내용을 담고 있다:

“지금부터 審錄官員은 동모공구(치사)조의 (치명상을 초래한) 하수인의 혐의를 받아 심리가 진행 중이다가 아직 결말이 나지 않았는데 우연히 原謀나 助毆重傷之人이 감옥에서 죽거나 (이들이 심리를 위하여 이송되는) 도중 병으로 죽으면 ‘抵命’한 것에 준한다. 만약 (유형이 결정되어 발배된 후) 집에서 병으로 죽으면 함부로 抵償할 수 없고 하수인은 올문대로 처벌한다.[萬曆十六年正月題奉欽依 今後 審錄官員 凡審共毆下手擬絞人犯 果於未結之前 遇有原謀·助毆重傷之人監斃在獄 與解

40) Meijer, 201쪽.

審中途因而病故者 准其抵命. 若係配發事結之後 在家病亡者 不得濫改抵償 仍將下手之人依律處決”⁴¹⁾

이 조례의 취지는 다음과 같은 것이다. 동모공구치사 사안이 발생하면 ‘치명상을 초래한 자가 목숨으로 갚아야 한다’는 것이 올문의 취지이다. 그런데 누가 치명상을 초래하였는지 확실히 판정되지 않은 상태에서 原謀人이나 助毆人이 감옥에서 죽거나 이송 도중에 병으로 죽으면 가해그룹에서 ‘상명=저명’이 발생한 것으로 인정해 주라는 것이 이 조례의 취지이다. 그러나 이렇게 하면 이 법리가 남용될 우려가 있고 ‘殺人者死(=殺人償命)’의 법리의 위엄에 손상이 생긴다. 그래서 이 법리의 남용을 억제하는 발상이 추가되었다. 그것은 가해그룹 중 1인에게 유배형이나 ‘장 100’이 결정되고 집행되어 그 1인이 집에서 병으로 사망하는 것은 가해그룹 중 1인이 정당하게 ‘상명=저명’한 것으로 치부할 수 없다는 것이다. 거의 동일한 내용의 조례가 淸律에도 실려 있다.⁴²⁾ 이 조례의 취지를 淸律의 저명한 주석가 沈之奇는 다음과 같이 논한다:

“元謀助毆之人 監斃病故 卽准抵命. 蓋律意止欲‘一命一抵’ 彼死于毆 此死于監內·途中 均非正命 足以相抵. 況元謀·助毆 皆同是致死之人 既已因此而死 若仍絞下手 是以兩命抵之矣. 此例補律之未備 可謂仁之至·義之盡也.”⁴³⁾

沈之奇에 의하면 이 조례의 취지는 다음과 같은 것이다:

비록 (치명상을 초래한) 하수인이 아닌 ‘元謀·助毆’가 감옥에서 병으로 사망해도 ‘1인이 상명된 것’으로 간주해도 좋다. 피살자가 (구타를 당하여 非命으로) 죽은 것이나 元謀·助毆가 ‘감옥에서 刑推·病 등으로 사망하는 것’이나 모두 제 명에 죽은 것이 아니므로 서로 대등하게 취급할 수 있다. 만약

41) 《집해 1503-1504쪽》

42) 《집주 686쪽》

43) 《집주 687쪽》

그것과 무관하게 (심리를 계속하여 치명상을 초래한) 하수인을 교형으로 벌하면 한 사람(최초의 피살자)의 억울한 희생을 두 사람(옥중에서 병으로 사망한 자와 치명상을 초래한 하수인)의 생명으로 죄 값을 치르게 하는 것이 (어서 부당하다. 이 조례는 율문의 미비점을 보충하는 것이고 어짐(仁)의 지극함과 의로움(義)의 극진함이라고 말할 수 있다.

