근대 사법제도 성립사 비교연구 -중국에 있어서 '법원조직' 법제의 초기 형성-

신우철*

목 차

- I. 들어가는 말
- Ⅱ. 청말(淸末)의 법원조직 법제
- Ⅲ. 大理院審判編制法(1906)의 제정・시행
- IV. 天津府屬試辦審判廳章程(1907)과 各級審判廳試辦章程(1907)
- V. 法院編制法(1909[음])의 제정·시행
- VI. 맺음말

[국문요약]

본 논문에서는 청말의 '豫備立憲' 시기에 추진된 사법개혁 방안 중에서 특히 법원조직 법제의 근대화 과정을 추적・분석하였다. 우선, 청말 법원조직 법제 개혁의 맹아적 형태를 살펴본 후, 1906년의 大理院審判編制法, 1907년의 天津府屬試辦審判廳章程과 各級審判廳試辦章程, 1909년(음)의 法院編制法 등에 대하여 면밀히 검토하였다. 당시의 법원조직 법제는 주로 메이지유신 이후 일본의 법제를 모방한 것이었지만, 중국의 특수상황을 고려한 변형이 부가되어 있다. 大理院審判編制法의 경우 '4급3심제'의 법원체제는 일본의 그것을 모방하였지만, 각급 법원의 관할은 중국의 전통적 체제를 유지하고 있다. 天津府屬試辦審判廳章程과 各級審判廳試辦章程의 경우, 일정지역을 선택하여 새로운 사법제도의 '실험실'로 활용하는 개혁방식을 채택한 점이 특징적이다. 法院編制法에서도 각급 법원에 '分院・分廳'을

^{*} 중앙대학교 법과대학 조교수, 헌법

두고 법관 인력배치를 축소하는 등, 일본 裁判所構成法의 '변성모방'을 시도하고 있다. 비록 당시의 재력·인력 부족으로 말미암아 법원조직 법제의 개혁이 성공에 이르지는 못했지만, 개혁 법규들이 중화민국 초기의 입법체계에 수용·계승되었다는 점에서 그 법제사적 의의를 찾을 수 있다.

[**주제OI**] 清末, 豫備立憲, 法院組織, 大理院審判編制法, 天津府屬試辦審判廳章程, 各級審判廳試辦章程, 法院編制法, 裁判所構成法, 中華民國

I . 들어가는 말

"멀리는 독일을 본받고 가까이는 일본을 채용한다(遠法德國, 近採日本)"는 모토 하에 진행된 청말(淸末)의 법제근대화는 결국 언어와 문화배경이 유사한 일본, 즉 메이지유신 이후 일본이 걸었던 '패도(覇道)의 길(힘에 의한 근대화)'을 뒤좇아 간 것이었다. 그 중 대표적인 것이 '헌법의 힘'으로써 곧 '국가의 힘'을 창조해낼 수 있으리라는 믿음에 바탕을 둔 '豫備立憲' 계획이었고, 그 계획중 핵심이 되었던 것이 법원조직 법제의 개혁을 포함한 사법개혁 방안이었다. 즉, 안으로는 지방권력 비대화('外重內輕')로 '督撫'들에 의한 사법권 분열에 직면하고, 밖으로는 제국주의 확대('西勢東漸')로 '洋夷'들에 의한 사법권 침탈 (영사재판권)에 직면하여, 사법제도의 일대 개혁 없이는 헌법의 힘도, 국가의 힘도, 나아가 힘에 의한 근대화 자체조차도 기대하기 어렵다는 것이 당시의 자명한 현실이었다.

법원조직 법제를 중심으로 한 사법제도의 개혁은 메이지유신 이래 일본에서 도 근대화의 제1보로서 추진되었던 것이요, '裁判所構成法'은 일본 뿐 아니라 갑오경장 시기 조선에서도 근대법령 제1호로서 공포되었던 것이다. '위로부터의 근대화' 중에서 대표 격이라 할 법제개혁 시도가 중국에서는 과연 어떤 모습으로 진행되었는지, 그 과정이 일본·조선에 대비하여 어떤 특성을 지니는지살펴보는 것은 '비교헌법사'의 관점에서도 흥미로운 연구대상이 아닐 수 없다. 이하에서는 근대 중국의 법원조직 법제 변화추이를 청말의 제도개혁 태동(Ⅱ

장), 사법개혁의 시발로서 大理院審判編制法 제정ㆍ시행(Ⅲ장), 제도실험적 성 격의 天津府屬試辦審判廳章程과 各級審判廳試辦章程(IV장), 개혁완결편으로 서 法院編制法의 제정·시행(V장) 등으로 나누어 살펴본 후 마지막 맺음말(VI 장)에서는 청말 법원조직 법제 개혁의 성격과 특징을 요약한 후 그 역사적 의 의를 정리해 보았다.

Ⅱ. 청말(淸末)의 법원조직 법제

청조(淸朝)의 정치제도는 이른바 '淸承明制'라 하여 대체로 명조(明朝)의 그것을 이어받았기에,¹⁾ 명대에 건립된 刑部·都察院·大理寺의 '三法司' 체 제는 청대에도 계속 유지되었다. 그러나 이들 기관이 오로지 재판기구로서 사법권을 전담한 것은 아니었으며, 한대(漢代)의 '雜治', 당대(唐代)의 '三司 推事'、명대의 '三法司會審・圓審・熱審・大審' 등、청대의 '九卿會審・朝 審・秋審' 등의 예에서 보듯, 일체의 권력을 황제가 장악하는 전제 하에서 사 법권은 행정권에 철저히 부속되었다. 3 지방의 경우도 省級에는 전담 사법관 (按察使司/臬司)을 두었으나 실제 행정책임자인 總督·巡撫의 제어를 받았으

¹⁾ 張學仁・陳寧生, 『二十世紀之中國憲政』(武昌: 武漢大學出版社, 2002), 1-3 円.

²⁾ 張晋藩、『中國近代社會與法制文明』(北京: 中國政法大學出版社、2003), 371년, 이른바 '三法司' 체제에서 '刑部受天下刑名、都察院糾察、大理寺駁正'의 사법권 분장이 이루어져 있었는데, 이 중에서는 지방의 형사사건을 통할 복심하고 수도의 일반 형사사건을 심리하는 刑部의 권한이 비교적 컸다('外省刑案, 統由刑部覆核, 不會法者, 院寺無由過問, 應會法者, 亦由刑部 主稿. 在京訟獄, 無論奏咨, 俱同刑部審理, 而部權特重'). 그밖에 '三法司'에 관한 상세한 설명 은 那思陸, 『清代中央司法審判制度』(北京: 北京大學出版社, 2004), 44면 이하 및 張晋藩, 『中 國司法制度史』(北京: 人民法院出版社, 2004), 389면 이하 참조.

³⁾ 張晋藩(주 2), 中國近代社會與法制文明, 383-384면('九卿會審의 판결은 황제의 최종 재결에 참 고자豆가 될 뿐')、그밖에 唐進・鄭川水、『中國國家機構史』(審陽: 遼寧人民出版社, 1993)、 359-360면도 참조 三法司會審・九卿會審・秋審・朝審・熱審 등 봉건재판제도는 法院編制 法 공포 후 1911년 3월 修訂法律大臣 沈家本 등의 주청으로 폐지되었다. 상세히는 朱勇, 『中 國法制通史(第九卷: 清末・中華民國)』(北京: 法律出版社, 1999), 298면, 321면 및 張晋藩(そ 2), 中國司法制度史, 375년.

며, 그 하급에는 지방관이 재판관을 겸임하는 체제가 유지되었다('掌治民, 進賢, 勸功, 掌察寃滯, 聽獄訟').4 청말까지 그 골간이 유지된 중국의 전통적 · 봉건적 사법제도는 ① 사법과 행정의 미분리(행정기관의 사법작용 겸임), ② 심급의 번잡 및 심판권의 불통일(특별재판제도의 존재), ③ 형사소송과 민사소송의 미구분, ④ 독립한 검찰제도의 부존재, ⑤ 소송준칙의 불완전 등의 특징을 지닌 것이었다.》 1842년 아편전쟁의 발발은 폐쇄적 봉건 전제주의 통치에 '3천년 이래 처음 겪는 변화'를 알리는 서곡이었다. 이 변화의 물결은 사법제도 방면으로도 밀어닥쳤다.

19세기 중반 이후의 변화는 우선 안으로는, 위(제도권 지식인)로부터 새로운 지식사조가 유입되는 가운데 '서구 사법제도의 소개'형태로 나타나기 시작했다. 대표적으로 魏源의 「海國圖志(1842・1847・1852)」69와 徐繼畬의 「瀛環志略(1848)」을 들 수 있다. 海國圖志에서는 연방과 주로 이원화된 미국의법원조직을 '京察院-巡按察院-分巡察院' 및 '部察院-府州察院'으로 분류하여 그 관할・심급・구성 등을 상세히 설명했고,' 瀛環志略에서는 미국

⁴⁾ 張晋藩(子 2), 中國近代社會與法制文明, 383 巴.

⁵⁾ 島田正郎、『清末における近代的法典の編纂』(東京: 創文社, 1980), 103-104 里 張培田・張華、『近現代中國審判檢察制度的演變』(北京: 中國政法大學出版社, 2004), 3-4 円.

⁶⁾ 중국인들이 스스로 서양을 인식하기 시작한 최초의 책 '海國圖志'는 한국과 일본의 개화사상 형성에 큰 영향을 미쳤다. 林則徐의 위임으로 시작된 魏源의 저술 작업은 1842년에 완성되어 1843년 초판 50권이 출판되었고, 이어 1847년 10권이 증보되어 60권으로 재판되었다가, 1852년 다시 40권이 증보되어 총 100권으로 완간되었다. 그러나 당시 淸의 사대부들은 아편전쟁의 패전원인을 林則徐에 대한 모함・실각이라는 인적 측면에서 찾았고, 스스로의 기술・국력 부족을 외면했기 때문에, 이후로도 아무런 개혁 없이 다시 20년을 흘려보냈다. 그 결과 서구제도를 찬미한 '海國圖志'도 중국 국내에서는 별 인기가 없어, 서적상들이 한국・일본 등 해외로 판로를 모색한 결과, 역설적으로 이들 나라의 지식인(특히 일본의 '維新派' 인사)에 오히려 더 큰 영향을 미치게 되었던 것이다. 이상 張建偉, 「溫汝海國圖志的命運」, 『中國青年報』(2005. 5. 25)(http://kzqb.cyol.com) 및 魏啓敕, 「海國圖志: 中國巨著帮日本走向維新」, 『环球時報』(2005. 12. 12)(http://www.people.com.cn) 참조 '海國圖志'와 '瀛環志略'이 혜강 최한기(특히 그의 '地球典要[1857]')에 미친 영향에 대해서는 권오영, 「최한기의 서구제도에 대한 인식」, 『한국학보』 17-1(1991), 119면 이하 참조.

