

무고죄의 범의에 관한 법사학적 고찰*

- 조선초기 형법과의 비교를 중심으로 -

서 정 민**

논 문 요 약

무고죄의 범의에 관하여 현행 형법의 해석론에서는 미필적 고의설과 확정적 고의설이 대립한다. 독일 형법과 달리 우리 형법에서는 확정적 인식에 반하여 무고할 것을 무고죄의 구성요건으로 하지 않았기 때문이다. 한국 전통 형법에서도 무고죄의 범의에 관하여 논변이 있었고 다양한 법리가 형성되었다. 조선초기에는 일반적인 무고죄에 있어서는 사실을 제대로 살피지 않고 신고하였는데 신고사실이 허위로 밝혀지면 무고죄로 처벌함으로써 지금의 미필적 고의설과 유사한 입장을 취하였다. 그러나 관료의 비리를 고하는 대간의 탄핵행위에 대해서는 탄핵자가 탄핵사실이 허위임을 확신하지 않는 이상 단순히 풍문만 듣고서 신고하였더라도 그를 무고죄로 처벌하지 아니하여 지금의 확정적 고의설과 유사한 입장을 취하였다. 일반적으로 범죄 신고의 신중성을 요구하면서도 한편으로는 대간의 직분을 존중하여 범의를 차별적으로 적용하는 전통법의 무고죄 법리는 기본적으로 무고행위의 발호를 억제하면서도 관료의 청렴성과 건전한 정치풍토를 통해 도덕정치를 추구하였던 한국 전통사회의 고유한 특성을 보여준다.

주제어 : 무고죄, 범의, 미필적 고의설, 확정적 고의설, 전통법, 대명률, 조선시대

* 논문접수 : 2012. 9. 10.

* 심사개시 : 2012. 9. 10.

* 게재확정 : 2012. 9. 18.

* 이 글은 필자의 박사학위 논문 중 일부분을 보완하여 2012. 9. 17. 대검찰청 공법연구회와 2012. 9. 22. 한국법사학회 정례학술발표회에서 발표하고, 토론 및 심사과정에서 개진된 지적을 일부 수용·보완한 것이다. 소중한 의견을 해주신 토론자와 심사위원회께 감사드린다.

** 법무부 법무심의관실 검사, 법학박사.

목 차

- | | |
|--|---|
| <p>I. 머리말</p> <p>II. 현행법 해석론상 무고죄의 범의</p> <p>III. 조선초기 형법상 무고죄의 구성요건과 범의</p> <p style="margin-left: 20px;">1. 조선초기 무고죄의 범죄구성요건</p> <p style="margin-left: 20px;">2. 무고죄의 범의와 허위 인식</p> | <p>IV. 풍문탄핵의 처벌과 범의의 차별적 적용</p> <p style="margin-left: 20px;">1. 풍헌관(風憲官)의 탄핵</p> <p style="margin-left: 20px;">2. 풍문탄핵에 대한 무고죄 의율</p> <p style="margin-left: 20px;">3. 김제신 對 양성지 사건</p> <p>V. 맺음말</p> <p style="margin-left: 20px;">※ 참고문헌</p> |
|--|---|

I. 머리말

무고죄는 무고(無辜)한 사람에 대하여 형사처벌 또는 징계처분을 받게 하고자 허위의 사실을 신고하는 범죄이다. 이는 피무고자 개인의 법률생활의 안정성을 침해할 뿐 아니라 허위의 주장으로 국가를 기망하여 수사·심리 기능 또한 저해한다. 국가가 무고행위를 제대로 다스리지 못하고 허위의 신고에 속아 억울한 사람을 처벌하게 되면 국가 사법기능에 대한 국민의 신뢰가 떨어져 국가 사법 질서가 무너지게 된다. 따라서 어떤 허위 신고 행위를 범죄로써 제재할 것인지 형법에서 정하는 것은 국가의 중요한 형사사법 정책의 문제이다.

일본제국주의의 식민통치를 통해 서양법을 수용한 우리나라의 법제 전반은 일본법, 더 나아가 일본법이 주된 모델로 삼았던 독일의 그것을 많이 닮아 있다. 형법도 예외는 아니다. 그리하여 현행 형법의 해석에 있어서는 독일과 일본 형법학의 영향을 받고 있는 것이 어쩔 수 없는 현실이다. 무고죄의 주관적 구성요건 해석에 있어서 허위사실에 대한 어느 정도 인식이 있으면 범의를 인정할 것인지 미필적 고의설과 확정적 고의설이 대립하고 있는데, 독일 형법에서는 명문으로 ‘확실한 인식에 반하여(wider besseres Wissen)’ 무고할 것을 구성요건으로 정하고 있으므로¹⁾ 무고죄가 성립하기 위해서는 허위사실을 확정적으로 인식하여 무고하는 확정적 고의가 필요하다고 보지만 일본²⁾과 우리 형법³⁾에서는 그러한 규정이

없기 때문에 무고죄의 범의 해석에 논란이 생기고 있다. 일부 학자들은 현행 형법의 해석론으로도 확정적 고의설이 타당하다는 논지를 펴거나,⁴⁾ 독일 형법처럼 우리 형법도 확정적 고의설을 입법적으로 수용하는 방향으로 개정해야 한다고 주장하고 있다.⁵⁾

그러나 굳이 독일과 일본의 논의를 살피지 아니하더라도, 우리 전통 형법의 무고죄 해석론을 살펴보면 허위 인식에 관한 비슷한 논변이 제기되었음을 알 수 있다. 비록 식민지배로 인해 역사가 단절된 한국사의 특수성으로 말미암아 전통법과 현대법이 겉모습에 있어서는 큰 차이가 있더라도 그 법제를 받아들이고 운용하는 저변에는 민족 특유의 전통적 법의식이 그대로 살아있다고 본다. 비록 이질적인 법이 들어왔다 하더라도 그 이질적인 법을 적용하고 적용받는 사람은 바로 역사적 인간 내지 민족이며, 제도와는 달리 의식 속에는 역사가 흐르고 있는 것이므로 우리 옛법을 올바르게 인식하는 것은 현재와 미래에 대하여 창조적인 힘이 된다.⁶⁾ 그간 우리는 한국 현대법의 바탕이 서양법이란 인식에 갇혀 서양법의 입법례와 해석론의 연구에만 치중한 경향이 있다. 그러나 우리 법을 제정·시행한지 50여년이 지나면서 한국법학의 역량이 성숙한 지금, 서양법뿐만 아니라 한국 전통법 또한 비교 연구의 대상으로 삼는다면 한국 고유의 법의식과 법문화를 이해하는 데 도움이 될 것이다. 이 글에서는 이러한 시각에서 무고죄에 관한

-
- 1) 제164조(무고) ①타인에 대한 관청의 절차 또는 기타 처분을 유발하거나 유지하게 할 목적으로 확실한 인식에 반하여 타인의 위법행위나 의무위반사실을 관청, 고발접수권이 있는 공무원이나 군 상관에 대하여 또는 공연히 무고한 자는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다. 법무부, 독일형법, 2008, 137쪽, 424쪽.
 - 2) 제172조 타인에게 형사 또는 징계의 처분을 받게 할 목적으로 허위의 고소, 고발, 그 밖의 신고를 한 자는 3월 이상 10년 이하의 징역에 처한다. 법무부, 일본형법, 2007, 71쪽, 167쪽.
 - 3) 제156조(무고) 타인으로 하여금 형사처분 또는 징계처분을 받게 할 목적으로 공무소 또는 공무원에 대하여 허위의 사실을 신고한 자는 10년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다.
 - 4) 이재상, 형법각론(제7판), 박영사, 2010, 808~809쪽; 심재무, “무고죄 해석론의 비교법적 접근”, 「비교형사법연구」, 제9권 제1호, 한국비교형사법학회(2007), 250~251쪽.
 - 5) 박미숙, “공무집행방해죄·도주와 범인은닉죄·위증 및 증거인멸죄·무고죄 규정의 개정방안”, 「형사법개정연구(IV)」: 형법각칙 개정안, 한국형사정책연구원, 2009, 519쪽.
 - 6) 박병호, 한국법제사, 민속원, 2012, 18쪽.

우리 전통 형법 상 법리의 근간이 된 조선초기 무고죄의 범의 해석론을 소개하고 이와 비교하여 현대의 논의를 살펴봄으로써 전통법이 현대법에 시사하는 바를 찾아보고자 한다.

Ⅱ. 현행법 해석론상 무고죄의 범의

일반 범죄와 마찬가지로 무고죄의 성립에 있어서도 고의는 필수적인 구성요건 요소이다. 무고죄가 성립하려면 행위자가 허위의 사실을 신고한다는 인식과 의욕을 가지고서 행위에 임하여야 한다. 현행 형법의 해석에 있어서는 무고죄의 고의를 인정하려면 허위사실의 인식의 정도가 어느 정도에 달하여야 하는지 견해가 대립된다.⁷⁾ 객관적 사실에 반하여 고소하였다 하더라도 행위자가 진실인 것으로 확정적으로 믿고 고소하였다면 고의에 의한 무고가 아닌 과실에 기한 무고에 불과하나 과실무고죄를 처벌하는 규정은 없으므로 처벌할 수 없게 된다. 반면 허위사실임을 확정적으로 인식하고서 고소하였다면 완벽한 무고의 고의가 발생하므로 당연히 무고죄가 성립한다. 문제는 확정적으로 고소사실이 허위임을 인식하지 아니하였더라도 허위사실이 아님을 확신하지 않은 상태에서 고소한 경우이다. 신고하는 사실이 진실인지 허위인지 불확실한 상태에서 허위일 수 있음을 인식하고 허위사실을 고소하여 상대방을 무고할 수 있다는 위협을 용인하는 내심의 의사가 있는 심리상태, 이른바 미필적 고의가 있는 경우에도 무고죄의 성립을 인정할 수 있을 것인지가 논란이 된다. 독일 형법은 ‘확실한 인식에 반하여’ 허위사실을 신고할 것을 무고죄의 명문의 구성요건으로 하고 있어 독일 형법의 해석론으로는 허위사실의 인식에 있어서 확정적 고의를 요한다.⁸⁾ 그러나 이러한 독일 형법과 달리, 우리 형법에서는 무고죄의 허위 인식의 정도에 관한 명문의 규정을

7) 현행 형법상 무고죄의 고의에 관하여는 이준걸, “무고죄의 고의와 목적에 관한 연구”, 『법학연구』, 제30집, 한국법학회, 2008, 259~263쪽; 심재무, 앞의 논문, 249~251쪽 참조.

