

公罪와 私罪*

한상권**

목 차

- I. 머리말
- II. 公罪와 私罪 구분
 - 1. 공죄와 사죄 정의
 - 2. 공죄와 사죄 차이
- III. 公罪와 私罪 처벌
 - 1. 笞罪
 - 2. 杖罪 이상
 - 3. 공죄와 사죄 처벌의 차이
- IV. 공죄와 사죄 구분 이념
- V. 공죄와 사죄 구분 실례
- VI. 맺음말

[국문 요약]

중국과 한국의 전통 법은 범죄를 公罪와 私罪로 구분하였다. 공죄란 관리가 공무를 처리하는 과정에서 私利를 추구하지 않으면서 범하는 실수나 착오를 말한다. 관리가 범하는 錯誤性 犯罪가 공죄인 것이다. 반면 사죄란 일반인이 私益을 추구하는 과정에서 저지른 故意性 犯罪를 말한다. 그리고 관리라 할지라도 공무를 빙자하여 私利를 추구하면 역시 公罪가 아닌 私罪를 짓는 것이 된다. 현대의 형법에서는 범죄를 “형벌을 과할 필요 있는 불법일 것을 요하며, 그것은 사회적 유해성 내지 법익을 침해하는 반사회적 행위를 의미한다.”라고 해석하고 있는데, 사죄가 이에 해당한다.

중국사회에서 관리범죄를 공죄와 사죄로 나누는 구분은 이미 漢代에 있었으며, 西晉 시대에 이르러 법률상 공죄와 사죄를 구분하는 기본원칙이 확립되었다. 唐律은 이전 시대의 입법 경험을 종합하여 공죄와 사죄의 구분을 명확히 하였다. 그리고 明代에 이르러 공죄와 사죄의 처벌원칙과 처벌방식 등이 구체적으로 정비되었는데, 大明律의 文武官犯公罪와 文

* 이 논문은 2015년도 덕성여자대학교 연구비 지원으로 이루어졌음.

** 덕성여자대학교 사학과 교수; skhan1953@empal.com

武官犯私罪 조항이 그것이다.

공죄와 사죄를 구분하는 기준은 객관적 범죄행위가 아니라 주관적 범행동기에 있다. 이는 공죄와 사죄의 法源이 주관주의적 법해석에 바탕을 둔 것임을 말해준다. 공죄와 사죄의 구분은 범죄와 형벌이 서로 상응하지 않는 罪刑不一致의 문제점을 낳게 마련이었다. 똑같은 범죄를 두고 어떤 관리는 사죄로 무겁게 다스리고 다른 관리는 공죄로 가볍게 처벌하면 법 적용이 불공평하다는 문제점이 제기될 수밖에 없는 것이다. 한편 근대사회에 이르러 신분제가 폐지되고 四民萬民平等이 이루어짐에 따라, 신분범죄인 公罪는 행정법체계 속으로 흡수되고, 나머지 모든 범죄는 私罪로 통일되어 형법체계 속으로 흡수되었다.

[주제어] 공죄, 사죄, 당률, 대명률, 객관주의, 주관주의, 신분범죄, 행정법, 형법

I. 머리말

그리스법이나 로마법, 게르만 계통의 고대법에서는 유의범과 무의범의 구별이 없었다. 게르만의 법언에는 이를 “행위가 사람(犯人의 뜻)을 죽인다”고 말하고 있다. 요컨대 犯意의 유무에 관계없이 범죄행위의 결과만을 보고 처벌하였다-결과책임주의-. 반면 중국 법에서는 유의범과 무의범을 구별하여 전자에 비해 후자를 가볍게 벌하고, 무의범 속에 과실범(Culpa)뿐 아니라 우연한 사실(Casus)도 포함하고 있었다. 예컨대 당률 같은 고대법에서는 고의와 과실을 구별하고, 더욱이 우연한 사실에 의한 결과에 대해서는 처벌하려고 하지 않았다. 이 사실은 당보다 훨씬 오래된 시대의 법사상에서도 발견되는 것으로 중국법 발달의 진도를 이는데 사표가 된다. 당률의 고의 과실의 제도는 당 이후의 여러 왕조의 법에 계승되고, 또한 일본, 고려, 베트남 대월(大越·黎朝)朝의 법에도 계승되고 있었다. 이와 같이 중국 법에서는 옛부터 고의와 과실의 구별이 분명하였고, 과실에 대한 독립된 법 개념을 갖고 있어 과실범은 벌하지 않거나 가볍게 벌하는 것이 원칙이며, 범의의 유무에 관계없이 결과만을 보아 처형하는 일(결과책임주의)은 원칙적으로 없었던 것이다.¹⁾

범죄이론은 형벌의 기초가 되는 범죄의 어느 면에 중점을 두어 고찰한 것

1) 仁井田陞 지음, 임대희·박순곤 옮김, 『중국법제사 연구-형법편』(1959), 146-148면.

인가에 따라 객관주의와 주관주의가 대립하고 있다. 객관주의란 형법적 평가의 중점을 범죄의 외부에 나타난 부분, 즉 외부적인 행위와 결과에 두고 형벌의 종류와 경중도 이에 상응해야 한다는 이론을 말한다. 죄형법정주의의 원칙상 형벌의 대상은 범죄사실이어서야 한다는 것이다. 이러한 의미에서 객관주의는 범죄주의 또는 사실주의라고 하며, 범죄를 현실적 의의에서 평가한다는 점에서 현실주의라고도 한다. 객관주의는 일반적으로 형벌이론에 있어서 응보형주의 또는 일반예방주의와 이론적으로 결합되어 고전학파에 의하여 주장되는 이론이다. 주관주의는 범죄인은 특수한 성격의 소유자이므로 형벌의 대상은 범죄사실이 아니라 범죄인이며, 형벌의 종류와 경중도 범죄사실에 따라 정할 것이 아니라 범죄인의 악성 내지 사회적 위험성에 의하여 결정되어야 한다는 이론이다. 주관주의를 범인주의 또는 성격주의라고도 한다.²⁾

객관주의는 범죄의 외부적 사실, 즉 행위와 결과라는 객관적 요소에 중점을 두어 형벌을 과하여야 한다는 행위중심의 사상임에 반하여, 주관주의는 행위자의 인격을 형법적 가치판단의 대상으로 하는 행위자중심의 사상이다. 즉 객관주의는 행위를 벌함에 대하여 주관주의는 행위자를 벌하는 것이다.³⁾ 그리스법이나 로마법, 게르만 계통의 고대법이 객관주의의 범죄이론에 입각하여 행위의 결과를 처벌하는 결과책임주의라고 한다면, 중국 법은 주관주의 범죄이론에 입각하여 고의와 과실을 구분하는 犯意에 처벌의 중점을 두었다.

중국 전통 법에서 주관주의 범죄이론의 특징을 잘 보여주는 것이 公罪와 私罪의 구분이다. 명나라의 기본법전인 大明律은 죄를 지었으나 응당 減輕할 경우로 다음 네 가지를 들었다.⁴⁾

첫째, 從犯이면 감해 준다[爲從減].

둘째, 自首하면 감해준다[自首減].

셋째, 고의나 실수로 잘못을 저질렀다가 바로 잡으면 감해준다[故失減].⁵⁾

2) 李在祥, 『刑法總論』(博英社, 2003), 58면.

3) 위의 책, 59면.

4) 『大明律』名例律 犯罪得累減.

5) 故失減은 故減과 失減을 합쳐 이르는 말로 ‘고의로 지은 죄’와 ‘실수로 지은 죄’를 감경해주는 것을

넷째, 公罪이면 감해준다[公罪減].

이 가운데 公罪減은 오늘날의 형법에 비추어 볼 때 생소한 개념이다. 전통 법에서는 公罪를 특별하게 취급하여 감경하였는데, 이는 사익 추구를 위해 저지른 범죄인 私罪가 아니기 때문이라는 것이다. 그러나 公罪는 현대 형법에는 없는 개념으로 그 실체 자체가 불명확하다. 이에 본고에서는 公罪와 私罪의 내용과 처벌 방식, 양자를 구분하는 이념적 근거와 구분 실례 등을 차례로 살펴보고자 한다. 전통 법의 특징 가운데 하나인 公罪에 대한 이해는 전 근대 법률 체계의 특징을 파악하는 데 중요한 시사점을 제공해 줄 것이다.

II. 公罪와 私罪 구분

1. 공죄와 사죄 정의

범죄를 公罪와 私罪로 나누는 구분은 이미 漢代에 있었으며, 西晉 시대(265~317)에 이르러 법률상 공죄와 사죄 구분의 기본원칙이 확립되어 내려왔다. 唐律은 이전 시대의 입법 경험을 종합하여, 공죄와 사죄의 구분 및 처리원칙을 명확히 규정하였다.⁶⁾

당률은 公罪를 “公務로 말미암아 지은 죄로서 私曲이 없는 것”⁷⁾이라고 정

말한다. 고의로 타인의 죄를 무겁게 하거나 가볍게 한 죄에서 1등급 줄여주는 것을 ‘故減’이라 하고, 과실로 타인의 죄를 무겁게 하거나 가볍게 죄에서 1등급 줄여주는 것을 ‘失減’이라 한다. 단 관사에서 아직 죄수를 처벌하거나 석방하지 않았을 경우 즉 미결인 경우에 한하여, 잘못을 바로 잡았을 경우 1등급 줄여준다. 고의나 실수로 무겁게 하거나 가볍게 한 죄가 아직 집행되지 않아 바꿀 수 있기 때문이다. 반면 기결인 경우에는 斷罪하는 관리가 타인의 죄를 ‘고의로 무겁게 하거나 ‘고의로 가볍게’ 하면 減罪하지 않는다. 반면 관리가 타인의 죄를 ‘실수로 무겁게’ 하면, 무겁게 한 본죄에서 3등급 줄여주고, ‘실수로 가볍게’ 하면 가볍게 한 본죄에서 5등급 줄여준다. 착오를 불쌍히 여기기 때문이다. 상세한 내용은 『大明律』 刑律 官司出入人罪 참조.

