

이 자료집은 2022년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을
받아 수행된 연구임.(NRF-2022S1A5C2A02093536)

한국법사학회 · 연세대학교 법학연구원 “19세기 조선의 국가, 법, 사회 연구사업단”
공동주최 학술회의

법사자료를 통해 본 전근대 한국의 행정과 민사

일시 : 2024년 3월 23일(토) 13시~18시

장소 : 연세대학교 광복관113호



연세대학교 법학연구원

한국법사학회 및 연세대학교 법학연구원
 “19세기 조선의 국가, 법, 사회” 연구사업단 공동주최 학술회의
법사자료를 통해 본 전근대 한국의 행정과 민사

- 주최 : 한국법사학회·연세대학교 법학연구원 “19세기 조선의 국가, 법, 사회” 연구사업단
- 일시 : 2024년 3월 23일(토) 13시~18시
- 장소 : 연세대학교 광복관113호

시 간	프로그램
13:00~13:10 (10분)	개 회 인사말: 정병호(한국법사학회 회장, 서울시립대 법학전문대학원) 사회: 성중모(한국법사학회 총무이사, 서울시립대 법학전문대학원)
제1부	
13:10~15:30 (140분)	제1주제 조선후기 연좌율의 분석과 사회·경제적 의미 고찰 발표: 조운선 (전주대학교)
	제2주제 조선 후기 사주율의 제정과 사주 실태 발표: 유승희 (연세대학교 법학연구원)
	제3주제 19세기 ‘신인득 투절사건’을 통해 본 포도청 수사방식의 특징 발표: 차인배 (연세대학교 법학연구원)
	토론 조지만 (아주대 법학전문대학원)
	15:30~15:50 (20분)
제2부	
15:50~17:20 (90분)	제4주제 정조대 『일성록(日省錄)』을 통해서 본 법률전문가 율관(律官) 발표: 이하경 (한국학중앙연구원)
	제5주제 화리(花利, 禾利)에 관한 관습 발표: 손경찬 (충북대학교)
	토론 문준영 (부산대 법학전문대학원)
17:30~18:00 (30분)	종합토론 및 폐회 : 사회 성중모

[목 차]

제 1 부 13:10 - 15:30

- 제1주제: 조선후기 연좌율(緣坐律) 분석과 사회·경제적 의미 고찰 1
발표 : 조운선 (전주대학교 한국고전학연구소)
- 제2주제: 조선후기 사주율(私鑄律)의 제정과 민의 사주(私鑄) 실태 27
발표: 유승희 (연세대학교 법학연구원)
- 제3주제: 19세기 ‘신인득 偷竊사건’을 통해 본 포도청 수사방식의 특징 · 45
발표: 차인배 (연세대학교 법학연구원)
- 1·2·3주제 토론 69
토론 : 조지만 (아주대학교 법학전문대학원)

제 2 부 15:50 - 17:20

- 제4주제: 정조대 『일성록(日省錄)』을 통해서 본 법률전문가 율관(律官) 73
발표: 이하경 (한국학중앙연구원)
- 제5주제: 화리(花利, 禾利)에 관한 관습 95
발표: 손경찬 (충북대학교)
- 4·5주제 토론 131
토론 : 문준영 (부산대학교 법학전문대학원)
-

제 1 부 13:10 - 15:30

제1주제: 조선후기 연좌율(緣坐律) 분석과 사회·경제적 의미 고찰 1

발표 : 조운선 (전주대학교 한국고전학연구소)

제2주제: 조선후기 사주율(私鑄律)의 제정과 민의 사주(私鑄) 실태 27

발표: 유승희 (연세대학교 법학연구원)

제3주제: 19세기 ‘신인득 偷竊사건’을 통해 본 포도청 수사방식의 특징 · 45

발표: 차인배 (연세대학교 법학연구원)

1·2·3주제 토론 69

토론 : 조지만 (아주대학교 법학전문대학원)

조선후기 연좌율(緣坐律) 분석과 사회·경제적 의미 고찰

조윤선(전주대학교 한국고전학연구소)

목차

1. 머리말
2. 대명률(大明律) 본율과 국전(國典) 연좌율 조문의 비교
3. 파가저택(破家瀦澤)·적몰가산(籍沒家産)의 활용과 경제적 의미
4. 읍호(邑號) 강등, 수령파직의 시행과 문제점
 - 1) 사회적 연좌(連坐)인 읍호강등과 수령파직
 - 2) 강호(降號)·혁읍(革邑), 승호(陞號)·복호(復號)의 문제점
5. 맺음말

1. 머리말

연좌제는 중대한 범죄를 저지른 죄인의 죄에 대해 가족이나 친족이 함께 처벌을 받는 것을 말한다. 보통 가족이나 친족에 적용되는 율로 좁게 해석하기도 하나 넓게는 친족 외의 사람이 형사적 책임이나 사회적 불이익을 받는 경우도 포함한다. 조선에서의 연좌는 구체적으로 가족, 친족의 범위를 넘어 죄인이 속한 공동체로 확대되고 수령에게까지 책임을 물어 파직하는 처벌도 아울러 포함하는 형태로 시행되었다.

본고에서는 《대명률大明律》 본율本律과 여기에 추가된 국전國典의 조문을 분석하여 연좌제에서 작동하는 연좌율의 내용과 그 연원, 집행 사례와 의미 등을 살펴보려 한다. 특히 파가저택破家瀦澤을 비롯하여 읍호강등, 수령파직 등 사회적 연좌율을 중심으로 이러한 연좌율이 실제 조선에서 어떻게 집행되었으며 어떤 문제점을 가지고 있었는지에 초점을 맞추었다.

자료는 연좌 본율이 실린 《대명률》과 추가 조문이 마련되는 국전, 수교집 등을 분석하였고, 《승정원일기》를 비롯한 관찬자료에서 조문 제정의 배경과 사례를 검토하였다. 연구 범위는 조선후기로 설정하였으나 실제 자료는 인조대부터 고종대까지의 기록을 추적하였다. 이를 통해 조선후기 집권 세력 공고함의 과시와 유교적 통치 이념, 강상윤리 강제가 법이라는 틀을 통해 구현되는 연좌율의 면모, 그것이 가지는 사회적, 경제적 의미를 살펴보았다.

2. 대명률(大明律) 본율과 국전(國典) 연좌율 조문의 비교

조선시대 연좌제나 연좌율에 대해 기존에 제도사적으로 또는 다양한 주제로 접근하였고 연구사적으로 의미있는 성과들이 많이 축적되고 있다.¹⁾ 그러나 조선후기의 연좌제도와 연좌율을 집중적으로 다룬 연구는 없는 듯하다. 따라서 본고에선 시기적으로는 조선 후기를, 검토 주제는 후기의 법전에 마련되는 연좌율 조문과 실제 집행되었던 사례를 중심으로 검토해 보려 한다. 조선의 중·후기 연좌제의 시행에 있어서 다양한 문제에 대한 논의가 있었고, 그 중 일부는 수교로, 더 나아가 조문화 하여 《속대전》, 《대전통편》에 실렸다. 따라서 우선 국전의 연좌율 조문의 내용과 그것이 제정되는 배경을 들여다보면 조선후기 연좌제도의 실체에 조금 더 가까워 질 수 있을 것이다.

조선의 형률은 《대명률》을 적용하였으므로 연좌율 본율本律은 《대명률》이며, 여기에 추가하여 조선의 국전에서 관련 조문이 제정되면서 《대명률》과 국전의 연좌율이 연좌제 집행의 전거가 되었다.

그런데 《대명률》은 《당률》을 이었으므로 《당률》과 《대명률》의 차이를 먼저 살펴보겠다. 《당률》의 연좌율 규정은 다음과 같다.

모반謀反 및 대역자大逆者는 모두 참斬이다. 부와 자로 16세 이상은 모두 교絞이며, 15세이하 및 모母·녀女·처妻·첩妾【아들의 처·첩도 같다.】 조선祖孫·형제兄弟·자매姉妹로 부곡部曲·자재資財·전택田宅이 있으면 모두 관에 몰수한다. 남자[男夫2]의 나이가 80이거나 독질篤疾이면, 부인婦人의 나이가 60이거나 폐질廢疾이면 모두 연좌를 면한다.【다른 條에서 부인婦人으로 연좌할 경우도 이에 따른다.】 호적의 같고 다름을 따지지 않는다.³⁾

《당률》 연좌율의 핵심은 ‘모반과 대역이 죄목’이라는 것, 죄인은 ‘참형’이고, 연좌대상은 부자인데 ‘16세 이상은 교형’이라는 것, 그 외 가족들의 경우 ‘재산이 몰수’되었다는 것이다. 즉 《당률》의 연좌는 모반·대역 죄인의 가족에 대한 인신적 연좌와 가산의 몰수가 근간이다. 이를 기본으로 하여 《대명률》에서는 몇 가지 사항이 더 추가된다.

1) 조선시대 연좌제나 연좌율 연구는 다음 논문을 참고할 수 있다.

윤재수, 「연좌와 연좌제고」, 『석당논총』 8, 1983

장병인, 「조선초기의 연좌율」, 『한국사론』 17, 1987

김영범, 「連坐制의 역사적 전개와 그 意味網: 朝鮮時代를 중심으로」, 『사회와 역사』 24, 1990

임학성, 「18세기 丹城縣에 定配된 罪人과 그 家族의 生活- 學叔父의 逆罪로 緣坐된 任泰運의 사례-」, 『古文書研究』 18, 2000

심재우, 「조선시대 연좌제의 실상 : 『연좌안』 분석을 중심으로」, 『한국문화』 55, 2011

고민정, 「조선후기 연좌제 운영을 통해 본 罷繼의 양상과 가계계승」, 『사학연구』 124, 2016

진상원, 「조선왕조의 연좌제-정치범 후손의 과거응시 문제를 중심으로-」, 『역사와 경계』 113, 2019

2) 동생·조카·아들·손자 등이다. [男夫猶男子之稱 如弟姪子孫之類 皆是] 《大明律集解附例 329쪽》

3) “모반, 大逆한 자와 호적을 달리 하더라도 처벌은 같다. 만약 同堂 외의 친족에게 出繼하였으면 연좌하지 않는다.” 《唐律疏議 卷17 賊盜 謀反大逆》疏1

먼저 죄인에 대한 처벌의 방식이다. ‘모반 대역은 공모만 해도 수종首從을 구분하지 않고 모두 능지처사陵遲處死’한다⁴⁾고 하여 《당률》의 참형에서 능지처사로 강화되었다. 연좌율에 능지처사가 처음 등장한 셈이다.

이어 “15세 이하나 어머니, 딸, 처, 첩, 할아버지, 손자, 형, 동생, 누나, 여동생 및 아들의 처·첩은 ‘공신가功臣家에 주어 노비로 삼고’, 재산은 모두 관에 들인다”고 하였다. 《당률》의 재산 몰수 규정에 더하여 공신집의 노비로 삼는 규정이 추가된 것이다.⁵⁾ 즉 생명을 부지한 나머지 가족도 재산이 몰수당하는 것 외에 신분상 노비가 되었는데, 이것이 곧 조선에서 적몰籍沒⁶⁾로 표현되는 처자위노妻子爲奴, 가산몰수의 규정이다. 이처럼 《대명률》에서 ‘모반 대역 죄인은 능지처사, 처자위노, 재산몰수’라는 연좌율의 큰 틀이 정해졌으며, 조선도 본율로써 이를 그대로 따랐다.

이에 따라 연좌율 집행은 죄인을 능지처사한 뒤에 논의하는 순서를 밟는다. 조선에서의 능지는 중국과 시행 방법은 다른데,⁷⁾ 거열車裂로 능지凌遲를 대신하였다는 기록도 있고⁸⁾ 《대명률》을 조선의 언어로 직해한 《대명률직해》에서는 원문의 능지처사를 “거열처사車裂處死”로 번역한 것으로 보아⁹⁾ 조선초 능지는 거열의 방식으로 시행된 것으로 보인다. 그러나 조선 중후기로 가면서 사료에는 ‘능지처참凌遲處斬’으로 기록되는데, 참형으로 처단한 뒤 능지를 시행하는 방식으로 정형을 집행했다고 볼 수 있다. 죄인을 먼저 처참하여 수급首級을 효수하고 수족手足은 팔도에 보내 전시하여 사람들을 경계시키는 것이 조선에서 집행된 능치처참이라 하겠다.¹⁰⁾ 죄인이 이미 죽어서 매장되었다 하더라도 다시 파내어 정형한 뒤에 연좌율을 거행하였다. 효종대 역적 이계선李繼先은 황해도 강음현江陰縣에, 민대閔澍는 왕십리 밖에 매장되어 있었는데 도사를 보내 파오게 하여 서소문 밖에서 정형하고 처자위노, 파가저택, 적몰, 연좌 등의 일을 율문대로 거행하였다.¹¹⁾

이렇게 죄인을 정형한 다음 한성부에서 호적을 살펴 연좌할 가족, 친족을 확인하였다. 죄인의 부모·조손·처첩·자녀·형제자매 및 백숙부·형제의 아들 나이와 존몰存沒, 거주지를 한성부에서 오부五部에 분부하여 조사하고 성책成冊하여 첩보牒報하게 한 다음 연좌를 거행하는 순서로 진행되었다. 그런데 역적의 연좌 대상인 가족이나 혈족의 신원을 파악하는 것이 속히, 또 쉽게 이루어지는 것이 아니어서 종종 문제로 지적되곤 했다. 역적의

4) “凡謀反【謂謀危社稷】大逆【謂謀毀宗廟·山陵及宮闕】但共謀者 不分首從 皆陵遲處死”《大明律 刑律 盜賊 謀反大逆》이하 《대명률》 조문은 《대명률직해》(한국고전번역원, 2018)의 번역을 따랐다.

5) 여기에 “연좌되는 사람이 동거(同居)하지 않으면 재산은 관에 들이는 규정을 적용하지 않는다. 딸이 혼인하기로 이미 정해졌으면 그 남편에게 보낸다. 아들이나 손자를 타인에게 과방(過房)으로 보냈거나, 아내로 맞이하기로 하였으나 성혼(成婚)하지 않았으면 모두 처벌하지 않는다.”는 조문도 규정되었다. 즉 동거 여부, 딸의 혼인여부, 아들의 양자 여부 등이 연좌 면제 조건으로 추가되었다.

6) 적몰제도의 확립과 적몰죄인의 실태, 적몰 재산 처리 등은 유승희, 「조선후기 적몰(籍沒)제도의 운용과 실태」(『역사민속학』 60호, 2021) 참조

7) 티모시 브룩 외, 『능지처참』(박소현 옮김, 너머북스, 2010)/심재우, 「조선시대 능지처사형 집행의 실상과 그 특징」, 『사회와 역사』 제90집, 2011.

8) “上曰 律無凌遲之法歟 對曰 前此 以車裂代凌遲”《太宗實錄 7年 11月 28日》

9) “但共謀者 不分首從 皆陵遲處死”《大明律 刑律 盜賊 謀反大逆》, “同謀人等乙 不論首從 並只 車裂處死齊”《大明律直解 刑律 盜賊 謀反大逆》

10) 賜死, 自盡, 車裂, 조선 후기에 천주교도 등에게 집행했던 戮屍 등도 처형 방식으로 기록되어 있다.

11) 《承政院日記 孝宗 3年 2月 24日》

연좌인이 지방에 있는 경우는 반드시 감사의 사계査啓가 있는 뒤에 처치하여야 했다. 역적 안철安澈의 경우 황해도에 있는 조카의 이름자가 한성부에서 보고한 것과 같지 않아서 문제가 되었다. 또 전라남도 순천順天의 역모죄인 예일禮一의 아버 감금甘金은 그의 딸 예일이 이미 죽은 지 오래되었다고 했는데 지금 이 예일은 곧 배천白川사람이라고 하므로 아울러 황해도에서 사계査啓하도록 하였는데 이를 거행하지 않고 있다고 하여 제도 諸道 감사를 모두 증중추고하였다.¹²⁾ 이처럼 죄인에 대한 연좌 대상을 조사할 때 연좌인이 지방에 있거나, 예일처럼 존몰이나 거주지가 확인이 안 된 경우 등은 도에서 이들의 신원을 파악하여 올리고 이를 한성부의 조사와 대조하는 과정을 거쳐야 하는데 감사의 보고가 그리 속히 올라오지 않아서 연좌율 시행이 지연되는 원인이 되었다.

죄인을 정형하고 연좌할 가족·친족의 검토가 끝나면 《대명률》 본율을 근거로 연좌를 집행하는데 실제 유의미한 기준은 국전에서 추가되고 보충된 조문이다. 조선후기에 연좌율이 제정되어간 추이를 살펴보면, 우선 본율이 미약하다고 생각되는 경우 처벌을 강화했다. 역적이라 하더라도 부의 나이가 80이 넘으면 연좌를 면하도록 한 본율에 따라 조선에서도 한성부에서 장적을 살피게 하고 그 결과 부의 나이가 80이 넘으면 연좌를 하지 않았다.¹³⁾ 그러나 위정자들은 이렇게 연좌를 면하는 것으로만 그치는 것은 처벌이 미진하다고 생각했다. 즉 ‘그 죄가 없다고 할 수 없다.’는 것이다. 율에는 면좌 라고만 되어 있고 처교處絞, 찬배竄配의 구별이 없으므로 만약 교형을 면하고 찬배도 면하게 되면 다른 역적의 아버가 교형에 처해진 부류에 비하여 2등으로 감율이 되기 때문에 균등하지 않다는 것이었다. 따라서 영조 5년, 연좌인 父의 나이가 80이상이어서 교형은 면했다 하더라도 도배徒配하도록 정식으로 삼았고,¹⁴⁾ 《속대전》에 조문화 되었다.¹⁵⁾ 《대명률》에 비해 조선에서의 연좌율이 좀더 강화되어 간 대목이다.

자손에 대한 조문도 좀 더 세밀해졌다. 《대명률》의 “7세 이하는 비록 사죄死罪라도 형 刑을 가하지 않고, 반역叛逆을 범하여 연좌緣坐해서 배역配役해야 하는 경우도 이 율을 쓰지 않는다”고 한 조문에 대해 논의가 있었다. 본율에서는 7세 이하라고만 했지 2, 3세에 대한 차등의 문구가 없으므로 7세 이하는 모두 하나같이 이 율을 적용해야 했다. 그런데 인조 6년에 2, 3세 小兒는 정배하지 말도록 하는 명이 내려졌으나, 이는 특은特恩이었으므로 영구 준행하는 규례는 아닌 상황이었다. 그러다 인조 22년에 와서 6년의 예대로 2, 3세 어린아이는 정배하지 않도록 하였고,¹⁶⁾ 《속대전》에 “귀양을 보내야 하는 2, 3세의 어린아이는 정배하지 않되, 노비로 삼는 경우는 이 나이 제한 규정을 적용하지 않

12) 《承政院日記 孝宗 3年 3月 20日》

13) 역적 이효일李孝一의 아버 이인경李仁慶을 교형에 처해야 하나 그가 스스로 80여세라고 하자 한성부에서 장적帳籍을 확인하였다. 신유장적辛酉帳籍에 이인경의 나이가 78세로 현록되어 있으므로 지금 이미 85가 되었음이 사실이어서 대명률의 모반대역조謀反大逆條 남부男夫의 나이가 80이면 연좌를 면한다는 조문을 근거로 처벌하지 않았다.《承政院日記 仁祖 6年 2月 29日》

14) “英宗五年 備邊司啓曰 今見禁府粘目 則逆賊雲佐父貴道 年過八十 免死爲幸 竝與竄配不施 則恐失太寬 而律文泛稱八十免坐 無處絞·竄配區別之事云 而以逆賊之父 適因年滿 雖免當律 若竝與竄配而幸免 則比他賊父被絞之類 得減二律 其爲不均甚矣 不可以律無明文而置之貴道 令本府島配 永定爲令甲何如 傳曰允”《秋官志 卷5 考律部除律 輕刑》

15) “逆賊父年八十者 減律絕島定配”《續大典 刑典 推斷》

16) 《承政院日記 仁祖 22年 4月 17日》 이에 따라 역적 權大用의 연좌대상인 아들 및 동성 三寸叔을 정배하고, 그의 처 및 2세 아들은 장례원에서 奴로 삼았다. 《承政院日記 仁祖 24年 8月 6日》

는다.”는 내용으로 조문화되었다.

그런데 《속대전》의 이 규정에 따르면 4세부터는 연좌시켜 정배한다고 해석할 수 있다. 이러한 나이 연한 문제는 영조 22년, 경술년(영조6) 역옥¹⁷⁾ 죄인의 친족 연좌에 대한 논의에서 다루어졌다. 당시의 역적 나승열羅崇說의 조카 나경익羅慶益은 경술년 당시 4세였는데 지금 20세가 되었고, 나인희羅仁禧는 당시 3세였는데 지금 19세가 되었으나 모두 누적漏籍되어 지금까지도 연좌를 면한 상황이었다. 2, 3세 아이는 정배하지 말도록 한 정식에 따라 나인희는 당시 3세여서 구별되었다고 치지만 나경익은 당시 4세였기 때문에 연좌해야 했는데 빠졌다는 것이다. 결국 대신들의 수의收議 결과 《속대전》 조문에 따라 나이가 찬 나경익은 율에 따라 정배하였고, 나인희는 연좌하지 말도록 하였다.¹⁸⁾

조선후기 역모가 자주 발생한 상황을 배경으로 죄인의 처첩, 연루된 종반宗班에 대한 조문도 정비되었다. 역모 중에서도 규모가 큰, 즉 거병擧兵한 경우 《속대전》에서는 “역적의 형제처첩은 모두 좌주坐誅”하였다가 《대전통편》에는 “극역이라도 그 처는 정법하지 않는다”는 조문¹⁹⁾이 증보되었다. 또 역모에서 추대되거나 연루된 종실 인물이 많았는데, 《대전통편》에서 “연좌에 해당하는 종반의 처자[妻孥]는 본율을 쓰더라도 노비로 삼지는 않는다”고 하여²⁰⁾ 처자위노는 면하게 하였다. 종반의 처에게도 연좌율을 적용해야 하지만 일반 역모인의 경우와 같게 처리할 수 없었으므로 노비는 면하게 하는 규정이 추가된 것이다. 종실에 대한 최소한의 대우책이며, 조선의 정치상황에 기인한 조문이라 할 수 있다. 딸의 경우도 출가하였으면 자녀 외에는 연좌를 하지 않도록 하였다. 이에 따라 정형 죄인 이영二英의 경우 이미 출가하였고 또 자녀가 없으므로 이영의 가족에 대한 연좌는 시행할 수 없었으나, 파가저택 등은 거행하였다.²¹⁾

한편 죄인이 여성인 경우 남편에 대한 연좌 여부도 논의된 적이 있었다. 정형 죄인 예일禮一의 남편의 경우, 의금부에서는 《대명률》에 남편에 대한 연좌의 율문이 없다고 하여 연좌에 난색을 표했으나 효종은 생각이 달랐다.

비록 법전의 본 뜻은 알지 못하겠으나 부모, 자녀, 조손, 형제, 자매 모두에게 연좌의 율이 있으니 그 남편에만 연좌의 법이 없다는 것은 이치가 아닐 듯하다. 비록 정리로 말하더라도 그 처가 남편이 한 일을, 남편이 처가 한 일을 몰랐을 리가 없으니 어찌 처벌이 없을 수 있겠는가.²²⁾

효종은 남편도 연좌의 대상으로 본 것인데 이에 대한 논의는 더 발전하지 않았던 것으로 보이고, 조문으로 정해진 내용도 없다.

이 밖에도 연좌의 대상이 혈족血族이다 보니 역적죄를 지은 환관宦官의 자손에 대해서도 정리가 필요하였다. 환관의 양자養子は 본래 혈속血屬이 아니므로 연좌하는 것은 법

17) 조운선, 「영조 6년(경술년) 모반 사건의 내용과 그 성격」, 『朝鮮時代史學報』 42, 2007

18) 《承政院日記 英祖 22年 閏3月 18日》

19) “雖劇逆 其妻勿正法” 《大典通編 刑典 推斷》

20) “宗班妻孥應坐者 雖用本律 勿論奴婢 從祀文廟儒賢之嫡長孫同”

21) 《承政院日記 景宗 2年 5月 3日》

22) 《承政院日記 孝宗 3年 2月 17日》

의法意에 합당하지 않은 점도 있었으나 또한 전혀 죄가 없을 수 없다하여 원지정배遠地定配하게 하였다.²³⁾ 이렇게 《속대전》과 《대전통편》에서 연좌율 본율 외에 여러 조문이 추가적으로 정리되고 증보되었다. 반역죄인에 대한 연좌율의 내용이 많은 것은 조선시대 정치적 사건이 그 배경이기 때문일 것이다.

그런데 이보다 실제 국전에서 가장 주목할 수 있는 부분은 강상죄가 연좌율 적용 죄목으로 등장한다는 점이다.²⁴⁾ 이 대목이 당률이나 명률과 가장 다른 점이다. 당률, 명률에서 연좌율의 죄목은 역적으로 한정되지만, 조선의 국전에서는 강상죄가 역적과 동일한 범죄의 위치에서, 동일한 연좌율이 적용된다.

강상죄인綱常罪人【아버지·어머니·남편을 죽이거나, 노奴가 주인을 죽이거나, 官奴가 官長을 죽인 경우이다.】은 결안結案하여 법대로 처형한 뒤, 그의 처·아들·딸은 노로 삼고, 집을 헐어 못으로 만들고, 그 읍호邑號를 강등하고, 그 수령을 파직한다.【죄인이 당시에 거주하던 고을에 대해 시행한다. ○ 현령縣令 이상의 수령이 있는 고을은 그 수령의 격을 현감縣監으로 강등하고, 현감이 수령으로 있는 고을은 혁파하지 않고 여러 현縣의 제일 끝으로 위치를 정한다. 10년의 기한이 되면 고을의 위치를 원래대로 회복한다. ○ 반역에 대한 연좌는 원래 본율이 있으므로 집을 허무는 것 이하의 처벌은 이 율을 적용한다.】 결안후 지레 죽은 경우도 마찬가지로 논한다.《續大典 刑典 推斷》

큰 줄기는 ‘강상죄인을 결안정법結案正法한 뒤에 처·자·녀는 노로 삼고, ‘파가저택破家瀦澤, 강기읍호降其邑號, 파기수령罷其守令’하도록 한 것이다. 죄인을 처형하고 가족을 노로 삼는 것은 《대명률》 본율과 같은데 여기에 추가로 파가저택, 읍호강등, 수령파직이라는 처벌이 더해진 것이다. 조선 연좌율의 가장 큰 특징이다. 그리고 《대명률》 본율의 대상이었던 반역죄인의 경우 이 조문에 따라 ‘파가저택 이하’의 처벌이 적용되면서 조선후기 연좌율의 기본 공식이 되었고, 실제 집행 사례를 통해서도 확인할 수 있다.

이 내용이 법전에 조문화 되었다는 것은 그 이전부터 계속 시행되었던 관례가 결국 법으로 정착되었다는 것이다. 《승정원일기》의 기록에 따르면 인조대부터 ‘파가저택 이하’의 율이 집행되었음을 볼 수 있는데 《속대전》에 조문화 되면서 정식 연좌율로 기능하게 되었다. 즉, 조선의 연좌율은 당률, 명률에 없던 강상죄를 반역죄와 동등하게 연좌의 죄목으로 두었고, 연좌율도 파가저택, 읍호강등, 수령파직의 처벌을 추가하여 반역죄인에게도 적용하였다. 이로써 조선후기 연좌율은 매우 무거워졌고 실제로도 엄중하게 집행되었다.

이와 관련하여 한 가지 더 살펴볼 것은 윤기죄인倫紀罪人이다.

강상죄인이 승복한 뒤 으레 읍호를 강등하고 파가저택하고 자녀를 노비로 삼는 일 등

23) 《承政院日記 6年 1月 24日》 이 규정도 《속대전》에 실렸다. [○宦官養子遠配]

24) 조운선, 「朝鮮後期 綱常犯罪의 양상과 法的 대응책」, 『법사학연구』 34, 2006

을 하나 윤기죄인은 시행하지 않습니다. 지금 이 정형죄인인 점산點山이 범한 죄는 윤기倫紀에 관계되므로 읍호강등, 파가저택, 자녀를 노비로 삼는 일 등은 근례에 따라 거행하지 않음을 감히 아뢰니다.²⁵⁾

이 기록은 적어도 숙종대 당시 강상죄인과 윤기죄인을 구분하였고 윤기죄인에게는 연좌율을 달리 적용하고 있음을 보여준다. 물론 윤기죄인이라도 삼성추국三省推鞠하였고, 능지처사나 처참處斬으로 본인은 정형하지만, 파가저택이나 읍호강등 등의 연좌는 적용하지 않았다. 강상죄인과 윤기죄인을 나름대로의 기준으로 구분하고 있었다.

강상죄인이 취복取服하여 처단한 뒤 으레 읍호강등, 수령파직 등의 일을 거행하나 윤기죄인은 일체 시행하지 않습니다. 이번 윤기죄인 박순朴順의 범행은 아버지를 죽인 것과는 다르므로 읍호강등, 수령파직 등은 근례에 따라 거행하지 않겠다고 감히 아뢰니다.²⁶⁾

이는 범죄의 정도에 따라 강상죄인과 윤기죄인을 구분한 것이다. 김승황金承黃 등의 범행은 강상綱常과는 다르다며 윤기죄인으로 규정한 것도²⁷⁾ 범죄의 내용이나 정도가 딱히 강상죄라고 규정하기는 어려웠던 경우였다. 또 가해자와 피해자간의 신분에 따라 구분하기도 하였다. 주인 한지韓墀를 살해한 죄인 노부 감동甘同과 비婢 춘덕春德 등은 강상죄인이라 하였고, 감동과 함께 한지 부처夫妻를 장살戕殺한 한지의 동성 삼촌 고모의 노비인 만일萬一과 애동愛同 등은 윤기죄인이라 하였다. 즉 주인의 노비 감동 등은 강상죄인으로, 주인의 삼촌고모의 노비는 윤기죄인으로 구분한 것이다. 이처럼 피해자와 가해자간의 신분이나 친족 관계 정도에 따라 강상죄인과 윤기죄인으로 나누기도 하였다.²⁸⁾

그러나 이렇게 강상죄인과 윤기죄인을 구분하는 기준이 법적으로 정해진 것은 아니었고, 실제 기록에서도 분명하지 않다. 영조 중기 이후로는 강상윤기죄인綱常倫紀罪人이라 하여 윤기와 강상을 하나로 표현하고, 사전적 의미로써의 윤기, 윤상倫常이라는 용어는 쓰지만 죄목으로의 윤기죄나 윤기죄인은 보이지 않는다. 즉 영·정조 이후로 윤기와 강상 개념의 차이가 없어지고 윤기죄가 강상죄에 포섭되어 보다 확장된 강상죄의 개념이 형성된 것이 아닌가 생각된다.

연좌율 집행은 대명률 본율과 조선후기에 제정된 조문이 전거가 되었는데, 국전 조문의 경우 대명률에 비해 좀더 강화되고, 엄중한 성격을 가졌다. 강상죄를 모반죄와 동일한 선에 두고 거기에 파가저택, 읍호강등, 수령파직 등의 처벌을 추가하고 반역죄에도 적용시켰다. 그럼으로써 조선후기의 연좌제는 ‘죄인은 정형하고, 가족과 친족은 교형하거

25) 《承政院日記 肅宗 30年 4月 27日》

26) 《承政院日記 肅宗 30年 4月 27日》

27) “今此倫紀罪人金承黃等所犯 異於綱常 降邑號 罷守令等事 不爲學論之意敢啓”《承政院日記 肅宗 23年 8月 7日》 倫紀罪人 權之萬도 같은 이유로 처리하였다.《承政院日記 肅宗 23年 9月 4日》

28) 《承政院日記 顯宗 14年 7月 14日》 叔母를 타살한 玉世,《承政院日記 景宗 2年 5月 1日》 同生 伯姨 禮進을 謀殺한 罪人李乙民,《承政院日記 肅宗 24年 8月 3日》 嫡妹을 淫奸한 曹勛相,《承政院日記 肅宗 41年 9月 7日》 同姓三寸叔母를 타살한 玉江《承政院日記 景宗 2年 9月 11日》 모두 윤기죄인이었다.

나 적몰하며, 생활터전인 집은 허물어 못을 만들고, 죄인이 속한 공동체는 읍호를 강등하고, 죄인 발생의 책임을 물어 수령을 파직하는' 방식으로 집행되었다고 하겠다.

3. 파가저택(破家瀦澤)·적몰가산(籍沒家產)의 활용과 경제적 의미

죄인 당사자를 정형한 뒤 처자를 노로 삼고, 친족을 정배하며, 가산을 적몰한 뒤 죄인과 그 가족에게 마지막으로 가해지는 처벌이 파가저택이다. 역가 적몰은 의금부가 승전을 받들어 거행하고 형조는 낭청을 보내어 가사家畝 재산의 수를 녹출錄出해서 수계修啓하며, 파가저택은 한성부에서 거행하였다.²⁹⁾

일반적으로 파가저택에 대해서는 선조 연간의 진주晉州옥사를 그 연원으로 든다. 진사 하종악河宗岳의 후처가 과부로서 음행이 있다는 소문이 있으나 단서가 없어서 석방하자 조식이 비판했고, 문인들이 하종악의 집을 허물어 버렸으며, 이에 대해 당시 사관이 “영남 선비들이 집을 부수고 고을에서 몰아내는 풍습이 이때부터 생긴 것”이라고 언급한 데에서 찾는다.³⁰⁾ 광해군대 왕비王妃의 향군鄉郡에서 살부殺夫의 변變이 발생하여 파가저택이 논의되자 이항복李恒福은 처가 부夫를 살해한 경우는 파가저택 할 수 없다는 의견을 보이면서 그 연원에 대해 언급했다. 즉 파가저택이 형서刑書에는 보이지 않고 주정공 卍定公 때에 처음 시행되었다는 것, 이 또한 정공이 스스로 창시한 것이 아니라 삼대三代 무렵에 서로 이어오면서 시행했는데, 신하가 임금을 살해하거나 자식이 아버지를 살해한 경우에만 시행했고 처가 지아비를 살해한 경우는 거론하지 않았다는 것, 조선에서도 아버지를 살해한 집에 대해서만 시행했다는 것 등의 의견을 피력했다.³¹⁾ 숙종대 남구만南九萬 또한 《예기禮記》의 주루정공 卍定公의 말에 “죄인의 집을 부수고 그 집터를 깊게 파서 못을 만들며, 군주가 한 달이 지난 뒤에야 술잔을 든다.”고 하였고 후세에 와서는 더러 그 성城의 모퉁이를 허물어서 치욕을 보일 뿐이라 하였다.³²⁾

이처럼 파가저택에 대해서는 따로 법적 근거를 들지는 않았으나 광해군대 기록에는 《당률》이 언급되고 있다. 파가저택은 《대명률》에는 없으나 《당률》 십악十惡조의 ‘죄가 극악하면 목을 베고 가족을 멸하고 그 집은 웅덩이를 판다.’는 조문³³⁾을 근거로 역모자에게 이 율을 적용하였다고 하였다.³⁴⁾ 일반적으로 파가저택의 연원은 경서經書나 사책史策으로 이해하고 있었지만, 《당률》이 파가저택의 법적 근거라는 점을 인지하고 있었음도 알 수 있다.

29) 《承政院日記 英祖 6年 5月 30日》

30) 《宣祖修正實錄 2年 5月 1日/21日》

31) 왕후의 본관에서 변이 발생하여 강호 여부를 논한 것이기 때문에 파가저택이 불가하다고 말한 것이다. 기본적으로 법대로 강호만 하자고 청하였고 대신의 논의로 수렴되어 왕도 따랐다.《光海君日記 3年 9月 20日》

32) 《藥泉集 第八 疏筭》

33) 실제로는 《唐律疏議 卷4 名例 彼此俱罪之贓》조 疏8에 있다. “謀反·大逆 罪極誅夷 汚其室宅 除惡務本”

34) “破家瀦澤事 大明律雖不載錄 而唐律十惡條 罪極誅夷 汚其室宅云 故自前亂逆之人 竝用此律” 《光海君日記 卽位年 8月 3日》

파가저택은 역변逆變이 많았던 시대에 그 면모를 제법 드러낸다. 인조대의 경우 경외 京外의 파가저택한 것이 수십건에 이르고, 무신난 이후 30여년 동안 크고 작은 모반을 겪었던 영조대는 수백건이 검색된다. 그리고 고종대까지도 적지 않게 시행되었듯이³⁵⁾ 파가저택은 조선시대 전체에 걸쳐 꾸준히 거행된 연좌율이었다.

이러한 파가저택의 시행에는 몇 가지 고려할 점이 있었다. 일단 죄인의 거주지가 확정되지 않으면 파가를 할 수 없었다.³⁶⁾ 거주지 집은 외읍外邑이어야 했고, 타인의 낭저廊底에 살고 있으면 파자를 시행할 수 없었으며,³⁷⁾ 몰수된 역적 가사家畝가 이미 매매되었다면 다른 사람의 집이므로 파가할 수 없었다.³⁸⁾ 또 임금의 명으로 파가와 저택을 따로 시행하기도 하며, 저택을 하지 않은 가사는 고발한 자에게 지급되기도 했다.³⁹⁾

특히 역적은 대부분 정치범으로, 당색과 관련하여 역적이 된 양반이 많았다. 이들의 제택第宅은 조종조에서 공신에게 급부한 것이기 때문에 이들의 집을 쉽게 파가하기는 어려웠다. 인조 6년, 역변이 일어난 곳은 연좌의 대상이지만 집의 경우 조종조에서부터 공신에게 주는 규례가 있는데, 지금 만약 일일이 부순다면 이번에 승복한 자가 매우 많아 파가의 수가 20여 곳이 되므로 파가의 율은 역괴逆魁에게만 적용하자고 하였다.⁴⁰⁾

근년 이래 국운이 불행하여 역변이 번번이 일어나 경외 파가저택한 경우가 무려 수십 건이니 놀랍습니다. 지금 정형죄인이 17명인데 전부터 역적의 집은 그대로 보존하여 공신에게 하사했고 이렇게 하는 것 또한 근례近例입니다.⁴¹⁾

인조대의 경우, 파가하지 않고 저택을 그대로 공신에게 주는 것이 하나의 예였음을 알 수 있다. 그러나 반대로 公族이 연루된 역모사건이 많았던 영조대에는 이들 공족公族의 파가저택 여부가 문제되었다. 무신난의 역적 심유현에 대해 파가저택을 속히 행해야 한다는 신료들의 주장에 대해 영조는 끝까지 이를 받아들이지 않았다. 부부인府夫人⁴²⁾이 있어서 거행할 수 없고, 심유현의 집은 회현방會賢坊에 있는데 회현방 집은 단의왕후端懿王后가 탄생한 터라 저택할 수가 없다는 것이 이유였다.⁴³⁾

35) 사료상 검색 횟수만 보면 인조 79건, 효종 31건, 현종 26건, 숙종 71건, 경종 20건, 영조 482건, 정조 36건, 순조 61건, 헌종 24건, 철종 10건, 고종 29건으로 중복을 감안하더라도 전시대에 걸쳐 파가저택은 고루 시행되었고 고종대라고 해도 파가저택의 횟수가 적은 것은 아니었다.

36) 효종대 죄인 대봉은 영변 태생인데 4세에 송경인에게 팔려갔으므로 본토에는 저택할 수 있는 땅이 없고, 40년이 지난 뒤에 저택하는 것은 타당하지 않았다. 《承政院日記 孝宗 4年 4月 24日》

37) 《承政院日記 憲宗 卽位年 12月 23日》

38) 《光海君日記 4年 7月 6日》

39) 《承政院日記 仁祖 24年 8月 12日》

40) 《承政院日記 仁祖 6年 1月 21日》

41) “第念近年以來 國運不幸 逆變頻起 京外破家瀆澤者 無慮數十 所見驚駭 今者正刑罪人 已十七 前日逆賊之家仍存 以賜功臣 亦是近例” 《承政院日記 仁祖 6年 1月 21日》

42) 青恩府院君 沈浩의 아내 朴氏이다. 景宗의 비 端懿王后 沈氏와 심유현의 어머니이다.

43) 이에 대한 대책으로 所生家は 마땅히 저택해야 하여 부부인은 별도로 집 한 채를 주어 青恩府院君의 제사를 받들게 하자고 하거나, 籍産은 부부인 때문에 어렵더라도 瀆宅은 속히 시행하자는 의견들이 계속 이어졌으나 끝까지 물번으로 대처하였다. 영조대 파가저택의 검색 건수가 400여건으로 타 왕대에 비해 압도적이나 이는 무신난과 그 이후 관련된 역모가 많았기 때문이기도 하고, 또 신료들이 파가저택을 끊임없이 요구하고 이에 대해 영조의 물번, 불윤이라는 대답이 계속 반복되기 때문이기도 하다.

영조 6년 경술역옥때 죄인 이해李垓·이기李圻 등이 정법된 뒤 영조는 역시 파가저택에 반대하였다. 이해의 집은 대군大君의 구택舊宅으로 어의본동於義本宮과 서로 마주하고 있었고, 조양루朝陽樓와 석양루夕陽樓가 마주하고 있으므로⁴⁴⁾ 다른 일은 다 따르되 파가저택 한 가지는 윤택하지 않겠다고 강하게 맞섰다. 이럴 경우 법을 따르지 않을 수도 없으므로 일단 유사가 법에 따라 거행하겠다고 한 뒤 특교로 허물지 말도록 하는 나름대로의 차선책을 택하였다. 공족公族의 경우 파가하면 봉사奉祀 등의 문제가 있어서 종친으로 범역犯逆하면 봉사손奉祀孫을 고쳐 정하고 제기祭器와 전답 재산을 추급追給하여 새로 정한 봉사손에게 지급하도록 하였다.⁴⁵⁾ 공족의 파가 문제는 유사가 법대로 하되, 최종 임금이 특교로 파가하지 말도록 하는 방식으로 처리하기도 했음을 볼 수 있다.

이처럼 역적들의 집을 파가하고 저택하는 이유는 무엇일까. 정적에 대한 최종 마무리는 본인의 정형 뿐 아니라 정적의 삶의 터와 가족을 완전하게 해체함으로써 뿌리까지 제거하는 것이고 그 상징이 파가저택이었기 때문이다. 파가저택은 집행 과정이나 그 결과를 보는 사람들에게 심리적인 압박감이나 동정도 줄 수 있었다. 영조때 3대신의 집을 파가저택할 때 도로를 지나는 사람들이 울지 않는 자가 없자 한성부에 신칙하여 해당 부에서 신속하게 막도록 하였다.⁴⁶⁾ 조정의 대신이 역모로 인해 집이 허물어지고 못이 되는 과정은 민들에게는 큰 충격이었다. 사람들을 경계하고 정권의 공고함을 과시한다는 목적으로 보면 능지처사 못지 않은 형벌적인 효과가 있었다. 이것이 파가저택의 일차적인 목적이자 당위성이라 할 수 있을 것이다.

그런데 이러한 형벌적 목적 외에도 파가저택이나 가산적몰은 가사家畬의 활용이라는 점에서 실질적인 의미가 있었다. 가산적몰의 경우 법전에는 관련 규정이 없으나 실제 사료에는 역모죄나 강상죄에 파가저택과 함께 연좌율로 거행되었다.⁴⁷⁾ 역적 사건이 발생하게 되면 관련된 역적들의 가사나 가산家産, 노비등의 적몰은 큰 이슈가 되었다. 상태가 좋은 가사의 경우 각 관사에서 서로 차지하기 위해 경쟁하였고, 저택瀦宅하지 않은 가사는 이를 방매하여 국가의 경비로 보용하였다. 파가된 저택의 쓰임은 공적인 측면에서 의외로 유용한 점이 많았다.

파가저택은 응당 행해야 하는 법인데 이번에는 한번도 거행하지 않았습니다. 여러 적의 가사를 훼파毀破하여 발매發賣해서 진청賑廳에 속하게 하면 백성들이 그 혜택을 입고 나라의 법도 행할 수 있게 될 것입니다.⁴⁸⁾

44) 이해의 집이 어의본궁과 담장을 사이하고 있는 것은 아니고 중간에 대로가 있고 서로 바라보는 형세이다. 그래서 일찍이 조양루, 석양루의 호칭이 있었다.

45) 德興大院君 奉祀孫이 범역으로 인해 朝家에서 奉祀를 改定했는데 제기 및 전답 재산을 이급하지 않아 새로 정한 봉사손 李弘模가 제항때마다 빚을 내서 행하였으므로 이전의 奉祀家人을 구급하여 科罪한 뒤에 祭器 및 田民文書와 재산 등을 일체 추급하도록 하였다. 《承政院日記 景宗 3年 1月 5日》

46) “向來三大臣破家瀦澤 尤爲慘然矣 聞道路過者 莫不掩泣 不忍見云 分付漢城府 令當部速爲填塞何如 上曰依爲之”《承政院日記 英祖 1年 3月 26日》

47) “弑父罪人金伊道里 既已承服正刑矣 降邑號事 既已處分 今無可論 而其妻子女等應坐之類 令該道道臣 一一查出牒報後 依律處之 籍沒家産 破家瀦澤等事 令該衙門 依例奉承傳舉行”《承政院日記 英祖 32年 1月 25日》

48) 《承政院日記 景宗 3年 1月 5日》

호조가 아뢰기를……역적을 정형한 뒤에 파가저택 함에 있어서 본조는 단지 재목과 기와 및 재산을 적몰한 숫자를 파악하는 것만 관찰하고 있습니다. 유영경·김대래·오윤남·서응상·서순창 등의 집은 의금부를 옛터에 새로 지을 때 이미 내려주어서 썼고, 최기·유성 등의 집은 사헌부 옛터를 조성造成하는 곳에 제공하였으며, 기타 자질구레한 초가집 등의 재목은 공해公廩에서 가가假家を 짓는 곳에 이미 다 나누어 주었습니다.49)

호조에서는 파가한 집의 재목, 기와, 적몰한 수를 파악하여, 파가한 재목을 의금부 증견이나 사헌부 조성소에 제공하였다는 것, 기타 초가 등의 재목은 공해에서 가가를 짓는 용도로 분배했다는 기록이다. 의금부는 병자호란 이후 조례皂隸가 혁파되고 전복典僕이 매우 적어 관사 복구가 어려웠고, 망문望門 5칸과 중문中門 1칸이 난으로 소화되어 아직 복설되지 못한 상황이었다. 이때 역적 이계李桂를 전형典刑한 뒤 파가저택을 거행하였으므로 이계의 가사 재목과 기화를 의금부로 옮겨 주어 양문을 조성할 수 있게 해달라고 청하기도 하였다.50)

파가저택, 적몰의 시행과 그 쓰임은 역적 김자점의 가사를 처리하는 과정에서 보다 잘 살필 수 있다.51) 역적 죄인의 가사는 크게 두가지 방법으로 처리되었다. 우선은 역모의 고발자에게 상으로 지급하였다. 김자점 역모를 고발한 이영李暎과 신호申壕가 적가賊家 전답을 받아내기를 원하였으므로 역적의 가사 중 좋은 것을 택하여 제공해 주도록 하였다. 이에 따라 간각間閣의 수가 제법 많고 좋은 것으로는 장통방長通坊 김자점 첩의 집 및 주자동鑄字洞 북변의 김자점 가사였으므로 이영에게는 장통방 집을, 신호에게는 주자동 북변의 집을 정급해 주었다. 그런 다음 김자점 부자의 가사를 파가저택하여 그 재와材瓦는 남별宮南別宮 연접도감延接都監의 제색諸色 고사庫舍를 만드는 데 가져다 쓰도록 하였고, 솜廊은 호조에서 앞서 입계 정탈하여 도감 가사를 짓는데 들어갔다. 그리고 적몰된 연좌 죄인들의 가사 중 기진흥奇震興과 조인필趙仁弼의 가사의 상태가 좋았으므로 조인필가는 어영청에서, 기진흥의 집은 충익부에서 계청하여 윤허를 받았다.52) 노비는 장례원에서 계품하여 처리하나 가사의 전답은 대체로 전국에 산재되어 있어서 지방에서 조사하여 계를 올려 처리하기까지 시일이 소요되었으므로 보고가 올라온 뒤 전답의 다소를 보고 추후 정급해 주었다.

이처럼 적몰된 가사 田庄 및 재와는 여러 상사와 각 아문에서 쟁탈적으로 점유하고자 하므로 그 요구에 일일이 다 맞추려면 남는 것이 없을 지경이라는 지적이 있을 정도였다. 또 당시 객사의 행차가 계속 이어지고 궁궐 수리의 역사도 계속 일어나 국가 경비가 점점 고갈되기에 이른 사정 또한 적극적인 적몰 처리의 한 배경이 되었다. 김자점 역옥 관련 적몰된 가사의 수가 크고 작은 가사를 모두 계산하면 33곳에 이르렀고, 이를 전수

49) 《光海君日記 9年 2月 3日》

50) 그러나 이 문은 중요하지 않다하여 해조에서 경비에 보용하도록 하였다.《承政院日記 仁祖 20年 閏11月 18日》

51) 《承政院日記 孝宗 3年 2月 13日》 이하 관련 기록의 전거는 동일하므로 생략한다.

52) 그러나 이는 이미 호조에서 계하한 건으로 어영청에서 이를 모르고 계청한 것이라 하여 호조의 계사대로 시행할 것을 청하기도 하였다.

방매하면 거의 만여냥에 이르렀다. 그러므로 이를 가지고 경비에 보충하거나 객사의 행차에 쓰면 좋을 것이라는 의견이 있었는데, 이에 호조에서는 역적의 가사를 적몰하여 이를 팔아서 국가의 경비에 보충하자고 주장하였고, 여러 역적의 가사의 공대空堡 총수總數를 별단으로 서계하였다.

이렇게 호조나 각 아문, 역모 고발자 등 각자의 이해 관계 속에서 정리는 왕의 뜻이 되었다. 보통은 부득이 한 약간의 이급처 외에는 모두 호조에 소속시켜 경비로 삼도록 하였다. 파가 자재나 적몰 가사를 차지하려는 여러 아문과 이를 매각하여 그 비용으로 국가 경비를 삼자고 하는 호조의 대립 속에서 조정이 이루어졌음을 볼 수 있다.

한편 적몰가산을 민역에 써야 한다는 심단沈檀과 당장 돈이 필요한 곳에 써야 한다는 이태좌李台佐의 격론⁵³⁾도 주목되는데, 적몰된 가산의 용도에 대해 당시 위정자들이 어떤 의견을 가지고 있었는지 보여준다. 심단은 역가 전답이 온 나라에 널려있는데 이는 모두 흥역배가 백성에게서 거둔 것에서 나온 것으로 다른 용도로 쓸 수 없고 민역에 보충해야 할 것이 전부 糧餉廳으로 들어가거나各司에 절수되었다는 점을 비판했다. 서울 객사는 굳이 역적의 재산이 아니라도 지탱할 수 있다는 것, 하물며 軍門은 평소에도 풍요롭기 때문에 군문 각사에 획급한 전답은 모두 賑廳에 이부하고 그 稅穀으로 민역에 보충하는 것이 옳다는 의견을 강하게 주장하였다.

그러나 이에 대한 이태좌의 의견은 좀 달랐다. 아무래도 호조 판서이니만큼 국가 경비 보충의 필요성을 강조하면서 역산 적몰의 돈은 현재 돈이 필요한 사행에 써야 한다는 입장이다. 逆産을 민역에 보충하는 뜻은 좋으나 당시 籍産 雜物을 발매한 액수는 겨우 삼천여냥이고, 적몰된 가사를 折價해 보면 그 액수 역시 4, 5천금인데 이를 斥賣할 때 과연 삼천금을 확보할 수 있겠는가 하는 점에 회의적이었다. 이태좌의 지적 중 또 하나 흥미로운 점은 가사 매매가 본래 쉽지 않고 또 난리를 만나면 더욱 사고자 하는 사람이 없다는 당시의 사정이었다. 지금까지 팔리지 않는 가사로 민역에 보충하자고 하는 것은 실정 모르는 소리이며, 하물며 지금 칙사 행차에 책임할 것이 많아 양서兩西의 백성도 도탄의 상태이므로 약간의 전곡을 일일이 나눌 수 없다는 것이다. 즉 역적의 재산은 척매해야 그 액수가 얼마 안 되고 더구나 가사를 매매하는 것이 쉽지 않다는 것, 더구나 나라에 소요가 있는 어지러운 때에는 더욱 살 사람이 없다는 것, 또 지금 사신의 행차를 책임하느라 양서의 민도 힘들기 때문에 여기에 써야 한다는 것이다.⁵⁴⁾ 이렇게 서로 주장을 굽히지 않자 역가逆家の 전도는 모두 권흥배權凶輩가 백성의 고혈을 짜낸 것이므로 민역에 도로 돌려야 한다며 이진유가 심단의 손을 들어주면서, 적절한 선에서 타협되었다. ⁵⁵⁾

53) 《承政院日記 景宗 3年 1月 5日》 이하 관련 기록의 전거는 동일하므로 생략한다.

54) 이에 대해 심단은 가사의 매매가 어렵다면 훼손하여 재와를 얻어 전인에게 발매하면 며칠 내에 다 팔 수 있을 것이라 반박하였고, 파가저택은 응행하는 법인데 이번에는 하나도 거행하지 않았으면서 파가저택 시행의 당위성을 말하였다. 이에 대해 이태좌는 가사를 훼손하여 재와를 파는 문제도 이미 고려했고, 그래서 塵人을 불러 물어보았으나 전인 또한 현재 정국이 시끄러워 사려고 하는 사람이 없다고 하기에 지금까지 처리하지 못했다는 것, 또 역가 전답을 賑廳에 이속하여 척매하게 하더라도 매매의 어려움은 가사와 다를 바가 없다고 하였다.

55) 적몰 전답의 수효성책이 제도에서 아직 다 도착하지 않았으나 세곡은 비록 사소하더라도 올해부터 시작해서 거두어들이는 것을 진청에 이속하여 민역에 보충하도록 하였다.《承政院日記 景宗 3年 1月 5日》

이처럼 파가한 저택이나 역적 가산의 적몰 처분은 어떤 정해진 원칙이 있었다기 보다는 그때그때의 정치적, 경제적 상황에 따라 용도가 결정되었다. 저택하지 않은 가사는 공신에게 주기도 하고, 역모를 고발한 자에게 상으로 주기도 하며, 그 가사를 팔아 재정에 보충하거나 파가한 부자재를 활용하기도 하였다. 각 아문이나 관서는 저마다의 사정에 따라 그 필요성을 주장하여 계청하고, 그 시의성이나 적절성에 대해 치열하게 의논하여 최종 왕의 결정으로 지급할 곳이나 용도가 결정되었다.

역모에 가담한 죄인의 적몰된 가산, 파가저택은 형벌의 경고, 교화의 의미 외에도 파가한 저택과 자재의 활용, 국가 재정의 보용이라는 면에서 경제적인 의미를 찾아볼 수 있을 것이다.

4. 읍호(邑號) 강등, 수령파직의 시행과 문제점

1) 사회적 연좌(連坐)인 읍호강등과 수령파직

파가저택과 함께 시행되었던 읍호강등과 수령파직은 사회적인 연대책임, 공동체에 그 책임을 묻는 처벌이라는 점에서 넓은 범위의 연좌율이다. 읍호를 강등하는 벌의 배경은 고을 인심이 극악하므로 그러한 죄가 발생했다는 것으로 범죄가 발생하게 된 원인을 고을민 전체에서 찾는 것이고, 또 변방 백성이 어리석어 더러 모역謀逆이 극죄極罪임을 모를 수 있으므로 더욱 무겁게 다스려야 한다는 것이다. 수령 역시 중죄가 발생하도록 한 데 대한 책임을 져야 했는데, 본토 풍속이 악한 것은 수령이 돈화하지 못했기 때문이라는 것이다. 이 두 가지 책임을 묻는 수령파직과 읍호강등은 따라서 함께 시행되었다. 본 장에서는 읍호강등 즉 강호·혁읍, 그리고 승호·복호의 절차와 그 과정에서 야기되는 여러 문제점에 대해 짚어보겠다.

이에 앞서 연좌緣坐와 더불어 사료에 많이 기록되어 있는 연좌連坐를 살펴 볼 필요가 있겠다. 보통은 이 두 가지 용어가 같은 의미로 쓰이지만 각각의 용례를 보면 문맥에 따라 달리 해석되는 점이 있다. 연좌緣坐는 응좌應坐해야 할 역적 가족들에 대한 처벌을 말하는 용어라면, 연좌連坐는 ‘연루되다’, 즉 법외法外에 연루된 대상이라는 뉘앙스가 좀 더 강하다.⁵⁶⁾

이 연좌連坐는 ‘수사연좌收司連坐’에서 비롯되었다. 수사收司는 진秦 상앙商鞅이 백성을 다섯 집과 아홉 집 단위로 조직하여, 한 집이 죄를 지으면 아홉 집이 연대로 고발하고, 만약 고발하지 않으면 열 집을 모두 연좌시킨 것으로, 수사연좌법收司連坐法이라고도 한다.⁵⁷⁾ 즉 수사연좌는 겨린연좌切隣連坐로 어떤 사건이나 범죄가 발생하면 공동체에서

56) “師大之以逆賊緣坐 擅離配所 出入京鄉 極爲放恣無嚴……師大擅離上京之說 既發於罪人之招 未知虛實曲折之果如何 而殊可駭也 此與逆賊有間 只是連坐”《承政院日記 英祖 16年 12月 26日》“未正刑身死者 勿爲追正典刑法外連坐被謫之類 疏決時 一體書入 雍正乙巳承傳”《新補受教輯錄 刑典 推斷》《英祖實錄 英祖 1年 2月 13日》

57) 수사는 중국에서 10가(家)를 한 조(組)로 하여, 그 중 한 집이 죄가 있을 경우, 다른 아홉 집이 관청에 고발하던 제도이다. 주 현왕(周顯王) 10년에, “백성에게 십오(什伍)의 법을 만들어 서로 수사연좌하게 했다.” 하였는데, 그 후에, “한 집이 죄가 있으면 아홉 집이 아울러 고발하고, 만약 고발하지 않을 경우에는 아홉 집이 연좌된다.” 하였다. 《通鑑節要 卷1 周紀 顯王》

고발하고 만약 이를 고발하거나 드러내지 않는 경우는 동네 이웃, 겨린이 함께 벌을 받는 것이다.⁵⁸⁾

송인명이 말하기를, “국법은 응좌應坐할 자 외에 써서는 안됩니다. 처가 비록 대역大逆이라고 하더라도 남편에게는 연좌連坐하는 율이 없습니다.”하였다 김재로가 말하기를, “남편이 대역이면 처 역시 연좌緣坐되니 처가 대역이면 남편이 어찌 연좌連坐할 율이 없겠습니까?”하였다.⁵⁹⁾

남편과 아내의 연좌죄 적용에 대한 논의에서 연좌緣坐는 법에 규정된 의미로, 연좌連坐는 죄나 죄인에 연루·연관되었다는 의미로 썼음을 알 수 있다. 그러나 대부분의 기록에서는 연좌緣坐와 연좌連坐 이 둘을 분명하게 구분하지 않는다.⁶⁰⁾

흥양興陽 죄인 이환李煥과 이혁李爍은 곧 이정李楨과 이남李栴에게 연좌連坐되었었는데,……이환과 이혁 같은 자는 곧 역적에 연좌緣坐된 자들이므로 결코 가볍게 이배移配를 의논할 수 없습니다.⁶¹⁾

갑술년에 사사賜死한 죄인 민암閔黯의 가족家屬을 역률의 연좌緣坐로 논할 것을…… 민암을 사사한 초기에 수사연좌收司連坐시키지 않았는데, 이제 해가 오래 된 뒤에 이르러 대벽大辟을 추시追施한다면 타당치 못한 바가 있지 않겠습니까?⁶²⁾

같은 기사안에서도 이처럼 연좌緣坐와 연좌連坐는 함께 쓰였다.⁶³⁾ 따라서 이 둘은 명확하게 정의내려 구분하는 것은 의미가 없다고 생각되며, 문장과 문맥 안에서 그 차이점을 살피보는 정도로 이해해야 할 것이다. 다만 원래 의미에 초점을 맞추어 본다면 조선

58) “사람들이 수사연좌율을 입었다는 소식을 선생이 듣고 탄식하기를, ‘나 때문에 제공(諸公)이 이처럼 시론(時論)에 거론되니 매우 원통하다.’하였다.” “그런데 형은 나와 막역지간인 것처럼 말하고 있으니, 당연히 수사연좌의 율(律)에 걸릴 수밖에 없겠습니다.” “요즈음 나의 망언(妄言)을 사람들이 입 안에서 한없이 씹어대고 있는데, 형의 말도 나의 말과 같으니 의당 수사연좌의 벌을 받게 될 것이다.”《국역 동계집 동계집 연보 문간공동계선생연보(文簡公桐溪先生年譜)》

59) 《承政院日記 英祖 19年 6月 13日》

60) “命沒其家 父子兄弟皆連坐”《국역 미수기언 기언 별집 제21권 구묘문(丘墓文)》 “李憲連坐平安道寧邊爲婢罪人妾蘭香 安州牧爲婢罪人妾貴香臺·承蘭 爲奴罪人子敬章庶弟七輝·世輝 昌城府爲奴罪人庶弟金銅 禹洪采緣坐江原道洪川縣爲婢罪人妻未任·女鳳愛 慶尙道金山郡爲奴罪人兄洪協 安置罪人姪鳳儀·鳳翼 尙州牧爲奴罪人兄洪龜 安置罪人姪鳳紀·鳳臻 金盛節緣坐全羅道茂朱府爲婢罪人妾蕊成”《承政院日記 英祖 17年 10月 7日》

61) 《肅宗實錄 9年 1月 13日》

62) 《肅宗實錄 27年 11月 25日》

63) “○逆賊父子, 或事件各異, 或各出兇謀, 同爲兇逆者外, 勿以知情同參, 取服於其子, 直以連坐律施行 雍正庚戌承傳” “○犯逆罪人, 於嬪宮叔姪之間, 連坐等事, 特爲勿施, 減死定配 康熙壬寅承傳” “寅明曰 今則皆歸於緣坐矣 鳳漢曰 逆賊連坐 無一可生矣” “近來連坐罪人 連年入送 此是怨國之徒 實有深慮 爲今之計 莫如慰悅濟人之道矣 上曰何事耶 彥儒曰耽羅即重地 而多配緣坐罪人 亦可悶也” “且汝以泰裔之孫 緣坐爲奴 乃敢以官婢作妾乎……鳳漢曰……敢以其女 許給於連坐之逆孽 其在懲後之道 恐不可尋常處之矣” “跪斬之刑 只及於其身 連坐之法 未施於諸孥……豈可以緣坐之律 論斷而止哉” “江原道鐵原府連坐爲奴, 而方因本縣云 依例令刑曹押送配所 姊阿只已爲出嫁矣 依律文免緣坐何如” “臣等伏見金吾徒流案中 大逆德基等諸賊緣坐支屬 竝以放字書下 此等原非赦典之所可擬議者也……雖然 此皆元惡大愆之收司連坐者也 孥戮之文 夏誓斯在 罪隸之目 周官可按 則收司連坐” 등 사료에서 緣坐와 連坐가 함께 쓰이는 사례는 매우 많다.

에서 연좌제는 가족에 대한 연좌緣坐와 죄인이 소속된 공동체에 가하는 연대 처벌인 수사연좌收司連坐로 구분할 수 있고, 연좌緣坐는 처자위노와 파가저택으로, 연좌連坐는 읍호강등이나 수령파직 등으로 구현되었다고 할 수 있을 것이다. 앞서 살핀 대로 《대명률》에는 이러한 사회적 연좌가 없으나 조선에서 강상죄 처벌에 대한 연대 연좌로 읍호강등이나 수령파직을 규정하였고 이를 역적죄에도 똑같이 적용하였다. 사실 천하의 죄가 강상보다 심한 것은 없더라도 겨린에게 울을 행해서는 안 되고, 형옥의 엄중함이 살육 인명보다 크더라도 동리에게 벌을 내리는 것이 온당한 것은 아니었으나⁶⁴⁾ 조선에서의 공동체 연대 연좌는 비교적 원칙적으로, 그리고 고종대 초까지 오래도록 집행되었다.

이러한 공동체 연좌인 읍호강등은 그 기원이 분명하지 않다. 숙종대 남구만은 지방의 주현州縣에 악역惡逆을 저지른 죄인이 있으면 읍호를 강등하고 수령을 파직하는 일의 경우 중국의 역대 율령에 없을 뿐만 아니라 우리나라의 《경국대전》과 전후의 《속록》에도 모두 이러한 법조문이 없다고 하였다. 《여지승람》의 연혁을 보면 고을 백성들이 큰 공로가 있으면 읍호를 승격시키기도 하고, 죄가 있으면 읍호를 고치기도 하였으나, 이는 한때의 특명特命이고 일정한 격례格例가 있는 것은 아니라 하였다.⁶⁵⁾ 중종대 安城사건, 선조대 安東 사건 모두 강호를 하지 않았음을 들어⁶⁶⁾ 이 제도의 근거는 미상이라 보았다. 즉 숙종대만 하더라도 강호降號는 중국이나 조선의 법전에 규정이 없고 다만 특명으로 시행되었다가 준례로 행하게 되면서 익숙하게 된 제도로 이해하고 있음을 볼 수 있다.

