

# 한국사에 비추어 본 제주의 사법제도

- 고대탐라에서 갑오경장 이전까지를 개관한 시론(試論) -

양석원\*

<차례>

- I. 머리에
- II. 고대 탐라의 사법제도
- III. 고려시대 탐라(제주)의 사법제도
  - 1. 제도 개관
  - 2. 형사사법
  - 3. 민사사법
- IV. 조선시대 제주의 사법제도
  - 1. 제도 개관
  - 2. 형사사법
  - 3. 민사사법
- V. 맺으며

## 국문요약

제주(탐라)는 섬지역이라는 점 이외에도 오랫동안 자율적 정치체제가 유지되어 있는가 하면, 때로는 중앙 조정에서 직할하기도 했다. 이러한 점에 비추어 본다면 제주(탐라)의 사법제도에 있어서도 독자적인 제도가 있었거나 이웃 나라의 영향을 받았을 것으로 짐작되는데, 기록상으로는 설득력 있는 논거를 제시할 수 없어 안타깝다. 단지, 고대탐라에서 고려시대를 거쳐 조선시대 갑오경장까지의 산발적인 사료를 우리나라 전체의 역사에 나타난 사법제도에 의탁하여 제주

\* 제주대학교 법정대학 법학부 교수

의 사법제도에 관한 시론적(試論的) 논의를 엮어 내는데 그쳤다. 갑오경장 이후부터 오늘에 이르기까지의 사법제도는 선행연구가 있기에 생략했다. 앞으로 사법제도를 통관할 수 있는 자료를 바탕으로 더욱 깊은 연구가 있어야 할 것으로 보인다.

주제어 : 사법제도, 탐라, 수령, 오형(五刑), 옥송(獄訟), 사송(詞訟), 노비소송

## I. 머리말

사법은 좁은 의미에서는 재판작용(裁判作用)만을 말하는데, 민사·형사 및 행정사건 등의 재판은 구체적 사건에 대하여 소송절차를 거쳐 어떻게 법률을 적용하고 해석할 것인가를 결정하고 선언하는 국가의 행위이며, 대립하는 양당사자의 주장을 들어보고 공평한 제3자의 지위에서 국가가 판단하는 작용이다.

넓은 의미의 사법에는 재판작용뿐만 아니라 비송사건·사법행정작용·사법입법작용 등이 포함되고, 이에 따르면 사법기관은 법원관할에 속하는 국가기관뿐만 아니라, 형벌권의 유지·집행을 목적으로 재판에 관여하는 검찰 외에 사법경찰, 교정기관과 사법적(私法的) 질서의 확인 및 실현기능을 담당하는 공증인, 집행관까지 포함된다.<sup>1)</sup>

사법권은 이를 실질적 의미로 파악하는 견해와 형식적 의미로 파악하는 견해가 대립되고 있다. 실질설은 사법권이란 법 아래서 실재의 구체적인 쟁송사건에 대하여 무엇이 법인가를 심리·판단하는 국가작용을 말한다. 형식설은 사법권이란 국가기관 중에서 입법기관 및 행정기관을 제외한 사법기관인 법원에 속하는 권한을 말한다. 이 가운데 실질

1) 김철수, 「헌법학개론」(제18전정신판), 박영사, 2006, pp.1156-1157.

설은 군주국가나 전제국가에 있어서 권력분립론에 입각한 사법권의 분리를 주장한 점에서 역사적 공헌을 찾을 수 있다.<sup>2)</sup>

이에 이 논문에서는 행정과 사법이 미분화된 시대의 목민관의 권한 행사는 형식상 행정처분이지만 오히려 일종의 판결을 행정처분의 형식으로 내리는 점을 주목하고 사법제도로서의 체계적인 고찰을 하고자 하는데 목적을 두고 있다. 지방의 수령일 지라도 왕권을 위임받아 한 고을을 다스리는 목민관으로서 그의 권한은 행정, 형사, 민사에 이르는 광범위하고도 포괄적인 것이었다. 따라서 제주(탐라)의 수령은 다름이 있는 양당사자의 주장이나 행태를 지켜보고 공평한 제3자로서 국가기관인 지위에서 판단을 내리면 그것이 곧 행정권이자 사법권의 행사가 되는 점에 초점을 맞춰 논의를 전개하고자 한다.

## II. 고대 탐라의 사법제도

옛 제주도는 한반도와 다른 별세계를 열었으니, 이른바 탐라국(耽羅國)이다.

우리나라 삼국시대 초기의 부족사회시대에는 민중집회나 씨족의 장에게 재판권한이 있었다. 백제에서는 고이왕 27년(A.D. 260)때에 비로소 형옥을 다스리는 조정좌평(朝廷佐平)<sup>3)</sup>이라는 기관이 설치되어 있었는데, 이것이 우리나라에 처음 생긴 사법기관이 아닌가 짐작된다.<sup>4)</sup> 고구려는 부족장회의인 제가평의회(諸加評議會)가 국가 최고의 재판기관

2) *Id.*, pp.1155-1156.

3) 「置朝廷佐平 掌刑獄事」-『삼국유사』 권24, 백제본기 第二.

4) 구병삭, 『한국고대법사』, 고려대 출판부, 1993, p.122.

이었고,<sup>5)</sup> 그 밖의 사소한 형사사건은 대개 지방의 족장들이 임의로 관습법에 의해 처리한 것이 아닌가 보인다.<sup>6)</sup> 신라도 우이방부(右理方府)에서 형률에 관한 입법과 장리를 한 것 같으나, 이 부서에서는 극히 사무적인 것을 취급하고, 실제 중대 범죄사건이나 중요 입법 및 국가적 중대사에 관해서는 종전과 같이 남당(南堂) 또는 화백(和白)과 같은 데서 결정해주거나 왕이 직접 최종적으로 판정한 것이 아닌가 보여진다.<sup>7)</sup> 신라는 일찍부터 군주(軍主)와 사신(仕臣) 등 지방관이 재판권을 행사하였는데 수시로 영찰사를 파견하여 송사를 감독하게 하였다.<sup>8)</sup>

원래 제주에는 삼국시대 초기에 와서 부족국가체제의 탐라국이 형성되어 있었고, 탐라국은 5세기 이후 본토 국가인 백제,<sup>9)</sup> 고구려,<sup>10)</sup> 신라는 물론 나아가 중국 당(唐)나라(661, 665년)<sup>11)</sup> 등과 교류를 계속하여 오다가 통일신라시대인 문무왕 2년(662)부터 신라의 지배를 받았던 것 같다. 그러나 신라 말의 혼란기로 접어들면서부터는 탐라국도 본토 내의 여러 호족들과 마찬가지로 신라의 지배를 벗어나 독립국체제를 유지하여 온 것으로 보인다.

그런데 탐라왕이 백제로부터 476년 (문주왕 2), ‘좌평(佐平)’이라는 최고관직<sup>12)</sup>을 받기 시작한 것으로 추정되고,<sup>13)</sup> 신라 전성기(王代 未詳)

5) 진단학회 편(이병도), 『한국사 1: 고대편』, 을유문화사, 1959, p.541.

6) 구병삭, 앞의 책, p.66.

7) *Id.*, p.216.

8) 진단학회 편(이병도), 앞의 책, pp.634-636; 김이열, 『한국지방제도사서설(1)』, 『법정논총』 제10권 제2호, 중앙대 법과대학, 1965, pp.78-86.

9) 『삼국사기』 권26, 백제본기 4, 문주왕(文周王) 2년(476) 4월조; 『삼국사기』 권26, 백제본기 4, 동성왕(東城王) 20년(498) 8월조.

10) 『삼국사기』 권19, 고구려본기 7, 문자왕(文咨王) 13년(504) 4월조.

11) 『당회요(唐會要)』 권100, 탐라국조; 『구당서(舊唐書)』 권84, 열전 유인궤전.

12) 좌평은 백제의 관계(官階) 16등 가운데 1등 대신(大臣)급으로서 내신(內臣: 수상

에 탐라왕족에게 성주(星主), 왕자(王子), 도내(徒內)의 작위를 준 유례가 있고,<sup>14)</sup> 이는 고려시대 938년(태조 21)에 되풀이된 것으로 기록되고 있다.<sup>15)</sup>

여기서 고대 제주(탐라)는 삼국시대 본토 국가들과 마찬가지로 당의 율령제도의 영향을 받았을 것으로 보인다. 율령이란 고대 형벌과 행정에 관한 법규를 말하는 것으로 율(律)은 형벌법규이며 영(令)은 행정법적 규정이다.<sup>16)</sup>

당대 율령<sup>17)</sup>의 특질은 전체적으로 국가지배의 공법(公法)의 체계에 치우쳐서 개인간의 사회관계를 규제한 사법(私法)은 발달하지 않았고, 가족 친족관계나 재산 거래 등에 관한 율령의 조항도 개인의 권리를 주체로 한 것이 아니라 국가체제의 안정과 신분질서의 규제로서 존재하였다.

한국에의 율령의 전래는 373년(소수림왕 3) 고구려 율령<sup>18)</sup>과, 520년(법흥왕 7) 신라율령<sup>19)</sup>의 반포로 나타났는데, 신라의 율령은 당의 율령

격)좌평(佐平: 장관)을 비롯하여 내두(內頭: 재무), 내법(內法: 예식), 위사(衛士: 친위), 조정(朝廷: 사법), 병관(兵官: 국방) 등 6좌평이 있었다.- 이병도, 『한국사대관』, 보문각, 1969, pp.96-97.

13) 『역주 증보탐라지』(제주문화원, 2005) 2. 연혁, pp.488-489; 이와는 달리, 송석범, 『제주도사의 일고찰』, 『제주문화연구』(현지 김영돈박사 화갑기념), 제주문화, 1993, p.398에서는 백제 무령왕(武寧王: 501년-523년) 때로부터 탐라국주(國王)가 '좌평(佐平)'이라는 최고관직을 받기 시작한 것으로 추정하고 있다.

14) 고창석, 『탐라국사료집』, 신아문화사, 1995, p.46.

15) 『고려사』 지리지 전라도 탐라현조(耽羅縣條), 『고려사절요』 태조 21년 12월조

16) 전봉덕, 『신라율령고(新羅律令攷)』, 『한국법제사연구』, 서울대 출판부, 1968, p.315.

17) 중국율령제도는 B.C. 2300년경 요순시대에 「오형오교(五刑五教)의 사상과 B.C. 5세기경 魏의 「李悝의 法經六篇」이 성문물로서 처음 나타나 근세 중국의 형률의 기초가 되고 隋의 수정과 개혁을 통해서 당률로 대성했다.- 정봉취, 『한국형벌제도』의 사적 고찰, 『성균관대 논문집』 제7집, 성균관대학교, 1962, pp.168-169.

