19세기말 공권력작용과 공평의 원칙*

—독립신문의 법제개혁론을 중심으로—

전종익**

목 차

Ⅰ. 서
Ⅱ.개항 이후 서구법제도의 소개와 제도의 개혁
1. 서구법제도의 소개와 공평
2. 갑오・을미개혁과 근대법제도의 도입
3. 유교적 공평의 원칙과 공권력 작용
Ⅲ. 독립신문의 법제 개혁론과 공평
1. 개인의 지위와 권리
2. 서구근대 법제의 특징과 개혁의 방향
3. 법집행 및 재판의 개혁과 공평
Ⅳ. 결론

[국문요약]

조선시대 전통적인 유교적 덕목이자 공권력작용이 지켜야할 원칙이었던 '공평'은 개화기 근대적 법질서의 특징을 나타내는 개념으로 사용되었다. 특히 19세기말 개화지식인들의 개혁론을 대표하는 독립신문은 개인을 재산과 생명 등에 대한 권리를 가지고 스스로 경제생활을 해나가는 존재로 평가하고 권리와 자유로운 경제활동을 보장하기 위한 새로운 법질서의 구축을 주장하였다. 독립신문은 개인의 자주적인 경제활동과 발전을 통한 국가의 독립과 부강을 지향하고 이를 달성한 서구 근대법제의 특징을 '공평'으로 파악하였다. 따라서 '공평한 법률'의 제정과 집행을 근대적인 국가로 발전하기 위한 과제로 보았다. 특히 갑오개혁과 을미개혁을 거치

* 이 논문은 2013. 6. 21. 개최된 법사학회 정기발표회에서 발표한 글을 수정・보완한 것이다. 소중한 의견을 주신 법사학회 회원여러분과 심사위원분들께 감사드린다.
이 논문은 2011년도 정부(교육과학기술부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 연구되었음(NRF-2011-332-B00518).
** 서울대 법대/법학전문대학원 부교수, chon1@snu.ac.kr

면서 많은 근대적 법령과 제도가 도입되었으므로 이미 만들어진 법의 예외 없는 적용과 집행, 즉 공평한 행정과 사법을 위한 개혁이 중점적으로 주장되었다. 나아가 재판이 공평하지 않고 한쪽에 치우치게 이루어지게 되면, 공평한 법집행은 실현될 수 없으며, 개인의 권리와 자유의 보장 역시 무의미하게 되므로, 독립신문은 당시 도입되었던 근대적 재판제도의 실현을 통한 개혁방향을 공평한 재판으로 설정하였고 이는 나아가 근대형사재판의 기본원리들을 포괄하는 의미로까지 확장되었다.

［주제어］ 공평, 독립신문, 공권력, 법의 집행, 재판

Ⅰ. 서

조선의 서구근대문물의 수용은 1876년 강화도 조약을 계기로 본격적으로 이루어졌고, 외국에 파견되었던 지식인들을 중심으로 적극적인 문호개방과 서구문물의 수용을 주장하는 개화파가 본격적으로 활동하기 시작하였다. 이들은 초기에 신문 등을 통하여 서구의 각종 제도와 과학기술 등을 소개하는 활동에 주력하였고, 이후 개항 이후의 사회경제적 변화에 대응하여 새로운 개혁안을 만들고 이를 이론적으로 뒷받침하기 위해 노력하였다. 1890년대 후반에 이르러 임오군란, 갑신정변, 동학농민전쟁, 갑오개혁 등 일련의 사건들을 거치면서 이들이 만들어온 이론적 성과들은 초기의 단순 서구문물의 소개를 넘어 당시 조선사회의 개혁방향을 비교적 체계적으로 제시하는 것으로 발전하였다.

당시 지식인들은 서구 근대법질서를 각자의 상황에서 나름의 논리를 가지고 파악하였고, 이를 토대로 조선사회에 새로운 법적 질서를 만들어가기 위하여 노력하였다.[1] 당시 지식인들의 법질서에 대한 논의들을 전통적 질서에서 근대로 이어지는 이행과정으로 보고 이를 분석하기 위해서 '공평'의 개념은 유용한

1) 이러한 근대법사상과 이론의 도입에 대한 연구 중 대표적인 것으로 서양의 법이론이 수용되어 오는 과정을 인물중심으로 파악한 최종고의 연구[최종고, 『한국의 서양법수용사』(박영사, 1982)]나 서양의 헌법이론이 수용되어 오는 과정을 영국, 독일, 미국, 프랑스 등의 국가별로 집대성하고, 근대국가사상을 주요 사항별로 정리한 김효전의 연구[김효전, 『서양헌법이론의 초기 수용』(철학과 현실사, 1996); 『근대한국의 국가사상』(철학과 현실사, 2000)]가 있다.

도구가 될 수 있다. 조선시대 공권력 작용과 관련하여 공평은 통치의 기본원칙의 하나로 작동하고 있었다. 공평은 유교적 통치질서에서 주요한 덕목이자 원칙으로 인정되었고, 성리학을 국가이념으로 받아들인 조선은 공평을 통치의 기본원칙의 하나로 받아들였다. 공평은 국가 공권력 작용이 일부의 이익을 고려하여 편파적으로 이루어지거나 사사로운 이익을 위해 이루어져서는 안되며 바르고 고르게 이루어져야 한다는 것을 의미하였다. 조선시대 형벌이나 조세, 부역, 사면, 소송 등 대부분의 공권력분야에서 입법과 집행이 공평하게 이루어졌는지 여부에 따라 해당 정책과 행위의 정당성 여부가 결정되었다. 이러한 점은 많은 公平의 원칙에 대한 실록기사를 통하여 확인할 수 있다.[2] 수백 년을 내려오며 뿌리내린 공권력 작용의 '공평'에 대한 관념은 쉽게 사라지지 않았으며, 서구 법질서를 수용할 때 기본적인 인식도구로서 작동하고 있었다.

이 글은 이와 같이 종래 우리가 가지고 있었던 '공평'의 관념이 개화기에도 작동하고 있었으며, 당시 개화지식인들이 새로운 법질서의 구축을 위한 핵심적인 원리로서 공평의 원칙을 제시하고 있었음을 확인하기 위한 것이다. 이를 위해 우선 초기 서구의 근대법제를 소개하는 글들을 중심으로 '공평'의 개념이 어떻게 사용되고 주장되었는지를 살펴볼 것이다. 이와 함께 사전들을 통하여 용어로서의 '공평'이 당시 한국어 번역을 위한 표제어로 사용되었음도 확인할 것이다. 이어서 개화지식인들의 주장이 결집되어 나타난 것으로 평가되는 독립신문의 사설을 분석하여 근대적 법질서에 대한 당시의 인식을 파악한다.

잡지나 단행본 서적 등의 매체가 독자와 교류하는 범위가 한정되는 것에 비하여 신문은 일반 대중을 독자로 상정하고 간행되므로 여론을 생산・수용・전파하는 면에서 영향력이 상당히 크다. 게다가 안정적인 유통시스템이 확보된다는 점에서 근대적 지식이나 개념들을 수용・유통시키는 수단으로서 우선적 지위를 가지고 있다.[3] 독립신문은 국내 인력 및 자본으로 일반백성의 계몽을 목

2) 조선의 공평의 원칙에 대한 이상의 설명은 전종익, 「15~16세기 조선의 공권력 작용과 공평의 원칙」, 『법사학연구』 제38호(한국법사학회, 2008), 109~136면 참조.

3) 박주원, 「『독립신문』과 근대적 '개인', '사회' 개념의 탄생」, 『근대계몽기 지식개념의 수용과 그 변용』(이화여대 한국문화연구원 편, 2004), 129~130면.

적으로 만들어진 최초의 순 한글신문으로 첫 호의 발생부수 300부에서 1898년 1월 약 1500부, 그해 7월에는 약 3000부로 늘어났을 정도로 독자들을 확보하고 있었고, 이에 더하여 여러 사람들이 시장 등에서 돌려 읽고 낭독해주었을 정도로 대중적인 영향력을 지니고 있었다. 또한 당시 정치, 경제, 사회, 외교 등 각 분야에 걸쳐 구체적인 개혁안을 제시하였고, 독립협회와 긴밀히 관계를 유지하면서 이들을 대변하는 뚜렷한 정치적 색채를 가지고 있었다.[4] 게다가 독립신문의 창간은 당시 유길준을 중심으로 한 개화지식인들의 주도와 서재필의 합작으로 이루어졌다. 사장 및 주필 등 편집에 참여한 주요인물인 서재필, 윤치호는 서구에서 공부하여 그들의 지식을 직접 수용하여 전파할 수 있었고, 헐버트, 아펜젤러 등 외국인들 역시 신문의 발행을 위해 중요한 역할을 수행하였다.[5] 따라서 독립신문의 사설들은 단순히 주필이었던 서재필과 윤치호 개인의 사상을 반영한 것이 아닌 당시 개혁을 열망하던 개화 지식인들의 인식체계를 대표하는 것으로 보아야 한다.

독립신문을 대상으로 한 그동안의 수많은 연구들 중에 법학적인 연구로는 사설을 서재필이 집필하였음을 전제로 서재필의 법사상을 분석한 전봉덕의 연구[6]가 선구적으로 존재하며, 대부분은 정치학이나 언론학, 사회학 등에서 이루어졌다. 그중 대표적인 것으로 널리 개화기 신문들의 사상을 법치주의의 시각에서 정리하면서 독립신문의 적법절차주의, 공평주의, 공개주의 등 법치주의론을 소개하고 그 특징으로 준법주의를 강조하는 국가주의적 성격을 가지고 있다고 분석한 김민환의 연구[7]와 법적 논변들을 별도로 분리하지 않고 자유민권사상의 하나인 국민자유권론으로 파악하여 서술한 신용하의 연구[8]가 존재한

4) 신용하, 『신판 독립협회 연구』 (상)(일조각, 2006), 53~54, 62~63면.
5) 이들의 구체적인 역할과 지위는 채백, 「『독립신문』의 참여 인물 연구」, 『한국언론정보학보』 36호(한국언론정보학회, 2006 겨울), 135~160면 참조. 채백은 그밖에 주시경, 손승용, 이준일, 엠벌리 등이 독립신문의 편집에 참여하였고, 사설의 집필 역시 서재필과 윤치호가 모두 전담하였다기보다 이들 인물들의 참여가 함께 있었다고 보고 있다.
6) 전봉덕, 『한국근대법사상사』(박영사, 1981), 264~309면.
7) 김민환, 『개화기 민족지의 사회사상』(나남, 1988), 160~171면.
8) 신용하, 앞의 책, 222~231면.

다. 최근에는 자유주의 도입의 관점에서 권리와 자유 개념을 중심으로 논의한 이나미의 연구,[9] 자유, 평등, 참정권 등 인권사상의 수용의 면을 중심으로 한 정용화의 연구,[10] 법적인 담론들을 입법, 집행, 사법으로 나누어 분석한 이원택의 연구[11], 그리고 독립신문의 논설을 통하여 헌의 6조와 대한국국제의 성격을 분석한 최선의 연구[12] 등 독립신문의 법적인 논의를 집중적으로 분석한 연구들이 이루어지고 있다.

