

19세기 조선의 국가, 법, 사회

제11회 월례발표회 자료집

제1발표: 「개구리의 송사 : 조선 후기 우화소설을 통해 본 법률과
서사의 관계」

(박소현, 성균관대 동아시아학술원)

제2발표: 19세기 조선 관찰사의 사법적 행위의 실증적 고찰
(심희기, 연세대 법학전문대학원, 연구책임자)

○ 일시: 10월 30일(금) 15:00 ~ 18:00

○ 장소: Zoom 회의

이 자료집은 2019년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임.(019S1A5C2A02082825)

목차

- 제1발표: 「개구리의 송사 : 조선 후기 우화소설을 통해 본 법률과 서사의 관계」 4
(박소현, 성균관대 동아시아학술원)
- 제2발표: 19세기 조선 관찰사의 사법적 행위의 실증적 고찰 15
(심희기, 연세대 법학전문대학원, 연구책임자)

개구리의 송사

－ 조선 후기 우화소설을 통해 본 법률과 서사의 관계

박소현 (성균관대 동아시아학술원)

1. 《와사옥안》에 주목하는 이유

《蛙蛇獄案》은 개구리가 아들인 올챙이를 해친 뱀을 고발하는 이야기다. 이런 식으로 《와사옥안》을 소개하면 영락없이 할아버지나 할머니가 웅기종기 모여앉은 손주들에게 들려주는 옛날이야기가 연상된다. 그러나 실제로 《와사옥안》을 읽는 순간 오늘날의 독자는 동물이 등장하는 어떤 동화나 우화소설과도 다르다는 사실에 당황하게 될 것이다.

김태준의 《朝鮮小說史》(1937)에 “吏讀文으로 되어 時事를 諷諭한 公案物”로 소개된 후에도 오랫동안 이 작품에 주목한 이는 거의 없었다. 아마도 원본에 대한 접근이 어려웠던 탓이리라. 貫冊 연구로 유명한 일본인 학자 오오타니 모리시게(大谷森繁, 1932-2015)가 1970년 朝鮮學報에 《와사옥안》의 영인본을 소개한 후에도 이 작품에 대한 관심이나 본격적인 연구는 거의 없다가 하다가 1990년대 이르러서야 번역과 연구가 나오기 시작했다.¹⁾ 필자가 이 작품을 처음 접하게 된 것은 2010년 무렵이었던 것 같은데 읽자마자 세상 어디에서도 찾아보기 어려운 독특한 서사성에 매료되었다. 한국문학사상 이런 소설이 있었나 싶었다. 茶山 丁若鏞의 《欽欽新書》에 중국공안소설이 참고 사례로 소개되었다는 사실을 처음 알게 되었을 때 느꼈던 흥분과 비슷했다.

《와사옥안》을 처음 발굴한 이들이 오오타니 모리시게나 김태준 같은 고전문학 연구자들이었기에 연구의 주안점이 문학(사)적 연구에 있었다는 것은 충분히 짐작할 만한 사실이다. 한참 뒤에 《와사옥안》을 분석한 김재환도 《와사옥안》이 “형사절차법 교과서”²⁾라 할 만큼 “初檢獄案이라는 골격에 소설적 흥미를 가미시킨 동물우화소설”³⁾이라고 정확히 기술하고 있지만, 실제로 검안과 대조해본 적이 있는지는 분명히 밝히지 않았다. 그리하여 《와사옥안》의 소설적 의의를 찾는 데 더 큰 의미를 둔 것은 문학자다운 발상이 아닐 수 없다.

《와사옥안》의 작자는 살인사건의 검험 절차를 한 치의 오차도 없이 교과서적으로 풀어나가고 있다. 이런 면에서만 보면 소설을 쓴다기보다는 공정한 살인사건 처리의 과정을 말하고 싶었다고 할 수 있다. 그런데 이런 발상만으로는 소설이 안 된다. 《와사옥안》이 소설로 대접받을 수 있는 관건은 의인화 수법을 원용하고 부분적으로 假傳의 필법을 구사하고 있으며 전래한 동물우화를 활용하고 있다는 데 있다. 작자가 동물을 의인화함에 있어 각기 그들의 생태에 적합한 신분과 직업을 부여했을뿐더러 그 명명법에 있어서도 해학과 기지에 찬 창의

1) 김준영, <와사옥안의 고대소설상 특성> (1995); 김재환, <와사옥안 연구> (1997) 참조.

2) 김재환, 앞의 논문, 9쪽.

3) 김재환, 앞의 논문, 10쪽.

력이 발휘되고 묘사가 사실적으로 되어 있다는 데 소설적 의의가 있다.⁴⁾

검안이라는 엄격한 격식의 틀 안에 온갖 다양한 동물들을 등장시킨 《와사옥안》을 읽으면서 정말 재미 삼아 읽는 소설이라면 굳이 교과서적인 기술이 필요한 까닭이 무엇인가, 도대체 누가 누구를 대상으로 무슨 목적으로 이런 작품을 썼을까 궁금했다. 검험 절차나 검안 서식 및 서술에 대한 지식을 제공하는 것이 목적이라면 작자가 교과서적인 기술과 가장 거리가 먼 동물우화를 선택한 이유는 무엇일까? 그러면서도 실제 검안과 대조해볼 생각은 하지 못했다. 필자가 실제 검안을 읽을 기회가 생긴 것은 부끄럽지만 한참 뒤였다. 2017년 한국학중앙연구원 공동연구를 통해서 비로소 검안을 분석하고 번역할 기회가 생겼다.⁵⁾ 검안을 읽어보고 나서야 《와사옥안》이 “한 치의 오차도 없이 교과서적으로” 검안 서식을 따른다는 것이 무슨 의미인지 와닿았다. 개구리와 뱀이 중심인물인 사건 자체는 온갖 상상력을 동원한 듯 보이지만 한편으로는 동물 세계에 대한 예리하고 섬세한 관찰력이 그 바탕을 이루고 있다. 참과 거짓, 과학과 환상이 뒤섞인 듯하면서도 묘하게 질서정연해 보이는 이 작품의 의미를 우리는 어디에서 찾아야 할까?

2. 문학사적 의미

한국문학사에서 근대 이전에 생산된 범죄소설 장르를 가리켜 송사소설로 명명하게 된 것은 이현홍의 《한국송사소설연구》에서 연유한 것 같다.⁶⁾ 그 이전에는 중국공안소설과 구분 없이 공안이라는 명칭을 사용했다. 따라서 송사소설의 발전에 공안소설이 미친 영향을 당연히 고려해볼 만하다. 사실 《包公案》과 같은 공안소설이 17세기 초부터 조선에 유입되어 왕실 및 양반층을 중심으로 꾸준히 읽힌 사실을 생각한다면 적잖은 영향관계를 가정해볼 만하다. 그러나 실제로는 공안소설이 송사소설의 발전에 직접적인 영향을 미쳤다고보다는 양자가 유사한 범문화의 영향을 공유한 정도로 보는 편이 옳을 것이다. 그만큼 후자는 한국 범문화의 맥락 속에서 독자적인 발전을 했다고 할 수 있다.

송사소설의 독자적 발전을 가장 잘 보여주는 것이 송사소설과 우화소설의 결합이라고 할 수 있는데, 이 중에서도 《와사옥안》은 가장 독특한 예라고 할 수 있다. 《황새결송》⁷⁾의 예처럼 동물들의 송사 이야기는 주로 신랄한 풍자와 희화화를 통한 사회비판에 초점을 맞추으로써 원래 우화소설이 지닌 서사적 특성을 잘 살리고 있다. 따라서 송사소설 중에서도 우

4) 김재환, <와사옥안 연구>, 17쪽.

5) 그 공동연구 결과는 《검안과 근대 한국사회》(2018)라는 책으로 출판되었다.

6) 송사소설의 명칭에 관해서는, 이현홍, 《한국송사소설연구》, 23-7쪽.

7) 《황새결송》의 줄거리는 이러하다. 경상도에 사는 한 부자가 일가친척의 행패를 견디다 못해 서울 刑曹에 친척을 고발한다. 그런데 당연히 승소를 예상했던 부자가 오히려 패소하는데, 알고 보니 무죄배인 친척이 미리 청탁을 넣었던 것이다. 부자는 항소를 포기하는 대신 형조의 관원들에게 그들의 부정부패를 빚댄 풍자적 이야기를 들려줌으로써 그의 억울함을 해소한다. 그가 들려준 짭짤한 이야기가 바로 ‘황새결송’이다. 줄거리는 이렇다. 서로 목청 자랑을 하던 피꼬리, 빠꾸기, 따오기가 황새에게 판결을 내려주기를 요청한다. 자신이 질 것을 안 따오기는 재판 전에 미리 황새에게 온갖 뇌물을 바치며 청탁을 넣는다. 뇌물을 받은 황새는 결국 따오기의 소리를 ‘上聲’으로 평가한다. 본문은 유영대·신해진 편, 《조선후기 우화소설선》, 224-38쪽 참조.

화적 송사소설은, 범죄와 수사, 소송의 과정을 사실적으로 묘사한 공안소설이나 인물을 중심으로 소송사건을 묘사한 ‘傳系 송사소설’⁸⁾과 달리, 당시 사회상이나 사법제도에 대한 사실적 묘사보다는 일종의 알레고리로서 극적 효과를 노린 과장과 환상, 해학 등을 추구한다. 따라서 이 소설들에 재현된 동물들의 법정은 인간사회의 사회적 모순과 충돌을 상징하는 알레고리로 읽힐 수 있을 것이다.

반면 《와사옥안》은 검안이라고 하는 공문서 양식에 동물들의 법정이라고 하는 알레고리를 정확히 ‘대입’한 이야기이다. 현존하는 우화형 송사소설 중 고소장 또는 所志 양식을 모방한 작품들이 더러 있기는 하지만,⁹⁾ 《와사옥안》처럼 검안 서식을 동물우화로 재현한 작품은 유일하다. 이는 아마도 검안의 형식적·기능적 특수성에서 비롯된 현상인 것으로 추측해볼 수 있다. 당시 유행하던 우화형 송사소설에 자극받았다 하더라도 《와사옥안》은 특이한 작품이 분명하며, 그만큼 작자의 의도나 창작 배경이 더욱 궁금해진다.

우선 검안은 원칙적으로는 소지와 달리 검험을 주관한 檢官만이 작성할 수 있다. 둘째, 검안은 검시 절차뿐만 아니라 소송사건에 연루된 사람들의 심문기록을 모두 포함한다. 심문기록은 검관의 질문에 대한 원고와 피고, 증인들의 답변을 ‘들은 대로’ 정확하게 적는 것이 원칙이다. 즉, 생략이나 부주의한 실수, 왜곡 등은 모두 처벌 대상이었다. 여기에서 염두에 두어야 할 것은 검안은 당시 공문서 작성의 문체로서 널리 사용되었던 이두문으로 작성되었다는 것이다. 《와사옥안》의 문체와 관련해서는 이미 문학자들의 주목을 받은 바 있다.

이두는 주지하다시피 한자의 음과 훈을 빌려 우리말을 표기한 借字 표기법으로 한문 문법에 국어 문법을 반영하기도 하고 구어체 표현을 반영한 특수용어를 만들어 사용하기도 했다. 조선 초기 이두문의 대표적 예가 바로 《大明律直解》이다. 문체는 조선 후기에 와서 한문은 모든 공적 기록과 소통의 매체로 사용되었을 뿐만 아니라, 한글과 함께 ‘상상적’ 문학의 창조적 표현매체로서의 역할도 활발히 수행한 반면, 이두는 대체로 문서체로만 남아 있었다는 것이다.¹⁰⁾ 그러나 기록매체로서의 이두는 우리말 구어체 표현에 있어서 확실히 한문이 표현할 수 없는 영역을 표현해낼 수 있는 장점이 있었다.

그럼에도 ‘사실대로’ 혹은 ‘들은 대로’ 기술한다는 원칙은 사실상 지켜지지 않았음을 알 수 있다. ‘사실에 가깝게’ 혹은 ‘핍진하게’ 기술하는 것은 가능했을지 모르나, 이 또한 편집과 서사적 재구성의 산물이었기 때문이다. 이는 실제 검안 사례를 살펴봐도 금방 눈에 띈다. ‘들은 대로’ 기술하는 것이 원칙인 심문기록이 실제로는 대동소이한 상투적 어구를 남발하는 경향이 강하다. 결국 문서 양식의 표준화 경향을 벗어나지 않는다.

그런데 검안 양식을 문학적 (혹은 서사적) 관점에서 살펴볼 때 눈에 띄는 특성이 있다. 바로 시간의 추이에 따라 사건을 순서대로 재배열함으로써 철저하게 ‘서사적(narrative) 질서’를 추구한다는 점이다. 예를 들면, 검안은 대개 검관이 몇 월 몇 일 몇 시에 고소장을 접수하여

8) 이현홍, 《한국송사소설연구》, 17쪽. <柳淵傳>이나 <銀愛傳>도 이런 계열의 송사소설로 볼 수 있다.

9) 예를 들면, 19세기 후반 吏胥 계층이 저술했을 것으로 추측되는 《要覽》에는 총 16편의 글이 실려 있는데, 이 중 8편이 우화적 송사소설에 해당된다. 이 글들은 모두 고양이, 개, 까치, 까마귀, 다람쥐, 쥐, 소 등이 제출한 소지 형식의 글들이다. 이와 관련해 좀 더 자세한 사항에 대해서는 박소현, <동아시아 범죄소설의 사회사>, 161-2쪽 참조.