18) 『삼국사기』 권18, 고구려본기 第六, 소수림왕(小獸林王)조

을 토대로 하여 자주적인 방향에서 생성되고 운용되었다.<sup>20)</sup> 백제의 경우는 잘 알 수 없으나 신라보다는 이른 시기에 정비되었을 것이며, 무령왕릉에서 발견된 매지권(買地券)에서 ‘부종율령’(不從律令)이라는 표현이 나오므로 현실사회에서 율령제가 시행되고 있었음을 알 수 있다.<sup>21)</sup>

따라서 고대 제주(탐라)의 사법제도에 있어서도 이웃 나라의 영향을 받았거나 독자적인 제도가 있었을 것으로 짐작되는데, 과문한 탓인지는 모르나 기록상으로는 그 편린이나마 논거를 제시할 수 없어 안타깝다.

### Ⅲ. 고려시대 탐라(제주)의 사법제도

#### 1. 제도 개관

고려는 초기에는 통일신라의 율령을 답습하였다. 건국 이래 왕권이 안정되면서 제반 문물제도를 정비하고 국가의 면목을 일신하고자, 국내 실정에 적용할 독자적인 율령을 제정했으나 이들을 종합하여 통치의 기본이 되는 법전을 제정하지는 않았다. 고려사 형법지에 의하면 당시에 시행된 율문 69개조와 영 2개조 도합 71개조가 수록되어 있어 이른바 고려율이라 불리고 있다.<sup>22)</sup> 그 내용은 대체로 당률을 모방한 것인데,

19) 『삼국사기』 권4, 신라본기 第四, 법흥왕(法興王)조.

20) 구병삭, 앞의 책, p.215.

21) 정봉휘, 앞의 글, p.159 이하.

22) 『고려사(高麗史)』 권84 형법지(刑法志)를 보면 옥관령(獄官令) 2조(條), 명례(名例) 12조, 위금(衛禁) 4조, 직제(職制) 14조, 호혼(戶婚) 4조, 구고(廩庫) 3조, 천흥(擅興) 3조, 도적(盜賊) 6조, 투송(鬪訟) 7조, 사위(詐僞) 2조, 잡률(雜律) 2조, 포망(捕亡) 8조, 단옥(斷獄) 4조 등 모두 71조로 되어 있다.

그러나 성종 때 '도망한 노비를 숨겨 취한 지는 율문(律文)에 의해 처벌한다는 기록이 있는 것으로 보아 영이 존재했음을 보여주고 있다.

이처럼 형법을 비롯한 제반 법령이 율령적 통치이념에 밀반침되고 있었음은 부인할 수 없으나 고려율의 성문법전으로서의 존부는 소극적으로 판단할 수밖에 없다.<sup>23)</sup> 즉 고려에 있어서는 예 형 등의 율령을 편집했던 일은 있었으나 완전한 법전의 편찬과 반포 시행은 없었던 것이다. 즉 고려는 수시의 법령, 판례집, 관습법으로 일관해 왔으며 그런대로 특유한 사정에 적용한 규범체계가 있었다.

고려시대는 탐라가 지닌 역사적 경험의 특수성을 수용하여 조정에서 파견하는 향리직제(鄕吏職制) 대신 오랫동안 유지되어 왔던 토착세력의 성주(星主)·왕자(王子) 등의 칭호와 체제를 계속 존속하게 함과 아울러, 지리적 위치를 감안하여 중앙 조정과 직결 관계를 갖도록 했던 점<sup>24)</sup>이 사법제도에도 반영되고 있다.

## 2. 형사사법

### 1) 오형(五刑)제도

고려의 국가적인 성격은 불교문화에다 유교문화를 융합한 것이며 단일국가로서의 지향을 목표로 민족의식을 확립하고 민족통합을 위하여 도약한 국가였다. 이러한 국가적인 성격이 배경이 되어 고려의 형벌정책은 옹보위주의 형벌에서 종교적인 인적 사상이 가미되고 정형주의를 확립시켰다. 고려시대의 형벌은 형법에 규정되어 있는 5형제도, 즉 태

23) 박병호, 『韓國法制史攷』, 법문사, 1987, p.397.

24) 고창석, 「탐라의 군현설치에 관한 고찰」, 『제주대논문집』 제14집, 1982, p.212 이하; 김일우, 「고려시대 탐라사 연구」, 신서원, 2000, p.237; 김창현, 「고려의 탐라에 대한 정책과 탐라의 동향」, 『한국사학보』 5, 1998, p.335 이하.

형(笞刑)과 장형(杖刑), 도형(徒刑), 유형(流刑) 그리고 사형(死刑)이 근간을 이루었다.<sup>25)</sup>

태형은 작은 형장(刑杖)으로 죄인을 치는 형벌로 10·20·30·40·50번 치는 5종류가 있었으며,<sup>26)</sup> 속죄(贖罪)방법으로 태형등급에 따른 속동(贖銅) 각 1·2·3·4·5근으로 환산하였다.<sup>27)</sup> 장형은 큰 형장으로 죄인을 치는 형벌로 60·70·80·90·100번 치는 5종류가 있었고, 태형등급에 따라 속동(贖銅) 각 6·7·8·9·10근으로 환산하였다.<sup>28)</sup> 도형은 죄인을 한 곳에 가두어두고 소금을 굽거나 쇠를 다루는 등의 힘든 일을 시키는 형벌로 지금의 징역형과 같다. 기간은 1년, 1년 반, 2년, 2년 반, 3년까지 다섯 가지로 정해져 있었으며 각각에 장(杖) 60, 장 70, 장 80, 장 90, 장 100형이 반드시 뒤따라서 1년 복역에 장 60, 1년 6개월에 장 70, 2년에 장 80, 2년 6개월에 장 90, 3년에 장 100 등 5종류가 있었다. 아울러 도형등급에 따라 속동(贖銅) 각 20·30·40·50·60근으로 환산하였다.<sup>29)</sup>

25) 원래 오형은 『서경』 순전(舜典)에서 비롯된 고대 형벌로 묵(墨: 이마에 刺字하는 벌로 黥刑이라고도 함)·의(劓: 코를 베는 벌)·비(劓: 발을 자르는 벌로 刖刑이라고도 함)·궁(宮: 생식기를 없애는 벌)·대벽(大辟: 死刑)과 같이 신체에 가하는 형벌이었다. 그러나 점차 시간이 흐르면서 변화되어 수나라 때 「태(笞)·장(杖)·도(徒)·유(流)·사(死)형」의 오형제도로 확립되었다.

우리나라에서는 삼국시대에 중국으로부터 율령제도를 받아들이면서 실시되었으며, 『고려사』 형법지에도 실리게 되었다. 조선시대에는 『경국대전』에서 법제화되었다.

26) 『고려사』 권84 형법지(刑法志) 1 名例(오형)條, 태형: 송두용, 『한국법제사고』, 진명문화사, 1985, p.63.

27) 『고려사』 권84 형법지 1 名例(오형)條에 각 범죄의 경중에 따라 차등을 두어 속동(贖銅)을 징수하도록 규정되어 있다. 형을 부과하기에 너무나 가벼운 범죄, 형을 집행하기 곤란한 노약자나 특별한 사정이 있는 사람 또는 지배신분인 양반·관리에게 형 집행을 대체해주는 하나의 특혜로서 활용되었다. 때로는 국가나 지방관청의 재정 수입원으로도 활용되었기 때문에 사법권을 행사하는 많은 수령들이 이 제도를 남용하는 경우도 많아 문제가 되기도 했다.

28) 『고려사』 권84 형법지 1 名例(오형)條, 장형.



유형은 귀양 보내는 형벌로 유배(流配)라고도 하며 매우 중한 죄를 범한 자를 차마 사형시키지 못하고, 먼 지방으로 귀양 보내어 죽을 때까지 살게 하는 것을 말한다. 유배 보내는 거리에 따라 2천리, 2천5백리, 3천리의 세 등급이 있었으며, 각각에 장 100형을 집행하여 2,000리 정배(二千里定配)와 장 100, 2,500리와 장 100, 3,000리와 장 100 등 3종류가 있었다. 그런데 유배지를 선정할 때, 우리나라의 경우 중국과 달리 국토 면적이 넓지 않기 때문에 유2000, 유2500, 유3000리의 규정을 그대로 적용할 수가 없었다. 유형에도 속형(贖刑)을 허용하여 유 2000리는 장(杖) 17, 배역(配役) 1년, 속동(贖銅) 80근이고, 2500리는 장 18, 배역 1년, 속동 90근이며, 3000리는 장 20, 배역 1년, 속동 100근이었다.<sup>30)</sup>

사형에는 교형(絞刑)과 참형(斬刑) 등 2종류가 있었는데, 속동은 똑같이 120근이었다.<sup>31)</sup> 교형은 교수형(絞首刑)을 말하는 것으로 지체(脂體)를 완전히 보존하는 형벌이고, 참형은 목을 베는 형벌로 몸과 머리를 분리시키는 것을 말한다. 그러므로 참형은 교형보다 무거운 형벌이었다.

## 2) 수령의 형사사법 권한

외관수령(外官守令)은 죄가 태(笞)에 합당한 자는 율(律)에 의하여 바로 시행하고 장(杖)을 가할 자는 관찰사에 보고하고 명을 받아 시행할 것이며 사죄(死罪)는 '장군이 임전한 때를 제외하고는' 죄상(罪狀)을 갖추어 관찰사에게 보고하고 관찰사는 다시 법전사에 보고하도록 한다.<sup>32)</sup>

29) 『고려사』 권84 형법지 1 名例(오형)條, 도형.

30) 『고려사』 권84 형법지 1 名例(오형)條, 유형.

31) 『고려사』 권84 형법지 1 名例(오형)條, 사형.

즉 수령은 태(笞) 50도(度) 이내의 가벼운 경상(綱常)에 관계된 죄나 풍속범(도박·주벽·사기) 등 범죄에 관하여 직단(直斷)할 수 있었으나, 관할권 내에서 장(杖) 이상의 범죄사건이 일어났을 때에는 체포·구금·수사하여 관찰사에게 보고하고 관찰사의 지시에 따라 고신(拷訊 : 고문)할 수 있었다. 사죄(死罪)인 경우에도 관찰사에게 보고하면 관찰사는 1차로 차사원(差使員)을 정하여 수령과 함께 심문하도록 명하였으므로 그 옥사에 직접 참여하게 되었다. 고려시대는 행정과 사법이 미분화된 사법제도였으므로, 수령은 구금·수사·심리·재판 및 집행까지 담당했다.

고려시대 탐라도 행정단위의 변화에 따라 각종 외관이 파견되었다. 이들의 행적은 탐라민의 칭송을 받는 경우도 있었지만, 가렴주구 등의 악정을 행하여 심지어는 민란으로까지 치닫는 바람에 조정에서 직접 진압하거나 무마하는 조처를 취하게 하기도 했다.<sup>32)</sup> 위 원칙의 예외에 해당되어 제주의 외관수령이 직접 처단한 예를 본다면 다음과 같다.

