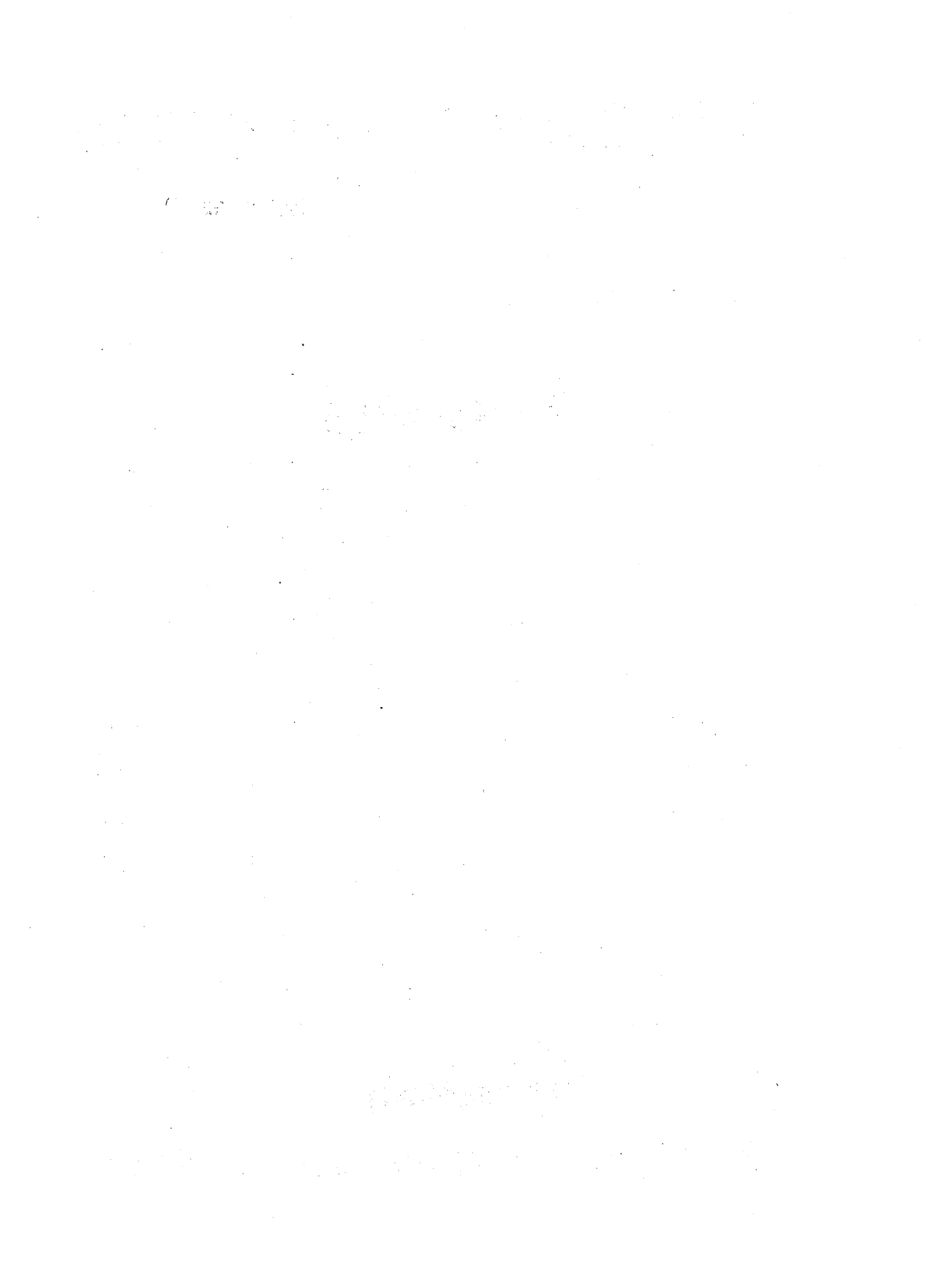


研究報告 92-10

國譯慣習調査報告書

研究者 정 금 식(연구원)

한국법제연구원



發刊辭

법은 삶속에서 생성하여 역사와 함께 나아갑니다. 반복되는 사회생활은 관행과 관습을 형성하고, 관행과 관습 가운데에서 법이 생성되는 것입니다. 즉 법을 형성하는 동인은 역사와 삶이라고 할 수 있습니다. 역사라는 뿌리와 삶이라는 토대가 굳건한 법만이 사회의 진보와 더불어 생명력을 유지하고 그 참모습을 활짝 피울 수 있습니다.

삶과 함께하는 법을 탐구하기 위해서는 관습과 관행에 대한 조사·연구는 필수불가결합니다. 현재 우리의 법은 시련과 좌절을 극복하고자주적 범제를 수립한 지 知天命의 年輪을 헤아립니다. 이제는 우리의 歷史意識과 生活情緒에 맞는 法制를 수립할 계제입니다. 이를 위해서는 역사와 삶속의 법에 대한 모색이 필요합니다. 지금까지 이에 대한 관심은 높았지만 현실의 성과는 미흡하다고 생각합니다. 이제 우리는 역사를 씨줄로 하고 삶을 날줄로 하여 씨줄과 날줄이 잘 어우러진 아름다운 법을 짜나가야 할 것입니다.

이 보고서는 日本 統監府의 法典調査局에서 1908년 5월부터 1910년 9월까지 2년여 동안 한국의 민·상사관습을 조사한 것을 朝鮮總督府에서 1910년과 1912년 그리고 1913년에 간행한 『慣習調査報告書』를 번역한 것입니다. 『慣習調査報告書』는 민법전을 편찬하기 위하여 당시의 일본 民·商法の 체제에 따라 우리의 관습을 조사한 것입니다. 아마도 체계적이고 전국적인 규모로 민·상사관습을 조사한 것은 『慣習調査報告書』가 유일한 것 같습니다. 그리고 이를 바탕으로 하여 日帝期의 법생활을 하여왔고 또 현재에도 잔영을 드리우고 있습니다. 그렇지만 이에 는 다음의 한계가 있습니다. 우선 일본인들이 그들의 민·상법, 즉 서구법에 근거하여 조사한 것이므로 있는 그대로의 관습은 아니라는 것입니다. 또 식민지정책에 입각하여 조사한

것이므로 이에 따른 관습의 왜곡이 있을 수 있다는 사실입니다. 이러한 한계를 인식하고 이를 비판적으로 고찰을 하면 우리 법생활의 원초적인 모습과 그 변화과정을 찾아낼 수 있을 것입니다. 이를 바탕으로 한 역사와 법생활에 대한 인식은 우리가 지향해야 할 바에 대해 커다란 시사를 줄 것입니다.

이 보고서에는 일반인의 삶의 모습이 법의 옷을 입고 관습의 모습으로 용해되어 있습니다. 이러한 점에서 본 보고서는 법학만이 아니라 역사학과 사회학 그리고 민속학 분야에도 기여하는 바가 크다고 믿습니다. 이를 통하여 우리 민족의 원초적인 삶의 모습을 복원해내는 것은 전체 학문에 부과된 사명이라고 생각합니다.

이 보고서가 역사와 생활에 터잡은 법과 법학의 형성에 기여하기를 바라며, 마지막으로 관습조사보고서의 번역에 많은 도움을 주신 趙孝慶선생님, 朴秉濠, 崔鍾庫 諮問委員님께 깊은 감사를 드리며, 관계 연구진의 노고를 치하하는 바입니다.

1992년 12월

韓國法制研究院
院長 李世薰

目次

第一部 日帝의 慣習調査와 그 意義

I. 序論	3
II. 民事立法의 推移	6
1. 開化期 / 6	
2. 植民地期 / 10	
III. 慣習調査	15
1. 日本과 臺灣 / 17	
2. 韓國 / 21	
IV. 『慣習調査報告書』	27
1. 調査方法 / 27	
2. 編纂經緯와 版本 / 31	
3. 編別構成과 內容 / 33	
V. 結論	35
1. 評價 / 35	
2. 結論 / 37	
參考文獻 / 42	

第二部 慣習調査報告書

일러두기 / 51	序文 / 53	凡例 / 54	目次 / 55	
第一編 民法				69
第一章 總則				71
第二章 物權				132
第三章 債權				228
第四章 親族				311
第五章 相續				381

第二編 商 法	405
第一章 總 則 / 407	
第二章 會 社 / 410	
第三章 商行爲 / 412	
第四章 어 음 / 423	
第五章 海 商 / 430	
附錄 親族範圍圖 / 441	

第三部 參 考 資 料

I. 引用古文書 解說	473
II. 引用資料解說	483
1. 古文獻 / 483	
2. 古法典 / 484	
3. 新法令 一覽 / 487	
4. 朝鮮總督府 制令 및 日本法令 / 490	
III. 索引	493
1. 조문 / 493	
2. 문헌 / 497	
3. 사항 / 497	
4. 지명 / 517	
《年代 對照表》 / 520	

第一部

日帝의 慣習調査와 意義

- I 序 論
- II 民事立法의 推移
- III 慣習調査
- IV 『慣習調査報告書』
- V 結 論

I. 序 論

민법은 개인간의 생활관계를 규율하는 법체계이다. 근대사법의 3대원칙인 私的自治의 원칙에 의하여 개인은 자유로이 법률관계를 맺어 개인의 인격을 실현하고 생활을 형성할 수 있다. 개인의 사적자치가 허용되는 사법의 영역에서는 국가법이 간여할 여지는 적으며 개인은 주체적으로 자기의 의사에 따라 법률관계를 형성할 수 있다. 그러나 개인이 모든 법률관계와 법률효과를 의식하고 이에 따라 생활하는 것은 거의 불가능하다. 그리고 개인의 지나친 사익추구는 공익에 해가 되므로 어느 정도 개인의 자유의사를 제한하지 않으면 안된다. 또 한편 개인의사의 불명확성 때문에 상호간에 분쟁이 발생할 우려도 있다. 그러므로 국가는 법으로 개인의 생활에 간섭하여 공익을 실현시키기 위해 노력을 하고 있으며, 또한 개인의사의 불명확으로 인한 분쟁을 해결하기 위한 규정을 두고 있다. 민법은 개인의 사적자치를 제한하는 강제규정과 개인의 의사를 추정하는 임의규정을 두고 있다. 또 한편 이외에 개인의 의사가 불분명한 경우에 이를 관습에 따르는 것으로 추정하는 규정도 두고 있다.

관습은 생활속에서 형성되는 사실적 행위이다. 우리 민법에서는 관습에 대해서 여러 규정을 두고 있다. 우선 법원으로써 관습법을 명시하고 있다(민법 제1조). 또 개인의 의사가 불명확한 경우에 관습에 의한다는 '사실인 관습'에 대한 규정을 두고 있다(민법 제106조). 더 나아가 우리 민법은 物權法定主義를 선언하면서도 관습법에 의한 물권의 창설을 규정하고 있다(민법 제185조). 이와 같은 점에서 본다면 우리의 법생활과 민법학의 연구에서 관습은 상당히 중요한 위치를 차지하고 있다. 즉 법전속의 법, 휴지조각에 지나지 않는 법이 아니라 '살아 있는 법'으로서의 민법의 탐구에서는 실제생활에서 형성되고 발전하여 사회관계속에서 변화해가는 관습과 이것이 규범력을 지닌 것으로 인식되는 관습법에 대한 연구를 소홀히 할 수 없다.

