

조선시대 사송(詞訟)의 공정성과 송관(訟官)의 역할*

한상권**

초록 조선시대 민사소송의 구체적인 운용실태는 결송입안 등의 소송 문기를 활용하여 파악할 수 있다. 이를 통해 조선시대에도 소송의 공정성을 위해 노력하였는데, 그 결과 심리방식이 현대와 크게 다르지 않았으며, 재판이 엄격하게 문서와 증거 중심으로 이루어졌으며, 송관은 나름대로 높은 수준의 법률 지식을 갖추고 있었으며, 인민들 역시 법률 지식에 접근할 수 있었다는 점 등을 확인할 수 있다.

주제어 결송입안, 사송(詞訟), 공정성, 오결, 정결, 민사소송

1. 머리말

오늘날 소송의 이상은 공정성이다. 민사소송법은 “법원은 소송 절차가 공정하게 진행되도록 노력하여야 한다.”라고 규정하여(제1조 1항), 민사소송제도가 사권을 보호하고 이에 결들여 사법 질서의 유지와 분쟁의 해결에 이바지한다는 본래의 목적을 충실히 수행하기 위해서는 재판을 공정하게 처리해야 한다는 원칙을 선언하고 있다. 소송의 공정성이라 함은, 당사자를 평등하게 취급하여 이익이 되는 사항을 주장할 수 있는 기회를 균등하게

* 이 논문은 서울대학교 인문학연구원이 지원한 집담회의 성과임.

** 덕성여자대학교 사학전공 명예교수

부여하며, 사실의 인정이 진실에 부합하며, 법의 해석과 적용이 정당하다는 점 등을 말한다.¹

조선시대 민사소송을 사송(詞訟)²이라 하는데, 공정성은 사송의 이상이기도 하다. 경상도 영천(永川) 수령 이인원(李寅元, 1793~)은 산송을 처결하면서, 사송의 본질은 공정에 있다고 하였다.

송(訟)이란 공정을 말하는 것이다. 소송은 공정하게 판결하는 것인데, 공정하지 않아 법도를 어기면 어찌 소송이라 할 수 있겠는가?³

소송은 분쟁을 강제적으로 해결하는 법적 절차이므로 양측이 억울함이 없도록 한 연후에야 일이 올바르게 타결될 수 있는데, 판결이 공정하지 못하면 신뢰를 얻지 못해 분쟁 해결의 수단이 될 수 없다는 지적이다. 다산은 수령칠사의 하나인 ‘사송간’(詞訟簡)이 되려면 한번 청단(聽斷)한 후에는 그 소송이 다시 일어나지 않아야 하는데, 그렇게 되기 위해서는 반드시 한 차례 밝고 공정한 판결을 내려 일을 마무리해야 한다고 하였다. 공정한 판결이 이루어지지 않으면, 한 가지 일로 서로 다투는 것이 다섯 차례나 열 차례에 이르기 마련이요, 그 결과 소송은 날로 번거로워져 마침내 고을을 다스릴 수 없게 되기 때문이다.⁴

조선시대 소송 법제의 틀은 『경국대전』에서 마련되었다. 소송의 진행 절차는 소송의 개시, 소송의 심리, 소송의 종료 3단계로 구분되는데, 이를

1 정동윤·유병현(2005), 『민사소송법』, 법문사, p. 26.

2 조선시대에 재판은 獄訟과 詞訟으로 구별되었다. 옥송은 오늘날 형사법상의 범죄를 다루는 재판을 뜻하고 재판의 종국적 목적이 公刑罰을 과하는 데 있었다. 이에 비해 사송은 오늘날 민사상의 분쟁을 다루는 재판을 뜻하며 재판의 종국적인 목적은 분쟁의 해결에 있었다[박병호(1972), 『傳統的 法體系와 法意識』, 한국문화총서 8, 서울대학교 한국문화연구소, pp. 30-31].

3 「永川鄭李兩家山訟題辭」『牒移』(한국지방사료총서 23, 1990, 여강출판사, p. 271).

4 정약용(1984), 다산연구회 역주, 『역주 목민심서』 IV, 창작과 비평사, p. 247.

규정한 것이 『경국대전』 「결송입안식」이다. 그런데 「결송입안식」에는 소송의 심리 부분이 생략되어 있기에 구체적인 심리 절차를 알 수 없다. 그 내용은 조선시대 문서작성의 길라잡이라고 할 수 있는 『유서필지』(儒胥必知)에 보인다. 유서필지는 소송의 심리와 관련하여 당사자의 진술, 증거 문기 제출, 추가진술, 소송물 확정, 결송 다짐 등을 제시하여, 조선시대 소송의 심리가 어떠한 절차를 밟아 이루어졌는지를 보여 준다. 이처럼 『유서필지』가 소송의 심리 절차를 보여 주기는 하지만 이 역시 소송이 실제로 진행되고 있는 모습을 보여 주는 것은 아니다.

조선시대 민사소송에서, 법령이 실제로 어떻게 적용되었는지, 백성들이 사법 절차를 어떻게 이해하고 있고 활용하고 있었는지 등, 사법 체계가 작동하는 구체적인 실상을 파악하려면 판결문을 보아야 한다. 조선시대 민사소송 판결문을 결송입안(決訟立案)이라고 한다. 결송입안은 소송의 판결 사례로서 조선시대 법이 실제로 어떻게 적용되었는가를 보여 주는 각각의 실례다. 결송입안은 고문서 형태로 현전한다.⁵ 조선 시대 소송이 실제로 어떻게 진행되었는지를 실록이나 법전 자료로는 구체적으로 알기 어려운 반면, 고문서에 남아 있는 소송 문기를 활용해 보면 그 내용을 생생하게 파악할 수 있다. 『경국대전』 「결송입안식」이 ‘규정된 법’이라면 고문서 형태로 현전하는 결송입안은 ‘행해진 법’인 것이다.

본고는 현전하는 결송입안 자료를 활용해⁶ 조선시대 민사소송의 이상인 공정성을 파악하고자 한다. 이를 위해 먼저 2장에서 불공정한 오결에 대한 당사자의 항변을 검토한다. 오늘날과 마찬가지로 조선시대 역시 소송사

5 현전하는 결송입안은 70여 종인데, 이를 집성하여 탈초·역주한 자료집이 『조선시대 결송입안 집성』이다(심희기 외 역주, 2022, 민속원). 본고의 탈초·역주는 이를 바탕으로 하였다.

6 본고에서 주로 활용하는 결송입안은 16세기 자료다. 그 이유는 실제 송정에서 이뤄진 모든 소송 과정이 문서에 가장 풍부하게 기재되었기 때문이다[권이선(2016), 「조선시대 決訟立案 연구」, 한국학중앙연구원 석사학위논문].

건은 판결이 조금만 치우쳐도 백성들의 원성이 자자하였다.⁷ 송관이 곡직을 잘못 헤아리거나 법을 어기면, 당사자는 ‘고금무비’(古今無比) 또는 ‘천고소무’(千古所無)한 오결이라고 항변하였다. 이는 소송의 공정성에 대한 공감대가 조선시대 사람들 사이에 널리 형성되어 있음을 말해 주는 것이다. 소송의 개시와 심리 그리고 판결이 이루어지는 각 단계에서 분출되는 오결에 대한 항변을 통해, 조선시대 사람들이 생각하는 불공정한 판결이란 구체적으로 무엇을 말하는지 알아본다.

3장에서는 공정한 판결을 위한 송관의 노력을 검토한다. 이를 오늘날 민사소송 공정성의 기준인 ‘공평한 변론 기회 부여’, ‘증거에 입각한 사실 확정’, ‘정확한 법의 해석과 적용’이라는 3가지 기준으로 검토한다. 송관의 소송심리의 공평성, 증거조사의 객관성, 법문 해석의 정확성에 대한 검토를 통해, 조선시대 소송 현장에서 공정성이 어떻게 관철되었는지를 파악하려는 것이다. 여기서 한 가지 간과하면 안 되는 점이 당사자의 법률 지식에의 접근 가능성이다. 소송은 소송물에 대한 권리 존부를 논리적으로 변론하는 이성적인 행위인데, 그것이 가능하기 위해서는 당사자의 법률 지식 습득이 전제가 되어야 한다. 이와 관련해 조선시대 인민의 법률 지식에의 접근 가능성 여부를 알아본다.

2. 당사자의 오결에 대한 항변

2.1. 소송의 개시

조선시대 청송(聽訟)은 원고와 피고가 함께 법정에 출두하여 송관에게 시송다짐을 바친 이후, 당사자가 억울함을 진술하고 이를 뒷받침하는 문기

7 『중종실록』 중종 27년 1월 23일 임신.

를 제출하면, 송관이 시비를 가려 판결하는 게 순서였다.⁸ 조선시대에는 ‘원칙제현’(元隻齊現) 즉 원고와 피고가 법정에 함께 출현하여야 비로소 소송계속(訴訟係屬)의 효과가 발생하는데, 이는 현행 민사소송법 체계에서 소의 제기와 소장의 송달이 이루어지면 소송계속의 효과가 발생하는 것으로 간주하는 것과는 다르다.⁹ 원칙제현은 『속대전』에도 반영되어 조선시대 내내 소송 진행의 기본 원칙이 되었다.¹⁰ 실제로 현전하는 결송입안 거의 모두 원고와 피고가 함께 출정하여 시송다짐을 바친 다음 소송의 심리가 시작되었다.

그런데 송정에 원칙이 제현하지 않았는데도 소송이 진행된 사례가 있다. 「1722년 안동부 결급입안」은 전답 소송이다. 이 소송에서 원고 김복렴은 조상 전래의 전답이 양안에 본인의 호노(戶奴) 삼복의 명의로 기재되었으므로 자신 소유라고 주장했다. 이에 맞서 피고 장일경은 조상들이 소유한 많은 전답을 횡탈당했다고 주장하였다. 그런데 이 소송에서 원고 김복렴은 칭병하며 송정에 나아가지 않았다.

저의 6, 7대 조상으로부터 전승되던 전답 1결 30여 부를 안동부내에 거주하는 장일경 등이 기상(己上: 노비가 자신의 재산을 관이나 상전에게 상납하는 것)이라고 칭하며, 전입관 제임 시에 거짓으로 소지를 올려 저의 추착(推掇)을 요구했습니다. 제가 그때 마침 중병이 들어 생사를 헤매고 있는 지경이어서 취송(就訟)하지 못했습니다.¹¹

조선시대 소송에서 당사자가 송정에 나타나지 않으면 송관은 가동(家童)을 잡아 가두고 출정을 독촉하였다. 이 소송에서 송관은 김복렴의 가노

8 『承政院日記』 숙종 9년 3월 12일 갑인.

9 정동윤·유병현, 2005, p. 77.

10 『續大典』 刑典 聽理.

11 「1722년 안동부 결송입안」 25-30행.

