

# 대한제국기 ‘분반(分半) 판결’에 관한 연구\*

– 전통적 민사 재판에서 理는 무엇인가? –

강석정\*\*

## 목 차

- I. 머리말
- II. 분반 판결의 개요
  1. 분반 판결의 의의
  2. 분반 판결의 수량
- III. 분반 판결의 유형화 및 각 유형의 함의
  1. 당사자 책임 판단형 및 ‘결과론적’ 논리
  2. 선의 매수형(형사법 적용형)을 통해 본 성문법의 위상
  3. 제3자 원인 제공형 및 理의 세부 원리
  4. 원·피고 합의형의 복합적 특징
  5. 다수 채무자형(관례형) 및 『관습조사보고서』
  6. 입증책임 반영형(액수 산정 곤란형) 및 공평의 이념
  7. 소결
- IV. 맺음말

## [국문 요약]

전통적인 민사 재판과 판결에 대하여 통상 ‘情理에 따른 재판’, ‘관습이나 理에 기초한 재판’, ‘교유적 조정’ 등으로 칭해 왔다. 그러나 이때 말하는 ‘情理’ 또는 ‘理’의 구체적 내용, 이에 내재된 논리, 그 실체는 무엇인지, 과연 ‘교유적 조정’으로 단언할 수 있는지에 대하여는 다소 모호하게 이해되어 왔거나 명확히 해명되지 못한 상태였다. 이 글은 법원도서관의 구한말 민사판결문 데이터베이스에 수록된 민사 판결문 중에서 이러한 의문을 풀기에 적합한 대상으로 갑오개혁기·대한제국기(1895.4.~1908.7.)의 ‘분반 판결’을 선정하고 이를 분석하여 전통적 민사 재판과 판결의 논리, 원리, 실제 등에 접근해 보고자 하였다.

분반 판결은 판결요지에 ‘半’이라는 말이 포함되어 있고, 원·피고의 법률상 이해관계, 즉 법적 관점에서의 이익이나 손해를 반으로 나눈 판결을 의미하는데, 당사자 책임 판단형,

\* 이 글은 강석정, 「전통적 민사 판결에서 나타나는 ‘리’ 理 논변에 관한 연구-대한제국기 민사재판에서 ‘분반分半 판결을 중심으로-」(부산대학교 석사학위논문, 2016)를 발췌, 일부 수정한 것이다.

\*\* 변호사, 부산대학교 법학전문대학원 박사과정

선의 매수형(형사법 적용형), 제3자 원인 제공형, 원·피고 합의형, 다수 채무자형(관례형), 입증 책임 반영형(액수 산정 곤란형) 등으로 유형화할 수 있다.

이렇게 분반 판결을 유형화하고 이를 분석하면, ‘분쟁의 원인 제공자 특징’, ‘책임성 판단’, ‘거래 안전 고려’, ‘증거를 통한 사실 관계 확정’, ‘합의나 관례의 존중’ 등의 원리를 확인할 수 있는데, 이를 理의 내용, 세부 원리, 실체로 이해해 볼 수 있다. 이로써 전통적 민사 재판과 판결에서의 법적 논변, 사유 방식, 법 원리의 실체를 파악할 수 있고, 나아가 전통 사회의 정의, 형평 관념의 단서에 접근해 볼 수 있다.

[주제어] 분반, 절반, 理, 情, 情理, 전통법, 민사재판, 구한말판결문, 대한제국

## I. 머리말

우리의 전통적<sup>1)</sup> 민사 재판과 판결의 성격이나 특징을 논함에 있어, 통상 “情과 理에 의한 재판”, “관습·관습법,<sup>2)</sup> 理에 기초한 재판”, “관계적이고 상황의존적이며 종합적인 사고 또는 해결”,<sup>3)</sup> “교유적 조정(敎諭的 調停)” 등으로 지칭되어 왔다. 그러나 이러한 지칭에도 불구하고, 전통적 민사 재판과 판결의 내밀한 세계는 아직도 그 구체적 실체가 모호한 무엇으로 남아 있고, 이런 상황은 소위 전통을 한편으로 불명확하고 예측불가능하며 비합리적인 것으로 단순화하는 위험과, 다른 한편으로는 고유하고 독특하며 오묘한 것으로 미화하는 위험의 양 극단 사이에서 우리를 표류하게 만들기도 한다. 그렇다면 전통적 민사 재판은 과연 情理에 의하거나 理에 기초한 것이라고 할 수 있는지, 이러한 情理, 理, 관습(법)의 구체적 내용이나 요소는 무엇인지, 理는 실제 판결에서 어떠한 방식이나 모습으로 작동·작용하는지, ‘관계적·상황의존적·종합적인 사고나 해결방식’의 구체적 내용이나 양상은 어떠한 것인지, 나아가 과연 ‘교유적 조정’이라고 단정할 수 있는지 등에 대한 질문

1) ‘전통’이라는 것이 만들어진 것(invention)인지, 전통 개념의 내포와 외연, 전통의 시대를 시기적으로 과연 어디까지 소급할 수 있는지의 문제에 대하여 논란이 있지만 이 논문에서는 ‘서구적 근대에 대비되는 의미에 초점을 두고 서술하였다.

2) 이하에서 ‘관습·관습법’은 ‘관습(법)’으로 표기한다.

3) 이영록, 「광무·건양기 부동산 이중매매 및 이중전당에 관한 연구-고등재판소 및 평리원 판결을 중심으로-」, 『법사학연구』 44(한국법사학회, 2011), 137면.

을 제기할 수밖에 없다.

이 글은 위 질문에 대한 해답을 발견하기 위한 하나의 방법으로, 법원도서관의 구한말 민사판결문 응용시스템 데이터베이스(<http://khd.scourt.go.kr>)에 있는 갑오개혁기부터 대한제국기까지의 민사판결문 중에서 이러한 의문을 해소하기에 적절해 보이는 형태의 판결-소위 '분반(分半) 판결'-을 선정하여 분석하였다. 나아가 이러한 분반 판결의 분석을 통하여 궁극적으로는 전통적 민사 재판 및 판결에 내재하는 법적 논변, 법적 사유, 법원리의 실제·양상·구조를 밝히고, 우리 전통 사회의 법관념, 법의식, 법문화에 대한 단서도 얻고자 한다.

## II. 분반 판결의 개요

### 1. 분반 판결의 의의

법원도서관 구한말 민사판결문 응용시스템 데이터베이스(<http://khd.scourt.go.kr>)를 통하여 당시 민사판결문의 판결요지<sup>4)</sup>를 검색하여 보면, '分半', '折半', '半額' 등의 말을 사용하면서 해당 분쟁에서 문제된 법적 이익·손해를 원고와 피고에게 동등하게 나눈 판결을 확인할 수 있다. 예를 들어 한성재판소 1895년 음력 5월 7일(개국 504년 제101호) 판결의 판결요지를 보면 “被告者는 原告訴求에 應호야 質米利條 三十一石을 分半以償함이 可함”이라고 하고 있다. 이 글은 이와 같이 판결요지에 '반(半)'이라는 말이 포함되어 있고, 원·피고의 법률상 이해관계, 즉 법적 관점에서 평가한 이익이나 손해를 반(半)으로 나눈 판결을 '분반 판결'<sup>5)</sup>이라고 개념 정의한다. 한편 비록 판결요지에 '반(半)'이라는 말이 없더라도, 판결요지와 판결이유를 종합할 때

4) 당시 민사판결문에서의 '판결요지'는 현재 민사소송법상 판결의 '주문'에 상응한다.

5) '分半', '折半', '半額' 중에서 상대적으로 많이 등장하는 표현이 '分半(분반)'이므로, 편의상 이러한 형태의 판결을 '분반 판결'이라고 부른다.

원·피고의 법률상 이해관계를 반으로 나눈 판결 원·피고의 이해관계를 적절히 절충함으로써 실질적으로는 분반과 유사한 결론에 이르렀다고 평가할 만한 판결<sup>6)</sup>도 종종 확인되는데, 이러한 판결도 필요한 경우 분반 판결로 평가하여 분석하였다.

전통적 민사 재판이나 판결의 실체에 접근함에 있어서, 갑오개혁기부터 대한제국기까지의 민사 분반 판결을 선정하고 분석한 이유는 다음과 같다. 첫째, ‘분반(分半)’이라는 용어 자체가 조선 시대 및 이 시기 판결문에서만 등장하는 고유한 용어로, 서구적 근대 법학의 영향력 아래 추상적 개념화 과정을 거치지 않은 상태의 ‘생생하고 날(raw) 것’에 가까운 용어이므로, 분반 판결에는 전통적 민사법의 논리나 법적 사유가 내포되어 있을 가능성이 높다. 둘째, ‘반(半)’이라는 결론은 외관상 형평에 입각한 절충적 결론으로 보이는 이상, 우리의 전통적 법과 민사 재판의 특징으로 불리는 “情과 理에 따른 재판”, “관계적·상황의존적·종합적 해결”, “교유적 조정”의 실체를 파악하거나, 이를 검증하기에 적절한 매개체가 될 수 있다. 셋째, 이 시대는 아직은 서구적 근대의 민사실체법·소송법상 개념이나 이론이 완전히 정착하지는 못하였던 것으로 보이므로, 판결 문언에 여전히 전통적인 민사 법논리, 법관념, 법적 사유가 강하게 배어 있을 가능성이 높다. 넷째, 이 시대는 서구적 근대의 압력과 갑오개혁 등 자주적 근대화 노력의 결과, 판결문의 양식과 서술방식이 법정되고, 무엇보다도 판결이유도 점차 자세히 기재되어 가는 상황이었기 때문에, 판결문 그 자체에서 민사 고유의 법논리, 법관념, 법의식을 도출해 내기에도 상대적으로 유리하다.

## 2. 분반 판결의 수량

법원도서관 구한말 민사판결문 응용시스템 데이터베이스를 전제로, 1895년 4월경부터 1908년 7월경까지-7월경을 통계 분석의 종기로 삼은 이유는

6) 편의상 ‘절적’ 분반 판결 또는 ‘넓은 의미’의 분반 판결로 칭한다.

“소위 새로운 《재판소구성법》에 따라 1908년 8월 1일에 구재판소, 지방재판소, 공소원, 대심원이 개칭하였는데, 이후부터는 사실상 일본에 의하여 주도적으로 조직, 운영되는 재판소”<sup>7)</sup>이기 때문이다-한성·한성부 재판소,<sup>8)</sup> 고등재판소·평리원<sup>9)</sup> 판결 중에서<sup>10)</sup> 분반 판결이 차지하는 비율을 통계적으로 분석하면, 전반적으로 그 수량이 많지는 않다. 한성·한성부 재판소의 경우 약 4,564개의 판결문 중에서 약 43개에 불과하여 1%에 미치지 않고, 고등재판소·평리원의 경우 약 412개의 판결문 중에서 약 9개에 불과하여 약 2% 정도이다.<sup>11)</sup>

### Ⅲ. 분반 판결의 유형화 및 각 유형의 함의

구한말 민사판결문 응용시스템 데이터베이스에 있는 분반 판결의 단편적 나열이나 형식적 분류-예를 들면, 사건명 또는 계쟁물을 기준으로 금전, 토지, 건물·선박, 미곡, 물품, 증권, 인사, 기타 등으로 분류-만으로는 분반 판결의 특징을 발견하기 어렵고, 분반 판결을 매개로 하여 전통적 민사 재판과 판결의 고유한 특징, 내적 논리나 내밀한 원리에 접근하기 어려우므로, 일정한 조건과 수준에서의 유형화 작업은 불가피하다.<sup>12)</sup>

분반 판결은 첫째, ‘왜 반으로 나누었나’의 관점으로 유형화해 볼 수 있고,

- 
- 7) 문준영, 「경성공소원 민사판결원본철을 통해 본 한말의 민사 분쟁과 재판」, 『법학연구』 22-1(충남대 법학연구소, 2011), 9~10면 참조.
  - 8) 한성재판소는 한성부와 분설과 합설을 수시로 하는 과정에서 한성재판소, 한성부재판소 등으로 그 명칭이 변경되었다.
  - 9) 상소심인 고등재판소는 1899년에 평리원으로 명칭이 변경되었다.
  - 10) 위 재판소의 판결을 분석 대상으로 선정한 이유는, 위 재판소들은 다른 재판소에 비교하면 상대적으로 그나마 법적 소양을 지닌 행정·사법 관료가 더 있었고, 각 연도별로 많은 판결문이 현존하기 때문에 일종의 경향성이나 규칙성을 발견하기에 용이하다고 판단하였기 때문이다.
  - 11) 통계 활용에 있어 각 연도별 민사판결문 전체 건수는 다음 글을 참고하였다. 박지영, 「근대 한국(1889년~1918년) 민사판결문에 대한 연구: 한성재판소를 중심으로」(이화여자대학교 석사학위논문, 2015), 62~70면; 황외정, 「구한말(1895~1905년간) 민사재판 판결문 활용방안 연구-한성재판소를 중심으로」(한국외국어대학교 석사학위논문, 2014), 30면; 문준영, 앞의 글, 30면.
  - 12) 유형화 작업은 그 자체로 서구적 근대 법학의 사고와 관점이 투영될 수밖에 없다. 따라서 비판적 거리를 유지하고 그 영향을 최소화하려는 노력이 필요하다.

둘째, ‘무엇을 반으로 나누었나’의 관점으로 유형화해 볼 수 있다. 첫째, ‘왜 반으로 나누었나’의 관점, 즉 분반의 이유, 근거, 동기, 배경을 탐색하는 과정은 분반 판결의 추론, 논증 방식을 살펴봄으로써 판결의 내적 논리나 판사들의 법적 사유 등을 밝힐 수 있고, 둘째, ‘무엇을 반으로 나누었나’의 관점, 즉 분반의 대상을 탐색하는 과정은 단순히 사건명이나 계쟁물을 기준으로 분류하는 방식의 형식성을 보완하면서 해당 분반 판결의 고유한 특징을 파악하는데 있어 도움을 줄 것이다.<sup>13)</sup>

위 두 가지의 유형화 방법 중에서 ‘왜 반으로 나누었나’의 관점에서 분반 판결을 유형화하면, ① 고의나 과실 등 소송당사자의 책임적(責任的) 요소에 근거한 유형인 ‘당사자 책임 판단형’, ② 적장(賊贓)을 그 사정을 알지 못하고 매수한 유형인 ‘선의매수형(형사법 적용형)’, ③ 분쟁의 원인이 소송당사자가 아니라 제3자에게 있는 유형인 ‘제3자 원인 제공형’, ④ 당사자의 의사(意思), 합의를 기준으로 한 유형인 ‘원·피고 합의형’, ⑤ 일종의 관례나 관행 등이 작용한 것으로 추측되는 유형인 ‘다수 채무자형(관례형)’, ⑥ 소송법상 입증책임적 측면이 반영된 유형인 ‘입증책임 반영형(액수 산정 곤란형)’으로 구분할 수 있다. 이하에서는 이러한 유형화 작업을 토대로 각각의 개별 유형에서 발견되는 특징 및 이로부터 도출되는 함의를 서술한다.

