

조선후기 수령의 법적 지위와 형벌권 행사의 실상*

- 『목민심서』를 중심으로 -

심재우**

1. 머리말
2. 사법 기관으로서 수령의 지위와 권한
3. 수령의 재판·형벌집행 관행 및 문제점
4. 정약옹이 제시하는 바람직한 수령의 모습
5. 맺음말

1. 머리말

조선왕조 사법기관에 대한 지금까지의 통상적 이해는 대략 다음과 같다. 먼저 조선왕조의 핵심 사법, 재판기관으로는 형조, 사헌부, 한성부의 삼법사(三法司)를 들 수 있다. 이에 더하여 조옥(詔獄)으로서 기능을 한 의금부와 서울의 치안 유지와 포도 업무를 수행한 포도청 또한 중요한 역할을 했다. 이밖에 재판 기관으로 사송아문(詞訟衙門)과 직수아문(直囚衙門)이 여럿 있었다. 사송아문은 민사 관련 사건의 재판을 담당하는 기관으로 서울의 한성부, 장예원, 형조, 사헌부와 지방의 수령, 관찰사가 이에 해당한다. 이에 반해 죄인을 직접 체포, 구금, 신

* 이 논문은 2019년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임(NRF-2019S1A5C2A02082825)

** 한국학중앙연구원 한국학대학원 인문학부 교수.

문할 수 있는 권한을 갖는 기관은 직수아문이라 불렀는데, 직수아문이 아닌 관청과 군문(軍門)에서는 죄수를 함부로 가두고 재판할 수 없고 형조로 보내서 처리하는 것이 원칙이었다. 조선전기의 직수아문은 서울의 병조, 형조, 한성부, 사헌부, 승정원, 장예원, 종부시와 지방의 수령, 관찰사 등이다. 그런데 조선후기의 『속대전』에는 여기에 비변사와 포도청이 추가되었고 고종대의 『육전조례』에서 보듯이 직수아문의 수는 19세기에 법적으로 더욱 확대되었다.¹⁾

전체적으로 조선왕조 각 재판기관의 수행 업무, 나아가 직제와 운영 양상에 대해서 일정 부분 검토가 이루어졌지만 재판기관별 위계와 역할, 그리고 각 기관별 관할권의 한계와 업무의 분담 내용이 아직 명확히 정리되지는 못했다고 필자는 생각한다. 따라서 조선왕조 사법체제와 재판기관의 특징을 보다 체계적으로 이해하기 위해서는 국가행정체제 속에서 조선왕조 재판기관 각각의 구성과 역할에 대한 비교 검토가 선행될 필요가 있다. 본고는 이와 같은 문제의식을 바탕으로 위에서 소개한 여러 사법, 재판기관 가운데 지방 군현의 수령에 주목하여 수령의 사법기관으로서 위상과 법적 지위, 수령이 보유한 형벌권의 실제 행사 양상을 구체적으로 추적하는 것이 목적이다.

중앙집권 체제를 표방한 조선왕조에서 목민관(牧民官)으로 불린 고을 수령은 관료기구의 최말단인 군현에서 직접 백성들과 접하는 관리라는 점에서 특별한 의미를 지닌다. 수령은 위에서 제시한 것처럼 직수아문이자 사송아문으로서의 역할을 동시에 수행하는 관리로서, 특히 행정권과 사법권이 엄밀하게 분리되지 않은 당시에 수행하는 제반 행정 조치나 관령(官令)은 사법기관으로서 수령의 권한과 형벌권의 뒷받침이 없었다면 불가능했을 것이다.²⁾ 이 수령의 사법, 재판기관으로서 기능에 관해서는 김선경, 오갑균 등 선행 연구자들이 전체적인 윤곽과 특징을 상당 부분 밝힌 바 있다.³⁾

1) 조선왕조에서 설치, 운영한 주요 사법기관의 유형과 특징에 대해서는 다음 책에 전반적으로 소개되어 있다. 오갑균, 1995 『조선시대 사법제도연구』, 삼영사.

2) 김선경은 조선시대의 재판은 행정과 긴밀히 결합된 것으로 봐야 하며, 국가기관의 대민 지배력은 그들이 직접 행사했던 민에 대한 재판권, 형벌권 없이는 생각할 수 없었다고 강조했는데(김선경, 1992 『民狀置簿冊』을 통해서 본 조선시대의 재판제도』 『역사연구』 창간호, 131면), 필자 또한 이와 같은 의견에 전적으로 동의한다.

본고는 이들 선행 연구성과를 참고하면서도 기존 연구에서는 적극적으로 서술되지 못한 부분, 즉 법 규정을 넘어 실제 수령이 행사한 재판과 형벌의 직단(直斷) 범위, 형벌 및 징계권의 작동 양상에 대해 살펴보고자 한다. 당시 수령의 사법행정의 관행과 실상을 확인해보려는 의도인데, 이를 위해 19세기에 편찬된 다산 정약용의 『목민심서(牧民心書)』를 집중적으로 분석할 예정이다.

주지하듯이 조선시대 최고의 목민서인 『목민심서』에는 수령이 지방 현장에서 목도할 수 있는 다양한 업무를 내용별로 제시하고, 당시 수령들의 관행과 실상, 다산이 생각하는 바람직한 방향 등을 상세히 언급하고 있기 때문에 본고에서 주목하는 수령이 수행한 사법행정의 규정, 현실, 이상을 한꺼번에 살펴볼 수 있는 장점이 있다. 다산은 어렸을 때 지방관으로 부임한 부친을 따라간 경험이 있을 뿐만 아니라 관직 생활 중에는 곡산부사 등 수령을 역임하였고, 유배 이후 강진에서의 견문을 더해 『목민심서』에 당시 수령의 실상에 대해 매우 풍부하게 기술하고 있다. 본고에서는 『목민심서』를 주요 자료로 참고하면서 필요한 경우 18, 19세기 만들어진 다른 목민서를 보조적으로 활용할 예정이다.

이하 본문에서는 『목민심서』와 기타 목민서 분석을 중심으로 하여 법전에 명시된 규정과 제도, 수령의 직단 범위와 형벌권의 실제 작동 양상, 중국 청대 사례와 비교한 수령권의 특징 등을 살펴보고 수령이 보유한 재판권, 형벌권의 내용과 현실을 점검하기로 한다. 본고를 통해 조선후기 수령의 사법기관으로서 위상과 법적 권한, 나아가 다산이 그리고 있는 이상적인 사법관으로서의 수령상이 좀더 명확해지기를 기대한다.

3) 김선경, 위의 논문; 오갑균, 앞의 책. 한편 필자도 이전에 조선후기 목민서 편찬의 흐름을 살펴보고 이들 『목민서』에 의거하여 수령이 수행하는 刑獄 전반을 살펴본 바 있다(심재우, 1998 『조선후기 牧民書의 편찬과 守令의 刑政運營』, 『규장각』 21). 하지만 필자는 해당 논문에서 수령이 수행하는 업무를 단순히 개관하는 데 그쳐 그 성격과 의미에 관한 본격적인 논의를 하지는 못했는데, 본고는 이를 보완하는 후속 작업의 의미를 지닌다.

2. 사법 기관으로서 수령의 지위와 권한

조선시대의 수령은 관료기구의 말단인 지방군현에 배치되어 관할 지역의 다양한 행정, 군정, 사법, 치안 등 사무를 관장하고 있었다. 수령은 외관직(外官職)이지만 중앙에서 지방 군현에 파견된 거의 유일한 관리였다는 점에서 책임이 막중하였다. 조선왕조실록을 비롯한 여러 기록에서 이른바 ‘택수령(擇守令)’의 중요성에 대한 언급을 쉽게 확인할 수 있는 것도 이 때문이다. 다산 정약용은 『목민심서』의 첫머리에서 ‘다른 벼슬은 구할 수도 있으나 목민관(牧民官)은 구해서는 안 된다’고 피력하면서 조선시대 관직 중에서 수령이 갖는 특수성을 다음과 같이 강조한 바 있다.

경관(京官)은 왕을 받들어 모시는 것을 직분으로 삼거나 맡아서 지키는 것을 임무로 하기 때문에 조심하고 근신만 하면 거의 죄가 되고 뉘우칠 일은 없다. 오직 수령(守令)만은 만백성을 주재하니 하루에 만기(萬機)를 처리함이 그 정도가 약할 뿐 본질은 다름이 없어 천하 국가를 다스리는 자와 비록 대소(大小)는 다르지만 처지는 꼭 같은 것이다. 이런데도 어찌 목민하는 벼슬을 구할 수 있는 것이겠는가?⁴⁾

여기서 다산은 지방 고을의 수령이 하는 일은 대소의 차이는 있지만 국가를 다스리는 국왕과 별반 다를 바 없다고 말한다. 수령은 지방에서 왕권을 위임받아 군현의 다양한 소관 사무를 수행하는 관리이기 때문이다. 수령이 수행하는 직무는 행정, 군정, 재판 등 그 범위가 매우 광범위하였는데, 『경국대전』에도 실린 학교흥(學校興), 군정수(軍政修), 농상성(農桑盛), 호구증(戶口增), 부역균(賦役均), 사송간(詞訟簡), 간활식(奸猾息)의 이른바 ‘수령칠사(守令七事)’가 조선시대 내내 중시되었다.⁵⁾ 하지만 서두에서도 밝힌 것처럼 수령이 수행하는 다양한 행정은 사실상 사법기관으로서 수령이 보유한 재판권, 형벌권에 의해 뒷받침되어 있었다고 해도 과언이 아니다.

