

흙흙신서 전발무사 사례 분석 및 시사점 검토 ①:*

다산 정약용의 사건 분석 중심으로

L'analyse des cas du Heumheumsinseo 흙흙신서

(欽欽新書) Jeonbalmusa 전발무사(剪跋無詞)

et l'examination de ses suggestions ①:

Focalisant l'analyse des affaires de

Dasan Jeong Yak Yong

심 승 범**

Sim, Seung-Beom

목 차

- | | |
|---------------------|---------------------------|
| I. 머리말 | III. 전발무사의 사례를 통한 특징 분석 및 |
| II. 흙흙신서 전발무사 사례 분석 | 시사점 검토 |
| | IV. 맺음말 |

다산 정약용은 우리에게 가장 잘 알려진 실학자 중 한 명이다. 그는 생전 역사에 많은 업적을 남겼다. 대표적인 것 중 하나가 바로 법률서인 흙흙신서이다. 흙흙신서는 조선시대 형법서로 30권 10책으로 구성되어있다. 특히 흙흙신서 중 전발무사는 정약용이 직접 작성한 저서로 곡산부사와 형조참의로 임명되었을 당시 다루었던 사건을 중심으로 구성되었다. 본 논문은 전발무사에서 세 가지 사례를 선택하여 기존에 밝혀지지 않은 특징과 시사점을

DOI: 10.35148/ilsilr.2019.43.113

투고일: 2019. 4. 17. / 심사의뢰일: 2019. 6. 7. / 게재확정일: 2019. 6. 21.

* 위 논문은 2018년 제5회 남양주시 다산논문대전에서 입상한 논문으로 남양주시, 남양주시 다산문화재단추진위원회 지원에 의하여 연구되었음.

** 연세대학교 일반대학원 법학과

Étudiant en Master de droit, Université de Yonsei

분석할 것이다.

첫 번째 사례는 전발무사 1권에 있는 수록된 ‘송화현 강문행 옥사의 사계 발사’이다. 이 사건은 공동의 폭행으로 인해 사망한 사건으로 다산은 당시 존재하지 않은 공동정범의 개념을 적용하여 이 사건을 해결했음을 확인했다. 두 번째 사례는 ‘황주 신착실 옥사에 대한 경연에서의 상주’로 전발무사 2권에 수록되어있다. 이 사건은 폭행의 고의로 사망의 결과가 발생한 사건이다. 고의범과 과실범만 구별했던 당시 다산은 고의범과 결과적 가중범을 구별하여 피고인을 처벌함으로 결과책임을 피하고 비례성의 원칙을 실현했음을 이 사례를 통해 알 수 있었다. 세 번째 사례 또한 전발무사 2권에 수록된 ‘강진현 정절부 초검안의 발사’이다. 이 사건은 백득문이 김상운의 지시에 따라 정조이를 위궤를 행하여 자결하게 만든 사건이다. 정범과 피고의 개념만 존재했던 당시 다산은 간접정범의 개념과 일치하는 논증을 펼쳤음을 이 사례를 통해 확인했다.

그러므로 이 논문과 더불어 이후 진행될 흙흙신서 전발무사의 사례 분석은 한국법제사의 발전에 기여할 것이고 현행 형법의 문제점에 대한 새로운 해결책 및 여러 시사점을 제시해줄 것이다.

[주제어] 흙흙신서 전발무사, 다산 정약용, 공동정범, 간접정범, 결과적 가중범

I. 머리말

다산학은 다산 정약용이 연구한 학문을 바탕으로 구성되었다. 정약용은 하나의 학문을 다룬 것이 아닌 실증적으로 우리들의 삶에 필요한 모든 학문을 연구하고 이를 책으로 집필하였다: 정치, 경제, 법률, 지리, 의학 등. 모든 분야에서 부각을 나타낸 정약용을 집대성자라고 부른다. 조선 후기 다른 위대한 실학자들도 많았지만 단지 정약용에게만이 수식어를 붙였다.¹⁾ 이는 그가 실학의 세 가지 정신인 경세치용, 이용후생, 실사구시를 학문을 통해 모두 실현했기 때문이다.

정약용은 필사본으로 500권 이상 많은 책을 집필하였다. 그 가운데 가장 대표적인 저서를 세 가지 꼽자면, 경세유표, 목민심서, 흙흙신서일 것이다. 경세유표는 행정기관의 운영과 관제, 토지, 부세 제도 등과 관련된 내용을 담고 있으며, 목민심서는 정책에 관한 저서로 어떻게 정치를 실현해야 하는지에 관한 저서이다. 마지막으로 흙흙신서는 법률서로 특히 조선시대 및 중국 형사판례들을 다루고 있다. 이 중 흙흙신서는 “조선시대 대표적이 판례집이자 형법학과 수사학 지침서로서의 성격을 동시에 지닌 종합적인 법률

1) 이을호, 현암 이을호 전서 5 다산학 입문, 한국학술정보(주), 2015, 16쪽.

서적으로 다산의 주석과 비평을 덧붙이고 있다는 점이 최대의 장점이다.”²⁾ “다산은 사대 부인 관료들이 법률서적을 잘 읽지 않아 재판의 능력이 없어 죄 없는 백성들을 옥에 가둠으로써 폐해가 크다고 한탄”³⁾하며 흙흙신서를 작성하였다. 이러한 흙흙신서는 경사 요의, 비상전초, 의율차례, 상형추의, 전발무사로 이루어져 있다. 이 중 “가장 마지막 부분인 전발무사 3권에 실려 있는 내용은 다산이 직접 저술한 부분으로 다산 율학의 최고 수준을 보여”⁴⁾준다.

현행의 한국 형법은 다수 일본과 독일에서 계수(繼受)하여 사용하고 있다. 국내 많은 형법학자들은 독일로 유학을 떠나 공부하였고 많은 부분의 독일 형법을 한국 형법에 반영시켰다. 이는 국내 형법 교과서에서 살펴볼 수 있다. 범죄는 나라마다 다르게 나타날 수 있음에도 불구하고⁵⁾ “이러한 실상은 사실상 독일이론이 비판 없이 계수되고 있음을 보여준다.”⁶⁾ 우리 전통 형법의 연구는 여전히 미미하다.⁷⁾ 그러므로 현대사회에서 우리 전통이 반영되어 집필된 전통 형법서 흙흙신서, 특히, 다산 정약용이 직접 저술한 전발무사에 대한 연구는 필수적이다.⁸⁾ 이 연구는 전발무사의 사례 분석을 통해 현재까지 연구된 조선시대 형법제도 이외 기준에 밝혀지지 않은 새로운 특징을 발견할 수 있도록 도와줄 것이다. 이런 점에서 흙흙신서 전발무사의 사례 분석은 현행 형법에 많은 부분 시사점을 제시할 것이다.

흙흙신서 번역서는 1985~1987년에 처음 법제처에서 발간되었다. 이 번역본은 1985년에 1권 137집, 1986년에 2권 140집, 1987년에 3권 145집으로 제작되었다. 이후 1999년

- 2) 심재우, “조선 후기 판례집·사례집의 유형과 『흙흙신서』의 자료가치”, 다산학 제20호, 다산학술문화재단, 2012, 42쪽.
- 3) 이종일, “정다산과 『흙흙신서』”, 다산학 제20호, 다산학술문화재단, 2012, 166쪽.
- 4) 정약용, 다산학술문화재단 흙흙신서연구회 옮김, 흙흙신서 전발무사편-조선의 법과 정의, 사암, 2017, 8-9쪽.
- 5) 체레사 백카리아, 한인섭 옮김, 체레사 백카리아의 범죄와 형벌, 박영사, 2006, 30쪽.
- 6) 하태영, “다산 정약용의 형사철학과 형사정책-한국형 적극적 일반예방사상”, 동아법학 제21호, 동아대학교 법학연구소, 1996, 178쪽.
- 7) “중래 한국 형법을 연구함에 있어서 조선시대 형법의 내용에 관한 연구는 빈약하기 그지없었고, 있다고 하더라도 조선시대의 형법에 대한 사실적 자료를 취합하여 이를 나열하는데 그쳤을 뿐, 이를 오늘날의 형법과 교차비교하거나 재조명하는 작업은 이루어지지 않았다. 오늘날 우리나라 형법의 출발이 조선시대의 형법과의 연속성이 끊긴 채 서구의 형법이론을 토대로 한 유럽식 형법을 수용한 것”이다, 김성돈, 안성훈, 조선시대의 형사법제 연구, 형사정책연구원, 2015, 239-240쪽.
- 8) “다산이 생존해 있던 19세기 전후 조선에서 중국과 한국의 인명 사건에 관한 방대한 판례를 집대성한 이와 같은 저술이 전무후무하다는 점에서 다산의 「흙흙신서」는 그 자체로 살인 사건을 둘러싼 형사재판 제도와 운영의 실상, 다산의 법사상 등을 생생하게 살펴볼 수 있는 귀중한 자료이다”, 심재우, 앞의 논문, 2012, 42쪽.