8) Maurach/Schroeder/Maiwald, 『*Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 2*』(Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2005), SS. 1569-1570.

두지 않고 있기 때문에 이같은 논란이 있는데, 일본에서도 동일한 문제가 제기되고 있다.⁹⁾

이에 대해 확정적 고의설¹⁰⁾은 독일 형법의 입장을 한국 형법의 해석론에도 도입하여야 한다고 본다. 즉 무고죄의 고의가 인정되기 위하여는 허위사실에 대한 확정적 고의가 있어야 한다는 것이다. 확정적 고의설의 근거는 대체로 아래의 네 가지로 요약할 수 있다. 첫째, 고소·고발은 범죄의 혐의가 있을 때 하는 것이므로 허위의 가능성을 배제할 수 없는데 미필적 고의만으로 무고죄가 성립한다고 보면 진실이란 확신없이 고소하는 대부분의 고소인을 무고죄로 처벌할 수 있게 되어 무고죄 성립을 부당하게 확대하고 국민의 재판받을 권리를 제한하게 된다. 둘째, 고소·고발은 범죄의 단순한 혐의에 기하여 행해지는 것이지 사실을 절대 진실한 것으로 확신하였음을 요하지 아니하므로 허위사실에 대한 미필적 인식은 고소·고발에 정상적으로 부수되는 사태에 불과하다. 셋째, 보복범죄의 우려 등으로 범죄신고율이 저조하여 수사상 어려움이 있고 암수범죄가 증가되는 현상을 고려할 때 범죄를 저지하고 사회의 평온을 보장하기 위한 국가의 형사사법정책적 관점에서 무고죄의 범위를 확대하지 아니하는 것이 바람직하다. 넷째, 고소·고발은 수사의 단서에 불과하고 객관적 진실 여부는 국가기관이 조사하여 판단할 사항이므로 미필적 인식으로도 무고죄 성립을 긍정하면 고소·고발권이 부당하게 제한된다.

이에 반하여 미필적 고의설¹¹⁾은 허위사실에 대한 미필적 고의만으로 충분히 무고죄가 성립한다고 본다. 그 근거는 아래의 세 가지로 요약할 수 있다. 첫째,

9) 일본 형법의 무고죄도 ‘확실한 인식에 반할 것’을 구성요건으로 명문화하지 아니하여 한국 형법의 무고죄와 거의 유사하지만, 독일 형법의 무고죄 규정과 같이 확정적 고의를 필요로 해야 한다는 논의가 제기되고 있고 이러한 견해가 다수설이다. 심재무, 앞의 논문, 249쪽.

10) 이재상, 앞의 책, 809~810쪽; 배종대, 형법각론, 홍문사, 2006, 893쪽; 김일수·서보하, 새로운 형법각론, 박영사, 2004, 932쪽; 이형국, “무고죄에 관한 소고”, 한국형사법학의 새로운 지평: 유일당 오선주 교수 정년기념논문집, 형설출판사, 2001, 241쪽; 심재무, 앞의 논문, 250~251쪽. 확정적 고의설의 논거 정리는 이준길, 앞의 논문, 261~262쪽을 참조하였다.

11) 박상기, 형법각론, 박영사, 2005, 702쪽; 오영근, 형법각론, 박영사, 2005, 1010쪽; 이준길, 앞의 논문, 263쪽; 미필적 고의설의 논거 정리는 이준길, 앞의 논문, 261~262쪽을 참조하였다.

무고죄의 고의에 한해 미필적 고의를 제외시킬 이유가 없다. 둘째 진실한 사실이라는 확신이 없지만 진실한 사실이라고 생각하는 경우 또는 허위일 가능성은 있지만 허위가 아니라고 생각한 경우에는 허위의 사실에 대한 인용이 없으므로 무고죄의 고의를 인정할 수 없어 무고죄의 부당한 확장이 일어나지 않는다. 셋째, 특정인에게 형사처분 또는 징계처분을 받게 하려고 하는 이상 불확정감만으로도 무고죄의 위법성은 충분하다.

한편 판례는 “무고죄에 있어서의 범의는 반드시 확정적 고의임을 요하지 아니하고 미필적 고의로서도 족하다 할 것이므로 무고죄는 신고자가 진실하다는 확신 없는 사실을 신고함으로써 성립하고 그 신고사실이 허위라는 것을 확신함을 필요로 하지 않는다”라고 일관하여 판시함으로써 확고한 미필적 고의설의 입장을 취하고 있다.¹²⁾

학설 대립 내용을 살펴보면 논의의 촉발은 독일 형법의 무고죄 법문에서 시작되었지만, 무고죄의 부당한 확장으로 인한 고소·고발권이 제한되지 않는가 하는 우려가 가장 큰 논의의 축으로 작용하고 있다. 고소는 수사의 단서일 뿐 아니라 범죄 피해자가 수사기관에 피해를 호소하는 권리이기도 하다. 반면 무고죄는 잘못된 고소에 응분의 책임을 지우는 것이다. 완벽한 허위사실에 대하여 전적으로 허위임을 인식하고서 고소하였다면 당연히 무고죄가 성립해야겠지만, 인간사회에서는 보편적으로 허위와 과장, 이기심이 작용하기 마련이므로 대체로 진실한 고소 내용 중에서도 일부 허위와 일부 허위 인식이 병존할 수도 있다. 무고죄를 폭넓게 적용하면 할수록 고소는 더욱 정확해져야 하고 이에 따라 고소의 자유가 위축되는 것은 사실이다. 그러나 그렇다고 허위 고소를 정도껏 용인하기 시작하면 대다수 국민이 고소의 피해에 노출되게 된다. 이러한 관점에서 보면 어느 정도 허위 인식이 있어야 무고죄가 성립한다고 볼 것인지 정하는 것은 매우 어려운 문제이다. 그러면 우리 전통 형법에서는 이 문제를 어떻게 해결하고 있었을까?

12) 대법원 2007. 4. 26. 선고 2007도1423 판결; 대법원 2007. 3. 29. 선고 2006도8638 판결; 대법원 2006. 5. 25. 선고 2005도4642 판결; 대법원 1997. 3. 28. 선고 96도2417 판결; 대법원 1996. 5. 10. 선고 96도324 판결; 대법원 1995. 12. 5. 선고 95도231 판결; 대법원 1991. 12. 13. 선고 91도2127 판결; 대법원 1990. 10. 12. 선고 90도1065 판결; 대법원 1986. 3. 11. 선고 86도133 판결 등.

Ⅲ. 조선초기 형법상 무고죄의 구성요건과 범의

1. 조선초기 무고죄의 범죄구성요건¹³⁾

일제에 의해 근대 서양법을 수용하기 이전까지 우리 민족은 스스로의 선택에 따라 형법의 내용을 정하고 우리 상황에 알맞게 형법을 적용하여 왔다. 삼국시대 이래 일제 식민지기 이전까지 우리 전통 사회는 중국적 세계질서 속에서 정치·경제·사회·문화적으로 중국법의 지대한 영향을 받고 있었다. 따라서 당시로서는 아예 처음부터 새로운 법을 창조하기보다는 가장 선진적이었던 중국의 법제를 그대로 수용한 바탕에서 우리 고유의 법을 발전시키고자 하였는데, 특히 조선 시대의 법은 王法 중심의 고려율과는 달리 《大明律》의 포괄적인 수용을 바탕으로 성문법전을 편찬하여 조선 고유의 해석론을 전개하였다는 데 법제사적 의의가 있다. 따라서 《大明律》의 무고죄는 우리 전통 형법의 무고죄의 근간이 된다고 해도 과언이 아니다. 조선초기에는 《大明律》의 해석과 관련한 법적인 논의들이 다수 등장하지만, 조선전기를 거쳐 《大明律》에 대한 이해가 심화되면서 조선 후기로 갈수록 《大明律》의 기계적인 적용이 일반화되어 법리적 논변보다는 구체적인 사건에 대한 사실적인 논의가 대부분인데,¹⁴⁾ 이러한 점에 비추어 보면 《大明律》을 수용·적용하기 시작한 조선초기의 무고죄 관련 논의가 법리적인 측면에 있어서는 실질적으로 조선시대 전반에 걸쳐 중요한 가치를 가진다고 할 것이다. 실제 《大明律》의 무고죄 규정은 구성요건에 있어서 큰 변화없이 대한 제국기 《刑法大全》에까지 그대로 수용되었다.¹⁵⁾

13) 조선시대 무고죄의 구성요건 전반에 대해서는 서정민, “조선초기 무고죄와 반좌율에 관한 연구”, 법학박사학위논문, 서울대학교(2012), 57쪽 이하 참조.

14) 조지만, 조선시대의 형사법, 경인문화사, 2007, 354쪽.

15) 《刑法大全》 第三節 誣告律 第二百八十四條 人을禁獄以下の罪로誣告한者는所誣한罪에二等이며 流나役에는三等을加호도 懲役終身에止고死罪로誣告한被告人이已決한者는絞며未決한者는懲役終身이며反逆을誣告한者는已決未決을勿論고絞에處함이라. 閔泳煥 編, 《刑法大全》, 大韓帝國 法部, 1906, 69~72쪽. (번역) 제284조 다른 사람을 禁獄 이하의 죄로 무고한 사람은 피 무고죄에 2등을 가중하며, (피무고죄가) 流刑이나 役에 해당하는 죄인 경우에는 3등을 가중하되,

조선시대의 일반형법으로 기능한 《大明律》의 무고죄 처벌 규정에서 범죄구성요건을 알 수 있는 핵심적인 부분을 살펴보면 다음과 같다.

