
서 평

www.kci.go.kr

갑오·대한제국기 사법개혁에 대한 실증적 재해석

[서평] 이승일(2021), 『근대 한국의 법, 재판 그리고 정의』,
경인문화사, 428쪽.

심재우*

1. 근대 법제개혁 연구와 본서의 의의

1894년 갑오개혁에서부터 1910년 한일병합에 이르기까지는 약 20년이 채 되지 않지만, 한국의 근대화 추진과 그 좌절 과정을 집약적으로 살펴볼 수 있는 중요한 시기이다. 이 시기 개화파 관료들에 의한 사회, 법률 등 제반 근대적 개혁 조치가 추진되었으며 독립협회를 비롯한 지식인들의 정치 개혁 운동도 활발하게 이루어졌다. 그렇지만 자주적 근대화 개혁은 결국 실패로 돌아가고 한국이 일제 식민지로 편입되는 운명을 맞이했음은 주지의 사실이다. 우리가 이 시기에 주목하는 이유는 한국 중세사회의 해체, 식민지적 근대로의 편입 과정을 집중적으로 살필 수 있기 때문이다.

당시 정부에서 추진한 근대적 개혁은 여러 부문에서 진행되었는데,

* 한국학중앙연구원 인문학부 교수

그 가운데 민, 형사 재판제도를 비롯한 사법개혁 또한 시급히 이루어야 할 중요한 과제였다. 조선왕조의 기존 재판제도는 사법권이 행정기관으로부터 명확히 분리되어 있지도 않았으며, 신분에 따라 범죄의 경중에 차이가 있었고 판결의 확정 또한 불분명하였다. 변화된 사회에 조응하여 백성들의 인권을 보호하고, 아울러 재산권과 생명권을 제대로 지켜주기에는 여러 가지 한계가 있는 낡은 제도였다. 이승일 교수의 본서 『근대 한국의 법, 재판 그리고 정의』는 갑오개혁, 대한제국기 사법제도 개혁의 과정에서 당시 소송제도가 어떻게 변화하였고, 법과 소송에 대한 사회적 인식은 어떻게 달라졌는가를 분석한 연구이다. 뒤에 좀 더 상세히 언급하겠지만 이 시기 재판운영의 실태와 사법개혁의 전개 양상을 새로운 자료, 저자의 독특한 시각과 관점을 동원하여 생생하게 재구성했다는 점에서 큰 성과를 거두었다고 평가한다.

물론 본서에 앞서 한국 근대 사법개혁에 주목한 연구 성과가 전혀 없었던 것은 아니다. 본서의 연구사적 위치를 확인하기 위해 이 시기 사법개혁에 대한 선행 연구를 먼저 간략히 살펴볼 필요가 있다. 조선 후기, 근대사의 흐름을 이해하기 위해서 법과 재판은 필수적으로 검토해야 할 중요 주제임에도 불구하고 이 주제는 한동안 연구자들의 관심을 끌지 못했다. 그러다가 한국 근대 재판제도와 사법개혁의 역사는 2000년대 들어 본격적으로 단행본으로 출간되었는데, 그 대표적인 성과로는 아무래도 도면희의 연구를 꼽을 수 있을 것 같다.¹⁾ 그는 이 시기 급격한 정치변동과 근대적 형사재판개혁이 추진되는 과정을 갑오개혁기, 대한제국 수립 이후, 을사조약 이후와 같이 시기 순으로 살펴보면서 갑오개혁기 수립된 근대적 형사재판제도의 내용, 그리고 그것이 이후 어떻게 굴절, 좌절되었는지를 해명하였다.

도면희의 연구는 격동기인 1894년부터 1910년까지에 걸친 근대화

1) 도면희(2014), 『한국 근대 형사재판제도사』, 푸른역사.