현대실학사 주도 하에 박석무, 정해림 역주 3권이 출간되었다. 3번째 번역본은 약 20년이 지난 2017년 12월에 다산학술문화재단 흠흠신서연구회에서 『흠흠신서 전발무사편-조선의 법과 정의』를 출간했다. 이는 이전 번역본에서 부족했거나 오역했던 부분을 더 세밀하게 분석하여 다루고 있다. 그러므로 본 연구는 작년에 다산학술문화재단 흠흠신서연구회에서 출간한 흠흠신서 전발무사편 역주본을 중심으로 진행할 것이다. 이 역주본에 있는 사례들을 이번 논문에서 모두 다루지는 않고 특징이 두드러진 세 가지 사례를 선택하여 분석할 것이다. 이런 이유에서 연구 주제명을 「흠흠신서(전발무사) 사례 분석 및 시사점 검토 ①: 다산 정약용의 사건 분석 중심으로」이라고 정했다. 단지 일회성의 연구가 아닌 지속적으로 연구가 이루어져야 그에 따른 큰 영향을 줄 수 있으리라 판단했다. 본 논문은 조선 후기 일반 관리들과 다르게 사건을 분석한 정약용의 형법관이 돋보이는 사례를 차례로 검토할 것이며 이후 동일 주제명 하에 ②, ③...으로 다음 논문을 작성할 것이다. 이번 논문에서 다룰 사례는 전발무사 1권의 ‘송화현 강문행 옥사의 사계 발사’, 전발무사 2권의 ‘황주 신작실 옥사에 대한 경연에서의 상주’와 ‘강진현 정절부 초검안의 발사’이다. 정약용의 사건 해결에 대한 논증을 중심으로 선별된 세 가지 사례들을 세밀하게 검토하면서 조선 후기 형법의 또 다른 특징들을 살펴보고 우리나라 현행 형법과 어떤 유사점이 있는지 확인할 것이다.

II. 흠흠신서 전발무사 사례 분석

1. 사례 1: ‘송화현 강문행 옥사의 사계 발사’

이 사건의 피고는 강문행과 강의손이고 피해자는 모갑이다. 강의손은 강문행의 친족이다. 이 사건 발단은 송화현에 살고 있는 모갑이 그 아버이를 강씨의 산에 투장하면서 시작되었다. 강문행과 강의손은 모갑이 그의 아버이를 투장한 사실을 알고 모갑의 집으로 찾아가 방안에 앉아 있는 모갑을 끌어내어 뜰로 떨어뜨렸고 밖으로 내팽겨쳐진 모갑을 강의손이 머리채를 잡아끌고 때렸다. 이 일이 있는 며칠 후 모갑은 사망하였다.

조선시대 삼검제도에 따라 초검관은 폭행으로 인한 죽음으로 판단하여 강의손을 정범으로 지목한 반면, 복검관은 “모갑이 비록 맞고 차이기는 했으나 시장(屍帳)에는 당초에 흔손(痕損)이 없었으니 이는 반드시 언 땅에 추락하여 내장 계통이 진동해 끊어진 것으

로⁹⁾ 여겨 내손으로 인한 죽음이라 판단했다. 그러므로 초검관의 의견과 달리 강문행을 정범으로 지목하였다. 삼검 또한 복검과 마찬가지로 강문행을 정범으로 간주했지만 “공론은 의심스러운 옥사라 했다”¹⁰⁾는 대목을 보아 그 당시에도 삼검만으로 강문행이 정범이라 판단하기에는 여러 어려움이 있어 보인다. 게다가 “여러 도(道)의 검관들이 ‘무릇 시장에 혼손이 분명하지 않아 사건은 번번이 내손(內損)이라’고 하니 주상께서 하교로 금지 조치하였다”¹¹⁾하는 것을 미루어 짐작해보아 검관들에 의해 실시된 삼검은 사건에 있어 원인을 파악하는 데 정확성이 그렇게 높아 보이지는 않는다. 이후 형조판서 박종갑은 ‘떼밀렸다’와 ‘끌려 떨어졌다’의 논의가 지속되자 재사를 열어 정약용을 사관으로 임명했다. 이 사건의 사관으로 임명된 정약용은 먼저 모갑이 ‘떼밀렸는지’ 또는 ‘끌려 떨어졌는지’를 구분하고자 했다. 정약용은 이 두 행위를 다음과 같이 정의했다. “만약 떼밀렸다고 한다면 손에 힘을 주어 허공으로 날려 떨어지고 하는 것이요, 끌려 떨어졌다면 이는 창으로 나왔을 때 갑자기 휘둘러 아래로 떨어지게 한 것이다.”¹²⁾ 그러므로 정약용은 “방에서 끌어낼 때 재빨리 힘을 써서 발을 섬돌에 디딜 사이도 없이 곧 몸을 떨어뜨려 땅에 떨어졌다는 것이 세상 순리이고 이치상 당연한 것이”¹³⁾라 말하며, 모갑은 끌려 떨어진 것이 아닌 떼밀렸다고 판단했다. 게다가 “떼민 경우에는 온몸이 넘어져 엎어지고, 끌려 떨어진 경우에는 두 다리가 아래로 내리꽂히게 됩니다”라고 언급하면서 “전자의 경우는 사나우나 후자의 경우는 약하고, 전자의 경우는 위태로우나 후자의 경우는 가벼운 것입니다”라고 상처의 경중을 판단하며 ‘떼밀렸는지’와 ‘끌어 내렸는지’를 구분하는 이유를 설명했다. 다시 말해 끌려 내렸다면 두 다리가 땅에 떨어지게 되므로 죽을 정도의 내상은 입지 않지만 떼밀렸다면 온몸이 언 땅에 던져져 죽음의 내상을 입게 되므로 정범이 모호한 상황에서 강문행이 정범이 될 수 있음을 피력하고 있다.

하지만 정약용은 “내손의 가능성은 이러나저러나 매한가지이므로, (강)문행이 죽느냐 사느냐의 문제와 옥정의 억울함과 공평함 사이에는 아무런 관계가 없습니다”¹⁴⁾라고 언급하며, ‘떼밀렸다’와 ‘끌어 내렸다’는 이 옥사를 판결하는데 중요한 요소가 아니라고 보았다. 그는 폭행 시 밀치면서 엎치락뒤치락 하게 되고 내손에 영향을 줄 수 있기 때문

9) 정약용, 앞의 책, 55쪽.

10) 위 각주 9)와 같음.

11) 위 각주 9)와 같음.

12) 정약용, 위의 책 59쪽.

13) 위 각주 12)와 같음.

14) 정약용, 위의 책, 65쪽.