6) 殷嘯虎, 『我國古代刑法對公罪和私罪是怎樣劃分的?』, 『中國古代法律三百選』, 上海古籍出版社, 1991, 268면.

7) “公罪 謂緣公事致罪而無私曲者”(『唐律疏議』, 名例律, 官當).

의하였다. 그리고 그 사례로, 가령 황제 친견 시 받은 질문에 답하는 對制를 사실대로 하지 않았으면, 對制가 공무에 관련되므로 公罪인데, 이 경우 만약 관리가 임시방편으로 실정으로 털어놓지 않고 마음에 숨기고 속인 것이 있었으면, 이는 사사로움이 있었으므로 공죄가 아닌 사죄가 된다고 하였다.⁸⁾ 당률에 따르면 어떤 범죄가 공죄로 간주되려면 다음 세 가지 요건을 동시에 만족시켜야 한다.

첫째, 공무를 맡은 관리이어야 한다. 누구나 正犯이 될 수 있는 일반범죄와는 달리, 공죄는 특별한 지위나 일정한 신분이 있는 자가 범하는 범죄인 身分犯罪⁹⁾이다.

둘째, 私曲이 없어야 한다. 공무를 처리하는 과정에서 사사로움이나 불공정함이 없어야 하는 것이다.¹⁰⁾ 가령 관리가 창고의 錢糧을 정식으로 수납하거나 지급하지 않고 那移出納함으로써 법식을 어겼을 경우, 錢糧을 入己하는 私曲이 있었으면 사죄가 되므로 贓을 계산해서 監守自盜에 准해 논하지만,¹¹⁾ 私曲이 없이 公用에 충당하기 위해¹²⁾ 출납하였으면 公罪가 되는 것이다.

셋째, 실수나 착오로 인한 過失이어야 한다.¹³⁾ 과실(negligence)이란 정상 의 주의를 태만함으로써 인하여 죄의 성립 요소인 사실을 인식하지 못한 것을 말한다. 주의의무에 위반함으로써 의사에 반하여 구성요건을 실현하는 것이 바로 과실이라고 할 수 있다.¹⁴⁾ 과실에 의한 의무태만이 公罪이다.

이상 관리가 저지른 범죄 가운데 犯意가 없고 違法性에 대한 인식도 없는 과실에 의한 의무위반이 공죄인 것이다.

8) “對制詐不以實者 對制雖緣公事 方便不吐實情 心挾隱欺 故同私罪”(『唐律疏議』, 名例律, 官當).

9) “신분범죄란 구성요건이 행위의 주체로서 일정한 신분을 요구하는 범죄를 말한다. 여기서 말하는 신분이란 범인의 인적 관계인 특수한 지위나 상태를 말한다.”(『법률용어사전』(암사, 2009)).

10) “私曲相須 公事與奪 情無私曲 雖違法式 是爲公坐”(『唐律疏議』, 名例律, 官當).

11) “凡各衙門收支錢糧等物 已有文案勘合 若監臨主守不正收正支 那移出納 還充官用者 並計贓 准監守自盜論 罪止杖一百流三千里 免刺”(『大明律』 戶律 那移出納).

12) 가령 夏稅를 끌어다 秋糧으로 하고 秋糧을 옮겨 夏稅로 하는 것과 같은 따위이다(“如夏稅作秋糧移 秋糧作夏稅之類”, 『大明律集解附例』, 776면).

13) “公罪는 公事上에 不覺하고 失錯한 것”(『刑法大全』 67조).

14) 이재상, 앞의 책, 182면.

公罪에 대칭되는 범죄가 私罪이다. 당률은 私罪를 이르기를 “公務로 말미암지 않고 사사로이 자신이 범한 죄를 이르며, 비록 공무로 말미암았을지라도 사욕을 채우기 위해 枉曲하였다면 역시 私罪이다.”¹⁵⁾라 하였다. 故意性 범죄가 私罪인 것이다. 故意(deliberation)란 구성요건이 위법하다는 것을 인식하고, 그러한 위법행위를 하고자 하는 적극적 내지 소극적 의사를 가지고 그런 행위를 실행하는 것을 말한다. 일정한 결과의 발생을 인식하면서 그 행위를 감행하는 것 또는 이행의무를 의도적으로 이행하지 않는 것이 고의인 것이다. 또한 관리가 公務를 빙자하여 私利를 추구하였으면 역시 공죄가 아닌 私罪이다.

이상 사죄란 凡人이 범하는 모든 범죄를 일컬으며, 또한 관리라 할지라도 私益을 추구하기 위해 공무상 위법이나 부정을 저지른 범죄인 것이다. 오늘날 형법에서는 범죄를 “형벌을 과할 필요 있는 불법일 것을 요하며, 그것은 사회적 유해성 내지 법익을 침해하는 반사회적 행위를 의미한다.”¹⁶⁾라고 해석하고 있는데, 私罪가 이에 해당한다. 관리가 공무를 수행하는 과정에서 실수와 착오로 저지른 과오성 범죄인 公罪는 그 행위 자체는 반사회성, 반윤리성이 없으나 정치적, 행정적 목적에서 법률로 정해 놓은 범죄라 한다면, 私罪는 사회의 일반적인 도의심으로 판단하여 범죄라고 인정되는 범죄이다. 公罪가 오늘날 행정범(법정범)에 해당된다면, 私罪는 오늘날 형사범(자연범)에 해당된다 하겠다.

2. 공죄와 사죄 차이

公罪란 公務를 公平無私하게 처리하는 과정에서 失手나 錯誤로 얻는 過誤性 범죄를 말하며, 私罪는 직권을 남용하거나 혹은 공무와 무관한 일로 사익을 챙기는 故意性 범죄를 일컫는데, 어떤 범죄를 공죄 사죄로 나눌 경우 다음 몇 가지 점에서 차이가 발생한다.

15) “私罪 謂不緣公事 私自犯者 雖緣公事 意涉阿曲 亦同私罪”(『唐律疏議』, 名例律, 官當).

16) 이재상, 앞의 책, 68면.

첫째, 양자는 犯意의 유무에 따라 분간된다. 사죄는 私益을 위해 의도적으로 저지른 有心故犯 즉 故意犯으로 범죄의사가 확고한 범죄이다.¹⁷⁾ 반면 공죄는 공무와 관련되어 무심코 저지른 실수나 착오로 인한 無心誤犯 즉 過失犯으로 범죄의사가 전연 개입되지 않은 범죄이다.

둘째, 양자는 共同犯罪에 대한 이해를 달리한다. 私罪는 首犯과 從犯이 주종관계에서 저지른 공동범죄로 파악하는 반면, 공죄는 각각 독립적인 위치에서 공동행위를 한 것으로 파악한다. 범행에 함께 참여한 사람에 대해, 사죄는 범죄를 공동으로 실행하였다는 의미에서 共犯이라고 일컫는 반면 공죄는 동료가 행위를 공동으로 하였다는 의미에서 連坐¹⁸⁾라고 불렀다.

셋째, 양자는 共同犯罪人에 대한 처벌원칙에서도 구분된다. 사죄는 범인을 造意한 首犯과 隨行한 從犯으로 나누고 중범은 1등급을 감한다. 반면 공죄는 遞減 원칙이 적용된다. 실무자인 吏典을 首犯으로 삼고, 首領官, 佐貳官, 長官으로 올라가면서 처벌을 1등급씩 감하는 게 公罪遞減이다.¹⁹⁾ 等級이 다름에 따라 향유하는 특권 또한 달라서 등급이 높으면 높을수록 특권도 많다는 等級特權 관념이 반영된 것이 공죄체감의 원칙이다. 상급자일수록 감형사상 특권을 부여하는 공죄체감의 원칙은 전 근대사회의 법률체계가 身分刑法主義에 입각하고 있음을 보여주는 사례이다.²⁰⁾

넷째, 양자는 범행을 누우치는 행위에 대한 이해도 달랐다. 私罪는 범죄가 발각되기 전에 自首²¹⁾하면 면죄한다는 것이 기본 원칙이었다. 그리고 이에

17) “私罪는 公事私事를 물론하고 恣意故犯한 것”(『刑法大全』 67조).

18) 連坐는 동료가 저지른 범죄에 연관되어 처벌을 받는다는 뜻이다. 緣坐는 혈연적인 가족이라는 집단을 매개로 그 범위가 정하여 진다. 반면 連坐는 공무를 수행하기 위하여 맺어진 상하관계를 국가에서 인위적으로 그 범위를 설정한 것이다.

19) “官吏公罪 以吏典爲首 首領官減吏典一等 佐貳官減首領官一等 長官減佐貳官一等 是公罪遞減也”(『大明律集說附例』 권1, 27면). 吏典을 수범으로 삼는 이유는 명을 받아 실행하는 자로서 매사를 점검해야 할 책임이 있기 때문이다. 반면 당률은 원인 제공자인 所由를 수범으로 삼은 다음 체감원칙을 적용하였다.

20) “형사법이 불공정한 게임의 룰을 가지고 있을 때 현대인들은 신분형법이라고 부른다. 유교경전의 형사사법이론과 대명률은 일정한 신분을 갖고 있는 자에게 그런 신분을 갖고 있지 않은 사람보다 우대하는 귀족적이고 신분형법적인 요소를 갖고 있다. 대명률 상 신분형법으로서 의미 있는 경우는 八議 조항을 제외하면 현직 관인에게 형사상 특권이 인정되는 경우이다.”(심희기, 『18세기의 형사사법제도 개혁』, 『한국문화』 20(1997)).

