

# 19세기 조선의 국가, 법, 사회

## 제20회 월례발표회 자료집

제1발표: 「유가(儒家)의 형정론(刑政論)에서 ‘수치심(恥)’의 자율성(autonomy) 문제 - 저스틴 티왈드(Justin Tiwald)의 논의를 중심으로」

(정희철, 19세기 조선의 국가, 법, 사회 연구보조원)

제2발표: 「조선시대 소송에서 판결의 확정력에 대하여-『가림보초』의 임천군과 석성현 兩民의 쟁송을 중심으로-」

(한상권, 덕성여자대학교 명예교수)

토론: 이호규 (인하대)

○ 일시: 10월 22일(금) 15:00 ~ 18:00

○ 장소: Zoom 회의

이 자료집은 2019년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임.(019S1A5C2A02082825)

## 목차

제1발표: 「유가(儒家)의 형정론(刑政論)에서 ‘수치심(恥)’의 자율성(autonomy) 문제 - 저스틴 티왈드(Justin Tiwald)의 논의를 중심으로」

(정희철, 19세기 조선의 국가, 법, 사회 연구보조원) ..... 4

제2발표: 「조선시대 소송에서 판결의 확정력에 대하여-『가림보초』의 임천군과 석성현 兩民의 쟁송을 중심으로-」

(한상권, 덕성여자대학교 명예교수) ..... 30



# 유가(儒家)의 형정론(刑政論)에서 '수치심(恥)'의 자율성(autonomy) 문제

연세대학교 철학과 박사과정

정 희 철



# 연구개요

- ▶ 유가에게 있어 형(刑)과 부끄러움(恥)의 관계에 대한 저스틴 티왈드(Justin Tiwald)의 선행연구 분석.
- ▶ 티왈드 이론의 맹점 지적
- ▶ 유가의 형정론에서 부끄러움(恥)이 지니는 성격과, 부끄러움(恥)과 형(刑)의 관계에 대한 대안적 해석 제공

# 티왈드(Tiwald)의 '자율적 수치(autonomous shame)'론

- ▶ 유교적 통치(governance)에서 처벌(punishment)의 위상은?

유교는 모든 형태의 사회적 조정이 비즈니스적 관계보다 가족적 관계에 가깝게 이루어지는 것을 선호

\*비즈니스적 관계: 개인적 권리가 우선시되는 관계. 권리 침해에 대응하는 처벌에 대한 공포 중심의 관계.

\*가족적 관계: 개인적 권리보다 애정, 보살핌(care)이 우선시되는 관계.

==> 개인적 권리가 우선시되는(foreground) 정치체제에서는, 처벌에 대한 공포가 보살핌(care)의 배양을 방해한다는 사유

# 티왈드(Tiwald)의 '자율적 수치(autonomous shame)'론

## ▶ 수치심(恥)의 문제

유교적 통치론에서는 처벌이 보살핌(care)뿐 아니라, 수치심(恥, shame)의 건강한 형성을 방해한다고 본다.

孔子는 수치심(恥)을 처벌보다 우선시.

子曰 道之以政 齊之以刑 民免而無恥 道之以德 齊之以禮 有恥且格(《論語》 <爲政> )

=> 그렇다면 수치심(恥)이란 구체적으로 어떤 성격을 지니고 있는가?

# 티왈드(Tiwald)의 '자율적 수치(autonomous shame)'론

## ▶ 《論語》에 등장하는 恥 개념의 특징

1. 특정한 결함에 불편함을 느끼는 심적 상태
2. 결함이 자신, 또는 자신과 동질적인 사람(예컨대 가족)에게 있어야 恥를 느낌
3. 恥를 느낄만한 결함은 오로지 윤리적인 차원의 결함. 빈곤이나 장애 등은 恥를 느낄만한 것이 아님.
4. 恥는 자율적(autonomous)인 것. 무엇이 부끄러워할 만한 것인지에 대한 스스로의 견해로부터 불편함을 느낌

=> 여기서 문제가 되는 것은 4번의 해석.

# 티왈드(Tiwald)의 '자율적 수치(autonomous shame)'론

- ▶ 자율적 수치(autonomous shame)란 구체적으로 무엇을 말하는가?

세 가지 가능성 제시

1. 恥가 '스스로의 인식이나 느낌을 통해 시비를 가르려고 하는 열망(aspiration)'으로부터 도출됨
2. 恥가 권위에 대한 믿음으로부터 도출됨. 비록 완전히 이해하지는 못하지만, 전통적 禮가 따를만 하다는 경험·체함에 기초.
- 3(1+2). 禮의 근거를 알고자 하는 열망 + 禮를 따를 만 하다는 경험적 신뢰



# 티왈드(Tiwald)의 '자율적 수치(autonomous shame)'론

- ▶ 티왈드 본인은 어떤 해석이 가장 설득력있다고 명확하게 밝히지 않음. 단지 해석의 가능성만 제시.

# 티왈드(Tiwald)의 '자율적 수치(autonomous shame)'론

▶ 유가에게 있어 刑과 恥

형벌이 위와 같이 규정된 恥의 배양을 방해한다.

형벌은 기본적으로 공포에 기반.

형벌이 불러오는 공포는 자율적 恥와 완전히 다른 것.

-> 남이 시선, 법의 유무, 처벌의 공포와 관계없이 가지게 되는 것이 유가적 '자율적 수치(autonomous)'

형벌이 주가 되는 통치는 자율적 수치의 배양을 저해한다는 것이 유가 刑政論의 특징



# 티왈드(Tiwald)의 '자율적 수치(autonomous shame)'론

비록 刑이 아예 없는 것은 아니지만, 형벌과 공포가 주가 되지 않는 통치

=>> Backgrounding punishment & Foregrounding shame



# '자율적 수치(autonomous shame)'론의 한계

▶ 티왈드의 '자율적 수치'론이 가지는 문제점

1. 《論語》 해석 상의 문제점

2. 유가류(儒家類) 문헌 일반에 대한 고찰 부재

# '자율적 수치(autonomous shame)'론의 한계

## ▶ 《論語》 해석의 문제

티왈드가 주장하는대로, <論語>에서 '恥'가  
자율적(autonomous) 감정·판단으로 등장하는 용례가 분명  
존재.

그러나 대개 '君子'나 '士'같은 위정자가 가져야 할 덕목으로  
등장하는 용례는 있어도,

民이 '자율적'인 恥를 가질 수 있어야 한다는 명확한 언급은  
찾아보기 어려움.