의 매 시기별로 추진된 여러 입법의 내용을 정리하였을 뿐만 아니라, 일본의 한국 병합 이후의 재판제도의 변화상까지 살펴보고 있다. 아울러 조선후기 형사재판제도의 특징을 상세히 정리하여 갑오 이후의 재판제도 개혁이 갖는 성격을 분명히 하는 등 재판제도의 변화상을 일목요연하게 정리했다는 점에서 의의가 있다. 또한 규장각에 소장된 『법부기안』(法部起案)을 비롯한 법부(法部) 자료를 본격적으로 활용한 것도 주목되는데, 이를 통해 재판의 실상을 좀 더 구체적으로 제시하고 있다. 그는 근대적 제도가 갑오개혁 이후 도입되었지만 실제 운영 상황은 식민지화 이전까지 재판제도가 조선후기와 다를 바 없는 민중수탈의 도구였으며, 대한제국기 전제군주제 수립으로 인한 형사재판제도의 보수화로 인해 사법개혁이 실패했다고 결론을 맺고 있다.

역사학자인 도면희와 달리 문준영은 법학자의 시각에서 한국 근현대 사법제도 개혁의 장기 역사를 살펴보았다. 이 과정에서 그는 갑오개혁기의 재판소구성법, 대한제국기의 사법제도와 『형법대전』(刑法大全)의 제정에 대해 분석하였다.²⁾ 그는 ‘서구화 = 근대화’라는 기준에서 볼 때 갑오개혁기에 도입된 신식 재판제도가 이후 정착되지 못하고 후퇴했다고 파악하여 큰 틀에서 도면희와 동일한 시각을 견지하였다. 즉 그는 대한제국기 사법제도는 구래의 전통적 제도를 근본적으로 혁신하지도 만연한 폐해를 제거하지도 못했고, 영사재판권 폐지를 위한 조건도 창출하지 못했다고 진단한다.

이상 두 연구자는 공히 한국 근대 사법개혁의 역사와 그 실패에 이르는 과정을 상세히 분석하고 있다. 다만 앞의 두 연구는 형사재판에 초점이 두어져 있어서 여기서 다루고자 하는 이승일 교수의 본서가 특히 민사소송, 민사재판제도에 주목한 것과는 차이가 있다. 그런 점에서 본서와 직접 관련이 있는 연구는 손경찬의 박사학위논문이라 생

2) 문준영(2010), 『법원과 검찰의 탄생 : 사법의 역사로 읽는 대한민국』, 역사비평사.

각한다.³⁾

법학자 손경찬은 앞의 두 연구자와 마찬가지로 1894년부터 한일병합까지를 대상으로 하여 민사소송 관련 법제도의 역사적 변천 과정을 추적하고, 새로 마련된 민사소송 법제가 실제 어떻게 운영되었는지를 살펴보았다. 그는 이 시기 민사소송제도를 도입기(1895~1904.12), 발전기(1905~1907.6), 정착기(1907.7~1909)로 나누어 각 시기별로 새로 제정된 법규의 내용을 소개함으로써 재판소, 판사, 변호사 등 신식 법제도의 도입과 발전 과정을 잘 정리하고 있다. 자료로는 법원도서관에서 간행한 『구한말 민사판결집』을 본격적으로 활용한 것도 특징이다.

이상에서 보았듯이 한국 근대 법제사, 사법개혁에 관한 기존 연구는 최근 들어 관련 연구가 본격화되고 있다. 그렇지만 선행 연구는 형사 재판에 초점을 두었기 때문에 민사재판 관련 부분은 상대적으로 소홀했던 것이 사실이다. 특히 주로 제도사 분석에 머물러 있어 재판의 실태를 풍부한 사례를 통해 재구성하는 작업은 여전히 부족한 실정이다. 이런 상황에서 민사소송, 민사재판을 중심으로 한 근대 사법개혁의 역사를 실증적으로 검토, 재해석하려는 본서의 시도는 그 자체로 의미 있는 작업이 아닐 수 없다. 이하에서는 저자의 본서 내용과 성과를 하나씩 짚어보기로 한다.

2. 본서의 내용과 주요 성과

저자는 서문에서 본서의 집필 방향과 문제의식을 독자들에게 친절하게 제시하였는데, 본서의 연구대상 시기인 19세기 후반 사회를 저자는 사회적 재화와 공적 의무를 배분하는 조선왕조의 정의의 원칙이

3) 손경찬(2015), 「개화기 민사소송제도에 관한 연구」, 서울대학교 법학 박사학위논문.

