

# 대한제국기 민사판결에서 법문 인용의 맥락\*

문준영\*\*

## 목 차

- I. 서론
- II. 판결문에 인용된 법문의 출처와 종류
  - 1. 법문 인용의 빈도 및 법문의 출처
  - 2. 법리 또는 해석론을 법문으로 표현한 사례
- III. 법문 인용의 맥락과 법문의 역할
  - 1. 법문 인용 사례군의 특징
  - 2. 불명확한 법문과 理 인식의 중첩: 채무자의 가족에 대한 이징 사례
  - 3. 법문의 적용과 부적용 사이: 위토의 도매 사례
- IV. 맺음말

### [국문 요약]

이 글은 대한제국기 민사판결문(1895~1907) 중 法文이 인용된 판결들을 추출하여 법문 인용 방식과 빈도, 판결문의 논변 내에서 법문의 규범적 역할을 살펴보았다. 전체 판결문 수량의 약 2%에 해당하는 80여 개의 판결문에서 사안해결기준으로서 어느 정도 구체적인 내용을 가지는 法文이 언급되고 있다. 해당 법문들은 대전회통, 대명률, 갑오개혁 이후의 법령 중에서 민사적 사안에 적용될 수 있는 성질을 가진 것들이다. 이들 법문이 오늘날과 같은 의미에서 인용, 해석, 적용된 것은 아니었다. 동종 사안에서 동일한 법령이 매번 인용되지 않으며, 법문의 출처와 내용이 정확히 인용되기보다는 막연히 法律, 法典, 典章, 定章, 法例, 法, 法文, 律 등으로 지칭되고 구체적인 법조문이 아니라 법원칙 또는 法理를 뜻하는 경우도 있다. 대상판결례들은 관련 사건의 해결을 위해 법문을 인용할만한 소질을 갖고 있었다. 첫 번째 유형은, 기한, 절차에 관한 규정과 같이 법문이 사안의 형식적 처리 기준을 제공하고 따라서 사안 해결에 결정적 의미를 가지고 있는 경우이다. 매매한, 유실물처리, 개간지의 귀속, 전당물의 처리절차, 출소기한 등에 관한 규정, 이자율에 관한 규정 그 예이다. 그러나 이 경우에도 반드시 법문이 인용되지 않으며 무시되기도 한다. 두 번째 유형은, 당사

\* 이 논문은 부산대학교 기본연구지원사업(2년)에 의하여 연구되었음.

\*\* 부산대학교 법학전문대학원 교수

자의 유책한 행태나 원억 주장을 비난, 배척하기 위해 다른 평가요소들과 함께 법문이 언급되는 경우이다. 이들 사안은 동종사안 중에서 법문이 인용된 특별한 사례에 속한다. 인용된 법문의 출처와 정확성, 계쟁사건의 사실관계와의 부합성 등이 의문스러운 경우가 있으며, 법문의 내용도 사안 해결의 방향을 가리키는 정도이다. 인용된 법문은 하나의 유력한 참조기준이기는 하지만 독립적이며 배타적인 판단근거로서가 아니라 여러 사정들과 더불어 전체적인 시비 논변을 구성하는 일 요소로서 기능하고 있다. 이와 같은 모습은 전통법시대의 민사의 法源 및 민사재판의 성격에 관한 종래의 논의에서 예상되는 것을 벗어나지 않는다.

[주제어] 구한말판결문, 대한제국, 법근대화, 민사재판, 소송, 전통법, 법문화

## I. 서론

조선시대의 詞訟에서는 理가 일차적 法源이었다고 말해진다. “비국가법적 평면인 사법적 영역에서는 통일적 이상적인 법규가 없었으므로” 재산관계나 거래관계에 관해서는 “天理, 道理, 事理, 人心, 情理, 經緯, 涇渭” 등으로도 표현되는 理가 행위규준이자 재판규준이었다는 것이다.<sup>1)</sup> 그렇다고 하여 민간의 경제생활이 전반적으로 국가법 외부에 있지는 않았다. 당시의 민사적 분쟁의 종류와 질을 고려하면 국가법과의 접촉면이 결코 좁지 않다. 大明律 戶律編의 戶婚, 錢債, 田宅, 市廛 등의 규정들에는, 혼인, 상속, 금전채무불이행, 이자율, 폭리행위, 매매, 전당, 소유권과 용익권 침해, 매장물·유실물의 처리, 공정가격 위반, 거래교섭에의 부당한 개입, 하자있는 물품제작 등 가족 질서와 시장질서를 교란하는 가벌행위 유형이 열거되고 있다. 大典會通에도 별도의 특별규정이나 세부기준이 마련되어 있다. 형사사건에서와 같은 照律 의무는 없었을지라도 소송 담당관헌이 국가법을 참고·의식하며 사안을 처리하였을 것임은 분명하다. 조선후기 목민서는 지방관이 民訴를 잘 처리하기 위해 대명률과 국전을 늘 곁에 두라고 권고하였으며,<sup>2)</sup> 각종 소송법서들에는

1) 박병호, 『韓國法制史』(민속원, 2012), 115, 116면. 비슷한 취지로, 任相燮, 『朝鮮前期 民事訴訟과 訴訟理論의 展開』(서울대 법학박사학위논문, 2000), 35면.

2) 심희기, 「조선시대 지배층의 재판규범과 관습-홍흥신서와 목민심서를 소재로 한 검증-」, 『법조』 제665호(2011), 19-21면.

사송 관계 법문들이 수록되어 있다. 또한 민사법 영역에서 理가 일차적인 기준이라고 할지라도 유교적 관념에 따르면 제정법 자체가 理와 절연된 것이 아니라 理를 정형화·성문화한 것이라고 말해진다.<sup>3)</sup> 조선후기의 民狀置簿冊 내지 詞訟錄에 기록된 수령의 題辭에 제정법규가 언급되는 예는 극히 드물다고 해도 사건의 내용은 대부분 국가법에 저촉하는 것들이다. 수령은 어떤 것은 정식 형사사건으로 취급할 수도 있고 자신의 손에게 직단 가능한 것은 굳이 형벌을 가하지 않고 처리하고 있었다.<sup>4)</sup>

만일 율문에 저촉하는 사안에서 사송관헌이 비록 율문을 인용하지 않더라도 율문의 취지에 합치하는 결정을 내리고 있었다면, 이는 ‘법에 따라 재판’(adjudication according to the law)한 것으로 볼 수 있지 않을까? 근래 미국의 중국법사 연구자들이 제기한 질문이다. 그 대표자인 필립 황(Philip C. C. Huang, 黃宗智)은, 청대중국의 청송이 ‘情·理에 따른 調停’이라고 성격규정한 시가 슈조(滋賀秀三)의 견해<sup>5)</sup>에 의문을 제기하고, 대륙중국의 바오디[寶坻], 바시엔[巴縣] 지방, 대만의 단신[淡新] 지방의 관아기록인 檔案에 수록된 재판기록을 분석하여 “청대의 지방관들은 일상적 업무로서 법에 따라 사건을 재판하고 있었다”고 주장하였다.<sup>6)</sup> 세밀한 사례분석을 시도한

3) 金池洙, 『傳統 中國法の 情神—情·理·法の 中庸調和—』(전남대학교출판부, 2007), 555-559면. 다만 “민사법 영역에서는 지극히 일부분의 중요한 情理만이 실정화되고, 대부분은 수면 아래 잠겨 있는 빙산의 몸통처럼 自然의 원시순수성을 간직하고 있다. 이는 민사재판의 성격과도 관련되는 문제인데, 민사재판의 절대 대부분은 증거채택이나 사실관계의 인식확정 등과 같은 是非·有無의 존재 차원의 사항으로서, 이는 입법화될 것이라기보다는 순수한 情理의 경험법칙에 의해 규율될 성격의 것이다. 이들에 대한 분별판단은 거의 전적으로 재판관의 학식·경험·지혜·통찰력·양심·인격 등 다분히 주관적 자질에 의해 좌우될 것이 분명하다.”(같은 책, 557-558면)

4) 예를 들어 1891년 1월~4월까지 충청도 진천군수가 처리한 사송의 제사(題辭) 중에는 ‘징치해야 하나 잠시 용서한다, ‘징벌에 이르지 않도록 ...을 하라’는 표현이 자주 나온다. 최윤오 옮김, 『재판으로 만나본 조선의 백성, 충청도 진천』(사송록)』(혜안, 2013)에 실린 43, 69, 92, 114, 120, 121, 148, 154, 189, 194, 204, 207, 226, 229, 232, 253, 257, 308, 314, 341번 사건들.

5) 滋賀秀三, 『清代中國の法と裁判』(創文社, 2002), 263-304면; 『続・清代中國の法と裁判』(創文社, 2009), 103-105면. 시가 슈조(滋賀秀三)의 논거는, 청대 지방관의 청송에는 ‘재판’에서 가장 본질적인 개념인 ‘판결’, 즉 “선고에 의해 무조건으로 당사자를 구속하고 또 더 이상 철회도 변경도 할 수 없는 최종판단으로서 이를 선고한 재판기관 자신도 구속하는 판결” 개념을 결여하고 있는 점, 법규칙·선례·관습이 인용되는 경우는 없고 情·理에 따라 결정한다고 하지만 그 情·理라는 것도 실정규범으로 선재하는 것이 아니라 중국인의 내면에 있는 비정형적인 정의·형평 감각이 본원적 지침이 되어 재판관과 양당사자 사이의 일종의 밀고 당기는 문답을 통해 그 낙착점이 결정된다는 점, 사안의 결착을 위해 궁극적으로 당사자의 수락을 필요로 한다는 점 등이다.

량 린샤(Liang Linxia, 梁臨霞)는 청대의 청송에서는 “법이 열쇠였고 대부분의 결정에서 거의 유일한 원천”이었을 뿐 아니라 “情·理를 참작하는 이른바 准情酌理가 행해진 단안들도 律意에 따르고 있었고, 준정작리가 행해진 사례에서도 情은 사정(facts)을, 理는 법-광의의 법(law)-을 표현하였다”고 주장했다.<sup>7)</sup> 이러한 주장은 적어도 재판실무 차원에서 국가법에 내포된 민사관계 규준이 준수되고 있는 현상을 부각시키고 이를 기초로 새로운 문제를 제기하고 있는 점에서 경청할 만하다. 다만 그러한 결론이 청대중국의 법과 청송의 세계의 전체상을 올바르게 파악한 것인지에 대해서는 여전히 논쟁 중이다.<sup>8)</sup> 이 논쟁은 ‘민사법’, ‘권리’, ‘계약’, ‘관습법’, ‘재판’ 등의 개념을 전통중국법의 세계에 적용할 수 있는지를 비롯하여 민사관계 法源, 민사질서 및 민사재판의 성격에 대한 이해방식에서 근본적인 차이를 표현하고 있다.<sup>9)</sup>

6) Philip C. C. Huang, *Civil Justice in China: Representation and Practice in the Qing*(Stanford University Press, 1996).

7) Linxia Liang, *Delivering Justice in Qing China: Civil Trials in the Magistrate's Court*(Oxford Univ. Press, 2014), pp.248-249.

8) 시가 슈조와 필립 황의 논쟁이 개요는 홍성화, 「청대 민사재판의 성격에 관한 논쟁—필립 황과 滋賀秀三의 연구를 중심으로—」, 『사립』 28호(2007), 175-201면. 한편 데라다 히로아키(寺田浩明)는 시가 슈조의 견해를 비판적으로 계승하면서 시가 슈조와 필립 황의 주장이 가진 한계와 문제점을 지적하고 독자적인 시각에서 청대 청송의 전체상을 해명하려 한다. 寺田浩明, 「清代聽訟に見える「逆説」的現象の理解について—ホアン氏の「表象と実務」論に寄せて—」, 中国社会文化学会 編, 『中国—社会と文化』 第13號(1998), 253-281면; 「權利と冤抑—清代聽訟世界の全体像」, 『法学』 第61卷 第5號(京都大學, 1997), 863-946면.

9) 필립 황과 량 린샤는 공식적 이데올로기 차원에서는 조화, 情理가 강조된다고 해도 재판실무의 차원에서는 민법, 권리, 관습, 계약, 재판 등의 개념을 사용할 수 있는 실체가 확인된다는 본다. Madeleine Zelin, Jonathan K. Ocko, & Robert Gardella, edited by, *Contract and Property in Early Modern China*(Stanford University Press, 2004)도 비슷한 시각에서 민상사의 계약 및 비즈니스 관행을 분석하여 재산권과 계약 개념의 존재를 논증하려고 한다. 특히 본서의 서론에 해당하는 Madeleine Zelin, “A Critique of Rights of Property in Prewar China”, *ibid.*, pp.17-36은 그 구성방식이 개인의 재산권을 중심으로 구성된 서양과는 매우 다르지만 “중국이 재산권이 잘 정의된 사회”라고 하며, 제정법 수준에서는 재산권에 대한 실정법이 희소하였고 민사사안의 판결은 장래의 분쟁을 위한 선례를 제공하지는 않았으나 민간관행 차원에서 계약이 빈번하게 활용되고 일정한 구속력을 가졌다는 점에 주목하고 있다. 같은 논지는, Madeleine Zelin, “Economic Freedom in Late Imperial China”, William C. Kirby, edited by, *Realms of Freedom in Modern China*(Stanford University Press, 2004), pp.72-77. 이에 대해, 프랑스의 중국법사학자 부르공(Jérôme Bourgon)은 중국법문화에서 ‘계약’이나 ‘권리’ 개념을 적용하는 시도에 근본적 의문을 제기한다. 鞏壽(Jérôme Bourgon), 「地毯上的圖案:試論清代法律文化中的「習慣」與「契約」」, 邱澎生/陳熙遠 編, 『明清法律運作中的權力與文化』(中央研究院聯經出版公司, 2009), 242면. 그는 필립 황을 비롯한 중국사연구자들이 인정하듯이 청대의 청송은 개별사안을 개별적으로 취급하며 그와 같

우리 법사학계로 눈을 돌리면 아직 유사한 논쟁이 본격적으로 전개되고 있지는 않은 것 같다. 한편으로는 조선시대의 유교적 법문화의 특징을 설명하는 가운데 중국법문화를 설명하기 위한 이론인 ‘情·理·法’론이 통용되고 형식적 정의와 실질적 정의의 절충이 논해지지만, 다른 한편으로는 조선시대의 사송 및 민사 法源에 관하여 ‘情·理에 따른 조정’의 이미지보다는 더 규칙적인 법과 재판의 이미지가 제시되어 왔다. 예를 들어 조선시대의 사송의 법원으로서 “관사에서 집적된 理” 내지 “理法” 또는 “관습법과 조리”가 거론되는데,<sup>10)</sup> 이 표현들은 ‘情理’라는 비정형적인 성격의 기준보다는 더 정형적, 규칙적인 성격을 띠는 준칙의 이미지를 갖고 있다. 그 가운데 최근 중국과 한국의 전통법 세계에 유럽법 전통에서와 같은 관습법(customary law)이라는 범주가 존재하는가 하는 논의가 시작되고 있고, 시가 슈조의 ‘교유적 조정론’이 한국의 전통사송에 관해서도 적실성이 있는지 타진되고 있다.<sup>11)</sup> 필자

은 개별주의적 결정은 권리와 자유를 ‘분절해내지 않는다고 하며, “청율의 민사법적 부분이 민사 절차와 결합하여 응집성을 갖춘 ‘민법’을 생산하였다고 믿는 것은 오류”이고, “청율의 일부를 민법과 동일시하는 것은 목적론적” 논의라고 하였다. Jérôme Bourgon, “Rights, Freedom, and Customs in the Making of Chinese Civil Law, 1900–1936”, William C. Kirby, edited by, ibid, pp.91–93. 일본의 법사학자인 시가 슈조와 데라다 히로야키 역시 비슷한 견해를 취한다(앞의 각주 5, 8에 소개된 글 참조). 다만 서양적 의미의 민법, 권리, 계약, 재판 개념이 부재하였다고 해서 전통중국사회를 비법적 사회로 보는 오래된 편견을 반복하는 것이 아니다. 오히려 중국적 법문화의 실체를 정확히 이해하지는 취지이며, 데라다 히로야키는 중국적 민사질서와 재판의 존재양태는 시장사회·계약사회의 진전을 가로막은 것이 아니라 그 발전에 기초하면서 청대 중국의 번영을 가능하게 하였다고 설명한다. 寺田浩明, 「近代法秩序と清代民事法秩序—もう一つの近代法史論—」, 石井三記・寺田浩明・西川洋一・水林彪 編, 『近代法の再定立』(創文社, 2001), 102–103면. 시가 슈조와 데라다의 논의에서는 민사질서형성의 주도성이 기본적으로 민간사회에 있으며 관은 수동적으로 민간관행을 추수·용인하는 모습을 가진다. 이와 같은 파악은 청대의 관부와 민간사회의 관계에 대한 실상에 부합하지 않는다고 비판하며, 민사재판에서도 관이 절차를 주도하고 민사분쟁에 관한 실제적인 구체적 준칙을 갖고 있었다고 보는 견해도 있다. 森田成滿, 「清代に於ける民事法秩序の構造再論—特に土地所有權に着眼して—」, 山内進 編, 『混沌のなかの所有』(國際書院, 2000), 67–78면.