# '자율적 수치(autonomous shame)'론의 한계

## ▶ 《論語》 해석의 문제

"子曰道之以政 齊之以刑 民免而無恥 道之以德 齊之以禮 有恥且格"에서 보이듯 民도 恥를 가질 수는 있지만,

티왈드는 이 구절에서 나타나는 '民의 恥'가 '君자의 恥'와 같은 의미로 쓰였다는 것을 입증해내지는 못함

# '자율적 수치(autonomous shame)'론의 한계

## ▶ 《論語》 해석의 문제

오히려 《論語》에는 民의 윤리적 자율성과는 배치되는 대목이  
빈출

子曰：民可使由之，不可使知之。 <泰伯>

子欲善，而民善矣。君子之德風，小人之德草。草上之風，必偃。  
。 <顏淵>

# '자율적 수치(autonomous shame)'론의 한계

## ▶ 《論語》 해석의 문제

《論語》에서

'民이 자율적인 恥를 가져야 하며, 刑政의 남용은 자율적 恥를  
기르는 것을 방해한다'는 사유를 찾을 수 있다는 티왈드의  
해석은,

앞에서 본 대목들과 조화되기 어려움.

# '자율적 수치(autonomous shame)'론의 한계

티왈드의 이론은 《論語》 해석 자체에 대한 문제가 있을 뿐 아니라, 《論語》 이외의 자료에 대한 분석은 매우 미약하다는 점에서 큰 한계.

刑政과 恥의 문제에 대한 '유가적(confucian)' 입장을 논구했다기에는 미흡

>>> 儒家書로 분류되는 문헌들에서 刑政과 恥의 관계를 살펴볼 필요가 있음.

# '자율적 수치(autonomous shame)'론의 한계

▶ 유가류(儒家類) 문헌에서 형정(刑政)과 '민(民)의 수치심(恥)'

-刑 그 자체가 올바른 恥의 배양을 막는다 X

-(禮로써)가르침이 선행되지 않은 刑이 恥의 배양을 막는다 O

가르침과 刑의 시간적 선후관계가 문제의 핵심.

# '자율적 수치(autonomous shame)'론의 한계

- ▶ 유가류(儒家類) 문헌에서 형정(刑政)과 '민(民)의 수치심(恥)'

《孔叢子》 <刑論>

仲弓問古之刑教與今之刑教。孔子曰："古之刑省，今之刑繁。其為教，古有禮然後有刑，是以刑省；今無禮以教，而齊之以刑，刑是以繁。《書》曰："伯夷降典，折民維刑，" 謂下禮以教之，然後維以刑折之也。夫無禮則民無恥，而正之以刑，故民苟免

# '자율적 수치(autonomous shame)'론의 한계

## ▶ 유가류(儒家類) 문헌에서 형정(刑政)과 '민(民)의 수치심(恥)'

중궁이 옛날의 형교(刑敎)와 오늘날의 형교(刑敎)에 대하여 물었다. 공자께서 말씀하셨다. "옛날의 형(刑)은 간략했고 지금의 형은 번거롭다. 그 가르침에 있어, 옛날에는 예(禮)가 있는 후에라야 형(刑)이 있었으니 이 때문에 형(刑)이 간략했으며, 지금은 예로써 가르침이 없으면서 형(刑)으로써 바로잡으니 형(刑)이 이 때문에 번거롭다 ... .. 무릇 예가 없으면 민(民)은 부끄러움(恥)이 없게 되니, (부끄러움이 없는 민을) 형(刑)으로써 교정하기 때문에 민(民)이 구차히 벌을 면하려 한다." 《孔叢子》 <刑論>

# '자율적 수치(autonomous shame)'론의 한계

▶ 유가류(儒家類) 문헌에서 형정(刑政)과 '민(民)의 수치심(恥)'

>> 그렇다면 '가르침'이란 구체적으로 어떻게 이루어지는가?

曾子曰："敢問何謂七教？"

孔子曰："上敬老，則下益孝；上尊齒，則下益弟；上樂施，則下益寬；上親賢，則下擇友；上好德，則下不隱；上惡貪，則下恥爭；上廉讓，則下恥節。此之謂七教。七教者，治民之本也。政教定，則本正矣。凡上者，民之表也。表正則何物不正？..."《孔子家語》〈王言解〉

# '자율적 수치(autonomous shame)'론의 한계

## ▶ 유가류(儒家類) 문헌에서 형정(刑政)과 '민(民)의 수치심(恥)'

증자가 말했다. "무엇을 칠교(七敎)라 이르는지 감히 묻습니다." 공자께서 말씀하셨습니다. "윗사람이 노인을 공경하면 아랫사람은 더욱 효도하고, 윗사람이 연장자를 존대하면 아랫사람은 더욱 윗사람에 공손히 대하고, ... .. 윗사람이 탐욕스러움을 싫어하면 아랫사람은 다투는 것을 부끄러워 하고, 윗사람이 청렴하고 사양하면 아랫사람은 부끄러움을 알고 절조를 지킨다. 이것을 이르러 칠교(七敎)라 하느니라. 칠교(七敎)는 민(民)을 다스리는 근본이니, 정치와 교화가 안정되는 근본이 바르게 된다. 무릇 윗사람은 민의 모범(表)이다. 모범이 바르면 어떤 것이 바르지 않겠느냐?" 《孔子家語》 <王言解>

# '자율적 수치(autonomous shame)'론의 한계

- ▶ 유가류(儒家類) 문헌에서 형정(刑政)과 '민(民)의 수치심(恥)'

민이 위정자를 모범·표준(表)으로 삼아서 모방.

위정자가 부끄럽게 여기는(恥) 악행에 대해서 민도 똑같이 부끄럽게 여김.

위정자가 모범을 보이고 禮를 수립해주는 것이 가르침의 구체적 방법.

>> 이러한 가르침이 선행된 이후에 刑이 보조해야만 올바른 恥가 배양.

# '자율적 수치(autonomous shame)'론의 한계

- ▶ 유가류(儒家類) 문헌에서 형정(刑政)과 '민(民)의 수치심(恥)'

민이 위정자를 모범·표준(表)으로 삼아서,  
무의식적·비자각적으로 변화한다는 것은 유가의 상투적인 입장.

임금은 민(民)의 선창(先唱)이요, 윗사람은 아랫사람의  
표준이다. 저자(아랫사람)는 장차 선창을 듣고 응하며 표준을  
보고서 움직인다. 《荀子》 <正論>

# '자율적 수치(autonomous shame)'론의 한계

## ▶ 유가류(儒家類) 문헌에서 형정(刑政)과 '민(民)의 수치심(恥)'

공자께서 말씀하셨습니다. "아랫사람이 윗사람을 섬김에, 그 명령하는 바를 따르지 않고 그 행하는 바를 따른다. 윗사람이 이 물건을 좋아하면 아랫사람은 반드시 더욱 심하게 좋아한다. 그러므로 윗사람이 좋아하고 싫어하는 바는 삼가지 않을 수 없으니, 이것은 백성의 모범(表)이기 때문이다." 《禮記》 <緇衣>

# '자율적 수치(autonomous shame)'론의 한계

## ▶ 유가류(儒家類) 문헌에서 형정(刑政)과 '민(民)의 수치심(恥)'

위정자를 모범으로 삼고, 그의 인격에 감화되어 얻어지는 恥를 '자율적'이라고 할 수는 없음.

