

<연구동향>

宋代 訴訟制度에 대한 연구동향

장용준*

목 차

- I. 머리말
- II. 연구동향
- III. 宋代 訴訟制度
 - 1. 司法機關
 - 2. 訴訟方式
 - 3. 訴訟原則
- IV. 맺음말

I. 머리말

宋代의 중국 사회는 중국 역사상 하나의 획기적인 시대로 평가받아 왔다. 이 시대의 변화는 정치, 경제, 사회, 문화, 언어 등 사회의 전 분야에 걸쳐서 진행되었는데, 농업 생산력의 발전을 비롯해 상업의 발달, 도시의 변화, 사회계층의 유동적인 변화는 그러한 주장들을 뒷받침하기에 충분하였다.

이러한 변화는 宋代의 법제도에서도 나타나게 되었다. 宋代는 봉건 사회 법

* 경북대학교 교육대학원 석사과정

제가 발전한 최고의 시기라고 많은 평가를 받고 있는데, 이는 이전 시기였던 唐代 법제도의 안정화된 점이 크다고 할 수 있다. 그 안정적인 바탕위에서 발전한 만큼 송대의 법제도는 비록 많은 부분에서 唐代의 법제도를 따르고 있었지만, 사회 성질이 달라지고 사회가 발전, 변화하면서 고유의 특징 또한 나타나게 되었기에 ‘唐代的 법제도를 그대로 답습한 宋代의 법제도’라고 말하기에는 많은 무리가 있는 것이 사실이다. 그리고 宋代는 그 어느 시기보다 국가가 법에 대한 관심이 높았던 시대였던 만큼 법에 대한 관심과 노력이 지대하였는데, 법의 양적인 측면과 질적인 측면에서 모두 큰 변화를 이루어냈다. 그 중 소송에 관한 제도는 경제가 발전하고 그에 따른 사회관계가 점점 복잡해지자 국가에서 빈번하고도 세밀하게 법령을 입안한 법제도 중 하나였다.

본고에서는 宋代 소송제도에 관련된 연구 동향을 정리하고, 일반적으로 소송제도와 관련한 사법기관과 소송형식 그리고 원칙에 대하여 정리해 보고자 한다.

II. 연구동향

宋代 訴訟制度에 대한 연구는 대체로 독립적인 연구로 진행된 것 보다는 중국의 사법제도를 연구하는 과정의 일부로 다루어진 것이 더 많다. 따라서 종합적이고 복잡적이라 할 수 있는데 司法機構나 審判制度, 그 외 다양한 항목들 과도 밀접하게 연관되어 구성되어 이루어졌다.

우선 郭東旭¹⁾은 立法, 行政法, 罪名法, 財政法 등의 연구를 하면서 宋代 법제에 대한 전반적인 연구를 진행하였다. 이 연구 중 訴訟法에 대한 항목에서 그는 심판 조직의 지역에 따른 구성과 소송 방식의 분류 및 원칙 등을 소개하고 있는데 매우 상세하게 분류, 열거하여 미세한 부분까지 이해를 돕고 있다.

1) 郭東旭, 『宋代法制研究』(河北大學出版社, 2000); 『宋代的訴訟之學』, 『河北學刊』 1988-02; 『宋代法制建設的新特色』, 『宋代法律與社會』(人民出版社, 2008).

특히 中央의 大理寺와 御史臺, 京歸의 開封府와 臨安府, 地方의 路, 州, 縣과 그 외 사법기관의 職權과 기능 그리고 구성에 대해서 밝히고 있다. 그리고 上訴 방법 중 하나인 越訴에 대한 설명을 한 장으로 넣어 개괄적 설명과 함께 주요내용에 대해 연구하였으며, 그 궁극적인 목적을 중앙집권을 공고히 하는 하나의 중요한 수단으로 보았다는 것에 주목할 필요가 있다. 또한 「宋代的訴訟之學」과 「宋代法制建設的新特色」에서는 宋代에 이르러 경제가 발전하면서 사람들의 사유권 관념이 심화되고 人身에 대한 권리가 확대 되면서 자신의 권익을 지키고자 하는 바람이 점점 강열해지기 시작하면서 訟師가 생겨나고 소송장을 代書하는 사람들도 생겨났다고 하였는데, 이에 따라 소송이 늘어나면서 好訟의 경향이 나타났으며 이것은 宋代 소송 활동의 활약, 사유권의 발전 그리고 상품경제의 발달을 반영하고 있다고 주장하였다.

島田正郎²⁾은 재판 제도와 조정제도에서 사법관사의 사무에 대해서 설명하고 소송의 방식과 원칙에 대해서 서술하였다. 재판은 일반 범죄에는 피해자 또는 일반인의 고발에서 비롯하고 관리의 범죄에는 감독관의 탄핵에 의해 개시되는 것을 원칙으로 하였다. 또 강도와 살인 등의 경우에는 가족이나 保 등에 고발의 의무가 있었고, 조부모와 부모를 고발하는 것은 원칙적으로 허락되지 않았지만, 어떤 범위의 친족의 범죄에는 고발의 의무를 면제했다고 하였다. 또한 재판은 不告不理의 원칙에 따라 고발, 탄핵의 범위 내에 머무르는 것이고, 斷罪에 있어서 가장 중요했던 것은 자백이라고 언급하였다. 하지만 보충 설명이 따라주지 않는 점, 기본적인 서술로 인해 소송의 걸모습만 파악할 수 있다는 점이 한계라 할 수 있을 것이다.