21) 自首란 자신이 저지른 죄에 대해 스스로 사연을 갖추어 관에 직접 출두하여 아뢰는 것이다(“自首者

준하는 경우와 이로부터 벗어나는 경우에 각각 형을 減輕하는 원칙을 규정하였다. 서로 容隱의 관계에 있는 자가 대신 자수한 경우는 전자의 예이고, 다른 사람이 고발하려는 것을 알고 자수한 경우는 후자의 예이다. 또한 다른 사람에게 대해서나 국가에 대해서 원상복구가 불가능한 범익침해를 한 경우의 처리 방법도 규정하고 있다.²²⁾ 반면 公罪는 自首를 覺舉(혹은 檢舉)라고 하였다. 覺舉란 覺察檢舉의 줄임말로써, 관리가 공무를 실수나 착오로 잘못 처리하고 발각되기 전에 스스로 잘못을 깨닫고[覺察], 자기의 잘못에 대하여 스스로 사유를 갖추어 해당 상급자에게 제출하는 일[檢舉]을 이른다. 覺舉 역시 私罪를 범하고 자수하는 犯罪自首와 다르지 않으므로 공무를 실수나 착오로 잘못 처리한 죄를 면해준다.²³⁾ 또한 ‘실사 발각되기 전이라 할지라도 발각될 것을 알고 자수하였을 경우에는 2등급을 감해준다’는 사죄의 자수 제한 규정을 공죄 자수에는 적용하지 않았다. 이상 양자의 차이점을 정리하면 아래 <표 1>이 된다.

<표 1> 公罪와 私罪 차이점

	公罪	私罪
犯人	官吏	官吏 또는 凡人
犯意	無心誤犯(過失犯)	有心故犯(故意犯)
공범인	共同행위	主從관계
범죄 연루	連坐	共犯
공범 처벌	遞減	分首從
범죄를 뉘우침	覺舉(檢舉)	自首

將己身所犯之罪 自具狀辭 而首告于官也”, 『大清律輯註』(상), 73면).

22) 『大明律』名例律, 犯罪自首.

23) 『大明律』名例律, 公事失錯.

Ⅲ. 公罪와 私罪 처벌

公罪와 私罪에 대한 정의와 구분은 당률에 보이나, 이를 범한 문무관리에 대한 처벌규정은 대명률에 처음으로 보인다. 명대에 이르러 확립된 공죄와 사죄에 대한 처벌원칙과 처벌방식은 대명률 名例律 文武官犯公罪와 文武官犯私罪에 있다. 대명률은 罪를 공죄와 사죄로 구분하고, 처벌원칙과 방식을 笞罪와 杖罪이상으로 나누어 규정하였다.

1. 笞罪

문무관리가 笞罪에 해당하는 公罪를 범하였을 경우 처벌규정은 다음과 같다.

중앙이나 외방의 높고 낮은 軍정·민정 이문의 관원이나 吏典²⁴⁾이 公罪를 범하여 笞罪에 해당하면, 문무관원은 收贖하고 吏典은 매 계절마다 類決하되 附過할 필요는 없다.²⁵⁾

율문에서 말하는 문무관원이 범하는 笞罪에 해당하는 공죄란,²⁶⁾ 官文書を 기한에 맞추지 못하는 稽程이나 착오를 일으키는 違錯 따위를 말한다.²⁷⁾ 관리가 관문서 처리 기한을 5일 넘겼을 경우 吏典은 태 30이고 首領官은 減一等하여 태 20이다.²⁸⁾ 그런데 官文書 稽程은 공죄이므로, 笞決²⁹⁾하지 않고

24) 吏典은 ‘吏’의 總名으로, 諸衙門에서 文書 帳籍을 담당하는 사람을 ‘吏’라고 한다. 吏는 각각 主守하는 것이 있기 때문에, 吏典이라고 말할 때 ‘典’은 ‘主’와 같다. 『大明會典』에서는 ‘吏員’을 吏의 총칭으로 사용하였다.

25) “凡內外大小軍民衙門官吏犯公罪 該笞者 官收贖 吏每季類決 不必附過”(『大明律』 名例律 文武官犯公罪).

26) 대명률의 공죄와 사죄 규정은 문무관원 뿐만 아니라 吏典에 관한 것도 있으나 율문 제목에서 보듯이 주요 대상은 문무 관원이므로 吏典에 관한 내용은 다루지 않는다.

27) “如官文書稽程違錯之類”(『大明律集說附例』 권1 15장).

28) “凡官文書稽程者 一日吏典笞一十 三日加一等 罪止笞四十 首領官各減一等”(『大明律』 吏律 官文書稽程) 正官과 佐貳官을 처벌하지 않는 것은 문서를 수령하여 시행하는 책임이 吏典에게 있기 때문이다. 首領官도 문서에 대한 총괄 감독의 책임이 있기 때문에 각각 1등급을 줄여 처벌하는 것이다.

29) 笞決은 태장 즉 신체형을 가하는 것이다. “笞決謂笞罪當決”(『大明律集解附例』, 195면).

首領官은 태 20에 해당하는 銅錢 1관 200문³⁰⁾으로 收贖하며,³¹⁾ 죄명은 附過³²⁾하지 않는다는 것이다.

대명률에는 笞刑, 杖刑, 徒刑, 流刑, 死刑 등의 五刑 외에도 다양한 형벌이 있다. 銅錢으로 대신 받는 收贖은 재산형이며, 범죄 사실을 명부에 紀錄하는 附過는 명예형이다. 대명률은 문무관원이 공죄를 범하여 태형에 해당하면, 태죄를 집행하지 않고 收贖하도록 함으로써, 신체형을 재산형으로 바꾸어 주는 특전을 베풀었다. 태죄는 收贖免罪하는 까닭은 작은 과오는 용서한다는 뜻이다.³³⁾

반면 私罪는 달랐다. 공죄에 해당하는 태죄를 범하면 문무관원을 똑같이 처벌하였으나, 사죄의 경우에는 문관과 무관을 달리 처벌하였다. 먼저 문관의 경우를 보자.

文官이 私罪를 범하여 태 40이하이면 附過한 뒤 본직에 돌려보낸다. 50이면 현직을 해임하여 다른 관직에 敍用한다.³⁴⁾

문관 私罪의 경우, 태 40 이하인 輕笞와 태 50인 重笞 둘로 나눔으로써, 태죄를 통틀어 하나로 간주한 공죄보다 무겁게 처벌하고 있음을 알 수 있다. 그런데 여기서 ‘笞四十以下 附過還職’라는 율문을 어떻게 해석할 것인가 하는 문제가 제기된다. 율문의 내용대로 해석하면, “태 40이하의 私罪를 범하면, 죄명을 附過하고 還職한다”는 것이 된다.

그러나 율문을 이렇게 해석하면, 뒤이어 나오는 “軍官이 笞罪에 해당하는

30) 대명률은 五刑 체계에 상응하여 기본 벌금으로서 속전을 규정하였는데, 태죄에 해당하는 贖銅錢은 다음과 같다.

태죄	태10	태20	태30	태40	태50
贖銅錢	600문	1관 200문	1관 800문	2관 400문	3관

31) “收贖 收銅錢以贖罪”(『大明律集解附例』, 195면).

32) 附過란 그때그때 그 過名을 관리의 명부에 紀錄하는 것을 이른다(“附過謂隨時附其過名”, 『大明律集說附例』 권1 16장).

33) “此赦小過之義也”(『大清律輯註』 (상), 24면).

34) “凡文官犯私罪 笞四十以下 附過還職 五十 解見任別叙”(『大明律』 名例律 文武官犯私罪).

私罪를 범하면 附過하고 收贖한다.”³⁵⁾는 내용과 형평성이 맞지 않게 된다. 대명률은 관원이 사죄를 범할 경우, 문관을 무관보다 무겁게 治罪하였다. 즉 관원이 태죄에 해당하는 私罪를 범하였을 경우, 문관은 輕答와 重答로 구분하여 처벌하였으나, 무관은 태죄 5등을 통틀어 하나로 보아 治罪하였다. 그리고 重答이면 문관은 解任別敍하였지만 무관은 附過收贖하는데 그쳤다. 그런데 군관이 태죄에 해당하는 私罪를 범하면 ‘該答者 附過收贖’이라 하여 附過와 收贖을 併科하는 데, 문관은 附過하고 還職 한다면 오히려 무관을 더 무겁게 처벌하는 것이다. 따라서 문관이 태 40이하의 私罪를 범하면, 答決한 뒤 附過해야 대명률의 취지에 맞게 된다. 즉 문관이 태 40이하의 私罪를 범하면 ‘태죄를 집행한 다음 附過하고 還職한다’고 爰문을 해석해야 하는 것이다. 태 50의 경우도 마찬가지이다. “[答]五十 解見任別叙”를 “문관이 태 50의 사죄를 범하면 태 50을 집행하고 현직을 해임하여 다른 관직에 敍用한다.”라고 爰문을 해석해야 하는 것이다.

여기서 태죄에 대해, 실제로 決答함으로써 신체형으로 집행하였는지 아니면 收贖함으로써 재산형으로 換刑하였는지 하는 의문이 제기될 수 있다. 이와 관련하여 17세기 초에 편찬된 주석서인 『大明律附例箋釋』은 “各衙門官犯私罪者 答四十以下 不得收贖 今亦收贖問罪之外 附過還職”이라 하였으며, 이어 “答五十者 決訖 今亦收贖 解去現任 送吏部 依原官流品 改調 別處敍用”³⁶⁾라 하였다. 대명률이 제정 반포된 명초에는 輕答와 重答 모두 決答하는 신체형이었으나, 箋釋 편찬 당시에는 收贖하는 재산형으로 바뀌었다는 것이다. 태죄가 신체형에서 재산형으로 바뀐 시기를 조금 더 좁히려면 다른 주석서를 참고할 필요가 있다. 張楷가 1461년에 편찬 간행한 『律條疏議』는 “文職官犯私罪者 答四十以下 皆須的決 附其過名 還其職事”라 하여,³⁷⁾ 15세기 중엽까지 태죄를 신체형으로 집행하였음을 알려주고 있다. 그러나 姚思仁이 1585년에 편찬한 『大明律附例注解』에는 관련 내용이 다음과 같이 표기되어

35) “若軍官有犯私罪 該答者 附過收贖”(『大明律』名例律 文武官犯私罪).

36) 『大明律附例箋釋』은 王樵·王肯堂 부자가 1612년에 편찬한 대명률 주석서이다.

37) 『律條疏議』(상), 132면.

있다.

