조선시대 민사소송에서 당사자의 불출석

손경찬*

목 차

Ⅰ. 들어가면서
Ⅱ. 조선시대 친착결절법의 제정과정과 해석론
1. ≪經國大典≫ 친착결절법 제정과정
2. ≪經國大典≫의 親着決折法 개정 논의
3. ≪大典後續錄≫에서의 친착결절법 제정과정
4. 명종대 친착결절법 수교 제정과정
Ⅲ. 조선시대 민사판결에서 당사자의 불출석
1. 1578년 경주부 결송입안
2. 1689년 영일현 결송입안
Ⅳ. 마치면서

[국문 요약]

이 연구의 목적은 조선시대의 민사소송에서 당사자가 불출석한 경우 어떻게 재판을 하였는지를 알아보는 것이다. 현행 민사소송법은 변론기일에 당사자가 불출석한 경우 제148조·제150조에서 자백간주 및 진술간주를 규정하고 있으며, 제268조에서 소의 취하를 간주한다. 이는 결석판결이 아니라 대석판결을 하는 것이며, 당사자의 결석의 효과를 규정한 것이다.

반면 조선시대 민사소송에서는 당사자가 불출석한 경우 일정한 기간이 도과하면 바로 패소판결을 내렸다. 그러므로 조선시대는 결석판결제도에 가까웠다 볼 수 있다. 조선시대의 親着決折法은 당사자가 불출석한 경우에 적용되는 법조문이었다. 《經國大典》에서 처음으로 친착결절법이 제정되었다. 이후 해당 조문에 대한 연산군 대에 개정논의가 있었으나 개정하지는 않았다. 이후 명종 대에는 당사자 한쪽이 21일 불출석한 경우 다른 당사자가 30일을 출석해야 할 것인지 아닌지를 두고 논쟁이 있었다. 여러 차례의 논의 끝에 일방 당사자의 불출석이 21일인 경우 상대방 당사자는 30일을 출석해야 하는 것으로 논의가 정리되었다. 이후 이 규정은 《大典後續錄》에 반영되었으며, 친착결절법은 몇 차례 《受敎》의 공포에 의해 다시 수정되었다. 이후 친착결절법은 《續大典》에 정리되어 편입되었다.

* 연세대학교 법학연구원 연구교수

그리고 법전에 도입된 친착결절법은 조선시대의 민사판결서인 決訟立案에서 충실히 적용되었다. 1578년 경주부 결송입안과 1689년 영일현 결송입안이 그 예이다. 경주부 입안의 원고는 23일 동안 재판정에 불출석하였으며, 영일현 입안의 피고는 28일 동안 불출석하였다. 따라서 양자 모두 친착결절법에 의해 패소하였다. 결송입안의 내용을 통해 중앙 정부에서 제정된 친착결절법이 지방의 민사소송실무에서도 제대로 준용되었음을 알 수 있다.

조선시대 민사소송에서 당사자의 불출석에 관한 논의는 과거의 사실에 대한 단순한 기술이 아니다. 이를 통해 조선조의 법조문 제정과정의 실태를 알 수 있으며, 조선조에도 법해석학이 있었음을 알 수 있으며, 제정법이 민사재판실무에 반영되었음을 보여주는 것이다.

[주제어] 조선시대 민사소송, 당사자의 불출석, 親着決折法, 決訟立案, 缺席判決

Ⅰ. 들어가면서

민사재판에서 변론기일에 한쪽 당사자가 법정에 출석하지 않는다면, 성실하게 출석을 한 당사자로서는 소송 경제적으로 불이익을 입게 되며, 실체적인 진실을 찾아내어 당사자의 권리구제를 함에 지장을 초래하게 되며, 국가로서는 사법행정력의 낭비를 초래하게 된다. 그래서 현행 민사소송법에서는 변론기일에 당사자가 결석한 경우는 기일의 해태라고 부르고 있다. 현행 민사소송법에서는 양쪽 당사자가 결석한 경우에는 소의 취하를 간주하고(민사소송법 제268조), 한쪽 당사자가 결석한 경우에는 진술간주(동법 제148조)와 자백간주(동법 제150조 제3항)로 규정하고 있다.

양쪽 당사자가 결석한 경우 국가마다 다양한 입법례가 존재한다. 독일의 경우 ① 판결을 하기에 성숙되었으면 기록에 의한 재판(nach Lage der Akten), ② 연기, ③ 휴지명령(Ruhen des Verfahrens) 등 세 가지 중 법원이 하나를 선택할 수 있도록 하였다(ZPO 251a조). 일본 신민사소송법 제263에서는 양쪽 당사자가 1회 불출석하고 그로부터 1개월 내에 기일지정신청을 하지 않을 때와 양쪽 당사자가 연속하여 2회 불출석한 경우 소의 취하로 본다.[1] 우리 민사소송법은 당초에 2회 불출석하면 제1심에서는 소의 취하간주로 상소심에서는 상소의 취하간주로 보았다. 이후 1990년 개정에서 취하간

1) 이시윤, 『新民事訴訟法』 제11판(박영사, 2017), 413면.

주의 요건을 크게 강화시켰다. 한쪽 당사자가 기일에 결석하는 경우에는 결석판결을 취하기도 하고, 대석판결을 취하기도 한다. 우리 현행 민사소송법은 대석판결주의를 취하고 있지만, 일제강점기의 우리나라는 일본 민사소송법을 의용하였다. 이때 日本 明治 민사소송법은 결석판결주의를 취하였고, 이후 1925년 大正 민사소송법에서는 결석판결주의를 폐지하였다.[2] 따라서 1925년 이전의 우리나라 근대 법정에서도 결석판결을 행한 예가 있다 할 것이다.

그렇다면 한국법의 역사에서 당사자의 불출석은 어떻게 처리하였을까 하는 의문이 든다. 한국법사를 시대 순으로 구분해 보자면, 조선시대 이전→조선시대→개화기→일제 강점기→해방이후 현대사로 구분할 수 있다. 그 중 조선시대 이전은 찾아서 활용할 수 자료의 빈약성으로 접근하기 쉬운 지점은 아니며, 개화기의 민사재판에서 당사자의 불출석은 선행연구가 있다.[3] 개화기의 민사재판에서 당사자가 불출석한 경우 7일의 기간을 기다려도 당사자가 출석하지 않으면 缺席判決을 행하였다. 한국법사에서는 결석판결이 개화기부터 등장하기 시작하였으며, 이는 당시 일본 명치 민사소송법에 결석판결제도가 있었기 때문에 그 영향을 받은 것으로 볼 수 있다. 일제 강점기에는 1925년까지는 명치 민사소송법의 영향 하에 결석판결제도가 있었으며, 1925년 이후 대정 민사소송법에서는 결석판결제도가 폐지되었다.[4]

그런데 조선시대 민사재판에서 당사자의 불출석을 어떻게 처리하였는가 하는 점을 집중적으로 조명한 선행연구는 없었다. 한국법제사학의 선구자인 박병호의 연구에 의해 조선시대 親着決折法이 있었음이 밝혀졌다. 親着決折法(혹은 就訟期限)은 조선시대 민사소송에서 원고 혹은 피고가 자기에게 불리한 경우 應訟하지 않는 경우 소송이 지체되므로 이를 막기 위해 도입되었다. 박병호의 선행연구에 의해 친착결절법의 내용이 소개되었으며, 법전(經國大典, 受敎, 續大典)마다 친착결절법 관련 내용이 조금씩 변하였다는 것이

---

2) 本間靖規, 「日本における民事訴訟法の變遷と課題」, 이호원 편, 『韓國과 日本의 民事節次法의 變遷과 課題』(문우사, 2017), 45면.

3) 손경찬, 『개화기 민사재판제도에 관한 연구』(서울대학교 법학박사학위논문, 2015), 103~111면.

4) 결석판결제도의 폐지와 개정된 대정 민사소송법에서 당사자의 불출석에 대하여는 다음을 참조한다. 河原直三郎, 『改正 民事訴訟法概論』(東京 : 巖松堂書店, 1928), 240~241면.

밝혀졌다.[5] 하지만 시대를 거치면서 친착결절법이 변화하는 과정에 대한 자세한 설명이 되지는 않았으며, 또 친착결절법 조문을 두고 두 가지 해석론이 전개된 조선 명종조의 입법과정에 대해서도 잘 알려져 있지 않다.

이 연구는 조선시대 친착결절법이 제정되던 과정을 자세하게 밝히는 것이 그 첫 번째 목적이다. 즉 어떤 과정을 거쳐서 친착결절법이 만들어졌는지를 밝히고, 그 입법과정에서 조문의 해석을 둘러싼 법해석론의 의미를 밝히는 것이 목적이다. 다음으로 선행연구에서는 실제 친착결절법이 적용된 조선시대 민사판결사례를 제시하지는 않았다. 최근 발굴되고 연구되기 시작한 조선시대 민사판결서인 決訟立案 중에는 親着決折法이 적용된 판결이 몇 건 있다. 대표적인 2건을 소개하고 실제 제정된 법조문이 판결에 어떻게 적용 되었는지를 논증해 보려 한다.

요컨대, 이 연구의 목적은 조선시대 민사재판에서 당사자가 불출석한 경우 적용되었던 친착결절법의 입법과정을 자세하게 소개하고, 그 제정과정에서 야기된 친착결절법 조문에 대한 법해석론의 의미를 살펴보며, 제정된 친착결절법이 실제 민사판결에서 어떻게 적용되었는지를 살펴보는 것이다. 이를 통해 조선시대 민사재판의 한 단면을 추적해 볼 수 있다 생각한다.

Ⅱ. 조선시대 친착결절법의 제정과정과 해석론

조선의 법제는 중국의 법제의 영향을 많이 받았다. 특히 조선의 國典인 《經國大典》에서는 《大明律》을 의용하여 형법으로 사용하였다. 조선시대에는 민사재판 및 형사재판의 영역이 명확히 구분되지는 않았지만, 내용적으로는 민사재판에 해당하는 決訟立案과 형사재판에 해당하는 獄訟事件 등으로 구분이 되기도 하였다. 그렇다면 조선시대 민사재판에서 당사자의 불출석은 어떻게 취급되었을까?

---

5) 박병호, 『한국법제사』(법문사, 1974), 279~283면.

1. 《經國大典》 친착결절법 제정과정

우선 조선에서 당사자의 불출석에 관한 법조문을 살펴보기 전에 중국 및 일본에서의 당사자의 불출석을 어떻게 처리하였는지를 먼저 살펴보자. 중국(특히 明)에서는 당사자의 불출석에 따라 바로 법적 효과를 부여하는 법조문은 존재하지 않았으며, 당사자의 출석을 강제하였다. 다시 말하자면 중국의 명나라 및 청나라 초기에는 민사재판에서 원고와 피고는 반드시 법정에 나왔어야 하고, 피고가 어떤 관직이나 신분이라 하더라도 모두 평등하게 심리를 받았다.[6] 만약 소송이 제기된 이후에 소송당사자(원고・피고・증인 등)가 출정하지 않거나 도망가거나 다른 지방으로 숨은 경우, 당사자가 그 소송관할지에 소재하지 않은 경우에, 소송을 제기 받은 衙門에서는 일정한 강제수단을 이용하여 당사자를 출정하게 하였고, 그렇게 한 이후에야 소송절차가 진행되었다.[7]

한편 전통 일본의 율령시대에는 당사자가 소를 제기하여 소장을 수리한 관사는 피고에 대하여 소환장을 송달하였다. 송달을 받은 피고는 3일 이내에 출정을 하여야 하였다. 이것을 判召라고 하였다. 그 기간이 경과한 경우 관사는 다시 20일간 출정을 기다렸다. 그 기간은 判待라고 불려졌다. 이 두 기간이 경과하도록 피고가 출정하지 않았던 경우에는 欠席재판에 따라 主典이 판결을 하였다. 율령재판의 예외를 이루는 간략한 절차여서, 공익침해의 정도가 낮은 소송사례를 대상으로 하는 경우에 이러한 절차가 고려될 수 있었다.[8] 이를 통해 보건대, 일본의 전통율령 시대의 민사재판에서는 절차가 간략한 경우에 당사자가 불출석한 상태에서 재판을 진행할 수는 있었지만, 이 절차가 일반적이고 원칙적인 절차였다고는 볼 수 없다.

이에 반하여 조선에서는 당사자가 불출석한 경우에 親着決折法에 의해 출석하지 않은 당사자에게 패소판결을 하였다. 하지만 이 친착결절법이 어떤

---

6) 張晋藩 주편, 한기종・김선주・임대희・한상돈・윤진기 공역, 『중국법제사』(소나무, 2006), 742면.
7) 張晋藩 主編, 『中國法制通史』 第七券 明(法律出版社, 1999), 521~527면.
8) 淺古 弘・伊藤孝夫・植田信廣・神保文夫, 『日本法制史』(靑林書院, 2010), 66~67면.

과정을 통해 제정되고 개정되었는지는 잘 알려져 있지 않다. 조선 초기《經國大典》이 시행되기 이전에는 就訟期限에 관한 규정은 없었다. 처음에는 노비관련 소송을 하면서 就訟期限(혹은 친착결절법)은 관련 논의가 시작되었다. 즉 조선의 건국 초에는 "京中에 제소된 노비 소송에 있어서는 피고가 京中에 거주하는 경우에는 20일, 外方近道에 거주하는 경우에는 1개월, 遠道에 거주하는 경우에 2개월 내에 응소하지 않으면 원고에게 승소판결을 선고"[9] 한다는 논의를 하였다.

