

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

• 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건 을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer 🖃





문학석사 학위논문

원대 혼인 계약 관련 규정의 정비와 그 배경

2023년 8월

서울대학교 대학원 동양사학과 김 형 근

원대 혼인 계약 관련 규정의 정비와 그 배경

지도교수 金 石 煥

이 논문을 문학석사 학위논문으로 제출함 2023 년 5월

서울대학교 대학원 동양사학과 김 형 근

김형근의 석사 학위논문을 인준함 2023 년 8 월

| 위 | 원 장 | (인) |
|----|-----|------|
| 부위 | 원장 | (인) |
| 위 | 웜 | (0]) |

국문초록

혼인 계약으로 인한 분쟁은 전근대 중국에서 소송이 발생하는 주요한원인 가운데 하나였다. 당시 혼인은 신부를 매개로 하여 聘財라고 하는예물, 혹은 데릴사위의 노동력을 주고받는 매매 계약적인 성격이 있었고이러한 계약에 문제가 생기면 쉽게 분쟁이 발생했기 때문이다. 사료에 따르면 상당히 오래전부터 혼인으로 인한 소송이 지방에서 빈발했던 사실을알 수 있다. 그런데 '혼인 계약'과 관련한 규정이 마련되고 정비되었던 것은 몽골제국 시기, 즉 元代에 이르러서였다. 이에 의문을 가지고 본고에서는 혼인 계약과 긴밀한 관련이 있는 혼서, 빙재, 그리고 중매를 중심으로이들 규정이 정비되는 과정과 목적, 그리고 배경에 대해서 고찰하였다.

선행 연구에서는 혼인 계약에 대한 규정 가운데 일부에 초점을 두거나혹은 이들 간의 유기적인 관계를 고려하지 않은 결과 元 정부가 이전의왕조들과 달리 이례적인 방식으로 이들 규정을 정비하였던 사실에 주목하지 못했다. 쿠빌라이(世祖, r. 1260~1294)와 테무르(成宗, r. 1294~1307)의 재위기에 걸쳐 정비된 규정을 보면 원 정부는 혼인 시 반드시 계약서를 쓰도록 하였고 계약서가 갖춰야 할 대략적인 요건을 제시했다. 또한 庶人의 戶를 3등급으로 나누어 각각에 빙재의 상한을 정했으며 지방 관사로하여금 중매인을 선발하여 관리하도록 했다.

원 정부가 그와 같은 규정을 제정했던 목적은 공통적으로 혼인 소송을 최소화하는 것과 관련되었다. 빙재는 혼인 계약의 대표적인 쟁점으로서, 정부가 서인에 대해서까지 그 기준을 마련한 이유는 만약 상한이 없을 경우 여자 집에서 빙재를 무리하게 요구하여 서로 다툼이 일어난다고 보았기 때문이다. 또한 정부는 혼인 계약서를 작성하여 주고받은 빙재나 데릴 사위의 出舍 연한 등을 분명하게 적게 함으로써 나중에 소송이 발생하는 것을 억제하고자 하였다. 지방 관사에서 선발한 중매인, 즉 官媒는 이처럼 정해진 빙재에 따라 혼인 계약서를 쓰고 혼인을 성사시켜 정부의 규정이지켜질 수 있도록 하는 존재였다.

과거 왕조들의 경우 그와 같은 규정 없이도 통치가 가능했음을 고려할

때 원 정부는 이전과 달리 민간에서 혼인 소송이 발생하는 것을 줄여야할 필요를 느끼고 있었다고 할 수 있다. 본고에서는 그 배경을 원대 국가통치의 특징에서 찾아보았다. 이와 관련하여 먼저 주목되는 점은 원 정부가 율령을 반포하지 않고 대신 특정 사안에 대해 대칸이나 중앙 정부가임시적으로 내린 법령과 판결례를 누적시키는 방식을 택했다는 것이다. 이에 따라 지방에서는 관련 단행법 및 선례가 없거나 해결이 어려운 사안을중앙 정부에 상신하여 해결을 의뢰하였다. 그 결과 이전 시기까지는 지방에서 처리되었을 여러 민사 사안들이 원대에는 중앙에서 논의되었다. 중앙의 관료들이 소송의 발생을 막고자 했던 이유는 이 때문이었다.

물론 중앙 정부는 지방으로부터 지나치게 많은 소송이 상신될 것을 우려하였고 重刑이 아니라면 지방에서 古今을 참작하여 처결할 수 있도록 사법적 재량권을 인정했다. 그럼에도 불구하고 중앙으로 올라오는 소송은 적지 않았다. 이에 대해 본고에서는 감찰 기구인 어사대가 전례 없는 규모로 확대되어 지방에 대한 감찰이 강화된 것이 중요한 작용을 했다고 보았다. 감찰 관원들의 주요 임무 중 하나는 말단의 현에 이르기까지 百司의행정 문서를 조사하는 것이었다. 당시 정부는 체계적인 법전을 편찬하지 않았을 뿐 아니라 과거의 어떠한 율령도 공식적으로 인정한 바 없었는데,이러한 상황에서 사법 행정에 대한 감찰이 이루어진 결과 많은 지방관들이 의문이 있는 소송을 만나면 이를 스스로 해결하기보다 상급 기관에 상신하게 되었다.

또한 감찰 관원들은 정기적으로 지방의 民情을 살폈고, 파악한 문제를 중앙의 어사대에 보고하거나 대칸에게 상주하였다. 민간의 소송과 관련해서도 감찰 관원들은 분쟁이 발생하는 원인을 지적하고 이에 대한 입법의 필요성을 제기하였다. 중앙 관료들은 소송이 발생하는 것을 막고자 하였으므로 이러한 의견은 곧 입법 논의와 관련 규정의 제정으로 이어졌다. 혼서, 빙재, 중매에 대한 규정이 정비되는 과정에서도 이와 같은 감찰 관원들의 직·간접적인 개입이 확인된다. 원대 혼인 계약 관련 규정이 정비되었던 것은 이처럼 중앙과 지방에서 나타난 변화가 상호작용한 결과라고할 수 있다.

과거 중국의 왕조들은 율령을 편찬하여 판결의 법적 근거를 제공하는 동시에 지방관들에게 큰 권한을 주어 사실상 민사 소송을 전결할 수 있도록 했다. 특히 혼인 소송은 지방관이 법에 크게 구애받지 않고 人情을 고려하여 판결을 내릴 수 있을 만큼 재량권이 발휘되던 영역이었다. 그러나 元의 대칸들은 이러한 통치 방식을 따르지 않았다. 원 정부는 지방관들로하여금 단행법과 선례에 의존하도록 했고 이들의 사법 행정에 대한 감찰을 대폭 강화했다. 그리고 이는 중앙 정부의 영향력이 확대되는 것으로 귀결되었다. 전통적으로 국가가 크게 관여하지 않고 지방관에게 맡겨졌던 민간의 혼인 문제에 대해서 원대에 여러 규정이 내려지고 정비되었던 것은 이처럼 법치라는 측면에서 중앙 권력의 확대를 반영하는 현상이었다.

주요어 : 혼인 계약, 혼서, 합동혼서, 빙재, 관매, 율령, 어사대, 안찰사

학 번: 2017-24970

목 차

| 머리말 |
|--|
| I. 혼인 계약 관련 규정의 정비와 그 목적 |
| Ⅱ. 중앙 정부의 민사 소송 개입과 지방 감찰 28 1. 율령의 부재와 소송의 上申 증가 30 2. 어사대 조직의 확대와 감찰 관원의 활동 40 맺음말 51 |
| 참고문헌 55 부 록 64 Abstract 66 |

표 목 차

| [丑 | 1] | 類書o | 네 나타난 | '혼서'의 | 第3幅과 | 예물장의 | 양식 | 7 |
|----|----|-----|--------|---------|-------|------|----|----|
| [丑 | 21 | 至元 | 연간(126 | 4~1294) | 초기 혼례 | 관련 인 | 법 | 18 |

머 리 말

전통 중국 사회에서 혼인은 매매 계약적인 성격을 가졌다. 과거 한인의 혼례에 따르면 남자 집안에서 소위 '聘財'라고 하는 예물을 여자 집안에 전달하는 절차가 필수적으로 수반되었기 때문이다. 여기서 빙재는 일종의 신부대라고 할 수 있는데, 물론 그 비용이 만만치 않았다. 따라서 만약 남자 집이 가난하여 빙재를 마련하기 어려운 경우에는 데릴사위가 되어 여자 집에 일정 기간 동안 노동력을 제공함으로써 부족한 빙재를 대신하기도 했다. 이처럼 당시 혼인은 중요한 의례인 동시에 양가 간에 신부를 매개로 하여 錢物과 노동력을 주고받는 거래이기도 했던 것이다.

혼인의 위와 같은 성격으로 인해 어느 한쪽이 계약을 어기거나 이행하지 않을 경우 쉽게 분쟁이 발생했고 일부는 소송으로 이어졌다. 이를테면 여자 집에서 빙재를 받고 혼인을 약속한 뒤 이를 번복하는 것은 가장 대표적인 혼인 계약 관련 소송의 원인이었으며 남자 집에서도 기존에 여자집에 보내기로 합의했던 빙재의 수목을 지키지 않고 임의로 그 양을 줄임으로써 분쟁을 초래했다. 또한 데릴사위를 들인 집에서는 비록 혼인이 성사되었다 할지라도 이후 出舍 연한을 둘러싸고 데릴사위와 처가의 주장이 엇갈려 다툼이 일어났다.

빙재 교환을 전제로 한 혼례 절차는 이미 『儀禮』에 명문화되어 있을 정도로 그 전통이 오래되었다.¹⁾ 그리고 그만큼 혼인 계약으로 인한 분쟁도일찍부터 민간에서 빈발하였다. 일례로 後漢代에 王符는 그의 『潛夫論』에서 당시 빙재를 둘러싼 다툼이 만연하였음을 개탄하였으며,²⁾ 東晉 시기 葛洪 역시 여자 집안이 혼약을 지키지 않아 소송이 빈번하게 발생하고 이로 인한 관사의 업무가 과중함을 지적한 바 있다.³⁾ 이와 같은 상황이 이

^{1) 『}儀禮』는 漢初 高堂生으로부터 전승된 것으로, 이후 『禮記』, 『周禮』와 더불어 '三禮'로 칭해지며 그 권위를 인정받았다. 김용천·박례경 역주, 『의례 역주(一)』, 서울: 세창출판사, 2012, p.5. 혼례는 권2 「士昏禮」에서 설명되고 있다. 같은 곳, pp.271~450.

²⁾ Hugh T. Scogin, "Between Heaven and Man: Contract and the State in Han Dynasty China," *Southern California Law Review* vol. 63, no. 5, 1990, p.1368.

³⁾ Geoffrey MacCormack, "A Reassessment of the "Confucianization of the Law"

후 근본적으로 달라졌다고 볼만한 근거는 없으며 혼인 분쟁 및 소송은 시기를 불문하고 많았다고 여겨진다.

그런데 중국에서 혼인 계약과 관련된 규정이 법제적으로 정비되었던 것은 원대에 이르러서였다.4) 예컨대 원 정부는 혼인 시 반드시 계약서를 작성하도록 요구했고 그 양식이 갖춰야 할 대략적인 요건에 대해서도 지침을 내렸다. 또한 庶人의 戶에 등급을 매겨 각각에 빙재의 상한을 두었고 지방 관사로 하여금 중매인을 선발하고 관리하도록 명했다. 혼인 계약으로 인한 소송이 일찍부터 민간에서 빈발했던 것에 비해 관련 규정이 마련된 시점이 다소 늦은 감이 있는 원대라는 점, 그리고 이 시기에 몽골인 통치자가 지배하고 있었다는 점은 그 제정 배경에 대한 궁금증을 자아낸다.

원 정부는 왜 혼인 계약과 관련된 규정들을 정비하게 된 것일까? 원대이전에 오랜 기간 동안 혼인 계약으로 인해 많은 소송이 일어났음에도 관련 규정이 사실상 부재했다는 것은 과거 왕조들의 경우 그러한 규정 없이도 통치가 가능했음을 의미한다. 그리고 반대로 원대에는 이전과 달리 어떠한 필요가 생겼다고 할 수 있다. 따라서 무엇이 그러한 차이를 낳았는지살펴보는 작업은 원대 국가 통치의 특징을 규명하는 의미가 있으며 나아가 이 시기를 바라보는 새로운 관점을 제시할 수 있을 것이다.

위와 같은 문제의식에 따라 본고에서는 혼인 계약에 대한 규정이 어떠한 목적에서 제정되었으며 원 정부는 왜 그러한 의도를 가지게 되었는지 검토하고자 한다. 혼인 계약에 대한 규정 중에서도 중심적으로 살펴볼 것은 혼서, 빙재, 중매에 대한 내용인데, 이는 그 각각이 혼인 계약의 성립과 긴밀한 관련이 있으며 실제로 원 정부도 이를 중시했던 것으로 보이기

from the Han to the T'ang," in 『中國史新論: 法律史分册』, 柳立言 主編, 臺北: 中央研究院, 2008, p.435.

^{4) &#}x27;元'이라는 표현을 사용할 때 주의해야 한다는 사실은 선행 연구를 통해 지적된 바 있다. '元[元朝]'은 엄밀히 말해 몽골제국 시기 중국을 중심으로 하는 대칸의 통치 지역이 아니라 몽골제국(예케 몽골 울루스)에 대한 한자식 표현에 해당하며(김호동. 「몽골제국과 '大元'」,『歷史學報』192, 2006) 또한 이러한 표현을 사용함으로써 쿠빌라이 이후 몽골제국의 정체성이 본질적으로 변화했다는 잘못된 인상을 줄 수 있다는 것이다(김석환, 「13~14세기 몽골제국 勅令制度 研究」,서울대학교 박사학위논문,2019, p.2). 본고에서는 분석의 대상이 기본적으로 몽골제국의 漢人 지배이기 때문에 기존에 통용되는 '元'이라는 표현을 사용하되 이를 지역적인 개념으로는 사용하지 않았다.

때문이다. 혼인을 여타 매매 계약에 빗댄다면 혼서는 계약서에, 빙재는 계약의 핵심 내용에, 그리고 중매는 중개인에 해당한다고 할 수 있다.

원대에 혼인 계약 관련 규정이 정비된 것은 법제사적으로 흥미로운 현상이지만 기존 연구에서는 이에 대해 크게 주목하지 않았다. 혼서, 빙재, 중매 중 어느 하나에 초점을 둔 연구는 거시적인 맥락에서 비슷한 시기에 혼인 계약과 관련된 다른 규정들 또한 정비되고 있었음을 파악하지 못하였다.5) 또한 각각의 규정이 원대에 새롭게 마련되었다는 사실은 인지하면서도, 거의 대부분의 경우 왜 그러한 규정이 제정되었는지에 대해서는 관심을 가지지 않았다.6)

혼인 계약과 관련된 내용을 전반적으로 다루는 혼인 연구는 소수에 불과하다. 그 가운데 통사적 혼인 연구에서는 일부 혹은 전체 내용 중 원대의 규정을 누락하였고 따라서 원대에 혼인 계약 관련 법제가 갖추어지던 모습을 알아채지 못했다." 한편 시기적으로 원대를 다루는 혼인 연구로

⁵⁾ 이들에 대한 선행연구는 많다고 하기 어렵다. 혼서의 경우 비교적 상황이 나은 편인데 가장 대표적인 연구로는 郭松義·定宜莊, 『淸代民間婚書研究』, 北京: 人民出版社, 2005를 꼽을 수 있다. 원대 혼서 연구는 카라호토(黑水城) 遺址에서 실물 자료가 출토 됨에 따라 자극을 받은 측면이 크며, 관련 연구로는 다음과 같은 것들이 있다. 李逸友, 「黑城出土的元代合同婚書」, 『文物天地』 2, 1992; 葉新民, 「亦集乃路元代契約文書研 究」,『蒙古史研究』(第五輯), 呼和浩特: 內蒙古大學出版社, 1997; 劉永剛, 「對黑水城出 土的一件婚姻文書的考釋」、『寧夏社會科學』 149, 2008; 梁君, 「元代黑水城地區婚姻契 約考釋」,『黑河學刊』,2015-4;杜建錄·鄧文韜,「黑水城出土合同婚書整理研究」,『西夏 研究』2015-1. 그밖에 원대를 분석 대상에 포함하는 혼서 연구로는 趙紅艷, 「中國傳統 婚俗文書研究」,雲南大學 碩士學位論文,2014와 楊雪,「宋元婚書問題研究」,河北經貿 大學 碩士學位論文, 2015, 그리고 許思源, 「我國傳統婚書演變研究」, 上海師範大學 碩 士學位論文, 2017가 있다. 원대의 빙재를 다루는 연구는 勝山稔의 논문이 유일하지만 빙재에 대한 정부 규정을 다루지는 않았다(勝山稔,「宋元代における聘財に關する一考 察: 高額聘財の推移から見る婚姻をめぐる社會」,『アジア史研究』22, 1998). 方建新의 송대 빙재 관련 연구에서 그나마 원대의 규정을 다소간 다루고 있다(方建新, 「宋代婚姻 論財」, 『歷史硏究』, 1986-3). 중매에 대해서는 다음의 저서가 있지만 원대의 규정은 대 략적으로만 언급되거나 누락되었다. 方川,『媒妁史』, 上海: 上海文藝出版社, 2000; 李 安輝,『八面玲瓏話媒人』, 開封: 河南大學出版社, 2001; 卜亞麗,『媒妁』, 北京: 中國社 會出版計. 2009.

⁶⁾ 예외적으로 丁君濤의 원대 혼서에 대한 연구는 이 문제에 관심을 가졌다. 그는 혼인 계약서가 중국 사회에서 유행했던 것이 원대부터였다고 주장하고 그러한 배경에 대해 상품경제의 발전과 인구 유동의 가속화, 민족의 다원화, 전통 예법 질서에 대한 경시 등을 거론하였다. 그러나 이에 대한 구체적인 논증은 결여하였다(丁君濤,「古絲綢之路上黑水城出土元代婚契研究」,『西北民族研究』103, 2019).

한정한다면 이에 해당하는 연구는 王曉淸의 논저가 유일하다. 그는 저서 『元代社會婚姻形態』에서 혼서, 빙재, 중매를 모두 비중 있게 다루었고 정부가 이에 대해 규정을 내린 목적 대해서도 다소간 언급하였다. 그러나 王曉淸의 분석은 규정에 언급된 표면적인 제정의 이유 등을 상술하는 정도에 그쳤으며 이들 규정 간의 유기적 관계를 고려하지 않았다.8)

실제로 혼서, 빙재, 중매에 대한 규정은 기능적으로도 서로 관련이 될뿐 아니라 처음 제정되었던 시기도 비슷했던 만큼 그 입법 취지에 대해서 종합적으로 검토해야 할 필요성이 있다. 따라서 본고에서는 먼저 원 정부가 이들 세 규정을 정비해나가면서 공통적으로 의도한 바가 무엇이었는지 확인하고자 한다. 그리고 이를 토대로 원 정부가 이전의 왕조들과 달리 그러한 규정을 내리게 된 배경을 추론할 것이다. 물론 이 과정에서 다양한 변수들을 고려해야 하겠지만 본고에서는 원 정부의 통치에서 발견되는 특징을 중심으로 그 배경을 검토하여 法治라는 측면에서 원대에 나타난 변화를 밝히고자 한다.

이에 따라 본문은 크게 두 개의 장으로 구성된다. 전반부에 해당하는 I 장에서는 혼서, 빙재, 중매에 대한 규정이 정비되는 과정을 차례로 검토한다. 이들 세 규정은 모두 쿠빌라이의 至元 연간(1264~1294) 초기에 처음 제정되었으며 이후 수정·보완 과정을 거쳐 그의 후계자 테무르의 大德연간(1297~1307)에 이르면 사실상 완비되었다. I 장에서는 이러한 과정에서의 경향성 및 특징을 확인하고 결론적으로는 이들 세 규정이 모두 혼인소송을 최소화하기 위한 목적과 관련되었음을 밝힐 것이다.

후반부인 II 장에서는 원 정부가 그처럼 혼인 소송을 줄이고자 했던 배경을 다룬다. 이와 관련하여 원대에 주목되는 사실은 대칸이 율령과 같은 체계적이고 포괄적인 법전을 반포하지 않으면서 이전보다 중앙에서 민사소송을 심리하는 경우가 증가했다는 점, 그리고 지방에 대한 감찰이 크게

⁷⁾ 이에 해당하는 연구는 다음 두 가지이다. 仁井田陞,『支那身分法史』, 東京: 東方文化學院, 1942; 陳鵬,『中國婚姻史稿』, 北京: 中華書局, 1990. 한편 원대 혼인법을 다룬 有高巖,「元代の婚姻に關する法律の研究」,『東京文理科大學文科紀要』10, 1935에서도 혼서와 官媒에 대한 규정은 언급되지 않았다.

⁸⁾ 王曉淸, 『元代社會婚姻形態』, 武漢: 武漢出版社, 2005.

강화되었다는 점이다. II 장에서는 중앙과 지방에서 나타난 이 두 가지 변화의 상호작용으로 인해 원 정부가 혼인 소송을 줄이기 위한 방안을 찾게되었고, 그 결과 본래 지방관에게 맡겨졌던 민간의 혼인 문제에 대해서도 중앙 정부의 영향력이 미치게 되었음을 보일 것이다.

I. 혼인 계약 관련 규정의 정비와 그 목적

1. 혼인 계약서 작성의 의무화

혼서를 넓은 의미로 婚約에 관한 사실을 증빙한 문서라고 정의했을 때원 정부가 혼서 관련 규정을 내리기 전에도 물론 혼서는 존재했다.⁹⁾ 혼인의 계약적 성격으로 인해 계약 내용을 문서화하는 관행이 민간에서 자연스럽게 생겨났을 것도 분명하지만 의례적으로도 혼서를 쓰는 전통이 있었기 때문이다. 유교적 규범에 따르면 혼례 시 의혼 당사자들은 중매를 통해문서를 주고받았고 그 가운데 혼인을 약속하는 문서도 포함되었다. 용어상의 혼동을 피하기 위해 이처럼 혼례 과정에서 주고받은 문서들을 '혼례 문서'라고 칭하고자 한다.¹⁰⁾

원대 통용되었던 백과사전적 자료인 類書 가운데에는 이러한 혼례 문서의 종류와 양식에 대해서 소개하고 있는 것이 있다.¹¹⁾ 다시 말해 당시에는 이미 혼례 문서를 어떻게 써야 하는지 사회적 규범이 형성되어 있었다. 또한 혼례 문서에서도 혼약에 관한 내용을 적었으므로 만약 혼인 계약과 관련한 소송이 발생했을 경우 이것이 법정에서 증거로 활용될 수 있었다.¹²⁾ 그렇다면 기존에 혼례 문서를 쓰는 전통이 존재함에도 불구하고 원정부가 혼서 관련 규정을 내린 이유는 무엇일까?

『事林廣記』를 비롯하여 남송 말부터 원대 유통되었던 여러 類書들의 내

⁹⁾ 선행연구에서 혼서에 대한 통일된 정의는 존재하지 않는다. 본고에서는 혼서를 廣義의 개념으로 사용하여 혼인에 대한 합의 및 이를 전제로 한 계약 내용이 기록된 모든 형태 의 문서를 혼서라고 칭한다.