張晋藩³⁾은 제4편 전통사회 법률제도의 완비의 제6장 사법제도에서 소송제도에 대해서 간략하게 서술하고 있다. 그는 황제가 사법권을 강력하게 통제하기 위해 대리사와 형부 외에 궁중에 審刑院을 증설하였다고 언급하고, 지방 사법기관을 통제하기 위해 提点刑獄公事를 설치하였으며, 송은 사법관으로 儒士

2) 島田正郎, 『아시아 법사』(서경, 2000).

3) 張晋藩, 『중국법제사』(소나무, 2006); 『中華法制文明的演進』(中國政法大學出版社, 1999).

를 중용함으로써, 무관이 사법을 장악하던 상황을 바꾸었으며 이는 법률 지식을 학습하는 사회 기풍을 촉진하기도 했다고 주장하였다. 또한 그는 『中華法制文明的演進』에서 고소인의 신분과 지위는 관부가 소송을 수리하는데 있어서 중요한 영향을 주었다고 주장하기도 하였고, 兩宋시기는 토지 사유제의 발전과 민사권리주체 범위의 확대에 의해 민사 소송이 대량 발생되었으며, 이를 관부에서 중시하게 되면서 민사에 관련한 소송과정과 심판제도가 더욱 명확해지고 체계적으로 형성되었다고 주장하였다. 李交發⁴⁾은 중국 전체시기에 걸친 소송법을 연구를 하였다. 그의 저서는 상편인 제도편과 하편인 이론편으로 나뉘어 있는데 상편에서 소송기관과 기소제도의 형식과 원칙을 설명하고 있고, 그 외에 판결과 상소제도 등을 다루고 있다. 중국 전체 역사 가운데에서의 소송제도를 모두 아우르고 있기에 분량의 방대함과 다양한 사료를 근거로 하여 내용적으로 충실한 연구를 하였다. 특히 여러 사료를 잘 활용한 부가설명에 대해서도 비교적 상세한 면을 보여주며 따라서 그만큼 자세한 소송제도의 모습을 잘 보여주고 있다. 그는 소송형식을 自訴, 舉告, 自首, 官糾舉로 나누어 놓고 전 시기에 걸쳐서 비교 분석하고 있다. 또한 原則에서는 獎勵告發 懲處不告, 限制起訴 反對誣告, 禁止匿名信告發로 정해두고 이 역시 중국의 역대 왕조에 따른 법규정을 통해 살펴보았기 때문에 송대 이전, 이후와 비교하며 살펴 볼 수 있다는 점에서 매우 유용하다고 생각된다.

王雲海⁵⁾는 그의 저서에서 『長編』 『宋會要』 『通考』 등과 같은 다양한 사료를 분석하여 宋代 사법제도를 총망라 하고 있는데 그 중 소송제도를 정리하면서 소송의 방식과 그 기소방식에 관련한 국가 정책을 살펴보고 있으며 소송의 수리까지 서술하고 있다. 소송방식은 李交發과 같은 견해로 被害人自訴와 一般人告發, 犯罪人自首, 官司糾舉로 보고 있는데, 그는 기소는 소송과정의 시작으로 그 기원은 매우 일찍부터 시작되었고 唐代에 이르러 이러한 제도들이 성숙해짐을 거쳐 宋代에서 더욱 완성되어 후대에까지 매우 큰 영향을 주고 있

4) 李交發, 『中國訴訟法史』(中國檢察出版社, 2002).

5) 王雲海, 『宋代司法制度』(河南大學出版社, 1992).

다고 주장하였는데, 사료의 고증과 내용이 비교적 풍부하고 소송과 관련된 여러 제도의 시행과 사례 등에 대해서도 자세히 살펴보고 있으며 宋代에 한하여 집중적인 연구를 하였기에 한 층 더 심도 깊은 연구를 진행할 수 있었다. 傅日晶⁶⁾은 宋朝를 중국 시기에서 하나의 중요한 역사 시기로 법제건설을 중시하였다고 보면서 사법기구와 심판제도 그리고 감찰제도로 장을 나누어 살펴보고 있다. 기본적인 사법구조를 설명하고 있지만 간략한 서술에, 내용면에서 부실하고 越訴에 대한 언급을 하고 있지만, 그 내용조차도 郭東旭이 앞서 연구해 놓은 것을 요약한 것에 불과하다.

郭尙武⁷⁾는 宋代 민사법에 대하여 商人, 奴婢, 佃戶 등의 법률지위란 측면에서 연구하였는데 특히 商人에게 轉運司와 尙書省에 越訴할 수 있는 권리가 있었고, 佃戶에 대한 권리를 서술하면서 越訴에 대한 내용과 務限시기의 소송권과 월소권에 대한 내용 그리고 노비의 인신권에 대한 설명과 주장은 눈여겨 볼만한 것으로 보인다. 그는 상품경제의 발달로 인하여 상인이나 노비 등의 부류들의 민사권리나 관념이 상승되었으며, 그들은 정치, 법률상의 평등화를 이루었으며 주체적 지위를 확립, 획득했다고 보았다.

陳志英⁸⁾은 농업생산방식의 변화와 상품경제의 발전이 宋代 민사법 발전의 기초가 되었고, 전통적으로 이어져 오던 의리관념의 변화는 사상의 기초, 계급 구조의 변화는 민사 관계의 복잡화를 가져왔다고 주장하였다. 陳志英의 연구는 내용면에서 郭尙武와 많이 닮아있으나 사상과 관념들을 다루면서 좀 더 포괄적인 연구를 하였다고 볼 수 있다. 呂志興⁹⁾은 사법권의 분산과 실행에 대하여 연구하면서 소송의 과정과 규정의 엄격성에 대하여 언급하고 있다. 사법제도에 대한 개괄적인 내용을 다루고 있으며 소송제도에 대한 내용이 세밀하거나 주요 내용을 쓴 것은 아니지만 사법기관과 그 기능 그리고 여러 기본적인

6) 傅日晶, 「試論宋代司法制度的發展」, 『學術探索』 2006-06.