준례였던 강호의 절차는 고을의 격을 낮추거나 혁파하는 혁읍革邑의 방법으로 진행되었다. 현령이 있는 고을 이상은 모두 호칭을 강등하여 현감으로 삼고, 현감이 있는 고을은 禮가 법제에서 다한다는 뜻을 따라 현감은 그대로 두되 다만 여러 현의 아래에 班次를 정하게 하였다. 즉 부府·목牧·군郡은 현縣으로, 종5품 현령縣令은 종6품 현감縣監으로 강등하고, 현감을 강등할 경우는 여러 고을의 맨 마지막에 두었으며,⁶⁷⁾ 또 강호했을 때 더 내려갈 곳이 없으면 혁읍, 즉 읍을 혁파하여 인근 읍에 복속시켰다.⁶⁸⁾

이러한 읍호강등과 수령파직은 시행할 읍을 선정할 때 가장 먼저 살펴야 할 점이 있다. 죄인과 관련한 어떤 읍호를 강등하는가. 즉, 죄인의 태생지胎生地, 거주지居住地, 입

64) “什家伍家，相收司連坐之法，今可用乎 天下之罪 莫過於惡逆綱常 而未有切隣之律 刑獄之嚴 莫大於殺越人命 而亦未聞同里之罰”《承政院日記 英祖 40年 9月 11日》

65) 《肅宗實錄 20年 9月 15日》

66) 중종 계묘년(1543)에 예 안성에서 부모를 살해한 자식이 있었는데, 사헌부에서 고을의 읍호를 강등하고 수령을 파직할 것을 계청(啓請)하였으나 당 태종(唐太宗) 정관(貞觀) 20년(646)에 대주(戴州)의 백성 중에 십악(十惡)을 범한 자에 대해 교화가 되지 못한 때문이라 하여 고을을 폄하하여 강등시키지 말고 규찰을 더하게 하라고 한 사례를 근거로 그냥 두도록 하였다. 선조(宣祖) 때에 안동(安東)에 또 시역(弒逆)의 변고가 있자, 대간(臺諫)이 읍호를 강등하고 수령을 파직하는 형전(刑典)을 거행하여 경계하는 뜻을 보일 것을 청하자, 유희춘(柳希春)이 중종조의 일을 인용하여 그 불가함을 강력히 간쟁하였다.

67) 羅州牧은 錦城縣으로, 原州牧은 原城縣으로, 忠州牧은 忠原縣으로 강등하고, 南原·利川·長興·潭陽府와 醴泉·豐基郡은 모두 현으로 강등하고 振威·龍仁縣令은 모두 縣監으로 강등하고, 果川·砥平·堤川·聞慶·公山·延豐·漆原·扶安·懷德·木川縣은 定式에 따라 班次於諸縣之下에 두도록 하였다. 《承政院日記 英祖 5年 8月 23日》

68) 영조 9년, 三省罪人の 例에 본읍이 縣監이면 강호했을 때 더 내려갈 곳이 없으므로 그 읍을 혁파하고 수령을 파하여 懲討之典을 엄중하게 하도록 하였다. 《承政院日記 英祖 9年 2月 10日》 咸悅의 弑母罪人 賢逸은 이미 顯戮을 追施하고 파가저택하였으며 咸悅 縣監은 法에 따라 罷職하고 本縣은 革罷하여 他邑에 合竝하였다. 《承政院日記 孝宗 2年 5月 20日》

적지入籍地, 작변지作變地 어느 곳을 강호하는가 하는 점이였다. 파가저택은 개인의 집에 국한되는 것이지만 읍호 강등과 수령 파직은 그 고을에 거주하고 있는 민 전체에 해당되는 문제여서 신중하고 정확하게 검증해야 했다.

강상죄인의 경우 초기에는 태생지를 강호하였는데 이는 본디 법전에 있는 것이 아니지만 조선에서 행해온 지 오래여서 관례적으로 적용하였다.⁶⁹⁾ 태생지는 추국에서 받은 결안의 근각根脚을 기준으로 하는데 만약 결안 전에 장폐杖斃되어 근각을 알 수 없는 경우는 친척들에게 확인하였다.

그런데 태어난 지역의 읍호를 강등하는 것이 옳은가 하는 점은 논란이 될 만했다. 효종대 죄인 대봉大奉의 경우, 영변寧邊에서 태어났으나 4세에 송경인松京人에게 팔려 40년을 그곳에 살았으므로 지금 와서 태생지인 영변을 강호할 수는 없었다.⁷⁰⁾ 또 상한常漢의 경우는 그 태생지를 알기 어렵다는 문제도 있었다. 이처럼 종래 관례적으로 적용했던 태생지를 강호하는 것이 부당하다는 인식이 커지자 현종 4년, “죄인의 태생지가 아니라 거주하고 있었던 지역의 관원을 파직하고 읍호를 강등하는 것으로 定奪”하였다.⁷¹⁾ 즉 죄인의 時居邑이 강호 대상으로 정해졌고, 이 수교는 《속대전》 형전에 죄인의 시거읍, 즉 현재 살고 있는 읍을 강호하라는 조문[‘從時居邑’]으로 실렸다.

그런데 죄인의 거주지가 일정하지 않거나 거주지가 여러 곳이거나, 거주한 지 얼마 안 되었으면 강호읍을 정하는 것이 또 문제가 되었다. 죄인 중에 더러는 서울 태생도 있고, 더러는 지방에 떠돌아 다니기도 하고, 각읍에 정배되어 있기도 한데 이런 상황은 원거인元居人과는 다르므로 쉽게 강호나 수령파직을 할 수 없었다. 이처럼 거주지에 대한 다양한 변수가 있었으므로 이에 대한 명확한 기준이 필요했고 결국 그 기준은 입적지入籍地가 되었다.

시부죄인弑夫罪人 울옥栗玉의 경우, 현재 거주하고 있는 곳이 숙천肅川인데 안주安州를 강호파관降號罷官하여 논란이 되었다. 울옥은 어렸을 때에는 숙천에 거주했고, 남편의 집인 안주에 3년간 거주하다가 작년에 숙천으로 이주했으며, 올 봄에 또 안주로 돌아가 그곳에서 작변作變하였다. 따라서 유사는 시거지와 작변지를 기준으로 하여 안주를 강호하였으나 엄연히 입적지는 숙천이었다. 따라서 다시 숙천부를 현으로 강호하고 안주는 도로 목사로 올리도록 하였다.⁷²⁾ 입적지를 기준으로 하여 강호, 파관한 사례이다.⁷³⁾ 즉 시거읍, 소거읍을 정하기 어려운 경우는 입적여부가 기준이 되었고, 사료에서도 시거읍 대신 입적지를 강호한다는 기록도 많다.

그런데 또 죄인이 유리流離하여 입적한 곳이 없거나, 거주읍을 강호할 수 없는 사정이

69) “刑曹判書許積所啓 綱常罪人胎生之地 降其邑號 罷其守令 本非法典所載 而國朝行之已久” 《承政院日記 顯宗 4年 6月 16日》

70) 《承政院日記 孝宗 4年 4月 24日》

71) “引見時 刑曹判書許積所啓 綱常罪人胎生之地 降其邑號 罷其守令 本非法典所載 而國朝行之已久 今者楊口弑夫罪人胎生之邑 乃是抱川云 亦未能詳知矣 大概降罷之罰 當施於居生之地 不當施於胎生之處矣 自今後定奪 以爲遵行之地 何如 領議政鄭太和曰 罷其官降其邑 施之於罪人胎生之邑 果爲不當 以其所居官施罰似可矣 上曰今後以罪人所居官降罷事 定式施行” 《承政院日記 顯宗 4年 6月 16日》

72) 《承政院日記 顯宗 11年 6月 7日, 9日》

73) 弑夫罪人 順丹도 所居邑을 강호하도록 윤허를 받았으나 입적읍은 강원도 通川郡이였으므로 통천군수를 현감으로 강등하였다. 《承政院日記 英祖 38年 9月 24日》

있는 경우가 있다. 이때는 죄인이 죄를 저질렀던 당시의 작변지作變地가 강호되었다.⁷⁴⁾ 현종 12년, 시주죄인弒主罪人 송남松男의 소거관所居官 영흥부永興府를 강호해야 하는데 영흥은 준원전濬源殿이 있는 곳이고, 능침이 있는 읍이어서 강호할 수 없었다. 따라서 변變이 일어났을 당시의 시임부사를 파직하였다.⁷⁵⁾ 영흥은 능침 소재지라 강호할 수 없다는 사정이 있었으므로 작변했을 때의 수령을 파직한 것이다.⁷⁶⁾

그리고 2년 뒤인 현종 14년에, “거접居接한 구근久近을 논하지 말고 작변했을 때의 소거관所居官을 기준으로 하여 그 수령을 파직하고 그 읍호를 강등할 것을 정식定式”으로 시행하였다.⁷⁷⁾ 이는 현종 4년의 거주지를 기준으로 하라는 수교와 배치되는 것 같으나 거주지를 확정하기 힘들거나 거주지를 강호할 수 없는 경우는 작변할 때의 거주지를 대상으로 하라는 해석이다. 실제 이 수교가 내려지게 된 계기도 거주지를 강호할 수 없었던 때문이었는데 충청도 공산公山 태생인이 장단長湍에서 작변했으나 서울에 입적入籍되었으므로 그 읍호강등을 거행하지 못하자 바로 이러한 수교를 내린 것이다. 이 수교는 이후 작변지를 강등해야 할 경우 그 근거가 되었다.⁷⁸⁾

삼성죄인 복법한 뒤 으레 읍호를 강등하고 수령을 파직하였는데 선조에서 고쳐서 정식을 만들어 태생읍을 강등하지 않고 그 당시 살던 읍을 강등하며 또 작변했을 때의 시임時任을 파직하였다.⁷⁹⁾

이러한 시거지, 입적지, 작변지 등 강호의 선택은 사안마다 고려되어야 했다. 관련 수교와 정식이 자리잡기까지는 시일이 필요했고, 민이나 조정 모두 이 기준을 정확히 인지하지 못하였다.

김천읍金川邑 강호에 대한 시정을 요구한 유학의 상소는 당시 민간이나 조정에서 강호의 기준에 대한 이해가 일치하지 않았음을 보여주는 한 사례이다. 김천 유학들은 원래 죄인 약덕略德이 사는 곳이자 입적읍인 연안이 아니라 인근읍인 김천이 강호되었으므로 연안과 김천의 호적을 조사해서 강등읍을 밝혀 달라는 상소를 올렸다.⁸⁰⁾ 연안은 죄인 약덕이 시거時居한 곳이고 김천은 작변읍이어서 이러한 문제가 발생했던 것이다. 이에 대해 예조판서는, 강상죄인의 태생읍胎生邑을 대상으로 수령파직과 읍호강등을 적용하는

74) “義禁府啓辭 三省罪人長德所居官 罷其守令 降其邑號事 允下矣 問于義禁府 則長德流離之故 元無入籍處 作變於忠州地云 而守令勿罷事 曾有定式 忠州牧 降爲縣監何如 傳曰允” 《承政院日記 英祖 14年 12月 28日》

75) 《承政院日記 顯宗 12年 11月 26日》

76) 이는 ‘강상변이 발생했을 때 수령을 파직한다’는 수교[○綱常變出時, 守令罷職康熙丙午承傳]로 《受教輯錄》에 실렸다.

77) “上曰今番弒夫罪人 何處人耶 鄭知和曰 以忠清道公山胎生人 作變於長湍 而入籍於京中 故降其邑號等事 不得舉行矣 上曰今後則勿論居接近 以作變時所居官 罷其守令 降其邑號事 定式施行可也” 《承政院日記 顯宗 14年 1月 23日》

78) 숙종대 弒夫罪人 私婢 蠢之와 弒主罪人 壬先에 대한 처리에서 綱常죄인의 강등 읍호와 수령 파직은 作變 때의 고을에 시행하라는 수교에 따라 蠢之의 작변지인 丹陽郡 및 壬先의 작변지인 順川읍을 縣으로 강등하고, 단양군수 柳千之와 순천군수 金錫命을 파직하였다. 《承政院日記 肅宗 7年 12月 22日》

79) “三省罪人伏法之後 例有降其邑號 罷其守令之事 而自先朝 改爲定式 不降胎生之邑而降其時居 守令亦罷其作變時時任者矣” 《承政院日記 肅宗 9年 윤6月 12日》

80) 《承政院日記 肅宗 25年 윤7月 21日》

것이 법전인데 중간에 강상죄인의 소거관所居官을 강파降罷하는 것으로 고쳤고 또 변變이 발생했을 때의 소재관所在官을 파직하였으므로 해조該曹에서 거행할 때 차차差錯이 있었다고 해명했다. 본율은 태생읍인데 상한常漢의 태생을 확실히 알기 어려워 중간에 시거관으로 바꾼 것이고 그 후에 또 변이 발생했을 때의 수령을 파직했으므로 이와 같이 준행하였다는 것이다.⁸¹⁾ 강호의 기준이 여러 번 바뀌어서 이를 적용하는 데에 혼란이 있었음을 알 수 있다. 그러나 대체로 영조대 이후로는 모반대역 죄인의 경우는 태생지를, 강상죄인의 경우는 입적지나 작변지를 강호한 기록이 우세하다. 모반대역 죄인의 태생지를 강호하는 것은 기본적으로 법전 조문을 따른 것이고, 강상죄인의 경우는 현종대의 수교를 따른 것이라 하겠다.

이처럼 태생지, 거주지, 입적지, 작변지 등의 기준에 따라 강호 대상읍을 정하였다 하더라도 강호하지 못할 몇가지 조건이 또 있었다.

첫째, 죄인의 태생지나 거주지가 서울이거나 대읍大邑, 웅부雄府, 구도舊都, 대로大路에 위치한 고을이면 강호하지 않는 경우가 많았다. 시부죄인弑夫罪人 귀영貴英은 태생지와 거주지가 모두 서울이었고, 시모죄인弑母罪人 검동檢同은 경적京籍에 입적되어 있었으므로 강호할 수 없었다.⁸²⁾ 시모弑母의 변이 발생한 함경도 종성鍾城은 연변沿邊의 큰 고을이므로 역시 강호하지 못했고,⁸³⁾ 용인과 같이 양남 대로에 있는 곳이면 또 혁파하지 못했다.⁸⁴⁾ 합천군陝川郡은 역향逆鄉으로서 현으로 강등해야 하나 대읍大邑이어서 읍은 그대로 두도록 하였으며,⁸⁵⁾ 연안延安 역시 웅부雄府라 하여 강호하지 않았다. 장릉長陵 방화죄인들의 태생지인 서울과 개성부, 강화부도 논란없이 강호에서 제외되었다.⁸⁶⁾ 평양은 구도舊都이자 관서關西의 중요한 곳으로 다른 주읍州邑이나 군현에 비할 바가 아니었고,⁸⁷⁾ 시부죄인弑夫罪人 진상眞祥이 살고 있는 경주부慶州府 또한 신라의 구도舊都여서 강호되지 않았다.⁸⁸⁾

이와 같은 조건은 강호 뿐 아니라 혁읍에도 적용되었다. 고을을 나누어 다른 고을에 속하게 하는 혁읍은 해당 고을의 크기나 중요도가 혁파 여부를 좌우했다. 역적 소거처所居處로 혁읍의 대상이 되었던 양지陽智·진천鎭川의 경우 양지는 길가에 참站을 접하고 있고, 진천鎭川은 물중지대物衆地大하므로 다음에 병합하기 어렵다하여 혁파하지 않았다.⁸⁹⁾ 영호남이 교차하는 함양 같은 곳은 땅이 넓고 사람이 많으므로 혁파하여 다음에

81) 《承政院日記 肅宗 25年 12月 10日》

82) 破家瀦澤, 子女爲奴婢만 거행하였다. 《承政院日記 肅宗 7年 1月 25日, 30年 4月 27日》

83) 《中宗實錄 30年 1月 5日》

84) 《承政院日記 孝宗 4年 4月 24日》

85) 《承政院日記 仁祖 9年 3月 1日》 대읍이라는 점 때문에 강호하지 않은 합천陝川·함양咸陽 사례는 후에 혁읍의 기준이 되었다. 高靈·昌寧·大興 등 物衆地大하여 舍竝하기 어려운 곳은 咸陽陝川例에 따라 革除하지 말도록 하였다. 《承政院日記 仁祖 9年 3月 26日》

86) 《承政院日記 英祖 1年 12月 13日》

87) 平壤 黃州 모두 關防重地이므로 쉽게 강호할 수 없었다. 《承政院日記 仁祖 7年 4月 2日》 《承政院日記 仁祖 7年 4月 9日》

88) 《承政院日記 顯宗 11年 7月 17日》 庚寅年(효종1) 弑主의 變이 경주에서 발생했는데 舊都遂寢이라 하여 다만 庶尹을 강등하여 判官으로 삼아 懲惡常典을 보이도록 하였다. 《承政院日記 孝宗 7年 5月 20日》

89) 《承政院日記 仁祖 6年 2月 14日》 逆賊 呂後望의 거주지인 居昌도 嶺右巨邑으로 物衆地大라 舍竝하기 어려운 곳이라 하여 勿革하였다. 《承政院日記 仁祖 9年 4月 8日》

붙이면 탕패되어 인심이 악해지고 풍속도 어지럽게 될 것이기 때문에 수령을 두어 다스리지 않으면 안된다 하여 혁파하지 않았다.⁹⁰⁾ 이처럼 대응이거나 교통의 요지에 있는 등 사람들이 많이 살고 물산이 풍부하게 모이는 곳은 강호나 혁파의 대상에서 제외되었다.

두 번째 강호하지 않는 조건은 능침소재지, 왕의 탄강지, 왕·왕비의 姓鄉 등인 경우이다. 일단 능침이 있는 곳은 강호할 수 없었다. 제릉齊陵과 후릉厚陵이 있는 풍덕豐德, 영릉英陵과 녕릉寧陵이 있는 여주驪州, 영릉永陵이 있는 파주坡州, 건릉健陵과 현릉원顯隆園이 있는 水原 등의 지역은 강호할 수 없었다.⁹¹⁾ 양주楊州, 광주廣州도 능침소재지였고, 김포金浦는 원소園所소재읍이었으며, 진전眞殿이 안치된 영흥永興도 능침소재지와 같다고 하여 읍호를 강등하지 않았다.⁹²⁾

또 왕이나 왕후의 탄강지도 강호할 수 없었다. 시부죄인弑夫罪人 순승順承은 해주海州에 입적하였으므로 입적관入籍官을 강호해야 하는데 해주는 인조가 탄강한 곳이어서 강호하지 않았다.⁹³⁾ 광산[광주] 유학들도 광산이 인경왕후仁敬王后 성관지姓貫地이므로 강호하지 말도록 상소하였고,⁹⁴⁾ 전주 역시 국조성향國朝姓鄉이라 강호하지 않았다.⁹⁵⁾

강호하지 않는 세 번째 조건은 외곽지역의 군사적 요충지나 방어사⁹⁶⁾를 겸하고 있을 경우였다. 장단부의 경우는 연좌를 해야 하는 범죄가 자주 일어나는 곳이지만 장단부가 방어사를 겸하고 있어서 수령만 파직하고 읍호를 강등하지 않았고,⁹⁷⁾ 춘천春川 역시 방어사를 겸하여서 강호할 수 없었다.

읍호강등은 그 대상이 되는 읍을 정하는 과정에서 태생지, 거주지, 작번지 여부를 검토해야 했고, 강호읍이 정해지더라도 강호할 수 없는 조건들에 따라 강호를 면제하는 조치를 해야 했다. 이처럼 읍호강등은 집행전에 고려해야 할 사항이 많았는데 실제 읍호강등을 집행할 때, 그리고 집행후에 발생하는 문제는 더 만만치 않았다.

2) 강호(降號)·혁읍(革邑), 승호(陞號)·복호(復號)의 문제점

첫째, 집행과정에서 착오나 실수로 인한 읍호 강등이다. 강호읍을 제대로 파악하지 못하여 잘못 강호하거나, 강호해야 하는데 하지 못한 경우, 직위 호칭에 대한 착오와 실수 등이다. 죄인들의 거주지, 입적지 등을 조사해야 하는 지방 서리의 실수로 인해 읍호 강

90) “吏曹啓曰, 咸陽勿革事, 問于大臣, 則以爲咸陽, 介於湖·嶺之交, 地廣而人衆, 降而爲縣, 猶患難治, 今又革之, 付于他邑, 則非但蕩敗不成貌樣之爲可慮。當此人心薄惡, 風俗壞亂之日, 不置守令而鎮之, 則終必至於潰敗渙散, 不可收拾。依陝川勿革, 似爲宜當, 上裁, 何如? 啓。傳曰, 依啓。《承政院日記 仁祖 9年 3月 21日》

91) 罪人 李仁立은 豐德府에 시거하고 있으므로 豐德府使 李稷을 罷職하되 豐德은 陵寢 所在地로 降號하지 않았다. 《承政院日記 肅宗 2年 8月 9日》

92) 《承政院日記 肅宗 5年 8月 9日》

93) 《承政院日記 肅宗 34年 10月 14日》

94) 《承政院日記 肅宗 28年 1月 17日》

95) 《承政院日記 英祖 8年 8月 7日》

96) 경기의 파주, 장단, 영종, 강원의 철원, 춘천, 함경의 길주, 성진, 평안의 창성, 강계, 선천, 삼화, 전라의 제주 등 전략 요충지나 인구와 물자가 많고 땅이 넓은 지역에 두었다. 길주의 경우 함경남북을 연결하는 요충지였었다.

97) “長湍 乃是例兼防禦使之重鎮 與他邑不同 既罷其守令 邑號則似不必降”《承政院日記 肅宗 2年 8月 9日》

등이 잘못 집행되기도 하였다. 시부죄인 弑夫罪人 옥례玉禮의 입적읍인 회령부會寧府를 현 縣으로 강등하는 일을 초기草記하여 윤희를 받았는데 실제 옥례는 경성鏡城에 입적되어 있었다.98) 해리該吏가 탐문探問하지 못하여 착오를 일으킨 경우로, 제대로 조사하지 못하여 엉뚱한 읍이 강등될 뻔 한 경우이다.

또 읍의 명칭이 동일한 경우, 예를 들면 경기도 장흥면이나 전라도 장흥의 경우 읍명이 같았으므로 이를 착각하여 다른 고을을 강호하기도 하였다. 요승妖僧 여환呂還의 동생同生 김시동金時同은 양주목楊州牧 장흥면長興面 태생인데 그 당시 의금부가 잘못하여 전라도 장흥을 시동의 태생지로 하여 강호하였다. 그러나 양주楊州에 실제 장흥면이 있었고 시동의 태생지였으나 당초 시동이 결안結案때 범범하게 장흥이라고 공초하였으므로 의금부에서 전라도 장흥으로 착오를 일으킨 것이었다. 이에 해당 읍에서 청원하자 장흥 부長興府를 도로 승호陞號하였고, 양주楊州는 능침 소재읍이므로 강호할 수 없는 곳이어서 이를 확인하지 않은 책임을 물어 그 당시 목사를 추후 파직하였다.99)

반대의 경우는 역적 허새許璽의 태생처를 하리下吏의 잘못으로 강호하지 못한 예이다. 허새가 서울에서 태어났다고 하였으므로 강호 등을 거행하지 않았는데 다시 조사해보니 허새는 서울이 시거지였고 고양高陽 태생이었다. 당초 하리가 잘못 고지告知하였다 하여 수금치죄囚禁治罪하고, 고양읍高陽邑은 강호해야 하지만 능침소재지여서 강호하지 않고 시임 군수만 파직하였다.100) 같은 사례로 강상죄인의 고을인 성주星州를 이조 해리該吏의 실수로 강호를 집행하지 못하였다가 추후 바로잡기도 하였다.101) 역적 부모의 고향이라며 잘못 혁읍되어 원통하다는 통진 유학의 상소도 있었고,102) 장흥현감 박장원은 장흥이 강호하여 현령이 되었는데 계초에 부사府使로 호칭을 잘못쓰기도 하였다.103) 이처럼 강읍을 집행하는 과정에서 거주지나 입적지를 조사해야 하는 下吏의 실수로 혹은 읍의 명칭이 같아서 잘못 강호되거나, 강호해야 하는데 하지 못한 경우 등 여러 착오가 발생했음을 볼 수 있다.

둘째는 병무兵符 교체 등 강호를 집행하면서 드는 행정적 수고와 물리적 비용이 적지 않았다는 점이다. 수령이 교체되면 병부, 교서教書, 유서諭書 등도 새로 만들어 내려보내고 이전 병부를 올려 보내도록 하여 소각했다. 도道를 개호改號하면 감사·병사·수사의 병부를 다시 만들고, 목에서 현으로 강호하면 현縣의 병부도 모두 다시 만들어 감사에게 내려보내어 각영 및 본현에 나누어 전하게 하였다. 감사의 교서·유서 및 병사·수사의 유서도 다시 만들어 승정원의 서리가 가지고 가서 감사에게 전하게 해야 했다.104) 이처럼

98) 《承政院日記 英祖 27年 11月 8日》

99) 《承政院日記 肅宗 16年 3月 3日, 4月 23日》

100) 《承政院日記 肅宗 8年 12月 4日》

101) “在魯曰 星州綱常罪人 正法已久 而本州尙無降號之舉 臣適覺而怪之 有所查問 則正法之日 自禁府 卽以降其邑號等事 令各該司舉行之意 草記允下 卽已奉承傳於吏曹 而該吏忘却掩置 以致如此云 吏曹堂上 推考警責 該吏令攸司科罪 降號一款 卽令舉行何如 上曰依爲之” 《承政院日記 英祖 12年 10月 5日》

102) “通津居幼學鄭夢說疏曰……今者通津 以逆賊父母之鄉 誤被降號 以至將有革邑之冤 故臣等千餘人 如此農月 舍我穡事 來叫九關 號冤呈疏 政院拒以不納 此使下情莫達而抱冤難雪也” 《承政院日記 仁祖 7年 5月 4日》

103) 호칭을 잘 못 썼다고 하여 논계에 참여했던 대사간, 헌납, 사간 등이 모두 체척을 청하였다. 《承政院日記 肅宗 3年 1月 12日》

104) 安州牧使를 安陵으로, 洪州牧使를 洪陽으로 강호하자, 양읍 수령 및 洪陽 營將이 찻던 병부를 승정원에 서 다시 만들어 내려보냈다. 병부를 만들어 兩道 各營, 병연에 올릴 左二隻 및 本縣에 전해 줄 右一隻을

읍호가 바뀌면 병부, 감사의 교서·유서, 병사·수사의 유서도 개조해서 바뀌서 내려보내야 했다. 역모가 자주 일어났던 시대에는 읍호강등에 따른 이러한 물적 비용이 적지 않게 들었고, 이를 처리하는 행정상의 수고로움도 따랐다.

셋째는 강호 집행에서 가장 논란이 많이 되었던 부분인데 현 수령이 파직된 후 새로 제수된 수령의 적절성 여부이다. 일반적으로 대응이 강호될 경우 새로 교체된 수령이 과연 그 읍을 제대로 맡을 수 있을 것인가에 대해 논란이 많았다.

숙종때에 광산光山에 제수된 현감을 교체해 달라는 청이 있었다. 광산이 비록 일시적으로 강호되었으나 물증지대物衆地大하여 다스리기 어렵다고 일컬어지는 지역이므로 주목州牧을 거치고, 잘 다스린다는 명성이 드러난 자를 차송해야 하는데, 새로 제수된 현감 김진옥金鎭玉이 비록 명칭名稱은 있으나 자목字牧을 거치지 않은 상태에서 갑자기 웅주雄州에 제수되었으므로 개차해야 한다는 내용이었다.¹⁰⁵⁾ 낙안현감 박응경朴凝慶의 개차를 청한 이유도 이와 같았고,¹⁰⁶⁾ 평양平壤도 같은 사정이었다. 평양은 관서의 웅부雄府로 지금 비록 강호降號하였으나 다스리기 어려운 지역으로는 첫째로 꼽히므로 이서들의 일에 대해 노련하고 읍의 사정을 잘 아는 사람이 아니면 담당하기 어려운 사정이 있었다. 그런데 새로 제수된 판관 권세태權世泰는 관직 경력이 오래지 않아서 비록 재능은 있다고 하나 자목字牧감인지 검증이 안된 상태인데 갑자기 제수하였다 하여 문제가 되었고 결국 체차하였다.¹⁰⁷⁾ 남원, 홍양洪陽, 장흥 모두 같은 이유로 수령이 개차되었다.¹⁰⁸⁾

이상의 사례에서 공통으로 지적되는 점은 강호된 고을의 수령으로 경력이 일천한 자들이 차임되었다는 점이다. 다스리기 힘든 곳에 나이가 어린 자들이 제수되었으므로 수령직을 감당할 수 없을 것이라는 지적이다. 그런데 실제 출육出六하여 바로 강호읍에 제수되는 경우 많았는데 김취로金取魯의 동생 김성로金省魯가 출육하자마자 강호읍에 제수되었다고 하여 대간의 지적을 받기도 하였다.¹⁰⁹⁾ 강호읍은 세력있는 출육出六 신진자新進

禁軍을 정하여 해도 감사에게 내려보내어 감영, 병영에 분상하게 하고, 兩縣 및 營將이 올릴 옛 병부는 거두어 모아 올려 보내어 燒火하였다.《承政院日記 英祖 4年 1月 22日》 “諸道降號·復號邑鎭改號時 及或有 闔失燒火之患 則兵符 因兵曹啓目 改造後 內上左二隻啓請 兵符櫝修正以入 監兵或水營所上左二隻及所佩右一隻 啓稟下送 舊符則收聚燒火”《銀臺便笈 卷8 兵房攷 發兵符》 충주도 충원으로 강호하면서 영장, 현감이 차던 병부를 승정원에서 개조하여 내려보내고, 새로 만든 병부는 금군을 정해 공홍감사에게 보내어 분상하게 하였으며, 옛 병부는 거두어 올려보내 불태우도록 하였다.《承政院日記 英祖 15年 2月 3日》

105) 《承政院日記 肅宗 29年 8月 7日》 결국 이 청은 받아들여져서 金鎭玉은 改差되고 行大司諫黃欽이 새로 제수되었다. 황흠은 咸鏡監司로 時在任所여서 交龜後自當上來하도록 하였다.《承政院日記 肅宗 29年 9月 5日》

106) 원래 군이었던 樂安이 현으로 강호된 뒤 제수된 朴凝慶은 門地가 낮고 사람됨이 변변치 않아 이미 말이 많은데 字牧에 제수되자 모두 적합하지 않다고 하니 결코 부임해서 민폐를 끼쳐서는 안된다고 하였다.《承政院日記 肅宗 17年 6月 8日》

107) 《承政院日記 肅宗 18年 7月 14日》

108) 南原縣監을 새로 차임할 때에도 本縣이 지금 비록 강호되었으나 본래 雄府이고 素稱難治지이므로 본도 수령 중에서 치적이 있는 사람을 아울러 의망하여 擇差해 보내도록 하였다. 洪陽 역시 湖右大州로 지금 비록 현으로 강등되었으나 物衆地大하여 素稱難治인데 새로 제수된 현감 南渭老는 젊은 나이여서 전혀 일을 처리해 본 경험이 없는데 갑자기 大州邑을 맡았으나 결코 감당할 수 없으니 명망있는 인원을 별도로 택차해 달라고 청하였다.《承政院日記 英祖 4年 7月 23日》 장흥부에서 강호된 장흥현 역시 평소 난치의 지역이라 담당 수령의 자질이 중요하다는 주장에 결국 장흥 현감이 개차되었다.《承政院日記 肅宗 3年 2月 6日》

109) 禮曹判書 金取魯는 이에 상소를 올려 근래 6품으로 강호읍에 제수되는 경우가 자신의 아우 한사람만이 아니라고 강변하였다.《承政院日記 英祖 9年 1月 13日》

자들이 갈 수 있는 자리였으나 해당 지역의 여론은 읍호가 강등되었다하더라도 토지 인민이 그대로이므로 신진소배가 감당할 수 없다며 체차를 요구하면서 갈등이 생기는 것이다.¹¹⁰⁾ 반드시 이력이 상당한 자, 타도에서 성적이 있는 수령을 의망하도록 청하는 기록이 많은 것은 모두 이러한 사정을 반영한 것이라 하겠다. 이처럼 부, 목 등이 강호되는 경우 그에 맞는 수령을 새로 제수하는 일, 즉 수령의 개차와 새롭게 처치하는 일이 쉽지 않았음을 알 수 있다. 그런데 강호 뿐 아니라 승호나 복호할 때 역시 여러 문제점이 있었다.

승호, 복호는 춘생추살春生秋殺의 이념에 따라 반드시 歲初에 하며,¹¹¹⁾ 강호 후 10년을 채우면 복호하였다.¹¹²⁾¹¹³⁾ 다만 10년이 카운트 되는 그 시점은 죄인이 처형되는 해였다.¹¹⁴⁾ 그러므로 죄인이 정형되지 않았거나, 또 죄인이 도망하여 체포되지 않았으면 10년이 되더라도 승호하지 않았다.¹¹⁵⁾ 승호를 하지 않으면 그 고을 사람들이 죄인에게 크게 격분하여 기포할 때 도움이 될 것이라는 의도도 있었다.

즉 10년을 기한으로 승호한다는 기준의 경우, 만약 죄인이 정형되지 않거나 체포되지 않으면 승호의 기한은 계속 늘어날 수 있었다. 죄인이 체포되지 않아 승호하지 못한 서흥의 경우는 거의 100년이 지나 승호하였다.¹¹⁶⁾ 또 강호한 곳에 10년 내에 다시 강상죄인이 입적하였으면 연이어 강호에 해당되게 되어 승호하지 못하였다.¹¹⁷⁾

이처럼 10년이라는 기한도 승호에 있어서 변수가 되었으나, 승호·복호시 가장 문제가 되었던 것은 강호와 마찬가지로 적임 수령의 차임이었다. 서원西原처럼 규모가 큰 경우는 난치의 지역이라서 부임하기를 꺼리는 경우도 많았고, 새로 제수한 관원이 나이가 많고 병이 있으면 또 속히 택차하여야 했다. 그런데 이 보다 더 중요한 문제는 승호되는 고을의 격과 수령의 품계가 맞아야 한다는 것이었다. 현을 부로 승호할 경우 부사는 부

110) 《承政院日記 英祖 17年 1月 12日》

111) “邑號陞降 大關民情 故降號限滿 則必於歲初復陞 自是金石之典也”《承政院日記 英祖 8年 1月 27日》 그러나 적합한 수령이 임명되지 않거나 흉년 등의 특수한 상황이면 승호의 시기를 세말로 조절하기도 하였다. 《承政院日記 英祖 7年 10月 1日》

112) “縣令以上 降縣監 縣監勿革 而序諸縣之末 限十年復舊”《續大典 刑典 推斷》

113) 弑夫之變으로 현으로 강등당한 白川·丹陽, 《承政院日記 肅宗 16年 1月 17日》 弑夫罪人の 入籍邑인 洪州, 갈로 부모를 상하게 한 죄인의 입적읍인 通津 《承政院日記 肅宗 45年 1月 11日》 弑夫罪人の 入籍邑인 南原 《承政院日記 景宗 4年 1月 1日》 등도 현감으로 강등된지 10년이 되어 예에 따라 승호하였다. 인조 23년에 강호된 뒤 효종 5년에 10년이 되는 錦城縣을 승호하도록 하였고, 《承政院日記 孝宗 4年 12月 12日, 14日》 弑夫의 변으로 강호된 慶州·肅川도 10년의 기한이 되었다고 하여 다시 승호하고 부사, 현감을 부윤, 부사로 고치도록 하였다. 《承政院日記 肅宗 5年 1月 4日》 다만 10년이 차지 않았더라도 임금의 명으로 복호하는 경우도 있었다. 穩城은 내지와 같지 않다고 하여 강호하고 3년 후에 구호를 회복하도록 하였고, 《承政院日記 仁祖 8年 2月 19日》 영조 1년, 壬寅獄 干連人 所居邑으로 강호된 곳을 3년이 지나서 다시 復號하도록 하였다. 《承政院日記 英祖 1年 4月 4日》

114) “積日 所謂十年降號者 謂其罪人就刑後十年也”《承政院日記 肅宗 5年 12月 28日》

115) 瑞興은 강상죄인 趙大立 作變으로 강호된 지 10년이 되어 다음해에 승호해야 했으나 대립을 아직 체포하지 못하여 취형하지 못했으므로 승호하지 않도록 하였다. 《承政院日記 肅宗 5年 12月 28日》

116) 10년의 기한보다 3년이 지난 숙종 8년에는 수령만 擇差하도록 하였고, 이후로도 숙종 35년까지 여전히 조대립이 체포되지 않아 모와 처가 옥에 갇혀있다가 《承政院日記 肅宗 8年 12月 4日, 35年 8月 20日》 영조 48년에야 비로소 승호되었다. 《承政院日記 英祖 48年 1月 14日》

117) 壬寅獄 干連人의 所居邑으로 강호된 곳을 복호하도록 하였는데 강호후 중 公山縣은 경종 2년에 현으로 강등된 뒤, 경종 3년에 弑夫罪人 順化가 入籍해서 三省罪人の 入籍邑이되어 승호하지 못하였다. 《承政院日記 英祖 1年 4月 4日》

윤으로, 현감은 부사로 고쳐 하비下批하는데¹¹⁸⁾ 이 승급 과정에서 수령에게 문제가 없어야 했다. 현에서 부, 목으로 승호할 때 부사, 목사로 올라가기 위해서는 당상이나 4품을, 군수로 올라가기 위해서는 5품을 거친 자여야 했다. 현감이 만약 4품을 거치지 않았으면 부사, 목사로 승급할 수 없고, 5품을 거치지 않았으면 군수로 승급할 수 없으며, 이럴 경우는 개차하였다.¹¹⁹⁾ 현감을 목사, 부사로 올리기 위해서는 현재 현감이 3, 4품을 거친 경력이 있어야 했다. 승호 읍에 적당한 수령을 차임하는 것이 쉽지 않음은 강호 때와 같았다. 이렇게 부, 목이 현으로 강등되면서 부사, 목사 등이 현감으로 되거나, 현감이 복호되며 상위의 직을 가지게 되는 과정에서 자질과 조건을 맞추어야 하는 등 그 처리는 생각보다 복잡했다. 강상죄에 대한 경계를 한다는 목적에 비해 수령직의 교체나 고을 읍의 병합, 혁파 등의 행정처리는 소모적인 점이 있었다.

이렇게 강호되거나 혁읍된 경우, 승호·복호되기까지 민들의 고충이 적지 않았을 것임은 쉽게 추측할 수 있다. 해당 고을 민은 그 사정을 하소연하면서 복호를 청하였다. 특히 혁읍의 경우 고을을 없애고 이웃 고을에 소속하게 하는데, 이들이 다른 읍에 통합되거나 복속되면 그 고을의 수령들이 복속된 이민을 자기 치하治下의 민으로 보지 않고 노예처럼 보면서 침학하므로 그 해를 고스란히 받는다는 폐단을 가장 많이 호소하였다. 주현의 관리가 그 고을을 마치 자신에게 딸린 하급 관청처럼 대하기 때문에 관속들이 모두 도망하여 흩어지고 인민들이 원망하여 몇 년 뒤에는 곧 황폐한 고을이 된다는 것이다.¹²⁰⁾ 또 타읍他邑에 분속되면 읍치邑治가 멀어서 응역應役이 매우 어렵다는 문제도 있었다.¹²¹⁾

창녕현昌寧縣 어영군御營軍 200여명이 복설을 청하는 소장을 올렸다. 창녕현이 강호되어 영산에 합속된지 7년이 되었는데 그 동안 관가에 납부해야 하는 물건도 여러 번 왕래해야 하는 등 그 억울함이 크다고 호소하면서 원납미 300섬을 납부할 테니 본읍을 복설해 달라고 청하였다.¹²²⁾ 당시 변란의 시기여서 군항미가 고갈되어 미곡의 수용이 필요한 상황을 배경으로 원납미 조건을 내건 상소를 올린 것이다.

이처럼 혁읍은 실제 해당 민들이 입는 피해가 강호보다 훨씬 컸고, 그 부당함을 위정자들도 인식하고 있었다. 흉년 등의 사정이 있거나 복속된 읍을 침학하여 민이 복호를 청하면 그 타당성을 검토하였으나 그렇다고 해서 10년이 되어야 복호한다는 법을 쉽게 어길 수도 없는 것이었다. 이에 숙종 11년, 혁읍의 법을 전폐全廢할 수는 없으나 지금 그 연한을 줄여 5년을 기한으로 한다면 그래도 민폐를 덜 수 있을 것이라 하여 강읍降邑은 이전대로 10년을 기한으로 하되 혁읍은 5년을 기한으로 복호하게 하였다.¹²³⁾ 혁읍의 경우만 그 기한을 반으로 줄인 것이다

118) 弑夫之變으로 降號된 지 10년의 기한이 된 慶州·肅川을 승호하면서 府使 金賓을 慶州府尹으로, 縣監 李斗龜를 肅川府使로 고쳐 下批하였다.

119) “洪陽縣監申兼濟 曾經四品 陞付牧使 嘉山縣監李炫 麻田縣監柳鳳鳴 曾經五品 竝陞付郡守 安陵縣監姜必慎 未經四品 改差何如 傳曰允”《承政院日記 英祖 1年 4月 4日》 “西原縣監洪致期 雖有準職承傳 未經四品 例不得陞爲牧使 楊根縣監李道載 未經五品 亦不可陞爲郡守 竝改差何如 傳曰允”《承政院日記 英祖 17年 1月 9日》

120) 《藥泉集 第八 疏筭》

121) 《承政院日記 英祖 8年 1月 27日》

122) 《承政院日記 仁祖 15年 2月 17日》

123) 《承政院日記 肅宗 11年 2月 25日》

그러다 더 나아가 숙종 22년, 역옥 외에는 수령파직과 혁읍은 하지 말고, 읍호만 강등 하도록 하였다.¹²⁴⁾ 이는 이후 강상죄인 연좌 시행 사료에서 ‘수령은 파직하지 말도록 일찍이 정탈하였다[守令則勿罷事 曾有定奪]’라고 하여 수령 파직은 하지 않는 근거의 문구로 거의 조문처럼 굳혀졌고, 역옥 죄인에게도 적용되었다.¹²⁵⁾

이처럼 강호, 수령파직의 연좌율은 역향逆鄉이라는 낙인과 수치를 주는 목적 외에는 합당한 명분이 없었다. 강호의 목적이 죄인이 태어나거나 살고 있는 곳의 사람들에게 연대 책임을 묻고 경계를 삼으려는 것이지만 그 목적보다 강호하여 생기는 폐단은 훨씬 컸다. 행정력은 낭비되었고, 해당 고을의 민에게 견디기 어려웠으며 사람을 죄주되 그 지역은 죄주지 않는다는 뜻에도 맞지 않는 제도였다.¹²⁶⁾ 그럼에도 강상죄인, 역모 죄인에 대한 읍호강등과 수령파직은 민을 경계시키고 악을 징계한다는 명분론에 따라 조선후기 내내 집행되었다. 그리고 1894년 갑오개혁 때 “죄인 자신 외에 연좌하는 율을 일절 시행하지 말라[罪人自己外緣坐之律一切勿施事]는 칙령으로 비로소 폐지되었다.

5. 맺음말

이상에서 조선후기에 시행되었던 연좌제를 법전 조문 검토, 그러한 조문이 만들어지게 된 계기와 배경, 그리고 《속대전》에서 연좌 죄목으로 등장한 강상죄인에게 적용한 파직처벌, 읍호강등, 수령파직 등을 중심으로 그 문제점과 나름의 역할을 살펴보았다.

조선에서는 《대명률》과는 다르게 죄인이 살던 집을 없애서 그 흔적을 없애고 공동책임을 물어 죄인이 살던 읍을 강등하고, 수령을 파직함으로써 반역죄와 강상죄를 모든 범죄 중에서 최상급의 수준으로 두고 강력한 형벌로 억제하였다. 가족을 넘어 사회, 공동체에 계까지 확대되었던 조선의 연좌율은 명률 규정보다 더 엄중한 것이었다.

그러나 실제 실행에 있어서 여러 문제가 발생하였음을 확인할 수 있었다. 우선 강호나 수령파직을 집행할 때 어떤 기준, 전거가 없었다. 이러한 연좌율은 고금의 법조문에 없을 뿐만 아니라, 옛 역사책의 전고典故와 법률가들이 기록한 내용과 조종조의 유사와 선현들도 모두 불가하다 하였기 때문에 반드시 따라야 할 규례는 아니었다.¹²⁷⁾ 특히 혁읍革邑은 조종조 고사故事나 여지승람에 실린 기록을 보면 읍인邑인이 수령에게 후욕詬辱하였을 때 특별하게 명한 경우가 있는 정도였다. 그럼에도 악을 징계하려는 뜻에서 죄인이 속한 공동체에 내리는 연좌 형벌로서의 기능은 매우 중요하였다.

대상읍을 지정하는 과정, 실제 강호하는 과정, 그리고 승호와 복호 과정에서 발생했던 여러 문제점과 행정력, 물력의 소모에도 불구하고 죄인의 공동체에 대한 연좌는 공고한

124) 《承政院日記 肅宗 22年 7月 8日》“逆獄外 罷守令·革邑安徐 只爲降邑號”《新補受教輯錄 史典 雜令》

125) 정형죄인 朴尙儉은 평안도 寧邊縣 태생으로 법례에 따라 수령 파직과 읍호강등을 해야 하나 수령은 파직하지 않도록 定奪되었으므로 寧邊府를 현감으로 강호하였다. 《承政院日記 景宗 2年 1月 22日》

126) “大辟罪人所居之邑 以降號改號 原非經傳攸在 從前不無其議 蓋罪其人而不罪其地也” 《承政院日記 高宗 8年 7月 20日》

127) “至於降號罷官 則非但古今法文之所無 前史故實 律家所錄 祖宗遺事 先賢所論 皆以爲不可 則恐非今日所當必遵之規也” 《藥泉集 第八 疏筭》

정권의 과시, 통치의 근간이었던 유교, 강상 이념을 백성에게 확인시킨다는 점에서 읍호 강등, 수령파직 등의 연대 연좌는 그 의미가 컸다. 게다가 부족한 재정 보충이나 관사에 게 유용하게 쓰일 수 있는 거리를 마련할 수 있다는 점에서 파가와 적몰된 가산은 꽤 의미있는 연좌의 결과이기도 했다. 형벌 목적의 구현, 유교 이념의 법제화, 그리고 경제적인 효용성의 측면에서도 조선시대 연좌제는 중요한 역할을 하였고, 갑오개혁때 폐지될 때 까지 사료에 많은 기록으로 그 자취를 남겼다.

조선후기 사주율(私鑄律)의 제정과 민의 사주(私鑄) 실태

유승희 (연세대학교 법학연구원)

1. 머리말
2. 사주율의 제정과 특징
 - 1) 숙종대 사주율의 제정
 - 2) 국전(國典)과 『대명률』 사주율의 특징
3. 사주 실태와 국가의 처벌
 - 1) 시기별 사주 실태와 특징
 - 2) 민간의 사주 양상과 처벌
4. 맺음말

1. 머리말

조선시대 살옥(殺獄)을 제외한 범죄 가운데 사형의 중벌에 처하는 것이 위조이다. 위조는 공공의 신용을 침해, 위협하는 공적인 속성을 갖는 범죄이다. 조선시대 위조를 하는 궁극의 목적은 문서, 인신, 화폐 등을 임의로 만들어 이득을 취하려는 것이다. 돈이 되는 것이면 모두 위조가 가능했기 때문에 위조범죄는 대상이 매우 다양하고, 이로 인한 추가피해가 발생하는 특징을 가지고 있다. 따라서 조선 정부는 초기부터 『경국대전』에 위조 항목을 설정해 위반자의 처벌규정을 마련했으며, 이후 사회변화 양상에 따른 새로운 조항들을 보완, 첨부하여 『속대전』, 『대전통편』 등 국전(國典)에 규정하였다.

조선시대 위조와 관련해서는 위조율에 관한 법적 고찰¹⁾을 비롯하여 당시 행해졌던 문서 위조 방법, 위조 고문서의 종류 및 특징을 분석해 고문서 진위감정의 기준을 제시하였다.²⁾ 더불어 18~19세기 서울지역 경제범죄의 특징으로 위조 양상을 살펴보았으며,³⁾ 영·정조 시대 공문서의 위조실태를 범주화하여 위조 주체, 방식 등을 고찰하였다.⁴⁾ 이처럼 기존연구에서는 위조의 범위가 인신 및 공문서에 제한되어 화폐 위조, 즉 동전의

1) 조지만, 『조선시대 형사법: 대명률과 국전』, 경인문화사, 2006.

2) 김은미, 「조선후기 교지위조의 일연구」, 『고문서연구』30, 2007; 『朝鮮時代 文書 僞造에 관한 연구』, 한국학중앙연구원 박사학위논문, 2007.

3) 유승희, 「18~19세기 漢城府 經濟犯罪의 실태와 특징 - 死罪를 중심으로」, 『서울학연구』31, 2008.

4) 조은정, 「영·정조대 공문서 위조의 실태와 정부의 대응」, 이화여자대학교 대학원 석사학위논문, 2014.

사적 주조인 사주(私鑄) 행위에 관한 검토는 미진한 측면이 있었다. 조선후기 화폐연구에서도 정부의 화폐 정책 및 유통, 화폐량, 전황 문제, 화폐론 등 그 실체를 파악할 수 있는 구체적인 연구성과가 대량 축적되어 있다.⁵⁾ 하지만 유통과정에서 발생한 사주전(私鑄錢)에 대해서는 고찰이 이루어지지 않았다.

조선후기 민간의 사주전 제작은 경제생활의 기본 교환수단인 화폐의 공신력을 무너뜨리고 거래질서를 문란케 하는 것으로, 위조범죄의 일반성과 특수성을 보여주고 있다. 동전의 사주는 필요한 장비와 기술을 가진 일부 사람들에게 의해 전문적으로 계획되고 실행되는 범죄이다. 동전주조에 필요한 원료와 장비 마련을 위한 재원도 상당해 사기, 절도 등의 여타 범죄와도 성격이 다르다. 조선 정부는 ‘이권재상(利權在上)’, ‘화권재상(貨權在上)’에 입각해 화폐 발행을 정부의 통제와 관리하에 시행하며 민간의 불법 사주를 엄격히 금하였다. 그리하여 화폐의 사주 및 도주(盜鑄), 사주전의 유통 등을 범하는 사람을 중죄로 처벌하였다.

본 연구에서는 조선시대 위조행위 중 하나인 ‘사주전문(私鑄錢文)’에 대한 정부의 규제 장치와 민간의 사주 실태를 살펴보고자 한다. 조선후기 동전 통용을 계기로 나타나는 사주범 처벌의 입법 과정과 특징, 민간의 사주 실태, 사주범에 대한 국가의 처벌 등을 파악할 것이다. 이러한 작업은 화폐 위조에 대한 국가의 인식과 화폐유통으로 인한 사회적 피해의 일면, 더 나아가 민간의 사주가 동전 유통에 끼친 영향 등을 살펴보는 계기가 될 것이다.

2. 사주율의 제정과 특징

1) 숙종대 사주율의 제정

조선 전기 민간의 상품거래에서 등가교환수단으로 널리 통용되었던 것은 포화(布貨)였다.⁶⁾ 태종은 재위 초기부터 민간에서 유통되고 있는 포화의 통용을 금지하고 정부에서 발행하는 저화(楮貨)를 본위화폐로 보급, 유통하는 화폐 정책을 추진하였다. 고액화폐인 저화의 유통은 위조범의 발생을 초래해 1411년(태종 11)에는 저화 위조를 단속하지 못한 개성 유후사 낭리(郎吏) 이원상(李原常), 이감(李敢), 최맹온(崔孟溫) 등이 처벌되었다.⁷⁾ 이듬해 1412년(태종 12)에는 위조 저화를 사용한 맹인, 무녀, 역리 등이 처벌되었고,⁸⁾

5) 조선후기 화폐에 대한 최근의 연구성과는 다음과 같다. 원유한, 『조선후기 화폐사』, 해안, 2008; 이정수·김희호, 『조선의 화폐와 화폐량』, 경북대출판부, 2006; 정수환, 『조선후기 화폐유통과 경제생활』, 경인문화사, 2013; 유현재, 『조선 후기 鑄錢정책과 財政 활용』, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 2014; 李憲祖, 「1678~1865년간 貨幣量과 貨幣價値의 推移」, 『경제사학』 27, 1999; 권내현, 「17~18세기 조선의 화폐 유통과 은」, 『민족문화연구』 74, 2017; 유현재, 「『우서』에 나타난 화폐유통론의 성격 - 화폐와 상업의 운영을 중심으로 -」 『韓國實學研究』 38, 2019; 김윤희, 「19세기 이중통화체제와 엽전 유통의 의미」, 『전북사학』 57, 2019.

6) 『經國大典』 戶典, 國幣.

7) 『태종실록』 권22, 태종 11년 윤12월 14일 경오.

8) 『태종실록』 권24, 태종 12년 10월 18일 경오.

1413년(태종 13)에는 세공(歲貢)으로 바친 저화에서 위조 저화가 적발되었다.⁹⁾ 이처럼 정부의 저화 유통 정책에 따라 저화의 대량 위조 및 발매가 적지 않자, 의정부는 이를 막기 위한 방책으로 위조범을 고발한 자에 대한 포상을 제안하였다. 포상의 내용은 진고자 가운데 공사 노비는 면천(免賤)을, 양인은 상금을, 관직자는 승진의 혜택을 주도록 하는 것이다.¹⁰⁾

이러한 저화 위조범의 처벌과 진고자의 포상은 『경국대전』 위조조에 규정되었다. 저화 위조범의 경우 인신 위조범을 참형에 처한 것보다 한 등급 낮은 교형에 처했다. 위조범을 잡거나 신고한 자는 관에서 정포(正布) 250필을 포상할 뿐 아니라 위조범의 재산까지 지급하였다.¹¹⁾

화폐 위조와 관련된 율문의 추가 제정은 포화·저화에서 동전 전용으로 정부의 통화정책이 전환된 17세기 후반에 이루어졌다. 조선후기 정부가 주전(鑄錢) 작업을 주도하면서 가장 염두에 둔 사항은 민간의 불법 사주 행위였다. 당시 동전 제작 방식은 관주(官鑄)와 사주(私鑄)로 구분되었다. 관주는 정부의 인허를 받은 합법적인 동전주조이다. 조선의 경우 호조, 상평청, 진휼청, 지방 감영 및 병영, 군영 등 중앙과 지방 각 기관에서 동전을 주조하였다. 사주는 정부의 민간 도급(都給), 협주(挾鑄), 불법 사주로 구분할 수 있다. 조선시대 동전 제작 과정에서 주조 장인 및 조역인(助役人)에게 지급하는 노임의 비중은 컸다. 이에 정부는 주전 비용을 최대한 절약하기 위한 노임 절감책을 단행했는데 그 방법이 협주였다. 협주는 정부의 허가 하에 동전을 제조하는 장인이 스스로 화폐원료 등을 마련하거나 주전을 실행한 이후 남은 재료를 동원하여 관로(官爐)를 이용해 사적으로 동전을 주조하여 자신들의 노임을 충당하는 것이다.¹²⁾ 정조대 호조 판서 김화진은 주전을 위해 설치된 관로에 장인들이 5일은 관전(官錢)을 주조하고, 하루는 자신들이 준비한 물력(物力)으로 동전을 주조할 수 있는데, 이를 협주라고 하였다.¹³⁾ 협주를 통해 주조된 돈은 협전(挾錢)이라 하였다. 협주의 경우 자력으로 주전할 원료를 마련해야 했으므로 장인들은 부민(富民)과 결탁해 이들을 물주로 삼고 함부로 협전을 주조하기도 하였다.¹⁴⁾

이러한 협전은 관전과 비교해 동전이 얇고 작아지는 등 두께, 크기, 강도 등에서 차이가 발생하여 화폐의 품질이 조악해지는 원인이 되었다. 이에 영조는 악전 주조의 원인이 되었던 협주를 불법 사주와 함께 엄격하게 금지하였다.¹⁵⁾ 그러나 순조대 여전히 재정 궁핍으로 장인들의 노임 지급이 어려워지자 정부는 동전주조 시 장인에게 발매철(發賣鐵)을 지급해 협주하는 방식으로 생계를 유지하도록 하였다.¹⁶⁾

주전 장인의 협주는 민간에 의한 화폐 도급 주전을 선도하는 역할도 했다. 민간에 의한 화폐주조는 다량의 화폐를 발행하기 위한 방책으로 숙종 이전에는 허가되었다. 1635

9) 『태종실록』 권25, 태종 13년 6월 6일 계축.

10) 『태종실록』 권27, 태종 14년 4월 5일 무신.

11) 『경국대전』 형전 위조, “偽造楮貨者絞 捕告者 官賞正布二百五十匹 仍給犯人財産.”

12) 원유한, 『조선후기 화폐사』, 2008, 해안, 50~52쪽.

13) 『정조실록』 권48, 정조 22년 3월 16일 경진.

14) 『승정원일기』 739책, 영조 8년 2월 25일 계축.

15) 『비변사등록』 124책, 영조 28년 8월 15일.

16) 『萬機要覽』 財用4, 錢貨 挾鑄式, “設鑄時 匠手輩無料布 故許給發賣鐵 使之挾鑄 俾作供役聊賴之資”.

년(인조 13) 2월 수원과 해주 등지에서 민간인에 의한 동전주조가 허가되었으며, 10월에는 최명길(崔鳴吉)이 통화량의 부족으로 화폐유통이 부진하자 민간에서 화폐를 주조하도록 인조에게 건의하였다. 1651년(효종 2)에도 한홍일의 건의에 따라 민간인의 화폐주조가 허가되었다.¹⁷⁾ 이처럼 17세기 전반에는 정부의 화폐 정책 방향이 동전 유통과 보급을 장려하는 데에 치중했기 때문에 민간의 화폐주조를 한시적으로 허가하였다. 그러나 동전 유통이 본격화되는 숙종대 이후부터는 민간의 도급 주전은 허용되지 않았다. 다만 1874년(고종 11) 박규수(朴圭壽)가 “갑자년(1864) 이전에는 부민(富民)에게 사사로이 물력을 갖추고 야로를 설치해 돈을 주조하고 관에 납세하도록 해 공사(公私)가 모두 편리하다고 하였다”¹⁸⁾라고 하여 철종대 민간인의 도급 주전이 행해졌음을 알 수 있다.

이처럼 사주 가운데에 민간인의 도급이나 협주는 정부의 인허를 받은 것이기 때문에 처벌 대상이 아니었다. 정부는 이를 제외한 불법 사주를 엄격히 금지하였다. 1633년(인조 11) 동전의 주조 및 유통방법을 아뢰는 과정에서 호조는 상평청의 주전 관리 감독과 『대명률』에 의한 사주범의 처벌을 제시하였다.¹⁹⁾ 조선의 경우 사주율이 마련되지 않았기 때문에 『대명률』 사위조(詐僞條)를 적용해 사주범을 처벌하고자 했다.

그러나 사주범의 처벌에 있어 『대명률』의 율문이 엄격하게 적용되지 않았다. 1672년(현종 13) 정부 주도의 주전이 행해지지 않은 상태에서 당이(當伊), 기남(奇男) 등이 사주 행각을 벌이다가 적발되자 조정에서는 이들의 처리문제를 논의하였다. 대신들은 『대명률』 사위조에 따라 사주범을 교형에 처해야 하지만, 사주 행위가 주전 사업이 시행된 시기에 발생한 게 아니라는 점을 들며 감사(減死)로 감형하자는 의견이었다. 재발의 폐단을 막기 위한 사주 금지 조치도 시행하지 않았다.²⁰⁾ 형조 판서 남용익(南龍翼)은 사주 금지 조치를 백성들에게 포고해야 한다는 견해였지만, 정치화(鄭致和), 김수항(金壽恒) 등은 동전 유통이 개성부 몇 고을에 한정되고 있다는 점, 관주(官鑄)의 규례가 없는 점 등을 들며 사주 금지는 형식적인 조치에 불과하다고 반대하였다. 이에 따라 현종은 사주범 당이, 기남 등을 감사정배에 처하고, 개성부의 동전 공급을 지원하기 위해 동전의 사주 행위를 금지하지 않았다.²¹⁾ 주전 사업이 전개되지 않았던 현종대에 사주범의 처벌이 『대명률』에 따라 엄하게 적용되지 않았음을 알 수 있다.

사주범의 처벌은 숙종 대에 이르러 변화를 보였다. 1678년(숙종 4) 2월 동전을 법화(法貨)로 채택하고 호조, 상평청, 진흥청, 정초청, 사복시, 어영청, 훈련도감 등 중앙의 7개 기관에서 본격적으로 동전을 주조, 발행하자, 정부는 민간의 사주를 중대 범법행위로 규정하고 처벌하였다. 그러나 『대명률』 사위조를 적용해 사주범을 처벌하지는 않았다. 1678년 동전 유통의 시작과 함께 적발된 사주범 일은금(日隱金), 박효신(朴孝信) 등에게 형조는 부대시(不待時) 참형에 처하고 처와 자식들을 대적(大賊)의 예에 따라 노비로 삼도록 했다.²²⁾ 이러한 형조의 조치는 사주범을 ‘밤에 무리를 이끌고 사람을 죽인 자[乘夜

17) 원유한, 『앞의 책』, 2008, 혜안, 54~55쪽.

18) 『일성록』 권146, 고종 11년 1월 13일.

19) 『인조실록』 권28, 인조 11년 11월 4일 임진.

20) 『승정원일기』 231책, 현종 13년 11월 23일 갑오; 12월 4일 을사.

21) 『현종실록』 권20, 현종 13년 12월 4일 을사; 『승정원일기』 231책, 현종 13년 11월 23일 갑오.

22) 『승정원일기』 267책, 숙종 4년 12월 23일 기축; 『受教輯錄』 刑典 僞造 649(1678년, 숙종 4년 전교).

率尙殺越人命者』²³⁾를 처벌하는 적도율을 적용한 것으로, 『대명률』 사위조에 의한 게 아니었다. 『경국대전』 위조저화와 『대명률』 사주동전율이 있었지만 두 법전의 조항에 따르지 않고 수범과 중범의 구분 없이 모두 적도를 다스리는 율로 사주범을 처벌하고자 한 것이다. 형조의 의견에 속종은 처자식에게까지 죄를 부여하는 것을 반대하고 사주전 죄인만 부대시 참형에 처하도록 하였다. 이러한 사주범의 부대시 참형은 『경국대전』과 『대명률』의 처벌보다 형이 가중된 것으로 사주범의 엄중한 처벌을 통해 화폐의 공신력을 떨어뜨리지 않으려는 정부의 의도를 엿볼 수 있다.

전국적인 기근으로 관서, 호남, 영남 등 지방관청에서 동전을 주조하기 시작한 1695년(숙종 21)에는 장인의 도주(盜鑄)에 대한 처벌이 재논의되었다. 도주는 대부분 관의 주조 과정에서 나타났다. 동전주조 시 또는 주조 직후 장인이 관에서 지급한 동철(銅鐵)을 훔쳐서 몰래 사주하는 것이기에 주전소에서 도주를 적발하기는 어려웠다.²⁴⁾ 1679년(숙종 5) 동전을 변통하는 일로 주전이 잠시 중단되자, 주전소 장인들의 도주가 발생하였다. 주전 초기 정부가 규정한 은전비가(銀錢比價)는 은 1전에 동전 40문이었는데, 이를 20문으로 개정해 동전의 가치를 높이려 하자, 장인들이 이 틈을 타고 몰래 주조해 이득을 취하고자 하였다.²⁵⁾ 장인의 도주로 만든 동전은 주원료인 주석을 넣어 만들지 않고 연철(鉛鐵)과 왜동(倭銅)으로 만들어 품질이 저열했으며, 무게도 관전에 비해 가벼웠다.²⁶⁾ 장인들은 이를 시장에 판매해 이득을 보았는데, 관주를 빙자해 사주를 자행한 것이다.

종래 도주자의 처벌은 도주한 장인을 사형에, 봉족(奉足)을 정배에 처하는 등 수종을 구분해 형벌에 차등을 두었다. 그러자 적발된 장인들이 목숨을 부지하기 위해 봉족으로 속이는 경우가 많았다. 정부는 도주에 있어 장인, 봉족 간 죄상의 차이를 구별할 수 없을 뿐 아니라, 봉족 역시 장인과 공모해 사주로 인한 이익을 분배하려 한 점을 들어 처벌에 차등을 두지 않도록 하였다. 그리하여 적도를 다스리는 율문에 따라 동전을 사주한 자는 장인과 봉족을 불문하고 모두 부대시 참형에 처하도록 하였다.²⁷⁾ 이러한 장인의 도주는 1742년(영조 18) 함경도에서 주전을 시행할 때에는 효시로 처벌하였다. 아울러 도주의 폐단을 막기 위해 장인을 돕는 조역인 역시 근찰과 토지가 있는 자로 선발하도록 하였다.²⁸⁾

형조에 의해 사주 접주인(接主人)의 처벌도 다시 논의되었다. 사주범의 경우 수범과 중범을 가리지 않은 채 모두 사형으로 처리한 데 반해, 접주인의 논죄에 대해서는 정식이 없었기 때문이다.²⁹⁾ 종래에는 주전 장소를 빌려준 접주인은 정범이 도망치면 처벌되지 않았다. 대신들은 사주전 접주인의 경우 집을 빌려줄 시점에 이미 사주 정황을 알고 있었다는 점, 장인과 사주의 이득을 나눌 것이라는 점을 들며 이들 역시 사형으로 논단

23) 『受教輯錄』 刑典 賊盜, 778. “賊人 則勿論明火得財與否 乘夜率尙殺越人命者 不待時處斬 其妻子爲奴定屬 (1670년, 현종 11년 전교).”

24) 『비변사등록』 90책, 영조 7년 10월 5일.

25) 『승정원일기』 272책, 숙종 5년 9월 13일 을사

26) 『승정원일기』 343책, 숙종 16년 10월 7일 갑자.

27) 『숙종실록』 권29, 숙종 21년 10월 23일 임자; 『비변사등록』 49책, 숙종 21년 10월 25일; 『秋官志』 卷 8 考律部 續條五 錢貨 私鑄錢; 『新補受教輯錄』 刑典 僞造 908(1695년, 숙종 21년 전교).

28) 『비변사등록』 110책, 영조 18년 1월 15일.

29) 『숙종실록』 권30, 숙종 22년 2월 29일 을묘.