10) 박병호, 앞의 책, 116면.

11) Marie Seong-Hak Kim, *Law and Custom in Korea: Comparative Legal History*(Cambridge University Press, 2012), pp.13–40; 심희기, 「조선시대 지배층의 재판규범과 관습—흙흙신서와 목민심서를 소재로 한 검증—」, 『법조』 제665호(2011), 5–36면; 「동아시아 전통사회의 관습법 개념에 대한 비판적 검토—일본식민지 당국에 의한 관습조사를 중심으로—」, 『법사학연구』 제46호(민속원, 2012), 105–246면. 이에 대한 필자의 비평 및 대한제국기 민사판결을 활용한 연구로, 문준영, 「대한제국기 민사재판에서 관습의 규범적 역할」, 『법학논고』 52호(경북대 법학연구원, 2015), 161–194면.

가 보기에는 중국전통법에 대한 논쟁을 한국에 끌고 들어올 때 조심해야 할 점이 있는 것 같다. 시가 슈조의 견해는 청대 청송의 '절차구조'에 대한 그 자신의 이해방식에 기초하고 있는데 과연 그것이 조선시대의 사송에도 그대로 들어맞을지는 의문이다.<sup>12)</sup> 또한 시가 슈조와 필립 황의 견해는 각자 초점을 맞추는 부분이 다르기 때문에 동일평면에서 비교되기가 곤란하다. 전자는 중국의 청송이 그 제도적 편성 및 정·리·법 관념에 비추어 사안의 개별성에 즉한 개별주의적 처리의 성격을 가진다고 본다면, 후자는 개별주의적 처리를 지향하는 담론적 표상에도 불구하고 사송 실무의 차원에서는 규칙적인 결과물이 생산되고 있었다고 본다. 필자가 보기에는 양자 중의 하나를 선택하기보다는 양자를 통합적으로 설명하는 방법을 궁구할 필요가 있다. 이 주제에 대해서는 다른 기회에 논하기로 하고,<sup>13)</sup> 본고에서는 필립 황이 관찰한 현상 즉 '법에 따른 재판'이란 현상은 한국의 전통 사송에서도 '발견'될 수 있음을 인정하면서 그 실질이 어떤 것인지를 살펴보고자 한다.

본고는 전통적 민사재판을 대상으로 삼고 있으나 조선왕조시대의 재판자료를 활용하지는 않는다. 왕조시대의 재판자료라면 決訟立案이 먼저 떠오른다. 그러나 필자가 아직 결송입안 자료를 섭렵하지 못하였을 뿐더러, 결송입안자료는 현존하는 수량 및 사건의 종류·성격을 감안할 때 일상적이고 대량적인 사례 분석을 위한 자료로 활용하기에는 한계가 있다. 본고에서는 대한제국기의 민사판결문(1895년 4월~1908년 7월)을 활용할 것이다. 대한제국기의 민사판결문 자료는 현재 법원도서관 홈페이지에서 '구한말 민사 판결문'이라는 명칭으로 공개되고 있다.<sup>14)</sup> 당시의 민사재판은 제도적으로는 새로워진 점이 있고 1907년 이후에는 드물기는 해도 신식법학 지식과 개념이

12) 이 점에서 필자는 관의 주도성을 강조하는 森田成滿, 앞의 글의 설명이 조선시대에 실상에 더 부합하는 면이 있다고 본다.

13) 이 주제에 관해 필자는 대한제국기의 민사재판에서 관습의 문준영, 앞의 글(주 11), 190면에서, 관습법이라는 개념은 없었다 할지라도, 관습적 규범이 가진 유형성(類型性)과 理가 가지는 범형성(範疇性)이 결합하여 동종 사안에 일정한 규칙성을 가진 판결이 내려질 수 있었으며, 막스 베버의 표현을 빌린다면, 관습적 규범의 실효성(validity)이 법강제장치에 의해 보장되고 있는 '듯한' 세계가 펼쳐지고 있었고 하였다.

14) <http://khd.scourt.go.kr/main/index.jsp>.

구사되는 예도 있으나, 판결문 전량을 통독해 본 바에 따르면 재판에 대한 기본관념 및 법적 논변은 전통 소송의 연장선 위에 있다.<sup>15)</sup> 본고에서는 한성 재판소, 고등재판소, 평리원의 판결에서 추출해낸 재판사례를 분석 대상으로 삼을 것이다. 한성재판소의 판결문은 약 4,500개, 고등재판소와 평리원의 판결문은 약 320개이다. 필자가 조사한 바로는 전체 판결문 중 약 2%에 해당하는 80여 개의 판결문에서 사건 해결을 위한 기준으로 어느 정도 구체적인 내용을 가지는 法文 내지 法이 언급되고 있다.<sup>16)</sup> 기타 소수의 판결문에서 결론적인 가치판단을 제시하는 맥락에서 막연히 법, 法例 등과 같은 표현이 쓰이고 있다.<sup>17)</sup>

본고에서는 법문이 인용된 80여 개의 판결문을 소재로 판결문의 논변 내에서 법문이 인용되는 맥락 및 인용된 법문의 기능을 검토해보고자 한다. 물론 이는 필립 황 등이 말하는 ‘법에 따른 재판론’의 논의 범위에 비추어 국소적인 부분만 다루는 셈이다. 필립 황 등의 취지는, 사안해결을 위해 법문이 늘 인용되고 또한 인용된 법문에 부합하는 판결이 내려졌다는 것이 아니라, 민사관계 제정법규가 희소하며 판결문에서 법문이 인용되지 않은 경우가 다 반사이지만 실제로는 사안들이 국가법 내지 국가법의 취지에 맞게 처리되었다는 것이다. 이 점에 관해서는 대한제국기의 민사판결도 마찬가지다. 절대 다수의 판결문은 법문이 인용하지 않지만, 필립 황의 취지에서의 ‘법에 따른 재판’에 해당될 수 있다. 그 대부분은 대여금, 매매대금, 약정금, 손해금 등의 지급을 구하거나 사기·강탈당한 재산의 반환을 요구하는 단순한 사건들이다. 이들 사안에 대한 판결은 사실관계의 해명이 주를 이루고 그 결론은 관련 율문에 내포된 사건처리방향과 어긋나지 않는다. 그러나 법문이 지시하는 처리방향은 금전채무를 이행하라, 불법하게 취득한 재산을 반환하라, 손해를

15) 일본인 법관들을 임용한 새로운 재판소는 1908년 8월 1일부터 사무를 개시하였다. 이때부터는 모든 면에서 전통법시대와 단절하고 근대일본의 법실무가 그대로 한국에 이식되었다.

16) 참고로 관습적 규범이 인용된 판결문은 약 1%를 차지한다. 문준영, 앞의 글(주 11), 172-173면.

17) ‘법으로써 강제를 책임질 수 없다(法不可強責)’, ‘법에 비추어 당연하다(法所當然)’ 또는 ‘부당하다(於法不當)’라는 표현이나, 사안을 이렇게 처리하는 것이 ‘법례(法例)’라고 하거나, ‘덕의(德義)’에 대비되어 ‘법률’이라는 단어를 쓰는 식이다.

배상하라는 극히 상식적인 정의감각 내지 일반원칙을 표현하고 있는데, 이 경우 법과 理 사이의 경계가 뚜렷하지 않게 된다. 법전으로부터 도출가능한 민사관계 규범의 집합체는, 오늘날의 용어를 빌려 표현한다면, 극소수의 ‘규칙’(rule)적 성격의 규준과 다수의 ‘원칙’(principle)적 성격의 규준으로 구성되어 있다 할 것이다. ‘규칙’으로 보이는 규준도 그 요건과 효과의 구체성이 부족하고 all/nothing 식으로 적용되는 것도 아니며, ‘원칙’적 성격의 규준들도 도덕적 원칙이나 정부정책과 구별되는 확고하고 고유한 법적 원칙으로서의 성격을 가지는 것도 아니다. 사실인정과 규범적 평가에는 실정법체계 내부의 기준뿐 아니라 비실정적 규준이 중첩되고 있었다. 그렇지만 판결문에 법문이 인용된 사례들은 그렇지 않은 사례들과 차별성이 있지 않을까? 무엇이 법으로 언명되었다는 것은 그것이 국법의 일부로서 인식되었음을 뜻하며 따라서 일반적인 도덕원칙이나 일반인의 정의감각과는 구별되는 위상을 획득한다고 볼 수 있기 때문이다. 이 점에서 본고의 다루는 사례들은 그 수는 적더라도 법에 대한 인식 및 법적 논변의 성격을 고찰하는 데 있어 분석적 가치가 있다 할 것이다. 이하에서는 먼저 판결문에 인용된 법문의 출처와 내용을 간략히 정리한 후, 몇 가지 사례를 분석하여 법문 인용의 맥락과 인용된 법문이 판결문의 논변 속에서 어떤 위치와 기능을 하고 있는지 살펴볼 것이다.

## Ⅱ. 판결문에 인용된 법문의 출처와 종류

### 1. 법문 인용의 빈도 및 법문의 출처

#### 1) 인용된 법문의 출처

판결문에서 인용된 법문은 당시의 현행법 중 민사사안에 적용될 수 있는 실체법·절차법 규정들이다. 구법전 중에서는 대전회통 호전 및 형전의 민사관계 규정이 주로 인용되었다. 법원도서관의 ‘구한말민사판결문’ 원문서비스



에서 제공되지는 않지만 대명률을 인용한 판결도 있다.<sup>18)</sup> 신 법령으로는, 『賊盜處斷例』(1896.2.29. 공포·시행, 법률 제2호), 『典當舖規則』(1898.11.2. 공포·시행, 법률 제1호), 『典當舖細則』(1899.11.10. 공포·시행, 농상공부령 제31호), 『利息規例』(1906.9.24. 공포·시행, 법률 제5호), 『刑法大全』(1905.4.29. 공포·시행, 법률 제3호), 『手形條例』(1906.11.13. 공포·시행, 칙령 제71호) 등이 인용되었다. 그밖에 『家契發給規則』(1906.6.22. 공포·시행, 내부령 제2호), 『土地家屋證明規則』(1906.10.26. 공포, 1906.12.1. 시행, 칙령 제65호)이 간접적으로 의식된 판결들도 있다.

법령의 명칭이 정확하게 인용되지는 않았다. 막연히 法律, 法典, 典章, 定章, 法例, 法, 法文, 律 등으로 지칭되기도 하는데, 특정한 조항을 가리킬 때도 있지만 일반적 의미의 법 혹은 법원칙을 뜻하는 경우도 있다. 법전의 명칭을 밝힌 예로는, 대전회통이 4번(그 중 1번은 ‘會典’으로 언급됨), ‘형법대전’이 3번(그중 1번은 ‘刑法大典’이라 함)이다. ‘이식규례’의 경우 정식명칭과 다른 ‘利息條例’라는 명칭으로 13번 언급되고 있다. ‘전당포규칙’이 1회 언급되었는데, 실제 인용된 규정의 출처는 ‘전당포세칙’이다. ‘전당포규칙’은 ‘典規’, ‘典當規’, ‘典當規則’ 등으로 불리고 있다. 그 밖에 ‘수형조례’가 2회, 1906년(광무10년) 7월30일 공포된 궁내부령 제4호(土地開墾에 關한 件)가 1회 정확한 법령명과 함께 언급되었다.

판청의 사무처리기준으로 보이는 것이 언급된 경우도 있다. 예를 들어, 1905년 판결에서 한성재는 “移典<sup>19)</sup>할 때에는 (한성부의) 인허가 없으면 십이례의 이자를 받는 것이 당연하고 근래 한성부의 조회와 법부의 정식이 있다(移典時 卽不認許則 以十二例推去가 當然 中近有漢府之照會와 法部之定이 거늘)”고 했다(한재1905.4.27. 광9-309호).<sup>20)</sup> ‘법부의 정식’은 한성부재판소

18) 독립신문(1896.7.21자)에 실린, 1896년 7월 18일 고등재판소에서 대명률 규정을 인용하여 명예훼손으로 인한 손해배상을 명한 판결.

19) 移典이란 원래의 전당처에서 다른 전당처로 옮기는 것을 뜻하는 관용어이다. 당시에는 전당권의 양도, 전전당, 재전당 등을 구별하는 용어는 없다. 전당권자가 제3자에게 전전당하거나 양도하는 경우, 전당권설정자나 타인의 문권을 빌려서 전당잡힌 借典者가 당초의 전당권자로부터 전당물건을 되찾아서 -전당채무를 완제한 후일 수도 있고 다른 이에게 전당채무를 얻어 변제한다는 약속 아래 돌려받을 수도 있다- 다른 자에게 전당하는 경우 모두 ‘이전’이라 했다.

