

朝鮮王朝의 債權法制度에 관한 研究*

— 그 內容의 概觀을 중심으로 —

李在睦**

목 차

- I. 論議의 必要性
- II. 債權法制度의 主要內容
 - 1. 序
 - 2. 典型的 契約類型과 그에 대한 法的 規律
 - 3. 債權의 實現과 債務不履行의 救濟方法
 - 4. 債權의 消滅
 - 5. 私權의 救濟節次로서의 民事訴訟制度
- III. 맺음말

[국문요약]

이 글은 조선왕조의 거래관계를 규율해 온 채권법 제도의 내용을 일별하고, 간단하게나마 현대적 관점에서 그 법제사적 의의를 평가하는 데 목적이 있다. 조선조의 법령집이나 왕조실록에서 나타나는 채권관계의 전반적인 규율내용을 살펴보면, 원칙적으로 채권의 완전한 실현을 위하여 강력한 권리구제장치를 두면서도, 다른 한편으로는 통치이념의 근간이 된 인본·애민사상에 기초하여 약자보호를 위한 정책적 배려를 아끼지 않고 있다는 점이 특징적이라고 할 수 있다.

특히 계약체결의 신중성을 확보하기 위한 매매한(買賣限) 제도, 계약내용의 공정성과 진실

* 이 논문은 2002년 한국학술진흥재단의 지원에 의하여 연구되었음(KRF-2002-074-BS1060).

** 충북대학교 법과대학 조교수(법학박사).

성을 보장하기 위한 文記 및 立案制度, 약자보호를 위한 대물변제약정의 금지, 재판의 공정성·신속성·경제성을 확보하기 위한 소송제도의 내용들은 상당부분 현대법과의 이념적·내용적 유기성을 가지므로, 이를 중심적인 검토대상으로 삼았다.

[주제어] 매매한, 입안, 문기, 환퇴, 징채, 전당, 고공, 사송.

I. 論議의 必要性

첫째, 법규범은 특정시대의 정치, 경제, 사회, 문화적 이념과 현상을 지지하고 반영한다. 전통법제에 대한 사상사적·제도사적 접근과 이를 통한 규범의 재해석은 과거의 법제를 올바르게 인식하고, 나아가 범문화적 주체성을 보다 견고히 하는 근간이 된다는 점에서 각별한 의미를 갖는다. 특히 수 백년에 걸쳐서 우리 민족의 법문화와 법의식을 표상해 왔던 전통법제들이 일제의 강점에 의해 일거에 폐지되고, 민족의 전통적 생활실체관계와 도저히 조화할 수 없었던 서구법제가 강제이식되면서 법제도와 법의식 사이에서 심각한 갈등을 경험해야만 했던 우리에게만 단절된 전통법제의 복원과 재조명이 무엇보다 절실한 과제가 되고 있다.

둘째, 타율적 강요에 의해 시발한 자유주의·자본주의적 정치경제이념이 세계국가의 현대적 지향점임을 부정할 수는 없다. 그리고 이를 뒷받침하기 위한 효율적인 법제도의 개발과 정착이 시대적 과제임은 재언을 요하지 않는다. 다만 1894년 갑오경장 이후(특히 해방 이후) 서구 및 일본법제의 무분별하고 무비판적인 모방이 주체적인 법계수의 틀을 과도하게 일탈함으로써 인하여 발생한 모순적 법상황들은 커다란 아쉬움으로 남고 있다.¹⁾ 당시에는 법학의 학문적 기

1) 서구법의 계수에 관하여 조규창 교수는, 1894년 갑오경장에서 비롯된 서구법의 계수는 일반적인 ‘法の繼受’의 의미, 즉, 동질적인 문화권 제국간의 법문화의 수평적 교류와는 본질적으로 그 성격을 달리한다고 보면서, 타율적 법계수의 원인을 ① 근대적 요구를 충족시킬 수 없었던 고유법제도의 내재적 취약성과, ② 근대화의 과정에서 등장한 외국의 정치문화

반이 워낙 취약하였고, 서구적 법의식의 형성이 미미하였으며, 또한 법규범의 국제적 친화성도 고려해야 하는 등의 현실적 고충에 비추어 보면 일응 수궁이 가는 면도 없지 않지만, 베끼기 문화의 악습이 한 세기를 넘어선 오늘날까지도 온존하고 있음은 실로 우려스러운 일이 아닐 수 없다. 따라서 현시점에서 전통적 법문화에 대한 외래적 법제도의 적합성 여부를 검증하고, 전통법제가 갖는 현대적 의미나 가치를 새롭게 구명하는 것은, 보다 주체적인 법문화의 창달을 위해 노력해야 하는 법학의 또 다른 시대적 과제이기도 하다.

셋째, 이 글은 2002년 한국학술진흥재단 기초학문연구과제인 “조선조 법제도 분석을 통한 21세기 한국적 법문화에 관한 연구”를 수행하기 위한 채권법 분야의 1차 년도 연구과제를 정리한 것이다. 1차 년도의 과제는 조선왕조를 지탱하고 규율해 온 수많은 법령집과 거래관계에 대한 관습 등을 중심으로 채권법 제도와 관련된 주요 내용과 의미를 개관하는 데 그 목적이 있다. 따라서 조선왕조의 채권법질서가 고도로 발전된 현대자본주의의 거래관계에서 어떠한 의미를 가지며 어떻게 투영될 수 있는가 하는 문제는 2차 년도의 연구과제로 남기고자 한다.

Ⅱ. 債權法制度의 主要內容

1. 序

조선왕조의 채권법제도를 통찰함에 있어서 그 근거가 되는 자료는 국가의

적 영향에서 구하고 있다. 그리고 서구법의 수용에 의해 전통고유법과의 단절은 이루어졌지만, 전통법의식은 연속되어 兩者간의 긴장과 갈등은 여전히 극복되지 않았다고 하면서, 이에 대한 해결책의 마련이 법학의 중요한 과제라고 역설한다. 조규창, 「구한말 서구법 계수의 역사적 의의」, 『판례월보』 187호(1986. 4), 10~24쪽.

통치조직이나 형벌을 규정한 공법의 영역에 비하여 턱없이 부족한 형편이다. 또한 민·형사책임이 분화되지 않은 채 혼재의 양상을 보이고 있다는 점도 특징적이다. 이는 당시의 시대상황에 비추어 볼 때, 왕조의 국민에 대한 수직적 지배관계를 규율하는 법규범이 사인간의 수평적 생활관계를 규율하는 법규범보다 중시되었다는 점, 신분사회의 특성상 사인간의 거래관계가 활성화되지 않았다는 점 등에서 그 원인을 찾을 수 있을 것이다.

더구나 古典에 대한 이해와 해석능력이 일천한 필자로서는 원전을 통하여 古法典²⁾이나 古慣習을 이해하고 정리한다는 것이 여간 어려운 일이 아니다. 따라서 이 글에서는 한국법사학의 발전을 위해 헌신해 온 일부 연구자들의 탁월한 선행 연구업적과 법제처, 한국역사연구회 등에서 번역한 고법전 등을 중심으로 채권법제도의 내용을 분야별로 소개하는 데 그치기로 한다. 주된 검토의 대상은 매매, 소비대차와 이자규제, 계약의 방식과 계약서의 내용통제, 채무불이행에 따른 책임의 인적 범위, 채무불이행과 그 구제방법, 민사소송절차 등에 대한 법령 및 관습의 내용에 있다.

-
- 2) 조선왕조의 법전체계는 중국법의 전통에 강한 영향을 받아 六分(六典) 體系를 따르고 있으며, 민사거래와 관련된 규율사항은 주로 ‘戶典’에서 다루고 있다. 조선시대의 재산거래관계 중 특히 채권관계의 규율과 관련된 법전으로는, ① 조선왕조 500년을 지배해 온 기본법전인 『經國大典』(예종 원년: 1469), ② 태조로부터 철종(1392~1863)에 이르기까지 25대 472년 간의 정치·경제·법률·군사 등 역사적 사실을 연월일의 순서에 따라 망라적으로 기록한 『朝鮮王朝實錄』, ③ 『大典續錄』(성종 23년: 1492) 및 『大典後續錄』(중종 38년: 1543), ④ 『詞訟類聚』(선조 18년: 1585), ⑤ 『受教輯錄』(숙종 24년: 1698) 및 『新補受教輯錄』(영조 19년: 1743), ⑥ 『典錄通考』(숙종 32년: 1706), ⑦ 『續大典』(영조 22년: 1746), ⑧ 『百憲總要』(1780년대 이후에 발간된 것으로 추정하나 정확한 연대는 미상), ⑨ 『大典通編』(정조 9년: 1785), ⑩ 『典律通補』(정조 11년: 1787), ⑪ 『大典會通』(고종 2년: 1865), ⑫ 『六典條例』(고종 4년: 1867, 조선시대의 마지막 전통법전) 등을 들 수 있다.

