

조선후기 왕과 왕법

정조대 왕법에 관한 정치주체들의 인식을 중심으로

이하경

한국학중앙연구원 한국학대학원 조교수, 정치학 전공

hakyounglee@aks.ac.kr

- I. 서론
 - II. 왕법의 개념
 - III. 왕명은 곧 왕법인가
 - IV. 왕법은 왕의 권력 수단인가
 - V. 왕법과 다른 왕명은 어떻게 정당화되는가
 - VI. 결론
-

I. 서론

이 연구의 목적은 조선후기 정조(正祖, 재위 1776~1800) 대 왕법에 대한 정치 주체들의 인식을 살펴봄으로써, 전근대 시기 왕법의 정치적인 의미와 속성을 구체화하는 데에 있다. 특히, 정조 즉위년의 홍술해(洪述海) 사건과 즉위년부터 논란이 되었다가 정조 23년에 마무리된 화완옹주(和緩翁主) 사건을 중심으로, 정조와 신하들이 사법적 판단을 내리는 과정에서 왕법을 어떻게 전유하고 있는지를 추적할 것이다. 무엇보다 정조가 한편으로는 공평한 왕법의 집행을 강조하지만, 결과적으로는 왕법과 다른 사법적인 판결을 정조가 내리는 모습에 주목하고자 한다.

예를 들어, 정조 즉위년 9월 1일의 다음 발언을 보자. 죄인의 처자식을 노비로 삼고 재산을 몰수하는 형벌을 죄인이 이미 죽은 이후에 소급해서 시행하고 있었는데, 이 법을 더 이상 행하지 않도록 하는 전교에 나온 말이다.

법이란 천하의 공평한 것이다. 군주의 존귀함으로 사람을 살리고 죽이는 권한을 쥐고 있다 하더라도 그사이에 털끝만큼이라도 사사로운 뜻을 개입시켜 좋아하고 미워함에 따라 법을 변경하지 못하며, 오직 죄의 경중을 따져서 그에 맞는 법을 적용해야 한다.¹

※ 이 논문은 2021년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 인문사회 분야 신진연구자 지원사업의 지원을 받아 수행된 연구임(NRF-2021S1A5A8060944). 이 원고의 초고에 해당하는 글은 2023년 5월 한국정치사상학회 5월 월례발표회에서 발표한 바 있다. 학회에서 토론 및 논평을 해 준 분들과 이번 원고를 검토해 준 익명의 심사위원들께 이 지면을 통해 감사의 인사를 전하고자 한다.

1 『新譯正祖實錄』 正祖 즉위년(1776) 9월 1일.

정조는 여기서 법의 공평한 집행을 강조했다. 즉, 법을 적용하는 데에 있어, 왕의 '사사로운 뜻'이 개입될 수 없다는 것이다. 오직 범죄의 죄질에 따라 그에 맞는 법을 적용해야 한다고 했다. 이러한 정조의 법에 대한 인식은 연대기 자료에서 쉽게 찾아볼 수 있고, 공평한 집행을 강조하는 정조의 시각은 마치 오늘날 근대법을 바라보는 시각과 견줄 만하다고 할 것이다. 그런데 실제로 정조가 사법 판단을 내리는 모습을 보면, 위 발언과 달리 결과적으로는 본인이 기준으로 내세운 법과 다른 판단을 내리는 것을 어렵지 않게 발견할 수 있다. 그리고 이러한 정조의 판결에 대해서 신하들이 계속해서 '왕법대로 죄인을 처벌하라.'고 요구한다. 왕법의 공평한 적용을 중요하게 여기는 정조의 발언과 달리, 사료에서 발견되는 이러한 정조의 모습을 어떻게 이해할 수 있을 것인가?

조선시대를 과연 법에 의한 통치가 가능했던 시기로 볼 수 있을 것인가 하는 논쟁은 다소 진부한 논의처럼 들릴 정도로 이미 여러 차례 있었다. 관련 논쟁은 2020년에 출판된 『정조의 법치』에서 김호가 잘 보여준 바와 같이, 전통법에 대한 베버(M. Weber)식의 부정적인 인식에서 출발하여 이를 타개하고자 하는 여러 노력이 있었다.² 부정적인 인식의 대표적인 사례로는 함병춘의 연구를 들 수 있다. 함병춘은 조선시대 법 전통을 베버가 지적하고 있는 '비(非)서구사회의 카디재판'과 같은 자의적인 판결이나 인치(人治)의 모습으로 간주했다. 함병춘에 따르면, 한국의 전통법이란 비합리적이고, 비법률적인 것이었다. 전통법의 지위는 '통치자의 덕성에 종속될 뿐'이었고, 이러한 당시의 법문화는 근대법적인 시각에서 볼 때 극복해야 할 대상에 불과한 것이었다. 반면, 부정적인 인식을 불식시키고자 하는

2 이에 관한 연구 흐름은 김호, 『정조의 법치』(서울: 휴머니스트, 2020), 17~56쪽; 이하경, 「조선후기 소원을 둘러싼 법정, 법, 그리고 국가」, 『법학연구』 31(3)(2021), 303~329쪽 참조. 이하의 법치에 관한 연구사 논의는 주로 김호, 위의 논문, 17~56쪽 해당 부분을 요약 및 발췌한 것이다.

학계의 노력은 크게 두 방향에서 진행되었는데, 한편으로는 조선의 법전이 완비되어 갔다는 사실에 주목함으로써 ‘일종의 제도적 발전’을 보여주는 연구들이 있다.³ 다른 한편으로는 조선의 재판 과정이 자의적이 아니라 나름의 합리성을 갖추고 있었음을 보여주는 연구들이다.⁴ 그러나 김호가 보기에는 이러한 학계의 대응 역시 서구의 기준을 내면화한 연구 방법과 문제의식이라는 점에서 여전히 한계가 있다. 김호는 서구의 기준으로는 조선 고유의 법문화를 이해할 수 없다고 주장한다. 김호는 정조의 사법 판결 과정을 “최선의 판결을 위해서 개별 사건마다 고유한 맥락(情)과 이를 둘러싼 사회적, 도덕적 가치(理)와 법을 통합적으로 고려하는 과정”으로 보았고, 이를 유교적 행정이라는 개념으로 분석했다.⁵

이 연구에서는 조선의 법치를 둘러싼 김호의 문제의식에 크게 공감한다. 서구의 기준을 받아들이는 한, 아무리 ‘나름의 제도적 발전’이나 ‘나름의 법적 합리성’을 강조한다고 하더라도 그것은 여전히 서구의 기준에 근거해서 무엇이 부족하고 덜 부족한지를 증명하는 방식에 불과하기 때문이다. 이를 극복하기 위해서는 ‘당대의 역사적 맥락’에서 조선의 사례를 분석해야 할 것이며, 그런 의미에서 김호가 시도하고 있는 ‘유교적 통합심리론’도 타당성을 가질 것이다.⁶

3 대표적인 연구로 심재우, 「18세기 옥송의 성격과 형정 운영의 변화」, 『한국사론』 34(1995), 34~71쪽; 심재우, 「정조대 『흠휼전칙』의 반포와 형구 정비」, 『규장각』 22(1993), 135~153쪽; 김백철, 『탕평시대 법치주의 유산』(서울: 경인문화사, 2016); 김백철, 『정조의 군주상』(서울: 이학사, 2023); 정공식, 『조선의 법치주의 탐구』(서울: 태학사, 2018) 참조. 특히 김백철은 최근의 저작에서 정조를 “국법의 수호자”라고 명명하고 있고, “국왕도 국법 준수를 강제함으로써, 국왕조차 사법 체계 내에서 권력을 행사할 것”을 정조 대에 천명했다고 주장한 바 있다(김백철, 위의 책(2023), 247~248쪽).

4 예를 들면, William Shaw, *Legal Norms in a Confucian State*. (Berkeley, Calif: Institute of East Asian Studies, 1981) 참조.

5 김호, 앞의 책(2020), 17~55쪽.

다만, 김호가 저서에서 분석 대상으로 삼은 살육 사건들은 주로 지방사회 내에서 민인들 간의 사건들에 대한 판결이다. 즉, 정조와 직접적인 정치적인 이해관계가 배제된 피의자들에 대한 판결에서, 관련 법규뿐만 아니라 당시의 상황 및 정조가 지향하고자 하는 도덕적 가치들이 크게 중요하게 논의될 수 있는 사안들이다. 이와는 달리, 조정에서 왕법을 둘러싼 논쟁에서는 김호가 주장하는 ‘유교적 통합심리론’으로는 제대로 설명이 되지 않는다. 무엇보다 정조와 직간접적으로 정치적 이해를 갖는 사람들에 대한 판결에서 정조가 왕법과 상이한 판단을 내릴 때, 신하들은 정조가 사건의 고유한 맥락이나 도덕적 가치를 고려하고 있다기보다는 지극히 왕의 개인적인 감정에서 비롯된 사은(私恩)으로 폄하하고 이를 왕법과 대비했기 때문이다.