## 1. 당사자 책임 판단형 및 ‘결과론적’ 논리

당사자 책임 판단형은 소송당사자인 원·피고의 고의나 과실 등 책임적 요소<sup>14)</sup>의 유무나 정도에 근거하여 분반 판결한 것이다. 이러한 당사자 책임 판단형은 다시 첫째, 원·피고 쌍방 모두에게 과실 등 책임이 있고, 그 과실이나 책임이 동등·동일하다는 이유로 분반한 ‘원·피고 쌍방 과실형’과 둘

13) 분반의 대상이라는 관점에서 유형화하면, 이자(利子)형, 추수(秋收)형, 비용(費用)형, 차액(差額)형, 장물(贓物)형 등이 있지만, 이 글에서는 분량의 문제로 생략하였다.

14) 구한말 민사판결문에 등장하는 고(故), 과(過), 실(失), 책(責) 등의 표현이 현대 법학의 고의, 과실, 책임 개념과 완벽히 일치하다고 보기 어렵지만, 편의상 고(故)는 고의, 실(失)이나 과실(過失)은 ‘과실’, 책(責)은 ‘책임’으로 번역하였다.

재, 원·피고 쌍방의 과실이 모두 없음을 이유로 분반한 '원·피고 쌍방 무과실형'의 하위 유형으로 세분할 수 있다.

우선 ① '원·피고 쌍방 과실형'은 원고와 피고 모두에게 과실이 있는데 양 당사자의 과실이 '동등'하다는 이유로 분쟁으로 발생한 법적 위험, 즉 법적 이익이나 손해를 5:5의 비율로 나눈 판결이므로, 정확하게 말하자면 '쌍방 과실 동등(同等)형'이다.<sup>15)</sup> 대표적으로 한성재판소 1906년 3월 14일 광무 10년 제87호<sup>16)</sup> 판결(이하에서 '[한재 1906. 3. 14. 광10-87]'과 같이 약칭함<sup>17)</sup>)의 판결이유를 보면, "...피고가 원고에게 돈을 지급할 때 왜 票(票)를 받지 아니하였는지는 피고의 과실(過失)이요, 증인(證參之人)은 본래 같이 살면서 동업(同居同商)하는 사람이고, 진술하는 연월이 같지 아니하여 모호한 말로서 불가능한 주장이다. 원고는 타인의 위임을 받아 물건 값을 찾아갈 때에 즉시 성표해 가지고 가는 것이 가능하고, 이미 찾아 갔다고 운(云)하였다면 중국적으로 박씨에게는 어떻게 납부하였는지 의혹(訝惑)을 면하기 어려우므로 이는 원고의 과실(過失)이다. 따라서 양 당사자의 과실(兩失)이 서로 같고(相同) 어느 한쪽에만 치우쳐 부담시킬 수 없어서(不可偏徵), 해당 돈을 반으로 나누어(分半) 부담하여 지급함이 가능함..."<sup>18)</sup>이라고 하였고, [한재 1906.4.28. 광10-141]<sup>19)</sup>의 판결이유를 보면, "...피고 진술은 그가 살던 집을 값을 깎아서 당평 200,000냥으로 하여 원고에게 매도(賣渡)하였는데, 해당 가액을 원피고간에 직접 주고받지 않고 유래(由來)하는 관습(慣習)

15) '원·피고 쌍방 과실형'으로는 한성부재판소 1901년 11월 26일 광무 5년 제156호; 한성재판소 1906년 3월 14일 광무 10년 제87호; 한성재판소 1906년 4월 28일 광무 10년 제141호 등

16) 한성재판소 1906년 3월 14일 광무 10년 제87호, 사안의 개요: 소외 일본인과 피고 간에 계속적 물품 거래 관계가 있어 원고가 일본인의 피용자·수임인으로서 물건 값을 대신 수령해 왔던 것으로 보이는데, 채권자인 일본인과 채무자인 피고간의 정산 과정에서 100원이 누락된 것이 확인되어 일본인이 원고를 통해 피고에게 물건 값을 청구하자, 피고가 원고에게 이미 물건 값 100원을 지급하였는데, 그 100원을 원고가 투식(偷食)하였다면서 변제 항변한 것으로 추측된다.

17) 이하에서 판결을 표기하는 방식에 있어, 필자의 편의상 [한재 1906. 3. 14. 광10-87]과 같이 표기한다. 재판소의 경우 '고등재판소'는 '고등', '평리원은 '평리', '한성·한성부 재판소'는 '한재'로 약칭하고, 연호의 경우 '건양'은 '건', '광무'는 '광', '융희'는 '융'으로 약칭한다.

18) (밑줄: 필자, 이하 동일); 이하에서 인용된 구한말 민사판결문은 대부분 국한문혼용체로 되어 있다. 이 글에서는 이해 및 논지 전개의 편의를 위하여 현대어로 풀어서 인용하였다.

19) 한성재판소 1906년 4월 28일 광무 10년 제141호, 사안의 개요: 피고가 자신의 집을 원고에게 200,000냥에 매도하는 과정에서, 중개인(家僮)이 그 매매 대금 중 40,000냥을 가지고 도망간 것이다.

에 따라, 양편의 중개인(家儻)로 하여금 그를 시켜 이쪽에서 찾아서 저쪽에 지급하다가, 끝내 40,000냥 분실(鬪失)에 이르고 이와 같이 폐단(弊之一端)이 생긴 것이다. 그러므로 원피고의 신중하지 못한 책임(不愼之責)은 함께 면하기 어렵고, 어느 한쪽에만 치우쳐 부담시킬 수 없으므로(不可偏徵), 반으로 나누어(分半) 부담하여 매매계약(賣買契約)을 완료(完)하고…”라고 하였다.

그런데, 판결이유에서 원고와 피고의 과실이 동등하다는 취지로 판시하면 서도, 도대체 왜 과실이 동등한지에 대한 이유나 설명이 없고, 사안을 분석해 봐도 양 당사자의 과실이 동등하다고 볼만한 사정을 찾기도 어려우므로, 원·피고 쌍방 과실형은 원·피고의 책임(과실) 유무를 판단하기는 하지만, 책임(과실)의 양적인 비교 형량이나 구체적인 근거 제시에는 무관심한 것처럼 보이기까지 한다.

다음으로 ② 원·피고 쌍방 무과실형인 [한재 1906. 2. 24. 광10-53]<sup>20)</sup>의 판결이유를 보면, “...(원고는) 작년 10월 그믐날(晦日) 돈 값을 때, 해당 돈을 피고의 지시로 인하여 박재순에게 임치(任置)하였다고 하나, 해당 임류표(任留票)를 피고에게 지급하지 않고, 마침 피고의 출타로 인하여 비로소 11월 8일에야 그 해당 봉류표(捧留票)를 피고에게 급부하였는데, 이는 원고의 의무 태만(義務怠慢)이 아니요, 또한 이는 피고가 고의(故)로 미루면서 연기한 것도 아니다. 즉 함께 양 당사자의 과실(兩隻之失)이 없으므로, 해당 11월의 이자는 원피고가 분반함(分半)이 가능하거늘…”라고 하였다. 이 판결은 양 당사자 모두에게 과실이 없다고 하면서도 분쟁에서 문제된 법적 이익·손해(즉 11월의 이자)를 5: 5로 나누었는데, 이를 현대 법학의 입장에서 바라본다면, 피고에게 귀책이 없는 셈이므로 논리적으로는 당연히 원고 청구를 기각해야 할 텐데 그렇게 하지 않았으니, 독특한 처리 방식이다.

20) 한성재판소 1906년 2월 24일 광무 10년 제53호 사안의 개요: 원고가 제작년 12월에 원고의 답권을 피고에게 전당하여 돈을 빌렸고 작년 10월말에 변제하려 하자, 피고가 소의 박재순에게 돈을 임치하라고 하는 바람에 원고가 박재순에게 임치하였는데, 원고가 해당 돈을 박재순에게 임치했다는 표(任留票, 捧留票)를 피고에게는 작년 11월 8일에서야 교부하자, 원고의 채무 변제 시점이 10월말인지, 아니면 11월초인지 여부, 즉 11월의 이자를 지급해야 하는지와 11월의 이자는 얼마를 지급해야 하는지가 쟁점이 된 사안으로 추측된다.

이와 같이 현대 민사법학적 관점에서 본다면 다소 이례적으로 보일 수 있는 현상을 분석하면, 첫째, ① 원·피고 쌍방 과실형의 경우는 소송당사자 쌍방에게 과실이 있는 것은 맞지만, 반드시 양 당사자의 과실이 실제 ‘동등’하기 때문에 그 논리적 귀결로 분반의 결론이 도출된 것이 아니라, 해당 사안의 특수성이나 제반 현실적 사정을 고려할 때, 분반 이외에는 마땅한 해결책이 없기 때문에<sup>21)</sup> 사전에 분반이라는 결론을 상정해 두고, 판결이유에서 양 당사자의 과실이 ‘동등’하다는 식으로 형식적으로 말했을 수 있다.<sup>22)</sup> 이런 까닭에 원고와 피고 모두에게 과실이 있지만, 양 당사자의 과실을 동등하지 않게 ‘1: 9, 2: 8, 3: 7, 4: 6과 같은 식으로 결정한 소위 ‘쌍방 과실 차등(差等)형’의 판결을 다른 구한말 판결문들 속에서 발견하기 쉽지 않은 것으로 보인다. 둘째, ② 원·피고 쌍방 무과실형인 [한재 1906. 2. 24. 광10-53]의 경우도 실제 양 당사자의 과실이 모두 없기 때문에 문제된 이자를 분반한 것이 아니라, 해당 사안의 구체적 사정을 고려할 때 이자를 분반하는 식의 결론 이외에는 적절한 해결책이 없어서, 판결의 이유에서 그 논거로서 “양 당사자 모두의 과실이 없다”는 점을 표면적으로 내세운 것일 수 있다.<sup>23)</sup>

이러한 분석은 비록 민사 재판의 경우는 아니지만, 조선 시대 형사 재판에서 “대명률에서의 범죄는 구성요건요소에 초점을 맞추고 있는 것이 아니라, 행위자의 결과 책임과 이에 따른 적절한 양형에 범죄를 인식하는 초점이 맞추어져 있다”,<sup>24)</sup> “인율비부(引律比附)에서 발견되는 특징 중 하나는 그 판단

21) 판결이유의 “어느 한쪽에만 치우쳐 부담시킬 수 없으므로(不可偏徵)”라는 표현에서도 일부 드러난다.

22) 이렇게 보면 판결이유의 “양당사자의 과실이 같다(兩失相同)”는 표현은 판단의 근거로서 기능하는 것이 아니라, 결론을 합리화하거나 당사자를 설득하기 위한 수사적(修辭的)인 의미를 가질 수 있다.

23) 원·피고 쌍방 무과실형인 [한재 1906.2.24. 광10-53]의 경우, “피고는 원고가 10월 그름에 돈을 갚을 때에 자신이 아니라 박재순에게 임치할 것을 지시함으로써 결국 이러한 분쟁에 이르게 하였으니 이는 피고의 과실이요, 원고는 피고의 지시에 따라 돈을 10월 그름에 박재순에게 임치하였으면 즉시 해당 임류표를 피고에게 급부했어야 하는데, 그렇게 하지 않고 11월 8일에서야 피고에게 급부했으니 이는 원고의 과실이다.”는 식으로 마치 원·피고 쌍방 과실형으로 판결 이유를 역으로 재구성하는 것도 충분히 가능하다. 한편 이 판결은 이와 무관하게 《典當舖細則》(1899.11.10. 농상공부령 제31호) 제2조 “抽利는 30일로 一朔을 爲準호되, 執典日로 起호야 15일까지는 半朔利息으로 計算하고, 16일 이후는 全朔利息으로 施行호事”를 참고하였을 가능성도 있다.

24) 이정훈, 『조선시대 법과 법사상』(선인, 2011), 218면.

에 있어서 형명(刑名)의 측면이 죄명(罪名)의 측면에 비해 우선하여 나타난다는 점이다”<sup>25)</sup>라는 주장과 맥락을 같이 한다. 즉 ‘당사자 책임 판단형’을 통하여, 당시 민사 판결의 논리 구조는 ‘원인 → 결과’의 인과론적 논리만이 있는 것이 아니라, ‘결과 → 원인’의 결과론적<sup>26)</sup> 논리가 병존하고 있었다고 평가할 수 있다.

## 2. 선의 매수형(형사법 적용형)을 통해 본 성문법의 위상

선의 매수형(형사법 적용형)<sup>27)</sup>은 해당 물건이 적장(賊贓)<sup>28)</sup>이라는 사정을 알지 못하고 그 물건을 매득·매수하였다는 이유로, 성문의 형사법을 적용·비부(比附)<sup>29)</sup>하여 분반 판결한 것이다.

이렇게 민사 재판에서 형사법을 적용·비부하는 선의 매수형(형사법 적용형)이 등장하는 이유를 고찰하면, 당시 대한제국은 독립된 민법전 제정에는 이르지 못하였으므로 현실적으로는 형사법의 조문을 끌어와서 민법 조문의

25) 김대홍, 「조선초기 형사법상 引律比附에 관한 연구」(서울대학교 법학박사학위논문, 2012), 181면.

26) 편의상 ‘결과론적’ 논리로 칭한다. ‘목적론적’이라고 표현하는 입장도 있다.

27) 이 유형은 현재 점유자(대체로 피고)가 적장(일종의 盜品)이라는 사정을 모르고(일종의 善意)로 매득(賈得)한 과정에 초점을 두면 편의상 ‘선의 매수형’으로 명명할 수 있다. 다만 현행 민법 제249조 보다는 제250조, 제251조의 도품·유실물 특례 규정에 더 가깝고, 현재 점유자가 즉시 온전한 소유권을 취득하는 것은 아니라는 점에서 현대 민법의 선의취득과는 다르다. 한편 이미 존재하는 형사법규범을 전제로 일종의 포섭 과정을 거친다는 점에 초점을 두면 ‘형사법 적용형’이라고 명명할 수 있다.