오히려 티왈드가 규정하는 '비자율적인 판단'에 정확히 부합.

행위자가 어떠한 판단의 당위성에 대해 진정으로 완전하게 이해하고 있는 것이 아니라, 권위있다고 믿는 인물의 판단이기에 그 판단을 신뢰.

Testimonial belief.

# 결론

- ▶ 티왈드의 입장 : '유가는 民이 자율적(autonomous) 恥를 배양하는 것을 목표로 했으며, 刑이 중심이 되는 통치가 그러한 恥의 배양을 방해한다'
- ▶ 티왈드의 입장은 두 가지 측면에서 허점
  1. 《論語》 내에서 '民의 恥'가 자율적인 것이라는 근거는 찾아보기 어려우며, 刑의 사용이 자율성을 훼손하기 때문에 문제가 된다는 것도 자의적 해석
  2. 儒家書류의 예들을 종합적으로 검토할 때, 유가는 '民의 恥'가 위정자에 대한 무의식적 감화를 통해 배양된다고 주장. 이것은 티왈드가 규정하는 '자율성'과 정면으로 배치

# 결론

▶ 유가 刑政論에서 恥의 자율성(autonomy) 문제.

'民의 恥'는 民이 위정자를 도덕적 모범으로 삼으면서 형성.  
그러한 형성과정은 무의식적·비자각적으로 이루어지며,  
자율성과는 무관.

恥를 배양하는 교육을 사전에 거치지 않고 곧바로 刑이  
사용되면 안된다는 것이 유가의 주된 입장.

조선시대 소송에서 판결의 확정력에 대하여  
-『嘉林報草』의 임천군과 석성현 兩民의 爭訟을 중심으로-  
한상권/2021.10.22.

목차

I 머리말

II 소송의 전개 과정

1. 1단계(1691~1720): 판결
2. 2단계(1738~1739): 화해

III 판결의 확정력

IV 맺음말

I 머리말

-지금까지의 조선시대 決訟立案 연구는 판결 내용과 소의 제기로부터 중국판결에 이르기까지의 재판상의 절차 즉 판결 절차에 관심이 모아졌다. 반면 판결의 확정력 여부에는 관심이 미치지 못하였다. 소송을 통한 사법상의 권리관계의 확정에 관심이 집중되고, 그의 실현 및 보전에 대해서는 관심이 미흡했던 것이다. 이는 연구 자료로 삼은 決訟立案이 판결 이후의 모습을 보여주지 못하기 때문이었다. 그러나 소송을 통한 권리의 실현 및 보전이라는 문제를 다루어야만 결송입안의 자료적 성격과 한계가 분명해질 것이다.

-민사분쟁이 발생한 경우에 해결하는 방법

(가) 판결: 법원에 의한 공권적 분쟁 해결. 일반적, 강제적, 공권적 해결 방식

(나) 화해(중재) 등 : 당사자의 자치적 분쟁 해결. 개별적, 비법률화, 비형식화, 비전문화 해결 방식

-판결이 일반적, 강제적, 공권적 해결방식이 되기 위해서는 확정력이 필요한데 확정판결에 부여되는 구속력을 既判力이라 함. 기판력의 두 요소

(가)반복 금지: 前訴에서 판단한 소송물을 다시 소송의 대상으로 삼을 수 없음

(나)모순 금지: 後訴 절차에서는 전소 판결을 기초로 삼아야 함

-기판력과 관계된 조선시대 소송 법규: 三度得伸

소송지침서 斷訟 조에 실려 소를 받아주지 않도록 되어 있는 사항으로 대표적인 것은 판결이 확정된 사건이다. 분쟁 사안에 대한 판결이 내려져서 더 이상 다룰 수 없게 된 상태가 되면 판결이 확정되었다고 한다. 조선의 법제에서는 똑같은 판결이 두 번 내려진 사안에 대해서는 본안심리를 할 것도 없이 두 번 승소한 쪽의 손을 들어주도록 하였다. 그리고 동일 사안에 대하여 두 번 이상 승소받은 원고가 있을 경우, 더 이상의 제소를 불허하고 그 정도가 심하면 제소자를 비리호송률(非理好訟律)로 무겁게 처벌하도록 하였다.

-삼도독신의 적용 실태를 소송 현장에서 실증적으로 파악하기 위해 『嘉林報草』에 수록된 임천군과 석성현 兩民의 소송 자료를 검토한다.

-조선시대 민사소송에서 판결의 확정력에 관한 기존 연구는 다음 입장이 있다.

(1)확정력 부재: 조선시대 3대 소송 가운데 하나인 山訟을 통해 확정력 부재를 설명하였다. 산송 가운데 ①하급심을 거치지 않고 상급심에 제소한 사례 ②상급심의 판결을 하급심에서 따르지 않은 사례 ③呈訴 기한과 횡수 제한 규정을 무시한 사례 ④停訟 규정을 무시한 사례 등을 예시하면서, 이는 사법제도 운영 방향이 冤抑 해소를 통한 사회 안정에 비중을 둔 때문이라고 하였다(전경목, 「산송을 통해서 본 조선후기 司法制度 운용실태와 성격」, 『법사학연구』 18, 1997)

(2)확정력 존재: 조선시대 소송의 이상 가운데 하나가 伸冤抑이었는데, 억울함의 논변은 ‘실체적 진실’ ‘실질적 정의’의 논변이라 할 수 있고, 이는 ‘형식적 확정’을 이루려는 꾸준한 정책에 언제나 대항 논거로 작용하였다. 조선초의 斷訟政策이 판결의 확정력을 지향하던 끝에 過限法과 三度得伸法으로 타협하여 『경국대전』에 반영된 것도 이러한 긴장 관계의 산물이었다. 그리고 이러한 노력은 16세기에 편찬된 소송법서인 『詞訟類聚』를 비롯한 사송법서에서 ‘斷訟’이란 편목을 탄생시키는 것으로 이론화되었다. 이는 18세기 초에 편찬된 『決訟類聚補』에서 본안심리를 받아주지 않는다는 뜻인 ‘勿許聽理’라는 이름으로 바뀌었다.(임상혁, 「조선후기 민사소송과 소송이론의 전개」, 서울대 박사학위논문, 2000, 123-162)