이 연구는 정조의 사법적인 판단 과정을 당대의 역사적 맥락에서 재조명하기 위한 기초 작업으로서 왕법에 관한 당시 정치행위자들의 인식에 주목할 것이다. 앞서 살펴본 정조의 왕법에 관한 모순적인 태도를 왕법의 속성을 중심으로 살펴봄으로써, 왕법과 다른 사법적인 판단을 어떻게 정당화해 나가는지를 분석한다. 본격적인 논의에 앞서, 먼저 왕법의 개념에 대해서 살펴보자.

II. 왕법의 개념

법사학 연구에서 왕법의 개념은 주로 왕의 법, 다시 말하자면 왕의 개별적인 법으로 활용되어 왔다. 주로 조선시대를 ‘통일 법전의 시대’로 강조하면서, 이에 대비되는 고려시대를 ‘왕법의 체제’로 명명하기도 하였다.⁶ 예를

6 김호의 이러한 시각에 대한 반론으로는 이하경, 「조선후기 추국장에서의 왕」, 『법사학연구』 63(2021), 116~118쪽 참조.

들어, 박병호의 연구를 보면, 고려시대는 다음과 같이 왕법 체제라고 할 수 있다.

고려는 주로 당률을 계수하여 형률을 시행하였다. 고려율은 초기에 일시 시행되었으나, 뒤에 송형통(宋刑統)과 송령(宋令), 송의 칙(勅)을 계수함에 따라 고려율의 개정이 불가피하게 되지 않을 수 없었다. 그러나 고려율을 개정하지 않고 별도로 그때그때 필요에 따라 왕법인 판(判), 제(制), 교(敎), 지(旨), 령(令), 조(詔)에 의하여 통치하고, 따라서 기본법전인 율전 없이 단일 왕법으로 통치하였다.⁸

위 인용문에서 말하는 왕법은, 첫째, 당률이나 송나라의 율과 구별되는 고려의 율이며, 둘째, 성문법 혹은 통일 법전, 기본법전과 구별되고, 필요에 따라 제정될 수 있는 것, 셋째, 왕법의 존재 형태는 판, 제, 교, 지, 령, 조와 같이 다양하지만 ‘단일 왕법’이라 지칭할 수 있는 것이다.⁹

그리고 박병호는 이러한 고려의 왕법 체제가 성문법 체제에 비해 불완전성을 갖는다고 말했다. 왕법에 의한 통치는 법전에 의한 통치에 비해 상대적으로 혼란스러울 수밖에 없고, 왕이 강력한 권한을 갖게 될 경우 독재적인 통치로 흐르게 된다고 하였다. 반면, 왕의 권위가 약해진다면 자의적인 법의 남발로 법의 개폐가 가능해져서 법적 안정성을 잃을 수도 있다는 것이다.¹⁰ 따라서 고려 말기에 이르러 기강이 문란해지면서 율령 체제에의

7 대표적인 사례로 박병호, 『근세의 법과 법사상』(서울: 진원, 1996) 참조. 고려의 왕법에 관해 주목할 만한 연구로는 임상혁, 「고려의 법체계와 조선에 대한 영향」, 『법사학연구』 48(2013), 7~32쪽 참조.

8 밑줄은 필자 강조. 박병호, 앞의 책(1996), 32쪽.

9 군주국가에서 왕이 내리는 명령은 그 성격에 따라 판, 제, 교, 지, 령, 조 등으로 구별되지만, 결국 이들이 내용적으로 법규적인 성격이 강했다고 보는 견해로는 임상혁, 앞의 논문(2013), 10~20쪽 참조.

복귀 운동이 일어났다고 보는데, 그 예로 1377년(우왕 3년) 2월, 1392년(공양왕 4년) 2월의 노력을 들었다. 그리고 그러한 한계가 조선의 건국에야 비로소 해결된 것으로 본다.¹⁰

이와 같은 선행연구의 논리대로 조선의 법문화가 고려와 차별성을 가지려면, 개별적인 왕법이 부재해야 한다. 혹은 왕법이 존재한다고 하더라도 고려의 왕법이 가졌던 부정적인 특성이 사라졌음을 명확하게 보여줄 수 있어야 할 것이다. 그런데 박병호의 조선시대 연구를 보면 ‘통일 법전’의 존재만 강조할 뿐, 문제적으로 지적했던 개별 왕법의 존재 혹은 왕법의 법적 불안정성과 같은 부정적인 속성의 존재 여부에 대해서는 함구했다.

조선시대에 통일 법전을 제정했다는 의의를 부정하기는 어렵지만, 통일 법전이 다른 법원과의 관계 속에서 절대적인 우위를 차지한 것인지에 대해서는 여전히 확언하기 어렵다. 예를 들어, 조선 후기 개별 왕의 수교(受敕)를 하나의 통일 법전으로 모아서 별도의 서책으로 발간해야 함을 주장하는 데에서도, 통일 법전의 존재가 개별적인 왕법을 뛰어넘는 객관적인 실제로 작용했다고 보기는 어렵다. 예를 들면, 다음과 같은 숙종 대 기사를 보자.

승지 서문중(徐文重)이, “외방의 군읍에는 법률 서적이 갖추어 있지 아니하고, 수교에 이르러서는 더욱 캄캄합니다. 수령들이 법례를 원용하거나 의거하지 못하여, 대부분 억측으로 결단하고 있습니다. 『대전속록(大典續錄)』과 열성(列聖)의 수교들을 모아서 인쇄하여 널리 배포하게 하소서.” 하니, 임금이 명하여 묘당에서 의논토록 하고, 이어 비국의 당상관 이익(李翊)에게 그 일을 담당하게 하였다.¹²

10 박병호, 앞의 책(1996), 32쪽.

11 위의 책, 32쪽.

12 『肅宗實錄』肅宗 8년(1682) 11월 16일.

즉, 위의 기사에 따르면, 새로운 법전의 반포는 기존의 법규와 개별적인 왕의 명령을 ‘모아서’ 인쇄한 것이다. 이러한 ‘문서’ 형태로서의 법전 편찬 노력은 외방에 있는 수령들이 법률적인 지식을 보다 용이하게 습득할 수 있게 하려는 방편에 불과하다. 물론 치밀한 법리논쟁을 거치면서 기존의 수교가 산삭되기도 하고 새로운 수교를 만들어 낸 과정 자체가 조선에 부재했다고 주장하는 것은 아니다. 그러나 성문화된 통일 법전이 마치 오늘날 상위의 법전인 헌법의 형태로 존재 및 기능했다고 보기에는 한계가 있는 것이다.

왕의 개별 명령이 수교의 형태로 집적되고, 또 필요에 따라 『수교집록(受敎輯錄)』으로 편찬되었다가, 『속대전(續大典)』과 같은 별개의 통일 법전으로 편찬되는 일련의 과정은 역설적으로 개별 왕법의 법적 불완전성이 조선 후기에도 여전히 존재하고 있음을 의미한다. 통일 법전 편찬 당시 하나의 통일적인 체계를 갖추었다는 의미에서 개별적인 왕법에 비해 법적 안정성을 가진 것으로 볼 수는 있지만, ‘새로운 통일 법전’이 필요하다는 말 자체가 이미 이전의 개별 왕법에 반하는 새로운 개별 왕법이 존재한다는 의미이다. 다시 말하자면, 통일 법전 체제인 조선시대에도 여전히 왕은 성문법과 상이한 왕법을 만들어 낼 수 있는 입법의 자율성이 있었다.

그렇다면, 조선시대에서 말하는 왕법의 개념을 다르게 이해해야 하는 것이 아닐까? 본 연구는 이러한 질문을 해결해 보기 위해, 왕법의 개념을 두 차원으로 나누어 생각해 보아야 한다고 본다. 즉, 앞서 지적한 왕의 개별적인 법이라는 개념과, 단순히 왕의 개별적인 법을 뛰어 넘는, 추상적인 하나의 법체계로서 왕법이라는 개념으로 나누어 보아야 한다는 것이다. 고려시대와 대비하여 조선시대 법 특성을 강조하려는 것은 후자의 개념인 ‘하나의 법체계로서의 왕법’이었을 것이다. 그리고 후자의 개념은 실제 조선시대 사법공간에서 주로 판단의 근거로서 활용되고 있음을 알 수

있다. 특정한 행위에 대한 사법적 판단을 내릴 때, “왕법에는 반드시 주살하도록 되어 있다.”라는 점을 근거로 하는데, 이때 ‘왕법’은 광의의 조선시대 법규를 지칭하는 것으로 성문법전의 법원까지 모두 아우른다. 예를 들면, 선조 39년의 차천로(車天輅) 사건에서 이러한 용례를 찾을 수 있다.

실록 기사에 따르면, 차천로는 임진왜란 후에 자신의 본처가 왜적에게 더럽혀졌다는 이유로, 마음대로 다시 종실의 여인을 아내로 맞은 후 『선원록(濬源錄)』의 수정을 요청했다.¹³ 이에 대해, 선조는 만일 본처에게 죄가 있었다면 관련 기관에 보고하여 공적 절차에 따라서 해결해야 한다고 보았다. 차천로가 풍속을 해치고 윤리에 어긋나는 행위를 한 것을 문제 삼아서, 왕이 신하들에게 이 일을 어떻게 처리하면 좋을지 물었다. 먼저, 간원(諫院)은 왕법을 근거로 문제를 제기했다.