를 수포(搜捕)하였다. 그러나 가노가 장폐(杖斃)되었지만 김복렴은 병세가 위중하다는 이유로 계속 출정하지 않았다.¹² 그 결과 송관이 피고 승소 판결을 내림으로써 전답은 장일경의 소유로 양안에 현록되었다.¹³

이와 같은 소송 강행에 대해, 김복렴은 “고급천지에 어찌하여 상대방도 없이 독송(獨訟)하는 사람이 있습니까?”라며,¹⁴ 항의하였다. 원칙이 송정에 제현하여 다투는 상송(相訟)이 소송의 체모와 격식이기에, 독송은 소송의 법도에 어긋난다는 항변이었다. 그리고 오결임을 강조하기 위해, 자신은 송정에 현신(現身)하지 않았고 문기도 제출하지 않았음을 거듭 주장하였다.

저는 관정에 들어간 적이 한 번도 없으며, 조상대부터 전해오는 문기가 이처럼 명백하게 존재하고 그것을 추납(推納)한 적이 없는데, 장일경 등이 단독으로 결안(決案)을 받았다니 과연 이런 송체(訟體)가 있습니까?¹⁵

1차 소송에서 패소한 김복렴은, 전입관이 체귀(遞歸)한 이후 관찰사에게 의송(議送)을 올리는 등 2차 소송에는 적극적으로 임했다.¹⁶ 신임 안동부사는 피고 장일경이 제출한 문기의 증거력에 의문이 있다는 점 등을 들어,¹⁷ 1차 판결을 뒤집고 원고승소 판결을 하였다. 전임 송관의 판결이 오결임을 인정한 것이다.

「1629년 제주목 결송입안」에서도 피고 강계남이 병을 핑계로 송정에

12 「1722년 안동부 결송입안」 30-32행.

13 「1722년 안동부 결송입안」 32-39행.

14 「1722년 안동부 결송입안」 39-40행.

15 「1722년 안동부 결송입안」 40-46행.

16 「1722년 안동부 결송입안」 46-49행.

17 송관은 다음의 논거로 원고의 승소를 인정했다. ① 피고가 제출한 문기의 증거력에 의문이 있고, ② 갑술양안에서 원고의 戶奴 명의로 기재된 증거가 있으며, ③ 이미 30·60년간의 呈訴期限이 到過하여 勿聽의 대상이고, ④ 記上の 법리에 의해 원고가 전답을 받을 수 있다고 판단했다.

출두하지 않아 패소하였다. 이에 공동소송인으로 참여한 과녀(寡女) 부(夫)씨는 ‘이 노비소송은 곡절을 불문하고 한쪽만의 주장만으로 결급하였다’며, “일변지송(一邊之訟)으로 법을 굽히고 판결한 것은 자못 법전에 없는”¹⁸ 오결이라고 항변하였다.

2.2. 소송의 심리

2.2.1 당사자의 변론

오늘날 소송의 심리는 소송주체의 행위를 기준으로 하여 보면 당사자의 변론과 송관의 증거조사의 두 부분으로 이루어진다.¹⁹ 변론이라 함은 당사자가 사건에 관한 사실상 및 법률상의 주장을 하고 이를 뒷받침하기 위한 증거를 제출하는 행위를 가리키는 것으로,²⁰ 소송의 진행과정에서 당사자의 역할이 가장 빛나는 부분이다.

「1586년 장예원 결급입안」(일명 안가노안)은 친척 소송의 신분 귀속을 둘러싸고 안씨 집안과 송씨 집안 사이에 벌어진 다툼이다. 이 소송은 기간이 지난 오래된 사건이어서 법리적으로 받아줄 수 없는 사안이었다. 이 때문에 원고인 안가는 여러 차례 소 제기를 시도했으나 그때마다 번번이 퇴장(退狀)되었다. 그런데 1586년에는 장예원이 돌연 입장이 바뀌어 소장을 접수하였다.²¹ 그리고는 소송을 친착결절법(親着決折法)으로 마무리하려는 움직임마저 보였다. 친착결절법이란 소송에서 불리한 처지에 있는 자가 고의로 출정하지 않음으로써 소송의 적체가 심하였던 조선시대에서 사건의 시비곡직을 불문하고 소송을 속결하기 위해 마련한 제도다. 소송이 친착결절법으로 마무리되면 비록 당사자가 오결을 정소(呈訴)해도 송관이 청리하

18 「1629년 제주목 결송입안」 99-101행.

19 정동윤·유병현(2005), p. 380.

20 정동윤·유병현(2005), p. 38.

21 「1586년 장예원 결급입안」 586-588행.

지 않았다.²² 오걸을 항변할 수 없다는 점 때문에, 피고 송씨 측은 설사 응송(應訟)해도 패소한다는 것을 알지만, 온 족속이 가만히 앉아서 억울한 패배를 맞기보다는 친착결급을 막는 것이 낫다고 생각하여 죽음을 무릅쓰고 관정에 들어갔다.²³ 피고가 필사적으로 취송함에 따라, 장예원은 당초 계획을 포기하고 소송을 심리하지 않을 수 없었다.

소송의 심리가 공정하려면, 송관은 양 당사자를 평등하게 취급하고, 또 이익이 되는 사항을 주장할 수 있는 기회를 균등하게 부여하여야 한다. 이를 위해 송관은 중립적 지위에 서서 어느 한쪽 당사자에게 치우침이 없이 불편부당하게 처신해야 한다.²⁴ 그런데 송씨 측은, 장예원이 소송을 심리하면서 변론할 수 있는 기회를 박탈하였다고 주장하였다.

먼저 장예원이 ‘사실상의 주장’²⁵을 가로막았다고 하였다. 송씨 측은 “장예원에서 힐문할 때 문목을 숨기고 축조응대(逐條應對)하지 못하게 방해하였다.”²⁶며, “안가의 무소(誣訴)를 조목조목 공격·격파하려도 할 수가 없으니, 이게 무슨 송리(訟理)입니까?”라며,²⁷ 소송의 공정성을 문제 삼았다. 당사자의 변론 기회를 차단하였기에 불공정한 소송이라는 주장이다.

이어 장예원이 증거 제출도 가로막았다고 주장하였다.

원고와 피고 사이에 공격하는 말은 한 글자도 임의로 증감할 수 없는 것이 청송의 법인데, 소지 한 장 이외에 모두 퇴출하여 (소송의) 문건 중에 갖

22 『經國大典』 刑典 私賤.

23 「1586년 장예원 결급입안」 595-597행.

24 정동윤·유병현, 2005, p. 26.

25 주장에는 법률상의 주장과 사실상의 주장이 있으며, 후자는 전자를 뒷받침하는 관계에 있다. 사실상의 주장이란 구체적인 사실의 존재 여부에 관한 자신의 인식·판단의 보고인 진술을 말한다[정동윤·유병현(2005), pp. 400-401].

26 「1586년 장예원 결급입안」 600-601행.

27 「1586년 장예원 결급입안」 601-603행.

추어 실을 수 없도록 하였습니다.²⁸

장예원이 지비오결(知非誤決)²⁹의 죄를 모면하기 위해, 빙고(憑考)할 문서를 없앴다는 주장이다.³⁰ 그리고는 ‘고급의 소송에서 어찌 한쪽의 소지와 진술을 편파적으로 거절하며 문서 속에 넣지 않아 원한을 품고 죽어야 하겠냐’며, 피를 통하는 심정으로 억울함을 호소한다고 하였다.³¹

마침내 왕손인 순원령(順原令: 정5품) 이저(李麤)가 몸소 격쟁 원정을 올려, 심리의 불공정성을 국왕에게 직접 호소하였다.

백 번을 생각해도 송관이 국법을 모르지 않을 터인데, 어찌 안가에게는 그리 후하시면서 송가에게는 그렇게 원한이 있는 것입니까? 감히 사실에 어긋나고 법을 굽히는 일을 행하는 까닭을 실로 모르겠습니다.³²

송관이 당사자를 평등하게 대하는 게 국법인데, 피고에게는 사실 주장과 증거 제출의 기회를 보장하지 않았기에, 소송의 심리가 위정왕법(違情枉法)하다는 주장이다.

2.2.2. 송관의 증거조사

당사자가 사건에 관한 사실을 주장하고 증거를 제출하면, 법원은 당사자에 의하여 제출된 증거를 조사하여 당사자가 주장한 사실의 진위를 판정한다. 이때에 사실 확정은 객관성·합리성을 띠어야 재판이 공정할 수 있다.

28 「1586년 장예원 결급입안」 598-600행.

29 知非誤決이란 權勢, 恩怨, 請託 등으로 인해 變亂黑白하고 曲直隨勢하여 顛倒是非하는 것이다[한상권(2017), 「조선시대 詞訟에서의 誤決과 再訟」, 『고문서연구』 51].

30 「1586년 장예원 결급입안」 597-598행.

31 「1586년 장예원 결급입안」 616-618행.

32 「1586년 장예원 결급입안」 758-760행.

그리고 사실관계의 객관성·합리성을 보장하기 위해서는 법관은 자의적인 확신이 아니라 엄격한 증거조사를 토대로 사실을 확정하여야 한다.³³

송관의 증거조사가 공정하지 않았다며 항변한 사례로 「1535년 청하관 결절입안」을 들 수 있다. 이 소송은 고(故) 현감 조맹문의 다섯 사위 사이에서 벌어진 다툼인데, 1차 결절은 영천관(榮川官)이 하였다. 원고 신속은 경상 감사가 교체되자마자 신임 경상감사 이사균에게 소지를 올려, 영천관이 증거조사를 잘못하였는데 전임 감사가 이를 바로잡지 않고 그대로 묵인하였다고 항변하였다.³⁴

신속은 피고가 제출한 증거 문기의 위조 정상이 분명하다고 주장하였다. 그 근거로 첫째, 피고 장세륜 몫의 노비 이름 아래 다섯 곳을 월서(越書)하고 노비 이름을 써넣지 않고, 나이도 띄워 써넣지 않았으며, 둘째, 피고 유응현의 몫 안에는 ‘장실노비(狀實奴婢) 등 13글자’를 협서(挾書)하고 24글자에 타점(打點)하였고, 셋째, 모두 재주(財主)가 착명하지 않았다는 점 등을 들었다. 그리고 영천군수가 여러 가지 문서를 대조해 살펴보지 않은 것은 크게 법례를 어긴 것이라고 주장하였다.³⁵ 이어 피고가 제출한 문기는 관에 제출한 문기와 대조하면 완전히 다른데, 감사 역시 자세히 살피지 않고 ‘문기에 의거해 결급하라’고 지시하였으니 법을 어긴 것이라고 주장하였다.³⁶

영천군수는 제출한 문기가 위조되었다는 사실을 알면서도 지비오결하였으며, 관찰사는 위조 문기를 자세히 살피지 못함으로써 혼미오결(昏迷誤決)³⁷하였다는 주장이다. 원고는 새로 부임한 경상감사에게 “영천군수의 위법 내용을 후록하니 위조 문기 내용을 친히 살피신 후 법에 따라 죄를 줄

33 정동윤·유병현(2005), pp. 451-452.