해야 한다고 주장하였다. 그러나 숙종은 사주전이 중죄임을 인정하지만, 접주인까지 사형에 처하는 것에는 반대하였다. 다만 사주를 함께 모의해서 이익을 나눠 먹은 정황이 명백한 접주인만 사형으로 처리하고, 그렇지 않은 자는 감사(減死)하도록 하였다.³⁰⁾ 야로(冶爐)를 설치했으나 주조하지 않은 경우는 장 100, 유 3000리에 처했다.³¹⁾

이와 함께 동전을 사주한 후 버려둔 자에 대한 처벌도 논의되었다. 대신들은 사주범과 마찬가지로 사형에 처해야 한다는 의견이었지만 숙종은 사주범과 동일하게 처벌하는 건 지나치다고 여겨 차율로 규정하였다. 다만 접주인의 예와 마찬가지로 공모하여 이득을 나눠 먹은 경우는 사형으로 논단하였다.³²⁾

사주전문자와 함께 가은(假銀) 제조자의 처벌규정도 마련하였다. 1692년(숙종 18) 형조는 가은 제조를 동전 사주보다 죄상이 심하다고 파악하고 뒤 폐단을 막기 위해 법 제정의 필요성을 강조하였다. 이에 가은 제조자를 동전 사주의 예와 같이 부대시 참형에 처하도록 했는데, 인조대 가은을 만든 은장 지득룡(池得龍)을 효시한 사례를 참조한 것이다.³³⁾

이처럼 숙종대 주전 사업의 전개와 함께 사주의 폐해가 나타나자, 사주범의 처벌규정을 수정, 보완할 필요성이 대두되었다. 그리하여 사주 참여의 정도를 주범, 장인 및 조역인, 접주인, 동모분리자(同謀分利者), 설로미수자(設爐未遂者), 사주 사치자(私鑄捨置者) 등으로 구분해 사주율을 제정하였다. 주전 초기 「행전사목」에서 사주 장인은 사형에, 봉족은 정배로 형벌에 차등을 두었던 것에서 장인·봉족 모두 부대시 참형에 처하는 것으로 형을 강화하였다. 접주인 또한 사주범이 도망가면 처벌하지 않은 것에서 동모분리(同謀分利)의 여부, 사주 미수 등 사주 정도에 따른 차등을 두어 처벌하였다. 사주율의 제정과 함께 포고자(捕告者)의 포상도 강화하였다. 정부는 사주범을 사형에 처하는 데에 비해 포고자에 대한 포상이 가벼운 점을 거론하며, 사주범 고발의 통로를 넓히기 위해 포상을 강화하였다.

2) 국전(國典)과 『대명률』 사주율의 특징

앞서 살펴보았듯이 사주범 처벌에 대한 『대명률』의 상세한 규정에도 불구하고 숙종은 조선의 실정에 맞는 사주율을 제정하였다. 이는 그대로 『속대전』 형전 위조 사주전문자(私鑄錢文者) 조항에 규정되었다.³⁴⁾ 조선시대 화폐 위조 관련 조항을 『대명률』의 규정과 비교해 살펴보면, [표 1]과 같다.

30) 『승정원일기』 364책, 숙종 22년 3월 11일 정묘; 『秋官志』 卷8 考律部 續條五 錢貨 私鑄錢.

31) 『新補受教輯錄』 刑典 偽造 909(1696년, 숙종 22년 전교); 『秋官志』 卷8 考律部 續條五 錢貨 私鑄錢.

32) 『숙종실록』 권30, 숙종 22년 3월 11일 정묘.

33) 『승정원일기』 350책, 숙종 18년 10월 13일 무자.

34) 『續大典』 刑典 偽造 [私鑄錢文者], “私鑄錢文者 匠人及助役人 並不待時斬 主接者·同謀分利者 亦以一律論 設爐未行者 以次律論 捕告人 依捕強盜例論賞.”

[표 1] 국전과 『대명률』의 화폐 위조 관련 처벌조항

		국전(國典)	『대명률』	
저화 · 보초	교형	· 저화(楮貨)를 위조한 자	참형	· 보초를 위조한 자 · 와주(窩主) 및 실정을 알고도 매입해 사용한 자[知情買使者]
			장 100 유 3000리	· 압수한 위조 보초를 숨기고 관에 보내지 않은 자 · 진짜 보초를 깎아 내거나 덧붙이거나 그려 넣어 가짜를 만든 자
			장 100 도 3년	· [보초 변조의] 종범이나 실정을 알고도 사용한 자
			장 100	· 이장이 알면서 고발하지 않거나 순포(巡捕) 및 파수하는 관리·군인이 실정을 알면서도 고의로 놓아준 자
			장 80	· 순포를 제대로 하지 못해 위조범이 몰래 도망간 경우
동전	참형 (不待時)	· 사주한 경우 장인 및 조역인	교형	· 동전 사주자 및 장인
	사형	· 접주인, 동모분리자	유형	· 종범과 지정매사자
	유형	· 주조하려고 화로를 설치했으나 미수에 그친 자	장 100	· 사용하는 동전을 깎고 갈아 얇고 작게 만들어 구리를 얻어 이득을 취한 자 · 이장이 알면서 고발하지 않은 경우
금은	참형 (不待時)	· 가짜 은을 제조한 자	장 100 도 3년	· 금이나 은을 위조한 자
			장 90 도 2년 반	· 종범과 지정매사자

『대명률』에서는 지폐의 일종인 보초(寶鈔) 위조, 동전 사주, 금은위조로 구분해 화폐위조자의 처벌을 규정하였다. 보초를 위조한 경우는 수범과 종범을 불문하고 모두 참형에 처했다. 장소나 물품을 제공한 와주(窩主)나 위폐인 줄 알면서도 이를 매입해 사용한 자[知情買使者]도 참형이다. 관에서는 이들의 처벌과 함께 재산도 몰수하였다. 화폐 변조에 관한 조항도 마련했는데, 이 경우 위조와 달리 수범과 종범을 구분해 형벌을 차등 적용하였다. 수범은 장 100, 유 3000리에, 종범은 1등급 감등하여 장 100, 도 3년에 처했다. 변조한 보초임을 알고도 사용한 사람은 종범과 동일한 형을 부과하였다.

『대명률』에는 이러한 위·변조자의 처벌 외에도 압수된 위조 보초의 처리, 포고자(捕告者) 및 자수자 포상, 순포 및 위조범 관리의 부실 등 위조 적발 이후의 제반 처리 사항도 규정하였다. 압수한 위조 보초를 관에 보내지 않고 숨겨서 가지는 경우 변조한 자와 마찬가지로 장 100, 유 3000리에 처했다. 관에서는 위조범을 붙잡아 고발하는 이에게 포상으로 은 250냥을 주었으며, 추가로 범인의 재산도 지급하였다. 위조범이 죄를 뉘우치고 공범들을 붙잡아 자수할 경우 면죄와 함께 포고자의 예에 따라 포상했다. 반면, 마을 이장이 위조 정황을 알고서도 고발하지 않거나 순포(巡捕) 및 파수(把守)하는 관리나

군인이 위조 실정을 알면서도 일부러 놓아주면 장 100에 처했다. 순포를 제대로 하지 못해 위조범이 도망가면 장 80에 처하고 기한 내에 쫓아가 잡아 오도록 하였다.

이처럼 『대명률』에서는 저화 위조자에 대한 처벌만 제시된 『경국대전』과 달리 보초 위조 및 변조, 와주, 위·변조화폐 지정행사자, 적발된 위폐 처리, 위조범의 고발 등 화폐 위조에 관한 세부조항이 규정되어 있다. 이에 반해 동전 사주의 규정은 사주범과 변조의 경우만 제시되었다. 동전 사주범과 장인은 교형에, 종범과 실정을 알면서도 매입하여 사용한 사람[知情買使者]은 유형으로 처벌해 수종을 구분하였다. 변조자는 장 100의 형을 부과했다. 보초를 변조한 경우 수종을 구분해 유배와 도형에 처한 것과 달리 동전의 변조에 대해서는 수종의 구분 없이 모두 장형으로 처벌하였다. 동전 위조자에 대한 포고자의 포상으로는 은 50냥을 지급했다. 이는 보초의 경우 은 250냥을 지급한 것에 비해 5배 적은 수치이다.

금을 위조한 경우 조선에서는 수종의 구분 없이 부대시 참형에 처했다. 이는 앞서 언급한 대로 가은의 제조를 동전 사주보다 죄상이 심하다고 보았기 때문이다. 그러나 『대명률』에서는 금은 위조자를 수종으로 구분해 도형에 처하였다. 수범은 도 3년, 종범과 지정매사자는 한 등급 감한 도 2년 반의 형을 부과하였다.

이상으로 살펴본 바와 같이 조선의 국전과 『대명률』 화폐위조자의 처벌규정은 상이했다. 그러나 공통적인 특징도 발견된다. 우선, 국전과 『대명률』 모두 지폐와 동전 위조에 대한 형벌의 차이가 나타났다. 조선에서는 동전 사주범의 형벌이 저화 위조보다 무거운 데 반해, 『대명률』에서는 보초가 동전보다 더 무거운 차이를 보였다. 이러한 형벌의 차이는 사주율 제정 당시 역점을 두는 화폐 정책과 통용화폐의 가치 여부에 있다고 할 수 있다. 『대명률』 조항에 해석을 덧붙인 『대명률부례(大明律附例)』에서는 명대에 보초와 동전 두 화폐가 함께 통용되었음에도 형벌의 차이가 나타난 이유를 보초가 원대(元代)에는 없었던 화폐로, 명 홍무제가 재위 초기 법정화폐로 발행, 유통된 것이기 때문이라고 하였다.³⁵⁾

보초는 홍무제가 1374년(홍무 7) 보초제거사(寶鈔提學司)를 설치하고 이듬해 중서성(中書省)에 명하여 제조한 지폐이다. 보초 가운데에는 돈궤미 그림과 함께 ‘중서성에서 아뢰 바에 따라 대명보초(大明寶鈔)를 찍었으니 동전과 함께 통행하여 사용하되 위조하는 자는 참형에 처하고 고발하여 체포하는 자는 상으로 은 250냥과 위조범의 재산을 지급한다.’라고 적혀 있다.³⁶⁾ 홍무제가 오랜 기간 민간에서 사용한 동전을 보초 화폐로 하고, 보초를 주 화폐로 삼으려는 화폐 정책을 추진했기 때문에 보초를 위조한 죄인에 대해 중죄인 참형을 시행한다고 지폐에 명시한 것이다.

이러한 측면은 조선의 경우도 마찬가지라고 할 수 있다. 조선초기에는 포화와 저화를 국폐(國幣)로 삼았으나 저화는 16세기 이미 화폐 기능을 상실하였다. 반면, 동전은 17세기부터 정부 차원에서 정책적으로 유통하려는 법화였기에 저화보다 동전 위조에 대한 처

35) 『大明律附例』 卷24, 詐僞 第383條 私鑄銅錢, “寶鈔銅錢用同 而罰異者 蓋錢爲列代之所共有 鈔無前代者 係國朝專制 故重其禁.”

36) 장호, 「당대 이후 중국 화폐제도 변화에 관한 연구」 신라대학교 일반대학원 석사학위논문, 2022, 29~30쪽.

별을 강화했다고 할 수 있다.

다음으로 동전 사주법에 대해 사주 참여의 정도에 따라 처벌을 달리하였다. 조선의 경우 「행전사목」과 1678년(숙종 4) 사주 죄인의 처벌을 보면 수범과 종범의 구분이 없었다. 그러다 1693년(숙종 19) 형조 판서 유하익(兪夏益)이 「행전사목」과 왕의 수교 내용이 『대명률』의 수종을 구분해 처벌하는 조항과 차이가 있음을 지적함에 따라 수종을 구분해 형벌에 차등을 두기 시작하였다.³⁷⁾ 앞의 [표 1]에서 보듯이 『대명률』은 동전을 사주한 수범과 장인은 교형에, 종범과 지정매사자는 1등급을 감해 수종을 구분하였다. 『속대전』의 경우 전문(錢文)을 사주한 자로 장인과 조역인(助役人)은 모두 부대시참에 처했고, 접주인과 동모분리자(同謀分利者)는 일률에 처한다고만 하여 참형과 교형의 구분이나 대시(待時)의 여부 등을 규정하지 않았다. 따라서 조선에서는 접주인과 동모분리자를 종범으로 파악하고 『대명률』의 종범 규정을 인용해 한 등급을 감한 교형으로 처벌하였다.³⁸⁾ 다만 『대명률』에는 제시되고 국전에는 없었던 위·변조 화폐임을 알고 행사한 자의 처벌은 1905년 『형법대전』에 이르러서야 규정되었다.³⁹⁾

이상과 같이 숙종대에 마련된 사주법의 처벌조항은 『속대전』에 규정된 후 『대전통편』, 『대전회통』에 이르기까지 수정, 보완없이 조선의 사주율로 자리 잡았다. 이러한 사주율은 19세기 이후 그 적용 범위를 확대해 사사로이 책력(冊曆)을 만든 죄인이나 약환(藥丸), 총, 칼 등 병기를 사사로이 만들어 팔거나 계를 조직해 독점 매매하는 자들에게도 적용하였다.⁴⁰⁾ 국가의 주전 사업 시행 시 왜동(倭銅) 및 각 동점(銅店)의 동을 몰래 화매(和買)하는 사상(私商) 역시 사주율로 처벌하고 거래한 동은 모두 속공하였다.⁴¹⁾ 고종대에는 강 연안에서 사사로이 세금을 거두는 자에게도 사주율로 다스렸다.⁴²⁾

3. 사주 실태와 국가의 처벌

1) 시기별 사주 실태와 특징

17세기에 이르러 동전이 유통되기 시작하자 민간에서 사주의 움직임이 나타났다. 정부는 동전 유통 후 불법적인 사주를 방지하기 위해 사주율을 제정해 이를 위반하는 자를 엄하게 처벌하였다. 17세기 이후 사주법의 실태를 보면 다음의 [표 2]와 같다. 사주법의 파악은 17세기 국가의 주전 사업이 시행된 이후부터 정부가 「신식화폐발행장정」을 제정, 실시한 1894년 이전까지로 시기를 한정하였다. 각종 연대기 자료와 『포도청등록』에서 파악된 사주법의 실태는 현종대 1건, 숙종대 12건, 경종대 3건, 영조대 16건, 정

37) 『승정원일기』 353책, 숙종 19년 7월 3일 을사.

38) 『승정원일기』 2393책, 헌종 7년 8월 29일 경술; 『비변사등록』 229책, 헌종 7년 8월 29일.

39) 『刑法大全』 第四章 詐僞所干律 第十節 僞造律.

40) 『일성록』 순조 14년 2월 10일 임인.

41) 『일성록』 순조 16년 윤6월 15일 계사.

42) 『승정원일기』 2711책, 고종 4년 2월 30일 갑인.

조대 1건, 순조·헌종대 각 2건, 고종대 29건으로 총 66건이다.

[표 2] 현종~고종대 사주범의 실태

	연도	지역	사주자	행형
1	1672(헌종13)		奇男·當伊 等	
2	1678(숙종4)		日隱·金·朴·孝·信 等	부대시참
3	1691(숙종17)	안성	閔·行·姜·有·實·朴·伐·於	
4	1696(숙종22)		과녀·박씨(朴阿只)	석방
5	1697(숙종23)		金田, 李化永	석방
6			劉萬一	
7			崔太京	
8			陳吉龍	석방
9			金國建·鄭二命·金英業·鄭貴同·金壽丁 等	석방
10			宋昌·姜守命·金九鼎·李慶成·金淡·金延石 等	석방
11			雪香(知情不告者)	석방
12		1699(숙종25)		朴開川·柳雲發·金侖同·方戒云·德善 等
13	1702(숙종28)		韓道長	정배(진도)
14	1720(경종즉위)		李六建·朴二金	
15		인천 先甲島	卞煒信·黃古先·玄弼元	
16			吳善雄·吳世柱·金鳴夏·朴同伊	
17	1731(영조7)		李福伊·崔夏屎	
18		부평	楊遇春·撐金	
19	1732(영조8)		朴日宗	
20	1733(영조9)		柳萬永·李眞三·金四同	복주
21	1735(영조11)		張成昌	석방
22			金次道·曹厚經·崔今同	절도정배
23	1737(영조13)		李東柱·尹德化·朴儉山·金男伊	도배
24	1738(영조14)		尹英豪·李襄蒙	도배
25	1740(영조16)		柳太萬·吳廷奉	柳太萬·도3년·吳廷奉·杖配
26			朴弼起·李福伊	
27	1742(영조18)		孔德尙·朴震光	도배
28			尹英豪·李袁夢	
29	1748(영조24)		洪英俊	物故
30	1750(영조26)	서울	朴得貴	
31		서울	李甲寅	
32	1763(영조39)	서울	朴務行·林震華·李晦根·河有福·朴成逢 等	伏誅
33	1779년(정조3)	평안도 안주	金遠聲·林重新	장 100, 유 3000
34	1815(순조15)	개성부	韓文有·朴栻·金玉成·崔成大·朴春大	
35	1833(순조33)	개성부	張千漢	일률
36	1840(헌종6)	함경도 길주	朴仲道·金宗珏·安士義·李元水·許天·朴文弘·李應世	박중도·김종각·안사의· 부대시참 이원수·허찬·감사정배
37	1846(헌종12)	함경도 명천	黃喆云·周達龍·金珍燮·全應俠·蔡弘祿·劉永寬·任國信·金臣元·尹尙範·董天俊·金成祿·李允甲·趙允燮·金化謙 等	황철운·주달룡·김진섭·전응협·효수
38	1866(고종3)	함경도	李永云, 金文好 等	효수
39	1867(고종4)		金纘求·李雲翼·李柱憲·億金	김찬구·감사정배, 이운익 등·도배
40		황해도 해주	金呂成, 李元芳	유 3000
41		개성부	私奴 堧石	
42		서울	申奎元·金千石·李仲石·安今孫·池興得 等	효수
43		서울	李尙孫·南道汝·崔永甫·閔厚鎭	
44		전라도	李奇化·金辰成	효수
45		충청도 공주	李光石, 其弟成龍	
46		서울	李士善·金義煥·白元圭·白亨圭·吳景烈	

47		고양	金在孫, 尹商吉	
48		서울	禹鼎順·崔順弘·李連成·金道益·李厚奉·僧虎岩	효수
49		서울	李鳳夏·私奴·完福	
50			柳英俊·崔源明·韓君甫·僧性順	효수
51		수원부	車海龍·車榮植·金福用·徐好吉·崔興吉·韓致守·姜性心·朴化春·裴貴同	효수
52		송도	方浩心·田一夏·馬應遠·孔永祿·劉在豐·申文朝	
53		경기도 양근	閔秉烈 等 6人	
54		경기도 광주	申膺秀·金興信·趙萬同·千壽萬	
55			洪斗燮·李培永	
56		충청도	金九奉·崔宗來	효수
57	1868(고종5)	함경도	金今福·金致俊·張大云·張之憲·朱太平·崔萬祿·朴培俊	효수
58		황해도	張濟白·金基秋·文東元	효수
59			馬應遠	
60		간성	嚴振衡	
61	1877(고종14)		金永壽·李石甫·劉天萬·金萬仁·金興吉	절도정배
62		인천 화도진	柳景福·黃喜用·孫致凡 等	
63	1884(고종21)		朴庸一·李景翰	
64			金在萬·閔永範·金興福·金完甫·朴致成	
65			姜允信·任昌成	
66	1886(고종23)		金興吉	

[표 2]에서 보듯이 조선 후기 사주범은 1678년(숙종 4) 동전 유통이 본격화된 이후 끊임없이 발생하였다. 숙종대 정부의 주전작업은 1678년(숙종 4) 개시 이후 5년 뒤인 1683년(숙종 9)에 호조에서 시행했으며, 1685년(숙종 11)에는 공조, 1691년(숙종 17)에는 개성부, 1693년(숙종 19)에는 상평청, 훈련도감, 충용청에서 진행되었다. 1695년(숙종 21)에는 대기근으로 인해 관서, 호남, 영남 지역에서 돈을 주조했으며, 호서, 해서, 관동 지역은 진흥청에서 주조해 지급하였다.⁴³⁾ 숙종대의 경우 1697년(숙종 23) 정부의 주전작업이 중지될 때까지 2년에서 5년 간격으로 동전을 주조, 발행하였다.

숙종대 민간의 사주는 1678년(숙종4), 1691년(숙종 17), 1696년(숙종 22), 1697년(숙종 23), 1699년(숙종 25), 1702년(숙종 28)에 발생하였다. 1678년과 1691년은 정부의 주전작업이 시행된 시기이며, 1696년과 1697년은 주전이 진행되고 있는 시기이다. 대기근으로 인해 추진된 1695년 주전작업이 1697년 말까지 이루어졌는데, 1697년에 사주범 적발이 가장 많았다.

민간의 사주는 화폐가치 유무와도 관련이 있었다. 유통된 동전이 많아 화폐가치가 떨어지는 전천(錢賤) 현상이 나타난 1683년(숙종 9)과 1708년(숙종 34)에는 사주범이 발생하지 않았다. 이 시기에는 오히려 동전의 가치는 떨어지고 원료인 놋쇠(鑪)·철(鐵)·구리(銅)·주석(錫) 값이 오르자, 민간에서는 동전을 녹여 그릇을 만드는 휘전(毀錢) 현상이 발생하였다. 이에 정부는 동전의 원활한 유통을 위해 이들을 도주(盜鑄)의 율로 처리하여 금단하였다.⁴⁴⁾

43) 『萬機要覽』 財用4, 錢貨 鑄錢始末.

44) 『승정원일기』 297책, 숙종 9년 3월 13일 을묘; 『비변사등록』 권59, 숙종 34년 5월 15일.

이처럼 17세기 전반에는 화폐의 원료 부족으로 주전이 저조했다가 후반에 들어 일본에서 대량 수입된 동을 원료로 각 기관에서 많은 양의 동전을 주조 발행하자, 이를 기회로 여긴 민간의 불법 사주가 함께 성행하였다. 1698년(숙종 24) 시독관 이희무가 주전 초기와 동전의 크기가 다름을 지적하며 그 원인을 관의 주조가 예전 같지 못한 점과 민간의 불법 사주 때문으로 파악한 것은⁴⁵⁾ 이 같은 상황을 두고 한 것이다. 정부는 민간의 불법 사주가 화폐가치를 안정시키지 못하고 떨어뜨리는 요인이라고 생각했다.

정부의 주전작업은 동전원료의 공급난과 더불어 도박, 고리대, 뇌물, 도적 발생 등 사회문제가 촉진되는 주요 원인을 동전 유통보급으로 인식하는 등 동전 무용론에 대한 논의로 1731년(영조 7)까지 이루어지지 않았다. 국가의 주전 사업이 진척되지 못하자, 민간의 사주 역시 사그라드는 추세를 보였다. 하지만 사주 행위가 아예 없던 건 아니다. 1710년대부터 동전의 공급이 원활하지 못해 돈의 가치가 높아지는 전황(錢荒), 전귀(錢貴) 현상이 사회문제로 등장했으며, 비밀리에 사주가 행해졌다. 1725년(영조 1) 이광좌는 민간에서의 사주가 왕성하다는 소문을 듣고 이를 확인해 보기 위해 동전 1관(貫)을 가져다 살펴보니 새로운 모양이 많았다고 했으며,⁴⁶⁾ 1727년(영조 3) 이태좌는 돈이 귀해지는 시기에 유통되는 동전은 모두 간민의 사주전으로 파악했다.⁴⁷⁾

영조대의 경우 전국의 흉년과 전황을 해결하기 위해 동전주조가 재개된 1731년(영조 7) 이후 10년간은 거의 매년 사주범이 발생하였다.⁴⁸⁾ 이에 정부는 서울과 지방의 부상(富商)이 철물을 쌓아둔 채 관이 주조할 때에는 팔지 않고 사주하는 데에 몰래 팔다 적발될 경우 중죄로 처리했으며, 판매한 철물은 속공(屬公)하였다.⁴⁹⁾

영조대 16건을 보였던 사주범은 정조대에 이르러 1건을 보이며 급감하였다. 정조대에는 1779년(정조 3) 평안도 안주에 사는 김원형(金遠聲)과 서울의 상전인(床廩人) 임중신(林重新)이 당전(唐錢)을 매매해 사주전 지정매사율을 적용해 장 100, 유 3000리의 처벌을 받은 사례만 나올 뿐이다.⁵⁰⁾ 영조대와 달리 정조대 사주범 발생이 극히 저조했던 배경에는 정부의 주전 정책 변화가 큰 역할을 했다고 생각된다. 1693년(숙종 19) 영의정 권대운(權大運)은 사주전 발생 요인 중 하나로 주전을 전관하는 기관이 없다는 데에서 찾았다. 그러면서 이에 대한 폐단으로 여러 기관에서 돈을 주조하기 때문에 돈의 규격이 일정하지 않고, 철물 가격이 등귀할 뿐 아니라 사주의 폐단도 많다고 하였다.⁵¹⁾ 이러한 주전 관리체계의 획일화는 1785년(정조 9) 전황을 극복하기 위해 호조에서 주전 사업을 전관함으로써 이루어졌다. 호조는 1785년에 동전 67만 냥을 주조했으며, 이듬해에는 100만 냥으로 주조액을 올렸다. 1788년(정조 12) 이후부터는 매년 5~6만 냥을 규칙적으로 주조, 발행하는 연례 주전제를 실시하였다.⁵²⁾ 정조대 연례 주전은 계획대로 매

45) 『숙종실록』 권32, 숙종 24년 5월 6일 기묘.

46) 『승정원일기』 677책, 영조 5년 1월 10일 을묘.

47) 『승정원일기』 649책, 영조 3년 11월 5일 정사.

48) 영조대에는 1731년 주전 재개 이후 11년 만인 1742년(영조 18)에 함경도에 기근이 들어 함경감영에서, 1750년(영조 26)에 호조, 선혜청, 삼군문에서, 1757년(영조 33)에 충용청에서 돈을 주조하였다(『萬機要覽』 財用4, 錢貨 鑄錢始末).

49) 『비변사등록』 124책, 영조 28년 8월 15일; 『비변사등록』 132책, 영조 33년 3월 21일.

50) 『승정원일기』 1451책, 정조 3년 10월 28일 무인.

51) 『숙종실록』 권25, 숙종 19년 7월 3일 을사; 『비변사등록』 47책, 숙종 19년 7월 4일.

년 진행되지 않았지만, 1791년(정조 15), 1793년(정조 17), 1795년(정조 19), 1798년(정조 22)에 호조 주관으로 주조가 이루어져 대체로 격년으로 주전 사업이 전개되었음을 알 수 있다.⁵³⁾

주전 관리의 획일화와 연례 주전제 실시 외에 주전 이익이 적었던 것도 사주범 발생이 감소하게 된 이유로 파악된다. 18세기 정부의 주전 이익은 영조대의 경우 최고 61%에서 최저 20%였으며, 정조대에는 최고가 20%이며, 1786년(정조 10)에는 3%, 1795년(정조 19)에는 1%밖에 되지 않았다. 정조대 주전을 통한 이익 감소는 주원료인 구리의 가격 상승 및 수입량 감소, 연료비 증가 등 주조 상황이 좋지 않은 데에서 나타난 결과였다.⁵⁴⁾ 1784년(정조 8) 비변사 당상 조시준(趙時俊)은 동전을 주조할 때 들어간 비용과 주조된 돈의 수량이 서로 일치해 주전 이익이 발생하지 않아야만, 사주의 폐해도 없다고 파악하였다.⁵⁵⁾ 정조대 주전 이익의 감소는 민간의 사주에서도 마찬가지로여서 사주범의 감소로 나타나지 않았나 추측해 볼 수 있다.

정조대 주춤했던 사주범은 19세기에 들어 다시 발생하였다. 1815년(순조 15)에는 박식(朴枳), 한문유(韓文有), 김옥성(金玉成), 최성대(崔成大), 박춘대(朴春大) 등 5인에 의한 불법 사주 행위가 적발되었다. 박식은 김옥성과 함께 주물 장인인 최성대와 박춘대를 불러모아 전판(錢板)을 제작하였고, 한문유는 집 뒤편 행랑에 사주 장소를 마련해 주전할 화로를 설치하고 필요한 물력을 준비하였다. 이들이 현장에서 압수당한 사주전은 32냥이었는데, 순조는 나머지 위전을 찾는 대로 모두 녹여 유통되지 못하게 하였다.⁵⁶⁾ 박식 등의 예에서 볼 수 있듯이 19세기에 적발된 사주범들은 이전 시기와 비교해 다수의 인원이 사주에 참여하며 조직화하는 양상을 보여주고 있다.

19세기 민간의 사주는 고종대에 이르러 29건으로 급증하였다. [표 2]에서 보면 1867년(고종 4)과 1868년(고종 5), 1884년(고종 21)에 사주범이 증가하는데, 이 해는 당백전과 당오전이 주조, 발행된 시기이다. 1866년(고종 3) 10월 흥선대원군은 경복궁 증건 비용의 부족으로 인한 국가재정의 확보를 위해 호조에게 주전을 명하고 금위영을 주전소로 하여 당백전을 주조했으며, 이듬해 6월에 주조를 마무리하였다.⁵⁷⁾ 당백전은 액면 가치가 상평통보 1문(文)의 100배인데 비해 실질 가치(소재 가치)는 5~6배에 불과해 많은 주전 이익이 발생하였다. 따라서 당백전의 유통 후 사주 행위가 많이 적발되었으며, 정부는 압수된 사주전을 모두 녹여 유통하지 못하도록 하였다.⁵⁸⁾ 1867년(고종 4) 경기도 양근에서는 민병렬 등 6인이 산간에 주전 화로를 설치하고 사주를 하는 데도 관속이 뇌물을 받고 금단하지 않아 사주범의 처벌은 물론 관속까지 사주율로 처리하였다.⁵⁹⁾ 와 관속까지 모과 1868년(고종 5)의 사주범 발생은 이러한 당백전 주조의 여파로 파악할

52) 李碩崙, 『우리나라 화폐금융사』, 박영사, 1994, 132~133쪽.

53) 『萬機要覽』 財用4, 錢貨 鑄錢始末.

54) 유현재, 『앞의 논문』, 2014, 145~146쪽 [표15] 참조.

55) 『일성록』 정조 8년 2월 9일 을축.

56) 『일성록』 순조 15년 7월 29일 임자; 10월 18일 기사; 11월 27일 무신.

57) 『增補文獻備考』 卷159, 財用考6 錢貨 朝鮮.

58) 『고종실록』 권5, 고종 5년 2월 30일 무신.

59) 『승정원일기』 2721책, 고종 4년 12월 28일 정미.

수 있으며, 다.

1883년 2월에는 재정 충당과 화폐 부족을 타개할 목적으로 서울과 강화, 의주 등에 주전소를 설치하고 당오전을 주조하였다.⁶⁰⁾ 당오전 역시 액면 가치가 상평통보 1문(文)의 5배였으나 소재 가치는 2배에 지나지 않았으므로 주전 차익이 크게 발생하였다. 이에 주전하는 편수와 공장들이 사적으로 구리와 아연을 매입하자 정부는 관에 들이는 것을 제외하고 함부로 매입한 자를 사주율로 처벌하였다.⁶¹⁾ 10월에는 당오전의 주조를 전 환국으로 일임하고 기타 주전소에서는 엽전을 주조하도록 하되, 당오전을 몰래 주조한 편수와 공장을 사주율로 처리하였다.⁶²⁾ 당오전의 발행과 함께 민간의 사주 역시 주전 차익을 노리고 성행하였다. 1884년(고종21) 주전 편수 손치범은 일본인 2명 등과 함께 인천 화도진 배 안에서 열흘간 400냥을 사주하였다.⁶³⁾ 박용일은 안영식, 전도룡, 정치홍 등과 당오전 100여 냥을 주조했으며, 이경한은 주전 편수인 아들이 썼던 연장으로 사주를 하다 포도청에 체포되었다.⁶⁴⁾

이처럼 사주범에 의한 불법 사주는 정부의 주전 시기와 맞물려 발생했으며, 주전 차익이 높을수록 활발하게 나타나는 경향을 보였다. 화폐가치가 상승할수록 사주의 빈도도 높아 집안의 유기를 녹여 사주하는 자가 나타났으며, 반대로 떨어질수록 동전을 녹여 그릇을 만드는 훼손 현상이 발생하였다. 주조한 동전의 품질 악화 역시 민간의 사주를 부추겨 사주전이 쉽게 유통되는 원인이 되었다. 이에 영조는 동전의 원활한 유통과 공신력을 높이기 위해 훼손과 함께 장인의 협주도 금지하는 조치를 시행하였다.

2) 민간의 사주 양상과 처벌

조선후기 민간의 사주는 경상도, 평안도를 제외한 전 지역에서 발생했으며, 신분층도 다양했다. [표 2]에서 보면 사주범의 발생지역은 서울을 비롯해 경기도 광주·고양·양근·안성, 인천, 부평, 충청도, 황해도, 개성부, 전라도, 함경도 길주·명천 등이다. 이 가운데 개성부는 동전 유통이 본격화되기 이전인 1672년(현종 13)부터 사주범이 발생하였다. 상업이 일찍부터 발달한 개성부는 이미 1583년(선조 16)부터 토지와 노비를 비롯해 쌀, 과일, 채소 매매 시 동전을 사용하고 있어 다른 지역보다 동전 유통이 활발했다. 이러한 개성부의 경제활동은 주변의 강화(江華), 교동(喬桐), 풍덕(豐德), 장단(長湍), 연안(延安), 배천(白川)에도 영향을 주어 이들 지역까지 상품거래 시 동전을 사용하는 화폐유통권으로 만들었다.⁶⁵⁾ 이 시기 개성부에서는 정부에서 주조한 동전이 아닌 민간에서 유기를 부수어 무문전(無紋錢)을 만들어 사용하였다.⁶⁶⁾ 이 같은 지역적 특징은 사주범이 이른 시기부터 발생하는 요인이 되었다. 1679년(숙종 5)에는 개성 유수 정륜(鄭鎭)이 백

60) 『고종실록』 권20, 고종 20년 2월 21일 임신; 10월 18일 을축.

61) 『승정원일기』 2916책, 고종 20년 9월 13일 경인.

62) 『승정원일기』 2917책, 고종 20년 10월 18일 을축.

63) 『고종시대사』 권12, 1884년 윤5월 3일.

64) 『左捕廳臚錄』 권18, 1884년 윤5월 29일.

65) 『增補文獻備考』 卷159, 財用考6 錢貨 朝鮮.

66) 『승정원일기』 231책, 현종 13년 11월 23일 갑오.

성들에게 사주를 허락하고 세금을 거둔 일이 발생하기도 하였다.⁶⁷⁾

인천의 경우 주변 해도(海島)에서 사주 행위가 발생하였다. 사주범들은 관의 기찰을 피해 몰래 동전을 주조해야 했기 때문에 사람들의 눈에 띄지 않는 섬이나 산골짜기를 사주 장소로 이용하였다. 심지어 바다에 배를 띄워 놓고 그 안에서 몰래 주조하는 일도 있어 감사, 병사, 수사, 통제사에게 각 진보(鎭堡)에 신칙해 이들을 적발하게 하였다.⁶⁸⁾ 선갑도에서 체포된 사주범 변위신(卞煒信), 황길선(黃吉善) 등은 대량의 주전 원료와 연료를 가지고 사주를 하였다. 이들은 모두 주전장(鑄錢匠)으로, 영종 첨사는 생동(生銅) 3000근, 연철(鉛鐵) 2000근, 숯 200석, 약간의 동전, 주전 기계 등을 함께 몰수해 포도청으로 이송하였다.⁶⁹⁾ 진도와 나주 소속의 섬에서도 사주범들이 들어가 동전을 몰래 주조하였다. 전라 병사는 섬의 민호를 500호 이내로 파악하고, 이들 대부분을 사주범이거나 왕래하는 배를 노략질하는 도적으로 의심했다. 이에 군사 2인을 파견해 섬을 기찰했다가 도리어 기찰 군사가 도민에 의해 살해된 후 효수되기도 하였다.⁷⁰⁾

불법 사주가 외딴 섬에서 발생하는 양상은 고종대에도 마찬가지였다. 사주범 3인이 덕적진(德積鎭) 여도(厲島)로 들어가 사주하다 주전하는 기계를 압수당하기도 하였다.⁷¹⁾ 1867년(고종 4) 이사선(李士善)은 김의환(金義煥), 백원규(白元圭), 백형규(白亨圭), 오경렬(吳景烈) 등과 사주를 모의하다 포도청의 기찰에 체포되었다. 이들은 당백전을 사주할 계획으로 유철(鑄鐵) 100근을 마련해 섬으로 들어가려고 염창(鹽倉) 항구에 있다가 포교에게 체포되었다.⁷²⁾ 1884년(고종21)에는 유경복이 편수 손치범, 일본인 2명과 함께 배를 빌려 남양부(南陽府) 섬에서 400냥을 사주하고 인천항으로 돌아와 정박하다 배 안에 주전 기계가 있다는 첩보를 받은 화도진 군졸에게 체포되었다.⁷³⁾

함경도는 19세기에 이르러 주요 불법 사주 지역이 되었다. 이는 산이 많고 갑산에 동광이 개발되어 원료 공급이 다른 지역보다 원활한 이점이 있었기 때문이다. 1840년(헌종 6) 서복진 진교(鎭校) 염처옥(廉處玉)은 군기감 관원으로 각종 군기와 동총(銅銃)을 훔쳐낸 후 무뢰배와 함께 이를 화로에 녹여 동전을 주조하였다. 사주에 참여한 사람은 박중도(朴仲道), 박문홍(朴文弘), 김종각(金宗珪), 안사의(安士義), 이원수(李元水), 허천(許天) 등 6명이다. 헌종은 군기 투절과 사주를 모두 범한 염처옥을 효수했으며, 화로를 설치한 후 군기를 녹여 동전을 주조한 박중도, 김종각, 안사의는 부대시 참형에 처했다. 그 밖에 이원수는 총을 운반하거나 매입해 이익을 분배하고, 허천은 집을 빌려주어 대시(待時) 교형에 처했다가⁷⁴⁾ 10개월 뒤인 1842년(헌종 8) 소결 심리에서 감사정배되었다.⁷⁵⁾

67) 『승정원일기』 269책, 숙종 5년 4월 13일 정축.

68) 『승정원일기』 378책, 숙종 24년 4월 10일 갑인; 『비변사등록』 50책, 숙종 25년 5월 17일; 『승정원일기』 397책, 숙종 27년 5월 25일 신해.

69) 『승정원일기』 547책, 경종 2년 11월 11일 임진; 『승정원일기』 565책, 경종 4년 4월 5일 무신.

70) 『승정원일기』 768책, 영조 9년 11월 4일 신사.

71) 『八道四都三港口日記』 1·2, 1884년 6월 13일 關仁川監理.

72) 『右捕廳臚錄』 권23, 1867년 5월 18일.

73) 『고종시대사』 권12, 1884년 윤5월 3일.

74) 『승정원일기』 2379책, 헌종 6년 5월 25일 갑인; 『비변사등록』 229책, 헌종 7년 6월 11일; 『헌종실록』 권8, 헌종 7년 8월 30일 신해.

75) 『승정원일기』 2403책, 헌종 8년 6월 6일 계미.

1846년(헌종 12) 함경도 명천부(明川府)에서는 사주범 14명이 체포되었다. 이들은 주범인 황철운(黃喆云)을 중심으로 화로 제작, 구리 및 석탄매입, 돈을 주조할 전판 제작, 연마(鍊磨), 사주 장소 제공 등 작업을 분담해 사주 행각을 벌였다. 황철운은 사주를 주동했으며, 주달룡(周達龍)은 화로 제작, 채홍록(蔡弘祿)은 구리 매입을 담당했고, 김진섭(金珍燮), 전응협(全應俠)은 전판을 만들어 돈을 주조하였다. 또한 조운섭(趙允燮)과 김화겸(金化謙)은 화롯불을 피워 연마하였고, 김성록(金成祿)·동천준(董天俊)·이윤갑(李允甲)은 구리를 매입해 일을 도왔다. 그 외에 임국신(任國信)·김신원(金臣元)은 모두 접주(接主)로서 연료인 석탄을 사 왔으며, 유영관(劉永寬)·윤상범(尹尙範)은 집을 빌려주는 등 작업을 분담해 조직적으로 사주를 계획, 실행하였다.⁷⁶⁾

정부는 6년 전인 1840년(헌종 6)에 사주범을 처벌했음에도 재차 사주가 발생하자 이들을 엄격히 처벌하고자 했다. 이에 황철운·주달룡·김진섭·전응협 등 4인을 수범으로 간주해 효수하고, 나머지 8인은 조역인, 접주인 등으로 처리하여 유배에 처하였다. 동철(銅鐵)의 판매를 허락한 이원楫(李元楫)과 사주의 기미를 알고 뇌물을 받은 정운득(鄭云得)은 『대명률』의 알고도 고발하지 않은 죄목으로 장 100의 형을 부과하였다.⁷⁷⁾ 1866년(고종 3)에도 함경도 길주에서 사주범이 체포되었는데, 수범인 이영운, 김문호 외에 16명이 사주에 참여하였다. 의정부는 법을 어기고 국경을 넘나드는 자들은 모두 사주를 하다가 이득을 얻지 못한 자들이라며 변방의 방비를 엄격히 하도록 요청하였다.⁷⁸⁾

사주범 가운데에는 주전 작업의 특성상 야주(冶鑄)에 능숙한 땀장이[汗匠], 두석장(豆錫匠), 연죽장(煙竹匠) 등 장인이 많았다. 관인이나 사족이 사주자로 거론되기도 했다. 1681년(숙종 7)에는 전주 판관 심집(沈楫)이 수천 관의 돈을 주조하고서 7, 8백 냥 정도만 문서에 기록해 사헌부의 탄핵을 받았으며,⁷⁹⁾ 1738년(영조 14) 내포(內浦)에서 발생한 사주 행위에는 사족이 가담해 체포되기도 하였다.⁸⁰⁾ 1867년(고종 4)에는 서소문 밖 신교에 사는 유업 이봉하(李鳳夏)가 김인택(金仁宅), 오명칠(吳明七), 임성중(任聖仲), 사노 완복(完福)과 함께 집 대청 뒷방에서 당백전 7전을 주조하였다. 이들은 나중에 다시 주조하기 위해 주전에 사용했던 납(鉛), 유철(鑰鐵), 함석, 석탄, 풍구(風口) 등을 편자동에 사는 조재길(趙在吉)에게 맡기기도 하였다.⁸¹⁾ 또한 선전관 김찬구(金纘求)가 이운익(李雲翼), 이주헌(李柱憲) 및 사노 억금(億金)과 함께 당백전을 주조해 감사정배되었다.⁸²⁾

사족녀도 있었다. 1696년(숙종 22) 판서 이경증의 손부인 과녀 박씨가 사주죄를 범했는데, 집에다 주전 야로를 설치하고, 3일 동안 동전을 주조하다 포도청에 체포되었다.⁸³⁾ 사족녀가 불법 사주를 주모한 일이 발생하자 지평 송징은(宋徵殷)은 시폐소(時弊疏)를 올려 이를 동전 유통의 폐단으로 지적하고 주전 중지를 왕에게 요청하기도 하였다.⁸⁴⁾

76) 『비변사등록』 233책, 헌종 12년 8월 12일; 『비변사등록』 233책, 헌종 12년 10월 21일.

77) 『비변사등록』 233책, 헌종 12년 8월 12일; 10월 21일.

78) 『비변사등록』 251책, 고종 3년 2월 24일.

79) 『숙종실록』 권11, 숙종 7년 3월 19일 임신.

80) 『승정원일기』 872책, 영조 14년 5월 29일 경진.

81) 『右捕廳臚錄』 권23, 정묘(1867년) 12월 14일.

82) 『고종실록』 권4, 고종 4년 2월 17일 신축.

83) 『숙종실록』 권30, 숙종 22년 3월 12일 무진; 『승정원일기』 369책, 숙종 23년 1월 10일 임신.

84) 『숙종실록』 권30, 숙종 22년 8월 3일 병술.

훈련도감 포수가 동전을 사주하기도 하였다. 1759년(영조 26) 11월 서울 도성 안 남부 어청교에서 훈련도감 포수 박귀득이 포교의 순찰에 사주한 정황이 발각되었다.⁸⁵⁾ 12월에는 같은 곳에서 훈련도감 포수 이갑인(李甲寅)이 체포되어 사주전과 주전 기계 등이 압수되었다. 박귀득과 이갑인 모두 홀로 사주전을 만들다 포도청에 체포되었다.⁸⁶⁾

이처럼 민간의 불법 사주는 문서 위조와 다르게 다수의 인원이 참가하였다. 문서 위조는 1인이 하는 경우가 대부분이며, 서리나 잔반(殘班)이 전문적으로 하는 경향이 있다. 사주범 역시 박귀득과 이갑인처럼 호기심이나 돈을 마련하기 위해 일시적으로 위조행위를 하는 자도 있지만, 19세기의 경우 대부분 기술과 자원을 가지고 전문성을 갖춘 다수의 사람이 작업을 분담해 조직적으로 하는 전문 사주범이다. 1884년 당오전 400냥을 사주한 손치범과 유경복은 주전 편수와 공장이었다. 손치범은 일본인 하루다 사쿠이치(春田作市)와 리키타케 후지로(力武富次郎)에게 구리 값을 빚져 독촉을 받았으므로 이를 갚기 위해 당오전 400냥을 사주해 하루다와 리키타케에게 주었다.⁸⁷⁾ 이들의 처벌은 사주율에 의해 부대시 참형에 처하도록 국전에 규정되었다. 그러나 1846년(헌종 12) 황철운, 주달룡 등을 효수로 처벌한 이후 사주 수범자들은 모두 효수되었다.

조선후기 사주범에 의해 주조된 사주전의 규모를 보면 1815년(순조 15) 한문유 등은 사주 장소에서 32냥을 압수당했다. 1867년 이봉하 등은 당백전 7전을 주조해 재료비를 제외하고 공범들과 1전씩 나누어 가졌다.⁸⁸⁾ 고양에 사는 이연성, 김화숙, 박관성, 박씨 노미는 당백전 5냥 4전을 주조해 4명이 9전씩 나누어 사용하였다. 특히 이연성은 이후 창의문에 사는 우정순, 최순홍 등과 동모해 재차 당백전 4냥 2전을 주조해 각 7전씩 분급하는 등 여러 차례 당백전을 주조하였다.⁸⁹⁾ 개성부 사주범 방호심, 전일돌, 마응원, 유재풍, 신문조 등은 산에다 막사를 치고 각자 화로를 설치한 후 여러 차례 당백전을 주조했다. 방호심은 구전(舊錢)을 녹이거나 잡철을 사용해 사주전을 만들었으며, 마응원은 집에 있는 유기 17근으로 당백전 1냥을, 유재풍과 신문조도 식기와 요강을 깨서 당백전 9전을 주조하였다.⁹⁰⁾ 이러한 사주전은 품질이 조악했으므로 관에 납부하는 세금으로 사용할 수 없었다. 따라서 사주전은 위전의 여부를 잘 모르는 민간에 유통되었는데, 빚을 갚거나 밥값을 지불하는 데 사용되었다.⁹¹⁾

4. 맺음말

조선은 이권재상, 화권재상의 명분을 내세워 국가의 통제와 조정하에 화폐주조사업을 관리, 감독하는 화폐 정책을 시도하였다. 이를 통해 동전의 유통보급을 장려했으며, 주전

85) 『승정원일기』 1062책, 영조 26년 11월 11일 경술.

86) 『승정원일기』 1063책, 영조 26년 12월 10일 기묘.

87) 『고종시대사』 권12, 1884년 윤5월 3일.

88) 『右捕廳謄錄』 권23, 1867년 12월 14일.

89) 『右捕廳謄錄』 권23, 1867년 11월 6일.

90) 『右捕廳謄錄』 권23, 1867년 11월 24일.

91) 『左捕廳謄錄』 권15, 1867년 5월 25일.

의 국가관할권을 강화하고 민간 내 사주를 금지, 통제하였다. 이렇게 정부가 사주전의 통제에 나선 것은 화폐의 안정적인 유통기반을 확고히 해 공신력을 갖게 하기 위함이었다. 화폐 위조가 통화에 대한 신뢰 저하와 그에 따른 경제 질서 혼란 등의 제반 문제를 야기하므로 정부는 이에 대비하는 정책을 마련하였다. 조선후기 사주율의 제정은 이러한 정부의 의도, 의지가 반영된 것이라고 할 수 있다.

조선은 『대명률』 사주 전문 조항이 있음에도 조선만의 사주율을 만들어 이를 체계적으로 정비하려고 노력하였다. 동전의 사주는 어보·인신, 공문서위조와 마찬가지로 개별 유형의 하나로 국전에 규정되었으나 처벌은 상대적으로 가중되었다. 인신 위조를 부대시, 대시의 구분이 없이 참형으로 규정하는 데 반해 동전의 사주는 부대시 참형을 규정하고, 철저히 수범자에게 의법적용하였다. 이는 법화로서 동전의 가치를 높인 것뿐 아니라 동전의 사주가 화폐거래 안정과 유통질서의 혼란을 가중해 민간에 미치는 피해나 파급력이 크다고 생각했기 때문이다.

국가의 강력한 처벌에도 조선후기 동전의 사주는 끊임없이 발생하였다. 다양한 신분층에서 사주 행각을 벌였으며, 전국에서 발생해 사주 지역의 광역성도 보여주었다. 19세기에 이르면 다수의 인원이 참가해 조직화된 사주 양상도 나타났다. 철을 녹여서 돈을 주조해야 하므로 자본과 기술이 필요했고, 산골이나 섬, 배 안 등 은밀한 장소에서 사주가 행해져 범죄행위의 발견에 어려움이 있었다.

이러한 조선후기 사주범의 발생은 동전이 가치저장 수단으로서 민간에 확고히 자리 잡고 있음을 의미한다고 할 수 있다. 그러나 주조한 사주전의 양이 많지 않았고 사주 도중 또는 사주를 벌이기 전 포도청이나 군영의 기찰에 체포되어 민간의 사주가 조선후기 동전 유통에 미친 영향은 그리 크지 못한 것으로 파악된다.

19세기 ‘신인득 偷竊사건’을 통해 본 포도청 수사방식의 특징

차인배 (연세대학교 법학연구원)

목차

- | |
|------------------------|
| I. 머리말 |
| II. 투절사건에 대한 포도청 수사 |
| III. 신인득의 진술 번복과 조작 실태 |
| IV. 형조의 變招者 처리와 관련자 처벌 |
| V. 포도청 수사방식의 특징 |
| VI. 맺음말 |

I. 머리말

포도청과 각 진영장은 ‘戢盜’를 목적으로 설치되었지만, 19세기 들어 사회 전 분야에서 늘어난 신종 범죄를 규제하기 위한 금조가 추가되면서 업무 부담이 가중되었다. 포도청은 강변 일대 가설부장을 증원하는 등 조직 변화를 통해 치안 공백을 메우려 시도했지만, 급격한 사회 변동으로 야기된 혼란을 잠재우기는 역부족이었다. 동시에 백성의 일상에 밀접히 개입했던 포도청은 규제라는 명분으로 폭력적 무단 권력을 남용함에 따라 부정적 인식의 확산으로 대중의 집단 저항에 직면하기도 했다. 포도청에 대한 저항은 부당한 공권력 남용이 원인이었는데 ‘誤捉平人’¹⁾이 폐단 중 하나였다. 포도청은 범죄의 증거가 명확히 드러나지 않은 사건에서 몇 가지 단서를 통해 범죄자를 추적하기 마련인데, 이때 용의자를 잡아들여 조사하는 것은 수사 절차상 불가피했다. 오착에 대한 범주가 모호했기 때문에 사안에 따라 붙잡은 쪽과 붙잡힌 쪽 간 갈등과 분쟁이 발생할 여지가 많았다.

신인득 투절사건은 포교가 그를 오착한 것으로 시작되지만, 이후 포교 일행이 범죄의 내용을 가공해 절도범으로 둔갑시킨 일종의 조작 사건이었다. 이 과정에서 포교와 포졸은 불법적으로 수사를 동원해 평민을 범죄자로 둔갑시켰다. 그런데 포도청에서 작성한 공초에는 이러한 조작 과정은 대부분 생략되고 꾸며진 진술과 자백만 남아있다. 『포도청등록』의 모든 공초가 이런 방식으로 조작되지 않았지만, 신인득 투절 사건을 통해 볼 때

1) 오착의 다른 용어인 故禁과 故勘은 수사기관의 관리가 범죄와 상관없는 일반인을 범인으로 지목해 강제로 고문하고 수감하는 행정의 폐단 중 하나였다. 고감을 금하는 규정은 『대명률』에 관리가 사적인 원한을 품고 평민을 고의로 囚禁하는 자는 장 80에 처하고, 이 때문에 죄수가 사망하면 그 관리를 교수형에 처하도록 명시하고 있다(『大明律』 卷28 刑律11, 斷獄, 故禁故勘平人條).

어느 정도 그럴 개연성도 충분하다. 특히 형사사건의 경우 초기 수사 내용이 범죄의 성격을 규정하고 향후 재판에도 영향을 미치기 때문에 공초 기록을 다룰 때는 신중하게 접근할 필요가 있다.

한편 김우철은 『추안급급안』을 통해 의금부의 추국 과정에 작성된 결안의 절차적 의미와 형식을 자세히 분석하여 시대별 재판의 실태를 고찰한 바 있다.²⁾ 이 논문은 의금부의 추국 절차에서 작성된 추안과 최종 판결문인 결안 등 문서가 어떻게 작성되는가에 따라 재판의 결과와 성격이 달라질 수 있다는 점을 시사하고 있어 필자에게 많은 영감을 주었다. 한편 기왕의 포도청에 관한 연구는 조직 정비와 기능 변천 등 주로 제도사 분야에 국한되어 오다가 최근 포도청과 형조 간의 범죄자 이송 절차에 관한 법률정책을 고찰한 논문도 있었다.³⁾ 그러나 포도청의 범죄 수사 및 심리 과정 등을 자세히 다룬 연구는 전무한 실정이다. 포도청·형조·의금부의 사법적 특성을 이해하기 위해서는 수사-심리-처벌에 관한 전 과정을 확인할 수 있는 사건을 선별해 기관별 심리의 차이와 특성을 비교 고찰할 필요가 있다. 특히 『포도청등록』은 사건에 대한 죄수의 1차 진술인 공초와 결안을 포함하고 있어 초기 수사 과정과 내용을 파악할 수 있지만, 사건의 전 처리 과정을 확인할 수 없다는 한계도 있다. 따라서 심리절차 전반을 이해하기 위해서는 『승정원일기』, 『추조결옥록』, 『추안급급안』 등의 자료를 동시에 활용해야 한다.

사법 절차상 포도청이 작성한 공초는 범죄를 성격화 규정하여 사건을 재판에 부치는 원천 자료이며, 형조와 의금부의 심리에서도 최종 판결하기 위한 핵심 증거가 되기도 한다. 따라서 포도청의 수사 기록은 재판의 향방과 유무죄에 직접적인 영향을 끼치기에 사건의 진실을 최대한 잘 담아야 한다. 하지만 신인득 투절사건의 사례처럼 진실을 가장한 허위 공초는 무고한 사람을 범죄자로 둔갑시킬 가능성도 있다.

본 논문은 19세기 포도청의 기찰포교가 범죄를 수사하는 과정에서 동원됐던 수사 방식을 고찰하고 그 특징을 살피기 위한 것이다. 신인득 투절 사건은 단편적인 사례지만 포교들의 수사 기법과 관행을 이해하기에 주목할만한 정보를 제공하고 있다. 따라서 포도청의 수사 과정을 파악하기 위해 사건 전반을 밀도 있게 분석해 그 특징을 찾아낼 필요가 있다. 따라서 본 논문은 우선 포도청의 신인득 투절사건에 관한 초기 수사 내용을 검토하고, 형조로 이관된 후 사건을 반전시키는 무복 과정을 순서대로 살펴보고자 한다. 다음으로 신인득과 포도관원에 대한 재수에서 드러난 포교들의 불법 수사 내용을 소개하고 그들의 처벌 과정을 규명하겠다. 마지막으로 이 사건에서 사용됐던 포도청의 몇 가지 수사 기법을 설명하고 그 특징을 고찰하겠다.

II. 투절사건에 대한 포도청 수사

1) 포도청의 신인득 절도사건 수사

2) 김우철, 「조선후기 推鞠 운영 및 結案의 변화」, 『민족문화』 35, 한국고전번역원, 2010.

3) 차인배, 「조선후기 포도청 연구」, 동국대 박사학위논문, 2008; 차인배, 「조선후기 포도청의 사법적 위상과 활동」, 『역사민속학』 58, 한국역사민속학회, 2020.

1823년(순조 23) 3월 11일 밤 영조의 후궁인 정빈 이씨의 위패를 모셨던 延祐宮에 도적이 들어 의물을 도난당한 사건이 발생했다. 도적은 분합문의 조목을 빼서 궁의 정당 안으로 잠입해 鑪燭臺 1쌍, 香爐 1개, 香盒 1개, 豆錫書杖 2개 등의 철물과 紫芝雲紋大緞主袱 1장, 紫芝綿絢冊袱 1장 등의 보자기를 훔쳐 달아났다. 사건에 대한 보고를 받은 순조는 왕실과 관련한 엄중한 절도사건인 만큼 특별히 좌우포도청에 기한을 정해 범인을 잡아들이도록 지시했다. 전교를 받고 사건 수사에 투입된 좌변포도군관 조덕행(60)과 우변포도군관 홍순량(56)이 탐문수사를 펼쳤지만, 정해진 기한이 다 되도록 사건의 단서조차 찾지 못했다. 때마침 포교들은 연희궁 수직군 신인득이 궁궐 담장 기와를 투매한 전력이 있다는 제보를 받고 의물 투절 사건에 연루 가능성 직감했다. 거의 두 달을 넘게 범인의 흔적조차 찾지 못했던 포도청은 마침내 신인득을 용의자로 체포해 신문을 시작했다.

5월 20일 첫 번째 신문에서 포청은 신인득의 신원은 물론 연희궁에서 투절한 행적 등을 숨김없이 직고할 것을 종용했다. 이에 신인득은 가난한 살림 때문에 의물을 훔칠 수밖에 없었다고 범행 동기를 밝히고 훔친 주보들은 낚아서 이미 소각했다고 자백을 시작했다. 이어서 그는 축대·향로·향합·두석서장 등은 이문동에 거주한 파철상 김가에게 6냥을 받고 팔았고, 正鐵·火鐵 등의 具機는 布廬 입구에서 지나가는 철상에게 2전 7푼을 받고 넘겼다고 죄상을 낱낱이 고했다. 나아가 그는 본궁에서 빼돌린 月廊瓦子·墻垣瓦子 또한 여러 차례 조금씩 나누어 내다 팔았으며, 창고를 헐고 남은 나무도 집으로 가져와 땔나무로 사용했다며 이전의 투절 범행도 모두 털어냈다.⁴⁾ 같은 날 2차 신문에서 포도대장은 수직군사 신분으로 엄중한 곳에서 물건을 훔친 신인득의 비행을 신랄하게 꾸짖고, 이런 류의 절도는 혼자 저지를 수 없는 범죄라며 동모자를 추궁했다. 포도청 신문에서 이미 죄수가 자복했더라도 공모 여부를 따져 수범과 증범을 가리는 것은 심리 절차상 중요한 요건이었다.⁵⁾ 그러나 그는 이러한 지경에 어찌 거짓을 고하겠느냐며 한사코 홀로 저지른 일이라고 공모를 완강히 부인했다.⁶⁾ 결국 포도청은 본 사건을 신인득이 궁궐 담장 기와는 물론 연희궁 의물을 투절한 후 장물을 팔아 이득을 취한 단독투절사건으로 결론을 내렸다.

이어서 포도청은 신인득에게 장물을 매입한 장물아비 김흥손에 대한 1차 신문에서 장

4) 『左捕廳臚錄』 4권, 1823년 5월 20일, 白等 汝矣身以何許漢居生, 于何處所業何事是喻.(인디) 宮家事體何等尊嚴, 而無難跳入作, 此偷竊之舉究, 其所犯萬戮猶輕, 今於嚴問之下, 行賊節次, 毋敢一毫隱諱 從實直告爲齊.

矣身本以宮洞居內侍金鎖玉家婢夫 辛巳五月分 得差延祐宮守直軍士兼以正堂直隨行是白乎於, 貧窮所致不知死罪. 今三月十一日夜, 潛入本宮正堂, 拔其分閣排目, 入去堂內, 所偷鑪燭臺一雙, 有蓋香爐一坐, 有蓋香盒一坐, 豆錫書杖二介等物. 其翌日平明 持往于鍾樓東海廬, 則廬人姑未出來, 適逢里門洞居破鐵商金哥爲姓漢, 合捧價六兩而斥賣是白遣, 紫芝雲紋大緞主袱一件, 紫芝綿絢冊袱一件, 年久朽破, 故燒火滅跡. 又於伊夜正堂庭前, 所偷正鐵火鐵具機一, 捧價二錢七分, 賣於布廬屏門過去破鐵商處是白乎於, 本宮書題所後月廊瓦子及墻垣瓦子, 流伊於各人處, 庫舍毀壁處中, 防木二介偷出, 點火於矣家是白乎於, 此外無他可達之辭是白置, 相考處置教事.

5) 『大明律』 卷18 刑律, 賊盜, 共謀爲盜.

6) 『左捕廳臚錄』 4권, 1823년 5월 20일, 白等 汝矣身身爲守直軍士, 如是作變於莫重莫嚴之地, 萬萬驚悚, 節節兇孽, 此非汝矣身可獨辦, 必有和應同謀之漢, 今於更嚴之下, 毋敢抵賴, 更良一一直告爲齊.

矣身所犯罪狀, 萬死無惜是白乎於, 如有同謀者, 則到此地頭, 有所顧惜, 而不以實納告乎? 偷竊一款 矣身獨自爲之, 而已無他同情是白置, 遲晚納招相考處置教事.

물을 매입한 경위를 추궁했다. 그는 종로 동해전 앞에서 어떤 사람이 축대·노합·서장 등의 물건을 척매하기에 이문을 바라고 6냥을 지급하고 매득했으며 깨진 곳이 있어 녹인 후 다른 그릇을 만들어 팔았다고 자백했다.⁷⁾ 이어서 진행된 그의 2차 신문에서 포도청은 궁실의 물건은 일반 사가에서 사용하는 도구와 모양 다르다는 사실을 설명한 후 김홍손에게 그 물건이 장물인 줄 알면서도 故買한 것인지를 집중적으로 캐물었다. 즉 『대명률』에 따르면 와주가 가절도의 장물을 알고도 구매하는 경우는 買物을 계산해서 坐贓律로 처벌했고, 모르고 誤買한 자는 불좌한다고 규정하고 있다.⁸⁾ 따라서 김홍손이 매득한 물건이 어떤 물건인지 인지하고 구매했는지를 밝히는 것은 그의 유무죄를 따지는 중요한 요건이었다. 이에 김홍손은 처음에 疑訝한 마음이 들어 물건의 내력을 물었는데, 신인득이 “자신을 장동의 궁속으로 궁내에서 사용하는 물건들이 오래되어 파손돼서 새 물건을 들이기 위해 파는 것”이라고 대답하자 그 말을 믿고 구매했다고 진술했다.⁹⁾ 즉 그는 이 물건들이 일반 물건과 달라 의심했지만, 신인득의 신분과 그의 판매 이유만 듣고 誤買했다고 실토했다.

결국 이는 절도범 신인득과 매장인 김홍손의 범죄 동기가 뚜렷했고 도난품 항목과 매득 값에 관한 진술도 일치했으며 무엇보다 그들의 죄를 시인했다는 점 등을 보면, 죄상이 명백히 드러난 투절 사건이었다. 따라서 포도청은 신인득이 연호궁 의물 투절, 궁장기와 및 창고벽을 허물고 목재 등을 빼돌렸다는 죄목을 초기에 적시해 사건을 형조로 이관했다.

2) 포도청의 재수사

형조로 이관된 사건을 포청으로 다시 내려보내는 것은 1738년(영조 14) 이후 금지되었지만,¹⁰⁾ 포청의 계목을 받아본 순조는 이 사건을 포청으로 되돌려 보내 재차 엄핵하도록 지시했다.¹¹⁾ 순조의 이러한 조치는 왕실의 사당¹²⁾에서 발생한 절도사건에 신중을 기한 것이기도 했지만, 당시 형조판서가 차임되지 않은 상황에서 次堂이 심리를 진행할 할 수 없다는 절차상 규정 때문이었다.¹³⁾ 재수사를 지시받은 포도청은 5월 22일 신인득과

7) 앞의 자료, 白等 汝矣身以何許漢居生, 於何處所業何事是喻, 今此賊招內鑰燭臺一雙·有蓋香爐一坐·有蓋香盒一坐·豆錫書杖二介, 竝賣於汝矣身處是如, 丁寧納招其果買取乎? 今於查問之下, 毋敢隱諱從實直告爲齊.

矣身居于南大門外里門洞, 以破鐵商爲業是白乎於, 今三月日不記平明, 因事入來城中是如可, 到鍾路東海塵肆前, 則適有何許漢持燭臺與爐盒·書杖等物欲爲斥賣 故矣身爲其牟利之計, 合給價六兩, 果爲買得, 而多有破傷處, 故治造他器轉賣是白置, 此外無他可達之辭, 相考慮置教事.

8) 『大明律』卷18, 刑律, 賊盜, 盜賊窩主.

9) 위의 자료, 白等 汝矣身所買之物, 既是宮家見失器物, 則其所制樣與私家之物有異, 汝矣身安敢免故買之罪乎? 伊時和買情節, 更良一一直告爲齊.

矣身果有疑訝之心, 問其所從來, 則厥漢言內, 吾以壯洞宮屬隨行, 而宮內所用燭臺爐盒, 而年久破傷, 故造物新件退出舊件 如是斥賣云. 故矣身見其人物色, 果是宮屬, 無他疑慮, 而買取是白如乎, 矣身雖是愚昧之漢, 莫重器物, 敢故買乎? 雖死杖下, 此外無他可達之辭是白置, 相考慮置教事.

10) 차인배, 『조선후기 포청의 사법적 위상과 활동 변화』, 『역사민속학』 58, 한국역사민속학회, 2020, 41쪽.

11) 위의 자료, 48b면.

12) 연호궁은 영조의 후궁인 정빈 이씨의 사당임.