⁷⁾ 魏源, 『海國圖志(1852)』, 卷59, 35, 37, 38-39. 여기서는 미국에 있어 사인 간 재판을 담당하는 기구로 연방과 주('部落' 또는 '部')에 '察院'이 있음을 설명하면서, 형사사건에서 '察院'의 재판이 불공정할 경우 '統領'이 이를 바로잡는다고 했다. 연방 법원('國[中]察院')은 수

의 사법제도를 일컬어 "나라마다 추천으로 뽑힌 형관(刑官) 6인이 형사를 주 관·평의하되 불공정할 경우 군중이 의론하여 이를 폐한다"라고 했다.8) 또한, 아래(농민・민중)로부터의 봉건제 타파운동이었던 '太平天國(1850-1864)' 초 기에는 소박한 평등사상을 담은 '天朝田畝制度'에 의거, '司馬-軍帥-天 王'의 심급으로 연결된 민중주의적 사법제도를 구상ㆍ시행하기도 했다. 9 결 국, 청말의 봉건 사법제도는 아편전쟁 이래 심각한 내부분열을 시작하게 되 는데, 특히 太平天國 운동 등 농민전쟁의 충격으로 말미암아, 지방 '鄕紳'들 과 지방 '督撫'들에게 사법권이 이양됨으로써('就地正法'), 최고사법권이 황 제에 집중된 전통적 구조는 점차 와해되기 시작했다.10) 다음, 밖(서구열강)으

도를 관할하는 '京察院' 및 2-3개 주를 관할하는 '巡按察院'과 1-1개 주를 관할하는 '分巡察 院'으로 조직되어 있는데, '巡按察院'의 심판이 불공정하면 이를 '京察院'에, '分巡察院'의 심판이 불공정하면 이를 '巡按察院'에 각각 전고(轉告)한다 했다. 그밖에 수많은 주 법원 ('部察院')들이 있어 각 주 내의 범법사건을 재판한다 했다. 원문은 다음과 같다. "各部立察 院、以審判民間之事、或三部立一、或二部立一、視部分之大小酌議…國內刑獄事如察院 審判不公、統領亦可更正之…國中察院有三、管理都城者日京察院、管理二三部落者曰巡 按察院、管理一部半部者曰分巡察院…若巡按察院審查不正、任其轉告於京察院…分巡察 院…倘審不公、亦可轉告於巡按察院、此皆國察院也其外又有數部察院部內犯法則部察院 審之、 府州亦如是…" 미국의 정치・법제에 대한 海國圖志의 설명은, 미국인 선교사 브 리지면(E. C. Bridgman=高理文)의 '美理哥國志略(1838[싱가포르])' 및 그 제2파인 '亞美利格 合省國志略(1844[홍콩])'을 크게 참조・차용한 것으로 알려져 있다(그 수정판은 1862년 상 해에서 '聯邦志略'이란 제목으로 출판됨). 상세한 것은 何大進, 「裨治文与美理哥國志略簡 論」, 『歷史敎學』(2005. 8)(http://www.historyteaching.net) 참조.

⁸⁾ 徐繼畬, 『瀛環志略(1848)』, 卷9, 33. 원문은 다음과 같다. "毎國設刑官六人、主讞獄、亦以推 潠充補、有偏私不公者、羣議廢之"

⁹⁾ 張晋藩(주 2), 中國近代社會與法制文明, 70-71면. 太平天國 초기의 사법제도는 소박한 민중적 평등주의와 '아래에서 위로, 다시 위에 아래로(層層申訴, 層層覆核)' 진행되는 민주적 대중교 육 이념을 체현한 것으로서, 객관적 사실에 근거하여 시비곡직을 밝힘으로써 조문이나 절 차ㆍ형식에 얽매여 불공정을 초래하는 일이 없도록 하는 데 초점이 맞춰져 있었다(동 70면). 그러나 이러한 사법제도는 太平天國이 시종 기장된 전쟁상태에 있었다는 점, 그리고 농민정 권이 결국 스스로 봉권화 · 특권화하여, 그 정치제도가 등급제 · 세습제로 변질되었다는 점 때문에 현실에서 제대로 실현될 수 없었다(동 71면). 당시의 정권조직에 대해서는 唐進・鄭 川水(주 3), 446면 이하 참조.

¹⁰⁾ 張晋藩(주 2), 中國司法制度史, 476면. 워래 청조에서 사법권의 행사는 중앙의 刑部든 지방의 督撫든, 설령 그것이 법에 따른 정당한 조치였다 하더라도, 언제든지 황제의 질책을 받을 수 있었다(동 476면). 이러한 상황에 변화가 생긴 것은 아편전쟁 전후부터였는데, 사교집단의 발흥과 농민봉기의 빈발로 인해, 지역 사정에 따라 지방관이 '먼저 참하고 후에 주청하는(先

로는 영사재판으로 인한 사법주권 상실 및 그 역설적 효과로서 서구 사법제 도와의 접촉이 초래되었다.¹¹⁾ '會審公廨(또는 會審公堂)'라는 일종의 중·외혼합법정(중국지방관+외국영사관[官])의 재판은 한편으로 청조의 반식민지화에 따른 사법주권 상실을 의미하는 것이었지만, 다른 한편으로 자백·고문과 신체형[內刑]이 제한되고 변호사 재판이 허용되는 등 긍정적 경험도 적지 않았다.¹²⁾

Ⅲ. 大理院審判編制法(1906)의 제정・시행

'洋務'와 '變法'의 개혁이 모두 실패로 돌아간 후, 청조는 1905년 가을 '出 洋五大臣'을 선진 각국에 파견하여 제도・문물을 고찰케 하는 '出洋考察政 治'를 시작하게 되는데,¹³⁾ 그 결과 이듬해 '豫備立憲'을 선포하면서 무엇보

斬後奏' 변통책(就地正法')이 점차 통례로 확산되어간 것이다동 476-477면). '淸史考'에 의하면 1853년 3월 13일의 諭旨로써 四川・福建・廣東 3省의 '就地正法' 요청이 윤허되었다고하지만, 이 諭旨의 반포 이전에도 지방관들은 이미 '就地正法'를 시행하고 있었으며, 그 범위도 상기 3省에 한정되지 않았다(동 477-478면). 이로써 황제가 친히 사형을 최종 재결하는제도가 파괴되어, 사형재결권이 '집중에서 분산으로' 변화된 결과 각지에서 사형집행이 넘쳐나게 되자, 청조 중앙정부는 지방관의 '生殺大權'을 희수하여 '억울한 판결을 시정(平反寃獄' 하려 했다(동 479-480면). 그러나 이러한 조치는 지방 督撫들의 반발・대립에 직면하게되었으며, 결국 '就地正法'이란 '衰世惡法'은 청조 내내 취소되지 못하고 刑部에서 적절한 제한을 부가하는 수준에 그쳤는데, 이는 당시 '지방권력의 증강'이라는 권력현실을 반영한결과이기도 했다(동 480면). 그밖에 당시의 '就地正法' 문제에 관해서는 李啓成,『晚清各級審判廳研究』(北京: 北京大學出版社, 2004), 47면 이하 및 賀衛方,「司法獨立在近代中國的展開」,何勤華,『法的移植與法的本土化』(北京: 法律出版社, 2001), 35-37면 소재 '急庇侖 사건(1821)' 사례도 참조할 것.

¹¹⁾ 張晋藩(주 2), 中國司法制度史, 465-475면 및 曾憲義, 『中國法制史』(北京: 北京大學出版社, 2000), 268-272면. 그밖에 당시의 '領事裁判權' 문제에 관해서는 李啓成(주 10), 32면 이하 및 李貴連, 『淸季法律改革與領事裁判權』, 『中外法學』(1990. 4) 참조.

¹²⁾ 張晋藩(주 2), 中國司法制度史, 474-475 면 및 曾憲義(주 11), 271 면.

¹³⁾ 당시 청조의 '出洋考察政治'에 대해서는 김문, 「청말의 입헌정치」, 『중앙사론』 8(1995), 189 면 이하 참조 이른바 '出洋五大臣' 중 端方・戴鴻慈 일행은 미국・독일・오스트리아・이 태리 등을, 載澤・李盛鐸・尚其亨 일행은 일본・영국・프랑스・벨기에 등을 각각 방문・ 고찰하였는데, 이들은 모두 조정・황실의 신임이 두터운 자들로서 '新政'에 관계되거나 '時

다 먼저 관제개혁부터 착수하게 된다.14 당시에 조정 대신들이 제출한 상소 문 중에는 사법제도, 특히 법원조직의 정비를 주장한 것들이 다수 포함되어 있는데,15) 그 대부분은 독일과 일본, 특히 일본의 사법제도를 본뜬 것이다('遠

務'에 능통한 자들이었다(동 193-194면). 이들의 관심은 권력이 행정부에 집중된 프랑스, 입 헌군주제에서 부국강병을 이룩한 일본, 메이지유신의 모범이 된 독일 등 국가의 정치제도에 집중되었다(동 195-196면, 198면). 이들의 활동에 대해서는 '부패관료들의 벙어리 여행'에 지 나지 않아 '주마간산식의 겉핥기 고찰'에 그쳤으며, 심지어 사정을 모르고 동행하지도 않은 자에게 대필보고까지 시키는 등, 그 결과로서 제기된 청조의 '豫備立憲' 역시 서태후의 '우 민화 사기술책'일 따름이었다는 비판적 평가도 있다(徐矛、『中華民國政治制度史』、上海: 上 海人民出版社, 1992, 10円). 그러나 '考察政治官'(卒일 '憲政編査館'으로 개칭) 및 官制編纂大 臣 奕劻、修訂法律大臣 沈家本 등이 주도한 헌정・관제・사범 등 개혁 시도는 무너져가는 청조 내부로부터 제기된 최후 몸부림으로서 의미가 깊다 할 것이다. '出洋考察政治'에 대한 상세한 분석은 朱勇(주 3), 51-77면 및 張晋藩, 『中國憲法史』(長春: 吉林人民出版社, 2004), 76-81면 참조 관련 1차사료로는 戴鴻慈의 『出使九國日記(1906)』와 載澤의 『考察政治日記 (1908)』가 전하는데, 이 중 전자는 南海圖書館(http://lib.nanhai.gd.cn)에서 워문을 다운받을 수 있다(http://lib.nanhai.gd.cn/local/9Guo/page_01.htm(2006. 8. 1)). 그밖에 '出洋考察政治'에 관련된 주청 (奏)・ 상유(諭) 등 사豆는 故宮博物院明清檔案部, 『清末籌備立憲檔案史料(上)』(中華書局, 1979), 1면 이하 소재 자료들을 참조할 것.