4) 『목민심서』 赴任「除拜」.

5) 『經國大典』 권1, 吏典「考課」, “每歲季 本曹 具諸司官員實仕及雜故 觀察使 具守令七事實跡 啓聞(七事 農桑盛·戶口增·學校興·軍政修·賦役均·詞訟簡·奸猾息)”

그렇다면 수령의 법적 지위와 사법기관으로서 수령이 가진 권한은 무엇일까? 당시 법전에는 수령의 권한에 대해 상세하게 규정하고 있지는 않지만, 수령이 행사하는 재판, 형벌권에 대한 기본적인 원칙은 확인할 수 있다. 먼저 『경국대전』 추단조(推斷條)에 “형조, 개성부, 관찰사는 유형(流刑) 이하의 형벌을 직단하고 각 아문은 태형 이하의 형벌을 직단한다”는 규정에 의거하여⁶⁾ 수령은 중앙의 각 아문에 준하여 태형(笞刑) 50대까지의 형벌을 행사할 수 있었다. 이는 상부에 보고하지 않고 자체적으로 행사할 수 있는 직단권(直斷權)의 보유를 의미한다. 동시에 『경국대전』 수금조(囚禁條)에서 보듯 고을 수령은 관찰사와 함께 죄인을 직접 체포, 구속할 수 있는 직수아문으로서의 위상도 지녔다.⁷⁾ 한편 같은 수금조의 규정에 오형(五刑) 가운데 장형(杖刑) 이상의 죄인에 대해서만 구속할 수 있도록 하였다.⁸⁾ 이상의 내용을 종합하면 당시 수령은 고을에서 발생한 태형 이하의 범죄에 대해서는 옥에 수감하지 않고 자신이 직접 즉결 처분을 하고, 그 이상의 중죄인의 경우 관찰사의 지휘를 받아 죄인의 구속 및 수사를 진행했다고 할 수 있다.

이 조선시대 수령의 권한을 비교하기 위해서 중국 청대 재판기관의 유형과 상하관계에 대해 살펴볼 필요가 있다. 중국 청대에는 조선의 수령에 해당하는 주(州)·현(縣)의 지주(知州)·지현(知縣)은 형벌을 태(笞)·장(杖)·가호(枷號)까지 스스로 결정, 집행할 수 있었고, 도형(徒刑) 이상은 상부에 보고하여 상부에서 형을 결정하였다. 또 일반적인 도형은 각 성(省)의 독무(督撫)가 집행하고, 인명 사안의 도형 및 유(流)·충군(充軍)·발견(發遣)에 처할 사안은 형부(刑部)가 집행하고, 최종적으로 사형의 결정권은 황제가 가졌다.⁹⁾ 일본인 학자 시가 슈조는 이와 같이 사안 모두를 우선 하급기관이 다루면서, 한편으로 그 결정권은 일의 중요성에 따라 일정 상급 기관의 손에 유보하는 구조를 ‘필요적 복심제(必要的 覆審制)’라고 명명했다.¹⁰⁾ 이로써 청대에 중요한 사안의 재판은 자동

6) 『經國大典』 권5, 刑典 『推斷』 “本曹開城府觀察使 流以下直斷 各衙門 笞以下直斷”

7) 『經國大典』 권5, 刑典 『囚禁』 “兵曹本曹漢城府司憲府承政院掌隸院宗簿寺觀察使守令外 移本曹囚之”

8) 『經國大典』 권5, 刑典 『囚禁』 “杖以上 囚禁”

9) 자세한 것은 滋賀秀三, 1984 『清代中國の法と裁判』, 創文社, 22-29면 참조.

적으로 몇 개의 심급(審級)을 거치도록 되어 있었다.

조선에서도 지방의 모든 사안을 우선 수령이 다루면서 수령, 관찰사, 국왕의 순으로 형벌의 결정권이 정해졌다는 점, 사형 판결은 오직 국왕만이 할 수 있었다는 점에서 청대 사회와 비교하여 재판기관의 체계는 대동소이하다. 다만 청대의 지주·지현이 장형(杖刑)까지 직단권을 가진 것에 비해 태형에 그친 조선왕조 수령의 권한이 낮은 점, 반면 유형까지 직단할 수 있는 조선의 관찰사는 도형에 그친 청대 독무에 비해 직단권이 더 컸던 점, 청대 성의 독무와 중앙의 형부는 직단권이 달랐지만 조선의 관찰사와 형조의 직단권은 모두 동일하게 유형이었던 점 등에서 부분적인 차이가 있었다고 할 수 있다.

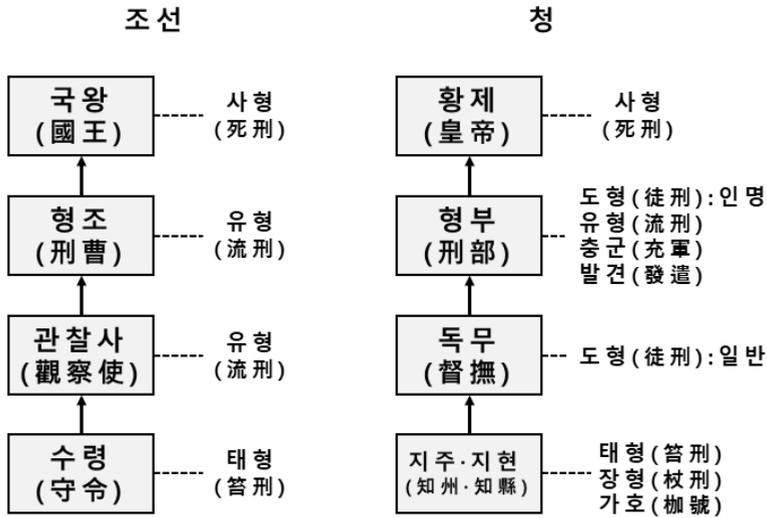
또한 청대의 사례를 참고하면 조선시대 수령이 행하는 재판의 종류와 처리 절차에 대한 전체적인 윤곽을 이해하는 것도 가능하다. 청대 재판은 재판절차상의 차이에 따라 주·현의 장관인 지주·지현이 직접 행하기도 하지만, 반드시 상사(上司)에 보고하여 처리해야 할 사안도 있었다. 전자와 같이 지주·지현이 직접 처리하는 것을 주현자리(州縣自理)라고 하였는데, 이는 「호혼전토세사(戶婚田土細事)」, 즉 호적, 혼인, 재산관계 등 민사사건 및 기타 지방관이 결정할 수 있는 형벌인 도형 미만[杖刑]이 필요한 사안을 말한다. 이에 반해 후자처럼 반드시 상사에 보고하여 상사의 복심(覆審)에 맡겨야 할 사안은 「명도중안(命盜重案)」이라 할 수 있는데, 이는 인명이 관계된 명안(命案)과 도적(주로 강도사건) 관련 사안인 도안(盜案), 그리고 도형 이상의 형벌이 필요한 기타 사안을 의미한다.¹¹⁾

이처럼 청대에는 지주·지현의 직단권인 장형을 기준으로 하여 장형 이하의 형벌로 가능한 사안은 지주·지현이 직접 처리하고, 이들의 직단권을 넘어서는 도형 이상의 중한 형벌이 필요한 사안은 상사에 보고하여 그 지휘를 받았음을 알 수 있다. 이와 같은 재판의 기본 절차는 조선의 경우도 청대 재판과 크게 다

10) 위의 책, 23면.

11) 테라다 히로아키는 전자는 聽訟, 후자는 斷罪로 재판의 성격이 구분된다고 본다. 이상의 내용은 寺田浩明, 2018 『中國法制史』, 東京大學出版會, 159-162면 참조. 한편 시가 슈조의 경우는 민사사안이나 가벼운 처벌이 동반되는 전자의 재판은 '民事微罪事件', 도형 이상의 중형이 필요한 후자의 재판을 '刑事事件', 혹은 형사성이 강한 사안으로 규정하였다. 滋賀秀三, 앞의 책, 7-8면.

르지 않았다. 다만 앞서서도 언급했듯이 조선왕조 수령의 직단권은 청대와 달리 태형에 그치므로 태형 50대 이하를 요하는 민사 분쟁이나 경미한 사안만을 수령이 자체적으로 처리할 수 있었고, 장형 이상의 형벌이 필요한 사건은 관찰사에게 보고하여 그 지휘를 받아야 했음에 차이가 있었다. 이상 조선과 청의 재판기관의 위계와 직단권의 차이를 비교, 정리한 것이 <그림 1>이다.



