

明代 公案小説과 朝鮮時代 訟事小説에 나타난 法文化

朴 明 眞*

<目 次>

I. 序 論	III. 「衙門聽訟」에 나타난 法文化
1. 明代의 「公案小説」	1. 起訴
2. 朝鮮時代의 「訟事小説」	2. 事前調査
II. 司法體系에 나타난 法文化	3. 審理와 自白
1. 判決과 司法體系	IV. 結 論
2. 「復審制度」와 「欽恤制度」	

I. 序 論

訟事는 인간의 사회생활에서 발생하는 다양한 갈등들을 해결하는 제도적 수단이라 할 수 있으며, 특히 사람들이 모여서 생활하는 도시가 발전하고 사회생활이 복잡해지면서 더욱 빈번하게 생겨나는 문제라고 할 수 있다. 이렇게 인간의 사회생활이 복잡해지고訟事が 제도화되면서,訟事 이야기는 문학작품에서 자주 다루어지는 중요한 제재 가운데 하나가 되었다.訟事는 인간의 공동생활과 함께 자연스럽게 출현한 것으로 그 역사가 매우 유구하기 때문에, 고대 문학작품에서訟事を 제재로 한 문학작품들을 접하는 일은 그다지 어렵지 않다. 이러한訟事を 제재로 한 고대 소설 작품들은 인간의 사회생활 속에서 생겨나는 다양한 갈등양상과 그 갈등을

* 嶺南大學校 講師

해결하는 방식인 訟事 문제를 다루고 있으며, 고대사회의 법제도와 법의식을 문학적으로 형상화시켜 다양한 범문화의 내용을 그려내고 있다.

본 논문에서는 인접한 두 나라인 중국과 우리나라의 訟事を 제재로 한 작품에 대한 비교를 통해 각각의 작품에서 형상화해내고 있는 양국 고대사회의 법률제도와 법의식 등 범문화를 비교·고찰하고자 한다. 그 중에서 특히 訟事を 제재로 한 소설작품에 있어 가장 활발한 창작을 보여준 것은 중국 明代와 우리나라 朝鮮時代의 작품들이다. 다음에서 訟事を 제재로 한 明代와 朝鮮時代의 소설작품들에 대해 간략하게 살펴보고자 한다.

1. 明代의 「公案小說」

중국 고대소설사에서는 訟事を 제재로 한 소설작품에 대해 이미 「公案小說」이란 개념을 공식적으로 사용하고 있으며, 「公案小說」은 독립된 하나의 소설유형으로 매우 중요한 위치를 차지하고 있다.¹⁾ 중국 고대소설사에서 「公案小說」이란 개념을 사용하는 데에는 충분한 전통적인 배경이 깔려있다. 南宋 시기에 출현한 「公案」이라는 용어는 「說話藝術」중 「小說家」의 한 하위 部類였는데, 耐得翁 《都城紀勝》〈瓦舍衆伎〉의 기재에 의하면 「說公案」과 「說鐵騎兒」이 바로 「公案」제재의 기원이라 할 수 있다.²⁾

- 1) 黃巖柏 선생의 《中國公案小說史》(遼寧: 遼寧人民出版社, 1991), 曹亦冰 선생의 《俠義公案小說史》(浙江: 浙江古籍出版社, 1998) 등의 저작에서는 이미 公案小說을 하나의 독립된 소설유형으로 다루고 있으며, 陳大康 선생의 《明代小說史》(上海: 上海文藝出版社, 2000)에서는 明代 후기의 公案小說을 하나의 독립된 부분으로 다루고 있다. 이러한 연구서들을 통해 소설사에서 公案小說의 위치가 점차 중요하게 인식되고 있음을 확인할 수 있다.
- 2) 耐得翁은 이 책에서 “「說公案」은 모두가 「搏刀」나 「趕棒」 및 「發跡變泰」의 이야기이며, 「說鐵騎兒」는 「土馬金鼓」의 전쟁 이야기이다(說公案 皆是搏刀趕棒, 及發跡變泰之事. 說鐵騎兒, 謂土馬金鼓之事)” 라고 말하고 있다. 이에 대해 陳如衡 선생은 「說公案」과 「說鐵騎兒」는 모두 「武」를 이야기한 것에 속하는 것은 당연한 것이지만, 여기에서 「武」가 반드시 전쟁만을 의미하는 것은 아니며 「朴刀趕棒」은 광범위하게 江湖에서의 죽음과 살인 및 복수 등 살인사건을 일으켜 官府가 개입하게 되는 이야기를 가리킨다고 설명하였다(陳如衡, 《說

여기에서 耐得翁은 「搏刀趕棒」을 「說公案」의 한 내용으로 보고 있으나, 한 걸음 더 나아가 羅擘은 「小說話本」의 題材 분류에 있어 한 단계 더 발전된 類型 의식을 보여주는데, 《醉翁談錄》 甲集 卷1 <小說開關>에서 그는 「說話」 중 「小說家」를 다시 靈怪, 煙粉, 傳奇, 公案, 朴刀, 桿棒, 神仙, 妖術의 8種으로 분류하여 이미 「朴刀」와 「桿棒」을 「公案」으로부터 독립시키고 이들과는 구별되는 비교적 순수한 「公案」의 범위로 축소시켰다. 《醉翁談錄》에 수록된 訟事 이야기들은 羅擘의 의식 속에 있는 「公案」의 개념을 이해하는 데에 도움을 줄 수 있는데, 文言으로 된 이 訟事 이야기들은 주로 애정과 혼인을 둘러싼 訟事 이야기를 다룬 「私情公案」과 간략하게 사건이 발생한 이유와 官府의 판결문을 기록한 「花判公案」으로 나뉘어 수록되었다.³⁾ 이러한 배경 하에서 宋·元 시기에는 비록 다른 제제와 완전히 독립되고 성숙한 「公案」 제제의 소설이라고 보기는 어렵지만 訟事 이야기가 작품의 상당부분을 차지하고 있는 작품들이 출현하였는데, 예를 들어 <三現身包龍圖斷冤>, <簡帖和尚>, <十五貫戲言成巧禍>, <合同文字> 등을 대표작으로 하여 대략 12 편의 「公案類 小說話本」⁴⁾이 창작되었다.

특히 明代에 이르러 萬曆·崇禎 시기에는 30여 년에 걸쳐 《包龍圖判百家公案》(약칭 《百家公案》)의 간행을 선두로 하여 《龍圖公案》에 이르기까지, 《江湖歷覽杜騙新書》(약칭 《杜騙新書》)를 제외하고는 모두 「○○公案」이란 제목 아래 清官인물을 중심으로 하여 전문적으로 訟事 이야기를 다루고 있는 단편의 작품들을 엮어 만든 13부의 「公案小說 專集」⁵⁾

書史話》, 北京: 人民文學出版社, 1987, 49-50 쪽.

- 3) 「私情公案」에는 <張氏夜奔呂星哥> 등이 수록되어 있으며, 이 유형은 후대 明代 白話 公案小說의 주요한 갈래의 하나가 되기도 하였다. 「花判公案」에는 15건의 案件을 수록되어 있는데, 간략하게 사건이 발생한 이유와 官府의 판결을 기록하고 있으며, 이 중 주요 요소는 바로 判決文이다. 또한 《醉翁談錄》이 수록하고 있는 목록 중 「公案」類에 16種의 話本 목록이 수록되어 있다.
- 4) 「公案類 小說話本」의 구체적인 작품목록과 창작특징은 줄고 <宋元 小說話本の 公案·俠義 類型>(박명진, 《중국소설논총》20, 2004. 9)을 참조할 수 있다.
- 5) 「公案小說 專集」은 달리 「公案 題材 小說集」이라고도 칭할 수 있으며, 이것의 구체적인 작품목록과 창작특징은 줄고 <明代 公案小說 專集의 創作과 刊行>

이 간행되었으며, 또 明代 후기에 간행된 「三言」, 「二拍」, 《型世言》, 《歡喜冤家》 등 白話 短篇 小說集에는 대략 80여 편 이상의 유형적으로 성숙한 「白話 短篇 公案小說」⁶⁾이 수록되어 있다. 이외에도 明代에는 文言·筆記 公案小說이 창작되었다. 이와 같이 중국의 「公案小說」은 그 형성과정 속에서 자연스럽게 「公案」이라는 용어가 전통적으로 사용되었으므로 訟事 이야기를 주요 모티프로 하는 소설을 「公案小說」이란 개념으로 분류할 수 있다.

明代에 이르러서 특히 白話小說史에서 진정한 의미에서의 「公案小說」이 대량으로 출현하게 되었으며, 독립된 하나의 소설유형을 형성하였다. 明代의 公案小說은 주로 宋·元·明 시기를 배경으로 사회생활을 둘러싸고 발생하는 각종 사건 및 사건해결과 관련된 사법제도를 묘사하고 있다. 소설은 판관의 사건에 대한 조사와 심문 과정 및 판결 등의 내용을 통해 당시의 사법제도와 법률관념 등 법문화의 내용을 생동감 있게 형상화시켰다. 특히 五代의 《疑獄集》의 편찬을 계승하여 宋代와 明代를 거치면서 《名公書判清明集》, 《棠陰比事》, 《折獄龜鑑》, 《蕭曹遺筆》, 《折獄明珠》, 《耳譚類增》 등 법률유서가 대량으로 간행되었으며, 이것은 명대 공안소설 창작에 매우 큰 영향을 끼쳤다. 明代 公案小說 중 상당수는 이러한 法律類書나 文言小說 및 筆記에서 그 소재를 빌려오거나 베껴온 것이기 때문에 문체형식에서 判例書의 모습과 매우 흡사하며 내용에서도 당시 사법문화의 내용을 사실적이고도 풍부하게 담아내었다.⁷⁾

(박명진, 《중국어문학》41, 2003. 6)을 참조할 수 있다.