28) 현대 형법의 장물(贓物) 개념과 일치하지 않을 수 있으므로 ‘적장’으로 표현한다. 소위 전통적 형사법에서 贓 개념은 현대 형법의 장물과 조금 다른 의미를 지닌다. 이에 대하여는 김대홍, 「당률에서 범죄와 형벌의 비례성-贓의 개념을 중심으로」, 『법사학연구』 39(한국법사학회, 2009), 90-91면 (“《唐律疏議》에서는 贓을 죄인이 취한 財로 정의한다…六贓에는 뇌물죄의 성격을 가진 것도 포함되기 때문이다. 따라서 贓은 현대 형법의 장물보다는 넓은 개념이라고 할 수 있다.”), 홍순민, 「조선 후기 도죄(盜罪) 장죄(贓罪)의 구성과 『대명률』, 『역사와 현실』 65(2007) 등 참조; 한편 《賊盜處斷例》 등에서는 대략 적도(賊盜)로 통칭되는 강도, 절도, 와주, 준절도 등으로 취득한 것을 의미하는데, 《賊盜處斷例》 제15조는 다음과 같다. “本 律을 제7조, 제8조, 제9조, 제10조 律例에 해당 兇범인에게 追贓 竊 兇 者는 左開에 의 兇야 處辦 兇 (…)- 賊贓을 賈得 兇 자에게는 左開에 의 兇야 追贓 兇. 官有物은 知情不知情을 勿論하고 本色으로 追納 兇. 私有物은 本主로 兇여금 該物盜賣 本價 一半을 給 兇고 追 兇. 但 私有物 賈得時 知情者에게는 半價를 給지 아니 兇”

29) 引律比附 또는 比附는 “문자 그대로 해석하면, ‘律을 끌어다 건주어 붙임’의 뜻을 갖는 것으로 律에서 모든 범죄사항을 입법할 수 없기 때문에, 사안을 정확히 포섭하는 조문을 찾을 수 없는 경우 引律比附의 형식을 빌려 죄인을 처벌하도록 한 것이다.”(김대홍, 앞의 글, 15면 참조.)

부재(不在)나 미흡함을 해결하는 방식이 간편한 대안이기 때문이었지만, 더 근본적 원인은, 역사적으로 조선의 경우 “오늘날과 같이 민사재판과 형사재판으로 완전히 나뉘어 있지 않았다. 모든 재판은 경중의 차이는 있으나 형벌이 과해지는 가능성이 있다는 의미에서 형사재판적”<sup>30)</sup>이었기 때문으로 보인다. 상황이 이와 같다면, 이 시대 판사들에게 있어 형사법을 끌어와 민사 분쟁의 재판 규범으로 삼는 것이 결코 어색한 행위가 아니었다는 것이므로, 형사법을 적용·비부함으로써 분반 판결한 사례가 다수 등장해야 할 것 같지만, 실상은 꼭 그렇지는 않다. 형사법을 적용·비부하여 분반 판결에 이른 사례가 많지는 않고, 그나마 있는 사안도 [한재 1896.6.11. 건원-11],<sup>31)</sup> [한재 1901.12.29. 광5-182]<sup>32)</sup>와 같이 대체로 《賊盜處斷例》를 적용·비부하여 분반한 것이다.

오히려 주목되는 점은, 위와 반대로 민사 재판에서 해당 사안에 잘 들어맞는 형사법 조문이 이미 있어서 해당 법조문을 그대로 적용할 만한데도, 적용하지 않고 다른 이유를 대면서 분반한 사례가 발견된다는 사실이다. 우선 [평리 1905.7.4. 광9-57]<sup>33)</sup>은 소위 이중매매 사건으로, 소외 매도인 박계원이 자신의 답토를 1차로 원고<sup>34)</sup> 김재운에게 5,500냥에 매도한 뒤 2차로 피고 박종윤에게 약 7,500냥 정도에 매도하였고, 피고 박종윤은 또 다른 사람에게 13,000냥에 전매하였는데, 매도인 박계원이 사망해 버린 사안이다. 그 판결이유를 보면 “...사리(事理)를 살피면, 먼저 매수(先買)한 김재운이 그 답

30) 박병호, 『한국법제사』(민속원, 2012) 145면. 이에 대하여는 비판적 입장[대표적으로 임상혁, 『나는 노비로소이다』(너머북스, 2010), 215면 참조]도 있다.

31) 한성재판소 1896년 6월 11일 건양 원년 제11호. 판결이유: “...법문(法文)에 참조하니, 적장(賊贓)을 알지 못하고(不知) 매득(買)한 자는 반값(半價)을 받고 본래 적장을 환주(還主)하므로, (피고의 주장은) 정당하지 아니함.”

32) 한성부재판소 1901년 12월 29일 광무 5년 제182호. 판결이유: “...원고는 이미 분실(失)하였던 어음인데도 나중에야 피고에게 분실(鬮失)하였음을 가서 말하였고, 피고는 어음처로부터의 당출(當出)이라는 말에 따라 은을 매도한 것이라고 말하니, 어음은 원고의 어음이므로 해당 어음전(錢)의 반을 찾아감이 가능하고, 피고는 은을 매도한 것이 분명하지만 어음 습득인에게 매각한 것인즉, 不知情하고 賊贓을 買한 자에게 半價를 徵推하라는 문(文)을 비부(比附)하여 (원고로서는) 해당 어음전(錢)의 반(半)만 찾아가는 것이 가능하므로...”

33) 평리원 1905년 7월 4일 광무 9년 제57호. 이 판결은 질적 분반 판결로 평가된다.

34) 당시에는 상소심의 경우, 상소인을 원고, 피상소인을 피고로 표기하였다.

토를 찾아가고, 박종윤은 옛 답의 주인(畜主) 박계원에게서 그 값을 찾아감이 당연할 듯하나, (박종윤으로서는) 박계원이 이미 사망하여 값을 되찾을 곳이 없고, 박계원이 이중으로 매도(再賣)하는 정(情)을 알지 못하고 매수(買得)하였다가 답과 그 값을 모두 완전히 잃어버리면 역시 억울(抑冤)하므로, 해당 답의 값 13,000냥에서 박종윤이 답을 매수(買)할 때 본래 값 중 7,500냥을 공제하고, 김재윤이 답을 매수(買)할 때의 본래 값 금액 5,500냥을 내줄(出給) 것”이라고 하였다. 다음으로 [한재 1907.6.24. 광 11-240]<sup>35)</sup>은 피고가 선박 주인 소외 김치언에게서 1,500냥의 받을 돈이 있어서 선박을 전당잡았다는 표를 받아 둔 상황에서, 김치언이 원고에게 선박을 6,000냥에 매도하였는데, 피고가 자신이 전당권자임을 근거로 선박을 압류하자, 선박의 매수인 원고가 전당권자 피고를 상대로 선박의 반환을 청구한 사안이다. 그 판결이유를 보면, “...「已行典賣者가 他人에게 再行典賣 者는 所得之價錢을 追徵還報於後典買者 하고 該典賣物은 歸之於先典買者 한다」는 법문(法文)이 역시 소연(昭然)하나, 다시(再) 매도(典賣)한 김치언이 이미 나오지(出頭) 않았으므로, 아직 돈을 되찾을만한 곳이 없으니, 해당 집류된(被執) 선박을 팔아(放賣) 피고가 먼저(先) 전당잡은 채권(典之債條)과 원고가 나중에(後) 매수한 가액(買之價額)을 서로 계산하여 갚거나 받음이 가능하거늘...”라고 하였다. 즉 위 판결들은 비록 《형법대전》<sup>36)</sup>을 암시하거나 언급하기는 하지만, [평리 1905.7.4. 광9-57]의 경우는 이중매매에서 분쟁을 야기한 매도인이 사망하는 바람에 후(後)매수인 입장에서는 매매대금을 되찾을 곳이 없다는 사정을 판단의 중요한 근거로 제시하고,<sup>37)</sup> [한재 1907.6.24. 광11-240]의 경

35) 한성재판소 1907년 6월 24일 광무 11년 240호 판결요지: “피고는 원고의 소구에 응할만한 이유가 없고, 원고는 피고에게 집류(被執)된 선박을 팔아(斥賣) 피고가 먼저(先) 전당잡은(典條) 당계 1,500냥과 원고가 나중에 매수(後買)하여 지급한 값(價錢) 6,000냥을 계산하여 갚거나 받아야 함”. 이 판결은 질적 분반 판결로 평가된다.

36) 《형법대전》(1905.4.29.) 제636조 “田宅을 已行典賣 者가 他人에게 再行典賣 者는 所得 價錢으로 計贓 해야 제600조 준절도죄를로 論호되, 價錢은 追徵 해야 後典買者에게 還付 하고, 田宅은 先典買者에게 歸함이라. 단 後典買者와 牙保가 知情 해야 거든 典賣者와 同罪 하고, 價錢은 追徵 해야 沒入 함이라.”

37) [평리 1905.7.4. 광9-57]의 경우 “...(박종윤으로서는) 박계원(매도인 의미)이 이중으로 매도(再賣)하는 정(情)을 알지 못하고 매수하였다가 답과 그 값(價錢)을 모두 완전히 잃어버리면 역시 억울(抑

우는 선박의 선(先)전당권자와 선박의 후(後)매수자가 경합하는 상황에서 이런 분쟁을 야기한 선박 매도인이 재판에 나타나지 않아 후매수자 입장에서는 돈을 되찾을만한 곳이 없다는 사정을 더 중요한 근거로 제시함으로써, 실은 성문법이 아니라, 당사자가 처한 현실적·구체적 사정에 초점을 두고 분반에 가까운 절충적 결론을 내렸다.

이러한 이유를 분석하면, 당시까지도 여전히 판사들은 민사 분쟁을 해결함에 있어서 성문의 법규정과 불문의 情理를 별개의 것으로 인식하지 않았고,<sup>38)</sup> 때로는 성문의 법규정보다 情理를 더 중시하였으며, 가령 성문 법규정이 없더라도 분쟁을 情理에 따라 해결할 수 있다고 생각했기 때문에 추측된다. 즉 위 판결들을 통하여 볼 때 민사 재판에서 비록 성문 규정이 중요한 기준이나 역할을 담당하기는 하지만, 재판의 준거 규범으로서 반드시 최우선적·강행적으로 기능하는 것은 아니었고, '情理에 크게 반하지 않는 것을 전제'로 '情理 안'에서 작동하였다고 평가할 수 있다.<sup>39)</sup>

冤)하다"고 적시함으로써, '情'의 측면을 특히 강조하였다.

38) [평리 1905. 7. 4. 광9-57]의 경우 "...사리(事理)를 살피면, 먼저 매수(先買)한 김재윤이 그 답토를 찾아가고, 박종윤은 옛 답의 주인(畵主) 박계원에게서 그 값을 찾아감이 당연할 듯하나..."라고 적시함으로써 성문의 법규정(형법대전)에 따르는 행위도 '사리(事理)'의 개념 안에 포함시켜 설명하고 있다.

39) 유사한 취지의 입장은 다음과 같다. "민사적 사안에서는 성문 규정조차도 구속적이라기보다는 일종의 표준적 지침과 같은 작용을 했을 뿐으로, 구체적인 사건에 임해서는 여러 상황들을 종합하여 판사들이 가감적 판결을 하는 것이 허용되었던 것이다."(이영록, 앞의 글 137면); "원칙상 情과 理가 초실정적 자연법 같은 규범 실체로서, 國法の 불완전한 흠결을 보충할 뿐만 아니라, 율령 조문 상호간의 논리적 모순 충돌을 조정하는 최후의 근본 法源이 된다. 그러나 실제 司法재판에서는 국법(율령)의 구체 조문이 판결의 준거로서 아예 인용되지 않거나, 실령 인용되더라도 情·理 라는 일반추상의 근원적 법규범에 밀려 부수로 언급되는 본말전도의 현상이 적지 않았다." [김지수, 『傳統 中國法の 精神—情·理·法의 中庸調和』(전남대학교 출판부, 2005), 556면]; "입 밖에 내어 말하지 않더라도 情理는 항상 재판관의 마음을 움직인다. 그런 의미에서 판어집(判語集)은 모두 情理의 책이라고 말해도 좋다. 국가의 법률은 情理의 대해(大海) 여기저기에 떠 있는 빙산(氷山)에 비유할 만하다." [滋賀秀三, 『清代中國の法と裁判』(創文社, 1984), 284-285면, 박소현, 「법문학적 관점에서 본 유교적 사법전통」, 미야지마 히로시·배항섭 엮음, 『동아시아는 몇 시인가?』(너머북스, 2015), 322면에서 재인용]

### 3. 제3자 원인 제공형 및 理의 세부 원리

#### 1) 분쟁 원인 제공자의 특정 및 증거를 통한 사실 확정

제3자 원인 제공형은 해당 분쟁이 발생하게 된 배경이나 경위를 분석하면, 소송당사자가 아닌 소외 제3자에게 분쟁의 발생 원인이 있고, ① 그 분쟁 원인 제공자가 도망간 경우, ② 그 분쟁 원인 제공자가 사망한 경우, ③ 그 분쟁 원인 제공자가 궁(富)인 경우 등의 특별한 상황에서 분반 판결한 것이다. 현대 민사법학적 관점에서 보면, 소외 제3자에게 분쟁의 원인 또는 분쟁의 책임이 있고 피고에게는 책임이 없으므로, 논리적으로 원고의 청구를 기각하는 것이 당연한데도, 법적 위험·이해관계를 원·피고에게 동등하게 분배하여 분반 판결을 내렸으니 독특한 해결 방식이다.

이런 제3자 원인 제공형은 두 개의 하위 유형으로 세분할 수 있는데, 단순히 분쟁의 원인 제공자인 제3자가 도망, 사망했느냐가 기준이 되는 것이 아니라, 사실 관계가 확정되었는지 여부가 기준이 되고 있다. 우선 첫 번째 하위 유형은 책임을 귀속시킬 자인 제3자가 도망가는 바람에 중요한 사실 관계도 불확실해져서 소송당사자간 법률관계를 확정하기 어려운 경우인 ‘사실관계 미확정형’이다. 대표적으로 [한재 1904.12.20. 광8-421]<sup>40)</sup>은 소위 이중매매 사건으로, 매도인 소외 고화경이 자신의 전답을 원고와 피고에게 이중으로 매도한 뒤 원·피고를 속이고 여전히 양쪽의 마름(畝音)으로서 일하면서 원·피고에게 각각 도(賭)를 납부하다가 이런 사정이 발각되자 도망친 사안인데, 판사는 매수자들 중에서 과연 누가 진정한 문권을 가진 매수자 또는 선(先)매수자인지 여부가 불확실하자, ‘당분간 전답의 추수를 분반하리는 식으로 잠정적인 판결을 하였다.’<sup>41)</sup>

40) 한성재판소 1904년 12월 20일 광무 8년 제421호. 판결요지: “영구히 매수(永買)한 2일경 받은 물래 매도(暗賣)한 고화경이 나타나서 변론하기 전에는 해당 밭의 추수를 임시(姑爲)로 반으로 나눌 것(分半).”

