

朝鮮時代の 還退制度*

장창민**

目 次

- I. 序說
- II. 賣買와 擔保制度
 - 1. 不動產去來
 - 2. 擔保制度
- III. 朝鮮時代の 還退와 關聯된 實定法
 - 1. 還退의 意義
 - 2. 還退와 關聯된 實定法
- IV. 還退文記의 分析
 - 1. 目的物에 의한 還退의 形態
 - 2. 期間에 의한 還退의 形態
 - 3. 價額에 의한 還退의 形態
 - 4. 小結
- V. 結論

[국문요약]

조선시대의 환퇴에 관해서 당시의 각종 법전과 거래문기를 살펴보았다. 환퇴와 관련된 실정법의 규정의 분석을 통해서 적법하게 이루어진 계약을 정당한 이유 없이 되물리는 것을 방지하여 거래안전과 선의의 피해자를 보호하는 기능과 담보적 기능을 하였음을 알 수 있었다. 그러나 분석된 문기에서는 매매형식을 이용한 소유권이전형식의 담보제도임을 알 수 있었다.

* 이 논문은 2000년 한국학술진흥재단의 연구비에 의하여 연구되었음.

** 법학박사, 서울대학교 BK21 법학연구단 연구원.

요컨대 조선시대의 환퇴는 단순한 관습법상의 담보제도가 아니라 실정법에 의해서 인정된 소유권이전형의 담보제도임을 확인할 수 있었다.

[주제어] 환퇴, 담보제도, 전당, 소유권이전형담보제도.

I. 序說

민법은 민족정신의 법적 발현으로서 역사성을 가지고 있다고 역사학파는 말하고 있다. 그러므로 민법은 전통과 역사에 뿌리를 두고 있다 할 것이다. 민법은 만들어지는 법이라기보다는 생성되는 것¹⁾이라고 할 수 있을 것이다. 그렇다면 민법이야말로 국민의 법생활에 있어서의 행동기준이 되는 것이다. 이러한 민법의 본래 모습에 비추어 볼 때 우리의 民法史는 역사의 연속성이 단절되어 있고, 민법전의 내용은 우리 전통과 단절되어 있다고 지적되기도 한다²⁾. 이러한 맥락에서 볼 때 현행 민법은 이미 西歐法을 계수한 일본 민법이 朝鮮民事令에 의해서 강제 시행된 결과로 수 백년의 민족문화 내지는 법문화가 타의에 의해서 강압적으로 전통법의 폐지를 가져왔다. 따라서 현행 민법은 우리의 전통문화의 기반을 상실한 채 서구 및 외래 문화에 기반을 둔 법이라고 할 수 있다. 그러므로 적어도 우리 나라에 일제의 식민통치가 없었던면, 소유권 이전형식의 담보제도인 還退는 그대로 유지되었을 것이다³⁾.

이 연구는 현행 민법 제590조 이하의 還買에 해당하는 우리 나라 固有法으로서의 환퇴에 관한 연구이다. 이와 같은 법사학적 접근방식에 의한 연구의 목적은

1) P. Caroni, *Savigny und die Kodifikation*, in : *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung* 68, 1969, S. 97ff ; 赤松 秀岳, 「歷史學派から法典編纂へ」, 『石部雅亮 編-ドイツ民法典の編纂と法學』(九州大學出版會, 1999), 64면.

2) 金相容, 『民事法研究(2)』(法元社, 1997), 24면.

3) 일제의 한국관습법조사사업에 의하여 한국의 환퇴에 관한 관습법을 조사 보고한 것을 보면, 그들의 조사방법상의 오류는 무시한 채, 즉 그들이 조사한 환퇴에 관한 사례들은 시간적으로는 비교적 조선말기의 것에 한정되었고, 장소적으로도 극히 한정된 범위에서 행하여진 조사임에도 불구하고, 이를 무시한 채 「慣習調査報告書」 「民事慣習回答彙集」 등에서는 환퇴의 모습을 실정법상의 제도가 아닌 관습법상 인정된 제도로 보면서 이를 일본민법의 買戻로 인식하는 오류를 범했던 것이다.

조선시대의 환퇴와 현행 민법에서의 환매와의 관계를 밝히고자 하는 것이므로 우리 나라 고유법으로서의 환퇴와 병행하여 현행 민법상의 환매에 대한 연구가 진행되어야 할 것이다. 그러나 그 작업은 다음 기회로 미루고, 이 연구에서는 우리 나라 고유법으로서 조선시대의 환퇴에 한정하고자 한다.

따라서 환퇴에 관한 관습은 實定法이 제정되기 전에 이미 널리 사용된 제도라고 미루어 짐작할 수 있을 것이다. 그러나 還退慣習을 알 수 있는 去來文記나 所志類는 17세기 후반부터 나타난다. 따라서 환퇴와 관련한 거래문기나 소지류는 접근이 가능한 조선후기의 문기에 한정하여 분석하고자 한다.

“되물린다”는 의미의 환퇴는 소유권이전형식의 담보제도로써 활용되기도 하였다. 그러나 이중매매나 勒奪, 소송전답의 방매 등이 본인의 의사와 관계없이 불법적인 형태로 소유권이전이 되었을 경우 정당한 절차에 의한 소유권회복의 수단으로 이용되기도 하였다⁴⁾. 이하에서는 담보제도로써의 환퇴에 한정하여 살펴보기로 한다.

환퇴제도 역시 조선사회의 하나의 경제·사회구조를 구성하고 있는 것이므로 당시의 경제와 사회 등의 분석을 통해서 일반적인 거래의 유형과 소유권의 개념, 여러 가지 경제 제도의 분석을 통하여 환퇴가 등장하는 역사적 과정을 살펴본다. 그리고 이를 토대로 하여 밝혀진 환퇴의 실질에 대해서 법적인 분석을 시도함으로써 환퇴에 대한 제도적 의의를 살펴보고자 한다.

II. 賣買와 擔保制度

1. 不動產去來

조선 건국 초기에는 과전법에 의한 전제개혁의 실시초기로서 상속을 제외한 일체의 토지처분행위가 금지되었었다. 실제로는 토지의 매매가 행하여 졌을 것으로

4) 趙允旋, 『조선후기 소송연구』(國學資料院, 2002), 128면.

추측되지만 그 관습내용은 알 수가 없다. 다만 한성부내의 家基에 대해서는 매매 교환 등 처분할 수 있었고, 그 외에도 부득이 한 경우에는 토지의 매매가 인정된 사실이 있었다⁵⁾. 세종 6년 갑진 3월에 京畿監司의 啓請이 있기 전에는 외방의 토지매매는 금지되었으며, 매매한 경우에는 매매대금을 몰수하였던 것이었다. 그러나 토지를 매도하는 자는 대개가 부모의 장례비용의 殮出, 宿債의 비용이나 속죄금의 변출을 위하여 혹은 빈한하여 토지를 매도하지 않고는 자존할 수 없는 경우 등 부득이한 환경에 처한 자들이므로 이와 같은 부득이한 자는 대명률을 의용하여 稅契過割⁶⁾의 절차를 밟도록 하였다. 따라서 세종 6(1424)년 3월부터 토지매매가 일반적으로 허용된 것이다. 그리하여 經國大典 戶典 買賣限條에는 ‘田地와 家舍의 매매는 15일은 기한으로 하여 그 기한이 지나면 변경하지 못하며, 모두 100일 안에 관에 보고하여 증명문서(立案)을 받는다. 노비의 매매도 같다’⁷⁾라고 규정되어 토지가옥의 매매시부터 告官하여 입안을 받도록 하였다.

토지나 가옥의 부동산을 매매하는 경우에는 그 계약이 성립되기 위해서는 買受人, 賣渡人 쌍방의 合意와 代價의 收受, 目的物의 引渡를 요건으로 하는 要物契約이었다. 이때 합의와 인도는 반드시 明文 또는 新文記라는 계약서의 작성을 통해서 이루어지고 이 를 인도함으로써 소유권이 이전하는 것을 관념으로 하는 관습이었으며, 특히 賣渡時에는 매도인은 신문기는 물론이고 그 토지의 권리전승의 유래를 증명하는 일체의 舊文記(本文記)⁸⁾도 함께 인도해야 하는 要式行爲였다⁹⁾.

5) 朴秉濠, 『韓國法制史攷』(法文社, 1987), 14면.

6) 노비 및 우마, 전답·가옥을 매매할 때 관에 일정한 세금을 내고 교부 받은 납세영수증을 내고 소유자의 명의를 변경하는 것; 『古法典用語集』(法制處, 1979).

7) 田地家舍買賣限十五日勿改並於百日内告官受立案奴婢同; 『國譯經國大典』(韓國精神文化研究院, 1995), 162면.

8) 이 구문기는 그 권리의 유래가 진정하며, 그 권리를 처분하는 자가 진정한 권리자임을 증명하는 소위 權原證書라고 할 수 있다. 그리고 이와 같은 문기는 토지를 매매하는 경우뿐만 아니라 相續, 贈與, 遺贈은 물론이고 貸借의 경우에도 문기를 작성하여야 한다. 만약 구문기를 紛失, 燒失, 汚損한 경우에는 그 사실을 증명하는 관의 입안 또는 입질을 성급 받아서 구문기에 대신하였으며, 구두계약으로 매매하였더라도 후에 반드시 그 문기를 작성하여 인도 받아야 했다.