에, “어찌 반드시 내손의 원인이 강의손으로부터 말미암지 않았고, 상명(償命)의 단안(斷岸)이 오로지 강문행에게만 돌아가겠습니까?”¹⁵⁾라고 반문했다. 즉 ‘떼밀렸다’와 ‘끌어내렸다’의 두 가지를 구분하여 정범만 찾는 것이 아닌 폭행을 한 강의손 또한 모갑의 내손을 입힐 수 있다고 판단했다. 그러므로 정약용은 정범을 한 사람을 정하고자 시시비비를 가리는 것이 아닌 두 사람 모두 처벌하자는 의견을 내고 있음을 추측할 수 있다.

2. 사례 2: ‘황주 신착실 옥사에 대한 경연에서의 상주’

이 사건의 피고는 황주 백성 신착실이고 피해자는 모갑이다. 신착실은 옛 장수인데 모갑이 2개의 엿을 외상을 지고 갚지 않아 연말에 신착실이 모갑의 집에 찾아가 발생한 사건이다. 신착실이 모갑에게 외상값을 받으려 했지만 모갑은 주지 않아 서로 다투다 신착실이 손으로 모갑을 밀었다. 밀린 모갑은 등 뒤에 있던 지게의 빨에 항문을 통해 복부가 찢려 즉사하면서 옥사가 성립하였다.

이 옥사를 해결하기 위해 도내 수령들이 모여 상의한 결과 신착실을 살인죄로 처벌하려 하였다. 이는 “이 죄수는 엽전 2냥 때문에 즉각 살인하였으니 반드시 용서할 수 없다”¹⁶⁾라는 대목을 통해 알 수 있다. 수령들은 외상값을 치르지 않은 모갑의 집에 신착실이 찾아가 외상값을 받으려 하였지만 받을 수 없어서 의도적으로 살인을 저질렀다고 보았을 것이다.¹⁷⁾ 하지만 “나와 정판관만이 유독 그렇지 않다”라고 말했다”¹⁸⁾는 것을 미루어 보아 정약용은 그들의 의견에 동의하지 않았다. 그 다음 해 여름 의옥이 진행될 때 정약용은 왜 신착실 사건에 동의할 수 없는 이유에 관해 설명하며 다시 이 사건을 다루고자 하였다. 이는 “황주 신착실의 옥사는 의논할 것이 없지 않습니다”¹⁹⁾라는 대목에서 알 수 있다. 그에 따르면 “실로 지게의 빨은 본래 곧은 날이 아니고 그 형사가 비스듬하여, 항문의 구멍에 양자가 교묘하게 서로 충돌한 것이지 사람이 능히 할 수 있는 일이 아닙니다”²⁰⁾라고 설명했다. 즉 정약용은 지게의 빨이 송곳처럼 날카롭지 않음

15) 위 각주 14)와 같음.

16) 정약용, 위의 책, 115쪽.

17) 이 대목에서 당시 관할의 전문성 부족이 잘 드러나고 있고 있다. 당시 “Professional이 아닌 Generalist들의 논의는 세밀한 규칙에 대한 통효(通曉)를 바탕으로 전개되기보다는 가일층 상식과 통념에 의존하는 경향이 강하여 필연적으로 원리론적이거나 가치론적으로 진행되었다”, 최병조, 비교법문화론, 민속원, 2018, 386쪽.

18) 위 각주 17)과 같음.

19) 위 각주 17)과 같음.

20) 위 각주 17)과 같음.

에도 불구하고 모갑의 작은 항문의 구멍에 들어간 것은 운이 좋지 않아 사망에 도달한 것이라고 판단했다. “신작실에게는 비록 타인을 민 죄가 있다 하더라도 타인(모갑)을 죽일 마음은 없었습니다”²¹⁾라고 말하는 것을 보아 죽일 고의와 죽이지 않고 밀어낼 고의를 그는 구분하고자 했음이 확실해 보인다. 정약용의 논리를 들은 왕은 “지극히 뾰족한 것은 지게의 뿔이요, 지극히 작은 것이 항문의 구멍이다. 아주 뾰족한 뿔이 아주 작은 구멍과 맞닿는 것은 천하의 지극히 교묘한 우연이다”²²⁾라고 설명하면서 죽일 고의와 동일한 결과를 초래한 밀어낼 고의를 구별하여 신작실을 작방(酌放)²³⁾하였다.

3. 사례 3: ‘강진현 정절부 초검안의 발사’

이 사건의 피고는 김상운이고 피해자는 정조이이다. 완도로 시집간 정조이는 갑자기 남편이 사망하고 한 명의 유복녀만 두었다. 그녀는 “내 남편이 갑자기 죽고 오직 이 핏덩이 하나만 있으니, 나는 마땅히 마음을 다해 양육해야 한다. 어찌 타인에게 시집갈 수 있겠는가?”²⁴⁾라고 언급하며 정절을 지키기로 다짐했다. 하지만 피고 김상운은 아내가 있는데도 아들이 없다는 이유로 다시 장가를 들기 위해 그녀와 중매를 서보려고 중매자에게 뇌물도 주어보았지만 “정씨의 마음은 만 마리의 소로 끌어도 돌리기 어렵”다는 회답뿐이었다. 온갖 계책을 꾀했지만 소용이 없자 김상운은 이제득의 집으로 가서 밤을 타 정씨의 집안에 돌입하여 강간하려 하니, 정씨가 큰소리를 질러 그녀의 오빠인 정사룡 등이 김상운을 붙잡아 때려 쫓아냈다. 그러자 김상운은 무고장을 써서 첨사에게 제출하여 백득문으로 하여금 정조이를 잡아 오도록 하였다. 하지만 그녀는 “나는 죄가 없으니 어찌 붉은 오랏줄을 두려워하겠는가! 그러나 내 몸이 한 번 진정(鎭庭)으로 들어가면 필경 정절이 훼손될 것이다. 내가 살아서 정절을 훼손당하느니 차라리 죽어 정절을 보존하겠다”²⁵⁾고 언급하며 방에 들어가 자결하였다.

이 사건에 대해 복검관은 “이 시체의 실인이 자륙치사(自勒致死)임은 비단 고주(苦主)

21) 위 각주 17)과 같음.

22) 정약용, 위의 책, 117쪽.

23) “작량하여 석방하는 것이다. 『홍재전서弘齋全書』 권160 『심리록審理錄』 26에는 작방(酌放)의 구체적 내용이 “엄형감사정배(嚴刑減死定配)(엄히 형추한 뒤에 사형을 깎아 유배형으로 처벌하라)” 라고 기록되었다, 정약용, 위의 책, 116쪽.

24) 정약용, 위의 책, 169쪽.

25) 정약용, 위의 책, 173쪽.

의 초사로부터 스스로 명백할 뿐만 아니라 또 검장(檢帳)에 드러난 상흔도 의심스러운 바가 없습니다”²⁶⁾라고 언급하며 정조이의 죽음은 자살임을 명백히 밝히고 있다. 그는 문제 제기하기를 “자륙이라고 말하면 정범(正犯)이 없게 됩니다. 아! 저 화를 초래한 수범(禍首)인 김상운은 장차 사형에 처할 수 없겠습니까?”²⁷⁾라고 말하며 정약용에게 이 사건을 의견을 구하고 있다. 이를 미루어 보아 그 당시의 형법에 의해서는 김상운을 정범으로 처벌할 수 없음을 짐작할 수 있다. 복검관은 단지 자륙으로 이 사건을 다루면 김상운을 처벌할 수 없음을 인지하면서 살인을 위꺽자륙치사로 개록했다. 하지만 그는 김상운이 직접 이 사건의 범행을 저지르지 않았기 때문에 피고인으로 몸소 실행한 백득문을 위꺽의 죄로 다루고자 했다.²⁸⁾ “다만 일에는 주인과 객이 있고 정에는 허실이 있으므로 좌우를 참작하여 보면 끝내 이것을 버리고 저것을 취하는 것이 어렵다라고 보아 백득문을 간련(干連)으로 개록했다.”²⁹⁾ 또한 복검관이 판단하기에 김상운은 단지 정조이를 사모하는 마음이 깊었지 죽음을 사주한 것이 아니라고 보고 있다. 이는

저 김상운의 부끄러움과 분함은 정씨가 거절함에 격해졌고 정욕(情慾)은 애모하는 정을 전달함[挑琴]에 오히려 간절하여 정녀를 바라는 마음이 끊이지 않아 몰래 사모하는 마음이 깊었습니다. 조용히 잡아가려 했다는 변명은 꾸며낸 말이지만, (이와 달리) 몰아붙여 죽음에 이르게 한 것은 결코 사주한 일이 아닙니다. 이러한 이유에서 저 김상운이 지극히 원한 바는 일을 이루려는 데에만 있었을 뿐이지 본래 의도가 어찌 모살에서 나온 것이겠습니까?³⁰⁾

의 대목에서 확인할 수 있다. 그러므로 복검관은 지시를 한 김상운을 정범으로 봐야 할지 아니면 지시를 받아 행동으로 취한 백득문을 정범으로 봐야 할지 정확히 판단하기 어려웠다.