- 14) 청조는 載澤 등 대신들의 상소를 받아들여 豫備立憲을 선포하고, 우선 그 첫걸음으로서 관 제개혁에 착수하게 된다. 이는 '관제개혁→헌법실시'라는 근대일본의 경험을 참고한 것이었 다(張從容,「淸末部院之爭初探」,『現代法學』(2001. 12), ―장 각주 5(연번) 및 張從容,「析 1910年<法院編制法>」, 『暨南學報』(2003. 1), 글머리의 첫째 각주), 상세한 것은 <出使各國 考察政治大臣戴鴻慈等奏請改定全國官制以爲立憲豫備摺(1906. 7. 6[음])>, 清末籌備立憲檔 案史料(上)(주 13), 367-383 면 및 <宣示豫備立憲先行釐定官制諭(1906. 7. 13[음])>, 淸末籌備 立憲檔案史料(上)(주 13), 43-44면 참조. 그밖에 '豫備立憲'에 관련된 사료는 淸末籌備立憲檔 案史料(上)(子 13), 43면 이하 및『大清法律法規大全(憲政部 第3冊)』, 卷4・卷5를, 관제개혁 에 관련된 사료는 淸末籌備立憲檔案史料(上)(주 13), 367면 이하를 각각 참조할 것.
- 15) <出使各國考察政治大臣戴鴻慈等奏請改定全國官制以爲立憲豫備摺(1906. 7. 6[읖])>은 이 른바 관제개혁 '八條'를 제시하면서, 그 가운데 ① 刑部를 法部로 개칭하여 형사사건 외 에 민사사건까지 포함한 사법행정 일체를 통괄케 할 것,② 각 省의 執法司 및 각급 裁判 所・監獄 등은 法部에서 감독하되 각 충별로 독립시킬 것. ③ 行政裁判院을 설립하되 프 로이센 방식을 따를 것, ④ 기존 大理寺의 직무가 각국 大審院과 비슷하므로 사법을 독립 시킨 후 大理寺를 최고법원(都審判廳)으로 삼을 것(이상 四條), ⑤ 지방관의 임무 중에서 재판과 징세를 분리·독립시킬 것, ⑥ 區裁判所(단독제)-縣裁判所-省裁判所-都裁判 所(최고법원X이상 합의제)의 4급 법원조직을 구성하여 이를 法部에 예속시킬 것. ⑦ 각급 裁判所에 檢事局을 부설할 것(이상 六條) 등을 건의했다(淸末籌備立憲檔案史料(上)(주 13), 372면, 374면, 375-376면, 379-380면). <出使德國大臣楊晟條陳官制大綱摺(1906. 7. 28[음])> 은 ① 사법과 행정을 분리하고 사법관과 행정관의 겸직을 배제할 것, ② 각급 裁判所를 설치하여 형사・민사를 전담케 할 것、③ 특별법원으로서 독일법계・임본식 行政裁判 (官)과 軍法會議를 설치할 것, ④ 裁判所에 평행하게 檢事局을 설치할 것, ⑤ 합의제를 채

法德國, 近採日本').16 관제개혁을 명하는 상유를 받들어 官制編纂大臣 奕 劻은 입법·행정·사법의 3권분립을 대전제로 "사법권은 法部에 전속시키되, 大理院이 재판을 맡고 法部가 이를 감독하는(司法之權則專屬之法部, 以大理院任審判, 以法部監督之)" 개혁방안을 기획하고,17 그것이 가납되어 1906년 가을 "刑部를 法部로 개칭하여 사법을 전담케 하고, 大理寺를 大理院으로 개칭하여 재판을 전담케 한다(刑部著改爲法部, 專任司法:大理寺著改爲大理院, 專掌審判)"는 상유가 내려짐으로써 최고법원에 해당하는 大理院 분리・설치의 개혁안이 확정되기에 이른다.18) 大理院의 正卿으로 취임한 修訂

택하여 裁判所의 등급이 높을수록 裁判官 수를 늘릴 것, ⑥ 법제도는 국민의 생명·재산과 관련되므로 그 개혁은 신중하게 추진하되 하급 裁判所(설치)부터 먼저 착수할 것, ⑦ 初級裁判所(鄉)—普通裁判所(縣)—高等裁判所(府)—上級裁判所(省)(=控訴院)—最上級司法官(=大審院)의 법원조직을 구성할 것 등을 건의했다(淸末籌備立憲檔案史料(上)(주 13), 391-393면).

¹⁶⁾ 일찍이 修訂法律大臣 沈家本은 1905년 가을 일본 裁判所・監獄을 시찰하고 돌아온 董康・ 麥秩嚴의 보고서 서문(『寄簃文存』卷6、<裁判訪問錄序>)에서, 중국과 일본의 사법제도를 비교하면서, 외국법제의 장점(특히 사법독립의 보장)을 받아들여 중국법제의 단점을 보완할 것을 주장했는데, 黃康의 회고에 의하면 沈家本은 당시로서는 서구법제의 가장 심취한 인사 였으며、 禮敎의 배척에도 가장 적극적인 인사였다고 한다(張晋藩(주 2), 中國近代社會與法制 文明, 275면, 363면 및 島田正郎주 5), 104면). 또한, 1906년 2월 독일(프로이센)에 파견되었 던 청조의 시찰단은 독일 현지(베를린)의 재판을 참관했던 기록을 남기고 있기도 하다(出 使九國日記(주 13), 125면). 修訂法律大臣 沈家本 자신의 통계와 상소에 의하면, 1905년에는 <德意志裁判法> <日本裁判所構成法> 등을, 1907년까지는 이외에 <普魯士司法制度> <日 本裁判所編制立法論> 등을, 1910년까지는 이외에 <(日本)裁判訪問錄> <奧國法院編制法> <德國裁判官懲戒法> 등을 각각 번역해냈다고 한다(朱勇(주 3), 165-166면, 張晋藩(주 2), 中國 近代計會與法制文明, 247-248면, 361면). 독일 • 일본 사법제도의 번역이 특히 활발했음을 알 수 있는데, 당시 '遠法德國, 近採日本'의 개혁방안은 洋務・變法 시기 개혁방법론의 연장선 에 있는 것이기도 했다(朱勇(주 3), 73-74면). 그밖에 청말 법제개혁에 독일 · 일본법제가 미친 영향에 대해서는 王立民, 「論淸末德國法對中國近代化法制形成的影響」, 『學術季刊』(1996. 2), 正義網(http://www.jcrb.com(2006.8.1)); 侯欣一,「清末法制變革中的日本影響-以直隷爲中心的考 察」,『中國法律文化網』(http://www.law-culture.com(2006. 8. 1)); 李曙光,「晚淸職官法與中國法律近 代/f/(2005. 1. 24)」, 法律屋(http://www.f15.cn/2006. 8. 1)), 四水(分析與結論) 2.; 李俊、「清末審判制 度變革的基本特點(2005. 4. 15)」, 北京社科規劃(http://bjpopss.gov.cn(2006. 8. 1)), 一장 등의 분석을 참조할 것.

^{17) &}lt;宣示豫備立憲先行釐定官制訟(1906. 7. 13[음])>, 清末籌備立憲檔案史料(上)(子 13), 43-44 巴 및 <慶親王奕劻等奏釐定中央各衛門官制繕單進呈摺(1906. 9. 16[음])>, 淸末籌備立憲檔案史料(上)(子 13), 462-465 巴(464 巴); <編纂官制大臣奏釐定官制宗旨摺> <總核大臣奏釐定京內官制摺>, 『大清法律法規大全(吏政部第7冊)』, 卷23, 1-2(2).

法律大臣 沈家本19)은 같은 해 10월 4일(음)의 상소에서, 재판법제가 불비하 여 영사재판권이 날로 확장되는 현실을 한탄하며, "大理院의 설치가 치외법 권 회수의 요정(要政)"임을 역설하고 있다.20) 이어 동 10월 27일(음)의 상소에 서는, 일본 裁判所構成法을 본뜬 鄕讞局(=區裁判所)-地方審判廳(=地方 裁判所)-高等審判廳(控訴院)-大理院(大審院)의 4급 법원조직 구성을 기획 하고 있다.21)

이처럼 大理院正卿 沈家本의 강력한 상소로써 제정·공포된 <大理院審判 編制法(1906. 10. 27[음])>은 "중국 최초의 근대적 법원조직법"에 해당하는 것 인데,²²⁾ 그 10월 27일(음)자 상소문에 잘 표현되어 있듯이 전문 총 5절 · 45개조

^{18) &}lt;裁定奕劻等覈擬中央各衛門官制論(1906. 9. 20[令])>, 清末籌備立憲檔案史料(上)(주 13), 471-472면(471면). 즉, '아래에서 위로'의 법원조직 편제 개혁안(楊晟)이 아니라, '위에서 아래 로'의 법원조직 편제 개혁안(戴鴻慈・奕劻)이 채택된 것이다.

¹⁹⁾ 沈家本의 경력・업적・사상 등에 대해서는 島田正飯주 5), 275-292면 및 張晋藩(주 2), 中國 沂代計會與法制文明, 256-288면 참조 본격적인 연구서로는 李貴連, 『沈家本傳』(北京: 法律出 版社, 2000)을 참조할 것.