이후 세조대인 1463(세조9)년 6월부터 한성부의 奴婢訟에 관하여는 원고와 피고 중 3개월 내에 까닭 없이 만 30일 동안 就訟하지 않으면 취송한 자에게 승소판결을 내리고, 그 기간의 계산에 있어서는 피고 거주지의 원근을 계산하여 가감을 하는 법제를 만들었다.[10] 그리고 이 조문은 1463(세조9)년 11월부터는 노비송 이외의 토지・가옥 기타 재산에 관한 소송에서도 준용되었다.[11] 하지만 이 제도의 도입을 모든 사람들이 수긍한 것은 아니었다. 세조대 성균관 진사 宋希獻은 상소문을 통해 친착법을 반대하기도 하였다. 그 논거로는 춘분부터 추분까지 농번기에는 귀농하여 재판을 하지 않았던 것이 농사시기를 잃지 않아 좋았는데, 귀농의 법전을 혁파하고 친착의 법전을 새롭게 입법하면, 지방의 백성들이 양식을 짊어지고 유숙하는 폐단이 많다고 주장하였다.[12] 하지만 세조는 이 주장에 대해 반대하였다. 즉 歸農・질병・다른 사유 등으로 만일 立訟하기를 원하지 않는다면 '辭'을 갖추어 관에 고하

---

9) 《太祖實錄》 제12권, 1397(태조 6년) 7월 25일: 甲戌/辨定都監因憲司受判移關, 將壬申年以來各年所申條目與都監已曾受判禁令, 參酌合行事宜, 疏上十九條曰 …一, 被告人員不對隻者, 京中限二十日, 外方近道限一朔, 遠道限二朔, 不至者, 許於元告決給

10) 《世祖實錄》 제30권, 1463(세조 9년) 6월 26일: 傳旨刑曹曰: 凡奴婢相訟, 元告被論中, 自知其非 無故滿三十日, 不就訟者, 決給就訟者
《世祖實錄》 제31권, 1463(세조 9년) 윤7월 15일: 壬申/傳旨刑曹曰: 凡訟奴婢者, 三月內無故不訟, 滿三十日則決給 時, 訟人若居他處及出歸者, 移文知會, 令所在官給狀起送, 勿幷計在途日

11) 《世祖實錄》 제31권, 1463(세조 9년) 11월 10일: 漢城府啓: 曾降傳旨, '凡奴婢相訟, 元告被論中三月內無故滿三十日不就訟, 則給就訟者 其中他處住居, 若出歸人, 則移文所在邑, 以給狀日爲始, 程途計除施行' 而田宅,財産不之及, 故訟者自知其非, 或全不現身, 或臨決之際, 多般謀避不就訟. 按刑典爭訟田宅,財産條節該, '田宅一依奴婢例處決', 請田宅,財産亦依上項

12) 《世祖實錄》 제46권, 1468(세조 14년) 6월 14일: 且古之訟者, 春而歸農, 號曰春分, 秋而對訟, 號曰秋分, 以是農不失時, 訟得其詳 今者革歸農之典, 立親著之法, 遠方小民, 贏糧信宿, 弊實不貲, 若此之法, 臣恐不合於時宜也.

면 관에서 이를 들어주게 되며, 만약 立訟을 하지 않았다면 親着이 문제가 되지 않으므로, 이를 종합할 때 친착법은 큰 폐단이 없다고 하였다.[13]

이러한 과정을 거치면서 《經國大典》에 친착결절법이 조문이 도입되었다. 1481년 《經國大典》에 의하면 노비에 관하여 다투는 원고와 피고 중에서 여러 달에 걸쳐 나타나지 않아 그 집의 家僮을 가둔 후 30일이 지나도록 나타나지 않은 경우 始訟 후 50일 안에 까닭 없이 불취송한지가 30일이 된 경우 취송한 자에게 모두 노비를 모두 준다고 하였다.[14]

2. 《經國大典》의 親着決折法 개정 논의

《經國大典》의 親着決折法이 제정된 이후에 연산군 대인 1496(연산 2년)에 장례원은 위 조문의 적용에 문제가 있음을 지적하며 다음과 같이 개정할 것을 건의하였다. 그 내용의 대강은 "위 규정은 간사한 무리가 타인의 노비를 빼앗을 때 불리한 경우 회피하는 폐단을 막기 위한 것입니다. 이치가 바른 사람은 송정에 30일이나 50일 동안 着名을 하는데, 이치가 어긋난 사람은 숨고 피하다가 30일이 다 된 28・29일 정도에서 갑자기 출석하여 다시 날짜 계산을 시작하게 하므로 판결을 할 기한이 연기됩니다. 앞으로는 당사자가 재판을 시작한 뒤 불출석하면 家僮 10명 이상을 가두며 출석한 당사자가 친착을 하고, 날짜를 계산하여 50일을 계산하여 《大典》에 의해 판결하도록 해주십시오(今後元隻始訟後, 自知理屈, 窺避不現, 囚家僮十名以上, 則其長立訟庭者, 親著名字, 勿更始, 通計前後滿五十日, 依《大典》決給, 雖呈誤決, 亦依本條, 勿許聽理)"[15]는 것이었다.

---

13) 《世祖實錄》 제46권, 1468(세조 14년) 6월 18일: 一, 或陳: '革歸農之典, 立親着之法, 遠方小民, 贏糧信宿, 弊實不貲' 是官吏不知立法之意故也. 非徒歸農, 以至疾病雜故, 如不願立訟, 則具辭告官, 官則聽之, 旣不立訟, 安有親着? 如是則有何弊乎?

14) 《經國大典》〈刑典〉[私賤]: 相訟奴婢元告・被論中, 自知理屈, 累月不現, 再囚家僮後滿三十日不現者, 始訟後五十日內無故不就訟過三十日者, 並給就訟者 以就訟庭親着名字爲驗.

15) 《燕山君日記》 제14권, 1496(연산 2년) 윤3월 17일: 掌隷院啓: 《大典私賤條》: '相訟奴婢, 元告被論中, 自知理屈累月不現, 再囚家僮後滿三十日不現者, 始訟後五十日內, 無故不就訟過三十日者, 竝給就訟者' 之法, 則奸詐之徒或奪人奴婢, 或被告於人, 利於時執, 雖曲直分明, 而僥倖萬一, 旋卽回避, 別立條格, 以杜奸猾, 而近來理直人, 則獨立訟庭, 幾滿三十日,五十日着名, 而理屈人, 則隱避伺候, 幾

장례원의 건의에 대해 尹弼商은 장례원의 계목에 의한다면 일응 간사함을 막는 것이고 단송정책에는 비록 유익할 것 같기도 하지만, 법을 만들면 폐단이 생기는 것은 고금의 공통된 걱정거리며, 하물며 대전을 어떻게 어지럽게 고치는 것은 타당하지 못하다고 하며 반대하였다.[16]

하지만 이 의견에 대하여 盧思愼, 愼承善, 韓致亨, 柳輊 등은 장례원의 계목에 따라 개정하는 것이 좋겠다고 찬성하였다.[17]

한편 魚世謙은 《大典》의 조문(科條)이 잘 구비되었으나 관리가 잘못 적용하고 있으므로 새로운 조문을 만들려는 것은 잘못이라 주장하였다. 즉 "소송을 시작한 뒤 50일 안에 이유 없이 불취송하여 30일이 경과된 경우에 출석한 자에게 승소판결을 하여 준다는 것은 본의가 당사자 간에 소송을 시작한 뒤 이유가 있을 수 있으므로, 50일의 여유 있는 기간을 정한 뒤 이유 있는 날짜를 제외하고 이유 없는 날짜 만 30일을 기다리자는 뜻이다. 50일 안에 이유 없이 불취송한 날짜가 이미 만 30일이 되었으면 어찌 30일이나 40일을 계속 기다려 50일이 된 뒤에야 비로서 만 30일의 기간을 쓰겠는가? 가령 48, 49일 사이에 나타나서 이름을 적고 다시 기간계산을 시작한다면 재판은 지체될 것이다. 이것은 결코 대전의 본의가 아니며 이것은 관리가 잘 살피지 못한 것"[18]이라고 주장하였다.

어세겸의 주장에 대해 李克墩은 장례원의 계목은 모두 《大典》의 본의에 해당한다고 주장하였다. 즉 "서울과 외방의 관리들이 잘못 시행하였기 때문

盡三十日, 至於二十八,九日間, 卒然自現, 以爲更端, 以避日限 因此, 連延歲月, 斷訟無期 今後元隻始訟後, 自知理屈, 窺避不現, 囚家僮十名以上, 則其長立訟庭者, 親著名字, 勿更始, 通計前後滿五十日, 依《大典》決給, 雖呈誤決, 亦依本條, 勿許聽理

16) 《燕山君日記》 제14권, 1496(연산 2년) 윤3월 22일: 尹弼商議: 掌隷院所啓, 其於防奸,斷訟, 雖似有益, 法立弊生, 古今通患. 況《大典》不可紛更.

17) 《燕山君日記》 제14권, 1496(연산 2년) 윤3월 22일: 盧思愼, 愼承善, 韓致亨, 柳輕議: 依掌隷院啓目, 施行爲便

18) 《燕山君日記》 제14권, 1496(연산 2년) 윤3월 22일: 魚世謙議: 《大典》科條, 至爲該備, 而官吏用之自誤, 欲立新科未便. 如始訟後五十日內, 無故不就訟過三十日者, 竝給就訟者本意, 元隻間始訟後, 豈盡無故? 故立五十日寬限. 其間除有故日, 以待無故滿三十日耳. 五十日內, 無故不就訟日數, 已滿三十日, 則奚待三十餘日, 四十餘日, 以至五十日, 然後始用已滿三十日之限乎? 假使四十八九日間, 現身着名, 而棄已滿無故之日限, 又爲更端, 則無斷訟之時, 決非《大典》之意. 此曉然可知, 而官吏不察耳. 且其立訟過五年之法, 欲以元隻俱現取招爲驗, 然元隻中以爲不俱現, 則何能一時取招爲驗乎? 故有前條. 自知其非不現之法, 惟散接不現人, 以推捉公文, 往復爲驗爲便.

에 이렇게 계목을 하였으니 계목대로 행하는 것이 좋겠다. 다만 계목 내에 '家僮을 다시 가두어 만 30일이 되어도 나타나지 않는다는 법'을 아울러 거론한 것은 타당하지 못하다. 始訟하지 않고 여러 달 동안 나타나지 않아 家僮을 다시 가두어도 나타나지 않은 자가 만약 29일 만에 나타나서 始訟하고는 그 뒤로 착명을 하지 않았을지라도 시송한 뒤 50일 안에 까닭 없이 불취송한 날이 30일이 도달한 예에 의해 시행하여야 할 따름이므로 논의가 필요 없다. 또한 집의 가동 10명 이상을 가두는 것을 한정으로 한다면, 이 법은《大典》의 본의가 아니므로, 더욱 거행해서는 안 된다"[19]고 하였다.

尹孝孫은 祖宗成憲은 쉽게 바꿀 수 없는 것이라고 주장하였다. 윤효손의 주장에 의하면 "양 당사자가 소송 중에 스스로 사리가 굴한 것을 알고 30일이 다 되도록 불출석하다가 기간 내에 출석하면 비록 만 30일까지 불출석하였다고 논할 수는 없을 것이다. 그러나 원고와 피고가 출석하여 始訟할 때 고장告狀을 하는 것이니 고장하여 시송한 뒤에 1년에 한번 2, 3년에 한 번씩 고장만 하고 관에서 취초하지 않은 것도 立訟한 것으로 논할 수 없는 것이 대전의 본의이다. 50일 안에 사리가 굴한 것을 알고 피하던 자가 기간 안에 취송하여 다시 시작하여 착명하면 단송을 하게 될 것이니, 앞으로는 까닭 없이 불취송하는 자에게는 날마다 집안의 종을 가두어 경고한다면 절대 불출석하지 못할 것이고, 대전의 법도 무너지지 않을 것이다"[20]라는 것이었다.

이상의 격론을 들은 연산군은 윤필상의 의견대로 친착결절법에 관한 대전의 규정을 개정하지 않고 그대로 두었다.[21] 즉 1496(연산 2년)의 친착결절

---

19)《燕山君日記》제14권, 1496(연산 2년) 윤3월 22일: 李克墩議: 今審掌隷院所啓, 皆是《大典》本意. 因京外官吏奉行違誤, 致此啓耳, 依所啓爲便. 但啓目內, 再囚家僮滿三十日不現之法竝擧論, 似未穩. 未始訟累月不現, 再囚家僮不現者, 若於二十九日內, 現身始訟, 則其後雖不着名, 當自依始訟後五十日內, 無故不就訟過三十日者例, 施行而已, 不須竝論. 且囚家僮十名以上爲限之法, 非《大典》本意, 尤不可擧行.

20)《燕山君日記》제14권, 1496(연산 2년) 윤3월 22일: 尹孝孫議: 先王成憲, 不可以一時之議, 輕易紛更. 元告被論中, 自知理屈, 三十日將盡者, 限內現身, 則雖不得論以滿三十日不現, 亦是元隻現身始訟之時告狀, 告狀始訟後, 或一年一度,或二三年一度, 連續告狀, 而官不取招者, 亦不可論以立訟, 皆是《大典》本意. 且五十日內理屈窺避者, 限內就訟, 更始着名, 斷訟無際. 今後無故不就訟者, 日囚家僮以警之, 則自不得規避, 而《大典》之法不毁.

21)《燕山君日記》제14권, 1496(연산 2년) 윤3월 22일: 從弼商議.

법 개정 논의는 격론 끝에 《經國大典》의 규정을 그대로 준수하기로 결정한 것이다.