5. 조선 肅宗代 大明律附例의 조선전래

동모공구치사 사안에서 치명상을 가한 하수인의 혐의를 받는 자가 조사·심리를 받는 중에 다른 공범(이른바 原謀와 餘人, 특히 原謀)의 獄中病死는 1588년(만력 16)에 明 황제가 하명한 조례(이하 ‘만력 16년 조례’로 약칭한다)의 요건을 충족하여 하수인(으로 지목받고 조사·심리 중인 자)은 사형을 면할 수 있다. 앞에서 상세히 소개한 배홍적 옥사에서 배홍적은 다른 공범(그의 모친 이조이)이 옥중에서 병사하자 결과적으로 감경되어 사형을 면하였다. 조선의 국왕(정조)은 ‘만력 16년 조례’를 알고 그런 처분을 내렸을까 아니면 ‘만력 16년 조례’의 존재를 몰랐지만 다른 법리(예를 들어 유죄의 확신을 할 수 없는 疑獄일 때의 參酌減律)를 근거로 ‘만력 16년 조례’의 문언과 합치하는 처분을 내린 것일까?

현재까지 입수할 수 있는 사료만으로는 이 질문에 확실히 답하기는 어렵다. 그런데 아마도 국왕은 ‘만력 16년 조례’를 알고 그런 처분을 내렸을 가능성이 농후하다. 이하에서는 이렇게 추정할 수 있는 정황들을 논증하려고 한다.

첫째, 肅宗 14年(1688) 6月 8日에 ‘大明律附例 1秩을 등사(繕寫)하여 올린다’는 徐文重의 筭子가 승정원일기에 기록⁴⁴⁾되어 있다. 이 기사는 大明律附例를 언급한 조선측 사료 중 가장 이른 시기의 기록이다.

둘째, 正祖實錄 1年(1777) 7月 15日자에 다음과 같은 기사가 있다:

44) “刑曹判書徐文重筭子 大概 謹承成命 繕寫大明律附例一秩 敢此投進 以備睿覽事”(承政院日記 肅宗 14年(1688) 6月 8日).

“대신과 형조 당상을 소견하였다. 형조 판서 장지항이 아뢰었다. ‘반인 정한룡이 환도로 사람을 공격하여 무릎 뼈가 절반이나 떨어져 나갔고, 상해를 입은 사람이 그 상해로 인해 치명했는데, 올문 내용에 지체를 부러뜨리거나 넘어뜨린 것으로 인하여 뼈가 부수어지거나 낙태하게 되면 수족으로 했거나 다른 것으로 했거나를 막론하고 모두 고한이 50일이라고 했습니다. 정한룡은 고한을 헤아리건대, 50일에서 겨우 하루를 지나게 되었는데, 《대명률부례》에는 원래의 辜限 50일 이후에 만일 본상으로 인하여 치명하게 되면 원래의 고한 외에 20일의 고한을 더한다는 조례가 있습니다. 선왕 무자년 6월에 평안도 살인 옥사의 계본에 따라 내리신 전교 내용에는 고한이 이미 지나버리게 된 것 때문에 해당 올관을 결군하여 영구히 태거 하라고 하신 명이 있었으니, 청컨대 대신들에게 물어보소서.’ 영의정 김상철 등이 말했다. ‘선조께서 내리셨던 분부는 곧 올관이 낮추었다 높이었다 한 짓을 신칙한 것이고, 살인 옥사를 가리키지 않은 것이 분명하고도 적실한 것입니다. 정한룡을 성옥해야 함은 다시 의심스러운 것이 없습니다.’ 전례에 따라 성옥하도록 명하였다.[戊寅 召見大臣刑曹堂上 刑曹判書張志恒啓言：“泮人鄭漢龍以環刀擊人，膝骨半落，被傷人因本傷致命，而律文中：‘以打跌肢體破骨墮胎者，無問手足他物，皆限五十日’ 漢龍辜限計五十日，纔過一日，而《大明律附例》，有‘元辜限五十日外，若因本傷致命，則限外二十日加辜限’之例 而先王戊子六月，因平安道殺獄啓本，所下傳教中，以辜限已過，有當該律官決棍永汰之命，請詢大臣” 領議政金尙喆等曰：“先朝下教，卽申飭律官之低仰，非指殺獄明的者。 漢龍成獄，更無可疑” 命依例成獄”]