10) 《와사옥안》이나 《요람》에 실린 소지 양식의 송사소설이 바로 대표적 예외라고 할 수 있는데, 이처럼 이두문으로 쓰인 문학 창작은 대개 19세기부터 이루어진 것으로 보인다.

검험을 위해 停屍處—즉, 시신이 안치된 곳—로 출발했고, 언제 도착했는지를 서술하는 것으로 시작한다.

(1) 검관의 검험 착수 경위 및 屍親(사망자의 가장 가까운 친척)의 고발, (2) 初招(1차 심문), (3) 검시, (4) 再招(2차 심문), (5) 三招(3차 대질심문), (6) 검관의 跋辭(판결 및 판결의 근거와 이유를 밝히는 결론 부분), (7) 屍帳(76개소의 검시 항목 기술), (8) 拷鞫(다짐), (9) 勘合書(鑑)¹¹⁾

《와사옥안》도 위의 검험 절차와 형식을 한 치의 오차도 없이 엄격하게 따른다. 엄격하기는 하지만, 서사적이라는 점에서 저자가 검안 양식과 소설의 연관성을 직관적으로 간파한 것인지는 모른다. 줄거리는 다음과 같다. 검관인 蟾津別將은 시친 白介骨(개구리)이 陳大萌(구렁이)을 자신의 아들 兀昌(올챙이)을 죽인 범인으로 고발하는 고소장을 제출하자, 이 사건에 대한 검험에 착수한다. 1차 심문에서 개구리와 구렁이, 올챙이의 죽음을 목격해 증인들(河士魏, 吳可才, 蠅水八 등), 鄉吏를 비롯한 마을(澤林洞과 池塘洞)사람들이 범정에 소환된다. 목격자의 증언과 명백한 검시 결과로 미루어볼 때 구렁이는 先代의 숙원을 갚기 위해 의도적으로 올챙이를 공격했고, 올챙이는 구렁이에게 물린 상처로 사망한 것이 분명했다. 2차 심문에서도 구렁이는 올챙이가 병에 걸려 죽었다면서 결백을 주장하자, 증인들과의 대질심문이 진행된다. 대질심문에서 구렁이는 여전히 증인들이 자신을 모함한다면서 억울함을 주장했다지만, 자신의 결백을 밝히지는 못했다. 검관은 모든 증거와 증언을 바탕으로 구렁이의 유죄판결을 확정한다.

여전히 《와사옥안》의 미스터리는 남는다. 즉, 누가, 어떤 목적을 달성하고자, 검안이라는 치밀한 사실적 기록—즉, 실록—과 가장 허구적인 소설 장르인 동물우화와의 ‘부조리한’ 조합을 시도했는가이다. 《와사옥안》의 저자가 누구인지는 확실하지 않으나,¹²⁾ 스스로 서리 계층에 속하며 행정이나 소송 실무를 익히고자 하는 서민층 혹은 증인층을 대상으로 “법률교육을 위한 교본”¹³⁾으로서 《와사옥안》을 저술했을 가능성이 있다는 것이 기존 주장이다. 단지 우리의 안목으로는 검안과 동물우화 사이를 이어주는 필연적이고도 합리적인 연결고리를 찾기 어려울 뿐이다.

앞에 언급한 김재환의 분석에서도 잘 지적되었듯이 《와사옥안》의 사실성 추구는 눈여겨볼 필요가 있다. 그것은 단순히 검험 절차를 교과서적으로 재현한 데 있는 것이 아니라 동물들의 생태를 반영한 세밀한 의인화 수법에서 비롯된다. 최근에는 《와사옥안》의 사실성 추구가 “‘사실’에 대한 태도의 전환”으로 간주할 수 있다는 흥미로운 주장이 제기되었다. 조형래는 《와사옥안》의 리얼리즘은 “20세기 신소설의 재판에 대한 신뢰 및 근대소설의 리얼리

11) 검험 절차 및 검안 격식과 관련하여 좀 더 자세한 사항에 대해서는, 심희기, 《한국법제사상의》, 241-82쪽 참조.

12) 《와사옥안》의 원문이 1838년에 쓴 陸台林(1782-1840)의 自序가 있는 《種玉傳》에 합철되어 있었다는 사실은 이미 학계에 잘 알려진 사실이다. 다만 《와사옥안》의 저자를 목태립과 동일시하기에는 이를 확증할 증거가 불충분하다. 그러나 목태립을 연구해온 정선희는 《와사옥안》의 저자가 목태립이라고 추정한다. 목태립은 몰락한 양반으로 생계를 위해 서리층이 담당했던 지방관아의 행정 실무에 종사했던 것으로 보이며, 서리나 증인층과도 교유 관계를 지속했다고 한다. 정선희, <《와사옥안》 작자고> 참조.

13) 박소현, <동아시아 범죄소설의 사회사>, 162쪽.

즘”과 연결되며, 이런 측면에서 볼 때 “근대소설의 리얼리즘은 완전히 무에서 출현하거나 전적으로 외부로부터 이식된 것이 아니었다고 해도 무방하다”고 주장한다.¹⁴⁾ 특히, 지극히 객관적인 관찰자의 시점에서 엇갈리는 진술과 증언을 청취하고 이를 바탕으로 ‘범죄서사’를 재구성하는 검관을 고전소설의 화자(서술자)보다 근대소설의 화자에 더 가까운 것으로 보는 주장¹⁵⁾은 《와사옥안》과 같은 재래의 송사소설과 신소설(혹은 근대소설)의 연결고리를 찾는 것으로도 이해할 수 있다는 점에서 상당히 주목할 만하다.

이러한 조형래의 주장은 순전히 문학적 관점으로부터 나온 것이지 검안의 기록문서적 특징을 고려한 주장은 아니다. 이러한 주장이 《와사옥안》이 실제로 형정 교과서 기능을 했는지, 《와사옥안》이 다른 다양한 형태의 법서 또는 실용서 장르—이를테면, 《儒胥必知》—와 비교할 때 어떤 차별화된 의도나 ‘서사 전략’을 제시했는지, 다시 말해서 법문학적 관점에서 제기될 수 있는 여러 질문에 해답을 제공할 목적으로 제기된 것은 아니기 때문이다. 그럼에도 필자가 보기에는 《와사옥안》과 같은 우화소설을 ‘중세적’ 서사 장르로 간주하던 기존의 관점에서 벗어났다는 점에서 주목할 필요가 있다. 한국소설사에서 우화소설은 《별주부전》처럼 구전설화, 한문소설, 한글소설, 판소리 등 이질적 서사 전통을 연결하는 중심적 장르임에도 불구하고 그 문학사적 가치를 인정받지 못한 측면이 있다. 그 이유는 조동일의 지적처럼 근대 리얼리즘 소설이 추구하던 사실성과는 직접적으로 배치되기 때문이다.

소설이 문학의 선행 형태에 진 빛은 중세문학에서 근대문학으로의 이행기 동안 소설의 정착을 가능하게 하는 한편 발전을 저해하는 요인으로도 작용하다가 근대소설에서 청산되었다. ... **우화는 사람들 사이의 문제를 직접 다룰 수 없게 한다는 점에서 저해작용이 특히 두드러졌다.** 근대소설이 자리를 굳히면서 우화소설을 배제한 데는 그만한 이유가 있다.¹⁶⁾

그러나 우화소설과 근대 리얼리즘 소설을 대립적 장르로 간주하는 우리의 인식에 근본적 오류가 있는 것은 아닌지 성찰해볼 필요가 있다. 근대 이후로 우화소설은 자취를 감추기는커녕 여전히 존속되고 있다. 우화소설의 명백한 환상성이 오히려 강력한 메시지를 전달하기 때문이다. 《동물농장》으로 유명한 영국 소설가 조지 오웰(George Orwell, 1903-1950)도 일찍이 우화소설이 공산주의에 대한 직설적 혹은 사실적 비판보다 더 효과적이라는 것을 깨달았던 것이다. 근대 한국에서 安國善(1878-1926)이 발표한 《금수회의록》은 대중들에게 근대 의회정치를 알릴 목적으로 발표한 우화소설이다. 최근에 이 소설은 근대 일본의 정치소설을 모방 또는 변안한 작품임이 밝혀졌으며, 중국에서도 유사한 작품이 출판되었다는 사실 또한 밝혀졌다.

한편, 문학사 연구에서도 근대 리얼리즘 소설의 사실성 또는 일상의 사실적 묘사라는 것이 철저하게 ‘근대적 세계관’에 바탕을 둔 미학적 재구성이라는 주장이 제기되었다. 이를테면, 리얼리즘 소설에서 발견되는 ‘풍경’ 묘사(서양 풍경화에 비교할 만한 원근법적 묘사)는 그 풍경을 바라보는 ‘시선’의 존재 없이는 불가능하며, 그 시선의 주체가 바로 자신의 내면세

14) 조형래, <‘소설’의 사실, 법률과 재판 - 《와사옥안》과 이해조의 《구마검》, 《구의산》을 중심으로>, 55쪽.

15) 조형래, 앞의 논문, 53-4쪽.

16) 조동일, 《한국문학통사》 3, 113쪽.

계를 풍경에 투사하는 ‘주관적 자아’ 즉, 근대적 자아라는 통찰을 주목할 만하다.¹⁷⁾ 이에 따르면, 주관적 시선이 부재하는 온전한 객관적, 사실적 묘사라는 것은 환상이다. 근대소설의 사실성 또한 사실과 다르다는 인식을 전제할 때, 오히려 사실과 환상을 일원적으로 재현하는 우화소설, 그중에서도 우화형 송사소설은 주목할 필요가 있다.

3. 문학법리학적 의미—법과 서사의 관계

《와사옥안》은 체계적인 성문법과 사법제도가 고도로 발달한 반면 오늘날 변호사 같은 법률전문가를 양성하는 전문적인 법률교육시스템이 부재한 19세기 조선 사회의 특수성이 탄생시킨 작품이라고 보아야 한다. 소송사회로 묘사될 정도의 民俗好訟 경향에 대해서는 이미 주지하는 사실이다.¹⁸⁾ 당시 사회에 만연한 호송 경향을 우스갯거리로 전하는 李鉉(1760-1812)은 시골의 서당 학동들이 배우기를 원했던 글이 바로 소지장 같은 실용문이었다고 주장한다.

먼 시골의 학동들이 배우기를 원하는 것은 소지장의 글이다. 그러므로 베껴서 전하고 외우는 것이 대부분 이러한 것이다. 여기 이 이야기의 내용은 宜寧의 良女 必英의 소지장인데 대체로 《剪燈新話》를 많이 읽어 거기에서 얻은 것이다. 내가 대강을 수정하여 《전등신화》를 읽는 시골 학동들에게 보이려 한다.¹⁹⁾

학동들이 소지장을 읽은 이유는 관속으로 종사할 때 필요할 뿐 아니라 일상생활에 활용할 수 있었기 때문이었을 것이다.²⁰⁾ 그만큼 시골사람들에게조차 관아에 민원이나 소송을 제기하는 것이 낯설지 않았던 모양이다. 이옥이 말한 필영의 소지장이라는 것이 실제로 관아에 제출된 것이라고 보기는 어렵지만, 소지장을 쓸 때 소설인 《전등신화》를 많이 활용했다는 이야기는 《와사옥안》의 창작 배경을 짐작케 한다. 이옥의 이야기가 사실이라면 소설이 소지장 같은 실용문을 작성할 때 교본으로 활용되었다는 것인데, 근대적 사법제도나 법률교육시스템 아래에서는 상상하기 어려운 일이다. 《와사옥안》과 같은 독특한 우화형 송사소설의 창작은 법과 서사의 친연성을 강조했던 오랜 문화적 맥락이 없었다면 불가능했을 것이다.

법과 서사의 친연성은 단지 문학 속에 재현된 법률(law in literature), 즉 문학적 주제로서의 법률로만 표현되는 것은 아니다. 법과 문학의 관계라고 하면, 우리는 언뜻 도스토옙스키의 《죄와 벌》이나 카프카의 《소송》 같은 세계적 명작소설을 떠올리며 오롯이 문학적 분석의 대상으로만 다루는 경우가 많다. 사실 일반사람들에게 친절한 설명 없는 법조문은 암호문이나 다름없다. 법을 종종 非敍事的 혹은 反敍事的인 것으로 만드는 법의 추상성은 우리가 법을 서사적인 것과 가장 거리가 먼 것으로 여기게끔 한다.

그런데 이런 태도에 변화가 생겼다. 1970년대 미국에서 법과 문학 운동이 전개된 이래 법학자가 주도한 법문학비평은 문학의 역할을 법의 실천적 영역으로 확대시킨다.²¹⁾ *Literary*

17) 가라타니 고진, 《근대 일본문학의 기원》 참조.

18) 조윤선, 《조선 후기 소송 연구》 참조.

19) 이옥, <필영의 진술서>, 《완역 이옥전집》 2, 149쪽.

20) 전경목, <조선후기에 서당 학동들이 읽은 탄원서>, 267쪽.

21) Binder and Weisberg, *Literary Criticisms of Law* (2000) 참조.

