

특집 : 『명공서판청명집』에 나타난 송대의 법과 사회

## 『名公書判清明集』을 통해 본 宋代 不動産 거래와 親隣法

李鍾贊\*

### 목 차

- I. 머리말
- II. 不動産 거래의 종류와 違法거래
- III. 親隣法의 내용과 변화
- IV. 맺음말

### [국문요약]

宋代에는 상업이 고도로 발전했으며 상품 거래 관계도 상당히 발달했는데, 부동산도 중요한 상품교환 대상의 하나로서 거래가 성행하고 있었다. 본고에서는 『清明集』에 나타나는 판례를 중심으로 당시 부동산 거래를 둘러싼 여러 가지 분쟁을 분석해봄으로써 宋代의 부동산 거래의 실상과 거래과정에 적용되는 복잡 다양한 법조문에 대해 살펴보고자 한다.

부동산 거래에 따라 이전되는 권리는 占有權과 所有權으로 구분할 수 있는데, 典과 賣의 거래 형태에서 그 차이를 분명하게 비교할 수 있다. 典과 賣는 계약서에 官印을 받고, 세금을 납부하여 조세부담자를 변경하는 점 등에서 공통점을 가지고 있다. 하지만 典은 거래에 따라 占有權은 이전되지만 계약기한 만료 후에는 부동산을 환수할 수 있는 回贖權을 가지고 있는 점에서 그 차이가 있다.

부동산 거래에는 각종 위법적인 행위가 이루어지고 있었다. 그 가운데 二重거래의 경우에는 거래 시점을 기준으로 해서 먼저 계약한 측이 부동산을 취득하게 되었다. 그런데 정식의 거래임에도 불구하고 거래행위 자체가 무효로 처리되는 사례로서 부동산의 거래에 있어서 타인

\* 경북대학교 교육대학원

에 앞서 먼저 거래할 수 있는 先買權에 대한 규정이 있었다.

선매권과 관련된 권리관계를 규정한 법 조문을 親隣法이라 한다. 내용을 살펴보면, 親과 隣에 해당하는 특정 대상을 규정하고 있으며, 내부적으로 우선순위도 결정되어 있었다. 『清明集』에서 살펴본 親隣法은 親과 隣을 구별하여 적용하는 것이 아니라, 親?隣 두 조건을 모두 갖추어야 하는 것이었다. 이러한 親隣法은 부동산 거래로 인해 발생할 수 있는 각종 분쟁의 요인을 없애고자 하는 취지에서 성립되고 있는 것이다.

親隣法은 宋代에 처음으로 보이고 있는 것이 아니라 唐代 이전 시대에서도 확인되고 있다. 宋代에 한정하여 그 내용이 어떻게 변화되었는지를 살펴보면, 『宋刑統』에서는 親과 隣을 구분하여 親이 隣보다 우선하는 것으로 규정하고 있다. 그러나 『清明集』을 통해 볼 때는 親, 隣을 함께 적용하는 것으로 차이가 나타나고 있다. 이러한 변화는 親隣法 적용 대상의 제한이라 할 수 있다. 또한 소송을 제기할 수 있는 기간이 일반적인 부동산 소송에 비해 상대적으로 짧게 정해져 있다. 그리고 『宋刑統』의 親隣法 규정에서는 보이고 있지 않는 墓田과 관련된 항목도 추가되는 등 그 권리에 상당한 제한이 가해지고 있다.

宋代는 상업이 고도로 발전하는 등 사회경제적으로 괄목할 만한 변화와 발전을 이룩하였다. 부동산 거래에 있어서 특정 대상에게 先買權을 부여하는 특수한 법 조문으로 적용되고 있는 親隣法의 내용과 그 변화를 살펴볼 때, 親隣에 대한 先買權은 계속해서 법률적으로 보호를 받고 있었지만 그 권리는 제한되어 나가고 있었다. 사회경제적으로 발달한 당시에 있어 親隣法과 같은 특수한 규정은 경제적 이익과 모순되는 것이었으므로 그것에 제한을 가하는 입법이 이루어지게 되었던 것이다.

[주제어] 송대, 『명공서판청명집』, 부동산거래, 선매권, 친린법.

## I. 머리말

唐末·五代의 혼란을 극복하고 통일을 달성한 宋代에 들어와 중국의 사회와 경제는 정치적 안정을 바탕으로 하여 새로운 변화와 발달을 이룩하게 되었다. 宋代는 정치, 사회경제, 사상과 문화 전반에 걸쳐 변혁이 이루어졌으나 특히 사회경제적 분야의 변화는 괄목할 만한 것이었다. 이러한 변화는 상인계층과 유통구조, 시장, 상품, 화폐 나아가 재정 및 상업 관련 제도에 이르기까지 상업에 관한 모든 분야에서 발견된다. 이를 두고 구미 및 일본의 학계에서는 일찍부터 ‘商業革命’이라 명명하고 있거나<sup>1)</sup>, 일찍이 唐·宋간 사회구조의 연

1) 宮崎市定은 1950년에 출판된 『東洋의近世』에서 唐末의 변혁을 중세사회에서 근세사회로의 변혁이라는 사회경제적인 의미로 파악하면서 宋代를 유럽사의 르네상스기에 대비하였다.

속성을 주장하던 중국의 학계 또한 대략 1980년대 후반 이래 적어도 상업사 분야에 관한 한 宋代적 발전의 획기성을 인정하는 분위기로 돌아서고 있다.<sup>2)</sup>

宋代의 상업은 고도로 발전했으며 상품의 거래관계도 발달하였는데, 御用物 외의 모든 재산이 상품거래의 대상이 되었다. 車, 船, 노비, 소, 말, 낙타와 같은 주요 動産은 물론이고 토지와 가옥의 不動産도 상품교환의 대상이 되었다. 중국의 전통 법에서는 이동성이 있는 물건을 移徙物이라 하고, 이동성이 없는 토지·가옥을 不移徙物이라 해서 양자를 구별했다. 移徙物 가운데에도 가축은 畜産이라 하고, 다른 보통의 動産은 資財나 재물이라 했다. 3세기 晉代부터 거래 목적물의 종류에 따라 법률상 특별한 형식에 의할 것을 요하는 것과 요하지 않는 것의 구별이 생겼는데, 不移徙物 및 노비·畜産 등의 주요 동산의 거래는 전자이고, 資財의 거래는 후자였다.<sup>3)</sup> 농업이 기초산업이었던 宋代에서는 토지가 가장 기본적인 생산수단이었고 거래에 있어 법률상 특별한 형식이 정해져 있었기 때문에, 토지를 비롯한 부동산 거래에 관한 문제의 올바른 해명이 당시 사회와 경제구조를 이해하는 핵심적인 과제가 된다.

宋代 부동산 거래의 실상을 파악하기 위한 사료는 풍부하지 않다. 南宋시대의 대표적인 법률서로 현재에 전해지는 『慶元條法事類』는 殘本이고, 정확히 戶婚門 부분이 빠져 있기 때문에 부동산 거래를 살펴보는 데는 한계가 있다. 宋代의 법제가 자세하고 구체적으로 나타나 있는 또 다른 문헌으로는 『名公書判清明集(이하 清明集)』<sup>4)</sup>이 있다. 『清明集』은 13세기 후반 남송 후기의 路의

2) 이근명, 「宋元時代의 商業과 商人組織」, 『東洋史學會 冬季學術討論集』(東洋史學會, 2004), 18쪽 참조.

3) 島田正郎 著, 임대희 외 옮김, 『아시아법사』(서경문화사, 2000), 150쪽 참조.

4) 『清明集』의 판본은 일본의 靜嘉堂문고에서 소장하고 있는 宋版本이 있는데, 『清明集』 14권 전체를 수록한 것이 아니라 戶婚門의 일부에 관한 것만 수록한 殘本이고 不分卷이다. 즉 戶婚門의 권6과 권7은 누락되어 있고, 권4·권5·권8·권9를 수록하고 있다. 중국에서는 상해도서관에서 소장하고 있는 明版本이 있으며, 북경도서관에서 소장하고 있는 10권본이 있다. 그러나 북경도서관 소장본은 상해도서관 소장본과 동일한 시기에 간행된 明版本이며, 권11·권12·권13·권14가 없는 殘本이다. 이러한 刊本을 이용하여 中國社會科學院 歷史研究所 宋遼金元史 연구실에서는 校勘本인 전 2冊을 中華書局에서 1987년에 출판하였다. 본고에서는 中華書局的 校勘本을 활용하였다.

『清明集』은 南宋시대 연구에 있어서 대단히 중요한 자료로써 인식되어 많은 연구자들이

사법감독관이었던 提點刑獄을 비롯하여, 提舉常平이나 知府·知州·知縣 등과 같은 판관들의 판결들을 모아 놓은 판례집이다. 판결문의 내용은 여러 분야에 걸쳐 있는데 우선 婚姻과 相續, 부동산 거래와 채무관계 등을 다룬 민사적 분쟁과 관료나 胥吏들의 불법행위에 대한 행정처분과 관계된 것, 租稅와 役의 부담을 둘러싼 문제, 승려와 군인의 범죄, 豪民과 形勢戶 등과 같은 재지 실력자들이 야기한 형사사건, 민간의 종교와 종교결사에 관계된 안전 등, 당시 지방 사회에서 발생할 수 있는 대부분의 문제들을 포괄하고 있다. 『清明集』에서 가장 많은 분량을 차지하는 것은 戶婚門 총 6권으로, 『慶元條法事類』의 缺落을 보충하기에 귀중한 가치를 가지고 있는 것이다.

宋代의 부동산 거래에 대한 연구는 일찍이 일본학계에서 시작되었다. 仁井田陞은 『清明集』의 戶婚門에 보이는 법률에 의존하면서 南宋시대의 抵當, 先買權, 부동산을 둘러싼 出訴기간 등의 문제를 종합적으로 정리하고 있다.<sup>5)</sup> 또한 宋代뿐만 아니라 중국 거래법의 연혁을 살펴보고 계약의 성립과 그 목적물,

---

이를 이용하였다. 다음은 이를 활용한 연구 성과이다. 高橋芳郎 著, 임대희 譯, 「名公書判 清明集」(『법사학연구』 27, 韓國法史學會, 2003)을 참조하였다.

- ① 家族法과 女性의 財産權에 관한 研究－仁井田陞, 「宋代의 家族法における 女子의 地位」, 『中國法制史研究(奴隸農奴法·家族村落法)』(東京大學出版會, 1962); 滋賀秀三, 『中國家族法の原理』(創文社, 1967); 柳田節子, 「南宋期家産分割における 女承分について」, 『劉子健博士頌壽記念宋史研究論叢』(同朋舍, 1989); 柳田節子, 「宋代女子의 財産權」, 『法政史學』 42(1990); 袁俐, 「宋代女性財産權論述」, 『宋史研究集刊』 2(1988); 永田三枝, 「南宋期女性의 財産權について」, 『北大史學』 32(1991); 川村康, 「宋代における 養子法－判語を主たる史料として(上·下)」, 『早稻田法學』 64-1・2호(1988, 1989).
  - ② 刑法研究－川村康, 「宋代折杖法初考」, 『早稻田法學』 65-4(1990); 愛宕松男, 「封案～析斷の制－宋代における 執行猶豫制について」, 『東方學會創立二十五周年記念東方學論叢』(東方學會, 1972); 何忠禮, 「論南宋刑政未明之原因及其影響－由<名公書判清明集>所見－」, 『東方學報(京都)』 61(1989).
  - ③ 豪民·士人·書鋪·茶食人 등과 같은 사회층 연구－陳智超, 「南宋喫茶事魔新史料」, 『北京師院學報』(1985-4); 陳智超, 「宋代的書鋪與訟師」, 『劉子健博士頌壽記念宋史研究論叢』(同朋舍, 1989); 陳智超, 「南宋二十豪橫的分析」, 『宋史研究論文集』(浙江人民出版社, 1987); 高橋芳郎, 「宋代의 士人身分について」, 『史林』 69-3(1986); 高橋芳郎, 「務限の法と茶食人－宋代裁判制度研究(一)」, 『史朋』 24(1991).
- 5) 仁井田陞, 「清明集戶婚門の研究」, 『中國法制史研究(法と慣習, 法と道徳)』(東京大學出版會, 1964).

거래 과정, 契稅제도, 부동산 등기 등 부동산 거래의 과정에 대해 살펴보고, 거래의 형태에 따라 절대적이고 어떤 유보도 없는 완전매매와 되돌려 사는 조건이 붙어있는 매매가 있었음을 설명하고 있으며,<sup>6)</sup> 토지 및 가옥의 매매에 따른 문서의 작성과 형식, 내용을 분석해 봄으로써 부동산 거래의 절차와 과정에 대해 설명하고 있다.<sup>7)</sup> 周藤吉之는 『清明集』에 자주 보이는 “田骨”과 “田租”와 같은 단어에 주목하여 부동산을 抵當잡힌 후에 그것을 전환하여 매각할 때 “田骨을 팔았다”등과 같은 표현이 사용되었다고 논하고 있다.<sup>8)</sup> 이에 비해, 草野靖은 이들 단어는 田産 소유권의 소재를 나타내는 근원적인 문서를 가리킨다고 하고, 이어 그는 이들 단어는 완전매매의 표적물을 나타내고 있다고 논하고 있다.<sup>9)</sup>

중국학계에서는 郭東旭이 宋代에 契紙制度가 규범화되고, 契稅제도가 완비되는 등 부동산 거래의 계약이 발달하였다고 설명하면서, 부동산 거래에 있어서의 특수한 규정으로서 親隣法에 대해 간략하게 언급하고 있다.<sup>10)</sup> 대만에서는 李如鈞이 『清明集』을 중심으로 하여 부동산 거래 중에서 “典”에 주목하여 부동산 거래의 각종 형태와 비교하면서 그 특징에 대해서 설명하고, 또한 부동산 거래에 있어 특수한 법 조문인 親隣法에 대해 언급하고 “典”거래와의 비교를 통해 설명하고 있다.<sup>11)</sup>

宋代의 土地制度와 관련된 연구는 다방면에 걸쳐 많이 이루어졌지만, 그것에 비해 토지·가옥 등의 부동산 거래와 관련된 연구는 상대적으로 빈약하며, 부동산 거래에 있어서 적용되는 특수한 법 조문에 대한 분석도 다소 부족하다고 할 수 있다. 따라서 본고에서는 『清明集』에 나타나는 판례를 중심으로 당시

6) 仁井田陞, 『中國法制史研究(土地法·取引法)』(東京大學出版會, 1960).

7) 仁井田陞, 『唐宋法律文書の研究』(東京大學出版會, 1983).

8) 周藤吉之, 「南宋の田骨・屋骨・園骨一特に改典就賣との關係について」, 『唐宋社會經濟史研究』(東京大學出版會, 1995).

9) 草野靖, 「南宋文獻に見える田骨・田根・田租・田底」, 『熊本大法文論叢』 28(1971); 『中國近世の寄生地主制: 田面慣行』(汲古書院, 1989).

10) 郭東旭, 「宋代買賣契約制度的發展」, 『宋朝法律史論』(河北大學出版社, 2001).

11) 李如鈞, 「從『名公書判清明集』看宋代田宅典賣中的‘典’」, 『宋代社會與法律』(東大圖書股份有限公司, 2001).

부동산 거래를 둘러싼 여러 가지 분쟁을 분석해봄으로써 宋代의 부동산 거래의 실상과 거래과정에 적용되는 복잡 다양한 법 조문에 대해 살펴보고자 한다.

먼저 II장에서는 宋代의 부동산 거래에는 어떠한 종류가 있었으며, 그에 따라 어떠한 과정과 절차를 거치게 되는지에 대해 살펴보고, 각각의 거래 종류에 따른 특징과 차이점은 어떠한지를 파악해 볼 것이다. 그리고 정식의 부동산 거래가 아닌 위법적인 거래행위로 인한 분쟁에 대해 살펴보고, 또한 일반적인 거래 종류의 성질과 위배되는 경우로서 특수한 법 조문인 先買權이 적용되는 사례에 대해 살펴볼 것이다. III장에서는 先買權을 둘러싼 분쟁을 통해, 그러한 법 조문을 적용 받는 親隣의 권한을 규정한 親隣法의 구체적인 내용에 대해 살펴보고, 宋代에 親隣法의 내용이 어떠한 변화를 거치게 되는가에 대해서 검토해 볼 것이다. 본고는 이상과 같은 순서에 의해, 宋代의 부동산 거래를 검토해 봄으로써 당시의 사회와 경제구조를 이해하는데 도움이 되고자 한다.

## II. 不動產 거래의 종류와 違法거래

민간에서의 부동산 거래는 宋代에 처음으로 실시된 것은 아니다. 周代 말에 이미 부동산 거래가 이루어지고 있었으며, 漢代에 董仲舒가 상소를 올려 말하고 있는 내용 가운데 “除井田, 民得買賣”라고 하는 것을 볼 때에도 先秦시대에 이미 토지매매가 이루어지고 있었음을 알 수 있다.<sup>12)</sup> 宋代에 이르러서는 상업이 고도로 발전했으며, 상품교환 관계도 발달하게 되어 不動產도 거래 대상의 하나로 활발히 거래가 이루어지고 있었다. 따라서 부동산 거래 과정에서의 분쟁도 또한 많이 발생하고 있었다. 『清明集』 戶婚門의 목록을 살펴보면 총 117조로 구성되어 있는데, 그 중 부동산 거래와 직접적으로 관련된 소송안건은 61조로 절반에 해당하고 있다.<sup>13)</sup>

12) 仁井田陞, 『中國法制史研究(土地法·取引法)』(東京大學出版會, 1960), 410~411쪽; 梁太濟, 「兩宋的土地買賣」, 『宋史研究論文集』(上海古籍出版社, 1982), 104쪽 참조.

13) 『清明集』 戶婚門의 목록을 보면, 立繼 18조, 戶絶 1조, 歸宗 3조, 分析 1조, 檢校 3조, 孤

가만히 생각해 보니 쇠락한 집안에서 재산을 완전히 팔려고 매번 거래계약서를 작성할 때, 언제나 많은 간고한 모락을 써서 昏賴함을 피하게 되니, 비록 가까운 친척이라 할 지라도 가엾게 여겨 보살피 줄 겨를이 없다. 혹 (서류의) 목 흔적의 농도나 혹은 필체가 다른 것이나, 혹은 그 재산 수를 숨기거나 토지이름을 바꾸고, 또 평수와 사지경계를 누락시켜 틀리게 기재하는 등 무릇 이런 종류는 이루 다 끝까지 말할 수 없다.<sup>14)</sup>

위의 판결문의 일부 내용처럼 부동산 거래에 있어서 갖가지 위법적인 행위가 만연했는데, 이것을 통해 宋代에 부동산 거래가 성행하고 있었고, 거래 절차가 복잡하고 상당히 발달해 있었음을 유추해 볼 수 있다. 따라서 이 장에서는 부동산 거래의 종류와 그 특징에 대해 살펴보고, 위법적인 거래행위와는 별도로 거래 과정에서 적용되는 특수한 법 조문에 대해서도 살펴보겠다.