7) 郭尙武, 「論宋代民事立法的劃時代貢獻」, 『山西大學學報』 2005-03.

8) 陳志英, 「社會變革與宋代民事法的發展」, 『河北法學』 2006-05.

9) 呂志興, 「宋代司法中的分權與監督制度初探」, 『中央政法管理干部學院學報』 2000-03.

인 제도에 대한 전반적인 이해를 돕는 데에는 많은 도움이 되는 내용이라고 생각된다. 黃玉環¹⁰⁾은 그의 연구에서 提點刑獄公事와 審刑院, 御史臺 推勘官에 대해서 알아보면서 그 기능과 소송 안전에 대한 역할을 간략하게 언급하고 있다.

屈超立¹¹⁾은 소송제도 중에서도 上訴에 대한 연구를 하였는데 역시 사회 변혁과 생산의 발전으로 상품경제의 발전과 민사 관계의 복잡화 그리고 민사 소송이 대량으로 증가하게 되었고, 이렇게 발생한 민사 분쟁은 원활하게 해결되지 않았으며, 사회 생산과 안정에 영향을 주게 되면서 송왕조는 민사 안전의 해결이 하나의 중요한 직능이 되어 갔다고 주장하였다. 또한 상소의 원인을 관원의 불법행위나 誤判, 健訟으로 파악하고 있으며 이로 인해 민사 상소 안전의 복잡성이 증가 되었다고 보았다. 결국 민사 상소 제도는 민사 소송의 정당한 진행을 보장 하였고, 당사자의 합법적인 이익도 보장하여 상소 기회가 많아졌음을 말해준다고 하였다.

黃純艷¹²⁾는 또한 상소 제도 중 하나인 宋代의 登聞鼓 제도에 대한 연구를 내놓았는데 登聞鼓 제도의 건립과 소송인들의 구성과 과정 그리고 그 내용 등을 언급하고 있다. 그는 宋代는 登聞鼓 제도가 고도로 발전한 시기라고 밝히고, 職官制度 연구나, 국가와 사회관계 연구에 있어서 매우 중요한 가치를 지니고 있다고 주장하였다. 宋代 登聞鼓 제도는 唐代의 登聞鼓와 匭院, 양쪽 계통을 계승한 것이나 한 단계 더욱 완비되었으며 그 의의에 대해서는 관사 외에 민간 사회와 연결되는 경로로 보는 동시에 민간의 염원을 나타내는 최후의 경로라고 주장하였다.

朱勇¹³⁾은 중국 전통의 법제도는 宋代에 이르러 법률의 효력이 명확하게 발생하였으며 법제도의 발전과정 중 하나의 이정표가 되었다고 하였다. 이 연구

10) 黃玉環, 「提點刑獄公事與審刑院御史臺推勘官」, 『貴州民族學院學報』 2005-05.

11) 屈超立, 「宋代民事案件的上訴程序考述」, 『現代法學』 2003-02.

12) 黃純艷, 「宋代登聞鼓制度」, 『中州學刊』 2004-04.

13) 朱勇, 「論宋代法制文明及其歷史貢獻」, 『河北大學』 2008-03.

에서는 宋代 민사법의 발전과 宋代 입법의 진보 그리고 宋代 사법제도의 경향에 대해서 살펴보고 있는데, 3장 宋代사법제도의 문명경향에서 소송에 대한 연구를 진행하고 있다. 그는 특히 소송에 대한 내용 중에서도 월소에 대한 내용을 중점적으로 연구하고 있는데 이를 중국봉건소송사상 하나의 돌출적 변화라고 주장하였다. 그리고 월소의 주요내용을 관리들의 위법행위, 사적 권리를 침해하는 현상 발생에 대한 것이고 백성의 소송권리를 보호하고 신장시켜 주었다고 보았다. 趙旭¹⁴⁾은 宋代는 소송제도가 크게 발전한 시대로 규정하고, 그 원인을 宋代 소송과의 상관적 문제로 보았다. 그는 크게 민간 소송의 격려와 보장, 宋代 가족법의 발전, 남방지역의 多訟에 대한 정부 정책의 세 가지 관점으로 소송제도를 살펴보았는데, 민간 소송 항목에서는 다른 시대와 비교하여 발달하였던 越訴와 直訴에 대해서 설명하고 있고 가족법의 발전에서는 민간 소송에서의 제약을 중심으로, 그리고 마지막으로 남방의 多訟과 그러한 풍속의 盛行, 訟師와 訟學에 대해서도 다루고 있다.