4 제1부 일제의 관습조사와 의의

현재 우리 민법학과 실무에서는 현실의 바탕이 되는 관습에 대한 연구는 어느 정도일까. 이에 대한 대답은 부정적이다. 일찌기 1950년 대 민법전체정 당시부터 관습에 대한 연구를 주창하였지만¹⁾, 아직도 전국적 규모로 조사한 관습과 관습법에 대한 체계적인 연구는 찾아볼 수 없으며 이의 필요성과 조사·연구대상을 언급하고 있다.²⁾ 현재 교과서의 관습에 관한 설명은 실제 관습을 조사하지 않은 채로 관념에 입각하여 기술하고 있는 실정이다.³⁾ 관습에 대한 조사, 즉 법생활의 실태에 대한 조사와 이에 대한 이해가 없는 민법학은 물결이 한번 치거나 바람만 몰아치면 곧 쓰러져 버릴 砂上樓閣에 지나지 않는다. 또 그렇지 않다면 자기 자신에 대한 깊은 인식없이 한낱 외국의 이론을 자기 것인 양 읊조리는 앵무새에 지나지 않을 것이다.

本書는 1908년 5월에서 1910년 9월에 걸쳐 統監府의 <不動產法調査會>와 <法典調査局>에서 조사한 것을 토대로 하여, 朝鮮總督府에서 1910년과 1912년 그리고 1913년에 간행한 『慣習調査報告書』를 번역한 것이다. 본서는 근대법이 수용된 후 현재까지 우리나라의 관습을 전국적인 규모로 체계적으로 조사한 유일한 보고서일 것이다. 이는 우리 근대적 법생활의 출발과 함께 조사된 자료로 이후 식민지기를 거치면서 우리의 법생활에 지대한 영향을 미쳤다.

- 1) 김기선 교수는 민법제정에 앞서 관습조사를 할 것을 주장하였다. 김기선, 「민법제정에 관하여」, 『대학신문』 116호, (1955. 6. 30), 양창수, 「한국민법전 성립과정에 관한 연구(1)」, 『법학』 30-3·4(서울대 법학연구소, 1990. 9), 203면 註)61에서 재인용: 이러한 관심 아래에 실태조사를 한 석사학위논문이 나왔다. 安東燮, 「韓國入會權에 관한 小考」, 서울대 석사학위논문, 1960; 崔炳煜, 「韓國의 慣行水利權에 관한 研究」, 서울대 석사학위논문, 1961; 李相球, 「公有河川用水權에 대한 小考」, 서울대 석사학위논문, 1965; 高翔龍, 「韓國의 入漁權에 관한 研究」, 성균관대 석사학위논문, 1967 참조.
- 2) 1985년까지의 실태조사에 대해서는 다음을 참조하라. 鄭在吉, 「韓國民法의 法社會學的 研究序說—民法社會學的 試圖—」, 『民法學論叢(곽윤직교수 화갑기념)』(박영사, 1985), 38~59면; 윤철홍, 「한국민법학의 문제점과 개선방향」, 『법과 사회』 3(창작과 비평사, 1990), 202~4면; 관습에 대한 최근의 연구는 全在慶 외, 『慣習法調査研究(1)-예비조사편-』(한국법제연구원, 1992) 참조.
- 3) 1990년 4월 14일 한국법사학회 제 11 회 정례학술발표회에서의 최병욱(이화여대 교수)의 발언: 윤철홍교수는 明認方法에 의한 物權變動에 관한 관습에 대한 민법 교과서의 서술이 부적절하다고 한다. 윤철홍, 「전개논문」, 203면 참조.

본서는 민법전을 제정하기 위한 기초자료로 조사된 것으로, 당시의 일본민법전을 중심으로 하여 법생활이 기술되고 있다. 당시의 법생활이 일본민법전-현행민법전과 대부분 일치하는⁴⁾의 형식으로 담겨져 있다. 또한 법학만이 아니라 개화기와 일제시대에 대한 원초적인 자료를 제공하고 있다. 법생활속에 용해된 일반인들의 살아 숨쉬는 삶의 모습이, 그들의 역사가 관습이라는 이름으로 남아 있다. 비록 당시 그대로의 실제적 법생활이 아니라 일본민법전의 형태로 규제되어 있는 모습이기는 하지만... 이를 통하여 종래에 제대로 논의되고 연구되지 않은 시대상과 사회상을 알 수 있다.

최근에 일제기에 조사된 민속관련자료의 번역·출판이 홍수를 이루고 있다. 이는 우리에게 미처 알려지지 않은 것을 소개하는 의미가 있기도 하지만, 한편으로는 은연중에 그들이 한국사회와 한국인을 보는 왜곡된 시각을 그대로 수용할 우려가 있다. 따라서 우리의 입장에서 주체적 시각으로 일제기의 조사자료를 바라보아야 한다.⁵⁾ 본서에는 제한된 조사지역과 조사자의 현실인식 및 조사대상자의 제한에 따른 조사방법상의 오류와 식민통치의 자료에 제공하기 위한 목적상의 오류가 존재한다. 비록 우리의 역사를 왜곡하여 인식하고 있는 식민지당국의 정책적 시각에 입각한 것이지만, 그 내용은 현재의 우리에게 시사하는 바가 많을 것이다. 특히 이를 비판적으로 고찰하면 우리에게 알려지지 않은 조상의 법생활의 모습을 충분히 검증해 낼 수 있을 것이다.

본서에는 우리 법생활의 첫 출발점에 대한 기록을 담고 있다. 즉 전통과는 단절된 채 일본을 거쳐 간접적으로 수용한 서구법을 바탕으로 한 현재 법생활의 토대가 되고 있는 개화기의 법생활이 기록되

4) 재산법분야에서 日本民法典과 우리 民法典의 관계에 대해서는 鄭鍾休, 『韓國民法典의比較法的 研究』(創文社, 1989), 특히 부록 條文對比表 참조, 또한 이 저서의 요약과 이에 대한 평가에 대해서는 다음을 참조하라. 鄭鍾休, 「比較法的 視野에서 본 韓國民法典」, 『法史學研究』 12(한국법사학회, 1991).

5) 진철승, 「일제하 민간신앙 관계 자료 번역에 대하여」, 『역사민속학』 창간호(역사민속학회, 1991), 319~22면 참조.

6 제1부 일제의 관습조사와 의의

어 있다. 본서의 번역은, 곧 현재까지 그 입김을 내뿜고 있는 현재적 법생활의 출발에 대한 회고를 의미한다. 이 회고는 단순한 역사적 재구성이 아니라 현재의 법생활에 대한 역사적 반성을 가능하게 한다. 과거에 대한 반성은 현재의 위치를 가능하게 하며 또 앞으로 나아갈 바를 제시한다. 뿌리 없는 나무가 무성히 자랄 수 없듯이 역사적 뒷받침 없는 제도 역시 그 생명 길지 않을 것이다. 현재적 삶은 굳건한 역사적 토대를 갖추어야만 앞으로의 지향점을 적확하게 제시할 수 있다. 삶속에서 역사속에서 자리잡은 법이야말로 진정한 의미의 '생활속의 법, 살아 있는 법'으로 역동적인 사회속에서 진정한 법으로서 기능을 하며 발전하는 역사와 함께 그 생명력을 지속할 것이다.

II. 民事立法의 推移

전통법제는 公私法이 구분되지 않은 六典體制이다. 행정과 형벌에 관한 규정은 물론 민사규정도 백성의 권리체계가 아니라 국가에 대한 의무체제로 규정하였다. 백성 상호간의 권리관계는 행정법규에 의해 간접적으로 규율되는 것에 지나지 않았다. 民事法源 가운데 賣買에 대한 규정은 戶典, 婚姻에 대한 규정은 禮典, 상속에 대한 규정은 刑典에 있는 것처럼 행정상의 내용에 따라 기본법전인 大典會通과 大明律을 비롯한 각법전에 산재해 있다.¹⁾

1. 開化期

공사법혼호의 상태에서 사법의 분리는 개화기에 접어들어 대두되었다. 갑신정변당시 개화파의 革新政綱 14개조 가운데 민사에 관한 것으로는 門閥을 폐지하고 人民平等의 權을 세울 것, 地租法의 개혁, 還上米의 영구면제, 惠商工局의 혁파 등이 있다. 동학농민군은 弊政

1) 田鳳德, 「韓國의 傳統的 法思想」, 『韓國近代法思想史』(박영사, 1981) 참조.

改革案에서 노비문서의 소각, 七班賤人의 差別改善, 青孀寡婦의 改嫁 許容, 公私債의 무효, 토지의 평균분작 등을 주장하였다.²⁾ 그러나 이는 하나의 주장에 그쳤고 실현되지는 않았다.

본격적으로 서구법이 수용된 것은 1894년의 갑오개혁기이다. 일반사와 달리 법제사적으로는 1894년의 갑오개혁기를 한국근대법사의 기점으로 하여 3기의 시대구분을 한다. 제1기는 改革期로 1894~5년의 甲午·乙未改革으로 일본의 강제에 따라 軍國機務處를 설치하여 내정개혁을 단행하였다. 제2기는 復古期로 1896~1905년까지이다. 俄館播遷(1896. 2)으로 친일세력이 몰락하고 친러세력이 등장한 후 독립협회 등의 활동으로 大韓帝國(1897. 10)으로 국호를 바꾸는 등 자주국으로서의 면모를 일신하려고 하였다. 복고기에는 자주적·보수적 입법이 많은 것이 특징이다. 제3기는 統監府期로 1906년부터 1910년 한일합방까지이다. 1905년 11월에 을사보호조약이 체결되어 1906년 1월에 서울에 統監府가 설치되고 외교권이 박탈되어 일본의 보호국으로 되었다. 그 결과 조선은 정책전반에 대해서 통감의 지휘·감독을 받아 자주권을 상실한 상태였다. 통감부기의 특징은 조선정부와 통감부가 입법주체인 二元性和 일본의 지배를 위한 입법이 증대한 것이다.³⁾

개혁기에는 洪範 14條에서 民法制定을 천명하였으며, 신분과 가족에 대한 개별법령이 공포되었다.⁴⁾ 복고기에는 전당권에 관한 「典當舖規則(1898. 11. 2. 법률 제1호)」 등이 제정되었고, 토지제도를 정비하여 소유권을 확립하기 위해 地契(1901)·家契(1893, 1906)를 실시하였으나, 이는 완전한 소유권의 확립으로까지 발전하지 못하고 중도에 폐지되었다.⁵⁾ 복고기의 가장 중요한 입법은 『刑法大全(1905. 4. 29. 법률 제2호)』으로, 이는 전통의 祖宗成憲尊重主義에 입각하여,

2) 邊太燮, 『韓國史通論』(삼영사, 1986), 404, 413면 참조.

3) 鄭肯植, 『韓末法令體系分析』(한국법제연구원, 1991), 22~34면 참조.