## 1. 不動產 거래의 종류

宋代의 不動產 거래 가운데 주요한 것은 土地와 家屋이다. 토지와 가옥 즉, 田宅은 典, 賣買, 租佃, 抵當 등의 각종 행위에 의해 거래가 이루어졌다. 『清明集』에서 자주 등장하는 부동산 거래에 관한 명칭으로는 크게 4가지로 분류할 수 있는데, 典, 抵當, 典賣, 絶賣<sup>15)</sup>가 그것이다. 典은 擔保설정이지만 占有質

幼 4조, 女承分 1조, 遺囑 3조, 別宅子 1조, 義子 1조, 取贖 8조, 爭業 25조, 違法交易 9조, 僞冒交易 9조, 墳墓 9조, 屋宇 1조, 庫本 2조, 爭財 2조, 婚家 11조, 離 1조, 接脚夫 1조, 雇妾 3조의 22류, 합계 117조로 이루어져 있는데, 그 가운데 取贖, 爭業, 違法交易, 僞冒交易, 墳墓, 屋宇가 부동산 거래와 직접적으로 관련이 있다고 볼 수 있다. 高橋芳郎 著, 임대희 譯, 앞의 논문, 358쪽 참조

- 14) 『清明集』卷5 戶婚門, 「物業垂盡賣人故作交加」, “竊見退敗人家, 物業垂盡, 每於交易立契之時, 多用姦謀, 規圖昏賴, 雖係至親, 不暇顧恤, 或濃淡其墨迹, 或異同其筆畫, 或隱匿其產數, 或變易其土名, 或漏落差舛其步畝四至, 凡此等類, 未易殫述。”
- 15) “絶賣”와 동일한 의미로 『清明集』에 보이는 용어로는 “永賣”, “斷賣” 등이 있다. 토지가옥 매매증서를 보면, 당송 7, 8세기 이후의 것에서도 매매는 영구적 무조건적이라고 나타나 있고, 12, 3세기 즉 남송시대에서도, 그것을 絶賣, 斷賣라 하고, 혹은 “斷骨賣與……”, “斷根賣與……”라 하고, 그 계약서를 “絶契”, “斷賣骨契”라 하고, 혹은 典과 絶을 구별해서 典契와 絶契를 합쳐 “典絶兩契”라 했다. 仁井田陞, 앞의 책, 376~377쪽 참조

에 해당하는 것이고, 抵當은 擔保설정이지만 無占有質에 해당하는 것이다.<sup>16)</sup> 典賣는 계약 기간 내에 所有權을 가지고 환수 가능한 제한적 賣買이며, 그리고 絶賣는 영구매매인 것이다.<sup>17)</sup> 이와 같은 부동산 거래의 각종 명칭을 구분 짓는 절대적인 기준은 占有權과 所有權의 이전여부에 의한 것이다. 典과 抵當은 소유권의 이전이 이루어지지 않은 거래행위로서, 抵當은 점유권의 이전도 이루어지지 않는 반면, 典은 담보 목적물의 점유를 상대방에게 인도하는 占有質이고, 점유의 인도를 받은 채권자는 부동산을 사용·수익할 권리를 가졌으므로 收益質이라 할 수 있다. 이에 반해 典賣와 絶賣는 점유권은 말할 나위도 없고 소유권이 이전되는 거래행위인데, 絶賣는 소유권이 영구히 이전되는 것이지만, 典賣는 소유권이 이전되지만 정해진 기간 만료 후에는 환수 가능한 것이었다. 여기에서는 부동산 거래 각각의 비교를 통해 점유권과 소유권의 이전 여부와 그에 따른 권리관계에 대해 살펴보고자 한다.

부동산 거래의 종류를 각각 비교하기에 앞서 확인하고 넘어가야 할 부분이 있다. 앞서 살펴본 부동산 거래의 분류는 『清明集』에 자주 등장하는 용어를 기준으로 한 것이다. 『清明集』뿐만 아니라 宋代의 여러 사료에 자주 보이는 “典賣”는 典 혹은 賣의 의미이지, 典賣라는 통합 행위가 있었던 것은 아니라는 점이다.<sup>18)</sup> 그렇다면 앞에서 부동산 거래의 한 종류로 든 典賣는 그 의미가 모호

16) 典과 抵當은 같은 擔保설정이지만 占有여부에 따른 차이로서, 현재 우리나라의 민법상에 있어서는 각각 質權, 抵當權과 유사한 것이라고 볼 수 있다. 강태성, 『物權法』(大明出版社, 2000) 참조.

17) 박구철, 「清明集 戶婚門에서 본 業訴訟— 抵當 訴訟을 중심으로—」, 『大丘史學』 73(2003), 260쪽 참조.

18) 典 혹은 賣라는 두 행위가 왜 典賣라는 속어로 사용되었는가는, 관에서 요구하는 수속 및 관에 취하는 효과가 같았기 때문이 아닐까 생각한다. 典 혹은 賣가 행해질 때, 쌍방이 입회인 동석 하에 典 혹은 賣의 계약서를 작성하고, 典의 경우는 合同契를 작성해서 쌍방이 한 장씩 가지고, 賣의 경우는 파는 쪽이 사는 쪽에게 계약서를 건넨다. 이 계약서를 가지고 있는 것이 권리의 증거가 된다. 그러나 典의 경우에 반드시 합동계가 작성되었다고는 할 수 없고, 賣처럼 1장만 작성되어 業主가 典主에게 건네는 경우도 적지 않았다. 이들 계약서는 관에 신고해서 거래세인 “契稅”를 지불하고 관인을 받는다. 이 절차를 “稅契”, “印稅”라 한다. 동시에 관이 관리하는 과세대상과 자산부에 납세자 명의의 변경과 자산이동을 기입할 필요가 있었다. 이 관에서의 절차는 典이든 賣든 모두 동일했다. 따라서 典賣라고 흔히 사용했다. 高橋芳郎, 『『名公書判清明集』 卷6 戶婚門 譯註稿』(その一), 『北海道大學文學部』

해지는데, 그것은 단지 史料상에서의 용어상의 구분에 의한 것으로 “典賣”와의 용어상 중복을 피하기 위해 活賣로 표현하기로 하고, 이러한 活賣<sup>19)</sup>와 典은 그 성질은 다르지만 현실 실생활 중에 있어서 반드시 분석적으로 의식되지는 않았으며, 경제적 작용은 거의 동일하고 구별할 필요가 없을 것이라고 생각한다.<sup>20)</sup> 따라서 여기서는 소유권과 점유권의 이전 여부에 의한 권리관계를 살펴 볼 것임으로 典과 賣 두 행위를 중심으로 비교 검토하겠다.

宋代에 있어 田宅 典賣의 法令은 실제적으로 典과 賣(買)의 土地거래행위로 典과 賣 모두 동일한 법령에 적용할 수 있는데, 이로 볼 때 典과 賣는 상당한 관련성을 가지고 있다. 典과 賣의 관련성은 거래에 따르는 세금 즉, 契稅의 납부에서 찾아볼 수 있다. 中國 古代의 契稅制度의 萌芽는 東晉의 “估稅法”이라 할 수 있다.<sup>21)</sup> 東晉 즉 4세기 이후, 송, 제, 양, 진 등 여러 왕조의 법률에서는, 토지·가옥 및 노예·가축의 매매계약 성립 후 官司에 그 뜻을 신고하고 세금(契稅)을 납부해야 했다. 五代 및 宋 이후의 契稅制度는 제도상으로만 말하면, 계세납부의 수속이 이뤄질 때, 관사는 二重典賣 즉 賣買 및 質入 목적물의 이중처분의 유무 등, 합법성을 심사하고, 합법적이면 官印을 찍은 印契<sup>22)</sup>를 下付하고, 그것에 의해 賣買는 賣買로서의 결정적인 효력이 부여되었다. 이것과 관련해서 다음의 판결문을 보면,

법에 “무릇 土地와 家屋을 典賣할 때에는 반드시 離業해야한다. 또 만일 土地와 家屋을 典賣하고 계약서에 官印을 받고 세금을 납부한 경우에는 곧장 관청의 장부에 田宅의

紀要』48-2(1999), 3~47쪽; 仁井田陞, 앞의 책(1960), 588쪽 이하 참조

19) 거래 계약서에 있어서 “死”는 무조건 절대적인 매매를 나타내고, “活”은 유보조건부의 매매를 나타내는 말이다. 仁井田陞, 앞의 책, 382쪽 참조

20) 仁井田陞, 앞의 책, 382쪽, 485쪽, 489쪽 참조

21) 郭東旭, 앞의 책, 311쪽.

22) 당시 이 관인이 있는 계약서를 紅契, 赤契, 朱契 등으로 불렀다. 이에 비해 契稅수속을 거치지 않고 관인이 없는 계약서를 宋代에서도 후세와 마찬가지로 역시 白契라 했다. 仁井田陞은 契稅의 징수가 매매의 합법성을 심사하고 아무런 결함이 없다는 것을 확인한 후 발급되는 것이므로, 거기에 적어도 공증력이 부여되어 있었다고 말하고 있다. 仁井田陞, 앞의 책(1960), 346쪽.

이동을 기록하고[推割], 조세부담자를 바꿔 적어야 한다”라고 되어 있다. 반드시 이 법에 의해야 이후에도 典賣가 정식으로 이뤄지게 된다.

徐子政은 嘉定 8년(1215)에 회자 280관을 사용하여 楊衍의 토지 7畝 정도를 典入하였는데 계약서에 비록 관인은 받았지만, 嘉定부터 淳祐까지의 26년 동안이나 서자정은 지금까지 세금을 인수해서 납부하지도 않았고, 양연도 역시 즉시 토지를 인도하거나 경작을 그만두지도 않았다. 承典한 날을 시작으로 하여 거짓으로 소작계약서[租約]를 만들고, 단지 매년 회자 30관을 돌려주기로 했다. 이것으로 살펴보면, 양연은 당시에는 이 토지를 서자정에게 抵當잡힌 것에 불과하고, 서자정은 매년 이자를 늘리는 것으로 이익을 얻은 것에 불과하다.<sup>23)</sup>

라고 하는 것처럼, 田宅을 典賣할 때 즉, 典하거나 賣할 때에는 계약서에 官印을 받고 세금을 납부함으로써 조세부담자가 바뀌고 물건의 인도가 이루어지며, 그러한 절차에 의해 정식적인 典賣가 이루어지는 것이다. 이와 같이 典賣의 경우 契稅를 납부하고 官印을 찍은 稅契를 발급받고 최종적으로 田宅에 대한 離業<sup>24)</sup> 즉, 占有權 혹은 所有權의 이전이 이루어진다. 그런데 서자정은 양연의 토지를 典入하여 계약서에 관인도 받았지만 세금을 납부하지 않았고, 양연도 토지를 인도하지 않고 계속해서 경작하고 있다. 계약서에 관인은 찍혀 있지만, 세금 납부자가 변경되지 않고 離業도 이루어지지 않은 것으로서 위의 거래행위는 典이 아니라 抵當인 것이다. 抵當의 경우에는,

그러나 과연 抵當이라면, 돈을 받은 사람은 반드시 그때 離業하려고 하지 않고, 돈을 주는 사람도 역시 이때에 납세자 명의를 변경하려 하지 않는다. 돈과 부동산[業]이 있는

23) 『清明集』 卷6 戶婚門, 「抵當不交業」 “在法.. 諸典賣田宅並須離業. 又諸典賣田宅投印收稅者, 即當官推割, 開收稅租. 必依此法, 而後爲典賣之正. 徐子政嘉定八年用會二百八十千, 典楊衍田七畝有奇, 契字雖已投印, 然自嘉定至淳祐二十有六年, 徐即不曾收稅供輸, 楊即不曾離業退佃, 自承典日爲始, 虛立租約, 但每年斷還會三十千. 以此觀之, 楊衍當來不過將此田抵當在子政處, 子政不過每歲利於增息而已.”

24) 당시 사람들은 항구적인 이익을 올릴 수 있는 자산을 총칭해서 “業”이라 하고, 그것을 자신의 지배 관리 아래에 두는 것을 “管業”, “爲業”이라 하고, 그 경영에 대해 말할 때 “管佃”이라고도 했다. 業의 중심을 이루는 것은 토지와 가옥 등의 부동산이다.

양 상대방이 서로 내어주어 그때 납세자명의를 변경하고, 부동산을 인도한 것은 정식으로 거래를 행한 것이 분명하며 결코 抵當은 아니다.<sup>25)</sup>

라고 하는 것처럼, 세금 납부자가 변경되지 않고 離業도 이루어지지 않는다. 이와 같이 抵當과는 달리, 典과 賣는 거래에 따른 세금[契稅]을 납부하고, 離業과 토지세의 납세자 명의변경이 이루어진다는 점 등에서 상당한 관련성을 가지고 있다.

하지만 典과 賣는 몇 가지 점에서 차이점이 있는데, 典과 賣의 가장 큰 차이점은 환수 가능한 권리 즉, 回贖權의 有無에 있다.<sup>26)</sup> 간단하게 말해서 回贖할 수 있으면 典이고, 回贖할 수 없는 완전히 팔아넘긴 것은 賣이다. 일반적으로 말해서 賣는 田宅의 所有權과 占有權이 함께 이전되지만, 典은 所有權은 이전되지 않고 단지 占有權만 이전되는데 그것은 回贖가능한 것이다.

조사해 보니, 孫知縣은 작년 12월에 다음과 같이 판결내렸다. “阿龍으로하여금 재판사 무 개시일을 기다려 趙端에게 典與한 전지를 回贖하도록 한다. 趙端은 당연히 현 관청의 방침을 준수해서, 그 때가 되면 回贖에 응하라.” 그런데 현재 回贖을 할 때가 되자, 경작·과종을 이유로 回贖을 거절하고 있다. 본관이 본 바로는, 어떤 세력가[豪民]든지 小民의 토지를 자기의 것으로 하려고 마음을 먹으면 모두 이런 방법을 취한다. 재판사무가 개시될 때가 되면 날짜를 지연시키고, 이런 저런 핑계를 댈다. 혹은 “계약서를 찾고 있는 중이지만 아직 찾지 못했다”라고 하거나, 혹은 “家長이 縣 밖에 나가 있어서 돌아오지 않았다”라고 한다. 小民이 고소해 오면, 담당 서리에게 부탁해, 서류[文引]의 처리를 지연시키고, 기한마다 구실을 대서 관청에 출두하지 않고, 수개월 동안 기일을 지연하는 사이 이미 사무처리 기간은 경과해 버린다. 이렇게 해서 전지를 典與해 준 집으로부터, 回贖할 시기를 놓치게 만드는 것이다.<sup>27)</sup>

25) 『清明集』 卷6 戶婚門, 「以賣爲抵當而取贖」, “但果是抵當, 則得錢人必未肯當時離業, 用錢人亦未敢當時過稅, 其有錢·業兩相交付, 而當時過稅離業者, 其爲正行交易明, 決非抵當也.”

26) 李如鈞, 앞의 논문, 307~308쪽 참조.

27) 『清明集』 卷9 戶婚門, 「典主遷延入務」, “照得孫知縣於去年十二月間, 判令阿龍候務開日,

위의 판결문의 내용을 살펴보면, 아룡은 田地를 조단에게 典與하고 回贖할 때가 되었는데 조단이 이에 응하지 않고 있는 사건이다. 조단은 경작·파종을 이유로 回贖을 거절하고 있는데, 이로 볼 때 아룡이 典한 田地를 조단이 경작하고 있음을 알 수 있다. 즉, 典거래에 의하여 조단은 아룡의 田地에 대한 점유권을 이전받아서 사용·수익하고 있는 것이다. 판관은 典의 기한이 다되었으므로 아룡이 田地를 回贖하도록 판결하고 있다. 그러나 조단은 경작·파종을 이유로 回贖을 거절하고 있는데, 豪民은 이와 같이 回贖 불응의 방법으로 재판사 무일<sup>28)</sup>이 개시될 때 날짜를 지연시키거나, 계약서를 못 찾았다고 핑계를 대거나, 家長이 없다고 하는 등의 행태를 보이고 있다. 조단이 순순히 回贖에 불응하는 것은 아룡이 가난한 小民이기 때문이다. 아룡은 돈이 필요하여 자신의 田地를 豪民인 조단에게 典해주고 그 전지를 回贖하기 위해 조금씩 돈을 모으는데, 겨우 돈을 마련하여 田地를 回贖하려고 해도 典主人 조단이 순순히 응하지 않으면 田地를 되찾기 위해 마련한 돈을 재판 분쟁에 모두 써 버리게 된다. 비록 아룡이 재판에 승소하더라도 田地를 回贖할 돈은 없어서 버리게 되고, 이것은 결국 田地를 조단 자신의 것으로 만들려는 속셈이다.<sup>29)</sup>

이상의 내용으로 볼 때, 아룡이 典한 田地는 조단에게 占有權이 이전되어서 조단이 사용·수익하고 있지만, 아룡은 기한이 다 되면 다시 전지를 되찾을 回贖權을 가지고 있는 것으로서, 田地의 所有權은 아룡에게 있는 것이다. 조단이 계속해서 回贖에 불응하면, “무릇 田地를 전매하고 기한이 다 되었다면 業主는 기한 내에 回贖해야 하며, 典主가 고의로 기한을 연장해서 그 토지를 점거

---

收贖所典與趙端之田。其趙端自合遵照縣司所行，及時退贖，今乃以施工耕種爲辭。當職觀所在豪民圖謀小民田業，設心措慮，皆是如此。當務開之時，則遷延月日，百端推托，或謂尋擇契書未得，或謂家長出外未歸，及至民戶有詞，則又計囑索司，申展文引，逐限推托，更不出官，展轉數月，已入務限矣，遂使典田之家終無贖回之日。”

28) 2월 1일부터 農務에 들어가는 것을 入務, 수확이 끝난 10월 1일 이후를 務開라 한다. 재판 분쟁은 10월부터 1월말까지로 제한된다. 『宋會要輯稿』 형법3-48에, “務限之法，大要欲民不遠農時”라 되어있다.

29) 이러한 典거래와 回贖을 둘러싼 宋代 토지강점 현상에 관한 연구로는 박구철, 「清明集 戶婚門에서 본 業訴訟－典 訴訟을 중심으로－」(『啓明史學』 14, 2003)가 있다. 박구철은 이러한 典을 둘러싼 豪民 典主의 횡포는 宋代에 있어서 세력가나 관호형세호들의 토지 점령 현상이라는 범주를 이루는 하나의 구성요소가 되고 있었다고 말하고 있다.

하면 장형 100대에 처한다<sup>30)</sup>는 법률에 의해 처벌받게 된다. 만일 이와는 반대로 典主人 조단이 돈을 필요로 하는 데도 業主인 아룡이 回贖에 응하지 않는 경우, 조단은 田地를 제3자에게 典해서 代價를 회수할 수 있는데 이것을 “轉典”이라 한다. 이렇게 해서 典이 반복되더라도 처음의 業主인 아룡은 원칙적으로 말하면 영원히 田地를 回贖할 권리를 가지고 있는 것이다.