34 「1535년 청하관 결절입안」의 오결에 대해서는, 한상권, 2017, pp. 131-135 참조.

35 「1535년 청하관 결절입안」 10-12행.

36 「1535년 청하관 결절입안」 30-33행.

37 혼미오결은 편벽되게 꾸미는 말을 듣고 眞僞를 제대로 파악하지 못해 파오로 誤決하는 것이다.

것”³⁸을 요청하였다. 이에 대해 신임 경상감사는 “영천군에서 이미 결정하였는데, (오결이라고 소지를 올렸으니) 청하관에서 소장 내용을 자세히 살펴 신속히 고쳐 분간하여 올바르게 판결하라.”³⁹는 제사(題辭)를 청하관에 내렸다. 경상감사 역시 1차 소송을 판결한 영천군수의 증거조사에 착오가 있음을 인정하고, 2차 송관인 청하관이 공정하게 다시 판결하라는 지시를 내린 것이다. 이 소송은 쌍방이 퇴송(退訟) 즉 소를 취하함으로써 화해로 마무리되었다.

2.3. 소송의 판결

송관이 증거조사를 통해 사실관계를 밝혀내면, 소송은 사실문제에서 법률문제로 넘어가게 된다. 오늘날도 그러하지만 조선시대 역시 소송 내용의 대부분은 사실관계에 대한 다툼이다. 싸우는 내용은 거의 다 주장하는 사실이 실제로 있었는지 없었는지에 대한 시비이지, 특정한 법리를 적용하는 것이 타당한지 아닌지를 다투는 경우는 드물다. 그러나 앞서 검토한 「1586년 장예원 결송입안」은 사실관계도 크게 다투었을 뿐 아니라, 많은 법적인 문제를 둘러싸고도 거센 논쟁을 벌였다는 점에서 주목이 된다.⁴⁰

양측이 다투는 핵심 쟁점은 정소기한(呈訴期限)의 도과(到過) 여부였다. 조선시대는 소송의 폐단을 줄이기 위한 단송 정책의 차원에서 소송을 제기할 수 있는 기한을 제한하는 과한법(過限法)을 실시하였다. 과한법은 송사에서 문기의 유무나 사안의 곡직을 따지지 않고 소를 제기할 수 있는 기한을 넘기면 소송을 청리하지 않는 법이다.⁴¹

이 소송에서 피고는 “과한인 사건을 상송하면 소송인은 비리호송으로 논하여 전가사변하고, 소송을 들어준 관리는 지비오결로 논하여 영불서용

38 「1535년 청하관 결절입안」 20-22행.

39 「1535년 청하관 결절입안」 44-46행.

40 임상혁(2020), 『나는 선비로소이다』, 역사비평사, pp. 30-31.

41 『各司受教』 刑曹受教 癸丑 四月初九日承傳內.

한다”는 1553년 「계축수교」를 인용하였다.⁴² 그리고 이를 근거로 100년 전의 사안으로 기송(起訟)한 안가를 비리호송의 죄로, 접송한 장예원 관리를 지비오결죄로 처벌할 것을 요구하였다.⁴³

송씨 측은 장예원이 대전(大典)의 과한법 관련 3개 조항을 훼손하였다고 주장하였다.

첫째, 『대전후속록』에 수록된 “당사자가 현존하지 않거나, 60년 이전의 사안이면 영원히 청리하지 않는다.”⁴⁴는 1515년 「을해수교」이다. 송씨 측은 조모 감정(甘丁)의 종량(從良) 사건은 100년이 지났을 뿐만 아니라, 부친 송사련이 잡과 출신으로 판관이 된 것도 역시 70년 전이므로, 이 건 소송은 「을해수교」에 비추어 기송할 수 없는 사건이라며,⁴⁵ 소멸시효의 완성을 주장하였다. 반면 장예원은 『대전후속록』의 내용은 “양인을 모집하거나, 타인의 노비를 자신의 노와 양처 소생이라고 칭하거나 또는 조상의 도망 노비라고 칭하여 쟁송하는 문제를 지적하여 논한 것”으로,⁴⁶ 송씨 측의 주장은 이 조문에 해당되지 않는다고 반박하였다.

둘째, 『경국대전』의 “양인으로서 비록 양인임을 증명하는 문적이거나 양인인 일족이 없더라도 이미 오랫동안 양역에 종사한 ‘양역이구자’(良役已久者)는 진고하여 환천하지 않는다.”⁴⁷라는 조문이다. 조모 감정이 100년 전에 종량되었기에 자신들은 양역이구자므로, 장예원에서 안씨의 진고환천(陳告還賤) 소송을 청리하는 것이 잘못되었다는 주장이다. 반면 장예원은 『경국대전』의 내용은 “누락된 한유인(閑遊人)을 진고하는 문제를 오로지 지적하

42 『受教輯錄』, 刑典, 聽理, 嘉靖癸丑承傳.

43 「1586년 장예원 결급입안」 486-487행.

44 『大典後續錄』, 刑典, 決訟日限, 正德十年 三月十二日 本曹受教.

45 「1586년 장예원 결급입안」 626-628행.

46 「1586년 장예원 결급입안」 467-469행.

47 『經國大典』 刑典 公賤.

여 논한 것”이므로,⁴⁸ 송씨 측의 주장은 해당되지 않는다고 반박하였다.⁴⁹

셋째, 『대전후속록』에 수록된 “2대를 이어서 양역에 종사한 자는 진고 하여 환천하지 않는다.”⁵⁰라는 1518년 「무인수교」다.⁵¹ 장예원은 이 조문을 “향리의 예에 따라 할아버지와 아버지가 양역을 부담한 자만을 가리키는 것”으로, “송사련은 관상감에 모속하였기에”⁵² 이 조문에 적용되지 않는다고 반박하였다.

장예원은 이상의 법문 해석을 근거로, 정소기한의 도과를 주장하는 송씨 측을 맹렬히 비난하였다.

법전이 가리키는 바가 이처럼 분명한데도, 너희들이 국법을 함부로 놓단 하여 터무니없이 거짓말을 하고, 감히 사사로운 계책으로 궤변을 늘어놓아 법을 왜곡함으로써, 임금을 기망하며 송관을 비난하니 참으로 근거가 없는 짓이라 하겠다.⁵³

그러나 장예원의 법문 해석은 송씨 측이 종량되지 않았다는 사실을 전제로 하는 것이었다. 그리고 이를 바탕으로 ‘오랫동안 양역에 종사해 온 이들을 환천해서는 안 된다’는 취지로 『경국대전』·『대전속록』·『대전후속록』의 삼대전(三大典)에서 잇달아 제정한 법령들을 입법 의도가 무색해지는 방

48 「1586년 장예원 결급입안」 471-472행.

49 장예원 주장과는 달리, 『경국대전』에 위 조문이 閑遊人을 지칭한다는 표현은 없다.

50 『大典後續錄』 刑典 賤妻子女.

51 1518년 「무인수교」는 『경국대전』의 ‘良役已久者’를 보완하는 내용이다. 『대전속록』에서 “경국대전 주석에서 말하는 ‘良役已久者’란, 경국대전 향리조에서 말하는 2대를 연이어 양역에 종사한 자를 이른다.”라고 하였다(『大典續錄』 刑典 賤妻子女). 「무인수교」의 “良役已久者의 陳告還賤을 금지한다”는 내용은 이를 바탕으로 내린 것이다.

52 「1586년 장예원 결급입안」 474-476행.

53 「1586년 장예원 결급입안」 488-491행.

향으로 왜곡 해석하였다.⁵⁴

장예원은 범문 해석의 정당성을 견지하기 위해, 감정이 종량되었다는 증거를 제시하라고 피고를 압박하였다. 이에 송씨 측은 송사련이 관상감에 배속된 임명장, 음양과 합격증서, 관상감판관 임명장, 절충장군행대호군 임명장 등 4개의 문서를 제출하였다. 이는 종량을 위한 보충대 입속 사실에 대한 간접증거이기도 하고, 2세대 이상 연이어 양역에 종사하였다는 직접 증거이기도 하였다. 이들만으로도 요증(要證) 사실을 증명하는 자료로 충분하였다. 그러나 장예원은 '종량문권은 현납하지 않고 가자첩과 백패 등 네 통만 현납하니 매우 위법한 것'이라며,⁵⁵ 감정이 종량되었다는 직접증거를 제출하도록 하였다.

궁지에 몰린 송씨 측은 100년 전에 장예원이 발급한 감정 종량문기를 뒤늦게 어렵사리 찾아 제출하였다.⁵⁶ 그러자 장예원은 '지금까지 없던 문기가 이제야 나타났다고 하니 말이 앞뒤가 맞지 않는다'며 다시 다그쳤다.⁵⁷ 그리고는 장예원이 발급한 종량 입안의 증거력을 인정하지 않았다. 아비 안돈후가 살아 있는데도 아들 총이 대고(代告)한 것은 법에 크게 위배된다는 이유에서였다.⁵⁸ 부친이 친고(親告)하지 않았기에 감정의 종량입안이 무효라는 주장이다. 이러한 주장에 맞서 송씨 측은 4가지 사유⁵⁹를 들어

54 임상혁(2020), p. 254.

55 「1586년 장예원 결급입안」 321-326행.

56 문기 이름은 「成化十七年九月二十四日掌隸院立案」이다. 피고는 지금까지 장예원 입안 제출을 미룬 까닭은 闕失한 줄 알았는데 뒤늦게 찾아냈기 때문이라고 변명하였다(「1586년 장예원 결급입안」 365-367행).

57 「1586년 장예원 결급입안」 455-459행.

58 「1586년 장예원 결급입안」 459-460행.

59 첫째, 감정의 아비가 당시 봉산군수로 부임하여 있어서 외방 관원이 상경하여 직접 告狀을 올리기 어렵다는 점, 둘째, 당시 장예원 관원이 格例에 위반되었다는 이유를 들어 종량하지 않았거나 소지를 바꾸어 올리라고 하면서 退狀하지 않았다는 점, 셋째, 당시 장예원에서 고장을 접수하여 종량하였다는 점, 넷째, 감정이 양인이 되었기에 관상감봉사 宋獮의 처가 되어 아들 사련을 낳았다는 점 등이다(「1586년 장예원 결급입안」 417-

반박하였다.

그러자 장예원은 ‘장예원이 입안을 성급했으니 종량한 것이 분명하다’
고 말하는 송씨 측의 주장은 더욱 억지를 부리는 것이라며,⁶⁰ 재반박하였다.