<그림 1> 조선과 청의 재판기관 위계 비교

그런데 수령이 자체적으로 행사할 수 있는 태형은 형식적으로는 재판 결과로 집행하는 형벌이기는 하지만, 이를 넘어서서 범조문을 굳이 기다리지 않고 공무 수행상 필요한 강제수단으로서 수령이 자유롭게 행사할 수 있는 권한이기도 했다. 중국 청대에도 해당 지역 지배권의 일환으로 조세 체납자, 범정에 불만이 있는 자, 관의 임무를 태만히 하는 자 등 지방관의 공무에 지장을 주는 자에 대해 형벌을 가하는 일은 지방관에게 사실상 위임되었던 것처럼¹²⁾ 조선에서도 고을의 행정을 수행하는 과정에서 필요한 경우 언제든지 수령이 행사할 수 있는 것이 형벌이었음을 상기할 필요가 있다.

12) 滋賀秀三, 앞의 책, 7면.

예를 들어 『牧民심서』에서 다산은 수령이 예하 관속들에 형벌을 시행하는 것과 관련한 사안을 민사(民事), 공사(公事), 관사(官事), 사사(私事) 네 가지로 나누어 각각 형벌의 강약을 조절할 것을 언급한다. 구체적으로 민사는 전정(田政), 부역(賦役), 군정(軍政), 곡부(穀簿), 송옥(訟獄) 등 일반 백성들과 관련된 일이므로 가장 엄한 상형(上刑)을 시행하고, 공사는 조운, 세납, 물선(物膳)의 상납 등 봉공(奉公) 업무와 관련한 문제이므로 중형(中刑)을 시행하고, 셋째, 관사는 제사, 빈객(賓客), 전수(典守) 등 일체의 고을 사무에 관계되는 일이므로 가장 가벼운 하형(下刑)을 시행하고, 사사는 수령 자신의 부모와 부인, 가족들에 관한 일이므로 형벌을 가하지 말라는 제안이다.¹³⁾ 여기서도 알 수 있듯이 수령의 관속들에 대한 형장 사용은 이들이 백성들에게 행사한 범죄에 대한 형벌, 혹은 관속들의 잘못된 행정 행위에 대한 징계에 해당하며 광범위한 범위에 걸쳐 있다는 사실이다. 요컨대 행형(行刑)은 군현 통치에 필요한 수령의 강력한 수단이었다고 보면 맞을 것이다.

지금까지 조선왕조 수령의 위상, 사법기관으로서 수령이 갖는 재판과 형벌을 둘러싼 권한을 간단히 살펴보았다. 앞서도 언급했듯이 조선의 수령은 중국 청대 주현 장관에 비해서 재판을 통해 직단할 수 있는 권한이 작았다. 하지만 군현에서 발생하는 모든 사안에 대한 일차적인 조사, 처리를 담당하는 1차 재판기관으로서 수령의 역할은 결코 가볍지 않았는데, 이는 아래에서 실제 수령권이 행사되는 내용을 보면 보다 분명히 드러난다. 수령의 권한에 대한 위와 같은 기본적인 이해를 바탕으로 다음 장에서 수령의 사법권 행사의 실제 모습을 살펴보고자 한다. 19세기에 수령이 법에 명시된 직단권에 기초하여 정해진 재판 심급·절차를 준수하고 있었는지, 수령이 가진 형벌권이 어떻게 작동되고 있었는지, 당시 사법행정의 문제점은 무엇인지가 중요한 검토 내용이자 쟁점이다.

13) 『牧民心書』 刑典 「慎刑」.

3. 수령의 재판 · 형벌집행 관행 및 문제점

지금까지 수령의 법적 지위와 사법기관으로서 수령이 보유한 권한을 재판 직단권과 형벌권 문제에 초점을 두고 개괄적으로 살펴보았다. 이제 정해진 법규, 제도가 현실에서 실제로 어떻게 작동, 혹은 적용되고 있었는지를 검토해보기로 한다.

먼저 살펴볼 문제는 재판 수행 과정에서 수령이 자체 처리할 사안과 상부 보고 사안은 어떤 것들이 있었는지, 그리고 군현 내에서 자체 처리할 수 있는 범위를 벗어나는 사안을 수령이 규정대로 감영에 보고하여 처리하고 있는가하는 점이다. 앞서 본 것처럼 재판 운영과 관련하여 수령의 직단권을 넘는 장형 이상의 사안은 반드시 관찰사에게 보고하여 처리하는 것이 법규였다. 하지만 결론부터 이야기하면 이와 같은 원칙이 제대로 지켜지기는 쉽지 않았던 것으로 보인다. 이와 관련하여 19세기의 『거관대요(居官大要)』에 나오는 다음의 언급이 이를 증명하고 있다.

수령(守令)은 단지 태(笞) 50을 자단(自斷)하는 것이 허락되었을 뿐이며 신장과 곤장[刑·棍]은 쓸 수 없다. 만약 고문할 죄가 있으면 반드시 감영(監營)에 보고한 후에 행하는 것이 법의 뜻이다. 그러나 어찌 일일이 감영에 보고하고 행하겠는가? 비록 부득이 고문하더라도 고문하겠다고 감영에 보고해서는 안 된다. (중략) 만약 정배(定配)보낼 만한 죄가 있으면 순영(巡營)에 이송하여 조율(照律)해야지 자단(自斷)해서는 안 된다.¹⁴⁾

『거관대요』는 『목민심서』와 마찬가지로 순조대에 편찬된 것으로 추정되는 저자 미상의 목민서이다. 위의 인용문에서 『거관대요』의 저자가 수령의 재판과 형벌권 행사와 관련하여 강조한 내용을 요약하면 다음 세 가지이다. 첫째, 법에 정해진 고을 수령의 직단권은 태형 50대이다. 둘째, 신장으로 고문하는 일은 수령의 직단권을 벗어나는 일이다. 따라서 고문할 때 관찰사에게 보고하고 허락을 받아 시행하는 것이 원칙이다. 하지만 현실적으로 쉬운 일이 아니므로 일일이

14) 『거관대요』 『雜條』(內藤吉之助 編, 1942 『朝鮮民政資料 牧民篇』, 294면).

보고할 필요는 없다. 셋째, 정배, 즉 도형·유형에 해당하는 중죄인 관련 사안은 수령이 자체적으로 처리하지 말고 감영에 이송하여 처리해야 한다.

여기서 『거관대요』의 저자는 수령이 자체적으로 행사할 수 있는 법률상 직단(直斷) 권한의 상한을 명확히 인식하고 있으면서도 수령의 재판 운영의 현실을 고려하여 필요시에 일정 부분 월권(越權)할 것을 수령들에게 권고하고 있다. 즉, 저자가 권고하는 두 가지 중에 하나는 죄인을 고문하기 위해 신장을 사용할 때 관찰사에게 보고하는 대신 수령이 독자적으로 판단, 시행하라는 것이다. 앞 장에서 자세히 언급하지 않았지만 고을 수령이 고문을 위해 신장(訊杖)을 사용하기 위해서는 반드시 감영의 허락을 받아야 했다.¹⁵⁾ 하지만 『거관대요』의 저자는 고문하기 위해 일일이 감영에 보고하는 일은 현실성이 떨어진다는 판단 하에 고문은 수령이 자율적으로 시행하라고 주문한 것이다.

위의 인용문에서 『거관대요』의 저자가 권고하는 또 하나는 도·유형 이상의 사안은 수령이 자체 처리하지 말고 감영에 이송하여 처리하라는 내용이다. 여러 번 언급했듯이 수령의 직단권이 태형까지이므로 원칙적으로 장형 이상의 사안은 감영에 보고하여 처리해야 한다. 하지만 방금 본 것처럼 『거관대요』에서는 정배형 이상의 사안을 반드시 감영에 이송하도록 수령들에게 조언하고 있다. 이는 장형, 혹은 경우에 따라서는 그 이상의 중요한 사안까지도 군현 내에서 자체 처리했던 당시 수령의 관행을 반영한 언급이라고 볼 수 있다. 관련 사례를 확보, 제시해야겠지만 『거관대요』에서 보듯이 소위 ‘자리(自理)’와 ‘상신(上申)’ 안건은 명확히 구분되기보다는 수령의 판단에 좌우되는 측면이 적지 않았고, 이런 과정에서 수령의 월권이 종종 있었다고 이해해도 좋을 것이다.

그렇다면 수령이 군현 내에서 마무리하지 않고 관찰사에게 이송하여 처리하는 핵심 사안은 무엇이었을까? 필자는 이를 중국 청대의 이른바 명안(命案), 도안

15) 『경국대전』에는 수령이 고문할 때 감영에 보고하도록 규정하고 있다(『經國大典』 권5, 刑典「推斷」“凡拷訊 取旨乃行 外則報觀察使”). 당시 訊杖으로 한 차례 고문을 행하는 것을 ‘刑推一次’라 하였는데, 신장으로 30대까지 허용하였다. 한편 『속대전』에 신장 30대의 贖錢은 장형 100대에 준하는 것으로 나오는데(『續大典』 권5, 刑典「笞杖徒流贖木」“刑推一次贖 準杖一百”), 이 규정을 통해서도 신장을 사용하는 고문은 수령이 자체적으로 행사할 수 있는 태형 50의 범위를 넘어서는 것임을 다시 확인시켜준다.