*Criticisms of Law*에서도 법에 대한 서사적 비평 혹은 서사학적 접근을 다룬다. 근대 법학에서 법은 절대적, 보편적, 추상적인 것으로 간주되었다. 법이 서사적이라거나 현대의 재판절차가 스토리텔링으로 가득 차 있다는 주장은 법의 보편적 이성주의를 부정하고 대신 법의 특수성과 상대성, 주관적 경험주의를 인정한다는 의미로 해석될 수 있기에 법은 가능한 한 서사를 억압하거나 통제하는 방식으로 그 서사성을 숨겨왔다.

1980년대 말 미국에서 ‘법적 스토리텔링’에 관한 심포지엄이 열렸는데,²²⁾ 이 논의는 법과 서사의 친연성을 적극적으로 인정한다는 점에서 주목할 만하다.

1. 인간의 지각과 사고는 필수불가결하게 서사에 의존한다.
2. 話者들의 엇갈리는 이해관계와 경험을 반영함으로써 동일한 사건에 관해서도 서로 경쟁하는 이야기들이 서술될 수 있다.
3. 법적 주장과 판결은 서사 형식으로 서술된 사건들에 대한 선택적 해석에 의존한다.
4. 그러나 이와 같은 선택적 특성으로 말미암아 법적 주장은 경쟁적인 이야기들을 억압한다.
5. 가장 빈번하게 억압받는 이야기들은 하위집단(사회적 약자)의 관점을 반영하는 것일 수 있다.
6. 법 담론은 법이 어떤 특정한 이야기들에만 ‘특혜를 줄 수 있다(privilege)’를 사실을 부인한다.
7. 공정성 획득을 목표로 하는 합법적 의사결정은 서사에서 강조하는 인간 경험의 특수성을 추상화하는 규율들을 적용함으로써 그 목표를 달성한다.
8. 법적 결정이 인간에게 초래할 구체적 결과와 의미를 억압함으로써 규율은 법을 도덕적으로 둔감하게 만든다.
9. 규율의 권위는 그 규율을 권위적인 의사결정권자의 의지와 연계시키는 은밀한 서사에 의존하는데, 이 서사는 의사결정권자들이 어떻게 권위를 갖추게 되었는지를 설명한다.
10. 법학에서 서사의 활용은, 그것이 허구적이든 사실적이든, 도덕적으로 법을 개선하고, 불편부당함에 대한 법적 주장을 전복하며, 하위집단(사회적 약자)의 이익을 도모할 수 있다.²³⁾

요컨대 법이 공정성을 내세워 서사를 억압하는 대신 이를 활용할 때 법은 오히려 도덕적 분별력을 개선할 수 있으며, 사회적 약자의 이야기에 귀기울임으로써 사회정의의 실현에 더 다가갈 수 있다고 주장한다. 실제 법정에서 법조인에게 요구되는 냉철하고 비인간적인 ‘전문가로서의 목소리’는 이들의 감성적 분별력을 해칠 수 있다. 이성을 앞세운 냉철함을 “‘인간적 상황’에 적용할 때 그에 대한 진정한 관심과 극적 효과는 많은 부분 사라질 수 있다. 그리하여 그것은 법조인의 시야를 좁혀 그들로 하여금 (법의) 권력을 무비판적으로 수용하고 개혁의 가능성을 볼 수 없게 만든다.”²⁴⁾

이처럼 우리는 법과 문학 운동이 사법개혁을 촉구할 목적으로 법의 영역에서 자발적으로 일어났다는 사실에 주목해야 한다. 즉, 법조인 스스로 법의 비인간성을 개혁해야 할 필요성을

22) Richard Delgado, “Storytelling for Oppositionists and Others: A Plea for Narrative,” *Michigan Law Review* 87 (1989): 2411-2412; Binder and Weisberg, 위의 책, p. 201 재인용.

23) Binder and Weisberg, 위의 책, p. 201.

24) Binder and Weisberg, 위의 책, p. 203.

깊이 자각하고 그 개혁의 도구로서 이야기의 상상력과 감수성, 도덕적 연민으로 가득 찬 문학을 적극적으로 수용하고자 한 것이다. (이런 움직임은 우리 법조계에서도 찾을 수 있다.) 사법개혁의 도구로서의 서사는 스토리텔링이라는 보편적 행위 그 자체, 즉, 이야기의 반전문성(anti-professionalism)과 반이론성(anti-theory)을 강조한다.²⁵⁾ 결국 서사라는 것은 문학 중에서도 기술적인 훈련이나 이론을 익히지 않고도, 심지어 글자를 배우지 않고도 누구나 즐길 수 있는 형태의 문학인 것이다.

앞서 소개한 심포지엄의 논의에서 “인간의 지각과 사고는 필수불가결하게 서사에 의존한다”는 것이 첫 번째 전제임에 주목할 필요가 있다. 최근에 인간은 스토리텔링 본능을 가진 동물이며, 이 원초적 본능이 인간 문명을 진화로 이끌었다는 문화진화론적 주장이 세간의 관심을 끌었다.²⁶⁾ 이러한 연구는 이야기를 꾸며내는 행위가 인간의 본성과 연관이 있는 보다 근원적인 행위임을 보여준다. 특히, 사실을 이야기하는 것이 아닌 픽션은 유희의 영역에 속하며, 따라서 항상 그 효용성이나 존재 가치를 의심받아왔다. 그러나 브라이언 보이드(Brian Boyd)가 주장하는 픽션의 인지적, 사회적, 윤리적 기능은 상상 이상으로 다양하고 효율적이다.

픽션은 사회적 정보의 풍부한 유형에 대한 우리의 욕망에 호소함으로써 유년기의 가상놀이로부터 성인이 된 뒤까지 우리의 관심을 사로잡는다. 픽션은 우리를 이야기에 빠져들도록 끊임없이 유혹하기 때문에, 오랜 시간에 걸쳐 우리가 사건 이해를 연습하고 다듬는 데 도움을 준다. 내가 보기에 픽션은 사건을 해석하는 우리의 능력을 만들어주기보다는 향상시킨다. 픽션은 관련 정보를 미리 선택하고, 전략적으로 중요한 것에 관심을 미리 집중시켜 이해의 인지적 과제를 단순화한다. ... 픽션은 실제 사회적 상황을 빠르게 이해하도록 해주며, 이 능력을 집중적이고 적은 비용으로 유지할 수 있게 해준다.²⁷⁾

한편, 피터 브룩스(Peter Brooks)는 법과 문학의 관계가 서구 전통에서도 오래된 것임을 상기시키면서, 서사는 법의 한 존재 양태로서 결코 낯선 것이 아니고 법 내부에 오랫동안 잠재해왔음을 강조한다.

법정 변호사들은 이야기를 할 필요가 있음을, 그리고 그들이 법정에서 제시하는 증거를 함께 묶어 서사 형식으로 풀어내야 함을 안다. 아마도 법조인들은 이 사실을 수천 년 전부터 알고 있었을 것이다. 왜냐하면, 예로부터 서사를 통한 논증 방식을 포함한 수사학 분야는 주로 법정에서 논거의 정당성을 입증할 때를 대비한 훈련 중 하나였었기 때문이다. 그러나 수 세기에 걸쳐 진행된 법과 법률교육의 전문화는 사법절차의 수사학적 기원을 모호하게 만든 경향이 있었다. 따라서 이제는 반박할 수 없는 원칙에 근거하여 오로지 이성에 의해서만 진행된다고 믿고 싶은 분야에서 사법절차의 수사학적 기원은 단지 스캔들과 유사한 어떤 것으로 간주되어버린 것이다.²⁸⁾

25) Binder and Weisberg, 앞의 책, p. 204.

26) 브라이언 보이드, 《이야기의 기원》 참조.

27) 보이드, 앞의 책, 273-4쪽.

28) Peter Brooks, “Narrative in and of the Law,” p. 417; 피터 브룩스, <법에서의 서술과 법의 서술> 307-8쪽.

이로 미루어볼 때 법적 스토리텔링이나 법의 서사성에 대한 논의는 궁극적으로는 법의 인문주의적 전통의 복원을 목표로 하지만, 단순히 이상의 추구에만 그치는 것은 아니다. 더 중요한 것은 보편적 이성주의를 지향하는 법률과는 모순되는 ‘법적 현실’이 존재한다는 사실이다. 브룩스가 정확히 지적한 대로, 그 법적 현실이라는 것은 바로 “사실임을 주장하는 서사들을 심판하여 이 중 짜임새를 잘 갖춘 한 이야기를 이기게 만듦으로써 사람들을 감옥에 보내기도 하고 심지어 사형시키기도 하는 사회관습”²⁹⁾인 것이다. 따라서 “‘유죄판결(conviction)’—법적 의미에서의—은 그 이야기를 판단한 사람들 사이에 형성된 확신(conviction)으로부터 말미암는 것이다.”³⁰⁾ 결국 법의 이상이라는 것도 철저한 법적 추론과 합리적 분석뿐만 아니라 이를 토대로 서사적 통일성을 갖추어 대중에게 전달될 때에만 비로소 ‘정의 실현’을 말할 수 있는 것이다.

이제 《와사옥안》으로 다시 돌아가, 위에 소개한 최신 이론들, 즉, 문학법리학(혹은 법문학)이나 인지과학 이론을 바탕으로 그 의미를 분석해보기로 한다. 첫째, 인지과학적 측면에서 볼 때 검안 작성법이나 검험 절차를 숙지하고자 하는 독자에게 동물우화는 실제 사례보다 교육적 효과가 더 컸을 가능성이 없지 않다. 우선 당시 우화형 송사소설이 대중의 인기를 끌었다면 《와사옥안》도 쉽게 독자의 흥미를 불러일으켰을 것이고, 동물 세계에 대한 관찰을 바탕으로 한 그럴듯한 이야기가 검안 작성에 대한 딱딱한 설명보다 독자의 몰입도와 이해도를 향상시켰을 수 있다. 애초에 품었던 《와사옥안》의 효용성에 대한 의구심은 아마도 근대문학에서 흔히 픽션과 논픽션, 문학적(상상적) 글쓰기와 논술을 구분하는 이분법적 사고에서 비롯된 것이라고 인정해야 할 것 같다.

둘째, 앞서 소개한 심포지엄에서 도출한 결론을 살펴보면, 조선 시대 검안이 바로 다른 아닌 법적 스토리텔링의 기록임을 깨닫게 된다. 검관은 원고와 피고, 증인들의 충돌하는 ‘경쟁적인 이야기들’ 중 어떤 이야기를 선택하고 어떤 이야기를 억압할지 법적 판단을 내려야 하는 권위적인 의사결정권자이자 선택적 해석을 통해 사건을 일관성 있는 이야기로 재구성해야 하는 최종적 화자이다. 검관이 취사선택을 통해 최종적으로 재구성한 사건 이야기는 검관의 법적 판단이 不偏不黨하고 전적으로 신뢰할 수 있는 것임을 입증해야 한다. 노련한 검관이라면 심문 과정에서 여러 무의미한 증거들과 증인들의 엇갈리는 진술, 피해자와 가해자의 감정적 대립이나 교묘한 은폐 등 사건의 진실을 모호하게 만드는 요소들을 제거하는 데 성공할 것이다. 따라서 검안에서 미스터리나 열린 결말을 발견하기는 어렵다. 우려하는 것처럼 사회적 약자의 이야기가 은폐되거나 억압될 가능성은 충분하다.

이런 점에서 볼 때 《와사옥안》은 확실히 검안의 교과서적 모범사례라 할 만하다. 이 사건의 피해자인 개구리와 가해자인 뱀의 관계는 전형적인 약육강식의 구도를 반영함으로써 자연스럽게 우리는 상대적으로 ‘사회적 약자’이자 자식을 잃은 개구리의 입장에 공감하게 된다. 개구리는 이미 고소장에 애지중지 기른 자식을 잃은 애끓는 아버지의 심정을 토로해 설득력을 높인다. 이후 올챙이의 검시, 증인의 진술과 대질심문 등이 모두 명백하게 뱀의 범죄 사실을 가리킴에도 불구하고, 가해자는 올챙이의 상처가 서로 뒹굴다 부딪혀 생긴 것이지 자신이 물거나 때려서 생긴 상처가 아니라고 극구 부인한다. 이 사건에서 검관인 심진별장은 1, 2, 3차

29) Brooks, 위의 글, p. 416; 브룩스, 위의 글, 306쪽.

30) Brooks, 앞의 글, p. 416; 브룩스, 앞의 글, 306쪽.

에 이르는 심문을 차분히 이어간다. 피고가 반박하면 다시 원고와 증인을 불러 사실관계를 확인한다. 피고가 올창(올챙이)을 문 사실을 부인하자, 검관은 看證 하사위와 오가재를 불러 이를 확인한다. 그들은 올창이 “대맹이가 내 불기를 물었다”고 울부짖던 소리를 들었고 대맹이 올창을 쫓던 상황 또한 목격했다고 진술하는 식이다. 검관은 최종적으로 검험의 증거와 증인의 진술을 토대로 사건을 재구성한다.