탐라의 첫 외관은 현령이었고,<sup>34)</sup> 기록을 통하여 처음으로 확인되는 현령은 1161년(의종 15)에 부임한 최척경(崔陟卿)임을 알 수 있다.<sup>35)</sup> 1168년(의종 22) 외관현령이 바뀌고 탐라의 수재(守宰 : 관리)들이 이 곳 방물을 지나치게 거두는 행패를 부렸기 때문에 양수(良守)를 중심으로 탐라사회 첫 민란을 일으키자 조정에서는 탐라민의 요청에 따라 최척경을 다시 탐라 현령으로 부임토록 했다. 그러나 양수 등 민란 주동자 7명은 조정에서 보낸

32) 『고려사』 권84, 형법지 1, 직제, 창왕 즉위년 9월조: “典法司上疏曰… 但 外官守令則罪之合於笞者 依律直行 杖者報觀察使 受命而施行 大壁則除將軍 臨戰外具罪狀報都觀察使 使轉告于典法司”.

33) 김일우, 앞의 책, p.208.

34) 『고려사』 권57, 지리 2, 탐라현조 등.

35) 『역주 증보탐라지』 17. 관풍안(觀風案), p.713.

안무사 조동회와 탐라현령 최척경에 의해 처형되는 조치가 취해졌고 나머지는 모두 곡식과 비단을 주어 무마했다.<sup>36)</sup>

1376년(우왕 2) 제주만호 김종광(金仲光)은 고려에 반기를 든 탐라목장 소속의 '하치(哈赤)'였던 강백언 등 주모자급 13인을 참하고 이들 처자식은 광주와 나주로 나누어 유배보냈다.<sup>37)</sup>

고려는 태조 때부터 섬 지역을 유배지로 이용했고,<sup>38)</sup> 탐라에도 유배되어 왔던 사람이 상당수 확인되고 있는데, 특히 탐라가 고려의 유배지역으로 이용되었음이 드러나는 시기는 원 간섭기 이후부터였다.<sup>39)</sup> 유배지의 등급은 무인도·유인도·육지부 군현·귀향(歸鄕) 등의 차례로 정해졌다.<sup>40)</sup> 유배인의 형기는 사면이 없는 한 영구적이었다. 그리고 고려뿐만 아니라 원과 명도 탐라를 유배지로 이용했다.

원은 1275년(충렬왕 1) 죄수 1백여 인을 유배보낸 것을 비롯하여<sup>41)</sup> 그 2년 후(충렬왕 3)에도 두 차례에 걸쳐 죄수 73인을 탐라에 유배보내는데<sup>42)</sup> 한편, 왕족이나 관리도 여러 차례 유배보낸 기록이 있다.<sup>43)</sup> 명나라도 왕족을 탐라에 유배보낸 바 있다.<sup>44)</sup> 이 가운데, 탐라에 유배되어 온 원 죄수는 도망쳐 강도질을 하는 경우가 잦아 당시 사회문제가 되기도 했다.

36) 『고려사』 권28, 세가, 의종 22년 11월조.

37) 『고려사』 권133, 열전, 우왕 2년 5월조; 『역주 증보탐라지』 17. 관풍안, p.718.

38) 『고려사절요』 권1, 태조 14년 3월조.

39) 김일우, 앞의 책, p.346-353.

40) 『고려사』 권6·11, 세가, 정종 4년 7월 : 숙종 3년 10월조.

41) 『고려사』 권28, 세가, 충렬왕 원년 3월조.

42) 『고려사』 권28, 세가, 충렬왕 3년 5월·8월조.

43) 『고려사』 권28, 세가, 충렬왕 3년 5월·8월조; 『고려사』 권36, 세가, 충혜왕 후 원년 2월조.

44) 『고려사』 권134, 열전, 우왕 8년 7월조.

원 간섭기에 고려는 자주성이 크게 위축됐다. 역시 탐라에도 커다란 변화가 일어났고, 형사사법에 관한 사항은 탐라의 수령보다는 원의 초토사(招討使)나 '다루가치'에게 우선적 처결권이 주어졌을 것으로 보이며 원의 군사와 군속은 탐라민에 대한 관계에서는 치외법권적인 지위를 누렸을 것이다. 이는 원의 탐라주둔군은 원나라 군사보다는 대부분 고려군사로 충원되었음에도 이들에 대한 권한은 전적으로 원에 있었던 점에서 여실히 드러나고 있다.<sup>45)</sup> 오죽했으면, 탐라에 유배되어온 죄수 170여 명이 강도질하는 경우가 잦았는데도 그에 따른 대책으로는 이들을 다른 섬으로 옮기려는 논란만 있었을 뿐이었겠는가.<sup>46)</sup>

### 3. 민사사법

#### 1) 판결의 성격으로서의 수령의 행정처분

수령이 백성의 송사를 심리하는 일을 사송(詞訟)이라 했다. 민사라고는 하지만 사안에 따라 단순히 당사자들의 이해관계를 판결해주는 일 이외에도 형사, 즉 결옥(決獄)에 해당하는 일도 있었다. 수령오사(五事)에 사송간(詞訟簡)이란 항목이 있듯이<sup>47)</sup> 수령의 군현통치 업무에서 중요한 부분을 차지했다. 부세수취와 함께 재판권의 행사는 군현통치 곧 국가권력 실현의 실질적인 내용이었다.

수령은 왕권을 위임받아 한 고을을 다스리는 목민관으로서 행정, 형

45) 김일우, 앞의 책, p.270 참조

46) 『고려사』 권28, 세가, 충렬왕 4년 8월·9월조

47) 고려말 우왕 원년(1375)의 守令五事, 즉 田野闢·戶口增·賦役均·詞訟簡·盜賊息을 조선시대에 들어서서는 守令七事: 農桑盛·戶口增·學校興·軍政修·賦役均·詞訟簡·奸猾息로 늘려 시행하였다.- 오갑균, 『조선시대사법제도연구』, 삼영사, 1995, p.238.

사, 민사에 이르는 광범위하고도 포괄적인 것이었다. 따라서 수령은 다툼이 있는 양당사자의 주장이나 행태를 지켜보고 공평한 제3자로서 국가기관인 지위에서 판단을 내리면 그것이 곧 행정권이자 사법권의 행사가 되었다. 행정과 사법이 미분화된 이 시대의 수령의 권한 행사는 형식상 행정처분이지만 오히려 일종의 판결을 행정처분의 형식으로 내리는 수도 있었다.

김구(金丘)는 1234년(고종 21)에서 1239년(고종 26) 사이 6년간 제주판관을 역임하고 있었는데, 그의 「지포집(止浦集)」에서 당시 제주의 상황을 다음과 같이 전하고 있다.

“제주는 돌이 많고 건조하여 논이 없다. 단지 보리·콩·조만이 자란다. 그리고 소·말·노루·사슴이 곡식 짝을 밟아버려서 알맹이가 여물지 않는다. 그 밭들은 예부터 경계선이 없어서 강포한 자들이 날마다 그 땅을 잠식하여 백성들을 괴롭혔다. 판관 김구는 부임하자 백성들의 괴로움을 듣고 들들을 모아 울타리를 쌓아 경계선을 삼았다. 백성들은 이를 편하게 여겨 지금도 이를 의지하고 있다. 그리고 이글은 동문감 탐라지에서 얻었다.”<sup>48)</sup>

여기서 강포지가(强暴之家)는 향촌에서 권세를 발휘할 수 있는 토호 세력으로서 향리층이라고 풀이된다. 이들은 제주(탐라)에서 본래 밭 사이에 경계선이 없어서 공동체 관습에 의하여 대충 그 소유지를 구별하고 있었던 약점을 틈타 이러한 농지를 잠식하여 자기 소유지로 탈취·경작해 그 소출을 먹고 있었다. 혹은 그 농지나 임야를 촌락구성원들이

48) 濟州地多亂石乾燥 素無水田 惟甦麥豆粟生之 牛馬獐鹿踏穀穗無實 厥田古無疆 畔 强暴之家 日以蠶食 百姓苦之 公莅官 卽聞民之疾苦 聚石築垣爲界 民多便之 至今賴之 右文出東文鑑耽羅誌-「止浦集」, 「高麗名賢集」 제2권, 성균관대학교 동문화연구원, 1980, p.192; 진영일, 「고려조 탐라파견 외관 고찰」, 「탐라문화」 제24호, 제주대학교 탐라문화연구소, 2004, p.19.

공동으로 관리하여 왔는데, 향리층이 외관이 파견해 음을 기화로 공동 자산을 사유화해 간 것으로 짐작된다.<sup>49)</sup>

이에 김구가 밭에 돌담을 쌓게 하여 각자의 경계를 분명히 정하게 했는데, 그 후로 강포지가는 백성들의 밭을 함부로 침탈하지 못했고, 밭에 가축이 들어가는 것을 막으며, 바람 많은 제주에서는 방풍도 되기 때문에 그 자체로서도 일석이조의 효과를 내게 되었다.<sup>50)</sup> 이는 오늘날의 토지경계확정판결에 해당한다.<sup>51)</sup>

오늘날에 있어서도 토지경계확정의 소(訴)는 구체적으로 어떠한 내용의 권리관계를 형성할 것인가를 법관의 자유재량에 일임하고 있는 형성의 소이다. 이러한 소송에 있어서는 법원은 당사자 주장의 범위나 내용에 구속받지 않고 재량대로 판단할 수 있으므로 당사자처분권주의나 불이익변경금지원칙 등이 배제되며, 또 어떠한 형식이라도 법률관계를 형성하여야 하므로 원고의 청구를 기각할 수 없다.<sup>52)</sup> 이는 형식상 소송이지만 오히려 일종의 행정처분을 판결의 형식으로 내리는 것이기 때문이다.<sup>53)</sup>

49) 진영일, *id.*

50) 김일우, 앞의 책, p.233.

51) 대법원 1970. 6. 30 선고, 70다579판결은 경계확정의 소에는 단순한 이웃하는 토지의 경계를 형성하여 달라고 하는 것과 소유권에 기하여 이웃하는 토지간의 경계확정을 구함과 동시에 그 경계선내의 토지소유권의 범위를 확정하여 달라는 것 두 가지가 있음을 전제로 하여, 후자(後者)에 관한 확정판결의 기판력은 소유권의 범위에까지 미친다고 하였다.

특히, 전자(前者)의 소송에서는 경계가 불명하여 그 소유자들 사이에 다툼이 있는 것만으로도 권리보호의 필요가 있으며, 여기에서는 당사자가 주장하는 경계선이나 당사자간의 견해 일치된 것에 기속되지 않고 법원이 스스로 진실하다고 인정하는 바에 따라 경계를 확정하여야 한다. - 대법원 1996. 4. 23 선고, 95다54761판결; 대법원 2001. 3. 13 선고, 2000다20731 판결.

52) 이시윤, 『신민사소송법』(제2판), 박영사, 2004, p.172; 송상현, 『민사소송법』(신정4판), 박영사, 2004, p.264.

또한 이러한 예는 다음과 같은 기록에서도 엿볼 수 있다. 1259년(고종 46)에 김지석(金之錫)은 제주수령인 부사(副使)로 부임해 와서 본도 관리들의 나쁜 풍속을 고쳐놓았다.

