

傳統 法文化의 현대적 발전*

— 분쟁의 예방과 평화적 해결의 法史를 중심으로—

金池洙**

목 차

- I. 서론 : 연구의 동기와 목적
- II. 秦漢시대 鄉의 耆夫와 三老
- III. 宋代 鄉約의 발흥
- IV. 明清代 申明亭의 설치와 향약의 보급
- V. 역대 판례에 나타난 재판 중 화해 권유
- VI. 清代 지방 민사재판 상의 調處和解
- VII. 사대부 訓示와 家訓에 나타난 소송 금지
- VIII. 우리나라의 역사와 전통
- IX. 결론 : 연구의 활용 방향과 앞으로의 과제

[국문요약]

근래 서양 선진국에서 ADR이라는 분쟁의 소송외적 해결방식이 크게 각광 받는다. 우리 동아시아의 전통 법문화에서는 不爭之德의 정신을 기초로 분쟁의 예방 및 평화적 해결의 無訟・息訟 이념이 역대 법제사와 판례의 기본 특성으로 면면히 계승되어 왔는 바, 秦漢代의 耆夫와 三老 등의 관직에서부터, 宋代 시작된 鄉約과 明清代의 申明亭, 그리고 折獄龜鑑을

* 이 논문은 2001년도 학술진흥재단의 (신진교수연구과제) 지원에 의하여 연구되었음(KRF-2001-003-C00076).

** 全南大學校 法科大學 조교수.

비슷한 고대 판례집과 判牘들에 수록된 사안 및 황제와 목민관의 유시나 사대부의 家訓과 민간 속담에 이르기까지, 실로 無所不在로 나타난다. 이러한 전통 법문화를 현대화시켜 창조적으로 계승 발전시키는 일이 21세기 통일 한국을 준비하는 우리의 사명일 것이다.

[주제어] 不爭之德, 분쟁의 예방(無訟), 평화적 해결(息訟), 調(停和)解, 鄉約, 申明停, ADR

I. 서론: 연구의 동기와 목적

법과 정치(국가 자체까지도) 알고 보면 모두 우리 인간이 평화롭게 잘 살기 위해 고안하고 시행하는 수단에 불과하다. 必要惡이라는 개념이 좀 지나칠지는 모르지만, 적어도 善方便에 지나지 않음은 분명하다. 그러나 지금까지 우리의 정치와 법조 현실은, 법이 특정 개인이나 집단의 이기적 욕망에 必要善 내지 惡方便으로 악용 또는 남용되어 왔으며, 일부 몰지각한 법학자나 법조인들은 本末이 전도된 줄도 모르고, 법 자체를 지고 지상의 목적으로 착각하는 법률만능주의에 도취하는 듯한 모습들을 비일비재로 드러내어 왔다. 다행히 근래 우리 사회는 자각과 반성으로 개혁과 향상 발전을 꾀하는 움직임이 활발히 일기 시작했다.

법의 영역에서도, 근대 서양법 위주의 법체계를 반성하고, 우리의 전통 법문화를 새롭게 연구하여 비판적으로 계승 발전시킬 필요성이 꾸준히 자각적으로 증대되어 왔다. 특히, 러시아나 중국과 새로이 수교하면서, 사회주의화된 중국법 속의 전통 계승성도 관심의 대상이 되고, 더구나 남북한의 평화협력 증진에 따른 통일 한국의 법질서 구상도 초미의 현실적 관심사로 떠올랐다. 따라서 우리가 중국 및 북한과 함께 공유하는 전통 법문화(역사 철학)에 대한 연구는, 근대 반세기 내지 한 세기 가량 서로 다른 길(체제)을 걸어온 자본주의와 사회(공산)주의의 이념 차이에 대한 연구 못지 않게 중요하고 필요한 시대적 요청이 되고 있다.

한편, 서양 선진 각국에서, 특히 미국을 중심으로 한 영미법계 국가들에서, 근래 들어 자기네 전통 법질서의 근간인 대립당사자주의에 기초한 소송 위주의 정의 실현 절차에 대한 반성과 자각이 일면서, 소송외적인 분쟁의 평화해결 방식이

ADR(Alternative Dispute Resolution) 운동으로 크게 번지고 있다. 그런데 여기에는, 중국에서 공산혁명 초기부터 발전시켜온 人民調解(우리의 調停) 제도가 직·간접으로 적지 않은 영향을 미쳐온 것으로 인식되고 있다. 그리고 중국의 人民調解는 분쟁의 자치적 평화해결을 피해 온 전통 법문화와 법의식의 역사 철학 기초 위에 세워진 법제이다.

이와 같은 여러 요인들, 즉, 우리 사회의 시대적 배경과 요청, 그리고 서양 법문화의 획기적인 변화 움직임과 사회주의 중국의 독특한 人民調解 제도 발전 등을 종합적으로 고려하고 개인의 전공영역과 관심 방향을 감안하여, 우리의 전통 법문화 가운데 긍정적이고 우수한 요소를 연구 발굴하여 적극 소개함으로써, 지나치게 근대 서양법 체제로 굳어진 우리의 법 현실에 새로운 각성과 변증법적 발전의 계기를 제공하고자 하는 동기와 목적에서, 전임강사 취임 기념으로 부여된 학술진흥재단의 신진교수연구과제를 ‘전통법문화의 현대적 발전’으로 정하게 되었다. 다만 범위가 너무 막연하게 넓기 때문에, 좀더 구체적인 주제로 한정시키기 위하여, ‘분쟁의 예방과 평화적 해결’이라는, 어찌면 법 자체의 궁극 이념 같으면서도, 한편으로 법(소송)을 동원하기 이전의 최선의 목표라고 할 수 있는 副題로 좁혀서, 역대 法制史상 분쟁의 평화 해결 제도의 발전을 중심으로 탐구하고자 한다.

II. 秦漢 시대 鄉의 耆夫와 三老

고대 성왕의 不爭之德이 춘추전국 시대에 제자백가의 철학사상으로 꽃피면서, 秦漢 이후 예법의 일반예방주의 원칙이 역대 율령 제정의 근본이념으로 면면히 계승되어 왔다. 다른 한편으로 분쟁의 평화 해결, 특히 민간의 다툼 및 가벼운 범죄사건의 소송외적 해소라는 구체적 절차가 이미 周禮의 관직제도를 통해 정착되었다. 주례 調人의 調(停和)解 직책이 진한 이후 역대 율령체계에 전승되면서, 흔히 전통 중국법에는 민법이 거의 발달하지 않고 주로 禮나 관습 등에 의해 자치적으로 규율되었다고 인식할 정도로, 민간 분규의 자치적 평화해결이 ‘無訟’ 의식과

더불어 중국 법문화의 독특한 징표로 발전하게 된다. 이제 민간 분쟁의 평화 해결이라는 調(停和)解의 관점을 중심으로, 중국 역대 職官과 율령의 변천 과정을, 우선 秦漢 시대부터 차례대로 살펴보기로 한다.

신상필벌과 특히 엄형중벌 위주의 철저(각박)한 法治를 바탕으로 중앙집권적 절대왕권을 확립하고 천하(중원)를 통일한 秦나라는, 국가(군주)와 백성 사이의 권력관계를 둘러싼 법률(권리의무) 관계에서는, 그 어느 시대 어느 나라 못지 않게 가차없는 法治를 고수했다. 그러나 순수한 민간관계에 대해서는, 굳이 엄격히 ‘법대로’ 강요할 필요도 없었고, 또 실익도 없었다. 그래서 秦도 縣의 하부 행정조직인 鄉에서는, 백성들을 교화하고 타이르는 직책이 감독 및 징벌의 권능 못지 않게 중시되었다. 즉, 50세 이상인 사람 중에 수행(덕행)이 있고 대중을 함으로 잘 통솔할 수 있는 三老(관직)를 선임하여 교화를 맡기고, 효자나 열녀, 재난 구휼하는 자 선가 및 백성의 모범이 될 만한 선비한테 표창(旌閭門)을 내리는 思想 통치를 병행하였다.

그리고 5천戶 이상의 큰 향에는 有秩, 작은 향에는 嗇夫(색부)라는 관직을 두어, 백성들의 빈부를 살펴 조세와 부역을 형평 있게 부과하고 백성들의 선악을 분별하여 시비 곡직을 平斷하며, 특히 민간 분규를 조정 화해시키는 책임을 맡겼다. 또 향 아래에 있는 里(80戶)의 책임자 里典은 민간의 소송을 향의 색부나 縣의 주무기관에 제기하였다고 하는데, 그 단계에서도 조정화해가 자연스럽게 이루어졌을 것이다.¹⁾

백성의 효율적 통치라는 목적에서 秦의 많은 관제를 계승한 漢은, 동중서를 비롯한 유학자들을 대거 기용함과 동시에 유교를 국교로 삼으면서, 德主刑輔를 통치의 기본 노선으로 채택하였다. 게다가 가혹한 法治로 천하를 통일하고도 금방 민심을 잃어 멸망한 秦의 失政을 교훈 삼아, 禮治와 교화를 특히 중시했기 때문에, 현에 설치된 三老와 有秩嗇夫의 관직은 秦때보다 그 책임과 사명이 더욱 무거웠을 것이다. 삼로는 못 백성의 스승으로서, 禮敎의 化身이자 도덕적 우상이 될

1) 鄧德龍, 『中國歷代官制(上)』(武漢大學出版社, 1990년) 제1판, 111~112면 참조.

정도로 백성들한테 술선수범의 감화력을 지녀야 했다. 그래서 덕망 있는 50세 이상의 요건 아래서도, 보통 늙어서 사직한 원로들이 선임되었다. 그리고 (큰 현의) (有秩) 耆夫의 직책도 秦나라 때와 대체로 비슷하였다.

한나라 때 특기할 만한 역사 기록으로, 역마차 길, 관문, 나루터, 시장, 큰길 등에 설치한 종합 치안경찰 기구인 亭의 직책에도, 도적의 체포 및 방지, 통행인 검문, 여행자 숙식 제공, 역마 우편 전송 등과 함께, 민간 분류의 조정화해가 나란히 포함된 점이다.²⁾

이러한 하부행정기관(耆夫)이 민간의 분쟁을 조정 화해시키는 직책은 삼국시대와 晋나라 때에도 계속 이어졌고³⁾, 그 이후에도 비록 관직의 명칭은 바뀌지만, 기본 직책은 크게 변함없이 유지된 것으로 보인다. 남북조 시대 北魏의 里長이나 里正, 唐나라 때의 里正, 鄉長, 坊長, 송나라 때의 甲長, 元나라 때의 社長(50戶가 1社) 등이 조정화해의 직책을 이어 맡았다.⁴⁾

Ⅲ. 宋代 鄉約의 발흥

그리고 송나라 때 일어난 鄉約도 분쟁의 예방과 평화적 해결이라는 향촌자치의 관점에서 아주 주목할 만하다. 그 이전에도 향약의 뿌리(源泉)가 될 만한 가르침이 있었겠지만, 가장 유명하고 우리 나라에도 큰 영향력을 끼친 呂氏 鄉約과 陳氏 鄉約, 그리고 이 두 향약을 손질한 朱子の 勸諭榜이 대표적이다. 藍田에서 呂大防·大鈞 형제가 시행한 여씨향약의 기본 내용은 잘 알려진 바와 같이 다음과 같다.

2) 앞의 『中國歷代官制(上)』, 162~164면 참조 그런데 亭도 역시 秦의 제도를 계승한 것으로, 西漢말엽 전국에 29,635개에 이르렀으며, 10리마다 1亭씩 두고 높은 누대를 세워 공무실과 전망초소를 겸했는데, 亭長은 보통 퇴역군인 가운데 선임했다고 한다.

3) 『中國歷代官制(上)』, 200~201면 참조

4) 江偉·楊榮新 주편, 『人民調解學概論』(法律出版社, 1998년) 제5쇄, 23면 참조

“무릇 향약에 동참하는 자는, 덕행(선행)을 서로 권장하고(德業相勸), 잘못은 서로 규율하며(過失相規), 예의와 미풍양속으로 서로 교유하고(禮俗相交), 근심과 재난은 서로 구휼한다(患難相助). 선행이 있으면 장부에 기록하고, 잘못이나 향약 위반이 있어도 장부에 기록하되, 세 번 범하면 처벌하고, 그래도 뉘우치지 않으면 추방(제명)한다.”⁵⁾

그리고 註解에 보면, 덕업상권이란 선을 보면 반드시 행하고 잘못을 들으면 반드시 고친다는 뜻이고, 예속상교는 관혼상제의 예에 서로 축하나 조문의 인사를 주고받는다라는 뜻이며, 환난상휼은 수재나 화재, 도적, 질병, 사망, 고아와 노약자, 무고(모함) 당하는 억울함, 빈곤 등의 어려움에 처했을 때 서로 돕고 구해준다는 뜻이라고 풀이되어 있다. 그리고 과실은, 도의를 어긴 잘못으로 ① 술 주정·도박·싸움·소송 ② 행동거지가 법도를 넘거나 어김 ③ 행실이 공손하지 못함 ④ 말에 충실과 신의가 없음 ⑤ 헛소문을 퍼뜨려 남을 모함하고 명예 훼손함 ⑥ 사리사욕이 지나치게 심함 등의 여섯 가지와 함께, 인격 수양을 하지 않은 잘못으로 ① 못된 사람과 사귀 ② 놀며 게으름 피움 ③ 동작에 威儀가 없음 ④ 일 처리에 신중하지 못함 ⑤ 씩씩이가 무절제하니 해품 등의 다섯 가지가 거론된다. 이러한 약속으로 향촌 자치를 하자면, 다툼이 일어날 여지가 거의 없을 것이며, 설사 다툼이 생긴다고 할지라도 금방 화해하여 풀리지 않는 일이 드물 것이다.

