

# 개념의 충돌인가, 해석의 문제인가?\*

— 영사재판의 '청심(廳審)' 조항을 중심으로 —

은정태 | 역사문제연구소, 연구원

■ **논문분야** 한국 근대사

■ **주 제 어** 영사재판, 청심, 승심, 대한제국, 팽강안

■ **요 약 문**

본고는 조선·대한제국기 영사재판 운용에서 청심권 조항이 실제 적용된 사례분석을 통해 청심 개념의 함의를 살펴보고자 한다. 이를 위해 영사재판의 법률적 의미, 청심권 운영의 일반적 특징, 마지막으로 '팽강안(彭姜案)'을 통해 청심권 개념이 충돌되는 현장에서 그 접점이 무엇인지를 살펴보았다.

영사재판이란 내·외국인 간의 민형사 사건에서 피고주의 원칙에 따라 피고 소속국의 관리가 피고 소속국의 법률에 따라 피고를 재판하였고(承審), 원고나 증인을 대등한 원고 소속국 관리가 피고 소속국 관리가 주재하는 재판정에 참관하여 원고의 권리를 보호하는 일련의 제도와 절차를 말한다(聽審). 한말 영사재판에서 보장된 청심권은 회심(會審)의 성격을 지녀 소송 당사국 관리들 간에 재판 전이나 재판 중에 모여 공동으로 진행하는 협의 조정의 의미를 지니고 있었다. 또한 청심권은 승심권과 대등한 위치를 부여받아 결과적으로 힘 관계에서 열세에 있던 조선으로서는 국권 훼손의 가능성을 열어두는 계기이기도 했다. '팽강안(彭姜案)'의 처리 과정에서 대한제국과 청국 관리 사이에는 승심과 청심과의 관계, 승심관의 주도성 여부 등을 두고 상당한 이견을 보였다. 물론 이것은 영사재판에서 새롭게 등장한 청심 행위에 대해 양국이 사

\* 접수(2009.12. 8), 심사 및 수정(2009.12.15), 게재확정일(2009.12.18)

이 글은 한림과학원 인문한국사업 <동아시아 기본 개념의 상호통사업>에서 2009년 8월 28일 주최한 학술대회 <동아시아 개념 충돌의 현장>에서 발표한 것을 수정, 보완한 것이다.

회적·정치적 맥락의 차이를 갖고 뚜렷한 의미장을 가진 개념의 충돌이라기보다는 자국민 보호를 위한 조약 해석 차이에 따른 결과에 가까웠다.

근대 한국에서 청심이라는 말 자체는 어떠한 의미 변화를 갖고 있지는 못하였다. 그리고 그 의미의 다의성이나 복합성을 말할 만한 내용도 없었다. 그러나 청심을 한다는 행위는 조선의 국권을 지키는 것, 그리고 그 자리에서 조선인의 민권을 보호해야 한다는 의미가 동반되었다. 한말의 청심 행위는 각국과의 조약체결 후 서양인들의 운영 과정을 체험하면서 학습, 형성된 개념이었으며, 이것은 민권의 보호를 통한 국권의 유지로 이어지는 매개 고리로서 현실에서는 서양과 일본에 의해 훼손되고 있을지라도 미래에는 실현되어야만 하는 법률적인 개념으로 정착했으며, 대동조약을 체결한 청국과는 미래의 문제가 아니라 현실의 문제로 파악되어 충돌을 일으켰던 것이다.

## 1. 머리말

개항기 각국과의 조약문에 명기된 영사재판권 조항은 외국인과 관련된 민형사 사건에 대해 준거법이 무엇인지, 재판의 주체가 누구인지, 그리고 재판의 절차가 어떠한지를 간략하게 적고 있다. 1882년 조미조약으로부터 시작되었고, 1884년 조영조약을 모델로 모든 국가로 확산 적용되어 개항기 조선인과 외국인의 모든 민형사 사건이 이를 근거로 처리되었다.

일반적으로 영사재판(領事裁判, consular jurisdiction)은 피고주의 원칙에 따라 민형사 사건에서 외국인이 피고이고 주재국민이 원고인 경우 주재하는 영사가 자국의 법률에 따라 피고인 자국민을 재판 과정에서 보호하려는 목적으로 행사되는 재판제도와 절차를 말한다. 역으로 외국인이 원고이고 주재국민이 피고인 경우에는 주재국 관리가 주재국 법률에 따라 피고에 대한 재판권을 행사하는 법정을 참관하고 원고의 권리를 보장받으려는 목적으로 갖추어진 재판제도와 절차를 말한다. 각국과의 조약에는 영사가 자국의 법률에 따라 자국민을 재판하는 행위를 승심(承審)이라고 하였고, 그 재판관

을 승심관(承審官: 통상조약에는 피고 소속국 관리라 지칭함)이라 불렀다. 또 주재국의 관리가 재판을 진행할 경우, 이 재판에 참석하여 피고를 심문, 반대 심문하는 행위를 청심(廳審)이라 하였고, 그 재판관을 청심관(廳審官: 통상조약에는 원고 소속국 관리라 지칭함)이라 불렀다. 영사재판의 운영 과정에서 국가 간 힘 관계가 자연스럽게 반영되어 각국의 영사들은 자국민 보호라는 원칙을 철저히 관철하려고 하였으며, 주재국의 사법권은 그만큼 제약받을 수밖에 없었다. 영사재판은 근대 초기 서양 제국주의 국가들이 동아시아 각국에 대해 문명질서를 차별적으로 적용하는 과정의 산물이었다. 때문에 영사재판권 철폐 주장은 한·중·일 동아시아 삼국의 공통 관심사이기도 했다.<sup>1)</sup>

그런데 각국과의 조약에는 피고주의 원칙에 따라 조선 관리도 승심관이 되고 청심관이 되도록 규정되어 있었다. 조선인이 피고인 경우에는 조선인 관리가 승심관이 되어 조선 법률을 적용하여 재판하였고, 조선인이 원고인 경우에는 조선인 관리가 청심관이 되어 각국의 영사가 주관하는 재판정에 참석하였다. 조선으로서는 근대 일본의 사례에서 보았듯이, 영사재판 철폐가 결코 용이하지 않은 조건에서 영사재판의 이러한 규정에 주목하지 않을 수 없었다. 곧 승심과 청심은 각국과의 조약 문구에만 따른다면 대단히 평등해 보이는 절차였으며, 그래서 조선·대한제국은 국가 간 형식적 평등성을 담지한 조약체제가 불편부당하게 적용될 수 있을 것이라는 만국공법적 의미 땅에 적극 기대었다.

그런데 조선 관리가 승심관이 될 경우 승심 행위는 조선의 법률을 그대로 적용해 나가는 익숙한 것인 반면, 청심은 전통적 재판제도와는 거리가 있는 전혀 새로운 개념이었다. 물론 승심관의 역할이 청심관의 역할에 영향을 받을 수밖에 없었기 때문에 외국인이 관계된 민형사 사건은 어떤 경우에도 새

1) 개항기 각국의 영사재판권 적용논리와 한국의 대응에 대한 전반적인 연구로는, 동국대학교 역사교육과 개항기 치외법권 연구팀, 2005, 『개항기 열강의 침략과 치외법권연구 I』, 학술발표회가 유일하다.

로운 형식과 내용일 수밖에 없었을 것이다. 어쨌든 재판관 입장에서 혹은 원고, 피고, 증인 등 재판에 관계된 자들에게 새롭고 이질적인 것으로 다가온 것은 바로 청심권이었다.

이 글에서는 조선·대한제국기 영사재판 운용에서 청심권 조항이 실제 적용된 사례분석을 통해 청심 개념의 함의를 살펴봄으로써 개항기 연구에서 개념사적 연구방법에 대한 가능성을 탐색하고자 한다. 이를 위해 선행 연구를 참조하여 영사재판권의 의미, 각국과의 조약에서 영사재판권 조항의 추이, 청심권이 행사되는 구체적인 방식을 살펴볼 것이다. 마지막으로 대한제국기 최대의 민사소송 가운데 하나인 ‘팽강안(彭姜案)’에서 청심 조항을 둘러싼 양국의 상이한 이해의 논리적 접점을 개념 충돌의 장<sup>2)</sup>으로 설정하고 분석해 보겠다.