(3)절충론: 근세조선에서는 확정력 개념이 원리적으로 존재하지 않았지만 삼도독신법의 시행과 과한법의 시행에서 보는 것처럼 확정력 개념 획득을 위한 맹아적 시도가 있었다. 單審制로 보아도 손색이 없는 근세일본의 제도적 설계와 비교하면 청대중국과 근세조선의 민사사법제도에 확정력 개념이 희박하였음을 부정하기 어렵다. 근세조선에서는 상소 제도가 애매하고 삼도독신법이나 과한법이 무시되는 사례가 있었기 때문이다. 그러나 근세조선에서 삼도독신법을 시행하고 과한법을 시행한 사실은 근세조선이 확정력 개념의 원리적 부재에서 오는 난맥상을 절감하고 이를 극복하려고 많은 노력을 경주하였음을 알려준다. 근세조선에서 간헐적으로 생성된 이와 같은 법형상의 출현을 필자는 ‘실체적 정의의 요구와 절차적 종국성을 도모할 필요성 사이에서의 고

민과 표류'로 묘사하고 싶다. 동시에 다른 각도에서 보면 삼도득신법의 도입과 과한법의 다양한 운용은 확정력 개념 획득을 향한 맹아적 시도로 평가할 만하다(심희기, 「근세조선의 민사재판의 실태와 성격」, 『법사학연구』56, 2017.10, 97-98쪽)

## II. 소송의 전개 과정

-임천군과 석성현 두 고을 간의 다툼은 1691년(숙종17) 이후 1739년(영조15)까지 약 50년간 계속되었다. 이를 1691년부터 1720년까지(이하 1단계)와 1738년부터 1739년까지(이하 2단계) 두 단계로 나누어 볼 수 있다.

- 소송의 계쟁물은 토지인데 泥生地 소유권에 대한 분쟁. 금강의 물흐름은 매우 완만하였기에 홍수가 나서 연안의 토지가 浦落할 때는 진흙이 하류 연안에 부착하여 泥生하는 것이 아니라, 건너편 기슭에 부착 泥生하였다. 임천군과 석성현은 금강의 물줄기인 백마강 하류를 경계로 하기에, 양 고을 사이에 浦落泥生을 둘러싼 분쟁이 발생. 임천군 남산면 포락지가 석성현 북면에 이생지로 바뀔에 따라, 새로 발생한 이생지의 소유권을 둘러싸고 분쟁이 발생한 것이다.

-이 소송은 1단계는 '판결'로 마무리된 반면, 2단계는 '화해'로 마무리되었다.

### 1. 1단계(1691~1720): 판결

-임천군과 석성현 兩民의 1단계 소송은 1691년부터 1720년까지 약 30년간에 걸쳐 3차례 진행되었는데, 1단계 소송진행 실태를 보여주는 자료는 임천군수가 충청감사에게 올린 첩정에 첨부되어 있다.

-이 소송의 진행방식은 송관이 自理自判하는 수령주도형이 아니라 관찰사가 指示命令하는 관찰사주도형이다. 구체적인 절차를 보면 ①兩民의 議送→②관찰사 제사(1차)→③송관의 품보→④관찰사 제사(2차)→⑤송관의 판결과 입안 결급 순으로 이루어졌다.

-임천군의 포락지가 석성현에 발생한 이생지 소유를 둘러싼 소송은 1691년(숙종17), 1693년(숙종19), 1720년(숙종46) 세 차례에 걸쳐 진행되었다.

#### 1) 1차 소송(1691년)

-1691년에 이루어진 1차 소송에서, 송관인 한산관은 석성현에 생성된 이생지 56결 餘를 임천군민에게 결급하고, 그 내용을 「韓山官踏印決立案」에 후록하였다. 1634년 포락지 50결과 1669년 포락지 6결 53복 4속을 합한 56결 남짓인데, 이는 관습에 따른 것이다.<sup>1)</sup>

1) 小官共儀, 『復命書』, 1912

-1차 판결에 석성현민은 반발하였다. 송관이 이생지로 판단한 56여 결 가운데, 28결 남짓은 석성현 양안 밖에 있기 때문에 임천군민에게 결급하였지만 나머지는 석성현 元帳에 있는 전토라고 稱寃하며 仍執하였다. 이로 볼 때 석성현민도 이생지는 포락지주가 소유해야 한다는 관습에 동의하고 있었음을 알 수 있다.

## 2) 2차 소송(1693년)

-1693년 임천군민이, 1차 소송에서 결급한 56결 가운데 석성현에서 仍執하고 있는 28결을 추심해 달라고 충청감사에 의송을 올림으로써 2차 소송이 시작되었다. 임천군민은 석성현민이 元帳에 있는 전토라고 주장하는 것은 사실이 아니며, 석성현민이 ‘양안을 刀改한 것’으로 이는 1차 소송 송관이었던 한산군수가 확인한 사실이라는 내용의 의송을 올렸다.

-관찰사는 홍산현감을 송관으로 정하고 “소장의 말을 憑閱하여 명확히 조사하여 처결할 것”이라는 계음을 내렸다. 홍산현감은 품보에서 ‘나머지 28결은 호조에 접이(粘移)하여 전안(田案)을 등출하여 온 것을 상고하니, 이 전안을 보면 석성현의 양안과 크게 서로 다르다고’ 하였으며, 반면 임천군의 1634년 양안에서 포락(浦落)된 자호(字號)가 명백하게 기록되어 있다고 하였다.

-홍산현감이 석성현민의 ‘量案 刀改’가 사실이라며 감사에게 처결을 요청하자, 감사는 “석성현 백성은 이미 문기(文記)가 없고 다만 양안에만 의지하였지만 본군에 소재한 것과 호조에 올려보냈던 것이 서로 틀린 것은 지극히 해괴한 일이니 한결같이 호조의 양안에 따라 시행하고 문권이 있는 (임천군민)에게 결급할 것.”이라고 題送하였다.

## 3) 3차 소송(1720년)

-임천군민은 두 차례에 걸친 소송에서의 得訟을 통해 석성현에 발생한 이생지 56결 남짓을 결득(決得)하여 경식(耕食)하게 되었다. 그로부터 30년가량 지난 1720년 10월 석성현민의 起訟으로 3차 소송이 시작되었는데, 이때는 전국적으로 庚子量田事業이 진행되고 있었다.

-1720년 가을에 사관(査官)인 홍산 현감이 양읍의 지방관과 회동하여 타량하였는데, 홍산현감은 55결(結) 55복(卜) 내에 49결 75복 남짓은 ‘허위이건 실지이건 간에’ 전적으로 석성현의 양안 이생안(泥生案)에 부기되어 있는 숫자로 석성현민에게 결급하고, 그 나머지 5결 79복 9속은 임천군 백성에게 결급하겠다고 관찰사에게 논보하였다.

-관찰사는 題送에, ‘보고한 바가 자세하고 분명하니 이에 따라 시행할 것.’이라고 하였으며, 양읍에 발한 관문(關文)에, ‘사관이 보고한 바에 따라 새로운 양안에 일일이 분계(分界)하여 현록할 것.’이라고 하였다. 관찰사는 석성현민의 양안 刀改를 묵인하는 한편 계쟁지가 석성현 양안에 載錄되었다는 이유로 석성현민을 실소유주로 인정한 것이다.

