

근세한일의 「속인주의」의 실태와 조선 외국인 정책

조은지(류큐대학)

1. 머리말

속인주의,속지주의란 형법의 적용범위를 인간(국적)에 둘 것인가 영토에 둘 것인가를 구분하는 용어이다.대한민국의 속인주의는 형법 제 3조¹,속지주의는 형법 제 2조²를 들어 설명된다.속인·속지주의 연구는 근대의 형법,세법 등의 범위에서 다양하게 연구되고 있다³.또한 최근 법제사의 분야에서는 조선시대의 형법에 관한 미시적 연구가 진행되고 있다⁴.그러나 근세시기에 일어난 국내외의 외국인 범죄에 관한 연구는 아직 부족한 실정이다.그 원인으로서는 사료 해독의 어려움과 당시 동아시아 정세에 따라(해금정책) 국내외 외국인 범죄의 사례를 기록한 사료가 부족함을 이유로 들 수 있다.

필자의 연구분야는 표류민 송환의 연구임에 근세 동아시아 국가의 고문서나 국가간의 행정문서까지 사료수집을 해 오고 있다.위 사료들에서는 사회,생활,정치,의학,종교 등 넓은 범위의 역사 정보를 파악하는 것이 가능하다.이번 발표에서 소개 할 사료는 표류민 연구와 조선의 법제사 분야에서 활용할 수 있는 사례이다.근세 시기의 외국인 범죄의 동향을 관찰하고 법사학의 사례연구로서 이용할 수 있을 것이다.이번 발표에서는 전제가 되는 개념의 설명하기 위해 현대용어인 속인주의를 사용하고 있으나 사료 분석에 관해서는 역사적인 법사학의 방법론⁵을 따르고 있다.

본 발표에서는 속인주의에 관련한 해당 사례를 소개하고 국가의 대응을 확인한다.또한 조선 후기의 외국인 정책에 대하여 논해보고자 한다.

2.조선과 일본 국내에서의 외국인 범죄사건

2.1조선과 일본에서의 외국인 범죄

선행 연구로서 한국에서의 연구로는 손승철⁶의 연구를 들 수 있다.그는 왜관에 주재한 왜인의 모습과 활동에 관한 분석 등 한일관계사에 해당하는 연구,분석을 행해왔다.일본에서의 연구로는 이케우치 사토시(池内敏)⁷의 연구가 있다.그는 조선인의 범죄사례를 소개하였으며,일본측의 표류민에 관한 대처가 일본의 법령의 의해 실행되었다는 것을 명확히 했다.발표자는 이케우치의 연구를 바탕으로 표류민에 의한 범죄사건에 주목했다.이에따른 표류민 대응과 국가의 입장을 검토하려 한다.먼저,범죄를 행한 외국인이 어떤 취급을 받았을지 살펴 본다.

본 항에서는 두사례의 범죄사건에 대하여 구체적으로 살펴본다.먼저 「사료1」은 1784년 나가토슈(長門州)의 나카시마(中島)에 표착했던 조선인 손고남 일행의 사례이다.손고남 일행에 대한 조선측의 협의는 조선왕조실록에 기록되어 있다.「사료2」는 1829년 왜인 마쓰이 가메하루(松井龜治)에 의해 살해된 조선인 배말돈(裴末敦)의 살인사건이다.

「사료1」

備邊司啓言、卽見東萊府使李義行啓本、①漂民孫古男之作挈倭國、誠一變怪。②破門突入、荷劍咆哮、白晝奪貨、無異強盜。③至有彼人別書契之出來、請令左水使及該府使、大張軍威、④館門前梟示

¹ 제3조(내국인의 국외범)본법은 대한민국영역외에서 죄를 범한 내국인에게 적용한다.

² 제2조(국내범)본법은 대한민국영역내에서 죄를 범한 내국인과 외국인에게 적용한다.