41) 유사한 판결은 다음과 같다. 평리원 1904년 9월 19일 광무 8년 제43호. 사안의 개요: 이중매매 사례에서 매도인측의 거간 겸 마름 김춘선이 도망간 사안. 판결요지: “서로 소송하는 여주 길천면 소재 전답을 마름(畝音) 김춘선을 붙잡아 조사하기(提查) 전에는 반으로 나누어(分半) 경작(耕食)하고, 서로 침해하지 말 것.”; 평리원 1906년 11월 1일 광무 10년 제74호. 사안의 개요: 1차 전당

두 번째 하위 유형은 사실 관계가 어느 정도 확실하여 소송당사자간 법률 관계 확정에도 큰 문제는 없지만, 분쟁 원인 제공자인 제3자의 도망, 사망, 특수한 지위가 영향을 미친 ‘사실관계 확정형’이다. 이 경우에는 잠정적인 분반 판결을 하지 않았고, 중국적인 분반 판결을 내렸다. 이러한 ‘사실관계 확정형’을 자세히 보면, 다음과 같다. 첫째, ① 분쟁 원인 제공자인 제3자가 도망갔기 때문에 책임 귀속이 ‘현실적’으로 어려운 경우인데, [한재 1906.4.28. 광10-141]<sup>42)</sup>의 판결이유를 보면, “...피고 진술은 그가 살던 집을 값을 깎아서 당평 200,000냥으로 하여 원고에게 매도(賣渡)하였는데, 해당 가액을 원 피고간에 직접 주고받지 않고 유래(由來)하는 관습(慣習)에 따라, 양편의 중개인(家儻)로 하여금 그를 시켜 이쪽에서 찾아서 저쪽에 지급하다가, 끝내 40,000냥 분실(闕失)에 이르고 이와 같이 폐단(弊之一端)이 생긴 것이다...반으로 나누어(分半) 부담하여 매매계약(賣買契約)을 완료(完)하고, 그 도주(逃躑)한 중개인(家儻)이 돌아오기를 기다려 그 돈의 책임을 묻는 것(責推)이 가능하다.”고 하였다. 둘째, ② 그 제3자가 사망하는 바람에 책임 귀속이 ‘논리적·현실적’으로 불가능한 경우인데, [평리 1905.7.4. 광9-57]<sup>43)</sup>의 판결이유를 보면, “...그러나 (박종윤으로서는) 박계원은 이미 사망하여 값을 찾을 곳이 없고, 박계원이 이중으로 매도(再賣)하는 정(情)을 알지 못하고 매수(買得)하였다가 답과 그 값을 모두 완전히 잃어버리면 역시 억울하므로, 당해 답의 값 13,000냥에서 박종윤이 답을 매수(買)할 때의 본래 값 중 7,500냥을 공제(摺除)하고, 김재윤이 답을 매수(買)할 때의 본래 값 금액 5,500냥을 내줄(出給) 것.”이라고 하였다. 셋째, ③ 분쟁의 원인 제공자인 제3자가 궁(宮)과 같은 강한 지위에 있어서 책임 귀속이 ‘정책적·현실적’으로 곤란하다고

권자인 장영근이 피고의 가권을 원고에게 전당(轉當)하고 도망간 사안. 판결요지: “피고는 장영근이 피고의 가권(家券)을 전당 잡히고(典執) 빌려 쓴 원금(本錢) 당평 4,000냥 내에서 피고가 스스로 자신이 사용했다고 말하는 1,000냥은 갑리(甲利)와 함께 값은 후에 가권을 되찾아가고, 잔액 원금 3,000냥은 장영근이 나타나기를 기다려 귀정(歸正)할 것”.

42) 한성재판소 1906년 4월 28일 광무 10년 제141호. 사안의 개요: 부동산 매매대금 중 4,000냥을 가괘(중개인)가 가지고 도망간 사안.

43) 평리원 1905년 7월 4일 광무 9년 제57호. 사안의 개요: 이중매매에서 매도인 박계원이 사망한 사안.

판단한 경우인데, [고등 1897.5.29. 건2-22]<sup>44)</sup>의 판결이유를 보면 “...대저 김녕한은 김봉수에게서 매득하고, 김봉수는 은언궁에서 매득한바, 해당 은언 궁이 제언척량할 때 혼입한 일은 인천부 사보(査報)로 증거할 때 명백하고, 원고 서씨(民)에게 있는 해당 답의 문권상 확실한 근거가 있으니, 이제 피고 정씨(民)가 해당 답을 본래 서씨에게 환급하고, 해당 답의 값은 전 매도인(舊賣主)를 거슬러 올라가 좃아(遡逐) 은언궁에서 징출(徵出)함이 가능하지만, 당시에 친군영(親軍營) 척량 일관(一款)은 지금 조사하여 밝히기 어려우니, 답의 값을 해당 궁에 책징(責徵)함이 또한 타당하지 않다.”라고 하였다.

한편 앞서 언급한 선의 매수형(형사법 적용형)도 애초 분쟁의 발생 원인이 강도, 절도 등 적도(賊盜)를 저지른 소외 제3자에게 있고, 사실 관계도 어느 정도 확실하지만, 대개 그 제3자의 도망, 투옥 등으로 그에게 책임을 묻는 것이 현실적으로 곤란한 상황이기 때문에 피해자인 소유자와 선의 매득자에게 위험(손해)을 동일하게 분배하였다는 점에서 실질적으로 제3자 원인 제공형(사실관계 확정형)과 구조가 유사하므로, 통합적으로 이해할 수 있다.<sup>45)</sup>

위와 같은 제3자 원인 제공형 등<sup>46)</sup>에 대한 분석을 종합하면, 실체법적 측면에서는 ‘분쟁의 원인 제공자 탐색과 특정’이 중요하다는 점, 분쟁의 원인 제공자의 도망, 사망, 특수 지위 등 ‘개별적이고 특별한 상황이나 사정에 대한 고려’도 필요하다는 점, 절차법적 측면에서는 증거에 의해 사실 관계를 확정할 수 있는지 여부에 따라 사안을 ‘잠정적/종국적’으로 처리한 이상 ‘증거에 의한 사실 확정’이 상당히 중요한 요소라는 점<sup>47)</sup> 등을 확인할 수 있다.

44) 고등재판소 1897년 5월 29일 건양 2년 제22호 사안의 개요: 본래 원고의 소유인 답토가 제언척량 과정에서 은언궁에 혼입되고, 이후 은언궁에서 순차로 피고에게로 전전매도된 사안. 판결이유: “...대저 김녕한은 김봉수에게서 매득하고, 김봉수는 은언궁에서 매득한바, 해당 은언궁이 제언척량할 때 혼입한 일은 인천부 사보(査報)로 증거할 때 명백하고, 원고 서씨(民)에게 있는 해당 답의 문권상 확실한 근거가 있으니, 이제 피고 정씨(民)가 해당 답을 본래 서씨에게 환급하고, 해당 답의 값은 전 매도인(舊賣主)를 거슬러 올라가 좃아(遡逐) 은언궁에서 징출(徵出)함이 가능하지만, 당시에 친군영(親軍營) 척량 일관(一款)은 지금 조사하여 밝히기 어려우니, 답의 값을 해당 궁에 책징(責徵)함이 또한 타당하지 않다”. 판결요지: “피고는 원고에 대하여 은언궁 답토 중 전매(轉買)한 답 36두락을 반으로 나누어(分半) 지급(給與)할 것.”

45) 선의 매수형(형사법 적용형)도 제3자 원인 제공형과 구조가 유사하지만, 마침 해당 상황에 잘 들어맞는 형사법 규정이 있는 이상, 해당 형사법 조문을 끌어와서 적용·비무한 것뿐이다.

46) 선의 매수형(형사법 적용형)도 넓은 의미에서 제3자 원인 제공형에 포함될 수 있다.

## 2) 분쟁 원인 제공자인 제3자에게 책임을 묻는 판결

그런데 만약 분쟁의 원인 제공자가 제3자임이 특정되었고, 중요 사실 관계도 어느 정도 확인되어 소송당사자간 법률관계를 확정하는 데 문제가 없으며, 그 제3자가 도망가지도 않고, 사망하지도 않아서 그에게 책임을 묻는 것이 현실적으로 가능하다면 어떻게 판결하였을까?

이 경우에도 현대 법학의 입장에서는 별도의 소송, 소송참가가 없는 이상 제3자는 여전히 소송당사자는 아니므로, 원고 청구 기각(패소) 판결을 내리겠지만, 당시 판사들은 항상 그렇게 하지는 않았다. 당시 판사들은 분쟁의 원인 제공자인 제3자의 소송법적 지위를 엄밀하게 따지지 않고, 제3자가 소송 계속 중 출석, 증언, 참가 등의 행위를 통하여 해당 재판 과정에 사실상 관여·개입된 경우에는 그 제3자에게 책임을 묻는 판결을 선고하기도 하였고, 나아가 제3자에게 소송비용까지 부담시켰다. 즉 대표적으로 [한재 1898. 9.3. 광2-300]<sup>47)</sup>의 판결요지를 보면, “피고는 원고의 소구에 응할만한 이유가 없고, 한양우는 원고가 지급한 엽전 150냥을 변상할 것. 소송비용은 한양우가 담당함.”이라고 하였고, [고등 1899.1.30. 광3-4]<sup>48)</sup>의 판결요지를 보면, “원고는 피고의 진술에 응하여 박사선에게서 받을 것. 소송비용은 박사선이 담당함.”이라고 하였으며, [한재 1906.11.27. 광10-659]<sup>49)</sup>의 판결요지를 보

47) 특히 [한재 1904.12.20. 광8-421]의 경우, 상소심(평리원 1904년 12월 26일 광무 8년 제86호)에서 그 결론이 바뀌어 이성초의 문권은 하자가 없고, 박정환의 문권은 위조라는 취지로 판시하면서, 문권의 진위를 엄밀히 판정한 뒤 밭의 소유권자(田主)를 확정된 점을 보면, 증거를 종합하여 사실을 확정하고 분쟁을 종국적으로 해결할 수 있다고 판단되면 굳이 잠정적 판결을 하지는 않았다고 평가된다.

48) 한성부재판소 1898년 9월 3일 광무 2년 제300호, 사안의 개요: 판결 이유가 너무 간략하여 내용을 파악하기 매우 어렵지만, 피고가 집을 원고에게 매도하였다가, 매매가 환퇴되는 과정에서 소외 한양우가 환퇴한 매매 대금이나 어떤 명목의 돈을 중간에서 횡령한 사안 정도로 추측해 볼 수 있다.

49) 고등재판소 1899년 1월 30일 광무 3년 제4호, 사안의 개요: 원고(정운조)가 애초 소외 엄광연에게 채권이 있어 결석 재판을 통하여 엄광연의 땀감을 집행하는 과정에서 피고(김응규)의 땀감도 착오로 집행하였던 것 같은데, 그 후 제3자인 박사선이, 피고에게는 자신이 책임진다고 말하면서 원고가 이미 집행하였던 땀감을 피고에게 되돌려 보내자, 원고가 피고에게 해당 땀감의 반환을 청구한 사안으로 보이는데, 1심에서 김응규가 승소하자, 정운조가 상소한 사안이다.

50) 한성재판소 1906년 11월 27일 광무 10년 제659호, 사안의 개요: 원고가 거간(居間)인 피고에게 자신의 가계(家契)를 건네면서 돈을 빌려달라고 하자, 피고가 이를 참가인에게 전당 잡히고 3,000냥을 빌렸고, 이후에 참가인이 원고의 가계를 다시 소외 일본인에게 전전당(轉典當) 잡히고 3,000냥을 원고에게 건네주었고, 원고로서는 이자는 제대로 변제하여 왔는데, 참가인 및 일본인이 해당

면, “피고 정창서는 원고 소구에 응할만한 이유가 없고, 참가인 이재명은 원고에게 빌려준 당계 3,000냥과 원고 집값으로 보낸 당계 1,207냥 5전을 원고에게서 추심하고, 마음대로 팔아버린(擅賣) 원고의 집을 되돌려 줄 것. 소송 비용은 참가인이 담당할 것.”이라고 하였고, [한재 1907.6.3. 광11-194]<sup>51)</sup>의 판결요지를 보면, “피고는 원고 소구에 응할만한 이유가 없고, 증사인(證詞人) 이종식은 마음대로(自意) 전전(轉典)하였던 채무 합계 3,000냥을 원고에게 이자와 함께 변상할 것.”라고 하였다.

현대 법학의 시각에서 본다면, 이렇게 소외 제3자에게 책임을 지우는 식의 재미있는(?) 판결에 대하여, 당시 판사들이 근대 법학의 참가인·증인에 대한 개념 등 소송법 전반에 대한 이해가 여전히 부족했다고 평가절하하거나,<sup>52)</sup> 소송 참가 등 각종 서구적 근대 법학 이론이 도입되는 과정의 일시적이고 과도기적 현상 정도로 선해할 수 있을지 모른다.<sup>53)</sup>

그러나 이러한 시각보다는, 여전히 전통적 사유를 하는 당시 판사들은 분쟁의 원인을 제공한 사람이 누구인지를 밝혀내고, 그 분쟁의 원인 제공자에게 책임을 묻고 의무의 이행을 명하는 것에 주안점을 두었고, 분쟁의 원인 제공자의 법적 지위가 원·피고인지 아니면 참가인 또는 증인인지의 문제, 기판력의 범위와 집행의 문제는 부차적인 문제였기 때문에, 이 같이 제3자에

채무의 기한이 도과하였다는 구실로 원고의 집을 팔아버린 뒤 남은 돈 1,207냥 5전 정도를 원고에게 보내자, 원고가 피고에게 자신의 집 또는 가게의 반환을 청구한 사안으로 보인다.

51) 한성재판소 1907년 6월 3일 광무 11년 제194호, 사안의 개요: 원고가 소외 이종식이 가져온 피고의 백부 가권을 전당잡고 이종식에게 돈을 빌려주고 한성부의 인허까지 받았는데, 피고가 해당 가권을 집류(執留)하자, 원고가 돈의 변제를 요구하였거나, 집류에 대하여 이의를 한 사안 정도로 추측된다.

52) 이러한 판결에 대하여, “과연 그 제3자에게 어떻게 판결의 기판력이 미쳤는지 자못 의심스럽다.. 설사 판결 요지 중에 소송 비용에 관한 판단이 되어 있다손 치더라도 원고 전부 승소나 원고 전부 패소의 경우에도 소송 비용은 각자에게 부담시키는가 하면, 심지어는 同 비용을 제3자나 증인에게까지 부담시키고 있음은 재미있는 일이다.”[김병화, 『근대한국재판사』(한국사법행정학회, 1974), 492~493면]라고 평하는 입장이 있다.