즉 제주풍속에 보면 남자가 15세 이상이면 해마다 콩 1斛(斛: 10斗)을 공납하고 아리(衙吏) 수백 명은 해마다 말 1필(匹)을 공납하면 부사와 관관이 나누어 가졌다. 이 까닭에, 관리(守宰: 縣尉)들이 비록 가난한 자라도 모두 부자가 되었다. 정기와 이저 두 사람이 일찍이 제주수령으로 있으면서 하나 같이 뇌물을 받은 것과 관련해 파직되었다. 공(公: 김지석)이 부임하는 날, 그는 공두공마(貢豆貢馬)의 폐를 없애고 청렴한 아전 10명을 뽑아 정사를 베풀기를 물과 같이 맑게 하니, 관리와 백성들이 모두 친애하고 복종하였다. 이보다 앞서 경세봉이 제주수령으로 부임했는데 또한 청백리로 칭송이 자자했다. 제주 백성들이 이르기를 “앞서는 세봉이요, 뒤에는 지석이다”고 하였다.<sup>54)</sup>

제주부사 김지석이 부임해 오기 이전까지 관아에 세금으로 바치고 있었던 콩과 말은 중앙에 납부되거나, 제주관아 운영비로 사용되지는 않았고, 제주 외관 중 수령인 부사와 2인자 판관이 나뉘어 가졌다. 그 당시 외관의 급여 중 받은 중앙에서 지급했으며, 나머지 받은 외관 유치 관아에서 부담했기 때문에,<sup>55)</sup> 매해 거두어 나누어 가졌던 콩과 말은 그들에게 합법적으로 지급될 급여의 몫이 아니고, 세금을 빙자해 거둬 착복

53) 송상현, *id*

54) 金之錫, 未詳其世係, 高宗末, 爲濟州副使, 州俗, 男年十五以上, 歲貢豆一斛, 衙吏數百人, 各歲貢馬一匹, 副使判官, 分受之, 以故守宰雖貧者, 皆致富, 有井奇, 李著二人, 嘗守是州, 俱坐贓免, 之, 到州日, 貢豆馬, 選廉吏十人, 以充衙吏, 政清如水, 吏民懷服, 先是, 有慶世封者, 守濟州, 亦以清白稱, 州人曰, 前有世封, 後有之.- 『고려사』 권121, 열전, 김지석전; 진영일, 앞의 글, p.17.

55) 『고려사』 권32, 식화(食貨) 3, 녹봉(祿俸)조.

한 불법적 수입이었던 것이다.<sup>56)</sup>

따라서 김지석 부사가 그 동안 제주 수령과 판관이 거두어 나눠가졌던 콩과 말 세금을 폐단으로 여겨 폐지했음에도 전혀 문제될 것이 없었고, 이는 오늘날의 행정청의 위법한 공권력의 행사를 취소 또는 변경하는 취소소송(取消訴訟) 판결에 해당하는 셈이었다. 그 성질은 법률관계 형성요건의 존재를 확정하여 새로운 법률관계를 발생시키거나, 기존의 법률관계를 변경 또는 소멸시키므로 형성판결에 속한다.<sup>57)</sup> 취소소송은 행정소송법상의 항고소송(抗告訴訟)에 해당하고, 행정소송의 특수성에 따른 몇 가지 절차상 특례를 제외하고는 민사소송법을 준용하므로 특별 민사소송절차에 속한다.<sup>58)</sup> 항고소송의 대상은 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행행위로서의 공권력의 행사를 원칙적으로 하고, 다만 오늘날에 있어서도 직접 국민의 권리·의무에 영향을 미치는 처분적 법규명령이나 행정규칙은 예외적으로 항고소송의 대상이 된다고 본다.<sup>59)</sup>

## 2) 사송(詞訟)의 대상

사송의 대상은 상속, 부동산, 노비, 소비대차 등에 관한 분쟁이다. 전토송(田土訟), 전택송(田宅訟), 노비송(奴婢訟), 채송(債訟)이라고 하는 것들이 사송에 속한다.<sup>60)</sup> 고려시대에도 토지·가옥에 대한 전지송(田地

56) 김일우, 앞의 책, p.246.

57) 윤양수, 『행정법개론』(제4판), 제주대 출판부, 2005, p.442.

58) 이시운, 앞의 책, p.10.

59) 대법원 1996. 9. 20 선고, 95누8003 판결은 조례(條例)가 집행행위의 개입 없이도 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리·의무나 법적 이익에 영향을 미치는 등의 법률상 효과를 발생하는 경우에는 항고소송이 되는 행정처분에 해당한다고 판시하였다.

60) 박병호, 앞의 책, p.251.



訟), 전택송 등 소유권을 둘러싼 분쟁으로서 사송(詞訟)이 빈번했던 것으로 나타나고 있다. 즉 토지·가옥에 대한 분쟁은 5년이 경과하면 법적으로 해결할 길이 없으며, 현재적 상태가 그 진정여부를 불문하고 정당한 권리관계로서 법의 보호를 받게 된다.<sup>61)</sup>

그러나 이 원칙에 대한 예외로서, ① 타인의 토지·가옥을 도매(盜賣)한 경우, ② 토지·가옥의 소송에 대한 중국판결이 없어서 권리관계가 불확정상태에 있는 경우, ③ 부모의 유산을 분재(分財)하지 않고 독점한 경우(合執), ④ 수확분반(收穫分半)의 병경소작(并耕小作)의 소작인이 계약기간이 만료되거나 지주의 인도요구가 있음에도 불응하고 영구히 집지(執持: 점유)하려 하는 경우, ⑤ 타인의 가옥을 차거(借居)하고 있는 자가 계약기간이 만료하거나 가주의 인도요구가 있음에도 영구히 점유하려 하는 경우 등이다. 도매(盜賣), 병경(并耕), 영집(永執), 합집(合執)은 고려시대 이래로 가장 빈번했던 사례이며, 모두가 소유권자는 현실적 점유를 떠나 있는 경우이다.<sup>62)</sup>

또한 자기 부조(父祖) 소유의 노비가 타인의 소유로 된 경우에 자손이 소송을 제기하여 승소하면 당연히 모두 점유할 수 있다는 것으로부터 고려시대에 노비소송도 국가의 보호를 받고 있었음이 입증된다.<sup>63)</sup>

61) 『경국대전』 戶典 田宅條: “凡訟田宅 過五年則不聽 盜賣者·相訟未決者·父母田宅合執者·因併耕永執者·賃居永執者 不限年 告狀而不立訟 過五年者 亦勿聽”

62) 박병호, 앞의 책, pp.168-169.

63) 『고려사』 권84 형법지 소송조, 공양왕 4년 都官上書曰…… 父祖奴婢 爲人所有 其子孫能爭訟得決者 理合全執

#### IV. 조선시대 제주의 사법제도

##### 1. 제도 개관

조선시대에는 고려의 5형을 기본으로 한 형사제도를 계승 발전시키는 한편, 경국대전 등 각종 법령을 편찬·정비하여 법치국가로서의 면모를 갖추었다. 조선시대에 이르기까지 재판은 왕에 의하여 임명된 행정관료가 구금·수사·심리·재판 및 집행까지 하는 행정과 사법이 미분화된 사법제도였다. 재판은 고려시대와 마찬가지로 형사와 민사, 즉 옥송(獄訟)과 사송(詞訟)으로 완전히 분화되어 있지 못하였으며, 모든 재판은 경중의 차이는 있으나 형벌을 과하는 가능성을 내포하고 있었다는 점에서 형사재판이었다고 볼 수 있다.

조선시대 소송의 일차 심리기관은 지방 수령이다. 수령 칠사(七事)<sup>64)</sup> 중의 하나가 '사송간(詞訟簡)'임에서 보듯이 수령은 청송관으로서의 임무를 잘 수행하여 소송이 없도록 해야 하며 이것이 수령치적을 가능하게 하는 잣대가 되었다. 그러나 관아에서는 소송하기 전에 먼저 향촌 내부에서 논의를 거치도록 하고 가능한 한 그 선에서 타협, 조정될 수 있도록 권장하였다. 민사상 혹은 형사상의 문제라 하더라도 가능하면 향촌 내부에서 이를 해결하길 바랬고 향촌도 향약(鄉約)의 규약을 통해 나름대로의 분쟁 조정 기능을 하고 있었으나,<sup>65)</sup> 대체로 수령에게 직소하는 경향이 강했다.

수령인 목사·부사·군수·현령·현감이 일체의 사송(詞訟)과 태형(笞刑) 이하의 형사사건을 직결하였다. 수령은 원칙적으로 양반관료이

64) 『경국대전』考課條: 守令七事, 農桑盛·戶口增·學校興·軍政修·賦役均·詞訟簡·奸猾息.

65) 조운선, 『조선후기 소송 연구』, 국학자료원, 2002, p.79.

며, 행정과 사법에 대한 경험과 지식의 습득을 요하였으나 그렇지 못한 경우가 많았으므로 구체적인 실무는 아전이 담당하였으며, 사송(詞訟)은 형방(刑房)을 경유해야 했기 때문에 아전(衙前)의 판결에 대한 영향은 대단한 것이었다.<sup>66)</sup>

수령의 판결에 불복이 있는 경우에는 각도의 장관인 관찰사(監司)에게 항소할 수 있었다. 심급상으로는 제2심에 해당하며, 감사에 대한 항소를 의송(議送)이라고 하였다. 감사 밑에는 검율(檢律)과 아전인 형방서리(刑房胥吏)가 있었다. 의송에 대해서는 감사가 직접 자판(自判)하지 않고 수령으로부터 분쟁사실과 판결이유에 대한 보고를 받고 자기 나름대로 사실과 증거에 대한 조사를 한 후 판결의 방향을 제사(題辭: 판의 답변서)로서 지시하면 수령은 감사의 지시에 따라 다시 판결을 내렸다.

소송에 있어서 일차, 이차의 심급기관이 있었지만 일반 백성이 단시일에 자신의 문제를 해결하거나 억울한 피해를 보상받기 위한 방법으로 택했던 것이 신문고(申聞鼓) 또는 상언(上言)과 격쟁(擊錘)이었다. ‘억울함이 있는 자는 서울은 주장관, 지방은 관찰사에 정소(呈訴: 제소)하고 그래도 억울하면 사헌부, 신문고를 친다’<sup>67)</sup>는 규정이 조선 후기에 상언, 격쟁으로 형식적 모습을 바꾸면서 백성들의 억울함을 풀어주기 위한 소원제도로서의 역할을 했다. 더욱이 격쟁은 글 작성이 필요 없었기 때문에 먼 시골 아이도 아버지를 위해 격쟁하는 등<sup>68)</sup> 나이제한이나 신분에 관계없이 각계각층에서 이용하였다.<sup>69)</sup>

66) 박병호, 앞의 책, pp.252-253.

67) 『경국대전』 형전 <소원> 조

68) 『秋官志』 詳覆部 復讐 復父讐, 속종 7.

69) 조윤선, 앞의 책, p.288.