개항기 만국공법적 국제질서 속에서 서양이 주도한 문명질서는 동양에 강제, 수입, 이식 등의 전파 과정을 거쳤고, 이때 형성된 하나의 제도에는 그 사회의 전통과 현실, 그리고 번역 과정과 매개되면서 새로운 해석이 추가되거나 혹은 변질되는 과정을 거치면서 하나의 개념으로 정착하게 된다. 해당 개념에는 특정한 해석과 적용 방식이 관습화되고, 혹은 힘 관계로 인해 용인되는 과정이 자연스럽게 뒤따르게 된다. 본고에서 살펴보고자 하는 청심권 개념도 이런 과정을 거치면서 형성된 제도적 개념이었다. 조약의 조문에 나온 청심과 관련된 조항은 전혀 구체적이지 못하였고 포괄적인 의미를 가지는

2) ‘개념충돌의 場’이 적절한 표현인지는 의문이다. 청심권의 구성물과 그 행사의 절차가 어떠한지 따져야 하는지를 둘러싸고 국가 간 이견의 노정을 다룬 것이 본고의 범위이다. 그런데 개념은 뚜렷한 정치적, 사회적 맥락을 가진 의미장(意味場)이라는 것을 전제로 할 때, 각국이 청심권의 적용을 달리하는 것이 자국중심주의적 해석을 넘어선 특정한 맥락을 가지고 있기 때문이라면 개념 충돌의 장이라고 할 수 있겠지만, 그렇지 않을 경우에는 역시 자국민보호 원칙의 철저한 관철을 위한 자의적 법해석의 문제에 지나지 않게 된다. 만약 후자의 경우라면, 굳이 ‘개념 충돌의 장’이라고 하기보다는 ‘국익충돌의 장’이라는 표현이 더욱 적절할 것이다. 만약 전자의 경우라면, 청심권이 국가 간의 해석의 충돌이므로 각국이 그렇게 해석하게 되는 사회적·역사적 맥락이 있을 것인데, 그에 대한 분석은 본고의 범위를 넘어서게 된다. 본고는 후자의 가능성을 열어두되, 한국적 맥락의 파악에 보다 주목하고자 한다.

것이였다. 때문에 이 새로운 개념이 하나의 정형화된 법률적 위계를 갖기 위해서는 조약에 명시→적용→관례→충돌→해석→새로운 적용 등의 일련의 과정을 거쳐야 했다. 이런 점에서 본고에서 살펴보려는 청심권은 서양문명의 전파 과정에서 보인 개념 충돌의 구체적 실례를 보여 줄 수 있는 것이라 생각한다.

그러면 조약문에 담겨 있는 청심권은 한 나라의 역사적, 문화적 특질을 담고 있는 실체적 존재이자 개념의 문제로서, 그 충돌을 각국 간의 그 개념의 차이로 인한 조항의 상이한 해석의 차이로 이어진 것으로 볼 수 있는 것일까? 아니면, 영사재판권 운용의 본질적 속성인 자국민보호 원칙의 작동에 따른 조항의 임의적 해석의 차이를 따른 것에 불과한 것일까?

이러한 개념 형성 과정에 또 하나 주목하고자 하는 것은 영사재판에 대한 당대인들의 인식이다. ‘현재의 과거’와 ‘과거의 현재’의 긴장을 고려한다면, 개항기 조선에 강요된 조약체제에 대한 한국사의 여러 선행 연구<sup>3)</sup>는 대체로 근대 주권국가 관념에서 접근한 ‘현재의 과거’라는 시선이 압도적이었다. 이 시선은 여전히 유효하며, 서구와 비서구국가 간에 강요되었던 불평등조약 철폐라는 시대적 흐름과도 이어진다. 그러나 당대인들이 영사재판을 어떻게 이해하고 있었는가 하는 질문에 대한 답을 내리기에는 적절하지 않다. 곧 승심과 청심으로 이뤄지는 재판소의 두 주체들이 공법적 질서 하에 작동하면서, 민권의 보호와 이를 통한 국권의 작동 과정을 통해 지극히 정당한 자신들의 주장이 제기되어 논의되는 장이라는 인식도 가능한 영역이라는 생각이 다. 곧, 영사재판 개념에는 제국주의 국가들의 일방적인 이익 관철 장치만이 아니라 조선의 문명질서에의 참여욕구를 일정 반영하고 있는 것은 아닌가 하는 의문이다.

본고는 이러한 두 가지 점을 염두에 두고 영사재판권 혹은 치외법권에 대

3) 金敬泰, 1973, 「丙子開港과 不平等條約關係의 構造」, 『梨大史苑』 11; 李炳天, 1984, 「開港과 不平等條約體制의 確立」, 『經濟史學』 8; 愼鏞夏, 1997, 「1876년 開港=開放體系의 시작과 不平等修好通商條約」, 『韓國學報』 88 참고.

한 선행 연구<sup>4)</sup>를 최대한 참조하여 정리하였음을 밝혀둔다.

## 2. 영사재판권의 함의

치외법권(治外法權, extraterritoriality)은 한 나라의 국내에서 그 나라의 입법, 사법, 행정권이 완전히 미치지 않는 특권을 말한다. 일반적으로 외국인에 대한 법률적 통제와 관련하여서는 속주주의(屬地主義)가 원칙적으로 인정되지만, 예외적으로 외교상의 관례로 치외법권이 인정되고 있다. 파견국의 인증이 있고 접수국에 의한 신임장의 접수가 있었을 경우에, 파견된 외교관에 대하여 서로 인정을 받는 특권으로서 확립되어 왔다. 비엔나조약에서는 외국의 공사관 및 외교관 특권을 소지하고 있는 외교관에게 인정되었다. 또 정식 방문 중인 국가원수나 수상, 외무대신, 국내에 정박 중인 공용배(군함 포함), 공용기(군용기 포함)의 내부에 적용되었다.

4) 권錫奉, 1994, 「韓末 在朝鮮清商에 관한 研究: 1900年 初의 韓·淸兵民紛爭案을 중심으로」, 『國史館論叢』 60; 이영록, 2004, 「제주도민 살해사건과 일본영사재판—이만송(李晩松) 살해사건을 중심으로—」, 『법과사회』 26; 한철호, 2005, 「개항기 일본의 치외법권 적용 논리와 한국의 대응」, 『한국사학보』 21; 이영록, 2005, 「개항기 한국에 있어 영사재판권—수호조약상의 근거와 내용—」, 『법사학연구』 32; 은정태, 2005, 「1899년 韓·淸通商條約 締結과 大韓帝國」, 『歷史學報』 186; 양홍석, 2006, 「개항기(1876~1910) 미국의 치외법권 적용 논리와 한국의 대응」, 『한국근현대사연구』 39; 이영록, 2006, 「근대 한국에서의 일본영사 재판에 관한 연구」, 『한국동북아논총』 39; 정구선, 2006, 「개항 후(1876~1894) 일본의 치외법권 행사와 한국의 대응」, 『한국근현대사연구』 39; 이은자, 2006, 「韓淸通商條約 시기(1900~1905) 중국의 在韓 치외법권 연구」, 『淸史研究』 26; 구범진, 2006, 「『韓淸通商條約』 일부 條文의 해석을 둘러싼 韓-淸의 외교 분쟁」, 『大丘史學』 83; 鄭台燮·韓成敏, 2007, 「開港 후(1882~1894) 淸國의 治外法權 행사와 朝鮮의 대응」, 『한국근현대사연구』 43; 이은자, 2007, 「大韓帝國時期 韓中間 民事訴訟의 實例: 彭姜安(1898~1900)을 中心으로」, 『東洋史學研究』 100; 정구선, 2007, 「통감부기(1906~1910) 일본의 치외법권 행사와 한국의 대응」, 『東學研究』 23; 이은자, 2008, 「『訴訟』 안건을 통해 본 청일전쟁 이후(1895~1899) 韓中關係 연구」, 『中國近現代史研究』 38; 양홍석, 2008, 「개항기(1876~1910) 한·미간의 치외법권 사례 분석」, 『東學研究』 24.

일반적으로 어떤 전쟁이나 강제 외교가 생기고, 그 결과 전승국에게 치외법권의 조차지를 기한부로 인정했을 경우에는 편무적인 특권으로서의 치외법권의 문제가 생긴다. 또 소극적으로 주재국의 법 적용에서 제외되는 치외법권과는 달리 영사재판은 주재국 영토 내에서 자국의 기관이 자국민에 대해 자국의 법을 적용시키는 적극적인 내용을 가지고 있다. 또한 영사재판은 치외법권이 일반 국제법에서 당연히 인정되어 온 것과는 달리 국가 간의 특별조약에 의해 비로소 가능하게 된다. 이때 문제가 되는 것은 불평등조약에 근거하는 영사재판권이다.

영사재판권은 불평등조약에 의해 정해진 치외법권의 하나로, 재류(在留) 외국인이 일으킨 사건을 본국의 영사가 본국법에 준해 재판할 수 있는 권리를 말한다. 영사는 본래 외교관이며 재판관이 아니기 때문에 영사재판에서는 본국인에게 지극히 유리한 판결이 내려졌다. 치외법권에 의한 영사재판권은 15세기에 오스만제국이, 베네치아나 제노바에 대하여 은혜로서 준 것에서 시작되었다. 터키·페르시아·타이 등 동방제국은 이교도인 서구인에게 자국의 법이 적용되는 것을 수치로 생각했다. 중국도 역시 중화사상에 의해 서구인에 대한 차별을 스스로 택했다. 그러나 근대에 들어서는 유럽의 '선진적인' 기독교 국가가 '후진적인' 비기독교 국가의 법제가 불안정하기 때문에 선진국 국민의 생명·재산을 후진국에 맡긴다는 것이 위험하다는 생각으로 바뀌었다. 이것은 일국의 주권을 제한하는 것이며, 해당 국가가 문명국이 아닌 것의 상징으로 간주되었다. 동아시아제국에서는 1842년의 남경조약에서 중국에 강요된 것을 필두로 아시아 각국에 강요되었다.