¹⁰⁾ 郭松義와 定宜莊의 공저 『淸代民間婚書硏究』에서도 혼서의 계통을 크게 禮書와 婚契로 양분하였다. 이들은 전통적 혼례 절차에 따라 작성되었던 혼서를 禮書라 하고, 혼인 당사자들이 각자의 이익을 분명히 하기 위해 작성한 일종의 계약문서를 婚契라고 칭하였다. 郭松義·定宜莊, 『淸代民間婚書硏究』, 北京: 人民出版社, 2005.

¹¹⁾ 원대 상황을 반영하는 類書 가운데 혼례 문서의 양식이 실려 있는 것은 다음의 네 권이다. 『事林廣記』前集 卷10,「婚禮總敍」, pp.3a~3b;『新編事文類要啓箚靑錢』 別集卷2,「婚姻啓狀書式」, pp.489~92;『新編事文類聚翰墨全書』 甲集 卷5,「雜文諸式」, pp.412~3;『新編事文類聚啓箚靑錢』卷7,「婚禮門」, pp.3b~5a.

^{12) 『}名公書判清明集』卷9,「女家已回定帖而飜悔」, pp.346~8.

용을 종합해볼 때 당시 혼례 문서로서 草帖, '혼서'(이하 廣義의 혼서와 구분하기 위해 '혼서'로 표기), 그리고 예물장이라는 문서가 일반적으로 사용되었음을 알 수 있다. 이 가운데 특별히 '혼서'라고 칭해진 문서는 빙재를 교환하며 작성한 것으로서, 빙재의 수목을 적은 예물장과 함께 보냈다. 13) 혼례 절차에서 빙재의 교환이 혼약의 성립에 중요한 기준이 되었다는 점을 고려할 때, 그 명칭에서도 알 수 있듯이 혼례 문서 가운데서도 중요했던 것은 '혼서'였다. 14)

〈표 1〉類書에 나타난 '혼서'의 第3幅과 예물장의 양식

| 聘啓第 | 三幅* | 男家禮物狀** | | |
|--|---|--|--|--|
| 원문 | 해석 | 원문 | 해석 | |
| 忝戚具位姓某 | (주혼인의 관위·姓) | 忝戚具位姓某 | (주혼인의 관위·姓) | |
| 右,某啟: 伏承/ 親家某官憑媒氏掌 判,許以第幾院小 娘子,與某第幾學 生締親者. 言念,云云. | 위의 某가 올립니다. 삼가 親家 某官 께서 중매에 기대어 □째 따님과 某의 □째 아들의 締親을 허락하셨습니다. | 逐一開具聘儀 | (예물 내역) | |
| 謹奉啟以/聞, 伏惟/臺慈特賜/鑒念,不宣.謹啟. | 啟를 받들어 아룁니다. 바라건대 존자께서 굽어 살펴주십시오. 예를 다하지 못합니다. 謹啟. | 右謹馳/ 上聊充學生某聘定 之儀./ 伏惟 尊慈特賜 容納. 謹狀. | 삼가 위와 같이 보 내어 아들 某의 聘 定의 儀를 갖춥니 다. 바라건대 존자 께서는 예물을 받아 주십시오. 謹狀. | |
| 年月日忝戚具位姓 某啟 | (보내는 날짜와 주 혼인의 관위·姓) | 年月日忝戚具位姓 某狀 | (보내는 날짜와 주 혼인의 관위·姓) | |

¹³⁾ 한편 草帖은 의혼 초기에 증조부·조부·부 3대의 名諱와 관직, 그리고 당사자의 출생 연월 등을 적은 것으로 양가는 이를 통해 상대방 집안의 내력을 살피고 혼인이 길할지 점을 쳤다. 초첩 외에도 定帖이라고 하는 帖子가 있었는데 이 정첩은 생략이 가능했던 것으로 나타나며 類書들의 양식 간에 차이가 있어 초첩이나 '혼서'만큼 보편적으로 인 정되었던 개념이 부재했던 것으로 보인다.

¹⁴⁾ 뒤에서 서술하겠지만 법제상으로도 빙재를 받으면 혼인이 성립된 것으로 보았다. 『晉書』卷30,「刑法」, p.927; 『唐律疏義』卷13 戶婚,「許嫁女輒悔」, pp.253~5; 『宋刑統』 卷13 戶婚律,「婚姻妄冒」, pp.212~6; 『元史』卷103,「戶婚」, p.2643.

출처:『新編事文類要啓箚青錢』別集 卷2,「婚姻啓狀書式」, pp.491~2.

- * '혼서'는 聘啓, 婚啓라고도 칭했다. 남자 집에서 보내는 양식에 해당한다.
- ** 남자 집에서 보내는 양식이다. 여자 집에서 일반적으로 답례를 보냈기 때문에 女家禮物狀도 있으며 그 내용은 男家禮物狀과 거의 유사하다.

類書의 내용에 따르면 혼례 문서로서의 '혼서'는 3幅으로 작성되었는데처음 2幅은 인사말을 건네고 안부를 묻는 등의 내용이며 핵심은 第3幅이었다. 〈표 1〉에서 보듯이 '혼서'란 상당히 격식을 차린 문서였다. 실제로한 類書의 설명에 따르면 '혼서' 3폭을 하나의 봉투[可漏]에 담고 예물장을 따로 하나의 봉투에 담아 보내야 했으며 이렇게 갖추어 보내는 것이 "사대부의 禮"였다.15) 이를 통해 알 수 있듯이 당시 혼례 문서를 작성했던 계층은 주로 사대부들이었으며 대부분의 민간 혼인과는 크게 관련이없었다. 실제로 원대에 호부가 민간의 혼서 작성 관행에 대해 중서성에 올린 보고에 따르면 혼서를 작성하지 않고 단지 중매에만 기대어 혼인하는경우가 있다고 언급되고 있는데, 사실 많은 수의 혼인이 이러한 구두 계약을 통해 이루어졌을 것이다.16) 혼례 문서를 쓰는 전통이 있음에도 불구하고 원대에 혼서 규정이 내려진 것은 이 때문이었다.

혼서에 대한 원대 최초의 규정은 쿠빌라이의 집권 초기에 해당하는 至元 6년(1269)에 내려졌으며 그 내용은 아래와 같다.

이제부터 혼인을 할 때는 모름지기 혼서를 써서 본래 의논한 빙재를 명백하게 써야 한다. 만약 데릴사위를 들인다면, 양로와 출사의 연한을 정하여 그 주혼자와 保親, 중매인 등이 서명한다. 이치에 맞게 혼례를 치러서 爭訟을 면하도록 한다.17)

^{15)『}新編事文類要啓箚靑錢』別集 卷2,「婚姻啓狀諸式」, p.491, "右公啓第一幅聘啓一幅疊 卷同一可漏, 禮物狀自作一可漏子, … 以通士大夫之禮. 皆用函書."

^{16) 『}通制條格』卷3, 「婚姻禮制」, p.145.

¹⁷⁾ 같은 곳, "今後但爲婚姻, 須立婚書, 明白該寫元議聘財. 若招召女婿, 指定養老或出舍年限. 其主婚·保親·媒妁人等畫字, 依理成親, 庶免爭訟."『元典章』卷18 戶部4, 「嫁娶寫立婚書」, p.654에 동일 조문이 있다.

이는 원대 법제서인 『元典章』과 『通制條格』에 모두 실려 있는데 규정이 내려진 시기를 서로 다르게 전하고 있다. 전자가 지원 6년 3월이라고 한 것에 반해 후자에서는 同年 12월이라고 적고 있는 것이다. 『원전장』의 경우 私撰 자료이며 내용에서 오탈자가 종종 발견되기 때문에 官撰 자료인 『통제조격』의 기록이 보다 정확할 것으로 예상되지만 『원전장』에 실린 다른 조문에서 지원 6년 4월의 시점에 호부가 혼서 규정을 이미 行文했다고하는 언급이 확인된다.18) 따라서 이 경우 규정이 내려진 시점은 『원전장』 의 기록에 따라 지원 6년 3월로 보아야 한다.

위의 규정에서 정부는 혼인 시 혼서를 작성하여 계약 내용을 문서로 남겨야 한다고 명하고 있다. 구체적으로는 계약의 쟁점인 빙재와 데릴사위의조건, 즉 데릴사위가 양로 데릴사위인지 아니면 출사 데릴사위인지, 만약출사 데릴사위라면 연한은 몇 년인지 대해서 분명하게 적어야 했다. 19) 또한 관련자들의 서명이 있어야 했다. 특히 주혼자와 중매인 외에도 따로 保親, 즉 보증을 서는 친족의 서명이 필요했다. 이처럼 확실하게 증거를 남김으로써 이후 소송이 일어나지 않게 하고자 한 것이다.

그런데 『통제조격』과 달리 『원전장』에는 위의 지원 6년 혼서 규정 외에도 관아에서 법적 증거로서 인정받기 위한 혼서의 요건에 대해 보다 구체적인 언급이 있다. 혼인 관련 조문이 수록된 婚姻門의 첫머리에 「嫁娶禮書」라는 제목으로 실려 있는 해당 내용의 전문은 아래와 같다.

혼서에는 허례허식[彝語虛文]을 차릴 수 없고, 빙재와 예물을 명확하게 적어야 한다. 혼주와 중매인이 모두 각각 서명한다.²⁰⁾ 신부 집에서 회답

^{18) 『}元典章』卷30 禮部3, 「指腹割衫爲親革去」, p.973.

^{19) 『}元典章』에서 데릴사위는 크게 두 종류, 즉 종신토록 처부모를 봉양해야 하는 양로 데 릴사위와 기한이 정해져 있어 이를 채우면 出舍하는 연한 데릴사위로 나타난다. 그러나 『吏學指南』에 따르면 데릴사위는 養老, 年限, 出舍, 歸宗의 四等이 있었다고 한다(『吏學指南』親姻,「贅壻」, p.174). 이에 대한 서로 다른 해석에 대해서는 仁井田陞, 『支那身分法史』, pp.737~8과 大島立子,「元朝の「女壻」について」, 『史論(東京女子大學)』 43, 1990, pp.80~1을 참고.

²⁰⁾ 지원 6년의 혼서 규정과 비교할 때 서명해야 하는 인물 가운데 保親이 빠져있는데 이는 『元典章』의 편자가 누락한 것이다. 뒤에서 살펴보겠지만 혼서에는 주혼자와 중매 외에도 保親, 혹은 친족이 아니더라도 보증인의 서명이 필요했다.

할 때에도 또한 받은 빙재와 예물의 수량을 적고, 嫁主와 중매인이 또한 마땅히 서명한다. 또한 쌍방의 혼서[禮書] 뒷면에 '合同'이라는 글자를 크게 쓰고, 각자의 집에 나누어 주어 보관하도록 한다. 만약 글자가 흐릿한 부분이 있거나, 별도로 각각 서명한 것과 '合同' 글자가 없으면, 다투다가 관에 와서 고발하더라도 가짜 문서로 간주한다.²¹⁾ (밑줄과 강조는 필자)

위의 인용문에서 주목되는 것은 밑줄 친 부분이다. 이는 지원 6년의 규정에는 보이지 않는 것으로 혼서를 계약서 형식으로 작성하도록 요구하고 있다. 당시 계약서 작성 관행에 비춰볼 때 밑줄의 내용은 혼인 시 계약 내용을 적은 문서를 여러 부 만든 뒤 그 뒷면을 맞대어 접합부에 '合同' 글자를 적고 당사자들이 이를 각각 소지해야 한다는 의미이다. 이처럼 계약서를 작성하여 나중에 어느 한쪽이 문서를 위조하지 못하도록 한 것이다. 그런데 엄밀히 말하면 이『원전장』「嫁娶禮書」의 내용은 중앙 정부의 공식 규정을 그대로 실은 것이 아니다.

『원전장』은 민간에서 간행되었으며 그 편자가 정확히 누구인지 알 수 없다. 일찍이 宮崎市定은 행정 실무자였던 서리가 강남 지역의 민간 법률가와 협력해서 이를 편찬했을 것으로 보았다.²²⁾ 그 진위는 알 수 없지만『원전장』의 편집 과정에는 실무에서의 편의가 고려된 측면이 있다. 예컨대편자는 중앙에서 내린 공문서를 주제(門)에 따라 분류해 싣고 있을 뿐 아니라 각 주제의 冒頭에 실무자가 알아야 할 주요 내용을 표 등의 형식으로 정리해놓았다. 婚姻門의 도입부에 등장하는 위의「嫁娶禮書」도 이처럼『원전장』의 편자가 혼서와 관련한 기존 규정을 정리한 것이라 할 수 있다.

『원전장』은 시데발라(英宗, r. 1320~1323)의 재위기인 至治 원년(1321) 경에 成書된 것으로 추정된다.²³⁾ 따라서「嫁娶禮書」의 내용은 지치 원년

^{21) 『}元典章』卷18 戶部4,「嫁娶禮書」, p.652, "凡婚書, 不得用彝語虚文, 須要明寫聘財禮物, 婚主幷媒人各各畫字. 女家回書, 亦寫受到聘禮數目, 嫁主幷媒人亦合畫字. <u>仍將兩下禮書背面大書「合同」字樣, 分付各家收執</u>. 如有詞語朦朧, 別無各各畫字幷「合同」字樣, 爭告到官, 即同假偽."(밑줄과 강조는 필자)

²²⁾ 宮崎市定,「宋元時代の法制と裁判機構:元典章成立の時代的・社會的背景」,『宮崎市定全集(11)』,東京:岩波書店,1992,pp.137~258.

까지의 혼서 관련 규정을 종합하여 작성되었을 것이다. 그런데 문제는 혼서를 계약서로 작성하도록 명한 구체적인 규정이 『원전장』婚姻門에 실린실제 詔令 및 판례들에서 확인되지 않는다는 것이다. 1323년에 반행된 관찬 법제서인 『통제조격』과 원말인 至正 6년(1346), 역시 관찬으로 반행된『至正條格』의 경우에도 관련 규정이 없기는 마찬가지이다. 그렇다면 『원전장』「嫁娶禮書」의 해당 내용은 무엇에 근거한 것일까?

혼서를 계약서로 작성하도록 한 근거는 田宅 거래에 관해 내려진 大德 10년(1306)의 규정이라고 보아야 한다. 이는 『지정조격』에「典質合同文契」라는 제목으로 실려 있는데 그 내용은 田宅을 典質할 때에 계약 내용을 '合同文契', 즉 계약서로 작성하도록 한 것이다. ²⁴) 조문에 따르면 예부의 관원들은 전택 거래 시 한쪽만 증빙 문서[文約]를 가지고 있으면 이후 속이는 경우가 있어 소송이 빈발한다고 보았다. 따라서 예부는 중서성에 의견을 올려 앞으로 전택을 典質할 때에는 반드시 계약서[合同文契]를 작성하여 당사자가 각각 소지해야 한다고 하였고 이는 중서성의 비준을 받아시행되었다.

물론「典質合同文契」는 전택 거래 대한 규정이며 혼인 계약이나 혼서에 대해서는 특별히 언급하지 않았다. 그렇다고 하더라도 이 규정이 전택 거래에만 국한되었을 것으로 보기는 어렵다. 예부에서 전택 거래 시 계약서를 작성하도록 것은 그렇지 않을 경우 소송이 발생한다고 보았기 때문이었다. 혼인 계약과 관련해서도 민간에서 소송이 빈발하였음을 고려한다면이 규정을 혼서에 대해서도 적용하는 것이 소송의 발생을 최소화한다는입법 취지와도 부합한다. 따라서 대덕 10년 이후로는 혼서도 계약서로 작성해야 한다는 것이 정부의 방침이었다고 할 수 있다.

²³⁾ 植松正,「元典章・通制條格」,『中國法制史:基本資料の研究』,滋賀秀三編,東京:東京大學出版社,1994,p.414.

^{24) 『}至正條格』卷26,「典質合同文契」, p.67, "大德十年五月, 禮部議得:「典質地產, 即係活業. 若一面收執文約, 或年深迷失, 改作賣契, 或昏昧條段.間座, 多致爭訟. 今後質典交易, 除依例給據外, 須要寫立合同文契二紙, 各各畫字, 赴務投稅. 典主收執正契, 業主收執合同, 雖年深, 憑契收贖, 庶革僥倖爭訟之弊.」都省准呈." 동일한 내용이 『通制條格』의 田令에도 실려 있다(『通制條格』卷16,「典賣田産事例」, pp.478~9). 양자의 차이는 Ⅱ장에서 다룰 것이다.

결국「嫁娶禮書」는 지원 6년의 혼서 규정과 대덕 10년의 계약서 규정을 종합한 것이라고 할 수 있다. 이러한 정부의 지침에 따라 민간에서는 혼인시 계약서를 작성하여 약속한 내용을 분명하게 적고 관련자들이 모두 서명해야 했다. 다만 혼서 규정에 강제력이 있는 것은 아니어서 중앙 정부는혼서를 작성하지 않았을 경우 대해 구체적인 처벌 조항을 마련하지 않았으며 관에 혼인 신고를 하도록 요구한 것은 더욱 아니었다. 「嫁娶禮書」에서 "다투다가 와서 고발하더라도 글자가 흐릿하거나 서명이 없거나 '合同' 글자가 없으면 가짜 문서로 간주한다"고 한 언급에서 알 수 있듯이 정부는 소송이 발생할 경우를 대비하여 자신의 주장을 입증할 계약서 준비를 의무화한 것이었다.

대덕 10년 이후 혼서가 갖춰야 할 요건에 대한 더 이상의 규정은 확인되지 않는다. 다만 『사림광기』에는 원대 혼인 계약서에 대해서도 언급이 있는데, 이에 따르면 관련자들이 혼인 계약서[合同文約]에 '點指', 즉 지문을 찍어야 했던 것으로 나타난다.²⁵⁾ 이와 관련하여 몽골제국 시기 페르시아어 사료인 『집사』에서도 중국에는 이미 사람마다 지문이 다르다는 것이알려져 있어 정부에서 이를 사법 행정에 활용했다고 기록하고 있다.²⁶⁾ 그러나 실제로 원대 행정에서 지문을 사용했다고 하는 것은 한문 사료로 검증되지 않으며, 혼서에 지문을 찍어야 한다는 규정이 내려진 사실도 확인할 수 없다.²⁷⁾ 『사림광기』의 해당 내용은 혼서의 신빙성을 보증하려고 했던 일부 민간 차원의 관행이었을 것으로 추측된다.

그렇다면 민간에서는 실제로 어떻게 혼인 계약서를 작성했을까? 원대에 혼인 계약서는 흔히 '合同婚書'라고 불렸는데, 현재까지 알려진 실물 합동 혼서는 총 2건이며 모두 카라호토 遺址에서 출토되었다.²⁸⁾ 이 가운데 보

^{25)『}事林廣記』前集 卷10,「嫁娶新例」, p.1b,"婚書須用點指畫字. 諸嫁娶兩家, 幷用點指畫字, 寫立合同文約, 明白具載往回聘禮."

²⁶⁾ 라시드 앗 딘의 『집사』에 따르면 키타이, 즉 북중국에서는 누군가에게 진술을 받으면 문서에 지문을 함께 찍어 부인할 수 없도록 했다고 한다. 라시드 앗 딘 지음, 김호동 역주, 『칸의 후예들』, 파주: 사계절, 2005, p.420.

²⁷⁾ 點指 대신 手模라는 표현은 『通制條格』에서 확인이 되는데 이는 손도장을 가리키는 것으로 보인다. 원 정부는 민간에서 手模로 약속하는 관행을 금지시켰다. 『通制條格』卷4,「嫁娶」, pp.173~4.

존 상태가 양호하여 전체 내용을 알 수 있는 것은 F13:W130/M1·0982 (이하「파트마혼서」)이다.²⁹⁾ 「파트마혼서」는 토곤[脫歡]이라는 인물이 출정에 필요한 비용을 마련하기 위해 과부가 된 제수 파트마[巴都麻]를 개가시키면서 작성한 것으로, 당시 민간에서 혼인 계약서가 활용되었던 모습을 잘 보여준다.³⁰⁾

合同大吉婚書를 쓰는, 領北 傀列 지역31) 태자 位下의 所管 군호 토곤 [脫歡] 등은 지금 세역[差發]을32) 많이 거두고 軍情이 평정되지 않았기 때문에 말에 오르기가 그치지 않는데 노자[盤纏]가 부족하니 출정을 달 가워할 수 없다. 지금 동생 脫火赤이 복무 중에 병으로 사망하였고 그 의 처 파트마[巴都麻]를 남겼다. 파트마는 홀몸이기 때문에 독거하여 살기 어렵고 나날이 부양[養濟]할 방도가 없다. 지금 媒證人 帖哥의 중 매를 통해 에치나路에 둔전하는 張 千戶 소관의 納粮軍户 吳子忠 집안 과 합의[說合]하기를 편한 날(을 택하여) 從良戶로 差役을 담당하는 오 하르[吳哈厘]의 장남 하르바타이[哈立巴台]와 (파트마를 맺어주어) 正妻 로 삼기로 했다. 여러 친족과 이야기하여 정한 財錢은 市斗로 白米 1 석 小麥 1석, 大麥 1석이다. 양・술・筵席을 다하여 만족시켰으며 토 곤은 모두 받았다. 吉日을 택해서 (파트마를) 맞이해 집에 이르렀다. 成 親한 후 한 푼도 빠트리지 않았고 財錢을 다하지 않은 것 없었다. 만약 토곤이 제수 파트마를 개가시키는 중에 (사정을) 다 말하지 않은 것이 따로 있거나 전남편이 죽지 않았는데 속여서 개가시켰다면 일체의 잘 못은 오자충과 아무런 관련이 없으며 토곤 등이 일방적으로 알리고 (진

²⁸⁾ 카라호토는 몽골어로 '黑城'을 뜻하며 오늘날 중국 내몽고자치구 서부의 阿拉善盟 額濟納旗 경내에 위치한다. 20세기 초부터 수차례 조사를 통해 많은 원대 문서들이 출토되었다. 이 가운데 합동혼서 한 건이 1992년 李逸友의 논문을 통해 처음 알려졌고(李逸友,「黑城出土的元代合同婚書」) 이후 2009년 セ小紅이 러시아과학원의 동방학연구소에 소장된 한문문서 가운데 또 하나의 합동혼서(Дх.18996)를 발견하였다. セ小紅,『俄藏敦煌契約文書研究』, 上海: 上海古籍出版社, 2009, pp.232~5; 俄羅斯科學院東方研究所聖彼得堡分所 等編,『俄羅斯科學院東方研究所聖彼得堡分所藏敦煌文獻』, 上海: 上海古籍出版社; 莫斯科: 俄羅斯科學出版社東方文學部, 1992, p.311.

²⁹⁾ 編號의 경우 '/'를 기준으로 전자는 『黑城出土文書(漢文文書卷)』에서 처음 사용한 것이고, 후자는 『中國藏黑水城漢文文獻』에서 사용한 것이다.

^{30) 「}파트마혼서」의 영인본과 전사는 각각 【부록 1】과 【부록 2】를 참조.