이글은 이러한 기존의 연구성과를 바탕으로 독립신문의 사설을 '공평'이라는 개념을 중심으로 살펴볼 것이다. 유교사상에 바탕을 둔 전통적인 통치의 원칙이었던 공평의 원칙이 당시 개화지식인들의 새로운 법질서를 파악하기 위한 도구개념으로 사용되었음을 밝힐 것이다. 이를 통하여 전통적인 유교적인 법질서에서 서구근대법질서로 대체되어가는 과정에서 기존의 공평개념이 작동하면서 그것이 새로운 법질서까지 포괄하는 의미로 사용되었음을 밝히고 그 의미를 찾아내려 한다. 이를 위해 독립신문 사설에 나타난 각종 주장과 사례를 대상으로 용례들을 분석해 본다.

Ⅱ. 개항 이후 서구법제도의 소개와 제도의 개혁

1. 서구법제도의 소개와 공평

조선시대부터 일반적으로 사용되었던 공평의 개념은 개항 이후 서구의 지식과 개념을 받아들이는 바탕이 되었다. 이와 같은 공평개념의 사용은 당시 만들

9) 이나미, 『한국 자유주의의 기원』(책세상, 2001), 58~71면.
10) 정용화, 「서구 인권 사상의 수용과 전개 : 「독립신문」을 중심으로」, 『한국정치학회보』 37집 2호(한국정치학회, 2003), 67면.
11) 이원택, 「개화기 근대법에 대한 인식과 근대적 사법체제의 형성 : 『독립신문』의 논설을 중심으로」, 『동양정치사상사』 제6권 제2호(한국동양정치사상사학회, 2006), 223면.
12) 최선, 「한국 근대 헌법의 기원에 대한 논의 : <독립신문> '논설'을 중심으로」, 『한국학연구』 41(고려대학교 한국학연구소, 2012), 289면.

어졌던 사전들을 보면 알 수 있다. 1890년 만들어진 『韓英字典』[13]에 의하면 한영사전부분에서 표제어로서 公平이 '공평ᄒᆞ오'로 나타나며 이는 'To be equal, just, true'로 번역되고 있다. 또한 1897년 만들어진 『韓英字典』[14]을 보아도 '공평ᄒᆞ다'는 표제어가 등장하며 "To be just; to be impartial; to be equitable"로 설명되고 있다. 이러한 공평개념은 서구 법질서를 소개하고 도입하는 과정에서 널리 사용되었다.

1883년 창간된 최초의 근대적 신문인 漢城旬報는 근대적 법질서를 비교적 자세히 소개하고 있다. 그 대표적인 것으로서 1883년 12월 29일자에 수록된 기사인 '泰西法律'은 서구 근대법과 당시까지의 동양법을 비교하여 서술하고 있다.[15] 일단 "법률이란 天理에서 근원하고 人道에 합당하며 仁愛에 터잡고 公平에서 이룸이니 이로써 양민을 보호하고 도적의 무리들을 징벌한다(法律 原於天理 合於人道 基於仁愛 成於公平 以此而保護良民 懲罰凶徒)"는 서양인의 말을 인용하면서 "진실로 법을 맡은 자에게 생사여탈의 도구와 국가의 다스려지고 어려움이 달려있다(誠司憲者 生死予奪之具 而亦國家之治亂得失係焉)"고 하여 법과 그 집행의 중요성을 서술하면서 공평이 법의 중요한 특징임을 강조하였다. 이어서 법률을 문자로 기록함이 없이 입으로 전해지면서 神이 베푼 것이라 하거나 하늘이 주는 벌이라 정당화하는 不文律과 하나의 책을 만들어 王府에 감추어 두고 백성들에게는 보이지 아니하고 시행하는 成文律, 그리고 성문법이면서 법률을 풍속과 종교로부터 분리하여 일체를 이루고 법관이 관장하도록 하는 純全律로 분류하였다. 그리고 서구의 여러 나라들은 성문율에서 벗어나 순전율의 영역으로 들어가고 있으나(泰西諸國 已脫成文之域 漸入純全之境) 동양 여러 나라의 법률은 성문을 면치못하고 있다(獨東洋諸國 所用法律 未免成文者數多)고 대조하여 평가하였다. 특히 "하늘의 行事에 부합하고 仁愛를 다하며 그 公平을 붙드는 것(體天行事 盡其仁愛 扶其公平)"에 반하여 人慾의 사사로움

13) Horace Grant Underwood, *A Concise Dictionary of the Korean Language*(Yokohama : Seishi Bunsha, 1890).
14) James Scarth Gale, *A Korean-English dictionary*)(Yokohama : Kelly & Walsh, Limited, 1897).
15) 한성순보의 원문과 번역은 한국언론진흥재단 고신문 검색서비스(https://www.mediagaon.or.kr : 444/jsp/search/SearchGoNewsConditionFrame.jsp, 2013. 6. 20. 검색)에 의하였다.

에 따르는 법을 비판하면서, 오직 上級의 開明國이 전자에 해당하여 "그 법을 다스리고 법을 적용함을 털끝만큼도 掩壓하고 拷問함이 없이 서서히 그 잘못이 드러남을 기다려 法律에 의해서 조사하여 그 罪過를 정한다(其治罪擬律 毫無掩壓拷問 徐待理屈實現 而後具供照案 定其罪科)"고 하고, 고문금지, 죄형법정주의 등 서구형사재판의 특징을 公平과 연계하여 설명하고 있다.[16]

이와 같이 公平의 개념이 서구법질서를 파악하면서 사용된 예는 1889년 작성된 유길준의 『西遊見聞』에서도 확인할 수 있다. 우선 정부의 종류를 설명하면서 "夫君民의 共治하는 政體는 其制度가 公平하고 些少도 私情이 無하"다고 하고[17] "公平훈 制度와 細密한 條目이 備具하여 上으로 人君이며 下로 人民이 皆其一定한 國規를 遵守"하여 어기지 않으면 국가 태평해진다고 한 것[18] 그리고 "萬若 他人의 權利를 侵犯할진데 法律의 公平한 道가 是를 必不許"한다고 한 것[19] 등은 법제도에 대한 공평의 원칙을 나타낸 것이다. 특히 유길준은 제10편 중 두 번째 부분인 法律의 公道에서 법률을 "大衆의 秩序를 維持하는 大具니 邦國이 是가 無하면 亂하고 人類가 是가 無하면 悖한다"고 하면서 어느 나라든지 법률이라 하는 것은 존재한다고 설명하였다. 나아가 정부의 제도가 安全한 곳은 법률이 寬平하여 인민이 각기 생업에 평온히 종사하며 범법자가 없고, 반면 정부의 제도가 불완전한 곳은 법률이 嚴酷하여 범법자가 많고 인민의 생업이 평온하지 않게 된다고 하면서 양자의 법제를 비교하였다.[20] 이어서 서구의 법 발달사를 그리스와 로마에서부터 서술하고 영국과 프랑스의 근대적 법제 개혁을 언급하면서 영국은 전통적인 풍습에 따라 政令과 制度를 개정하

16) 이 기사는 이어서 영국의 재판제도를 소개하고 서구법을 도입한 일본의 제도를 자세히 소개하고 있다. 그 설명 중 재판에서 피고인이 비록 판사의 정당하지 못한 판결을 모르더라도 검사가 발견하면 "검사로부터 마침내 상등법원에 공소하여 반드시 공평하고 지당하게 한다(自檢事 終控訴上等法庭 以必求公平至當)"라고 하여 재판을 통하여 법률의 집행이 공평하게 이루어져야 함을 나타내기도 하였다.

17) 유길준, 『西遊見聞(全文)』(도서출판 박이정, 2000), 148면(서유견문 원래의 면수임).

18) 위의 책, 349면.

19) 위의 책, 113면.

20) 위의 책, 262~263면.

여 정부가 국민을 보호하여 自主하는 權利를 가지게 한 반면, 프랑스는 그와는 달리 풍습 자체가 압제하는 政令을 필요로 하는 상황에서 '寬大自主하는 法'을 신설하여도 국민들의 풍속과 성향에 맞지 않아 제도가 바로 깨졌다고 설명하였다. 특히 프랑스가 "國民의 自主하는 權利를 위하여 公平便宜한 改革을 數行"하였으나 영국의 인신보호법을 시행하지 못한 것은 이러한 이유라고 설명하고 있다. 이에 더하여 당시 영국의 정치체제를 설명한 이후 이상과 같은 "公平한 政治法律"은 점진적 개혁을 통해 이루어진 것이라고 설명하여,[21] 정치 및 법제를 평가하는 개념으로 공평을 사용하였다. 이와 같이 법률은 그 民俗과 國制에 적합한 이후에 公道가 된다고 보고, "法律의 第一大主義는 公衆의 害患을 防하기에 在한 則 小數人의 利益을 爲하여 是를 枉함이 不公한 極度"라 하여 법률의 제정과 적용에서 가장 중요한 것이 일부의 사적인 이익을 위해 일관되지 않은 모습을 보여서는 안 된다는 것임을 분명히 하였다.[22]

이상의 유길준의 서구법제도에 대한 설명을 보면 공평한 법질서가 중요한 특징으로 파악되고 있음을 알 수 있다. 다만, 서유견문 자체가 서구의 문물을 소개하는 것에 주된 목적이 있었던 만큼 이와 같은 공평한 법질서를 조선사회에 실현해야 한다는 현실개혁적인 주장에까지는 미치지 못하였다. 이러한 모습은 이후 발간된 독립신문에서 찾아 볼 수 있다.

2. 갑오・을미개혁과 근대법제도의 도입

19세기에는 전 기간에 걸쳐 농민항쟁이 빈번하게 발생하였다. 삼정(田政・軍政・還政)의 문란과 지주의 수탈 등 관료들의 부정과 부패, 무능 등으로 인하여 농민의 생활은 점차 어려워졌고, 특히 이러한 현상은 삼남지방에서 심하게 나타났다. 개항이후에도 관료들의 부패와 무능의 문제는 해결되지 않았다. 지배

21) 위의 책, 267면.
22) 위의 책, 271면.

층은 외국세력에 대한 대응과 정책방향을 둘러싼 내부의 노선투쟁으로 분열되어 있었고, 인사와 재정 등의 영역에서 여전히 해결되지 않은 많은 문제가 있었다. 인사행정에서 매관매직이 성행함에 따라 임명된 지방관 등 관료들은 임관될 때 들였던 밑천을 임기 중에 마련하기 위하여 백성을 수탈하였고, 장부와 문서의 위조, 허위기재 등 온갖 수단을 동원하여 국가의 조세수입을 사적인 이익을 위하여 사용하였다. 이에 따라 국가재정은 적자가 이어졌고, 국민생활은 날로 피폐해져갔다. 이와 같은 내정의 문란과 사회적 불안으로 말미암아 민중들은 정부에 대하여 불평불만을 폭발시켰고, 그 비난의 방향은 개항이후 내정에 간섭하고 있는 외국세력에게로 이어지기도 하였다.[23] 결국 동학교단조직이 개별지역들의 불만을 조직화하여 확산시킴으로서 전국적인 규모의 동학농민전쟁이 발발하게 된다.