-이상 1691년부터 1720년까지 세 차례 진행된 I 단계 소송의 결과를 표로 정리하면 아래와 같다.

<표 1> 석성현 북면 백마강변에 伏在한 이생지 결급 현황

판결	연도	결급 결수		성격	비고
		석성현민	임천군민		
1차 판결	1691년(숙17)		56결 53복 4속	임천군 승소	28결 미 추심
2차 판결	1693년(숙19)		28결	임천군 승소	28결 추가 추심
3차 판결	1720년(숙46)	49결 75복	5결 79복 9속	임천군 승소	경자양전사업

## 2. 2단계(1738~1739): 화해

### 1) 석성현감의 주장과 임천군수의 반론

-1738년 이후 시작된 2단계 소송은 1720년에 임천군민에게 결급한 이생지 5결 79복 9속의 소유권을 둘러싼 다툼이다. 이는 삼도득신으로 확정적 효력을 부여받은 토지이다. 기관력은 확정된 판결의 내용이 가지는 規準性으로, 반복금지와 모순금지를 그 내용으로 하는데, 반복금지란 소송물에 대한 판단을 새로운 소송 절차에서 더 이상 문제 삼을 수 없는 효력을 말하는 것이다.

-이로볼 때 2단계 소송은 ‘前訴에서 판단한 소송물을 다시 소송의 대상으로 삼았다는 점’에서 삼도득신의 기관력을 부정하는 것이다. 이에 대해 임천군민은 강하게 반발하였다. 1738년 11월 2일 임천군 남산면(南山面)에 사는 백성인 서후경(徐後京)과 강우백(姜遇伯) 등 30여 인이 연명(聯名)하여 임천군수에게 ‘1720년 경자년 소송 이후 18년이 지난 시점에서 석성현민이 또 다시 횡침한다’는 내용의 소장(訴狀)을 올렸다.

-군민의 등장을 접수한 임천군수 박용수가 사연을 날날이 들어 석성현에 이문하자 다음과 같이 회이(回移)하였다.

“작년 봄 사이에 연산현(連山縣)에서 조사관을 정해서 이미 판결을 확정하였습니다. 귀군(貴郡)의 군수가 도입한지 얼마 안 되어 간민(奸民)들의 무소(誣訴)에만 근거하여 이와같이 논이(論移)한다고 하였으며, 서후경 등은 다만 한 장의 입지(立旨)에 근거해서 기유년(1669) 양전할 때는 없던 땅이었는데 경자년(1720)에 양안을 고칠 때에 비로소 도록(盜錄)하였다고 했습니다.”<sup>2)</sup>

2) “以此辭緣，枚舉移文于石城縣爲有如其乎，同縣回移以爲，上年(1737)春間，定查官于連山縣，已爲決折是去乙，貴郡到任屬耳，只憑奸民之誣訴，有此論移是如爲乎矣，徐後京等段，只憑一張立旨是遣，已量所無之地，庚子改量時，始爲盜錄是如爲有馭乎所”(『각사등록』 10, 『가림보초』, [戊午(1738)] 十一月 初二日 報巡營)

석성현의 회이는 2차 소송의 쟁점이 다음 세 가지에 있음을 말해준다.

첫째, 삼도득신의 효력이다. 임천군이 주장하는 삼도득신(1691, 1693, 1720년)에 대해서는 작년(1737) 연산현에서 다시 決折하였으니 무의미하다는 주장이다.

둘째, 계쟁물의 성격이다. 임천군에서는 이생지라고 주장하지만 이는 기유년(1669) 양전할 때는 없던 땅이었는데, 임천군민이 경자년(1720) 改量시 盜錄한 땅이라는 주장이다.

셋째, 승소한 문기이다. 임천군민이 지니고 있는 문기는 立案이 아니라 立湄에 불과하다는 것이다.

-이 세 가지를 바탕으로 석성현은 세 차례 판결의 확정력을 인정하지 않았는데, 그 주장의 타당성을 살펴보면 다음과 같다.

(가)석성현감은 ‘1737년 연산현에서 다시 결절하여 판결을 확정하였다’고 하는데 판결의 근거가 분명하지 않은데, 이에 대해 임천군수는 다음과 같이 반론하였다.

석성현의 회이(回移) 중에 또 말하기를, “작년에 연산 현감(連山縣監)이 사관으로 정해져서 이미 決折하였다.”고 하였으나, 신미년(1691)·계유년(1693)·경자년(1720)에 세 차례나 회동하여 타량해서 판결한 일을 버려두고 묻지 않고는 반드시 연산 현감이 한때의 구담(口談)으로 판결한 문안만을 따르는 것이 과연 공평한 도리이겠습니까?”<sup>3)</sup>

(나)임천군민의 호소가 誣訴라는 주장이다. 계쟁물은 포락-이생지가 아니며 기유년(1669) 양전할 때는 없던 땅으로 경자년(1720) 改量시 임천군민이 양안에 盜錄한 땅이라는 주장인데, 이에 대해서는 이미 세 차례에 걸친 소송에서 감사와 송관이 이생지임을 인정하였다. 그 때문에 석성현에 소재한 땅에 대한 소유권을 임천군민에게 인정한 것이다.

(다)임천군민이 승소하여 발급받은 문건이 입지라는 주장이다. 立案이 강력한 公證力과 지속적인 效力을 갖는데 반하여 立湄는 상대적·일시적이며 조건부 효력을 갖는 문서형식이라는 점에서 차이가 있다. 임천군민이 받은 문서는 입지로서 상대적·일시적 사실인정의 효력을 가지는데, 1737년 연산현의 결절로 효력이 상실되었다는 주장이다. 즉 “삼도득신법은 소송요건으로서도 의미를 갖기 때문에, 이의 증명은 입안으로써 해야 한다”<sup>4)</sup>는 주장이라고 볼 수 있다.

석성현감도 입안의 효력을 인정하고 있음이 주목된다. 문제는 임천군민이 발급받은 문기가 입안인가 입지인가 하는 문제가 제기된다. 입지의 형식은 입안과는 달리 소장의 말미에 제사를 기입하고 관인을 날인해서 교부한다. 따라서 입안보다도 형식이 간결하다. 임천군수 박요수는 “立案中可據條目 略陳其概”라고 하여, 임천군민이 발급받은 문기가 ‘입안’임을 분명히 하였다. 그리고 1691년에 발급한 문기인 「康熙三十年辛未韓山官踏印決立案」은 제목부터 ‘決立案’이라하여 결송입안임을 밝혔다. 『儒胥必知』 決訟立案式은 소송의 종료 부분이 ①원고와 피고 주장 요약 소개 ②소송물 소개 ③입안을 발급하는 이유 등으로 구성되어 있는데, 1691년 문기의 송관판결 부분을 보면 다음과 같다.