²⁰⁾ 아울러 동 상소에서는 大審院一高等裁判所-地方裁判所-區裁判所로 이어지는 법위조 직 체계를 모델로 제시하면서, 高等裁判所 - 地方裁判所 - 讞局 등 하급법원 조직의 정비 및 재판인력의 양성을 건의하고 있다. <大理院奏陳大槪辦法摺(1906. 10. 4[음])>, 『東方雜 誌』第4年 第3期(1907. 3. 25[음]), 116円: "且復藉口於我之裁判法制不能完善,日謀擴張其 領事裁判權. 主權不伸, 何以立國. 故欲進文明之治, 統中外而納於大同, 則大理院之設, 誠 爲改良裁判, 收回治外法權之要政…東西各國皆以大審院爲全國最高之裁判所, 而另立高等 裁判所,地方裁判所,區裁判所,層累遞上,以爲輔翼,條理完密,秩序整齊,其大審院法廷、 規模嚴肅,制度崇閩…高等裁判所及地方裁判所與讞局,宜次第分立也,裁判人材宜豫爲儲 備也…"

^{21) &}lt;大理院奏審判權限釐定辦法摺(1906. 10. 27[음])>, 『大清法律法規大全(法律部 第3冊)』, 卷7, 1 및『東方雜誌』第4年 第3期(1907. 3. 25[음]), 117-118면: "…各國審判之級、大都區之爲三、第 一審、第二審、第三審是也…其裁判所之等級、大都分之爲四、英、美、德、法、諸國、均取四級裁 判所主義。日本裁判制度仿效德法,而亦分爲四等,即區裁判所,地方裁判所,控訴院,大理院是 也…變通日本成法,改區裁判所爲鄉讞局,改地方裁判所爲地方審判廳。改控訴院爲高等審判廳。 而以大理院總其成。此固依仿四級裁判所主義。毋庸擬義者也。惟每級各有界限,必須取中國舊 制…其京師詞訟,自以地方審判廳爲重要,鄉讞局次之. 擬於內外城設立地方審判廳…京師鄉讞 局,擬正名爲城讞局,循巡警分廳之舊,於內外城分設九所." 즉,沈家本은 일본의 제도를 모델 로 한 4급3심제를 도입하되, 각급 법원의 관할에 대해서는 중국의 舊制를 존속시킬 것을 주 청하고 있다.

²²⁾ 張晋藩(주 2), 中國近代社會與法制文明, 364면 및 朱勇(주 3), 296면. 그 전문은 『大淸法律法規 大全(法律部 第3冊)』、卷7、2-3 및『東方雜誌』第4年 第3期(1907. 3. 25[음])、123-127면 소재.

의 초안 구상은 修訂法律大臣을 겸했던 沈家本이 직접 주도한 것으로 판단된다.23) 그러나 이 법은 전국의 법원조직을 규정한 것은 아니고, 大理院 및 京師(수도)의 各級審判廳・局 편제를 규정한 제한적인 것이었다.24) 아무튼 大理院審判編制法이 예정한 법원조직은 상술한 바와 같이 大理院一(京師)高等審判廳一(京師城內外)地方審判廳一城讞局의 '4급3심제'였는데, 그 등급은 독일을모방한 일본의 예를 따랐지만 그 심급별 관할내용은 중국의 舊制를 가급적 유지하였다("惟每級各有界限,必須取中國舊制"). 우선,최고법원인 大理院25)은 민사・형사사건을 각각 구분하여 '推官'26) 5인의 합의제로 운영하되(§3, §23),그 관할은 ① '終審案件'② '官犯'③ '國事犯'④ '各直省之京控'(각 直省의 '京控[당사자 직 상소]' 사건)⑤ '京師高等審判廳不服之上控'(수도 고등법원에 불복한 상소사건)⑥ '會同宗人府審判重罪案件'(종친 관련 중죄사건) 등으로 규정되었다(§22). 다음,京師高等審判廳은 수도의 합의제 2심법원으로서,廳조(1인)과 民事課・刑事課를 배치・조직하되,그 재판은 '審判官' 5인의 합의제로 운영되었다(§826-27, §30). 재판의 관할은 ① 地方審判廳 제1심 판결에 대한 항소사건과② 城讞局의 판결에 대해 (地方審判廳의) 제2심 판결을 거친 상

²³⁾ 張晋藩(子 2), 中國近代社會與法制文明, 364 巴.

²⁴⁾ 張晋藩(주 2), 中國近代社會與法制文明, 365 면 및 李啓成(주 10), 66 면 각주 2.

^{25) &#}x27;大理院'이라는 명칭은 전통관제의 '大理寺'에서 유래한 것으로 알려져 있다. 그러나 沈家本이 그 1907. 4. 9.(음)자 상소문에서 "夙稱閒曹"라 지칭했듯이, 大理寺는 독립적 재관권이 없이 "駁正"만 담당했던 한산한 기관이었다(朱勇(주 3), 300만; 李啓成(주 10), 65면 및 張從容, 「晚淸中央司法機關的近代轉型」, 『政法論壇』(2004. 1), 一장). 그밖에 沈家本의 다음 상소문도 참조할 것. <修訂法律大臣沈家本奏齊擬法院編制法繕單呈覽摺(1907. 8. 2[음])>, 淸末籌備立 憲檔案史料(下)(주 13), 844만: "大理本古官,於東漢時爲廷尉,凡郡國疑讞,皆處當以報,所謂廷尉天下之平是也. 逮後厥名互更,要皆專司決劾奏讞,與今日東西各國大審院,帝國裁判所,最高法院等之審理終審事件者,階級相等."

²⁶⁾ 이 '推官'이라는 명칭은 唐代의 직명에서 유래한 것인데, 이후 1907. 4. 30.(음)의 大理院官制 개정 시에 '推事'로 변경되었다. 왜냐하면 唐代의 '推官'은 '京職'이 아니라 '外僚'에 속했기 때문에, 宋代의 大理寺에 설치했던 '左右推事'라는 직명이 오히려 적합한 것으로 판단되었던 까닭이다. 한편 이 때 종래 검사의 직명으로 사용되었던 '司直'이라는 명칭도 '檢察官'으로 개칭되는데, 고례의 '司直'이란 '臺諫'을 위주로 한 직위여서 사실과 부합하지 않기 때문이었다. 이 점에 관한 상세한 내용은 李啓成, 「晚清法官考試研究」, 『中國法律文化網』 (http://www.law-culture.com/2006. 8. 1)), ~장 각주 1 참조.

고사건으로 대별되었다(\$29).

한편、沈家本이 그 상소문에서 적절히 적시하였듯이("其京師詞訟,自以地 方審判廳爲重要, 鄕讞局次之"), 地方審判廳과 城讞局은 수도의 소송에 있어 서민생활과 직결된 가장 중요한 기관이었다. 地方審判廳은 內城과 外城에 각 1곳씩 모두 2곳을 설치하도록 예정되어 있었는데("擬於內外城設立地方審判 廳"), 실제로는 경비부족 때문에 內城 1곳만 설치하는 데 그쳤다.27) 地方審判 廳은 합의제 제1심법원으로서(§32), 廳長 1인을 배치하되 그 재판은 3인 합의 제로 운영되었으며(§33, §38), 민사의 경우 ① 城讞局 및 상급법원의 권한사항 을 제외한 제1심사건과 ② 城讞局의 판결에 불복한 항소사건(제2심) 및 ③ 파 산사건을(§34, §37), 형사의 경우 ① 城讞局의 권한사항 및 大理院의 특별 권 한사항을 제외한 제1심사건과 ② 城讞局의 판결에 대한 항소사건(제2심)을 (§35) 각각 관할했다. 최말단 법원인 城讞局(=京師鄕讞局)은 모두 9곳을 설치 하기로 예정되어 있었는데("京師鄉讞局, 擬正名爲城讞局, 循巡警分廳之舊, 於內外城分設九所"),28) 단독제 제1심법원으로서 민사의 경우 ① (금액) 200兩 이하의 소송 또는 ② 가액 200兩 이하의 '物産'에 대한 소송 등을(§41), 형사의 경우 ① 違警罪에 불복이 있는 경우、② 벌금 15兩 이하와 '枷號(刑)'의 경우、 (3) 부녀자가 40兩 이하로 '折贖' 되는 경우, ④ 인명과 무관한 徒罪 등을(&42) 각각 관할했다. 아울러 大理院 이하 각급 법원에는 檢察局이 부설되고 檢察 長・檢長 및 檢察官이 각각 배치되었다(§12, §31, §39, §45), 大理院審判編制 法의 구체적 목차・주요내용 및 동법이 예정한 법원조직 편제는 아래 인용문 및 <그림 1>과 같다.

<大理院審判編制法(1906. 10. 27[음])> 목차・주요내용

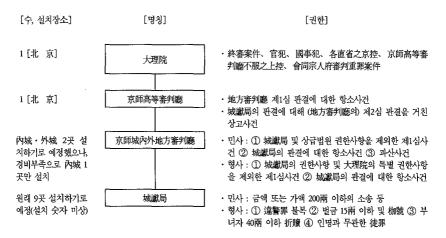
제1절 總綱(§§1-16) · · · 大理院 직할 각급 법원의 종류(§2), 민사사건 · 형사사건의 구

²⁷⁾ 李啓成(주 10), 70円.

²⁸⁾ 실제 몇 곳이 설치되었는지는 구체적 숫자가 밝혀져 있지 않으나 설치되었다는 사실만은 분명하다. 李啓成(주 10), 70면.

270 法史學研究 第34號

분(§3), 大理院 이하 각급 법원의 '新章' 준수(§4) … 사법재판의 독립 및 '行政衙門'의 재판 불간섭(§6) … 大理院 · 高等審判廳 · 地方審判廳의 합의제 및 城讞局의 단독제(§9) … 檢察局의 부설 및 檢察官 배치(§12) … 大理院 이하 각급 법원의 '承差' 배치(§15) … 제2절 大理院(§§17-25) 大理院長官의 행정사무 감독(§17) … 중대사건의 秘密豫審(§21), 大理院의 관할(§22), '推官' 5인 합의제(§23) … 제3절 京師高等審判廳(§\$26-31) 京師高等審判廳의 성격(合議第二審)(§26), '廳丞' 1인의 배치 및 民事課 · 刑事課의 조직(§27) … 京師高等審判廳의 관할(§29), '審判官' 5인 합의제(§30), 檢察局 부설 및 '檢察長' 1인 배치(§31) 제4절 城內外地方審判廳(§\$32-39) 地方審判廳의 성격(合議第一審)(§32), '廳長' 1인의 배치(§33), 地方審判廳의 민사소송 관할(§34), 地方審判廳의 형사소송 관합(§35) … 파산사건 관합(§37), 3인 합의제(§38), 檢察局 부설 및 '檢長' 1인 배치(§39) 제5절 城讞局 (§§40-45) 城讞局의 단독제(§40), 城讞局의 민사소송 관합(§41), 城讞局의 형사소송 관할(§42) … 檢察局 부설(§45)



〈그림 1〉 1906. 10. 27.(음)의 大理院審判編制法이 예정한 법원조직

IV 天津府屬試辦審判廳章程(1907)과 各級審判廳試辦章 程(1907)