凡文官犯私罪 笞四十以下 贖完 附過還職 五十 贖完 解見任³⁸⁾ *밑줄은 필자

注解가 편찬된 16세기 후반에는 태죄가 신체형에서 재산형인 收贖으로 바뀌었음을 알 수 있다.

이상 문관이 輕笞에 해당하는 私罪를 범하였을 경우, 대명률 반포 당시에는 태죄를 신체형으로 집행하고 과오를 기록하는 附過리는 명예형³⁹⁾을 併科하였다. 그리고 重笞이면 신체형을 집행한 다음 현직에서 해임하고 동일 아문의 品級이 같은 곳에 別敍⁴⁰⁾하는 명예형을 併科하였다. 한편 무관이 태죄에 해당하는 사죄를 범하였을 경우, 앞서 살펴본 바와 같이 재산형인 收贖과 명예형인 附過를 併科하였다. 이상의 내용을 정리하면 아래 <표 2>가 된다.

<표 2> 문무관원이 笞罪에 해당하는 公罪나 私罪를 범하였을 경우의 처벌

公罪				私罪				비고
대상	죄	처벌	형벌	대상	죄	처벌	형벌	
문무 관원	笞罪	收贖 免罪	재산형	문관	태40 이하	笞決+ 附過還職	신체형+ 명예형	신체형인 笞決은 16세 기 중엽에 재산형인 收 贖으로 바뀜
					태50	笞決+ 解現任 別敍	신체형+ 명예형	상동
				무관	태50 이하	收贖+ 附過	재산형+ 명예형	

2. 杖罪 이상

다음 문무관원이 杖罪 이상⁴¹⁾에 해당하는 公罪·私罪를 범하였을 경우의

38) 『大明律附例注解』, 142면.

39) 명예형이란 범죄인의 명예나 자격을 박탈 또는 정지하는 형벌이다. 현행 형법상 명예형은 자격상실과 자격정지의 두 가지가 있다.

40) “解去其現任之職 而於別衙門品級相同處敍用”(『律條疏議』(상), 132면).

처벌규정을 살펴보도록 하겠다. 먼저 공죄와 관련된 내용이다.

杖罪 이상이면 명백히 문안을 작성하여 매년 한 차례 考課하여 죄명을 기록한다. 9년에 한차례, 범한 횟수와 죄의 경중을 통틀어 고과하여 강등이나 승진시키는 근거로 삼는다.⁴²⁾

장죄 이상의 공죄란, 관리가 국왕께 이르는 일에 錯誤를 일으켜 일에 해를 끼치면 장 60에, 공무를 지체하여 때를 놓치거나 일을 그르치면 장 80에 처하는 것과 같은 따위이다.⁴³⁾ 또한 上書나 奏事에서 착오로, ‘原免’이라고 말해야 하는데 ‘不免’이라고 하거나, ‘千石’이라고 말해야 하는데 ‘十石’이라고 말하는 따위로, 일을 해치면 장 60이 되는 따위이다. 문무관원이 공무로 인해 장죄를 얻으면 죄가 무겁기에 태죄처럼 收贖에 그치지 않는다. 잘못을 징계하기 위해, 收贖한 다음 죄명을 관원 명부에 紀錄하여 이조나 병조에 보내 인사행정에서 降等하거나 敍用하는 자료로 삼도록 한다.⁴⁴⁾ 그러나 그때그때 처벌한다면 온전할 사람이 없을 것이기에 죄명을 기록하여 인사 考課에 대비한 다음 9년 뒤에 이를 근거로 강등이나 승진시키는 자료로 삼도록 한다.⁴⁵⁾ 장죄 이상의 공죄를 범하면 사안이 중하므로 태죄처럼 收贖免罪하는 게 아니라 收贖하고 과오를 장부에 紀錄하는 명예형을 병과하는 것이다.⁴⁶⁾

반면 문무관원이 杖罪 이상의 私罪를 범하면 무거운 처벌을 내렸다. 대명률은 태죄와 마찬가지로 장죄 역시 문관과 무관을 나누어 처벌규정을 마련하였는데, 먼저 문관의 경우를 알아보겠다.

41) 杖罪 이상이라고 하였으니 徒罪와 流罪도 포함된다(“曰杖以上 則徒流亦同矣”, 『大清律輯註』(상), 23면).

42) “杖罪以上 明白立文案 每年一考 紀錄罪名 九年一次 通考所犯次數輕重 以憑黜陟”(『大明律』 名例律 文武官犯公罪).

43) “如官吏犯奏事錯誤有害于事 杖六十 耽誤公事 杖八十之類”(『大明律集說附例』 권1 15장).

44) “杖罪以上 如奏事錯誤 有害於事 杖六十 耽誤公事 杖八十之類 官雖收贖 吏雖決罰 仍明白開寫 立成文案 候年終”(『大明律附例箋釋』 권1, 20면).

45) “因公得杖 罪雖稍重 若輒坐刑 則下無全人矣 故官與吏 皆書其過名 以備稽考 九年之後 由此黜陟 蓋亦不罪之罪焉”(『律條疏議』(상), 131면).

46) “公罪至杖以上 則重矣 官贖吏決 仍行紀錄 不得同于答之不附過也”(『大清律輯註』(상), 23면).

장 60이면 1등급을 강등하고, 70이면 2등급을 강등하고, 80이면 3등급을 강등하고, 90이면 4등급을 강등하되, 모두 현직을 해임한다. 流官은 雜職내에 敍用하고, 잡직은 변방 먼 곳에 서용한다. 장 100이면 (유관과 잡직) 모두 파직하고 서용하지 않는다.⁴⁷⁾

문관이 杖罪 이상의 私罪를 범할 경우, 먼저 장 90이하인 輕杖과 장 100인 重杖으로 구분하였다. 그리고 輕杖은 현직에서 解任하고 1등급씩 遞降하여, 流官⁴⁸⁾은 雜職⁴⁹⁾에 雜職은 邊遠에 敍用⁵⁰⁾하도록 하였다. 가령 정 5품 流品官이 장 60에 해당하는 私罪를 범하면, 현직에서 해임하고 品級을 강 1등한 종 5품에 해당하는 雜職에 敍用한다는 것이다. 여기서도 장 60에 해당하는 신체형의 併科가 문제 된다. 율문이 “杖六十 降一等”으로 되어 있어, 문관이 장 60에 해당하는 사죄를 범하면, 杖決은 하지 않고 降解 1등에 그치는 것으로 오해할 소지가 없지 않다. 이러한 오해를 불러일으키도록 하는 것이 당률의 관품으로 형벌을 대체하는 규정이다. 당률은 관원이 徒罪·流罪를 범했을 경우, 徒刑·流刑을 가하는 대신 관품을 강등시키는 것으로 대체하는 官當 제도가 있다. 당률은 私罪의 경우, 5품 이상은 관품 1등급을 강등시키는 것으로 徒刑 2년을 대체하게 하며, 6품 이하 9품 이상은 관품 1등급을 강등시키는 것으로 도형 1년을 대체하게 하였다. 반면 公罪는 각각 1년을 더하여 官當하게 하였는데,⁵¹⁾ 이를 표로 정리하면 아래와 같다.

47) “杖六十降一等 七十降二等 八十降三等 九十降四等 俱解見任 流官 於雜職內叙用 雜職 於邊遠叙用 杖一百者 罷職不叙”(『大明律』 名例律 文武官犯私罪).

48) 流官의 流는 흐르는 물의 흐름으로 正道를 따라 循行하는 것을 말하는데 맡은 임무가 백성과 직접 관련된 관원으로, 중앙의 六部, 都察院 등과 지방의 布政司, 按察司 및 부·주·현에 속한 관원 따위이다(“流官謂流水之流 循行正道 乃正[政]務親民之官 內而六部都察院等 外而布按二司 及府州縣之類”, 『大明律集說附例』 권1 17장). ‘流’는 等次의 뜻도 있으며 流官은 品級이 있는 관원이다(“有品級之官 流乃等次之意”, 『六部成語』, 19면).

49) 雜職은 閑散官으로서 업무가 백성과 직접 관련되지 않는 관원이다. 크게는 염운사, 태복시, 제거사의 관원과 작게는 곡식을 수납하거나 창고를 관리하는 일을 맡은 관원 따위로서 모두 품급이 있는 자를 말한다(“雜職 乃閑散不親民之官 如大而鹽運司太僕寺提舉司 及小而倉場庫務之類 皆以有品級者說”, 『大明律集說附例』, 214면). 正印이 있는 관원이 아닌 자로서 보좌하는 관원이다(“非正印之官 稱曰雜職 卽佐貳也”, 『六部成語』, 19면).

50) 敍用이란 순서에 따라 등용하는 것이다(“敍用謂循序而用也” 『大明律集說附例』 권1 17장).

51) “諸犯私罪 以官當徒者 五品以上 一官當徒二年 九品以上 一官當徒一年 若犯公罪者 各加一年當”

<표 3> 당률의 私罪와 公罪에 대한 官當

	5품 이상의 관원	6품 이하의 관원	비고
사죄	1官=徒2년	1官=徒1년	流刑은 徒4년으로 간주 ⁵²⁾
공죄	1官=徒3년	1官=徒2년	

당률의 官當제도는 문무관리에게 주는 형사상 특전이였다. 그러나 명대에는 관당제도가 폐지되었으므로 당률을 援用할 수는 없다.

이 부분에 대해 16세기 후반에 편찬된 注解는 다음과 같이 기록하였다.

杖六十降一等 七十降二等 八十降三等 九十降四等 贖罪完日 俱解見任⁵³⁾

* 밑줄은 필자

즉 장 60에 해당되는 贖銅錢 3관 600문을⁵⁴⁾ 收贖하고 관품 1등급 降等을 併科한다는 것이다. 그리고 장 100인 重杖이면 罷職不敘하므로 杖罪를 併科하지 않는다.

한편 무관이 杖罪 이상에 해당되는 私罪를 범할 경우, 대명률 규정은 다음과 같다.