의 조화에 대해 1905년 1월 법무대신이 평리원에 보낸 지령을 가리키는 것으로 보인다. 해당 지령의 취지는, 한성부의 인허를 받고 家契를 전당한 경우 인허된 전당계약서상의 이자율에 의하고, 인허를 받지 않은 경우 다른 徵債 규정을 따르라는 것이었다.<sup>21)</sup> 그밖에 분묘설치에 관한 “內部新式”(한재1895.5.30.개504-172호), 지방관의 징세사무에 관한 새로운 규칙을 뜻하는 “新式”(한재.1896.2.06.건1-288호) 등의 표현이 구체적인 내용에 대한 언급 없이 판결문에 나온다. 한성재는 한 판결에서 “漢城府에서 貫入人處에 公認 貫立旨를 經 後에야 施行 하는 規則”(한재1902.1.28.광6-52호)<sup>22)</sup>이란 것을 언급했는데, 그 출처는 찾을 수 없으나 한성부의 고시 또는 시책을 표현한 것 같다.

## 2) 인용된 법문의 종류와 내용

인용된 법문은 실제적 규범과 절차적 규범으로 분류해볼 수 있다. 소송절차에 관한 구체적인 법문은 단 6개의 판결에서 나온다. 단, 이는 권석재판의 판결문에서 자주 인용되는 ‘廷吏規則’ 제6조<sup>23)</sup>를 제외한 것이다. 1899년 한성재의 결석판결문에서 소송당사자가 30일간 출석하지 않으면 退訟한다는 대전회통 조문<sup>24)</sup>이 언급된 적이 있다. ‘형법대전’의 절차적 규정도 인용되었

20) ‘한재1905.4.27.광9-309호’는, 한성(부)재판소가 1905년(광무9년) 4월 27일 판결을 선고한 ‘광무9년 제309호’ 사건을 뜻한다. 이하에서 같은 방법으로 판결문은 인용한다. 재판소 표기로서 ‘평리’는 ‘평리원’을, 연호의 표기로서 ‘개’는 ‘개국’, ‘간’은 ‘건양’을 각각 뜻한다. 사건번호가 적혀 있지 않은 경우 ‘□’으로 표시한다.

21) 法部大臣 權重顯 → 平理院裁判長 閔丙漢, 1905.1.10, 지령 제11호, 起案存檔 제2책(청구기호 奎17277의12), 국사편찬위원회 한국사데이터베이스시스템(<http://db.history.go.kr>). 한성부의 조회 취지는, 근래 가계를 전당할 때 한성부의 인허를 받은 것도 있고 인허를 받지 않은 것도 있으며, 재판할 때 십이례로 이자를 받는 것도 있고 개월 수에 따라 계산하는 것도 있어 그 규정이 동일하지 않으니 일정한 기준을 정하여 시행하면 좋겠다는 것이었다.

22) 이 사안은 새로운 세입자가 현 세입자를 상대로 퇴거를 요구한 소송인데, 현 세입자는 白紙貫記 즉 사적으로 작성하여 교부한 전세증서만 갖고 있었다. 한성재는 이 규칙을 언급하며 백지세기는 준수하기 어려우므로 퇴거하라고 명하였다. 적어도 법령상 그러한 내용을 가진 규칙은 없다.

23) 廷吏規則 6. 招來에 被 者가 在家치 아니 時에 是 其家人에게 招帖을 傳 야 知委來待케 되 所往地方과 里數와 事件을 詳錄 當該裁判所에 歸呈 而 左開期限을 被招 家人에게 詳告 되 左期限을 逾越 時에 是 缺席裁判을 直行 由 曉知 可 否.

缺席裁判期限. 原告 又 被告가 來待 通報를 見 後七日 (但 所在地로서 裁判所까지 里數는 每八十里 一日式 京內則 距離 定給 半日式 七日本로 計算 否).

다. 민사의 출소기한(20년),<sup>25)</sup> 田土訟와 山訟은 그 소재지의 관할관에게 제소한다는 규정이다.<sup>26)</sup> 전자는 구법전상의 출소기한을 변경한 것이고, 후자는 종래의 소송법 원칙을 계승한 것이다.

실체법 영역에서는 이자에 관한 법문이 가장 많이 인용되었다. 1906년 9월에 공포된 ‘이식규례’가 대표적이다. 약정이자는 연 4할을 초과할 수 없다(제1조), 이자 약정이 없으면 연 2할의 이자율을 적용한다(제2조), 이자의 총액은 원본을 초과할 수 없다(제3조), 이자는 원본으로 변환할 수 없다(제4조), 음식료·임금·보수 또는 가액이 50환 미만인 일용물품의 대가에는 이자가 없다(제6조)는 규정들이 모두 20회 인용되었다. ‘이식규례’ 시행 전의 이자에 관한 성문법규로서는 대전회통상의 원본의 10분의 2로 한다는 이른바 十二例,<sup>27)</sup> 채무자가 사망하면 이자를 징수하지 않는다는 규정<sup>28)</sup>, 그리고 전당포세칙의 전당포의 전당이자에 관한 제1조의 내용이 각 1회 인용되었다.

재산거래에 관해서는 買賣限, 典當, 盜賣, 이중매매·이중전당, 유실물 습득, 장물취득 등과 관련된 사안에서 신구법 규정이 인용되었다. 대전회통 중에서는 전택은 매매후 15일이 지나면 還退할 수 없다는 매매한 규정(1회)<sup>29)</sup>, 전당기한만료 후에도 전당토지를 반환하지 않는 자를 처벌하는 규정(2회), 盜賣된 물건의 값은 도매한 자에게 징수하여 매수인에게 준다는 규정(2회)이 인용되었는데 이에 대해서는 나중에 상세히 논할 것이다. ‘적도처단례’의 규정 중 장물의 원소유자가 장물의 부지정 취득자에게서 반환받으려면 가액의 절반을 지급한다는 규정이 사기 거래된 물품과 어음양수인에 관한 사건에서 인용되었다.<sup>30)</sup> ‘전당포규칙’ 경우, 전당물의 종류에 따른 전당기한[典限], 장

24) 大典會通·戶典·買賣限 [續] 田地·家舍買賣, 雖十五日限內呈狀, 而過三十日不就訟者, 勿聽.

25) 刑法 §16 聽訟 期限은 一應 詞訟이 二十年以內에 在 訟 者로 定 訟 이라.

26) 刑法 §6 原告와 被告가 他地方에 各在 訟 者는 被告 住在 訟 官司에 告訴 訟 이라. 但 山訟과 田土訟은 山在土在官에 告訴 訟 이라.

27) 大典會通·戶典·徵債[續] “채무의 징수는 공채·사채를 물론하고 10분의 2를 넘으면 장80 도2년에 처한다”(凡徵債, 勿論公·私, 過什二者杖八十徒二年). 십이례의 의미에 대해서는 조지만, “구한말 이자에 관한 연구”, 『비교사법』 제22권 3호(2015), 1240-1242면.

28) 大典會通·戶典·徵債[續] 負私債者, 身死則勿捧邊利.

29) 大典會通·戶典·買賣限[原] 田地·家舍買賣限十五日勿改, 並於百日內, 告官受立案 … 牛馬則限五日 勿改.

물을 잘못 전당한 경우의 반환의무, 기한만료 후 전당물 매각절차 등에 관한 규정이 전당 및 전당물매각의 적법성이 다뤄진 사안에서 언급되었다.<sup>31)</sup> ‘형법대전’ 중에서 언급된 것은, 관에 신고된 유실물이 30일 후에도 주인이 나타나지 않으면 습득자에게 준다는 규정,<sup>32)</sup> 도매된 부동산의 선의의 매수인은 물건을 원주인에게 돌려주되 도매한 자에게 그 대금을 추징한다는 규정,<sup>33)</sup> 부동산의 이중매매·전당의 경우 물건은 선매수인에게 귀속시키고 후매수인은 가액을 돌려받는다라는 규정,<sup>34)</sup> 부동산의 매매한을 5일로 단축한 규정,<sup>35)</sup> 장물이 현물이 없을 때 중등가액으로 징수한다는 제164조,<sup>36)</sup> 封山으로 지정된 구역에는 분묘설치를 금하는 규정<sup>37)</sup> 등이다.

30) 賊盜處斷例 §15 本法律 第7條·第8條·第9條·第10條 律例에 該當한 犯人에게 追贓할 만한 者는 左開에 依하여 處辦함.

一. 賊贓을 買得한 者에게는 左開에 依하여 追贓함. 官有物은 知情不知情을 勿論하고 本色으로 追納함. 私有物은 本主로 하여금 該物 盜賣本價 一半을 給하고 追게 함. 但 私有物 買得時 知情者에게는 半價를 給지 아니함.

31) 典當舖規則 §14 退典期限은 如左 事. 一 不動產契券 三箇月. 一 器用雜物 三箇月. 一 衣服及布帛等物 三箇月. 一 金銀寶貝等屬 五箇月.

§15 典主에 事力이 不贍 候야 退典 候기 不能 候 時는 退典期限 三箇日 以前에 該舖에 前來 候야 所典物을 該舖主와 協同放賣 候야 本錢과 利息을 準數算清 候 後에 餘額을 收領 候 事. 但 物品變賣 候 價額이 本錢과 利息에 對 候야 不足 候 時는 其不足額을 舖主에게 辦償 候이 可 候 事.

§16 退典期限이 已過 候거든 該舖主는 該 過限 候 典主의 姓名及日子를 舖門前面에 揭示 候고 五箇日이 過 候되 典主가 不待 候 時는 該典物을 自行斥賣 候 事. 但 如此 境遇에는 該價에 有餘不足을 勿論 候 事.

§21 賊贓에 係 候 物品을 誤典 候 時는 左開에 依 候야 處理 候 事.

二 私有物은 本主로서 該 物典執錢額의 一半을 徵給 候 後에 推去 候 事. 但 知情典執 候 確証이 現發 候 者는 本色으로 推去 候 事.

32) 刑法 §30 失物을 得 候 時에 官에 送納 候는 期限은 五日以內며 私物이든 官으로서 本主에게 追給 候는 期限은 三十日以內로 定 候 事.

§645 遺失物을 得 候야 官에 送納 候 時에 官이 掩匿 候 者는 官物이든 第五百九十一條 監守自盜律에 準 候야 一等을 減 候고 私物이든 第六百三十一條 坐贓律에 依 候야 一等을 減 候 事. 但 失物 候 人이 限內에 現出치 아니 候 境遇에는 得物 候 人에게 全給 候 事.

33) 刑法 §166 賊贓을 買得 候 者에게는 左開에 依 候야 追贓 候 事.

五. 私有物의 不動產은 本主에게 追給 候고 本價는 盜賣 候 者에게 追 候야 買者에게 還給 候되 買者가 知情 候얏거든 屬公 候 事.

34) 刑法 §636 田宅을 已行典賣 候 者가 他人에게 再行典賣 候 者는 所得 候 價錢으로 計贓 候야 第六百條 準竊盜律로 論 候되 價錢은 追徵 候야 後典買者에게 還付 候고 田宅은 先典買者에게 歸 候 事. 但 後典買者와 牙保가 知情 候얏거든 典賣者와 同罪 候고 價錢은 追徵 候야 沒入 候 事.

35) 刑法 §27 買賣 候 後 還退 候는 期限은 田地나 家舍는 五日이며 馬牛驢騾 等類는 三日로 定 候 事.

36) 刑法 §164 贓物의 現存 候 者는 本色으로 追 候고 現無 候 者는 犯處 當時의 中等物價로 估計 候야 追 候 事.

37) 刑法 §452 各處封山이나 陞廡 候 先賢墳墓 界限內에나 祠院四面 一百步內에 犯葬 候 者는 懲役

그밖에 ‘수형조례’, 1906년 궁내부령 제4호(토지개간에 관한 건)가 언급되었다. ‘수형조례’가 언급된 2개의 재판례는 부칙 제35조에 따라 수형조례의 발효 후에도 종전의 방식대로 작성·유통된 어음의 효력을 부인한 것들이다. 토지개간에 관한 건은 당해 궁내부령이 시행됨으로서 종래 각 궁에서 인민의 청원을 받아 공유지 개간을 허가하던 구관이 폐지되었다는 맥락에서 언급되었을 뿐이다.

## 2. 법리 또는 해석론을 법문으로 표현한 사례

인용된 법문은 앞에서 본 것처럼 대체로 그 출처 또는 상응하는 규정을 찾을 수 있다. 그러나 개중에는 출처를 지시하고 있어도 실제로는 정확한 법문이 아닌 경우도 있다. 즉 어떤 규범이 ‘법전에 실려 있다’(法典所載)고 하고 있으나 그와 일치하는 제정법이 없거나 심지어는 제정법의 취지에 반하는 것으로 보이기도 한다. 물론 이 경우 法典 등과 같은 표현이 막연히 ‘광의의 법’을 뜻하기도 한다는 점을 감안해야 할 것이다. 아무튼 관련 문제에 대해서는 다음 장의 사례분석과 함께 검토하기로 하고, 여기에서는 간략히 두 개의 유형으로 분류하여 그 개요를 소개하겠다. 하나는, 언급된 내용과 정확히 일치하는 법문은 없더라도 관련된 법조문의 해석에 의해 도출될 수 있는 또는 국법질서에 내재되어 있다고 볼 수 있는 해석론 내지 법리를 제시한 것으로 볼만한 경우이다. 다른 하나는, 전혀 그릇된 것은 아니지만 부정확한 법해석 내지 법리를 제시한 경우이다. 이 두 가지 유형에서 표현은 법문, 법전이라고 하고 있으나 理와의 경계가 명료하지 않다.

첫 번째 유형부터 보자. 채무자의 장인에게 빚을 추심하는 것에 대해 “사위가 쓴 것을 장인에게 받아내려는 것은 크게 법례에 위배된다(女婿所用을 欲徵外舅가 大違法例)”(한재1905.3.14. 광9-474호)고 했는데, 이는 ‘公私의 부채는 친부자 외에는 형제나 동거친족에게 일체 징수할 수 없다는 대전회통

---

一年半에 處息이라.