1901년 사망한 李鴻章을 이어 直隷總督에 부임한 袁世凱는 天津府를 중심 으로 각종 제도개혁(지방자치·법제정비·법원조직·행형제도·법학교육 등) 을 다양하게 시험·추진하게 되는데("北洋新政"),29) 그 결과 중의 하나로서 사 법제도 분야의 개혁성과를 담은 <天津府屬試辦審判廳章程(1906. 10. 기초, 1907. 2. 10[음] 시행30)>이 등장하게 된다. "근대적 법원조직"에 관한 "중국 최초의 (시범/지방법규"로 평가받는31) 이 天津府屬試辦審判廳章程은 총 4편ㆍ 146개조로 구성되어 있는데, 袁世凱의 명으로 수차례 일본을 방문하여 그 사법 제도를 조사한 凌福彭이 기초 작업을 주관한 것으로 알려져 있다.32) 당시 天津 에는 1905년 袁世凱에 의해 중국 최초의 '法政學堂'인 '直隸法政學堂'이 개설 되어, 다수의 일본인 '敎習(관립학교 교사)'들이 초빙되어 활동하고 있었으나. 이들이 "北洋新政"의 법제개혁 작업에 직접 참여했음을 입증하는 사료는 아직 없다.33) 이 天津府屬試辦審判廳章程은 袁世凱 자신의 보고서에 잘 표현되어

²⁹⁾ 당시 天津에서 추진된 각종 제도개혁, 특히 사법개혁의 진행 상황에 대해서는 李啓成(주 10), 60-64면 및 侯欣一(予 16), 二장・三장 참조

³⁰⁾ 그 기초 작업이 완료된 날짜에 대해서는 侯欣—(주 16), 三장을, 그것이 정식으로 시행된(법 워이 출범한) 날짜에 대해서는 島田正郎(주 5), 115면을 각각 참조함 것. 天津府屬試辦審判廳 章程의 전문은 『東方雜誌』第4年 第1期(1907. 1. 25[음]), 15-31면에 수록되어 있다.

³¹⁾ 侯欣一(주 16), 三장.

³²⁾ 侯欣一(주 16), 三장. 島田正郎(주 5), 115면에 의하면, "일본 法政學校에서 공부하고 귀국하 직원이 중심이 되어 天津府屬試辦審判廳章程이 성립·실시되었다."고 한다. 張晋藩(주 2), 中國近代社會與法制文明, 365면도 이와 유사하게 서술하고 있다. "北洋新政"의 구체적 제도 설계자 凌福彭은 1900년 北淸事變으로 8개국 연합군이 天津을 점령했을 당시 天津府知府로 임명・부임하는데, 袁世凱의 심복으로서 그의 명을 받들어 일본 감옥제도를 수차례 시찰한 후 <天津監獄習藝所辦法(1904)>을 제정하는 등 행형개혁을 주관하고, 그 성과를 토대로 사 법제도의 전반적 개혁 작업에 착수하게 되는 것이다(李啓成(주 10), 60-61면 및 侯欣一(주 16), 三장). 그러나 凌福彭의 일본 방문은 매번 매우 짧은 기간에 불과했기에, 황급히 오가는 빡 빡한 일정 속에서 "근대법의 정신"을 제대로 이해할 여유가 없었으며, 그 결과 "北洋新政" 의 법제근대화도 피상적인 일본법 "베끼기" 수준에 머물렀다(侯欣一(주 16), 三장).

³³⁾ 侯欣一(주 16), 그장.

있듯("於變通舊法之中, 寓審愼新章之意"),34) 그 구조·형식·용어만 서구식·일본식 법제를 따왔을 뿐 그 내용상의 진정한 개혁은 포함되지 않은 것으로 평가된다.35) 우선, 그 구조의 측면에서 天津府屬試辦審判廳章程 중 단순히 법원조직에 관한 내용은 제1편(總綱)과 제2편(廳局官制) 제1장~제4장까지만 포함된다. 나머지 제2편 제5장(迴避) 이하의 규정은 형사·민사소송에 관한 절차법적 내용들이다. 이 점 조직법과 소송법이 미분화된 일본 사법개혁 초기의 여러법률문서들(司法職務定制[1872]·大審院諸裁判所職制章程[1877]·治罪法[1880/1882]>)의 전통과 연결된다.

한편, 이 天津府屬試辦審判廳章程은 <大理院奏審判權限釐定辦法摺(1906. 10. 27[음])>의 기획에 따라,³⁶⁾ 北京의 大理院을 전제로 한 高等審判分廳.地方審判廳.鄕讞局의 '4급3심제'를 기본구도로 하고 있다(§2). 謀反・叛逆 등 중 대사건과 '京控奏交' 사건은 舊律例에 따라 按察司衙門에서 심리하고(§6), 지방관(知府・知縣)이 법원장(高等審判分廳長・地方審判廳長)을 겸하는 등(§§9-10) 문제가 많았지만, 형사사건과 민사사건을 구분하여 그 정의를 '예시적으로' 규정하고(§§3-5),³⁷⁾ 高等審判分廳과 地方審判廳에 民事部長・刑事部長의 직책을 따로 두도록 한 것은 분명히 진전된 입법이라 할 수 있다(§§9-10). 각 법원의관할에 대해서는 ① 高等審判分廳은 (按察使衙門에서 심리하는 사건을 제외한) '人命重案'과 '京控咨交' 사건을, ② 地方審判廳은 그밖에 일체 민사・형사사건을, ③ 鄕讞局은 違警罪와 '笞杖'이하의 輕罪(형사) 및 금액・가액 100

^{34) &}lt;升任直隷總督袁奏天津試辦審判廳情形摺(1907. 7. 19[양])>,『東方雜誌』第4年 第10期(1907. 10. 25[合]), 479년.

³⁵⁾ 張培田・張華(주 5), 8-9면: "형식상의 變通으로써 외국인과의 소송에 적용하려 했을 뿐 내용 상으로는 전통적 소송시스템을 유지 … 지방행정관이 사법재판을 겸임하는 방식으로써 각 급 관료의 전제적 특권을 유지 … 바로 이 때문에 조정으로부터 '調和新舊, 最稱允協'이라 는 가남을 받을 수 있었던 것." 유사한 지적으로 張晋藩(주 2), 中國近代社會與法制文明, 366 면도 참조.

³⁶⁾ 앞 각주 21 참조.

³⁷⁾ 斗 원문은 다음과 같다. 第3條: "凡審判案件分爲二項. 一. 刑事案件 二. 民事案件"第4條: "凡叛逆,謀殺,故殺,僞造貨幣印信,强刦並他項應遵刑律裁判之案爲刑事案件."第5條: "凡因錢債、房屋、地畝契約及素取賠償等事涉訟爲民事案件."

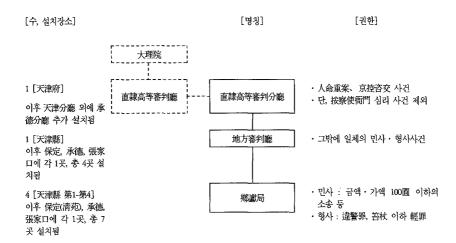
圓 이하의 소송 등(민사)을 분장하는 것으로 규정했다(§§6-7). 그밖에 동 章程은 承審官, 會審官, 豫審官, 檢事長, 檢事官, 書記官, 書記生, 檢驗吏, 承發吏, 堂丁, 司法警察 등 다양한 직책을 두고 각각의 직무범위를 명확히 규정함으로써, 재판업무의 효율적인 처리를 도모했다(§§9-26). 전통적 지방관=법원장 겸임제를 유지하였음에도 불구하고 "經試辦數月, 積犢一空, 民間稱便"38)이라는 긍정적 실적보고를 올릴 수 있었던 것은 바로 이러한 이유 때문이었다. 요컨대 이天津府屬試辦審判廳章程은 후술하는 〈各級審判廳試辦章程(1907. 10. 29 [음])>과 〈法院編制法(1909. 12. 28[음])>의 제정·시행에 유용한 경험을 제공해 주었다는 점에서, 그 역사적 의의를 적극적으로 평가할 수 있을 것이다. 天津府屬試辦審判廳章程의 구체적 목차 및 동 章程이 예정한 법원조직 편제는 아래 인용문 및 <그림 2>과 같다.

<天津府屬試辦審判廳章程(1907, 2, 10[음])> 목차

제1편總綱(§§1-8) 제2편廳局官制(§§9-29) 제1장高等審判分廳(§9) 제2장地方審判廳(§10) 제3장 鄉讞局(§11) 제4장廳局官吏之職務(§§12-26) 제5장 各廳局官吏之迴避(§§27-29) 제3편訴訟規則(§§30-129) 제1장民刑通則(§§30-77) 제1절抱告(§§30-34) 제2절證人(§§35-40) 제3절鑑定人(§§41-44) 제4절廳局所用各票(§§45-50) 제5절審訊(§§51-61) 제6절上控(§§62-76) 제7절期間例(§77) 제2장刑事專則(§§78-103) 제1절起訴(§§78-81) 제2절逮捕(§§82) 제3절關提(§§83-87) 제4절搜查(§88) 제5절豫審(§§89-91) 제6절公判(§§92-99) 제7절勘轉(§§100-101) 제8절刑之執行(§§102-103) 제3장民事專則(§§104-129) 제1절起訴(§§103-110) 제2절傳訊(§§111-115) 제3절協傳(§116) 제4절公判(§§117-118) 제5절損害賠償(§§119-120) 제6절强制執行(§§121-125) 제7절和解(§§126-129) 제4편訴費規則(§§130-146) 제1장印紙費(§§130-134) 제2장承發吏規費(§§135-137) 제3장雜費(§§138-143) 제4장保證(§§144-146)

^{38) &}lt;升任直隷總督袁奏天津試辦審判廳情形摺(1907. 7. 19[양])>,『東方雜誌』第4年 第10期(1907. 10. 25[음]), 479 년.

