

《大明律》 保辜限期에 관한 研究*

- 조선시대의 적용례를 중심으로 -

한상돈** · 조지만***

목 차

- I. 들어가며
- II. 保辜限期의 연혁과 가치
- III. 《大明律》의 보고한기 규정 분석
- IV. 조선시대 保辜限期 규정의 활용
- V. 맺으며

[국문 요약]

이 글에서는 《大明律》 保辜限期 제도를 다양한 측면에서 살펴보았다. 보고한기 제도는 가해자의 폭행 또는 상해로 인하여 피해자가 상처를 입고 그로 인하여 일정한 기한 이내에 사망한 경우 가해자에게 피해자의 사망에 대한 책임을 묻는 제도이다. 일정한 기한이 지나기 전에 가해자가 최선을 다해 치료를 하여 피해자가 사망하지 않으면 가해자에게 사망에 대한 책임을 묻지 않는다. 이러한 측면에서 회복적 사법의 사상이 스며들어 있음을 부정할 수 없다. 그러나 보고한기 제도는 처벌을 확정하려는 것에 중점이 있는 것이기 때문에 회복적 사법의 사상이 전면적으로 드러나 있다고 보기에는 무리가 있다.

또한 조선시대의 보고한기와 관련된 사례들을 분류하여 살펴본 결과 조선시대에는 이러한 회복적 사법의 측면보다는 처벌을 확정하는데 보다 중점이 두어졌던 것으로 보인다. 또 법적용이라는 측면에서 볼 때 조선시대 보고한기를 통한 형의 확정은 적정형을 어떻게 부과하느냐에 중점을 두고 있었다고 생각된다.

* 본 연구는 2012학년도 아주대학교 일반연구비 지원에 의하여 연구되었음.

** 아주대학교 법학전문대학원 교수

*** 아주대학교 법학전문대학원 부교수

[주제어] 保辜限期, 大明律, 唐律, 회복적 사법, 인과관계, 객관적 귀속

I. 들어가며

현행 형법 제17조는 인과관계라는 표제 하에 “어떤 행위라도 죄의 요소되는 위험발생에 연결되지 아니한 때에는 그 결과로 인하여 벌하지 아니한다.”라고 규정한다. 《大明律》에도 폭행 또는 상해행위로 말미암아 상처가 났는데 이로 인하여 발생하는 결과에 책임을 지우는 것과 관련된 규정이 있다. 바로 이것이 《大明律》 刑律에 규정된 保辜限期 규정이다. 保辜限期는 줄여서 辜限이라고도 하며, 가해자의 폭행 또는 상해로 인하여 피해자가 상처를 입고 그로 인하여 일정한 기한 이내에 사망한 경우 가해자에게 피해자의 사망에 대한 책임을 묻는 규정이다. 즉 피해자가 사망한 경우에는 사망의 책임을, 사망하지 않은 경우에는 상해의 책임을 가해자에게 묻는 규정이다.

이 保辜限期 규정은 인과관계 또는 객관적 귀속의 기준을 정하는 규정으로 여겨지고, 특히 현대 형법에서 논의되는 ‘회복적 司法’ 이론의 원형을 찾을 수 있다는 점에서 자신들의 전통형법의 우수성을 강조하려는 중국에서 다양한 연구가 행해졌다. 즉 중국에서의 保辜限期와 관련된 연구는 주로 현대 중국 형법에 전통적인 제도를 어떻게 접목시킬 것인가에 초점이 맞추어져 있다. 그래서 保辜限期 규정이 발달한 역사, 그리고 保辜限期가 현대 형법에서 영향을 미칠 수 있는 영역, 즉 회복적 사법에 초점을 맞추어 논의가 이루어지고 있다. 한편 우리나라에서는 형법학자인 류부곤의 연구가 유일하다. 류부곤의 관심은 주로 현대형법에 향해 있다. 즉 그의 연구는 “이러한 연구의 목적은, 역사연구의 목적이 단순히 당시의 사회상을 보여주는 것이 아니듯이, 당시의 규범을 읽어내는 것이 목적이 아니라 단절된 규범의 역사를 이어주는 것”¹⁾이라고 밝히고 있듯이 전통시대 형사법에 대한 올바른 이해와 이

1) 류부곤, 『대명률(大明律) ‘보고한기(保辜限期)’ 규정의 형사법적 의의』, 『비교형사법연구』 제12권 제1호, 2010, 2면.

를 바탕으로 한 전통시대 형사법에 대한 객관적인 시각을 가질 수 있는 토대를 제공하는 것을 목표로 하고 있다. 그리하여 保辜限期 규정의 의의와 실제 적용사례, 인과관계를 확정짓는 것인지 객관적 귀속을 확정짓는 것인지 등 保辜限期와 관련된 각 쟁점들을 밀도있게 분석하고 있다. 다만 그의 연구는 현대 형사법의 맥락을 보다 증시함으로써 保辜限期 규정이 어떠한 역사적 맥락에서 탄생하였는지, 조선에서의 적용사례들은 어떠한 함의를 품고 있는지에 대하여는 보충될 수 있는 여지를 남겨두고 있다.

이 글은 保辜限期的 현대 형법적 맥락에서의 분석은 류부곤의 연구와 중국측 형법학자들의 연구들에 기대고, 여기서는 주로 保辜限期的 연혁과 조선에서의 운용실태에 초점을 맞추고자 한다. 이를 통하여 保辜限期가 가지는 객관적 의미가 조선에서의 법운용을 통해 어떻게 변형되는지, 그리고 그러한 변형은 무엇을 의미하는지 살펴보고자 한다.

II. 保辜限期的 연혁과 가치

1. 保辜限期 제도의 연혁

보고한기는 《大明律》뿐만 아니라 이를 잇는 후속 법전에도 규정되어 있다. 그러면 보고한기는 언제부터 인정되기 시작하였는가? 이에 관한 최초의 기록은 기원전 11세기에서 기원전 841년 사이 서주(西周)의 성(成), 강(康) 시기에 나타난다.²⁾ 그리고 《睡虎地云夢秦簡》³⁾에 모두 보고제도에 대한 기록이 있는 것을 보면, 진나라 시대에 保辜는 하나의 제도로서 자리잡은 듯하다. 또한 司馬遷의 《史記》高祖 功臣侯者年表와 班固의 《漢書》高惠高后文功臣表에도 保辜에 관련된 기록이 있다.⁴⁾ 그 후 후한, 진 시기에 상해자가

2) 梁岩妍, 「中国法律传统保辜制度」, 『河北公安警察职业学院学报』第10卷 第4期, 2010.12, 59면.
 3) 1975년 중국 운몽현 수호지에서 발견된 진나라의 죽간으로서 진나라의 법률과 공문서 등이 수록되어 있다.
 4) 姜洋, 「秦汉保辜制度探析」, 『鲁东大学历史文化学院华章』第6期, 2012, 9면. 구체적 내용은 다음과

辜內에 사망하면 가해자를 중하게 처벌할 뿐만 아니라 흉기를 제공한 자도 머리를 깎고 고역에 처한 기록을 보면 보고제도는 시대에 따라 계속 발전한 것으로 보인다.⁵⁾ 보고제도의 보다 구체적인 기한과 유형이 명확한 형태로 나타나는 것은 《唐律》에 이르러서이다. 이에 따르면 상해한 경우에는 일반적으로 보고한기를 두는데, 손발로 상해한 경우에는 10일, 기타 물건은 20일, 칼 또는 꿇는 물, 불로 상해한 경우에는 30일, 뼈를 부러뜨리는 상해를 입힌 경우에는 50일을 두어 이 기한 이내에 사망한 경우에는 살인죄로 처벌한다.⁶⁾ 이러한 보고한기제도는 송, 원, 명, 청의 율에 계승되었다. 《大清律集解附例》는 율문 뒤에 보고한기에 관한 例를 부가하였다.⁷⁾ 이 보고한기제도는 《大明律》에 《唐律》이 약간 변형된 형태로 수용되어 조선시대의 기본제도로 작동하였다. 그리고 근대의 외피를 입은 전통형법으로 평가받는 《刑法大全》에도 보고제도는 《大明律》에서는 두 개 규정에 흠어져 있는 것을 하나의 조문으로 합치는 방식으로 규정하였다.⁸⁾

우선 《大明律》保辜限期の 원형이 된 《唐律》의 규정을 살펴보자.

제307조 보고

[율문1] 무릇 保辜⁹⁾는 손발로 사람을 구타하여 상해를 입힌 경우에는 기한이

같다. 《史記》卷十八 高祖功臣侯者年表 第六; 《漢書》卷十六 高惠高后文功臣表 第四.

5) 王东明, 「古代保辜制度的评析与借鉴」, 『河南城建学院理论研究』, 2012.1, 132면.

6) 《唐律疏議》鬪訟 제307조 保辜: 諸保辜者, 手足毆傷人限十日, 以他物毆傷人者二十日, 以刃及湯火傷人者三十日, 折跌支體及破骨者五十日 限內死者, 各依殺人論. 金鐸敏, 任大熙 主編, 『譯註 唐律疏議』各則(下), 한국법제연구원, 1998, 3028-3030면.

7) 王东明, 「古代保辜制度的评析与借鉴」, 『河南城建学院理论研究』, 2012.1, 132면.

8) 《刑法大全》제25조: 保辜 限은 手足이나 他物로 人을 毆傷 限은 者는 二十日이며 刃이나 湯火로 人을 傷 限은 者는 三十日이며 折跌肢體 及 破骨墮胎 限은 者는 手足이나 他物을 勿論 限은 五十日 定 限이다.

但 鬪毆로 人을 傷 限은 辜限 內에 平復지 못 限은 限外에 延至 限야 致死 限은 情因이 眞實 限은 境遇에는 手足과 他物과 金刃과 湯火傷에는 十日이며 折跌肢體와 破骨과 墮胎에는 二十日을 加限 限이다.