개항기 한국에서 치외법권 개념은 광산·철도·삼림개발 등에서 외국인에게 부여된 경제적 특권 운용, 개항장의 조계지에서의 외국인의 자치행정권, 그리고 마지막으로 영사재판 운용 과정에서 드러났다. 이 가운데 영사재판은 자국민의 생명·재산 보호라는 개별적이고 구체적인 목표가 실현되는가 여부가 부각되었기 때문에 치외법권문제는 곧 영사재판권과 동일시되는 경향이 있었다. 19~20세기 동아시아에서 조약개정운동은 영사재판권 철폐

주장으로 모아졌으며, 근대 주권국가의 위상을 가늠하는 잣대로 자리매김하였다. 영사재판권은 불평등한 외교 관계의 상징이었으며, 그 철폐운동은 주권국가의 국권회복운동이기도 하였다. 1899년 일본에서 영사재판권이 철폐되었고, 제1차 세계대전 이후 터키·중국·모로코·이집트·타이 등에서 철폐운동이 일어나기도 했다. 근대 한국에서 치외법권 철폐 주장이 가장 적극적으로 제기된 시기는 1899년으로 한청통상조약 협상이 막 시작될 시점이었다.

1876년 개항 이래 조선·대한제국이 각국과 맺은 조약에서 영사재판권 관련 조항의 유형은 크게 네 가지로 변화해갔다. 청심권 조항을 염두에 두면서 살펴보면 다음과 같다.

첫째는 1876년 일본과의 강화도조약이었다.<sup>5)</sup> 제10관에 “일본국 인민이 조선국 지정의 항구에 재류 중 죄를 범한 것이 조선인과 교섭에서 일어난 것이면 모두 일본국 관헌의 심단(審斷)으로 돌아간다. 만약 조선국 인민이 죄를 범한 것이 일본국 인민과 교섭에서 일어난 것이면 공평하게 조선 관헌의 심단에 돌아간다. 각각 그 나라의 법률에 의거하여 재판하되 조금이라도 범 죄를 비호해서는 안 되며 공평하고 정당하게 처결하도록 힘써야 한다”고 하였다.

이것은 조선에서 일어난 형사 사건을 대상으로, 재판관할권과 준거법을 피고주의에 의거하여 재판한다고 명시하고 있을 뿐으로 영사재판권 관련 조항의 초기 형태라고 할 수 있다. 청심권과 관련된 조항은 아직 보이지 않는다. 강화도조약 제9조에는 민사 사건에 대한 조항을 두었지만, 상업활동 과정에서 속여 팔거나 빚을 갚지 않을 경우 관리들이 개입한다는 내용뿐이었다. 형사와 같은 재판관할권이나 준거법 조항도 담겨 있지 않았다. 그것은 양국 관리의 협의 조정 방식을 염두에 두었기 때문이다.

둘째는 1882년에 임오군란 이후 청국 황제가 일방적으로 조선 국왕에게

5) 이영록, 2006, 앞의 논문 참고

일방적으로 내린 조청상민수륙무역장정이었다.<sup>6)</sup> 제2조에 “중국 상민이 조선의 통상항구에서 만일 소송할 일이 있으면 그것은 반드시 중국 상무위원의 심판을 받을 것이다. ‘재산범죄 등의 건’에 대하여 만일 조선 인민이 원고가 되고 중국 인민이 피고가 될 때에는 반드시 중국 상무위원이 체포, 심판(審斷)하고, 만일 중국 인민이 원고가 되고 조선 인민이 피고가 될 때에는 반드시 조선관원은 피고의 범죄사실을 가져다가 중국 상무위원과 회동하여 법에 비추어 심판한다”고 하였다. 청국인이 피고인 경우에는 조선 관리와의 어떤 협의도 없이 일방적으로 재판이 진행되고, 조선인이 피고인 경우에는 청국 상무위원과 협의한 다음에야 조선 관리가 재판한다는 것으로, 영사재판권의 피고주의 적용 조항과도 거리가 있는 불평등한 규정이었다. 이를 승심, 청심으로 구분해 본다면, 청국인과 관계된 사건에서 조선인 관리의 승심 행위는 철저히 제한받아 청국 관리와 재판 전에 사전 협의 조정을 해야만 했다. 사실상 ‘협정재판’과 같다고 하겠다. 조선 관리가 청심권을 행사하는 경우에는 아예 언급되지 않고 있음을 알 수 있다. 이 같은 일방적인 조항은 조선을 속방화하려는 조청상민수륙무역장정의 본질을 잘 보여 주는 것으로, 이 전후로 체결된 미국을 필두로 한 서양 각국과의 통상조약과도 전혀 다른 이질적인 규정이었다.

셋째는 1884년에 조인된 조영수호통상조약이었다. 제3관 제8조에 “조선 경내에서 양국 인민 사이의 송사나 형법과 관련된 안건은 영국 관서에서 심의해야 하는 것이면 조선국에서는 즉시 협의할 관원을 선발 파견하여 청심(聽審)할 수 있고, 조선 관서에서 심의해야 하는 것이면 영국에서 역시 협의할 관원을 선발 파견하여 청심할 수 있다. 파견되는 청심원(聽審員)과 피차의 각 승심관(承審官)은 모두 우대하는 예로 법도에 맞게 서로 대한다. 청심관이 심의에 증인을 불러 직접 논박하기를 요청해 올 경우에는 역시 그 편의를 들어주고, 승심관의 판결이 적합하지 않다고 인정될 때에도 청심관이 하나하

6) 이은자, 2005, 앞의 논문 참고

나 따져가면서 논박하는 것이 허락된다”고 하였다.

개항기 조선과 서양 각국 간에 맺은 여러 조약의 전범이 된 조영조약은 영사재판에 관하여 가장 포괄적이고 체계적인 형태를 취하였다. 민사와 형사를 망라하고, 서양인들 간의 범죄 행위에 대해서도 재판권을 명시하였다. 영사재판권의 특징인 피고주의 원칙은 그대로 견지되고 있었다. 그런데 주목되는 것은 조영조약이 언급한 청심(聽審)제도였다. 심판권을 행사하는 피고 소속 국가는 원고가 소속된 국가의 관리가 청심관으로서 재판에 참석하는 것과, 재판 과정에 증인 소환 및 심문, 반대심문을 할 수 있으며, 재판결과가 적합하지 않을 경우에는 반박할 수 있도록 해야 한다는 것이다. 이미 1882년 조미수호통상조약에서 처음으로 청심 조항을 두었는데, 그것보다는 구체적으로 세분화된 것이었다.<sup>7)</sup>

넷째는 1899년에 체결된 한청통상조약이었다.<sup>8)</sup> 제5관에 “한국 주재 중국 인민이 범법한 일이 있을 경우에는 중국 영사관이 중국의 법률에 따라 심판 처리하며, 중국 주재 한국 인민이 범법한 일이 있을 때에는 한국 영사관이 한국의 법률에 따라 심판 처리한다. 중국 주재 한국 인민이 생명과 재산이 중국 인민에 의해 손상당했을 때에는 중국 관청에서 중국 법률에 따라 심판 처리하며, 재한국 중국 인민의 생명, 재산이 한국 사람에 의해 손상당했을

7) 조미수호조약(1882) 제4관은 다음과 같다. “조선국 내에서 조선과 미국의 인민 사이에 소송이 일어난 경우 피고 소속국 관원이 본국의 법률에 의하여 審斷하며, 원고 소속국에서는 관원을 파견하여 심의를 들을 수 있고, 審官은 예로 서로 대해야 한다. 聽審官이 소환하여 심문하거나, 현지에 나가 조사·심문하거나, 나누어 심문하거나 검증하려고 할 때에도 그 편의를 들어 준다. 審官의 판결이 공정하지 못하다고 인정될 때에는 역시 상세하게 반박하고 변론하게 할 수 있다.” 조영조약과 비교했을 때, 청심관의 권한에 대해 미묘한 차이가 보인다. 조미조약이 “聽審官如欲傳訊, 查訊, 分訊, 訂見, 亦聽其便 如以審官所斷爲不公, 亦許其詳細駁辯”라고 했다면, 조영조약은 “聽審官如欲轉請傳訊人證, 以便自行駁詰, 亦聽其便 如以承審官, 審斷爲不符, 猶許聽審官逐一駁辯”라고 하여 청심관의 권한이 조미조약에서 보다 세부적으로 규정되어 있음을 알 수 있다. 영사재판 운용의 관례에 비추어 보면, 적어도 청심권에 관한한 조미조약에 의거하여 운용된 사례가 많다.

8) 이에 대해서는 구범진, 2006, 앞의 논문; 이은자, 2007, 앞의 논문 참조.