실을) 말하지 않은 것이다. 만약 하르바타이가 그 처를 처실로 대우하지 않는다면 (그에 대한) 벌은 소맥 1석이다. 만약 파트마가 使用을 받아들이지 않고 이치에 어긋나게 일을 저지른다면 正주혼인은 벌로 백미 1석을 (내고) 관의 경비로 사용한다. 나중에 의거할 바가 (없을까) 우려되어 大吉합동혼서를 작성한다.

至正 25년 11월 초7일 正주혼인 토곤 (押)

副주혼인 파트마 (押)

後吉大利 同주혼인 塔叉兒(押)

同주혼인 帖木兒 (押)

知見人 李住哥

정부의 규정대로 「파트마혼서」에는 토곤이 받은 빙재가 열거되어 있고 관련자들이 서명하였다.33) 또한 '大吉合同婚書'를 세웠다는 언급을 통해이 혼서가 계약서로 작성되었음을 알 수 있다. 「파트마혼서」에서 특히 주목되는 사실은 계약 내용의 초점이 빙재만이 아니라는 점이다. 혼서 작성자들이 중요하게 생각했던 것은 토곤의 동생 脫火赤이 복무 중에 사망했다는 점을 분명히 하는 데 있었다. 脫火赤이 살아있어도 남자측 주혼인으로 여겨지는 吳子忠과는 관련이 없다는 점을 혼서에서 강조하고 있는 이유는, 남자측 입장에서 만약 죽은 줄 알았던 脫火赤이 나타나 파트마의 개가를 위법 혼인으로 소송을 일으킬 경우 큰 문제가 될 수 있었기 때문

³¹⁾ 李逸友는 이를 과거 몽골제국의 수도였던 카라코룸이라고 보았다. 李逸友,「黑城出土的元代合同婚書」, p.31.

³²⁾ 差發은 몽골어 alba-qubchiri에 해당하는 표현으로 稅役을 뜻하는 표현으로서 광범위하게 사용되었다. Thomas T. Alsen, Mongol Imperialism: The Policies of the Grand Qan Möngke in China, Russia, and the Islamic lands, 1251-1259, Berkeley; Los Angeles; London: University of California Press, 1987, pp.145~6.

³³⁾ 실제 규정과 다소 다른 점은 위의 혼서에 중매인의 서명이 없다는 점 정도이다. 본문에는 帖哥라는 인물이 중매했다고 언급하였지만 정작 서명한 인물들 가운데에는 빠져있다. 이는 또 다른 출토 혼서인 Дx.18996에서도 마찬가지인데 혼인 시 중매인을 두어야했던 것은 틀림없지만, 중매인의 서명이 반드시 필요하지는 않았던 것인지 아니면 단순히 작성자의 실수인지는 불분명하다.

이다.34)

실제로 원의 중앙 정부는 혼서의 용도를 단순히 빙재나 데릴사위의 연한을 명한을 명시하는 데 제한하지 않았으며 위법의 여지가 있는 혼인의경우 사실 관계를 확실히 하기 위해 혼서를 작성하도록 했다. 이를테면 첩을 들이는 경우에도 혼서를 쓰도록 했고,35) 良賤 간의 혼인을 원칙적으로 급하되 스스로 원하는 경우에는 혼서로 이를 명확히 하고 혼인하는 것을 허락했다.36) 또한 대덕 8년(1304)에는 流官이 부임지에서 위세를 이용해처첩을 취하는 문제가 중앙으로 보고되자 이에 대한 논의가 이루어졌는데결국 형부의 의견에 따라 流官에게 확실히 처가 없거나 대를 이을 자식이 없어 처첩을 취하기를 원하는 경우에 혼서를 써서 혼인하는 것을 허락하도록 하였다.37) 이처럼 혼서는 혹시라도 생길지 모를 문제나 소송에 대비하기 위한 목적에서 다양하게 활용되었다.

정부에서 혼서를 강조한 또 다른 이유는 소송이 발생하더라도 혼서가 있으면 판결이 용이했기 때문이다. 사법관의 입장에서 원고와 피고의 구두 진술에 의존할 경우 문제 해결이 어려웠고 자연스럽게 계약서와 같은 객관적인 증거를 더 신뢰할 수밖에 없었다. 그리고 판결도 일반적으로 계약서의 내용대로 이루어졌던 것으로 보인다. 남송대의 判語, 즉 판결문을 모아 놓은 『名公書判淸明集』(이하 『淸明集』)에는 "토지와 혼인에 관한 소송은 오직 증빙 문서[干照]에 근거한다"고 하는 사법관의 직접적인 증언이 심심치 않게 등장한다.38)

원대의 경우도 상황은 다르지 않았다. 쿠빌라이의 재위 시기 중국에 체 류했던 마르코 폴로는 東平路에서 목격한 漢人의 혼인 계약 관행에 대해

³⁴⁾ 이와 관련하여 군인이 원정 중에 도망을 하여도 아내는 재가할 수 없었던 판례가 있다 (『元典章』戶部4,「通奸成親斷離」, p.663). 일반적으로는 남편이 도망가서 5년 동안 돌아오지 않아야 이혼을 허락했다(『元典章』卷18 戶部4,「嫁娶聘財體例」, p.655).

^{35) 『}通制條格』卷4,「嫁娶」, p.163(『元典章』에도 동일 조문이 있다.『元典章』卷18 戶部 4,「有妻許娶妾例」, p.691).

^{36) 『}元典章』卷18 戶部4,「奴婢不嫁良人」, pp.691~2.

^{37) 『}元典章』卷18 戶部4,「流官求娶妻妾」, pp.673~4.

^{38) 『}清明集』卷6, 「爭田業」, p.179, "大凡田婚之訟, 惟以干照爲主."; 卷6, 「王直之朱氏爭地」, p.185, "交爭田地, 官憑契書."; 卷9, 「僞作墳墓取贖」, p.318, "凡人論訴田業, 只憑契照爲之定奪." 등.

다음과 같이 기록했다.39)

누군가 자기 딸을 출가시키려 하거나 혹은 다른 사람으로부터 혼인 요청을 받았을 때, 아버지는 그 딸을 장래의 남편에게 처녀의 몸으로 넘겨주어야 한다. 이 점에 관해서 아버지와 남편은 의무와 계약으로 동의하며, 만약 그렇지 않다는 사실이 드러나면 혼인은 무효가 된다. 계약(bond)과동의가 적절한 절차에 의해 이루어지고 확인되면, 그 처녀는 처녀임을 알아보기 위해 목욕탕이나 증기탕으로 인도되는데 …… [중략] …… 검사가 끝나 그녀가 처녀라는 것이 입증되면 혼인이 합법적으로 성립된다. 그러나 만약 그렇지 못하면 혼인은 성립되지 않으며, 처녀의 아버지는 그가 동의한 내용에 따라 국가로부터 처벌을 받는다. 40) (밑줄과 강조는 필자)

마르코 폴로는 『동방견문록』에서 키타이, 즉 북중국의 처녀들이 순결하고 겸양의 미덕을 갖추었다고 이야기하면서 여러 사례와 함께 혼인과 관련된 위의 내용을 언급했다. 밑줄 친 내용에서 먼저 혼인할 때 적절한 절차에 따라 계약(bond)이 이루어졌다고 한 부분은 혼서 작성 과정을 묘사한 것이 분명해 보인다. 그리고 마르코 폴로의 관찰에 따르면 여자가 처녀가 아닐 경우, 즉 계약한 내용이 사실과 달라 분쟁이 발생할 경우 지방 관사에서는 계약 내용에 따라 처벌하였다.

이러한 사법 현장의 상황은 실제 사례를 통해서도 확인할 수 있다. 예컨 대 『원전장』에는 데릴사위가 연한을 채우지 못하고 도망했을 경우 혼서의 계약에 따라 이혼을 인정할지 여부에 대한 규정이 실려 있다.41) 이 문제

³⁹⁾ 동평로는 중서성 직할지로서 지금의 산동성 泰安市 동평현을 중심으로 한 지역에 해당한다.

⁴⁰⁾ 김호동 역주본의 번역을 따르되 원문의 '서약'을 '계약'으로 고쳤다. 해당 어휘가 영역 본에서는 'bond'로 표현되고 있다. 김호동 역주, 『(마르코폴로의) 동방견문록』, 서울: 사계절, 2000, p.347; A.C. Moule & Paul Pelliot tr., *The Description of the World*, London: George Routledge and Sons, Ltd., 1938, p.304.

^{41) 『}元典章』卷18 戶部4,「女婿在逃依婚書斷離」, pp.659~61. 데릴사위가 도망할 경우를 대비해서 여자 집에서는 혼서를 작성할 때 종종 "(데릴사위가) 연한을 채우지 못하고 도망한 지 일정 기간(100일 혹은 60일)이 지나면 이혼한 것[休棄]과 같으며 改嫁를 허락한다"는 등의 어구를 적었다. 여자 집에서는 데릴사위가 도망하면 노동력을 잃게 되는 것뿐 아니라 남편의 동의를 구할 수 없어 딸을 개가시킬 수도 없었기 때문이다. 그

에 대해서 호부는 이미 지원 6년 이전에도 여러 路로부터 해결을 의뢰받았던 것으로 나타난다. 당시 호부로 상신된 의견에 따르면 지방관들은 공통적으로 계약한 대로 이혼을 인정해야 한다고 보았다. 전근대 중국에서 이혼이 규범적으로 금기시 되었음에도 지방관들의 입장이 이와 같다면 실제 많은 소송에서 계약서가 있을 경우 판결은 그것에 근거했을 것으로 짐작할 수 있다.

지방의 사법관들이 소송의 해결을 계약서에 크게 의존했던 이유는 호부로 올라온 申文에서 공통적으로 지적하듯이 "혼서 외에 달리 의거할 바가 없기" 때문이었다. 결과적으로 호부는 지방의 의견을 받아들여 데릴사위가 연한을 채우지 못하고 도망했을 경우 혼서에 따라 이혼시켜야 한다고 중서성에 의견을 올렸고 이는 중서성의 비준을 받아 시행되었다.42) 이처럼 소송이 발생한 후에도 그 해결 과정에서 혼서가 중요하다는 사실에 대해서는 중앙 관료들도 인지하고 있었다. 따라서 이러한 점이 혼서 규정을 제정하는 과정에서 고려되었을 것은 쉽게 예상할 수 있다.

이상의 내용을 정리하면 다음과 같다. 원대 혼서에 대한 규정은 지원 6년과 대덕 10년에 내려진 규정을 통해 정비되었으며 그 과정에서 규정이점차 강화되었다. 지원 6년에 혼인 시 구두로 약속하는 관행을 대신해서계약 내용을 문서로 남기도록 했다면 대덕 10년에 이르면 계약서를 작성하도록 했던 것이다. 혼서 규정은 기본적으로 소송을 염두에 둔 것으로 정부가 이처럼 혼서를 쓰도록 요구한 이유는 당사자들이 혼인 시 계약서를 작성한다면 분쟁의 발생을 줄일 수 있을 뿐 아니라 소송이 발생하더라도해결이 용이하기 때문이었다.

러나 관사에서 이혼을 인정해줘야 할지에 대한 규정이 지원 10년 이전까지 부재했고 따라서 지방관들은 이 문제를 중앙으로 상신했던 것이다.

⁴²⁾ 같은 곳. 그러나 이 결정은 지원 12년(1275) 번복되었다. 데릴사위를 들일 때 혼서에 이혼의 조건에 대해 쓸 수 없도록 한 이 조치에 대해서는 『元典章』卷18 戶部4,「女婿 在逃」, pp.661~2을 참고.

2. 聘財의 상한 설정과 官媒 설치

보다 거시적 맥락에서 볼 때 처음 혼서 규정이 내려지던 무렵, 구체적으로는 지원 5년~8년 사이(1268~1271) 혼서 외에도 민간의 혼례와 관련된일련의 규정들이 마련되었던 것을 확인할 수 있다. 아래의 〈표 2〉는 이를정리한 것이다.

〈표 2〉至元 연간(1264~1294) 초기 혼례 관련 입법

| 구분 | 시기 | 『원전장』의 제목 | 주요 내용 |
|----------|-------|-----------|-----------------------------------|
| a | 5년 8월 | 嫁娶禁約邀攔 | 障車 등의 혼례 방해 행위 금지 |
| Ъ | 6년 3월 | 嫁娶寫立婚書 | 혼서의 내용과 형식 규정 |
| © | 6년 4월 | 指腹割衫爲親革去 | 指腹·割衫襟 등의 혼약 방식 금지 ⁴³⁾ |
| <u>@</u> | 7년 4월 | 禁夜筵宴例 | 연회 시간 및 飮饍 규정 |
| e | 8년 2월 | 嫁娶聘財體例 | 品官과 庶人의 빙재 규정 |
| f | 8년 7월 | 女婿財錢定例 | 데릴사위혼의 빙재 및 중매 규정 |
| g | 8년 7월 | 革去諸人拜門 | 拜門 금지44) |
| h | 8년 9월 | 婚姻禮制 | 『家禮』에 의거한 혼례 규정 |

출처: 위의 표는 『원전장』 卷18 戶部4, pp.654~6와 卷30 禮部3, pp.972~4을 참고하여 작성하였다.

〈표 2〉의 규정들에서 주목되는 것은 그 대부분이 혼인으로 인한 분쟁을 줄이기 위한 목적과 직·간접적으로 관련되었다는 점이다. 지원 8년 9월의 「婚姻禮制」(⑥)를 제외하면, 나머지 규정들은 혼례 과정에서 어느 한쪽

⁴³⁾ 指腹은 여진인의 풍습으로 일종의 구두 혼약으로 여겨진다. 『大金國志』卷39,「婚姻」, p.298, "金人舊俗, 多指腹爲婚姻, 旣長雖貴賤殊隔, 亦不可渝."

⁴⁴⁾ 拜門 또한 여진인의 혼례 풍습이었는데 빙재를 전달하는 납폐 절차 이전에 행하였던 것으로 남자 집의 친속들이 여자 집에 가 술과 음식, 그리고 金·銀 등을 베풀었다. 같은 곳, pp.298~9. 원대에는 한인들 사이에서도 拜門이 크게 성행하였던 것으로 나타난다.『元典章』卷30 禮部3,「革去諸人拜門」, p.974.

이 무리한 요구를 하여 분쟁이 발생하는 것을 막거나(②·②·②·⑥·⑥·⑥ 문서 증빙 없이 혼약하는 관행(ⓒ·③)을 금지하는 것이 골자였다. 이번 절에서는 그 가운데 혼인 계약의 성립에 필수적이고, 혼서와도 긴밀한 관 련이 있는 빙재와 중매에 대한 규정을 검토해보고자 한다.

먼저 빙재에 대해서는 지원 8년(1271) 2월 중서성이 쿠빌라이의 재가를받아 전국에 내린「嫁娶聘財體例」에서 그 多寡에 대한 기준을 두었다. 아래에서 보듯이 중앙 정부는 품관과 서인의 등급을 나누고 각각에 대하여빙재의 양을 정했으며 당시 통용되었던 교초로 액수를 환산하였다.

혼인빙재는 옷감[表裏]과 머리장식[頭面] 등 여러 물품을 포함해서, 모두 元寶鈔를 기준으로 삼는다. 재물이나 가축으로 바꿔서 충당하는 것을 들어준다. 만약 서로 동의한 경우에는 이 例에 구애받지 않는다.

품관: 1품·2품 500貫 서인: 상호 100관 3품 400관 중호 50관

4품·5품 300관 하호 20관⁴⁵⁾

6품·7품 200관 8품·9품 120관

같은 해 7월에는 데릴사위를 들일 경우의 빙재에 대해서도 규정이 내려졌는데 이때에 기준이 된 것도 위의「嫁娶聘財體例」였다. 즉, 데릴사위혼의 빙재 규정에 따르면 양로 데릴사위와 출사 데릴사위는「嫁娶聘財體例」에 의거하여 각각 빙재가 1/2과 2/3를 넘지 않도록 했다.⁴⁶⁾

지원 8년 내려진 두 규정은 서인의 빙재를 대상으로 하고 있다는 점에서 주목된다. 뒤에서 살펴보겠지만 원대 이전에도 국가가 빙재의 등급을 정하기는 했으나 이는 일반적으로 지배층의 서열과 예의상의 차이를 나타내기 위한 차원에서 제정된 것으로 서인에 대해서는 크게 관심을 두지 않

^{45)『}元典章』卷18 戶部4,「嫁娶聘財體例」, pp.654~5,"婚姻聘財, 表裏、頭面諸物在內, 幷以元寶鈔爲則.以財畜折充者, 聽. 若和同, 不拘此例. 品官. 一品、二品, 五伯貫. 三 品, 四伯貫. 四品、五品, 三伯貫. 六品、七品, 二伯貫. 八品、九品, 一百二十貫. 庶人. 上戶, 一伯貫. 中戶, 五十貫. 下戶, 二十貫."

^{46) 『}元典章』卷18 戶部4. 「女婿財錢定例」, pp.655~6.

았다. 이와 대조적으로 원의 중앙 정부는 데릴사위를 들이는 경우에 대한 빙재의 多寡까지도 규제하였다. 본래 데릴사위혼은 남자가 본가를 떠나 여자 집에 지냄으로써 부모를 모시지 못할 뿐 아니라 조상에 대한 제사의의무를 다할 수 없기 때문에 과거에 종종 금령이 내려졌던 풍속이었다. 47) 그러나 원 정부는 데릴사위혼이 성행했던 현실을 인정하여 가난으로 인해빙재를 마련하기 어려운 남자의 경우 데릴사위가 되는 것을 허락했고 지원 8년에는 관련 기준까지도 마련한 것이다. 48)

물론 과거에 서인에 대한 빙재 규정이 전혀 없었던 것은 아니다. 일찍이 『隋書』「禮儀志」에는 北齊 시기 빙재에 대해 황자 이하 서인에 이르기까지의 신분에 따라 사용했던 품목과 수가 실려 있다.⁴⁹⁾ 그러나 서인은 9품 아래를 나타내는 범주로서 언급될 뿐이며 이 규정은 사실상 품관을 대상으로 했다. 唐代의 경우 고종 시기에 빙재의 등급을 규정하는 조서가 내려진 바 있지만 이때에도 대상은 귀족 계층이었으며 서인에 대한 언급은 없었다.⁵⁰⁾ 실제로 唐代에 서인이 따라야 할 빙재 규정이 부재했음은 사료를 통해서도 드러난다. 『唐律疏義』에는 빙재를 받았다면 혼인을 약속한 것과 같다는 율문에 대해 "빙재에는 많고 적음의 제한이 없다"고 注가 부가되어 있다.⁵¹⁾

위와 같은 상황은 송대에도 그대로 이어졌다. 빙재에 제한이 없다는 『당률소의』의 율문은 『宋刑統』에도 그대로 실려 있으며,520 『淸明集』에 수록된 한 판결문에서는 비단 1필도 빙재가 될 수 있다는 근거로 이를 인용하고 있어 해당 율문이 남송대에도 유효하였음을 알 수 있다.530 이외에도 북송대의 빙재에 대해 『東京夢華錄』에서 예물의 多寡는 "집안의 형편[豊儉]

⁴⁷⁾ 가와무라 야스시 著, 임대희 譯, 『宋代에 있어서의 養子法』, 서울: 서경문화사, 2005. pp.200~1.

^{48) 『}通制條格』卷3, 「婚姻禮制」, p.140.

^{49) 『}隋書』卷9, 「禮儀四」, p.179.

^{50) 『}通典』卷58,「公侯大夫士婚禮」, p.1653.

^{51)『}唐律疏義』卷13,「許婚女輒悔」, p.254, "注云「娉財無多少之限」, 卽受一尺以上, 幷不得悔."

^{52) 『}宋刑統』卷13, 「婚姻妄冒」, p.213.

^{53) 『}清明集』卷9, 「女家已回定帖而飜悔」, p.347.

에 따른다"고 한 것, 남송대의 경우에는 『夢梁錄』에서 예물의 多寡에 "정해진 법[定法]은 없다"고 한 것 모두 송대 전반에 걸쳐 서인에 대한 빙재규정이 없었다는 사실을 보여준다.54)

원대 이전에 서인의 빙재를 실질적으로 규정했던 시기는 금대가 유일했던 것으로 나타난다. 章宗의 재위기인 明昌 원년(1190) 10월 금 정부는 서인[民庶]의 등급을 상·중·하로 나누고 각각에 대해 빙재의 기준을 두었다.55) 그렇다면 금 정부는 왜 서인에 대해서까지 빙재의 기준을 마련했던 것일까? 그 목적은 같은 해 8월 章宗이 소집한 百官會議를 통해 나타난다. 이때 장종은 宰臣에게 어떻게 하면 백성으로 하여금 末業이 아닌本業에 힘쓰고 儲蓄을 늘릴 수 있을지 물었는데 이에 호부상서 鄧儼이 다음과 같이 말했다.

지금의 풍속은 사치와 낭비를 다투고 있으니 제도를 정립하는 것만 못합니다. 귀천, 上下, 衣冠, 車馬, 室宇, 器用 각각에 차등을 두고, 혼인과 喪葬에 과도한 예를 제한하며 鄉社에서 명목 없는 비용을 추구하지 못하게하여 用度에 절제가 있으면 축적되는 것이 날로 늘어날 것입니다.56)

등엄의 의견은 다른 대신의 공감을 얻었고 이에 황제는 이 문제를 논의하도록 하였다. 두 달여 후 내려진 빙재 기준은 바로 이 논의의 결과인 셈이다. 이를 통해 알 수 있듯이 금대 서인의 빙재 기준은 민간에서 사치를 금하도록 하여 儲蓄을 증가시키기 위한 목적에서 정해진 것이었다.

원 정부가 서인의 빙재 규정을 제정한 목적은 금대의 경우와 달랐다. 쿠 빌라이에 이어 즉위한 테무르는 대덕 8년(1304) 조서를 통해 서인의 빙재 규정에 대한 새로운 규정을 내렸는데 여기서는 제정 배경에 대해서도 언

^{54)『}東京夢華錄』卷5,「娶婦」, p.95;『夢梁錄』卷20,「嫁娶」, p.187.

^{55) 『}金史』卷19,「章宗本紀」, p.216, "制民庶聘財爲三等, 上百貫, 次五十貫, 次二十貫." 이는「嫁娶聘財體例」의 서인에 대한 기준과 동일하며 이를 통해 원 정부에서 금대의 빙재 기준을 따랐다는 것을 알 수 있다. 王曉淸, 『元代社會婚姻形態』, pp.47~8.

^{56) 『}金史』卷97,「鄧儼傳」, p.2150, "今之風俗競爲侈靡, 莫若定立制度, 使貴賤、上下、衣冠、車馬、室宇、器用各有等差, 裁抑婚姻喪葬過度之禮, 罷去鄉社追逐無名之費, 用度有節則蓄積日廣矣."

급하고 있다.

대덕 8년 정월, 삼가 받든 조서 내의 한 조항,

남녀가 (한) 집에 사는 것은 사람의 大倫인데, 최근 방재에 법도가 없어 사치가 나날이 증가하여, 재물이 기울어 파산하거나 성혼[成禮]하지 못하는 경우까지 있다. 심지어는 爭訟이 끊이지 않아 혼인의 때를 놓치게 된다. 몽골인과 색목인은 각기 本俗에 따르고, 품관은 별도로 정하였다. 단민간의 방재는 중서성에 명하여 마땅함에 따라 등급을 정립하게 한다. 남자 집을 기준으로 하되, (방재를) 감하길 원하면 하게 한다. 혼례와 연회는 힘써 절약[하는 쪽]을 따른다.