이 밖에도 英祖 年間に 영조가 여러 차례 대명률부례를 인용하면서 국정을 지휘한 기사를 확인할 수 있다. 구한말이 되면 全羅南道 裁判所判事 趙鍾弼이 議政府贊政 法部大臣에게 ‘대명률부례를 刊板하여 下送하여 줄 것’을 요청⁴⁵⁾하기에 이른다. 다나까 도시미찌도 2008년에 발표한 논문에서 조선후기에 대명률부례가 실무에서 폭넓게 활용된 사례를 제시⁴⁶⁾한 바 있다. 조선

45) 司法稟報(乙) 26 [보고서 57호, 光武四年八月三十日(1900년8월30일자)].

46) 田中俊光, 「朝鮮後期の刑事事件審理における問刑条例の援用について」, 『朝鮮史研究会論文集』 第46集, 2008.10, 97-124면.

에서는 ‘대명률부례’, 혹은 ‘부례 대명률’로 불리는 조례가 중국에서는 ‘問刑條例’로 더 잘 알려져 있다. 이 논문의 심사자 중 한 사람은 효종대에도 일인상명 논증이 행하여졌으므로 대명률부례의 조선전래시기를 좀 더 앞당길 수 있지 않겠나 하는 논평을 하였다. 있을 수 있는 추정이지만 더 이상의 방증이 없는 이상 단언하기는 어렵다.

이로 미루어 볼 때 국왕(정조)은 대명률부례에서 ‘만력 16년 조례’⁴⁷⁾의 내용을 알고 있는 상태에서 배후적의 감형과 석방을 명한 것으로 추정할 수 있다.

그런데 특이한 것은 ‘만력 16년 조례’나 그에 상응하는 내용의 규범은 조선의 國典이나 受教, 受教定例, 受教登錄 등에 등록되지 않았다⁴⁸⁾. 조선의 國典이나 受教, 受教定例, 受教登錄 등에 등록되지 않은 중국측의 條例가 조선의 실무에서 사안해결을 위하여 적용되거나 유추적용되는 사례가 있음을 확인할 수 있다.

6. 소결

‘일인상명’ 담론은 조선에서만 발견되는 특이한 담론이 아니다. 현재까지의 연구수준에 의하면 그것은 ‘만력 16년 조례’에서부터 나타나기 시작하여 중국에서는 ‘清末’에 이르기까지 그 논변이 지속되었고 조선에서는 효종대나 영조대부터 실무에서 활용되기 시작하여 구한말까지 이어지고 있었다. 심지어는 《대청률집주》에서 이를 ‘一命一抵’로 표현하였지만 그것이 의미하는 바는 조선의 ‘일인상명’ 발상과 동일할 것이다. 조선후기부터 조선인들이 스스로 없이 ‘일인상명’ 담론을 전개하는 현상은 조선인들의 ‘명·청률’ 활용이 심화·발전되어 간 증거이지 ‘명·청률’ 활용으로부터의 이탈이 아니다.

47) 《부례(하) 241쪽》

48) 정공식 외 3인편, 『朝鮮後期 受教資料 集成(I)-刑事篇: I(2009), II(2010)』, 奎章閣 所藏本(서울: 한국법제연구원)에서도 ‘만력 16년 조례’나 그에 상응하는 내용의 규범은 찾아보기 어렵다.

