

明清中國의 民事裁判의 實態와 性格

데라다 히로아키(寺田 浩明)*

※번역 文竣暎**

목 차

- I. 民事裁判이 접하는 위치
 - 1. 사회 속에서의 위치
 - 2. 官民의 해결논리의 동일성
 - 3. 국가재판제도 속에서의 위치
 - II. 民事裁判의 사료
 - 1. 判語
 - 2. 州縣檔案
 - 3. 抄招給帖
 - III. 民事裁判의 전개과정
 - 1. 재판 전개의 일례
 - 2. 문서의 형태
 - 3. 재판절차에서 보이는 특징들
 - IV. 民事裁判의 성격규정
 - 1. 1996년의 가마쿠라 학회
 - 2. 민사재판의 규범적 구조
 - 3. 민사법의 문제
- <부록> 본문에 소개된 재판문서의 텍스트 (譯者)

[국문 요약]

본고는 조선, 명청대 중국, 도쿠가와 일본의 민사재판의 비교 연구에 기여하고자 중국에 대하여 민사재판의 제도상 위치, 사료의 현황, 재판문서를 통해 알 수 있는 절차적 특징, 민사재판의 규범적 기초의 네 가지 주제를 논한다.

제1장에서는 ① 인민들이 상당수의 민사분쟁을 국가로 가져오고 있었다는 것, ② 국가재판의 성격은 민간분쟁해결의 성격과 큰 차이가 없으며, 어느 쪽이나 법에 기초한 객관적 권리

* 日本 京都大學大學院 法學研究科, 교수

** 부산대학교 법학전문대학원, 교수

의 실현이라기보다 최적의 互讓의 정도를 권위적으로 教諭하거나, 호양의 정신을 모르는 자를 징계하는 것을 목적으로 하고 있었다는 것, 그리고 ③ 국가재판제도 속에는 중대한 형벌을 필요로 하지 않고 州縣長官에게 일임 가능한 '細事'로서 자리매김 되고 있었음을 보여주었다. 제2장에서는 민사재판관계 사료로서 다양한 지방관이 내린 판결을 모은 判語라는 장르의 서책, 몇몇 주현이문에 남아있는 재판 시의 원문인 州縣檔案 및 당사자의 요청에 따라 발급된 그 등본인 抄招給帖의 3종류를 소개하였다. 제3장에서는 주현당안의 일건문서의 구성을 보여주고 특징적인 문서를 소개하는 한편, 문서연구를 통하여 감지되는 몇 가지 절차적 특징을 지적하였다. 제4장에서는 민사재판의 성격규정을 둘러싼 필립 황 교수와 시가 슈조(滋賀秀三) 교수의 논쟁을 소개한 후, 당시의 민사재판을 성립시키고 있던 사회규범의 특징에 대하여 논하였다. 제3장과 제4장을 통해 전통중국의 민사재판의 성격에 관하여 다음의 점이 분명해졌다. ① 명청시대의 민사재판은 일반적인 규칙(rule)을 개별사안에 적용하는 서양식 방식으로 운영되지 않는다. 오히려 그들이 찾고 구하고 있던 것은 무한하게 다른 개별사안 하나하나에 관한 '天下의 公論'이고, 그것은 1회 1회의 재판마다 참가자 전원에 의해 발견된다고 생각되고 있었다. ② 개별주의적 재판에서는 일체의 사실이 논거로서 제출될 수 있기 때문에 분쟁해결은 착안할만한 사실의 취사선택이라는 형태로 행해졌다. 재판관은 양당사자가 공유 가능한 事件像(사건에 관한 공식 스토리)의 형성을 지향하였고, 또한 공유사건상이 확립되면 그것으로 쟁점이 해소되고 분쟁도 해결되었다. ③ 전통중국의 재판은 사회 속에 있는 규칙성(翫律) 중 몇 개를 선별하여 그것을 제도적인 민사법으로 고양시키는 기능을 갖지 않았다. 민사법의 존재형태를 논하는 때에는 눈을 재판 바깥으로 향하는 것이 필요하다.

[주제어] 明清中國, 民事裁判, 規則(rule), 天下의 公論, 個別主義

I. 民事裁判이 점하는 위치

1. 사회 속에서의 위치

前近代 中國에서 家는 부친의 통솔 아래 가족원이 共産的으로 살아가는 생활공동체이고, 兄弟均分의 家産分割制度 아래에서 대개 세대가 교대할 때마다 형제 각각이 새로운 부친역이 되는 소규모 家들로의 분할을 반복하였다. 생활기반을 세분화하는 이상, 어느 家의 경제적 기초도 일단은 위험해진다. 몰락하는 家가 있으면 상승하는 家도 있고 그러는 가운데 토지는 격심하게 매매된다. 또한 몰락하는 쪽의 대다수는 소작인 일가로서 살아하게 되는데, 지주소작관계 역시 계약으로 체결되었다. 하나의 家가 세대를 초월하여

존속하는 것이 보증되지 않는 이상, 근린의 家들 사이에 초세대적인 상호원조관계를 설정하는 자연적 공동체도 안정적으로는 만들어지지 않는다. 거기에서는 생활에 필요한 상호원조도 家들 사이에서 그때그때 이루어지는 계약적 결합에 의해 조절되었다. 전근대 중국은 당시의 세계에서는 뛰어난 契約社會였다.¹⁾

치열한 경쟁사회인 이상, 매일 매일의 충돌은 불가피하다. 분쟁해결은 다른 사회와 마찬가지로 우선은 중간에 끼어든 근처의 제3자에 의한 다툼의 仲裁(調停)라는 형태를 취했다. 그러나 이 상황에서 전통중국의 자연적 집단이 갖는 통제력은 같은 시기 일본의 촌락 등에 비해 매우 약하다. 조정 내용에 불만인 당사자는 거리낌 없이 조정주체의 불공평을 주장하며 사안을 더 넓은 장소, 더 높은 권위 아래로 갖고 갔다. 이러한 행위를 ‘投한다’고 일컫는다. ‘投하는 상대는 계약의 이행을 둘러싼 문제의 경우에는 계약의 중개인[中人](알선자 겸 입회인)이 많고, 양당사자가 같은 宗族團體나 같은 同鄉同業團體에 소속되어 있는 경우에는 그 長(族長과 耆老)에 ‘投하는 경우가 많다.

종래에는 이 중에서도 특히 종족이 가진 분쟁해결기능을 매우 중시하여, 마치 종족이 국가를 대신하여 거의 모든 분쟁을 그 내부에서 해결하고 있던(국가는 그 내부에 손을 뻗칠 수가 없었던) 것처럼 논하는 논의가 이루어진 적이 있다.²⁾ 종족이 행실이 나쁜 구성원을 死刑에 처한 사료조차 남아 있기 때문에 때로는 강한 통제력을 가진 종족이 존재하였음은 부정할 수 없다.³⁾ 그러나 첫째, 강한 종족결합을 볼 수 있는 것은 중국에서도 일부 지역에 한정된다. 아무래도 전국의 사법제도를 그러한 구도의 형상으로 포괄할 수 없다.⁴⁾ 둘째, 국가는 종족이 족내 분쟁을 적극적으로 해결하는 것은 환영했으

1) 전통중국사회의 존재양태와 거기에서 소송이 점하는 위치에 대하여는 寺田浩明, 「權利と冤抑—清代聽訟世界の全体像」, 『法學』 61-5(東北大學法學會, 1997).

2) 법제사 분야에서는, Sybille Van der Sprenkel, *Legal institutions in Manchu China: a sociological analysis* (The Athlone Press, 1962)가 대표적인 연구이다.

3) 종족이 사형을 수반하는 재판을 행하고 있었음을 보여주는 사료의 예와 그에 대한 국가의 태도 그리고 그 결과로서 종족의 재판이 국가재판제도 속에서 점하는 위치에 관해서는 滋賀秀三, 「刑案に現れた宗族の私的制裁としての殺害—國法のそれへの對處」, 『清代中國の法と裁判』(創文社, 1984).

4) 그것은 종족이 아니라 鄉約과 保甲制를 취한 경우에도 마찬가지다. 또한 지방관과 인민 사이에 전국일률의 半官半民의 자치조직이 만들어져서 일정범위의 사법사무를 제도적으로 담당하게 한 유일

나, 그것의 형벌권은 명확하게 부정했다(말각된 경우에 단순한 린치 살인사건으로서 처리했다). 보통 종족이 내릴 수 있는 형벌의 최고한도는 제명처분이었다. 그것이 어느 정도의 통제력을 가질지는 종족이 주는 편익에 달려 있었고, 다룰 이익이 더 많으면 사람들은 제명당하는 것을 두려워하지 않는다.

결국 종족까지 포함하여 사안을 토했던 곳이 제시하는 판단에 납득이 가지 않는 경우는 당사자는 사안을 더 넓은 곳, 더 높은 권위 아래로 들고 가서 판단을 구하는 일을 반복했다. 국가로의 소송제기는 그러한 움직임의 맨 끝에 자리 잡고 있었다.

국가에 대한 호소는 원칙적으로 말단 행정구획인 州·縣의 장관에게 訴狀을 제출하는 방식으로 행해졌다. 청대의 주·현의 수는 1500~1600개 정도이고, 청대 중엽의 인구는 3~4억 명이었으므로, 한 명의 지방장관이 20만 명, 4만호 정도를 담당한다. 4, 5, 6, 7월의 농번기를 제외한 나머지 여덟 달에서 예를 들어, 끝에 3이 붙거나 8이 붙는 날 등의 형태로 한 달에 6일 정도 소장을 수리하는 定例日이 설정되고, 그 날이 되면 州縣衙門의 창구가 열리고 인민들이 소장을 갖고 줄을 섰다. 평균 한 정례일마다 2백매, 연간 1만매 정도의 소장이 제출되었다고 한다.

그러나 나중에 보는 바와 같이 당시의 소장은 소송제기 시 1매만 제출하는 것이 아니라 소송의 진행에 맞추어 양쪽 당사자가 몇 통이든 제출하는 것이었다. 사안 1건에 대해 10매라고 생각하면, 새로운 수리 안건의 수는 소장수의 10분의 1정도, 즉 연간 1000건 정도로 추산된다. 그것이 많은 수인지 적은 수인지 일반적으로 논하기는 어려우나 안건 수가 1000건이라는 것은 매년 최저 1000호의 원고의 家와 1000호의 피고의 家가 생긴다는 말이다. 앞에서 본 주·현의 인구수를 감안하면, 어느 家든 20년에 한 번은 원고의 家 또는 피고의 家로서 송사에 휘말리는 셈이 된다. 소송이 상당히 민중에 친숙하였음은 확실하다.⁵⁾

한 역사적 예외로서 明代初期의 里甲制·老人制가 있으나, 그것 역시 머지않아 기능하지 않게 되었다.

5) 소송빈도의 추산에 대해서는 夫馬進, 「明清時代の訟師と訴訟制度」, 梅原郁 編, 『中國近世の法制と社會』(京都大學人文科學研究所, 1993).

2. 官民의 해결논리의 동일성

그러나 사람들이 民間調停에 만족하지 않고 국가재판에 호소했다 하더라도 그 둘 사이에 우리가 생각하는 것처럼 질적인 차이가 있었다(예를 들면 재판이 되면 바로 그 때 ‘法的’인 것으로 된다)고 생각해서는 안 된다.

전통중국의 분쟁해결의 특징을 한마디로 말하면 個別主義라는 것이다. 계약사회인 이상 거기에도 예를 들어 가족재산의 분배와 귀속, 토지재산의 소유와 이용을 둘러싸고 일정한 규범적인 공유틀(상식적인 의미에서의 ‘민사법’ 이에 대해서는 후술한다)이 있고, 그것에 의거한 이익주장은 당연히 존중된다. 그러나 零細化가 어느 家에게나 기다리고 있는 운명인 이상, 치열한 경쟁사회 속에서 곤궁한 어느 家가 그 생존을 위하여 행하는 다종다양한 억지 덕을 노리고 하는 사실적인 주장 역시 완전히 무시하기는 어렵다.

결국 민간해결과 국가재판을 불문하고 거기에서 긴요하게 행해진 것은, 강자와 약자 각각이 안고 있는 사정과 나름의 주장을 우선은 전부 정면에서 청취한 위에 공정한 입장에서 그것들 각각의 무게를 적절하게 평가하여 ‘응분의 것’을 주고 全員의 共存共榮을 실현하는 것이었다. 당시 사람들은 그러한 해결을 ‘天理’에도, ‘人情’에도 맞는 해결책, 혹은 양자를 축약하여 ‘情理’에 맞는 해결책이라고 불렀다. 당연히 천리는 하나일지라도 人情(여기서는 살아있는 몸을 가진 구체적인 인간이 품고 있는 사정과 심정 모두를 가리킨다)의 측면은 사안마다 다른 이상, 情理에 맞는 해결의 내실도 사안에 따라 무한히 달라진다.⁶⁾

이 情理에 맞는 해결, 관계당사자가 안고 있는 모든 사정을 감안한 위에

6) 참고로, 천리와 인정이란 말 각각이 무엇을 가리키는지에 대해서는 滋賀秀三, 「民事的法源の概括的檢討—情·理·法」(滋賀秀三, 앞의 책)이 상세히 검토하고 있다. 다만 이 논문 자체가 그 말미에서 “당사자와 재판관 사이의 말하자면 밀고 당기는 문답을 통하여 정리가 낙착하는 곳이 정해졌다는 것이다”(같은 책, 292면)라고 서술하고 있는 바와 같이, 열거되는 여러 요소의 총합적인 앙상블로서의 情理의 내실이 어떻게 되는지는 분쟁의 전개에 따라 다양각색이 된다. 다른 문명의 제도에 대응시켜, 개별판결의 배후에 있는 것을 부르기 위해 편의적으로 ‘法源’이란 용어를 쓴다 하더라도, 오늘날 우리의 재판이 일반적인 규칙(rule)에서 개별적 판결을 논리적으로 도출하는 것과 같은 방식으로, 情理라는 말에서 어떤 구체적인 결론이 도출될 수 있는 것도, 도출되고 있던 것도 아니라는 데 주의가 필요하다.