이 사건에 대해 정약용은 “죄를 범하고 율을 범하는 것이 어찌 반드시 자신의 손으로 범하여야 범인이 된다는 말인가?”³¹⁾라고 복검관의 판단에 반문하며 “손가락 하나 까딱

26) 위 각주 25)와 같음.

27) 정약용, 위의 책, 175쪽.

28) “미루어 보건대 정녀의 목숨은 김상운에게 끊어진 것이 아니고 백득문의 손에 끊어진 것입니다”, 정약용, 위의 책, 181쪽.

29) 위 각주 28)과 같음.

30) 위 각주 28)과 같음.

31) 정약용, 위의 책, 191쪽.

하지 않았다 하더라도 계획을 꾸민 자는 마땅히 정범이 되어야 하고, 비록 계획을 이행했더라도 사역을 당한 자는 차범(次犯)이 되어야 한다”³²⁾고 주장했다. 이는 곧 정조이를 잡아오라 시킨 김상운이 피고가 아닌 정범이 되어야 하지 백득문을 정범으로 두어서는 안된다고 해석할 수 있다. 김상운의 강간미수죄에 관해서 “처음에 강간에 성공하지 못하자 끝내 위궤하여 치사하게 하였으니 반복하여 생각해도 그를 살릴 방도는 보이지 않는다”³³⁾라고 말하며 김상운이 정범임을 강조하고 있다. 복검관의 김상운의 의도에 관한 논증에 대해서 다산은 “만약 김상운의 본래 의도가 모살이 아님을 이유로 용서할 것이라면 강간치사의 경우 본래 의도가 모살이 아닌 이유로 용서해야 한다는 것인가?”³⁴⁾라고 반문하며 그의 논리에 반박했다. 그러므로 다산은 이 사건에 대해 김상운을 정범으로 간주하여 일률(一律)로 처벌해야 한다고 주장한다.

III. 전발무사의 사례를 통한 특징 분석 및 시사점 검토

1. 사례 1: 공동정범으로의 처벌

정약용은 ‘송화현 강문행 옥사의 사계 발사’ 사건에서 ‘떼밀렸다’와 ‘끌어 내렸다’의 논란 속에서 이 두 행위를 정의하고 상처의 경중을 세심하게 비교 분석했다. 하지만 그는 강문행이 어떤 행위를 했느냐를 찾는 것 보다 이 사건의 해결에 있어 반드시 한 명의 정범을 선택해야 하는 것이 아닌 두 사람 모두 처벌해야 한다는 논리를 펼치고 있다. 이는

때리고 차고 하는 것은 반드시 밀치는 일이 수반되며 뒤엀킨 몸은 반드시 었치락뒤치락하게 되어 있습니다. 밀치게 되면 손은 쉽게 가슴과 등에 닿고, 었치락뒤치락하다 보면 내장 계통이 진동을 받게 되니, 어찌 반드시 내손의 원인이 강의손으로부터 말미암지 않았고, 상명(償命)의 단안(斷岸)이 오로지 강문행에게만 돌아가겠습니까?³⁵⁾

32) 위 각주 31)과 같음.

33) 위 각주 31)과 같음.

34) 위 각주 31)과 같음.

35) 정약용, 위의 책, 65쪽.

의 대목에서 확인 가능하다. 이러한 정약용의 논리는 현행 형법의 공동정범 개념을 적용하고 있다. 이 사건에서 삼검을 통해 확인된 모갑의 죽음에 대한 원인은 내손이다. 이 당시 정범의 개념만 있었기 때문에 폭행을 가한 강익손이 내손을 입혔느냐 아니면 방에서 있던 모갑을 끌어낸 강문행이 내손을 입혔는가가 정범을 결정하는 중요한 사안이었고, 강문행이 내손을 입힐 가능성이 크다면 모갑이 ‘떼밀렸는지’ 또는 ‘끌어 내려졌는지’를 확인하여 정범을 결정하고자 했다. 한 사람을 정범으로 정해야 하는 것은 “조선시대에 살인사건이 일어나면 한 사람의 생명에 대해 다른 한 사람의 목숨으로 갚아야 했고 범인이 두 명 이상일 경우 한 사람이 주범이 되어 사형을 받아야”하는 것과 관련 있다.³⁶⁾ 하지만 정약용은 두 사람 모두 모갑의 죽음에 원인을 제공했기 때문에 ‘떼밀렸다’와 ‘끌어 내렸다’를 구분하여 정범을 찾기보다는 두 사람 모두 처벌할 수 있도록 공동정범에 의한 처벌을 제안했다.

조선시대에는 공동정범의 개념이 존재하지 않았다.³⁷⁾ 다만 이 당시에는 단지 공범의 개념만 존재했다고 조선시대의 대표적인 형법서인 대명률³⁸⁾39)에 명시되어 있다. 이러한 대명률은 당률에 많은 영향을 받아 제작되었다.⁴⁰⁾ 당률에서는 공범을 반드시 수와 종으로 구분하도록 정의하고 있으며, 2인 이상의 경우 범행 고의의 순서에 따라 범의 유발의 소재를 구분하여 주모자를 수(首), 조력자를 종(從)으로 보았다.⁴¹⁾ 이것이 당률의 수종구분의 원칙⁴²⁾이다. 이때 주범인 수범을 결정하는 기준은 다섯 가지로 살펴볼 수 있다. 첫째, 사망의 결과를 초래한 경우 상처를 낸 자, 둘째, 폭행의 정도가 중할 때 처음 폭행한 자, 셋째, 사건을 주도한 자, 넷째, 범죄 발생 후 공범들 중 한 사람이 사망한 자, 다섯째,

36) 손인희, “조선후기 살인죄의 주범과 종범 결정과정”, 순천대학교대학원 석사학위논문, 2015, 10쪽.

37) 손인희, 위의 논문, 5쪽.

38) 대명률은 조선의 대표적인 형법서이긴 하지만 무조건적으로 대명률 근거하여 판결을 선고하지는 않았다. “국왕의 재단이 간혹 대명률보다 우선시킬 가능성” 또한 찾아 볼 수 있었다, 심희기, “일인상명(一人償命) 담론(談論)에 대한 재고(再考)”, 법사학연구 제51호, 한국법사학회, 2015, 45쪽.

39) 대명률이 편찬되어 전래된 시기의 기준을 하한 1388년 창왕 즉위년으로 보고 있지만 이 논문에서는 그 이전에 편찬되어 사용되고 있었다고 보고 있다, 다나카 토시미즈, “조선초기(朝鮮初期) 단옥(斷獄)에 관한 연구(研究)”, 서울대학교대학원 박사학위논문, 2011, 77-79쪽.

40) 대명률은 조선의 형법에 전반적으로 적용되었고 대명률의 규정에 문제가 있을 시 당률을 통해 대명률을 수정하기도 했다, 조지만, 조선시대의 형사법: 대명률과 국전, 경인문화사, 2007, 104-109쪽.