때에는 한국 관청에서 한국 법률에 따라 심판 처리한다. 양국 인민이 소송에 관련되었을 때 해당 안건은 피고 소속국 관원이 본국의 법률에 따라 심사 판결하며, 원고 소속국에서는 관원을 파견하여 청심(聽審)할 수 있고, 심판(審官)은 예로 서로 대해야 한다. 청심관(聽審官)이 증인을 소환하여 심문하려 할 때에는 역시 그 편의를 들어주어야 한다. 승심관의 판결이 공정치 못하다고 여길 경우에는 상세히 반박 변론을 하도록 한다”라고 하였다. 대등조약으로서의 성격을 잘 보여 주는 한청통상조약은 양국이 상대국 영토에서 영사재판권을 갖는다는 점에서 이전 서양 각국과의 편무적 영사재판권 규정과는 분명한 차별성을 갖는다. 다만, 조선 영토 내에서의 영사재판 절차는 조영조약과 동일하였다.

이상의 네 유형의 단계를 거치면서 개항기 외국인과 관련된 민형사 사건의 처리 과정에 대한 절차법은 차츰 셋째와 넷째 유형이 일반화되는 가운데, 영사재판은 조선·대한제국기에 정착되어 갔다. 그러나 소송제기 절차, 원고와 피고 및 증인의 소환 절차, 재판시 청심관의 개입 시점이나 절차 등, 소송의 제기에서 재판의 선고까지 일련의 재판절차에 관한 규정은 여전히 모호하거나 구체적이지 못하였다.

그런 가운데 영사재판을 둘러싼 논의가 독립신문을 비롯한 언론매체와 정부 관리들 사이에서 언급되기 시작했다. 그 시기는 일본에서 서양 각국과 영사재판 철폐를 담은 조약개정이 이루어지고, 한청통상조약 협상이 개시된 1898~1899년 사이였다. 당시 독립신문에 기고된 어느 지식인은 현행 영사재판의 철폐를 강하게 주장하였다.

“대등조약 중에 두 종의 분별이 있으니 그 제1종은 구라파 각국에서 서로 결약하는 것인데 그 나라 정부에서 居留하는 외국 사람을 거느려 다스리는 권리를 가지고 다스릴 터이니 완전한 대등조약이요, 그 제2종은 일본과 청국이 싸움된 날까지 일청 양국 간에 있는 약조 같은데, 양국 정부가 그 치외법권을 가지고 가서 타국에 거류하는 자기 나라 인민을 그 나라 법률로 다스릴 터이니 완

전한 대등조약이 아니요, 완전한 대등조약은 자기 나라 법률을 가지고 자기 나라에 거주하는 외국 사람을 다스리는 것이니, (중략) 우리나라에 있는 청국 인민은 청국 영사가 다스리고 청국에 있는 우리나라 인민은 청국 관리가 다스릴 밖에 수가 없으니 명목만 대등조약이요 실상은 부대등조약이 될지라. (중략) 우리나라가 수백 년 이래로 불행히 청국의 속국이 되었다가 세계 문명한 풍기를 만나 완전한 독립국이 되었은즉, 글도 같고 용모도 같은 인종 중에 輔車唇齒의 관계있는 한청 양국이 동등국이 된 것은 중원 4억만 인민이라도 기뻐할 만한 일인즉, 청국정부에서는 완전 대등조약을 체결함이 마땅한지라. 우리 정부 제공은 어찌 생각들 하느뇨. 만약 불완전 대등조약을 체결할 지경이면 우리나라가 세계에 제3등국이 될밖에 수가 없으니 그럴 지경이면 차라리 체결 아니 하는 것을 우리는 좋을 줄로 아노라.”<sup>9)</sup>

그에 따르면, 서양 각국과 조약을 통해 인정된 영사재판권이 있는 한 불평등조약이며, 이것은 언젠가는 사라져야 할 것이고, 속지주의 원칙에 따라 조선의 법률을 모든 외국인에게 적용하는 것이 평등조약이 된다는 것이다. 한청통상조약 협상을 앞두고 제기된 이러한 주장은 당대로서는 영사재판권의 본질적 속성을 지적한 것이었다. 영사재판이 문명국가 사이에는 없는 제도라는 인식은 대한제국이 과연 문명국가인가에 대한 의문을 던지는 것이었지만, 적어도 청국에 대해서만큼은 영사재판이 사라진 완전한 대등조약의 체결을 주장한 것이다. 1894년 ‘보호청상규칙(保護淸商規則)’이 담고 있던 조선 거주 청국 상인에 대한 조선 관리의 재판권 행사 규정을 환기함으로써 영사재판 철폐는 문명개화의 상징으로 부각될 수 있었다.

그런데 얼마 뒤 제국신문의 논설에서는 영사재판 철폐와 다른 기초를 보이기도 하였다.<sup>10)</sup> 청국과의 조약에서 반드시 다루어야 할 조항을 열거한 다

음, 조선이 청국영토에서의 “치외법권을 확실히 가져서 우리나라 자주독립하는 권리를 보존”하자고 주장하였다. 즉, 이것은 상호 영사재판권 보유를 말한 것으로 결국 한청통상조약은 그런 내용으로 조약이 체결되었다. 이를 통해 알 수 있는 것은 한청통상조약 체결시 상호 영사재판권을 보유하는 것에 만족하는 당시 지식인들도 있었다는 점이다.

영사재판권 철폐를 둘러싼 상이한 입장은 대한제국의 의정부 내에도 존재하였다.

“華民을 한국에서 歐美各國通例에 비추어 모두 韓官의 관할로 돌리고 韓民이 華에서 華官의 관할로 돌리는 것으로 조약 내에 추가로 넣어야 한다고 말하는 자가 조금 있고, 또 華民이 한성에 거주하는 것을 허락한 조항을 삭제하지는 자가 있다고 합니다. (중략) 현재 中韓 양국에 여행하거나 거주하는 洋人은 모두 각 본국 관할로 돌리니 이번의 議訂商約하여 일률로 같게 해야 한다는 것으로 어찌 능히 별도의 生面을 열 수 있겠으며, 또 韓人 역시 다시 법률을 고칠 수 없습니다. 口岸의 內地界限을 없애는 것은 일본인의 판법에 비춘 것인데 각국 인이 어찌 그 관할로 돌아가기를 원하겠습니까? 저들이 이미 타국인을 관할할 수 없으니 또 어찌 유독 華人만을 관할할 수 있겠습니까? 만약 실지로 이 조항으로 서로 논의한다면 교섭을 알지 못한다고 말할 것입니다.”<sup>11)</sup>

위의 인용문은 한청통상조약 협상을 위해 대한제국에 온 서수봉(徐壽朋)이 조약협상을 두고 의정부 내에 영사재판에 대한 다양한 의견이 분출되고 있음을 관찰하며 비평한 것이다. 이 관찰과 비평은 대한제국이 처한 현실과 진로를 정확하게 지적한 것이었다. 대한제국이 영사재판권을 철폐하기 위해서는, 일본의 예에 보이듯이, 외국인의 내지잡거(內地雜居)를 인정하고 여러 법개정을 한 다음 서양 각국의 동의를 얻어야만 가능한 것이었다. 당시 대한제

9) 『독립신문』 1898년 11월 2일자 어느 유지각자 편지.

10) 『帝國新聞』 1899년 1월 30일자 논설.

11) 『淸季中日韓關係史料』 권8, 光緒 25년 2월 13일 出使大臣徐壽朋文稱, #3593, 5202~5203쪽.

국은 영사재판권 철폐의 전제로 언급되던 내지잡거의 용인과 모순되는 한성 철잔안(漢城撤棧案)을 준비하고 있는 상황에서, 애초부터 대한제국의 영사재판권 철폐 주장은 실현될 수 없다는 판단이 작용한 것이었다. 이것이 대한제국이 처한 현실이었고, 이런 이유로 앞서 언급한 제국신문의 주장과 같이 적어도 청국과의 조약에는 청국의 일방적인 재판권을 규정했던 1882년의 조청상민수륙무역장정과는 다르고, 재한청상에게 조선 법률을 적용하여 통제하려 했던 1895년 보호청상규칙과도 다른 중간지점으로서 상호 영사재판권을 보유하는 조항을 담는 것으로 귀결될 수밖에 없었다고 하겠다. 이것은 내지잡거의 용인을 통해 서양인들과 전면적인 교류, 충돌을 피하기 위함이었겠지만, 간도거주 조선인들에 대한 보호를 위해서라도 필요한 조치였다고 하겠다.

이처럼 영사재판권은 대한제국의 국가적 정체성을 규정하는 것이었지만, 현실적인 여건상 이를 완전 철폐하는 것이 불가능한 조건에서 자연스럽게 청국 영토 내에서 조선 외교관이 영사재판권을 행사할 수 있다는 조항에 만족할 수밖에 없었다. 상호 영사재판권 보유 조항은 일본과의 조약에도 없는 일이었기에 대한제국으로서는 한청통상조약 체결의 성과로 내세울 수 있을 법한 내용이었다.