대전후속록 주석에는 ‘관리가 (입속인과) 상응하여 위법하게 모속(冒贖)
한 경우에는 받아들이지 말고 중죄로 논한다’라고 했다. 그러므로 너의 조
모 감정의 종량 입안은 (종량을) 증명하는 데 변별할 수 없으니 저절로 증
거로서의 자격을 잃는다.⁶¹

『대전후속록』의 주석을 근거로 장예원 입안의 증거력을 인정하지 않는
다는 주장이다. 그러나 이는 법문을 왜곡 해석한 것이다. 『대전후속록』 주
석은 1491년 11월 이후의 일로써,⁶² 장예원에서 감정의 종량 입안을 발급할
당시인 1481년에 있었던 조항이 아니기 때문이다. 『대전후속록』의 주석은
장예원이 10년 전에 처리한 사실을 나중에 거슬러 무효로 만들라는 규정이

425행).

60 「1586년 장예원 결급입안」 460-463행.

61 「1586년 장예원 결급입안」 463-465행.

62 『대전후속록』의 주석은 속량의 범위를 사족에서 양인으로까지 넓히는 과정에서 나온 것
이다. 지금까지 양반 비첩소생의 종량을 위한 보충대 입속은 당연한 요식 절차로 처리해
왔는데, 이제 ‘~及良人’이라 하여 그 범위가 양인까지 확대 적용되자 위법과 남용의 폐
해가 우려되었고, 이 때문에 일반 양인들에게 종량 규정을 적용할 때 엄정을 기하라는 취
지로 마련된 것이다. 『대전후속록』의 주석 ‘官吏相應違法冒贖者 重論’의 承傳 연도는 大
文의 ‘及良人’ 三字添入을 통해 파악할 수 있다. 『경국대전』 印出 이후 大典 賤妻子女條
에 ‘及良人’ 3자를 첨입하여 보충대예의 입속 범위를 넓혀 양인을 증대시키자는 논의가
대두됨에 따라 급양인 3자는 添入과 還削을 수차례 되풀이하였다. 첨입된 시기를 모아
보면 ① 1491년(성종 22) 11월 1일에서 1492년(성종 23) 11월 8일까지, ② 1516년(중종
11) 12월에서 1526년(중종 21) 12월까지, ③ 1543년(중종 38) 이후이다[지승중(1995),
『조선전기 노비신분 연구』 일조각, p. 57]. 장예원에서의 甘丁 종량입안 발급은 1481년
이며, 천첩자녀조에 ‘及良人’ 세 글자가 첨입된 것은 이보다 10년 뒤인 1491년 11월 이후
이다.

아닌데, 송관이 법문을 억지로 들이대는 것이었다.⁶³ 이처럼 장예원의 『대전후속록』 법문 해석이 적정하지 않기에, 감정 종량 입안의 증거력 부인 또한 설득력이 떨어진다. 반면 송씨 측의 주장은 논리적 일관성이 있다.

봉산군수로서 재임하는 안돈후의 아들 충이 사유를 갖추어 관에 고하여 때에 맞춰 종량하는 것은 법리상 당연합니다. 장예원도 법에 따라 입안을 성급해 주었으니 사실에 있어서나 법리에 있어서 모두 명백합니다. 그런데 송관이 도리어 ‘관리가 (입속인과) 상응하여 살아 있는 아비를 죽은 것처럼 하여 입안을 발급하였으니 위격(違格)이다’라고 칭하는데, 이는 언사(言辭)나情理(情理), 법리(法理)에 있어서 모두 근거가 없는 주장입니다.⁶⁴

조모 감정이 100여 년 전에 종량된 입안 문기의 증거력이 분명하기에, 피고의 정소기한 도과라는 법률상의 주장 또한 정당한 것이었다. 그러나 장예원은 송씨 측의 주장을 기각하고 가속 70여 인을 환천하였다. 이러한 판결에 대해 송씨 측은 네 임금에 걸쳐 100년 이상 양인으로 지내는 자신들을 법을 어기고 환천하는 것은 지비오결이라고 주장하였다. 장예원의 결절은 법문의 해석과 적용이 정당하지 못한 왕법오결(枉法誤決)이라는 항변이었다.

3. 송관의 정결을 위한 노력

3.1. 공평한 변론 기회 부여

조선시대 소송은 당사자주의⁶⁵에 의해 진행되었기에 결송입안 역시 당

63 임상혁(2020), p. 252.

64 「1586년 장예원 결급입안」 644-649행.

65 당사자주의란 소송당사자인 원고와 피고가 소송 절차의 개시, 심판의 대상과 범위 및 소

사자의 진술과 그들이 제출한 증거들로 구성되어 있다. 조선시대 결송입안의 대부분이 이러한데, 이는 소송심리의 주도권이 당사자에게 주어져 있음을 말해 주는 것이다. 조선시대에는 당사자평등의 원칙에 따라 소송상 권리가 평등하게 보장되었다. 오늘날 이와 관련된 원칙이 쌍방심리주의다. 쌍방심리주의라 함은 소송의 심리에서 당사자 양쪽에게 평등하게 진술한 기회를 주는 원칙을 말한다.⁶⁶

조선시대 소송이 쌍방심리주의 방식에 의해 진행되었음을 잘 보여 주는 것이 「1578년 흥해군 결급입안」이다. 이 소송에서 송관은 당사자로 하여금 소장에서 주장한 권리의 정당성과 그것을 뒷받침하는 증거자료를 제한 없이 제출하도록 하였다. 송관은 당사자가 공평하게 공격과 방어를 하도록 하였는데, [표 1]에서 이를 확인할 수 있다.⁶⁷

이 소송에서 심리가 한창 진행 중인 가운데 피고가 송관인 경주부윤 조부(趙溥)를 기피하는⁶⁸ 신청을 관찰사에게 올렸다. 그러자 관찰사는 당사자

[표 1] 경주부윤이 관찰사에게 상송한 원칙의 소지와 다짐장(1576.10.7.)

제출 문기	제출인	제출 일시								계	
		1576.8.25.	9.1.	9.3.	9.7.	9.12.	9.13.	9.14.	9.15.		
소지 (서면)	원고				1장					1장	
	피고	1장								1장	
다짐 (구두)	원고	시송다짐 (1장)	2장	2장	1장		소송비자 석방 공동 다짐(1장)		1장	2장	10장
	피고		2장	2장				1장		2장	9장

출처: 「1578년 흥해군 결급입안」.

송 절차의 종료 등에 대하여 처분권을 가지고 이들에 관하여 자유로이 결정할 수 있는 원칙, 즉 소송심리의 주도권을 당사자에게 준 것을 말한다.

66 정동윤·유병현(2005), p. 282.

67 한상권(2016), 「16세기 여주이씨 노비소송과 議送」 『고문서연구』 48, p. 70.

68 기피 신청의 이유는 송관의 受賂로 편파적이고 불공정한 재판을 할 우려가 있다는 것이었다.

의 기피 신청을 받아들이면서, 송판에게 그동안 원칙을 추열(推闕)한 다짐장 및 상고할 문권 그리고 소지 등 소송 문기 전반을 관찰사에게 올려 보내라고 지시하였다.⁶⁹ 이에 따라 송판이 소송을 회피하면서 (1) 원고와 피고가 송판에게 제출한 문기 (2) 판아 사이에 주고받은 문기 등을 관찰사에게 상송하였는데,⁷⁰ (1) 가운데 당사자의 소지와 진술을 정리한 것이 [표 1]이다.

[표 1]을 보면 양 당사자가 송판에게 서면으로 제출한 소지가 2장인데, 원고와 피고 각 1장으로 동수다. 또한 송판이 당사자를 추문하여 받은 다짐장이 19장인데, 이 역시 원고 9장, 피고 8장, 공동다짐 2장으로 어느 한쪽으로 치우침이 없다.⁷¹ 이는 송판이 소송의 심리를 진행하는 과정에서 당사자에게 공평하게 변론 기회를 부여하였음을 말해 준다. 여주 이씨 노비소송에서 송판은 쌍방심리주의를 취하여 공평하게 공격과 방어 기회를 보장하였다. 이 소송을 담당한 경주부윤 조부⁷²는 당사자평등의 원칙에 따라 중립적 지위에 서서 어느 한쪽 당사자에게 치우침 없이 불편부당하게 처신하였음을 알 수 있다.⁷³ 이러한 양상은 다른 소송에서도 보인다. 「1560년 경주부 결급입안」에서 당사자의 구두 진술 11차례 가운데 원고 5차례 피고 6차례였으며, 서면 진술 4차례 가운데 원고와 피고가 각각 두 차례로 공평하게

69 「1578년 홍해군 결급입안」 752-754행.

70 경주부윤이 관찰사에게 올린 문기 목록은 1576년 10월 7일 관찰사에게 올린 牒呈에 後錄되어 있다(「1578년 홍해군 결급입안」 795-800행).

71 송판은 8월 25일 소송을 개시하면서 시송다짐을 받았다. 그리고 이어 원고와 피고에게 똑같이 구두변론 다짐장 2장씩 받았으며, 9월 1일과 15일에도 양측에게 똑같이 구두변론 다짐장 2장씩 받았다.

72 趙溥는 1552년(명종 7) 문과에 급제하였고 1573(선조 6)에 사헌부 지평으로, 1574년 사간원 정언으로 활동하였다. 이와 같은 경력과 “有識文官”으로 평가된 사실로 볼 때 강직하고 높은 학식의 소유자임을 짐작할 수 있다. 그리고 고조부 趙狷이 『경제육전』을 편찬했던 趙浚의 동생이었고, 소송을 회피하면서 관찰사에게 올린 「避嫌公事」의 법적 논변이 탁월했던 점 등으로 미루어 볼 때, 법률적 식견이 상당히 높은 인물이었을 것으로 추정된다(한효정(2022), 「조선전기 소송 청탁과 처벌」, 『인문논총』 79권 3호, 서울대학교 인문학연구원).

73 한상권(2016), pp. 69-70.