규정<sup>38)</sup>에 부합하는 해석으로 볼 수 있다. 사망한 형에게 처자가 있음에도 동생이 형의 재산을 차지한 사안에서, “사망한 형이 이미 소생이 있으니 그 소유가사와 재산은 마땅히 그 소생에게 줌이 법전에 있는 바(亡兄이 既有所生則 其所有家舍財産은 宜付於其所生이 法典所在)”(한재1906.10.16.광10-564호)라 했는데, 실제로 신구법전에는 정확히 일치하는 법문은 없지만 당시에 널리 인정된 상속에 관한 원칙을 선명한 것이라 할 것이다. 채무보증인의 책임에 관해, “스스로 원하여 채무를 보증하고 수개월을 연체하다가 끝내 변제하지 않음은 법장에 위배된다(自願擔保하고 拖到多月에 終不徵報함은 有違法章)”(한재1903.9.1.광7-110호), “보증인이 보증한 채무액은 채무자가 부실하여 갚기 어려우면 보증인이 변제한다는 것은 법문에 밝게 실려있다(擔保條는 負債人이 不實難報면 保人徵報는 法文昭載)”(한재1904.5.19.광8-306호)라 했는데 어떤 법령에도 이와 일치하는 법문이 실려 있지 않다. 다만, 대전회통과 대명률에서 각종 신원보증인, 중개인, 보증인 등에 관한 규정, 保人을 세워 죄수를 保放하는 제도, 家契를 발급하는 절차에서 保人의 連署와 출두가 요구되는 점, 그리고 부동산거래나 금전대여관계에서 보인을 세우는 거래관행을 고려하면, 위와 같은 취지의 보증인의 책임이 법원칙으로 인식되고 있었음은 명백하다. 참고로, 동일한 내용이 다른 판결문에서는 ‘理所當然’하다고 표현되고 있다.<sup>39)</sup>

두 번째 유형은 법취지 또는 법리를 부정확하게 제시하기는 했지만 관련 법규 또는 관습에 비추어볼 때 그 근거가 없지 않는 경우이다. 예를 들면, 무주의 포락지를 개간하여 다년간 경작했다는 피고의 주장에 대해 한성재는 해당 토지가 본래 유주지이고 포락 흔적이 없다고 지적한 후 “사포내의 황무지는 설혹 개간하였다 하더라도 3년을 갈아먹은 후 땅주인에게 반환하는 것이 법전이다(四標內荒蕪之地를 設有起墾이라도 三年耕食後 歸于土主는 係是法典)”(한재1906.9.11.광10-385호)이라 하였다. 실제 법전에 이와 일치하는 법문은 없다. 다만, 구법전상 종래 황무지의 개간허가 및 과세의 시점을 정함

38) 大典會通·戶典·徵債 [續] 公·私負債者, 親父子外, 兄弟及一族止接人, 一切勿侵’

39) “義務者之難報境遇에는 立保人之徵償이 於理當然 行거늘”(한재1905.6.23.광9-384호)

에 있어 ‘3년’을 기준으로 삼는 점,<sup>40)</sup> 그것과 관련되지만 황무지 개간하는 경우 지주가 관습상 3년간 차지료를 받지 않는 관습이 있는 점<sup>41)</sup>을 고려할 때, 판결문의 언급은 국법상, 관습상 근거를 가지고 있다.

### Ⅲ. 법문 인용의 맥락과 법문의 역할

#### 1. 법문 인용 사례군의 특징

앞 장에서 살펴보았듯이 법문이나 법전 등으로 언급된 것들이 반드시 정확한 출처와 내용을 가지는 않는다. 그러나 법문이 얼마나 많고 그리고 정확하게 인용되었는가, 실제 판결과 인용된 법문의 취지가 얼마나 합치하는가를 따지는 것은 우리의 논의에서 한정적인 의미를 가진다. 결과만 놓고 보면, 일견 법문과 다른 판결이 내려진 것으로 보이는 1개의 판결(후술하는 [사례 3])을 제외하고는 나머지 판결에서 언급한 법문·법리의 취지에 부합하는 판결이 내려졌다. 이는 충분히 예상할 수 있는 결과이기도 하다. 인용된 법문들은, 그 정확성 여부에 관계없이, 판사들이 사안해결에 있어 중요한 기준이라고 판단되었기에 판결문에 등장한 것이기 때문이다. 우리의 논의를 풍부하게 하기 위해서는 다른 논점을 제기할 필요가 있다. 하나의 논점은, 판결문의 전체적 논리 속에서 인용된 법문이 어떤 의미와 역할을 가졌는가 하는 것이다. 다른 하나의 논점은, 시야를 법문이 인용되지 않은 판결문까지 확장하여, 어떤 경우에 법문이 인용되고 있는지를 살펴보는 것이다. 바꿔 말하면 법문

40) 大典會通·戶典·田宅[續] 3년이 지난 황무지는 신고하여 경작하는 것을 허가한다는 규정이 원전(경국대전)에 있는데 이는 영구히 준다고 함이 아니며, 본주인이 돌아와 추심할 때까지 임시로 경작을 허가한다(過三年陳田, 許人告耕, 在原典, 而非謂永給, 待本主還推間, 姑許耕食). 大典會通·戶典·收稅[增] 황무지 개간의 경우 백성이 관에 신고하여 경작하는 것을 허가하고 3년 후에 비로소 세금을 받는다. 만약 전답주인이 와서 다투면 그 수확물의 1/3을 전답주인에게 주고 2/3을 개간자에게 주며, 경작한 지 10년이 지나면 균분한다(陳田起耕者, 許民告官耕種, 三年後, 始令納稅, 或田主來爭則以所耕三分一, 給田主, 三分二, 給起墾者, 耕食十年方許均分).

41) 鄭肯植 編譯, 『改譯版 慣習調査報告書』(한국법제연구원, 2000), 183면.

이 인용된 판결과 비슷한 사안에서 같은 내용의 법문이 언급되지 않는 다른 판결 사이에 어떤 유의미한 차별성이 있는지 알아보는 것이다.

법문이 인용된 판결은 동종 사안에서 법문이 판결문에 직접 인용된 특이한 사례들이다. 판결문을 일독한 바로는 법문이 인용된 사례들에는 어느 정도 경향적 특징이 나타난다. 그것은 인용된 법문의 성질 및 그것이 적용될 사건의 성격과 관련이 있다고 생각된다. 서론에서 말했듯이 판결문의 대다수를 차지하는 단순한 사건들은 시각에 따라서는 법문에 따라 해결한 것으로도, 때에 따라 해결한 것으로도 볼 수 있다. 반면 판결에 언급된 법문들은 평범한 정의감각 또는 일반원칙과는 차원이 다른 내용을 갖고 있다. 대표적으로 매매한 유실물의 습득자에의 귀속, 개간지의 소유권 및 수확의 귀속, 전당업자의 전당물 처분절차 등에 관한 규정은 국가가 설정한 확정기한(15일·5일, 30일, 3년, 5일) 및 그에 따른 처리방법을 담고 있다. 이 규정들이 언급된 판결례는 문제된 사안에서 거의 예외 없이 관련 법문이 인용되고 있다.<sup>42)</sup> 또한 30일 동안 불출석한 자는 퇴송한다는 규정, 전토송과 산송은 해당 부동산 소재지를 관할하는 관청에 제소해야 한다는 규정, 20년의 출소기한에 관한 형법대전의 규정도 형식적 기준에 의해 소송의 수리·승패를 결정한다는 점에서 문제사안에 관해 법문이 인용될만한 소질을 갖추고 있다.<sup>43)</sup>

그러나 형식적 기준을 내포한 규정들이 항상 엄격하게 적용된 것은 아니다. 그런 규정들이 거론된 판결문은 대개 실체적 쟁점에 관한 패소당사자 쪽의 증빙 부족, 기타 비난할만한 사정을 지적한 후에 법문이 이러하다는 식으로 서술되고 있다. 특히 출소기한에 관해 대전회통에는 過五年勿聽法 등 여러 규정이 있으나,<sup>44)</sup> 십 수 년이 지난 채송, 과오년물청에 걸릴만한 전택송

42) 매매한 관련 사례는, 한재1898.11.2.광2-386호, 한재1905.6.26.광9-387호, 1905.7.25.광9-421호, 한재1908.7.13.용2-284. 유실물 관련 사례는, 한재1906.1.18.광10-24호. 개간지 소유권에 관해서는 한재1906.9.11.광10-385호. 전당포에서의 전당물 처분에 관한 사례는 한재1908.1.23.용2-17호 및 그 상소심판결인 평리1908.3.7.용2-39호.

43) 한재1906.3.26.광10-103호, 한재1906.10.4.광10-459호.

44) 과오년물청법이란, 經國大典·戶典·田宅條에 규정된 전택·노비에 관한 소송은, 5가지 예외사유를 제외하고, 5년이 지나면 들어주지 않는다는 법이다. 예외사유는, 도매한 경우, 서로 소송하여 미결중인 경우, 부모의 상속재산을 나누지 않고 독차지한 경우, 전답의 병작을 빌미로 전답을 영구히 차지하려는 경우, 가옥을 빌려살면서 영구히 가옥을 차지하려는 경우이다. 이 예외사유에 대해



사건에서 해당 규정들이 언급된 판결은 하나도 없다. 오래 전의 일이라는 이유로 청구를 기각한 판결들이 있으나 대부분 당초의 거래당사자가 이미 사망하였고 증거도 불확실한데 이제 와서 다투는 것은 부당하다는 식으로 결론을 내리고 있다.<sup>45)</sup> ‘형법대전’ 시행 후인 1907년의 한성재판결 중에는 20년의 출소기한을 근거로 원고패소 판결을 내린 3건의 재판례가 있다. 그런데 그 중 1건에서는 명백히 출소기한을 위반한 것으로 보임에도 불구하고 상소심인 평리원은 그 점에 관한 언급조차 없이 승패를 뒤집었다.<sup>46)</sup> 반면 1908년 8월 이후 일본인 판사들이 재판을 개시한 이후에는 출소기한에 관한 규정들이 승패를 가리는 결정적 기준으로 취급되었다.<sup>47)</sup>

실체법적인 법문으로 논의를 옮겨보자. 인용된 법문의 내용을 보면 그 자체 중요한 규준으로서 인용될만한 성격이 있어 보인다. 예를 들어, 부동산도매 사안에서 사기매매된 목적물을 원소유자에게 반환해야 하는 매수인이 억울함을 주장할 때 매수인의 사정이 딱하나 법이 이러하다 또는 법이 이러하니 억지를 부리지 말라고 하는 문맥 속에서 ‘盜賣는 徵於盜賣’라는 문구가 언급되거나 같은 내용이 ‘법’으로 적시되었다.<sup>48)</sup> 사기매매라는 점에서 도매와 구도가 유사한 이중매매·전당사안에서도 이중매매의 정을 알지 못한 제2매수인의 목적물 반환책임을 논하는 가운데 형법대전 제636조가 언급되었다.<sup>49)</sup> 즉 이들 법문은, 소송당사자 양쪽 모두에 참작할만한 사정이 있는 다

속대전 단계에서 일정 유형에 대해 소한(小限) 30년, 대한(大限) 60년의 기한이 설정되었다. 한편 經國大典·戶典·徵債條에는 사채에 관한 소송은 1년 내에 관에 고소하지 않으면 들어주지 않는다는 규정이 있다.

45) 한재1899.3.13.광3-93호(15년 전의 금전대여); 1900.7.10.광4-154호(30년 전에 빼앗긴 궁도에 관한 경영수익권), 한재1901.11.13.광5-154호(36년 전의 금전임치); 한재1903.9.3.광7-112호(11년 전의 전답전당) 등.

46) 한재1907.1.12.광11-12호; 한재1908.5.29.용2-208호. 한재1907.2.4.광11-6호 및 그 상소심판결인 평리1907.7.18.광11-63호. 이 평리원판결은 이후 경성공소원의 재심판결(1909.12.22. 용회2년更査 제10호)에 의해 취소되었다. 당사자적격이 없고(계쟁물의 상속인이 아닌 자가 제소) 출소기한을 위반했다는 이유에서였다. 이어진 대심원의 상고심판결(1910.2.19. 용회3년民上 제12호)도 경성공소원 판결을 유지하였다.

47) 문준영, 「경성공소원 민사판결원본철을 통해 본 한말의 민사분쟁과 재판」, 『법학연구』 제22권 제1호(충남대학교 법학연구소, 2011), 26-28면.

48) 한 판결에는 “피고(도매의 매수인)의 진술이 망매(茫昧)하여 위조문권인지 모르고 매수하였으나 盜賣는 徵於盜賣인즉 변명할 말이 없다(無辭發明)고 하는 연고로 정당이라 함이 가하지 않다”고 하고 있다. 한재1897.12.2.광1-49호.

틈에서 어느 한쪽의 주장을 비리나 억지로 자리매김하는 데 강력한 근거를 제공한다. 다음의 재판례들도 그 예가 될 것이다.

[사례 1] (한재1901.5.20.광5-□호, 민제312호)

- 판결요지: 피고는 원고의 소구에 따라 과한(過限)한 전당채무를 이자를 계산하여 추심하고 전당잡은 문권은 돌려줌이 가함.
- 판결이유(全文): 原告의 主張은 質卞과 法文에 照하여 其正直한 줄로 認함. 此에 對호야 被告의 所供은 既受新文記호얏스니 典債로 還退함이 抑冤트 호나 典執이 取利之計요 過限을 希호야 永奪코져 호미 아닌바 過限함이 數朔에 不過호고 且 大典會通 戶典 私債條에 典當田土 過限後 仍執不還者 依私債代捧田畚律論이라 호얏스니 新文記 受執함으로 永買라지 못 흘거시여 늘 被告가 執迷호야 推諉코져 호는 然故로 正當이라고 함이 不可호니 認호야 原告의 訴求는 其理由가 有호 事

[사례 2](한재1903.6.8.광7-53호)

- 판결요지: 피고는 원고 소구에 응하여 채진(債錢) 당오평(當五坪) 5만 냥을 보상하고, 전당된 논문서를 찾아 감[推去]이 가함.
- 판결이유(전문): 被告의 主張은 法文과 質卞에 照호야 認直事. 此에 對호야 被告가 原告에게 畚券을 典質호고 以賭租例로 定限約標호바 大典會通徵債條有曰 給債而以退賭地典當田土 過限後 仍執不還者 依私債代捧田畚律論이라 호얏거늘 原告는 籍其過限호고 欲執不還호는 然故로 正當이라고 함이 不可호니 被告辨明은 其理由가 有호 事

두 사례에서 인용된 법문은, 대전회통의 호전·징채 [속]의 “사채를 주며 퇴도지으로써 전토를 전당잡고 그 기간이 경과한 후 계속 점유하고 반환하지

49) 한재1905.7.14.광9-411호, 형법대전 제636조는 대명률·호율·전택 중 전매전택(典賣田宅) 규정에 있는 원칙, 즉 목적물은 선매수인에게 귀속시키고, 가액은 이중매도인이 후매수인(단, 선의의 경우)에게 변상한다는 원칙을 계승한 것이다. 그러나 1896년부터 판결문에 나오는 이중매매 사안에서 대명률의 법문이 인용된 예는 없다.