1900년 이후 영사재판은 더 이상의 철폐대상으로 부각되지 못하게 된다. 다만 제도화되고 관행화된 영사재판의 운용 과정에서 조선의 국권과 조선 국민의 주권을 보호하려는 제한적인 접근이 시도되었다. 그럴 때 승심과 청심은 외국인의 자국민 보호장치로서만이 아니라 조선인 보호장치로서도 가능하다는 전망을 하기에 이르렀다. 때문에 대한제국기에 이르러 승심과 청심을 둘러싼 다양한 법적 논쟁이 이루어졌고, 서양인들과의 충돌지점에 조선인 원고의 주권을 지켜 줄 수 있는 유일한 장치가 될 수 있었다. 그렇다면 청심권 행사는 구체적으로 어떻게 작동된 것일까?

### 3. 청심(廳審)의 개념

각국과의 조약에 따른 영사재판의 운용에서, 피고 소속국이 자국법에 따라 자국 재판관이 재판할 수 있는 권리인 승심권과 청심권이 행사되는 현장에 원고 소속국이 자국인의 권리와 이해를 보호하기 위한 대질, 심문할 수 있는 권리인 청심권이 보장되어 있었다. 그런데 승심권이 재판을 주관한다는 이미지가 분명한 반면, 그 반대편에 위치한 청심권의 이미지는 분명하지 않았다. 청심권이 강하면 강할수록 승심권의 위상 추락은 불가피하였다. 상대적인 위치로 인해, 많은 경우 현실적인 힘 관계에 따라 양자의 위상이 조정될 수밖에 없었다.

조선인이 피고이고 외국인이 원고인 경우, 재판을 주관하는 조선인 관리에게 외국인 영사관은 청심권에 의거하여 재판에 강하게 개입하는 경우를 쉽게 예상할 수 있다. 이 경우 승심권은 심각한 훼손을 당하게 된다. 그 반대의 경우도 예상할 수 있는데, 조선인 관리가 외국인들로부터 피해를 입은 조선인들의 생명과 재산을 보호할 수 있는 수단으로 청심권이 기능할 수도 있었다.

앞서 살펴본 바와 같이 조선 주재 내외국인 간의 범죄행위에 대해 각국이 재판 과정에 직접 개입하여 공동조사, 반대심문을 할 수 있는 청심권은 조약상의 권리였다. 그렇다면 실제 운용 과정은 어떠한가? 조선에서 청심권 운용의 특징은 바로 외교교섭을 담당하는 관리들 간의 교섭 절차 자체였다는 점이다. 일반적으로 민형사 사건이 발생하면 어느 일방의 요구에 의해 양국의 관원들이 모여 회심(會審)하는 절차를 거쳤다. 정식재판에 들어가기 전에 양국 관리가 공동으로 증거물이나 현장을 조사하거나, 원고와 피고, 증인 등 사건 관련자를 불러 심문하였는데, 이 때문에 승심과 청심은 많은 경우 재판의 의미라기보다는 교섭의 의미가 강하였다. 또 재판에 들어가서는 승심관과 청심관이 공동으로 재판을 진행한다는 의미가 강하여, 회판(會辦), 회동심판(會同審判), 회동판리(會同辦理), 동위재판(同爲裁判) 등의 용어가 함께 사용되었다. 원고 소속국 측에서 청심관이 재판정에 참여하지 않는 한 결코 판



결을 내릴 수 없다는 원고 소속국 측의 주장이나, 청심관이 불참한 가운데 내린 판결이므로 인정하지 않는다는 주장이나, 청심관이 재판결과에 동의하지 않아 판결이 지연되어 종결시킬 수 없다는 승심관의 하소연을 담은 기록을 볼 수 있는 이유이기도 하다. 이러한 몇몇 사례를 보면 영사재판에서 청심관은 합의 혹은 협의 의미를 가진 것으로, 승심관은 단지 자국의 법률로 자신의 이름으로 판결을 내릴 수 있는 권한을 가지고 있다는 의미에 불과한 경우도 생겼다. 이로 인해 승심관의 재판권이 심각한 침해 받을 소지가 있었지만, 최종 판결을 내리기까지 양국의 교섭 과정과 재판정 참관과 심문, 재판결과에 대한 반박 등의 과정에서 청심관은 철저히 보장되었던 것이다. 청심관은 조약상으로 보장된 것이라는 인식은 정부 관리들 사이에서도 강하였다.

아래는 1895년 5월 한성재판소 판사 이응익(李應翼)이 법부대신에게 일본 관리의 방해로 승심권이 훼손되고 있다며 올린 질품(質稟)이다.

“朝英條約 第3款 8項에 聽審官의 辨을 허락하였으나 承審官이 聽審官의 말에 따라 법률을 低昂하지는 못하며, 同 條 5項에 조선 인민이 조선경내에서 만약 某國人民의 身家性命財産 등을 欺凌擧害損傷하는 등의 일이 있으면 응당 조선관원이 朝鮮律例에 비추어 查拿審斷이라 하였고, 朝日修好條規 第10款에 만약 조선국 인민이 일본국 인민에 대한 犯罪交渉의 경우는 모두 조선의 查辦으로 돌려 國律에 의거하여 訊斷한다고 하였는데, 지난번 일본인 井出常太郎이 피해를 입었을 때 피고 姜上男 등을 체포하여 일본 경찰서가 2월 25일에 먼저 訊問하여, 同 月 27일에 供案을 本所로 송부하고 同 日에 警務廳에 引致한 것은 양국의 조약에 저촉되는 것이고, 이번에 聽審할 때에도 재판관의 권한을 침해하였습니다”<sup>12)</sup>

12) 『法部案』 2 (奎 17795), 法部大臣 韓圭高(1896년 5월 2일)→外部大臣 李完用.

이를 받아 법부대신 한규설(韓圭高)은 외부대신 이완용(李完用)에게 일본 공사에게 조회하여 일본 영사가 한일 간의 조약을 준수하도록 해달라고 요청하였다. 그러나 외부대신의 회답은 전혀 뜻밖이었다.

“일본공사에게 照會하여 修好條規를 준수하게 하는 것은 國律에 의거하고 聽審官에게 駁辯함이 없도록 하게 하라는 뜻이나, 聽審官의 駁辯은 각국조약과 均霑한다는 말이 朝日通商章程에 실려 있으니 聽審官의 駁辯을 불가불 허락하고 있고, 또 國律에 따라 罪犯을 조사할 경우 承審官이 按律辯明하면서 재판권을 잃지 않아야 할 따름이니, 지금 별도로 공문을 보내어 새로이 준수하라고 할 만한 이유가 없습니다.”<sup>13)</sup>

청심관이 재판장에서 재판 과정에 개입하거나 재판결과에 불복하여 이의를 제기하는 것은 보장된 것이고, 이것이 승심관의 권한 침해라고 말하는 것은 어불성설이며, 오직 승심관이 최선을 다해 재판권을 잃지 않으면 된다는 논리임을 알 수 있다.

회심하는 자리에는 조선 측에서는 사건의 소재지나 소송을 제기한 곳에 따라 한성부 관리나 개항장 감리서의 관리, 상대국은 영사나 영사관 소속 관리가 참여하였다. 대부분의 민형사 사건은 이러한 회심 과정을 거쳐 처리되었으며, 당시 외교문서에는 이 회심일자의 통보를 알리는 기록이 다수 남아 있다.

그렇다면 영사재판 과정에서 승심관의 권리와 청심관의 권리가 거의 구분 없이 협의 처리되는 방식으로 운용된 것은 무슨 이유 때문일까? 그것은 영사재판의 본질적 속성 때문으로 보인다. 조약에서 피고 소속국의 법률로 피고 소속의 관리가 재판을 주재하며, 원고 소속국 관리가 청심할 수 있다고 했지만, 피고 소속국 관리인 승심관은 객관적인 위치에 있는 재판관이라기보다

13) 『法部案』 2 (奎 17795), 外部大臣 李完用(1896년 5월 8일)→法部大臣 韓圭高.

는 피고의 보호를 위해 노력하는 편향적인 위치를 가졌다. 이에 짝하여 원고 소속국 관리인 청심관도 원고의 이해를 반영하여 편향적으로 보호하려 했으며, 근대적 의미에서의 원고의 변호사로 각인되기 쉬웠다. 청심권 자체가 원고의 보호 성격을 지니지 않을 수 없는 조건에서, 승심권과 청심권은 거의 대등한 권리를 갖는 것으로 기능하지 않을 수 없었다. 즉 조선인과 외국인이 개입된 재판에서 실상 객관적 위치를 갖는 재판관이 부재한 가운데, 이제 남은 것은 자국민의 이해를 관철하려는 두 나라 '변호사'의 협상뿐이었다. 이 협상 과정 자체가 바로 회심이었다. 이때 법리 공방과 함께, 인정에 의한 고려, 정치적 고려도 이루어졌다.