(盜案)에 해당하는 살옥(殺獄)과 도적(盜賊) 관련 사건이었을 것으로 파악하는데, 『목민심서』의 「문보(文報)」조에서 그 일단을 엿볼 수 있다. 해당 「문보」조에서 다산은 수령이 감영 등 상부관청에 보고해야 할 문서의 서식과 주의사항에 대해 언급하고 있는데, 내용은 부세의 상납, 고을의 폐단 관련 보고, 기타 농형(農形)·우택(雨澤)의 보고 등 여러 가지이다. 이 가운데 고을 내의 민·형사 사건의 재판과 관련해서는 오직 두 가지, 즉 인명 및 도적에 관한 보고서 작성의 주의사항을 실어놓았다.

구체적으로 해당 조문에서 다산이 강조하는 내용을 살펴보면 살옥 문서의 경우 아전들이 뇌물을 받고 문서 내용을 고치지 못하도록 조심하고, 도적에 관한 보고는 비밀이 군교(軍校)나 형리(刑吏)들에게 새나가지 않도록 잘 봉하라는 것이다. 그러면서 다산이 1801년(순조 1) 귀양지인 경상도 장기현에서 실제로 체험한 사건을 소개하고 있다. 장기현감이 작성한 살옥 검장(檢狀)을 감영에 올리는 과정에서 심부름하던 고을의 아전들이 중간에 내용을 조작해서 살인을 저지른 동료 아전이 어처구니없이 석방되었다는 것이다.¹⁶⁾ 이처럼 다산은 인명, 도적에 관련한 보고서를 관찰사에게 올리는 주요 사안으로 인식하면서도 그 외에 다른 사안에 대해서는 「문보」조에서 전혀 언급을 하지 않고 있다. 다산의 언급을 앞의 『거관대요』의 내용을 함께 고려할 때 군현에서 관찰사에게 보고하는 사건은 대부분 살옥 및 도적 관련 사안이었고, 기타 많은 사안들의 경우 수령이 자체적으로 처리, 마무리하는 것이 일반적이었던 것이다.¹⁷⁾

한편 이하에서 살펴보겠지만 직단권 행사의 제한에도 불구하고 수령이 현실에서 매질을 통해 중죄인을 장살(杖殺)하기도 했다는 사실도 흥미롭다. 군현에서 발생한 사형에 해당하는 사안은 수령은 물론 관찰사의 직단권을 넘어서는 중대

16) 『牧民心書』 奉公 「文報」.

17) 인명, 도적 관련 사안 중에서도 특히 인명 사건이 군현에서 관찰사에게 보고되는 핵심이었을 것으로 본다. 실록 등 연대기 자료에서 국왕이 심리하는 사안의 거의 대부분이 殺獄이기 때문이다. 향후 수령의 報牒類, 관찰사의 啓錄類, 중앙의 형조 決獄類 자료 등을 보다 면밀히 상호 대조, 비교 분석해보면 수령, 관찰사, 형조, 국왕 각 사법기관이 다루는 주요 사안, 재판 유형에 대한 확실한 답을 얻을 수 있으리라 생각한다. 이는 후일의 과제이다.

사안이므로 반드시 감영을 거쳐 국왕이 최종 심리를 진행하여 형을 확정하는 것이 법에 정한 절차였다. 하지만 실제로는 관찰사의 지시, 혹은 목인 하에 이와 같은 과정을 생략하고 수령이 군현 내에서 처형하는 관행이 있었다.

이와 관련된 사례로는 먼저 다산이 황해도 곡산부사 시절인 1797년(정조 21)에 직접 처리한 강도살인 사건을 들 수 있다. 해당 사건은 『흙흙신서』에 실려 있다.¹⁸⁾ 다산은 이 때 관내에서 소를 빼앗기 위해 사람을 해친 범인 김대득(金大得)을 체포하여 감영에 사건 내용을 소상히 보고하였다. 하지만 관찰사는 강도살인 범죄행위가 명백하므로 사건을 조정에 보고하는 대신 군현에서 장살(杖殺)할 것을 지시하였고, 지시를 받은 다산은 결국 김대득을 곤장으로 때려죽여 사건을 마무리하였다. 한편, 『목민심서』에서도 순조 때 전라감사 이노익(李魯益)이 온갖 불법을 자행하던 간활한 이속(吏屬)들의 괴수 역할을 하던 감영 아전 최치봉(崔致鳳)을 관내 군현에 보내 형장으로 처형한 일화도 소개되어 있다. 이는 다산이 곡산부사 재직 중에 위의 김대득을 처형한 것과 마찬가지로 방식으로 군현 수령이 형장을 가해 물고시킨 사례이다. 감사 이노익은 최치봉을 여러 고을의 수령들에게 보내 매질하게 한 후 고창 수령에게는 노골적으로 그를 죽이고 물고장(物故狀)을 올리라고 명령한다. 감사 이노익의 지시를 받은 고창 수령에 의해 결국 최치봉은 장살(杖殺)당한다.¹⁹⁾

그런데 바로 이러한 방식의 처형은 중국 청대에도 종종 행해지던 관례였다고 한다. 청대 조양현(朝陽縣)의 지현이었던 남정원(南鼎元)이 쓴 『녹주공안(鹿洲公案)』의 해설을 쓴 일본의 유명한 중국사학자 미야자키 이치사다는 이런 일이 발생했던 배경을 다음과 같이 설명하다. 지현이 재판을 통해 집행할 수 있는 형의 한도 장형 100대를 넘는 경우 사안을 부(府)로 보내고, 더 무거우면 성(省)으로 보내는데, 성에서 재판할 경우 증인들까지 자기 비용으로 출두해야하므로 백성의 고통이 매우 컸다. 그래서 당시 죄상이 명백한 경우는 현에서 사형을 집행하는 것이 목인되었는데, 그 집행방법으로는 장형을 강력하게 집행해서 죽게

18) 이 사건의 자세한 내용과 처리과정은 『欽欽新書』 剪跋蕪詞一 「谷山府强人金大得跟捕查決狀」 참조.

19) 『牧民心書』 吏典 「束吏」.

하는 장폐(杖斃), 감옥에서 죽이는 옥폐(獄斃), 식사를 주지 않고 굶겨 죽이는 수폐(瘦斃)가 있었다는 것이다.²⁰⁾ 이 점을 고려할 때 조선에서도 청대의 지방 재판의 관행에서와 마찬가지로 군현 수령이 죄인을 장살(杖殺)하는 앞의 『흠흠신서』와 『목민심서』의 사례가 결코 드문 일은 아니었다고 볼 수 있다.

실제로 앞서 제시한 것들 외에도 이 시기 이런 사례는 관련 자료에서 몇 건 더 확인된다. 예컨대 『흠흠신서』에는 조정에 보고하지 않고 중죄인을 장살한 사례가 두 건 더 실려 있으며,²¹⁾ 서유구(徐有渠)가 전라감사 시절에 작성한 각종 공문서를 모아놓은 『완영일록(完營日錄)』에도 1834년 5월에 그가 관하 영장(營將)인 운봉현감에게 지시하여 방화 살인범을 죽을 때까지 곤장으로 때려 물고(物故)시키라고 지시하는 내용이 확인된다.²²⁾ 모두 수령이 관찰사의 지휘를 받아 장살(杖殺)시키는 방법으로 사형에 해당하는 중죄인을 즉결 처리하는 편법을 보여주고 있다.²³⁾

20) 남정원(미야자키 이치사다 해석, 차혜원 옮김), 2010 『녹주공안: 청조 지방관의 재판기록』, 이산, 55-56면.

21) 하나는 전라도 강진현의 백씨 집안 자매 必娘, 必愛 자살 사건에서 자매를 구박해 자살로 내몬 계모 羅氏를 검시관들의 입회 아래 강진현 聽潮樓 앞에서 三稜杖으로 쳐서 죽인 사건이며, 또 하나는 다산이 곡산부사로 있던 시절 武人 金履信이 9촌 숙모와 눈이 맞아 간통해 아이를 낳자 감사가 장살하라고 판결을 내렸고, 다산이 처리를 미루다가 교체된 이후 새로 임명된 부사 趙德潤이 부임 즉시 그를 장살한 사건이다. 이들 일화에 대해서는 심재우, 2018 『백성의 무게를 견뎌라: 법학자 정약용의 삶과 흠흠신서 읽기』, 산치럼, 53-54면 참조.

22) 사건의 내용은 다음과 같다. 朴同伊란 자가 强盜 및 放火 행위를 하여 무주부의 申得秋란 자가 불에 타 사망하는 사건이 발생하였다는 무주부사의 보고가 감영에 접수되었다. 이에 서유구는 범인 朴同伊가 체포되어 오면 곤장으로 때려 죽인 후 物故狀을 올리라고 左鎮營인 운봉현감에게 關文을 보낸다. 그는 흉년의 강도행위는 즉시 처벌해야 하며, 아울러 强盜衝火 행위는 주범, 종범 모두 一律로 다스린다는 법규를 장살시키는 근거로 제시하였다. 『完營日錄』 권5, 甲午 五月初一日(2002 『완영일록』, 성균관대학교 대동문화연구원 영인본 제2책 402-403면 참조).