53) 이에 대하여 “소송참가에 관련된 규정이 없었는데, 1906년 이후 민사판결에 소송참가인이 있었던 점에 주목해야 한다.. 소송참가라는 내용이 먼저 존재하고 소송참가에 대한 제도가 나중에 입법된 것으로 볼 수 있다”라고 서술하는 입장(손경찬, 「개화기 민사소송제도에 관한 연구」(서울대학교 법학박사학위논문, 2015), 156면)이 있다. 그러나 이러한 제도적 관점보다는 오히려 참가인들이 ‘실체법상 채무자에 해당하는 사람들이 많았다는 사실(손경찬, 위의 글, 154면 참조)에 주목할 필요가 있다.

게 명시적으로 법적 책임을 묻는 판결을 내렸다고 보는 것이 더 적절할 것 같다. 즉 이렇게 얼핏 독특해 보이는 결론의 배후에는 '분쟁의 원인 제공자를 특정하고 그에게 책임을 묻는다'는 理의 세부원리가 작동한 것으로 볼 수 있다는 취지이다.

제3자 원인 제공형 분반 판결과 소외 제3자에게 법적 책임을 묻는 판결은 '반'이라는 외피로만 보거나, 근현대 소송법학적 틀에서만 보게 되면 서로 무관한 판결이고, 그저 이례적·비논리적 판결에 불과하겠지만, '분쟁 원인 제공자의 탐색과 특정, 책임 귀속'이란 理의 세부 원리, 그리고 분쟁의 원인 제공자의 도망, 사망, 특수한 지위라는 '특별한 상황이나 사정에 대한 고려'로서의 情의 세부 원리 하에서 조망하게 되면, 모두 규칙성·예측가능성·논리성을 지닌 것이고, 우리 고유의 전통적 민사 재판과 판결의 논리나 원리가 잘 드러나는 지점에 존재한다고 평가할 수 있다.

### 3) '거래의 안전'에 대한 고려

한편 앞서 본 '분쟁 원인 제공자를 특정하여 그에게 책임을 귀속시키거나, 분쟁으로 생긴 위험을 원·피고에게 동등하게 분배한다'는 理의 세부 원리는 기계적, 독자적으로 작동하는 것이 아니고, '기존 거래 질서나 신뢰 관계를 되도록 유지한다'는 원리, '거래의 안전'의 원리와 연계·조합되어 작동하였다.

대표적으로 앞서 제3자 원인 제공형(사실관계 미확정형, 잠정적 분반 판결)으로 언급한 [한재 1904.12.20. 광8-421]<sup>54)</sup>과 [평리 1904.9.19. 광8-43]<sup>55)</sup>의 각 사실 관계를 살펴보면, 이미 분쟁이 발생하기 이전부터 고화경이

54) 한성재판소 1904년 12월 20일 광무 8년 제421호. 판결이유: "...원고는 을유년 5월에 밭 2일경 구권을 전집하고 4개년을 기한(限)으로 정하여 권매(勸買)하였다가 기한 도과(過限) 후에 영구(永) 보유(持有)하여 의례 도를 받았는데(捧贈)···(중략)···피고는 을유년 11월경에 광주 고화경의 전답을 매득한 때에 밭 2일경이 그 중에 있어 매년(年年) 도를 받았는데(捧贈)···".

55) 평리원 1904년 9월 19일 광무 8년 제43호. 판결이유: "...원고가 경자년 3월경 여주 소재 전답을 김춘선의 거간(居間)을 통하여 같이 경창동 윤판서 집으로부터 매수(買得)하였고, 해당 김씨를 그대로 마름으로 삼아 4년 동안 추수를 별 탈 없이 받아 왔는데···(중략)···피고가 경자년 9월에 여주 소재 전답을 김춘선의 거간을 통하여 윤판서 집으로부터 매수(買得)하였는바, 해당 김씨를 그대로 마름으로 정해 4년 동안 추수를 별 탈 없이 받아왔는데···(중략)···대저 원피고 중 한쪽이 김춘선의

나 김춘선(분쟁의 원인 제공자들이 원·피고 양자에게 추수 또는 도조(賭租)를 지급해 왔었기 때문에, 가사 위와 같이 소유권을 명확히 확정하지 않더라도, 이미 형성되어 있던 기존의 질서를 해치지 않는다는 점이다. 이 경우들은 단지 사실 관계가 아직 확정되지 않았기 때문만이 아니라, ‘이미 형성된 기존 질서나 법률 관계를 존중한다’는 의미로서의 ‘거래의 안전’ 원리도 작용하였기 때문에 잠정적 분반 판결이 허용되었던 것이고, ‘기존 질서의 유지’, ‘거래의 안전’을 도모하려는 의도가 충분히 드러나고 있다. 그리고 앞서 본 [평리 1905.7.4. 광9-57]<sup>56)</sup>은 소위 이중매매에서 분쟁의 원인을 제공했던 매도인이 사망해 버린 사안인데, 성문 법조문에 근거하여 선(先)매수자를 우선하지 않았고, 그렇다고 해서 분쟁으로 발생한 위험을 원·피고에게 똑같이 분배한다는 취지로 위 부동산의 소유권을 선매수자와 후(後)매수자에게 기계적으로 분반하는 식의 결론도 내리지 않았다. 이러한 결론의 배후에는 후매수자로부터의 전득자인 소외 제3자를 보호하고자 하는 ‘거래의 안전’ 원리가 작용했다고 추측된다. 나아가 [한재 1902.3.7. 광6-□]<sup>57)</sup>도 소위 이중매매 사건으로, 매도인 피고가 자신의 집을 1차로 원고에게 50,000냥에 매도하였는데 더 높은 가격에 팔 기회가 생기자, 2차로 또 다른 사람에게 75,000냥에 매도한 뒤에 환퇴 기한이 지났음에도 불구하고 원고에게 환퇴를 요구하였으나 원고가 거절한 사안인데, 《경국대전》이나 《대전회통》에 따르면<sup>58)</sup> 이미 15일의 환퇴 기한이 지난 이상 매도인(피고)으로서는 환퇴가 불가능하고, 《대명률》<sup>59)</sup>

사기(欺騙)에 속아 4년간 추수하는 때에도 어리석게도 깨닫지 못하다가 김씨가 도망(逃竄)한 후에야 비로소 한 토지에 두 주인이 있다는 것을 깨닫고, 서로 소송하니...”.

56) 평리원 1905년 7월 4일 광무 9년 제57호.

57) 한성부재판소 1902년 3월 7일 광무 6년 제□호 (□는 판결문에 번호가 기재되어 있지 않음을 의미함). 판결이유: “...피고가 타인에게 다시 전매(轉賣)함에 있어 15일 환퇴 기한을 지났고, 원고는 또한 환퇴를 불허함을 친히 변론하니, 이를 보면 피고에게 잘못(曲)이 있으나, 원고는 집을 매득한 뒤 다일(多日)이 지나도록 가권을 찾아가지 않다가, 전매에 이르러 (피고가) 더 받은(加奉) 값이 25,000냥에 이르고, 더 받은 공(功)은 피고에게 있고 원고는 헐값(賤價)으로 매득한 정황(情)이 있으니, 이에 대하여 염치(廉恥)를 생각하지 않을 수 없는지라. 원고가 지급한 값 50,000냥 외에 전매로 인한 더 받은 돈의 절반이라도 찾으면 손해(損)가 없는 것과 같다. 원피고가 해당 더 받은 값에 대하여 서로 나누는 것(分用)이 가능하니, 피고가 그 이익을 전부 취득하려 함은 정당하지 않다.”

58) 《경국대전》〈戶典〉買賣限 및 《대전회통》〈戶典〉買賣限에는 “田地家舍買賣限十五日勿改並於百日內告官受立案”이라는 조문이 있다. 한편 이후 《형법대전》 제27조에는 “買賣限後 還退限은 期限은 田地나 家舍는 5일이며...”로 되어 있다.

등에 따르면 원칙적으로는 선매수자(원고)에게 소유권을 귀속시키는 것이 타당해 보임에도 불구하고, 해당 판결이유에서 “...피고가 타인에게 다시 전매(轉賣)함에 있어 15일 환퇴 기한을 지났고, 원고는 또한 환퇴를 불허함을 친히 변론하니, 이를 보면 피고에게 잘못(曲)이 있으나, 원고는 집을 매득한 뒤 다일(多日)이 지나도록 가권을 찾아가지 않다가, 전매에 이르러 (피고가) 더 받은(加捧) 값이 25,000냥에 이르고, 더 받은 공(功)은 피고에게 있고 원고는 헐값(歇價)으로 매득한 정황(情)이 있으니, 이에 대하여 염치(廉隅)를 생각하지 않을 수 없는지라. 원고가 지급한 값 50,000냥 외에 전매로 인한 더 받은 돈의 절반이라도 찾으면 손해(損)가 없는 것과 같다. 원피고가 해당 더 받은 값에 대하여 서로 나누는 것(分用)이 가능하니, 피고가 그 이익을 전부 취득하려 함은 정당하지 않다”라고 하였다. 즉 성문의 규정대로 하지 않았는데, 그 결과를 놓고 보면 후(後)매수자인 소외 제3자의 현재 점유와 소유를 보호하고 사실상 인정해 주고 있는 셈이다.

결국 위 판결들은 ‘거래의 안전’이라는情理의 세부 원리가 민사 재판과 판결에서 분명히 작동하고 있고, 때로는 성문 법규정보다 ‘거래의 안전’이라는情理에서 기초한 원리가 더 중요하게 작용할 수도 있다는 점을 보여 준다.<sup>60)</sup>

#### 4. 원·피고 합의형의 복합적 특징

원·피고 합의형은 소송 당사자인 원·피고의 의사(意思)·합의를 기준으로 분반 판결한 것이다. 흔한 사례는 동업(同商) 계약에 따라 동업 과정에서 발생한 이익이나 손해를 동업자 상호 간에 내부적으로 정산할 때, 분반 또는

59) 《대명률》〈戶律〉典買田宅에는 “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 推價還主 田宅 從原典買主爲業”이라는 조문이 있다.

60) [평리 1905.7.4. 광9-57]는 “박계원이 이중으로 매도(再賣)하는 정(情)을 알지 못하고 매수(買得)하였다가 답과 그 값(價錢)을 모두 완전히 잃어버리면 역시 억울(抑冤)하다”라고 하고, [한재 1902.3.7. 광6-□]은 “더 받은(加捧) 공(功)은 피고에게 있고 원고는 헐값(歇價)으로 매득한 정황(情)이 있으니, 이에 대하여 염치(廉隅)를 생각하지 않을 수 없다”라는 표현까지 같이 있어, 해당 사안의 상황 및 당사자의 사정, 즉 특수·개별적 요소의 반영인 ‘情’의 측면이 상당히 두드러진다.

균등 부담한 판결을 들 수 있다.<sup>61)</sup> 이보다 주목할 만한 것으로, [한재 1906. 10.13. 광10-495]<sup>62)</sup>의 판결이유를 보면, “...피고는 원고 집과 더불어 담장으로 나누어져 있는바, 작년 8월경에 해당 담장이 풍우로 무너져 합자(合資)하여 같이 축조(共築)할 의사로 약정(約)하고, 원고가 당연히 돈 500냥을 먼저 부담하여 수축(修築)하였으므로, 분반(分半條)한 250냥은 피고가 당연히 즉시 갚아야 함에도, 미루면서 해를 넘기고 갚지 아니하여 소송에 이르게 함은 정당하지 아니함.”라고 하였고, [한재 1907.11.15. 용원-402]<sup>63)</sup>의 판결이유를 보면, “...해당 대체(代立)한 말의 값 중 절반(折半)을 나누어 부담(分徵)할 의사(意)로, 해당 말을 관장(句管)하는 시종원(侍從院)에서 원피고가 상호 표를 만들어(成票) 주고받았고, 해당 대체한 말의 값으로 삼은 22,000냥은 해당 말을 매각한 주인 이순길의 증언에 의하면 명확하므로, 피고는 해당 말의 값 중 11,000냥을 표에 의해 갚고, 원고는 죽은 말(致斃馬)을 방매한 값 중 250냥을 피고에게 나누어 지급(分給)하는 것이 일의 이치상 당연(事理當然)하다.”라고 하였으며, [한재 1907.5.4. 광11-125]<sup>64)</sup>의 판결이유를 보

61) 대표적으로 한성재판소 1906년 3월 20일 광무 10년 제99호, 한편 비록 분반 판결은 아니지만, “...회사를 동업(同事)하기로 약정한 즉, 이익이 있으면 이익을 같이 하고(有利同利), 손해가 있으면 손해도 같이 함(有虧同虧)이 내려오는(由來) 동상의 예(同商之例)이거늘...”이라고 판시한 판결(한성재판소 1896년 9월 25일 건양 원년 제532호)을 참고한다면, 동업 관련 판결은 후술하는 ‘관례형’으로 평가할 수도 있다.

62) 한성재판소 1906년 10월 13일 광무 10년 제495호, 사안의 개요: 원고의 집과 피고의 집이 맞붙어 있고 담장으로 나누어져 있었는데, 담장이 비바람으로 무너져 내리자, 원고와 피고가 공동으로 돈을 절반씩 부담하여 담장을 수리하기로 약정하여 원고가 500냥으로 담장을 수리하였음에도 불구하고, 이후에 피고가 수리비의 절반을 지급하지 아니하자, 원고가 피고에게 절반의 지급을 청구한 사안이다.

63) 한성재판소 1907년 11월 15일 용희 원년 제402호, 사안의 개요: 이 사안은 원고의 공용(公用) 말과 피고의 개인 소유 말이 서로 우연히 다투는 바람에 원고의 말이 다리가 부러져 죽자, 원고와 피고가 상의하여 원고가 말을 새로 구입하는 비용을 절반씩 부담하기로 약정하였는데, 원고가 새로 구입한 공용 말의 절반 값을 피고가 지급하지 아니하자, 원고가 절반 값의 지급을 청구한 사안이다.