1705년(숙종 21) 제주절제사 이회태는 장살(杖殺)로 인한 죄로 하옥되었다. 이회태는 제주에 있을 때(1703-1704), 관기(官妓) 곤생과 그 딸 계정·차정·삼정 등 5명을 요악(妖惡)하다는 죄목으로 혹독한 고문을 시행하였다. 이회태는 노기가 더해져 자복을 기다리지 않고 계정 등 3명을 장살(杖殺)하였다. 동참했던 수령 2명은 그들의 호원(號冤)을 의심하여 추안(推案)에 연서(連署)하지 않았다. 이회태는 계정의 죄상을 비변사에 보고하고 그 생존자는 육지로 이배(移配)할 것을 청했다. 그 후에 곤생은 제주에서 한양으로 올라가서 신문고(申聞鼓)를 두드려 억울함을 호소하였다. 임금이 철저히 조사하라고 엄명을 내렸고, 이회태는 남살(濫殺)하였음을 자복하였다. 이에 극변(極邊·변방)으로 정배시키라고 명령을 내렸다.<sup>70)</sup>

## 2. 형사사법

### 1) 형벌(五刑) 제도

기본적으로 고려시대의 오형(五刑)제도를 이어받았다. 조선시대에 들어서 태형의 집행은 죄수를 형대에 묶은 다음 하의를 내리고 둔부를 노출시켜 대수를 세어가면서 집행하는데 부녀자의 경우에는 옷을 벗기지 않으나 간음한 여자에 대해서는 옷을 벗기고 집행하였다. 나이가 70세 이상이거나 15세 이하인 자와 폐질에 걸린 자는 태형을 집행하지 않고 대신 속전을 받았으며, 임신한 여자도 70세 이상인 자에 준하여 처리하였다.<sup>71)</sup> 태형은 조선말 장형이 폐지된 뒤에도 오랫동안 존속되다가 1920년에 가서야 완전히 폐지되었다.

형틀상에 있어서 장형은 별도로 집행하는 경우도 있지만 도·유형에

70) 『역주 증보탐라지』 17. 관풍안(觀風案), p.799.

71) 『경국대전』 형전, 추단조; 『大明律直解』 권22, 刑律老幼不拷訊條: “凡應八議之人 及年七十以上 十五以下若廢疾者 並不合拷訊 皆據衆證定罪…及年八十以上 十歲以下 若篤疾皆不得令其爲證 違者笞五十”

대하여 이를 병과하는 것이 보통이었다. 1905년 「형법대전(刑法大典)」이 제정되면서 장형(杖刑)을 없애는 대신 태형을 10에서 100까지 10등급으로 늘려 일제강점기까지 존속되다가 1920년에 폐지되었다.

조선에 들어서는 「경국대전」 형전을 비롯한 「대명률직해」, 「속대전」 등 모든 형사법에 도형에 관한 규정을 두어 이를 더욱 구체화시켰다. 그리고 도형대신 군역에 복무시키는 충군(充軍)이라는 제도가 있었는데,<sup>72)</sup> 이는 주로 군인이나 군관계의 범죄에 대하여 적용하였다.

유형제도는 극형으로서의 사형에 대한 감형 또는 완화조치의 의미를 지니고 있었다.<sup>73)</sup> 그런데 유배지를 선정할 때, 우리나라의 경우 중국과 달리 국토 면적이 넓지 않기 때문에 유2000, 유2500, 유3000리의 규정을 그대로 적용할 수가 없었다. 그리하여 조선 초기에 거주 지역에 따라 예를 들면 서울과 경기도에서 유 3,000리의 형은 경상도·전라도·함길도·평안도 바닷가나 변방의 각 고을로 유배 지역을 지정하였으며 후기에는 유배지로 직행하지 않고 우회하여 감으로써 거리를 계산하는 경우도 있었다. 유형은 1909년 폐지되었다.

극형인 사형(死刑)에는 교형(絞刑)과 참형(斬刑)이 있었다. 이와 같이 대개 조선시대의 형벌은 「대명률」을 기준으로 내려졌으나, 실제 조문에서는 「대명률」에 없는 사사(賜死 : 賜藥)·효시·단근(斷筋)·압술(壓膝)·난장(亂杖)·낙형(烙刑) 등이 집행되기도 해서 중국과 약간 다

72) 1552년(명종 7) 제주목사 김충렬(金忠烈)은 연해의 민가를 약탈하고 있던 왜적 1백여 명을 사로잡아서 목을 베었다. 그런데 왜적이 아니라 당나라 사람이라는 이야기가 조정에 전해지면서 직무를 잘못 처리하였다고 평안도의 방산도에 충군되었다. 그러나 1555년 제주의 백성들이 선위사(宣衛使)에게 그가 무고하다고 호소하여 사실이 밝혀지면서 직첩이 환급되고 서반(西班)에 제수되어 오위장(五衛將)을 겸임하였다.

73) 지철호, 「조선전기의 유형에 관한 연구」 석사학위논문, 서울대 대학원, 1984, p.123.

른 오형제도를 시행했다.

## 2) 수령의 형사사법 권한

조선시대에 들어와서도 고려시대의 사법제도의 골격은 유지되어 수령은 태형(笞刑) 이하만을 직단(直斷)하고, 관찰사는 유형(流刑) 이하를 직단할 수 있었다.<sup>74)</sup> 사형은 삼복제(三覆制)를 시행하여 국왕의 재결에 의해서만 집행할 수 있게 하였다.<sup>75)</sup>

제주도 수령(목사·현감)들은 형사사건 중 태형 이하의 체벌권만을 가지고 있었고 초심으로 민사사건을 취급하였다. 수령의 임무 중 가장 기본되는 것이 조세수취와 재판인데, 수령은 조세수취를 자신의 형벌권에 의해 달성하곤 하였다. 그 당시 제주의 지리적 특성으로 보아 대정현과 정의현, 양 현감의 초심재판에 대한 항소사건은 제주목사가 관할한 것으로 보인다.<sup>76)</sup> 제주목사가 한 재판에 대하여는 전라도관찰사가 상소사건을 맡아 처리하였을 것이나 절해의 고도라는 여건상 상소는 거의 있을 수 없었다. 다만 목사가 한 재판에 대하여 불복이 있을 때에는 새로 부임한 목사가 다시 재판하는 일이 종종 있었다고 하며, 목사의 비행에 대하여는 임금이 파견한 어사(御使)가 조사를 하여 중앙에 보고를 하였다.<sup>77)</sup>

74) 『경국대전』 刑典, 推斷條: “本曹 開城府 觀察使 流以下直斷 各衙門 笞以下直斷”

75) 『경국대전』 형전, 추단조 참조: 死罪는 세 번 복계(覆啓)한다. 지방에서는 관찰사가 차사원(差使員)을 정하여 그 고을의 수령과 함께 추문(推問)하고, 또 차사 2인을 정하여 고복(考覆)하고 또 친히 추문하고서야 비로소 계문한다(濟州의 세 고을은 절제사(節制使)가 친히 추문하고 관찰사에게 보고하여 계문한다).- 오갑균, 앞의 책, p.211.

76) 강윤호, 『제주사법사』, 화신문고, 2003, pp.53-54.

77) *Id.*, p.54.

특히 포도(捕盜)의 문제는 백성에게 직접 해를 입히는 것으로서, 조선 초부터 포도에 대한 사목과 논상(論賞)이 내려졌다. 수령은 포도에 관한 직임뿐 아니라 붙잡은 도적을 관찰사에 보고하고 관찰사의 지시에 따라 수령이 신문하여 죄상이 드러나면, 관찰사가 계문(啓聞)하고 논죄하였다. 수령이 도적을 직단(直斷)한 경우에는 그 주관자가 아니므로 오히려 수령이 논죄되었다.<sup>78)</sup>

1417년(태종 17) 권진(權軫)이 전라도 관찰사로 있을 때 제주의 도적을 상부의 지시 없이 옥에 가두었던 일이 있었다. 이 일로 조정에서는 권진과 그 당시의 제주목사 오식(吳澁), 제주판관 차유선(車有宣) 등을 국문하도록 하였다. 그런데 권진은 다음날 석방하고 오식과 차유선 등은 감동하여 장(杖) 60대를 속전(贖錢)으로 대신하게 하였다.<sup>79)</sup>

1672년(현종 13) 제주 절제사 윤계(尹埜)는 불량배들이 모여 도적질을 하므로 그 두목 8명을 체포하여 목을 베어 죽이니, 조정에서는 멋대로 지나친 형벌을 주었다고 하여 교체시켰다.<sup>80)</sup>

이와는 달리, 1707년(숙종 20) 제주 절제사 이희태(李喜泰)는 육지 연해의 투채선(偷採船: 도적질하는 배) 50여척이 가파도에 들어와 해물을 도적질한 일을 조정에 장계로 보고했는데, 공이 보고한 장계의 글 가운데 투채선을 비선(飛船: 나는 듯 빨리 가는 배)이라고 일컬은 일로 파직되었다.<sup>81)</sup>

조선시대에는 제주가 본격적인 유배지로 이용되었다. 제주도 유배는

78) 『顯宗改修實錄』 권26, 14년 3월 癸酉(3일): “賊人等既已處斷, 今難更覈, 而討捕吏及當該守令不可不論罪, 持平任相元曰, 凡有盜賊追捕案問, 守令事也, 論罪不宜差等, 請當該守令, 一體罷推 上從之”- 오갑균, 앞의 책, p.249.

79) 『역주 증보탐라지』 17. 관풍안, p.724.

80) 『역주 증보탐라지』 17. 관풍안, p.790; 『顯宗改修實錄』 권26, 13년 8월 癸丑(11일): “命濟州牧使尹埜拿問定罪 先是濟州有劇盜 埜赴後畿捕八人 取服直斬…上乃有是命後階下吏奪告身”

81) 『역주 증보탐라지』 17. 관풍안, pp.799-800.

사형을 면한 중죄인에게 가해진 최고 형벌 가운데 하나였다. 특히 제주 삼읍 가운데 대정현은 한양에서 가장 멀리 떨어진 최악의 유배지였다. 조선시대 5백 년 동안 제주도에 2백여 명이 유배됐는데, 그 가운데 정치 관료를 비롯한 유명 인물은 국왕자리에 있었던 광해군<sup>82)</sup>을 포함해 50여 명에 이르렀다.

유배인에 관한 문제는 제주목사가 관찰사를 거치지 않고 직접 조정에 보고하며, 특히 왕이 직접 제주목사에게 검찰하도록 지시하는 특별 사안이었다.

1496년(연산군 2) 내관 김순손(金舜孫)이 연산군의 난폭함을 읍간(泣諫)한 것이 죄가 되어 서천으로 유배되고 얼마 안돼 정인운(鄭仁耘) 목사 때에 제주도 대정현에 이배되었다. 이듬해 왕은 제주목사로 하여금 죄상을 문초하여 3년 후에 처형하도록 하였다.<sup>83)</sup>

1620년(광해군 12) 제주목사 양호(梁護)는 광산부부인 노씨(光山府夫人 盧氏- 金悌南의 부인)가 제주에 유배되어 들어오자 관속(官屬)보다 몇 십 배 학대하였다. 1623년(인조 1) 인조반정이 일어나 인조가 즉위하자 곧 바로 효수 당했다.<sup>84)</sup>

1650년(효종 1) 제주판관 홍우량(洪宇亮)은 유배죄인을 주살한 내용을 장계로 요청하였는데 회답이 오기 전에 형장(刑杖)으로 치사(致死)한 일이 일어나 파직되었다.<sup>85)</sup>

1702년(숙종 28) 제주 절제사 이형상(李衡祥)은 대정현에 유배된 죄인 판서 오시복과 정의현에 유배된 유생 유향이 방면(放免)을 청하는 장계가

82) 광해군은 인조반정으로 폐위되자 1623년(인조 1) 강화도로 유배되었다가 1637년(인조 15) 제주로 이배(移配)되었는데, 1641년(인조 19) 유배지인 제주에서 세상을 떠났다.