않는 자는 사채로써 전답을 대신 받는 자를 벌하는 율에 따라 논한다”(給債而以退賭地典當田土, 過限後, 仍執不還者, 依私債代捧田畝律論)는 규정이다. 장 100에 정배에 처할 수 있는 중범죄이다. 대명률에도 전택의 ‘典’에 관해 같은 취지의 규정이 있으나 형벌은 태 40에 그친다.<sup>50)</sup> 대전회통의 조문을 인용했지만, 위 두 사안의 실체가 퇴도지매매 형식의 전당에 해당하는지는 알 수 없다. 둘 다 일반적인 전당이되, [사례 2]의 경우 ‘賭租例’란 표현을 쓴 점에서 전답의 소출 또는 소작료로써 채무원금의 일부 또는 이자조에 충당하기로 약속한 것으로 보인다. 전당토지의 반환을 명한 재판례들 중에서 위의 두 판결문만이 법문을, 그것도 대전회통 규정을 그대로 옮겨 적시하였다. 이유는 무엇일까? 법문 인용에 특별한 의도가 없었으나, 어차피 법문을 인용할 것이라면 동종사안에 관해 대전회통이 대명률에 우선한다는 원칙에 따라 대전회통을 인용한 것일까? 그것보다는 문면에 드러나지 않는 사정을 고려하여 채무자의 변제제공 의사에도 불구하고 전당권자가 반환을 거부하고 있는 점을 비난하려는 의도에서 위 규정이 언급된 것으로 보인다. 두 사례 모두 채무자가 전당채무의 변제기를 넘겼으나, 유사 사례들을 볼 때 처음부터 유질특약이 있었고 수차례 기한연장에도 불구하고 채무를 갚지 못한 경우가 아닌 한, 채무자의 변제기 도과라는 사실 자체는 채무자가 전당물을 회수하는 데 큰 장애가 되지는 않았다.<sup>51)</sup> 대명률과 대전회통은 전당권자의 반환 거부를 벌하는 규정을 갖고 있으나 채무자의 과한으로 인한 사법적 효과

50) 大明律·戶律·典賣田宅: “典이 설정된 전택, 과수원, 임야, 연자매 등의 기한이 만료되었으면 業主(소유자를 뜻함, 인용자)가 값을 지불하고 도로 찾는다. 만약 典主(전권자를 뜻함, 인용자)가 핑계를 대고 되돌려 주지 않으려 하면 태 40에 처하고 기한이 지나면 매년의 이자를 추징하여 업주에게 주고 업주는 원래 가격대로 되찾는다. 기한이 만료가 되어도 업주가 回贖할 자력이 없는 경우는 이 율문에 해당되지 않는다.”(其所典田宅·園林·碾磨等物, 年限已滿, 業主備價取贖, 若典主托故, 不肯放贖者, 笞四十. 限外遞年所得花利追徵給主, 依價取贖. 其年限雖滿, 業主無力取贖者, 不拘此律.)

51) 전당포규칙이 적용되지 않는 일반 전당계약에서 채무자 쪽이 전당물반환청구 소송을 제기한 경우 재판부는 과한 기간의 장단, 이자의 정기적 변제 여부, 잔액의 다과, 전당권자의 행태 등을 고려하여 대체로 채무자의 청구를 인용했다. 한재1908.4.10.용2-143호의 경우, 수년을 과한하였으나 위 토라는 점을 참작하여 반환을 명했다. 원고가 1896년에 위토를 피고에게 5년을 기한으로 이자를 전답의 소출로 공제하기로 약정하고 전당한 후 다시 1901년에 추가로 돈을 빌렸고, 1907년에 피고에게 위토의 환퇴를 요구하였다가 거절당하자 피고를 제소한 사안이었다.

에 대해서는 침묵하고 있다. 여기에서 대명률에 비해 형량이 극단적으로 무거운 대전화통 규정은 전당권자의 반환거부를 더 강하게 비난할 수 있는 근거로서 인용되었다고 할 것이다.

다만 위 재판례들은 전당에 관한 분쟁의 주류를 대표하지는 않는다. 더 많은 분쟁은, 위조문권의 전당, 형제·자식에 의한 가산의 무단전당, 전당계약의 거간자의 사기와 횡령, 移典이나 借典<sup>52)</sup>을 통해 만들어지는 채무관계의 연쇄, 법률적·사실적 측면에서 적절히 제어되지 않는 전당권자의 약탈적 행태 등에서 비롯되고 있었다. 한쪽 당사자가 다른 당사자에 대해 명백히 사기·강박을 행사한 사건을 제외하면 구법전의 규정은 쓸모가 없었다. 가계제도와 부동산증명제도 등 신 법제는 전당관행의 실체법적 정돈을 목표로 삼지는 않았으나 일정한 절차에 따른 증명의 이행을 규정하고 있었기 때문에, 사안에 따라서는 증명절차의 준수 여부를 평가요소로 활용할 수 있는 여지를 제공하였다. 이에 따라 1903년의 평리원 판결을 필두로, 전당권의 설정과 이전 과정에서 관의 인허·증명을 거치지 않았거나 전당물건의 소유자에 대한 답험 또는 실지간검(看檢) 등을 하지 않았으므로 문제된 전당이 ‘公式’ 또는 ‘正式’, ‘定式’에 맞지 않는다고 하고 이를 사건에 대한 평가요소의 하나로 삼는 판결례들도 나타났다.<sup>53)</sup>

## 2. 불명확한 법문과 理 인식의 중첩: 채무자의 가족에 대한 이징 사례

### 1) 가족에 대한 이징에 관한 법규

제2장 말미에서 보았듯이, 판결문 중에서는 출처와 내용이 정확하

52) ‘차잔’은 채무자가 자신의 물건을 전당잡히는 것이 아니라 타인(소유자, 점유자, 물건을 전당잡은 자)에게서 문권이나 물건을 빌려서 전당잡히는 것을 말한다. 판결문에는 차전자가 전당채무를 갚지 못하여 전당권자가 문권을 빌려준 자에게 전당채무의 변제를 청구한 사례들이 빈번히 등장한다.

53) 평리1903.9.30.광7-78호, 평리1907.11.4.응1-48호, 한재1907.11.7.응1-393호, 한재1907.12.3.응1-434호; 한재1907.12.13.응1-444호, 한재1907.12.6.응1-439호, 평리1908.2.29.응2-34호, 한재1908.6.13.응2-234호 등.

지 않지만 어떤 규범을 법전에 있는 규정인 것처럼 말하는 경우가 있다. 채권자가 채무자의 가족에게 빚을 독촉한 사안들에서 그런 모습이 많이 나타난다. 이렇게 본래의 채무자가 아닌 자에게 추심하는 것을 당시에는 ‘移徵’이라고 하였다. 채권자가 채무자의 가족에게 ‘이징’하려는 사안에 대해 대전회통은 크게 세 가지 원칙을 제시하고 있다. ① 공채·사채로 묵은빚이 있는 자가 사망하면 그의 처·자에게 재산이 있으면 추징을 허한다.<sup>54)</sup> ② 사채의 채무자가 사망하면 이자를 받을 수 없다.<sup>55)</sup> ③公私의 부채는 親父子 외에는 형제 및 일시 동거하는 친족에게는 일체 추징하지 못한다.<sup>56)</sup> ①은 경국대전의 규정이고, ②와 ③은 속대전의 규정이다. 이들 규정은 17세기에 간행된 사송법서 『결송유취보』에도 실려 있다.<sup>57)</sup> 오늘날의 민법 규정에 비하면 매우 허술하지만, 아무튼 문언대로 해석하면 채무자가 사망한 경우에는 그 처·자에 대해서만, 채무자가 생존한 경우에는 친부자관계의 자에 대해서만 이징을 허용한다는 뜻이다. 그러나 19세기의 자료 중에는 ③의 속대전 규정이 반드시 문언대로 관철되는 것은 아니라는 것을 보여주는 예가 있다. 고종시대의 관료 이현영(李鎡永, 1837~1908)은 정주 목사 재임시절 관내의 각 면에 전령한 채송의 처리방침에서 관내 세태의 타락상에 우려를 표한 후 이렇게 말하였다. “아버가 쓴 것에 대해 아들이 모른다 하고, 아들이 갚아야 할 것은 아버가 모른다 하며 아버와 아들, 형과 동생이 서로 미루는 것이 과연 차마 할 일인가? ... 아버와 아들, 형과 아우 사이에는 그 빚을 얻어 쓴 일을 알지 못한다 하더라도 증거로 삼을 만한 것이 있으면 갚아야 한다.”<sup>58)</sup> ‘증거로 삼을 만한 것’의 의미가 정확하지는 않지만, 이현영은 위의 ③의 규정과

54) 大典會通·戶典·徵債[原] 負公·私宿債者, 雖身死有妻子財產者許徵.

55) 大典會通·戶典·徵債[續] 負私債者, 身死則勿捧邊利.

56) 大典會通·戶典·徵債[續] 公·私負債者, 親父子外, 兄弟及一族止接人, 一切勿侵.

57) 『韓國學資料叢書 八 決訟類聚補』(韓國精神文化研究院, 1996), 157-159면.

58) 至有父之所用, 子曰不知, 子之當報, 父曰不知, 父子兄弟之相諉者, 是可忍也, 孰不可忍也. ... 一, 父子兄弟間所用, 雖無參知, 如有可據, 卽爲備報事. 국사편찬위원회, 한국사료총서 제53집 敬窩集略上·新安集略(天)·下帖·傳令各面, 국사편찬위원회 한국사데이터베이스(<http://db.history.go.kr>).

는 반대로 형제간에도 이징을 허용할 수 있다고 한 것이다.

판결문에는 채권자가 채무자의 가족에 이징하는 사례들이 상당수 있다. 두 가지 사례군으로 나눌 수 있다. 하나는 채무자가 사망한 경우이고 다른 하나는 채무자가 생존중인 경우이다. 이들 사례에서 위에서 본 대전회통의 규정들이 직접적으로 인용되지는 않는다. 오히려 법전에 실려 있지 않은 것을 ‘법’으로 언급하고 있다. 또한 원래의 채무자와 이징을 당하는 가족의 관계에 따라, 예를 들어 아버지의 빚을 아들에게 추심하는 경우인지 또는 아들의 빚을 아버지에게 추심하는 경우인지에 따라, 평가기준이 달라지는 모습을 보인다.

## 2) 사망한 채무자의 가족에 대한 채권추심 사례

첫 번째 사례군, 즉 사망한 채무자의 가족에게 빚을 받아내려는 사안에 대한 판결들을 살펴보자. 죽은 아들의 빚을 아버지에게, 죽은 처의 빚을 남편에게 받아내려는 채권자에 대해 한성재가 “私債의 身死勿徵은 法典所載”(한재 1906.11.23. 광10-655호), “公私債之身死勿徵은 典章所載”(한재 1907.1.29. 광 11-51호)고 하며 채권자의 청구를 기각한 재판례가 있다. 앞서 보았듯이 대전회통에는 채무자가 사망하면 ‘이자’를 받지 못한다고 할 뿐, 사망한 채무자의 처·자가 재산이 있을 경우 채무 추징을 허용하고 있다.<sup>59)</sup> 그렇다면 ‘사채 신사물장’이 법전에 있다고 한 근거는 무엇일까? 당시 시행된 형법대전 제168조에 “凡身死 訢 者에게는 追贓 訢을 不得 訢이라”는 규정이 있다. 그러나 이는 장물 추징에 관한 것이지 사적인 채무 일반에 관한 규정이 아니다. 물론 재판부가 이 규정을 염두에 두고 있었을 가능성을 배제할 수 없다. 만약 그렇다면 사안의 처리를 위해 해당의 법문의 본래의 목적과 관계없이 법문을 끌어들이었다고 평가할 수 있다. 그런데 다르게 평가할 여지도 있다. 앞의 대전회통 ①의 규정은, ‘사채 신사물장’이 원칙임을 전제하고 그 원칙의 예외로서 사망한 채무자의 처와 자식이 재산이 있는 경우 추징을 허용한 것이라

59) 같은 조에 “사망한 자에게 곡물·포목·잡물에 결손이 있어도 추징하지 않는다”(凡身死人, 米糶·布貨·雜物虧欠者, 免徵)는 규정이 있으나, 이 규정은 관에 물품을 상납할 의무가 있는 자를 대상으로 하기 때문에 사채의 채무자와는 무관하다.

고 볼 수 있다. 그렇다면 ‘사채 신사물장’은 구체적인 법조항이 아니라 제정법의 배후에 있는 원칙을 표명한 것이라 할 것이다.

주의할 것은, 해당 판결례에서 ‘사채 신사물장’이 유일한 판단기준이 아니었고 판결의 결론 자체도 잘못되지는 않았다는 점이다. 죽은 아들의 빚을 아버지에 청구한 사안(한재1906.11.23.광10-655호)에 대한 판결문의 일부를 보자.

[전략] 參互兩供 ㅎ고 考閱檢室供辭及被告手票與被告子秉元之手票則 原告之當初給錢於秉元時 被告가 不知 ㅎ얏고 原告之推捧勒票는 檢室書類中 崔中植供辭가 所載 ㅎ고 原告自供으로 言之라도 難云正當捧票오, 秉元이 以債損命 ㅎ니 原告가 不無由我之嫌則 其在風化也와 法理也에 是可忍也은 孰不可忍也리오. 私債의 身死勿徵은 法典所載인즉 其子用債를 欲徵其父가 理所不當이고 若有所捧者면 呈訴法司가 加也어늘 私自拘囚에 威脅毆打 ㅎ야 已死之子債로 勒捧其父之票는 法所當禁이거늘 不思自求하고 反爲舉訴 ㅎ은 正堂하다고 ㅎ이 不可 ㅎ니……. [후략]

사실관계에서 눈여겨 볼 점은 아들(채무자)의 채무부담 사실을 몰랐던 아버지(피고)를 채권자(원고)가 구금, 구타하여 피고에게서 아들의 채무를 변제하겠다는 수표를 강제로 받아내었다는 것이다.<sup>60)</sup> 재판부는 그 점을 들어 피고의 아들의 사망이 원고의 허물에서 비롯된 바가 없지 않고 “풍화와 법리에 있어 이것을 참을 수 있다면 다른 무엇을 참을 수 없겠는가?”라 하였다. 이러한 정황이 있다면, 다른 사안에서는 그 자체로 채무의 성립이 부정되기도 한다. 채무자가 사망한 본건 사실관계에 비추어 거론하지 못할 바는 아니지만 ‘사채 신사물장’이란 원칙이 그 자체로 본 사안의 시비를 결정짓지는

60) 원고는 피고와 그 아들 공동명의로 수표를 받고 돈을 대여하였으나 피고와 아들이 모두 도주하여 돈을 변제받지 못하였고, 그 후 우연히 만난 피고의 아들에게 독촉하였는데 돈을 갚지 않을 마음으로 약을 먹고 자살하였다고 주장하였다. 사법품보에는 이 사건의 피고가 원고를 한성재에 형사고소한 사건의 기록이 있다. 아들의 시신을 검시한 일본인 의사는 아들의 사인을 아편중독치사로 보았다. 한성재판사 柳東作 → 법무대신 李夏榮, 1906.10.27. 질품서 제138호, 국사편찬위원회 한국사데이터베이스(<http://db.history.go.kr>)>각사등록 근대편> 司法稟報(乙) 52.

않는다. 오히려 그것은 채권자의 비리한 행태를 비난하는 데 동원된 하나의 근거라 할 것이다. 앞서 언급한 사망한 아내의 빚을 그 남편에게 추심한 사례에 대한 판결문(한재1907.1.29.광11-51호)에서도 비슷한 모습이 나타난다. 재판부는 남편이 죽은 아내의 채무부담 사실을 당초 알지 못했고 채권자가 아내에게 금전을 대여한 사실에 관한 증거가 하나도 없다고 한 후에 “公私債之身死勿徵은 典章所載”라 하며 남편에 대한 채권추심이 부당하다고 하였다. 또한 두 사안 모두에서 피고가 죽은 아들, 죽은 아내의 금전차용 사실을 알았는지 여부가 논해지고 있다.