范侁은 乾道 3년(1167)부터 淳熙 4년(1177)까지, 小郭坂의 園屋을 3회에 걸쳐 함께 錢 192여貫의 가격으로 丁逸에게 典하였다. 丁逸의 家人 丁叔顯 등은 嘉泰 말년(1201)과 開禧 초년(1205) 2회에 걸쳐 함께 錢 182여貫으로 구계약서[上手契]를 모두 모아 丁伯威에게 재차 典[轉典] 하고, 그에게 경작하게 하였다. …(중략)… 그것이 어찌 범부의 부친(범신)의 재산이라는 것을 모를 리가 있을까. 범부가 궁핍하게 되어, (典한) 田宅을 매각[斷骨]하려 해도 (정백위는) 매입하려고 하지 않고, 回贖하려고 해도 回贖에 응하지 않는다. …(중략)… 하물며 재차 典한 가격과 원래 典한 가격과는 이미 10貫의 차이가 있다. 다만 이 10貫 외에는 그다지 큰 문제도 없으므로, (정백위가) 매입을 원한다면 범부가 원하는 대로 되는 것이다. 그런데도 이러쿵저러쿵 핑계를 대며, 관청에 소송을 제기하고 있다. 정백위는 역시 매우 不仁한 사람이라고 할 수 있는 것이다.<sup>31)</sup>

범신은 園屋을 정일에게 典하였고, 정일은 다시 그 園屋을 정백위에게 典하고 경작하게 하였다. 즉, 범신의 園屋의 점유권은 정일에게 이전되었고, 다시 정일에 의해 園屋의 점유권은 정백위에게 이전되었다. 범신의 아들인 범부가 돈을 필요로 하여 典한 田宅을 완전히 매각[斷骨]<sup>32)</sup>하려고 해도 정백위는 買

30) 『清明集』 卷9 戶婚門, 「典主遷延入務」, “在法, 諸典賣田產, 年限已滿, 業主於務限前收贖, 而典主故作遷延占據者, 杖一百.”

31) 『清明集』 卷9 戶婚門, 「典主如不願斷骨合還業主收贖」, “范侁於乾道三年至淳熙四年, 以小郭坂園屋, 三次計價錢一百九十二貫足, 出典與丁逸, 丁逸家人丁叔顯等於嘉泰末, 開禧初年, 兩次計錢一百八十二貫足, 繳上手轉典與丁伯威管業, …(中略)… 豈不知其爲范鄴父之業. 范鄴貧窘, 欲斷屋骨, 則不爲之斷骨, 欲取贖, 則不與之還贖, …(中略)… 況轉典價與元典價已有十千之損, 只以此十千之外, 所增能幾何, 與之斷骨, 則可以塞范鄴之望矣. 却乃巧詞曲說, 持訟官府, 丁伯威亦可謂不仁之甚者也.”

32) 처음에 典해서 나중에 賣하는 것을 “改典就賣”, “先典後賣”라 하고 그 때의 賣를 “斷骨”,

入하지 않고, 범부가 回贖하려고 해도 回贖에 응하지 않고 있다는 내용으로 보아, 범신이 정일에게 典한 園屋이 다시 정백위에게 轉典되었어도 그 園屋을 다시 回贖할 수 있는 권리는 범신에게 있는 것을 알 수 있다. 즉, 典거래에 의해 園屋의 占有權은 정일에게서 다시 정백위에게로 이전되어 정백위가 경작하고 있지만, 園屋의 완전한 매각도 回贖도 범신의 결정 하에 있는 것으로 그 園屋의 所有權은 절대적으로 범신이 가지고 있는 것이다.

占有權은 이전되지만 所有權은 이전되지 않는 典과는 달리, 占有權뿐만 아니라 所有權도 완전히 이전되는 賣[絶賣]에 관해서 살펴보면,

吳檜가 제출한 것을 보면 紹興 20년(1150)에 조부 吳武成이 吳鎔의 증조부 吳四乙에게 팔았다는 赤契 한 장이 있고, 또 뒷면의 빈 종이에는 “淳熙 8년(1181)에 回贖하였는데, 곧 원래 경작자에게 임대하여 경작하도록 한다”고 적혀있다. 원래의 계약서는 증거로 사용할 수 있다고 하더라도 그 이후는 파기된 것인데, 어찌 증거로 삼을 수 있는가? 하물며 원래 계약서가 영원히 매각된 것으로[永賣] 작성되었는데, 이후 어찌 되돌리라고 써서 다시 사들이는 것을 용납할 수 있겠는가? 설령 回贖한 바가 거짓이 아니라고 하더라도, 淳熙 8년에서 지금까지는 이미 42년이 지났는데 어찌 일찍이 토지를 인도하지 않았는가? 설령 임대 소작시키는 일은 간혹 있지만 吳四乙에서 부터 吳鎔까지 무릇 4대를 거치고 있는데 토지임대가 이렇게 오랫동안 가능하지는 않다.<sup>33)</sup>

“斷根”, “倒祖”라 했다. 典價는 賣價에 비해 낮은 것이 보통이었으므로, “改典就賣”할 때는 賣價와 典價의 차이 상당분을 典主가 業主에게 지불했다. 『清明集』에는 뒤에 나오는 조문에 “倒祖就賣”, “倒祖之錢”이라는 용어가 있다. 周藤吉之는 이 두 사례를 인용해 논의를 전개하고, 南宋에서는 典한 것을 매각으로 바꾸는 것을 “斷骨” 혹은 “倒祖”라 했다고 정의 내렸다. 周藤吉之, 앞의 논문, 220쪽 이하 참조.

- 33) 『清明集』 卷4 戶婚門, 「吳肅吳鎔吳檜互爭田產」, “近有吳檜遽來爭占, 吳肅入詞, 追到在官, 就索干照. 據檜賣出紹興二十年其祖桃吳武成賣與吳鎔之曾祖吳四乙赤契一紙, 又於空紙後批作淳熙八年贖回, 就行租賃與元個人耕作. 且當元立契雖可照證, 厥後批鑿何所依憑? 況元契既作永賣立文, 其後豈容批回收贖? 縱所贖果無僞冒, 自淳熙八年至今, 已歷四十二年, 胡爲不會交業? 若曰就行佃賃, 固或有之, 然自吳四乙至吳鎔凡更四世, 未有賃田可如是之久者.”

라는 판결문의 내용과 같이, 토지를 완전하게 賣한 것[永賣]이므로 다시 되돌려 사는 즉, 回贖하는 것은 불가능한 것이다. 내용을 살펴보면, 오희의 조부 오무성이 오용의 증조부 오사을에게 토지를 팔았는데 다시 回贖하였다는 기록을 이유로 오희는 그 토지에 대한 所有權을 주장하고 있다. 오무성이 오사을에게 토지를 거래한 것은 분명히 賣한 것으로 所有權이 완전히 이전된 것인데, 淳熙 8년에 다시 回贖할 수는 없는 것이다. 만약 賣한 여부가 확실치 않다고 하더라도 回贖하였다면 占有權뿐만 아니라 所有權도 다시 오무성과 오희에게로 이전된 것인데, 오랜 시간동안 토지의 인도 즉 離業이 이루어지지 않은 것은 이해할 수가 없다. 따라서 토지는 賣한 것으로 回贖하였다는 내용은 거짓임이 분명하다. 이와 같이 賣는 占有權뿐만 아니라 所有權도 완전히 이전되는 것으로, 賣主는 새로운 거래에 의한 것이 아니고서는 그 토지를 다시 되돌려 사는 回贖權은 가지고 있지 않은 것이다.

典과 賣를 직접적으로 비교한 다음의 판결문을 통해 典과 賣에 따른 권리 여부가 어떻게 다른지 확인할 수 있다.

토지를 典한 후 回贖하는 법[典贖之法]은 해와 별처럼 명백한데, 回贖에 응해야 할 기한이 되었는데도 어찌 계약서를 고쳐서 토지를 점거하고, 回贖에 응하지 않을 수 있는가. 縣에 가져온 서류와 典계약서를 대조하여 보니, 置到(매입하다는 의미)라는 글자를 置典(典하였다라는 의미)이라는 글자로 고친 것이 매우 분명하다. 이는 吳師淵이 속임수를 쓰는 것이 드러나므로, (이전에) 知縣이 판결을 내리고 司戶가 판결원안[擬案]을 작성한 것은 매우 타당하다.

지금 吳師淵은 葉雲甫가 典한 토지가 구계약서[上手赤契]가 없다는 것을 이유로 소송을 제기하였다. …(중략)… 게다가 이 토지계약서는 관청에서 押印까지 받았으며, 분할 증명서[分書]에 등재되어 있는데도, 무엇 때문에 반드시 소유권을 명시한 계약서[赤契]를 찾아내어 자신의 토지라고 증거로 삼을 필요가 있을 것인가? 오사은은 토지를 典典한 葉운보를 이전에 典得한 것으로 보고, 지금은 원래의 토지소유자[業主]가 이미 사망하여, 葉운보가 回贖에 응하지 않고 (葉운보 자신이 그 토지를 점거하고) 있다는 것이다.

법령을 살펴보면, “전지 소송을 재판함에 있어서, 계약서가 불명하거나, 20년을 넘었거

나, 錢主 혹은 業主가 사망하였다면, 이 소송은 수리하지 않는다”라고 되어 있다. 엽운보는 현재 出典한 田主로 사망하지도 않았고, 계약서도 분명하며, 설령 엽운보가 다른 사람에게 이전에 이 토지를 典받았다 하더라도 엽운보가 회속하여야 한다. 게다가 계약서 내에 매입한 것으로[置到] 기입되어 있고 또 상속받은 재산이 명백함으로, (엽운보의 토지가 아니라고) 의심할 필요가 있을 것인가? 이치로 보더라도 (오사연의 주장은) 하나도 옳은 것이 없다.<sup>34)</sup>

위의 판결문은 토지를 典한 후에 回贖에 응해야 할 기한이 다 되었는데, 계약서의 글자를 고쳐서 토지를 점거하고 回贖에 응하지 않는 소송안건을 다룬 것이다. 오사연은 엽운보로부터 土地를 典入한 것이므로 다시 回贖에 응해야 하는데, 그 토지를 점거할 목적으로 계약서의 ‘置到’라는 글자를 ‘置典’으로 고쳤다. 이 토지는 원래 엽운보가 이전의 業主로부터 買入한 것으로 보이는데, 오사연의 속셈은 엽운보의 소유권을 명시해주는 토지를 매입했다는 ‘置到’라는 글자를 典받은 것인 ‘置典’으로 고쳐, 엽운보의 토지소유권을 문제시하려는 의도인 것이다. 오사연은 엽운보에게서 현금을 지불하고 토지를 典받을 당시에는 엽운보가 원래부터 이 토지의 소유자인지 아닌지 확인하는 과정의 하나인 赤契가 있는지 없는지를 살피지 않았다. 그런데 典 기한이 만료되고 回贖해야 할 시기가 되자, 오사연은 엽운보가 증거로 세울 수 있는 구계약서[上手赤契]<sup>35)</sup>

34) 『清明集』 卷9 戶婚門, 「措改契書占據不肯還贖」, “田贖之法, 昭如日星, 豈有年限過滿, 措改契字, 執占爲業, 而不退贖之理. 案到縣案及合同典契對, 改置到字爲置典字甚分曉, 吳師淵用心不減, 知縣所斷, 司戶所擬, 已極允當. 今吳師淵乃以葉雲甫所典田無上手赤契爲詞. …(中略)… 況既有經官印押, 分書登載, 此田又何必赤契而後可證其爲己業. 吳師淵又以葉雲甫所典田爲係先典得人者, 今業主已亡, 不應取贖. 稽之令甲, 諸理訴田地, 而契要不明, 過二十年, 錢主或業主死者, 不得受理. 葉見係出典田主, 卽非亡沒, 合同契要卽不明, 縱是葉先典他人者, 亦只合聽業取贖, 況所立合同契內但日置到, 且係分受之產, 又何疑乎. 揆之理法, 無一而可.”

35) 부동산을 典 혹은 賣할 때에는 새로운 계약서가 작성되는데, 이전에 典 혹은 賣에 의해 부동산을 취득했을 때의 오래된 계약서도 다시 새로 거래한 주인에게 인도된다. 이 이전의 계약서는 “上手”, “上手契”라 했다. 이렇듯 부동산의 이동은 동시에 新舊 계약서의 이동이기도 했으므로, 부동산의 거래를 “赤契를 賣與한다” 혹은 “원래 샀던 赤契” 등으로 계약서를 거래하는 표현으로 삼는 경우가 적지 않았다. 이렇듯 南宋에서는 토지거래시 이전 거래

를 가지고 있지 않다는 것을 이유로, 엽운보는 원래부터 이 토지의 소유자가 아니며 엽운보 자신도 다른 사람에게 典받은 典主에 불과하다고 주장하고 있다. 따라서 오사연은 엽운보에게 이 토지를 回贖하지 않으려고 소송을 제기한 것이다.

오사연이 계약서의 ‘置到’라는 글자를 ‘置典’으로 고침으로 인해서 그 토지에 대한 소유권은 엽운보가 가지고 있지 않은 것이 된다. 따라서 토지를 되돌려 살 수 있는 回贖權도 엽운보에게 없는 것이므로 오사연은 지금 자신이 점유하고 있는 토지를 回贖해 줄 필요가 없는 것이다. 여기에서 典과 賣에 따른 소유권과 점유권의 이전 관계를 분명하게 확인할 수 있다. 또한 만약 오사연이 원래의 業主로부터 그 토지를 典받은 것이라 해도, 원래의 業主는 이미 사망하였으므로 “계약서가 불명확하거나, 20년이 넘었거나, 전주 혹은 업주가 사망하였다면 이 소송은 수리하지 않는다”는 법령<sup>36)</sup>에 의해 엽운보가 이 토지를 回贖할 수 있다.

이상에서 살펴본 바와 같이 宋代의 不動產 거래는 여러 형태로 이루어졌다. 그 중에서 所有權과 占有權의 이전을 중심으로 판결문의 내용을 통해 典과 賣에 대해서 비교해 보았다. 典과 賣는 契稅를 납부하고 官印을 받는 정식 거래로서 離業과 토지세 납세자의 명의 변경이 이루어진다는 점 등에서 공통점을 가지고 있다. 반면 典과 賣의 가장 큰 차이점은 回贖이 가능하면 典이고,

약서까지 넘겨주어야 했는데, 토지소유자는 이전 계약서부터 현재 계약서까지 모두 소유하고 있어야 토지소유자로 인정받을 수 있었다. 仁井田陸, 『中國法制史研究(土地法·取引法)』(東京大學出版會, 1960), 346쪽, 592쪽 참조.

- 36) 『宋刑統』 卷13, 「宋建隆起請」에 “…(前略) 請准唐長慶二年八月十五日勅, 經二十年以上不論, 即不在論理之限. (後略)…”라고 되어있듯이, 관사가 토지분쟁의 소송을 판결할 경우에는 우선 증거문서에 의하여야 하고, 만약 증거문서가 있더라도 모름지기 토지경작자에게 물어야 하는데, 곧 이는 條令에 바로 명확한 조문이 있다. 만약 계약서가 분명하지 않으면 그 기한은 20년이 된다. 통상 부동산 거래에 관한 소송을 제기할 수 있는 기간은 20년이었는데, 『清明集』에는 10년 한도로 되어 있는 사례도 보이고 있다. 淳祐(1241~1252) 전반기에 출소기간을 10년으로 단축하는 새로운 입법이 이뤄졌을 가능성이 있다. 그리고 오서제가 景定 4년(1263)에 知臨安府였을 때의 판결(卷9 「過二十年業主死者不得受理」)에서는 20년으로 되어 있는 것으로 볼 때, 淳祐年間 이후 다시 이전의 것으로 복원한 것 같다. 出訴기간에 대해서는 仁井田陸, 앞의 논문 제5절에 상세히 설명되어 있다.

回贖이 불가능하면 賣리는 것으로서, 賣는 점유권뿐만 아니라 소유권까지 완전히 이전되는 거래 형태이고, 典은 점유권은 이전되지만 소유권은 이전되지 않는 것으로 典기간 만료 후에 점유권을 다시 回贖할 수 있는 거래 형태이다.

## 2. 違法거래

宋代의 부동산 거래는 앞서 살펴본 典과 賣가 주로 이루어졌는데, 『清明集』의 토지 소송의 내용을 살펴보면 이러한 거래행위 각각의 내용을 둘러싼 분쟁보다는 거래행위 자체의 위법성을 둘러싼 분쟁이 상당히 많이 보이고 있다. 계약서를 위조해서 부동산을 점거하려는 경우, 共有재산인 부동산을 가산분할이 이루어지기 전에 典賣하는 행위, 자신의 소유가 아닌 부동산을 몰래 典賣하는 盜賣, 부동산을 典賣하고 다시 제3자에게 典賣하는 二重거래 등등이 위법적인 거래행위로 분쟁거리가 되고 있다. 이 가운데에서 이중거래와 관련된 다음의 판결문을 보면,

王益之의 집안의 園宅·地基는 이미 典賣되어 徐克儉의 것이 되었을 뿐만 아니라 徐元琇에게도 典賣되었다. 그 印을 찍었던 년월을 조사해보면 어느 것도 淳祐 원년(1241) 8, 9월 사이에 한한다. 그것이 이중교역이라는 것은 명백하다. 서원수의 집에서는 이전의 계약서[上手契]를 입수해 있고, 서극점의 집에서는 재산분할서[關書]에 날인을 받았다. 년월을 문제로 한다면 서로 큰 차이는 없다. 다만, 서극점의 집에는 왕익지의 아버지 王元喜가 전매했던 계약서가 1매가 있다. 처음에는 역시 그 眞僞를 의심했지만, 매각인[出賣者]·중개인[牙人] 및 입회인[見知人] 王安然을 불러 그들로부터 받은 공술로 미루어보면, 분명한 토지계약의 내력이 있으므로 王元喜의 계약서는 분명히 진짜인 것이다. 그러한 즉, 서극점이 토지를 취득해야 하며, 서원수가 취득해서는 안 된다. …(중략)… 그렇다면 서원수의 거래는 진실로 위법인 것이므로, 위의 가옥과 토지는 원래의 매입자인 서극점에게 반환하고 그에게 관리시키도록 해야 한다. 또 법에는 “자기의 토지와 가옥[田宅]을 이중으로 전매하였다면, 장형 1백대에 처하고, 중개인·보증인이 그 정황을 알고 계약에 참여하였다면, 같은 죄를 준다[與同罪]”라고 되어 있다. 왕익지는 이중 거래를

하고, 진사충은 정황을 알고 계약에 참여하였기 때문에 모두 조문에 따라 勸杖 100대에 처한다.<sup>37)</sup>

라는 것과 같이, 왕익지는 가옥 및 토지를 서극검에게 典賣했는데 이후에 다시 서원수에게도 典賣하여 이중거래에 해당한다. 서극검은 재산분할서에 날인을 받고 있지만 서원수가 이전의 구 계약서를 가지고 있어서 누구의 거래가 정당한 것인지 결론을 내리기가 쉽지 않다. 그런데 서극검에게는 왕익지의 아버지인 왕원희와 典賣했을 당시의 계약서를 가지고 있으며, 계약서의 진위여부는 중개인[牙人]과 입회인[見知人]<sup>38)</sup>의 공술로 미루어 볼 때 진짜인 것으로 판명 되었으므로 서극검이 부동산을 취득해야 한다. 이중거래의 경우에는 거래의 시간적 전후를 따져서 먼저 계약한 측이 정식 거래로 인정을 받는데, 서극검과 서원수의 분쟁 내용을 보면 거래 시기가 서로 큰 차이가 없는 것이므로 典賣 당시의 계약서를 가지고 있는 서극검이 가옥 및 토지를 취득해야 하는 것으로 판결을 내리고 있다. 이중으로 典賣한 왕익지는 “자기의 토지와 가옥을 이중으로 典賣하였다면 杖刑 1백대에 처하고, 중개인·보증인이 그 정황을 알고 계약에 참여하였다면 같은 죄를 준다[諸以己田宅重疊典賣者, 杖一百, 牙保知情與同罪]”라는 법률 조문에 따라 勸杖<sup>39)</sup> 100대의 처벌을 받게 된다. 그렇다면 이중거래로 토지를 취득하고자 한 서원수의 경우에 어떠한 처벌이 내리지며 그

37) 『清明集』 卷9 戶婚門, 「重疊」, “王益之家園屋·地基既典賣與徐克儉, 又典賣與舒元琇, 考其投見年月, 皆不出乎淳祐元年八·九月之間, 其謂之重疊明矣. 舒元琇家收得上手, 徐克儉家批得關書, 若論年月, 無大相遠. 但徐克儉家却有王益之父王元喜典來一契, 本亦疑其非真, 及追到出產人·牙人及見知人王安然所供, 委有來歷, 王元喜之契實真非偽, 則徐克儉當得業, 而舒元琇不當得業矣. …(中略)… 如此, 則舒元琇交關委是違法, 上件屋業合還元典主徐克儉管佃. 又法.. 諸以己田宅重疊典賣者, 杖一百, 牙保知情與同罪. 王益之重疊, 陳思聰知情, 並合照條勸杖一百.”