274 法史學研究 第34號



〈그림 2〉 1907. 2. 10.(음)의 天津府屬試辦審判廳章程이 예정한 법원조직

상술한 大理院審判編制法은 大理院과 수도의 법원조직을 규율하는 것이었고, 天津府屬試辦審判廳章程은 天津 지역에만 적용되는 것이었기 때문에, 전체 지방의 법원조직에 관한 근거법규가 필요했을 뿐 아니라, 후술하는 法院編制法의 기초 작업이 1907년 8월 3일(음) 이미 완료되었음에도, 그 정식 공포・실시가 늦어지고 있는 '법규공백' 상황에 대처할 필요가 있었으므로, 法部는임시의 법원조직법을 제정하여 法院編制法・刑事民事訴訟法 공포 전까지 한시적으로 적용할 것을 결정하게 된다. 39) 그 결과 등장한 것이 전문 총 5장・120개조의 <各級審判廳試辦章程(1907. 10. 29[음])>이다. 40) 各級審判廳試辦章程의 기초 작업은 法部에서 이를 주도했는데, 상술한 天津府屬試辦審判廳

³⁹⁾ 李啓成주 10), 66-67면 및 朱勇(주 3), 296면. 法院編制法은 1909. 12. 28(음)자로 정식 공포되었지만, 刑事民事訴訟法은 辛亥革命의 발발로 인해 결국 공포에 이르지 못했으므로, 이는 청말 유일의 '정식 공포된 소송법규'가 되고 말았다(朱勇(주 3), 296면). 各級審判廳試辦章程의 계정 경과에 관해서는 <法部奏酌擬各級審判廳試辦章程摺(1907. 10. 29[음])>, 『大淸法律法規大全(法律部 第3冊)』, 卷7, 45 참조.

⁴⁰⁾ 各級審判廳試辦章程의 전문은 『大淸法律法規大全(法律部 第3冊)』, 卷7, 5-10에 수록되어 있다.

章稈의 틀 위에 이미 완성된 法院編制法(草案)을 참고하는 방식으로 진행되었 다.41) 동 章程은 법원조직법과 형사소송법 • 민사소송법을 하나의 법규로 편제 한 간이구조를 취한 점에서 天津府屬試辦審判廳章程과 동일한데, 그보다 진 전된 부분은 ① 형사사건과 민사사건의 구분을 보다 명쾌히 '개념적으로' 정의 한 점(§1),42) ② 檢察官 제도를 확립하여 종래 豫審官이 檢察官의 직권을 대해 해 온 관행을 종식시킨 점(제4장 '各級檢察廳通則')을 들 수 있다.43) 아울러 상 세한 심급·관할 규정을 두어 '사법통일'을 도모한 <奉天各級審判廳試辦章 程>의 입법태도(§§4-9) 및 初級審判廳에서 등기사무를 처리하도록 한 東三省 의 경험을 반영하여,44) 初級審判廳의 등기사무 관할(§2) 및 심급(§§4-5) · 관할 (§§6-9)에 관한 규정을 정비해 둔 점도 주목된다.

즉, 各級審判廳試辦章程은 初級審判廳(제1심)에서 地方審判廳으로의 항소 (控訴)와 地方審判廳(제2심)에서 高等審判廳으로의 상고 절차(§4), 그리고 地方 審判廳(제1심[初級審判廳・大理院의 제1심 관할에 속하지 않는 모든 사건])에 서 高等審判廳으로의 항소와 高等審判廳(제2심)에서 大理院으로의 상고 절차 (§5) 등 3심의 심급에 대해 규정하면서, 각급 법원의 관할에 대해서는 法院編制 法(草案) 제23(初級審判廳)・제33(地方審判廳)・제43(高等審判廳)의 규정에 의거하여 처리하도록 한 것이다(%6). 그밖에 동 章程은 최말단 初級審判廳의 형 사사건 관할은 '杖罪'까지를 한계로 하되 共犯의 경우 무거운 죄의 관할에 따르 도록 했고(§6), 각급 법원의 관할구역은 임시로 內城·外城 각 '巡警分廳'의 관

^{41) &}lt;法部奏酌擬各級審判廳試辦章程摺(1907. 10. 29[음])>, 『大淸法律法規大全(法律部 第3冊)』, 卷7, 45. 法部의 상소문에 의하면 各級審判廳試辦章程은 沈家本이 올린 法院編制法(草案)을 참고했을 뿐 아니라, 동법의 조문과 내용상의 일치까지도 극력 추구했다고 한다. 심지어 그 일부 조문은 法院編制法(草案)의 조문을 직접 인용하고 있기까지 하다. 비록 하시법이기는 했지만 정식의 입법이 법률의 초안을 원용한 희귀한 사례로 보고되고 있다. 상세히는 張從 容(주 25), 二장(三)(동 둘째 각주) 참조

⁴²⁾ 원문은 다음과 같다. 第1條: "凡審判案件分刑事民事二項, 其區別如左. 一. 刑事案件 凡因訴 訟以審定罪之有無者屬刑事案件 二 民事案件 凡因訴訟以審定理之曲直者屬民事案件"

⁴³⁾ 李啓成(주 10), 67-68면.

⁴⁴⁾ 李啓成(주 10), 73 円 및 兪江、「清末奉天各級審判廳考論」、『華東政法學院學報』(2006. 1)、 慕弘 齋(http://www.muhong.com(2006. 8. 1)), 三장.

276 法史學研究 第34號

할구분에 따르도록 했다(§7). 그리고 奉天各級審判廳試辦章程 제8조·제9조와 마찬가지로 관할불명(§8)과 관할착오(§9)에 관한 규정까지 두었다. 그러나 동 章程에는 전통 사법제도의 영향력이 여전히 유지되고 있는 조문들도 발견된다. 가령, 법조문의 흠결이 있을 때 구법에 의하거나 法部에서 처리케 한 조문(§3), 迴避에 관한 규정에서 전통 관료제의 회피제 방식을 답습한 조문들(제2장 제3절), 職官이 원고가 된 사건에서 소송대리의 특권을 인정한 조문(§52), 부녀자를 미성 년자・심신장애자와 동일하게 취급하여 소송대리인이 될 수 없도록 한 조문(§53) 등이 그 실례이다. (5) 各級審判廳試辦章程의 구체적 목차는 아래 인용문과 같다.

<各級審判廳試辦章程(1907. 10. 29[음])> 목차

제13 總綱(§§1-3) 제23 審判通則(§§4-45) 제1절 審級(§§4-5) 제2절 管轄(§§6-9) 제3절 迴避(§§10-13) 제4절 廳票(§§14-21) 제5절 豫審(§§22-25) 제6절 公判(§§26-39) 제7절 判決之 執行(§§40-43) 제8절 協助(§§44-45) 제3장 訴訟(§§46-96) 제1절 起訴(§§46-57) 제2절 上訴(§§58-67) 제3절 證人鑑定人(§§68-77) 제4절 管收(§§78-80) 제5절 保釋(§§81-83) 제6절 訟費(§§84-96) 제4장 各級檢察廳通則(§§97-118) 제5장 附則(§§119-120)

V. 法院編制法(1909[음])의 제정·시행

1907년 8월 2일(음) 그 초안이 성립된 이후 수차의 심의를 거쳐, 1909년 12월 28일(음) 비로소 공포ㆍ시행에 이른 <法院編制法>은 청말 조아를 들끓게 한 法部・大理院 권한분쟁('部院之爭')의 결론편이요, 晚淸 修律(법제근대화)의 결정판이라 일컬어진다.46) <法官考試任用暫行章程>과 같은 날짜에 공포된 이 法院

⁴⁵⁾ 張培田・張華(そ 5), 10 円 및 張晋藩(そ 2), 中國近代社會與法制文明, 367 円.

⁴⁶⁾ 張從容(子 14), 析1910年<法院編制法>, 머리말: "…這場'假維新中的真改革'…法院編制法作 爲最後一部法院組織法…成爲淸末司法改革的最終的和最優的成果, 可以說是司法改革成效的 集中體現" 또한 동 三弘: "法院編制法…同時,作爲部院權限之爭的結局篇…是司法改革逐漸 深化的標志"張晋藩(子 2), 中國近代社會與法制文明, 375 만: "法院編制法有關機關之設備, 及

編制法은 전문 총 16장 • 164개조로 구성되어 있는데 47) 법률의 명칭 • 구조 뿐 아 니라 내용에 이르기까지 일본 裁判所構成法(1890)의 영향이 두드러지게 나타나 고 있다. 우선, '法院編制法'이라는 명칭은 독일어 'Gerichtsverfassungsgesetz'를 번 역한 것으로 보이는데, 여기서 일본 裁判所構成法과 달리 '構成法' 대신 '編制 法'이라는 명칭을 사용하고 '裁判所' 대신 '法院'이라는 명칭을 사용한 데에는 나름의 이유가 있었던 것으로 판단된다. 첫째, '編制法'이라는 명칭은 일본 裁判 所構成法 제정・심의 과정에서, 오토 루돌프(Otto Rudolf)의 독문초안이 外務省 飜譯局에 의해 '裁判所編制法草案'으로 번역·지칭된 사실⁴⁸⁾과 유관한 것으로 추측된다. 둘째, '法院'이라는 명칭은 그 입법에 직접 관여한 오카다 아사타로오 (田岡朝太郎)의 석의에 의하면, 독립한 사법기관으로서 檢察廳까지도 동법이 아 울러 규정하고 있으므로 審判廳과 檢察廳을 통칭하기 위해 사용된 것이라고 한 다(法院=審判廳+檢察廳).49) 다음, 法院編制法의 구성방식에서도 일본 裁判所 構成法의 영향이 두드러지게 나타난다. 法院編制法은 편별 없이 총 16장, 裁判所 構成法은 4편 총 17장으로, 法院編制法은 裁判所構成法 중 제3편 제4장(*裁判所 及檢事局/事務章程')만 없을 뿐, 양자의 규범구조는 기본적으로 일치한다.50)

其職掌、權限等規定、並沒有在全國普遍實行…但是它的頒布使得晚清的司法制度。完全脫離了 傳統的軌道, 這種改革無疑具有歷史進步的意義, 並爲民國政府所傳承."

⁴⁷⁾ 法院編制法의 전문은 『大淸法律法規大全(法律部 第3冊)』, 卷4, 6-13에 수록되어 있다(法官考 試任用暫行章稈은 동 13-14에 수록). 그 제정 경과에 관해서는 <修訂法律大臣沈家本奏酌擬 法院編制法繕單呈覽摺(1907. 8. 2[음])>, 清末籌備立憲檔案史料(下)(주 13), 843-844면 참조. 비 슷한 시기 刑事民事訴訟法(草案)이 논란 끝에 정식으로 공포되지 못하고 辛亥革命의 발발로 결국 사장된 사실, 이 法院編制法이 辛亥革命 이후 民國初期에도 약간의 수정을 거쳐 '暫行 法院編制法'으로서 연용된 사실로 미루어 그 법제사적 의의를 짐작할 수 있다.

⁴⁸⁾ 石井良助、『明治文化史 2(法制)』(東京: 原書房、1980)、403면、404면 참조.