한편, 채권자가 사망한 아버지의 빚을 그 아들에게 추심한 사례들의 경우, 아들에게 채무변제를 명한 판결도 있고 그렇지 않은 판결도 있다. 이들 사안과 직접적으로 관계된다고 보이는 앞의 ①의 규정은 전혀 언급되지 않았다. 한 판결에서는 피고 스스로 “아버지의 채무를 아들이 갚음은 사리에 비추어 당연하다(父債子償이 事理當然)”(한재1896.6.26.건1-97호)고 진술하였다. 다른 판결에서는 ‘판결요지’에서 “죽은 아버지가 차용한 금전 …냥을 힘써 갚는 것이 아들이 마땅히 할 바(亡父의 債用한 錢…을 辦償함이 人子の 攸宜(한재1898.4.28.광2-102호)”라고 하였다. 즉 자식된 도리라는 관념이 당사자 본인 및 재판부에 의해 표현되고 있다. 다른 두 판결례에서는 아들이 부친의 채무부담 사실을 전혀 모른다고 항변하였으나 그 아버지가 생존 중 작성한 채무증서가 있다는 이유로 아들에게 채무변제를 명하였다(한재1899.5.4.광3-202호, 한재1903.9.19.광7-□호 등).

반대로 사망한 채무자의 아들에 대한 채권추심을 기각한 판결례들에서는 아들에 대한 채권추심이 늦었다는 점, 확실한 약증이 없다는 점 등이 거론되었다. 15년 전에 피고의 아버로부터 채무증서를 받았다고 원고가 주장하며 피고의 아버지가 사망한 지 6년이 지나서 피고에게 추심한 사안(한재1899.3.13.광3-93호), 채무자인 아버지가 사망한 지 3년이 지나 아들에게 추심한 사안(한재1904.5.17.광8-303호) 등이 그 예이다. 한 판결에서는 ‘사채 신사물장’의 원칙도 거론되었다. 즉 피고는 비록 상속자(相續子)라 하나 그 부친의 보증에 대해 당초 견문하지 않았고 또한 피고가 담징(擔徵, 채무의 변



제를 보증하는 것)한 약증도 없으니, 비록 직접 주고받은 채관(債款)이라도 부친이 이미 사망하면 그 아들에게 책징함이 불가하다고 하였다(한재1906. 7.27.광10-327호). ‘상속자’라는 표현이 눈길을 끄는데 유사사안 중에서 ‘상속’이란 표현이 등장하는 특이한 사례이다. 아마 원고였던 일본인이 그 점을 주장하였을 것이기에 재판부가 ‘상속자’라는 표현을 쓴 것으로 추측된다.<sup>61)</sup>

이상에서 알 수 있듯이 동종의 사안을 취급하는 데도 개별사정에 따라 판결이 엇갈린다. 전통법에는 채무상속 개념이 전혀 없는 것은 아니었으나 그렇다고 발생 가능한 문제들을 체계적으로 처리할 수 있는 준칙을 갖추지는 않았다. 막연히 사망한 채무자의 처자에게 재산이 있으면 추징할 수 있다는 법문이 있었을 뿐이다. 적어도 당대인들은 그 취지를 아버지의 채무부담 사실에 대해 아들이 인지하였는지 여부에 상관없이 채무를 승계한다는 식으로 이해한 것 같지는 않다. 한편으로는 ‘사채는 신사물장’이라는 관념이, 다른 한편으로는 그럼에도 가족 간에는 서로 빚을 갚아주는 것이 도리라는 관념이 병존하는 가운데, 가족의 채무부담 사실을 이미 알고 있었는가 또는 사후에 대신 변제할 의사를 표현하였는가 하는 점도 중요한 참작요소가 된다. 다만 ‘자식된 도리’가 더 무겁게 평가될 수 있기 때문에 아버지의 빚에 대한 아들의 부지의 향변은 재판부에 의해 비난 대상이 될 가능성이 높았다 할 것이다.

## 2) 생존중인 채무자의 가족에 대한 채권추심 사례

두 번째 사례군, 즉 생존중인 채무자의 가족에 대한 이징사례를 보자. 판결문에서 많이 나타나는 것은 부자간 그리고 형제간의 이징이다. 계를 운영하다가 도주한 자의 동생에게 계원들이 갚돈 지급을 청구한 사안에서 한성재는 “형의 빚을 간혹 동생이 담당하는 경우가 법전에 실려있고(兄之債錢을 弟或擔當이 在載法典 訶니)” “형제는 한 몸인데 어찌 알지 못하리오(兄弟一身으로 豈可曰不知리오)”라고 하며 동생에게 변제를 명하였다(한재1895.10.26.

61) 일본인 원고의 성명은 桑原元次郎이다. 본 사안에서는 피고의 아버지는 직접 원고에게서 금전을 차용한 자가 아니라, 소외 여성이 원고에게 논문서를 전달하여 금전을 차용할 때 보증을 한 자이다. 주채무자인 소외 여성은 현재 도주 중이고 전당한 문서도 위조로 밝혀졌다.

개국504-236호). 필자가 조사한 범위에서는, 간혹 균역이나 잡역을 형 대신 동생이 담당하게 하는 법문이 있지만,<sup>62)</sup> 형의 사체를 동생이 담당하게 한다는 취지의 법문은 없다. 앞서 본 법전규정(③)은 형제간의 이징을 금하고 있다. 다만, 이 판결은 동종사안에서 이례적으로 형제간 이징을 허용한 특수한 사례이다. 다른 유사 사례들에서는 동생이 스스로 담증하지 않은 이상 형의 빚을 동생에게 추심하는 것은 허용되지 않는다.<sup>63)</sup> 한 판결에서 표현되었듯이 “身分上關係로 말하면 兄弟之親이고 財産上關係로 말하면 확실히 不干涉主意”(한재1906.5.4.광10-158호)라는 것이다.<sup>64)</sup> 그러나 이들 판결례에서 법전규정(③)이 언급된 예는 없다.

한편, 부자간의 이징 사례도 몇 개 있는데, 이 경우에도 법전규정이 언급되지 않는다. 주로 “父用父報 하고 子用子報가 於理當然”(한재1907.6.27.광11-251호)이라고 하며 아들이 아버지의 채무를, 아버지가 아들의 채무를 대신 갚으려 하고 있다는 점이 이징 허용의 근거가 된다. 한 판결에서는 아들의 빚을 아버지에게 독촉한 사안에서 이자에 관한 십이례가 언급되었다(한재1905.4.12.광9-186호). 원고가 당초 약정한 ‘逐朔計邊’ 즉 다달이 이자를 계산하는 것을 요구하였는데, 재판부는 “피고가 그의 아들의 빚진 돈을 변제하는 것을 자원하고 있으니 축삭계변이 불가하고 무릇 채송에서는 법전상의 십이례가 있으니 원고가 억울하다고 칭함은 온당하지 않다(被告가 渠子所負錢을 自願徵報則 不可逐朔計邊 豈더러 凡於債訟에 亦有法典十二之例而 原告之稱抑은 須涉未穩)”고 하고, 官邊 즉 십이례를 적용하였다. 주의할 점은, 이

62) 예를 들어 균역에 관해서는 “그 자손, 동생, 조카 및 동거하는 비속인 친족이 (균역의) 대체를 자원하는 경우 들어준다”(大明律·兵律·軍人替役:···其子孫弟姪及同居少壯親屬, 自願代替者, 聽.)고 하고, 사복시(司僕寺) 소속원의 결원을 동거하는 아들·사위·동생·조카로써 충차하게 할 수 있다. 大典會通·戶典·雜類 [續]: 司僕寺諸員闕代, 以同居子·婿·弟·姪充差.

63) 예컨대, “피고가 비록 동생으로서 (채무자인 형과) 한 방에 동거하나 당해 채무에 당초 담증(擔證)한 일이 없으니 형의 채무를 동생에게 독촉함은 타당하지 않고”(한재 1906.12.8. 제692호), “(사망한) 형의 채무를 동생에 추징함은 전혀 터무니없거늘”(兄債弟徵이 萬萬無據하거늘)(한재 1905.10.19. 광무9년제79호).

64) 이 사건에서 재판부는 원고가 피고의 형에게 금전을 대여하였다는 확증이 없다고 판단하였다. 그런 점에서 형제간의 재산상의 ‘불간섭주의’는 원고의 청구의 부당함을 비난하기 위한 논거로 동원될 것일 뿐, 실제 사안해결을 위한 일차적 논거가 아니다.

판결은 구법전상의 십이례를 법정 최고이율로서 적용한 사례가 아니라는 것이다. 이 판결 이전의 재판례에서는 연체된 빚에 대해 십이례를 적용하는 경우가 왕왕 있지만, 이 판결이 내려진 1905년경에는 법전상의 십이례가 거의 사문화되고 다수의 판결에서 십이례를 초과하는 약정이자가 널리 인정되고 있었다. 이 판결의 초점은 다른 곳에 있다. 앞서 본 아버지와 아들은 각자의 채무를 각자 책임진다는 관념에 따르면, 본건의 피고는 아들을 채무를 변제할 의무가 없음에도 아들의 빚을 대신 갚겠다고 자원하고 있다. 바로 이 점을 평가하여 재판부는 이자를 감액한 것이다. 요컨대 법규 및 계쟁사실의 논리적 관계와 무관하게, 재판부가 합당한 해결책이라고 보는 결론 즉 채무자의 아버지가 대신 빚을 갚되 이자는 깎아주는 방식의 상호양보적 해결책을 정당화하는 수단으로 법문을 끌어들이 원고의 축삭계변 주장을 배척하였다 할 것이다. 참고로, 동생의 채무를 대신 변상하고자 채권자에게 수표를 써준 형에 대해 채권자가 변제를 독촉한 사안에서 한성제는 “당해 표에는 당초 이자에 관한 어구가 없고 또한 동생의 채무를 형이 갚는 마당에(弟債兄報之地에) 이자를 피고에게 強責함이 불가하다”고 하며 수표상의 채무원금만 변상할 것일 만한 예가 있다(한재1906.9.6.광10-373호).

### 3. 법문의 적용과 부적용 사이: 위토의 도매 사례

앞에서 본 사례들은 인용된 법문이 정확히든 또는 부정확하든 그 결론은 인용된 법문의 내용에 부합한다. 그런데 1개의 재판례에서 인용된 법문이 지시하는 것과 일치하지 않는 해결책이 제시되었다. 아래의 위토 도매 사안이다.

[사례 3](한재1902.4.30.광6-167호)

- 판결요지: 피고는 원고의 訴求에 應하여 논값을 받으면 位土를 되돌려줄 것
- 당사자의 주장: 원고는 원고 家에서 파악된 장조카(長侄) A가 원고가의 位土 문권을 위조하여 피고에게 偷賣하였다고 주장하고 피고에게 위토 반환을 청

구하였다. 피고는 A의 파악사실은 들은 바 없고 자신은 永明尉宮에서 전당잡  
았다가 전당기한이 경과하여[過限] 방매하는 토지를 타인의 소개로 인하여  
恩彦宮에서 踏驗<sup>65)</sup>하여 매수해둔 것이라고 하였다.<sup>66)</sup>

- 판결이유: …[전략]… 考其文券 訶니 原告所有는 傳來原券이오 被告所有는  
似是僞券인즉 大典會通의 買於盜賣者 徵於盜賣 文을 依 訶깃스나 被告가  
原告長侄의 罷養與否는 未曾聞知 訶얏스즉 渠賣渠土를 無疑可買오 永明尉  
宮에서 典執該券 訶얏다가 過限放賣 訶을 越來買收 訶얏스니 踏驗典執과 厥  
後放賣를 原告가 不可曰不知이며 原告長侄을 雖云罷養이나 既非聲明이오  
養家承重을 渠今發服 訶얏스니 原告의 罷養與否를 他人이 何可得知리오. 以  
此究之면 以原告家之長侄로 賣原告家之位土 訶을 何人不信가. 羞在原告오  
失非他人이라. 位土賣他를 若云抑冤이든 畝價를 徵給 訶고 該土를 推去 訶  
然故로 正當이라고 訶이 不可 訶니 因 訶야 被告의 卞供은 其理由가 稍有 訶  
事. (밑줄은 인용자)

법문으로 인용된 ‘買於盜賣者 徵於盜賣’에 따르면 피고(도매된 위토의 최  
종 매수인)는 원고(도매된 위토의 소유자인 가문의 대표자)에게 위토를 반환  
하고 원고의 장조카 A(위토를 위조하여 전당·매도한 자)에게 매매대금을  
추징해야 한다. 그러나 실제 판결은 피고가 원고에게 위토를 반환하고 원고  
는 피고에게 위토의 대금을 지급하라는 내용이다. 이는 명백히 인용된 법문  
과는 다르며, 재판부도 이 점을 인식하고 있다. 그런데 각도를 달리해서 보  
면, 이 판결이 법에 따르지 않은 사례라고 쉽게 단정하기 어렵다. 인용된 법  
문의 성격 및 개별적 사정을 고려하면 법에 정면으로 반하는 것이 아니라

65) 전당계약을 체결할 때 전집(典執)하려는 자가 전당물의 소유자 또는 소재지를 방문하여 전당문권의  
진위, 전당물의 형편 등을 조사, 확인하는 것.

66) 증인 어윤상은 작년 8월에 A가 수차례 간청하기에 영명위궁에 데려가서 당해 토지를 전당하게 해  
주었는데 같은 해 12월로 기한을 정해 되찾아간다고 수표에 기재하였더니 과한하여도 환되지  
않아 A가 다시 타처에 매도하는 것을 요청하기에 거간하여 팔아주었을 뿐이라고 진술하였다. 증인  
홍희창은 작년 8월에 어윤상의 요청으로 영명위궁에 간청하여 전당을 담험하고 전당잡고 빛을 주  
었는데 그 전당기한이 경과하여 어윤상이 다시 매각을 요청하기에 피고에게 거간하여 팔아주었다  
고 진술하였다.

법의 정신에 부합하는 해결이라고 볼 수도 있기 때문이다.

먼저 판결문에서 대전회통의 법문이라고 밝힌 “買於盜賣者 徵於盜賣”도 앞에서 본 사채의 이징에 관한 법문들에서와 비슷한 문제를 안고 있다. 대전회통에는 도매에 관해 세 개의 규정이 있는데 2개는 [사례 3]과 같은 사안을 상정한 규정은 아니다.<sup>67)</sup> 사례에 적용될만한 것은 속대전에 신설된 刑典·聽理條의 “도매된 노비의 役價는 도매한 자에게서 추징한다. 전답의 禾利도 이와 같다”(凡盜賣奴婢役價, 徵盜賣者. 田地花利同)라는 규정이다. 대명률에도 참고할 만한 규정이 있으나,<sup>68)</sup> 도매의 매도인 대 매수인의 관계에 대해서는 언급이 없다. 일견 속대전의 위 규정은 대명률이 불명료하게 처리한 부분, 즉 도매의 매수인이 물건은 원소유자에게 반환하는 경우 그에 따른 손실을 누구에게서 전보받을 것인가 하는 문제를 해결한 것으로 보인다. 그러나 속대전의 위 규정 역시 자세히 따져보면 정확한 입법취지를 알기 어렵고 반드시 도매의 매수인만을 위한 규정으로 해석할 수 있을지도 의문이다.<sup>69)</sup> 오히

67) ① 大典會通·刑典·私賤 [原] “노비매매는 관에 신고한다. 사적으로 몰래 매매한 자는 그 노비 및 물건값을 몰수한다. … 만약 도매한 경우에는 그 값과 물건을 도매한 자에게서 추징한다. 전택도 같다.”(凡買賣奴婢告官, 私和買賣者, 其奴婢及價物, 並沒官 … 若盜賣則價物徵於盜賣者, 田宅同.).