83) 『역주 증보탐라지』 17. 관풍안, p.742.

84) 『역주 증보탐라지』 17. 관풍안, p.777.

85) 『역주 증보탐라지』 17. 관풍안, p.784.



문제되어 관작을 삭탈당했다.<sup>86)</sup>

1781년(정조 5) 제주판관 황인채(黃麟采)는 제주에 유배안치된 죄인을 가두지 아니하고 엄격히 단속하지 못한 죄로 파직되고, 당시 제주목사 김시구(金耆耆)도 이 일로 나거(拿去)되었다.<sup>87)</sup>

예로부터 제주지역은 중국과 일본을 잇는 바다 교통로의 요충지에 자리 잡고 있다. 제주의 해양적 위치 때문에 양국 선박 또는 멀리 서양 선박이 중간이나 최종기항지로 삼아 자주 오고갔으며, 악천후를 만나 표류하다 닿는 경우도 종종 있었다. 고려시대 몽고침략과 조선시대에 들어서서의 임진왜란을 겪고서는 외국 침략에 대한 적극적 방책 마련을 위해 유사시를 대비해야 한다는 위기의식이 은연중 중앙 조정에도 있었을 것으로 짐작된다. 효종(孝宗) 때에 동춘(同春) 송준길(宋浚吉)이 문무의 재주를 다 갖추고 충성과 의리가 굳은 사람을 발탁하여 제주(濟州)를 맡기고 중국의 강남으로 통하는 수로(水路)를 탐문하여 다시 명나라와 교류해야 한다고 건의한 상소문 가운데서도,<sup>88)</sup> 이러한 제주의 지정학적 위상이 드러나고 있다. 그리하여 표류인이나 이양선(異樣船)에 관한 탐문문제 역시 제주목사가 직접 한양으로 압송하거나, 그 사정을 파악(問情)하여 관찰사를 경유하지 않고 직접 보고하고 조정의 처분을 받는 특별사안이었다.

1653년(효종 4) 제주목사 이원진(李元鎭)은 네덜란드 사람 하멜 등 일행 36명이 가파도 근처에서 파선, 대정현 지경에 표류하게 되자 이들을 한양

86) 『역주 증보탐라지』 17. 판풍안, p.799.

87) 『역주 증보탐라지』 17. 판풍안, p.822.

88) 『조선왕조실록』 효종 8년(1657) 10월 갑오(甲午)조; 『역주 증보탐라지』 2. 연혁, p.517.

으로 압송하였다.<sup>89)</sup>

1667년(현종 8) 푸젠성(福建省) 사람인 임인관(林寅觀) 등이 영력(永曆)<sup>90)</sup> 황제의 책력(皇曆)을 받들어 제주지경으로 표류하여 오자 제주목사가 조정에 보고하니, 조정의 논의는 이들을 결박하여 압송시켜야 한다고 했다.<sup>91)</sup>

1794년(정조 18) 제주방어사 심낙수(沈樂洙)는 류큐국(琉球國) 사람이 내도시(來島時)에 병으로 인해 문정(問情)하지 못하자 자책을 하고 사직했다.<sup>92)</sup>

1840년(헌종 6)에 영국 군함 1척이 가파도에 내박, 우축(牛畜)을 약탈하므로 대정현감 강계우(姜繼遇)는 이를 막기 위해 남은 소들을 모동장(毛洞場)으로 방출시켰다. 이에 영국 군함은 대포 세 알을 잇달아 쏘아 놓고 서쪽 방면으로 사라졌다. 제주방어사 구재룡(具載龍)은 대정현감이 이양선의 내박한 실정을 파악하지 못한 일을 논계(論啓)하였다니 조정에서는 목사(방어사)가 평상시 경계를 소홀히 했다고 하여 둘이 함께 파직되었다.<sup>93)</sup>

이보다 앞서, 1611년(광해군 3) 류큐국(琉球國)의 왕자 일행이 보물과 재화를 가득 싣고 제주성의 죽서루(竹西樓) 밑에 표류하자 목사 이기빈(李箕賓)과 판관 문희현(文希賢)이 함께 그들을 모조리 살해하고 그 보물과 재화를 나눠가졌다가, 뒤에 이 사실이 탄로나 각각 유배형에 처해졌다.<sup>94)</sup>

### 3. 민사사법

#### 1) 사송(詞訟) 절차

사송의 '사(詞)'는 문서로써 고소하는 것, '송(訟)'은 말로써 다투는 것으로서 결국 사송은 당사자가 서로 문서와 구술로 분쟁사실의 진상

89) 『역주 증보탐라지』 17. 관풍안, p.785.

90) 멸망한 중국의 명나라 황실의 후손인 영명왕이 강남으로 가서 1647년부터 1662년까지 사용한 연호-역주 증보탐라지』 2. 연혁, p.518 주 69) 참조.

91) 『역주 증보탐라지』 2. 연혁, pp.517-518.

92) 『역주 증보탐라지』 17. 관풍안, p.826.

93) 『역주 증보탐라지』 17. 관풍안, p.838.

94) 『역주 증보탐라지』 2. 연혁, pp.516-517; 17. 관풍안, pp.774-775.

을 남김없이 주장하게 하고, 이를 관(官)에서 처리하는 것을 뜻한다. 재판의 절차는 주로 소송 또는 고소로서 성립하며 구두로 호소할 경우는 모든 관속(官屬)과 이속(吏屬)이 집무하는 곳에서 공공연히 호소하여야 하며 수령은 소지(所志: 소장)에 의한 제사(題辭: 관의 답변서)를 모두 끝내고 구두에 의한 호소를 상세히 심리하도록 되었다.<sup>95)</sup>

사송(詞訟)의 경우 서울과 지방에 각기 관장(管掌)이 있어서 소재지에서 소장을 올렸다. 즉, 척재관(隻在官: 피고가 있는 관)에 가서 소를 제기하고 혹시 억울한 일이 있으면 다른 관서에 이송하거나 혹은 감사가 체직될 때를 기다려 다시 소송하는 것이 원칙이었다.<sup>96)</sup>

그리고 문서로 작성된 소장은 원(元: 원고) 자신의 명의로 하거나 대리인의 명의로 일정한 양식에 따라 작성되었다. 사대부가에서는 흔히 종을 대리인으로 하여 소장을 올리고 심리과정에서도 종이 대신 출두하였다. 아울러 사족부녀(士族婦女)의 모든 소송은 자·손·사위·질(姪: 조카)·노비 중에서 대리로 송정(訟庭)에 나가도록 허용되었다.<sup>97)</sup>

쟁송인 경우는 원고와 피고가 송정에 출두하는 것을 원칙으로 하고 있으며 송사가 개시된 후 50일을 기한(개정한 일자만 계산)으로 하였다. 수령이 송사를 다루고 심리하는 것을 청송이라 하는데, 이른바 청송식(聽訟式)은 대략 다음 순서와 같은 내용을 담고 있다.<sup>98)</sup>

95) 오갑균, 앞의 책, p.258; 『治郡要訣』 民訴條: “凡官屬吏不於坐起處 公然白活呈訴 … 白活則所志畢頭 後專意詳聽之”

96) 『詞訟類聚』 청송조: ‘至於奴婢相訟 就下於隻在官例也 如有冤屈之事 則或請移訟他官 或待監司遞歸 而更爲訟下 自是訟者 通行之規’-『承政院日記』 354, 숙종 19년 11월 23일, 18권 p.836.

97) 『經國大典』 刑典 囚禁條.

98) 『詞訟類聚』 청송식; 고창석, 『제주도 고문서연구』, 제주대학교 탐라문화연구소, 2001, pp.370-407 (조선중기 노비의 소유권 분쟁- 1662년 濟州牧官立案-)에서도 제주목(牧)에서의 위와 같은 심리과정이 확인되고 있다.

1. 원고의 소지(所志)가 제출되면, “피고를 심문하여 판결을 내릴 것이니 소지에 기재된 각인(各人)을 잡아 오라”는 제사(題辭)가 내려진다.
2. 일단 피고를 잡은 뒤에 재판을 시작하는데, 원고와 피고로부터 송사의 의사를 고음(拷音 : 다짐)받은 후 원정(原情 : 법정진술)이 이루어지고 양측의 시비를 적은 글을 바치게 한다.
3. 문기(文記)<sup>99</sup>를 제출시킨다.
4. 문기를 조사 검열한 뒤에 봉인하고 원고와 피고가 그 봉합에 서명하게 하고 다짐을 받은 다음 문서를 본인에게 돌려준다.
5. 필요에 따라, 송관(訟官)에 의해 갱추(更推 : 재진술)가 이루어지기도 한다.
6. 필요에 따라, 증인의 초사(招辭 : 공술)가 행해지기도 한다.
7. 문기를 뒤에 다시 낼 때에는 또 한번 그들을 불러 완고한 다짐을 받고 개봉한다.
8. 그리하여 문기 날짜의 선후를 조사하고, 공부(公簿)에 등재되어 있는가를 확인하여 송사를 받아들인다.
9. 그 문기가 해당되는 관청에서 격식에 맞추어 발급된 것인지 -노예관계인 경우 장예원(掌隸院) 또는 해당지역 수령, 가사(家舍) 전담인 경우 한성부(漢城府) 또는 해당지역 수령, 재주(財主)인 경우 거주처의 관서가 각각 증명했는가 여부<sup>100</sup>-를 살핀다. 아울러 재주(財主)의 거주지를 확인하여야 한다.
10. 기한이 지났는지, 송사를 할 자격이 있는 사람인지, 법에 맞지 않는 재산허급(許給)<sup>101</sup> 여부(부모나 외조부모가 아닌 자가 준 것이 아닌가 여부), 곧 재산을 다들 범위에 드는 친속관계인지를 살핀다.
11. 그리고 서로 비교할 만한 문기와 비교해본다. 문기에 발랐거나 굵고

99) 고려·조선 시대의 토지·가옥·노비와 기타 재산의 소유·매매·양도·차용 등에 관한 문서. 문권(文券)·문계(文契)라고도 한다.

100) 『續大典』 刑典 聽理: ‘田民聽訟 各有該掌(漢城府掌田宅 掌隸院掌奴婢 本曹並掌田宅奴婢法律)’ 및 앞의 주 96) 참조.

101) 제주지역의 분재(分財)문서 및 별급(別給)문서에 관하여는 고창석, 앞의 책, pp.413-497 (17·8세기 제주지방 분재문서 양태 및 별급문서의 실태) 참조.

다시 쓴 흔적이 있는가, 봉인한 뒤에 첨가하여 쓴 자취가 있는가도 살핀다.