2. 典型的 契約類型과 그에 대한 法的 規律

(1) 賣買法

1) 賣買의 確定期限(買賣限)

매매계약은 당사자간의 합의에 의하여 이루어지며, 특별한 규정이 없으면 해약할 수 없었다. 조선 초기에는 田地의 매매가 금지되었으나 점차 그 규제가 완화되어 世宗 때부터는 田地去來에 따른 세금(오늘날의 취득세에 해당함)을 국고에 납부하도록 명하는 법규정이 있었다.³⁾ 또한 전지의 매매는 官衙에 신고하여야 하며, 신고의무를 위반한 경우에는笞 50에 처하고,⁴⁾ 매매의 목적물인 전지는 官에서 몰수하였다.

이후 經國大典에 의하면, 전지와 가옥의 매매는 15일이 경과하면 계약을 변경하거나 취소하지 못하며,⁵⁾ 매매행위는 행위시로부터 100일 이내에 官司에 신고하고 확인서(立案)⁶⁾를 받도록 규정하고 있다(노비매매의 경우도 동일함). 牛馬의 경우에는 5일이 경과하면 매매계약을 취소할 수 없도록 하였다.⁷⁾ 즉,

3) 『六典謄錄』 放賣地嚴賣條: 不稅契·不過割者, 依律施行. 건국 초기에는 토지에 대한 사 소유권이 엄격히 제한되었으므로 거래행위도 매우 제한적이었다. 매매 등의 거래행위가 활발해지기 시작한 것은 국민 일반에 대한 토지, 가옥, 전답, 노비 등의 사적 소유권이 법적으로 인정되면서부터이다(『經國大典』, 「戶典」 買賣限條).

4) 『六典謄錄』, 「戶典」 賣買限條: 令買賣田地, 不告官受契券者, 決笞五十.

5) 『受教輯錄』, 「戶典」 買賣條에도 같은 내용이 있다(田地·家舍買賣之限, 並以十五日爲限).

6) 立案이란 특정사실에 관하여 官에서 인증한 서면을 의미한다. 立案은 매수인이 그 발급을 신청하고 新文記와 舊文記를 첨부하여 所志(자기 또는 타인의 事情을 호소하는 訴狀)를 제출하면 官衙는 財主, 證人, 執筆者에게 매매의 사실과 정당성 등을 조사한 후 발급여부를 판단하였다. 매매 외에 傳係(상속)로 인한 소유권의 변동에도 역시 입안이 요구되었다(『承政院日記』 342, 숙종 16년 7월 19일, 18권 176쪽). 그리고 世宗實錄에 의하면, “모든 계약 문서를 立案하는 법은, 그 주인이 소재지의 官에 문서로 신청하면, 官에서는 財主와 증인과 證書의 執筆者의 供述을 받은 후에 입안을 내주는 것”으로 하고 있다(『世宗實錄』 권 45, 11년 8월 12일 丙戌; 『成宗實錄』 권 20, 3년 7월 16일 辛亥 참조).

7) 『經國大典』, 「戶典」 賣買限條: 田地家舍買賣限, 十五日勿改. 並於百日內, 告官受立案(奴

토지·가옥 등의 부동산 매매계약은 15일 이내에 취소하거나 계약내용을 변경할 수 있고, 15일이 도과하면 계약의 취소나 계약내용의 변경이 불가능하게 된다. 그리고 계약일로부터 100일 이내에 官司의 立案을 받지 못하면 매매계약의 효력은 원칙적으로 발생하지 않는다. 그러나 매매관계에 대한 분쟁이 현실화된 경우 官司의 확인서가 없다고 하여 계약의 효력이 일괄적으로 부정된 것은 아니며, 계약의 유효성 여부를 판단함에 있어서 立案은 강한 증명력을 가질 뿐이었다.

한편 위의 경우 官司의 官員이 위법하게 입안을 발급하면 制書有違의 律에 따라 杖 100에 처하였다.⁸⁾ 이러한 내용을 종합해 볼 때 부동산 및 노비의 매매계약은 당사자간의 합의→매매문기의 작성→15일의 기간경과→관사에 의한 입안의 발급으로 유효하게 성립함을 알 수 있다.

2) 賣買의 形式과 賣買契約書

田宅을 傳係(상속)하거나 賣買하는 경우에는 그 내용을 소상히 기록한 文記⁹⁾가 작성되어야 하고, 官에서 署押(立案의 발급)할 때에는 財主와 證人 및 執筆者의 供述을 받음이 상례였다. 때에 따라서는 재주, 증인, 집필자가 공모하여 文記를 偽造하거나 詐欺를 하는 경우가 빈번하였고, 이로 인한 소송이 빈발하여 조정이 대책마련에 부심한 흔적이 역력하다.¹⁰⁾

婢同). 牛馬則限五日勿改; 『續大典』·『大典通編』·『典錄通考』 『戶典』 買賣限條.

8) 『典錄通考』 『戶典』 買賣限條: 冒法斜出官員, 論以制書有違之律.

9) 文券이라고도 하며, 권리에 관한 사적 증서의 하나로서 토지나 가옥 등의 소유권이나 그밖의 권리를 증명하는 문서를 말한다.

10) 『成宗實錄』 권20, 3년 7월 16일(辛亥); 『明宗實錄』 권13, 7년 5월 7일(戊子); 『顯宗實錄』 권5, 3년 7월 13일(甲申). 특히 『成宗實錄』 권20, 3년 7월 16일(신해)에 의하면, 한성부에서 상속 문서 등 각종 문서의 발급에 대해 아뢰기를 “무릇 서울이나 지방의 田宅을 傳係 또는 賣買하는 文記는 官에서 署押할 때에 財主와 證人 및 執筆한 사람의 供招를 받는 것이 상례입니다. 그러나 간사한 무리들이 同産의 전택과 부모가 죽은 뒤에 분산하지 아니한 전택을 함부로 방매하고, 심한 지는 빌려 사는 집과 함께 갈아먹는 밭을 사람에게 팔고 증인 및 집필한 사람과 共謀하여 契券을 받는 사람을 속이는 자가 많습니다. 서울에 사는 사람은

매매계약과 같은 전형적인 쌍무계약에서는 동시이행의 항변이 관습상 인정 되었으므로, 매도인은 매매대금을 지급받을 때까지는 매매목적물을 인도할 필요가 없었고, 매수인 역시 매매목적물을 인도 받을 때까지는 그 대금을 지급할 필요가 없었다. 이러한 원칙은 전택의 還退放賣에 있어서 환퇴대금의 지급과 문기의 반환, 그리고 典當附債權의 변제와 전당물의 반환 사이에도 동일하게 적용되었다. 다만 田宅의 매매에서는 文記의 지급이 권리이전의 요건이었으므로 동시이행의 원칙이 文記와 매매대금의 지급 사이에서만 엄격하게 유지되었고, 목적물의 인도와 대금지급이 동시이행의 관계에 있지는 않은 듯하다.¹¹⁾

그리고 영구적인 매매의 경우에는 매매계약서에 ‘永永放賣’라는 용어를 사용하였고, 再賣買豫約의 경우에는 還退를 위한 명문규정이 있었으며, 실제적으로 재매매가 이루어지면 退給明文을 작성하여 교부하였다.¹²⁾ 매매의 객체는

본부에서 분변하기가 어렵지 아니하나, 외방의 전택은 본부에서 다만 증인과 집필한 사람의 共招한 말에 의거하니, 사실을 가리기가 어렵습니다. 이로 인하여 사기가 날로 불어나 訴訟이 번거롭게 일어납니다. 외방의 전택도 본주인의 성명이 所在官의 案籍에 실려 있고 이웃 증인이 다 있으니, 비록 속이고자 할지라도 거짓이 용납되지 아니할 것입니다. 청컨대 금후에는 부모·조부모·收養者·侍養者·同腹들의 分執한 모든 상속문서(傳係文券)는 서울과 지방을 막론하고 다 前에 의하여 剝給하고, 그 나머지 서울에 거주하는 사람의 외방 전택을 매매하는 문기는 모름지기 이웃 사람과 田夫를 불러서 사실을 조사한 뒤에 罷給하게 하여 사기를 막고, 지방에 거주하는 사람들의 서울 집과 基地의 매매 문기도 또한 이에 의하여 본부에서 문서에 의거하여 서급하게 하소서.”하니, 그대로 따랐다고 한다. 또한 『成宗實錄』 권38, 5년 1월 13일(己亥)에 의하면, 掌隸院에서 아뢰기를 “이보다 앞서 父母가 傳係한 文記, 同服거리 서로 나누어 가진 문기, 收養과 侍養에게 전제한 문기, 사들인 문기는 모두 관서에서 完議하여 決等啓本에 기록하였었는데, 경인년 8월에 위 항목의 문기는 모두 결등계본에 기록하지 말라고 하였기 때문에 간사한 무리들이 문기를 偽造합니다. 諸司의 奴婢·奉尼·侍丁을 立案하여 職銜을 쓰고 갈로 오려서 풀로 불이고 官印을 위조하여 찍으니, 서로 訴訟할 때에 姦僞를 판별하기 어렵습니다. 만약 오래 전제하는 문기이면 그만이지만, 노비 買賣의 문기는 남의 문기를 도둑질해서 파는 자가 자못 많으니, 그러한 문기는 옛날과 같이 결등 계본에 기록하게 하여 후일의 참고에 대비하여 간위를 막게 하소서.”하니 명하여 일체의 官署 문기는 모두 舊例에 의거하여 결등 계본에 기록하되, 決訟한 수에는 함께 계산하지 말게 하였다. 이로써 일체의 官署 文記는 決等 啓本에 기재하도록 하여 盜賣와 僞賣를 차단하고자 하였다.