② 大典會通·刑典·贖良 [續] “자기의 것이 아닌 노비를 훔쳐 팔거나 거짓으로 속량시킨 때에는 본 주인이 추심하면 도매한 값은 도매한 자에게서 추징한다. 거짓 속량한 값도 이와 같다. 그러나 이미 속량된 노비는 침해하지 않는다. 위반한 자는 양인을 억압하여 천인으로 만든 율로 논한다.”(非自己奴婢, 或盜賣或偽贖, 而本主推尋則盜賣價, 徵於盜賣者. 偽贖價同. 已贖奴婢則勿侵, 違者, 以壓良爲賤律論.)

①은 경국대전의 규정으로 국가가 노비·전택 매매의 신고를 강제하기 위한 공법적 규정이다. 그 취지는 미신고 매매물건과 대금을 관이 몰수한다는 것이다. ②는 속대전 규정으로, 도매·허위속량된 노비의 일률적 추환이 야기할 노비소유자들 간의 갈등을 감안하여 노비소유자들 내부의 이익을 조정하는 한편, 국가의 속량제도를 뒷받침하기 위한 규정이라 할 것이다.

68) 大明律·戶律·田宅·盜賣田宅: 타인의 전택을 몰래 팔거나 기타 교역하여 처분하거나 자기 것으로 주장하거나 허위의 가격으로 典·賣 계약을 체결하거나 타인의 전택을 침점한 경우. 전토 1무, 가옥 1칸 이하면 태 50에 처하고, 전토 5무, 가옥 3칸마다 1등씩 가중하되 그 죄는 장80 도2년에 그친다(凡盜賣換易及冒認若虛錢實契典買及侵占他人田宅者, 田一畝屋一間以下 笞五十, 每田五畝屋三間 加一等, 罪止杖八十徒二年).

전토·가산, 도매된 전토의 가격 및 매해 소득한 화리(禾利)는, 각각 관에게 줄 것은 관에, 그 주인에게 줄 것은 주인에게 돌려준다(田產及盜賣過田價, 并遞年所得花利, 各還官給主).

69) 위 속대전의 규정은 “도매된 노비의 역기는 도매한 자에게서 추징한다. 전답의 화리도 이와 같다”라 하였는데, 그 해석에 두 가지 의문이 제기될 수 있다. 첫째, 도매자에게 그것들을 추징할 자는 누구인가? 원소유자인가 아니면 도매의 매수인인가? 매수인을 위한 규정으로 본다면, 종래 도매 사안에서도 견지되었을 원칙을 반복하는 규정을 왜 굳이 속대전에 신설하였는지 설명해주지 못한

려 필자는 ‘매어도매자 징어도매’는 법전상의 특정규정이라기보다 앞서 본 ‘사채 신사물장’과 같이 도매에 관한 법과 재판실무에서 법이라고 인식되고 있는 원칙을 표명한 것으로 보고 싶다. 다른 2개의 판결문에서도 같은 문구가 언급되고 있으나 그것을 법문이라고는 하지 않았다.

한편 도매관련 제정법의 태도를 고려할 때 ‘매어도매자 징어도매’는 원칙적으로 도매의 매수인이 ‘선의’ 즉 도매사실을 모른 채 매수한 경우에 매매대금을 반환받을 수 있다는 취지를 담고 있다. 형법대전 제166조는 같은 취지에서 도매 사건의 처리원칙을 정리하였다.<sup>70)</sup> 부동산 도매 사안과 명확한 구분선을 긋기 힘든 부동산 이중매매·전당 사안에 대해 대명률과 형법대전이 취하는 입장을 보더라도 도매의 매수인의 선의는 중요한 요소로 간주된다.<sup>71)</sup> 그러나 실제 분쟁에서는 원소유자가 도매의 매수인에게 부동산의 반

다. 다만 원소유자를 위한 규정으로 보지 못할 것도 아니다. 예를 들어 도매된 노비가 이미 사망하였거나, 노비나 전도가 전전 매매되어 원물반환이 도리어 거래의 안전을 해할 경우에는 원소유자가 물건 자체가 아니라 그 가액을 도매자에게서 추징할 수밖에 없는 경우가 있다.

둘째, 이 규정과 앞서 소개한 속대전의 도매·허위속량된 노비에 관한 규정과의 관계가 문제된다. 후자 역시 도매든 허위속량이든 노비가 이미 속량된 경우만을 상정한 것인지 또는 도매된 노비가 다른 주인의 노비가 된 경우를 포함하는 것인지 불분명하지만, 아무튼 원주인이 도매·허위속량시의 가액을 추심한다는 취지로 읽힌다. 그러나 이러한 문제 때문에 이 규정의 취지를 도매사안에서는 그 변상받을 자가 누구인지에 상관없이 ‘도매자가 가액을 변상한다’는 뜻이고 해석한다면, 또한 굳이 이러한 규정을 속대전에 넣은 이유가 불분명해진다.

이 규정이 속대전에 신설된 취지를 살리기 위해서는 두 가지 대안적 해석이 가능할 것 같다. 하나는, ‘노비역가(役價)나 ‘전도화리(禾利)를 도매된 물건의 가액으로 해석하지 않고 도매의 매수인이 그 물건에서 얻는 수익 즉 과실 또는 원소유자의 일일이익으로 해석하는 것이다. 예를 들어, 도매된 노비를 매수한 자는 그 노비를 부림으로써 이익을 얻고, 도매된 토지를 매수한 자는 토지의 소출 기타 소작료 등을 취할 것이다. 원소유자로서는 그러한 이익을 상실하게 되고 만약 노비를 새로 구입한다면 그 지불한 역가에 상응하는 손실을 입게 된다. 이 경우 원소유자는 물건 외에도 현 점유자가 부당하게 수익한 것 또는 자신이 입은 간접적 손해까지 변상하라고 요구할 것이다. 이 규정은 그러한 경우를 상정하여 역가·화리 상당액까지 도매자에게 추징한다는 취지를 밝힌 것으로 볼 수 있다.

다른 하나는, 관련 소송을 처리해야 하는 관청의 관점에서 해석하는 것이다. 절차적 측면에서, 전전 매매된 도매물건을 매수하여 취득한 자가 해당 물건을 원소유자에게 반환한 경우 해당 취득자는 자신에 대한 직전 매도인이 아니라 도매한 자를 상대로 제소해야 소송을 수리해준다는 취지라는 것이다.

70) 刑法 §166 賊贓을 買得호는 者에게는 左開에 依호야 追贓호니라.

五. 私有物의 不動産은 本主에게 追給호고 本價는 盜賣호는 者에게 追호야 買者에게 還給호디 買者가 知情호얏거든 屬公호니라.

71) 大明律·戶律·典賣田宅 제2문 “이미 타인에게 典賣한 전택을 다시 몰래 중복하여 典賣한 자는 받은 돈을 장물로 계산하여 절도죄에 준하여 논하되 刺字刑은 면제하고 값을 추징하여 주인에게

환을 청구할 경우 매수인이 선의를 주장하며 반환을 거부하는 것은 인지상정이다. 부동산도매에 관한 판결례들도 재판부가 매수인의 부지의 향변을 도외시 하지는 않았음을 보여준다. 판결문 중에 매수인의 지정·부지정 및 그에 관한 과실 유무에 관한 설시가 나오기 때문이다. 그런 경우 재판부는 매수인의 부지의 향변을 신뢰하기 힘들게 만드는 사정을 지적하거나, 매수인이 악의였음을 인정하는 자백을 받아내거나,<sup>72)</sup> 도매임을 알 수 있었음에도 이를 소홀히 한 점 또는 몽매하여 사기를 당한 점을 지적하며 반환을 명하였다.<sup>73)</sup> 어떤 판결에서는 도매의 매도인이 사망하여 대금을 돌려받을 곳이 없게 된 매수인에 대해서도 “그 정상이 억울할만하나 도매를 審察하지 못한” 점을 거론하며 ‘도매는 징어도매’라고 하고 청구를 기각하였다.<sup>74)</sup>

[사례 3]의 판결에서도 재판부는 도매의 매수인인 피고의 선의·무과실을 강조하고 있다. 즉 도매사실을 몰랐을 뿐더러 도매자 A가 원고의 장조카라고 알았기 때문에 매매의 신실함을 믿을만한 사정이 있다는 것이다. 그렇다면 통상적인 해결방식은, 피고가 계쟁 위토를 원고에게 반환하되 도매자 A에게서 대금을 변상받는 것이다. 그런데 재판부는 도매한 자인 A가 아니라 계쟁 위토를 소유하는 가문의 대표자인 원고에게 대금 변상책임을 지웠다. 이 점에서 이 판결은 재판부가 특별한 사정을 고려하여 법문에 ‘반하는’ 판결을 내린 사례로 자리매김할 수도 있을 것이다. 하지만 그 특별한 사정이 무엇인지를 살펴보면 달리 평가할 수도 있다.

사실관계에서 눈여겨 볼 점은, 첫째, 도매의 매도인 A가 도매된 위토의 소유자인 원고기문의 일족이었다는 점, 둘째, 원고기문의 위토가 전당·매매되

---

돌려주며, 전택은 처음에 典賣한 주인의 소유로 한다. 만약 이중으로 산 사람 및 중개인이 사정을 알았다면 범인과 더불어 같은 죄로 처벌하며 값을 추징하여 관에 몰입하고, 알지 못했다면 죄에 해당시키지 않는다.”(若將已典賣與人田宅 朦朧重復典賣者 以所得價錢計贓 准竊盜論免刺 追價還主 田宅從原典買主爲業 若重復典買之人及牙保知情者 與犯人同罪追價入官 不知者不坐.) 형법대전 제 636조는 위 율문 중 자자형을 언급한 부분을 제외하고 동일한 내용을 규정하고 있다. 도매와 이중전당·매매의 유동적 관계에 관해서는, 이영록, 「광무·건양기 부동산 이중매매 및 이중전당에 관한 연구-고등재판소 및 평리원 판결을 중심으로-」, 『법사학연구』 제44호(2011), 125-128면.

72) 한재1896.7.8.건1-142호, 한재1897.4.16.건2-262호 등.

73) 한재1897.12.2.광1-49호, 한재1906.5.28.광10-207호 등.

74) 한재1901.5.29.광5-□호.

는 과정에 궁이 끼어 있다는 점이다. 증언들을 종합하면 A는 당초 영명위궁에 사기전당을 하였고, 이후, 피고의 진술에 따르면, 피고는 은언궁을 위하여 자신이 매수인으로 나서서 토지를 매수하였다. 그런데 원칙에 따르면 위토의 현 점유자인 피고가 해당 위토를 원고가문에게 반환하고 A에게 대금을 추심하게 될 것인데, 이 경우 피고가 A에게서 대금을 변상 받을 수 있다는 보장이 없다. 유사 사례에서는 이것으로 사건은 종결되었다. 본건에서의 문제는 피고의 배후에 은언궁이 있고, 자칫 은언궁이 대금에 상응하는 손해를 볼 수 있다는 점이다. 당시의 궁가에 대한 관념 그리고 궁가가 개재된 다른 판결례를 볼 때, 재판부가 궁가에 폐를 끼치는 일을 감행할 수 있었을지 의문스럽다.<sup>75)</sup> 그렇다면 재판부는 장래의 문제를 방지하기 위한 해결책을 모색하였다고 볼 수 있을 않을까? 즉 A의 파악 전 원고 가문 내에서 지위<sup>76)</sup> 및 파악된 후에도 원고와 여전히 일족인 점, 계쟁 토지는 원고 개인 소유가 아니라 가문의 위토라는 점, 원고는 실질적으로 가문을 대표하는 소송하는 자라는 점 등을 감안하여, 원고 또는 원고 가문으로 하여금 피고에게 가액을 지급하고 위토를 되찾게 해주고 A의 책임은 원고 가문 내에서 해결하게 한다는 것이다. 즉 피고-그 배후의 은언궁-가 토지를 반환함으로써 입을 손실을 전보할 책임자를 도매자인 A가 아니라 A의 일족인 원고 가문으로 바꾸고, 장래에 피고의 A에 대한 대금반환 청구 문제까지 일거에 해결하였다는 것이다.

75) 한말판결문 중에는 궁가에 개재한 사안에서 원칙에 따르면 궁가에까지 책임이 미침에도 궁가를 빼고 당사자들끼리 손익을 분배하게 한 사안이 몇 개 있다. 대표적인 사례가 고등재판소의 1897.5.29.건1-2호 판결이다. 원고의 소유전답이 1892년에 친군영이 행한 토지측량 시 은언궁의 궁토로 혼입되었고, 당해 토지는 은언궁에서 A, B, C로 전전 매매되었는데, 원소유자인 원고가 C를 상대로 반환을 청구하였다. 고등재는 피고 C가 전답을 원고에게 돌려주고 논값은 매도인들을 거슬러 올라가 은언궁이 징출(徵出)함이 가하지만 당시의 토지측량의 잘잘못을 이제와 밝히기 힘들고 해당 은언궁에 책징(責徵)하는 것도 타당하지 않으며, 원고가 전부 추심하면 C가 손실을 보고, 전부 돌려주지 않으면 A가 억울함을 펴지 못한다고 하고, 사리에 비추어 전답 36두락을 원고와 C 두 사람이 18두락씩 분반 귀정하여 서로 억울함이 없도록 하고, 또 C가 절반을 나눠준 경우 A와 B 두 사람이 응당 지급해야 것이 있으니 18두락의 절반인 9두락의 가액을 A와 B가 C에게 각각 절반씩 지급하여 영구히 타결함이 가하다는 판결을 내렸다. 즉 원고는 원래 반환받아야 할 전답에서 1/2의 손해를 감수하고, C는 원고에게 돌려준 1/2의 전답가액 중 절반은 각각 A와 B로부터 보상받으라는 것이다.

76) 판결문에 나타나지는 않지만, A가 원고의 장조키였다는 점, 외부인의 파악사실의 인지가능 여부가 중요하게 다루어진 점을 볼 때, A는 원고 가문의 중손으로서 위토를 관리할 만한 지위에 있었고, 외부인도 그렇게 인식하고 있었을 것으로 보인다.



이렇게 본다면 이 판결은 도매된 물건의 원소유자로서의 회복 및 ‘매어도매자 징어도매에 내포된 선의의 매수인이 입은 손해는 전보되어야 한다는 원칙을 실질적으로 혹은 우회적으로 실현한 것이라 할 것이다.