무릇 다른 사람을 태형에 해당하는 죄로 무고하면 무고한 죄에 2등을 더한다. 유형·도형·장형에 해당하는 죄로 무고하면 무고한 죄에 3등을 더한다. 각각의 경우 죄는 장 100, 유 3천리에 그친다. …… (피무고죄가) 사형에 해당하는 죄에 이르러 피무고자가 이미 형집행된 경우에는 사형으로써 반좌한다. 아직 형집행되지 않은 경우에는, 장 100, 유 3천리에 3년의 역을 더한다.¹⁶⁾

《大明律》의 무고죄의 범죄구성요건은 세분화되어 있지만, 피무고죄의 종류에 따라 그 경중에 상응하는 법정형을 부과하기 위한 목적에서 그러한 것이다. 현행 형법에서는 무고죄의 구성요건을 ‘타인으로 하여금 형사처분 또는 징계처분을 받게 할 목적으로 공무소 또는 공무원에 대하여 허위의 사실을 신고한 자’라고 법문에 구체적으로 정하고 있지만, 《大明律》의 무고죄 규정은 단지 ‘무고’라고만 범죄구성요건을 정하고 있을 뿐 무엇이 무고인지 구체적으로 법문에 정한 바가 없다. 그렇지만 법률서와 조선왕조실록의 기사에 나타난 《大明律》의 誣告의 의미를 살펴보면 신고의 범위와 피신고기관에 있어서 정도의 차이가 있을 뿐 허위사실 신고의 측면에서는 현행 형법의 해석론과 큰 차이가 없다.¹⁷⁾ 무고의 정의에 대하여 《大明律》 주석서인 《刻精註大明律例致君奇術》에서는 진실을 왜곡하여 고소한다는 의미로 ‘枉告’로 칭하거나 거짓으로 허망되게 고소한다는

중신징역형에 그친다. 사형에 해당하는 죄로 무고하여 피무고자가 이미 형집행된 경우에는 교형에 처하고, 아직 형집행이 되지 않은 경우에는 중신징역형에 처한다. 반역을 무고한 사람은 형집행 여부를 물론하고 교형에 처한다.

16) 《大明律》 제359조 刑律 訴訟 【誣告】○ 凡誣告人答罪者 加所誣罪二等 流徒杖罪 加所誣罪三等 各罪止杖一百流三千里…… 至死罪 所誣之人已決者 反坐以死 未決者 杖一百流三千里加役三年.

17) 조선시대 무고죄 구성요건으로서의 ‘告’는 지금처럼 공무소에 신고하는 것에 한정되지 아니하고, 단순히 타인에게 발설하거나 정보를 제공하는 정도라도 국왕에게까지 그 내용이 도달할 수 있는 정도라면 충분히 무고죄의 구성요건에 해당하는 것으로 해석되었다. 서정민, 앞의 논문, 79~86쪽 참조.

의미로 ‘妄告’로 해설하였고,¹⁸⁾ 《王儀部先生箋釋》에서는 ‘誣’가 ‘사실과 다름(不以實)’을 의미한다고 하였다.¹⁹⁾ 《大清律》의 주석서인 《大清律輯註》에도 ‘허무한 사정을 날조(捏造虛無事情)’하였다는 의미로 본다.²⁰⁾ 실록을 살펴보면 誣告를 ‘妄告’라고도 하였으며,²¹⁾ 《大明律直解》에서도 誣告를 妄告로 직해한 것으로 보아²²⁾ 조선에서는 일반적으로 무고를 허망한 고소를 뜻하는 妄告로 이해하였던 것이다. 허위사실의 신고라는 점에 있어서는 지금의 무고죄 구성요건과 별반 차이가 없다. 그러면 허위사실에 대한 인식이 어떠하여야 하는지, 즉 무고의 범의는 어떻게 정하였을까? 이에 대해서는 당시 법률서의 명쾌한 해설이 없으므로 구체적인 사건에 나타난 논의와 사건 처리 결과를 토대로 귀납적으로 법리를 역추적할 수밖에 없다.

2. 무고죄의 범의와 허위 인식

조선왕조의 법은 죄를 범할 의사의 유무로 고의와 과실을 구분함으로써 결과 책임주의에 한정되지 아니하였다.²³⁾ 고의·과실의 엄격한 구분은 중국법의 영향으로 볼 수 있는데, 중국에서는 침해사실이 발생했을 때, 그 결과만으로 죄를 논한 것이 아니라 범의를 고려한 법사상이 唐代 이전부터 이미 나타났다.²⁴⁾ 따라서

18) 《刻精註大明律例致君奇術》 十一卷首一卷 【誣告】凡誣告人答罪者 <【註】人本無罪因讐隙之忿而枉告平人律該答罪者> 加所誣罪二等 流徒杖罪 <【註】枉告平人而律該流徒杖罪者則所誣重矣> 加所誣<【註】平人> 罪三等 各罪止杖一百流三千里 <【註】謂如人本無罪妄告平人強姦未成律合該杖一百流三千里不得加至千死也>.

19) 《王儀部先生箋釋》【誣告】【釋曰】第一節告人不以實曰誣.

20) 《大清律輯註》 刑律 訴訟 【誣告】【律後註】 捏造虛無事情 告言人罪者 曰誣告.

21) 《太宗實錄》 8卷, 태종 4년(1404), 9월 19일(丁巳): 凡誣告者亦同罪, 若非妄告, 當該官吏, 痛治其罪.

22) 《大明律直解》 제359조 刑律 訴訟 【誣告】凡佗人矣 答罪乙 妄告爲在乙良 誣告罪良中 加二等齊 (밑줄친 부분은 吏讀이다).

23) 서일교, 조선왕조의 형사제도의 연구, 박영사, 1974, 104쪽.

24) 나가무라 시게오(中村茂夫) 지음/임대희·박춘택 옮김, 판례를 통해서 본 청대 형법, 서경출판사, 2004, 25~28쪽.

전통법에서 무고의 범의는 무고죄의 필수적인 구성요건요소였다. 唐律 이래 중국의 전통법은 謀反·大逆에 대한 무고와 같이 일정한 범위를 제외하고는 무고죄의 성립에 고의를 필요로 하였고 이를 수용한 조선시대 무고죄 또한 마찬가지였다. 즉 무고죄가 성립하려면 행위자가 허위를 신고한다는 인식과 의욕을 가지고서 행위에 임하여야 한다.

무고죄의 범의에 관하여 조선시대에 어떠한 법리가 형성되어 있었는지 밝히기 위해 무고죄의 범의가 문제된 사례를 살펴보자.

(사례1) 1416년(태종 16년) 권희달(權希達)의 무고 사건

감찰 최윤복(崔潤福)의 私婢 가지장(加知庄)과 옥둔(玉屯)은 최윤복의 모친 권씨에 대한 원한의 감정으로 한밤중에 최윤복이 집을 비운 틈을 타 몽둥이로 잠든 권씨의 머리를 때려 죽였다. 죽은 권씨의 아우인 권희달은 이를 알고 두 종을 결박하여 형조에 넘겼다. 그런데 권희달은 최윤복의 처 송씨가 시어머니 권씨와 동거하였기 때문에 계집종들이 모의하여 권씨를 죽일 것 알고 참여하였다는 취지로 송씨를 함께 謀殺人罪로 고발하였다. 형조에서 사건을 수사하였으나 송씨가 가담하였다고 볼 증거가 없었고, 의금부에서 사헌부, 사간원, 형조와 함께 재차 수사하였으나 여전히 송씨가 가담한 증거를 찾기 어려웠다. 이 사건에서 권희달은 무고죄에 좌죄되었다.²⁵⁾

(사례2) 1430년(세종 12년) 이각(李恪)의 무고 사건

전라도절제사 이각은 전 첨지(僉知) 염이로부터 평소 원한관계에 있던 나주목사 이육이 기생과 간통하고 관노 등을 곤장쳐서 죽였다는 호소를 듣고 감사에게 공문을 보내 조정에 이를 보고하였다. 간통 사실은 사실무근이고 관노 등을 죽인 것은 사면 전의 일임에도 불구하고 이각은 염이의 말만 믿고 제대로 사실을 조사해보지 아니하고는 감사에게 바로 공문을 보냈다. 이 사건에서 이각은

25) 《太宗實錄》 31卷, 태종 16년(1416), 4월 14일(丙子).

무고죄에 좌죄되었다.²⁶⁾

(사례3) 1456년(세조 2년) 김사명(金思命)의 무고 사건

적간리(摘姦吏)²⁷⁾ 김사명은 사헌부에 봉상윤(奉常尹) 유척과 직장(直長) 이병규가 출사하지 않았다고 고하였다. 그러나 조사 결과 유척과 이병규는 모두 벼슬에 나아간 뒤에 병으로 인하여 관직을 그만둔다는 글을 김사명에게 전하였음에도 불구하고 김사명이 술에 취하여 이를 살펴보지 아니하고 선불리 고하였음이 밝혀졌다. 이 사건에서 김사명은 무고죄에 좌죄되었다.²⁸⁾

(사례4) 1398년(태조 7년) 이복양(李復陽)의 무고 사건

이복양은 고려 왕족의 자손인 왕흥도(王興道)란 자가 황씨로 성을 바꾸어 하양에서 밀양으로 거주지를 옮겼는데, 하양과 밀양의 관원들이 이를 알고서 고하지 않았다고 신고하였다. 수사 결과 이복양이 신고한 왕흥도의 실체는 중추원부사 정탁의 종 이금(李金)인데, 그가 역을 피하고자 공연히 이름을 허위로 만들어 왕씨 행세를 하다가 고려멸망 후 성을 황씨로 바꾼 것으로 밝혀졌다. 이 사건에서는 이복양의 무고죄 성립 여부가 논의되었으나 무죄로 석방되었다.²⁹⁾

사례1부터 3까지는 모두 범의가 인정되어 무고죄가 성립한 반면, 사례4에서는 무고의 범의가 인정되지 아니하였다. 사례1에서 최종 판결을 내린 태종은 “천하에 어찌 아들로서 그 어미를 죽이거나, 며느리로서 그 시어머니를 죽이는 자가 있겠는가? 흉악한 계집종 가지장 등이 이미 말하기를, ‘집 주인은 그 까닭을 알지 못한다’고 하였으니, 무엇이 처결하기가 어려워서 이처럼 오래 끌기에 이르렀는가?” 라면서 판결의 이유를 암시하였다.³⁰⁾ 즉 당시의 일반적인 관념으로는 특별한

26) 《世宗實錄》 47卷, 세종 12년(1430), 3월 26일(丙寅).

27) 부정이 있나 없나를 살피는 아전

28) 《世祖實錄》 3卷, 세조 2년(1456), 1월 19일(己丑).

29) 《太祖實錄》 13卷, 태조 7년(1398), 1월 23일(辛未).

사정이 없이 며느리가 시어머니를 죽이는 범행에 가담하기가 매우 드문 일이었고 신고 당시의 객관적 사정에 비추어 보아 그러한 사정이 특별히 나타나 있지도 않은데 시어머니를 살해하기로 공모하였다고 손쉽게 믿고 신고한 것은 충분히 허위 신고의 가능성을 인식하고 신고에 이른 것으로 무고죄의 범의를 인정하기에 충분하다는 것이다.

