

『大典詞訟類聚』와 朝鮮前期의 法理論

任 相 燮*

차 례

- I. 소송법서의 출현배경
 - 1. 朝鮮前期 法典編纂의 推移
 - 2. 受敎의 制定과 訴訟法書의 誕生
- II. 16세기의 소송법서
 - 1. 『사송유취』와 새로운 소송법서의 발견
 - 2. 일본에 소재한 訴訟法書들의 유래
 - 3. 편찬 시기
- III. 『大典詞訟類聚』의 형식적 체계
 - 1. 『聽訟提綱』, 『詞訟類抄』, 『詞訟類聚』의 체계
 - 2. 『大典詞訟類聚』의 독자적 체계 구성
- IV. 『大典詞訟類聚』의 이론적 구성
 - 1. 法典間 效力關係에 대한 명확한 구성
 - 2. 해석론의 전개
- V. 『대전사송유취』가 제시하는 문제
 - 1. 새로운 자료의 제공
 - 2. 使孫圖
 - 3. 조선시대 법학의 문제

* 서울대학교 法學研究所, 法學博士

I. 소송법서의 출현배경

1. 朝鮮前期 法典編纂의 推移

일반적으로 조선시대의 법제사적 특징을 통일법전의 제정과 지속적인 편찬에 의한 법치주의 통치로 들만큼,¹⁾ 조선은 역대 어느 왕조보다 법전 편찬에 힘을 기울였다. 미처 법전을 정비할 수 없었던 건국 초기에는 明律을 포괄적으로 받아들임으로써 일단 형사 법령의 통일을 꾀한 뒤,²⁾ 곧이어 1388년 이후의 법령들 가운데 영구준행할 만한 것들을 다듬어 六典 체제의 법전으로 편찬하여 『經濟六典』이라 이름 붙였다(1397). 그 이래로 꾸준한 법전 정비의 노력이 이어졌고, 1412년 『經濟六典元典』(元六典)과 『經濟六典續典』(續六典)이, 1429년에는 『續六典』을 개수·증보한 『新續六典』이 간행되었다.³⁾ 그리고 일시적으로 행할 만하나 영구한 법전이 되지 못하는 것들을 따로 『元典謄錄』이라 편찬함으로써, 영구히 지켜야 할 법인 ‘典’과 일시 필요에 따라 시행하는 법인 ‘錄’의 구별이라는 대원칙도 수립되었다.⁴⁾ 이러한 과정의 결정판은 역시 조선왕조 모든 시기를 통하여 최고규범이 되었던 『經國大典』의 반포라 하지 않을 수 없다.

『경국대전』은 1460년에 『戶典』이 만들어지고 1466년에 『형전』이 완성되어 이 둘을 우선 공포, 시행하였고, 육전 모두가 시행된 것은 1469년부터였는

1) 朴秉濤, 『韓國法制史』, 韓國放送通信大學出版部(1990, 서울), 13면.

2) 일반적으로 조선 태조의 즉위교서로써 명률을 포괄적으로 계수하게 되었다고 이해하고 있으나, 즉위교서에서는 文武官이公私罪를 범한 경우를 규정하고 있을 뿐이고, 그후 실효성을 획득하는 여러 과정을 거쳐 일반형법으로서의 정착하게 된 것으로 보아야 한다 [趙志晚, 『朝鮮初期 《大明律》의 收容過程에 關한 研究』(서울대학교 석사학위 논문), 1998, 참조(특히 16~18, 83, 84면)].

3) 『朝鮮王朝實錄』(이하 『실록』이라 약칭) 3, 국사편찬위원회 영인, 51면. 근래에 『실록』의 기사 등을 토대로 『경제육전』을 복원해 보려는 시도가 이루어져, 윤국일, 『경국대전 연구』, 사회과학연구원(1986, 평양), 田鳳德, 『經濟六典拾遺』, 아세아문화사(1989, 서울); 연세대학교 국학연구원 편, 『經濟六典輯錄』, 도서출판 다은(1993, 서울)이 나왔다. 『경제육전』의 改撰과정은 윤국일, 『經濟六典과 經國大典』(『경국대전 연구』에서 앞부분의 연구 부분만 떼어내 새로 조판한 것임), 신서원(1998, 서울) 13~21면 및 『경제육전집록』, 3~10면 참조. 1433년에도 개수가 이루어져 『新撰經濟續六典』이 간행되었으나 반포되지는 않았다. 이후 『경제육전』은 『경국대전』의 최종본이 확정되면서, 통일적인 법령 시행을 위해 그 이전의 『경국대전』들과 함께 폐기된 것으로 보인다(물론 이후의 실록 기사에서도 『경제육전』을 인용하는 경우가 있으므로 보관본은 남겨져 있었을 것이다).

4) 박병호, 앞의 책, 15면.

데, 이 또한 몇 차례의 改修를 거쳐, 우리가 현재 볼 수 있는 『경국대전』은 1485년부터 시행하게 된 이른바 『乙巳大典』이다. 여기에 실리지 못한 중요한 법령들과 이후의 법령들을 모은 『大典續錄』이 1492년에 편찬되었고, 1543년에는 『대전속록』 이후의 법령을 수록한 『大典後續錄』이 나왔다. 그리고 1555년에는 『경국대전』의 조문 가운데 어려운 용어를 해설하고 법률적 의미에서 한정하기 위한 공식 주석서로서 『經國大典註解』를 펴내기도 하였다.⁵⁾ 그런데 『대전후속록』의 편찬 이후로는 거의 150년 남짓이나 공식적인 법전 편찬이 끊어져 1698년이 되어서야 『受敎輯錄』이 간행되었다. 이 사이는 수시로 제정되는 受敎가 메워주었다고 할 수 있다.

2. 受敎의 制定과 訴訟法書의 誕生

受敎는 時宜에 맞춰 국왕의 명령 형식으로 내려지는 單行法令이라 할 수 있다.⁶⁾ 따라서 수교는 임시적인 성격을 갖게 되며, 일시적으로 여기는 관념 또한 철저하였다. 典과 錄 또한 수교를 바탕으로 만들어지는 것이며,⁷⁾ 典이나 錄의 법령들에 대하여 수교는 보충적인 효력을 가질 뿐 아니라, 시의에 따른 구체적 타당성을 추구하는 면이 있기 때문에 보다 현실적인 지침이 되기도 한다. 문제는 반행되지 않는 이러한 수교들이 실제 행정에서 참조될 수 있었을지 일 것이다. 실제로 수교가 번다하여 잘 참조되기 어렵다는 비판이 제기되기

5) 율문은 명확하여 하는 까닭에 간결하지만, 한편으로는 일반적으로 접하는 문장이 아닌 까닭에 이해하기 어려운 면이 있었다. 따라서, 국초부터 『大明律直解』를 간행[태조 4(1395)년]하는 등 율문 해석에도 힘을 기울여 왔음을 확인할 수 있으며, 『경국대전주해』도 같은 맥락에서 이루어진 것이다. 근래에 官撰인 『경국대전주해』를 <前集>으로 하고 安璋의 개인적인 주석집을 <後集>으로 하여 한데 묶어 출판한 책이 일본의 東洋文庫에 소장되어 있음이 확인되어(田川孝三, 『清州刊經國大典註解について』, 『朝鮮學報』 48, 1968.), 최근의 영인본에서는 두 책을 모두 실고 있다(아세아문화사 및 단국대학교 동양학연구소 영인본. 다만, 서울대학교 규장각 영인본은 가장 최근의 것이지만, 규장각 소장본을 인쇄하기 때문에 <후집>이 실려 있지 않다).

6) 수교의 의미와 법적 성격에 대하여는 金池秀, 『受敎의 法的性格과 理念』, 『韓國法史學論叢』(박병호교수환갑기념[II]), 박영사(1991, 서울), 113~143면에서 연혁과 함께 자세히 분석, 서술되어 있다.

7) 성종 15(1484)년 7월 3일: … 전교하였다. “『대전』은 새법을 만든 것이 아니라, 受敎와 『續錄』의 말을 옮겨 실었을 뿐이고, 그 사이에 고친 곳이 있다 해도 많지 않으며…”(『실록』 10, 604면); 7월 4일: … 전교하였다. “『대전』을 勘校하는 데는 단지 祖宗朝의 수교와 『속록』으로써 덧붙여 적을 뿐이지, 새 법을 만드는 것이 아니다.”(『실록』 10, 604~605면).

도 하였다. 수교는 시의에 따라 개별적으로 내려지는 것으로서 『수교집록』이 전까진 모아져서 반행되지 않았기 때문에 지방관들에게는 특히 그 중요성에 비해 참조의 어려움이 있었을 수도 있다.

수교는 따로 책으로 묶여 반행되지는 않았지만, 업무의 수행상 지속적으로 모아지고 있었던 것으로 보인다. 앞으로 다룰 『大典詞訟類聚』에는 실록 등 다른 사료에서는 확인되지 않는 『遵行錄』의 존재가 나타난다. 이는 『경국대전』이 반포된 1485(成化 21)년 이후의 수교들을 모아 놓은 것이라 하는데,⁸⁾ 『속록』에 옮길 때 꺾여져 나갔다'는 말을 적고 있는 것으로 보아,⁹⁾ 『준행록』에 수교가 지속적으로 모아져 『대전속록』과 『대전후속록』 편찬의 바탕이 된 듯하다. 『준행록』은 지금 전해지지 않고 있으며, 그 존재만이 확인될 뿐이어서, 간행·반포되었는지 여부는 현재로서는 알 수 없는 상태이다.¹⁰⁾ 다만, 『聽訟提綱』에 세 개의 조문이, 『대전사송유취』에 여섯 개의 조문이 수록되어 있다.