그리고 陳襄(상)이 仙居 현령일 적에, 산간 벽지의 고루한 백성들을 교화하기 위하여, 勸學篇을 지어 제자들한테 읽힌 다음 백성들을 일깨우도록 했는데, 그 내용은 이러했다.

“아버지는 의롭고 형은 우애하며, 아우는 공경하고 자식은 효도하며, 부부간에 恩愛가 있고 남녀간에 分別이 있으며, 자제들은 배움에 힘쓰고 마을에선 예절을 지키며, 빈궁과 환난은 친척들이 서로 구제하고 혼인과 상례에는 이웃들이 서로 부조하며, 농사와 누에치기에 게으름 피우지 않고 도적질을 하지 않으며, 도박을 배우지 않고 爭訟을 좋아하지 않으며, 사악한 것으로 선량한 사람을 못살게 굴지 않고, 부유하다고 가난한 이를 집어삼키지 않으며, 행인은 길을 서로 양보하고 농부는 논밭두둑을 양보하며(논밭두둑을 서로 다투지 않으며),

5) 宋史권 340, 列傳第 99, 呂大防傳 참조.

머리가 희끗한 어른이 길에서 짐을 지거나 이는 일이 없다면, 이것이 바로 예의에 합당한 미풍양속이다.”

또 朱熹는 漳州에 있을 때, 진상의 권학편(향약)을 알려주면서, 榜文으로 백성들을 권장하고 일깨웠는데, 그 요점은 다섯 가지였다. ① 부모 형제의 은혜를 소중히 여기고 효도와 우애를 다하자. ② 인륜의 첫출발인 부부간에 혼인의 예법을 잘 지키자. ③ 집안과 마을에서 친하게 화목하자. ④ 벼슬아치는 분수에 만족하면서 사욕을 절제하고 남(백성)을 이롭게 하자. ⑤ 뺨을 당하면 예법에 따라 제때 안장하자. 이 가운데 특히 세 번째 집안과 마을의 화목에 관해서는, 다투지 말라고 간곡히 타이른다.

“혹시 약간 분통이 터지더라도, 마땅히 각자 심사숙고하고 더욱이 간곡하게 다툼을 조정하여 화해해야 할지니, 설불리 소송을 벌여서는 안 된다. (소송에서는) 설사 정당하여 이길지라도, 재산을 낭비하고 생업을 망치게 된다. 허물며 정당한 이유가 없으면, 죄를 지어 형벌을 면할 수 없으니, 끝내 틀림없이 흥악해지고 만다. 절대로 명심하고 통감하여, 어기지 않도록 경계하자.”⁶⁾

이러한 향약의 가치 정신과 내용은 후대 여러 사대부 집안의 家訓과 族規의 원천이 되었으며, 우리 나라에도 조선시대에 전래되어 지대한 영향력을 발휘한 점에서, 역사적으로 아주 중요한 사회운동이자 도덕문화라고 평가된다. 예컨대, 明나라 때 王守仁이 시행하는 南贛鄉約이나, 중국 국민당과 공산당의 제2차 국내 혁명전쟁 시기에 梁漱溟이 제창한 鄉農學校 등도 모두 이 여씨향약을 본받아 이루어진 것이다.⁷⁾

6) 이상 宋代 鄉約에 관한 기술은 茶山の 牧民心書, 禮典, 教民조에서 예시로 인용한 내용을 재인용하여 요약 정리한 것임. 정약용, 『與猶堂全書』, 『第五集』, 『牧民心書』 권7, 43~46면, 경인문화사 1981년 영인본, 제5책, 462~463면 및 다산연구회, 역주 『목민심서』 IV(창작과비평사, 1984년), 11~19면 참조.

7) 『辭海(縮印本)』(上海辭書出版社, 1980년) 제1판, 728면, 呂氏鄉約조 참조.

IV. 明清代 申明亭의 설치와 향약의 보급

明나라 때는 괘목할 만한 발전이 있었다. 명태조는 대명률을 제정하면서, 민간에 里甲老人(耆老, 里老)을 두고 鄉의 호구, 혼인, 토지가옥 등 민사 분쟁과 鬪毆(폭행·싸움) 같은 경미한 형사사건을 먼저 里甲老人한테 맡겨 심리판단하고 화해시켜 분쟁을 종식시키도록 하라고 명했다. 물론 이 명령은 대명률에 포함되지 않지만, 황제의 이 명령을 받들어 里甲老人이 직무를 수행할 ‘申明亭’이 설치되는데, 그 신명정의 보호가 대명률에 엄숙하게 규정된 점이 각별히 눈에 띈다.

“무릇 신명정의 건물을 훼손하거나 현판을 훼손한 자는 곤장 1백대를 친 뒤 3천리 流刑에 처한다.”⁸⁾

잘마한 한 구절의 조항이지만, 건물을 훼손한 죄를 사형의 바로 아래 형벌에 처한 걸 보면, 신명정의 비중이 얼마나 큰지 알 수 있다. 그러나 이 조항의 纂註에는 신명정의 구체적인 목적(임무)과 비중이 비교적 상세히 설명되어 있다. 우선 신명정에서는 민간의 소송(詞狀)감이 될 분쟁을 耆老(里老)나 里長이 수리하여 심리하는 것이 허용됨과 동시에, 불효하거나 우애하지 않거나 그 밖에 죄악을 저지른 사람의 성명을 공개로 써 붙여 징계하는 일이 주 임무이다. 백성들에게 부끄러움과 두려움을 알게 하여 감히 죄 지을 생각이 일지 않도록 경고하는 일반 예방의 목적이 다분하다. 또 나무로 만든 현판에는, 조정에서 훈시하는 권선징악의 격언을 쓰고, 또 興利除害(공리를 일으키고 해악을 제거함)의 사업도 함께 게시하여 교화와 행정을 동시에 도모한다. 그래서 이 신명정이나 현판을 훼손하면, 무엄하게 국법을 위반한 중죄로 처벌하며, 아울러 훼손 자체에 대해서는 원상 복구(수리)의 민사 배상 책임도 함께 묻는다. 대명률의 규정상, 일반 공공건물의 훼손은 건축비를 계산하여 일반 坐贓죄보다 두 등급 가중한 형벌에 처하고, 또 일반 관물 훼손은 가액 만큼 절도죄에 준하여 처벌한다. 그런데, 신명정과 그 현판의 훼손에 대해서 이

8) 大明律, 刑律, 雜犯, 拆毀申明亭조 참조.

량듯 중형을 부과하는 까닭은, 바로 국가 통치의 기본인 敎化의 현상이고 조정의 중요한 政事 시행이기 때문이다.⁹⁾

물론 모든 사건을 신명정에서 심리하거나 화해시킬 수 있는 것은 아니다. 즉, 국법인 대명률에서 명문으로 私和를 금지한 徒刑(징역)과 流刑 이상의 중대 범죄와 간음 같은 교화 관련 풍기문란죄는 당연히 신명정의 자치 범위 밖에 있다.

明 世宗 嘉靖(1522~1566) 때의 鄉甲約에는, 신명정에서 조정 화해시킬 수 있는 사건이 구체적인 조목으로 열거되고 있다. ① 혼인 관계 불분명, ② 토지소유 관계 불분명, ③ 욕설·폭행 싸움, ④ 가축이 남의 논밭을 짓밟거나 농작물을 먹은 사건, ⑤ 대차기간이 3년 이상으로 원리금을 상환 안 하는 채권 관계, ⑥ 가옥이나 토지를 담보로 돈 빌려가고 담보물을 찾아갈 능력이 없는 저당(질권) 관계, ⑦ 불공정 매매로 남한테 손해를 끼친 거래 관계, ⑧ 토지 경계선 불분명, ⑨ 길 잃은 가축의 습득 반환 문제 등이다.¹⁰⁾

리갑노인은 本 鄉里 사람 가운데서 공평 정직하고 남들의 존경을 받는 원로 3人 내지 10인으로 추대되어 관청에 정식으로 등록되는데, 민간의 사소한 분쟁이나 경미한 형사사건은 반드시 먼저 리갑노인의 심리판단을 거친 뒤에야, 비로소 정식으로 관청에 소송을 제기할 수 있었다. 그렇지 않은 고소는, 시비 곡직을 떠나 먼저 곤장 60대를 친 뒤, 다시 리갑노인한테 돌려보냈다. 말하자면 ‘申明前置주의’를 채택한 셈이다.

그리고 당사자가 자발적으로 고소한 경우에 한하여 신명정에서 처리에 나서며, 본인이 참여하려고 고소하지 않은 사소한 민간사건을 리갑노인이 소문으로 듣고 주동적(직권)으로 찾아가 입건해서는 안 된다. 본인의 의사에 반하여 문제화하는 리갑노인은, 신명정을 거치지 않고 직접 고소한 당사자와 마찬가지로 곤장 60대를 맞는데, 게다가 금품 수수가 있는 경우 뇌물죄로 처벌된다. 신명정의 처리절차에는

9) 大明律集解附例(五), 臺灣 國立中央圖書館 소장 明萬曆浙江官刊本の 영인본, 臺灣學生書局, 1970년 초판, 1863~1865면 참조.

10) 呂新吾實政錄 권5, 楊雪峯, 明代的審判制度, 黎明文化事業公司, 1981년 3판, 237면에서 재인용.

리갑노인 뿐만 아니라 里長, 甲首도 나이순으로 착석하여 공동 참여하고, 다른 마을과 관련된 사안은 해당 마을의 리갑노인 등과 공동으로 상의하여 처리한다. 또 해결하기 곤란한 사건이나 가족 친척들이 서로 침범한 윤리강상 사안 같은 경우에는, 주변 여러 마을이 함께 회동하여 중지를 모으기도 한다. 처리 방법은 마을 공동의 합의제 형식으로 되었다. 당일에 매듭을 못 지은 경우에는, 귀가 후 다음날 속개하고, 감금이나 구류는 금지되었다. 심리한 결과, 양 당사자가 화해를 원하면 그대로 화해가 성립하고, 그렇지 않은 경우에는 관청에 정식으로 고소할 수 있었다.¹¹⁾ 조정화해를 선행절차로 요구하되, 소송청구권을 제한(박탈)하지는 않은 것이다.

그러다가 명나라 世宗 때 천하에 鄉約을 시행하라는 칙명이 내려지면서, 리갑노인의 명칭도 約正·約副·約贊·知約 등으로 대체되었다. 그러나 조직은 신명정과 비슷하였고, 마을의 덕망 있는 원로들을 선임하는 원칙도 같았다. 사실 신명정 제도의 정신도 過失相規, 德業相勸, 禮俗相交, 患難相恤의 이념을 내세운 鄉約의 鄉民自治主義 정신과 똑같이 일치한다. 따라서 명나라 중엽 이후 향약을 통치이념의 善方便으로 널리 권장·보급하면서, 신명정 제도를 鄉甲約 체계로 대체한 것은, 느슨해진 조직 기강을 되세우려는 행정 혁신의 일환으로 이해될 수 있다. 명초부터 백여 년 지속되는 과정에서, 국가 기강의 해이와 사회경제의 혼란을 겪으면서, 신명정의 민간 다툼 처리에도 적지 않은 이완과 폐단이 속출하였을 것이다. 이에 기존의 명칭과 제도로는 구태의연한 타성을 벗어나기 어렵다고 판단한 통치권력이, 鄉約이라는 새로운 이름과 모습의 자치조직으로 중흥의 기풍을 진작하고 싶었을 것이다.

그러한 시대적 배경과 맥락은, 鄉甲約의 무대 설치와 화해 진행 절차에도 엄숙하게 반영된다.

우선 한 탁자의 맨 앞에 ‘天地神明紀綱法度’라는 和事牌(사건을 화해시키는 신명 위패)를 높이 세우고, 그 다음에 “부모께 孝順하고, 웃어른을 존경하며, 마을에 화목하고, 자손을 잘 가르치며, 각자 분수 맞게 생업에 충실하고, 나쁜 짓은 하

11) 皇明制書上, 戶部教榜文에 규정된 내용을 앞의 明代的審判制度 238~241면에서 재인용하여 정리함.

지 말라”는 4字 6句의 聖諭(황제의 유시)를 안치한다. 그 옆에 約正과 副約 등이 엄숙히 자리한다. 그 다음으로 또 다른 탁자 위에 ‘善簿’, ‘和簿’, ‘改簿’, ‘惡簿’의 장부를 올려놓고, 그 옆에 約講(향약 낭독인)과 鄉史(향약 기록인)가 자리한 뒤, 里長과 당사자 및 마을 사람들이 위패를 향하여 꿇어앉는다.