상호: 금 1량 은 5량 綵段 6表裏 雜用絹 40필 중호: 금 5전 은 4량 綵段 6表裏 雜用絹 30필 하호: 은 3량 綵段 2表裏 雜用絹 15필⁵⁷⁾

(밑줄과 강조는 필자)

밑줄 친 내용에서 보듯이 테무르는 입법의 배경에 대해 빙재에 법도가 없어 민간에서 빙재를 무리하게 요구하여 파산하거나 成婚하지 못하고, 또소송으로 이어지는 일이 발생하기 때문이라고 말하고 있다. 즉, 이 규정은 기본적으로는 빙재를 과도하게 주고받지 못하도록 하기 위해 제정된 것이지만 나아가 소송이 발생하는 문제도 염두에 두고 있는 것이다. 앞서 지원 8년(1271) 처음 빙재 규정을 내렸을 때에는 그 배경에 대해 특별히 언급이 없었지만 제정 취지는 위와 마찬가지였을 것이라 생각된다. 실제로 같은 해 7월 데릴사위 빙재를 제정할 때에는 "定例가 없어 민간에서 빙재를 지나치게 요구하여 혼인이 지체되고 소송을 야기한다"고 하여 유사한 문제 상황을 지적하였다.58)

^{57) 『}通制條格』卷3,「婚姻禮制」, pp.143~4, "大德八年正月, 欽奉詔書內一款:「男女居室, 人之大倫, 近年聘財無法, 奢靡日增, 至有傾資破産, 不能成禮, 甚則爭訟不已, 以致嫁娶失時. 蒙古、色目人各依本俗, 及品官另行定奪. 其民間聘財, 命中書省從宜定立等第, 以 男家爲主, 願減者聽. 親禮筵會, 務從省約. 上戶. 金壹兩, 銀伍兩, 綵段陸表裏, 雜用絹肆拾匹. 中戶. 金伍錢, 銀肆兩, 綵段肆表裏, 雜用絹參拾匹. 下戶. 銀參兩, 綵段貳表裏, 雜用絹拾伍匹」"(밑줄과 강조는 필자)

^{58) 『}元典章』卷18 戶部4,「女婿財錢定例」, p.655, "養老、出舍女婿, 各有定例外, 有財錢

그런데 지원 8년에 빙재 규정을 이미 내렸음에도 대덕 8년에 재차 관련 규정을 내린 이유는 무엇일까? 같은 맥락에서, 테무르는 왜 "최근 빙재에 법도가 없다"고 한 것일까? 이는 지원 8년의 규정이 정부가 제시한 빙재의 '적정 기준'일 뿐이었기 때문이다. "만약 서로 동의한 경우에는 이 例에 구애받지 않는다"는 조항에서도 알 수 있듯이 지원 8년의 규정은 정부의 권고 사항일 뿐 상한은 아니었다.59) 물론 대덕 8년의 규정도 구체적인 처벌 조항이 있는 것은 아니지만, 지원 8년 규정에서와 같은 예외 조항을 삭제하면서 비로소 서인의 빙재 등급에 상한이 생겼다고 할 수 있다.

한편 대덕 8년 규정에서 크게 달라진 또 다른 점은 빙재의 기준이 교초에서 현물로 바뀐 것이다. 지원 8년의 「嫁娶聘財體例」에서 빙재의 양을 교초로 환산하여 정했던 사실은 이미 살펴본 대로이다. 그러나 테무르 시기에 이르면 이미 교초의 가치가 크게 하락했다. 600 또한 원대에 교초의가치 하락은 흔한 일이었기 때문에 새로 규정을 제정하면서 다시 교초를 기준으로 삼는 것은 적절하지 않았고 결국 대덕 8년의 규정에서는 현물을 기준으로 하였다. 이후 빙재 규정에 대해 또 다시 개정이 있었는지는 확실하지 않지만 현물은 가치 변동이 크지 않다는 점을 고려할 때 아마도 대덕 8년의 빙재 규정이 원말까지 유지되었을 것으로 생각된다. 610

다음으로 중매에 대해서도 원 정부는 새로운 규정을 내렸다. 중매와 관련한 최초의 규정은 지원 8년(1271) 7월 데릴사위혼의 빙재를 정하는 과정에서 함께 논의된 것으로, 중서성은 백성들이 중매인을 필요 이상으로 두고 중매인이 수수료를 과도하게 취하고 있다고 지적하며 다음과 같이

爲無定例,往往多餘索要,耽誤引訟,未便."

⁵⁹⁾ 胡祇遹은 지원 8년 빙재 규정이 효력을 상실한 원인으로 "스스로 원하는 경우 들어준다"는 조항으로 인해 법의 강제력이 적었던 것과 화폐가치의 하락을 지적하였다.『雜著』紫山大全集卷22,「革昏田弊榜文」, p.222.

⁶⁰⁾ 쿠빌라이는 남송 전쟁 과정에서 지폐 발행량을 크게 늘렸고, 테무르 역시 즉위 후 諸王・駙馬 등에게 막대한 사여를 내림으로써 국가 재정을 악화시켰다. 그 결과 테무르 재위기에는 지원 연간 초기에 비해 화폐가치가 크게 하락하고 물가가 상승했는데 이에 대한 자세한 내용은 前田直典,『元朝史の研究』,東京:東京大學出版社,1973,pp.107~144; 陳得芝,「元代的鈔法」,『南京大學學報(哲學・人文科學・社會科學)』,1992-4 등을 참고.

^{61) 『}至正條格』의 현전 부분에는 혼인에 관한 條格 부분이 누락되어 있다.

명했다.

앞으로 중매인[媒妁]은 소속 官司·社長·巷長·耆老人 등의 추천에 따라 신실한 부인을 가려 충당하며, 관에서는 명부에 성명을 기록하고, 또한 엄 격히 단속해서 예전처럼 수수료[媒妁錢]를 많이 취하거나 (중매인을) 지나 치게 세우지 못하게 하라. 어기면 치죄한다.62)

위에서 보듯이 중서성은 중매 관행의 폐단을 막기 위해 지방 관사로 하여 금 중매를 선발하여 명부를 작성하도록 했다. 그리고 이처럼 지방 관사의 명부에 올라 관리되었던 중매는 '官媒'라고 불렸다.

물론 이러한 조치로 인해 사적인 중매 행위가 금지된 것은 아니었다. 규정상에 그와 같은 언급은 없으며 실제로도 시장에서 활동하는 중매들의모습이 확인되기 때문이다.⁶³⁾ 또한 정부가 반드시 혼인할 때 관매를 통하도록 요구한 것도 아니었다. 그러나 강제력이 결여되었음에도 불구하고 관매 제도는 지방에서 비교적 정착되었던 것으로 보인다. 예컨대 元曲과 같은 문학 작품에는 배역으로서 관매가 종종 등장할 뿐 아니라 극중의 대사에서도 당시 관매를 통해 혼인하는 것이 일반적이었다고 여길만한 언급이나타난다.⁶⁴⁾

국가가 관리하는 중매를 넓은 의미에서 관매라 한다면 관매를 두었던 것이 원대가 처음은 아니었다. 일찍이 『周禮』에서는 "萬民의 判"을 관장 하는 '媒氏'라는 직을 두었다는 기록이 있으며 이를 일종의 중매로 보는 해석이 있다.⁶⁵⁾ 또한 『管子』에 따르면 춘추 시기 제나라에서 管仲은 '掌

^{62)『}通制條格』卷4,「嫁娶」, pp.176~7, "今後媒妁從合屬官司、社長、巷長、耆老人等, 推舉選保信實婦人充之,官爲籍記姓名,仍嚴切約束,無得似前多取媒妁錢及濫餘設立,違者治罪."『元典章』卷18 戶部4,「女婿財錢定例」, p.656에도 동일 조문이 있다.

⁶³⁾ 王曉清, 『元代社會婚姻形態』, p.30.

⁶⁴⁾ 원곡「桃花女破法嫁周公」에서는 桃花女에게 앙심을 품은 남자가 시장의 매파를 통해 불순한 의도를 가지고 도화녀와 혼인을 하려 할 때 다음과 같은 대사가 이어진다. "別人家聘女求妻,也索是兩家門對,寫婚書要立官媒,下花紅,送羊酒,都選個良辰吉日.大綱來爲正禮當宜. 那裡取這不明白强人婚配."(『元曲選』 己集下,「桃花女破法嫁周公」,p.518). 그밖에 관매가 등장하는 작품에 대해서는 王曉淸,『元代社會婚姻形態』,p.32를 참고.

⁶⁵⁾ 陳鵬, 『中國婚姻史稿』, 北京: 中華書局, 1990, p.318.

媒'를 두어 독신 남녀의 혼인을 주관하게 했다고 전하는데 이 掌媒는 원대의 관매와 어느 정도 비슷한 역할을 수행했다고 볼 여지가 있다.⁶⁶⁾ 다만 이를 끝으로 관매로 볼 수 있는 존재는 북송대에 이르기까지 나타나지 않는다.⁶⁷⁾

북송 시기에는 관매라는 직이 설치되었던 것이 확인된다. 남아 있는 사료는 매우 제한적이지만 적어도 이를 통해 관매는 신종의 신법 이전에 大宗正司에 예속되었던 사실을 알 수 있다.⁶⁸⁾ 大宗正司가 종실의 사무를 담당했던 만큼 관매는 기본적으로 공주의 혼인을 주선하는 것이었다.⁶⁹⁾ 원대의 관매가 민간의 혼인을 중매하기 위해 두어졌던 것과 비교할 때 양자는 모두 '관매'라고 칭해졌으나 맡은 바 임무는 달랐다. 북송대의 관매는 신종의 신법 시기 폐지되었으며 그 이후의 상황에 대해서는 알려진 바가 없다.

원대의 경우처럼 지방 관사 차원에서 관리되었던 관매는 남송대에도 여전히 없었다고 여겨진다. 『청명집』의 판결문 가운데 위법하게 改嫁한 阿 吳라는 여자에 대한 후속조치는 이를 간접적으로 보여준다. 해당 사건을 담당했던 蔡久軒은 아오를 이혼시키되 그가 전남편에게 돌아가기는 어려울 것이라 판단하여 새로 개가하도록 했다. 그런데 이때 관할 현에서 아오를 개가시키는 일은 官牙, 즉 관에 소속된 중개 상인에게 맡겨졌던 것이다. 70) 이처럼 先秦 시기를 예외로 한다면 민간의 혼인을 중매하기 위한 관매는 원대 이전에는 존재하지 않았던 것으로 보인다.

원 정부는 지원 8년 지방 관사로 하여금 관매를 선발하고 관리하도록 한 데 이어 지원 19년(1282)에 재차 중매 관련 규정을 내려 관매의 의무

^{66) 『}管子校注』卷18, 「入國第五十四」, p.1034.

⁶⁷⁾ 陳鵬, 『中國婚姻史稿』, p.318. '중국'지역은 아니지만 『三國志』에 따르면 漢武帝가 交趾에 媒官을 설치하였다는 기록이 있다. 『三國志』卷53, 「薛綜傳」, p.1251.

^{68) 『}續資治通鑑長篇』卷236,「神宗」, pp.5737~8.

⁶⁹⁾ 북송 초에는 재력이 있다면 가문이 한미하더라도 종실의 공주와 혼인하는 경우가 종종 있었던 것으로 보인다. 이 경우 관매가 庶人의 혼인과 관계될 수 있었겠지만 기본적으로 관매의 임무가 공주의 혼인을 중매하는 것임에는 변함이 없었다.『萍州可談』卷1,「富家賂宗室求婚」, p.112.

^{70) 『}清明集』卷9, 「將已嫁之女背後再嫁」, p.343, "名不正, 則言不順, 本縣責付官牙, 再行改嫁, 所斷已當, 此事姑息不得."

를 보다 구체화했다.71) 먼저 지원 8년 규정에서 단순히 관매로 하여금 수수료를 많이 취하지 못하게 하였던 것에 비해 지원 19년의 규정에 이르면 "반드시 聖旨로 정한 빙재에 따라 혼인시키며 중간에서 여분의 財禮‧錢物을 받아낼 수 없고 또한 10분의 1의 수수료[媒錢]를 요구할 수 없다"고 명시했다. 이 가운데 10분의 1의 수수료는 아마도 당시 일반적인 중매 수수료였다고 짐작되는데 이처럼 빙재의 양에 비례해서 수수료를 책정하면 자연스럽게 관매들은 빙재를 높게 잡으려할 것이다. 따라서 해당 조항은이를 방지하기 위한 차원에서 추가되었다고 여겨진다.

한편 "聖旨로 정한 빙재에 따라 혼인시킨다"는 언급에서 보듯이 관매는 정부의 규정에 따른 혼인을 보장하는 존재였다. 비록 지원 19년의 규정에서 혼서에 대한 언급은 없었지만 관매에게 혼서 작성을 감독해야 할 의무가 있었을 것에는 의심의 여지가 없다. 실제로도 『통제조격』에 실린 한 판례에서 중앙 정부는 관매로 하여금 혼서를 쓰고 혼인시키도록 지시했던 것을 확인할 수 있다. 72) 관매가 이처럼 혼서 및 빙재 규정이 시행될 수있도록 하는 역할을 했다면 정부가 관매를 둔 목적도 혼인 소송과 관련이되었을 것으로 예상할 수 있다.

위의 사실은 쿠빌라이의 재위 말기인 지원 29년(1292) 성문법전으로서처음 반포되었던 『至元新格』에서 잘 드러난다. 『지원신격』에는 민간의 소송 문제와 관련하여 다음과 같은 조문이 실려 있다.

民訟의 번다함은 혼인과 田宅으로 인한 것이 가장 심하다. 각처의 관사는 무릇 중매인들로 하여금 성혼시켜서는 안 되는 例를 분명히 알게 하고, 牙人으로 하여금 전택을 매매할 때 위법한 例를 알게 하며 詞狀을 작성하는 이들로 하여금 고소할 수 있는 例와 없는 例를 알게 하라. 또한 법을 어기지 않겠다는 서약서를 받아 이로써 소송을 일으키는 근원을 막아야한다. 73) (밑줄과 강조는 필자)

^{71)『}通制條格』卷4,「嫁娶」, p.171, "今後各處官司, 斟酌居民多寡, 詢問社長人等, 推擧年高信實婦人爲媒, 須要欽依聖旨, 定到聘財求娶, 不得中間多餘索要財禮、錢物, 亦不得拾分中取要壹分媒錢. 如有違犯之人, 諭衆斷決."

^{72) 『}通制條格』卷4, 「嫁娶」, p.172.

^{73) 『}元典章』刑部15,「聽訟」, p.1528, "諸民訟之繁, 婚田爲甚. 其各處官司, 凡媒人, 各使

위에서 보듯이 당시 민사 소송이 발생하는 가장 주요 원인은 田宅과 혼인으로 인한 문제였다. 정부는 혼인 소송과 관련하여 중매의 역할을 중요하게 보았고 이에 각처의 관사로 하여금 중매에게 혼인 관련 규정을 확실히인지시키고 법을 어기지 않겠다는 서약서를 받도록 했던 것이다. 여기서말하는 중매는 그 범위가 다소 불분명하지만 관매를 포함하였음 확실하다. 따라서 정부가 관매를 두었던 주요한 목적 가운데 하나는 인용된 조문의내용 그대로, 규정에 따라 혼인을 성사시켜 소송의 발생을 최대한 억제하는 것이었다고 할 수 있다.

지금까지 원 정부가 지원 8년(1271) 처음 빙재와 중매에 대한 규정을 제정한 이후 대덕 8년(1304)에 이르기까지 그 내용을 정비해나간 단계를 살펴보았다. 그 과정에서 빙재 규정은 사실상 권고 기준이었던 것이 상한 선으로 강화되었고, 관매에 대해서는 점차 구체적인 요구 조건이 추가되었다. 한편 이와 함께 정부의 입장도 점차 분명해졌다. 두 규정 모두 표면적으로는 민간에서 빙재를 무리하게 요구하거나 중매인들이 수수료를 과도하게 취하는 등의 문제가 제정의 이유로 나타다. 그러나 동시에 원 정부가기대했던 바는, 관매를 통해 정해진 기준 내에서 빙재를 교환하고 혼서를 작성하여 성혼시킴으로써 민간에서 분쟁과 소송이 일어나지 않도록 하는 것이었다.

通曉不應成婚之例: 牙人, 使知買賣田宅違法之例: 寫詞狀人, 使知應告, 不應告言之例. <u>仍取管不違甘結文狀, 以塞起訟之源.</u>"(밑줄과 강조는 필자)

Ⅱ. 중앙 정부의 민사 소송 개입과 지방 감찰

이번 장에서는 혼인 계약 관련 규정이 원대에 법제적으로 갖춰질 수 있었던 배경을 살펴본다. 앞서 I 장에서 논의를 통해 원 정부가 혼서, 聘財, 중매에 대한 규정을 제정한 주요 목적 가운데 하나가 혼인 소송을 최소화하기 위해서였다는 점을 확인했다. 과거 왕조들의 경우 민간의 혼례 및 혼인 계약에 대해서 크게 간여하지 않았던 것에 비해 원 정부는 이를 규제하여 혼인 소송을 줄이고자 했던 것이다. 그렇다면 왜 이전 왕조들과 달리원 정부는 그러한 필요성을 느끼게 된 것일까?

위의 의문과 관련하여 먼저 고려해볼 수 있는 것은 원대에 혼인 관련 분쟁이 증가했을 가능성이다. 그러나 앞서 지적한 바 있듯이 혼인 계약으로 인한 소송은 일찍부터 민간에서 자주 발생했다. 심지어 원대와 시기적으로 가장 가까운 송대의 경우, 주지하다시피 '健訟'이라고 불릴 정도로민간에서 소송이 크게 증가했다. 74) 당시 혼인 소송의 비율을 구체적으로알 수는 없지만 民訟의 대부분이 혼인 및 전택과 관련된 것이었다는 점을고려할 때 혼인 소송도 결코 적지 않았을 것이다. 75)

물론 이에 대해 다음과 같은 반론이 제기될 수 있다. 즉, 원대에는 사회적으로 인적 구성이 훨씬 다양해졌고 인구 이동도 많았기 때문에 혼인 관련 분쟁이 전보다 더 복잡해지거나 빈발했으리라는 것이다. 그러나 원 정부가 혼서 작성을 명하게 되었던 최초의 계기는 빙재나 데릴사위의 연한을 둘러싸고 벌어지는 다툼 등 기존과 다를 바 없는 문제였으며 특별히 色目人이나 이주민과 관련된 것은 아니었다.76) 혼인 분쟁은 어느 시기에

⁷⁴⁾ 물론 송대의 健訟은 지역적으로 강서지역에서 두드러지는 현상이었다. 건송에 대한 당대인의 기록에 대해서는 小川快之,『傳統中國の法と秩序: 地域社會の視點から』, 東京: 汲古書院, 2009, pp.11~13을 참고.

⁷⁵⁾ 송대 판어의 대부분이 田宅과 관련되었다는 점은 여러 연구자들이 지적하였다. 靑木 敦,「健訟の地域的イメージ: 11~13世紀江西社會の法文化と人口移動をめぐって」,『社會 經濟史學』65-3, 1999, p.264; 宮崎聖明,『宋代官僚制度の研究』, 札幌: 北海道大學出版會, 2010, pp.17~8; 박구철,「淸明集 戶婚門에서 본 業訴訟: 抵當 訴訟을 중심으로」,『대구사학』73, 2003, pp. 261~2.

⁷⁶⁾ 色目人이란 '여러 종류의 사람들'을 의미하는 '諸色目人'의 준말로 몽골인과 북중국의

나 많았던 것으로 보이며, 특별히 원대 그것이 증가했다고 판단할 수 있을 만한 근거는 없다고 여겨진다.

혼인 소송이라는 문제 상황 자체가 주요 변수가 아니라면 이에 대한 정부의 대응 방식에 주목해볼 필요가 있다. 그리고 이 경우, 원대에는 지배층이 몽골인이었기 때문에 이러한 지배층의 변화가 영향을 주었을 것이라고 예상할 수 있다. 선행연구에서 지적하듯이 당시 정부의 요직은 몽골인과 색목인이 차지하고 있었고 한인의 영향력은 크지 않았다.77) 그러나 중앙 정부에서 혼인 소송을 담당했던 호부나 예부의 관원들 가운데에는 한인이 많았다.78) 또한 지배층의 변화 자체만으로는, 예컨대 여진족의 지배기인 금대에는 왜 혼인 계약 관련 규정이 정비되지 않았는지를 설명할 수없다는 문제가 있다.

결국 지배층의 인적 변화보다 더 중요하다고 생각되는 것은 몽골인의지배가 가져온 사법 행정 체제의 변화이다. 과거에 입법은 일반적으로 중앙 관료들이 특정한 문제 상황과 이에 대한 해결 방안을 황제에게 상주하면 황제가 이를 재가하거나 혹은 대안을 내림으로써 이루어졌다. 즉, 새로운 규정이 생기기 위해서는 중앙 정부의 관료들이 문제를 인식하고 또 그에 대한 입법의 필요성을 느껴야 했다. 그런데 원대에는 민간의 폐단이나분쟁이 중앙으로 보고되는 체계와 이를 중앙에서 처리하는 방식 모두에서중요한 변화가 있었다. 이하에서 그러한 변화가 실제 혼인 계약 관련 규정의 제정과 어떻게 관련이 되었는지 살펴보고자 한다.

한인, 남중국의 남인을 제외한 다양한 집단의 사람들을 칭했다. 김호동, 『몽골제국과 세계사의 탄생』, 파주: 돌베개, 2010, pp.158~163.

⁷⁷⁾ 몽골인의 관점에서 쿠빌라이 정권은 몽골인이 핵심 지배층의 절대 대수를 차지했으며 약간의 색목인이 동참하고 있었다. 김호동, 「쿠빌라라이 카안의 大臣들: 『五支派 (Shu'ab-i panjgāna)』에 수록된 쿠빌라이 카안의 大臣(amīr) 名單 분석」, 『동양사학연구』 125, 2013, pp.232~3.

⁷⁸⁾ 예컨대 至元 2년(1264)부터 7년(1280)경의 호부상서는 馬亨이라는 한인이었던 것으로 나타난다.『元史』卷6,「世祖本紀3」, p.106;『元史』卷163,「馬亨傳」. p.3829. 지원 5년~13년까지(1268~1276) 호부의 장관인 尚書직은 정원이 1명이었다.『元史』卷85,「百官」1, p.2126.