권리의 최초의 취득시는 신문기뿐이나 후의 취득 또는 이전에는 반드시 구문기를 구비해야 하며, 그 권리의 이전이 많을 수록 구문기의 수가 증가하며 權利傳承의 유래를 증명할 수 있는 것이면 무엇이든지 인도하였다.¹⁰⁾

토지가옥 매매문기의 형식은 먼저 매도년월일과 매수인을 기록하고, 다음에 매매의 이유, 그 토지의 권리전송의 유래, 토지가옥의 소재지와 四標, 매매대금과 그 수취의 사실, 영구적 매도의 문언, 본문기의 허급여부와 그 이유, 담보문언(守約文言)의 순서로 기록하고, 끝으로 매도인이 記名花押하고 證人, 證見, 證保, 證 등이라 칭하는 증인 또는 입회인이 기명화압하고 筆執이라 칭하는 그 명문을 쓴 자가 기명화압하는 것이 원칙이었다.¹¹⁾

2. 擔保制度

현행법상 채권을 담보하기 위한 것으로는 인적담보와 물적 담보가 있다. 담보 제도로서 가장 대표적인 것으로는 담보물권이 될 것이고, 인적담보로서는 보증채무 및 연대채무가 있다. 이 두 가지 제도는 각각의 장단점을 가지고 있으므로 어느 것이 우수하다고 말할 수는 없지만, 오늘날 거래관계에서는 물적 담보가 주로 이용이 되고 다만 물적 담보의 목적물을 갖추지 못한 사람은 부득이 인적담보에 의해서 거래상의 신용을 뒷받침할 수밖에 없는 현실이다.

조선시대에도 이러한 담보제도에 관한 기록은 나타나고 있다. 그러나 이들에 대한 구체적인 법률관계를 살펴볼 수 있는 내용은 그리 많지 않다. 이하에서는 물적 담보제도를 중심으로 살펴본다.¹²⁾

9) 朴秉濠, 앞의 책, 15면.

10) 朴秉濠, 앞의 책, 17면.

11) 상세한 것은 麻生武龜, 『朝鮮田制考』, 朝鮮總督府中樞院, 358~378면.

12) 受教輯錄 戶典 徵債條에 “채금 4백냥 이상을 변상하지 못한 경우에는 전가족을 정배하되 서울관청의 負債이면 畿內에 정배하고 管運餉에 부채를 지면 西路에 정배하여 부채받는 것을 편하게 하며 납부를 마친 후에 계로 아뢰어 석방한다. 강희 갑자년(1684, 숙종 10년)

(1) 典當

전당은 주로 동산이나 노비를 객체로 하는 담보제도로써 점유질의 성질을 갖는 것이다. 그러다가 조선 중엽 이후부터 농지의 점유를 전당으로 보게 되었다.

이러한 전당제도로는 점유질, 비점유질 및 문서질 등이 있었으며, 그 전당을 기록한 문서에는 매매라는 용어를 사용하지 않고 전당이라는 용어만을 사용함으로써 형식적으로나 실질적으로나 채권의 담보로 보았던 것이다. 전당은 원칙적으로 기한 내에 변제하지 못하면, 그 담보물의 소유권은 채권자에게 영구히 귀속한다는 특약을 체결하는 이른바 유질특약으로서 이것 역시 매매로 관념 되었다. 그 까닭은 매매와 전당을 혼동하였기 때문으로서 전당의 전당이 동산의 전당과는 달리 매매의 성격을 완전히 탈피하지 못한 것을 의미한다는 것이다. 즉 전당의 정지조건부매매였던 것이었다¹³⁾.

‘태종 14권 7(1407)년 7월 2일 계축’에서는, 의정부에서 가난한 백성이 빌린 물건을 돌려주지 못하여 자녀를 전당 잡힌 것을 모두 방면하자고 청하자, 태종은 아뢴 대로 시행토록 하였다¹⁴⁾.

‘세종 63권 16(1434)년 3월 8일 을해’에서는 백성들의 사치로 인한 부채를 갚기 위하여 또는 장례비용을 마련하기 위하여 그들의 전당을 전당하거나 팔아서 채무를 갚았다는 기록이 있으며, 세종 18(1436)년에는 형조의牒보에 따라 의정부가 아뢴 바에 의하면, 선상노자가 그 역의 피로움을 견디지 못하여 샅을 주고 사람을 사서 역을 대신 치르게 하는 과정에서 노자들은 휴식을 위하여 소·말·토지·산업 등을 저당 잡히거나 팔아 버리기까지 하여 마침내는 직업을 잃고 도망하여 서울과 지방의 노비가 점점 피폐하게 되는 폐단을 가져왔다는 기록이 있다.

이들 기록으로 보아 조선 전기 당시에 백성들 사이에서 典當 또는 抵當이라는

9월의 전교에 의거하여 공채 1백냥 이상을 변상하지 아니한 경우에는 본인을 대부해 준 관아의 근처에 기한 없이 정배하고 처자는 몰수하여 노비로 삼았다가 채무를 완제한 후에 석방한다고 규정하고 있다”고 기록하고 있는데 이는 인적담보의 한 형태로 볼 수가 있을 것이다. 한국역사연구회, 『受教輯錄』(청년사, 2001), 101면.

13) 이것에 대한 자세한 것은 朴秉濠, 앞의 책, 93면 이하 참조.

14) 窮民貨物未還子女典當者, 考其日月, 計其備直, 卽皆放免…依所啓施行.

이름으로 담보제도가 크게 성행하였음을 알 수 있다¹⁵⁾.

동산이나 부동산 또는 사람 등 그 구분 없이 질물의 점유를 채권자에게 인도하는 점유질로서의 전당은 고려시대부터 담보제도로 시행되었는데, 이것은 실제로는 매매로서 관념되었다. 채무를 변제하지 못하여 전답을 전당한 경우에 채권자는 채무자가 해당 채무를 변제할 때까지 그 전답을 경작하도록 하고, 그 전답의 경작에서 나오는 수확물은 채무의 이자로 충당하였던 것이다. 즉 점유질로서의 전당은 담보한 부동산의 점유를 채권자에게 인도하며, 점유를 인도 받은 채권자는 부동산을 사용·수익하며, 그 수익은 이자에 충당되는 것으로 보았다. 담보된 금전채권에는 이자를 약정하지 않고 수익을 이자에 대신하였기 때문에 채권자에게는 유리하고 채무자에게는 가혹하였으며, 환퇴할 때까지는 자유로이 수익할 권리가 있었으며, 유질특약이 없는 경우에는 기한 후에 채무자가 환퇴할 수 있을 때까지는 언제까지든지 사용·수익할 수 있다는 것이다¹⁶⁾.

(2) 賣渡擔保

본래 농지와 같은 부동산의 담보는 權賣라는 형태로 이루어지는 것이 조선시대의 관행이었다. 이것은 매매의 형식을 취함으로써 담보의 목적을 달성하는 것이다. 즉 소유권만을 매수인에게 이전하고 점유, 즉 토지의 사용수익권인 농지경작권은 매도인에게 계속하여 유보하도록 하던 관습상의 토지이용제도이다. 이러한 관행은 19세기 중엽부터 행해졌다.

매도담보에 있어서 매도인의 지위는 소작관계에 있어서의 소작인과 동일하였고, 매도인은 매수인에게 매년 소작료를 지불하여야 하는 것으로서 그 법적 성질은 기한부의 매매계약과 소작계약을 합친 것과 같았다. 즉 그 형식은 매매였지만 실질적으로는 담보로서의 작용을 하였던 것이다. 이 때 소작료는 바로 매매대금의 이자에 해당하는 것으로 보았다.

또한 이 제도는 소유권자체를 양도하는 것이기 때문에 구문기가 있으면 그것도

15) 禹柄彰, 앞의 글, 203면.

16) 朴秉濠, 앞의 책, 95면.

함께 인도하였으며, 대체로 당사자 사이에 일정한 특약을 체결하는 것이 보통이었는데, 그 내용은 기한이 도래하면 매도인이 매수인에게 맨 처음의 매매대금을 지급하고, 그 소유권은 매도인에게 환회한다는 것이다. 만일 매도인이 환회를 하지 않을 때에는 그 목적물에 대한 소유권은 매수인에게 영구히 귀속되는 것으로 하였다. 이와 같이 매수인은 구문기를 인도받아 처음부터 소유권을 취득하므로 제3자에게 처분할 수도 있으나, 신문기를 작성할 때에 기한부매매라는 특약을 하였으므로 환매조건부매매와는 달리 다른 사람에게 전매하는 것은 불가능하였다¹⁷⁾.

Ⅲ. 朝鮮時代의 還退와 關聯된 實定法

1. 還退의 意義

외국의 법제와 마찬가지로 우리 고유의 매매도 원칙적으로 영구적 무조건적이며, 계약문언에 그 취지를 명시한다. 그런데 농경문화사회에서 토지에 대한 가치는 그 어느 것보다 높은 것이라 할 것이다. 가령 부모의 장례비용의 마련 등과 같이 영세지주들의 불가피한 이유로 토지를 팔았더라도 그 토지에 대한 강렬한 애착심이 남아 있으므로, 어떤 수단을 써서라도 그 대가를 지불하고 다시 물리고자 하는 마음이 간절한 것이다. 그 토지가 조상 대대로 이어온 것이거나 제위토인 경우는 더욱 간절하였다. 그리하여 후에 자금이 생기거나 후회한 경우에는 곧 매매를 취소하고 물리려고 하여 이러한 것의 소송이 빈번하였다. 그래서 다시 판 값을 치르고 물리는 것을 환회라고 하였다¹⁸⁾.