3. 《大典後續錄》에서의 친착결절법 제정과정

1496(연산 2년) 장예원에서 친착결절법을 개정하자는 주장이 있고 이에 대한 격론이 있었던 몇 년 뒤에 친착결절법이 다시 문제가 되는 사건이 발생하였다. 바로 연산군 대인 1502(연산 8년) 원고 金繼門의 아내 柳氏와 피고 柳季漳・柳軫 등이 노비 관련 분쟁으로 소송을 하였던 건이다. 해당 사건에서 연산군은 의금부에 원고 金繼門의 아내 柳氏와 柳季漳・柳軫 등이 노비 때문에 서로 송사하는 건은 원고와 피고를 모두 가두고 立案을 成給하라고 판결하라고 전교하였다.[22]

이 사건에서 우의정 李克均, 우찬성 愼守勤은 친착결절법에 대해 다음과 같이 주장하였다. "《經國大典》에 '원고가 재판과정에서 스스로 사리에 굴함을 알고 여러 달 동안 나타나지 않고, 家僮을 다시 가둔 뒤에도 만 30일 동안 불취송한 경우에 출석한 당사자에게 승소판결을 준다.'고 했는데, 가령 甲과 乙이 서로 소송을 할 때에, 갑이 소송을 오래 지속하려 일부러 불출석하였다면 그 정상이 매우 간사하다. 갑이 만30일 동안 불출석하고 을이 출석하면, 日數의 많고 적음에 구애하지 않고 승소 판결을 주도록 되어 있으니, 이것이 입법의 취지이다. 50일 동안에 柳軫이 친히 착명한 날은 단지 5일뿐이고, 柳氏의 代婢 乭今이 친착한 것은 비록 30일 미만이지만, 유진은 단지 5일만 착명했으니 착명하지 않은 날이 20일이 넘었다. 乭今이 착명한 날짜가 비록 30일 미만이더라도 승소 판결을 할 것은 의심할 것이 없다. 또한 시송 이후 50일 동안 안에 이유 없이 불취송한 날이 30일이 넘을 경우, 출석한 당사자에게 승소판결을 한다는 조문의 註에 의하면, '송정에 나와 자신이 스스로 착명한 것으로 증거를 삼는다(以就訟庭, 親着名字爲驗).' 하였으니, 이 조문

22) 《燕山君日記》 제43권, 1502(연산 8년) 3월 26일: 傳于義禁府曰: 元告金繼門妻柳氏, 柳季漳,柳軫等奴婢相訟事, 則元隻囚禁, 立案成給.

의 취지는 당사자들이 기회를 보아 불출석하는 이유로 50일을 元日로 삼은 것이다. 그 元日 안에 혹 관리가 근무하지 않으면 착명할 수 없고, 비록 관리가 근무하더라도 원고와 피고가 다 불출석하면 또한 착명할 수가 없다. 그러므로 관리가 근무하지 않은 날과 원고·피고가 불출석 한 날을 제외하고, 관리가 근무하고 원고와 피고 중에 착명한 날로 계산하여 元日로 삼아야 한다. 그 元日안에 30일이 넘어도 불출석하면 출석한 사람이 착명한 날이 30일 미만이더라도 또한 승소판결을 해주게 된다. 또 註에서 '송정에 나와 자신이 스스로 친착한 것으로써 증거를 삼는다.'고 말한 것은 그 원고·피고가 다 나오지 않은 날은 계산하지 않는 것이 또한 분명하다. 원·피고가 불출석한 날을 계산에서 제외한 것을 無法이라 할 수 없다. 또 元日 50일 안에 柳軫이 친착한 날은 5일 뿐이고 乭今이 친착한 날은 48일이므로, 장례원에서 법에 따라 판결한 것이고, 의금부에서 다시 조사해도 착오가 없었으니, 전과 같이 판결하는 것이 좋겠다."[23]라고 하였다.

그러자 왕은 의정부와 六曹의 판서 이상의 관원에서 의론을 모아보라고 전교하였다.[24]

이러한 왕의 전교에 대해 韓致亨·成俊·朴健·柳洵·姜龜孫·尹孝孫 등은 다음과 같이 주장하였다. "지금 《經國大典》의 글 뜻을 살펴보니, '송사를 시작한 뒤 50일 안에 이유 없이 재판정에 불출석한 날이 30일이 지났을 경우, 출석한 사람에게 승소판결을 한다.'고 한 것은, 가령 갑과 을이 相訟할

---

23) 《燕山君日記》 제43권, 1502(연산 8년) 3월 11일: 先是, 右議政李克均,右贊成愼守勤以義禁府堂上時, 柳軫奴婢誤決事將被鞫, 乃書啓曰:
《大典》內: 元告被論中, 自知理屈, 累月不現, 再囚家僮後, 滿三十日不現者, 給就訟者. 假如甲乙相訟, 甲者謀欲淹延, 故不就訟, 其情甚奸. 甲者滿三十日不現, 而乙者就訟, 則不拘日之多少而給之, 此立法本意也. 五十日內, 柳軫親着只五日. 柳氏代婢石乙今親着, 雖不滿三十日, 軫只着五日, 則不着已過二十日, 石乙今親着雖未滿三十日, 決給無疑. 且 始訟後五十日內, 無故不就訟過三十日者, 給就訟者. 註云: "以就訟庭, 親着名字爲驗. 本意則訟者知機回避, 故五十日爲元日. 其元日內, 或官吏不坐, 則不得親着; 雖官吏坐司, 元隻俱不現, 則亦不得親着, 故除官吏不坐,元隻不現之日. 以官吏坐司, 元隻中現身親着計之, 定爲元日. 其元日內, 過三十日不現, 則就訟者親着, 雖不滿三十日, 亦給之. 且註內: 以就訟庭, 親着名字爲驗. 云則其不計元隻俱不現之日亦明. 自元隻不現日計除, 不可謂無法也. 且元日五十日內, 柳軫親着五日, 石乙今親着四十八日. 掌隷院從法決折, 義禁府更覈無違錯, 依前決給事啓聞.

24) 《燕山君日記》 제43권, 1502(연산 8년) 3월 11일: 傳曰: 其收議于議政府, 六曹判書以上.

때 50일 안에 갑이 30일이 지나도록 재판정에 나오지 않고, 을이 재판정에 나온 날이 비록 30일에 차지 않더라도 만약 21일이 지났으면 마땅히 을에게 승소 판결을 하며, 갑과 을의 재판정에 출석일, 불출석일이 모두 30일이 찬 뒤에 승패를 판결할 필요는 없는 것이다. 또 원・피고가 불출석한 날을 계산에서 제하는 것이 비록 법조문에 없지만, 元日을 이미 관원이 근무한 날로 계산했으니, 원・피고가 모두 불출석한 날도 또한 계산해서 제외하여야 할 것이다."[25]라고 하였다.

이에 반해 朴安性은 다음과 같이 주장하였다. "《經國大典》에 '재판을 시작한 뒤 50일 안에 이유 없이 불취송不就訟 한 날이 30일이 지났을 경우, 취송한 당사자에게 승소판결을 한다.'고 한 것은, 노비를 판결하는 일을 지극히 중한 일로 삼았기 때문이다. 가령 원고가 50일 안에 친착한 날은 20일이지만 착명하지 않은 날이 30일이면 패소하게 된다. 피고가 친착한 날이 30일이 지난 후에야 판결해서 줄 수 있고, 元日의 한도에서 관원이 근무한 날을 계산하는 것은 매우 당연하다."[26]라고 하였다.

위의 논의과정에서 법적인 쟁점은 크게 두 가지로 볼 수 있다. 첫째, '元日'의 의미를 밝히는 것이었다. 즉 '元日'이 원・피고가 모두 출석한 날자만 계산하는지, 모두 출석하지 않은 날짜도 포함하는지, 관리가 근무하지 않은 날짜도 포함하는지 등이 문제가 되었다. 이에 대하여 우의정 李克均, 우찬성 愼守勤의 견해는 관리가 근무하지 않은 날과 원・피고가 모두 불출석한 날은 제외하고, 관리가 근무하고 원고와 피고 중 착명한 날을 계산하여 원일로 삼는다는 것이었다. 韓致亨・成俊・朴健・柳洵・姜龜孫・尹孝孫등은 원・피고가 모두 불출석한 날은 원일에서 제외한다는 것은 법전에는 없지만, 원일은 이미 관원이 근무하는 날로 계산하였으니 제외하는 것이 타당하다는 것

25) 《燕山君日記》 제43권, 1502(연산 8년) 3월 11일: 韓致亨, 成俊, 朴健, 柳洵, 姜龜孫, 尹孝孫議: 今觀《大典》文義, 其始訟後五十日內, 無故不就訟過三十日者, 給就訟者云者, 假如甲乙相訟, 五十日內, 甲者過三十日不就訟, 乙者就訟, 雖不滿三十日, 而若過二十一日, 則當給乙者, 不須甲乙就訟不就訟, 皆滿三十日然後, 可決勝負. 且元隻不現日計除, 雖無法條, 元日旣以官員坐司計之, 則元隻俱不現日, 亦當計除.

26) 《燕山君日記》 제43권, 1502(연산 8년) 3월 11일: 朴安性議: "《大典》內, 始訟後五十日內, 無故不就訟過三十日者, 給就訟云者, 奴婢決折, 至爲重事, 假使元告五十日內親着雖二十日, 不着三十日, 則爲負矣. 被論親着, 須准三十日然後, 乃可決給. 元日之限, 以官員坐司計之甚當." 從致亨等議.

이었다. 朴安性도 원일은 관원이 근무하는 날만 해당한다고 해석하였다.

둘째, 《經國大典》의 親着決折法 조문의 "始訟後五十日內無故不就訟過三十日者, 並給就訟者"의 의미에 대한 보충적 해석이다. 즉 "始訟한 후 50일 내에 까닭 없이 不就松한지가 30일이 된 경우에는 취송한 사람에게 승소판결을 한다"는 조문의 의미를 좀 더 정확히 하고자 한 것이었다. 이 조문에 대해 우의정 李克均, 우찬성 愼守勤의 견해는 한 당사자가 元日 안에 30일이 넘도록 불출석하면, 출석한 사람이 착명한 날이 30일 미만이더라도 승소할 수 있다고 해석하였다. 반면 韓致亨・成俊・朴健・柳洵・姜龜孫・尹孝孫등은 갑과 을이 相訟할 때 갑이 30일 지나도록 불출석하고 을이 출석한 날이 30일이 되지 않더라도 21일이 지나면 을이 승소하며, 갑과 을이 출석 불출석한 날이 모두 30일이 지나도록 판결하지 않을 이유가 없다고 해석하였다. 朴安性은 원고가 50일 안에 친착한 날이 20일이지만 착명하지 않은 날은 30일이면 패소하고, 피고가 친착한 날이 30일이 지나야 판결을 할 수 있다고 해석하였다.

위의 논의에서 왕은 한치형 등의 의견에 따랐다. 따라서 元日의 의미에 대해서는 관원이 근무하지 않은 날자는 제외하였다. 그리고 親着決折法 조문의 의미는 "갑과 을이 相訟할 때 갑이 30일 지나도록 불출석하고 을이 출석한 날이 30일이 되지 않더라도 21일이 지나면 을이 승소하며, 갑과 을이 출석 불출석한 날이 모두 30일이 지나도록 판결하지 않을 이유가 없다"고 해석하는 것이 결론이 되었다.

그리고 원래 《經國大典》에서의 親着決折法은 노비송의 경우에 적용되는 것이었다. 하지만 1537년 수교에 의해 노비에 한정되지 않고 다른 소송으로 확대되었으며, 이 수교를 그대로 이어받아 1543(중종 38)년에 만들어진 《大典後續錄》에서는 친착결절법을 적용하는 경우를 노비소송으로 한정하지 않고 '甲乙相訟'이라고 하여 일반적인 민사소송으로 확장하였다. 즉 "甲과 乙이 相訟하는 경우에 갑이 理屈하여 도피하여 출정하지 않고, 乙은 就訟한 것이 근 21일이 되면, 갑이 1~2일 출정한 것으로 을이 親着한 것을 버릴 수 없으니 간혹 나와서 착명한 것은 인정하지 않으며, 관원이 근무하지 않은 날

은 50일의 기한에 포함시키지 않는다”[27]고 규정하였다.

4. 명종대 친착결절법 수교 제정과정

중종 대에《大典後續錄》에 의해 개정된 이후에도 친착결절법에 관한 논의가 새롭게 등장하였다. 예컨대, 명종 대에는 민사소송에서 공동소송인 경우 그 중 1인이 불출석한 경우 어떻게 이를 처리할 것인지가 문제되었다. 이에 대해 왕은 다음과 같은 수교를 내렸다. “계축년(1553, 명종 8) 4월 27일에 장례원의 계목에 ‘《經國大典》에 원고나 피고 중에 까닭 없이 불취송하면 親着한 사람에게 승소 판결을 준다’[28]고 하였다. 그러므로 한쪽 당사자가 숫자가 비록 많더라도 모두 마땅히 친착해야 한다. 이때 원・피고 양쪽이 취송하면 법에 따라 친착을 하며, 무릇 소송하는 사람이 그 송사의 형세가 장차 자기에게 불리할 것으로 생각되어 함께 나타나지 않고 서로 번갈아 드나들어 推閼을 할 수 없게 만들고 또 원고와 피고가 친착할 수 없게 하여 지체하는 술수를 달성해서, 판결을 기약할 수 없다. 지금부터는 같은 쪽의 사람이 모두 나타나지 않더라도 그때 나타난 사람들로부터 친착을 받고 일반적인 예에 의해서 심리한다. 그 가운데 아무런 까닭 없이 불취송한 당사자는 그 친착에 따라서 기간이 차면 쫓아내 버리고 함께 송사하는 것을 허용하지 않는다.”[29]

---

27)《大典後續錄》[私賤]: 甲乙相訟, 甲者理屈退避, 乙者就訟將近二十一日, 則不可以甲者一二日出現, 旋棄乙者親着, 今後勿用出沒間着.((嘉靖十六年, 丁酉) 二月初一日, 承傳.)