1. 율령의 부재와 소송의 上申 증가

법제적 측면에서 원대는 율령과 같은 포괄적이고 체계적인 법전이 부재했다는 점에서 그 이전 및 이후 시기와 크게 구분된다. 당시 이미 율령을 반포하는 것이 하나의 전통으로 자리잡았고 몽골인들에 앞서 북중국을 지배했던 여진족의 금 정부도 泰和律을 제정했던 것에 비하면 원대의 상황은 상당히 대조적이라 할 수 있다. 몽골제국의 대칸은 과거의 특정 율령을 공식적으로 인정하지도, 자체적인 율령을 제정하지도 않았고, 이에 따라중앙과 지방의 사법 행정도 변할 수밖에 없었다. 혼인 계약 관련 규정이제정되었던 것도 근본적으로는 이러한 변화로부터 비롯되었다.

1260년 쿠빌라이가 몽골제국의 대칸으로 즉위하고 본격적으로 중국을 통치하기 시작한 이래 한인 관료들은 그에게 여러 차례 율령의 필요성을 건의하였다. 이에 쿠빌라이 재위기에 몇 차례 율령 편찬이 시도되었지만 실제 반행으로 이어지지는 못했다. 79) 지원 연간 후기에 편찬된 『至元新格』은 주로 행정 법규로 구성되어 있고 내용도 수천 자에 불과한 것으로 율령에 비할 바가 아니었다. 80) 이러한 상황은 쿠빌라이 이후의 대칸들의 경우도 마찬가지여서 원말까지 율령 제정에 대한 요구는 지속적으로 제기되었지만 결실을 본 것은 없었다.

그러나 대칸이 내린 칙령 가운데 법으로 삼을 만한 것과 특정 사안들에 대해 중앙 정부가 제시한 斷例, 즉 판결례는 존재했다. 몽골인 통치자는 이를 축적시켜 나간다면 율령 없이도 사법적 문제에 대응할 수 있을 것이라고 보았다. 이후 비슷한 사안이 발생할 경우 선례에 따라 처리하면 되기때문이다. 원 정부가 이러한 사법적 방침을 취하면서 지방에서 발생한 문제 가운데 선례가 없거나 해결이 어려운 사안은 중앙으로 상신되었고, 중

⁷⁹⁾ 원대 법전 편찬의 역사에 대해서는 여러 연구들이 존재한다. 대표적으로 몇 가지만 소개하면 다음과 같다. 고병익,「元代의 法制: 蒙古慣習法과 中國法과의 相關性」,『역사학보』3, 1952; 이개석,「元朝中期 法典編纂 研究와『至正條格』의 發見」,『東洋史學研究』83, 2003; Paul Heng-chao Ch'en, *Chinese Legal Tradition under the Mongols: the Code of 1291 as Reconstructed*, Princeton, N.J: Princeton University Press, 1979.

⁸⁰⁾ 조원, 「대원제국의 법제와 고려의 수용 양상」, 『이화사학연구』 54, 2017, pp.147~51.

앙 정부는 직접 심리하여 판결을 내린 후 이를 전국의 有司에 하달하여 참고하도록 했다.

구체적으로 지방에서 안건이 상신된 이후의 행정 절차를 살펴보면 다음과 같다. 행성이 관할하는 路의 경우 총관부가 해결을 의뢰하는 사안을 행성으로 올리면 행성은 이를 중서성으로 보냈다. 그러면 중서성에서는 접수한 소송을 사안의 성격에 따라 六部로 보내 심의하도록 하였다. 만약 해당 路가 중서성의 직할 지역이라면 행성을 거치지 않고 곧바로 육부에 상신할 수 있었다.⁸¹⁾ 각 部의 관원들은 맡은 사안을 면밀히 심의하였는데, 상신된 안건에는 지방 관아의 의견이 첨부되어 있었기 때문에 그것의 타당성을 따졌고 이와 함께 과거의 유사한 사례를 모두 검토하여 결론을 내렸다. 이는 대체로 중서성의 비준을 받아 시행되었으며 대칸에게 상주되어비준을 받는 경우도 있었다.

위와 같은 원대의 행정 체계가 이전과 어떻게 달랐는지 이해하기 위해 '同姓婚 금지법'을 사례로 하여 비교하면 다음과 같다. 과거 중국에서 同姓인 사람끼리의 혼인을 법적으로 금하였음은 주지의 사실이다. 대표적으로 唐律에서는 "무릇 同姓끼리 혼인한 자는 각각 徒刑 2년에 처한다. 緦麻親 이상일 때에는 姦罪로 논한다"고 규정하였다.82) 이는 송대의 율령에도 그대로 인용되고 있으며, 따라서 당·송대 지방의 사법관들은 관할 내에서 同姓인데도 혼인한 경우가 있다면 이 율문에 따라 판결할 수 있었다.83)

그러나 원대 지방관의 경우 同姓婚 사례가 발생했을 때, 아직 이에 대한 대칸의 칙령이나 판결례가 없었다면 해당 안건을 중앙 정부로 상신해야 했다. 지원 25년(1288) 실제로 상서성에 상신된 同姓婚 사안은 아래와같다.

지원 25년 10월 16일, 상서성이 상주한 사안 가운데 한 건: 요양행성에서 문서를 보내왔습니다:

⁸¹⁾ Bettin Birge, Marriage and the Law, p.51.

^{82) 『}唐律疏義』卷14 戶婚, p.262, "諸同姓爲婚者, 各徒二年. 緦麻以上, 以姦罪論."

^{83) 『}宋刑統』卷14 戶婚律, p.218.

義州의 劉義라는 小名의 한 여자아이에게 성이 劉씨인 사람을 들여 養老 데릴사위로 삼고 10년을 살아 두 아이를 낳았습니다. 지금 同 姓인 사람이 부부가 되는 법[體例]은 없습니다.

라고 말하니, 예부의 관인들이 논의[定奪]한 결과:

양의 해(1271) 聖旨에 "정월 이전 부부가 된 자들은 그대로 두어라. 정월 이후 부부가 된 자들은 성지의 규정[體例]에 따라 마땅히이혼한다"고 하셨습니다.

만약 부부가 불화하여 서로 다퉈서 '同姓'이라고 핑계 대며 쫓아낸 것이라면, 그처럼 同姓끼리 부부가 된 자들에게 이혼을 허락하지 않도록하는 것이 어떻겠습니까? 奏하니 "이 말 일찍이 잊지 않았다. 이전에부부가 된 자들은 이혼하게 하지 마라. 금후 同姓끼리 부부가 된 자들은 금지하게 하라. 금지하지 않으면 回回인들의 법[體例]과 비슷할 것이다"라고 聖旨가 있었다. 欽此.84)

위에서 보듯이 요양행성은 의주에서 同姓婚 사례가 보고되었는데 이에 대한 규정이 없음을 지적하며 상서성에 해결을 의뢰했다. 원대에 최고 중앙 기관은 일반적으로 중서성이었지만 상서성이 설치되어 최고 관부로 존재했던 시기가 있는데 지원 25년은 이에 해당했다. 85) 상서성은 이 문제를예부에 보내 검토하도록 했다. 그런데 예부 관원들은 이미 양의 해, 즉1271년에 내려진 성지에서 同姓婚을 금지하였다고 보고했다. 요양행성에서 이 성지를 알지 못했던 이유는 추측컨대 요양행성이 공식적으로 지원24년(1287)에 처음 설치되었기 때문에 당시에는 관련 자료가 미비했던 것

^{84)『}元典章』卷18 戶部4,「同姓不得爲婚」, p.663, "至元二十五年十月十六日,尚書省奏過事内一件: 遼陽行省與將文書來:「義州一箇劉義小名的人的女孩兒根底, 姓劉的人根底,招到做養老女婿, 住了十年, 生了兩箇孩兒. 如今, 同姓的人做夫妻的體例無.」麼道, 說將來呵, 禮部官人每定奪得:「羊兒年聖旨裏:正月以前爲妻夫的每根底, 依舊者;正月以後爲妻夫的每根底, 依著聖旨體例裏, 合聽離.」道有. 若妻夫不和, 廝打呵,「同姓」, 麼道,推托出去有. 那般同姓爲妻夫的每根底, 不教聽離呵, 怎生? 麼道, 奏呵,「這言語不曾忘了, 在先做了妻夫的每根底, 休教聽離:從今後, 同姓爲妻夫的每, 教禁約者. 不禁約呵,似回回家體例有.」麼道, 聖旨了也. 欽此."『통제조격』에도 동일 조문이 있다(『通制條格』卷3, p.146).

⁸⁵⁾ 지원 24년(1287)부터 27년(1290)까지 3년간은 상서성이 설치되어 호부가 이에 귀속되었다. 원대 상서성의 치폐 및 그 독특한 운영에 대해서는 권용철, 『원대 중후기 정치사연구』, 서울: 온샘, 2019, pp.72~90을 참고.

으로 보인다.86)

한편 이 안건은, 비록 문서가 생략되어 구체적인 사정은 잘 드러나지 않지만 이혼 문제와 관련이 되었던 듯하다. 상서성 관원이 이미 同姓으로서혼인한 부부가 이혼하고자 하여 그 핑계로 同姓임을 내세운다면 이혼을 허락하지 말도록 할 것을 건의하고 있는 모습을 통해 이를 알 수 있다. 결과적으로 쿠빌라이의 재가를 통해 同姓婚에 대한 금지가 재확인되었고 또한 이미 부부가 된 경우 同姓이라는 이유로 이혼하지 못하도록 하는 규정이 확립되었다. 원대에 선례가 없거나 해결이 어려운 사안은 이와 같이 처리되었다.

그런데 이처럼 중앙 정부가 혼인 소송을 비롯한 민사 사안을 직접 심리하는 것은 과거의 행정 관행과는 대조적이었다고 할 수 있다. 물론 원대이전의 경우 자료의 한계로 인해 중앙에서 혼인 소송과 같은 민사적 사안을 구체적으로 어떻게 처리했는지 파악하기에 어려움이 있다. 그러나 송대의 경우를 통해서 어느 정도 경향성은 확인이 가능하다. 송대는 중국의 왕조 가운데서도 어느 때보다 국가가 법에 대한 관심이 높았고 관리들의 법교육에 대해서도 많은 노력을 기울였다고 평가된다.87) 그러나 이러한 송대에도 중앙의 관료들은 민사 소송을 기피하였으며 실제로도 이를 직접심리하지 않았던 경향이 나타난다.

민사 소송은 기본적으로 관할 현에서 접수하고 처리했지만 당사자가 판결에 불복하여 上訴할 경우 상급 기관을 거쳐 중앙에 이를 수 있었다. 송대의 경우 혼인과 전택 문제를 관장한 중앙 관청은 상서성의 호부였다. 그런데 호부는 소송 사안이 접수되면 대체로 이를 직접 심리하기보다 다른 路의 監司에 移送하여 판결하도록 했던 것으로 나타난다.⁸⁸⁾ 慶元 6년 (1200) 중서문하성에서 호부의 이러한 관행으로 인해 많은 소송이 지방에계류 중임을 상주하였고 이에 영종이 호부에 대하여 民訟을 직접 심리하

^{86) 『}元史』卷59, 「地理」2, p. 1395. 물론 지원 24년 요양행성 설치 이전에도 해당 지역을 지배하기 위해 설치된 기구들은 있었다. 이에 대해서는 다음을 참고. 최윤정, 「원대요양행성 宰相考」, 『대구사학』116, 2014, pp.244~259.

⁸⁷⁾ 박영철, 「근세중국의 법치주의와 그 향방: 宋元시대를 중심으로」, 『중국사연구』 135, 2021, p.87.

^{88) 『}宋會要輯稿』第167冊 刑法3,「訴訟」, p.6593.

도록 명한 바가 있지만,⁸⁹⁾ 이후로도 여전히 호부는 많은 소송 안건을 지 방으로 이송하고 있는 모습을 확인할 수 있다.⁹⁰⁾

중앙에 설치된 대표적인 사법기관이었던 大理寺와 審刑院, 그리고 刑部는 人命과 관련된 사안을 주로 다루었다. 간혹 이들 아문에 민사 소송이접수되는 경우도 있었으나 이에 대해서는 해당 아문의 관원들이 불만을 표했다. 91) "무릇 소송에는 주현과 監司에서 처리해야 할 것이 있고 省部와 朝廷에서 처리해야 하는 것이 있다"고 하는 한 형부 관원의 말에서 지방과 중앙의 역할에 대한 당시 관료들의 인식을 엿볼 수 있다. 92) 송 황제의 경우에도 사형 안건은 직접 보고를 받아 집행 여부를 결정을 했지만 민사 소송을 보고 받지는 않았다. 93)

송대에 민사 소송이란 기본적으로 지방에서 처리되어야 하는 것이었고 지방관에게 그만큼의 권리를 충분히 인정했다. 정부가 杖罪 이하는 현에서, 徒罪 이하는 주에서 전결할 수 있는 권한을 부여했기 때문에 사실상 혼인 관련 소송은 지방 차원에서 해결이 가능했다.94) 그리고 지방관들은 관할 내에서 발생하거나 상소로 접수된 혼인 소송에 대해 폭넓은 재량권을 가지고 판결을 내렸다. 일반적으로 송대에는 민사 재판에서도 이전보다법에 근거한 판결이 내려졌다고 알려져 있지만,95) 『淸明集』에 실린 사례들을 보면 지방관은 혼인과 관련된 소송일 경우에 법에 구애받지 않고 人情을 고려하여 문제를 해결하였음을 확인할 수 있다.96)

^{89)『}宋會要輯稿』第167冊 刑法3,「訴訟」, p.6596.

⁹⁰⁾ 영종의 재위기인 嘉定 6년(1213)의 상황이다. 같은 곳, p.6598.

^{91)『}宋會要輯稿』第60冊 職官3,「登聞院」, p.2434.

^{92)『}宋會要輯稿』第167冊 刑法3,「訴訟」, p.6594, "刑部侍郎王秬言:「…夫訟有當決于州縣、監司者. 有當決于省部、朝廷者. 州縣頑民狃于健訟, 例皆投牒省部, 紊煩朝廷. …」從之."

⁹³⁾ Bettin Birge, Marriage and the Law, p.49, n.20.

^{94) 『}宋會要輯稿』第167冊 刑法3, 「訴訟」, p.6583.

⁹⁵⁾ 당시 소송의 방법과 기술을 전문적으로 가르치는 訟學이 성행했던 사실이 이를 방증한 다고 할 수 있는데, 민간에서 법률을 공부했다는 것은 소송의 대부분을 차지하는 민사 재판에서도 법이 중요했다는 것을 의미하기 때문이다. 靑木敦,『宋代民事法の世界』, 東京: 慶應義塾大學出版會, 2014, p.15.

⁹⁶⁾ 구체적인 사례는 다음 연구에 잘 소개되어 있다. 최해별,「南宋 시기 婚姻節次의 법적 효력: 혼인관계의 증명 및 혼약'翻悔'의 판결을 중심으로」,『이화사학연구』43, 2011,

물론 이것이 송대나 그 이전 시기에 중앙 정부가 혼인 소송을 심리하지 않았다는 의미는 아니다. 그러나 원대에는 중앙에서 민사 소송의 심리가 상시적으로 이루어졌고 특히 사소한 민간의 소송들까지도 중앙에서 다루 었다는 점에서 차이가 있었다. 예컨대 정혼한 후 11년이 지나도록 남자집에서 성혼시키지 않을 경우 여자를 개가시켜도 좋을지,97) 또는 정혼한 남녀가 성혼 전에 서로 사통한 경우에 대한 어떻게 처리해야 할지와98) 같은 문제들이 지방에서 해결되지 못한 채 중앙으로 상신되어 중앙에서 논의되었고 그 결과는 중서성 및 대칸의 재가를 받아 시행되었다. 이처럼 과거에는 지방 차원에서 해결되었을 많은 문제가 원대에는 중앙 정부에서 논의되었다고 할 수 있다.

그런데 다른 한편으로 과연 이러한 방식이 실제로 가능했을지 의문이생길 수 있다. 율령이 부재한 상태에서 처음부터 이처럼 개별 사안에 대응한다면 지방의 소송이 모두 중앙으로 올라와 행정이 마비되었을 것이기때문이다. 이러한 문제를 방지하기 위해 판결례가 유의미한 정도로 쌓이기전까지 지방에서 과거 왕조의 율령을 참고할 수 있도록 인정한 조치는 필연적이었다. 쿠빌라이의 집권 초기에 제한적으로 舊例의 사용을 인정한 중앙 정부의 입장은 『원전장』에 실린 지원 5년(1268) 중서성과 사천행성 간의 咨文을 통해 확인할 수 있다.99)

해당 자문에서 사천행성은 선례가 없는 사안에 대해서 그 해결을 중서성에 의뢰해도 될지 문의하였다. 이에 대해 중서성은 답하기를, "기존에상이 하는 법이 있는지 상세히 살피고 고금을 참작하여 죄명을 擬定하며만약 重刑이라면 結案을 咨文하고 輕囚는 정황을 헤아려 처리"하도록 했다. 즉, 중서성은 사안이 가벼운 경우 사실상 이전의 율령에 의거한 재량적인 처결을 인정했던 것이다. 『元史』「刑法志」에서 "元初에 준수해야 할법이 없어 관리들이 소송을 판결할 때 금대의 태화율[金律]을 循用했다"고한 것도 이러한 맥락에서 이해할 수 있다. 100)

pp.312~321.

^{97) 『}元典章』卷18 戶部4, 「定妻不娶改嫁」, pp.657~8.

⁹⁸⁾ 같은 곳, 「定婚奸逃已婚爲定」, p.662.

^{99) 『}元典章』卷4 朝綱,「體例酌古准今」, p.278.

위와 같은 중앙 정부의 입장은 지원 8년(1271) 11월 쿠빌라이가 공식적으로 태화율의 사용을 금지할 때까지 유지되었다. 101) 그러나 지방의 사법관에게 일정 정도의 사법적 재량권을 부여하였음에도 불구하고 여전히 많은 소송 안건들이 미결 상태로 중앙 정부에 보고되었던 것으로 나타난다. 지원 연간 초기에 혼인 관련 소송의 주무부서는 송대와 마찬가지로 호부였는데, 지원 10년(1273) 6월 호부에서 다음과 같은 符文을 有司에 내렸음이 확인된다. 102)

지금 여러 路에서 审한 것은 단지 府・州・司・縣의 공문[文解]을 올린 것이며 그저 本部(호부)의 처결을 들으려고만 한다. …… [중략] …… 또한 (호)부에 와서 告狀하는 사람 가운데 事理가 아주 명백한데 왕왕 칭하기를 本路에서 이치에 따라 판결하려고 하지 않는다고 하니 왕복하는 수고를 하게 한다. 이는 判署 관리가 마음을 다하지 않아 상하로 문서행정을 번 거롭게 하고 일을 지체시키는 것이니 朝廷이 선임한 뜻에 부합하지 않는다. 금후 반드시 申覆해야 하는 것은 마땅히 勘會를 완비하고 擬定한 바에 따라 상신하라. 그 나머지 사무는 모두 각 路에서 條에 따라 처결하는 것을 허락한다. 만약 擬한 바가 완전하지 않아 申이 부당하다면 반드시 判署 관리를 例에 따라 처벌할 것이다.103)

^{100) 『}元史』卷102 「刑法」2, p.2603, "元興, 其初未有法守, 百司斷理獄訟, 循用金律, 頗 傷嚴刻."

^{101) 『}元史』卷7「世祖本紀」4, p.138. 『元史』에서 쿠빌라이가 태화율의 사용을 금한 구체적인 이유는 나타나지 않는다. 다만 태화율의 규정이 가혹하고 번잡했다고 하는 언급이 있을 뿐이다. 그러나 쿠빌라이가 태화율 사용을 금지함과 동시에 '大元'이라는 국호를 반포하였음을 고려할 때 이 조치에는 정치적 의도도 있었을 것이라 여겨진다. 태화율 폐지의 배경에 대한 다양한 해석에 대해서는 다음을 참고. Bettin Birge. "Law of the Liao, Jin, and Yuan, and its Impact on the Chinese Legal Tradition," in 『中國史新論: 法律史分冊』,柳立言 主編,臺北:中央研究院,2008,pp.466~7.

¹⁰²⁾ 원대 공문서 가운데 符文은 六部가 하급 기관에 내리는 문서를 가리킨다. Bettin Birge, *Marriage and the Law*, p.95, n.32.

^{103) 『}元典章』卷4 朝綱,「侬例處決詞訟」, p.278, "今隨路所申, 止是備據府州司縣文解, 一聽本部裁決. …… 及諸赴部告狀人等, 其中事理至甚明白, 往往稱說本路不肯依理歸斷, 致令往復生受. 茲蓋判署官吏不爲用心, 以致上下文煩, 事因稽緩, 不副朝廷選任之意. 今後, 凡事其有關礙上司, 必合申覆者, 須要勘會完備, 照依擬定申呈. 其餘事務, 幷聽各路依條處決. 其或所擬不完, 所申不當, 定將判署官吏依例責罰施行."

위의 符文에서 호부는 각 路에서 소송 안건을 처리하는 데 힘쓰지 않아 有司에서 올라온 공문을 그대로 다시 중앙으로 올려보내거나 사안이 분명 한 소송도 제대로 처리하지 않아 백성이 호부까지 이르게 하는 상황에 대 해 질책하고 있다. 특히 총관부의 관리들이 그저 호부의 판결을 들으려고 만 한다는 언급은 당시 지방의 사법관들이 중앙의 판단에 의존하고 있던 현실을 잘 보여주는 듯하다. 결국 호부는 이후 중앙으로 안건을 상신할 때 에 조사한 내용과 함께 路급에서 擬定한 내용을 반드시 첨부하도록 명함 으로써 함부로 上申하는 폐단을 막고자 하였다.

이상과 같은 원대의 사법 행정 체계를 고려하면 민간에서 소송이 빈번 하게 발생할수록 중앙의 관료들이 이에 따른 업무의 부담을 느꼈을 것은 추측하기 어렵지 않다. 실제로 지원 연간 초기 호부는 六部 가운데서도 工部와 더불어 업무가 가장 번다했던 것으로 나타난다. 104) 혼인 시 문서 로 약속할 것을 요구했던 지원 6년(1269)의 규정으로 다시 돌아가 보면, 호부가 입법의 필요성에 대해 중서성에 다음과 같이 보고했음을 확인할 수 있다.

인륜의 道를 살펴보건대, 남녀의 혼인은 大事입니다. 각처에서 현재 시행하고 있는 예절[禮數]은 방식[事體]이 하나가 아니어서, 혼서[婚書文約]를 쓰는 경우도 있고, 또 의논한 빙재를 혼서로 쓰지 않고 단지 중매에 기대어 혼인하는 경우가 있습니다. 이미 (빙재나 데릴사위 연한 등을) 정한 후라도 조금이라도 서로 어긋나는 것이 있으면, 신랑 집에서 혼서가 없다는 것 때문에, 고의로 본디 의논한 것을 어기고 멋대로 재물과 돈을 더하거나 줄이기도 하고, 혹은 데릴사위의 양로·출사를 가지고 연한을 다투어소송이 관에 이르기도 합니다. 그 사이 媒證人 등은 정에 이끌려 편향되기도 하여, 구두 진술에 의지한 결과 詞訟이 끊이지 않게 되니, 심히 불편합니다. 105) (밑줄과 강조는 필자)

^{104) 『}烏臺筆補』卷89, 「論六部職掌繁簡事狀」, p.285.