41) 서정민, “당률의 공범처벌과 수종구분(首從區分)의 원칙”, 법사학연구 제39호, 한국법사학회, 2009, 139쪽.

42) “수종구분의 원칙은 공범의 성립과 양형에 있어서 당률의 공범론의 근간이었으며 동해보복론에 입각한 서구의 응보형주의에 비견된다. 이러한 수종구분의 원칙은 모반, 대역, 강도 등 국가적 차원에서 엄히 규율하고자 하는 범죄에 있어서는 예외적으로 적용되지 않았고 명시된 범죄 외에는 모든 공범을 수범과 종범으로 구별하여야 했다”, 서정민, 위의 논문, 164쪽.

가족이 공범인 경우 가장의 위치에 있는 자.⁴³⁾ 이러한 “당률의 수종구분 원칙은 별다른 변경 없이 대명률에도 그대로 적용하여 일반화되고 있었으며, 조선은 이 대명률을 그대로 수용했다.”⁴⁴⁾

형법 제30조에 따르면 “2인 이상이 공동하여 죄를 범한 때에는 각자를 그 죄의 정범으로 처벌한다”고 공동정범을 규정하고 있다. “공동정범은 개인적으로 범죄의 구성요건적 객관적 행위를 달성한 이를 가리킨다.”⁴⁵⁾ 게다가 “동시적이고 상호적인 이용관계를 가지면서 공동으로 범죄를 실행”⁴⁶⁾해야 한다. 즉 사건 범행 시 2인 이상이 동시성과 상호성을 가져야 함을 의미한다. 공동정범은 정범 내에 속하는 개념으로 종범과는 구별된다. 공동정범의 성립요건으로 주관적 요건인 공동의 범행의사와 객관적 요건인 공동의 범행실행을 요하고 있다.⁴⁷⁾ 또한 “형법 제30조는 각 공동행위자가 협력하여 분업적으로 구성요건을 실현한 경우에 각자가 구성요건의 일부만 실현할 때에도 그 전체에 대한 책임을 지도록 한다.”⁴⁸⁾

이러한 공동정범의 개념을 봤을 때 강문행과 강의손은 모갑에 해를 가할 공동의 범행의사와 공동의 범행실행이 있었음을 알 수 있다. 정약용에 따르면 강문행 방 안에 있는 모갑을 ‘떼밀어’ 언 땅에 내팽개쳐 해를 가했고, 강의손은 모갑에 폭행을 가하였다. 두 사람 모두 모갑의 사망원인인 내손에 기여했기 때문에 두 사람 모두를 처벌해야 한다는 정약용의 논리는 현행 형법의 공동정범 개념과 일치함을 알 수 있다.

2. 사례 2: 결과적 가중범과 고의범의 구별

다산은 “형사 사건 처리에 있어 기본원칙을 흠휼(欽恤)⁴⁹⁾이라 하여 이를 강조하였다.”⁵⁰⁾ 그는 흠휼을 바탕으로 ‘황주 신작실 옥사에 대한 경연에서의 상주’에서 살인의 고의를 가지고 범한 살인과 밀었는데 죽음의 결과가 발생한 경우를 구별하고자 했다. 이는

43) 손인희, 앞의 논문, 5쪽.

44) 서정민, 앞의 논문, 166쪽.

45) B. Bouloc, *Droit pénal général*(22e édition), Dalloz, 2011, p.273.

46) 이재상, 형법총론, 박영사, 2011, 454쪽.

47) 대법원 2005. 4. 29 선고 2003도6056 판결.

48) 이재상, 앞의 책, 455쪽.

49) 사건을 조심스레 다루고, 그 사람을 가련히 여기는 것. 조균석, 『“흠휼신서”에 수록된 조선시대 과실살 사례의 고찰』, 다산학 제20호, 다산학술문화재단, 2012, 108쪽.

50) 위 각주 49)와 같음.

실로 지계의 뿔은 본래 동은 날이 아니고 형세가 비스듬하여, 향문의 구멍 역시 은밀한 곳에 있어 양자가 교묘하게 서로 충돌한 것이지 사람이 능히 할 수 있는 일이 아니기 때문에 타인(모갑)을 민죄가 있다 하더라도 죽일 마음은 없었습니다.⁵¹⁾

라는 대목에서 알 수 있다. 이러한 정약용의 논리는 현행 형법의 결과적 가중범⁵²⁾의 개념과 해당한다. 현행 형법에서는 고의범과 결과적 가중범의 처벌을 달리하고 있다. 정약용은 그 당시에 고의범과 결과적 가중범의 차이 즉 살인의 고의를 가지고 사망의 결과를 발생 시킨 경우와 단순히 밀어낼 고의를 가졌지만 사망의 결과를 발생 시킨 경우가 엄연히 다름을 인지하고 있다. 이 차이의 인식은 곧 그가 범행 시 고의의 정도 또한 사건 해결에 있어 중요한 요소로 고려하고 있음을 알 수 있다. 다산은 주관적 요건인 고의를 더 정확히 분석하면서 이 사건을 해결하고자 했다. 정약용의 의견을 수렴한 임금은 신착실을 살인죄와 동일하게 처벌한 것이 아닌 감경하여 그를 처벌했다.

당시에는 일반적으로 결과적 가중범에 대한 개념이 없어 보인다. 이는 신착실 옥사를 다루기 위해 도내의 여러 수령들이 부용당에 모여 “이 죄수는 엽전 2냥 때문에 즉각 살인하였으니 반드시 용서할 수 없다”라는 대목을 통해 그 당시 고의범과 결과적 가중범을 구별하지 않았음을 추측할 수 있다. 하지만 고의범과 과실범의 구별은 분명히 했다.⁵³⁾ 이는 “고의 유무를 고려하여 형사사건을 처리한 것은 고대 이래 오래된 동아시아의 법 전통이었고, 과실처럼 고의가 없다고 판단된 경우 주로 사면되거나 감형되었다. 조선에서도 또한 그러했다”⁵⁴⁾는 대목에서 확인 가능하다. 정약용은 과실의 개념을 더 구체화시켰다. 그는

중국에서 살인 사건을 분류하는 여섯 가지 유형을 소개했다. 첫째, 모살(謀殺)[계획하여 죽이는 경우], 둘째, 고살(故殺)[고의로 목숨을 해치는 경우], 셋째, 투살(鬪殺)[다른 사람과 싸우다가 때려죽인 경우], 넷째, 희살(戲殺)[장난치다가 사람을 죽인 경우], 다섯째, 오살(誤殺)[잘못 알거나 오인하여 사람을 죽인 경우], 여섯째, 과살(過殺)[실수로 사람을 죽인 경우].⁵⁵⁾ 이런 분류는 복잡하다고 판단한 다산은 살육 판단의 가장 중요한 기준인

51) 정약용, 앞의 책, 115쪽.

52) 결과적 가중범과 고의범의 객관적 요건은 동일하다, P. Philippe Conte, *Droit pénal spécial(5e édition)*, LexisNexis, 2016, p.44.

53) 이명복, 조선시대 형사제도, 동국대학교 출판부, 2007, 15쪽.

54) 김호, “흙흙신서(欽欽新書)의 일고찰(一考察)”, 조선시대사학보 제54호, 조선시대사학회, 2007, 233쪽.

55) 정약용, 박석무/정해림 옮김, 역주 흙흙신서(欽欽新書), 현대실학사, 1999, 288-289쪽.