해체되고, 새로운 배분의 원칙이 아직 수립되지 않은, 그렇기 때문에 그 원칙의 수립을 둘러싸고 국가와 인민들 사이에 치열하게 벌인 정치투쟁의 시대로 규정한다(5쪽). 갑오·대한제국기가 근대개혁의 중대한 시기임을 강조한 것인데, 신분제 하에서 지배층들이 인민들에게 일방적으로 강요한 구래의 조선왕조의 불공정한 재판의 틀을 해체하고 새로운 시대에 부응하여 공정과 정의에 입각한 재판의 틀을 확립해야 하는 시기였다는 것이다. 저자의 언급처럼 일본과 서양 제국주의 세력에 의해 국권 피탈의 위기 상황에서 자주적 근대화를 위해 사법개혁은 불가피하였다.

저자의 문제의식에 이어서 본서의 구성을 살펴보자. 갑오·대한제국기 법과 재판의 실태, 사법개혁론을 다룬 본서의 주요 목차는 다음과 같다.

서론

제1부 국가, 어떻게 개혁할 것인가

제1장 조선왕조의 민사소송 제도

제1절 조선왕조의 소송제도

제2절 민사소송의 절차와 특징

제2장 갑오개혁기 민사소송 제도

제1절 신식 소송제도의 도입

제2절 신식 민사소송제도와 특징

제3장 황제권력의 강화와 사법의 보수화

제1절 법부 주도 사법개혁의 방향과 성격

제2절 신식 소송제도와 전통 관행의 혼효

제4장 갑오·대한제국기 재판의 실태

제1절 인민들의 법·재판 인식

제2절 사법권 남용의 부작용

제2부 인민, 대한제국의 정의를 묻다

제5장 자유주의 개혁가들의 사법개혁론

제1절 자유주의 개혁가들의 법 사상

제2절 법·권리를 위한 투쟁

제6장 입헌주의 개혁가의 사법개혁론

제1절 입헌주의 개혁 운동과 입헌 개혁(안)의 입안

제2절 전제정치 비판과 입헌국가론

제7장 재판소 개혁의 실패와 식민지 사법으로의 전략

제1절 전제정치와 부정의(injustice)

제2절 일제의 사법권 장악과 식민지 사법 체제

결론

목차에서 보듯이 본서는 크게 두 부분으로 구성되어 있는데, 1부는 민사소송제도의 변화와 재판의 실태를, 2부는 개혁가들에 의한 사법개혁론의 내용과 개혁의 좌절을 조망하였다.

먼저 1장에서는 조선왕조의 전통적인 소송관과 민사소송 절차를 서술하고 있다. 당시 민사 분쟁은 바람직하지 않은 것으로 여겨서 가능한 당사자 간의 타협과 화해, 향촌의 자치적인 공론을 토대로 해결하는 것이 권장되었음을 밝혔다. 아울러 민사소송의 절차와 특징을 정리하였는데, 그 과정에서 저자는 조선시대 소송의 큰 특징으로 소송이 종결되지 않는 것에 주목하였고, 그 이유는 강제집행제도의 미비로 꼽는 등(67~68쪽), 조선왕조 소송제도의 특징에 대한 저자 나름의 시각을 제시하고 있다.

2장에서는 갑오개혁기에 도입된 신식 소송제도의 내용을 정리하고 있다. 이 시기 새롭게 제정된 「재판소구성법」, 「민형소송규정」, 「집행처분규칙」, 「정리규칙」, 「재판소처무규정통칙」 등의 법규가 주요 분석대상인데, 이와 같은 새로운 민사소송제도의 도입으로代人(代人)제도가 공인되고, 판결의 확정과 심급(審級) 제도, 강제집행제도가 도입되었고 소송의 자유도 신장되었다고 설명한다.

3장에서는 앞서 갑오개혁기의 사법개혁이 아관파천 이후 후퇴하는 양상을 서술하였다. 즉 국왕권이 회복되면서 기존에 마련한 갑오개혁기 소송체계 및 개혁 방향이 흔들리게 되었다는 것인데, 구체적인 내용으로 국왕과 법부대신의 사법권 법제화, 법부의 재판 개입과 최고 재판기관화, 독립 재판소의 폐지, 전임 사법관 임용제도의 형해화를 꼽았다. 특히 저자는 이 시기 사법개혁이 방향을 잡지 못하고 우왕좌왕한 이유를 최고 권력자가 사법권 독립에 대한 의지가 약했고, 사법기관이 인권보호기관이 되어야 한다는 점을 깨닫지 못했기 때문이라 주장한다(154쪽). 당시 사법개혁의 후퇴의 원인에 고종과 측근 고위관료들의 무능이 있다는 진단이다.