대체적으로 일반적인 관점에서 소송제도를 바라보는 연구가 많았는데, 조금 다른 관점으로 소송제도를 살펴 볼 수 있는 연구도 존재한다. 鄭穎慧¹⁵⁾는 法官의 受理訴訟制度를 연구하였는데 이를 통해 宋代의 受理制度와 訴訟制度에 대해서 동시에 짚어내면서 宋代 법관의 受理訴訟原則에 대해서 설명하고 정책에 관해서도 소송을 받는 조건이나 규정 등을 나열하고 있다. 그 원칙을 간략히 살펴보면 우선 법관은 소속 관사에서 수리해야 하고, 越權 행위는 할 수 없고, 법관은 마땅히 소송을 親嫌回避 원칙에 따라 수리하여야 하며, 장관이 직접 判押하여야 한다고 하였다. 또한 정책에서는 소송하는 사건이 고소자 자신과 직접적인 관련이 있는 것이어야 하고, 증거가 명백해야 하며, 반드시 務限 시기 내에 수리해야 한다. 또 소장은 정해진 규격에 맞게 하여야 하며, 법관은 수리한 소송에 대해 책임을 져야 한다는 것이다. 이러한 受理訴訟制度를 살펴 보면서 宋代에 이 제도가 엄밀하게 완비되어 있음을 간접적으로 밝히고 있지

14) 趙旭, 「論宋代民間訴訟的保障與局限」, 『史學月刊』 2005-05.

15) 鄭穎慧, 「宋代法官受理訴訟制度探討」, 『南都學壇』 2003-06.

만 사회 하에서 이러한 조문은 실제상황에서 많이 벗어날 수 있다는 핵심을 찌르고 있으며, 그 위법 범죄 현상에 대해서도 고찰해야 함을 논하고 있다.

우리나라에서의 중국 宋代의 소송제도에 관한 연구는 많이 행해지지 않은 실정이다. 박영철¹⁶⁾은 宋代에 존재했던 訟師에 대한 설명 중에서 宋代는 역대의 왕조보다도 세밀하게 법령을 입안하였고 발달된 법제도를 갖고 있었지만 이러한 발달에도 불구하고 소송과 같은 일상생활에 가장 필요한 법절차는 통제되었다고 주장하였다. 그리고 江西의 健訟과 訟學의 유행을 언급하였으며 기존의 訟師와 多訟에 대해 긍정적인 면을 가졌던 기존 학계에 대해 이를 더 부각시키기 보다는 사료를 통한 재검토를 통해 宋代 소송제도에 대한 의식을 한층 심화 시켰다는 점에서 큰 의미가 있다고 할 수 있겠다. 李鐘吉¹⁷⁾은 민사법 발전 과정에 대한 검토에서 민사법의 발달을 서술하며 宋代의 소송에 대해 언급하였는데 양송시기의 소송의 복잡성과 재판에서의 증거를 말하고 있다. 하지만 추가설명이나 사료의 논증에 따른 근거를 많이 제시하지 않고 있고 그 내용 또한 간략하다고 할 수 있다.

Ⅲ. 宋代 訴訟制度

1. 司法機關

宋代의 사법기관은 唐代의 사법제도를 따랐는데, 唐五代 시기의 경험을 바탕으로 사회 발전 형세에 따른 요구에 부합하며 발전해 갔다. 소송기관은 일종의 비교적 복잡한 정황 하에서 설치되었는데, 일반적으로 중앙과 지방 소송

16) 박영철, 「訟師의 출현을 통해 본 宋代 중국의 법과 사회」, 『법사학연구』 27(한국법사학회, 2003).

17) 李鐘吉, 「中國傳統社會의 民事法發展過程에 대한 一 檢討」, 『중국사연구』 48(중국사학회, 2007).

기관에는 좌우 兩司가 설립되었고, 심문과 형의 판결하는 직능은 분리되어 있었다.

우선 중앙 소송기관은 唐代의 三司制度(大理寺, 刑部, 御史臺)를 계승하였는데 거기에 추가로 審刑院¹⁸⁾을 증설하게 되었다. 大理寺는 중앙 최고 심판 기관이지만 송 초기에는 愼刑기관으로 단지 지방에서 상주한 소송 안전에 대해 書面으로 審斷하는 일을 책임졌을 뿐, 심리 법정을 열지 않았다. 후에 神宗의 元豐改制¹⁹⁾ 이후, 심판 기능을 회복하였다. 刑部는 중앙에서 大理寺의 심판 안전을 재심리 하는 기관으로, 元豐改制 이전에는 審刑院의 설치로 인하여 사법 기능이 저하되었다. 역시 元豐改制 이후에 그 기능이 회복되었다. 審刑院은 송 초기에 설립된 하나의 안전 복심 기관으로, 송조 봉건전제통치의 강화와 황제의 사법권 강화를 목적으로 하여 大理寺와 刑部の 폐단을 방지하고자 설치된 사실상 刑部の 상급 사법기관이었으며, 재상의 통제를 받지 않는 황제 직속 기관이었다. 하지만 元豐改制 후에는 審刑院은 제거되었고 그 기능은 刑部에 다시 귀속되었다. 즉 송 초기에는 大理寺에서 심판한 모든 안전을 刑部에서 재심사한 뒤, 審刑院의 심의를 받고 나서 황제에게 올려 판결을 받았다. 宋代의 御史臺는 감찰 기능 외에, 사법기관의 감독과 중대하거나 어려운 안전의 심판권을 가지고 있었다. 御史臺의 주요 안전은 群臣犯法 안전과 法官受賂 안전을 포함한 중앙과 지방의 소송기관들이 판결하기 어려운 안전들로 이루어져 있었다. 법을 어겨 失職한 관리는 大理寺로 보내져 심판하기 이전에 먼저 御史臺의 심문을 당하게 되어 있었다.

18) 중국학계 宋代 審刑院에 관한 연구로는, 祁琛云, 「北宋前期審刑院制度述略」, 『許昌學院學報』 2007-04; 「北宋前期審刑院與宰相的司法復審權」, 『史學月刊』 2007-09; 傅禮白, 「北宋審刑院與宰相的司法權」, 『山東大學學報』 2000-02 등이 있다.