‘고의’ 유무를 고려해 크게 세 가지로 정리했다: 고살(故殺), 오살(誤殺),⁵⁶⁾ 투살(鬪殺).⁵⁷⁾

여기서 그는 “실수로 저지른 살인은 ‘애초에 죽이려는 마음이 없는 경우’라고 정의했다. 반대로, 이는 조금이라도 죽이려는 마음이 있었다면 처벌해야 한다는 의미로 해석될 수 있다.”⁵⁸⁾ 그렇다면 결과적 가중범, 특히 폭행 또는 상해치사와 같은 범죄에 대해서는 고의로 봐야 할지 과실로 봐야 할지가 문제가 되었다. 정약용에 따르면 투살은 고살이 될 수도 있고 오살이 될 수도 있다는 점을 지적하였다. 그는 투살에 대해 터럭만 한 차이로 죽고 사는 일이 결정되기에 투살을 판단할 때는 더욱 신중할 필요가 있다고 주장했다.⁵⁹⁾ “이는 고의에 의한 살인에서 살해 의도가 약한 경우와 폭행치사에서 분개함이 강했을 때 그 경계가 모호하”⁶⁰⁾기 때문이기도 하다. 그러므로 다산은 위의 신착실 옥사에서 신착실이 모갑을 밀어낸 죄는 인정하되 살인의 고의와는 구별하였다는 점에서 결과적 가중범에 대해 분명히 인식하고 있음을 알 수 있다.

현행 형법에서 결과적 가중범은 기본 범죄행위에 중한 결과의 발생한 때이다.⁶¹⁾ 이는 기본범죄에 내재되어 있는 잠재적 위험성이 중한 결과로 드러남을 의미한다.⁶²⁾ 기본 범죄행위에 예측한 결과가 발생했다면 일반 범죄로 처벌된다. 예를 들어 사람을 때린 행위와 결과에 대한 인식이 있을 경우 폭행 또는 상해죄로 처벌 받는다. 하지만 폭행 또는 상해를 가할 행위에 대한 의도는 있었지만 살해할 의도가 없음에도 불구하고 사망의 결과가 발생한다면, 즉 추구한 목적보다 결과가 과하게 발생했다면⁶³⁾ 이는 결과적 가중범에 해당한다고 볼 수 있다. 그러므로 결과적 가중범에 대해 고의범과 과실범 사이 중간단계의 형을 부과해야 한다.⁶⁴⁾ 형법 제15조 제2항은 결과적 가중범을 규정하고 있다. 이 조항에 따르면 “결과로 인하여 형이 중한 죄에 있어서 그 결과의

56) “다산은 오살에 불식(不識), 과실(過失), 그리고 유망(遺忘)의 세 가지 유형이 있다고 보았다. 먼저 불식은 잘못 알고 죽인 경우이다. 과실은 칼로 나무를 베려다가 잘못해 사람을 죽인 경우이다. 유망은 ‘전혀 모르고 죽인 경우’로 모두 잘못으로 죽인 과오살에 해당한다”, 김호, “정약용, 조선의 정의를 말하다”, 책문, 2013, 122쪽.

57) 김호, 위의 책, 121쪽.

58) 김호, 위의 책, 123-124쪽.

59) 김호, 위의 책, 121쪽.

60) 김태영, “다산 정약용의 형률관과 형정 개선책”, 부산대학교대학원 석사학위논문, 2006, 18쪽.

61) 김일수/서보학, 형법총론 제12판, 박영사, 2014, 336쪽; 박상기, 형법총론 제9판, 박영사, 2012, 309쪽; 배종대, 형법총론 제13판, 홍문사, 2017, 500쪽; 신동운, 형법총론 제9판, 법문사, 2017, 249쪽.

62) 박상기, 위의 책, 312쪽; 신동운, 위의 책, 250쪽.

63) B. Boulou, H. Matsopoulou, *Droit pénal général et procédure pénale*(19e édition), Sirey, 2014, p.122.

64) S. Jacopon, *Droit pénal général*(3e édition), Bréal, 2015, p.243.

발생을 예견할 수 없었을 때에는 중한 죄로 벌하지 아니한다”라고 규정하고 있다. 결과적 가중범은 진정 결과적 가중범과 부진정 결과적 가중범으로 나눌 수 있다. 전자는 위에서 정의한 일반적인 결과적 가중범으로 고의의 행위에 과실의 결과가 발생한 경우이고 후자는 고의의 기본범죄에 대한 고의의 결과가 발생했을 시를 의미한다. 결과적 가중범의 범죄구성요건으로는 기본범죄, 중한 결과, 기본범죄와 중한 결과 간의 형법상 인과관계,⁶⁵⁾ 주관적 구성요건요소인 중한 결과에 대한 행위자의 예견가능성을 요한다.⁶⁶⁾

이렇게 현행 형법에서 요구하는 성립요건을 신착실 발사에 적용했을 때 ‘밀었다’라는 고의의 기본범죄에 모갑의 사망이라는 중한 결과가 발생시켰으므로 이 둘 사이의 인과관계는 성립된다고 볼 수 있다. 마지막 요건인 “‘중한 결과에 대한 예견가능성’은 중한 결과에 대한 ‘(주관적) 과실’을 의미하는 것으로 이해하는 것이 일반적이지⁶⁷⁾기 때문에 신착실이 모갑을 밀어 사망에 이르게 한 것은 신착실의 과실로 보이므로 현행 형법에서 결과적 가중범의 기준에서 봤을 때 신착실 사건은 이 범죄에 해당한다고 볼 수 있다. 고의범과 결과적 가중범을 구별하여 신착실을 감형하도록 만든 정약용의 논증은 현행 형법의 결과적 가중범의 개념과 다르지 않아 보인다.

3. 사례 3: 간접정범의 개념 도입

정약용은 ‘강진현 정절부 초검안의 발사’에 대해 복검관의 논리를 반박하며 백득문에 계 지시한 김상운이 정범임을 주장하고 있다. 이는 “만약 어떤 사람이 암실(暗室)에서 계획을 꾸미고 자객을 보내 사람을 찌르게 하면 그 계획을 꾸미고 자객을 보낸 자는 정범이 될 수 없는가?”⁶⁸⁾의 대목에서 확인할 수 있다. 이러한 주장은 현행 형법의 간접정범과 관련 있다. 다산에 의하면 비록 몸소 실행한 것은 백득문이지만 김상운의 지시에 의해 위핍이 성사되었다고 보고 있다. 게다가 정조이를 강간하려 하였지만 미수로 끝나자 위핍을 지시함으로써 정조이를 사망에 이르게 하였기에 강간과 위핍치사 사이에

65) “결과적 가중범의 경우 인과관계가 필요한지, 필요하다면 중한 결과발생에 대한 예견가능성과의 관계가 어떠한지가 문제가 되지만, 형법 제15조 제2항의 예견가능성은 원칙적으로 행위자의 과실을 의미하기 때문에 인과관계의 문제와는 서로 구별되어야 할 별개의 문제이다”, 김성돈, 형법총론, SKKUP(성균관대학교 출판부), 2015, 524-525쪽.

66) 김성돈, 위의 책, 523-530쪽.

67) 김성돈, 위의 책, 530쪽.

68) 정약용, 앞의 책, 191쪽.

인과관계도 성립한다고 보고 있다. 이는

수절과부가 강간으로 말미암아 죽게 되면 본래 일률(一律)에 해당하는 것이다. 김상운의 죄가 어찌 일률을 범한 것이 아니라 말할 수 있는가? 처음에 강간에 성공하지 못하자 끝내 위핍하여 치사하게 하였으니 반복하여 생각해도 그를 살릴 방도는 보이지 않는다. 만약 김상운의 본래 의도가 모살이 아님을 이유로 용서할 것을 논하면 강간치사의 경우에 그 본래의 의도도 모살이 아니므로 역시 용서하여 살려주어야 할 것인가?⁶⁹⁾

의 대목에서 잘 드러나고 있다. 그 당시 살육에 관해 범인을 단지 정범이 아니면 피고로만 분류했으며 이외 다른 명칭은 없었다. 만약 자신의 손발로 범한 것이 아니면 모두 피고인으로 간주하였다.⁷⁰⁾ 그렇기 때문에 복검관은 누가 정범인지에 대한 판단에 혼란이 있어 보인다. 하지만 정약용은 범행의 실제 주체가 누구인지 정확히 분석하면서 이 당시 존재하지 않았던 간접정범으로 접근하여 이 문제를 해결하고자 했다.