진대맹은 처음 올창을 먹어치울 욕심에 군침을 흘리며 먹을 것을 구하는 체 했고, 또 예전의 혐의가 있는데다 새로운 분노가 겹쳐 격렬한 감정이 일었을 것이다. 대맹이가 보기에 올창은 한 점 고기에 불과했으니 처음에는 허리를 안고 서로 뒹굴다가 마침내 마구 깨물었을 것이다. 상상컨대 그때의 광경은 마치 약한 자를 범에게 던져준 것과 다를 바 없고, 태산이 달걀을 누른 것과 다를 바 없다. 이 죄는 자신이 스스로 지은 일이므로 형벌을 면할 길이 없으며, 또 모두가 이미 입증하였으니 여러 사람의 눈을 가릴 수 없을 것이다. 처음에는 죄명을 벗으려고 올창이 숙병이 있다고 꾸몄으나 마침내 대질하자 비로소 말문이 막혔으므로 이 사건의 범인은 대맹이가 아니고 누구겠는가!³¹⁾

재구성된 이야기는 가해자인 진대맹이 고의적으로 올창을 공격했고 약한 피해자로서는 피할 길이 없었던 정황을 말해준다. 여기에 진대맹의 반박 진술은 전혀 반영되지 않았다. 《와사옥안》에 재현된 검험 절차나 사법제도는 충분히 합리적으로 운용되고 있는 것처럼 보인다. 실제 검안에서와 달리 《와사옥안》의 검관은 피고를 겁박하거나 고문함으로써 자백을 강요하지 않는다. 대신 피고 스스로 범죄 사실을 반박할 수 없는 순간까지 대질 심문을 계속한다. 이는 실존 인물이든 허구적 인물이든 많은 판관(혹은 검관)들이 합법적 절차를 무시한 채 자신의 권위를 남용하여 또 다른 불의를 초래한 사실과 현격히 구분된다는 점에 주목할 만하다. 이런 점에서 《와사옥안》 이야기는 확실히 근대적 법문화의 맥락과 맞는 점이 있다. 즉, 어떤 법서보다도 법치(rule of law)를 강조한다는 사실이다.

《와사옥안》이 재현하고자 한 것은 아마도 법적 스토리텔링의 힘인 것처럼 보인다. 《와사옥안》에서 그것은 법의 이름으로 공공연히 자행되는 제도적 폭압과 권위주의를 완벽하게 무기력하게 만들고 있다. 한국문학사에서 크게 주목받지 못한 이 우화소설에 매료되는 이유이다.

【參考文獻】

《要覽》，이대형, 이미라, 박상석, 유춘동 역, 보고사, 2012.

《蛙蛇獄案》，장효현 등 편, 《우언우화소설》，고려대학교 민족문화연구원, 2002.

유영대·신해진 편, 《조선후기 우화소설선》，태학사, 1998.

31) “陳大萌段，流涎於肥己之慾，逞憾於覓食之說，舊嫌闖發，新憤添激，其視尺童，特似一襁，初頭則抱腰相轉，畢竟則磨牙亂嚼。想像伊時光景，斟酌這間情形，則無異弱肉之投虎，便同太山之壓卵，孽由自作，三尺莫追，人既立證，十日難掩是乎所，初擬脫空諉以宿病，及其對質，始乃語塞者，此獄正犯，非渠伊誰?” 장효현 등 편, 《우언우화소설》，671쪽. 번역은 김준영, <《와사옥안》의 고대소설상 특성>, 126쪽 참조.

이옥, 《완역 이옥전집》 2, 휴머니스트, 2009.

가라타니 고진, 《일본 근대문학의 기원》, 도서출판 비, 2010.

김재환, <와사옥안 연구>, 동남어문논집 7, 동남어문학회, 1997, 3-28쪽.

김준영, <와사옥안의 고대소설상 특성>, 국어국문학 114, 국어국문학회, 1995, 105-29쪽.

박소현, <동아시아 범죄소설의 사회사 - 명청시기 공안소설과 조선후기 송사소설의 비교를 중심으로>, 명청사연구 46, 명청사학회, 2016.10, 139-69쪽.

브라이언 보이드, 남경태 옮김, 《이야기의 기원》, 휴머니스트, 2013.

심재우, 전경목, 박소현, 김호, 《검안과 근대 한국사회》, 한국학중앙연구원 출판부, 2018.

심희기, 《한국법제사상의》, 삼영사, 1997.

안경환, <미국에서의 법과 문학운동>, 서울대학교 법학 39.2, 서울대학교 법학연구소, 1998, 195-235쪽.

이현홍, 《한국송사소설연구》, 삼지원, 1997.

전경목, <조선후기에 서당 학동들이 읽은 탄원서>, 고문서연구 48, 한국고문서학회(2016): 257-286.

정선희, <《와사옥안》 작자고 - 睦台林과 관련하여>, 한국고전연구 6, 한국고전연구학회, 2000, 217-41쪽.

조윤선, 《조선후기 소송 연구》, 국학자료원, 2002.

조형래, <‘소설’의 사실, 법률과 재판 - 《와사옥안》과 이해조의 《구마검》, 《구의산》을 중심으로>, 민족문화사연구 66, 민족문화사연구회, 2018, 41-67쪽.

피터 브룩스, <법에서의 서술과 법의 서술>, 《서술이론 - 구조 대 역사 그 너머》, 소명출판, 2016, 303-29쪽.

Binder, Guyora, and Robert Weisberg. *Literary Criticisms of Law*, Princeton: Princeton University Press, 2000.

_____, “Narrative in and of the Law,” James Phelan and Peter J. Rabinowitz, eds., *A Companion to Narrative Theory*, Oxford: Blackwell Publishing, 2005.

19세기 조선 관찰사의 사법적 행위의 실증적 고찰

1. 문제의 제기 : ‘사법적 행위’의 의미와 19세기 사료

2008년의 어느 학술대회에서 이희권은 조선 시대 관찰사의 기능을 외헌(外憲) 기능(외관에 대한 탄핵기능), 방백(方伯) 기능(한 도의 행정장관으로서의 통치행정 기능)으로 나눈 다음 방백 기능을 다시 행정적 기능[권농(勸農) 행정, 시취(試取) 행정, 수세(收稅) 행정, 재정(財政) 행정, 기타 행정], 사법적(司法的) 기능, 군사적 기능으로 나누어 분석하였다.¹⁾ 이 논문은 대체로 이희권이 언급하는 관찰사의 방백 기능 중 ‘사법적 기능’에 해당하는 실제의 케이스를 발굴하여 그 모습을 생생하게 드러내는 것을 목표로 삼는다. 조선시대의 관찰사가 처리하던 사법적 행위의 실태는 시기에 따라 변화가 있었을 것이므로 이 논문에서는 특히 19세기 조선의 관찰사로 시기적 제한을 두기로 한다.

이 논문에서 필자가 발굴·분석하려고 하는 ‘사법적 행위’란 현대 한국의 법원(court)이 ㉠ 사안 관련 당사자(원고와 피고)의 주장·입증을 심리·청취한 후 사실을 인정한 다음, ㉡ 당사자 중 어느 일방의 승패(勝敗)를 판정(민사사법)하거나, ㉢ 인정된 사실이 범죄일 경우에는 합당한 형법의 조문을 적용(適用)[조선시대에는 조율(照律)]하여 ㉣ 합당하다고 생각되는 구체적인 형벌을 선고·지시[현대 한국에서는 이를 ‘양형(量刑)후 형을 선고(宣告)한다’고 표현한다.]하는 행위를 염두에 두고, 이에 상응하는 19세기 조선의 집행자(執法者, 군주·형조·관찰사·수령 등)²⁾ 중 하나인 관찰사의 사법적 행위를 포착하려는 전략을 품고 있는 용어이다.

필자는 19세기 조선에서 ‘㉠→㉡’의 측면이 드러나는 영역을 민사사법(民事司法, civil justice)으로 포섭하고, ㉠→㉢→㉣로 이어지는 측면이 드러나는 영역을 형사사법(刑事司法, criminal justice)으로 포섭하려고 한다. ‘㉠→㉡’의 측면이 가장 잘 드러나는 사료는 각종의 결송입안(決訟立案)이지만 이 논문의 주요사료 중 하나인 완영일록(完營日錄 이하 《일록》으로 약칭함)³⁾에는 이 측면이 선명히 드러나지 않는다. 《일록》은 풍석(楓石) 서유구(徐有渠)가 전라도 관찰사로 부임한 1833년 4월 12일부터 1834년 12월 30일까지 약 21개월 동안 관찰사로서 수행한 공사(公事)를 거의 빠짐없이 망라하여 기록한 것으로 이 논문이 추구하는 목표를 가장 잘 수행할 수 있는 기초사료이다.

관찰사가 처리하는 ‘㉠→㉡’의 측면은 《일록》에서 거의 드러나지 않기 때문에 다른 사료로 보강하지 않을 수 없다. 필자는 그 다른 사료로 공사수록(公私隨錄)(규장각 古5129-1, 이하 이 자료는 《5129 수록》으로 약칭함)과 공사수록(公私隨錄)(규장각 古5120-154, 이하 이 자료는 《5120 수록》으로 약칭함)을 활용할 작정이다. 《5120 수록》은 이능수(李能秀)가 1827년 3월~1829년 4월에 경기도 영평(永平)의 수령으로, 1833년 7월~1834년 4월에는 충청도 청주(淸州)의 수령으로 재임하던 시기에 처리한 공사(公事)를 기록한 사료이며, 《5129 수록》은 이능수가 1832년 7월~1833년 6월에 전라도 익산(益山)의 수령으로 재임하던 시기에 처리한 공사를 기록한 사료이다. 이능수의 보고를 받을 때마다 전라도 관찰사는 회제(回題)로 이능수에게 지시하였는데 회제를 통하여 관찰사의 사법적 행위의 내용을 추론할 수 있다.

이능수와 서유구가 전라도 익산의 수령과 전라도 관찰사의 관계로 소통할 수 있었던 기간

- 1) 전주역사박물관·전북대 전라문화연구소 주최, 전라감영 학술대회, 전라감영의 원형과 활용(2008년 6월 19일) 중 전라감영의 조직적 구조와 관찰사의 기능(이희권 발표)
- 2) 형추(刑推)를 행할 수 있는 주체를 집행자(執法者)로 지칭한 예로 《선조실록 선조 38년(1605) 8월 1일》를 들 수 있다.
- 3) 《완영일록(完營日錄)》, 成均館大學校 大東文化研究院 영인 전3책, 2002》

은 1833년 4월부터 1833년 6월까지인데 아쉽게도 두 사람의 소통은 기록상 확인되지 않는다.

서유구가 전라도 관찰사로서 처리한 공사의 내용은 총 15종 1071건⁴⁾의 문서 행위에 표출되어 있다. 그 중 형사사범의 측면에서 볼 때 가장 많은 분량을 차지하는 문서는 전라도 관찰사 예하 군현 수령들의 살옥(殺獄) 관련 보고에 대하여 서유구가 관찰사로서 후속하는 조사 보고(각종의 牒報)를 지시·지휘하는 하행문서들[예를 들어 제송(題送)]이다. 이 측면에 대하여는 김선경이 《일록》에 수록된 대략 96건의 살옥 사안에 대한 지시·지휘를 분석하여 2012년에 발표한 선행논문⁵⁾이 있다. 필자가 살옥 사안에서 관찰사의 사법적 기능에 관한 김선경의 선행 논문의 분석과 공감하는 분석은 대체로 다음과 같다.

“살옥은 수사, 심리, 결안까지 관찰사의 책임 아래 모든 사법 과정이 이루어졌다. 하지만 관찰사는 그 대부분의 과정은 죄인을 대면함이 없이 진행하였다. 죄인을 직접 대면하여 심문하고, 판결에 따라 장(杖)을 때리는 사람은 지방 군현의 수령이었다. 대부분의 심리를 군현 수령을 부려서 진행하고 최종적으로 국왕에게 장계를 올려 자신의 책임을 마무리하는 관찰사의 업무(102면)…… 관찰사는 살옥을 종료할 수 있는 권한을 행사하였다. 살옥의 심리를 지휘하는 관찰사는 사건 조사서를 받아보고 애초에 살옥이 성립 안 된다는 판단이 서면, 더 이상 검험 등을 진행하지 않고 사건 심리를 조기에 마무리하여 사건에 연루된 사람들이 비용부담, 형신(刑訊)의 고통, 사회적 갈등에 노출되는 것을 최소화하려고 하였다. 서유구는 지방 수령이 가벼운 사안이라는 판단을 내리고 검험 등의 절차를 생략하거나 간소화하였다고 보고하면 잘했다고 칭찬하며, 그와 같은 조치를 권장하였다. 살옥으로 고발된 사건은 관찰사에게까지 보고하여 관찰사의 판단을 기다려야 하나, 수령 스스로도 자신의 판단으로 민들의 부담을 경감하는 조치를 적극적으로 취하는 것이 좋다는 것이 서유구의 생각인 것이다(103면)…… 관찰사는 살옥을 종료할 수 있는 권한을 행사하였다. 관찰사는 피의자를 직접 형신하면서 심리하는 것이 아니라 실제로 형신하며 수사를 진행하는 수령이나 토포영 등을 문서로 지휘하면서 심리를 주관하였다. 관찰사는 수령의 심리가 마음에 들지 않으면 다른 수령에게 심리를 이관할 수도 있었다(106면). …… 1834년 봄 흉년이 2년째 계속되는 가운데 보통 한 달에 4건 내지는 6건 발생하던 살옥이 3월 들어 11건이나 발생하였다. 또 그해 봄 전라도 각지에서는 초적, 강도, 폐강도가 빈발하였으며, 유걸인들은 각지에서 지역민들과 갈등을 빚으며 범죄까지 일으켰다. 이들을 기찰하고 체포해야 할 토포영의 교졸마저도 이를 빌미로 민들을 위협하여 토색질을 벌였다. 이런 상황에서 서유구는 죄질이 나쁜 살옥 정범을 심리 과정에서 물고를 내도록 지시하기까지 하였다(106-107면). ”

김선경은 2012년 논문에서 “앞으로 다른 논문을 통해서 차례로 살옥 이외의 형사 사안 심리, 민사 사안 심리, 관원·관속 등에 대한 징계, 정배 죄인의 관리 등의 기록을 분석할 계획”이라고 밝혔지만 아직까지 필자는 김선경의 후속 논문을 발견하지 못하였다. 필자는 이 논문에서 《일록》과 《공사수록》을 기본 사료로 활용하여 살옥 이외의 공사에 대하여 19세기 조선의 관찰사가 처리하던 사법적 행위의 특징적인 모습을 구체적으로 드러내려고 한다.