조선시대의 환회에 관한 내용은 중종 13(1528)년에 選上價布法에서 처음으로 나타난다. 이것에 의하면, 그 役價를 五升綿布로 바치도록 하였는데, 가난한 백성

17) 朴秉濠, 앞의 책, 92면.

18) 朴秉濠, 『韓國法制史』(韓國放送通信大學, 1988), 190면; 趙允旋, 앞의 책, 128면; 張昌敏, 「還買法の 研究」(成均館大學校大學院 博士學位論文, 1999), 104면.

이 그 역의 피로움을 견디지 못하여 田을 매도하고 유망하는 경우가 많아서 이러한 폐단을 막기 위하여 매매한 것은 모두 환퇴시키도록 하였으며, 다만 10년이 지난 것에 대해서는 소요를 우려해서 환퇴의 대상에서 제외시켰다¹⁹⁾는 것이다. 그후 중종 34(1539)년 10월 15일 저녀 夕講에서 환퇴의 규정이 왕명으로 만들어졌음을 기록하고 있고²⁰⁾, 이것이 大典後續錄(1543)에 명문으로 나타난다²¹⁾. 환퇴에 관한 규정이 명문화되는 과정을 보면 환퇴와 관련하여 여러 가지 사회적 폐단이 많아 이를 해소하기 위해 환퇴를 명문화하였음을 알 수 있다.

이와 같은 환퇴라는 제도는 채권의 담보를 목적으로 매매계약을 체결할 때에 소유물을 환매할 것을 조건으로 하는 특약을 맺는 것으로도 활용되었다. 이 제도는 17세기경 특히 토지의 경우에 일반적으로 시행되던 것으로서 전답의 사용수의 권을 매매하여 매수인이 일정한 기간 동안 경작한 다음 약속한 기한이 도래하면 매도인은 처음에 지급했던 매매대금을 매수인에게 돌려주고 그 전답에 대한 경작권을 되찾는 관습법상의 토지매매제도이다. 환퇴를 특약하는 문언은 일률적으로 동일하지는 않고 ‘權賣’, ‘姑爲放賣’, ‘限某年還退次放賣’, ‘待舒力還退次放賣’, ‘限某年還買’, ‘退賭地次放賣’ 등으로 표시되나 같은 의미이다²²⁾.

田地와 家屋의 還退의 경우는 1548년 4월 27일의 王命에서 ‘田地와 家舍를 사 고 판 뒤에 환퇴를 하겠다는 소장을 비록 100일 이내에 제출했다라도, 買受人이 家舍를 깨끗이 修理를 다 해 놓았을 때, 그리고 田畝인 경우엔 흙을 잘 골라 놓은 뒤에, 슬그머니 전날에 제출한 고소장을 들추어내며 소송을 일으켜서 환퇴하는 것은 매우 옳지 못하니, 오늘 이후로는 30일까지 訟庭에 나오지 않으면, 일체 접수 하여 처리해 주지 않는다’²³⁾는 법규정을 보면 부정한 방법으로 재산의 증대를 도

19) 中宗 34권 13(1518)년 11월 8일 갑진 : 議減軍額事…廢朝時 役若賣田者, 並令還退, 實是美意 然還奪, 亦流亡之一端 但事在十年前 一切還退, 不無騷擾 恐難施行.

20) 中宗 92권, 34(1539)년 8월 戊寅條.

21) 大典後續錄 戶典 賣買限條.

奴婢田宅 價値倍前 故謀欲還退 自作元隻 伴僞勝負 以分其利者 一切准今價 徵還.

22) 朴秉濠, 『韓國法制史攷』, 81면.

23) 詞訟類聚 百憲總要 賣買條.

모하는 방법으로도 환퇴제도를 이용하였음을 짐작할 수가 있다.

賭地의 환퇴는 1674년의 왕명으로 “退한 賭地에 대하여는 그 價額을 대강 받고, 타인에게 耕食을 허용하고, 햇수가 상당히 오래된 뒤에 본래 값대로 반환하면 그 농토를 돌려주고, 바로 원래의 값을 돌려주지 않으면, 영원히 자기의 소유로 만드는 그 폐단이 적지 않으므로, 10년을 한도로 하여 10년 이내이면, 처음에 받았던 값의 절반을 주고 도로 물릴 수 있고, 10년 뒤면 비록 그 값을 다 주고 값을 능력이 없더라도 땅주인에게 돌려준다”²⁴⁾는 내용의 규정이 만들어졌다.

위의 법규정에서 알 수 있듯이 초기의 환퇴제도는 이미 적법하게 성립한 매매계약을 나중에 부정한 목적을 달성하기 위하여 매매계약을 해제함으로써 발생하는 여러 가지의 폐단으로부터의 피해를 막기 위하여 성립하였던 것을 알 수 있다. 그러한 제도가 시간이 흘러가면서 목적물의 소유권을 이전하는 담보형식으로 발달하였다. 목적물의 소유권이전을 통한 담보제도는, 매수인으로 하여금 이를 특정 기간동안 사용 수익하게 하고 그 기간에 도래하여 매매대금을 매수인에게 반환하면 소유권은 매도인에게 환퇴되지만 그 기간 내에 환퇴하지 못하면 목적물의 소유권은 영구적으로 매수인에게 귀속되는 관습이 성행하였음을 알 수 있다. 그러나 기간의 장단을 막론하고 약정기한에 환퇴하지 못한 경우에는 그 목적물이 매수인에게 귀속된다는 것은 공평에 반하며, 무리가 있어 매도인에게 가혹하므로 이에 대한 법적 규제를 하게된 것이다.

田道家舍賣買後 還退之狀 雖例於百日內 買得人家舍 則盡數修葺 田畝則盡加整治後 治舉舊日之狀 立訟還退至爲 不當今後 過限三十日 不就訟者 一切 勿許聽理 嘉靖戊申四月二十七日. 『百憲總要』(法制處, 1979), 326면.

24) 新補受教輯錄 刑典 聽理條.

退賭地 略捧其價 許人耕食 年久之後 准償則還給基田 越不還償則 永作己物 其弊不啻以十年爲限 十年之內 卽當初所受其價近半 備給以還退 十年之後則 雖不能備償其價 還給田主(康熙甲寅承傳). 한국역사연구회, 『新補 受教輯錄』(청년사, 2001), 499면.

2. 還退와 관련된 實定法

환퇴와 관련된 조선시대의 실정법 규정은 여러 법전에 흩어져 있다. 물론 조선시대의 법전의 구성이나 그 체계가 현행법처럼 일반적인 형태와 같이 관계규정과 관련해서 의의, 요건, 효과의 형식으로 구성되지는 아니하였지만 나름대로의 방식을 취하고 있다. 그런데 이 글에서 다루고자 하는 환퇴는 조선시대의 법전의 형식에서 차지하는 비중이 극히 미비하여 일반적인 형식을 취하고 있지는 못한 것 같다. 그래서 본 글에서는 조선시대 여러 법전에 산재해 있는 환퇴에 관한 규정을 환퇴의 意義, 期間, 價額, 效果라고 하는 체계로 구성해서 살펴보고자 한다²⁵⁾.

(1) 還退의 意義

1) 詞訟類聚²⁶⁾ · 百憲總要²⁷⁾ 賣買條

田地와 家屋을 사고 판 뒤에, 還退를 하겠다는 소장을 비록 100일 이내에 제출했다라도, 買受人이 가옥을 깨끗이 수리를 다 해 놓았을 때, 그리고 田畝인 경우엔 흙을 잘 골라 놓은 뒤에, 슬그머니 전날에 제출한 고소장을 들추어내며, 소송을

25) 조선시대의 법전의 체계는 현행법전과는 사뭇 다르다할 것이다. 따라서 현행 민법전의 체계에 따라 재구성한다고 하여도 그 구성요소들이 중복되는 부분이 발생할 수 있음을 밝혀 둔다.

26) 이 것은 全羅道 管内 地方首領이었던 金伯幹이 1585年(宣祖 18年), 朝鮮王朝 建國 이 후, 宣祖때까지 편찬된 成文法典들과 教旨 등을 비교 검토해 오늘날 民事訴訟에 해당하는 '詞訟'의 통일된 立법운용 準則을 마련한 法律書를 엮어 편찬한 것이다. 특히 이에 대한 상세한 것은 任相燦, 『朝鮮前期 民事訴訟과 訴訟理論의 展開』(서울대학교 大學院 博士學位論文, 2000.2), 102면 이하 참조.

27) 백헌총요는 서문 또는 범례 등의 상세한 기록이 없으므로 편자의 성명 및 편집연대를 정확하게는 알 수 없지만 내용으로 보아 정조시대의 것으로 추정된다. 이 자료는 각 법전의 조항을 全文 그대로 수록한 것이 아니고 그 당시에 행하였던 필요한 조문만을 발췌하고 그 조문에 따라 주로 인용되던 기타의 典書, 즉 국조오례의 · 속오례의 · 대명률지해와 수시로 반포 시행하던 受教 등의 필요한 부분을 첨보하여 관리들의 직무수행을 편리하게 참고 되도록 엮어져 있다. 편별 내용은 6典의 형식으로 분류되어 있다. 『百憲總要』(법제처, 1979), 1면.