[차천로는 사사로이 그 처를 버리고 감히 종실의 여인을 처로 삼았습니다. 왕법을 헤아려 보건대 그에 대해 마땅히 다스려야 할 법문(法文)이 있는데도 교정청이 먼저 아뢰어 차단하지 않고 명청하게 그대로 기록하였으니 정에 따라 법을 엄신여긴 죄를 논하지 않을 수 없습니다. 본청 당상을 파직하소서.¹⁴

이에, 차천로는 추국을 받게 되었고, 선원청의 낭관은 파직되었다. 이후 예조에서는 차천로에 대해서도 죄를 물어야 한다면, 구체적인 『대명률(大明律)』과 『경국대전(經國大典)』의 규정을 근거로 들었다.

[차천로는 이미 왕부(王府)의 추국을 거쳤으나 그 이른바 후처에 대해서는 아직 처치한 것이 없습니다. 『대명률』을 살펴보건대 처가 있는데도 처를

13 『宣祖修正實錄』 宣祖 39년(1606) 1월 1일.

14 밑줄은 필자 강조. 『宣祖修正實錄』 宣祖 39년(1606) 1월 1일.

취한 자는 장 90에 이혼하게 한다고 하고, 『경국대전』에는 전처를 적실(嫡室)로 삼는다고 하였으니 대신에게 의논케 하소서.¹⁵

예조는 차천로가 부당하게 새로 아내를 맞이한 경우에, 조선시대 일반법 처럼 활용된 『대명률』과 조선시대 성문법인 『경국대전』의 규정이 서로 다름을 지적하고 있고, 두 법규 가운데 어느 것을 따라야 하는지 물었다.¹⁶ 이때 이원의 등 다른 신하들이 『경국대전』보다 『대명률』의 규정을 따르는 것이 마땅하다고 했고, 선조도 이에 동의했다. 이러한 일련의 논의 과정을 살펴보면, 첫째, 차천로가 아내를 새로 맞이하고 이를 『선원록』에 부당하게 기록한 것에 대해, 왕법이라고 하는 광의의 법규에 따라서 사법적인 절차를 시작하고 있음을 할 수 있다. 둘째, 차천로의 구체적인 형벌에 대해서는 두 성문 법규가 상이한 규정을 하고 있기에, 사안에 따라 어떤 것을 우선적으로 적용할 것인지를 논하여 결정하고 있다는 점이다.

다시 말하자면, 차천로에 관한 사법적 처리 과정에서 논의되는 ‘왕법’은 개별적인 왕의 법이 아니며, 추상적인 법체계로서의 왕법을 지칭하는 것이다. 그리고 구체적인 법규상의 규정을 논할 때는 다시 어떤 성문법상의 규율을 적용해야 하는지 분명히 하고 있음을 알 수 있다. 이러한 일련의 조율(照律) 과정은 조선시대를 ‘법치국가’로 명명하는 연구자들의 주장처럼, ‘나름의 합리적인 법적 추론’ 즉 법규에 근거한 사법적 처리 과정이라고 할 수 있다. 조선시대에는 분명 이와 같은 관행을 찾아볼 수 있는 것이 사실이다. 다만, 이러한 관행이 사법적 판단을 내리는 데에 언제나 일관되게 나타나지는 않는다는 문제가 있다.

15 『宣祖修正實錄』 宣祖 39년(1606) 1월 1일.

16 『대명률』과 『경국대전』 간의 관계에 관한 논의는 조지만, 『조선시대의 형사법: 대명률과 국전』(서울: 경인문화사, 2007) 참고.

결국, 조선시대에 활용되고 있는 왕법이라는 개념은 두 차원으로 구별해서 생각해야 한다. 왕의 명령이 수교의 형태로 법률적인 효과를 갖는 개별 왕법과 이러한 개별 왕법이 모여 일정한 형태로 성문법이 되고 이후 이 모두를 아우르는 추상적인 하나의 법체계로서의 왕법이 사실상 동시에 공존하는 것이다. 이 연구에서는 왕법의 두 개념을 분석적으로 구별하면서 왕법 속성을 재고찰해 보고자 한다. 이를 위해서 다음과 같이 크게 세 가지 질문을 던지고자 한다. 먼저, 과연 왕의 개별 명령은 곧바로 새로운 왕법이 되는가 하는 점이다. 둘째, 왕법은 과연 왕의 전제주의적인 권력 수단인가 하는 점이다. 셋째, 왕법과 대치되는 왕의 판단은 어떻게 정당화되는가 하는 점이다.

Ⅲ. 왕명은 곧 왕법인가

서론에서 지적한 바와 같이, 정조가 한편으로는 법을 중요하게 여기면서도 다른 한편으로는 법과 다른 사법적인 판단을 내린 사례는 적지 않다. 그 가운데, 정조 즉위년의 홍술해 사건은 홍술해에 대한 정조의 사법적 판단이 왕법과 다르다는 것이 명시적인 논쟁이 된 사례이기에 주목해 볼 필요가 있다. 정조 즉위년 황해도 관찰사의 계본(啓本)에 따르면, 홍술해가 횡령한 장전(贓錢)이 4만 냥, 조(租) 2,500석, 송목(松木) 260주나 되어, 의금부에서 처벌하도록 요청했다.¹⁷ 『대명률』 형률 수장(受贓)편에 따르면, 관원이나 이전(吏典)이 재물을 받는 경우, 그 수취한 재물의 양에 따라 형벌을 규정하고 있는데, 80관 즉, 800냥 이상이면 교형이다.¹⁸ 홍술해가

17 『承政院日記』 正祖 즉위년(1776) 5월 2일.

수취한 재물이 교형의 기준을 훨씬 상회하는 것으로 의금부에서도 홍술해를 '법률대로 참수하기'를 요청했다. 그런데 이에 대해 정조는 다음과 같이 판부했다.

탐오(貪汚)를 징계하는 법은 국가의 중대한 일이므로 상벌의 권한을 가진 존귀한 임금으로서도 어떻게 할 수 없는 것이다. 홍술해가 지은 장오죄를 조사하여 적발해 낸 것이 몇만 금에 이르렀고, 더구나 지은 죄가 한두 가지의 불법에 그치지 않으니 더 말할 것이 있겠는가. 나는 국법이 힘없는 음관(蔭官)이나 한미한 무관에게는 행해지지만 한 도를 다스리는 방백(方伯)에게는 행해지지 않아 기강이 철저히 무너지고 민생이 도탄에 빠지는 것이 날로 더 심해지고 있다고 생각한다. 조정에서 몰랐다면 어쩔 수 없지만 이미 알았고 조사도 하였으니 살려 주려고 하더라도 어길 수 없는 국법이 있는데 어찌하겠는가.

또 생각건대 장오죄에 적용하는 법은 폐기된 지 오래되어 사람들이 요즘처럼 법을 두려워하지 않는 때가 없었다. 무거운 법을 적용하는 도리로 볼 때 한 가지 죄가 드러났더라도 처벌을 피할 수 없을 것인데, 하물며 홍술해는 외람되게도 죽어 마땅한 죄를 몇 가지나 범하였으니 요행히 처벌을 면할 수 있겠는가.

그러나 근세 이후 불법을 멋대로 행한 감사와 수령이 모두 법에 따른 처벌을 받지 않았다. 홍술해가 나오기 전에는 요행히 처벌을 면한 사람이 있었으니, 홍술해를 사형으로 논하는 것은 공정하지 않을 듯하다. 조엄(趙巖)이 지은 장오죄는 그 규모가 홍술해의 몇 배이고, 원의손(元義孫)에 대해서도 조사하게 하였는데 각각 지은 죄가 있으니 역시 너그럽게 용서해 줄 수 없다. 그렇다면 사형에 처할 죄수가 세 사람이나 된다. 그들이 형편없기는 하지만 모두 세신(世臣)의 후예이니, 이것이 살펴서 돌보지 않을 수 없는 점이다. 또 거듭 금지하기

18 『大明律直解』 卷4: 한상권·구덕회·심희기·박진호·장경준·김세봉·김백철·조운선 (역), 『대명률직해』(서울: 한국고전번역원, 2018), 87~92쪽.