³ 金鍾九(2005)「刑法의 域外適用과 소극적 屬人主義-일본의 법제와 비교법적 관점에서- 法曹 12(Vol.591).이창희(2009)「稅法上 屬人主義와 屬地主義의 대립」서울대학교 법학,50권

⁴ 심재우(2011)「조선시대 능지처사형 집행의 실상과 그 특징」사회와 역사,90호, 우진웅(2015)「조선시대 법제사 관련 자료의 융복합적 접근과 민사소송」법학논총,39권4호.

⁵ 鄭肯植(2002)「韓國法制史 관련 문헌자료 검색법 -조선시대를 중심으로-」서울대학교 法學 제43권 제1호,498-501頁参照。氏は、「歴史的な法史学の方法論は過去の法を研究するにあたっては現代の見方、法概念ではなく、当時の社会状況の中で、社会実情に照応して歴史的な概念を規定すべきである」と研究の方法論について述べている。

⁶ 손승철(1999)『近世朝鮮의 韓日關係研究』국학자료원.

⁷ 池内敏(1998)『近世日本と朝鮮漂流民』臨川書店.

。⑤許日成等、令道臣從輕重懲勸。敎曰。諸囚事、⑥依草記施行、其中魁首事、係一律、遍詢原任大臣及有司堂上。僉議皆以一律爲當。領議政鄭存謙又請。以申令之意、分付三南關東道臣、沿海邑風起日、使之初不放船、俾絕漂流之患。⑦設有不幸而漂入彼地者、必以古男爲戒之意、曉諭。從之⁸。

「사료 2」

a倭館小通事裴末敦、被刺於館守倭松井龜治爲名漢、因爲致命。慶尙監司鄭基善以此狀達、以爲。b行凶之館倭、必使償命然後、國威可張、請責諭館守倭、期於從速正法。c東萊府使金鑄、釜山僉使曹允鵬、平日不能彈壓、致有彼人之刺刃我人、竝爲先罷黜。令攸司稟處。令曰。彼人之刃殺我人、可謂變怪。殺人者死、法文甚嚴。d償命與否、似無異議、受刺者之死、在於四十日辜限之後、則償命一款、在所商量。令廟堂、爛議回達。東萊府使不能嚴束邊禁、罪固難貸、方當設賑之時、不可付之生手、限畢賑贖罪舉行。備局達言。卽見東萊府使金鑄狀達、e則小通事裴末敦、被刺致死、詞證明的、犯倭償命、斷不可已、故申飭任譯、使之責諭館守倭、以爲。通報島中、有於償命爲辭矣。犯倭則已以次律施行事、令下、請以令旨辭意、曉諭館倭、俾知朝家刑政之無間彼我人、而流竄之典、不容少緩、f縛送島中、斯速施行之意、卽爲分付道倅臣。從之⁹。

「사료1」은 조선 표류민 손고남 일행에 관한 조정의 협의 내용이다. 내용은 대략 다음과 같이 정리된다. 1표류민 손고남이 왜국(일본)에서 난동을 부렸다. 2타인의 집 문을 부서 쳐들어가 칼로 위협하고 대낮에 재물을 빼앗았다. 이는 마치 강도와도 같다. 3왜국(일본)에서 별도의 서계(書契)가 송부되었다. 4조정에서는 손고남을 효수 할 것을 협의하였다. 5손고남 일행 중 허일성 등은 죄의 경중에 의해 징벌 할 것을 고하였다.

여기까지의 내용으로 알 수 있는 것은 일본에서 조선의 처벌을 요구하는 문서가 표류민과 함께 송부되어 온 점이다. 이는 표류민의 경우 본국에의 송환과 함께 범죄의 처벌이 모국에 맡겨짐을 알 수 있다. 결국, 사건을 벌인 손고남은 사형, 허일성 등은 죄를 묻고 있다.

다음으로 6왕은 초기(草記)¹⁰를 들어 우두머리는 사형에 처함이 맞다 하고 있다. 초기가 정확히 무엇을 나타내는지 불명확하지만 전례의 범죄사건이라 생각된다. 국내인의 국외범죄에 대하여 국내의 법으로 죄를 판단하고 있다. 이는 속인주의에 해당하는 처벌이라 볼 수 있다. 협의 후 7(조선인)이 불행히 표류한 경우에도 주의를 요하기 위해 손고남의 사례를 전할 것이라 하고 있다.