공존공영을 실현한다는 이념은 민중의 일상적인 교섭을 지탱하는 원리이기도 했다. 욕심도 있으나 그 대신에 조그만 동정심도 갖고 있는 인간들끼리 서로 치열하게 이익주장을 하면서도 동시에 상대방의 처지를 배려할 수 있는 범위에서 양보를 하기도 한다. 그러한 ‘밀치락달치락’을 통해 양쪽이 받아들일 수 있는 情理에 부합하는 적절한 균형선을 자신들의 힘으로 찾아내고 자생적으로 평화공존 상태를 만들어내는 것이 여기에 내포된 秩序形成의 理想型이며, 실제 대부분의 일상생활은 그러한 방식으로 평온하게 계속 돌아가고 있었다. 그것이 ‘無訟’의 상태이다. 그러나 당사자 양쪽 모두가 최종균형점에 대한 자기 나름의 어림짐작을 고집하고(또는 자기의 판단의 ‘올바름’에 확신을 갖고), 더 이상 양보하는 것을 멈추면 충돌을 피할 수 없다. 자신은 이미 충분히 양보하고 있음에도 왜 상대방은 양보하려 하지 않는가? 묵묵히 행해지고 있던 밀고 당기기가 이제 공공연한 말다툼으로 발전하고 때로는 거기에 폭력이 더해진다. 그것이 여기에서의 분쟁이다.

여기에서 분쟁은 그러한 형태로 일어났다. 더 정확하게 말하면, 상대와 분규가 발생한 경우 사람들은 일어나고 있는 일을 이러한 理解의 틀에 따라 정리하고 대처하였다. 따라서 단순한 경제적 이해관계를 둘러싼 분쟁도 여기에서는 금세 상대방의 強欲함에 대한 인격적 비난으로 이어지게 되며, 국가에 대한 소송 역시 상대방의 거리낌을 모르는 暴虐스런 행동거지(欺壓)를 고발하고 그로 인해 자신이 겪고 있는 고충(冤抑)을 이것저것 열심히 말하고 ‘이런 일이 방임되고 있으면 無法 無天입니다’라고 하며 결백하고 공정한 재판관(青天大老爺)인 국가가 하늘을 대신하여 기압하는 무리를 징치하고 자신의 원억을 펴줄 것을 요구하는 작업으로 구성되었다.

그러나 당연히 상대방도 상대방 나름의 사정과 할 말이 있다. 요구되는 것은 모든 사정을 감안한 다음의 종합적인 판단이다. 전체를 공평하게 바라보면, 상대방이 더 이상 용서가 안 된다고 말하고 있는 사람에게 참을성이 부족한 것일 뿐인지도 모른다. 이치를 내세워 끝까지 따지는 것에서는 해답이 나오지 않는다. 그 해답 도출이 어렵다는 것이 사람들에게 더 공정하고 더 식견이 있는 판단주체를 요구하게 하고, 그러한 움직임의 끝에서 국가의 재

판이 나타난다. 거기서 요구되는 것은 권위의 높음이기는 하나 요구되는 판단의 내용은 관민 어느 쪽이든 달라지지 않는다.

3. 국가재판제도 속에서의 위치

위와 같았기 때문에 국가재판제도 속에 우리가 생각하는 것과 같은 민사소송(私權을 둘러싼 분쟁에 대한 제3자적 判定)과 형사소송(범죄자에 국가가 형벌을 가하는 것을 둘러싼 司法的判斷)의 두 기둥으로서 병존하는 형태의 구별이 나타나는 것도 아니다.

본래 여기에서는 訴 자체가 공평한 제3자인 재판관 앞에서 상대방과 다투고 그 시비의 최종적 판정을 재판관에게 요구하는 것으로서가 아니라, 오히려 官을 향해 상대방의 互讓義務의 위반을 일방적으로 고발하고 官에게 그에 대한 대처를 요구하는 행위로서 구성되고 있었다. 전체적인 구도는 오늘날 우리의 형사고소에 가깝다.⁷⁾ 게다가 官에 대한 대처요구에서도, 경제적 침해의 복구요구와 상대의 행동거지에 대한 징계요구가 사실상으로도, 관념상으로도 일체를 이루고 있고, 관의 裁定*에서는 그 두 가지가 동시에 해결된다. 재산분쟁의 해결을 주된 내용으로 하는 재판에서도 필요에 따라 경미한 체벌이 가해지며, 살인범에게 사형을 내리는 것으로 끝나는 재판에서도 원인이 된 재산분쟁이 있으면 그 해결방법에 관한 지시가 동시에 이루어지기

7) 거꾸로, 여기에서는 우리가 형사안건으로 생각하는 것(예를 들어 살인사건)의 대부분도 피해자(살인의 경우 피해자의 친족)의 호소(사건의 보고와 피해신고)의 제출, 살인사건에 관하여는 검험의 청원으로 시작하고, 그 호소도 민사소송의 경우와 동일한 양식의 용지(狀式紙)를 사용하여 행해졌다. 물론 풍문에 근거하여 관헌 주도로 수사를 개시하거나 범인을 체포하는 것(訪聞, 訪拿)도 가능하고 때때로 그러한 예도 있으나, 관측에서 민간을 소란스럽게 만드는 것은 일반적으로는 기피되고 있었다.

* 譯者 주. 필자의 일본어원문상의 ‘裁き’(사바키)를 번역문에서는 ‘裁定’으로 옮겼다. 필자는, 시가 슈조와 마찬가지로 청대중국의 관헌이 안건에 대하여 내리는 결정이 진정한 의미의 또는 오늘날 우리가 생각하는 ‘재판’이나 ‘판결’로서 성격규정하기 곤란하다고 본다. 따라서 필자는 개념 혼선을 피하기 위하여 다른 글에서는 ‘재판’이란 용어 대신에 의도적으로 ‘裁き’라는 용어를 쓰기도 하였다(예를 들어, 필자의 주 1의 논문). 이 점을 참고하여 ‘裁き’를 ‘재정’으로 옮겼다. 그러나 이 글에서 필자는 ‘재판’을 굳이 엄밀한 의미로 사용하고 있지는 않으므로, ‘재정’이라고 하여 ‘재판’과 특별히 구별되는 뜻을 가진 것은 아니다.

도 한다. 그러한 모든 호소가 그 창구인 州縣官 아래로 가져와져서⁸⁾ 황제 관료제의 손에 의해 처리되었다.

그렇다고 소송제도 속에 대략 어떤 절차적인 분류도 없었는가 하면 그런 것도 아니다. 동일한 민형사 일체형의 재정이라 하더라도 재정의 중점이 두어지는 방식에는 분명히 다음의 두 종류가 있었다. 첫째는, 다툼을 (서로 피차일반인) 당사자 사이의 이해대립으로 보고 재정의 주요목적은 반성과 양보를 통한 화해의 실현에 두는 것이다. 둘째는, 일방당사자가 행한 행위를 명료한 惡事(자기의 욕심을 채우기 위해 상대를 상해하거나 죽이거나 상대의 물건을 훔치거나 빼앗거나 하는 것)로 보고 재정의 주요 목적을 그것에 대한 징계(형벌의 결정과 실행)에 두는 것이다. 당시의 사료에 나타나는 ‘聽訟’과 ‘斷罪’라는 호칭은 대체로 이러한 구분에 대응한다.⁹⁾ 그리고 당사자들이 적당한 곳에서 타협하여 처음부터 소송을 일으키지 않는 것(無訟)이 최상이라고 말해지는 이상, 재정도 당연히 가능하면 청송형의 해결방법이 바람직하다고 말해지고도 있었다. 그렇게 해서 끝나면 국가에게 그 사안은 ‘細事’가 된다. 그리고 분쟁을 어느 방법으로 처리할지에 따라 재판에 요구되는 절차도 달라진다.

우선 戶婚田土의 안건으로 불리는 경제적 이해다툼을 중심으로 하는 사안의 대부분은, 그것들을 직접 수리한 주현관 본인의 손에 의해 聽訟型으로 처리된다. 또한 폭행사안이나 무고사안 등과 같이 일견 형사적 성격이 강하고 律에도 도형 이상의 중형이 기재되어 있어서 斷罪型으로 처리 가능한 사안 일지라도, 그것을 수리한 주현관이 가해자의 悔悟自新, 그에 기초한 당사자 간의 화해를 잘 이끌어낸 경우에는 가해자에게 가벼운 책벌을 가하는 것만으로 처리해 버리는 경우(현대식 말하면 ‘기소유예처분’을 하는 경우)도 자주 볼 수 있다.¹⁰⁾ 국가도 당사자가 그 재정에 납득하여 쟁송을 그만둔 경우에는

8) 《大清律例》刑律·訴訟·越訴：“凡軍民詞訟，皆須自下而上陳告。若越本管官司，輒赴上司稱訴者，(即實)亦答五十。(須本管官司不受理，或受理而虧枉者，方赴上司陳告)……。”

9) 예를 들어, 汪輝祖의 『學治臆說』에서 연속하는 두 항목 「姻族互訐毋輕答撻」, 「犯兇橫仍宜究懲」은 이러한 대비를 잘 보여준다.

10) 中村茂夫, 「清代の判語に見られる法の適用—特に誣告, 威逼人致死をめぐる—」, 『法政理論』9-1(新潟大學法學會, 1976).

당해 주현관의 선에서 사안 일체를 결착하는 것을 허용하고 있었다.

물론 청송형 재정이란 당사자가 주현관의 판결내용과 소송지휘에 납득할 수 없는 경우에는 당해 주현관이 불공평함을 이것저것 들어 말하며 더 위의上司 아래로 사안을 갖고 가는 것(上控), 마지막에는 황제에게 호소하는 것(京控)까지도 허용되고 있었다. 다만 해결책에 만족하지 않는 경우 당사자가 사안을 더 높은 권위 아래로 가져가는 반면, 단계의 어느 곳에서 화해가 성립하면 거기서 분쟁해결의 프로세스 전체도 끝난다는 재정의 존재양태는 이미 민간조정 단계부터 존재하며, 위와 같은 전개는 그러한 구도가 국가재판제도 속까지 깊숙이 들어간 상태로 볼 수 있다. 또한 재정하는 측의 권위의 존재양태를 보더라도 청송에서 주현관은 민간사회의 권위서열에서 더 높은 곳에 위치한 사회적 권위자(大人·士大夫)로 자리매김 되며, 황제는 그러한 권위서열의 최상위자로서 우러러보아지고 있었다. 여기에서는 제도가 기본적으로 당사자의 시선에 따라 ‘아래로부터’ 구성되고 있다.

그에 반하여, 단죄형 재정이 되는 경우 상황이 일변하여 국가의 중앙 쪽, 즉 ‘위로부터’의 통제요소가 주·현 재판 안에도 들어오게 된다. 먼저 첫째, 주현관이 심리한 결과 이 사안은 범인에게 도형 이상의 형벌을 가하는 형태로 수습할 수밖에 없다고 판단하면, 일순 행형권한의 문제가 부상하게 된다. 국가관료제의 말단에 위치한 주현관에게는 태·장·도·유·사의 오형 중 태·장형의 결정 집행권한밖에 주어지지 않았다. 도형을 부과하기 위해서는 省의 장관인 督撫의 결재가, 유형을 부과하기 위해서는 중앙의 刑部의 동의가, 사형을 부과하기 위해서는 황제 본인의 결재가 필요하였다. 이와 같이 도형 이상의 본격적인 형벌이 필요한 사안(重案)에서는 주현관은 刑罰原案 書를 작성하는 것까지만 할 수 있고, 사안은 국가관료제 기구를 통하여 覆審을 반복하면서 결재권자에까지 올라가게 된다.

둘째, 무엇을 청송형으로 처리하고 무엇을 단죄형으로 처리할지는 전술한 바와 같이 사안을 수리한 주현관이 當事者社會와 대화를 계속하면서 결정해나가는 것이 원칙이자 또 보통의 상태이기도 했으나, 사안이 ‘命案’(사망이 엮힌 사건)이나 ‘盜案’(주요하게는 강도사건)의 경우에 한해서는 ‘사안이 風

化에 관계되기 때문에 국가에 의해 처음부터 단죄형 처리가 의무화되어 있었다.¹¹⁾ 주현관은 命案·盜案에 접한 경우 형벌이 태장형에 해당하는 케이스까지 포함하여 신속하게 상사에게 사안발생을 보고하고, 심리를 마친 후에는 判決原案을 상신하여 상사의 결재를 양청해야 했다.

이와 같이 단죄형 처리로 가게 된 순간, 재판의 최종 판단주체는 황제와 刑部·督撫가 되며, 주현관은 자신의 식견에 근거하여 당사자사회에게서 권위를 부여받는 유덕한 大人(사대부)로서보다도 오히려 상사가 행할 최종판단을 위해 사전 준비를 하는 관료제의 말단직원에 가까운 존재가 된다. 그리고 그 차이에 대응하여 재판진행방식에도 가지각색의 차이가 나타나게 된다(가장 큰 차이가 擬律의 필요 여부이다).¹²⁾

재판제도 속에서 주현관은 이러한 양면성을 가지고 있었다. 또는 주현의 법정은 이러한 아래로부터의 벡터와 위로부터의 벡터가 맞부딪치는 최초의 장소, 심리를 통해 그 중 어느 절차로 진행할지가 선택되는 장소였다. 커다란 구분 경계는 민과 관 사이보다는 오히려 이러한 재정의 두 스타일 사이에 존재한다. 본고는 민사재판에 관한 것이므로 오로지 聽訟을 논할 것이다.

II. 民事裁判의 史料

1. 判語

명청시대 민사재판의 양태를 전해주는 제일의 사료는 判語이다. 판어란 지방장관 경험자가 자신이 관여한 재판의 기록과 직접 내린 재정의 문장을

11) 이하의 절차구성의 전체를 짚막하게 보여주는 사료로서, 嘉慶, 《欽定大清會典》卷四二 “戶婚田土之案, 皆令正印官理焉. 罪至徒者, 則達於上司以聽覈. 若命案若盜案, 得報即通詳, 獄成則解上司, 以審轉. 總督若巡撫審勘乃具題焉”을 참고할 것.

12) 다만, 단죄형 재판을 전체적으로 보면 그 본질은 개별주의적이라는 것 그리고 거기서 실정법과 판례의 역할에 대해서는, 寺田浩明, 「裁判制度における「基礎付け」と「事例参照」-傳統中國法を手掛かりとして」, 『法學論叢』 172-4·5·6(京都大學法學會, 2013).

모아서 만든 개인문집이다. 드물게 재판사안 전체에 대하여 이야기풍으로 다시 쓴 서책도 있으나, 압도적인 다수는 실제로 재정에서 자신이 내린 裁斷의 언사(‘判’(堂諭)와 ‘批’)의 부분만을 그대로 수록한 것이다.

일본학계에서 1980년대부터 활발하게 이용되기 시작하였고 금세기가 되고나서 중국에서도 관심이 높아져서 楊一凡·徐立志 編, 『歷代判例判牘』(北京: 中國社會科學出版社, 2005, 全12冊, 46種)을 필두로 다수의 사료집성이 간행되고 있다.