전에 있었던 일이니, 처벌 대상에서 제외하고 정상을 참작해 주어도 해가 되지 않을 것이다. 홍술해는 사형을 감하여 차율(次律)로 정배하라.¹⁹

위 판부를 요약하자면 다음과 같다. 우선, 관리가 부정한 재물을 취한 경우 이를 엄벌에 처해야 한다는 것은 엄연한 법규이고 이를 왕이 함부로 좌우할 수는 없다. 둘째, 정조는 항상 무사 공평한 법의 집행이 중요하다고 판단했다. 이 두 가지 전제는 앞서 살펴본 정조의 법에 대한 인식과 같은 것이다. 셋째, 홍술해가 행한 행위는 위법이 분명하며, 더구나 일회적인 일탈이 아니라 다른 범죄도 있으므로 용서하기가 쉽지 않다. 그런데 홍술해를 사형에 처하는 것은 공정성이라는 차원에서 옳지 않고, 또한, 세신의 후예라는 점을 참작할 필요가 있다. 그러므로 홍술해를 감형하여 유배형을 내린다. 결국, 해당 법 적용의 중요성을 왕이 충분히 인지하고 있고, 피형인의 행위의 위법성 또한 인정한다. 다만, 이번 사건의 경우에는 다른 상황을 고려해 보건대, 감형을 해 줄 수밖에 없다는 논리구조다.

얼핏 보면, 정조가 필요에 따라서 자의적으로 법의 적용을 하는 것처럼 보이기도 한다. 왕법에 따르면, 홍술해가 저지른 장오죄의 수준은 감형받기 어려웠을 것임에도 불구하고, 감형되었기 때문이다. 다른 한편, 정조가 강조하고자 했던 ‘공정성’이나 ‘세신의 후예’라는 점을 고려하는 모습을 보면서, 정상을 참작하는 ‘나름의 합리성’을 가진 판결이라고도 주장하고 싶을 수도 있다. 혹은, 이 판결이야말로 세신의 후예라는 정(情)과 공정성이라는 리(理)를 통합적으로 고려한 유교적 형정이라고 주장할지도 모른다. 그러나 합리성 혹은 유교적 형정이라는 말로 환원하기에는 신하들의 반발이 심하고, 무엇보다 정조가 스스로 이 사안을 예외적인 사안에 불과하다고 말했다.

19 밑줄은 필자 강조. 『新譯正祖實錄』 正祖 즉위년(1776) 5월 3일.

여기서 이 연구가 주목하는 부분은 두 가지다. 첫째, 정조는 장오죄 관련 기존의 왕법을 계속해서 강조했다는 점이다. 장오죄로 규제하는 왕법의 중요성을 설명하고, 본인이 단순히 즉흥적으로 홍술해를 용서해 주려는 것이 아님을 장황하게 설명하면서, 본인의 이번 판단이 [기존의] 왕법과는 다르다는 인식이 전제되어 있고, 이번 판단은 예외적인 상황으로서 정당화될 수 있음을 강조했다.

둘째, 정조가 이번 자신의 판결로 새로운 개별 왕법의 탄생을 명하지 않았다는 점이다. 정조는 사법적 판단을 내리는 최종적인 권위자지만, 이번 사건에 대해 자신이 내리는 결론이 곧바로 새로운 법원이 된다고 주장하지 않았다. 좌의정 김상철(金尙喆)이 홍술해에 대한 정조의 처분이 신법(新法)이라고 그다음 날 말하자 이에 대해 정조는 강하게 비판한 바 있다.²⁰ 정조는 장오죄 지은 자를 사형에 처하는 것이 법이 맞다고 말하면서, 그 전날 자신이 내린 처분은 다만 “사면령이 내린 시각 이전의 죄는 용서한다는 뜻을 적용한 것”에 불과하다고 말했다.²¹ 실제로 이후 장오죄에 관한 법규는 크게 변화하지 않았다. 오히려 이 사건 후 장오죄 관련 처벌을 더 강화하는 내용이 더해졌다. 예를 들면, 정조 9년에 편찬한 『대전통편(大典通編)』에서 장오 관련죄의 조사를 더욱 철저하게 하도록 규정하거나²², 공신의 아들과 손자가 죄의 대가로 속전을 받는 예외 경우에도 강상죄와 더불어 장오죄는 대상에서 제외할 수 있도록 했다.²³ 또한, 장오를 범한

20 『新譯正祖實錄』 正祖 즉위년(1776) 5월 4일.

21 『承政院日記』 正祖 즉위년(1776) 5월 3일.

22 『大典通編』 刑典 推斷 「御史書啓貪贓被論者」, “어사의書啓에서 貪贓으로 논죄된 자에 대해서는 관찰사가 직접 조사하여 임금에게 보고하고 조사하는 관원에게 떠넘기지 못한다. 해당 道에서 조사하여 보고한 것이 비록 더러 빠진 부분이 있어도 사리상 중요한 경우에는 의금부가 覆啓하여 다시 조사한다.”

23 『大典通編』 刑典 推斷 「擬釋時功臣子孫」, “죄목을 정할 때 공신의 아들과 손자는 贓盜罪를 제외하고 杖刑 및 流刑 이하에 해당하는 죄일 경우에는 贖錢 받는 것을 허용한다.”

정도가 중대할 경우에는 대사면령의 대상에서도 제외하도록 했다.²⁴ 결국, 정조의 사법적 추론 과정에서 중요한 것은 정조가 법체계로서의 왕법을 중요하게 여기면서도, 이와는 다른 왕명을 내렸고, 자신의 왕명을 그 자체로 새로운 개별 왕법이라고 주장하지는 않았다는 점이다.

조선시대 왕의 명령이 곧바로 새로운 왕법이 될 수 있는 것은 앞서 지적한 바대로 수교 입법이라는 관행을 생각해 보면 쉽게 알 수 있다. 마치 오늘날의 판례법처럼 사법 판결 과정에서 나타나는 최종적인 판단이 하나의 수교로 자리 잡게 되고 이것이 이후 법원으로 수록되어 왔다. 예를 들면, 숙종 29년에 위조 사건을 판단하는 과정에서 어떠한 행위까지를 위조로 간주하여 사형을 내릴 것인가 하는 점이 논란이 되었는데, 숙종의 최종적인 판단, 즉 인신의 전문(篆文)을 모획한 자와 실제로 인신을 새겨 놓은 자를 모두 하나의 율로 논죄한다는 것이 수교로 『신보수교집록(新補受教輯錄)』에 수록되었다가, 이후에 『속대전』에 수록된 바 있다.²⁵ 또한, 정조 3년에는 이진후에 대한 국청(鞫廳) 심문을 하는 과정에서 죄인에게 한차례 30대씩의 형추 차수(次數)를 규례에 따라 무조건 채우는 것에 대한 정조의 판단이 곧 수교로 된 바 있다. 정조는 “단서를 찾지 못해서 형추 횟수를 채워야 하는 경우를 제외하고는 굳이 의무적으로 횟수를 채울 필요가 없음을 수교로 신고 영구히 준행하도록 하라.”고 명령했다.²⁶

24 『大典通編』 刑典 赦令 「貪贓現著者」, “탐장을 범한 것이 현저한 자(수령이나 邊將의 관직이나 자급의 고하를 막론한다)는 비록 大赦令이 내려져도 심리할 때 기록하여 임금에게 보고하지 않는다.”

25 ‘숙종 29년 평안도 차성재·김논선 위조 사건’에서 차성재는 인신의 전문을 모획하고, 김논선은 인신을 새겨 만들었다는데 사건의 내용은 『秋官志』 卷3: 법제처 편, 『추관지』 (서울: 법제처, 1975), 373~374쪽 참조. 인신위조율에 관한 본 사건의 분석은 이하경, 「조선시대 위조 범죄의 규제와 처벌」, 『국학연구』 51(2023), 271쪽 참조.

26 밑줄은 필자 강조. 『新譯正祖實錄』 正祖 3년(1779) 4월 21일.

그렇다면, 정조는 자신의 최종적인 판단이 곧바로 새로운 왕법으로 기능할 수 있음에도 불구하고, 홍술해 사건에서는 왜 이러한 방식을 취하지 않았을까? 정조가 장오죄에 관한 기존의 왕법을 강조하면서, 본인의 판단이 새로운 개별 왕법임을 천명하지 않는다는 것은 정조가 보기에 자신의 이번 판단이 그 자체로 정당화되기 어려웠던 것이 아닐까? 그래서 앞에서 보여준 바와 같이 장황한 추론 과정을 통해서 그나마 본인의 판단이 정당할 수 있음을 증명하고자 한 것이 아닐까?

조선시대 새로운 왕법의 탄생에 있어 최종적인 판단은 물론 왕에게 달려 있다. 왕의 최종적인 사법적 판단이 하나의 판례로서 역할을 할 뿐만 아니라 새로운 왕법으로서의 입법 기능을 할 수 있기 때문이다. 그런데 홍술해 사건에서 보이는 것처럼 왕의 최종적인 판단 모두가 그러한 입법의 효과를 누리는 것은 아니다. 그렇다면 왕과 신하들 간의 명시적이건 암묵적이건 일정한 합의가 있을 때야 비로소 왕의 명령이 새로운 왕법으로의 역할을 할 수 있었던 것으로 추정해 볼 수 있을 것이다.