12. 문기의 모든 도장을 조사하는데 부인의 도장까지 살피고 도장을 찍은 뒤에 써넣은 것이 있는지를 살핀다.
13. 문기를 작성할 때의 연월과 재주가 사망한 연월을 상고하고, 또 문기를 작성할 때의 연월이 제직(除職)할 때의 연월일이나 현재 월일과 같은지 아닌지를 살펴보아야 한다.
14. 다른 기관의 작문(作文)을 취하여 온 뒤에 첨부한 곳에 간위(奸僞)를 조작했는가, 다짐한 사실과 다른 점이 있는가를 적발한다.
15. 입안(立案)<sup>102)</sup>내의 결절(結折)이 당사·낭청의 재판 당시의 연월과 같은가, 또 그 서명을 조사한다.
16. 노비에 관한 사건은 그들의 부모와 형제자매의 출생순서 또는 성명이 같은지 여부를 대조한다.
17. 가사(家舍)의 통기(統記)·전답의 금기(衿記: 깃기)<sup>103)</sup>를 상고한다.
18. 정장(呈狀: 소장제출)한 날짜와 관에서 발급한 날짜, 입안한 날짜와 작문내의 다짐한 날짜, 또는 국기일(國忌日) 및 부좌일(不坐日: 유고로 재판하지 못한 날짜)을 상고한다.
19. 또한 농사철에는 송사를 하지 않았는데(停訟), 작문에 원척(元隻)<sup>104)</sup>이 같이 동봉하고 다짐을 받은 뒤에 서명 날인하여 잘 간직했다가 가을철을 기다려 다시 처결한다.
20. 이와 같은 심리과정을 거쳐 소송에서 승소한 자에게 입지(立旨) 내지는 입안(立案: 판결문)을 급여한다.

102) 입안은 일종의 판결문으로 관서에서 기안한 서류는 영구보전하고 그 부분을 당사자에게 주어 증빙토록 하는 문서였으며, 결송입안(決訟立案)은 원고와 피고가 낸 소지(所志: 소장)와 제출된 증빙문건의 전부가 소송진행순서에 따라 모두 기록되어 있는 것이 특징이다. - 박병호, 앞의 책, p.293.

103) 제주지방의 17-18세기 분재(分財)에 관한 금기(衿記: 증거문서)에 관하여는 고창석, 앞의 책, pp.413-463 (17·8세기 제주지방 분재문서 및 그 양태) 참조

104) '원(元)'은 오늘날의 원고를, '척(隻)'은 오늘날의 피고를 뜻한다.

수령이 관장하는 사송(詞訟)의 내용은 대부분 재화의 소유권분쟁으로 전답(田畓)·전택(田宅)·산지(山地)·징채(徵債)·노비 등에 관한 것과 장자상속·처첩(妻妾)·혼인·양자 등의 판별·확인 등 신분상 문제들이었다.<sup>105)</sup>

## 2) 사송의 구체적 내용

### ① 토지소송

전지(田地) 혹은 전택에 관한 소송으로 전형적인 소유권 분쟁이다. 그러나 이러한 경우의 처리는 법조항에 의존하지 않고 골육끼리의 쟁송으로 의를 저버리고 재물에 목숨을 거는 자는 징별한다는 윤리를 내세우고 있다.

제주지방에서도 재화의 소유권분쟁에 따른 분재(分財) 및 별급(別給)문서가 17, 18세기에 여러 가지 유형으로 나타나고 있음이 확인되고 있다.<sup>106)</sup>

조선 중기의 양난을 겪은 후 토지의 개간이 활발히 진행되면서 무주전(無主田), 진황전(陳荒田), 기간전(起墾田)에 새로운 소유권이 형성되었다. 무주전이나 진황지를 개간하는 데에는 신분이나 직위의 고하가 없었다. 이렇게 기간전이 증가되고 그와 더불어 토지의 부족은 갈수록 심화되었지만, 「경국대전」에 의해 20년마다 개량하도록 되어있던 양전(量田) 사업은 제대로 시행되지 못했다. 제주에서는 1419년(세종 1) 양전이 시행되었고 삼남에서의 양전이 1634년(인조 12) 등에 있었는데, 일단 이 때 주인이 없는 토지에 이름을 올린 자들은 소유권자로 인정되었고 그 후 토지는 자유로이 매매될 수 있었다.<sup>107)</sup> 그리하여 일찌감치

105) 오갑균, 앞의 책, p.253.

106) 고창석, 앞의 책, pp.413-497 (17·8세기 제주지방 분재문서 양태 및 별급문서의 실태) 참조.

토지 소유에 생각이 있었던 사람들은 양전할 때에 경작할 수 있을 것 같은 수렵에 일단 자신의 이름을 올려놓았는데 그 후 세월이 지나 그 곳을 개간하여 살던 사람들과의 사이에서 소유권분쟁이 초래되었다. 양전 때 이름을 올려놓았던 측의 자손들이 그 후 그 곳이 개간된 것을 보고 소송을 제기하였고 양안(量案)을 근거로 하여 그 개간 전의 소유를 주장했던 것이다.

아울러 공유지(共有地) 즉, 문중, 서원, 향교 등의 전답 소유권이 한 개인에 귀속될 수 없다는 점에서 분쟁의 소지도 많았다. 문중 소유의 토지는 문임(門任), 유사(有司)의 명의로 돼 있는 경우가 많았는데, 그 토지를 방매할 경우 문중에서 회의를 하여 문서를 작성하도록 되어 있었으나 이러한 규정은 원칙에 머무는 경우가 많았고,<sup>108)</sup> 실제로는 공동체적 규제가 갖는 허점을 이용해 토지소유의 명의(名義)로 되어 있는 본인이나 후손들이 사적인 토지소유권으로 바꿔 처분해버리는 경우가 문제의 발단이었다. 특히 제주의 경우에는 우마방목을 위한 공동목장의 관리, 소유권의 귀속에 관한 문제가 각 마을마다 복잡하게 얽혀 있었을 것으로 보인다. 이른바 우마(牛馬)소송으로, 인명과 관계되거나 재산상의 큰 손실과 관련되기보다는 향촌 내의 사소한 갈등을 수렁이 어떻게 처리하는가의 문제로 인식되고 있다.

## ② 산송(山訟: 묘지소송)

산송(山訟)은 묘지에 관한 소송으로써 주로 양반, 토호들과 잔반들의

107) 조운선, 앞의 책, pp.93-94; 『慶北地方古文書集成』田畚賣買明文, 강희 22년(숙종 9) 계해 12월 12일 金甲生處明文, '今無陣荒之地庫 甲戌打量時 矣名字懸緣爲如乎 勢不得已…永永放賣'

108) 조운선, 앞의 책, p.141.

갈등으로 야기되었지만, 조선 후기의 대표적인 송사 가운데 하나로 점차 서민들의 산송도 증가해 갔다. 그리하여 수령들은 이러한 산송을 만나면 법률에 비추어 정확히 처리해야 한다고 지적하였다.<sup>109)</sup>

### ③ 노비쟁송

노비는 토지와 함께 주요한 소유물이었다. 노비소송은 조선 초기부터 노비의 귀속, 분급, 합세(合勢), 속신(贖身), 추쇄(推刷 : 다른 지방에 몸을 피한 노비를 찾아내어 본래대로 돌려보냄) 등의 문제로 많은 쟁송이 발생하였다.<sup>110)</sup>

제주지방에서도 부모로부터의 상속이나 별득(別得 : 특별한 사유로 조상으로부터 증여받음), 매매 등의 과정을 거쳐 노비를 취득하고 있었다.<sup>111)</sup> 또한 제주도내에 서울이나 해남 등지에 사는 양반가의 외거노비(外居奴婢), 즉 사(私)노비가 존재했고, 이들 노비는 사역·사환노비(使役·使喚奴婢) 혹은 신공·납공노비(身貢·納貢奴婢)로 규정지어졌다.<sup>112)</sup> 그 과정에서 조선중기 1662년(현종 3)에는 노비소유권 분쟁이 벌어지고 있었음이 제주목관(牧官)의 결송입안(決訟立案 : 소송 진행순서에 따라 기록한 관의 판결문)에 의해 확인되고 있다.<sup>113)</sup>

109) 『목민심서』 刑典 六조 聽訟 下.

110) 1465년(세조 11) 제주 안무사 겸 감목사로 도입했던 문여량(문여량)은 훗날 이훈(이훈)과 노비쟁송으로 무식상소(誣飾上疏)되어 주살되었고, 제주 판관 하준(河濬)은 1481년(성종 12) 율문(律文)에 도망한 종놈과 이를 숨겨준 주인은 같이 죄준다고 하였으니, 고로 사천(私賤)으로 도망간 자와 그를 숨겨준 자는 장(杖) 80대에 처하도록 되어 있다고 진언(陳言)하였다.-『역주 증보탐라지』 17. 관풍안, pp.736-740.

111) 고창석, 앞의 책, pp.18, 327-369 (17세기 제주지방의 노비매매실태).

112) 고창석, 「조선중기 노비의 소유권 분쟁- 1662년 濟州牧官立案 -」, 『제주문화연구』(현지 김영돈박사 화갑기념), 제주문화, 1993, p.460

113) 고창석, 앞의 책, pp.18, 370-407 (조선중기 노비의 소유권 분쟁- 1662년 濟州牧官立案 -).



아울러 조선시대 제주도 목장은 도민들 중 다수가 목자(牧子: 목장에 서 우마 생산에 종사하던 자)로 충원되었고, 제주도 목자는 공천(公賤)<sup>114)</sup>으로 충정(充定)되고 있었다.<sup>115)</sup>

1801년(순조 1) 내사노비의 혁파 이후, 조선 후기 노비들의 신분적, 경제적 상승의 현상적인 모습은 고노(雇奴), 고공(雇工) 계층의 형성으로 나타나고 있었고 고노, 고공의 직을 가지게 된 많은 노비들에게는 고임을 제 때 잘 받는 것, 좋은 조건으로 자유롭게 계약할 수 있는 것 등이 무엇보다도 현실적인 관심사가 되었다.<sup>116)</sup> 고노, 고공이 제기한 소송은 보통 고임가(雇賃價) 추급에 대한 요구가 대부분을 차지한다. 고공의 1년 고가를 대략 7량 정도로 본다면,<sup>117)</sup> 2, 3년 동안의 고임은 대략 20량이 되며 실제로도 이 정도의 액수가 고노, 고공의 채송(債訟)에서 거론되고 있다.

#### ④ 채송(債訟)

재화의 채무관계를 둘러싼 소송으로써 채무변제가 주된 목적이다. 공사채는 50%, 100% 이자의 장리(長利), 갑리(甲利)가 가장 문제되었고,

114) 조선시대의 공천(公賤)이란 중앙 및 지방의 국가기관에서 사역되는 노비를 일컬으며, 내노비(內奴婢)·사노비(寺奴婢)·역노비(驛奴婢)·교노비(校奴婢)·관노비(官奴婢) 등이 있었고, 이들 중 내노비와 사노비, 즉 '내사노비(內寺奴婢)'가 공노비의 대부분을 구성했다.- 박찬식, 「17, 8세기 제주도 목자(목자)의 실태- 이형상의 「耽羅狀啓抄」를 중심으로 -, 「제주문화연구」(현지 김영돈박사 화갑기념), 제주문화, 1993, p.467 주 17) 참조

115) *Id.*, pp.461, 467.