19) 元豐改制는 宋 神宗 시기의 개혁을 말하는데, 中央의 三省, 六部, 九寺五監의 職能을 회복하고 새로이 官品을 정하였으며, 三省, 樞密院, 六部, 禦史臺 등의 조례를 제정하였고, 內·外 官들의 任職을 모두 일률적으로 3년으로 정하는 등의 관계 개혁에 대한 내용이 주로 포함되어 있다. 元豐改制에 대한 연구로는, 葛桂蓮, 「論元豐改制在中國古代官制發展變化中的作用」, 『甘肅社會科學』 1996-04; 王紀風, 梅訓安, 「淺論元豐改制」, 『史學月刊』 1988-05; 祁琛雲, 「北宋前期中央司法復審體制的演變及運作」, 『求索』 2007-01 등이 있다.

그 외에 중앙의 사법 기관은 登聞鼓院, 登聞檢院, 理檢院이 있는데 이들은 宋代의 주요한 상소 기관으로 宋代 법률에서는 지방 사법 기관의 심판이 불공정하거나, 잘못된 안건 일 때 直訴가 가능하였다. 하지만 直訴는 登聞鼓院을 거쳐 檢院 그리고 理檢院으로 소송하도록 엄격하게 법률로 규정되어 있었다.

宋代 지방 소송기관은 路, 州, 縣의 三級이었다. 路는 송 太宗시기 처음으로 설치되어, 감찰과 지방의 소송기능을 갖추었으며 실제상으로 宋代 지방 최고 일급 소송기관으로 三司(轉運司,²⁰ 提點刑獄司,²¹ 提舉常平司²²) 중 提點刑獄司가 사법 소송을 담당하였고, 동시에 轉運司도 사법 기능을 가지고 있었다. 초기에는 소송기능이 상당히 국한되었으나, 이후 소송기능이 확대 되면서 형옥에 대한 일을 전담하게 되었다. 元豐改制 후 권력이 강화되고 그 범위가 확대 되었으며, 황제에 직접적으로 소속되어 각 州의 大辟(死罪) 안건은 모두 提刑司에 먼저 보고 한 후 중앙으로 보내도록 하였다. 州(府, 軍, 監)과 縣의 양급은 唐代的 제도를 계승하였다. 知州는 屬縣의 일과 縣令, 縣丞이 판결 못 하는 경우를 담당하였고, 通判은 獄訟의 판결을 맡았으며 長官의 밑에는 司理參軍과 司法參軍²³)을 두었는데, 사리참군은 안건을 조사 심문하고, 사법참군은 법을 통하여 죄를 審議하였다. 이는 宋朝의 특징인 “鞫讞分司”²⁴)의 시행이었다. 縣에는 知縣과 縣令이 있었으며 일반적인 獄訟을 담당하였다.

또한 특별히 京畿지역인 開封과 臨安에는 知府를 만들어 獄訟을 수리하게

20) 중국학계 송대 轉運司에 관한 연구로는, 屈超立, 「宋代轉運司的司法職能」, 『浙江學刊』 2003-04; 戴揚本, 「北宋初期轉運司制度的演變」, 『中華文史論叢』 2007-01; 王麗, 「北宋轉運司的設置問題探討」, 『河南大學學報』 2001-06 등이 있다.

21) 중국학계 송대 提點刑獄司에 관한 연구는, 서지영, 「宋代 提點刑獄司에 대한 연구동향」, 『법사학연구』 38(한국법사학회, 2008); 「宋代 提點刑獄司의 機能變化와 그 意味」, 『법사학연구』 40(한국법사학회, 2009) 참조.

22) 중국학계 송대 提舉常平司에 관한 연구로는, 賈玉英, 「宋代提舉常平司制度初探」, 『中國史研究』 1997-03; 宋炯, 「宋代提舉常平司的變革與財政體系的變化」, 『安徽史學』 2002-01; 徐東升, 「論宋代的監司關係—以轉運, 提點刑獄和提舉常平司爲中心」, 『江西社會科學』 2008-05 등이 있다.

23) 薛軍, 「唐代的司戶參軍事和司法參軍事」, 『法學雜誌』 1990-01 참조.

24) 이와 관련해서는 呂志興, 「宋代司法中的分權與監督制度初探」, 『中央政法管理干部學院學報』 2000-03; 王雲海, 『宋代司法制度』(河南大學出版社, 1992) 등을 참조.

하였는데, 작은 일은 처리하고 큰일은 상주하도록 하였고, 그 아래에 左·右軍 巡院²⁵⁾을 두어 심문을 맡게 하였으며 京師府 아래에는 左·右廂을 두어 소송을 다스리도록 하였다.

2. 訴訟方式

송대에는 일반적으로 피해인과 그 친속이 직접 관부에 소송을 제기하는 경우였고, 혹은 각급의 관부가 범죄를 적발하는 경우도 있었다. 송대 소송방식은 주로 自訴,²⁶⁾ 舉告,²⁷⁾ 自首,²⁸⁾ 官糾舉²⁹⁾에 의해 이루어 졌다. 우선 自訴는 고소인 자신이나 자신의 친족이 침해를 받은 것을 피해를 준 사람 혹은 그 친족을 향해 사법기관에 소송을 제기하는 것으로 가장 일반적이자 오래된 방식이다. 舉告는 피해인 혹은 그 친족 이외의 다른 사람이 범죄 사실과 범죄인을 고발하는 것으로 소송 중에서 하나의 중요한 방식이다. 宋代에는 범죄 고발을 포함한 세 가지 방식이 있었는데 自願하여 고발하는 것과 募告³⁰⁾라고 하여 관부에서 범죄를 고발한 사람에게 상을 주는 것이 있었으며, 마지막으로 관부에서 강제로 사람들에게 謀反, 謀大逆, 謀叛 등과 같은 중대 범죄에 대해서 고발케

25) 이와 관련된 연구로는, 葉春弟, 「論五代軍巡院的司法和執法職能及其特征」, 『甘肅政法成人教育學院學報』 2007-04; 賈玉英, 趙文東, 「北宋開封府管理制度研究」, 『史學月刊』 2001-06 등이 있다.