4) 李丙洙, 「우리나라의 近代化와 刑法大全의 頒示」, 『法史學研究』2(韓國法史學會, 1975), 61~6면.

5) 朴秉濬, 『韓國法制史攷』(법문사, 1974), 70~4면 참조.

8 제1부 일제의 관습조사와 의의

『大典會通』, 『刑典』과 『大明律』을 기본으로 하였으며, 光武改革의 정신을 그대로 반영하였다. 여기에는 還退, 婚姻 등 民事規定을 포함하고 있다.⁶⁾ 『刑法大全』을 공포한 후 민법전을 편찬하기로 하여, 1905년 5월 31일에 奏本 「法部に 法律起草委員會를 설치하여 民法를 제정하는 件」을 공포하고, 6월 19일에는 詔勅 「民法常例를 纂輯하는 件」을 내렸고, 이에 따라 7월 18일에는 〈法律起草委員會〉를 설치하여 민법전의 기초에 착수하였으나, 민법의 제정에는 이르지 못하였다. 통감부기에는 통감부의 주도로 민법전의 편찬을 준비하기 위한 기초작업으로 〈不動產法調査會(1906. 7. 24. 설치)〉와 〈法典調査局(1907. 12. 23. 설치)〉을 중심으로 관습조사가 이루어지고, 과도기적으로 관습조사를 바탕으로 부동산소유권보호와 거래의 안전을 위한 법적조치가 나왔다.⁷⁾ 부동산법조사회는 관습조사의 결과를 바탕으로 하여 「利息規例(1906. 9. 24. 법률 제 5호)」, 「土地家屋證明規則(동년 10. 26. 칙령 제 65호)」, 「土地家屋典當執行規則(동년 12. 26. 칙령 제 80호)」과 부속법령 등 부동산에 관한 법률을 시급히 제정하였다.

법전조사국에서는 주요법전의 기초를 예정하여 법무고문 梅謙次郎을 민사법기초자로, 법무차관 倉富勇三郎을 형사법기초자로 선정하였다. 형사법분야에서는 이미 형법대전이 제정된 탓에 미진하여 刑法大全 680개조 중 非刑事法規定 290개조를 삭제하는 데 그쳤다. 그리고 梅謙次郎은 日本民事訴訟法을 간단히 한 전 577조의 민사소송법안⁸⁾을 기초하였으나, 당시의 정치상황에 따라 확정되지 않고 폐기되었다. 이러한 법제정이 부실한 것임은 그들 스스로도 인정하고 있다. 법전조사국의 민사법에 대한 입법사업은 상당히 활발히 진행되어 민법전제정을 위한 기초작업으로 한국관습의 조사에 착수하여 梅謙次郎은 당시 일본 민상법전의 편별에 충실한 조사사항 206문을 만들어 한국관습을 조사하였다. 梅謙次郎이 구상하던 민법전은 한국의 舊慣

6) 李丙洙, 「前揭論文」, 72~5면.

7) 鄭鍾休, 『前掲書』, 28~34면; 민사법령목록은 鄭肯植, 『前掲書』, 125~131면 참조.

8) 鄭鍾休 소개, 「韓國 民事訴訟法案」, 『法史學研究』, 10(한국법사학회, 1989) 참조.

첩을 조사하여 이를 바탕으로 일본의 민상법을 간략히 한 民商二法統一法典이다. 그리고 민법전은 당사자 중 일방 또는 쌍방이 일본인 또는 외국인이면 일본법을 적용하는 것을 원칙으로 하는, 오직 한국인만을 위한 것이었다. 민법전을 급히 편찬하려고 한 이유는 일본에서와 같이 領事裁判의 撤廢, 즉 治外法權의 폐지가 주목적이었다. 이러한 의도는 또한 일본인의 한국진출을 법적으로 보장하기 위한 것이었다. 이러한 사실은 당시 統監 伊藤博文도 이를 강조하였고 또 梅謙次郎 자신도 토지제도는 한일만이 아니라 외국인에 대해서도 공통되어야 할 것을 주장하였으며, 또 장차 일본인의 한국이주를 고려하여 민법전의 기초작업을 하였다.⁹⁾

법전조사국의 민법전에 대한 태도는 외국인의 토지소유의 인정문제에서 잘 드러난다. 당시에는 법제상으로는 외국인의 토지소유는 원칙적으로 금지되었는데, 大韓自強會는 토지거래의 문란을 방지하고 외국인의 토지소유를 금지하기 위하여 관의 허가를 받게 하자는 건의를 하였고, 이에 따라 「土地建物の賣買 交換 讓與 典當에 관한件<1906. 10. 16. 법률 제 6호>」을 제정 공포하였다. 그러나 10일 후에 부동산법조사회는 외국인의 토지소유를 합법화한 것 외에는 위 법률과 거의 차이가 없는 「土地家屋證明規則<1906. 10. 26. 칙령 제 68호>」을 제정 공포하였다. 이에 대해 대한자강회는 외국인의 토지소유금지를 주장하고 위 칙령을 비난하였다.¹¹⁾

법전조사국을 중심으로 한 민법전제정분위기는 統監 伊藤博文(1909. 2)과 梅謙次郎(1910. 8)의 사망으로 좌절되어 한국은 독자적인 민법을 갖지 못하였으며, 합방후 1912년 4월 1일 朝鮮民事令에 의해 일본민법이 依用되게 되었다.¹²⁾

9) 鄭鍾休, 『前掲書』, 42~3面.

10) 외국인의 토지소유는 1894년 議案 「토지 산림 광산을 本國入籍人이 아니면 점유 매매를 금하는 건」으로 금지하였으며, 이 법령이 실효성이 없게 되자 1900년 법률 제 4호 「依賴外國致損國體者處斷例」로 외국인에게 토지 등을 매도 등을 하는 자를 엄하게 처벌하였다. 朴秉濂, 『韓國의 傳統社會와 法』(서울대 출판부, 1985), 51~4면 참조.

11) 金熙洙, 『開化期 不動產法律關係 小考』, 『法史學研究』 9(한국법사학회, 1988) 9~13면.

12) 鄭鍾休, 『前掲書』, 90~1面.

2. 植民地期

식민지통치법제는 크게 영국의 인도지배처럼 원주민의 관습·언어 등 특수성을 존중하는 植民地固有法尊重主義原則(Hastings)과 프랑스의 식민지지배와 같이 원주민의 특수성을 무시하는 內地法延長主義(Rattachement)가 있다.¹³⁾ 일본은 독일, 네덜란드, 영국, 프랑스의 식민지지배법제를 연구하여 拓殖局에서 『歐洲列國殖民地法制概要』를 간행하였다.¹⁴⁾ 일본은 독립국이었던 조선에 대하여서는 대만과는 달리 신중한 태도를 취하여 직접적으로 일본법을 적용하지 않고 朝鮮總督이 제정권을 갖는 制令의 형식으로 조선을 지배하였는데, 제령으로 일본법령을 依用하거나 아니면 일본법령에 대한 특례를 규정하였다.¹⁵⁾ 즉 조선에 적용된 법령은 내용적으로는 일본법령이지만, 형식적으로는 일본의 법령이 아닌 조선총독의 制令으로 일본과 법체계를 달리 하였다.

일본은 합방당일에 緊急勅令 「朝鮮에 施行할 法令에 관한 件」을 공포하여 임시로 舊韓國의 法令에 대해 효력을 인정하였고, 또한 조선총독에게 입법권을 부여하였다. 이 긴급칙령에 대해 위헌문제가 야기되자¹⁶⁾ 1911년에 같은 내용의 「朝鮮에 施行할 法令에 관한 法律」을 공포하여 식민지지배법제의 기틀을 만들었다. 일제기에 조선에서 시행된 법령의 종류는 ① 특히 조선에 시행할 목적으로 제정된 법률과 칙령 ② 칙령으로 조선에 시행된 법률 ③ 규정내용상 당연히 조선에 효력이 미친 법률과 칙령 ④ 합방 당시 효력의 존속을 인정한

13) 水田義雄, 『法の變動と理論—英美法における法典化—』(成文社, 1969), 171~4面; 中村 哲, 『植民地法』, 『講座 日本近代法發達史』5(勁草書房, 1958) 177面.

14) 拓殖局, 『歐洲列國殖民地法制概要』(1911. 2), 菊判, 본문 92面.

15) 中村 哲, 『植民地法』, 195~6面; 최근에 創氏改名에 아이누족의 사례를 인용하였다는 보고가 있다. 조선, 대만, 북해도, 오키나와를 함께 연구해야 할 필요가 있다. 『중앙일보』 1993. 1. 10. 1면.

16) 鄭鍾休, 『前掲書』, 93~5面 참조; 당시 헌법학자들은 이를 무효로 보는 것이 일반적인 견해이었다. 이러한 입법적 조치는 대만에서와 같은 상황으로 대만의 경우에서도 위헌론이 제기되었다(후술 臺灣의 慣習調査 부분 참조).

구한국법령과 일본법령 ⑤ 制令 ⑥ 朝鮮總督府令 ⑦ 警務總監部令 ⑧ 道令 ⑨ 道警務部令 ⑩ 島令 등 10종이다.¹⁷⁾ 이 가운데 가장 중요한 것은 朝鮮總督府의 制令이다. 제령은 36년간 676건이 공포되었으며, 이중 개정제령을 제외하면 270건에 달한다.¹⁸⁾

일본은 1912년 3월 18일 制令 第7號 「朝鮮民事令(동년 4. 1. 시행)」을 제정하여 일본민법을 의용하였다. 조선민사령 제1조 “민사에 관한 사항은 본令 기타의 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고 다음[左]의 법률에 의한다”라고 규정하고, 다음의 법률로 「民法」, 「民法施行法」, 「商法」, 「商法施行法」 등 23종의 일본법령을 열거하였다. 이로써 일본민법은 우리나라에 적용되게 되었으며, 현재에는 이를 “依用民法”이라고 부르는 것이 일반적이다.¹⁹⁾ 그리고 「朝鮮民事令」 第10條~第12條에서는 특례를 규정하여 朝鮮人 相互間의 法律關係에 대하여는 광범위하게 고유관습을 법원으로 효력을 갖는 것으로 인정하였다. 「朝鮮民事令」 第10條~第12條는 아래와 같다.

第10條 朝鮮人 相互間의 法律行爲에 대해서는 法律中 公共의 秩序와 관계없는 規定과 다른 慣習이 있는 경우에는 그 慣習에 의한다.

第11條 第1條의 法律中 能力, 親族 및 相續에 관한 규정은 朝鮮人에게 이를 적용하지 않는다.

第12條 不動産에 관한 物權의 種類 및 效力에 관하여는 第1條의 法律에 정한 物權을 제외하고는 慣習에 의한다.

朝鮮民事令 제 10 조는 일본민법 제 92 조(사실인 관습)에 해당하는 규정이며(한국민법 제 106 조 참조),²⁰⁾ 제 11 조는 능력과 가족법에 관

17) 朴秉濂, 『韓國法制史』(한국방송통신대학출판부, 1986), 42~3면.