#### IV. 맺음말

법문의 인용된 판결례들은 이 시기 민사판결 중 극히 일부를 차지한다. 하지만 그것을 통해 당시의 재판이 ‘법에 따른 재판’이라는 모습도 가지면서 또한 오늘날의 의미에서 法源 및 법의 ‘적용’(application)이라는 용어를 그대로 가져가 쓰이기 힘든 성격을 가졌음을 관찰할 수 있었다. 물론 이 자체는 전통적인 재판과 법적 논변을 분석한 다른 연구에서 이미 지적된 바이다.<sup>77)</sup> 본고는 그 점을 다른 자료를 활용하여 재확인한 것이다. 다만 본고에서는 몇 가지 사례분석을 통해 법에 따른 것이나 법을 무시한 것이나 하는 이분법적 분류가 아니라 양자 사이에 존재하는 회색지대를 포착해보고자 시도하였다.

어떤 점에서 법문이 인용된 재판례는, 재판부가 법문을 얼마나 정확하게 인식하였는가 또는 법규정 자체가 어느 정도로 명확한 기준을 제공하고 있었는가 하는 문제와는 별개로, 일단 사안해결의 기준이 국가법 속에 존재한다는 점-또는 국가법 속에 존재한다고 인식된 점-에서 재판부로서는 판단기준을 찾기가 상대적으로 쉬운 사안이었다고 할 수 있다. 그런 점에서 본고의 고찰범위는 제한적이다. 이 시기의 법관념을 보여주는 또 하나의 사례군은, 참조할만한 법문도 없고 따라서 당해 사안 해결을 위한 기준을 찾기 위해 事理나 經緯의 관념에 의존하고 있는 판결례들이다. 물론 이들 판결례들이 법문을 인용한 판결례와 전혀 상이한 구도와 성격을 갖는 것은 아니다. 필자는 다른 곳에서 관습적 규범이 판결문에 인용된 사례에서 관습과 理의 병치·융화의 사고방식을 관찰한 바 있는데,<sup>78)</sup> 법문이 인용된 사례들도 법과 理를 엄밀하게 구획할 수 없음을 보여준다. 법의 내용에 따른 판결을 하고

77) 이영록 교수는 이중매매·전당에 관한 재판사례의 분석을 통해 “권리와 의무의 확정이 오늘날에 비해 훨씬 관계적이고 상황 의존적으로 결정되었으며, 분절적이기보다는 종합적인 해결을 도모한 특징”을 발견하였다. 이영록, 앞의 글, 1145면.

78) 문준영, 앞의 글(주 11), 184-189면.

있더라도 실질은 법의 배후에 있는 理를 적용하고 있는 것이며 理의 내용을 표현하기 위한 단서로서 법을 제시하는 것으로 볼 수 있기 때문이다. 이는 전통시대의 法源의 형식뿐만 아니라 재판의 성격과도 관련이 있다. 전통적 민사재판은 실정법규와 법원칙, 계약의 해석을 통해 권리·의무 관계를 확인하고 그 확인된 권리·의무관계를 관철시키는 방식의 재판(권리보호형 재판)이 아니라, 형사재판과 연속적 관계에 있었던 ‘악사징계형 재판의 관념에 입각하고 있었다. 판결의 초점은 누가 권리자인가를 밝힌다는 관념에서가 아니라 누가 비난할 만한 악행(詐, 勒, 壓)과 잘못(失)을 범했는지를 밝히는 데 있었다. 판결문은 어떤 권리침해나 의무불이행에 직결되는 특정 국면의 사실의 확인하는 데 만족하는 것이 아니라, 일종의 권선징악의 스토리를 구성하고 악행과 잘못의 유무를 판단하기 위해 여러 사정들 중에서 무게를 가진 사정을 골라내고 법뿐만 아니라 理 기타 도덕적 기준도 끌어들이었다. 판결문에 인용된 법문들은 전형적인 악행을 징치하기 위한 ‘율’의 일부이자 피해구제와 손익분배를 위한 비징벌적 처리방법까지 담고 있다는 점에서 사안에 대한 중요한 판단기준으로 활용될 수 있었다. 그러나 본론에서 확인하였듯이, 해당 율문들은 일정한 정형화된 요건과 효과를 제공하고 있기는 해도, 오늘날의 민사법에 필적하는 분류·체계화 기능을 할 수 있었던 것도 아니고 또 그렇게 해석되지도 않았다. 서양법이 멈추지 않고 논리적 분류와 체계화를 시도하는 지점에서, 전통법은 개개 사정의 변화무쌍함과 개별성을 그대로 받아들이고 재판관현이 각 사안의 개성과 국법질서, 보편적인 이치를 두루 고려하여 사안별로 대처해나간다는 해결방식을 취하였다. 본론에서 보았던 법 인용 재판례들은 그 수량이 많지는 않지만 또한 당시의 민사재판의 실태를 횡단면적으로 보여준다.

로마법·서양법사의 권위자인 최병조 교수는 조선왕조시대의 형사법적 논변을 분석한 후 “율령에 기초한 조선의 사안법(casuistic law)은 case law도 아니고 그렇다고 jurists law였던 것도 아니었다”고 평가한 바 있다. 조선시대의 법률논변은 “當罰的 사태에 대한 適正刑으로부터 출발하는 사고의 양식”, ‘법률요건 → 법률효과’가 아니라 ‘법률효과 → 법률요건’식으로 진행되

는 “목적론적·이념론적 고려가 우선”하는 사고양식에 기초하고 있고,<sup>79)</sup> 거기에는 “선례에 대한 고찰도, (오늘날의 의미의) 법학적인 논구도 없으며, 실체법과 절차법 영역간의 이론적 논구도 없는, 모든 사안법 단계의 법문화와 공통의 특징”이 나타난다는 것이다.<sup>80)</sup> 이러한 평가는 대한제국기의 민사판결에도 그대로 적용 가능할 것이다. 판결문에 인용된 법문은 독립적이며 배제적인 준거로서 아니라, 하나의 유력한 참조기준으로서 여러 가지 규범적·도덕적 판단기준들과 더불어 전체적인 시비 논변을 구성하는 기능을 하였다. 동종 사안에서 매번 동일한 법문이 인용되는 것도 아니고, 인용된 법문이 반드시 제정법규와 일치하는 것도 있다. 어떤 경우 무엇이 ‘법’이라고 하고 있으나 그 의미는 매우 모호하다. 해당 텍스트의 법적인 의미, 요건과 효과가 논리적으로 해석되어야 할 대상으로서 취급되지 않고, 비실정법적인 ‘理’ 혹은 여러 법조문들의 배후에 있는 원리나 법상식과 본질적으로 구별되는 것도 아니다. 그 가운데 [사례 3] 도매 사안과 같이 일견 법문의 취지에 반하는 것으로 보이는-보기에 따라서는 법문의 취지를 다른 방식으로 실현한 것으로 평가될 수도 있는- 해결책이 고안될 수도 있다. 따라서 법문이 직접적으로 인용되고 있다고 해서, 또는 대다수의 판결문에서 비록 법문이 인용되지는 않더라도 대체로 법문의 취지에 부합하는 결론이 내려지는 현상이 관찰된다고 하여 단순히 ‘법’에 ‘따른’ ‘재판’이라고 성격규정하는 것은 당시의 법인식과 재판실무의 실질을 제대로 설명해주지 못한다. 다만 ‘사안법’적 재판실무가 곧 재판의 자의성을 뜻하지는 않는다. 개별주의적이면서 동시에 비분절적인 종합적 해결을 지향하고 있었을지라도, 법과 理의 내용 및 그것들이 가진 규범적 권위, 그리고 문권에 따라 시행한다[從文券施行]는 訟理 하에 일정한 규칙성을 가진 판결들이 산출되기 때문이다. 그렇기 때문에 우리는 당시의 재판실무가 산출한 판결 ‘더미’나 민간의 계약서와 증서의 ‘더미’ 속에서 민사적 ‘법리’라고 부를 만한 것을 추출할 수도 있다. 본론에서 우리가 보

79) 崔秉祚, 「15세기 후반 조선의 법률논변: 私婢 斤非 사건을 중심으로」, 『서울대학교 法學』 제52권 제1호(2011), 43면.

80) 최병조, 「15세기 중반 세종대 조선의 법리 논의」, 『법사학연구』 제44호(2011), 271-272면.

있던 것은 성문법화된 법리 또는 재판관헌이 법문, 법전, 장정이라고 생각하였던 법리들이다. 이것들을 포함하여 다수의 재판례를 활용한다면 관습조사 보고서와 유사한 목차를 가지는 민사관련의 준칙과 원칙에 관한 보고서를 쓸 수 있을지 모른다. 그러나 그로부터 ‘민사법’의 ‘규칙의 체계’를 재구성하기는 쉽지 않을 것임은 본고에서 살펴본 사례들을 통해서도 새삼 확인된다.

## ■ 참고문헌

국사편찬위원회 한국사데이터베이스(<http://db.history.go.kr>).

구한말민사판결문, 법원도서관(<http://khd.scourt.go.kr/main/index.jsp>).

金池洙, 『傳統 中國法の 情神－情・理・法の 中庸調和－』, 전남대학교출판부, 2007.

문준영, 「대한제국기 민사재판에서 관습의 규범적 역할」, 『법학논고』 52호, 경북대학교 법학연구원, 2015.

\_\_\_\_\_, 「경성공소원 민사판결원본철을 통해 본 한말의 민사분쟁과 재판」, 『법학연구』 제22권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2011.

박병호, 『韓國法制史』, 민속원, 2012.

심희기, 「조선시대 지배층의 재판규범과 관습－흠휼신서와 목민심서를 소재로 한 검증－」, 『법조』 제665호, 법조협회, 2011.

\_\_\_\_\_, 「동아시아 전통사회의 관습법 개념에 대한 비판적 검토－일본식민지 당국에 의한 관습조사를 중심으로－」, 『법사학연구』 제46호, 한국법사학회, 2012.

이영록, 「광무·건양기 부동산 이중매매 및 이중전당에 관한 연구－고등재판소 및 평리원 판결을 중심으로－」, 『법사학연구』 제44호, 2011.

任相嫻, 『朝鮮前期 民事訴訟과 訴訟理論의 展開』, 서울대학교 법학박사학위논문, 2000.

鄭肯植 編譯, 『改譯版 慣習調査報告書』, 한국법제연구원, 2000.

조지만, 「구한말 이자에 관한 연구」, 『비교사법』 제22권 3호, 비교사법학회, 2015.

최병조, 「15세기 중반 세종대 조선의 법리 논의」, 『법사학연구』 제44호, 한국법사학회, 2011.

\_\_\_\_\_, 「15세기 후반 조선의 법률논변: 私婢 斤非 사건을 중심으로」, 『서울대학교 法學』 제52권 제1호, 2011.

최윤오 율김, 『재판으로 만나본 조선의 백성, 충청도 진천 『사송록』』, 해안, 2013.

홍성화, 「청대 민사재판의 성격에 관한 논쟁－필립 황과 滋賀秀三의 연구를 중심으로－」, 『사림』 28호 2007.

鞏濤(Jérôme Bourgon), 「地毯上的圖案:試論清代法律文化中的「習慣」與「契約」」, 邱澎生/陳熙遠

- 編, 『明清法律運作中的權力與文化』, 中央研究院聯經出版公司, 2009.
- 寺田浩明, 「清代聽訟に見える「逆説」的現象の理解について－ホアン氏の「表象と実務」論に寄せて－」, 『中国－社会と文化』第13號, 中国社会文化学会, 1998.
- 寺田浩明, 「權利と冤抑－清代聽訟世界の全体像」, 『法学』第61卷第5號, 京都大學, 1997.
- 森田成滿, 「清代に於ける民事法秩序の構造再論－特に土地所有權に着眼して－」, 山内進 編, 『混沌のなかの所有』, 國際書院, 2000.
- 寺田浩明, 「近代法秩序と清代民事法秩序－もう一つの近代法史論－」, 石井三記・寺田浩明・西川洋一・水林彪 編, 『近代法の再定立』, 創文社, 2001.
- 滋賀秀三, 『清代中国の法と裁判』, 創文社, 2002.
- \_\_\_\_\_, 『続・清代中国の法と裁判』, 創文社, 2009.
- Bourgon, Jérôme, “Rights, Freedom, and Customs in the Making of Chinese Civil Law, 1900–1936”, William C. Kirby, edited by, *Realms of Freedom in Modern China*, Stanford University Press, 2004.
- Huang, Philip C. C., *Civil Justice in China: Representation and Practice in the Qing*, Stanford University Press, 1996.
- Kim, Marie Seong-Hak, *Law and Custom in Korea: Comparative Legal History*, Cambridge University Press, 2012.
- Liang, Linxia, *Delivering Justice in Qing China: Civil Trials in the Magistrate’s Court*, Oxford Univ. Press, 2014.
- Zelin, Madeleine, “A Critique of Rights of Property in Prewar China”, Madeleine Zelin, Jonathan K. Ocko & Robert Gardella, edited by, *Contract and Property in Early Modern China*, Stanford University Press, 2004.
- \_\_\_\_\_, “Economic Freedom in Late Imperial China”, William C. Kirby, edited by, *Realms of Freedom in Modern China*, Stanford University Press, 2004.

<Abstract>

## On the Context of the Citation of Legal Texts in the Court Decisions for Civil Cases in the pre-colonial Korean Empire, 1895~1908\*

Moon, Joon-Young\*\*

This article examines the way of the citation of the lawbook's texts and the characteristics of the traditional legal argument through the court decisions referring to legal text among the civil trial documents of the period of the Korean Empire (*Taehanchekuk*). In 80 cases occupying about 2% of whole court decisions, the courts referred to certain legal texts as a relevant legal norm to resolve the concerned dispute. The texts were cited from the Old Code such as the *Taejeonhuetong* of the *Choseon* Dynasty period and newly issued laws and regulations since *Gapo* Year's Reform of 1894. Though they seem to provide a certain legal standard for the relevant cases, it could hardly be said that the way of the citation and the interpretation was similar to that prevailing in modern legal practice. The court did not always cite the same text in each similar cases and, in most cases, just referred to obscurely law, legal example, code, charters or *Yul*(律), some of which were not listed in the law book and even inconsistent with the law. They were law in a broad sense or general moral principle rather than a concrete rule. Nevertheless, most

---

\* This work was supported by a 2-Year Research Grant of Pusan National University.

\*\* Professor, Pusan National University School of Law

cases were settled apparently according to the intent of the cited text in general. The cases analysed in this article show that judges could have felt the specific need of mentioning the legal text in some case which can be classified into two categories. One is the cases which could be ruled upon a formal standard such as term or period, maximum interest rate, or some procedural requirement, which could play a key role in pending dispute. The other is the cases in which a certain substantial norm were occasionally referred to along with another moral standards or considerable circumstances as a ground for criticizing culpable behavior and the pretext of each or both litigants. Legal arguments and practices of those times, even if the western type of court system was partly introduced, did not go beyond them performed under the traditional ‘casuistic’ legal culture.

**[Key Words]** court records of modern Korea, the Korean Empire, modernization of law, civil litigation, traditional civil justice, traditional law, legal culture