한편 외국인이 국내에서 범죄를 벌인 경우도 속인에 의한 조치는 행해졌을까? 다음은 「사료2」를 살펴본다. 「사료2」는 조선에 주재한 왜인의 범죄에 관한 의논이 기록되어 있다. 사료를 살펴보면, a왜관의 소통사인 배말돈이 관수왜인 松井龜治의 칼에 찔려 숨졌다. 이를 b보고한 관리는 흉악을 저지른 관왜를 필히 사형에 처할 것을 주장하며 이는 국가의 위신이 신장되는 것이라 하고 있다. 외국인의 처벌이 국가 위신을 위해 행해진다는 사고관념은 마치 국민보호를 위한 국가의 입장으로 비추어 진다. 그리고 왜인의 범죄에 반응하는 인식 또한 담겨진 사고방식이 강하게 배어 있다. 또한 최초의 협의에서 알 수 있는 것은 조선에서는 외국인 범죄인 처벌에 관한 국내법을 고려하여 처벌을 판단하고 있다는 것이다. 범죄인의 처벌 뿐 아니라 c범죄지의 관리의 파면에 대해서는 외국인 통제의 문제를 강경하게 바라 보고 있었음을 알 수 있다.

다음으로 d국내법에 의해 칼에 찔린 사람이 죽은지 40일 이후가 되었으므로 사형의 문제는 다시 협의한다 하고 있다. 여기서 40일 기한이란 고려사(『高麗史』)¹¹에 의한 기한임을 나타낸다. e협의 후, 죄가 명확하기에 사형이 타당하지만 쓰시마에서의 사형을 바라고 있음에 f마쓰이 가 메하루를 대마도(對馬)에 압송하게 되었다. 그리고 「사료1」과 같이 그들의 사건 또한 범죄지에 널리 알리게 했다. 결국 죄를 범한 왜인은 대마도에 송환되어 본국(일본)에서의 처벌이란 형태로 마무리 된다.

결국 「사료1」과 「사료2」는 양 사례 모두 모국에의 송환과 처벌이라는 공통점을 갖고 있다. 이는 속인주의가 바탕이 된 판단이라 할 수 있다. 또한 양 사례 모두 처벌의 사례로 한정되기는

⁸ 『正祖實錄』 18卷、8月26日。

⁹ 『純祖實錄』 30卷、純祖 29年3月18日。

¹⁰ 草記…上奏文の一種。京城各官衛にて政務上比較的重要ならざる事項を上奏すること。(『朝鮮語辭典』 1920年)

¹¹ 『高麗史』 卷84、3-4 페이지. 「辜限,手足毆傷人者.限十日以他物毆傷人者.限二十日 以刃及湯火毆傷人者.限四十日,折跌支體及碎骨,限五十日」

하나 조선에서는 외국인의 범죄에 관한 대응에 엄격한 관리를 행하고 있었음을 알 수 있다. 범죄인은 모국에서 송환을 명령하여 강제로 송환시켰다. 게다가 조선측은 「사료2」와 같이 당시 관리인 조윤봉(曹允鵬)이 파직된 점을 미루어 보아 자국민과 외국인을 모두에게 엄격한 조치를 취했음을 나타낸다. 그리고 조선인의 외국에서의 범죄의 경우도 사형에 처해진 것은 범죄에 관한 법정의 엄격한 태도가 드러난다.

여기서 차이점으로는 「사료1」는 범죄인의 국가대응이 「사료2」와 같이 국가의 판단에 의한 강제 귀국 조치로서의 송환이 아니라 표류민송환 체제에 의한 송환이 우선되었음에 있다. 「사료2」의 경우 조선은 죄를 범한 왜인에 관해 처벌의 형태로 그들을 강제 송환하였기에 보다 강제적인 조치라 할 수 있다.