일으켜서 還退하는 것은 매우 옳지 못하니, 오늘 이후로는 30일까지 訟庭에 나오지 않으면, 일체 접수하여 처리해 주지 않는다.²⁸⁾

2) 典律通補²⁹⁾ 刑典 聽理條

노비와 전지나 주택을 매매한 뒤에 가격이 전보다 배가되어 도로 물리기를 도모하고 스스로 원고가 되어 승부를 협잡하고, 그 이익을 분배하려 하는 자는 일체 현금의 가액에 준하여 징수해서 돌려준다.³⁰⁾

위의 규정은 노비나 논밭·가옥 등 不動産을 팔고 난 뒤 그 가격이 배로 오르자, 허위문서를 만들어 還退 소송을 하려는 경우에 이를 금지하는 규정이다. 즉 적법하게 이루어진 매매계약을 정당한 이유 없이 그 계약을 취소하는 것을 금지하는 규정으로 볼 수 있을 것이다.

(2) 還退의 期間

1) 受教輯錄³¹⁾ 戶典 賣買限條

28) 田地家舍賣買後 還退之狀 雖例於百日內 買得人家舍 則盡數修葺 田畓則盡加整治後 治舉舊日之狀 立訟還退至爲 不當今後 過限三十日 不就訟者 一切 勿許聽理. 앞의 책(百憲總要), 357면.

29) 전률통보는 1786년(정조 10)에 綾恩君 具允明이 당시에 쓰이고 있던 조선의 현행 법령과 대명률의 주요 율문을 통합하여 하나의 법전으로 만들기 위하여 편집한 법률서적이다. 이 책은 경국대전, 속대전, 대전통편 등 우리나라의 여러 법전과 형법의 일반법으로 사용하고 있던 중국의 대명률을 통합한 原編과 관리들의 실무 행정에 필요한 전례와 文字式 등 다양한 정보를 담은 별편으로 구성되어 있다. 沈載祐, 『『典律通補』解題』, 『典律通補』(서울대학교 규장각, 1998), 5면.

30) 奴婢田宅 賣買後 價值倍前 讓欲還退 自作元隻 佯爲勝負以分其利者 準今價徵還(續). 奎章閣資料叢書 法典篇, 『典律通補·下』(서울대학교奎章閣, 1989), 98면.

31) 수교집록의 편찬은 1664년부터 논의되기 시작하여 1698년(숙종 24)에 완성되었다. 국가적인 차원에서 체계적으로 법전을 정리한 것은 1542년 大典後續錄 制定 이후 이루어지지 않고 있었다. 두 차례에 걸친 國難과 社會狀의 많은 변천은 새로운 法典의 編纂이 불가피하게 되어, 經國大典을 母法으로 하여 大典後續錄의 立法內容을 補充하여 編纂한 것이 受教輯

노비가 賣買된 후에, 그 노비가 도망한 경우엔 2년을 기한으로 정하고, 買得한 사람이 흑시 使喚으로 하였거나, 흑은 身貢을 받은 경우, 만2년이 지나면, 還退할 수 없고, 본래의 주인도 침범하지 못한다.³²⁾

2) 大典會通 戶典 賣買限條

퇴도지의 매매는 10년을 기한으로 한다. 10년의 기한이 되면 대가없이 도로 물려주고, 5년 이후면 반값으로 도로 물려준다. 만일 매매한 원가에 준하면 비록 1,2년이라도 도로 물려준다.³³⁾

1)의 경우 노비의 還退에 관한 규정으로 사온 노비가 도망을 가면 2년 이내에는 還退를 할 수 있다는 규정이다. 노비의 매수인은 관에 신고하여 입안을 받으므로써 완전히 노비의 소유자가 될 수 있으나, 노비가 도망을 가버리면, 賣渡人에게 契約를 해제하는 還退를 할 수 있으며, 賣渡人은 2년간은 노비가 도망가지 않도록 책임을 지는, 목적물에 대한 2년간의 담보책임을 부담함을 알 수 있다. 2)의 경우는 토지의 사용·수익권인 賭地權을, 10년으로 한정하여 경작권을 팔아 넘긴 경우를 退賭地라고 하는데, 이 退賭地를 되물리는 기간에 따라 즉 10년, 5년, 1-2년에 따라 그 가액이 변동됨을 규정하고 있다.

(3) 還退의 價額

1) 典錄通考³⁴⁾ · 新補受教輯錄³⁵⁾ 刑典 聽理條

錄이다. 이 책은 6권으로 구성되어 있으며, 大典後續錄 制定 후 155년간 내려진 傳教등을 바탕으로 그 미비점을 보완하여 編纂한 것이다. 한국역사연구회, 『受教輯錄』(청년사, 2001), 8~11면.

- 32) 奴婢賣買後 逃亡者 以二周年定限 買得之人 或使喚 或收貢者 滿二周年 則物許還退勿侵主. 한국역사연구회, 앞의 책, 104면.
- 33) 退賭地賣買 十年爲限 滿十年則 無價還退 五年以後 則半價還退者 若準本價則 雖一二年亦許還退. 奎章閣資料叢書 法典篇, 『大典會通·上』(서울大學校奎章閣, 1999), 279면.
- 34) 전록통고는 법전인 경국대전과 법령집인 대전후속록 및 수교집록의 내용을 조목별로 분류

퇴도지에 대하여는 그 價額을 대강 받고, 타인에게 耕食을 허용한 것이다. 했수가 상당히 오래된 뒤에 본래 값대로 반환하면, 그 농토를 돌려주고, 바로 원래의 값을 돌려주지 않으면(퇴도지 값을 지불했던 사람이) 영원히 자기의 소유로 만드는 그 폐단이 적지 않으므로, 10년을 한도로 하여 10년 이내이면, 처음에 받았던 값의 절반을 갖추어 돌려주면 (퇴도지를) 돌려주게 하고, 10년이 지난 후이면 비록 값을 갖추어 보상하지 못하더라도 본래의 토지 주인에게 돌려준다.³⁶⁾

2) 續大典³⁷⁾ 戶典 賣買限條

퇴도지매매는 20년으로 제한하고 滿 10년이 되면 無價로 還退하고 5년 이후에는 半價로 還退한다. 만약 本價에 준하는 경우에는, 비록 1년 또는 2년이라도 또한, 還退를 허락한다.³⁸⁾

하고 통합하여 한 곳에 모아 편찬한 법전이다. 성종대에 續錄이, 중종대에 後續錄이 작성되었고 아울러 숙종대에는 선대의 수교들을 모아 수교집록을 만들었다. 전록통고는 이러한 작업들을 한데 모았다는데 의미가 있다. 梁晉碩, 『『典錄通考』 解題』, 『典錄通考』(서울대학교 규장각, 1998), 4면.

- 35) 新補受教輯錄은 1743年(英祖 19年) 受教輯錄 편찬시 빠졌던 傳敎를 보충 수록하여 엮은 補完立法典이다. 이 때 책의 이름이 수교집록을 새로 보완했다는 의미로 『신보수교집록』 또는 『수교신보』라고 하였다. 이 新補受教輯錄은 英祖의 命을 받아 弘文館과 藝文官 提學들이 受教輯錄의 補完立法典으로 엮어 펴내 놓은 바, 新補受教輯錄은 受教輯錄과 같이 六典體制의 編制에 따라 엮여졌다. 具德會, 『『新補受教輯錄』 解題』, 『新補受教輯錄』(서울대학교 규장각, 1997), 21면.
- 36) 退賭地 略捧其價 許人耕食 年久之後 准償其價 則還給基田 越不還價則 永作己物 其弊不皆 以十年爲限 十年之內則 當初所受其價 近半備給而 還退十年之後 則越不能備償其價 還給田主. 앞의 책(新補受教輯錄), 110면.
- 37) 續大典은 1746年(英祖 20年), 『經國大典』을 계승하는 것을 표방하여 그 체제에 따라 여러 법전과 수교를 모아 간행한 법전이다. 이 법전은 대전류나 통고류의 법전이 그 이전 법전의 모든 내용을 전제하여 정리한 것과는 달리 경국대전의 내용은 다시 수록하지 않고 그 후의 것만을 수록한 점이 특이하다. 洪順敏, 『『續大典』 解題』, 『續大典』(서울대학교 규장각, 1998), 16면.
- 38) 退賭地賣買 二十年爲限 滿十年則 無價還退 五年以上後 則半價還退 若準本價 則日二年亦許還退. 앞의 책(續大典), 180면.

위의 규정은, 農地의 耕作權을 擔保로 하여 돈을 빌린 경우에 약정한 기간 내에 채무변제를 하지 못할 경우 流質인 賣渡擔保를 허용하게 되면, 耕作權 所有者에겐 너무 억울하다 할 것이다. 그러므로 기한을 10년으로 법정하고, 10년 이내에는 빌린 돈의 절반만 갚으면 還退받을 수 있고, 10년이 지난 경우에는 빌린 돈과 農土의 使用·收益한 對價와 相計시켜서, 빌린 돈을 갚을 의무가 소멸되어, 목적물만 반환해 달라고 청구할 수 있다는 내용이다. 경작권을 빌려준 대가로 돈을 빌려쓰면, 10년 뒤에는 도로 찾아 올 수 있는, 경작권을 담보로 한 경우라고 풀이할 수 있으나, 契約의 형식은 임차가 아닌, 경작권의 10년 기한부 賣買라고 법정하고 있다.