사례2에서 이각과 염이의 죄를 照律한 형조에서는 “이각은 이육이 기생을 간통하고 사람을 죽였다는 사실을 잘 알지 못하면서 다만 염이 등의 말만 듣고 감사에게 공문을 보냈으니, 마땅히 무고로써 논죄하여야 할 것”이란 논지를 폈다.³¹⁾ 이 사례에서는 수사결과 피무고자인 나주목사 이육의 관할지역에 살던 염이가 평소 이육으로부터 자주 업신여김과 꾸짖음을 당하게 되자 이육에 대한 원망을 품었고, 전라도절제사 이각 또한 이육에 대하여 평소 안 좋은 감정을 가지고 있었던 사정이 밝혀졌다. 이들이 간통으로 고소한 근거는 이육이 잔치때 기생과 절친하게 술을 마시며 춤을 추었다는 것이었다. 염이와 이각은 이육에 대한 원한의 감정으로 이육이 기생과 춤을 춘 행위의 목격으로부터 기생과의 간통이란 허위사실을 고소한 것으로, 간통사실이란 것은 고소에 이르게 된 객관적인 상황과 일반적인 관념에 비추어 볼 때 단지 추측에 불과한 것이었다.

사례3에서는 술에 취하여 서류를 제대로 살펴보지 아니한 상태에서 고한 것이 무고죄 인정에 있어 중요한 근거가 되었다.³²⁾ 적간리의 임무가 관리의 부정을 살피는 것이므로 무단결근이 있었다고 보려면 국가에 고하기 전에 출결 상황을 확인한 관련 서류를 당연히 제대로 살펴보아야 할 뿐 아니라 당사자에게도 확인하는 절차를 취했어야 할 것이다. 그럼에도 불구하고 술을 마시고 제대로 살펴보지

30) 《太宗實錄》 31卷, 태종 16년(1416), 4월 14일(丙子) : 上謂判書安騰曰: “天下安有子殺其母, 婦殺其姑者哉? 賊婢加知庄等既曰: ‘家主不知其故,’ 則何治獄之難而至於如此之久也?”

31) 《世宗實錄》 47卷, 세종 12년(1430), 3월 26일(丙寅) : …… 恪不知勗奸妓殺人, 只聽怡等語, 移文監司, 當以誣告論. ……

32) 《世祖實錄》 3卷, 세조 2년(1456) 1월 19일(己丑) : …… “惕與丙奎, 皆就仕後移病, 以狀示思明, 思明醉不省視, 妄告無故不仕.” ……

아니한 것은 단순과실의 정도를 넘어 허위일 가능성을 인식하고 신고에 이른 것이다.

이처럼 무고죄의 범의를 인정한 위의 사례에서는 공통적으로 신고자가 신고사실의 진실성 여부를 살펴보지 아니하고 신고에 이르게 되면 무고죄가 성립한다는 논리가 나타난다. 즉 신고자가 신고할 사실의 진실성 여부를 미리 제대로 조사하지 아니하고 신고하면 무고의 범의가 인정된다는 것이다. 신고사실에 관하여 다른 사람으로부터 정보를 얻거나 정황상 일견 의심이 들어 신고하더라도 먼저 허위일 가능성을 진단하지 않으면 무고의 범의를 인정하는 것은 지금의 미필적 고의설의 입장과 거의 유사하다.³³⁾ 범의라는 것은 내심의 의사로서 피의자가 쉽게 인정하지 않기 마련이므로 자백에 의존하여 밝히기는 매우 어렵다. 허위사실일 가능성을 인식하고 허위를 신고한다는 것을 용인하였는지 내심의 의사의 정확한 위치를 이론적으로 구분할 수 있을지는 모르겠으나 현실적으로는 그 파악이 불가능에 가까우므로 범행 당시의 객관적인 사정과 일반인의 법관념에 비추어 사후적으로

33) 사례2, 3은 미필적 고의가 있다기보다 과실이 있을 뿐인 사례, 사례1은 그나마 애매한 사례로 보이는데 이를 미필적 고의의 사례로 본 근거는 무엇인지, 당시 우리 법이 미필적 고의라는 개념을 인정하고 있었는지에 대한 심사위원 甲의 지적이 있었다. 결론적으로 말하자면 미필적 고의와 확정적 고의는 서양법에서 고안한 관념이고, 미필적 고의설과 확정적 고의설의 틀 안에 조선시대 사례를 끼워맞출 수는 없다. 다만 우리 전통 형법에 대한 연구가 아직 미비하여 참고기준(Frame of Reference)이 되는 공신력있는 고유의 법률용어나 학설상 용어가 그다지 없는 상황에서 현대 법의 용어와 시각을 차용한 것에 불과하다. 지금의 미필적 고의, 확정적 고의라는 엄격한 관념에서 당시의 사례를 재단한다면 당연히 간극이 생길 수밖에 없다. 사례2에서는 공적 임무 수행보다는 원한관계에 기하여 이웃고을의 수령을 모함하는 것이 주된 목적이었고, 사례3에서는 직무수행 방법에 따라 당연히 살펴보아야 할 서류를 살펴보지도 않고 신고한 점에서 허위일 가능성을 충분히 용인하였다고 볼 수 있다. 사례1의 경우 지금의 시각에서 미필적 고의가 있었는지 밝히려면 권희달이 고소할 당시 송씨와 피살자간 평소 원한관계를 의심할 사정이 있었는지, 여종들로부터 어떤 말을 듣고 송씨가 공범이라 믿게 되었는지 객관적인 사정을 상세히 수사하여 고소 당시 진실이라고 믿을만한 정당한 사정이 있었는지 밝혀야 한다. 그러나 안타깝게도 사료의 한계로 이러한 부분이 명쾌하게 나타나지는 않는다. 그럼에도 불구하고 태종의 판결 이유에 따르면 당시의 관념으로 며느리가 시어머니를 살해한 것으로 신고할 정도라면 마땅히 충분한 근거가 있었어야 한다는 것인데, 이러한 근거도 없이 신고하였다면 충분히 허위 인식이 있었음을 전제하고 있는 것이다. 이러한 점에서 위 사례들은 미필적 고의설과 상당한 유사성이 발견된다는 것이지 지금의 미필적 고의설에 완벽히 일치시킬 수는 없을 것이다.

판단해야 한다. 신고 당시 허위 인식이 있었는지는 신고사실이 진실이라고 믿게 된 데 합당한 이유가 있었는지가 주된 쟁점이 되고, 이를 밝히기 위해서는 상식에 비추어 진실 여부를 조사하기 위해 노력하였는지가 매우 중요한 지표가 될 것이다. 확정적 고의설은 이러한 노력을 다소 소홀히 하여 허위일 가능성을 인식하였더라도 허위임을 확실히 알고서 허위성을 확신하지 않은 이상에야 무고죄의 범의를 인정하기 어렵다는 입장인 반면, 미필적 고의설은 허위일 가능성을 인식하고 용인하였다면 무고죄의 범의를 인정한다는 측면에서 조선초기의 법리는 미필적 고의설에 보다 가깝다.³⁴⁾

현행 형법의 해석론에서 미필적 고의설에 대한 확정적 고의설의 가장 중요한 비판 논리는 고소·고발에 있어서는 그 성질상 신고사실이 진실에 부합하지 않을 수도 있다는 미필적 인식이 부수되기 마련인데 미필적 고의만으로 무고죄의 범의를 인정한다면 무고죄를 부당하게 확대하여 국민의 재판받을 권리를 제한한다는 것이다. 그러나 이에 대한 미필적 고의설의 방어 논리는 허위를 진실이라 확신하고 신고하였을 때에는 구성요건적 착오에 해당하여 무고죄가 성립하지 아니하므로 무고죄를 부당하게 확대하는 것은 아니고, 오히려 신고사실이 허위라거나 허위일 가능성이 있다는 인식을 하면서도 이를 무시한 채 무조건 자신의 주장이 옳다고 생각하는 경우에는 무고죄의 책임에서 벗어나게 해서는 안된다는 것이다.³⁵⁾ 미필적 고의설에서도 허위사실일 가능성을 인식하고도 고소하는 것을 무고죄의 범의에 포섭시키는 것이지 정당한 이유에 기반하여 허위를 진실이라 잘못 믿은

34) 공법연구회 토론 과정에서 토론자 乙은 신고사실의 허위유무 판단이 객관적으로 어려웠는가, 그리고 신고자가 허위유무 판단에 신중을 기하였는지 여부를 기준으로 무고죄 범의를 판별하여 당시의 해석이 지금의 미필적 고의설과 거의 유사하다고 결론내리고 있는데 허위유무 판단의 난이도가 허위사실에 대한 미필적 고의로 어떻게 환원될 수 있는지 보다 상세한 설명이 필요하다고 지적하였다. 확정적 고의(허위임을 확신), 미필적 고의(허위일 가능성을 인식하고 용인), 고의없음(진실임에 대한 확신)을 판단함에 있어서는 일반인의 법적 상식에 비추어 허위임을 쉽게 인식할 수 있었는지가 중요한 지표이므로 판단에 있어서 미필적 고의설과 유사성을 발견한 것이다. 지적에 따라 논증을 보완하였다.

35) 이준길, 앞의 논문, 263쪽.

경우에는 범의를 인정하지 않는다. 과연 어느 정도이면 진실이라 오해한 정당한 이유가 인정되는지는 일반인의 상식과 법적 감정에 따라 판단할 문제이다. 이에 대해서 조선시대의 법리를 잘 보여주는 것이 사례4이다.

이복양은 왕흥도라고 불리는 사람이 황씨로 성을 바꾸고 거주지를 옮겼는데 관원들이 제대로 규찰하지 않고 있어 그들이 고려 왕족에 대한 감시법을 위반하였다는 취지로 고발한 것이다. 이 사건에서 태조는 “고한 것이 사실이 아니라 하더라도 왕씨 성을 황씨로 고친 것은 사실이니 이복양의 신고를 무고로 의논할 수 없다”라면서 그를 처벌하지 아니하였다.³⁶⁾ 국문 과정에서 주인인 중추원부사 정탁을 직접 불러 대질하고서야 실체를 알 수 있었던 만큼 이금은 철저히 왕흥도 행세를 하였던 것으로 보인다. 이복양은 왕흥도가 실제 왕씨라고 믿은 전제 하에 그가 황씨로 변성하여 거주지를 옮겼다고 신고하였고 일명 왕흥도가 황씨로 변성한 것 또한 사실이었으므로 고소한 사실관계는 이복양의 주관적 인식 하에서는 모두 진실이었던 것이다. 다만 이복양이 왕씨라고 믿은 사람이 원래는 왕씨가 아니었기 때문에 결과적으로 객관적 사실이 이복양의 주관적 인식과 전혀 일치하지 않게 되었던 것뿐이다. 이 사건에서는 이복양이 왕흥도가 고려 왕족이라 믿고 관원들을 신고한 것에 대하여 그럴만한 합당한 이유가 있다고 보아 허위 인식이 없었다고 판단한 것으로 보인다. 무고자가 정당한 사실관계에 기반을 두고 허위 인식을 결여한 경우에는 비록 허위의 사실을 고한 결과가 발생하였다 하더라도 무고의 범의를 인정하지 아니한 것으로 이는 지금의 구성요건적 착오와 유사하다.