^{105) 『}元典章』 巻18 戸部4,「嫁娶寫立婚書」, p.654, "契勘人倫之道, 男女婚姻爲大. 據各處見行禮數, 事(深)[體]不一. 有立婚書文約者. 亦有不立元議[聘財]婚書, 止憑媒妁爲婚[者]. 已定之後, 少有相違, 男家爲無婚書, 故違元議, 妄行增減財錢, 或女婿養老、出舍, 爭差年限, 訴訟到官. 其間[媒證人等]徇情(及媒妁人等)偏向, 止憑在口詞因, 以致詞訟不絶, 深爲未便."(밑줄과 강조는 필자)

호부는 혼서가 없을 경우 구두진술에 의존할 수밖에 없고 그 결과 사송이 끊이지 않게 되어 "심히 불편"하다고 호소했던 것이다. 물론 이는 지방 관부의 보고를 호부가 다시 중서성에 상신했다고도 볼 수 있지만 그렇다 하더라도 호부가 위와 같은 문제에 공감하고 있었음은 분명하다. 따라서 호부는 분쟁의 발생을 최소화하고 소송이 발생했을 경우 판결의 편의를 위해 혼서를 쓰도록 하는 규정을 중서성에 건의하게 된 것이다.

위와 같은 호부의 대응이 비단 혼인 소송에 국한되지는 않았다. 앞서 언급하였듯이 원대 민사 소송에서 혼인과 함께 가장 큰 비중을 차지했던 것은 田宅과 관련된 문제였다. 전택 典賣 계약서에 대한 최초의 규정은 지원 7년(1270) 11월 제정되었는데, 이때에도 호부의 관원들은 중서성에 입법을 건의하면서 혼서 규정의 경우와 동일한 문제 상황을 지적하였고 해결책도 유사했다. 그 전문을 인용하면 아래와 같다.

살펴본 결과 지금 전택을 典賣하는 사람들 중 많은 이들이 稅錢을 출납하는 것을 두려워하여 買主와 賣主가 날조하는 일이 많습니다. 例에 따라계약서를 쓰려고 하지 않고 그저 돈을 빌린 것을 명목으로 房院을 저당잡습니다. 이처럼 모호하게 계약서를 써서 왕왕 다투어 관에 소송하고, 판결하기가 쉽지 않으니 심히 불편합니다. 이에 함께 의논한 결과, 이전에 이미 이루어진 거래에 대해서는 따지지[定奪] 않는 것 외에 지원 7년 11월부터 전택을 典賣할 때 例에 따라 親隣, 牙人, 保人 등으로 하여금 계약서를 세우고 서명하여 거래하게 하며 관[務]에 세금을 납부하도록 합니다. 그밖에 房院을 세놓는 것에 대해서는 또한 반드시 房狀을 세워야 하며 전과 같이 모호하게 계약서를 쓸 수 없습니다. 이와 같이 시행하여 일체 급하도록 하는 것이 어떻겠습니까?106) (밑줄과 강조는 필자)

본래 토지 계약은 관[務]에 세금을 내고 공증을 받아야 했는데 당시 일

^{106) 『}元典章』巻19 戸部5,「質壓田宅依例立契」, p.715, "照得即目多有典賣田宅之家, 為恐出納稅錢, 買主、賣主通行捏合, 不肯依例寫契, 止以借錢爲名, 卻將房院質壓, 如此朦朧書寫, 往往爭訟到官, 難便歸結, 深爲未便. 爲此公議得, 除在先已成交易者, 不須定奪外, 據自至元七年十一月爲始, 凡有典賣田宅, 依例令親隣、牙保人等立契畫字成交, 赴務投稅. 外據出賃房院, 亦須明立房狀, 不得似前朦朧寫立文契, 合無行下隨路, 一體禁約施行."(밑줄과 강조는 필자)

부 백성들은 세금 납부를 기피하여 사적으로 계약서를 쓰고 거래했다. 문제는 백성들이 관아를 거치지 않고 사적으로 거래할 경우 종종 정해진 형식을 갖추지 않고 계약서를 작성하기 때문에 이후 소송이 발생하고 또 해결하기가 어려웠다는 것이다. 호부는 이에 크게 불편을 느꼈고 결국 상서성에 呈文을 올려 건의하기를, 앞으로 전택을 典賣할 때에는 반드시 親隣, 牙人, 保人 등이 서명하여 계약서를 쓰고 관에 세금을 납부하여 공증을 받도록 해야 한다고 하였고 이는 비준을 받아 시행되었다.

결국 원대 율령의 부재와 이를 대신하여 단행법과 판결례를 누적시켜 대응한다는 정부의 방침은 중앙에서 여러 민사 소송까지도 직접 심리하는 사법 행정 체제로 귀결되었다. 그리고 이러한 체제 속에서 중앙 관료들은 민간에서 소송이 발생하는 것을 줄여야 할 필요를 느꼈다. 모든 소송이 중앙으로 상신되지는 것은 아닐지라도 민간에서 일어나는 소송이 많을수록 상신되는 소송이 역시 많을 가능성이 높기 때문이다. 이때 주무관이었던 호부의 관원들이 주목한 것은 증빙 문서였고, 혼인의 경우 이들의 건의를 계기로 지원 6년(1269) 규정이 마련되어 반드시 혼서를 쓰고 혼인하도록하게 된 것이다.

이상의 내용을 통해 지원 6년 혼서 규정이 제정된 배경에 대해서 살펴 보았다. 그러나 여전히 몇 가지 의문이 남는다. 重刑이 아닌 경우 지방에 서 古今을 참작하여 처결하는 것을 허용했음에도 왜 많은 민사 소송이 계 속해서 중앙으로 상신되었는가? 지원 6년 이후 대덕 10년(1306)에 혼인 계약서를 작성하도록 한 배경은 무엇인가? 혼서 이외에 빙재, 중매의 경 우에는 규정이 정비된 배경을 어떻게 설명할 수 있는가? 이러한 질문에 답하기 위해서는 중앙뿐만 아니라 지방의 상황을 함께 고려해야 할 필요 가 있다.

2. 어사대 조직의 확대와 감찰 관원의 활동

원대 지방 통치 체제와 관련하여 주목되는 변화 중 하나는 감찰 기구인 어사대의 조직이 대폭 확대되었다는 점이다. 쿠빌라이는 지원 5년(1268) 7월 高智耀와 張雄飛 등의 건의를 받아들여 중앙에 어사대를 설치했다. 107) 그리고 반년 후인 이듬해(1269) 정월에는 지방 감찰기구로서 提刑按察司 (지원 29년 肅政廉訪司로 개칭)를 山東東西道 등 4도에 세워 지방 행정에 대한 감찰 체계를 갖추었다. 이후 제형안찰사는 지속적으로 증설되었고 특히 남송 정벌 이후에 그 수가 급격히 늘었다. 이에 따라 중앙 어사대의 업무를 분담하기 위해 출장 기관으로서 강남행어사대와 섬서행어사대가 차례로 설치되었다. 제도가 확립되었을 무렵 전국에는 22개의 숙정염방사가존재하였고 이는 중앙의 內臺, 섬서의 西臺, 강남의 南臺의 통제를 받았다. 이러한 방대한 감찰망은 이미 여러 연구에서 지적되었듯이 중국 역사에서 전무한 것이었다. 108)

어사대 조직의 확대는 지방에 대한 감찰이 강화되었음을 의미했다. 원대이전의 경우 지방에 대한 감찰은 대체로 임시적으로 이루어졌고 그러한임무를 맡은 인원도 소수였다. 일례로 지방 감찰을 목적으로 중앙에서 주현으로 파견하는 御史의 경우 당대와 송대에는 각각 6명, 15명의 감찰어사 가운데일부를 선발하여 보냈다. 이에 비해 원대에는 內臺, 西臺, 南臺에서 총 80명의 감찰어사가 매년 정기적으로 주현을 巡按했다. 또한 과거에는 지방에 상설 감찰기구가 항상 설치되었던 것도 아니었다. 그나마 漢

¹⁰⁷⁾ 이하 원대 어사대 조직의 설치 및 확대 과정은 丹羽友三郎,『中國元代の監察官制』, 東京: 高文堂出版社, 1994에서 고증한 바를 주로 따랐다. 한편 어사대를 정식으로 설치하기 전에도 초보적인 감찰 기능은 존재했던 것으로 보인다. 이에 관해서는 劉曉.「大蒙古國與元朝初年的廉訪使」,『元史論叢』8, 2001을 참고.

¹⁰⁸⁾ 대표적으로 다음의 연구들이 있다. 丹羽友三郎, 『中國元代の監察官制』, p.4: 洪金富, 「元代監察制度的特色」, 『成功大學歷史學報』 2, 1975 p.228; 李治安, 『元代政治制度研究』, 北京: 人民出版社, 2003, pp.280~1, 351~2. 이밖에 Charles Hucker, "The Yuan Contribution to Censorial History" in 『慶祝董作實先生六十五歲論文集』, 中央研究院歷史語言研究所集刊外編, 臺灣: 中央研究院歷史語言研究所, 1960, p.219와 郝時遠, 「元代監察制度概述」, 『元史論叢』 3, 1986, p.86에서도 원대 감찰제도가 상당한 정도로 완비되었음을 지적했다.

代의 刺史는 13部에 상설 치소가 있었다고 하지만 원대에 22道 안찰사가 두어진 것과는 큰 차이가 있다.¹⁰⁹⁾

안찰사가 지방 행정을 감찰하는 대표적인 방법 가운데 하나가 照刷, 즉 문서를 조사하는 것이었다. 과거 감찰관의 조쇄 대상이 주로 중앙 기구의 문서였던 것에 비해 쿠빌라이는 어사대를 설립하던 지원 5년(1268) 「設立憲臺格例」를 내리면서 감찰관원들로 하여금 百司의 문서를 조쇄하도록 했다.110) 이에 따라 군사 기밀과 관련된 일부의 예외를 제외하면 중앙의 중서성부터 말단의 현에 이르기까지 모든 관청의 문서가 조쇄 대상이 되었다. 제형안찰사는 규정에 따라 관할 지역의 총관부 이하 정부 기구에 매년두 차례 出巡하여 案牘을 조쇄하였으며 만약 부정이 드러나면 笞責 혹은 罰俸의 방식으로 관리를 처벌할 수 있었다.111)

한편 안찰사의 관원들은 단순히 지방 관리를 감찰하는 것뿐 아니라 민생을 돌보는 임무도 맡았다. 제형안찰사가 설치된 후 그 구체적인 직무를명시한 「察司體察等例」가 지원 6년(1269) 2월 내려졌는데 이에 따르면 안찰사의 관원은 백성의 疾苦를 묻고 풍속을 肅正해야 했으며 그밖에도 권농, 진휼, 興學 등의 임무가 부여되어 사실상 민정과 관련하여 다루지 않은 것이 없었다. 소송의 경우에도 먼저 소속된 관부에서 접수하되 차례로 상소하여도 부당하다고 생각할 경우 제형안찰사에 陳訴할 수 있었다. 112)이러한 점에서 안찰사의 관원은 사실상 지방관의 역할을 대신하는 측면이 있었다.

이처럼 어사대 조직이 확대되어 지방에 대한 감찰 관원들의 정기적인 巡按이 이루어짐으로써 민간에서 발생하는 문제가 크게 두 가지 방식을 통해 중앙으로 보고되었다. 첫 번째는 지방 행정 문서에 대한 조쇄가 시행 되자 지방관들이 관할 내의 소송 사안들을 상급기관에 상신하여 의뢰하는

¹⁰⁹⁾ 이상의 비교는 洪金富,「元代監察制度的特色」, pp.228~9를 참조. 한편 李治安이 지적하였듯이 漢代의 자사는 숙정염방사(제형안찰사)에 비해 감찰 대상이나 내용도 제한적이었다(李治安,『元代政治制度研究』, p.351).

^{110) 『}元典章』卷5 臺綱1,「設立憲臺格例」, pp.282~3.

¹¹¹⁾ 감찰관원의 조쇄에 대해서는 洪金富, 「元代監察制度的特色」, pp.240~3와 李治安, 『元代政治制度研究』, pp.309~17을 참고.

^{112) 『}元典章』卷6 臺綱2,「察司體察等例」, pp.292~4.

사례가 증가한 것이다. 그리고 이러한 상신이 거듭되어 결국 혼인을 비롯한 민간의 소송이 중앙 정부에 이르게 되었다. 두 번째는 감찰관원들이 문제 상황을 어사대에 보고하거나 혹은 대칸에게 상주하는 것이었다. 말단의현에서 중앙 정부까지 有司 계통으로 이어지는 체계가 여러 단계를 거쳐야 했던 것에 비해 어사대 조직의 보고 계통은 단순한 만큼 빠르고 대칸에게 상주도 가능했던 만큼 보다 직접적이었다.

이 가운데 감찰 관원의 조쇄로 인해 지방의 소송이 중앙으로 상신되었던 현상은, 앞서 원 정부가 重刑이 아닌 경우 古今을 참작하여 처결하는 것을 허락하였음에도 지방의 민사 소송이 중앙으로 상신되었던 배경을 설명해줄 수 있다. 당시 원 정부는 지방관의 사법적 재량권을 어느 정도 인정하였지만 다른 한편으로는 이처럼 지방 행정에 대한 감찰을 강화하고 있었다. 그리고 이러한 행정 감찰에 부담을 느낀 지방관들이 어려운 소송을 만나면 이를 스스로 해결하기보다 상부에 의뢰하는 쪽을 선택하면서중앙으로 상신되는 소송이 증가하게 된 것이다.

위와 같은 현상은 당시 이 문제를 비판한 胡祇遹의 글을 통해 확인할 수 있는데 그 가운데 일부를 먼저 인용하면 다음과 같다.

本司로 移牒하여 所屬에 두루 行文하도록 한 조획에서 "백성은 越訴할 수 없고 여러 아문은 각자 分限이 있으며 越訴를 접수할 수 없다"고 하셨습니다. 입법의 본의를 헤아리건대 司·縣[의 관원]은 친히 백성을 다스리는 관원[親民之官]이어서 늘 백성과 가까이하여 진위[情僞]를 쉽게 알 수 있기 때문에 (백성이) 속일 수 없으니 (그들에게) 책임을 전담하게 하지 않을 수 없습니다. 전담하지 않으면 태만이 생기고 분란이 빈발하여 오래되어도 판결할 수 없습니다. 따라서 50·70[sic.](대) 이하의 죄는 司·縣에서 판결해야 합니다. 백성이 다투어 소송하는 바는 불과 혼인・債負・良賤・土田・房舎・牛畜・鬪毆일 뿐입니다. 범한 바가 중죄가 아니라면 司·縣이모두 판결해야 하며 써에 申하거나, 府에 申하거나, 총관부에 申하거나, 제형사에 申해서는 안 됩니다.113)

^{113) 『}雜著』卷23 「縣政要式」, pp.237~8, "移牒本司遍行所屬照條畫節文, 百姓不得越訴, 諸衙門各有分限, 不得受越訴. 推原立法本意, 司縣者親民之官, 日與小民相親, 情僞易見, 不能欺蔽, 責任不可不專. 不專則怠惰推遞, 紛亂繁冗, 久不能決. 故罪有五十、七十以下,

호기휼이 위의 글을 올리게 된 계기는 그가 右司員外郞직을 역임할 당시 左右司[本司]에 한 條畫이 移牒된 것이었다. 114) 그리고 해당 조획에서는 越訴와 각 아문의 分限에 대해서 언급하고 있었던 것으로 나타난다. 여기서 말하는 "아문의 分限"이란 각급 지방 관사에서 담당하는 大事・中事・小事의 구분을 의미한다. 115) 그런데 『元典章』에 「行移公事程限」라는 제목으로 실린 한 聖旨에서 大事・中事・小事와 관련하여 그 각각에 대해처리 기한을 규정하고 있음을 확인할 수 있다. 116) 이 성지가 지원 8년 (1271) 2월에 내려졌으므로 大事・中事・小事의 분한 자체를 규정한 것으로 보이는 인용문의 조획은 이보다 전에 移牒되었음이 분명하다. 또한 호기휼은 "제형사", 즉 제형안찰사의 존재를 언급하고 있으므로 위의 주장은 제형안찰사의 설립 시기인 지원 6년 정월보다 이전일 수 없다. 결국 위의주장은 지원 6년 정월부터 지원 8년 2월 사이에 제기되었다는 것을 알 수 있다.

이첩된 조획에서 규정한 分限에 따르면 말단 행정 기구인 錄事司와 현 [司·縣]에서 "50·70[sic.](대) 이하의 죄"를 담당하도록 한 것으로 나타 난다. 그러나 여기서 50·70은 57의 오기라고 보아야 한다. 원대 형벌 체계에서는 태형과 장형의 決杖 수가 7로 끝나는 것이 특징이었는데 이는 쿠빌라이가 대칸으로 즉위한 뒤 10의 단위로 구분된 전통적인 중국의 決杖 수를 각각 3대씩 감했기 때문이다.117) 그리고 이 조치는 이미 지원 6

司縣決之. 小民所爭訟, 不過婚姻、債負、良賤、土田、房舍、牛畜、屬毆而已, 所犯若無重罪, 司縣皆當取決, 不合申州, 申府, 申總府, 申提刑司."

^{114) 『}元史』에 따르면 호기휼은 지원 연간 초기에 右司員外郞을 지내며 左司의 업무를 겸했던 것으로 나타난다. 따라서 여기서 '本司'는 左右司를 칭하는 것임을 알 수 있다. 『元史』卷170,「胡祇遹傳」, p.3992.

^{115) 『}雜著』卷21, 「又稽遲違錯之弊」, p.186.

^{116) 『}元典章』卷13 吏部7,「行移公事程限」, p.566.

¹¹⁷⁾ 이는 아마도 몽골인 고유의 형벌 관념이 적용된 것으로 보인다. 『세계정복자사』에 따르면 쿠빌라이의 전임인 뭉케의 재위 초기 위구르의 군주인 이디쿠트가 모반 의혹을 받아 몽골의 법정에 소환되었는데 이때 그에게 17대의 장형이 가해졌던 것이 확인된다. J. A. Boyle tr., *Genghis Khan: The History of the World Conqueror*, Manchester: Manchester University Press, 1997, p.51. 그러나 한문 사료에서는 쿠빌라이가 "天饒他一下, 地饒他一下, 我饒他一下"라 했다고 전하고 있는 것으로 보아

년 정월 이전부터 적용되고 있음을 확인할 수 있다.¹¹⁸⁾ 따라서 당시 내려진 조획에 따르면 司·縣에 대하여 57대 이하의 사안에 대해서 처리할 수있는 권한을 주었던 것을 알 수 있다.¹¹⁹⁾ 중요한 것은 그러한 分限이 있음에도 지방의 관부에서는 자신들이 판결해야 할 사안을 처리하지 않는경우가 많았다는 것이다. 호기휼의 비판은 아래와 같이 이어진다.

지금 司·縣의 관리는 貪邪하여 위에서 언급한, 本職이 마땅히 판결해야 하는 사안을 만날 때마다 원고와 피고[被論人] 양쪽에서 뇌물을 받거나 혹은 청탁을 따르거나 혹은 권세가에게 휘둘려, 옳은 바에 따라 판결하고자하면 돈을 잃거나 비위가 드러날까 두렵고, 그른 바에 따라 처단하고자하면 제형사의 照刷를 두려워합니다. 또한 억울함을 품은 자는 승복하려하지 않으려 하므로 이에 써에 申하고 府에 申하여 원한을 풀고 지난 잘 못을 씻으려 하니 是非를 써・府에 떠넘기는 것입니다. 써・府는 이를 받고 다시 司・縣에서 한 것을 따라서 시비를 총관부에 떠넘깁니다. 총관부는 다시 州・縣(이 한 것)을 따르니 편의[厭足]을 추구하는 것이 州・縣에서 비롯됩니다.120)

위에 따르면 司·縣의 관리들은 자신들이 처리해야 하는 혼인을 비롯한 57대 이하의 소송조차도 판결을 미루고 州·府로 이를 떠넘기며 州·府역시 마찬가지로 총관부에 이를 상신한다는 것이다. 심지어 총관부에서도 州·縣이 한 것을 답습한다고 하였으므로 결국 지방의 혼인 소송이 중앙

대외적으로는 이것을 일종의 관용적 조치로 선전했던 듯하다(『草木子』卷3下,「雜制篇」, p.64).

¹¹⁸⁾ 지원 3년(1266)에 이미 3대를 감한 決杖 수로 처벌한 사례가 보인다. 『元典章』卷55 刑部17, 「脫囚監守罪例」, p.1608.

¹¹⁹⁾ 姚大力은 대덕 9년(1305)에 57대 이하를 태형에, 67대 이상을 장형에 귀속시키도록한 규정이 내려지기 이전에 57대가 태형에 속하는지 장형에 속하는지 명문화된 규정이 없었다고 보았다(姚大力,「論元朝刑法體系的形成」,『元史論叢』3, 1986, p.112).

^{120)『}雜著』卷21,「縣政要式」, p.238, "即今司縣官吏貪邪, 每遇上項本職合斷事理, 于元告人、被論人處兩下受訖賄賂, 或瞻徇囑託, 或畏避形勢, 欲從正歸結, 則恐倒錢告訐, 欲從邪處斷, 則恐提刑司照刷, 兼負寃者不肯准服, 所以申州申府, 一解釋怨謗, 二洗雪已過, 嫁是非于州府. 爲州府得此, 復效司縣所爲, 嫁是非于總府. 總府復效州縣, 貪求厭足, 調發于州縣."

에 이르게 되었음을 알 수 있다. 이처럼 지방 관부에서 소송 사안의 해결을 미루고 상신하는 현상이 나타난 것에 대해 호기휼은 지방 관리의 부패와 제형관의 조쇄를 이유로 지적하고 있다. 지방 관리의 부정부패가 비단원대의 문제만이 아니라는 점을 고려하면 주목되는 것은 후자이다. 제형안찰사가 설치되어 지방 행정을 감찰하기 시작하자 이는 곧 지방의 사법 행정에 직접적인 영향을 미치고 있었던 것이다.

호기휼은 지방의 관리들이 자신들의 부정행위 때문에 제형사의 감찰을 두려워했다고 보았지만 모든 사례를 그렇게 치부하기는 어려울 듯하다. 원정부가 민사 소송을 판결할 때 비록 고금을 참작할 수 있게 했지만 태화율과 같은 특정한 율령을 공식적으로 인정했던 것은 아니었다. [21] 이러한 상황에서 사법 행정에 대한 감찰이 이루어지고 있었음을 감안할 때 지방관들이 조쇄를 두려워했던 이유는 자신의 판결에 대해 정당한 근거를 제시할 수 없기 때문이었고 그 결과 上申을 선택하게 되었다고 여겨진다. 『通制條格』이나 『원전장』에 실려 있는 여러 사례에서 지방관들이 上申의이유로 "일찍이 이와 같은 사안[體例]을 판결한 적이 없다"고 통상적으로 설명하는 것에서도 이를 알 수 있다. [122]

물론 혼서 규정이 제정된 것이 지원 6년(1269) 4월이고 제형안찰사가 같은 해 정월에 설치되었기 때문에 시기적으로 감찰 관원의 활동이 혼서 규정의 제정에 영향을 줄 수 있었을지 의문이 제기될 수 있다. 그러나 제형안찰보다 먼저 지원 5년(1268) 7월 중앙에 설치되었던 어사대 역시 중서성 이하 百司의 문서를 조쇄의 대상으로 하였다. 123) 따라서 이미 지방사법 행정에 대한 감찰은 이루어지고 있었으며 지원 6년 정월 제형안찰사의 설치를 통해 그 정도가 더욱 강화되었다고 할 수 있다. 그렇다면 혼서규정이 제정된 지원 6년 4월 무렵 호부에 많은 혼인 관련 소송이 상신되

¹²¹⁾ Bettin Birge, Marriage and the Law, p.53.