변론의 기회를 부여받았다.⁷⁴

한편 당사자주의에서는 판결의 기초가 되는 소전제인 주요사실을 당사자가 주장하고 이를 뒷받침하는 증거의 신빙도 당사자가 하여야 한다. 소송자료의 수집·제출 책임을 당사자에게 부여하는 것은 양 당사자에게 충분한 소송수행 능력이 있고 또 그 능력이 대등할 것을 전제로 하고 있다. 그러나 현실에서는 당사자가 충분한 소송수행 능력을 갖지 못하거나 양 당사자의 능력에 차이가 있을 수 있다. 이 경우 당사자주의로 진행되는 소송의 ‘형식적 평등’의 결함을 보정하여 ‘실질적 평등’이 관철되도록 하기 위해서는 송관의 적극적인 역할이 필요하였다. 그러나 조선시대 소송은 당사자주의로 진행되기 때문에 송관이 판결을 하면서 소송에 대한 자신의 견해를 제시하는 경우는 많이 있지만 조사와 심리 도중에 자신의 의견을 밝히는 사례는 거의 없었다.⁷⁵

반면 강원도 이천(伊川)현감 박태보(朴泰輔, 1654~1689)의 소송판결문인 「단송안」(斷訟案)은 내용의 많은 부분이 피고 주장에 대한 송관의 반박으로 이루어져 있다는 점에서, 다른 결송입안과 다른 특징을 보여 주고 있다.⁷⁶ 「단송안」은 자기비첩 소생의 신분 귀속을 둘러싼 소송이다. 이 소송에서 원고 논개는 비첩소생으로 여러 면에서 불리하였다. 적족(嫡族)에게 수십 년 동안 혹독하게 부림을 당하고 있었기 때문에, 자신의 억울함을 변론할 능력을 갖추지 못하였다. 논개의 삼촌인 피고 김건 등은 무지할 뿐만 아니라 비열하고 악랄하기까지 하였다. 그는 비첩소생인 논개 등을 수십 년 동안 가혹하게 부렸다. 그러나 논개 등은 비록 마음속으로는 억울함을 품고 있더라도 감히 스스로 말하지 못했다.

이처럼 소송능력이 불평등한 상태에서, 송관 박태보는 논개로 하여금

74 한상권(2008), 「조선시대 소송과 외지부: 1560년 「경주부 결송입안」 분석」, 『역사와 현실』 69, pp. 267-268.

75 전경목(2019), 「1801년의 부안현 ‘결입안’에 대한 기초적 분석」, 『고문서연구』 55, p. 101.

76 한상권(2021), 「박태보의 자기비첩소생의 신분 귀속에 대한 인식」, 『고문서연구』 59.

자신의 정당함을 진술하도록 이끌어야 했으나 논개는 그러한 변론능력이 없었다. 이에 대해 혹자는 “세력이 없는 상인(常人)이 법전을 알지 못하여 어찌할 도리가 없다.”라고 하였다. 당사자주의의 형식적 평등을 강조하는 주장이었다. 그러나 송관 박태보는 이러한 의견에 동의하지 않았다. 이 때문에 다른 결송입안과는 달리, 「단송안」은 송관이 직접 나서서 피고의 주장을 반박하는 방식으로 소송이 진행되었다. 송관 박태보는 적자녀(嫡子女)가 동기골육(同氣骨肉)을 사환하는 것은 국가의 성헌(成憲)을 폐기하고 인륜의 대법을 무너뜨리는 일이라고 생각하였다. 국전(國典)이 폐기되고 인륜이 무너지는 절박한 현실에 직면하였기에 불가피하게 송관이 소송 과정에 직접 개입한 것이다.

3.2. 증거에 입각한 사실 확정

조선시대의 재판에서 가장 중요하게 여겨졌던 증거는 권리의 존재를 추단할 수 있게 해 주는 문기였다. “소송의 진술은 한결같이 문권에 따라 시비를 자세히 분간해야 한다.”⁷⁷라는 주장처럼, 종문권시행(從文券施行)은 조선시대 재판의 지침이며, 모든 송사는 문권의 유무에 의하여 판정한다는 법 격언이 있다. 원·피고 중 확실한 문서가 있으면 그 문서에 따라 판결하고, 만일 양측에 문서가 없고 명백한 공문서가 있으면 그에 따라 판결하는 것이 원칙이었다.⁷⁸ 재판의 승패는 오로지 문서증거에 의하여 좌우되었다. 조선시대에도 오늘날처럼 증거재판주의의 원칙이 확립되었던 것이다.

송사를 판결하는 근본은 오로지 문기에 있으므로, 문기에 감추어진 깊은 간계를 들춰 내고 숨겨진 비위 사실을 밝혀내는 것은 오직 명석한 수령이라야 할 수 있는 일이었다.⁷⁹ 이 때문에 송관들이 재판의 준칙으로 삼았

77 「16세기 말~17세기 초 濟州牧決給立案」 207-208행.

78 박병호(1974), pp. 278-279.

79 정약용(1984), p. 308.

던 사찬 소송법서의 「청송식」은 오로지 서증(書證)의 진위 판단에 관한 사항이었다.⁸⁰ 송관은 원고가 소장을 제출하면 이어 원·피고에게 자신의 주장을 정당화하는 원정(元情)을 제출하게 하고, 원정에서 각자가 주장하는 서증인 문기를 제출하게 하였다.⁸¹ 송관의 증거조사는 당사자 변론의 직접 취회와 증거조사를 직접 행하는 원칙인 직접(심리)주의였다.⁸²

「청송식」에 의거한 문기 검증의 사례로 「1614년 경주부 결급입안」을 들 수 있다. 이 소송에서 원고 이정은 1594년 매득한 도망비 분이와 그 소생을 피고 장산두가 용은(容隱)·사환했다고 주장하면서, 간사한 사람이 문기를 위조해 비리횡침하는 폐단을 막아 달라는 소지를 올렸다.⁸³ 이에 맞서 피고 역시 자신이 추심한 노비들은 부친이 매득한 노비라면서 매득문기를 증거로 제출하였다.

송관은 피고가 제출한 매득문기의 서압(署押)과 필적을 검증하여 ‘글자체가 생소하며 위단(違端)이 현저하다’⁸⁴며, 문기 위조의 개연성을 언급하였다. 이어 본격적인 증거조사를 통해 위조 문기가 분명하다며 그 근거를 다 음과 같이 밝혔다.

배서(背書)에 ‘비 언분을 참봉 장천기에게 사급(斜給)한다 운운’했다. 그리고 장산두의 아버 천기가 평시에는 소속된 곳이 없는 양반인데, 그 아들

80 『詞訟類聚』에는 「청송식」이 수록되어 있는데, 민사사건을 심리하는 방식 24개 항목 가운데 당사자가 제출한 문서에 대한 검증이 무려 20개 항목이나 된다.

81 박병호(1974), p. 276.

82 직접(심리)주의는 판결을 하는 법관이 직접 심리대상에 접촉하므로 변론내용을 이해하고 사건의 진상을 파악하기 쉬운 장점이 있다. 그러나 반면에 사건이 복잡화하고 심리가 장기화하면 그동안 직접 심리에서 얻은 체험이 불명확하게 되고 또 법관의 교대로 인하여 이를 완전히 관철할 수 없다는 단점이 있다. 현행 민사소송법은 “판결은 기본이 되는 변론에 관여한 법관이 하여야 한다.”라고 규정하여 직접주의의 원칙을 명백히 하고 있다 [정동윤·유병현(2005), p. 286].

83 「1614년 경주부 결급입안」 99-100행.

84 「1614년 경주부 결급입안」 116-119행.

산두의 ‘전란 이후 납속 참봉의 직첩을 받았다’는 조사가 있었다. 그런데 추후에 농간을 부려 문기를 위조할 때, 그가 평시에 본래의 직명이 없었음을 깨닫지 못하고, 전란 이후 불리던 참봉을 망각하고 글을 써넣었다. 원고 이정이 아직 매듭하기 전에 이미 매듭한 것처럼 날짜를 당겼으니, 문기를 위조한 정상이 밝게 드러나 다시 의심할 바 없다.⁸⁵

소송법서 「청송식」에는 “문기의 성립 월일과 매도인, 분재자, 증여자의 사망일, 그리고 이들의 관직 면직 현직 연월을 조사함으로써 문서명의인의 진실 여부를 조사한다.”⁸⁶라고 하였는데, 송관은 이를 활용하여 피고가 제출한 매매 문기가 위조임을 밝혀낸 것이다. 그리고 이상의 증거조사를 바탕으로, “문기를 대단히 간사하게 위조하였기에 다른 나머지 주장들은 진실로 거론할 필요가 없다”며,⁸⁷ 피고 패소판결을 내렸다.

이와는 달리 관의 공증이 없는 백문기(白文記)의 증거력을 인정한 경우도 있다. 소송에서 제출되는 문서가 백문기인 경우, 상대방은 거의 예외 없이 위조라는 항변을 한다. 따라서 그 처분 내용을 증명하기 위해 문서에 올라 있는 증인과 필집을 불러 신문하는 등 확인을 거칠 수밖에 없다. 「1584년 나주목 결급입안」에서 피고 나기년 형제가 제시한 분재기는 계모인 정 조이가 전모소생의 의자녀(義子女)들에게 재산을 나누어 주고 작성한 백문기였다. 원고 측은 피고가 제출한 증거 문기가 백문기이므로 증거로서의 효력을 인정할 수 없다고 주장하였다. 그리고 “계모가 의자녀 혹은 양자에게 재산을 분급하는 경우는 관에서 작성하여 서명한 관서문기(官署文記)를 사용해야 한다.”⁸⁸라는 『경국대전』을 근거로 들었다. 특히 이 소송은 “계

85 「1614년 경주부 결급입안」 119-122행.

86 『詞訟類聚』 聽訟式.

87 「1614년 경주부 결급입안」 122-124행.

88 『經國大典』 刑典 私賤.

모가 물려준다는 문기는 관이 서명한 경우에 효력을 인정한다.”⁸⁹라는 1530년 「정인수교」가 반포된 직후의 일이므로, 계모의 의자녀들에 대한 분재문서로서의 백문기는 효력이 없다고 보아야 한다.

그러나 송관 김성일(金誠一, 1538~1593)은 원고 및 피고의 진술, 제출한 증거문서, 증인 및 관련자들의 대질심문 등 적극적인 증거조사를 통해, ‘정 조이가 의자인 나씨 형제에게 분재한 것은, 그 문서는 백문기이지만, 그 분재 사실이 인정된다.’라고 판결하였다. 정 조이가 생시에 소송물을 처분하였다는 내용을 담은 문서가 관서문기가 아니더라도, 증인과 필집이 모두 확실하다고 증언했기 때문에 다른 백문기의 예로는 논할 수 없다는 판단이었다.⁹⁰ 송관은 비록 관의 사출(斜出)은 받지 않았지만 일의 정황이 분명하며 백문기의 효력을 인정하였다. 증인과 필집의 증언을 토대로 증거자료의 법적 효력을 인정한 것이다.⁹¹

조선시대 소송은 소송자료의 수집과 제출을 당사자가 책임지는 변론주의(제출주의)였다. 그러나 조선시대 소송이 모두 변론주의에 의해 이루어진 것은 아니다. 송관은 당사자가 제출한 증거로서 심증을 얻을 수 없을 때 직권으로 증거조사를 하기도 하였다. 그 대표적인 것이 「1583년 나주목 결급입안」이다. 이 소송은 문윤원과 임경수가 노비소유권을 둘러싸고 나주목에서 벌인 다툼인데, 송관이 다른 지방 관서에 공문을 보내 확인 작업을 하고 증인을 심문하는 등 직권으로 증거조사 활동을 벌이는 모습을 보여 주고 있다. 이 소송에서 원고 문윤원은 피고 임경수가 자신의 양처(良妻)인 양금 소생의 아들과 손자를 압량위천했다고 주장했다. 반면 피고 임경수는 비 양금은 자신의 소유 노 귀산의 양처병산 소생으로, 양녀가 아닌 자신의 소유

89 『大典後續錄』 刑典 私賤.