2.2 조선의 외국인 정책-이중정책

위에 소개된 「사료2」에서는 왜인의 통제를 담당하고 있던 관리의 파면에 대해 소개하였다. 외국인의 통제가 엄격했던 국가의 대응이라 할 수 있는데 이는 강제적인 국가의 대응으로 볼 수 있다. 그리하다면 외교문제로 접쳐진 표류·표착민 사례는 온건한 대응이었을까. 또한 관리의 판단은 어떠했을까. 다음의 사료를 통해 검토해 본다.

「사료 3」

辛卯次對。全羅道觀察使朴祐源、以薩摩州漂倭問情馳啓。命從願水路還送。領議政徐命善啓言。唐船以水路直送、倭船由東萊付送、自是已例。今此興陽漂倭、聞是薩摩州倭、而與對馬島倭、有宿怨、見輒相害云。今若送付倭館、轉入馬島、則必抵死不往、而本無直送之例、甚難處矣。教曰。已例雖然、情甚可矜、不必勒送倭館矣。¹²

우선, 일본인 표류민에 관한 조선측의 대응을 살펴 보자. 조선에 표착한 일본인의 경우, 한일간의 송환체제에 의해 온건한 송환이 행해졌다¹³. 이 기록에서는 왜인의 배가 표류하여 동래(부산)에 도착한 때에 조선인이 표류하여 왜국(일본)에 도착하면 일본인들도 좋은 대우를 해 주었다 라고 한다. 거기다 통신사가 마침 돌아왔으며 인접국으로서의 관계를 맺은 도리가 있다라고 말하고 있다. 그리고 표착민의 귀환에는 먹을 것을 주어 송환한다고 하였다. 양국의 표류민 대우는 상호간에 두터운 대우를 해 주었으며 표류민의 송환 문제는 인접국의 관계가 이미 영향을 주고 있다. 표류민 송환에 관하여 외교문제의 일환으로서 인식되었다 할 수 있다. 여기서 1777년의 「사료3」를 살펴보면, 표착한 왜인의 의견을 들어 송환의 방식(쓰시마 경우에서 사쓰마(薩摩) 직접 송환으로 변경)이 변경된 것은 조선후기의 송환이 표류민의 사정에 대응하여 온건한 처치를 행하였다 할 수 있다. 표류민 대치는 국가간의 규정에 의한 질서가 있었음에 외국인에 대해 온건하였으며 대응은 유동적이었다. 그러하지만 관리의 책임은 이러한 상황에서도 엄격하였다. 다음으로 전례가 없는 행동으로 인해 파직된 사례를 살펴본다.

「사료 4」

次對。領議政金尙喆啓言。三陟漂倭、以水路還送、稟旨知委、而過一望之後、道臣以陸路治送、報備局。既無彼人自願之言、則本道之創此無例之請、極涉可訝、請江原道觀察使金履素罷職教曰。東伯誠妄率、而宜念迎送之弊。姑先緘辭、從重推考。¹⁴

「사료4」는 삼척(三陟)에 표착한 왜인에 대해 전례가 없는 송환을 행하려 한 관리의 책임을 묻고 있다. 조정에서는 수로로 송환할 것을 명하였으나 표류민들이 원하지도 않던 육로로 송환하려 한 점이 전례가 없는 행동이었다. 경솔한 행동을 한 관리 김이소(金履素)는 파면에 처해야 함을 보고하고 있는 내용이다. 「사료3」과 같이 표류민의 사정이 있을 경우 송환이 변경될 수 있다. 그러나 「사료4」의 경우, 「迎送之弊」(송환시의 폐단)에 의해 규탄되었다. 표류민 송환의 경우 관리가 표류민의 재물을 빼앗거나 하는 폐단의 우려가 있기 때문에 전례 대로의 판단(수속)이 무엇보다 중요한 요소가 되었다. 조선측은 외국인이라든가 일시적인 정주의 형태인 표류민에 대하여 온

¹² 『正祖實錄』 13卷、正祖6年4月25日。

¹³ 『英祖實錄』 104卷、英祖40年9月1日。「漂倭船到萊府、守臣以聞、上曰。我國人漂到于倭、則倭亦善遇之、況信使纔回、交隣有道乎。其給回糧以遣」

¹⁴ 『正祖實錄』 4卷、正祖1年10月20日。

전한 입장이었지만 관리인에 관해선 강경한 입장 또한 가지고 있었다.