11) 우병창, 「조선조 담보제도 연구」, 『비교사법』 통권 19권(2002.12), 246쪽 이하.

부동산과 동산을 가리지 않고 다양하였으나, 전답이 주류를 이루었다.

부동산의 매매에 있어서 계약당사자는 그 계약내용을 官衙에 신고하여야 할 의무를 지고, 문서에 의한 계약만이 법적 효력을 인정받을 수 있었다. 즉, 書面主義를 취하여 구술에 의한 부동산 매매계약의 효력은 인정되지 않았다. 다만 동산의 매매에서는 牛馬에 관한 것을 제외하고는 별도의 명문규정이 없었으므로 관습에 따른 것이 대부분이었다. 특히 개화기에는 가옥과 토지에 관한 매매 계약서인 家契와 地契가 관청에 의해 발급되었는데, 이는 부동산매매에 관한 관인계약서의 일종이라고 볼 수 있다.¹³⁾

조선시대의 법전(經國大典 戶典~百憲總要)에는 계약서의 형식과 유효요건에 관한 규정이 있다. 매매와 소비대차를 가리지 않고 계약의 유효성을 인정받기 위해서는 계약서에 증인과 계약서작성자가 기록되어야 하고, 1년 이내에 관청에 신고를 하여야 하며, 계약서는 諺文이 아니라 漢文으로 작성되어야만 소송을 제기할 수 있었다.¹⁴⁾ 그리고 계약서를 작성한 후에 계약서가 분실·소실·도난되거나, 당사자가 사망한 경우에는 역시 관청의 확인서를 받아야 했다.¹⁵⁾

3) 二重賣買 및 不法賣買의 規制

동일한 가옥이나 전지의 二重賣買는 노비쟁송과 함께 빈번하고도 중요한

12) 환퇴 및 퇴급계약서의 형식은 대체로 정형화되어 있었고, 계약서의 내용에는 ① 계약당사자(매도인 및 매수인), ② 계약서 작성일자(거래일자), ③ 매매목적물(소재지, 지번, 지목, 면적 등), ④ 매매사유, ⑤ 매매가액 및 대금지불방법, ⑥ 환퇴 및 퇴급특약(연한 및 가액), ⑦ 증인 및 계약서 작성자가 명시되었다. 환퇴계약서에 대한 상세한 내용과 분석에 대해서는 김재문, 「조선왕조의 환퇴(매도담보)계약서에 관한 연구」, 『민법과 법학의 중요문제』(장경학박사 고회기념, 1987), 101쪽 이하 참조. 김재문 교수가 소장하고 있는 ‘환퇴명문’은 조선 초·중기의 것이 아니라, 光緒 3년(丁丑) 12월 12일에 작성된 것이다.

13) 박병호, 『한국법제사고』(법문사, 1974), 70~78쪽; 김재문, 「조선왕조의 거래법」, 『한국법사학논총』(1991), 203~204쪽.

14) 『經國大典』 「戶典」 徵債條; 『受教輯錄』 「戶典」 徵債條. 『續大典』 「戶典」 徵債條에서는 “私債에 대해 작성한 문서는 諺文이거나 증인, 집필자가 없는 것은 聽訟하지 아니한다(私債成文, 諺文及無證·筆者, 勿聽)”고 규정한다.

15) 김재문, 「조선왕조의 거래법」, 『한국법사학논총』(1991), 210쪽 이하.

쟁송대상이 되었다. 전답을 放賣한 후에 文記가 소실 또는 분실하였다는 이유로 소송을 제기하여 立案을 발급 받은 후에, 이를 가지고 타인에게 또다시 방매하면 非理起訟者로 보아 杖 100에 流 3千里의 刑에 처하였다.¹⁶⁾ 그리고 타인의 토지나 가옥을 불법적으로 매매한 자는 처벌되었으며, 매매의 목적물은 시효와 관계없이 언제든지 소송을 제기하여 반환 받을 수 있었다.¹⁷⁾

또한 王朝實錄에 나타나는 내용들을 살펴보면, 일정한 물건을 禁物로 정하여 대외적 교역이나 대내적 매매의 대상에서 제외하고, 이를 매매할 경우 시대 상황에 따라 다소 차이가 있기는 하지만 사형으로부터 杖 100에 처하는 엄중한 형사벌이 부과되었고, 해당 물건은 官에서 公物로 압수하였음을 알 수 있다.¹⁸⁾ 禁物에는 金銀, 玉器, 綾緞, 牛馬, 珠玉, 鐵, 軍器, 人蔘 등이 포함되어 있었다.

그리고 盜賣나 二重賣買의 규율에 관해서는 典律通補에 상세한 규정이 있는데,¹⁹⁾ 타인의 노비나 전택을 盜賣하면 매각한 자로부터 그 役價와 收益을 징수하는데, 매수한 자는 지불한 가액(매수대금)을, 본 主人은 役價와 花利를 盜賣한 자로부터 징수하며(원 소유자의 반환청구권을 전제로 한 것으로 추정됨),²⁰⁾ 二重으로 전택을 방매한 자는 그 소득의 價錢을 장물로 계산하고 절도에 준하여 논하였다(價錢은 추징하여 錢主에게 돌려주고 田宅은 처음 산 매수인(제1 매수인)에게 돌려준다. 중복으로 산 매수인(제2 매수인)이나 중개인이 이 중매매의 사실을 안 경우에는 犯人과 죄가 같으며, 價錢은 추징하여 官에 몰수한다).²¹⁾

16) 『秋官志』 제3편, 「考律部」〈雜犯〉賣買條: 三陟陳世光放賣田畝之後, 稱以文書燒燼, 呈出立旨, 又爲移賣, 『續大典』聽理條云 “非理起訟者, 杖一百 流三千里”.

17) 『大明律』 「戶律」盜賣田宅條.

18) 『太宗實錄』 권30, 15년 9월 17일(辛亥).

19) 『典律通補』 「刑典」聽理條.

20) 盜賣, 則盜賣價徵於盜賣者(奴婢田宅, 則並徵役價·花利. 買者徵價, 本主徵役價·花利).

21) 重復典賣者, 計價準竊盜論(追價還主, 田宅從元典買主. 重復典買人及身牙保知情, 同犯人罪, 追價入官).

(2) 消費貸借法과 利子の 規制²²⁾

조선시대는 농업을 위주로 하는 산업구조와 엄격한 신분구조로 인하여 빈부의 차이가 격심하였다. 그리하여 출궁기나 천재지변이 발생한 때에는 곡식 또는 금전의 대차(특히 高利貸)가 빈번하였고, 이에 따라 소비대차와 이자에 관한 규율이 활발하였다. 조선왕조실록을 보면 高利의 사체로 인한 사회적 병폐가 오늘날 못지 않게 심각한 양상이었음을 확인할 수 있다.

소비대차에서도 역시 증서를 작성하여야 하고, 증서에는 증인과 계약서 작성자(筆者)가 기록되어야 하며 漢文으로 작성된 경우에만 소송을 수리하였다.²³⁾ 소비대차의 법률관계는 國家 또는 官司와 私人 사이에 성립하는 ‘公債’²⁴⁾와 사인 상호간에 행해지는 ‘私債’가 있었는데, 이에 대한 규율내용을 보면 다음과 같다.

① 조선시대에도 초기에는 錢穀을 빌려쓰기 위하여 노비, 자녀, 처첩 등 人身을 典當 잡히는 일(人質)이 빈번하였다. 大明律에 의하면, 재물을 전당잡고 貸金을 할 경우 그 이자는 월 3分을 초과할 수 없으며, 오래된 이자도 원금과 單利를 초과하지 못하도록 규정하였다. 그리고 소비대차의 기간이 아무리 장기여도 그 이자가 원본을 초과할 수 없었다(不過一本一利). 이에 위반한 경우에는笞 40刑에 처하고 그 정상이 무거운 경우에는杖 100刑 까지 처벌하였다.²⁵⁾ 후에는 사체를 이유로 그 자녀를 노비로 삼는 것을 금지하였으며, 借金을 이유로 처첩을 전당잡히거나 대금을 이유로 타인의 처첩을 전당잡는 자도 함께 처벌하였다.²⁶⁾

22) 소비대차와 이자규제에 관한 조선시대의 법령을 심도 있게 소개·분석한 자료로는 김재문, 앞의 논문, 207쪽 이하; 여인의, 「조선시대의 이자부 소비대차에 관한 법적 고찰」, 『법학논고』 15집(청주대, 1983), 81쪽 이하가 있다.

23) 『受教輯錄』 「戶典」 徵債條.

24) 公債란 공금을 사적으로 소비하거나(私消) 公課의 미납으로 발생한 채무 및 公家로부터 대출받은 채무를 통칭한다.

25) 『大明律』 「戶律」 <錢債> 違禁取利條. 公私의 月利借貸는 비록 經過年月이 많더라도 一本一利만을 받게 한다(『世宗實錄』 권55, 14년 3월 19일 戊寅).

26) 『續大典』 「戶典」 徵債條; 『大明律』 「戶律」 典雇妻妾條.