(장 90이하의) 杖罪이면 현직을 해임하고 降等 敘用한다. 과직하여 서용하지 않는 (장 100에) 해당하면 降等하여 總旗에 충원한다. 徒罪나 流罪에 해당하면 각각 범한 바에 따라 거리의 원근에 비추어 각 衛에 보내 充軍한다. 만약 (도죄, 유죄인이 배소에서) 戰功을 세우면 직급의 차례를 따지지 않고 擢用한다.⁵⁵⁾

(『唐律疏議』 名例律 官當).

52) “以官當流者 三流同比徒四年”(『唐律疏議』 名例律 官當).

53) 『大明律附例注解』 名例律 文武官犯私罪.

54) 대명률은 五刑 체계에 상응하여 기본 벌금으로서 속전을 규정하였는데, 杖罪에 해당하는 贖銅錢은 다음과 같다.

杖罪	장60	장70	장80	장90	장100
贖銅錢	3관 600문	4관 200문	4관 800문	5관 400문	6관

55) “杖罪 解見任 降等叙用 該罷職不叙者 降充總旗 該徒流者 照依地理遠近 發各衛充軍 若建立事功 不次擢用”(『大明律』 名例律 文武官犯私罪).

위 율문의 내용을 정리하면 다음과 같다.

첫째, 무관이 범한 사죄가 장 90이하의 輕杖이면 현직에서 해임하고 강등 서용한다. 여기서 무관 처벌 내용이 문관과 다음 세 가지 점에서 다르다는 점을 주목할 필요가 있다.

(가)문관은 현직에서 해임하고 流品官은 雜職에 잡직은 邊遠에 서용하였으나, 무관은 강등하여 같은 武職에 서용한다. 가령 指揮使를 同知로 강등하고, 同知를 千戶로 강등하는 것과 같은 따위이다.⁵⁶⁾

(나)문관은 장 60에서 90까지 1등급씩 遞降하여 총 4등급 강등하지만 무관은 通降하여 1등급 강등한다.⁵⁷⁾

(다)문관은 杖罪와 解降을 併科하지만 무관은 장죄를 병과하지 않고 解降만 하였다. 15세기에 편찬된 대명률 주석서 『律條疏議』는 “杖九十以下 皆解去見任之職 降等敍用”라고 하여 杖決을 표기하지 않았으며 16세기 후반에 편찬된 『大明律附例注解』 역시 “杖罪九十以下 解現任 送兵部 依文職 降等敍用”라고 하여, 장죄에 대한 收贖을 註記하지 않아, 장죄를 치죄하지 않았음을 확인할 수 있다.⁵⁸⁾

둘째, 重杖이면 文官은 罷職하지만 무관은 강등하여 總旗⁵⁹⁾에 충원한다. 總旗는 무관은 아니지만 권한이 百戶의 반으로 병사 50인을 지휘하는 하급 군관이다.

56) “如指揮降同知 同知降千戶之類 然亦皆得敍用”(『大明律釋義』 권1 8장).

57) “箋釋謂 軍官笞杖 皆通五等而言 杖六十至杖一百 皆通降一等 不如文職之遞降”(『大清律輯註』 (상), 25면).

58) 그런데 17세기에 편찬된 『大明律附例箋釋』는 “軍官…杖五等者 決訖 解去見任 送兵部 通降一等敍用”라 하여, 杖罪를 併科한 것으로 해석하였다. 疏議, 注解와 箋釋 간의 견해 차이에 대해서는 두 가지 해석이 가능하다. 하나는 대명률 제정 반포 이후로 疏議, 注解이 편찬되는 16세기까지는 장죄를 병과하지 않았다가 箋釋이 편찬되는 17세기 들어 새로이 장죄를 병과하였다는 해석이다. 다른 하나는 箋釋만 장죄를 併科하는 것으로 이해하고 있다는 해석이다. 그런데 청나라 주석서인 『大清律輯註』 역시 注解와 마찬가지로 장죄에 대한 收贖을 註記하지 않은 점으로 보아, 箋釋만 장죄를 병과하는 것으로 이해하고 있다고 보아야 할 것이다. 그리고 대명률이 문관 私罪에 비해 무관 사죄는 減輕 처벌하고 있는 점으로 볼 때, 무관에게는 杖決을 병과하지 않는 것으로 이해한 疏議-注解 계통의 견해가 더 설득력이 있다고 생각된다.

59) 통솔하는 병사의 수가 10인이면 小旗, 50인이면 總旗, 양 總旗 즉 100인이면 百戶, 10百戶 즉 1000인이면 千戶를 삼았다. 千戶에는 正·副가 있고, 千戶이상에는 指揮가 있으며, 指揮에는 使·同知·僉事가 있는데 모두 세습하는 관직이다(“大明之制 十軍立一小旗 五十軍一總旗 兩總旗一百戶 十百戶一千戶 千戶有正有副 千戶以上有指揮 指揮有使有同知有僉事 皆世襲之官也”, 『吏文輯覽』 12, 小旗).

따라서 무관의 강등총기는 문관의 파직불서보다는 약한 처벌인 것이다.

셋째, 군관은 徒罪·流罪를 범해 充軍한다 할지라도, 配所에서 戰功을 세우면 언제든지 擢用한다.

이상 문무관원이 장죄 이상의 私罪를 범하였을 경우의 처벌 내용을 정리하면 <표 4>가 된다.

<표 4> 문무관원이 杖罪 이상에 해당하는 公罪나 私罪를 범하였을 경우의 처벌

公罪				私罪				
죄	대상	처벌	형벌	죄	대상	처벌	형벌	비고
장죄 이상	문무관원	收贖紀錄	재산형+명예형	장60	문관	杖決+降1等 雜職敍用	신체형+명예형	
					무관	降1等 武職敍用	명예형	
				장70	문관	杖決+降2等 雜職敍用	신체형+명예형	
					무관	장60과 동일	명예형	
				장80	문관	杖決+降3等 雜職敍用	신체형+명예형	
					무관	장60과 동일	명예형	
				장90	문관	杖決+降4等 雜職敍用	신체형+명예형	
					무관	장60과 동일	명예형	
				장100	문관	罷職不敍	명예형	
					무관	降充總旗	명예형	
				徒罪	무관	徒5等 杖決100+發2000리 衛充軍	신체형+자유형	若於配所 建立事功 不依資次 陞擢任用
				流罪	무관	杖決100+各照 依地理遠近 (2000리,2500리,3000리) 發各衛充軍	신체형+자유형	若於配所 建立事功 不依資次 陞擢任用

지금까지 살펴본 바와 같이, 대명률은 문관이 태·장죄의 私罪를 범하였을 경우 태죄 2등급[輕答附過, 重答別敍], 장죄 5등급[輕杖遞降(4등급), 重杖罷職] 등 총 7등급으로 나누어 처벌하였다. 반면 무관은 태죄 1등급[收贖附過], 장죄 2등급[輕杖降等別敍, 重杖罷職降充總旗] 등 총 3등급으로 나누어

처벌하였다. 그리고 문관은 신체형을 併科하는 반면 무관은 신체형을 부가하지 않았다. 전반적으로 문관을 무관보다 무겁게 처벌하였음을 알 수 있다. 그 이유에 대해 주석서는 法紀를 관장하는 文官은 전적으로 奉公守法에 힘써야 하기에 私益을 위하여 죄를 범하면 더 엄중하게 처벌하는 것이라고 하였다.⁶⁰⁾ 반면 무관은 할아버지나 아버지, 혹은 본인이 나라를 위하여 공을 세우는 등 공훈이 있어 군직을 세습하는 관원이기 때문에 특별히 우대한다고 하였다.⁶¹⁾ 무관은 대대로 戰功이 있으며, 또한 직책이 무력을 사용하여 禍亂을 평정하는데 있기에, 法紀를 관장하는 문관과 같지 않으므로 마땅히 우대해야 한다는 것이다.

3. 공죄와 사죄 처벌의 차이

대명률은 공죄는 過失犯으로 보아 신체형을 재산형이나 명예형으로 換刑하는 등 脫刑罰化를 추구하였다. 반면 사죄는 故意犯으로 간주하여 일벌백계하는 형사처벌을 하였다. 공죄는 공무집행에서 착오를 범한 行政犯으로 보아 징계처분을 하는 반면 사죄는 도덕적 질서에 대항하는 刑事犯으로 보아 형벌을 가하도록 하였다. 공죄는 矯正的 처벌을 하는 반면 사죄는 應報的 처벌을 한 것이다.

서양에서 18~19세기에 걸쳐 등장한 형벌이론에 應報刑主義와 目的刑主義가 있다. 응보형주의란 형벌의 본질을 범죄에 대한 정당한 응보에 있다고 보는 사상이다. 즉 범죄를 행한 자에게 그 범죄행위에 상응하는 惡害를 가하는 것이 바로 형벌이며, 형벌의 내용은 악행에 대한 보복으로서의 고통을 의미한다고 한다. 응보형주의는 응보의 기준에 관하여 同害報復論의 범위를 벗어나지 못한 점에 한계가 있다. 그리고 해악에 대하여 해악으로 응보한다는 것은 야만에 지나지 않는다는 비판이 제기될 수 있다. 반면 목적형주의는 형벌

60) “文官犯杖 卽不敘 軍官徒流 猶得擢用 非輕文而縱武也 盖文職係司法紀之官 專以奉公守法爲主 苟身犯法 將焉用彼爲哉”(『大明律集說附例』, 17면).

61) “此軍官 乃世有助績 軍衙襲職之官也 或其祖父 或卽本身 曾爲國立功 所宜優待”(『大清律輯註』(상), 20면).

의 의미가 장래의 범죄를 예방하는데 있다고 보는 견해이다. 형벌의 목적은 이미 죄를 범한 범인에게 고통을 주기 위한 것이 아니라, 사회일반인이 다시 동일한 범죄를 범하지 않도록 예방하는데 있다는 것이다.⁶²⁾ 이로 볼 때, 공죄는 목적형주의에 입각해 교정적 처벌을 하고 사죄는 응보형주의에 입각해 응보적 처벌을 하는 것이라고 이해할 수 있다. 이상을 정리하면 아래 <표 5>가 된다.