이러한 사례로는 1897년 5월 16일 러시아인 최봉학, 김명철, 김규연 등 3명이 조선 순검 박춘식을 구타한 사건의 처리 과정을 통해서 확인할 수 있다.<sup>14)</sup> 사건발생 후 러시아 공사는 러시아 한성총영사가 6월 11일자로 재판을 열 것이니 당일 구타당한 순검과 증인을 대동하여 청심하라고 알렸다. 이를 받은 외부대신은 법무대신에게 알렸고, 법부에서는 한성재판소 검사 함태영을 회심타원으로 재판 당일 재판장으로 보냈다. 여기서 러시아인 김병열이 역군들에게 이유 없이 맞았는데, 옆에 있던 순검 박춘식이 이를 저지하지 않고 도리어 웃음을 지었고, 이 소식을 들은 러시아인들이 조선 순검을 구타한 사건임을 확인하였다. 그리고 승심관인 러시아 영사와 청심관인 한성재판소 검사는 형사 사건으로 처리하지 말고 타협하여 양측이 입은 피해내역과 김병열의 진단서 청구비용 등을 셈하여 상호 지급하는 것으로 마무리하자고 합의하였다. 이후 두 차례의 재판이 열렸는데, 금액산정을 둘러싼 이견에 불과하였다.

14) 『法部案』 3 (奎 17795), 外部大臣 李完用(1897년 6월 7일)→法部大臣 韓圭高; 法部大臣 韓圭高(1897년 6월 9일)→外部大臣 李完用; 外部大臣 李完用(1897년 6월 22일)→法部大臣 韓圭高; 外部協辦 高永喜(1897년 6월 29일)→法部協辦 李寅祐; 法部協辦 李寅祐(1897년 6월 30일)→外部協辦 高永喜; 外部大臣臨時署理 閔鍾默(1897년 7월 3일)→法部大臣 韓圭高; 法部大臣 韓圭高(1897년 7월 5일)→外部大臣臨時署理 閔鍾默.

민사 혹은 경미한 형사 사건의 경우 승심관과 청심관은 타협조정을 유도하였는데, 그 이유 중 하나는 영사재판을 통해 외국인 피고를 형사 사건으로 처리하였을 경우, 그를 가둘 감옥이 조선에는 없었기 때문이다.

영사재판에서 보장된 승심권과 청심권은 근대 한국에서 회심 과정에 용해되어 대등한 위치를 가진 두 나라 관리의 교섭을 통해 적용되었다고 하겠다. 물론 회심 과정에서 조선인 관리가 얼마나 조선인의 생명과 재산을 보호하기 위해 노력하였으며, 외국 영사가 얼마나 무지막지한 논리를 전개하였으며, 실제로 두 나라의 관리가 대등한 위치에서 재판에 참여하였는가는 별개의 문제로 남아 있다고 하겠다. 특히 조선인 재판관의 결론에 대해 각국 영사가 강하게 항의하면서 재판결과에 영향을 미치는 경우를 쉽게 보게 되는데, 양국의 현실적 힘 관계가 작용하지 않을 수 없었던 것이다. 개념상 청심권은 회심(會審)의 의미를 지녔으며, 남은 문제는 그 현실적인 힘 관계에 의한 적용이라고 하겠다.

#### 4. '팽강안(彭姜案)'에 보인 청심권 개념의 충돌<sup>15)</sup>

1899년 한청조약 체결로 양국은 상호 영사재판권을 갖게 되었다. 이는 조선이 맺은 각국과의 조약과는 전혀 다른 것으로, 1882년 조청상민수륙무역장정이 타국과 균점되지 않는 독특한 조약이라는 규정만큼이나 예외적인 조약이었다. 물론 한청관계가 갖는 특수성, 즉 '조공-책봉'이라는 전통적 동아시아 국제체제로부터 만국공법적 국제질서로의 급격한 전환의 산물이었다. 대한제국이 조약 관계를 유지하고 있던 나라 가운데 유일하게 문명발달의 수준에서 자신과 동일하거나 주관적으로는 자신들보다 뒤쳐진 국가라는 이미지를 가졌던 나라가 청국이었던 현실 인식도 반영되었다. 그 결과 조

15) 이은자, 2007, 앞의 논문을 바탕으로 재정리하였다.

선·대한제국이 영사재판 운용 과정에서 일본이나 서양 각국과의 관계에서 보여 준 모습과는 달리 매우 적극적인 태도, 곧 적극적인 청심권 행사를 제기하였다. 이를 잘 보여 주고 있는 것이 ‘팽강안(彭姜案)’이었다.

1899~1900년에 걸쳐 제기된 ‘팽강안’은 청심권 운용에 대한 한청 양국의 상이한 이해를 보여 주고 있어 주목된다. 1899년 2월 관삼공사(官蔘公司)의 전 주사(主事) 팽헌주(彭獻周)와 개성의 인삼 거간 임언화(林彦和)가 청국 상인 유성인호 강운경(裕盛仁號 姜雲卿)을 상대로 거액의 손해배상 소송을 제기하였다. 이들은 강운경과 함께 홍삼을 제조하기로 하였는데, 소요 비용을 부담하기로 했던 강운경이 계약을 어기는 바람에 20,933.74원의 손해를 입었으니 강운경이 그 손해를 배상해야 한다고 주장하면서 시작되었다. 1898년 5월 당시 청국상인에 대한 보호권을 가지고 있던 영국 영사관에 소송을 처음 제기하였지만, 강운경이 귀국하는 바람에 재판이 성사되지 못하였고, 강운경의 귀국을 확인 후 이듬해 2월 대한제국 외부에 소장을 제출하였다. 이후 1899년 3월 1차 회심, 1900년 4월 2차 회심, 1900년 9월 3차 회심을 거치기 까지 치열한 법리공방을 벌였으며, 이 과정에서 원고 소속국인 대한제국 관리가 행사하는 청심 행위에 대해 피고 소속국인 청국(영국)이 승심 행위의 주도성을 강하게 주장하며 충돌을 빚었다.

1차와 2차 회심에서 각각 승심관이었던 영국 영사와 한성주재 청국 총영사가 원고에게 유리한 판결을 내리자, 각각 청심관이었던 한성부소윤, 한성판윤이 나서서 재판절차와 결과에 대해 강력하게 반발하였다. “청심관은 증인을 소환하여 심문할 수 있고, 반대 심문할 수도 있다. 또 승심관이 판결한 바가 공정하지 않으면 일일이 논박할 수도 있다”는 조영수호통상조약과 한청통상조약에 따라 청심관의 권리를 주장하면서 이것이 재판 과정에서 존중되고 보장되지 않는 한 승심관이 내린 재판결과는 일방적인 것으로, 그 때문에 재판이 계속되어야 한다는 입장이었다. 곧, 청심관이 증인에 대한 심문을 보장받지 못하거나, 승심관이 공정하게 판결하지 않았다고 판단을 하거나, 원고가 승복하지 않는 한 해당 안건은 완결되지 않은 것으로 간주할 수밖에

없다는 태도였다. 그래서 승심관이 일방적으로 내린 재판결과는 원고뿐만 아니라 청심관으로서도 수용할 수 없다고 반박하였다. 이처럼 회심이 여러 차례 진행될 수밖에 없었던 이유는, 승심관의 재판 진행에서 사실상 청심관의 합의나 협의를 전제한 판결이 반드시 요구된다는 인식이 어느 정도 공유되었기 때문일 것이다. 청심권 개념에 대한 양국의 인식 차는 3차 회심에서 명확히 드러났다.

9월 14일 청국공사관에서 세 번째 회심이 열렸다.<sup>16)</sup> 승심관은 청국의 인천 영사 당영호(唐榮浩)였고 청심관은 외부 교섭국장 이응익(李應翼)이었다. 승심관이 내린 재판결과는 두 번째 회심 결과와 차이가 없었다. 며칠 뒤 외부 대신 박제순(朴齊純)은 주한청국공사 서수봉에게 재판에서 청심관의 권리가 제대로 보장되지 못하여, 청심관이 강운경과 팽헌주 등을 소환하여 심문하지 못하였으며, 공술서 열람 등에도 어려움이 있었으며, 이런 상황에서 승심관이 판결을 내린 것은 조약을 위반한 것이라고 뜻을 전달했다. 특히 청심관에게는 증인의 소환과 심문의 권한이 있으며, 승심관이 자신의 뜻대로 판결을 내린다면 청심관이 반박을 해도 소용이 없으므로 승심관과 청심관 양측이 심문과 공술을 모두 마치고 여한이 없고 견해가 일치해야만 판결을 내릴 수 있다고 주장하였다. 따라서 청심관이 이의를 제기하는 한 승심관은 결코 사안을 종결시킬 수 없으며, 현재 진행되는 팽강안도 종결된 사안이 아니라는 태도를 재차 밝혔다. 그러자 서수봉은 청심관의 권한에 대해 한국 측과 다른 견해를 갖고 있음을 분명히 밝히고 사건이 종결된 것으로 간주하였다. 그는 한청통상조약 제5관을 언급하면서, 승심관만이 증인을 소환하여 심문하고 판결할 수 있는 권리가 있으며, 청심관은 승심관이 심문하고 증인이 대답하는 말을 들어보고 양측의 공술을 증거로 삼아 논박의 근거로 삼아야 한다고 해석하였다. 그러면서 “만일 청심관이 증인을 소환하여 원고와 피고 모두를 심문한다면, 청심관과 승심관의 차이는 무엇인가”라고 반박하였다.