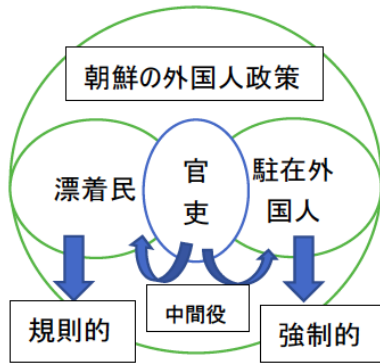


圖 1 조선외국인 정책

주재외국인의 사정)에 의해 달라진다. 표착민에 대하여서는 규칙대로의 대응이 행해져 왔으며 주재외국인의 경우 왜인 통제를 엄격하게 다루었다. 이는 관리의 파직 이유가 송환수속의 과정 무시에 의함이었다는 점, 왜인의 통제 대처 미숙이었다는 점을 들었음을 통해 조선의 외국인 정책은 국가나 사람이나를 놓고 중시되었음을 알 수 있다.

3. 마무리

본 발표에서는 근세시기의 한일에서 일어난 외국인 범죄자에 대한 사료를 검토하였다. 이에 대응한 국가의 모습을 통해 속인주의가 어떠한 형태로 나타나지고 있는지를 소개하였다. 또한 표류민과 주재외국인을 통해 조선인의 외국인 정책을 나누어 보았다. 조선시대의 법제사를 전부 익히는 것은 어려운 일일 것이다. 발표자는 본인의 연구영역에서 조금씩 확장하여 근세시기의 법의 실태에 다가가 보고자 한다. 이번 발표는 시간과 분량의 제한으로 인해 자세한 분석이 부족한 점이 아쉬우나 이는 박사논문에서 다시 언급할 것이다. 이후의 과제로는 양국(조선과 일본)의 외국인 처벌이 동등하게 이루어 졌는가의 문제이다. 조선에서 범죄를 범한 마쓰이의 송환후의 처벌 과정을 대마도종가(對馬宗家)를 통해 분석하고 대마도와 조선의 문제 해결 과정을 중점으로 두고 연구할 예정이다.

참고문헌

단행본

- 荒野泰典(1988) 「近世日本と東アジア」 東京大学出版会
 池内敏(1998) 「近世日本と朝鮮漂流民」 臨川書店.
 손승철(1999) 『近世朝鮮의 韓日關係研究』 국학자료원
 李薰(2008) 「朝鮮後期漂流民と日朝關係」 法政大学出版局
 「朝鮮王朝実録」
 「高麗史」
 국가법령정보센터 HP <https://www.law.go.kr/법령/형법>

논문

- 鄭肯植(2002) 「韓國法制史 관련 문헌자료 검색법 -조선시대를 중심으로-」 서울대학교 法學 제43권 제1호。
 우진웅(2015) 「조선시대 법제사 관련 자료의 융복합적 접근과민사소송」 법학논총, 39권4호.
 박병호, 정금식, 조지만 「법사학」 학문연구의 동향과 쟁점, 8권.
 심재우(2011) 「조선시대 능지처사형 집행의 실상과 그 특징」 사회와 역사, 90호.
 이창희(2009) 「稅法上 屬人主義와 屬地主義의 대립」 서울대학교 법학, 50권.
 藤田覚(2005) 『近世後期政治史と對外關係』 東京大学出版会.
 石田徹(2018) 「近世對馬における異國船来着とその対応-對馬宗家文書から考える北東アジア」 『北東アジア研究』 別冊第4号.