(4) 還退의 效果

大典後續錄³⁹⁾ 戶典 賣買限條

노비나 不動産인 논밭·가옥의 시가가 전(賣買契約締結時)에 비하여 2배나 올랐것을 보고, 전에 체결한 賣買契約를 還退(되돌려 물림), 즉 取消나 解除를 할려고 스스로 원 피고를 만들어, 거짓으로 승부를 조작하여 이익을 나누어 가진 자는 모두 현재의 시가 에 준하는 값을 징수하여 돌려준다.⁴⁰⁾

위의 규정은 不動産 및 노비의 賣買契約에서 되돌려 물리는 契約의 취소나, 해제를 한 경우에 모두 현재의 시가에 준하는 값을 정하여 되돌려 준다고 하여 환퇴의 효과를 규정한 내용이다.

39) 大典後續錄은 1543年(中宗 38年), 成宗때 편찬된 大典續錄 이후 50여 년간의 성종·중종의 敎諭를 모아서 만든 法典이다. 朝鮮王朝 第11代 中宗 때 많은 사건들이 발생하여, 既存의 成文法典인 經國大典이나 大典續錄만 가지고 대처할 수 없어 그때마다 새로운 왕의 傳敎를 내렸지만 大典續錄 制定 이후 公布된 敎令만도 52年間 많이 모아져 政事는 번거로워지고 能率이 오르지 않을 것을 염려한 王은 領議政 尹殷輔 등에게 命하여 새로 현실에 맞게 엮어 펴낸 法典이다. 南智大, 『『大典後續錄』解題』, 『大典後續錄』(서울대학교 규장각), 1997, 5면.

40) 奴婢田宅 價値培前 故謀欲還退 自作元隻 佯爲勝負 以分其利者 一切准今價 徵還. 앞의 책(大典後續錄), 30면.

(5) 小結

이상과 같이 조선시대의 환퇴에 관해서 당시의 법전과 법서에 산재해 있던 실정법규를 중심으로 하여 환퇴의 의의, 기간, 가액, 효과 등에 관해서 살펴보았다. 환퇴와 관련된 여러 실정법규정의 분석을 통해서 살펴본바 적어도 실정법상의 환퇴에 관한 규정은 담보제도만을 위해서 제정된 규정은 아닌 듯 싶다. 즉 적법하게 매매된 물건에 대해서 나중에 가격이 오른 것을 보고 정당한 이유없이 환퇴를 주장하는 것에 대한 배척을 위해서, 또는 매매된 노비가 도망을 간 경우에 노비의 매도인이 그에 대한 담보책임으로 환퇴가 규정되기도 하였다. 물론 퇴도지매매에 관한 규정은 담보제도로써 보아도 무방할 것이다. 그러나 현행 민법 제 590조 이하의 환매에 관한 규정이 담보제도를 위한 규정이 아님에도 불구하고 주로 담보제도로 활용되듯이 조선시대의 환퇴는 담보제도로써 많은 기능을 하였는데 이하에서는 거래문기를 중심으로 담보제도로써의 환퇴를 살펴보기로 한다.

IV. 還退文記의 分析

1. 目的物에 의한 還退의 形態

(1) 動産還退

원칙적으로 조선시대의 환퇴의 객체인 목적물은 田·畝·家舍·柴場·園林 등이 대부분을 차지하므로, 부동산의 사용·수익이 가능한 것을 사용·수익할 수 있도록 목적물을 이전해주고, 권리를 증명하는 계약서나 환퇴약속증서(手票·牌子)를 함께 인도한다.

그러나 많은 예는 발견되지 않으나, 후대의 것으로써 전답과 함께 사용·수익이 가능한 감나무·대추나무·쌀통·가마솥 등의 동산을 환퇴의 목적물로 거래한 계약서가 발견된다. 예를 들어보면,

1) 道光十八(1838)年 戊戌三月初三日 李生員宅奴 萬石前明文의 文記에서는⁴¹⁾ 돈 57량이 필요하여, 57량에 상당하는 논밭과 집 이외에 또 부족하여 쌀통인 두주(斗柱) 2대와, 가마솔 2개를 사용·수익 할 수 있도록 점유를 이전해 주고, 즉 소유권을 이전하는 永永放賣를 하되, 3년을 만기로 하여, 57량을 되돌려 주면, 목적물을 다시 찾을 수 있는, 즉 매매계약을 해제하고 원상 회복시킬 수 있었다. 매수인은 3년 안에 57량을 가져오면 목적물을 내어주고, 안 가져오면 완전히 소유권을 취득하게 된다. 57량을 빌려주고, 임차인의 재산인 논·밭·집 그리고 두주·솔을 사용하고, 돈을 안주면 임대인의 것이 되므로, 환퇴의 목적물이 부동산뿐만이 아니라 동산인 쌀통이나 솔도 가능하였음을 보여주는 문기이다.

2) 道光十八(1838)年 戊戌三月初九日 李生員宅奴 萬石前明文의 문기는⁴²⁾ 많은 논과 밭을 3년의 기한으로 매도담보로써 사용·수익할 수 있도록 점유를 이전하면서, 해당 전답에 관한 문서 8장과, 윗사람이 지체가 낮은 사람에게 내려주는 글인 패지 1장과, 환퇴계약서를 함께 인도해 주고 또한 목적물로서 대추나무 열 그루도 140량을 빌리는 대가로, 담보물로써 제공하고 있음을 알 수 있다. 때문에 貸金者는 대추나무 10주에서 나는 대추를 3년간 따먹고, 돈을 갚으면 문서와 함께 돌려주고, 이자는 논 밭 사용 수익의 대가와 대추를 3년간 따먹은 것과 상계하여 지급할 필요가 없기에 아무런 이자에 대한 기록이 명시되지 않음을 알 수 있다.

3) 光緒拾(1884)年 甲申 十二月 前明文의 문기에서는⁴³⁾ 면밭 6두락과 초가4간 그리고 감나무 두 그루를 49량에 팔고 후일 다시 환퇴하기로 한 경우이다. 감나무

41) 서·奎 古文 84527番. 道光十八(1838)年 戊戌三月初三日…以要用所致…馬嘶洞魏字田四作四日耕 鹿果 所居家舍十間果 斗柱二衡 釜鼎二座 并以價折錢文 伍拾柒兩…本文記并以永永放賣爲去乎 限三年還退之意 成文記爲…

42) 서·奎 古文 84525番. 道光十八(1838)年 戊戌三月初九日…以要用所致…趙字田二日耕 棗木十株…價折錢文壹百四拾兩 依數交易持上 本文記八丈 牌紙一丈 并以限三年還退爲言而 若過此限則 永永放意 成文以納爲去乎…

43) 서·奎 古文 204064番. …草家四間 柿木貳株 卜數三負陸東 價折拾伍兩…合埜田綿田陸斗落 草家四間 柿木二株 價折肆拾玖兩 依數持上爲遺 日後還退之意…

두그루는 오늘날 부동산의 매매에는 주물에 대한 종물로서 함께 매도되고, 특별히 팔기 싫으면 과가면 되겠지만 계약서 상에는 밝히지 않는 경우가 대부분이다. 그러나 만약 담보로 제공할 때에도 명기하지 않는다면, 감나무는 캐어가서 팔아 먹어버릴 때, 문서만으로는 반환을 요구하기가 힘들 것이다. 때문에, 두 그루의 감나무라도 환퇴시에 받아 내려면, 위와 같이 부동산을 적으면서, ‘柿木二株’라고 기입하는 것은 당연한 소치이다. 그리고 위의 계약서에서는 환퇴기간이 명시되어 있지 않으므로 매수인에게 불안하겠으나, 사용·수익을 계속하므로 1800년대의 환퇴명문 살펴보면, 최고기간이 ‘限十年’이므로 10년까지는 환퇴할 수 있었을 것이다.

이상의 환퇴계약서 속에서, 가정의 필수품인 사용·수익이 가능한 물건을 이전하는 매도담보의 형태를 찾아 볼 수 있었으며, 수목의 집단으로 저당권을 설정하는 것이 아닌, 과일나무 열 그루 정도 전후를 매도질인 유질의 객체로 제공하던 관행도 알 수 있었다.

(2) 不動産 還退

조선시대의 부동산 환퇴의 목적물은 거의 대부분이 전답이며, 가끔 기와집이든, 초가집이든, 몸체와 행랑채 등을 객체로 하며, 때때로 과수원과 숲, 그리고 柴場 등의 부동산이 거래되기도 한다. 부동산 환퇴의 예를 보면

1) 嘉靖三十二(1537)年發丑 四月初一日 忠義衛孫光曙前明文⁴⁴⁾의 경우는 토박한 땅을 매입하였다가 환퇴하되, 되물리는 사유는 토박한 논이라고 하여, 계약을 해제하는 등으로 목적물을 환퇴하고 있다. 그러므로, 이 경우의 환퇴는 담보를 위한 경우보다는 목적물의 하자 등의 경우에 혹은 사용·수익이 부적당함을 이유로 환퇴함을 알 수 있다.