9) '保辜'는 毆打하여 傷害한 행위 뒤에 일정한 기한을 경과하는 것인데, 만일 구타하여 傷害한 것이 原因이 되어 죽게 되었다면 殺人罪를 적용한다. 이렇게 일정기한을 두는 것을 '保辜'라고 한다. 《大明律》에도 같은 규정이 있는데 《大明律集解附例》의 纂註에 의하면 "保'는 養이고 '辜'는 罪이다. 무릇 사람을 상해하였다면 官司는 그 傷害의 輕重에 따라 期限을 세우고 毆打한 사람을 責命하여 의사의 치료를 받게 한다. 「限」은 滿期日로 그것을 물어 본 후에 罪를 判定한다. 그러므로 保辜라고 한다."라 되어 있다. 《大清律》은 "保는 養이다. 辜는 罪이다. 保辜란 사람을 구타하여 傷害하

10일, 다른 물건으로 사람을 구타하여 傷害를 입힌 경우에는 20일, 칼날이나 끊는 물이나 볼로 사람을 傷害한 경우에는 30일, 肢體를 부러뜨리거나 어긋나게 한 것 및 뼈를 부순 경우에는 50일이다. <구타나 傷害 가운데 그 어느 하나만이라도 保辜한다. 다른 조문의 구타나 傷害 및 殺傷은 각각 이에 준한다.>

[율문2] 기한 안에 죽었다면 각각 殺人罪에 따라 논한다. 그러나 (보고) 기한이 지난 뒤나 기한 안일지라도 다른 이유로 죽었다면 각각 본래의 毆傷法에 따른다. 다른 이유라는 것은 별도로 다른 疾患이 더하여 죽은 것을 말한다.¹⁰⁾

《唐律》에 따르면,¹¹⁾ 첫째 保辜의 적용범위가 비교적 넓은 편이다. 故殺, 鬪毆殺, 모살, 강도 등 타인의 신체에 상해를 야기한 범죄행위는 그 범죄결과에 따라 모두 辜限을 두었다. 또한 일반적으로 비교적 경한 경우이거나 엄중한 결과를 초래하지 않은 상해죄에 한정하였다. 둘째 범죄도구 및 범죄결과 of 위험성이 클수록 保辜의 기한이 길다. 셋째 피해자에 대한 가해자의 구조 결과에 따라 형벌을 구별하였다. 즉 피해자가 辜限내에 사망하면 고의의 책임을 물어 살인으로 처벌하고, 만약 가해자의 적극적인 구조로 피해자가 사망하지 않았거나 혹은 辜限 이후에 사망한 경우는 상해죄로 처벌하였다.¹²⁾

있는데 죽지 않았다면 담당 官司는 期限을 세우고 이로써 그를 保(護)해야 하는 것이다. 사람이 다친 것을 보호하는 것은 바르게 罪를 保(護)하는 것이다'라하고 있다. 『明律國字解』에는 “구타하여 구타당한 사람을 구타한 사람에게 맡겨서 치료하게 한다. 이것을 保辜라고 한다.”고 되어 있다. 加害者로서 被害者를 치료시키는 것이지만, 치료가 목적이 아니고 《大明集解附例》의 纂註와 같이 期限의 滿期日을 물어 본 후에 ‘罪를 判定한다’는 것이 律에서는 중요한 것이므로 保辜 期限 內에는 判定을 미룬다. 즉 保辜는 구타한 경우 刑罰을 결정하는데 필요한 기한이 되는 것이다. 黃清連, 『說 ‘保辜’-唐代法制史料試釋』, 《第二次國際唐代學術會議論文集》 下冊, 中國唐代學會主編, 天津出版社, 1993 참조.

10) 第307條 鬪訟 6 保辜 [律文1] 諸保辜者, 手足毆傷人限十日, 以他物毆傷人者二十日, 以刃及湯火傷人者三十日, 折跌支體及破骨者五十日 <毆·傷不相須. 餘條毆傷及殺傷, 各準此.> [律文2] 限內死者, 各依殺人論 其在限外及雖在限內, 以他故死者, 各依本毆傷法 <他故, 謂別增餘患而死者>(원문 및 번역문의 < >은 주석이다. 이하 같다.) 金鐸敏, 任大熙 主編, 앞의 책, 3028~3030면.

11) 이 분석은 張勇虹, 『我國緩刑制度改進的傳統之維-以保辜為討論中心』, 『政法學刊』 第28卷 第4期, 2011.8, 55면 참조.

12) 이밖에 《투송률》 제305조 毆人折跌支體諸目에서는 상해하였으나 사망하지 않은 경우에 대하여 규정하고 있다. 즉 “무릇 싸우다가 구타하여 사람의 支體를 부러뜨렸거나 어긋나게 하였거나, 한쪽

2. 保辜限期 制度의 가치

이러한 특징을 가지고 있는 보고한기 규정은 어떠한 목적으로 입법된 것일까. 보고한기는 일정한 기한을 설정하여 가해자의 죄책을 확정하는 것이었지만, 피해자가 일정한 기한이 지나 사망하는 경우 가해자를 사망의 결과로부터 해방시키는 역할을 하였던 것이다. 즉 전통사회에서는 투구상해 사건이 비교적 많았는데, 대개의 경우 어떠한 원인이 있기 보다는 사소한 다툼으로 인한 상해이기 때문에 가해자는 곧 누우치게 되는 경우가 많아 그들에게 개과천선할 수 있는 기회를 줌으로써¹³⁾ 가해자와 피해자 사이의 갈등 해소를 유도하게 하였다. 그리고 만약 상해사건에 형사책임만 묻게 되면 피해자는 육신의 고통뿐 아니라 금전적인 손실도 겪어야 한다. 보고한기 제도는 피해자의 실질적인 이익을 고려하여 가해자의 형사책임을 담보로 해서 육체적인 상해를 구제받을 수 있는 장치였던 것이다. 또한 가해자의 치료행위로 피해자가 회복된 경우 가해자의 죄책을 감경해 주어 최소한의 처벌이 가능하도록 하였다. 이렇게 《唐律》에서 정형화된 형태로 후대까지 이어진 보고한기 규정은 시대에 따라 기한과 처벌이 조금씩 다르기는 하지만 입법목적에 있어서는 같다고 할 수 있다. 《唐律》의 규정을 보면 唐의 辜限제도는 ‘明德慎罰’사상에 기초한다고 볼 수 있다.¹⁴⁾ 중국 전통사회에서는 慎刑과 教化를 강조하였다. 형벌 판단에 있어서 매사에 덕을 우선으로 하였고, 덕으로 교화를 할 수 없는 범죄자만 刑을 사용하였는데 이러한 원칙이 辜限에 관한 규정에 접목되었던 것이다.

그러면 보고한기 제도가 가지는 일반적인 가치는 무엇일까? 우선 법적 정의(正義)를 실현하고자 하는 가치를 추구한다. 이를 위해 유죄자에 대한 징

눈을 멀게 하였다면 도형3년에 처한다...保辜 기한 안에 평시처럼 회복되었다면 각각 2등을 감한다(다른 조문에 부러뜨렸거나 어긋난 것이 평시처럼 회복되었다고 한 것은 이것에 준한다.)(諸鬪毆折跌人支體及瞎其一目者，徒三年 折支者，折骨，跌體者，骨差跌，失其常處。辜內平復者，各減二等(餘條折跌平復，準此))” 이에 따라 보고한기 안에 회복된 경우에는 원래의 형에서 2등을 감경하여 처벌한다.

13) 张叶航, 陈冠兵, 『从宋朝马宗元救父一案看保辜制度』, 『法制与社会』, 2010.9, 285-286면.

14) 姜洋, 『秦汉保辜制度探析』, 『鲁东大学历史文化学院华章』第6期, 2012, 120면.

벌을 진행하면서 피해자에 대한 회복을 시도하도록 한다. 다음으로 보고한기 제도는 인도주의 가치를 추구하고 있다. 그래서 그 형벌은 유연하고 관대하며 인간적이다. 인간을 중시하고 존중하는 특성은 인본주의 관념과 성선(性善) 철학에 기원한다.¹⁵⁾ 또한 형법적인 측면에서의 가치를 생각할 수 있다. 형법은 법익을 보호하기 위한 범규범이면서도 다른 규범체계를 동원하여도 법익을 보호할 수 없는 상황에 이를 때 개입하는 겸억성을 가지고 있다.¹⁶⁾ 謙抑의 가치면에서 보면 보고한기 제도는 형벌을 최소화하고, 최대한의 효과가 있을 것을 추구하고 있다. 保辜 기한을 정해 범죄자가 피해자에 대한 적극적인 구제를 통하여 위해의 결과가 확대하는 것을 방지하도록 함으로써 형벌을 면하게 하거나 적게 사용하면서 범죄자를 징계하여 사회정의를 실현하려고 한다. 다음으로 경제적 측면에서 살펴보자. 경제적 측면에서 보면 형벌의 영역에서 좋은 형벌제도는 형벌의 경제적 원칙에 부합해야 좋은 형벌적 효과를 기대할 수 있다. 형벌의 경제적 가치가 추구하는 것은 작은 형벌로 최대의 형벌효과를 도출하는 데에 있다. 그러므로 형벌을 집행하지 않고도 형벌의 목적을 달성할 수 있다면 실제로 형벌을 집행하지 않는 것이다. 그것이 바로 ‘刑期于無刑’의 정신인 것이다. 보고한기 제도는 범죄자를 감금하지 않음으로써 사법운영의 비용을 낮출 수 있게 하였으며, 피해자에 대하여 적극적인 구제를 하게 함으로써 ‘피해자 구제’라는 목적을 이룰 수 있게 하였다. 즉 사법운영의 효율성을 향상시켜 사법 자원을 절약하는 경제적 가치를 구현할 수 있는 제도라 할 수 있다. 마지막으로 사회적 측면에서 가지는 가치를 생각해보자. 범죄자에게 형벌의 면제받거나 감경 받을 수 있는 기회를 부여함으로써 범죄자의 교정(矯正) 효과를 높일 수 있다. 범죄자가 개과천선하여 다시 사회로 복귀시킬 수 있을 뿐만 아니라 범죄자의 사회성을 강화해서 범죄자를 재사회화할 수 있다.¹⁷⁾ 범죄가 발생한 그 지역사회에서 保辜 기한을 정해 일종의 教化를 추구한다는 점에서 보고(保辜)제도는 ‘지역사회

15) 张勇虹, 『我国缓刑制度改进的传统之维-以保辜为讨论中心』, 『政法学刊』第28卷 第4期, 2011.8, 56면.

16) 신동운, 『형법총론』 제8판, 법문사, 2014, 4-5면.

17) 张勇虹, 『我国缓刑制度改进的传统之维-以保辜为讨论中心』, 『政法学刊』第28卷 第4期, 2011.8, 56면.

교정'의 효과도 발휘한다고 볼 수 있다.¹⁸⁾ 보고한기 제도는 범죄자가 사후에 과오를 보완하는 기회를 부여함으로써 가해자와 피해자 쌍방 간의 갈등을 완화시킬 수 있다는 장점이 있다. 또한 회복조치에 있어서 그 회복의 성과를 강제하여 피해자에게 손해에 대한 보상을 강제하는 장점은 소송이 범람하여 사회적 갈등의 해결을 힘겨워하는 현대사회에 시사하는 점이 크다고 하겠다. 즉 전통사회의 보고(保辜)제도를 통해 가해자에게 잘못을 뉘우치고 개과천선할 기회를 부여하여 적극적으로 피해자를 구제하도록 하였다. 이로써 범죄자를 교화(教化)할 뿐만 아니라 형벌을 감경할 수 있는 여지를 제공함으로써 사법자원을 절감하는 효과도 피할 수 있다. 또한 신속하게 파괴된 인간관계를 회복하게끔 유도하여 사회적 갈등을 완화하는 효과도 있다.

Ⅲ. 《大明律》의 보고한기 규정 분석

이제 본고에서 중점적으로 다루기로 한 《大明律》의 보고한기 규정에 대하여 살펴보기로 하자. 보고한기는 《大明律》〈刑律〉[鬪毆]편에 규정되어 있다. 자세한 규정은 다음과 같다.

제326조 보고한기¹⁹⁾

18) 소위 '지역사회 교정'이란 교정에 중점을 두고 있으며 징벌에 있지 않다. 지역사회 교정은 일정한 조치를 통해 지역사회 환경에서 범죄자의 범죄 심리를 제거하고, 행위적 악습을 바로 고치게 된다.