23) 이상 앞서 인용한 것들은 모두 관찰사의 지시를 받아 수령이 죄인을 장살시키는 사례들이지만, 수령이 감영에 보고하지 않고 스스로 판단하여 장살시키는 경우도 없지 않았을 것이다. 예컨대 완관 84장본 『열녀춘향수절가』에서 남원부사 변학도는 刑吏에게 명령하여 수청을 거부하는 춘향을 매질하여 물고장을 올리라고 으름장을 놓는 장면이 나온다. 비록 소설 속 이야기이고 또 변학도가 결국에는 춘향을 장살시키지는 않았지만 고을 단

이상 수령의 직단권 행사 관련 검토 내용을 종합하면 당시 수령은 상급기관에 보고해서 처리해야 할 사안을 군현에서 자체 처리하는 사례가 적지 않았던 것으로 이해된다. 아울러 이 시기 수령은 상부에 올려 중앙에까지 보고해서 그 처분을 받아야 하는 중요 사건도 관련 피고인에게 매서운 형장(刑杖)을 가하는 방식으로 물고(物故)시켰다. 대개 이런 일이 관찰사의 목인이나 지시 하에 행해졌지만 국왕만이 유일하게 행사할 수 있었던 사형 집행 권한까지도 비공식적으로 수령이 대행하기도 했음을 의미한다.

사법기관으로서 수령의 권한과 역할에 주목하고자 할 때 앞서 본 수령 직단권의 행사 양상과 함께 또 하나 살펴볼 주제가 수령이 고을의 사법 및 행정 전반을 수행하는 과정에서 행사하던 형벌권의 문제이다. 과연 수령의 형장 집행은 어떻게 행해졌는가? 자주 언급되는 사실이지만 19세기에 많은 수령들이 규정을 무시하고 자신의 권한을 넘어서 형장을 남용했음은 다산이 『목민심서』에서 매우 신랄하게 비판하고 있는 지점이다. 우선 다산이 지적하고 있는 남형(濫刑)의 실상을 정리해보자.²⁴⁾

먼저 당시 많은 수령들이 사용할 권한이 없는 곤장(棍杖)과 신장(訊杖)을 즐겨 사용했다. 첫째, 곤장은 군무(軍務)와 관계된 자 외에는 사용할 수 없기 때문에 내지(內地)의 수령은 목사, 부사라도 곤장을 사용할 권한이 없다고 지적한 다산은 근래 습속이 흐리멍덩해져서 수령이 법을 제대로 알지 못해 가느다란 형구는 버려두고 곤장만을 사용한다고 꼬집는다. 더구나 관속들인 아전(衙前)과 군교(軍校)는 말할 것도 없고 심지어 향승(鄉丞: 좌수, 별감), 향갑(鄉甲: 면임), 외촌의 백성, 늙은이에게까지도 수령이 곤장으로 다스렸다. 둘째, 고문을 가하기 위해 수령이 신장도 스스럼없이 사용했다. 앞 장에서 본 것처럼 수령이 신장을 쓰기 위해서는 감영에 보고하여 시행해야 했지만 이는 자주 무시되었으며, 아전과 향승, 심지어 함부로 형벌을 가해서는 안 되는 향교 유생(儒生)과 묘지 소송에 참여한 사족에게까지도 자신의 비위를 건드리면 수령이 제멋대로 고문을 가

위에서 수령이 자체적으로 판단하여 죄인을 장살시키는 행위가 드물지만 관행적으로 일어났음을 보여주는 사례로 이해할 수 있다. 송성욱 옮김, 2004 『춘향전』, 민음사, 114면 참조.

24) 이하의 내용은 『牧民心書』 刑典 「慎刑」 참조.

했다.

근장, 신장 이외에도 조정에서 국옥(鞠獄) 때 쓰던 주장당문(朱杖撞問)과 같은 혹독한 고문, 그리고 특히 도적을 다스릴 때 시행한 악명 높은 난장(亂杖)·주리[周牢] 등 악형(惡刑)이 군현 수령에 의해 자행되기도 하였다. 이들 혹형, 악형의 대부분은 영조 때 금지시킨 바 있지만 이후에도 여전히 불법을 자행하는 수령이 적지 않았다. 예컨대 수령이 화가 치밀면 도적을 다스릴 때 쓰던 대표적인 악형인 주리를 수령의 예하 이에(吏隸) 및 고을 백성들에게까지 종종 가했다는 것이다. 전체적으로 다산은 『목민심서』에서 수사·재판 과정뿐 외에도 부세 수취, 아전의 단속과 징계 등 군현 행정의 전 영역에까지 수령이 자신의 군현 지배력을 관철하고 행정을 완수하기 위해 일상적으로 형장을 사용하였으며, 이 형벌권의 과잉·확대 행사 과정에서 여러 문제가 발생하기도 했던 당대 현실을 적나라하게 폭로하고 있다.²⁵⁾

물론 지금까지 언급한 『목민심서』 속 다산의 지적은 이 시기 수령의 형장 남용 실태를 일부 과장한 측면이 있다. 그렇지만 이 시기 다른 목민서에서도 수령의 행형(行刑)을 경계하는 내용이 일관되게 제시되고 있음을 볼 때 당시 수령이 자신이 갖고 있는 권한 이상으로 형벌권을 행사하는 일이 적지 않았음을 방증한다.

그런데 수령의 형벌권 행사와 관련하여 여러 목민서에서는 수령들이 혹시라도 형장 남용으로 탄핵되지 않도록 형장 사용의 노하우를 제시하기도 하였다. 그 내용은 바로 매질 횟수는 줄이는 대신 타격 강도는 강하게 하라는 조언이다. 이러한 언급은 『치군요법(治郡要法)』, 『용중록(用中錄)』, 『목강(牧綱)』, 『요람(要覽)』, 『목민고(牧民考)』 등 많은 목민서에 거의 동일한 표현으로 등장하는데,²⁶⁾ 이 중 『목강』에는 이런 방법을 쓰는 이유는 남장(濫杖), 즉 수령이 형장을 남용

25) 다산은 행정의 수행을 위한 수령의 형장 남용 사례를 『목민심서』 여러 곳에서 제시하고 있다. 이 가운데 전세 수취 및 독촉 과정에서 행사한 백성들에 대한 과도한 行刑, 그리고 아전들에 대한 嚴刑 위주의 단속 사례에 관한 내용은 각각 『목민심서』 奉公「貢納」 및 『목민심서』 吏典「束吏」 참조.

26) 『治郡要法』, 『用中錄』의 해당 내용은 『朝鮮民政資料 牧民篇』(內藤吉之助 編, 1942) 63면과 115면에 나오며, 『牧綱』, 『要覽』, 『牧民考』의 해당 내용은 『朝鮮民政資料叢書』(김선경 해제, 1987 여강출판사, 130면, 253면, 524면)에서 각각 확인이 가능하다.

했다는 혐의를 받지 않기 위한 일환이라는 사실을 숨기지 않고 있다.²⁷⁾ 아울러 『목민고』에서는 매질을 당한 자가 큰 상해를 입지 않도록 가능한 수형자(受刑者)가 식사를 한 후에 형장을 집행할 것을 장려하면서, 식후에는 매질을 당해도 크게 다치지 않을 것이라는 옛 사람의 말을 인용하기도 하였다.²⁸⁾ 요컨대 형벌은 수령의 고유 권한이면서도 동시에 언제든 과도한 형벌권 행사가 문제가 될 수 있었음을 목민서 저자들은 경험으로 잘 알고 있었던 것이다.

다음으로 수령의 살옥(殺獄) 처리 실태에 관해서도 간단히 덧붙이기로 한다. 다산은 『목민심서』 단옥(斷獄)조의 많은 지면을 할애하여 군현 내에서 발생하는 인명 사건의 수사, 재판 과정에서 야기되는 제반 폐단과 문제점을 상세히 지적하였다. 다산이 이에 관해 자세히 언급한 배경에는 앞에서 본 것처럼 살옥이 군현에서 처리하는 다른 많은 일반적인 사안과 달리 감영의 지휘를 받아 최종적으로 국왕에게 보고해야 하는 중요 사안이었기 때문이다. 그런데 다른 한편에서 살옥은 관련자 신문, 여러 차례의 검사와 합동조사, 감영으로의 보고 등 복잡한 처리 과정을 거쳐야 하는 사건이었지만 이를 처리하는 관행에 문제가 적지 않았고, 이 문제가 당시의 군현 사법행정의 난맥상을 집약적으로 보여주는 사안이라고 다산이 판단했기 때문이 아닐까 싶다.