- 6) 明代 「白話 短篇 公案小說」은 작가가 유형의식을 지니고 訟事를 주요 모티프로 하여 창작한 소설로 公案小說의 독립되고 성숙한 제제 특징을 보여준다. 이것의 구체적인 작품목록과 창작특징은 줄고 <明代 白話 短篇 公案小說의 창작과 간행>(박명진, 《중국어문학》45, 2005. 6)을 참조할 수 있다.
- 7) 《百家公案》은 《江湖紀聞》에서 14편의 이야기를 가공하여 수록했으며, 《廉明公案》 중 많은 부분이 法律類書 《蕭曹遺筆》에서 베껴온 것이다. 또한 《諸司公案》의 36편이 모두 《疑獄集》, 《折獄龜鑑》과 《棠陰比事》에서 표절해 온 것이며, 《海剛峰公案》 역시 法律類書 《耳譚類增》과 《折獄明珠》 등과 《百家公案》, 《廉明公案》, 《諸司公案》 등 다른 「公案小說 專集」에서

2. 朝鮮時代의 「訟事小說」

朝鮮時代의 訟事를 제재로 한 소설에 대해, 최근 학자들에 의해 「訟事小說」이라는 용어를 사용하지는 주장들이 제기되고 있는데, 이것은 중국에서 訟事事件과 그를 둘러싼 법정의 조사와 판결이라는 의미로 사용되고 있는 「公案」이라는 개념이 우리나라에서는 이러한 뜻으로 사용되지 않고 다만 「소송사건의 기록문서[公府之案牘]」의 의미로만 사용되었고, 오히려 「訟事」라는 개념이 詞訟과 獄訟 등의 재판사건을 두루 포괄하는 것이기 때문이다.⁸⁾ 이러한 견해는 학계에서 어느 정도 설득력을 발휘하고 있는 것으로 보인다.

우리나라 古小說은 高麗時代의 대동기를 거쳐 朝鮮 초기 金時習의 《金鰲新話》 등을 기점으로 본격적인 창작이 형성되었고, 朝鮮 중기를 지나면서 성장기와 개화기를 맞는다.⁹⁾ 訟事小說은 이러한 古小說의 자생적 발전 과정과 중국 公案類 작품의 영향 아래 朝鮮時代에 이르러 매우 활발하게 다수의 訟事小說이 창작되어 하나의 하위 갈래를 형성하였으나, 기존의 분류방식에 의하면 訟事小說은 하나의 유형으로 독립되지 못하고 傳奇소설, 의인소설, 풍자소설, 가정소설, 윤리소설 등에 포함되어 있다.¹⁰⁾ 訟

베껴온 것이다. 이에 대한 내용은 일본 학자 阿部泰記 선생의 <明代公案小說的編纂>(阿部泰記 著, 陳鐵鑽 譯, 《綏化師專學報》, 1989. 4), <明代公案小說的編纂>續(阿部泰記 著, 陳鐵鑽 譯, 《綏化師專學報》, 1991. 1) 및 魯德才 선생의 <明代各諸司公案短篇小說集의性格形態>(《'93 中國古代小說國際研討會論文集》, 北京: 開明出版社, 1996) 등을 참조할 수 있다.

- 8) 국문학계에서는 訟事를 제재로 한 소설에 대해 「公案」과 「訟事」를 혼란스럽게 사용해왔으나, 중국과는 다른 용어의 사용으로 인해 「公案小說」이라는 용어대신에 「訟事小說」이라는 용어를 사용하는 것이 적절하다는 주장이 제기된 것이다.(이현홍 저, 《한국송사소설연구》, 서울: 삼지원, 1997, 23-27쪽)
- 9) 한국고전소설편찬위원회, 《한국고전소설론》(3쇄; 서울: 새문사, 1994), 32-39쪽.
- 10) 김광순, 《한국고소설사》(서울: 국학자료원, 2001), 「제4장 고소설의 유형」 참조. 신해진 선생의 《조선조 전계소설》(서울: 월인, 2003)은 訟事小說 <柳淵傳>, <金淳夫傳>, <鄭孝子傳>, <兩班傳>, <銀愛傳>, <柳光億傳>, <茶母傳>을 수록하고 있으며, 선생의 《조선후기 가정소설선》(서울: 월인, 2000)

事小說 내부의 유형 특징으로 볼 때 가장 두드러진 것은 「傳類 訟事小說」과 「우화형 訟事小說」이 다수를 차지한다는 점이다. 「傳類 訟事小說」은 대부분 實事에 바탕을 둔 인물의 행적과 평결을 기본형식으로 하여 인물을 둘러싼 訟事事件을 집중적으로 전개하고 있으며, 수적인 면에서도 다수를 차지하고 있다. 이것은 중국 明代 公案小說에서 清官이라는 判官을 중심으로 다수의 「公案小說 專集」이 출현했던 것과는 매우 다른 형식을 보여주고 있다. 또한 인물 중심의 訟事小說이라는 점에서 明代의 「白話短篇 公案小說」의 창작과 유사한 점이 있으나 역시 이것과도 구별된다. 특히 朝鮮時代 「우화형 訟事小說」은 동물우화 형식을 기본으로 訟事의 발생과 재판과정을 묘사하여 현실사회의 부패를 비판하고 있는 작품으로, 중국의 公案小說에서는 전혀 찾아볼 수 없는 朝鮮時代 訟事小說의 독특한 형식을 갖추고 있다. <서대주전>, <서동지전>, <황새결승>, <녹처사연회>, <까치전> 등의 생동감 넘치는 訟事 이야기는 朝鮮 후기 향촌사회의 자연재해, 변화된 사회경제 질서의 형성, 중세사회 해체기의 제반 모순과 병폐 등의 실상과 이러한 변동에 따른 각 계층 간의 갈등을 반영하고 있으며, 동물우화를 통해 인간세계 제반모순과 부조리를 날카롭게 풍자하고 있다.¹¹⁾

朝鮮時代 訟事小說의 전체적인 목록을 살펴보면 <장화홍련전>, <김씨 열행록>, <김인향전>, <진대방전>, <옥낭자전>, <정경수전>, <이운선전>, <신계후전>, <서대주전>, <서동지전>, <황새결승>, <녹처사연회>, <까치전>, <박문수전>, <제마무전>, <銀愛傳>, <吉女>, <三士橫入黃泉記>, <鼠獄記>, <蛙蛇獄案>, <兩班傳>, <茶母傳>, <柳淵傳>, <洪烈婦傳>, <朴孝娘傳>, <鄭孝子傳>, <金淳夫傳>, <金氏南征記>, <柳光億傳>, <王郎返魂傳>, <南炎浮洲志> 등 중·단편의 국문소설과 한문소설들이 있다.¹²⁾ 위의 작품들은 중국을 배경으로 하는 소수 몇 작품

은 訟事小說 <김인향전>, <장화홍련전>을 수록하고 있으며, 「계모형 가정소설」로 분류하였다.

11) 이현홍, 같은 책, 255-259쪽.

을 제외하고 거의 대부분이 朝鮮時代 사회를 배경으로 하고 있으며, 당시 법문화의 내용들을 다양한 시각을 통해 반영하고 있다.

朝鮮時代에는 법전의 필요성이 강조되면서 정비된 法典과 다량의 決訟書들이 편찬되었다. 朝鮮 초기 太祖는 법제의 정비에 있어 우선 刑決官은 범죄를 처결함에 있어 반드시 중국의 《大明律》을 적용할 것을 敎書에서 밝힘으로써 《大明律》은 법전 편찬 이전에 우선 刑法으로서 적용되었다.¹³⁾ 이와 함께 朝鮮 초기에는 《唐律疏義》가 가장 빈번하게 律法の 참고서가 되었다.¹⁴⁾ 太祖 4년에는 《大明律》을 그대로 직해하여 「大明律直解」를 보급하여 적용하였으며, 明律 이외에 朝鮮의 국정에 맞는 법제의 필요성에 따라 《大明律》을 기본으로 하여 《經國大典》, 《續大典》 등의 刑律書を 편찬하였다.¹⁵⁾ 여기에서 朝鮮時代 법제가 중국 법제의 영향을 상당히 많이 받았음을 알 수 있다. 또한 소송의 증가에 따라 판례들을 모아놓은 決訟書 《詞訟類聚》, 《決訟類聚》, 《決訟類聚補》, 《律例便覽》, 《律例要覽》, 受敎集 《受敎輯錄》, 《新補受敎輯錄》 등이 편찬되었으며, 이외에도 서리들이 실무 행정을 처리하는데 있어서 필요한 여러 가지 일을 서술해 놓은 《儒胥必知》, 법의학서 《增補無冤錄》 등은 朝鮮時代 법제와 판례 및 각종 소송이나 上言의 서술양식, 작성양식 등을 소개하고 있다. 《無冤錄》, 《棠陰比事》¹⁶⁾ 등 중국의 법의학서와 판례집 역시 조선시대 決訟書에 어느 정도 영향을 끼쳤다. 訟事小說에서 다루는 법체계와 법적용은 대부분 이러한 刑律書의 내용에 기초하고 있으며, 활발하게 간행된 決訟書와 법의학서 등도 訟事小說 창작에 큰 영향을 끼쳤다고 할 수 있다.