38) 唐·宋시대 토지매매계약서에 판사·산사람·보증인 등과 함께 나오는 서명인이다. “見人”, “知見人”이라는 용례로 사용될 때도 있다. 仁井田陞은 입회인 혹은 증인에 불과하다고 본다. 仁井田陞, 『唐宋法律文書の研究』(東京大學出版會, 1983), 132쪽 이하 참조.

39) 宋代에는 折杖法이 시행되어, 杖刑 100대는 臀杖 20대, 杖刑 90대는 臀杖 18대, 杖刑 80대는 臀杖 17대, 杖刑 70대는 臀杖 15대, 杖刑 60대는 臀杖 13대에 처해졌으므로, 勸杖 100대는 실질적으로 臀杖 20대에 해당한다.

거래행위는 어떻게 처리되는지에 대해서는 위의 판결문에서는 그 내용을 찾아 볼 수 없는데,

조사해서 알아보니 법령에 “무릇 훔친 것을 거래하고 또 이증으로 거래하는 류는, 사는 사람[錢主]이 사정을 알고 있는 경우라면 그 대금은 관이 몰수하고, 자수하거나 사정을 몰랐을 경우에는 청산해서 판 사람이 환원한다[理還]. 범인이 변상하고도 (돈이) 부족할 경우에는, 사정을 이는 중개인과 보증인이 균등히 배상한다”라고 되어 있다.<sup>40)</sup>

라는 것처럼, 서원수가 왕익지와 거래할 당시에 그것이 이중거래라는 것을 알았다면 대금은 관에서 몰수하고, 사정을 몰랐을 경우에는 부동산 典賣할 당시에 건넨 대금을 돌려받을 수 있다. 그리고 왕익지가 거래 대금을 완전히 변상하지 못하고 부족분이 남을 경우에는 중개인과 보증인이 부족한 대금을 균등하게 배상하도록 법에 정해져있다. 그리고 왕익지의 이중거래와 관련된 부동산 분쟁에서는 거래의 시점이 서로 큰 차이가 없었기 때문에 계약서의 소유 여부가 부동산의 소유권을 결정했지만, 원칙적으로는 거래 시점에 따라서 먼저 계약한 쪽이 소유권을 취득하게 되었다.<sup>41)</sup>

최근에 憲臺가 보내 온 孫岑의 소송장에 의하면, 孫達善과 孫斗南이 園地를 두고 다투고 있는 건과, 知府가 첩문을 보내어 손두남과 王氏를 체포하고 손달선의 간통을 논한 건, 朱氏와 손두남이 원지를 두고 이증으로 거래했다고 주장하는 것을 논하고 있다. 안건

40) 『清明集』 卷5 戶婚門, 「從兄盜賣已死弟田業」, “照得在法。交易諸盜重疊之類。錢主知情者, 錢沒官, 自首及不知情者, 理還。犯人償不足, 知情牙保均備”

41) 로마법의 원리로는 소위 引渡에서 優位라는 것이 있어, 물건은 매매 후에도 아직 파는 쪽의 소유물이 되고, 사는 사람은 물건을 인도받지 않는 동안은 소유자가 아니다. 파는 사람이 인도하기 전에 이중매매를 한 경우에서도, 목적물은 먼저 인도받은 사람의 소유물이 되었다. 이것과는 달리 중국 고래의 法理에서는, 매매계약은 소유권 이전의 효력을 낳는다. 매매증서에는 唐 大中 원년(847) 8월의 것에서도 ‘사는 사람이 대가를 지불해서 토지를 산 이상, 그 토지는 사는 사람의 永業이 된다’라든가, 宋代의 증서에서도 ‘파는 사람은 토지를 팔았으므로 사는 사람이 소유자가 된다’라든가, 宋에서 발견된 가옥매매증서에서도, 사는 사람은 일단 산 이후에서는 ‘영원히 소유자가 되어 거주한다’라고 적혀 있다. 仁井田陞, 『中國法制史研究(土地法·取引法)』(東京大學出版會, 1960), 337쪽 참조

을 살펴보니 토지를 다루는 것은 계약서의 (시간적) 전후를 논해야 하고, 간통사건을 다루는 것은 그 사건이 실제 있었는지 아니면 거짓인지를 논해야 한다. …(중략)… 손두남은 처음에 원지 1각 30보를 숙부 손태에게 팔았는데 紹定 4년(1231)에 쓴 계약서는 명료하다. 손두남은 거짓되어 퇴속했다고 핑계 대며 紹定 6년(1233)에 이증으로 숙부 손잠의 아들인 손란에게 팔았는데 이것이 옳은 일인가. 손두남은 다시 원지 2각과 초옥 3칸을 숙부 손잠의 아들 손란에게 전여했는데 이는 紹定 5년(1232)에 林知府 명의로 거래한 것이고, 곧이어 관인을 받은 계약서를 고쳐 “典”을 “賣”라고 바꾸어 적어 곧 손란에게 회속권[根]을 합쳐서 한꺼번에 팔았는데, 손두남은 멋대로 소정 6년에 회속권을 합쳐서 숙부 손태에게 팔았다. 이것이 옳은 일인가. 이것은 시간적으로 전후에 따른 이증거래인 것이고, 옳고 그름은 변하지 않으며 분명하다.<sup>42)</sup>

손두남은 園地 1각 30보를 숙부 손태에게 팔았으면서 2년 후에 다시 숙부 손잠의 아들 손란에게 팔았다. 그리고 손두남은 다시 園地 2각과 草屋 3칸을 숙부 손잠의 아들 손란에게 典했는데, 곧이어 계약서에서 典을 賣로 고쳐서 回贖權[根]까지 합쳐서 완전히 팔았으면서<sup>43)</sup> 다시 1년 후에 숙부 손태에게도 팔았다. 손태가 죽고 園地의 1각 30보가 손태의 아들인 손원선의 것이 되자 손란과 소유권을 두고 소송이 일어나게 되었는데, 손두남은 자신의 죄를 덮기 위해 거짓으로 손원선의 동생과 자신의 아내가 간통하였다고 소송을 일으키고 있다.

42) 『清明集』 卷6 戶婚門, 「爭業以姦事蓋其妻」, “近準憲臺送下孫岑狀論孫達善·孫斗南等爭園地, 使·府帖押下孫斗南·王氏論孫達善奸亂, 及朱氏理孫斗南重疊交易園事. 照得爭業當論契照先後, 爭奸當論蹤跡虛實. …(中略)… 孫斗南初以園地一角三十步賣與叔孫蛻, 乃紹定四年, 契書分曉. 孫斗南妄以吐退爲辭, 於紹定六年重賣與叔孫岑男孫蘭, 可乎? 孫斗南再以園地二角·草屋三間典與叔孫岑男孫蘭, 乃紹定五年作林知府名交易, 隨即改正印契, 自合典至賣, 就孫蘭併根爲正, 孫斗南輒於紹定六年併根與叔孫蛻, 可乎? 此歲月先後重疊, 是非不辨而明矣.”

43) “根”이란 “田根”과 같고, 토지가 典에 의해 典주가 사용할 수익권과 業主에게 회속권으로 보류된 부분[根]으로 나뉘 인식되었음을 나타낸다. 처음에 典해서 나중에 賣하는 것을 “改典就賣”, “先典後賣”라 하고 그 때의 賣를 “斷骨”, “斷根”, “倒祖”라 했다. 典價는 賣價에 비해 낮은 것이 보통이었으므로, “改典就賣”때는 賣價와 典價의 차액 상당분을 典주가 業主에게 지불했다. 高橋芳郎, 「宋代官田의 ‘立價交佃’과 ‘一田兩主制’」, 『東北大學 東洋史論集』 4(1990) 참조

즉 여기에서는 2건의 이중거래가 이루어졌다. 부동산의 소유권을 두고 각각 분쟁이 일어나게 되었는데, 판결문의 서두에서 계약서의 시간적 전후를 논하면서 된다고 말하고 있는 것처럼 판관은 각각의 이중거래에 대해 먼저 계약한 거래에 대해 소유권을 인정해주고 있다. 따라서 園地 1각 30보는 손태가 죽었으므로 손태의 아들인 손원선이 관리 경작하게 하고, 園地 2각과 草屋 3칸은 손란이 관리 경작하도록 판결을 내리고 있다.

이중거래는 계약한 시점의 先後에 따라 먼저 계약한 것은 정식의 거래로 인정되지만, 후에 계약한 것은 위법으로 거래한 것으로 처리되고 있다. 그런데 『清明集』에서는 이와 같은 이중거래가 아닌 정식의 거래행위 입에도 불구하고 거래행위 자체가 무효로 처리되는 사례가 보인다. 그리고 앞서 살펴본 부동산 거래의 종류에 있어서 回贖할 수 있으면 典이고, 回贖할 수 없이 완전히 팔아 넘긴 것은 賣인데, 典賣 당사자가 아닌 제3자가 대가를 지불하고 다시 부동산을 회수<sup>44)</sup>하는 경우가 있다.

陳成之에게는 조상 대대로 전해 내려오는 8, 9칸의 가옥이 있는데, 黃淸道가 이미 10년이나 세 들어 살면서 비바람을 가리는 거주지로 쓰고 있으므로, 주인과 세든 사람을 분별할 수 있다. 어찌 완악한 자가 의를 버리고 집세도 지불하지 않고, 급기야는 어린 종이(미납분을) 받으러 가면 결국은 때려 상처를 입혀 수치를 당하게 했다. …(중략)… 자신이 세입자이며 직접 쓴 임대계약서가 있다는 것은 생각하지도 않고 가옥을 妻家의 재산이라 칭하며 典한 가옥을 回贖하고자 한다. 처음에는 이웃의 경계를 속여서 별도의 재산으로 삼으려고도 하고 심지어는 주인을 고소하여 택지를 빼앗아 버렸다. 가히 본말전도라 할 만하다.

생각해 보지 않아도 가옥이 이미 오래되었고 대개 楊氏집안도 3·4세대가 지나서 죽은 계약 당사자는 모두 죽어서 불리기도 곤란하고, 乾道년간(1165~1173)에 거래한 것으로 80년 정도가 지나서 애당초 수리할 법 조항이 없다. …(중략)… 진성지에게는 조상 대대로 내려오는 가옥을 가지도록 하고 黃淸道에게는 체납된 몇 개월의 임대료를 강제로

44) 典한 부동산을 業主가 다시 되돌려 사는 것을 “回贖”, “贖回”, “恪贖”, “取贖” 혹은 간단히 “贖”이라 하고, 典主가 業主의 回贖에 응하는 것을 “退贖”이라 한다. 이 경우에는 典거래에 있어서의 다시 되돌려 사는 回贖과는 같은 의미가 아니므로 回贖이라고 할 수 없다.

지불하도록 한다. 만일 다시 소송을 한다면 반드시 집에서 쫓아내도록 하겠다.<sup>45)</sup>

황청도는 진성지의 8·9칸의 가옥을 10년이나 세내어 살고 있는데 집세를 지불하지 않고 있다. 황청도 자신이 직접 작성한 임대계약서가 있음에도 불구하고, 원래 그 가옥은 자신의 妻家에서 진성지 집안에 典해준 것이라고 말하면서 回贖하려고 하고 있다. 이러한 주장을 하고 있는 것으로 봐서 황청도의 처가인 楊氏 집안에서 진성지 집안에 가옥을 거래한 것은 분명한 사실이라고 여겨지지만, 그 거래가 황청도의 주장처럼 典한 것인지 賣한 것인지는 80년이라는 시간이 지났고 계약 당사자가 죽었으므로 거래 내용을 확인할 수 없으며, 분쟁이 있다고 하더라도 出訴기간이 지났기 때문에 소송은 受理되지 않는다. 따라서 가옥은 진성지의 소유가 분명하고, 만약 실제로 가옥을 典한 것이 사실이고 出訴기간을 무시하더라도 황청도는 거래 당사자가 아니므로 자신이 그 가옥을 回贖할 수는 없는 것이다. 황청도는 도대체 무슨 근거로 가옥을 回贖하고자 하는 것인가? 같은 사건을 다른 판결원문을 살펴보면,

천하에 이처럼 불공평한 일도 있다. 黃清道는 완악한 자 중에서도 지극히 나쁜 자이고, 十王之 호칭도 헛되어 얻은 것은 아니다. 陳成之는 가난한 선비인데 어찌 십왕의 세력에 게 대적할 수 있겠는가. 조상 대대로 내려오는 가옥 8·9칸이 있으나 황청도에게 강제로 임대되고 임대료를 받지도 못했고 또 (황청도는) 어린 종을 때려 상처를 입히고도 그 죄를 덮어 가리려고도 하지 않고 마침내는 제멋대로 양씨의 이름을 빌려서 親隣이라는 명목으로 吝贖하고자 하였다.<sup>46)</sup>

45) 『清明集』 卷6 戶婚門, 「占賃房」 “陳成之有八·九間祖屋, 黃清道已一十年做居, 既托風雨之耕轅, 合分主賓之等級. 奈頑夫負義, 不償點印之資, 及小僕索逋, 竟被歐傷之辱. … (中略)… 不念身為屋客, 有租賃之親書, 及稱業屬妻家, 欲贖回於典物, 方且執別產以影射隣界, 甚至訟主人而侵占地基, 可謂勢若倒行. 不思業已經久, 蓋楊氏更歷三·四世, 難索亡沒之契頭, 如乾道交易八十年, 初無受理之條法. … (中略)… 仰陳成之主持積代祖業, 監黃清道填還累月賃錢, 如敢再詞, 定逐出屋.”

46) 『清明集』 卷6 戶婚門, 「不肯還賃退屋」 “天下有不平之事如此. 黃清道頑民中之至頑者, 十王之號, 信不虛得. 陳成之貧儒士人, 豈足以敵十王之勢力. 奈何有祖屋八·九間, 爲黃清道強賃, 既不還賃錢, 又打傷童僕, 無以掩蓋其罪, 遂妄托楊氏之名, 欲以親隣吝贖.”

라고 되어있는 것처럼, 황청도 자신이 回贖하고자 하는 것은 아니고 妻家の 명의를 빌려서 親隣이라는 명목으로 回贖하고자 하는 것이다. 그렇다면 처가에서 명의를 빌려준 자는 거래당사자와 어떤 관계에 있는 사람인가를 먼저 살펴 봐야 한다. 거래 당사자는 죽었으므로 典한 가옥의 回贖權은 거래 당사자와 상속관계에 있는 사람에게 상속되게 된다.<sup>47)</sup> 명의를 빌려준 자가 거래 당사자와 상속관계에 있는 사람이라면 回贖權을 상속받았기 때문에 가옥을 회속하는데 있어서는 그것만으로 충분한 것으로 다른 근거는 필요하지 않다. 그런데 親隣이라는 명목을 드는 것으로 보아 회속권을 상속받은 사람은 아님이 분명한데, 典한 가옥을 회속권도 가지고 있지 않으면서 회수를 요구할 수 있는 親隣이라는 명목은 무엇인가?

寶慶 원년(1225), 余焱은 현을 거쳐 소송을 했는데, “黃子眞이 숙부 余德慶 집의 東陂, 小陂라 불리는 토지를 몰래 샀다. 친족, 이웃들이 되사게 해야 한다”고 소송해 왔다. 황자진도 소송장을 가지고 출두해 말하기를 “여덕경이 원래 황문만(황자진의 조부)의 동파, 소파라 불리는 토지를 사서 지금 다시 우리 집에 팔았다. 곧 이것은 조상 대대로의 재산이므로 다시 친족이나 이웃사람에게 물을 필요는 없다”라고 말했다. 현에서 주에 이르고, 첨청에 내려와서 州院의 법관에게 보내졌는데, 모두 위법적인 거래이고 양도절차를 거치지 않았으므로 감독해서 대금을 받게 하고 토지를 돌려주도록 한 그 견해는 같다. 지금 소송 읍에 명령을 내려 田의 벼를 비축해서 보관하게 하고, 벼는 아직 거래되지 않았으므로 대금을 취하고 원래 계약서는 말소해 버렸다. 만약 소송이 없다면 여염이 주인이 되어야 한다.

자세히 보니, 황문만이 비록 황자진의 조상이라고 하더라도 계약서를 세워 판 것은 이미 乾道 9년(1173)에 있었고, 그 사이에 토지를 획득한 적이 있고, 또 張福이라는 자가 사이에 끼여 있다. 상황이 바뀌고 이미 오래되어 참조해서는 안된다. 여염과 여덕경은 總麻 이상의 친족이고, (出賣해서) 3년 이내에 자신이 소송하고 있다. 게다가 토지 구획도에 의거해 보아도 이웃한 四至에 있어 인도하여 주는 것이 합당한 바, 다시 무엇을 말하겠는가.

47) 典은 부동산을 완전히 팔아버린 것이 아니므로 그것을 다시 되들려 살 수 있는 回贖權을 가지고 있으므로, 그 回贖權도 家의 재산으로서 상속인들에게 상속되게 된다.

그러나 법에 따라 비취 보면, “무릇 토지와 가옥을 典賣할 때에는 서류를 갖추고 四隣을 자세히 기입하고[開析], 本宗의 總麻이상의 친족 및 墓田의 거리가 100보 이내에 있는 자가 있으면, 장부에 따라 물어 본다”라고 되어 있다 (후략)…<sup>48)</sup>

여염이 소송한 내용을 살펴보면, 숙부 여덕경 집의 동파, 소파라 불리는 토지를 황자진이 몰래 샀으므로 親隣이 되사게 해야 한다고 주장하고 있다. 여덕경이 자신의 토지인 동파, 소파를 황자진에게 賣한 것은 그 자체만으로는 정당한 거래행위에 해당한다. 여염이 문제로 삼고 있는 것은 단지 황자진이 몰래 샀다는 것이다. 그리고 황자진은 원래 동파, 소파라는 토지는 자신의 조부인 황문만의 토지를 여덕경이 산 것인데 다시 황자진의 집에 賣한 것으로 親隣에게 물을 필요는 없다고 말하고 있다. 여기에서 여염과 황자진이 말하고 있는 것을 보면 동파, 소파의 거래는 모두가 賣한 것인데, 몰래 샀다는 것을 이유로 親隣이 되사게 해야 하며, 원래 조부가 賣한 것을 다시 되돌려 산 것으로 親隣에게 물을 필요가 없다는 것은, 賣하면 回贖할 수 없다는 거래의 성질에 위반되는 것이다.