44) 李樹健, 『慶北地方古文書集成』(영남대학교 출판부, 1984), 659면, 四〇二 田番賣買明文. …艱難所致以 妻邊傳來 精字九十三番十七卜 最字九十番 十卜等庫乙 柒同交易 租以數捧上爲遺 永永放賣爲去乎…初亦買得爲有如可 簿番如是還退爲遺….

2) 嘉慶拾(1805)年乙丑 十二月 初一日 金星起前明文⁴⁵⁾의 경우는 흥주 고소면에 있는 논 5복7속을 35냥에 매입한 후 본가로 환퇴한다는 것으로 부동산인 논을 객체로 한 경우이다. 그리고 同治二(1863)年癸亥十月 日 梨洞李生員宅 宗契前明文⁴⁶⁾의 경우는 전답과 家畬 8간을 매도하고 3년 내에 여력이 생기면 다시 되찾는다는 내용의 문기이다.

이상의 환퇴계약서의 분석을 통하여 그 목적물은 전답과 가사도 그 대상이 되었음을 알 수가 있었다.

2. 期間에 의한 還退의 形態

(1) 期限의 約定이 없는 환퇴

이는 환퇴권 행사시기를 약정하지 않았기 때문에 매도인은 언제든지 本價로 환퇴할 수 있으며, 따라서 違約한 경우의 永賣文言(流質文言)이라 해도 무방할 것이다. 예컨대,

1) 乾隆四(1739)年己未 慎生員宅奴 上末處明文⁴⁷⁾의 경우는 환퇴의 목적물은 답이며, 매입가는 45량이며 본 명문은 매수인이 매입했던 논을 다시 생활이 어려워 매도인에게 45량을 받고 다시 돌려주고 원래 매입할 때의 권리증명문서인 계약서와 패자 2장과 본 환퇴계약서 도합 3장을 인도해 주고 있다. 본가환퇴임을 알

45) 서·奎 古文 15654 番. …洪州高小面 加徽改伏在更字番 伍卜七束 正租貳斗落只應乙 三年給價 價參拾伍兩 買得是白加尼 今者 本主以還退之意 累次懇請故 勢不得已…以本價還爲退給是遺…

46) 奎古 162891 番. …不得山垵田 火字十七田 一卜三束半日耕果 自起番 同字一斗落果 家畬八間乙 成文放賣而 每年都志 十九斗爲定是故…此文券還推之意…

47) 國立中央圖書館 古文書 한-51다-80-73. …處 甲寅年分價錢肆拾伍兩以 買得耕食是如可…右畝乙 方欲方賣之際以 矣宅使之還退乙仍于 本價肆拾伍兩乙 準數捧用爲遺 牌子二丈果 買得文書一丈…

수 있으며, 환퇴권은 매도인만 갖는 경우뿐 아니라 매수인도 생활이 어려우면 언제든지 환퇴할 수 있음을 보여주는 기한이 없는 계약서임을 알 수 있다.

2) 嘉慶四(1799)年 乙未二月十七日 金日 孫處 明文의 경우를 보면, “본가로 돌려주는 환퇴를 할일(還本價還退事)”,⁴⁸⁾ 본가로 환퇴함을 약정하고 있으며, 환퇴기간은 명시되어 있지 않으므로 당사자의 편리한 시기에 상호 환퇴권을 행사 할 수 있다고 볼 수 있다. 또한 乾隆五十七(1792)年 壬子十一月 十三日 金戊巖處明文의 경우에도 받 2두락지기를 가절전문 22량을 받고 방매한 후에 “본가를 돌려주면 환퇴할 일”(還本價還退事)⁴⁹⁾이라 하며, 환퇴기간을 약정하지 않고, 賣渡價로 다시 매입할 수 있도록 계약서에 명시하고 있음을 알 수 있다. 그리고 乾隆四十三(1778)年 戊戌 十二月十六日 權生員宅奴者斤男 前明文⁵⁰⁾에서는 환퇴기간의 약정도 명시하지 않고, 본가에 환퇴한다는 내용도 기재하지 않으나, 본가로 당연히 환퇴한다는 뜻으로 볼 수 있다.

無限年하고 本價로 還退한다는 文言은 이 외에도 乾隆43(1778)年 戊戌 12月 17日 金同知奴先屎前明文의 ‘右明文爲臥乎事段 要用所致以 坡州廣灘面土亂里 伏在…庫乙 還退次以 右人前 價折錢文…捧上爲遺 本文記段六度 姑爲放賣爲 去乎…’, 乾隆44(1779)年 己亥 9月 24日 玄光宅前明文의 ‘此後 家計稍實 則依價 還退相約事’, 道光16(1836)年 丙申 11月 24日 朴生員宗稷有司朴履永前明文의 ‘待 某年 準本價還退之意’, 咸豐4(1854)年 甲寅 10月 22日 盧敬化前明文의 ‘早晚間還 退之意’, 同治7(1868)年 丁卯 2月 27日 朴生員戶興石宅前明文의 ‘準本價 勿限年 還退之意’, 同治7(1868)年 戊辰 9月初7日 楊基淳前明文의 ‘右人前 權賣爲去乎 徒 舒力 以本價還退之意’, 光緒15(1878)年 己丑 11月初8日 李聖三前明文의 ‘若後年 有錢數 則以還退次’, 癸酉3月20日 院奴金日 芻處表記의 ‘雖過某年 準本價還退之

48) 李樹建, 앞의 책, 734면, 六七〇, 田畚賣買明文 嘉慶四年 乙未二月十七日 金日 孫處 明文.

49) 李樹建, 앞의 책, 665면, 田畚賣買明文 乾隆五十七年 壬子十一月十三日 金戊巖處明文.

50) 李樹建, 앞의 책, 637면, 田畚賣買明文 乾隆四十三戊戌 十二月十六日 權生員宅奴者斤男 前明文

意'와 같이 막연히 연한을 약정하지 않은 것과 '還退할 資力이 생길 때까지'라고 약정하는 것이 보통이다. 어느 때든지 매도인이 還退權을 행사하여 本價를 還給하면 당연히 還退하는 것이다. 그러나 토지는 일반적으로 收穫後 播種前에 賣買되고 播種後 收穫前에는 그 收穫物의 歸屬에 대한 特約을 하기 때문에 還退期限을 약정하지 않았더라도 收穫後 播種前에 還退하는 것이 慣習이었다⁵¹⁾.

日後·此後(後日)에 언제든지 환퇴할 수 있는 경우를 구체적으로 보면, 1541년 11월 7일 환퇴 田畚과 3년생 솟소 1마리를 木綿 26疋값으로 바꾸어 받자하고 동전답을 永永放賣하거오니, 後次還退하거등⁵²⁾, 1744년 2월 日後本主或有還退之計是去等⁵³⁾ 此後給價還退計料爲去乎⁵⁴⁾ 後日還退次⁵⁵⁾ 日後還退次 日後還退之意⁵⁶⁾ 등이 있다.

不限年·勿限年還退의 경우를 보면, 1713년 12월 10일 勿限年退賭地放賣⁵⁷⁾ 1835년 10월 17일 田 하루갈이를 不限年還退之意放賣⁵⁸⁾하고 1860년 2월 21일 畚 1斗5升落을 以勿限年還退之意로 20兩을 받자하고⁵⁹⁾ 1862년 1885년의 勿限年還退之意⁶⁰⁾ 등이 있다.

(2) 特定期間內的 還退

이는 특정기간 내에 還退權을 행사할 것을 約定한 것이며, 그 기간 내에는 어느 때든지 還退할 수 있으며, 대개의 경우는 그 기간 내에 還退權을 행사하지 않

51) 朴秉濠, 앞의 책(韓國法制史攷), 82면.

52) 李樹建, 앞의 책, 三四九, 田畚賣買明文.

53) 奎古 70460番.

54) 奎古 146382番, 奎古 94149番.

55) 정신문화연구원, 五六: 乾隆 四十四年己亥十二月 二十二日 幼學 金鼎烈前明文.

56) 國立中央圖書館 古文書, 古朝-51-ウ-60-44, 古 14782, 奎古 200308番, 奎古 137332番, 奎古 77741番, 奎古223447番, 奎古 200402番.

57) 奎古 84084番.

58) 奎古 132487番.

59) 李樹建, 앞의 책, 六九〇, 六九一, 田畚賣買明文.

60) 李樹建, 앞의 책, 七〇九, 七一〇, 田畚賣買明文.

을 때는 목적물은 매수인의 영구적인 소유로 귀하고 매도인의 환퇴권은 소멸하는 특약을 약정한다.

乾隆十七(1752)年壬申(英祖二十八年) 二月二十日 幼學 姜江立前明文⁶¹⁾의 경우는 본가로 환퇴를 하되, 초상기일인 1년 이내에 만 한정하고, 1년이 지나면 본가로 환퇴할 수 없음을 약정하고 있다.

咸豐3(1853)年癸丑 4月初6日 宗中前明文的 ‘右明文爲臥段 要用所致…五年內還退次 本文記并以放賣是遺 若過限則永永永給次 成文爲去乎’, 光緒7(1881)年辛巳 11月 26日前明文的 ‘右明文爲後考事 以要用之致 傳來耕食田…若三年內不能還退 則永爲許給之意 成手標以給事’와 같이 기한 내에 환퇴 못하면 영구히 허급한다는 특약을 하고 있다. 본가로 환퇴한다는 문언은 없으나 당연히 묵락한 것으로 본다. 또한 嘉慶5(1800)年庚申 2月初1日 千斗碩前明文的 ‘右成文事段 祖上傳來矜得耕食是如何 以要用所致…限五年內 準本價還退之意 放賣爲乎矣’와 같이 소위 流質文言을 특약하지 않은 것도 있다⁶²⁾.