19) 第326條 保辜限期

1. 凡保辜者 責令犯人醫治 辜限內 皆須因傷死者 以鬪毆殺人論^①
2. 其在辜限外 及雖在辜限內 傷已平復 官司文案明白 別因他故死者 各從本毆傷法^② 若折傷以上 辜內醫治平復者 各減二等^③ 辜內雖平復 而成殘廢篤疾 及辜限滿日 不平復者 各依律全科. 手足及他物 毆傷人者 限二十日. 以刃及湯火傷人者 限三十日. 折跌肢體及破骨墮胎者 無問手足他物 皆限五十日.

① 謂毆及傷 各依限保辜 然傷人皆須因毆乃是 若打人頭傷 風從頭瘡而入 因風致死之類 以鬪毆殺人科罪

② 謂打人頭傷 不因頭瘡得風 別因他病而死者 是爲'他故' 各依本毆傷科罪

③ 墮胎子死者 不減

㉔ 講曰: '其在辜限外' 謂毆傷人 保辜限期已滿 限外身死者 各從本毆傷法. 又'本條毆傷法'者 如原毆內損 坐以內損罪 原毆折傷 坐以折傷罪之類 故謂之各從本毆傷法.

1. 보고의 경우에는 범인으로 하여금 의술로 치료하는 것을 책임지도록 하며, 보고한기 내에 모두 모릅지기 상처 때문에 사망한 경우에는 투구살²⁰⁾로 논한다.①

2. 보고한기가 지나거나 보고한기 내라도 상처가 이미 치유되었다는 관서의 문안이 명백하고, 다른 원인으로 죽은 경우에는 각각 본래의 구상법²¹⁾에 따른다.②^ㄱ 절상 이상²²⁾인데 보고한기 내에 의술로 치료하여 나온 경우이면 각각 2등을 감경한다.③ 보고한기 내에 회복되었으나 잔질, 폐질, 독질이 되었거나, 보고한기가 지났어도 회복하지 못한 경우에는 각각 율에 따라 전부 과죄한다. 손, 발이나 다른 물건으로 사람을 때려 다치게 한 경우는 20일이다. 칼 또는 뜨거운 물이나 불로 사람을 상해한 경우는 30일이다. 사지를 부러뜨리거나 어긋나게 하거나 뼈를 부러뜨리거나 낙태시킨 경우에는 손, 발이나 다른 물건을 막론하고 모두 50일이다.

- ① 때린 것과 상해한 것은 각각 보고한기를 따르는데, 사람을 상해한 것은 모두 반드시 때린 것이 원인이어야 한다. 가령 사람을 때려 머리에 상처가 났고 그 머리의 상처로 풍(風)이 들어가 풍 때문에 치사한 경우에는 투구살로 처벌한다.
- ② 사람을 때려 머리에 상처가 났지만 머리의 상처 때문에 풍을 얻은 것이 아니라 다른 병 때문에 죽은 경우 이것이 ‘다른 까닭’이며 각각 원래의 구상법에 따라 처벌한다.
- ③ 낙태시켜 태아가 죽은 경우에는 감경하지 않는다.

ㄱ 강월: ‘보고한기가 지났다’는 사람을 때려 상해하였는데, 보고한기가 만료되고 기한이 지나 사람이 죽은 경우 각각 본래의 구상법에 따른다는 것이다. 또 ‘본래의 구상법’은 가령 원래 때려 내장을 손상시키면 내장을 손상

원문은 『大明律講解』(서울대학교 규장각, 2001)에서 인용하였다. 원숫자는 주석을 가리키며, ㄱ는 강해를 가리킨다. 『大明律講解』는 《大明律》에 대한 간행연도, 편찬자 미상의 주석서이며 조선시대에 현장에서 널리 읽혔던 것으로 보인다. 講解 부분은 《大明律》규정에 대하여 내용상 의문이 들 수 있는 부분에 대하여 해설해 놓은 것이다. 번역문은 大明律講讀會에서 공동으로 번역한 원고를 이용하되 약간의 수정을 가하였다.

20) 《大明律》 제313조 鬪毆及故殺人.

21) 《大明律》 제325조 鬪毆.

22) 《大明律》 제325조 鬪毆의 ‘折人一齒及手足一指 眇人一目’ 등 부러지거나 한쪽 눈을 멀게 하는 상해 등이 일어나는 경우 이상, 즉 장100 이상에 해당하는 행위를 가리킨다.

시킨 죄로 처벌하고, 때려서 절상을 입히면 절상의 죄로 처벌한다는 것이다. 그러므로 이를 각각 본래의 구상법에 따라 처벌한다고 한다.

《大明律》의 보고한기 규정은 《唐律》을 계승한 것으로 보이는데 몇 가지 차이점도 발견된다. 아래에서 《大明律》 보고한기 규정의 특징과 《唐律》 규정과의 차이점에 대하여 살펴보자.

우선 가장 큰 차이점은 보고한기의 기한이 4단계로 나뉘는 《唐律》에 비해 《大明律》에서는 3단계로 나뉜다. 즉 손이나 발 또는 다른 물건으로 때려서 다치게 한 경우 고한은 20일이다.²³⁾ 여기서 다른 물건이란 수족, 칼날, 뜨거운 물불 이외의 기타 물건을 가리킨다. 《唐律》에 따르면 손이나 발로 다치게 한 경우에는 10일의 기한을 두었는데, 《大明律》에서는 이를 다른 물건과 합쳐서 모두 20일로 하였다. 정조 때 洪義浩에 따르면 이렇게 10일의 기한을 20일로 늘린 것은 사람마다 강하고 약함이 있고, 타격의 세기 등도 영향을 미치기 때문에 인명을 중시하는 뜻에서 손이나 발로 때린 경우에도 20일의 기한을 정한 것이라고 한다.²⁴⁾

다음으로 규정체계상 《大明律》이 《唐律》에 비하여 진일보한 모습을 보이고 있다. 《唐律》에서는 기한을 먼저 규정하고, 이후에 어떻게 처벌할 것인지에 대하여 규정한다. 그러나 《大明律》은 다른 율문들²⁵⁾에서와 마찬가지로 처벌과 관련된 내용을 먼저 규정하고, 이후에 구체적인 보고한기 규정을 두어 법전 내에서 일관성을 유지하였다. 또한 《唐律》에서는 여러 곳에 흩어져

23) 《舊唐書·裴潯傳》에 기록되어 있는 사례인 ‘曲元衡杖杀柏公成之母案’을 보면, 曲元衡이 柏公成의 모친을 몽둥이로 쳤는데, 범죄수단인 몽둥이를 타물(他物)로 보아 그 보고한기를 20일로 하였다. 李中和, 「从曲元衡杖杀柏公成之母案看唐代保辜制度」, 『贵州大学学报』第29卷 第3期, 2011.5, 98면 참조.

24) 《正祖實錄》正祖 23년(1799) 11월 6일(庚申): “義浩又啓言 … 辜限之法, 元、宋以前, 手足傷人例限十日, 至于皇朝, 始用二十日之限. 蓋速死處不得過十日, 則十日之限, 法意則然, 而人有強弱之不同, 打有猛獸之差殊, 或有施至二十日而始死者, 則皇朝之斷以二十日, 蓋出於重人命立意也. 洪義浩는 당시 자신의 형인 仁浩를 이어 《審理錄》을 편집, 교정하고 있었다. 실록의 인용은 국사편찬위원회에서 제공하는 朝鮮王朝實錄(<http://sillok.history.go.kr/main/main.jsp>, 최종접속 2015. 3. 6)에서 하였으며, 번역본과 원문을 함께 이용하였다. 이하 같음.

25) 예컨대 제287조 監守自盜倉庫錢糧, 제288조 商人盜倉庫錢糧, 제292조 竊盜 등.

규정된 것을 《大明律》에서는 保辜限期라는 주제 하에 모아 놓았다. 예컨대 구타하였지만 보고한기 이내에 회복한 경우 《唐律》에서는 제305조 毆人折跌支體轄目이라는 규정에서 잔질, 폐질, 독질이 된 경우와 함께 규정하고 있지만, 《大明律》에서는 이를 保辜限期 규정에 모아서 규정하였다.

세부적인 측면에서도 차이가 있다. 《唐律》에서는 낙태의 경우 임신부를 기준으로 보고한기를 정하는데, 임신부에 대한 행위 양태에 따라서 보고한기가 나뉜다.²⁶⁾ 그러나 《大明律》에서는 행위양태에 관계없이 50일로 정하였다. 이 역시 손발로 구타한 경우 《大明律》에서는 20일로 보고한기를 늘린 것과 입법취지가 같다고 생각된다. 또한 보고한기 내에 사망한 경우 다른 원인으로 사망한 경우에는 가해자는 사망에 대한 책임을 지지 않는데, 《唐律》에는 이와 관련된 구체적 규정이 없는 반면 《大明律》은 보고한기 이내에 원래의 가해행위로 인한 상처가 치유되었다는 관청의 증명을 요구하고 있어, 보다 구체적으로 규정하였다고 볼 수 있다.

그럼 《大明律》의 보고한기 규정에 대하여 구체적으로 살펴보자. 우선 《大明律》에서는 조문의 끝에 규정하고 있지만 결과 책임을 귀속시킬 수 있느냐와 관련하여 가장 중요한 것은 기한이므로 그 기한에 대하여 살펴보자. 앞서 본 바와 같이 보고한기의 기한은 《唐律》에서는 보다 세분화되어 있던 것을 《大明律》에서는 행위의 양태와 결과에 따라 3가지로 줄였다(제2항 4, 5, 6문). 이를 간단하게 표로 나타내보면 다음과 같다.

20일	손, 발, 다른 물건
30일	칼, 뜨거운 물, 불
50일	사지를 부러뜨리거나 어긋나게 함, 뼈를 부숨, 낙태

이렇게 기한의 차이가 나는 것은 손이나 발로 다치게 한 경우에 비하여

26) 金鐸敏, 任大熙 主編, 『譯註 唐律疏議』各則(下), 한국법제연구원, 1998, 3022면.

칼을 쓴 경우나 사지를 부러뜨린 경우 등이 상처회복의 기한이 길기 때문일 것이다. 또 한편으로는 손이나 발로 때린 상처로 인하여 사망할 경우는 사지를 부러뜨리는 경우보다 보통 치명상인 경우가 많고 그럴 경우에는 단기간에 사망할 가능성이 높기 때문일 것이다. 이렇듯 보고한기의 기한은 가해자의 책임을 확정하는데 입법의 취지가 있지만, 한편으로는 가해자를 예상치 못한 결과로부터 해방시킨다는 의미도 있다고 생각한다.