28)《經國大典》〈刑典〉「私賤」: 相訟奴婢 元告被論中 自知理屈 累月不現 再囚家僮後 滿三十日不現者 始訟後 五十日無故不就訟過三十日者 並給就訟者;《經國大典》〈刑典〉「聽理」: 理曲不就辨於官擲奸 仍滿三十日不就訟者 親着人處 決給

29)《各司受敎》〈漢城府受敎〉: ○ 癸丑四月二十七日 掌隷院牒呈內 院啓目內 大典內 元告被論中 無故不就訟者 親着決給亦爲白有去等 一邊同訟人 數雖多 皆在應着之限爲白有去乙 節元隻兩邊以乎 依法親着爲白在果 一邊同訟人歧等如爲白在如中 觀其訟勢不利於己爲爲白去等 齊現不冬 互相出入 使不得推閼 又不得元隻親着 以遂淹延之術 決折無期爲白昆 今後 必于同邊人除除良現身爲乎喩良置 時現人以 親着捧上 依他聽理爲白乎矣 其中無故不就訟人乙良 親着滿日爲乎追乎 這這黜送 勿許同訟 永爲恒式 何如 啓 依允;
同旨《受敎輯錄》〈刑典〉[聽理]: 元告被論中 無故不就訟者 親着決給 而一邊同訟人數雖多 皆在應着之限 則元隻兩邊 依法親着 一邊同訟人 觀其訟勢不利 不爲齊現 互相出入 使不得推閼 又不得親着 決折無期 今後 同邊人雖不盡現 以時現人捧親着 依他聽理 而其中無故不就訟者黜送 勿許同訟 永爲恒式 (嘉靖癸丑承傳)

라고 하였다. 이 수교에 의하여 공동소송인 경우 공동 원고나 공동 피고 중 1인만 출석하여 친착한 경우 그 사람에게는 친착결절법에 의해 승소판결을 하였다. 반면 불출석한 공동소송 당사자가 있는 경우에 그 사람은 친착결절법에 의한 승소를 받지 못하게 한 것으로 해석할 수 있다.

그리고 1553년에는 농번기를 맞아 재판이 정지된 경우 친착결절법을 적용할 것인가에 대한 수교가 있었다. 즉 "농사철이 되어 소송을 정지한 후에 원·피고 중에 바른 판결을 얻고자 하는 자가 송정에 오랫동안 기다려도 오래도록 승소할 수 없어 혹은 3~4년 동안 재판이 지체되기도 한다. 재판관이 친착한 자에게 판결을 내리고자 하여도 法例가 없어 원고와 피고가 함께 봉한 소송문서[作文]를 멋대로 열어 볼 수 없기에 송사를 끝낼 기약이 없고 도리어 간사한 술책에 빠지게 된다. 지금 이후로는 소송을 정지한 사람들이 (소송) 업무가 개시된 즉시 다시 (재판정) 불출석하면 업무 개시일부터 사는 곳의 거리를 고찰하여 그 날짜를 제외하고, 원고나 피고 중에 현재 송정에 나온 사람에게 송정에 나오지 않은 예에 따라서 판결을 한다."[30]라고 하였다. 이 수교는 당사자들의 재판과정에 농번기를 맞이하게 되면, 조선의 법제에 의해 재판을 정지한 경우이다. 이 경우 다시 재판을 재개하여야 하는데, 한쪽 당사자가 차일피일 미루면서 재판 재개를 거부한 경우이다. 이 경우 재판관의 직권으로 다시 재개한 뒤, 당사자가 불출석하면 그 당사자에게 패소판결을 한다는 것으로 해석할 수 있다.

그리고 이후 《大典後續錄》의 친착결절법 조문에 대한 해석론이 다시 제기되었다. 즉 앞에서 본 것처럼 《經國大典》의 친착결절법은 노비에 관한 분쟁

---

30) 《各司受敎》〈漢城府受敎〉: 癸丑九月二十一日 掌隷院牒呈內 刑典公賤條 相訟奴婢 元告被論中 自知理屈 初不就訟之人 及無故不就訟者 皆有親着決給之法爲白乎矣 停訟後 仍還就訟不冬人段 法無乙仍于 或奸計恐露 故爲退縮 僥幸後日 或奴婢時執 甘心專利 不樂就訟 並只苟延歲月 私圖其便 元隻中 欲取其正者 長立訟庭 久不得伸 或抵三四年滯訟 爲訟官者 欲以親着決折爲白良置 無法例乙仍于 元隻同封作文 擅自開閉不得 斷訟無期 反陷於奸細之術 今後 停訟人等 務開卽時還現不冬爲去等 務開日爲始 所居遠近程途相考 日數計除 元隻中 時立訟人亦中 依□□□□□[1]決折爲白乎矣 新立科條乙 院以獨擅爲難 請□□□□□□爲定法 使中外通論 定限行用 何如 臣連源等議 甚得防奸□(斷)訟之意 院所啓施行宜當 伏惟上裁 啓下 掌隷院啓目及大臣議得內辭緣是白置 京畿則今癸丑十月二十日 淸洪黃海江原等道乙良 同年十一月初十日 全羅慶尙等道乙良 十二月初十日 平安咸鏡等道乙良 甲寅正月初一日 爲等如行用日期定限 行移何如 啓 依允.

에 적용되는 것이었지만, 이후에 1543(중종 38)년의 《大典後續錄》에서 일반적인 소송으로 확대되었다. 하지만 親着決折法 조문의 의미는 명확하지 않았으며, 그 조문의 해석을 둘러싼 논의가 다시 벌어졌다. 특히 1554년에 親着決折法에 관해 논의과정 및 그 해석을 둘러싼 논쟁이 대표적이다. 이 논쟁의 발단은 1554년 7월 10일 헌부에서 다음과 같은 質稟을 명종 임금에게 올린 것이었다.

1502(연산군 8년) 전교로 "《經國大典》 私賤 條에서 노비에 관해 相訟할 때 始訟 후 50일 안에 이유 없이 不就訟한지 30일이 지날 경우 就訟한 사람에게 승소판결을 한다. 가령 갑과 을이 就訟할 때, 50일 안에 갑이 30일 동안 不就訟하면 을이 취송한 것이 30일이 못되어도 20일만 넘었으면 을이 승소한다. 갑과 을이 취송한 날과 불취송한 날이 모두 30일이 '**도과한[滿]**'이후에야 승패를 정할 필요는 없다." 고 하였습니다. 1537(중종 32년)의 전교에서는 "《經國大典》 사천 조에 始訟 이후 50일 동안에 까닭 없이 불취송한 것이 30일을 넘긴 경우에는 취송한 자에게 승소판결을 한다."고 했습니다. 그 뒤 受敎에서는 "갑이 30일이 지나도록 불취송하면, 을이 취송한 것이 비록 30일이 되지 못하더라도 21일이 지나면 을에게 승소 판결을 한다고 입법한 취지는 50일까지 기다리지 않더라도 갑이 질 것을 알 수 있기 때문에 《經國大典》에 정한 기한을 들어 송사를 기피하는 방법을 막은 것이다. 그런데 근래 갑과 을이 서로 송사하다가 갑이 불리해지면 여러 날을 불출석하고 을이 취송한 날이 21일이 되기를 기다렸다가 갑은 1~2일 출석하기도 한다. 그러면 재판관들이 곧 을의 親着의 법제를 폐기하고 쓰지 않는 것이 이미 격식이 되었다. 그러므로 간사한 무리들이 의도적으로 지연시키려고 제멋대로 나왔다 안 나왔다 하여, 재판이 끝나지를 않으니, 추후로는 당사자가 나오다 안 나오다 하며 친착하는 것은 수리하지 않고 《大典》에 의해 결단해야 한다"고 했습니다.

그런데 편찬된 《大典後續錄》은 너무나 간략하여 사람들이 잘 알지 못합니다. 그리하여 당사자들이 決訟될 즈음에 각자 소견을 고집하여 "**갑의 친착한 것이 21일이 '되었으니', 을이 불취송한 날자가 30일에 달하였다[限]는 것을 헤아릴 것 없이 갑에게 승소판결하여야 한다.**"라고 하기도 하고, 한편으로는 "**갑의 친착이 비록 21일이 '되었더라도', 을이 불취송한 날이 30일이 도과한[滿] 다음에야 갑에게 승소**

판결할 수 있다."고도 합니다. 한 나라의 법이 갈라져 두 가지가 되었으니 매우 타당하지 못합니다. 《大典》의 본뜻과 전후에 수교한 것을 가지고 정2품 이상과 상의하여 결정해서 중외에 효유하여 송사를 처결하는 관원과 胥吏들이 알아보기 쉽게 하소서.(밑줄 및 강조는 필자)[31]

이와 같은 헌부의 질품이 있자, 1554년 7월 15일 명종은 여러 신하들과 함께 해당조문에 해석론에 대한 논의를 하였다. 우선 친착결절법에 의미에 대해 沈連源은 다음과 같이 주장하였다. "親着에 관한 법은 송사를 결단하기 위한 것인데, 《大典》의 문구가 여전히 미진하여 受敎로 甲이나 乙이 취송·불취송하는 것에 관한 기한을 두었으며, 이 제도는 송사를 끝내기 위한 것이다"[32]라고 주장하였다.

그러자 尹漑는 친착결절법 조문은 다음과 같이 해석하는 것이 타당하다고 주장하였다. 즉 윤개는 "刑典 私賤條는 송사에서 판결을 하기 위하여 입법한 것으로 부지런히 재판정에 출정하여 날짜를 지연시키는 폐단을 없애기 위한 것이다. 그런데 가령 '갑과 을이 就訟할 때, 50일 안에 갑이 30일이 지나도록 不就訟하면 을이 취송한 것이 30일이 못되어도 21일만 넘었으면 을이 승소한다. 갑과 을이 취송한 날과 불취송한 날이 모두 30일이 도과한(滿)이후에야 승패를 정할 필요는 없다'라는 조문의 의미를 알기가 어렵다. 만약 갑과

---

31) 《明宗實錄》 제17권, 1554(명종 9년) 7월 10일: 憲府啓曰: "去弘治壬戌年傳旨內: '《大典》私賤條曰: 「始訟後五十日內, 無故不就訟, 過三十日者, 給就訟者」云. 假如甲乙就訟, 五十日內甲者過三十日不就訟, 則乙者就訟, 雖未滿三十日, 而若過二十日, 則當給乙者. 不須甲乙之就訟,不就訟, 皆滿三十日, 然後可決勝負.' 去丁酉年傳旨內: '《大典》《私賤》條: 「始訟後五十日內, 無故不就訟, 過三十日者, 給就訟者.」其後受敎內: 「甲者過三十日不就訟, 則乙者就訟, 雖未滿三十日, 若過二十一日, 則當給乙者」之立法本意, 則不待五十日, 而可知甲者之負, 故擧《大典》定限, 以杜避訟之路, 而近來甲乙相訟, 甲者理屈, 則多日退避, 而待其乙者就訟, 將近二十一日, 則甲者現出一二日, 而聽訟官員旋棄乙者親着, 而不用, 已成格例故奸詐之徒, 謀欲遷延, 隨意出沒, 斷訟無期. 今後訟者出沒間着, 不爲受理, 依《大典》決折' 云. 而撰集《大典後續錄》, 疎略太過, 人不能解, 故訟者決訟之際, 各執所見, 或以爲: '甲者親着至二十一日, 則不計乙者不就訟三十日之限, 而當給甲者' 云, 或以爲: '甲者親着, 雖至二十一日, 而乙者不就訟, 又滿三十日, 然後可給甲者' 云. 一國之法, 岐而爲二, 極爲未便. 請以《大典》本意及前後受敎之意, 議于正二品以上, 商確論定, 曉諭中外, 使決訟之官及胥吏之輩, 易爲解見." 答曰: "如啓."

32) 《明宗實錄》 제17권, 1554(명종 9년) 7월 15일: 沈連源議: "《大典》親着之法, 乃斷訟之意也. 《大典》之文, 猶有未盡, 故其後受敎, 有甲,乙者 就訟不就訟日限之規, 所以杜被訟之路."

을이 소송당사자가 되었을 때에 을이 친착한 날은 바로 갑이 불취송한 날이 된다. 그런데 을이 21일 친착한 날짜를 갑이 불취송한 30일로 그대로 인정하는 것은 타당하지 못하다. 만약 50일 이내에 을이 친착한 날짜가 21일이 되었으며 갑이 비록 취송하여 시작한다고 하더라도 자연히 을이 친착한 날짜의 수에는 미치지 못한다고 한다면, 21일 외에 아직 29일이 남았으니, 갑이 그 때부터 매일 취송한다면, 그가 불취송한 날짜가 어찌 30일이 되겠는가? 그런데도 을이 21일간 친착한 것을 가지고 갑이 불취송한 것이 30일이 넘는다고 주장할 수 있겠는가? 입법의 취지를 명확히 알 수 없지만 이것이 《刑典》의 본래 취지는 아닌 것 같다. 1537(정유년)의 수교도 1502(임술년) 수교의 뜻을 따른 것으로서, 출석 불출석을 반복하며 친착하는 자들을 매우 미워하여 특별히 세운 것이다. 나오다 안 나오다 하며 친착하는 것은 정말 허용해서는 안 된다. 그리고 만일 형전의 본뜻대로 50일 내에 단지 불취송한 30일만 헤아려 판결을 한다면, 나오다 안 나오다 하며 친착하는 폐단은 저절로 없어질 것이다. 그러므로 이 조문에 대한 두 가지 해석 중에서 후자로 해석하는 것이 타당하다. 즉 '갑의 친착이 비록 21일이 되었더라도 을이 불취송한 날이 30일이 찬(滿) 다음에야 갑에게 승소판결할 수 있다.'고 해석하는 것이 형전의 본래 취지에 가깝다."[33]라고 주장하였다.