12) 같은 책, 20-21쪽.

13) 박병호, 《한국법제사고》(서울: 법문사, 1974), 415-416쪽.

14) 조운선, 《조선 후기 소송연구》(국학자료원, 2002), 26쪽.

15) 박병호, 같은 책, 416-418쪽.

16) 《棠陰比事》의 訟事 이야기와 동일한 내용이 수령을 위한 판결지침서인 《欽欽新書》와 《牧民心書》에 각각 30편, 47편이 수록되어 있다.(이헌홍, 같은 책, 134-139쪽)

위에서 살펴본 바와 같이 明代에 이르러 公案小說은 대량으로 창작되었고 독립된 하나의 소설유형을 형성함으로써 고대소설사에서 중요한 위치를 차지하게 되었으며, 이 때문에 明代 公案小說은 바로 중국 公案小說의 가장 핵심적인 부분이라 할 수 있다. 또한 이것은 宋·元·明 시기를 중심으로 고대사회의 사법제도와 법률관념 등 법문화의 내용을 생동감 있게 형상화시켰다. 또한 우리나라의 경우 朝鮮時代に 이르러 대량의 訟事小說이 창작되어 우리나라 고대 訟事小說을 대표하게 되었으며, 이것은 朝鮮時代를 중심으로 우리나라 고대사회의 사법체계와 법률의식 등 법문화를 반영하였다. 따라서 본 논문에서는 明代의 公案小說과 朝鮮時代の 訟事小說을 주요 대상으로 삼아 이들이 반영하는 고대사회의 법문화를 비교·고찰하고자 한다.

II. 司法體系에 나타난 法文化

明代 公案小說과 朝鮮時代 訟事小說은 중국 宋·元·明 시기와 우리나라 朝鮮時代를 중심으로 고대사회의 사법체계와 소송절차를 통해 당시의 법문화를 반영하고 있다. 우선 사법체계에 있어 판결과 사법체계 및 「復審制度」와 「欽恤制度」 등을 통해 당시 법문화의 내용을 살펴볼 수 있다.

1. 判決과 司法體系

明代 公案小說이 묘사하는 판결과 「申詳制度」는 지방장관의 판결과 申詳의 절차에 관한 내용을 보여준다. 중국 고대사회는 행정과 사법이 분리되어 있지 않으며 등급제도가 매우 삼엄하다. 판결의 방법에 있어 가벼운 사건의 경우 지방장관이 스스로 판결을 내리지만, 중대한 사건의 경우에는 상부에 申詳하고 비준을 받아야만 판결을 내릴 수 있다.

明代 公案小說의 시대배경이 되고 있는 宋代의 사법체제는 《宋刑統》

을 통해 살펴볼 수 있는데 審級에 세 단계가 있다. 중앙의 사범은 刑部와 大理司가 관장하고, 지방은 두 단계로 나뉘는데 州와 縣이 분화되어 지방의 사범을 관장한다. 知縣은 안건을 접수하여 증거를 수집하고 명백한 심리를 거쳐 徒刑 이상인 것은 안건과 범인을 직속의 知州에게 보내 처리하게 한다. 州에서 안건의 최종 판결은 知州의 명의로 포고되며, 知州는 사형을 판결한 안건 중에서 만약 “처벌은 무거운데 사건은 가볍거나 사건은 무거운데 처벌이 가벼운 것, 사건에 의심의 여지가 있거나 도리상 동정이가는 것[法重情輕, 情重法輕, 事有可疑, 理有可憐]” 등의 특수상황이 있을 경우 반드시 모든 문서를 朝廷으로 보내 재심하게 하여야 한다. 그러나 만약 범죄 사실이 분명하고 적용한 법률이 명확하거나 범인이 죄를 시인한 경우에는 上奏할 필요가 없다.¹⁷⁾

《二刻拍案驚奇》卷之10 《趙五虎合計挑家釁 莫大郎立地散神姦》은 宋代 紹興年間을 배경으로 하고 있고 府의 唐太守가 宋禮 등이 莫氏 집안의 詞訟을 교사한 죄에 대해 杖刑과 配刑을 판결하는데, 매우 사소한 사건이기 때문에 상부에 申詳하지 않고 임의대로 처리한다. 이와는 달리 《警世通言》 제36권 <崑角林大王假形>은 宋代 宣和年間을 배경으로 하고 있으며, 趙知縣이 崑角大王廟가 백성에게 해를 끼치는 안건을 처리하고 東京으로 가던 중 관복을 잃고 가짜 知縣과 다투게 되는 이야기를 기록하고 있다. 그는 開封府로 가서 억울함을 호소하고 陰鼠精인 가짜가 사라지자 道君皇帝에게 上奏하고 聖旨를 받아 사건이 해결된다.

중국 고대사회에는 정치제도와 사법제도가 분리되어 있지 않았기 때문에 帝王을 중심으로 하는 정치제도가 법제에 직접적인 영향을 끼쳤으며, 皇帝는 최고의 입법권과 심판권을 가지고 있었다. 따라서 지방의 사범은 지방 행정장관이 겸직하여 처리하였는데, 마지막 결정권은 여전히 황제의 손에 있었다. 그러므로 고대 법률을 「王法」이라 불렀다. 죄를 확인한 후 流刑 이상의 중요한 사건은 皇帝가 결정하였다. 이러한 각도에서 볼 때

17) 周密, 《中國刑法史綱》(北京: 北京大學出版社, 1998), 280-282쪽.

중국 고대사회의 법제는 계급사회의 통치도구에 지나지 않았으며, 고대 사법구조는 이러한 내용들을 그대로 표현하였다.

公案小說 專集의 가장 이른 작품인 《百家公案》은 宋代의 명판관인 包公의 판결을 묘사하는 과정에서 宋代의 사법제도를 반영하였는데, 특히 包公과 仁宗의 관계를 통해 사법체제를 묘사하였다. 일반적인 안건에 있어서는 包公이 처리하고 上奏하지 않는 부분이 있고, 예외적으로 <東京判斬趙皇親>에서 包公은 趙皇親과 孫文儀를 먼저 참수하고 仁宗에게 보고하여 「先斬後奏」의 강인한 淸官의 형상을 보여주었다. 그러나 대부분 작품에서 包公은 사건을 朝廷에 上奏하고 仁宗의 「下旨」에 의거하여 판결을 내린다. 이것을 통해 작품에서 묘사하고 있는 包公의 사법 활동이 고대 사법제도의 원칙에 어느 정도 부합되고 있음을 알 수 있다.

또한 明代 公案小說의 주요 시대배경이 되는 明代의 사법체계는 주로 《大明律》에 근거하고 있는데, 明代에는 일반 백성들의 안건에 대한 심리에서 縣主 正官이 초심을 주관하였으며, 민간에서의 소송은 아래에서 위로 진행되었다. 지방 행정장관은 사법재판을 겸하고 있었기 때문에 그는 판결을 한 후 반드시 상급 사법기관에 申詳해야만 했다. 明代 公案小說은 知縣, 知府, 推府 등 지방장관의 사건 심리와 申詳에 대해 묘사하였다. 明代 사법기관의 감독 절차를 살펴보면 지방에서는 提刑按察司가 각 성급 사법기구가 되고, 동시에 조정에서 각 道에 監察御史와 巡按御史 등을 파견하여 지방의 중요한 사건의 심리에 참여하도록 하였다.¹⁸⁾ 《廉明公案》 「盜賊類」 <董巡城捉盜御寶>에서 상부에 申詳하는 장면들을 볼 수 있다. 巡城 正兵馬 董成은 御寶를 훔친 도적패를 잡았는데, 함부로 처리할 수 없어서 문서를 작성하여 兵部에 보고하였다. 《諸司公案》 등 작품에서도 종종 「申上兩院」, 「申上部」 등의 표현을 볼 수 있다. 여기에서 고대의 사법구조와 「申詳制度」가 매우 삼엄했음을 알 수 있으며 이러한 제도들은 계급사회의 사법관념을 그대로 표현해 주고 있다. 또한 《喻世明

18) 白壽彝 總主編, 《中國通史》15(上海: 上海人民出版社, 1999), 336쪽.

言》 제2권 <陳御史巧勘金釵鈿>에서는 梁尚賓이 재물을 탐하여 자신이 정혼자 魯學曾으로 가장하여 顧阿秀를 속여 결국 그녀를 자살에 이르게 한 사건을 서술하고 있다. 그곳 知縣은 고문으로 魯學曾의 거짓자백을 받아내었으나, 마침 監察御使 陳濂이 명을 받아 江西로 순시를 나왔다가 이 사건을 심리하여 魯學曾의 억울함을 풀어주었다.