이제 이러한 보고한기가 적용되는 행위에 대하여 살펴보자. 《大明律》保辜限期 규정은 대원칙으로서 우선 피해자를 가해자가 책임지게 한다(제1항 전단). 즉 법은 범죄행위로 인한 돌이킬 수 없는 사망이라는 결과를 가져오지 않도록 가해자가 스스로 노력하도록 하고 있다. 피해자의 사망이라는 결과가 발생하는 경우 가해자의 경우에도 사형에 처해지기 때문에 두 명의 사망자가 발생하는데 대하여, 가해자가 책임지고 피해자를 치료하여 피해자가 사망하지 않는 경우에는 한 사람도 죽지 않는다. 피해자의 사망 여부에 따라 처벌강도가 크게 달라지기 때문에 그 결과에 가장 관심을 갖는 자는 가해자인데, 그에게 치료의 책임을 지게 함으로써 두 사람의 생명을 살리는 결과를 지향한 것이라고 할 수 있다. 인명을 중시하고자 한 뜻이 대원칙으로서 고스란히 나타났다고 할 수 있다.

다음으로 가해자의 행위에 따른 결과에 따라 형벌을 달리하고 있다. 사망이라는 결과가 나타났을 때에는 투구살에 의하여 처벌되어(제1항 후단) 교형에 처해진다.²⁷⁾ 다만 사망이라는 결과가 가해자의 행위와 연결되지 않을 경우에는 가해자에게 책임을 귀속시키지 않는다.²⁸⁾ 이와 관련하여 제1항의 주석 1에서는 머리에 상처가 났는데 그 상처가 덧나서 사망한 경우에 가해자에

27) 제313조 鬪毆及故殺人：凡鬪毆殺人者 不問手足他物金刃 並絞。

28) 이와 관련하여 상당인과관계가 인정되지 않는다고 볼 것인지 또는 객관적 귀속이 되지 않는다고 볼 것인지의 문제가 있다. 인과관계가 인정되지 않는다는 견해로는 타나카 토시미즈, 『<추조심리안>을 통해 본 19세기 중엽 조선의 형사정책』, 『法史學研究』 제35호, 한국법사학회, 2007, 56면; 조지만, 『조선시대의 형사법』, 경인문화사, 2007, 276~277면. 객관적 귀속이 되지 않는다는 견해로는 류부곤, 앞의 글, 17~20면. 다만 객관적 귀속의 척도로 보는 견해에서도 객관적 귀속론이 아직 정착과정에 있는 이론이며 우리나라 판례가 상당인과관계설을 따르고 있다는 이유에서 보고한기 규정을 인과관계의 판단기준이라고 하는 견해를 배척할 바는 아니라고 한다.

게 사망의 책임을 지게 한다고 하여 간접적인 원인이 결합되어 사망한 경우에도 책임을 인정하고 있다.²⁹⁾ 다만 사망의 원인이 된 상해는 모두 때린 것이 원인이어야 한다고 함으로써(주석 1) 협박이나 공갈에 의한 생리적 상해는 제외하고 있다.³⁰⁾ 가해자에게 사망에 대한 책임을 묻지 않는 경우는 두 가지인데, 보고한기가 지나서 사망한 경우와 보고한기 이내에 사망하였지만 다른 원인으로 사망한 경우이다. 다만 후자의 경우에는 가해자의 행위에 의한 상처가 완전히 치유되었다는 관청의 증명이 필요하다(제2항 1문). 講에서는 보고한기가 지났다는 것을 보고한기가 만료되고 기한이 지나 사람이 죽은 것으로 명확히 밝히고 있다(㉠). 이러한 경우 사망에 대한 책임을 묻지 않으므로 원래의 행위인 ‘毆傷’에 대한 책임인 제325조 鬪毆의 규정이 적용된다. 즉 講에 따르면 원래 때려 내장을 손상시켰으면 내장을 손상시킨 죄로 처벌하고, 때려서 절상을 입히면 절상의 죄로 처벌한다는 것이다(㉡).

한편 사망이라는 결과가 발생하지 않은 경우에는 ‘毆傷’의 결과에 대한 책임을 지면 된다. 즉 보고한기 이내에 회복하지 못한 경우에는 본래의 구상법에 따라 처벌한다(제1항 3문). 이와 관련하여 《大明律》은 특칙을 두고 있다. 즉 뼈가 부러지는 상해 이상의 경우³¹⁾에 가해자가 치료하여 보고한기 이내에 치료가 되는 경우에는 원래 처벌되어야 할 죄에서 2등을 감경한다는 것이다(제2항 2문). 다른 상해의 경우에도 역시 이 규정은 적용되어 2등을 감경한다.³²⁾ 그러나 《大明律》에서는 보고한기 이내에 피해자의 상처가 회복되었음에도 불구하고 2등을 감경하지 않는 두 가지 경우를 규정하고 있다. 그것은 피해자 본인의 상처는 나왔으나 태아가 사망한 경우(주석 3)나 보고한기 이내에 회복하였지만 후유증이 남은 경우, 즉 잔질, 폐질, 독질이 있는 경우(제2항 3문)이다. 이러한 두 가지 경우에는 원칙으로 돌아가서 원래의 구상법에 따라 처벌하는 것이다.

29) 이러한 경향은 현대 한국에서도 인정되고 있다. 대법원 1982. 12. 28. 선고 82도2525 판결; 대법원 2012. 3. 15. 선고 2011도17648 판결.

30) 金鐸敏, 任大熙 主編, 앞의 책, 3028면 소의 1 참조.

31) 형량으로는 장100 이상이다. 제325조 鬪毆 참조.

32) 《大明集解附例》(法律館藏, 光緒戊申[1908])의 纂註: 此但言折傷以上而不言傷 則其平復者 亦應減矣.

이상의 상해로 인한 결과에 따른 적용법조를 표로 나타내면 다음과 같다.

	보고한기 이내	보고한기 지남
사망의 결과	상해를 원인으로 사망 → 제313조 鬪毆及殺殺人(교형)	제325조 鬪毆
	다른 원인으로 사망 → 제325조 鬪毆	
사망하지 않음	치료완료 → 제325조 鬪毆에서 2등 감경	제325조 鬪毆
	치료완료 및 후유증 → 제325조 鬪毆	
	태아의 사망 → 제325조 鬪毆	

IV. 조선시대 保辜限期 규정의 활용

1. 보고한기 규정의 적용례 분류

조선시대 보고한기 규정을 실제로 어떻게 활용했는지 살펴보려면 보고한기가 적용된 유형을 나누어 검토하는 것이 편리하다. 위에서 살펴본 바와 같이 보고한기 규정을 사망의 결과 유무에 따라 나누어 검토할 수도 있으나, 이렇게 하는 경우 다양한 사실관계와 신분이 얽혀 있는 조선시대 보고한기 규정의 실제 적용례를 충분히 검토하기 힘들다. 또한 현대 형법의 아이디어를 끌고 와서 보고한기 규정을 분석하고 그 적용례를 살펴보는 방식도 있다. 일부 중국 학자들은 이 방식을 사용하여 보고한기제도를 3가지 유형으로 나누고 있기도 하다.³³⁾ 즉 인과관계적 보고, 감형적 보고, 상상적 경합의 보고(保辜)가 그것이다. 인과관계적 보고는 기한을 고정하여 인과관계 유무를 판단하는 기준으로 삼는 것이다. 20일, 30일, 50일의 규정이 바로 그것이다. 감형적 보고는 주로 가해자가 적극적으로 피해자 구조 조치를 취한 후, 피해자의 회복상태를 살펴보아 그 회복상태와 상응되는 감형의 정도를 부여하는 근거로 삼는다. 상상적 경합의 보고는 하나의 행위가 두 가지 죄명을 범했을 경우 어떻게

33) 邱文浩, 「钱与刑-从保辜制度中解读刑事诉讼中民事赔偿协议的正当性」, 『法学之窗』 第8期, 2010, 38면.

처리하느냐의 문제를 해결하는 것이다. 즉 상해하여 손상된 것이 두 가지 이상이거나 본래 질환이 있었는데 독질에 이르게 한 경우 등이다. 이 마지막 상상적 경합의 보고는 《唐律》에는 명확하게 규정되어 있었지만,³⁴⁾ 《大明律》에서는 이를 따로 규정하지 않고 일반적인 원칙에 따랐다. 즉 二罪俱發以重論에 따라서 무거운 죄를 기준으로 하여 보고한기를 정하였던 것이다. 따라서 세 가지 기준으로 나눈 것은 《大明律》 보고한기 규정의 적용례를 분류하는데 적합하지 않다. 여기서는 朝鮮王朝實錄 및 기타 사료에 의거하여 보고한기가 실제로 어떻게 이용되었는가에 초점을 두어 검토하기로 한다.

2. 상해사건에 대한 일반적인 적용

보고한기 규정은 가해자가 누구이든시간에 피해자에게 상처가 발생하기만 하면 일반적으로 적용되는 규정이었다. 즉 상해사건이 발생하는 경우 辜限의 기한 이내에 사망하면 고살이나 투구살의 죄책을 지기 때문에 가해자를 수금하여 辜限의 기한이 찰 때까지 기다리도록 하였다. 조선왕조실록에는 주로 특별한 사건의 경우가 수록되기 때문에 이러한 예가 나오지 않는다. 그러나 《承政院日記》에서는 고한을 기다리라는 언급이 자주 나온다. 즉 인조 21년 4월에 사헌부 執義 金益熙의 보고에서는 취한 사람이 다른 사람을 때려 거의 죽기에 이르렀는데, 형조에서 가해자인 취한 사람을 고한 내에 가둔다는 내용이 나와 있고,³⁵⁾ 숙종 3년에는 수감되어 있는 죄수 중에서 석방될 자를 고르는 기사 중에 다른 사람을 구타한 사람을 고한 내에 수감중이라는 내용이 있다.³⁶⁾ 이 외에도 사망에 이르게 될지 모르는 상처가 발생한 경우에는

34) 《唐律疏議》鬪訟 第305條 毆人折跌支體瞎目 [律文2] ‘卽損二事以上, 及因舊患令至篤疾, 若斷舌及毀敗人陰陽者, 流三千里’. 金鐸敏, 任大熙 主編, 앞의 책, 3022면. 이에 따르면 형벌은 류3천리이다.

35) 《承政院日記》仁祖 21년 4월 22일(乙酉): “執義金益熙啓曰, … 近日同僚, 適見醉漢之毆傷人命, 幾至死域, 故欲治其枯犯酒禁之罪, 執付刑曹, 昨日本府開坐 … 乃其因元隻人呈狀刑曹, 辜限間囚禁之事…”. 승정원일기는 국사편찬위원회에서 제공하는 承政院日記(<http://sillok.history.go.kr/main/main.jsp>, 최종접속 2015. 3. 6)를 이용하였다. 이하 같음.

36) 《承政院日記》肅宗 3년 4월 15일(辛酉): “權階啓曰 … 刑曹所囚, 砲手金九鼎, 打傷人物, 辜限間囚禁事也”.

가해자를 고한의 기한 동안 구금하는 것이 일반적이었다.³⁷⁾ 이렇게 할 경우 가해자가 피해자의 상처를 치료하는데 전념할 수 없게 되는데, 가해자의 가족이나 피해자의 가족이 상처 치료를 담당하였던 것이 아닌가 생각된다. 즉 조선에서는 가해자로 하여금 사망의 결과가 일어나지 않도록 최선을 다하도록 하는 취지보다는 ‘죄책의 확정’에서의 확정이라는 취지를 보다 중시한 것이라고 할 수 있다.