현행 형법에서 간접정범은 자신이 직접하지 않고 간접적으로 다른 이를 통해 범죄행위를 실현시킨 자를 일컫는다. “범죄에 이용되는 사람을 피이용자라 하고 타인을 범죄에 이용하는 사람을 이용자 또는 비후자라고 한다. 피이용자는 달리 ‘도구’라고 불리기도 한다.”⁷¹⁾ 이러한 “간접정범은 직접정범과 교사범의 사이에 존재하는 범행형태로서 처벌상의 공백을 메우는 기능을 한다.”⁷²⁾ 간접정범의 성립요건은 먼저 우리형법 제34조 제1항⁷³⁾에서 규정하는 교사와 방조와 같은 이용행위를 요구하고 있다. 이 조항에서 말하는 “교사와 방조라는 표현은 우리 형법의 간접정범규정이 교사범 및 방조범 처벌의 연장선상에서 마련된 것임을 뚜렷하게 나타내고 있다.”⁷⁴⁾ 두 번째로 범죄행위에 대한 결과발생을 요한다. “간접정범은 우월적 의사지배를 가진 자가 의사지배를 통해 범죄행위의 결과를 발생시켜야 한다. 이는 결과범을 포함하여 어떤 범죄구성요건이든 당해 ‘구성요건의 실현’을 의미한다.”⁷⁵⁾ 이러한 간접정범은 종범과 구별된다. “다른 사람을 매개하여 범죄

69) 위와 같음.

70) 정약용, 위의 책, 189쪽.

71) 신동운, 형법총론 제7판, 경세원, 2013, 653쪽.

72) 박상기, 형법학 제3판, 집현재, 2016, 287쪽.

73) 형법 제34조 제1항 어느 행위로 인하여 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를 교사 또는 방조하여 범죄행위의결과를 발생하게 한 자는 교사 또는 방조의 예에 의하여 처벌한다.

74) 신동운, 앞의 책, 656쪽.

75) 김성돈, 앞의 책, 658쪽.

를 실현하는 자를 처벌하는 공범유형으로 교사범과 방조범이 있다. 하지만 교사범이나 방조범이 성립하려면 정범의 범죄성립요건이 먼저 달성되어야 한다.” 그러므로 교사범과 방조범은 종범으로 그리고 간접정범은 정범으로 분류된다.

정약용은 이 사건에 대해 김상운이 정범이 되어야 한다고 주장하고 있다. 그의 논리는 현행 형법에서 간접정범을 적용시켜 이 사건을 해결하고자 했다. 김상운이 정조이를 위궤하도록 명령하였으므로 이용자에 해당하고 백득문은 김상운의 지시에 따라 움직이는 피이용자, 즉 도구에 해당한다. 위에서 살펴봤듯이 간접정범의 성립요건은 교사 또는 방조의 이용행위와 범죄행위에 대한 결과발생을 요구한다. 김상운은 교사의 행위를 통해 백득문에게 위궤하도록 하였고 정조이의 사망이라는 결과가 발생시켰다. 그러므로 정약용의 논리를 현행 형법에서 다루는 간접정범의 개념에 적용되었다 말하여도 손색이 없어 보인다.

IV. 맺음말

‘송화현 강문행 옥사의 사계 발사’는 강문행과 강의손의 폭행으로 인해 모갑이 사망하여 발생한 사건이다. 이에 모갑은 사망하자 검관들은 사망의 원인을 조사한 후 내손에 의한 사망으로 판단했다. 강문행과 강의손 사이 누가 정범인지를 가려내기가 어려워 재사를 열고 정약용을 사관으로 임명했다. 이 사건에 대해 정약용은 논란이 되었던 ‘떼밀렸는지’와 ‘끌려 떨어졌는지’에 대해 세밀하게 분석한 후 혼손의 경중을 비교했다. 하지만 그는 이 두 행위를 비교하는 것 보다 방에서 끌어 내린 강문행과 폭행을 한 강의손 모두 모갑의 내손에 기여했기 때문에 두 사람 모두 처벌해야 한다고 주장했다. 이는 현행 형법에서 공동정범에 해당한다. 그 당시에 공동정범의 개념은 존재하지 않고 공범의 개념으로 수와 종을 구분하도록 정의하고 있었다. 하지만 사건에 대한 다산의 논증을 살펴보면 수와 종의 개념에 한정해서 바라본 것이 아닌 공동정범의 개념을 새로 도입하여 사건을 해결하려 했음을 알 수 있다.

두 번째 사례인 ‘황주 신착실 옥사에 대한 경연에서의 상주’는 모갑이 옛 2개를 외상을 지고 값지 않아 신착실이 그의 집으로 찾아가 다투다 모갑을 밀었는데 그의 뒤에 있던 지게 뿔에 향문이 찔려 즉사한 사건이다. 이 사건에 대해 여러 수령들이 모여 논의한 결과 옛 2개 때문에 살인을 저질렀으니 살인죄로 처벌해야 한다고 중지를 모았다. 하지만

이 사건을 들은 정약용은 지계뿔은 본래 날카롭지 않고 좁은 항문에 찢린 것은 사람이 쉽게 하지 못하는 것이라 말하며 신작실은 모갑을 밀어 낼 고의만 있지 죽일 고의는 없었다고 주장했다. 그러므로 신작실을 살인죄보다 형량을 감형하여 처벌해야 한다고 제안했다. 이는 현행 형법에서 결과적 가중범에 해당한다. 다산은 살인의 고의를 가지고 결과를 발생시킨 경우와 단순히 밀어낼 고의를 가졌지만 사망의 결과를 가진 경우를 구별하고자 했다. 그러므로 결과책임으로 위법하게 해결될 문제를 적법하게 해결할 수 있었다.

마지막 사례는 ‘강진현 정정부 초검안의 발사’이다. 이 사건은 김상운이 정조이를 강간하려는 등 온갖 수단을 사용하여 그녀는 유혹하려 했지만 소용이 없자 백득문을 보내어 그녀를 위협하여 정조이는 자살하게 만든 사건이다. 그 당시에는 정범 아니면 피고로만 분류하던 터라 사건을 맡게 된 복검관은 지시한 김상운을 정범으로 봐야 할지 아님 직접 몸소 행한 백득문을 정범으로 봐야 할지 정약용에 의견을 구했다. 이에 다산은 직접 행한 것은 백득문이지만 지시한 것은 김상운이므로 그를 정범으로 다스려야 한다고 주장했다. 그는 처음에 강간에 성공하지 못하자 끝내 위궤하여 치사하도록 만들었음을 지적하였다. 다산의 논증은 현행 형법에서 간접정범에 해당한다. 그는 범행의 주체가 누구인지 정확히 확인하고 분석하면서 당시 존재하지 않은 간접정범의 개념을 도입하여 이 사건을 해결하고자 했다.

이렇게 흙흙신서 전발무사에서 세 가지 사례를 선별하여 정약용의 사건 분석을 중심으로 검토해보았다. 그 결과 정약용은 현재의 공동정범, 결과적 가중범, 간접정범과 유사한 개념을 해당 사건에 적용함을 확인할 수 있었다. 다만 현행 형법의 공동정범, 결과적 가중범, 간접정범의 구성요건이 위의 세 가지 사례에 정확히 일치하지 않는다는 비판이 있을 수 있다. 이에 대해 답변을 하자면 본 논문에서 살펴보고자 하는 것은 정약용의 논증이 현행 형법과의 비교법적으로 분석했을 때 얼마나 일치하는가를 살펴보는 것이 아닌, 비록 당시에는 존재하지 않았음에도 현대의 형법에 존재하는 개념을 도입함으로써 사건을 해결한 우리 전통 형법, 특히 다산의 형법사상에 대한 우수성을 찾고자 함이다.