이에 대해 安玹은 경국대전의 친착결절에 관한 조문 중 '滿'과 '過'의 용례에 대한 의견을 피력하였다. 즉 "《大典》에 규정된 '원・피고 중 스스로 理屈하여 여러 달을 출석하지 않고 다시 家僮을 가둔 뒤에도 30일이 차도록(滿)

33) 《明宗實錄》 제17권, 1554(명종 9년) 7월 15일: 尹漑議: 臣將憲府所啓, 備考《大典》與壬戌, 丁酉兩年承傳之意, 《刑典》, 《私賤》條, '相訟奴婢, 始訟後五十日內, 無故不就訟, 過三十日者, 給就訟者' 之法, 專爲斷訟而立, 欲人畏法, 而勤勤就訟, 以去延引歲月之弊也 若壬戌年承傳, '假如甲, 乙相訟五十日內, 甲者過三十日不就訟, 則乙者就訟, 雖未滿三十日, 而若過二十一日, 則當給乙者, 不須甲, 乙之就訟, 不就訟皆滿三十日, 然後可決勝負' 云者, 臣實未解其意. 甲,乙相對, 乙者親着之日, 卽甲者不就訟之日也, 以乙者二十一日親着, 計甲者不就訟三十日, 恐未相當. 如以五十日之內, 乙者已親着二十一日, 則甲者雖始就訟, 而自不及於乙者之親着日數也云, 則二十一日之外, 猶餘二十九日. 甲者自此逐日就訟, 則其不就訟, 豈止於三十日之多? 而遽以乙者二十一日親着, 論甲者不就訟過三十日乎? 立法之意, 雖不可詳, 而實非《刑典》本意也. 丁酉承傳, 亦仍壬戌承傳之意, 而深嫉出沒間着者, 別立焉. 出沒間着, 固宜不用, 而若從《刑典》本意, 五十日內, 只計不就訟三十日而斷之, 則出沒間着之弊, 亦自無矣. 以今官吏所執二說而論之, '甲者親着, 雖至二十一日, 而乙者不就訟, 又滿三十日, 然後可給甲者' 之言, 似與《刑典》本意不遠. 臣意若不能從本典之意斷之, 則從此爲是.

나오지 않은 자'라는 조문에서의 '滿'자는 다음과 비교된다. 즉 '始訟한 이후 50일 동안에 까닭 없이 불취송한지 30일이 지나도록(過) 나오지 않은 자'라는 조문에서의 '過'자의 표현이다. 여기서 '滿'이란 '극진해서 틈이 없다'는 뜻이고, '過'란 '서로 틈이 있는데 지나쳤다는 뜻'이다."[34]라고 주장하였다. 그렇다면 을이 친착한 때에는 갑이 나오다 안 나오다 하였어도, 이를 가지고 을이 친착한 것을 계산해 제감하여 갑이 나오다 안 나오다 한 간사한 꾀를 이루어줄 수는 없는 일이다.

안현의 주장은 친착결절법의 조문은 '過'과 '滿'로 되어 있으며,[35] '滿'은 '찬다'라는 표현이라는 뜻이며, '過'는 '지나친다 혹은 도과한다'라는 뜻이므로, 경국대전에서 친착결절에 관한 조문을 입법하며 '過' 및 '滿'라는 표현을 사용하였으므로 불취송한 날자가 30일에 해당할 것을 요한다고 해석하는 것이 타당하다는 것이다.

며칠 뒤인 1554년 7월 22일 헌부에서는 다시 친착결절법에 대해 다음과 같이 해석할 것을 주장하였다. 헌부의 주장을 요약해 보자면 다음과 같다. "50일의 기한은 《大典》에 실려 있는 것이어서 고쳐서는 안 되는 것이다. 관원이 근무하지 않은 날은 계산하여 빼고, 50일 동안에 을의 친착이 비록 21일이 되더라도, 갑이 불취송한 것이 반드시 30일이 된 다음에야 친착한 을에게 決給할 수 있다. 대개 취송과 불취송이 모두 30일이 넘은 다음에야 친착한 사람에게 결급하는 것이 《大典》의 본래 취지이다. 지난 1502(임술년)의 수교에서 불취송 30일의 기한은 그대로 두고 친착에 있어서의 30일의 기한에서 9일을 감하여 21일로 줄여 판결하는 기한을 줄인 것이다. 그렇다면 여기서의 이른바 9일이란 것은 곧 양당사자[元隻]가 모두 나오지 않은 날이다. 그러므로 을이 친착한 것이 21일이면 갑이 불취송 한 날도 역시 21일로서, 원척이 다 같이 나오지 않은 날을 갑이 송사에 나오지 않은 9일로 채워 계산

34) 《明宗實錄》 제17권, 1554(명종 9년) 7월 22일: 且《大典》內, '元告被論中, 自知理屈, 累月不現, 再囚家僮後, 滿三十日不現者' 之 '滿' 字, 與 '始訟後五十日內, 無故不就訟過三十日不現者' 之 '過' 字, 則安玹之議曰: '滿者, 淨盡無間也, 過者相間而過也.' 云.

35) 《經國大典》〈刑典〉[私賤]: 相訟奴婢元告・被論中, 自知理屈, 累月不現, 再囚家僮後'滿'三十日不現者, 始訟後五十日內無故不就訟'過'三十日者, 並給就訟者 以就訟庭親着名字爲驗.

하여 30일이 된 것이 분명하다."[36] 또한 "《大典》의 법이 지극히 자세하며, 안현의 주장이 타당하다. 그러므로 을이 친착한 것이 21일이고 갑이 불취송한 날짜가 30일이면, 원척이 다 같이 나오지 않은 날을 아울러 계산하여 채워야 하고, 또 갑이 나오다 안 나오다 하며 친착한 경우에는 본조를 적용하지 말라는 취지의 수교를 반포하는 것이 타당하다."[37]라고 하였다.

즉 헌부는 尹漑 및 安玹의 의견을 타당하다고 여기고, 당사자 한 사람이 친착한 날짜가 21일이 되더라도 상대 당사자가 불취송한 날짜가 30일이 되어야 친착결절할 수 있으며, 출석과 불출석을 반복하는 당사자에게는 친착결절법을 적용하지 않는 것이 타당하다는 해석을 하였다.

그리고 며칠 뒤인 1554년 7월 27일 해당 수교가 발포되었다. 그 수교의 내용은 대체로 1554년 7월 22일 헌부의 주장과 같았다. 해당 수교의 내용은 다음과 같다.

> 소송을 시작한 뒤 50일의 기한이 《經國大典》에 실려 있는데,[38] 관원이 근무하지 않은 날은 계산하여 제외하고, 50일 안에 을이라는 사람이 몸소 착명한 것이 비록 21일에 이르렀어도 갑이라는 사람이 불취송한 날자가 반드시 30일이 찬 뒤에야 몸소 착명한 을이라는 사람에게 판결해 줄 수 있다. 대개 취송과 불취송이 모두 30일이 지난 뒤에야 몸소 착명한 사람에게 판결해 준다는 것이 《經國大典》의 본래

---

36) 《明宗實錄》 제17권, 1554(명종 9년) 7월 22일: 庚申/憲府啓曰: 前日所啓親着之法, 臣等非欲改之也, 人之所見不同, 故欲立歸一之法也. 觀於二品以上之議, 則可知所見之不同矣. 前日承政院捧承傳之時, 不爲明白, 故人不能解, 今不可不更捧承傳, 使人人易解也. 五十日之限, 載在《大典》, 固不可改. 計除官員不坐之日, 而五十日之內, 乙者親着, 雖至二十一日, 然甲者不就訟, 必滿三十日, 然後可以決給親着之乙者矣. 蓋就訟與不就訟, 皆過三十日, 然後決給親着者, 《大典》之本意也. 而近來人心巧詐, 奸僞百出, 故去壬戌年受敎內, 不就訟三十日之限則仍存, 而親着三十日之限, 則減其九日, 而進定二十一日, 以促斷訟之限. 然則其所謂九日者, 乃指元隻俱不現之日也. 以此見之, 乙者親着二十一日, 則甲者不就訟, 亦二十一日, 而竝元隻, 俱不現之日, 充計甲者不就訟之九日, 而爲三十日也, 明矣.

37) 《明宗實錄》 제17권, 1554(명종 9년) 7월 22일: 且《大典》內, '元告被論中, 自知理屈, 累月不現, 再囚家僮後, 滿三十日不現者' 之 '滿' 字, 與 '始訟後五十日內, 無故不就訟過三十日不現者' 之 '過' 字, 則安玹之議曰: '滿者, 淨盡無間也, 過者相間而過也.' 云. 然則乙者方親着之時, 甲者雖或出沒, 不可以此計除乙者親着之意, 以遂甲者出沒之姦計矣. 《大典》之法, 極爲詳盡, 安玹之議, 不其明白乎? 請以乙者親着則二十一日, 甲者不就訟則三十日, 而竝計元隻俱不現之日而充之, 且勿用甲者出沒間着之意, 更捧承傳, 曉論中外.

38) 《經國大典》〈刑典〉[私賤]: "相訟奴婢 元告被論中 自知理屈 累月不現 再囚家僮後 滿三十日不現者 始訟後五十日內 無故不就訟 過三十日者 並給就訟者[以就訟庭親着名字爲驗 雖呈誤決勿許聽理 唯親着時 有奸僞者 許更理]"

취지이다. 그러나 근래 인심이 교묘하고 거짓되어 간사하고 거짓된 일들이 많이 생기기 때문에 임술년(1502, 연산 8)의 수교에서 송사에 나오지 않은 30일의 기한은 그대로 두지만, 몸소 착명한 사람의 30일 기한은 그 9일을 줄여서 21일로 정하여 송사를 끝내는 기한을 재촉했던 것이다. 그런데 이른바 9일이라는 것은 원고와 피고가 함께 나타나지 않은 날을 가리키는 것이다. 이로써 보건대 을이란 사람이 몸소 착명한 것이 21일이면 갑이란 사람이 송사에 나오지 않은 것도 21일이니, 원고와 피고가 함께 나오지 않은 날을 갑이란 사람이 송사에 나오지 않은 9일로 채워 계산하여 30일이 된 것이 분명하다. 또《經國大典》안에 '원고와 피고 중에 스스로 이치가 그르다는 것을 알고 나타나지 않아 그 家童을 다시 가둔 뒤 50일 안에 까닭 없이 30일이 차도록(滿) 송사에 나오지 않은 사람'이라는 구절의 '滿'는 글자와 '소송을 시작한 뒤 50일 안에 까닭 없이 30일이 지나도록(過) 송사에 나오지 않은 사람'이라는 구절의 '過'는 글자에 대해서 安玹이 의논하기를 '滿'는 것은 '극진하여 틈이 없다'는 것이며, '過'는 것은 '서로 틈이 있는데 지나쳤다는 것이다'라고 하였다. 그러므로 을이라는 사람이 몸소 착명한 때에 갑이라는 자가 비록 간혹 나왔다 안 나왔다 해도 이것으로써 을이라는 사람이 몸소 착명한 날을 빼고 계산하여 갑이라는 사람이 나왔다 안 나왔다 하는 간사한 계책을 이루게 해 줄 수는 없는 것이다. (결국)《經國大典》의 법이 지극히 상세하고 극진하므로 을이란 사람이 몸소 착명한 것이 21일이고, 갑이라는 사람이 불취송한 날이 30일이다. 그리고 원고와 피고가 함께 불출석한 날을 함께 계산하여 채운다. 또한 갑이라는 사람이 출석했다 불출석했다 하면서 간혹 착명하는 경우에는 이 규정을 적용하지 말도록 사헌부 등에 전교한다.(강조 필자)[39]

---

39)《各司受敎》〈掌隷院受敎〉: ○ 甲寅七月二十七日傳 始訟後五十日之限 載在大典 計除官員不坐日而五十日之內 乙者親着 雖至二十一日 然甲者不就訟 必滿三十日 然後 可以決給親着之乙者矣 盖就訟不就訟 皆過三十日 然後決給親着者 大典之本意是去乙 近來人心巧詐 奸僞百出 故壬戌年受敎內不就訟三十日之限 則仍存 而親着者三十日之限 則減其九日 而進定二十一日 以促斷訟之限爲乎事是去等 所謂九日者 乃指元隻俱不現之日也 以此見之 乙者親着二十一日 則甲者不就訟 亦二十一日 而幷計元隻俱不現之日 充計甲者不就訟之九日 而爲三十日 明矣是旅 且大典內 元告被論中 自知理屈累月不現 再囚家童後 滿三十日不現者之滿字 與始訟後五十日內 無故不就訟 過三十日不現者之過字則安玹之議曰 滿者淨盡而無間也 過者相間而過也云 然則乙者方親着之時 甲者雖或出沒 不可以此計除乙者親着之日 以遂甲者出沒之奸計 大典之法 極爲詳盡爲昆 乙者親着 則二十一日 甲者不就訟 則三十日 而幷計元隻俱不現之日 而充之 且不用甲者出沒間着爲只爲 司憲府等傳敎.

해당 수교에 의하면 친착결절법은 다음과 같이 정리할 수 있다. 이를 위해 여기서 다시 경국대전의 친착결절법 조문을 살펴보자.

《經國大典》〈刑典〉[私賤]: 相訟奴婢元告・被論中, 自知理屈, 累月不現, 再囚家僮後'**滿**'三十日不現者, 始訟後五十日內無故不就訟'**過**'三十日者, 並給就訟者 以就訟庭親着名字爲驗.(" 및 강조는 필자)

위의 1554년 7월 27일 수교의 해석에 의하면 경국대전 친착결절법 조문은 다음과 같이 해석해야 한다는 것이다. 즉 相訟하는 원고와 피고 중 이치가 굴함을 할고서 여러 달 동안 불출석하여, 집안의 家僮을 가둔 후에도 30일이 '차도록滿' 불출석한자, 始訟 이후 50일 내에 까닭 없이 불취송한 것이 30일이 '도과하게過' 된 자가 있으면 모두 취송한 자에게 승소판결을 한다는 것이다. 여기서 특히 '始訟後五十日內無故不就訟'**過**'三十日者'의 의미가 문제가 된다. 이 조문은 관원이 근무하지 않은 날짜는 계산에서 제외하고, 50일 중에서 한쪽 당사자가 21일 동안 출석하여 직접 착명한 경우이더라도, 반대 당사자가 불출석하여 착명하지 못한 날짜가 '30일이 되어야만' 출석한 당사자에게 승소판결을 하여 준다고 해석해야 한다는 것이다. 그 근거로 《經國大典》의 조문에 '滿'과 '過'의 해석론상 반대 당사자가 불출석한 날짜가 30일이 되어야 하며, 출석하였다 출석하지 않았다 하는 경우에는 친착결절법을 적용할 수 없다고 해석하는 것이다.