3. 고한 내 사망과 책임

보고한기는 상해의 원인에 따라서 기한을 달리 정하고 있다. 기한이 되지 않았는데 피해자가 사망하는 경우에는 가해자는 사망에 대한 책임을 지게 된다. 그리고 기한이 경과하게 되면 후유증이 남지 않는 한 원래의 행위인 구타, 상해에 대한 죄책을 지게 되어 있다. 따라서 고한이 지나서 피해자가 사망하는 경우에도 가해자는 사망의 결과에 대한 책임을 지지 않는 것이 원칙이다. 그런데 조선시대의 사례를 살펴보다 보면 이 원칙이 반드시 그대로 지켜지지는 않았다는 것을 알 수 있다. 즉 일반적인 경우에는 원칙대로 되지만, ‘當罰的 사태에 대한 適正刑으로부터 출발하는 思考의 樣式’³⁸⁾으로 인하여 사망의 결과에 대한 책임까지는 아니어도 구타, 상해의 단순한 책임을 지우지는 않는다. 피해자가 보고한기 이내에 사망하여 가해자가 사망의 결과에 대한 책임을 져야 하는데, ‘適正刑’이라는 측면에서 처벌을 달리하는 경우이다. 이러한 경우에는 주로 다른 원인으로 인하여 사망하였다는 것을 이유로 하여 사망의 결과에 대한 책임을 지우지는 않는다. 고한 내에 사망하는 경우에는 《大明律》 보고한기 제1항에 정확하게 들어맞기 때문에 규정을 그대로 적용하면 되는데도 적용하지 않는다. 또 다른 원인으로 사망하였다고 하여 《大明律》 보고한기 제2항을 적용하지도 않는다. 제1항도 제2항에 따른 처벌

37) 이러한 사례로는 《正祖實錄》 正祖 22년 7월 17일(己卯), 《純祖實錄》 純祖 29년 9월 8일(己亥), 《承政院日記》 英祖 24년 윤7월 10일(壬戌) 등 참조.

38) 최병조, 「15세기 후반 조선의 법률논변: 私婢 斤非 사건을 중심으로」, 『서울대학교 法學』 제52권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2011.3, 43면.

도 아닌 ‘適正刑’을 찾아서 처벌하는 것이다.

우선 세종 16년의 末同 사건은 고한 내에 피해자가 사망하였지만 다른 원인으로 인한 것으로 판단하여 가해자에게 사망의 결과에 대한 책임을 지을 수 없기 때문에 투구상으로 처벌하여야 함에도 불구하고, 그 규정을 적용하지 않고 比附를 통하여 다른 처벌을 한 사례이다. 남자종인 말동은 아내의 간통소식을 듣고 간통남인 介吾未를 두 번 때렸는데 사망하였다. 이를 보고한 형조에서는 원래 頭胸病으로 몸이 누렇게 여위었다는 점을 들어 다른 원인으로 사망하였을 가능성이 있어 고한 내에 사망하였다고 하더라도 손발로 구타하여 상해하였을 때의 죄책인 태30의 형벌을 받아야 하지만, 사람이 죽었는데 태형으로 처벌할 수는 없다고 보고한 것이다. 이에 세종은 의정부와 諸曹에서 논의하게 하였다. 영의정 黃喜 등은 원칙대로 鬪毆傷으로 처벌하자는 의견이었고, 우의정 孟思誠 등은 絞刑에 처하는 鬪毆殺에서 1등을 감경하자는 의견이었다. 세종은 이를 장100으로 결정하였다.³⁹⁾ 이 사안은 《大明律》 보고한기 제1항을 적용하여야 하지만, 다른 원인으로 사망하였다는 ‘推定’에 의하여 제2항을 적용하여야 할 것이었다. 그러나 그러한 경우에는 형량이 너무 가벼워져서 ‘適正刑’이라고 할 수 없다는 것을 이유로 하여 재논의하게 되었고, 결국 원칙과 예외의 논의 속에서 장100으로 결정한 것이다.⁴⁰⁾

또한 성종 13년의 姜今山の 옥사가 있다. 이 사건은 강금산이 그의 아내를 구타하여 고한 내에 사망한 사건인데, 규정대로라면 투구살의 규정을 적용하여 교형에 처해야 할 것이었다. 성종은 領敦寧 이상에게 논의하게 하였는데,

39) 《世宗實錄》世宗 16년 8월 25일(己巳): “刑曹啓: 私奴末同, 聞介吾未奸其妻, 欲問其狀, 拳毆介吾未背致死, 宜論以鬪毆殺人律. 然只毆二度, 不應遽死 … 頭胸病證, 身體痿黃 則恐別因他故而死, 似未可以毆殺論也. … 然人命至重, 亦未可以答罪論也 … 領議政黃喜等議: 宜論以鬪毆傷, 右議政孟思誠等議: 請於鬪毆殺律減等. 命杖一百.”

40) 고한 내 사망이지만 다른 원인으로 사망하였는데 태30이 아닌 장100으로 결정한 것은 법의 적용이라는 측면에서 볼 때 논리적이지 않다. 그러나 引律比附는 범한 바에 적절한 刑量을 구하는 과정으로 이해할 수 있고, 그 때문에 양형을 중심으로 비부가 이루어질 때는 논리적인 연관성은 기대하기 힘들다는 측면에서는 이해할 수 있지 않을까 생각된다. 引律比附와 관련하여 자세한 것은 김대홍, 『조선초기 형사법상 引律比附에 관한 연구』, 서울대학교 법학박사학위논문, 2012.2. 참조. 특히 양형과의 논리적 연관성과 관련하여서는 181~182면 참조.

李克培와 盧思愼은 두 가지 논거를 들어 교형을 반대한다. 첫째 강금산이 외출하였을 때 아내가 병든 시어머니를 돌보아야 하는데, 물을 마시고 싶다는 시어머니에게 물을 주지 않은 것은 구타하여 욕한 것은 아니지만 어떻게 죄가 없다고 할 수 있는가이다. 《大明律》에는 시부모를 구타하거나 모욕을 해서 남편이 함부로 죽인 경우 장100에 처하는 규정⁴¹⁾이 있는데, 이 규정을 적용할 수 있다는 것이다. 둘째는 보고한기와 관련된 논거이다. 즉 강금산의 처가 구타당할 당시 임신 중이었고 구타당한 이를 후에 출산하였는데, 아기가 죽지 않고 태어난 점으로 미루어 심하게 구타한 것은 아니라는 것이다. 따라서 고한 내에 강금산의 처가 사망하였다고 하더라도 다른 원인으로 사망하였을 가능성이 크기 때문에 사망에 대한 책임을 물을 수 없다는 주장이었다. 실록에는 성종의 판단에 대한 자세한 언급 없이 사형을 감경한다는 결정만이 나와 있다.⁴²⁾ 이 사안도 첫 번째 사안과 마찬가지로 교형에 처하는 것은 ‘適正刑’이 아니라는 판단 하에 다른 근거들을 동원하여 들어맞는 규정을 적용하지 않고, 원래의 형벌에서 1등을 감경하는 판결을 내리고 있다.⁴³⁾ 첫 번째 사안과 다른 점은 첫 번째 사안의 ‘適正刑’은 보다 높은 형벌로 귀결되었는데 반하여 두 번째 사안은 1등을 감경해 주는 차이가 있을 뿐이다.

한편 성종 13년의 金光明 옥사는 가장이 雇工을 때렸는데 18일째에 사망한 사건이다. 이 사건은 전라도관찰사의 啓本에 의하면 가장인 김광명이 고공인 鄭加叱同 때려서 죽게 되면 장100 도3년이며,⁴⁴⁾ 살인으로 논할 수는 없다고 하였다. 영돈녕 이상의 관원이 논의하였는데, 鄭昌孫, 韓明澮, 尹士昕, 洪應, 盧思愼, 尹壕는 2월 6일에 구타를 당하고 그로부터 11일이 지난

41) 《大明律》刑律 제316조 夫毆死有罪妻妾：凡妻妾 因毆罵夫之祖父母・父母 而夫擅殺死者 杖一百。

42) 《成宗實錄》성종 13년 9월 8일(癸卯)：○命議姜今山獄事于領敦寧以上。李克培, 盧思愼議：律文內夫毆死有罪妻妾條：凡妻、妾因毆罵夫之祖父母、父母，而夫擅殺死者，杖一百。今山以病母救療，留妻諍之而出去，其母欲飲水，而諍之不與，是必以妬忌之情，憎其夫，而施之於母也，雖非毆罵，豈得無罪。況初三日被毆，初五日產兒，其兒不死，其不被重毆明矣。雖於辜限內致死，以毆死論似曖昧。命減死。

43) 첫째 논거에 의하여 처벌하면 장100이고, 둘째 논거에 의하여 처벌하면 鬪毆傷에 대한 책임을 질 뿐인데 이 두 가지 중에서 결정하지 않고 사형에서 1등을 감경하는 판결을 내린 이유는 무엇일까? 이에 대하여는 아래에서 고한의 경과와 책임을 다룰 때 종합적으로 살펴보기로 한다.

44) 실록에서는 이를 大典의 규정이라고 하는데, 《經國大典》에는 이러한 규정이 없다. 오히려 《大明律》형률 제337조 奴婢毆家長에 동일한 규정이 있다.

17일에 정가질동은 이미 병이 나서 견지도 못하였다는 것을 근거로 24일에 사망한 것은 구타로 인한 것이 아니라고 하였다. 沈澮와 尹弼商은 고한 내에 사망하였지만 원인을 확정할 수 없다고 하였다. 즉 전자의 의견은 다른 병으로 인하여 죽었다는 것을 추정한 것이고, 후자의 의견은 다른 병으로 인한 것인지 구타로 인한 것인지 불분명하다는 것이다. 성종은 원인을 확정짓기 애매하다는 것을 이유로 한 것인지 사형을 감경하였다.⁴⁵⁾

또 곤장을 쳐서 고한 이내에 피해자가 사망하였지만, 가해자가 적극적으로 다른 원인으로 사망하였다고 한 경우도 있다. 숙종 25년의 兪信一 사건이 바로 그것이다. 사건은 당시 회양부사였던 유신일이 과거시험 보러 가던 李友白이 자신의 앞에서 타고 가던 말을 내리지 않아 棍罰을 내렸는데, 곤장을 때리는 것도 금령에 저촉되고 함부로 죽인 죄까지 있으니 잡아와서 죄를 다스리자는 사간원의 보고로 시작된다.⁴⁶⁾ 의금부에 잡혀온 유신일은 형추를 받는데 이우백이 곤장에 맞아죽은 것은 불분명하고 고한 내에 전염병으로 죽은 것이고 그렇기 때문에 검험하지 않은 것이라고 하였다.⁴⁷⁾ 사망한 이우백의 동생인 李俊白은 곤장을 맞은 후 맞은 곳이 너무 심하여 가던 길을 멈추고 高原으로 돌아와 거기서 운명한 것인데, 당시 고원군수가 회양부사인 유신일을 두려워하여 검험을 청하여도 안될 것을 염려하여 못한 것인데 지금이라도 검험을 하여야 한다고 맞섰다. 대신들은 피해자가 고한 내에 사망하였지만 검험을 하지 않았기 때문에 결정적인 증거가 없으므로 유신일이 끝까지 자복하지 않는다고 판단하였다. 숙종도 대체로 대신들의 의견과 같았다. 즉 세월이 오래되어 시체를 검험할 수 없다고 하여도 피해의 정상이 명백하면 율에 의하여 결안할 수 있다고 하여 유신일을 끝까지 형추하여 자복을 받도록 한 것이다.⁴⁸⁾ 이후 유신일은 7차의 형문에도 불복하다가 물고된다.⁴⁹⁾ 이

45) 《成宗實錄》 성종 13년 9월 30일(乙丑): “刑曹據全羅道觀察使啓本啓: 金光明殺其雇工鄭加叱同, 然考其招辭, 被毆後十七日, 乞食於臨陂之境, 至二十四日病死. 況大典, 家長毆雇工致死罪, 只杖一百、徒三年, 不可論以殺人. 命議于領敦寧以上. 鄭昌孫, 韓明澮, 尹士昕, 洪應, 盧思慎, 尹壕議: 加叱同於二月初六日被毆後, 十七日尹孝山、朱貴山, 相見於臨陂, 病不能行, 則不可專以金光明毆殺論也. 沈澮, 尹弼商議: 加叱同之死, 雖在辜限內, 今觀刑曹所啓, 事端實涉曖昧. 命減死”.