『대전후속록』 이후의 수교가 모아진 것으로는 서울대학교奎章閣에 소장되어 있는 『各司受敎』가 있다. 이는 정리 시기가 1639년 무렵으로 추정되는데,¹¹⁾ 내용으로 볼 때 수록된 수교의 대부분(138개조)이 1546(明宗 1)년부터 1571(宣祖 4)년까지의 것들이고, 맨 끝에 1573년부터 1636(인조 14)년 사이의 것들로 다섯 개조가 추록되어 있는 것으로 보아 1571년과 1573년 사이에 1차 편집이 있었을 것이라는 추정도 가능하다.¹²⁾ 여기에 실린 수교들은

8) “『준행록』은 『대전』을 반포한 이후의 수교이다. 『전속록』을 찬집할 때 꺾여져 나갔다.”(『遵行錄』乃『大典』頒降後受敎也. 『前續錄』撰集時刪削.) [『대전사송유취』(『十六世紀 詞訟法書 集成』, 한국법제연구원, 1999)에 수록되어 있는데, 이 영인본은 전체 면수와 함께 각 책의 개별 면수를 따로 매기고 있다. 여기서 각 책의 이름과 개별 면수로 인용한다], 166면].

9) 成宗朝 『遵行錄』: 成化乙巳以後受敎. 『前續錄』移錄時削(『대전사송유취』, 157면).

10) 田川孝三, 『大典詞訟類とその類書』, 『東方學志』 23·24, 연세대학교 국학연구원, 1980.2, 367~368頁에서는 “『전속록』의 刊行과 함께 印頒되었을지도 모른다'는 조심스러운 추정을 하고 있다. 현재로서는 알 수 없는 일이긴 하지만, 『준행록』이 남아있지 않고, 그 존재조차 다른 사료에서 확인할 수 없는 것에 비추어 『各司受敎』와 마찬가지로 간행·반포되지 않았으리라 여겨진다.

11) 金池洙, 앞의 논문, 125면: 인조 7년(1639) 최명길의 成宗 말년에 『전속록』을, 中宗 말년에 『후속록』을 간행한 뒤 明宗부터 宣祖까지는 수교로써만 시행하여 폐단이 많았음을 지적하고, 각 관청의 수교와 承傳을 모아 편집·간행하자고 건의하여 허락을 얻었는데, 『각사수교』의 수교들이 명종 원년(1546)부터 인조 14년(1636)까지의 것들로 되어 있어 이 기사와 거의 일치하기 때문이라 한다.

12) 『各司受敎』·『受敎輯錄』·『受敎輯錄』 解題.(具德會), 『各司受敎·受敎輯錄·新補受敎輯錄』(규장각자료총서 법전편) 서울대학교奎章閣 1997, 영인, 4면. 그리고 『詞訟類聚』에 수록된 수교들 가운데 1566년 이후의 것으로는 1575~1577년의 4개조인데, 이들은

이두가 그대로 붙어 있어 법조문으로서의 가공을 거치지 않은 원본과 거의 같은 모습이라 할 수 있다. 이후에 편찬된 『수교집록』에서는 많은 수교들이 다듬어진 형태로 반영되고 있다. 그런데 『각사수교』는 반영된 것이 아니라 누군가가 필요에 의해 베껴놓은 것으로서, 모든 수교를 다 수록하고 있지도 않고, 외부로 유통되지도 않았던 것으로 보인다.

수교는 모아져 반영되는 것이 아니었고, 반포된 법전들 또한 주제별 편제가 아닌, 吏·戶·禮·兵·刑·工典이라는 국가기관별 분류 체제였기 때문에, 법전과 수교는 잘 정비되어 있었음에도 불구하고 참조의 어려움이 있었다. 더구나, 『경국대전』, 『명률』, 『대전속록』, 『대전후속록』 등 같은 형식의 여러 법전들과 수교들이 혼재되어 있어, 규정들이 서로 모순된다고 느끼는 일도 종종 있었다.¹³⁾ 이는 규정 자체에 기인한 경우도 있지만, 이해의 부족에서 오는 탓도 있었다. 이렇게 법전이 기관별로 되어 있고, 수시로 수교가 제정되는 상황에서 실용적 주제를 중심으로 정리되어야 하는 것은 어쩌면 필연적이라고도 할 수 있다.¹⁴⁾ 이러한 정리는 민사소송에 대하여 가장 먼저 이루어졌다. 당시의 가장 민감한 법률 문제가 소송이었고, 이미 소송의 심리가 수령으로서의 중요한 자질로 여겨지던 상황이었기 때문이라 할 수 있을 것이다.¹⁵⁾ 이러한 배경에서 탄생한 것이 1585(선조 18)년에 간행된 『사송유취』였다.

『각사수교』에서 전혀 확인되지 않는 점에서도 1571~1573년 사이에 일단 책이 완성되었을 개연성을 높일 수 있을 것이다.

13) 예를 들면, 성종 25년 7월 13일에는 『경국대전』의 ‘당상관이 교체된 뒤 다시 소송한다’는 규정과 『대전속록』의 ‘다른 관사로 옮겨, 먼저 관리가 바로 판결했는지 아닌지를 따진다’는 규정이 서로 모순된다 하여 이의 해석을 위한 심각한 논의가 벌어졌다. 결국 모순을 확인한 뒤, 『대전속록』의 규정은 관리에게 문제가 있는 경우로 이해하고, 이로 인한 濫訴의 가능성을 우려하면서, 그 대책으로 말을 꾸며 오결이라 제소한 경우에 처벌 규정을 두자는 논의로 이어졌다(『실록』 12, 559~560면). 이 논의는 7월 24일까지 이어져 따로 규정을 새로 만들 필요가 없다고 결정된다(『실록』 12, 565~566면).

14) 조선후기에는 이들을 통합하려는 작업이 이루어져, 『경국대전』, 『대전속록』, 『대전후속록』, 『수교집록』을 조목별로 통괄하여 볼 수 있게 만든 『典錄通考』(1707)가 발간되었고, 『경국대전』, 『속대전』, 『대전통편』, 『명률』과 다른 여러 법전류들을 조목별로 통합한 『典律通補』(1786)가 만들어졌다(『전율통보』는 간행되지 못함). 이들은 모두 六典체제를 고수하였다.

15) 『經國大典』 <吏典> 考課條에서는 관찰사가 보고해야 하는 수령의 평가기준으로 이른바 ‘守令七事’가 나타나는데, 여기에 소송을 잘 해결하는 것도 포함된다. 七事: 農桑盛, 戶口增, 學校興, 軍政修, 賦役均, 詞訟簡, 姦猾息.[『經國大典』 서울대학교奎章閣 1997, 영인, 163면].

II. 16세기의 소송법서

1. 『사송유취』와 새로운 소송법서의 발견

『詞訟類聚』는 소송법규를 분류, 정리해 놓은 조선전기의 소송법서로서 후세까지 가장 많이 이용되었다. 이 법률서는 安山郡守를 지낸 金伯幹(1516~1582)이 지었는데, 출판은 그의 사후인 1585년에 이루어졌다.¹⁶⁾ 『경국대전』, 『대명률』, 『대전속록』, 『대전후속록』, 『經國大典註解』, 그리고 각각의 수교들로부터 민사소송에 관련된 규정들을 모아 분류해 놓은 法令모음이다. 조선후기에는 『사송유취』를 바탕으로 하여 형사소송에 관한 부분까지도 내용에 포함시키는 큰 폭의 보충을 한 『決訟類聚補』가 나오게 되었다.¹⁷⁾ 하지만 그 전후에도 『사송유취』는 계속해서 再版되고 필사되었다. 그리하여 『사송유취』와 내용을 같이 하면서도 제목이 다른 서적들이 많이 남아 있다. 그런 것들로는 『決訟類聚』, 『決訟類聚』, 『聽訟指南』 등이 있다.¹⁸⁾ 그리고 일본에 있는 『決訟指南』과 『詞訟錄』도 거의 같은 내용이다.¹⁹⁾

16) 『決訟類聚補』(附一 詞訟類聚, 附二 決訟類聚) 韓國精神文化研究院 영인, 1996의 『解題』(鄭求福) 7~9면 참조. 그런데 이 해제에서는 규장각 소장한 한 목판본 『사송유취』의 간행 연대가 선조 6년(1573)이라 되어 있는 것을 오기일 것이라 추정하고 있다(9면). ‘奎11491’(청구기호)의 카드 설명에서도 1573년으로 나와 있는 것(http://147.46.103.69/cgi-bin/pbisa60.dll/KRASH/uo_web41/of_get_detail?mastid=7710&dbopen=1. 고서[1999.4.10.검색] 참조)을 확인할 수 있다. ‘十八’을 세로로 쓴 것을 카드에 옮겨 적는 과정에서 ‘六’으로 잘못 보고 기입한 것 같다. 간행연대와 관련된 문제이므로 影印 당시 확인을 했어야 할 부분이라 생각된다(『사송유취』에는 1577년의 수교도 나타나므로 1573년 간행은 될 수 없다).

17) 현전하는 『결송유취보』의 판본 가운데 가장 이른 것들이 1707(숙종 33)년의 것으로 알려져 있는데, 그것들 또한 인쇄상태를 면밀히 검토해 보면 판각 직후에 인쇄한 것이 아니라 그 목판을 이용하여 후일에 다시 찍어낸 것이라 한다(『결송유취보』의 『해제』, 10면).

18) 『결송유취』는 맨 끝의 김태정의 책에서 金伯幹이 金候某로 표기되어 있고, 끝에 沈友正, 南彦經, 崔舜臣 등의 이름이 벼슬과 함께 덧붙는 것 말고는 『사송유취』와 다른 점이 거의 없다. 大明年紀와 本朝年紀가 내용이 달라지는 것은 간행 또는 필사 연대의 차이에서 오는 것으로 양자 모두 판본에 따라 갖게 되는 차이이다. 그리고 『청송지남』 또한 같은 내용에 ‘李相國梧里戒其甥李德沂書’와 ‘李聖基跋文’이 더 붙어 있을 뿐이다.