90 「1584년 나주목 결급입안」 457-459행.

91 문숙자(1996), 「의자녀와 본족간의 재산상속분쟁: 1584년 학봉 김성일의 나주목판례 분석」, 『고문서연구』 8, pp. 61-65.

비라고 주장했다. 송관은 사실 확인을 위해 함평관에 이문하였다.⁹² 이문은 오늘날 증거조사의 감정에 해당하는 것이다. 이처럼 송관이 사실관계 확인을 위해 관련 고을에 이문하는 경우는 다른 소송에도 종종 보인다.⁹³

「1583년 나주목 결급입안」은 송관의 보충적인 직권조사를 통하여 변론주의와 직권주의의 조화를 이뤄 가는 소송체계를 보여 주는 것이다. 소송에서 진실을 가려 주어야 하는 송관의 책무가 중요하였기 때문에, 직권조사는 당연히 그에 수반되는 권한이었다고 할 것이다.⁹⁴

3.3. 정확한 법의 해석과 적용

3.3.1 송관의 법문 인용

조선시대 판결은 “마땅히 오직 한결같이 법전을 따라야 한다”는 일준법전(一遵法典)이 기본 원칙이었다.⁹⁵ 16세기 들어 법문의 해석과 적용을 둘러싸고 치열하게 다투는 소송이 무자녀망치(無子女亡妻)의 재산 귀속을 둘러싼 다툼이었다. 조선 전기까지 ‘손외여타금지’(孫外與他禁止)라 하여, 혈손 이외의 타인에게는 재산을 주지 못하도록 하는 금지 조치가 엄격하였다. 이에 따라 자식이 없이 죽은 여자의 재산은 친정으로 돌려보내는 것을 법례상·관습상 당연한 것으로 인식하였다. 그러나 15세기 중엽부터 죽은 다음에 제사 지내 줄 사람 즉 봉사손(奉祀孫)이 강조되면서 혈연을 중심으로 한

92 나주목사의 광주관예의 移文과 광주관의 回移에서 송자의 역할에 대해서는, 김경숙(2022), 「조선시대 송관의 공문서와 송자의 역할」, 『인문논총』 79권 3호, 서울대학교 인문학연구원 참조.

93 「1578년 흥해군 결급 입안」에서 소송의 심리 도중 원고 이춘수가 도망해 나타나지 않자, 소송을 이관받은 흥해 군수는 “家僮을 囚禁하고 이춘수를 捉送하라.”고 초계군으로 9차례 移文하였다.

94 임상혁(2007), 「조선전기 노비소송의 제도적 요인: 1586년 이지도·다물사리 소송 사례를 중심으로」 KDI 제도학회, p. 12.

95 「1698년 청도군 결급 입안」 147-148행.

[표 2] 16세기 무자녀망처 재산 귀속을 둘러싼 소송

번호	결송입안명(원고-피고)	인용 법조(法條)			판결
		원고	피고	송관	
①	1560년 경주부 결급입안 최득충(본족)-손광렬(의자녀)	경국대전(1485)	경국대전 대전후속록 (1543)	경국대전	균분
②	1583년 의성현 결결입안 이함(의자녀)-김사원(본족)	경국대전 무신수교(1548)	갑인수교 (1554)		화해
③	1583년 나주목 결급입안 김협(의자녀)-고맹필(본족)	갑인수교	갑인수교	갑인수교	본족 승소
④	1584년 나주목 결급입안 정천희(본족)-나기년(의자녀)	경인수교(1530) 갑인수교	경국대전 무신수교 갑인수교	경국대전 갑인수교	의자녀 승소

출처: 『조선시대 결송입안 집성』.

사고에서 탈피하는 인식의 전환이 일어난다. 고려조 이래 조선 초기까지 무자녀망녀(無子女亡女)의 재산이 본족에 우세하게 귀속되다가 16세기를 전후해서 의자녀에의 귀속이 강화되는데, 이는 망녀에 대한 봉사를 의자녀가 맡게 되고 또한 부계친족을 중시하게 되는 시기적 변화가 중요한 요인으로 작용했기 때문이었다.⁹⁶ 『경국대전』이 그러한 전환의 분수령이었다. 이후 권리관계가 본족에서 의자녀 중심으로 법령이 정비됨에 따라, 16세기에 이르러 이를 둘러싼 소송이 빈발하였다.

현전하는 16세기 결송입안 14건 가운데 4건이 무자녀망녀의 재산상속을 둘러싼 소송인데, 이를 정리하면 [표 2]와 같다.

[표 2]의 소송 사건 4건 가운데 송관이 법문을 인용해 판결한 것은 ①과 ④이다.⁹⁷

96 문숙자(1994), 「朝鮮前期 無子女亡妻財産의 相續을 둘러싼 訴訟事例」, 『고문서연구』 5, p. 60.

97 ②는 당사자 화해로 마무리되었으며, ③은 문기 증거조사에 따라 판결하였다.

① 「1560년 경주부결급입안」은 본족 최득충이 의자녀 손광현과 무자녀 망처 최씨의 노비와 전답을 두고 경주부에서 벌인 소송이다. 이 소송에서 원고 최득충은 의자녀 측에서 불법적으로 차지하고 있는 노비를 돌려 달라고 하였다. 최득충은 “손광서의 후실인 김씨 및 손중돈의 전실 자식들이 관련 없는 사람들로써 남의 몫인 허다한 노비를 수년간 사용하는 것은 애매·민망하다”며,⁹⁸ 법리(法理)와 정리(情理)를 들어 노비 환추(還推)를 호소하였다. 『경국대전』에서 말하는 ‘자녀가 없는 부부의 노비는 본족 외 타인에게 줄 수 없다’⁹⁹는 게 법리였으며, 원재주의 ‘노비를 본족에게 전급(專給)한다’는 분재기(유서)에 따라 노비를 추심해야 한다는 것이 정리였다.¹⁰⁰

반면 피고 의자녀 측은 생각이 달랐다. 그들은 “자녀가 없는 전실의 노비를 봉사조로 집지(執持)하는 일은 분명히 법례가 있으니, 지금까지 부러온 이와 같은 노비를 국법에 따라 밝고 바르게 판결해 달라”고 하였다.¹⁰¹ 무자녀 전실 노비를 시택에서 봉사조로 사환하는 것이 국법에 비추어 합당하다는 주장이다. 그리고 마찬가지로 『경국대전』을 근거로 의자녀와 본족의 균분을 주장하였다.¹⁰² 이와 함께 원고가 제출한 분재기(유서)가 관서 문기가 아닌 점을 들어 착명을 거부하였다. 거역불착의 이유로는 『대전후속록』의 “계모가 전계(傳係)하는 문기는 관서(官署)를 쓰라”¹⁰³는 규정을 들었다.

송관은 양측의 주장을 요약한 다음, 『경국대전』을 인용하여 판결하였다.

경국대전 사천조에 이르기를, ‘자녀가 없는 전모(前母), 계모(繼母)의 노

98 「1560년 경주부 결급 입안」 11-13행.

99 『經國大典』 刑典 私賤.

100 「1560년 경주부 결급 입안」 128-132행.

101 「1560년 경주부 결급 입안」 157-159행.

102 「1560년 경주부 결급 입안」 150-152행.

103 「1560년 경주부 결급 입안」 149행. 법조문은 ‘繼母傳係文記 用官署’로 1530년 형조에서 수교하였으며, 이 수교는 1543년 간인된 『大典後續錄』에 수록되어 있다.

비는 (의자녀의 상속분은) 5분의 1, 승중(承重)이면 3분을 더한다.’고 하였다.¹⁰⁴

‘무자녀 망처의 노비는 본족과 의자녀에게 균분한다’는 법문을 인용한 판결이었다.¹⁰⁵ 송관은 국전에 의거하여 계쟁물인 신노비(新奴婢) 30구를 본족과 의자녀에게 각각 15구씩 균분하였다.

이어 송관은 원고가 정리의 근거로 제출한 분재기(유서)의 효력을 인정하지 않았다. 유서의 일방적인 효력을 배제한다는 『경국대전』이 판결의 근거였다.

‘조부모 이하는 유서를 사용한다’라는 경국대전 조문의 주에 ‘승중(承重)한 의자는 (친자녀와 같아) 비록 유서에 다른 사람에게 주지 말라는 말이 있더라도 효력이 없다.’라고 하였다.¹⁰⁶

유서의 효력과 관련하여서는 당시 많은 논란이 있었던 것으로 보인다. 『경국대전』 가운데 해석하기 어려운 부분을 주해하여 1555년(명종 10) 간행한 『경국대전주해』에서 이 문제를 다루었기 때문이다.

경국대전주해에 이르기를, (유서에 ‘타인에게 주지 말라’는) 이것은 증여를 가리켜 말하는 것이고, 법정상속분으로 마땅히 얻는 바를 가리키는 것이

104 「1560년 경주부 결급 입안」 308-309행. 이 내용의 『經國大典』 원문은 다음과 같다. “無子女前母繼母奴婢 義子女五分之一 承重力則加三分.”

105 무자녀전모·계모의 노비를 의자녀가 5분의 1 상속받을 수 있다고 했을 때, 그 나머지 5분의 4는 본족의 상속분이다. 즉 本族 대 義子女의 상속 비율이 4 : 1임을 의미한다. 그런데 의자녀 중 누군가가 승중할 경우 자신의 몫에 3분을 더하여 본족과 똑같은 4 : 4의 비율로 분급받게 되는 것이다[문숙자(1994), pp. 48-49].

106 「1560년 경주부 결급 입안」 309-310행. 『經國大典』 원문은 다음과 같다. “用祖父母以下遺書【承重義子 卽同親子女 雖遺書勿與他之語 勿用】(『經國大典』 刑典 私賤)【】는 율문에 대한 주석 표시다.

아니다. 승중한 의자는 증여받는 바가 있으면 유서의 내용에 구애받지 않는다. (승중의자 이외의) 의자녀는 (타인에게 주지 말라는) 유서가 있다면 비록 증여받지 못하지만 그의 법정상속분을 응당 받는데, 이는 역시 (전모의) 제사를 위해서 주는 것이다. 이는 실로 국가의 공범이니 사문서인 유서를 가지고 공범을 폐할 수 없다.¹⁰⁷

『경국대전주해』는 유서와 법정상속의 관계를 사법과 공법의 관계로 보고, 양자의 우열을 법정화(法定化)하였다. 이 소송에서 송관은 재주의 의사보다 의자녀의 법정상속분¹⁰⁸을 중시하는 판결을 하였는데, 이는 『경국대전주해』의 해석과 부합하는 것으로, 법문을 정확하게 해석하고 올바르게 적용한 판결이었다.