1년 미만의 단기인 경우는 1783년 1월 25일에 환퇴상약하여 문기를 꾸며주고 이번 가을 뒤에 환급해 드릴 약속을 하고⁶³⁾ 1858년 2월 10일에 이미 매입한 논을 퇴급해 줄려고 하였으나 못하였기에 금년 가을이 된 뒤 환퇴할 뜻으로 수표를 작성해주는 경우 등이 있다.

限三年의 경우를 보면, 3년의 기한이라도 三年內⁶⁴⁾와 3년이 지나면 영원히 드

61) 周藤吉之, 앞의 논문(歷史研究 7·8·9號), 1048면 再引用. …意外遭舍妹喪 喪債無路辨備仍于…三作庫乙 價折錢文 捌拾兩乙 依數捧上是遺 右人前永永放賣爲去乎…日後子孫中 如有雜談是去等 持此文記 告官下正是遺 限莽年 當依本價 以爲還退事…

62) 朴秉濠, 앞의 책, 83면.

63) 奎古 162015番.

乾隆士十八年癸卯正月二十五日 韓辰星前明文 右明文事段 上典奉祠齋 致字二十一卜四束庫十七斗落只 當初出賣於許家矣許家轉賣於右人處故以參十參兩還退以出是如可 未滿一月 還爲出賣於右人而 價則 元定三十三兩而還退相約如是成文爲去乎 自今秋後爲退給之納 年月早晚以三十兩退去之意乙乃字故 本文記二丈則不給之。本記一丈許給爲去乎日後如雜談則持此告官下正者 畚主 沈生員宅奴 蔚 金…

64) 國立中央圖書館 古文書 21021.443, 2805 …三年內還退之意…; 奎古 266968番 …三年內

린다,⁶⁵⁾ 외에 일후 힘이 피이면 환퇴차 3년까지⁶⁶⁾경우 외는 모두 限三年 限則三年 還退之意등으로 기한을 표현하고 있다.

5년까지는 限五年으로 기재함이 대부분이고, 限五年內⁶⁷⁾일후에 힘이 피이거 등, 5년기한으로 환퇴할 뜻⁶⁸⁾, 若過五年 永爲還退⁶⁹⁾라고 하여 5년 안에는 환퇴할 수 없고 5년이 지나면 이 전답을 영원히 환퇴하고 빌린돈 300량을 南生員宅에 드릴 뜻으로 수기를 만듦⁷⁰⁾이라는 경우도 있다.

10년까지의 경우로는 限十年⁷¹⁾퇴도지방매의 경우 10년 후 본전변제하면 환퇴한다⁷²⁾.

(3) 特定期間後의 還退

이는 특정기간을 정하고 그 기간이 만료한 후에 환퇴권을 행사할 것을 약정한 것이며, 정확히는 특정기간 동안 매도하는 것이다. 따라서 그 기간동안에는 환퇴

還退次….

65) 奎古 162093番 : …大清光緒五年乙卯十月十九日 順男前明文…還退次姑爲價折柒拾兩 依數交易持上是遣 若過三年則 永爲許給….

66) 奎古 221612番 : 光緒十一年乙酉四月十四日 池元一前明文 右明文事段 以要用所致… 畚三斗落…價折錢文四拾兩 依數交易 持上是遣 以新文一丈 右人前放賣是遣… 日後舒力 還退次 限三年以此後日 憑考事 畚主 崔子成….

67) 奎古 84330番 : 同治十三年(1784) 甲戌十二月十六日 韓禹錫前明文 右明文事段 以要用所致… 畚八斗五升落…價折錢文 伍伯捌拾五兩 依數交易持上爲遣… 右人前 限五年內還退次 永永放賣….

68) 奎古 70921番 : 光緒十三年丁亥元月十七日 咸奴千吉前明文… 日後若舒力是去等爲限五年 還退之意….

69) 奎古 132127番 : 手記 右手記錢文參百兩 南生員宅貸用爲去乎 若過五年是去等 此田畚永爲還退 錢卽納宅之意 成手記事 丁丑十一月 初五日 手記 金銀石 手決.

70) 奎古 116326番, 奎古 16208番, 奎古 207103番, 奎古 187308番.

71) 奎古 167999.

72) 奎古 84084 : 庚熙五十二年(1713)己癸十季月初十日 宋善山宅奴 四吉處退賭地明文… 勿限年還退賭地放賣爲去乎 後次已過十年之後乃置本錢六十兩 依數準給還退爲乎矣… ; 金在文, 『朝鮮王朝의 還退契約書에 관한 研究(其一)』, 『義堂張庚鶴博士古稀紀念論文集 民法과 法學의 諸問題』(東國大學校出判部, 1987), 121면.

권을 행사할 수 없는 것으로 본다. 그리고 일반적으로 流質文言을 약정한다.

嘉慶18(1813)年 癸酉 5月20日 同姓十二寸弟嚴壽吉前明文의 ‘右明文事段 要用所致 買得耕食爲如可…姑以放賣爲乎矣 限七年爲退是乎尼 若以過限 則永永不退爲去乎’, 道光4(1824)年 甲申 12月14日 曹萬振前明文의 ‘右明文事段 自己買得耕食爲如可…限二年還退次 丁寧相約 而放賣爲乎矣 若過此限是去等 以永永權賣之意’, 光緒9(1883)年 癸未 6月21日 李郭山宅平山前明文의 ‘右明文事段 以要用所致…右宅前 今年爲始 限五年還推之意 如是成文爲乎矣 若過此限 則永爲勿論之意 牢約爲去乎’ 등과 같다. 同治4(1865)年 乙丑 正月22日 前明文은 ‘右明文事段 宗中長孫 家貧所致 年及三十未得成娶故…祖母山庄 以還退之意限十年…放賣爲去呼…未滿年若有還退 則并本利備報事’라 하여 10년의 기간을 약정하고 만약 10년 이내에 환퇴할 때는 매수인에게 본價에 이자를 가산하여 환급하고 환퇴할 것을 특약하였고, 光緒6(1880)年 庚辰 2月初9日 安生員宅奴順丕前明文은 ‘右明文事段 宅以要用所致 買得畚伏在…右宅前 姑爲放賣爲去乎 限十年是矣 自當還退 則還退是遣 若他人擲賣 則勿爲還退事 定約爲去乎’이라 하여 10년 후에 환퇴하되 만약 매수인이 타인에게 전매하면 환퇴하지 않을 것을 약정하였다⁷³⁾.

3. 價額에 의한 還退의 形態

(1) 時價還退

원래 세월이 지나면 本價보다 시가가 상승하는 경향이나 극히 예외적으로 時價還退라는 표현을 쓰고 있다. 그 계약서를 살펴보면

咸豐柒(1857)年六月二十七日 幼學 李龍喆前明文⁷⁴⁾의 경우는 딸감 나무산을 3

73) 朴秉濂, 앞의 책, 83면 이하.

74) 金在文, 앞의 글, 125면. …柴場給價參兩買得刈取是如可 官錢備納次欲爲還賣則 右人 請買故 時價伍兩依數捧上爲遣 舊文記流失故 只以新文記一文 永永放賣…

량에 매입한 후 베어 쓰다가 되돌려 팔 때에는 2냥을 더 받고 5량에 팔게 되는 것이다.

1890년 2월 29일의 退給할 때에는 얼마에 사서 얼마에 판다는 내용은 없고 단지 누차 환퇴해 달라는 간청에 의해 시가에 따라서(從時價) 45량에 舊文記를 영원히 매도하는 경우가 있다⁷⁵⁾.

(2) 本價還退

還退할 당시의 목적물인 논이나 밭의 가격이 매매할 당시보다 높든지 낮으면 어느 일방에게 손해가 되므로, 처음부터 이런 경우를 방지하기 위하여 매수인과 매도인간에 환퇴 금액을 특별히 時價에 구애됨이 없이 本價에 환퇴한다고 상호 약속하는 추기부 계약서가 있다. 그 내용을 보면

乾隆四(1739)年己未 愼生員宅奴 上末處明文⁷⁶⁾의 경우는 갑인년에 45량으로 사서 농사를 짓다가 부친의 초상 후 가난하여… 환퇴를 함에 본래의 가격 45량을 셈하여 반잡고 꽤자 2장과 매입한 문서 한 장을 함께 작성한다는 내용으로 원래의 가격으로 환퇴하는 경우이다.

4. 小結

환퇴계약서(명문등)를 보면, 환퇴를 한다는 뜻을 밝혀서 기재할 때, 환퇴한다는

75) 金在文, 앞의 글, 125면,

光緒十六年庚寅二月二十九日 前明文…二斗落買得於辛處 處是可…石畚是吾家位土地而以還退之意 累次 請故 勢(不得) 退給乃己以 從時價 四十兩 依數持用是遺 舊文記 并以永永放賣爲去乎 日後若有雜談是去等 以此文記憑考事。

畚主 車壬奎 證 張希斗 筆崔鳳昊 此亦中兩年半作而 稅祖段以貫七斗爲訂事。

76) 國立中央圖書館 所藏 古文書 한-51다-80-73. 「…甲寅年分價錢肆拾伍兩以 買得耕食是如可 矣父喪後 貧寒無依…矣宅使之還退乙仍于 本價肆拾伍兩乙 準數捧用爲遺 牌子二丈果 買得文書一丈 併以成給文書爲去乎…」.