13) 『승정원일기』 순조 23년 5월 22, 金啓溫啓曰, 卽者刑曹郎廳來言, 因左右捕盜廳啓辭, 延祐宮正堂內偷竊罪

김홍손을 형조에서 압송해 조사를 진행했다. 신인득에 대한 세 번째 신문은 첫 번째와 똑같이 그의 신원과 궁가에 들어가 투절한 행적 등을 숨김없이 직고하도록 했는데, 신인득 또한 첫 번째 공초 내용과 거의 똑같이 대답했다.¹⁴⁾

네 번째 신문에서는 포도대장이 施威를 통해 범정의 엄중함을 환기한 후 새로운 질문을 이어갔다. 즉 네 번째 문목의 전반부는 두 번째 문목 내용과 마찬가지로 공모자 여부에 관한 통상적 질문이었지만, 문목의 후반부에는 신인득이 후보와 책보가 오래되고 해져서 불에 태웠다는 진술을 의심하고 낡은 보를 굳이 훔친 이유를 추가로 따졌다. 이에 신인득은 야밤에 훔쳤기에 그 상태를 확인하지 못했고 밝은 날 다시 보니 보들이 낡아 쓸모가 없었기에 이것들을 태웠다고 진술했다.¹⁵⁾ 후보에 대한 포도대장의 의심도 매서웠지만 신인득의 해명도 어느 정도 개연성이 있었다. 포도대장은 이어서 보자기와 관련해 추가로 신문을 이어갔는데, 훔친 보자기에 담긴 물건이 존재했다고 추정해서 그 출처를 추궁했다. 신인득은 두 개의 보자기에 싸인 물건은 없었다고 부인하며 더 이상 훔친 물건이 없다고 주장했다. 또한 그는 황양목 圖畧 3개 중 1개가 없어졌다는 말을 나중에 次知宮官에게 들었다며 도장 분실 사건에 대한 혐의도 부인했다.¹⁶⁾

한편 장물아비 김홍손에 대한 재조사도 진행되었는데, 3차 신문의 문목 역시 1차 때와 똑같이 신원에 대한 정보 및 장물 매입 경위 등을 되물었다. 김홍손의 공초 내용 역시 1차 신문과 동일하게 종로 동해전 앞에서 신인득에게 6냥을 주고 매득했으며 파손이 심해 녹여서 다른 그릇을 만들어 팔았다고 진술했다. 이어진 4차 신문의 문목 역시 2차 때와 똑같이 장물인지 알고 구매했는지를 묻는 고매 여부를 따졌다. 김홍손의 공초 내용 역시 자신은 처음에 의심했지만, 신인득이 궁속이라는 신분과 고물의 재활용이라는 이유

人申仁得，移送秋曹，照律事命下，而判書未差，次堂例不得舉行云。未差之代，政官牌招開政差出，待下批，牌招以爲開坐之地，何如？傳曰，允。

14) 『左捕廳臚錄』 4권, 1823년 5월 20일, 46b쪽, 白等 汝矣身以何許漢居生, 于何處所業何事是喻, 宮家事體何等尊嚴, 而無難跳入作, 此偷竊之舉究, 其所犯萬戮猶輕, 今於嚴問之下, 行賊節次, 無敢一毫隱諱, 從實直告, 亦推問教是臥乎在亦

矣身本以宮洞居, 內侍金鎖玉家婢夫, 辛巳五月分, 得差延祐宮守直軍士, 兼以正堂直隨行是白乎於, 貧窮所致, 不知死罪, 今三月十一日夜, 潛入正堂, 拔其分閣排目, 入去堂內, 所偷鑰燭臺一雙, 有蓋香爐一坐, 有蓋香盒一坐, 鑰書杖二介, 其翌日平明, 持往于鍾樓東海塵, 則塵人姑未出來, 適逢里門洞居破鐵商金哥爲姓漢, 合捧價六兩, 而斥賣於是白遣, 紫芝雲紋大緞主袱一件, 紫芝綿細冊袱一件, 年久朽破, 故燒火滅跡, 伊夜正堂庭前, 又爲所偷正鐵火鐵具機一, 捧價二錢七分, (賣於)布廬屏門過去, 破鐵商處是乎於, (本宮)書題所後月廊瓦子及墻垣瓦子, 流伊偷賣於各人處庫舍毀壁處中, 防木二介偷出, 點火於矣家是白置, 此外無他可達之辭, 相考慮置教味白齊.

15) 위의 자료, 50a~50b쪽, 罪人申仁得施威, 白等 汝矣身身爲守直軍士, 如是作變於莫重莫嚴之地, 萬萬驚悚, 節節兇擗, 此非汝矣身所可獨辦, 必有和應同謀之漢訟除良, 主袱與冊袱, 既是年久朽破, 則初何偷出, 而終何燒火是喻, 無非粧撰之說, 今於更覈之下, 毋敢如前抵賴, 更良從實直告亦, 推問教是臥乎在亦.

矣身所犯罪狀, 萬死無惜是白乎於, 如有同謀者, 則到此地頭, 有何顧惜, 而不以實納告乎? 偷竊一款 矣身獨自爲之, 而已無他同情是白遣, 主袱與冊袱, 乘夜偷出, 不知朽破是白加尼, 及其天明更爲見之, 則問多破傷, 故既偷之物, 不敢還排, 而或恐現露, 仍爲燒火是白如乎? 矣身若有斥賣於藏置處, 則安敢隱諱乎, 丁寧燒火是白置, 雖死杖下, 更無可達之辭, 相考慮置教味白齊.

16) 위의 자료, 50b~51a쪽, 白等 汝矣身屢次盤覈, 一直漫漶訟除良, 袱中且有裹置之物而見失, 則必是汝矣身同時偷出者是去乙, 終不吐實之狀, 尤極痛惡今於更覈之下, 未吐情節, 毋敢如前粧撰, 更良一一直告亦, 推問教是臥乎在亦.

矣身所犯實狀已, 悉於前後招是白在果, 所偷兩件袱中, 別無裹置之物, 而急於滅跡, 仍即付火之時, 矣身女息十五歲兒, 傍見要取, 故初不許給, 皆爲燒火是白乎於, 伊後得聞次知宮官之言, 則黃楊木圖畧三介內一介無之云是白乎矣, 矣身初不見之是白遣, 正堂所排鑰鑰鐵環排目等物, 自在宮內之狀, 上下宮屬, 共所知之是白乎於, 窓戶段所塗之紙, 隨數隨排, 實無偷出之事是白置, 雖死杖下, 此外更無可達之辭, 相考慮置教味白齊.

를 듣고 매득했기 때문에 고매가 아니라며 억울함을 호소했다.

이처럼 순조의 재수사 명령에 따라 포도대장은 신인득을 상대로 1차에서 신원 및 범죄 절차, 2차 공모자 여부, 3차 신원 및 범죄절차, 4차 공모자 및 낡은 보자기 투절 이유, 5차 보자기에 싸인 물건의 행방 등을 차례로 물었지만, 새로운 범죄 사실을 추가로 밝혀 내지 못했다. 하지만 재수사에서 포도대장은 낡은 보자기를 투절한 이유와 보자기 속의 물건 소재 등에 관한 질문을 통해 추가 범죄를 밝히려고 노력하기도 했다.

좌우포청은 신인득에게 세 차례, 김홍손에게 두 차례 신문을 진행한 후 다음과 같은 보고를 올렸다. 즉 매장인 김홍손이 노합과 축대 서장 등을 녹여 다른 그릇을 만든 것과 신인득이 보자기를 불태운 사실은 분명지만, 추가로 궁중의 물건을 훔친 정황을 찾지 못해 판부 내에 더 이상 신문할 단서가 없다며 형조로 이송하여 조율할 것을 청했다.¹⁷⁾

Ⅲ. 신인득의 진술 번복과 조작 실태

1) 형조의 추고와 신인득의 무복 주장

5월 25일 좌우포청이 작성한 更覈啓目を 이관받은 형조는 신인득과 김홍손을 조율하기 위해 최종적으로 포도청 진술 내용에 관한 확인 절차에 들어갔다.¹⁸⁾ 형조는 일단 주범인 신인득에게 포도청에서 공초했던 투출 정황을 재차 직고하도록 주문했다. 그런데 신인득은 포도청에서 자백한 내용이 모두 무복이라며 수직군으로써 도난 현장을 목격했던 정황과 이후 포교들이 자신을 절도범으로 몰았던 과정을 상세히 진술하기 시작했다.

그의 진술에 따르면 5월 13일 본궁의 제향일 아침 그는 “동료군사 임용대와 청소하기 위해 정당 내로 들어갔다가 정당의 門鑰과 排目이 계단 밑에 떨어진 것을 보고 곧바로 입직중관에게 이 사실을 알렸다”고 당시의 상황을 설명했다. 이어서 그는 “당내로 들어가 후보와 향로를 도난당한 것을 확인하고 본궁에 알려 도적을 기포하도록 요청했다”고 진술했다. 즉 그는 수직군으로써 본궁의 절도 현장을 처음 발견한 후 수직 체계에 따라 곧바로 상부에 보고한 목격자에 불과하다고 호소했다. 이어서 그는 포교에게 끌려간 경위와 그들이 절도범으로 누명을 씌우는 과정을 자세히 진술했다. 5월 18일에 포교 한 사람이 찾아와 물어볼 일이 있다며 그를 서소문 밖 香徒都家로 불러냈는데, 그들이 그곳에서 자신에게 죄를 뒤집어씌웠다고 주장했다. 그는 “자신을 데리러 온 포교가 한 사람이었고, 단순히 물어볼 일이 있다는 말에 별다른 거부감 없이 순순히 동행했지만, 막상

17) 앞의 자료, 52a~52b쪽, 捕廳啓目, 跋辭爲等如, 罪人招辭是白置有亦, 爐盒及燭臺書杖段, 冶造他器是如, 買贓漢之招, 既甚分明, 兩件袱之付火, 渠女亦爲參看, 則燒火云云. 恐或無怪是白乎旆, 其他物件, 或謂之遺置宮內, 或謂之初不犯禁是如, 一直納招是白如乎, 連加窮覈, 本色無一推出, 臣等惶恐待罪是白乎旆. 罪人段, 姑爲嚴囚, 以待處分爲白臥乎事. 判付內, 更無知問之端, 移送秋曹照律, 卿等勿待罪爲良如教.

18) 5월 11일 金魯應가 형조판서로 제배되었지만, 3일이 지나도록 出肅하지 않자 5월 13일 그를 추고 경책함에 따라 공식이 되었다. 이후 5월 23일 韓致應이 형조판서에 제수된 후 본격적으로 신인득사건에 대한 추문과 조율을 진행할 수 있었다(『승정원일기』 순조 23년 5월 11일, 『승정원일기』 순조 23년 5월 13일, 『승정원일기』 순조 23년 5월 23일).

도착한 도가에는 수 십명의 포교와 포졸이 대기했다”고 당시의 분위기를 기억했다. 그는 포교가 공갈하며 강압적인 신문을 시작했는데, 지난날 본궁의 담장 기와를 투매한 사실을 의심하고 본궁 의물 도난 사건에 관한 혐의를 추궁했고, 이 과정에서 “만약 直招하면 살 수 있고, 抵賴하면 죽이겠다며 수 차례 협박해 무복을 강요했다”고 주장했다. 이어서 그는 “포도청에서 실토했던 본궁의 담장 기와를 교체한 후 나머지를 판 것은 투매가 아니며 더욱이 당내 물건의 투절 또한 자신의 소행이 아니”라며 진술을 번복했다. 이처럼 신인득은 무복을 주장했지만, 형조는 포도청 죄인이 죄를 회피하기 위해 變招하는 일이 다반사였기에 그런 가능성을 염두하고 곧바로 경추를 이어갔다.

2차 신문에서 형조는 포도청에서 절도를 순수히 자백한 까닭을 추궁해 변초한 근본 원인을 문초했다. 특히 형조는 온전한 사람이라면 포교가 아무리 백방으로 위협하더라도 사죄를 자복한 것은 이치에 맞지 않다고 진실을 고할 것을 종용했다.¹⁹⁾ 이에 신인득은 수직군사직의 요포로 충분히 처자식을 편히 부양할 수 있기에 물건을 훔칠 이유가 없다며 일단 절도의 동기를 부인했다. 이어서 그는 혹독한 고문 때문에 흠쳤다고 무복했으며, 주보를 불태웠다는 진술도 포교배들이 粧撰해 教誘한 것이라며 결백을 주장했다. 또한 그는 楚毒을 견디지 못하고 무복한 후 실낱같은 목숨을 구차하게 연명한 것은 원통함을 씻을 날을 기대하고 인고했기 때문이라고 털어냈다.²⁰⁾

2) 범죄 가공 과정과 내용

신인득의 진술에 따르면 범죄 가공 과정을 살펴보면 다음과 같다. 고문을 통해 신인득의 자백을 얻은 포교들은 범죄 구성을 위한 증거가 필요했기에 세 단계를 거쳐 사건 조작을 완성했다. 첫 번째는 신인득의 장물 판매 과정을 가공·설계하고, 나아가 사건과 무관한 김홍손을 매득인으로 지목해 자백을 유도하는 단계이다. 두 번째는 신인득과 김홍손의 대질을 통해 서로의 안면을 익히도록 주선하고 조작 내용을 짜 맞추어 가공한 범죄를 완성하는 단계이다. 마지막 네 번째는 신인득과 김홍손이 포도대장 앞에서 공초할 때 자백한 내용을 번복하거나 조작한 사실을 발설하지 않도록 다짐을 받아 내는 단계이다.

(1) 買藏人 粧撰

우선 고문에서 풀려나 신인득은 결박된 채 房中 간혀 있었는데 곧바로 포교의 지시를 받은 판군 한 사람이 들어와 다음과 같이 첫 번째 신문을 시작했다.

19) 앞의 자료, 55a~55b쪽: 『승정원일기』 순조 23년 5월 26일, 同日罪人申仁得年更推白等, 汝矣身正堂內器皿偷出情節, 主袱燒火事實, 既已箇箇首實於捕廳, 文案自在是去乙, 今於本曹取款之下, 一反前招, 乃以初無是事, 而都是捕校輩鍛鍊慫恿樣, 漫漶納招, 究厥所爲, 萬萬狡惡. 汝矣身既非病風喪性之漢, 則捕校輩設或百般威脅, 豈可以死罪自服乎? 直此一款, 又(尤)不近理是如乎, 如前粧撰除良, 偷竊節次, 斯速輸款, 亦推問教是臥乎在亦,

20) 위의 자료, 55a쪽, 矣身之誣服於捕廳者, 不勝其楚毒詭除良, 苟延一縷, 則當有雪冤之日是白加尼, 今於法庭按問之下, 茲敢據實仰訴.

판 군 : 너는 장차 죽고 싶은 것이냐, 어찌 자복하지 않는가?

신인득 : 이미 자복했습니다.

판 군 : 어찌 買藏人을 지목해 고하지 않는가?

신인득 : 제가 塵人의 성명을 알지 못한데 어떻게 지목할 수 있겠습니까?

판 군 : 전방이 허다한데 어찌 지목하기 어렵단 말인가?

신인득 : 鉢里廬 제1방에 팔았습니다.²¹⁾

방으로 들어온 판군은 신인득에게 자복하지 않은 이유를 대뜸 추궁했고, 이미 모든 죄상을 실토했던 신인득은 그의 다그침에 당혹감을 감추지 못했다. 판군은 이미 자백한 사실을 인지하고 있으면서도 의외의 질문을 던져 신인득의 내심을 떠보는 듯했다. 이어진 대화에서 판군은 신문의 의도를 본격적으로 드러내기 시작했다. 포교와 판군은 신인득을 절도범으로 몰아 자백받은 상태였지만, 범죄를 구성할 증거가 애초에 실재하지 않았기에 장물이 사라진 경위를 인위적으로 가공하여 사건을 꿰맞출 필요가 있었다. 그러나 신인득은 의물 절도는 물론 장물을 척매한 사실도 없기에 장물아비를 지목하기는 불가능했다. 이러한 상황을 알고 있었던 판군은 신인득이 장물 판매처를 여러 전방 가운데 한 곳을 임의로 고를 수 있도록 넌지시 방법을 알려줬다. 이러한 수사방식은 수사관이 죄수에게 특정 내용을 암시하여 원하는 답변을 얻어내는 일종의 유도 신문이었다. 결국 신인득은 훔친 장물을 발리전 제1방에 전매했다고 자백했는데 도난당한 의물이 대부분 철물이라는 점을 고려해 이곳을 판매처로 대강 돌려댄 것이다. 방을 나갔다 다시 들어온 판군은 신인득에게 두 번째 신문을 이어갔다.

판 군 : 해당 발리전은 본래 파철을 사들이는 일이 없다고 한다. 너는 어찌하여 파철상에게 척매했다고 말하지 않는가?

신인득 : 저는 파철상의 얼굴과 이름을 알지 못합니다.²²⁾

다시 방으로 들어온 판군은 발리전이 파철을 사들이는 일이 없다는 사실을 알아채고 신인득에게 그것을 척매한 파철상을 직접 지목하도록 유도했다. 즉 판군은 파철을 취급하지 않는 발리전을 엮는 것보다 파철상을 직접 끌어대는 편이 사건을 꿰맞추기에 순리적이라고 판단했다. 이에 신인득은 당연히 파철상의 면식과 이름을 알지 못한다고 답변했지만, 은근히 판군이 파철상을 지목해 주기를 기대한 듯하다. 또다시 방을 나갔던 판군이 입장해 세 번째 신문을 진행했다.

판 군 : 남문 밖 파철상 김가가 이들 물건을 선매했다고 한다.

21) 앞의 자료, 53b쪽; 『승정원일기』 순조 23년 5월 26일, 而有一(丹/叱)軍入來房中, 謂矣身曰, 汝將死矣何不自服矣, 身曰, 已自服矣, (丹/叱)軍曰, 何不指告買藏人, 矣身曰, 吾不知塵人姓名 何以指的, (丹/叱)軍曰, 許多塵房 何難指的, 矣身急於目前之禍, 乃以賣於鉢里廬第一房云, 則(丹/叱)軍出去矣.

22) 위의 자료, 54a쪽, 又一(丹/叱)軍來, 謂矣身曰, 該(鉢)里廬本無破器買取之事, 汝何不曰斥賣於破鐵商乎, 矣身答, 以吾不知破鐵商面目姓名爲言, 則(丹/叱)軍出去矣.

신인득 : 그렇다면 제가 김가라고 지목할까요?

판 군 : 내가 그것을 어찌 알겠느냐?²³⁾

판군은 남대문 밖에 사는 파철상 김가를 장물을 사들인 자라고 은근히 암시하자, 신인득은 그의 의도를 즉시 간파하고 매득인을 ‘김가라고 지목해 고할까요’라고 되묻고 있다. 이같이 신인득은 이미 발리전을 지목할 때 터득한 대로 그의 의중에 따라 사건 조작에 어느덧 순응하는 태도를 보였다. 이어서 신인득이 제공된 정보대로 대답하면 되겠냐고 질문하면, 판군은 “내가 그것을 어찌 알겠느냐”며 시치미를 떼고 있다. 즉 그는 신인득의 답변을 유도했음에도 불구하고 자신이 직접 지시했다는 책임을 회피하려는 이중적 태도를 취했다.

이처럼 판군은 세 차례 방을 드나들며 수사권자의 권력을 이용해 매장인 짜맞추기에 따르도록 신인득을 제압하고 조정했다. 또한 신인득은 목전의 화를 벗어나기에 급급한 나머지 자포자기 심정으로 판군의 조작에 동화되어 갔다.

(2) 破鐵捧價 粧撰

한편 파철상 김가에 대한 장찬이 끝난 이후 포교는 신인득을 고문실로 불러내 결박하고 대들보에 매단 후 두 번째 고문을 가하며 매장인을 대라고 종용했다. 이에 신인득은 판군이 지도한 것처럼 파철을 남문 밖 김가에게 20냥을 받고 팔았다고 실토했다. 마침내 포교는 그의 결박을 풀고 재차 방안에 가두었다.²⁴⁾ 포교는 신인득에게 두 번째 고문을 가하면서 지금까지 판군과 짜 맞춘 내용을 확정함과 동시에 향후 신문 과정에서 충실히 복종할 수 있도록 단속했다. 한편 판군이 방안에 구류된 신인득을 다시 찾아와서 네 번째 신문을 이어갔다.

판 군 : 20냥을 받았다는 말은 사리에 가깝지 않다. 철 무게가 10근이 못 되는데 파철 가격으로 친다면 5~6냥에 불과하다. 만약 네 말이 착오이면 죽음 이외에 다른 방도가 없을 것이다

신인득 : 그렇다면 6냥을 받았다고 말하는 것이 옳겠습니까?

판 군 : 내가 그것을 어찌 알겠느냐?²⁵⁾

이처럼 판군은 흠친 파철의 무게가 10근에 못 미친다는 점을 고려해 신인득이 자백한 봉가 20냥이 순리에 맞지 않다며 시세에 맞춰 6냥으로 조정해 주는 주도면밀함을 보였다.²⁶⁾ 신인득은 수정해 준 봉가 6냥을 받았다고 말하면 되냐고 되물었는데 이때도 판군

23) 위의 자료, 54a쪽, 又有一(丹/叱)軍, 來言矣身曰, 南門外破鐵商金哥, 善買此等物件云. 故矣身曰, 然則吾當指告金哥乎? (丹/叱)軍曰, 吾何知之? (丹/叱)軍出去之後.

24) 앞의 자료, 54a쪽, 捕校捉出矣身, 如前縛懸, 使之指告買賊人. 故矣身一如(丹/叱)軍輩懲憑之言, 捧價二十兩, 斥賣於南門外破鐵商金哥處, 而主袱則已爲朽傷. 故仍爲燒火樣誣服, 則捕校又爲解結, 拘留房中.

25) 위의 자료, 54a쪽, 而又一(丹/叱)軍來, 謂矣身曰, 捧價二十兩之說, 不近事理, 鐵重不滿十斤, 以破鐵論價, 則似不過五六兩, 汝言若是違錯, 死外無他道云. 故矣身以, 爲然則以捧價六兩爲言可乎? (丹/叱)軍曰 吾何知之?

26) 5월 27일 좌우포도청에서 시행한 포교에 대한 2차 신문에서 그들은 ‘신인득이 봉가 10냥을 받고 팔았

은 이전처럼 자신은 모르는 것처럼 판청을 부렸다. 이로써 신인득이 매장인 파철상 김가에게 의물을 6냥 받고 팔았다는 범죄 정황이 꾸며졌다.

한편 포교는 신인득을 고문실로 불러내 조작된 진술에 대한 확답을 받기 위한 신문을 재개했다.

포 교 : (파철) 값을 얼마 받았는가?

신인득 : 가격은 6냥을 받았습니다.

포 교 : 네가 포도대장 앞에서 親問을 당할 때 혹 조금이라도 (진술이) 잘못된다면 포청에서 죽을 것 니 반드시 오늘 고한 바와 서로 부합해야만 살아날 수 있을 것이다.²⁷⁾

포교는 신인득에게 파철을 판 금액을 물었고 신인득은 판금이 알려준 6냥을 곧바로 대답했는데, 신인득이 제대로 대답하는지 확인하는 형식이었다. 결국 포교는 포도대장의 친문을 앞두고 결정된 조작 내용을 최종적으로 확인했고, 신인득에게 이것들을 틀림없이 진술하도록 협박해 다짐받았다.

3) 김홍손 誣引과 誣服 주장

김홍손은 동대문 밖 이문동에서 파철상을 업으로 평범한 사람이었지만, 포교와 판군이 이 사건의 매장인으로 무단으로 끌어들이는 인물이었다. 향도도가에서 진행된 두 번째 신문에서 판군은 애초에 장물의 매각한 곳을 발리전으로 꾸미려다 이치에 맞지 않아 파철상에게 판 것으로 계획을 변경했다. 신인득은 파철상에 대한 정보를 전혀 몰랐던 상황에서 판군이 파철상 김가를 거론한 것은 이미 김홍손을 매장인으로 지목하고 있었다는 증거이다. 포교와 판군은 전부터 파철상 중에 적절한 인물을 물색했을 것이고 이때 비교적 끌어들이기 쉬운 김홍손을 매장인으로 선택한 것이다.

그의 진술에 따르면 그가 5월 20일 처음 포도청에 招致될 때 특별한 저항이 없었던 것은 자신이 장물아비로 내몰릴 것을 전혀 예상하지 못했기 때문이었다. 김홍손은 향도도가에 도착해 비로서 도적에게 노함과 축대 등을 매득한 사람으로 몰렸다는 사실을 알게 되었다. 곧바로 김홍손은 신인득과 대질했지만, 듣지도 보지도 못한 사람이라며 결백을 주장했다. 그가 포도청에서 공초했던 “종로 동해전 앞에서 신인득이 축대·노함·서장 등의 물건을 척매하기에 매득했다”는 진술과는 상반됐다. 결국 그는 “만약 매득했다고 납초하지 않으면 포도청에서 죽을 것”이라는 포교배들의 위협을 이기지 못하고 무복했던 것이다. 또한 신인득도 김홍손이 처음 도가에 잡혀 왔을 당시의 상황을 다음과 같이 진술하고 있다. 즉 김홍손이 처음 향도도가에 끌려왔을 때는 장물을 매득하지 않았다고 극구 발명했지만, 포교가 “네가 포도청에서 죽고 싶은가?”라며 백방으로 공혁하자 마침내 무

는데 가격이 적당하지 않다고 추궁하자 6냥이라고 대답했다'며 스스로 가격을 수정한 것처럼 꾸며다(위의 자료, 60b~61a쪽, 捧價十兩斥賣是如, 故矣等又問 價本之稍不稱當, 則仁得更告內價非十兩 卽六兩云).

27) 위의 자료, 54b쪽, 俄而捕校招出矣身, 問其捧價幾許, 則矣身以捧價六兩云, 則捕校輩以爲, 汝於將前親問之時, 如或一毫差錯, 則死於捕廳矣. 必與今日所告相符, 然後可有生道是如是白遣.

복했다는 것이다. 나아가 신인득은 “포교가 급가 6냥으로 매득한 후 轉買했다는 본보기 진술을 만들어 김홍손의 구두로 따라 하도록 강요했고, 마지막에는 포도대장 앞에서 진술이 엇나가지 않도록 다짐까지 받았다”²⁸⁾고 목격한 내용을 털어냈다. 이처럼 김홍손의 진술 내용과 신인득의 목격담이 일치하듯 그는 포교에 의해 誣引되어 도가에서 장물을 매득한 사람으로 장찬되었고, 포도청에서 거짓으로 자백한 후 마침내 형조로 이관되었다.

형조로 이관된 후 그는 포도청의 공초를 기반으로 첫 번째 신문이 진행되었는데 김홍손은 포도청에서 진술한 바와 같이 자신의 죄를 모두 승복했다. 형조에서 신인득이 첫 번째 신문에서부터 무복을 주장했던 것과 달리 김홍손은 포도청에서처럼 매득한 사실을 끝이끝대로 자백했다. 이는 포교가 조작된 진술 내용을 주입한 후 위증하도록 철저히 훈육했던 결과이기도 했다.

한편 형조는 김홍손이 순순히 자백했을 뿐 아니라 진술 내용 또한 포도청의 공초와 거의 일치한 점을 오히려 의심해 별도의 문목을 내서 두 번째 취조를 개시하고 다음과 같은 의문을 추궁했다. 첫째 공가의 물건은 사가의 물건과 모양이 달랐음에도 신인득을 의심하지 않은 이유, 둘째 매득한 물건의 무게 8근이라고 했는데 도난당한 물건의 양과 차이를 보이는 이유, 셋째 신인득을 우연히 만났다고 했는데 6냥을 미리 준비한 이유, 넷째 흥정할 때 거주지와 출처를 묻지 않은 이유, 다섯째 전매한 사람의 이름을 밝히지 않은 이유 등을 집중적으로 추궁했다. 형조의 문목은 준비된 답변만 숙지했던 김홍손이 즉석에서 둘러댈 수 없는 구체적이고 생각지 못한 내용들이었다. 결국 형조의 날카로운 질문에 김홍손은 이 지경에 이르러 더 이상 숨기지 않겠다며 자신이 장물을 매득한 일이 없다며 무복을 주장했다. 이어서 그는 포교의 위협으로 죄를 뒤집어썼고, 평소에도 “포도청에 감히 밋보일 수 없었을 뿐 아니라 그곳은 무쇠를 녹이는 곳”이라 인식했던 터라 감히 항거할 수 없었다고 털어냈다.²⁹⁾

IV. 형조의 變招者 처리와 관련자 처벌

1) 변초자 처리 과정

조선후기 포도청에서 승관한 죄수가 형조에서 진술을 번복하는 무복 사례는 사법절차의 근간을 흔드는 중대한 사안이었다. 숙종~영조 연간 변초자를 재차 포도청으로 내리는 문제를 둘러싸고 다양한 논의가 전개되어 2차례 또는 3차례 돌려보내는 방안이 마련되기도 했다. 그러나 영조는 변초자에 대한 문제가 근본적으로 포도청이 신문 방식에 있다고

28) 앞의 자료, 54b~55a쪽, 而厥漢以初不買得, 極口發明, 則捕校輩又謂厥漢曰, 又漢亦欲死於捕廳乎? 仍爲百般恐嚇, 厥漢乃以給價六兩, 買得轉賣樣, 隨口應對, 則捕校卒輩以慎勿違錯於將前之意, 申申爲言, 及入將前, 一依渠輩之所誘, 至於此境是白置. 矣身之誣服於捕廳者, 不勝其楚毒盆除良, 苟延一縷, 則當有雪冤之日是白加尼, 今於法庭按問之下, 茲敢據實仰訴. 伏乞明查, 俾無橫罹之冤事,

29) 위의 자료, 57a쪽, 矣身生涯, 即是破鐵商, 則不可見忤於捕廳盆除良, 捕廳俗所謂水鐵消灘之地, 如矣身輩何敢抗拒其言乎?

판단하고 죄수를 내려보내지 말고 형조에서 신문하여 취복하는 방식을 『속대전』에 명문화했다.³⁰⁾

이처럼 형조는 신인득과 김홍손이 변초하자 절차에 따라 포도청으로 돌려보내지 않고 취초를 진행했다. 형조는 죄수가 죽음 앞에서 살기 위한 계약으로 장소에 따라 초사를 바꾸는 경향이 있다고 판단하고, 변초를 끝이곧대로 믿을 수 없다는 신중함을 보였다. 형조가 변초의 허실을 입증하기 위해서는 각 법정의 공초를 비교·대조해서 진술의 일관성 여부를 검토하여 진실을 밝힐 수밖에 없었다. 또한 형조는 죄수에게 시위를 동원하며 재차 변초의 이유를 추궁했음에도 불구하고 죄수가 끝까지 승복하지 않고 무복을 주장함에 따라 곧바로 지만을 받을 수 없었다. 따라서 형조는 순조에게 형신을 사용해 기어코 범죄의 정황을 얻어야 한다는 의견으로 순조에게 계목을 올렸다.³¹⁾

2) 포도대장 징계와 포교에 대한 신문

형조의 보고를 받은 순조는 捉盜之法은 모두 執贓이 있기 마련인데 포교가 사람을 협박해 무복하게 한 것은 놀랍고 통탄스럽다고 비판했다. 이어서 그는 그간의 수사를 공정하게 지휘하지 못한 포도대장³²⁾에게 월봉 3등을 시행하고 동시에 가담했던 포교를 좌우포도청에서 엄하게 조사해 형조로 이송하여 처벌하도록 지시했다.³³⁾

5월 26일부터 28일까지 3일 동안 순조의 지시에 따라 좌우포도대장은 두 포교에 대한 3차에 걸친 조사를 진행했다. 첫 번째 신문에서는 眞贓 없이 신인득을 잡아들인 단서와 형조에서 이들이 변초한 이유 등을 캐물었다. 포교 조덕행·홍순량은 신인득에 관한 原贓은 없지만, 궁궐 담장을 투매한 단서로 잡아들였고, 추궁하여 의물 절도를 자백받았다고 주장했다. 다만 그들은 진장을 추납하지 못한 채 잡아들였기 때문에 오착한 혐의는 있다고 시인했다. 곧바로 좌우포도대장은 1차 조사에서 포교들이 도적으로 오착한 사실을 자백했지만, 誣服의 여지도 없지 않다며 다소 모호한 내용의 계목을 올렸다. 이에 순조는 포도청의 계목을 읽고 오착과 무도는 각기 단락이 다른데 포교는 오착이라고 말하며 숨기고 포장은 어리석게 자복했다고 말하니 해괴하다며 조사 결과에 대해 불만을 표했다. 또한 순조는 좌우포도청에 재조사를 지시함과 동시에 포장에 대한 월봉을 그치고 추가로 不敍之典을 시행할 것을 지시한 후, 새로 포도대장이 차술되면 진범을 다시 잡아들이도록 지시했다.³⁴⁾ 이에 따라 좌변포도대장 조화석과 우변포도대장 신흥주가 물러나

30) 연세대학교 법학연구원 범사회사센터, 『조선후기 사법기구』, 박영사, 2022, 89쪽; 『續大典』 刑典, 推斷, 捕盜廳承服罪人, 移送本曹. 變辭者, 勿爲還送, 日次嚴訊取服.

31) 위의 자료, 57b~58a쪽, 各人等招辭是白置有亦, 罪人申仁得罪犯, 既自捕廳, 推覈得情矣. 承款照律次, 更爲發問日取招, 則同仁得取招, 節節變辭, 與捕廳供辭, 一切相反, 究其情節, 尤爲兇擻是白遣, 且以買贓人言之, 其所變招, 亦與仁得一般是白乎所, 罪人之以死中求生之計, 隨處變招者, 固不足取信是白乎矣, 以買贓人取招, 參合對勘, 則各庭各招, 如出一口, 不謀而同, 有若相議講磨爲立證者然. 此雖兇頑所致, 不無一分疑端, 以至施威更問, 抵賴不服, 一如前招是白如乎, 雖曰死囚, 既已變招, 不可直捧遲晚, 嚴加刑訊, 期於得情爲白乎旡.

32) 『日省錄』 1823년(순종 23) 5월 26일, 左捕將 趙華錫 右捕將 申鴻周.

33) 위의 자료, 58a쪽, 無論大小偷竊, 捉盜之法, 皆有執贓, 而今此捕校之白地脅人誣服之狀, 萬萬痛駭. 如此則平民何堪乎? 當該不察之捕將, 爲先施以越俸三等之典, 當該捕校, 令捕將嚴覈取服後, 移送卿曹, 嚴刑遠配, 申哥漢, 姑勿刑訊, 以待捕校輸實爲良如教.

고 권찰좌우포도대장으로 이해우를 임시로 선출했다가 같은 날 곧바로 병조의 의망으로 좌변대장은 백동원이 우변대장은 조기가 임명되었다.³⁵⁾

한편 5월 27일 좌우포도청은 두 포교에 대한 두 번째 신문을 시작해 僣人誣服에 대한 혐의를 집중으로 추궁했다. 그러나 두 포교는 진장을 찾지 못했을 경우 통상적으로 釣餌와 紹介의 말에서 단서를 얻어 절도범을 체포할 수밖에 없다며 현장의 실상을 설명했다. 따라서 이들은장동 장임 이흥손과 동내 사람 김치성 그리고 궁녀 이조이 등에게서 신인득이 궁궐 담장 기와를 종종 투매한다는 제보를 받아 용의자로 지목했다고 주장했다. 나아가 좌우포교는 신인득을 체포하기 전 이들 세 사람을 향도도가로 불러 연속 힐문하여 제보의 신빙성을 재차 확인했고, 만약 제보가 허위일 경우 제보자 스스로 ‘人誣陷之罪’로 처벌받겠다는 확답도 받았다고 변론했다. 또한 이들은 조이와 소개에게 제보 대가로 30냥을 지급하기로 약속했고 일단 20냥을 선지급한 사실도 밝혔다.³⁶⁾

이처럼 두 포교는 조이와 소개의 제보로 도적을 기포하는 일은 상투적 수사 기법이며 이들의 제보가 명백하다고 판단하여 신인득을 체포했음을 거듭 강조했다. 다시 말해 포교가 장물 없이 범인을 체포하는 것은 명백한 오착이지만, 믿을만한 제보를 통해 용의자를 잡아 수사하는 것 또한 불가피하다고 역설했다. 특히 좌우포도대장이 무복 혐의를 집중적으로 추궁하는 상황에서 이들은 오착 여부만 적극적으로 변론하는 태도를 보였고, 나아가 제보를 통한 범인 체포는 관례적 방식이어서 오착으로 단정하기에 모호하다는 논리를 폈다. 그러나 마침내 두 포교는 진장을 찾지 못한 채 조이·소개의 말만 듣고 잡아 들인 것은 오착임을 시인하는 한편, 신인득을 도가로 불러 ‘鍛鍊之刑’을 사용해 험인무복한 죄도 지만했다.³⁷⁾

34) 앞의 자료, 58b~59a쪽, 癸未五月二十六日, 左邊捕盜軍官趙德行年六十, 右邊捕盜軍官洪舜良年五十六白等, 汝矣等身為譏詞捕校, 捉盜之際, 十分審慎是去乙, 莫重宮家偷竊之盜, 未得真贓, 而徑先捉納是如可, 秋曹推覈之時, 賊漢與買贓人之招問本廳, 捧供相反, 當初申仁得捕捉也, 有何端緒而執捉是喻, 今於因傳教嚴覈之下, 這間事實, 無敢隱諱, 從實直告亦推問教是臥乎在亦, 罪人趙德行·洪舜良招辭, 矣等譏詞搜捕之際, 雖尋常竊盜, 到底窮探, 不敢疎忽, 而至於今番捉納是白在, 申仁得段, 雖未捉原贓是白乎乃, 宮內瓦子偷賣之事, 矣等有所探聞, 亦知兩處買瓦人, 故執此為端緒, 招致仁得, 先問偷瓦一款, 則渠既自服, 故正堂內主祿·爐盒·燭臺·書杖·火鐵偷竊與否, 多般鉤問, 則仁得亦云偷出, 而因渠口招, 招問買贓人, 則又如仁得之所招, 而爐盒·燭臺, 果為買賣是如, 故仍為捉納是白加尼, 秋曹納供, 非但渠等之發明, 既無真贓之推納, 則矣等誤捉之罪, 萬死無惜是白置, 遲晚招納, 相考慮置教事為等如, 罪人等招辭是白置有亦, 賊漢誤捉, 渠輩今既自服, 移送秋曹為白乎於, 臣等當初不審之失, 尤為惶恐待罪為白臥乎事, 啓, 此果自服乎, 發明乎? 誤捉與誣盜, 段落各異, 則捕校則隱然以誤捉為辭, 捕將則矇然以自服為辭, 駭然, 甚矣. 更令嚴查其誣人情節取服, 捕將則由前由後, 不可越捧而止, 事過後, 加施以不敘之典, 盜漢則待新捕將差出, 刻期譏捕, 可也為良如教.

35) 위의 자료, 63b~64a쪽, 政院啓曰, 左邊捕盜大將趙華錫·右邊捕盜大將申鴻周, 不敘事命下矣, 捕將之任, 不可一刻暫曠, 在前如此之時, 有曾經大將權察之例, 今番則何以為之? 敢稟. 傳曰 曾經大將權察. 政院啓曰, 左右邊捕盜大將, 以曾經大將權察事命下矣, 權察左右邊捕盜大將李海愚, 即為牌招聽, 傳教何如? 傳曰, 允. 同日兵曹 左邊使道望 李海愚 ◎白東遠 朴基豐, 右邊使道望 李勉植 ◎趙岐 李復淵.

36) 위의 자료, 59b~60b쪽, 矣等毋論巨細竊盜, 或得釣餌·紹介之言, 搜覓端緒而捕捉者, 即譏校常行之例套是白加尼, 至於今番, 因傳教刻期譏詞之際, 得聞壯洞任掌李興孫所傳之言, 則延祐宮守直軍士申仁得, 居在本宮廊底, 雜技·私屠等事, 作為伎倆, 居常行止, 極涉殊常徐良, 宮內瓦子種種偷賣之狀, 吾既稔知, 今此正堂內器物偷竊段置, 必是此漢之所為是如云, 故矣等猶未準信, 又為別般探知, 則該洞居金致成所傳云云, 與李興孫之言, 別無異同是白乎矣, 此漢等既是居外之人, 則宮內廊漢之事, 慮或未詳, 又得他岐攀緣, 招出宮內居李召史, 試問仁得之行事, 則果與上項兩漢之所傳, 無一差爽, 故左右廳捕校, 一齊會同于西小門外香徒都家是白遣, 同李興孫·金致成·李召史等, 招來于都家, 更為詳問, 則三人之言, 如出一言, 故矣等十分商量, 連加詰問, 則興孫·致成及李女又言曰, 申仁得偷竊於宮內之事, 如或違繯, 則搆人誣陷之罪, 吾輩擔當云, 故矣等所約釣餌錢三十兩內, 先給二十兩是白遣.

【표】 좌우포도청의 포교 조덕행·홍순량에 대한 신문 내용

신문횟수	문목	공초 내용	기타
1차 신문	1) 진장 없이 신인득 추착한 이유 2) 신인득의 본청 공초와 형조 공초가 다른 이유	1) 진장 없지만 궁궐 담장 투매 단서로 잡음 2) 신인득이 궁궐 기와 및 본궁 의물 투매 사실 자백했음을 주장 3) 진장 없이 오작했다고 자백	오작 자백
좌우포청 계목	포교들이 오작을 자백했다고 보고함		
순조 판부	오작도 있지만 무복이 더 중요한 범죄임, 포장이 오작을 자복이라고 보고한 점은 어리석은 신문 결과임, 따라서 양포장 不敍之典 처벌하고 재조사 지시 함		
2차 신문	오작은 納告했지만, 협인무복을 자복하지 않은 이유 추궁	1) 통상 절도범 수사에 조이와 소개의 말로 단서를 찾음 2) 이들 세 사람이 신인득이 궁궐 기와를 투매했다고 제보함 3) 신인득 체포 후 私問之例刑을 시행해 자백을 받음 4) 진장을 찾지 못하고 소개하는 말만 듣고 오작했고, 단련지형을 남용하여 협인무복죄를 지었다고 지만 함	오작 및 무인 무복 자백
3차 신문	조이 및 소개에 관하여 1차 공초에서 밝히지 않은 이유 추궁	기형할 때 소개가 필요한데 후폐를 우려해 공초하지 않았음	
계목 및 형조 이송	진장을 찾아내지 못하고 조이·소개에 의존해 체포하고 단련지형을 시행해 협인무복함을 공초했다고 보고함.		

연이어 진행된 세 번째 신문에서 좌우포도대장은 이들이 조이·소개에 관한 일을 1차 신문에서 밝히지 않은 까닭을 물었고, 포교는 현실적으로 조이와 소개 없이 단서를 찾고 행적을 탐문할 도리가 없는데, 전교로 엄핵하는 마당에 이를 끌어들었다고 말하면 후폐의 우려가 있을 듯해서 고하지 않았다고 대답했다.³⁸⁾ 3차 신문을 마친 좌우포도대장은 진장을 찾아내지 못한 채 조이의 근거 없는 말만 믿고 무고한 사람을 오작한 후 단련형으로 사람을 위협해 무복한 정절이 드러났다고 결론짓고 사건을 형조로 이관했다.

이처럼 좌우포도청의 조사에서 최종적으로 두 포교의 오작과 무복에 대한 불법 내용이 명확히 드러났다. 그러나 초반 포도청의 수사는 포교의 진술에 의존해 오작과 무복을 두고 사건의 성격을 명확히 규정하지 못했다. 이러한 소극적 수사 태도는 포도대장이 그들의 관속의 과오를 덮으려는 의도가 있었다고 판단된다. 즉 1차 신문 때 문목을 보면 포도대장은 진장 없이 신인득을 잡아들인 이유만 추궁할 뿐 무복 여부는 애초부터 질문하지 않았다. 따라서 포도대장은 1차 조사에 관한 결과에 무복에 관한 내용 없이 오작에

37) 앞의 자료, 61a~61b쪽, 矣等未得眞贓, 而徒聽紹介之言, 徑先誤捉, 濫加鍛鍊之刑, 勒捧就服之招, 焉這脅人誣服之罪乎? 遲晚納招, 相考慮置教味白齊.

38) 위의 자료, 61b쪽, 矣等初供之時, 敢不直陳紹介之說者, 凡於譏訶之際, 如非紹介, 則尋端探蹟, 實無其道, 故似有後弊之慮, 因傳教嚴覈之下, 援引釣餌, 極爲惶悚, 果不得直告是白加尼.

대한 자복만 언급하고 형조로 이송을 요청할 뿐이었다. 결국 순조는 올라온 계목을 보고 “이것이 과연 자복인지 발명인지” 분간할 수 없다며 포도대장의 부실 수사를 비판했다. 순조에게 문책 당한 후 재수사에서도 포도대장은 겨우 그들의 ‘협인무복’ 혐의에 대한 자백만 받아 내기에 그쳤는데, 도가에서의 고문과 장찬 과정 등에 관하여 추가적인 수사가 진행되지 않았을 뿐 아니라 가해자인 포교와 피해자인 신인득의 대질을 통해 사실을 가리려는 노력도 없었다. 이렇듯 포교들에 대한 수사가 형식적으로 진행된 점으로 미루어 사건의 조작을 직접 지시하지는 않았더라도 최소한 그들의 비행을 묵인했을 가능성도 있다.

3) 형조의 조율과 관련자 처벌

형조는 포도청으로부터 사건을 이관받아 곧바로 조율 절차에 들어갔다. 포교 조덕행과 홍순량을 『대명률』 무고조 “무고한 사람은 死罪에 이르지만, 미결인 자는 장 일백 유 삼 천리” 형으로 조율했는데, 순조가 判下했던 형배형이 본율과 비교하면 조금 가볍다고 판결하고 엄형 1차 후 조덕행은 평안도 위원군(전라도 강진)과 홍순량은 함경도 길주목(경상도 남해)으로 정배보냈다.³⁹⁾ 그런데 도가에서 신인득에게 고문하며 사건 조작에 직접 가담했던 포졸과 판군에 대한 조사와 처벌 내용은 확인되지 않는데,⁴⁰⁾ 사건 조작이 조직적으로 진행된 것에 비해 처벌 대상과 수위는 상대적으로 낮았다. 반면 조이·소개를 제공했던 이흥손·김치성·이조이 등은 서로 결탁하여 뇌물을 탐하여 도적을 무고한 죄로 형조에서 올문에 따라 처벌되었다.⁴¹⁾

한편 신인득은 포교가 사실을 실토해 투절에 대한 죄는 벗었지만, 그가 본궁의 군사로서 궁궐 의물을 도난당할 때 성실히 수직하지 않은 죄를 물어 일정 기간 수감 후 방송되었다.⁴²⁾ 또한 매장인으로 몰렸던 김흥손은 鍛鍊之苦를 견디지 못하고 무복한 것을 인정해 곧바로 방송되었다.

39) 『승정원일기』 순조 23년 6월 3일, 又以刑曹言啓曰, (중략) 而當該捕校趙德行·洪舜良等, 未捉真賊, 徑施鍛鍊, 脅捧誣服情節, 箇箇取服後, 自捕廳移送臣曹矣. 取考律文, 則大明律誣告條有曰, 凡誣告人至死罪未決者, 杖一百流三千里. 今此兩校, 若依判下, 只施刑配, 則比諸本律, 反涉稍輕, 各嚴刑一次, 德行, 平安道渭原郡, 舜良, 咸鏡道吉州牧, 竝流三千里定配所, 卽爲押送. 한편 이들은 3년 후인 순조 26년(1826) 4월 5일에 방송되어 도류안에서 頗下되었다(『승정원일기』 순조 26년 4월 5일).

40) 이 사건과 양상이 조금 다르지만, 고종 20년에 발생한 반촌민 오착사건에서는 가담한 포교들과 포졸, 그리고 판군도 모두 처벌을 받았다(『승정원일기』 고종 20년 10월 29일).

41) 위의 자료, 순조 23년 6월 3일, 又以刑曹言啓曰, (중략) 至於買贓人金興孫, 鍛鍊之苦, 縱難支堪, 誣服之狀, 亦甚可痛. 金致成·李興孫·李女等, 迭相符同, 貪賂誣盜者, 極爲痛惡, 竝自臣曹, 考律嚴勘. 林龍大, 旣出囚供, 故捉來盤問, 而別無可疑之端, 姑爲放送.

42) 위의 자료, 순조 23년 6월 3일, 申仁得, 則捕校旣已輸實, 偷竊一款, 雖曰脫空, 渠以本宮軍士, 致有此偷失之擧, 則常時不謹守直之罪, 在所難免. 신인득은 순조 24년(1824) 12월 13일 전옥서에 투옥되어 있다가 방송되었다(『승정원일기』 순조 24년 12월 13일).

V. 포도청 수사방식의 특징

신인득 투절 사건은 결국 포교와 포졸이 평인에 대한 오착을 통해 사건을 꾸며 강제로 자백을 받아 내는 일종의 강압·조작수사의 전형을 보여준다. 포교가 도가, 판군, 조이·소개 등을 수사에 동원하는 사례는 다른 오착사건에서도 종종 확인되는데 이런 수사방식이 19세기 포도청의 보편적 수사기법임을 반증한다. 이들 수사 기법에 나타나는 특징을 정리하면 다음과 같다. 첫째 포도청이 절도범을 추적할 때 조이 및 소개를 통해 단서를 얻어 수사를 진행하였다. 둘째 포교들은 본청에서 죄인을 신문하기 전 향도도가라는 별도의 공간에서 용의자에 대한 초기 수사를 진행했으며, 그곳에는 포교를 돕는 판군이 존재했다. 셋째 포도청의 치도형은 통상적으로 주뢰와 치도곤 등을 사용할 수 있었는데, 이들 형벌과 별도로 학무와 같은 혹형을 사용했다. 다음에서 포도청의 수사 기법의 특징을 구체적으로 확인하기로 한다.

1) 釣餌·紹介之言을 통한 단서 찾기

포도청이 절도사건에서 수사하는데 眞贓은 중요한 단서이자 물증이기에 이를 근거로 절도범을 체포할 수 있었다.⁴³⁾ 그러나 진장을 확보하지 못할 경우 범인을 추적하기에 어려움이 따르기 마련인데, 포교들은 다방면으로 관련자에 대한 염탐을 벌여 사건을 해결하기 위한 단서를 찾았다. 신인득 사건에서도 포교들이 신인득을 의물 투절의 용의자로 지목한 것은 조이와 소개의 제보로 인한 것임을 알 수 있다. 전교에 따라 도적을 기형할 때 壯洞 任掌 이흥손이 포교들에게 “신인득이 본궁의 낭저에 사는데 雜技와 私屠 등의 일을 기량으로 삼아 평소의 행동거지가 수상할 뿐 아니라, 궁내의 기와를 종종 훔쳐서 팔았는데 이번의 정당 내 기물 투절도 반드시 그자의 소행일 것”이라고 단서를 제공했다. 이흥손은 신인득이 도박과 불법도살 등 평소 행실이 좋지 않았다는 점과 궁내의 기와를 투매한 전력이 있다는 사실로 연호궁 절도범으로 의심했다. 이에 포교는 그의 제보만으로 확증할 수 없다고 판단하고 같은 동네의 김치성에게 교차 검증을 통해 신인득의 혐의점을 재차 확인했다. 포교들은 이들이 궁밖 사람들로써 궁내의 사정을 상세히 알지 못할 가능성이 있다고 판단했다. 따라서 이들은 또 다른 단서를 찾기 위해 궁내에 거주하는 이조이를 찾아서 신인득에 대한 제보를 받았다. 세 사람의 제보가 거의 일치하자 포교는 이들을 향도도가로 불러 모아 최종적으로 신인득의 혐의를 재 확인했다. 세 사람은 제보가 어긋남이 있으면 스스로 ‘搆人誣陷之罪’를 받겠다며 신인득의 절도를 확신했다.⁴⁴⁾ 결국 포교는 신인득을 절도 용의자로 지목했는데, 기와를 투매한 전력이 핵심적인

43) 『新補受教輯錄』, 刑典, 贓盜條, 治盜之際, 苟不詳審究覈, 則誣服枉死之弊, 在所必然, 討捕使處, 覈其贓證事, 各別申飭. 康熙己卯承傳; 『續大典』, 刑典, 捕盜條, 捕盜將外方捕盜時, 須揀贓證俱備, 閱實有據者捕之.

44) 『좌포도청등록』, 59b~60b쪽, 矣等毋論巨細竊盜, 或得釣餌·紹介之言, 搜覓端緒而捕捉者, 卽譏校常行之例套是白加尼, 至於今番, 因傳教刻期譏詞之際, 得聞壯洞任掌李興孫所傳之言, 則延祐宮守直軍士申仁得, 居在本宮廊底, 雜技·私屠等事, 作爲伎倆, 居常行止, 極涉殊常徐良, 宮內瓦子種種偷賣之狀, 吾旣稔知, 今此正堂內器物偷竊段置, 必是此漢之所爲是如云, 故矣等猶未準信, 又爲別般探知, 則該洞居金致成所傳云云, 與李興孫之言, 別無異同是白乎矣, 此漢等既是居外之人, 則宮內廊漢之事, 慮或未詳, 又得他岐攀緣, 招出宮內居李召史, 試問仁得之

단서라고 판단했다.⁴⁵⁾ 이처럼 포교들은 “크고 작은 절도범은 조이·소개의 말을 얻어 추적하는 것이 기찰포교의 통상적 예투”⁴⁶⁾였다.

한편 포교들은 이흥손 등이 알려준 제보를 근거로 그를 체포했고 사전에 이들에게 약속했던 釣餌錢 30냥 중 20냥을 선지급했다. 기찰포교가 도적을 체포하는데 사건의 단서를 제공한 제보자에게 조이전이라는 일종의 포상금을 지급했음을 알 수 있다.⁴⁷⁾ 또한 이들에게 지급한 조이전 30냥이 단서 제공에 대한 대가라고 했지만, 형조의 판결에 따르면 사건 조작에 대한 비용일 가능성도 있다. 실제 형조가 조이와 소개의 범죄를 조울할 때 ‘뇌물을 탐하여 도적으로 무함한 범죄’로 규정했듯 이들 받은 돈을 ‘뇌물’로 규정한 것으로 보아 포상금이라기보다 공작금 성격이 짙었다.

포교들이 조이·소개의 말을 곧바로 수용하지 않고 2차 3차 교차 검증을 시도한 것은 객관적 제보를 확보하려는 노력도 일부 보인다. 결국 신인득이 이들의 제보로 무고하게 절도범으로 지목되었다는 점을 볼 때 포교는 조이와 소개의 말을 범죄자 체포의 핵심 요건으로 삼았다고 할 수 있다. 특히 신인득이 보수하고 남은 궁궐 담장 기와를 판 사실은 인정했지만, 포교는 이를 훔쳐서 판 것으로 오해했고 곧바로 그를 의물 투절범으로 지목했다. 결국 조작사건에 관한 좌우포도청 수사에서 포교는 진장을 갖추지 않은 채 제보만 듣고 신인득을 체포했기 때문에 자신들이 그를 오착한 것이라고 인정했다.

2) 향도도가와 판군의 활용

신인득 사건에서 확인할 수 있는 포교의 또 다른 수사방식은 포도청이 아닌 별도의 도가에서 용의자를 조사하기도 했고, 이곳에 상주했던 丹+叱軍이 포교·포졸을 적극적으로 조력하는 특징을 보인다.

도가는 평상시 판군들이 전방의 세를 얻어 여러 물건을 쌓아두고 거래하다가 포교가 지시하면 점방 안쪽 은밀한 방에서 잡아 온 죄수를 신문하던 장소로 이용했던 것으로 보인다.⁴⁸⁾ 신인득의 공초에 따르면 절도사건이 발생한 지 5일이 지난 3월 18일 포교 1인이 신인득에게 물어볼 일이 있다며 서소문 밖 香徒都家⁴⁹⁾로 데리고 갔고 그곳에는 포교와 포졸이 무려 수 십명이 있었다⁵⁰⁾고 진술했다. 이때 신인득이 조사를 받으러 간 곳

行事，則果與上項兩漢之所傳，無一差爽，故左右廳捕校，一齊會同于西小門外香徒都家是白遣，同李興孫·金致成·李召史等，招來于都家，更爲詳問，則三人之言，如出一言，故矣等十分商量，連加詰問，則興孫·致成及李女又言曰，申仁得偷竊於宮內之事，如或違繯，則搆人誣陷之罪，吾輩擔當云。

45) 신인득이 형조에서 무복을 주장할 때 이 혐의에 대해 궁속 신분으로 교체하고 남은 기와를 팔아 사용한 것은 통상적 관례이지 절도가 아니라고 거듭 부인했다(『승정원일기』 순조 23년 5월 26일, 矣身答以吾既宮屬，則墻垣改瓦之後，如干餘瓦之賣用，此豈偷竊乎?)。

46) 『승정원일기』 순조 23년 5월 28일, 巨細竊盜，或得釣餌·紹介之言，搜覓端緒而捕捉者，卽譏校常行之例套是白加尼。

47) 앞의 자료, 순조 23년 5월 28일, 故矣等所約釣餌錢三十兩內，先給二十兩是白遣。

48) 『정조실록』 정조 23년 7월 10일.

49) 조선시대 향도계는 기층민의 상호부조를 위한 공동체적 모습을 갖춘 조직으로 보이는데, 有閑乞人이 조직한 향도도 있었다(이해준, 「조선시대 향도와 촌계류 촌락조직」, 『역사민속학』 1, 한국역사민속학회, 1991, 22쪽). 서대문 밖 향도 역시 이러한 걸인 집단으로 결성된 조직이며 이른바 판군과 밀접히 관련된 집단으로 생각된다.

은 포도청이 아닌 저자의 흔한 상점인 도가라는 사설 공간이었다. 신인득은 찾아온 포교가 단 한 명이었고, 단순히 물어볼 말이 있다며 호출했기에 절도범으로 지목될 줄은 전혀 몰랐다. 더욱이 포교가 데려간 곳은 포도청이 아닌 일반 사가였기에 그는 경계하거나 저항하지 않고 순순히 따라갔던 것이다. 이처럼 기찰포교는 용의자를 쉽게 유인하기 위해 도가라는 별도의 공간을 활용했음을 알 수 있다.

또한 포교는 업무 특성상 자신의 신분을 은닉한 채 사찰해야 범죄자의 검거율을 높일 수 있기에 상점으로 위장한 도가를 임시 거점으로 삼았던 것으로 보인다.⁵¹⁾ 도가는 신인득을 체포하기 직전 조이·소개였던 이흥손·김치성·이조이 등을 불러들여 제보 내용을 마지막으로 확인하고 체포를 지시했던 사전 모의 공간이기도 했다. 또한 도가는 체포한 범인을 상대로 자백 받기 위해 신문 시설과 형구를 갖추고 있었다. 실제 신인득의 사례에서도 확인할 수 있듯 도가는 수 십명의 포교와 포졸을 수용할 수 있는 규모를 갖추었을 뿐 아니라 죄수를 임시로 가두는 수금방과 고문을 할 수 있는 고문실도 별도로 갖추고 있었다.

따라서 포교와 포졸이 향도도가를 기찰의 근거지로 삼고 은밀히 죄수를 신문하는 비밀 공간으로 적극적으로 활용했음을 알 수 있다. 결국 도가는 법적인 신문 절차와 상관의 눈치를 볼 필요 없는 포교·포졸의 독자적 공간이었으며, 그들의 의도대로 수사를 이끌어 갈 수 있는 일종의 관외 출장소였다.

한편 판군(丹+叱軍)⁵²⁾은 판군, 땅군, 땅꾼 등 다양하게 불리는데 이들은 도가에 머무르며 포교와 포졸의 지시에 따라 수사 잡무를 수행하는 조력자 역할을 했다. 포교는 전과자 출신의 판군에게 일정한 대가를 지급하여 사적인 고용관계를 맺고 범죄자 체포와 수색에 적극적으로 활용했다. 판군은 떠돌이 거렁뱅이(浮浪流丐)거나 도적 전과를 가진 부류(經賊律之類)들로 상시로 ‘포교의 嚆矢’가 되어 오랫동안 도하의 폐해를 일으켰다. 이들은 포교를 뒷배로 두고 저자에 횡행하며 공공연히 검탈하고 평민을 무고하여 도적을 만드는데 심지어 이유 없이 殺越의 우환을 일으키기도 했다.⁵³⁾ 판군은 포교의 명령에 따라 포졸과 함께 무리에 가담해 죄수를 체포하는데 동원되기도 했다.⁵⁴⁾ 연호궁 투절 사건에

50) 『左捕廳臚錄』, 53b쪽, 今月十八日 捕校一人 謂有可問事是如招去 矣身於西小門外香徒都家 則捕校及捕卒無慮數十人.

51) 포도부장은 통칭 포교라고 하고, 민간에서는 ‘나그네’라고 칭한다. 포교는 하루에도 몇 차례 변장을 하고 시내를 순회할 때는 포졸에게 암호를 주어 멀리 따르게 했다(김화진, 『한국의 풍토와 인물』, 을유문화사, 1986, 270쪽).

52) 김화진에 따르면 ‘땅군’은 주로 전과범으로 자자형으로 낙인찍혀 일반인과 섞여 살아갈 수 없었기 때문에 청계천 하류에 모래가 쌓여 형성된 조산(造山)에 움집을 짓고 집단으로 살아가게 되었는데, 땅속에서 따로 사는 무리를 약칭해서 부른 것에서 유래했다고 한다. 또한 땅군은 범죄자로 낙인찍혀 경제적 활동이 불가능해지자 할 수 없이 거지(丐子, ‘깍정이’) 노릇을 했는데, 성종대 포도청으로 하여금 이들 중 두목을 선출하여 통솔하게 하였는데 이자를 ‘꼭지판’이라고 불렀다고 전한다(김화진, 『한국의 풍수와 인물』, 을유문화사, 1973, 278~279쪽).

53) 『左捕廳臚錄』, 63a~64a쪽, 『승정원일기』 순조 23년 6월 3일, 刑曹言啓曰 (중략) 所謂(丹+叱)軍輩, 或浮浪流丐, 或已經賊律之類, 而常爲捕校之嚆矢, 久作都下之巨瘡, 橫行市肆, 公肆劫掠, 誣告平民, 勤成盜賊, 甚有無辜殺越之患. 以今番事言之, 脅人誣服, 莫非此輩之釀成, 若不因此事端, 大行懲創, 則閭巷小民, 實無支堪之道. 自今以後, (丹+叱)軍名色, 永爲禁斷, 更無得接跡於城闕之意, 嚴飭兩捕廳, 何如? 傳曰, 允. 捕校減死定配.

54) 1878년 프랑스 선교사 리델의 기억에 따르면 “포교들 밑에는 일종의 관군들이 있고, 다시 그 밑으로는 출동할 때 그들을 수행하는 하급직원들이 있고, 마지막으로 망나니들이 있다”고 기술하고 있다. 또한 그는 “이들은 최하층의 사람들로서 흉측한 얼굴에 교활한 눈빛을 하고 있으며 일반적으로 예전에 도적이거나

서 판군은 신인득이 절도를 자백한 후 그 정황을 꿰맞추기 위한 조작을 주도했다. 처음으로 학무라는 고문을 받자 신인득은 흑형을 견디지 못하고 무복한 후 고통에서 벗어날 수 있었다. 그러나 그의 자백은 받았지만, 진장이 없는 상황에서 포교와 판군은 가상의 범죄 정황과 내용을 꾸며 범죄를 재구성할 필요가 있었다. 포교의 지시에 따라 판군은 신인득이 수감된 방을 수시로 드나들며 사전에 꾸민 범죄 정황에 따라 진술하도록 강요했다. 이 과정에서 포교와 판군은 買藏人과 破鐵棒價 등에 관한 粧撰을 주도했다.

신문 초반 판군은 범죄 내막을 모르는 신인득을 위협해 답변에 필요한 기초 정보를 은근히 알려주고 그 내용을 구두로 진술케 하는 이른바 유도 신문을 진행했다. 또한 판군은 신인득의 진술 내용이 범죄 구성에 현실성이 있는지를 따져 조작 내용을 보완해 점차 완성해 갔다. 진술을 조작하는 과정에서 포교는 신인득이 수감된 방에 입실하지 않고 판군 혼자서 방을 드나들며 장찬을 주도했다. 이 과정에서 판군은 포교에게 수시로 상황을 보고했고 포교가 판군에게 새 지시를 내리는 등 긴밀한 협력을 통해 사건을 조작했다. 다만 조작된 진술 내용이 완성될 무렵 포교는 신인득을 별도의 공간으로 불러내 장찬한 내용을 다시 물어 어긋남 없이 대답하는지 반드시 확인했다. 즉 포교가 판군에게 장찬을 주도하게 한 것은 추후 죄수가 진술을 반복하는 상황에서 무복을 강요했다는 책임을 회피하기 위한 것이었다. 또한 판군은 매장인과 봉가를 장찬하는 과정에서 은근히 정보를 흘려줘 신인득이 스스로 조작 내용을 진술하도록 유도했다. 이렇듯 판군의 신문 유도 방식은 조작을 직접 사주했다는 혐의를 피할 수 있는 방편으로 오랜 기간 축적한 숙련된 기술이었다.

이 사건을 계기로 조정에서는 포도청의 수사에 판군을 동원된다는 사실을 확인했고, 이들이 포교를 뒷배로 불법적인 수사에 동원되어 공권력 행사에 혼란을 가져온다고 판단했다. 결국 형조의 건의로 포도청에서 판군의 부류를 동원하는 것을 영구히 금단하여 다시는 성문 안에 발을 붙일 수 없도록 하였다.⁵⁵⁾ 이러한 조치에도 불구하고 19세기 동안 판군은 포교의 앞잡이가 되어 각종 사건에 동원되는 것을 확인할 수 있다.⁵⁶⁾

3) 불법적 흑형 학무

신인득은 향도도가에서 두 차례에 걸쳐 고문당했는데 이 고문은 포교배의 지시에 따라 포졸이 직접 집행했다. 그 형태는 죄수의 양쪽 어깨를 뒤로 묶어 대들보에 매달고 밧줄을 말뚝에 고정하고 늘어진 죄수의 다리를 毒杖으로 어지럽게 때리는 이른바 ‘鶴舞’라는

죄수들이었는데 풀어주고 망나니로 삼은 것”이라고 기술하고 있다. 리텔이 말한 망나니가 땅꾼이었을 것으로 추정된다(펠릭스클레르리텔지음, 유소연 옮김, 『나의 서울 감옥생활 1878년 -프랑스 선교사 리텔의 19세기 조선체험기-』, 살림, 2008, 70쪽).

55) 『승정원일기』 순조 23년 6월 3일, 自今以後, (丹+叱)軍名色, 永爲禁斷, 更無得接跡於城圍之意, 嚴飭兩捕廳, 何如? 傳曰, 允.

56) 펠릭스클레르리텔지음, 유소연 옮김, 『위의 책』, 한편 1983년대 김덕보라는 화가가 어린이 잡지 〈어깨동무〉 별책에 〈판꾼 앵무새〉라는 만화를 연재했는데, 판꾼이 마치 탐정처럼 범죄를 수사하고 해결하는 주인공으로 등장하고 있어 흥미롭다. 19세기까지 포교의 조력자였던 판군이 현대에는 정의로운 탐정처럼 왜곡되어 소개될 정도로 그 실체가 잘 알려지지 않은 부류였다.