4) 김순석, 『완영일록』을 통해 본 전라도 관찰사의 공문서 유형과 문서식, 한국지역사회학회, 지역사회연구 22권 3호, 2014, 132면, 134면. ; 김현영, 『완영일록』을 통해 본 전라감영의 구조, 전라감영연구, 전주역사박물관·전라문화연구소.

5) 김선경, 1833~34년 전라도 지역의 살옥 사안과 심리-완영일록의 분석-, 역사교육연구회, 역사교육 122집, 2012, 69~108면.

II. ‘살육이 아닌 일률 사안’의 사실조사와 군주에게의 보고준비

유죄(有罪)가 확인될 경우 법정형·선고형 기준 사형[一律]에 해당될 가능성이 있는 사안에 대한 예하 군현(郡縣)·진영(鎭營)의 보고가 있으면 관찰사는 예하 군현·진영 수령들을 지휘·지시하여 최대한 사안의 진상(fact)[당시의 용어는 득정(得情) 혹은 득실(得悉)]을 객관적 실체(truth)에 가깝게 조사한(truthfinding) 후 유죄의 강한 의심이 생기면 군주(君主)에게 장계(狀啓)의 형식으로 보고[이를 녹계(錄啓)라 한다.]하여야 한다. 다음은 《일록》에서 확인할 수 있는 이런 패턴의 조사 활동[査]의 유일(唯一)한 사례인데 아쉽게도 관찰사가 녹계하는 단계로 진전되기 전에 서유구의 관찰사로서의 임기가 종료되었다. 사안은 김부안 등의 강도피의사안이다.

1. 초사관의 초사보와 관찰사의 1차 지시[題]

1833년 8월 15일에 홍양(현재의 고흥 지방) 현감(興陽縣監)이 공범 사안의 강도피의자들(김부안 등 3인과 천세행 등 3인)을 수감(囚禁)한 뒤 조사 결과를 관찰사에게 보고[査報]하였다. 수령이 관찰사에게 보고하는 최초의 조사보고를 당시에는 초사보(初査報), 초사(初査)를 행한 수령을 초사관(初査官)으로 불렀다. 이 사안에 대한 초사관의 사실파악은 “김부안(金夫安) 등이 김진우(金振宇) 등을 협박하여 도합 200냥의 돈을 강탈” 하였다는 사실이었다. 초사보는 홍양 현감이 김부안 등을 홍양현의 감옥에 수감해 두었으니 향후 어떻게 처리할지 지시해 달라는 취지의 첩보⁶⁾였다. 이 보고에 대하여 당시 전라도 관찰사인 서유구는 피의자들을 “진영(鎭營)으로 보내 치도율(治盜律)을 시행하는 것이 마땅하지만, 피의자 중에 진영과 연결된 자가 있어 불공정한 일이 생길 우려[竊緣作弊]가 있으니 영암군(靈巖郡)의 옥(獄)으로 이수(移囚)하라.”고 지시하고 동시에 영암 군수를 복사관(覆査官)으로 지정하였다. 살육 사안에서 으레 초검(初檢)·복검(覆檢) 등 두 차례의 검험(檢驗)을 행하듯이 비살육의 사안에서도 유죄가 인정되면 법정형·선고형이 일률(一律 사형)인 경우에는 으레 두 번의 조사가 행하여졌는데 당시에는 처음의 조사를 초사, 두 번째 조사를 복사(覆査)로 지칭하였다. 강도기수이면 법정형이 사형에 해당⁷⁾하므로 이 사안에 대한 최종적인 처분권은 군주에게 있다. 따라서 이런 유형의 사안에서 군현의 수령과 관찰사는 군주의 최종처분을 보좌하는 조사관의 위치에 있다. 현재 검안(檢案)·검보(檢報) 못지않게 사안(査案)·사보(査報)가 많이 남아 있는 이유는 바로 여기에 있다.

2. 복사관의 사보와 관찰사의 2차 지시

이 사안에 대한 두 번째 기록은 같은 해 9월 12일자 문서에 나온다. 복사관인 영암 군수의 사실파악도 초사관의 그것과 다르지 않았다. 서유구는 복사관에게 다음과 같이 지시하였다.

“① 김부안을 엄형(嚴刑) 1차(一次)하여 취초(取招)한 후 그가 겁박하여 빼앗은 돈 50냥을 기한을 정하여 징출(徵出)한 다음 관정(官庭)에서 김진우에게 출급(出給)하게 하고, (중략) ② 천세행(千世行) 등을 별장(別杖)으로 엄형하여 취초하고, 그들이 겁박하여 빼앗은 돈 150냥을 세 놈에게 분배하여 독촉 징수한 다음 피탈자(被奪者) 등을 관정으로 불러들여 출급한 뒤에 형지(形止)를 첩보하라.”⁸⁾

6) 1833년 8월 15일자 첩보(《일록 1권 111~112면》)

7) “凡強盜已行 而不得財者 皆杖一百流三千里, 但得財 不分首從 皆斬”(《大明律 刑律 強盜》)

3. 피의자들을 우진영에 압송하라는 지시

1833년 11월 18일에 서유구는 복사관인 영암 군수에게 김부안 등 피의자 4명을 우진영(右鎭營)으로 압송(押送)하라고 지시⁹⁾하였다. 강도피의자를 범죄지의 군현에 있는 옥(獄)에 수금하지 않고 포도청(捕盜廳 : 漢城府)이나 진영(鎭營 : 지방)의 옥(獄)에 수금하고 치도율로 추문(推問)하려는 것은 이 시기 전국적인 추세였다.

4. 우진영(右鎭營)에의 지시

1833년 12월 8일 서유구는 우진영에 관문(關文)을 보내 피의자들에게 치도곤(治盜棍)을 사용하여 취초한 후 실상을 보고하라고 지시¹⁰⁾하였다. ‘치도곤 각 30도’로 지정한 것으로 보아 여기서의 치도곤은 신장(訊杖)으로서의 곤장(棍杖)을 의미한다.

신체형의 집행수단은 원칙적으로 태(笞)와 장(杖)이었는데 신장이란 원칙적으로 고문[拷訊] 도구를 말한다. 이 관문에서 비로소 피의자들의 피의사실이 구체적으로 드러나고 있다. 이들의 피의사실은 “찢어진 그물 값을 추심(推尋)한다고 칭하고 작당(作黨)하여 거문도(巨文島)에 들어가 혹 군관(軍官)이라고 칭하거나 혹 비장(裨將)이라고 칭하면서 섬(거문도) 백성들을 결박하고 사사로이 주리를 틀어 200냥을 징수하였다.”는 사실이다.

5. 우진영에 피의자들을 수종(首從)으로 구분하여 보고하라고 지시

1833년 12월 16일 서유구는 우진영에 관문(關文)을 보내 피의자들을 ‘수종(首從)으로 구분하여 보고하라’고 지시¹¹⁾하였다. 그러나 이 지시는 일견 납득하기 어려운 지시였다. 강도기수죄의 법정형은 ‘모두 참형(皆斬)’이므로 수종으로 구분할 필요가 없는 것이 당시의 법리(法理)였다. 그러나 서유구가 이 사실을 몰랐던 것이 아니라 다음과 같이 다른 고려가 있었음을 우영장의 보장(報狀)에 대한 서유구의 데깁[題]에서 확인할 수 있다.

6. 우영장의 보고에 대한 서유구의 데깁

우영장의 보장을 받은 후 서유구는 1834년 2월 9일 다음과 같이 지시하였다. 우영장의 보장의 내용은 알 수 없다.

“㉠ 피의자들의 행위가 강도라면 수종(首從)을 구분하지 않으나 애당초 읍에서 조사한 것이 만약에 적확(的確)하지 않았다면 옥사의 심리를 신중히 하는 취지[審克之義]에서는 마땅히 참작하는 도리[參酌之道]를 써야 한다. ㉡ 김부안과 천세행 두 피의자의 자백(遲晚)을 받아 첩보하고 남은 두 피의자는 엄곤(嚴棍) 20도를 치고 징려(懲勵)한 다음 풀어 주라.”¹²⁾

‘피의자들을 수종(首從)으로 구분하여 보고하라’는 지시는 사안의 실상이 강도가 아니라 강도보다 법정형이 약한 범죄(예를 들어 백주창탈이나 절도¹³⁾)일 경우를 염두에 둔 지시였다.

다음에 서유구는 김부안과 천세행이 아닌 다른 가담자들의 가담 정도가 경미하여 비난가

8) 1833년 9월 12일자 지시(《일록 1권 155~157면》)

9) 1833년 11월 18일자 지시(《일록 1권 320면》)

10) 1833년 12월 8일자 지시(《일록 1권 372면》)

11) 1833년 12월 16일자 관문(《일록 1권 407면》)

12) 1834년 2월 9일자 지시(《일록 2권 72면》)

13) 백주창탈(白晝搶奪)의 최고 법정형은 장 100 유 3000리(凡白晝搶奪人財物者 杖一百徒三年)이고, 절도(竊盜)의 최고 법정형은 3범이 아닌 이상 장 100 유 3000리이다(《大明律 刑律 盜賊》)

능성이 적다고 판단하고 자신의 재량으로 “엄곤(嚴棍) 20도를 치고 징려(徵勵)한 다음 풀어 주라.” 고 지시한 것으로 보인다.

7. 소결

김선경의 논문(2012)에서 살육 관련 피의 사안에 대하여 관찰사가 준수하여야 할 적법한 대략적 절차는 잘 분석·보고되었다. 그러나 살육 관련 피의 사안의 검관(수령) 수준에서의 조사 보고 절차, 중앙 정부 수준에서의 조사 보고 절차와 ‘사죄 삼복계(死罪三覆啓)’의 절차가 법규범(대명률과 국전)대로 진행되었는지 여부에 대하여는 향후에 실제의 사례(real case)를 발굴하여 좀 더 상세하고 치밀한 검증을 수행하여야 할 필요가 있다.

김부안 등의 강도피의 사안에 관하여 6번에 걸친 서유구의 지시가 《일록》에 등장하지만 핵심 피의자들(김부안과 천세행)에 대한 최종적 처분은 《일록》에 수록되지 않았다. 이 사안이 처음 관찰사에게 보고된 지 6개월이 흘렀지만 관찰사의 최종적 처분[녹계(錄啓) 혹은 정배(定配) 혹은 방송(放送) 등]은 《일록》에서 찾을 수 없다. 아마도 서유구의 후임 관찰사나 후임 관찰사가 최종적 처분을 하게 되었을 것이다.

Ⅲ. 장이상 유이하 범죄 의심 사안의 직단(直斷)

1. ‘관찰사 직단(直斷)’에 관한 선행연구의 부재

일정한 범위의 범죄 의심 사안들에 대하여 조선의 관찰사는 군주에게 보고[啓]하여 결재[依啓]를 얻지 않고 자신의 재량으로 최종적인 처분까지 수행하였다. 관찰사의 이 재량범위를 법전상의 문언은 ‘장이상 유이하(杖以上 流以下)’의 사안을 ‘직단(直斷)’ 하는 것으로 표현하고 있다.¹⁴⁾ 필자가 궁금해 하는 측면은 ‘관찰사 직단의 생생한 실태’이다. 그러나 이 측면에 대하여는 아직까지 치밀한 선행연구가 없는 것으로 안다. 이런 측면의 관찰사의 행위는 《일록》의 전편에 걸쳐 간헐적으로 보이지만 대체로 ‘관찰사가 예하 수령(守令)·진영장(鎭營將)에게 지시하는 측면’만 보이고 예하 수령·진영장의 보고내용과 최종적인 결말(관찰사의 직단)은 좀처럼 찾아보기 어렵다. 예를 들어 ‘장이상 유이하’의 범위에 포섭되는 범죄 주체와 범죄 행위 패턴에 아전(衙前)과 향임(鄕任)의 부세수취(賦稅收取) 관련 부정행위들이 포함되어 있는데 서유구는 예하 군현 수령들의 이에 관한 첩보에 대하여 “상세히 조사하되 엄형 1차하여 조사를 받아내 보고하라(箇箇考察 嚴刑一次 捧直招 牒報宜當向事)” 류의 제송(題送)¹⁵⁾으로 지시하였지만 예하 군현 수령들의 조사 보고의 상세 내용은 알기 어렵다.

Ⅱ에서 살펴본 ‘살육이 아닌 일률 사안’ 예사와 마찬가지로 ‘장이상 유이하’ 범죄 의심 사안의 진행 속도도 그다지 신속하였을 것으로 전망되지 않는다.