관계자들이 모두 자리를 정돈하면, 약정과 약부가 먼저 위패를 향해, “일 처리가 공정하지 못하면, 자신과 가족이 화를 당할지어다!”라고 맹세(선서) 한 뒤, 머리를 네 번 땅바닥에 조아려 절한다. 그리고 증인과 당사자들이 위패를 향해, “사실 거론이 공정하지 못하면, 자식과 가족이 화를 당할 것이니, 공정하게 사실대로 말하겠습니다!”고 맹세한 뒤, 역시 머리를 네 번 조아려 절한다. 그런 다음 약정과 약부가 당사자들한테 심리판단에 心服하겠느냐고 물은 뒤, 國法과 天理와 人情을 참작하여 鄉史와 협의하여 판단한다. 판단이 내려지면, 이제는 약사가 위패를 향해, “사안 기록이 공정하지 못하면, 자신과 가족이 화를 당할지어다!”고 맹세하고, 똑같이 머리를 네 번 조아려 절한 뒤, 그 사실 결과에 따라 해당 장부에 기록한다. 그런 다음, 참석자 전원이 함께 천지신명께 맹세하고, 질투(불평)의 혀를 놀리지 않기로 다짐한다. 양 당사자가 화해로 분쟁을 종식시키길 원하는 경우, 이를 허락하고 和簿 안에 기록하며, 이에 대해서는 관청에서도 더 이상 묻지 않는다. 그러나 화해 조건을 당사자가 받아들이지 않는 경우에는, 정식으로 관청에 고소할 수 있다.¹²⁾

물론 신명정이나 향갑약의 화해 처리 제도는, 司法 정책상 소송 부담을 줄이고 특히 濫訴나 越訴를 방지하려는 목적의식도 다분했다. 또 넓은 지역 오랜 기간에 걸쳐 시행하는 과정에서, 현실적인 부작용이나 폐단도 적지 않아, 중간에 거둬 강조하여 강력 시행을 천명하기도 하고, 더러는 예외적인 변통을 허용하기도 했다. 그러나 공동체 구성원간의 소송 없는 평화로운 자치 사회를 이루고자 한 궁극적이고 본질적인 이상을 과소 평가해서는 안 되고, 또 그 구체적 실현의 한 善方便으로 제도화되어 시행된 신명정과 향약 자체도 긍정적인 평가를 받아야 마땅할

12) 『呂新吾實政錄』 권5, 앞의 『明代的審判制度』, 238~241면에 인용된 내용을 다시 요약 정리함.

것이다.

大明律을 거의 그대로 베껴 답습한 淸律도 申明亭 제도를 계승하여, 鄉里 농촌사회의 교화와 안정에 마을 원로의 自治 역량을 최대한 활용하였다. 조금 눈에 띄는 발전이라고 한다면, 律註의 내용이 明代보다 좀 자세히 구체화된 부분이 있다는 점이다. 동네 사람 가운데 不孝나 도적·간음 등의 죄악을 저지른 자는, 그 성명과 함께 범행 “事跡”을 판자에 적어 공시함으로써 징계를 보인다. 동시에, “그 자의 羞惡之心(수오지심 : 부끄러워하는 마음, 맹자가 말한 義의 실마리)을 자극하여, 그가 스스로 개과천선하면 판자를 제거한다.” 일반예방 기능과 함께 범인에 대한 특별예방 기능도 뚜렷이 명시된 것이다. 아울러 특별히 明文으로 부가된 내용은, “마을 사람들의 호구·혼인·토지 등에 관한 작은 사안은, 마을 원로(里老)들이 여기 신명정에서 분쟁을 화해하게끔 잘 타이르고 설득(勸導解紛)하도록 하노니, 이것이 곧 교화와 훈계를 펴서 밝히는(申明教誡) 법제이다”는 구절이다.¹³⁾

일상적인 민간 분쟁이나 가벼운 형사 범죄에 관하여, 마을 원로 중심으로 자치 해결하되, 특히 당사자들이 화해하도록 권유하고 인도하는 調(停和)解의 기능을 명확히 강조한 점이 두드러진다. 그리고 청대에는 州縣 이하에 설치된 행정조직으로 保甲제도가 있었는데, 호구·혼인·토지 등의 민간 분쟁에 보갑의 관여를 일체 금지하였으며, 이러한 사안이 정식 소송(詞訟)으로 제기되면 해당 州縣 담당관이 직접 심리 재판하여야 하며, 鄉里에 그 처리를 위임할 수 없도록 규정하였다. 보갑은 里老와 다른 행정조직인데, 소송을 빌미로 중간에서 농간이나 위세를 부리지 못하도록 아예 배제한 것이다. 그런데도 실제상으로는 보갑도 里老나 마찬가지로 민간 분쟁 해결을 조정하는 게 다반사였고, 州縣에서도 鄉里에 자치 해결하도록 제소된 사안을 곧잘 되돌려 보내어도, 상부의 징계 처분을 받는 경우는 드물었다고 한다.¹⁴⁾

13) 大清律例會通新纂 권32, 刑律, 雜犯, 拆毀申明亭조 律註. 文海出版社(대만) 영인본, 제9책, 3271~3272면 참조; 또한 沈之奇撰, 懷效鋒·李俊 點校本, 大清律輯註(下), 法律出版社, 2000년 제1판, 934~935면 참조. 본문 기술 내용 중 “ ” 부분은 明律註에 없고 새로 추가된 것임을 나타내기 위한 필자의 강조임.

14) 鄭秦, 『清代司法審判制度研究』(湖南教育出版社, 1988년) 제1판, 224면 참조.

V. 역대 판례에 나타난 재판 중 화해 권유

지금까지 주로 縣 이하 말단 행정조직인 鄉里의 자치적 또는 調停적 분쟁해결을 중심으로 살펴보았다. 이제 정식 재판으로 최하급심을 관할하는 州縣의 소송에서, 재판관이 직접 조정자로 나서는 소송 내 조정, 즉 法院調停에 관하여, 현전하는 역대 명판례를 중심으로 살펴보기로 한다.

① 송나라 때 장제현(張齊賢) 승상이 중서성(中書省)에 있을 때였다. 친척 가운데 재산 분할이 균등(公平)하지 못하다고 서로 다투는 자들이 소송을 벌였는데, 나중에는 궁궐 안에까지 들어왔다. 조정의 황제 앞에서까지 상소하여, 전후 10여 차례의 재판이 계속되었지만, 끝내 서로 승복하지 못하고 불만이였다. 이에 마침내 장제현이 나서서 황제께 아뢰었다.

“이 사안은 다른 사안들처럼 어사대(御史臺)에서 판결 낼 수 있을 것 같지 않습니다. 청컨대, 신이 나서서 스스로 해결할 수 있도록 허락소서.”

황제가 그리하라고 허락하자, 장제현은 승상의 자리에 앉아 두 소송 당사자를 불러 물었다.

“그대들은 모두 각자 자기가 나누어 받은 재산이 상대방보다 적다고 불만 아닌가?”

그러자 두 사람 모두 “그렇습니다”고 대답하였다. 이에 장제현은 두 사람에게 각자의 진술이 사실이라고 다짐하도록 확인서를 작성하라고 명령하였다. 그런 뒤 두 관리를 두 당사자의 집으로 보내, 서로 집을 맞바꾸어 이사 시켜주도록 지시했다. 甲의 가족은 乙의 집으로 이사 들어가고, 乙의 가족은 甲의 집으로 이사 들어가게 맞바꾸었다. 물론 집에 딸린 재물과 논밭은 전혀 손대지 않은 채, 집과 함께 송두리째 맞바꾸도록 분할 재산 문서를 서로 교환시켰다.

이에 소송이 마침내 끝났다. 이튿날 장제현이 보고서를 작성하여 황제께 아뢰자, 황제가 크게 기뻐하며 칭찬하였다.

“짐은 정말로 경이 아니었다면, 이 사안을 결판 낼 수 없음을 벌써 알았노라.” (사마광(司馬光)승상이 지은 속수기문(涑水紀聞)에 나온다.)

이와 비슷한 사안으로, 송나라 증조(曾肇) 내한(內翰)이 지은 왕연희조의묘지(王延禧朝議墓誌)에 나오는 이야기이다. 왕연희가 악주(岳州) 원강(沅江)현령일 적이였다. 형제가 재산을 분할하는데, 아우가 약하여 나눠 받은 논밭이 처지자, 균등(공평)하지 못하다고 소송을 제기하였다. 그래서 왕연희가 형을 나무랐더니, 형은 끝내 ‘균등하다’고 우겼다. 그러자 왕연희는 즉시 두 사람이 나누어 가진 논밭을 서로 맞바꾸어 갖도록 명령하는 판결을 내렸다.

그랬더니 이번에는 형이 州에 항소하였다. 항소를 받은 주지사는, 항소 이유와 원심 판결을 보더니, 빙그레 웃으며 말했다.

“이 판결은 장영(張詠) 상서(尙書)가 재판했던 방법이니라.”¹⁵⁾

② 송나라 때 왕한(王罕) 대경(大卿)이 담주(潭州)지사일 적이였다. 어떤 주민이 자기 친족들과 재산 다툼을 벌였는데, 재판을 하고 나면 다시 제소하기를 반복하여, 전후 10여 년이나 계속 질질 끌었다. 그래서 왕한이 하루는 쟁송 관계자들을 모두 법정에 불러모아 놓고, 이렇게 타일렀다.

“여러 친족들은 모두 동네의 부자들인데, 저렇게 끈질기게 소송을 걸어 따지고 드는 게, 괴롭고 싫지도 않소? 지금 저 버릇없는 사람이 춥고 배고파 스스로 살아 갈 수도 없고, 또 재산 분할의 문서가 명확하지 않은 점이 있어, 오래도록 확정 판결을 내리지 못하지 않소? 그러니 친족들이 조금씩 자금을 각출하여, 저 사람에게 멀리 이사가도록 비용을 대준다면, 앞으로 무슨 근심이 다시 있겠소?”

그러자 친족들이 모두 울먹이며, 왕한의 분부를 따르겠다고 답했다. 사실은 친족들도 처음에 관리의 심문에 답변할 때부터, 이렇게 하자고 제안하고 싶었지만, 차마 그렇게 할 수 없었다고 말하는 것이었다. 그래서 마침내 소송을 건 사람에게, 옆의 州로 이사가도록 비용을 대주었는데, 그 뒤로 소송이 완전히 그치게 되었다. (왕규(王珪) 승상이 지은 왕한묘지(王罕墓誌)에 보인다.)

생각건대, 엄하고 현명하게 재판하는 기술은, 물정(物情)을 자세히 관찰하고, 사

15) 鄭克 편저, 김지수 옮김, 『절옥귀감(折獄龜鑑)』, 한국학술진흥재단 학술명저번역총서 동양편 4(소명출판, 2001년) 제1판, 489~490면 사례 인용함.

건의 본체(事體)를 적절히 처리하는 데에 있다. 이 사안에서 재산을 다투는 자는, 추위와 배고픔에 떨고 있으며, 재산을 나누어 준 친족들은, 끈질긴 소송의 괴로움에 시달리고 있다. 이런 상황에서, 이치상의 옳고 그름을 어찌 깊이 따지고 가릴 수 있겠는가? 정말로 그런 대로 괜찮은 정도라면, 타협 방안의 지시를 따르지 않을 이유가 없다.

그래서 친족들이 조금씩 각축하여, 소송 제기자를 멀리 이사하게 조치하였다. 그래서 친족들은 손실이 그리 많지 않으면서도, 끈질긴 소송에 붙여 다니는 괴로움을 완전히 벗었다. 또 재산을 다투던 자는 적지 않은 보조를 얻어, 춥고 배고픈 설움을 풀게 되었다. 그 결과 주민들의 소송도 그치게 되었다. 이 어찌 물정을 자세히 살피고, 사건의 본체를 적절히 처리한 재판이 아니겠는가?

혹시라도 소송을 자꾸 걸어 따지고 드는데 분노하여 엄벌로 다스렸더라면, 물정(物情)도 손상되고 사건의 본체 또한 해쳐졌을 것이다. 이런 것을 엄하고 명쾌한 판결이라고 칭송한다면, 이는 크게 잘못된 것이다. 진정한 군자 같으면, 비록 깊숙이 훤히 관찰하고 군세계 의연히 결행할지라도, 넉넉하고 자재로운 가운데 이치에 딱 부합하여, 물정이나 사건의 본체에 전혀 손상이 없을 것이다. 이러한 것이 엄하고 현명한 판결의 모범이 아니겠는가?¹⁶⁾

③ 남제(南齊)의 경릉왕(竟陵王) 소자량(蕭子良) : 武帝의 둘째 아들이 회계(會稽) 태수일 적이었다. 산음(山陰)현의 공평(孔平)이란 사람이 소자량에게 찾아와, 자기 형수가 자기에게서 쌀을 팔아가면서 지불하지 않은 돈(쌀값)을 갚지 않는다고, 소송을 제기하였다. 이에 소자량은 크게 탄식하였다.