19) 『決訟指南』은 일본 토오쿄오의 國會圖書館에 소장되어 있는데, 이것이 현존하는 『사송유취』의 여러 판본 가운데 가장 이른 것이 아닌가 여겨진다. 大明年紀가 萬曆에서, 本朝年紀가 明宗에서 그치고, 간행에 참여한 書吏들의 이름까지 나오며, 丁炤의 발문에 金伯幹의 이름이 직접 나타나지 않고, ‘金候 某’로 표기되는 것으로 보아 아들인 김태정의 세

16세기의 소송법서로서 오랫동안 『사송유취』만이 알려져 있었다. 그런데 1980년에 타가와 코오조오(田川孝三)에 의하여 비슷한 시기에 간행된 네 종의 다른 소송법서가 일본에 전해지고 있음을 발표하였다.²⁰⁾ 그가 일본에 전해지는 것으로 소개한 16세기 소송관계 서적은 『聽訟提綱』, 『詞訟類抄』, 『大典詞訟類聚』, 『相避』이다. 『청송제강』은 나고야(名古屋)의 蓬左文庫에, 『사송유초』는 토오쿄오의 國立公文書館 內閣文庫에, 『대전사송유취』는 쓰쿠마(筑波)의 쓰쿠마대학 中央圖書館에 소장되어 있다. 『相避』는 책의 표지가 떨어져 나간 탓에 제목을 알 수 없어 그렇게 假題가 붙인 것으로 內閣文庫에 있다고 소개하고 있는데,²¹⁾ 公文書館에 방문하여 확인한 결과 찾을 수가 없었다.²²⁾ 그의 설명에 따르면, 『大明律講解』와 『律條疏義』도 올라 있다 하여 무척 흥미로운 자료임에 틀림없는데, 현재 보기 어렵게 된 것은 안타까운 일이다.²³⁾

타가와는 1968년에도 그동안 학계에 알려져 있지 않던, 『經國大典註解』<後集>을 발견, 소개함으로써 충격을 준 바 있는데,²⁴⁾ 『聽訟提綱』, 『詞訟類抄』, 『大典詞訟類聚』의 이름들은 이때의 논문에서도 소개가 되는 것으로 보아²⁵⁾ 오래전부터 파악되고 있던 것으로 보인다. 1980년의 글에서는 이 책들의 형태와 소장처, 그리고 개략적인 소개와 분석을 해 놓았지만, 이러한 중요한 소개는 우리 학계에서 전혀 참조되지 않았다. 1996년 한국정신문화연구원에서 『決訟類聚補』, 『詞訟類聚』, 『決訟類聚』의 영인이 이루어졌는데, 그 解題에서는 임란 전의 것으로 보이는 『사송유초』가 일본의 內閣文庫에 소장되어 있다는 간단한 추정만 있을 뿐, 이미 소개된 특징이나 다른 유사한 책들에 대한

대에 간행되었을 가능성이 큰 것이다(이는 『결송유취보』에 실린 『결송유취』와 일치하지만, 『결송유취』에서는 ‘決訟日限’조를 ‘決獄日限’으로 수록하고 있고, 대명연기가 崇禎까지 본조연기가 仁祖까지 나타나고 있어, 출판시기가 『결송지남』보다 훨씬 늦은 판본인 것이다). 그리고 토오쿄오의 國立公文書館 內閣文庫에는 『詞訟錄』이라는 책도 소장되어 있는데, 이는 『決訟指南』을 그대로 필사한 것으로 보인다.

20) 田川孝三, 『大典詞訟類とその類書』.

21) 田川孝三, 위의 논문, 355頁.

22) 1999년 7월 23일 방문. 책의 표지가 떨어져 나간 탓에 제대로 정리가 되지 않아 찾을 수 없는 것인지, 타가와가 잘못 알았던 것인지는, 그가 이미 이세상 사람이 아니어서 알 수가 없었다.

23) 이들 『聽訟提綱』, 『詞訟類抄』, 『大典詞訟類聚』는 『決訟指南』, 『詞訟錄』과 함께 『十六世紀 詞訟法書 集成』[한국법제연구원(1999, 서울)]으로 최근에 영인되었다(각주 8) 참조.

24) 田川孝三, 『清州刊經國大典註解について』(각주 5) 참조.

25) 田川孝三, 위의 논문, 158, 164頁.

언급은 전혀 없는 것이다.²⁶⁾ 내용을 떠나서라도 임진왜란 이전의 서적으로서 유일본이라면 희귀자료에 속할 터인데, 소개한 지 20~30년이 되도록 제대로 확인조차 이루어지지 않고 있었던 것이다.

2. 일본에 소재한 訴訟法書들의 유래

다가와가 소개한 소송법서들이 어떠한 연유로 일본에 보관되고 있는지는 더욱 자세한 조사가 필요하겠지만, 정황으로 미루어 보면 대체로 임진왜란 무렵에 건너간 것이 아닌가 여겨진다. 內閣文庫와 蓬左文庫의 소장본들은 대체로 토쿠카와 이에야스(徳川家康 1542~1616)의 장서에서 기원한다. 토쿠카와는 愛書家였다 하며, 1601년 무렵부터 본격적으로 책을 모으고 출판하는 일에 힘썼다 한다. 이 책들은 그의 死後 유언에 따라 비슈우(尾州), 키슈우(紀州), 미토(水戸)의 세 집안에 분배되었는데, 스루가 온유즈리본(駿河御讓本)이라 불리운다. 분배를 맡은 이가 하야시 라잔(林羅山)이었다. 三分하여 보내기 전에 약간의 책을 에도(江戸)城에 보냈는데, 이 책들이 內閣文庫에 보관되고 있다. 紀州家로 보내진 책은 지금 흩어졌다 하고, 水戸家에 분배된 책들은 彰考館文庫에 보관되어 있는데, 다른 책들과 섞여 현재는 식별할 수 없는 상태라 한다. 그리고 尾州家가 보내진 책들은 현재 蓬左文庫에 보존되어 있는데, 3분의 1가량이 유실된 분량이라 한다.²⁷⁾ 이렇게 볼 때 內閣文庫와 蓬左文庫에 보존되고 있는 우리 나라 책들은 대체로 16세기 이전의 책들이라 할 수 있겠고,²⁸⁾ 그 유입경로로 가장 유력한 것은 임진왜란이라 여겨지는 것이다. 『대전 사송유취』에 대한 해제에서도, 大明年紀가 萬曆으로 끝나고 曲直瀨正琳(?~1611)의 所藏을 나타내는 ‘養安院藏書’라는 도장 찍혀 있다 하여 1577에서 1592년 사이에 책이 출간된 것으로 추정하는데,²⁹⁾ 임진왜란이 일어난 해인 1592년을 下限으로 잡는 것으로 보아, 유입 시기를 임진왜란으로 보고 있음을 짐작할 수 있다.

26) 『결송유취보』의 『解題』, 14면.

27) 이상 스루가 온유즈리본의 분배 경위는 『駿河御讓本と蓬左文庫』, 『蓬左文庫駿河御讓本目録』, 名古屋市鶴舞圖書館(1962, 나고야)에 따름.

28) 蓬左文庫의 목록에서도 『청송제강』은 스루가 온유즈리본이라 되어 있다.

29) 『筑波大學和漢貴中圖書目録』, 筑波大學附屬圖書館(1996, 쓰쿠바), 147頁; 田川, 앞의 논문, 356頁; 藤本幸夫, 『東京教育大學藏朝鮮本について』, 『朝鮮學報』 81, 1976, 312頁.

3. 편찬 시기

『詞訟類聚』, 『聽訟提綱』, 『詞訟類抄』, 『大典詞訟類聚』, 『相避』 등이 만들어진 시기는 실린 내용과 소장되고 있는 정황으로 미루어 볼 때 16세기의 것으로 보는 것에 큰 무리가 없어 보인다. 하지만, 『사송유취』 말고는 정확한 연대는 알 수가 없다. 다만, 撰記의 내용과 수록되어 있는 受敎들의 연대를 통하여 제작 시기를 어느 정도 추정해 볼 수 있다.

『사송유취』에는 丁炆과 金泰廷이 그 跋文과 後記를 萬曆乙酉(1585)년 11월에 썼다 하고, 김태정의 관찰사 재직 기간이 1585년 5월부터 1586년 2월까지이므로, 1585년에 출판된 것으로 볼 수 있다. 앞에서 살핀 바와 같이 저본의 제작 시기는, 수록된 최후의 수교가 1577년의 것이고 지은이인 김백간이 1582년에 사망하였으므로, 1577~1582년으로 추정할 수 있다. 柳希春의 일기인 『眉巖日記』에는 姜暹으로부터 『청송제강』을 빌어 보았다는 기록이 나온다.³⁰⁾ 이것이 같은 책이라 한다면, 1568에서 1571년 사이에 지어졌으리라 추정할 수 있다. 我朝年紀에 今上이 明宗에 이어 기재된 것으로 보아 宣祖 연간에 쓰여졌음을 알 수 있고, 윤희춘이 책을 빌어 본 날이 선조 4(1571)년 3월 8일이기 때문이다. 『대전사송유취』에서 申灝의 後記에는 『詞訟提綱』이란 책을 언급하는데, 이것을 말하는 것인지도 모르겠다.

각 책들에서 연대가 가장 늦은 수교들을 살펴보면, 『사송유취』가 1577년, 『상피』가 1566년, 『청송제강』이 1556년, 『사송유초』가 1565년, 『대전사송유취』가 1576년이다. 이로써만 따르면 『청송제강』이 가장 이르고 『대전사송유취』와 『사송유취』가 가장 나중에 지어졌다고 볼 수 있다. 출판은 앞의 것이 더 빨랐을 수도 있다. 김백간은 사후에 그의 책이 출판되었지만, 申繁은 그의 後記로 미루어 생전에 출판한 것으로 보이기 때문이다. 하지만, 신번의 후기에는 책이름을 ‘『詞訟類聚』라 이름붙였는데, 뒷사람들이 고쳐서 『詞訟提綱』이라고도 부르지만, 실제로는 한가지이다’라고 말하는 것이 보이며,³¹⁾ 『사송유취』에서 정염의 발문에는 “일찍이 결송에 긴요한 규정들을 모아 판결하기에 편하게 하여, 소송하는 이들에게는 지침이 되었다”³²⁾ 하고 있는 것으로 보아,

30) 『眉巖日記草』(3), 朝鮮總督府(1936, 京城)[韓國學振興院 1982, 영인], 48면.

31) 名之曰：“詞訟類聚”，後之君子改而或曰：“詞訟提綱”，其實一也(『대전사송유취』, 169면).

32) 嘗哀集決訟要覽，以便剖判，不惟爲聽訟者之指南(『결송유취보』, 335면).