2. 순행(巡行) 시의 추열각읍죄인(推閱各邑罪人)

사정이 이러한 데 서유구의 재임 기간 중 두 번에 걸친 예하 군현 순행(巡行)¹⁶⁾ 시의 기

14) “本曹・開城府・觀察使 流以下直斷 各衙門 笞以下直斷”(《經國大典 刑典 推斷》)

15) 예를 들어 《일록 2권 245~246면》

16) “서유구는 재임 기간 중 두 차례 순력을 나갔다. 1833년 가을에 8월 16일부터 26일까지 11일간 열여섯 고을을 순행하였다. 1834년 가을에는 9월 8일부터 9월 21일까지 14일간 열여섯 고을을 순행하였다. 그는 순력 기간에도 계속 일기를 썼다. 순력 기간의 주요한 업무는 도착한 지역의 인근 수

록 중 ‘추열각읍죄인(推閱各邑罪人)’이라는 제목하에 압축적으로 기록된 부분은 대부분 결말(관찰사의 최종처분)을 포함하고 있어 필자의 궁금증을 풀어 줄 수 있는 좋은 사료이다.

이 부분에 기록된 사안 수를 모두 헤아려 보니 총 142건이다. 이에 대하여는 [부록1]로 일람표를 작성하여 두었다. 이하에서는 이 142건을 분석하여 일정한 경향성을 추출해 내려고 한다. 이 표의 작성 요령은 다음과 같다.

일련번호 다음의 난은 각각 추열일자, 피의자의 거주 군현과 혐의 적발 당시의 신분 혹은 직역, 의심 받고 있는 죄상(罪狀), 관찰사의 처분의 순서이다. 관찰사의 처분은 1회에 그치는 수도 있지만 2회, 3회, 4회에 걸쳐 행하여지고 있다.

3. 주문(奏聞) 없는 인율비부

142건 사안의 피의자의 죄명(罪名)은 《대명률》이나 《국전》에 정조(正條)가 없는 죄명이다. 그렇다고 서유구의 조율(照律)이 자의적(恣意的)인 조율이라고 볼 근거도 희박하다. 가능한 해석은 서유구가 대명률이나 국전의 처벌조문을 유추적용하였을 것이라는 해석이다. 유추적용을 당시에는 인율비부(引律比附)라 불렀다. 《대명률 명례율 단죄무정조(斷罪無正條)》는 다음과 같이 규정한다.

“율(律)과 영(令)에 기재된 것이 사정을 다 포섭할 수는 없으니, 만약 단죄(斷罪)할 때 규정된 법조문이 없으면 인율비부(引律比附)하여 죄를 더할 것은 더하고 줄일 것은 줄여 죄명을 정의(定議)한 다음 상급 관사를 거쳐 형부(刑部)에 보고하고, 형부에서는 죄명을 의논하여 정한 다음 주문(奏聞)한다. 멋대로 결단하여 죄를 가볍게 하거나 무겁게 하면 고의나 과실로 죄를 가볍게 하거나 무겁게 한 것으로 논한다(凡律令該載不盡事理 若斷罪而無正條者引律比附 應加應減 定擬罪名 轉達刑部 議定奏聞. 若輒斷決 致罪有出入者 以故失論).”

이 조문의 취지는 인율비부는 관료들이 재량으로 할 수 있는 일이 아니고 최종적으로 군주의 재가를 얻어 행하여야 한다는 뜻이다. 그런데 《대명률집설부례(大明律集說附例)》는 이 조문에 대하여 “문형(問刑)하는 자는 사죄(死罪)에 대하여는 비례(比例)할 때 모두 주문(奏聞)하나 도류이하(徒流以下)를 비부(比附)할 때 주문하는 사례가 드물다. 이는 입법한 처음 의도가 아니다(此條言 問罪無正條 引律比附者之通例 蓋自笞杖徒流以下至絞斬 莫不皆然 今問刑者 于死罪比例 類皆奏聞 徒流以下比附 鮮有奏聞 恐非立法之初意也).”¹⁷⁾라고 기록되어 있다. 도형과 유형 이하의 형벌을 부과할 때에도 정규의 주문 절차를 경유하는 것이 법의 정신이지만 문형(問刑)하는 자들이 인율비부를 수단으로 도형과 유형 이하의 형벌을 부과할 때는 정규의 주문 절차를 경유하지 않는다는 탄식이다.

군주 아닌 관료가 법정형이 사죄(死罪)인 조문을 비부하려면 군주의 허락을 얻는 절차를 경유하여야 하는 것이 대명률을 계수한 조선의 법제였다. 그러나 19세기 조선의 관찰사는 《대명률집설부례》의 기술과 유사하게 유형 이하의 범죄를 직단할 때 비부를 하면서도 주문(奏聞) 절차를 경유하지 않은 것 같다.

4. 관찰사의 직단에서 드러나는 양형(量刑)상의 특성

령을 만나는 일과 민들이 올린 소장의 처리, 인근 지역에서 옮겨와 대기시켜 놓은 죄수를 심문하고 처결하는 일이었다. 《일록》은 바로 이 순력 기간에 관찰사가 처리한 민장의 숫자와 심리한 죄수들의 명단, 처결 내용을 기록하고 있다.” [김선경, 앞의 논문(2012), 73면]

17) 《大明律集說附例 권1 72장》

수령의 관찰사에 대한 범죄 의심 보고에 대한 관찰사의 처분은 다음과 같은 경향성을 보이고 있다.

첫째, ‘형추(刑推) 1차를 시행한 후 석방하라[刑一次放]’는 지시가 매우 많다(142건 중 32건). 형추 1차는 장 100에 상응하는 형벌¹⁸⁾이다. 형벌 수단으로서의 형추가 대단히 많이 선택되고 있음을 알 수 있다.

둘째, ‘형추 1차를 시행하여 공초를 받아 다시 보고하라’는 지시를 내리고 수령의 재차 보고가 있으면 석방(일련번호 4,5,6번 사안)하거나 형추 1차를 더한 다음 석방하라는 지시(일련번호 9,10,11, 12, 13번 사안)도 많다. 형추를 추가할 때 1차를 추가하는 경우가 많지만 때로는 형추를 복수로 추가하는 경우도 있다. 형추를 2회 추가하는 경우(일련번호 76번, 79번, 82번, 93번, 94번 사안)가 있고 3회 추가하는 경우(일련번호 90번, 112번, 115번, 117번 사안)도 있다. 3회 추가하는 경우에 수속(收贖)하라는 지시도 있다.

이하에서 추가적으로 드러나는 특성을 열거하면 다음과 같다.

(1) 법제상 관찰사는 ‘법정형·선고형’ 기준 ‘장형(杖刑) 이상의 범죄 혐의에 해당하는 사안부터 유 3000리 이하의 범죄 혐의에 해당하는 사안을 직단’ 할 수 있으므로 관찰사의 최종처분에 ‘장 60, 장 70, 장 80, 장 90, 장 100, 장 60 도 1년, 장 70 도 1년 반, 장 80 도 2년, 장 90 도 2년 반, 장 100 도 3년, 장 100 유 2000리, 장 100 유 2500리, 장 100 유 3000리’가 골고루 활용되었을 것이라고 예상하기 쉽다. 그러나 서유구의 최종처분은 그런 예상을 현저히 벗어나고 있다.

(2) 형벌 수단으로서의 형추

본래 형추란 집행자(執法者)가 피의자에 대하여 모종의 범죄에 대한 유죄의 의심을 가지고 있는데, 피의자가 집행자의 평문(平問)에 자백하지 않을 때 고신(拷訊)[=형신(刑訊)=형문(刑問)]을 하면서 사안의 실체에 접근[득정(得情)]하게 하는 강제수단이다. 그러나 19세기 조선의 관찰사는 형추를 고문수단으로 사용하는 동시에 위에서 본 것처럼 형벌 수단으로도 애용하였다.

예를 들어 서유구가 형추를 중간적인 처분이나 최종적인 처분으로 활용한 사안은 1차 순행 기간에 추열한 사안 총 63건 중 50건에 달한다. 다른 한편 서유구가 최종처분으로 ‘장 60, 장 70, 장 80, 장 90, 장 100’을 선택한 사안 수는 전무(全無)하고, ‘도형(徒刑)이나 유형(流刑)을 선택한 사례’도 단 한 건(1833년 8월 16일 금산 이사강)¹⁹⁾에 불과하며, 그것조차도 ‘2차의 형추를 시벌한 후의 정배(定配)’였다. 형추가 고문수단이면서 동시에 장 100을 대체하는 형벌²⁰⁾로도 애용된 셈이다.

형추를 “죄인의 정강이를 때리며 캐묻던 일”로 풀이하는 표준국어대사전이나 네이버 사전은 시정되어야 한다. 이 풀이는 형추의 고문수단 측면에 기울어진 풀이이며, 게다가 정강이를 때리는 것은 불법²¹⁾이었다.

그런데 형추를 형벌 수단으로 활용하는 발상은 서유구의 독자적인 발상이었을까 아니면 서유구 이전의 실무상의 관례였을까 아니면 국전(國典)에 근거가 있는 발상이었을까? 국전에 형추를 형벌 수단으로 활용하는 조문이 있는지(많이 있다), 얼마나 자주 출현하는지(매우

18) “刑推一次贖 准杖一百”(《續大典 刑典 答·杖·徒·流贖木 刑推》)

19) 이 사안의 피의범죄는 ‘以鄉曲無賴 乾沒校財 衙庭詬辱罪’이고 최종처분은 ‘刑一次 還囚該郡 加刑一次 定配 海南’이었다.

20) “刑推一次贖 准杖一百”(《續大典 刑典 答·杖·徒·流贖木》)

21) “凡拷訊訊杖 長三尺三寸 上一尺三寸 則圓徑七分 下二尺 則廣八分·厚二分 用營造尺 以下端打膝下, 不至膝肋 一次無過三十度 取旨乃行 庶人及犯盜者否”(《經國大典 刑典 推斷》)

자주 출현한다) 살펴볼 필요가 있다.

5. 형추를 형벌 수단으로 규정한 국전의 조문들

1866년에 완성되어 1867년에 반포된 《육전조례(六典條例)》에는 아래와 같이 ‘형추 10차’를 형벌로 지시하는 조문이 있다.

“조세선(漕稅船)이 치패(致敗)하면 지방관(地方官)이 직접 가서 적간(摘奸) 한다. 2일 안에 직접 가서 적간하지 않으면 의금부로 잡아다 신문하고 정죄(定罪)한다. 【치패된 증미(拯米)는 시가(時價)에 따라 발매(發賣)하여 액수를 계산하여 상납하되 해당 연도를 넘길 수 없다. 열미(劣米)는 1섬당 5말 8되 8홉을 곡주관(穀主官)이 다시 징수하여 갖추어 납부한다. 미증미(未拯米)의 경우 해당 배의 감관(監官)과 색리(色吏)·사공(沙工)·격군(格軍)을 10차례 엄중히 형추하고 3년간 가둔 후에 원적관(原籍官)으로 이송(移送)하고 건져내지 못한 미(米)를 징봉한다.】”²²⁾

이는 아주 극단적인 사례이다. 이하에서는 다른 사례를 열거하겠다.

(1) ‘형추 1차’를 형벌 수단으로 규정한 예

《新補受教輯錄 禮典 山訟 504(1698년, 숙종24)》에 “타인의 분산 가까운 곳이나 큰 마을 안에 모점하여 쟁송을 일으키는 폐단이 생기면 지시한 지관을 형추 1차하고 이치가 옳지 않은 주상인은 법에 따라 정배한다(如有他人墳山至近之地及大村中冒占起訟之弊 則指示地官 刑推一次 理曲主喪人 依法定配)”는 조문이 있다. 여기서 ‘모점기송지패(冒占起訟之弊)’를 초래한 지관(地官)을 ‘형추 1차’하는 경우의 형추는 고문수단인 동시에 형벌의 측면도 있는 것이다.²³⁾

(2) ‘형추 2차 혹은 형추 3차’를 형벌 수단으로 규정한 예

《新補受教輯錄 刑典 禁制 1086(1732년, 영조8)》의 “大釀 刑推三次, 中釀 刑推二次, 小釀 刑推一次, 小小釀 決笞, 而或有累十石別爲大釀者 依戊申受教 嚴刑 邊遠定配”에서의 형추 1차, 형추 2차, 형추 3차도 형벌 수단이다.

(3) 태형·장형의 대체수단으로서의 형추

조선 후기의 위정자들은 ‘대명률상의 태형·장형’이 너무 험거워 실효가 희박하다고 평가하여 그 대체수단으로 형추를 애용한 것 같다. 조선 후기의 위정자들은 태나 장으로 치는 것보다는 신장이나 곤장으로 치는 것[嚴刑]이 효과가 있다고 판단한 것이다.

(4) 형추의 시행 여부의 결정

본래 형추는 집법자(수령 등)가 피의자로부터 자백[=수관(輸款)=지만(遲晚)=승복(承服)]을 받기 위한 수단이었다. 예를 들어 수령이 피의자가 어떤 죄를 지었다고 강하게 의심할 때는 먼저 고문하지 않고 사안의 실태를 묻는데[이를 평문(平問)이라 한다] 수령이 보기에 피의자가 실상을 볼지 않거나 자세히 말하지 않는다고 가정하자. 이 경우에 19세기 조선의 수령 등은 고문 도구로 신체의 일부를 타격하면서 실상을 파악할 필요가 있다고 생각하였다. 고문 도구가 신장(訊杖), 신장으로 치면서 실상을 파악하는 합법적인 절차가 형추(刑推=刑訊=刑問)였

22) 《육전조례 호전 선혜청 조전(漕轉)》

23) 《新補受教輯錄 刑典 禁制 1017(1731년, 영조7)》에 “坡州舊陵火巢內樹木斫伐者 松檜 則十株以上 梟示 五株以上 則刑推定配 一株以上 刑推一次 雜木則十株以上 刑推定配 十株以下 分輕重決棍”에서 ‘형추 1차’도 마찬가지이다. 또 《新補受教輯錄 刑典 禁制 1020(1733년, 영조9)》에 “鳳山洞山嶺林木 犯禁斫伐者 一株以上 刑推一次 十株以上 杖六十徒三年 三十株以上 刑推後 杖八十 徒二年 監官·山直未發覺者 竝同律.”에서의 ‘형추 1차’도 마찬가지이다.