“옛날(東漢 南陽군에 살던) 고문통(高文通)은 (태수가 거둬 초방하는 관직을 사절하기 위하여 일부러 짐짓) 과부가 된 형수와 논밭을 다투는 소송을 벌였다는데, 그 의도는 정말 이와는 크게 달랐었다!”

그리고는 그에게 대신 쌀값을 갚아 주었다. (남사(南史) 소자량전(蕭子良傳)에 나온다.)¹⁷⁾

16) 鄭克 편저, 김지수 옮김, 『절옥귀감(折獄龜鑑)』, 512~514면에서 인용함.

④ 수(隋)나라의 랑무(郎茂)는 처음에 위주(衛州)의 사록(司錄)에 임명되었는데, 능력이 있다는 명성이 나서, 얼마 안 되어 위국령(衛國令)에 발탁되었다.¹⁸⁾ 그런데 그 지방에 사는 장원예(張元預)라는 사람이 사촌 동생 장사란(張思蘭)과 화목하지 못한 사이였다. 부하인 승(丞)과 위(尉)는 그를 엄하게 처벌하자고 요청했으나, 랑무는 이렇게 말했다.

“장원예의 사촌 형제끼리는 본디 사이가 안 좋아 미워하고 싫어하는데, 지금 바로 그 죄명으로 이들을 처벌한다면, 원한과 분노의 감정이 더욱 깊어질 것이요 이는 백성을 교화하는 본의에 맞지 않소.”

그리고는 현(縣)의 원로들을 시켜, 두 집을 서로 번갈아 방문하며 도답게 타이르도록 당부하였다. 그렇게 발길이 끊이지 않고 왕래하며 타이르자, 장원예와 장사란은 각각 참회하는 마음이 일어, 스스로 현(관가)에 나와 머리를 조아리고 죄를 벌해 달라고 요청했다. 그래서 랑무는 친족간의 도의로 잘 타일렀다. 그 뒤로 둘은 서로 화목하게 가까워졌고, 주위에서 그들의 우애를 칭송할 정도에 이르렀다. (북사(北史) 랑기전(郎基傳)에 나오는데, 랑무는 그의 아들이다.)

이와 비슷한 사안으로, 양(梁)나라의 륝상(陸襄)이 파양(鄱陽)군의 내사(內史)일적이었다. 팽(彭)씨와 리(李)씨 두 집안이, 이전에 있었던 분쟁으로 말미암아, 서로가 서로를 무고(誣告)하기에 이르렀다. 그러자 륝상은 두 사람을 함께 안방으로 불러들인 다음, 호되게 꾸짖기는커녕, 단지 부드럽고 온화한 말로 타이르고 서로 화해시켰다. 두 사람은 모두 그 은덕에 감동하여, 각자 자신의 잘못을 깊이 뉘우쳤다. 이에 륝상은 두 사람을 위해 특별히 술과 음식을 마련하여, 맘껏 즐겁게 먹고 마시게 했다. 그리고 술자리가 끝난 뒤에는, 두 사람을 한 마차에 함께 실어 집까지 데려다 주었는데, 그 때부터 두 사람은 아주 가까워졌다. (남사(南史) 륝상전(陸襄傳)에 나온다.)

17) 鄭克 편저, 김지수 옮김, 『절옥귀감(折獄龜鑑)』, 519~520면에서 인용함.

18) 隋나라 때는 황제로부터 諸王(제후)에 봉해지면, 각자의 관직(國官)을 두었는데, 그 가운데 승 한 사람이 있었다. 楊帝 때 이르러 國令을 家令으로 고쳤다. 衛國은 수문제의 이복 동생인 衛王 楊爽에게 봉해졌다.

생각건대, 성씨가 다른 남남끼리 더욱 멀어져, 서로 무고(誣告)까지 하기에 이른 원한 감정도, 오히려 화해시켜 가깝고 다정하게 타이릴 수 있거늘, 하물며 같은 핏줄의 친족들끼리 화목하지 못한 사이야 말할 게 있겠는가? 또 남남끼리의 원한 관계도 오히려 함부로 호되게 꾸짖기 어렵거늘, 하물며 친족끼리의 불화를 대번에 엄한 법으로 처벌할 수 있겠는가?¹⁹⁾

전에는 마을의 원로나 집안의 어른들이, 서로 다투는 사람들을 불러다가 타이르고 화해시키면서, 함께 술을 마셔 풀어 버리도록 화해주(和解酒)를 권하곤 했다. 물론 지금도 같은 친구들 사이의 오해나 감정은, 다른 친구가 나서 중재하고, 화해의 술자리를 만드는 경우가 종종 있다.

풀리면 인정(人情)인 마음이, 맺히면 원한(怨恨)이 된다. 맺힌 원한 관계를 푸는 데는, 인정(人情)에 맞고 가까운 방법이 효과적이다. 술은 그 관계를 원만하게 완성시키는 촉진제가 될 수도 있다. 얼음을 칼로 쳐서는 녹이기 어렵고, 오히려 날카로운 모만 만든다. 따뜻한 불(열)에 쬐어야, 스르르 녹아 부드러운 물로 되돌아간다. 인간 관계의 감정도 물과 비슷하다.

⑤ 송나라 때 장영(張詠) 상서(尙書)가 재차 익주(益州)지사를 맡았을 적이었다. 백성 가운데 못짐 장사를 하는 사람이 있었는데, 시아버지가 며느리에게 일을 시키자, 며느리가 분부에 따르지 않았다. 이에 크게 화난 시아버지는, 며느리의 머리 카락을 싹둑 잘라 버렸다. 그리고는 “내가 너를 노비로 만들어 부리겠다”고 소리쳤다. 그 아들(며느리의 남편)이 밖에서 돌아와 이 모습을 보고는, 크게 소동을 피웠다. 이에 그 지역 아전이 사건의 조서를 작성하여, 그들을 모두 주(州)에 회부하였다. 이 즈음 어떤 사람이 아들에게 충고하였다.

“시아버지가 며느리의 머리 좀 잘랐기로소니, 무슨 대수로운 죄가 되겠소. 그러나 아들이 만약 아버지를 붙잡고 늘어지면, 자네의 죄는 결코 가볍지 않을 걸세!”

주지사의 관청에 이르자, 장영이 이들에게 캐물었다. 이에 시아버지는 이렇게 답변했다.

19) 鄭克 편저, 김지수 옮김, 『절옥귀감(折獄龜鑑)』, 524~525면에서 인용함.

“며느리가 스스로 자기 머리를 잘라 놓고, 나를 물고 늘어집니다.”

그 아들도 비슷하게 진술했다.

“아내가 스스로 자기 머리를 잘라 놓고, 시아버님께 죄를 덮어씌우고 있습니다.”

두 부자(父子)의 답변을 들은 장영은, 금방 그들이 거짓말하고 있음을 알아차리고는, 그 자리에서 압송 문서(구속 영장) 뒷면에 이렇게 판결문을 적었다.

“비록 자식이 아버지의 죄를 숨겨준다고 하지만, 어찌하여 그가 진술하는 말이 뒤바뀐단 말인가? 웃어른(시아버지)에 대해 죄를 끝까지 추궁할 수도 없지만, 그렇다고 아랫사람(며느리)에 대해 죄를 억지로 만들어 낼 수도 없다. 지금 죄상에 따라 며느리를 처벌한다면, 앞으로 며느리가 다시는 시아버지를 봉양하지 않을 게 틀림 없다. 그러니 별도로 조서를 작성해 다시 올리도록 하라. 이들은 모두 훈방한다.”

그러면서 장영은 부하 관료들에게 말했다.

“다섯 가지 상복(喪服)의 범위 안에서, 비속친의 존속친에 대한 죄가 몹시 무거우니, 백성을 다스리는 관리들이 마음을 다해 신중을 기해야 하오.” (리전(李暉) 우부(虞部)가 지은 충정공어록(忠定公語錄)에 보인다.)

이와 비슷한 사안으로, 송나라 왕질(王質) 대제(待制)가 형남(荊南)의 지사일 적에, 어떤 노파가 자기 며느리는 자기에게 봉양을 소홀히 한다고 고소해 왔다. 그러나 며느리의 답변은 사정이 달랐다.

“시아버지께서 돌아가신 뒤, 시어머니께서 재혼을 하셨습니다. 그러나 형편이 곤궁해지자, 다시 아들네 집으로 되돌아오신 것입니다. 그리고 사실 제가 봉양하고 섬김에 조심하지 않은 것도 없습니다.”

이에 왕질이 이렇게 훈계하였다.

“시어머니가 비록 선량하지는 않지만, 그렇다고 그대는 남편도 돌보지 않는가?”

그리고는 자기 집안 사람 옷을 갖다가 노파에게 입혀 주고, 또 관청 창고의 쌀을 꺼내 주면서, 모시고 돌아가서 잘 봉양하라고 타일렀다. 그러자 시어머니와 며느리 모두 감동하여 울면서 물러갔다.

생각건대, 이들 사안에서 시아버지와 시어머니가 모두 이치상 옳지 못하다. 그렇지만 집안 식구끼리의 의리상, 마땅히 아랫사람(비속)을 책망하여야 하는데, 다

만 다짜고짜 법으로 다스려서는 안 된다. 그래서 그들의 죄를 용서해 주면서, 잘 봉양하라고 타이르고 훈계한 것이다.²⁰⁾

唐律(宋刑統) 투송률(鬪訟律)에 따르면, 자손이 조부모나 부모를 고소·고발한 경우에는 교형(絞刑)에 해당한다. 또 자손이 조부모나 부모의 가르침이나 명령을 어기거나, 능력이 있는데도 봉양을 제대로 하지 않은 경우, 조부모나 부모의 고소가 있으면, 도(徒) 2년에 처한다고 규정되어 있다.

한편 시부모가 자손의 아내(며느리나 손자며느리)를 구타하여, 허리(척추)가 부러지거나 사지 중 하나가 못쓰게 된 폐질(廢疾)에 이르게 한 경우 곤장 1백대, 두 눈이 모두 멀거나 사지 중 둘이 못쓰게 된 독질(篤疾)에 이르게 한 경우 도(徒) 1년, 사망에 이르게 한 경우 도(徒) 3년, 고의로 살해한 경우 유(流) 3천리의 형벌에 각각 해당한다.

전통시대 친족 사이의 법률 문제를 재판하는 데는, 율령에 규정된 국법(國法) 뿐만 아니라, 공자를 비롯한 성현의 고전(古典)으로 대표되는 천리(天理), 그리고 일반 백성들의 본능 감정을 헤아리는 인정(人情)이, 서로 잘 중용 조화를 이루도록, 현명한 통찰력과 판단력이 요구되었다. 법조문을 자구대로 해석하다 보면, 성현(고전)의 원래 뜻에서도 크게 벗어나고, 인정(人情)과 민심(民心)에도 크게 어긋나는 상처투성이만 남길 수 있다.

⑥ 후한(後漢) 때 구람(仇覽)이 포항(蒲鄉)의 정장(亭長)일 적이었다. 진원(陳元)이라는 사람이 어머니와 단둘이 살았는데, 그 어머니가 아들을 불효하다고 고소해 왔다. 이에 구람이 크게 깜짝 놀라며 탄식했다.

“내가 최근 진원의 집 앞을 지날 때 보니, 집 안팎이 깨끗이 정돈되어 있고 때 맞추어 땅 갈고 김 매고 있었소 이 사람은 결코 나쁜 사람이 아닐텐데, 교화가 제대로 이루어지지 못한 탓인 게 틀림없소 어머니가 과부로 정절을 지키고, 어린 아들 하나만 곱게 기르면서, 힘들게 고생하다가 늙으셨거늘, 어찌 하루 아침 분함을 이기지 못하여, 자식을 불효죄라는 패륜에 빠뜨릴 수 있겠소”

20) 鄭克 편저, 김지수 옮김, 『절옥귀감(折獄龜鑑)』, 526~531면에서 인용함.

이 말을 들은 노모는 감동하고 깨달은 바가 있어서, 눈물을 흘리며 물러갔다. 나중에 곧 구람은 몸소 진원의 집을 찾아가, 그 어머니랑 아들과 함께 술을 마시며, 인륜과 효행에 대해 화복(禍福)의 인과응보의 비유를 들어 타일려 주었다. 그 뒤 진원은 마침내 훌륭한 효자가 되었다(후한서(後漢書) 구람전(仇覽傳)에 보인다).

이와 비슷한 사안으로, 당나라 위경준(韋景駿)이 귀향(貴鄉)현령일 적에, 어떤 어머니와 자식이 서로 소송을 벌여왔다. 이에 위경준이 말했다.

“이 현령은 어려서 부모를 여의고, 늘상 스스로 마음 아프게 여기고 있다네. 그런데 그대는 천만다행으로 어머니를 모시고 있으면서, 효도를 잊고 있던 말인가? 백성을 교화함이 충분치 못한 것은, 바로 이 현령의 죄일세.”