② 受教輯錄·新補受教輯錄과 典錄通考 徵債條에 의하면, 대주는 대차 후 3년까지만 이자를 수취할 수 있었으며,²⁷⁾ 특히 곡물대차에 따른 이자수취를 일절 불허하고 관직에 있는 자의 소비대여행위를 금지하였다. 또한 續大典과 百憲總要에 따르면, 공·사채를 가리지 않고 연이율은 2할을 넘지 못하며 이를 초과하거나 甲利(100%의 이자)²⁸⁾를 수취한 경우에는 엄중한 형사벌이 부과되었다.²⁹⁾ 그 외에 秋官志에 의하면 公債의 이자율은 쌀(米)·베(布)·은(銀)·돈(錢)을 가리지 않고 1할, 私債 중 米穀은 5할, 錢이나 布는 최고이자율이 2할로 정해졌고,³⁰⁾ 六典條例에서는 사채이자율의 수취기한을 10년으로 제한하고 최고이자율도 2할을 한도로 하였다.³¹⁾ 시대의 경제상황에 따라 제한이율이 유동적이었음을 알 수 있고, 이자의 수취기간에 대해서도 大明律 및 經國大典에서는 아무런 제한이 없으나 受教輯錄과 典錄通考에서는 3년,³²⁾ 그리고 續大典에서는 甲利를 받는 경우 계약기간과 상관없이 1년에 한하여 이자채권의 수령을 인정하였다.³³⁾

③ 소비대차에 있어서 차주인 채무자는 이행기 전이라도 채권자의 동의 없이 임의로 채무를 변제할 수 있었다. 그리고 반환되는 물건은 특약이 없는 한 차용한 물건과 동종·동질·동량의 것이어야 하며, 금전이나 미곡에 의한 代物辨濟는 가능하였다.³⁴⁾ 受教輯錄에 의하면 영조 12년의 王命으로 공채에 대해서는 15년, 사채에 대해서는 20년을 한도로 하는 소멸시효기간을 두고 있으며, 당사자가 현존하지 아니한 경우에는 채권은 모두 소멸하는 것으로 하였다.³⁵⁾

27) 『受教輯錄』 「戶典」 徵債條：公私徵債，三年之外，不得計捧邊利。濫徵者，繩以法律。

28) 元金과 同額의 高利를 뜻한다.

29) 『續大典』 「戶典」 徵債條：利자가 2할이 초과하는 경우에는 杖 80과 徒刑 2년에 처하였다. 그리고 사적으로 甲利를 준 경우에는 杖 一百에 처하고 定配하며, 비록 10년이 되었다 할지라도 1년 이자만을 징수하여야 한다. 이를 위반한 경우에는 杖 一百에 처한다.

30) 그리고 이 규정을 違越한 경우에는, 관리이면 制書有違의 律로 다스리고, 私家이면 장 1백의 刑을 시행한다. 『秋官志』 제3편, 「考律部」 私債條：官貨，則勿論米布銀錢，什一生殖。民間，則米穀什五·錢布什二生殖，如或違越，則官吏論以制書有違，私家施以杖一百之律。

31) 『六典條例』 권4, 「戶典」 <漢城部> 負債條：私債殖利，雖過十年，毋過什二，濫捧者，論罪。

32) 『受教輯錄』 · 『典錄通考』 徵債條：公私徵債，三年之外，不得計捧邊利…

33) 『續大典』 「戶典」 徵債條。

34) 金容圭, 「李朝社會 去來法」, 『省谷論叢』 제3집(1972), 460쪽.

35) 『新補受教輯錄』 「戶典」 徵債條。

(3) 奴婢制度와 奴婢의 去來關係

노비는 토지와 더불어 조선시대의 중요한 생산요소였고, 그 소유정도에 따라 권세와 부를 가늠하는 척도가 되었다. 노비는 公私賤을 가리지 않고 관아의 奴婢籍에 등재되었다. 특히 사노비는 사소유의 대상이자 권리의 객체로서, 매매나 증여와 같은 법률행위의 목적물이 되었다.³⁶⁾ 뿐만 아니라 신용획득을 위한 典當의 수단으로 활용되기도 하였다.

조선초기 노비의 거래가격은 연령, 성격, 건강상태 등을 고려하여 결정되었는데, 그 가격이 대략 5升布 150匹 내외였다.³⁷⁾ 당시 말 한 필의 가격이 5升布 400~500匹이었음에 비교해 보면, 노비는 소나 말의 매매가격의 1/2~1/3에 해당하는 현저히 저렴한 가격이었다. 그러나 노비가 농경사회의 중요한 생산요소로 인식되면서 그 가격이 급등하여 노동능력의 정도에 따라 16세 이상 50세 이하의 노비는 楮貨³⁸⁾ 4千張, 15세 이하 51세 이상은 3千張에 거래되었다고 한다.³⁹⁾

노비의 매매는 거래당사자가 사전에 官衙로부터 허가를 받은 후 거래절차에 따라 관아에 매매신고를 하게 되면 매매에 따른 소유권이전의 효력이 발생한다. 따라서 관아의 사전허가를 받지 않고 매매를 하게 되면 그 매매행위는 무효가 되고, 노비는 관아에 몰수되었다.⁴⁰⁾ 그리고 노비의 매매는 전택과 마찬가지로 계약체결 후 15일이 경과하면 이를 취소할 수 없도록 규정하고 있다.⁴¹⁾

36) 『經國大典』 「刑典」 公賤條, 「戶典」 買賣限條.

37) 『世宗實錄』 卷65, 16년 7월 22일(丁酉).

38) 『經國大典』 「戶典」 國幣條에 의하면, 화폐는 布貨와 楮貨(다나무 껍질로 만든 지폐)를 통용한다고 규정한다. 布貨는 베를 화폐로 사용하는 것으로 正布 一匹은 常布(품질이 낮은 麻布) 二匹에 준하고, 常布 一匹은 楮貨 二十張에 준하고, 楮貨 一張은 米 一升到에 준한다고 한다. 후에 銅錢을 國幣로 사용한 것에 대해서는 『續大典』 「戶典」 國幣條 참조.

39) 『經國大典』 「刑典」 私賤條; 李載樂論考, 「조선전기의 노비연구」, 『논문집』 제3집(승전대, 1971), 181쪽 이하 참조.

40) 『經國大典』 「刑典」 公賤條; 『續大典』 「刑典」 公賤條; 『大典通編』 「刑典」 公賤條.

41) 『經國大典』 「戶典」 買賣限條 및 「刑典」 公賤條. 田地家舍, 買賣限十五日勿改…(奴婢同) 후의 『續大典』 및 『大典通編』 「刑典」 公賤條에도 동일한 내용을 규정하고 있다.

또한 노비는 전택과 마찬가지로 채권의 담보를 위한 典當의 대상이 되었다. 전택의 대상이 된 노비는 전당권자가 채권의 만족을 얻을 때까지 자유롭게 활용할 수 있었으며, 다만 계약기간이 만료하여 원금과 이자를 변제 받은 경우에는 그 노비를 반환하여야 했다.⁴²⁾ 전당계약기간이 만료하여 채무의 완전한 변제가 이루어졌음에도 불구하고 質物인 노비를 반환하지 않는 경우에는笞 40 刑에 처하고 전당목적물인 노비도 주인에게 돌려주도록 규정하고 있다.⁴³⁾

권리의 객체인 노비는 역시 증여의 대상물이 되었지만, 전택과 마찬가지로 관아에 신고하여야만 증여로서의 법적 효력을 가질 수 있었다. 증여의 방식도 諺文이 아닌 漢文에 의한 서면주의에 입각하고 있었기 때문에, 고려시대에 비하여 보다 엄격한 형식을 요구하였다.⁴⁴⁾ 또한 관직에 있는 자가 정당한 이유 없이 노비 기타 재물을 증여 받는 것을 금지하기 위하여 불법증여에 대해서는 규제를 가하였으며, 강압에 의한 증여에 대해서는 그 법적 효력을 부인하고 노비를 주인에게 반환하도록 하였다.⁴⁵⁾

(4) 雇工制度

雇工이란 타인에게 고용되어 일하는 사람(머슴)을 뜻한다. 雇工者는 노비가 아니라 빈궁하여 糶食하여서 생활하는 사람이고, 실은 양민이니 법으로 마땅히 軍役に 등록해야 했다.⁴⁶⁾

조선시대의 법령집을 통하여 ‘雇工’이라는 명칭을 간혹 발견할 수는 있는데, 이러한 표현은 당시의 의용 형법이던 大明律과 그에 기초한 몇몇 법률의 刑典

42) 『大明律』 「戶律」 典買田宅條.

43) 『經國大典』 「戶典」 買賣限條; 『大明律』 「戶律」 典買典宅條 참조 특히 조선조의 노비 법제에 대해서는 연정열, 『한국법제사』(학문사, 1996), 281쪽 이하; 연정열, 『조선초기 노비 상속과 증여에 관한 일연구』, 『한국법사학논총』(박영사, 1991), 167쪽 이하가 상세하다.

44) 연정열, 위의 책, 174쪽.

45) 『大明律』 「刑律」 恐嚇取財條; 『世宗實錄』 卷64, 16년 6월 30일(乙亥).