그런데 위의 판결문에서 제시하고 있는 “무릇 토지와 가옥을 典賣할 때에는 서류를 갖추고 四隣을 자세히 기입하고, 本宗의 總麻이상의 친족 및 墓田의 거리가 100보 이내에 있는 자가 있으면 장부에 따라 물어본다[諸典賣田宅, 具帳開析四隣所至, 有本宗總麻以上親, 及墓田相去百步內者, 以帳取問]”라는 법령과 같이 여덕경은 자신의 토지인 동파, 소파를 賣할 때 조카인 여염에게 우선적으로 살 의사를 물어 보았어야 했는데, 여덕경은 여염에게 의사를 물어

48) 『清明集』 卷4 戶婚門, 『漕司送下互爭田產』, “寶慶元年, 余焱有狀經縣, 訟黃子真盜買叔余德慶戶土名東陂·小陂田產, 合用親隣收贖。黃子真執狀出頭, 謂余德慶元買黃文萬土名東陂·小陂田產, 今復賣與本家, 自是祖產, 不應更問親隣。由縣及州, 下僉廳, 入州院, 送法官, 並作違法交易, 不經批退, 監勒受錢退業, 其說一同。見今行下屬邑椿管, 田禾未曾交業, 而責領價錢, 毀抹元契已訖, 若無訶訟, 合係余焱主之。竊詳黃文萬雖是子真之祖, 立契出賣, 已在乾道九年, 中間得產, 又有張福問之, 釐革已久, 不應照應。余焱與余德慶係總麻以上親, 三年之內, 自曾陳訴, 且據畫圖, 亦有隣至, 所合退贖, 又復何說。然律之以法, 諸典賣田宅, 具帳開析四隣所至, 有本宗總麻以上親, 及墓田相去百步內者, 以帳取問。(후략)…”

보지 않고 몰래 황자진에게 賣한 것이다. 즉, 여염은 親隣이라는 명목에 의해 여덕경의 토지를 우선적으로 典賣할 수 있는 先買權<sup>49)</sup>을 가지고 있는 것이다. 따라서 우선권자인 여염에게 典賣를 신청하지 않고, 제3자에게 典賣했으므로 여덕경과 황자진의 거래는 무효가 되는 것이고 여염은 그 토지를 회수할 수 있는 것이다.

이상에서 살펴본 바와 같이 부동산 거래에 있어서 주요 대상은 田宅이며, 典賣 즉 典과 賣의 거래행위로 이루어졌다. 典과 賣는 契稅를 납부하고 부동산에 대한 離業이 이루어진다는 점에서 관련성을 가지고 있지만, 부동산을 다시 되돌려 살 수 있는 回贖權의 유무에 따라서 차이를 보이고 있다. 부동산 거래에 따른 권리 즉, 점유권과 소유권을 가지고 典과 賣의 차이를 말하자면, 典은 부동산의 점유는 이전이 되지만 기한 만료 후에 부동산을 다시 되돌려 살 수 있는 회속권을 가지고 있었으므로 소유권은 완전히 이전되지 않았으며, 한번 판 이상 다시 되돌려 살 수 있는 회속권이 없는 賣는 그 소유권이 완전히 이전되었음을 확인해 보았다. 그리고 이러한 典賣 행위에 따른 여러 가지 위법 거래 중에서 동일한 부동산을 이중으로 典賣했을 경우에 계약의 선후를 따져 위법성을 판정했으며 그에 따른 권리 관계도 알아보았다. 이러한 부동산의 典賣에 있어 정식의 거래행위임에도 불구하고 거래가 무효로 처리되는 경우로, 부동산을 典賣할 때에는 먼저 親隣에게 부동산을 취득할 의사를 물어 보아야 하는 親隣 先買權의 존재 여부를 확인해 보았다. 이와 같이 宋代의 부동산 거래는 상당히 심화·발전되어 있었으며, 복잡한 규정에 의해 부동산을 둘러싼 분쟁 요인이 여러 면에서 잠재되어 있었고 실제로 그에 따른 분쟁이 상당히 많이 발생하고 있었다.

49) 여러 민족의 옛 법에서 不動產 賣買에 관한 내용 중에 친족 또는 촌락민의 동의권, 혹은 先買權이 확인된다. 법제사가들은 이것이 공동재산제에서 유래한다고 해석한다. 仁井田陞, 앞의 논문, 387쪽.

### Ⅲ. 親隣法の 내용과 변화

여러 민족의 옛 법에서 부동산 매매에 관한 내용 가운데 친족 또는 촌락민의 동의권 혹은 先買權이 확인된다. 중국 唐代의 자료에서도 親隣 즉, 친족 및 인접인의 부동산 선매권의 존재를 나타내는 문헌이 여기저기에 보인다. 『唐會要』卷85 天寶 14載(755) 8월 制에 “천하 여러 郡에서 逃戶의 田宅재산이 함부로 타인에 의해 없어져서 세금[租庸]을 책임지는 자가 부족하게 되는데, 먼저 親隣에게 賣買하거나 그에게 되돌려주어서 依投하는 바가 없게 하라”<sup>50)</sup>고 되어 있는 것처럼 親隣매매와 관련된 기록이 보인다. 이것을 명료하게 나타낸 것은 『宋刑統』卷13에 수록된 宋 建隆년간(960~962) 중의 起請<sup>51)</sup>에,

마땅히 物業을 典賣倚當할 때에는 먼저 房親에게 묻고, 房親이 필요 없다고 하면 다음으로 四隣에게 묻고, 四隣도 필요 없다고 하면, (비로소) 타인에게 거래할 수 있다. 房親이 가격을 제대로 갖추지 못하면 또한 가격이 높은 곳과 거래할 수 있는데, 만약 業主·牙人 등이 親隣을 속여 계약서[契帖] 내에 가격을 올리거나 親隣에게 함부로 숨긴 경우에는 속인 금액수와 정황의 輕重에 따라서 참작하여 처단한다.<sup>52)</sup>

라고 되어있어, 부동산을 典賣倚當하려면 첫째 房親에게 묻고, 둘째 房親이 필

50) 『唐會要』卷85 「逃戶」 “天下諸郡逃戶，有田宅產業，妄被人破除，并緣欠負租庸，先已親隣買賣，及其歸復，無所依投。”

51) 仁井田陞은 이 起請 첫 부분에 “臣等參詳，自唐元和六年後來，條理典賣物業勅文不一，今酌詳舊條，逐件書一如後”라는 것은, 『唐會要』의 기록과 함께 親隣의 우선권이 唐에서 시행되었다는 확증이며, 또 唐보다 더 이전의 것도 있을 것이라고 말하고 있다. 北魏 太和 9년(485)의 均田令에 이러한 규정이 보이는데, 『魏書』卷110 「食貨志」에 “諸遠流配謫，無子孫及戶絕者，墟宅桑榆盡爲公田，以供授受。授受之次給其所親，未給之間，亦借其所親”이라 되어있다. 仁井田陞, 『中國法制史研究(土地法·取引法)』(東京大學出版會, 1960), 524쪽, 531쪽; 郭建, 「中國封建土地買賣合同制度考析」, 『中國法律史研究』(學林出版社, 2003), 351쪽 참조.

52) 『宋刑統』卷13 戶婚律, 「典賣指當論競物業門」 “一應典賣倚當物業，先問房親，房親不要，次問四隣，四隣不要，他人並得交易，房親著價不盡，亦任就得價高處交易，如業主牙人等，欺罔隣親，契帖內，處擡價錢，及隣親，妄有遮悞者，並據所欺錢數，與情狀輕重，酌量科斷。”

요 없다고 할 때는 四隣을 찾아보고, 셋째로 四隣도 필요 없다고 할 때 비로소 타인에게 典賣倚當할 수 있었다. 만일 이 순위를 무시하고 바로 타인에게 典賣했을 때는, 선순위 자는 典賣된 부동산에 대해 대가를 지불하고 제3자로부터 회수할 수 있었다.

親隣은 부동산 先買權을 가지고 있을 뿐만 아니라 부동산의 出典 이후 業主가 아닌 親隣이 그것을 되들려 살 수도 있었는데, 부동산 거래에 있어서 이러한 親隣의 권한을 규정한 법률을 소위 親隣法이라 한다. 『清明集』에는 親隣法을 둘러싼 부동산 거래에 있어서의 분쟁이 상당수 보이고 있는데, 본 장에서는 親隣法の 구체적인 내용과 변화모습을 살펴봄으로써 宋代의 부동산 거래에 대한 정책의 변화와 그 이유를 고찰해 보고자 한다.

## 1. 親隣法の 내용

앞서 살펴본 바와 같이 『宋刑統』에 “先問房親, 房親不要, 次問四隣, 四隣不要”라고 규정하고 있는 것처럼 먼저 房親에 묻는다고 되어 있는데, 房親이라는 것이 구체적으로 친족의 범위 중 어디까지 해당되는지 명확하지 않다. 房親을 단순히 혈연으로 맺어진 친족의 개념으로 이해하기에는 親隣法の 적용 대상이 불명확해지는 문제점이 있다. 同居공동재산의 관계에 있어서 그 명칭을 살펴보면, ‘家’는 同居공동재산 생활을 영위하는 전체를 의미하며, 그 가운데의 한 쌍의 부부와 그 자녀로 이루어진 한 단위를 칭하는 것으로 ‘房’이라는 별도의 말을 사용하고 있다.<sup>53)</sup> 그렇다면 房親을 공동재산에 대한 소유권의 일부를 가지고 있는 친족으로 봐야하는 것일까? 『清明集』에 이것과 관련된 내용을 찾아보면, “왕재고가 분할 받은 陸地가 진실로 왕자통과 關書를 같이한다하더라도, 또한 반드시 隣接관계가 있어야 …(중략)… 비로소 親隣法이 적용 된다”<sup>54)</sup>라고 되어 있다. 즉 여기에서 關書란 가산분할서로, 왕재고와 왕자통은 이미 가산을

53) 滋賀秀三, 『中國家族法の原理』(創文社, 1981), 56~58쪽 참조.

54) 『清明集』 卷9 戶婚門, 「有親有隣在三年內者方可執贖」에 “王才庫所受分陸地, 使其果與王子通同關, 亦必順與之有隣, …(中略)… 始可引用親隣之法”이라 되어 있다.

분할하였는데, 왕재고는 가산 분할 이후에도 親隣法の 적용 대상이 될 수 있는 자로서, 공동재산에 대한 소유권의 일부를 가지고 있는 사람만을 대상으로 하는 것은 아니라고 할 수 있다. 『清明集』에서 親隣法에 대해 언급하고 있는 내용을 보면,

그러나 법에 따라 비취 보면, “만일 토지와 가옥을 典賣할 때 서류를 갖추고 四至를 자세히 기입하고[開析], 本宗의 總麻 이상의 친족 및 墓田의 거리가 100보 이내에 있는 자가 있으면, 장부에 따라 물어 본다”라고 되어 있다.<sup>55)</sup>

라고 하는 것처럼, 本宗의 總麻 이상의 친족에게 물어본다고 되어 있다. 總麻란 사람의 사망 때에 어느 정도의 喪으로 服을 입어야 하는가에 관한 예제상의 규정, 즉 “服制”<sup>56)</sup> 가운데 하나로 總麻 이상의 친족은 같은 고조부 밑의 친족을 의미한다. 따라서 親隣法에 있어서 親의 범위는 위의 판결문에서 보는 것과 같이 本宗의 總麻 이상의 친족, 즉 고조부를 같이 하는 친족으로 한정할 수 있겠으며, 總麻 이상의 친족이면 服制에 적용되는 친족으로서 『清明集』에서는 “有服”으로 표현되기도 한다. 그렇다면 같은 總麻 이상의 친족이 서로 親隣法の 적용을 주장할 경우에는 어떻게 판결이 내려지고 있는지에 대해서 알아보자.

江子誠이 開禧 2년(1206) 이후에 鄧文禮로부터 典入한 토지계약서 3통을 대조 조사해 보니.. 하나는 九姑壇이라 하고, 하나는 大坂尾라 하고, 하나는 水井이라 한다. 이것을 親族隣人인 鄧震甫가 대금을 준비해서 다시 샀다. 그 중 水井과 大坂의 두 건물은 이미 인도가 되었다. 오직 구고단의 토지만 오랫동안 분쟁이 있어 아직 결정이 나지 않았다. 이로써

55) 『清明集』 卷4 戶婚門, 『漕司送下互爭田產』, “然律之以法, 諸典賣田宅, 具帳開析四隣所至, 有本宗總麻以上親, 及墓田相去百步內者, 以帳取問.”

56) 服의 경중은 입어야 할 상복의 옷감의 질감이나 재봉양식과 喪服을 입어야 할 기간의 장단과의 양면에서, (1) 斬衰 3년, (2) 齊衰 [3년, 杖期(1주년), 不杖期(1주년), 5월, 3월], (3) 大功 9월, (4) 小功 5월, (5) 總麻 3월의 여러 등급으로 나누어지며 합하여 5服이라 칭한다. 한 단계 더 가벼운 복으로서 袒免이 있으나 정식 服에는 들어가지 않는다. 滋賀秀三, 앞의 책, 22~23쪽 참조

서로 경작을 하는 것에 대해 거듭해서 소동을 만들고 있다. 이것은 인정상 반드시 그렇게 되게 되어 있다. 등진보는 親이고 隣이므로 끈장 되살 수 있는 것이 본래 합법적이다. … (중략)… 자세히 보니 강희영의 계약은 본래 등선의 이름을 빌려 影占하려 한 것 같고, 등선의 공술은 강희영을 위해 승인해 준 것에 불과하다. 그 실제 토지는 강자성의 戶에 있고, 왕왕 옛날에도 (이런 일이) 있었다. 만일 등선이 다시 사서 예전에 이미 토지를 인도했다면, 지금 이 토지는 등선이 주인이 되는 것이 합당한데, 어찌 다시 매년 과종을 하고 등문례의 아들 鄧十二가 노동을 했다고 말할 수 있겠는가? “마음속에 의심이 있으면 말에 가지가 생기어 반드시 모순이 있다.”

그러나 등진보와 등문례는 중형제가 되고 등선과 등문례는 친형제이므로, 隣人의 收贖법에서는 근친[親]이 먼저이고 소원[疎]이 나중이다. 등선이 이미 다시 사들인 것을 인정한 것이 이전이므로, 등진보는 그와 소송 분쟁을 할 수 없다. 이것을 법률에 비추어 보니 마땅히 직접적인 조항이 있다. 하물며 그 토지는 원래 典계약을 한 것이고 주인의 아들이 아직 살아 있다. 비록 등진보가 취득할 수 있다 하더라도 앞으로 다시 사들이려 하면, 역시 모릅지기 돌려줘야 하고 강제로 머무르는 이치는 없다. 마땅히 등선이 주인이 되도록 하고, 다른 때에 鄧十一이 다시 살 때, 등선으로 하여금 토지를 인도하게 한다. 등선이 사용하지 않고 혹은 다른 사람에게 팔 때 등진보는 오히려 중형제로서 隣이라는 것에 의해 다시 사들일 때는 범의에 합치된다.<sup>57)</sup>

위의 판결문은 九姑壇이라는 토지를 두고 등진보와 강자성·강희영父子가 다투고 있는 내용이다. 九姑壇이라는 토지는 원래 강자성이 등문례로부터 典

57) 『清明集』卷4 戶婚門, 「漕司送鄧起江淮英互爭田產」, “照對江子誠於開禧二年以後, 典入鄧文禮田三契.. 一曰九姑壇, 一曰大坂尾, 一曰水井. 續係親隣鄧震甫備錢收贖, 內水井·大坂兩項已嘗退訖, 唯有九姑壇田累年爭訟, 未有子決, 以此互相佈種, 更送作闌, 此人情之所必致. 鄧震甫有親有隣, 徑行贖回, 本自合法. …(中略)… 竊詳江淮英之謀, 本是假鄧先影占, 鄧先之供不過爲江淮英承認, 其實田在江子誠戶, 往往如故. 倘果是鄧先所贖, 元已交業, 見今此田合是鄧先主之, 何緣更言每歲佈種, 係鄧文禮之子鄧十二用工? 中心旣疑, 其辭必枝. 然鄧震甫與鄧文禮爲從兄弟, 鄧先與鄧文禮爲親兄弟, 隣贖之法, 先親後疎, 鄧先旣已供認收贖在前, 則鄧震甫無緣與之爭訟, 揆之於法, 自有專條. 況其田元是典契, 業主之子尙存, 縱鄧震甫可得, 他日取贖, 亦須退還, 無強留之理. 合且聽鄧先爲主, 異時鄧十一收贖, 仰鄧先退業. 鄧先不用, 或賣與他人, 鄧震甫却以從兄弟隣贖, 自合法意.”

入한 세 項의 토지 가운데 하나인데, 나머지 두 項의 토지 大畝尾와 水井은 親族隣人인 등진보가 다시 샀으며 아무런 분쟁 없이 결론이 내려져있다. 大畝尾와 水井의 두 토지와 마찬가지로 九姑壇도 등진보가 親族隣人으로서 되시는 것은 합법적이라고 판결문에서도 말하고 있다. 그러나 강자성·강희영 父子가 九姑壇의 토지를 등선의 이름을 빌려 影占<sup>58)</sup>하려는데에서 문제가 발생하고 있다. 실제로 토지는 강자성의 戶에 있지만 등선의 이름을 빌려 거래행위가 이루어진 것이고 등선도 이를 승인해 준 것으로서, 토지거래행위에서 논하자면 등진보와 강자성·강희영 父子간의 분쟁이 아니라 등진보와 등선의 분쟁으로 파악해야 한다.

등진보는 등문례의 親에 해당하므로 親隣法을 적용받아 九姑壇을 收贖할 수 있다. 그러나 앞에서 살펴본 것과 같이 분쟁의 상대가 강자성·강희영 父子가 아니라 같은 親에 해당하는 등선이라고 본다면 親隣法의 적용에 있어서도 우선순위를 따져야 한다. 등문례와 종형제인 등진보보다 등문례와 친형제인 등선이 “先親後疎”<sup>59)</sup>의 원칙에 의해 그 우선순위가 앞선다. 따라서 판관은 강희영이 등선의 이름을 빌렸고 등선도 이를 승인해 주었으므로 九姑壇의 收贖은 등선의 이름으로 이루어진 것으로 인정하여 九姑壇의 계약서를 강자성에게 넘겨주도록 판결하고 있다. 실제로 토지가 누구의 戶에 있든지 간에 친형제인 등선이 收贖에 관여하고 있기 때문에 ‘마땅히 이웃에 물어봐야 했는데 묻지 않았다’고는 말할 수 없다고 판단하여 소송을 受理하기 어렵다고 결론을 내리고 있다.