18) 姜德相·槐村秀樹, 「日帝下朝鮮의 法律制度について」, 『日本法とアジア(仁井田陞博士 追悼論文集 3)』(勁草書房, 1970), 322~3면.

19) 또한 舊民法이라고도 부르는데, “依用民法”과 “舊民法”의 용어상의 구별에 대해서는 鄭鍾休, 「比較法的 視野에서 본 韓國民法典」, 가운데 양창수교수의 토론부분(149면) 참조.

20) 朝鮮高等法院도 본조의 소정의 ‘慣習’을 “조선인 상호간의 법률행위에 대해서 법령 가운데 공공의 질서와 관련이 없는 규정과 다른 관습이 있으면 이를 법률과 동일한 효력을 갖는 것으로 소위 慣習法으로 한다는 法理이다”라고 판시하였다. 大正 1915. 10. 9 판결; 司法協會, 『朝鮮高等法院判例要旨類集』(司法協會, 1943), 32면; 『朝鮮高等法院判決錄』, 12卷 356면.

12 제1부 일제의 관습조사와 의의

한 내용이며, 제 12 조는 물권법정주의에 대한 예외규정이다.²¹⁾ 이는 일본민법을 그대로 적용하는 것이 아니라 위 분야에서는 한국의 고유관습을 존중하는 태도를 취하였다. 그러나 실제로는 朝鮮民事令의 개정과 관습에 대한 부정과 공격으로 관습을 가능한 한 인정하지 않고, 또 인정하더라도 일본의 민법체계에 맞게 왜곡하여 관습을 인정하였다.

이후 일본민법에 대한 특례를 인정한 3개 조문 가운데 제 11 조는 朝鮮民事令의 개정으로, 나머지 2개조는 전혀 개정되지 않은 채, 해방을 맞이하였다. 가족법에 관한 제 11 조는 세 차례의 개정이 있었다. “時勢의 進運과 함께 발생한 新事情이 있어서” 〈朝鮮民事令 및 民籍法改正 調査委員會〉를 설치하여 1921년 11월 14일 제령 제 14 호(동년 12. 1. 시행)로 제 1차 개정을 하였다. 그 내용은 능력과 친족회의 일부에 관한 규정이 적용되게 되었다. 제 2차는 〈同委員會〉에서 1922년 12월 7일 制令 第13號(1923. 7. 1. 시행)로 개정하였다. 그 결과 혼인연령, 재판상의 이혼, 인지, 친족회, 상속의 승인, 재산의 분리에 관한 규정이 적용되었다. 또 혼인 등에서 당시까지의 事實主義가 申告主義로 바뀌었다. 이 때까지의 개정내용은 기술적인 것이 많아 관습존중주의의 근거를 흔들지는 않았다. 일본이 대륙을 침략하여 軍國主義의 길을 걷자 同化政策이 강조되어 마지막의 그리고 치명적인 개정이 있었다. 제 3차 개정 민사령은 “한국인에게 적용할 親族法 및 相續法의 전반적인 立法”을 위해 설치된 〈司法法規改正 調査委員會〉의 입안에 따라 1939년 11월 10일 제령 제 19호로 공포되고 1940년 2월 11일, 즉 일본의 2600년 紀元節부터 시행되었다. 이는 同姓不婚制의 폐지와 創氏制度和 異姓養子制를 도입한 것으로 한국 가족제도의 근거를 뒤흔드는 관습파괴적인 것이었다. 세차례의 개정으로 「朝鮮民事令」 제 11 조는 다음과 같이 되어 버렸다.

21) 우리 민법은 관습법에 의한 물권을 인정하지만(제 185조), 일본민법은 관습법에 의한 물권을 인정하지 않는다(일본민법 제 175조). 조선민사령과 일본민법의 관계에 대해서는 鄭鍾休, 『前掲書』, 108~9면 참조.

제 11 조 朝鮮人の 親族 및 相續에 관하여는 특별한 규정이 있는 것을 제외하고는 제 1 조의 법률에 의하지 않고 慣習에 의한다. 단 氏, 婚姻年齡, 裁判上の 離婚, 認知, 裁判上の 罷養, 婿養子入養에서의 婚姻 또는 入養이 無効인 때 또는 入養 또는 婚姻의 取消, 親權, 後見, 保佐人[후견인], 親族會, 相續의 承認 및 財産의 分離에 관한 규정은 그러하지 않다.

分家, 絶家再興, 婚姻, 裁判上の 離婚, 入養 및 協議上 罷養은 이를 府尹 또는 邑面長에게 申告함으로써 그 효력을 발생한다. 단 遺言에 의한 入養에서는 그 申告는 兩親의 死亡時에 遡及하여 그 효력을 발생한다.

氏는 戶主(法定代理人이 있으면 법정대리인)가 이를 정한다.

제 11 조의 2 朝鮮人の 養子入養에 있어서 養子는 養親과 同姓일 것을 요하지 않는다. 단 死後養子の 경우에는 그러하지 않다.

그리고 조선민사령 제 10 조와 제 12 조는 개정되지는 않았지만, 학설과 판례에 의해 끊임없이 부정되고 공격을 받아 사실상 관습이 법원으로 기능을 하지 못하였다.²²⁾ 식민지통치의 후기에 이르러서는 ‘一視同仁’, ‘內鮮一體’ 등의 同化論이 강조되어 형식상 일본법제도에 근접하지만, 민족적 차별은 여전히 존재하였다. 조선민사령 제 11 조에 의해 인정된 관습은 주로 가족법분야이고, 이것도 식민지배가 경과함에 따라 개정되어 일본민법이 적용되었다. 또한 조선총독부의 관습부인정책에 보조를 맞추어 학설과 조선고등법원은 관습을 부인하고 왜곡하여 고유법의 전통을 말살하였다.²³⁾

이러한 일본정책은 재산법과 가족법분야에 대한 입법방침을 달리 한 일본민법전 제정자의 입장과 동일하다.²⁴⁾ 즉 식민지의 경제체제는 종주국의 경제체제에 편입되어야 하므로 韓國의 경제체제는 일본의

22) 정종휴교수는 物權의 性質의 特殊小作權의 부정하여 단순한 채권적 성질을 갖는 것으로 한 학설과 판례의 실례를 들고 있다. 鄭鍾休, 『前掲書』, 121~131면 참조.

23) 鄭鍾休, 『前掲書』, 99~110면.

24) 후술 일본의 관습조사 부분 참조

경제체제와 같아야 하며, 식민지의 私法體系은 종주국과 같은 원리가 적용되어야만 종주국의 경제적 침략과 수탈이 용이해질 것이다. 또한 식민지에서는 수탈의 법적 기반이 마련되어야 하고 또 제도적으로 보장되어야 한다.²⁵⁾ 이러한 이유로 거래의 내용과 객체에 대한 법은 내용이 같은 일본법이 강제되어 고유법을 부정하였다. 프랑스민법전 (Code civile ; 1804년 제정) 기초자의 한 사람인 포르탈리스(J. E. M. Portalis 1746~1807)가 “경험에 비추어 보면 인간은 지배의 변화는 비교적 쉽게 인정하지만, 법의 변경은 쉽게 인정하지 않는다”²⁶⁾라고 말한 것처럼 사회적 신분관계에 대해서는 급격한 변화를 가져올 수 없었다. 사회적 신분면에서는 평등한 법주체를 상정하는 근대법의 원리는 식민지통치에 장애가 된다. 구체제의 지배세력을 옹호하고 고유의 제도와 관습을 존중하는 것은 피식민지의 민족의 저항을 무마시킬 수 있다. 이런 점에서 신분관계의 봉건적 요소는 식민통치에 필요하여 온존시켰다. 봉건적 신분관계-경제외적 강제-의 잔존은 식민지주경영에 큰 도움을 주었다. 경제적으로는 자본주의질서를 이루고 있으나 사회적으로는 봉건적 신분질서가 유지되고 이 모순이 식민지수탈을 더욱 강하게 한다. 식민지 지배의 효율성을 위하여 사회적 신분관계에서는 전근대적 요소를 고유법의 존중이라는 미명으로 남겨 놓았다. 이는 조선민사령이 대폭 개정된 1939년 이후에도 개인의 의사를 제한하여 혼인에서의 부모의 동의, 넓은 금친혼의 범위, 친족범위의 광범성에서도 볼 수 있다. 또 한국에 존재하지 않는 호주 상속의 관념을 인정하여 호주제도를 창설하고, 나아가 제사상속의 법적인 부정(1933. 3. 3. 조선고등법원 판결)으로 호주제도를 더욱 강화한 점에서 전근대적인 신분관계의 온존을 엿볼 수 있다. 독자성을 인정받은 관습은 고유법에 의하든, 일본법에 의하든 제국주의요구에 저항하지 않는 것이므로 전통보존의 명목으로 보존된 것이다.²⁷⁾ 이러한

25) 張庚鶴, 「法律文化의 脈: 探究-民法-」, 『고시계』 1990년 6월호 24면.

26) ポルタリス / 野田良之譯, 『民法典序論』, 2面; 鄭鍾休, 『前掲書』, 105面에서 재인용.

27) 姜德相·梶村秀樹, 「前掲論文」, 332~3面.

일본의 한국관습존중정책은 한국의 독자성을 인정하고, 자체로 발전하게 하려는 자치론적 발상에서 나온 것이 아니라 그들의 식민지통치를 용이하게 하기 위한 것이었다.²⁸⁾ 이와 같은 의도는 朝鮮舊慣의 전문가인 小田幹治郎에게서 잘 드러난다. 그는 합방직후에 同化論의 주장에 대하여 토착민을 존중하여 식민지 지배에 성공한 영국의 사례를 원용하여 조선을 오래 지배하기 위해서는 舊慣을 존중하고 풍습을 남겨둘 것을 강조하였고, 또 梅謙次郎의 관습조사도 그 준비라고 평가하여 동화론에 강력하게 반발하였다.²⁹⁾

III. 慣習調査

20세기에 접어들어 서구의 여러 국가들은 식민지를 확대함에 따라 식민지의 사회와 문화에 대한 이해의 필요성을 인식하게 되었다. 이는 식민지 지배를 용이하게 하기 위한 것이었다. 식민지에 대한 전반적인 이해없는 강압적인 지배는 피식민지 주민의 강한 반발을 불러올 뿐만 아니라 효과적인 식민지 지배정책의 수행에도 장애가 되었다. 식민지문화의 몰이해에서 제기된 가장 대표적인 사건은 1900년에 영국과 아프리카의 아산티족(Ashanti; 현 가나공화국)간의 전쟁을 들 수 있다. 원주민은 영국인에게 모든 권력과 특권을 양도하면서 그들의 정신적 최고지위를 상징하는 황금의자(Golden Stool)를 영국총독에게 양도하지 않았고, 영국총독은 지배자로서의 권위를 앞세우며 여기에 앉은 것에서 격렬한 전쟁이 발생하였다. 이를 계기로 하여 영국 정부는 식민지에 대한 연구를 철저히 하였고, 또 모든 관리는 식민지

28) 李丙洙, 「朝鮮民事令에 關하여—第 11 條의 慣習을 中心으로—」, 『法史學研究』 4(韓國法史學會, 1977), 66~76面.