두 책 모두 출판 이전에 유통되었을 가능성을 보여준다. 그리고 『대전사송유취』도 처음 이름은 版心題처럼 『詞訟類聚』였음도 알 수 있다. 이로써 볼 때 16세기 중엽부터는 여러 종류의 訴訟法書가 돌아다니고 있었고, 그 가운데 가장 늦게 정리, 출판된 것이 『사송유취』와 『대전사송유취』라 할 수 있을 것이다.

III. 『大典詞訟類聚』의 형식적 체계

1. 『聽訟提綱』, 『詞訟類抄』, 『詞訟類聚』의 체계

『聽訟提綱』, 『詞訟類抄』, 『詞訟類聚』에 등장하는 법전들은 『경국대전』(大典), 『명률』(大明律), 『대전속록』(前續錄), 『대전후속록』(後續錄), 『경국대전주해』(註解)이다. 그리고 수시로 내려지는 수교들도 해당 편목마다 분류되어 수록되어 있다. 이들의 체제가 이전의 법전들과 확연히 다른 점은 육전 체제를 벗어나고 있다는 것이다. 『사송유초』의 예를 들면, 1)相避, 2)聽訟, 3)斷訟, 4)親着, 5)贖身, 6)決訟日限, 7)奉祀, 8)立後, 9)偽造, 10)屬公, …로 나아가고 있어, 육전의 편목에 맞춘다면 吏典, 刑典, 禮典, 刑典…의 순서로 배치되고 있는 셈이다. 결국 이는 민사소송이라는 대주제에 맞춰 유용하게 구성하려는 것에 초점이 맞춰져 있다고 할 수 있는데, 주로 소송의 진행순서를 염두에 두고 있는 것으로 보인다.

육전 체제를 탈피하여 편목별로 여러 법전의 조문들을 모아 실는 형식을 취하고 있지만, 그 인용에는 일정한 祖宗成憲의 대원칙이 지켜지고 있다. 곧, 『경국대전』과 『명률』의 조문들이 앞쪽에 놓이고,³³⁾ 다음으로 『전속록』과 『후속록』의 조문들이 실리고, 수교들은 맨 마지막에 배치되어, 典과 錄의 뚜렷한 구별과 수교의 개념적 지위를 살필 수 있게 한다. 다만, 『사송유초』에서 『전속록』·『후속록』의 조문들과 수교들은 『경국대전』의 조문을 설명하기 위해서 그 주석의 형태로 배치되기는 하지만, 독립하여 수록될 때는 반드시 『경국대전』과 『명률』의 후순위에 놓인다. 이럴 경우 『사송유취』에서는 『경국대전』의 경우 法典名에 대한 표기 없이 바로 戶典, 刑典의 형식으로 수록하고, 『명률』은 大明律, 『대전속록』은 前續錄, 『대전후속록』은 後續錄, 『경국대전주해』는

33) 『명률』은 『경국대전』의 <刑典>에서 刑事一般法으로 규정되었기 때문에 그와 동순위로 파악한 것이라 할 수 있다.

註解라고 머리에 붙여 조문을 실음으로써 주석으로 배치된 경우와 독립적으로 수록되었을 때 혼란이 없도록 하였다.

위의 세 법서 가운데 『사송유취』는 이밖에도 우수한 점을 많이 보이고 있다. 『사송유취』의 편목은 1)相避, 2)斷訟, 3)聽訟, 4)親着, 5)決訟日限, 6)禁制, 7)僞造, 8)贖身, 9)陳告, 10)停訟, 11)屬公, … 로 진행되고 있다. 1)斷訟, 2)聽訟, 3)鄉役, 4)相避, 5)禁制, 6)親着, 7)決訟日限, 8)陳告, 9)贖身, 10)免役, 11)屬公, … 식으로 진행되는 『청송제강』보다는 『사송유초』와 훨씬 유사함을 보인다. 이는 단순히 형식상의 유사함만이라고는 할 수 없고, 소송요건에 관한 것들을 되도록 앞으로 편제하고 실체법적인 것들을 뒤로 미루는 이론적인 진보를 보이는 유사함이라 할 수 있다. 그리고 『사송유초』에서와 달리 소송요건에 관한 편목인 斷訟을 聽訟보다 앞에 편제한 것도 앞선 모습이다.

『사송유취』의 의의에서 빠뜨릴 수 없는 것은 ‘聽訟式’이 있다는 것이다.³⁴⁾ 민사소송의 개시부터 심리, 판결에 이르기까지의 과정을 순서대로 기술하면서 심리할 때 빠뜨리지 말아야 할 사항들을 조목조목 정리하고 있다. 곧, 민사소송의 체계의 완성된 뼈대를 보여주고 있는 것이다. 그리고 ‘聽訟式’은 다른 어디에서도 찾아볼 수 없다는 점에서도 의의가 있을 것이다.³⁵⁾ 그리고 수교의 수록에 있어서도 이두가 떨어져 나가도 한문의 어투에 맞게 고쳐 수록되어 있는 것도 중요한 특징이 될 수 있다. 이 가운데는 『수교집록』에 수록된 것과 완전히 일치하는 것도 보이고 있어, 『수교집록』 편집시 『사송유취』도 참고되었을 가능성을 엿보게 한다. 『청송제강』과 『사송유초』의 존재는 조선전기에 소송이론의 발전과 더불어 『사송유취』가 성립되어 가는 모습을 구체적으로 살필 수 있는 자료가 된다.

34) 김태정은 ‘使孫圖’와 ‘聽訟式’에 대한 찬사를 하고 있다(『결송유취보』, 335면). 그런데, 사손도는 『經國大典註解』<後集>에도 실려 있다(『經國大典註解』, 단국대학교 동양학연구소 1979, 영인, 337면) 그런데 면수가 七七면의 다음에 又七七로 들어가 있어, 뒷끼워졌을 가능성도 있다. 『사송유취』에서는 『경국대전주해』<후집>에서의 인용이 없는데도 使孫圖의 인용이 있는 것을 보면, 사손도는 『경국대전주해』<후집>에 실리기 이전부터 만들어져 유포되었을 가능성이 있다(이후 상술함).

35) 『聽訟提綱』에 수록된 청송식은 원래부터 실려 있던 것이 아니라, 소장자가 뒤에 덧붙인 것으로 보인다(『청송제강』, 75면). 청송제강은 뒷부분에 달라진 필체로 墳墓定限禁耕牧, 親着에 관한 규정, 聽訟式, 使孫圖가 쓰여져 있다.

2. 『大典詞訟類聚』의 독자적 체제 구성

『대전사송유취』는 위에서 든 세 법서들과 사뭇 다른 모습을 보여주고 있어 더욱 깊은 관심을 끌게 된다. 우선 분량면에서 다른 소송법서들과 비교가 되지 않을 정도로 풍부하다. 목활자본으로서 27.4×18.2cm 정도 되는 크기에 걸장을 포함하여 86장으로 가장 두꺼우며, 그만큼 수록된 조문의 수도 훨씬 많다. 예컨대 『明律』의 수록 현황을 보면 『청송제강』이 2개조, 『사송유초』가 11개조, 『사송유취』가 9개조인 데 비하여, 『대전사송유취』는 35개조가 수록되어 있다. 그리고 수록된 법전에 따라 높낮이에 차이를 두어 배열하고 있다. 그밖에 첫장에 ‘高靈後裔申灋撰’이라 하여 지은이가 밝혀져 있고, 『遵行錄』, 『備忘記』 등 다른 소송법서에서 보이지 않을 뿐 아니라, 다른 사료에서도 보이지 않는 자료들까지 인용하고 있다.

이처럼 형태에서 다른 법서들과 두드러진 특징을 보이고 있는데, 내용의 편제에서도 매우 독특함을 보여주고 있다. 『청송제강』 및 『사송유초』를 거쳐 『사송유취』에 이름으로써, 편목과 내용이 실제 소송을 심리하는 순서에 가깝게, 그러면서도 이론적으로 다듬어진 형태를 갖추게 되었다. 그런데 『대전사송유취』는 소송관계 법규를 모아 주제별로 분류하면서도 六典體制의 골격을 그대로 유지하고 있는 것이 특징이다. 소송에 관한 각 편목을 吏·戶·禮·兵·刑·工典이라는 분류 안에 배치하고 있는 것이다. 곧, 1)相避, 2)鄉吏, 3)元惡鄉吏[이상 吏典], 4)田宅, 5)給造家地, 6)家舍間閣, 7)量田, 8)買賣日限, 9)徵債[이상 戶典], 10)奉祀, 11)立後, 12)婚嫁, 13)惠恤, 14)喪葬³⁶⁾ [이상 禮典], 15)復戶, 16)免役, 17)驛路, 18)軍士喪服,³⁷⁾ 19)給保, 20)火禁[이상 兵典], 21)決訟日限,³⁸⁾ 22)囚禁, 23)禁制, 24)停訟, 25)賤妾, 26)賤妻妾子女, 27)公賤, 28)私賤, 29)賤娶婢產[이상 刑典], 30)橋路[이상 工

36) 새로운 編名이 들어가야 할 부분인데 빠져 있어, 『경국대전』의 편명을 따라 ‘喪葬’이라 하였다. 타가와는 ‘墳墓’라는 이름을 택했다(타가와, 앞의 논문, 358頁).

37) 새로운 편명이 필요한 부분이라 할 수 있는데, 수록된 『경국대전』의 조문은 吏典 五服條에 있는 것에서 軍士에 관한 것을 추려 구성한 조문이다. 타가와는 ‘軍士喪服’이라 이름 붙였고, 여기서도 그를 따랐다(타가와, 앞의 논문, 358頁).

38) 이 항목에서 ‘決訟日限’이라 하고 있는데, ‘決訟日限’의 誤植이라 할 것이다. 『十六世紀詞訟法書集成』의 목차(8면)와 해제(35면)에서는 ‘決獄日限’이라 하고 있는데, 글자 모양으로 볼 때 ‘訣’은 ‘獄’보다는 ‘訟’의 오식일 가능성이 크다.