혹형이었다.⁵⁷⁾

포교가 호출할 당시 신인득은 일종의 참고인 정도로 생각해서 자신이 절도범으로 지목 될 것이라고는 상상도 하지 못했다. 그러나 포교들은 갑자기 태도를 바꿔 자신을 본궁 기와는 물론 의물 투절범으로 몰아가자, 급변한 상황을 직감하고 신인득은 본능적으로 혐의를 완강히 부인했다. 그러나 신인득은 첫 번째 학무를 당한 후 곧바로 자신에게 씌운 두 가지 혐의를 모두 승복했는데 그만큼 고문의 고통이 혹독해 견딜 수 없었기 때문이었다. 이후 신인득은 고문에 대한 공포를 떨칠 수 없어 탄군이 유도 신문에 순순히 따를 수밖에 없었다. 그는 그 순간마다 ‘잠깐이라도 목숨을 연명하려고(矣身欲延晷刻之命)’, ‘목전의 화가 급급하여(矣身急於目前之禍)’, ‘조금 전의 혹형에 겁을 먹고(怯於俄者之酷刑)’ 등 공포에 질린 심경을 토로했다. 심지어 그는 대들보에 양 어깨를 매단 채 毒杖을 당하면 “살려고 해도 살 수 없고, 죽으려 해도 죽을 수 없는” 극도로 불안한 정신적 갈등을 겪기도 했다.⁵⁸⁾

한편 두 번째 고문은 포교가 신인득을 불러내 파철상과 봉가 금액을 확인하기 전 실시되었다. 이때도 마찬가지로 양어깨가 결박된 채 대들보에 매달린 상태로 진술을 강요받았다. 이때 포교는 신인득이 파철상 김가에게 20냥을 주도 팔았다고 자백하자 마침내 결박을 풀고 방에 가뒀다.⁵⁹⁾ 이처럼 학무는 신인득에게 단 두 차례 시행했음에도 없는 죄를 무복할 정도로 가공할만한 위력을 가지고 있었기에 포교는 이를 통해 수사를 쉽게 이끌어 갈 수 있었다.

원래 포도청에서 도적을 다스리기 위한 형벌은 전도주뢰·주뢰·주문당장·난장 등 여러 혹형이 사용되었지만, 영조대 이들 대부분 폐지된 후 치도형으로 주뢰형만 남겨두었다. 따라서 19세기 포도청에서 공식적으로 사용할 수 있었던 형문은 주뢰형과 치도곤 정도였다. 그런데 신인득이 학무라는 고문을 당한 점으로 볼 때 폐지된 혹형을 대신할 새로운 고문이 고안되어 암암리에 사용되었음을 확인할 수 있다. 학무라는 고문은 이 사건을 제외한 다른 문헌에서는 그 기록을 거의 찾을 수 없지만, 19세기 동안 포도청이 이 고문을 자주 사용한 흔적은 구술자료와 풍속화에서 확인할 수 있다. 김화진에 따르면 포교가 사용했던 암호 중 “학춤을 추어라”라는 은어가 있는데, 두 팔을 뒤로 젖혀 묶고 매단다는 말로 그 두 팔을 벌린 것이 학이 춤추는 모양과 비슷한 것”이라고 설명하고 있다.⁶⁰⁾ 또한 20세기 초반 제작된 풍속화 가운데 김윤보의 〈使罪人鶴舞〉와 김준근의 〈학춤추이는조인〉 등에서 그 고문의 형태를 확인할 수 있다.

57) 『左捕廳臚錄』 53b쪽, 捕校輩使其軍士 結縛(北結)矣身之兩臂 懸于樑木以枕 以椎無數鍛鍊.

58) 앞의 자료, 55b쪽, 兩臂懸樑, 毒杖亂下, 欲生而不得生, 欲死而亦不得死, 乃以偷竊樣依渠懲憑, 果爲誣服是白乎旃.

59) 위의 자료, 54a쪽, 捕校捉出矣身, 如前縛懸, 使之指告買贓人. 故矣身一如(丹/叱)軍輩懲憑之言, 捧價二十兩, 斥賣於南門外破鐵商金哥處, 而主狀則已爲朽傷. 故仍爲燒火樣誣服, 則捕校又爲解結, 拘留房中.

60) 김화진, 앞의 책, 270쪽.



그림 1 김윤보, <使罪人鶴舞>, 개인소장.



그림 2 김준근의 <학춤취는조인은조인>, 국립기메박물관 소장

두 그림은 세부적으로 약간의 차이는 있지만, 동일하게 ‘학춤’이라는 화제를 붙였다는 점에서 같은 형태의 고문임을 알 수 있다. 특히 이들 그림은 “내 양팔을 뒤로 결박하여 가로 걸어 대들보에 매달아 무수히 몽둥이로 단련(結縛(北結)矣身之兩臂 懸于樑木以枕 以椎無數鍛鍊 / 如前縛懸 / 兩臂懸樑, 毒杖亂下)했다는 신인득의 진술과 거의 일치한다. 위 그림처럼 학무는 포교 혹은 포졸이 죄수의 팔을 뒤쪽으로 묶고 줄을 대들보 고리에 끼워 끌어올려 고정하면 고문 준비가 완료된다. 이런 상태로 매달린 죄수는 시간이 갈수록 모든 신체 하중이 어깨와 팔로 전달되면서 고통을 경험하게 된다. 바닥과 매달린 죄수의 발끝 간격이 넓지 않아 어깨의 고통을 참지 못한 죄수가 땅에 발을 디디고 고통을 줄이려 하면 포졸은 죄수의 발과 정강이를 몽둥이로 때려 바닥에서 발을 떼게 했다. 이 과정에서 죄수는 어깨의 고통을 덜기 위해 묶인 어깨를 상하로 움직이고 발을 반복해서 올렸다 내렸다 하는데 이 모습이 마치 학이 해치는 모습과 유사한 데서 학무라는 별명이 붙여진 듯하다.⁶¹⁾ 결국 학무는 사람을 매달아 고통을 주는 고문과 몽둥이로 다리를 가격하는 고문을 병행하는 방식으로 죄수의 압박 강도를 배가하여 자백을 신속히 받아 낼 수 있었다.

또한 그림처럼 포졸(교)이 비교적 여유로운 자세로 형을 집행하고 있는 모습인데, 형벌 집행도의 격식과 엄중함은 찾아볼 수 없다. 즉 형문이 포도대장의 통제에 따라 엄격히 진행되는 법정과는 달리 견제받지 않고 은밀히 진행되었다. 따라서 학무는 포도청의 치도 형과는 별도로 비공식 신문 과정에서 포교들이 은밀히 자백을 얻기 위해 자의적으로 사용했던 불법적 고문 중 하나였다.⁶²⁾

61) 고문을 가한 자들은 희생자가 지닌 인간적 지위를 부정함으로써 희생자들에게서 스스로 격리했다. 희생자는 상징으로 환원되며 희생자가 겪는 고통과 고문 기구·장소 등에는 일상생활에서 쓰이는 명칭이 붙여진다(브라이언 이니스 지음, 김윤성 옮김, 『고문의 역사』, 들녘, 2004, 12쪽). 같은 맥락에서 볼 때 학무라는 명칭은 죄수의 고통을 춤으로 비유하며 희화하는 경향을 보이고 있으며 포도관원에 의해 명명되었을 것으로 보인다.

VI. 맺음말

이상과 같이 신인득 투절 무고 사건에 대한 포도청과 형조의 심리와 처벌 등 일련 과정을 살펴보았다. 죄수가 포도청에서 자복했다가 형조로 이송된 후 진술을 번복하는 무복(변초)사건은 조선시대 사법 체계상 고질적 폐단 중 하나였다. 형조가 무복죄수를 포도청에 돌려보내 재차 자복을 받는 악순환이 지속됐지만, 영조는 무복의 근본 원인이 포도청의 조상 방식에 문제가 있다고 인식하고 다시 내려보내지 않도록 제도를 개선했다. 그러나 19세기에 무복사건은 여전히 줄지 않고 빈번히 발생했지만 개선될 여지는 없었다. 신인득 사례처럼 형조가 무복의 내막을 간파하고 재수사를 통해 억울함을 풀어주는 사례도 종종 있었지만, 대부분은 죄수가 죽음 앞에서 살기 위한 계약으로 치부되는 사례가 많았다.

이러한 문제가 반복되는 이유 중 하나가 포도청의 폭압 수사였다. 포도청이 죄수의 자백을 받기 위해 허용된 형문은 법적으로 제한됐지만, 포도관원이 자신의 실적과 사적 복수심으로 불법적 형벌을 남용했다. 기왕에 포도청이 사건을 처리하는 과정에 폭력을 통한 강압적 수사가 관행처럼 행해졌을 것이라 막연히 생각했지만, 신인득 사건을 통해 포도청의 무단적이고 불법적인 수사 관행에 대한 실상을 구체적으로 파악할 수 있었다.

포교가 절도사건을 수사할 때 반드시 진장을 찾아 범인을 체포하는 것이 원칙이었지만, 이를 찾지 못할 경우 조이·소개라는 일종의 제보자를 통해 단서를 잡아 죄수를 추적하는 관행이 있었다. 그러나 조이·소개는 제보가 실질적인 범죄 해결의 단서를 제공하기도 했지만, 담합을 통해 무고한 사람을 범인으로 지목하거나 조작하기도 했다. 무고한 사람을 범인으로 지목해 잡아들이는 것을 오착이라고 하는데 원래 禁吏의 체포권 남발을 우려해 법적으로 금지되었다. 그러나 포교는 수사상 불가피성을 들어 오착을 남용하고 이를 통해 범인을 조작할 여지가 많았다.

신인득 사건에서 확인할 수 있는 포교의 또 다른 수사방식은 포도청이 아닌 별도의 도가에서 용의자를 조사하기도 했고, 이곳에 상주했던 판군이 포교·포졸을 적극적으로 조력하는 특징을 보인다. 포교와 포졸이 향도도가를 기찰의 근거지로 삼고 은밀히 죄수를 신문하는 비밀 공간으로 적극적으로 활용했음을 알 수 있다. 결국 도가는 법적인 신문 절차와 상관의 눈치를 볼 필요 없는 포교·포졸의 독자적 공간이었으며, 그들의 의도대로 수사를 이끌어 갈 수 있는 일종의 관외 출장소였다.

또한 판군은 떠돌이 거렁뱅이거나 도적 전과를 가진 부류들로 상시로 ‘포교의 효시’가 되어 오랫동안 도하의 폐해를 일으켰다. 포교의 지시에 따라 판군은 신인득이 수금된 방을 수시로 드나들며 사전에 꾸민 범죄 정황에 따라 진술하도록 강요했다. 이 과정에서 포교와 판군은 매장인과 파철봉가 등에 관한 장찬을 주도했다.

62) 조선후기까지 포도청은 절도법을 다스리기 위해 별도로 난장이라는 치도형을 사용했는데 1770년(영조 46) 영조는 가혹한 형벌의 오남용을 해소한다는 취지에서 이를 폐지하였다(차인배, 「조선후기 ‘治盜刑’의 운영과 폐지 과정 - 포도청의 亂杖을 중심으로 -」, 『법사학연구』 63, 2021, 33~36쪽). 따라서 포도청이 사용할 수 있는 공식적인 치도형은 주리와 치도곤 정도가 전부였지만, 학무와 같이 별도로 고안된 고문이 은밀히 이용되고 있었음을 확인할 수 있다.

한편 신인득이 향도도가로 끌려와 고문당하고 없는 죄를 실토하기까지는 하루도 걸리지 않았다. 포교들의 수사는 죄수가 잠시도 생각할 여유도 없도록 신속하고 전격적으로 진행되었다. 신인득은 향도도가에서 두 차례에 걸쳐 고문당했는데 이 고문은 포교배의 지시에 따라 포졸이 직접 집행했다. 그 형태는 죄수의 양쪽 어깨를 뒤로 묶어 대들보에 매달고 밧줄을 말뚝에 고정하고 늘어진 죄수의 다리를 독장으로 어지럽게 때리는 이른바 ‘학무’라는 혹형이었다. 학무는 포도대장의 통제에 따라 엄격히 진행되는 법정과는 달리 견제받지 않고 은밀히 진행되었다. 따라서 학무는 포도청의 치도형과는 별도로 비공식 신문 과정에서 포교들이 은밀히 자백을 얻기 위해 자의적으로 사용했던 불법적 고문 중 하나였다.

결국 포도청의 상시화된 불법적 수사방식은 백성들에게 공권력을 폭력과 폭압의 공포 그 자체로 인식하는 계기를 마련했고, 애써 구현하고자 했던 사법적 정의에 대한 신뢰를 무너트리는 결과를 낳았다. 특히 19세기 들어 포교와 포졸이 기찰 과정에서 용의자를 횡착·오착하는 사례가 증가했는데 이러한 수사 관행으로 민과의 갈등이 점차 증폭되어 포도청에 대한 저항도 심해졌다.

〈참고문헌〉

『승정원일기』, 『일성록』, 『조선왕조실록』, 『좌포청등록』, 『대명률』, 『속대전』

김우철, 「조선후기 推鞠 운영 및 結案의 변화」, 『민족문화』 35, 한국고전번역원, 2010.

김준형, 「조선후기 거지, 문학적 시선과 전승」, 『한국어문학연구』 56, 동악어문학회, 2011.

김화진, 『한국의 풍토와 인물』, 을유문화사, 1986.

브라이언 이니스 지음, 김윤성 옮김, 『고문의 역사』, 들녘, 2004.

연세대학교 법학연구원 법사회사센터, 『조선후기 사법기구』, 박영사, 2022.

이해준, 「조선시대 향도와 촌계류 촌락조직」, 『역사민속학』 1, 한국역사민속학회, 1991.

차인배, 「조선시대 포도청 연구」, 동국대 박사학위논문, 2008.

_____, 「19세기 刑政風俗圖에 나타난 형벌의 특징에 관한 고찰」, 『역사민속학』 44, 한국역사민속학회 2014.

_____, 「조선후기 포도청의 사법적 위상과 활동」, 『역사민속학』 58, 한국역사민속학회, 2020.

_____, 「조선후기 ‘治盜刑’의 운영과 폐지 과정 - 포도청의 亂杖을 중심으로 -」, 『법사학연구』 63, 2021.

펠릭스클레르리텔지음, 유소연 옮김, 『나의 서울 감옥생활 1878년 -프랑스 선교사 리텔의 19세기 조선체험기-』, 살림, 2008.

법사자료를 통해 본 전근대 한국의 형정과 민사

제1부 지정토론

조지만(아주대학교 법학전문대학원)

1. 제1부의 주제는 전통시대의 형정입니다. 연좌율, 사주율 그리고 포도청의 수사방식까지 광범위하게 다루고 있습니다. 연좌는 현재는 대한민국헌법에 의하여 금지되고 있는데, 전통시대에는 어떠한 이유에서 인정되고 있었으며, 실제 실체는 어떠한 것인지에 대하여 잘 알 수 있는 기회가 되었습니다. 또한 특히 파가저택, 읍호강등 등의 조선에서 연좌를 시행할 때 특별히 부가하였던 조치들이 어떠한 사회적 맥락 속에서 나왔는지도 잘 알 수 있는 기회가 되었습니다. 그리고 사주율은 대명률에도 존재하는 범죄인데, 특히 조선후기에 사주율과 관련한 새로운 양태의 대응들이 나타나고 있습니다. 사주율의 적용실태를 잘 알 수 있는 기회가 되었습니다. 마지막으로 포도청은 워낙에 포도청 관련 전문가께서 투절사건을 통하여 실제로 포도청의 수사방식이 어떠한가에 대하여 잘 밝혀 주셨습니다. 실제의 사건을 통하여 불과 얼마전의 대한민국의 상황에서도 충분히 벌어질 수 있는 불법 짜맞추기 수사가 조선후기에도 고스란히 존재하고 있었던 것을 생생한 기록을 통하여 잘 밝혀 주었습니다. 세 주제에 대하여 전문가도 아닌데 본격적으로 토론을 하기에는 적절하지 않아서 개개이 주제에 대하여 한두 개의 질문을 드리는 것으로 토론에 갈음하도록 하겠습니다.
2. 순서대로 우선 '조선후기 연좌율 분석과 사회 경제적 의미 고찰'에 대하여 살펴보면, 본논문의 핵심은 조선에서 특히 행하여졌던 파가저택과 읍호강등에 있다고 생각합니다. 관련하여 파가저택의 경우 발표자께서는 선조 연간의 진주옥사를 그 연원으로 한다고 하면서도 조선시대 전체에 걸쳐 꾸준히 거행된 연좌율이라고 하고 있습니다. 실제 조선왕조실록을 보면 전기에도 파가저택이 행하여졌음을 알 수 있고, 강상과 관련된 사례 이외에도 파가저택이 행하여진 사례가 있었던 것을 볼 수 있습니다(국문하는 수령을 욕하고 항거한 갑사에 대하여 장100 파가저택한 사례: 세조 5년 6월 2일 임자). 읍호강등의 경우에도 조선 전기에 시행된 예를 찾아볼 수 있습니다. 그렇다면 우선 발표자께서 조선후기에 파가저택의 적용범위가 조선전기의 그것과는 다르기 때문에 선조연간을 연원으로 보신 것인지 궁금하며, 실제 사례로 보아도 조선후기에 특히 파가저택이나 읍호강등의 사례가 많이 나오는 것은 어떤 이유에서 그러한 것인지 궁금합니다. 아울러 우선 파가저택이나 읍호강등이 울문에 나오지 않는데도 불구하고 조선에서 시행한 근거나 이유가 무엇인지 궁금합니다.

3. 다음으로 ‘조선후기 사주율의 제정과 민의 사주 실패’에 대하여 말씀드립니다. 사주동전이나 위조보초의 경우 대명률에 분명한 규정이 있습니다. 그런데 조선에서는 국전에서 이와는 다르게 규정하고 있습니다. 보초의 경우에는 대명률보다 가볍게, 동전의 경우에는 대명률보다 무거운 처벌을 하는 것을 규정하고 있는데 이렇게 차이가 나는 이유가 무엇인지 궁금합니다. 발표자께서는 화폐의 공신력을 떨어트리지 않으려는 정부의 의도가 작용한 것이 사주범의 부대시참형으로 이어진 것으로 보고 있는데, 대명률에서 사주동전을 범죄로 규정하고 있는 것 자체가 화폐의 공신력을 떨어트리지 않으려는 의도가 담겨 있다는 점에서 무엇인가 다른 의도가 더 개재된 것이 아닌가 생각하는데, 발표자께서는 어떠한 의견을 갖고 계신지 궁금합니다. 아울러 이왕 대명률을 형률로 사용하고 있는 조선에서 사주동전과 관련하여 새로운 규정을 만들 때 대명률에 대한 논의 또는 고려는 없었는지 궁금합니다.
4. 마지막으로 ‘19세기 신인득 투절사건을 통해 본 포도청 수사방의 특징’에 대하여 말씀드립니다. 판군이라는 존재가 특이한데, 수사를 도와주는 반관반민적인 특징을 갖는 듯합니다. 판군의 개입이 금지된 것이 단순히 공권력 행사에 혼란을 가져오기 때문이라면 수사의 편의상 계속하여 활용할 가능성이 높을 것으로 생각합니다. 관련하여 재수사의 지시가 내려오는 사건 중에 판군이 개입되어 있는 경우가 많이 있는지, 아니면 상관없이 무복의 혐의가 있다면 재수사가 개시되는지 궁금합니다. 또 포도청에서 승복한 사건은 형조로 이송한다고 하는데, 신인득과 김홍손이 처음 형조에서 보인 태도의 차이는 형조에서 다시 신문하는 절차에 대한 지식이 있고 없고의 차이인지 아니면 그냥 우연에 불과한 것인지 궁금합니다. 예를 들어 일제 강점기나 권위주의 정부시대에서 수사기관에서 불법적인 고문에 의하여 허위자백을 한 피고인들이 법원 단계에서 자백을 반복하는 일들이 많이 일어났는데, 이는 법원의 절차에서 허위자백이 반복될 가능성이 있다는 것을 인지하고 있었기 때문이라고 생각합니다.
5. 발표문들은 기존의 논의에서 잘 보이지 않는 면들을 발굴하여 새롭게 연구한 내용이 매우 많습니다. 토론자는 이러한 내용들을 보면서 많이 공부할 수 있었습니다. 이것으로 부족한 토론을 마치도록 하겠습니다. 감사합니다.

제 2 부 15:50 - 17:20

제4주제: 정조대 『일성록(日省錄)』을 통해서 본 법률전문가 율관(律官) …… 73

발표: 이하경 (한국학중앙연구원)

제5주제: 화리(花利, 禾利)에 관한 관습 …………… 95

발표: 손경찬 (충북대학교)

4·5주제 토론 …………… 131

토론 : 문준영 (부산대학교 법학전문대학원)

정조대 『일성록(日省錄)』을 통해서 본 법률전문가 율관(律官)

이하경 (한국학중앙연구원)

목차

1. 서론
2. 조선시대 율관의 지위 및 율학 교육
3. 『일성록』에 나타난 법률전문가로서 율관의 역할
4. 『일성록』에 나타난 율관에 관한 부정적인 시선
5. 『일성록』의 율관 처벌 양상
6. 결론

국문초록

본 연구에서는 정조대 『일성록(日省錄)』의 기록에서 나타나는 율관(律官)에 대한 당대 인식을 분석하고자 한다. 초창기 한국의 법제사 연구에서는 조선시대 법률문화에 대한 전반적인 부정적인 인식이 극명하였고, 그 과정에서 율관과 같은 법무실무자들에 대한 편견 또한 상당했던 것으로 보인다. 반면, 최근의 연구들은 주로 중인신분으로서 율관에 주목하여, 율관의 직제나 선발과정 및 신분적인 지위에 주목한 바 있다. 이러한 연구들은 율관의 지위에 대한 편견이 상당했음에도 불구하고 율관이 형사절차 가운데 조율과 관련하여 상당한 전문성을 가졌을 것으로 추측하고 있다. 본 연구는 율관에 관한 선행연구의 성과를 바탕으로 하되, 『일성록』 속에서 나타나는 율관의 면모를 구체화하고자 한다. 특히, 법치를 강조했던 정조의 재위기간 『일성록』에는 율관과 관련된 기사가 집중되어 있고, 그 가운데 조율이 제대로 되지 않았다는 이유로 율관이 형벌을 받게 된 사건이 27건에 이른다. 이에, 본 연구에서는 『일성록』에서 확인할 수 있는 율관의 역할을 살펴보고, 율관에 대한 부정적인 시선이 있었던 이유들을 분류해서 분석한다. 아울러 율관이 자신의 업무인 조율과정을 근거로 형벌을 받게 된 사건들에 주목한다. 이를 통해서 한편으로는 법률전문가로서의 율관 업무를 분석하면서도 조선후기 율관의 지위를 다시 생각해보고자 한다.

주제어: 조선후기, 율관, 법률전문가, 일성록, 검률

1. 서론

본 연구에서는 정조대 『일성록(日省錄)』의 기록에서 나타나는 법률전문가로서 율관(律官)에 대해 분석하고자 한다. 형사사건을 처리하는 과정에서 율관의 구체적인 역할을 분석하고, 율관에 대한 당대 인식을 살펴볼 것이다. 특히 법치를 강조했던 정조의 재위기간 『일성록』에는 율관과 관련된 기사가 집중되어 있는데, 한편으로는 당대 율관의 역할 및 사회적인 인식을 직간접적으로 살펴볼 수 있는 중요한 사료로 판단된다. 이 기록 가운데, 율관이 담당했던 형사사건에서 조율이 제대로 되지 않았다는 이유로 형벌을 받게 된 사건이 27건에 이른다.

초창기 한국의 법제사 연구에서는 조선시대 법률문화에 대한 전반적인 부정적인 인식이 극명하였고, 그 과정에서 율관과 같은 법무실무자들에 대한 편견 또한 상당했던 것으로 보인다. 대표적으로 박병호의 아래와 같은 서술을 들 수 있다.

“법률지식과 법률실무를 하위계급인 중인과 서리들의 독점세습직종으로 만들어 버린 양반들은 오로지 경학에만 전념하거나 시나 서예를 담론하기를 좋아하고 법률을 읽는 입을 부끄럽게 여기며 법전을 장 속에 깊숙이 처박고 거들떠보지도 않았다... (중략) 사법실무자들도 세습적인 오랜 실무경험을 토대로 하여 기계적으로 법조문을 찾아 주고 서류기록이나 하는 무성의하고 고지식적인 태도로 일관하거나 마음대로 농간을 부리기 일쑤였다. 그들은 법률지식을 연마하여 실무를 통해서 법이론을 발전시키거나 독자적인 법학인 집단을 형성할 생각을 하지 않았으며 양반들도 이를 방치했기 때문에 법률학이 특수한 전문지식으로서 연구되고 체계화되지 못했다.”¹⁾

즉, 박병호의 위 서술을 보면, 조율을 담당했던 자들을 감히 ‘법률전문가’라고 명명하기도 어려울 정도며, 하급 신분계층이 담당했던 업무에 대한 기본적인 멸시가 담겨있다. 신분제 사회에서 하급 계층에 머무르는 자들이 지니고 있었던 지식도 ‘세습적인 오랜 실무경험’에 의한 것으로 치부해 버리고, 구체적인 법규를 찾아서 그에 맞는 형벌을 부과하는 일도 ‘무성의하고, 농간을 부리기 쉬웠다’라고 평가하고 있는 것이다.

반면, 최근의 연구들은 주로 중인 신분으로서 율관에 주목하여, 율관의 직제나 선발과정 및 신분적인 지위에 주목한 바 있다.²⁾ 이러한 연구들은 당대 율관에 대한 부정적인 편견이 상당했음을 인정하면서도, 율관이 형사절차 가운데 조율과 관련하여 상당한 전문성을 가졌을 것으로 추측하고 있다. 특히 최근 나영훈의 연구에 의하면, 조선후기 율과 입격자를 대상으로 이들의 친족 네트워크를 검토하여 “율관들이 세전과 통혼을 통해서

1) 박병호, 『근세의 법과 법사상』 (진원, 1996), 294-295면.

2) 대표적인 사례로 이남희, 「조선전기의 율관: 그 신분적 성격과 위상을 중심으로」, 『한국사학보』 15 (고려사학회, 2003) 참조.

강력한 결속을 통해 조선후기 율업(律業)을 충실하게 수행하고 있었다”라고 평가하고 있다.³⁾

또한, 조운선의 경우 공죄와 사죄 조율과정에서 율관의 역할에 대해 구체화한 바 있다.⁴⁾ 조운선은 정조대에 이르러 조율의 양상이 달라지는 것을 포착하여 이전에 비해 율관의 역할 강조하고 있다. 또한, 사헌부 등의 관원이 법관으로서의 자부심을 가지고 있었음을 지적하고 있다. 예를 들어 헌종 7년의 예를 들어서, 조율을 일차적으로 율관이 해서 올린 후 헌의(獻議)의 자리에서 왕과 대신들이 조율의 근거나 법규에 대한 해석, 그리고 적용 법안의 적법성 등을 논하면서 조율을 받아들여지지 않을 때, 율관이 심하게 반발하는 모습을 잘 보여주고 있다.

그러나 『일성록』 등 정조대 율관이 조율을 잘못했다는 이유로 처벌받는 사건 기록이 적지 않다. 이러한 사건 기록을 어떻게 이해할 것인가? 본 연구는 바로 이 질문에서 시작되었다. 따라서, 본 연구는 율관에 관한 선행연구의 성과를 바탕으로 하되, 『일성록』 속에서 나타나는 율관의 면모를 다시 한번 구체화하고자 한다. 우선, 율관에 대한 법규검토를 통해서 당시 율관의 지위 및 율학 전문교육에 대해 분석한다. 그리고 『일성록』에서 확인할 수 있는 율관의 역할을 살펴보고, 율관에 대한 부정적인 시선이 있었던 유형들을 분류해서 분석한다. 아울러 율관이 자신의 업무인 조율과정을 근거로 형벌을 받게 된 사건들에 주목한다. 이를 통해서 한편으로는 법률전문가로서의 율관 업무를 분석하면서도 조선후기 율관의 지위를 다시 생각해보고자 한다.

2. 조선시대 율관의 지위 및 율학 교육

율관이란 법률을 담당하는 관료를 지칭한다.⁵⁾ 율관의 존재는 율령체제를 이루었던 삼국시대에서 활동하고 있었던 것으로 사료상으로 확인이 되고, 고려에서도 초기부터 율관이 등용되고 있었다고 한다.⁶⁾ 선행연구의 결과에 의하면, 고려시대 율관은 경제적인 면에서 문무관과 동일한 대우를 받았고, 다른 기술관보다는 훨씬 좋은 대우를 받았다고 한다.⁷⁾ 반면, 이하에서 살펴보는 바와 같이, 조선시대 율관의 지위는 고려시대 보다는 상대적으로 낮은 계층에 속했던 것으로 보인다. 율관의 직제 및 선발과정에 대한 부분은 선행연구에서 상세하게 논의된 바 있기 때문에 이하에서는 이를 바탕으로 하되, 주요 법전에서 규정하고 있는 율관의 직제 및 선발방식의 특징에 대해서 간략하게 논의하고자 한다.⁸⁾

3) 나영훈, 「조선후기 율과입격자의 친족 네트워크와 결속」, 『국학연구』 45 (한국국학진흥원, 2021).

4) 조운선, 「조선후기 공죄·사죄 조율의 변화와 적용 사례」, 『법학연구』 31-3 (연세대학교 법학연구원, 2021). 354면.

5) 조선왕조실록에서는 ‘律官, 律者, 律員, 律學’ 등으로도 불리고 있다. 이남희, 앞의 글, 342면.

6) 이미숙, 「고려시대의 율관: 법조(法曹)를 중심으로」, 『한국사상과 문화』 92 (한국사상문화학회, 2018).

7) 이미숙, 위의 글, 194면, 216-221면.

8) 이하의 율관의 직제 및 역할에 관한 설명 부분은 주로 이남희, 위의 글, 341-353면, 나영훈, 위의 글, 136-146면을 바탕으로 하되, 관련 법규의 내용으로 보완하였음.

첫째, 율관의 직제는 『경국대전(經國大典)』에서 처음 성문화되었다.⁹⁾ 의학, 역학, 음악학과 같은 기술직의 경우 주무 기술관청이 별도로 존재하는 데에 반해, 율관은 별도의 주무 기술관청이 존재하지 않고, 형조에 소속된다. 형조에 소속된 관원은 형관과 율관으로 나뉜다. 『경국대전』의 규정에 의하면, 형관은 정2품의 판서(1명), 종2품의 참판(1명), 정3품상당 참의(1명), 정5품 정랑(4명)과 정6품 좌랑(4명) 등으로 구성되고 형의 집행을 관장하는 문반 관리다. 반면, 율관은 종6품 율학교수(1명), 별제(2명), 종7품 명률(1명), 종8품 심률(2명), 정9품 율학훈도(1명), 종9품 검률(2명, 8도와 제주에 각 1명)로 총 18명으로 구성되고 율문을 검토하는 자문역할을 하는 중인 관리다.¹⁰⁾ 『경국대전』에서는 “율관의 출근일수가 514일이 차면 품계를 올려 주고 종6품에서 벼슬자리를 물러나게[去官] 한다. 그 자리에 그대로 있기를 원하는 사람은 출근 일수를 900일로 쳐서 품계를 올려 주다가 정3품에서 그치며 벼슬에서 물러나지 않는 사람과 협의하여 시험을 보게 하여 체아 벼슬에 임명한다”라고 규정하고 있기에, 율관으로서 올라갈 수 있는 직제는 대체로 종6품, 최대로는 정3품에 이르게 되며, 형관에 비해 직제가 낮다.¹¹⁾

[표1. 조선시대 법규상 형조의 구성 변화추이]

법규	경국대전		속대전		대전통편	
형관	판서	정2품 1인	판서	정2품 1인	판서	정2품 1인
	참판	종2품 1인	참판	종2품 1인	참판	종2품 1인
	참의	정3품 1인	참의	정3품 1인	참의	정3품 1인
	정랑	정5품 4인	정랑	정5품 3인	정랑	정5품 3인
	좌랑	정6품 4인	좌랑	정6품 3인	좌랑	정6품 3인
율관	율학교수	종6품 1인	율학교수	종6품 1인	율학교수	종6품 1인
					검교수	종6품 1인
	별제	종6품 2인	별제	종6품 1인	별제	종6품 2인
	명률	종7품 1인	명률	종7품 1인	명률	종7품 1인
	심률	종8품 2인	심률	종8품 1인	심률	종8품 1인
	율학훈도	정9품 1인	율학훈도	정9품 1인	율학훈도	정9품 1인
	검률	종9품 2인	검률	종9품 1인	검률	종9품 1인
비고	(8도, 제주도 각 1인)	검교수가 의금부 조율				

아울러, 성문법상 형조의 구성은 위의 표1에서 확인할 수 있는 바와 같이, 전체적인 틀은 유지하되 조금씩 변화가 있었다. 율관의 경우는 조선후기 『속대전(續大典)』에서는 별제, 심률과 검률의 수를 1인씩 감축한 바 있다.¹²⁾ 이어 『대전통편(大典通編)』에서는 별제의 수를 2인으로 늘이고, 종6품에 해당하는 검교수를 신설하여, 검교수가 의금부의 조

9) 『경국대전』 이전의 율관의 직제에 관해서는 이남희, 위의 글, 344-347면 참조.

10) 『경국대전』 이전(吏典), 중앙관직(京官職), 정2품 관청 중 형조 관련 규정

11) 『경국대전』 이전, 중앙관직, 정2품 관청 중 형조 관련 규정

12) 『속대전』 이전, 중앙관직, 정2품 관청 중 형조 관련 규정

을을 담당하는 규정을 마련하였다.¹³⁾ 조선후기에 이르러 율관의 전체 인원이 다소 감소하였던 것이다. 이 구성은 19세기의 『육전조례(六典條例)』에서도 그대로 확인되는바, 계속해서 유지된 것으로 보인다.

이러한 형조의 구성을 살펴보면, 율관은 형조에 형관과 함께 소속되어 있지만, 직제나 신분상으로 명확하게 분리되어 있음을 알 수 있다. 심지어 형관과 율관은 공간적으로도 철저히 분리되어 있었다고 한다.¹⁴⁾ 다만, 실무는 형조 내의 속사에 따라 구별하여 형관의 일을 보조하였다. 즉, 형조는 사형죄수의 심리를 담당하는 상복사(詳覆司), 법령 및 사건 검찰을 담당하는 고율사(考律司), 형옥과 금령을 담당하는 장금사(掌禁司), 노비와 포로를 담당하는 장례사(掌隸司)와 같이 4개의 속사를 모두 2개의 방으로 나누고 여기에 형방을 더한 9방으로 운영되는데, 율관은 각 방의 사무에 배속되어 형관의 일을 보조하며, 실무적인 업무를 담당하였던 것이다.¹⁵⁾

둘째, 율관의 교육 및 선발에 대한 특징을 살펴보면, 중앙과 지방에서 율관을 체계적으로 교육하고자 하였음을 알 수 있다. 중앙에서는 형조에 율학생도 40명을 두었고, 지방에서는 지방관서 즉, 부(府)에 16명, 대도호부 및 목(牧)에 14명, 도호부에 12명, 군에 10명, 현에 8명씩을 두어, 전체 2,388명에 이르렀다고 한다.¹⁶⁾ 몽학과 음양학은 지방생도를 별도로 육성하지 않았고, 역학의 경우 지방생도가 156명에 그친 것에 반해, 율학의 지방생도 숫자는 의학(중앙 80명, 지방 2,348명, 총 2,428명) 다음으로 높은 수치다. 중앙에서는 형조의 율관 가운데 율학교수와 율학훈도가 율학생도의 교육을 담당하였고, 지방의 율학생도 가운데 충민한 자를 천거하여 사율원(司律院)에서 배우도록 하였다. 물론, 연대기 자료 속에는 이러한 교육이 제대로 되지 않고 있음을 비판하는 기사가 있기 때문에, 율학의 교육이 얼마나 내실있게 운영되었는지에 대해서는 비판할 수도 있을 것이다. 그러나 국가가 주도적으로 율학 전문 교육을 하고자 하였다는 점에 주목할 필요가 있다. 중앙뿐만 아니라 전국적인 차원에서 율학을 공부시키고 관련 전문지식을 쌓도록 하는 체계가 이미 조선초기부터 존재하였던 것이다.

율관의 선발과 관련해서는 선행연구 결과에 의하면 율관을 뽑는 율과는 과거제가 시행되던 태조 6년(1397년)부터 고종 31년(1894년)까지 모두 233회 실시되었고, 선발인원은 초시 18명, 복시 9명으로 조선시대 내내 일정하게 유지되었다고 한다.¹⁷⁾ 『경국대전』에서는 율과의 시험을 “『대명률(大明律)』은 책을 보지 않고 돌아앉아서 강독하고, 『당률소의(唐律疏議)』, 『무원록(無冤錄)』, 『율학해이(律學解頤)』, 『율학변의(律學辨疑)』, 『경국대전』은 책을 보고서 강독한다.”라고 규정하였으나, 『속대전』에서는 대명률은 책을 보지 않고 돌아앉아서 ‘암송’하도록 하고, 『무원록』, 『경국대전』은 책을 보고서 강독하며, 다

13) 『대전통편』 이전, 중앙관직, 정2품 관청 중 형조 관련 규정

14) “형조의 정사는 본아문, 율학청, 조방으로 분리되어 있었고, 본아문에 형관과 서리들이 머무는 형조의 중심공간이었다. 율학청은 본아문의 서쪽, 사역원의 북쪽에 별도로 마련되었고, 율관들이 머무는 공간이었다.” 공간적으로 분리된 것의 의미에 대해서는 나영훈, 위의 글, 136-139면.

15) 형조의 직제인 4사 9방에 관한 구체적인 분석에 대해서는 조운선, 「형조의 사司九房 직제와 실무 -『秋官志』, 『六典條例』, 『秋曹決獄錄』의 비교 분석-」, 『민족문화』 60 (한국고전번역원, 2022) 참조.

16) 잡학 지방생도의 수치는 『경국대전』의 외관조직의 수를 기준으로 산출한 것으로, 이남희, 위의 글, 349면 주 33에서 재인용.

17) 율과에 대한 상세한 정보는 이남희, 위의 글, 350-353쪽 참조.

른 서책은 이제 폐지하도록 하였다.¹⁸⁾ 이러한 율과의 시험 과목을 보면, 일반적인 문과를 등용하는 시험에서 유교 경전과 같은 인문적 소양을 주요 교과목으로 상정했던 것과 달리, 율학이라는 전문적인 법 지식만을 요구했던 것이다. 그리고 조선후기까지 율관의 등용에 있어 『대명률』이 가장 중요한 법규로 인식되었던 점도 주목할만하다.

3. 『일성록』에 나타난 법률전문가로서 율관의 역할

이하에서는 『일성록』에서 나타나는 율관에 대한 당대 인식을 살펴보고자 한다. 『조선왕조실록』에서 율관으로 검색할 경우 성종부터 순조대에 이르기까지 총 80건의 유의미한 기사를 추출할 수 있는 데에 반해, 『일성록』에서는 정조대의 경우만 130건이 넘는 기사가 있다. 『일성록』에서 율관에 관한 기사는 구체적으로 직제를 구별하기보다는 율관이라는 용어를 사용하는 경우가 많다. 예를 들어, 율관교수 관련 기사는 2건, 겸교수는 1건 밖에 없으며, 별제나 심률 등도 직함으로 활용된 것 이외에는 별다른 기사가 없다. 검률은 36건 검색되지만, 율관으로는 97건의 기사가 있고 그 가운데 ‘지방에 파견한 율관’이라는 표현으로 유추할 수 있는 경우도 있다. 따라서, 이러한 관련 기사를 모두 고려하여 약 137건의 기사 가운데 구체적으로 율관이 법률 전문가로서 어떤 역할을 행했는지 간접적으로 보여주는 사례들을 살펴보자. 크게 세 가지로 구별해 볼 수 있다. 첫째는 왕이 살육안(殺獄案)을 검토할 때, 둘째는 왕이 지방에서 올라온 장계를 살필 때, 셋째는 법전을 편찬할 때이다.

첫째, 살육안을 검토하는 경우다. 잘 알려진 바와 같이, 조선시대는 살인사건의 최종적인 판단은 왕에게 있다. 따라서 관련 사건의 보고가 올라오면, 관찰사 → 형조 → 왕의 순서로 사건을 검토하여 왕이 최종적인 판부를 내리게 된다. 이러한 사안을 판단할 때 어떠한 법규를 최종적으로 적용해야 하는지 여부가 불분명 하거나 기준이 되는 법규의 명확한 의미나 법규가 명확하지 않아서 어떻게 판단하면 좋을 것인지에 대한 견해를 율관에게 주로 물어본 것으로 보인다.

예를 들면, 정조 6년 12월 23일의 기사를 보면, 정조가 성정각(誠正閣)에서 형조의 당상들과 함께 옥수(獄囚)들에 대한 초문안(草文案)을 검토하면서 율관에게 자문을 구하는 모습을 확인할 수 있다. 정조 6년 12월 23일 정조가 오찬주(吳贊周)의 살육 문안(殺獄文案)을 검토하면서, 위세로 사람을 핍박하여 죽게 만든 조문(威逼人致死)에 대해 율관 김취하(金就夏)에게 자문을 구한 바 있다.¹⁹⁾ 어떠한 경우를 위핍인치사로 간주할 것인지, 아울러 이 조항에 해당할 경우 형벌을 어떻게 내리게 되는지에 대한 규정을 율관에게 물어본 것이다.²⁰⁾ 그리고 이를 바탕으로 해당사건은 위핍인치사로 규정할 수 없다고 정

18) 『대전통편』 예전(禮典) 제과(諸科) 율과 초시(律科初試) 강서(講書)

19) 『일성록』 정조 6년 임인(1782) 12월 23일(을유)

20) 『대명률직해』 형률(刑律) 인명(人命) 322조. 사람을 위세로 핍박하여 죽게 함

“어떤 일로 인하여 타인을 위세로 핍박하여 죽게하면 장 100이다. 관리나 공사인 등이 공무가 아닌 일로 평민을 위세로 핍박하여 죽게 하면 죄가 같다. 모두 매장은 10냥을 추징한다.”

조는 결론 내렸다.

정조 8년 3월 18일에는 정조가 살육안에 대한 형조의 복계(覆啓)를 검토하면서, 죄인 서흥대(徐興大)가 강흥상(姜興相)을 차 죽인 실정에 대해서 논의하면서 율관에게 자문을 구한 바 있다.²¹⁾ 서흥대가 강흥상과 마계(馬契)에 관한 일 때문에 서로 싸우다가 강흥상을 구타하고 발로 찼는데, 강흥상은 다음 날 죽어버렸다. 다만, 이 사건에는 당시 사건을 목격한 자가 하나도 없었는데 상처가 너무 명확하고 사망에 이른 실인(實因)도 발에 차인 것으로 간주하여 옥사가 성립되었다. 그런데 조사가 계속되자 시친(屍親)의 공초 내용도 일관되지 못하는 등 명확하지 못한 부분이 있었다. 결국, 서흥대가 직접 강흥상을 구타하였음을 증명하지는 못했고, 다만 서흥대에 원한을 품고 있던 강흥상이 술에 잔뜩 취해 서흥대를 찾아나섰다가 “자기 혼자 덩굴고 넘어지면서 모래 무더기와 돌부리에 부딪쳐 상처를 입은 것으로” 결론이 났다. 이때, 정조는 율관이 “사람을 밀어 돌에 부딪히게 한 것이 고의(故意)가 아니라면 과실로 논죄한다고 하였다”고 말하면서, 서흥대를 사형할 수 없다고 보았다.²²⁾ 비록 서흥대가 강흥상을 밀어서 넘어뜨리는 바람에 강흥상이 돌에 부딪히게 되었다 하더라도 반드시 서흥대가 이를 의도적으로 한 것이라고 할 수 없다면 사형을 감하여 정배(定配)하라고 명하였다.²³⁾

그 외 정조 9년 7월 6일에 정조는 “율문(律文) 가운데, 어떤 사람이 그 아버가 남에게 구타당하는 것을 구하다가 도리어 남을 죽인 죄를 지은 자는 그 형률이 어떻게 되어 있는지, 율관에게 물어오라”고 하였다.²⁴⁾ 이에 율관의 자문을 받은 승지 서정수(徐鼎修)가 『속대전(續大典)』 살육조(殺獄條)에 ‘그 아버가 남에게 구타당해 중상을 입자 그 자식이 그 사람을 구타하여 죽게 만든 경우 사형을 감하여 정배(定配)한다.’고 되어 있다”고 돌아와서 아뢰는 바 있다.²⁵⁾

이 사례들은 모두 왕이 살육사건을 최종적으로 검토하면서, 관련 규정을 율관에게 자문하는 것이다. 살인과 관련하여 과연 어떤 조문을 적용해야 할 것인지 혹은 관련 규정이 명확하지 않은 경우 규정의 구체적인 사례를 묻는 등의 자문이다. 이때 율관이 내놓은 해석은 정조가 사법적 판단을 내리는 데에 중요한 전거로 이해된 것으로 보인다. 법적 지식을 자문하는 과정에서 율관의 해석에 반론을 펴는 경우는 찾기 어렵다.

둘째, 구체적인 형사사건을 판부하는 것은 아니지만, 지방에서 올라온 장계(狀啓)를 왕이 판단할 때에도 불명확한 부분에 대해서 율관의 자문을 구하는 경우가 있다. 예를 들면, 정조 15년 3월 15일에 채제공과 함께 황해도 관찰사의 장계에 대해 논하며, 장계에 나온 어구를 명확하게 하기 위해 율관의 자문을 얻은 바 있다.²⁶⁾ 황해도 관찰사의 장계 내용을 구체적으로 기록하고 있지는 않다. 그러나 둘의 대화를 통해 문제가 된 지점으로 추론해 볼 수 있는 바는 관찰사가 황해도 지역의 향전(鄉戰) 문제를 소상히 아뢰는 과정에서 무고(誣告)한 자를 도신이 잡아 두었다는 점, 황해도 지역에서 익명서(匿名書)가 발

21) 사건의 주요 판결 요지는 『국역 심리록』 2 권11 갑진년 서울』 참조.

22) 『일성록』 정조 8년 갑진(1784) 3월 18일(계묘)

23) 『일성록』 정조 8년 갑진(1784) 3월 18일(계묘)

24) 『일성록』 정조 9년 을사(1785) 7월 6일(계축)

25) 『일성록』 정조 9년 을사(1785) 7월 6일(계축)

26) 『일성록』 정조 15년 신해(1791) 3월 15일(기축)

견되었는데, 이를 즉시 불태우지 않고 붙잡아서 왕에게 보고를 올린 점 등이다. 무엇보다 관찰사는 “향전과 익명서의 일이 모두 일률(一律)에 해당되는 일”이라고 보고하고 있는데, 이를 정조가 과연 법에서 이렇게 규정하고 있는 것인가 반문하였다. 그리고 형판(刑判)으로 하여금 율관에게 가서 물어보도록 하였다. 형판은 율관이 “‘향전에 대한 형률은 장(杖)을 친 뒤에 정배(定配)하고, 익명서에 대한 형률은 교형(絞刑)에 처한다.’라고 하였고, 『대전통편』 〈형전〉을 살펴보니 ‘익명서를 불태우지 않은 자는 형률에 의거하여 논죄한다.’라는 조문이 있었습니다”라고 보고하였다. 결국 이렇게 율관에게 자문을 거쳐서 왕은 관찰사가 장계에서 적시하고 있는 내용이 부정확함을 지적하고, 무고한 자, 익명서로 인해 잡힌 자, 그리고 이 보고를 올린 관찰사에 대해서도 판단을 내렸다.²⁷⁾

셋째, 법전을 편찬하는 과정에서 관련 규정에 대한 정확한 이해를 필요로 할 때에도 율관의 도움을 받았다. 정조는 『대전통편』을 편찬하면서 『대명률』, 『경국대전』과 『속대전』의 관련 규정을 상고할 때에 율관에게 자문을 구하고 있다.²⁸⁾ 선행연구에서 밝힌 바와 같이, 『대전통편』은 『경국대전』과 『속대전』을 중심으로 하고 여기에 정조대의 새로운 수교가 뒤따르는(補編) 구조를 하고 있는데, 정조 8년 7월 27일 초고본이 만들어진 이후 1년이상 산삭과정을 거쳐서 정조 9년 9월에 최종 완성되게 된다.²⁹⁾ 구체적으로 정조 9년 6월 19일에 정조는 『대전통편』의 〈형전〉의 ‘관문(官門)에서 변고를 일으키는 데 대한 조목’에 대해서 “방조(傍照)할 만한 율문이 만약 『대명률』, 『경국대전』과 『속대전』에 실려 있다면 이 단락은 산삭하는 것이 또한 좋겠다.”고 명하고, “율관을 불러 물은 다음 의견을 갖추어 다시 초기하여 품처하라.”고 하였다. 『대전통편』의 〈형전〉의 사형(死刑)에 대한 율문 가운데 새로 증보한 조목인데, 이에 대해 산삭이 필요한 것인지 검토를 요청한 것이다. 이에, 신하들은 율관에게 자문을 구하고 관련규정을 검토한 결과, 아래와 같이 유사한 조문을 찾아내었다.

“『대명률』에는 ‘부민(部民)이 제 고을의 지부(知府)·지주(知州)·지현(知縣)을 모의하여 죽이려고 한 경우 이미 행한 자는 장(杖) 100에 유(流) 2000리에 처하고, 다치게 한 자는 교형(絞刑)에 처하고, 죽인 자는 모두 참형(斬刑)에 처한다.’ 하고, 『속대전』에는 ‘읍민(邑民)이 관장을 향해 방포(放砲)한 경우 변고를 일으킨 곳에서 부대시참(不待時斬)에 처한다. 수모(首謀)는 같은 형률에 처하고, 협종(脅從)은 사형을 감하여 정배한다.’ 하고, 또 ‘이졸(吏卒)이 수신(帥臣)을 모의하여 죽이려고 한 경우 수모는 효시(梟示)에 처하고, 위종(爲從)은 모두 절도(絶島)에 정배한다.’ 하였습
니다.”³⁰⁾

27) 『일성록』 정조 15년 신해(1791) 3월 15일(기축)

28) 『대전통편』 편찬의 상세한 과정 및 특징은 김백철, 『탕평시대 법치주의 유산: 조선후기 국법체계 재구축사』 (경인문화사, 2016), 100-103면 참조.

29) 김백철, 위의 책, 102-103면.

30) 『일성록』 정조 8년 갑진(1784) 3월 18일(계묘)

결국, 율관이 말한 바와 같이 이미 『대명률』에서 관련규정을 상세하게 규정하고 있기 때문에, 정조는 『대전통편』에서 증보하려 했던 규정을 산삭하도록 결론 내었다.³¹⁾

이러한 사례들에서 살펴볼 수 있는 바는 첫째, 『일성록』에서 확인할 수 있는 법률전문가로서의 율관은 주로 승정원에 파견된 율관으로, 승지를 도와 왕에게 형률의 적법한 적용에 대해 자문해주는 역할이다.³²⁾ 다시 말하자면, 왕이 직접적으로 법과 관련된 판단을 해야 할 때, 지근거리에서 왕에게 필요한 지식을 제공한 것으로 보인다. 둘째, 왕이 사법적 판단을 내리는 데에 있어서 율관의 법률지식은 상당히 전문성을 가졌으며, 조정에서 중요한 역할을 했을 것으로 추정된다. 조정에서 주요 관리들과 함께 무엇인가 불명확한 순간 언제든지 곧바로 율관에게 자문을 구하도록 하고 있고, 동시에 율관이 내놓은 법규에 대한 해석은 최종적인 판단을 내리는 데에 있어 중요한 전거로 활용되고 있기 때문이다. 이때 율관에게 자문을 받은 법률적 내용 즉, 율관의 법률 해석에 대해서는 반론을 펴는 경우는 찾기 어렵다.

셋째, 살육안에 대한 심리과정에서 실질적으로 왕이 법률전문가인 율관에게 이러한 도움을 받았음에도 불구하고, 절차상으로 볼 때 자문하는 과정이 어느 정도의 의미를 갖는 것인지에 대해서는 확인하기는 어렵다. 『일성록』과 같은 연대기 자료에서는 왕이 불분명한 상황에 직면하여 율관에게 물어보라고 명령을 내리고, 그리고 그 대답을 전하는 과정이 소상하게 기록되어 있어 상대적으로 율관에 자문하는 절차가 눈에 띈다. 반면, 형사사건 판례집에 해당하는 『심리록』 등의 사건기록에는 이러한 사실이 상대적으로 소략하게 “율관에게 물어보니(招問律官)”라는 어구에 불과하다. 더구나 최종적인 조율을 하기에 앞서 모든 사항을 반드시 율관에게 검토를 받는 것이 아니다. 따라서, 왕이 최종적인 판단을 내릴 때에 율관에게 자문을 구할 수는 있으나, 자문의 과정이 왕이 필요하다는 판단이 있을 때에만 진행된 것이다. 즉, 율관에게 자문을 구해야 하는지 여부를 왕이 판단한다는 점에서 사실상 이 법률전문가로서의 위상은 한계가 있을 수도 있다.

4. 『일성록』에 나타난 율관에 관한 부정적인 시선

이러한 법률전문가적인 면모와 달리, 『일성록』에는 율관에 대한 부정적인 인식을 엿볼 수 있는 기사들도 적지 않다. 이들을 부정적으로 바라보게 된 데에는 복합적인 요인이 있겠지만, 아래와 같이 세 가지 정도로 구별해 볼 수 있다. 첫째는 율관에게 전문적인 법지식이 부족하다고 비판하는 경우, 둘째는 민인들을 약탈하는 타락한 지방관리라는 식으로 비판하는 경우, 셋째는 상급 관리의 말에 절대적으로 복종할 수밖에 없는 빈천한 하급관리의 하나로 간주하는 경우이다.

첫째, 율관은 전문적인 법지식이 부족하다고 간주하는 사례를 살펴보자. 예를 들어, 정조 3년 1월 29일의 『일성록』 기사에는 법률을 제대로 알지 못하는 율관에 대한 정언

31) 『일성록』 정조 8년 갑진(1784) 3월 18일(계묘)

32) 나영훈, 위의 글, 139면.

유맹양(柳孟養)의 보고가 실려있다.³³⁾ 유맹양에 의하면, 원래 율관을 지방의 주요 영곤(營園)에 파견하는 것은 “법률을 잘 알아서 송사를 공평하게 처리하라”는 의도였는데, 당시에는 그렇지 못한 실정이라고 한다. 무엇보다 율관을 임명할 때 제대로 된 법률지식이 갖추지지 않았음에도, “직급의 차례에 따라” 발령을 내는 관행으로 인해서, 율관이 법률을 제대로 알지 못하고, 제 마음대로 법률을 적용하는 등 농간을 부리고 있다고 유맹양은 비판하였다.³⁴⁾

그런데, 정조 7년 형조 참의 조정진(趙鼎鎭)의 상소문을 보면, 조정진은 보다 근본적인 차원에서 율관이 전문적인 지식을 갖추지 못하고 있음을 지적하고 있다.³⁵⁾ 조정진에 의하면, 율관을 선발할 때 “나이가 젊고 몽매한 무리를 구차히 충원해서” 이들이 “율문(律文)과 조례(條例)를 전혀 모르고 옥사를 평의(評議)할 때 매번 오류를 범하는 문제”가 있다는 것이다³⁶⁾ 이에, 조정진은 율관을 선발할 때, 문자를 조금 알고 율령을 두루 익힌 자를 각별히 살펴서 가려야 할 필요가 있음을 아래와 같이 주장한다.

옥송(獄訟)을 잘 살피는 것은 진실로 왕정에 있어 신중히 해야 할 일인데, 근래에 형관은 제수된 지 얼마 되지 않아 곧바로 다른 자리로 옮겨 가기 때문에 그 직임에 오래 종사하여 문안에 익숙한 자가 없습니다. 그렇기 때문에 늙은 아전과 간사한 서리가 문서를 농간하여 뇌물을 받는 폐단을 발각할 수 없습니다. 신의 생각에는, 본조의 정랑과 좌랑 각 1원(員)은 반드시 일찍이 수령을 지내서 형옥에 밝고 익숙한 자로 가려서 차임하고 구임(久任)으로 만들어 세 번 고과(考課)할 동안 자리를 옮기지 못하게 하고, 엄히 고찰해서 재지(才智)와 문서를 처리하는 능력에 있어 모두 드러나게 칭찬을 받으면 또한 포상하여 승진시키는 뜻을 보여야 할 것입니다. 근래에 율관은 모두 나이가 젊고 몽매한 무리를 구차히 충원해서 율문(律文)과 조례(條例)를 전혀 모르고 옥사를 평의(評議)할 때 매번 오류를 범하는 문제가 있습니다. 신의 생각에는, 이런 무리도 문자를 조금 알고 율령을 두루 익힌 자로서 본조에서 각별히 살펴 가려서 자리가 나는 대로 차임하고, 낭관(郎官)도 달마다 율강(律講)을 받아 서로 익혀서 법을 적용할 때에 율관에게만 맡기지 않는다면, 형옥이 공평함을 잃는 문제가 없을 것입니다.”³⁷⁾

조정진이 옥송에 대해서 문제를 삼고 있는 대상은 크게 형관, 율관, 낭관 세 부류다. 형관의 문제는 임기가 짧고 금방 다른자리로 나아가는 문제 때문에, 법률 문안을 처리할 능력을 키울 수 없다는 점이고, 율관은 충원 시에 나이가 어리고 지식이 부족한 자들을

33) 『일성록』 정조 3년 기해(1779) 1월 29일(갑인).

34) 『일성록』 정조 3년 기해(1779) 1월 29일(갑인).

35) 『일성록』 정조 7년 계묘(1783) 7월 7일(병신).

36) 『일성록』 정조 7년 계묘(1783) 7월 7일(병신).

37) 밑줄은 필자 강조. 『일성록』 정조 7년 계묘(1783) 7월 7일(병신).

충원하여 전문성이 떨어진다는 점이다. 마지막으로 낭관들도 매달 법률 공부를 해서 율관에게만 일임하지 않도록 해야 한다는 것이다.

조정진의 상소문에서 주목해야 할 부분은 당시 옥사를 제대로 처리하지 못하는 문제가 단순히 율관만의 문제는 아니라는 점이다. 전체 사안을 관장하는 형관, 조율을 담당하는 율관, 실무를 담당하는 낭관들 이 세 계층의 사람들 모두 제대로 사법처리를 하지 않고 있다는 점이다. 다만, 현재 법률 적용하는 문제는 율관에게 맡기고 있다는 것을 알 수 있고, 율관이 법률 지식이 제대로 갖춰져 있기 않기에 다른 계층의 관리들도 법률지식을 갖추어야 함을 강조하고 있는 것이다.

둘째, 율관을 약탈하는 지방관리라는 차원에서 부정적으로 바라보는 시각을 들 수 있다. 예를 들면, 정조 2년 8월 4일 전감사 조시준과 서호수가 죄인들에게 배문(配文)을 작성하여 보낼 때에 ‘노관(露棺)’ 두 글자를 빠뜨리고 쓰지 않았던 것이 문제가 되었다.³⁸⁾ 두 감사는 모두 문서를 잘 살펴보지 않은 것을 이유로 형벌을 받았다. 그런데 율관에 대해 정조는 아래와 같이 판결하였다.

“율관의 경우 그들은 법률을 관장하는 관리로서 이러한 조율을 이처럼 잘못 붙였으니 지극히 놀랍다. 외읍(外邑)에서 이러한 무리들이 법문(法文)을 농락하고 이것을 끌어다가 저것을 보충하며, 관장(官長)에게 아부하고 무고한 사람에게 부정하게 죄를 덮어씌워서, 심지어 선량한 백성을 학대하여 해치고 피폐한 백성을 약탈하기까지 하는 관습에 대해서는 예전부터 익히 알고 있었던 것이다. 이제 드러나게 된 이상 결코 심상하게 처리해서는 안 된다. 일벌백계(一罰百戒)의 도리를 더욱이 어찌 가볍게 다룰 수 있겠는가. 경기와 전라도의 해당 검률은 해조(該曹)로 하여금 가문과 이름을 조사해서 엄하게 죄를 다스리게 하며, 조율하고 정배한 뒤에 초기하도록 하라.”³⁹⁾

여기서는 율관이 자의적으로 법률 적용을 해서 백성들을 괴롭힌다고 보고 있다. 율사람에게 아부하고, 힘없는 백성을 괴롭히는 약탈적인 중간관리자로 간주하는 것이다. 더구나 정조 2년 초에 반포한 『흠휼전칙(欽恤典則)』을 계기로 죄인의 심리를 보다 신중하게 할 것을 요청했음에도 불구하고 이러한 문제가 생기고 있다는 점에서 정조가 더 화가 난 것으로 보인다. 정조는 “더욱더 징계하여 다스리라. 뒤이어 암행어사를 파견하여 염담하게 할 것이니, 본조(本曹)에서 우선 이러한 뜻으로 글을 지어 각 해도(該道)에 관문(關文)을 보내어 신칙하여 금법(禁法)을 범하지 말도록 하라.”라고 명하였다.⁴⁰⁾

셋째, 율관을 빈천한 무리라고 간주하는 시선도 존재한다. 특별한 계기로 특정인이 문제를 일으켰다고 보는 것이 아니라, 율관 계층 자체에 대한 부정적인 인식으로 볼 수 있다. 예를 들면, 정조 4년 5월 15일의 기사를 보면, 황해도에서 올라온 죄인에 대한 형

38) 『일성록』 정조 2년 무술(1778) 8월 4일(신유).

39) 『일성록』 정조 2년 무술(1778) 8월 4일(신유).

40) 『일성록』 정조 2년 무술(1778) 8월 4일(신유).

조의 계본(啓本)에 대해서 정조가 판하하면서, 죄인 이정규(李禎奎)는 관장(官長)을 사칭하여 민간을 토식(討食)한 죄를 저질렀음에도 불구하고, “조율할 때의 율명(律名)에서 사칭한 것만을 말하고 토식한 것에 대해서는 말하지 않았”던 점을 지적하며 율관을 비판한 바 있다.⁴¹⁾ 이때, 정조는 율관에 대해 “율관은 대부분이 빈천한 무리들이다. 이런저런 이유로 해서 형률을 임의적으로 적용하는 많은 간악한 폐단이 따라서 나오게 된 것이다.”라고 말하였다.

기본적으로 율관을 빈천하게 여기기 때문에, 실제로 조율할 때 주체적으로 전문가적인 면모를 보이지 못하고 상관의 지시에 따라 혹은 상관의 눈치를 보느라 자의적으로 법을 적용한다고 간주한다. 예를 들면, 정조 4년의 흥낙빈을 조율한 율관에 대한 사례를 들 수 있다. 흥낙빈은 정조 3년 9월 29일에 경상도 관찰사에 제수되었는데, 남창(南倉) 돈을 빼돌리거나, 형배(刑配)된 죄수에게 속전(贖錢)을 강제로 받아내는 등의 죄를 저질러서 의금부로 잡혀왔다.⁴²⁾ 그 과정에서 율관이 조율을 잘못하였는데, 율관에 대해 다음과 같이 명령하였다.

율관의 경우에는 다만 무력하고 나약한 무리로서 업포에 겁을 먹고 비위를 맞추기에 급급했던 자이니, 책망할 것은 없으나 후일을 징계하고 여러 사람들에게 보여 주는 방도가 없어서는 안 된다. 도신으로 하여금 백성들을 대대적으로 모아 놓고서 법을 위반한 흥낙빈의 죄상을 포고하고 해당 율관을 한 차례 형추(刑推)한 뒤에 정배(定配)하게 하라.”⁴³⁾

정조 14년 6월 17일 시수죄인 광성보 별장(廣城堡別將) 윤택신(尹宅莘)에 대해 논하면서, 윤택신에게 감형을 제안한 율관을 정조가 강하게 아래처럼 비판한 바 있다.

“조선을 호송(護送)하는 데 마음을 쓰지 않은 지방관에 대해서는 본래 감처해야 할 죄명(罪名)이 있는데, 갑자기 법에도 없는 고신 3등을 추탈하는 것으로 조율하여 감죄하였으니, 율관의 소행은 대단히 통분스럽다. 세력이 있는 사부(士夫)에 대해서는 무거운 형률(刑律)을 낮추어서 감죄하고 세력이 없는 토착 비장(裨將)에 대해서는 공공연히 형률을 갑절로 적용하니, 어찌 이와 같은 왕부(王府)의 법칙이 있는가. 이에 앞서 엄중히 신칙하였는데도 형률을 적용할 때 어찌 감히 이와 같이 간계를 부리는가.”⁴⁴⁾

즉, 윤택신에게 적용되어야 할 규정이 있음에도 불구하고 율관이 윤택신에게 별도로

41) 『일성록』 정조 4년 경자(1780) 5월 15일(계사).
 42) 『정조실록』 정조 4년 경자(1780) 7월 3일(기묘).
 43) 『일성록』 정조 4년 경자(1780) 7월 26일(임인).
 44) 『일성록』 정조 14년 경술(1790) 6월 17일(병인).

감형으로 조율한 것이 문제가 된 것이다. 이는 율관이 권세가들의 눈치를 보느라 권세가 들에게는 임의로 감형해주고, 오히려 세력이 없는 자들은 형벌을 가중하였기 때문이라고 한다.

이러한 사례들에서 알 수 있는 바는 첫째, 율관에 대한 부정적인 인식은 주로 지방에 나가 있는 검률에 대한 인식이라는 점이다. 검률은 앞서 살펴본 바와 같이, 율관 가운데서도 가장 하급이며 종9품으로 관료제에서 말단직이다. 바로 이 지점이 율관에 대한 부정적인 인식을 보여주는 세 가지 유형을 관통하는 근본적인 한계라고 판단된다. 말단직으로서 상대적으로 나이가 어린 시기에 임용되고, 관련 경험이 누적되지 못할 채 발령을 받아, 검률은 상대적으로 법률지식이 부족하다고 볼 수 밖에 없었을 것이다. 그리고 지방으로 파견되어 당시 지방의 민인들을 약탈하는 타락한 지방관리의 일원이 되었을 것이다. 하급관리로서 당연히 상급관리의 말에 복종할 수 밖에 없었을 것이다. 따라서, 앞서 왕의 지근거리에서 왕에게 법률적자문을 해주던 율관과 달리 지방의 검률들은 신분제적, 직제적 한계가 결정적으로 작용했을 것으로 보인다.