판어에 관한 선구적인 해설로는 森田成滿, 『清代の判語』(滋賀秀三 編, 『中國法制史-基本資料の研究』, 東京大學出版會, 1993)가 있고, 현시점에서 이용가능한 명청시대의 거의 모든 판어 189종(명대 55종, 청대 134종)에 대하여 상세한 서지학적 해설(選者, 내용목록, 소장기관명, 판본)을 제공하고 있는 것으로 三木聰·山本英史·高橋芳郎 編, 『傳統中國判牘資料目錄』(汲古書院, 2010, 총 213면)이 있다.

다종다양한 판어가 있는 만큼 대상이 되는 지역·시대도 매우 광범위하다. 대부분은 주현 레벨의 것이나 府 레벨의 판어도 존재한다. 게다가 이미 활자화 되어 있어서 읽기 쉽다. 현대의 연구자가 대량 관찰에 근거하여 당시 사람들이 가족법과 토지법 분야에서 일반적으로 어떤 이치에 따라 사안을 생각하고 있었는가 하는 개요를 파악하려는 경우에는 매우 도움이 되는 사료라 할 수 있다.

그러나 반대로, 원칙적으로 지방관의 ‘判’과 ‘批’의 문장만이 수록되어 있기 때문에 거기에서 사안의 전모와 재판절차의 양태를 살펴보기는 어렵다. 또한 판어의 대부분은 재판사무를 좋아하고 잘하는 사람이 자기의 업적을 기념하기 위해 편찬 간행한 것이다. 아무래도 그 수록내용은 ‘明判決’에 편중되어 있다. 그것이 일상업무의 전체상, 청송의 평균적인 모습을 어디까지 반영하고 있는지는 알 수 없다.

2. 州縣檔案

주현에서의 재판은 당사자의 소장제출부터 시작하여 지방관에 의한 관계

자의 소환, 법정에서의 심문, 출정자에 의한 遵依甘結狀(판결수락서약서)의 제출에 이르기까지 방대한 문서를 수반하며 진행되며, 그 문서들은 1건의 사안마다 최초의 소장 다음에 관련 문서를 시계열적으로 차례로 이어 붙이고 그 전체를 사건명을 기재한 큰 포장지로 싸는 방식으로 보관되어 사안종결 후에도 주현이문에 보존되었다. 그것이 주현당안이다. 이를 이용하면 재판에서 실제로 무슨 일이 행해졌는지 그 개요를 상당히 정밀하게 복원할 수 있다.

가장 선구적인 활용례는 타이완의 淡水廳, 나중에 新竹縣에 소장된 《淡新檔案》이다. 일본의 식민지당국이 접수한 것이 독립 후 대만대학의 戴炎輝 교수의 손에 의해 정성스럽게 정리되고 워싱턴대학의 복스바움 교수의 도움을 받아 마이크로필름 형태로 세계 학계의 이용에 제공됨으로써 이후 주현당안을 이용한 민사재판연구의 기초를 만들었다.¹³⁾ 그 후 그 전문을 활자화하여 수록한 자료집이 간행되었고, 현재는 대만대학 도서관의 웹사이트에서 당안 현물 전체가 컬러사진과 그 錄文이 세트를 이룬 형태로 무료 공개되고 있다.¹⁴⁾

중국대륙에서도 《寶坻縣檔案》(直隸順天府), 《太湖廳檔案》(江蘇省), 《巴縣檔案》(四川省), 《黃岩訴訟檔案》(浙江省), 《冕寧縣檔案》(四川省), 《南部縣正堂清全宗檔案》(四川省), 《龍泉司法檔案》(浙江省) 등의 당안이 잇달아 발견·소개되고, 일부는 마이크로필름 및 간행서적의 형태로 외부에서 이용할 수 있다.¹⁵⁾

판어에 비해 주현당안의 장점은 말할 것도 없이 사료와 실태가 직결되어 있다는 점이다. 그러나 원문서인 만큼 물리적 손상 등의 원인으로 문자를 판독할 수 없는 경우도 있고 일건 문서에 결락이 있는 것으로 판단되는 경우도 있다. 또한 후술하는 이유로 인해 일련의 문서 자체가 처음부터 절차 도중에

13) 淡新檔案 연구의 역사와 현황에 대해서는 王泰升·堯嘉寧·陳韻如, 「『淡新檔案』在法律史研究上的運用」, 『台灣史料研究』 22(吳三連台灣史料基金會, 2004).

14) <http://dtrap.lib.ntu.edu.tw/DTRAP/index.htm>: 臺灣大學深化臺灣研究核心典藏數位化計畫 National Taiwan University Digital Taiwan-Related Archives Project.

15) 중국에서의 각종 주현당안의 정리와 연구 현황에 대해서는, 예를 들어, 吳佩林, 「近三十年來國內對清代州縣訴訟檔案的整理與研究」, 『北大法律評論』 12-1(法律出版社, 2011).

서 끊어져 있는 경우도 많다. 또한 그 수에서 보더라도 현존하는 것이 그 시기 해당 아문에 있던 당안 전체라고는 생각할 수 없다. 그러나 무엇이 남아 있고 무엇이 남아 있지 않은지를 판별할만한 단서는 거의 없다.

청대 주현의 수는 1600개에 이르나 진존하고 있는 주현당안은 10개 정도에 불과한데, 지역적으로 편중되어 있고 시대적으로는 대부분 청말 19세기의 것이다. 가장 역사적으로 긴 범위를 갖고 있는 巴縣檔案 역시 어느 정도 정돈된 이야기를 할 수 있는 것은 건륭기 이후에 한정된다. 아무리 현물에 기초한다고 하더라도 그것이 지역적으로도, 시대적으로도 상당히 한정된 사료에 근거한 견해라는 데 주의할 필요가 있다.

3. 抄招給帖

잔존하지 않을 뿐인지 또는 당초 당안 보존 관행이 없었던 것인지는 알 수 없으나, 청대 전기와 명대의 주현당안은 아직 발견되지 않았다. 하지만 반대로 그 시기에는 법정 개정 후에 당사자의 요청에 응하여 소송관계문서 일부 또는 전부의 사본이 공식적으로 작성되어 현의 公印을 찍은 후에 民에게 발급하는 ‘抄招給帖’이라는 제도가 있었던 것 같다. 그러한 문서가 계약문서 등과 함께 보관되어 전해지거나 서책의 형태로 간행되기도 하였다.¹⁶⁾

초초급첩을 신청하는 문서에는 “장관 각하께서도 머지않아 轉任하시게 될 것이므로(爺台不日高遷)”라는 이유가 적혀있는 것이 많다. 그로부터 역으로 추측해보면 당시는 지방장관의 임기를 넘어 주현아문에 재판문서가 어김없이 보관된다는 보증이 없었던(그렇기 때문에 사본을 받아 당사자측이 보관할 필요가 생긴다) 사정을 짐작할 수 있다. 또한 거꾸로 주현당안을 보면 자기가 관여한 과거의 사건에 대하여 언급할 때 “이 건에 대해서는 아문에 기록이 있습니다(……在案)”라는 말이 자주 보인다. 관청에 기록이 남는 것이 기

16) 그것을 이용한 연구로는 高橋芳郎, 『明代徽州府休寧縣の一訴訟 - 『著存文卷集』의 紹介』, 高橋芳郎, 『宋代中國の法制と社會』(汲古書院, 2002); 中島榮章, 『明代鄉村の紛争と秩序 - 徽州文書を史料として』(汲古書院, 2002); 熊遠報, 『清代徽州地域社會史研究 - 境界・集團・ネットワークと社會秩序』(汲古書院, 2003); 阿風, 『明清徽州訴訟文書研究』(上海古籍出版社, 2016) 등이 있다.

대되기 때문에 굳이 사본을 받을 필요성이 낮다. 초초급첩 제도와 주현당안 제도의 역사적 관계는 잘 알려져 있지 않으나 두 가지가 서로 모종의 대체 관계에 있었을 것임은 충분이 예상된다.

Ⅲ. 民事裁判의 展開過程

1. 재판 전개의 일례

주현당안이 어떤 구성을 취하고 있는지, 주현의 재판이 시간적으로 어떻게 전개되고 있는지 그 일례를 보여주기 위하여 아래에 《淡新檔案》중의 일건 문서(22615: 民事編 > 田房 > 争財의 15번째 문서)의 내용일람을 제시한다.¹⁷⁾

- | | | | | | | | | | |
|------------------|--------------------------------|--|-------|------|---|---|-------|-----|-------|
| (1) 光緒19. 7. 4. | 【呈狀】 X鄭林氏 | | | | | | | | |
| (2) 光緒19. 7. 4. | 【驗傷名單】 A鄭邦試 · X鄭林氏 | <table border="0" style="display: inline-table; vertical-align: middle;"> <tr> <td rowspan="2" style="font-size: 2em; vertical-align: middle;">[</td> <td>●鄭瞻南</td> <td rowspan="2" style="font-size: 2em; vertical-align: middle;">—</td> <td rowspan="2" style="font-size: 2em; vertical-align: middle;">{</td> <td>◎Y鄭邦超</td> </tr> <tr> <td>●亡夫</td> <td>◎A鄭邦試</td> </tr> </table> | [| ●鄭瞻南 | — | { | ◎Y鄭邦超 | ●亡夫 | ◎A鄭邦試 |
| [| ●鄭瞻南 | — | | { | | | ◎Y鄭邦超 | | |
| | ●亡夫 | | ◎A鄭邦試 | | | | | | |
| (3) 光緒19. 7. 4. | 【供狀】 A鄭邦試 · X鄭林氏 | □X鄭林氏 | | | | | | | |
| (4) 光緒19. 7. 8. | 【票稿】 3인의 소환장(票)의 原稿 | | | | | | | | |
| (5) 光緒19. 7.18. | 【呈狀】 Y鄭邦超의 反訴狀 | | | | | | | | |
| (6) 光緒19. 7.22. | 【稟】 差役의 復命書 | | | | | | | | |
| (7) 光緒19. 7.22. | 【提訊名單】 (출정자명단) 그 위에 당유가 적혀 있음. | | | | | | | | |
| (8) 光緒19. 7.22. | 【供狀】 Y鄭邦超 · X鄭林氏 · A鄭邦試 | | | | | | | | |
| (9) | 【鄭家の 가계도】 | | | | | | | | |
| (10) 光緒19. 7.22. | 【遵依甘結狀】 X鄭林氏 | | | | | | | | |
| (11) 光緒19. 7.22. | 【遵依甘結狀】 Y鄭邦超 | | | | | | | | |
| (12) 光緒19. 7.22. | 【遵依甘結狀】 A鄭邦試 | | | | | | | | |
- 知縣의 交代(葉에서 임시대리 劉로) -----

17) 이 일건문서의 내용을 상세히 소개하고 그에 입각하여 당시의 소송의 존재양태를 논한 논문으로 寺田浩明, 「中國清代民事訴訟と「法の構築」-『淡新檔案』の一事例を素材にして」, 日本法社會學會編, 『法の構築』(『法社會學』 58, 有斐閣, 2003)가 있다. 이 사건에 관한 상세한 설명은 같은 논문을 참고해주시기 바란다.

- (13) 光緒20. 2.28. 【催呈狀】 A鄭邦試
- (14) 光緒20. 3. 8. 【呈狀】 A鄭邦試
- (15) 光緒20. 3.18. 【呈狀】 A鄭邦試
 ----- 知縣의 交代(임시대리 劉에서 范으로) -----
- (16) 光緒20. 4. 5. 【諭】 族長에 대한 조사명령
- (17) 光緒20. 6.28. 【呈狀】 Y鄭邦超
- (18) 光緒20. 7. 7. 【諭】 족장에 대한 추가적인 조사명령
- (19) 光緒20. 7.23. 【呈狀】 A鄭邦試
- (20) 光緒20. 7.23. 【稟】 족장·鄭如蘭 등 3명의 보고, ‘조정 포기’
- (21) 光緒20. 8. 4. 【諭】 족장에 대한 ‘立契收執’을 정식으로 명령
- (22) 光緒20. 8. 4. 【單】 차역에 대해 ‘押納(交租 이행 독촉)’을 정식으로 명령
- (23) 光緒20. 8.28. 【呈狀】 X鄭林氏
- (24) 光緒20. 8.29. 【稟】 차역의 복명서
- (25) 光緒20. 9. 7. 【呈狀】 X鄭林氏
- (26) 光緒20. 9.13. 【諭】 족장에 대한 중재명령
- (27) 光緒20. 9.28. 【稟】 차역의 복명서
- (28) 光緒20.10. 3. 【呈狀】 Y鄭邦超
- (29) 光緒20.10. 4. 【單】 차역에 대해 鄭邦試를 구인하여 押納하라는 명령
- (30) 光緒20.10.18. 【呈狀】 X鄭林氏
- (31) 光緒20.10.24. 【稟】 차역의 복명서
- (32) 光緒20.11. 【稟】 차역의 복명서
- (33) 光緒20.11. 8. 【呈狀】 Y鄭邦超
- (34) 光緒20.11.13. 【呈狀】 X鄭林氏
- (35) 光緒20.11.18. 【呈狀】 X鄭林氏
- (36) 光緒20.11.19. 【單】 차역에 押納을 재차 명령
 ----- 조금 시간이 비어있고 -----
- (37) 光緒20.12.12. 【和息稟】 鄭如蘭 등 3명, “양자는 그 권유를 듣고, 기꺼이 公親에 따라 소송을 끝내고 縣知事의 마음을 더 이상 번거롭게 하지 않기를 원합니다.”
- (38) 光緒20.12. 【甘結狀】 X鄭林氏
- (39) 光緒20.12. 【甘結狀】 A鄭邦試
- (40) 光緒20.11(?). 【甘結狀】 Y鄭邦超
- (41) 光緒20.12. 【永不翻異合約字】 Y鄭邦超·A鄭邦試

♣22와 29는 내용이 한 줄입니다.

♣32, 38, 39, 41의 위치는 전부 다른 번호들과 동일한 위치에 【가 있습니다.

참고를 위해 이 당안의 내용(이 재판의 전개과정)을 간단히 소개하면 다음과 같다.

먼저 최초로 미망인 鄭林씨 X의 ‘어릴 적에 養子로 준 아들 鄭邦試 A가 養父가 사망한 후에 양자인 탓에 친자 鄭邦超 Y에게서 박해를 받고 있으며 이번에는 상해까지 입었다. 소환하여 상처를 조사하고 법정을 열어 아들과 친자 사이에 공평한 가산분할을 실현하기를 바란다’는 내용의 호소 No.(1)이 光緒19년(1893년) 7월 4일에 지방관에게 제출되었다.

같은 날 지방관은 구타당한 아들 鄭邦試와 원고 鄭林氏를 법정에 소환하여 상처를 조사하고 진술을 받았음을 문서(2), (3)으로 알 수 있다. 그리고 곧바로 관계자를 소환하기 위한 소환장의 原稿(4)가 작성되고 그것에 근거하여 差役이 현지에 소환을 위해 떠났다.