그리고는 목 메이게 울며 눈물을 흘리고는, 아들에게 효경(孝經)을 건네주며, 효도의 큰 뜻을 익히도록 타일렀다. 이에 어머니와 자식 모두 감동하고 깨달은 바가 있어서, 스스로 앞으로 새출발 하겠다고 다짐했는데, 아들은 그 뒤 정말 효자가 되었다. (당서(唐書) 위경준전(韋景駿傳)에 나온다)

또 송나라 때, 설규(薛奎) 참정(參政)이 익주(益州)지사일 적에, 한 부인이 자기 아들을 불효죄로 고발하였다. 잡아다가 캐물으니, “가난해서 봉양할 힘이 없다”고 대답하는 것이었다. 이에 설규가 자기 봉급을 선뜻 꺼내 주며, 생업을 마련하라고 당부한 뒤, 돌려보냈다.

두번째 사안은, 세 번째 사안에서 설규가 봉급을 꺼내 주며 생업을 마련하라고 당부한 것과, 근본 정신은 같다. 만약 정말로 법으로 다스리기로 했다면, 아들의 죄가 결코 가볍지 않았을 것이다.²¹⁾

부모의 자식 사랑은 무조건적인 본능이라고 하지만, 어떠한 이유에서든지 한 순간의 노여움이나 서운함으로, 자식을 ‘불효(不孝)’죄로 엄벌에 처한 부모가 적지 않았다. 사랑이 깊을수록 미움과 원망도 비례하여 커지는 법이다. 부모 자식간이나 형제 자매간에, 사랑과 우애 대신 원망과 반목의 골이 깊어지는 것도, 인간 감

21) 鄭克 편저, 김지수 옮김, 『절육귀감(折獄龜鑑)』, 531~533면에서 인용함. 구람과 위경준과 설규의 세 사안은, 茶山 정약용이 쓴 牧民心書의 禮典, 教民장에 인용 수록되어 있다. 『國譯 牧民心書』 IV(창작과비평사, 1984년), 20~22면 참조.

정의 본래 속성 탓이기도 하다. 그런 친족간의 원한 감정을, 권위 있는 제3자가 객관적으로 자연스럽게 풀어 준다면, 그 은덕이 얼마나 크겠는가? 현행 민사소송에서 가사(家事)사건은 반드시 조정(調停)을 먼저 거치도록 규정한 뜻도 여기에 있으리라!

⑦ 송나라 때 임포(任布) 추밀부사(樞密副使)가 월주(越州)지사일 적이었다. 어떤 주민이 술에 잔뜩 취해 자기 할아버지를 몹시 욕하자, 할아버지가 화가 나서 손자를 고소했다가, 나중에 크게 후회하여 법정에서 통곡을 하는 것이었다.

“이 늙은이는 자식도 죽고 없어, 오직 이 손자를 의지해 살아가고 있습니다.”

이에 임포는 특별히 그 손자를 용서해 풀어 주고, 아울러 황제께 상소문을 올려 스스로를 책망하여 사정을 아뢰었다. 그러자 조정에서도 더 이상 묻지 않았다.

생각건대, 손자가 할아버지를 욕하면, 법률상 죄가 사형에 해당한다. 그런데 이를 특별히 용서해 풀어 주었다면, 法理상 마땅히 사유를 밝히고, 스스로 책임을 져야 한다. 이 사안도 교육을 제대로 못 받은 손자를 긍휼히 형기고, 형벌 사용을 신중히 유보한 예이다.²²⁾

이밖에도, 茶山 정약용이 牧民心書 禮典 教民 장에서, 聽訟(민사소송 심리)이나 斷獄(형사소송 재판)으로 백성의 시비와 죄를 가려내 처벌하기 전에 먼저 교화를 베풀어야 한다는 사전 예방을 강조하기 위하여, 역대 유명한 사례들을 소개하는 가운데 중국 측 사료를 적지 않게 인용하고 있는데, 이들 역시 위에 든 사안들과 비슷한 정신기풍을 확인할 수 있는 좋은 참고자료가 된다.²³⁾

22) 鄭克 편저, 김지수 옮김, 『절옥귀감(折獄龜鑑)』, 533~534면에서 인용함.

23) 다산연구회, 『譯註 牧民心書』 IV(창작과비평사, 1984년), 8~41면 참조.

VI. 清代 지방 민사재판 상의 調處和解

이러한 지방관의 소송 내 화해 권장 경향은 明清대에 이르기까지 중국 전통시대의 두드러진 공통 특징의 하나인데, 특히 현전하는 대량의 判牘(판독: 민사재판 기록) 사료를 실증적으로 연구한 청대 민사 재판 실무에서도 확연히 드러난다. 잘 알려졌듯이, 唐律을 비롯한 明清律 등, 刑律 중심의 중국 律令 체계는 민사에 관한 규정을 대부분 戶律에 포함시키고, 그 위반에 대해서는 경중에 따라 笞(치: 회초리)나 杖(곤장) 및 徒刑 등의 형벌을 부과하는데, 특히 州縣에서 자체 처리(自理)할 수 있는 笞杖을 직접 시행하면서 당사자간의 화해(합의 해결)를 유도하는 경향이 강했다. 책임 추궁의 징계와 당사자 합의를 결부시켜, 사건을 조기에 원만히 매듭짓는 것이 지방관청의 1차적인 재판원칙인 셈이다. 경우에 따라서는 笞杖의 체벌 대신에 벌금이나 배상을 물릴 수 있었는데, 吏部處分則例에는 그렇게 추징한 벌금을 도로나 교량 등 공공건설 비용에 충당한다는 규정도 있다.

그리고 이러한 州縣自理의 민간 분쟁은 심리 종결(結案)시 판결(문)의 형식도, 보통은 역시 당사자간의 自願和解(합의 해결) 신청을 재판관이 批准하는 형식을 취한다. 즉, 당사자가 다툼을 달게 끝맺겠다는 취지의 ‘甘結’을 먼저 제출한다. “아무개(당사자)는 이제 어떠한 사안에서 (지방관의) 현명한 신문 판단의 은혜를 받자와, 다툼 대상인 재산(권리)은 어떠한가하게 매듭짓기로 하고, 이 몸은 귀가하여 분수를 지키고 편안히 지낼 것이며, 다시는 감히 시끄럽게 다투거나 말썽을 부리지 않을 것이며, 이러한 甘結(기꺼운 매듭)이 진실함을 다짐합니다.” 대체로 이러한 형식의 청원문이 작성 제출되면, 그 밑에 재판관이 ‘그렇게 끝내는 걸 허락하기로 결재한다(批准結)’고 적는 것이다. 게다가 당사자의 감호인이나 근친·善隣 등이 保釋 종결을 청원하는 保狀을 구구절절이 적어 올리면, 재판관이 특별히 허가하거나, 만약 다른 사람들에게 경중을 올릴 만한 사안의 경우, 제1차에 허가하지 않고 재차 보석 간청을 하면 그때야 단단히 훈계한 뒤 허가하기도 하였다. 따라서 경미한 1심 재판은 명분만 재판 같지, 실질이나 판결문 형식 등은 모두 당사자의 自願和解이고, 재판관은 그 권한과 위엄을 적절히 부려 소송을 억제

하면서 화해를 유도하고 촉진하는 소송 내(법원) 조정자 노릇을 하는 것이다.²⁴⁾

淸 仁宗 嘉慶 22년(1817) 2월 17일 順天府 寶坻縣 厚俗里에서 발생한 楊氏 형제의 토지분쟁 사안을 실례로 소개한다. 형 楊璞 및 그 아들 楊景震과 아우 楊璋 및 그 아들 楊景仁이 3畝(무) 토지의 소유권을 둘러싸고 다투었다. 아우가 왜 자기 땅을 빼앗으려 하느냐고 따지자, 형은 원래 자기 땅이라고 우겼다. 그렇게 옥신각신 서로 지지 않으려고 다투자, 옆에서 지켜보던 아들들이 혈기가 끓어올라 함께 끼어 들어, 아우 아들이 형 아들을 나무 몽둥이로 때려 상처를 입혔다. 주위 사람들이 달려들어 말리고 달래 현장의 싸움은 멈췄지만, 토지 소유권은 해결되지 않아, 3월 11일 형제가 각각 현에 고소장을 제출했다. 당시 보지현감이 출장 중이라, 典史가 대신 소장을 수리하고 아전을 보내 증인을 소환했다. 3월 19일 심리가 열리자, 당시 현장의 목격자 魏連生과 張金梁 등을 비롯해, 해당 토지의 인접자 袁樂生, 양씨 형제의 당숙이자 양씨 집안 족장인 楊士化 등이 모두 출석하여 증언하고, 당사자도 서로 변론하였다. 그 결과 밝혀진 사안의 진상은 분명했다.

원래 양씨 형제가 8畝(무)의 전당 토지를 공동 경작하면서, 형이 5畝, 아우가 3畝를 점유하였다. 나중에 땅의 원주인 李씨가 빌린 돈을 갚으면서 땅을 되찾아가려 하자, 형이 8무 토지 전당계약서를 모두 내 주기로 하고 그 돈을 전부 받아 챙겼다. 그 사실을 안 아우가 동의하지 않자, 형은 따로 3畝의 땅을 아우에게 代償으로 주었다. 그리고는 씨 뿌리는 봄이 되자, 아우한테 준 땅이 가까워 형이 나와 파종하려다가, 아우와 대판 싸움을 벌인 것이었다.

3월 29일 재차 신문하였으나 진술에 번복이 없자, 典史(재판관)는 두 사람에게 한바탕 훈계와 책망을 내렸으나, 아직 직접 판결을 내리지는 않았다. 그와 동시에 堂下에서는 監生 袁怡와 생원 李謙光 및 현장에 출석한 李輝 등이 아주 열심히 긴장감 넘치는 調停을 벌였는데, 최후에 쌍방이 합의에 도달하였다. 이에 감생 원이가 4월 초이레에 현에 稟呈(품정)을 올렸다.

“저희들은 양씨 형제와 모두 친근한 우의가 있는지라, 이들이 사소한 원인으로 형제간에 무기를 잡고 갈라서는 것을 차마 볼 수 없습니다. 관가에서 양씨 형제를

24) 앞의 『清代司法審判制度研究』, 207~212면 참조.

함께 불러 그들의 재산 분할 상태가 모두 분명하게 드러나, 이 점은 서로 다툼이 없습니다. (경진이) 가벼운 상처를 입었으나 이미 깨끗하게 나았고, 다행히 청렴한 나오리의 신문을 받자와, 그들 모두 부끄러워하며 합의하고, 그 아버지 및 숙부와 함께 고개 숙여 잘못을 시인하고 있습니다. 양박 형제도 모두 참회하고 형제간에 원래대로 화목했습니다. 본래 저희들은, 하늘같은 어르신께서 백성을 자식처럼 사랑하시고 사건을 잠재워 사람을 평안케 하시는 지극한 뜻을 우러러 왔기에, 이에 어리석음과 외람됨을 무릅쓰고, 어질고 현명하신 어르신께서 저희 모두의 진실한 마음을 굽어살피시어, 골육(형제)의 우애를 온전히 지키도록 은혜를 베푸시고, 형벌만은 면해 주시길 간청 올리는 바입니다.”

이에 그날로 허가(비준)한다는 재결을 받았다.

“이치가 명백하므로, 형벌 신문은 면제하고, 사안을 취소하는 걸 허가한다. 그러나 양경진 등 당사자의 甘結文을 작성하여 올리도록 하라.”²⁵⁾

이상과 같이 州縣 自(體處)理의 사안은 정식 소송으로 제기된 경우에도, 원칙상 소송을 가라앉히고(息訟) 당사자간에 화해하도록 타이르고 유도하는 게 보통이었다. 이러한 소송 내(법원) 조정은 鄉里 차원의 민간 자체 조정과 달리, 일단 관청에 끌어들여 국가 사법기관의 권위 있는 지휘와 감시를 받기 때문에, 아무래도 당사자의 순수한 자발적 합의보다는, 직접 간접의 心理 강제가 수반되기 마련이다. 달게 끝맺겠다는 ‘甘結’ 신청서도, “관청 어르신의 뜻을 받들어 끝맺음(依奉結得)”을 명문으로 표현하듯이, 화해로 甘結하지 않으면 관청의 어떠한 처분을 받을지 일반 백성은 두려워하지 않을 수 없는 형편이다. 주현에서 때로는 화해를 촉진시키기 위해, 아예 소장 수리를 불허하여, 소송이 일기 전에 부질없는 고소를 풀어 버리기도 한다. 따라서 비록 율령에 명문의 규정은 없지만, 주현에서는 소송이 접수되면 심리 판결에 앞서, 먼저 당사자가 화해하도록 유도하는 일종의 조정전치주의가 일반 관행이었다고 볼 수 있다. 하물며, 지방관의 정기 평가(考課)시 행정업적 항목에 민형사 소송의 처리 능력이 중요 표준으로 포함되어 있었으니, 더욱 짐작할 만하지 않은가? 그래서 王輝祖의 佐治藥言에는 이렇게 적혀 있다.

25) 앞의 『清代司法審判制度研究』, 216~218면 참조.