4장에서는 갑오·대한제국기 재판의 실태를 다루었는데, 인민들의 법, 재판 인식과 함께 뇌물과 청탁, 고문의 남용 등으로 인한 재판의 문제점을 신문, 외국인 견문기 등을 동원하여 매우 신랄하게 묘사, 서술하였다.

다음으로 5~6장은 한말 지식인들의 사법개혁론을 정리한 부분이다. 저자는 본서에서 1890년대 제한적 군주정을 목표로 한 지식인들은 자유주의 개혁가로 명명하고, 1905년 이후 입헌주의 운동을 전개한 지식인들의 경우 입헌주의 개혁가로 구분하여 설명하였다. 관련 인물들과 조직, 그리고 이들이 제안한 개혁론의 내용을 여러 신문, 일기, 회보 등을 활용하여 상세히 소개하였다.

마지막 7장은 최종적으로 이 시기 재판소 개혁이 실패하고 사법권이 일제에 넘어가는 과정을 다뤘다. 특히 1905년부터 일제의 사법권 장악이 본격화되었는데, 일본인 법무보좌관의 재판소 배치를 통한 사법 통제에서부터 한국 재판소에 일본인 사법관을 직접 파견하는 조치에 이르기까지의 흐름을 정리하여 일본 정부의 한국 사법권 장악 과정을 다뤘다.

이상 2부 7장에 걸쳐 저자는 한국 근대 사법개혁의 과정과 좌절 양

상을 잘 제시하고 있다. 우리는 본서를 통해 조선왕조의 전통적 법과 재판이 정의의 관점에서 어떤 문제점이 있었는가, 갑오개혁기 도입된 새로운 법규는 소송의 절차와 성격을 어떻게 바꾸었는가, 사법개혁이 대한제국기에 후퇴하게 된 배경은 무엇인가, 독립협회 등 한말 지식인들의 개혁론의 내용은 무엇인가에 대한 저자의 명쾌한 설명을 들을 수 있다.

덧붙여서 평자 입장에서 특히 본서의 주목할 성과를 꼽는다면 대략 다음 몇 가지를 들 수 있을 것 같다. 먼저 조선왕조 소송의 특징을 신식 소송절차와의 비교 속에서 조망하고 그 한계를 지적하고 있는 점이다. 즉 저자에 따르면 조선왕조 민사재판의 문제점으로 판결의 확정력이 결여되었고, 이는 판결을 강제할 강제집행제도가 마련되지 않은 것에서 확인할 수 있다는 주장이다. 선행 연구가 조선왕조의 소송과 신식 소송절차와의 비교, 법과 실제 관행과의 차이에 대해 주목하지 못한 상황에서 강제집행제도에 착목한 저자의 주장은 참신하다.

이와 관련하여 좀 더 구체적으로 저자의 주장을 따라가 보자.⁴⁾ 저자는 전통시대 소송의 경우 판결 이후 승소자의 권리 구제에 필요한 강제집행제도가 제대로 마련되어 있지 않은 상황에서 그나마 판결의 결과를 효과적으로 강제해줄 수 있는 장치로 관에서 공증한 ‘다짐’(拷音) 문서에 주목한다. 다짐은 일종의 이행각서인데, 이것이 1895년 재판소 구성법 도입을 거쳐 특히 1908년 강제집행제도가 법적으로 확립되면서 더 이상 필요없게 되면서 소송 현장에서 퇴장하였다고 설명한다. 즉 채권자의 권리 구제가 제도적으로 실현될 수 있었는지 여부를 가지고 전통시기와 근대 민사재판의 차이를 명확히 하고 있다.

그간 조선시대 재판에 관해서는 개별 낱장 고문서의 사례 분석이 적지 않게 시도된 바 있지만 재판의 성격을 어떻게 볼 것인가에 대한

4) 이에 대해서는 본서, pp. 117-122 및 이승일(2017), 「근대 이행기 소송을 통해본 민사재판의 성격 — 拷音의 소송상의 의미를 중심으로 —」, 『고문서연구』 51.