흙흙신서 전발무사 사례 분석은 오늘날 여러 가지 시사점을 제시해준다. 특히 온고지신(溫故知新)의 중요성과 필요성이다. 현재 우리나라에서 과거 우리 형법에 대한 연구는 미미한 수준에 그치고 있다. 이에 반해 현행 우리 형법에 많은 영향을 준 독일형법 연구는 활발히 이루어지고 있다. 이러한 흐름에 대해 과거 우리 형법의 검토 없이 서양 형법의 무조건적 학습과 수용이라는 비판이 제기되고 있다.⁷⁶⁾ 반면 역설적으로 서양학계에서는

동양의 과거 법에 대해 많은 관심을 가지면서 연구하고 있다. 특히 프랑스의 Institut d'Asie Orientale (IAO, ENS de Lyon)과 École Française d'Extrême Orient 등 여러 단체들이 대표적이다. 이는 과거의 동양 법 또한 가치 있다는 반증으로 사료된다. 그러므로 현대의 우리 형법과 유사한 개념 및 특징을 발견할 수 있는 흙흙신서 전발무사 사례의 지속적인 연구는 독일 형법에 집중되어 있던 관심을 조금이나마 과거 우리 형법으로 돌리는 데 기여할 것이며, 이는 곧 한국법제사의 발전으로 이어질 것이다. 또한 과거 형법의 연구를 통해 현재 우리 형법에서 가지고 있던 여러 문제점에 대한 새로운 해결책을 제시해 줄 것이라 믿어 의심치 않는다.

76) 김성돈/안성훈, 조선시대의 형사법제 연구, 형사정책연구원, 2015, 239-240쪽.

참고문헌

1. 단행본

大明律.

欽欽新書 剪跋無詞.

김성돈, 형법총론, SKKUP(성균관대학교 출판부), 2015.

김성돈/안성훈, 조선시대의 형사법제 연구, 형사정책연구원, 2015.

김일수/서보학, 형법총론 제12판, 박영사, 2014.

김 호, 정약용, 조선의 정의를 말하다, 책문, 2013.

박상기, 형법학 제3판, 집현재, 2016.

_____, 형법총론 제9판, 박영사, 2012.

배종대, 형법총론 제13판, 홍문사, 2017.

신동운, 형법총론 제9판, 법문사, 2017.

_____, 형법총론 제7판, 경세원, 2013.

이명복, 조선시대 형사제도, 동국대학교 출판부, 2007.

이을호, 현암 이을호 전서 5 다산학 입문, 한국학술정보(주), 2015.

이재상, 형법총론, 박영사, 2011.

조지만, 조선시대의 형사법: 대명률과 국전, 경인문화사, 2007.

정약용, 박석무/정해림 옮김 역주 흙흙신서(欽欽新書) 1, 현대실학사, 1999.

_____, 다산학술문화재단 흙흙신서연구회 옮김, 흙흙신서 전발무사판-조선의 법과 정의, 사암, 2017.

체레사 벅카리아, 한인섭 옮김, 체레사 벅카리아의 범죄와 형벌, 박영사, 2006.

최병조, 비교법문화론, 민속원, 2018.

B. Bouloc, *Droit pénal général*(22e édition), Dalloz, 2011.

B. Bouloc/H. Matsopoulou, *Droit pénal général et procédure pénale*(19e édition), Sirey, 2014.

S. Jacopon, *Droit pénal général*(3e édition), Bréal, 2015.

P. Philippe Conte, *Droit pénal spécial*(5e édition), LexisNexis, 2016.

2. 학술지

- 김 호, “흙흙신서(欽欽新書)의 일고찰(一考察)”, 조선시대사학보 제54호, 조선시대사학회, 2007, 233-267쪽.
- 서정민, “당률의 공범처벌과 수종구분(首從區分)의 원칙”, 법사학연구 제39호, 한국법사학회, 2009, 133-167쪽.
- 심재우, “조선 후기 판례집·사례집의 유형과 『흙흙신서』의 자료가치”, 다산학 제20권, 재단법인다산학술문화재단, 2012, 41-76쪽.
- 심희기, “일인상명(一人償命) 담론(談論)에 대한 재고(再考)”, 법사학연구 제51호, 한국법사학회, 2015, 43-68쪽.
- 이종일, “정다산과 『흙흙신서』”, 다산학 제20권, 재단법인다산학술문화재단, 2012, 161-178쪽.
- 조균석, “『흙흙신서』에 수록된 조선시대 과실살 사례의 고찰”, 다산학 제20권, 재단법인다산학술문화재단, 2012, 77-111쪽.
- 하태영, “다산 정약용의 형사철학과 형사정책-한국형 적극적 일반예방사상”, 동아법학 제21호, 동아대학교 법학연구소, 1996, 177-216쪽.

3. 학위논문

- 김태영, “다산 정약용의 형률관과 형정 개선책”, 부산대학교대학원 석사학위논문, 2006.
- 다나카 토시미츠, “조선초기(朝鮮初期) 단옥(斷獄)에 관한 연구(研究)”, 서울대학교대학원 박사학위논문, 2011.
- 손인희, “조선후기 살인죄의 주범과 종범 결정과정”, 순천대학교대학원 석사학위논문, 2015.

[Abstract]

**L'analyse des cas du Heumheumsinseo 흙흙신서
(欽欽新書) Jeonbalmusa 전발무사(剪跋無詞)
et l'examination de ses suggestions ①:**

Focalisant l'analyse des affaires de
Dasan Jeong Yak Yong

Sim, Seung-Beom*

Dasan Jeong Yak Yong est une des personnes savantes très connues de l'époque de Joseon. Il a laissé d'illustres travaux de son vivant. Son travail représentatif est le *Heumheumsinseo* 흙흙신서(欽欽新書) qui est un livre de la loi. C'est un livre pénal en trente volumes et dix livres. Notamment, le *Jeonbalmusa* 전발무사(剪跋無詞) dans le *Heumheumsinseo* 흙흙신서(欽欽新書) qui est le livre que Jeong Yak Yong a rédigé en personne se compose des cas traités par lui en tant que maire de Goksan. Ce mémoire étudie les trois cas du *Jeonbalmusa* 전발무사(剪跋無詞) qui peuvent bien illustrer sa perspective et analyse ses caractéristiques pénales et ses suggestions.

Le premier cas est la postface sur le jugement de Kang Mun Haeng à Songhwa qui est inséré dans le premier tome du *Jeonbalmusa* 전발무사(剪跋無詞). Cette affaire est un cas de meurtre pour cause de violence commune. Dans cette affaire, Jeong Yak Yong a appliqué la notion d'un coauteur qui n'existait pas à l'époque de Joseon. Le deuxième cas est relatif au jugement de Shin Chak Sil à Hwangju qui est contenu dans le second tome du *Jeonbalmusa* 전발무사(剪跋無詞). Cette affaire est liée aux violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner. Jeong Yak Yong a réalisé le principe de proportionnalité en évitant la responsabilité absolue en distinguant entre l'infraction intentionnelle et l'infraction praeter-intentionnelle même s'il n'existait que la distinction entre l'infraction intentionnelle et l'infraction non intentionnelle à l'époque de Joseon. Le troisième cas est l'affaire sur la chasteté

* Étudiant en Master de droit, Université de Yonsei

à Gangjin qui est aussi insérée dans le second tome de *Jeonbalmusa* 전발무사(剪跋無詞). Dans ce cas, Baek Deuk Mun a fait se suicider Jeong Joi en la menaçant sous la commande de Kim Sang Un. Jeong Yak Yong a déroulé son argument en utilisant le concept de l'auteur moral(ou intellectuel) alors qu'il n'existait que les notions d'auteur et d'accusé à cette époque.

Donc, ce mémoire contribuera au développement de l'histoire de la légalisation coréenne et présentera les nouvelles solutions et certaines suggestions à propos des problèmes du code pénal actuel.

[Key Words] *Heumheumsinseo* 흙흙신서(欽欽新書) *Jeonbalmusa* 전발무사(剪跋無詞),
Dasan Jeong Yak Yong, coautuer, infraction praeter-intentionnelle,
auteur moral(ou intellectuel)