3) 同縣回移中, 又曰上年分, 定查官于連山縣, 既已決折是如爲有乃, 辛未(1691)·癸酉(1693)·庚子(1720)三次會同打量決折之事, 捨而不問是遺, 必從連山官一時口談立決之案者, 其果公平底道乎?”(『각사등록』 10, 『가림보초』, [戊午(1738)] 十一月初二日 報巡營)

4) 임상혁, 「조선후기 민사소송과 소송이론의 전개」, 서울대 박사학위논문, 2000, 158쪽.

㉔題送據 一依營門處決，決得者處，長廣尺數及結數後錄爲去乎，依此執持向事。 ㉕立案後錄，林川南山面民人姜太永·金太俊等，本面甲量浦落五十結，已量浦落六結五十三卜四束，合五十六結五十三卜四束是如爲有旆<sup>5)</sup> (\*㉔ ㉕는 필자)

㉔의 “題送據 一依營門處決”은 입안을 발급하는 사유에 해당한다. ㉕立案後錄은 소송물에 대한 내용이다. 이는 현전하는 결송입안에서 보이는 전형적인 판결양식인데, 1693년에 발급한 「康熙三十三年癸酉鴻山官踏印決立案」 역시 마찬가지다. 임천군민이 세 차례 발급 받은 문기는 소장의 말미에 제사를 기입한 입지가 아니라 입안 격식을 완비한 결송입안이었다.

-임천군수는 삼도독신법에 따라 전소에서 판단한 소송물을 다시 소송의 대상으로 삼는 것은 옳지 않음을 분명히 밝혔다. 그리고 “이 일의 옳고 그름은 많은 변론에 있는 것이 아니고 다만 한마디로 판결할 사람이 있어야 합니다.”<sup>6)</sup>라고 하여 감사의 판결을 촉구하였는데, 그 근거로 다음을 들었다.

“전후로 세 읍에서 회동하여 조사하였은즉 지극히 公正합니다. 세 차례나 타량하였으니 지극히 詳明합니다. 연달아 三度得申하였으니 訟理가 반듯하여 말하지 않아도 가히 분명합니다. 전답과 노비를 물론하고 무릇 소송에서 잇달아 三度得伸한 이후로는 다시 聽理하지 않는다는 法意가 있거늘, 어찌 매번 起訟하여 그때마다 타량하여 息訟하는 때가 없게 합니까?”<sup>7)</sup>

삼도독신의 확정판결력을 주장하는 것이다.

## (2)감사의 처결

II 단계 소송에서 감사는 3차례 제사를 내리는데 그 내용을 정리하면 아래 표와 같다.

<표 2> 관찰사의 제사(1738~1739)

회차	연월일	내용	기본 입장
1차	1738.11.2	과연 보고한 사연대로 三度得決하였다면 작년 봄에 어찌 석성현 백성들에게 발급하였는지 일이 매우 괴아(怪訝)하다. 이 보장(報狀)을 석성관(石城官)에 보내어 조목마다 분별케 하고, 첩정이 오면 그것으로써 처치할 바탕으로 삼을 것이다. <sup>8)</sup>	임천군수의 품보 수용/ 판결
2차	1739.1.8	성명(聖明)이 위에 계셔서 치화(治化)가 크게 행해지는데도 논밭의 경계를 양보하는 아름다운 풍속을 아직 듣지 못했다. 밭을 두고 다투는 단서가 다시 일어나서 두 고을의 수령이 여러	임천군수의 품보

5) 『각사등록』 10, 『가림보초』, [戊午(1738)] 十一月 初二日 報巡營

6) 此事是非，不在多卜，只有一言可決者(『각사등록』 10, 『가림보초』, [戊午(1738)] 十一月 初二日 報巡營)

7) 前後三邑會查 則至公正也 三次打量 則至詳明也 三度得伸 則訟理之直 不言可明 毋論田畓奴婢 凡訟連三度得伸之後 則更勿聽理者 法意有在是去乙 何可每每起訟 巡巡打量 使無息訟之時乎(『각사등록』 10, 『가림보초』, [戊午(1738)] 十一月 初二日 報巡營)

		<p>차례 문이(文移)하여 말이 많고 장황하다. 영문에서 교화를 잘 펼치지 못해서 이루어진 것이니 바야흐로 합문(閣門)을 닫고 싶다. 이웃 고을과는 형제의 의리가 있는데 어찌 여기에 이르렀는가? 이러한 사이에 죄 없는 잔민(殘民)들에게 만일 혹시라도 세금이 증첩되거나 원망함을 호소하는 바가 있었다면, 이쪽 고을이든 저쪽 고을이든 논할 것 없이 결단코 조정(朝廷)의 백성을 긍휼히 여기는 덕의(德意)를 우러러 체득하지 못한 것이다. 그러므로 두 고을은 우선 일의 옳고 그름은 놔두고 평심(平心)으로 차분하게 조사하고 혹시라도 이기려고 힘쓰지 말고 백성을 안정시켜야 한다. 이 제사는 석성현에도 일체 알도록 하는 것이 마땅하다.<sup>9)</sup></p>	<p>배척/ 양비론 /화해</p>
<p>3차</p>	<p>2.15</p>	<p>(임천군에서)논보(論報)한 첩정(牒呈)에 (석성현에) 발관(發關)하였다. 또한 이 보고한 바를 보면 본현(本縣:석성현)에서 다른 관(官)의 백성을 잡아서 가둔 것은 어떤 곡절이 있는지, 과연 대지를 상송(相訟)한 일에서 말미암은 것이라면 두 관에서 서로 이문(移文)해서 종용(從容)히 잘 처리하는 것이 사리(事理)에 당연하다. 뿐만아니라 백성의 납세(納稅)는 비록 어떤 관에 있더라도 진실로 소송의 입락(立落)과는 관계되지 않는다. 그리고 농사철이 임박해서 주민이 다른 고을에 체수(滯囚)되었으니, 또한 그 폐해가 심하다. 관문이 도착하는 즉시 방송(放送)하도록 한다. 이 일은 두 관에서 각각 그 백성을 위해서 논보하여 임천관(林川官)은 비록 사관(查官)을 정할 것을 요청했지만 이것은 매우 불가하다. 두 관에서 상의하여 일제히 나아가 피차의 양안(量案)을 서로 참고해서 하나하나 척량(尺量)한다면, 일의 상황과 곡직(曲直)은 저절로 드러날 것이다. (석성) 현감(縣監)은 비록 신병(身病)이 있지만 어찌 조금이라도 병세가 조금 나아져 덜한 때가 없겠는가? 비록 이웃 고을의 수령이라도 다른 고을의 백성을 이문(移文)도 하지 않고 바로 가두는 것 또한 어떠한다고 할 것 같은가? 두 관에서 안동(眼同)하여 사실대로 조사한 후에 토지가 귀속(歸屬)될 곳을 정하여 처리하는 것이 마땅하다. 뒤에 석성(石城)…결(缺)<sup>10)</sup></p>	<p>화해</p>