29) 司法協會, 「朝鮮司法界의 往事를 語る 座談會」, 『朝鮮司法協會雜誌』 19-10·11(1940. 10·11)/ 南基正역, 『日帝의 韓國司法府侵略實話』(육법사, 1976) 133~4면.

로 부임하기 전에 식민지의 사회와 문화에 대한 교육을 받았다.¹⁾

우리나라의 역사에 대한 외국인의 연구는 한국침략의 사전조사의 성격을 띠었다. 일본도 역시 마찬가지로 한국에 대한 침략을 개시하기 전에 침략의 목적을 앞세워 한국의 역사와 문화·사회·법제에 대한 연구를 대대적으로 하였다. 그 당시 일본은 군부가 주축이 되어 한국사를 연구하였으며, 특히 고대사에 대한 관심이 높았다.²⁾ 이러한 연구는 '日鮮同祖論'을 주장하여 한국에 대한 침략, 나아가 식민지 지배를 정당화하였다. 이는 近代的 史學方法論—實證主義와 合理主義—으로 치장하여 한국사의 他律性論과 停滯性論을 강조하고 왜곡하였다.³⁾ 일제는 1922년 12월 <朝鮮史編纂委員會>를 설치하여 더욱더 체계적으로 한국사를 왜곡하였으며, 1938년에 『朝鮮史(전 35권)』을 완간하여 조선사연구를 일단 완결지우고 이를 기리기 위해서 『朝鮮史編修會事業概要』를 간행하였다.⁴⁾ 이러한 일본인의 한국사에 대한 인식은 封建社會缺如論, 停滯論으로 집약된다. 이는 경제학자 福田德三이 최초로 주장하였는데, 그는 1902년경에 단 일주일 동안 조선여행을 한 후 당시의 한국은 10세기경인 藤原時代に 해당하며 따라서 한국은 일본보다 10세기 가량 뒤지는데, 이는 조선에 봉건제도가 결여된 것에서 연유한다고 주장하였다. 이러한 주장은 이후의 학자에 의해 정치학계 전개되어 일제의 식민지사관을 형성하였다.⁵⁾

일본의 조사대상도 초기에는 군사시설과 지리였으며, 식민지화가 기정사실이 된 후에 토지소유권 등에 관한 私法制度에 대한 조사도 일제의 침략과정을 그대로 반영하고 있다. 또 일본인의 한국진출을

1) 韓相福 의, 『文化人類學概論』(서울대출판부, 1985), 38~9면.

2) 일본인의 한국에 대한 인식에 대해서는 다음을 참조하라. 미야케 히데토시, 『朝鮮史의 史的展開』/하우봉 옮김, 『역사적으로 본 일본인의 한국관』(풀빛, 1990) 특히 근대분야는 160~178면 참조.

3) 李萬烈, 「19世紀末 日本의 韓國史研究」 5, 역사학회 편, 『淸日戰爭과 韓日關係』(일조각, 1985) 참조.

4) 朝鮮史編修會(1938): 편집부역, 『朝鮮史編修會事業概要』(시인사, 1986) 참조.

5) 일본인의 한국사의 인식에 대하여서는 姜晉哲, 「日帝 官學者가 본 韓國史의 “停滯性”과 理論—특히 封建制度 缺如論과 關聯시켜—」, 『韓國史學』 7(한국정신문화연구원, 1986) 참조.

유도하기 위하여 한국문화를 낮게 평가하였다.⁶⁾ 이와 같이 일본은 식민정책의 일환으로 한국에 대한 조사·연구를 철저히 수행하였다.⁷⁾

침략대상국의 사회와 문화 그리고 법제에 대한 조사는 일본이 청일전쟁(1895) 후 대만을 지배하면서 또 중국을 침략하면서도 마찬가지로 수행되었다. 우선 일본의 한국에 대한 관습조사의 고찰에 앞서 민법전을 편찬하기 위해서 한 일본 자체와 대만에서의 관습조사를 고찰하여 이해를 돕기로 한다.

1. 日本과 臺灣

(1) 日 本

明治時代の 위정자는 법전을 통치의 수단으로 여겼고 또한 근대화, 즉 서구화의 도구로 인식하여 법전편찬에 대단한 노력을 기울였다. 그 결과 江藤新平(1834~74) 등은 급속히 민법전의 기초를 주장하였다. 최초로 明治 3年(1870)에 초안이 나왔으나, 江藤新平가 실각함에 따라 민법초안은 폐기되었다. 그 후에는 고래의 습속을 크게 받아들인 민법전도 구상되었다.⁸⁾ 明治 8년에 左院이 폐지되어 법전편찬을 司法省이 담당하였다. 민법전을 기초하기 위한 준비작업으로 일본 전역에 걸친 민·상사관례에 대한 조사가 실시되었다. 동년 8월에 民法課를 설치하고 이듬해 5월에 地方慣例取調局을 설치하여 민사관례의 조사에 착수하였다. 그 결과 明治 10年(1877) 5월에 判事 鷺津宣光 撰, 『民事慣例類集』(4·6版, 34面, 597面)이, 13년에 生田 精, 『全國民事慣例類集』이 司法省藏版으로 간행되었다.⁹⁾ 실제로 明治 13년에 元老院에 민법전편찬국을 설치하여 민법전편찬을 시작하였는데,

6) 朴賢洙, 「日帝의 侵略을 위한 社會 文化調査活動」, 『韓國史研究』 30(한국사연구회, 1989), 특히 구체적인 예는 136면 註10) 참조.

7) 明治年間(1868~1911)의 일본의 한국에 대한 조사와 연구에 대해서는 다음의 책을 참조하라. 櫻井義之 編, 『明治年間 朝鮮研究文獻誌』(京城書物同好會刊, 1941) 391面.

8) 井ヶ田良治 外, 『日本近代法史』(法律文化社, 1982), 71~2面.

9) 川島武宜·利谷信義, 「民法史(上)」, 『講座日本近代法發達史』 5(勁草書房, 1958), 22面: 여기에는 모두 生田 精이 담당한 것이라고 한다. 후자는 昭和 7年(1932)에 瀧本誠一 校閲, 『日本民事慣例類集(白東社)』(菊判, 390面)으로 재간행되었다.

재산법분야는 자본주의로 발전하기 위해서 외국의 이론을 기본으로 하고, 가족법분야는 일본의 관습과 풍속을 중시하여 기초하기로 기본 방침은 결정하였다. 그렇지만 기초자인 보아소나드(G. E. Boissonade; 1825~1910)는 이를 무시하고 자기의 생각대로 프랑스민법에 의거하여 시민법적인 민법전을 기초하였고, 이를 1893년부터 시행하기로 하였다. 그러나 이는 그 내용이 당시의 일본수준에 비추어 보면 상당히 민주적이어서 穂積八束은 “민법이 나와서 忠孝가 망한다”라고 하는 등 반대의견이 강하였기 때문에 법전편찬논쟁을 거쳐 결국 사장되어버렸다.¹⁰⁾

『民事慣例類集』과 『日本民事慣例類集』¹¹⁾은 범례와 본문으로 구성되어 있다. 조사방법은 조사위원이 인구가 조밀한 지방을 순회하여 조사하였는데, 北海道는 두 지역만을 조사하였고, 琉球는 제외하였다. 조사대상은 풍속과 維新 이래의 신법령을 조사하였다. 진술인에게 질문을 하고 진술인이 없다고 대답하면 기록하지 않고, 있다고 대답하면 목격과 傳聞으로 나누고, 또 답변에 관례와 도의가 혼효된 경우에는 관례만 수록하였다. 범례에는 조사지역과 조사자, 진술자가 기록되어 있다.¹²⁾ 진술자와 조사자에 대한 기록은 삼국의 관습조사중에 일본에만 있는 것이다. 본문의 대목차는 다음과 같다.

〈民事慣例類集〉

- 第1編 人事：第1章 出產 / 第2章 婚姻 / 第3章 死亡(死去) / 第4章 失踪 / 第5章 住所 / 第6章 養子 / 第7章 後見
- 第2編 財産：第1章 財産의 所有 / 第2章 家産相續 / 第3章 土地의 義務
- 第3編 契約：第1章 賣買 / 第2章 貸借 / 第3章 附託 / 第4章 名代人 · 受人 · 證人 / 第5章 書入 · 質入

10) 石井良助 編 / 丘秉朔 譯, 『日本の近代化와 制度』(敎學研究社, 1981) 206~14面.

11) 서울대 중앙도서관 소장.

12) 『日本民事慣例類集』凡例 참조.

〈日本民事慣例類集〉

第1編 人事：第1章 身分 / 第2章 出産 / 第3章 婚姻 / 第4章 死去 /
 第5章 失踪 / 第6章 住所 / 第7章 親族 / 第8章 養子 /
 第9章 後見 / 第10章 組合

第2編 財産：第1章 財産의 所有 / 第2章 家産相續 / 第3章 土地

第3編 契約：第1章 契約의 諸事 / 第2章 義務의 證 / 第3章 賣買 / 第
 4章 貸借 / 第5章 附託 / 第6章 書入・質入 / 第7章 滿得
 免除

이는 프랑스민법의 영향을 받은 法學提要方式(Institutiones)이다. 그러나 민법전논쟁을 거치면서 독일민법의 영향을 받아 學說彙纂方式(Digesta ; Pandekten)으로 변형되었다. 그리고 민법을 시행한 이후에는 가족법분야에서 새로운 문제가 많이 발생하였는데, 이에 대해서는 1911년에 『人事慣例全集』을 간행하였다.¹³⁾ 그리고 상법에 대해서도 민법과 마찬가지로 관습조사를 하고 이에 근거하여 상법전을 기초하였다. 관습조사의 결과는 『日本民事慣例類集』과 함께 『商事慣例類集』으로 간행되었다.¹⁴⁾

(2) 臺 灣

일본은 청일전쟁의 전승물로 臺灣을 할양받은 대만에 대하여 일본의 법령을 그대로 적용하는 원칙을 채용하였다(內地法延長主義). 특히 대만에서만 시행해야 할 특별사항에 대해서는 대만총독의 律令에 위임을 하였는데, 대만총독에 대한 律令權의 위임은 일본에서는 헌법상의 논쟁을 불러 일으켰으며 그 법률의 공포번호에 따라 6·3 논쟁이라 한다.¹⁵⁾

대만총독부는 明治 32年(1899) 11월에 岡松參太郎을 초빙하여

13) 熊谷開作, 「家族法」, 『講座 日本近代法發達史』 3, (勁草書房, 1958) 참조.

14) 『日本民事慣例類集』 序文 참조: 상법전의 편찬에 대한 논의는 伊東すみ子, 「ロエスレル商法草案の立法史的意義について」, 『法制史論集(石田良助 還曆祝賀)』, (創文社, 昭和 51) 참조.

15) 中村 哲, 「植民地法における同化政策一六・三問題以後の律令權の問題一」, 『國家學會雜誌』, 56-4(1942. 4), 99~112面.