46) 『世祖實錄』 권46, 14년 6월 18일(丙午).

에서 사용될 뿐이었다.⁴⁷⁾

秋官志에 의하면 함경도의 어느 道에서 私적으로 고공을 정하여 終身토록 使喚하게 하는 관례가 있었다고 한다. 당시 右議政이었던 閔鼎重이 官에서 정해 준 고공과 이들을 동일하게 論斷하는 것은 도리에 어긋나므로 事目을 세울 것을 주장면서, 만약 고공이 되기를 원하는 자가 있으면 官에서 그의 供述을 받아서 錄案⁴⁸⁾하여 일시적인 傭役者와 구분할 것을 제안하였다. 고공은 호적에 附記하며, 후에 服役이 합당하지 않아서 도로 나오려는 자는 그의 진정한 소원에 따라가게 하고, 다시 문서를 官에 제출하여 이전의 立案을 회수한 다음 式年을 기다려서 호적에 事故로 처리하게 하였다. 또한 雇價 10貫 이상을 받고 5년 이상의 기한을 議定하여 文券을 정립한 자는 帳籍에 넣는 것을 허가하여 雇工으로 논하고, 이러한 조건이 충족되지 않은 일시적 被傭人이거나 雇價를 받지 않고 文券도 없는 자는 凡人의 例에 따라 논하였다고 한다.⁴⁹⁾

그 외에도 新補受教輯錄 戶典 戶籍條에 의하면, 雇工을 그대로 노비로 삼아 冒錄(허위기재)하면 당사자는 양인을 억압하여 천인으로 만든 것에 대한 형률에 따라 全家徙邊하고,⁵⁰⁾ 里正·監官·色吏는 大明律의 制書有違의 律에 따라 杖 100대를 친다고 규정하고 있다.⁵¹⁾

47) 『經國大典』 「刑典」 告尊長條에 “舊 奴婢나 雇工이 舊 家長을 구타·욕설하거나 그 비행을 陳告한 자는 家長을 구타·욕설하거나 家長의 非行을 陳告한 律에 二等을 감하여 논죄한다(舊奴婢雇工, 毆罵告舊家長者, 各減毆罵告家長律二等論)”는 규정이 있고, 『大典續錄』 「刑典」 推斷條에는 “妻母를 간통한 자는 雇工이 家長의 妻·女를 간통한 刑을 준용하여 논죄한다(奸妻母者, 比雇工奸家長妻女律論)”는 규정이 있다.

48) 立案에 기록하는 것을 의미한다.

49) 『秋官志』 제3편, 「考律部」 <定制> 雇工(肅宗 6年).

50) 죄인과 그 전 가족을 邊境地方(주로 함경도와 평안도의 국경지방)으로 강제 이주시키는 것을 말한다.

51) 仍以雇工爲奴婢冒錄者, 當身依壓良律, 全家, 里正監色, 則依『大明律』「制違」, 杖一百.

3. 債權의 實現과 債務不履行의 救濟方法

채무불이행의 경우에는 근대 민법과 달리 통상 형사벌이 부과되었고, 채무자를 통한 채권의 실현이 불가능하게 되면 가족이나 친척에게 법정연대책임을 물어 채권의 만족을 도모하였다. 실제적인 거래관계에서는 이러한 방법으로 채권만족을 얻을 수 없게 되면, 처첩이나 자녀를 노비로 삼는 사적 집행이 횡행하였으나, 이는 법령에 의해 금지되었다.

(1) 債務의 徵收(徵債)

稅와 貢物로 바치는 쌀(貢米)과 싸라기를 받고도 규정된 수량대로 상납하지 않은 자, 금은그릇(金銀器)을 받고도 상납하지 않는 자, 고의로 배(船)를 파손시킨 자, 관청이나 개인의 목은 채무(宿債)를 부담하고 있는 자에 대해서는 본인이 사망하였다고 하더라도 처나 자식이 있거나 재산이 있는 경우에는 채무의 징수를 허락하였다. 즉, 公債에 대해서는 자기책임의 원칙을 관철하지 않고 제한적이거나 妻子의 연대책임을 인정한 것이다.⁵²⁾ 무릇 사채로서 증인과 筆者(계약작성자)를 갖춘 文記가 있는 경우에는 징수를 허락하되, 1년이 지나도록 官衙에 고소하지 아니하면 그 소송을 수리하지 않았다.⁵³⁾ 그리고 사채를 過濫하게 징수하는 자는 杖 80의 형에 처하였다.

王朝實錄에 의하면, 특히 중기 이후에는 공채의 불법징수나 사채의 과도한 징수 등으로 인하여 채무자가 자살하는 사건이 빈발하여 徵債를 연기하거나 감면하는 王命이 잇달았음을 알 수 있다. 특히 仁祖 때에는 채권의 추심을 목적으로 권세가에게 문권을 넘겨주고 이에 따라 채무자의 인신을 구속하는 등 사적 집행에 따른 사회적 폐해를 방지하기 위하여 문권의 양도행위를 엄격히

52) 『經國大典』 「戶典」 徵債條; 『典律通補』 「刑典」 徵債條.

53) 『經國大典』 「戶典」 徵債條; 『典錄通考』 「戶典」 徵債條.

금지한 바 있다.⁵⁴⁾

(2) 債務不履行에 대한 制裁

채무불이행의 법적 효과에 대해서는 大明律과 百憲總要에 관련 규정이 있다. 주로 이행지체에 대한 형사벌적 제재와 강제집행에 관한 규정이 있을 뿐이고, 이행불능이나 불완전이행에 관한 규율은 발견되지 않는다.

대명률에 의하면, 사채를 진 채무자가 채무를 이행하지 않을 경우, ① 5貫 이상의 금액을 3개월 동안 이행하지 않으면笞 10에 처하고 1개월마다 一等을 가하되笞 40을 초과하지 못하며, ② 50貫 이상의 금액을 3개월 동안 이행하지 않으면笞 20에 처하고 1개월마다 一等을 가하되笞 50을 초과하지 못하며, ③ 250貫을 3개월 동안 이행하지 않으면笞 30에 처하고 1개월마다 一等을 가하되杖 60을 초과할 수 없다고 하면서, 아울러 이와 함께 원본과 이자를 모두 강제집행하여 채권자에게 반환하도록 규정하고 있다.⁵⁵⁾ 그리고 百憲總要에 의하면, ①과 ②의 경우는 대명률의 규율내용과 동일하나, 250貫 이상의 사안에 대해서는 별도의 규정을 두지 않고 있다.⁵⁶⁾

또한 公債 600냥 이상을 기일 내에 변제하지 아니한 경우에는 良人, 公·사노비(公私賤), 평민(常人)을 가리지 않고 當者는 定配하고 그 妻子는 몰수하여 대출해 준 관청의 노비로 삼았으며,⁵⁷⁾ 400냥 이상을 상환하지 못한 자는 전가

54) 『仁祖實錄』 권25, 9년 6월 1일(癸卯條).

55) 『大明律』 「戶律」 違禁取利條: 其負欠私債, 違約不還者, 五貫以上 違三月笞一十, 每一月加一等, 罪止笞四十, 五十貫以上 違三月笞二十, 每一月加一等, 罪止笞五十, 二百五十貫以上 違三月笞三十, 每一月加一等, 罪止杖六十, 並追本利給主.

56) 『百憲總要』 권3, 徵債條.

57) 『受教輯錄』 「戶典」 徵債條 및 『續大典』 「戶典」 徵債條. 특히 受教輯錄에 의하면, 良人, 公·私賤, 常人이 물건을 바치고 堂上官(정 3품의 上階)이나 嘉善大夫(중 2품인 문무관의 품계)를 호칭하게 된 경우를 논하지 않고 모두 그 妻子를 몰수하여 대출해 준 公家의 노비로 삼고 그 부채는 없애주며, 雜織으로 당사관이나 가선대부에 오른 경우에는 당사자를 정배하고 처자를 몰수하여 노비로 삼는다고 규정한다.

정배(全家定配)하되 채무징수의 편의를 위하여 京司의 채무이면畿內에 정배하고 運餉管理司의 채무이면 西路에 정배하였고, 100냥 이상을 상환하지 않으면 當者는 대출해 준 관아 근처에 연한을 정하지 않은 채 정배하고(不限年定配)⁵⁸⁾ 그 처자는 몰수하여 관노비로 삼았다. 그러나 채무자(當者) 또는 그 자손 중에서 채무의 전액을 追納하면 各者를 석방하여 本役으로 되돌아가게 하였다.⁵⁹⁾ 私債를 진 良人 역시 약정된 기일에 원본과 이자를 변제하지 못하면 채무자의 처자가 노비로 되었다. 채무불이행에 대한 각종의 제재가 채무액에 따라 차등적이며, 형벌의 상한을 별도로 규정하고 있음이 특징적이다.⁶⁰⁾

(3) 債務不履行의 救濟方法과 그 限界

私債의 불이행에 대해서는 사력구제나 사적 강제집행⁶¹⁾ 그리고 인신이나 재물에 의한 대물변제가 철저히 금지되었으며, 이에 위반할 경우 엄중한 형사벌이 부과되었다. 다만 公債의 경우에는 布貨 등 일정한 동산에 의한 대물변제는 허용되었다.⁶²⁾

大明律에 의하면, 권세 있는 자가 官司의 법적 절차(신고의무)를 거치지 않고 사채를 이유로 타인의 재산을 강탈하면 杖 80에 처하고, 강탈한 물건을 환가하여 그 가액이 元利를 초과하게 되면 초과액을 本主에게 반환하도록 하였

58) 負債의 清算이 있을 때까지 복역연한을 정하지 않고 定配하는 것을 말한다.