이러한 논의를 집약하여 1746(영조 22)년 반행된 《續大典》 聽理조에서는 친착결절법이 새롭게 개정되었다. 이에 의하면 "始訟한 후 50일이라는 期限은 經國大典 刑典 私賤條를 보라. '官員이 근무하지 않아 裁判을 못하는 날(不坐日)'은 除外하고 계산한다. 50일 동안에 法廷에 나오지 아니한 것이 30일이 지난 (당사자가 있는) 경우에는 재판 날짜에 法廷에 就訟親着者에게 勝訴판결을 한다는 법이 經國大典에 있으나 반드시 50일을 채운 후에 판결해야 한다는 것은 아니다. 가령 甲인 자가 30일이 지나도록 法廷에 나오지 아니하면 乙인 자가 法廷에 나온 것이 비록 30일 미만이라도 乙에게 승소판결

을 주나, 乙이 친착한 것이 반드시 21일은 되고 甲의 불출석이 반드시 30일이 찬 후라야 乙에게 승소판결(決給)을 준다는 것이다. 乙의 친착이 21일간이고 甲의 불출석이 30일간이면 원고와 피고가 불출석한 날짜를 모두 계산하여 채운다. 또 甲이 스스로 理致에 맞지 아니하여 불리할 것을 알고 법정에의 출석을 回避하고 乙은 출석한지가 21일이 가까이 되면, 甲의 1~2일간의 출석으로 도리어 乙의 친착을 무효(旋棄)로 함은 옳지 않으므로 甲의 간헐적인 친착은 인정(勿用)하지 않는다. 일반적인 爭訟도 이와 같다."[40]라고 하였다.

이와 같은 《續大典》의 親着決折法의 내용은 《經國大典》에 처음 규정된 이후 《大典後續錄》에서 수정을 거치고 여러 임금을 거치면서 몇 번의 논의 과정과 그 해결책인 수교를 통해 나타난 친착결절법의 조문 적용례 및 해석론을 종합하여 마련된 제도인 것이다. 특히 1554년 7월 27일 수교를 준거로 하여 정리한 것으로 평가할 수 있다.

또한 위의 입법과정을 통해 조선조 법조문 입법과정의 실태를 알 수 있다. 즉 항구불변의 '典'인 《經國大典》에 제정된 법규정이 미비한 점이 있는 경우에는 '錄'인 《大典續錄》 및 국왕의 명령인 《受敎》에 의해 개정되었음을 알 수 있다. '錄'과 《受敎》에 의해 논의가 끝난 법조문은 추후 새로운 '典' 인 《續大典》에 도입되었다. 그리고 親着決折法 조문의 제정 및 개정 과정에서 등장한 여러 가지 법적 주장을 종합해 보면, 조선조에도 충실한 법적 논증(Legal Reasoning)을 하였음을 보여준다. 이러한 것은 비록 서양 법제에서 발련되는 아주 정치한 법해석학 혹은 법철학(Jurisprudence)으로까지는 평가할 수는 없더라도, 조선에서도 법조문을 둘러싼 법해석학 혹은 법리학의 '씨앗'이 움텄음을 실증하는 일례라고도 할 수 있다.

---

40) 《續大典》〈刑典〉[聽理]: 始訟後五十日之限 見原典私賤 除官員不坐日計之 五十日內, 不就訟過三十日者, 給就訟親着者之法, 在原典, 而不須滿五十日後可決, 假如甲者過三十日不就訟則乙者就訟, 雖未滿三十日, 給乙者, 乙者親着, 必至二十一日, 甲者不就訟, 必滿三十日然後決給乙者, 乙者親着之二十一日, 甲者不就訟之三十日並計元・隻俱不現之日而充之, 且甲者理屈退避, 乙者就訟, 將近二十一日則不可以甲者一二日出現旋棄乙者之親着, 勿用甲者出沒間着, 凡爭訟同.

Ⅲ. 조선시대 민사판결에서 당사자의 불출석

조선시대에도 민사판결은 존재하였다. 물론 조선시대에는 민사와 형사가 엄격하게 구분되지 않았으며, 司法사무와 行政사무가 명확히 구분되지 않았다. 하지만 당사자들은 奴婢, 田畓, 相續[和會], 山訟 등 민사에 관련된 분쟁에 대해 관에다가 본인들의 주장의 타당함을 주장하며 소를 제기하였으니, 이것이 오늘날의 소장에 해당하는 所志가 된다. 이에 대해 관부에서 내린 立案을 決訟立案, 決折立案, 斷決立案이 되며, 이것은 오늘날 민사판결로 볼 수 있다. 민사재판은 당사자주의가 기초가 되어 원고와 피고는 모든 증거를 제시하였다. 본인 청구의 당부를 모두 주장하였다고 판단되면, 당사자들은 판결을 요구하자고 합의하고 서면으로 다짐(侔音)을 제출하였다. 그러면 재판관이 비로소 판결을 내리게 되었다.[41] 입안은 승소자가 신청하면 발급받을 수 있었으며, 이를 위해서는 수수료에 해당하는 질지(作紙)를 납부하여야 하였다.[42] 앞에서 親着決折法의 입법과정에 대해 살펴보았다면, 실제 민사판결인 決訟立案에서 친착결절법이 어떻게 적용되었는지를 살펴보는 것도 필요하다. 조선시대 결송입안 중 친착결절법이 등장한 대표적인 결송입안 2개를 소개하고 해당 입안이 친착결절법 조문을 제대로 적용하였는지 논증하여 본다.

1. 1578년 경주부 결송입안

친착결절법이 적용된 대표적인 소송판결사례로는 1578년(선조11) 6월 1578년 경주(홍해군) 노비결송입안사례를 들 수 있다.[43][44] 1576년 草溪에

41) 박병호, 「결송입안」, 『사법행정』 79(한국사법행정학회, 1979), 90~91면.

42) 박병호, 『한국법제사』(법문사, 1974), 285면.

43) 萬曆六年 興海郡 立案(동의어 1578년 경주부 노비결송입안, 1578년 李浚 형제 決訟立案) 한국학중앙연구원 장서각소장 (http://archive.aks.ac.kr/Inspection/insDirView.aspx?dataUCI=G002+AKS+KSM-XD.1578.4711-20101008.B043a_065_00309_001)

44) 이 1578년 노비결송입안을 이용한 역사학적 법제사적 선행연구로는 다음을 들 수 있다. 심희기, 「조선시대 詞訟에서 제기되는 문서의 眞正性 문제들」, 『고문서연구』 46(한국고문서학회, 2015); 김경숙, 「1578년 경주 여주이씨 이준가의 노비결송입안」, 『고문서연구』 23(한국고문서학회, 2003);

거주하는 李春壽가 경주부에 李浚・李淳 형제를 상대로 하여 노비소송을 제기하면서 소송이 시작되었다. 이춘수는 초계에 거주하였다는 사실 말고는 다른 정보가 없으며, 피고 이준 및 이순 형제는 慶州 玉山洞에 거주하였다. 이춘수는 소를 제기한 이후에 50일 동안 재판정에 출석하지 않아 소송이 지연되었다.

그러던 중에 경주의 부윤은 교체되었고, 본 사안은 1577년 2월 興海郡으로 移訟이 되었다. 조선시대의 이송은 관할관이 遞職하거나 파직되어 돌아간 경우[45]거나, 당사자가 해당 재판관의 공정성에 의심을 품고 인근의 剛明한 재판관으로 옮겨 재판을 받기를 원하는 경우에도 가능하였다. 이 사건에서는 경주부윤이 교체되어 재판할 송관이 없어진 경우이며, 새롭게 부임할 관리를 기다리고 그 관리가 사실관계의 자초지종을 알아서 공정한 판결을 내리기를 기다릴 수 없었기 때문이다. 그래서 1577년 5월 7일 前訟官이었던 경주부윤의 문서를 당사자들(元隻)이 같이 봉함(監封)하여 인근의 흥해군으로 가서 다시 소를 제기하였다.

흥해군으로 이송된 이후에도 원고 이춘수는 계속하여 출석을 하지 않았다. 그러자 피고인 이준 집안에서는 경상도 관찰사에게 議送을 올렸다. 당시 경상도 관찰사는 李遴이었다. 관찰사는 원고 이춘수가 거주하던 초계의 색리를 벌한 뒤에 이춘수를 잡아들여 흥해군으로 압송할 것을 명하였다. 하지만 이춘수가 일단 출석하였다가 이내 곧 도망가 버렸다. 흥해군수가 이 사실을 관찰사에게 다시 보고를 하였고, 관찰사는 흥해관에 공문서(回送)을 보내었다. 그 回送의 내용은 "다시 초계에 移文하여 이춘수를 잡아오고, 그럼에도 불구하고 불출석하는 경우에는 법과 관식[46](依法官式)에 의해 처분하라"고 하였

한상권, 「16세기 여주이씨 노비소송과 의송」, 『고문서연구』 48(한국고문서학회, 2016); 한상권, 「조선시대 소송에서의 기피(忌避)와 회피(回避)-16세기 여주이씨 노비소송을 중심으로」, 『고문서연구』 49(한국고문서학회, 2016)

45) 《大典續錄》에 의하면 전임 재판관이 체임되었으나 새로운 재판관이 부임하지 못하여 재판을 마무리 하지 못하는 경우에 그 소송은 후임 재판관이 이어서 하라고 한다. 《大典後續錄》〈刑典〉 雜令條 : 凡訟事 前等官已決折未成立案而遞 雖非交代 後等官成給.

46) 官式이라는 것은 민사재판을 처리하는 '式'을 지칭하는 것이다. 일명 聽訟式을 지칭하는 것이다. 《決訟類聚補》 聽訟式

始訟 ○元情 ○文記現納 ○文記憑閱後 封印 元隻着名捧侅音 還給本主 ○文記後日更納時 又招完

다. 실제 조선의 민사재판은 《大典》 등 법전과 '式'을 원용하여 판결하였다.[47] 한편 홍해군수의 요청을 받은 초계군수는 홍해군수의 공문을 토대로 원고인 이춘수를 잡아들여 압송하여 재판정에 출정시키려고 하였다. 하지만 끝내 이춘수는 중간에서 다시 도망을 갔으며 끝까지 출석하지 않았다. 그래서 종국에는 친착결절법에 의해 피고가 승소하게 되었다. 이 결송입안에는 1577년 10월 7일부터 10월 29일까지 23일 동안 이준・이순 형제와 이춘수가 착명하거나 불출석한 것이 자세히 기록되어 있다. 이를 살펴보면 다음과 같다.

일자	원고(이춘수)	피고1(이준)	피고2(이순)
1577. 10. 7.	不現	不現	着名
1577. 10. 8.	不現	不現	着名
1577. 10. 9.	不現	不現	着名
1577. 10. 10.	不現	着名	着名
1577. 10. 11.	不現	着名	着名
1577. 10. 12.	不現	着名	着名
1577. 10. 13.	不現	着名	着名
1577. 10. 14.	不現	着名	着名
1577. 10. 15.	不現	着名	着名
1577. 10. 16.	不現	着名	着名
1577. 10. 17.	不現	着名	着名
1577. 10. 18.	不現	着名	着名
1577. 10. 19.	不現	着名	着名
1577. 10. 20.	不現	着名	着名
1577. 10. 21.	不現	着名	着名
1577. 10. 22.	不現	着名	着名

固侊音 開封 ○文記先後 ○入籍與否 ○違格斜出〈奴婢掌隷院 家舍田畓漢城府 非財主所居處〉過限與否 ○違格許與〈非父母內外祖父母妻父母夫妻妾之類〉 ○可考文記比對 ○文記塗擦 ○印後加書 ○證筆 族親顯官與否 ○婦人圖書憑閱 ○印跡憑考 ○文記成置年月 與財主身死年月 相考 ○文記成置年月 與財主除職見在月日果 異同事 ○他司作文 取來後 考粘連處有奸僞及侊音異同事 摘發 ○立案內 決折堂上郎廳在官年月及名署 憑閱 ○奴婢父母及所生次第・姓名 同異 ○家舍統紀田畓衿記憑考 ○呈狀日・斜出日・立案日 凡作文內侊音日 國忌及有頉不坐日 相考事 ○歸農停訟時 作文元隻同封 名署踏印 捧侊音庫上

47) 정긍식, 「1517년 安東府 決訟立案 분석」, 『法史學硏究』 35(한국법사학회, 2007).

1577. 10. 23.	不現	着名	着名
1577. 10. 24.	不現	着名	着名
1577. 10. 25.	不現	着名	着名
1577. 10. 26.	不現	着名	着名
1577. 10. 27.	不現	着名	着名
1577. 10. 28.	不現	着名	着名
1577. 10. 29.	不現	着名	着名

위의 표에 의하면 원고 이춘수는 23일 동안 불출석하였으며, 피고 이준은 20일을 출석하여 착명하였고, 피고 이순은 23일을 출석하여 착명하였다. 이 사건에서 여러 당사자(공동의 피고들) 중 한 사람만 출석해서 착명을 하여도 다른 피고도 착명한 것으로 여기게 되는 것은 앞에서 본 1553(명종 8) 漢城府受敎에 의해서 가능하였던 것으로 평가할 수 있다.

위 決訟立案의 본문 중에는 피고 이준·이순의 주장 내용 중에는 "전임 관찰사께서 보낸 회답 내용에 '소장을 올린 뒤 원고가 始訟하여 原情을 제출하지 않았음에 대해 家僮을 가둔 후에 親着하는 것이 법례상 당연한데, 이춘수는 경주부에서 소송을 시작한 후에 원고로서 이치가 굴함을 알고는 도망가서 불출석하니, 家僮을 가둘 필요도 없이 즉시 법전에 의해 親着하여 판결할 것이다. 그런데 지금까지 決給하지 않았으니 속히 친착하여 판결하라'는 처분을 내려셨습니다."[48]라는 표현이 있다.