36) 《太祖實錄》 13卷, 태조 7년(1398) 1월 23일(辛未): 上曰: “復陽所告雖非實, 然其改姓王爲黃則是矣, 不可以誣告論.”

Ⅳ. 풍문탄핵의 처벌과 범의의 차별적 적용

1. 풍헌관(風憲官)의 탄핵

지금의 판례는 현행 형법의 무고죄 범의 해석에 있어서 예외없이 미필적 고의설을 일관하고 있다. 그러면 조선시대 판례에서도 지금과 같이 미필적 고의설과 유사한 입장이 일관되었을까? 일반적인 사건 처리에 있어서는 위에서 살펴본 것처럼 미필적 고의설과 유사한 입장이 일관되고 있지만 특이하게도 고위관료의 비리를 고발하는 풍헌관이 허위로 고발한 경우 그를 무고죄로 의율함에 있어서는 다소 다른 경향이 발견된다. 즉 일반인과 풍헌관을 차별하여 무고죄의 범의를 적용하는 것이다.

풍헌관은 대간(臺諫)을 지칭하는 말로서 대간은 다른 관료를 규찰하여 국왕에게 그 잘못을 간하는 역할을 한다. ‘風’은 사대부가 사생활에서 응당 지녀야 할 태도, 公論에 맞는 태도를 의미하며, ‘憲’은 사대부들이 중심이 되는 정치가 지향해야 하는 이상을 의미하므로 풍헌관은 ‘사대부의 공론’(風)의 대변자요, ‘성현의 법’(憲)의 수호자이다.³⁷⁾ 대간 제도는 공론을 국왕에게 전하는 언론 활동과 고위 관료의 비리를 고하는 탄핵 활동을 통해 왕권이 전제화하는 것도, 신권이 비대화하는 것도 막음으로써 조선시대 권력 균형을 달성하는 데 기여한 핵심적 제도였다.³⁸⁾

《大明律》은 풍헌관이 허위사실을 들어 탄핵한 경우 무고죄와 동일하게 처벌하고 있다.³⁹⁾ 따라서 풍헌관이 탄핵하더라도 허위의 사실을 고하면 무고죄가 성립한다는 원칙은 변함이 없고, 탄핵행위도 무고죄의 구성요건으로서의 ‘告’에 해당함은 명백하다.

37) 정두희, 조선시대의 대간연구, 일조각, 1994, 118쪽.

38) 이성무, 조선의 부정부패 어떻게 막았을까, 청아출판사, 2000, 30~32쪽.

39) 《大明律》 제359조 刑律 訴訟【誣告】○若各衙門官進呈實封誣告人 及風憲官挾私彈事有不實者 罪亦如之 若反坐及加罪 輕者 從上書詐不實論.

대간의 탄핵행위에 대하여는 ‘우용(優容)’, 즉 우대하여 용납하여야 한다는 원칙이 있었다. 태종은 우용의 원칙에 대하여 다음과 같이 해석하였다.

“너희들이 간신(諫臣)을 우대하여 용납하기를 청하는데, 이른바 ‘우용(優容)’이라는 것은 무릇 대간(臺諫)에서 궁중(宮中)의 일이나 귀척대신(貴戚大臣)의 일 같은 것을 가지고 그 사실을 지적하여 곧게 말하면, 말은 비록 듣지 않더라도 죄를 주지 않는 것을 이름이다. 어찌 남의 죄를 무고하여 청하는 것을 참고서 죄주지 않는 것을 이름이겠는가?”⁴⁰⁾

즉, 우용의 원칙은 대간이 탄핵을 통해 곧게 지적하는 행위를 높게 사는 것이므로 결과적으로 객관적 사실과 일치하지 않는 직언이 있었다 하더라도 대간에게 죄를 주지 않는 면책특권을 부여한 것이다. 하지만 대간이 허위의 인식에 기하여 공연히 허위사실을 고하는 것까지 면책하지는 않는다. 이러한 시각에서 본다면 대간의 허위 인식에 기한 誣告彈劾은 당연히 무고죄의 구성요건에 해당된다. 그러면 실제 사례에서 무고의 범의를 판단함에 있어 이러한 법리가 어떻게 적용되었을까?

2. 풍문탄핵에 대한 무고죄 의율

탄핵에는 言根, 즉 탄핵한 근거가 있기 마련이다. 대간의 임무가 임금의 잘못과 관리의 비리를 규찰하는 것이므로 타당한 근거를 조사하여 탄핵하는 것이 당연하다. 그럼에도 불구하고 단지 풍문만 듣고서 탄핵하는 경우가 상당하였다. 소문만 듣고서 탄핵하는 風聞彈劾 내지 風聞舉劾은 앞서 살펴본 조선시대적 의미에서의 미필적 고의설의 입장에 따르면 사실을 제대로 살펴보지 아니하고 신고한 전형적인 경우이고, 탄핵행위도 무고죄의 告에 해당하므로 풍문탄핵 그 자체로 무고죄에 해당하게 된다.

40) 《太宗實錄》 23卷, 태종 12년(1412) 1월 16일(辛丑): 諫臣所謂優容者, 凡臺諫若以宮中之事與貴戚大臣之事, 斥其實而直言, 則言雖不聽, 勿罪之謂也. 豈以誣請人罪, 而含忍不罪之謂乎?

조선왕조 개창 직후 태조 이성계는 이러한 원칙을 충실히 좇아, 도평의사사에 전교를 내려 대간의 풍문거핵 뿐 아니라 풍문으로 타인의 죄를 고발하는 풍문고알(風聞告訐)을 일체 금하는 법을 세웠고,⁴¹⁾ 이러한 풍문고알 금지의 법은 《經濟六典》에도 수록되었다.⁴²⁾ 탄핵의 주체인 대간들은 풍문탄핵금지법의 폐지를 지속적으로 주장하였지만 태종의 강력한 반대로 풍문탄핵은 엄격히 금지되었고, 이러한 원칙 아래 태종대에는 대간의 탄핵을 무고죄로 처벌하는 사례가 종종 있었다.⁴³⁾ 그러나 계속된 논란 끝에 세종대에 이르러 지방관의 탐묵(貪墨)과 학민(虐民) 두 가지 사유에 한해서만 예외적으로 풍문으로 탄핵할 수 있도록 법을 고쳤다.⁴⁴⁾ 이는 부패한 수령으로부터 고통받는 백성들을 구제하려는 세종의 愛民 정신에 그 입법취지가 있는데, 《經濟六典》續典에 수록되었고,⁴⁵⁾ 이후에도 계승되어 《經國大典》에도 같은 내용으로 수록되었다.⁴⁶⁾ 그리하여 세종대 이래 지방관의 탐묵과 학민에 대한 풍문탄핵은 법적으로 허용된 것이다.

41) 《太祖實錄》 2卷, 태조 1년(1392) 10월 11일(己未): …… 內而都堂臺省, 外而節制按廉, 至於州縣官, 一以慈愛撫民爲務, 卽仁政也. 當草創法制未備之時, 豈可遽以末務, 能正風俗哉? 又當舊染自新之日, 安可追咎既往之事? 孔子曰: “不念舊惡, 怨是用希.” 又曰: “浸潤之譖, 膚受之訴, 不行焉, 可謂明也已矣.” 自今見身告狀, 而有明證及謀叛大逆, 卽當受理. 風聞告訐, 乃敗俗亂化之源, 不宜受理, 違者懲戒. 內而宗室子弟, 外而大小臣僚至於士庶人, 如有所犯, 自當痛懲, 斷不原宥. ……

42) 《太宗實錄》 31卷, 태종 16년(1416) 3월 20일(壬子): …… 予以謂, 風聞公事, 不可行也. 禁而不行, 已載於太祖元典. 若風聞之事, 許令行之, 則更相撥摘, 互相陰中, 民風俗習, 必不美也, 予必堅守此法矣. ……

43) 태종의 부마 조대림을 역모에 끌어들이 모반하게 하고 이를 진고하여 부귀를 얻으려 하였던 역적 목인해(睦仁海) 사건과 관련하여 사헌집의 탁신(卓愼)은 조대림이 역적 목인해의 말을 믿고 임금의 명을 무시하였다고 탄핵하였다가 처벌받았다. 또한 태종은 대간들이 완원부원군 이양우(李良祐)를 탄핵한 사건에서 탄핵이 무고임을 밝혀 대간들을 처벌한 예가 있다. 탁신 사건은 《太宗實錄》 16卷, 태종 8년(1408) 12월 25일(戊戌); 《太宗實錄》 17卷, 태종 9년(1409) 1월 2일(乙巳); 이양우에 대한 탄핵 사건은 《太宗實錄》 27卷, 태종 14년(1414) 4월 7일(庚戌); 《太宗實錄》 27卷, 태종 14년(1414) 4월 24일(丁卯); 《太宗實錄》 27卷, 태종 14년(1414) 6월 23일(甲子); 《太宗實錄》 28卷, 태종 14년(1414) 7월 8일(己卯).

44) 《世宗實錄》 125卷, 세종 31년(1449) 7월 21일(己亥).

45) 《世宗實錄》 110卷, 세종 27년(1445) 12월 5일(甲辰): …… 凡監司不法事, 憲府風聞糾理, 載在《續典》. ……

46) 《經國大典》 刑典【禁制】 外官所犯, 貪污虐民外, 勿許風聞舉劾.

그런데 풍문탄핵이 예외적으로 허용된다는 것은 풍문으로 탄핵한 대간이 무고죄에 해당되지 않을 수도 있다는 가능성을 열어주는 것이다. 풍문으로 탄핵한 것은 미필적 고의설에 의하면 무고죄의 고의가 인정되는 경우인데, 그럼에도 불구하고 무고죄로 처벌하지 않는다는 것은 무고의 범의 판단에 있어 일관성을 상실하는 문제를 야기한다. 이것이 법에서 명문으로 예외를 인정한 지방관의 탐묵과 학민에 대해서만 그러하다면 그나마 예외허용 입법의 취지에 부합하겠지만, 법운용에 있어서 실질은 그러하지 않았다. 태종대 이후로 조선초기의 사례를 살펴보면 풍문탄핵을 무고죄로 처벌한 사례가 전혀 발견되지 않는다.