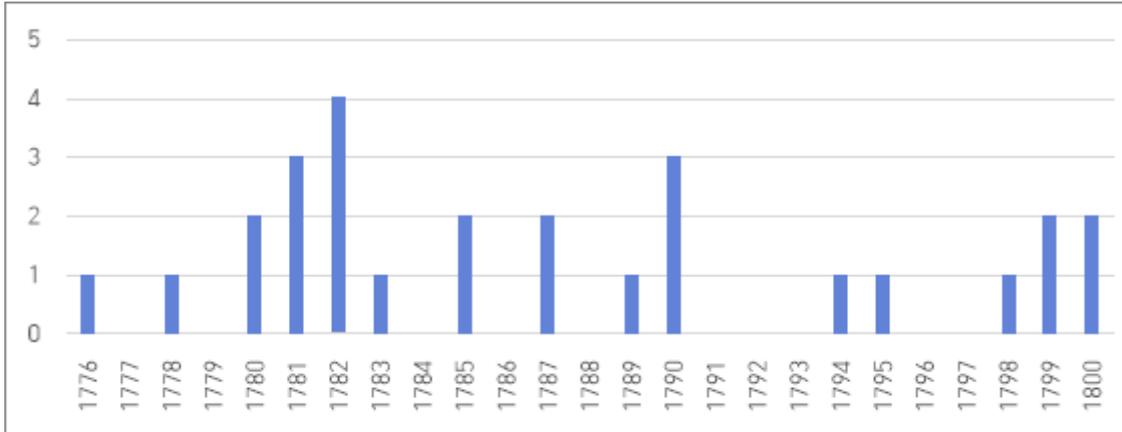
둘째, 이러한 신분제 상의 한계가 있음에도 불구하고, 이들을 비판하는 자들의 논리 속에서 당시 검률들이 '법률전문가'로서의 역할을 해주기를 원한다는 점을 알 수 있다. 예를 들면, 율관을 비판하는 과정에서, 원래 지방에 파견하는 것은 법률을 잘 알아서 송사를 공평하게 처리하도록 하기 위한 것임을 분명히 하고 있다. 또한, 법률을 능란한 행위를 질책하면서 원래 율관이 법률을 관장하는 관리로서 그러지 않아야 한다는 것을 전제하고 있다. 아울러, 율관이 사사롭게 형률을 임의로 적용하는 것이 문제라고 말함으로써 법규의 공평한 적용을 요구하고 있는 것이다. 결국, 지방에 파견한 율관에게 가장 중요한 것은 제대로 된 법률 지식을 동원하여 형사사건을 공평하게 처리하는 자질일 것이다.

5. 『일성록』의 율관 처벌 양상

『일성록』에서 율관과 관련된 기사 가운데, 율관을 비롯하여 관료 일반에 대해 일반적인 신칙을 요구하는 기사를 제외하고, 구체적으로 특정 율관이 문제가 되어 형벌을 받게 된 기사는 모두 27건에 이른다. 물론 모든 사건기록에서 해당 율관에게 내려진 최종적인 형벌의 수위를 명확하게 확인할 수 있는 것은 아니다. 왕이 특정 율관을 치죄(治罪)하라는 요구로 끝나버리는 경우도 적지 않기 때문에 한계가 있긴 하지만, 이하에서는 27건의 사건을 중심으로 율관에 대한 처벌의 양상 및 경향성을 살펴보고자 한다. 첫째, 28건의 사건기록을 시기별로 추적해보고, 둘째, 율관의 죄명을 중심으로 분류해 보고, 셋째, 이들이 받았던 형량을 분류해 본다.

첫째, 시기별로 살펴보면, 다음 그래프에서 볼 수 있는 바와 같이 즉위년부터 정조 24년까지 기록이 전반적으로 분포되어 있다고 할 수 있다.

[그래프 1. 정조 재위기간 『일성록』에 나타난 율관의 처벌 사건 기록수]



즉, 위 그래프에서 알 수 있는 바와 같이, 정조 6년(1782)의 4건의 사건기록이 가장 많았던 것을 제외하면, 대체로 한해에 한 두 건 정도 율관 관련 사건기록이 있었다. 이는 달리 말하자면, 특정 시기나 사건을 계기로 율관에 대한 부정적인 인식이 강화되었다기 보다는 전반적으로 율관의 법률 관련 업무를 꾸준하게 문제 삼고 있었던 것으로도 볼 수 있을 것이다.

둘째, 죄명에 대한 분석이다. 앞서 살펴본 율관의 역할을 기준으로 생각해보면, 실제로 율관이 자신의 업무 때문에 형벌을 받게 되는 경우는 모두 옥안 등에서 구체적인 ‘조율’ 부분이 문제가 된 것이다. 조율을 잘못하게 된 원인을 다시 구별해 본다면, 다음 표 2와 같이 크게 네 가지로 구별해 볼 수 있다. 즉, 조율하는 과정에서 주요한 범죄사실을 누락한 경우, 조율할 때 근거가 되는 법규를 자의적으로 적용한 경우, 구체적인 이유를 명시하지 않고 조율 자체가 미진하다고 본 경우, 그리고 그 외 형식적인 부분을 문제삼은 경우다.

[표 2. 정조 재위기간 『일성록』에 나타난 율관의 처벌 사건 중 율관의 죄명 분류]

죄명	사건 수
주요 범죄사실 누락	5
법규의 자의적 적용	4
조율 미진	15
기타	3

먼저, 조율하는 과정에서 주요한 범죄사실 등을 누락한 경우는 모두 5건이 있다. 예를 들면, <정조 4년 이정규 사건>에서 이정규가 관장(官長)을 사칭하여 민간을 토식(討食)하였는데, 율관이 사칭죄만 적용하고 토식한 것에 대해서 별도로 조율하지 않았다.⁴⁵⁾ <정조 5년 이의로 사건>에서는 수령 이의로가 고을에 재임하면서 저질렀던 여러 죄목 가운데, 강제로 군전(軍錢)을 거둔 것을 율관이 누락하였다.⁴⁶⁾ <정조 13년 김유항 사건>에서

45) 『일성록』 정조 4년 경자(1780) 5월 15일(계사).

46) 『일성록』 정조 5년 신축(1781) 3월 7일(경진).

는 서흥부에 정배된 죄인 김유항을 재조사하는 과정에서, 율관 이윤적이 김유항을 추문하면서 원래 문제가 되었던 양녀(良女)의 개가(改嫁) 사실에 대해서는 누락하였다.⁴⁷⁾ 대신, 율관은 김유항이 호패를 두 가지를 차고 있었던 것만을 문제삼아 ‘직역과 성명을 사실대로 쓰지 않은 죄’로 조율하였던 점이 문제가 되었다.

다음으로, 율관이 법규를 자의적으로 적용하여 조율에 문제가 생긴 경우도 4건에 이른다. 예를 들어, <정조 5년 최경륜 사건>에서 최경륜이 역적의 가사(家舍)를 전매(典賣)한 것에 대해 율관이 ‘타인의 전택(田宅)을 전매한 율’로 의율(擬律)했다.⁴⁸⁾ 최경륜이 전매한 대상이 일반적인 가사가 아니라 역적의 가사였기 때문에, 훨씬 가중한 법규를 적용했어야 함에도 불구하고 율관이 단지 ‘관유물(官有物)인 경우에는 2등을 더한다’는 규정만을 적용한 것이 문제가 되었다. <정조 11년 김정구 사건>에서는 김정구가 충군(充軍)에 해당하는 죄를 지었는데, 김정구가 공신의 자손이라는 이유로 감형할 수 있다고 조율한 것을 문제 삼았다.⁴⁹⁾ 율관이 적용한 법규는 『대전회통(大典會通)』 형전의 추단조에 나와있는 ‘원종공신의 자손’에 관한 감형규정이었다.⁵⁰⁾ 문제는 해당 법규가 공신의 자손이 감형을 받을 수 있는 범위를 장류(杖流)이하로 제한하고 있기에 정조는 충군에 해당하는 죄를 지은 김정구가 본 규정에 의해 감형을 받을 수 없다고 율관에게 형벌을 내렸다. <정조 6년 홍만록 사건>에서는 홍만록이 궁장(宮墻) 밖에서 술에 취해 야금(夜禁)을 범했음에도 불구하고, 율관은 홍만록을 일반적으로 길거리에서 주정한 율에 비추어 장(杖) 100을 수속(收贖)하고 풀어 주려고 한 것이 문제가 되었다.⁵¹⁾ 이에 율관은 장(杖) 100에도(徒) 3년으로 청산현(靑山縣)에 정배하고자 하였는데, 정조는 이에 대해서도 가볍게 감률할 수 없다며 원지(遠地)에 무기한으로 정배(定配)하라고 명을 내렸다.⁵²⁾

다음으로 구체적으로 어떠한 법규를 잘못 조율한 것인지는 밝히지 않았지만, 율관의 조율이 일관성이 없거나 형세를 보고 자의적인 판단에 의한 것이라는 이유로 문제를 삼는 경우다. 이러한 사례가 전체 28건 기록 가운데 절반이 넘는다. 예를 들면, <정조 5년 윤확 사건>에서 당하(堂下)의 시종신(侍從臣)인 윤확이 별다른 사정이 없으면서도 날마다 소명(召命)을 어긴 것으로 파직당하고 나쳐되었다.⁵³⁾ 윤확의 일은 기강에 관계된 것임에도 불구하고, 율관이 부과환직(付過還職)으로 조율하자, 정조는 율관이 형세를 보고 일부러 형벌을 감해준 것이라며 율관에게 형벌을 내렸다.

이러한 사건 중에서 율관이 감형을 한 것과 중형을 한 것으로 구별해 볼 수 있다. 예를 들어, 위의 율관 사건처럼 율관이 일부러 감형을 해준 것이 문제가 된 사건은 <정조

47) 『일성록』 정조 13년 기유(1789) 1월 19일(병자).

48) 『일성록』 정조 5년 신축(1781) 윤5월 28일(경오).

49) 『일성록』 정조 11년 정미(1787) 9월 3일(정묘).

50) 『대전회통』 형전 추단 [擬罪時功臣子孫]

“죄목을 정할 때 공신의 아들과 손자는 강상죄(綱常罪)와 장도죄(贓盜罪)를 제외하고 장형(杖刑) 및 율형(流刑) 이하에 해당하는 죄일 경우에는 속전(贖錢) 받는 것을 허용한다. 그리고 공신의 증손(曾孫) 이하는 아무 왕대(王代)의 아무 공신이라고 부표(付標)하여 임금에게 보고한다. 원종공신의 경우에도 똑같다. 공신의 아들과 손자는 비록 공인(工人)·상인(商人)·천례(賤隸)라 하더라도 고신을 할 때에는 임금에게 계청(啓請)해야 한다. 원종공신의 경우에도 똑같다.”

51) 『일성록』 정조 6년 임인(1782) 9월 29일(계해).

52) 『일성록』 정조 6년 임인(1782) 10월 5일(무진).

53) 『일성록』 정조 5년 신축(1781) 9월 6일(을사).

9년 서태수 사건)과 <정조 11년 김종정 사건>이 있다. 무신겸 선전관이었던 서태수를 나치하라고 했음에도 불구하고, 율관이 부과환직으로 조율한 것이 문제되었다.⁵⁴⁾ 김종정 사건은 형조판서인 김종정의 상소문이 문제가 되었는데, 문제가 된 법규는 구체화되어있지 않지만, 정조는 율명의 한계가 합당하지 않다며 문제삼았다.⁵⁵⁾ 마치 율관이 고위 관리는 두둔하고 하급 관리인 서리에게만 과한 형벌을 내리고 있다는 것이었다. 반면, 율관이 고의적으로 중형으로 조율한 것이 문제된 사건으로는 <정조 14년의 최종렬 사건>이 있다. 해서(海西)의 유배죄인인 최종렬에 대해 율관이 애당초 유배율을 적용한 것도 지난친 점이 있는데, 거기에 율관이 ‘막중(莫重)’이라는 글자까지 써 둔 것이 문제가 되었다.⁵⁶⁾

마지막으로 율관이 작성하는 문건의 형식적인 부분을 문제삼은 사건들도 3건에 이른다. 예를 들면, <정조 24년 이석지 사건>에서는 검안이 소루하다는 점이 문제가 되었고,⁵⁷⁾ <정조 24년 이춘금 사건>에서는 결안 문안에 있었던 착오가 문제가 되었다.⁵⁸⁾

셋째, 그렇다면 이러한 조율을 잘못된 율관이 받은 형벌은 무엇인가? 『일성록』에서 구체적으로 확인할 수 있는 형벌의 종류를 분류해 보면 아래 표 3과 같다.

[표 3. 정조 재위기간 『일성록』에 나타난 율관의 처벌 사건 중 형벌 분류]

형벌 종류	사건 수
사형	1
무기한 총군	1
정배	9
장형과 도형(1년~3년)	4
수금하고 대기하라는 명령	3
형조에게 죄를 주라는 명령	8
미상	1

위의 표에서 알 수 있는 바와 같이, 조율을 잘못된 것으로 사형을 받게 되는 사건이 1건이 있고, 무기한 총군 1건이 있다. 그 외 9건은 정배형이며, 4건은 장형 100대 혹은 60대와 더불어 1년에서 3년에 이르는 도형을 선고 받은 경우다. 수금하고 대기하라는 명령 3건과 구체적인 형벌을 알 수 없는 사건 1건을 제외하면, 8건은 모두 형조에게 알아서 벌을 내리라고 한 것이다. 형조에게 알아서 죄를 주라고 하거나, 일단 수금하고 대기하라고 하는 등의 사건기록을 제외하고, 중형에 해당하는 형벌들은 주로 반좌율에 의한 것이다. 즉, 율관이 잘못 조율한 죄인의 형벌을 율관에게 그대로 부여하는 것이다.

예를 들어, <정조 23년 이창린과 김처신 사건>은 호조의 서리(胥吏) 이창린과 김처신

54) 『일성록』 정조 9년 을사(1785) 12월 11일(병술).
 55) 『일성록』 정조 11년 정미(1787) 4월 13일(경술).
 56) 『일성록』 정조 14년 경술(1790) 4월 9일(기미).
 57) 『일성록』 정조 21년 정사(1797) 5월 18일(정사).
 58) 『일성록』 정조 24년 경신(1800) 윤4월 23일(을해).

이 대궐에 들이는 것이라고 빙자하여 견양 초주지(見樣草注紙) 200권을 훔치고 농간한 죄로 옥사가 성립된 사건이다.⁵⁹⁾ 이 사건의 전말은 『일성록』 뿐만 아니라 『정조실록』과 『심리록』에도 상세하게 나와있다. 다른 사건들과 달리, 이 사건에서 정조가 판부를 내리면서, 율관의 업무를 다음과 같이 중요하게 여기고 있다.

“법관이 법을 다룰 때에는 털끝만 한 차이도 다투며, 공문서에는 본래 격례가 있는 법이다. 뿐만 아니라 사형 죄에 대한 옥안은 나라의 법이 매우 중대하여, 글자 하나 낱말 하나를 놓을 때에 반드시 더할 수도 없고 덜 수도 없으며 바꿀 수도 없고 변통할 수도 없게 해야 한다. 그런 뒤라야 범인을 승복시킬 수 있고 옥사의 체모를 더욱 높일 수 있다.

무릇 사형수에 대한 옥안을 형조에서 녹계(錄啓)할 때에는 죄수의 이름 아래에 죄목을 간단하게 뽑아서 쓰고 녹계 문서의 윗부분에 내용을 요약한 쪽지를 부치는데, 그 법의 엄정하기가 마치 시장(屍帳)의 실인(實因)과 같다. 이것으로 자복을 받고 이것으로 형률을 상고하고 이것으로 옥사를 완결 짓고 이것으로 상복(詳覆)을 하는데, 글자 하나 낱말 하나의 경중과 출입에 따라서 법 적용이 달라지니, 관계되는 바가 이 얼마나 중요한가.”⁶⁰⁾

이처럼 정조는 법관이 법을 다룰 때 글자 하나에도 신중을 기해야 하며, 정확하게 해야 함을 강조하고 있다. 그런데, 이 사건에서 율관이 옥안의 머리말에는 “죄인 이창린과 김처신이 전지(傳旨)를 가탁하여 공화를 훔치려 꾀한 일”이라는 표현을 쓰고 있는데, 당시 상황으로 보아 ‘전지를 가탁하다’라는 것이 말이 되지 않는 것이었다. 또한, 완결하는 결어에 가서는 갑자기 “전교를 허위로 전하였다”고 하였는데, 관련하여 공문에도 없고 공초에도 없는 말들을 율관이 만들어 냈을 뿐만 아니라, “전교를 허위로 전한 죄는 바로 사형에 해당합니다.”라고 한 다음 규례대로 결안하여 취초(取招)하기를 청한 것도 문제가 되었다. 즉, 만일 이 사건이 사형죄에 해당한다면, 결안을 받고 상복(詳覆)이나 계복(啓覆)에 이른 뒤에야 조율을 행해야 하는 것인데, 율관이 그러한 절차를 진행하지 않았음에도 《대명률(大明律)》 사위조(詐僞條)를 이유로 사형으로 조율한 것이 문제가 된 것이다. 결국, 본 사건에서는 율관이 규정을 제대로 지키지 않으며, 자의적으로 조율을 했을 뿐만 아니라, 임의로 말을 만들어 낸 것을 이유로 반좌율의 형벌을 받게 된 것이다.⁶¹⁾

아울러, 27건의 사건 가운데 2건의 사건이 동일한 율관 한득량에 대한 사건기록이다. 우선 한득량은 <정조9년 서태수 사건>에서 왕이 나처하라고 명을 내린 무신 겸선전관인

59) 『일성록』 정조 23년 기미(1799) 5월 12일(기사).

60) 밑줄은 필자 강조. 『국역 심리록』 5 제31권 기미년 서울.

61) 다만, 실제로 율관에게 사형을 집행한 것인지는 확인하기 어렵다. 일성록의 기록은 반좌율로 다스리도록 하면서도 “우선 엄히 가두어 두고 재계가 지난 뒤에 처분하도록 하라.”라고 끝을 맺고 있고, 그 이후의 기록은 찾을 수 없다. 이창린과 김처신도 정조 24년 대사면에 따라 감형받았다. 『국역 심리록』 5 제31권 기미년 서울.

서태수를 부과한 것으로 조율했다는 이유로 형벌을 받은 바 있다. 그런데 2년 뒤 <정조 11년 김정구 사건>에서 김정구가 충군에 해당하는 죄를 지었음에도 다른 규정의 예외조항을 들어 김정구를 감형해주려 한 것이 문제되어, 반죄율로 무기한 충군이라는 형벌을 받게 된 것이다.⁶²⁾

이처럼 율관의 죄명을 살펴본 결과, 다음과 같은 점에 주목해볼 필요가 있다. 우선, 율관의 잘못은 관료로서 공무를 수행하는 과정에서 발생한 일임에도 불구하고 율관의 죄가 과연 공죄인지 사죄인지 별도로 구별하지 않고 있다는 점이다. 다시 말하자면, 조율 과정에서 나타나는 중요한 범죄사실의 누락이나 잘못된 법규의 적용 혹은 미지한 조율의 문제에 있어서 착오나 단순한 실수일 가능성에 대해서 전혀 고려하지 않고, 사적인 의도를 전제하고 있다는 점이다. 명확한 법규가 부재한 입법미비의 문제도 있었을 것임에도 불구하고, 이에 대한 별도의 논쟁역시 거의 찾아볼 수 없다. 아울러, 율관에게 내리는 형벌의 수위를 고려해 보면, 관련 법규를 조사하고 죄에 맞는 조율을 행하는 다소 기계적인 작업의 결과일 것처럼 보이는 일들에 대해 자칫 과도할 정도의 반죄율을 적용한다거나 정배형, 혹은 장형과 더불어 도형을 선고받는 경우가 적지 않다는 점이다.

이와 관련해서, 율관의 신분을 고려해 볼 필요가 있다. 총 27건의 사건 기록에서 대부분 율관이라고만 표현하고 있지만, 사실상 지방에서 올라온 문서의 조율 부분이 논란이 될 때에는 율관 가운데서도 ‘검률’의 문제다. 명시적으로 검률에 해당하는 지를 확인할 수 있는 사건 기록은 총 27건 사건 기록 가운데 9건에 이른다. 그리고 이러한 검률에 대해서는 특히나 앞서 살펴보았던 율관에 대한 부정적인 인식을 더 쉽게 찾아 볼 수 있다. 예를 들면, 앞서 살펴보았던 “법문을 농락하고 이것을 끌어다가 저것을 보충하며, 관장에게 아부하고 무고한 사람에게 부정하게 죄를 덮어씌워서, 심지어 선량한 백성을 학대하고 해치고 피폐한 백성을 약탈”한다고 보거나,⁶³⁾ “무력하고 나약한 무리로서 엄포에 겁을 먹고 비위를 맞추기에 급급했던 것”으로 보는 경우가 바로 검률에 대한 언급이었다.⁶⁴⁾ 아울러, <정조 6년 외산 사건>에서 보성군의 사노(私奴)인 외산을 절도에 이배(移配)하겠다는 문건에서 검률이 ‘상전의 명령을 거역했다[橫叛]’는 표현으로 죄목을 만든 것이 문제가 되었는데, 외읍의 율관 즉, 검률은 “상부의 명령에 따라서 잘못된 관행을 유지할 수 밖에 없다”는 것을 전제로 정조가 이를 바로잡고자 한 바도 있다.⁶⁵⁾ 즉, 율관 특히 지방에 파견한 하급관리에 속한 검률에 대해서는 기본적으로 관직의 서열상 하층에 속한다는 점에 주목하고 있다. 이에 율관이 적극적으로 잘못을 주도했다기 보다는 나약한 존재로서 눈치를 살피느라 그럴 수 밖에 없었다고 보면서도, “책망할 것은 없으나 후일을 징계하고 여러 사람들에게 보여주기” 위해서 율관에게 형벌을 내리고 있다.⁶⁶⁾ 결국, 형벌을 내리는 목적이 해당 관원의 잘못을 바로잡는 것을 넘어서서, 일벌백계의 의미로 활용하고 있는 지점을 확인할 수 있다.

62) 『일성록』 정조 11년 정미(1878) 9월 5일(기사).

63) 『일성록』 정조 2년 무술(1778) 8월 4일(신유).

64) 『일성록』 정조 4년 경자(1780) 7월 26일(임인).

65) 『일성록』 정조 6년 임인(1782) 1월 13일(경술).

66) 『일성록』 정조 4년 경계(1780) 7월 3일(기묘).

6. 결론

막스 베버(M. Weber)가 서구의 근대 유럽 법은 형식적인 합리성(formally rational)을 갖는다고 본 반면, 중국의 전통법은 실질적인 비합리성(substantively irrational)을 갖는다고 간주한 바 있는데, 여러 원인 중 하나가 바로 법률전문가의 부재였다. 베버가 이해하기에 중국의 전통사회 관료제는 서구의 합리적인 관료제도와 달리, 가산제적(patrimonial offices)일뿐만 아니라, 전문적으로 법적지식을 교육받은 전문가가 아니라 유교경전과 같은 인문교육만을 받은 사람(generalist)들로 구성된다는 것이다.⁶⁷⁾ 조선의 경우도 이러한 베버식의 전통법에 대한 부정적인 편견이 오래 지속되어 왔다. 잘 알려진 것처럼 조선후기 정약용이 당대 사대부 문화에서 법률문화가 천시받고 있는 세태를 강하게 비판한 바 있고, 지방에서 주요한 역할을 하고 있던 관찰사나 수령이 법률지식이 제대로 갖춰지지 않아서 사법처리과정에서 옥사가 지체되거나 그 문제점이 그대로 민들에게 전해지고 있다고 한탄하기도 하였다.⁶⁸⁾ 이러한 인식은 박병호와 같은 법제사 연구자들에게도 그대로 이어지고, 무엇보다 하급관리에 속하며 당시 천대받던 법을 다루는 율관에 대한 인식도 부정적으로 묘사되어 온 것이다.

그러나 조선후기 특히 숙종, 영조, 정조의 시대를 지나오면서 우리가 목도할 수 있는 법률분야의 일정한 발전을 이들 율관의 역할을 배제하고 제대로 이해할 수 있을까? 조선후기에 『수교집록』, 『속대전』, 『대전회통』을 비롯하여 종합적인 법전을 제정하고, 법과 관련된 저서를 활발하게 보급해 내고, 악형이나 부조리한 법규를 개혁하는 등 전방위적인 노력이 있었던 것은 주지의 사실이다. 이러한 법률문화상의 일정한 발전이 가능했던 것을 단순히 왕의 업적으로만 치부될 수는 없다. 정치적 지도자의 식견에 더하여, 구체적으로 법규를 다루는 전문가들의 노력으로 가능했을 것이다.

본 연구는 이러한 문제의식을 바탕으로 한 첫 번째 연구로서 ‘율관’이 당대에 어떻게 인식되고 있었는지를 살펴보고자 하였다. 이를 위해서 조선후기 중에서도 법률문화에 관심이 상대적으로 더 많은 것으로 알려진 정조대의 『일성록』의 기록 가운데 율관을 다루고 있는 사건기록에 주목하였다. 우선, 율관의 전문가적인 면모를 살펴볼 수 있는 부분은 왕이 살육안을 검토하거나, 왕이 지방에서 올라온 장계를 살필 때, 그리고 법전을 편찬할 때였다. 왕의 지근거리에서 왕이 다른 사건기록을 살피는 데에 있어 부정확한 법규를 명확하게 하고, 혹은 최종적인 사법적 판단을 내리는 데에 있어 율관의 법규에 대한 구체적인 해석은 중요한 전거로 활용되는 것을 확인할 수 있었다.

반면, 율관에 대한 부정적인 인식을 보여주는 기사들도 적지는 않았는데, 이는 주로 지방에서 활동하고 있는 검률에 대한 것으로 이해된다. 율관이 전문적인 법지식이 부족하여 농간을 부리고 있다고 보거나, 지방에서 민인들을 약탈하는 관리로 간주하는 경우

67) 중국에 대한 이러한 베버의 인식을 반박하려는 논문은 적지 않은데, 예를 들면, Robert Marsh “Weber’s Misunderstanding of Traditional Chinese Law.” *American Journal of Sociology* 106(2) (2000) 참조.

68) 다양한 사건에서 이러한 인식을 찾아볼 수 있지만, 대표적으로는 정약용 저, 이강욱 역주 『역주 흠심신서』 1권 (한국인문고전연구소, 2019), 222-228면.

도 있다. 혹은 하급계층에 속하는 이유로 인해 상부의 눈치를 보느라 주체적이거나 객관적인 법률활동을 한다기 보다는 상부에 지시를 따를 수 밖에 없는 빈천한 무리로 보는 것이다.

이러한 인식은 율관이 조율한 문건을 검토할 때 더 두드러졌으며, 실제 율관의 조율을 문제 삼아 형벌을 내린 사건도 27건에 이른다. 27건의 사건은 정조 재위기간에 고르게 분포되어 있어서 특정 시기를 기점으로 문제를 삼았다기 보다는 율관의 업무를 꾸준히 문제 삼고 있었던 것으로 보인다. 또한, 율관의 조율이 잘못되었다고 본 것이기는 하지만, 구체적으로는 주요한 범죄사실을 누락한 경우, 혹은 법규를 잘못 적용한 경우, 아니면 조율 자체가 미진한 경우, 그 외 형식적인 것이 문제가 된 경우로 대별해 볼 수 있다. 마지막으로 율관이 조율을 잘못하여 받은 형벌을 분류하였다. 직접적인 형벌을 율관에게 내리기 보다는 형조에서 알아서 치죄하라는 명령이나, 일단 수금하고 대기하라는 명령도 있지만, 장형을 수반한 도형이나, 정배형, 무기한 충군, 심지어 사형에 해당하는 경우도 있다. 율관이 명시적으로 해당 죄인에게 조율을 잘못한 경우, 그 죄에 해당하는 형벌을 율관에게 적용하는 반좌율을 시행했기 때문이다.

본문에서 살펴본 바와 같이, 율관의 직제는 조선시대 품계상으로 보았을 때 하위에 머물렀고, 형조 내에서 구체적인 역할에 있어서 실무적인 업무가 주를 이루며 실질적인 판단은 형관을 위주로 한 고위 관료들이 행했다는 점을 고려해 보면, 율관을 곧바로 오늘날과 같은 의미로서의 ‘법률전문가’라고 명명하기는 어려울 수 있을 것이다. 그러나 그동안 율관이 조정의 논의 속에서 법률지식에 대한 자문을 해 주었던 사실에 대해서는 별로 주목하지 못하였다. 아울러, 율관의 조율 하나하나도 엄밀하게 따져서 그 잘잘못을 가리고, 심지어 중형을 내리는 이러한 관행은 율관의 역할이 당대 얼마나 중요하게 인식되었는지를 보여주는 것이라고도 할 수 있다. 기존의 율관에 대한 부정적인 편견에서 말하는 바와 같이 모든 율관이 “무성의하고, 고지식적 태도로 일관하거나 마음대로 농간을 부리기 일쑤”였다면, 정조가 문제가 된 특정 율관을 별주고 관련 관행을 바로잡고자 노력하는 모습을 이해하기가 어렵다. 일부 제대로 자신의 소임을 다 하지 못하는 율관들에 대한 치죄 과정은 오히려 다른 율관들이 자신의 맡은 바를 충실하게 해 내고 있음을 반증하는 것이기 때문이다.

마지막으로, 본 연구에서는 이러한 역사적인 기록을 읽어 낼 때, 율관에 대한 부정적인 시선이 과대 대표될 수 밖에 없는 점을 지적하고자 한다. 율관이 본인의 업무를 제대로 행하고 있는 부분은 대체로 별다른 기록이 부재할 수 밖에 없을 것이고, 본 연구에서 다룬 27건의 사건들처럼 문제를 일으킨 사건에 한해 율관에 대한 부정적인 인식이 사료에 남게 된다. 따라서 오늘날의 연구자가 남아있는 사료만을 근거로 당대 율관에 대한 사회의 인식 등을 복원한다고 했을 때, 이러한 부정적인 인식이 과도하게 드러날 수 밖에 없는 한계가 있을 것이다.

〈참고문헌〉

『경국대전』 <https://www.krpia.co.kr>.

『국역 심리록』 <https://db.itkc.or.kr/>

『대명률직해』 <https://db.itkc.or.kr/>

『대전통편』 <https://db.history.go.kr/>

『속대전』 <https://db.history.go.kr/>

『일성록』 <https://db.itkc.or.kr/>

『정조실록』 <https://sillok.history.go.kr/>

김백철, 『탕평시대 법치주의 유산: 조선후기 국법체계 재구축사』 (경인문화사, 2016).

나영훈, 「조선후기 율과입격자의 친족 네트워크와 결속」, 『국학연구』 45 (한국국학진흥원, 2021).

박병호, 『근세의 법과 법사상』 (진원, 1996).

이남희, 「조선전기의 율관: 그 신분적 성격과 위상을 중심으로」, 『한국사학보』 15 (고려사학회, 2003).

이미숙, 「고려시대의 율관: 법조(法曹)를 중심으로」, 『한국사상과 문화』 92 (한국사상문화학회, 2018).

정약용 저, 이강욱 역주 『역주 흙흙신서』 1권 (한국인문고전연구소, 2019).

조운선, 「조선후기 공죄·사죄 조율의 변화와 적용 사례」, 『법학연구』 31-3 (연세대학교 법학연구원, 2021).

조운선, 「형조의 四司九房 직제와 실무 -『秋官志』, 『六典條例』, 『秋曹決獄錄』의 비교 분석-」, 『민족문화』 60 (한국고전번역원, 2022).

Robert Marsh “Weber’s Misunderstanding of Traditional Chinese Law.”
American Journal of Sociology 106(2) (2020).

화리(花利, 禾利)에 관한 관습

손경찬(충북대학교)

목차

- I. 시작하며
- II. 전통사회에서의 화리(花利) 관습
- III. 관습조사에서의 화리(花利) 관습
- IV. 마치면서

I. 시작하며

전통법상 용어들은 매우 모호하고 그 의미를 알기 쉽지 않은 것들이 적지 않다. 법전에서 자주 등장하는 용어이지만 그 용어가 법률용어인지 일상용어인지도 모호한 경우도 많으며, 법률문서에서 요건사실로 볼 수 있는 용어이더라도, 법률용어로 보기 모호한 것도 적지 않다. 그리고 조선시대 입안(立案), 소지(所志), 명문(明文)에 기술되어 있는 용어도 사실관계를 통해 그 정확한 의미를 밝혀내기도 곤란한 것도 적지 않다.

그런 여러 가지 용어 중 하나가 바로 화리(花利)이다. 조선의 법전 규정에서는 화리(花利)라 규정되어 있으나, 민간의 문서에서는 화리(禾利)라 적은 것이 적지 않다. 아무튼 花利와 禾利는 같은 현상을 지칭하는 용어인 것은 분명하다.

화리(花利)에 관한 기술들은 형사법적·행정법적 문서 혹은 조문에서는 잘 보이지 않는다. 대부분 민사 거래에서 화리(花利)를 규정하고 있다. 그리고 화리(花利)는 다른 전통법상 용어인 매매(買賣), 화회(和會), 구처(區處), 집지(執持), 전당(典當) 등보다는 용례의 사용 빈도가 상대적으로 적은 편이다. 그러나 토지에 관한 문서에서 화리(花利)가 등장하며, 특히 전답(田畓)에 관한 문서에서 화리가 종종 등장하였던 것으로 볼 때, 화리는 전답의 사용·수익·처분 관계에서 사용되었던 법률용어 중 하나로 볼 수 있다.

그동안 화리(花利)라는 용어의 의미 및 그 법적 의의를 밝힌 연구는 거의 없었다. 다만 경제사학계·역사학계·사회학계에서 소작제도(小作制度)와 관련한 연구를 활발히 하였고, 선행연구들에서 전통사회의 소작제도 중 하나로 포섭되는 화리(花利)를 조명하였다. 그런 점에서 민사 법사학적인 측면에서 화리를 조명하고 추적할 필요성이 있다고 할 것이다. 특히 사전상 화리의 의미에 대해서는 농지의 '경작물' 혹은 '경작권'으로 되어 있다. 그런데 과연 '화리'와 '경작물' 혹은 '경작권' 등으로 볼 수 있는가는 의문이 들었다.

이를 규명하기 위해 전통사회부터 일제강점기까지 자료들에서 화리에 관한 기술을 한 것을 모아 보았다. 이를 분석하면 전통사회의 화리가 시간의 흐름 속에 어떻게 변천하였는지 알 수 있다. 무엇보다 조선총독부 중추원에서는 여러 차례로 『慣習調査』를 하며, 화리에 대한 관습을 광범위하게 추적하였다. 여기서는 조선총독부 중추원의 『慣習調査』에서 드러난 화리 관습을 소개하고, 중추원의 관습조사에서 기술된 화리 관습이 타당하지를 비판적인 시각에서 검토해 보기로 한다.

요컨대, 이 연구의 목적은 전통사회에서 전답의 사용·수익·처분 관계에서 인정되는 법률용어 중 하나인 화리(花利·禾利)의 용례를 추적하고, 조선총독부 중추원의 관습조사에서 드러난 화리 관습의 모습을 비판적으로 분석하여, 민사 관습상 화리의 의의를 재조명하고, 화리 제도가 현행 민사 거래에서 가진 의미를 추적해 보는 것이다.

II. 전통사회에서의 화리(花利) 관습

1. 사전(事典) 및 선행연구에서의 화리(花利)에 대한 정의

여러 사전에서도 화리에 대한 정의는 비슷하면서도 같지 않다. 화리(禾利 花利)의 국어사전 상 정의는 “① 수확이 예상되는 벼를 매매의 대상으로 이르는 말. ②『역사』 조선 후기에, 논·경작권을 매매의 대상으로 이르던 말.”이라는 것이다.¹⁾ 중국어 사전상 花利는 전지 등의 소득과 수익을 말한다.²⁾ 그리고 『韓國漢字語辭典』에서는 “화리(禾利)는 화리(花利)라고도 하는데, 수확이 예견되는 곡물”³⁾이라 풀이하였다. 고법전문용어집에서는 “화리[花利·禾利]는 전답의 수확(收穫). 이익(利益)”이라 정의하였고, “전지화리[田地花利]는 전지의 수확물(收穫物). 전지를 매매할 때에 그 전지에 경작하여 놓은 곡식을 말한다.”라 하였다.

그동안 화리를 직접적으로 분석한 선행연구는 없었다. 다만 예전 연구 중 소작에 대한 분석에서 화리에 대한 언급이 있었다. 선행연구에서는 화리를 다음과 같이 분류하였다. 화리(禾利) 등의 관행은 도지의 영대소작권(永代小作化)를 가능하게 했고 지주의 승낙 없이 타인에게 자유롭게 매매·양도할 수 있을 정도로 발전해 갔다고 분석한다.⁴⁾ 그리고 도조(賭租)는 賭地(法)라는 소작 형태에서 수취 되는 정액 지대이며, 賭支·支定·支於라고도 한다. 도지법은 지역에 따라 특수한 형태가 존재했으며, 原(元)賭地·轉(轉)賭地·中賭地·退賭地·永稅·並耕·禾利 등으로도 불렸다고 한다.⁵⁾ 따라서 화리(禾利·花利)는 일반적으로 전답의 수확 또는 논·경작권을 매매할 때 사용하나 지방에 따라 관습상으로 개념이 차이

1) 국립국어원 표준국어대사전

2) 花利(huā lì): 指田地等所得的收益(<https://www.zdic.net/>): 花利的含义: 释义: 指田地等所得的收益 (<https://zhidao.baidu.com/>)

3) 『韓國漢字語辭典』卷3.

4) 허중호, 『조선봉건말기의 소작제연구』, 사회과학원출판사, 1965(한마당, 1989).

5) 허중호, 『조선봉건말기의 소작제연구』, 사회과학원출판사, 1965(한마당, 1989)

가 있으며, 전라남도에서는 소작료, 전라북도 남원지방에서는 소작료의 전납前納 형식을 가진 소작을 이르며 전라북도 전주지방에서는 소작인이 자기의 소작지에 대해 특수한 권리를 갖는 소작을 지칭했다고 한다.⁶⁾

그리고 화리(禾利 花利)를 도지권(賭地權)의 하나로 보기도 하는데, 도지권(賭地權)은 “조 선후기 농민들이 농민적 토지소유를 성립시켜 나가면서 획득한 소작지에서의 부분소유권”이라고 보고, “도지권 성립의 배경은 신분제도의 붕괴과정에서 소작농의 지위향상과 화폐경제의 발달로 인한 지주와 소작인의 경제적 계약관계의 형성”을 들면서 “평안북도 의주군과 용천군 일대에서는 원도지(原賭地), 평안남도 대동군·강서군·중화군 일대에서는 전도지(轉賭地) 또는 굴도지(屈賭地), 황해도 봉산군·신천군·재령군·안악군 일대에서는 중도지 또는 영세(永稅), 전주와 정읍에서는 화리(禾利, 또는 花利), 진주와 고성에서는 병경(並耕)이라고 불렀다”고 분석한 예가 있었다.⁷⁾ 그런데 화리가 도지권과 동의어인지 의문이 들며, ‘부분 소유권’이라는 개념이 무엇을 지칭하는지 궁금함이 생긴다.

이상의 기존 사전상 용어 및 선행연구 등을 정리하자면, 화리(禾利)는 “①전답의 수확(收穫)에서 생기는 이익(利益). ②논의 경작권을 매매의 대상으로 이르는 말”로 정도로 정의할 수 있다.

2. 전통 시대 법전에서의 화리에 관한 규정

《大明律》 도매전택(盜賣田宅)조에서는 “전지·가산 및 도매한 토지의 값은 매해 얻은 이자와 함께 모두 각각 관과 주인에게 돌려준다.”⁸⁾라 하였다. 이를 직해한 《大明律直解》에서는 “바친 땅·가산과 몰래 판 땅의 값과 해마다 붙어난 이자 등은 관에 들이거나 본래 주인에게 되돌려 준다.”⁹⁾라 하였다. 그리고 《大明律》 戶律 도경종관민전(盜耕種官民田)條에 “무릇 타인의 田地를 몰래 경작하는 자는 1무 이하이면 태 30에 처하고 5무마다 1등을 더하며 죄는 장 80에 그친다. 荒田은 1등을 감한다. 강제인 경우에는 각각 1등을 더하며, 관에 속한 경우에는 각각 또 2등을 더한다. 화리는 관과 주인에게 돌려준다.”¹⁰⁾라 하였고, 그 주에 “다른 사람의 땅 등을 훔쳐 경작하면, 1묘 이하는 태 30이고 5묘마다 1등급을 더하되 장 80을 한도로 한다. 묵은 땅이면 1등급을 줄인다. 강탈하여 경작하면 1등급을 더한다. 공전(公田)이면 다시 2등급을 더한다. 변리(邊利)는 공전이면 관에 납부하고 사전(私田)이면 주인에게 준다.”¹¹⁾라 하였다. 이를 보건대, 《大明律直解》

6) 신용하, 『李朝末期의 賭地權과 日帝下의 永小作의 關係』, 『경제논집』 6권1호, 1967.

7) 신용하, 『이조말기의 도지권과 일제하의 영소작의 관계-소작농도지권의 소유권으로의 성장과 몰락에 대하여-』(신용하, 『경제논집』 6-1, 서울대학교, 1967); 『조선왕조 말기의 지주제도와 소작농민층』(신용하, 『효강최문환박사추념논문집』, 1977); 『일제하의 조선토지조사사업에 대한 일고찰』(신용하, 『한국사연구』 15, 1977)

8) 《大明律講解》 戶律 盜賣田宅: “田產及盜賣過田價 并遞年所得花利 各還官給主.”

9) 《大明律直解》 戶律 盜賣田宅: “田產果 盜賣爲乎 田地價本果 每年滋長利分等乙良 納官爲旆 本主還給齊.”: 한상권, 구덕희, 심희기 9인, 『대명률직해 2』, 한국고전번역원, 2018, 79면.

10) 《大明律講解》 戶律 盜耕種官民田: “凡盜耕種他人田者 一畝以下笞三十 每五畝加一等 罪止杖八十 荒田減一等 強者各加一等 係官者各二等 禾利歸官主.”

11) 《大明律直解》 戶律 盜耕種官民田: “凡他人田地等乙 偷取耕作爲在乙良 一畝以下笞三十 每五畝加一等 杖八十爲限齊 陳田是去等減一等齊 強奪耕種者加一等齊 公田是去等又加二等爲去矣 邊利乙良 公田是去等納官齊 私

에서는 화리(花利)를 이자 혹은 변리(邊利)로 인식하였다.

그리고 《經國大典》 수세(收稅)조에서 “협잡으로 법을 어긴 자의 전지(田地)는 신고한 사람(陳告人)에게 주고 그 화리(花利)는 관(官)에서 몰수한다. 守令은 부정한 것이 10負 이상이면 파직하여 쫓아내며, 事情을 알고서도 고의로 부정행위를 한 경우에는 임명장을 빼앗고(官人자격을 박탈하고) 영구히 서용(敍用)하지 아니한다.”¹²⁾라 규정하였다. 이를 보충하여 《大典續錄》에서 “무릇 도매(盜賣)한 노비의 역가(役價)는 도매한 자에게서 징수한다. 농경지의 화리(花利)도 같다.”¹³⁾라 규정하였다. 경국대전의 용어를 설명한 《經國大典註解》에서는 花利(화리)를 “‘花’라는 것은 엄릉방씨가 말하기를 ‘花’는 만물의 씨앗이 껍질을 가르고 화려하고 빼어나게 이루어지는 것이니, 뜻을 빌려 그것을 비유한 것이다. 화리의 ‘花’ 역시 이 뜻이다.”¹⁴⁾라 풀이하였다.

3. 조선시대의 화리(花利) 관습

1457년 호조에서 주장하였다. “백성들 가운데 관우(官牛)로써 진지(陳地)를 경작(耕作)·개간(開墾)하고자 하는 자가 있으면 첫해의 화리(花利)를 허락하여 한 반(半)은 관(官)에서 거두어 공廩(公廩)과 의창(義倉)에 보충하며, 개간한 전지(田地)는 전호(佃戶)에게 우선적으로 주되, 별다른 전지가 없는 자는 모두 적당한 데 따라 절급(折給)하소서.”¹⁵⁾

1461년 金自貞啓에 의하면, “관리가 모리(謀利)만을 일삼아 선군(船軍) 30명으로 하여금 황원곶이[黃原串] 목장(牧場)의 목은 땅을 갈아서 목면(木綿) 6석(石)을 파종(播種)한 잘못을 저질렀으니, 그 함부로 경작한 화리(花利)와 남용(濫用)한 쌀·콩은 아울러 추징하여 관가(官家)에 바치게 하소서.”¹⁶⁾

1462년 세조실록에서는 “다만 관노(官奴)를 하사(下賜)받기 전에 역사(役事)시킨 것과 화리(花利)를 거두어 들인 일은 다시 자세히 핵실(覈實)하여서 오라.”¹⁷⁾라 하였다.

1472년 제언사(堤堰司)에서 “제언(堤堰)과 천방(川防)은 농사(農事)의 근본인데, 근래에 검찰(檢察)이 능이(陵夷)하여 강포(強暴)한 무리가 제방 안을 도경(盜耕)하면서 제마음대로 결획(決毀)하여 제방 아래에 있는 토지에 물을 댈 수 없게 합니다. 금후로는 도경하는 사

田是去等給主爲乎事.”한상권, 구덕희, 심희기 9인, 『대명률직해 2』, 한국고전번역원, 2018, 88면.

12) 《經國大典》〈戶典〉【收稅】如有佃夫冒告災傷及當該吏·勸農官·書員通同妄冒者, 許人陳告, 一負各答一十, 每一負加一等罪止杖一百·充軍, 其妄冒田給陳告人, 花利入官, 守令則十負以上罷黜, 其知情妄冒者, 追奪告身, 永不敍用

13) 《大典續錄》〈刑典〉[私賤]: 凡盜賣奴婢 役價徵盜賣者 田地花利同.

14) 《經國大典註解後集》戶典 地官 司徒 收稅條 花利花者, 嚴陵方氏, 謂花以物之芟核, 拆甲華秀成齊, 借意口註 喻之. 花利之花, 亦此意也. 『經國大典』其妄冒田, 給陳告人, 花利入官. 守令, 則十負以上, 罷黜, 其知情妄冒者, 追奪告身, 永不敍用.

15) 세조실록 8권, 1457(세조 3)년 6월 14일 一, 民有欲以官牛耕墾者, 聽初年花利, 一半給佃戶, 一半官收, 補公廩及義倉, 所墾之田, 先給佃戶, 他無田者, 并隨宜折給.

16) 세조실록 26권, 1461(세조 7)년 12월 5일 全羅道行臺監察金自貞啓: "處置使奉石柱不顧委任之重, 專事謀利, 使船軍三十名耕黃原串牧場陳地, 播木綿種六石, 使家奴耘鋤, 所收綿花凡七十四石六斗, 悉令販賣, 又用軍需米五石買綿花, 又置嬖妾二婢二馬二匹於營中, 以軍需米豆供給巡行諸浦, 則公然帶妾, 破費公廩, 又約買羅州甲士朴仲先水田四區, 勒成文契, 終不與直, 使船軍耕種, 恣行不法, 貪污莫甚. 請依律科罪, 其濫耕花利與濫用米豆并追徵納官." 命下司憲府.

17) 세조실록 27권, 1462(세조 8)년 2월 30일 但官奴受賜前後使及花利收納事, 更詳覈以來.

람은 제서유위율(制書有違律)로써 논(論)하고, 화리(花利)는 관(官)에 들이게 할 것이며, 그 마을 권농관(勸農官)도 명령을 어긴 것으로 논하고, 수령(守令)이 게을리하여 수축(修築)하지 아니하거나, 혹은 둔전(屯田)을 만들거나, 혹은 결훼(決毀)하여 고기를 잡거나, 혹은 청탁(請托)에 따라 다른 사람에게 급여(給與)하는 자는 파출(罷黜)하게 하소서.”라 하였고, 왕이 이를 시행하라 하였다.¹⁸⁾

1481년 가뭄으로 백성들의 세금을 감면하는데, “병신년 이전의 어염세(魚鹽稅)로 거두지 못한 것과, 경자년 이전의 제사(諸司)의 채전(菜田)·제언(堤堰)·목장(牧場) 안에서 몰래 경작한 자의 화리(禾利)등은 10분의 5를 감면한다.”¹⁹⁾하 하였다.

1536년 이 판관이 김숙한에게 전답을 매수한 뒤 받은 토지거래가 있었다. 김숙한은 장모에게 전래 받은 이 전답이 사는 곳으로부터 멀리 떨어져 있어 가고 모며 경작하기가 어려워 매도한 것이다. 이 명문에는 “사면원(沙面員)에 있는 전(田)과 오며원(烏弒員)의 답(畓)을 화리(禾利)와 함께 목면(木綿) 4同으로 값을 정하여, 7살 먹은 붉고 반점이 많은 큰 수말 한 마리를 받고 매도한다.”²⁰⁾라고 되어 있다.

조선시대 양반가의 일기류에서 화리(花利)에 대한 관습이 있다. 1551년 11월 17일 『默齋日記』의 기록에 의하면, “화주승인 석한(釋閑)이 와서 말하기를, ‘황(黃) 울산택에서 사위전(寺位田)으로 지급한 논을 도로 찾아가고, 그 화리(花利)도 함께 가져가 버렸습니다.’라 했다. 창고지기[倉人]에게 물으니, 소용(昭容) 김씨(金氏)인종(仁宗)의 후궁가 도로 찾겠다며 소장을 올리자, 황씨택의 논과 바꾸도록 허락해 주었다고 한다.”²¹⁾그리고 1554년 11월 15일 『默齋日記』에서는 “직산(稷山) 논은 모두 촌놈이 점거하여 입안을 받은지 이미 오래되었다고 한다. 정장(呈狀)하여 그 사람을 불러 따져 물어보니, 주인이 없는 밭이라 조세(租稅)하기가 어렵다고 대답했기 때문에 입안한 것이라고 했다. 관령(官令)에서 말하기를, “(남의 논밭을) 오랫동안 점거할 수 없으니, 지금 이후에는 본 주인이 임의로 처분하도록 허락한다”라고 했고, “매년 발생하는 화리(禾利)는 징수해 낼 뜻이 없다.”²²⁾라고 했다.

1582년 이함이 유치공으로부터 효자문원의 밭을 사고 받은 토지 명문에서도 화리에 대한 기록이 있다. 1582년(선조15) 유치공(兪致公)이 가난으로 영해(寧海) 효자문원(孝子

18) 성종실록 21권, 1472(성종 3)년 8월 18일 ○堤堰司啓: “堤堰、川防、農事之根本、近來檢察陵夷、強暴之徒、盜耕堤內、擅自決毀、使堤下之田、不得灌溉。今後盜耕人、以制書有違律論、花利入官; 其里勸農官、以違令論; 守令慢不修築、或作屯田、或決毀捕魚、或從請托給與他人者、罷黜。”從之。

19) 성종실록 131권, 1481(성종 12)년 7월 3일: 庚子年以上諸司菜田、堤堰、牧場內盜耕者之禾利及逢受船隻明白遺失者之價本、在前防納時、違法防納者之雜物、陳告受賞後、改分揀還屬公奴婢之身貢、受職後限內前加不準者之祿俸、減十分之五、

20) 『嘉靖拾伍年丙申 六月拾伍日、李判官前明文』: “右明文爲臥乎段、矣身亦遠處居生爲旅、來往耕作爲難爲臥乎等乙用良、妻母邊傳來、沙面員內田西邊、壹石落只、烏弒員盤天器畚南邊、貳斗落只等庫禾利並以、折木綿肆同、丁禾柴亦多斑雄大馬乙、捧上爲遺、永永放賣爲去乎、子孫傳持鎖長耕食爲乎矣、後次別爲所有等、此文字內兒如、告官辨正爲乎事。”(『古文書集成 33: 영해 재령이씨편(1)』, 한국정신문화연구원, 1997.)

21) 『默齋日記』1551. 11. 17.: “十七日辛丑、晴暄。○留堂。服餌。得感寒證。○兒輩無恙。○終斤、業山、鶴守等來、謝臨陋事、致黃肉少許遺而去。○釋閑貨主來見、言‘黃蔚山宅推寺位遺畚、并推花利’云云。問于倉人、則昭容金氏呈訴推還、許黃宅換畚云云。○老成復習《書》。○莫終、末伊同等求簡於朴渭、欲免罪云、不許。○李孫往花園收貢云、辭去。○李翼卿來求求鷹書于江原官。不知而爲之乎。少酌送之。”

22) 『默齋日記』1554. 11. 15.: “中廟國忌、齋素; ○稷山畚盡爲村氓所占、立案已久云、呈狀致其人詰之、則無主田田賦難答、故立案作之云云。官令曰‘不可永執、今後許令本主任處云云、年年花利則無意徵出’云云。”

門員)의 밭 7마지기를 이함(李涵)에게 매도하였는데, 특히 환곡(還穀)을 갚지 못하여 처가로부터 상속받은 이 밭을 매도하였는데, 화리(禾利)도 함께 영영방매(永永放賣)한다고 하였다.²³⁾

서목(書目)에서 화리에 관한 관습이 있다. 가령, “임진년 8월 26일 둔덕동약유사 한모(韓某), 이모(李某)가 남원부사에게 동이 소유한 논외 화리를 방매한 풍약과 이를 사들인 자를 고발하면서 작성한 서목”²⁴⁾을 들 수 있다.

1619년 김응상(金應詳) 토지매매명문(土地賣買明文)에 의하면, “[입안신청소지] …문기를 가지고 서울로 올라갔는데 과연 후일에 화리(禾利)를 받을 때 친히 내려올 수가 없어서 노(奴)에게 내려오게 할 때 뒷말이 없을 수 없으므로 상항의 명문(明文)을 점련하여 바치고 후에 빙고하고자 입지(立旨)를 만들어 주시웁기를 내려 주실 일입니다. 부사님께서 처분해 주십시오. 만력 47년(1619) 2월 일 소지 [제사] 명문에 의거하여 화리(禾利)를 받아서 시행할 일이다. 20일.”²⁵⁾이라 되어 있다.

그리고 결송입안(決訟立案)에서 화리에 대한 관습을 엿볼 수 있는데, 이에 대한 기록은 다음과 같다. 우선, 화리를 소작에 관한 것으로 본 사례는 다음을 들 수 있다. 1584 나주목 입안에서는 “금년의 화리(花利)는 병작(并作)으로 파종하고 추수기에 나누어 먹는다.”²⁶⁾라 하였다. 그리고 1708년 구례현 입안에서는 “훗날 이 논외 화리(禾利)를 절반으로 나누는 일로 정득현이 관에 소장을 올려 추변하니, 현감[案前]께서 분부하시기를 ‘네가 예전에 승소했을 때 시태에게서 초사招辭를 받지 않았으니, 이 일은 반드시 다시 소송해야 한다.’라고 하셨습니다.”²⁷⁾ 다음으로 전답권과 별도로 화리만 매매한 사례로는 다음을 들 수 있다. 1686년 해남현 입안에서는 “위의 승려 상능과 김만두 등을 일시에 잡아와 추열推閱하니, 위 김만두가 초사招辭에 몇 년의 화리禾利만을 그의 외삼촌숙부인 임간林揀에게 팔았지만 위 논은 영매永賣하지 않아 원래부터 매매 문서를 만든 일이 없었다고 했습니다.”²⁸⁾

1770년(英祖 46) 9월 6일에 아버지가 세 딸에게 재산을 나누어 주면서 작성한 分財記에 의하면, “화리(禾利)는 우리 부부가 모두 죽고 삼상(三霜)이 지난 후에 각각 나누어 가져가라. 이상”²⁹⁾이라 하였다.

23) 「萬曆拾年 拾貳月貳拾肆日, 幼學李涵 前明文」: “右明文爲畝乎事段, 矣身亦, 貧寒所致以, 還上備納爲難乙仍于, 妻邊傳來, 孝子門員田皮柴斗落只拾陸卜捌東廩, 折木綿參拾壹疋交易, 禾陸中大牛壹隻, 陸升木伍疋, 荒租拾肆石, 粟拾陸斗, 大斗以, 准捧爲遣, 禾利并以, 永永放賣爲去乎, 耕作教是矣, 矣子孫族類等, 他條以, 爭望隔有等, 此文內兒如, 告官辨正事. 田主正兵俞致公[着名].”(『古文書集成 33 - 영해 재령이씨편(1)-』, 한국정신문화연구원, 1997, 427면.)

24) 「屯德洞約有司 書目」: “節本洞相議辦備十餘斗畝 以其禾谷畫給庫直司僕烟租是遣 餘谷有司掌任 計給風約所費矣 近來洞規解弛 風約或賣禾利或爲仍執 不有洞規任意作是去乎 自洞中 方欲依前例施行 則前風憲 稱以並作 任意刈取 難以私處 敢此馳報 前風憲處 禾谷分納之意 嚴明行下是教遣 禾利買取人處禾■事 亦爲行下狀. 壬辰八月二十六日 有司韓[着名]李[着名].”(『호남권한국학자료센터 제공』)

25) 『古文書集成82 -영해 무안박씨(1): 무의공(박의장)종택-』, 한국학중앙연구원, 2008), 246면.

26) 「1584 나주목 결급입안」: “今年花利乙良 并作以付種 秋成分食爲乎事是等.”(『고문서집성』 6, 한국정신문화연구원(1989, 15~22면)

27) 「1708년 구례현 결급 입안」: “他日 此畝禾利半分事 鄭得玄呈訴推卜 則案前教是分付內汝亦 前日得訟時 時泰處 不爲捧招 則一事必更訟是如爲白乎旆.”

28) 「1686년 해남현 결급 입안」: “右項僧人尙能金萬斗等 一時捉來推閱爲如乎 同金萬斗招內段 數年禾利旆 其矣外三寸叔林揀處 放賣是置 本畝段 不爲永賣 而元無買賣成文之事乙仍于.”

1725년 “이른바 입안(立案)이라는 것은, 주인 없이 놓고 있는 빈 땅에 혹여 사람이 터 잡고 살면서 가시덤불을 헤치며 베어 가며 개간하여 전답을 만들었는데 나중에 참고로 삼을 수 있는 문권(文券)이 없기 때문에 생긴 것이니, 입안을 발급하는 것은 이 때문입니다. 그런데 근래 경향(京鄕)의 세도가에서 이 규정을 빙자해 입안 발급을 도모하여 다른 사람이 힘들게 고생해서 만든 전답에까지 손을 뻗치니, 관인이 찍힌 한 장의 종지로 소민(小民)을 위협하는 데 여력이 없습니다. 이 또한 피폐한 백성이 견디기 힘든 폐단입니다. 신묘년(1711, 숙종37) 전라도 순무 어사의 서계에 의거해 입안은 이전에 발급한 것이든 새로 발급한 것이든 간에 모두 시행하지 말고 경작자를 주인으로 삼도록 계하된 공사(公事)가 매우 엄격하고 명백합니다. 그런데 근래 세도가에서 조정의 명령을 무시하고 거침없이 제멋대로 혹은 사가(私家)의 힘으로 혹은 관아의 위세로 아무 거리낌 없이 강제로 화리(花利)를 거둡니다.”³⁰⁾

1799년 박동환(朴東緩) 토지매매명문(土地賣買明文)에서는 “화리도 함께 영영방매한다”는 표현이 나온다.³¹⁾

1870년 노(奴) 막동(莫同)의 토지매매명문(土地賣買明文)에서는 “이씨 노(李奴) 득점(得占)이 임정승택(任政丞宅) 노(奴) 막동(莫同)에게 토지를 방매하였는데, 매매 대상 전답과 화리(禾利)와 값을 합하여 따져보면 답가는 7백냥이고 화리가는 50냥이 되어 모두 750냥이 되었다. 득점이 750냥 가격에 막동에게 영영방매(永永放賣)하며 문서를 작성하였다.”³²⁾라 하였다.

1874년 탐관오리의 죄를 고발하는 상소문에서 “지난 병인년에서 계유년까지 8년 사이에 각처의 부자들을 농락하여 사사로이 원납전(願納錢)을 받아서 자신의 창고를 채웠고, 수십 년 전에 매매한 전답을 도로 늑탈하였으며, 햇수가 오래된 사채(私債)와 각 연도의 화리(花利)를 친족에까지 징수하기를 어렵게 여기지 않았습니다.”³³⁾라 하였다.

민간의 거래 관행에서 화리가 인정되었던 것으로 볼 수 있으나, 향약이나 동계(洞契)에서는 화리를 엄격히 계산하라 하거나 심지어 화리를 금지하기도 하였다. 가령, 17세기 초 안동의 십조향규(十條鄕規)³⁴⁾에 화리(禾利)를 비리 행위로 규정하고 있으며, 특히 향규 제7조에서 “화리(禾利)를 일체 금단하고 전수를 속공(屬公)한다.”³⁵⁾고 규정하였다. 그리고

29) 「乾隆三十五年庚寅九月初六日. 三女分衿.」: “宗家常有不贍之歎. 心甚憫然. 禾利段. 吾之夫妻俱歿. 過三霜後. 各分持去. 印.”(영남권 한국학자자료센터 제공)

30) 승정원일기 1725(영조 1)년 3월 12일 且所謂立案者, 無主空閑之地, 人或卜居, 披荊剪棘, 開墾作田, 而既無文卷可作後考, 則立案之出, 以此故也. 而近來京鄕形勢家, 憑藉此規, 圖出立案, 及至他人, 勤苦作田, 則以一張踏印之紙, 爲貧小民, 不遺餘力, 此亦殘民難支之弊也. 辛卯年全羅道巡撫御史書啓, 據立案, 勿論曾出新出, 並不施行, 而起耕爲主, 啓下公事, 十分嚴明, 而近來形勢家, 不有朝令, 縱橫自恣, 或以私門, 或以官威, 劫捧花利, 無所顧籍.

31) 「嘉慶肆年己未八月十二日朴東緩前明文」: “右人前本文記及今年禾利并以永永放賣爲去乎.”(호남권 한국학자자료센터 제공)

32) 『古文書集成58 安山 晉州柳氏篇』, 韓國精神文化研究院, 2002, 219면.

33) 『승정원일기』 1874(고종 11)년 4월 24일: 而往在丙寅至癸酉八年之內, 操弄各處富民, 私捧願納, 以充私庫, 數十年前, 永賣田畝, 勒奪還退, 年久私債, 各年花利, 無難徵族.

34) 류성용이 정한 10개조의 규약과 처벌내용에 관행가와 김집이 증보한 향규이다. 10가지 향규는 향임을 중히 여기고, 회의를 엄격히 하며, 도리를 두터이 한다. 향안을 바르게 하고, 예속을 밝히며, 나이 많은 이를 공경한다. 비리를 금하며, 하급관리(품관)를 다스리고, 요역을 고르게 한다. 마지막 조항은 아이들을 잘 가르친다고 하는 것이다.

1735년 영암군의 장암동계(場岩洞契) 동헌(洞憲)에서는 “봉상(捧上)한 화리(禾利)는 반드시 가을 감사한 수량과 일치하여야 하고 한 흙이라도 부족한 점이 있다면 유사(有司)를 손도(損徒)에 처한다.”³⁶⁾고 규정하였다.

조선시대 화리에 대한 법전규정, 왕조실록, 토지 명문, 일기류, 분재기, 결송입안, 소지 등을 살펴보았지만, 화리의 정확한 법적 의미 및 그 효력에 대해 알기는 어렵다. 전반적으로 ‘화리를 징수’하고 ‘화리를 매매하며’, ‘화리가’는 얼마라고 기재되어 있는 식이다. 조선 초기에는 화리가 경작물로서의 뜻을 가졌던 것으로 볼 수 있으며, 조선 후기로 오면서 경작물로서의 화리와 소작에서의 화리의 의미 등 두 가지 형식으로 변하였다고 볼 수 있다. 그리고 민간에서 화리에 대한 관행이 준행되던 것과 별도로 하며 17세기 이유 동계(洞契)나 향약(鄉約)에서는 화리를 탈법행위의 일종으로 보아 금단하려 한 모습을 보인다. 이때 동계 및 향약에서 금지하려는 화리는 경작물의 화리가 아니라 소작과 관련된 화리를 지칭한다고 할 것이다.

4. 개화기의 화리(花利) 관습

(1) 개화기 공문서 및 사문서에서의 화리

1896년 농무국장(農務局長)이 남원군수 沈相璜에게 내린 지령(指令)에 의하면 “해당 역속(驛屬)이 매년 4~5월경에 다음해 경작할 화리(禾利)를 예매(預賣)하는 폐단이 있었다. 올해 가을에 우선 먼저 경작하면 다음해 경작분을 거들 길이 없으니 이번 가을에 납부하는 것을 거부하고 부실한 경작인은 모두 바꾸며 도전(賭錢)을 완납하기 전에는 경작하지 말라 하라고 하온바 이를 상세히 조사하라.”라고 하였다.³⁷⁾ 1896년 안변군수(安邊郡守)에게 내린 훈령(訓令)에서는 “전답을 화리가(禾利價) 311냥으로 예매(預賣)하고 또한 마위전답(馬位田畠)을 화리가(禾利價) 270냥으로 예매하였으므로 이번에 도조를 정하려 조사하려 하니, 그 간사함이 드러날까 두려워 경작인을 선동하여 도세(賭稅)를 납부하지 않게 하였다. 조사에 의하면 이들의 행위가 매우 악독하다. 두 사람을 엄히 잡아 조사한 후 감옥에 가두고 상세히 이를 보고하라고 훈령한다.”³⁸⁾라 하였다.

1896년 10월에는 농무국장(農務局長)이 안변군수(安邊郡守) 이유재(李裕宰)에게 내린 지령(指令)에 의하면, “본군 오역위토(五驛位土)의 각 마름이 올해 화리(禾利)를 여러사람들에게 복수로 방매(放賣)하여 많은 폐단이 생기고, 도전(賭錢)도 없어서 상납이 지체되니 위토(位土)와 도전(賭錢)을 보고한다.”³⁹⁾라 하였다. 화리도 중복방매의 대상이 되었음을

35) 「十條鄉規」: “七曰禁非違凡品官無故出入官府營私作弊者○行實不正傷敗風教者○陰毀地主京外流言者○已上上損不悛者黜○妄作威勢擾官行私者○恃強凌弱侵奪起爭者○公私聚會是非官政者○造言搆虛陷入罪累者○受官差任憑公作私者○當任不謹汚穢鄉風者○已上中損不悛者上損○本府裨補所及禁林禁山每年春秋執綱面有司摘奸一切禁斷禾利專數屬公柎子木則計株徵贖.”(『嶺南鄉約資料集成』, 吳世昌 外, 嶺南大學校 出版部, 1987.)