<표 5> 공죄와 사죄 처벌 차이점

	公罪	私罪
범죄에 대한 인식	행정범	형사범
처벌 방식	징계 처분	형사처벌
처벌 목적	행정적 제재	일벌백계
형벌 이념	목적형주의	응보형주의

관리의 범죄를 사죄가 아닌 公罪로 擬罪하는 것은 문무관리를 우대하는 조치이다. 이를 세종대 문신인 判中樞院事 許稠(1369~1439)는 다음과 같이 말했다.

우리나라에서 죄를 범한 관리들에게 대하여 반드시 그 공과 私를 가려 그 벌의 가볍고 무거움을 정하게 함은 실로 좋은 법이요, 이름다운 뜻이옵니다. 신은 이르기를, ‘族姓이 모이어 朝士가 되고, 조사가 모이어 朝廷이 된다.’고 하였으므로, 조사는 반드시 높이 대접하여야 할 것이옵니다. 그 私罪를 범한 자는 저의 自作이온지라, 비록 지극히 천하게 대접하여도 가하거니와, 그 公罪를 범한 자는 賤者의 例로써 대접함은 불가하옵니다.⁶³⁾

일반인은 사죄로써 형사처벌을 해도 무방하나 관리는 공죄로 從輕寬逸함

62) 이재상, 앞의 책, 45-58면.

63) (判(申)[中]樞院事許稠啓 我朝待犯罪官吏 必辦公私而輕重其罰 實爲良法美意也 臣謂族姓會而爲朝士 朝士會而爲朝廷 故朝士必須尊待也 其犯私罪者 彼之自作 雖待以極賤可也 其犯公罪者 不可待以賤者之例也(『세종실록』 권64, 세종16년 6월 8일(계축).

으로써 귀한 사람은 형벌로 다스리지 않는다는 이른바 君子無刑의 이념이 실현될 수 있도록 해야 한다는 주장이다.

관리 범죄에 대한 우대조치는 唐代에도 있었다. 당률은 “官品이 낮을 때 죄를 범하였는데 관품을 옮긴 뒤에 발각되었거나, 관직이 있을 때 죄를 범하였는데 관직을 그만두었을 때에 발각되었거나, 사건이 발각되어 관직을 그만두었는데, 流罪 이하의 公罪를 범하였으면 모두 免罪한다”고 하였다.⁶⁴⁾ 관리가 轉任하거나 退任할 경우 저지른 범죄가 流罪 이하의 公罪이면 형사상 訴追를 면해주는 면책특권을 부여한 것이다. 반면 私罪이면 면책특권을 부여하지 않고 율문에 따라 죄를 준다.⁶⁵⁾ 대명률 역시 행위 시점과 죄가 발각 시점 사이에 관직 유무나 관품 등에 변동이 생겼을 경우, 私罪는 율문대로 논죄하나, 公罪는 관원으로서의 특권을 인정하는 쪽으로 처리함으로써 형사상의 면책특권을 부여하였다.⁶⁶⁾ 대명률 명례율의 職官有犯(제5조), 軍官有犯(제6조), 文武官犯公罪(제7조), 文武官犯私罪(제8조) 조는 관리 범죄를 우대하려는 취지에서 마련된 조문이다. 문무관원을 처벌할 경우, 제5조와 제6조가 取問 단계에서의 우대 규정이라면, 제7조와 제8조는 擬罪 단계에서의 우대규정이다.⁶⁷⁾

IV. 공죄와 사죄 구분 이념

중국에서는 그리스, 로마, 게르만 계통의 고법과는 달리 예부터 죄를 범할 의사가 없는 행위를 처벌하지 않는 것이 원칙이었는데, 이는 중국 고형법의 우수한 일면이다.⁶⁸⁾ 『書經』은 “사람이 작은 죄를 범하였다 하더라도, 그것이

64) “卑官犯罪 遷官事發 在官犯罪 去官事發 或事發去官 犯公罪流以下各勿論”(『당률소의』 名例律 無官犯罪) ‘卑官犯罪 遷官事發’이란, 9품에 재임할 때 죄를 범하였는데 8품 이상이 된 뒤 발각된 경우 등을 말한다. ‘在官犯罪 去官事發’이란 在官 중에 죄를 범하였는데 관직을 그만둔 뒤 발각된 것을 말한다. ‘事發去官’이란 사건이 발각되었는데 심문이 끝나기 전에 便宜로 사직한 것을 말한다.

65) “餘罪論如律”(『唐律疏議』 名例律 無官犯罪) ‘餘罪論如律’이란 私罪나 公罪로 死罪를 범하였으면 모두 율문에 따라 죄준다는 것이다.

66) 『大明律』 名例律 無官犯罪.

67) “職官軍官犯一條 論取問之事 此條[文武官犯公罪; 필자]與文武官犯私罪條 則取問之後 擬罪發落之事也”(『大明律集說附例』 권1, 16면).

過失이 아니고 또 끝까지 고치지 않으면, 스스로 법을 따르지 않는 것이요, 남이 본받을 것이니, 그 죄가 비록 작다 하더라도 죽이지 않을 수가 없다.” 하였으며,⁶⁹⁾ “사람이 큰 죄를 범하였다 하더라도, 그것이 故犯이 아니면 過誤로 인한 재앙으로 우연히 만난 것이니, 이미 그 죄를 다 자복하였다고 하더라도 그때에 죽일 수가 없다.”⁷⁰⁾고 하였다. 고의와 상습범은 비록 罪過가 적어도 용서하지 말고 무겁게 처벌하는 반면 과실과 偶犯은 설사 큰 죄를 범하여도 감경하여 가볍게 처벌해야 한다는 원칙이다. 定罪量刑의 근거가 故意인가 過失인가의 정신상태에 있다는 것이다.

죄를 범할 의사가 없는 행위는 벌하지 않는다는 원칙은 조선에서도 그대로 원용되었다. 효종대 문신인 領中樞府事 李敬輿(1585~1657)의 발언이 이를 말해준다.

사람의 죄에는 혹 과오도 있고 혹 어쩔 수 없어 저지른 경우도 있고 혹 사세가 그렇게 만든 것도 있으니, 어찌 일정하게 벌을 줄 수 있겠습니까. 이것이 書經에서 과오로 지은 죄와 고의로 지은 죄를 구별하여 말하고, 법률에 公罪와 私罪의 구별이 있게 된 까닭입니다.⁷¹⁾

공죄와 사죄의 구분은 관리 범죄를 신중하게 심의하고 가볍게 처리한다는 欽恤思想의 발현이기도 하였다.

죄에는 輕重이 있고 실정에는 過失과 故意가 있는데, 죄가 무겁고 실정은 고의로서 私罪에 편입된 것은 常法으로써 다스리지 않을 수 없고, 죄는 무거우나 실정이 과실에 의한 것으로 公罪에 편입시키는 죄는 권도를 사용하는 때도 있는데, 이는 欽恤의 본의입니다.⁷²⁾

68) 仁井田陞 지음, 임대희·박순곤 옮김, 앞의 책, 1면.

69) “人有小罪 非眚 乃惟終 自作不典 式爾 有厥罪小 乃不可不殺”(『書經』周書 康誥).

70) “乃有大罪 非終 乃惟眚災 適爾 既道極厥辜 時乃不可殺”(『書經』周書 康誥).

71) “人之罪犯 或有過誤 或有力不及處 或有事勢使然者 何可以一概施律 此所以書稱眚故 有公私”(『孝宗實錄』 권16, 효종7년 3월 병술(7일)).

여기서 常法인 私罪와 權道인 公罪를 판가름하는 기준이 객관적 범죄행위가 아니라 주관적 범죄동기에 있다는 점에 주목할 필요가 있다. “본심을 규명하여 죄를 논한다.”는 原心論罪는 법률을 굽혀서 도덕을 보전하는 사상인 重德派의 전형적인 주장이다. 이들은 사법을 담당한 관리가 안건을 심리하고 판결할 때, 범인의 동기에 주의하여 이를 유죄 여부나 죄형의 경중을 판결하는 최종의 근거로 삼아야 한다고 주장한다. 만약 범인의 범죄동기가 도덕에 부합되면 즉 선하면 설사 법률을 어겼더라도 처벌을 면해주거나 경감해 주어야 하며, 반대로 그 동기가 도덕에 부합되지 않으면 즉 악하면 객관적으로 범법행위가 아니더라도 징벌해야 한다는 것이다. 무릇 춘추의 뜻에 부합되면 ‘志善’으로 법을 위반해도 죄를 받지 않고, 춘추의 요구를 위반하면 ‘志惡’으로 법을 위반하지 않더라도 죄를 받기 때문이었다. 유교이념을 바탕으로 형성된 공죄 사죄의 구분은 ‘법률을 굽혀서 도덕을 온전하게 한다’는 重德派의 입장이 관철된 법률체계인 것이다.⁷²⁾

공자도 “겉으로 드러난 사건만 따져서 벌을 주고, 그 마음을 헤아리지 않는” 옥사심리 방식을 비판하였다. 즉 범인의 주관적인 동기는 고려하지 않은 채, 단지 행위의 객관적인 결과에만 근거하여 죄를 판정하는 “객관적인 범죄심리 경향”을 비판하였다. 동기가 본이며 행위는 末에 불과한 것이기 때문에 原心論罪를 原本論罪라고 한다. 이 원심논죄는 春秋決獄이라고도 일컬어졌으며 때로는 經義決獄이라고도 한다.⁷⁴⁾ 춘추결옥은 춘추의 정신과 사례를 의거로 삼아 斷獄하는 것이다. 춘추결옥은 방법은 論心定罪이다. 즉 사법관이 심리하는 안건 가운데 주요한 것은 범죄자의 주관에 의거하여 定罪量刑한다. 이는 이른바 唯心主義的 斷獄방식인 것이다. 춘추결옥은 중국법제사상 많은 영향을 주었다. 먼저 律學의 발전을 추동하였다. 춘추결옥 후 율학가들

72) “盧思慎議 罪有輕重 情有眚故 罪重情故 而入於私罪者 不可不用常法以治之也 罪重情眚 而入於公罪者 有時乎用權 是乃欽恤之意也”(『成宗實錄』 권240, 성종 21년 5월 정묘(16일)).