말 이외에 다양한 용어를 첨부하여 표현하고, 조선시대의 모든 계약서가 거의 대부분은 그 계약서를 작성하는 이유 등은 일정하지는 않으나, 매매의 형식을 통해 다시 되돌릴 경우, 즉 계약의 취소나, 해제 혹은 같은 결과가 초래되는 재매매의 특약을 할 때엔, 거의 대부분 환퇴라는 용어를 명시하고 있다. 그러나 간혹 환퇴라는 용어를 사용하지 않고, 예를 들면, ‘限三年姑爲放賣爲去乎…’⁷⁷⁾, ‘姑爲放賣爲去乎 限則五年是遺…’⁷⁸⁾ 등의 내용을 보면, 기한부매매의 표현으로 되어 있어, 환퇴와 같은 효과가 발생할 수 있으므로, 환퇴라는 용어의 대신에 함께 사용됐다고 볼 수 있다. 그리고 권매는 “물건의 양도를 예석히 여기기 때문에 행해지는 것이다”⁷⁹⁾라는 표현을 빌리면, 환퇴할 권리를 유보한 매도라고 이해할 수 있으므로, 상당히 적절한 표현이라고 볼 수 있고, ‘豫賣爲去乎…若過限則永爲放賣爲去乎…’⁸⁰⁾라는 표현에선, 일시적 매매인 姑爲放賣를 시간적으로 永永放賣가 아닌 一時放賣로 본다면, 豫賣를 豫定한 매매이나, 장래의 일정기한이 도래한 이후에 성립된 매매를 예정하고, 기한이 되기 전에는 취소 등이 가능한 불완전 매매로 이해할 수 있다.

이상과 같이 거래문기를 목적물, 기간, 가액에 따라 분석해 본 결과, 환퇴에 관한 실정법규는 달리 소유권이전형식의 담보제도로 활용되었음을 알 수 있었다. 즉 전답, 가옥, 시장을 비롯하여 가마술 등을 장례비용을 위해서 또는 생활이 어려워 일정한 조건과 기한을 붙여서 매도한 후 이 매매계약을 해제함으로써 목적물을 환퇴하는 방법으로 일종의 금융을 조달하는 방법으로 사용되었음을 알 수 있었다.

77) 서·奎 古文 130467番(1862년 同治 元年壬戌正月二十日 徐應教宅…明文).

78) 서·奎 古文書 197583番.

79) 朴秉濠, 앞의 책 81면 참조, 그리고 ‘姑爲’란 표현의 뜻은 全韻玉 편에 姑息의 뜻으로도 보이므로, 姑息之計란 뜻으로 풀이하면, ‘잠시미봉책으로, 일시적으로’로 풀이하면, 환퇴의 뜻과 상당히 일치하므로, 姑爲放賣란 永永放賣가 아닌 一時放賣, 즉 기한부매매의 뜻으로 이해할 수 있다.

80) 朴秉濠, 앞의 책, 81면.

V. 結論

이상과 같이 조선시대의 환퇴제도에 관하여 성문법과 관습법의 내용을 살펴보았다. 환퇴와 관련된 여러 성문규정을 분석해 본 바에 의하면 실정법상의 환퇴에 관한 규정은 담보제도 외에도 많은 기능을 한 것을 알 수가 있었다. 그러나 현행 민법 제 590조 이하의 환매에 관한 규정이 담보제도를 위한 규정이 아님에도 불구하고 주로 담보제도로 활용되듯이 조선시대의 환퇴도 거래관습상 담보제도로서 많은 기능을 하였음을 알 수 거래문기의 분석을 통해서 알 수가 있었다.

결론적으로 조선시대의 환퇴제도는 관습법상의 제도일 뿐만 아니라 성문법상의 제도였다는 것이다. 왜냐하면 그 환퇴기간의 장단을 막론하고 약정기간에 환퇴하지 못한 경우에는 그 목적물이 매수인에게 귀속된다는 것은 공평에 반할 뿐만 아니라 무리가 있어 매도인에게 가혹하기 때문에 이에 대한 법적 규제를 하게 된 것이다. 이에 따라서, 환퇴라는 제도는 1539년 10월 15일의 왕명으로 명문화한 이후, 大典後續錄 戶典 賣買限條, 詞訟類聚·白憲總要 賣買條, 受教輯錄 戶典 賣買限條, 新補受教輯錄 刑典 聽理條, 續大典 戶典 賣買限條 등의 예와 같이 조선 왕조의 실정법으로 규정을 한 法定制度라는 것을 알 수 있다.

다음으로 환퇴의 態樣을 보면, 목적물에 따른 분류방법과 환퇴의 기간에 의한 분류방법 그리고 환퇴의 금액에 의한 분류방법에 의해서 그 유형화가 가능하다고 할 수 있다. 그 결과 조선시대의 환퇴는 다양한 모습으로 행하여졌음을 알 수 있다.

첫째, 목적물에 의한 환퇴의 분류에 의하면, 원칙적으로 조선시대의 환퇴의 객체인 목적물은 田·畚·家舍·柴場·園林등 대부분이 부동산이었다. 그러나 많은 예는 아니지만, 노비·말(馬)비롯하여, 담과 함께 사용·수익이 가능한 감나무·대추나무·쌀통·가마솥 등의 동산을 환퇴의 목적물로 거래되었음을 알 수 있었다. 뿐만 아니라 특정의 농지를 사용·수익할 수 있는 制限物權인 賭地權도 환퇴의 목적물이 됨을 알 수 있었다. 즉 환퇴의 목적물은 부동산, 동산, 그리고 일정한 권리도 환퇴의 대상이 되었음을 알 수 있다.

둘째로, 還退其間에 의한 분류에 의하면, ① 기한의 약정이 없는 환퇴. 이는 환

퇴권의 행사시기를 약정하지 않았기 때문에 매도인은 언제든지 본가로 환퇴할 수 있으며, 따라서 違約한 경우의 流質文言이라고 할 수 있는 永賣文言을 약정하지 않는 경우이다. ② 특정기간내의 환퇴. 이는 특정기간 내에 還退權을 행사할 것을 약정한 것이며, 그 기간 내에는 어느 때든지 환퇴할 수 있으며, 대개의 경우는 그 기간 내에 환퇴권을 행사하지 않을 때는 목적물은 매수인의 영구적인 소유로 귀속하고 매도인의 환퇴권은 소멸하는 특약을 약정한다. ③ 특정기간 후의 환퇴. 이는 특정기간을 정하고 그 기간이 만료한 후에 행사할 것을 약정한 것으로, 정확히는 특정기간 동안 매도하는 것이다. 따라서 그 기간동안에는 환퇴권을 행사할 수 없는 것으로 본다. 그리고 일반적으로 유질문언을 약정한다.

마지막으로, 환퇴의 금액에 의한 분류에 따르면, ① 時價還退. 원래 세월이 지나면 時價가 상승하는 경향이나 극히 예외적으로 時價還退라는 표현을 쓰고 있다. ② 本價特約還退. 이는 환퇴할 당시의 목적물인 논이나 밭의 가격이 당시보다 높든지 낮으면 어느 일방에게 손해가 되므로, 처음부터 이런 경우를 방지하기 위하여 매수인과 매도인간에 환퇴금액을 특별히 시가에 구애됨이 없이 본가에 환퇴한다고 상호약속하는 경우이다.

이와 같이 조선시대의 환퇴제도는 초기에는 이중매매나 늑탈로 인해서 억울하게 피해를 보는 백성들을 보호하기 위해서 또는 적법하게 성립한 매매를 나중에 정당한 이유 없이 매매를 취소하지 못하게 함으로서 법적 안정성을 확보하기 위해 성문화되었으나, 후기로 오면서 거래의 관행에서는 소유권의 영구적인 이전을 하는 영영방매가 금지된 가운데 영영방매를 하지 않으면서도 다양한 형태로 소유권의 이전을 통하여 매수인으로부터 필요한 자금을 융통하고 매도인은 다시 환퇴권을 행사하여 그 목적물의 소유권을 회복할 수 있는 특수한 담도제도로써 그 기능을 충분히 하여 왔음을 알 수 있다.

A Study on 'Whantoe' in Chosun Dynasty

Jang Chang Min*

This paper deals with the Whantoe System in Chosun Dynasty, focusing on the concept and meaning, term, and validity of it. Analyzing the codes and documents on Whantoe in those days shows that the System was a kind of common law on security.

First of all, through the analysis of the positive provisions relating to Whantoe, the author makes clear that, by having prohibited an unreasonable withdraw of the valid contract, the provisions had protected the stabilization of sales, a good-faith victim and real rights granted by way of security. Second, the analysis of documents dealing with the System clarifies that it was a sort of security system in the form of a transfer of property rights in practice.

In a word, 'Whantoe' of Chosun Dynasty was the custom of civil system for security which was recognized by the positive laws.

* SNU BK LAW21 Researcher.