3. 김제신 對 양성지 사건

특히 성종대에 이르러서는 풍문탄핵이 점차 성행하게 되었고, 대간의 풍문거핵에 관하여 피탄핵자들의 항의가 받아들여졌다 하더라도 그를 탄핵한 대간은 형사처벌되지 아니하고 기껏해야 좌천되는 정도의 것 이상은 아니었다.⁴⁷⁾ 대표적인 사건이 1477년(성종 8년) 김제신의 풍문탄핵 사건이다.

사헌부 장령 김제신은 새로이 대사헌에 임명된 양성지가 대사헌에 부적합한 인물이라 탄핵하였는데, 그가 탄핵한 상소문을 살펴보면 아래와 같다.⁴⁸⁾

“풍헌이란 위로는 임금을 받들어 보필하고 아래로는 백관을 규찰함으로써, 모든 사람들의 사악한 것과 올바른 것, 탐학한 것과 청렴한 것을 모두 거론하기 때문에 이러한 관직에 있는 자는 반드시 먼저 자기 몸을 바로잡은 후에야 비로소 남을 꾸짖을 수가 있으니, 이른바 ‘자기 허물이 없어야 남을 나무란다’는 것이 아니겠습니까? 지금 양성지를 사헌부 대사헌으로 삼았으나, 살피건대, 양성지는 본래 품행이 없고 오로지 재화만을 탐하였으므로 일찍이 이조판서가 되었을 때 그 문전이 저자와 같아서 나라의 보궐(簠簋, 제사그릇)을 더럽힌다는 비난이 있었습니다. 그때 사람들이 ‘오마판서(五馬判書)’라고 그를 지목하기에 이르렀습니다. 또 ‘자리 안에 능단(綾段)이 있다’라든지, ‘말 발굽에

47) 정두희, 앞의 책, 111쪽.

48) 《成宗實錄》 85卷, 성종 8년(1477) 10월 4일(戊戌).

편자를 더한다'라는 말이 있었는데, '오마(五馬)'라고 이르는 것은, 그가 받은 뇌물이 다섯 마바리라는 것이며, '자리 안에 능단이 있다'라는 것은 자리로써 능단을 써서 받아들였다는 것이며, '말발굽에 편자를 더한다'라는 것은 그 쇠붙이를 말발굽에 덧붙여 뇌물로 주었다는 것입니다. 양성지의 더러운 소문이 이와 같았으니, 그에게 규찰하는 지위를 더하여 여러 사람들에게 어찌 보일 수가 있겠습니까? 양성지의 한 짓을 비록 목격하지는 아니하였지만, 그러나 사람들 입에 퍼진 소문은 이와 같으니, 양성지가 능히 하늘을 우러러보나 땅을 굽어보나 부끄러움이 없이 탐오하는 무리들을 탄핵하여 들춰낼 수가 있겠으며, 그가 능히 사람들로 하여금 풍헌의 탄핵을 듣고서 간담이 떨어지게 할 수 있겠습니까? 그 사람이 이와 같아 명분과 절의를 지키는 사람들이 부끄럽게 여기니, 빨리 파면시켜서 대간의 기강을 떨치게 하여야 할 것입니다.”

김제신은 양성지가 이조판서로 있을 때 받은 뇌물이 다섯 마바리나 되어 이른바 '오마판서'로 불리었다는 등 매우 모욕적인 언사를 사용하며 원색적으로 탄핵하였음에도, 정작 탄핵에 이르게 된 경위에 관해서는 목격한 바는 없고 소문으로 들어서 아는 것이라며 스스로 풍문탄핵임을 밝히고 있다. 이 탄핵 사건은 지방관의 탐묵이나 학민에 관한 것도 아니므로 풍문탄핵 허용의 예외에 해당하지 않는다. 풍문탄핵이 금지되는 영역이므로 사실 여부를 제대로 조사하지 아니한 채 탄핵하였는데 그것이 허위로 밝혀진다면 무고죄에 해당하고, 앞서 살펴본 조선의 법리에 따르면 무고죄의 범의도 충분히 인정된다.

이 사건을 밝히기 위해 고심하던 성종은 세조실록 수찬에 참여한 민수(閔粹)가 양성지의 일을 썼다가 원망을 살까봐 두려워하여 사초(史草)를 고친 일⁴⁹⁾을 떠올리고 탄핵사실의 진실성 여부를 밝히기 위해 그 사초와 실록을 상고하도록 하였다. 역사 기록의 객관성과 중립성을 매우 중시하던 조선사회에서 옛 사료를 다시 찾아 뒤지는 일은 흔치 않은 일이므로 이 사건을 상당히 심각한 것으로

49) 이 사건은 이른바 '민수사옥(閔粹史獄)'으로 불리는 유명한 필화이다. 민수는 양성지, 신숙주 등 공신들을 비판한 사초를 썼으나, 한명회가 실록청의 당상관이 되자 화를 입을 것이 두려워 사초를 개서하였고, 이 일이 발각되어 제주 관노가 되었다. 상세한 내용은 김경수, *조선시대의 사관연구*, 국학자료원, 1998, 151쪽 참조.

보아 수사에 임하였음을 알 수 있다. 그러나 사초에서도 양성지가 뇌물을 받은 사실을 인정할 근거자료를 전혀 발견하지 못하였다.⁵⁰⁾ 과거의 수뢰사실을 증명할 단초를 찾기 위해 단순히 진술에 의존하지 아니하고 사초와 실록까지 일일이 검토하였으면 실체관계를 확인할 수 있는 가능한 증거자료를 최대한 수사한 것인데도 증거를 찾지 못한 것이다.

사정이 이러하다면 김제신을 무고죄로 처벌하여야 할 것이다. 그럼에도 불구하고 성종은 탄핵받은 양성지를 대사헌에서 즉시 해임하고 자헌대부 남원군으로 봉하면서, 이계손을 새로이 대사헌으로 삼았다.⁵¹⁾ 오히려 풍문거핵에 앞장선 김제신은 처벌받지도 아니하였을 뿐 아니라, 좌천되지도, 교체되지도 아니하여 아무런 불이익을 받지 아니하였다.

이에 반해 탄핵 과정에서 양성지는 강력히 반발하였다. 양성지의 변론을 살펴보자.

“고려말부터 조선초까지 대간이 남의 숨겨진 사사로운 일을 공격하고 밝혀내기를 좋아하여 서로 간교를 다하여 남을 모함하였기 때문에 …… 풍문을 거론하여 탄핵하는 것을 더욱 금지하기를 익명의 투서를 수리하는 것과 다름이 없게 하였다 합니다. …… 지금 14년만에 길거리에서 들은 애매한 일을 가지고 임금께 상달하고 갑자기 신에게 뒤집어 씌우니, 신은 원통하고 민망한 마음을 이길 수가 없습니다. 신이 만약 죄가 있다면 이조판서 재직 7개월 동안 어찌 한 사람도 탄핵하는 사람이 없었으며, 또 사헌부의 5년 동안 어찌 한 사람도 말하는 사람이 없었습니까? 이것은 대간들이 서로 모함하는 것이 근일 풍속을 이룬 것이기 때문입니다. 전하께서 이것을 물었을 때 말한 자들이 전해서 들은 것이라고 대답하였으며, 또 성명을 물었을 때 이를 잊어버렸다고 대답하였는데, 신은 그 이유를 밝히고자 합니다. 전하께서 춘추관에 명하여 그 사실을 상고하게 하셨는데 춘추관에서도 두루 상고하여 보았으나 그런 일이 없었습니다. …… 신에게 명하시어 김제신·경준과 더불어 옥에 나아가서 대질·변명하게 해주십시오. 이와 같이 하여 신이 만약 죄가 있다면 커다란 비방을 달게 받겠으며, 만약 그러한

50) 《成宗實錄》 85卷, 성종 8년(1477) 10월 5일(己亥); 《成宗實錄》 85卷, 성종 8년(1477) 10월 9일(癸卯); 《成宗實錄》 85卷, 성종 8년(1477) 10월 10일(甲辰).

51) 《成宗實錄》 85卷, 성종 8년(1477) 10월 5일(己亥).

사실이 없다면 말한 자들을 반좌(反坐)시키십시오. 위로는 조정에서부터 아래로는 나라 사람들에게 이르기까지, 또 만세 이후에도 신이 전하의 어질고 밝으신 은택을 입어서 무고를 당하였으나 설욕할 수 있게 하여, 盛治의 시절에 생사골육하였다는 것을 알게 하소서.”⁵²⁾

양성지는 뇌물수수 사건이 명백한 허위임을 주장하여 무고탄핵한 김제신을 무고죄로 반좌(反坐)⁵³⁾하여 줄 것을 주장하고 있다. 그는 수사결과에 대한 상당한 자신감을 표하고 있다. 물론 상식적으로 아무런 근거없이 조정의 대신이 뇌물을 수수하였다는 비방을 함부로 할 수는 없었을 것이므로 뇌물수수가 진실인지 여부를 정확히 알 수는 없다. 그러나 분명한 것은 당시 수사한 증거관계상으로는 뇌물수수 사실을 인정하기는 어려웠다는 것이다. 또한 김제신은 들은 지 10년이 된 일이라며 스스로 풍문탄핵임을 자백하였고,⁵⁴⁾ 이처럼 장기간 소문으로 널리 알려진 일임에도 양성지는 이조판서로 재직한 이래 14년 동안 아무런 문제제기를 받지 못하였던 것도 사실이었다. 양성지는 누차 대간과 더불어 면질해 줄 것, 사실관계를 면밀히 조사하여 허위가 있으면 대간을 무고죄로 처벌해줄 것을 누차 요청하였으나, 성종으로부터 번거롭게 더 요구하지 말라는 명을 받았을 뿐이었다.⁵⁵⁾ 반면, 김제신은 무고죄 처벌을 받지 아니하였고, 피혐하겠다는 김제신의 요청에조차 성종은 “사건을 듣고서 감히 말하지 아니할 수가 없으니 이것도 또한 그 職分인 것이다”라며 피혐을 만류하기까지 하였다.⁵⁶⁾

풍문에 의거한 탄핵에 대하여 무고죄를 인정하지 아니하는 것은 미필적 고의설과 유사한 무고죄 범의 해석이 특정 영역에 있어서는 예외적으로 변화되는 것을

52) 《成宗實錄》 85卷, 성종 8년(1477) 10월 12일(丙午).