본격적인 논의가 제기되지 못한 연구사의 현실을 고려할 때 저자의 이와 같은 분석은 향후 조선시대 민사재판의 성격을 둘러싼 본질적인 논쟁을 자극할 수 있는 중요한 지적이라 생각한다.

다음으로 저자도 지적하듯이 지금까지는 근대 법제개혁 연구가 갖는 불가피한 한계인 제도사 정리에 주력함으로써 당시 사법 활동의 주체인 인간에 대한 분석이 소홀했다고 볼 수 있다(35쪽). 그런 점에서 본서의 또 다른 미덕은 법과 재판에 대한 소송 당사자들의 의식 변화에 대한 적극적인 분석이 시도되고 있다는 점이다.

저자는 조선왕조에서 소송은 가급적 일어나지 말아야 하는 바람직하지 않은 것이라는 소송관(訴訟觀)과 그럼에도 불구하고 소송을 통해 실현하고자 하는 인민들의 권리의식에 주목하였다. 뿐만 아니라 갑오·대한제국기 인민들의 법과 재판에 대한 인식을 세밀하게 추적하여 당시 재판의 실태를 드러내는 작업을 수행하였다. 또한 한말 정치개혁 운동을 전개한 여러 개혁가들의 개혁론을 하나하나 추적하여 이들의 정치의식과 사상을 소상히 밝혀 독자들의 이해를 돕고 있다.

한편 당시 재판소에서 진행되었던 재판 사례를 풍부하게 제시함으로써 이 시기 여러 재판의 구체적인 실태와 상황을 정리한 것도 본서의 또 다른 장점이다. 예컨대 3장에서 저자는 아관파천 이후 황제권력이 강화되면서 법부가 재판소 판결에 개입하여 재판소의 독립성이 침해되는 상황을 보여주는 두 개의 사례를 제시하고 있다(161쪽). 하나는 1897년부터 1907년까지 형조판서, 평리원 재판장까지 지낸 유력자 이윤용과 평안남도 강서군 농민들 사이의 토지 분쟁 소송이 평리원에서 농민들의 승소 판결이 내려졌음에도 불구하고 결국 법부의 간섭으로 판결을 뒤집은 사건이다. 다른 하나는 1901년 원고 이만동과 피고 여남식의 위답(位畓) 및 비용 청구 소송에서 법부의 지시가 결국 평리원 판결에 반영된 사건이다. 두 사건 모두 소송의 전개와 결론에 이르기까지 과정이 잘 정리되어 있어 흥미롭다.

3. 앞으로의 과제

지금까지 본서의 내용을 소개하고 저자의 문제의식과 본서가 이룬 성과를 개괄적으로 살펴보았다. 이제 끝으로 본서의 서술과 관련한 의문점과 토론 거리, 나아가 향후 이 시기 사법개혁 연구와 관련한 과제에 대해 언급할 차례이다. 다만 아래 내용은 평자가 본서를 읽으면서 느낀 몇 가지 단상 정도에 불과하다는 점을 미리 밝히며 양해를 구한다.

첫째, 본서의 핵심 논의 가운데 하나인 갑오·대한제국기 사법개혁 실패의 원인을 어떻게 볼 것인가 하는 점이다. 선행 연구는 물론이고, 저자의 치밀한 분석을 통해서 이 시기 신식 법규의 도입, 재판소 설치 등을 통해 추진했던 사법개혁은 결국 실패로 귀결되었다. 그렇다면 그 이유를 어디서 찾을 것인가? 저자는 이를 국왕 고종과 법부대신에 임명된 측근 고위관료 때문이라고 주장한다. 즉 당시 사법개혁 성공의 키(Key)를 쥐고 있던 고종과 법부대신들의 보수적 태도와 부패한 정치문화는 공정한 사회로 나아가자는 인민들의 요구를 무시했고, 이것이 사법개혁과 정치개혁의 실패를 가져왔다고 본다. 충분히 수긍할만한 분석이지만, 이 문제는 좀 더 정밀하게 검토될 필요가 있다.