16) 이하의 논쟁점은 이은자, 2007, 앞의 논문, 204~207쪽 참고.

여기서 승심관과 청심관의 역할에 대한 양측의 견해가 분명하게 갈렸다. 즉 승심관이 재판권을 주도하여 증인의 소환과 심문의 주체는 승심관으로서 청심관의 역할이 승심관의 재판진행에 대한 반박에 그친다는 서수봉의 주장과, 청심관은 직접 원고, 피고 및 증인을 심문할 수 있는 권한이 있으며, 승심관과 청심관은 동일하게 재판에 참여하여 재판결과를 협의·조정하는 관계라는 박제순의 주장이 충돌한 것이다.

실상 양측의 충돌에 불구하고 청심관 측에서 재판이 불공정하다고 이의를 제기하는 한 승심관이 재판 결론을 내릴 수 없다는 것이 양측 논의의 전제였다. 앞서 언급한 것처럼 영사재판은 합의에 의해 결론을 내려야 한다는 원칙에 대해서는 이견이 없었던 것이다. 논리적으로만 보면, 재판은 무한정 길어질 수 있었으며, 이 때문에 승심관과 청심관은 협의·조정에 의한 결론 도출의 필요성을 더욱 크게 느끼게 되었다.

그러면 이런 충돌이 일어난 이유는 무엇일까? 구법진에 따르면, 한국 관리인 청심관이 증인을 소환하고 심문하는 권한을 부정하였던 청국 측의 조약 해석은 고의적인 것은 아니었다는 것이다. 그 배경에는 청심관에게 증인을 소환하고 심문하는 권한을 인정한다는 사실이 당시 청의 사법제도에서는 대단히 낯선 것이었으며, 당시 청의 사법제도에서는 법정대리인의 개념이 없었고 승심관만이 모든 증인에게 직접 심문을 행하였는데, 이는 ‘팽강안’의 재판 과정에 그대로 나타났다는 것이다. 그렇기 때문에 서수봉은, 청심관이 증인을 소환하여 심문을 권한이 있다면 승심관과 무슨 차이가 있는가 하고 따졌던 것이다. 이러한 인식이 청국 측으로 하여금 그동안 보장되어왔던 청심권 조항을 부정하는 방향으로 재판이 이루어졌다고 파악하였다.<sup>17)</sup>

이상을 통해 한청 양국이 영사재판에서 청심권에 대한 상이한 개념을 가지고 있었다는 점만 확인할 수 있겠다. 대한제국의 입장에서는 기왕의 청심

권 행사의 관례에 따라 사실상 승심관과 거의 같은 지위를 가진 청심관을 설정하는 모습을 보여 주고 있다. 일본이나 서양 각국과의 영사재판 운용 과정에서 이들 나라가 조선에 대해 청심권을 행사하는 모습을 보아왔던 조선로서는 적극적인 청심권 개념의 설정과 그 적용을 주장했다고 할 수 있을 것이다. 조선이 이렇게까지 적극적인 청심권 개념을 받아들여지게 된 것은 그동안의 영사재판에서 서양 각국이 취한 행동이 자국민보호 조치였다는 것을 경험적으로 체득하였기 때문이 아닐까.

‘팽강안’의 경우 청심권을 부정하는 서수봉의 주장이 자국민보호를 위한 단지 조약문 해석의 문제인지, 아니면 청심권의 권한을 적극 인정하는 것이 청국의 전통적 재판절차와 생소하여 일어난 일종의 문화충돌 과정이었는지는 알 수 없다. 잠정적으로는 두 가지 모두 가능성이 있다고 생각한다. 그러나 개념 충돌의 문제로 파악하기 위해서는 청심권이 동아시아 국가들 속에 운영된 보편적 성격이나 그 개별적 특징을 충분히 파악해야만 한다. 또한 청국이 한국과 달리 영사재판에서 보장되었던 청심권을 소극적으로 해석하게 만든 역사적 경험이나 혹은 내부의 논의 과정이 있다면, 보장되어야만 그러한 해석이 가능할 것이다. 반대로 단순한 조약 해석의 문제로 파악하기 위해서는 조선과 대한제국에서 십수 년간 이어왔던 청심권 행사의 관례를 무시하는 측면이 있다. 서양 각국이 조선인 재판관이 운용하는 법정에서 적극적으로 노골적인 자국민보호 입장을 견지하는 과정에서 형성된 청심권 개념을 조선이 그대로 조선 거주 서양인과 일본인에게 적용하는 것은 미래에 실현될 가능성이 영역이기는 했지만, 문명국가를 지향했던 조선으로서는 수용이 불가피한 현실의 개념이었다. 더구나 대등조약 체결의 열망의 산물이었던 한청통상조약의 조약문을 두고서 자의적 해석으로 이를 부정하는 듯한 청국의 입장을 조선으로서는 수용이 불가능했다. 곧 대한제국 외부가 논리를 분명히 견지할 수 있었던 것은 청심권 개념이 경험적으로 습득하여 내재화된 결과로 보아야 하지 않을까 한다.

조선과 일본 간에 청심권이 적시된 조약문의 해석을 두고 한국의 외부대

17) 구법진, 2006, 앞의 논문, 226~227쪽. 필자는 서수봉(徐壽朋)이 조약 해석을 고의적으로 하여 청심권을 부정한 것이었다면, 전적으로 피고 강운경(姜雲卿)을 보호하기 위한 것으로 이해해야 한다고 하였다.

신과 주한일본공사 간의 조율 과정에서 일본공사 고무라 주타로(小村壽太郎)는 청심권 개념이 유동적이며, 이는 경험적으로 습득해온 산물이라고 언급한 것은 주목된다. 즉 그는 “會審·會同·會辨·聽審 등의 문자는 반드시 요지부동의 뜻을 갖고 있는 것이 아니고, 어느 것이고 다 같이 借用해온 것으로 종래 양국 간에 왕래한 공문을 일람해 보더라도 쉽게 그 관례를 발견할 것이라 생각합니다. 이것은 요컨대 이번의 경우 우리 관리는 英約 제3관 8절에 均霑하여 당연히 귀국의 재판에 입회할 권리를 가졌으며, 이 권리는 결코 귀 정부의 의사에 따라 여부가 결정될 수 있는 성질의 일이 아니라는 것을 깊이 양해하시기 바랍니다”<sup>18)</sup>고 하였다.

결론적으로 한말 청심권은 ‘팽강안’의 사례를 통해 알 수 있듯이, 각국과의 조약체결 후 서양인들의 운영 과정을 체험·학습하여 형성된 개념이었으며, 이것은 민권의 보호를 통한 국권의 유지로 이어지는 매개 고리로서 현실에서는 서양과 일본에 의해 훼손되고 있을지라도 미래에 실현되어야만 하는 법률 개념으로 정착했으며, 대등조약을 체결한 청국과는 미래의 문제가 아니라 현실의 문제로 파악되어 충돌을 일으켰다고 생각된다. 다만 개별의 조선인 관리가 그러한 개념에 바탕을 두고 얼마나 적용하려 했는가는 남은 문제일 것이다.

## 5. 맺음말

이상에서 한말 청심권 개념을 파악하기 위해 영사재판의 법률적 의미, 청심권 운영의 일반적 특징, 마지막으로 ‘팽강안’을 통해 청심권 개념이 충돌되는 현장에서 그 접점이 무엇인지를 살펴보았다.

한말 영사재판에서 보장된 청심권은 회심(會審)의 성격을 지녀 소송 당사국 관리들 간의 재판 전이나 재판 중에 진행되는 협의·조정 의의를 지니고 있었다. 또한 청심권은 승심권과 대등한 위치를 부여받아 결과적으로 힘관계에서 열세에 있던 조선으로서는 국권 훼손의 가능성을 열어두는 계기이기도 했다. 그러나 영사재판권이 보장되고 있는 한, 청심권을 통해 외국인에 의한 조선인의 생명·재산 침탈행위를 방어, 보호할 수 있는 가능성도 있었다는 점에서 버릴 수 없는 장치였다. 이러한 과정에서 청심권 개념은 뚜렷이 형성되었다고 할 수 있겠다. 한청통상조약 체결 직후에 제기된 ‘팽강안’에서 조선이 청심권 개념을 뚜렷이 견지할 수 있었던 이유이기도 했다.