V. 결어

첫째, 하나무라의 진단 중, 조선의 국왕이나 관원들이 ‘일인상명’이라는 독특한 법리를 내세워 형사사건을 재단하려는 사안이 孝宗代·英祖代 이후 상당수 발견되는 것은 사실이다. 또 이 현상이 보이는 것은 유교적 신념의 ‘仁’과 관련이 있음도 사실인 것으로 보인다. 그러나 이 현상을 가지고 조선의 “정치체제가 국왕의 재단을 명률 보다 우선시킬 가능성이 있는 것, 즉 명률 의용은 장식물(文具)에 불과하고 국민성이 관대하여, 律이 정한 바에 충실히 따르는 것에 의미를 두지 않은 것에 起因”한다고 논단한 것은 잘못된 것 같다. 조선인들이 스스로없이 ‘일인상명’ 담론을 전개하는 현상은 조선인들의 ‘명·청률’ 의용이 심화·발전되어 간 증거이지 ‘명·청률’ 의용으로부터의 이탈의 증거가 아니다. 그러나 이 현상에서 “④ 이조의 명률의용의 의미, 형사재판의 실태를 볼 수 있다”는 하나무라의 진단은 여전히 유효하다.

둘째, Meijer는 刑案匯覽 등 청대의 판례집에서 여러 케이스를 발굴하여 매우 치밀한 분석을 가하였다. 청대의 판례들과 조선후기의 판례들을 비교분석하는 것은 흥미 깊은 주제이지만 현재로서는 그런 작업을 수행할 만큼 충실한 조선측 사료가 확보되지 못하여 그 작업은 장래의 과제로 남겨둔다.

셋째, 서양의 법학자들은 명·청대의 중국에서 일인상명 담론이 전개되고 실천되는 것을 보고 ‘중국법계의 형식성(formality)의 취약성’을 연상하기 쉽다. 예를 들어 서양의 중국학자들은 명·청대의 중국인들이 유죄인 자(guilty criminals)를 철저히 밝히려고 하지 않고 일종의 대리복수(the acceptance of retribution by proxy)만으로 만족하려고 하는 경향성을 연상한다.⁴⁹⁾ 이런 발상이라면 조선후기의 형사사법은 ‘명·청대의 중국보다도 더 형식성(formality)이 취약한 형사사법’의 모습으로 비추어질 것이다. 그러나 일인상명이라는 하나의 현상만을 가지고 조선의 형사사법, 나아가서는 조선사법의

49) Derk Bodde and Clarence Morris, *Law in Imperial China : exemplified by 190 Ching Dynasty cases*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1973, pp.331-332; Geoffrey MacCormack, *The Spirit of Traditional Chinese Law*, University of Georgia Press, 1996, 122-131쪽.

특성을 자리매김하려는 것은 성급한 논단이다. 조선사범의 특성을 자리매김 하려면 규명하여야 할 측면들이 아직도 대단히 많이 남아 있기 때문이다.

■ 참고문헌

- 『新注無冤錄』, 한국과학기술사자료대계 의약학편 49, 여강출판사, 1988.
- 『增修無冤錄診解』, 한국과학기술사자료대계 의약학편 49, 여강출판사, 1988.
- 『정보흠휼신서 I』(다산학술문화재단 교감·표집 정보 여유당전서 30 흠휼신서)
- 高淑姬, 「조선시대 중국 실용전문서적의 전래와 수용: 無冤錄을 중심으로」, 『중국소설論叢』, 2014.
- 金滙, 「新註無冤錄과 조선전기의 檢屍」, 『法史學研究』 27, 2003.
- 송철의 외 역주, 『역주 증수무원록언해』, 서울: 서울대학교출판부, 2004.
- 장윤희, 「近代語 資料로서의 증수무원록언해」, 『韓國文化』 27, 2001.
- 정궁식 외 3인편, 『朝鮮後期 受敎資料 集成(I)-刑事篇: 1(2009), II(2010)』(奎章閣 所藏本), 서울, 한국법제연구원.
- 최해별, 「송(宋), 원(元) 시기 검험(檢驗) 지식의 형성과 발전: 세원집록(洗冤集錄)과 무원록(無冤錄)을 중심으로」, 『中國學報』 69, 2014.
- 한상돈, 「中國 傳統刑律 中の 六殺」, 『法史學研究』 15, 1994.
- 花村美樹, 「一人償命」, 『조선학보』 48집, 1968.
- Derk Bodde and Clarence Morris, *Law in Imperial China: exemplified by 190 Ch'ing Dynasty cases*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1973.
- Geoffrey MacCormack, *The Spirit of Traditional Chinese Law*, University of Georgia Press, 1996.
- M. J. Meijer, "AN ASPECT OF RETRIBUTION IN TRADITIONAL CHINESE LAW", *T'oung Pao*, Vol. LXVI, 4-5, 1980, pp.199-216.
- ◎ 唐·明·清律 注釋書 약어표
- 唐律
- 《당률 권차 쪽수》: 長孫無忌 官版 唐律疏議(653)
- 明律
- 《소의(상)(하) 쪽수》: 張楷, 律條疏議(1467)(양일범편 중국올학문헌 제1집, 흑룡강인민출판사)
- 《강해 쪽수》: (편자미상) 大明律講解(1510)(서울大學校奎章閣, 2001)
- 《석의 권차 쪽수》: 應欞, 大明律釋義(1543)