73) 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), 103-104면.

74) 儒教經傳(經典과 이에 대한 注疏인 傳)에 있는 구절을 끌고 와서 판결하는 것을 가리켜 중국에서는 經義斷獄이라고 불려왔다. 끌어오는 근거가 史書의 판례일 경우 중국에서는 春秋決獄이라고 불려왔다. 經義斷獄과 春秋決獄이 가능하다는 점이 유교적 法推論에서 독특한 점이다.

이 율문의 해석과 講授에 주의하여 율학이 한 단계 새로운 발전단계로 나아가게 되었다. 다음 법률의 儒家化의 과정을 촉진하였다. 춘추결옥 후 유가사상이 법제 가운데 진일보한 지위를 확립하였다. 그러므로 한대 유생이 유가 경전을 가지고 법률을 주석하여 법률의 유가화를 가속화시켰다. 마지막으로 사법관이 사람의 주관적 요인을 유의하게 되었다. 漢 이전에는 ‘客觀歸罪’의 원칙이 관철되어 사법관이 사람의 주관적 측면을 돌아보지 않아 그 한계가 있었다. 춘추결옥은 이외는 달리 ‘主觀歸罪’를 강조하였다. 이는 비록 비합리적이지만 이로부터 고대 사법관이 斷獄하면서 주관적 요소에 주의를 기울이게 되었다. 춘추결옥은 西漢(BC 202~AD 8) 당시에 흥기하여 魏晉南北朝(221~589)를 거치면서 전후로 수백 년 동안 계속되었다.⁷⁵⁾

춘추결옥은 현안의 해결을 『春秋』에 의존하는 類推解釋의 일종이라 할 수 있다. 유추해석은 법률에 明文이 없을 경우 다른 유사조항을 援用하는 것이나, 춘추결옥은 실정법에 명문이 있더라도 그것을 배제하고 있는 점이 다르다고 할 수 있다. 儒家經義를 定罪量刑의 근거로 삼는 춘추의 원칙은 실정법에 관계없이 志의 선악에 의거해 판단하는 것이므로, 春秋之義의 자의적인 운용으로 罪刑法定主義의 원칙을 파괴할 수 있는 위험성이 내재되어 있다.⁷⁶⁾

관리범죄를 공죄와 사죄로 분간하는 이유는 존귀한 사람을 존귀하게 대우해야 한다며 ‘尊尊’을 옹호하는 等級特權 때문이기도 하다. 『禮記』의 “예는 평민에게 이르지 않고 형벌은 대부에게 미치지 않는다[禮不下庶人 刑不上大夫]”는 禮治사상은 귀족을 처벌하는 데에 특별한 배려를 하도록 만들었다. 형벌의 목적은 소인이나 일반백성 등과 같이 교화시킬 수 없는 사람들을 다루기 위한 것이므로 예로 다스리는 사대부에는 형벌을 쓰는 것이 적절하지 않다는 것이다. 大夫는 존귀하기 때문에 형벌로 모독할 수 없다는 주장은 대부 이상의 귀족에게는 형벌상의 특권이 있었음을 의미한다. 『尙書』 呂刑의 기록에 의하면, 周 穆王 때에 이미 贖刑制度가 있었다. 속형제도는 단지 돈이

75) 王立民, 「什麼是『春秋』決獄?」, 『中國古代法律三百選』(上海古籍出版社, 1991), 592-505면; 陳鵬生編, 『中國古代法律三百選』(上海古籍出版社, 1991).

76) 任仲赫, 「漢律의 정신과 儒家思想의 침투」 (상), 『법사학연구』 17(1996), 19-33면.

있는 귀족과 관리에게 돈과 재물로 속죄할 수 있는 특권을 부여하기 위한 것이었다. 等級名分을 확고히 지켜야만 봉건통치 질서를 잘 유지할 수 있다. 법률적으로 공죄 사죄 분간한 것은 봉건적 등급특권을 더욱더 잘 수호하기 위함 때문이었다.⁷⁷⁾

공죄와 사죄를 분간하는 기준은 객관적 범죄행위가 아니라 주관적 범죄동기에 있는데, 이는 공죄와 사죄의 法源이 객관주의적 법해석보다는 주관주의적 법해석에 바탕을 둔 것임을 의미한다. 객관주의는 범죄의 외부적 사실, 즉 행위와 결과라는 객관적 요소에 중점을 두어 형벌을 과하여야 한다는 행위중심의 사상임에 반하여, 주관주의는 행위자의 인격을 형법적 가치판단의 대상으로 하는 행위자중심의 사상이다. 즉 객관주의는 행위를 벌함에 대하여 주관주의는 행위자를 벌하는 것이다.⁷⁸⁾

서구에 오랫동안 적용되었던 결과책임주의에 따른다면 과실로 인한 것이나 고의로 인한 것이나 그 법인 침해의 태양은 아무런 차이가 없을 것이다. 그러나 중국 고대 형법에서는 행위 각 단계 중 최초의 출발점이 되는 마음(心) 즉 주관적 요소를 범죄판단의 가장 중요한 근거로 삼았다. 『尙書』大禹謨에 있는 ‘과오범은 그 죄가 아무리 크더라도 용서하지 않으면 안 되며’[宥過無大], ‘고의범은 그 죄가 아무리 작더라도 형벌을 가하지 않으면 안 된다’[刑故無小]라는 것이 고의범과 과실범 처벌의 대원칙이 되어 전통사회의 형벌에 관한 가치판단에 있어서 확고한 기준이 되었다. 이와 같이 중국 형법은 고의와 과실을 기초로 범죄자를 분화하였으며, 범죄객체에 따라 같은 행위라 할지라도 형벌을 달리하였는데,⁷⁹⁾ 공죄와 사죄의 구분도 주관주의 법사상의 전통을 계승한 것이다.

한편 공죄와 사죄의 구분은 범죄와 형벌이 서로 상응하지 않는 ‘罪刑不一致’ 현상을 낳게 마련이었다. 형벌의 수위는 범죄의 경중과 일치해야 한다. 형벌의 수위를 정하는 데는 범죄가 사회에 어느 정도 해를 끼쳤는가 하는

77) “敎曰 禮曰刑不上大夫 非關係贓汚 朝侍從夕決杖 甚不可 今後曾經侍從 凡公罪照律 杖則收贖”(『英祖實錄』 권66, 英祖 23년 10월 병인(9일)).

78) 이재상, 앞의 책, 59면.

79) 한상돈, 「中國 古代 刑法의 主觀主義 法思想」, 『慶南法學』 18(2002).

현실적인 고려가 일차적으로 작용해야 한다. 형벌은 범죄에 의해 사회에 야기된 손해에 의해 量定되어야지 범죄자의 감수성에 비례하여 내려져서는 안 된다. 범죄의 공적 피해는 범죄자의 신분이 높을수록 더욱 커진다.⁸⁰⁾ 범죄인의 위계 신분이 어떤 것이든 간에, 같은 종류의 죄는 같은 종류의 벌에 의해서 처벌되어야 한다.

그런데 똑같은 범죄를 놓고 누구는 私罪로 擬罪하고 누구는 公罪로 擬罪하면 법 적용이 공평하지 못하다는 문제가 야기될 수밖에 없다. 明宗代 持平 朴民獻은, ‘법의 적용은 마땅히 일정한 律이 있어야 하는데, 照律할 적에 그 죄가 같은데도 혹은 私罪로 하고 혹은 公罪로 하여, 법의 적용을 높이고 낮춘다고 비판하였다.⁸¹⁾ 법이란 천하 만세의 公共한 것이어서 아무도 이를 굽혀 마음대로 높이거나 낮출 수 없는 데, 판관이 개인적인 친소에 따라 누구는 사죄로 누구는 공죄로 편파적으로 擬罪할 경우, 法司의 紀綱이 확립되지 못하고 조정의 公道도 흥기할 수 없다는 주장이다. 객관주의적인 法治의 입장에서 주관주의적인 心治를 비판하고 있는 것이다.

V. 공죄와 사죄 구분 실례

조선을 건국한 태조 이성계는 즉위 교서에서 모든 公罪와 私罪의 판결은 대명률 적용을 원칙으로 한다고 하였다.⁸²⁾ 대명률이 조선의 보통법으로 자리 잡게 됨에 따라, 조선에서도 범죄를 공죄와 사죄로 나누어 처벌하였다. 조선에서 범죄를 공죄와 사죄로 분간하여 擬罪한 사례는 무수히 많은데, 두 가지 실례만 들겠다. 하나는 실록에 보이는 사례이다.

80) 체사례 백카리아 지음, 한인섭 역, 『범죄와 형벌』(박영사, 2006), 88면.

81) “持平朴民獻曰 用法當有一定之律 而金三達李仁賢照律之際 厥罪惟均 而或以私罪 或以公罪 其用法低昂 果何如耶”(『明宗實錄』 권13, 明宗7년 10월 갑자(15일)).

82) “自今京外刑決官 凡公私罪犯 必該大明律 追奪宣勅者 乃收謝貼 該資產沒官者 乃沒家產 其附過還職贖解任等事 一依律文科斷”(『태조실록』 1권, 태조 1년 7월 정미(28일)). 태조는 대명률의 실제적인 활용을 위해, 이두로 直解한 『大明律直解』를 1395년(태조 4)에 刊印·頒布하였다.