朝鮮時代 訟事小說 역시 사건해결의 소송과정과 판결에 대한 묘사가 당시의 사법체계에 근거하고 있음을 알 수 있다. 朝鮮王朝의 관료기구에는 중앙과 지방의 職으로 나누어지며, 議政府와 六曹가 주요한 중앙정무기관이고, 觀察使, 守令, 鄕吏가 지방행정기구이다. 觀察使의 관할 하에 府尹, 大都護府使, 牧使, 都護府使, 留守, 郡守, 縣令, 縣監이 병렬적으로 守令을 맡고 있다. 朝鮮王朝는 제도상 중국과 마찬가지로 司法과 行政이 명백히 구분되지 않아서 범죄수사에 있어서 官制상의 권한이 개입되었다.¹⁹⁾ 또한 중앙집권적 전제적 봉건사회로 行政과 사법이 궁극적으로는 국왕으로부터 권한이 부여되고 국왕에 의해서 임면되는 관료에 의해 행해졌다.²⁰⁾

朝鮮時代 訟事小說 <銀愛傳>을 통해 당시 판결과 사법체계의 구조를 살펴보고자 한다. 金銀愛는 崔正連을 부추겨 자신과 간통했다고 소문을 내고 銀愛의 결혼 후에도 악행을 계속한 安氏 할미를 칼로 얼어뼉 군데 찢러 죽여 18세에 살인을 한 사형수가 되었다. 이 사건은 縣監 朴載淳에게 넘겨졌다. 朝鮮時代 訟事小說은 지방장관이 송사를 진행하는 이야기를 많이 다루고 있다. 審級상 제1심 심리기관인 지방수령은 일체의 詞訟과 笞刑 이하의 刑事事件을 맡았다.²¹⁾ 이 작품에서 지방의 縣監은 銀愛를 장하다고 여겨 죄를 용서하고 풀어주고 싶었으나 법을 어길 수가 없어서 문서를 작성하여 觀察使 尹行元에게 올리는 장면을 묘사하였다. 審級상 제1심에 해당하는 것이 바로 觀察使(監司)이다. 관찰사는 지방수령의 올린 사

19) 서일교, 《조선왕조 형사제도의 연구》(재판; 서울: 박영사, 1974), 7-8쪽.

20) 박병호, 《전통적 법체계와 법의식》(2쇄; 서울: 서울대학교 출판부, 1983), 33쪽.

21) 같은 책, 33쪽.

건에 대해 직접 판결하지 않고 수령으로부터 보고 받은 분쟁사실과 판결 이유에 대해 나름대로의 사실과 증거에 대한 조사를 수령에게 지시하고 수령은 이에 따라 다시 판결을 내렸다.²²⁾ 觀察使 尹行元은 推官에게 타일러 공모자가 누구인지 캐어묻게 하고 법 적용은 늦추게 하였다. 마침 당시 국가에는 元子가 탄생하는 큰 경사가 있어 임금이 사형수까지 기록해서 보고하게 하였다. 관찰사 尹蕃東이 이 옥사를 상급까지 기록해서 보고하게 하였다. 관찰사 尹蕃東이 이 옥사를 상급하자, 임금은 銀愛를 불쌍히 여겼으나 사건이 중대한 만큼 刑曹에 명령을 내려 대신들에게 의논하게 하였다. 刑曹는 법률 詞訟을 관장하며 사법행정의 감독기관인 동시에 수령이 맡은 사건의 上訴審으로서 재심기관이며 합의제였다.²³⁾ 결과적으로 살인죄라는 대신들의 의견에도 불구하고 임금은 풍속을 교화하고 윤리의 常道를 숭상하고 氣節을 소중히 여긴다는 뜻에서 批答을 내려 銀愛를 사면시켰다. 당시 사법기구들의 권한은 모두 국왕에게서 그 근원을 찾을 수 있었으며 최고의 재판권은 바로 국왕이 지녔다.

朝鮮時代 訟事小說의 판결과정에 관한 묘사를 통해 당시 사법체계가 매우 삼엄했으며 審級구조가 수령→監司(觀察使)→刑曹 또는 상급을 통해 국왕으로 이어지는 순서를 거쳐야 함을 발견할 수 있다.²⁴⁾

2. 「復審制度」와 「欽恤制度」

사법체계와 관련하여 중국 고대 사법제도에서 「復審制度」는 매우 중요한 특징 중 하나이다. 宋代 刑制의 규정에 의하면 이미 판결했지만 집행하지 않은 사형 안건에 대해서는 죄인 자신이나 그의 가족이 抗訴할 수 있었는데, 이것을 소위 「臧冤」이라 하였고 이 과정을 거치면 반드시 재심을 한 차례 해야만 하는데, 이것을 「復推」라고 하였다.²⁵⁾ 감독

22) 같은 책, 33쪽.

23) 같은 책, 33쪽.

24) 같은 책, 34쪽.

25) 周密, 같은 책, 283쪽.

관원은 「復審制度」를 통해서 탐관오리에 의해 생긴 억울한 누명을 풀어 정의를 신장할 수 있었다. 明代 公案小說에는 다량의 監察御史, 巡按, 廉訪使 등 監察官員의 復審이 묘사되어 있다. 《廉明公案》 「姦情類」 <鄒給事辨詐稱奸>은 復審을 서술하였다. 劉知縣이 張逸, 李逃의 강간사건을 조사하고 孫梅가 아내에게 간통을 하도록 교사한 것에 대해 곤장 30대의 형벌을 내렸으며 孫梅의 처는 관노가 되게 하였다. 鄒級史가 이 사건을 復審하여 張, 李의 강간죄를 몰어 斬首에 처하고, 知縣은 봉록을 차압당하였다. 그 후 상급기관에 보고하고 大巡이 다시 교지를 내렸다. 《拍案驚奇》 卷之14 <酒謀財于郊肆惡 鬼對案楊化借尸>는 매우 복잡한 상소절차를 묘사하였다. 于大郊가 재산을 탐하여 楊化의 목을 졸라 살해하였는데, 楊化의 원혼이 得水의 아내 李氏의 몸에 붙어 억울한 사연을 하소연하였다. 知縣은 소송을 받아들이고 李氏와 于大郊 등을 심문하여 于大郊에게 사형을 선고하였으며, 이 문건을 府中으로 가져가게 하였다. 知府는 이것을 친히 심의한 후에 비준을 해 주었으며, 다시 이것을 督撫軍門(明代의 巡撫)에게 가져갔으며, 孫軍門은 按察司에 보고를 하고, 按察司는 劉同知 知府의 佐官)에게 보고하여 復審을 하였다. 劉同知가 復審을 한 후 다시 상급기관에 申詳하였다. 이 사건은 매우 드문 일이었기 때문에 이렇게 복잡한 사법절차를 거쳐서야 해결될 수 있었던 것이다.

《醒世恒言》 제27권 <李玉英獄中訟冤>의 시대배경은 明代 正德年間이며, 三法司의 復審을 서술하였다. 소설은 《列女傳》에 李玉英의 누명을 면론하는 다음과 같은 내용의 상소문이 실려 있다고 쓰고 있다.

본래 매해 여름에 조정에서는 寬恤의 규정이 있는데, 太監을 보내 각 아문에서 아직 집행하지 않은 사건들을 심사하여 기록하게 하였다. 모든 억울한 사건과 누명을 쓴 사람은 上奏하도록 하였다.

元來每歲夏間, 在朝廷例有寬恤之典, 差太監審錄各衙門未經發落之事 凡事 枉人冤, 詐諸人陳奏.²⁶⁾

26) 馮夢龍 編, 《醒世恒言》(9쇄; 北京: 人民文學出版社, 1994), 595 쪽 인용.

이에李玉英은 조정의 「寬恤」의 시기를 빌어, 上疏를 올려 자신의 억울함을 호소하였다. 天子께서 친히 이 上疏를 보시고, 下旨하여 三法司로 하여금 엄하게 심문하여 진상을 밝히도록 하였으며, 그 결과 계모 焦氏를 처벌하고 玉英을 석방시켰다. 「三法司」는 明代의 3대 사법기관 즉, 刑部, 大理司와 都察院의 총칭이다. 당시 중대한 안건은 三法司의 합동수사에 의해 처리되었는데, 초심은 刑部和 都察院이 주로 하고 復審은 大理司가 관장하였는데, 이것을 「三法司會審」이라고 한다.²⁷⁾

朝鮮時代 訟事小説에서도 審級 절차에 따른 「復審制度」를 묘사하였다. 제1심에서 守丞의 판결에 불복하는 경우 觀察使(監司)에게 護送을 제기할 수 있었으며, 지방관의 판결에 여전히 승복하지 않는 경우는 刑曹에 상소할 수 있었다. 刑曹은 정2품의 사승이문으로서 “법률, 상언, 사송, 노예의 사무를 관장”하였다. 刑曹은 형벌을 사용할 수 있는 用刑衙門이었기 때문에 法司로서의 권위도 다른 어느 사송기관보다 높았다.²⁸⁾ <金淳夫傳>에서 金淳夫는 집안이 군청에서 종회를 열었는데 誣告를 당해 문신을 새기고 관동지방으로 귀양을 가게 되었는데, 그곳 知縣 趙鳳周가 그의 억울함을 알게 되었고, 그가 후에 刑曹의 郎官이 되어 本部侍郎과 判決事 등과 논의하여 淳夫에게 대사면을 내리게 되었다. 또 <황새결송>에서는 경상도의 한 부자는 패악무도한 일가가 자신의 재산을 반으로 나누어 달라고 관에 소송을 제기하자, 지방 관청에 송사하지 않고 바로 중앙관서인 刑曹에 제소하여 후환을 없애고자 하는 내용을 서술하였다. 부자는 결국 訴志를 내기 위해 刑曹를 찾아가 冤情을 올렸다.