같은 親에 해당하는 등진보와 등선의 收贖문제에 있어서는 “先親後疎”의

58) 北宋 때부터 差役을 속일 때 자주 사용되는 용어로서, “影”은 影射로써 그림자만 비치고 실제로 없는 사람이라는 뜻이다. 지배기관과의 결탁을 당시에는 일반적으로 “影庇”라고 하였다. 영비를 구한 것은 직접적으로는 국가부담을 피하고, 또 지배기관과 관계를 가진 특정한 기문으로서 이익을 독점하거나 위세를 높일 수 있었기 때문이다. 이처럼 권력의 비호 아래 들어가 국가부담을 피한다는 의미에서 영비이지만, 권력과 결탁하여 이익을 독점한다는 의미에서는 “影占”이라고도 불렀다. 布目潮瀾 外 著, 임대희 譯, 『중국의 역사—수당오대』(도서출판 해안, 2001), 320쪽 참조.

59) 親族간의 멀고 가까움에 따른 계산법 즉, 親等계산법도 五服制度和 관련이 있다. 이러한 親等制度에 대해서는 仁井田陞, 『中國法制史研究(法と慣習, 法と道德)』의 제1부 7절에 상세히 설명되어 있다.

원칙에 의해 등선이 주인이 되어야 한다고 판결이 났다. 그러나 어디까지나 그 거래행위는 원래 강자성이 등문례로부터 典入한 것이므로 九姑壇의 소유권은 業主인 등문례에게 있는 것이다. 등문례는 이미 죽었으나 그 아들 등십일이 살아 있으므로 등십일이 자동적으로 業主가 된다. 따라서 業主인 등십일이 이후에 典한 토지인 九姑壇을 回贖하고자 할 때에는 등선은 그 토지를 인도해야 한다. 이때에는 등십일이 등문례의 아들이므로 형제인 등선보다 가깝다는 우선순위에 의한 것이 아니라, 소유권을 가진 業主로서 典한 토지를 回贖하는 행위로 파악해야 한다. 즉, 위의 판결문에서 등선, 등문례, 강자성·강희영父子가 다두고 있는 것은 九姑壇의 소유권이 아니라 九姑壇의 典權에 불과한 것이다.

房親에게 선매여부를 물어보고 필요하지 않다고 하면, 다음으로 四隣에게 묻는다고 하는데, 隣이란 무엇을 의미하는 것인지 알아보겠다. 앞서 살펴본 바와 같이 1차적으로 房親, 2차적으로 四隣이 다른 사람보다 우선하여 부동산을 典買할 권리를 가지고 있었고, 이 우선권자에게 우선 典賣를 신청하지 않고, 제3자에게 典賣했을 때에는 우선권자는 제3자로부터 그 부동산을 회수할 수 있었다. 여기에서 隣에 관해서 우선 문제가 되는 것은 居住地와 典賣地 중 어느 곳을 기준으로 하는가이다. 거주지와 전매지는 항상 같은 지역이라고는 할 수 없으므로, 여기에서 말하는 隣이 거주지의 이웃[隣]인지 전매지의 이웃[隣]인지가 문제가 된다.

陳子萬의 재산은 아주 오래 전에 없어졌는데도, 갑자기 계약을 세워, 30년 전에 陳定僧의 부친에게 賣渡한 전토계약서를 回贖해 버렸다. 이 계약서에서는 田地 가격이 官倉 300관으로 되어 있다. 현재에는, 보경 2년(1226) 3월에 回贖한 후부터, 보경 3년 정월에 이르기까지 단지 관회 120관을 건네주었다고 되어있다. 따라서 (들려주어야 할 돈은) 관회 180관이 남아있는데도 거짓 약정을 만들어, 반환해야 할 돈이 한 푼도 없는 것으로 되어 있다. 진정승이 아직 돈을 다 받지 않았으므로, 진자만도 토지를 관리해서는 안 된다. 그런데 이 계약서를 가지고, 戶籍을 세우고 또 이 전지를 楊世榮에게 매도하고, 나아가 이 계약서를 가지고 親族隣接 관계를 들어, 진정승의 또 다른 전지를 회수했다. 만약 진자만이 전지를 환수할 능력이 있고, 호적 필두인이 될 수 있다면, 회수한 田地는 자기가 가지

고 있어야 한다. 지금 여기에는, 아침에 회숙해서, 저녁에 매도하고, 아침에 호적을 세워 저녁에 재산을 팔아 넘기고 있는데, 어찌 이렇게 할 수 있겠는가? 즉 이 전지는 이미 楊世英에게 매도한 이상 양세영의 재산인 것이다. 진자만은 이미 재산이 없는데, 어찌 이 토지의 隣接人이라고 할 수 있겠는가.<sup>60)</sup>

위의 판결문의 내용을 살펴보면, 진자만은 30년 전에 진정승의 부친에게 賣渡 즉, 斷賣한 토지의 계약서를 되돌려 샀다. 계약서를 되돌려 샀다는 것은 토지를 되돌려 산 것을 의미한다. 그런데 진자만은 토지를 되돌려 살 때 대금을 전부 지불하지 않고 잔금이 남아 있는데도 계약을 세워 반환해야 할 돈이 한 푼도 없는 것으로 만들었다. 토지 대금이 완전히 반환되지 않았으므로 진자만은 이 토지를 관리해서는 안되는 것으로, 이 토지는 진자만의 소유가 아닌 것인데, 진자만은 이 토지를 다시 양세영에게 賣渡하였다. 그런데 진자만은 이 계약서를 가지고 親隣관계를 근거로 하여 진정승의 또 다른 전지를 收贖했다. 앞서의 토지 대금을 다 지불하지 않은 거래행위가 위법적인 것이 아니며, 따라서 진자만이 진정승의 토지를 소유할 수 있다고 하더라도 진자만은 다시 진정승의 또 다른 전지를 收贖할 수는 없는 것이다. 왜냐하면 진정승의 토지를 진자만이 사고 다시 이후에 양세영에게 賣渡했으므로, 그 토지는 양세영의 것이 되기 때문이다. 진자만은 진정승의 親隣임을 근거로 해서 진정승의 또 다른 전지를 收贖하는데, 隣의 기준이 되는 토지는 이미 양세영에게 매도했으므로 隣의 조건을 상실한 것이다. 즉, 진자만은 진정승의 親에는 해당한다 하더라도 隣이라고는 할 수 없는 것이다.

이 내용을 가지고 隣이 居住地의 이웃을 의미하는지, 典賣地의 이웃을 의미하는가를 규명해보면, 전매지의 이웃이라는 것을 알 수 있다. 진자만이 진정승

60) 『清明集』 卷9 戶婚門, 「妄執親隣」, “陳子萬家業破蕩已久, 忽用計脫贖與三十年已賣與陳定僧父田契. 據此田直官會三百貫, 今自寶慶二年三月取贖, 至寶慶三年正月, 止有官會一百二十貫交付, 尙有官會一百八十貫止立虛批, 卽無一錢可還. 定僧旣未得錢, 子萬亦未當管業. 今已憑此契立戶頭矣, 又將此田賣與楊世榮矣, 又憑此契執親隣贖定僧別田矣. 且子萬旣能贖田, 旣能起立戶頭, 則所贖之田合自保守, 今乃朝贖而暮賣, 朝起戶而暮出業, 此何爲者邪? 蓋此田旣賣與楊世榮, 則是楊世榮之業矣, 子萬旣已無業, 烏有所謂隣哉.”

의 거주지의 이웃이라면 양세영에게 賣渡한 토지의 유무와는 상관없이 隣에 해당할 수 있다. 그러나 진자만이 양세영에게 賣渡한 토지가 진정승의 또 다른 토지를 收贖하는 隣의 근거가 된다는 것은, 진자만과 진정승이 거주지 상 이웃하는 것과는 상관없이 진정승의 또 다른 토지와 이웃하고 있는가 그렇지 않은가를 결정하는 것으로 여기에서 隣은 典賣地의 이웃을 나타내는 것임을 알 수 있다.

親隣法の 적용에 있어서 동일하게 親에 해당되는 경우에는 앞서 살펴본 바와 같이 “先親後疎”의 원칙에 의해서 그 우선순위가 결정되었는데, 隣의 경우에도 그러한 우선순위가 존재하고 있었다. 『清明集』에서는 “四隣”이라고도 표현하고 있는데, 四隣은 방위에 따른 구분으로서, 이러한 隣에 있어서도 東·南을 上으로 하고, 西·北이 그 다음인데, 상에 해당하는 東·南의 隣이 필요로 하지 않으면 다음으로 西·北의 隣에게 선매여부를 묻는 것이다.<sup>61)</sup> 그리고 隣의 성립여건에는 또 다른 조건이 필요했는데, 典賣地와 자기의 토지가 타인의 토지에 의해 단절되는 경우는 물론 강이나 도랑 및 사람들이 다니는 도로가 그 사이에 가로 놓여 있는 경우는 隣에 해당되지 않았는데,<sup>62)</sup> 『清明集』에도 그러한 법조문이 보인다.

숨에 따르면 “모든 田宅을 典賣할 경우, 四隣의 경계에 본족의 總麻이상의 친족이 있으면, 문서로 확인한다. 다른 집의 전지가 그 사이에 있거나, 그 사이에 옛 부터의 도랑이나 하천 및 여러 사람이 왕래하는 도로와 같은 것이 있다면, 隣接의 범주에 넣지 않는다”라고 되어있다.<sup>63)</sup>

61) 『宋會要輯稿』食貨37-1에 “凡典賣物業，先問房親，不買，次問四隣。其隣以東·南爲上，西·北次之，上隣不買，遞問次隣。四隣俱不售，乃外召錢主”라 되어있다. 방위에 따른 隣의 순서도 정해져 있어 親隣의 선매권이 매우 엄격하게 유지되고 있었음을 알 수 있다. 郭東旭, 앞의 책, 307쪽; 郭建, 앞의 책, 352쪽 참조.

62) 仁井田陞, 『中國法制史研究(法と慣習, 法と道徳)』(東京大學出版會, 1964), 388~389쪽; 郭東旭, 앞의 책, 307쪽.

63) 『清明集』卷9 戶婚門, 「有親有隣在三年內者方可執贖」, “准令 …(中略)… 諸典賣田宅, 四隣所至有本宗總麻以上親者, 以帳取問, 有別戶田隔間者, 并其間隔古來溝河及衆戶往來道路之類者, 不爲隣”

田宅을 典賣할 경우에는 親隣法에 따라서 四隣의 경계에 總麻이상의 친족이 있으면 先買 여부를 물어보는데, 隣이 성립하기 위해서는 다른 집의 田地나 옛 부터의 도랑, 하천 및 여러 사람이 왕래하는 길 그 사이에 없어야 하는 것이다. 그런데 이렇게 해서 隣의 조건을 갖추었다고 해도 그것은 어디까지나 親이 성립되는 사람들에 한한 것이다. 즉, 『清明集』에서 살펴본 親隣法은 親과 隣이 각각 따로 구별되는 것이 아니라, 親이면서 隣에 해당하는 경우에 親隣法에 적용되는 것이다. 다음 판결문을 보면 親隣法이 親과 隣 두 조건을 모두 갖추어야 하는 것을 알 수 있다.

조사해 보니 최근 내려진 명령에 의하면 臺判을 구비하고 있다. 그 대판에는 “縣尉와 知縣이 판결내린 것을 참조해 보니, 현위는 吳元昶의 토지가 徐六三과 이웃하고 있으니 서육삼으로 하여금 親族隣地者先買法에 의해 退贖하게 했다. 지현은 서육삼이 재산을 손에 넣은 후 오원창이 비로소 이웃 토지[隣地]를 사고 그 후에 집을 지은 것이므로 물려줄 필요가 없다고 하였다. 지현의 말이 옳다. 그러나 두 집안은 원래 吳元祖의 토지를 사들여 총 2,279보였는데, 현위가 (토지를) 측량해보니 모두 602보에 불과했다. 만일 서육삼의 원래 두 개의 호 580보를 뺀다면 오원창이 구입했다는 것은 결국 허풍이 되는 것이다. 오원창에게는 비록 대대로 내려오는 구계약서[上手]가 있다고 하더라도 현재 토지가 없어 구입한 것이 불명확하고, 계약서는 있어도 지번이 없으므로 파는 것은 어렵다. 서육삼의 계약서에 있는 토지를 뺀 나머지 토지인 22부는 서육삼으로 하여금 돈을 주어 사들이게 하든지 혹은 오원창에게 되돌려 주든지 간에 원래의 금액을 따르도록 하라. 두 집안이 편리한 것을 따르도록 하라. 그러면 송사가 그치리라”고 씌어 있다.

본관이 보기에 그 사리가 명료하니, 대판을 따라서 오원창이 원래 구입한 계약서를 조사하고 오원창에게 처음에 구입한 돈을 되돌려주게 한다. 오원창의 幹人인 吳辛이 제출한 원래 계약서는 본관이 폐기·말소하고 知州가 행한 대로 하라.<sup>64)</sup>

64) 『清明集』 卷4 戶婚門, 「使州索安爲吳辛訟縣抹干照不當」“照對近准使帖行下, 備坐台判, 參照縣尉, 知縣所斷. 縣尉以吳元昶之地與徐六三爲隣, 令徐六三照親隣退贖. 知縣謂徐六三得產之後, 吳元昶方買隣地, 又起屋在上, 所不應退. 知縣之說爲是. 但兩家元買吳元祖地共二千二百七十九步, 而縣尉打量, 共只有六百單二步, 若以徐六三元兩號計五百八十步, 取足之外, 吳元昶所置遂成虛設. 吳元昶雖有傳來上手契本, 今旣無地, 自是置買不明,

위의 판결문에서 문제가 되고 있는 것은 親隣法의 적용여부인 것이다. 縣尉는 親隣法이 적용되는 것으로 판단하여 서육삼으로 하여금 退贖<sup>65)</sup>하라고 판결을 내렸지만, 知縣은 親隣法이 적용될 수 없는 것으로 판단하여 退贖할 필요가 없다고 판결내리고 있다. 여기에서 오원창과 서육삼이 구입한 토지는 원래 오원조의 토지로서, 이 토지거래에서 親隣法을 적용한 현위의 판결로 볼 때 오원창과 오원조는 房親에 해당하는 것으로 파악할 수 있다. 그러나 오원창이 오원조에게서 토지를 買入한 시점보다 서육삼이 오원조에게서 토지를 買入한 시점이 앞서고 있다. 즉, 오원창은 親隣法을 적용받기 위해서 房親이라는 요건을 갖추었지만, 隣接人으로서의 요건은 갖추지 못하고 있는 것이다. 房親과 隣接人의 요건을 동시에 갖추어서 親隣法을 적용받기 위해서는 오원창의 토지 매입 시점이 서육삼보다 앞서야 하는 것으로, 오원창은 토지 매입 시점부터 隣接人의 요건을 갖추게 되는 것이다. 다시 말해 오원창이 親族隣地者로서 先買權을 행사할 수 있기 이전에 서육삼의 토지 買入이 이루어진 것으로 서육삼은 그 토지로부터 退贖하지 않아도 되는 것이다.

『清明集』에서 나타나는 親隣法은 親과 隣 두 조항을 모두 갖추어야 하는 것으로 즉, 친족이면서 典賣地와 이웃하는 자가 典賣하는 부동산에 대해 타인보다 우선해서 취득할 수 있는 선매권에 대한 권리를 규정하고 있는 것이다. 이러한 親隣法은 어떠한 취지에서 성립되고 있는지에 대해서 살펴보면,

그러나 법에 따라 비취 보면, “만일 토지와 가옥을 전매할 때 서류를 갖추고 四至를 자세히 기입하고[開析], 本宗의 緦麻 이상의 친족 및 墓田의 거리가 100보 이내에 있는 자

難以將有契無地文字出賣。其地取是徐六三契外，所餘二十二步，或令徐六三貼錢就買，或撥還吳元昶，就監元錢，聽從兩家之便，庶絕詞訴。本縣見其辭理瞭然明白，遵從台判，索上吳元昶買契要，監還吳元昶元買價錢，據吳元昶幹人吳辛賣出元契，當官毀抹，一遵使·州施行。”

65) 典의 기한이 다 되어 典主가 業主의 回贖에 응하는 것을 “退贖”이라 한다. 業主가 回贖할 때는 原價를 지불하는데, 그것도 본래 代價가 銅錢으로 지불하였으면 銅錢으로 지불하여야 하고, 會子로 지불하였으면 회자로 지불하여야 하는 것이 원칙이었다. 『清明集』 卷9 戶婚門, 「典買田業合照當來交易或見錢或錢會中半收贖」에 “使其初交易元是見錢者, 以見錢贖, 元是官會者, 以官會贖, 元是錢·會中半者, 以中半贖”이라 되어있다.

가 있으면, 장부에 따라 물어 본다”라고 되어 있다. 입법했을 당초에는 대개 의도가 있을 것이다. 父와 조부의 재산을 자손이 분할하면 어떤 사람은 그 하나를 받아도 온전하게 보전하지 못한다. 만약 전매해서 다른 집안이 취득하거나 혹은 水利가 상관이거나 혹은 사방경계가 서로 분명하지 않게 되어서 충돌이 없을 수 없다.

친족이나 이웃 호(戶)라 하는 그 하나에 해당하더라도 모두 인도하는[批退] 범위에 들어갈 수 없다. 墓田이 있는 곳은 무릇 없애거나 파헤치려 하면 반드시 범죄가 일어난다. 토지를 얻은 사람이 만일 같은 宗[出自]이 아니라면 도움 받을 일이 없다. 따라서 同宗의 친족이 있으면 역시 마땅히 먼저 물어야 한다. 두 집안의 무덤이 있고 그 서로간의 분쟁을 막으려면 동서남북으로 순위를 정하는 것이 더욱 분명히 하는 것이다. 두 집안이 각각 주장하는 바가 있는데, 마음대로 하는 것은 아니다.<sup>66)</sup>

라는 것과 같이, 親隣法の 법 취지에 대해서 알아볼 수 있는 내용이 있다. 祖父와 父의 재산을 자손이 분할하면 어떤 사람은 그 하나를 받아도 온전하게 보전하지 못하고 典賣해서 다른 집안이 취득하거나, 水利가 상관이거나, 사방경계가 서로 분명하지 않게 되는 등, 隣地者와 새로운 典賣者 사이의 利害관계를 고려할 필요가 있었기 때문이라고 볼 수 있다.<sup>67)</sup> 따라서 앞서 살펴본 隣의 성립요건에서 典賣地와 자기의 토지가 다른 집의 田地나 옛 부터의 도랑, 하천 및 여러 사람이 왕래하는 길은 그 사이에 없어야 하는 것을 전제로 하고 있는 것도, 利害관계를 고려한 親隣法の 취지와 관련이 있는 것이다. 즉, 다른 집의 田地나 옛 부터의 도랑, 하천 및 여러 사람이 왕래하는 길은 확실한 경계를 나타내는 것이기 때문에 利害관계를 분명히 결정할 수 있으므로 隣의 성립요건에서 제외되고 있다고 볼 수 있다. 자손이 조상의 재산을 분할하면 그 분할한

66) 『清明集』 卷4 戶婚門, 『漕司送下互爭田産』, “然律之以法, 諸典賣田宅, 具帳開析四隣所至, 有本宗總麻以上親, 及墓田相去百步內者, 以帳取問. 立法之初, 蓋自有意, 父祖田業, 子孫分析. 人受其一, 勢不能全, 若有典賣, 他姓得之, 或水利之相關, 或界至之互見, 不無扞格. 曰親曰隣, 止有其一者, 俱不在批退之數, 此蓋可見. 墓田所在, 凡有鋤鑿, 必至與犯, 得産之人儻非其所自出, 無所顧藉, 故有同宗, 亦當先問. 兩姓有墓, 防其互爭, 則以東西南北爲次, 尤爲周密.”