116) 제주 김순환(金順煥)은 김치문가에 고거(雇居)했는데, 고노에게 의복 지급은 기본적인 조건이었으나, 봄 가을 옷을 주지 않았다는 것을 정소(呈訴: 채소)하였다.- 「民狀置簿冊(靈光)」 17, 신미 12월 1일, 14권 p.605; 조윤선, 앞의 책, p.246.

117) 위 「民狀置簿冊(靈光)」 17, 신미 12월 1일, 14권 p.605 : '濟州金順煥狀以雇居于外西金致文家 而春服秋服不爲縫給 一年雇價七兩并利推給事'

고리대를 법으로 금한다 해도 없어지지 않았는데, 수령, 향리, 사대부, 토호 등이 불법적이고 강압적으로 징수하는 과정에서 폐단이 많이 발생하였다. 19세기에 들어서면 전문적인 사채업자들이 생겨나고 이들이 관아의 실무자들을 조정할 수 있는 실세를 끌어들이며 채권문기(文記)를 위조하여 징채하고, 채무자를 잡아들여 사형(私刑)을 자의로 행사하는 등 불법적인 형을 가했다.<sup>118)</sup>

## V. 맺으며

제주(탐라)는 섬지역이라는 점 이외에도 오랫동안 자율적 정치체제가 유지되었는가 하면, 때로는 중앙 조정에서 직할하기도 했다. 이러한 점에 비추어 본다면 제주(탐라)의 사법제도에 있어서도 독자적인 제도가 있었거나 이웃 나라의 영향을 받았을 것으로 보이는데, 고대 탐라에 있어서는 기록상으로 그 편린이나마 논거를 제시할 수 없어 안타깝다.

고대 탐라 이후는 고려시대를 거쳐 조선시대 갑오경장까지의 산발적인 사료를 우리나라 전체의 역사에 나타난 사법제도에 의탁하여 제주의 사법제도에 관한 시론적(試論的) 논의를 엮어 내는데 그쳤다. 갑오경장 이후부터 오늘에 이르기까지의 사법제도는 선행연구가 있었기에 생략했다.

우리나라에 근대적 의미의 사법제도가 도입된 것은 1894년 갑오개혁 이후부터라 하겠다. 갑오개혁 이전에는 사법과 행정이 혼합되어 있었고,

118) 『승정원일기』 2406, 순조 14년 갑술 5월 5일, 106권 p.907; 『승정원일기』 2530, 철종 3년 임자 5월 13일, 123권 p.99; 『備邊司謄錄』 257, 철종 13년 병자 7월, 26권 p.909; 『備邊司謄錄』 259, 고종 15년 무인 3월, 27권 p.174.

행정기관과 재판기관·수사기관이 분리되어 있지 않았다. 고조선시대  
는 물론이고 삼국시대에 이은 통일신라, 고려, 조선시대에 이르기까지  
재판은 왕권통치의 일환으로 왕에 의하여 임명된 행정관료(수령)가 처  
리하였다. 따라서 왕 이하의 관료가 구금·수사·심리·재판 및 집행까  
지 하는 미분화된 사법제도였다.

행정과 사법이 미분화된 이 시대의 수령의 권한 행사는 형식상 행정  
처분이지만 오히려 일종의 사법(司法)상의 판결을 행정처분의 형식으  
로 내렸던 점에 주목하였다.

아울러 제주(탐라)의 지정학적 위치로 인하여, 유배인에 대한 검찰문  
제와 표류인이나 이양선에 관한 탐문문제는 제주 수령이 전라도관찰사  
를 거치지 않고 중앙 조정에 직접 보고하여 처결을 받는 특별사안이었  
음이 확인되고 있다.

앞으로 제주(탐라)의 사법제도를 통관할 수 있는 자료를 바탕으로 더  
욱 체계적인 연구가 있어야 할 것이다.

몬테스키(Montesquieu)는 “사법권이 입법권과 행정권에서 분리되어  
있지 않으면 국민의 자유는 존재하지 않는다. 만약에 사법권이 입법권  
과 결합되면 시민의 생명 및 자유에 대한 권력이 사용이 자의적으로 될  
것이다. 왜냐하면 재판관이 입법자로 될 것이기 때문이다. 만약에 사법  
권이 행정권에 결합되면 재판관은 압제자의 힘을 가질 수 있을 것이다”  
라고 하여 국민의 자유와 생명, 재산을 지키기 위해서는 사법권을 분리  
시켜야 한다고 갈파하였다. 결국 사법제도는 민주주의 발전과정과 맥을  
같이하고 있고 독자성을 지탱해야 할 가치가 여기에 있다.

참고문헌

- 강운호, 『제주사법사(司法史)』, 화신문고, 2003.
- 고창석, 『탐라국사료집』, 신아문화사, 1995.
- 구병석, 『한국고대법사』, 고려대 출판부, 1993.
- 김병화, 『근대한국재판사』, 한국사법행정학회, 1974.
- , 『한국사법사(중세편)』, 일조각, 1982.
- , 『한국사법사(근세편)』, 일조각, 1982.
- , 『한국사법사(현세편)』, 일조각, 1982.
- 김석익, 『탐라기년(耽羅紀年)』, 보성사, 1918.
- 김운태, 『조선왕조정치·행정사』(제2전정중보판), 박영사, 1995.
- 김일우, 『고려시대 탐라사 연구』, 신서원, 2000.
- 김철수, 『헌법학개론』(제18전정신판), 박영사, 2006.
- 박병호, 『전통적 법체계와 법의식』, 서울대 출판부, 1983.
- , 『韓國法制史攷』, 법문사, 1987.
- 법원행정처, 『한국법관사』, 육법사, 1981.
- 송두용, 『한국법제사고』, 진명문화사, 1985.
- 송상현, 『민사소송법』(신정4판), 박영사, 2004.
- 오갑균, 『조선시대사법제도연구』, 삼영사, 1995.
- 윤양수, 『행정법개론』(제4판), 제주대 출판부, 2005.
- 이병도, 『한국사대관』, 보문각, 1969.
- 이시윤, 『신민사소송법』(제2판), 박영사, 2004.
- 정약용, 『목민심서(정선)』, 창비, 2005.
- 제주도, 『제주도지』 제3권, 제주도, 2006.
- 제주도교육위원회, 『탐라문헌집』(교육자료 29호), 제주도교육위원회, 1976.
- 제주도 제주사정립사업추진협의회, 『비변사등록 제주기사』, 제주도 제주사정립사업추진협의회, 1999.

- 제주도 제주시정립사업추진협의회·제주도사연구회, 『탐라사 연구자료집1- 역사 1 -』, 제주도 제주시정립사업추진협의회·제주도사연구회, 1998.
- 제주문화원, 『역주 증보탐라지』, 제주문화원, 2005.
- 조윤선, 『조선후기 소송 연구』, 국학자료원, 2002.
- 진단학회 편(이병도), 『한국사 1: 고대편』, 을유문화사, 1959.
- 고창석, 『탐라의 군현설치에 관한 고찰』, 『제주대논문집』 제14집, 1982.
- , 『조선중기 노비의 소유권 분쟁- 1662년 濟州牧官立案 -』, 『제주문화연구』 (현지 김영돈박사 화갑기념), 제주문화, 1993.
- 김이열, 『한국지방제도사서설(1)』, 『법정논총』 제10권 제2호, 중앙대 법과대학, 1965.
- 김창현, 『고려의 탐라에 대한 정책과 탐라의 동향』, 『한국사학보』 5, 1998.
- 박찬식, 『17, 8세기 제주도 목자(목자)의 실태- 이형상의 「耽羅狀啓抄」를 중심으로 -』, 『제주문화연구』(현지 김영돈박사 화갑기념), 제주문화, 1993.
- 송석범, 『제주도사의 일고찰』, 『제주문화연구』(현지 김영돈박사 화갑기념), 제주문화, 1993.
- 전봉덕, 『신라율령고(新羅律令攷)』, 『한국법제사연구』, 서울대 출판부, 1968.
- 정봉휘, 『한국형벌제도의 사적 고찰』, 『성균관대 논문집』 제7집, 성균관대학교, 1962.
- 지철호, 『조선전기의 유형에 관한 연구』 석사학위논문, 서울대 대학원, 1984.
- 진영일, 『고려조 탐라파견 외관 고찰』, 『탐라문화』 제24호, 제주대학교 탐라문화연구원, 2004.

Abstract

A Study on the Judiciary System of Jeju(Tamna) in view of the  
Three Kingdoms', Goryeo's and Joseon's History until Gabo  
Reformation in 1894

Yang, Seok-wan\*

We may suppose that the founding Period by the "Three Names" (Samseong-Ko, Yang and Pu) occurred during the Three Kingdoms (Goguryeo, Baekje and Silla) period on the peninsula.

In 1105, in the 10th year of the reign of Goryeo's King Sukjong, the Goryeo court abolished the name Takna which had to this time been used and from that year on, the island was known as "Tamna-gun" (district) and Goryeo officials were sent to handle the affairs of administrative and judiciary of the island. In 1121 during Huijong's reign Tamna was renamed Jeju and the posts of Busa and Pangwan were established on the island.

After Yi Taejo established the Joseon dynasty, all of the administrative, judiciary rights and systems which Jeju island, had maintaining some independence until this time, were absorbed into the centralized from of government established by Joseon. In 1416, in the reign of Joseon's King Taejong, the island was divided into three major administrative districts : the area lying generally north of Mt. Halla was headed by a 'Moksa' or county magistrate while east in the area of Jeongui-hyeon and the south western area of Daejeong-hyeon were headed by a

---

\* Professor of Law, Cheju National Univ.

Hyeon-gam or county magistrate also.

Judiciary system consisted of oksong(criminal procedure) and sasong(civil procedure) chiefly in the Goryeo and the Joseon dynasty. The rule of the five punishments(whipping, flogging, imprisonment, banishment, capital punishment) governed the cases of oksong. There were the land suits, the property suits, the graveyard suits, the servant suits and the obligation suits in sasong.

A chief magistrate such as Busa, Pangwan, Moksa and Hyeon-gam had both the power administrative and of judiciary in the district. This article discusses the judiciary issues arising from the administrative treatment of the chief magistrate on the Jeju(Tamna) Island in view of the Three Kingdoms', Goryeo's and Joseon's History until Gabo Reformation in 1894.

**Key Words**

judiciary system, Tamna, chief magistrate, five punishment, oksong (criminal procedure), sasong(civil procedure), servants suit

교신 : 양석완 주소 : 제주도 제주시 제주대학로 66 제주대학교 법정대학 법학부  
(E-mail : seokwany@cheju.ac.kr 전화 : 064-754-2915)

최초 투고일 2006. 12. 19.

최종 접수일 2007. 1. 26.