刑曹를 비롯해 중앙엔 漢城府, 掌隸院, 司憲府 등의 사송기관이 있었다. 이러한 사법권을 가진 기관들을 法司라 하였으며, 특히 漢城府, 刑曹, 司憲府를 三法司라 칭하였다.²⁹⁾ <柳淵傳>에서 유언은 達城令에 의해 형을

27) 武樹臣 主編, 《中國傳統法律文化辭典》(北京: 北京大學出版社, 1999), 法律設施類 「三法司」條.

28) 조윤선, 같은 책, 85쪽.

29) 같은 책, 81쪽.

죽었다는 누명을 쓰게 되고, 중앙에서 「三省交座」³⁰⁾의 논의와 증인 심문 후 사형을 당하게 된다. 후에 尹先覺에 의해 사실이 밝혀지고 司憲府에서 재조사를 하게 된다. 또한 임금에게 알려 당시 推官과 郎官의 잘못도 조사를 받았다. 司憲府는 《經國大典》의 규정에 의하면 “시정을 노하고 백관을 규찰하며 풍속을 바로잡는 것과 억울함을 풀어주는 업무를 관장” 하게끔 규정되어 있다. 여기서 억울함을 풀어주는 일은 바로 소송과도 관련되는 것이었다.³¹⁾

「復審制度」와 더불어 朝鮮時代 訟事小說에도 「欽恤制度」에 관한 묘사들이 있다. <옥낭자전>에서 옥낭자의 정혼자 이시업은 혼례일이 다가와 영흥으로 가던 도중 영흥 土豪와 다툼이 생겼는데, 외중에 土豪의 종자 하나가 이시업의 하인에게 맞아죽게 되고 시업은 살인죄로 몰려 투옥된다. 옥낭자는 남장을 하고 남편을 대신해 옥에 갇힌다. 府使가 사실을 알고 사연을 갖추 기록하여 監營에 狀啓를 올리자, 함경감사가 이 報狀을 보고 크게 칭찬하고 감사는 朝廷에 奏達하였다. 임금은 이시업에게 西班堂上을 내리고, 옥랑을 貞烈夫人으로 봉하였다. 옥낭자는 임금의 특사를 받고 무사히 귀가하였다. 또한 이러한 「欽恤制度」는 유교를 숭상하던 朝鮮時代에는 주로 綱常과 관련된 것들이 많았다.

이외에 禮治의 통치방식은 上言, 擊錘 등의 訴冤制度에서 여실히 구현되었다. 《經國大典·刑典》 「訴冤」조에 있는 “억울함이 있는 자는 서울은 주장관, 지방은 관찰사에 정소하고 그래도 억울하면 사헌부 신문고를 친다”는 규정은 최대한 민의 억울함을 풀어주고자 하는 국가의 위민 정책이었다. 이 신문고 규정은 조선 후기 上言, 擊錘 등의 訴冤制度로 형식적 모습을 바꾸면서 국왕의 恩典이나 欽恤策을 유감없이 발휘하였다.³²⁾ <김씨열행록>에서 김씨는 혼인 첫날 밤 계모의 사주를 받은 괴한에 의해 남

30) 朝鮮時代 三省(議政府, 司憲府, 義禁府)의 관원이 합좌하여 폐륜을 범한 죄인을 국문하던 일을 가리킨다.

31) 조운선, 같은 책, 82쪽.

32) 같은 책, 288쪽.

편이 죽게 되는 사건을 맞게 되고, 자신은 행실을 의심받아 內獄에 갇혀 있었다. 김씨는 누명을 벗기 위해 남장을 하고 진범을 찾기 위해 집을 떠나 진범을 찾아내고 억울함을 풀게 되었는데, 시아버지 장시랑이 새로 맞은 최씨가 유태수와 음모를 꾸미자, 김씨의 시녀 옥매가 밥에 독약을 타 최씨를 죽이려 하다 장시랑을 죽이게 되고 김씨는 누명을 쓰고 옥에 갇혔다. 시녀 옥매는 옥사장이에게 뇌물을 주고 동생 금매를 대신 옥에 넣고 자신은 탈옥하여 상경하여 登聞鼓를 쳐서 진정서를 올린다. 皇上帝이 刑曹判書 정인충을 내려보내 冤獄을 해결하여 김씨는 효열부인에 봉해지고 최씨는 교살되고 유태수는 파면되었다. 이 작품을 통해서 당시 訴冤制度和 欽恤策을 살펴볼 수 있다.

Ⅲ. 「衙門聽訟」에 나타난 法文化

明代 公案小說과 朝鮮時代 訟事小說은 주로 地方官의 訟事 이야기를 다루고 있는데, 「衙門聽訟」의 과정을 통해 다양한 법문화의 특징을 담아내었다. 聽訟 과정은 판결을 제외하고 크게 起訴, 사전조사, 심리와 자백의 단계로 나누어 살펴볼 수 있다.

1. 起訴

중국 고대사회에서 기소에는 두 가지 방식이 있었다. 하나는 舉劾, 自劾과 告發이고, 다른 하나는 告訴인데, 自訴, 越訴, 直訴, 친족 代訴가 여기에 포함된다.³³⁾ 明代 公案小說은 주로 自訴의 장면이 많이 나오는데, 피해자나 그 가족이 직접 관부로 가서 告訴하는 것이다. 《詳刑公案》「竊盜類」〈馮縣尹斷木碑追布〉는 郁文이 張華의 객점에서 배를 도둑맞자, 본인이 직접 관부에 기소를 하는 장면을 묘사하였다. 《百家公案》 제28회

33) 白壽彝 總主編, 같은 책, 329쪽.

<判李中立謀夫占妻>에서는 金本榮과 그의 아내 江玉梅가 李中立에게 모해를 당하자, 金本榮과 그의 부친이 관부에 기소를 하는 장면을 묘사하였다. 起訴의 형식을 살펴보면, 起訴는 주로 문서의 형식을 취한다. 즉, 고소인이 고소장[狀詞]을 써서 관부에 고하면, 피의자가 이에 불복하고 변론장[訴詞]을 관부에 제출하여 소송이 시작된다. 明代 작품에 등장하는 고소장과 변론장은 상당한 비중을 차지하며 작품의 이야기를 전개하는 서사의 수단이 되고 있다. 더욱이 明代 公案小說 專集의 대다수 작품들은 판례집의 형식을 모방하였기 때문에 고소장과 변론장의 비중이 더욱 크다. 심지어 《海剛峰公案》의 후반부는 고소장, 변론장 및 판결문으로 구성되어 마치 판례집을 보는 듯하다. 고소장은 주로 “기소인 ○○○, ○○○○의 사건을 고발합니다.[訴狀人○○○, 狀告爲○○○○事, ……., 上告]”의 형식을 취한다. 변론장은 “변론인 ○○○, ○○○○의 사건을 변론하여 상고합니다.[訴狀人○○○, 狀告爲○○○○事, ……., 上告]”의 형식을 취한다.

朝鮮時代 訟事小說은 소송을 제기하는 장면들을 쉽게 볼 수 있는데, 朝鮮 중기 이후 백성들은 각종의 訴狀, 所志, 原情, 單子, 白活 등을 통해 자신의 불이익을 시정하려 하였다.³⁴⁾ 우화형 訟事小說 <서동지전>에서 다람쥐는 서대쥐의 잔치에 갔다가 서대쥐에게 양식을 얻었으나 엄동이 되자 다시 서대쥐에게 양식을 요구했고, 서대쥐가 이것을 거절하자 원한을 품고 곤륜산의 백호산군을 찾아가 송사를 한다. 작품에는 다람쥐의 긴 장문 所志를 기록하고 있다:

하도산낙서동거흔는달암뽕뽕|활이라우견진소지의스단은의신이본디낙서
동에서……의신에슬픈정세논의로요땅양이라호턴함디에호소무처고로괴원극
통호와한조각원정을지어가지고업드여뽕호산군명정지하에올니옵나니복걸참
상교시후에장츠를받호스이갓흔서디쥬눔을성화작르|호여엄중치 호와잔약 호은

34) 조윤선, 같은 책, 252쪽. 《臨官政要》續編 「刑法章」에 의하면 “백성이 올리는 소송장을 속칭 소지라 하였다[俗以民之呈狀爲所志]”라고 하였으며, “백활은 속음으로 발괄이며 구두 소송을 일컫는 것이다[白活俗音발괄口訴之稱]”라고 하였다.

의신의일이바린양미를츠저유읍서혈々 무의호온잔명이합한원스호음이업게호
 읍심을천만망량위북지위라산군쥬쳐분이라후진정월일소지라.³⁵⁾

자신이 어디 사는 누구인지 먼저 밝히고 억울한 사연을 말하고, 마지막에 원한을 풀어줄 것을 부탁하는 형식이다. 백호산군 서대취를 관아로 잡아와서 다람쥐를 불러들여 서대취와 對訟함에 백호산군은 다람쥐의 소지 내용을 서대취에게 읽어주고, 서대취는 잠시 시간을 벌어 다음의 所志를 작성한다. “구궁산팔과동거호는가선의서드꺠북활이라우근진소지의사단은 의신이업디어드르니…….”³⁶⁾ 이러한 장면은 비록 우화형 소설이지만 인간 사회의 소송과정에서 기소를 사실적으로 묘사하고 있다고 할 수 있다.