64) 한성재판소 1907년 5월 4일 광무 11년 제125호, 사안의 개요: 원고가 소가죽(牛皮)을 소외 보운회사를 통하여 피고의 객주에 수송하게 하였는데, 나중에 조사하여 보니 소가죽의 중량이 부족하자, 원고가 피고를 상대로 그 부족분에 대한 인도나 손해배상을 청구한 사안으로 추측된다. 판결이유: “...피고로서 논하면 객주의 입장에서 해당 소가죽(牛皮)의 포산(布散)은 습한 것을 별에 쪼어서 그러한 것이지, 결과적으로 고의(故意)로 부족(欠縮)한 것은 아니라고 진술하나, 당초 원고가 거래로 얻었을 때의 기재가 있고, 보운회사에서 수송할 때 300근에 달한다는 장부(簿)가 또한 분명하니, 해당 소가죽을 방매할 때 단지 중량이 261근이므로 39근이 부족하고 해당 부족한 근수의 가액을 해당 소가죽을 방매할 때의 가치로 계산하면 1,160냥이다. 한편 원고와 피고가 즉시 분반(分半)하

면, “…한편 원고와 피고가 즉시 분반(分半)하여 손해 보기로 서로 계약(契約)하였으니, 이로써 화해(妥和)가 가능하다.”고 하였고, [한재 1907.3.7. 광무11-34]<sup>65)</sup>의 판결이유를 보면, “…원고 및 참가인이 같이 서로 정하여 그 가격을 부르기로 함으로써, 원피고의 이해(利害)를 절충(折衷)하여 분반(分半)해 각자 소유(各有)하기로 하였거늘”이라고 하였다.

그러나 이러한 사례들을 당사자간 합의에 기초한 것뿐이라고 단순히 평가하는 것은 온전한 이해가 아니다. 해당 사실 관계를 자세히 살펴보면, 한편으로 비바람 등 자연 현상,<sup>66)</sup> 동물의 행위 등 인간이 예측하거나 완벽히 통제하기 어려운 상황,<sup>67)</sup> 소가죽이 건조되면서 면적이나 중량이 줄어드는 물리적 현상<sup>68)</sup> 등 소위 불가항력적 원인, 즉 원·피고 쌍방 무과실적 요소가 존재함과 동시에, 다른 한편으로는 당사자가 평소 담장의 보수를 게을리 하였을 수도 있고,<sup>69)</sup> 사건 발생 당시 당사자가 동물을 제대로 통제하지 못한 과실이 있다고<sup>70)</sup> 볼 수도 있어 당사자에게 책임이 전혀 없었다고 단정하기도 어려우므로 원·피고 쌍방 과실적 요소도 존재하기 때문이다. 즉 당사자간 계약·합의를 존중하는 그 배후나 배경에는 ‘당사자의 책임성 여부’에 대한 고민과 고려가 깔려 있다고 볼 수 있다.

한편 원·피고 합의형을 ‘합의 시점이나 경위’라는 관점에서 보면, ‘단순계

여 손해 보기로 서로 계약(契約)하였으니, 이로써 화해(妥和)가 가능하다.”

65) 한성재판소 1907년 3월 7일 광무 11년 제34호, 사안의 개요: 원고가 참가인에게 어음채권이 있어 참가인으로부터 봉류표(憵留票)를 받아 간 상황에서, 피고가 자신도 참가인에 대하여 채권이 있다면서 참가인의 유물등속(油物等屬)을 4,000냥 가치로 계산하여 임의로 가져가자, 원고가 피고를 상대로 유물등속의 반환을 청구한 사안으로 추측된다. 판결이유: “…양자의 진술을 참고하고 참고인을 불러 물으니, 원피고가 서로 찾아가기를 요구하는 리(理)가 고연(固然)하고, 하물며 원고는 봉표건(憵票件)의 기재가 피고보다 우선하므로 해당 물건은 즉 원고의 소유일뿐더러, 이는 참가인이 스스로 원하여 임의로 지급한 것이 아니고, 피고가 강제로 가져가고(強取) 가격도 임의로 마음대로 계산하여 나누었기에, 상인(商民)을 불려서 중등시가(中等時價)의 가치로 공평(公平)하게 평가(評定)하고, 그밖에 미완성(未成)한 지물(紙物)도 원고 및 참가인이 같이 서로 정하여 그 가격을 부르기로 함으로써, 원피고의 이해(利害)를 절충(折衷)하여 분반(分半)해 각자 소유(各有)하기로 하였거늘”

66) 한성재판소 1906년 10월 13일 광무 10년 제495호.

67) 한성재판소 1907년 11월 15일 융희 원년 제402호.

68) 한성재판소 1907년 5월 4일 광무 11년 제125호.

69) 한성재판소 1906년 10월 13일 광무 10년 제495호.

70) 한성재판소 1907년 11월 15일 융희 원년 제402호.

약형'과 '소송상 화해형'의 두 가지 하위 유형으로 세분할 수도 있다. 즉 [한재 1906.10.13. 광10-495],<sup>71)</sup> [한재 1907.11.15. 용원-402]<sup>72)</sup>은 판사는 이미 성립한 기존 약정에 따른 이행을 명하는 것이어서 '단순계약형' 정도로 부를 수 있는 반면에, [한재 1907.5.4. 광11-125]<sup>73)</sup>는 “즉시 분반하여 손해 보기로 계약했다”, [한재 1907.3.7. 광11-34]<sup>74)</sup>는 “원피고의 이해(利害)를 서로 절충(折衷)하여 분반(分半)해 각자 소유(各有)하기로 했다”는 판결이유에서도 드러나듯이 재판 진행 도중에 분반의 합의가 성립한 것으로 보이므로, 현대 법학의 화해나 조정의 상응하게 '소송상 화해형'으로 부를 수 있다.

### 5. 다수 채무자형(관례형) 및 『관습조사보고서』

다수 채무자형(관례형)<sup>75)</sup>은 ① 다수 채무자들이 대외적으로 채권자에게 채무를 부담하는 경우,<sup>76)</sup> ② 다수의 동업자들이 대외적으로 채권자에게 채무를 부담하는 경우,<sup>77)</sup> ③ 다수의 채무자들이 수표, 어음 등 증서(票)에 연명(連名), 연서(聯署)하는 식으로 대외적으로 채권자에게 채무를 부담하는 경우,<sup>78)</sup> ④ 공동보증 채무자들이 대외적으로 채권자에게 채무를 부담하는 경우<sup>79)</sup>에 분반 또는 균등 분할<sup>80)</sup>한 판결이다. 이 유형은 원·피고 합의형에

71) 한성재판소 1906년 10월 13일 광무 10년 제495호.

72) 한성재판소 1907년 11월 15일 용희 원년 제402호.

73) 한성재판소 1907년 5월 4일 광무 11년 제125호.

74) 한성재판소 1907년 3월 7일 광무 11년 제34호.

75) 전통적인 조선 시대 판결문, 사송록 등을 보면, '습(習)'의 의미는 '패습(悖習)', '악습(惡習)'과 같이 부정적 어감이 강하므로, '관습'이라는 용어 대신 '관례' 또는 '관행'이라는 표현을 하였다. 이 글은 '관례, 관행'의 개념을 사용함에 있어서 '법적 확신의 유무'나 '전국성/지역성'이란 소위 '관습'의 특수 역사적 개념에 초점을 두지 않고, '민간(사적) 영역에서 반복적으로 이루어져 온 행태'라는 측면에 더 초점을 두었다.

76) 한성재판소 1907년 1월 31일 광무 11년 제55호; 한성재판소 1907년 6월 28일 광무 11년 제257호 등.

77) 고등재판소 1896년 1월 18일 건양 원년 제5호; 한성부재판소 1898년 11월 18일 광무 2년 제394호 등.

78) 한성부재판소 1898년 5월 18일 광무 2년 제124호; 한성재판소 1906년 10월 29일 광무 10년 제573호; 한성재판소 1906년 11월 14일 광무 10년 제619호; 한성재판소 1907년 10월 9일 용희 원년 제342호 등.

79) 한성재판소 1907년 9월 10일 용희 원년 제298호 등.

포함시킬 수도 있겠지만, 채권자 입장에서 본다면 향후 채권 회수 과정에서의 불리함을 무릅쓰고, 다수의 채무자에게 분할 채무를 부담시킨다는 취지로부터 약정했을 가능성이 높지는 않으므로, 별도의 약정이 없는 한 채무자들의 수에 따라 채권자에게 '분할 채무'를 부담한다는 관례·관행이 작용한 것일 가능성이 더 높다고 판단하여 별도 유형으로 분류하였다.

이렇게 '분할 채무'라는 일종의 관례가 존재하게 된 배경을 추측해 보면, 복수의 채무자가 존재하는 상황에서 만약 원칙적으로 연대채무를 부담시킨 채권자에게 지나치게 우월한 지위를 인정하는 것이므로, 채권 회수의 안정성을 지향하는 채권자의 이익 보호 요청과 상대적으로 열악한 채무자들의 지위 보호 요청이 상호 충돌하고, 거래의 동등성 확보 차원에서 자연스럽게 조정되는 과정에서 이런 '분할'의 관례가 정착된 것일 수도 있고, 다른 한편으로 전통 사회에서는 비록 개인의 단독 채무라고 하더라도, 배우자, 부자, 형제 등으로부터 채권을 추심하는 것이 사실상 허용되었으니, 당사자간 합의에 기초한 '연대채무' 개념이 발달하지 않았던 것일 수도 있다.

그런데 이 유형에서 소송당사자의 직업을 살펴보면, 대부분이 상인이거나, 상인일 가능성이 농후한 일본인이었다. 그리고 구한말 민사판결문 전반을 검색하여 보면, 상례(商例), 상로관례(商路慣例), 상로(商路)상 경위(涇渭), 상규(商規), 상계풍규(商界風規) 등의 표현을 확인할 수 있고, '상(商)'은 관례, 기준, 규칙의 의미를 띠는 '례(例)'나 '규(規)'와 결합되어 사용되는 편이므로 상(商)과 관례(慣例)의 친화성은 충분히 인정할 수 있다. 따라서 이러한 사정을 종합하면 동업거래나 상사거래 등 특정한 영역을 전제로 하여, 관례가 사실을 확정하거나, 계약의 해석 기준으로 작동하기도 하며, 재판 규범으로서<sup>81)</sup> 기능하였다고 평가할 수 있다.

나아가 이 유형의 내용을 분석하면, 일제가 만든 『관습조사보고서』<sup>82)</sup>를 독해함에 있어 신중을 기할 필요가 있음을 확인할 수 있다. 예를 들어 『관습

80) 채무자가 3명 이상인 경우, 채무자 수에 따라 3분의 1, 4분의 1, 5분의 1 등으로 균등한 비율로 채무액을 나눈 이상 분반 판결로 평가한다.

81) 대표적으로 평리원 1906년 6월 30일 광무 10년 54호 판결 참조.

82) 이에 대하여는 정금식, 『(국역)관습조사보고서』(한국법제연구원, 1992) 참조.

조사보고서』에서 ‘동업’이나 ‘조합’의 항목<sup>83)</sup>을 보면 동업 채무를 연대 채무와 유사하다고 평가하였지만, 이 유형에서 동업자들의 채권자에 대한 대외적 책임 관련 사례를 분석하면 ‘분할 채무’로 보이는 판결(앞의 ② 유형)이 빈번히 확인되고 있다. 그리고 채권자에 대한 대외적 책임과 관련하여 표(票) 등에 연서나 연명한 사례를 보면 비록 연대 채무를 인정한 것 같은 판결<sup>84)</sup>이 전혀 없는 것은 아니지만, ‘분할 채무’를 부담하는 것으로 볼 만한 판결(앞의 ③ 유형)도 다수 확인된다. 또한 1909년경에 경성지방법원이나 경성공소원에서 선고한 사건까지 포함하여 살펴보면, “한국에서는 금전대차(貸借)에서 수인이 연대차주(連帶借主)가 되거나 보증인(保證人)이 연대 채무를 부담하는 것은 법률상 혹은 관습상 이례(異例)에 속함”,<sup>85)</sup> “단순히 연서(連署) 한 가지로 연대 책임을 부담했다고 인정하는 법례(法例)나 관습(慣習)이 없으므로”,<sup>86)</sup> “단지 연명날인(連名捺印)한 한 가지로 연대 책임이 있다고 말할만한 조리 또는 습관(習慣)이 없는지라”<sup>87)</sup>와 같은 판결이 확인된다.<sup>88)</sup> 이를 종합한다면, 『관습조사보고서』에 수록된 소위 ‘관습’이라는 것들에 대하여 강한 의문이 생긴다. 즉, ‘관습법’의 존재 여부,<sup>89)</sup> 반복적 관행 등을 관습의 개념으로 이해할지의 문제 등은 별론으로 하더라도, 다수 채무자형(관례형)의 존재와 그 구체적 내용은 『관습조사보고서』를 독해하고 이를 법원으로 활용함에 있어서, 그 이전 시기의 민사 판결문에 대한 총체적 분석을 통하여 비판적으로 접근할 필요가 있음을 상기시켜 주고 있다.

83) 동사(同事)는 2인 이상 공동으로 상업 또는 상거래를 하는 경우를 일컫는 것으로, 대개 2~3인인 경우가 많으나 때로는 그 이상도 없지 않다. 제3자에 대해서는 각자가 전부를 이행할 책임을 지는 것이다. 그러므로 그 관계는 연대[채무]와 유사하다. (정공식, 위의 책 303-305면)

84) 한성재판소 1907년 3월 18일 광무 11년 제59호; 한성재판소 1908년 1월 6일 융희 2년 제3호 등.

85) 경성지방법원 1908. 11. 30. 융희 2년 민제222호.

86) 경성공소원 1909. 12. 15. 명치 42년 민공제58호.

87) 경성공소원 1909. 11. 26. 명치 42년 민공제22호.

88) 이에 대한 분석은 문준영, 「한말의 민사분쟁과 식민지 사법권력: 관습에 관한 재판례를 중심으로」, 『법학연구』 52-4(부산대 법학연구소, 2011), 237면 참조.

89) 이에 대하여는 Marie Seong-Hak Kim, *Law and Custom in Korea: Comparative Legal History*, Cambridge University Press, 2012 참조.

## 6. 입증책임 반영형(액수 산정 곤란형) 및 공평의 이념

입증책임 반영형(액수 산정 곤란형)은 일방 당사자의 귀책사유로 인하여 손해, 비용 등이 발생하였다는 사실은 확정되었으나, 그것의 구체적인 액수에 대하여 당사자의 입증이 부족하거나, 판사 입장에서 이를 객관적으로 산정하기 어려운 상황에서 분반 판결한 것이다. 이 유형은 다시 ① 당사자의 액수 입증이 부족했던 경우, ② 비용<sup>90)</sup>과 같이 성질상 액수 산정이 쉽지 않은 경우<sup>91)</sup>로 세분해 볼 수 있다.