26) 중국학계 自訴와 관련된 연구는, 陳果, 「刑事自訴適用調解之反思」, 『邵陽師範高等專科學校學報』(2000. 1); 楊帆, 「自訴制度的改革與完善」, 『行政與法』(2002. 1) 등이 있다.

27) 중국학계 舉告와 관련된 연구는, 陳璽, 何炳武, 「唐代匿名告人現象的法律思考」, 『人文雜誌』 2008-03; 張裕臣, 「中國古代的信訪舉報」, 『文史博覽』 2008-09 등이 있다.

28) 중국학계 自首와 관련된 연구는, 陳覺爲, 「論古代刑法中的自首制度」, 『甘肅政法成人教育學院學報』 2001-04; 曹堅, 「唐律自首制度研究」, 『福建公安高等專科學校學報』 2000-03; 安斌, 韓俊雯, 「中國古代自首制度簡論」, 『中國人民公安大學學報』 2004-04; 趙克軍, 「試論中國古代自首制度」, 『安徽教育學院學報』 1998-02 등이 있다.

29) 官糾舉와 관련된 연구는, 練節晁, 關蘭, 「唐代起訴制度研究」, 『法商論叢』 2008-02; 鄭明珍, 「中國古代官吏的監察制度」, 『中國行政管理』 1999-03 등 참조.

30) 募告와 관련된 연구는, 金亮新, 「略論宋代政府對經濟的法律規制」, 『蘭州學刊』 2008-03; 郭東旭, 劉志剛, 「宋代經濟領域中的告賞立法」, 『河北法學』 2008-10 등 참조.

하는 것이었다. 이는 保甲內에서 사람들이 중대 범죄에 대해서 그 정황을 알면서도 고발하지 않은 경우 모두 그 죄에 연좌되게 되었는데, 특히 王安石이 保甲法을 반포한 후에는 保甲內에서 強盜나 殺人, 放火, 強姦 등의 죄가 발생했을 때에도 똑같이 적용되었다. 만약 강도 3명 이상을 숨겨주고 3일 이상 경과한 경우에는, 비록 그 이웃들이 몰랐다고 하더라도 벌을 받게 되었다.

自首는 현재의 개념과 매우 흡사한 것으로 범죄가 발각되기 전에 범죄인이 사법기관에 알리는 것으로, 솔직하게 자기 범죄 사실과 경과를 말함으로써 심판을 원하는 행위 자체를 말한다. 宋代에서는 모든 범죄가 발각되기 이전에 자수하는 경우는 그 원죄로 논하도록 하는 법률 정신을 고수하였다. 동시에 宋代에서는 자수하는 기한을 두는 제도가 있었는데, 범죄인이 범죄 후 발각 전에 자수를 하지 않았더라도 심판 과정 중 자발적으로 잘못을 시인하고 범죄 사실을 자백하면 관대하게 보아 형벌을 감경시켜 주기도 하였다. 官糾擧는 관리나 관부에서 범죄를 발견하여 소송을 제기한 것으로 관리의 擧告와 관부의 糾劾 두 형식을 포함하고 있다. 관리, 관사 상호 간에 범죄를 擧告하도록 하였는데 이는 서로를 감찰하기 위함이었다. 또한 조정에서 직접 관원을 지방의 관사에 파견하여 지역 내의 관리 범죄를 감찰하여 소송할 수 있도록 하였다.

3. 訴訟原則

宋代의 기본 소송원칙은 사법심급에 따른 소송절차라고 할 수 있다. 모든 고소는 하급관부로부터 시작해서 소송절차를 따라야 했으며, 이는 행정 계통을 유지하기 위한 목적으로 매우 엄격히 지키도록 하였기에 그것을 지키지 않은 경우에는 문책이나 벌을 받게 되었다. 또한 杖 이하의 안건은 縣에서 관할하고, 徒 이상의 중대 사건은 범죄자와 관련 서류를 州로 보내었는데, 州에서는 徒刑 이상에서 死刑에 이르는 모든 안건을 판결할 권한이 있었다. 그러나 流刑 이상의 판결을 받은 자는 刑獄을 주관하는 기관을 통해 중앙으로 보내져

재심사 받게 하였는데, 이러한 기본 원칙 외에도 소송에는 많은 원칙이 존재하였다.

1) 고발을 장려하고 고소하지 않으면 처벌하였다.

모든 강도와 살인 등의 범죄에 대해 적발하면, 피해인의 가족과 同伍가 고소하도록 하였다. 만약 가족이나 그 隣里가 (역량) 부족하여 감히 고발하지 않는 경우에는, 伍家 외에서 반드시 고발하게 하였다. 만약 고발하지 않은 경우 처벌을 받게 되었는데 가족, 隣伍는 杖60대로 처벌하였다. 宋代에는 고발하지 않은 것에 대한 처벌이 唐律에 비해서 보다 중시된 면이 보이는데 범죄 사실을 알면서 고소하지 않은 경우와 그 정황을 모르지만 형벌을 받게 되는 경우에 대한 처벌과 관리와 관사에 대한 처벌이 그것이며, 이에 대한 처벌을 특히 중시하였다.