그런데 이에 대응하여 악랄하다고 비난받은 친자 鄭邦超 Y 쪽에서 반소장(5)이 제출되었는데, 거기에는 실제로는 鄭邦試가 양자로 온 사실이 없고, 그것은커녕 작년에 鄭林氏가 입회한 가운데 이미 가산분할을 마쳤으며, 이번의 鄭林氏의 訴은 그것을 뒤집으려는 기도라고 하는 내용이 적혀 있다. 7월 22일에 법정이 열리고 친자 鄭邦超가 말한 대로的事实이 판명되어 이전의 가산분할계약문서를 준수하라는 판결이 내려지고 출정한 3인이 ‘遵依甘結狀’(판결수락서약서)도 제출하였다(문서 10~12).

그런데 그로부터 반년 정도 지나 판결을 내린 지방관이 전임하였다. 鄭邦試 A는 기회를 엿보아 임시대리 知縣을 상대로 ‘催促狀’ 즉 소송진행을 촉구하는 소장을 내고, 실제로는 사안의 재문제화를 피하였다. 그 기도가 성공하여 법정이 재개되어 이듬해 4월에 부임한 신임 지현은 사무인계에 근거하여 족장들에게 사태에 관한 조사명령(16)을 발하였다.

그 직후 족장들은 계속 억지를 부리는 鄭林氏측에 유리한 내용을 담은 가산 재분할안을 갖고 양쪽 사이의 화해공작을 독자적으로 개시하였고, 鄭林氏 X측은 그 족장의 조정안을 빙자하여 친자 鄭邦超의 田地의 소작인(佃戶)을 위협하여 소작료를 압류하려는 움직임을 개시하였다. 당연히 이에 대해서는 鄭邦超 Y측이 맹렬히 반발하였다. 그 결과, 7월 23일에 족장들은 앞서의 자

발적인 조정공작의 경위를 진술하고 조정이 불성립으로 끝난 이상 자신들은 조정을 포기하였다는 복명서(20)를 지방관에게 제출하기에 이르렀다. 그런데 그 복명서에 대해 이번에는 지방관이 ‘처치할 바를 察閱하니 여전히 妥洽에 속한다. 해당 직원 등은 신속히 鄭邦超로 하여금 撥租約字(소작료 수취권 양도증)를 작성하게 하고 이를 鄭邦試에게 교부하여 收執하게 함으로써 영구히 타결하라. …… 소작인이 만약 저항하여 준납하지 않으면 差(差役)에 飭(명령)하여 押納시키는 것이 가하다’라고 비평하여 족장들의 조정안에 공적인 보증을 부여하고 그 실현을 강력히 후원하였다. 이렇게 하여 이제부터는 족장의 제안이 새로운 공적 해결책이 되는데 먼저 승소한 鄭邦超는 간단히 납득하지 않았다. 양당사자들에 의한 소장제출 전투가 그 후에도 계속 행해지고 그에 관계하여 지방관도 움직였다.

그런데 11월 19일 조금은 엄한 어조의 지방관의 강제집행명령(36)이 나온 후 잠시 당사자들의 소장제출이 멈추고, 12월 12일에 족장으로부터 새로운 제안으로 화해가 성립하여 “양측은 그 권고를 듣고 기꺼이 公親에 따라 소송을 끝내고 현지사 나리의 마음을 더 이상 번거롭게 하지 않겠다고 요청하였습니다”라고 하며 이번 소송을 취하하고 싶다는 내용의 ‘和息稟’(37)이 제출되었다. 그것에는 관계당사자의 甘結狀 즉 화해안의 수락서약서와 양당사자 간에 체결된 畝約子가 첨부되어 있다(38~41). 지현은 이 화식 신청을 받아들여 사안을 종결시키고 합약자와 수락서약서를 일건문서 파일에 편철하였다. 이것으로 이 사건은 일건 낙착되었다.

2. 문서의 형태

주현당안을 구성하는 개개의 문서의 서식과 기재내용에 대해서는 시가 슈조의 『淡新檔案의 초보적 지식-소송안건에서 나타나는 문서의 유형』, 『속·청대중국의 법과 재판』(『淡新檔案の初歩的知識-訴訟案件に現われる文書の類型』, 『續·清代中國の法と裁判』, 東京: 創文社, 2009)에 상세한 설명이 있다. 여기에서는 앞으로의 논의에 필요한 한도에서 세 가지 국면으로 나누어

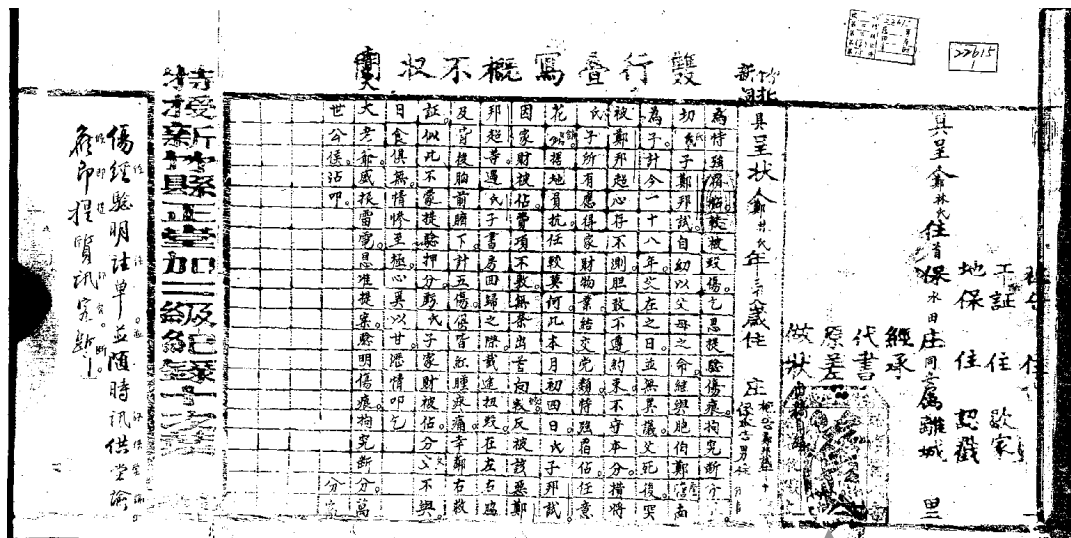
극히 간단히 눈에 띄는 것을 소개하는 데 그친다. <그림 1>의 사진은 제1절에서 논한 《淡新檔案》 22615 중의 (1)(7)(8)(10)의 문서이다.

1) 訴狀

소장은 통례는 ‘뭇’이란 上申文書의 서식으로서 ‘狀式紙’라는 정형문언 및 원고기입란이 인쇄된 관허의 용지에 기재되었다(또한 紳士들은 ‘稟’이라는私信 형식의 문서를 사용하는 것이 허용되었다).

장식지의 판식은 잔존하는 주현당안마다 크게 다르다. 국가통일규격이 있었던 것은 아니다. 또한 원고용지 부분과 후술하는 ‘批’를 기입하기 위한 난 사이에 있는 기둥 모양의 부분에 당해 주현관의 서명[全銜]과 姓, 마지막으로 ‘批’라는 글자가 미리 인쇄되어 있다. 주현관이 교대할 때마다 다시 제작되었던 것이다.

장식지의 말미에는, 일건문서로 편철되는 단계에서 재단되어 남아있지 않은 것도 많으나, 소장을 기재할 때의 주의사항이 개조식으로 적혀 있는 부분이 있다(그 내용에 대해서는 앞의 시가 슈조의 논문 참조). 그 내용도 주현당안마다 몇 가지의 패턴이 있고, 국가통일규격이 있었던 것 같지는 않다.



이 부분이 ‘批’

代書의 ‘작기’

<그림 1> 狀式紙를 사용한 訴狀의 예

장식지의 앞부분에는 代書의 성명을 적는 난이 있는데 거기에는 사다리꼴의 대서의 착기(戳記, 업무용 스탬프)가 찍혀있다. 주현아문 주변에는 관허의 대서점포가 늘어서 있었고, 소장의 제출은 대서를 통하는 것이 의무였다. 대서 자신이 그 자리에서 원고의 호소를 구두로 청취하고 스스로 문서화하는 것인 원칙이었으나, 실제로는 갖고 온 소장의 原稿가 있는 경우가 대다수를 점하였다. 당연히 민간에는 그 소장원고를 대신 작성하는 사람이 있기 나름이다. 소장이 너무 많은 것과 허언과 과장으로 가득 차 있는 것을 혐오한 지방관은 그 원인 중 하나가 民間訴狀代作者의 사주에 있다고 생각하고, 당사자의 배후에 있는 이러한 사람을 訟師라 부르며 단속하려 하였다.

2) 소환장 관계의 문서

관계자를 호출하여 법정을 개정하는 방향의 批가 적힌 경우 지방관이 다시 특단의 지시를 하지 않아도 자동적으로 胥吏가 ‘票稿’(영장의 원고)를 작성하여 지방관에게 갖고 온다. 지방관이 그것을 첨삭하면 그것에 기초하여 서리가 이번에는 정식의 ‘票’(영장 본체)를 작성하고 지방관이 재차 그것을 점검 첨삭한 후에 차역에게 발급한다. 표에는 사안의 개요와 호출할 사람의 성명, 표의 유효기한 등이 적혀있다.¹⁸⁾

차역은 그것을 갖고 피호출자가 있는 곳으로 가서 명령을 실행하고, 그 실행결과를 稟(복명서)의 형식으로 보고함과 동시에 발급받았던 표를 반납한다. 통상 이 때 표가 파기, 말소되기 때문에 표 본체는 당안에는 남지 않는 것이 원칙이다. 다만 파기하는 것을 잊어버렸는지 간혹 표의 현물을 당안에 서 볼 수 있다.

표에 적힌 유효기한은 3일 정도인 것이 많으나, 복명서(稟)가 제출되는 것은 통상 1~2주 후이다. 왜 기한을 지키지 않았는지 그 이유는 잘 모르겠다.

18) 또한 이 단계에서 관계자를 호출하는 것 외에 현지조사나 분쟁의 진전 등 다양한 것이 차역에게 명해지기도 하였다. 이에 대해서는 滋賀秀三, 『清代州縣衙門における訴訟をめぐる若干の所見 - 『淡新檔案』を史料として』, 滋賀秀三, 『續・清代中國の法と裁判』(創文社, 2009).

소환을 받은 후에는 피고뿐만 아니라 원고와 증인도 원칙적으로 피구속 상태에 놓인다. 피고는 징계를 받을만한 행위를 한 피의자라 하겠으나, 원고 측도 무고의 용의자, 증인들도 어느 한 쪽의 공범자라는 취급을 받았던 것이리라. 다만 주현아문의 감옥(監)의 처우가 나쁘기 때문에, 실제로는 다수의 당사자는 주현아문 주변에 있는 ‘歇家’라는 소송관계자를 위한 전문 숙박집에서 머무르며 개정을 기다렸다. 당안 가운데는 혈가의 주인이 적은 ‘保狀’(대상자를 감금하고 관의 호출이 있으면 책임지고 출두시키겠다는 보증장)이 발견되기도 한다.

3) 法廷 관계의 문서

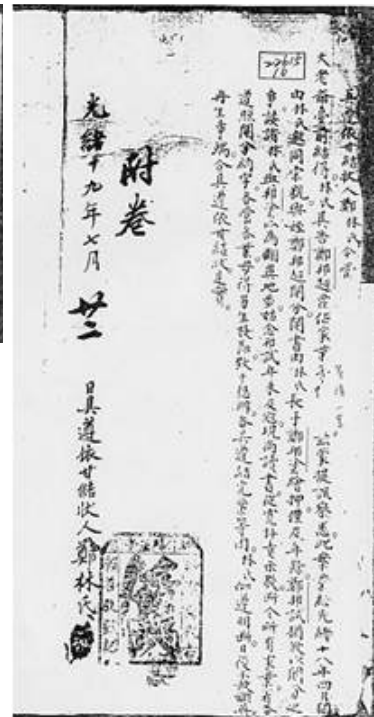
법정이 열릴 때마다 提訊名單·錄供·遵依甘結狀의 세 가지로 구성되는 세트가 남는 것이 원칙이다. 제신명단(아래 그림 2)은 출정예정자의 명부이다. 서리의 손으로 개정 전에 작성되어 주현관의 책상 위에 놓여진다. 주현관은 이를 기초로 인정심문을 하여 출정자의 성명 위에는 朱筆로 점을 찍고 불출정자가 있는 때는 성명 아래에 ‘不到’라고 적어 넣었다. 또한 《淡新檔案》에는 제신명단의 여백에 堂諭(판결문)의 원고가 朱筆로 휘갈겨 써어 있는 예도 많다.



<그림 2> 提訊名單에 기재된 堂諭의 예



<그림 3> 錄供의 예



<그림 4> 遵依甘結狀의 예

錄供(그림 3)은 출정자 한 사람마다 그 진술을 요약한 서류이다. 본문은 全文이 목서이나 단락의 서두를 표시하는 点과 종결을 표시하는 鉤印, 날짜 그리고 필요에 따라 행해지는 수정가필 부분은 주필로 적혀 있다. 이 진술록 취장의 말미에 제신명단 위에 주필로 갈겨 쓴 당유가 목서로 정성스럽게 정서되어 있는 예도 있다. 문서의 양태에 비취보면 經承(서기의 일을 담당하는 서리)이 법정에서 취한 메모를 기초로 폐정 후에 작성하고 이를 지방관에게 제출하여 열람첨삭을 얻었던 것임이 명백하다.

遵依甘結狀(그림 4)은 폐정 후에 출정자 전원이 각각 별개로 제출하는 서약서이다. 재판이 잘 행해진 경우에는 그 문면의 태반은 당유의 내용을 복창하는 것이다. 《淡新檔案》의 준의감결장에는 대서의 착기가 날인되어 있는 것이 통례이다. 아마도 폐정 후에 당사자가 얼마간의 수수료를 지불하고 서리에게서 당유의 메모를 수취한 다음 이를 갖고 이문 근방에 있는 대서점포에 가서 준의감결장을 작성하여 받은 후에 이문에 이를 제출함으로써 비로소 소환된 이래의 신병구속 상태로부터 방면되는 식으로 전개되었을 것이다. 그

러나 다른 당안에는 대서의 착기가 없는 사례도 있다. 그 경우에는 폐정 후 이문 안에서 서리의 손으로 준의감결장이 작성되어 당사자가 그것에 花押하는 형태가 취해졌을 것이다.