대사헌 趙錫胤과 지평 南重晦가 引避하기를,

신들이 어제 兪徹을 推考하여 照律할 때 律官으로 하여금 兪문을 상고해 내게 하였는데, 적당한 兪를 찾아내지 못하였습니다. 다만 ‘임금이 탈 배를 잘못하여 견고하지 못하게 하였을 경우 감독한 제조관은 工匠의 죄에서 2등을 감한다.’고 한 것이 가장 서로 가까웠습니다. 그러므로 이것으로 比擬하여 照律하여 마감했습니다. 그리고 公罪나 私罪나를 분간하면서는①, 신들의 생각으로는 ‘道主로 있으면서 行幸에 관련된 여러 가지 일을 제대로 검칙하지 못한 죄는 참으로 막중하다. 그러나 그 정상으로 말한다면, 신하가 되어서 어찌 감히 임금이 능소에 참배하는 날에 직무를 태만하게 하여 스스로 엄한 불경죄에 빠져들겠는가. 이로써 본다면 私罪로 단정할 경우에는 억울함이 있을 듯하다.’고 여겼습니다. 이에 감히 公罪로 照律하여 들인 것입니다②. 지금 엄한 분부를 받았으니, 신들이 어찌 감히 뻔뻔스럽게 자리에 있을 수 있겠습니까. 신들의 직을 체직하소서.③⁸³⁾

* 번호와 밑줄 표시는 필자

위 기사 내용을 통해 확인할 수 있는 사실은 다음 세 가지이다.

먼저, 公罪인지 私罪인지를 분간하여 擬罪하는 일은 照律의 마지막 단계에서 이루어진다는 사실이다①. 즉 兪관이 범죄를 兪문에 비추어 해당 형률을 照律하여 합당한 형량을 결정하여 마감한 데 이어, 다시 최종적으로 범죄를 공죄 또는 사죄로 분간하여 擬罪하는데, 이는 현대에서는 찾아볼 수 없는 독특한 형사절차이다.

다음, ‘사죄로 단정할 경우에는 억울함이 있을 것 같기에 공죄로 조율하여 아뢰었다’는 대사헌의 변명으로 미루어 볼 때②, 관원의 입장을 변호할 필요가 있다고 판단할 경우 범죄를 공죄로 분간한다는 사실이다.

마지막으로, 공죄 처분에 대해 임금이 질책을 하자, 대사헌이 책임을 지고 사직하겠다고 요청한 것으로 볼 때, 공죄 사죄 분간이 단순히 의례적인 통과절차

83) 『효종실록』 7권, 효종2년(1651) 10월 을축(21일).

가 아니라, 죄인 처벌에 결정적인 영향을 미치는 중대한 처분이라는 사실이다.

공죄와 사죄를 분간하는 사례는 갑오개혁 이후 지방 관아에서 범죄 관련 문서를 모아 法部에 보고한 『司法稟報』에 더 구체적으로 나와 있다.⁸⁴⁾ 다음은 1895년 9월 전라감사가 해주부 관찰사에게 보낸 문서 내용의 일부이다.

玉果縣에서 囚推한 죄인 曹弼承은 본래 패악한 무리로 법의 취지를 모른 채, 민간을 침학하고 돈과 재물을 토색하다가 죄상이 탄로 났습니다. ①檢律에게 照律 하도록 하니, ②검률 郭昌根이 (a)『大典會通 禁制』조에 이르기를, 『백성을 능멸하고 학대한 자는 장 100 유 3,000에 처한다.』라고 하였으니, (b)조필승은 장 100 유 3,000리, (c)私罪입니다.리는 보고서를 올렸습니다. 이에 ③위 죄인 조필승을 위 율문에 따라 장 100을 친 후 유 3,000리 정배하여 (해주 관찰 배천군에 유배 보냈습니다.)”⁸⁵⁾

* 번호는 필자 표기

옥과현에서 민간을 침학한 조필승에 대한 사법처리 절차는 다음과 같이 진행되었다.

먼저, 전라도 관찰사가 檢律에게 照律, 즉 범죄를 법에 비추어 보아 해당 형률을 적용할 것을 지시하였다(①).

다음, 관찰사의 지시에 따라 검률 郭昌根이 照律하여 手本을 올렸는데, 그 내용은 다음 세 가지였다.

(가)법전과 해당조문: 『大典會通』 禁制조 凌虐百姓者(a)

(나)범죄에 해당하는 형량: 장 100, 유 3000리(b)

(다)공죄와 사죄 분간: 사죄(c)

마지막으로, 검률의 보고서에 따른 관찰사의 집행(③)

84) 『司法稟報』에는 1894년부터 1907년까지 법부와 지방 관아, 지방 재판소 간에 문서의 작성 및 처리 등 행정 문서 수발 과정이 수록되어 있다. 갑오개혁 이후 대소 관원의 公罪에 대한 재판 권한은 義禁司에, 대소 관원들의 私罪나 백성들 재판권한은 法務衙門에 속하는 만큼(『고종실록』 32권, 고종 31년 8월 임신(28일)), 사법품보에는 私罪에 관한 기록이 수록되어 있다.

85) ①令檢律照律 ②則檢律郭昌根手本內 (a)大典會通 禁制條云 凌虐百姓者 杖一百流三千里亦爲有臥乎等用良 (b)曹弼承段 杖一百流三千里 (c)私罪是乎味 手本是置有亦 ③上項罪人曹弼承 依右律 決杖一百後 流三千里定配)(사법품보 <海州府觀察使李鳴善報告書> (1895년) 9월 8일 보고)

위 공문을 통해, 검률이 법전의 율문에 따라 죄를 정하는 依律定罪를 끝낸 다음, 다시 범죄를 공죄 혹은 사죄로 擬罪하여 최종 처결권자인 관찰사에게 보고하는 사법처리 절차를 확인할 수 있다.

VI. 맺음말

이상의 논지를 정리하면 다음과 같다.

1. 중국과 조선의 전통 법은 관리범죄를 公罪와 私罪로 구분하였는데, 이 점이 전통 법률의 중요한 특징 가운데 하나이다. 관리범죄를 공죄와 사죄로 나누는 구분은 이미 漢代에 있었으며, 唐律은 이전 시대의 입법 경험을 종합하여 공죄와 사죄의 구분을 명확히 규정하였다. 明代에 이르러 공죄와 사죄의 처벌원칙과 처벌방식 등이 구체적으로 정비되었는데, 대명률 文武官犯公罪와 文武官犯私罪 조문이 그것이다.

2. 공죄와 사죄를 분간하는 기준은 객관적 범죄행위가 아니라 주관적 범죄동기에 있다. 공죄는 公務 수행과 관련되어 실수나 착오로 저지른 過失犯으로 범죄의사가 개입하지 않았으며, 사죄는 私益을 위해 저지른 故意犯으로 범죄의사가 확고하다. 이는 공죄와 사죄의 法源이 주관주의적 법해석에 바탕을 둔 것임을 말해준다. 이의 사상적 연원은 春秋의 정신과 사례를 근거로 삼아 斷獄하는 春秋決獄이다.

3. 관리범죄를 공죄로 擬罪하는 것은 형사상 소추를 면제해주는 우대조치였다. 판관은 범죄를 법에 비추어 依律定罪한 다음 최종단계에서 공죄 혹은 사죄로 擬罪하였다.

4. 공죄와 사죄로의 구분은 범죄와 형벌이 서로 상응하지 않는 罪刑不一致 현상을 낳았다. 똑같은 범죄를 두고 論心定罪하여 누구는 사죄로 擬罪하고 누구는 공죄로 擬罪하면 법 적용 형평성에 대한 문제점이 두고두고 제기될

수밖에 없었다.

5. 근대사회에 이르러 신분제도가 폐지되면서 만인이 법 앞에 평등하다는 법률상 평등권이 확립되었다. 신분제가 폐지되고 만민평등이 이루어지면서, 관리범죄를 공죄와 사죄로 구분하는 방식도 사라져 모든 범죄는 사죄로 통일되었다. 그 결과 공죄는 행정법체계 속으로, 사죄는 형법체계 속으로 흡수되었다.

■ 참고문헌

I. 원자료

『唐律疏議』, 『大明律』, 『大明律集說附例』, 『大明律集解附例』, 『大明律附例箋釋』, 『律條疏議』, 『大明律附例注解』, 『大明律釋義』, 『大清律輯註』, 『刑法大全』, 『司法稟報』

II. 연구 성과

1. 단행본

仁井田陞 지음, 임대희·박순곤 옮김, 『중국법제사 연구-형법편』, 1959.

陳鵬生編, 『中國古代法律三百選』, 上海古籍出版社, 1991.

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.

李在祥, 『刑法總論』, 博英社, 2003.

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

2. 논문

殷嘯虎, 「我國古代刑法對公罪和私罪是怎樣劃分的?」, 『中國古代法律三百選』, 上海古籍出版社, 1991.

王立民, 「什麼是『春秋』決獄?」, 『中國古代法律三百選』, 上海古籍出版社, 1991, 592-505면.

任仲赫, 「漢律의 정신과 儒家思想의 침투」 (상), 『법사학연구』 17, 1996.

_____, 「漢律의 정신과 儒家思想의 침투」 (하), 『법사학연구』 18, 1997.

심희기, 「18세기의 형사사법제도 개혁」, 『한국문화』 20, 1997.

한상돈, 「中國 古代 刑法의 主觀主義 法思想」, 『慶南法學』 18, 2002.

<Abstract>

Public crime(公罪) and Private crime(私罪)

Han, Sang Kwon*

In Chinese traditional society, crime was divided into the public crime and private crime. This classification had been existed since Han era (漢代), and the Dang Code(唐律) clarified the division reflecting the legislations in the previous era. Subsequently, the principle and the way of criminal punishment concretely systemized during the Ming Dynasty.

The major criteria of the classification between public crime and private crime is a subjective criminal motive, not an objective commission of criminal conduct. This indicates the source of both public crime and private crime is based on the subjective interpretation of the law. However, this standard of classification tended to cause the discrepancy between crime and actual punishment.

After abolishment of the social hierarchy and accomplishment of the equality, the public crime which was sonderdelikt disappeared that all categories of crime started to be regarded as private crime. Therefore, the administrative law regulated the public crime, and the criminal law regulated the private crime.

* Professor, Department of History, Duksung Women's University

[Key Words] Public crime, Private crime, Dang Code(唐律), Great Ming Code(大明律), Objectivism(客觀主義), Subjectivism(主觀主義), Sonderdelikt(身分犯), Administrative law(行政法), Criminal law(刑法)