8) 果如報狀辭意，三度得決，則昨年春何以決給於石城民人是喻，事極怪訝。此報狀送于石城官，逐條卞破報來，以爲處置之地向事(『각사등록』 10, 『가림보초』, [戊午(1738)] 十一月初二日 報巡營)

9) 聖明在上，治化大行，而讓畔之風未聞，爭田之端反起。兩邑守令，累次文移，語多張皇，莫非營門不能宣化之致，方欲閉閣。隣官有兄弟之義，何至乃爾？如是之際，無辜殘民，若或疊稅是去乃，有所呼冤，則毋論彼邑此邑，決非仰體朝家恤民之德。意此則兩邑姑置事之是非，平心徐究，毋或務勝，以安民人爲旆。此題辭，與石城一體知悉宜當者(『각사등록』 10, 『가림보초』, [己未(1739)] 正月 八日 報巡營)

10) 發關背書牒呈是置有亦。亦觀此所報，則本縣之捉囚他官民人，有何曲折是喻？果由於垞地相訟事，則兩官互相移文，從容善處，事理當然劣不喻，民人納稅，雖在某官，固不係於訟之立落，而臨農民人之滯囚他官，亦甚有弊，到關卽爲放送爲旆。此事兩官各爲其民而論報，則林川官，雖有定查官之請，此甚不可。兩官相議齊進，彼此量案，互相參考，一一尺量，則事狀曲直，自爲現露。縣監雖有身恙，豈無一分差歇之時，而雖是隣官，他邑民人之不爲移文直囚，亦似如何。兩官眼同查實後，以定土地之歸屬處宜當向事。後石城(缺) (『각사등록』 10, 『가림보초』, [己未(1739)] 同[二]月 十五日 報巡營)

-충청감사는 1차 제사에서 “사연대로 三度得決하였다면 작년 봄에 어찌 석성현 백성들에게 결급하였는지 일이 매우 怪訝하다.”고 하여, 삼도독신의 확정력을 인정하는 듯한 발언을 하였다. 그리고 석성현감의 첩정을 통해 보고를 받고 판단을 하겠다는 내용의 판단을 내렸다.

-그러나 2차 제사에서는 “두 고을의 수령이 여러 차례 문이(文移)하여 말이 많고 장황하다.”며, 시비분별의 입장을 비판하였다. 그리고는 “논밭의 경계를 양보하는 아름다운 풍속” “이웃 고을과는 형제의 의리가 있는데” 등의 발언을 통해 양읍간의 互讓을 강조하였다. 그리고 두 고을 간의 다툼의 원인이 “營門에서 교화를 잘 펼치지 못해서 이루어진 것”이라고 하였다. 즉 양읍 간의 화해를 통한 문제해결을 권고한 것으로, 판결의 확정력을 전제로 한 1차 제사와는 현저한 입장차이를 보였다.

-3차 제사는 이러한 입장이 더욱 강화되었다. “임천관(林川官)은 비록 사관(查官)을 정할 것을 요청했지만 이것은 매우 불가하다.”고 하여, 인읍 고을 수령을 查官으로 정해 타량을 통해 경계를 둘러싼 시비를 분별하려는 임천군수의 입장을 배척하였다. 그리고는 “두 관에서 상의하여 일제히 나아가 피차의 양안(量案)을 서로 참고해서 하나하나 척량(尺量)한다면, 일의 상황과 곡직(曲直)은 저절로 드러날 것이다.”라고 하였다.

-사관(查官)을 정해 타량하여 경계를 확정하는데 반대하고 화해 우선으로 입장을 선회한 것이다. 임천군수는 공권적 분쟁 해결인 판결을, 감사는 당사자 상호간의 자치적 분쟁 해결을 선호한 것이다. 이러한 감사의 입장은 기판력의 모순금지 원칙에 반하는 것이다. 모순금지란 후소 절차에서는 전소 판결을 삼아야 하는 구속력이라고 말할 수 있다. 전소에서 ‘판결’하였는데 후소에서는 ‘화회’하라는 것은 기판력을 부정하는 것이다.

-감사가 화회를 요구함에 따라 석성현감에서 행정력을 동원하여 임천군민에게 압력을 가하였다. 임천군 남산면에 사는 과부 이 조이의 사위 崔苐邑石이 南草를 貿易하고 돌아오는 길에 뜻하지 않게 捕捉당하여 石城縣에 갇혀 있다는 발괄과 석성현의 別差 수십 인이 주야로 나루 근처에 매복해서 임천군 사람이면 번번이 구타하고 결박해서 출두할 수 없게 해서 장차 한 면이 이산하는 지경에 이르렀다는 백암면 민인의 정소가 올라왔다.

-감사의 지시대로 1739년 3월 17일 양읍이 공동 타량하였다. 그리고는 분반하기로 화해하고 다음과 같이 다짐하였다.<sup>11)</sup>

“임천(林川) 읍리(邑吏) 최치운(崔致雲) 나이, 석성(石城) 읍리(邑吏) 박래진(朴來綦) 나이, 임천 수전부(首佃夫) 서후경(徐後京) 나이, 안덕교(安德教) 나이, 강우백(姜遇伯) 나이, 강진흥(姜辰興) 나이, 석성 수전부 최진창(崔振昌) 나이, 김귀중(金龜重) 나이, 서태원(徐太元) 나이, 김명하(金鳴夏) 나이, 노(奴) 관필(寬必) 나이 등이 사퇴기를, …… 이처럼 편리에 따라 처결한 후에 흑시라도 전처럼 상쟁(相爭)하는 단서가 있거나, 후일에 흑시라도 소송의 단서를 야기해서

---

11) 특별히 참작하여 이 대지의 다툼이 되는 기경처(起耕處)를 모두 타량하였더니, 남북 길이가 6백 척(尺)이었습니다. 따라서 양읍 백성들에게 절반씩을 나누어 결급(決給)했습니다. 임천군민에게는 남북 길이 3백 척, 동서 너비 1백 80척, 남쪽 하변(下邊)을 주었습니다. 석성현민에게는 남북 길이 3백 척, 동서 너비 1백 60척, 북쪽 상변(上邊)을 주었습니다.