⁴⁹⁾ 金華・汪庚年(編)、『法學彙編: 大清法院編制法(京師法律學堂講義)』(北京: 京師法學編輯社, 1911), 19,59: "德國始創有裁判所構成法,日本仿之,中國變其名曰法院編制法(因裁判二字,只有審判意 義。不能包括檢察在內),法院編制法者,即規定審判廳檢察廳之組織及權限之國法也…在德意志及 日本等國,則日審判廳編制法(日本日裁判所構成法),但該法於審判廳之外,並規定檢察廳之組織 及其權限. 檢察廳乃獨立之官廳, 而非屬於審判廳者. 故審判廳編制法之稱, 其義殊嫌過狹. 此中國 新訂草案, 所以稱爲法院編制法也." 이 사료에 대한 해제는 앞 島田正郞주 5), 232면 이하 참조.

⁵⁰⁾ 李啓成(주 10), 81면, 제3편 제4장이 빠진 이유는, 여기에 포함된 단 1개 조문(제125조)은 굳이 규정하지 않아도 내용상 자명할 뿐 아니라, 그 중요성도 그리 높지 않기 때문이라 한다. <修訂法律大臣沈家本奏酌擬法院編制法繕單呈覽摺(1907. 8. 2[음])>,清末籌備立憲檔案史料

278 法史學研究 第34號

하지만 法院編制法의 내용을 면밀히 검토해 보면 일본 裁判所構成法의 영향이 압도적인 가운데에서도, 중국의 제반 특수상황을 감안하여 이를 수정한 조항들이 다수 발견된다. 修訂法律大臣 沈家本 자신이 상소문에서 직접 밝힌 바에의하면, 이 法院編制法(草案)은 1906년 그가 大理院正卿으로 재임할 당시, 관원들이 "考古今之沿革, 訂中外之異同, 分門纂輯"한 것을 토대로, 法律學堂의 일본인 敎習 오카다 아시타로오(岡田朝太郎)의 "幫同審査"를 거치고, 이를 다시沈家本과 "逐條折衷"하여 완성한 것이라 한다.51)法院編制法의 재판제도 중중국의 특수사정이 반영된 예로는 ① '大理院覆判制'라는 일종의 비상상소제도를 도입한 점,② '秋朝審'을 통한 法部의 재판 관여 및 '宗人府'・'理藩院'의 재판 관여를 인정한 점,③ 상고심(大理院・高等審判廳)의 경우 '總會'를 조직하여 법령해석 등을 의결하도록 한 점 등을 들 수 있다.52) 그밖에 조직법적 측면에서 ① 중국의 넓은 국토와 불편한 교통을 감안하여 地方審判分廳(§§21-24)・高等審判分廳(§§28-31)・大理分院(§§40-44) 등을 설치하도록 한 점,53)② 初級審判廳은 단독제(§4)를, 地方審判廳은 절충제(단독제 또는 3인 합의제X§5)를,高等審判廳과 大理院은 각각 3인 합의제와 5인 합의제를 채택하여 정원을 축소한

⁽下)(주 13), 843면에 의하면, 1907년 8월 2일(음) 제출된 원래의 초안은 모두 15장・140개조로 이루어져 있었는데, 이 역시 裁判所構成法의 총 조문 수 144개조와 근접한 것이다. 그밖에 각급 법원의 규정순서를 '싱급→하급'에서 '하급→싱급'으로 변경한 것도 동일하며, 마지막 附則에 단 1개의 조문만 들어있는 모양새까지 양자가 일치하는 부분이다.

^{51) &}lt;修訂法律大臣沈家本奏酌擬法院編制法繕單呈覽摺(1907. 8. 2[号])>, 清末籌備立憲檔案史料(下)(予 13), 843 巴: "臣曩膺簡命修訂法律, 上年在大理院正卿任內, 適值構締伊始, 審以審判官制 諸多未備, 非特輯專例, 不足統一事權. 乃飭官員考古今之沿革, 訂中外之異同, 分門纂輯, 並令 法律學堂日本教習博士岡田朝太郎, 幫同審查. 該教習學識宏富, 於泰西法制靡不洞徹. 隨時考證, 足資甄擇, 逐條由臣折衷刊定, 閱八月始克屬稿. 茲奉明詔渙布中外, 復據法部、大理院, 暨考察政治王大臣各官制清單, 詳加對勘, 剝膚存貞, 釐定十五章, 共一百四十條."

^{52) &}lt;憲政編查館奏核定法院編制法並另擬各項暫行章程摺(1909. 12. 28[음]), 『大清法律法規大全 (法律部 第3冊)』, 卷4, 5의 <法院編制法> 입법취지 설명 및 大清法院編制法(주 49), 19면, 38-40면, 64-65면; 朱勇(주 3), 300면 등 참조.

^{53) &}lt;修訂法律大臣沈家本奏酌擬法院編制法繕單呈覽摺(1907. 8. 2[음])>, 淸末籌備立憲檔案史料 (下)주 13), 844면에 의하면, 이는 독일(프로이센) 연방법원의 제도를 절충한 것이라 한다. 그러나 재력・인력부족 때문에 실제로 개설된 分院・分廳의 숫자는 많지 않았다(李啓成(주 10), 192면). 상세한 설명은 大淸法院編制法(주 49), 53-59면 참조.

점,54) ③ 변호사[律師]에 관한 명문규정을 두었음에도 관련 단행법규가 제정되 지 않아 그것이 형식에 그치고 만 점55) 등을 주요 특징으로 들 수 있겠다.56) 아 무튼 이 法院編制法의 제정ㆍ시행으로 전통적 사법체제는 종언을 고하고 '4급3 심제'의 새로운 사법체제가 전국적 차원에서 확립되기에 이른다.57)

^{54) &}lt;修訂法律大臣沈家本奏酌擬法院編制法繕單呈覽摺(1907. 8. 2[음])>, 清末籌備立憲檔案史料 (下)(주 13), 843면의 설명에 의하면, 경비절약과 법관정예화를 이유로 들고 있다("一則可節省 經費, 一則可精選讞員"). 地方審判廳의 '절충제' 채택 이유에 대해서는 大淸法院編制法(주 49), 34면('독일・일본 등 국가에서는 지방법원을 모두 합의제로 규정했으나 중국의 編制法 은 절충제를 채택…지방법원의 소송사건은 1심과 2심의 구분이 있는바 제2심은 합의제로 심판해야 하며, 제1심도 간단한 사건과 번잡한 사건의 구분이 있는바 가단한 사건은 단독제 로, 번잡한 사건은 합의제로 심판') 참조. 상기 沈家本 상소문에서는 또한 "高等宜三人, 最高 宜五人"이 "最新學說"이라 설명하고 있는데, 그 "最新學說"은 오카다 아사타로오의 주장("岡 田先生之初意")을 말하는 것으로 추측된다. 大淸法院編制法(주 49), 37-38면('大理院 판사의 수는 일본보다 2인이 적은데, 실제 재판에서 정신 • 주의를 집중하는 사람은 재판장과 배석 판사 2인 뿐, 2인을 더 배치해 봐야 좌석이 벌어져서 재판장의 말도 잘 안 들리게 됨…大理 院・高等審判廳이 상고사건을 심리할 때는 선례에 따르고, 선례가 없으면 總會의 의결을 따르는데…大理院・高等審判廳의 판사는 식견이 높고 경험이 많아 오류의 여지가 적으므 로, 판사 숫자를 늘리는 것은 득책이 아님…오카다 선생의 애초 의도[岡田先牛之初意]는 大 理院도 3인제를 채택하는 것이었으나, 지난해 大理院官制에서 이미 5인으로 규정했기에 할 수 없이 舊制를 따른 것') 참조.

⁵⁵⁾ 李啓成(주 10), 195면, 197면 및 張從容(주 14), 析1910年 <法院編制法>, 三장.

⁵⁶⁾ 이외에 監督推事、推事、候補推事、候補推事署理、學習推事 등으로 판사의 직급을 세분화하고, 正卿, 少卿, 推丞, 廳丞, 廳長, 庭長 등으로 법원 간부의 직급을 세분화 한 점도 法院編制法의 주요 특징 중 하나로 지적된다. 이 중 候補推事・學習推事 제도는 각각 일본의 豫備判事・判 事試補 제도에서 연유한 것이다. <憲政編查館奏考核提法使官制摺>(李啓成)주 10), 85면에서 재인용): "日本試驗之法, 第一次合格者名曰判、檢事試補, 卽中國之學習; 第二次合格者名曰豫 備判、檢事, 卽中國之候補." 한편, 1907년 4월 30일(음) 大理院官制에 의하면 그 직관은 다음과 같이 규정되어 있다. 正卿(정2품: 特簡) - 少卿(정3품: 特簡) - 刑科推丞(정4품: 請簡) - 民科推丞 (정4筈: 請簡)-刑科推事(정5筈: 奏補)-民科推事(정5筈: 奏補)-都典簿(そ6筈: 奏補)-典簿(정7 품: 奏補) - 綠事(8・9품: 委用) 등. 같은 해 6월 12일(음) 法部에서 올린 京外各級審判廳官制에 의하면, ① 京師高等審判廳 직관은 廳丞(정4품: 請簡)-推事(중5품: 奏補)-典簿(정7품: 奏補) - 主簿(종7품: 奏補) - 綠事(정9품: 委用) 등으로, ② 直省高等審判廳 직관은 廳丞(종4품: 請簡) - 推事(정6품: 奏補) - 典簿(정7품: 奏補) - 主簿(정8품: 奏補) - 綠事(종9품: 委用) 등으로, ③ 京 師地方審判廳 직관은 廳丞(종4품: 請簡) - 推事(종5품: 奏補) - 典簿(정7품: 奏補) - 主簿(정8품: 奏補) - 綠事(종9품: 委用) 등으로 ④ 直省地方審判廳 직관은 廳長(종5품: 奏補) - 推事(종6품: 奏補-典簿(そ7号: 奏補-主簿)そ7号: 奏補-線事(そ9号: 委用) 등으로, ⑤ 京師初級審判廳 직과은 推事(종6품: 奏補) - 綠事(종9품: 委用) 등으로, ⑥ 直省初級審判廳 직관은 推事(종7품: 奏補) 등으로 각각 규정되어 있다. 상세히는 大淸法院編制法(주 49), 101-104면 참조. 그밖에 햇 정관과 사법관의 봉급 다과에 관한 大淸法院編制法(주 49), 105면의 설명도 참조할 것.