59) 『受教輯錄』 「戶典」 徵債條; 『秋官志』 제3편, 「考律部」 <定制> 公債徵拂事目.

60) 우병장은 채무불이행에 따른 제재규정을 오늘날의 유치권 내지 질권과 유사하다고 평가하나(앞의 논문, 255쪽), 채무의 이행을 강제하기 위한 수단에 불과하며 오늘날의 물적 담보제 도와는 그 내용이나 성격을 달리하는 것으로 판단된다.

61) 宗班이 사채를 받기 위하여 官奴를 풀어 채무자를 자기의 집으로 끌고 와 멋대로 刑杖을 가하나 백성들이 원한과 고통을 이기지 못한다. 만약 조정의 승을 어기고 사적으로 채무를 징수하는 자가 있으면 계를 올려 무겁게 다스린다. 『受教輯錄』 「戶典」 徵債條: 宗班爲徵私債, 縱其官奴, 捉致負債人於私門, 任自刑杖, 民不勝怨苦. 若有不尊朝令, 私者侵徵者, 入啓重治(肅宗 18년 傳敎).

62) 『文宗實錄』 권4,, 즉위년 10월 10일(庚辰).

다.⁶³⁾ 그리고 채무자의 妻妾이나 子女를 채무불이행의 대가로 환가하여 데려간 자는 장 100에 처하고, 부녀를 通姦占奪한 자는 絞刑에 처하며, 侵占된 자들은 주인에게 돌려보내고 그 私債는 추징을 면하도록 하였다.⁶⁴⁾ 또한 채권의 실현을 위하여 田畝를 대물변제 받거나 채무자의 자녀를 노비로 만든 자는 杖一百에 定配하고, 전답 및 자녀는 채무자에게 반환하여야 했다.⁶⁵⁾ 실제로 부요(富饒)한 土豪들이 이자놀이를 하느라 돈과 곡식을 貧者에게 훔어 놓으며 田土의 문서를 典當⁶⁶⁾잡았다가 이자가 불어나 변제할 수 없게 되면 전당 목적물을 매매한 것으로 하여 전토의 소유권을 취득하는 일이 잦았다고 한다.⁶⁷⁾

(4) 債務不履行에 있어서 責任의 人的 範圍⁶⁸⁾

조선왕조의 법령집에서 約定連帶(保證)債務에 관한 규율내용은 어디에서도 나타나지 않는다.⁶⁹⁾ 다만 채무불이행에 따른 책임의 인적범위에 대해서는 비교

63) 『大明律』 「戶律」 〈錢債〉 違金取利條.

64) 『大明律』 「戶律」 〈錢債〉 違金取利條.

65) 『新補受教輯錄』 「戶典」 徵債條; 『續大典』 「戶典」 徵債條; 『大典通編』 「戶典」 徵債條; 『典律通補』 「刑典」 徵債條.

66) 典當이란 담보설정을 통칭하는 용어이다. 그 종류는 동산전당, 부동산전당, 도조(賭租)지급부 전당, 이자지급약정부 부동산전당 등이 있었다. 조선시대의 물적 담보제도로는 오늘날의 재매매의 예약과 유사한 ‘還退’제도와, 금융획득의 대가로 물건(주로 전답) 또는 처첩·노예 등 인신을 담보로 제공하는 ‘典當’제도가 있었다. 양 제도 공히 채권자와 채무자 사이의 상충하는 이익조정을 위한 규정을 두고 있으며, 그 위반에 대해서는 형사벌적 제제도 불사하고 있다. 양자의 내용과 그 비교에 대해서는 김재문, 「조선왕조의 담보제도 연구」(동국대 박사학위논문, 1983), 258, 213~217쪽 참조.

67) 『肅宗實錄』 권47, 35년 7월 5일(甲戌).

68) 학자에 따라서는 아래의 내용을 연대(보증)채무에 관한 포괄적 일반규정으로 파악하기도 하나(김재문, 앞의 논문, 218쪽 이하), 엄밀한 의미에서 보면 채무관계에 있어서 ‘責任’의 인적 범위를 규정한 것으로 보아야 할 것이다.

69) 그러나 조선시대(특히 후기)의 판결문이나 각종 계약서에서는 채무자의 채무불이행에 대하여 보충적 책임을 부담하는 자로써 ‘保人’ 내지 ‘懸保人’이라는 표현이 간혹 등장하는데, 문서에 나타나는 법률관계를 검토해 보면 이는 오늘날의 ‘保證人制度’와 원칙적으로 차이가 없다고 할 수 있다. 이와 관련한 고문서의 내용소개와 그 분석에 대해서는 김재문, 앞의

적 상세한 규정이 있다. 아래의 규정은 채권자의 채권실현을 강화함에 기본적인 목적이 있겠지만, 채무자 이외의 일정한 자에게 책임을 부과함에 있어서 그 인적범위를 제한하려는 입법의도도 동시에 엿보인다.

典錄通考 및 新補受教輯錄 戶典 徵債條에 명기되어 있는 1701년의 규정에 의하면, ‘먼 친족 및 일시적 거주자(동거인)에게는 채무를 징수할 수 없다’⁷⁰⁾고 하고 있는데, 그 범위가 불명확하기는 하지만 이를 반대해석하면 가까운 친족이나 장기적 거주자에게도 연대책임의 물을 수 있음을 의미하는 것이기도 하다. 그러나 그 이후 1705년의 규정이나 續大典 및 百憲總要 徵債條에 따르면, 공·사채를 불문하고 채무자 및 親父子에게만 채무의 징수가 가능함을 명확히 하고 있다.⁷¹⁾

그 외에 大典通編 戶典 徵債條에는公私의 宿債는 채무자가 사망한 후에도 처자에게 재산이 있으면 이를 징수할 수 있다고 규정하여, 처자에 대한 채무의 승계를 인정하고 있다.⁷²⁾

4. 債權의 消滅

채권은 채무의 변제, 대물변제(제한적이기는 하지만), 채무자의 사망, 소멸시효의 완성에 의하여 소멸하였다. 원본채권의 경우, 公債의 시효는 15년, 私債의 시효는 20년을 각각 한도로 하며, 당사자가 현존하지 않는 경우에는 채권이 모두 소멸하였다(英祖 42년 王命).⁷³⁾ 현행 민법과 비교해 볼 때 장기의 소멸시효

논문, 17쪽 이하 참조

70) 徵債勿侵遠族及止接者(康熙辛卯 承傳).

71) 『續大典』 「戶典」 徵債條: 公私負債者, 親父子外, 兄弟及一族止接人, 一切勿侵.; 『百憲總要』 권3, 徵債條: 公家負債者, 親父子外, 侵及一族事, 一切禁斷. 私債, 親父子外, 勿侵.; 『受教輯錄』 「戶典」 徵債條 참조

72) 負公私宿債者, 雖身死有妻子財產者, 許徵.

73) 『新補受教輯錄』 「戶典」 徵債條; 『典錄通考』 「戶典」 徵債條; 『秋官志』 제3편, 「考律

기간을 규정하고 있고, 공채에 비하여 사채의 시효기간이 장기였음을 알 수 있다.

그리고 이자채권의 경우에는 공채 또는 사채를 추심함에 있어서 3년이 지난 이자는 수취하지 못하며, 濫徵한 자는 법에 따라 처벌하였다(肅宗 9년 教旨).⁷⁴⁾ 또한 사채의 채무자가 사망한 경우에는 이자를 받을 수 없었으며, 후에는 이자 지급의 약정기간과 관계없이 이자채무는 1년이 경과함으로써 소멸하는 것으로 하였다.⁷⁵⁾

5. 私權의 救濟節次로서의 民事訴訟制度⁷⁶⁾

(1) 民事訴訟制度의 概觀

조선왕조는 유교적 통치이념에 입각하여 소송이 없는 사회(無訟社會)를 이상으로 삼았으나, 경제적 잉여의 창출과 더불어 사소유의 인정이 확대됨에 따라 사인간의 거래를 둘러싼 분쟁이 급격히 증가하여 갔다.⁷⁷⁾

조선시대의 訴訟은 주로 전지, 가옥, 노비를 둘러싼 다툼이 주된 대상이 되었다. 전기에는 노비소송이 주류를 이루었고, 후기에는 墓山과 田畓에 관한 쟁송이 중심이 되었다. 전택 또는 백성의 聽訟에 대하여는 각각 당해 管掌이 있

部, 徵債條; 『刑典事目』 受教事目: 公債限十五年, 私債限二十年, 非當身現存者, 并爲 蕩滌(丙戌).

74) 『受教輯錄』·『新補受教輯錄』 「戶典」 徵債條.

75) 『續大典』 「戶典」 徵債條; 『大典通編』 「戶典」 徵債條.