67) 仁井田陞, 앞의 논문, 389쪽 참조

부동산은 서로 접하고 있는 경우가 많은데, 시간이 흐르고 典賣가 거듭되면 그 경계가 불확실해 질 수 있다. 하지만 분할한 부동산의 사이에 도랑이나 오래된 길이 있으면 경계가 확실하게 구분되기 때문에 분쟁의 여지는 없는 것이다. 확실하게 경계가 구분지어지면 문제는 없지만 그렇지 않을 경우에는 분쟁의 여지가 발생하게 되는데, 이웃하는 친족이 그 부동산을 취득하게 되면 재산분할서에 비추어 서로 경계를 확인할 수 있다는 것이 親隣에게 선매권을 허락하는 이유라고 생각할 수 있다. 즉, 親隣法은 부동산 거래로 인해 발생할 수 있는 각종 분쟁의 요인을 없애고, 그에 따라 빈번한 소송으로 인한 폐해를 줄이기 위한 입법이라고 할 수 있겠다.

그리고 墓田의 거리가 100보 이내에 있는 자에게도 先買여부를 물어 본다고 되어있다. 墓田이 있는 곳은 무릇 없애거나 파헤치려 하면 반드시 범죄가 일어나는데, 토지를 얻은 사람이 만일 같은 宗이 아니면 도움을 받을 수 없기 때문에 同宗의 친족이 있으면 먼저 물어야 한다는 것이다. 그렇다면 여기에서 말하는 墓田의 거리가 100보 이내에 있는 자는 친족만을 대상으로 하는 것인지, 타인도 墓田이 100보 이내에 있으면 先買가 가능한 것인지 같은 판결문을 계속해서 살펴보면,

게다가 황씨는 조상의 무덤이 옆에 있었는데, 토지구획도에 의거하면 고조, 증조 이하 모두 11개소가 있다. 비록 모두 사실이 아니라 해도 余德慶이 원래 세운 계약서에 비추어 보면, “동쪽 면은 黃子眞의 묘가 경계가 되어 있다”라고 명확히 쓰여 있다. 곧 “묘전의 거리가 100步라는 법[墓田相去百步之法]”에 합치된다. 여덟경이 판 것이 만약 황씨 조상의 재산이 아니더라도 또한 먼저 물어보는 것이 합당하다. 하물며 이것은 원래 조상의 선산[墓山]이다. 자손이 이것을 손에 넣었는데도 도리어 연한이 오래 되었다고 해서 그가 주인이 되는 것을 불허하는 것은 무슨 이치인가. 묘전은 친족, 이웃의 양 조항을 모두 마땅히 물어야 한다. 그러나 친족과 이웃의 의미는 재산에 있고, 묘전이라는 것의 의미는 조상에 있다. 지금 묘전이 아니라 親과 隣을 중심으로 하는 것은, 가볍게 여겨야 되는 것을 중시하고, 무겁게 여겨야 하는 바를 가볍게 하는 것이니 모름지기 법의에 어긋난다.<sup>68)</sup>

라는 것과 같이, 墓田이 100보 이내에 있으면 친족이 아닌 타인도 先買가 가능하다. 위의 분쟁은 여덕경의 조카가 여덕경이 토지를 자신에게 先買여부를 묻지 않고 황자진에게 팔았으므로 자신이 그 토지를 되돌려 사야한다고 소송한 것이다. 이에 대해 황자진은 원래 그 토지는 자신의 조부로부터 산 것으로 여덕경이 다시 자신에게 되판 것이라고 말하고 있다. 판관은 그 토지가 원래 황씨 조상의 재산이 아니라고 하더라도 “墓田相去百步之法”에 합치되며, 먼저 물어보는 것이 합당하다고 말하고 있다. 또한 墓田은 親, 隣 양 조항을 모두 마땅히 물어야 한다고 말하는 것으로 볼 때, 墓田이 100보 이내에 있으면 친족이 아닌 타인도 先買가 가능한 것이다. 親, 隣의 의미는 재산에 있지만, 墓田의 의미는 조상에 있는 것으로 親, 隣보다 墓田을 더 중시해야 함을 강조하고 있는 것으로, 지금까지의 親隣法에서 중심이 되던 親과 隣에 우선해서 적용할 것을 결정하고 있다. 『清明集』에서의 판결원칙이 法意와 人情을 고려한 것<sup>69)</sup>으로 생각해 볼 때, 墓田이 親, 隣보다 항상 우선하는 것은 아니라고 볼 수 있다. 그러나 명확한 법 조문으로 정해져 있는 親隣法에 墓田과 같은 항목이 적용되는 여지가 있었다는 것은 주목해 볼 만한 점이다.

## 2. 親隣法の 변화

『宋刑統』에 “先問房親, 房親不要, 次問四隣, 四隣不要, (後略)…”라고 언급하고 있는 것처럼 여기에서는 親과 隣은 각각 별개의 것으로 구분되어 있었다.

68) 『清明集』 卷4 戶婚門, 「漕司送下互爭田產, “且黃氏自有祖墳在側, 據所畫圖, 高·曾以下凡十一所, 縱未必皆實, 只照余德慶元所立契, 明言東至黃子眞墓爲界, 卽合墓田相去百步之法. 德慶所賣, 若非黃之祖業, 亦合先行取問, 況是元來祖戶墳山, 子孫得之, 反以年限隔遠, 不許爲主, 烏有此理? 墓田之於親隣兩項, 俱爲當問, 然以親隣者, 其意在產業, 以墓田者, 其意在祖宗. 今捨墓田, 而主親隣, 是重其所輕, 而輕其所重, 殊乖法意.”

69) 佐立治人は『清明集』의 소송안건에서 판관이 법률에만 의거하여 시비를 판단[法意]하지 않고, 당사자에게 화해를 권고하고 있는[人情] 등의 사례가 있음에 대해 언급하고 있다. 이러한 법의와 인정에 대해서는 『清明集』 卷6 戶婚門, 「執同分贖屋地」에 “詳閱案卷, 考究其事, 則於法意人情, 尙有當參酌者”라고 되어 있는 등 많이 나타나고 있다. 佐立治人, 「『清明集』의 “法意”과 “人情”, 『中國近世の法制と社會』(京大大學人文科學研究所, 1993) 참조.

그런데 『清明集』에 보이는 부동산 소송에서 적용하는 親隣法은 앞서 살펴본 바와 같이 親이면서 隣인 것으로, 親隣 양 조항을 동시에 갖추어야 하는 것으로 규정하고 있다. 『宋刑統』의 규정과 『清明集』의 판결문에서 인용하고 있는 親隣法의 규정에 차이가 있는데,<sup>70)</sup> 따라서 親隣法의 내용에 변화가 있었던 것으로 생각할 수 있다.

조사해보니, 어느 곳의 백성도 대체로 “親隣之法”을 막론하고, 자주 親은 친족, 隣은 인접인으로 생각하고 있다. 친족의 입장에서 말하면, 원래 關書를 함께하여 典賣한 토지는 인접관계의 유무를 막론하고 매번 환수하려고 하고, 인접관계의 입장에서 보면, 원래 동서남북의 인접인은 친족관계의 유무를 막론하고 이것 역시 환수하려고 희망한다. 이는 법의 조문에서 “親隣하는 곳에 물어야 할 것”이라고 하는 것은 本宗의 喪服관계가 있는 친족으로, 또 인접관계에 있는 자에 한하는 것이라는 것을 전혀 모르고 하는 것이다. 친족 이더라도 인접인이 아닌 경우와 인접하더라도 친족이 아닌 경우는 모두 문외의 범위밖에 있는 것은 “慶元년간(1195~1200)에 重修된 田令”과 嘉定 13년(1220)의 刑部로부터 반포된 조례책을 보면 명백히 알 수 있다. 한편 譚亨이 원하고 있는 부친의 從弟가 전매한 전지의 환수는 친족관계는 있더라도 인접관계가 없는 이상, 법률적으로 장애가 있다. 僉書 判官廳의 原案[草案]에 따라 시행해야 할 것이다.<sup>71)</sup>

일반 백성들이 親隣法을 잘못 이해하여, 親과 隣을 별개의 것으로 생각하여서 親, 隣 어느 하나에 해당하면 親隣法을 적용하여 토지를 환수하려고 하고

70) 이의 宋代 親隣法에 관한 법률조문은 『宋會要輯稿』, 食貨61·民產雜錄; 食貨37·市場; 『文獻通考』卷5, 田制考5 등에서도 보이고 있는데, 본고에서는 『宋刑統』과 『清明集』에서의 親隣法 규정을 중심으로 그 변화를 살펴보고자 한다. 박구철, 「清明集 戶婚門에서 본 業訴訟 一典 訴訟을 중심으로—」, 『啓明史學』 14(2003), 51쪽 참조.

71) 『清明集』卷9 戶婚門, 「親隣之法」, “照得所在百姓多不曉親隣之法, 往往以爲親自親, 隣自隣. 執親之說者, 則凡是同關典賣之業, 不問有隣無隣, 皆欲收贖, 執隣之說者, 則凡是南北東西之隣, 不問有親無親, 亦欲取贖. 殊不知在法所謂應問所親隣者, 止是問本宗有服紀親之有隣至者. 如有親而無隣, 與有隣而無親, 皆不在問限. 見於慶元重修田令與嘉定十三年刑部頒降條冊, 昭然可考也. 今譚亨所欲執贖堂弟出典之田, 既是有親無隣, 則是於法有礙, 合照僉廳所擬行.”

있다. 판관은 이에 대해 親族이면서 隣接人이어야 親隣法の 적용을 받을 수 있다고 말하며, 慶元년간(1195~1200)에 重修된 田畝와 嘉定 13년(1220)의 조례 책을 근거로 들고 있다. 즉, 慶元년간과 嘉定 13년에 親隣法の 내용에 변화가 있었으며, 慶元년간 이전에는 親, 隣이 각각 따로 적용되고 있었는데 일반 백성들은 이러한 법령의 변화를 알지 못해 親과 隣을 구분하여 적용하는 사례가 많았던 것이다. 宋 初에 親과 隣을 각각 별개로 적용하는 親隣法이 親, 隣 양 조항을 모두 갖추어야 적용되는 것으로 변화하였고, 따라서 親, 隣 어느 한 조항에 해당되더라도 親隣法을 적용하여 先買權을 가질 수 있었던 것에 제한이 가해진 것이다.<sup>72)</sup> 이렇듯 親隣法에 있어서의 先買權을 가진 대상의 제한뿐만 아니라 또 다른 종류의 제한을 가하는 입법을 발견할 수 있는데,

埂頭의 전지는 王子通이典한 토지이기 때문에 그의 환수를 인정하는데 이는 원래부터 합법적이다. 南木山の 陸地는 王才庫가 재산 분할 받은 토지이다. 습에 따르면 “모든 전택을 전매할 경우, 四隣의 경계에 본족의 總麻이상의 친족이 있으면, 문서로 확인한다. 다른 집의 전지가 그 사이에 있거나, 그 사이에 옛부터의 도랑이나 하천 및 여러 사람이 왕래하는 길과 같은 것이 있다면, 인접의 범주에 넣지 않는다”라고 되어있다. 또 습에는 “모든 전택을 전매하고 3년이 지나서, 隣人에 물어야 하는데 묻지 않은 것을 소송한 경우에는 접수하지 않는다”라는 기록이 있다. 왕재고가 분할 받은 陸地가 진실로 왕자통과 關書를 같이한다하더라도, 또한 반드시 인접관계가 있어야 하고, 별도로 간격이 없어야 하며, 또 (계약한 지) 3년 이내이어야만, 비로소 인접의 법이 적용된다. 만약 친족이지만 인접하지 않거나, 또 친족 인접관계이더라도 3년 이상이 경과 하였다면, 모두 환수할 수 없다. 지금 關書를 같이 한다는 이유만으로, 간단히 환수를 인정받으려 하지만, 법령에서는 오히려 그러한 내용은 없다. 증거문서[干照]를 찾아내어 아울러 조사해서 처리해야 한다.<sup>73)</sup>

72) 親隣法은 변화를 거듭했는데, 熙寧년간(1068~1077)·元豐년간(1078~1085)에 先買權에 제한을 가하고 元祐년간(1086~1093)에 그 제한을 철폐하였으나, 紹聖년간(1094~1097)에 熙寧·元豐년간의 옛 법으로 되돌아간다. 그리고 위에서 판관이 慶元년간(1195~1200)에 重修된 田畝를 근거로 제시하고 있는 것으로 볼 때, 紹聖년간 이후에도 몇 번의 변화가 있었던 것으로 생각된다. 仁井田陞, 앞의 논문, 387~388쪽; 郭建, 앞의 책, 352쪽 참조.

라는 것과 같이, 親隣法과 관련된 소송의 出訴기간도 규정하고 있다. 왕재고가 親隣法을 적용받기 위해서는 앞서 살펴본 내용과 같이 친족이면서 이웃해야 하는 즉, 親, 隣 양 조항을 모두 갖추어야 한다. 그리고 인접관계를 결정짓는데 있어서도 그 사이에 다른 집의 전지나 옛 부터의 도랑, 하천 및 여러 사람이 왕래하는 길이 없어야 된다. 이 모든 조건을 갖추었다고 하더라도 왕재고가 親隣法에 따라 토지를 회수하려면, 자신에게 先買여부를 묻지 않고 계약한지 3년 이내에 소송을 하여야만 한다. 왕재고가 親, 隣 양 조항을 모두 갖추고 3년 이내에 소송을 하면 토지는 회수 할 수 있지만, 3년이 지나서 親隣法에 따라 토지를 회수하려고 하면 官은 소송을 受理하지 않는다.

親隣法の 변화는 親, 隣을 구분하는 것에서 親隣을 동시에 갖추어야 하는 것으로 그 대상이 축소되었고, 또한 親隣法과 관련된 소송은 3년 이내에 제기해야지 3년이 넘으면 官에서 소송을 수리하지 않는 親隣法 관련 出訴기간도 정해지게 되었다. 그리고 앞서서도 살펴보았듯이 『宋刑統』의 규정에서는 보이지 않지만 『清明集』에는 墓田이 100보 이내에 있는 경우에도 先買權을 가지는 사례가 나타나고 있다. 墓田과 관련된 내용을 하나 더 살펴보면,

한 건 서류를 자세히 펼쳐 읽으니, 知縣의 判斷, 推官의 판단은, 법 의도로는 옳은 것으로 보이지만 사실은 그렇지 않다. 推官이 인용한 법률조문에는 “무릇 전토, 가옥을 전매할 때, 四隣四至에 同宗의 總麻이상의 친족이 있거나, 또 墓田이 100보 이내에 있는 것은 문서에 따라 물어 본다”라고 되어있다. 李細五가 黎友寧이 구입한 李二姑의 陸地는 묘지 옆에 있기 때문에(자신이 되돌려 사야 한다고 주장하는 것은), 이세오가 回贖해야 하는 것이 실로 옳바르다. 그러나 법령에서는 “전토·가옥을 典賣하고 만 3년이 지나서,

73) 『清明集』 卷9 戶婚門, 「有親有隣在三年內者方可執贖」, 「埂頭之田, 既是王子通典業, 聽其收贖, 固合法也. 至若南木山陸地, 却是王才庫受分之業. 准令 …(中略)… 諸典賣田宅, 四隣所至有本宗總麻以上親者, 以帳取問, 有別戶田隔間者, 并其間隔古來溝河及衆戶往來道路之類者, 不爲隣. 又令… 諸典賣田宅滿三年, 而訴以應問隣而不問者, 不得受理. 王才庫所受分陸地, 使其果與王子通同關, 亦必順與之有隣, 而無其他間隔, 及在三年之內, 始可引用親隣之法. 如是有親而無隣, 及有親有隣而在三年之外, 皆不可以執贖. 今但以同關, 便欲聽其執贖, 在法却無此說, 合索干照參對施行.”

隣人(인접인)에게 문의해야 하는데도 묻지 않은 경우에는 (이 소송을) 受理할 수 없다"라 되어있다. 여우녕이 산 것은 嘉熙 2년(1238) 봄의 일이고, 이세오가 소송을 제기한 것은 淳祐 2년(1242) 가을의 일이므로 약 5년의 간격이 있다. 비록 隣人(인접인)의 권리가 있다고 하지만, 소송을 수리해야 할 기한이 지났다. 그런데도 知縣이 인용한 법률 조문은 “공동의 소유[衆分]로 되어 있는 전토·가옥을 典賣하고, 마음대로 사용해 버렸을 때는 분할 법[分法]에 따라 반환시키고, 원래 典賣한 금액을 돌려주어야 한다. 만일 典賣한지 10년이 지났다면 (전매한 금액을) 돌려주지 않아도 되고, 그 가격만 배상하게 한다. 10년이 지나 전매한 자가 죽거나 혹은 이미 20년이 경과했다면 모두 논의의 대상이 되지 않는다. 만일 墓田이라면 기한이 지났더라도 承分의 권리를 가진 자가 理認(회수)하는 것을 허락하고, 대금과 부동산[業]은 각각 주인에게 반환시킨다. 전매인이 이미 죽었다면 대금은 반환시키지 않는다”라고 되어 있어, 이 법률 조문에 따라 이세오에게 기한이 지났는데도 回贖하는 것을 허락했지만, 이러한 판결은 올바르지 않다.<sup>74)</sup>

라고 되어있듯이, 墓田이 100보 이내에 있으면 親隣에게 先買여부를 묻는 것과 같이 先買할 수 있었다. 여우녕이 이이고로부터 구입한 토지는 이세오 집안의 묘지가 옆에 있기 때문에 이세오 자신이 되돌려 사야 한다고 주장하는데 그 사실 자체만으로는 이세오가 회수하는 것이 타당하다. 그러나 여우녕이 이이고와 토지를 거래한 시점은 嘉熙 2년(1238) 봄이고, 이세오가 그 토지에 대한 소송을 제기한 것은 淳祐 2년(1242) 가을이므로 약 5년의 시간이 경과했다. 따라서 앞서 살펴본 親隣法 관련 出訴기간에 의해 이 소송은 수리할 수 없다. 그러나 知縣은 “만일 墓田이라면 기한이 지났더라도 承分의 권리를 가진 자가 회

74) 『清明集』 卷9 戶婚門, 「禁步內如非己業只不得再安墳墓起造壘種聽從其便」, “詳閱案卷, 知縣所斷, 推官所斷, 於法意皆似是而非. 推官所引之法曰 …(中略)… 諸典賣田宅, 四隣所至有本宗總麻以上親, 其墓田相去百步內者, 以帳取問. 李細五於黎友寧所買李二姑陸地, 係是墓隣, 合聽李細五執贖, 其說固是矣. 然在法 …(中略)… 典賣田宅滿三年, 而訴以應問隣而不問者, 不得受理. 黎友寧買, 係在嘉熙二年之春, 李細五入詞, 係在淳祐二年之秋, 相去凡隔五年, 雖曰有隣, 已不在受理之限. 而知縣所引之法則又曰 …(中略)… 典賣衆分田宅私輒費用者, 準分法追還, 令元典賣人還價, 卽典賣滿十年者免追, 止償其價, 過十年, 典賣人死, 或已二十年, 各不在論理之限. 若墓田, 雖在限外, 聽有分人理認, 錢·業各還主, 典賣人已死, 價錢不追. 遂判令李細五於限外執贖, 其說尤爲藹莽.”