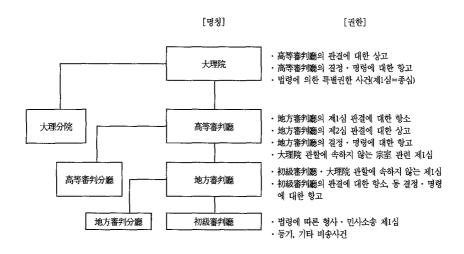
法院編制法이 규정한 각급 법원의 조직 · 관할을 살펴보면 다음과 같다. 최 말단 初級審判廳(이전의 城‧鄕讞居에 해당)에는 1인 또는 2인 이상의 推事를 배치하되 그 중 1인을 監督推事로 하는데(\$\frac{8}{415}), 그 관할사항은 법령에 따른 민사·형사소송 제1심사건 및 등기·비송사건으로 규정되었다(§16). 地方審判 廳에는 廳承(京師)・廳長(各省) 및 民事庭・刑事庭의 각 庭長을 두되(§§17-18). 그 관할사항은 ① 初級審判廳의 권한 및 大理院의 특별권한에 속하지 않는 제 1심 소송・비송사건、② 初級審判廳의 판결에 불복한 제2심 항소사건 및 그 결 정・명령에 불복한 항고사건 등으로 규정되었다(§19). 高等審判廳에는 廳永 1 인과 民事庭·刑事庭의 각 庭長을 두되(§§25-26), 그 관합사항은 ① 地方審判 廳의 제1심 파결에 불복하 항소사건. ② 地方審判廳의 제2심 파결에 불복하 상 고사건、③ 地方審判廳의 결정・명령에 불복한 항고사건、④ 大理院 관할에 속 하지 않는 宗室 관련 제1심사건 등으로 규정되었다(§27). 법령해석 통일의 권한 을 보유한 최고법원('最高審判衙門') 大理院에는 正卿·少卿 각 1인을 두고 民事科·刑事科를 설치하여 推丞 각 1인을 두며, 각 과에는 民事庭과 刑事庭 을 분설하여 각각 庭長을 두도록 했다(&\s33-35). 大理院의 관할사항은 ① 상소 심=종심으로서 高等審判廳의 판결에 불복한 상고사건과 그 결정ㆍ명령에 불 복한 항고사건, ② 제1심=종심으로서 법령에 의해 大理院의 특별권한에 속한 사건 등으로 규정되었다(§36). 法院編制法의 구체적 목차 및 동법이 예정한 법 원조직 편제는 아래 인용문 및 <그림 3>과 같다.

<法院編制法(1909. 12. 28[음])> 목차

제1장 審判衙門通則(§§1-13) 제2장 初級審判廳(§§14-16) 제3장 地方審判廳(§§17-24) 제 4장 高等審判廳(§§25-32) 제5장 大理院(§§33-45) 제6장 司法年度及分配事務(§§46-53) 제7 장 法庭之開閉及秩序(§§54-68) 제8장 審判衙門之用語(§§69-71) 제9장 判斷之評議及決議

^{57) &#}x27;4급3심제'에 대해서는 "독일・일본의 제도를 채택한 것으로서, 심급이 번잡하여 인민들은 불편하게 느꼈다(楊幼炯)"는 부정론과 "종전의 '6급6심제'와 비교할 때, 등급은 1/3이 줄었고 심급은 절반이 줄었다(吳祥麟)"는 긍정론이 각각 제기되었다. 李啓成(주 10), 81면.

(§§72-80) 제10장 庭丁(§§81-84) 제11장 檢察廳(§§85-105) 제12장 推事及檢察官之任用 (88106-127) 제13장 書記官及繙譯官(88128-143) 제14장 承發吏(88144-153) 제15장 法律上 之輔助(§§154-156) 제16장 司法行政之職務及監督權(§§157-163) 附則(§164)



〈그림 3〉 1909, 12 28 (음)의 法院編制法이 예정한 법원조직

VI. 맺음말

청말의 법원조직 법제 개혁은 전반적으로 일본의 그것을 모방하는 수준에 머물렀지만, 그 중에는 중국의 특수 상황을 고려한 '變通' 규정들도 적지 아니 하여. 법제의 단순이식 내지 단순모방 차원에 불과했다는 평가를 내리기에는 무리가 따른다. 상술한 大理院審判編制法의 경우 '4급3심제'의 등급은 독일을 모방한 일본의 예를 따랐지만, 각 심급별 관할내용은 중국의 舊制를 유지하였 다. 天津府屬試辦審判廳章程과 各級審判廳試辦章程도 법제의 외형은 일본의 근대적 법원편제 입법과 흡사했지만, 법제의 내용은 전통적 사법제도의 영향에 서 여전히 벗어나지 못하고 있음을 보여준다. 특히 사법개혁의 추진 방식에 있어서, 수도 근교의 '直隸-天津' 지역을 일종의 '사법특구(司法特區)'로 선택하여 제도실험을 거치는 모습은, '점에서 면으로(由點到面)' 개혁을 확대하는 중국의 전통적 '變法' 전략을 잘 드러내고 있다.

법원조직 편제의 개혁에 있어서 4급3심제의 등급구조, 민사·형사사건의 분리, 검찰제도의 도입 등은 큰 무리 없이 진행될 수 있었지만, 가장 큰 난관은 여전히 재판권을 고집하는 중앙기관(法部')과 지방세력('督撫')으로부터 비롯되었다. 무엇보다 재력·인력이 터무니없이 부족한 왕조 말기의 쇠락한 여건속에서, 하나의 '국가' 규모를 넘어서는 중국의 광활한 영역 말단까지 새로운 법원조직을 편성한다는 것은, 법전 속에서는 가능했을지 몰라도 현실('國情')속에서는 사실상 불가능한 대역사(大役事)였다. 중국에 있어서 근대적 법원조직법의 결정판이라 할 法院編制法은 일본의 裁判所構成法을 기본모델로 수용하면서도, 1급에서 4급까지 '分院·分廳'을 두도록 하고 법관 인력배치를 대폭축소하는 등 다양한 '變通' 규정들을 배려하였다. 이런 法院編制法조차 결국사문화될 수밖에 없었던 것은 바로 '사또재판'의 존속이 불가피했던 재력·인력의 한계 때문이었다.

'국가의 힘'이 이미 쇠락한 상태에서 '헌법의 힘'으로써, 더 정확히는 종이 위에 씌어진 몇 줄 글씨의 힘으로써 망국의 운명을 피해갈 수는 없었다. 청말의 '豫備立憲' 계획이 '雙十節 武昌起義'의 함성 속에 한낱 휴지조각으로 잊혀진 것도 어쩌면 역사의 필연이었다 할 것이다. 하지만, "국가는 사라졌지만 법제는 살아남았다." 辛亥革命의 발발로 帝國에서 民國으로 국가는 단절되었지만, 그 법제개혁의 성과는 새로운 공화국의 입법체계에 대체로 수용되었다('법전의 연속'). 法院編制法은 비록 당대에는 실패로 돌아갔지만, 이후 中華民國법제의 골간으로 연용 되어 상당 기간 법원조직 법제의 중추역할을 수행하게된다('暫行法院編制法'). 사법개혁을 위시한 豫備立憲 시기의 법제근대화는 노제국 청의 멸망 직전, 그 왕조의 낙일에 드리워진 '회광반조(廻光返照)'와도 같은 것이었다. 그 한줄기 '法統'이 法院編制法으로서 후대에 이어졌던 것이다.

〈참고문헌〉

「大清法律法規大全」(法律部 第3冊)

「大清法律法規大全」(吏政部 第7冊)

「大淸法律法規大全」(憲政部 第3冊)

故宮博物院明清檔案部、「清末籌備立憲檔案史料(上・下)」、中華書局、1979.

金華·汪庚年(編),「法學彙編:大淸法院編制法(京師法律學堂講義)」,北京:京師法學編輯 計,1911.

那思陸、「清代中央司法審判制度」、北京:北京大學出版社、2004.

唐進・鄭川水、「中國國家機構史」、審陽:遼寧人民出版社、1993.

戴鴻慈、「出使九國日記」、1906.

島田正郎、「淸末における近代的法典の編纂」、東京: 創文社。1980.

徐繼畬、「瀛環志略」, 1848.

徐矛,「中華民國政治制度史」,上海:上海人民出版社。1992.

石井良助,「明治文化史 2(法制)」, 東京: 原書房, 1980.

魏源、「海國圖志」、1852.

李啓成。「晚清各級審判廳研究」、北京:北京大學出版社。2004.

李貴連、「沈家本傳」、北京: 法律出版社、2000.

張培田・張華、「近現代中國審判檢察制度的演變」、北京:中國政法大學出版計。2004.

張晋藩、「中國近代社會與法制文明」、北京:中國政法大學出版社、2003.

| | , | 「中國司法制度史」, | 北京: | 人民法院出版社, | 2004 |
|--|---|------------|-----|----------|------|
|--|---|------------|-----|----------|------|

____,「中國憲法史」,長春:吉林人民出版社。2004.

張學仁・陳寧生、「二十世紀之中國憲政」、武昌: 武漢大學出版社。2002.

載澤「考察政治日記」、1908.

朱勇、「中國法制通史(第九卷: 清末・中華民國)」、北京: 法律出版計、1999、

Making Modern Judicial System

-Its Legal History in China-

Shin, Woo-cheol*

The legal modernization plan in the late Qing Dynasty followed the Japanese reformist line after the "Meiji Restoration." In the course of the "Preparing Constitutionalism (Yubei-Lixian)" since 1905, the central government made some serious legal documents concerning court organization, i.e., Law of the Judgement in the Supreme Court and its Organization(Daliyuan-Shenpan-Bianzhifa) of 1906, Official Regulations of the Model Courts in Tianjin Province(Tianjinfushu-Shiban-Shenpanting-Zhangcheng) of 1907, Official Regulations of the Model Courts in China(Geji-Shenpanting-Shiban-Zhangcheng) of 1907, and Law of Court Organization(Fayuan-Bianzhifa) of 1910. I examined these four legal documents article by article, and drew some meaningful conclusions. First, although the documents rely on the Japanese court organization laws, they have their own peculiarities to save the Chinese complex situation. Second, the central government made a regional experiment of judicial reform. Tianjin province and Dongbei province were the "special judiciary zone" at that time. Third, the Court Organization Law of 1910 failed lack of finance, nevertheless, it could be highly valued as the origin of the judicial modernization in China.

[Key Words] China, legal reform, Qing Dynasty, Preparing Constitutionalism, judicial history, judicial modernization, Law of Court Organization

^{*} Assistant Professor, Chung-Ang University