76) 조선시대의 민사소송제도 및 법리의 변천에 대한 연구로는, 임상혁, 「조선전기 민사소송과 소송이론의 전개」(서울대학교 박사학위논문, 2000); 조윤선, 『조선후기 소송연구』(국학자료원, 2002) 등이 있다.

77) 任相嬪은 “조선은 소송의 만연에 대하여 위기감을 가졌고, 이를 해결하기 위하여 인위적인 斷訟政策을 추진하였으나, 과도한 단송은 실체적 정의를 유린시킬 우려가 있다는 반론에 부딪혀 이를 조화하기 위한 소송제도와 소송이론의 틀을 만들어 냈다”고 한다(임상혁, 위의 논문, 167쪽).

었는데, 漢城府는 전택에 관한 사항을, 掌隸院은 노비에 관한 사항을 掌理하였으며, 刑曹은 전택과 노비에 관한 사항을 모두 관장하였다.⁷⁸⁾

大明律에 의하면, 민사사건에 관한 쟁訟(‘詞訟’⁷⁹⁾이라 함은 3심제를 원칙으로 하였다(단 노비소송은 2심으로 종결되었음).⁸⁰⁾ 소송절차는 下級官司로부터 上級官司로 진행되며, 법정 소송절차에 위반하면笞 50에 처하였다.⁸¹⁾ 소송은 원고가 담당 관청에 소송을 신청하는 所志(訴狀)를 제출함으로써 개시된다. 소송심리기간은 각 심급별로 50일을 초과할 수 없으며, 1심부터 3심까지의 심리기간은 給暇日(공휴일)을 제외하고 총 150일을 상한으로 정하였다.⁸²⁾ 소송이 개시되면 30일 이내에 소송당사자가 법정에 출두하여야 하며, 3覆審에서도 패소한 사건은 다시 심리할 수 없고, 동일 사건에 대하여 그 친족들이 面(당사자)을 바꾸어 제소할 경우 이를 계송(繫訟)으로 간주하여 소송회수에 산입하였다.⁸³⁾ 또한 송사의 판결에 불만이 있으면 3審制의 원칙에 따라 세 번까지 심리를 요구할 수 있었으나, 세 번 중 두 번을 먼저 승소한 경우에는 다시 심리를 청할 수 없도록 하였으며(三度得伸法), 이에 위반하면 非理好訟者로 보아 全家徙邊에 처하였다.⁸⁴⁾ 따라서 3심이 허용되는 것은 2심까지의 판결에서 당사자가 각 1회씩 승소하거나 패소한 경우뿐이라고 할 수 있다. 3심제를 원칙으로 하면서도 상소에 제한을 가하는 것은 濫訴를 억제하기 위한 조치로 보여진다.

管轄은 피고의 주소지 또는 거소지에 소재하는 官司에 있었으며, 詞訟을 지

78) 『續大典』 「刑典」 聽理條.

79) 조선시대의 소송이라 함은 ‘獄訟’과 ‘詞訟’을 포함하는 개념인데, 전자는 형사소송, 후자는 민사소송을 의미하는 것이다.

80) 『秋官志』 제3편, 「考律部」 〈續條〉 聽訟에도 “세 번 판결을 받은 사건과 60년 전에 있었던 사건은 聽理하지 못한다”고 하는 영조 15년의 왕명이 있다.

81) 이후의 『受教輯錄』 「刑典」 聽理條에 의하면 법이 정한 심급제도를 위반하여 소송의 단계를 뛰어 넘은 경우에는 청리하지 않는다는 규정이 있다(冒法越訴者, 勿爲聽理. 1665년, 현종 6년의 傳敎).

82) 『大明律』 「刑律」 〈訴訟〉 越訴條; 『大典會通』 「刑典」 聽理條.

83) 『受教輯錄』 「刑典」 聽理條: 凡訟, 所爭之物一般, 則族屬等, 雖換面相訟, 合計度數.

84) 『受教輯錄』 「刑典」 聽理條: 三度得伸, 相訟者, 論以非理好訟, 全家徙邊.

연시키기 위하여 고의적으로 기일에 불출석하거나 심리를 방해한 자는 처벌하였고,⁸⁵⁾ 정당한 이유 없이 재판기일에 불출석한 자는 闕席裁判을 통하여 패소시켰다.

또한 소송의 이유가 심하게 왜곡되었거나 文記를 위조하였거나 奸詐한 것이 현저한 경우에는 법전에 의하여 治罪하고, 세 번 패소하여 이미 斷訟된 사건을 위법하게 다시 제소하거나 억지로 쟁송하는 경우에도 역시 治罪하였다.⁸⁶⁾

그리고 심리를 담당하는 刑官은 소송당사자 일방이 친척이거나⁸⁷⁾ 사제지간 또는 원한관계에 있는 이해관계인일 경우 당해 재판을 聽訟回避(相避)하고 이를 他官司로 이송하여야 하며, 이에 위반한 경우에는笞 40에 처하였다. 또한 모든 詞訟은 판결결과를 상급기관에 보고하여야 하며, 소제기 후 1년이 경과하여도 판결에 이르지 못한 사건 중 그 기간 동안 단 한 차례의 심문도 행해지지 않은 경우에는 해당 사건을 담당하는 刑官에게 그 책임을 물어 論罪하도록 규정하고 있다.⁸⁸⁾

그밖에 토지나 가옥 등의 소유권이나 기타의 권리를 증명하는 사적 증서인 ‘文記’는 소송의 승패를 가늠하는 관건적 역할을 하였다. “소송의 曲直이 위조된 문기를 이길 수 없다”⁸⁹⁾고 표현할 정도로 증거재판을 존중해 온 당시의 소송풍토상 文記는 판결에 있어서 중요한 증거방법으로서 강한 증명력을 가졌다.⁹⁰⁾ 또한 京·외의 모든 徵債는 證人과 筆記者가 명백하게 구비된 文記 의

85) 『續大典』 「刑典」 聽理條; 『受教輯錄』 「刑典」 聽理條: 謀欲延訟, 尅不就訟, … 另加摘發治罪.

86) 『受教輯錄』 「刑典」 聽理條(明宗 12년 王命).

87) 相避制度는 오늘날의 소송법상 忌避 및 回避制度和 유사한 것이다. 『經國大典』 「吏典」 相避條에서는 “京外官, 本宗大功以上親及夫·孫女夫·娣妹夫, 外親總麻以上, 妻親父·祖父·兄弟娣妹·夫, 並相避”라고 규정하여, 그 범위를 명확히 하고 있다. 『典錄通考』 「吏典」 相避條에서도 동일한 내용을 규정하고 있다. 위에서 ‘大宗’이란 同姓同本의一族, ‘大功’이란 服喪期間이 9月인 從兄弟娣妹·衆子婦·衆孫·衆孫女, ‘外親’이란 외조부모·외숙부모·외중형제자매 등, ‘總麻’란 服喪期間이 3月인 從曾祖父母·3從兄弟·重曾孫·衆玄孫 등을 가르킨다.

88) 『受教輯錄』 「刑典」 決獄日限條.

89) 『受教輯錄』 「刑典」 聽理條.

에는 聽理마저도 허락되지 않았다.⁹¹⁾ 다만 후일에 토지나 노비의 소유권 분쟁을 둘러싸고 文記의 위조가 횡행하였으므로, 이를 방지하기 위하여 그 위조자에게는 杖 100, 流 三千里에 처하였고, 만약 그 선조가 위조한 것이라도 減等으로 논한다고 하여 문기의 위조자를 엄정히 다루었다.⁹²⁾

민사재판의 공정성과 신속성 그리고 濫訴의 방지를 위한 다양한 입법적 노력들이 엿보인다.

(2) 出訴期間(除斥期間)

모든 田地와 家屋에 관한 소송은 5년이 경과하면 聽理(심리)하지 아니한다. 따라서 자신의 전택(노비도 동일)이 분쟁에 관련되어 있다는 사실을 안 날로부터 5년 이내에 訴를 제기하지 않으면 소권을 상실한다. 단, 타인의 물건(가옥이나 전지)을 절취하여 매각한 자, 소송계속 중에 있으나 아직 판결에 이르지 아니한 소송사건, 부모의 유산인 田宅을 1인의 아들이 독점(合執者)함으로 인하여 발생한 爭訟, 병작(并耕)⁹³⁾을 기회로 하여 타인의 전택을 영구적으로 점유하는 자(永執者), 貰를 들어 살다가 영구히 점유한 자에 대한 사건은 제소기간의 제한이 없다. 소장을 제출하여 놓고 訟庭(재판정)에 출석하지 아니한 채 5년이 경과한 경우에는 당해 소송을 기각한다. 노비에 관한 소송도 동일하다.⁹⁴⁾

90) 전택이나 노비의 거래와 관련된 詞訟(민사소송)의 심리방식에 대해서는 『秋官志』 「考律部」 聽訟條 참조 여기에서도 文記의 僞·變造 등 그 진정성 여부에 대한 판단이 주류를 이룬다.

91) 『成宗實錄』 卷10, 2년 5월 25일(丁酉).

92) 『大典後續錄』 「刑典」 雜令條.