46) 《承政院日記》肅宗 25년 4월 19일(戊午).

47) 《承政院日記》肅宗 25년 6월 25일(壬戌).

사안의 경우 숙종은 권력을 이용하여 자신의 살해행위를 정당화하려고 하였던 것, 즉 권력범죄라는 점에 주안점을 두어 유신일을 처벌하려고 하고 있다. 그러나 유신일은 피해자가 다른 원인으로 사망하였음을 끝까지 주장하다고 물고되었는데, 아마도 그의 주장이 받아들여졌다면 다른 사건과 마찬가지로 투구상의 책임을 지기보다는 減死되었을 가능성이 크다.

고한 이내에 사망한 경우 가해자는 원칙대로 투구살의 죄책을 지게 된다. 그러나 이상에서 살펴본 바와 같이 실록의 사례는 그러한 일반적인 사례보다는 특수한 사례들을 실었고 그 특수한 사례들은 규정대로 처벌하는 것이 아니라 때로는 사실관계의 의문을 제기하고 때로는 들어맞는 규정이 없다고 하여 ‘適正刑’을 찾아가는 모습을 보여 주었다.

4. 고한의 경과와 책임

이제 고한이 경과한 경우의 책임에 대하여 살펴보자. 고한이 경과하여 피해자가 사망하는 경우에는 가해자는 사망의 결과에 대하여 책임을 지지 않는 것이 규정이다. 그만큼 고한이 지났는지 지나지 않았는지는 당사자들에게 있어서 뿐만 아니라 죄책을 결정짓는 중요한 요소였다. 그래서인지 효종 7년에는 피해자가 10월 27일에 맞고 11월 20일에 사망하여 23일이 지났는데도 사형의견으로 올라온 보고서를 질타하는 내용이 나오고,⁵⁰⁾ 이에 고한을 제대로 살피지 않아 사건을 잘못 처리할 뻔하였다고 하여 영의정이 待罪하기도 한다.⁵¹⁾ 고한의 경과 여부가 이토록 중요하였기 때문에 실제 사례에서는 고

48) 《肅宗實錄》肅宗 25년 윤7월 8일(甲辰): “雖以此觀之, 殺獄出於年久之後, 不得檢驗, 而若被害情跡明白, 則結案依律之意也.”

49) 1월 29일에서 2월 2일 사이에 물고된 것 같다. 《承政院日記》肅宗 26년 1월 29일(癸亥)에 7차 형문을 했다는 기록이 있고 《承政院日記》肅宗 26년 2월 2일(丙寅)에 살인죄수가 물고되었을 때에는 검시후에 시체를 내어 주었는데, 지금 유신일은 검시를 해야 하는가와 관련된 기사가 나온다. 또 물고된 경우에 ‘濫刑致死’의 문제가 발생할 수 있다. 그러나 濫刑이란 불법적인 행형을 전제로 하는 것이기 때문에 물고를 당한 경우에는 합법적인 拷訊으로 추정되어 남형의 여부가 문제되지 않는 것으로 생각된다. 《大明律》에서도 합법적인 고신으로 사망한 경우에는 불문에 부치고 있다. 《大明律》刑律 제437조 決罰不如法: 若於人臂腿受刑去處 依法決打 邂逅致死及 自盡者 各勿論.

50) 《承政院日記》孝宗 7년 12월 16일(己丑).

한이 지났는지에 대한 사실 자체를 다투기도 하고, 어떠한 20일, 30일, 50일의 고한 중 적용되어야 하는가가 다투어지기도 한다.

우선 고한이 지났는지 여부에 대하여 다툰 사례를 살펴보자. 고한이 지난 경우에는 사망에 결과에 대한 책임을 지지는 않고 일반 구상법에 따른 책임을 질 뿐이다. 그렇기 때문에 실제 사례에서는 고한이 지났다는 것을 극력 증명하고자 하는 경우가 많다. 그러나 실제 실록의 사례에서는 고한이 지났다는 것이 확정되더라도 일반 구상법에 따른 책임을 지우지 않고 ‘適正刑’을 가하고 있다. 그 예로는 경종 2년의 兪阜基 사건을 들 수 있다. 유부기가 白川에서 官婢를 희롱하는데 通引 趙重老가 엿보자 이를 장살한 사건이다. 감사가 별도로 조사관을 정하지 않고 본관으로 하여금 조사하게 하였는데, 당시 유부기의 장인이었던 배천 군수는 조종로의 친척을 위협하여 고한이 지난 다음에 죽었다고 진술하게 하여 成獄하지 못하게 한 것이다.⁵²⁾ 유부기는 수금되고, 고한이 지났는지 여부에 대한 조사를 위하여 어사의 파견이 결정된다.⁵³⁾ 이후 어사가 두 번 파견되어 조사를 행하게 되는데, 그 결과는 영조 원년에 이르러서야 논의가 된다. 즉 최초로 조종로의 친척이 공초를 했을 당시에는 41일이 지난 다음에 사망하였다고 하였고, 첫 번째 파견된 어사 宋眞明은 31일이라고 하였으며, 두 번째 파견된 어사 趙趾彬은 고한 이내라고 하여 세 번의 조사 모두 고한 일자가 다르다고 형조참판 李鳳祥이 보고한 것이다. 조종로의 친척에게 물었을 때 일자가 다른 것은 상중에 실성하여 그런 것이고, 조지빈의 조사 시에는 위엄에 겁을 먹어서 고한 이내라고 말한 것인데, 그외 증인들의 각 진술은 고한이 지났다는 것이므로 고한이 지난 것으로 보아야 한다는 것이 이봉상의 판단이었다.⁵⁴⁾ 영조는 이에 대하여 당사관들에게 다시 논의하도록 하였는데 이후 보방하였다는 기사가 나오고,⁵⁵⁾ 다른 기사는 나오지 않는다. 아마도 이봉상의 보고대로 고한이 지난 것으로 보아

51) 《承政院日記》 孝宗 7년 12월 17일(庚寅), 18일(辛卯).

52) 《景宗實錄》 景宗 2년 10월 9일(辛酉).

53) 《景宗實錄》 景宗 4년 1월 12일(丁亥).

54) 《承政院日記》 英祖 1년 4월 2일(己巳).

55) 《承政院日記》 英祖 1년 4월 9일(丙子).

투구살의 죄책을 지우지는 않은 것 같다. 이 사안에서는 고한이 지났는지를 다투는 것은 매우 중요하였기 때문에 어사를 두 번이나 파견하여 이를 확인 하고자 한 것을 볼 수 있다.

다음으로 어떠한 고한을 적용하여야 할 것인가를 다투는 사례를 살펴보자. 어떠한 고한이 적용되는가에 따라 고한 이내인지 고한 이외인지가 결정될 수 있기 때문에 형량 결정에 있어서 대단히 중요하다. 이러한 사례로 영조 33년의 文昌世 사건이 있다. 당초에 문창세는 고한 이내에 피해자가 사망한 것으로 처리되어 啓覆 자리에 올라온 것이다. 계복할 때의 논의는 뼈를 부러뜨리는 경우는 50일이 고한이지만 손발로 때린 경우에는 20일인데 이 사건의 보고서를 살펴보니 손발로 때린 것으로 보아야 한다는 것이었다. 그런데 피해자가 사망한 것은 40일이 지난 다음이기 때문에 고한이 지난 것이고 애초에 성옥하지 말아야 할 것이었다는 것이 주된 의견이었다.⁵⁶⁾ 20일의 고한이 적용되어야 한다는 것이 확정된 후, 이제 양형을 어떻게 할 것인가가 문제되었다. 우의정 申晩이나 좌참찬 尹汲은 고한이 지났더라도 사람이 죽었으므로 그냥 석방하는 것은 마땅치 않다는 의견을 피력하였으나, 고한이 지났으므로 정배하는 것도 과하다는 좌의정 金尙魯의 의견을 받아 들여 그를 석방하였다.⁵⁷⁾ 영조의 이러한 석방지시는 ‘適正刑’을 추구하는 일련의 사례들과는 사뭇 다르며, 이후의 사례들과도 형평이 맞지 않는다. 아마도 영조의 이러한 결정은 당일에 啓覆을 행하면서 15명의 사형수중 9명을 살려준 것과 무관하지 않은 특별한 사례로 봐야 할 것이다.

마지막으로 고한이 지났기 때문에 투구상으로 처벌하여야 하지만 適正刑이라는 측면에서 그렇게 처벌하지 않은 사례들을 살펴보자. 이러한 사례로 우선 들 수 있는 것은 영조 1년의 崔天江 사건이다. 이 사건은 楊根의 양반인 李東立이 노비를 추쇄하려 전라도 興陽으로 갔다가 豪奴인 최천강 무리에게

56) 《承政院日記》英祖 33년 11월 26일(甲寅).

57) 《英祖實錄》英祖 33년 11월 26일(甲寅). 《承政院日記》에는 신만이나 윤금의 반대 의견이 자세히 남아 실록을 인용하였다. 成獄은 일반적으로 조사를 통하여 범죄사실이 확정된 상태를 가리킨다. 자세한 것은 田中俊光, 「朝鮮初期 斷獄에 관한 研究-刑事節次的 整備過程을 中心으로-」, 서울대학교 법학박사학위논문, 2011, 41쪽 참조.