典]으로 편제하였고, 그 뒤로 本朝定制, 議親式, 本朝公信, 大明年紀, 本朝年紀, 國忌를 기록하고, 편찬자의 後記와 쓰이지 않는 受教를 붙이고 있다. 工典에는 한 편목밖에 들어가지 않은데다 소송과도 그리 관계없는 것이라 할 수 있어 육전체제를 유지하기 위하여 다소 무리하게 편성된 것이라 할 수 있다. 이러한 편제는 어느 면에서 이론적으로 더욱 치밀하고자 하는 모습일 수도 있다. 위의 세 법서에서 어떠한 기준으로 편목이 배치되었는지 대번에 알아 볼 수 없는 것에 비추어 보면 그렇다.

『대전사송유취』의 가장 빛나는 가치는 按此라는 항목 아래, “이는 개인적인 주석이다”(此私註) 또는 “이는 개인적인 의견이다”(此私議) 하면서 명확하지 않은 부분에 대한 나름의 주석을 달기도 하고, 그동안 실무를 겪으면서의 경험에 비추어 자신의 의견을 서술하는 등, 완벽한 지침서의 면모를 보여 주고 있는 것이라 할 수 있다. 『사송유취』 등이 編目的 분류와 조문의 배치를 체계적으로 구성함으로써 이론적 성과를 반영하는 데 대하여 『대전사송유취』는 실제로 조문 밑에다 해설을 해놓은 셈이다. 가장 많은 내용을 싣고 있을 뿐 아니라, 이들을 주제별로 편성하면서도 전통적인 육전체제의 형식을 갖추고 있으며, 조문의 구절마다 註解를 다는 형식으로 편성하면서도 원조문을 잘못 알아볼 염려가 없도록 구성하고 있는 등의 구성으로 볼 때 16세기의 소송법서 가운데 『대전사송유취』가 가장 學的으로 완성도가 높다고 할 수 있다.

IV. 『大典詞訟類聚』의 이론적 구성

1. 法典간 效力關係에 대한 명확한 구성

모든 소송법서들에서 『經國大典』은 祖宗成憲으로서 체제상의 우위를 유지하고 있다. 그것이 『청송제강』, 『사송유초』, 『사송유취』에서는 각 편목에서의 법전 배열 순서로 표현되고 있다. 그런데 『대전사송유취』에서는 그것을 배열 순서에서 뿐 아니라 형식적으로 구현하고 있다. 곧, 『경국대전』 이외의 법전들은 그보다 한 칸 내려져 시작하며, 『경국대전』 조문의 글귀 사이에 들어가서 마치 그에 대한 註釋과 같은 형식으로 편제되어 있다. 이는 『명률』도 마찬가지인데, 다만 순서에 있어서는 『경국대전』 이외의 다른 법전들보다 앞에 놓일 뿐이다. 『명률』은 『경국대전』 <형전>의 머리인 用律條에서 ‘大明律을 쓴다’

(用大明律)고 규정됨으로써 일반형법으로서의 지위를 획득하게 된다. 하지만, 『경국대전』 <형전>에 규정이 있는 경우에는 그것이 적용되었다. 곧, 『경국대전』이 『명률』에 대하여 특별법의 지위에 있는 것이다. 『大典通編』에서는 ‘『경국대전』의 규정에 따라 『대명률』을 쓰지만, 『경국대전』과 『속대전』에 해당하는 律이 있는 경우 이 두 법전을 따른다’ 하여 이를 명확히 하고 있다.³⁹⁾ 『대전사송유취』의 태도는 이를 반영하고 있는 것이다. 그리고 문구 사이에 설명을 위해 다른 법전들의 내용이 들어갈 경우에는 줄을 바꿈으로써 출처가 애매해지지 않도록 하였다.

각 법전과의 효력 관계에 대한 申灤의 명확한 인식이 가장 잘 나타나는 것은 奴婢決訟定限과 『經國大典註解』의 취급에서이다. 『경국대전』 刑典의 부록이라 할 수 있는 奴婢決訟定限은 일정한 시점을 기준으로 그 이전의 사안에 대하여는 소송을 수리하지 않는다는 조선초기의 定限法の 유산이라 할 수 있는데, 경국대전에 수록된 것은 新法の 시행을 위한 經過規定의 성격을 가지고 있다. 유효하고 중요한 규정인 것은 사실이지만, 이들은 언젠가 의미를 상실하게 될, 곧 일시적인 규정들이기도 한 것이다. 때문에 처음 『경국대전』이 만들어진 세조 때에는 실리지 못하고 따로 지키도록 하였는데,⁴⁰⁾ 결국 확정된 『경국대전』인 『율사대전』에서 <刑典>의 부록으로 들어가는 것으로 정리되었다. 하지만, 이 조문들은 그 운명상 시간이 흐를수록 쓸모 없어져 갈 수밖에 없었고, 『大典會通』에서는 완전히 사라지게 된다. 신변은 이러한 노비결송정한의 성격을 정확히 인식하고 있음이 편제에서 나타나고 있다. 곧, 관계되는 편목에서 하나의 법전처럼 定限이라는 제목 아래 『경국대전』의 다른 조문들과 같은 높이로 수록하고 있지만, 편목의 맨 뒷부분에 배치하고 있는 것이다.⁴¹⁾

앞서 밝힌 대로 『경국대전주해』는 <후집>이 있다. 법전에 쓰이는 문장이나 용어는 흔히 접하는 문투가 아닌 까닭에 이해의 어려움이 있었고, 이 때문에 공식 주석서가 나오게 되었는데, 그것이 1555년의 『經國大典註解』이다. 그리

39) 依『元典』, 用『大明律』, 而『元典』·『續典』有當律者, 從二典[『大典通編』(규장각자료총서 법전편)(下), 서울대학교奎章閣 1998, 영인, 197면].

40) 세조 7년 7월 9일: 『육전』과 수교에 있는 定限의 법은 만세에 준행할 법은 아니나, 오래 시행한 법이다. 때문에 <형전>에 실지는 않고 이제 뒤에 갖추어 기록하니 舊例에 따라 준행한다(『실록』 7, 473면).

41) 이때문에 『十六世紀 詞訟法書 集成』의 목차에서는 『定限』을 편목으로 오인하여 수록하고 있다.

고 같은 해에 주로 법률용어해설집이라 할 수 있는 『經國大典註解』〈後集〉이 私撰으로 편찬되었다. 이는 『경국대전주해』의 편찬에 주도적으로 참여했던 安瑋가 그 과정에서 이용된 자료들을 토대로 만든 것으로 보이는데,⁴²⁾ 먼저 나온 官撰의 『經國大典註解』를 〈前集〉으로 자신이 지은 것을 〈後集〉으로 묶어서 충청감사로 있던 시기에 청주에서 출간하였다. 『경국대전주해』〈후집〉은 『詞訟類抄』와 『大典詞訟類聚』만이 인용하고 있는데, 신변은 이 차이도 뚜렷이 인식하고 있다. 『사송유초』에서는 〈전집〉과 〈후집〉의 구별 없이 ‘註解’라는 표기 아래 끌어쓰고 있지만, 『대전사송유취』에서는 〈後集〉의 경우 安相國이란 표시 아래 실으면서 다른 법전들보다 한 칸 내려 시작함으로써, 官撰과 私撰의 법적 효력상 구별을 두어야 하는 것을 명확히 인식하고 있음을 보여 주고 있다. 이는 형식적인 배치에서 뿐 아니라 使孫의 범위에 대한 주석에서도 명확히 표현되고 있는데, 이는 國王의 결재를 얻었는지의 여부에서 차이를 찾고 있다. 『경국대전주해』의 使孫에 관한 정의가 매우 잘못되었음을 지적하면서도 “그러나 이미 啓下된 일이니 고쳐 적용할 수 없는 것이다. 잘 살펴 적용하면서 뒷날에 바로 잡기를 기대할 수밖에 없다.”⁴³⁾ 하고 말하는 것이다. 반면에 安瑋의 주석에 대하여는 “安相國의 말과 다른 헛말들은 모두 계하된 것이 아니니 가볍게 적용하여서는 안된다”고 지적하기도 한다.⁴⁴⁾

『경국대전주해』〈후집〉은 〈전집〉 편찬의 주도적 인물이 지었고, 〈전집〉과 한 데 묶어져 출판되기도 하고, 다른 소송법서에서는 구분 없이 수록될 만큼 통용되었지만, 개인의 주석서가 공식적인 법전보다 우위에 놓일 수 없음을 명확히 인식하고 있는 것이다. 그리하여 〈전집〉은 『경국대전』 외의 다른 법전들과 같은 높이를 유지하고 있는 반면에 〈후집〉은 한 칸을 내려 수록되었다. 그리고 인용 명칭도 ‘『경국대전주해』〈후집〉’이란 書名 대신 굳이 ‘安相國’이란 이름을 택한 것도 〈전집〉처럼 공식적인 주석서로 오해되는 것을 막으려 한 것이다. 그런데 按此라 하여 자신의 의견을 제시할 때는 安相國의 경우보다 한 칸이 더 내려간다. 이는 겸손의 표시일 수도 있겠지만, 법전을 설명하는 자신의 견해를 법전처럼 통용되는 해석서보다 높일 수 없었던 것이다. 그리하여 자신의 의견 뒤에는 ‘이는 개인적인 주석이니 구속력이 없다’(此私註不用)는 말을

42) 田川孝三, 『淸州刊經國大典註解について』, 158頁.

43) 然曾已啓下之事不可更改用之者. 當詳察用之, 而以待後之辨正者哉(『대전사송유취』, 119면).

44) 『대전사송유취』, 126면.

붙였다. 이렇게 볼 때 신변은 ‘『경국대전』→기타 법전 및 수교→통용되는 주석서’로 줄지어지는 법전의 효력 체계를 정확히 이해하고 있었고, 하위 규범이 상위 규범에 저촉되어서는 안된다는 원칙을 『대전사송유취』를 편찬할 때 형식적으로도 명확히 표현하고 있는 것이다.