2) 소송에 제약을 두었다.

통치계급은 전제통치를 공고히 하기 위해서 고소를 장려하는 반면, 다른 한 방면으로는 고소를 억제하는 정책을 펼쳤다. 이는 함부로 소송 하는 것을 방지하기 위함이었는데 우선 그 첫째는 친속간의 범죄 고발을 제한한 것이다. 이는 “親親相隱”³¹⁾을 말하는 것인데, 유가의 사상과 논리, 관념이 사회 깊숙이 자리 잡은 고대 중국에서는 준비가 매우 엄격하였고, 상하의 구별이 있었기 때문에 이러한 현상이 나타나게 되었다. 만약 동거자 또는 大公 이상의 친족과 그 외, 조부모, 외손, 손자의 아내, 아버지의 형제와 형제의 처가 죄를 지었을 때 서로 숨겨주었을 때에는 법률상으로도 이를 論罪하지 않았다. “親親相隱”은 唐律에

31) 중국학계 親親相隱에 관한 연구는, 馬麗霞, 「淺析我國古代的“親親相隱”制度」, 『法制與社會』 2009-07; 李永強, 「中國“親親相隱”制度探微」, 『法律文化研究』 2005-00; 石景春, 「淺析親親相隱制度」, 『知識經濟』 2008-06 등 참조

서부터 그 범위가 확대되었는데, 소공 이하로 서로 숨겨 준 때에는 일반인의 죄에서 3등을 감하도록 하였고, 일반적인 범죄의 경우에는 모두 반드시 관부에서 체포하여야 하는데 그 사건처리에 관하여 누설하거나 소식을 은밀히 전하여 숨거나 도망할 수 있도록 한 경우에도 처벌하지 않았다. 그러나 謀叛 이상의 죄를 범한 자이면 이 律을 적용하지 않았다. 또 部曲, 奴婢가 주인을 위하여 죄를 숨겨준 것은 모두 법률로 논죄하지 않았지만, 宋代에서는 매우 큰 유동성이 나타나게 되었는데 이는 통치계급의 이익을 위해서였다. 즉 謀叛 이상의 죄 이외에도, 노비가 그 주인의 범죄를 고발하는 것을 허락하였고 아울러 상까지 수여하였다.

둘째로는 身體, 年齡, 身分의 제한이 있었는데 송초기에는 고소인의 연령 제한을 팔십 이하, 열살 이상으로 하였지만 후에 고소인의 연령 상한을 칠십 이하로 낮추었으며, 신체가 중병에 걸리거나 임산한 부녀자는 고소할 수 없었다. 또 신분의 제한이 있었는데 수감된 자는 타인의 죄를 고발 할 수 없었다. 단지 獄官이 자신에게 가혹하게 한 경우에만 고발을 허락하였고 그 외의 안전에는 모두 금지 하였는데 이는 타인을 誣告³²⁾하여 모함하는 것을 방지하기 위함이었다. 그리고 고소인의 신분은 관부가 수리하는데 중요한 영향을 주었다. 宋代 사회의 구조 상, 士, 農, 工, 商, 雜의 다섯 신분이 있었는데 안전 수리의 순서는 먼저 사인, 농부, 상인, 최후에는 잡인의 순이었다.

셋째는 죄가 매우 가볍거나, 자신과 관련이 없거나, 이미 恩赦³³⁾ 받은 경우 역시 고소가 제한되었는데, 이는 남의 잘못을 폭로하는 현상을 방지하고 사회 안정을 시키기 위해서 취한 조치였다.

32) 誣告와 관련한 연구는, 姚志偉, 「清代刑事審判中的依法判決問題研究—以《刑案彙覽》의 誣告案件爲基礎」, 『社科縱橫』 2007-12; 耿戈軍, 「我國古代刑律中有關保護堤防的規定」, 『防災博覽』 2001-01 등 참조.

33) 恩赦와 관련된 연구에는, 任大熙, 「恩赦實施를 通하여 본 唐代政治」, 『大邱史學』 1990-01; 禹成政, 「唐代赦文研究」, 『北京大學』(2003) 등이 있다.

3) 上訴는 법률로 엄격히 규정되었다.

宋代에는 상소제도와 越訴에 대한 금지 제도가 법률로 엄격히 규정되어 있었다. 우선 州는 縣의 제 1급 상소기관이었는데, 만약 州 사법기관의 판결에 불복하면 법에 의거하여 계속해서 상소가 가능하였다. 일반적인 상소 원칙은 縣에서부터 시작하여 현의 판결에 불복하게 되면 다음으로 州(府, 軍, 監), 轉運司, 提點刑獄司, 尙書本部, 御史臺, 尙書省, 登聞鼓院, 登聞檢院, 理檢院, 遡車駕³⁴⁾ 순으로 진행³⁵⁾되었다. 登聞鼓³⁶⁾ 제도와 같은 경우에는 민간의 上訴, 舉告, 請願 등을 접수하였고 민간사회와 국가의 소통 경로가 되었으며 宋代에 이르러 이전 시기보다 더욱 완비되었다. 주요 소송인은 일반 백성들로 이루어졌으며 주요 내용은 각급 기관에서 안건 처리가 미비한 일들이나 정사에 관한 일, 집단 청원, 自薦 등을 수리하였다. 하지만 사실이 아닌 경우, 규정된 심급을 거치지 않은 경우, 이치에 맞지 않거나 극단적인 수단으로 쓰인 경우에는 처벌하였다.