IV. 왕법은 왕의 권력 수단인가

주지하다시피, 조선시대 왕법의 일차적인 역할은 통치를 위한 도구적인 수단으로서의 역할이다. 정약용의 『목민심서』에는 목민관들에게 법을 따르도록 하는 수법(守法) 장의 첫머리에 “법이란 것은 임금의 명령이니, 법을 지키지 않음은 곧 임금의 명령을 좇지 않는 것이다. 신하 된 자가 감히 그렇게 할 수 있겠는가?”라고 언급되어 있다.²⁷ 그런데 흥미롭게도

27 『牧民心書』 권5: 정약용(저), 다산연구회(역주), 『목민심서』 (서울: 창비, 2018). 321쪽.

정조대 자료를 보면, 왕법을 따라야 한다고 왕이 신하에게 명령하는 것이 아니라, 신하들이 왕에게 요청한다.

예를 들어, 『정조실록』에서 ‘왕법’이 거론된 기사는 모두 110개인데, 왕이 직접 왕법을 거론하는 경우는 20개에 불과하다. 그 가운데 정조가 직접적으로 자신의 정치권력 수단으로 왕법을 활용하는 사례를 보여주는 것은 많지 않다. 명시적으로 왕이 직접적인 발화자가 되는 경우를 찾아보면 다음과 같다.

(가) 그대의 상소에서 선왕의 본심을 밝힌다고 한 것은 더더욱 망측하다. 선대왕께서 하교하기를 ‘임오년의 의리에 관계된 일은 혹 충분히 옳은 것 같더라도 이 일을 거론하는 것은 바로 나를 무함하는 것이다. 나에게 불충할 뿐만 아니라 너에게도 불충한 것이니, 훗날 이 일을 범한 자는 빈전 뜰에서 반드시 엄중히 국문하고, 성복(成服)하기 전이라도 왕법으로 단죄하라.’라고 하셨다. 오늘 친히 국문하는 것은 바로 선왕의 뜻을 따르고 선왕의 뜻을 밝히는 것이다.²⁸

(나) 김우진을 잡아 오는 일의 경우, 특별히 양사(兩司)의 청을 허락하여 사람들에게 왕법을 중시하고 공의(公議)를 보존하는 뜻을 보이겠다.²⁹

(다) 이 뒤에 감히 확정된 의논에 대해 발언하는 자가 있을 경우에는 왕법으로 처리할 것이다.³⁰

(가) 기사는 정조 즉위년에 임오년 관련 흉악한 내용을 담은 상소를 올린 이덕사(李德師) 등을 추국하면서 정조가 한 말이다.³¹ 그런데 가만히 보면,

28 밑줄은 필자 강조. 『新譯正祖實錄』 正祖 즉위년(1776) 4월 1일.

29 밑줄은 필자 강조. 『新譯正祖實錄』 正祖 15년(1791) 12월 17일.

30 밑줄은 필자 강조. 『新譯正祖實錄』 正祖 19년(1795) 8월 18일.

31 『新譯正祖實錄』 正祖 즉위년(1776) 4월 1일.

죄인을 왕법으로 단죄하도록 명령한 것은 정조가 아니라 영조다. 정조는 자신의 판단에 따라서 상소문의 내용을 문제 삼아 왕법으로 처리해야겠다고 말할 수도 있었을 텐데, 선왕의 하교를 빌려 오고 있음을 알 수 있다.

(나) 기사는 정조 15년에 김우진을 잡아 오도록 함으로써 왕법을 보여주겠다는 정조의 명령이다. 그런데 정조의 위 발언은 김우진을 잡아 와야 한다는 신하들의 요청에 어쩔 수 없이 발언한 것에 불과하다. 김우진은 정조 12년 정조 동생 은언군의 아들 이담(李澁)의 반역 사건과 관련해서 부친과 함께 이담을 추대하려는 혐의를 받아 이미 제주도에 유배가 있었다. 정조 15년 12월 14일에 김우진의 부친 김상철이 죽자, 정조는 김우진을 유배지에서 풀어주고 부친의 장사를 지낼 수 있도록 했다.³² 그런데 정조의 이 명령에도 불구하고 의금부에서는 김우진을 석방할 수 없다고 했고, 여러 신하의 반대가 있었다.³³ 그러한 논의 과정에서 12월 17일 김우진을 자신이 풀어주려고 했던 것을 철회하고 ‘특별히 양사의 건의를 받아들여’ 김우진을 잡아 오도록 명한 것이다.

(다) 기사는 정조 19년 정조가 수어경청을 혁파하는 문제로 대신들과 논의하는 과정에서 나온 말이다. 이 말만 놓고 보면, 마치 정조가 자신의 뜻대로 일방적으로 결정을 내리고 또 그 결정을 강제하기 위해 왕법을 환기하고 있는 것처럼 보인다.³⁴ 그러나 적어도 연대기에서 확인할 수 있는 바는 정조가 일방적으로 자신의 뜻을 강제하는 것과는 거리가 멀다. 정조는 자신이 수어경청을 혁파하고자 하는 의도를 상세하게 설명하고, 이에 대해 대신들의 의견을 들으면서 자신의 개혁정책을 공고히 하고자 하는 수준에서 언급하고 있기 때문이다.

32 『新譯正祖實錄』 正祖 15年(1791) 12월 14일.

33 『新譯正祖實錄』 正祖 15年(1791) 12월 14일; 『新譯正祖實錄』 正祖 16年(1792) 2월 10일.

34 다만, 원문은 “勻石在王府”, 즉 “그 판단 기준은 왕부에 있다.”인데, 이를 실록 번역자가 왕법으로 처리한다는 말로 의역한 것이다.

물론, 왕이 스스로 왕법을 도구로 삼아서 정치적인 결단을 내리는 모습을 보여주는 사건기록의 수가 많지 않다고 해서 곧바로 이것이 당시 왕법의 도구적인 역할이 제한적이었음을 의미한다고 결론짓기는 어렵다. 실제로 도구적인 역할을 왕법이 충실히 해내고 있었고, 그것이 절차상으로 자연스럽게 행해지고 있어서 별다른 언급이 필요하지 않았다면, 왕이 나서서 “내가 왕법으로 위엄을 찾겠다.”와 같은 언행 자체가 필요 없을 수 있기 때문이다.

그런데 연대기 기사에서 주목할 만한 지점은 왕법을 도구적인 수단으로 활용해야 한다고 주장하는 사람이 왕이 아니라 대부분 신하들이라는 점이다. 이때 신하들이 원용하고 있는 왕법은 개별 왕법이 아니라 조선시대 법체계로서의 왕법이다. 예를 들면, 정조 대 기사 가운데 다음과 같은 경우가 대표적이다.

(a) 이것은 자궁과 전하의 죄인일 뿐만 아니라 실로 종사(宗社)의 죄인입니다. 이리한데도 전형(典刑)을 분명하게 바로잡아 왕법을 펴지 않는다면 하늘의 뗏뗏한 도리는 무너지고 사람의 기강이 끊어지게 되어 나라는 나라답지 못하고 사람은 사람답지 않게 될 것입니다.³⁵

(b) 만약 통쾌하게 전형으로 바로잡아 의리를 더욱 밝히지 않는다면 장차 흉도를 조금이라도 단속할 길이 없게 되어 영원히 화란의 싹을 제거할 수 없게 될 것이니, 삼가 원하옵건대 속히 결단을 내리시어 통쾌하게 해당되는 율을 적용하심으로써 무너진 기강이 진작되고 왕법이 행해지도록 하소서.³⁶

위의 기사들은 모두 논란이 되는 사람을 정조가 제대로 처벌하지 않았다

35 밑줄은 필자 강조. 『新譯正祖實錄』 正祖 18년(1794) 2월 2일.

36 밑줄은 필자 강조. 『新譯正祖實錄』 正祖 22년(1798) 9월 1일.

는 문제인식하에서, 정조가 왕법을 통해서 강력한 권력을 과시해야 한다고 강조하는 것이다. 무엇보다 왕이 왕법대로 형벌을 내리지 않을 경우, 나라가 제대로 통치될 수 없을 것이라는 다소 투식적인 경고도 함께 했다.

왕에게 왕법대로 죄인을 처벌하라는 요구가 정조 대에만 있었던 것은 아니다. 그러나 정조가 평소 왕법의 적용을 강조했다라는 점을 고려해 보면, 신하들이 왕에게 왕법대로 처리하라는 요구는 정조가 실제로는 왕법대로 행하고 있지 않음을 의미한다는 면에서 중요하다. 아울러 신하들의 요청은 일방적으로 자신의 사법적인 판단이 옳음을 주장하는 데서 그치는 것이 아니라 사실상 왕의 사법적 판단에 반기를 드는 것이다. 다시 말하자면, 정조가 기존의 법체계로서의 왕법과 상이한 왕명을 내린 상황에서, 신하들이 왕의 판단에 이견이 있는 것이다. 신하들이 내세우는 준거가 되는 법체계로서의 왕법은 왕의 개별적인 판단, 나아가 왕의 권위에 제약을 가할 수도 있다. 그럴 경우 신하들이 말하는 왕법은 정조 개인의 왕권을 관철하기 위한 수단이 아니라, 오히려 신하들의 무기로서 역할을 하게 된다.