2. 해석론의 전개

『대전사송유취』가 다른 소송법서들과 두드러지는 차이점은 역시 해설이 있다는 점이다. 해설하는 방식은 앞서도 밝힌 것처럼 按此란 제명 아래 설명하는 것이다. 이러한 편성은 『決訟類聚補』에서 ‘按’이라고 하는 제명 밑에 편집자의 의견을 기술하는 것과 비슷하여, 『결송유취보』가 이의 영향을 받고 있는 지에 대한 연구도 필요하게 만든다. 하지만 按此란 표시 없이 해설을 싣고 있는 경우도 많다. 이 가운데는 말미에 ‘私註’라 붙어 있는 경우도 있다.⁴⁵⁾ 표시가 되어 있지 않은 것들은 대개 명백하게 통용되고 있는 경우들이라 여겨진다. 예를 들면 천첩소생의 종량에 있어 관료(大小人員) 외에 良民의 자손도 포함시키는데 대한 논란 과정을 해설한 것⁴⁶⁾에 대하여는 특별한 표시가 없는데, 뚜렷한 역사적 사실이기 때문이라 할 수 있을 것이다. 그리고 註라 하여 인용한 법조문의 原註인 것처럼 수록하고 있지만, 원법전과 대조해 보면 신변의 私註인 경우도 있다. 이 경우는 대체로 용어 해설 정도이다. 따라서 按此란 표시 밑에 해설을 수록하는 경우는 논란의 여지가 있는 경우 주의를 두는 부분들이라 할 수 있다. 이처럼 按此를 붙여 설명하고 있는 부분은 모두 18개소인데, 奉祀조에 5개, 惠恤조에 1개, 私賤조에 12개가 수록되어 있어, 당시 재산 및 제사의 상속이 가장 문제되었음을 짐작할 수 있다. 이들은 크게 ① 法意에 대하여 의문을 제기하는 경우, ② 법의를 설명하는 경우, ③ 입법 또는 해석에 대한 비판을 제기하는 경우로 나눌 수 있다.

법조문의 의미에 대하여 의문을 제기하는 대목은 많다. 일례로 ‘버려진 어린 아이는 한성부와 본읍이 보증하여 기르겠다는 이(願育人)에게 주고 관청에서 옷과 먹을거리를 지급한다. [註] 10歲가 지나도록 신고하여 찾아가지 않는 경우 원육인이 부린다’⁴⁷⁾라는 조문에 대하여 ‘나이가 10살이 넘는 경우인가, 기

45) 『대전사송유취』, 76면.

46) 『대전사송유취』, 85~86면.

47) 遺失小兒, 漢城府·本邑保授願育人, 官給衣料. [註] 過十歲無告還者, 許願育人役使.

른지 10년이 지난 경우인가? 원육인이 부린다는 것은 그 아이만을 부린다는 의미인가, 그 자손까지 노비로 하여 자자손손 부린다는 뜻인가?’ 하며 해석에 의문의 여지가 있음을 지적한다.⁴⁸⁾ 그런데 이러한 의문들이 단순한 자신의 느낌이 아니라 당시 실무담당자들이 갖고 있는 고민들이었다고 할 수 있다. 申灝은 남편이 죽은 뒤 아내가 자기 本族의 자녀를 양자로 삼은 경우, 비록 세 살 이전이더라도⁴⁹⁾ 남편의 재물을 받을 수 없다는 『경국대전주해』의 내용과 남편의 田民을 奉祀條로 상속분에 따라 나누어준다는 受敎가 상반됨을 지적하고 수교에 따르는 경우라도 그 상속분을 義子로 적용할지 養子로 적용할지에 대하여도 의문을 제기하였다.⁵⁰⁾ 그러면서 “따를만한 法典도 없어 이 조문을 가리켜 어렵다고들 한다”⁵¹⁾고 덧붙이고 있다. 저자는 그 後記에서 밝혔듯이⁵²⁾ 중앙의 소송관계 法司에서 근무했음을 알 수 있는데, 동료 법관들의 분위기를 전하는 것으로 보인다. 더욱이 “訟官들의 의논이 일치하지 않으니 따를만한 것이 없다. 입법이 된 뒤에 적용해야 탈이 없겠다”⁵³⁾고 하면서 입법의 不備를 지적하는 것을 보면, 訴訟衙門에서 법의 적용에 대한 논의가 이루어지고 축적되는 모습을 짐작할 수 있다. 이처럼 『대전사송유취』는 당시 法司에서 형성된 법학의 수준을 어느 정도 가늠해 보게 하는 자료이기도 한 것이다.

按此에서도 보면, 賤妾子가 제사를 잇는 경우에 대한 『경국대전주해』의 ‘어머니는 아버지의 첩이기 때문에 그 자신에 그친다. 아버지 위로는 품계에 따라 제사를 받든다’는 주석에 대하여, “아버지 위로는 품계에 따라 제사를 받든다는 것은, 천첩자손을 庶人으로 논할 수 없기 때문이다. 이것은 개인적인 주석이다.”⁵⁴⁾ 하고 단순한 해설만 붙이는 경우도 있다. 하지만, 합리적인 해석론이 전개되기도 한다. 婢妾 소생은 노비의 신분이지만 주인과 3·4촌의 친척

48) 『대전사송유취』, 45면.

49) 세 살 이전에 들인 양자는 收養子라 하여 親子처럼 취급받았다[박병호, 『異姓繼後의 實證的研究』, 『韓國法制史攷』, 법문사(1974, 서울), 356~158면 참조].

50) 『대전사송유취』, 127면.

51) 無所從處法典亦無, 此條指論爲難.

52) … 訟官에 제수되어 辨廳에 앉아 있으면 명한 것이 벽을 마주하는 것 같았고, 앉아서 시비를 다투는 사람들로서는 장님이나 귀머거리에게 묻는 것과 같았으니, … 3년 동안 재직하면서 20여 차례 판결을 하였는데, 그때마다 법률에 따라 하여 한 번도 견책을 받지 않았으니 또한 다행이라 할 것이다(『대전사송유취』, 168~169면).

53) 『대전사송유취』, 28면.

54) 『대전사송유취』, 34~35면.

이 되는 일이 있는 까닭에 사환하지 않는 관습이 있었는데, 5·6촌이 되면 사환하여도 된다는 수교가 1554년에 있었다. 이에 대하여 신변은 다음과 같이 해설하고 있다.

5·6촌이란 것은 5촌당숙이 5촌조카를 사환할 수 있다는 것이다. 6촌이란 것은 6촌형제이다. 간사스런 인심이 사촌을 사환하고자 하여도 부리지 못한다는 말이 걸려서 자녀를 사주하여 소송을 일으키는 경우, 訟官은 간혹 사리에 어두워 지급을 명하는 판결을 내리는데, 5촌당숙이 5촌조카를 부릴 수는 있지만, 5촌조카가 5촌당숙을 부리는 것이 가당한 일인가? 극히 의리 없는 일이니 마땅히 5촌조카는 제소하지 못하게 하고 부모와 有服親 관계임을 알면 陳告하지 못하게 하여 親愛의 도리를 잃지 않게 함이 무방하겠다. 이는 개인적인 주석이라서 구속력이 없다.⁵⁵⁾

수교의 법문에 명시된 ‘五六寸’에 대해 합리적인 해석론을 통하여 오촌조카와 육촌형제만 해당하는 것으로 의미를 한정하고 있다.

『대전사송유취』에는 입법에 대한 비판도 심심찮게 나타난다. 여기에는 입법의 배경에 권세가 작용했음을 지적하는 것조차 있다. ‘부모가 죽기 전에 먼저 죽은 만아들의 아내는 제사를 받들 수 없다. 부모가 모두 죽은 뒤 만아들이 이미 제사를 받들다가 죽은 경우 그 아내는 살아있는 동안에 한하여 제사를 이어 받든다’는 1554년의 수교⁵⁶⁾에 대하여, 신변은 다음과 같이 배경을 설명하였다.

李克敬의 아내 權씨는 長孫 李秀蕃이 권씨 생전에 후사 없이 죽자 그 아우인 秀幹을 관청에 신청하여 제사를 받들도록 하였는데, 여러 해가 지나도록 탈 없이 봉행하였다. 권씨 사후 수변의 아내 鄭씨가 수변의 아우 秀枝의 아들 璘을 양자 삼아 이 극돈의 제사를 뺏으려 한 것이다.

이로써는 자세하지 않으나, 『실록』에서는 1559(명종 14)년에 다시 이 일이 문제가 되고 있어⁵⁷⁾ 정황을 짐작해 볼 수 있는데, 璘의 아들인 李知命이 봉사권을 얻게 된 데에 대하여 옳지 않게 보는 시각이 강했다. 위 수교의 취지와 『실록』의 기사에 비추어 짐작해 보면, 이극돈의 아들 李世銓이 살아 있는 동안 그 손자인 이수변이 죽고 수변의 아들 石璘마저 혼인 전에 죽어 후사가 끊어지자, 이세전의 둘째 아들인 이수간으로 하여금 제사를 받들도록 한 것인데, 1554년

55) 『대전사송유취』, 148면.

56) 父母未歿之前先死長子之妻, 則不可爲奉祀; 父母俱歿後長子曾爲奉祀身死者之妻, 限其身歿仍奉其祀.

57) 명종 14년 11월 23일(『실록』 20, 535면).

의 수교는 이세전의 아내李씨는 ‘부모가 죽기 전에 먼저 죽은 맏아들의 아내’이므로 봉사권이 없다고 하여 봉사권을 수간에게 물려 준 것을 무효화시킨 것으로 보인다. 이에 대해 신변은 “정씨는 먼저 죽은 맏아들의 아내가 아닌가? 필시 권세를 두려워하여 그리 된 것이다”⁵⁸⁾라고 혹독하게 비판하고 있는 것이다.