다산이 지적하는 문제들을 정리해보자. 먼저 다산은 죽은 시신에 대한 검사와 관련해서 빚어지는 폐단을 당시 살옥 처리의 가장 큰 문제점 가운데 하나로 꼽는다. 살옥이 발생하면 초검, 복검 등 두 차례 이상의 검사를 거치게 되어 있는데, 검시 과정에서 수령을 보좌하는 아전, 군교들에 의한 가림주구가 심각했다. 또한 정범뿐만 아니라 많은 관련자들이 여러 차례 조사를 받아야 했고, 심한 경우 이들은 장기간 옥(獄)에 체류되는 고통을 겪어야 했기 때문에 살옥이 발생한 마을에 큰 부담을 주었다. 이 때문에 실제 인명 사건의 상당수는 고을 내에서 은폐되고 관아에 알려지는 것은 살옥의 10중 2, 3에 불과하다는 것이 다산의 주장이다.

27) 『牧綱』 『刑杖』(『朝鮮民政資料叢書』, 130면) “至於杖數 多而歇杖 徒得濫杖之目 實無懲治之效 量其罪之輕重 專以數小而猛杖爲常.”

28) 『牧民考』 『刑杖』(『朝鮮民政資料叢書』, 525면) “古人有已時用刑杖之言 蓋食後 則元氣充實 雖被重杖 不至重傷矣”

검시 과정의 또 하나의 문제는 관련자들의 공초를 받을 때 수령이 고문을 마음대로 가한다는 사실이다. 원래 검험(檢驗) 단계에서는 고문을 하지 않는 것이 원칙이지만 다산이 보기에 법례에 통달하지 못한 수령이 마음대로 고문을 가했다. 이 때문에 사건의 진실을 밝히지 못하고 억울한 피해자를 낳는 일이 자주 발생했으니 이를 ‘단련성옥(鍛鍊成獄)’이라고 불렀다. 형장으로 두들겨 패서 억울한 옥사를 만들어냈다는 의미이다.²⁹⁾ 한편 검시가 끝난 후에 검시를 했던 수령들이 모여서 정범의 자백을 받기 위한 공동 신문·조사를 하는 것을 ‘동추(同推)’라고 하는데, 규정상 동추는 한 달에 세 번 하도록 되어 있었다. 하지만 당시 실제 동추가 제대로 이루어지지 않아서 수령들이 한 달에 세 번 문서만 꾸며 관찰사에게 보고하고 관찰사 또한 이를 알고도 묵인하는 지경이었다. 그래서 한 달에 세 번은 고사하고 3년에 한 번도 동추가 이루어지지 않고 있었다.³⁰⁾ 결국 이와 같은 문제들로 인해 옥사 처리는 오랫동안 지체될 수밖에 없었고, 군현에서의 사건 처리 및 재판 과정에서 억울함이 해소되지 못하는 상황이 자주 발생할 수밖에 없었다는 것이 다산의 진단이다.

이상으로 지방 군현에서 행해지던 수령의 재판 운영과 형벌권 행사의 실상, 사법행정의 일단을 『목민심서』 속 사례를 중심으로 검토하였다. 다산이 활동하던 18세기 말 19세기 초반 군현 통치의 모습은 시기별, 지역별로 많은 편차가 존재했을 것이므로 단순화하여 정리하기 어려운 측면이 있다. 그럼에도 불구하고 『목민심서』에는 다산의 다양한 경험과 현실에 대한 진지한 성찰이 담겨 있어 당대 지방사회의 사법, 행정의 실제 작동 양상과 수령의 재판, 형벌권 행사의 제반 문제점을 상당 부분 반영하고 있었다고 이해해도 좋을 것이다. 이제 이와 같은 현실 인식을 바탕으로 수령의 이상적인 모습, 형정 개선책에 대한 다산의 생각이 무엇이었는지는 다음 장에서 서술하기로 한다.

29) 이상의 내용은 『목민심서』 刑典 「斷獄」 참조.

30) 同推가 문서상으로만 이루어지고 있었던 현실에 대해서는 『목민심서』 奉公 「往役」 및 『목민심서』 刑典 「斷獄」에 상세하다.

4. 정약용이 제시하는 바람직한 수령의 모습

다산은 당대의 수령 행정(刑政)에 관한 제반 문제점을 비판하였을 뿐만 아니라 이를 해소하기 위해 자신이 생각하는 대안을 『목민심서』의 여러 곳에 남겨두었다. 이들 기록을 종합해 보면 다산이 제시하는 단옥(斷獄), 행형(行刑)에서의 수령의 자세, 그리고 이상적인 수령상을 그려볼 수 있을 것이다. 이는 본 장의 과제이다.

본격적인 검토에 앞서 다산이 지방관으로 부임할 때 갖추어야 할 기본 자질로 법률지식을 꼽고 있었다는 것을 먼저 환기시킬 필요가 있다. 다산은 당시 사대부가 율서(律書)를 읽지 않아서 사부(詞賦)에만 능하고 형명(刑名)에는 어두운 것이 지금의 폐단이라고 진단한다. 이에 따라 재판에 필수적인 『대명률(大明律)』, 『속대전(續大典)』, 『세원록(洗冤錄)』 등 법전을 평소 제대로 읽지 않고는 6품에 올라 군현 수령이 되니 재판 판결이 서리(胥吏)와 기생(妓生)의 손에 놀아난다고 강한 어조로 비판하였다.³¹⁾ 이런 상황에서 중9품의 검률(檢律)을 법률 자문으로 둔 감영의 관찰사와 달리 조정에서 별도의 보좌진을 지원받지 못한 수령이 상부에 보고할 사안과 직단할 사안을 구분한다거나 사안별로 적용해야 할 법조문을 정확히 찾기는 쉽지 않았다고 짐작된다. 결국 다산은 법은 임금의 명령이라고 강조하며, 평소 책상 위에 여러 법전을 비치해 두고 내용을 숙지하여 명령의 시행이나 소송 판결에 대비하라고 조언한다.³²⁾

그는 평소 법률 공부의 중요성을 강조한 것 이외에도 수령의 재판관으로서 올바른 자세도 주문하였다. 당시 백성들 사이에는 일관성이 없는 수령의 재판 판결을 ‘익힌 노루 가죽[熟鹿皮]’과 ‘성낸 두꺼비의 씨름[怒蟾蜍]’ 같다고 비난하거나, 재물 소송에서 시비를 명확히 가리지 못하여 양측이 절반씩 잃고 물러가라는 식으로 적당히 판결을 하는 수령을 ‘반실태수(半失太守)’라 꼬집었다.³³⁾ 다산은 이런 비난을 받지 않고 명쾌한 판결을 내리기 위해서는 법전에 대한 지식은

31) 『목민심서』 刑典 「斷獄」.

32) 『목민심서』 奉公 「守法」.

33) 『목민심서』 刑典 「聽訟」上.

물론이고 재판에 입함에 성의(誠意)와 신독(愼獨), 자신의 몸가짐에 대한 규율을 강조하였다. 법전 공부만으로는 해결하기 어려운 사안들을 해결하고 민정을 잘 파악하는 것이 수령의 기본자세임을 지적한 것이다.

이와 같은 전제 하에 수령의 재판과 옥사 처리와 관련하여 다산이 생각하는 핵심 방향을 살펴보자. 먼저 이야기할 것은 다산이 법의 탄력적 적용을 통한 수령의 자율적 판단에 주안점을 둔 사실이다. 즉 다산은 법전에 실려 있는 규정을 잘 준수할 것을 강조하면서도 동시에 법조문의 무조건적 묵수는 권하지 않았다. 이에 대해서는 『목민심서』의 여러 곳에 사안별로 언급하고 있다. 예를 들어 우금(牛禁)을 어기고 사사로이 소를 도살한 경우 『속대전』에는 장(杖) 100, 도(徒) 3년의 형벌에 처하도록 하고 있다. 상부에 보고할 사안인 것이다. 그러나 다산은 감영에 보고하여 금령(禁令)을 어긴 죄로 해당 형벌을 부과하여 관례대로 속전(贖錢)을 징수할 경우 아전들이 이득을 보고 백성들의 재물만 손해난다고 보았다. 따라서 장형 100대를 태형 50대로 감해주고, 도 3년은 도살한 소의 가죽, 힘줄, 뿔을 바쳐 속죄케 하여 수령 선에서 처리하고 상사에 보고하지 말 것을 주문한다.³⁴⁾ 수령이 자신의 직단권에 구애되지 말고 필요하다면 적절히 융통성을 발휘하여 권한을 행사하라는 이야기인데, 이런 언급은 흉년에 강도(強盜)를 처리하는 문제에서도 나온다.

다산은 강도가 재물을 훔친 경우는 수종(首從) 모두 참형(斬刑)에 처한다는 『대명률』 조항을 거론하며 율관(律官)이 해당 형률을 그대로 적용하면 강도는 모두 사형에 처할 수밖에 없음을 환기시킨다. 그러면서 강도에게 이 조항을 경직되게 적용해서는 안 된다는 주장을 한다. 즉 흉년에 강도짓을 하는 자들은 다음 해에 양민(良民)이 될 수 있는 자들인데, 율문대로 죽이는 것은 너무 애석하다는 것이다. 그래서 강도는 상부에 올려 처형시킬 것이 아니라 흩어서 절도(絶島)로 유배를 보냈다가 풍년에 풀어주는 것이 해법이라고 말한다.³⁵⁾

직수아문으로서 죄인의 구속 및 감옥 관리도 수령의 사법 행정에서 중요한 임

34) 『목민심서』 刑典 「禁暴」, 『先覺』에서도 백성들이 牛禁을 어길 경우 속전을 징수하지 말고 매질로 마무리할 것을 당부하여 다산과 동일한 조언을 하고 있다. 『先覺』 「審禁令」(『朝鮮民政資料 牧民篇』, 214면).