난타당했다가 고한이 지난 후에 사망하였다. 이는 노비가 주인을 때려서 사망에 이르게 한 사건이므로 綱常에 관련된 사건이다. 그런데 흉양의 수령이 강상에 관련되었다는 점을 숨기고 고한이 지났다는 것만을 보고한 것이다. 영조는 이에 자세히 조사할 것을 지시하고 있다.⁵⁸⁾ 이 사안에서는 특히 강상에 관련된 것은 고한이 적용될 수 없다는 것을 강조하고 있고, 영조도 이에 동조하는 입장을 취하고 있다. 강상에는 고한이 적용되지 않는다는 규정이 없기 때문에 고한을 적용하여야 하지만, 그렇게 될 경우 투구상으로 처벌할 수밖에 없어서 강상을 위반한 범죄에 대한 적정형이 아니라는 판단이 있어서였을 것이다. 또 영조 48년의 金履寅 사건은 양반인 김이인이 동네의 일로 다른 사람을 쫓로 때렸는데 사망한 경우이다. 이 사건에서도 김이인을 고한이 지났으므로 투구상으로 처벌하여야 함에도 불구하고, 영조는 해남현으로 정배하였다.⁵⁹⁾ 이렇게 고한이 지난 경우에 《大明律》의 규정대로 투구상으로 처벌하지 않고 왜 다른 방식으로 처벌하는가에 대하여 의문이 제기된다. 이에 대하여 영조 44년 당시 형조판서였던 洪重孝의 언급이 참고가 된다. 즉 그는 成獄이 되지 않을 때는 바로 석방하기도 하지만, 옥안이 이미 이루어지는 경우에는 사형을 감경하거나 정배하는 등 사안의 경중에 따라서 판단한다는 것이다.⁶⁰⁾ 즉 아예 옥안이 성립되지 않는 것으로 판단되면 몰라도 판단이 의심스러운 경우에는 옥안이 성립되었지만 그대로 처벌할 수는 없는 것으로 판단하여 다른 방식의 처벌을 한다는 것이다. 이도 또한 適正刑이라는 관점에서 볼 때에 이해할 수 있는 대목이다.⁶¹⁾

58) 《英祖實錄》 英祖 1년 8월 6일(辛未). 사건의 자세한 경과는 《承政院日記》 英祖 동일 날짜의 기사 참조.

59) 《英祖實錄》 英祖 48년 6월 6일(庚午).

60) 《承政院日記》 英조 44년 6월 29일(乙酉): 上曰, 此律官之過也. 過辜限者直放乎. 重孝曰, 不成獄時, 則或如此而今則獄案已成, 考覆以奏, 不可直放矣. 亦有應行之例, 或以減死論, 或刑配, 從輕重爲之矣.

61) 양형의 맥락에서 重罪에 준하되 적절히 감경하거나 가중하는 것으로 이해할 수 있다. 자세한 것은 최병조, 「15세기 중반 세종대 조선의 법리 논의」, 『법사학연구』 제44호, 한국법사학회, 2011.10, 265~269면 참조.

5. 고향의 연장

《大明律》에서 정하고 있는 보고한기가 연장되는 경우가 있다. 이는 《大明律附例》에 條例에는 팔다리나 다른 물건 또는 뜨거운 물이나 불로 상해를 입혔을 경우 10일, 팔다리를 부러뜨리거나 뼈를 부순 경우나 낙태한 경우 20일을 한도로 하여 본래의 상처로 인하여 죽은 사정이 명백하다면 주청하여 투구상으로 처벌할 수 있도록 하고 있다.⁶²⁾ 즉 보고한기가 20일, 30일, 50일이던 것을 30일, 40일, 70일로 늘려 놓은 것이다. 이 조례에 따라서 율관들은 으레 고향을 늘려서 조을하였다. 그러나 상처가 회복되지 아니하여도 다른 상처로 인하여 사망할 수 있을 텐데 이렇게 고향을 연장한다면 고향의 제도가 폐기될 우려가 있을 것이라는 영조의 지적으로 고향을 함부로 늘려서 처벌하는 것은 금지되었다.⁶³⁾ 그런데 정조 때 泮人인 鄭漢龍이 칼로 사람을 공격하여 피해자는 무릎 뼈가 떨어져 나가는 중상을 입고는 51일째에 사망하는 사건이 발생하였다. 뼈가 부서지는 경우의 고향은 50일인데 고향을 넘겼기 때문에 투구상으로 처벌하여야 하지만, 살인의 고의가 있는 것으로 보이고 겨우 하루가 지났기 때문에 투구상으로 처벌하기에는 적절하지 않다는 판단에서 국왕에게까지 올린 것이다. 이 사건은 영조 때의 고향연장금지하는 율관이 임의로 높이고 낮추는 것을 방지하자는 것이고 살인이 명백한 옥사를 가리키는 것이 아니라는 영의정 金尙喆의 의견에 따라 정한릉을 성옥하게 된다.⁶⁴⁾ 고향을 함부로 늘리거나 줄이지 못하게 하고 국왕의 결정에 의하도

62) 《大明律附例》刑律 제326조 保辜限期 條例: “一 鬪毆傷人辜限內不平復 延至限外 若手足他物金刃及湯火傷火傷 限外十日之內 折跌肢體及破骨墮胎限外二十日之內 果因本傷身死情眞事實者 方擬死罪奏請定奪 此外不許 一槩濫擬濫奏.”

63) 《承政院日記》 영조 44년 6월 29일(乙酉).

64) 《正祖實錄》正祖 1년 7월 15일(戊寅). 이 사례를 《大明律》의 부레와 함부로 보고한기를 늘이거나 줄이지 말라는 선왕의 수교 중 어느 것을 적용할 것인가를 갈등하고 있는 것으로 보는 견해도 있다. 류부근, 앞의 글, 12면. 그러나 부레는 고향을 늘리는 경우에는 주청하여 국왕이 직접 정해야 한다는 것을 규정하고 있으며, 영조 때의 수교도 이러한 맥락에서 율관이 함부로 고향을 늘이거나 줄이는 것을 금지한 것으로 보아야 한다. 고향이 하루 지난 정한릉 사건을 형조판서 張志恒이 어전에 올린 것은 ‘本傷身死情眞事實’로 보아서 고향을 늘려서 처벌하여야 하는지를 정조가 판단할 것을 요청한 것이라고 보아야 한다.

록 한 태도는 보고한기에 관한 《大明律》의 규정을 존중하면서도 適正刑으로 처벌하고자 하는 취지라고 할 수 있다.⁶⁵⁾ 다만 이 사건을 고한을 연장한 사건으로 볼 것인지 아니면 고한이 적용되지 않은 사건으로 볼 것인지는 논란이 있다. 이를 보고한기가 적용되지 않는 것으로 보는 입장은 “상해치사를 논함에 앞서 살인의 고의가 인정된다고 해석하면서 살인죄로 의을할 것을 판결”하여 보고한기가 적용되지 않는 것으로 보고, 보고한기를 늘려서 적용한 사례라고 보는 것은 타당하지 않다고 한다.⁶⁶⁾ 그러나 《秋官志》 詳覆部 檢驗에는 ‘辜限加定’이라는 항목 아래에 정한룡 사건이 있고, 정한룡 사건 자체도 고한 연장을 할 것인가의 여부를 대신들과 의논하여 정조가 결정한 것이다. 또 이후에도 고한을 아래에서 제멋대로 늘려서 成獄해서는 안되고 신중을 기해야 한다는 취지의 사건들이 나온다. 정조 13년 徐驗徵 사건, 정조 14년 趙學誠 사건이 그것이다.⁶⁷⁾ 따라서 고한의 연장으로 보아야 한다. 아마 상해치사와 살인과의 차이점인 살해에 대한 고의를 어떻게 인정하였는가를 보여주는 사례로서 정한룡 사건을 인용⁶⁸⁾하고 있는 점으로 미루어 상해치사에는 고한이 적용되어도 살인의 고의가 있으면 살인죄로 되어 고한의 적용을 받지 않는다는 전제에서 보고한기가 적용되지 않는 것으로 본 것 같다. 그러나 보고한기의 규정은 일반적으로 투구 및 고살인에도 적용되며, 《續大典》에서도 이를 명백히 하고 있다.⁶⁹⁾ 정한룡 사건에서 정조가 사람을 죽일 고의가 있었다는 것을 강조한 것은 고한을 늘리는 것을 정당화시키는 장치였던 것이다.

6. 관리의 남형치사 여부를 판단하는 기준

보고한기 규정은 일반인들의 범죄뿐만 아니라 관리들에게도 적용되었다.

65) 류부근, 앞의 글, 12~14면도 같은 의견이다.

66) 류부근, 앞의 글, 12면 및 같은 면 각주 32). 또한 서일교, 『조선왕조 형사제도의 연구』, 한국법령편찬회, 1968, 238~240면 참조.

67) 《秋官志》 詳覆部 檢驗 辜限加定 참조.

68) 서일교, 앞의 책, 240면.

69) 《續大典》 刑典 殺獄: ○故殺人者, 皆用辜限.

사법권을 가진 관리들은 언제나拷訊의 권한을 남용할 수 있기 때문에《經國大典》에는濫刑과 관련된 규정이 있다.⁷⁰⁾ 남형은 정당한 공권력 행사가 아니라고 보기 때문에 처벌규정을 둔 것이다. 사법권을 가지지 않은 관리가 행형하는 경우에도 적용되며,拷訊이든 어떤 형태의 제재이든 물리력이 가해진 경우에 모두 적용된다. 또한 남형으로 인하여 사람이 죽을 수도 있는데, 이 경우 남형으로 인하여 사망하였는지 아니면 다른 원인이 개재하여 사망하였는지 다툼이 있을 수 있다. 더구나 남형으로 인하여 사망한 경우에는 관리들에게는 치명상이라고 할 수 있는‘永不敍用’이라는 제재가 함께 따르기 때문에 이를 확정짓는 것은 대단히 중요하였다. 그리고 이를 판단하는 기준이 되는 것은 역시 보고한기였다. 이러한 예는 남형으로 사망한 경우에 대한 형벌이 확정되는 성종 연간 이후부터 나타난다. 우선 성종 10년에 永山府院君 金守溫의 아들인 金華가 남형치사로 永不敍用에 조율된 사안이다. 영의정 鄭昌孫은 사실관계를 보면 뽕나무 가지로 李仲末의 종아리를 쳤는데 고한 내에 사망하였으니 남형한 것 같지는 않다고 하였고, 이 사안을 보고한 좌승지 金升卿은 사실관계를 보다 더 구체화하여 교생이 독서하는 것을 시험하였는데 불통이어서 회초리를 때렸는데 고한 내에 죽은 것이라고 하여 관리가 남형한 것으로 보기는 어렵다고 하였다. 이에 성종은 영불서용을 제거하라고 하였다.⁷¹⁾ 이 사례는 고한 내에 사망하는 경우 남형치사의 책임을 지는 것을 보여주는 동시에, 회초리 같은 것으로 때리는 경우 사망에 이르게 되지 않는 것이라는 경험칙을 활용하여《大明律》보고한기 규정의 제2항의 보고한기 내에 사망하더라도 다른 원인으로 사망한 경우에 해당한다고 본 것이다.⁷²⁾

70) 《經國大典》刑典 濫刑: “官吏濫刑, 杖一百徒三年, 致死者, 杖一百, 永不敍用” 및 趙志晩, 앞의 책, 149~155면 참조.