위의 문제와 관련하여 당시 갑오개혁기 개혁을 주도한 관리들과 아관파천 이후 개혁을 반대한 보수·기득권 관리들의 지형, 각각의 입장에 대한 분석이 좀 더 이루어질 필요가 있다. 당시 사법의 보수화를 가져온 국왕 측근 법부대신들의 사상과 개혁을 바라보는 입장을 보다 선명히 할 필요가 있기 때문이다. 아울러 갑오개혁의 성취를 보는 시각이다. 갑오개혁기의 개혁이 불과 1~2년 만에 후퇴했다고 한다면, 일본에 의해 수동적으로 시행된 것에 그 원인이 있었을 가능성은 없는가?

둘째, 저자의 주된 관심인 다수 인민들의 법과 재판에 대한 인식을 객관적으로 논증하기 위해서는 현재까지 수집된 자료 외에도 보완할 자료를 추가로 확보할 필요가 있다. 저자는 본서의 목표를 “인민들이

추구하였던 법, 재판, 정의가 무엇이었는가를 분석하는 것”이라고 밝혔지만, 신문이나 개혁가들의 논설은 소수의 지식인 그룹의 사고와 세계관이 주로 다뤄지고 있었으므로 다수 인민들의 생각과 괴리가 존재했을 것이다.

또한 저자는 갑오개혁기에 새로 도입된 제도는 소송을 바라보는 인민들의 관점을 변화시켰다고 본다. 즉 소송에 대한 부정적 인식에서 개인의 정당한 이익을 회복시켜주는 권리구제 절차로 재인식되었다는 것이다. 그러나 변화는 갑자기 찾아오기보다는 점진적이었을 것으로 볼 필요가 있는데, 실제로 개혁 초기에는 하층 농민들보다는 지식인, 전직 관리들이 소송에 적극적으로 참여했을 것으로 여겨지기 때문이다.

셋째, 다짐과 강제집행제도에 대한 서술에서도 숙고해야 할 부분이 존재한다고 생각한다. 먼저 다짐과 관련해서이다. 다짐 문서의 경우 법전에는 관련 규정이 없고 19세기 문서 행정의 실무를 담은 『유서필지』(儒胥必知)에 양식이 수록되어 있는 점을 고려할 때 공식적 소송 문서의 하나로 볼 수 있을지 의문이다. 토지나 노비를 매매할 때 그 사실관계를 증언하는 형태의 다짐과 달리 저자가 본서에서 주목한 이행각서 형태의 다짐은 조선후기 재판 현장에서 자주 사용되지 않는다고 보기 때문이다.

다음으로 조선왕조의 구래의 민사재판에서 판결의 확정력이 결여된 것, 다시 말해서 판결을 강제할 강제집행제도가 마련되지 못한 이유나 문화는 무엇인가 하는 점도 궁금하다. 강제집행제도의 미비가 국가의 행정비용 절감을 위하여 민간에 집행을 위임한 것이라 볼 수 있을지도 의문이다. 주지하듯이 작고한 일본의 중국 법사학자 시가 슈조(滋賀秀三)는 청대의 재판은 ‘조정’(調停)에 가깝고, 소송이 마무리되는 것이 아니라 영영 계속되는 절차 속에서 어느 당사자가 그 안건을 다투지 않게 되어야 재판이 마무리되었다고 이해한다.⁵⁾ 한마디로 청대 민사재판은 판결의 확정력 관념이 존재하지 않았다는 주장인데, 강

제집행제도가 부재한 조선왕조에서의 민사재판도 청대의 그것과 큰 차이가 있었다고 보기 어렵다. 저자의 입론을 시작으로 향후 비교사적 측면에서 조선왕조 민사재판의 성격에 대한 활발한 논쟁이 이어지기를 기대한다.

넷째, 저서에서도 지적하였듯이 재판소 설치 이후에도 지방에서는 군수재판이 오랫동안 지속되었다. 본서는 신식 재판소에서의 재판이 주로 분석대상이지만, 향후 이 시기 군수재판의 소송 유형도 함께 비교해보아야 인민들의 소송관, 재판 실태를 종합하는 것이 가능할 것이다. 여러 지방의 군수재판이 『민장치부책』(民狀置簿冊) 형태로 남아 있는 만큼 이들 자료도 빠른 시일 내에 검토가 이루어지면 좋겠다.

5) 滋賀秀三, 『清代中國の法と裁判』(創文社, 1984)의 3장 참조.