35) 『목민심서』 賑荒 「補力」.

무의 하나였는데, 아래에서 언급하듯이 다산은 규정에 지나치게 엄매이기보다는 유연한 대처로 임기응변하는 것을 미덕으로 삼았다. 원래 살육이 발생하여 두 차례 검시를 진행하고 나면 정범(正犯)과 간범(干犯) 외에 간련(干連), 간증(看證), 삼절린(三切隣), 향갑(鄉甲), 이정(里正) 등 많은 관련자들이 군현의 옥(獄)에 갇혀 관찰사의 처분을 기다리도록 되어 있었다. 하지만 다산은 감영에 관례대로 ‘잉수(仍囚)’, 즉 옥에 수감했다고 보고하되 실제로는 범인을 뺀 간련 이하의 사람들을 모두 석방해서 귀농시켜야 한다고 주장한다.³⁶⁾ 융통성을 발휘하여 규정을 탄력적으로 적용, 처리하라는 조언인데, 이는 아래 죄수 관리 문제에서도 마찬가지이다.

즉, 다산은 유배온 사람에게 휴가를 보내주는 것이 법에는 어긋나지만 죄가 가볍고 집안이 확실한 경우를 골라 수령이 적절히 휴가를 보내 선정(善政)을 베풀라고도 했다.³⁷⁾ 또 이 시기 다른 여러 목민서의 내용을 보면 가급적 백성들은 장치(杖治)하고 바로 석방하여 옥에는 가두지 말 것을 권장하였는데,³⁸⁾ 다산 또한 옥에 수감되면 여러 고통과 가림주구가 동반되므로 외촌(外村) 백성들은 죄를 저질러도 가능한 옥에 수감하지 말라고 하여 여타 목민서의 권고와 동일한 주장을 한다.³⁹⁾

요컨대 다산은 원칙적으로 수령권 남용의 현실을 비판, 경계하면서도 동시에 재판과 사법행정 수행에서 수령의 적극적인 대처와 변통을 중시한다. 이는 군현 통치에서의 수령의 중요성과 역할론을 강조한 것으로 볼 수 있는데, 심지어 『목민심서』에서 필요하다면 수령이 법에 엄매이지 말 것을 주문한 것도⁴⁰⁾ 이런 맥락에서 이해할 수 있다.

36) 『牧民心書』 刑典 「斷獄」.

37) 『牧民心書』 刑典 「禁暴」.

38) 『用中錄』의 내용을 하나 제시하면 다음과 같다. 『用中錄』 「諸般可據」(『朝鮮民政資料 牧民篇』, 126면) “民若得罪 則杖治即釋 可也 而不得已而囚禁外 囚禁 亦多有弊矣”

39) 『牧民心書』 刑典 「恤囚」.

40) 다음에서 보듯이 다산은 경우에 따라서는 법조문에 구애되지 말라고까지 말한다. 『牧民心書』 奉公 「守法」 “一直守法 有時乎太拘 小有出入 乃可以利民者 古人亦或有達權 要之 此心出於天理之公 則法不必膠守也 此心出於人慾之私 則法不可微犯也 犯法抵罪之日 仰不愧 俯不忤 則其犯必利民便民之事 若是者 容有出入焉”

이제 다음으로 검토할 사항은 군현 행정 수행에 필수적 물리력인 수령의 형장 사용에 관한 다산의 원칙이다. 다산은 수령이 자체 시행할 수 있는 형벌은 법적으로 태형 50대로 제한되어 있음을 명확히 인식하고 형장 사용을 신중히 하라는 기본 입장을 견지한다.⁴¹⁾ 다산의 이와 같은 생각은 사안별 형벌 시행의 지침으로 제시한 다음 <표 1>에서 어떤 경우라도 태10에서 태50의 범위를 넘지 않도록 한 것을 보면 분명히 알 수 있다.

<표 1> 사안별 형벌 시행 지침⁴²⁾

유형	민사(民事)	공사(公事)	관사(官事)	사사(私事)
완형(緩刑)	笞30	笞20	笞10	없음
준형(峻刑)	笞50/小棍7	笞30/訊杖10	笞20/笞杖15	없음

앞 장에서도 언급했듯이 <표 1>에서 다산이 분류한 민사(民事)는 부세, 재판 등 백성들에 직결되는 사안, 공사(公事)는 수세, 상납 등 관련 사안, 관사(官事)는 관부의 각종 사무 관련 사안, 사사(私事)는 수령 가족에 관한 사안을 말한다. 다산은 사안의 중대성을 민사, 공사, 관사, 사사 순으로 파악한 가운데 형장을 시행해서는 안 되는 사사를 제외한 나머지 사안에 각각 두 개의 형량을 제시했다. 즉, 형벌을 너그럽게 하여 법을 따르도록 하려는 의도라면 완형(緩刑)으로 하고, 형벌을 엄하게 하여 위엄을 세우고자 한다면 준형(峻刑)으로 하라는 것이다. 다만 표에서 보듯이 준형(峻刑)으로 할 때는 필요한 경우 형구를 태(笞) 대신에 소곤(小棍), 신장(訊杖), 태장(笞杖)⁴³⁾으로 바꿔 사용할 수 있는 여지도 두었다.

41) 『牧民心書』 刑典 「慎刑」 “守令所用之刑 不過笞五十自斷 自此以往 皆濫刑也”

42) 『牧民心書』 刑典 「慎刑」.

43) 예컨대 민사의 경우 峻刑으로 다스릴 때 태형 50대가 가능하지만, 이 태형 대신에 小棍 7대를 시행할 수도 있다는 얘기다. 한편 여기서 다산이 말하는 ‘笞杖’은 장형에 쓰는 형구 ‘杖’을 의미한다. 이는 杖이笞보다 크기가 조금 클 뿐 큰 차이가 없다고 생각했기 때문이다. 참고로 『목민심서』에서 다산은笞와笞杖은 모두笞刑으로 부르고, 訊杖을杖刑으로 불렀음에 주의할 필요가 있다. 『牧民心書』 刑典 「慎刑」 참조.

위와 같은 기본 입장에도 불구하고 다산은 수령의 자체 직단 범위를 다소 벗어나더라도 엄히 형장을 가하거나 적극적으로 대처해 법의 엄정함을 보여야 할 사안도 있다는 지적을 빠뜨리지 않았다. 법의 탄력적 적용이 불가피하듯이 형장 사용 또한 어느 정도 수령의 판단 하에 타격 횟수와 강약 등을 조정해야 한다는 인식인 것이다.

예를 들어 백성들에게 큰 폐해가 되는 존재를 대할 때 특히 형장 집행을 혹독하게 하라는 것인데, 그 중 하나의 예로 든 것이 장터나 거리에서 술주정하며 사람들에게 행패를 부리는 자들이다. 다산은 장터에서 주정을 하며 상인들의 재물을 약탈하며 온갖 행패를 부리는 자들을 잡아서 대곤(大棍)으로 살점이 떨어져 나가도록 치고 큰 칼을 채워 혼내주고, 마찬가지로 장날에 대촌(大村)에서 술주정하며 양반을 능멸하는 자는 별도로 만든 큰 장[大杖]을 써서 60대를 때리라고 말한다. 엄히 징계하여 다시는 그런 짓을 못하게 하라는 뜻이다.⁴⁴⁾ 특히 백성에게 큰 해독이 되는 비리 아전들에 대해서는 더욱 철저한 처리를 강조한다. 그래서 조정 재상과 결탁하거나 백성들을 수탈하는 등 문제가 심한 자는 죽여야 근원이 해결된다고 인식하여 감사와 비밀리에 의논하라고 말한다. 이는 감사의 지시를 받아 수령이 장살(杖殺)하는 모양새를 엄두에 둔 언급으로 보이는데, 다산은 이런 편법은 당시 법규상 수령이 사람을 죽일 권한이 없기 때문이라고 지적한다.⁴⁵⁾

마지막으로 덧붙일 것은 군현 관청내의 여러 조직에 속한 관속(官屬)들의 형장 사용 권한에 관한 것이다. 다산은 고을 행정과 재판에서 수령을 보좌하는 아전을 비롯한 군현내 여러 기구 직임들의 역할이 결코 가볍지 않다고 인식한다. 하지만 당시 이들의 법과 기강 해이가 심각하여 형벌의 남용 등 제반 문제가 심각하다고 판단하였고, 이에 따라 각 기구 직임들의 형벌권과 대상을 명확히 제시할 필요가 있다고 느꼈다. 다음 <표 2>는 다산이 정한 이와 관련한 지침이다.

44) 『牧民心書』 刑典 「禁暴」.

45) 『牧民心書』 吏典 「束吏」.