¹²²⁾ 일례로 앞서 살펴보았던, 데릴사위가 도망갔을 경우 이혼을 허락할지 여부를 다룬 사 안에서도 각 路는 "일찍이 이와 같은 사안[體例]을 판결한 적이 없습니다"라고 하며 호부에 해결을 의뢰하였다. 『元典章』卷18 戶部4,「女婿在逃依婚書斷離」, p.660, "各路 具申:「擬合照依婚書歸結, 卻緣不會斷過[如此]體例」」"

^{123) 『}元典章』卷5 臺綱1, 「設立憲臺格例」, pp.282~3. 또한 『元典章』卷6 臺綱2, 「省部 赴臺刷卷」, p.306에서도 이를 확인할 수 있다.

었던 배경에는 이와 같은 감찰 관원들의 활동이 있었다고 보아도 크게 무리는 없을 것이다.

이후 대덕 10년(1306) 계약서 규정의 제정 과정에서는 감찰관원의 개입이 분명하게 드러난다. 앞서 I 장에서는 『至正條格』에 실려 있는「典質合同文契」을 인용했지만 『통제조격』에도 동일 규정을 다룬 조문이 보다 원문에 가까운 형태로 수록되어 있다. 『지정조격』에서는 田産 거래 시를 합동 형식의 계약서를 작성하도록 한 조치가 단순히 예부의 논의를 통해 결정되었던 것으로 나타난다. 하지만 이와 비교할 때 『통제조격』에서는 그이전에 예부에서 그러한 논의를 시작하게 된 계기가 언급되고 있으며, 그계기란 다름 아닌 河南道廉訪司를 통해 중앙에 올라온 보고였다. 124)

대덕 10년에는 이미 제형안찰사가 肅政廉訪司로 개편되었는데, 河南道廉訪司는 그 중 하나였다. 당시 해당 염방사의 관원들은 어사대에 상신하기를, 사람들이 田産을 거래할 때 문서를 한쪽만 가지고 있는 경우 이후문서를 위조하여 소송이 발생하는데 관련자들의 진술이 서로 달라 판결이지체되고 있다고 하였다. 申文을 접수한 어사대는 이 문제를 중서성에 얼럈고 이에 중서성은 예부로 하여금 해결 방안을 논의하도록 지시하였다. 『지정조격』의「典質合同文契」은 그 논의의 결과에 해당하는 것이다.

이처럼 감찰 관원들은 지방의 행정 문서를 조쇄하는 것 외에도 民情을 살피면서 인지한 문제 상황을 중앙에 보고하여 관련 규정이 갖춰지는 데기여했다. 물론 기존에는 지방관들이 그러한 임무를 맡았지만 원대에는 이에 더하여 감찰 계통이 별도의 보고 체계를 이루었던 것이다. 빙재와 중매규정의 경우에도 이러한 감찰 관원들의 보고와 입법 건의가 규정이 정비되는 과정에서 직·간접적인 영향을 주었다. 비록 모든 단계에서는 아닐지라도 이들 두 규정이 처음 제정되고 이후 증보되는 과정에서 당시 감찰관원의 개입을 있었음을 확인할 수 있다.

먼저 서인의 빙재 기준을 정한 지원 8년(1271) 2월 「嫁娶聘財體例」의 경우 사료적 한계로 인해 구체적인 입법의 배경을 알기는 어렵다. 『원전장』에만 실려 있는 이 「嫁娶聘財體例」에는 중서성에서 해당 내용을 상주하

^{124) 『}通制條格』卷16,「典賣田産事例」, pp.478~9.

여 쿠빌라이의 비준을 받았다는 언급만이 나타날 뿐이다. 125) 다만 데릴사 위를 들일 때의 빙재와 관매 설치를 규정한 同年 7월의「女婿財錢定例」에 서는 호부에 내려진 다음의 聖旨를 계기로 입법이 논의되었던 것으로 나타난다.

근자에 받든 성지의 조획(條畵)에

養老 데릴사위와 출사 데릴사위 각각에 대해 定例가 있는 것 외에 財 錢에 대해서는 定例가 없으므로, 왕왕 지나치게 요구하여 (혼인을) 지체하고 소송을 일으키니 불편하다. 126)

호부는 위와 같은 대칸의 성지를 받고 중서성과 함께 논의하여 해당 규정을 정했다고 밝히고 있다. 127) 성지에서는 데릴사위를 들이는 경우에 대한 방재 기준이 없다는 문제만을 언급하고 있으나 省部가 이를 의논하는 과정에서 중매 관행에서의 폐해도 함께 지적되었고 결과적으로 지방 관부에서 관매를 관리하도록 명한 것이다. 중서성과 호부는 의논한 결과를 상서성에 올렸고 상서성은 이를 비준하여 시행하도록 했다. 128)

위의 입법 과정을 볼 때 데릴사위 빙재 규정의 필요성은 중서성이나 상 서성 계통에서 대칸에게 상주된 것이 아니라 문제 상황을 인지한 쿠빌라 이의 직접 지시에 따른 것이었음을 알 수 있다. 쿠빌라이도 누군가의 보고 를 통해 데릴사위의 빙재 문제를 알게 되었을 것은 분명하며 여기서 어사 대 관원의 개입을 고려해볼 수 있다. 『元史』에 따르면 당시 감찰어사직을 맡았던 인물인 王惲은 자신이 알고 있는 것에 대해 쿠빌라이에게 상주하 지 않은 것이 없으며 150여 條章에 대해 의견을 논하였다고 한다. 129) 그

^{125) 『}元典章』卷18 戶部4, 「嫁娶聘財體例」, pp.654~5.

^{126) 『}元典章』 卷18 戶部4, 「女婿財錢定例」, p.655, "近奉聖旨條畫內: 養老、出舍女婿, 各有定例外, 有財錢爲無定例, 往往多餘索要, 耽誤引訟, 未便."

¹²⁷⁾ 원대에는 대칸이 직접 몽골어로 명령한 것을 '聖旨'라 하고, 史臣들이 대칸을 대신하여 해당 내용을 작성한 것을 詔書라 칭했다. 모두 대칸의 명령이기 때문에 중요도에서 명확한 차이가 있었던 것은 아니다. 김석환, 「13~14세기 몽골제국 勅令制度 研究」, pp.102~3.

^{128) 『}元典章』卷18 戶部4, 「女婿財錢定例」, p.655.

^{129) 『}元史』卷167, 「王惲傳」, p.3933.

리고 그 가운데 하나가 빙재에 법도를 세워야 한다는 것이었다. 그의 문집에 실려 있는 해당 건의 내용은 아래와 같다.

남녀가 (한) 방에 거하는 것은 인륜의 大事입니다. 최근 빙재에 법도가 없어 망령되이 財幣를 늘려 가난한 집으로 하여금 혼인의 시기를 놓치게 합니다. 금후 古今을 참작하여 常數를 세우는 것이 어떻겠습니까? 바라건대 안으로는 남편 없는 여자[怨女]가 없고, 밖으로는 아내 없는 남자[曠夫]가 없어야 합니다. 130)

엄밀히 말하면 위의 주장은 데릴사위의 빙재에 대한 것이 아니며 지원 8년(1271) 2월 이전, 즉 아직 혼인 빙재에 대한 규정 자체가 없던 시기에 제기된 것이다. 그러나 이처럼 쿠빌라이는 빙재에 기준을 두어야 할 필요성에 대해서 감찰관원의 보고를 받고 있었던 사실을 확인할 수 있다.

이후 규정이 정비되는 과정에서도 상황은 비슷하다. I 장에서 인용한 大德 8년(1304)의 빙재 규정에는 구체적인 입법 과정이 드러나지 않는다. 그러나 테무르에게 빙재 규정을 정해야 할 필요성을 제기했던 인물 가운데한 명은 감찰어사 楊桓이었다. 지원 31년(1294) 쿠빌라이가 사망하고 테무르가 즉위하자 양환은 時務 21事를 상주하였는데 빙재를 정해야 한다는 것이 그 중 하나였다. 131) 물론 테무르가 이를 "嘉納"했다고는 하지만 이로부터 대덕 8년까지의 시간적 격차를 생각했을 때 빙재 규정의 개정이양환이 상주한 시무 21사의 직접적인 결과라고 보기는 어려울 것이다. 그러나 이처럼 감찰 관원은 빙재로 인한 민간의 폐해에 대해서 분명히 인지하고 있었으며 새로운 기준의 필요성에 대해 대칸에게 상주하고 있었다.

한편 중매 규정에 대해서는 지원 19년(1282)에 관매의 수수료에 대해서 제한을 가했음을 앞서 살펴보았다. 이는 지원 8년(1271) 규정을 통해 관매를 설치했지만 관매들도 사적 중매인들과 마찬가지로 수수료를 무리하게 취하는 문제가 있었음을 암시한다. 따라서 처음 지원 8년의 규정에서 단

^{130) 『}烏臺筆補』卷86「論立聘財事狀」, p.228, "男女居室, 人倫之大者也. 比年以來, 聘取無法, 妄增財幣, 使貧家失娶嫁之時. 今後, 合無酌古準今, 定立常數, 庶望內無怨女, 外無曠夫."

^{131) 21}事 가운데 17번째로 언급되고 있다. 『元史』卷164, 「楊桓傳」, p.3853.

순히 중매 수수료를 과다하게 취하지 못하게 한 것에 비해 지원 19년의 규정에서는 "중간에서 여분의 財禮‧錢物을 받아낼 수 없고 1/10의 수수료"를 요구할 수 없다고 보다 구체적으로 명시하였다. 『통제조격』에 실려 있는 이 지원 19년의 규정 또한 제정되기까지의 과정이 잘 드러나지는 않는다. 다만 이 규정이 "山東東西道提刑按察司에서 의논한 결과"라고 언급되어 있다.132)

감찰 계통에서 비롯되는 문서 행정에 따르면 제형안찰사에서 먼저 자신들이 파악한 문제 상황과 그에 대한 의견을 어사대에 상신했고 어사대는 이를 다시 중서성에 올렸다. 그러면 중서성은 이를 六部로 보내 논의하게하였고 호부 등에서 그 결과를 중서성에 보고하면 중서성에서 이를 비준함으로써 새로운 규정이 제정되었다. 이를 고려할 때 지원 19년의 중매규정은 산동동서도제형안찰사가 의논한 결과라고는 하지만 결국 이러한문서 행정 체계에 따라 비준을 받은 것이라고 할 수 있다.

이처럼 원대에는 감찰 관원의 활동에 의해 지방의 여러 문제가 중앙으로 보고되었다는 점이 특징적이다. 이는 혼인 이외의 영역에도 적용되는 것으로, 대표적으로 전택 계약과 관련해서도 원대에는 감찰 관원의 건의에 따라 제정된 규정들을 확인할 수 있다. [133] 이 경우에도 감찰 관원들은 소송이 발생하는 원인이 무엇인지 파악하고 이를 중앙에 보고하였다. 중앙정부의 관료들 역시 민간에서 발생하는 소송을 줄이고자 했기 때문에 이들의 보고는 곧 입법 논의로 이어졌고 관련 규정이 마련되었다.

이상에서 보듯이 원대에 혼인 계약 관련 규정이 정비되었던 것은 지방에서 상당한 영향력을 지녔던 감찰 관원들의 활동에도 힘입은 바가 컸다. 조쇄의 경우 본래 의도는 행정에 대한 감찰이었으나 감찰 관원의 조쇄는 지방의 소송 사안들이 중앙으로 상신되게 함으로써 결과적으로 중앙의 관료들로 하여금 민간에서 발생하는 소송을 줄여야 할 필요성을 느끼게 하는 데 일조했다. 또한 감찰 관원들은 정기적으로 民情을 살폈고 이 과정에서 혼인으로 인한 분쟁 및 소송이 발생하는 원인을 파악하여 이를 중앙

^{132)『}通制條格』卷4,「嫁娶」, pp.171~2.

¹³³⁾ 대표적으로 다음의 사례를 참고할 수 있다. 『元典章』卷19 戶部5, 「典賣批問程限」, pp.713~4; 같은 곳,「革撥二十一年已前已賣田土」, p.722.

에 보고했다. 혼서와 빙재, 그리고 중매에 대한 규정은 이러한 감찰관원의 활동을 직·간접적인 계기로 하여 제정 및 정비될 수 있었다.

맺 음 말

전근대 중국에서 혼인은 민사 소송이 발생하는 주요한 원인 중 하나였다. 그리고 혼인 소송은 많은 경우 혼인 계약의 문제에서 비롯되었다. 혼인 계약이란 혼인을 전제로 의혼 당사자인 양가가 합의한 내용을 가리키며, 聘財와 데릴사위의 出舍 연한에 관한 것이 대표적이었다. 물론 그밖에도 다양한 계약이 존재하였으나 당시 혼례에는 빙재의 교환이 필수적으로수반되었고 그 금액이 상당했기 때문에 많은 소송이 이로 인해 발생했다.데릴사위혼의 경우 형편이 어려운 남자가 일정 기간 처부모를 모시고 노동력을 제공하는 것으로 부족한 빙재를 대신하였는데 나중에 출사 연한을두고 처가와 서로 말이 달라질 경우 또한 다툼이 일어났고 심하면 소송으로 이어졌다.

일찍부터 혼인 계약으로 인해 소송이 빈발하였음은 사료를 통해 알 수 있지만 전통적인 율령 등에서는 이에 대한 구체적인 규정을 찾아볼 수 없다. 그러나 원대에 이르면 혼서, 빙재, 중매를 중심으로 혼인 계약과 관련한 규정들이 정비되었음이 확인된다. 원 정부는 혼인 시 계약서를 작성하도록 하여 그 대략적인 요건을 제시하였고, 庶人이 따라야 할 빙재의 기준을 정했으며 지방 관사로 하여금 공인된 중매인 官媒를 선발하여 정부규정에 따라 혼인을 주선하도록 하였다. 일반적으로 이러한 규정은 과거에비슷한 사례를 찾아보기 어려운 것이었다. 이에 본고는 왜 이러한 법제 정비가 원대에 이루어졌는지 의문을 가지고 혼서, 빙재, 중매를 중심으로 이들 규정의 정비 과정과 제정 배경에 대해 살펴보았다.

전반부에 해당하는 I 장에서는 이들 세 규정이 정비되었던 과정과 목적을 구체적으로 검토하였다. 먼저 혼서의 경우, 원 정부는 至元 6년(1269) 규정을 내려 혼인 시 반드시 혼서를 작성하여 빙재와 데릴사위의 출사 연한 등을 적고 관련자들이 서명하도록 했으며 나아가 大德 10년(1306)에는 문서의 위조를 방지하기 위해 혼서를 계약서 형식으로 작성하도록 했다. 빙재에 대해서는 지원 8년(1271) 庶人의 戶를 상·중·하로 나누어 각각의 등급에 빙재 기준을 정했다. 다만 이때의 기준은 엄밀히 '상한'은 아니

었기 때문에 잘 지켜지지 않았고 이후 대덕 8년(1304)에 3등급의 戶마다 실질적인 빙재의 상한을 두게 되었다. 마지막으로 중매에 대해서 정부는 지원 8년 지방의 각 관사로 하여금 신실한 부인을 官媒로 선발하여 관리하도록 했다. 그리고 지원 19년(1282)과 29년(1292)에 재차 규정이 내려져 관매의 의무를 보다 분명히 했다.

이들 혼서, 빙재, 중매에 대한 규정이 제정된 것은 모두 혼인 소송을 최소화하기 위한 목적과 관련되었다. 원 정부가 혼서를 중시했던 이유는 계약 시 증빙 문서가 있을 경우 소송을 줄일 수 있으며 실제로 소송이 발생하더라도 해결이 용이했기 때문이었다. 빙재의 경우 혼인 계약의 대표적인 쟁점으로서 원 정부는 빙재에 대한 기준이 없을 경우 여자 집에서 이를 무리하게 요구하여 서로 다툼이 일어난다고 보았다. 관매를 두어 관리하도록 한 조치 또한 마찬가지인데 관매에게 1/10의 수수료를 받지 못하게 한 것이나 정부의 규정에 따라 혼인을 성사시키도록 한 것도 궁극적으로는 소송의 근원을 없애기 위한 목적에서 비롯되었다.

후반부인 제 II 장에서는 정부가 왜 혼인 소송을 줄이고자 했는지 그 배경을 살펴보았다. 본고에서 먼저 주목했던 것은 元의 대칸이 이전의 주요왕조들과 달리 율령을 반포하지 않았다는 사실과 그로 인한 결과였다. 원정부는 율령과 같은 체계적이고 포괄적인 법전을 편찬하기보다 특정 사안들에 대해 대칸과 중앙 정부가 내린 임시적 법령 및 판결례를 누적시킴으로써 사법적 문제에 대응하고자 했다. 그 결과 관련 선례가 없거나 해결이어려운 민사 소송 사안들이 이전처럼 지방 차원에서 해결되지 않고 중앙으로 상신되어 논의되었다. 이러한 상황에서 중앙 정부의 관료들은 민간에서 소송이 증가하는 만큼 업무의 부담을 느낄 수밖에 없었고 소송의 발생을 억제하기 위한 대책을 마련하게 되었다.

다만 선례가 충분히 쌓이지 않았던 쿠빌라이의 재위 초기에는 重刑이 아닐 경우 古今을 참작하여, 즉 舊例를 참고하여 판결할 수 있도록 허락했기 때문에 율령의 부재 자체만으로는 문제가 되지 않았다고 생각된다. 이때 고려해야 할 또 다른 원대의 변화가 바로 감찰 조직의 확대이다. 원대에는 어사대 조직이 대폭 확대되어 중국 역사상 전무할 정도의 방대한

규모를 이루었다. 특히 지방에 提刑按察司가 설치되어 지방 행정을 감찰했고 이 과정에서 정기적으로 照刷, 즉 행정 문서를 조사하였다. 이에 감찰관의 조쇄를 두려워한 지방관들이 해결이 어려운 소송을 중앙에 상신하여 해결을 의뢰하는 경우가 증가했다. 중앙 정부가 지방의 사법관에게 일정 정도의 재량권을 주었음에도 결과적으로 중앙에서 소송을 처리하는 부담이 크게 줄지 않았던 것은 이 때문이었다.

또한 감찰 관원들은 지방관의 위법 및 비행을 적발하는 임무 외에도 지방의 民情을 살펴야 했고 파악한 문제 상황을 중앙의 어사대 혹은 대칸에게 보고했다. 중앙 정부는 이러한 감찰 계통의 보고를 통해 지방에서 소송이 발생하는 원인을 알 수 있었다. 다시 말해 중앙 정부는 소송의 발생을줄이는 데 적극적이었고 감찰 관원들은 소송의 원인을 파악하여 입법을건의하였던 것이다. 혼인 시 계약서 작성을 의무화한 규정, 庶人에 대한 방재 규정, 官媒의 의무에 대한 규정들은 모두 이처럼 감찰 관원들이 입법의 필요성을 건의하고 이후 중앙 정부에서 논의를 통해 제정되었다. 원대에 혼인 계약과 관련된 규정이 정비되었던 것은 이처럼 율령의 부재로인해 중앙에서 민사 소송까지도 상시적으로 심리했던 상황과 지방 행정에대한 통제 강화라는 두 가지 현상이 맞물린 결과였다.

과거 중국의 왕조들은 율령을 편찬하여 판결의 법적 근거를 제공하는 동시에 지방관들에게 큰 권한을 주어 사실상 민사 소송을 전결할 수 있도록 했다. 특히 혼인 소송은 지방관이 법에 크게 구애받지 않고 人情을 고려하여 판결을 내릴 수 있을 만큼 재량권이 발휘되던 영역이었다. 元의 대칸들이 이러한 통치 방식을 따르지 않은 것은 결과적으로 法治라는 측면에서 중앙 정부의 영향력이 확대되는 것으로 귀결되었다. 전통적으로 국가가 크게 관여하지 않고 지방관에게 맡겨졌던 민간의 혼인 문제에 대해서원대에 여러 규정이 내려지고 정비되었던 것은 바로 이러한 변화를 반영하는 현상이었다.

본고에서는 원대 혼인 계약 관련 규정의 정비 배경에 대하여 중앙과 지방에서 나타난 사법 행정 체제의 변화에 초점을 맞추었지만 그밖에 원대사회·경제적 변화 등 다양한 변수도 고려해야 한다는 사실은 부정할 수

없다. 특히 元은 지원 13년(1276) 남송 병합을 통해 거대한 영토를 체제 내로 편입하게 되었고 이는 정부로 하여금 기존의 규정들을 더욱 체계화 하도록 하는 계기가 되었을 것이다. 실제로 혼서와 빙재, 그리고 중매에 대한 규정이 처음 제정된 이후 정비되는 시점도 모두 시기적으로 남송 병합 이후에 해당함을 알 수 있다. 그러나 본고에서는 이와 같은 변수가 실제 규정의 제정 과정에 어떻게 작용했는지에 대해서는 분명하게 밝히지 못했는데 이러한 문제에 대해서는 추후의 연구를 통해 보완하고자 한다.