53) 전통법의 무고죄 처벌은 피무고죄의 법정형으로 무고자를 처벌하는 반좌율에 의거하였다. 즉 뇌물죄로 무고하면 무고자가 뇌물죄의 법정형으로 처벌받는 것이다. 반좌율에 대하여는 서정민, 앞의 논문, 161~180쪽 참조.

54) 《成宗實錄》 85卷, 성종 8년(1477) 10월 11일(乙巳).

55) 《成宗實錄》 85卷, 성종 8년(1477) 10월 15일(己酉).

56) 《成宗實錄》 85卷, 성종 8년(1477) 10월 15일(己酉).

의미한다. 성종이 스스로 밝혔듯이 대간이 품문으로 혐의 사건을 듣고서 말하는 것은 ‘직분’에 해당하는 것이지 무고의 범의가 아니란 것이다. 하지만 대간의 탄핵에 관한 우용의 원칙 아래 국왕의 의사를 해석해 보면 허위라는 확신을 가지고 무고로 탄핵하는 것까지 허용하는 것은 아니다. 이는 대간의 ‘직분’ 범위를 벗어난 것이기 때문이다. 양성지에 대한 탄핵 사건에서 대부분의 대신들(정창손, 한명회, 윤자운, 윤사훈, 김국광, 김수온, 이극배, 강희맹, 서거정, 임원준, 노사신, 김개, 유수, 어유소, 선형, 윤흠, 이승원, 윤계검, 이계손)은 품문에 기하여 사실이 아닌 것을 탄핵하는 것은 잘못이라는 점을 당연한 전제로 논의를 전개하였다.⁵⁷⁾ 이러한 의미에서 대간의 품문탄핵은 허위일 가능성을 용인하거나 인식하더라도 허위임을 확신하고 탄핵하지 않은 이상 무고로 볼 수 없게 된다. 무고죄의 범의 판단에 있어서 대간의 탄핵이라는 영역에 한해서는 확정적 고의설과 유사한 입장이 견지됨을 알 수 있다. 대간의 탄핵에 대해서는 허위사실임을 확정적으로 인식하고 탄핵하는 확정적 고의가 있을 경우에 한하여 무고죄로 처벌하는 것은 대간의 탄핵행위에 한해서는 일정한 특권을 부여하는 것이라 할 수 있다. 그러면 모든 사람에 대하여 무고죄의 범의를 동일한 잣대로 평가하지 아니하고 대간이라는 직분에 대해서만 차별적으로 범의 판단 기준을 적용한 까닭은 무엇이었을까?

첫째, 대간제도의 특수성과 국왕의 통치권 활용의 필요성을 그 이유로 들 수 있다. 대간은 임금의 눈과 귀로서 국왕의 국정 전반에 관하여 간쟁할 수 있었으므로⁵⁸⁾ 관료의 비리 처벌이란 국왕 임무의 성실한 수행을 촉구하는 의미에서 관료들을 폭넓게 탄핵할 수 있었다. 탄핵에 일반적인 무고죄 잣대를 그대로 들이댄다면 대간의 활동이 위축된다. 더욱이 국왕은 소수의 대간으로 관료사회 전반을 통제해야 했다. 사헌부와 사간원의 대간 전원이 겨우 11명밖에 되지 않으므로 이들이 당시 모든 관료들의 비행을 일일이 감찰하고 그 중 잘못이 있다고 판단되는 관료들을 탄핵함에 있어서 구체적이고도 객관적인 증거를 제시하기에는 그 인원이

57) 《成宗實錄》 85卷, 성종 8년(1477) 10월 14일(戊申).

58) 이성무, 앞의 책, 64~65쪽.

절대 부족하였다.⁵⁹⁾ 게다가 탄핵의 상대방은 주로 고위관료들이므로 증거를 확보하는 것이 쉬운 일은 아니었을 것이다. 따라서 일반 백성이 다른 사람의 범죄를 신고하는 수준으로 엄격히 탄핵요건을 설정하여 탄핵행위를 무고죄로 적극 의율할 경우 관리들의 비위에 관한 정보 수집이 취약하게 된다.

둘째, 유교적 통치이념 정착에 따라 대간의 언로(言路)를 막아서는 안된다는 분위기가 조성되었다. 특히 성종대 대간들은 조정 중신들을 탄핵 대상으로 하여 주로 도덕성과 윤리성을 문제삼으면서 사대부들의 공론이란 명분 아래 풍문거핵을 적극적으로 감행하였는데, 이것은 당시 성리학의 수용과 보급이 실효성을 얻으면서 대간의 활동이 유교적 도덕정치의 구현에 절대적으로 필요하다는 신념에서 이루어진 것이었다.⁶⁰⁾ 이런 신념에서 대간들은 자리에 연연하지 아니하였다. 특히 성종은 대간들의 활동을 前代의 어떤 왕보다 관대하게 수용하면서 대간의 잘못된 탄핵에 대하여는 인사조치 정도로 대응하는 바람에 성종 재위중 무려 68명의 대사헌이 교체되었음에도 대간들은 이에 개의치 않고 오히려 영광으로 여기는 분위기가 형성되었다.⁶¹⁾

결국 이러한 이유로 대간에 한해 그 직무의 특수성을 인정하여 허위사실을 확정적으로 인식한 때에만 무고죄 범의를 인정함으로써 자유로운 탄핵의 특권을 보장한 것이다. 이는 무고죄의 부당한 확장을 막고 국민의 고소·고발권을 보장하고자 하는 목적에서 제기되는 지금의 확정적 고의설과 흡사하다.⁶²⁾

59) 정두희, 앞의 책, 95쪽.

60) 정두희, 앞의 책, 119~123쪽.

61) 이성무, 앞의 책, 82쪽.

62) 토론자 乙은 성종대는 훈구세력과 사림세력의 대립이 본격화된 시기로 대간의 행보 역시 당시의 정치적 상황에 따라 좌우되는 바가 많았기 때문에 풍문탄핵에 있어 무고죄의 성립범위를 제한한 것을 무고죄의 부당한 확장을 막고 국민의 고소·고발권을 보장하고자 하는 목적에서 제기된 확정적 고의설과 흡사한 것으로 긍정적으로만 평가하는 데에는 보다 신중함이 요구된다고 지적하였다. 충분히 일리있는 지적이다. 다만 여기에서는 정치적인 평가보다는 무고죄 운영의 측면에서 형사정책적인 평가를 하고자 하였다. 조선시대는 일반백성의 고소권을 지금과 같이 피해를 호소하고 재판을 청구하기 위해 당연히 부여되어 있는 권리로 인식하기보다는 왕권과 사회질서 유지의 차원에서 오로지 수사의 단서로만 인식하였다. 그러나 대간의 탄핵권은 당시 여론의 주도자였던 사대

V. 맺음말

이 글에서는 미필적 고의설과 확정적 고의설의 대립으로 대변되는 무고죄 범의 판단 기준에 관한 현행 형법의 무고죄 해석론을 참고의 기준으로 하여 조선초기의 형법에서 무고죄 범의 해석이 어떻게 이루어졌는지 비교하여 살펴보았다. 국왕 단계에까지 상신되어 논의될만큼 국가적으로 중요한 실록의 사례를 중심으로 하였기 때문에 현대와 있는 그대로 비교하기에 어려운 사료상 한계점은 있다.⁶³⁾

조선시대에는 사실을 제대로 알아보지도 아니하고 내가 아는 경험과 지식만이 옳다는 것을 타인에게 강요하여 그의 법률적 안정성을 해치는 것이 바로 무고의 범의 구성에 중요한 역할을 한다고 보아 미필적 고의설과 유사한 기본 입장을 취하였다. 그러나 유교적 도덕정치를 표방하는 관료사회에서는 비록 정확한 조사에 기한 사실 인식에 근거하지 아니하고 다만 풍문에 의거하더라도 대간이 그 직분에 기하여 관료를 탄핵한다면 확정적 허위인식이 없는 이상 그에게 무고죄의 범의가 있다고 보지 아니하였다. 근본적으로는 무고행위의 발호를 막기 위해 미필적 고의설의 입장에서 허위일 가능성을 인식하고 신고한 행위를 무고죄로 적극 제재하였지만, 대간의 탄핵에 있어서는 신고행위의 특성과 직분에 따라 무고죄의 범의 판단 기준을 차별적으로 적용하였고, 이는 관료의 청렴성을 강화하고 건전한 정치풍토를 형성함으로써 도덕정치의 이상을 실현하려 하였던

부의 공론을 대변하는 것으로 지금의 고소·고발권과 유사한 권리적 측면에서 인식되었던 것으로 보인다. 최종재판자인 국왕이 탄핵에 있어서 무고죄의 확장을 막음으로써 고위관료에 대한 자유로운 고소·고발권을 적극적으로 보장해주고자 하였던 면모는 지금의 확정적 고의설의 논거를 충실히 담보한 것이다.

- 63) 심사위원 甲은 논의된 사례들이 직무에 기한 사건처리 과정에서 유죄로 처리된 것이므로 현행 무고죄와 거리가 있어 이들 사이의 간극을 메우는 작업이 필요하다고 지적하였다. 법사학자들이 분발하여야 할 부분임이 분명하지만 전란의 역사로 인하여 지방 수령 단계에서 무고 사건을 조사하고 진술을 상세히 기록한 자료들이 거의 남아있지 아니한 사료의 한계로 인하여 어쩔 수 없는 부분이 있다. 사료가 부족하다고 한탄할 것만이 아니라 있는 사료만으로도 당시의 법리를 추적해 보는 것은 충분히 의미있는 작업이라 본다. 이러한 점에서 조선왕조실록은 곳곳에 법률논변이 잠재되어 있고 국가적 중대사가 핵심적으로 기록되어 있는 중요한 법학텍스트이기도 하다.