수 하는 것을 허락한다”는 법률 조문을 인용하여, 이세오 집안의 墓가 옆에 있으므로 그 토지를 회수하는 것을 인정하고 있다. 여기에서 墓田과 관련된 규정은 親隣法의 出訴기간과는 상관이 없는 것임을 알 수 있다.

先買權을 규정하고 있는 親隣法이 親과 隣을 그 대상으로 하다가, 이후에 親隣 양 조항을 모두 갖추어야 하는 것으로 변화되었으며, 그리고 墓田이 100보 이내에 있는 경우에도 선매권을 가지는 조항이 포함되게 되었다. 그런데 親隣과 관련된 소송은 그 出訴기간이 3년으로 정해져 있지만, 墓田이 이웃하는 조항은 따로 出訴기간이 정해져 있지 않은 것으로 보아 상대적으로 親隣의 권리는 더욱 축소된 것으로 파악할 수 있다. 일반적인 소송의 出訴기간도 10년 혹은 20년으로 정해져 있었던 것에 비하면 훨씬 기간이 짧은 것이다. 이것은 親隣法을 위반하여 거래한 것에 대해, 거래 당사자의 위법성을 따지는 것이라기보다 親隣이 권리를 지키지 못한 것에 책임을 두는 것으로 파악할 수 있다. 親隣法의 한 부분으로 墓田관계 조항이 추가된 것은 親隣法의 제한이라기보다는 오히려 확대라고 해석할 수도 있다. 그러나 『清明集』에는 親隣法과는 직접적으로 상관이 없는 墳墓와 관련된 소송내용이 다수 보이고 있으며,<sup>75)</sup> 따라서 墓田에 관계된 조항이 추가된 것은 중국사회에서 본래 인간의 死後世界를 중시하는 관습의 한 모습으로 파악해야지 親隣法의 제한문제에서 그것을 이해해서는 안 될 것이다.

이와 같이 親隣法은 변화를 거듭하면서 점차 그 권리가 제한되어 갔는데, 여기에서 親隣과 質取主·典主와의 先買權 우선 여부를 살펴보면, 賣主의 親隣뿐만 아니라 質取主도 먼저 賣地를 살 권리 즉, 선매권을 가지고 있었는데, 그 중에서 친족의 권리는 質取主·典主보다 우선되고, 또 質取主·典主의 권리는 地隣보다 우선되는 것이 일반 예였다.<sup>76)</sup> 그것은 親隣法의 대상이 親과 隣으로 각각 분리 되어 있을 때의 권리 관계를 설명하는 것이다. 그러나 親隣

75) 『清明集』 卷9 戶婚門의 「爭山及墳禁」, 「主佃爭墓地」, 「趙知縣判」, 「盜葬」, 「一視同仁」, 「訴掘墓」가 그것이다. 『清明集』에 등장하는 墳墓를 둘러싼 소송에 대한 연구로는 鄭銘德, 「『名公書判清明集』中所見墓地相關問題」(『宋代社會與法律』, 東大圖書股份有限公司, 2001)가 있다.

76) 仁井田陞, 『中國法制史研究(土地法·取引法)』(東京大學出版會, 1960), 343~344쪽 참조.

法이 점차 변화되어 가면서 그에 따른 권리 관계 즉, 典主와 親隣과의 先買權 우선 여부도 변화되어서 典主의 선매권이 親隣의 선매권보다 앞서게 되는 것으로 변화되었다.<sup>77)</sup>

宋代에 親隣의 선매권은 법률적으로 보호받고 있었지만, 대상이 축소되었으며 3년 이내에 소송을 제기하여야 하는 등 점점 그 권리가 제한되어 나가고 있었다. 부동산 거래에 있어서 親隣法에 의한 優先權의 부여는 경제적 이익과 모순되는 것이었으므로, 宋代에 그 제한을 입법하기에 이르렀으며, 따라서 原業主의 물권적 지위는 한층 더 提高되었다고 볼 수 있다.

#### IV. 맺음말

이상에서 宋代의 부동산 거래의 종류와 특징, 그리고 그것에 따른 과정과 절차에 대해 살펴보고, 부동산 거래에 있어서 적용되는 특수한 법 조문 가운데 先買權을 적용받는 親, 隣의 권한을 규정한 親隣法의 내용과 변화 모습을 검토해 보았다. 비록 『清明集』을 중심으로 살펴본 것으로서 宋代의 전반적인 부동산 거래에 대해 폭넓게 검토해 보지 못한 한계점은 있지만, 1차 사료가 극히 부족한 南宋시대 연구에 있어서 『清明集』은 매우 중요하고 구체성이 풍부한 정보를 제공하는 사료로써 戶婚門의 절반에 가까운 내용이 부동산 거래와 관련된 내용으로, 당시의 부동산 거래의 실상을 다소 구체적으로 살펴볼 수 있었다는 점에서 위안을 삼을 수 있겠다. 그러면 지금까지 논의했던 바를 정리함으로써 맺음말을 대신하고자 한다.

宋代에는 상업이 고도로 발전했으며 상품 거래 관계도 상당히 발달했는데, 不動産도 중요한 상품교환 대상의 하나로서 거래가 성행하고 있었다. 부동산 거래의 종류는 권리의 이전 관계에 따라 典, 抵當, 典賣, 絶賣(賣)로 구분할 수 있으며 典과 典賣는 경제적 작용은 거의 동일한 것으로 실생활에서 분석적으

77) 郭東旭, 앞의 책, 307쪽 참조.

로 의식되지는 않는다. 부동산 거래에 따라 이전되는 권리는 占有權과 所有權으로 구분할 수 있는데, 典과 賣의 거래 형태에서 그 차이를 분명하게 비교할 수 있다. 典과 賣는 계약서에 官印을 받고, 세금을 납부하여 조세부담자를 변경하고, 최종적으로 부동산에 대한 離業이 이루어진다는 점에서는 공통점을 가지고 있다. 하지만 典은 거래에 따라 占有權은 이전되지만 계약기한 만료 후에는 부동산을 환수할 수 있는 回贖權을 가지고 있는 것으로 所有權은 이전되지 않지만, 賣는 占有權과 所有權이 완전하게 이전되는 거래 형태라는 점에서 그 차이가 있다.

不動產 거래에는 각종 위법적인 행위가 이루어지고 있었는데, 그 가운데 二重거래의 경우에는 먼저 계약한 측이 부동산을 취득하게 되고, 뒤늦게 이루어진 계약은 위법으로 거래한 것으로 처리되었다. 그런데 정식의 거래임에도 불구하고 거래행위 자체가 무효로 처리되는 사례로서 부동산의 거래에 있어서 타인에 앞서 먼저 거래할 수 있는 先買權에 대한 규정이 있었다. 先買權을 가지고 있는 자에게 먼저 거래 의사를 묻지 않고 계약이 이루어졌을 경우 先買權을 가진 자 즉, 親隣에 해당하는 자가 그 부동산을 회수할 수 있었다. 그 거래가 典이 아니라 賣한 경우에도 해당되는 것으로, 이것은 回贖할 수 있으면 典이고, 回贖할 수 없이 완전히 팔아넘긴 것은 賣라는 부동산 거래 종류의 성질에 위반되는 것으로 특수한 규정이 존재하고 있었다.

親隣에 대해 不動產의 先買權을 부여하고 그에 따른 권리 관계에 대해 규정하고 있는 親隣法을 둘러싼 분쟁이 『清明集』에 다수 나타나고 있다. 그것을 통해 親隣法의 내용을 살펴보면, 우선 親에 대한 규정으로 親은 本宗의 總麻 이상의 친족인 고조부를 같이 하는 친족으로 한정하고 있다. 그리고 같은 親에 해당하는 자 사이의 분쟁에서는 先親後疎의 원칙에 의해 그 우선순위가 결정되었다. 다음으로 隣에 대한 규정으로는, 隣은 居住地가 아닌 典賣地의 이웃을 말하는 것으로, 隣 내부적으로도 방위에 따라 東·南이 西·北보다 우선적인 권리를 가지고 있는 것으로 정해져 있었다. 또한 隣이 성립하기 위해서는 典賣地와 자신의 토지가 타인의 토지에 의해 단절되거나, 강이나 도랑 및 사람들이 다니는 도로가 그 사이에 가로 놓여 있지 않아야 되었다. 『清明集』에서 살펴본

親隣法은 親과 隣을 구별하여 적용하는 것이 아니라, 親·隣 두 조건을 모두 갖추어야 하는 것이었다. 이러한 親隣法은 典賣地의 隣地者와 새로운 典賣者 사이의 利害關係를 고려한 것으로, 부동산 거래로 인해 발생할 수 있는 각종 분쟁의 요인을 없애고자 하는 취지에서 성립되고 있는 것이다.

親隣法은 宋代에 처음으로 보이고 있는 것이 아니라 『唐會要』 및 唐代 이전 시대에서도 확인되고 있는데, 宋代에 한정하여 그 내용이 어떻게 변화되었는지를 살펴보면, 『宋刑統』에서는 親과 隣을 구분하여 親이 隣보다 우선하는 것으로 규정하고 있는데, 『清明集』을 통해 볼 때는 親, 隣을 함께 적용하는 것으로 차이가 나타나고 있다. 親과 隣을 구분하여 적용하던 것이 親, 隣 양 조항을 모두 갖추어야 하는 것으로 변화한 것은 親隣法 적용 대상의 제한이라 할 수 있다. 또한 親隣法 관련 소송의 出訴기간은 3년으로, 일반적인 부동산 소송의 出訴기간이 10년 혹은 20년이라는 점과 비교할 때 그 出訴기간이 상대적으로 짧게 정해져 있다. 그리고 『宋刑統』의 親隣法 규정에서는 보이고 있지 않은 墓田과 관련된 경우에도 先買權을 부여하고 있는 등 그 권리에 상당한 제한이 가해지고 있다.

宋代는 상업이 고도로 발전하는 등 사회경제적으로 괄목할 만한 변화와 발전을 이룩하였다. 부동산 거래에 있어서 특정 대상에게 先買權을 부여하는 특수한 법 조문으로 적용되고 있는 親隣法의 내용과 그 변화를 살펴볼 때, 親隣에 대한 先買權은 계속해서 법률적으로 보호를 받고 있었지만 그 권리는 제한되어 나가고 있었다. 사회경제적으로 발달한 당시에 있어 親隣法과 같은 특수한 규정은 경제적 이익과 모순되는 것이었으므로 그것에 제한을 가하는 입법이 이루어지게 되었던 것이다.

## ■ 참고문헌

### 1. 사료

『名公書判清明集』, 中華書局.

『宋刑統』, 中國書店.

『宋會要輯稿』.

『唐會要』.

### 2. 저서

姜台星, 『物權法』, 大明出版社, 2000.

高橋芳郎, 『宋代中國の法制と社會』, 汲古書院, 2002.

高爽林, 『宋代社會經濟史研究』, 螢雪出版社, 1991.

郭東旭, 『宋朝法律史論』, 河北大學出版社, 2001.

\_\_\_\_\_, 『宋代法制研究』, 河北大學出版社, 2000.

郭成偉 主編, 『中國法制史』, 中國法制出版社, 2003.

金榮濟, 『唐宋財政史』, 신서원, 1995.

寧可 主編, 『中國經濟發展史』, 中國經濟出版社, 1999.

島居一康, 『宋代稅政史研究』, 汲古叢書, 1993.

島田正郎 著, 任大熙 외 옮김, 『아시아법사』, 서경문화사, 2000.

東京大學東洋文化研究所 編, 『土地所有の史的研究』, 東京大學出版會, 1957.

東洋史學會 編, 『概觀 東洋史』, 지식산업사, 1997.

鄧廣銘·程應鏐 主編, 『宋史研究論文集』, 上海古籍出版社, 1982.

柳田節子, 『宋元社會經濟史研究』, 創文社, 1995.

梅原郁, 『名公書判清明集譯注』, 同朋舍, 1986.

서울大學校東洋史學研究室 編, 『講座 中國史』Ⅲ, 지식산업사, 1992.

薛梅卿·越曉耕 主編, 『兩宋法律通論』, 法律出版社, 2002.

宋代官箴研讀會 編, 『宋代社會與法律—〈名公書判清明集〉討論』, 東大圖書股份有限公司, 1998.

- 越曉耕, 『宋代官商及其法律調整』, 中國人民大學出版社, 2001.
- 仁井田陞, 『中國法制史研究(土地法·取引法)』, 東京大學出版會, 1960.
- \_\_\_\_\_, 『中國法制史研究(法と慣習, 法と道德)』, 東京大學出版會, 1964.
- \_\_\_\_\_, 『唐宋法律文書の研究』, 東京大學出版會, 1983.
- 滋賀秀三, 『中國家族法の原理』, 創文社, 1981.
- 張晉藩 編, 『中國法制通史』第五卷 宋, 法律出版社, 1999.
- 周藤吉之, 『宋代經濟史研究』, 東京大學出版會, 1971.
- 周藤吉之·中嶋敏, 『中國の歴史』5 五代·宋, 講談社, 1974.
- 清明集研究會, 『<名公書判清明集>人品門 譯注稿(上)』, 2000.
- 草野靖, 『中國近世の寄生地主制: 田面慣行』, 汲古書院, 1989.
- 布目潮瀨 外 著, 임대희 譯, 『중국의 역사—수당오대』, 도서출판 혜안, 2001.
- 叶孝信·郭建 主編, 『中國法律史研究』, 學林出版社, 2003.

### 3. 논문

- 高橋芳郎 著, 任大熙 譯, 「名公書判清明集」, 『法史學研究』27, 韓國法史學會, 2003.
- 高橋芳郎, 「宋代官田의 ‘立價交佃’ と ‘一田兩主制’」, 『東北大學 東洋史論集』4, 1990.
- \_\_\_\_\_, 「<名公書判清明集> 卷6 戶婚門 譯註稿 (1)」, 『北海道大學文學部紀要』48-2, 1998.
- \_\_\_\_\_, 「<名公書判清明集> 卷6 戶婚門 譯註稿 (2)」, 『北海道大學文學部紀要』48-3, 1999.
- \_\_\_\_\_, 「<名公書判清明集> 卷7 戶婚門 譯註稿」, 『北海道大學文學部紀要』103, 2001.
- 郭建, 「中國封建土地買賣合同制度考析」, 『中國法律史研究』, 學林出版社, 2003.
- 朴玖澈, 「清明集 戶婚門에서 본 業訴訟—抵當 訴訟을 중심으로—」, 『大丘史學』73, 2003.
- \_\_\_\_\_, 「清明集 戶婚門에서 본 業訴訟—典 訴訟을 중심으로—」, 『啓明史學』14, 2003.

- 梁太濟,「兩宋的土地買賣」,『宋史研究論文集』,上海古籍出版社,1982.
- 李瑾明,「宋元時代の商業と商人組織」,『東洋史學會 冬季學術討論集』,東洋史學會,2004.
- 李如鈞,「從『名公書判清明集』看宋代田宅典賣中的‘典’」,『宋代社會與法律』,東大圖書股份有限公司,2001.
- 鄭銘德,「『名公書判清明集』中所見墓地相關問題」,『宋代社會與法律』,東大圖書股份有限公司,2001.
- 佐立治人,「『清明集』の“法意”と“人情”」,『中國近世の法制と社會』,京都大學人文科學研究所,1993.
- 周藤吉之,「南宋の田骨・屋骨・園骨一特に改典就賣との關係について」,『唐宋社會經濟史研究』,東京大學出版會,1995.
- 草野靖,「南宋文獻に見える田骨・田根・田租・田底」,『熊本大法文論叢』28,1971.

# Real estate transaction and Law of the Qin-lin(親隣法) in Sung China as Appearing in 『Ming-kung shu-p'an ch'ing-ming chi』

Lee, Jong-Chan\*

At the age of Sung China, relation of the commodities trade as well as trade had highly developed. In addition, real estate was prevailing as the one of the most important objects of the commodities transaction. The purpose of this paper is to find out real state of real estate transaction and complicated text of the law applied to transaction procedure in Sung China through analysing many of disputes about real estate transaction at based of precedents in the 『Ming-kung shu-p'an ch'ing-ming chi(名公書判清明集)』.

The rights transferred according to real estate transaction could be divided into intrinsic right and the property right. The distinctive difference between two rights is the way of the transaction of the farm and the sale. In that their contract, the farm(典) and the sale(賣) have a common point in a way affixed with an official seal and a payer of taxes could be changed through paying taxes. In case of the former, while intrinsic right could be transferred according to the transaction, it had the right to withdraw the real estate after the expiration of the contract.

There were many illegalities at the real estate transactions. One of them, the double transaction, in that case, the one who made a contract first with standard of the point of the time to transact could get real estate. Even though transaction was lawful, the act of trade itself was dealt with as invalid. It means prior sale right(先買權) that provide

---

\* Graduate School of Education, Kyungpook National University Daegu, Korea.

the right to make a business reality before others was stipulated at that time.

The text of the law stating relation of rights related to prior sale right(先買權) was called Law of the Qin-lin(親隣法). In the contents of it, particular objects comforted to Qin(親) and Lin(隣) were stated. Moreover, the priority order was set internally. In the 『Ming-kung shu-p'an ch'ing-ming chi』, when Law of the Qin-lin(親隣法) were applied, they weren't distinguished into Qin(親) and Lin(隣). They might have both conditions of them. This law was established with intention to get rid of the causes of various strifes which could be occurred on real estate transaction.

Law of the Qin-lin(親隣法) appeared first not in the Sung China, but the prior period to the Tang. As for the change of the law in the Sung China, through the fact that the 『Sung Xing-tong(宋刑統)』 had distinguished Qin(親) and Lin(隣) and had been stipulated that Qin(親) had had priority over Lin(隣), we can find that there are differences with 『Ming-kung shu-p'an ch'ing-ming chi』. The one is in which Qin(親) and Lin(隣) were applied together. This change shows restriction to the objections applied by the law. The other, the term to bring a suit was relatively shorter than others. The third, the provision related to the Mu-tian(墓田) was added in the 『Ming-kung shu-p'an ch'ing-ming chi』. It means rights included real estate transaction were considerably limited in Sung China.

At the age of Sung China, the country made remarkable developments and changes including growth of commerce. As for the real estate transaction, in the light of the fact that contents and changes of Law of the Qin-lin(親隣法) was applied as the provisions of the special law which provided prior sale right(先買權) to particular objects, while prior sale right(先買權) about Qin-lin(親隣) was protected by the law, its rights was restricted. In developed country socioeconomically, the special provisions like Law of the Qin-lin(親隣法) was contradictory to economic profits, therefore restriction to the law was established.

**[Key Words]** Sung Dynasty, 『Ming-kung shu-p'an ch'ing-ming chi』, real estate transaction, prior sale right, Law of the Qin-lin.