V. 왕법과 다른 왕명은 어떻게 정당화되는가

정조 재위 기간 내내 왕법의 적용을 두고 문제가 되었던 대표적인 사건인 화완옹주 처분 사례를 살펴보자. 화완옹주는 사도세자의 친동생으로 정조의 고모인데, 화완옹주의 양자인 정후겸이 정조가 세손 시절에 불충했다는 이유로 탄압받았다. 정조는 오랜 세손 시절과 임오화변(壬午禍變)을 거치면서 왕위에 올랐기 때문에, 즉위 후 기존의 정치세력에 대한 충역시비가 있었다. 화완옹주의 양자 정후겸은 반역자로 3월 25일 경원부로 귀양 보내졌다가,³⁷ 정조 즉위년 7월 5일 사사되었다.³⁸

화완옹주는 비록 왕의 고모이기는 하지만, 역적 정후겸의 어머니므로 정조 즉위년부터 탄압받았다. 정조 재위 기간에 가뭄이나 천둥과 번개와 같은 기상 이변이 있을 때 정조가 재이(災異)에 따른 구언(求言)을 하면, 주로 등장하는 것이 역적의 토죄(討罪)였는데 그중 화완옹주도 계속해서 거론되었다. <표1>은 화완옹주 처벌에 관한 연대기 자료를 정리한 것이다.

표1-화완옹주 처벌 관련 주요 사건 정리

일시	내용	비고
정조 즉위년 4월 3일	대신들과 삼사의 탄핵 왕법대로 처형하라는 요구	
정조 2년 윤6월 21일	화완옹주 강화도 교동부에 안치, 옹주의 작호를 삭탈(정처(鄭妻)라 불림)	신하들의 반대, 법대로 처벌 요청
정조 7년 1월 6일	정처 육지로 나오게 함	신하들의 계속된 반대
정조 23년 3월 4일	정처의 죄명을 없애고 완전히 용서	이후 화완옹주는 도성으로 들어와 살다가 71세에 사망

우선, 정조 즉위년부터 삼사(三司)의 화완옹주 처벌 요구가 있었다.³⁹ 정조는 처음에는 국상 중임을 이유로 화완옹주 처분에 대한 말을 최대한 하지 않겠다고 천명했다.⁴⁰ 국상이 끝난 후 정조 2년 6월이 되자, 화완옹주를 왕법대로 처형하라는 대신들의 요구가 더욱 강력해졌다.⁴¹ 이에, 화완옹주에 대한 처분은 정조 2년 윤 6월 21일에 처음 내려졌다. 그 과정에서 정조와 신하들이 왕법의 적용을 두고 다음과 같은 논쟁을 했다.⁴²

37 『新譯正祖實錄』 正祖 즉위년(1776) 3월 25일.

38 『新譯正祖實錄』 正祖 즉위년(1776) 7월 5일.

39 대표적인 예로, 『新譯正祖實錄』 正祖 즉위년(1776) 4월 3일의 기사 참조.

40 『新譯正祖實錄』 正祖 즉위년(1776) 3월 25일.

41 『新譯正祖實錄』 正祖 2년(1778) 6월 1일.

정조는 자신이 그동안 화완옹주를 벌주지 않은 것은 화완옹주가 죄가 없다고 여겨서가 아님을 분명하게 밝혔다. 다만 문제는 선대왕이 화완옹주를 깊이 자애했기에, 옹주가 방자해져서 죄에 빠진 것으로 보았다. 따라서 자신이 화완옹주를 처벌할 경우, “선대왕이 화완옹주의 잘못을 몰랐다면 이는 선왕의 밝은 지혜에 손상되는 일이 되고, 만일 선왕이 옹주의 잘못을 알고도 처분을 내리지 않은 것이었다면, 선왕의 덕에 누가 되는 일이기 때문에” 조심스럽다는 것이다.⁴³ 그래서 정조는 사형이 아니라 차을을 써서 화완옹주[이후 정치달(鄭致達)의 처, 정처(鄭妻)]를 절도에 정비하고, 정처가 자진(自盡)하도록 하겠다고 말했다. 그렇게 되면, 자신도 “선왕을 저버리지 않게 되고 후세의 역사책에서도 선왕이 자식 사랑에 빠졌다고 기록하지는 않게 될 것이다. 이는 나의 사적인 생각(私意)이 아니고 또 공의(公議)와 어긋나는 것도 아니다.”라는 것이다.

반면, 신하들은 정조가 감형해 주려는 것이 곧 정조 개인의 사적인 뜻이라며 “법은 사의(私意)를 가지고 참착(參錯)하게 할 수 없는 것입니다.”라고 반대했다. 이에 대해, 정조는 본인도 “나라의 법이 사사로운 은혜보다 중요하다는 것을 모르지 않지만, 지금까지 결단을 내리지 못하는 것은 반드시 까닭이 있어서이다. 작호(爵號)만 그대로 두면 선왕의 뜻을 위로할 수 있고 해도에 정비하는 것으로 정하면 못 신하들의 청에 부응할 수 있다.”라며 감형을 결정했다.⁴⁴

최성환은 정조가 화완옹주에 대해 유화적인 정책을 펼친 것을 옹주라는

42 이하의 두 문단에서 신하들과 정조의 논쟁은 『新譯正祖實錄』 正祖 2년(1778) 윤6월 17일의 기사를 중심으로 재구성한 것이다.

43 『新譯正祖實錄』 正祖 2년(1778) 윤6월 17일, “내가 조금이라도 선왕을 빛낸 일이 없는데 훗날의 역사책에서 선왕이 자식 사랑에 빠져서 알지 못했다고 기록하면 과연 어떻겠는가. 이것이 내가 선왕의 덕을 손상할까 염려하는 까닭이다.”

44 『新譯正祖實錄』 正祖 2년(1778) 윤6월 21일.

신분적 요소의 고려 때문이라고 평가한다. 화완옹주 뿐만 아니라, 죄를 범한 왕실의 인척들에 대해 정조가 “신하들의 극론(極論)에도 흔들리지 않고 의친(議親)의 법을 적용하여 은혜를 베풀었다.”라고 판단한다.⁴⁵ 수직적인 신분사회였던 조선시대에는 신분에 따라 형벌의 적용도 차이가 났는데, 대표적인 예외 조항이 팔의(八議) 규정이다. 죄를 지었을 때 법규에 따라 곧바로 사법절차로 들어가지 않고 우선 왕에게 의논을 청할 수 있는 대상을 왕족, 공신, 고급관료와 같이 모두 여덟 종류의 특권층을 규정한 조문을 말한다.⁴⁶ 왕실의 인척에 해당하는 의친도 이 팔의 중의 하나다. 그런데 팔의에 해당하는 자가 죄를 범했을 때, 그 자를 함부로 잡아다가 추문할 수 없도록 한 규정은 모든 범죄에 적용할 수 있는 것은 아니다. 반역과 같은 중대범죄인 십악(十惡)을 범했을 경우에는 이 조항을 적용할 수 없다.⁴⁷ 즉, 화완옹주는 의친에 해당하기는 하지만, 반역자의 어머니로서 함께 반역죄의 혐의를 받고 있었기 때문에, 이를 단순히 의친의 법에 의거해서 용서해주었다고 보기는 어렵다. 정조도 화완옹주가 “선왕의 골육이고 왕실의 지친”이라는 점을 고려하기는 하지만, 조금 다른 방식으로 이 문제에 접근했다.

홍술해 사건과 마찬가지로, 이 사건에서도 정조는 법 자체의 중요성을 간과하거나, 피형자의 위법한 행위를 부정하지 않았다. 그리고 화완옹주가 단지 의친이라는 이유로 용서해야 한다고 강조하지도 않았다. 혹은, 의친에 대해서는 그 누구도 토를 달 수 없도록 새로운 왕법을 만들어서 완벽하게 죄를 덜어 주지도 않았다. 화완옹주 사건에서 눈에 띄는 것은 자신의 처분이 자칫 선대왕을 욕보이게 할 수 있다는 딜레마적인 상황이라고 보는 점이다. 이러한 정조의 인식은 거의 일관되게 유지되었다.

45 최성환, 『영·정조대 탕평정치와 군신의리』(성남: 신구문화사, 2020), 255쪽.

46 『大明律直解』 卷1, 76~79쪽.

47 『大明律直解』 卷1, 82쪽.

정조 2년 윤6월 18일 정조는 정치를 유배하라고 명한 뒤, 밤에 꿈에 선대왕을 뵈었고, 가슴이 아프다고 말했다.⁴⁸ 정조는 자신이 선대왕의 덕을 손상하게 될지 모른다면 염려하였고, 자신이 얼마나 고민 끝에 처분을 내렸는지를 설명했다. 그럼에도 신하들은 계속해서 정치를 왕법대로 처형해야 한다고 주장했고, 이에 대해서 정조는 계속해서 자신의 의지를 굽히지 않았다.

그리고 정조 7년 1월 6일에 가서, 비밀리에 의금부 가도사로 하여금 화완옹주를 육지로 나오게 하였다. 이를 알아차린 승지들이 명을 거두기를 요청하자, 정조는 다음과 같이 비답했다.