대만의 역사와 제도에 대해 조사하기로 하였다. 明治 33年 11월에 본보고서인 『臺灣私法』의 예비조사서인 『臺灣舊慣制度調査一斑』을 간행하고, 明治 35년에 이를 英譯하여 “*Provisional report on investigations of law and customs in the island of Formosa*”를 간행하였는데, 이는 J. Kohler에 의해 유럽에 소개되었다.¹⁶⁾ 다시 明治 34年 4월에 臨時臺灣舊慣調査會를 결성하고 동 10월 20일에 勅令 第196號로 「臨時臺灣舊慣調査會規則」을 공포하여 관습조사에 착수하였다. 이는 第一部 法制와 第二部 農工商經濟 부분으로 구성되었는데, 법제분야는 私法 전반을 조사대상으로 하였다. 제 1부 법제조사는 3기로 나누어 대만의 각지역을 순차적으로 조사하기로 하여 明治 34년에서 36년까지는 북부지역을 39년에는 남부지역을, 40년에는 북부지역을 조사하여 明治 42년 4월에 최종보고서 『臺灣私法』을 각각 간행하였다. 이러한 조사는 문헌조사와 실지조사를 병행하여 수행되었다. 그러나 明治 42년에 최종보고서에는 불비한 점이 있고 또 動産에 대한 조사를 할 필요가 있어서 明治 42년 6월에 다시 조사하였다. 최종보고서 가운데 不動産과 人事에 관한 제1, 2편은 북부와 남부의 조사결과를 기초로 하여 한 지방에만 편중된 관습을 삭제하고 중복되는 것을 삭제하여 정리하였다. 그리고 商事와 債權에 대해서는 動産에 대한 것과 함께 明治 42년 6월에 다시 조사하여 動産을 제 3편으로, 商事와 債權을 제 4편으로 하여 간행하였다.¹⁷⁾

조사보고서의 정식명칭은 『臨時臺灣舊慣調査會 第1部調査 第3會報告書 臺灣私法』이다. 이는 일본 자체와 조선에서의 관습조사와 비교할 때 상당히 높은 수준을 유지하고 있다. 最終報告書는 1910년과 1911년에 『臺灣私法(全 6卷)』, 『臺灣私法附屬參考書(全 6卷)』으로 발간되었다. 『臺灣私法附屬參考書』는 본보고서의 내용에 대한 자료를 집성한 것이다. 보고서의 대목차는 다음과 같다.

16) 中村 哲, 「植民地法」, 201面.

17) 岡松參太郎, 臨時臺灣舊慣調査會 第一部調査 第3會 報告書 『臺灣私法 1卷 上』(臨時臺灣舊慣調査會, 1910) 凡例 참조.

緒論

- 第1編：不動産 第1章 總論 / 第2章 不動產權〈第1卷 上 ; 741面〉 / 第3章 不動產權의 特別客體(物體) / 第4章 不動產權의 特別主體〈第1卷 下 ; 471面〉
- 第2編：人事 第1章 人〈第2卷上 ; 471面〉 / 第2章 親族 / 第3章 婚姻 / 第4章 親子 / 第5章 託孤 / 第6章 相續〈第2卷下 ; 596面〉
- 第3編：動產 第1章 總說 / 第2章 物主權 / 第3章 當權 / 第4章 占有
- 第4編：商事와 債權 第1章 商事總論 / 第2章 商人 / 第3章 商業使用人 / 第4章 債權總論〈第3卷 上 ; 517面〉 / 第5章 債權各論 / 第6章 合股 / 第7章 匯票와 憑單 / 第8章 海商 / 第9章 倒號
- 附錄 民事訴訟〈第37卷 下 ; 477面〉

이의 구성체계는 기본적으로 프랑스민법전에 따른 法學提要方式이며, 民商二法統一法典으로 구성되어 있다. 이러한 民商二法統一法典은 입법화되어 현재의 中華民國의 민법전에도 유지되고 있다.¹⁹⁾ 이후에도 일본은 중국을 침략하면서 중국의 식민지 지배를 용이하게 하기 위해 계속 풍속 제도 등을 조사하였는데, 일본의 중국사연구는 이와 밀접한 관련을 맺으며 발전하였다.²⁰⁾

2. 韓 國

일본은 일찍부터 한국의 법제에 대하여 연구를 수행하여 梅謙次郎(1860~1910)²¹⁾, 倉富勇三郎 등 한국에 대해 관심을 갖고 활동한 자

18) 서울대 중앙도서관 소장.

19) 民商二法統一法典은 당시의 시대조류인 듯하다. 鄭熙詒, 『商法學(上)』(박영사, 1989), 39~40면 참조.

20) 金基赫, 「史學과 政治—第2次世界大戰前의 日本의 中國史 研究—」, 『한국사시민강좌 3』(일조각, 1988), 199면 이하 참조.

21) 海謙次郎은 1880년에 東京外國大學校를 졸업한 후, 司法省 法學校를 1884년에 수석졸업하였다. 1895년 12월에 프랑스 리옹(Lyon)에 유학하여 1889년에 和解論(La Transaction)으로 법학박사학위(Docteur en Droit)를 수여받았고, 독일에서 연구하다가 1890년 8월에 제국대학교수로 부임하였다. 교수제직시 민법·상법 등도 연구하며 실무에도 간여하였다. 民法典論爭에서는 斷行派의 이론적 지도자로 활약하였다. 1893년에 穗積陣重·富井政章과 함께 일본민법

들의 연구들이 있다. 이 연구물은 末松保和編, 『朝鮮研究文獻目錄: 1868~1945』(東京大 東洋文化研究所, 1970)에 정리되어 있다.²²⁾

(1) 開化期

일본은 한국을 그들의 식민지로 하기 위해 <不動產法調査會>와 <法典調査局>을 설치하여 한국에서 민법전 편찬을 준비하였다. 그리고 민법전의 편찬에 앞서 개별법령을 제정하여 식민지화의 법적 토대를 닦아 놓았다.²³⁾

1905년 『刑法大詔』을 제정한 후 가장 시급한 과제는 민법의 편찬, 특히 기본적인 재산인 토지에 대한 법제의 확립이었다. 소유관계의 불명확으로 인한 거래질서의 문란은 많은 사회문제를 낳았다. 그래서 광무정권은 혼란한 토지질서를 정비하기 위하여 光武 10年(1906) 7月 13일에 토지제도, 법률제도, 조세제도를 정비하기 위하여 <土地所關法起草委員>을 임명하였으나, 7월 24일에 이를 不動產法調査會로 대체하고 다시 위원을 임명하였다. 그리고 梅謙次郎이 1906년 7월경에 法部顧問으로 부임하여 不動產法調査會 會長으로 취임하였으며, 補佐官, 補佐官補, 通譯, 囑託을 임명하였다. 부동산법조사회는 1906년 7월 23일부터 서울을 비롯한 각지방의 不動產慣例調査에 착수하였다. 1909년 不動產法調査會는 法典調査局에 흡수되었고 그 사업도 인계되었다. 法典調査局은 부동산법조사회를 인계하여 민법, 형법, 민사소송법, 형사소송법 및 부속법령을 기안을 목적으로 하는 기관이다

전의 기초자로서 주도적으로 활동하였다. 法政大學(和佛法律學校의 후신)의 總理로 있으면서 韓·中 법률제도와 입법에도 관심을 가졌고, 법정대학에 중국인을 위한 速成科를 설치하여 교육하였다. 그리고 1906년에는 중국을 방문하여 중국의 입법사업에 조력을 부탁받자 岡田朝太郎·松江義正 등을 추천하였다. 1906년 6월에 최초로 한국에 왔으며 統監 伊藤博文의 고문으로 활동하였다. 1910년 8월 27일에 장티푸스로 한국에서 사망하였다. 그의 학문적 기풍은 실제적이었다고 한다. 向井健, 「梅謙次郎」, 潮見俊隆·利谷信義編, 『日本の法學者』(日本評論社, 1975) 참조.

22) 본서는 <單行書編: 총 507면>과 <論文 記事編: 총 837면>으로 구성되어 있다. 日本語로 된 한국에 관한 모든 자료의 목록이 소장처와 함께 수록되어 있다.

23) 이하는 朝鮮總督府 中樞院, 『朝鮮舊慣及制度調査事業概要』(1938)를 참조함.

〈法典調査局 官制(1907. 12. 23. 칙령 제 60 호)〉.²⁴⁾ 1907년 12월 31일로 崔秉相, 高鼎相, 柳鎮燾과 그리고 日人 平木勘太郎, 山口慶一 등 8인을 임명하여 구성하였다. 1908년 1월 1일에는 倉富勇三郎을 위원장에, 梅謙次郎을 고문에 임명하고 金洛憲, 兪星濬, 松寺竹雄 등 위원을 임명하였다. 법전조사국에서는 한국인과 일본인이 함께 참여하였다.²⁵⁾ 법전조사국에서는 1908년 5월부터 1910년 9월까지 민법전을 편찬하기 위하여 법무고문 梅謙次郎이 일본의 민상법의 체계에 따라 만든 206개의 조사항목을 기준으로 하여 전국적인 규모로 민상사관습을 조사하였다.

不動產法調査會와 法典調査局에서는 관습조사보고서의 예비적 성격을 갖는 부동산에 관한 보고서를 아래와 같이 간행하였다.

韓國不動產에 관한 調査記錄(川崎萬藏 등; 1906. 8. 국판 89면)²⁶⁾

調査事項說明書(不動產法調査會; 1906. 9. 국판 16면)

不動產信用論(中山成太郎; 1906. 11. 국판 248면)

韓國不動產에 관한 慣例 第1綴(川崎萬藏; 1907. 11. 4. 국판 76면)

韓國不動產에 관한 慣例 第2綴(平木勘太郎; 1907. 11. 6. 국판 144면)

韓國에서의 土地에 관한 權利一斑(中山成太郎; 1907. 11. 6. 국판 83면)

韓國土地所有權의 沿革을 논함(平木勘太郎; 1907. 11. 국판 67면)

慣習調査問題(法典調査局; 1908. 2. 국판 84면)

不動產法調査(報告)要錄(法典調査局; 1908. 2. 국판 53면)²⁷⁾

24) 不動產法調査會와 法典調査局에 대해서는 鄭育植, 『前掲書』, 49~52면 참조.

25) 부동산법조사회의와 법전조사국의 위원명단은 鄭育植, 「〈자료〉開化期 立法關聯者 名單」, 『法史學研究』 12(한국법사학회, 1991) 참조.

26) 尹大成, 「“韓國不動產ニ關ル 調査記錄”의 연구—日帝의 初期的 韓國慣習調査事業(1905~1910)에 의한 不動產慣習法의 分析—」, 『창원대논문집』 14(1992), 참조.

27) 보고서들 내용에 대해서는 尹大成, 「일제의 한국관습조사사업과 민사관습법」, 『창원대논문집』 13-1(1991. 9) 참조.