다. 그러나 수령이 자신의 재량으로 형추를 시행할 수는 없었다. 조사의 주체였던 수령 등이 형추를 시행하고 싶으면 반드시 사전에 관찰사의 허락을 얻어야 한다. 다시 말하여 조선의 지방사회에서 피의자에 대한 형추의 시행 여부는 관찰사에게 결정권이 있었다. 그러나 조관(朝官)에 대하여 형추하려면 반드시 군주의 허락이 선행되어야 한다[取旨乃行].

6. 관찰사의 수령에게의 조율 지시

관찰사가 이런 패튼의 범죄의심 사안을 유죄로 판단할 때는 조율(照律)을 수령에게 지시하기도 한다. V.에서 소개할 포천현(抱川縣)의 전광일(全光日)과 송덕명(宋德明)의 사굴(私掘) 피의 사안에서 전라도 관찰사는 사관(查官)들의 보고에 설득되어 피의자 송덕명이 수범(首犯)임을 인정하고 조율을 지시[照律向事]하였다. ‘재수죄인 김택기 죄상 첩보(在囚罪人金宅基罪狀有所諜報)’ (479-483면)에서도 전라도 관찰사는 조율을 수령에게 지시하였다.

IV. 형추 효과의 비균일성

누군가는 4차 이상의 형추에도 버티고 살아남는가 하면 누군가는 1차의 형추에도 사망[물고(物故)=경폐(徑斃)=장폐(杖斃)]하였다. 왜 이렇게 형추 효과가 균일하지 않을까?

1. 신장(訊杖)의 강도(強度)와 시벌(施罰)할 때의 강도(強度)

1614년(광해6) 1월 11일의 친국(親鞫)에서 “박의남(朴義男)·하득성(河得星) 등을 잡아 가두고, 순필(順弼)을 한 차례 형신(刑訊)하여 추국(推鞫)했으나 자복(自服)하지 않았으며, 문정립(文貞立)을 형신하여 추국했으나 자복하지 않았다. 방신원(方信元)을 압슬(壓膝)했으나 자복하지 않았다. 왕이 이르기를, ‘압슬형을 가할 때 서서히 하라.’ 하였다.” (국역 광해군일기 6년 1월 11일)는 기사가 있다. 바로 다음 날[1614년(광해6) 1월 12일]의 친국에서 “왕이 친국하였다. 왕이 이르기를, ‘예로부터 역옥(逆獄)을 다스릴 때는 비록 여러 차례 형신을 받았어도 죄인이 지레 죽지 않았었는데, 김직재(金直哉)의 역옥이 있는 뒤로 한 차례 형신을 받은 자는 으레 다 지레 죽고 있으니 이것이 무슨 까닭인가?’ 하고 물으니, 심희수가 아뢰기를, ‘궁전 뜰에서 사용하는 형신의 장(杖)이 무겁기때문에 죄인이 많이 죽고 있는데 심한 추위나 무더위 때는 더욱 쉽게 상합니다.’ 하였다.” (《국역 광해군일기 6년 1월 12일》)

위의 기사들은 형추의 강도(強度)는 신장(訊杖)의 강도, 시벌할 때의 타격의 강도에 비례한다는 점을 시사한다.

2. 형추를 견뎌내는 능력은 사람에 따라 다르다.

1630년의 일이다. 저주 살인의 혐의를 받았던 강원도 간성(杆城)의 노(奴) 만이는 형추 4차를 받았는데 자백하지 않았다. 강원도 경차관은 “경폐(徑斃)가 우려되니 유사(攸司)로 하여금 처치” 하도록 하자고 제안하였다(《承政院日記 仁祖 8年 10月 8日》). 1641년의 일이다. 아랫사람이 윗사람을 능욕하여 ‘법에 따라 가두고(依法捉囚)’ 예에 따라 형추 1차(循例刑推一次)하였는데 그로 말미암아 사망(因而致斃)하는 사례가 발생하였고, 형신 1차로 우연히 사망(邂逅致死)하는 사례도 보고되었다(《承政院日記 仁祖 19年 5月 6日》). 1679년의 일이다. 국청(鞫廳)에서 신문받던 구시경(具時經)은 형추 1차에 자백하지 않았다[不服]. 그러자 담당 관원은 다시 한번 형추할 것을 건의하여 군주의 결재를 받았다(《承政院日記 肅宗 5年 3月 23日》).

1722년의 일이다. 이기지(李器之)는 형추 4차를 시행할 때 제1도(第一度)에 실토(實吐)하였다(《承政院日記 景宗 2年 4月 30日》).

이처럼 강인한 사람은 형추 4차까지 견디지만 허약한 사람은 형추 1차만으로도 사망하는 수가 있었다.

3. 서유구가 관찰사로 재임하던 시기와 거의 같은 시기의 경기도에서 발생한 극단적인 형추 사례

경기도 개성(開城)의 살옥녹계죄인(殺獄錄啓罪人) 차정득(車正得)은 김순항(金順恒)을 척살(踢殺)한 사연(辭緣)으로 1830년 4월 14일 처음 수금(囚禁)되었다. 1861년 03월 30일 현재 그는 누적 기록으로 1,094차의 형추를 받았는데 “계속 부인하면서 자백하지 않았다[一向抵賴不服]. 경기 관찰사는 개성 부사에게 다시 형추하여 기어이 사실을 밝히라(更加嚴刑 期於得情之意)는 취지로 제송(題送)(《各司謄錄 京畿道편4 開城府留營狀啓謄錄1 3月 30日》)하였다. 3개월 후인 1861년 06월 29일 현재 그는 누적 기록으로 1,103차의 형추를 받았는데 역시 “계속 부인하며 자백하지 않았다.” 경기 관찰사는 개성 부사에게 다시 형추하여 기어이 사실을 밝히라는 취지로 제송하였다(《各司謄錄 京畿道편4 開城府留營狀啓謄錄1 6月 29日》)하였다. 거의 비슷한 일이 1873년 12월 30일까지 3개월 단위로 반복되었다. 달라지는 것은 매번 형추의 누적 차수가 9차씩 늘어났다²⁴⁾는 점이다. 1873년 12월 30일 현재 차정득이 받은 형추의 총 차수는 1,558차였다. 1874년 3월에 차정득은 병(病)으로 물고(物故)되었다(《各司謄錄 京畿道편4 開城府留營狀啓謄錄2 3月 日》).

기록상 차정득은 약 34년간 수금(囚禁)되었고, 1,558차의 형추를 받고도 살아남았다. 앞에서 보았듯이 형추 1회차에 경폐하는 피의자도 있고 형추 3차나 형추 4차에 지만(자백)하는 것이 보통의 사례이다. 그러나 차정득은 1,558차의 형추를 견디며 살아남았다. 혹시 1,558차의 형추 중 상당히 많은 차수의 형추는 거짓 기록이 아닐까 하는 강한 의심이 든다. 다산 정약용은 《목민심서》에서 다음과 같이 증언한 바 있다.

“살피건대, 법이 이렇기 때문에 사죄(死罪)는 월 3회 동추(同推)하여 옥사를 판결 지으니, 열흘에 한 번씩 형신하는 것이다. 사람을 오래 갇혀 있게 하고 **걸핏하면 10년도 넘으니** 한 달에 3회씩의 추문(推問)은 이치상 할 수 없는 일이며, 3년 만에 한 번 추문하는 것도 또한 보기 드물다. 헛 문서만 이미 보존하고, 문서만 왕래했을 뿐이다.(하략)”(《목민심서 형전 6조 중 제2조 단옥(斷獄)》)

《일록》에도 군현 수령의 동추(同推) 보장(報狀)에 대한 서유구의 제송(題送)은 거의 첫 동추[初同推]에 대한 제송만이 등장하고 있다. 제2차 이후의 동추 사례는 기록상 확인되지 않는다. 형추의 차수가 10차 이상이라는 취지의 사료상의 기록은 대부분 끝이곧대로 신뢰할 수 없는 것아 아닐까 하는 의심이 든다.

V. 관찰사의 지휘·지시에 따라 수령이 수행하는 형추의 구체적 실행

24) 1861년 09월 30일 현재 1112차, 1861년 12월 30일 현재 1121차, 1862년 3월 30일 현재 1130차, 1862년 6월 30일 현재 1139차, 1862년 09월 30일 현재 1151차, 1862년 12월 30일 현재 1160차, 1873년 3월 30일 현재 1528차, 1873년 윤06월 30일 현재 1540차, 1873년 09월 30일 현재 1549차, 1873년 12월 30일 현재 1558차 받았다.

이곳에서는 1828년(戊子) 3월과 4월에 걸쳐 경기도 관찰사의 지휘·지시에 따라 영평 현령(포천겸임)이 수행하는 형추의 모습을 생생하게 묘사하는 것이 목표이다. 사안의 이름은 포천현(抱川縣)의 전광일(全光日)과 송덕명(宋德明)의 사굴(私掘) 피의사안이고 《5120 수록》에 포함된 사안²⁵⁾이다. 조상의 무덤을 신성시하던 시절에 후손이 아닌 사람이 후손이나 관(官)의 허락 없이 무덤을 파헤쳐 관(棺)이 드러나게 하는 행위에 대한 법정형은 장 100 유 3000 리²⁶⁾이다.

포천현에 사는 사부(士夫) 윤성규(尹成圭)의 양친(兩親)의 무덤이 후손이나 관(官)의 허락 없이 파헤쳐져 두 개의 관이 드러났다. 윤성규는 이 사실을 인지하자마자 주변 사람들을 동원하여 무덤을 다시 덮어 두었다. 포천현에 사는 전광일(69세)이 포천현에 자신이 그 무덤을 사굴하였다고 주장하면서 자수(自首)하였다. 자수하면 실형(實刑)을 면죄(免罪)받고 금전으로 납부할 수 있는 해택(贖)이 주어지기 때문에²⁷⁾ 발각되기 전에 먼저 자수한 것으로 보인다. 양주 목사(楊州牧使)가 사실을 조사하여 관찰사에게 보고[查報]하였다. 관찰사는 양주 목사에게 “관련 자료를 영평 현령(永平縣令)에게 이송(移送)하라.”고 지시하고 영평 현령에게 “전광일에게 형추 1차를 수행하여 사안의 실상을 파악하여 보고하라.”고 지시하였다. 이 시기에 포천 현감이 공석(公席)이어서 관찰사는 인근에 있는 양주 목사에게 초사(初查)를 지시하고 영평 현령에게 복사(覆查)를 지시한 것 같다. 양주 목사가 관련 기록을 영평 현령에게 이송한 후에 영평 현령은 먼저 전광일(69세)에게 신장 30도(度)를 시행한 후에 관찰사의 지시대로 추문(推問)하였다.

신장(訊杖) 30도를 시행[刑]한 후에 추문[推]한다는 취지에서 형추(刑推)라는 용어가 정착된 것으로 보인다. 신장 30도를 시행하는 목적은 피의자로 하여금 진실을 진술하도록 강제하기 위한 것이다. 또 두 사람 이상의 피의자가 있는 사안이면 특단의 사정이 없는 한 누가 수범(首犯, 造謀指使)인지를 가려야 한다.²⁸⁾ 자수한 전광일은, 평문에서는 자신이 수범이라고 진술하였지만 관이 드러난 무덤 주인의 후손인 윤성규는 송덕명이 수범이라고 진술하였다. 따라서 영평 현령의 조사의 초점은 누가 수범이었는가를 가리는 일이었다. 송덕명은 전광일의 4촌 매부(四寸妹夫)였다.

평문에서 자신이 수범이라고 진술한 전광일은 신장 30도를 시별 받은 후의 추문(推問)에서는 송덕명이 수범이라고 진술하였다. 영평 현령은 형추 후 평문에서의 답변과 달리 전광일로부터 윤성규의 진술(송덕명이 수범)에 합치하는 진술을 얻은 다음 자신이 보기에는 송덕명이 수범이라는 취지로 관찰사에게 보고하였다. 관찰사는 영평 현령의 보고를 받은 다음 이번에는 송덕명에게 형추 1차를 시행하라고 지시하였다. 영평 현령의 평문에서는 전광일이 수범이라고 주장하던 송덕명(51세)도 신장 30도를 받은 후에는 평문에서의 진술과 달리 자신이 수범이라고 진술하였다. 영평 현령이 이와 같은 조사결과를 보고하자 관찰사는 “송덕명에게 조율(照律)하고 전광일은 장(杖) 30도를 집행한 후에 방송(放送)하라.”고 지시하였다. 이 사안에서 확인되는 사항은 다음과 같은 점들이다.

첫째, 조사에 임하는 수령[查官]은 형추에 앞서 평문을 시행한다. 평문에서 1피의자, 2피의자, 증인 등 여러 관여자들의 진술이 생산되는데 관여자들의 진술이 일치하면 그 일치 부분은 사실로 간주되기 쉽다.