71) 《成宗實錄》성종 10년 1월 23일(庚辰): “左承旨金升卿啓永山府院君金守溫上言, 乃其子金華永不敍用事也. 上顧問左右, 領議政鄭昌孫對曰: 華初以桑枝撻儒生李仲末, 乃至於死, 似非濫刑也. 升卿曰: 華試校生所讀書, 三人不通, 乃行楚罰, 而仲末適死於事限, 此誠可疑, 非他濫刑官吏例也. 上曰: 其除永不敍用”.

72) 다만 가해자가 府院君의 아들이었고 이를 변호한 자가 영의정과 좌승지였다는 점으로 볼 때 권력 관계에 의한 변호였다는 의심을 지울 수 없다. 왜냐하면 회초리로 때린다 하더라도 맞은 자국의 세균감염으로 인하여 사망할 수 있고, 《大明律》의 규정은 이러한 경우에도 가해자에게 책임을 묻고 있기 때문이다.

또한 선조 때에는 남형과 관련된 기사를 살펴보면 선조 6년 4월에는 봉상시의 관원 姜說이 직속하는 군사를 대만하다는 이유로 태20을 때렸는데 고한 내에 사망한 사건에 대한 논의이다. 이 사건에서 당시 대사헌이었던 柳希春은 《大明律》불응위에 의하여 장80의 형에 처해야 하는데 檢律이 고한 내에 죽었다고 하여 남형 치사의 죄책을 물은 것은 잘못이라고 하였다. 이에 선조가 둔부를 때린다고 하더라도 때리지 않을 곳을 지나치게 때린다면 남형이 될 수 있다고 하자 柳希春은 그런 경우에는 남형이 될 수 있다고 하는 것으로 마무리된다.⁷³⁾ 이 기사는 姜說 사건을 어떻게 처리하여야 하는가가 문제된 것이 아니라 율문 적용의 문제점을 논의하는 자리에서 예전 사건의 조율을 반추해보면서 나온 논의이기 때문에, 사건에 대한 새로운 결과가 나온 것은 아니다.⁷⁴⁾ 강열 사건에서 柳希春이 주장한 것은 남형 자체가 성립되지 않는다는 것이었는데, 보고한기와 관련하여 논점을 좁혀보면 남형이 확정된 상태에서는 사망에 대한 결과를 귀속시키기 위하여는 보고한기 규정이 항상 문제되었다는 것이다.

위의 김화 사건이나 강열 사건의 경우는 남형치사를 부정하기 위한 논의였는데, 보고한기 규정이 그 논의의 중심에 있었다는 것을 알 수 있다. 즉 김화 사건의 경우는 보고한기 규정에서 정한 ‘다른 원인’을 강조한 것이고, 강열 사건은 원인되는 행위인 형장을 친 행위가 법에 따른 행위라면 남형 자체가 성립되지 않으므로 보고한기 여부를 문제삼을 필요가 없다는 것이다. 또 남형치사를 회피할 수 있는 또 하나의 가능성은 고한이 지난 다음에 사망하였다는 것을 밝히는 것이다. 이 세 가지 경우에 해당되지 않는 한 남형치사의 죄책을 지게 된다.⁷⁵⁾

73) 《宣祖實錄》宣祖 6년 4월 20일(己巳): “奉常寺官員姜說, 以直宿軍士之慢, 笞二十後, 偶然致死. 臣爲大司憲, 問其罪于同僚, 皆云決罰不如法, 當坐不應爲, 事理重, 杖八十之罪 … 爲檢律所誤, 執以濫刑, 啓而受罪. 說則今已病死矣. 豈以髻笞二十, 死於辜限之內, 而至坐濫刑之罪乎. 律文, 若於髻受刑去處, 依法決罰, 邂逅致死者, 勿論. 蓋髻與他迥然不同. 上曰: 雖髻, 若不當打, 而過打, 豈不爲濫乎. 希春對曰: 雖髻, 若用大杖, 或不當打而打致死, 則豈不爲濫刑.”

74) 姜說은 柳希春이 이 사건을 논의할 당시 이미 사망하였다. 《宣祖實錄》宣祖 6년 4월 20일(己巳) 참조.

75) 보고한기 이내에 사망한 경우에 남형치사의 죄책을 지는 것은 당연시되었다. 《承政院日記》顯宗 7년 12월 5일(辛亥): “禁府啓本, 李泰相, 勿論金萬業罪犯輕重, 法外用刑, 以致□命於辜限之內, 難

V. 맺으며

지금까지 《大明律》 보고한기 제도를 다양한 측면에서 살펴보았다. 보고한기 제도는 가해자가 피해자에게 의료책임을 지도록 함으로써 적극적인 구조 조치를 취하여 피해자의 피해가 속히 회복되기를 도모하고 있다는 점에서 회복적 사법(restorative justice)의 일종이라 할 수 있다. 회복의 상태를 근거로 가해자를 처벌함으로써 가해자에게 피해자의 회복을 촉구하여 사회적 갈등을 완화할 수 있는 긍정적 효과가 있다고 하겠다. 또한 범죄 후의 보완절차로 통하여 범죄자에게 속죄와 도덕성을 높이는 기회를 부여하였다.⁷⁶⁾ 그러나 보고제도는 처벌을 확정하려는 것에 중점이 있는 것이기 때문에 회복적 사법의 일종으로 보기에는 무리가 있다. 다만 회복적 사법의 외양을 띠 수 있지만 그 배경에 회복적 사법의 사상이 스며들어 있다고 볼 수 있을 것이다.

조선시대에는 이러한 회복적 사법의 측면보다는 처벌을 확정하는데 보다 중점이 두어졌던 것으로 보인다. 그렇기 때문에 가해자에게 피해자의 치료를 책임지우지 않고 피해자의 피해가 확정될 때까지 구금하였던 것이다. 또한 보고한기가 결과적 가중범에만 적용되는 것이 아니라 고의범에도 적용되었음을 알 수 있었다. 보고한기의 규정이 그대로 적용되는가는 成獄이 되었는데 가의 여부와도 관련이 있었다. 그리고 법적용이라는 측면에서 볼 때, 보고한기 제도의 운용을 통해서 조선시대의 법적용은 적정형을 어떻게 부과하느냐에 중점을 두고 있었다고 생각된다.

■ 참고문헌

朝鮮王朝實錄(<http://sillok.history.go.kr/main/main.jsp>, 최종접속 2015. 3. 6).

承政院日記(<http://sillok.history.go.kr/main/main.jsp>, 최종접속 2015. 3. 6)

免濫刑殺人, 罪決杖一百, 永不敘用, 盡奪告身, 私罪. 啓依允.” 등 참조.

76) 梁岩妍, 「中国法律传统保辜制度」, 『河北公安警察职业学院学报』第10卷 第4期, 2010.12, 59면.

『經國大典』, 서울대학교 규장각, 1997.
 『續大典』, 서울대학교 규장각, 1998.
 『大明律講解』, 서울대학교 규장각, 2001.
 『大明律附例』, 서울대학교 규장각, 2001.
 『大明集解附例』, 法律館藏, 光緒戊申[1908].
 『秋官志』, 서울대학교 규장각, 2004.

金鐸敏, 任大熙 主編, 『譯註 唐律疏議』各則(下), 한국법제연구원, 1998.

김대홍, 「조선초기 형사법상 引律比附에 관한 연구」, 서울대학교 법학박사학위논문, 2012.2.
 류부근, 「대명률(大明律) ‘보고한기(保辜限期)’규정의 형사법적 의의」, 『비교형사법연구』 제12권 제1호, 2010.
 서일교, 『조선왕조 형사제도의 연구』, 한국법령판찬회, 1968.
 신동운, 『형법총론』 제8판, 법문사, 2014, 4~5면.
 田中俊光, 「朝鮮初期 斷獄에 관한 研究-刑事節次的 整備過程을 中心으로-」, 서울대학교 법학박사학위논문, 2011.
 조지만, 『조선시대의 형사법』, 경인문화사, 2007.
 최병조, 「15세기 후반 조선의 법률논변: 私婢 斤非 사건을 중심으로」, 『서울대학교 法學』 제52권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2011.3.
 최병조, 「15세기 중반 세종대 조선의 법리 논의」, 『법사학연구』 제44호, 한국법사학회, 2011.10.
 타나카 토시미즈, 「〈추조심리안〉을 통해 본 19세기 중엽 조선의 형사정책」, 『법사학연구』 제35호, 한국법사학회, 2007.

梁岩妍, 「中国法律传统保辜制度」, 『河北公安警察职业学院学报』第10卷 第4期, 2010.12.
 王东明, 「古代保辜制度的评析与借鉴」, 『河南城建学院理论研究』, 2012.1.
 张勇虹, 「我国缓刑制度改进的传统之维-以保辜为讨论中心」, 『政法学刊』第28卷, 2011.8.
 李中和, 「从曲元衡杖杀柏公成之母案看唐代保辜制度」, 『贵州大学学报』第29卷 第3期, 2011.5.
 姜洋, 「秦汉保辜制度探析」, 『鲁东大学历史文化学院华章』第6期, 2012.
 李中和, 「《唐律疏议》保辜制度新探」, 『青海民族大学学报』第36卷 第4期, 2010.9.
 张叶航, 陈冠兵, 「从宋朝马宗元救父一案看保辜制度」, 『法制与社会』, 2010.9.
 邱文浩, 「钱与刑-从保辜制度中解读刑事诉讼中民事赔偿协议的正当性」, 『法学之窗』第8期, 2010.
 只培琳, 「我国古代保辜制度及其立法启示」, 『甘肃理论学刊』第3期 总第199期, 2010.5.
 蒋敏露, 「保辜制度引进现行刑法的可行性探析-从界定故意杀人和故意伤害谈起」, 『法制与社会』, 2010.4.
 黄清连, 「說 ‘保辜’-唐代法制史料試釋」, 《第二次國際唐代學術會議論文集》下冊, 中國唐代學會主編, 文津出版社, 1993.

〈Abstract〉

The Study on the Period of Responsibility for Crimes in the Great Ming Code

Han, Sang Don* · Cho, Jiman**

This paper analyzes the Period of Responsibility for Crimes in various respects. If the victim of a physical attack dies from a direct result of the injury within the Period of Responsibility for Crimes, the offender shall be punished on the basis of killing in affrays. The offender, however, shall not be responsible for the victim's death if the victim was alive during the Period of Responsibility for Crimes with the help of the offender's care. Though the Period of Responsibility for Crimes is to decide whether the offender is responsible for the victim's death, the Period of Responsibility for Crimes reflects the restorative justice in this sense. In the Joseon dynasty, the Period of Responsibility for Crimes was also considered in criminal cases to mete out the appropriate punishment to the offender rather than to dispense the restorative justice.

[Key Words] the Period of Responsibility for Crimes, the Ming Code, the Tang Code, the restorative justice, the cause-and-effect relationship

접수일 : 2015. 3. 6. || 심사개시일 : 2015. 4. 21. || 게재확정일 : 2015. 4. 30.

* Professor of Law, Ajou Law School

** Associate Professor of Law, Ajou Law School