(2) 植民地期

조선총독은 합방에 따라 법전조사국을 폐지하고, 1910년 9월에 총독부내에 <取調局>을 설치하여 그 사무를 인계하였다. 이는 조선통치에 필요한 관습과 제도를 조사하고 또 조선인에 적합한 법제의 기초를 확립하기 위해 조선전역에 걸친 관습을 조사하고 또 문헌을 번역하였다. 그러나 이는 1912년에 폐지되고 <參事官室>로 대체되었다. 참사관실은 대체로 취조국의 조사방침을 따랐으나, 관습조사라는 것이 방대하여 단시일내에 완성될 수 없는 것이기 때문에 이를 동시에 하는 것이 오히려 작업의 진척에 방해가 된다고 여겨, 급무를 우선하는 것으로 방침을 바꾸었다. 민사관습을 우선적으로 조사하기로 하여 「法制調査細目과 慣習調査細目」을 작성하였고 조사에는 典籍調査와 實地調査를 병행하였다. 기술방법도 관습조사와 동일하게 일본 민상법의 편별에 따라 정리하였다. 1915년부터는 참사관실에서 담당하던 구관제도조사사업은 <中樞院>에서 담당하게 되었다. 중추원은 사법에 관한 조사를 완결하여 편찬하고, 전래제도를 광범위하게 조사하며, 행정상 일반적으로 참고해야 할 풍속관습을 조사·편성할 방침을 세웠다. 이에 따라 중추원은 민사관습, 상사관습, 제도조사, 풍속조사를 수행하고, 구관제도관련자료를 편찬하였다.²⁸⁾ 그리고 1909년부터 1932년까지 법원 등의 관청이 조선총독부 취조국, 참사관실, 중추원 등에 대해서 조선의 관습에 관하여 조회한 사항 324건을 高等法院 判事 野村調太郎·喜頭兵一에게 위촉하여 『民事慣習回答彙集』을 편찬하였다.

일반적 관습의 조사·인정 이외에 구체적 사안을 통하여, 즉 재판에서 관습의 존부가 문제로 되는 경우에는 행정관청의 審議와 回答·通牒으로 개별적으로 관습의 존부를 결정하여 法源으로서의 효력을 부여하였다. 朝鮮民事令으로 관습이 法源으로 인정되고 있고 또 조선

28) 일제기의 관습조사결과에 대해서는 全在慶 의, 『前掲書』, 12~38면 참조. 당시의 조사결과는 각지에 흩어져 제대로 정리되어 있지 않다. 이를 발굴 정리하는 것도 시급한 과제이다.

인에 관한 법규를 제정할 때에 관습을 기초로 하고 또 고려해야 하므로, 관습에 대해 그 내용을 심사하여 취사를 결정해야 할 필요성이 있었다. 관습의 심의·확정을 위하여 1918년에는 구관제도의 조사내용을 심사하기 위해 중추원내에 <舊慣審査委員會>를 설치하였는데, 그 해 12월부터 1921년까지 9개항목을 심사하였다. 1921년에는 구래의 제도풍속관습을 참작하여야 할 법령과 시설에 대해 미리 그 가부를 심사하기 위해 <舊慣及制度審査委員會>를 설치하였다. 이는 1924년 폐지되었는데, 그 심사결과는 『民事慣習回答彙集』 부록에 수록되어 있다.²⁹⁾ 또 1921년에는 사법관리의 단체인 <司法協會>가 설립되어 司法協會의 결의도 관습으로서 효력을 가졌다. 또 별도로 조선총독부 당국은 스스로 通牒의 형식으로 개별관습을 법원 등 관계기관에 알리거나, 법원 등이 재판할 하는 경우에 관습의 존부가 의심나는 경우에 총독부에 조회하면 이에 대해 回答의 형식으로 관습을 확인하였으며, 이러한 것은 모두 관습으로서 효력을 가졌다.³⁰⁾

일반적인 조사와 개별적인 심의 등으로 형성된 일제기의 관습법판계자료는 아래의 형식과 자료에 남아 있다.³¹⁾

- ㉠ 慣習調査報告書 ㉡ 司法部長官과 調査局長官의 通牒·回答 ㉢ 政務總監 中樞院議長과 書記長의 通牒·回答 ㉣ 法院長과 判事의 回答·通牒
- ㉤ 司法協會民事審査會의 決議·回答 質疑應答 ㉥ 判例調査會決議 ㉦ 舊慣及制度審査委員會決議 ㉧ 高等法院判決

- ㉠ 『慣習調査報告書』 ㉡ 『朝鮮彙報(1911. 창간)』 ㉢ 『司法協會雜誌(1922. 창간)』 ㉣ 『戶籍(1941. 11. 창간)』 ㉤ 『朝鮮民籍要覽(1915)』 ㉥ 『民籍例規集(1917)』 ㉦ 『民事慣習回答彙集(1933)』 ㉧ 『司法協會決議回答輯錄(1932)』 ㉨ 『同 決議回答輯錄(1938)』 ㉩ 『朝鮮戶籍及寄留例規(1943. 新訂版)』 ㉪ 『朝鮮高等法院判決錄(전30권)』 ㉫ 『朝鮮高等法院判例要旨類

29) 이에는 가족법에 관한 8개항목(62面)이 수록되어 있다.

30) 鄭鍾休, 『前掲書』, 113~4面.

31) 鄭光鉉, 『韓國家族法研究』(서울대출판부, 1967) 23면; 또 본서 제2편 家族法關係研究資料에는 저자 자신이 정리한 위의 자료도 수록하였다.

集』(1943)

이러한 회답·통첩 등은 관습이 법원이 아니라 조선민사령으로 일본민법이 적용되는 부분에 대해서는 법령해석상의 규칙으로 되는 유권해석자료에 불과하지만, 관습이 朝鮮民事令에 의해 法源으로 인정된 영역에서는 慣習法을 宣明하는 法規範이며 법령해석상의 자료(유권해석)가 아니다. 그리고 회답·통첩·결의 상호간의 효력의 우열은 이를 발한 기관에 따라서 다르다. 舊慣及制度審査委員會의 決意는 정무총감이나 법무국장의 회답과 통첩을 변경하는 효력은 없으므로, 법무국장 등은 위 결의에 따르지 않을 수 있었다. 그리고 법무국장은 조선총독의 입법권을 대행하고 또 법원과 검찰청을 감독하므로 법무국장의 회답과 통첩은 사실상 법령의 역할을 하였다. 재판소는 사법협회와 고등법원판례조사회, 호적협회 등의 결의를 기준으로 판례를 변경하였다.³²⁾ 이것은 포괄적인 관습의 인정방법보다는 개별적인 관습의 인정방법을 우선하였고, 또 포괄적인 관습의 인정에서도 舊慣及制度審査委員會의 決意와는 다르게 司法協會, 高等法院判例調査會 등 司法官廳과 관련된 기관의 관습에 대한 결의는 관습법선언적인 성격이 강하였다.³³⁾

일본의 관습존중의 표방에도 불구하고 실제에서는 관습은 무시되고 또 일본의 법제도의 형태로 변경되었다. 즉 한국의 여러 관습들이 식민지정책과의 관련에서 무시되고, 변경되었으며 또 법원도 조선총독부의 보조를 맞추어 가능한 한—특히 재산법의 분야에서는—관습을 인정하려 하지 않았다.

32) 鄭光鉉, 『前掲書』, 23~4면.

33) 鄭鍾休, 『前掲書』, 115~7면.

IV. 『慣習調査報告書』

1. 調査方法

법전조사국은 1908년 5월에서 한일합방 직후인 1910년 9월까지 본격적인 관습조사를 하였다. 조사방법에 대해서 구체적으로 남은 것이 없기 때문에 자세히 알 수 없다. 梅謙次郎이 회장으로 있던 不動產法調査會에서 수행한 조사자료와 관습보고서의 전반적인 체계를 통하여 개략적으로 살펴보기로 한다.

부동산법조사회에서는 문헌조사보다 실지조사를 우선하여 1906년 7월 23일부터 서울에서 조사를 시작하였다.¹⁾ 그리고 보고서도 『韓國土地所有權의 沿革을 논함』 외에는 실지조사보고서이다. 법전조사국에서의 조사방법은 문헌조사와 실지조사 그리고 甲午改革(1894) 이후의 신법령에 대한 조사로 구성되었다. 梅謙次郎은 문헌조사보다 실지조사에 비중을 둔 듯하다. 이에 대해 淺見倫太郎은 회장 梅謙次郎에게 조선인에 대한 실지조사는 무익하여 실효가 없으므로, 舊文記의 조사를 선행해야 한다고 주장하였다. 이에 대해 梅謙次郎은 기록에 대한 조사를 생략하는 것은 아니라고 답변하였다.²⁾ 문헌조사는 『經國大典』과 『大明律』 등 법전과 『家禮』 등 禮書를 조사하였다. 그리고 갑오개혁기 이후에 공포된 법령 가운데서 민사와 관련되는 법규를 조사하여 일본민상법체계에 따라 정리하였으며, <1912년판>에서는 경우에 따라서 朝鮮總督府의 制令 등을 인용하였다. 그리고 당시의 다른 조사내용도 참조하였다. 또한 실체의 법률생활을 조사하기 위하여 거래문서 등을 조사하여 수록하였는데, 이 가운데에는 순수한 거래문서만이 아니라 법령에서 규정한 서식 등도 수록하였다. 인용한 고법전과 문헌 그리고 수록문서의 종류는 아래와 같다(법령과 문서의

1) 尹大成, 「“韓國不動產에 관한 調査記錄”의 研究」, 110면.

2) 淺見倫太郎, 「朝鮮法系ノ歴史的研究」, 『法學協會雜誌』 39-8(1921), 33~4면.

28 제 1 부 일제의 관습조사와 의의

자세한 내용에 대해서는 부록 참조).

고법전 : 經國大典, 續大典, 大典通編, 大典會通, 大明律, 大明律附例, 唐律疏議, 大清律, 增修無冤錄,

고문헌 : 四禮便覽, 禮記大傳, 儀禮, 朱子家禮

문 서 : 1. 牙牌 2. 角牌 3. 黃楊木牌 4. 紙牌 5. 腰牌 6. 癸卯式(開國 272年; 1663년) 漢城府 北部 帳戶籍 7. 己酉式(開國 498年; 1849년) 大邱府 帳籍 8. 甲午式(開國 443年; 1834년) 慶州府 江東面 戶籍臺帳 9. 建陽 元年(1896) 戶口調查規則 所定 戶籍式樣 10. 戶口調查規則 所定 戶牌式樣 11. 量案 12. 委任狀 13. 田畝放賣文記 14. 家屋放賣文記 15. 牌旨 16. 奴僕名義의 放賣文記 17. 文券燒失立旨 18. 蔘圃放賣文記 19. 原賭地放賣文記 20. 手票典當의 附記例(安州) 21. 田畝·家屋 典當手票(서울) 22. 논의 典當手票(平壤) 23. 밭의 典當手票(慶州) 24. 家屋과 垵地의 典當手票(慶州) 25. 田畝의 典當手票(北靑) 26. 田畝의 典當手票(全州) 27. 논의 典當手票(全州) 28. 蔘圃 典當手票(錦山) 29. 船舶 典當手票 30. 動産 典當手票(鎭南浦) 31. 金錢債權 典當手票 32. 典當鋪의 典當票(「典當鋪細則」 所定) 33. 典當鋪의 典當票(前同; 水原) 34. 移典手票(瑞典) 35. 借用典當手票(甲山) 36. 典當物貸與承諾證書(新式) 37. 典當物借用證書(新式) 38. 同貸證書 39. 保人連署手票 40. 單純領收證 41. 貸金領收證 42. 不忘記 43. 闕失票 44. 遷退文記 45. 權賣文記 46. 姑爲放賣文記 47. 待舒力遷退文記 48. 遷退文記(甲山·元山 等地) 49. 借用證書 50. 無記名借用證書 51. 米穀借用證書(長利) 52. 小作人選定契約書 53. 小作人變更契約書 54. 傳貰文記 一(서울) 55. 傳貰文記 二(地方) 56. 傳貰立旨 57. 傳貰懸錄請願書 58. 傳貰懸錄家契 一 59. 傳貰懸錄家契 二 60. 婢永賣文記 61. 奴自賣文記 62. 使婢轉賣文記 63. 任置票 64. 집주름 帖帳 65. 어음 66. 換簡 67. 簡文 68. 船票 69. 船票(財務署) 70. 船案(農商工部) 71. 船載記³⁾

이러한 조사방법은 일본에서의 조사방법에서 원용한 것이다. 법령(법

3) <1912년판>에는 1~5 號牌가 생략되었다(<1910년판> 14~7面 참조).