지난날에 내린 전교에서 이미 유지한 대로 그의 죄 중에서 조금이라도 용서할 만한 점이 있다고 생각하는 것은 아니다. 그러나 바야흐로 이전에 없던 나라의 경사를 맞이하여 그 범죄가 가볍지 않은 부류들도 모두 죄를 깨끗이 씻어 주는 은전을 입었다. 정치달의 처처럼 크고도 많은 죄악을 저지른 자에게 이처럼 육지로 옮겨 주라고 명을 내린 나의 뜻은 오로지 선대왕께서 그 사람을 몹시 아끼셨던 뜻을 추념한 데서 나온 것이다. 그를 처벌한 형률의 명목을 감하지 않은 것은 공적인 법을 위해서이고, 그를 섬에서 육지로 옮겨 준 것은 사사로운 은정을 편 것이다.⁴⁹

흥미로운 것은 정조가 대사면을 단행하는 과정에서 이제 정처에게 자신이 은정을 베푸는 것임을 분명히 하고 있다는 점이다. 기존에는 본인이 정처를 감형하는 것은 자신의 사사로운 감정에서 비롯된 것이 아니라고 했었다. 그런데 이제는 적극적으로 사은과 왕법이 동시에 적용되었다고 말하고

48 『新譯正祖實錄』 正祖 2년(1778) 윤6월 18일.

49 밑줄은 필자 강조. 『新譯正祖實錄』 正祖 7년(1783) 1월 6일.

있다. 정조에게 사은은 더 이상 왕법과 배치되는 의미의 사은이 아니다. 심지어 정조는 정치를 육지로 옮기기는 하지만, 집 주위로 울타리를 치게 함으로써 “비록 섬과 육지의 구별은 있겠지만 형률의 명칭은 도리어 무겁게 되는 점이 있으니,” 사은과 왕법이 모두 시행되는 조치라고 강조했다.⁵⁰

마지막으로 정조 23년 3월 4일에 정조는 정치의 죄명을 없애고 정치를 완전히 용서하라는 하교를 내렸다. 그리고 아래와 같이 결국 이 모든 것은 선대왕에 대한 본인의 도리를 다하는 문제로 완전하게 재규정했음을 알 수 있다.

병신년(1776, 정조 즉위년) 이후 24년 만에 이 췌에 와서 이날을 지내게 되었는데 선대왕에 대한 그리움에 눈길 닿는 곳마다 지난날이 생각나 감정을 억누를 수가 없다. 병신년의 처분은 바로 선대왕의 뜻을 밝힌 것이었고, 오늘 정치를 용서해 석방하려는 것은 선대왕의 뜻을 받드는 것이다. 만약 선왕의 성심(聖心)을 자기 마음으로 삼아, 이때 이 마음을 헤아려 보고자 한다면 이 조치에 대해 조정의 신하들도 반드시 느끼는 것이 있을 것이니, 어찌 혹시라도 다른 말을 하겠는가.⁵¹

정조의 절대군주적인 면모를 강조하는 연구의 입장에서 볼 때에는 정조가 자신이 원하는 대로 화완옹주를 용서해 주지 못하고, 24년간이나 신하들의 반대를 들어야 했던 지점을 이해하기 어려울 것이다. 반면, 정조의 권력이 상대적으로 약했기 때문에 24년간이나 신하들의 반발을 샀던 것이라고 하기에는 결과적으로 정조가 원하는 대로 화완옹주를 용서해 준 것이 제대로 설명되기 어렵다. 24년간이나 지속되어 온 이 논쟁 속에서

50 『新譯正祖實錄』 正祖 7년(1783) 1월 6일.

51 밑줄은 필자 강조. 『新譯正祖實錄』 正祖 23년(1799) 3월 4일.

과연 왕법이란 어떻게 인식되고 있는가? 왕법대로 처리해야 한다고 요구하는 신하들의 입장에서 볼 때, 조선시대 법체계로서 왕법이란 객관적이고 공정한 법규이고 왕도 반드시 따라야 하는, 심지어 왕의 인척에게도 객관적으로 적용될 수 있는 규범이었다. 이러한 왕법과 상이한 정조의 사법적 판단은 왕법에 대비되어 지극히 사적인 뜻이나 은혜에 불과한 것이었다. 정조도 왕법이 갖는 규범으로서의 가치 자체를 폄하하거나 자의적으로 판단하지 않았다. 그렇기에 24년간이나 신하들의 반대에 시달리면서도 본인의 판단이 새로운 개별 왕법이라고 주장하지 못했다.

그렇다면, 신하들이 이렇게 반대함에도 불구하고 결과적으로 정조는 왕법의 법적 구속력을 어떻게 피하고 왕법과 다른 판단을 정당화할 수 있었던 것인가? 앞서 살펴본 것처럼, 정조가 화완옹주 사건을 대하는 과정에서 중요한 의제로 만든 것은 왕법대로 처리했을 때 야기할 수 있는 또 다른 문제와의 충돌이다. 선대왕의 덕을 받들어야 한다는 새로운 의제를 설정함으로써, 이 사안은 더 이상 단순히 왕법의 적용 여부에만 국한되는 문제가 아니게 된 것이다. 오히려 형벌을 내리되, 감형함으로써 한편으로는 왕법이 적용되는 측면도 있고 동시에 선대왕의 뜻도 받들 수 있게 된다는 논리를 폈다. 그리고 정조의 입장에서 보면, 20년 넘게 신하들을 설득하는 지난한 과정을 통해서 선대왕의 덕에도 해를 입히지 않고, 신하들의 요구에도 응할 수 있는 최선의 결론을 얻게 된 것이라고 자임하게 된 것이다.

VI. 결론

정조 대의 기록을 살펴보면, 오늘날의 시각에서 보아도 놀라울 정도로 정조는 법에 관한 고민이 깊었던 것으로 보인다. 『경국대전』과 『속대전』을

통합하고 새로운 수교 내용을 증보한 『대전통편』을 편찬하고, 『흠휼전칙(欽恤典則)』을 발간하여 형구(刑具)의 규격 및 형을 집행하는 과정에 대한 법규를 정비한 바 있다. 또한, 1775년 12월부터 1800년 6월까지 1,000여 건이 넘는 사형범죄자들에 대한 정조의 판부를 수록하고 있는 형사판례집인 『심리록(審理錄)』이나 『일성록(日省錄)』, 『승정원일기(承政院日記)』와 같은 연대기 자료 속 사법판결 과정을 보면, 정조가 얼마나 법을 적용하는 데에 고심하고 또한 신중하게 사안을 판단하려 했는지를 잘 알 수 있다. 그런데 이러한 노력이 무색할 정도로 다른 한편으로는 사안의 사법적 판결 과정이 극렬한 정치적인 논쟁의 대상으로 전락하는 예도 있고, 그 결과만 봤을 때는 자의적인 법 집행처럼 보이는 경우도 적지 않다.

이 연구는 이러한 정조의 모순적인 모습을 오늘날의 기준이 아니라 당대의 맥락에서 이해하기 위한 기초작업으로서, 왕법에 주목했다. 우선, 조선시대에 활용되고 있는 왕법이라는 개념은 두 차원으로 구별해서 생각해야 한다고 보았다. 왕의 명령이 수교의 형태로 법률적인 효과가 있는 개별 왕법과 이러한 개별 왕법이 모여 일정한 형태로 성문법이 되고 이후 이 모두를 아우르는 추상적인 하나의 법체계로서의 왕법이 사실상 동시에 공존하는 것이다.

이 연구에서는 왕법의 두 개념을 분석적으로 구별하면서도, 왕법 속성을 재고하고자 했다. 첫째, 홍술해 사건을 중심으로 왕의 최종적인 판단이나 명령이 곧바로 새로운 왕법이 되는가 하는 점을 살펴보았다. 홍술해 사건에서 정조는 장오죄와 관련된 조선후기의 왕법 체계를 강조하면서도, 홍술해에 대한 이번 판결만은 예외적으로 정당할 수 있음을 피력한다. 그리고 홍술해에 대한 자신의 판단이 곧바로 새로운 개별 왕법이라고 주장할 수 있었음에도 정조는 이러한 전략을 취하지 않았다. 결국, 정조의 입장에서 볼 때 자의적으로 행사할 수 있을 것 같은 개별 왕법도 일정한 당시 사회적

정치적 합의를 기반으로 하지 않고서 무자비하게 폭압적으로 행사할 수는 없는 것이다.