대표적 판결을 보면, [한재 1906.11.30. 광10-664]<sup>92)</sup>은 원고가 전당업자인 피고에게 자신의 시계를 전당하여 돈을 빌린 뒤 불상의 경위로 피고가 시계를 분실하였는데, 원고가 손해배상금으로 35환을 요구하자, 전당업자인 피고가 빌려 준 돈의 2배를 손해배상액으로 지급하면 배상으로 충분하다고 변명한 사안인데, 판결이유에서 “피고는 (원고의) 소유 시계를 전당 잡고(典執) 당전 100냥을 돈 빌려 준 후 시계를 잃어버렸는데, 원고는 해당 시계를 지화 35환에 매득(買得)하였다고 하나, 일방의 주장이고, 매득시 보험표(保驗票)가 없고, 또한 원래 매득한 곳(原買處)을 알지 못하니, 근거로 삼을 수 없다. 피고는 이미 타인의 물건을 전집(執)하였으면 마땅히 선(善)으로 보관하여 반환을 기다려야 하고, 지금 분실(闕失)하여 불선(不善)하게 보관한 책임(責)은 면하기 어려운 뿐더러, 전당 잡을 때(典執) 본질(本質)의 여하를 몰랐다고 운(云)하고 단지 전당 잡고 돈 빌려 준 액수(給債之額)의 배를 더해 그

90) 당시 판결문에서는 浮費, 生費 등으로 표현한다.

91) 대표적으로 한성재판소 1906년 6월 8일 광무 10년 제236호 사안의 개요: 원고가 피고를 상대로 답권의 반환 및 소송 관련 각종 비용의 배상을 청구한 사안으로 보인다. 판결이유: “...(피고가) 부당하게도 땀값 값을 다시 녹토(勒討)할 계획으로 해당 답권을 그대로 전당 잡고 내주지 아니하여, 원고로 하여금 경향(京鄕)으로 분주(奔走)하게 하고, 그 생업을 폐(廢)하게 하고 각종 비용(生費)이 5,800여냥의 다액에 이르게 하였으니, 원고의 정황(情狀)은 이미 논할 바가 없다. 피고의 폐습(悖習)은 깨우치기 어려우므로 녹집(勒執)한 답권을 마땅히 즉시 내주고, 비용(生費條)은 원고의 소구에 따르기 어려우므로, 가운데로 절반하여(中折其半) 갚는 것이 가능함에도, (피고가) 오히려 억울함(抑冤)을 칭하는 것은 정당하지 아니함.”

92) 한성재판소 1906년 11월 30일 광무 10년 제664호, 판결요지: “피고는 잃어버린 시계의 절반(折半) 값 지화(紙貨) 17원(元) 50전을 부담하여 지급할 것.”

것만 부담하고자 하는 것은 또한 일의 경위(事之經渭)가 아니다..”라고 하면서, 일방 당사자가 손해액(시계 값)을 입증하지 못하였다는 이유로 분반 판결하였다. [한재 1906.6.12. 광10-252]<sup>93)</sup>을 보면, 판결이유에서 “...황가가 집을 사서 철거함에 있어, 피고 박가가 손해를 입은 것을 피고 박가에게만 전부 돌리는 것은 불가하되, 피고 박가가 이미 보수비를 받았고, 집 처마 보수를 하였다고 하는 것과 품값(雇價)을 들었다고 하는 것이 모두 과다(夥多)할 뿐더러, 기와 보수 후에 애초 원고에게 한마디도 설명이 없었던 것은 그(피고 박가)의 과실(失)이 없지 아니하므로, 해당 기와 610장을 원고와 함께 그 반 305장으로 나누어 원고에게 지급함이 가능하다.”고 하였고, 유사한 경우인 [한재 1908.5.27. 용2-202]<sup>94)</sup>를 보면, 판결이유에서 “...밭값(田價)을 논하자면 해당 밭의 입종(入種) 15두락이 1일경(耕)이 되므로 원고들이 소송한 밭의 두락 수가 거의 77일경 썸인데, (원고들은) 해당 답을 개간할 때의 가치가 해당 상등전(上等田) 1일경이 가치 60냥이라고 주장하나, 이는 과당하니(似涉過當), 절반(折半)으로 값을 징수함이 사리상 타당하다”라고 하였다. 즉 일방 당사자의 손해 액수 입증이 부족하고, 아마 판사로서도 그 액수를 객관적으로 산정하기 곤란하였는지, 당사자가 주장하는 액수가 ‘과다(夥

93) 한성재판소 1906년 6월 12일 광무 10년 제252호, 사안의 개요: 이 사안은 원고가 피고 박영식에 대하여 자신의 소유물인 기와의 반환을 청구한 것이지만, 반대로 원고와 황계훈이 공동 소유하는 집을 철거하는 과정에서 과실에 기한 불법행위로 이웃집 주인 피고 박영식에게 손해를 끼친 것으로 보고, 피고 박영식의 원고에 대한 손해배상청구라는 관점으로 접근하면, 쟁점 파악에 편리하다. 판결이유: “...또한 타인의 담장(牆垣) 기와를 철거할 때 그 집 주인은 어찌하여 가서 이를 금지하지 않다가, 부당하게도 피고 박가에게 그 보수의 책임을 묻고, 또 사용한 기와가 100장이며, 집의 처마(簷)가 연접한 것이 단지 행랑 2칸이라면 설령 손해 받은 것이 있더라도 기와 200장을 사용하였다고 운운하는 것은 모름지기 과다하고(夥多)...(중략)...황가가 집을 사서 철거(毀撤)함에 있어, 피고 박가가 손해를 입은 것을 피고 박가에게만 전부 돌리는 것은 불가하되, 피고 박가가 이미 보수비를 받았고, 집 처마 보수를 하였다고 하는 것과 품값(雇價)을 들었다고 하는 것이 모두 과다(夥多)할 뿐더러, 기와 보수 후에 애초 원고에게 한마디도 설명이 없었던 것은 그(피고 박가)의 과실(失)이 없지 아니하므로, 해당 기와 610장을 원고와 함께 그 반 305장으로 나누어 원고에게 지급함이 가능하다.

94) 한성재판소 1908년 5월 27일 융희 2년 제202호, 사안의 개요: 농민인 원고들이 강원도 양양군 도평(島坪)의 밭을 과거로부터 전전 매매하여 현재 소유, 경작하고 있었는데, 영친왕궁(英親王宮)의 지휘를 받은 군수인 피고의 말에 따라, 원고들이 해당 밭에 대하여 보를 쌓고 개간(築淤作畚)하였고 이를 마치면 역비(役費)와 밭값(田價)을 모두 받기로 하였는데, 이후에 피고가 이를 역비와 밭값을 나누어 주지 않자, 원고들이 전 군수인 피고를 상대로 역비와 밭값을 청구한 사안이다.

多) 또는 '과당(過當)'하다고 지적하면서 분반 판결한 것이다. 그런데 이와 같이 '과다', '과당'이라는 말 자체가 적절한 수준을 전제로 하는 이상, 이는 공평(公平)의 관념하에 법적 위험(손해 또는 비용)을 양 당사자에게 동등하게 나누겠다는 의도, 원리를 포함하고 있다.

이 유형은 현대 법학의 법리와 대비를 통하여 그 특징이 잘 드러난다. 현대의 불법행위책임 법리상 본래 손해와 손해액은 별개인 이상, 손해를 보았다고 주장하는 사람은 '손해가 발생한 사실'과 '구체적인 손해 액수'까지 입증해야 하는 것이 원칙이므로, 손해 자체는 입증하였으나 손해액의 입증이 부족하거나 곤란한 경우에는 형식 논리적으로 원고(채권자)의 청구를 기각해야 한다는 문제가 발생하는데, 이런 문제점에 대하여 대법원 및 하급심 판결은 '손해나 위험에 대한 적절한 배분'이라는 공평(公平)의 관념에 따라서 손해의 수액을 산정하여 처리해 왔다.<sup>95)</sup> 결국 이러한 현대적 논리나 입증책임 반영형 분반 판결은 모두 기본적으로는 '공평'의 이념을 기초로 하고 있다는 점에서 유사성<sup>96)</sup>을 확인할 수 있다.<sup>97)</sup>

## 7. 소결

이상에서 분반 판결에 대한 유형화 작업을 하였는데, 이와 같이 분반 판결이 일정한 유형으로 정리되고 논리적으로 설명된다는 사실을 무시해서는 안 된다. 왜냐하면 수많은 구한말 판결문 속에 무의미하게 산재하고, 판사의 자

95) 대표적으로 대법원 2004.6.24. 선고 2002다6951,6958 판결; 대법원 2009.8.20. 선고 2008다19355 판결. 이러한 판례는 《민사소송법》 제202조의 2 (2016.3.29. 신설, 2016.9.30. 시행)에 반영되었다. 《민사소송법》 제202조의 2 (손해배상 액수의 산정) “손해가 발생한 사실은 인정되나 구체적인 손해의 액수를 증명하는 것이 사안의 성질상 매우 어려운 경우에 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 의하여 인정되는 모든 사정을 종합하여 상당하다고 인정되는 금액을 손해배상 액수로 정할 수 있다.”

96) 이러한 상호 유사성은 분반 판결 이외에 당시 민사판결문 전반을 확인해 보는 후속 작업이 필요할 수 있다.

97) 특히 [한재 1906.6.12. 광10-252]의 경우, “피고 박가(채권자)가 손해를 입은 것을 피고 박가에게만 전부 돌리는 것(專着)은 불가하되…그(채권자)의 과실이 없지 아니하므로(不無其失)”이라는 표현을 사용하고 있는데, 이는 '손해의 공평 타당한 분담' 원리의 반영인 '채권자 과실 상계와 유사한 논리도 보여주고 있다.

의, 호의, 무성의-불규칙적인 어떤 것-의 산출물 정도로 추측했던 분반 판결에 대하여 유형화 작업이 가능하다는 사실은, 분반 판결에 규칙적 논리나 원리-미약하건 혹은 강력하건 간에-가 내재한다는 것을 보여줌을 넘어서서, 이를 전통적 민사 재판이나 판결 전반에 확장해 볼 수 있다는 전망까지 제시해 주기 때문이다. 분반 판결의 유형화 작업을 토대로 도출되는 결론 및 함의를 정리하면 다음과 같다.

첫째, 당사자 책임 판단형 중 원·피고 쌍방 과실형의 경우는 분쟁의 원인 제공자를 원·피고로 특정하였고 양자 모두에게 일정 과실이 있다는 점은 확인되었으나, 구체적 사정이나 제반 사정을 종합할 때 분쟁으로 인해 발생한 법적 위험(손해·이익)을 원·피고에게 동등하게 분배할 수밖에 없다는 결과론적 논리가 반영되어 있고, 원·피고 쌍방 무과실형의 경우도 피고에게 과실은 없음에도 불구하고 이미 발생한 법적 위험을 원·피고에게 동등하게 분배한 이상 그 배후에 있는 결과론적 논리가 확인되고 있다. 따라서 이 유형의 분석을 통하여 전통적 민사 판결에서 법적 결론이 도출되는 논리나 논변을 엿볼 수 있다.

둘째, 선의 매수형(형사법 적용형) 및 제3자 원인 제공형의 경우 모두 분쟁의 진정한 원인 제공자는 원·피고가 아니라 제3자로 특정되었지만, 제3자에게 책임을 묻는 것이 현실적·정책적으로 불가능하거나 곤란한 상황에서, 일정한 조건 하에 법적 위험을 원·피고에게 동등하게 분배한 것으로 평가된다. 이 중 선의 매수형(형사법 적용형)을 보면 이런 사례의 수량이 많지 않다는 사실과 오히려 성문의 법조문을 사실상 벗어나서 분반한 사례가 종종 확인된다는 사실을 통해, 전통적 민사 재판은 기본적으로 '情理에 중심을 둔 情理를 지향하는 재판'이고, 성문법이라 할지라도 情理의 영향권 안에서 작동한다는 점을 확인할 수 있었다. 그리고 제3자 원인 제공형의 분석을 통하여 '분쟁의 원인 제공자 특정', '책임성 판단', '거래 안전 고려', '증거를 통한 사실 관계 확정'이라는 理의 주요한 세부 원리를 추출해 볼 수 있다.

셋째, 원·피고 합의형의 경우, 당사자의 의사와 합의를 우선적으로 존중하는 것이지만, 사안의 상황이나 그 배경을 면밀히 분석해 보면, 불가항력적

측면과 쌍방 과실적 측면이 모두 존재하므로, 이 유형의 분석을 통하여는 '책임성 판단을 고려한 합의 존중'이라는 理의 세부 원리를 추출해 볼 수 있다.

넷째, 다수 채무자형(관례형)의 분석을 통하여, '복수 채무자의 존재' 또는 '채무의 존재 여부 및 이행의 확실성을 담보할만한 수단으로서의 증서(票)의 존재를 조건으로 하여 채권자와 채무자간 계약 관계 속에 잠재되어 있던 법적 위험을 분배한다는 사고가 작동한 결과, '분할 채무'라는 일종의 관례가 형성되었다고 가정해 볼 수 있다. 나아가 일제에 의하여 작성된 『관습조사보고서』의 구체적 내용에 대한 면밀한 독해가 필요하다는 점도 재확인되었다.

다섯째, 입증책임 반영형(액수 산정 곤란형)의 경우, 손해 발생 자체는 인정되므로 이미 책임의 존재 및 귀속 여부는 밝혀졌지만, 해당 손해에 대하여 정확한 액수를 산정하기 쉽지 않은 상황에서, 공평(公平)의 관념 하에 법적 위험을 양 당사자에게 동등하게 분배한다는 취지가 있음을 확인하게 되었다. 그리고 이러한 공평의 관념도 理의 세부 원리 또는 理의 본질 그 자체로 볼 수 있다.

결국 분반 판결을 통해 두드러지게 표출되는 '법적 위험(손해·이익)의 분배 작업'은 그 위험을 국가(판사)가 자의적으로 평가하여 당사자들에게 무조건 기계적·강제적으로 할당하는 방식이라기보다는, 실체적 측면에서는 당사자간 합의<sup>98)</sup>를 존중하고, 당사자나 제3자의 책임성<sup>99)</sup>에 대한 판단을 전제로 하되,<sup>100)</sup> 당사자 및 제반 사정·상황이 지닌 개별성·특수성도 고려하며, 법적 추론에 있어서는 인과론적 논리와 결과론적 논리를 병행하고, 절차적 측면에서는 증거에 의한 엄격한 사실 확정 과정을 거치는 등 세부 기준·원리 하에서 이루어진다는 점에서, 불규칙적·예측불가능한 자의적인 어떤 것이 아니라, 일정 수준의 규칙성·예측가능성을 지닌 어떤 것이라고 평가할

98) 원·피고 합의형 등과 관련된다.

99) 분쟁의 발단이나 근원이 어디인지, 분쟁 원인 제공자가 누구인지를 밝혀내는 작업을 '책임성'으로 표현하였다.

100) 원·피고 쌍방 과실형이나 원·피고 쌍방 무과실형의 경우는 당사자의 '過失' 유무, 선의 매수형(형사법 적용형)의 경우는 제3자(강도, 절도범 등)의 원인 제공 및 당사자의 '知情/不知情' 여부, 제3자 원인제공형의 경우는 제3자의 '분쟁 원인 제공' 여부를 모두 광의의 '책임성'으로 포괄할 수 있다.