따라서 농민군들의 개혁요구는 삼정의 개혁과 포구 및 장시 등에서 징수되던 무명잡세의 혁파, 보부상 등 특권상인조직의 작폐해결, 일본상인들을 중심으로 외국상인들의 활동제한, 탐관오리의 축출, 매관매직의 엄금 등 주로 국가의 수취체제와 외국세력의 경제적 침탈에 대한 문제해결에 집중되었다.[24] 비록 동학농민군들의 항쟁이 일본 및 정부 연합군과의 전투에서 패배하여 진압됨으로써 실패로 돌아갔지만, 이는 당시 조선사회의 전반적인 공권력제도를 개혁해야할 필요성이 극적으로 표출된 것으로서, 국가는 이러한 민중의 개혁요구를 외면할 수 없었다. 이는 갑오개혁과 을미개혁이 이루어지는 내부적 원동력으로 작동하게 된다.

갑오개혁기 군국기무처를 통하여 처리된 개혁안건은 총 210건으로 여기에는 중앙정치제도를 비롯한 정치행정제도, 사회, 경제, 사법, 군사, 교육 등 전범위에 걸친 제도개혁안이 포함되어 있었다. 또한 이어진 을미개혁기에 새롭게 공포된 법령만도 100여개를 넘어 광범위한 근대적 제도의 도입이 이루어졌다.[25]

---

23) 이상의 개항 이후의 상황은 김운태, 『조선왕조정치・행정사』(근대편)(박영사, 2001), 242~248면을 요약한 것임.

24) 박찬승, 「1894년 농민전쟁의 주체와 농민군의 지향」, 『1894년 농민전쟁연구』 5(역사비평사, 1997), 107~111면 참조.

전반적인 국가의 체제로서 행정부의 중심인 내각회의 및 7부를 비롯하여 사법부의 기능을 담당하는 재판소와 자문기관인 중추원이 설립되어 형식적이나마 권력의 분립을 이루었고, 향회제도의 수립 등 지방제도를 개편하여 중앙의 행정력이 전국에 미치도록 하였다. 경제적으로는 각종 경제규제와 특권을 폐지하고 상회사제도를 도입하여 상인 및 자본가의 육성을 시도하였고 지세제도의 개혁 등 세제의 개편도 이루어졌다.[26] 이와 함께 동학농민전쟁에서 제기된 요구를 수용하여,[27] 여러 가지 부세의 현물납 등 재정원칙을 개혁하고, 조세의 금납화를 선언하였으며, 각종 명목의 잡세를 모두 혁파하고, 환곡제를 폐지하여 사창제를 도입하였다.[28] 또한 탁지부 또는 호조 등 재정을 담당한 부서를 단일화하여 재정을 통일하였고,[29] 관원의 탐오행위나 권력남용의 금지를 선언하였다.[30] 이와 함께 문벌을 타파하고 반상의 신분차별제도를 폐지하여 귀천에 구별없이 인재를 채용할 수 있도록 하였고 공사노비제도의 폐지 및 인신매매의 금지 및 역인・창우・피공의 면천으로 법적 신분제를 폐지함으로써 신분제를 폐지하고 차별을 없애기도 하였다.[31]

특히 근대적 법제도의 도입 면에서 눈여겨보아야 할 것은 '洪範 14條'와 '命令頒布式' 및 '公文式' 그리고 '재판소구성법'[32]이다. 홍범 14조는 청으로부터

25) 김운태, 앞의 책, 286, 335~336면.
26) 왕현종, 『한국 근대국가의 형성과 갑오개혁』(역사비평사, 2003), 434~437면 참조
27) 이하의 사항 정리는 전종익, 「근대주권개념의 수용과 전개」(서울대학교 대학원 박사학위 논문, 2006), 227~228면.
28) 송병기외 3인 편, 「한말근대법령자료집」 I(대한민국국회도서관, 1970), 26면, 1894. 7. 10. 一切의 上納을 代錢으로 磨鍊하는 件; 99면, 1894. 9. 3. 各司에서 外道營邑에 誅求하던 雜稅名目을 革罷하는 件; 89~90면, 1894. 8. 10. 社倉設立에 관한 件 및 1894. 8. 12. 還穀中 移貿加作 등의 名目을 革罷하는 件.
29) 위의 책, 6면, 1894. 6. 28. 各衙門官制, 度支衙門.
30) 위의 책, 57면, 1894. 7. 16. 官員服務紀律 제3조.
31) 위의 책, 14면, 1894. 6. 28. 門閥・班常等級을 革破하고 貴賤에 관계없이 人材를 選用하는 건; 같은 날, 公私奴婢를 革罷하고 人口의 販賣를 禁하는 件; 20면, 1894. 7. 2. 驛人・倡優・皮工의 免賤을 許하는 件.
32) 위의 책, 133~137면, 1894. 12. 12.; 32~33면, 같은 해. 7. 12.; 118~122면, 같은 해 11. 21.; 190~198면, 1895. 3. 25.

의 독립 등 대외관계를 비롯하여 왕실제도, 의정부와 各아문등 중앙제도의 개혁, 법령에 의한 조세징수, 지방관제의 개정, 교육과 관제, 관료제도의 개편 등 전반적인 개혁의 원칙을 규정하고 있었다. 특히 제13조에서 "민법과 형법을 엄명하게 제정하고 감금과 징벌을 남행할 수 없도록 함으로써 인민의 생명과 재산을 보전하도록 함(民法刑法嚴明制定 不可濫行監禁懲罰 以保全人民生命及財産)"을 명시하여 명확한 민법 및 형법의 제정, 엄밀한 법규정에 따른 처벌의 제한, 그리고 입법목적으로서의 국민의 권리보호를 제시하고 있다. 이는 근대적 법제도의 도입과 목적 그리고 내용을 선언한 것으로서 이후 이루어질 법제정비의 원칙이 되는 것으로 의미가 크다. 명령반포식과 공문식은 법률, 칙령, 의정부령 등 법령의 종류와 상하단계, 제정절차와 형식에 대하여 규정하고, 법령의 반포형식으로 관보에 수록함을 명시하였으며(명령반포식 제6조; 공문식 제9조), 법령의 국문 사용을 규정하고 있어(공문식 제8조) 이들 법령의 시행으로 근대적 입법의 형식적 체계가 갖추어진 것으로 평가된다.[33] 재판소구성법은 지방재판소, 한성재판소, 개항장재판소, 고등재판소, 특별법원의 5종류 2심급을 규정(제1조)하였고, 판사와 함께 검찰임명의 근거를 명시하여(제3조) 소추기관과 재판기관의 분리를 도입하였으며, 재판의 공개(제46조)와 평의 및 선고(제53-55조) 등 구체적인 재판절차에 대한 조항을 두고 있어 근대적인 사법제도의 효시를 이루고 있다.[34]

이와 같이 갑오개혁과 을미개혁을 거치면서 법제상 근대국가의 핵심적인 제도들이 상당부분 도입되었다. 중앙 및 지방의 관료제도는 개편되었고 사회경제적 제도와 입법체계 역시 근대적인 모습을 가지게 되었다. 이와 같은 각종 제도의 도입은 내부의 개혁요구에 부응하는 것이었으나 다른 한편 일본의 요구라는 외부적인 요인도 작용하고 있었다. 또한 단기간에 너무 많은 제도가 도입된 점에서 과연 이러한 법령들이 제대로 실현될 수 있는지에 대한 우려가 제기될 수 있었다. 이후 이루어진 독립신문의 법제개혁론은 이러한 상황을 배경으

33) 정긍식, 『한국근대법사고』(박영사, 2002), 69면.
34) 정긍식, 위의 책, 258면.

로 이루어진 것이다.

3. 유교적 공평의 원칙과 공권력 작용

근대적 법질서에 대한 소개가 이루어지고 갑오·을미개혁을 통해 각종 근대적 제도들이 도입되는 상황에서도 유교적 통치질서의 주요한 덕목이자 원칙으로서의 '공평'은 여전히 공권력 작용을 위한 주요한 원칙으로 언급되고 있었다.

우선 이러한 사례들은 갑신정변 이후 갑오개혁 이전시기 실록기사에서 찾아볼 수 있다. 영의정 심순택이 상소에서 관료들이 각 가문의 권세를 빙자하여 백성들을 못살게 굴고 있음을 비판하고 이를 바로잡아야 한다고 하면서 그 전제로 주자의 "기강은 저절로 설 수 없는 것이니 반드시 임금이 공평하고 정직하며 당파에 치우치거나 사적인 일에 기울어지는 것이 없은 이후에야 기강이 잡혀 바로 설 수가 있다"는 말을 인용하고 있는 것[35]과 조병세가 우의정을 사직하면서 정사의 개혁방안으로 형벌과 관료제도의 개혁 등을 제시하고, 말미에 당시 조선의 전장(典章)과 규제(規制)가 어느 하나 갖추어지지 않은 것이 없으나 나라의 형편과 백성의 걱정이 극에 달해있으며 임금은 있어도 신하가 없다는 한탄이 심하여 이대로 가면 나라의 장래를 알 수 없다고 하면서 "전하께서는 정사에 과단성을 발휘하고 한결같이 공평하게 하여 나라의 형세를 공고히 하고 백성들이 안정될 수 있도록 하여야 한다"고 하고 있는 것[36]이 그 대표적인 예이다. 이들 실록기사에서 '공평'은 임금이 정사를 돌볼 때 반드시 가지고 있어야할 덕목이자 원칙으로 언급되고 있다. 갑오개혁 이후이기는 하지만 조병세가 이후 다시 사직하면서 나라가 흥하고 망하는 것은 인심에 달려있고 인심은 정승의 현명함에 달려있다고 하고, "창업과 중흥의 군주는 모두 공평하고

35) 『고종실록』 고종 24년(1887) 5월 3일. "紀綱不能自立, 必人主公平、正直, 無偏黨、反側之私, 然後紀綱有所繫而立" 이하 실록기사의 원문 및 번역은 http://sillok.history.go.kr를 통해 검색한 것임.

36) 『고종실록』 고종 29년(1892) 윤 6월 5일. "惟願廓揮乾斷, 一務公平, 俾國勢鞏固、民生奠保焉"

정직한 사람을 얻어서 인심을 얻음으로써 나라를 흥하게 하였다"[37]고 하여 공평함을 신하의 중요한 덕목으로 언급한 것은 같은 맥락으로 볼 수 있다. 이와 같이 공평은 당시에도 여전히 국왕과 관료들의 유교적 기본덕목으로 인식되고 있었다.

특히 고종이 당시 관리임용과정에 대한 개혁을 지시하면서 과거응시자들이 권세있는 관리들의 집에 드나드는 것만 일삼고 임용을 담당한 관리들이 많은 경우 공평하지 못하여 합격자를 발표한 뒤 여론이 시끄럽기까지 한다고 문제를 제기하고,[38] 영의정 심순택이 개혁론으로 신하들이 나라의 정사에 마음을 다하고 고을의 폐단과 백성의 고통에 대해 생각하며 "인물에 대한 선발을 공평하게 하고 추천을 바르게 해야 한다"고 주장한 것[39]을 보면 당시 조선이 직면한 문제 중 주요한 것이 공평한 관리선발이 이루어지지 않은 것임을 알 수 있다. 또한 우의정 정범조가 관리선발에 대한 개혁론으로서 "진실로 한결같이 공평한 마음을 가지고 혹시라도 사사로운 정에 끌리는 일이 없어야 할 것이며 처음 임명할 때에 먼저 재주와 인품이 우수한가 열등한가를 알아보고 이동하는 과정에서도 현저한 공적이 많고 적은 것으로 뽑아야 한다"고 한 것[40] 역시 마찬가지로 관료임용의 공평함을 강조하고 있는 것으로 볼 수 있다.