3. 재판절차에서 보이는 특징들

다음 장에서 민사재판의 성격에 대하여 논하기에 앞서 무엇이 설명되어야 할 문제인지에 관한 문제의식을 공유하기 위해 당안사료를 읽은 사람이라면 누구라도 공통적으로 감지하게 되는 민사재판절차의 외형적 특징 몇 가지를 지적해 둔다.

1) 소송진행에서 訴狀이 담당하는 역할의 크기

소장은 소송을 제기할 때 한 번만 제출되는 서류가 아니라 소송의 전개에 따라 당사자 양쪽에게서 대량으로 제출되며(앞의 사례에는 ‘呈狀’이 십 수매가 포함되어 있다), 게다가 주현관은 그 하나하나에 대해 자신의 소견을 축차 ‘批’의 형식으로 적어놓았다. 批의 내용은 주현아문의 외벽에 게시되어, 당사자와 주변사회의 사람 모두 볼 수 있었다.

소장에 ‘당사자를 모아 신문하는 것(集訊)을 기다려라’ 하는 批가 적히면 전술한 바와 같이 소환장이 작성되어 개정을 향한다. 그러나 소장을 읽고 지방관이 개정할 필요가 없다고 생각하면, 호소의 부족한 점을 지적하고 개정에는 이르지 못한다는 취지의 批가 적힌다(그것을 ‘不准’의 批라 통칭한다). 그것을 보고 당사자가 소송을 단념하는 케이스도 있으나, 설명을 추가하여 소장을 다시 제출하는 케이스도 있다. 거꾸로 말하면, 개정 전에도 당사자와 재판관 사이의 주고받기가 이미 시작되고 있고, 그 모습은 아문 앞의 게시를 통해 사회도 볼 수 있게 된다.

어쨌든 당사자가 계속 끈기 있게 분발하면 마지막에는 개정에 이르게 된다. 그러나 개정을 해도 1회의 법정에서 최종해결에 이르지 않는 경우도 있다. 그 경우는 ‘오늘은 여기까지’라고 하며 해산해버린다. 그 배후에는 당연

히 훗날 다시 법정을 열고 해결을 시도한다는 합의가 있으나, 민사재판의 경우 관에서 적극적으로 다음번 개정기일을 제시하지는 않고 단순히 방치해 두는 경우가 많다. 당사자에게 다툼 의욕이 아직 있는 경우에는 다시 소장이 제출된다. 그리고 批가 기재되고, 다시 전과 마찬가지로 몇 번의 전개를 거쳐, 필요하게 되면 다시 개정이 된다. 그러한 과정을 반복하는 것이 민사재판의 보통의 모습이었다.

이와 같이 소장과 批의 형태로 행해지는 커뮤니케이션은 당사자의 언명에 대해 관이 어떤 의견을 표명한다는 점에서 법정 내에서의 커뮤니케이션에 접하고 있었고, 만약 당사자가 소장을 내리 오지 않으면 그것으로 끝나 버린다(절차진행의 선택이 기본적으로 당사자 측에 맡겨져 있다)는 점에서 소송 전의 상태에도 접하고 있다. 그리고 이러한 재판절차에서는 이들 중 어느 쪽도 아닌 중간적인 형태가 애용되었다.

2) 소송과 민간해결의 병행

소장, 소환관계문서, 법정관계문서 그리고 준의감결장이라는 흐름을 절차의 표준적인 전개형태라고 하는 경우, 이 전개의 도중에서 끊기는 당안이 매우 많다(개정까지 도달하는 것은 3분의 1정도이다). 그 중에서도 일건문서의 마지막 문서가 소환장의 原稿(票稿)인 케이스가 특히 눈에 띈다.¹⁹⁾

문서가 도중에 끊긴 이상은 실제 사정을 알 수는 없으나 민간해결의 모습을 전해주는 화해합약문서 중에는 소환인이 피소환인의 소재지로 온 것을 본 이웃사람들이 급거 화해공작에 힘써 해결을 보았다는 사정이 적혀있는 것이 많다. 다수의 불완전문서의 이면에는 민간 측에서 모종의 해결이 이루어져서 당사자가 관을 상대로 소송을 계속할 의욕을 상실하였던 사정을 엿볼 수 있다.

또한 화해성립 후 당사자 측에서 명시적으로 ‘和息呈’이 제출되는 예도 있다. 당사자들끼리 다툼을 그만둔 경우에는 “화식[息]할한 것은 곧 화식[息]시

19) 당안사료에 기초한 통계적인 연구로서 黄宗智, 「非公式の調停と公式の裁判との間 - 清代民事司法の第三の領域」(Philip C. C. Huang, “Between Informal Mediation and Formal Adjudication - The Third Realm of Qing Civil Justice”, *Modern China* 19-3, 1993). 또한 滋賀秀三, 앞의 글(주18)도 《淡新檔案》에 관하여 거의 같은 견해의 결론을 내리고 있다.

킨다. 이 또한 寧人의 道이다”(汪輝祖, 『佐治藥言』「息訟」)라고 하여 이 해결을 받아들이고 그 이상 개입하지 않는 것은 당시의 재판관들의 기본태도였다.

3) 재판(특히 법정심리)에서 무엇이 행해지는가?

法廷審理를 통하여 도대체 무엇이 달성되었는가? 소장, 진술, 당유와 준의 감결장의 내용들을 서로 비교하여 살펴보면 첫 번째 인상은 ‘발생한 사실의 整理’이다.

무엇보다 소장에 기재된 사실경과(분쟁의 모습)와 반소장에 기재된 분쟁의 모습이 크게 다른 것이 많다. 소장의 수리를 노리고 사태를 과장해서 적는 것이 일상다반사였다. 또한 상대의 악랄함을 강조하고자 다양한 사실을 꺼내놓는데 개중에는 때로 사실무근인 이야기가 섞여 있다. 양쪽 모두에 일체 거짓말이 없는 경우에도 착안점이 서로 다르면 묘사하는 사건의 상도 자연히 달라진다. 그 결과, 법정에서 행하는 작업의 중심적인 부분도 자연스럽게 양당사자와 다수의 증인을 불러 모아 양쪽의 주장 중에서 과잉된 부분을 깎아내고 모순·대립하는 개소를 정리하고 당사자 양쪽의 착안점을 가지런하게 만들어 발생한 사실을 확정하는 작업, 즉 그 사건에 관한 공식적인 스토리를 만드는 것이 중심이 된다.

그리고 그 반면으로서, 그렇게 사실경과가 확정되면 그로부터 거의 선택의 여지가 없는 방식으로 사건을 어떻게 처리할 것인가의 결론도 나온다는 인상이 강하다. 누가 부적절한 행위를 하였다는 사실이 확정되면 그 자가 잘못을 인정하고 보상을 한다는 이야기가 당연한 일처럼 그 뒤 이어지게 된다. 착실한 인간이 그 사실을 인정하였다면 그 후에 해야 할 것은 저절로 정해져 있다는 것이며, 그 가운데 법적용이 문제가 되는 일도 없고 또한 발생한 사실의 가치평가가 다시 화제가 되는 일도 없다.

판어류에서도 주장사실을 정리하는(한 쪽 당사자의 주장이 거짓임을 폭로하는) 것만으로 사건이 해결되어 버린 것처럼 보이는 케이스가 생각 외로 많다.

4) 재판에서 堂諭와 遵依甘結狀이 점하는 위치

폐정에 즈음하여 지방관이 당유를 말한다. 《淡新檔案》에서는 전술한 바와 같이 제신명단 위에 그 원고의 메모가 남아있는 것이 많으나, 《巴縣檔案》에서는 당안 어디에도 그 대응물이 발견되지 않는 것도 많다. 제도적으로도 당유를 문서화할 의무는 없다. 지방관이 구두로 말하고 그 자리에서 당사자들에 의해 수용되는 형태가 당유의 기본형이었다고 생각된다.

이에 대하여 준의감결장(판결수락선서서)은 문서의 형태로 거의 반드시 존재한다. 양당사자뿐만 아니라 증인까지 포함하는 출정자 전원이 무엇인가의 감결장을 제출한다(그것을 제출하여 비로소 해방된다)는 것이 원칙이었다고 생각된다.

준의감결장의 문면 상으로는 관의 명령을 각 당사자가 개별적으로 수락한다는 관민간의 상하관계가 나타난다. 그러나 재판과의 관계에서 더 중요한 것은 재판관이 제시하는 하나의 사항을 모두 함께 받아들임으로써 생기는 출정자 상호간의 의견 일치였다고 생각된다. 전술한 바와 같이 법정심리를 통하여 발생한 사실이 정리되고 지방관의 입으로 하나의 사건상이 말해진다. 당사자들도 준의감결장에서 각각 자신의 입으로 그 사실인식을 복창하고 또 지방관이 제시한 사후처리방법에 대해서도 자신도 기꺼이 그것을 행하고 싶다고 말한다. 쟁점은 소실되고 관에 의한 강제집행의 필요도 원칙적으로 남지 않는다.

여기에서 재판관-지방관은 그러한 당사자들끼리의 사실인식의 일치상태를 도출하는 매개 역할을 하고 있다. 거꾸로 말하면, 여기에서는 그러한 상태가 실질적으로 초래될 때까지 송사가 계속된다. 이로부터 지방관의 담당하는 역할이 크다는 것을 논할 수도 있겠으나, 동시에 당사자 측이 어딘가에서 다툼을 그만두는 것의 중요성을 논할 수도 있다.

5) ‘終訟’이란 訴訟觀

참고로, 당시 사람들의 訴訟觀을 나타내는 말로서 ‘終凶’ 또는 ‘終訟’이란 말이 있다. 출전은 《易經》에 있는 ‘訟’의 괘, “孚(진실함)가 있어도 窒(막혀

서 통하지 않는다). 惕하여(삼가 조심하여) 申하면 吉, 終하면 凶. 大人을 보면 利하다 ……”이다. ‘申’이란 도중에 그만하는 것, ‘終’이란 일련의 프로세스를 끝까지 완수하는 것을 가리킨다. 訟이란 꽤 자체는 반드시 부정적이지는 않다. 소송도 ‘申’하면 그것은 그것으로 ‘남’이다. 소송을 최후까지 해내는 것(終訟)이 ‘凶’이다. 그들의 이해에 따르면, 소송이란, 절차를 끝까지 밟아 마지막에 재판관에게서 최종적인 재단을 받는 것이 아니라 오히려 도중에 스스로 멈추는 것이었다.

이 입장에서 보면, 소송을 제기한 후에 법정 바깥 즉 지방관 이외의 ‘大人’ 아래에서 조정 화해하는 것도 ‘申’의 하나, 訟의 올바른 끝맺음 방식의 하나이다. 또한 당사자 측이 수락하지 않는 한 끝나지 않는다는 점에 입각하면, 지방관이 제시하는 당유조차도 실제로는 당사자 측이 ‘申’하는 끝맺기의 하나로서 자리매김할 수 있다.

실제 당안 전체를 통해 엿볼 수 있는 소송의 프로세스도 절차를 차곡차곡 쌓아나가 마지막에 판결의 선고라는 최종단계에 이르는 과정으로 보기보다는, 일단 누군가에 의해 제기된 소송이 批이든 소환이든 당유이든 지방관이 행하는 다양한 조치를 계기로 잇달아 이어지며 ‘申’하여 가는 과정으로 볼 때 오히려 솔직담백하게 정리된다.

6) 이 재판제도의 이해를 위한 관건, 다양한 양면성

이상의 간단한 소개만으로도 알 수 있듯이 이 재판제도에는 서로 모순하는 듯한 요소가 처음부터 뒤섞여 있다.

절차진행을 둘러싸고는 관헌 측의 이니셔티브(직권주의적, 규문주의적인 소송지휘)와 당사자 측의 이니셔티브(해결을 향한 방향이든 반대의 방향이든 사태전개의 결정권은 당사자측이 쥐고 있다)의 양쪽이 작동하고 있다.

그리고 이 재정에는 무언가 높은 이념을 말하는 부분(재정의 理想을 둘러싸고는 天理와 人情이란 가치용어가 애용된다)도 있으나, 단순한 사실적 부분이라고 할 수밖에 없는 측면(행해지고 있는 것은 어차피 일회적이고 사실적인 타협이라고 하나, 또한 거기에는 억지를 부려 덕을 보려는 계기가 상당

부분 섞여 있다)도 있다.

관잠서(官箴書)에서는 일반적으로 情理의 教諭와 양보의 요청이 말해지고 있으나, 법정에서 실제로 볼 수 있는 작업은 전술한 바와 같이 사실정리가 중심이 되고 있다. 그것만을 보면 情理라는 말이 나설 차례가 없는 것처럼 보이기도 한다.

자신의 기분에 드는 편면만을 끄집어내서 어딘가의 무엇과 닮아있다고 하는 논의를 하여도 그다지 의미가 없다. 거기에 있는 양면을 통일적으로 설명할 수 있는 이론이 요청된다.

IV. 民事裁判의 성격규정

1. 1996년의 가마쿠라 학회

1) 필립 황과 시가 슈조의 설

1996년에 미국 캘리포니아 대학(현 소속은 중국인민대학)의 필립 황 교수의 제안에 의해 일본의 가마쿠라(鎌倉)에서 ‘後期帝制 中國에서의 법·사회·문화-미국과 일본의 연구자의 대화’라는 소규모 연구집회가 개최되었다.²⁰⁾ 황 교수는 그 즈음 그때까지 발표한 몇 개의 논문을 모아서, Philip C. Huang, *Civil Justice in China: Representation and Practice in the Qing* (Stanford University Press, 1996)의 간행을 준비하고 있던 때였다. 같은 연구집회에 이 책의 교정쇄 원고 전체가 보고논문으로 제출되었다.

이 책은 淡新檔案, 寶坻縣檔案, 巴縣檔案의 민사관계 당안을 분석한 결과라고 하며, 청대의 민사재판의 실질(Practice)은 법에 기초하여 권리의 유무에 대하여 흑백을 가리는 재판이었다(이에 대해, 恩情으로써 하는 조화의 회

20) 가마쿠라 회의의 개요는 寺田浩明, 「後期帝制中國における法・社會・文化-アメリカと日本の研究者の對話」, 『中國圖書』 1997年-1號(內山書店, 1997). 필자의 황씨의 설에 대한 비판의 전체에 관해서는 寺田浩明, 「清代聽訟に見える「逆說」的現象の理解について-ホアン氏の「表象と實務」論に寄せて」, 『中國-社會と文化』 13(中國社會文化學會, 1998).