明代 公案小説은 종종 고대인의 소송기피厭訟]의 관념을 표현하였다 《二刻拍案驚奇》 卷之10 <趙五虎合計挑家費 莫大郎立地散神姦>에서 작가는 宋나라 사람 范昇의 <厭訟詩>³⁷⁾를 인용하며, 官府가 재물을 갈취하는 일을 일삼아 만약 소송을 하게 되면 가산을 탕진하게 되고, 재물을 탐하는 유지는 소송하는 사람이 있다는 것을 알기만 하면 그 기회를 노려 갈취하려고 달려드는 세태를 폭로하였다. 正話에서 莫大郎은 「厭訟」이라는 明哲保身の 식견으로 가정의 화목을 다지고 가정의 안전을 지켰다. 또한 중국의 고대 법제에서 「無訟」은 도덕적 자율을 기초로 하고 양보를 미덕으로 생각하는 사회를 표현한 것이다.³⁸⁾ 그러나 작품에서 보듯이 당시 사회는 극도로 부패해 있었으며, 탐관오리들은 재물만 탐하고 공정하지 못했다. 고문이 합법적으로 허용되던 봉건 관부의 심리에서 심판관은 고문을 남용하게 되고, 백성들은 고초를 당하게 된다. 이러한 배경 하에서 백

35) 동국대 한국학연구소, <서동지전>(《활자본고전소설전집》3, 영인; 서울: 亞細亞文化社, 1976), 473-475 쪽 인용.

36) 같은 책, 481쪽 인용.

37) “些小言詞莫若休, 不須經縣與經州. 衙頭府底陪杯酒, 贏得猫兒賣了牛.” 凌蒙初著, 《二刻拍案驚奇》(北京 人民文學出版社, 1996), 200 쪽 인용.

38) 馬小紅 著 饒鑫賢 審定, 《中國古代社會的法律觀》(河南: 大象出版社, 1997), 34쪽.

성들이 소송을 기피하는 현상이 생겨났다고도 볼 수 있다.

朝鮮時代 訟事小說에도 역시 「無訟」의 관념을 표현하고 있다. <서동지전>에서 서대취는 자신을 변론하면서 동시에 세대를 비판하였는데, 武王 시대에는 태평성세로 訟事가 없었음을 강조하였다. 유교를 지도이념으로 삼고 있는 朝鮮時代의 지배층들은 「民間好訟」을 천박한 풍습이라 생각하였다. 그러나 이것은 단지 유교적 이상을 말하고 있을 뿐이며, 일반 백성들에게 있어 소송은 수탈로부터 자신을 지킬 수 최선의 방법이기도 하였다. 따라서 전근대 조선 후기 민의 好訟은 나쁜 습속의 결과가 아니라 자기의 권리, 인격에 대한 그리고 자신의 소유권에 대한 정당한 방어의 노력이 되었다.³⁹⁾ 따라서 朝鮮時代 訟事小說에서는 적극적인 소송의 자세를 묘사하고 있으며, 특히 우화형 소설에서 소송을 매우 유쾌하게 그려내고 있다.

2. 事前調査

「衙門聽訟」의 과정에 있어서 明代 公案小說은 사전 조사의 과정을 보여주는 다양한 내용들을 묘사하고 있다. 작품에서는 각 지방행정 장관의 조사활동을 묘사하였는데, 때로는 관리가 직접 탐문수사를 벌이기도 하고, 때로는 하급 관리가 사건의 단서를 찾기 위해 증거물을 수집하기도 하고 증인을 찾아내기도 한다. 사전 조사의 내용과 관련하여, 明代 公案小說이 다룬 民事事件에서 어떠한 문서들은 대단히 중요한 역할을 한다. 예를 들면 《廉明公案》 「爭占類」 <韓推府判家業歸男>에서는 재산상속에 관한 民事事件을 다루었다. 翁健은 재산을 아들에게 주기 위해 애매한 문구의 유언장을 남겼는데, “八十老翁生一子不是吾子家產田園盡付與女婿外人不得爭執”⁴⁰⁾이라는 26자가 적혀 있었다. 사위는 이것을 “팔십 노인이 아들을

39) 조운선, 같은 책, 256-257쪽.

40) 余象斗 集, 《廉明公案》(北京: 群衆出版社, 1999), 83쪽 인용.

하나 낳았는데 내 자식이 아니어서 재산과 토지를 모두 사위에게 주니 외인들은 다투지 말라”라고 해석하여 아들을 살려두고 자신이 재산을 갈취하였다. 그러나 노옹의 바람대로 명판관 韓公은 이것을 “팔십 노인이 아들을 하나 낳았는데, 내 자식이 아니겠는가? 재산과 토지를 모두 그에게 준다. 사위는 외인이니 다투지 말라”라고 해석하여 명판결의 켤거를 보여 주었다.⁴¹⁾ 이 작품은 문건이 바로 판결의 관건임을 보여준다. 《拍案驚奇》卷之10 <韓秀才乘亂聘嬌妻 吳太守憐才主姻簿>는 혼인과 관련된 民事訴訟을 쓰고 있는데, 韓秀才와 金朝奉이 맺은 婚書의 모습을 매우 사실적으로 기록하였다. 金朝奉이 韓秀才를 꾀박하여 과혼을 요구하자 韓秀才는 과혼을 받아들이는 척 하였다가 吳太守의 면전에 가서 이 혼인서약서를 제시하여 자신의 혼사를 지켜냈다.

朝鮮時代 訟事小說에서도 이러한 文記에 관한 내용을 찾아볼 수 있다. <兩班傳>을 보면 양반을 판 문건을 만드는 내용을 자세하게 묘사하고 있다. 郡守는 또한 “개인끼리 사고파는데 문권을 만들어 두지 않으면 소송이 일어날 꼬투리가 될 것이다[私自交易, 而不立券, 訟之端也]”⁴²⁾라 하며 文記의 중요성을 강조한다. 소설에서는 立券을 하고 通引이 도장을 내어다 여기저기 찍는 모습까지 상세하고 묘사하였다. 朝鮮時代 법률에 있어 효과적인 斷訟 정책과 공정한 소송을 위해 필요했던 또 하나의 규정은 바로 文記에 관한 것이었다. 소송의 객관적인 판결기준은 소송 당사자가 제출한 문서에 의지하지 않을 수 없었기 때문에 文記의 중요성은 갈수록 커졌다.⁴³⁾

사전 조사의 묘사에 있어서, 明代 公案小說은 또한 「詐作」의 부검 장면

41) 이 이야기는 다른 작품들에서도 볼 수 있는데, 《海剛峰公案》제60회 公案 <判家業還支應元>의 유언장에는 “老夫七十有七生子應元續接家產田園盡付與女婿外人不得爭執”(李春芳 編次, 같은 책, 262쪽 인용)이라고 쓰여 있으며, 《龍圖公案》卷之8 <味遺囑>의 유언장에는 “八十老翁生一子人言非是吾子也家業田園盡付與女婿外人不得爭執”(佚名編撰, 《龍圖公案》, 北京 群衆出版社, 1999, 237쪽 인용)이라고 되어 있다.

42) 신혜진, 같은 책, 222쪽 인용.

43) 조윤선, 같은 책, 62-63쪽.

을 매우 상세하게 묘사하고 있다. 「仵作」은 고대 관청의 관리로 시체의 부검을 맡거나 대신 엄과 장례를 하는 사람을 가리킨다. 宋나라 때는 부검관리의 조수였는데, 元나라 때에는 정식으로 산 사람과 시체를 부검하여 감정하는 일을 맡은 관리가 되었다.⁴⁴⁾ 부검은 과학적 수사의 한 과정이기도 했지만, 때로는 시체를 부검할 때 장관의 뜻을 헤아려 혹은 가벼운 것을 무겁게 얘기할 수도 있고 없는 것을 있다고 얘기하여 억울한 누명을 씌우는 부패도 적지 않았다. 《二刻拍案驚奇》 卷之31 <行孝子到底不簡尸 殉節婦留待雙出柩>에서는 법률 절차상의 부검에 대해 묘사하고 있는데, 소설은 서두에서 관부 부검의 명목과 잔혹성에 대해 묘사하였다.

관부에서 부검을 허가하면 지방에서 천막을 치는 사람은 천막 치는 돈을 요구하고, 관리를 따라 다니는 서기, 수위, 마부, 취고수 모두 술값을 요구하고, 부검인은 시작하는 돈과 손을 씻는 돈을 요구하며, 심지어 관리 앞에 놓이는 탁자도 향값, 떡값, 붓벼루값을 요구하고, 까는 담요와 방석 모두 원고가 준비해야 한다. 또 나쁜 보좌관은 술상을 차리게 하는 등 가지각색으로 요구하여 다 말할 수도 없다. 아무런 상처도 없는 시체를 부검하니, 이미 죽은 지 7, 8일이나 지난 사람이고, 원고를 심문하여 거짓 자백을 하게 하니, 무슨 도움이 되겠는가?