한편 이와 같은 전통적인 '공평'의 개념은 갑오개혁을 거치면서 기존의 유교적 덕목을 넘어 새로운 제도개혁을 주장하기 위해 사용되기 시작하였다. 갑오·을미개혁기 군부대신 신기선은 사임을 요청하면서 당시의 제도개혁에 대하여 외국만을 모방한 급격한 개혁을 비판하였다. 특히 의복제도와 관련하여 "공평하고 개화된 정사를 하는 것이 지금의 급한 일이기는 하지만 당요(唐堯)와 우순(虞舜), 주공과 공자의 교화는 조금도 변경시킬 수 없고 의관과 예악의 풍속은 모두

37) 『고종실록』 고종 35년(1898) 11월 11일. "故創業中興之君, 皆得公平正直之人, 人心歸而其國興"

38) 『고종실록』 고종 24년(1887) 8월 4일. "徒事奔競, 爲有司者, 多不公平。 至於榜出之後, 物議喧藉, 可勝駭歎"

39) 『고종실록』 고종 27년(1890) 12월 9일."苟使秉銓之臣, 盡心於王政國體, 存念於邑弊民瘼, 鑑衡公平, 注擬得宜, 則必有不中不遠之效矣"

40) 『고종실록』 고종 29년(1892) 윤 6월 25일 "苟能一心公平, 無或偏私, 初除之際, 先探才器之優劣, 移遷之中, 亦視聲績之淺深"

없앨 수 없는 것"이라고 하여[41] 당시 개혁이 표방하고 있던 목표가 '公平開化之政'을 실시하는 것이었음을 밝히고 있다. 또한 1898년 10월 29일 있었던 관민공동회에서 작성된 요구사항 여섯 가지인 이른바 '헌의 6조'를 의정부 참정 박정양 등이 정리하여 고종에게 보고하면서 이 여섯가지 조항은 "나라의 체면을 존중하고 재정을 정돈하며 법률을 공평하게 하고 규정을 따르는 문제로서 모두 응당 시행해야 할 것들"이라고 평가하고 있는 것도 제도개혁 중 법질서의 면에서 달성하고자 하는 목표로서 '공평한 법률'이 존재하였음을 나타내는 것이다.[42] 이러한 내용을 보면 공평은 종래의 유교적 덕목과는 달리 근대적 제도 개혁 특히 근대적 법질서의 특징을 나타내기 위하여 사용되기 시작하고 있다.

새로운 법질서와 공평의 관계는 특히 재판제도에 대한 평가에서 잘 나타난다. 을미사변과 관련된 역모범인들이 재판을 받기 전에 살해된 것에 대하여 고종이 조사를 지시하면서, 원래의 명령은 "범인을 체포하면 상해를 가하지 말고 즉시 법정에 압송하여, 해당 법정에서는 공명정대한 공판으로 확증에 근거해서 적당한 형벌에 처하라"는 것이었고, 특히 김홍집(金弘集)과 정병하(鄭秉夏)는 모두 내각 대신(內閣大臣)이므로 잡아온 뒤에 '공평한 재판'을 하려고 하였는데, 살해된 것은 법에 어긋날 뿐 아니라 밝고 바른 재판(明正ᄒᆞᆫ 裁判)을 받게 하려는 본의에 어긋난다고 한 것[43]은 죄인이라 하더라도 법에 따른 공평한 재판을 받은 후에야 처벌받을 수 있음을 밝힌 것이다. 이는 새로운 근대적 재판제도의 시행과 함께 그 특징으로 '공평'이 언급되고 있는 것으로 해석할 수 있다.

이와 같이 전통적인 유교적 덕목이자 공권력작용이 지켜야할 원칙이었던

---

41) 『고종실록』 고종 32년(1895) 6월 20일 "謂公平開化之政, 雖爲現今急務, 而堯舜周孔之敎, 不可少變也 衣冠禮樂之俗, 不可盡革也"

42) 『고종실록』 고종 35년(1898) 10월 30일. "臣等伏念該六條, 乃尊國體、整財政、平法律、遵章程之事也"

43) 『고종실록』 고종 33년(1896) 2월 15일. "今에 該令을 申明ᄒᆞ노니 若犯人等이 或就縛ᄒᆞ거든 傷害ᄅᆞᆯ 妄加ᄒᆞ지 말고 隨卽法廷에 解納ᄒᆞ고 該法庭에셔ᄂᆞᆫ 明正ᄒᆞᆫ 公判으로 確證을 據ᄒᆞ야 適當ᄒᆞᆫ 罰例에 處케 ᄒᆞ라。金弘集과 鄭秉夏ᄂᆞᆫ 皆內閣大臣이라。其就捉ᄒᆞᆫ 後에 公平ᄒᆞᆫ 裁判을 行코져 ᄒᆞ얏더니 (…) 此ᄂᆞᆫ 法에만 違홈이 아니라。 朕의 臣民이 明正ᄒᆞᆫ 裁判을 受케 ᄒᆞ고져 ᄒᆞᄂᆞᆫ 本意에도 違홈인즉 此事ᄂᆞᆫ 從當査正ᄒᆞᆯ지오"

‘공평’이 근대적 법질서의 특징을 나타내는 개념으로 사용되는 모습은 실록기사에서도 일부 나타나지만, 정부에게 근대적 개혁을 강력히 요구하는 주장들에서 더욱 선명히 나타난다. 그러한 대표적인 것이 바로 독립신문의 주장이다.

Ⅲ. 독립신문의 법제 개혁론과 공평

1. 개인의 지위와 권리

서구 근대자유주의 전통에 의하면 인간은 자유롭고 평등한 존재이다. 그러한 개인들이 자신의 목적과 이익을 위하여 서로의 동의와 승낙을 통해 정치질서와 조직을 구성하고 결정한다는 것이 사회계약사상이며, 이를 토대로 개인과 국가의 관계가 설정된다. 이에 의하면 국가의 구성단위로서의 개인은 자발적으로 참여하는 존재이면서 국민 또는 시민으로서의 권리를 가지는 존재로 자리매김된다.[44] 이와는 달리 유교적 전통사회에서 民은 통치의 대상으로서 집단으로 표현되어왔고 각각의 사람들은 상호간 갈등할 수 있는 개인들로 생각되지 않았다.[45] 전통시대의 民은 君이나 士와는 달리 불완전한 존재로서 유교의 천리를 알지 못하는 無知之民 혹은 愚民으로 표현되었다.[46]

갑오개혁과 을미개혁시기 문벌타파, 반상의 신분차별 및 공사노비제도 폐지, 인신매매의 금지 등 법적 신분제가 폐지되고 법적으로 개인간 차별이 없어지면서 전통적인 民과 백성의 지위에도 변화가 오기 시작하였다. 독립신문의 사설은 이와 같은 법적인 신분질서의 변화를 반영하고 있었다. 특히 ‘독립’개념이 국가적으로는 대외적으로 다른 국가에 종속되지 않은 상태를 의미하면서 개인적 수준에서는 국민개개인의 자립상태를 나타내는 의미로 사용되었고 이를 매

44) 정용화, 앞의 글, 70~71면.
45) 이나미, 「19세기말 개화파의 자유주의 사상 : 『독립신문』을 중심으로」, 『한국정치학회보』 35집 3호(한국정치학회, 2001), 36면.
46) 김신재, 「「독립신문」에 나타난 우민관」, 『동학연구』 제25집(한국동학학회, 2008), 45면.

개로 국가와 개인은 밀접한 관계를 가진 존재로 등장하였다.[47]

개인이 독립하려는 생각이 없고 남에게 의지할 생각뿐이면, 나라가 남의 나라에 의지할 때에도 이를 분하게 여기고 이상하게 여기지 않게 된다.[48] 특히 국가는 그 속에 있는 백성들을 모아 만들어진 것이니 만일 그 백성들이 낱낱이 자주 독립하는 마음과 행위가 없으면 그 나라만 독립되기를 바랄 수 없다.[49] 따라서 개인의 독립은 바로 국가의 독립을 이루는 시발점이 되는 것이며, 독립신문에서 제시하는 개인의 '자주독립'의 핵심은 생업과 노동 등 자립적 경제활동이 된다.[50]

> 나라가 자주 독립이 되려면 그 나라 백성들이 살기를 자주 독립하는 뜻으로 살아 의식을 자기 손으로 벌어먹게 하고 의식을 사람마다 제 힘과 제 재주와 제 밑천을 가지고 벌어먹고 살게 될 지경이면 그 사람이 자연히 자주 독립할 마음이 날지라.[51]

독립신문이 이와 같이 개인을 자립적 경제생활을 영위하는 존재로 보고 있는 이상, 개인의 재산보호는 정부의 주요한 직책이 될 수밖에 없고,[52] 나아가 사람의 생명과 신체와 명예와 자유와 재산은 모두 법률의 보호를 받아야 하는 것으로 인식되어,[53] 개인은 법적인 테두리 안에서 이들 권리를 향유하는 주체로서 자리매김 된다.[54] 이에 따라 일개인과 국가 간의 관계에 적용되는 형법과

---

47) 류준필, 「19세기말 '독립'의 개념과 정치적 동원의 용법」, 『근대계몽기 지식개념의 수용과 그 변용』(이화여대 한국문화연구원 편, 2004), 26~27면.

48) 1896년 8월 13일. "사람이 세상에 나서 자기의 의식을 자기의 손으로 벌지를 못하고 남에게 의지할 때에 그 사람이 나라가 남의 나라에게 의지하는 것을 어찌 분히 여기리오." 이하 독립신문의 내용은 독립신문영인간행회, 『독립신문』(갑을출판사, 1981) 및 『독립신문 화상 DB』(한국언론재단, 2000)에 의하였다.

49) 1898년 7월 15일

50) 류준필, 앞의 글, 35면.

51) 1896년 12월 8일.

52) 1898년 4월 28일, 8월 15일.

53) 1898년 11월 30일.

54) 박주원, 「『독립신문』과 근대적 '개인', '사회' 개념의 탄생」, 『근대계몽기 지식개념의 수용과 그 변용』(이화여대 한국문화연구원 편, 2004), 146~51면.

는 달리 일개인끼리 서로 권리에 관계된 의무를 규정한 민법의 필요성을 인정하게 된다.[55] 홍범 14조가 민법과 형법을 엄명하게 제정하고 감금과 징벌을 濫行하지 않아 인민의 생명과 재산을 보전할 것을 규정하고 있는 것은 이러한 인식이 반영된 것으로 볼 수 있다.