36) 「洞憲」: 一. 近來秋監, 元無一定之數, 至於捧上, 每多再蕩三蕩之弊, 契力凋殘亦由於此. 自今以後, 看審後契長及公事員, 并爲着署於秋監之券, 捧上禾利, 必準於秋監之數, 而一合穀, 若有未準, 則有司當損徒事. 『古文書集成 21 -영암남평문씨편(1)-』, 한국정신문화연구원, 1995, 413~445면.

37) 『驛土所關文牒去案』, 1896(建陽元年)년 8월 15일: 남원군 내驛 賭錢 납부거부를 엄히 다스릴 것.

38) 『驛土所關文牒去案』, 1896(建陽元年)년 5월 4일: 역둔토 판정 때 비리가 많으니 엄히 다스릴 것.

알 수 있다.

1901년 토지매매명문(土地賣買明文)에도 화리에 대한 기록이 있다. 이 문서는 1901년(광무 5) 8월에 李象圭가 楊根 北面 小雪洞(현재 경기도 양평군) 등의 토지와 나무를 팔면서 발급한 매매명문(賣買明文)이며, 명문의 문두에 “화리(花利)의 절반은 추수 후에 지급하는 것이 적실하다”⁴⁰⁾라는 문구가 기재되어 있다. 그리고 1904년 토지매매명문의 문두에는 화리에 대한 문구가 효주(爻周)되어 있다.⁴¹⁾ 명문의 문두에 화리에 대한 문구를 적은 것은 일종의 특약사항으로 볼 수 있다. 즉 본 매매의 주된 객체인 전답에 대한 명문을 아래에 적으면서, 그 문두에 특약으로 화리(花利)에 대한 기록을 한 것으로 평가할 수 있다. 1904년 명문에서 전답 계약 이후 화리에 대한 특약을 당사자들이 철회하였기 때문에 화리 문구가 효주되었다고 해석하는 것이 타당하다.

1905년 고평선(高平善) 전당문기(典當文記)에 화리가 등장한다. 이에 의하면 1905(광무9)년 12월 30일 고평선이 집세를 내기 어려워 박(朴) 수문장(守門將)에게 40냥을 대차하면서 본인의 전답을 전당으로 제공하며, 다음해 10월이 변제기한이고 만약 기한이 초과하면 화리(禾利) 2석도 함께 주어야 한다는 약정문서이다.⁴²⁾

(2) 구한말 민사판결에서의 화리

구한말 민사판결에서 화리에 대한 기록이 몇 건 존재한다. 구한말 민사판결에서의 화리는 전당·매매·이자 등에 비해서는 상대적으로 그 숫자가 적으며, 구한말 판결에서도 화리의 법적 성격을 분석하기에는 자료에서 드러나는 정보보다 상대적으로 미약한 편이다. 그러나 구한말 민사판결에서는 ① 수확물로서의 화리, ② 전답 소유권과 구분되는 경작권의 대가인 화리매매, ③ 담보로 제공된 경작권의 대가로서의 화리, ④ 이자로서의 화리 등으로 분류할 수 있다.

1) 수확물 혹은 산출물로서의 화리

구한말 민사판결에서 화리를 ‘수확물’ 혹은 ‘산출물’로 해석한 것도 있다. 가령, “피고의 진술[陳供]은 소중한 종자(種子)를 화리(禾利)로 속여서 취하였으므로 정당하다고 할 수 없다.”⁴³⁾라는 판결을 들 수 있으며, “논값을 찾아서 돌려주기 전에 해당 논의 벼[花

39) 『驛土所關文牒去案』, 1896(建陽元年)년 10월 1일: 안변군 내 마름의 폐해가 심하니 엄히 다스릴 것; 同志 『驛土所關文牒去案』, 1896(建陽元年)년 11월 5일: 안변군 내 마름의 폐해가 심하니 엄히 다스릴 것.

40) 「1901 土地賣買明文」: “光武五年辛丑八月日. 前明文. 禾利. 則秋收後. 折半出給的實.”(경도대학 가와이문고, 고려대 해외한국학자료센터 제공)

41) 「1904 土地賣買明文」: “光武五年辛丑八月日. 前明文. [禾利. 則秋收後. 折半出給的實.]”(경도대학 가와이문고, 고려대 해외한국학자료센터 제공)

42) 「光武九年乙巳十二月卅日朴守門將宅明文」: “右明文事自己買得慕字畚四斗落數年耕食是多可移居酒幕後家堡價難辦故錢文四十兩乙得用於右宅是遺右畚四斗落六夜味負數九負九束塵限明年十月爲遣永永典當爲去乎若過此限則禾利貳石併出給之意如是成文事 畚主高平善[着名] 證筆朴子一[着名](호남권 한국학자료센터 제공)

43) 漢城裁判所 1897. 12. 3. 선고, 民第三十七號: “被告의 陳供은 莫重種子를 禾利로 購取했었다 ㅎ는 然故로 正當이라고 ㅎ미 可치 아니 ㅎ니.”

利를 수확하겠습니다’라고 한 것은 옳다.”⁴⁴⁾라는 판결도 들 수 있다.

화리를 산출물인지 소작에 관련된 것인지 불상인 사례도 있다.⁴⁵⁾

2) 전답의 소유권과 별도로 경작권의 대가인 화리

1907년 10월 한성재판소 판결에서는 전답의 매매와 화리는 매매의 객체가 다른 것임을 명시하였다.⁴⁶⁾ 원고는 “해당 피고의 논 소출 추수곡 얼마를 타인에게 예매(預賣)하였는데, 피고가 해당 논을 화리(禾利)와 함께 타인에게 방매(放賣)하여 손해가 적지 않습니다.”라 주장하였다. 피고의 주장은 “원고가 추수곡과 도조미의 교환을 자청하여 허락하였는데, 원고의 논이 아니고 원고는 논이 없었습니다. 그래서 제 논을 화리(禾利)와 함께 사려는 사람에게 척매(斥賣)하였습니다.”라 하였다. 재판부는 “원고는 애초 자신의 논이 없었고, 자신의 매부가 받아야 할 추수를 가지고 억지로 추수곡을 교환하려고 한 것은 지극히 타당하지 못하다. 뿐만 아니라 애초 위약금 징수계약을 한 적이 없고, 피고가 작성해 준 마름 임명장의 본뜻은 단지 추수를 거두는 데 있을 뿐 해당 추수곡의 예매(預賣)를 허락한 것은 아니다. 그런데 이제 와서 위약비용이 생겼다고 이렇게 거소(學訴)하는 것은 정당하지 못하다. 따라서 피고의 변론[答卞]은 그 이유가 있다.”라 하였다. 이 판결에서는 ‘전답’과 그 ‘전답의 화리’는 별개의 것으로 매매의 객체가 다르다는 것을 인정하였고, 피고가 마름에게 위임한 것을 추수한 곡식을 거두는데 있는 것이지, 추수곡을 예매하지 못한다는 것이며, 위임의 범위를 일탈 유일한 처분행위에 대해 재판부에서 인정하지 않은 것이다.

다음으로 1907년 12월 한성재판소 판결도 전답의 매매와 화리를 별개의 객체로 보았다. 이 판결에서 원고 들은 “원고의 거주지 인근의 피고 전답을 피고가 원고 1인에게 중개를 부탁하였고, 원고가 이를 매수하고자 하는 일본에게 거간(居間)하여 값을 엽전 합계 [葉計] 33,000냥(兩)으로 정하였고, 원고 1이 1907년 음력 9월 피고를 만나 매매할 것을 약정하고 화리(禾利)도 같이 정하였습니다. 음력 10월 매수를 원하는 일본인과 피고가 매매계약을 쓰려 하자, 피고는 전답은 매매하지만 화리(禾利)는 매도하지 못하겠다고 하여, 일본인이 위약금으로 엽전 2000냥을 물리고자 하니 피고에게 찾아주십시오.”라고 하였다. 이에 대해 피고는 “원고 1은 제가 전답의 매매를 위임하는 문서를 보내었습니다. 그런데 9월 원고1의 답서에 해당 전답값을 다음날 인도하겠다고 하기에 허락하였으나 원고 1이 이를 어겼습니다. 이후 다시 원고 1이 약속을 어기는 일이 반복되어 논을 매도하는 일을 다시 거론하지 말라고 하였습니다. 그런데 10월 즈음에 다시 와서 이르러 갑자기 와서는 ‘전에 한 약속에 따라 논을 팔라.’고 하며, 이미 거둔 화리(禾利)를 내달라고 하니 이 어찌 말이 되겠습니까.”라고 하였다. 재판소에서는 “원고가 비록 해당

44) 漢城裁判所 1898. 11. 3. 선고, 第三百八十七號: “番價推還前에 花利를 收穫ᄃᆞᆫ것다 ᄃᆞᆫ은 其正直ᄃᆞᆫ 줄로 認ᄃᆞᆫ.”

45) 漢城裁判所 1899. 4. 18. 선고, 第 號: “被告는 原告 訴求에 應ᄃᆞᆫ야 禾利價 肆佰捌拾兩 辦償ᄃᆞᆫ이 可ᄃᆞᆫ 訴訟費用은 被告의 擔當ᄃᆞᆫ.”

46) 漢城裁判所 1907. 10. 24. 선고, 第三百六十四號.

논밭을 값을 정하고 흥정하였다고 하지만 애초에 문서[文字]를 작성하지 않았고, 화리(禾利)를 아울러 매매하기로 약속했다고 하지만 또한 증빙(證憑)이 없다. 그리고 원고가 피고의 요구에 응하지 않은 정황이 명백하다. 그런데 지금 갑자기 화리(禾利)를 아우르지 않았다고 하면서, 본래 계약에 없는 위약금으로 엽전 합계 2,000냥을 피고에게 받으려고 소송을 제기한 것은 정당하지 못하다.”라 판시하였다. 이 판결도 전답의 매매와 화리의 매매는 별개의 것임을 인정한 판결이다. 그리고 화리를 징수하는 시기가 10월 이전 추수기임을 알 수 있다. 그리고 위약금의 약정이 없는데도 위약금을 청구하는 것은 부당함을 인정한 판결이다.

다음으로 1908년 공주구재판소의 판결을 들 수 있다. 이 판결에서 원고의 청구에 의하면, “피고가 1906년경에 수해를 입은 논[水破畝] 10두락(斗落)을 원고의 남편으로 하여금 비용을 부담하여 수축하게 하였고, 10년에 한하여 경작하게 해준다는 취지로 약속하였다. 그런데 불과 이번 해에 피고가 화리(禾利)와 함께 방매(放賣)하여 곧바로 이작(移作)하였다. 그러므로 해당 수축비 150냥을 이자와 아울러 피고가 물어주어야 한다.”⁴⁷⁾는 것이다. 그런데 재판에서 피고가 결석하여 원고가 승소하였다. 이 판결에서 원고가 수해를 입은 전답을 개간하여 경작권을 약속받았는데, 피고가 해당 전답을 매매하면서 그 경작권을 제3자에게 매도하면서 경작권의 대가로서 ‘화리’를 받은 것이다. 그래서 경작권의 이중매매사례가 되므로, 선경작자인 원고가 승소하게 된 것이다.

1908년 전답가격과 경작권의 분리를 인정한 상급심 판결로는 다음 대심원 판결을 들 수 있다. 이 판결의 상고이유에서 상고인은 “상고인이 작년 11월에 피상고인에게 그 소유인 논 18두락(斗落)을 문권(文券)에 의하여 원래 땅 값으로 매 두락마다 25환(圓)과 전도지(轉賭地) 값 12환을 아울러 도합 666환을 내어주었습니다. 이를 매수하여 작인(作人)을 고쳐 정하였습니다. 그런데, 피상고인이 옛 작인들과 부화뇌동하여 경작을 방해하였습니다. 그리고 전도지 값 260환을 상고인에게서 빼앗고자 하는 사실에 대하여 원재판소가 상고인에게 패소판결을 내린 것은 타당한 판결이 아닙니다.”⁴⁸⁾라 주장하였다. 이에 대해 대심원은 「民刑訴訟規則」 34조에서 인정하는 상고사유는 법령위배사유이지 사실 인정에 대한 불복은 상고사유가 아니라 하여 상고를 기각하였다.

3) 담보로 제공된 경작권의 대가로서의 화리-화리전당(花利典當)

금전소비대차의 경우 담보를 제공하게 된다. 그 경우 경작권을 담보물로 제공하는 경우도 있었다. 여기서 경작권의 대가로서의 화리를 알 수 있는 사례는 다음이다. 금전소비대차로 인하여 전답을 담보로 제공한 경우 그 전답의 화리권이 문제된 사례이다.

첫째, 1902 한성부재판소 판결이다. 이 판결에서 피고의 주장은 “1895년 7월경에 갑의 소개로 원고에게 5두락 논(畝)을 전당잡히고 2,000냥(兩) 빚을 내면서 채표(債票)를 작성해주고 화리(禾利)를 거두어 먹게 하였습니다. 그런데 지금 비로소 돈을 마련해서 해

47) 公州區裁判所, 1908. 10. 3. 선고, 隆熙二年 民第二一號.

48) 大審院民事部 1908. 9. 3. 선고, 隆熙二年 民上第二一號.

당 논을 돌려달라고 요구하였더니, 원고가 영매(永買)라고 말하며 물러주지 않으려고 합니다.”⁴⁹⁾라 하였다. 원고는 피고에게 담보로 받은 전답물이 아니라 피고로부터 매수한 전답이어 본인 소유가 주장하였다. 이 판결에서 판사는 원고가 세금을 계속 납부하였음을 들어 전답물이 아니라 원고가 매수한 것으로 판시하였다. 그러나 이 판결은 승소한 원고의 주장 및 판결의 결론보다는 피고의 주장이 의미가 있다. 이 사례는 피고에게 금전소비대차계약을 체결하여 돈을 빌리며, 본인 소유의 전답을 담보(典當)으로 제공한 것이다. 1902년 당시 한국은 등기부 혹은 토지증명제도가 도입되기 이전이었고, 따라서 토지의 소유권 및 담보물권을 공증하는 제도가 없었다. 동산전당의 경우 전답물의 이전이 되는 입질채권형태가 가능하겠지만, 부동산 전당의 경우 매도담보 형식을 취하는 경우도 있었고, 위 사례처럼 부동산에 대한 사용·수익권을 담보로 제공하는 형식도 있었던 것이다. 즉 담보의 대상으로 화리(花利)가 등장한 것이다. 채무자로서는 본인의 전답을 채권자에게 담보로 제공하였으며, 채권자는 그 담보물인 전답에 대한 경작권의 ‘대가’인 ‘화리(花利)’를 거둘 수 있는 권리를 가지게 되는 것이다.

둘째, 1904년 한성재판소의 판결을 들 수 있다.⁵⁰⁾ 피고는 “1901년경에 충주(忠州) 옥암리(玉巖里)에 소재한 논을 (A)에게 구입하여 2년 동안 추수(秋收)하였다. 작년 겨울에 (A)가 그의 집터(家垆)와 이 전답(田畝)을 여주(驪州)에 사는 원고와 (B)에게 전당 잡히고 빚을 내었다. 그런데 그 화리조(禾利條)를 받지 못한 것으로 두 집안이 서로 시비하던 중 (A)는 도피하였다. 전당과 매매(賣買)는 각각의 경위(經緯)가 있으니 빚을 준 사람은 빚을 쓴 사람에게 돈을 추심하고, 땅을 산 사람은 해당 논에서 곡식을 추심하는 것이 당연한 데도, 원고가 억지를 부리며 소송을 일삼는 것은 매우 근거가 없습니다.”라 하였다. 이에 대해 원고는 “1899년 (C)에게 논 9두(斗) 5승락(升落)과 밭 7일경(日耕)을 신문기(新文記)와 구문기(舊文記)를 함께 당오전 합계[當計] 12,000냥(兩)에 영매(永買)⁵¹⁾하여 매년 도조(賭租)를 문제없이 받아 왔습니다. 작년 가을에 피고가 해당 전답을 자신이 샀다고 말하고, 해당 군에 무고[誣訴]하여 도조를 관(官)에서 강제로 빼앗았습니다. 작년 도조는 찾아주시고 해당 전답은 다시는 침범하지 말도록 해주십시오.”라 주장하였다. 판결은 “원고가 제출한 문권은 곧 1825년에 전래(傳來)한 것을 매매한 것이고, 피고가 제출한 구권은 단지 1892년 이후 1장일뿐이다. (C)의 아들 (D)의 진술에 의거하면, ‘원고의 문권은 정말로 틀림없습니다.’라고 하였다. 추심해온 돈의 액수가 분명히 기록되었으니 이중매매한 정상(情狀)은 더욱 명확한데도, 피고가 해당 논을 빼앗으려고 하는 것은 정당하다고 할 수 없다. 따라서 원고의 청구는 그 이유가 있는 일이다.”라 하였다.

이 사례에서 피고는 본인이 이중매매의 제1매수이고 원고는 전답을 담보로 받은 제2양수인이라 주장한 것이다. 반면 원고는 매수한 뒤 소작료를 계속하여 받고 있다고 주장하였다. 판결은 원고가 제1매수인임을 인정하여 원고승소판결을 하였다. 그런데 피고의 주장에서 ‘(A)가 가대와 전답(田畝)을 원고와 (B)에게 (공동으로) 담보로 제공하였다. 그런데 그 화리조(禾利條)를 받지 못한 것으로 두 집안이 서로 시비하던 중’이라는 표현에

49) 漢城府裁判所 1902. 6. 19. 선고, 第二百三十八號.

50) 漢城裁判所 1904. 6. 21. 第三百七十五號.

51) 원문은 永賣이나 문맥상 永買로 보는 것이 타당하다.

서 화리의 성격을 알 수 있다. 여기서도 화리(花利)는 전답을 담보한 경우 경작권의 ‘대가’인 ‘화리(花利)’를 거둘 수 있는 권리를 지칭한다.

4) 이자로서의 화리(花利)

화리를 이자의 개념으로 인정한 판결도 있었다. 대표적으로 1904년 한성재판소의 판결을 들 수 있다. 이 판결에서 재판소는 “원고의 주장은 대질(質卞)에 비추어 정직한 것으로 인정한다. 이에 대하여, 피고는 원고가 쓴 돈 8,000냥을 작년 음력 10월경에 해당 증서의 보증인 박해철(朴海喆)에게 이자를 더해 12,620냥을 받았는데도 지폐(紙幣)의 화리(花利)가 있다고 칭하고 해당 증서를 강제로 차지하고 주지 않은 것은 정당하다고 할 수 없다. 따라서 원고의 청구는 이유가 있다.”⁵²⁾라 판시하였다. 여기서 피고는 채무자인 원고의 금전소비대차 채권에 대해 원고의 보증인에게 금전소비대차의 원금인 8천냥에 그에 더한 자를 더하여 12,620을 변제받았다. 그런데도 남은 화리(花利)가 있다고 주장하는데 여기서 화리는 이자를 지칭한다.

(3) 개화기 화리에 대한 평가

개화기 화리 관습은 조선시대의 화리 관습과 큰 차이가 없었다. 화리 관습은 민간에서 농경지에 대한 경작물 혹은 소작과 관련된 관습이었고, 이는 개화기의 실체법 및 절차법에서 규율 대상이 되지 않는 않았다. 조선총독부는 1933년 「朝鮮小作調停令」 및 1934년 「朝鮮農地令」 등을 제정·공포하여 소작에 대한 규제를 하였으나, 통감부에서는 소작에 대한 본격적인 규제는 없었다. 그래서 개화기의 화리 관습은 조선시대의 화리관습과 크게 다르지는 않았다. 그러나 구한말 민사 판결을 통해 살펴보았더니, 화리 관습에 관한 판결의 숫자는 상대적으로 적었다. 이를 유형별로 분류하면, ① 경작물에 대한 화리 관습, ② 토지와 별도 매매의 대상이 되는 경작권으로서의 화리 관습, ③ 경작권을 전당의 대상으로 인정하는 화리전당(花利典當) 관습, ④ 금전소비대차에서의 이자로서의 화리 관습 등 그 대상이 다양하였다. 경작권으로서의 화리와 경작물로서의 화리 관습은 조선시대에도 있었던 것이지만, 화리전당의 관습은 조선시대와 달라진 화리에 대한 관습 모습이기도 하였다. 상대적으로 개화기에 상업이 발전하고 금전소비대차가 활발해지다 보니, 경작권을 전당의 대상으로 삼은 화리전당도 발달한 것이 아닌가 한다. 대한제국 정부에서는 지방관들에게 지령 혹은 훈령을 발하여, 화리를 이용한 탈법행위 등에 대해서는 엄단하고 이를 금지하려는 움직임을 보였는데, 관 주도로 탈법행위를 규제하였다는 점에서 조선 후기 17세기의 향약(鄉約) 및 동계(洞契) 등에서 자치적으로 화리를 규제하던 모습과는 다른 점이라 할 것이다. 조선 후기부터 개화기에는 탈법행위로서의 화리 관행이 발생하였다고 볼 수 있고, 당시 정치가들은 이러한 탈법행위를 규제할 필요성이 컸다 할 것이다. 그러나 조선시대부터의 화리 관습은 개화기에도 그대로 이어져 있었던 것이고, 개화

52) 漢城裁判所 1904. 5. 6. 선고, 第二百七十八號.

기 화리 관습이 획기적인 변화를 맞이하지는 않았다.

Ⅲ. 관습조사에서의 화리(花利) 관습

통감부에서부터 총독부까지 일제는 조선의 민사·상사 관습을 조사하고 분석하고 그 결과물을 제시하였다. 화리에 관한 관습이 처음 등장한 것은 통감부기였다. 1909년 함경남도 갑산지방의 관습조사 결과를 보고한 법전조사국(法典調査局)의 『調査報告書』에서 화리(花利)에 대한 관습은 다음과 같이 기술하고 있는 것이 최초의 보고이다. “화리는 소작인에게 토지를 경작시키고, 소작료를 지불하게 하는 것을 목적으로 하는 것을 말한다. 즉 지주는 결세를 부담하기만 하고, 半作과 같이 경작에 필요한 종자를 제공할 의무도 없고, 또 공동으로 경작에 종사하지도 하지 않는다. 경작에 관한 일체의 것은 소작인이 부담한다. 소작료의 지불 시기 및 禾利를 어떻게 할지 안할지는 계약에 정해진 바를 따른다. 토지의 수확물은 전부 소작인의 소득으로 귀속되는 반면, 소작료는 그해의 풍흉에 상관없이 지불해야 한다. 예를 들어 흉년이 계속되어도 소작료의 감면은 전적으로 지주의 생각에 따르는 것이라고 한다. 토지를 변경하는 것 등은 반드시 지주의 승낙을 얻어야 한다. 원래 이 지방에는 논이 없어서 禾利는 半作과 같다. 존속기간이 없을 경우 입춘 전에는 쌍방이 언제든지 해약할 수 있다.”⁵³⁾ 이 조사 보고서의 내용은 1912년 『慣習調査報告書』에서는 함경남도 함흥지방의 화리전당(禾利典當)이라는 내용으로 정리되었다. 그에 의하면, “화리(禾利)는 곡류의 수확을 가리킨다고 할 수 있는데, 경작 중인 곡류를 전당에 제공하여 금전을 차용하는 경우를 일컫는다. 화리전당이라고 하여도 실제로는 수확기가 되어 채권자가 그 화리를 거두어 수량의 다소에도 불구하고 이로써 변제에 대신하는 것이 통례이다. 이는 결국 곡물이 미숙성한 시기에 수확을 예상하여 이를 매매(賣買)하는 것으로 보아야 할 것이다.”⁵⁴⁾라 하였다. 그런데 이후 조선총독부에서 관습조사를 계속하면서 전국의 화리 관습을 조사하였다. 그 내용을 살펴보자.

1. 조선총독부 중추원(朝鮮總督府 中樞院)의 『慣習調査』에 드러난 각 지역의 화리 관습

1910년대 이후 조선총독부 중추원은 조선의 관습에 대한 조사를 계속하였다. 여러 쟁점 중 소작에 관한 쟁점은 중추원의 중요한 관심 사항 중 하나였다. 그리고 화리를 특종소작(特種小作) 즉 특수한 종류 혹은 유형의 소작 중 하나로 인식하였다. 중추원에서는 전국적으로 화리에 대한 관습이 어떠한지 조사를 하였고, 개별 보고서를 바탕으로 화리 관습을 정리하여 나갔다. 우선 조선총독부 중추원(朝鮮總督府 中樞院)의 『慣習調査』에 기재되어 있는 전국 각지 특종소작 관습의 존재 여부를 표로 정리해 보자.

53) 法典調査局, 『調査報告書』, 1909: 「咸鏡南道 甲山郡衙 慣習調査報告書」

54) 정공식 역·정종휴 감수, 『改譯版 慣習調査報告書』, 한국법제연구원, 2000, 198면.

〈표 1〉 특종소작(特種小作)에 관한 관습조사:(관습 존재:○, 관습부재:×, 알수 없음:△)

지역	原賭地의 관습	中賭地의 관습	轉賭地의 관습	禾利의 관습
慶源郡	×	×	×	○
咸興郡	—	×	△	○
永興郡	×	×	×	○
端川郡	×	×	×	○
寧邊郡	△	×	×	○
定州郡	×	×	×	×
龍岡郡	×	×	×	×
達城郡	×	×	×	×
漆谷郡	×	×	×	×
星州郡	×	×	×	×
居昌郡	×	×	×	○
尙州郡	×	×	×	○
聞慶郡	×	×	×	○
大邱郡	—	×	—	×
鎭安郡	×	×	×	○
錦山郡	×	×	×	○
井邑郡	○	×	×	○
高敞郡	×	×	×	○
沃溝郡	○	○	×	×
求禮郡	×	×	×	○
麗水郡	×	×	×	○
長城郡	×	×	×	○
濟州島	×	×	×	×
杆城郡	○	×	×	○
洪川郡	×	×	×	×

함경도의 화리매매에 대한 관습을 살펴보자.⁵⁵⁾ 지주와 소작인 사이에 체결한 계약에 따라 소정의 소작료를 납부할 때는 이 소작권 매매는 지주의 승낙을 받지 않고 소작인 마음대로 하는 것으로, 慶源郡 지방에서 이것을 年禾利라 부른다.⁵⁶⁾ 咸興郡에서는 보통 행해지는 賭地, 並作 외에는 없으며, 소작인이 지주의 승낙을 받지 않고 소작권을 양도할 수 있는 관습은 없고, 다만 종래부터 지주가 토지를 다른 사람에게 禾利 매매하는 관습이 있다.⁵⁷⁾ 永興郡에서의 소작 방법은 보통 禾利 매매로, 原賭, 中賭, 轉賭와 같은 것은 전혀 예를 볼 수 없다. 또한 禾利 매매에 대해서는 반드시 지주의 승낙을 요한다. 그리고 본 군 鎭坪面에서는 이따금 지주의 승낙 유무에 불구하고 轉賣를 마음대로 하는 경

55) 한국민족문화대백과사전에 의하면 도지권을 다음과 같이 정의한다. “도지권은 전국 각지에 분포되었으므로 지역에 따라 다른 이름으로 불리었다. 평안북도 의주군과 용천군 일대에서는 원도지(原賭地), 평안남도 대동군·강서군·중화군 일대에서는 전도지(轉賭地) 또는 굴도지(屈賭地), 황해도 봉산군·신천군·재령군·안악군 일대에서는 중도지 또는 영세(永稅), 전주와 정읍에서는 화리(禾利, 또는 花利), 진주와 고성에서는 병경(並耕)이라고 불렀다.” 즉 이 기술이 일반적으로 인식되는 도지권에 대한 다수견해일 것인데, 원도지(原賭地) 전도지(轉賭地), 중도지(中賭地), 화리(花利)등을 내용은 같고 지역마다 용어를 달리 부르는 것으로 인식하고 있다. 그런데 표에 의하면 杆城郡은 원도지와 화리는 있으나 중도지와 전도지는 없다고 한다.

56) 중추원조사자료 特種小作 기타에 관한 건 慶源郡 특종소작 기타에 관한 건 회답 1.특종소작 관습

57) 중추원조사자료 特種小作 기타에 관한 건 咸興郡 특종소작 기타에 관한 건 회답 1.특종소작 관습

향이 있으나 극히 소수에 지나지 않아서 구태여 관습이라 보기 어렵다.⁵⁸⁾ 端川郡에는 禾利 매매의 성질을 가진 것이 있다. 즉 지주가 수확을 예상하여 소작료를 前納하게 하는 것으로 上田 一日耕은 40円, 中田은 20円, 下田은 7, 8円이며, 門中の 所有田에서만 행해 지는데 그 비율은 전 소작의 일부분에 지나지 않는다.⁵⁹⁾ 寧邊郡에서 禾利 매매의 관습이 있다. 다만 이 지방의 관습은 지주에 대해 되파는 기간을 정하여 일시 사들여 그 기간 내에 한하여 마음대로 소작권을 양도할 수 있다. 이상의 매매계약서(즉 文記)에는 '永永放賣爲去乎'를 '姑爲放賣爲去乎'의 문구를 쓴다.⁶⁰⁾ 定州郡 및 龍岡郡에서는 禾利 매매, 즉 소작권을 다른 사람에게 양도 또는 轉貸하는 관습은 없었으며, 原賭地, 中賭地, 轉賭地 관습도 없었다.⁶¹⁾⁶²⁾ 이를 정리하면 함경남도에서는 대체적으로 화리 매매의 관습이 있었다고 볼 수 있다.

다음으로 경상도의 화리 매매에 대한 관습을 살펴보자. 達城郡에서는 소작권 양도, 禾利 매매는 전혀 없다고는 말하기 어렵지만 보통 일반적으로는 이 관습은 없다.⁶³⁾ 漆谷郡 및 星州郡에서는 禾利 매매 및 原賭地, 中賭地, 轉賭地의 관습은 행해지지 않는다.⁶⁴⁾⁶⁵⁾ 尙州郡 및 聞慶郡에서 화리매매는 있으나 原賭地, 中賭地, 轉賭地 등의 관습은 없다.⁶⁶⁾⁶⁷⁾ 居昌郡에서 삼베 농사의 경우 화리 매매가 있으며, 原賭地, 中賭地, 轉賭地 등의 관습은 없다.⁶⁸⁾ 경상도에서도 지역에 따라 화리농사가 있기도 하고 없기도 하였는데, 상주·문경·거창 등에서는 화리 매매가 있었다.

다음은 전라도의 화리매매에 대한 관습을 살펴보자. 鎭安郡에서 禾利 매매는 어느 특종의 전답(예를 들면 驛屯土와 같은 것)에서 이따금 행해졌으나, 그 유행 범위는 매우 협소하여 소멸하였고, 原賭地, 中賭地, 轉賭地 관습은 없다.⁶⁹⁾ 錦山郡에서 소작인이 지주의 승낙을 받지 않고 소작권을 양도, 매매, 기타 禾利 매매하는 것은 4, 5년 전까지 해당 관례가 있었으나 소멸하였고, 原賭地, 中賭地, 轉賭地 등의 관습은 없다.⁷⁰⁾ 井邑郡에서는 소작인이 지주의 승낙을 받지 않고 소작권을 양도할 수 있는 관습은 없으나 禾利 매매는 지주의 승낙을 요하지 않고 행하기도 한다. 原賭地, 받은 전부 원도지이며, 논은 지질이 비옥하고 旱災나 水害를 입을 염려가 없는 것에 한하여, 원도지로 하여 일정한 소작료를 지주에게 납부한다는 계약 아래 소작권을 얻는 것이 있다. 그러나 中賭地 및 轉賭地는 없었다.⁷¹⁾ 高敞郡의 경우 禾利 매매라는 명칭은 없었지만, 보통 을이라는 자가 갑이라는

58) 중추원조사자료 特種小作 기타에 관한 건 永興郡 특종소작 기타에 관한 건 회답 1.특종소작 관습
 59) 중추원조사자료 特種小作 기타에 관한 건 端川郡 특종소작 기타에 관한 건 회답 1.특종소작 관습
 60) 중추원조사자료 特種小作 기타에 관한 건 寧邊郡 특종소작 기타에 관한 건 회답 1.특종소작 관습
 61) 중추원조사자료 特種小作 기타에 관한 건 定州郡 특종소작 기타에 관한 건 회답 1.특종소작 관습
 62) 중추원조사자료 特種小作 기타에 관한 건 龍岡郡 특종소작 기타에 관한 건 회답 1.특종소작 관습
 63) 중추원조사자료 特種小作 기타에 관한 건 達城郡 특종소작 기타에 관한 건 회답 1.특종소작 관습
 64) 중추원조사자료 特種小作 기타에 관한 건 漆谷郡 특종소작 기타에 관한 건 회답 1.특종소작 관습
 65) 중추원조사자료 特種小作 기타에 관한 건 星州郡 특종소작 기타에 관한 건 회답 1.특종소작 관습
 66) 중추원조사자료 特種小作 기타에 관한 건 尙州郡 특종소작 기타에 관한 건 회답 1.특종소작 관습
 67) 중추원조사자료 特種小作 기타에 관한 건 聞慶郡 특종소작 기타에 관한 건 회답 1.특종소작 관습
 68) 중추원조사자료 特種小作 기타에 관한 건 居昌郡 특종소작 기타에 관한 건 회답 1.특종소작 관습
 69) 중추원조사자료 特種小作 기타에 관한 건 鎭安郡 특종소작 기타에 관한 건 회답 1.특종소작 관습
 70) 중추원조사자료 特種小作 기타에 관한 건 錦山郡 특종소작 기타에 관한 건 회답 1.특종소작 관습
 71) 중추원조사자료 特種小作 기타에 관한 건 井邑郡 특종소작 기타에 관한 건 회답 1.특종소작 관습

지주에게서 소작권을 얻어 이를 병이라는 자에게 대부하는 것이 있다. 이것은 흔히 중간 소작이라 부르는 것으로서, 을은 보통 갑과 定賭로 약정하고 병과는 병작(분작)을 하여 다소의 이익을 취득하는 것이다. 그리고 原賭地, 中賭地, 轉賭地 등은 없었다.⁷²⁾ 고창에서 화리 용어는 없었더라도 화리 형식은 존재한 것으로 볼 수 있다. 沃溝郡에는 원래부터 禾利 매매의 관습은 없었다. 단지 原賭地, 中賭地의 관례가 일부 행해진 적은 있지만, 근래 地價가 등귀함에 따라 소작료가 高率이 되어 전혀 그 자취가 끊어졌다. 다만 상등의 토지에 대해서는 前稅를 제공하는 관습이 근래 행해지고 있음을 볼 수 있다.⁷³⁾ 求禮郡에서는 종전에는 驛屯土, 또는 향교, 기타 각 관청 소속 토지에 대해 소작인이 지주의 승낙을 받지 않고 禾利 매매를 한 적이 있었지만, 현재 이러한 관습은 없다. 그리고 原賭地, 中賭地, 轉賭地의 관습은 없었다.⁷⁴⁾ 麗水郡에서는 소작인이 지주의 승낙을 받지 않고, 가옥을 매도할 때 소작권을 양도하거나 또는 부채 때문에 소작 전답의 禾利를 매매하는 일이 있지만 드물게 행해지나, 原賭地, 中賭地, 轉賭地의 관습은 없었다.⁷⁵⁾ 長城郡에서도 특종소작 관습은 없으며 몇 년 전에 禾利 매매라 부르는 것이 행해졌지만 지금은 그 흔적이 없고, 原賭地, 中賭地, 轉賭地의 관습은 없었다.⁷⁶⁾ 전라도에서는 대체적으로 화리 관습이 있었으며, 이 지역의 화리 관습은 지주의 승낙을 받지 않고 하며, 그 대상은 驛屯土, 또는 향교, 기타 각 관청 소속 토지인 경우가 많았다.

濟州島에서는 보통 행해지는 賭地, 並作 외에 소작인이 지주의 승낙을 받지 않고 소작권을 양도할 수 있는 관습은 없다. 다만 구관유전(舊官有田), 향교전(鄕校田) 등의 소작인이 공공연히 소작권을 매매(禾利 매매는 없음)하는 관습이 있었는데, 1910(明治43)년 이후 표면적으로 이를 인정하지 않음과 동시에 점차 감소하였지만 여전히 암암리에 이를 행하는 자가 이따금 있는 듯하다. 특히 본 섬에서는 국유지로 아직 역둔토(驛屯土) 대장에 등록되지 않은 것(未定數의 국유지라 부름) 중 대부분에서는 舊慣에 따라 소작권을 매매하는 자가 이따금 있다. 그렇지만 머지않아 역둔토 대장에 등록을 마치면 이 관습은 근절될 전망이며, 原賭地, 中賭地, 轉賭地의 관습은 없었다.⁷⁷⁾

杆城郡에서는 지주의 승낙을 받지 않고 소유권을 양도 매매하는 것, 즉 禾利 매매는 구한국 정부 시대에 오직 역답(驛畝)에서만 행해지고 일반 토지에 대해서는 이러한 관습을 볼 수 없었는데, 통감부 시대에 이르러 역답(驛畝)에 대한 관습이 갑자기 쇠퇴하였고, 합병 후에는 마침내 못하게 되었으며, 原賭地의 관행이 있었다. 즉 지주가 다른 道 또는 다른 군에 있을 경우 마름이라 부르는 자를 두어 소작권의 변경, 소작료의 증감을 단행하게 하였다. 반면 中賭地, 轉賭地의 관습은 없었다.⁷⁸⁾ 洪川郡에서는 보통 행해지는 賭地, 並作 외에 소작인이 지주의 승낙을 받지 않고 소작권을 양도하는 것이 있었다. 이것은 봄에 소작인이 이전하거나 기타 부득이한 사정이 생겼는데 지주가 멀리 있어 승낙을

72) 중추원조사자료 特種小作 기타에 관한 건 高敞郡 특종소작 기타에 관한 건 회답 1.특종소작 관습

73) 중추원조사자료 特種小作 기타에 관한 건 沃溝郡 특종소작 기타에 관한 건 회답 1.특종소작 관습

74) 중추원조사자료 特種小作 기타에 관한 건 求禮郡 특종소작 기타에 관한 건 회답 1.특종소작 관습

75) 중추원조사자료 特種小作 기타에 관한 건 麗水郡 특종소작 기타에 관한 건 회답 1.특종소작 관습

76) 중추원조사자료 特種小作 기타에 관한 건 長城郡 특종소작 기타에 관한 건 회답 1.특종소작 관습

77) 중추원조사자료 特種小作 기타에 관한 건 濟州島 특종소작 기타에 관한 건 회답 1.특종소작 관습

78) 중추원조사자료 特種小作 기타에 관한 건 杆城郡 특종소작 기타에 관한 건 회답 1.특종소작 관습

받기 곤란할 경우에 아는 사람에게 그 소작권을 양도하는 예가 있지만, 禾利 매매 등 기타 이익을 취하는 것은 없다. 그리고 原賭地, 中賭地, 轉賭地의 관습은 없었다.⁷⁹⁾

그리고 중추원조사자료 중 화리(禾利) 관습을 조사한 조사자료에 의하면, 각 지방에서의 화리 관습을 조사한 보고내용이 있다. 이를 제시하면 다음과 같다.

(1) 任實 지방에서의 화리는 兪州 지방에서의 화리와는 전혀 다르며, 기간 1년의 소작 계약을 하고 도조를 전해에 전부 지불하는 것을 화리 매매라 부른다. 이 계약은 토지의 비옥도 여부 또는 관개의 편리 여부 등에 따라 다르며, 오로지 소작인의 射倖的인 의사에 의해 행해온 것이다. 이것은 갑오년 이전에는 전혀 없었는데 그 이후에는 대지주가 아닌 자의 소유와 관계 있는 논에서 행해지고 있다.(신조사 보고서 153호)

(2) 南原 지방에서는 지주가 돈이 필요해서 자기 소유의 논에 대해, 전 해 수확 후부터 올해 봄까지 사이에, 올해 한 해의 도조를 보통 도조보다 얼마간 싼 액수로 매매하는 것을 화리 매매라 부르고, 예로부터 이 관행이 행해졌다고 한다. 그렇지만 역둔토 또는 향교 소유의 논에 대해서는 兪州 지방의 화리와 같고, 도지의 轉轉 매매는 일부에서 행해져 왔지만 지금은 전혀 그렇지 않다. 그리고 종전에 행해진 도지 매매는 이를 先作이라 부른다.(신조사 보고서 제153호 有賀 屬 조사)

(3) 尙州 지방에서 화리 매매라 하는 것은 소작권의 매매가 아니라, 토지에서 나오는 수확물의 매매를 말한다. 즉 화리 매매를 하는 것은 白露 후에 토지를 매매하는 경우 이에 결달아 붙여 그 토지에서 나오는 수확물을 함께 매매하는 관습이 있다. 이를 화리 매매라 부르기 때문에 백로 전에 토지를 매매하는 경우에는 화리 매매가 아니다.

또 추수 후 지주가 이듬해의 소작인으로부터 수취하게 될 소작료인 나락을 상대방에게 교부할 것을 약속하고 상대방은 즉시 파는 사람에게 대금을 지불하는 매매가 있다. 이를 도조 매매 또는 화리 매매라 부른다. 그렇지만 보통 화리 매매라 부르는 것은 전자를 가리킨다.(신조사 보고서 제162호)

(4) 咸興 지방에는 화리 매매의 관습이 있다. 이것은 봄에 모내기하여 뿌린 벼, 즉 화리를 다른 사람에게 팔아넘기는 것이다. 이는 함흥 지방에서 행해지는 관습으로서, 그 해의 풍흉을 알지 못한 채 매매한다. 그래서 이미 매매한 화리는 손익을 모두 산 사람의 수입으로 한다. 그리고 화리 매매의 대가는 봄에 받는 것이지 결코 가을에 받지 않는다. 그 전답의 조세는 지주가 내고, 종자는 소작인이 내며, 화리를 산 사람은 아무런 관계가 없다. 화리 매매는 그 해에 수확하게 될 禾利에 한한다.(신조사 보고서 제68호)

(5) 洪原 지방에도 화리 매매의 관습이 있다. 즉 전답 소유자가 내년 가을의 수확을 예상하여 소작하려는 자와 약속하고, 예상 소작료를 대가 또는 미곡으로 올해 가을에 받는 것을 말한다. 이 매매는 예전에는 봄에 행해졌는데, 지금은 인구가 증가함에 따라 경지에 대한 수요가 많아져서 소작인은 다투어 화리를 사려고 하기 때문에 내년의 화리를 올해 가을에 매매하는 것이 관례가 되었다.(신조사 보고서 제68호)

(6) 北靑 지방에도 화리의 관례가 있다. 즉 봄에 올해의 수익권을 파는 것이다. 가을에 파는 경우도 있다. 기간은 1년마다 매매하는 것이 보통이지만 2년 또는 4, 5년간의 수익권을 매매하는 자도 있다. 가격의 비율은 햇수가 긴 것은 긴 만큼 점차 감소하는 것이 보통이다.(신조사 보고서 68호)

79) 중추원조사자료 特種小作 기타에 관한 건 洪川郡 특종소작 기타에 관한 건 회답 1.특종소작 관습

(7) 江界 지방에서는 화리라는 말은 들은 적은 있지만 사정은 일정하지 않은 듯하다. 혹은 화리 매매를 姑爲 매매라 하고, 혹은 화리 매매, 또는 地稅 즉 賭地의 매매라 하여 관례가 일정하지 않은 듯하다. 그런데 楚山, 渭原, 碧潼 지방에도 화리 매매의 관례가 있다. 화리 매매란 1년의 수확 액수를 예견하고 그 1년분 혹은 몇 년 분을 매매하는 것을 말한다.(신조사 보고서 제67호)⁸⁰⁾(강조 필자)

위 기록을 보면 화리에 대한 관습은 지역마다 다양하였다 할 것이다. 화리 매매가 수확물의 매매인 경우도 있고 경작권상 수익권의 매매인 경우도 있으며, 기간이 1년인 지역도 있고 기간의 제한이 없는 때도 있었으며, 화리매매의 시기를 전해 수확 후부터 올해 봄까지 하는 때도 있고(백로 후), 봄에 모내기한 후 화리를 매매하는 때도 있었다. 화리매매의 대상은 모내기한 벼가 되기도 하고, 내년 가을의 예상 수확 미곡이 되기도 하였다. 일반적으로 함흥지방에서는 봄에 모내기한 벼를 화리라 하여 매매하였고, 임실 남원지방에서는 가을에 다음 해의 도조를 전납(前納)하는 형식의 화리매매를 하였다. 그리고 한 가지 더 흥미로운 점이 있다. 관습조사에 의하면 화리가 인정된 지역은 ‘구관유전(舊官有田)’, ‘향교전(鄕校田)’, ‘역답(驛畓)’, ‘역둔토(驛屯土) 대장에 등록되지 않은 것(未定數의 국유지)’ 등 공유지 혹은 관유지 등이었다. 주인이 있는 개인 토지보다는 국가 소유 토지의 경우 경작자가 경작권을 양도하기가 쉽고 그 실익이 더 많았기 때문으로 볼 수 있다. 그리고 화리가 개인 소유지도 있었지만, 이는 ‘삼베 농사’를 짓는 토지이거나, ‘지질이 비옥하고 가뭄이나 수해를 입을 염려가 없는 전답’이었으며, 이처럼 화리를 지급하고 농사를 짓는 경작인에게 경제적으로 유리한 경우에 화리를 지급하는 관습이 있었다.

그렇다면 위 관습조사가 과연 타당한지 검토할 필요가 있으며, 특히 함남지방의 화리 관습에 대한 보고와 그 실재를 살펴볼 필요가 있으며, 전주에서의 화리 관습과 그 평가를 비교할 필요가 있다.

2. 1909년 『調査報告書』상 함경남도 갑산의 매매·환매·임대차에서의 화리(花利) 관습

(1) 매매 목적물에 차지권(借地權)이 존재하는 경우

함남지방에서 매매의 목적물에 타인이 권리를 갖고 있는 경우에 매수인의 손해배상여부가 문제가 되었다. 실제 매매의 목적물에 차지권이 존재하는 경우가 있는데, 차지권의 종류에는 가대(家垓), 반작(半作), 화리(禾利)의 3종류가 있었다. 반작(半作)과 화리(禾利)는 무기한으로 언제라도 해제권을 집행할 수 있었으나, 다만 춘분 후에는 보통 해제권을 행사하지 않았다. 그러나 이는 함경도 지방만의 관습이 아니고 한국 일반의 관습이라고 할 수 있었다. 따라서 이 때문에 매수인이 손해를 입는 때는 없을 것이다.⁸¹⁾ 즉 함남에서

80) 『小作資料』 발행일 미상, 국사편찬위원회 KO0020044, 中B13G58

81) 法典調査局, 『調査報告書』, 1909: 「咸鏡南道 甲山郡衙 慣習調査報告書」 제1편 民法 제3장 債權 제88. 매매의 목적물에 타인이 권리를 갖고 있기 때문에 매수인이 손해를 입으면 어떻게 해야 하는가

매매 목적물에 화리가 붙은 때는 이를 채무불이행의 한 유형으로 인정하여 매수인에게 해제권을 인정해 준 것이다. 실제 관습이 전통사회에서 해제권이 있었는지는 따져보아야 할 것이지만, 매매 목적물에 화리권이 붙은 것을 채무불이행의 한 유형으로 인정한 점은 특징적이라 할 것이다.

(2) 환매(還買)에 관한 관습과 화리(花利)

함남지방에서는 매도인과 매수인이 환매(還買)의 특약으로 매득하였는데, 반작(半作) 혹은, 화리(禾利)가 되어 있어서 아직 그 수익을 종결하지 못한 경우에는 환매의 특약을 가지고 그 소작인에 대항할 수 없으므로 그 수익의 종료기를 기다리지 않으면 안 된다. 또한 매도인이 기한에 되어서도 환매하지 않으면, 그 환매부(還買附)의 토지소유권이 당연히 매수인에게 이전하는 것은 아니다. 매수인이 매도인에 대하여 환매할지 여부를 최고(催告)하여 환매하지 않는다는 확답을 얻은 때 그 토지를 '시가'로 계산하여 전에 특약 조건으로 매득할 때에 지급한 매매대금과 비교하여 그 초과 부분을 매도인에게 지불하고, 환퇴문기를 말소하고 다시 영구방매한다는 뜻의 문기를 만들어 이를 구문기에 첨부하여 교부하도록 함으로써 완전히 그 토지의 소유권자가 된다.⁸²⁾ 이는 환매특약부 금전 소비대차 사례라 할 것이며, 변제기에 채권자인 매수인이 채무자인 매도인이 매매의 형식으로 제공한 담보 목적물인 환매대상 토지를 그 당시 '시가'로 환가한 후 피보전채권 이상의 금액은 채무자인 매도인에게 반환한다는 것이다. 환매특약부 매매에서 임의 환가가 가능함을 관습상 인정한 것이다. 매도인인 채무자는 담보목적물에 화리(禾利)가 있게 되는 경우 환매특약이 있더라도 소작인에게 대항할 수 없다고 인정한 것이다. 이런 평가는 환매권을 물권의 일종으로 평가한 것으로 볼 수 있다. 그런데 1909년 법전조사국의 함남지방 관습에서는 화리권에 물권적 효력을 인정하였으나, 뒤에서 자세히 서술할 1919년 【第4回 舊慣審査委員會】의 小田 위원이 함남지방에서는 화리에 채권적 효력만이 있지 물권적 효력이 없다고 한 평가와 모순된다. 생각건대 1909년 법전조사국의 함남지방 관습에서 화리는 경작권에 관련된 화리였고, 그런 점에서 관습조사를 한 조사관은 화리에 물권적 효력이 있었다고 평가한 것이다. 앞에서 기술한 1914년부터 1940년대 함남지방의 화리 관습을 살펴보면, 1919년 小田 위원의 평가와 달리 함남지방에서도 채권적 효력의 화리와 물권적 효력의 화리가 둘 다 있었다고 보는 것이 타당한 해석이다.

(3) 賃貸借에 관한 관습과 화리(花利)⁸³⁾

1) 임대차의 기간

소[牛]의 임대차는 1개년이고, 기타 토지의 임대차는 무기한이다. 반작(半作) 및 화리(禾

82) 法典調査局, 『調査報告書』, 1909: 「咸鏡南道 甲山郡衙 慣習調査報告書」 제1편 民法 제3장 債權 제92. 還買에 관한 관습은 어떠한가

83) 法典調査局, 『調査報告書』, 1909: 「咸鏡南道 甲山郡衙 慣習調査報告書」 제1편 民法 제3장 債權 제96. 賃貸借에 관한 관습은 어떠한가

利)는 무기간 즉, 존속기간이 없지만 최초의 1개년은 이를 해약할 수 없다. 그러나 그 다음해부터는 입춘 전에는 쌍방이 해약을 할 수 있다.

2) 임대료

임대료를 무엇으로 할 것인가는 계약으로 정한 바에 따르는 것이지만, 보통 화리(禾利)는 금전으로 하고, 반작(半作)은 그 수익의 반액을 취득하는 것이므로 (당사자 쌍방이) 수확물을 임대료로 한다고 할 수 있다

3) 임대차의 효력

(가) 임대차의 대항력 인정여부

임대차의 효력은 당사자 사이에 그치는가, 장래 제3자에게도 대항할 수 있는가가 문제된다. 반작(半作) 및 화리(禾利)는 임대차 계약 성립의 첫해에는 당사자 상호 간에 이를 해약할 수 없을 뿐만 아니라, 그 다음해부터는 수확 후, 춘분 전이 아니면 해약할 수 없다는 것 그리고 가옥은 가대(家垆)가 존속하는 동안은 지주가 이를 해약할 수 없다는 것도 이 지방 일반의 관습으로서 누구도 준수하지 않으면 안 되는 것이다. 그러므로 이런 범위 안에서 임대차는 제3자에 대항할 수 있고, 여기에서 제3자의 선의나 악의는 상관이 없다고 한다.

(나) 임대차 목적물 수선의 의무

임대물의 사용수익을 이루는 데 필요한 큰 수선의 의무는 임대인이 부담하지 않으면 안 되지만, 작은 수선에 대해서는 임차인이 이를 부담하지 않으면 안 된다. 즉 반작(半作)에서는 지주와 작인이 평등하고, 화리(禾利) 및 가대(家垆)에서는 임차인의 부담으로 하지 않으면 안 된다. 가옥의 임대차는 근래 행해지고 있다고 앞서 말했지만, 작은 수선은 임차인의 부담에 속한다.

(다) 임대차의 양도 및 전대(轉貸)

임대차권을 양도하거나 임대물을 전대하는 것은 이 지방 관습이 인정하지 않는 바이다.

(라) 賃金 지불의 시기

이것 역시 계약에서 정할 바이지만, 세우(貰牛)에서는 1개년의 말에 임금을 지불하는 경우가 많다. 토지에서는(禾利에 한한다) 양전(良田)이면 입춘 전에, 악전(惡田)이면 수확 후에 지불하는 것으로 한다. 가대(家垆)는 반드시 계약에 의해 정한다.

4) 임대차의 종료

반작(半作) 및 화리(禾利)는 수확 후 입춘 전에는 예고를 필요로 하지 않고 해약하는 것이 가능하다. 가임(家賃)에서 차주(借主)는 언제라도 해약을 하는 것이 가능하지만 지주(地主)는 가옥이 존재하는 동안은 해약을 청구하는 것이 가능하지 않으므로 가옥의 존재를 상실한 때가 임대차 종료의 기점이다. 세우(貰牛)는 1개년을 경과한 때에 종료한다. 단 계약으로 연기하는 것에는 제한이 없다.

(4) 1909년 『調査報告書』상 함경남도 갑산의 매매·환매·임대차에 대한 기술 평가

1909년은 통감부에서 조선의 관습에 대한 조사를 처음으로 본격적으로 시작한 시기이다. 함경남도 갑산 지역의 매매·환매·임대차에 대한 관습 기술에서 화리(禾利)에 관한 기술이 나온다. 그 기술에 의하면, 매매 목적물에 화리가 붙어 있는 경우 매수인은 (채무 불이행을 이유로) 계약을 해제할 수 있는 관습이 있다고 평가하였다. 또한 환매 대상 목적물에 화리가 붙어 있는 경우 소작인에 대해 당사자(매도인)은 그 토지의 소작인에게 대항할 수 없고 경작이 종료되기를 기다려야 한다고 하였다. 이는 소작인의 경작권에 대한 물권적 효력을 인정한 것이고, 1919년 【第4回 舊慣審査委員會】에서 함남지방의 화리에는 채권적 효력만 있다고 한 평가와는 모순된다. 그리고 1909년 『調査報告書』에서는 화리를 임대차의 한 유형으로 평가한 점이 특색이다. 임대차의 관습에 관한 기술은 일반적으로 수궁이 가능하나, 근원적으로 함남의 화리 관습을 임대차의 하나로 인정한 점은 타당한지 따져볼 지점이 있다. 그러나 1912년 『慣習調査報告書』에서 화리를 임대차의 한 종류로 기술하지 않은 점을 보면, 화리를 임대차의 일종으로 보는 견해는 1909년 『調査報告書』의 보고자의 시각이라 할 것이다.

3. 함경남도의 화리(花利) 관습에 대한 실제 기록과 그 평가

그렇다면 1909년 『調査報告書』상 함경남도 갑산의 매매·환매·임대차에 대한 기술이 타당한지 실제 관습에 대한 기록을 통해 살펴보자.

1914년 咸鏡南道廳은 永興·定平·咸興·新興·洪原·北靑 등 각 군내의 韓國人 大地主를 咸興私立高等普通學校에 召集하여 地主會議를 개최하고 다음과 같은 사항을 협정하였는데, 소작인을 보호하기 위해 禾利賣를 금할 것이라 하였다.⁸⁴⁾

1926년 咸南 永興郡 石橋里에 있는 農軍會, 高原郡 箭灘에 있는 農軍黨 및 文川郡에 있는 農軍會의 代表들이 箭灘에서 3郡農民聯盟을 創立하였는데, 그 決議事項에는 小作料는 賭租 定租 執租 禾利制를 廢하고 打租로 하되 4割만 地主에게 줄 것이라 하였다.⁸⁵⁾ 1928년 永興地方에 農民團體를 統合하여 永興農民同盟을 조직하고 小作權 確立 및 禾利製 폐지를 결의하였다.⁸⁶⁾ 1928년 全南 井邑郡 山外面에 新明會가 第1回 大會를 열고 新明會를 해체하여 山外農民組를 조직하며, 禾利制 撤廢의 件을 결의하였다.⁸⁷⁾ 1928년 咸南·永興農民同盟에서는 憶岐支會 설립대회를 열고 禾利制 廢止의 件을 토의하였다.⁸⁸⁾

영흥(永興) 지방의 화리 관습에 관한 기사에 의하면, “화리금을 ‘당년지주권매매액(當年地主勸賣買額)’이라 보았으며, 소작 관례의 일종으로 지주의 전답의 그 다음년도 경작권을 그해 각기에 현금으로 매수하여 그 수확을 취득하는 관례이고, 특히 소작인은 1년간

84) 『朝鮮總督府官報』 1914. 9. 16.; 第二百七十八號.

85) 『東亞日報』 1926. 9. 6.:

86) 『東亞日報』 1928. 1. 20.

87) 『東亞日報』 1928. 4. 10.

88) 『東亞日報』 1928. 4. 27.

경작 수확을 목적으로 1년간 '지상권(地上權)'을 매수하였는데 경작은 못하고 돈을 다른 곳에서 빌려 화리금만 지급한 것은 억울하다.”⁸⁹⁾고 하였다. 지주가 경작권을 양도한 것을 '지상권'의 양도로 보았고, 그렇다면 여기서 화리금은 '지상권'의 '지료'에 해당하는 것이다.

함경남도의 폐해 중 많은 것은 화리(禾利)에 대한 것이며, 화리매매가 성행하며 현금전납(現金前納)을 소작인에게 강제하는 지주가 적지 않고, 특히 파종기(播種期)에 화리매매가 성행하였다.⁹⁰⁾

화리소작(禾利小作)은 소작료를 전납하는 제도(小作料前納制度)이며, 전납한 이후 대홍수로 경지가 대부분 침수되어 추수할 수 없는 정평(定平), 함주(咸州) 등에서는 화리소작료반환에 대한 소작 분쟁이 시끄럽다. 함남당국에서 지주들과 교섭하여 소작료를 반환하거나 경작권을 1년 연장하기로 설득하였다. 그런데 파종기를 맞이하여 각 지주들이 다시 화리 가격을 인상하려는 움직임이 있다. 경작인들은 화리소작분쟁조정신청을 하고, 정평군 소작위원회에 제출된 화리분쟁조정신청에 의하면 추수를 하지 못한 전답의 화리 소작료의 절반이라도 돌려달라는 요구에 응하지 않아 조정을 신청하였다고 한다.⁹¹⁾

화리(禾利)는 소위 함남에서 특유한 관습으로써 항상 말썽이 있는 것인데, 일언이폐지(一言以蔽之)하면 정조(定租)를 전납(前納)하는 것이다. 즉 그 이듬해 소작료를 전해 가을에 지주가 정한 소작료를 전납(前納)하고 그 이듬해의 소작물을 가지는데, 이것은 일종 투기적 농법이다. 이러한 관습은 洪川·北靑·利原·端川 그리고 함주 각 군에서 성행하고 있다. 최근 농정과(農政課)에서 이 무리한 관행 폐지에 전력을 다하고 있다. 이것은 투기적 성질이 있을 뿐만 아니라 소작권을 1년에 한 번 이동시키는 제도로 농지령 위반도 되어, 소작 관계에 강한 악습이라 할 것이다. 지금 소작쟁의의 태반이 화리 대금의 감면 반환청구로 일어나고 있는 것으로 보더라도 얼마나 화리가 심한 폐단을 끼치고 있는 것인가를 알 수 있다. 작년에는 각 군 소작위원회에서 연일 회합하여 지주를 불러서 이 무리한 계약의 폐지에 힘을 쓰고 있으므로, 올해 안으로는 거의 해소될 것으로 기대되어, 농촌의 우울도 이제 구름 한 점 없이 개일 전망이다.⁹²⁾

소작 관계의 적정화는 생산확충과 분리할 수 없는 관계가 있는 것이므로, 함남도에서는 특유한 화리 제도의 일소에 주력하고 있는데, 제일 이 제도가 심한 홍원군(洪原郡) 같은 곳에서는 이 화리 제도를 폐지한 대신 다시 둔미(屯米)제가 생겨 결국 화리 부담은 소작료가 더 중하다는 결과를 보여주었다. 관계 대지주 3명을 경찰에서 조사하고 있다. 홍원군 내에 각각 수십만 평의 토지를 가지고 있는 지주 서모 외 2명은 당국에서 소작료인 화리 제도를 타파하라고 하였기에 재래의 관습은 일척하였으나, 그 대신에 새로 생긴 소작료 제도로 둔미라는 것을 만들어서, 한 평에 벼 한 근씩을 증수하기로 하였는데, 이것을 계산하여 보면 화리보다는 한 평에 2전 내지 3전씩 높다고 한다. 이렇게 형식만 변경하여 더욱 교묘하게 소작료를 높이 받는 지주들은 경찰서에서 조사하고 있다.⁹³⁾

89) 『每日新報』 1936. 9. 4.: 臨迫한 秋收期에 小作料爭議惹起.

90) 『東亞日報』 1939. 3. 5.: 小作慣習中の 惡弊 禾利賣買取締要望 不然이면 重大한 社會問題化(咸興)

91) 『東亞日報』 1939. 3. 14.: 禾利制度 關係로 小作紛爭激甚 播種期 앞둔 咸南道の 憂鬱色(咸興)

92) 『每日新報』 1941. 1. 30.: 우리지방의 소작관행-禾利制度가 특색.

지주 작인의 총력으로 함남도 소작 관계의 최대 암(癌)이 되는 화리제도가 전멸되었다. 함남도에서는 함주 정평을 비롯하여 도내 평지대 각인에 걸쳐서 소작료 전납제도인 화리가 소작제도의 약 7할이 되고 있어 이에 따르는 지주 소작관계의 상극이 격화되고 있었다. 그런데 작년 가을 지주보국회를 결성하고 이 시정에 관청 지주 작인이 일치하여 그 전멸에 노력한 결과 예년에 그렇게 만든 화리 제도에 의한 소작쟁의는 한 건도 없어졌으며 실제 화리 계약은 한 건도 없다고 하는 명량한 풍경을 보이고 있다.⁹³⁾

1910~1940년대까지 함남지방의 화리에 대한 기록을 보면, 전술한 일본 법률가들의 관습조사와 다른 점이 보인다. 가령 뒤에 서술할 1919년 【第4回 舊慣審査委員會】에서 小田 위원은 “함경도 지방의 禾利는 대체로 수확의 예상 매매, 즉 毛上の 賣買이므로, 全州의 禾利와는 그 내용이 전혀 다르다. 즉 咸興 지방의 禾利는 毛上の 매매이며 洪原 지방의 禾利는 물건의 인도에 기한을 붙인 매매이므로, 모두 ‘채권 관계’에 다름이 아니다. 禾利라는 말은 원래 수확의 뜻을 가진다.”라고 평가하였다. 그런데 1914년부터 1940년대까지 함남지방의 화리에 대한 실제 기록을 보면 경작물의 매매만 인정한 것이 아니라, 함남지방에서도 전주부와 같은 경작권의 선매매도 있었던 것을 알 수 있다. 위 기록에 의하면, 함남지방의 화리 관습은 ①‘정조(定租)’의 ‘전납(前納)’이며, ②다음 해의 소작료를 미리 ③‘현금’으로 전납하는 것이다. ④화리계약을 하는 시기는 봄이 아니라 가을인 파종기가 되며, 그리고 ⑤화리계약은 1년간 ‘지상권’의 양도로 볼 수 있으며, ⑥화리금은 지료에 해당하게 되는 것이다. 그리고 함남지역에서는 화리에 대해 ‘폐단’, ‘암적인 존재’, ‘악폐’, ‘우울색’, ‘투기적 농법’등 용어를 사용하여 부정적으로 보았고, 함남도의 화리 제도가 소작 분쟁을 일으킨다고 평가하였다. 그리고 1940년대 이후 화리 제도가 함남에서 드리어 사라진 것을 두고 ‘암적인 존재가 사라졌다’고 긍정적으로 평가하고 있다.

4. 전주(全州)에서의 화리부전답(禾利付田畓)의 소작(小作)

(1) 전주지역 화리 관습에 관한 회의

전국 각 지역의 관습조사 기록에 의하면, 전국 각지에서 화리 관습이 있는 곳과 없는 곳이 차이가 있고, 또 화리의 대상이 경작권 상 수익권인가 혹은 수확물인가 하는 차이점이 있기도 하였다. 당시 관습조사위원들도 전국 각지의 화리 관습이 다른 점에 대해 비상한 관심을 보였다. 1919년 구관심사위원회(舊慣審査委員會)에서 전주의 화리 관습에 대한 논의를 한 심사 위원회의 회의록을 살펴볼 필요가 있다.

【第4回 舊慣審査委員會】

大正 8년(1919) 2월 13일 오후 1시 30분 개회

關屋 위원장, 永沼, 田中, 山口, 小田, 喜頭, 萩原, 魚, 金の 각 위원 출석

山口 위원 : 본안에서의 禾利賣買는 全州郡이지만 咸鏡道에도 다수 존재함을 들었다.