25) 《한국지방사자료총서(여강출판사) 22, 320면~336면》

26) “凡發掘墳塚 見棺槨者 杖一百流三千里 已開棺槨見屍者絞 發而未至棺槨者 杖一百徒三年”(《大明律 刑律 賊盜 發塚》)

27) “凡犯罪未發 而自首者 免其罪 猶征正贓”(《大明律 名例律 犯罪自首》)

28) “凡共犯罪者 以造意爲首 隨從者 減一等”(《大明律 名例律 共犯罪分首從》)

둘째, 평문을 진행하다 보면 사안의 윤곽이 조금씩 드러난다. 진술이 엇갈리면 엇갈리는 사람들을 대질(對質)시켜 사안의 윤곽이 더 구체화된다. 평문의 결과 사관(查官)은 사안의 윤곽을 파악하게 되고 자신이 파악한 윤곽을 좀 더 소상히 밝힐 필요가 있으면 관찰사에게 형추 허락을 요청한다. 관찰사가 사관의 형추 신청을 거절하는 사례는 좀처럼 찾아보기 어렵다.

셋째, 사안 수의 광대함(전라도 관찰사가 감독하는 군현은 50여 개 군현이다.) 때문에 자연히 관찰사는 군현 수령들의 보고에 수동적으로 대응하기 쉽다. 전광일, 송덕명의 사굴 사안에서 처음에는 전광일이 수범이라고 자수하여 전광일에 대한 조사를 먼저 시작하였지만 양주 목사와 영평 현령이 ‘수범은 오히려 송덕명으로 보인다’고 보고하자 관찰사도 양주 목사와 영평 현령의 견해에 따라 송덕명을 수범으로 판단하여 관찰사의 직단권을 행사하였다.

넷째, 위 사안에서 전라도 관찰사는 양주 목사와 영평 현령의 견해를 따랐지만 법제상 최종적인 처분을 행사할 권한(직단)은 어디까지나 관찰사가 행사하여야 할 몫이었다.

이상의 기술과 분석은 관찰사가 행하는 형사사법적인 측면의 사법행위였다. 다음에서는 관찰사가 행하는 민사사법적인 측면의 사법행위를 발굴하여 그 생생한 실례를 제시하려고 한다.

Ⅶ. 민사적 의송(議送)에 대한 관찰사의 대응과 의송 이후의 사안 전개

의송을 주제로 삼은 논문을 여러 편 발표한 김경숙은 의송의 의미에 관하여 “조선전기 관찰사는 임기 내내 도내(道內)를 순행(巡幸)하였다. 이에 따라 관찰사에게 정소(呈訴)하려는 장자(狀者)는 관찰사의 순행 행차가 해당 고을이나 인근 고을에 오기를 기다려 소지를 제출하는 것이 일반적이었다. 16세기 전라도 관찰사를 역임한 유희춘(柳希春)의 미암 일기(眉巖日記)를 보면, 순행길에서 관찰사가 경유하는 고을마다 민장(民狀)을 처리한 기록을 어렵지 않게 발견할 수 있으며, 밤늦게까지 민장 처리로 관찰사가 쉬지 못하는 일도 드물지 않았다. 관찰사의 순행길에서 민장 처리가 주요 업무 중의 하나였음을 말해준다. 관찰사는 소지를 받으면 소지의 좌측 하단에 데깁[題] 내용을 대자 초서(大字草書)로 써서 장자에게 돌려주었다. 이를 의송(議送)이라 하였으며, 관찰사의 의송이라는 뜻으로 사의송(使議送)이라고도 하였다.”²⁹⁾ “잡송(雜訟)인 경우에는 일차적으로 군현 지방관에게 소송을 제기하지만 노비 등 주요 소송은 관찰사에게 먼저 정소(呈訴)하여 처분을 받아 군현에 소송을 제기하는 절차를 밟아야 했다.”³⁰⁾는 연구성과를 학계에 제출한 바 있다.

의송에 대한 위와 같은 분석은 주로 민사사법 영역에서 사용되는 의송을 염두에 둔 설명이다. 그러나 의송이라는 용어는 민사사법 영역에 국한되지 않고 형사사법은 물론 기타의 영역에서도 사용되던 용어이다. 영역 여하를 막론하고 관찰사에게 호소·청원하는 행위는 모두 의송으로 표현되고 있었다.³¹⁾ 그리고 의송은 관찰사의 순행 시에 대량으로 제기되었지만 평상시에도 간헐적으로 제기되었다.

이하에서는 민사사법 영역에서 관찰사가 순행길이 아닌 시점에서 의송을 받아 예하 수령에

29) 김경숙, 조선후기 議送 題音의 到付와 到付狀, 한국고문서학회, 古文書研究 51, 2017, 148면.

30) 김경숙, 15세기 呈訴절차와 관찰사의 역할, 역사와현실 59, 2006.

31) “(전략) 이후 데깁이 쓰여진 소지(所志)를 지칭하는 표현으로 의미가 전환된 결과 조선 후기에는 관찰사에게 제출하는 소지를 의송이라고 부르게 되었다.” (김경숙, 16세기 請願書의 처리절차와 議送의 의미, 한국고문서학회, 고문서연구 24, 2004)

게 처리 방향을 지휘하고 최종적인 처분을 지시하는 전형적인 사례 하나를 살펴 보려고 한다.

1. 여산민 이기하가 전라도 관찰사에게 올린 의송 사안

이 사안은 한국지방사자료총서22 (《보첩편10, 여강출판사, 3~5면, 1832년(순조32) 1월 24일자 사보(查報)》)에 실려 있다. 여산(礪山)에 거주하는 이기하(李起夏)가 전라도 관찰사에게 의송을 올렸다. 의송의 내용은 다음과 같다.

“저의 친산(親山)이 익산(益山) 제석면 부상천 안산(案山)에 있는데 수호(守護) 금양(禁養)한 지 이미 30여 년이 지났습니다. 지난 경인년(1830) 윤4월에 저의 친산 밑에 사는 점한(店漢) 최봉이(崔奉伊)가 그 어미를 저의 친산 안 청룡(靑龍)의 앞으나 서나 모두 보이는 아주 가까운 곳에 투장(偷葬)하였습니다. 즉시 기송(起訟)하여 도형 척량(圖形尺量)하니 그 거리의 보수(步數)가 88척이고 그 사이에 주인 없는 2,3세 아이 무덤이 있습니다. 도형에 대한 관(官)의 제사(題辭)는 ‘1척을 2보로 계산하면 170여 보가 되니 장자(狀者) 이기하는 패소[落科].’였습니다. 억울함을 이기지 못하여 두 번 세 번 정소(呈訴)하였지만 아직 처분을 받지 못하였으니 특별히 발례(特爲拔例)하여 관(關)을 보내 기한 내에 굴이(掘移)하게 하여 주십시오.”

2. 관찰사의 익산 군수에 대한 지시

위 의송을 받은 관찰사는 척재관(隻在官)인 익산 군수에게 다음과 같이 지시하였다.

“이미 패소하였는데도 다시 호소하였다. 혹시라도 원통하다고 칭할 만한 단서가 있는지 다시 조사하여 보고하라.”

3. 익산 군수의 보고

익산 군수는 사안을 다시 조사한 다음 다음과 같이 보고하였다.

“이 산송에 대하여 지난 해에 결급(決給)할 때 상세히 살피지 않은 것이 아닙니다. 영제(營題)에 따라 다시 조사하지 않을 수 없어 즉시 적간(摘奸)하였습니다. 최봉이 어미의 무덤과 이기하 아버지의 무덤 사이의 거리는 90여 척이고, 그 사이에 여러 무덤이 있고, 이기하 4촌 형의 무덤과의 거리는 91척이며, 앞으나 서나 모두 보이지 않습니다. 그 사이에 신가(申哥)의 무덤 2기가 있는 바 이는 여러 사람들이 교대로 입장(入葬)하는 곳임을 알 수 있습니다. 또 최봉이가 입장한 곳은 임가(林哥)로부터 매득(買得)한 땅임을 알 수 있는 문권(文券)이 있으므로 문제의 산은 이기하가 금양(禁養)한 곳이 아님이 분명합니다. (중략) 연전의 결급처럼 이번에도 이기하에게 패소[落科]를 명할 수밖에 없습니다.”

4. 관찰사의 회제(回題)

위와 같은 익산현의 사보(查報)를 받은 후 전라도 관찰사는 다음과 같이 지시하였다.

“사실이 그와 같다면 이가(李哥)의 거듭된 제소는 고약한 민습(民習)에 그치지 않으므로 장(杖) 20도를 쳐서 징려(懲勵)한 후 풀어주라.”

5. 소결

예외가 없지 않지만 대부분의 의송 사안은 대체로 다음과 같이 처리되었다.

첫째, 의송 소지에 대하여 관찰사가 직접 사안을 조사하여 승패를 논한 사례는 발견되지 않는다. 관찰사는 예하의 군현 수령들에게 ‘재조사[更査]하여 보고하라’고 지시한 다음 승패의 방향을 다시 지시하였다.

둘째, 관찰사의 재조사 지시는 최초의 처분을 내린 예하 수령에게 하기도 하고 그 주변의 다른 수령에게 하기도 한다.³²⁾ 위 사례는 관찰사의 재조사 지시가 최초의 처분을 내린 예하 수령에게 하달된 사례이다.

셋째, 관찰사의 의송 사안에 대한 결론은 대부분 재조사하여 보고한 예하 수령의 판단을 수긍하는 방향의 것이었다.³³⁾ 위 사안은 이와 같은 패턴의 전형(典型)에 속한다.

VII. 결어

첫째, 유죄(有罪)가 확인될 경우 법정형·신고형 기준 사형[一律]에 해당될 가능성이 있는 사안에 대한 예하 군현(郡縣)·진영(鎭營)의 보고가 있으면 관찰사는 예하 군현·진영 수령들을 지휘·지시하여 최대한 사안의 진상을 객관적 실체에 가깝게 조사한 후 유죄의 강한 의심이 생기면[得情, 得悉] 군주에게 장계의 형식으로 보고[錄啓]하는 역할을 담당하였다. 살육 사안은 이 카테고리의 일부에 해당하였다.

둘째, 관찰사는 장이상 유이하 범죄 의심 사안을 직단하였다. 이 카테고리의 사안들에 대하여 조선의 관찰사는 군주에게 보고[啓]하여 결재[依啓]를 얻지 않고 자신의 재량으로 최종적인 처분까지 수행하였다. 필자는 이 논문에서 ‘관찰사 직단의 생생한 실태’를 드러내는 데 집중하였다.

셋째, 누군가는 4차 이상의 형추에도 버티고 살아남는가 하면 누군가는 1차의 형추에도 사망[물고(物故)=경폐(經斃)=장폐(杖斃)]하였다. 형추 효과가 이렇게 균일하지 않은 이유는 신장(訊杖)의 강도(強度)와 시벌(施罰)할 때의 강도(強度)가 작용하고, 사람에 따라 형추를 견뎌내는 상이한 능력이 작용하였다. 조사에 임하는 수령[査官]은 형추에 앞서 평문을 시행하였다. 평문의 결과 사관(査官)은 사안의 윤곽을 파악하게 되고 자신이 파악한 윤곽을 좀 더 소상히 밝힐 필요가 있으면 관찰사에게 형추 허락을 요청한다. 관찰사가 사관의 형추 신청을 거절하는 사례는 좀처럼 찾아보기 어렵다. 사안 수의 광대함(전라도 관찰사가 감독하는 군현은 50여 개 군현이다.) 때문에 자연히 관찰사는 군현 수령들의 보고에 수동적으로 대응하기 쉽다. 그러나 법제상 최종적인 처분을 행사할 권한(직단)은 어디까지나 관찰사가 행사하여야 할 몫이었다.

넷째, 영역 여하를 막론하고 관찰사에게 호소·청원하는 행위는 모두 의송(議送)으로 지칭되고 있었다. 의송은 관찰사의 순행 시에 대량으로 제기되었지만 평상시에도 간헐적으로 제기되었다. 이 논문에서는 민사사법 영역에서 관찰사가 순행길이 아닌 시점에서 의송을 받아 예하 수령에게 처리 방향을 지휘하고 최종적인 처분을 지시하는 전형적인 사례 하나를 살펴 보았다. 대부분의 의송 사안은 대체로 다음과 같이 처리되었다. 의송 소지에 대하여 관찰사가 직접 사안을 조사하여 승패를 논한 사례는 발견되지 않는다. 관찰사는 예하의 군현 수령들에게 ‘재조사[更査]하여 보고하라’고 지시한 다음 승패의 방향을 다시 지시하였다. 다음

32) 한국지방사자료총서22[보첩편10, 여강출판사, 9~16면, 1832년(순조32) 3월 15일자 사보(查報)]

33) 위와 같음. 그러나 예외적으로 수령의 제안을 물리치고 관찰사가 정반대의 지시를 내리는 경우도 있다. 위의 책 459~463면의 《抱川 李行敏 與 楊州 尹度一 山訟論報》

에 관찰사의 재조사 지시는 최초의 처분을 내린 예하 수령에게 하기도 하고 그 주변의 다른 수령에게 하기도 한다. 관찰사의 의송 사안에 대한 결론은 대부분 재조사하여 보고한 예하 수령의 판단을 수긍하는 방향의 것이었다.