다만 이와 같은 개인의 권리와 지위에 대한 인식의 변화에도 불구하고, 독립신문에서 바라보는 개인은 정치적인 권리의 면에서 명백한 한계를 가지고 있었다. 독립신문은 기본적으로 근대적 개화지식인들이 개혁을 위한 교육과 계몽을 목적으로 만든 것이었다. 독립신문에 참여한 지식인들이 보기에 일반인들은 기본적으로 지적인 능력이 떨어지고 새로운 질서에 대한 지식이 없는 존재들이었다. 반면 정치는 "지식과 학문이 있어서 다만 내 권리만 알 뿐 아니라 남의 권리를 손상치 아니하며 사사를 잊어버리고 공무를 먼저 하며 작은 혐의를 보지 않고 큰 의리를 숭상"할 수 있는 존재들이 참여하여 행하는 것으로서, "정부가 뉘 손에 들던지 조반석죽만 하고 지내면 어느 나라 속국이 되던지 걱정 아니 하며 자유니 민권이니 하는 것은 말도 모르고 혹 말이나 들은 사람은 아무렇게나 하는 것을 자유로 알고 남을 해롭게 하여 자기를 이롭게 하는 것을 권리로 아"는 인민들에게 참정권을 주고 하의원을 개설하는 것은 당시에는 생각할 수 없는 것이었다.[56] 따라서 군주는 여전히 만백성의 어버이로서 충성을 다해야 할 대상이었고,[57] 정치주체로서의 민은 정치공동체의 주체가 되는 민주주의국가의 구성원으로 자리매김 되지 못하였다.[58] 이러한 개화지식인들의 기본

55) 1899년 4월 12일.

56) 1898년 7월 27일.

57) 김성혜, 「『독립신문』에 드러난 군주의 표상과 고종의 실체」, 『대동문화연구』 제78집(성균관대학교 대동문화연구원, 2012), 181면.

58) 이나미, 「민(民)개념의 변화와 한국정치주체의 변동」, 『사회과학연구』 제13집 제1호(서강대학교 사회과학연구소, 2005), 55면. 이나미는 전통적인 민과 '인민' '국민'을 구별하여, 전통적인 민은 통치의 대상에 불과하나, 개화기 인민은 국가를 이루는 구성요소로서의 지위를 가지고 일정한 권리를 향유하는 존재이며, 국민은 인민에 비해 '나라 일에 참여하는 것'에 관계된 개념으로 보고 있다. 이러한 구별에 따라 독립신문의 개인은 '인민'에 해당하며 사용빈도가 높은 반면 참정권을 가진 국민은 아직까지 별로 사용되지 않았음을 통계적으로 보여주는 연구로는 박주원, 앞의 글, 146면 참조.

인식은 법제도의 면에서 독립협회 중심의 정치참여를 규정한 중추원관제 개정안과 함께 최초의 헌법인 대한국국제에서 군주주권론에 입각한 황제의 '無限君權'의 규정으로 귀결된다.

개인을 국가의 의사결정에 참여하지는 않더라도 적어도 재산과 생명 등에 대한 권리를 가지고 스스로 경제생활을 해나가는 존재로 보면, 이들 권리와 경제활동을 보장하기 위한 제도들이 필요하게 된다. 국가가 국가자신은 물론 다른 사람들로부터 있을 수 있는 권리침해로부터 개인을 보호하지 않으면 개인의 지위변화는 의미가 없기 때문이다. 바로 그러한 필요성이 새로운 법질서의 구축에 대한 요구로 나타나게 된다.

2. 서구근대 법제의 특징과 개혁의 방향

공권력작용이 법에 따라 이루어진다는 것은 사회적 지위나 실제 환경과는 무관하게 동일한 사실관계에 대하여는 동일한 법적 효과를 부과하여야 한다는 것이다. 이러한 보편적 적용의 의도는 정치적인 영역과 법적인 영역을 구별 짓는 기준으로서 법인류학적으로 보면 원시부족사회 등에서도 찾아볼 수 있는 법의 기본속성이다.[59] 법적인 결정은 특정의 사건을 해결할 뿐만 아니라 미래에도 모든 유사한 상황에 적용될 의도를 가진 해결책으로서의 이상형을 정립하고 있는 것이며 이에 따라 그 사건에 관여되지 않은 집단의 다른 모든 구성원들에게도 구속력을 가하게 된다.[60]

모든 공권력작용이 미리 고정되고 선포된 규칙들에 따라 이루어지면, 적어도 당사자들은 법적인 공간에서 평등하게 자신의 선택에 따라 자신의 이익을 최대한 도모할 행동의 자유를 가지게 된다. 즉, 법은 각자가 자신의 이익을 실

59) 김도균, 「근대 법치주의의 사상적 기초 : 권력제한, 권리보호, 민주주의 실현」, 『법치주의의 기초 : 역사와 이념』(서울대학교 출판부, 2006), 26~27면.

60) 레오폴드 포스피실(이문웅 옮김), 『법인류학』(민음사, 1992), 138~144면.

현하기 위하여 행동할 자유영역을 보장하며 각자가 균등하게 그러한 자유를 행사할 수 있도록 강제력을 가지고 이를 뒷받침한다.[61] 알려진 경기규칙 안에서 개인은 공권력이 자신의 노력을 좌절시키기 위해 의도적으로 사용되지 않는다고 확신하면서 자기의 개인적 목적과 욕구를 자유롭게 추구할 수 있게 되는 것이다.[62] 따라서 법규정의 사전 결정과 예외 없는 적용, 즉 공평 또는 평등한 법의 적용은 개인의 자유로운 활동을 위한 필수적인 제도에 해당한다. 이와 같은 법에 따른 공권력작용은 정치적 권력자의 자의나 변덕에 의한 지배를 나타내는 인적 지배(the rule of men)와 대립되는 것으로서 법의 지배(rule of law)의 최소한의 요청이다.[63]

앞서 살펴본 바와 같이 독립신문이 개인을 재산과 자유 등 권리를 가지고 자주적인 경제생활을 해나가는 존재로 보고 그러한 개인의 활동이 국가의 독립과 발전에 긴밀히 연결되어 있는 것으로 인식하였으므로, 공평한 법질서에 대한 필요성을 인식하고 이를 법제도에 대한 개혁방향으로 제시하는 것은 필연적인 것이었다. 독립신문이 정부[64]의 '제일 긴급한 사무로 잠시도 없지 못할 것'으로서 '학문과 법률'을 언급하여 법률과 관련된 사무의 중요성을 강조하였

61) 김도균, 앞의 글, 27면.

62) 프리드리히 A. 하이에크(김이석 옮김), 『노예의 길』(나남, 2006), 124면.

63) 전통적 법질서에서 근대적 법질서로 이행하는 과정에서 법질서에 대한 인식과 주장들을 평가하기 위해서 법의 지배의 개념을 위와 같이 형식적인 개념으로 축소하는 것은 Randell Peerenboom, "Varieties of Rule of law", Asian Discourses of Rule of Law(London : Routledge, 2004), pp.2~5에 착안한 것이다. 이에 의하면 법의 지배는 형식적인 측면에서 공권력작용이 사전에 결정되어 공포된 규정에 따라 이루어져야 한다는 의미로 rule자체에 초점을 맞춘 thin한 개념과 인권 및 자유시장 등 정치적 도덕의 요소들을 포함하는 실질적이고 thick한 개념으로 나눌 수 있고, 전자에 의하는 경우 서로 다른 정치적 배경을 가진 법질서를 비교하고 토론하는 데에 적합하다. 법의 지배에 대한 이와 같은 구별은 George P. Fletcher, Basic Concept of Legal Thought(New York : Oxford University Press, 1996), pp.11~12에서도 찾아볼 수 있다.

64) 독립신문에서 일반적으로 정부는 관료들로 구성된 공권력 주체로서 국왕과는 구별되는 개념으로 사용된다. 이러한 점은 다음의 서술에서 확인할 수 있다. "우리 혼자 정부가 없으면 살 수가 없는 고로 우리가 아무쪼록 정부를 보호하고 정부와 우리를 모두 거느린 임금을 충성으로 섬겨 그 임금과 그 정부가 우리를 도와주고"(1897년 4월 17일 제45호), "정부의 관인이란 것은 임금의 신하요 백성의 종이니 위로 임금을 섬기고 아래로는 백성을 섬기는 것"(1895년 4월 14일 제4호)

고,[65] 나아가 특히 민법의 의미를 설명하면서 법을 다수의 사람이 한 지역에 모여 살 때 발생하는 강한 자와 귀한 자의 침탈과 그로인한 쟁투와 분경의 폐단을 극복하기 위하여 "나라마다 일정한 규칙을 만들어 귀천 강약을 물론하고 각각 자유의 권으로 산업을 편히 하고 함께 의지하여 서로 침탈하는 악습이 없도록 마련"한 것이라 하여[66] 질서유지와 자유권의 보장을 법의 목적으로 제시하고 있는 것에서 이를 확인할 수 있다.

눈여겨 볼 것은 독립신문이 서구근대법제의 특징을 '공평한 법률'로 설명하고 있는 점이다. 우선 당시 수구완고당과 대비되는 개화당의 정책을 설명하면서 "조선이 불가불 외국과 교섭하여 외국의 정밀하고 긴하고 공평한 법률과 규칙과 풍속과 학문과 기계와 각색 경제학을 배우고 본받"는 것이 나라가 점점 강하여지고 백성이 편안하고 농상이 흥황하고 조선관민이 외국에서 대접을 받는 길이라고 하여,[67] 개화로 말미암아 도입할 외국의 법제가 '공평'한 것임을 명시하였고, 나라를 문명국, 개화국, 반개화국, 야만국으로 구별하면서 문명국을 "그 나라의 법률 장정과 모든 다스리는 일들이 밝고 공평하여 무식한 백성이 없고 사람마다 자유권이 있으며 나라가 지화세계가 되어 요순 때와 다름이 없는 것"이라고 하여 법률의 공평함과 자유권의 존재를 문명국의 특징으로 설명하였다.[68] 또한 열린 나라 즉 개화국과 덜 열린 나라를 비교하면서 "동서 세계 중 크게 열린 나라일수록 백성이 죄를 지은즉 공평한 법률로써 다스릴 뿐 아니라, 밝은 정치와 교화로 미리 백성의 마음을 감화케 하여 아무쪼록 법을 범치 아니케 함"이라고 하고 "동서양세계 중 혹 덜 열린 나라들은 당초에 마련한 법률이 공평치 아닌 것은 아니로되 법관된 이가 그대로 준행치 아니하고 다만 사정과 사혐으로 유죄한 자를 방송하고 무죄한 자를 착지하며 정치가 밝지 못하여 백성이 죄를 짓지 않도록 감화케 하기는 고사하고 백성을 시켜 법을 범

65) 1899년 4월 12일.
66) 1899년 8월 12일.
67) 1896년 9월 1일.
68) 1899년 2월 23일.

하라고 하는 모양"이라고 하였다. 결국 "대한 법관들은 공평하게 마련하여 둔 법률로 아무쪼록 무슨 죄인이든 내내 속속히 결처를 하여 인민으로 하여금 법률에 복종하게 하기"를 바란다고 하여[69] 개화국과 비개화국의 차이는 법적용과 집행의 공평이라는 점을 명확하게 언급하고 있다.[70] 이러한 기사들에 의하면 서구 근대국가들의 법적인 면에서의 특징이 공평한 법률의 존재였으며, 나아가 그것을 바로 서구국가들이 발전할 수 있었던 하나의 원동력으로 파악하고 있다.