복이라는, 그 때까지 관료들이 관잠서 등을 통해 제시해 온 裁判像은 단순한 ‘Representation’에 불과하다)는 설을 제시하였다. 내용의 당부와 별개로, 그것이 주현당안을 전면적으로 이용하는 연구단계에 들어간 이후 최초로 나온 커다란 연구성과임은 의문이 없고, 황 교수로서는 그 성과를 가지고 일본의 학계, 특히 선행하는 시가 슈조 교수의 설에 도전해보려고 생각했을 것이다.

그러나 거기에서 말하는 ‘법에 기초하여’라는 것은 잘 읽어보면, 淸律에는 盜를 처벌하는 규정이 있고 재판에서도 소유권자의 소유권을 실현하고 있다, 따라서 양자는 실질적으로 일치한다는 종류의 논의이다. 그리고 ‘흑백을 가린다’는 것으로 말하고자 하는 것 역시 당안 중에 情理의 설교나 타협책은 거의 나오지 않고, 문서의 표면에서 나타나는 것은 오히려 사실의 해명과 그 해명사실에 따른 처분이라고 하는 것이다.

그에 대하여 시가 슈조 교수의 설은, 청대의 민사재판은 情理라는 가치를 내걸고 하는 教諭的 調停이라는 것이다. 그 전제가 되는 사실인식과 가치기준은 다음과 같다. ① 중국의 재판에는 (형사재판까지 포함하여) 서양형 재판에서 전형적인 ‘재판관이 일방적으로 판결을 제시하고 가차 없이 당사자에게 판결의 수락을 강요한다’는 강한 규범적 강제구도가 존재하지 않으며, 재판의 성부가 결국 당사자의 수락에 달려있다. ② 해결이 당사자의 수락에 달려있는 재정은 현대법학의 용어법에 따르면 재판이 아니라 조정이 된다. ③ 다만 조정이라고 해도 그것이 다분히 권위적, 강제적인 틀 아래 행해지는 점에 주의가 필요하다.²¹⁾

필립 황은 자신의 설을 시가 슈조의 설에 대한 비판이라고 생각하고 있으나, 이상에서도 알 수 있듯이 실제로는 이야기가 전혀 맞아떨어지지 않는다. 필립 황의 설이 대항하려고 하고 있는, 중국재판은 자의적이고 무원리적인 타협형성이었다는 생각은 미국학계의 속설이기는 해도 시가 슈조의 설은 아니다. 시가의 설은 오히려 중국의 재판도 건설하고 그 나름 일관성을 가진 재정이었다는 사실인식에 입각하여 다시 그 앞에서 제기되는 문제, 즉 그 재

21) 시가 슈조 교수의 민사재판에 관한 최종적인 견해는 滋賀秀三, 「淸代の民事裁判について」, 滋賀秀三, 앞의 책(주18).

정은 도대체 ‘무엇에 기초하고 있는가?’ 하는 문제에 대한 대답으로서 제출되었다. 만약 필립 황이 그 레벨에서 시가의 설에 대항하고 싶다면, 청대의 재판에서 실제로 규칙(rule)(실정법이든 관습법이든)이 정당성 근거가 되고 있던 사실을 보여주어야 한다. 그러나 황 씨가 제시한 것은 판결에는 대강의 규칙성이 있다는 것에 불과하다. 그러나 그것은 실은 판례를 활용하여 그러한 규칙성을 지적한 저서 『중국가족법의 원리』(『中國家族法の原理』, 創文社, 1981)를 저술한 시가 슈조에게는 거의 자명한 것이다.

2) 시가 슈조의 설의 부족점

그러나 시가의 설이 더 이상 의문을 허용하지 않는 완비된 설명인가 하고 물으면 그것은 아니라고 할 것이다. 왜냐하면, 질문되고 있는 것은 전통중국의 재판은 현행법학에서 말하는 재판과 조정 중 어느 것에 가까운가 하는 문제가 아니라, 왜 전통중국에서는 국가가 마련하는 최종, 최고의 분쟁해결 방법이, 서양과 같이 재판관이 객관적·일반적인 규칙(rule)에 기초하여 개별적 사안의 당부를 강경하게 결정하는 형태를 취하지 않고 당사자의 수락이 섞여있는 구도가 되는가(그것을 서양형 재판과 어떻게 병렬시킬 것인가) 하는 문제이다. 재판과 조정 양쪽을 가진 현대의 법학이론을 꺼내든 단계에서 이미 이야기가 얼마간은 어긋나 버리고 있다.

시가 슈조는 그 후 중국재판과 서양재판을 당사자의 주장의 당부를 객관적인 법에 기초하여 판정하는 작업과, 돌봄을 구하는 백성에 대한 親民官에 의한 보살핌작업이라는 형태로 대비하는 논의도 하였다.²²⁾ 그러나 이것 역시 균형 있는 대비라고 할 수 있는지는 의심스럽다. 서양에 대해서는, 그 객관적 법은 어디에서 나타나는 것인가, 또한 중국에 대해서는, 그 보살핌을 행하는 훌륭한 친민관은 어디에서 나오는 것인가? 거기에서 神과 天命을 거론하지 않고 설명을 계속해 나가면, 법의 뒤편에는 그 권위를 인정하는 사람이 있고, 사람의 뒤편에는 그것을 규범이게 만드는 법이 있다는 당연한 사실

22) 滋賀秀三, 「中國法文化の考察－訴訟のあり方を通じて」, 滋賀秀三, 앞의 책(주18)(初出, 1987).

에 도달하게 된다. 요구되고 있는 것은, 법인가 사람인가 하는 라벨을 붙이는 것이 아니라, 서양과 중국 각각에서 사람과 법의 조합 방식의 차이를 종합적으로 해명하는 것이다.

2. 민사재판의 규범적 구조

1) 판결의 보편성의 두 가지 담보방법: 規則(rule)과 公論

서양의 재판에서는 우선 일반적으로 규칙에 대하여 무언가의 방식으로 정당성을 조달해 놓고, 개개의 판결을 그 일반적인 규칙의 이론적인 귀결로서 정당화하려고 한다. 규칙의 정당화방법은, 신이 정했다, 모두가 합의했다, 주권권력이 명했다고 하는 형태로 역사적으로 변천하고, 규칙의 존재형태도 자연법·협약·법전이라는 다양한 형태를 가진다. 다만 일반적 규칙을 매개로 하는 개별판결의 간접적 도출이라는 구도는 그 모두를 관철하고 있고 오히려 물음의 대상이 되지 않는 것이 통례이다.²³⁾

이러한 재판의 조직방식이 많은 제도적 이점을 갖고 있음은 분명하다. 규칙의 정당화가 별도의 방식으로 일반적으로 해결된 이상, 개개의 판결에 대하여 다시 당사자의 수락 유무를 물을 필요는 없다. 판결의 공평함과 보편성은 일률적인 규칙이 담보해준다. 재판관의 딛고 있는 발판이 튼튼하고, 또한 거꾸로 재판관의 행동을 규칙에 비추어 상시 규율하는 길도 열려있다.

그러나 추상적이고 형식적인 규칙을 재판규범으로 삼는다는 것은, 거꾸로 말하면 규칙에 걸리지 않는 요소는 단지 사실적인 것에 불과한 것으로서 무시하는 것, 그렇게 함으로써 사태를 단순화하는 것이다. 사안의 종류마다 사건 전체의 귀추를 그 하나로 결정하는 것이 허용되는, 결정적 이치라는 것이 있을 수 있다는 사회적 양해, 혹은 재판으로 할 수 있는 것은 어차피 결국은 그 정도라고 하는 단념이 있기 때문에 비로소 규칙에만 기초하여 재정을 하는 재판관이라는 존재가 등장할 수 있다. 그리고 서양에서는 그러한 사회적

23) 이하에 대해서는 주로 寺田浩明, 「非規則的な法」というコンセプト - 清代中國法を素材にして, 『法學論叢』 160-3・4(京都大學法學會, 2007).

양해나 단념이 있었다고 할 것이다.

그러나 어떤 조그만 목소리에도 일단은 귀를 기울이는 중국식의 사고방식에 따르면, 규칙에 기초하여 논거의 유무를 처음부터 0 아니면 1의 형으로 재단하는 방식은, 단적으로 재판이 일방적으로 강자 쪽의 주장에만 귀를 기울이는 이야기에 다름 아니다. 중국에서는 도저히 그러한 이야기는 통용되지 않는다. 그러나 그것을 거부하여 모든 사정의 논거화를 인정해버리면 거기에서 기다리고 있는 것은 무한한 개별주의이다. 이제는 한 건 한 건의 사안마다 그 사안에 상응한 사회정의를 개별적으로 제시하는 것이 요구된다. 그렇다면 중국에서는 어떻게 그 답의 공평성·보편성을 보증하고 있었던 것일까? 이것이 여기에서 물어져야 할 문제가 된다.

이렇게 생각하고 둘러볼 때, 전통중국재판에 시종 특수한 想定이 달라붙어 따라다지고 있음을 깨닫게 된다. 즉 情이라는 요소가 있는 이상, 답은 매 사건마다 무한히 다르다. 다만 그 중 하나의 사안을 뽑아 이 사안에 대하여 어떻게 할 것인가 하고 물으면, 天下의 신실하고 공편한 인간이 내리는 판단은 대개 일치할 터이다. 어떤 사안에 대해서도 저절로 그에 상응하는 '天下의 公論'이 하나하나 존재한다. 즉 개별주의라 하여도 답의 공유라는 방면에 대해서는 기묘할 정도로 보편주의적이다. 재판에서 지향되고 있는 것은 당해 사안 專用의 보편적인 답의 발견, 또는 그러한 하나의 답의 보편적 공유의 실현이다.

2) 설득과 납득의 균형점

물론 그것이 간단한 일은 아니다. 우선 재판하는 쪽이 접하게 되는 곤란부터 살펴보면, 개별주의인 이상 해당 사안을 위한 결론이 사건발생에 앞서 미리 어딘가에 있는 것도 아니다. 또한 모두가 일치하는 판단이라고 하였으나, 본래 양쪽 당사자가 가진 주관적인 情理 판단이 어긋나 있다는 바로 그 때문에 분쟁이 되고 있는 것이며, 게다가 심각한 분쟁이 되면 될수록 그 배후에 있는 사회 속에서도 판단이 분열한다. 판단의 일치상태는 오히려 재판하는 쪽이 그 발화를 통하여 만들어내어야 하는 것이다. 현실로 존재하는 대립을

초극하는 이상, 어떤 이념적인 초월이 필요하다. 그러나 그 이념이 지나치게 높아서 사람들이 도달할 수 있는 범위를 훨씬 벗어나버리면 이번에는 ‘人情에 가깝지 않다’는 비난이 기다리고 있다. 그런 까닭에 천하의 공론의 제시라고 하더라도, 실제로 행하는 것은 눈앞에 있는 당사자사회를 상대로 하여 의견을 평평하고 매끄럽게 만들어가는, 신중한 작업이 된다. 재판하는 쪽은 사람들의 판단의 귀추를 끝까지 지켜보면서 그 귀착점·통합점을 선취하는 방식으로 거기에 있는 대다수 인간의 판단공유상태를 만들고, 그것을 배경으로 삼아 여전히 항의하는 자에게 동조를 촉구하는 미묘한 작업이 필요하게 된다.

그러나 아무리 눈앞에 있는 사람들의 의견 일치를 조달하더라도 천하는 넓다. 불만인 당사자는 그 결론, 그것을 말하는 사람들에게 대하여, 여기 있는 사람은 모두 상대방과의 인간관계에 이끌려서 불공평한 짓을 하고 있다, 진정한 공론은 따로 있다, 훌륭한 사람에게 들려주면 반드시 나의 곤경을 알아줄 것이다, 라고 하며 끝까지 버틸 여지가 얼마든지 있다. 그것을 실제 확인할 수 있는 것이 앞에서 말한 ‘위로, 위로’의 호소의 과정이다.²⁴⁾ 행하고 있는 실질은 어느 곳으로 보아도 조그만 이익을 둘러싼 실랑이에 불과함에 불구하고 분쟁이 점점 공공연해져서 마치 대문자의 正義를 둘러싼 투쟁처럼 되는 배경이 바로 여기에 있다.

그러나 그렇게 얼마든지 다룰 수 있는 반면에 당사자 쪽에도 철저하게 맞서기 위한 단단한 기초가 있는 것도 아니다. 묻고 또 묻어지고 있는 것은 결국 이번에는 어디까지 양보하는 게 적절한가 하는 程度에 관한 判斷이고, 適否의 문제는 최종적으로는 세간에서의 市勢에 달려있다. 앞에서 본 재판하는 쪽의 작용도 합쳐져서, 둘러볼 수 있는 범위 내에서의 공론의 귀추가 점차 정해지는 가운데, 그것에 홀로 거슬러서 ‘억지를 부리는’ 놈이라는 딱지가 붙여지는 일에 두려움도 생긴다. 또한 반대편에는 자진해서 양보함으로써 사회적 평가를 높이는 장기적 이익도 있다. 다툼을 계속하는 가운데 점차 동조를

24) 거꾸로 말하면, 눈앞의 답에 불만족스러운 당사자도 그러한 천하의 공론의 존재, 그것을 衆人보다 앞장서서 입 밖으로 말하는 大人의 존재 그 자체에 대해서는 끝내 의심을 품지 않았다고 말할 수도 있다. 전통중국형 재판의 존립 비밀을 탐구해가면 마지막에는 이 공동의 확신에 도착하게 된다.

강제하는 힘도 강해진다.

이렇든 저렇든 보통은 위와 같은 과정의 도중 어딘가에서 다툼을 계속하는 것의 ‘손익분기점’, 앞서 말한 ‘訟을 申하는’ 포인트가 다가온다. 그리고 마지막으로 당사자가 해결을 받아들이면, 거기에 있는 결론이 일단은 (금회의 사안해결에 필요하고 충분한) 천하의 공론, 천하의 모두가 옳다(是)고 하는 답이 되고, 거기에서 결론을 제시한 인간이 그 공론을 못사람보다 앞서서 말한 至公無私·公平有德의 大人이란 영예를 취하게 된다.

이것이 여기에서 있을 수 있는 유일한 해결형태이다. 선택은 그러한 상태가 달성되는가, 달성되지 않는가 하는 것밖에 없다. 성공의 확약은 어디에도 없다. 다만 달성될 수 없으면 ‘終하면 凶’이 될 뿐인 것이다.

3) 情理判斷과 真相解明

또 하나의 독립적인 논점으로서 여기에서는 분쟁도, 그 분쟁의 해결도 사실의 차원에서 표현되기 쉽다는 점 역시 지적해두는 것이 좋겠다.