만하다.

한편 사정이 이와 같다면, 우리의 전통적 민사 재판이나 민사 사법의 구조를 논할 때 소위 ‘교유적 조정(敎諭的 調停, Didactic Conciliation)’으로 단정하는 것에 다소 주저하게 된다. 교유적 조정은 “Dan Fenno Henderson의 저서인 『Conciliation and Japanese Law: Tokugawa and Modern』에서 일본에도 시대의 민사 분쟁 처리 제도에 대한 성격 규정으로 도입한 개념을 이후 일본학자 시가슈조(滋賀秀三)가 전통 중국법에 차용한 것”<sup>101)</sup>이라고 하는데, 이 개념을 어떻게 정의하고 이해할지 여부, 이 개념이 전통적 중국(청대) 사법 시스템의 성격 규명과 관련하여 정확한 평가인지에 대하여 논란이 없지 않다.<sup>102)</sup>

그러나 이 개념의 전통적(조선) 민사 재판에서의 적실성<sup>103)</sup>은 별론으로 하고, 위 분반 판결들을 ‘교유’ 또는 ‘조정’이란 개념 틀 안에서 정합적(整合的)으로 설명하는 것이 그리 쉽지는 않다. 왜냐하면 애초 전형적인 조정 또는 화해의 실례(實例) 정도로 예상했던 분반 판결을 분석한 결과, 판정·재판의 대비적 개념으로서의 ‘조정(conciliation, mediation)’<sup>104)</sup>과 밀접하다고

101) 김지수, 앞의 책 38면.

102) 시가슈조(滋賀秀三)가 의미하는 조정(conciliation)은 대략 다음과 같다. “청대 재판의 주안점은 당사자 모두가 판결에 승복하는데 있었다. 형사법이든 민사법이든 청대 재판에서는 재판관의 결정만으로 모든 것이 끝나는 서구식 판결의 성격이 결여되었다. 재판 외 분쟁 해결 방식을 크게 중재(arbitration)와 조정(conciliation)으로 나누면 제3자의 판단은 시사(示唆)로서 존중되지만 구속력이 없고 그것이 쌍방 당사자에 의해 수락될 때에서만 비로소 분쟁은 해결된다는 이해 하에 들어가는 것이 조정(conciliation)이다.”[홍성화, 「청대 민사재판의 성격에 관한 논쟁-필립 황과 자하수삼(滋賀秀三)의 연구를 중심으로-」, 『사립』 28(수선사학회, 2007), 185~187면 참조. 한편 필립 황(Philip C. C. Huang)의 주장은 대략 “시가슈조는 판관이 민사적 사안에서 ‘mediator’로서 기능한다는 이미지를 형성하였다. 시가슈조는 판관이 주어진 규칙에 따르는 게임의 심판과 같은 자로서 행동한 것이 아니라, 마치 자녀의 분쟁을 아버지가 다루듯이 교유적 조정에 관여했다고 보았고, 재판에 대하여 강하게 ‘mediation’의 색깔을 입혔다. 그러나 공식적 사법 시스템(The formal justice system)에서 당시 판관은 mediator로서 기능하지 않았고 오히려 성문법(written code)을 지지하는 전형적인 판사로서 기능했다.”는 취지로 요약된다.[이에 대하여는 Philip C. C. Huang, *Civil Law in Qing and Republican China*(Stanford University Press, 1994), p.142~143]

103) 이에 대하여는 문준영, 「대한제국기 민사판결에서 법문 인용의 맥락」, 『법사학연구』 54(한국법사학회, 2016), 129면 참조.

104) 이 글에서는 편의상 ‘conciliation’, ‘mediation’을 모두 ‘조정’으로 번역하고 이해한다. 한편 ‘conciliation’, ‘mediation’, ‘arbitration’을 각각 어떻게 번역하고 개념 정의할 것인지에 대하여도 완전히 일치되어 있지는 않다. 현대 법학에서 말하는 조정 개념에 대하여는 대법원 사법정책연구원, 『한국형 대체적 분쟁해결(ADR) 제도의 발전 방향에 관한 연구』(사법정책연구원, 2016),

볼 만한 근거가 미흡하고, 분반 판결 중에서 판사가 '교유적(didactic)', 즉 설득적, 교육적, 교훈적 차원에서 당사자 쌍방을 양보시켜 분반의 결론에 이른 것이 확실하다고 평가할만한 사례를 발견하기도 쉽지 않으며,<sup>105)</sup> 혹 분반 판결이 교유적 조정과 매우 밀접한 것이라고 가정해 보더라도, 앞서 통계에서 보이듯이 분반 판결의 수량 자체가 많지 않고, 1심에서 분반 판결이 선고되자 상소한 사례<sup>106)</sup>도 종종 확인되기 때문이다. 소위 '조정' 개념을 '당사자의 승복·수락'에 초점을 맞추건, 아니면 '판사의 폭 넓은 재량에 의한 이해관계 절충'에 초점을 맞추건 간에, 앞에서 분석한 분반 판결의 모습은 '조정'의 전형적 이미지에 딱 들어맞지는 않는 듯하다.<sup>107)</sup>

#### IV. 맺음말

이상과 같이 분반 판결을 매개로, 우리의 전통적 민사 재판과 판결에 숨어 있던 법적 논변, 사유 방식, 내재적 원리, 나아가 전통 사회가 지닌 법적 정의, 형평의 관념에 조금은 접근해 볼 수 있다. 분반 판결을 통하여 '분쟁의 원인 제공자 특정', '책임성 판단', '거래의 안전 고려', '증거를 통한 사실 관계 확정', '당사자간 합의나 관례의 존중', '공평의 관념' 등을 충분히 확인할

40~44면 참조.

105) 분반 판결 중에서 그나마 통상적 의미의 '조정'이란 사고가 작용한 것으로 보이는 것은 원·피고 쌍방 과실형이나 쌍방 무과실형의 일정한 측면, 원·피고 합의형 중에서 소송상 화해형 정도에 그치고, 교유적 조정의 대표적 사례로 평가해 볼만한 소송상 화해형이 그리 많지는 않다. 더구나 소송상 화해형은 우연의 일치인지 일본인 법무보좌관들이 활동하던 시기의 것들이다.

106) 대표적으로, [한재 1906.4.28. 광10-141], [한재 1896.6.11. 건원-11] 등

107) 다만, 우리의 전통적 민사 재판의 모습을 '교유적 조정'이 아니었다고 단정하는 것 역시 신중할 필요는 있다. '교유·조정'은 국가(관리)의 지도이념이자 소송 정책이었고, 민·형사를 포괄하는 기술적 방법론으로서 기능했지만, 이에 반해 민사 분쟁을 수시로 접하는 민(民)의 입장에서는 일정 기준에 따른 사실 확정, 책임 추궁 등 실체적 진실과 정의를 구하는 전형적인 '판정·재판'의 요청이 지속적으로 작용했던 것으로 보이고, 이러한 국가(관리)와 민(民) 상호간의 상반된 인식과 이익이 충돌하고 절충되는 상호 긴장 관계 속에서 민사 사법 구조나 우리의 고유한 민사 법문화가 형성되어 있었다고 평가하는 것이 더 적절할지도 모른다. 미공개된 구한말 민사판결문철이나, 유실된 민사판결문을 검토한다면, '교유적 조정'으로 평가할 만한 판결이 다수 존재할 가능성도 배제할 수 없다.

수 있었는데, 이것은 ‘理에 따른 재판’에서 말하는 그 理의 양상·세부 원리·실체,<sup>108)</sup> ‘관계적이고 상황의존적이며 종합적인 사고 또는 해결’의 구체적 내용을 보여주는 것이다. 그동안의 전통적 민사 재판이나 판결은 대명률로 표상되는 ‘刑과 律’의 견고한 외피에 둘러싸여 있다 보니, 그 작동 원리, 세부 원리, 실체가 명확히 드러나지 않았지만, 갑오개혁기와 대한제국기에 이르러 판결문의 서구 근대적 양식화, 민사와 형사의 명확한 제도적 분화, 서구 근대적 재판소 제도에 적응해 가면서 비로소 자신의 구체적인 모습을 드러내게 된 것이다. 우리는 대한제국기 ‘분반 판결’의 분석을 통하여 전통적 민사 재판과 판결에 내재하는 논변, 사유, 원리 및 그동안 모호한 그 어떤 것으로서만 존재하던 理의 실체에 한 걸음 더 접근할 수 있다.

## ■ 참고문헌

### 1. 단행본

- 김병화, 『近代韓國裁判史』, 한국사법행정학회, 1974.
- 김지수, 『傳統 中國法의 精神-情·理·法의 中庸調和』, 전남대학교출판부, 2004.
- 대법원 사법정책연구원, 『한국형 대체적 분쟁해결(ADR) 제도의 발전 방향에 관한 연구』, 사법정책연구원, 2016.
- 미야지마 히로시·배항섭 엮음, 『동아시아는 몇 시인가?』, 너머박스, 2015.
- 박병호, 『近世의 法과 法思想』, 진원, 1996.
- \_\_\_\_\_, 『한국법제사』 민속원, 2012.
- 법제처, 『大明律直解』, 1964.
- \_\_\_\_\_, 『經國大典』, 일지사, 1978.
- 이정훈, 『조선시대 법과 법사상』, 선인, 2011.
- 임상혁, 『나는 노비로소이다』, 너머박스, 2010.
- 정공식, 『(국역) 慣習調査報告書』, 한국법제연구원, 1992.

108) ‘理의 세부 원리’라는 표현에서, 로널드 드워킨(Ronald Dworkin)이 주장한 ‘principle(원리, 원칙)’의 개념을 연상하는 입장도 있다. 한편 情은 상대적으로 당사자의 주관적 감정이나 당사자가 처한 상황, 해당 사안이 가진 특수성 등 개별적인 측면·시각에서 접근하는 것이고, 理는 상대적으로 논리성, 원리성, 책임 관련성 등 보편적인 측면·시각에서 접근하는 것이므로 서로 전혀 별개의 실체는 아니다. 따라서 이를 ‘情理의 세부 원리’라고 칭하는 것도 불가능하지 않다.

2. 논문

- 곽지영, 「근대 한국(1889년-1918년) 민사판결문에 대한 연구: 한성재판소를 중심으로」, 이화여자대학교 석사학위논문, 2015.
- 김대홍, 「당률에서 범죄와 형벌의 비례성-贓의 개념을 중심으로」, 『법사학연구』 39, 한국법사학회, 2009.
- \_\_\_\_\_, 「조선초기 형사법상 引律比附에 관한 연구」, 서울대학교 법학박사학위논문, 2012.
- 김지수, 「전통 중국법에서의 情·理·法에 관한 연구」, 서울대학교 법학박사학위논문, 1994.
- 문준영, 「경성공소원 민사판결원본철을 통해 본 한말의 민사 분쟁과 재판」, 『법학연구』 22-1, 충남대학교 법학연구소, 2011.
- \_\_\_\_\_, 「한말의 민사분쟁과 식민지 사법 권력: 관습에 관한 재판례를 중심으로」, 『법학연구』 52-4, 부산대학교 법학연구소, 2011.
- \_\_\_\_\_, 「대한제국기 민사판결에서 법문 인용의 맥락」, 『법사학연구』 54, 한국법사학회, 2016.
- 손경찬, 「개화기 민사소송제도에 관한 연구」, 서울대학교 법학박사학위논문, 2015.
- 이영록, 「광무·건양기 부동산 이중매매 및 이중전당에 관한 연구- 고등재판소 및 평리원 판결을 중심으로」, 『법사학연구』 44, 한국법사학회, 2011.
- 홍성화, 「청대 민사재판의 성격에 관한 논쟁- 필립 황과 滋賀秀三의 연구를 중심으로」, 『사림』 28, 수선사학회, 2007.
- 홍순민, 「조선후기 도죄(盜罪) 장죄(贓罪)의 구성과 『대명률』」, 『역사와 현실』 65, 2007.
- 황외정, 「구한말(1895-1905년간) 민사재판 판결문 활용방안 연구- 한성재판소를 중심으로」, 한국의외국어대학교 석사학위논문, 2014.

3. 인터넷 자료

법원도서관, 구한말 민사판결문 응용시스템(<http://khd.scourt.go.kr>)

4. 외국 자료

- Marie Seong-Hak Kim, *Law and Custom in Korea: Comparative Legal History*, Cambridge University Press, 2012.
- Philip C. C. Huang, *Civil Law in Qing and Republican China*, Stanford University Press, 1994.

<Abstract>

A Study on the ‘*Bunban*(分半)’ Judgments in Civil Litigations during the pre-colonial Korean Empire(Daehanjeguk) Period :  
What is the *Li*(理) in Traditional Litigations?

Kang, Seokjeong\*

This paper reviews judgments of civil cases in the Hanseong · Hanseongbu court(lower court) and the Godeung · Pyeongliwon court(higher court) between April 1895 and July 1908 and primarily studies the ‘*Bunban*(分半)’ judgments of civil litigations in the ‘The Korean Empire(Daehanjeguk)’ period.

Traditional civil trial and judgments have been called decisions by the ‘customary law and *Li*(理)’, ‘*Qing · Li*(情理)’ and ‘didactic conciliation’. But it has not been clarified exactly what is the substance or details of ‘*Li*’ and ‘*Qing · Li*’. Therefore this paper intended to reveal the substance and principles of ‘*Li*’ by examining ‘*Bunban*’ judgments.

A *Bunban* judgment is a court decision which divides legal gain(benefit) or loss(damage) in half. *Bunban* judgments can be categorized into several types based on the grounds, motives of dividing in half. These are (a) the responsibility of both parties or neither type (i.e. ‘both parties are equally negligent’ or ‘neither is negligent’), (b) purchase in good faith type, (c) responsibility of third party type, (d) agreement type (i.e. ‘contract in half’

---

\* Attorney, Ph.D Candidate in law, Pusan National University of Law

or ‘compromise or settlement in half in court’), (e) multiple debtors (decision based on custom and practice) type, and (f) difficulty in estimating the amount of damage or expense type.

Once *Bunban* judgments are analyzed and categorized as above, several principles of ‘*Li*(理)’ can be found as mentioned below: “finding provider of cause in legal dispute”, “judgement of liability”, “stability of transactions”, “confirmation of facts through evidence”, “equal distribution of legal risk, etc.

This conclusion leads us to the understanding of the substance of ‘*Li*’, legal reasoning and principles of law in traditional Civil trial and judgments. And ultimately we can access to clue of legal justice and equity in traditional society.

**[Key Words]** Bunban, in half, Li, Qing, Qing · Li, traditional law, civil litigation, the Korean Empire