특히 "만일 법률이 공평치 못하여 정부와 백성 사이에 서로 의심하고 친구간에 서로 믿지 못하면 돈 있는 사람이 고금 낼 리가 없음에 상무가 흥왕할 수 없"게 되어 경제가 발전할 수 없다.[71] 반면 정부로부터 재산이 뺏길 염려가 없고 나아가 정부가 권세가의 수탈로부터 보호해주게 되면 "저의 힘껏 저의 재주껏 무슨 일을 하던지 하여 벌어먹을 터"이므로 그 결과 "국중에 생재하는 사람들이 놀고먹는 사람보다 많을 지경이면 그 나라는 자연히 의식이 넉넉하여질" 것이다. 결국 "정부에서 인민을 의식을 주자거드면 첫째 할 일이 법률을 공평하게 시행하여 인민의 재산을 보호하여 주"는 것이다.[72] 마찬가지로 "나라가 부요케 하려는 생각이 있는 재상들"은 "우선 만들어 놓은 법률과 장정과 규칙을 추호도 어김없이 시행하여 하향 평민이라도 능히 기와집을 짓고 비단옷을 입고 있더라도 그 사람을 죄 있기 전에는 세상없는 사람이라도 건드리지 못하

69) 1899년 7월 29일.

70) 근대적 법률의 특징을 '공평'으로 파악하는 것은 같은 시기 황성신문의 사설에서도 나타난다. "法律이란거시 二가 有ᄒᆞ니 一은 暴虐이오 一은 公平이라 暴虐ᄒᆞᆫ 法律은 百年前에 世界各國執政者ㅣ天理를 不遵ᄒᆞ고 但貪權樂勢ᄒᆞ야 嚴刑峻法으로 自已壑慾만 充ᄒᆞ든바이오 公平ᄒᆞᆫ 法律은 近來에 仁人君子이 有ᄒᆞ야 人民을 虐待ᄒᆞᆷ은 滅亡을 自取ᄒᆞᆷ이라하야 이에 民心을 體察하고 慈愛를 崇尙하야 其國을 富强에 致하니"(1898. 9. 12. 사설)
이는 만국공법질서에 편입되기 위한 법제의 정비를 주장하면서, 근대적 법제의 특징을 서술한 부분이다. 이 글은 공평한 법률을 근대법제의 특징으로서 부국강병으로 가는 방법으로 파악하고 있다. 그밖에 1899. 4. 5.자 및 6. 28.자 황성신문의 사설은 근대적 재판의 특징으로 공평을 언급하고 있다. 이상 황성신문의 원문과 번역은 한국언론진흥재단 고신문 검색서비스(주 15)에 의하였음.

71) 1899년 5월 15일.

72) 1898년 4월 9일.

게"하여야 한다.[73]

이와 같이 서구근대국가들의 법제도의 특징을 '공평'으로 파악한 이상 향후 개혁의 방향으로 공평한 법제를 구축하고 시행하는 것이 무엇보다도 중요하게 된다. 독립신문은 당시 대한제국선포이후 조선의 상황을 "외양으로 볼 것 같으면 또한 당당한 제국으로 서양 제국과 동등 모양이나 실상인즉 법률이 공평치 못하여 국세가 점점 빈약하고 민심이 해이하여 각처에 도적이 일어"나는 것으로 파악하였고,[74] 반면 일본의 경우 30년 전에는 조선과 같이 야만으로 대접을 받았으나 "국중에 학교를 세워 인민을 교육하여 학문들을 배우게 하고 법률을 공평하게 시행하여 사람이 학문도 배우고 익히며 물건 제조하는 법도 배우고 사람의 재산이 많아지던지 사람이 바른 말을 하여도 법률에만 범치 않으면 그 사람을 일본 황제라도 감히 건드리지 못하는 권리를 정하여 시행하니" 일본이 동양에서 제일 부강한 나라가 되었다고 하였다.[75] 또한 영국의 발전 요인에 대하여 설명하면서 "정부 제공이 깊이 근심하고 크게 민망히 여겨 일조에 번연이 개오하여 법률과 장정을 경장할 새, 형법을 지극히 공평케 하여 도무지 원억한 백성이 없"음이라고 하고 있는 것[76]을 보면 공평한 법률의 시행을 국가의 근대적 발전을 위한 주요 사항으로 파악하고 있음은 분명하다. 따라서 "지금 있는 법률과 규칙 중에 혹 백성에게 공평치 못한 조목이 있으면 즉시즉시 고쳐"[77]야 하며, 신법을 제정할 때에도 "공평하게 지혜와 생각을 넓히며 법률과 장정을 고르게 하여"[78]야 한다고 주장하였다.

이상에서 살펴본 바와 같이 독립신문의 법제 개혁론은 개인의 자주적인 활

---

73) 1898년 4월 19일. 독립신문이 "국회가 있는 나라에서는 상하의원에서 작명하고 군주정치하는 나라에서는 정부에서 작성하여 일정한 법으로 몇 가지 세를 받되 어느 한 마을이나 어느 한 대신이나 어느 한 회사에서 감히 세를 작성하거나 받지 못"한다고 하여 조세법률주의의 준수를 주장한 것(1898년 8월 15일)도 수취체제의 근대적 개혁이 없이는 자유로운 경제활동과 발전이 불가능함을 주장한 것이다.

74) 1899년 7월 14일.

75) 1896년 12월 3일.

76) 1899년 9월 18일.

77) 1897년 3월 1일.

78) 1899년 3월 4일.

동과 발전을 통한 국가의 독립과 부강을 지향하며 이를 달성한 서구 근대법제의 특징을 '공평'으로 파악하고 있었다. 따라서 '공평한 법률'을 제정하고 마련하여 집행하는 것을 법제적인 면에서 당시 조선이 근대적인 국가로 발전하기 위한 시급한 과제로 보았다. 특히 갑오개혁과 을미개혁시기 많은 근대법제가 도입된 상황에서 무엇보다 공평한 법제의 실현을 위해서는 이미 만들어진 법의 적용과 집행, 즉, 행정과 사법의 개혁이 이루어져야 하는 것으로 보게 된다.

3. 법집행 및 재판의 개혁과 공평

1) 법의 집행

독립신문은 근대서구 법제도의 특징과 개혁의 방향으로 '공평'을 제시하면서 공평한 법제도의 구축을 위한 시급한 과제로서 이미 만들어진 법들이 제대로 시행되어야 함을 강조하였다. 이러한 입장은 당시 갑오개혁과 을미개혁 등 일련의 개혁으로 말미암아 형식적으로는 근대적 제도의 구축이 상당 수준으로 진행되었던 점과 결국 단기간에 대량의 개혁입법이 이루어짐으로써 실질적으로 그 집행이 어려웠던 상황에서 최고의 개혁은 만들어진 법의 시행이었음을 의미한다.

법령의 불시행이 당면한 시급한 문제였음은 1896년 새로운 의정부 관제의 제정과 정부의 조직에 따른 당부에서 "언제 법률이 그르다든지 관제가 좋지 아니해서 일이 오늘날 같이 못된 것이 아니라 있는 관제와 있는 법률을 지키지 못한 까닭에 오늘날까지 나라가 이 모양이니 이번에는 이 새 관제대로 백사가 시행이 되기를 우리는 믿고 바"란다고 하여 관제의 시행을 촉구한 것[79]과, 1898년 지난 2년간 대신들의 잦은 교체를 비판한 글에 이어서 현직 대신들에

79) 1896년 10월 13일.

대한 당부에서 “13도 백성들이 살 수 없는 일은 법률이 글러 그런 것도 아니요 장정 규칙이 글러 그런 것이 아니라 그 법률과 그 장정을 시행 아니 한 연고인 즉 지금 정부에서 급히 할 일이 새 법률을 만드는 것도 아니요 새 장정을 기초할 것도 아니라 다만 있는 장정과 법률을 시행만 하게 하거드면 우선 살 수 없는 일이 얼마큼 제일 터”[80]라고 한 것들을 보면 알 수 있다. 독립신문이 “좋고 언짢고 법률과 장정과 규칙이 한번 생겨 그대로 시행하자 하였을 것 같으면 누구든지 그 나라에 있는 사람은 상하귀천 물론하고 그 책에 있는 대로 글자 한자 틀림없이 시행을 하는 것이 첫째는 나라를 보호하는 뜻이요, 둘째는 자기의 몸을 위하는 것이라”고 하거나[81] “나라 법률과 장정과 규칙이 한번 작정이 되었으면 그 법률과 장정과 규칙을 글자대로 추호라도 어김이 없이 시행하여야 하겠고 누구든지 추호라도 어김이 있으면 그때는 용서함이 없이 법률대로 다스려 그런 폐단이 다시없이 징계를 하여야 법률과 장정과 규칙을 교정하는 본의라”고 하여[82] 제정된 법의 적용과 시행의 중요성을 강조한 것은 이러한 맥락에서 이해할 수 있다. 법을 있는 그대로 집행해야 한다는 것은 곧 법의 집행이 사회적 지위나 재산 등에 의하여 영향을 받지 않아야 함을 의미하며, 이는 ‘공평’한 법집행의 중요성을 강조한 것에 다름 아니다.

이에 따라 관료들의 제일 중요한 직무와 역할은 법령을 그대로 시행하는 것이었다. 관료가 법률대로만 하면 충신이요, “조금치라도 임금이 정해놓으신 법률 외의 일을 하든지 금칙밖에 일을 행하는 것은 그 임금께 역적이요 전국 인민의 원수”가 되며,[83] “관인이 되어 가지고는 평민과 달라 칙령으로 재가하신 법률과 규칙과 장정을 죽더라도 지키다 죽는 것이 대군주 폐하께 정직한 신하가 되고 조선 인민과 세계 인민에도 떳떳한 사람이 되고 자기 친척에게도 불초치 아니한 자질이 될 터”라는 설명[84]은 당시 관료들에게 어떠한 자세가 필요한

80) 1898년 4월 21일, 28일.
81) 1897년 3월 18일 이어서 신문은 “만일 법률이 그르면 고치는 것은 옳다”고 하여 악법개정의 필요성을 인정하고 있다.
82) 1897년 3월 30일.
83) 1896년 9월 8일.

것으로 보았는지를 잘 알 수 있게 해준다.

법이 제정되어있으나 시행되지 않고 관료들의 행위가 법과 상관없이 이루어지면 자의적 권력에 의한 폭력적 지배가 나타날 수밖에 없다. 따라서 개인의 권리와 자유의 보장을 위해서는 법의 제정과 함께 그에 의한 공권력작용, 즉 법의 실질적 적용과 집행이 중요하다. 독립신문이 각종 법령을 있는 그대로 시행하는 것이 관인의 의무이며 충성하는 길인 동시에 곧 백성들이 살 수 있는 길이라고 주장한 것을 보면 바로 당시가 근대적 법제가 도입되었으나 개별 관료들이 이를 파악하지도 못하고 그에 따라 집행도 제대로 이루어지지 않는 과도기에 해당되었음을 알 수 있게 해준다. 그러한 상황에서는 결국 있는 법의 준수와 예외 없는 집행 그 자체가 주요한 개혁에 해당될 수밖에 없었고, 차별 없고 일관된 법의 집행은 곧 공평한 법집행을 의미하는 것이었다.