“민사소송 가운데 심리 재판해야 할 사안은 10분의 4·5도 안 된다. 이웃간의 말다툼이나 혈육간의 사소한 의견 다툼 때문에, 한 때 혈기를 참지 못하고 어리석게 소송을 제기한 경우나, 그렇지 않으면 못된 자들이 중간에게 농간을 부린 경우가 대부분이다. 정말 차분한 감정과 현명한 비유로 간곡히 타일러 당사자들이 누우치고 깨닫는다면, 모두 수시로 풀어지고 취소될 수 있는 사안들이다. 더러는 수리를 허가한 뒤 친지나 이웃들의 調處로 소송 취하를 간청하는 경우가 많은데, 양 당사자가 이미 화목을 회복했다면, 官府는 마땅히 궁휼히 여겨 화목을 보호해야 하며, 소송을 가라앉힐 수 있다면 곧 가라앉혀야 한다.”²⁶⁾

이러한 주현의 화해 유도는 堂上の 권위만 앞세워 독자적으로 진행되지 않고, 앞의 사안에서처럼 堂下의 민간(이웃·친지) 차원의 화해 설득도 동시에 병행하여, 여하튼 분쟁이 소송상의 판결을 거치지 않고 평화롭게 해결되는 데 최우선 목표가 있는 것이다. 그러다 보니, 특히 혼인 문제에 관해서는, 전통 윤리도덕의 관념에 비추어, 부녀자의 자유 의사가 사실상 무시(억압)되는 결과로 귀착되는 경향이 있었다. 당물 이래로 중국의 전통 율령은, 부부가 서로 화목하지 못해 쌍방 이혼하길 원하는 경우에는 국가에서 간섭하지 않는다는 명문의 규정을 두고 있다. 하지만 가장장제적 권위를 옹호하는 통치이념상, 국가는 이혼 자유를 방임할 수는 없었다. 그래서 시부모와 남편의 모진 학대를 이기지 못해 친정으로 도망한 나이 어린 부녀자를 시집에서 내놓으라고 소송을 제기한 사건에서, 현감이 애써 심리하고 調處한 결과, 시어머니와 남편은 앞으로 괴롭히지 않고 잘 가르치겠다고 다짐하고, 아내는 시부모와 남편의 가르침을 잘 듣겠다고 다짐하며 화해하는 걸로 매듭짓기도 했다. 정말로 화목하게 잘 살아갔는지 알 수 없지만, 요즘 법관념과 이혼의식으로 보면, 어린 부녀자의 인권은 안중에 없고, 집안 싸움을 판정에 끌고 나와 소란을 피우지만 앓는다면 된다는 일방적인 미봉책이 아닌가 의구심도 들 것이다.²⁷⁾

26) 앞의 『清代司法審判制度研究』, 219면에서 재인용.

27) 앞의 『清代司法審判制度研究』, 226~227면 참조. 아버지가 딸을 한 청년에게 시집보내기로 許婚한 뒤, 남자가 가난하다는 이유로 파혼하자, 이미 서로 사랑한 남녀가 떨어지기 싫어하여 함께 도망했는데, 아버지가 붙잡아가다 남자를 두들겨 패고 혼인을 물렸는 바, 딸이 남자의 아내 명의로 현에 소장을 제출하여 혼인을 인정해 달라고 청구하자, 현감은 부끄러

VII. 사대부 訓示와 家訓에 나타난 소송 금지

이상과 같이, 고대 성왕과 성현들의 不爭之德과 無訟 사상의 오랜 전통에다가, 국가 행정 조직과 사법기관의 調處 우선주의 제도 및 정책까지 가세하면서, 일반 백성들 사이에도 소송은 불길(凶)하며, 따라서 되도록 피하고 평화롭게 해결해야 좋다는 법의식이 아주 널리, 아주 깊이, 그리고 아주 오랫동안 뿌리 박혀 내려왔다. 이는 민간에 전해오는 속담이나 처세교훈, 특히 명문 사대부가 중심이긴 하지 만 여러 가문의 家訓과 목민관의 훈시 등에 두루 잘 나타나 있다.

명말 청초의 朱柏廬(1617~1688)가 남긴 朱子家訓은 세상에 아주 널리 퍼진 대표적 가훈인데, 이런 구절이 실려 있다. “집안에 거함에는 쟁송을 삼가라. 쟁송 하면 끝내 흉하다.(訟則終凶：周易) 세상에 처함에 수다를 조심하라. 말이 많으면 반드시 실수한다.”²⁸⁾

無訟과 調停和解 의식을 잘 대변하는 이러한 가훈도 전한다.

“민형사 소송 사건은 큰 억울(원통)이 풀리지(씻기지) 않아 일어난다. 예컨대, 부모의 원수처럼 하늘 아래 함께 살 수 없거나, 형제의 원수처럼 한 나라에 살 수 없는 경우 같으면, 관가에 고소하지 않으면 그 원통함이 풀릴 방법이 없으므로, 나의 감정을 펴기 위해서 부득이 소송을 제기하는 것이다. 그러나 호구·혼인·토지 같은 사소한 일은 누가 옳고 누가 그른지, 친족이나 동네에서 스스로 調(停和)解할 수 있다. 설사 다소 불평스럽더라도, 참고 양보하여 일을 끝마치는 게 마땅하다. 그래야만, 법정까지 끌고 가서 원한을 더욱 깊게 맺고 집안이 망하도록 재산을 소모하는 더욱 큰 재앙은 면할 수 있다. 옛말(周易)에 ‘소송하면 끝내 흉하다’ 하였으니, 교훈으로 삼아 경계할 일이다.”²⁹⁾

은 줄도 모르고 불법이 극에 달했다고 심하게 꾸짖으며, 딸을 아버지한테 되돌려 주고 남자는 따끔하게 처벌한 사안도 있다.

28) 김지수 옮김, 『운명을 뛰어넘는 길(凡四訓)』(불광출판부, 2000년) 재판, 195면 참조.

29) (中華民國) 行政院 文化建設委員會 主編, 族譜家訓集粹, 聯經出版事業公司, 1984년 초판, 90~91면 참조.

그밖에도 수많은 가훈들이 소송을 경계하고 분쟁의 평화 해결을 촉구하고 있는데, 종족간에 다툼이 생겨 화해할 수 없는 경우에는 우선 집안 어른한테 알려 처리하여야 하며, 그러지 않고 끈장 관가에 고소하는 자는 (시비 곡직을 불문하고) 祠堂에 불러 엄중히 책망하고 집안 제사에 몇 년간 참석 정지를 명하는 등, 家規에 따라 징계한다는 내용이 보통이다.³⁰⁾

그리고 “자기 마음과 소송하면 상서롭고, 남과 소송하면 재앙 온다(訟心者祥, 訟人者殃)”는 속담과 함께, 구결(口訣) 가요 같은 긴 속담도 눈에 띈다.

“민사소송은 일으켜선 안 되나니, 집안 재산 이로부터 기울어지리. 비록 1만 병졸을 이긴(얻는)다 해도, 자기 또한 3천 기마쯤은 잃는다네. 訟師(律師)는 지휘봉 살래살래 흔들며, 증인도 본디 후한 답례 치러야 하지. 어디에 착한 아전(옥졸) 있으리오? 결백한 서리 또한 찾을 수 없는 걸. 법관의 판결은 알 수 없나니, 시비 곡직은 매양 자기 뜻대로 정하지. 간교하게 부추기고 허위로 무고하면, 그 마음보 더욱 나쁘고 못된 자일세. 성질 좀 참고 재산도 아끼게나. 그대 꼭 마음에 새겨두길 권하네.” ³¹⁾	詞訟不可興 家業從此廢 雖贏一萬兵 自損三千騎 訟師搖輓棒 干證素厚幣 那有善公差 亦無白書吏 官斷不可知 曲直每任意 刁唆與誣告 心術尤不義 忍氣而惜財 勸君須切記
--	--

淸 宣宗(道光 : 1821~1850) 때 四川의 한 지방관이 ‘백성들한테 소송 그만두길 권한 告示’에 더욱 자세하고 명확히 잘 나타나 있다.

“금전 빛이나 토지나 분묘 등으로 말미암은 일체의 사소한 말다툼은, 본디 백성들 사이에 항상 있는 일로서, 그 나름의 일정한 도리가 있는 법이다. 만약 정말로

30) 앞의 『清代司法審判制度研究』, 223면 참조.

31) 史襄哉편, 『中華諺解』(上海文藝出版社, 영인본, 酉集 4면, 10450~10454면 참조.

남한테 속임이나 업신여김을 당한다면, 단지 노속하고 공정한 친지나 이웃한테 알려, 그대 대신 이치를 밝혀주도록 요청하여 평화롭게 다툼을 그치면 그만이지, 결단코 관가에 고소하여 소송을 벌이면 안 된다. …설사 그대가 백 분의 백 옳다고 쳐도 꼭 성질을 참아야 한다. 本官의 말을 마음속에 꼭 꼭 기억하라. 단지 친지한테 알려 다툼을 풀면, 설사 약간 손해를 본다 할지라도, 결국 관가에 고소하는 것 보다는 훨씬 유리할 것이다. … 본 현감도 본디 강서성의 한 백성인데, 우리 집안은 2백 년 동안이나 감히 고소하여 소송을 벌인 적이 한번도 없으나, 알게 모르게 상당히 많은 이익을 보았으니, 이 또한 단지 성질을 잘 참은 이점(보답)일 따름이다. 그대들은 내가 이토록 간곡히 일깨우는苦心을 정말 헛되이 저버리면 안 된다.”³²⁾ (참고로, 소송 벌이는 걸 중국어로 “打官司”(관청을 친다)라고 하는데, 백성이 관청에 도전하는 건 달걀로 바위 치기 식이라는 어감이 다분한 표현이다.)

그런데 이러한 충고는, 맨 위에서 황제께서 친히 내리신 거룩한 유시로부터 직접 하달된 사항이기도 하다. 淸世祖(順治: 1644~1661) 때 반포된 聖諭 6條가 聖祖(康熙: 1662~1722) 때 聖諭 16條로 확충되고, 다시 世宗(雍正: 1722~1735) 때는 聖諭廣訓으로 재천명되면서, 州縣官이 매달 초하루와 보름 두 차례에 걸쳐 몸소 백성들한테 직접 강연하여 집집마다 훤히 알도록 요구했다. 그 가운데 강희제의 성유 16조에 다음과 같은 내용이 들어 있다.

① 효도와 우애를 돈독히 하여, 인륜을 중시하라. ③ 마을 이웃들과 화목하여, 쟁송을 일으키지 말라. ⑧ 법률을 배우고 익혀, 어리석고 완고함을 깨우쳐라. ⑨ 예의와 양보를 생활화하여, 풍속을 순화시켜라. ⑫ 허위와 무고를 멈추어, 선량한 백성을 보호하라. (16) 원한과 분노를 풀어, 생명을 애지중지하라.

과연 전통 중국사회는, 황제로부터 서민에 이르기까지, 시종일관 “예의 작용(법의 목적)은 평화가 존귀하다(禮之用, 和爲貴)”는 공자의 말씀과, “날카로움을 누그러뜨리고 분쟁(얼크러짐)을 풀어라(挫其銳, 解其紛)”는 노자의 가르침을 두루 익히고 실천하는 데, 정치 교화와 인격 수양의 최고 최우선 목표를 두었다. 오로지 소송이 없고(無訟) 형벌이 필요 없는(無刑) 이상사회를 지향하면서, 분쟁을 미연에

32) 劉衡, 庸使庸言, 앞의 『清代司法審判制度研究』, 222면에서 재인용.

예방하고, 어쩔 수 없이 생긴 다툼은 소송 이전에, 또는 소송 진행 중이라도 되도록 당사자간에 합의를 이끌어내 평화로이 해결하려고 최선의 노력을 다해 왔다. 물론 그로 말미암아, 개개인의 자유와 권리가 더러 무시되고, 실질적 정의가 때로는 침해되는 부작용과 역기능도 적지 않았을 것이다. 그럼에도 불구하고, 사회 전체의 평화와 안녕 유지라는 예법 규범의 궁극 목적에 비추어 보면, 역시 失보다는 得이 많지 않았을까 추측된다.

VIII. 우리 나라의 역사와 전통

삼국시대 중국의 율령 체계를 도입한 이래, 적어도 1500년 이상의 역사는 우리나라도 기본상 中國法系에 속해 왔다. 또 고려말 성리학을 도입하여 조선 시대 국교로 삼은 이래, 5백년 이상의 우리 전통은 유교 이념의 지배 아래 놓여 있었다. 이러한 역사적 배경을 감안하면, 우리나라의 경우도 분쟁의 예방과 평화적 해결의 범문화는, 중국과 본질상 크게 다르지 않을 것으로 일단 추정할 수 있다. 하물며, 인간이 정치 사회적 동물이고, 사회 있는 곳에 법이 있으며, 법의 궁극 이념(목적)이 분쟁 없는 평화로운 질서 유지임을 상기한다면, 이는 더더욱 자명한 사실일 것이다. 게다가 우리 한겨레는 예로부터 평화를 사랑하는 백의민족임을 자부해온 터이다. 殷의 현인 箕子가 피난 와서 교화를 펼쳤는가 하면, 孔子 같은 성인도 東夷를 찬탄하며 거주하고 싶어한 동경의 땅이라고 하지 않은가?