官府一准簡尸，地方上搭廠的就要搭廠錢，跟官、門皂、轎夫、吹手多要酒飯錢，仵作人要開手錢、洗手錢，至于官面前桌上要燒香錢、朱墨錢、筆硯錢，氈條坐褥俱被告人所備，還有不肖佐貳要擺案酒，要折盤盞，各項各色甚多，不可盡述，就簡得雪白無傷，這人家已去了七八了；就問得原告招誣，何益于事？⁴⁵⁾

이 내용들은 비교적 사실적으로 관부의 부검과 그 부작용에 대해 기록하고 있다.

朝鮮時代 訟事小說은 사전 조사의 묘사에 있어 매우 흥미로운 부분이 있다. <김씨열행록>은 김씨가 혼인한 첫날 밤 팔척장신의 괴한이 들어와

44) 武樹臣 主編, 같은 책, 法律設施類 「仵作」條

45) 凌濛初, 같은 책, 564쪽.

신랑의 목을 베어 가고 신랑이 목이 잘린 시체로 발견되는 사건을 서술하였다. 김씨는 누명을 벗기 위해 남장을 하고 진범을 찾기 위해 집을 떠나 탐문조사를 통해 객집 노파의 양자 아들이 남편 계모의 돈을 받고 목을 잘라 계모에게 바친 사실을 밝히고 쌀독에 있는 류씨의 머리까지 찾아내 사건 전말을 밝혀낸다. 사건에 대한 사전조사는 대개 관부에서 행해지지만, 이 소설에서는 남편을 죽음을 밝히고 자신의 누명을 벗기 위해 사건 당사자인 김씨에 의해 이루어진다는 점이 매우 특이하다 할 수 있다.

3. 審理와 自白

明代 公案小說은 소송 전개의 과정 중 公堂에서의 판관의 심문과정 즉, 법정심리를 사실적이고 구체적으로 묘사하고 있다. 公堂에서의 심문은 매우 살벌한 것이었으며, 심문과정에서 고문을 통해 자백을 받아내는 것을 당시 매우 보편적인 것으로 인식되고 있었다. 《明會典》에서는 비록 형식상 심문에 있어 「반드시 법에 의거하여 일을 캐내고 이치를 따질 것이며, 불법적인 고통을 가해서는 안 된다[須依法詳情推理 毋得非法苦楚]」라고 규정되어 있었지만, 사형수나 강도 등 중죄인에 대해서는 <條例>에서 “엄하게 고문하여 문초한다[嚴刑拷訊]”, “그 나머지는 채찍으로 때리는 보편적인 고문만 한다[其餘只用鞭扑常刑]”라고 명백히 규정되어 있었다.⁴⁶⁾ 明代 公案小說에서 이러한 공당의 모습을 잘 표현하였다. 《警世通言》 제36권 <鬲角林大王假形>에서는 公堂의 모습을 “둥둥 상아 북이 울리고, 관아 관리들이 양쪽에 늘어섰네. 閻羅大王的 生死案이요, 東嶽大帝의 攝魂臺이네.[冬冬牙鼓響, 公吏兩邊排. 閻王生死案, 東嶽攝魂臺]”⁴⁷⁾라고 하여 매우 삼엄한 모습으로 묘사하였다. 公堂의 모습을 민간신앙에서 생사와 판결을 관장한다고 전해지는 閻羅大王과 東嶽大帝의 法堂에 비유하고 있다.

46) 葉孝信 主編, 《中國法制史》(北京: 北京大學出版社, 1996), 238-239 쪽.

47) 馮夢龍 編, 《警世通言》(北京 人民文學出版社 1994), 571 쪽 인용.

이러한 묘사들은 모두 公堂의 삼엄함이 피고와 원고를 압도하게 하는 당시의 사법문화를 보여주는 일면이라고 할 수 있다. 따라서 심문은 고문 등을 통한 강압적인 방법으로 행해졌다. 이것은 봉건시대 관부의 부패와 참혹성을 보여주는 것이다. 작품에서는 지방 관리들이 사용한 고문 방식으로 주로 「笞杖」(곤장), 「拶指」(손가락을 조이는 고문) 등이 등장하였다.

고대 봉건사회의 법정 심리에서 가장 중요한 것은 피고인의 자백을 받아내는 것이었다. 자백은 문서 위주의 소송 절차를 자발적인 의사표현으로 변화시키는 것으로, 심문하는 모든 유형의 소송절차는 자백을 중시한다. 자백은 다른 어떤 증거보다 우선하는데, 그것은 피고인이 고소를 승인하고 그 청구 이유를 인정하는 행위이기 때문이다. 따라서 자백을 입수하기 위해서는 가능한 한 모든 강제권을 사용하는 결과가 초래되었다.⁴⁸⁾ 明代 公案小說은 어리석은 관리가 고문을 통해 자백을 받아내어 오관을 하고 억울한 누명을 씌우는 일들도 종종 서술하였다. 《詳刑公案》「謀害類」〈魏恤刑因鴉兒鳴冤〉는 張知縣이 고문으로 楊淸의 거짓 자백을 받아내는 장면을 서술하였다.

현주는 양청을 세게 30대 치라고 명하고, 또 주리를 틀라고 명하였다. 고문을 견디지 못하고 아무렇게나 자백을 하였다. 현주가 “이제 자백을 하였는데, 시체는 어디에 있고, 은은 있느냐?”라고 물으니, 양청이 “정말 그를 해친 것이 아니라 고문을 이기지 못하고 거짓 자백을 한 것입니다”라고 대답하였다. 현주는 대노하여 다시 주리를 틀라고 명하자, 곧 기절을 하였다가 한참 만에 깨어났다. 스스로 “자백을 하지 않아도 죽으니 잠시 자백을 하면 나중에 밝힐 수 있는 날이 있을 지도 모른다”라고 생각하고, 바로 “시체는 장강에 버리고 은은 이미 다 써 버렸습니다”라고 자백을 하였다.

縣主喝令將淸重責三十。不認，又令夾起。受刑不過，乃亂招承。縣主曰：“既招謀害，尸在何處？原銀在否？”淸曰：“實未謀他，因爺爺苦刑，受當不過，只得屈招。”縣主大怒，又令夾起。即刻昏暈，久而才醒。自思：“不招亦是死的，不

48) 미셸 푸코, 오생근 역, 《감시와 처벌-감옥의 역사》(서울: 나남출판, 2000), 71-73쪽.

若暫且招承, 他日或有明白之日。” 遂招曰: “尸丟長江, 銀已用盡” 49)

이러한 장면은 능력이 없는 관부가 잔혹한 고문을 남용하여 억울한 누명을 씌우는 어두운 사회현실을 매우 잘 보여 주는 것이다. 고대사회의 사법절차에 의하면, 사전조사와 심문의 과정을 거쳐 피고인의 자백까지 받아 내면 법관은 물증과 피고인의 진술을 토대로 판결을 내리게 된다.

朝鮮時代 訟事小說에서도 官衙의 풍경을 묘사한 장면을 찾을 수 있다. <銀愛傳>에서 강진의 관아 풍경을 다음과 같이 묘사하였다. “형을 집행하는 나졸들이 기세 사납게 늘어섰고, 형구가 관아 마당에 가득했다. 옥사의 관련자들은 위축되어 사람의 형상이 아니었다. 은에는 목에 칼을 쓰고 손에 수갑을 차고 다리에는 족쇄를 차고 있어 수족을 마음대로 펴지 못하고 있어서, 약한 몸은 더욱 기운 없이 늘어져서 거의 지탱하지 못할 지경이었다.[時伍伯離立淨羶, 刑具滿地 干連瑟縮, 無人色 銀愛, 項有枷, 手有拳, 脚有鐐, 拘攣縛束, 體弱委垂, 殆不能支.]” 50) 여기에는 관아의 모습과 함께 죄인의 형상까지 묘사되어 있다.

또한 심문 과정에서 증인을 채택하여 심리하는 과정과 사법관이 죄인을 고문하는 모습도 볼 수 있는데, <柳淵傳>에서 일가친척을 증인으로 채택하여 질의 심문을 진행하는 과정을 묘사하였다. 그러나 증인들이 거짓 진술을 함으로써 柳淵은 누명을 쓰게 된다. 또 推官 沈通源은 柳淵이 잘못된 판결을 비판하자 나졸을 시켜 그의 머리채를 휘어잡고 입을 때리게 하였다. 이에 奇大恒은 “법전이 생긴 이후로 어찌 죄인의 입을 치는 데까지 이르렀단 말인가[自有法典, 何至歐其口!]” 51) 하고 탄식하였다. 결국 柳淵은 곤장 42대를 맞고 거짓 자백을 하고 사형을 당하게 되었다.

이 외에도 聽訟 과정에서 관리들에게 접대를 하거나 뇌물을 주는 장면들을 쉽게 찾아볼 수 있다. <서대주전>에서 서대주가 다람쥐의 식량을

49) 寧靜子 輯, 《詳刑公案》(北京: 群衆出版社, 1999), 112쪽 인용.

50) 신혜진, 같은 책, 273쪽 인용.

51) 같은 책, 46쪽 인용.