다른 한편 독립신문은 많은 사설에서 남녀차별과 반상의 구별 등의 전통적으로 존재하였던 차별을 비판하고 평등한 교육과 권리의 보장을 일관되게 주장하였다.[85] 그러나 이와 같은 차별, 즉 법규정 내용상의 차별은 이미 갑오개혁과 을미개혁을 거치면서 공식적인 제도로서는 대부분 해소되었고, 실제로 문제가 되고 있는 것은 사실상의 차별이었다. 이미 문벌타파, 반상의 신분차별 및 공사노비제도 폐지, 인신매매의 금지 등 법적 신분제가 폐지되고 법적 차별이 없어진 상황에서, 법과 상관없이 발생하는 차별의 문제는 엄격한 법의 집행을 통하여 해결될 수 있는 것이었다. 독립신문이 각종 법령을 있는 그대로 시행할 것을 주장하고 있는 것은 그 자체가 이미 이루어진 주요한 평등을 실현하는 길이었다.

2) 재판제도의 개혁

근대적 서구 법제도의 특징을 '공평한 것'으로 파악한 배경에는 당시에 행해

84) 1897년 5월 29일.

85) 예를 들면, 1896년 5월 12일, 1897년 10월 16일, 1898년 1월 4일, 1899년 4월 25일, 4월 26일.

졌던 공평하지 않은 법집행이 있었고, 법의 적용과 집행에서 문제가 되고 있는 대표적인 것이 바로 재판이었다. 앞서 살펴본 바와 같이 갑오개혁기 재판소구성법에 따라 근대적 재판제도는 이미 도입되어 시행되고 있었다. 그러나 재판관의 임명과 재판절차의 정비 등 후속과제가 완전히 수행되지 않은 상황에서 재판은 법령에 따라 제대로 이루어질 수 없었다.

자연적 정의의 원리가 지켜지는 공평무사한 재판의 실현은 법치주의의 기본적인 요청의 하나에 해당한다.[86] 공평무사한 재판관은 정의와 관련하여 가난한 자에 대한 자비심이나 부자에 대한 우호심에 영향을 받지 않고 사적인 부탁은 어떤 종류의 것이든 누가 하는 것이든 철저히 거절하는 등 개인적 감정을 배제하며, 어느 한쪽 진영의 편을 들어서는 안되고, 예단을 가지고 판단해서도 안된다.[87] 그러나 당시 조선의 재판의 상황은 "죄 있는 사람도 세력이 있다든지 돈이 있으면 고등재판소를 사는 권리가 있고 가난하고 무세한 사람은 죄가 없더라도 원통한 일을 당하여도 호소할 데가 없"었고[88] "법관이 재판하기에 공평치 못하여 다만 사혐으로 중대한 생명 재산의 권리를 침범하며 죄의 경중유무는 불구하고 구라도 하고 구류도 하고 형벌도 하여 사람으로 하여금 의구하는 마음을 놓을 때가 없게" 하는 등[89] 공평무사함과는 거리가 먼 것이었다. 따라서 독립신문은 "법률이라 하는 것은 상하귀천 빈부 유무세를 상관치 아니하고 '공평' 이 글자만 가지고 재판을 하는" 것이 개화된 나라라고 하였고,[90] 고등재판소의 명칭을 평리원으로 변경한 것에 대하여 재판소나 평리원이나 명칭에 상관없이 "오직 공평한 법률만 실시하면 국내에 원억한 백성이 없고 관민간에 서로 일심이 될" 수 있다고 하여,[91] 재판에서 가장 중요한 개혁은 공평한 재판과 법적용이었음을 분명히 하였다.

---

86) 김도균, 앞의 책, 15면.
87) 톰 빙험(김기창 옮김), 『법의 지배』(이음, 2013), 46~47면.
88) 1897년 6월15일.
89) 1899년 1월28일.
90) 1896년 7월14일.
91) 1899년 6월 8일.

공평한 재판과 관련하여 가장 많이 문제되던 것은 형벌의 부과와 형사절차였다.[92] 기본적으로 조선시대의 재판인 송사는 형사인 獄訟과 민사에 해당하는 詞訟으로 구별되었으나 모든 詞訟이 형벌을 결과하는 가능성을 내포하고 있는 점에서 형사적 성격을 가지고 있었다.[93] 그에 따라 기본적으로 당시 재판은 주로 형벌과 관련하여 논의되었고, 독립신문은 서구의 형벌과 형사소송에 대한 원칙과 법원리들을 다수 소개하여 공평한 형사재판을 시행하기 위한 구체적인 방안을 제시하였다. 권세가들의 사적인 처벌의 금지,[94] 노륙법등 잔혹한 형벌의 금지,[95] 증거재판주의,[96] 대질신문과 공개재판[97] 등이 이에 해당한다. 특히 1899년 10월 11일자 사설은 영국의 법제를 평가하면서 '공평한 율법의 실시'가 세계제일의 문명과 부강함의 원인이라 하고 그 조목으로 다음의 여섯 가지를 소개하고 있다.

> 一은 재판할 때에 귀천과 빈부를 물론하며 지우[智愚]와 현불초[賢不肖]를 불계[不計]하고 사람은 다 동등으로 대접하는 것이오, 二는 어느 죄인이든지 죄의 경중은 의논치 말고 재판하여 죄목이 드러나기 전에는 아무리 죄인이라도 무죄한 사람으로 대하는 것이오, 三은 무슨 죄인이든지 한번 결처한 것을 가히 다시 심사하지 못하는 것이오, 四는 죄인을 재판할 때에 가히 여러 백성으로 하여금 방청케 하여 그 공결함을 다 알게 하는 것이오, 五는 재판장이 다만 죄의 경중을 따라 작정한 형법대로만 시행하는 것이지 비록 친절한 죄인이라도 가히 일호 사정을 쓰지 못하는 것이오, 六은 어느 죄인이든지 다만 작죄한 것만 한탄할 것이지 제가 억울하다고 사욕으로 나라 형법을 망령되게 평론치 못하는 일이라.[98]

---

92) "죄 있는 놈을 법률로 공평하게 재판하여 다스리지 못할 지경이면 그 나라는 법률이 없는 나라인즉 나라에 법률이 없고 지탱하는 법은 없는지라"라고 한 서술(1898년 3월 1일)을 보면 법과 재판에서 형벌이 가장 중요한 분야로 인식되고 있었음을 알 수 있다.

93) 박병호, 『근세의 법과 법사상』(진원, 1996), 329~330면.

94) 1897년 12월 11일.

95) 1898년 9월 26일.

96) 1896년 6월 23일.

97) 1896년 7월 14일.

98) 이에 반하여 비개화국의 폐습으로 (1)은 재판하는 마당에 귀천과 빈부를 보아 사람을 동등으로 대접하지 아니하고, (2)는 아무 죄인이든지 재판하기 전에도 항쇄 수쇄 족쇄에 악형이

마지막의 비판금지를 제외하고 보면, 여기에서 제시한 법 앞의 평등, 무죄추정의 원칙, 일사부재리, 공개재판의 원칙, 죄형법정주의의 5가지 원칙은 현재 형사절차에서 가장 기본이 되는 것이다. 여기에서 주목할 것은 이들 원칙들이 '공평한 법률'을 실현하는 세부적인 내용을 구성하고 있는 점이다. 이로써 당시 사용되었던 법제도와 관련된 '공평'의 개념은 사적인 이익에 따른 치우침이 없음(impartiality)과 함께 전체적인 형사재판절차의 '공정(fair)'을 포함하고 있었음을 의미한다.[99] 이러한 점은 영문판 독립신문(the independent)에서 공평을 'fair and impartial'로 사용하고 있는 점을 보면 알 수 있다.[100] 따라서 당시 독립신문에서 공평은 전반적인 근대서구 법질서의 특징을 나타내는 용어로서 재판절차 및 법집행을 구성하는 기본원리들을 포괄하는 넓은 의미로 확장되어 사용되기도 하였다고 볼 수 있다.

Ⅳ. 결론

이상에서 살펴본 바와 같이 조선시대 전통적인 유교적 덕목이자 공권력작용

무수하고, (3)은 비록 이미 재판한 죄인이라도 법관이 갈릴 지경이면 좌우청촉을 듣고 그 죄인을 다시 두세 번씩 심문하기를 흔히 하고, (4)는 재판할 때에 방청하기를 허락지 아니하고 아무쪼록 비밀히 하여 그 협사[挾詐]함을 다른 사람이 보지 못하게 하고, (5)는 재판장이 죄인을 심문할 때를 당하면 법률은 시행치 않고 오직 사정으로 중한 죄를 경하게 하거나 사혐[私嫌]으로 경한 죄를 중하게 하는 폐단이 있고, (6)은 법률이 이렇게 문란한 까닭으로 사람들이 억견으로 형법을 망평[妄評]하는 폐습을 언급하였다.

99) 일부 독립신문의 사설은 '법률의 공정'을 언급하고 있어(1899년 5월 6일, 같은 해 10월 5일) 공평과 공정이 혼용되고 있었다. 그러나 법률에 대하여 평가개념으로서 '공정'이 사용된 예는 이상에 한정되어 극히 예외적인 것으로 볼 수 있다.

100) 기사는 상영군수 이정석에 대한 재판에 대한 것이었다. 그가 뇌물을 받고 재판하자 그 고을 백성이 서울에 와서 법무대신에게 고소를 하였고, 이정석의 죄가 인정되었다. 이 재판에 대하여 국문판은 "이 가를 공평히 재판하여 죄있는 줄을 분명히 안 후에 태 일백 종신징역을 선고하였다"고 서술하였고(1896년 11월 17일), 같은 날 영문판(the independent)은 사설(editorial)에서 "after hid arrival, the whole matter was thoroughly investigated in the most fair and impartial manner. It was found that the charges which the citizen made against the Magistrate were correct."로 서술하고 있다.

이 지켜야할 원칙이었던 '공평'은 개화기 근대적 법질서의 특징을 나타내는 개념으로 사용되었다. 국가 공권력 작용이 일부의 이익을 고려하여 편파적으로 이루어지거나 사사로운 이익을 위해 이루어져서는 안 되며 바르고 고르게 이루어져야 한다는 공평의 개념은 조선시대와 개화기에 걸쳐 법제전반을 포괄하는 공통원칙으로 작용한 것이다.

이러한 모습은 당시 사전과 함께 서구근대법제도를 소개하는 신문기사나 저술 등에서 찾아볼 수 있다. 19세기말 개화지식인들의 개혁론을 대표하는 독립신문은 개인을 재산과 생명 등에 대한 권리를 가지고 스스로 경제생활을 해나가는 존재로 평가하고 이들 권리와 자유로운 경제활동을 보장하기 위한 새로운 법질서의 구축을 주장하였다. 독립신문은 개인의 자주적인 경제활동과 발전을 통한 국가의 독립과 부강을 지향하고 이를 달성한 서구 근대법제의 특징을 '공평'으로 파악하였다. 따라서 '공평한 법률'의 제정과 집행을 근대국가로 발전하기 위한 과제로 보았다. 특히 갑오개혁과 을미개혁을 거치면서 많은 근대적 법령과 제도가 도입되었으므로 이미 만들어진 법의 예외 없는 적용과 집행, 즉 공평한 행정과 사법을 위한 개혁이 중점적으로 주장되었다. 법과 상관없이 이루어지는 자의적 권력에 의한 폭력적 지배가 계속되는 한 개인의 권리와 자유로운 경제생활은 보장될 수 없으므로, 당시 가장 시급하게 이루어져야 할 것은 제정되어 있는 법의 준수와 예외 없는 집행이었다.