다만, 이렇게 형성된 개념이 현실에서 얼마나 적용되었는가의 문제가 남는다. 특히 일본이나 서양 각국이 조선에 대해 청심권을 행사할 경우 조약에서 보장된 것 이상의 주장을 하는 경우가 많았으며, 조선이 이들 국가에 대해 청심권을 행사할 경우에는 여러 가지 제약이 있었다. 따라서 청심권 개념은 형성되었으나 그 적용은 불가피하게 선택의 문제로 남게 되었으며, 이런 상황은 민권의 보호를 통해 국권을 유지하는 데 항상 의문을 던지게 하는 구조적 조건이 되었다. 청심권의 문제는 역으로 승심권의 문제이기도 했기 때문에 영사재판권 철폐라는 근본적인 해결책이 제기될 수밖에 없었다.

첫 질문으로 돌아가 보자. 청심권을 하나의 개념으로 포괄하여 개념사적 접근은 가능할까. 한 개념을 추적하는 일은 고정된 의미를 장착한 어떤 개념의 역사적 기능과 역할을 찾아내는 것이 아니라, 개념이 공시적·통시적으로 어떤 의미망 속에서 작동하는가를 드러내는 작업이다. 실상 청심은 개념으로 포괄하기보다는 관습적인 영역으로 굳혀졌을 때, 현실적인 힘관계에 의해 구체적으로 특정한 방향으로 해석, 적용되는 과정에 불과한 것이 아닐까? 이렇게 본다면 이것은 해석의 문제에 불과하며 어떠한 의미망도 만들어 내지 못하는 것일까?

적어도 청심이라는 말 자체는 어떠한 의미망이나 의미변화를 갖고 있지는 못하는 것 같다. 그리고 그 의미의 다의성이나 복합성을 말할 만한 내용도

18) 『駐韓日本公使館記録』 11권(국역본), (84) 裁判時 領事の ‘會同’·‘聽審’에 관한 是非, 特命全權公使 小村壽太郎→外部大臣 李完用(1896년 4월 17일).

없다. 그러나 청심을 한다는 행위는 조선의 국권을 지킨다는 것, 그리고 그 자리에서 조선인의 민권을 보호해야 한다는 의미가 동반되었다. 청심 행위 과정은 국권과 민권의 효용성이나 한계점이 함께 부각될 수밖에 없었다. 청심권을 행사하는 측에서는 청심관이 만족하지 않고 원고가 만족하지 않는 한 재판은 종결될 수 없다고 주장했다. 청심권이 국가 간 조약문에 내장되어 있는 한, 서양 각국의 외교관이 조선의 사법권에 대한 일정한 제약을 가한다는 의미를 담고 있었지만, 역으로 적어도 그 형식적 평등성으로 인해 외국인 과 관련된 사건에서 조선의 국권과 원고의 민권을 지켜나갈 법리적 장치는 개념을 확보한 것이라 생각한다.

본고의 한계는 한말 영사재판의 다양한 사례분석을 통해 실증하지는 못했다는 점이다. 국가별, 시대별 운용 사례와 함께 동아시아 삼국 간의 영사 재판의 운영 사례의 비교 연구가 이루어질 때 서양 근대 문명의 동아시아 문명과의 충돌 지점에 국가별, 시기별로 어떤 의미 차이가 있었는지, 또 어떻게 의미변화가 있었는지를 파악해 나갈 수 있을 것이다. 이 점은 추후 연구 과제로 삼고자 한다.

## ■ 참고문헌

### 1. 기본자료

『독립신문』

『帝國新聞』

『清季中日韓關係史料』 卷8

『法部案』 2, 3(奎 17795)

### 2. 단행본

박근갑, 2009, 『개념사의 지평과 전망』, 도서출판 소화.

### 3. 논문

구범진, 2006, 「『韓淸通商條約』 일부 條文의 해석을 둘러싼 韓-淸의 외교 분쟁」, 『大丘史學』 83.

權錫奉, 1994, 「韓末 在朝鮮淸商에 관한 研究: 1900年 初의 韓·淸兵民紛爭案을 중심으로」, 『國史館論叢』 60.

金敬泰, 1973, 「丙子開港과 不平等條約關係의 構造」, 『梨大史苑』 11.

李炳天, 1984, 「開港과 不平等條約體制의 確立」, 『經濟史學』 8.

慎鏞廈, 1997, 「1876년 開港 = 開放體系의 시작과 不平等修好通商條約」, 『韓國學報』 88.

양홍석, 2006, 「개항기(1876~1910) 미국의 치외법권 적용논리와 한국의 대응」, 『한국근현대사연구』 39.

\_\_\_\_\_, 2008, 「개항기(1876~1910) 한·미간의 치외법권 사례 분석」, 『東學研究』 24.

은정태, 2005, 「1899년 韓·淸通商條約 締結과 大韓帝國」, 『歷史學報』 186.

이영록, 2004, 「제주도민 살해사건과 일본영사재판—이만송(李晩松) 살해사건을 중심으로—」, 『법과사회』 26.

\_\_\_\_\_, 2005, 「개항기 한국에 있어 영사재판권—수호조약상의 근거와 내용—」, 『법사학연구』 32.

- \_\_\_\_\_, 2006, 「근대 한국에서의 일본영사재판에 관한 연구」, 『한국동북아논총』 39.
- 이은자, 2006, 「韓淸通商條約 시기(1900~1905) 중국의 在韓 치외법권 연구」, 『明清史研究』 26.
- \_\_\_\_\_, 2007, 「大韓帝國時期 韓中間 民事訴訟의 實例: ‘彭姜安’(1898~1900)을 中心으로」, 『東洋史學研究』 100.
- \_\_\_\_\_, 2008, 「‘訴訟’ 안건을 통해 본 청일전쟁 이후(1895~1899) 韓中關係 연구」, 『中國近現代史研究』 38.
- 정구선, 2006, 「개항 후(1876~1894) 일본의 치외법권 행사와 한국의 대응」, 『한국근현대사연구』 39.
- \_\_\_\_\_, 2007, 「통감부기(1906~19010) 일본의 치외법권 행사와 한국의 대응」, 『東學研究』 23.
- 鄭台燮 · 韓成敏, 2007, 「開港 후(1882~1894) 淸國의 治外法權 행사와 朝鮮의 대응」, 『한국근현대사연구』 43.
- 한철호, 2005, 「개항기 일본의 치외법권 적용논리와 한국의 대응」, 『한국사학보』 21.

## Abstract

# Conceptual Conflicts, or a Problem of Interpretation?

— Focusing on the ‘Cheungsim(廳審)’ Clause for Consular Jurisdiction —

Jungtae Eun(Institute for Korean Historical Studies)

■ **Key Word** : Consular jurisdiction, Cheungsim(廳審), Seungsim(承審), The Korean Empire, The Paenggang Case(彭姜案)

This article aims to determine the meaning of the ‘Cheungsim’ concept through real case studies involving the ‘Cheungsim’ clause in Consular Jurisdiction in Joseon and Korean-Empire times. To do this, the article will examine the meaning according to the law of Consular Jurisdiction, the general features of the management of the Cheungsim right, and, finally, what is the point of dispute in the field in which the concept of the right to ‘Cheungsim’ conflicts in the ‘Paenggang Case(彭姜案)’.

Consular Jurisdiction, in civil and criminal trials between people of local and foreign countries, is a system and procedure through which an accused is judged by the judicial administration, and in accordance with the laws, of the country to which the accused belongs, while a prosecutor is protected by the administration of his or her own country; the prosecutor and witnesses attend

the court of law managed by administration of the country to which the accused belongs. The 'Cheungsim' clause secured by the Consular Jurisdiction in the latter years of the Korean Empire established that administrators of the countries to which the prosecutor and the accused belong gather together to discuss and negotiate before the trial, or in the course of trial.

In turn, the 'Cheungsim' right, given the same position with the 'Seungsim(承審)' right, is highly significant, as it opened the possibility of damaging the national power of Joseon, which, in the end, was weak in terms of power relations with other countries. In the process of the 'Paenggang Case', administrators of the Korean Empire and Chung (China) revealed different ideas as regards relations between 'Seungsim' and 'Cheungsim', and as to whether or not the 'Seungsim' administration should have precedence. Of course, this, for the 'Cheungsim' Act, which had been newly introduced in the Consular Jurisdiction, was closer to the result according to differences in the interpretation of the clause, so as to protect the people of the country, rather than a conflict of concepts with a clear meaning of social/political difference.

In modern Korea, the word, 'Cheungsim', in itself, did not have any meaningful change, nor was there any content which outlined, or indicated multiple meanings, or any complexity of the concept. However, the 'Cheungsim' Act, at the same time, was introduced with the intent of protecting the national rights of the Joseon order and of the Joseon people's rights. The 'Cheungsim' Act, in the late Korean Empire period, was a concept formed through experience and study of western people's procedures in treaty-making with other countries. This was the medium connecting the national right to self-protection to that of the people's right protection; even though this was damaged by western countries and by Japan in reality, it was established as a lawful concept to be realized in the future. With Chung (China), as a country with which to make a treaty on equal terms, this made the conflict as it was seen a current problem, not a future problem.