《쇄언 쪽수》：雷夢麟, 讀律瑣言(1557)

《부례(상)(하) 쪽수》：舒化, 《大明律附例(上)(下)》(1585)(서울대학교 규장각 2001)

《주해 쪽수》：姚思仁, 《大明律附例注解》(1585)

《집설 권차 쪽수》：馮孜, 大明律集說附例(1591)

《집해 쪽수》：衷貞吉 高舉 等, 《大明律集解附例》(1596)

《전석 권차 쪽수》：王樵 私箋 王肯堂 集釋, 《大明律附例箋釋》(1612)

○清律주석서

《집주 쪽수》：沈之奇, 大清律輯註(上)(下)(1715)

〈Abstract〉

A Critical Review against the thesis of Hanamura about the “The loss of one life to require in requital(一人償命)” rule during the second part of Choson Period

Hui-gi Sim*

In the year of 1968, a Japanese legal historian, Hanamura Yoshiki, argued in his short essay titled “The loss of one life to require in requital(一人償命)” which was published in *Choson-hakbo* (朝鮮學報, Vol 48) that even though “*the Great Ming Code*”(大明律 hereinafter ‘GMC’) had been declared as a basic laws of the Choson dynasty, contemporary Korean administrators including kings did not observed GMC literally. He assumed the relevant article of GMC as article 305(*Plotting to Kill Others* 謀殺). In this essay I reviewed his essay critically. The conclusion of this essay are as follows.

First, to the contrary of Hanamura’s assertion, contemporary Korean administrators including kings applied very literally not only GMC but also sub-statutes(問刑條例) of GMC.

Second, to the contrary of Hanamura’s assumption that relevant article of GMC was not article 305, but third sub-article (同謀共毆) of 313 (*Killing Others in Affrays or by Intention* 鬪毆及故殺人). In addition to this article there had been issued several sub-statutes in relation to the article 313 of GMC

* Professor of law, Yonsei Law School

during Ming dynasty. Among those, one sub-statute (li) which was issued in 1588 is most important. Sub article (3) of Article 313 of GMC is as follows;

In cases where several persons jointly plot to strike others collectively and therefore death results, the fatal injury shall be considered to be the most serious blow. The persons who strike shall be punished by strangulation. The persons who make the plots shall be punished by 100 strokes of beating with the heavy stick and life exiles to 3,000 li. The other persons shall each be punished by 100 strokes of beating with the heavy stick

The general principle of Chinese law is that a person who commits homicide is himself responsible for his act. Even if he does not have to pay with his life in reality, which is the case in most non-intentional homicides, he still is ritually sentenced to death. In this sub-statute (li) we find an exception to this rule in the sense that one of the co-offenders dies in jail, the principal offender is even exempted from the formal condemnation to death and directly sentenced to banishment. The difficulty a Western jurist feels when he tries to understand this rule is that the death of the co-offender does not seem to have any connection with the principal offender's guilt. Why should it then affect his punishment?

In this essay I did not tackle the question and answering the question is the next research topic.

[Key Words] requital of life, killing others in affray, jointly plot to strike others and therefore death results, plotting to kill others