또한 이준 이순의 주장 내용으로 "저희들이 使道(관찰사)의 처분에 따라 지난해 10월에 친착을 하기 시작하여 11월에 친착을 마치고 결송입안을 받으려할 때 전임 송관께서 파직되어서 미처 입안을 못 받았습니다. 저희들이

48) 前前李 使道敎是草溪郡色吏治罪 後李春壽乙郡良中押送爲白遣推閱 牒報亦行下敎□是去乙李春壽亦恐被非 理好訟之罪現身翌日卽時逃歸爲白去乙前 訟官敎是卽時報稟爲白乎矣回送內李春 壽自知理屈逃歸爲有去乎更亦移文便亦不 現爲去乙等依法例施行亦行下導良草溪郡良中囚家僮捉送亦再□度移文爲乎矣草溪 郡亦囚家僮起送亦公文成送後春壽段 中路逃歸爲白去乙前訟官敎是決訟無期是如爲白遣更亦報稟爲白乎矣前使道敎是回 送內告狀後元不始訟元情是在如中囚家僮 後親着例當爲在果李春壽段慶州府始 訟後最只元告以自知理屈逃避不現爲在如 中不須囚家僮而卽當依法典親着決折爲乎事是去乙迄未決給爲有如可欲勉不 勝者歸咎至於報稟爲臥乎所殊無訟官□ 決了之言爲昆斯速依法親着決折亦行下 敎是去乙(본 결송입안 탈초 정서본은 다음의 연구를 참조하였다. 이하 같다). 김경숙, 「1578년 경주 여주이씨 이준가의 노비결송입안」, 『고문서연구』 23(한국고문서학회, 2003), 248~252면.

친착한 것이 이미 21일의 기한을 넘겼습니다. 그런데 아직 8개월이 지나도록 입안을 받지 못하고 있으니 소송이 언제 끝날지 기약이 없습니다."[49]라는 부분이 실려 있다. 이러한 주장에 대해 홍해군 재판관은 "법전 내에 전임관리가 판결하고 미처 입안을 성급하지 못하면 후임관리가 성급한다는 규정에 따라 전임관 때 親着한 내용 및 花名의 내용대로 피고 이준 이순에게 결급한다"[50]고 판결하였다.

위의 결송입안에서 家僮을 가둔 후에 親着하는 것이 법례상 당연하다고 하였으며, 이춘수가 소송 개시 이후 도망가서 불출석하였으므로 법전에 따라 친착을 하라고 한 것은 1481년 《經國大典》의 규정에 의해 타당한 말이다. 즉 《經國大典》에 의하면 노비에 관하여 다투는 원고와 피고 중에서 여러 달에 걸쳐 나타나지 않아 그 집의 家僮을 가둔 후 30일이 지나도록 나타나지 않은 경우 소송이 시작된 후 50일 안에 까닭 없이 법정에 출정하지 않은지가 30일이 된 경우 모두 법정에 출정한 자에게 그 노비를 모두 준다고 하였다. 그리고 이준 및 이순이 친착한지 23일 되었으므로 21일이 이미 지났으니 승소판결을 해달라고 주장한 것은 바로 《大典後續錄》의 관련 조문과 정확히 일치하는 부분이다. 《大典後續錄》에 규정된 친착결절법에 의하면 "甲과 乙이 相訟하는 경우에 갑이 理屈하여 도피하여 출정하지 않고, 乙은 就訟한 것이 근 21일이 되면, 갑이 1~2일 출정한 것으로 을이 親着한 것을 버릴 수 없으니 간혹 나와서 착명한 것은 인정하지 않으며, 관원이 근무하지 않은 날은 50일의 기한에 포함시키지 않는다"라고 하였다. 그러므로 1578년 결송입안은 친착결절법에 관한 《經國大典》 및 《大典後續錄》의 규정들을 준수한 것으로 평가할 수 있으며, 다만 재판관이 1554년의 《受敎》의 조문의 존재여

---

49) 矣徒等亦使行下導良前年十月 分始爲親着十一月分親着準畢將受立案 之際前訟官敎是罷去乙仍于未及受立案 爲白有在果前等官吏未畢決之訟乙後等官 吏畢決之典載在續錄爲白有昆矣徒等亦 親着已過二十一日之限爲白乎矣經八朔至受 立案不得爲白在如中永無畢決之期長 懷滯訟之寃爲白去乎右亦情由細細垂察 同作文及親着置簿報稟往復文券幷 以憑考依法親着立案成給爲白只爲行 下向敎是事亦在謹言訟官處分.

50) 萬曆六年六月卄日興海 郡立案右立案爲決給事法典內前等官吏 決折未成立案而後等官吏成給亦爲有臥乎等乙用良所訟奴婢乙良前等親着及花 名貌如隻李浚等亦中決給爲遣奴婢 小名年歲立案後錄合行立案者.

부를 몰랐거나 의미를 정확히 이해하지 못하여, 해당 수교의 내용을 민사판결에서 정확하게 적용하지는 못한 사례라고 평가할 수 있다.

2. 1689년 영일현 결송입안

다른 결송입안에서 볼 수 있는 친착결절법 사례는 17세기의 노비소송 사례를 들 수 있다. 1689년 영일현에서 발급한 決訟立案(決給立案)에서 친착결절법이 적용된 용례가 나온다.[51] 원고는 유학인 李命圭이었고, 피고는 偰河潤이었다. 원고 이명규의 거주지는 경주였는데, 피고 설하윤의 거주지는 충청도 온양이었다. 이 결송입안의 대략적인 소송 진행 과정은 다음과 같았다. 이명규의 죽은 노 화음산의 소생노비 4구의 소유권 귀속이 쟁점이다. 이명규는 노비들에 대한 소유권이 자신에게 있다고 주장했지만, 경주부윤은 설하윤에게 소유권이 있다고 판결했다. 이명규가 경주부윤의 판결이 오결이라고 주장하면서 경상도 관찰사에게 의송하자 순찰사가 영일현감에게 다시 재판하라고 지시했다. 경주부가 설하윤을 잡아 영일현으로 보냈고 영일현에서 이명규와 설하윤이 시송다짐까지 했지만, 그 후 설하윤이 취송하지 않았다. 그러자 영일현의 재판관은 관찰사에게 다음과 같이 보고하였다. 즉 "피고(隻)설하윤은 시송 후 무단으로 도피하여 끝내 나타나지 않았으니, 피차 곡직은 차치하고 법전 내의 '농번기에 정송하고 다시 소송이 재개되었을 때 즉시 나타나지 않는 자는 소송재개일로부터 시작하여 주거지의 원근과 거리를 상고하여 일수를 계산(計除)하여 원고와 피고 중 출석(立訟)한 사람에게 不就訟例로 親着決給[52]하라'는 취지에 따라 소쟁노비 등을 원고 이명규에게 법전에

---

51) 康熙二十八年正月日 迎日縣立案:
한국학중앙연구원 장서각소장: 장서각 소장 자료 해제에는 1689년 이익규(李益圭) 입안(立案)이라고 되어 있다. 하지만 이익규는 益자는 命자를 잘못 탈초한 것으로 보여진다. 그래서 이명규(李命圭)로 바로잡는다. 탈초의 오류 수정은 김현영(국사편찬위원회 사료조사실장)의 도움을 받았음을 밝힌다. (http://archive.aks.ac.kr/Inspection/insDirView.aspx?dataUCI=G002+AKS+KSM-XD.1689.4711-20101008.B043a_065_00332_XXX)

52) 친착결절법에 대한 현존 最古의 결송입안은 1578년 경주 李浚・李淳 형제의 奴婢決訟立案이다. 김경숙, 「1578년 경주 여주이씨 이준가의 노비결송입안」, 『고문서연구』 23(한국고문서학회, 2003).

따라 결급하고 그 연유를 첩보합니다."[53]라 하였다.

관찰사가 영일현감의 보고를 듣고 그렇게 판결할 것을 지시하였다. 영일현감은 친착결절법에 따라 화음산의 소생노비 4구를 이명규에게 결급했다. 재판관이 내린 판결의 요지는 "위의 설하윤이 소송개시(始訟) 이후 줄곧 나타나지 않으므로 같은 노비들은 피차의 곡직을 논하지 않고 계속하여 송정에 나온 원고 이명규에게 법에 따라 후록과 같이 친착결급하고 이에 입안한다."[54]는 것이었다.

이 판결에서는 친착결절법이 적용되었는데, 2년에 걸쳐 친착이 있었다. 이를 표로 정리하면 다음과 같다.

일자	원고 (이명규)	피고 (설하윤)	일자	원고 (이명규)	피고 (설하윤)
1688. 2. 6.	着名	不現	1689. 2. 7.	着名	不現
1688. 2. 7.	着名	不現	1689. 2. 8.	着名	不現
1688. 2. 9.	着名	不現	1689. 2. 9.	着名	不現
1688. 2. 10.	着名	不現	1689. 2. 10.	着名	不現
1688. 2. 11.	着名	不現	1689. 2. 11.	着名	不現
1688. 2. 12.	着名	不現	1689. 2. 12.	着名	不現
1688. 2. 13.	不現	不現	1689. 2. 13.	着名	不現
1688. 2. 14.	着名	不現	1689. 2. 15.	着名	不現
1688. 2. 15.	着名	不現	1689. 2. 16.	着名	不現
1688. 2. 16.	着名	不現	1689. 2. 18.	着名	不現
1688. 2. 18.	着名	不現	1689. 2. 19.	着名	不現
1688. 2. 19.	着名	不現	1689. 2. 20.	着名	不現
1688. 2. 20.	着名	不現	1689. 2. 21.	着名	不現
1688. 2. 21.	着名	不現	1689. 2. 22.	着名	不現
1688. 2. 22.	着名	不現	1689. 2. 23.	着名	不現

53) 康熙二十八年正月日 迎日縣立案: 隻偰河潤段 始訟之後 無端逃避 終不來現爲臥乎所 彼此曲直 姑置勿論爲遣 法典內 歸農停訟 務開卽時不現者 務開日爲始 所居程途遠近相考 日數計除 元隻者中 時立訟人處依不就訟例 親着決給亦爲有等以 所訟奴婢等 元告李命圭處 依法典決給爲乎旀 緣由牒報爲臥乎事.

54) 康熙二十八年正月日 迎日縣立案: 爲等如 白侊音是置有亦 上項偰河潤亦 一自始訟之後 終不來現乙仍于 同奴婢等 彼此曲直 姑置勿論099 連就訟庭爲在 元告命圭處 依法親着決給于後爲遣 合行立案者 行縣監 [押].

1688. 2. 23.	着名	不現	1689. 2. 25.	着名	不現
1688. 2. 25.	着名	不現	1689. 2. 26.	着名	不現
1688. 2. 26.	着名	不現	1689. 2. 27.	着名	不現
1688. 2. 27.	着名	不現	1689. 2. 27.	着名	不現
1689. 2. 2.	着名	不現	1689. 2. 28.	着名	不現
1689. 2. 3.	着名	不現	1689. 2. 29.	着名	不現
1689. 2. 4.	着名	不現	1689. 3. 3.	着名	不現
1689. 2. 5.	着名	不現	1689. 3. 4.	着名	不現
1689. 2. 6.	着名	不現			

첫 번째는 1688년에 친착결절법에 의해 재판이 진행되었다. 1688년 2월 6일부터 1688년 2월 30일까지 원고 이명규는 21일 동안 착명하였고, 피고 설하윤은 21일 동안 불출석하였으며, 2월 13일은 원고 이명규 및 피고 설하윤 모두 불출석하였다. 하지만 두 번째로 1689년 2월 2일부터 1689년 3월 4일까지 28일 동안 원고 이명규는 착명하고 피고 설하윤은 불출석하였다. 따라서 1689년 친착결절법에 의해 원고 이명규가 승소하였다.

그런데 1688년 영일현 결송입안은 앞에서 살펴본 1578년 경주부 결송입안과는 다른 점이 있다. 즉 1578년 경주부 입안에서 원고인 이춘수가 불출석하고 피고 이준 이순 등이 23일을 출석하였다. 그래서《經國大典》및《大典後續錄》의 규정에 의해 21일 이상 출석한 피고 등이 친착결절법에 의해 승소한 것이다.

반면 1688년 영일현 결송입안은 1688년 원고 이명규가 21일을 출석하여 착명하였고 피고 설하윤은 21일 동안 불출석하였다. 위의 1578년 결송입안에 적용된 것과 같은 준거법을 적용하자면, 1688년 2월 30일에 재판관은 원고 이명규에게 친착결절법에 의해 승소판결을 하면 된다. 하지만 이 사건은 1년이 지난 1689년 2월에 다시 진행되었고 그때에는 원고가 28일간 출석하여 착명하였고, 피고 설하윤은 28일간 불출석하였다. 그러자 영일현 재판관은 비로소 친착결절법에 의해 원고 이명규에게 승소판결을 내렸다. 왜 이런 차이가 나타났을까?