물론 고구려 같이 성질이 사납고 급하며 기력이 강해 전투를 좋아한 부족도 있던 했지만, 고조선과 그 후예들은 한사군이 설치되어 풍속이 조금 각박해지고 법령도 60여조 가량으로 불어날 때까지는, 箕子의 8조 법률 교화만으로 충분하여, 서로 남의 것을 훔치지 않고, 집 대문을 닫는 장치도 없었으며, 부녀자는 貞信을 지켜 간음도 없었다고 하니³³⁾, 공자가 뜻을 품은 大同세계에 가까운 이 같은 태평사

33) 後漢書, 권85, 東夷列傳 참조

회에서, 민간의 사소한 다툼이나 쟁송을 상상하기란 쉽지 않을 성싶다. 그리고 고구려에서는 엄형중벌 덕분인지, 길에 떨어진 물건을 줍는 사람이 없었다고 하니, 남의 것을 빼앗거나 훔치고 다툼 일이 별로 없었을 것이며; 신라에서는 국가 조정의 일을 반드시 대중이 함께 더불어 의논하되, 한 사람이라도 이의를 제기하면 그 만두는 만장일치제의 ‘和白’이 운영되었다고 하니, 민간사회에서도 평화로운 승의를 숭상하였을 것 같다.³⁴⁾ 또 비록 불교 철학과 관련된 일이지만, 元曉大師가 주창한 ‘和爭’ 사상은 불교를 국교로 신봉한 신라와 고려시대까지, 불교뿐만 아니라 국가 정치사회 전반에, 적지 않은 지도적 영향력을 끼쳤을 것으로 짐작된다.

그러나 인구가 많아지고 사회가 점차 복잡해짐에 따라 범죄와 분쟁이 많아지고, 그에 대한 처벌과 해결, 나아가 예방의 필요성이 대두됨은, 어느 국가에서나 필연적인 보편 현상일 것이다. 그래서 고려사 형법지에서 중국 역대 禮論과 형법지의 법이념의 전통을 본받아, 법과 형벌의 궁극 이념과 목적을 대조해 천명함으로써, 사후 징벌보다는 사전의 일반 예방을 훨씬 더 중시하고 강조하였다.³⁵⁾

민사 분야에서도 권리를 보호하고 분쟁을 예방하기 위한 公的 證明(立案 등) 제도가 일찍부터 시행되었는데, 아마도 좁은 땅에 높은 인구 밀도 탓인지, 우리 조상들의 권리 의식은 생각보다 훨씬 높았던 것 같으며, 현전하는 다량의 고문서가 조금씩 정리되고 연구되면서, 그러한 사실도 점차 밝혀지고 있다. 지금도 우리나라 사람들의 고소·고발 사건이 이웃 일본이나 중국에 비해 훨씬 많다고 하는데, 언제부턴가 우리 조상들은 확실한 권리 분쟁의 해결을 위해 소송의 길을 선택하는 경향이 강했던 것 같다. “訟事는 敗家亡身”이라는 것을 알면서도, “牙山이 깨어지나 平澤이 무너지나”, “백두산이 무너지나 동해수가 메워지나” 해보자 할 정도로 버리는 것은, 어찌면 당사자와 官司(법원) 사이에서 다툼을 중재(조정)하는 적절한 제도나 관습이 없었기에 비롯된 전통으로 추정되기도 한다. 여하튼 구한말에 일본인 재판보좌관들이 우리 나라에 와서, 거의 모든 권리 분쟁이 소송으로 제

34) 唐書 권220, 東夷列傳 참조

35) 高麗史 84, 志권제38, 刑法1 참조 : 「刑以懲其已然, 法以防其未然, 而使人知畏不若防其未然而使人知避也」

기되는 것을 보고, 한국인은 권리 의식이 높다고 평가하는 자도 있었다고 한다.³⁶⁾

그렇지만, 역시 소송이란 시간상으로나 경제적으로나 또는 정신상으로나 사회 인간 관계상으로나, 막대한 대가를 치르는 고비용 전쟁으로 인식되었다. 그래서 “訴訟은 敗家亡身”이란 속담이 和解를 강력히 권고하고 있는데, 특히 “(원수) 척 사지 말라”는 경구도 심오한 역사적 교훈을 함축하고 있다. ‘척’은 한문으로 ‘隻’인데, 소송의 한 당사자를 뜻하여(전통 중국에서는 ‘曹’ 또는 ‘造’라고 부르며, 나중에 原告·被告라는 용어도 등장함), ‘척 사다’ 척 지다’는 본디 소송의 당사자가 된다는 뜻인데, 원수가 된다는 의미로 변하였다. 그래서 ‘척’ 앞에 ‘원수’라는 단어를 관용적으로 붙이기도 한다. 즉, 이웃이나 친척과 사소한 다툼이 생길 경우 평화로이 해결할 수 있는 友好 관계를 평소 유지하되, 좀 더 자기에 유리하게 따지겠다고 소송을 제기하여 상대방의 원한 감정을 사지도 말고, 또 상대방이 평소 품어 온 원한 감정으로 자기를 상대로 기필 소송을 제기하는 일이 없도록 처신을 잘하라는 두 측면의 의미를 포함한다.³⁷⁾

물론 우리 나라에서도 향약이 잘 시행된 지역이나 양반 同姓村(集姓村) 같은 공동체 안에서는, 중국의 家訓이나 族規 같은 강력한 공동체 자치규범이 존재하여, 분쟁이 아예 생기지 않게 하거나, 생기더라도 되도록 내부에서 자치적으로 해결하도록 요구했을 것이다.

예컨대, 보은 현감 張旅軒(顯光)이나 현풍 현감과 영남 관찰사를 지낸 金世濂 등은 향약을 잘 시행하여 고을을 아주 잘 다스렸다고 한다. 또 茶山도 목민심서 禮典의 敎民조에서 중국의 여러 향약 실례들을 상세히 소개하면서, 옛 鄉黨州族의 전통인 향약을 잘 시행하는 걸 우선 권장하고 있다. 구체적인 방법으로는, 呂氏향약과 陳氏향약, 그리고 朱子榜諭文 및 오륜행실도 가운데, 선행 미담 수십 조목을 정선하여 한글로 정서한 뒤, 수십 권을 베껴 각 고을에 배포하고 고을마다 80~120人的 자제들을 선발해 겨울 농한기(입동 후 경칩 이전) 120일 동안 10일마다 강습시키고, 그들한테 백성들을 일깨우게 한다는 것이다. 특히, “향약 중 금지

36) 朴秉濂, 『韓國의 傳統社會와 法』(서울대학교출판부, 1985년) 초판, 253면 참조

37) 박병호, 『한국의 전통사회와 법』, 251~254면 참조

하는 조항으로 분쟁하거나 소송하는 자가 있으면, 목민관(수령)이 친히 장부에 기록하여, 금지조항을 많이 범한 고을은 담당 자제들을 벌책하고, 적은 고을은 포상하며, 또 수령이 몸소 고을을 순방하며 선행을 포상하고 죄악을 다스리라고 권장한다. 그러나 결단코 고을 토호나 간사배들이 향약의 권한을 잡아 남용하는 일이 없도록 방지해야 한다고, 특별히 주의를 준다. 특히, 뜻만 높고 재능이 부족한 수령이 기필코 향약을 시행하려고 고집하는 경우, 향약의 폐단이 도적의 해악보다 심할 것이라고 경고한다. 토호나 鄕族들이 約長이니 憲章이니 행세하며 실권을 잡고, 公員·直月 등의 졸개들을 거느리며 鄕權을 전횡하여, 백성들한테 위세를 부리면서 술과 곡식을 공공연히 요구하고, 트집이나 약점을 잡아 뇌물이나 향응을 받기 일췌이다. 또, 분쟁과 소송을 판가름 낸다고 설치는데, 수령이 제소된 訴狀(訟牒)을 향약에 위임하여 조사 보고토록 명하면, 더더욱 권세를 믿고 설치대며 간사한 농간을 일삼기 마련이다. 실제로, 당시 보성군에서는 學宮(향교)에 출입하는 校派와 향약을 주관하는 約派 사이에 실권 투쟁이 그치지 않아, 도내에서 풍속이 가장 흉악한 곳이었다고 한다.

따라서 향약도 경솔히 시행할 것이 못되며, 심사숙고하고 정성 들여 공리·설계한 다음, 시행해야 한다고 다산은 경책한다. 그러면서 다산은, 李珥가 당시 향약의 조속한 실시를 주장하는 許曄 등 못 신하들과 대항하여 논전을 펼친, 향약 시행 여건 미성숙론의 경위에 대해 상세히 인용 소개하고 있다. 요점은, 전란과 기근으로 도탄에 빠진 백성들이 추위와 굶주림에 허덕이는 판인데, 무슨 禮義 교화가 먹혀들겠느냐는 것이다. 의식이 족해야 예절을 아는 법인데, 굶주림으로 탈진해 미음도 제대로 소화시키기 어려운 위장에, 제아무리 좋은 진수성찬인들 억지로 먹이면 피와 살이 되겠느냐는 논지였다. 게다가 約正이나 直月 같은 향약 책임자를 제대로 얻기 어려운 현실에서 향약을 강행하면, 토호들이 향약을 빌미로 서민들한테 적지 않은 폐해를 끼칠 것이 뻔한데, 구체적인 시대 상황을 고려하지 않고, 그저 옛 미풍양속만 흠모하여 무조건 맹종하는 것은, 통치의 도에 본말과 완급이 있는 줄 모르는 어리석은 선비의 잘못된 생각이라고 탄식한다.³⁸⁾

38) 정약용, 『與猶堂全書』 第五集, 『牧民心書』, 권7, 42~46면, 경인문화사, 1981년 영인본, 제

그리고 이어서 다산은, 敎民의 또 다른 강령으로, “먼저 가르치지 않고서 죄악을 저지른 뒤 형벌에 처하는 것은, 백성을 그물질하는(속이는) 짓(罔民)”이라는 맹자의 교훈을 내세운다. 즉, 비록 흉악한 불효자라도 일단 가르치고 나서, 그래도 고치지 않으면 처형하며, 형제가 우애하지 못해 시끄럽게 쟁송을 벌이면서도 부끄러운 줄 모를지라도, 우선 그들을 가르치고 죽이지는 말라고 권한다. 그리고 중국과 우리 나라에서 전해오는 약 30건의 판례를 소개하면서, 부모나 이웃이 자식을 불효죄로 고소한 경우나, 형제간에 재산 다툼으로 소송을 제기한 경우에, 엄중한 형벌 대신에 감동적인 훈계를 베풀어 쟁송을 풀어버리고, 지극한 효성과 우애를 다하도록 교화한 모범을 보여주고 있다. 그 중 대표적인 두 사례만 소개한다.

金必振이 原(厚)城 현감일 때, 사람들이 李仁을 불효죄로 고발해 와 먼 곳에 유배를 보냈는데, 그 아버지가 여러 차례 찾아와 아들의 불효죄가 억울하다고 하소 연했다. 관청에서는 불효죄(패륜)가 중대하기 때문에 어떻게 봐 줄 수가 없었는데, 하도 통사정하기에, 李仁이 불효하다고 증언하는 20여 명의 동네 사람들은 다시 조사해 보니, 대부분 조정의 관리(있)거나 그의 친족들이었다. 그래서 사실대로 적은 다음, 漢나라 때 仇覽(香)의 고사를 인용하면서, “당시 사안에서 어머니가 자식을 불효로 고소했는데도 곧장 법대로 처형하지 않은 것은, 용서의 아량이 법률보다 우선하고, 교화가 형벌보다 시급하기 때문이었습니다. 부자간의 恩情이 갑자기 깨뜨려지지 않아야 함은, 인륜과 풍속을 돈독히 순화하는 뜻이 그 안에 있기 때문입니다.”고 道에 보고하였다. 이를 본 관찰사가 옛날 선량한 관리의 기풍이라고 찬탄하면서 조정에 보고를 올려, 마침내 용서를 받게 되었다.