왜냐하면, 規則(rule)型の 재판의 경우 재판에서 착안해야 할 법적 사실(요건사실)이 제도에 의해 이미 지정되어 있다. 그러나 중국에서는 일체의 사정이 논거로서 꺼내질 수 있고, 분쟁 역시 당사자 각자가 자신에게 유리한 사실을 적당히 골라서 만들어낸 독자적인 사건상이 서로 부딪치는 모습이 된다. 그런 까닭에 여기에서는 분쟁해결의 측면도 금회의 분쟁에서 무게를 두어야 할 사실은 무엇인가에 대해 공통된 양해가 형성되는 방식, 양자가 함께 받아들일 수 있는 공유된 사건상을 만드는 형태로 행해질 수밖에 없다. 그것의 정리는 情理判斷에 기초한 최종적인 해결책으로부터 역산하는 방식으로 행해지기 때문에 그 가운데 이미 충분히 가치판단이 포함되어 있으나, 표면에서 행해지는 작업의 모습만을 보면 마치 하나의 객관적인 사실의 발견 ‘진상의 해명’과 같은 외관을 보이게 된다.

4) 正義의 內實

官에 의한 교유의 계기와 당사자의 수락의 계기, 그리고 정리판단과 사실

정리의 사이는 이와 같은 회로로 엮어 있었다. 재정이 성립한 국면에 한해서는 교유라는 언설에도, 진상의 해명이라는 언설에도 거짓은 없다. 그리고 무엇이 타당한 해결인가를 둘러싸고 사회 전체가 가진 共識에 따라서 개별분쟁을 일정한 해결로 인도하고 개별당사자의 행동을 한 곳으로 몰아넣는 구조라는 의미에서는 여기에 있는 것 역시 (규칙형과 나란히) 재판의 한 유형이라고 부르는 것이 어울리다.

그러나 거기에서 제시되는 사회 전체의 正義判斷의 내용에 초월적이고 객관적인 성격이 희박하다는 것은 숨기려 해도 숨길 수 없다. 분쟁해결 모델 자체가, 모두가 인정할만한 正義(情理)이든 眞相이든 그것을 알고 있는 大人이 그것을 모르는 民에게 말하여 들려준다는 모습으로 만들어지고 있기는 하나, 그 이면에는 모두가 현실적으로 인정하여 받아들이는 내용이 正義이다 (혹은 眞相이다), 그러한 현실적인 수용에 의해 비로소 그것을 말하는 사람이 大人이 된다고 하는 구조가 자리 잡고 있다. 더욱이 이념 차원에서 말해지는 것은 ‘천하의 누구라도 인정한다’는 것이지만, 현실에 있는 것은 일단은 ‘둘러볼 수 있는 범위 내에서의 사람들이 인정하고 있다’는 것이며, 그 범위는 당사자의 끈기와 분발에 따라 얼마든지 신축하였다. 당사자의 끈기와 분발에 따라 균형점의 장소가 어느 정도 움직여질 수 있기 때문에 社會正義라 말하더라도, 거기에는 억지 덕을 얻는 것과 어쩔 수 없이 단념하는 것의 요소가 다분히 들어 있다. 또한 당사자가 재정을 받아들임으로써 비로소 재판자의 정당성이 증명된다는 말이므로, 구조적인 불안정성도 현저하다. 게다가 개별주의적이므로 어떤 결론도 일회용 물건이 되고 만다. 그러한 일을 끊임 없이 계속하여 가는 것이 여기에서의 재판이었다.

그러나 동시에, 보는 각도에 따라서 그것들은, 끈기 있게 버티는 수밖에 없는 당사자의 고충을 그 끈기와 분발의 정도에 상응하여 헤아리고 판단한 명판결이다, 라고 말하지 못할 바도 아니다. 또한 불만인 당사자가 언제라도 더 넓은 장소에 문제를 가져갈 수 있다는 제도적인 불안정함이야말로 여기에서 재판의 공정성을 담보하고 있었음도 명백하다. 그리고 사안의 무한한 개별성을 논하고 또 그것에 부합하는 개별주의적 해결을 이념으로서 표방한 경

우, 이것 이상 또한 이것 이외에 어떤 방법이 가능할지 상상하기 어렵다.

그와 같이 밀치락달치락 하며 그때그때의 해결책을 찾아내어 사회생활을 다음으로 연결해 나갔다. 그리고 뒤돌아보면, 사회에 있는 당사자들 사이의 일상교섭 자체가 실로 그러한 것이었다. 그 흐름이 정체된 때 제3자가 개입하여 얽힌 곳을 풀어준다. 이것이야말로 여기에서 민사재판이 담당하는 사회적 역할이었다.

3. 민사법의 문제

1) 習律과 公權力

계약사회인 이상, 전통중국에서도 개개의 계약의 기초가 되는 규범적 틀이 사람들 사이에 넉넉히 공유되고 있다. 서양의 법이론에서는 그러한 틀이 사람들 사이에 사실로서 공유되고 있는 것 정도로는 불안정하다고 하여, 그 위배에 대한 제재를 담당하는 전문스택이 사회 속에 나타나고, 그 출현을 개재시켜 ‘習律’의 일부가 제도적인 ‘慣習(法)’으로 발전한다. 이 측면에서 보면 서양의 규칙형 재판이란 습률적인 규칙성을 권력적으로 뒷받침되는 법규범으로 전환하는 장치이며, 서양형의 사법권력은 계산가능성을 향상시키는 역할을 담당하는 것에서 자기의 존재기반을 찾고 있다고도 할 수 있다.

이에 대하여 중국에서 시장사회를 지지하는 사회적인 규칙성은 오히려 ‘市道之交’(시장적 이해관계에 기초한 교제)*에 해당하며, 그것의 관철 앞에는 약육강식의 세계가 기다리고 있다고 생각되었다. 에고이즘의 폭주를 억제하고 공존을 실현하는 것이야말로 공권력의 역할이고, 재판 역시 그러한 이념 하에 행해졌다. 여기에서는 공권력이 단단히 작동하면 작동할수록, 사회의

* 譯者 주, ‘市道’란 상거래에서 이익을 좇는 道, ‘市道交’와 ‘市道之交’는 이익을 중시하는 교제, 이익이 있으면 만나고 이익이 없으면 헤어지는 것을 말한다. 저자에게 확인한 바, 저자는 ‘市道之交’를 ‘利害에 기초한 交際’, ‘가만두면 약육강식으로 끝날 수 있는 이기주의(에고이즘)에 기초한 인간관계의 뉘앙스로 사용하고 있다. 저자에 따르면, give-and-take에 기초한 서양의 시장적 관계가 경제적 합리성에 기초하여 가장 공정한(fair)한 관계 중의 하나로 생각되고 있으나, 중국에서는 그 반대로 생각되고 있다는 함의를 표현하고 있다.

계산가능성은 저하한다. 또한 재판규범이 되지 않는 이상, 그 규칙성만이 추려져서 실정법화 하는 것도 아니다.

그런데 재판이 특정요소만을 0/1의 이진법으로 착목하여 절대적으로 우선 시하는 일을 하지 않는 경우 특정한 정당한 이익이 그대로 객관적인 권리가 되는 일도 없다. 습률에 기초한 정당한 이익주장은 일상사회에서도, 국가재판에서도 중시되고 또 대체로 실현되기도 하나, 그 정확한 범위는 대하는 상대에 따라 신축이 되어야 하는 것이고, 그러한 자각이 결여되어 자기이익을 절대화하는 것(그것이 이른바 ‘권리주장’일 것이다)은 비상식인 것으로서 물리쳐진다. 이로부터 자기의 권리를 적극적으로 주장·논증하는 것이 아니라 오히려 서로 양보하는 것을 잇은 상대의 태도를 비난한다고 하는, 한 단계 정도 굴절한 ‘欺壓·冤抑·伸抑’ 형의 소송화법이 생겨나게 된다.

시장적 규칙성과 재판이 반드시 순접방향으로 접속한다고는 한정할 수 없다.

2) 판결이 총체로서 가지는 규칙성

그러나 그렇게 내려진 판결 전체를 멀리서 보면, 거기에서 분명히 어떤 패턴이 간파되는 것도 확실한 사실이다.

재판의 이념이 앞서 말한 것과 같음에도 불구하고, 왜 마지막에는 그렇게 되어버리는 것일까? 그 원인은 습률 자체가 이 사회 속에서 가지는 힘에서 찾을 수밖에 없을 것이다. 一君萬民의 國制 아래에서 만민이 어떠한 경제질서를 만들지는 기본적으로 사회에 맡겨져 있고, 결과적으로 거기에서 시장적·계약적인 민사질서가 만들어지고, 그 질서는 서로 주고받는(give-and-take) 상호주의에 따라 유지되고 있었다. 국가는 기본적으로 그 현상을 추수하고 있던 것에 불과하다. 재판하는 때에 공존의 이념을 내걸고 개별주의적으로 대처하는 자세를 취하기 해도, 국가권력이 실제로 행하고 또 행할 수 있었던 것은 결국은 그러한 대전제 하에서의 미세조정이다. 과도한 권리주장을 억제한다고 말하면서, 실제로는 권리의 대부분을 실현하고 있던 것이 당시의 재판의 내실이였다. 대량의 사안을 모아서 일람하면, 모든 것의 배후에 있는 이러한 대국적인 배치가 드러나 버린다.

그러한 실태가 있는 이상, 사회실무와 판례 속에서 그러한 정형적인 패턴을 골라내서 논리적으로 재구성하는 것은 완전히 가능한 일이며, 그것을 현실에서 행한 것이 지금까지의 전통중국 가족법연구, 토지법연구에 다름 아니다.

주의할 것은, 거기에서 연구자가 하고 있는 작업에 판례법 국가의 법률가가 사례로부터 규칙을 추출하는 작업처럼 의미를 부여하면 안 된다는 점이다. 규칙성을 추출하여 논하고 있는 사람은 연구자이지 당시의 사람들이 아니다. 추출된 것은 연구자에 의한 관찰결과이기는 해도, 당시의 재판을 정초하고 또 인도하는(guide) 재판규범은 아니다. 재판이 규칙을 사용하여 행해지지 않고 있는 곳에서는, 규칙성만을 추출하여 '신성한 감실에 모시는' 것과 같은 일은 일어나지 않는다. 오히려 전통 중국사회에서 법이라는 것은 어디까지나 일반칙에의 배려와 개별사정에의 배려, 理의 계기와 情의 계기가 혼연일체·무분화인 채로 사람들의 심중에 있는 것이고, 그것이 개개의 사안과 만나는 때마다 '情理에 맞는 판단'이라는 형태로 具體化·結晶化하고, 그것이 끝나면 다시 결합을 풀고 무정형의 상태로 되돌아가는 것으로서 존재하였다.

그러나 사람은, 무슨 이유인지는 모르겠지만, 논리적인 존재이다. 사안의 무한한 개별성을 중시한다는 것과, 그러한 판단이 전체적으로 어떤 논리적인 일관성을 갖고 있는 것은 서로 모순되지 않는다. 그러한 마음을 가진 사람들의 일상적인 행동거지가 습률을 만들어내고 또 판결을 만들어낸다. 판결들이 전체로서 가지는 온화한 체계성은, 말하자면 그러한 '건실한 중국인'의 不定形의 마음이 가진 낙낙한 체계성이다. 그와 같이 모두의 마음속에 있는 판단을 재판관이 그때그때 대표하여 말한다. 그것이 여기에 있는 재판관과 사회와 법의 기초적인 위치관계였다.

전통 중국법을 내용면에서 논하려는 경우 재판제도와 재판규범으로부터 논하는 것이 아니라, 오히려 소박하고 無方法인 것처럼 보이더라도 '건실한 중국인'을 정면에서 주어로 세우고 또한 일상생활과 재판, 민간사료와 국가사료를 구별하지 않고, 중국인은 이 문제에 대하여 보통 어떻게 생각하고 어떻게 행동하고 있었는가 하는 논법을 취하면, 논술이 만사 자연스럽게 진행

되는 것은 이상과 같은 이유 때문이다. 여기에서 민사법은 司法制度 속이 아니라 사람들의 마음속에 있다.

3) 민사법의 존재형태론

그렇다면 중국법사학이 민사법에 관하여 질문해야 할 문제는 실은 또 하나가 더 있게 된다. 즉 사회 속에 있는 규칙성이 추상화를 거쳐 규칙의 형태로 각색되고 의식적으로 재판규범의 위치에 앉혀진다는 식의 전개를 취하지 않고, 오히려 개별사정에 대한 배려와 일체화한 不定形 그대로, 더욱이 개개 사람들의 마음속에 놓이는 때에 민사법규범이라는 것은 도대체 어떠한 사회적 동태를 보여주는 것일까?

이 물음은 지금까지의 연구사와 관련지어 말하면, 情理의 양상블 속의 주로 ‘理’라고 말해지는 것 쪽의 사회적 존재형태 내지는 사회적 공유의 문제가 될지도 모르겠다. 理는 다양한 사안에 통하는 道理라고 말해지고 있다. 그러나 실제에서 무엇이 情이고 무엇이 理인지 실은 그렇게 명확하지 않다. 한쪽 끝에는 확실히 ‘자명한 理’, 누구라도 의심하지 않는 도리가 있으나, 그 일극을 떠나면 점점 무엇을 어디까지 理라 할지 자체가 사람마다 어긋나고 있는 상태가 나타난다. 情에 대한 배려의 정도를 둘러싼 다툼에 다시 무엇이 理인가 하는 다툼이 겹쳐져서 나타난다. 사태는 어떻게 정리되고 있었던 것일까?

또한 서양법 이론에 맞추어, 制度的인 整序를 받기 이전의, 그러나 이미 일정한 사회성을 가진 행위규범을 습률이라고 부르기로 한다면, 여기에서 물어지고 있는 문제는 중국에서의 습률의 존재형태라 할 수도 있다. 서양법론에서는 제도적인 관습이 법을 논하는 최초의 장이 되고, 습률은 거기에 이르는 경과점으로서 순식간에 지나쳐버린다. 그런데 전통중국에서는 관습법이란 제도평면이 없기 때문에, 습률과 법의 존재양태를 둘러싸고 정면에서 물어져야 할 고유한 문제영역으로서 나타난다.