④ 「1584년 나주목결급입안」은 자식 없이 사망한 정 조이의 재산을 둘러싸고 본족 손한·정천희와 의자 나기령·나기년 사이에 벌어진 소송이다. 이 소송 다툼의 핵심은 원 재주인 정 조이가 생전에 계쟁물을 처분하였다는 의자녀 주장의 사실 여부였다.

『경국대전』 규정에 따르면 노비를 전채 받은 사람은 1년 안에 관에 신고하여 입안을 받도록 되어 있었다. 만약 재주가 문계(文契)를 작성하고 죽은 경우는 병을 간호하던 죽친 혹은 노비를 불러서 실제를 조사하고 입안을 발급하도록 되어 있었다.¹⁰⁹ 이 소송에서 피고 측은, ‘정 조이가 1578년 문서를 작성하여 전계(傳係)했기에 바로 과장(課狀: 사실을 조사하여 기록한 문건)을 점련하여 관에 올려 관인을 받고 색리에게 접수하였으나, 계모가 병이 중하여 관에 들어가지 못했으므로 입안을 사출(斜出)받지 못한 채 사망

107 『經國大典註解』前集 刑典 私賤.

108 『經國大典』에서 정한 “자녀가 없는 前母와 繼母의 노비는 의자녀에게 전체의 5분의 1을 주고 승중자에게는 3분을 더하여 준다.”는 의자녀의 법정상속분을 의미한다.

109 『經國大典』刑典 私賤.

했다'고 주장하였다.¹¹⁰ 이에 맞서 원고 측은 “법조문에 ‘계모의 전계문기는 관서를 사용한다’라고 법에 있다”며,¹¹¹ 「경인수교」(1530년)를 들어 피고가 제출한 백문기가 위조되었다고 주장하였다.

송관은 『경국대전』에 “무릇 전계 노비는 1년 이내에 관에 고하여 입안을 받는다.”라고 했다는 점을 적시하였다.¹¹² ‘백문기는 관의 공증을 받지 않았으므로 효력이 없다’는 원고의 주장을 인용한 것이다. 그리고는 비록 “입안을 사급받지 못했다 하더라도 증인이 분명하면 백문기의 예로 논단할 수 없는 것이 법례”¹¹³라며, 피고의 입장 또한 변호하였다. 양측 주장의 타당성을 각각 인정한 송관은 결론적으로 ‘정 조이의 재산을 의자녀가 전계 받은 것이 명백하다’며, 관련된 간접증거를 여러 가지 제시하였다.¹¹⁴ 그리고 이를 근거로 원 재주인 망처의 처분 내용을 인정하여 의자녀 승소 판결을 내렸다.¹¹⁵ ‘원재주가 이미 처분한 기물(己物: 한 개인의 사적인 소유 재물)은 다시 변경하지 않는다’는 1554년 「갑인수교」에 의거한 판결이었다. 「1560년 경주부 결급입안」이 『경국대전』 법문에 충실한 판결이었다면, 「1584년 나주목 결급입안」은 『경국대전』 법문을 창조적으로 재해석한 판결이라고 할 수 있다.

3.3.2. 당사자의 법률 지식에의 접근

16세기에 집중적으로 발생한 무자녀망처 재산 귀속을 둘러싼 소송에

110 「1584년 나주목 결급입안」 451-454행.

111 「1584년 나주목 결급입안」 89-90행.

112 「1584년 나주목 결급입안」 459-461행.

113 「1584년 나주목 결급입안」 457-462행.

114 「1584년 나주목 결급입안」 462-485행.

115 송관은 피고 승소 판결을 하면서, 그 이유를 “재주가 길 가는 사람에게 재산을 처분할지라도 使孫들이 빼앗지 못하는데, 하물며 남편의 자식을 양자로 삼고 그가 사망한 후의 제사까지 아울러 맡겼으니, 살아 있을 때 전계하여 과장에 관인을 찍은 문기를 백문기라고 공격하여 무너뜨릴 수는 없을 것”이라고 밝혔다(「1584년 나주목 결급입안」 481-485행).

서 당사자는 치열한 법률상의 다툼을 벌였다. 앞서 제시한 [표 2]에서 보듯이, 원칙은 『경국대전』(1485)과 『대전후속록』(1543) 등의 법전과 「경인수교」(1530), 「무신수교」(1548), 「갑인수교」(1554) 등 각년의 수교 등을 인용하여 법률상의 주장을 하였다. 그런데 『경국대전』과 『대전후속록』은 간인(刊印)되었기에 일반인도 비교적 쉽게 접근할 수 있었다. 하지만 각년 수교는 해당 각사에서 승전(承傳)한 준칙으로, 인민에게는 공개되지 않은 법조문이라는 점에서 차이가 있다.

①에서 피고는 『대전후속록』에 수록된 「경인수교」를 인용하였다. 간인된 지 채 20년도 안 되는 『대전후속록』을 활용하여 법리상 주장을 하고 있었다는 점이 인상적이기는 하지만, 경주손씨 가문이 15세기에 손사명·손옥·손소·손중돈 등 4명이 문과에 급제하였고, 손중돈 형제와 외손인 회재이언적 대에 와서 문호가 극성하였다는 점¹¹⁶을 감안하면 능히 가능한 일이었다.

그런데 이후로 가면서 원칙 모두 각년 수교를 인용하여 법률상의 다툼을 벌이는 양상이 벌어진다. ② 「1583년 의성현 결절입안」은 1583년 이함과 김사원 형제가 이은보 처 김씨 재산 소유권을 둘러싸고 의성현에서 벌인 소송이다. 원고 이함은 「무신수교」에 의거하여 전모 김씨의 신노비와 봉사 전민을 의자녀인 자신에게 분급할 것을 주장했다. 반면 피고 김사원은 「갑인수교」를 인용하여 의자녀 상속에서 재주의 처분을 고치는 것이 부당하다고 주장하였다. 피고 측은 「갑인수교」를 인용하면서 ‘甲寅九月廿二日承傳內’¹¹⁷라고 표기하였는데, 이는 『각사수교』에 수록된 「갑인수교」의 기두어 ‘甲寅九月二十二日承傳內’와 똑같다.¹¹⁸ 『경국대전』은 반포되었으나

116 李樹健(1979), 『嶺南士林派의 形成』, 영남대학교출판부, pp. 195-202.

117 「1583년 의성현 결절입안」 72-73행.

118 『各司受教』 한성부. 『각사수교』는 1546년부터 1571년까지의 수교를 임시적으로 정리한 수교집으로 필사본이다. 『각사수교』에는 수교 원문이 그대로 실려 있기에 ‘甲寅九月廿二日承傳內’라는 표현이 포함된 것인데, 이는 『각사수교』의 형식적 특징이다. 1585년(선조 18)에 편찬한 『사송유취』는 『각사수교』의 기두어인 승전 연월일은 생략하고, 곧바로 수

수교는 해당 각사에 내렸을 뿐 반행(頒行)되지는 않았다. 피고 김사원 측은 각사에서 행정실무에 참고하기 위해 정리한 미간행 필사본에 수록된 수교를 인용하여 법률상의 주장을 한 것이다.

한편 ④ 「1584년 나주목결급입안」에서 앞서의 경우와는 달리 원칙은 양반 사족이 아닌데도, 최근에 각사에서 승전한 수교를 변론의 근거로 제시하면서 소송에 임하고 있었다.¹¹⁹ 이 소송에서 피고 나씨 측은 「무신수교」와 「갑인수교」를 자신들의 법률상 주장을 뒷받침하는 근거로 제시하였다. 소송 개시 시점을 기준으로 볼 때, 이들 수교는 승전한 지 30여 년 내외의 것들이었다. 이 소송에서 피고 나씨 측이 제시한 두 건의 수교는 간인된 것이 아니므로¹²⁰ 양반 사족조차 접하기 쉽지 않은 내용이었다. 또한 앞서 「1586년 장예원 결급입안」에서 보았듯이, 피고 송씨 측은 삼대전(경국대전, 대전속록, 대전후속록)을 인용하여 과한법에 대한 변론을 하였다. 이상의 사실은 조선시대에 인민의 법률에의 접근이 금지되지 않았음을 말해 주는 것이다.

근근대 사회에서 법의 지식의 진화를 개괄하면, 민중에게 법의 지식을 금지하는 비밀법 시대에서 국가기관에는 법의 지식을 명하는 반포법 시대로 나아간다. 반포법 시기에 법을 공시하고 이를 인민에게 고하거나 고하지 않는 것은, 전적으로 입법자의 수의(隨意)이어서 혹은 이를 엄비(嚴秘)하여 집행자, 해당 관리 또는 특권계급 외에는 이를 알 수 있도록 허락하지 않는 것도 있고, 또는 관리에 대한 명령으로 포달(布達)하거나, 또는 관리의 직무 집행 편의를 위해 선례, 관습 등을 문서로 편집하여 이를 교부하는 것도 있었다. 그리고 후자의 경우, 이를 인민에게 고지하기 위해 공포하는 것은 아

교 내용을 인용하였다.

119 문숙자(1996), p. 52.

120 1546년에서 1571년까지의 수교를 모은 『각사수교』를 간행하지는 논의는 17세기 이후에 대두한다.

니었지만, 인민이 이를 아는 것을 굳이 금하지 않았다.¹²¹

이 도식에 비추어 볼 때, 조선시대 법의 지식 단계는 반포법 단계이며, 일반인에게 법에 대한 지식을 허락하는 허가시대라고 할 수 있다. 한편 같은 반포법 단계라 할지라도 중국과 일본은 사정이 달랐다.

송나라의 전통적 금서 정책의 하나로, 법률서는 일절 민간에 사장(私藏)해서는 안 되었다. 법은 관부에 있으면 충분하며, 인민은 단지 유교가 가르치는 바에 따르기만 하면 된다는 생각 때문이었다. 인민이 법률 지식을 갖고있는 것은 정치에 해를 초래하는 것이라고 생각하였기 때문에, 법률서는 송대에 금서의 하나로 꼽혔다.¹²² 중국 송대 사회는 사법제도 면에서 이전이나 이후의 어느 시대에서도 찾아볼 수 없을 정도로 발달된 법 제도를 갖고 있었다. 그러나 법제도의 고도의 발달에도 불구하고 소송과 같은 일상생활에 가장 필요한 법절차는 통제되고 있었다. 송대 인쇄술의 고도의 발달에도 불구하고 법률 서적의 출판과 유통이 금지되었던 것처럼 민간의 자유로운 법절차에의 접근은 통제되고 있었던 것이다.¹²³

일본 역시 토쿠가와 막부의 법전은 쇼군, 로쥬(老中), 3부교 등 막부의 요직밖에 볼 수 없었고, 막부의 지방관인 다이칸(代官)은 공식적으로는 볼 수 없었다.¹²⁴ 양국 모두 법은 최고지배층의 독점물이라는 것이 준수해야 할 행정의 지침으로 작용하고 있었다.