〈표 2〉 수령 보좌 조직들의 형벌권과 대상⁴⁶⁾

유형	향청(鄉廳)	이청(吏廳)	군관(軍官) · 장관(將官)
형벌 상한(대상)	笞 10대(邑民)	笞 10대(官屬)	棍 3대(卒徒)
금지 대상	外村民	凡民	凡民

〈표 2〉에서 보듯이 다산은 향청(鄉廳)의 좌수·별감과 이청의 아전들이 행사할 수 있는 형벌은 수령의 5분의 1에 불과한 태10으로 제한했다. 그것도 향청에서는 읍내 백성이 아닌 외촌 백성들에게는 형장을 행사할 수 없도록 하고, 이청(吏廳)에서는 관아 소속 관속을 제외한 일반 백성들에게는 형벌을 행사할 수 없도록 했다. 또 군관(軍官), 장관(將官)의 경우 소속 군졸들에게 곤장 3대까지 집행할 수 있도록 하되 이청에서와 마찬가지로 일반 백성에게는 형장을 가하지 못하게 했다. 전체적으로 관속들의 형장 사용의 상한을 명시하고, 특히 일반 백성들에게 형장을 가하는 행위를 금지함으로써 이들의 권한 남용을 적극 제한하려고 한 것이다.

이상으로 다산이 생각하는 재판관으로서 바람직한 수령상과 재판, 형벌권 행사의 핵심을 개관하였다. 지금까지의 검토를 통해서 법규의 엄격한 준수를 기본으로 삼으면서도 수령이 재판과 형벌 집행에서 필요한 경우 사법기관으로서 수령이 가진 권한을 적극적으로 행사할 것을 역설하고 있었다고 요약할 수 있다.

5. 맺음말

지금까지 다산의 『목민심서』를 주요 텍스트로 하고 조선후기 만들어진 여타 목민서를 일부 활용해서 지방 고을 수령의 사법기관으로서 지위와 역할, 행정을 수행하는 데 동반되는 형벌권의 행사 양상을 개괄적으로 검토해보았다. 구체적

46) 〈표 2〉는 『목민심서』에서 인용한 『象山錄』의 내용을 정리한 것이다. 『상산록』은 다산이 곡산부사 시절에 썼던 것으로 추정되는데 현재 전하지는 않는다. 『牧民心書』 吏典 『用人』 참조.

으로는 재판과 형벌 관련 수령의 지위와 권한, 당시 수령의 사법행정의 관행, 단옥(斷獄)과 행형(行刑)에서 다산이 제시하는 이상적인 수령의 모습 등 세 부분으로 나눠 살펴보았는데, 이는 수령의 재판과 형벌 관련한 규정과 현실, 관행과 이상을 종합적으로 확인해보자는 의도였다.

본문의 검토를 통해 확인할 수 있는 사실 가운데 중요한 것을 제시하면, 먼저 군현 수령은 사송아문(司訟衙門)이면서 직수아문(直守衙門)의 역할도 함께 수행하는 중요한 사법기관이었지만 법에 정한 직단권은 태50으로 제한되어 있었던 점이다. 이는 중국 주현 장관이 장100의 직단권을 가진 것에 비해 절반에 불과하다. 그렇지만 수령은 군현내의 사건, 소송들을 일차적으로 접수, 처리해야 했고 행정 수행을 위한 물리력인 형장을 행사할 수 있으므로 조선왕조에서 수령의 지위와 역할이 결코 가볍지 않았음을 보여준다.

그런데 군현 재판에서 수령이 자체 처리할 사안과 상부에 보고해서 처리할 사안을 명확히 나누기 어려웠던 것이 현실이었다. 따라서 많은 경우 수령이 자신의 직단 범위를 벗어나는 중요 사안까지도 군현재판에서 처리하는 경우가 발생할 수밖에 없었다. 사형에 해당하는 중죄인의 경우 국왕의 최종 판단을 받아야 한다는 규정에도 불구하고 관찰사의 지휘를 받아 군현 수령이 장살(杖殺)하여 지방 단위에서 사건을 마무리하기도 했는데, 이는 수령의 재판 관행의 일단을 극명하게 보여주는 사례였다. 또 수령들이 형장을 남용하는 일이 많았고 중앙에 보고해야 하는 핵심 안건인 살육 처리 과정에서도 적지 않은 문제점이 드러났다는 것이 『목민심서』 속 다산의 관찰이다.

다산은 『목민심서』에서 당시 수령들의 모습을 분석한 결과를 상세하게 정리하여 수령 재판의 관행과 문제점을 제시했을 뿐만 아니라 자신이 생각하는 이상적인 수령의 자세도 여러 군데에 언급한 바 있다. 이 부분을 정리한 결과가 다음과 같다. 다산은 기본적으로 수령의 기본 자세로 법률 지식의 습득을 강조하였고, 법을 준수하여 형장의 남용 등 수령권의 과도한 행사를 철저히 경계하는 입장이었다. 그러면서도 동시에 법을 탄력적으로 적용하여 형장 사용의 강약을 조절하는 등 필요한 경우 직단 범위를 벗어나는 사안에서도 수령권의 과감한 행사를 주문하였다. 단순한 규정의 묵수가 아닌 수령의 자율적 권한 행사를 강조

하고 있었다고 볼 수 있는 지점이다.

본고는 수령의 사법행정에 관한 규정과 현실을 전반적으로 살펴보고자 구상했으나, 다루고자 하는 내용이 넓다보니 그 의도가 충분히 달성되었는지는 미지수이다. 무엇보다도 지방관의 실제 업무수행 문서나 재판 기록이 아닌 『목민심서』를 분석 대상으로 함으로써 다산의 경험담 이외의 다양한 사례, 실상을 폭넓게 정리하기에는 한계가 없지 않았다. 또한 주로 형사재판 관련 문제를 다루었기 때문에 수령의 청송(聽訟) 처리에 관해서는 제대로 다루지 못한 것도 아쉽다. 이런 문제점을 극복하기 위해서는 향후 목민서 외의 다른 보첩(報牒), 계록(啓錄) 등 지방관의 공문서 자료에 나오는 여러 사례를 추가로 검토할 필요가 있다. 아울러 중국 청대 사회의 제도, 관행과도 세밀한 비교 분석을 수행하여 조선 왕조 수령재판의 성격을 살펴보는 작업도 중요하다. 이는 후일의 과제로 돌리고자 한다.

주제어 : 수령(守令), 『목민심서(牧民心書)』, 직단권(直斷權), 사송아문(詞訟衙門), 직수아문(直囚衙門), 사법기관(司法機關), 목민서(牧民書), 형벌(刑罰)

투고일(2020. 7. 1), 심사시작일(2020. 7. 10), 심사완료일(2020. 8. 3)

〈Abstract〉

Local Prefects' Legal Authorities in the Joseon Dynasty's Latter
Half Period, and How They Wielded
Their Power in Executing Punishments
– Examination of Dasan's *Mokmin Shimseo* –

Sim, Jae-woo *

Examined in this article is Dasan's *Mokmin Shimseo*, as well as other "Mokminseo"-type texts published in the Joseon dynasty's latter half, in order to understand the local prefects' role and status as a judicial authority, and how they exacted their such authorities to issue administrative punishments. In particular, their jurisdiction over legal trials and ruling penalties, their conventional role in judicial administration, and the ideal model of a local prefect in terms of incarcerations[斷獄] and punishments[行刑] suggested by Dasan, are the focus of this article. Meanwhile, another goal of this effort is to also determine the gaps between ideals and reality, and between regulations and conventions.

Prefects("Su'ryeong") in local Gun and Hyeon units of Joseon were judicial bodies on their own, serving at the same time as both a Lawsuit Authority(Sasong Amun, 詞訟衙門) and a Penitentiary Office(Jiksu Amun, 直囚衙門). Although the maximum extent of a punishment they could decide on their own(Jikdan-gweon, 直斷權) was limited to mere 50 rounds of flogging(笞刑), they had to actually oversee all the cases and lawsuits taking place in their respective areas, and were allowed to execute physical punishments and penalties on a regular basis to ensure administrative stability in the region. Their role was quite large, and their status in the legal system was never low.

In *Mokmin Shimseo*, Dasan meticulously documented the performances of local prefects he had observed over the years. He not only picked out certain conventions and

* Professor, Faculty of Humanities, The Graduate School of Korean Studies, The Academy of Korean Studies.

problems from the prefects-overseen local trials, but also tried to present a model of a local prefect he considered to be ideal. Dasan believed that local prefects bore the obligation to be well versed in legal knowledge, and that they should strictly adhere to the law and refrain from abusing their power. Yet at the same time, he also believed that local prefects should enjoy a flexible range of authority which would allow them to apply appropriate amount of punishments to various cases, and should not hesitate to do so even in areas that may be slightly outside the boundary of their authorities. In other words, he did not want the local prefects to passively follow the law, but think independently.

Key Words : Prefect(Su'ryeong, 守令), Mokmin Shimseo(牧民心書), Authority to Issue Punishment(直斷權), Lawsuit Authorities(Sasong Amun, 詞訟衙門), Penitentiary Office(Jiksu Amun, 直囚衙門), Judicial Authority(司法機關), Guidebooks for Caring for the Public("Mokminseo, 牧民書"), Penalty(刑罰)