예를 들어, 토지법 분야 하나를 보아도, 한편으로는 정당한 契據(조선시대의 文記에 해당. 역자)를 가진 자가 그 토지를 ‘管業’(경영수익)할 수 있다는 전국 공통의 안정적인 (누구라도 ‘자명한 理’로 취급하는) 규범적 틀이 있다

면, 다른 한편으로는 田面田底 관행(지주와 소작인 사이의 이중소유권 관행) 처럼 지역적으로도 시기적으로도 한정된 (따라서 그 존부에 관하여 다툼이 생길 수 있는) 지방적인(local) 규범들도 있었다. 권력이 사회적 규칙성을 총괄하여 규칙으로서 설정하는 구조도 사고방식도 없는 경우, 그렇다면 그러한 지방적 규범 틀은 어떻게 형성되고 또 어떻게 지역적으로 공유되는가? 또한 거꾸로, 여기에서도 행해지는 재판과 관현에 의한 規範의 宣示(告示의 발포)는 그러한 사회적 규범 틀의 지방적인 고유동태에 어떤 영향을 미치는가? 법학적으로 질문할만한 문제는 얼마든지 더 있다.²⁵⁾

전통중국처럼 민사법과 민사재판이 순접적으로 접촉하고 있지 않은 세계에서는, 민사법론을 민사재판론 속에서 해소하여 해결해버릴 수 없다. 전술한 바와 같은 민사법연구가 완성될 때 비로소 민사재판연구 쪽도 안정적이게 될 것이다.

■ 참고문헌

- 高橋芳郎, 『宋代中國の法制と社會』, 東京: 汲古書院, 2002.
- 夫馬進, 「明清時代の訟師と訴訟制度」, 梅原郁 編, 『中國近世の法制と社會』, 京都: 京都大學人文科學研究所, 1993.
- 寺田浩明, 「清代土地法秩序における「慣行」の構造」, 『東洋史研究』 48-2, 京都: 東洋史研究會, 1989.
- 寺田浩明, 「後期帝制中國における法・社會・文化—アメリカと日本の研究者の對話」, 『中國圖書』 1997-1, 東京: 內山書店, 1997.
- _____, 「權利と冤抑—清代聽訟世界の全体像」, 『法學』 61-5, 仙台: 東北大學法學會, 1997.
- _____, 「清代聽訟に見える「逆說」的現象の理解について—ホアン氏の「表象と實務」論に寄せて」, 『中國—社會と文化』 13, 東京: 中國社會文化學會, 1998.
- _____, 「中國清代民事訴訟と「法の構築」—『淡新檔案』の一事例を素材にして」, 日本法社會學會編, 『法の構築』, 『法社會學』 58, 東京: 有斐閣, 2003.
- _____, 「「非ルールのな法」というコンセプト—清代中國法を素材にして」, 『法學論叢』 160—

25) 寺田浩明, 「清代土地法秩序における「慣行」の構造」, 『東洋史研究』 48-2(東洋史研究會, 1989)는 그 문제에 대한 단서적인 연구이다.

- 3・4, 京都: 京都大學法學會, 2007.
- 寺田浩明, 「裁判制度における「基礎付け」と「事例参照」- 傳統中國法を手掛かりとして」, 『法學論叢』172-4・5・6, 京都: 京都大學法學會, 2013.
- 滋賀秀三, 『清代中國の法と裁判』, 東京: 創文社, 1984.
- _____, 『續・清代中國の法と裁判』, 東京: 創文社, 2009.
- 中島榮章, 『明代郷村の紛争と秩序- 徽州文書を史料として』, 東京: 汲古書院, 2002.
- 中村茂夫, 「清代の判語に見られる法の適用- 特に誣告, 威逼人致死をめぐって」, 『法政理論』9-1, 新潟: 新潟大學法學會, 1976.
- 阿 風, 『明清徽州訴訟文書研究』, 上海: 上海古籍出版社, 2016.
- 吳佩林, 「近三十年來國內對清代州縣訴訟檔案的整理與研究」, 『北大法律評論』12-1, 北京: 法律出版社, 2011.
- 王泰升・堯嘉寧・陳韻如, 「『淡新檔案』在法律史研究上的運用」, 『台灣史料研究』22, 台北: 吳三連台灣史料基金會, 2004.
- 熊遠報, 『清代徽州地域社會史研究- 境界・集團・ネットワークと社會秩序』, 東京: 汲古書院, 2003.
- Philip C. C. Huang, “Between Informal Mediation and Formal Adjudication – The Third Realm of Qing Civil Justice”, *Modern China* 19-3, 1993.
- _____, *Civil Justice in China: Representation and Practice in the Qing*, Stanford University Press, 1996.
- Sybille Van der Sprenkel, *Legal institutions in Manchu China: a sociological analysis*, The Athlone Press, 1962.

<부록> 본문에 소개된 재판문서의 텍스트

본문에는 청대의 재판문서의 예로서 《淡新檔案》에 수록된 鄭林氏 대 鄭邦超 소송의 재판문서 중 訴狀, 提訊名單, 堂諭, 遵依甘結狀의 사진이 실려 있다. 독자의 참고를 위하여 吳密察 主編, 『淡新檔案(二十三) 民事編 田房類: 爭財·公業』(臺北: 國立臺灣大學圖書館, 2007)에서 해당 문서를 찾아 부록으로 실는다. 밑줄 친 곳은 人名을 나타내며, 구두점은 같은 책의 것을 따랐다. [譯者]

1. 鄭林氏의 訴狀: <그림 1>=문서(1). 같은 책, 22615·1 문서, 270면.

具呈人鄭林氏、住首保水田庄、同安屬、離城 里

代書 [戳記]*

做狀 自稿自繕

具呈狀人鄭林氏、年三十八歲。抱告鄭邦試、年十八歲、係本告男。爲恃強霸佔、較被毆傷、乞恩提驗傷痕、拘究斷分(事)。切氏子鄭邦試自幼以父母之命繼與胞伯鄭瞻南爲子、計今一十八年。父在之日竝無異議、父死後、突被鄭邦超心存不測、膽敢不遵約束、不守本分、橫將氏子所有應得家財、物業結交黨類、恃強霸佔、任意花銷、據地負抗、任較莫何。此本月初四日、氏子邦試因家財被佔、費項不敷、無奈出首向較、反被該惡鄭邦超等遇氏子書房回歸之際截途扭毆、在左右脇及背後、胸前、臍下計五傷、俱皆紅腫疼痛、幸隣右救證。似此不蒙提驗押分、虧氏子家財被佔、分文不與、日食俱無、情慘至極、心奚以甘? 瀝情叩乞

* 新竹縣正堂葉、給漳籍代書賴善教戳記。

青天大老爺威振雷電、恩准提案驗明傷痕、拘究斷分、萬世公候。沾叩。

光緒十九年七月初四日具呈人鄭林氏

特授新竹縣正堂加二級紀綠十次葉 批：

傷經驗明註單、竝隨時訊供堂諭、候即提質訊究斷。

2. 堂諭: <그림 2>=문서(7). 같은 책, 22615·7 문서, 273~74면.

提訊名單 值承朱春 差洪泉 倪源

計開

原告 鄭林氏

抱告 受傷 鄭邦試

被告 鄭邦超

柒月廿二日訊

[堂諭] 業經光緒十八年四月間、由該氏邀同宗親與姪鄭邦超鬮分、據該氏供稱、鬮書由其長子鄭邦塗繪押、與其次子鄭邦試供同、則當時立分者、確係該氏。及鬮分僅及年餘、即思翻異、尚復成何事體！鄭邦試猶欲以鬮分之書誣諸母與長兄、以為翻異地步、豈知母親立分、長兄奉母命而繪押、為子弟者、豈能後生異議、當堂猶嘵嘵論辨、實屬目無長上、其不孝、不悌深堪痛惡。因其年未及冠、現尚讀書、姑從寬典、僅予朴責示教、冀其改過自新、如其怙終、則三尺具存、決不再從末減也。著各遵照鬮分約字、各管各業。如再另生枝節、致干懲辦、著即具結完案。此諭。鬮堂各發還。又諭。

3. 錄供: <그림 3>=문서(8). 같은 책, 22615·8, 274~75면.

據鄭邦超供：年二十五歲、原籍同安縣、現住水田。小的曾祖用鍾、祖如岡、父維巖即官名瞻南、生小的一人、大伯無子、是長房的長子邦塗承繼、三房無子、亦無人承繼、那四房是出繼與大伯祖、亦生一子、名光彩。去年四月間、這鄭林氏主分、邀請房族、將仰記祖所遺家業與這鄭林氏對半均分、立有鬮書執據。斯時分家、房族說及三房無人承繼、暫交小的兼祧、俟族內有人可以承繼、纔與立繼、這鄭林氏不肯、要爭此倒房。因這鄭邦試強打小的租谷、小的即見其母、據說叫他回來訓斥、他不曉告小的何事。那福記是五房雲梯的私號。石記是小的父親私號。今蒙提訊、斷令各照原分鬮書、各管各業。小的仰遵明斷、沾恩就是。

據鄭林氏供：二十八歲、那雲梯是小婦人的丈夫、兄弟四人、小婦人丈夫居四、長房維巖、次男維巖、三房維葉。小婦人的家翁亦四兄弟、長曰如筠、生一子光彩。家翁所遺家業、去年經房族作二人對分、立有鬮書。小婦人次子邦試、當時大伯要他過繼、至今十八年、去年分業、小婦人亦有與他呼應。據說、俟大房分後、再與邦超對分。鬮書內不曉得有無註明、小婦人乃是女流、實不曉得、是大伯(分)與小婦人的、斯時小婦人亦有在場、花號是邦塗繪押、現邦試名字亦有填入大伯的碑牌內印、大伯去世之時、亦與他披麻執杖。那倒房均無人承繼、是輪公的家產、租谷計有多少、小婦人實不深知。今蒙提訊、斷令各照原分鬮書、各管各業。小婦人仰遵明斷、沾恩就是。

據鄭邦試、年十八歲、原籍同安縣、現水田居住。那雲梯是小的父親、這鄭林氏是小的母親。斯時是大伯主分。那花號是小的胞兄邦塗繪押。是大伯意愛小的過繼、至大伯死時、小的亦與披麻執杖、印名字亦填入大伯的碑牌內、小的纔敢與他較分。餘供與鄭林氏供同。

柒月廿二日供

值繕貝錦

4. 遵依甘結狀*: <그림 4>=문서(10). 같은 책, 22615·10~12 문서, 276~77면.

具遵依甘結狀人鄭林氏、今當

大老爺臺前、結得林氏具告鄭邦超霸佔家業等(情一案)、茲蒙提訊、察悉此案業經光緒十八年四月間、由林氏邀同宗親與姪鄭邦超鬪分、鬪書由林氏長子鄭邦塗繪押、僅及年餘、鄭邦試猶欲以鬪分之事諉諸林氏與邦塗、以爲翻異地步。姑念邦試年未及冠、現尚讀書、從寬朴責示教。斷令所有家業、著各遵照鬪分約字、各管各業、毋得另生枝節、致干懲辦、各具遵結完案等因。林氏仰遵明斷、日後不敢翻異、再生事端。合具遵依甘結狀是實。

光緒十九年七月廿二日具遵依甘結狀人鄭林氏

[批] 附卷。

具遵依甘結狀人鄭邦超、今當

大老爺台前、結得邦超被鄭林氏具告霸佔家業等情一案、茲蒙提訊、察悉此案業經光緒十八年四月間、由鄭林氏邀同宗親與邦超鬪分、鬪書由其長子鄭邦塗繪押、僅及年餘、鄭邦試欲以鬪分之事諉諸母與長兄、以爲翻異地步。姑念邦試年未及冠、現尚讀書、從寬朴責示教。斷令所有家業、著各遵照鬪分約字、各管各業、毋得另生枝節、致干懲辦、各具遵結完案等因。邦超仰遵明斷、日後不敢翻異。合具遵依甘結狀是實。

光緒十九年七月廿二日具遵依甘結狀人鄭邦超

[批] 附卷。

具遵依甘結狀人鄭邦試、今當

大老爺臺前、結得邦試具告鄭邦超霸佔家業等情一案、茲蒙提訊、察悉此案業經光緒十八年四月間、由□母邀同宗親與鄭邦超鬪分、鬪書由邦試長兄鄭邦

* 본문에는 鄭林氏의 준의감결장의 이미지만 있으나, 참고를 위해 鄭邦超와 鄭邦試의 것도 수록하였다. 譯者.

塗繪押、僅及年餘、邦試猶欲以鬮分之事諉諸母與長兄、以爲翻異地步。姑念邦試年未及冠、現尙讀書、從寬朴責示教。斷令所有家業、著各遵照鬮書約字、各管各業、毋得另生枝節、致干懲辦、各具遵結完案等因。邦試仰遵明斷、日後不敢翻異、再生事端。合具遵依甘結狀是實。

光緒十九年七月廿二日具遵依甘結狀人鄭邦試

[批] 附卷。

<Abstract>

The Procedure and Character of Civil Trial in Ming-Qing China

Terada, Hiroaki*

In order to contribute to the comparison between the civil trials of Joseon Korea, Ming-Qing China and Tokugawa Japan, this essay discusses four topics on the Chinese case; the position of civil trial in the dispute resolution system, the available historical materials about it, the characteristics of the procedures found from trial documents, and the normative basis of the civil trial.

In Chapter I, it is elucidated that (1) a considerable number of civil disputes were brought to the state in Ming-Qing China, (2) however, the nature of the civil trial conducted by the state was not so different from that of private dispute resolution. Both were aimed not at realizing objective rights based on given law, but at teaching the guideline for mutual consent among the parties or remonstrating the bad guy who does not know the spirit of companion, (3) also in the state court system, civil cases were treated as ‘minor cases’ 細事 that needed no severe punishment and could be left to the district magistrates.

In chapter II, I introduce three kinds of historical documents related to civil trials, the books collectively referred to as ‘*Pan'yu*’ 判語 which are various collections of judgments by the various magistrates, the ‘district archives’ 州縣

* Professor, Kyoto University Graduate School of Law.

檔案 which are the original documents remaining in some district offices, and the ‘official transcript of judicial documents issued upon request of the parties’ 抄招給帖.

In Chapter III, I show the structure of a single document of district archives, introduce characteristic documents, and point out some procedural features that I have noticed through document research. In chapter IV, I introduce the controversy between Prof. Philip C. C. Huang and Shuzo Shiga over the characterization of civil trials, and consider on the nature of the authority and power to make a trial in traditional China.

Through these two chapters, the following points are clarified. (1) Civil trials in Ming Qing China were not carried out in the way of Western style of applying general rules to individual cases. The ideal judgments they were looking for are the ‘public opinion of the world’ 天下之公論 on the each individual cases, they were discovered by all participant every once in every trial. (2) All facts could be brought out as arguments under the individualist trial, so dispute settlement was necessarily a matter of choosing facts to focus on. Judges tried to select facts to be emphasized and make an official story about the cases that could be shared by both parties. Once the official story was established, the issue disappeared and the dispute resolved. (3) The traditional Chinese civil trial did not have the function to select some regularities (habit) in society and upgrade them to institutional civil law. In order to discuss the form of existence of civil law, it is necessary to turn eyes out of court.

[Key Words] Ming Qing China, civil trial, rule, public opinion, individualism.