이처럼 중국과 일본은 법의 독점주의·비밀주의를 원칙으로 하는 사회였다. 이와는 달리 조선의 경우 인민의 법률 지식에의 접근을 굳이 금하지 않았으며,¹²⁵ 송관 역시 소권(판결청구권)을 당사자의 당연한 권리로 인정하

121 穂積陳重(1924), 『法律進化論』 第2冊, 東京: 岩波書店, p. 72.

122 宮崎市定(1954), 「宋元時代の法制と裁判機構: 元典章成立の時代的・社會的背景」, 『東方學報』 京都 24(『アジア史研究』 4, 1975, 同朋舎, pp. 237-240).

123 박영철(2003), 「송사의 출현을 통해 본 송대 중국의 법과 사회」, 『법사학연구』 27, p. 251.

124 오오히라 유우이치(大平祐一)(2017), 金白晧 역, 「토쿠가와(德川) 일본의 민사재판」, 『법사학연구』 56, pp. 69-70.

125 이를 잘 보여 주는 것이 이연적이 경상도관찰사로 있었던 1543년 11월에 국왕으로부터

였다.¹²⁶

4. 맺음말

고문서의 형태로 현전하는 결송입안 등의 소송 문기를 활용하여 조선시대 민사소송의 구체적인 운용실태를 파악할 수 있다. 결송입안을 통해 파악한 조선시대 민사소송의 공정성 문제는 다음 몇 가지로 정리된다.

첫째, 정치적으로 민감한 사안의 경우 법리논쟁이 실종되기도 하였다. 이를 잘 보여 주는 것이 「1586년 장예원 결급입안」(일명 안가노안)이다. 안가노안은 법리의 입장에서 문서의 위조와 효력 문제, 과한법의 적용 문제 등 법률상 다툴의 소지가 많은 판결이었다. 그러나 당시 사람들은 이 판결을 역사 정의를 드러낸 명판결로 미화하고 있었다.¹²⁷ 역사 정의를 세운다는 미명하에 사법 정의는 실종되었는데, 이는 행정과 사법이 분리되지 않은 당시의 현실에서 흔히 나타날 수 있는 현상이었다.¹²⁸

둘째, 소송의 심리방식이 현대와 크게 다르지 않았다. 근대국가의 소송

『대전후속록』을 內賜받았다는 사실이다. 이 책의 앞 면지에 “1543년 11월 경상도 관찰사 이언적에게 『後續錄』 한 권을 內賜한다. 감사하다는 인사는 생략하기를 명한다. 도승지 이 착명”의 內賜記가 있으며 책머리에는 宣賜之記가 적혀 있다. 이언적은 1543년 7월부터 1544년 4월까지 경상도 관찰사를 맡았다.

126 「1584년 나주목 결급입안」에서, 송관은 “경국대전 사친 규정에 비추어 볼 때 의자녀가 呈訟한 것은 불가하지 않다”고 하였다(「1584년 나주목 결급입안」 455-457행).

127 「1586년 장예원 결급입안」은 『稗林』에 실려 있다. 『패립』의 편찬자는 「안가노안」과 함께 남송 말기 岳飛와 秦檜 후손이 토지로 다투었다는 사실을 소개하면서, 판관이 토지 소송에서 문서를 보지도 않고 바로 악비 후손의 승소로 판정한 행위를 찬양하였다. 이는 「안가노안」이 역사 정의를 구현한 명판결이라는 편찬자의 입장을 드러낸 것이다.

128 사법과 행정의 미분리에 대해, 滋賀秀三은 이를 ‘재판의 행정적 성격’ 내지 ‘행정적 일환으로서의 사법’이라고 하였다[滋賀秀三(1984), 『『清代中國の法と裁判』, 東京: 創文社, p. 246].

심리의 기본 원칙은 쌍방심리주의, 직접심리주의, 당사자주의 등인데,¹²⁹ 결송입안에 보이는 조선시대 소송심리의 방식 또한 이와 크게 다르지 않았다. 이는 조선시대 소송 역시 현대 민사소송의 이상인 공정성을 지향하였음을 보여 주는 것이다.

셋째, 조선시대 민사소송이 엄격하게 문서와 증거 중심으로 이루어졌음을 보여 주었다. ‘원님재판’은 조선의 사법을 부정적으로 평가하는 대표적인 용어이다. 조선의 재판은 자의적이고 무원칙적으로 이루어졌다는 주장인 것이다. 하지만 결송입안을 검토해 보면 조선시대 소송제도가 잘 정비되어 있었음을 확인할 수 있다. 또한 소송 진행 실태를 보면, 재산상속의 경우 원고와 피고 측이 자기 편에 유리한 모든 증인이나 증거물 특히 분재기 등의 상속문서를 제출하는 등의 수단을 동원하였다. 재판이 ‘중문권시행’이라는 법언에 따라 엄격하게 증거 중심으로 이루어졌음을 알 수 있다.

넷째, 조부, 박태보, 김성일 등에서 보듯이 조선시대 송관이 나름대로 높은 수준의 법률 지식을 갖추고 있었다. 목민관들이 사장(詞章)만을 중시한 나머지 율학과 율문을 경시하였고 실무에 서툴렀다는 평가는 흔히 접할 수 있는 주장이다. 그러나 결송입안에 보이는 송관의 모습은 전문적인 법률 지식에 밝았을 뿐만 아니라, 재판에 임해서도 사건의 실체적 진실 파악에 매우 열성적이었다. ‘목민관들의 형서(刑書) 법문의 지식은 거의 문구에 그칠 뿐이기 때문에, 소송에 당하여 책임만 모면하려 하거나 자의적으로 천단(擅斷)하였다’는 속설은 부분적 진실일 뿐이다.

다섯째, 인민들이 법률 지식에 접근할 수 있는 가능성이 열려 있었다. 조선시대 법의 지식 단계는 반포법 단계이며, 일반인에게 법에 대한 지식을 허락하는 허가시대라고 할 수 있다. 인민들은 간인된 법전과 해당 각사에 내린 각년 수교를 활용하여 치열한 법률상의 다툼을 벌였다. 조선시대 인민들의 법률 지식에의 주체적인 접근과 이의 능동적인 활용은 권리에 대한

자각이 그만큼 성장하였음을 보여 주는 증거라고 할 수 있다.

참고문헌

자료

- 『經國大典』, 『經國大典註解』, 『成宗實錄』, 『中宗實錄』, 『承政院日記』, 『續大典』, 『受教輯錄』
 『各司受教』, 『大典續錄』, 『大典後續錄』, 『詞訟類聚』, 『決訟類聚』
 「1560년 경주부 결급 입안」
 「1578년 흥해군 결급입안」
 「1583년 의성현 결절입안」
 「1584년 나주목 결급입안」
 「1586년 장예원 결급입안」
 「1614년 경주부 결급입안」
 「1629년 제주목 결송입안」
 「1698년 청도군 결급 입안」
 「16세기 말~17세기 초 제주목 결급입안」
 「1722년 안동부 결송입안」

논저

- 권이선(2016), 「조선시대 決訟立案 연구」, 한국학중앙연구원 석사학위논문.
 김경숙(2022), 「조선시대 송관의 공문서와 송자의 역할」 『인문논총』 79권 3호, 서울대학교 인문학연구원.
 문숙자(1996), 「의자녀와 본족간의 재산상속분쟁: 1584년 학봉 김성일의 나주목판례 분석」, 『고문서연구』 8.
 문숙자(1994), 「朝鮮前期 無子女亡妻財産의 相續을 둘러싼 訴訟事例」, 『고문서연구』 5.
 박병호(1974), 『韓國法制史攷: 近世의 法과 社會』, 법문사.
 박병호(1972), 『傳統的 法體系와 法意識』, 한국문화총서 8, 서울대학교 한국문화연구소.
 박영철(2003), 「송사의 출현을 통해 본 송대 중국 법과 사회」, 『법사학연구』 27.
 심희기 외 역주(2022), 『조선시대 결송입안 집성』, 민속원.
 오오히라 유우이치(大平祐一)(2017), 金白曝 역, 「토쿠가와(德川) 일본의 민사재판」, 『법사학연구』 56.
 이수건(1979), 『嶺南士林派의 形成』, 영남대학교출판부.
 임상혁(2020), 『나는 선비로소이다』, 역사비평사.

- 임상혁(2010), 『나는 노비로소이다』, 너머북스.
- 임상혁(2007), 「조선전기 노비소송의 제도적 요인: 1586년 이지도·다물사리 소송 사례를 중심으로」, KDI 제도학회.
- 전경목(2019), 「1801년의 부안현 ‘결입안’에 대한 기초적 분석」, 『고문서연구』 55.
- 정동윤·유병현(2005), 『민사소송법』, 법문사.
- 정약용(1984), 다산연구회 역주, 『역주 목민심서』 IV, 창작과 비평사.
- 지승중(1995), 『조선전기 노비신분 연구』, 일조각.
- 한상권(2021), 「박태보의 자기비첩소생의 신분 귀속에 대한 인식」, 『고문서연구』 59.
- 한상권(2017), 「조선시대 詞訟에서의 誤決과 再訟」, 『고문서연구』 51.
- 한상권(2016), 「16세기 여주이씨 노비소송과 議送」, 『고문서연구』 48.
- 한상권(2008), 「조선시대 소송과 외지부」, 『역사와 현실』 69.
- 한효정(2022), 「조선전기 소송청탁과 처벌」, 『인문논총』 79권 3호, 서울대학교 인문학연구원.
- 宮崎市定(1954), 「宋元時代の法制と裁判機構: 元典章成立の時代的·社会的背景」, 『東方學報』 24, 京都(『アジア史研究』 4, 1975, 同朋舎).
- 穗積陳重(1924), 『法律進化論』 第2册, 東京: 岩波書店.
- 滋賀秀三(1984), 『清代中国の法と裁判』, 東京: 創文社.

원고 접수일: 2022년 7월 16일, 심사 완료일: 2022년 8월 1일, 게재 확정일: 2022년 8월 9일

ABSTRACT

Fairness in Civil Litigation and the Role of Judges in the Joseon Dynasty

Han, Sang-Kwon*

The way in which the civil trial system of the Joseon Dynasty operated can be examined using civil litigation documents and records, such as lawsuit documents (決訟立案, *gyulsong-ip-an*). Maintaining fairness during civil litigation was regarded as an important matter in the Joseon Dynasty, and it could be observed that hearing methods were not that much different from that of the modern trial system. Trials were strictly based on documents and evidence, and the judge had a high level of legal knowledge. The common people were also allowed access to legal knowledge.

Keywords *Gyul-song-ip-an* (決訟立案), Civil Litigation (詞訟), Fairness, Wrong Decision, Right Decision

* Professor Emeritus, Department of History, Duksung Women's University