‘자녀가 있는 前母의 노비에 있어 제사를 승계하는 아들(承重子)에게는 9분지 1을 준다’⁵⁹⁾는 『경국대전』의 규정에 대하여는 입법의 착오를 지적하기도 한다. 이 조문은 舊法典의 규정을 생각없이 그대로 실은 것이라 비판하며, 乙巳년에 반행된 法典에서의 개정으로 改嫁한 前母는 전남편의 祠堂에 들 수 없기 때문에 의미가 없어졌음을 밝혔다.⁶⁰⁾ 문권이 없는 新奴婢의 분쟁시 똑같이 나누어 주라는 수교에 대하여는 합리적인 해결을 얻기 어려운 규정이라 비판한다.⁶¹⁾

使孫의 정의에 대한 신변의 논의는 치밀함의 극치를 보여주고 있다.⁶²⁾ 자손이 없이 죽은 이의 소유물은 약간의 봉사조를 제외하고는 本族에 돌려주게 되어 있는데, 그 순위와 범위에 관한 문제인 것이다. 이에 대해 『경국대전』은 同生⁶³⁾이 없으면 三寸에게, 三寸이 없으면 四寸親에게 주고 본족이 없으면 屬公하는 것으로 하고 있다. 이에 대한 『경국대전주해』의 해설에 대하여 긴 반론을 펴고 있다.

‘동생이 없으면 삼촌에게, 삼촌이 없으면, 사촌친에게’란 말에 대하여 註解者는⁶⁴⁾ “자녀가 없는 이의 소유물(己物)은 다시 부모에게 돌아가기 때문에 그 동생과 三寸 아저씨와 四寸孫이 본족이 된다. 四寸孫이 없으면 그 소유물은 다시 祖父母에게 올라가 그에게 준다. (때문에) 삼촌아저씨나 사촌형제는 본족이 될 수 있고, 五寸孫은 본족에 걸리지 않는다”고 하니 그 뜻을 전혀 이해하지 못하겠다. 나의 어리석은 생각으로는 그렇지 않다. 동생이 없다는 것은 獨子라는 것이지 동생이 자식을 낳고 죽은 경우가 아니다. 삼촌이라는 것은 삼촌아저씨이고, 사촌이란 것은 사촌할아버지인 것이지, 삼촌조카도 사촌손자나 사촌형제도 아니다. 동생이 자손을 둔 채 죽은 경우는 생각할 필요가 없는 것이다. 그리고 五寸孫을 주지 않고 祖父母로 올라가 삼촌아저씨에게 준다고 하는데, 『경국대전』 私賤條의 註에서 “살아있는지 죽었는지를 따지지 말고, 균등하게 나누어주라”는 말과 『대전속록』에서 “살아있는 이에게만 주고 죽

58) 『대전사송유취』, 32면.

59) 有子女前母・繼母奴婢, 承重子則九分之一.

60) 『대전사송유취』, 122~124면.

61) 『대전사송유취』, 151면.

62) 『대전사송유취』, 116~120면.

63) 이 때 동생은 손아래 동생만이 아닌 형제자매 모두를 가리킨다.

64) 『경국대전주해』<전집>을 가리킴.

은 이에게는 주지 않는 것은 立法의 本意에 매우 어긋난다”는 말을 적용하면 어떻게 되는가? 동생이 죽었다는 연유로 오촌손에게 주지 않는다면, 삼촌아저씨에게 줄 때는 어째서 이미 죽은 조부모에게 올라가는가? 삼촌아저씨와 사촌형제에게 줄 때도 삼촌이 죽은 경우는 생각지 않는다는 뜻인가? 어째서 그 동생의 자손에게 줄 때는 박하고, 삼촌아저씨와 사촌형제에게 줄 때는 두터운가? 이것이 이른바 두텁게 하려는 것이 박하게 된다는 것이다. 주해한 이가 그 뜻을 살피지 않은 것이 매우 심하다. 자녀가 없게 되면 부모에게 올라가서 동생에게 주고, 獨子라면 다시 위로 조부모에게 올라가서 삼촌숙부모에게 주고 아버지가 또 외아들이나 외동딸이라면 다시 曾祖로 올라가서 사촌할아버지에게 주는 것이다. 高祖 세대는 이미 다 없어졌을 터이므로 계속 올라 갈 수 없기 때문에 五寸할아버지로는 본족이 될 수 없다 하여 속공하는 것이다. 이는 五寸孫을 이르는 것이 아님이 뚜렷하다. 동생이 얻으면 삼촌조카나 사촌손이나 오촌손은 자연히 전해받으니 거론하지 않아도 얻게 된다. 삼촌아저씨가 얻으면 사촌형제도 얻을 것이고, 사촌할아버지가 얻으면 그 자손도 전해받을 것은 당연하다. 자손이 있으면 거론할 필요가 없는 것이다. 『경국대전주해』에서 使孫을 논하는 것은 원칙을 매우 벗어난 것이니 법삼을 만하지 않다. 그러나 이미 啓下된 일이니 고칠 수 없다. 적용하려는 이는 잘 살펴 적용하면서 뒷날에 바로잡아지기를 기다려야 할 것이다. 뒤에 그림을 그려 놓으니, 보면 좀 이해가 갈 것이다. 이는 개인적인 의견이라서 구속력이 없다.

‘동생이 없는 경우’라는 것은 피상속인이 獨子인 경우임을 말하는 것인데, 『경국대전주해』에서는 그것을 파악하지 못하고 ‘동생이 자식을 남기고 죽은 경우’로 잘못 이해하는 바람에 그릇된 해석을 하게 되었음을 논증하고, 자신이 새로 使孫圖를 그려 제시하기까지 하고 있다. 그러면서 이미 啓下된 것이라고칠 수 없음을 안타까워하고 있다. 그리고 논증의 전개 과정은 상당히 치밀한 법학적 논변인 것이다.

『대전사송유취』에는 이처럼 자세한 해설과 논의가 붙어있는 按此가 18개 수록되어 있고, 또 後記에서 종합적인 평가와 해설을 붙이고 있어 법률해설서로서의 면모를 갖추게 된다. 이렇게 볼 때, 『사송유취』는 발전된 실무서로서의 성격을, 『대전사송유취』는 이론서로서의 면모를 보여주고 있다고 하겠다.

V. 『대전사송유취』가 제시하는 문제

1. 새로운 자료의 제공

『大典詞訟類聚』에는 실록 등 다른 사료에서는 확인되지 않는 자료들이 나타

나고 있어, 흥미를 더해 준다. 우선 『遵行錄』의 존재이다. 이는 『경국대전』이 반포된 이후의 수교들을 모아 놓은 것이라 하는데,⁶⁵⁾ 『속록』에 옮겨져 나갔다는 말을 적고 있는 것으로 보아,⁶⁶⁾ 『준행록』에 수교가 지속적으로 모아져 『대전속록』과 『대전후속록』 편찬의 바탕이 된 듯하다. 『준행록』은 지금 전해지지 않고 있으며, 그 존재만이 확인될 뿐이어서, 간행·반포되었는지 여부는 현재로서는 알 수 없는 상태이다.⁶⁷⁾ 다만, 『청송제강』에 세 개의 조문이, 『대전사송유취』에 여섯 개의 조문이 수록되어 있다.

그리고 『備忘記』란 이름 아래서도 수교가 수록되어 있는 것도 주목할 만하다. 임금이 명령을 적어 承旨에게 내려주는 것을 備忘記라 한다.⁶⁸⁾ 이러한 비망기는 실물로 전해지는 것이 없을 뿐 아니라, 그 내용이 이렇게 구체적으로 전해지는 것도 예가 없는 듯하다. 비망기가 수교와 같은 형식인 것은 이 또한 국왕의 명령이기 때문인 것으로 보인다. 이는 신변이 특별한 경로로 입수한 것인지, 비망기를 시행 후 모아두는 관행이 있었는지는 연구과제가 될 만하다.

2. 使孫圖

기존 사료에 대하여 새로운 문제 제기를 하는 부분도 있다. 이는 앞에서 말한 使孫圖에 관한 것인데, 이는 처음에 『사송유취』에만 수록되어 있는 것으로 인식되었다.⁶⁹⁾ 특히 그 後記에서 김태정이 使孫圖와 聽訟式을 들어 『사송유취』의 뛰어남을 언급하기도 하였다. 그러나 『경국대전주해』<후집>의 발견으로 그 인식을 바꾸지 않을 수 없었다. 거기에 사손도가 수록되어 있는 것이다. 그래도 의문이 되는 것은 『사송유취』에서는 『경국대전주해』에서 인용한다는 언급이 없을 뿐 아니라 <후집>에 실린 조문들을 전혀 인용하지 않고 있는데도 使孫圖가 수록되어 있는 점이다. 그런데 이는 현전하는 『경국대전주해』<후집>

65) “『준행록』은 『대전』을 반포한 이후의 수교이다. 『전속록』을 찬집할 때 깎여져 나갔다.”(『遵行錄』乃『大典』頒降後受教也. 『前續錄』撰集時刪削.)[『대전사송유취』, 166면].

66) 成宗朝 『遵行錄』: 乙巳以後受教. 『前續錄』移錄時削.[『대전사송유취』, 156면].

67) 田川孝三, 앞의 논문, 367~368頁에서는 ‘『전속록』의 刊行과 함께 印頒되었을지도 모른다’는 조심스러운 추정을 하고 있다. 현재로서는 알 수 없는 일이긴 하지만, 『준행록』이 남아있지 않고, 그 존재조차 다른 사료에서 확인할 수 없는 것에 비추어 『各司受教』와 마찬가지로 간행·반포되지 않았으리라 여겨진다.

68) 法制處, 『古法典用語集』, 법제처(1979, 서울), 384면.

69) 『결송유취보』, 327면.

에서도 사손도가 七七면과 七八면 사이에 又七七면으로 들어가 있어 덧끼워졌을 가능성을 보이고 있다.⁷⁰⁾ 이 상황에서 『대전사송유취』는 安相國이란 제명을 달지 않고 『註解使孫圖』라 하여 수록하고 있어 『경국대전주해』 <전집>에서 인용하고 있는 것처럼 보이는 것이다. 더욱이 그 때문에 고치지 못하고 그대로 적용할 수밖에 없음을 안타까워하기까지 하는 것이다. 이는 사손도의 출전과 함께 현전하는 『경국대전주해』에 대한 새로운 검토의 필요성을 느끼게 만든다.