나아가 관료들이 법을 준수하도록 하기 위한 가장 중요한 제도가 바로 재판이다. 관료들에 의하여 자의적이고 사적인 이익을 위한 공권력작용이 이루어지는 경우 피해를 받은 개인이 구제받을 수 있는 공식적인 길이 바로 재판이다. 재판 자체가 공평하지 않고 한쪽에 치우치게 이루어지게 되면, 공평한 법집행은 실현될 수 없으며, 개인의 권리와 자유의 보장 역시 무의미하게 된다. 이에 따라 독립신문은 당시 도입되었던 근대적 재판제도의 실현을 통한 개혁방향을 공평한 재판으로 설정하였고, 이러한 공평한 재판의 개념은 나아가 근대형사재판의 기본원리들을 포괄하는 의미까지 확장되어 사용되었다.

이와 같이 조선과 서구근대가 법제도의 사상적 배경이 서로 다르고 구체적인 실체법과 재판 등 절차법의 내용이 다르다 하더라도 공권력 작용이 동일한

사실관계에 대하여는 동일한 법적 효과를 부과하도록 이루어져야 한다는 기본 원칙은 공통적으로 존재하고 있었다. 다만 조선은 民을 통치의 대상으로서 집단으로 표현하였고 각각의 사람들은 상호간 갈등할 수 있는 개인들로 생각되지 않았으며 불완전한 존재로서 유교의 천리를 알지 못하는 無知之民 혹은 愚民으로 간주되었으므로, 개인을 재산과 자유 등 권리를 가지고 자주적인 경제생활을 해나가는 존재로 보고 이를 토대로 구축한 서구근대법질서와는 서로 다른 모양의 법질서가 구축될 수밖에 없었다. 독립신문의 법질서에 대한 주장들은 공평의 원칙을 실현하기 위해 개인의 권리를 보장하기 위한 재판제도 등의 구체적인 서구의 법제도를 도입하여 시행하기 위한 노력이었다.

당시 독립신문으로 대표되는 개화지식인들이 근대적 공권력 작용 또는 법질서의 특징의 중요한 내용으로서 '공평'이 있다고 생각한 것은 법치주의 또는 법의 지배(rule of law)의 여러 가지 요소들 중 '인간에 의한 자의적 지배의 배제'와 사전에 정하여진 '규칙에 의한 지배'를 포착해낸 것이다. 이를 통하여 독립신문은 각자가 자신의 이익을 실현하기 위하여 행동할 자유영역을 보장하고 개인들이 균등하게 그러한 자유를 행사할 수 있도록 함으로써 개인의 자립적인 생활과 함께 국가의 경제적 발전과 번영을 실현할 수 있다고 생각하였다. 따라서 독립신문의 공평한 공권력에 대한 주장은 자유와 평등을 동시에 실현하고 나아가 개인과 국가의 발전을 도모하는 핵심요소로서 기능하고 있다고 볼 수 있다.

이와 같이 서로 다른 시대와 장소에서 법에 따른 공권력작용에 공통적으로 적용되는 기본원칙이 바로 '공평'이었으므로 새로운 법질서가 도입된 이후에도 보다 공평한 법질서를 실현하기 위한 노력들은 여전히 유효하다고 볼 수 있다. 물론 법의 지배라는 측면에서 보면 이러한 인식에는 분명히 한계가 존재한다. 현대적인 법의 지배 또는 법치주의는 단순히 형식적인 규칙의 존재와 그 집행만을 의미하는 것은 아니며, 실질적인 정의의 실현을 포함하는 개념으로 발전하였다. 예를 들어 헌법재판소의 판례에 의하면 우리 헌법상 법치국가의 개념에도 헌법이나 법률에 의하여 명시된 죄형법정주의와 소급효의 금지 및 이에 유래하는 유추해석금지의 원칙 등이 적용되는 일반적인 형식적 법치국가의 이념뿐만 아니라 법정형벌은 행위의 무거움과 행위자의 귀책에 상응하는 정당한

비례성이 지켜져야 하며, 적법절차를 무시한 가혹한 형벌을 배제하여야 한다는 자의금지 및 과잉금지의 원칙이 도출되는 실질적 법치국가의 실현이라는 이념도 포함되어 있다.[101] 따라서 법치는 형식적인 개념에 그치지 않고 그에 더하여 정의를 실현하기 위해 어떠한 실질적인 내용을 포함해야 하는지가 주요한 논의 대상이 되고 있다.

그럼에도 불구하고 공평한 법제도의 도입과 집행이라는 관념은 현행 헌법에서 입법과 법집행이 자의적으로 이루어져서는 안 되며 일관되면서도 합리적 이유가 있어야 한다는 '일반적 자의금지의 원칙'과 다름 아니며 이는 현대 법치주의 헌법에서도 당연히 기본적으로 인정되고 있는 것이다. 그러한 점에서 19세기말 당시 개화지식인들이 제기하였던 '공평'한 법질서에 대한 주장은 기본적인 법치주의를 실현하기 위한 노력으로서 의미를 가질 수 있을 것이다.

▌참고문헌

1. 1차 자료

・『고종실록』

실록기사의 원문 및 번역은 http://sillok.history.go.kr 를 통해 검색

독립신문

독립신문영인간행회, 『독립신문』, 갑을출판사, 1981.

『독립신문 화상 DB』, 한국언론재단, 2000.

・한성순보

원문과 번역은 아래 한국언론진흥재단 고신문 검색서비스를 참조:

https://www.mediagaon.or.kr : 444/jsp/search/SearchGoNewsConditionFrame.jsp, 2013. 6. 20. 검색

・황성신문

101) 헌재 1992. 4. 28. 90헌바24, 판례집 4, 225, 230

원문과 번역은 위 한국언론진흥재단 고신문 검색서비스를 참조
송병기외 3인 편,「韓末近代法令資料集」I, 대한민국국회도서관, 1970.
유길준,『西遊見聞(全文)』, 도서출판 박이정, 2000.

Gale, James Scarth, A Korean-English dictionary, Yokohama : Kelly & Walsh, Limited, 1897.
Underwood, Horace Grant, A Concise Dictionary of the Korean Language, Yokohama : Seishi Bunsha, 1890.

2. 2차 자료

〈단행본〉

김민환,『개화기 민족지의 사회사상』, 나남, 1988.
김운태,『조선왕조정치・행정사』근대편, 박영사, 2001.
김효전,『서양헌법이론의 초기 수용』, 철학과 현실사, 1996.
_____,『근대한국의 국가사상』, 철학과 현실사, 2000.
박병호,『근세의 법과 법사상』, 진원, 1996.
신용하,『신판 독립협회 연구』상, 일조각, 2006.
왕현종,『한국 근대국가의 형성과 갑오개혁』, 역사비평사, 2003.
이나미,『한국 자유주의의 기원』, 책세상, 2001.
전봉덕,『한국근대법사상사』, 박영사, 1981.
정긍식,『한국근대법사고』, 박영사, 2002.
최종고,『한국의 서양법수용사』, 박영사, 1982.

레오폴드 포스피실, 이문웅 옮김,『법인류학』, 민음사, 1992.
톰 빙험, 김기창 옮김,『법의 지배』, 이음, 2013.
프리드리히 A. 하이에크, 김이석 옮김,『노예의 길』, 나남, 2006.
Fletcher, George P., Basic Concept of Legal Thought, New York : Oxford University Press, 1996.

〈논문〉

김도균,「근대 법치주의의 사상적 기초 : 권력제한, 권리보호, 민주주의 실현」,『법치주의의 기초 : 역사와 이념』, 서울대학교 출판부, 2006.

김성혜, 「『독립신문』에 드러난 군주의 표상과 고종의 실체」, 『대동문화연구』 제78집, 성균관대학교 대동문화연구원, 2012.

김신재, 「「독립신문」에 나타난 우민관」, 『동학연구』 제25집, 한국동학학회, 2008.

류준필, 「19세기말 '독립'의 개념과 정치적 동원의 용법」, 『근대계몽기 지식개념의 수용과 그 변용』, 이화여대 한국문화연구원 편, 2004.

박주원, 「『독립신문』과 근대적 '개인', '사회' 개념의 탄생」, 『근대계몽기 지식개념의 수용과 그 변용』, 이화여대 한국문화연구원 편, 2004.

박찬승, 「1894년 농민전쟁의 주체와 농민군의 지향」, 『1894년 농민전쟁연구』 5, 역사비평사, 1997.

이나미, 「19세기말 개화파의 자유주의 사상 : 『독립신문』을 중심으로」, 『한국정치학회보』 35집 3호, 한국정치학회, 2001.

_____, 「민(民)개념의 변화와 한국정치주체의 변동」, 『사회과학연구』 제13집 제1호, 서강대학교 사회과학연구소, 2005.

이원택, 「개화기 근대법에 대한 인식과 근대적 사법체제의 형성 : 『독립신문』의 논설을 중심으로」, 『동양정치사상사』 제6권 제2호, 한국동양정치사상사학회, 2006.

전종익, 「근대주권개념의 수용과 전개」, 서울대학교 대학원 박사학위 논문, 2006.

_____, 「15~16세기 조선의 공권력 작용과 공평의 원칙」, 『법사학연구』 제38호, 한국법사학회, 2008.

정용화, 「서구 인권 사상의 수용과 전개 : 「독립신문」을 중심으로」, 『한국정치학회보』 37집 2호, 한국정치학회, 2003.

채 백, 「『독립신문』의 참여 인물 연구」, 『한국언론정보학보』 36호, 한국언론정보학회, 2006 겨울.

최 선, 「한국 근대 헌법의 기원에 대한 논의 : <독립신문> '논설'을 중심으로」, 『한국학연구』 41, 고려대학교 한국학연구소, 2012.

Peerenboom, Randell, "Varieties of Rule of law", Asian Discourses of Rule of Law, London : Routledge, 2004.

<Abstract>

The Exercise of Governmental Power and the Principle of 'Impartiality(公平)' in the late 19th Centuries

Chon, Jong-Ik*

In the confucian government system, the '公平(impartiality)' was one of the most important virtues and the principle of exercise of public power. The concept of impartiality was also used for describing a character of modern law system in the late 19th century. The intellectuals educated by modern western way considered a person as a individual who has a right to life and property and can carry on economic activity independently. They insisted to make new law system for protect rights and free economic life of individuals. They understood that the task of enactment and application of impartial laws must be fulfilled for that purpose. They also thought that it would be a good way to improve wealth and power of nation. Though a great amount of western style statutes were already introduced at that time, the laws could not be applied and enforced as they are. Because officials and ordinary peoples did not know existence and contents of the statutes and could not understand the meaning of the text, the government did not exercise the power according to the law. Therefore, the intellectuals considered enforcement of statutes without exception as most urgent task for reformation

* Associate Professor, Seoul National University, School / College of Law.

at that time. They argued the introduction of modern procedures of criminal justice for the task.

[Key Words] impartiality, the independent, adjudication, enforcement of law, governmnet power

접수일 : 2013. 8.21., 심사일 : 2013. 9.24.-10.13., 게재확정일 : 2013.10.14.