이지러지고 과격한 지경으로 바뀐다면 마땅히 사또에게 보고하여 각별히 엄형(嚴刑)할 것이기에, 이런 사연을 빙고(憑考)하여 시행하소서.”<sup>12)</sup>

-兩民이 갑자기 화해로 돌아선 것은 “이제 양읍의 관(官)들이 같이 모여서 타량(打量)하는 날에 피차간에 옳고 그른 것이 어떠한지를 논할 것도 없이 일을 마땅히 속공(屬公)해서 양읍 백성들의 분쟁(紛爭)하는 단서를 중지시켜야 합니다.”<sup>13)</sup>라는 주장 때문으로 보인다. 이로볼 때 양측의 화해는 (1)감사의 화해우선주의 입장에서의 전환 (2)석성현의 실력행사를 통한 임천군민에 대한 압력 (3)토지를 속공해야 한다는 의견의 대두 등의 여러 상황이 종합되면서 이루어진 것이었다.

### III 판결의 확정력

-이 소송은 판결을 통한 공권적·보편적 해결방식에서(2단계) 조정과 화해를 통한 자치적·개별적 해결방식(2단계)으로 마무리되었다. 이 소송에서 1단계는 실정법에 기초하여 권리의 유무에 대하여 흑백을 가리는 재판이었다. 조선의 決訟은 내용상 승패를 가르는 판정이지만 타협안의 제시가 아니었다. 관에서는 원고 및 피고의 진술과 증거문서, 증인 및 관련자들의 대질 심문을 통해 사실관계를 파악하는 한편 『경국대전』과 受教 등 법률 조문을 인용하여 판결하였다. 또한 동일한 소송물에 대하여 어느 일방의 당사자가 2회 이상 승소하면 더 이상의 聽理를 허용하지 아니하는 三度得伸法을 제정하였으며, 이를 어기면 非理好訟으로 무겁게 처벌하였다. 임천군수는 三度得伸法의 준행을 시종 강조하였다.

-조선의 결송은 판정을 강조한다는 점에서 일본의 裁許에 가까웠다. 일본 에도시대의 재판제도는 單審의 終審制였다. 원칙적으로 단심제였던 근세 일본의 裁許절차의 裁許에는 ‘判定’의 의미가 담겨져 있었다. 이 점에 착안하여 시가 교수(滋賀秀三)는 “에도 시대의 裁許가 청대 중국의 聽斷보다는 판정적 성격이 강했다”고 진단하였다. 판결이 선고되면 당사자는 판결 수락 서약서라고 할 수 있는 請證文 즉 ‘裁許請證文’을 제출하였다. 만약 당사자가 재허를 거부하여 請證文에의 署名을 거부하면 中追放<sup>14)</sup>이라는 매우 무거운 형벌이 수반되었다.

-임천군과 석성현 兩民 소송은 당사자의 분반 화해로 마무리되었다. 이해를 반반씩 절충하는 방안에 소송당사자가 합의한 것이다. 조선시대 민사소송에서 판결의 확정력이 취약하기 때문이었다. 이는 당사자의 互讓으로 마련한 해결책으로, 감사나 수령의 강제력은 보이지 않는다.

12) 林川色吏崔致雲年, 石城邑吏朴來綦年, 林川首佃夫徐後京年, 安德教年, 姜遇伯年, 姜辰興年, 石城首佃夫崔振昌年, 金龜重年, 徐太元年, 金鳴夏年, 奴寬必年白等, ……如是從便處決之後, 或有如前相爭之端是去乃, 日後良中, 或更有惹起訟端, 轉相乖激之境, 則當報使, 各別嚴刑. 以此辭緣, 憑考施行教事 (『각사등록』 10, 『가림보초』, [己未(1739)] 三月 十七日 拷音)

13) 今此兩邑官會同打量之日, 毋論彼此是非之如何, 事當一併屬公, 以息兩邑民人紛爭之端是乎矣 (『각사등록』 10, 『가림보초』, [己未(1739)] 三月 十七日 拷音)

14) 江戸時代 追放刑(江戸10里四方外로 追放)의 一種이다. 重追放과 輕追放의 中間에 해당한다. 罪人の 田畑家屋敷를 沒收하고 犯罪地·住居地 기타 要衝地에 出入이 禁止된다.

이러한 해결 방식은 청대 중국에서 흔히 볼 수 있다. 滋賀秀三 교수는 청대 중국의 청송의 본질을 調停으로 분석하였다. 청대 중국에서는 지방관이 판결문인 堂諭를 제시하기 전에 양 당사자로 하여금 판결을 준수하겠다는 취지의 서약서인 遵依結狀을 제출하도록 권장하였다. 중국의 堂諭는 객관적인 루울에 기초하여 원고 피고 주장의 當否를 판정하는 작업이 아니고 (官이) 일정 타협안을 제시하여 양측의 互讓과 融和를 도모하는 작업이었다. 민사분쟁에 대한 지방관의 公權的 裁定이 있어도 동일 사안에 대한 上訴나 再訴가 거의 무제한으로 열려 있는 상황을 시가 교수는 청대 중국의 재판제도 설계에 확정력 개념이 원리적으로 취약하다고 진단하면서 청대 중국의 聽訟에 판정적 성격을 약화시키는 결정적 요인으로 파악하였다. 시가 슈조 교수는 청대 중국의 재판을 '教諭的 調停'이라고 불렀다.

-일본 에도(江戶) 시대 민사분쟁의 대부분은 內濟로 해결되었다. 일본 민사재판의 실제 모습은 (1)私人에 의한 出訴 (2)소장 수리·불수리의 결정 (3)소장 송달과 회답서의 제출 (4)심리 순으로 진행되는데, 원·피고가 출정하여 법정(代官所)에서 심리할 때에는 나이사이가 장려되었다. 토쿠가와 일본의 재판은 판결에 대한 당사자의 동의(수락)를 얻어 재판을 종결시킨다는 점에서는 청대 중국과 마찬가지로 '調停的'이었다. 그러나 동의 없이 재판을 종결시킬 수 있는 점에서는 '裁判的'이었다. 청대 堂諭가 임의적 任意的調停(voluntary conciliation)인 반면 일본의 內濟는 강제적조정(coercive conciliation)이라는 점에서 차이가 있었다.

-이 소송에서 감사의 입장이 판결에서 조정으로 바뀔으로써 기속력이 부정되는데 그것은 사법과 행정의 미분리에 따른 것으로 보인다. 즉 민사형사의 소송에 있어서의 본안 재판에서는 법원이 자기가 부여한 판결 기속되는 것이 거의 자명한 원칙으로서 요청되며, 이를 결여하면 소송제도는 내부에서 붕괴될 수밖에 없다. 그러나 조선시대에는 행정과 사법이 분리되지 않았다. 판결의 기속력인 것은 바로 사법 이념에서 발생하는 것인데, 행정과 사법이 미분리 된 조선시대에서 확정판결이라는 것이 생길 수 없는 것도 당연한 귀결이었다. 滋賀秀三은 이를 '재판의 행정적 성격' 내지 '행정적 일환으로서의 사법'<sup>15)</sup>이라고 하였다.

#### IV 맺음말

---

15) 滋賀秀三, 『清代 中國의 法과 裁判』, 創文社(동경), 1984, 246쪽