사손도가 『경국대전주해』 <전집>에 수록되어 있지 않은 것은 분명하다. 서울대학교奎章閣에 전해지는 『경국대전주해』에는 <후집>도 붙어 있지 않고 사손도도 없다. 그리고 결정적인 것은 『續大典』 <刑典> 私賤條에서 “使孫圖는 『決訟類聚』를 보라”(使孫圖見『決訟類聚』)⁷¹⁾는 주석이 나타나는데, 『경국대전주해』에 실려 있다면, 굳이 私撰인 『결송유취』⁷²⁾를 보라고 할 까닭이 없는 것이다. 그렇다면 신변이 착각한 것인가? 사손의 주석에 대하여 효력 체계까지 꼼꼼이 따지고 있는 『대전사송유취』의 태도를 볼 때 그런 것 같지는 않다. 『경국대전주해』의 해설에 의거한 사손도란 의미에서 『註解使孫圖』라 이름붙인 것으로 봐야 할 것이다. 『경국대전주해』 <후집>의 사손도에서도 “설명은 상권을 보라”(說見上卷)고 하여 그런 태도임을 알 수 있다.

하지만 사손도가 『경국대전주해』 <후집>의 독자적인 것인지에 대하여는 의문이 있다. 이미 살핀 대로 덧끼워졌을 가능성이 있고, 『경국대전주해』 <후집>의 존재를 모르고 있는 『청송제강』⁷³⁾과 『사송유취』에도 수록되어 있는 것이다. 더구나 소송법서마다 사손도가 모양이 다르게 나타나는 것이다(도표 참조[의미하는 바는 모두 같다]). 그리고 그림 위에 해설을 붙인 형태로 나타나는데, 『청송제강』과 『사송유초』는 『경국대전주해』의 해설을 수록하고 있는 반면, 『결송지남』, 『사송유취』 등은 『대전속록』의 규정을 싣고 있다.⁷⁴⁾ 『경국대전주

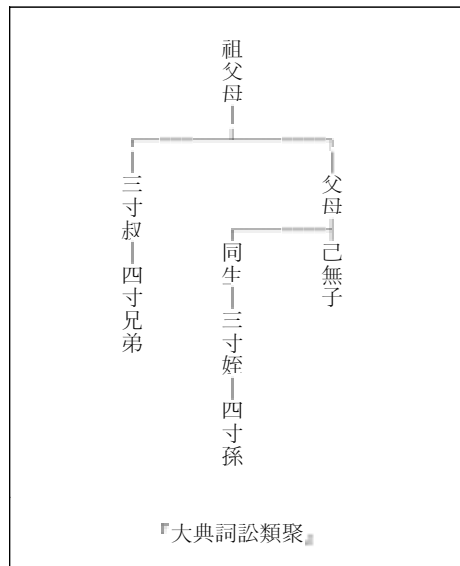
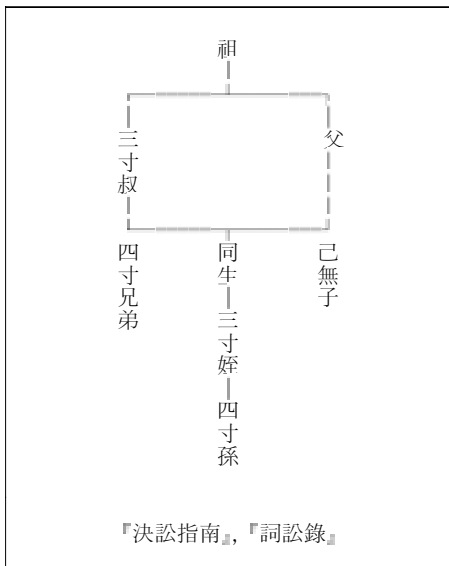
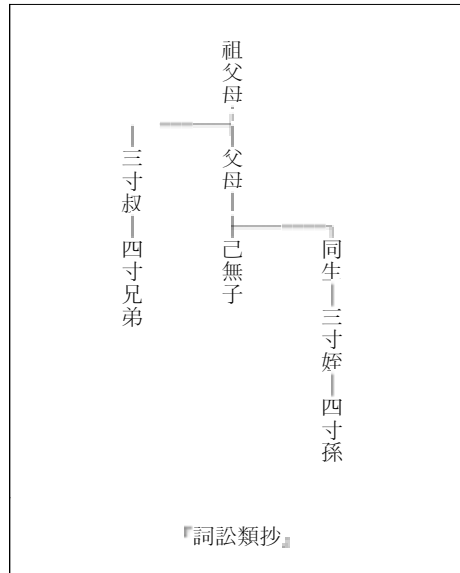
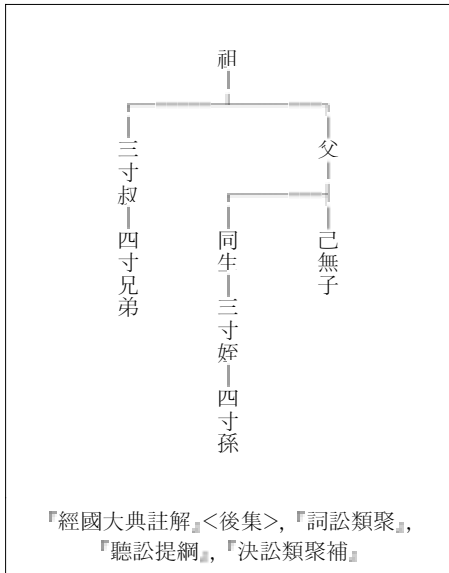
70) 『經國大典註解』, 337면.

71) 『續大典』(규장각자료총서 법전편), 서울대학교奎章閣 1998, 영인, 453면. 이 조문은 소송법서의 일반적인 유통이 정부에서까지 공식적으로 인정하기에 이른 의의도 있다.

72) 이미 밝혔듯이 『사송유취』는 조선후기까지 계속해서 再版되고 필사되어, 『決訟類聚』, 『決訟類聚』, 『聽訟指南』, 『決訟指南』, 『詞訟錄』 등의 제목으로도 남아 있다. 그런데 18세기초에는 『사송유취』를 바탕으로 큰 폭의 보충을 한 『決訟類聚補』가 출현한다. 따라서 『속대전』에서 지적하는 『결송유취』는 『결송유취보』를 가리킬 가능성도 있다.

73) 『청송제강』에서는 소장자가 뒤에 덧써넣은 부분에 실려 있다(『청송제강』, 77면).

74) 『결송유취보』에서는 그림 아래에 『경국대전주해』의 해설과 『대전속록』의 관계조문을 모두 싣고 있다(『결송유취보』, 55면).



* 『사송유취』, 『결송유취보』의 사손도에서 同生, 三寸姪, 四寸孫 사이에 선이 없다.
『경국대전주해』〈후집〉과 『청송제강』의 덧써넣은 부분에 있는 사손도에서는 선이 나타난다.

<각 소송법서에 수록된 사손도 비교>

해『<후집>의 존재가 나타나는 『사송유초』는 설명은 상권을 보라는 <후집>의 지시에 따라 <전집>의 해설을 수록하였지만 그림의 모양은 <후집>의 지시에 따라 <전집>의 해설을 수록하였지만 그림의 모양은 <후집>에 실린 것과 다르다.⁷⁵⁾ <후집>의 존재가 드러나지 않는 소송법서들에서는 『대전속록』의 규정을 인용하고 있다. 이러한 모습들은 적어도 일부 소송법서들에 수록된 使孫圖는 『경국대전주해』<후집>의 직접적인 영향 아래 이루어진 것이 아님을 보여주는 것이라 할 수 있고, 이에 따라 사손도가 『경국대전주해』와 관계없이 이미 작성되어 유포되었을 가능성을 생각해 보게 한다.

3. 조선시대 법학의 문제

조선시대에는 법학이 발달하지 못했음이 지적되곤 한다. 律學이라 하였지만 技術職의 시험 과목에 불과하였지 이론적인 면에서는 어떠한 발전이 있었는지 밝혀지지 못하고 있는 실정이며, 법학의 성숙을 지적하게 되는 것도 대체로 조선후기에 茶山에 이르러서 언급되는 것이 보통이다. 특히 조선전기의 법학에 대하여는 이렇다할 자료가 제시되지 못하고 있는 것이다. 물론 조선 전기에도 여러 法典들에 나타나는 이론적 체계, 『조선왕조실록』 따위에서 보여지는 법적 논변들의 구조를 분석하면 조선전기에 있어서 법학의 성숙을 규명하지 못할 것은 결코 아니다. 그러나 이를 어느 정도 확인시켜 줄 수 있는 정리된 문헌이 없는 것은 사실이다.

『대전사송유취』는 조선시대 法司에서 이루어지고 있던 법학의 수준을 짐작하게 하는 자료로서도 의의가 크다. 『대전사송유취』가 보여주는 구성체계와 법문에 대한 해석론은 성숙된 법학적 완성도를 보여준다. 法司에서 3년간 재직했다는 신변의 後記로 미루어본다면, 이러한 높은 수준의 완성도는 저자의 뛰어난 외에도 소송관계기관에서 그동안 이루어 놓은 법학적 역량이 바탕을 이룬 것으로 볼 수 있다. 이는 한편으로 16세기에 여러 종류의 소송법서들이 유통되게 만든 최초의 진원지가 刑曹나 掌隸院 같은 중앙의 法司일 가능성을 확인해 주기도 하는 것이다. 소송을 일선에서 취급하는 관료들에게는 일찍부터 이러한 문헌들이 내부적으로 이루어졌을 가능성이 있다. 이것이 같은 필요

75) 『청송제강』의 본문에서는 <후집>의 존재가 나타나지 않고, 사손도도 나타나지 않는다.

성을 느끼는 지방관들에게도 유출되어 보충되고, 이것이 잠재적 소송당사자인 일반인들 속으로도 유통되었을 것이다. 오히려 일반인들에게는 이러한 소송법서가 실제 法典으로 인식되었을지도 모른다. 이른바 ‘安家奴案’에서는 “國法 斷訟條에는 …”하고 조문을 인용하며 자기 주장을 펼치는 것이 보이는데,⁷⁶⁾ ‘斷訟條’는 일반 법전에는 그러한 조목이 없고, 소송법서들에서 편목으로 구성되어 있는 것이다. 『대전사송유취』는 이러한 소송법서의 확산 양상에 대한 자료일 뿐 아니라 법학의 발달이란 측면에서도 획기적인 자료인 것이다.

76) 『稗林』, 探求堂, 1969, 영인, 171면.