93) 『每日新報』 1941. 4. 7.: 禾利 대신 屯米를-어디까지 지주는 狡猾한가, 함남서 철저히 조사-

94) 『每日新報』 1941. 6. 22.: 禾利의 惡制度根絶 地主의 自覺

- 小田 위원 : 禾利에 대해서는 全羅北道の 全州, 任實, 南原, 慶尙北道の 尙州, 咸鏡南道の 咸興, 洪原, 北靑, 會寧, 城津 등을 조사했다. 그 결과에 의하면 다른 지방의 禾利는 대체로 수확의 예상 매매, 즉 毛上의 賣買이다. 全州의 禾利와는 그 내용이 전혀 다르다.
- 永沼 위원 : 이 차지권이 지세의 代納으로 인해 얻은 것이라고 한다면, 그 방법으로 오늘 날에도 취득할 수 있는 것인가.
- 小田 위원 : 오늘날 새로 설정한 것은 없다. 이 지방에서는 지금부터 5·60년 전 흉작으로 인해 지주가 지세의 납부에 궁했던 적이 있어서 어쩔 수 없이 영구한 차지권을 인정하는 것을 조건으로 하여 지세의 代納者를 얻은 것이다. 全州 부근인 金堤에서도 지주가 지세의 납부에 궁하여 무상으로 토지를 양도한 적이 있다. 그 증서를 白文記라고 칭한다.
- 永沼 위원 : 이상은 차지료의 선불에 의해서도 역시 생겨난 것은 아닌가.
- 小田 위원 : 차지료의 선불에 의해 지주가 지세를 납부하는 것이 가능하다는 사정은 地稅 代納과 동일할 것이다.
- 喜頭 위원 : 요컨대 이 문제는 차지권의 관계가 될 것이다.
- 小田 위원 : 그렇다. 物權으로서 永小作權인가 아니면 債權으로서 임대차인가의 문제다.
- 山口 위원 : 咸鏡道에서의 재판소의 취급은 모두 채권으로 한다.
- 小田 위원 : 咸鏡南道の 것은 전혀 다르다. 즉 咸興 지방의 禾利는 毛上의 매매이며 洪原 지방의 禾利는 물건의 인도에 기한을 붙인 매매이므로, 모두 채권관계에 다름 아니다. 禾利라는 말은 원래 수확의 뜻을 가진다.
- 山口 위원 : 재판소에 대해서 民法 이외의 物權에 대한 裁判例에 대해 조회된 것이 있지만 中賭地 기타의 판결문뿐으로 禾利에 대해서는 송부한 바가 없기 때문에 재판소에서는 物權으로서 취급하지 않는 것인가라고 생각한다.
- 金 위원 : 全州郡에서 水上의 각 面은 토지가 비옥하여 오래 전부터 禾利의 관습이 있다. 근래 일본인이 이 토지를 買收함에 따라 하나 둘 조선인도 역시 그를 따라 買收했는데, 사는 사람은 이 관습을 인정하지 않아 禾利權者에게 손해를 입혔다. 따라서 이 관습을 인정하고 보호하는 것이 옳을 것이다.
- 關屋 위원장 : 禾利는 경제상으로 보아 有害하지 않은가.
- 山口 위원 : 禾利가 행해지는 것은 小區域이므로 이를 인정해도 不可하지 않을 것이며, 또한 이를 인정하지 않아도 뚜렷하게 불편하지는 않을 것이다.
- 關屋 위원장 : 禾利는 어떻게 결정해야 하는가.
- 田中 위원 : 관습은 어쨌든 경제상으로 보아 속고를 요한다.
- 永沼 위원 : 全州의 재판소에 조회하면 어떤가.
- 山口 위원 : 조회하는 것 역시 하나의 방책이 될 수 있지만 재판소에서는 재판관의 눈에 비친 바에 의해 이를 채권으로 인정하게 될 것이고 또한 그 권리를 보호할 필요가 없다고 생각할 것이다. 금후 이러한 권리의 설정이 없다고 하면 物權으로 인정해서 지장이 없을 것이다.
- 喜頭 위원 : 禾利의 매매에서 보통의 토지를 買得하는 것에 가까운 금액을 내고 있다고 한다면 이를 인정하지 않을 경우 買主는 손실을 입을 것이다. 결국 인정하지 않을 수 없을 것이다.
- 田中 위원 : 物權으로서 永小作權이라 인정할 수밖에 없다.

關屋 위원장 : 그렇다면 永小作權으로 간주할 것인가.

關屋 위원장 : 이의가 없으므로 가결로 간주한다.⁹⁵⁾

위 회의에 의하면, 당시 법률전문가들은 전주의 화리와 함흥남도의 화리는 그 성격을 달리 판단하였다. 1919년도 당시 함흥남도의 화리는 경작예상물에 대한 매매를 말하였고, 전주부의 화리는 지세의 납부가 공하여 선납 받은 것이라고 본다. 그리고 화리를 탈법행위로 인정하지 않았고, 함흥에서는 화리를 채권관계로 보는 것과 달리 전주에서의 화리는 물권으로서 영소작권(永小作權)의 일종으로 판단하였다. 그런데 1930년 조선총독부중추원에서 발간한 『小作ニ關スル慣習調査書』에서 기술된 ‘전주에서의 화리에 대한 관습’에서는 화리의 법적 효과가 위 회의의 결론과 달라졌다. 그 변화 과정을 살펴볼 필요가 있다.

(2) 전주에서 화리(禾利)의 의의

전라북도(全羅北道) 전주(全州)에는 경작을 목적으로 하는 차지(借地)에, 화리(禾利)라고 하는, 차지인이 지주의 승낙을 얻지 않고 임의로 그 차지권을 매매할 수 있는 토지가 있다. 그것을 화리부전답禾利付田(畓)이라 하고, 그 매매를 화리매매(禾利賣買)라고 하는데, 밭 또는 논에서 행해진다.⁹⁶⁾ 全州 지방에서 禾利는 ‘하리’라 부르며, 소작인이 소작권의 매매로 얻는 이익을 가리키지만, 토지에 관한 권리인지 아니면 단지 토지로부터 생기는 곡물에만 붙는 이익인지 개념이 명료하지 않다.⁹⁷⁾

조선의 법전상 화리(花利)는 토지로부터 발생하는 산출물을 가리키는 듯하다. 민간에서도 토지의 이용 방법으로 생기는 산출물을 화리(禾利)라고 부른다는 것은 각지의 출장보고서(出張報告書)에 명확하게 나타난다. 그러나 민간에서는 화리(花利)라고 쓰지 않고, 화리(禾利)라고 쓰는 것이 통례이다. 音便상 화(花)는 화(禾)로 통하기 때문일 것이다.⁹⁸⁾

(3) 화리부전답(禾利付田畓)의 종류

첫째, **도조(賭租) 혹은 지세(地稅)의 선납**에 의한 화리매매가 발생하였다. 화리부전답(禾利付田畓)의 기원에 대해서는 연혁이 상세하지 않지만, 고로(古老)의 말에 의하면, 100여년 전에 심한 흉작이 들어 벼가 거의 전부 여물지 못하였다. 작인들은 도조(賭租)는 물론 그가 부담하는 지세(地稅)도 납부할 수 없었다. 도망하는 자가 많아서 지세를 지주가 납부하지 않을 수 없게 되어 지주는 지세를 대납(代納)한 사람 또는 다음 해의 도조를 예납(豫納)하는 사람에 대하여 소작을 허락하였다. 이들 소작인들은 위에서 서술한 사정에 따라 소작권을 얻게 된 것이기 때문에 자기가 소작을 그만둘 때에는, 먼저 대납

95) 중추원조사자료 舊慣審査委員會 會議錄 第4回 舊慣審査委員會

96) 朝鮮總督府中樞院 編 『小作ニ關スル慣習調査書』, 朝鮮總督府中樞院, 1930, 143면.

97) 『小作資料』 발행일 미상, 국사편찬위원회 KO0020044, 中B13G58.

98) 朝鮮總督府中樞院 編 『小作ニ關スル慣習調査書』, 朝鮮總督府中樞院, 1930, 145면.

(代納)한 지세나 지주에게 지불한 도조(賭租)를 회수한다는 의미로, 다음 작인에게 이를 배상하게 한 후에 권리를 양도한다. 또 양도받은 작인 역시 소작을 그만둘 때에는 다음 작인으로부터 자기가 지불한 금액을 배상받아, 순차적으로 그 권리를 이전하기에 이르렀던 것으로, 지주는 위에서 기술한 사정 때문에 그것을 묵인하였는데, 이러한 인습(因襲)이 오래되어 마침내는 화리매매(禾利賣買)라고 하는, 경작인 간에 임의로 소작권을 매매, 이전하는 관행이 생기게 된 것이다.⁹⁹⁾ 그리고 지주가 소작인을 변경하려 할 경우, 또는 소작인이 그 토지의 소작을 중지하려 할 경우에는 다음 소작인으로부터 자기가 낸 입체금(立替金)에 대한 배상을 받았다. 그것을 양도받은 소작인도 역시 소작을 다음 소작인에게 양도할 때는 입체금의 배상을 받았다. 이렇게 차례로 전해져서 토지 자체의 매매 가격 외에 소작인이 스스로 매매할 수 있는 일종의 권리를 인정하기에 이르렀다. 더욱이 이러한 매매에 대해서는 지주의 승낙을 요하지 않았다. 따라서 소작권 매매 가격은 일정하지 않고 소작인과 다음 소작인의 의사에 따라 점차 양등했는데, 보통 토지 가격의 반값 내지 6할이라 한다. 이와 같이 지세의 先貸로부터 생겨난 소작인의 권리는 지주도 이를 정당한 것으로 보아 인정하여 소작인이 자유로이 이를 매매할 수 있는 관례를 낳게 했다.¹⁰⁰⁾

둘째, 화리매매는 **보증의 의미**를 갖고 있었다. 가령 소작인의 신분, 재력 등이 불확실하기 때문에 보증의 의미에서 소작료의 얼마 간을 미리 납부하게 하고 소작 계약을 하는 자가 있었다. 이 소작인은 다시 그 보증을 붙인 채로 소작권을 다른 소작인에게 양도하여 점차 이리저리 매매하게 되었다. 이 경우에도 역시 지주의 승낙을 요하지 않을 뿐 아니라 지주가 이를 아는지는 문제 삼지 않았다. 이와 같은 것도 화리라 부른다.¹⁰¹⁾

셋째, 화리매매는 **전매이익**을 얻는 측면도 있었다. 또 다른 한편 지세의 선대나 소작 보증과 관계없이, 토지가 비옥하고 소작료가 저렴한 토지에 대해서 마름 또는 소작인이 맨 처음 정한 소작료보다 많은 액수의 소작료를 바치고 경작하려는 자가 있으면, 다소의 수입을 얻고 다시 그 토지의 소작권을 다른 소작인에게 양도하여 점차 희망자가 있는 대로 이리저리 매매하여 일종의 소작권 매매의 관례를 낳기에 이르렀다.¹⁰²⁾ 즉 후대에는 원격지(遠隔地)에 거주하는 사람의 소유지로서, 땅이 비옥하고 차지료가 저렴한 토지는 소작을 희망하는 사람이 많기 때문에, 이러한 토지를 점유한 마름 또는 작인이 이 역시 화리(禾利)라고 하여, 사사로이 그 소작권을 매각하였다. 또 그것을 매수한 작인은 다시 그것을 다른 사람에게 매각하여, 지주가 알지 못하는 사이에 점차로 이리저리 매각되기에 이른 때도 있다. 이러한 소작권의 매매는 원래 지주의 인정을 요하지 않는 것이라 하더라도, 원격지에 있는 지주는 이를 알지 못하는 경우가 많고, 비로소 그 사실을 알았을 때에는 이미 여러 사람의 손을 전전한 후여서, 작인을 변경하는 것이 곤란하기 때문에 자연스럽게 화리부전답(禾利付田畝)으로 되는 것 역시 적지 않다고 한다.¹⁰³⁾

99) 朝鮮總督府中樞院 編 『小作ニ關スル慣習調査書』, 朝鮮總督府中樞院, 1930, 143~144면.

100) 『小作資料』 발행일 미상, 국사편찬위원회 KO0020044, 中B13G58.

101) 『小作資料』 발행일 미상, 국사편찬위원회 KO0020044, 中B13G58.

102) 『小作資料』 발행일 미상, 국사편찬위원회 KO0020044, 中B13G58.

103) 朝鮮總督府中樞院 編 『小作ニ關スル慣習調査書』, 朝鮮總督府中樞院, 1930, 144~145면.

이상의 세 경우는 관습상 모두 정당하다고 여기고 있는지 아닌지를 물으니, ① 첫째로 지세 선대에 의해 발생한 화리의 매매는 일반적으로 정당하다고(단, 자기가 낸입체금 보다 많은 액수를 요구하는 것은 부당하다) ② 소작 보증에 의해 생긴 화리 매매는 지주나 그 밖에 있어서도 일반적으로 정당하다고 여기지만, ③마름 또는 소작인이 매매하는 제3의 경우는 지주나 그 밖에 있어서도 일반적으로 정당하다고 여기지 않는다고 한다. 제1회 매매와 같은 경우는 불법행위라 인식되어 만약 제1회 매매 때 지주가 이 사실을 알게 되면 곧바로 소작을 중지하고 그 토지를 거두어들일 수 있었던 듯하다. 그렇지만 실제 정황에 있어서는 대부분의 지주는 토지에서 생기는 소작료를 걷는 것 외에 토지에 대해서 아주 냉담했기 때문에 가령 어떤 소작인이 화리를 얻어 그 토지를 다른 소작인에게 양도했을 때에도 만약 다음 소작인이 해마다 밀리지 않고 소정의 소작료를 납부하면 이로써 만족하고 왜 소작권을 양도했는지를 별로 규명하지 않았다. 또 소작인은 원래부터 지주에게 화리 매매한 사실을 고하지 않기 때문에 지주가 화리매매를 한 사실을 아는 경우는 매우 드물다. 이처럼 화리매매는 맨 처음에는 비밀스럽게 행하여 화리 매매자도 또한 일종의 위협(지주의 소작 계약 해제)을 무릅쓰고 사들였지만, 이리저리 매매되어 몇 번이 지난 후에는 만약 지주가 이 사실을 알더라도 끝내 어떻게 할 수 없게 되었다. 이처럼 한편에서 화리 매매하는 동시에 또 다른 한편에서는 토지 그 자체를 매매했다. 그리고 이와 같은 買受者 중에는 자기 토지에 화리가 부속되어 있다는 것을 알고 사들이는 자도 있다(이렇게 매수한 사람은 소작인의 권리를 정당하다고 인정하는 것은 물론이다). 이렇게 해서 맨 처음에는 부당하다고 여기던 화리도 마침내 소작인이 갖는 정당한 권리로서 인정되기에 이르렀다. 여기서 세금 선대 또는 보증 소작의 경우와 다른 소작권 매매를 구별하는 자는 없고 모두 화리로서 매매된다. 화리매매는 지세 선대 또는 보증 소작으로 인해 생긴 경우와, 그렇지 않은 경우를 불문하고 모두 토지 매매의 형식과 같으며, 문기에 의해 매매되는 관례를 낳았다.¹⁰⁴⁾

화리(禾利)의 본래 의의(意義)는 위에서 서술한 것과 같다. 그러나 유독 전주(全州)에서 소작권 즉 차지료를 지불하고 다른 사람의 토지를 경작하여 수익하는 권리를 가리켜 화리(禾利)라고 하는 것은 토지의 이용 과정에서 발생하는 '산출물'과 그 '수익권'을 혼동하였기 때문이다. 대개 화리부전답(禾利付田畝)의 작인은 앞에서 서술한 것처럼, 지세의 대납 또는 도조(賭租)의 예납(豫納) 등 특별한 사정에 따라 그 권리를 얻은 것이기 때문에 작인은 그 해의 수확을 끝내더라도 또한 다음 해의 산출물을 취득할 수 있는 권리를 가지는데, 토지의 이용 과정에서 발생하는 산출물과 그 수익권(收益權)을 구별하지 않고 화리(禾利)라고 하여 매매하게 된 것 같다.¹⁰⁵⁾

(4) 화리부매매의 효력

이런 종류의 소작 관계는 앞에서 서술한 것처럼 사정에 있어 시작된 것이기 때문에

104) 『小作資料』 발행일 미상, 국사편찬위원회 KO0020044, 中B13G58.

105) 朝鮮總督府中樞院 編 『小作ニ關スル慣習調査書』, 朝鮮總督府中樞院, 1930, 146면.

일정한 토지에서만 존재하며, 지주 및 작인 간의 계약으로 새롭게 그것을 설정하는 경우는 없다. 또 소작 기간을 정하는 일도 없다. 그러므로 당사자는 경작 기간 이외에는 언제라도 서로 해약할 수 있지만, 지주가 해약하고자 할 때는 작인이 가진 화리(禾利)를 매수해야 하고, 그렇지 않으면 그 권리를 소멸시킬 수 없다. 이에 반하여 작인은 임의로 해약할 수 있으며, 지주가 변경될 때에도 작인은 그 권리를 새로운 소유자에게 대항할 수 있다.

작인이 지주의 승낙을 얻지 않고 임의로 그 권리를 매매할 수 있는 것이 이 소작의 특색이다. 그리고 이 권리를 매수한 사람은 당연히 이것으로 지주에게 대항할 수 있다. 작인이 그 권리를 매도하는 때에는 아래와 같이 서면을 작성하여 매수인에게 교부하는 것이 관례이다. 단지 구두만으로 매매하는 경우는 없다.

소작료는 보통 소작과 마찬가지로 賭地法에 따르지만, 보통 소작지에 비해 그 비율이 저렴하고, 한해 흉풍에 관계없이 서로 증감을 청구할 수 없는 것이 관례이다. 그 외에는 보통의 소작 관계와 다른 점이 없다.¹⁰⁶⁾

화리는 그 원인이 어떤 것인지 상관없이 소작 계약의 改變이 있을 때마다 전소작인인 다음 소작인에게 팔아넘긴 지세 선대 때문에 생긴 화리와, 그렇지 않은 것 사이에 가격의 등귀 정도에 다소의 차이가 있긴 하지만, 점차 매매 가격이 증가하여 지금은 어떤 토지의 경우와 같이 토지 가격보다도 도리어 화리 가격이 더 비싼 것도 있다. 화리의 시가는 원래 토지에 따라 천차만별이어서 1反步에 대해 1圓 이하인 것도 있지만 비싼 것은 1反步에 40圓 이상인 것도 있다. 이처럼 화리 가격은 위에서 기술한 바와 같이 보통 토지 매매 가격의 5할~6할이지만, 토지에 따라서는 1反步에 2, 3圓인 곳도 있고 천차만별이며 거의 일정하지 않다. 그러나 화리의 관례가 일반적으로 인정된 이후에는 토지를 매매할 때 사는 사람은 반드시 화리가 붙어 있는지를 확인하여 화리가 있으면 화리 가격을 빼고 거래하는 것이 보통이다.¹⁰⁷⁾ 화리의 법적 성격은 다음으로 유추할 수 있다.

화리는 민법의 영소작(永小作)과 비슷하지만 영소작은 아니다. 토지의 임대차와 비슷하지만 임대차도 아니다. 즉 民事令의 이른바 관습상의 물권(物權)인 듯하다고 들은 것 같다. 전주지방법원지청(全州地方法院支廳)에서는 몇 년 전까지는 물권으로 인정한 것 같지만, 최근 1, 2년에는 이를 물권적 효력이 있는 것으로 인정하지 않게 되었다. 그 결과 작년 全州 지방에서는 화리권(禾利權)을 주장하며 재판소에 소송하는 자가 없어서 완전히 형태를 감추었지만 실제로는 은연중에 행해지고 있는 듯하다.¹⁰⁸⁾(강조 필자)

종래 전주부(全州郡) 관내에서 화리매매(禾利賣買)가 행해지던 지역은 龜田, 草浦, 園東, 參禮, 龍浦, 助村, 津東, 上殿, 明陽, 伊北, 九耳, 兩林 등의 12개 면으로, 이들 각 면에서는 화리를 거의 토지소유권처럼 생각한다. 매매도 역시 활발하게 행해지고 있으며, 그 가액도 점차 양등하여 고가(高價)인 곳에서는 지가의 5할에서 6할을 부르기에 이르렀다.

106) 朝鮮總督府中樞院 編 『小作ニ關スル慣習調査書』, 朝鮮總督府中樞院, 1930, 147~149면

107) 『小作資料』 발행일 미상, 국사편찬위원회 KO0020044, 中B13G58.

108) 『小作資料』 발행일 미상, 국사편찬위원회 KO0020044, 中B13G58.

그러므로 토지를 매매할 때에 매수인은 화리(禾利)가 붙은 것인지 아닌지를 확인하여, 화리가 붙은 것은 매매대금 중에서 화리 가격을 제외하고 거래하는 것이 통례가 되었지만, 근래에는 일반 인민의 권리 사상이 발달하여, 지주 중에서 화리를 부인하는 사람이 나타나게 되었다. 더욱이 쟁송(爭訟)을 제기하여 재판소에 출소하여 그 권리를 주장하는 사람이 점차로 많아졌고, 재판소도 역시 처음에는 그것의 물권적 효력(物權的 效力)을 인정하였으나 후에는 판례를 변경하여 부인하게 되었기에, 최근에는 화리(禾利)를 주장하여 재판소에 출소하는 사람이 없어지게 되었다고 한다. 그러나 九耳, 雨林, 草浦, 蘆田의 5개 면에서는 지금도 여전히 행해지고 있다고 한다.¹⁰⁹⁾

(5) 전주부의 화리(花利)에 대한 평가

사전적인 의미 및 선행연구에 의하면, 화리는 “① 수확이 예상되는 벼를 매매의 대상으로 이르는 말. ② 논외 경작권을 매매의 대상으로 이르던 말.”이라고 하였다. 이러한 평가를 전주지방의 화리 관습과 비교하여 정리해 보자. 전주에서 화리의 대상은 경작을 목적으로 하는 전답을 차지(借地)하였다. 그리고 차지인이 지주의 승낙을 얻지 않고 임의로 이를 양도할 수 있는 권리를 가지고 있었다. 전주에서의 화리는 ①도조(賭租) 혹은 지세(地稅)의 선납에 의한 경우, ② 소작인의 보증을 위한 경우, ③ 전매차익을 위한 경우 등이 있었다. 그 중 ①과 ②는 유효한 화리의 형태로 인정할 수 있으나, ③은 사행적이고 거래 질서를 문란하기 때문에 탈법행위의 하나로 볼 수 있다. 기본적으로 전주에서는 차지료를 지급하고 다른 사람의 토지를 경작하여 수익하는 권리를 가지고 있었다. 이 경우 기간을 정하는 때도 있었으나 정하지 않는 경우도 많았다. 당사자는 경작 기간 이외에는 언제든지 해약할 수 있었으나, 지주는 작인이 가진 화리를 매수하여야 하고, 작인은 임의로 해약할 수 있었다. 더욱이 소작인이 계속 변경됨에 따라 화리 가격은 자연스럽게 높아질 수 밖에 없었다. 그래서 어떤 경우에는 토지 가격보다 화리 가격이 더 비싸게 되는 것도 있었고, 이는 탈법행위로 인정되고 폐지의 대상이 되었다.

그리고 화리의 법적 성격이 물권적인 효력을 가지는 것인지 채권적인 효력을 가지는 것인지가 문제가 되었는데, 지주가 변경되는 경우라도 화리를 가진 작인은 그 권리를 새로운 소유자에게 대항할 수 있었다. 그런 점에서 화리는 물권적 효력이 있었다고 할 것이다. 그러나 일제의 관습조사에 의하면, 화리는 영소작과 비슷하지만 영소작도 아니고, 토지의 임대차와도 비슷하나 토지의 임대차도 아니게 된다. 그런 점에서 초기에는 화리의 물권적 효력을 인정하였지만, 1920년대 이후 어느 시점에서는 화리에 물권적 효력을 부인하게 되었다.

그렇다면 다시 화리의 정의로 돌아가 보자. 사전적으로 화리는 “① 수확이 예상되는 벼를 매매의 대상으로 이르는 말. ② 논외 경작권을 매매의 대상으로 이르던 말.”이라고 하였다. 그러나 관습조사에서 살펴본 화리는 이러한 정의에 정확히 부합하지 않는다. 우선 ① ‘수확이 예상되는 경작물’은 화리의 정의 중 하나로 인정할 수 있다. 그러나 ②

109) 朝鮮總督府中樞院 編 『小作ニ關スル慣習調査書』, 朝鮮總督府中樞院, 1930, 147~150면.

‘논의 경작권을 매매의 대상으로 이르던 말’은 정확한 정의가 아니다. 경작권이 화리가 아니라, ‘경작권에 대한 대가’가 화리가 된다. 즉 화리(花利)는 지주로부터 ①도조(賭租) 혹은 지세(地稅)의 선납한 경우, ② 소작인의 보증을 위한 경우, ③ 전매차익을 얻기 위한 경우, 경작인(소작인)이 지주에게 지급하는 ‘금전인 대가’이거나 혹은 신 경작인(신 소작인)이 기존의 경작인(소작인)에게 지급하는 ‘금전인 대가’라 정의할 수 있다. 그리고 그 화리의 법적 성격은 농지 경작권[小作權]을 물권인 경우와 채권인 경우로 구분된다. 농지 경작권[小作權]을 물권으로 본다면 경작권은 지상권 유사의 권리가 되므로 화리는 ‘지상권의 지료’가 된다. 반면 농지 경작권[小作權]을 채권으로 본다면 경작권은 임차권 유사의 권리가 되므로 화리는 ‘임대차의 차임’ 등이 된다.

그런데 농지 경작권[小作權]이 물권인가 채권인가는 1934년 「朝鮮農地令」의 공포로 인해 그 논란을 정리하게 되었다.¹¹⁰⁾ 이 법에서, “본령에서 소작지라고 부르는 것은 전항의 임대차를 목적으로 하는 토지를 말한다.”(제1조)라 하고 “토지의 경작을 목적으로 하는 청부나 기타 계약은 임대차로 간주한다(제2조)”라 하였다. 그렇다면 1934년부터는 농지 경작권은 채권인 임대차 계약의 하나로 인정되었다고 할 수 있다. 그리고 이 법에서는 “임차인은 임대인의 승낙이 있을 경우라도 소작지를 전대(轉貸)할 수 없다.”(제13조)라고 하였는데, 이 규정으로 인해 농지 경작권의 전대는 금지되었다. 이 규정에 따라 경작권의 전대가 금지되었으므로, 경작권 전대의 대가인 화리(花利)도 법령상 인정되지 못하게 된 것이다. 그런데 한 가지 더 살펴볼 점이 있다. 신 소작인이 기존 소작인에게 지급하는 화리는 현행법상 권리금과 유사한 점이 있다, 이를 살펴볼 필요가 있다.

5. 화리(花利) 관습과 권리금의 상관관계

현행 민법에서 권리금이란 임차목적물인 상가건물에서 영업을 하는 이 또는 영업을 하려는 이가 영업시설·비품, 거래처, 산용, 영업상의 노하우, 상가건물의 위치에 따른 영업상의 이점 등 유형·무형의 재산적 가치의 양도 또는 이용 대가로서 임대인(전대에서는 임차인)에게 보증금과 차임 이외에 지급하는 금전 등의 대가를 말한다. 그리고 신규 임차인이 되려는 이가 임차인에게 권리금을 지급하기로 하는 계약을 권리금 계약이라 한다. 현대 한국 사회에서 상가 임대차에서 권리금의 관행이 존재한다. 민법전에 규정되지 않은 권리금의 법적 성질이 오랫동안 논란의 대상이 되었다. 권리금에 대한 최초의 대법원판결은 1955년 적산 재산 임차인의 임차권 양도양수에서 인정되었다. 여기서 대법원은 “권리금의 명목으로서 귀속재산의 양도·양수자 간에 금원의 수수가 있다고 가정하더라도 해방 후는 물론 특히 6.25동란으로 인하여 사정이 변경되어 일반국민은 극도의 주택난에 봉착한 결과 소위 권리금명목 하에 양도·양수자 간에 자연 금전의 수수가 있게된 것인 바 이는 국민경제의 필연적 귀추로서 또한 공인된 관행이다.”¹¹¹⁾라고 인정하며, 권리금 관행을 인정하였다. 그리고 우리 현행 대법원 판결은 권리금을 인정하고 있으며,

110) 『朝鮮總督府官報』 1934년 4월 11일

111) 대법원 1955.05.24. 선고 4288행상18 판결 행정처분취소 [집2(4)행,009]

“통상 권리금은 새로운 임차인으로부터만 지급 받을 수 있을 뿐이고 임대인에 대하여는 지급을 구할 수 없는 것이므로 임대인이 임대차계약서의 단서 조항에 권리 금액의 기재 없이 단지 '모든 권리금을 인정함'이라는 기재를 하였다고 하여 임대차 종료시 임차인에게 권리금을 반환하겠다고 약정하였다고 볼 수는 없고, 단지 임차인이 나중에 임차권을 승계한 자로부터 권리금을 수수하는 것을 임대인이 용인하고, 나아가 임대인이 정당한 사유 없이 명도를 요구하거나 점포에 대한 임대차 계약의 갱신을 거절하고 타에 처분하면서 권리금을 지급 받지 못하도록 하는 등으로 임차인의 권리금 회수 기회를 박탈하거나 권리금 회수를 방해하는 경우에 임대인이 임차인에게 직접 권리금 지급을 책임지겠다는 취지로 해석해야 할 것이다.”¹¹²⁾라고 한다.

그렇다면 임대인 갑(甲)이 임차인 을(乙)에게 상가 등을 임대차 한 때, 임차인 을(乙)은 신규 임차인인 병(丙)에게 권리금을 받을 수 있으며, 을이 갑에게 권리금을 반환청구 할 수는 없다. 그런데 이 논리구조는 위 화리에 대한 관습과 매우 유사한 측면이 있다. 앞에서 살펴본 바에 의하면, 경작권과 관련된 화리 관습은 권리금과 그 법률구조는 상당히 유사하다. 가령 지주 갑(甲)에게 소작인 을(乙)이 화리를 지급하고 소작권을 얻게 되는 것이고, 이후 을(乙)은 본인이 대납(代納)한 지세나 지주에게 지급한 도조(賭租)를 회수하기 위해 을의 양수인인 병(丙)에게 화리를 받고 그 권리를 양도하게 되는 것이다. 또한 병이 만약 이 경작을 그만두고 정(丁)에게 이를 양도하는 경우 병은 정에게 화리를 받게 되었다. 이것이 이른바 화리매매가 되는 것이며, 함경도 함남지방에서는 ‘투기적인 소작’, ‘악습’ 등으로 평가하여 이를 금지하였던 것이다. 실제 1940년대 기록에 소작권의 양도를 ‘권리금’이라 인정한 기록이 있다. 바로 1942년 평양부 회의록 중 「평양부제2시 가도로공사비기채의견」이다. 이를 살펴보자.

36번(靑木) : 의제8호, 의제9호의 특별회계에 대한 제2시가지계획 내에 약 3만평의 토지를 소작계약을 체결하는 것인데 어떠한 방법으로 연액(年額) 얼마로 계약하려고 하는 것입니까?

변외(토목과장) : 답변드립니다. 제1시가지조성지 및 공장지구 양쪽 다 토지조성령(土地造成令)이 있어서 그 기본으로 제한을 받고 있습니다. 따라서 종래의 지대(地代)를 답습하여 빌리고 있습니다.(중략)

26번(靑木) : 이 토지의 계약에 대해서 부에서 4전, 4전으로 대부분을 받아서 갑, 을, 병, 정, 무.....제6번까지 권리의 전대(轉貸)되어진다라 하는 것을 들었는데 그러한 사실은 없습니까?

변외(토목과장) : 그러한 것은 들은 것이 없습니다.

26번(靑木) : 제가 듣는 바에 의하면 부에서 예를 들면 10전으로 계약하여 놓고서, 갑은 을에게 11전으로 전대하고, 을은 병에게 12전, 병은 정에게 13전, 이렇게 전전하여 1전 내지 5전까지의 ‘권리금’으로써 농경지나 터나 이것저것을 전대하고 있는 것은 사실입니다. 이는 농지령에 의해서도 소작권의 양도는 불법이라 생각합니다. 또 또한 부정(府政)에

112) 대법원 2000.04.11. 선고 2000다4517,4524 판결 건물명도·임대차보증금등 [공2000.6.1.(107), 1185]

서 말해도 절대 금지하지 않으면 안된다고 생각하는데 현재 계속 계약 중이므로 저의 발언을 취입해서 절대로 이러한 일이 없도록 하기를 원합니다.¹¹³⁾(강조 필자)

위 기록은 평양시내 시가도로 정비를 위한 회의록이다. 그런데 토지를 수용하려 하는데, 지주의 토지를 소작인이 소작하고 있는 사례도 있었다. 이 회의는 그 소작권이 있는 토지의 정비를 어떻게 할 것인지에 대한 논의를 한 것이다. 무엇보다 위 회의록에서 주목할 점은 소작권의 양도를 불법으로 보고 있으며, 특히 농경지 등을 ‘권리금’을 받고 전대(轉貸)하는 폐단을 지적한 것이다. 여기서 ‘권리금’은 바로 ‘화리’에 대한 관습과 매우 유사한 것이다.

그리고 다른 기록도 화리와 권리금과 유사한 측면을 보여준 것이 있었다. 1909년 관습조사에서 영변군(寧邊郡)의 차가(借家) 관습에 대한 기록이 그것이다. 즉 영변군(寧邊郡)에서 가옥의 借主가 매달 일정 금액을 기탁하고 따로 借賃을 지불하지 않고 기간을 정하여(무기간도 있음) 거주하고 기간 만료 후 이전할 때는 기탁한 금액을 집주인으로부터 되돌려 받는(속칭 禾利 대차) 것이 있으나, 대부분은 매달 일정한 집세(월세라 부른다)를 내고 집을 빌리는 관습이 있다. 다만 이러한 것은 시가지에 국한된다.¹¹⁴⁾ 시가지에 있는 차가 화리는 권리금과 유사한 측면이 있다. 현행 권리금과 다른 점은 임차인은 임대인에게 권리금을 받지 못한다.

화리의 관습이 현대 사회의 상가 권리금으로 바로 변천하였다고 평가하기에는 조심스러운 측면이 있다. 그러나 상가에서 임대차의 본질인 차임 이외에 권리금을 주고 받는 관행은 우리나라 전통적인 영향도 분명히 있었을 것이다. 화리는 농경지에서 소작권의 대가로 인정된 것이며, 현대 사회의 권리금은 상가에서 상가에 대한 유무형의 이익을 대상으로 인정되는 것이다. 화리도 소작인이 그다음 소작인에게 소작권을 양도한 경우 화리금을 받게 되며, 권리금도 임차인이 신 임차인에게 상가를 양도한 경우 권리금을 받게 된다. 또한 전통사회 화리의 경우 경작의 이익이 큰 전답을 대상으로 화리금이 인정된 측면이 있다. 그래서 비옥한 토지가 많았던 전라도 평야 지대 혹은 함경남도 평야 지대에서 화리 관습이 존재하였다. 현행법상 권리금은 상가임대차의 이익이 큰 상업지구에서 권리금이 활발하다. 즉 권리금과 화리는 모두 신 임차인 혹은 신 소작인에게도 이익이 되는 구조이다. 경제적 이익이 없이는 화리이든 권리금이든 간 그러한 법률관계는 형성될 수 없다.

그리고 화리(花利)를 현행 민법 체계에 맞추어 평가해 보면 권리금과 화리의 유사점이 다시 한번 드러난다. 앞에서 서술하였듯이, 1930년 『小作ニ關スル慣習調査書』에서 “화리에 물권적 효력이 있는 영소작권도 아니며 채권적 효력이 임대차도 아니다.”라고 하였다. 사실 농지소작제에는 물권적 측면과 채권적 측면이 둘 다 있다 할 것이다. 전통적인 소작제의 성질이 물권인지 채권인지는 연구와 논증이 필요하여 여기서는 생략하자. 그렇다면 농경지의 소작권을 물권으로 본다면, 화리는 ‘지상권인 소작권’을 양도하는 경우 지

113) 「第92回平壤府會會議錄(第2日)」, 『평양부관계철』: 1942. 3. 18. 개회.

114) 중추원조사자료 特種小作 기타에 관한 건 寧邊郡 특종소작 기타에 관한 건 회답 4.借家 관습

급하는 '지료'와 유사한 구조가 된다. 그리고 농경지의 소작권을 채권으로 본다면, 화리는 '임차권인 소작권'에 대한 '차임' 혹은 '권리금'이 된다. 예를 들어보자. 지주인 갑(甲)의 토지를 임대차하여 소작하는 소작인 을(乙)이 소작료 10을 전납(前納)하였다고 경작하였다고 가정해 보자. 그렇다면 이때 10의 금액이 화리가 되며, 그 화리는 '차임'적 요소를 가지고 있다. 그런데 위 사례에서 을(乙)이 새로운 소작인 병(丙)에게 13을 받고 임차권인 소작권을 양도하였다고 하자. 그렇다면 병이 을에게 지급하는 13에서 10은 '차임'에 해당하게 될 것이며, 3은 '권리금'에 해당하게 될 것이다. 그런 점에서 화리를 채권인 임대차로 본다면, 화리에는 '권리금'적 요소가 있다고 평가할 수 있다. 이처럼 화리와 권리금의 법률적 구조는 유사한 측면이 있다. 그런 점에서 한국 전통사회에서 '권리금'과 제일 '유사한 관행'은 '화리(花利) 관행'이라 볼 수 있다.

IV. 마치면서

이상에서 화리(花利)에 대한 관습을 조선시대·개화기·일제강점기를 통해 살펴보았다. 특히 관습조사에 보고된 화리에 대한 분석은 상당히 설득력이 있으나, 그 기술이 온전히 타당한지는 앞으로 계속적 연구를 통해 실증할 대상이 된다. 다음은 이 연구의 소략한 결론이다.

첫째, 조선 초기에는 화리가 경작물로서의 뜻을 가졌던 것으로 볼 수 있으며, 대명률 직해의 해석에 의하면, 화리를 이자의 일종으로도 보았다. 조선 후기로 오면서 경작물로서의 화리와 소작에서의 화리의 의미 등 두 가지 형식으로 변하였다고 볼 수 있다. 그리고 민간에서 화리에 대한 관행이 준행되던 것과 별도로, 17세기 이유 동계(洞契)나 향약(鄉約) 등에서 민간 주도로 화리를 탈법행위의 일종으로 보아 금지하려 하였다.

둘째, 개화기에는 관 주도로 화리를 탈법행위의 일종으로 보아 금지하려는 모습을 보인다. 그리고 구한말 민사 판결에서 드러난 화리 관습은 ① 경작물로서 화리, ② 전토 소유권과 구분되는 경작권으로서의 화리, ③ 경작권을 담보로 제공한 전당화리(典當花利), ④ 이자로서의 화리 등의 모습을 보인다.

셋째, 『慣習調査』에 드러난 화리 관습은 하나로 정리하기 곤란하다. 지역적으로는 전라도 지역과 함경남도에서 화리 관습이 두드러지게 보인다. 아마도 두 지역은 곡창지대여서 기존 소작인에게 화리를 주고서도 새로운 소작인으로 들어갈 경제적 실익이 있었기 때문에 이러한 관습이 자주 발생하였던 것 같다.

넷째, 관습조사에 의하면 화리가 인정된 지역은 '구관유전(舊官有田)', '향교전(鄕校田)', '역답(驛畓)', '역둔토(驛屯土) 대장에 등록되지 않은 것(未定數의 국유지)' 등 공유지 혹은 관유지 등이었다. 주인이 있는 개인 토지보다는 국가 소유 토지의 경우 경작자가 경작권을 양도하기가 쉬웠고 그 양도로 얻는 실익도 있었기 때문으로 볼 수 있다. 그리고 개인 소유지에 화리가 인정된 경우도 당연히 있었지만, 이는 '삼베 농사'를 짓는 토지이거나, '지질이 비옥하고 旱災나 水害를 입을 염려가 없는 전답'인 경우가 많았다. 이처럼 화리

를 지급하고 농사를 짓는 경작인에게 경제적으로 유리한 경우에 화리를 지급하는 관습이 있었다 할 것이다.

다섯째, 일제의 관습조사에 의하면 “함경도 지역의 화리는 경작물로서의 화리로 채권으로 볼 수 있고, 전주지역의 화리는 물권으로서 경작권으로 볼 수 있다.”는 기술이 있으나, 실제 기록을 살펴보면 함경도에서도 물권으로서 경작권인 화리도 다수 존재하였다. 그리고 함경도의 경작권으로서의 화리는 악습으로 인정되었고, 1934년 「朝鮮農地令」에서 경작권의 양도를 금지한 이후, 1941년에 이르러서야 경작권 양도로서의 화리 관습은 폐지가 되었다.

여섯째, 함남지방의 화리 관습은 ①‘정조(定租)’의 ‘전납(前納)’이며, ②다음 해의 소작료를 미리 ③‘현금’으로 전납하는 것이다. ④화리계약을 하는 시기는 봄이 아니라 가을인 파종기가 되며, 그리고 ⑤화리계약은 1년간 ‘지상권’의 양도로 볼 수 있으며, ⑥화리금은 지료[대가]에 해당한다고 정리할 수 있다.

일곱째, 전주지역의 화리 관습을 통해 화리에 대한 정의를 할 수 있다. 이를 통해 화리에 대한 기존의 정의는 다시 할 필요가 있다. 사전적인 의미 및 선행연구에 의하면, 화리는 “① 수확이 예상되는 벼를 매매의 대상으로 이르는 말. ② 논의 경작권을 매매의 대상으로 이르는 말.”이라고 하였다. 그러나 전주지역에서 알 수 있는 것처럼, 화리(花利)는 지주로부터 ①도조(賭租) 혹은 지세(地稅)의 선납한 경우, ② 소작인의 보증을 위한 경우, ③ 전매차익을 얻기 위한 경우에 인정되던, 경작인(소작인)이 지주에게 지급하는 ‘금전인 대가’이거나 혹은 신경작인(신소작인)이 기존의 경작인(소작인)에게 지급하는 ‘금전인 대가’라 정의할 수 있다.

여덟째, 화리의 법적 성격은 농지 경작권[小作權]을 물권으로 보는 경우와 채권으로 경우가 달라진다. 농지 경작권[小作權]을 물권으로 본다면, 경작권은 지상권 유사의 권리가 되므로 화리는 ‘지상권의 지료’가 된다. 반면 농지 경작권[小作權]을 채권으로 본다면, 경작권은 임차권 유사의 권리가 되므로 화리는 ‘임대차의 차임’ 혹은 ‘임대차의 권리금’ 등이 된다. 『慣習調査』에 의하면, 초기에는 화리에 물권적 효력을 인정할지 채권적 효력을 인정할지 고민하였고, 1919년 관습조사 회의에서는 화리에 물권적 효력을 인정하였다. 그러다 전주지방법원지청에서 화리에 인정되던 물권적 효력을 부인하게 되었고, 1934년 「朝鮮農地令」에서 경작권을 임대차인 계약으로 인정하여 채권으로 보게 되었다. 그리고 동 법에서 경작권의 양도를 금지하였으므로, 1941년 이후에는 화리 관습은 사라지게 되었다.

아홉째, 현행 판결에서 권리금이 인정되고 있는데, 화리의 법적 구조와 권리금의 구조는 상당히 유사하다. 가령, 지주인 갑(甲)의 토지를 임대차하여 소작하는 소작인 을(乙)이 소작료 10을 전납(前納)하고 경작하였다고 가정해 보자. 그렇다면 이때 10의 금액이 화리가 되며, 여기서 화리는 ‘차임’적인 요소를 가지고 있다. 그런데 위 사례에서 을(乙)이 새로운 소작인인 병(丙)에게 13을 받고 임차권인 소작권을 양도하였다고 하자. 그렇다면 병이 을에게 지급하는 13에서 10은 ‘차임’에 해당하게 될 것이며, 3은 ‘권리금’에 해당하게 될 것이다. 그런 점에서 화리를 채권인 임대차로 본다면, ‘화리’에는 ‘권리금’적 요

소가 있다고 평가할 수 있다.

따라서 17세기 향약 및 동계에서 민간 주도로 금지하려 한 화리, 개화기 정부에서 지령 및 훈령을 내려 금지하려 한 화리, 1920년대 이후 전주지방재판소지청에서 물권적 효력을 부인한 화리, 1941년에 함경남도에서 폐지된 화리 관습은 바로 ‘권리금’적 효소가 강한 화리라 할 것이다. 즉 전매 이익을 누리기 위한 화리는 그 액수가 계속하여 커질 수밖에 없는 구조였고, 마지막에는 화리 가액이 원 토지의 가액을 넘어서기도 하였으므로, 이러한 관습의 화리는 ‘탈법행위’의 하나로 볼 수밖에 없었다. 따라서 이러한 ‘탈법행위적 권리금의 성격을 가진 화리 관습’은 폐지의 대상이 되었다.

“정조대 『일성록』을 통해서 본 법률전문가 울관”에 대한 토론문

문준영

조선시대의 법과 재판, 특히 형사사법제도에 관심이 있는 연구자라면 울관에 관심이 있을 것이다. 특히 법학을 공부한 법제사 연구자라면, ‘외지부’나 ‘울관’ 등에서 뭔가 법률전문직의 맹아나 또 다른 유형을 찾을 수 있지 않을까 하는 생각도 해보았을 것이다. 그러나 몇 가지 자료를 찾아 보고는 이내 기대를 접게 된다. 울관의 업무라는 것은 울문에 의한 사안 포섭 작업에서 하급의 실무자로서 관여하는 것에 불과하다고 여겨지기 때문이다.

그러나 이하경 교수(이하 발표자)는 “울관을 곧바로 오늘날과 같은 의미로서의 ‘법률전문가’라고 명명하기는 어려울” 것이라고 하면서도, 발표문의 제목에 당당히 “법률전문가 울관”이라는 표현을 쓰고 있다. 울관이 ‘법률전문가’인가 하는 질문을 둘러싸고 여러 가지 의견이 있을 것이다. 토론자는 ‘법률전문가’라는 표현이나 ‘울관이 법률적 자문을 하였다’는 등의 말에 여전히 위화감이 가지지 않지만, 발표자가 이러한 표현을 통해 우리의 주의를 환기하고자 하는 바의 문제 제기는 매우 적절하고 타당하다고 생각한다.

“조선 후기 특히 숙종, 영조, 정조의 시대를 지나오면서 우리가 목도할 수 있는 법률분야의 일정한 발전을 이들 울관의 역할을 배제하고 제대로 이해할 수 있을까?” 조선시대 사료에는 당대인의 울관에 대한 부정적 인식을 보여주는 기사가 많기는 하지만, “울관의 조율 하나하나도 엄밀하게 따져서 그 잘잘못을 가리고, 심지어 중형을 내리는 이러한 관행은 울관의 역할이 당대 얼마나 중요하게 인식되었는지를 보여주는 것”이 아닌가? 발표자는, 조선후기 “법률문화상의 일정한 발전”을 ‘왕의 식견과 업적’이란 측면에서만 이해, 설명하는 데 그치지 말고, 그 배경에 당연히 있었을 것인 “법규를 다루는 전문가의 노력”에 주의를 기울여야 한다고 주의를 환기하며, ‘울관 다시 보기’, 울관에 대한 재인식을 시도하고 있다. 토론자로서는 발표문을 읽으며 많은 것을 새로 배우고 또 평소에 가졌던 막연한 생각을 점검해볼 수 있어서 대단히 흥미로웠다.

이하에서는 세부적인 사항에 관한 논의는 생략하고, 발표자의 논지를 진전시키는 데 도움이 된다고 생각되는 두 가지 사항을 중심으로 토론자의 생각과 의문을 개진하고자 한다.

(1) 조선시대 단죄 절차 속에서 조율 및 율관의 지위와 역할을 어떻게 이해, 설명할 것인가?

발표자는 ‘조율’과 관련된 율관의 업무 수행과 관련된 다양한 사례를 제시하고 있다. 발표자는 형조 내에서 율관의 역할에 관해 “실무적인 업무가 주를 이루며 실질적인 판단은 형관을 위주로 한 고위 관료들이 행했다”고 설명하고 있다. 그런데, 율관의 조율과 오 사례를 소개하는 가운데 “율관이 감형을 한 것과 증형을 한 것”, “정조는 율관이 형세를 보고 일부러 형벌을 감해준 것이라며 율관에게 형벌을 내렸다”, “율관이 고위 관리는 두둔하고 하급 관리인 서리에게만 과한 형벌을 내리고 있다는 것”이라는 등, 마치 율관이 조율과 양형 판정의 책임자인 것 같은 표현을 쓰고 있다. 조율과오는 율관에 대한 처벌로 이어지고 있는데, 여기에서 형조의 조율 업무와 관련된 율관의 과오를 문책한다는 것이 어떤 의미와 성격이 있는지 궁금해진다.

토론자가 막연히 이해하는 바로는, 조선의 형사실무에서 ‘조율’은, 형조의 관장 영역으로 초점을 맞춘다면, 형조의 조율(의견)사무를 관장하고 책임을 지는 주체는 곧 형관(형조 당사)이며, 율관은 단지 형관의 지휘감독 하에서, 형조의 조율 의견(조율계본)의 기초가 되는 검토·보고사무를 담당한다 할 것이다. 사료에서 형조 율관 또는 검율의 ‘照律手本’ ‘擬律手本’란 것을 접하곤 하는데, ‘수본’이란 문서 명칭에 비춰 이는 율관이 형관에 올리는 보고서라 할 것이다. 아무튼, 율관은, 주로 법률 규정에 대한 지식을 이용하여, 조율과 관련된 형관의 직무를 보좌하는 관리라 할 것이다.

그런데 조율과오를 이유로 율관이 처벌된 사례를 보면, 마치 율관이 형조의 조율과 양형 의견 업무에서 발생한 과오에 대해 책임을 지는 자처럼 보인다. 특히, 율관이 장형과 도형 등으로 처벌된 사례¹⁾에서 적용된 율문은 아마도 대명률 형률 사위(詐僞) ‘對制及奏事上書 詐不以實條 奏事詐不以實者, 杖一百, 徒三年’로 보이는데, 그렇다면, 이는 율관의 조율수본을 국왕에 대한 상주문과 동일시한 것이 아닌가?

발표문의 내용으로는 구체적으로 알 수 없지만, 조율과 양형의 과오로 율관만 처벌받고 형조의 당사관은 문책을 받지 않았다면, 이는 조선시대의 관료제 내에서도 존재하였을 권한과 책임의 상하 분배 방식을 고려할 때 매우 이해하기 어려운 모습이다. 또한, 조선시대 단죄절차에서 어떤 범죄의 죄상을 규명하는 작업과 해당 죄상에 적용될 율문과 형량을 정하는 작업이 서로 밀접히 연동되어 진행되는 양상을 고려하더라도, 추핵의 최종적인 단계인 ‘조율’ 단계에서의 과오를 율관의 잘못으로 돌리는 것도 쉽게 이해하기 어렵다. 범죄의 진상과 범인의 죄책 규명을 위한 그동안의 추핵은 본래 어떤 죄명과 형벌을 상정하고 진행되어 왔기 때문이다.

언급된 사례들에서 조율과오에 관하여 형조의 관원들에 대한 문책이 구체적으로 어떻게 이루어졌는지 더 세밀하게 살펴볼 필요가 있다. 만약 어떤 사례에서 율관만 문책을 받았다면,(특히 해당 율관의 책임만 따질 수 없어 보이는 사안의 경우) 그 이유를 어

1) 발표문 중 [표 3]에 의하면, 율관에 가해진 형벌 중 사형 1건이 있다. 어떤 사건인지 밝혀주었으면 한다. 아마도 <정조 23년 이칭린과 김치신 사건>에서 대명률 사위조의 사형으로 조율한 율관에 ‘반죄율’ 적용을 언급한 것(실제 처벌하였는지는 알 수 없)으로 보인다.

떻게 설명할 것인가? 하급자에 대한 책임 떠넘기기였는가? 조선의 관료제 속에서 예정되어 있는 문책 방식의 하나인가? 그게 아니라, 그것이 다름 아닌 율관의 업무에 일정한 독자성과 전문성을 인정하고 그에 수반되는 책임을 물은 것으로 볼 수 있다면, 발표자가 말하고 싶은 바와 같이, 율관을 단지 하위의 실무 담당 관리로 이해해서는 안 될 것 같기도 하다.

(2) 율관이 조율 과오로 처벌된 사례들에서 율관은 자의적으로 법률을 해석·적용한 것일까?

발표자는 율관이 처벌받은 사례들을 소개하였는데, 그중 4건은 “율관이 법규를 자의적으로 적용하여 조율에 문제가 생긴 경우”라고 하였다. 위 문제와 연관되는 흥미로운 사례들이라서 몇 가지 사례를 살펴보았는데, ‘자의적인 법규 적용’ 사례로 볼 수 있을지 의문이 생겼다.

예를 들어, <정조 5년 최경륜 사건>을 보자. 의금부 죄인 최경륜이 역적의 가사를 전매한 것에 대해 율관이 ‘타인의 전택(田宅)을 전매한 율’ 중에서 ‘장80 도2년’으로 의율(擬律)하였는데, 정조는 “하물며 율문에서 관(官)에 관계된 것은 2등을 가중한다. 역적의 가사라면 10등, 100등을 가중해도 불가하지 않다”라고 하며, 해당 율관을 문책하고 다시 조율할 것 명하였다. 해당 율관은 장100(수속) 도 3년 정배에, 최경륜은 장100(수속) 유 3천리 정배에 처해졌다.²⁾ 그러나, 가옥 도매의 매수인인 최경륜이 장100 유 3천리로 처벌한 근거가 무엇인지는 분명하지 않다(적몰된 역적의 가사의 무단 손괴나 처분에 관여한 자를 무겁게 처벌하는 규정이 있었는가?).

또한, 술에 취해 궐문 밖에서 고함을 지른 행위 등으로 처벌된 <정조 6년 홍만록 사건>에서, 형조는 당초 길거리에서 만취 행패한 자로서 장 100으로 조율하여 아뢰었는데, 정조는 “심야에 궁궐 담 아래에서 고함을 치며 소란을 일으켰다”(深夜宮墻, 叫嚷作擘)고 하며 특별히 엄처할 것을 명하였고 이에 형조는 속대전 척간조(擲奸條)의 ‘범야인(犯夜人)’은 장100 도 3년에 처하는 율로 의율하였다. 그러자 정조는 “율문이 없다면 문안을 갖추어 품신해야 한다. 엄한 하교를 내렸음에도 어찌 졸속으로 가볍게 감처하는가?”(無律文則措辭取稟, 可也. 飭教之下, 豈可遽然歇勘)라고 하였고,³⁾ 결국 죄인 홍만록은 함경도에 물한년 정배되었고, 율관은 처벌받았다.

우리가 알지 못하는 사정이 더 있을지를 모르겠으나, 기사의 문면만 보면, 위 사안들에서 율관이 ‘자의적으로’ 법을 적용한 것으로는 보이지 않고, 오히려 정조의 명에 따른 조율이 어떤 율에 근거한 것인지 의문스럽다. 그러나, 이 사태를 단지 율문의 해석·적

2) 문제된 가사는 영조의 후궁 속의 문씨의 가사로 보인다. 문흥덕이라는 자가 靑城廚房(청성위는 문씨의 장녀 화령옹주이 남편)의 궁속과 부동하여 牌子를 圖得圖擧하여 文女의 가사의 일부를 허물고 기와와 목재를 뜯어 내어 최경륜에게 발매하였다. 이에 의금부에서는 최경륜을 대명률 호율 도매전택조(盜賣田宅條)의 ‘타인’의 전택을 도매한 자를 전택의 면적·규모에 따라 처벌하는 규정에서 최고형인 장 80 도 2년을 선택하여 의율계본을 올린 것으로 보인다.

3) 승정원일기 정조6(1782) 10. 5.

용의 '자의성'이란 측면에서 바라보는 것은 적절하지 않을지도 모른다.

당시의 형사사법에서 조율은, 단지 율문에 의한 범죄사실의 기계적인 포섭이 아니라, 죄와 형의 균형, 즉 인정된 범죄의 정상과 죄명과 형량이 서로 균형을 이루는 것을 지향한다고 할 때, 위 사안들에는 죄와 형의 균형, 죄상에 대한 양형의 적정성 판단 문제가 얽혀있다고 하겠다. 위 사례들에서, 최고의 법관인 정조는, 형조와 의금부의 조율 의견(거기에 판단 근거를 제공한 실무자의 의견)은 죄책에 대한 적정한 평가를 그르쳤다고 본 것이라 할 것이다.

물론 이들 사례에서 율관이 처벌된 것과 관련하여 여러 갈래의 논의가 가능하겠지만, 여기에서는 한 가지 질문을 던지고 싶다. 당시의 형률이 절대적 법정형주의를 취하고 있고 또 형률의 해석, 죄책의 평가 및 양형 적정성을 둘러싸고 불거질 수 있는 의문에 대해 원칙적으로 신하들의 재량적 판단을 인정하지 않는 제도 아래에서, 신하 중에서도 말단의 실무자인 율관에 과연 어느 정도로 판단 여지나 재량이 주어질 수 있었을까? 이로 부터 여러 질문이 꼬리에 꼬리를 물고 제기된다. 조선의 국왕과 형관은 죄형의 균형을 찾아 나가는 의율 작업에서 과연 율관에게 어떤 역할을 기대하고 있었던 것일까? 발표자에 따르면, “법치를 강조했던 정조의 재위기간 『일성록』에는 율관과 관련된 기사가 집중되어 있”는데, 그것은 정조가 이상적으로 생각하는 ‘법치’에서 율관에게 기대되는 역할이 이전과 달라졌다는 말일까?

결국, 조선시대의 형사실무에서 율관의 위상과 역할을 어떻게 이해할 것인가 하는 첫 번째 질문으로 되돌아가게 되지만, 해명되지 않은 지점이 아직도 많다. 다만, 발표문을 통해 조선 시대 율관의 위상과 역할에 관한 우리의 이해와 논의가 진전되리라는 것은 분명하다. 조선 시대의 법 운용과 법 문화에 관해 늘 신선하고 도전적인 질문들을 제기하고 있는 발표자에게 경의와 감사를 표하고 싶다.

“화리에 관한 관습”에 대한 토론문

문준영

발표문은 조선시대 및 개항 이후의 시대 법과 관습에서 종종 등장하는 ‘화리’라는 용어의 의미의 법적 의의를 살피고 있다. 조선시대의 법전, 재판과 거래 문서, 일제하의 관습조사기록 등에서 ‘화리’의 다양한 용례를 분석, 정리하는 수법을 취하고 있다. 실로 많은 자료가 망라되어 ‘화리’의 의미와 용례를 생각하는 데 큰 도움을 받았다. 다만, 서론에서 예고한 바와 달리, 발표자는 결국 “화리의 정확한 법적 의미 및 그 효력에 대해 알기는 어렵다”고 하면서, 맺음말에서는 화리의 종류나 의미에 관하여 몇 가지 잠정적 견해를 제시하고 있다. 방법적으로는, ‘화리’라는 말이 등장하는 모든 자료를 다루기보다는, 발표자가 주목하려는 ‘화리’의 법적 의미와 직결되는 자료와 주제로 좁혀서 논의를 정리한다면 어떨까 한다.

(1) ‘화리’의 의미. ‘과실’과 그 ‘과실’을 수익할 권리

발표자가 설명하고 있듯이 ‘화리’라는 말은 다양한 맥락에서 다양한 의미로 쓰이고 있다. 그러나 그 다양한 용례 속에서 나름의 줄기 또는 기본적 의미는 찾을 수 있지 않을까 한다. 화리의 법적 의미를 논한다면, 토론자가 막연히 생각하기에는, ‘화리’는 일차적이고 일반적으로 ‘과실(果實)’, 즉 물건 등에서 생기는 수익을 뜻하며, 그로부터 ‘그 과실이나 수익을 얻을 권리’라는 의미가 파생되었다고 생각한다. 농경지와 관련된 경우 화리는 기본적으로 전지에서 얻는 수익, 즉 경작물이나 소작료를 뜻하고, 나아가 수확물·소작료의 수취권, 경작권, 소작권 등을 뜻하게 될 것이다. 그리고 이러한 화리를 대상으로 매매, 증여, 담보, 임대차, 기타 다양한 법률관계가 성립된다고 할 것이다. 또한, 이러한 법률관계에게 수익권자가 취득하게 되는 것이 ‘화리’라고 한다면, 토지의 임대차 기타 용익관계에서는 용익의 대가 또는 차임을 의미하는 ‘賭地’ ‘賭租’ 또는 ‘稅’로서 ‘화리’를 수취하는 것이므로, ‘화리’와 ‘도지’, ‘도조’ 등의 말이 혼용되기 쉬었을 것이다.

발표자는 사전상 ‘화리’를 농지의 ‘경작물’ 혹은 ‘경작권’으로 보는 것에 대해 약간의 의문을 제기하고, “대명률직해의 해석에 의하면, 화리를 이자의 일종으로도 보았다”라고 하였다. 즉 명률의 도매된 전택의 화리를 주인에게 반환하는 취지의 규정(...并遞年所得花利 各還官給主)에 관해 대명률직해에서 화리를 ‘利分’ ‘邊利’라고 직해하고 있다는 것이다. 그러나 직해 원문의 ‘이분’과 ‘변리’를 그대로 ‘이자’나 ‘변리’로 옮기는 것에는 의문이 있다. ‘화리’를 ‘이자’라고 옮길 경우 오늘날의 독자에게 금전사용의 대가로서의 이자를 연상시켜 오히려 혼동을 유발할 우려가 있기 때문이다. ‘화리=과실’이라고 해석해야, 전지가 도매된 경우 그 전지뿐만 아니라 매년 얻는 ‘화리’ 즉 해당 전지에서 매년 생기는 수익(수확물 또는 소작료)까지 반환하라는 뜻으로 명료히 해석할 수 있다. 대명률직해에서 택한 ‘利分’ ‘변리’이란 말이 명률의 ‘화리’에 상응하는 당시 조선의 한자어인지는

토론자가 과문한 탓에 잘 모르겠으나 이를 현대어로 옮길 때는 ‘이익’이란 말 정도로 옮기면 충분할 것 같고, 대명률직해의 ‘이분’도 그것을 의미하는 것 같다.

한편, 경국대전에서 “盜賣한 노비의 役價¹⁾는 도매한 자에게서 징수한다. 농경지의 花利도 같다”고 하고 있는데, 이는 그 경국대전 편찬 시점에서 ‘화리’라는 말을 명률의 ‘화리’와 같은 의미로 쓰게 되었음을 시사한다.

(2) 몇 가지 자료 해석에 의문이 있다.

조선시대의 화리 관습을 살펴보면, “17세기 이유 동계(洞契)나 향약(鄉約)에서는 화리를 탈법행위의 일종으로 보아 금단하려 한 모습을 보인다”고 하였다. 그러나 관련 자료 해석에 의문이 있다. 17세기 안동의 십조향규에서 “一切禁斷 禾利 專數屬公”이라 한 것은 안동부의 禁林, 禁山 등에서 무단으로 농경, 작별하는 행위를 금단하고, 그 수확물인 ‘화리’를 전액 속공한다는 의미로 보인다.

대한제국기의 판결 중에서 “전답의 소유권과 별도로 경작권의 대가인 화리”에 관한 판결을 소개하였다. 그러나 소개된 판결에서 언급된 화리가 반드시 ‘경작권’을 의미하는 것 같지는 않다. 전답의 매매와 화리의 매매를 별개로 인정하고 있는데, 여기서 화리는 ‘수확물’ 또는 ‘수확예정 작물’로 보는 것이 적절하지 않은가 한다. 수확기에 즈음하여 토지를 매매할 때 그 수확(예정)물을 토지와 분리하여 취급한 것인데, 관련 판결례는 당시의 거래관행에서도 농지로부터 그 과실 또는 농작물을 분리하여 독립된 거래의 객체로 삼을 수 있었음을 보여준다.

또한, 대한제국기 판결 중 “담보로 제공된 경작권의 대가로서의 화리-화리전당(花利典當)”으로 몇 가지 사례를 소개하고 있다. ‘화리전당’이라는 표현이 실제로 쓰였는지는 모르겠으나, 발표문에서 소개된 사례에서 전당권자가 전당잡은 토지의 화리를 취득하는 것은, 채무자에 대여한 금전의 이자에 갈음하여 토지의 수확물(소작인이 있다는 소작료 수입)을 취득한 것으로 보는 것이 적절하지 않을까 한다. 즉 금전소비대차계약의 채무자가 채권자에게 담보물로서 토지를 제공하고, 차용금에 대한 이자는 매년의 소출로 충당한다는 취지의 전당계약으로 보면 충분하고, 굳이 ‘경작권을 담보로 제공한 것’으로 구성할 필요는 없지 않을까 한다. ‘경작권의 제공’이라 한다면, 전당권자가 해당 농경지에 경작권을 행사하는 것(직접 경작 또는 소작인에 대한 지시감독)을 떠올리게 되는데, 각 사인의 사실관계를 과연 그렇게 이해할 수 있을지 의문이 있다.

(3) 일제하의 관습조사자료에서 ‘화리’ 관습은 원도지, 중도지 등 관습과 유사하고, 기본적으로 비슷한 토지 이용 관계가 지역에 따라 다른 말로 불리는 것으로 보인다. 그렇다면, 유사관습과 분리하여 특정 지역의 ‘화리’ 관습을 따로 분석하는 것이 어떤 독자적 의미가 있을지 의문이다.

덧붙여, 발표자는 화리 관습(특히 ‘화리 매매’ 관습)을 이른바 권리금 관행을 비교하

1) 여기서 역가는 노비의 이용에서 발생하는 수익, 즉, 도매 사안에서는 도매당한 노비로부터 받지 못한 신역이나 그에 상응하는 가액을 뜻한다 할 것이다.

고, “화리와 권리금의 법률적 구조는 유사한 측면이 있다. 그런 점에서 한국 전통사회에서 ‘권리금’과 제일 ‘유사한 관행’은 ‘화리(花利) 관행’이라 볼 수 있다”고 하였다. 그러나, 소유자가 아닌, 전후의 임차인들 또는 사무관리자들 사이에서 그들이 보유하게 된 어떤 권리나 수익의 대가를 주고받으며 전전 양도되는 모습은 다른 관습에서 나타난다. 예를 들어, 한말 민사판결문에 간간히 접하는 궁토의 도장(導掌)이나 중도지 거래, 능참봉이나 어떤 소득이 있는 직분의 양도 등과 관련된 사례이다. 그리고 조선시대에 이런 관행들이 발생하고, 권리성이 부인되거나 악습으로 평가되는 데는 나름의 이유와 배경이 있을 것이다. 그러나 과연 이들 관행과 권리금이 법률적 구조가 같은지는 좀 더 따져볼 필요가 있다. 또한, 일본어에도 ‘권리금’이란 말이 있으며 일제시기의 문헌에서도 나온다는 점에서 한국의 특정 관습에서 권리금의 유래를 찾는 것에는 신중할 필요가 있다고 생각된다.