93) 并耕 내지 并作이라 함은 受田者가 佃戶(耕作人)를 두어 田地를 경작하고 그 所出을 절반씩 가르는 것을 말한다.

94) 『經國大典』 및 『典錄通考』 「戶典」 田宅條: 凡訟田宅, 過五年, 則勿聽. 盜賣者, 相訟未決者, 父母田宅合執者, 因并耕永執者, 賃居永執者, 不限年. 告狀而不立訟過五年者, 亦勿聽. 奴婢同. 『六典條例』 「漢城部」 家舍田土條 참조. 여기에서 말하는 并耕永執者나 賃居永執者는 소유권이 없는 상태에서 장기적인 경작이나 점유를 통하여 타인의 소유권을 침해하고 있는 자를 의미한다.

大典後續錄에 의하면, 일반 소송사건으로서 30년 전에 있었던 사건은 聽理를 허락하지 아니하며,⁹⁵⁾ 속공된 노비를 서로 소송하여 3년이 경과하였으면 일체 聽理하지 아니한다⁹⁶⁾고 규정하였다. 그리고 受教輯錄에서는, 전지·가옥의 매매한은 15일을 기한으로 하지만, 매매한 이내에 소장을 제출하였으나 매매한 이 지난 뒤 30일 이내에 訟庭(법정)에 출두하지 아니하면 소장을 수리하지 않았다.⁹⁷⁾

다만 사채에 대해서는 법전상 별도의 제한규정을 두지 않고 있다. 이를 악용하여 채권자들이 고의로 채무의 징수를 지연시켜 장기간이 지난 후에 高利를 수취하거나, 이미 징수한 채무에 대하여 契券(변제증서)을 발급하지 않은 채 다시 소송을 제기하는 등의 폐습이 있었다. 그리하여 부채를 갚지 아니하고 1년이 경과하도록 官에 알리지 않은 자의 제소에 대해서는 청리를 허락하지 않도록 하였다.⁹⁸⁾

95) 단, 盜賣나 공동소유에 관한 사항은 그러하지 아니하다(凡訟, 事在三十年以前者, 勿許聽理. 盜賣·合執等項, 不此在限). ‘勿許聽理’의 현대적 의미는 소송요건의 흠결로 보아 본 안심리를 하지 않겠다는 것이다.

96) 凡相訟屬公奴婢, 過三年, 則一切勿聽.

97) 戊申(1548년) 承傳.

98) 『成宗實錄』 권108, 10년 9월 2일(乙卯). “『대전(大典)』 가운데, ‘田宅 소송은 5년이 지나면 聽理하지 아니하고 奴婢誤決은 3년이 지나면 청리하지 아니한다.’고 하였는데, 私債만은 연한이 없기 때문에 市井의 모리배들이 몰래 利息을 취하고자 하여 고의로 징수하지 아니하여, 혹은 5, 6년이 지나고 혹은 10여 년이 이른 뒤에 고하여 다투며, 비록 혹시 이미 징수한 것이라고 하더라도 미루고 契券을 주지 아니하고는 고의로 해가 오래 되기를 기다렸다가 다시 소송하여 거듭 징수하는 자가 있습니다. 그래서 다투고 소송하는 것이 날마다 번거로와 분변해 밝히기가 어렵습니다. 청컨대 이제부터는 負債를 갚지 아니하고 1년이 지나도록 관에 고하지 아니한 자는 청리하는 것을 허락하지 말게 하여 간사하고 거짓됨을 막으소서. 그리고 아직 告狀을 접수하지 아니한 것은 금년에 한하여 관에 고하기를 허락하소서.”하니, 그대로 따랐다고 한다.

Ⅲ. 맺음말

이상에서 조선왕조의 제 법령집 및 거래관습에서 드러난 채권법제도의 내용을 간략하게 소개하였다. 공법의 영역과 달리 신분적 지배질서가 완고하였던 조선시대에 있어서 민사거래와 관련된 문헌을 발견하고 그 내용을 축약한다는 것은 매우 어려운 일이다. 사적 거래관계가 일상화되지 않았고, 또한 이를 규율하는 기본원리나 일반원칙도 존재하지 않았기 때문이다.

위에서 검토한 내용은 조선시대에 편찬된 법령집에 기초하여 오늘날의 채권법 질서와 유관성을 갖는 부분만을 발췌하여 정리한 것이다. 冒頭에서 밝혔듯이, 이를 토대로 하여 현대 채권법과의 규범적 유기성을 분석하고 그 법제사적 의의를 새로운 시각에서 규명하는 것은 금후의 과제이다.

다만 위에서 살펴 본 조선왕조의 제 법전에서 나타나는 채권법제도의 의의나 규범적 가치를 개괄적으로 평가하면 다음과 같다.

채권관계의 전반적인 규율내용을 보면, 채권의 완전한 실현을 위하여 강제 집행과 더불어 형사벌적 제재를 부과하는 등 강력한 권리구제장치를 두면서도, 한편으로는 조선왕조에 있어서 통치이념의 근간이 된 人本·愛民思想에 기초하여 약자보호를 위한 법리적·제도적 배려를 아끼지 않고 있다는 점이 매우 특징적이다.

첫째, 매매법에서는 당사자의 합의 이후에 매매계약의 성립을 확정함에 있어서 일정의 유예기간(買賣限)을 둬으로써⁹⁹⁾ 계약체결의 신중성을 확보하고자 하였으며, 모든 계약관계에 있어서 엄격한 형식의 계약문서(文記: 서면주의)와 함께 이에 대한 관청의 확인(立案)을 요구함으로써, 계약내용의 공정성과 진실성을 보장하고자 하였다. 또한 不法賣買나 二重賣買를 금지하고 있는데, 특히 이중매매에서는 제1매수인의 보호에 중점을 두면서도 상충하는 이해관계의 조율을 위한 섬세한 이익형량을 병행하고 있다.

99) 오늘날 ‘할부거래에 관한 법률’이나 ‘방문판매 등에 관한 법률’에서 소비자보호를 위하여 냉각기간을 규정한 철회제도와 유사한 성격을 갖는 것으로 보여진다.

둘째, 소비대차계약에 있어서도 엄격한 서면주의를 요구하고 있으며, 경제사정의 변동에 따라 이자율을 적절히 조정하고 있다. 또한 고리대의 폐해를 방지하기 위하여 다양한 형태의 제도적 장치를 두고 있으며, 특히 경제적 약자의 보호를 위하여 公債의 경우에는 국가에 의한 채무이행의 유예나 채무의 감면이 이루어지고 있고, 채권의 존속기간을 제한하는 소멸시효제도 등이 존재하였음에도 주목할 필요가 있다.

셋째, 오늘날의 고용계약과는 다소 차이가 있지만, 이와 유사한 雇工制度가 존재하였고, 노예와 달리 비교적 자유로운 신분(良人)을 가졌던 고공들을 보호하기 위한 공권적 규제가 활발하였음을 알 수 있다.

넷째, 채무불이행에 대한 구제방법이 형사벌에 치중되어 있고, 그에 따른 책임이 가족(妻子에 국한)의 연대책임으로 확장된다는 점에서는 근대 자유주의적 민법제도와 상당한 차이가 있다. 그러나 당시의 신분질서 하에서 채무불이행에 대한 사적 제재나 집행, 그리고 인신이나 재물에 의한 대물변제(또는 매도담보)가 엄격히 금지되고 있었다는 점은 현대 민법의 약자보호법리와도 이념적 유기성을 갖는 것이라고 평가할 수 있을 것이다.

다섯째, 민사소송에 있어서 3심제, 관할제도, 상피제도, 불출석에 대한 제재와 궤석재판, 당사자주의와 증거재판주의, 출소기간의 제한 등은 현대 민사소송법의 이념이기도 한 재판의 공정성, 신속성, 경제성을 확보하기 위한 제도적 장치였으며, 19세기에 정립된 서구 민사소송법상의 諸制度들과도 내용적 유사성이 적지 않음은 흥미로운 일이다.

A Study on the System of the Law of Obligations in Chosun Dynasty

Lee Jae-Mok*

This paper deals with the system of the law of obligations in Chosun Dynasty, especially focusing on the sale, loan for consumption and civil procedure owing to breach of contracts. On the basis of codes and customs of Chosun Dynasty, the followings was found out as a result of analysing of system of the law of obligations.

First, the conclusion of contract of sale and loan requested a strict documenting and confirmation of the competent government office to secure the fairness and the truth of the contract.

Secondly, it had 'Maemaehan' like cooling-off system of today to secure the prudence of conclusion of contract.

Thirdly, the institutional devices to protect the weak such as the delay or postponement of fulfillment or discharge of obligation in the contract of loan for consumption, was legislated.

Fourthly, the breach of contract received a heavy punishment or resulted in the joint liability of family. But the private compulsory execution or the payment in substitutes with the human body or property was thoroughly prohibited.

Fifthly, the trial system in civil procedure and the limitation of jurisdiction, avoidance, judgement by proof and the term of lawsuit were institutional devices to secure fair,

* Associate Professor, College of Law, Chungbuk National University.

speedy, inexpensive judgement, a doctrine of the law of civil procedure and had the likeness to some systems of the western civil procedure law formed in the 19th century.

It would be a future subject that the system of the law of obligation would have what meaning in the modern society.