당시 무고죄 운영의 형사정책의 일면을 잘 보여준다. 여기에서 소개하지는 아니하였지만 유교적 윤리질서에 지극히 반하는 강상죄(綱常罪)에 있어서는 국왕과 신료들의 법률논변을 통해 아예 무고의 범의를 요구하지 아니하는 법리를 형성하기도 하였다.⁶⁴⁾

그러면 한국 전통 형법의 논의가 지금 우리에게 시사하는 것은 무엇인가? 형법의 적용 대상이 되는 모든 국민이 평등하고 법리상 고의가 차별화될 수 없는 지금의 시각에서 본다면 이같은 전통법의 법리를 일응 자의적인 법운용 내지 법해석권의 남용으로 비판할 소지도 있다. 그러나 지금의 시각과 잣대로 입법·행정·사법권이 명확히 분리되지 아니하였던 체계 속에서의 전통법을 그대로 평가할 수는 없는 노릇이고, 각각의 사례에서 나타나는 조선시대 전통법 운용은 국왕과 신료들 사이의 폭넓은 법률논변을 거쳐 결론에 이른 것으로 그 나름의 견제와 균형 기제를 갖추고 있었다.

조선초기의 형법에서는 일반적인 무고 사건 처리에 있어서 미필적 고의설과 유사한 입장을 취하고 있었고, 이는 근본적으로 허위일 가능성을 신중하게 진단하고 타인을 배려하지 아니한채 나만의 생각을 고집하는 것을 징계하고자 함이었다. 지금이나 옛날이나 고소로 인한 피해는 여전히 크다. 신체의 자유를 제한당할 위험에 처하고 예상하지 못한 수사기관의 조사와 추적에 시달리게 되므로 심리적으로도 매우 위축되어 법률생활의 안정성에 큰 지장이 생긴다. 미필적 고의설과 확정적 고의설 중 어느 것이 맞는지 일도양단으로 판단하는 것은 어려운 문제이지만, 조선시대의 경험에 비추어 보아도, 독일 형법과 달리 확정적 고의를 명문으로 입법하지 아니한 제정 형법 입법자의 법문 선택을 생각해 보아도, 무분별한 고소에 앞서 고소사실을 신중히 다시 한번 점검해볼 수 있도록 장려하는 의미에서 미필적 고의설이 원칙이 되어야 함이 상당하다고 생각한다.

64) 처첩간의 투기나 재산욕심으로 가족간에 무고함으로써 삼강오륜에 반하는 강상범죄 행위에 대해서는 무고의 고의를 아예 요구하지도 아니한 채 처벌한 예외적인 사례가 발생하기도 하였다. 구체적인 사례의 내용과 처리 경과, 그 이유에 관해서는 서정민, 앞의 논문, 140~159쪽의 사례 참조.

그러나 무고죄 범의 판단에 있어서도 관료사회의 도덕성과 청렴성을 매우 중요한 가치로 여겨 이를 해석 기준에 반영한 한국 전통법의 일면은 고위공직자, 권력자의 친인척 등의 부패와 도덕불감증에 염증을 느끼는 현대사회에 시사하는 바가 많다. 물론 교통과 통신이 발달하여 조금만 노력하면 여러 가지 사실을 알아내고 지식을 습득할 수 있는 현대 사회에서 풍문탄핵과 같이 소문에만 근거한 신고에 면죄부를 주기는 어려울 것이다. 그러나 전통 형법의 정신만은 긍정적으로 취하여 충분한 사회적 합의를 바탕으로 무고죄의 범의 판단에 있어서 예외적으로 확정적 고의를 필요로 하는 영역들을 선별함으로써 확정적 고의설을 반영한 특별법을 입법하는 것도 가능하리라 본다. 예컨대 공익적 목적의 신고를 보다 보호하고 존중하는 방안을 검토한다든지, 특히 성폭력 등 범죄의 피해가 특히 커서 보다 자유로운 신고를 격려할 필요가 있는 영역을 찾아 신고자에 대한 무고죄 처벌 위험을 완화해 보는 것은 사회를 더욱 투명하고 안전하게 운영할 수 있는 방안이 될 수 있을 것이라 생각한다.⁶⁵⁾

마지막으로 무고죄 범의에 관한 조선초기 형법의 특징점을 평가하면서 글을 마무리 하고자 한다. 여기에서 나타나는 무고죄 범의의 차별적 적용은 보편성 있는 것이라기보다는 우리 전통사회의 고유한 것으로 보인다. 일례로 조선초기 고위 관료들이 풍문에 근거하여 탄핵당하여 명예에 오점이 생긴 것과 마찬가지로, 16~17세기 영국에서도 고위 귀족들이 비방당한 경우가 종종 있었는데, 영국 커먼로에서는 대상자의 신분이 높으면 높을수록 비방한 자의 책임이 더 커지는 ‘Scandalum Magnatum’의 법리에 따라 고위 귀족들의 신분적 특권이 보장되었고 이러한 고위 귀족을 무고·비방한 사람은 더욱 큰 형벌로 다스려졌다.⁶⁶⁾ 피탄핵

65) 토론자 丙은 고위공직자의 뇌물수수 같은 직무관련 범죄의 경우 대부분 피신고자와 이해관계를 같이 하던 사람들이 이해관계의 변화에 따라 제보하는 것이므로 공익적 목적의 신고라 하여 확정적 고의설을 취한다면 실무상 어려움이 발생한다는 지적을 하였다. 일리있는 지적이다. 여기에서는 미필적 고의설과 확정적 고의설을 일도양단으로 채택하는 것만이 능사는 아니며 조선시대적 경험에 비추어 절충적인 선택을 할 수 있음을 시론적으로 고찰하는 데 의의를 두었다. 특별법의 입법 영역을 정하기 위해서는 충분한 사회적 합의가 필요할 것이다.

자의 높은 신분적 지위를 중요시하여 피탄핵자의 특권을 보장하던 영국 커먼로에 비하여, 피탄핵자의 높은 신분 지위보다는 높은 신분자에 대한 자유로운 탄핵을 유도하기 위해 오히려 탄핵자의 특권을 보장한 한국 전통법의 품문탄핵 법리로 부터 유교적 도덕정치를 표방한 조선의 고유한 법적 특성을 엿볼 수 있다.

국왕을 중심으로 입법·행정·사법권을 통합적으로 운용하면서 질서에 어긋난 행위를 일일이 형벌로써 제재한 중앙집권적 정치체제 속에 우리 전통사회의 법제는 특히 형법 중심으로 발달하였다. 그 안을 자세히 들여다보면 그 시대 나름의 찬란한 법리와 법률논변이 잠재되어 있다. 우리의 현행 형법을 적용하고 해석함에 있어서 생기는 각종 쟁점들에 관해서 서양법의 해석론만 참고할 것이 아니라 이와 관련된 우리 전통법의 모습 또한 연구하고 밝혀나간다면 21세기 한국 형법의 발전에 큰 도움이 될 것이라 생각한다.

66) John C. Lassiter, "Defamation of Peers: The Rise and Decline of The Action for *Scandalum Magnatum*, 1497-1773," *American Journal of Legal History*, Vol. 22, Issue 3 (1978), at 216-236.

참 고 문 헌

1. 국내문헌

- 《大明律講解》，奎章閣資料叢書 法典篇，서울대학교 규장각，2001.
- 《大明律直解》，奎章閣資料叢書 法典篇，서울대학교 규장각，2001.
- 《刻精註大明律例致君奇術》 十一卷首一卷，(明)朱敬循 撰，萬曆中 閩潭城余氏萃慶堂刊本.
- 《王儀部先生箋釋》，王肯堂 原釋，楊一凡 編，中國律學文獻 第2輯 第5冊，黑龍江人民出版社(哈爾濱)，2005.
- 《大清律輯註》(上)(下)，沈之奇 撰，懷效鋒·李俊 點校，法律出版社(北京)，2000.
- 《經國大典》，奎章閣資料叢書 法典篇，서울대학교 규장각，1997.
- 《刑法大全》，閔泳煥 編，大韓帝國 法部，1906.
- 김경수, 조선시대의 사관연구, 국학자료원, 1998.
- 김일수·서보학, 새로쓴 형법각론, 박영사, 2004.
- 박병호, 한국법제사, 민속원, 2012.
- 박상기, 형법각론, 박영사, 2005.
- 배종대, 형법각론, 홍문사, 2006.
- 법무부, 독일형법, 2008.
- 법무부, 일본형법, 2007.
- 오영근, 형법각론, 박영사, 2005.
- 이성무, 조선의 부정부패 어떻게 막았을까, 청아출판사, 2000.
- 이재상, 형법각론(제7판), 박영사, 2010.
- 조지만, 조선시대의 형사법, 경인문화사, 2007.

정두희, 조선시대의 대간연구, 일조각, 1994.

박미숙, “공무집행방해죄·도주와 범인은닉죄·위증 및 증거인멸죄·무고죄 규정의 개정방안”, 「형사법개정연구(IV)」: 형법각칙 개정안, 한국형사정책연구원, 2009.

서정민, “조선초기 무고죄와 반좌율에 관한 연구”, 법학박사학위논문, 서울대학교 (2012).

심재무, “무고죄 해석론의 비교법적 접근”, 「비교형사법연구」, 제9권 제1호, 한국 비교형사법학회(2007).

이존걸, “무고죄의 고의와 목적에 관한 연구”, 「법학연구」, 제30집, 한국법학회, 2008.

이형국, “무고죄에 관한 소고”, 한국형사법학의 새로운 지평 : 유일당 오선주 교수 정년기념논문집, 형설출판사, 2001.

2. 외국문헌

John C. Lassiter, "Defamation of Peers: The Rise and Decline of The Action for Scandalum Magnatum, 1497-1773," *American Journal of Legal History*, Vol. 22, Issue 3 (1978)

Maurach/Schroeder/Maiwald, 『*Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 2*』
(Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2005)

3. 웹사이트

국사편찬위원회 조선왕조실록DB <<http://sillok.history.go.kr>>.

【 ABSTRACT 】

Mens Rea of False Accusation on the view of Korean Traditional Law

Seo, Jung – Min^{*}

Today in Korea, there are two theories in determining mens rea of false accusation. Some scholars insist false accusers must have vicious will in which they recognize accusing others falsely in order to be punished under the crime of false accusation. On the other hand, other scholars argue if only false accusers have dolus eventualis, he deserves the punishment of the crime of false accusation. There were similar disputes in Korean traditional law. Joseon(朝鮮) dynasty imposed a harsh penalty of false accusation on a person who falsely accused others if he did not properly check whether his accusation was true or false. Nevertheless, in the cases of false impeachment against governmental officials, stricter mens rea was required. Daekan(臺諫), officials who took role of impeaching governmental officials, could easily accuse them depending on a rumor. This trend of ruling false accusation shows that the Korean traditional law pursued extremely clean and moral politics, which is unique in Korean tradition.

Key words : false accusation, mens rea, dolus eventualis, Korean traditional law, Joseon(朝鮮)

^{*} Prosecutor, Ministry of Justice, Ph.D. in law.