그 답은 이 판결은 1554년 7월 27일의 수교를 적용하였기 때문이라고 생

각한다. 앞에서 본 것처럼 1554년 7월 27일 수교는 “소송을 시작한 뒤 50일의 기한이 《經國大典》에 실려 있는데, 관원이 근무하지 않은 날은 계산하여 제외하고, 50일 안에 을이라는 사람이 몸소 착명한 것이 비록 21일에 이르렀어도 갑이라는 사람이 불취송한 날자가 반드시 30일이 찬 뒤에야 몸소 착명한 을이라는 사람에게 판결해 줄 수 있다. 대개 취송과 불취송이 모두 30일이 지난 뒤에야 몸소 착명한 사람에게 판결해 준다는 것이 《經國大典》의 본래 취지이다.”라고 하였다. 그리고 또한 이미 앞에서 서술하였듯이 이러한 취지의 수교내용은 1746(영조 22)년 반행된 《續大典》 聽理條에 그대로 반영되었다. 1554년 7월 27일 수교와 《續大典》 聽理條를 적용하게 되면 원고가 21일만 출석하였다고 하여 바로 친착결절법에 의해 승소판결을 받을 수 있는 것은 아니며, 상대 당사자인 피고가 30일간 불출석을 하여야 승소판결을 받을 수 있다. 이를 대개의 취송과 불취송이 30일은 되어야 비로소 착명한 사람에게 친착결절법에 의해 승소판결을 내린다는 것이다. 그러므로 이 1689년 영일현 결송입안에서는 처음 재판이 진행되었던 1688년에는 원고의 출석은 21일이 되었지만 피고의 불출석이 30일에 못 미쳐서 판결을 끝내지 못하였고, 1689년 2월에 다시 원고는 출석하고 피고는 근 30일(실제 피고의 불출석한 날자는 28일지만 2월 2일부터 3월 4일까지는 거의 1달(30일)로 볼 수 있다)을 불출석하여 비로소 원고가 승소판결을 받은 것이다.

한 가지 더 생각해 볼 것은 1688년 2월 27일부터 왜 1년이나 지나 다시 친착결절의 재판이 있었는가 하는 점이다. 재판기록이 정확히 남아 있지 못해 정확한 사정을 알기는 어렵지만, 아마도 농번기에 들어가는 당시 사정 때문에 재판이 지연된 것이라 생각한다. 조선시대에는 춘분부터 추분까지의 농번기에는 ‘務停’이라 하여 민사재판을 하지 않았다.[55] 농사를 가장 중요하게 생각하던 시대 상황에서 어쩔 수 없는 것이 아니었는가 한다. 또한 이를 뒷받침 할 수 있는 기술이 위의 입안에 들어 있다. 위의 결송입안에서 재판관의 기술 중 “옳든 그르든 춘분이 이미 경과하였으므로 (지금은) 사송을 청리

55) 박병호, 『한국법제사고』(법문사, 1974), 267면.

할 때가 아니다. 모두 퇴척하고 추분을 기다려 청리聽理하는 것이 마땅하니 상고하여 시행할 것."[56]이라는 표현이 있다. 따라서 이 사안에서도 1688년 2월 27일에 판결이 나지 못한 것을 1년이 지난 1689년 3월 4일에서야 끝을 맺었던 것이다.

Ⅳ. 마치면서

이상에서 조선시대의 민사재판에서의 당사자의 불출석에 대해 살펴보았다. 조선시대 민사재판에서 당사자가 불출석한 경우에는 親着決折法에 의해 출석한 당사자에게 승소판결을 하였다. 조선시대의 법제에 영향을 준 중국의 법제에서는 친착결절법은 존재하지 않았으며, 민사재판에서 불출석한 당사자를 국가기관의 강제력에 의해 출석하게 하였다. 조선에서는 중국법제에 있지 않았던 친착결절법을 제정하였던 것이다.

이 글에서는 조선시대 친착결절법이 제정되는 과정과 그 과정에서 발생하였던 법조문 해석론을 소개하였다. 조선시대 초기 《經國大典》이 제정되기 전까지는 친착제도가 없었으며, 《經國大典》에서 처음으로 친착결절법이 제정되었다. 이후 해당 조문에 대한 연산군 대에 재개정논의가 있었으나 그대로 두기로 하였고, 이후 명종 대에는 당사자 한쪽이 21일 불출석한 경우 다른 당사자가 30일을 출석해야 하는 것인가 아닌가를 두고 조문 해석론이 갈렸다. 여러 차례의 논의 끝에 일방 당사자의 불출석이 21일인 경우 상대방 당사자는 30일을 출석해야 하는 것으로 논의가 정리되어 《大典後續錄》에 반영되었다. 그리고 해당 규정은 《續大典》에 정리되어 편입되었다. 조선시대 친착결절법 제정과정은 다음과 같은 의미를 가진다. 첫째, 우리 나라의 고유한 법제로서의 친착결절법의 제정이다. 전술한 것처럼 중국 및 일본의 경우와 달리 우리 나라 만의 특유한 제도로 친착결절법이 제정된 것이다. 둘째,

56) 康熙二十八年正月日 迎日縣立案: 勿論是非 春分己過 詞訟非時 並只退斥待秋聽理宜當 相考施行向事.

친착결절법의 제정 및 개정과정을 살펴보면, 우리 전통법제에서 법조문의 입법과정의 실태를 알 수 있다. 셋째, 친착결절법 조문의 의미를 둘러싼 여러 차례의 논쟁을 통해 조선조 법리학, 법해석학의 발전가능성을 엿볼 수 있다.

그리고 제정되어 법전에 입법된 친착결절법이 실제 민사판결에서 어떻게 적용되는지를 살펴보았다. 이는 1578년 경주부 결송입안과 1689년 영일현 결송입안을 통해서 살펴보았다. 이 두 입안은 조선시대 민사판결서이다. 그 중에서 당사자가 불출석한 경우에 친착결절법을 적용한 사례이다. 1578년 경주부 입안에서 원고는 23일동안 재판정에 불출석하여 패소하였고, 1689년 영일현 결송입안에서는 피고는 28일 동안 재판정에 불출석하여 패소하였다. 이 사례를 통해 조선시대 민사소송 관련 법제의 제정이 실제 민사판결에 적용되었음을 실증할 수 있었다.

특히 조선시대의 친착결절법은 오늘날 민사소송에서 변론기일에 당사자의 불출석의 취급과는 비교된다. 현행 민사소송법 제148조 제150조에서는 당사자의 불출석의 효과로 자백간주 진술간주를 규정하고 있으며 제268조에는 당사자 쌍방이 불출석한 경우에는 소의 취하를 간주하고 있으며, 이를 기일을 해태 혹은 변론기일에서의 불출석의 3간주라고 한다. 이들 공통점은 당사자가 결석한 경우 결석판결을 하는 것이 아니라 대석판결을 하며 결석의 효과를 규정한 것이다. 하지만 조선시대의 친착결절법은 당사자가 불출석한 경우 패소판결을 내렸다. 굳이 오늘날 용어로 설명하자면 대석판결보다는 결석판결에 더 가까운 것이라고 하겠다. 독일은 여전히 결석판결을 인정하고 있으며, 일본은 명치 민사소송법에서 결석판결을 인정한 이후 대정 민사소송법에서 폐지하였다. 우리나라는 개화기와 일제 강점기에 일제에 의해 결석판결제도가 도입된 이후 1960년 민사소송법을 제정할 때까지 결석판결제도를 인정하였다. 최근 일본에서도 현행 일본 민사소송법도 대석판결주의를 취하고 있는데, 결석판결주의를 취하는 것이 더 타당하다고 하면서 입법론적으로도 재고할 필요가 있다는 주장도 있다.[57]

57) 高橋宏志, 『民事訴訟法槪論』(有斐閣, 2016), 157면.

물론 이 논문에서 필자가 우리 현행 민사소송법도 결석판결제도로 회귀하자는 주장을 하는 것은 아니다. 하지만 과거의 일을 통해 현재를 반성할 수 있으며, 미래의 계획을 세울 수 있는 법이다. 조선시대에 민사재판에서 당사자가 불출석한 경우에 어떻게 처리하였는지를 통해서 추후 현행 민사소송법 입법이나 제・개정과정에서 조그만 '참고'가 될 수 있기를 바라는 마음이다.

▌참고문헌

1. 단행본 및 연구논문

高橋宏志,『民事訴訟法概論』, 有斐閣, 2016.

김경숙,「1578년 경주 여주이씨 이준가의 노비결송입안」,『고문서연구』23, 한국고문서학회, 2003.

박병호,「결송입안」,『사법행정』79, 한국사법행정학회, 1979.

_____,『한국법제사고』, 법문사, 1974.

本間靖規,「日本における民事訴訟法の變遷と課題」・이호원 편,『韓國과 日本의 民事節次法의 變遷과 課題』, 문우사, 2017.

손경찬,『개화기 민사재판제도에 관한 연구』, 서울대학교 법학박사학위논문, 2015.

심희기,「조선시대 詞訟에서 제기되는 문서의 眞正性 문제들」,『고문서연구』46, 한국고문서학회, 2015.

정긍식,「1517년 安東府 決訟立案 분석」,『법사학연구』35, 한국법사학회, 2007.

한상권,「16세기 여주이씨 노비소송과 의송」,『고문서연구』48(한국고문서학회, 2016)

_____,「조선시대 소송에서의 기피(忌避)와 회피(回避)-16세기 여주이씨 노비소송을 중심으로」,『고문서연구』49(한국고문서학회, 2016)

2. 연구논문 및 단행본

이시윤,『신민사소송법』제11판, 박영사, 2017.

張晋藩 주편, 한기종・김선주・임대희・한상돈・윤진기 공역,『중국법제사』, 소나무, 2006.

張晋藩 主編,『中國法制通史』第七券 明, 法律出版社, 1999.

淺古 弘・伊藤孝夫・植田信廣・神保文夫,『日本法制史』, 青林書院, 2010.

河原直三郎,『改正 民事訴訟法概論』, 東京 : 巖松堂書店, 1928.

한상권,「16세기 여주이씨 노비소송과 의송」,『고문서연구』48, 한국고문서학회, 2016.

3. 법전 및 연대기 자료

《各司受敎》《受敎輯錄》, 서울대학교 규장각편, 1997.

《經國大典》, 서울대학교 규장각편, 1997.
《大典後續錄》, 서울대학교 규장각편, 1997.
《續大典》, 서울대학교 규장각편, 1998.

《明宗實錄》
《世祖實錄》
《燕山君日記》
《太祖實錄》

4. 결송입안 원문
康熙二十八年正月日 迎日縣立案: 한국학중앙연구원 장서각 소장
(http://archive.aks.ac.kr/Inspection/insDirView.aspx?dataUCI=G002+AKS+KSM-XD.1689.4711-20101008.B043a_065_00332_XXX))
萬曆六年 興海郡 立案(동의어 1578년 경주부 노비결송입안, 1578년 李浚 형제 決訟立案)
한국학중앙연구원 장서각소장
(http://archive.aks.ac.kr/Inspection/insDirView.aspx?dataUCI=G002+AKS+KSM-XD.1578.4711-20101008.B043a_065_00309_001)

〈Abstract〉

NON-APPEARANCE OF A PERSON CONCERNED IN THE PROCEDURE OF A CIVIL ACTION DURING CHOSUN DYNASTY ERA

Son, Kyoung Chan*

This study is intended to examine how a court trial was progressed for a civil case when a person concerned didn't appear during Chosun Dynasty Era. The articles 148 & 150 of the current Civil Procedure Act of ROK specify that a non-appearance is considered as 'Confession' and 'Testimony' respectively. But the article 268 of the same Act considers a non-appearance as the 'Cancellation of a Lawsuit'. This means not a default judgment(缺席判決), but a judgment of the accused with the accusor(對席判決) and specifies the effect of a non-appearance of a person concerned.

On the other hand, in case that a person concerned did not appear for a civil suit during Chosun Dynasty Era, if a certain period of time passed away, it was judged that the person concerned lost the lawsuit. Therefore, it can be said that the legal system of Chosun Dynasty was similar to a Default Judgment System. A legal provision, so called, 'Chin-Chak-Geol-Jeol-Beop' (親着決折法) of Chosun Dynasty was applied when a person concerned didn't appear. The provision, 'Chin-Chak-Geol-Jeol-Beop' was enacted for the first time in a law book, "Gyeongguk Daejeon(經國大典)". Since then, there were

* Research Professor of Yonsei university

some discussions on a revision of the provision during the era of the prince, 'Yeonsan', but there has been no revision. After that, during the era of the King, 'Myeongjong', there were some arguments on whether the other person concerned should appear or not for 30 days or not in case that a person concerned does not appear for 21days. After many times of discussions, it was concluded that the other person concerned shall have to appear for 30days in case that a person concerned didn't appear for 21 days. After that, the provision was reflected in the "Dae-Jeon-Hu-Sok-Rok (大典後續錄)" and the provision, 'Chin-Chak-Geol-Jeol-Beop' (親着決折法)' used to be modified several times via the announcement of a Royal Order (受敎). After that, the provision, 'Chin-Chak-Geol-Jeol-Beop' (親着決折法)' has been arranged and incorporated into a law book, 'Sok-Dae-Jeon(續大典)' of late Chosun Dynasty.

And the provision, 'Chin-Chak-Geol-Jeol-Beop' (親着決折法)' introduced into the law book was also applied fully to a civil case judgment paper, 'Geol-Song-Ip-Ahn(決訟立案)'. There were some examples, such as, the 'Geol-Song-Ip-Ahn' of Gyeongju-bu in 1578 and that of Yeongil-hyeon in 1689. The accused of a judgment paper of Gyeongju-bu didn't appear in a court for 23days and that of Yeongil-hyeon didn't for 28days. Therefore, both defendants lost each lawsuit in accordance with the provision, 'Chin-Chak-Geol-Jeol-Beop' (親着決折法)'. So, it can be seen that the provision, 'Chin-Chak-Geol-Jeol-Beop' (親着決折法)' that was enacted by the central government was applied fully for a civil lawsuit of a local area by using the contents of the 'Geol-Song-Ip-Ahn'. The discussions on the non-appearance of a person concerned of a civil case during Chosun Dynasty are not simple descriptions on the facts of the past.

Through that, it was found that the actual procedure of the enaction process of a legal provision during Chosun Dynasty and there existed some legal

hermeneutics during Chosun Dynasty, too. It means that a statue law was applied to the practices of civil trials.

[Key Words] A Civil Suit during Chosun Dynasty Era, A Non-Appearance of a Person Concerned, Chin-Chak-Geol-Jeol-Beop' (親着決折法), Geol-Song-Ip-Ahn(決訟立案), A default judgment(缺席判決)

접수일 : 2018. 3. 15. ‖ 심사개시일 : 2018. 3. 23. ‖ 게재확정일 : 2018. 4. 10