참 고 문 헌

1. 사료

- (1) 한문사료
- 『經世大典(上·下)』(趙世延·虞集 等撰,周少川·魏訓田·謝輝 輯校,北京:中華書局,2020).
- 『慶元條法事類』(楊一凡, 田濤 主編, 戴建國 點校, 『中國珍稀法律典籍續編(第1冊)』, 哈爾濱: 黑龍江人民出版社, 2002).
- 『管子校注』(黎翔鳳 撰, 梁運華 整理, 北京: 中華書局, 2004).
- 『金史』(脫脫 等 撰. 北京: 中華書局. 1975).
- 『唐律疏議』(長孫無忌 著, 劉俊文 點校, 北京: 中華書局, 1983).
- 『大金國志』(宇文懋昭 撰,臺北:臺彎商務印書館, 1968).
- 『大元聖政國朝典章』(洪金富,『(洪金富校定本)元典章』,臺北:中央研究院, 2016).
- 『東京夢華錄』(孟元老 撰, 北京: 中華書局, 1985).
- 『名公書判淸明集』(中國社會科學院歷史研究所, 宋遼金元史研究室 點校, 北京:中華書局, 1987).
- 『夢梁錄』(吳自牧 撰, 杭州: 浙江人民出版社, 1984).
- 『事林廣記』(陳元靚 撰, 北京: 中華書局, 1963).
- 『三國志』(陳壽 撰, 裴松之 注, 北京: 中華書局, 1982).
- 『續資治通鑑長編』(李燾 撰, 北京: 中華書局, 1995).
- 『宋刑統』(竇儀 等 撰, 吳翊如 點校, 北京: 中華書局, 1984).
- 『宋會要輯稿』(徐松 輯, 北京: 中華書局, 1957).
- 『隋書』(魏徴 等 撰, 北京: 中華書局, 1973[1982]).
- 『新編事文類要啓札靑錢』(저자 미상, 東京: 古典硏究會,1963).
- 『新編事文類聚啓箚靑錢』(일본국립공문서관 디지털아카이브
 - → https://www.digital.archives.go.jp/).
- 『新編事文類聚翰墨全書』(劉應李 撰, 『續修四庫全書』第1219冊, 上海:

- 上海古籍出版社, 2013).
- 『新編婚禮備用月老新書』(대만국가도서관 古籍與特藏文獻資源
 - → https://rbook.ncl.edu.tw/NCLSearch/).
- 『鳥臺筆補』(王惲 撰,屈文軍 點校,『憲臺通紀(外三種)』,香港:華夏文化 藝術出版社,2006).
- 『元曲選』(藏晉叔 編, 北京: 中華書局, 1958).
- 『元史』(宋濂 等 撰, 北京: 中華書局, 1976).
- 『吏學指南』(徐元瑞 撰, 정광·정승혜·양오진 編, 서울: 태학사, 2002).
- 『潛夫論』 (王符 著, 彭鐸 校正, 『潛夫論箋校正』, 北京: 中華書局, 1985[1997]).
- 『雜著』(胡祇遹 撰,楊訥 點校,『吏學指南(外三種)』,杭州:浙江古籍出版 社,1988).
- 『朱文公文集』(朱熹 撰,『四部叢刊初篇集部(晦菴先生朱文公文集)』,上海: 上海書店,1989).
- 『至正條格』(韓國學中央硏究院 編, 서울: 휴머니스트, 2007).
- 『草木子』(葉子奇 撰, 北京: 中華書局, 1997).
- 『通典』(杜佑 撰, 北京: 中華書局, 1988[1992]).
- 『通制條格』(方齡貴 校注,『通制條格校注』, 北京: 中華書局, 2001).
- 『萍洲可談』(朱彧 撰, 李偉國 點校, 北京: 中華書局, 2007).
- 『婚禮新編』(丁升之 輯, 柳建鈺 校注, 『婚禮新編校注』, 上海: 上海古籍出版社, 2016).

(2) 출토사료

- 內蒙古自治區文物考古研究所, 寧夏大學西夏學研究中心, 甘肅省古籍文獻 整理編譯中心編,『中國藏黑水城漢文文獻』,北京: 國家圖書館出 版計,2008.
- 孫繼民·宋坤·陳瑞青·杜立暉 等 著,『中國藏黑水城漢文文獻的整理與研究(上·中·下)』, 北京:中國社會科學出版社, 2016.
- 俄羅斯科學院東方研究所聖彼得堡分所, 俄羅斯科學出版社東方文學部, 上

海古籍出版社 編,『俄羅斯科學院東方研究所聖彼得堡分所藏敦煌文獻』,上海:上海古籍出版社;莫斯科:俄羅斯科學出版社東方文學部,1992.

李逸友 編著,『黑城出土文書(漢文文書卷)』, 北京: 科學出版社, 1991.

(3) 사료 번역서

김민호 옮김, 『동경몽화록』, 서울: 소명, 2010.

김용천·박례경 역주, 『의례 역주(一)』, 서울: 세창출판사, 2012.

김택민 등 역주, 『당률소의 역주(1~4)』, 서울: 경인문화사, 2021.

김택민·하원수 주편, 『천성령 역주』, 서울: 혜안, 2013.

김호동 역주, 『(마르코폴로의) 동방견문록』, 서울: 사계절, 2000.

김호동 역주, 『칸의 후예들』, 파주: 사계절, 2005.

박영철 역주, 『명공서판청명집: 호혼문』, 서울: 소명, 2008.

Ala al-Din Ata Malik Juvayni, translated by J. A. Boyle, *Genghis Khan: The History of the World Conqueror*, Manchester: Manchester University Press, 1997.

Polo, Marco, translated and annotated by A. C. Moule & Paul Pelliot, *The Description of the World*, London: George Routledge and Sons, ltd., 1938.

2. 연구서

권용철, 『원대 중후기 정치사 연구』, 서울: 온샘, 2019.

김호동, 『몽골제국과 세계사의 탄생』, 파주: 돌베개. 2010.

김원중, 『혼인의 문화사』, 서울: 휴머니스트, 2007.

니이다 노보루 著, 박세민·임대희 譯, 『중국법제사연구(가족법)』, 서울: 서경문화사, 2013. 이병혁. 『혼서와 혼속』. 서울: 국학자료원. 2016.

이브리, P. B. 著, 배숙희 譯, 『송대 중국여성의 결혼과 생활』, 파주: 한국 학술정보, 2009.

임대희 編, 『판례로 본 송대사회』, 서울: 민속원, 2019.

賈玉英, 『宋代監察制度』, 開封: 河南大學出版社, 1996.

顧鑒塘·顧鳴塘 著,『中國歷代婚姻與家庭』,臺北:臺灣商務, 1994.

郭松義・定宜莊、『清代民間婚書研究』、北京: 人民出版社、2005.

全建平,『《新編事文類聚翰墨全書》研究』,銀川: 寧夏人民出版社,2011.

,『宋元民間交際應用類書探微』, 北京: 中國社會科學出版社, 2015.

杜路, 『宋代民事法律研究』, 北京: 中國社會科學出版社, 2017.

乜小紅,『俄藏敦煌契約文書研究』,上海:上海古籍出版社,2009.

方川, 『媒妁史』, 上海: 上海文藝出版社, 2000.

卜亞麗、『媒妁』、北京: 中國社會出版社, 2009.

史衛民,『元代社會生活史』, 北京:中國社會科學出版社, 1996.

汪玢玲、『中國婚姻史』、上海:上海人民出版社、2001.

王云海 主編、『宋代司法制度』、開封:河南大學出版社、1992.

王曉清, 『元代社會婚姻形態』, 武漢: 武漢出版社, 2005.

李安輝、『八面玲瓏話媒人』、開封:河南大學出版社、2001.

李治安, 『元代政治制度研究』, 北京: 人民出版社, 2003.

張笑峰 編,『黑水城出土元代律令與詞訟文書整理研究』,北京:中國社會科學出版社,2021.

張重艷·楊淑紅,『中國藏黑水城所出元代律令與詞訟文書整理與研究』,北京:知識產權出版社,2015.

陳顧遠,『中國婚姻史』,北京: 商務印書館, 2014.

,『中國古代婚姻史』,鄭州:河南人民出版社,2017.

陳高華·史衛民,『中國政治制度通史』(第八卷 元代),上海:上海人民出版 計,1996.

_____,『中國風俗通史:元代卷』,上海:上海文藝出版社,2001.

陳鵬,『中國婚姻史稿』,北京:中華書局,1990.

秦新林, 『元代社會生活史』, 開封: 河南大學出版社, 1997.

祝瑞開 主編,『中國婚姻家庭史』,上海:學林出版社,1999.

韓玉林,『中國法制通史:元』,北京:法律出版社,1999.

胡興東,『元代民事法律制度研究』,北京:中國社會科學出版社,2007.

高校芳郎、『宋代中國の法制と社會』、東京: 汲古書院、2002.

宮崎聖明、『宋代官僚制度の研究』、札幌: 北海道大學出版會、2010.

丹羽友三郎、『中國元代の監察官制』、東京: 高文堂出版社、1994.

梅原郁,『宋代司法制度研究』,東京: 創文社, 2006.

仁井田陞, 『支那身分法史』, 東京: 東方文化學院, 1942(『中國身分法史』, 東京: 東京大學出版會, 1983).

前田直典、『元朝史の研究』、東京:東京大學出版社、1973.

小川快之,『傳統中國の法と秩序: 地域社會の視點から』, 東京: 汲古書院, 2009.

靑木敦,『宋代民事法の世界』,東京:慶應義塾大學出版會,2014.

- Alsen, Thomas T., Mongol Imperialism: The Policies of the Grand Qan Möngke in China, Russia, and the Islamic lands, 1251-1259, Berkeley: Los Angeles; London: University of California Press, 1987.
- Birge, Bettine, Marriage and the Law in the Age of Khubilai Khan:

 Cases from the Yuan Dianzhang, Cambridge: Harvard
 University Press, 2017.
- Ch'en, Paul Heng-chao, *Chinese Legal Tradition under the Mongols: The Code of 1291 as Reconstructed*, Princeton: Princeton University Press, 1979.
- de Pee, Christian, Writing of Weddings in Middle-Period China: Text and Ritual Practice in the Eighth through Fourteenth

- Centuries, Albany: State University of New York Press, 2007.
- Ebrey, Patricia, *The Inner Quarters: Marriage and Lives of Chinese Women in the Sung Period*, Berkeley: University of California Press, 1993.
- Gernet, Jacques, *Daily Life in China on the Eve of the Mongol Invasion 1250-1276*, translated by H. M. Wright, Stanford: Stanford University Press, 1959[1962].
- McKnight, Brian, Law and Order in Sung China, Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

3. 연구논문

- 고병익,「元代의 法制 -蒙古慣習法과 中國法과의 相關性」, 『역사학보』3, 1952.
- 김석환,「13~14세기 몽골제국 勅令制度 硏究」, 서울대학교 박사학위논문, 2019.
- 김호동, 「몽골제국과'大元'」, 『歷史學報』192, 2006.
- _____, 「쿠빌라라이 카안의 大臣들: 『五支派(Shu ab-i panjgāna)』에 수록된 쿠빌라이 카안의 大臣(amīr) 名單 분석」, 『동양사학연구』 125, 2013.
- 김종섭,「唐代 治者의 입장에서 본 혼인」,『중국고중세사연구』23, 2010.
- 박구철, 「淸明集 戶婚門에서 본 業訴訟: 抵當 訴訟을 중심으로」, 『대구사학』73, 2003.
- 박영철,「訟事의 출현을 통해 본 宋代 중국의 법과 사회」,『법사학연구』 27, 2003.
- _____, 「근세중국의 법치주의와 그 향방: 宋元시대를 중심으로」, 『중국사

연구』135, 2021.

설배환, 「몽골제국은 어떻게 법을 집행했는가?: 訴訟과 約會의 재구성」, 『 동양사학연구』150, 2020.

유재성, 「원대 어사대 기능에 대한 小考」, 『首善論集』11, 1986.

이개석,「元朝中期 法典編纂 研究와『至正條格』의 發見」,『東洋史學研究』 83,2003.

정기돈, 「唐代 御史 制度와 그 職權」, 『인문학연구』 3-2, 1976.

조원, 「대원제국의 법제와 고려의 수용 양상」, 『이화사학연구』 54, 2017.

최윤정, 「원대 요양행성 宰相考」, 『대구사학』116, 2014.

최해별,「南宋 시기 婚姻節次의 법적 효력: 혼인관계의 증명 및 혼약 '翻海'의 판결을 중심으로」, 『이화사학연구』 43, 2011.

_____, 「'離之': 南宋 시기 지방관의 '違法' 혼인에 대한 인식과 판결」, 『 동양사학연구』153, 2020.

함승연, 「淸代 혼인 증명 관련 민사 분쟁과 판결: 婚書의 법적 효력 강화 와 계약으로서의 혼인」, 연세대학교 석사학위논문, 2018.

屈超立、「論宋代轉運司的司法職能」、『浙江學刊』、2003-4.

杜建録・鄧文韜、「黑水城出十合同婚書整理研究」、『西夏研究』2015-1.

梁君,「元代黑水城地區婚姻契約考釋」、『黑河學刊』214, 2015.

劉永剛, 「對黑水城出土的一件婚姻文書的考釋」, 『寧夏社會科學』 149, 2008.

劉玉珍,「元代婚姻制度研究」,山東大學 碩士學位論文,2008.

劉曉,「大蒙古國與元朝初年的廉訪使」,『元史論叢』8,2001.

馬立群,「黑水城出土婚姻類文書探析」、『圖書館理論與實踐』, 2012-11.

梁君,「元代黑水城地區婚姻契約考釋」,『黑河學刊』, 2015-4.

方建新,「宋代婚姻論財」,『歷史研究』, 1986-3.

尚衍斌,「元代婚姻家庭禮俗與禮法文化」,『蒙元史暨民族史論集: 紀念翁獨 健先生誕辰一百周年』,北京:社會科學出版社,2006.

阿風,「賣身"婚書"考」,『明史研究論叢』(第七輯),中國社會科學院歷史研究

所明史研究室編, 北京: 紫禁城出版社, 2007.

楊雪,「宋元婚書問題研究」,河北經貿大學 碩士學位論文, 2015.

葉新民,「亦集乃路元代契約文書研究」,『蒙古史研究』(第五輯), 呼和浩特: 內蒙古大學出版社, 1997.

王躍生,「婚書的功能及其演變」,『中國圖書評論』, 2007-6.

姚大力,「論元朝刑法體系的形成」,『元史論叢』3,1986.

李逸友、「黑城出十的元代合同婚書」、『文物天地』2、1992、

張志明,「蒙元社會婚姻制度流變淺析」,西南政法大學 碩士學位論文,2007.

丁君濤, 「古絲綢之路上黑水城出土元代婚契研究」, 『西北民族研究』 103, 2019.

陳得芝, 「元代的鈔法」, 『南京大學學報(哲學·人文科學·社會科學)』, 1992-4.

趙紅艷,「中國傳統婚俗文書研究」,雲南大學 碩士學位論文,2014.

郝時遠,「元代監察制度概述」,『元史論叢』3, 1986.

許思源,「我國傳統婚書演變研究」,上海師範大學 碩士學位論文,2017.

洪金富,「元代監察制度的特色」, 『成功大學歷史學報』2, 1975.

宮崎市定,「宋元時代の法制と裁判機構:元典章成立の時代的・社會的背景」,『宮崎市定全集(11)』,東京:岩波書店,1992.

大島立子、「元朝の「女婿」について」、『史論(東京女子大學)』43,1990.

勝山稔,「宋元代における聘財に關する一考察: 高額聘財の推移から見る婚姻をめぐる社會」,『アジア史研究』22,1998.

植松正,「元典章・通制條格」,『中國法制史: 基本資料の研究』, 滋賀秀三編,東京:東京大學出版社,1994.

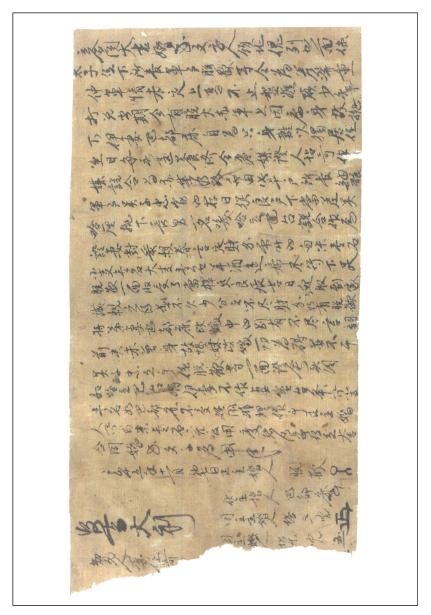
有高巖、「元代の婚姻に關する法律の研究」、『東京文理科大學文科紀要』 10, 1935.

青木敦,「健訟の地域的イメージ: 11~13世紀江西社會の法文化と人口移動 をめぐって」、『計會經濟史學』65-3, 1999.

- Ebrey, Patricia Buckley, "Shifts in Marriage Finance from the Sixth to the Thirteenth Century," In *Marriage and Inequality in Chinese Society*, edited by Rubie Watson and Patricia Ebrey, Berkeley: University of California Press, 1991.
- Franke, Herbert, "The Legal System of the Chin Dynasty," In 『劉子健博士頌壽紀念宋史研究論集』,劉子健博士頌壽紀念宋史研究論集刊行會,京都:同朋舍出版,1989.
- Hucker, Charles O., "The Yuan Contribution to Censorial History," In 『慶祝董作賓先生六十五歲論文集』,中央研究院歷史語言研究所集刊外編,臺灣:中央研究院歷史語言研究所,1960.
- Birge, Bettin, "Law of the Liao, Jin, and Yuan, and its Impact on the Chinese Legal Tradition," In 『中國史新論: 法律史分冊』,柳立言 主編,臺北: 中央研究院,2008.
- Johnson, Wallace, and Denis Twitchett, "Criminal Procedure in T'ang China," *Asia Major*, 3rd series, vol. 6, no. 2, 1993.
- MacCormack, Geoffrey, "The Law of Contract in China under the T'ang and Sung Dynasty," Revue Internationale des Droits de L'Antiquité 32, 1985.
- McKnight, Brian, "Chinese Law and Legal System: Five Dynasties and Sung," In *Cambridge History of China, vol. 5 pt. 2:*Sung China, 960-1279, edited by John W. Chaffee and Denis Twitchett, Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- Miyazaki, Ichisada, "The Administration of Justice during the Sung Dynasty," In *Essays on China's Legal Tradition*, edited by Jerome Cohen, Randle Edwards, and Fumei Chang Chen, Princeton: Princeton University Press, 1980.
- Scogin, Hugh T., "Between Heaven and Man: Contract and the State in Han Dynasty China," *Southern California Law Review* vol. 63, no. 5, 1990.

【부록 1】

「파트마혼서」원본



출처: 內蒙古自治區文物考古研究所 等 編,『中國藏黑水城漢文文獻』, 北京: 國家圖書館出版社, 2008, p.1251.

【부록 2】

「파트마혼서」전사본

- 1 立合同大吉婚書文字人, (領)[嶺]北傀列地面, 係
- 2 太子位下所管軍戶脫歡等,今爲差發重
- 3 (仲)[征], 軍情未定, 上馬不止, 盤纏厥少, 無可
- 4 打兌出期. 今有弟脫火赤, 軍上因病身故, 抛
- 5 下伊妻巴都麻, 自爲只身, 難以獨居住
- 6 坐, 日每無甚養濟. 今憑媒證人帖哥作
- 7 媒, 說合與亦集乃路屯田張千戶所管納粮
- 8 軍戶吳子忠家內,存日從良戶下當差吳
- 9 哈厘抛下長男一名, 喚哈立巴台, 說合作爲
- 10 (證)[正]妻, 對衆親眷, 言定財錢市斗內白米壹石、
- 11 小麥壹石、大麥壹石,羊、酒、筵席盡行下足.
- 12 脫歡一面収受了當, 擇定良辰吉日, 迎(取)[娶]到家.
- 13 (誠)[成]親之後, 幷不欠少分文不盡財錢. 如有脫歡
- 14 將弟妻巴都麻改嫁中, 內别有不盡言詞、
- 15 前夫未曾身故、(慢妹)[瞞昧]改嫁,一(灱爲)[切違]碍,幷不干
- 16 吳子忠之事,係脫歡等一面證[會無]詞.
- 17 如哈立巴台將伊妻不作妻室台夆, 罰小麥
- 18 壹石. 如巴都麻不受使用, 非理作事, 正主婚
- 19 人罰白米壹石, 充官用度. 恐後[無]憑, 故立大吉
- 20 合同婚書文字爲用. (結止符)
- 21 至正二十五年十一月初七日正主婚人 脫歡(簽押)
- 22 付主婚人 巴都麻(簽押)
- 23 後吉大利 同主主婚人 塔叉兒 (簽押)

同主婚人 帖木兒(簽押)

24 知見人李住哥

출처: 孫繼民 等 著, 『中國藏黑水城漢文文獻的整理與研究(中)』,

北京: 中國社會科學出版社, 2016, pp.948~9.

Abstract

Development and Background of Regulations Related to Marriage Contracts in the Yuan Dynasty

KIM, Hyunggun
Department of Asian History
The Graduate School
Seoul National University

Disputes resulting from marriage contracts were among the main reasons for civil litigation in the pre-modern China. Marriage had a contractual nature, involving the exchange of betrothal gifts and labor of the uxorilocal son-in-law, usually through the bride. Historical records indicate that there were frequent lawsuits related to marriage for long. However, regulations related to marriage contracts were not established and organized until the Yuan dynasty. This thesis examines why and how such regulations were established in the Yuan dynasty.

Previous studies failed to recognize the fact that the Yuan government was responding to marriage lawsuits in a relatively unconventional manner, as they focused on a certain aspect of government policies pertaining to marriage. During the reign of Khubilai Khan and his successor, Temur, the government

required the drafting of prenuptial agreements and outlined their necessary criteria. The government also categorized households of commoners into three groups and set limits for the amount of betrothal gifts. Moreover local officials were required to select and superintend matchmakers.

The Yuan government implemented these regulations with the objective of reducing lawsuits. The betrothal gift was a major point of contention in the marriage contract, prompting the government to establish criteria for commoners in order to prevent disputes arising from unreasonable demands by the bride's family. Furthermore, the government aimed to prevent future legal conflicts by specifying betrothal gifts and clarifying whether an uxorilocal son-in-law is permanent or temporary, and for how many years, in prenuptial agreements. To enforce compliance with government regulations, matchmakers, appointed by local officials were responsible for drafting prenuptial agreements and ensuring that marriages were carried out according to the regulations.

Given that previous dynasties were able to govern without resorting to such regulations, it can be inferred that the Yuan government recognized the need to reduce the frequency of marriage lawsuits. This thesis argues that this recognition stemmed from the characteristics of state governance during the Yuan dynasty. The first notable point is that the Yuan government opted to accumulate imperial edicts and precedents issued by the Great Khan or the central government for specific matters, rather than promulgating a comprehensive legal code. Consequently, local officials referred cases that had no precedent or were difficult to solve to the central government for

resolution. Numerous civil cases that were previously handled locally are now being discussed and resolved at the central level, prompting the central government officials to make efforts in preventing the occurrence of civil lawsuits.

On the other hand, the central government acknowledges the discretion of local officials in cases that are not considered serious. Nonetheless, a considerable influx of cases continued to reach the central government. In the context of that background, the extensive expansion of the Censorate apparatus played a pivotal role. The enlargement of the Censorate organization signified strengthening of supervision over local administration. One of the primary tasks of the surveillance officials was to scrutinize administrative documents at the local level. Owing to the absence of legal codes, these audits prompted numerous local officials to refer lawsuits to higher authorities.

In addition, the surveillance officials regularly observed the daily lives of the local residents and reported their findings to the central government. In the case of litigation-related problems, the surveillance officials pointed out the cause of disputes and raised the need for legislation. Central officials wanted to prevent lawsuits from occurring as much as possible, so this opinion soon led to legislative discussions and the enactment of related regulations.

Traditionally, the Chinese dynasties promulgated legal codes to provide a legal basis for judgments and grant considerable judicial power to local officials, thereby enabling them to preside over civil lawsuits. Marriage lawsuits, in particular, were an area where officials had great discretion to deliver judgments, and could take into account human feelings(人情) without being strictly bound by legal code. However, the Mongol Khans did not

adhere to this style of governance. Instead, the Yuan government directed local officials to rely on statutes and precedents and implemented strong monitoring of their judicial administration. As a result, the central government's power expanded. The development of regulations related to marriage contract, which was previously under the jurisdiction of local officials, reflects these changes.

Keywords: Marriage Contract, Prenuptial Agreement, Betrothal Gifts, Matchmaker, Legal Codes(律令), Censorate, Regional Surveillance Office

Student Number: 2017-24970