弼善(侍講院의 正4품 관직)을 지낸 尹焄이 익산 군수일 때, 형제간에 소송을 벌인 자가 있었다. 윤군수가 아우한테 왜 소송을 벌이느냐고 꾸짖자, 아우는 부친의 재산을 나눠주지 않기 때문이라고 답했다. 그래서 형한테 왜 재산을 안 나눠주느냐고 꾸짖자, 형은 부친의 명(유언)이라 어길 수 없기 때문이라고 답했다. 이에 윤전은 형한테, “네 아우가 진실로 죄가 있긴 하지만, 아우를 자식 취급하지 않은 네 부친도 잘못이다. 옛 사람들은 (부모가 임종에 정신이 혼미한 상태에서 내린

어지러운 명령(亂命)은 듣지 않았나니, 네 재산도 아우한테 나눠주어도 괜찮다. 너희들은 마땅히 여덟 가지 중죄로 처벌해야 하나, 제대로 가르치지(교화하지) 못하고 처벌하는 것은, 나 또한 부끄럽게 여긴다”고 훈책한 뒤, 인륜을 잘 일깨워 돌려 보냈다. 그러자 이튿날 찾아와 재산을 나누겠다고 자청했다.³⁹⁾

그리고 다산은 목민심서 刑典의 첫 번째 聽訟조에서도, 수령이 민간의 소송을 청취하여 심리하는 근본은 誠意에 있고, 성의의 근본은 慎獨에 있으며; 그 다음으로는 자신을 규율(절제)하여 (술선수범으로) 훈계하고 일깨우며 백성들의 억울함을 풀어주면 역시 소송이 없도록 할 수 있다고 강조한다. 그러면서, 대학에서 공자의 말씀인 “聽訟은 나도 남만큼 할 수 있지만, 반드시 소송이 없도록 하겠다”는 명제를 인용한 부분을 재인용하여 상세히 부연 설명한 뒤, “聽訟은 소리와 낮빛을 드러내 백성을 교화하는 것이고, 無訟은 내가 밝은 덕을 품고 있기에 큰 소리로 낮빛을 바꿀 필요가 없이 저절로 교화가 이루어지는 것이다” 라고 양자의 근본 차이를 밝히고 있다. 천하에 수없이 많은 백성들을 집집마다 찾아다니며 입써름과 혀 놀림으로 일일이 가르칠 수는 없는 노릇이기에, 성인의 도란 至誠으로 독실과 공경을 다하여 천하가 저절로 평안해지도록 하는 것이, 공자가 아예 ‘소송이 없도록 하겠다(使無訟)’고 피력한 포부의 진정한 의미라고 한다.⁴⁰⁾ 이쯤 되면, 성인의 말씀을 빌어, “내가 함이 없으되 백성이 저절로 교화되고, 내가 고요함을 좋아하되 백성이 저절로 올라가지며, 내가 일이 없으되 백성이 절로 부유해지고, 내가 욕심이 없으되 백성이 절로 질박해진다”⁴¹⁾고 일깨우며, 不爭之德과 無爲而無不爲(함이 없으면서도 행해지지 않음이 없음), 行不言之教(말함이 없는 교화의 시행)를

39) 정약용, 『與猶堂全書』(경인문화사) 영인본, 제5책, 464~466면 및 역주 『목민심서』 IV, 20~30면 참조. 그러나 다산도 己巳(순조9년, 1809)년과 甲戌(순조14년, 1814)년의 기근에 불효자보다 형제간에 우애하지 않은 자가 훨씬 많았던 목격담을 실례로 들면서, 형은 새로 논밭을 사들이면서 옆에서 굶어 죽어 가는 아우한테 쌀 한 톨 주지 않는 놀부 같은 자들은, 수령이 마을에서 몇 명씩 붙잡아 가차없이 엄벌에 처하면, 민심 회복에 향약보다 훨씬 탁월한 효과가 있을 것이라고 역설한다.

40) 『與猶堂全書』(경인문화사) 영인본, 제5책, 508면 및 역주 『목민심서』 IV, 244~246면 참조.

41) 老子 第57章：故聖人云：我無爲而民自化，我好靜而民自正，我無事而民自富，我無然而民自樸.

강조한 老子의 無爲自然之道에 거의 일치한다고 볼 수 있겠다. 그러나 현실 세계는 그런 이상적인 도덕 정치만으로는 교화가 불가능하기에, 그래도 기필코 소송을 고집하는 경우에 주의하고 따라야 할 심리 재판의 구체적인 방법들을, 다산은 無訟의 근본정신 위에 조목조목 상세히 예시하며 해설하는 것이다.

따라서 율령 체계로나 윤리도덕(철학사상)으로나, 중국 문화의 영향을 절대적으로 받아들인 우리의 전통사회도, 분쟁의 예방과 평화적 해결의 역사문화에서 역시 중국과 大同小異했다고 보아도 괜찮을 것이다. 大綱의 근간은 일반적 보편성을 공유하면서, 細目の 지엽(현상)들은 지역과 민족에 따른 예외적 특수성을 다채롭게 나타냈다고 할 수 있다. 다만, 우리 나라의 역사 문헌 자료가 아직 충분히 정리·연구되지 못한 상황에서, 또한 필자의 寡聞淺見과 시간상·체력상·지면상의 여러 요인이 복합되어, 우리의 역사 문화전통을 좀더 구체적이고 실감나게 상세히 소개할 수 없는 점이, 몹시 아쉽고 안타까울 따름이다. 앞으로 좀더 폭 넓고 깊이 있는 연구가 계속 활성화되길 기대한다.

IX. 결론 : 연구의 활용 방향과 앞으로의 과제

지금까지 중국 고대의 법제사에 나타난 제도 및 판례의 발전, 그리고 우리 나라 역사와 사상의 일면을 중심으로 하여, 분쟁의 예방과 평화적 해결을 지향한 전통 법문화의 궁극 이념(목적)을 살펴보았다. 사실 이러한 법이념은 꼭 우리 전통법에만 고유한 특징이라고 할 수는 없다. 법 자체가 사람들 사이의 다툼을 미리 막고, 적어도 평화롭게 해결하기 위해 존재하는 수단이기 때문에, 사회적 동물인 인간이 함께 모여 이루어진 사회에 반드시 존재하기 마련인 법규범이라면, 동서고금을 막론하고 모든 사회의 모든 법이 분쟁의 예방과 평화적 해결을 제1차적 임무이자 궁극의 목표로 삼기 마련이다.

예컨대, 로마의 12表法에도 소송보다는 당사자간의 和解를 우선적으로 인정하고 권장하는 내용의 명문의 규정이 전해온다. 즉, 소송의 양당사자가 사건에 관하

여 和解하면 법무관을 이를 선언하고, 화해하지 않는 경우에 비로소 民會場이나 법정에서 오전 중에 사건의 개요를 진술하는데, 쌍방이 출석하여 함께 변론을 다한다. 그리고 채무자도 채권자와 和解하는 권리가 있었고, 和解되지 않은 경우에 비로소 60일간 구금되고 법무관에 引致되어 재판을 받았다고 한다.⁴²⁾ 무엇보다도 법의 민족이라는 로마인들에게도 소송은 손쉬운 일상사가 아니어서, 被護人에 대한 소송상의 원조를 중요한 사회적 의무로 삼았고, 법적 분쟁을 소송 이외에 중재 계약과 같은 다양한 방식으로 해결하려 한 史實이 특히 주목된다.⁴³⁾ 그리고 근대 미국을 비롯한 영미법계 나라에서 크게 주목받는 ADR도 최근에 비로소 생긴 제도 아니고, 미국에도 18C말 이미 상사중재가 제법 시행된 역사 경험이 있고,⁴⁴⁾ 스웨덴이나 기타 북유럽 국가들의 역사에서도 소송외적인 분쟁해결 機制의 전통이 상당히 뿌리 깊이 존재한다고 한다.

그러나 역시 우리 동아시아의 전통 법문화만큼, 분쟁을 미리 예방하고 소송 이전 또는 소송 밖에서 평화적으로 해결을 강렬히 지향하고 실천해온 역사 전통은 세계 어느 곳에서도 유례를 찾아보기 힘든 독특한 문화임에 틀림없다. 우리는 근대화 백여 년 동안, 처음에는 식민지배와 군정체제의 타율적 강요에 의해서, 나중에는 시대적 대세라는 근대화·세계화의 논리에 따라 자의 반 타의 반 식으로, 근대 서양법 체계를, 그것도 일본식으로 충실히 모방하고 답습해 왔다.

마치 나일론이 질기고 값싸며 편리하다니까, 무명과 모시나 삼베는 거추장스런 촌놈 옷감이라고 모두 내팽개쳤듯이! 음식은 어떠한가? 식민지 수탈과 전란 속에 굶주림과 영양실조에 허덕여온 우리 부모와 조부모 세대의 비참한 민생고 경험 때문인지, 보릿고개가 채 잊혀지기도 전에 굴러들어온 경제성장과 세계화 덕분에, 고단백·고열량의 영양 식단을 선진강대국의 비결(피와 살)로 착각하고, 햄버거와 우유, 피자 등 육식 위주의 인스턴트 식품을 분별없이 먹어대고 있다. 그러나 불과

42) 十二表法 제1表 제 6·7조 및 제3표 제5조 : 최병조, 『로마법연구(I)- 법학의 원류를 찾아서』(서울대학교출판부, 1995년) 초판, 8면 및 11면 참조.

43) 최병조, 『로마법강의』(박영사, 1999년), 초판, 515~522면 참조.

44) 허만, 美國에서의 司法裁判에 의하지 아니한 紛爭解決(Alternative Dispute Resolution), 민사판례연구 제14집(1992년), 442면 및 법원행정처, 調停實務, 2002년, 645면 참조.

반세기가 못되어, 자연의 섭리에 어긋나는 인위적인 의식주가 우리 육신의 건강뿐만 아니라 정신 건강에도 크게 해롭다는 사실을 알아차리게 되었고, 그로 말미암은 온갖 성인병과 문명병을 치료하고 나아가 예방하기 위해서는 전통적인 자연의 의식주가 절대 필요하고 효과적이라는 진리도 깨닫게 되었다. 그래서 천연 섬유와 황토방과 무공해 자연식품(특히 채식)이 새로운 각광을 받기 시작하였다.

우리의 정신생명과 사회생활을 영위하는 데 필요한 법제도, 마찬가지로 비슷한 획기적 전환기에 처한 것이 거의 분명하다. 法治主義와 法の 지배(rule of law)라는 선진문명의 자부심과 긍지 아래 철저한 대립당사자주의적 소송절차에 전적으로 의존하는 법체계가, 알고 보니 법의 궁극 목적인 실체적 정의 실현을 제대로 보장해 주지 못할 뿐만 아니라, 분쟁의 원만한 평화 해결도 못 가져다주면서, 시간의 지연과 비용의 체증 등으로 당사자는 물론 국가 司法기관에도 막대한 부담만 가중시켜, 한 사회가 감당하고 지탱하기 어려울 만큼 심각한 수준에 이른 느낌이다. 고소·고발의 남용과 이혼(특히 재판상 이혼)의 급증 등만 보아도, 당사자간의 자치적 평화해결보다는 국가 司法기관에 의지하여, 그것도 소송(재판) 절차를 통해 ‘깨끗이(확실히)’ 결판 지으려는 경향이 참으로 강해졌음을 알 수 있다. 이처럼 비정상적으로 왜곡된 범문화를 올바르게 啓導하여 진정으로 정의로우면서도 평화로운 선진 법치국가를 이루기 위해서는, 근대 서양법체계의 한계와 단점, 폐단을 뚜렷이 직시하고, 서양 선진국가들이 스스로 반성하고 혁신하려는 ADR 운동의 정신과 방법 등을 폭넓고 깊이 있게 연구하여 귀감으로 삼음과 동시에, 아울러 우리 조상들이 수천 년 지켜온 훌륭한 범문화 전통을 시대정신에 비추어 비판적으로 연구하고 창조적으로 계승 발전시켜 역사적 교훈으로 삼아야 할 것이다. 그렇게 東西의 범문화와 古今의 法制정신을 균형 있게 연구하고 통합시킬 때, 비로소 溫故而知新的의 스승과 正反合의 변증법적 발전이 명실상부하게 이루어질 것이다.

비록 초보적이고 서툴기 짝이 없는 시도이고, 따라서 지극히 개괄적이고 영성한 논문이긴 하지만, 앞으로 우리 법체계와 범문화가 이러한 重且大한 목적과 방향으로 向上발전하고 진정한 선진화를 향해 혁신 精進하는 데에, 본 연구 보고가 미약하나마 의미 있는 참고자료와 기초발판이 되길 진심으로 희망하고 기대한다.

傳統法文化之現代發展 —以紛爭之豫防與和平解決爲限—

金池洙*

近來以美國爲首之西方先進各國在民事紛爭之處理上見其傳統訴訟制度之界限與弊端而相當重視代替訴訟之紛爭解決方式。此所以ADR勃興於西方世界也。其實，韓中日遠東亞洲之傳統法文化從古很重視民間紛爭之豫防與和平解決，自堯舜聖王至諸子百家都提倡立力行不爭之德，而其具體表現在禮法制度之濫觴則可謂周禮調人之職責。隨着秦漢律令體系之開創，鄉縣所設嗇夫與三老等職官一脈相承地沿襲着調人之傳統而繼續發展。至於趙宋，藍田之呂氏鄉約與仙居之陳氏鄉約突起興盛，在鄉村自治尤其紛爭之豫防與解決上，發揮了極其重大之功能，而其影響於後代甚遠，朝鮮也受其惠潤。到明清代，中央朝廷主動設置申明停於鄉村，使其里甲老人自治民間各種事案，同時勅命將鄉約普行於天下，以期大幅減輕地方政府之官司壓力。此外，州縣自理之正式裁判所謂詞訟上，判官盡心盡力謀求並勸導兩造和解息訟，其具體實例富載於現傳各種古代判案與判牘，而折獄龜鑑是其典型。值得注意的是，皇帝之聖諭與地方牧民官之諭示以及士大夫家訓，甚至於民間諺語與處世格言等也時時處處強調無訟息訟的和平相處之道。韓國傳統法文化也綿延保存着此種特性，而茶山丁若鏞所著牧民心書略見一斑。今後，我們應當批判地繼承古來的優良息訟傳統並以現代化的方式更發揚廣大之。

* 全南大學校 法科大學 助教授。