越訴³⁷⁾는 중국 사법제도의 소송과정 중에서 엄격하게 금지되었는데, 唐律의 규정에서도 확인 할 수 있듯이 월소를 하면 처벌을 받았고 그 월소 안건을 수리한 관리 역시 처벌 받게 되어 있었다. 하지만 徽宗 이후로 조정에서는 월소 범위를 확대하게 되었는데 그 목적은 지방 관리의 폐단을 제지하고, 사회 질서

34) 중국학계의 遡車駕와 관련된 연구로는, 鞏富文, 「唐代的直訴制度」, 『法學雜誌』 1993-05; 李玉華, 「我國古代的直訴制度及其對當今社會的影響」, 『政治與法律』 2001-01; 李勝渝, 「漢唐時期直訴制度探析」, 『求索』 2008-04; 況臘生, 「淺析中國古代直訴制度」, 『法律文化研究』 2008-00 등 참조.

35) 宋代的 訴訟과 訴訟案件의 上訴절차에 관해서는, 孝宗 隆興2年(1164) “人戶訴訟, 在法, 先經所屬, 次本州, 次轉運使, 次提點刑獄司, 次尙書本部, 次御史臺, 次尙書省.”(『宋會要輯稿』刑法3, 訴訟)를 통해 알아볼 수 있다.

36) 중국학계의 登聞鼓와 관련된 연구로는, 魏天輝, 「明代登聞鼓制度」, 『廣播電視大學學報』 2009-02; 張軍勝, 「登聞鼓源流略探」, 『青海民族學院學報』 2009-03 등 참조.

37) 중국학계 송대 越訴와 관련된 연구로는, 郭東旭, 「南宋的越訴之法」, 『河北大學學報』 1988-03; 趙旭, 「論宋代民間訴訟的保障與局限」, 『史學月刊』 2005-05; 朱勇, 「論宋代法制文明及其歷史貢獻」, 『河北法學』 2008-03; 傅日晶, 「試論宋代司法制度的發展」, 『學術探索』 2006-03 등이 있다.

를 안정시키기 위함이었다.

4) 誣告와 匿名으로 고소하는 것을 금지하였다.

誣告는 범죄 사실을 날조한 허위고발이고, 다른 사람을 모함하는 의도를 가진 악질적인 행위로, 억울한 죄의 재판 사건을 조성하기 쉬울 뿐 만 아니라 사법 심판의 정상적인 진행을 방해하기도 하였다. 이러한 이유로 宋代에는 唐律과 같이 “誣告反坐”의 원칙을 계승하였으나 새롭게 보충되기도 하였다. 송초에는 무고죄의 처벌이 이전시기와 같이 엄격하였는데 北宋 후기에 이르면 民의 소송이 비록 허망된 것임이 명확하더라도 反坐하지 않았다. 또한 익명으로 고소한 것은 그 책임을 지을 수가 없고, 헛되이 소송질서를 어지럽히기 때문에 이 역시 엄중하게 금지토록 하였는데, 그 고소의 사실 여부와는 관계없이 모두 일률적으로 금지시키도록 하였다.

IV. 맺음말

처음 부분에서도 언급하였듯이, 宋代의 법률은 그 이전 시기였던 唐代의 법률과 많은 유사점을 보이지만 익히 알아온 ‘唐代의 법제도를 그대로 답습한 宋代의 법제도’ 라고 말할 수 없는 많은 변화들이 생겨났다. 사실상 많은 부분에서 唐律을 본뜨고 있지만 그 변화를 무시할 수 없는 수준이고 그 변화 또한 각 부분에서 발전적인 성질을 가지고 있었다. 그렇기에 중국의 많은 학자들은 宋代 시기를 법제도가 매우 발전한 시기로 보고 있는 것인데, 이러한 발전은 宋代의 사회, 경제, 정치에서의 새로운 변화, 발전과 무관하지 않았다. 宋代의 사법기관은 그 이전 시기의 경험과 당시 사회의 요구에 부합하여 발전, 변화되어 나가거나 설립·폐지되었고, 소송형식에서는 宋代에서 중요시 여겨던 정책에 따라 여러 가지 소송형식이 발생하고 변화되었다. 소송원칙 역시 사회와 경제

적인 발달로 인한 변화를 겪게 되었다. 따라서 宋代의 소송제도에 관한 연구는 대부분이 그 이전 시대인 唐代와 비해 어느 정도 발전, 변화 하였는지가 주를 이루고 있다고 할 수 있다. 또한 연구의 내용이 비교적 충실하고 다방면으로 살펴보고 있기 때문에 그 진척도 역시 훌륭하다고 할 수 있겠다. 하지만 연구의 대부분이 개괄적이거나 통합적으로 되어 있어서 좀 더 세밀한 연구가 요구된다. 그 예로 “親親相隱”에 있어서 그 고소에 대한 엄격한 제한이 있었지만 宋代에는 예외라고 할 수 있었는데, 상품경제의 발달로 인한 사유권 관념이 나날이 심화되어 동거인들 간의 爭訟이 점점 증가하였다는 사실이 바로 그것이다. 대부분의 연구에서는 이러한 점이 지적되지 않고, 그저 唐律과 같았다는 설명으로 넘어가는 부분이 많은 것이 사실이다. 또한 월소에 대해서도 월소는 그저 엄격하게 금지된 것으로 설명하고 있는 경우가 그렇지 않은 경우보다 더 많은 실정이다. 따라서 지금까지의 소송제도에 대한 충분한 파악과 설명을 토대로 소송제도라는 큰 개념을 이루고 있는 세밀한 요소들에 대해서 좀 더 자세하고 많은 연구가 진행되어야 할 것이다.