둘째, 정조 대 연대기 기사에서 주목할 만한 지점은 왕법을 도구적인 수단으로 활용해야 한다고 주장하는 사람이 왕이 아니라 대부분 신하들이라는 점이다. 이때 신하들이 원용한 왕법은 개별 왕법이 아니라 조선시대 법체계로서의 왕법이었다. 정조가 늘 왕법의 공평한 적용을 강조한 것과 달리 실제로는 정조가 왕법대로 행하지 않는다고 말했다. 아울러 신하들의 요청은 일방적으로 자신의 사법적인 판단이 옳음을 주장하는 데서 그치는 것이 아니라 사실상 왕의 사법적 판단에 반기를 드는 것이었다. 다시 말하자면, 정조가 기존의 법체계로서의 왕법과 상이한 왕명을 내린 상황에서, 신하들이 왕의 판단에 이견이 있고, 이러한 이견의 준거가 되는 왕법은 왕의 권위에 제약을 가할 수도 있는 것이다. 그럴 경우 법체계로서의 왕법은 정조 개인의 왕권을 관철하기 위한 수단이 아니라, 오히려 신하들의 무기로써 역할을 하게 된다.

셋째, 정조 즉위년부터 24년간이나 조정에서 논의되었던 화완옹주 처분 관련 사례는 왕법을 둘러싼 왕과 신하들의 대립을 잘 보여준다. 신하들은 반역 관련자를 처리하는 조선시대 법체계로서의 왕법 중요성을 계속해서 강조했고, 그러한 왕법대로 정조가 결정을 내려야 한다고 주장했다. 반면, 정조는 기존 왕법의 중요성을 전제하면서도 본인이 화완옹주를 용서할 수 있는 다른 정치적 이유를 만들어 갔다. 선대왕의 덕을 받들어야 한다는 새로운 의제를 설정함으로써, 해당 사안을 단순히 왕법의 적용 여부만으로 해결할 수 없는 문제로 만들어 갔다. 오히려 형벌을 내리되, 감형함으로써 한편으로는 왕법이 적용되는 측면도 있고 동시에 선대왕의 뜻도 받들 수 있게 된다는 논리를 폈다. 그리고 정조의 입장에서 보면, 24년간이나 신하들을 설득하는 과정을 통해서 선대왕의 덕에도 해를 입히지 않고,

신하들의 요구에도 응할 수 있는 최선의 결론을 얻게 된 것이라고 자임하게 된 것이다.

이러한 사실을 종합해 보면, 조선시대 왕법을 둘러싼 사법적 판단 과정에서 주목해야 하는 부분은 결국 법의 적용 여부가 아닌 그 정치 과정이다. 정조가 계속해서 강조하는 바와 같이 설사 개별 왕법이라 하더라도 왕이 자의적으로 만들어 내지는 못하고, 적어도 하나의 공의(公義)로 신하들과 잠정적 합의가 필요한 것이다. 그리고 정치 주체들은 공표된 기존 왕법, 즉 법체계로서의 왕법에 따라 왕의 권력이 행사되어야 한다는 전제를 갖고 있다. 비록 왕은 자신의 명령에 따라 새로운 개별 왕법을 세울 수 있지만, 이를 위해서는 그 정당성과 타당성을 지속적으로 해명할 수 있어야 했다. 따라서 정치 주체들이 하나의 사법적인 결론에 이르기까지 벌여졌던 치열한 정치 과정이 생략된 채, 결과만을 가지고 전근대 왕이 일방적으로 혹은 자의적으로 판단했다고 결론 내리기는 어렵다. 동시에 이러한 정치과정을 생략한 채 조선시대를 법치의 시대라고 곧바로 결론 내릴 수도 없다.

참고문헌

1. 1차 자료

『大典通編』. 『宣祖修正實錄』. 『肅宗實錄』. 『承政院日記』. 『新譯正祖實錄』.

2. 단행본

김백철, 『탕평시대 법치주의 유산』. 서울: 경인문화사, 2016.

_____, 『정조의 군주상』. 서울: 이학사, 2023.

김호, 『정조의 법치』. 서울: 휴머니스트, 2020.

박병호, 『근세의 법과 법사상』. 서울: 진원, 1996.

법제처 편, 『추관지』. 서울: 법제처, 1975.

정금식, 『조선의 법치주의 탐구』. 서울: 태학사, 2018.

정약용(저), 다산연구회(역주), 『목민심서』. 서울: 창비, 2018.

조지만, 『조선시대의 형사법: 대명률과 국전』. 서울: 경인문화사, 2007.

최성환, 『영·정조대 탕평정치와 군신의리』. 성남: 신구문화사, 2020.

한상권·구덕희·심희기·박진호·장경준·김세봉·김백철·조운선(역), 『대명률직해』.
서울: 한국고전번역원, 2018.

Shaw, William, *Legal Norms in a Confucian State*. Berkeley, Calif: Institute of East Asian Studies, 1981.

3. 논문

심재우, 「정조대 『흠휼전칙』의 반포와 형구 정비」. 『규장각』 22, 1993, 135~153쪽.

_____, 「18세기 옥송의 성격과 형정 운영의 변화」. 『한국사론』 34, 1995, 34~71쪽.

이하경, 「조선후기 추국장에서 왕」. 『법사학연구』 63, 2021, 93~124쪽.

_____, 「조선후기 소원을 둘러싼 법정, 법, 그리고 국가」. 『법학연구』 31(3), 2021, 303~329쪽.

_____, 「조선시대 위조 범죄의 규제와 처벌」. 『국학연구』 51, 2023, 253~292쪽.

임상혁, 「고려의 법체계와 조선에 대한 영향」. 『법사학연구』 48, 2013, 7~32쪽.

홍순민, 「조선후기 법전 편찬의 추이와 정치 운영의 변동」. 『한국문화』 21, 1998, 165~205쪽.

4. 웹사이트

국사편찬위원회 조선왕조실록(<https://sillok.history.go.kr>).

국사편찬위원회 한국사데이터베이스 조선시대법령자료(<https://db.history.go.kr/law>).

한국고전종합 DB(<https://db.itkc.or.kr>).

국문초록

이 연구의 목적은 조선후기 정조(正祖, 재위 1776~1800)대 왕법에 대한 정치 주체들의 인식을 살펴봄으로써, 전근대 시기 왕법의 정치적인 의미와 속성을 구체화하는 데에 있다. 특히, 정조 즉위년의 홍술해(洪述海) 사건과 즉위년부터 논란이 되었다가 정조 23년에 마무리된 화완옹주(和緩翁主) 사건을 중심으로, 정조와 신하들이 사법적 판단을 내리는 과정에서 왕과 신하가 왕법을 어떻게 전유하고 있는지를 추적했다. 선행연구에서는 정조 대에 이루어진 법전 편찬, 행정 정비와 같은 법 제도적 측면의 발전에 주목하거나, 정조의 사법 추론 과정에서의 나타나는 나름의 합리성을 근거로 정조를 법치의 시대로 재평가하기도 하였다. 반면, 이 연구에서는 당대의 맥락 속에서 정조의 사법 판단과정을 재고해야 한다고 보고, 왕법에 대한 정치 주체들의 인식에 주목했다. 우선, 정조 시대에 활용되고 있는 왕법의 개념을 두 차원으로 구별해 내었다. 왕의 명령이 수교의 형태로 법률적인 효과를 갖는 개별 왕법과 이러한 개별 왕법이 모여 일정한 형태로 성문법이 되고 이후 이 모두를 아우르는 추상적인 하나의 법체계로서의 왕법이다. 이러한 개념적 분석을 바탕으로 홍술해 사건과 화완옹주 사건 등을 중심으로 정조 대 왕법의 적용을 둘러싼 다양한 사례연구를 통해서, 한편으로는 정조의 일견 모순적으로 보이는 사법 판단 과정을 분석하고, 다른 한편으로는 최종적인 사법 판단을 내릴 때의 정치 과정의 중요성을 강조했다.

투고일 2023. 9. 20.

심사일 2023. 10. 20.

게재 확정일 2023. 11. 9.

주제어(keywords) 조선후기(late Chosŏn Dynasty), 왕법(royal law), 정조(King Jŏngjo), 사법 판단(judicial decision), 정치과정(political process)

Abstract

King and Royal Law in Late Chosŏn: Focusing Political Actors' Perceptions on Royal Law under King Jŏngjo's Reign

Lee, Hakyoung

This study aims to delineate the political meaning and characteristics of the royal law by analyzing political actors' perceptions in the judicial cases under King Jŏngjo's reign during the late Chosŏn period. Particularly, this research traces how the royal law was understood and appropriated by political actors, analyzing diverse cases, including the *Hongsuthae* Case (1776) and *Hwawanongju* Case (1799). Studies on King Jŏngjo have revealed the development of the legal system, highlighting legal codifications and judicial reforms, or have attempted to reassess King Jŏngjo's reign as an era of the rule of law based on the King's legal reasoning. This study, however, argues the reconsideration of King Jŏngjo's judicial process in its historical context. King Jŏngjo emphasized the impartial enforcement of the royal law, although his judicial decisions were not always in accordance with the royal law. To analyze this seemingly contradictory judicial judgment process of King Jŏngjo, this study distinguishes two dimensions of the concept of the royal law: individual royal law, wherein the king's orders had legal effects; and systematic royal law, which refers to a more abstract legal system encompassing all kinds of rules and codes. Based on this conceptual analysis, this study examines various judicial cases related to the application of the royal law during King Jŏngjo's reign. Additionally, it emphasizes the significance of the political process in final judicial decisions.