절취한 사건을 서술하였다. 원님이 이 사건을 심의하기 위해 서대취를 잡아 오라 사령들을 보냈는데, 서대취는 사령들에게 술을 대접하고 야광주를 뇌물로 준다. 이에 서대취는 오라도 지지 않고 벼슬아치 모습으로 고을로 갔으며, 관문 앞에서야 관을 벗고 오라를 졌다. 옥에 이르자 옥졸들이 금품을 요구했으며, 서대취는 뇌물을 주고 칼을 벗고 편히 쉬었으며 밤에 요기도 할 수 있었다. 당시 관리들이 뇌물을 받는 관행은 공공연히 이루어지고 있었다. <황새결승>에서는 재산탈취 음모를 피한 부자의 폐약무도한 일가는 關節을 통해 쉽게 부자의 재산을 탈취하는데 승소하였는데, 이에 대해 부자는 세대를 비판하였다. “그놈이 비록 놀기를 즐겨 虛浪無道하여 周流四方하매 聞見이 너르고 兼하여 時俗 物情을 이는지라 이때 訟事에 올라와 一邊 親舊도 찾아서 刑曹의 請길을 뚫어 堂上이며 郎廳이며 胥吏使令까지 꺾으니 自古로 訟事는 눈치 있게 잘 돌면 이기지 못할 訟事도 아무 탈 없이 得訟하나니 이는 이른바 鹿皮에 가로 曰字를 씌이라.”⁵²⁾ 또 액자소설 안에서도 재판관 황새의 생활상을 통해 이러한 병폐를 묘사하였다. “황새놈이 낮이면 公事에 汨沒하여 낮잠도 변변히 자지 못하고 밤을 當하여 三四更까지 門客들이 詰難하다가 겨우 첫잠을 들었더니...”⁵³⁾라 하여 關節의 풍속을 묘사하였다. <녹처사연회>에서 녹처사가 백호산군이 보낸 差使들에게 술을 대접하고 뇌물을 주는 장면을 묘사하고 있는데, “廣大웃음 웃으면서 差使의 손을 잡아 곁에 앉히고”, “連하여 술을 勸하며 銀봉 하나씩 여러 差使의 枱무니에 채이니 差使의 마음이 쏠리어 處士의 支對接 좋을새……”⁵⁴⁾ 라고 하여 이러한 관절이나 접대가 매우 자연스럽게 이루어지고 있음을 보여준다.

작품을 전체적으로 평가할 때 明代 公案小說에 비해 朝鮮時代 訟事小說

52) 김동욱 교주, <황새결승>(《한국고전문학전집》4, 普成文化社, 1978), 637 쪽 인용.

53) 같은 책, 641쪽 인용.

54) 김동욱 교주, <녹처사연회>(《한국고전문학전집》4, 普成文化社, 1978), 669 쪽 인용.

은 「衙門聽訟」의 장면묘사가 구체적이거나 다채롭지는 못하지만, 朝鮮時代 訟事小說에 소송절차의 다양한 모습을 통해 당시 법문화를 반영하였으며, 특히 <황새결승>, <녹처사연회>, <서대주전> 등 우화형 송사소설의 경우 우화의 방식으로 官衙의 부패상을 형상화시켜 상당한 풍자예술의 효과를 거두었다고 할 수 있다. 이것은 明代 公案小說에서는 찾아볼 수 없는 독특한 특징이다.

IV. 結 論

중국의 明代와 우리나라 朝鮮時代에는 訟事의 과정을 제재로 한 소설이 집중적으로 대량 창작되었다. 하나의 문학현상은 인류 문화의식의 산물이라 할 수 있다. 특히 법제문학은 인간의 사회생활과 매우 밀접한 관련을 지니는 현실적인 배경에서 생겨나는 모순과 이 모순을 해결하는 과정에서 발생하는 사법에 대한 문화의식을 소설로 형상화 한 것이라 할 수 있다. 작품을 통해 재해석 되어진 법문화의 내용을 검토하는 것은 문학을 통해 법문화를 재해석한다는 의미를 지닐 수 있다.

본 논문에서는 주로 明代 公案小說과 朝鮮時代 訟事小說에 나타난 사법체계를 통해 형상화된 법문화의 내용을 비교·분석하였다. 朝鮮 전기의 법률서는 형률 적용에 관한 형률서가 주를 이루었는데 형벌의 집행은 기본 법전인 《經國大典》과 중국의 《大明律》이 기준이 되었다. 이 외에 중국의 《唐律疏義》, 《無冤錄》, 《棠陰比事》 등이 커다란 영향력을 가졌다.⁵⁵⁾ 이미 기본 법률서와 決訟書 등에서 중국이 영향이 컸기 때문에 작품 속에 나타난 법제와 법문화에서도 상당한 공통적 특징들을 보여준다. 그러나 작품을 형상화하는 과정에서는 각자의 독특한 창작 방식이 두드러지는데, 특히 明代 公案小說에서 淸官 중심의 창작과 朝鮮時代 「우화형 訟事小說」 창작 등은 매우 두드러진 특징이며 그들은 각각 법률의 「人治

55) 조운선, 같은 책, 26-27쪽.

觀」 혹은 적극적으로 유쾌한 소송의식 등 서로 다른 법률의식을 담아내고 있기도 하다.

이 연구는 明代 公案小說과 朝鮮時代 訟事小說의 비교연구라는 거시적인 시각에서 출발하여 작품에서 가장 핵심이 될 수 있는 訟事 이야기가 반영하는 법문화를 분석하여 訟事 제재 小說의 특징을 규정짓고 小說史에서의 위치를 공고히 하는 데 기여하고자 하였다. 따라서 법문화에 관한 연구를 시작으로 하여 앞으로 明代 公案小說과 朝鮮時代 訟事小說에 대한 전체적인 비교연구를 진행해 보고자 한다.

< 參考文獻 >

- 陳如衡, 《說書史話》(北京: 人民文學出版社), 1987.
- 黃巖柏 著, 《中國公案小說史》(遼寧: 遼寧人民出版社), 1991.
- 葉孝信 主編, 《中國法制史》(北京: 北京大學出版社), 1996.
- 武樹臣 著, 劉新 審定, 《中國傳統法律文化鳥瞰》(河南: 大象出版社), 1997.
- 馬小紅 著, 饒鑫賢 審定, 《中國古代社會的法律觀》(鄭州: 大象出版社), 1997.
- 曹亦冰 著, 《俠義公案小說史》(浙江: 浙江古籍出版社), 1998.
- 周密 著, 《中國刑法史綱》(北京: 北京大學出版社), 1998.
- 白壽彝 總主編, 《中國通史》15(上海: 上海人民出版社), 1999.
- 武樹臣 主編, 《中國傳統法律文化辭典》(北京: 北京大學出版社), 1999.
- 陳大康 著, 《明代小說史》(上海: 上海文藝出版社), 2000.
- 서일교 저, 《조선왕조형사제도의 연구》(재판; 서울: 박영사), 1974.
- 박병호, 《한국법제사고》(서울: 법문사), 1974.
- 박병호, 《전통적 법체계와 법의식》(2쇄; 서울: 서울대학교 출판부), 1983.
- 한국고전소설편찬위원회, 《한국고전소설론》(3쇄; 서울: 새문사), 1994.
- 조선문학창작사 고전연구실, 《고전소설해제》(서울: 한국문화사), 1994.
- 이헌홍, 《한국송사소설연구》(서울: 삼지원), 1997.

- 미셀푸코, 오생근 역, 《감시와 처벌—감옥의 역사》(서울: 나남출판), 2000.
김광순, 《한국고소설사》(서울: 국학자료원), 2001.
조윤선 著, 《조선 후기 소송연구》(서울: 국학자료원), 2002.

〈中文提要〉

「訟事」是解決在人們社會生活中所發生的多樣問題的制度上的手段。我們通過文學作品所形象地表現的古代社會司法體系，可以探討小說所反映的法律文化的內容。本文將要討論緊密連繫的韓·中兩國以訟事為題材作品，進行分析各國小說所本載的法律文化的特徵及其影響關係。在中國古代小說史里以訟事為題材的小說作品主要出現在明代後期，而形成獨立·成熟的「公案小說」類型。在韓國古小說史里以訟事為題材的小說作品主要出現在朝鮮時代，可稱為「訟事小說」。這些作品充分體現了當時司法制度與訴訟體系。因此，本論文將分為兩個方面進行討論明代公案小說與朝鮮時代訟事小說所反映的法律文化的特點：第一，論作品描寫的司法體系所反映的法律文化的內含。第二，討論作品描寫的「衙門聽訟」過程所體現的法律文化的內含。

首先、就司法體系所反映的法律文化的內含而言，可以分為兩個方面進行討論。第一，判案與司法體系。明代公案小說與朝鮮時代訟事小說所反映的司法體系具有嚴密的結構。「申詳制度」和國王的裁判權代表古代社會的司法體系。第二，「復審制度」和「欽恤制度」。明代公案小說與朝鮮時代訟事小說皆通過古代司法中「復審制度」和「欽恤制度」，反映了審級制度和禮治等法文化的內容。

其次，就「衙門聽訟」過程所體現的法律文化的內含而言，可以分為三個方面進行討論。第一，小說對起訴的描寫體現了一些法律的內容。第二，小說對訴訟中事前調查的描寫體現了一些法律文化的內容。第三，小說對訴訟中公堂審理與被告供述的描寫體現了一些法律文化的內容。

주제어: 明代 公案小說, 朝鮮時代 訟事小說, 司法體系, 衙門聽訟, 法文化