전)을 관습으로 파악하는 것은 법규와 현실을 함께 고찰한 것으로 이해할 수 있다. 또한 전통을 부정하고 서구어로 지향하는 당시의 시대분위기에서 연유하는 것이기도 하다.

문헌조사의 경우는 淺見倫太郎의 지적처럼 미흡한 느낌이 있다. 실제 조사한 문헌도 법전을 제외하면 4종에 지나지 않고, 또 전체에 걸치는 것이 아니라 禮書에 편중되어 있다. 법전은 주요법전을 조사하였으나, 受教 등을 제외한 것이 한계이다. 문서는 위에서처럼 법령의 양식을 포함하여 71종, 이를 제외하면 59종을 수록하였으나, 이것만으로는 당시의 법률생활의 실태를 모두 파악하기에는 어려움이 있다. 그 후 일제는 문서의 중요성을 인식하여 朝鮮史編修會를 조직하여 체계적으로 고문서를 정리하였고⁴⁾, 이후에는 고문서를 조사하여 보고서를 간행하였다.⁵⁾

不動產法調査會에서 실지조사를 할 때에는 梅謙次郎이 조사사항을 작성하고 조사위원들을 소집하여 조사사항에 대하여 설명하였다. 위원들은 조사사항에 따라 통역관과 함께 현지에 가서 統監府의 地方機關인 理事廳의 일본인 理事官과 한국인 觀察使·府尹과 古老의 응답을 기록하였다.⁶⁾ 법전조사국에서 실지조사를 할 때에는 일본의 민상법체계에 따른 총 206개의 조사항목과 이에 대한 자세한 내용을 조사하기 위한 소질문을 각각 만들었다. 調査要項에 따르면 “본편 가운데에는 과거 부동산법조사회에서 조사한 문제로 대개 분명한 것이 적지 않지만, 또 관습이 아닌 것으로 의문이 생기는 것도 많다. 만일을 고려하여 이를 언급하도록 한다”, “한국에서 존재하는 것으로 인정되는 관습에 대해서는 모든 문제를 망라하였을지라도 만약 언급되지 않은 문제에 대해서 참고할 관습이 있음을 발견하면 반드시 조사해야 한다”, “또 법률전문가가 아니면 법률문제와 도의문제를 명백히 구별하는 사람은 아주 적다. 그러므로 조사위원은 특히 이 구별에 유

4) 朝鮮史編修會, 『前掲譯書』, 31~3面 참조.

5) 喜頭兵一, 『李朝の財産相續法』(朝鮮總督府 中樞院, 1936); 野村調太郎, 『朝鮮祭祀相續法論 序說』(朝鮮總督府 中樞院, 1939) 등.

6) 尹太成, 『“韓國不動產ニ關ル調査記録”의 연구』, 『창원대논문집』, 14. 1992, 110~2면.

의해서 조사해야 한다”라고 하여 조사상 유의해야 할 점을 적시하였다.⁷⁾ 梅謙次郎은 일본민법을 제정할 때의 참여를 경험을 바탕으로 한국에서의 민사관습이 어떻게 존재하는가를 확인하면서도 서구법을 수용한 일본민법과 차이에 주목하였으며, 당시의 민사관습을 있는 그대로 조사한 것이 아니라 일본민법을 기초로 하고 있는 질문자의 지식과 의식을 바탕으로 하였던 것이다.⁸⁾ 그러나 이와 같은 준비에도 불구하고도, 조사항목을 분석하여 설명하여도 응답자가 응답하는 언어·용어를 터득하지 못한 결과로 조사서 가운데 때때로 불명확한 점이 있는 것을 면할 수 없었다.⁹⁾ 이러한 결과는 기존의 법체계와는 다른 일본의 민사법에 근거하여 작성한 질문을 응답자들이 용어 등에 대해서 생소하였기 때문에 질문의 의미를 제대로 이해하지 못한 것에서 연유하는 것이다. 또한 조사된 관습의 내용을 그대로 수궁할 것이 아니라 비판적인 안목에서 있는 그대로의 관습과 조사된 관습 그리고 숨겨진 관습을 찾아내어야 한다.

凡例에 따르면 조사대상지역은 全修調査地域과 特殊調査地域으로 구분하여 조사하였다. 전수조사는 48개지역, 특수조사는 38개지역, 전수·특수조사는 16개지역을 조사하여 모두 70개지역을 조사하였다. 전수조사지역과 특수조사지역의 대비는 다음표와 같다.

조사지역은 대도시, 즉 행정중심지를 중심으로 조사하였다. 또 특수조사지역의 지역적 편중은 심하다. 이는 府나 理事廳 등의 소재지로 지역생활의 중심지이지만, 모든 지역의 관습을 포괄적으로 조사하였다고 보기에는 어렵다.¹²⁾

7) 中樞院, 『前掲書』, 18面.

8) 尹大成, 「日帝의 韓國慣習調査事業과 傳眞慣習法」, 『韓國法史學論叢(박병호교수 화갑기념)』(박영사, 1991), 338~9면.

9) 尹大成, 「일제의 한국관습조사사업과 민사관습법」, 『창원대논문집』 13-1 1991. 9, 75면.

10) 中樞院, 『前掲書』, 19面에는 전수조사지역이 49개 지역으로 되어 있다.

11) 일본의 경우에는 8個道에 걸쳐 189個郡을 조사하였다(『日本民事慣例類集』, 범례 참조). 한국에서의 조사는 일본에 비해 소규모이다.

12) 관습의 보편성을 검증하기 위해서는 당시의 사회의 생활상-도시 발달과 상업의 발달, 인구의 집중, 촌락사회의 생활-과 관련하여 고찰해야 할 것이다.

	전수조사지역	특수조사지역	계
京畿道	서울 仁川 開城 水原 安城	개성 수원<驪州 豊德 長湍 坡州 漣川>	12
黃海道	海州 黃州	<載寧 瑞興 安岳 鳳山>	6
平安南道	平壤 鎭南浦 安州 德川	평양 진남포<肅川>	7
平安北道	義州 龍川 江界 寧邊	의주 용천<定州>	7
忠清南道	公州 禮山 溫陽 恩津	공주<江景 連山>	7
忠清北道	忠州 淸州 永同		3
慶尙北道	大邱 尙州 安東 慶州	대구 경주<星州 浦項>	8
慶尙南道	釜山 馬山 晉州 蔚山	부산 울산 마산<密陽 金海 龍南>	10
全羅南道	光州 木浦 濟州	목포 광주<羅州 法聖浦 順天>	8
全羅北道	全州 群山 南原	전주 군산<錦山>	6
咸鏡北道	鏡城 慶興 會寧 城津		4
咸鏡南道	咸興 元山 甲山 北靑		4
江原道	春川 金城 原州 江陵		4
계	13개 도, 48개 지역	9개 도, 38개 지역	86

* < >한 지역은 특수조사만 한 지역임

2. 編纂經緯와 版本

법전조사국은 1908년 5월경에 부동산법조사회의 부동산관례조사에 이어서 민상사관습에 대한 전반적인 조사에 착수하여, 1910년 9월 법전조사국의 폐지와 함께 중지하였다. 동년 10월부터 잔무를 정리하고 보고서작성에 착수하여 12월에 탈고를 하였다. 이를 元法典調査局 委員長 倉富勇三郎은 『慣習調査報告書』로 朝鮮總督 寺內正毅에게 보고하였다. 그 후 관습조사 사무는 取調局에 인계되었고, 취조국은 다시 1912년 3월까지 관습을 조사하여 訂正·補充하여 取調局長 石塚英藏이 보고하였다. 1913년에 參事官室에서 1912년판을 재판하였다.¹³⁾ 즉 관습조사보고서는 1910년판과 정정보충판인 1912년판

13) 中樞院, 『前掲書』, 18, 9面: 『慣習調査報告書』 1913년판 序文.

32 제1부 일제의 관습조사와 의의

그리고 1912년판의 재판인 1913년판이 있다.¹⁴⁾ 본 번역서는 1912년판을 기본으로 하여 1910년판과 비교하였다.

1910년판과 1912년판은 전체계는 동일하며, 면수는 號牌圖가 삭제된 후자가 4면이 적고, 부록의 親族範圍圖는 동일한 듯하다.¹⁵⁾ 현재 전존하는 보고서의 명칭은 모두 『慣習調査報告書』이다. 그러나 書名은 1910년판에는 『韓國慣習調査報告書』이며 1912년판에는 『慣習調査報告書』으로 되어 있으며, 양자의 차이는 서부지방에서의 中賭地에 관한 보고가 추가된 것 외에는 거의 차이가 없는 주장이 있다.¹⁶⁾ 그러나 본문에서 밝혀지겠지만 1912년판에 서부지방에서의 中賭地에 관한 보고가 추가된 것은 없으며, 양자는 부분적으로 차이가 있을 뿐이고, 특히 <1912년판>에서는 합방이후의 법령을 참고로 수록하였다. 양자의 차이에 대한 역사적 해석은 앞으로의 과제이다.

법전조사국은 위의 각 지방을 조사한 결과를 개별적으로 보고서를 간행하고 이를 종합하여 『慣習調査報告書』를 간행한 것으로 추정된다. 각지방의 조사보고서는 현재 완전히 전해지지 않지만, 현재 국회도서관에 『韓國慣習調査報告書—平北篇—』이 남아 있는 것에서 추정할 수 있다. 이 보고서는 事務官補 安藤 諍(日人), 通譯官補 金東準이 隆熙 3年(1909) 12月 16日 법전조사국 위원장 倉富勇三郎에게 보고한 것으로, 단면패지에 필사본으로 되어 있다. 그 내용은 평북지방 전체가 아니라 寧邊지방에 대한 조사보고서이다. 질문의 내용과 체제는 공간된 것과 같으나, 내용에는 소략의 차이가 있고 지방의 특성이 반영된 결과 제2편 商法 제5장 海商에 대한 내용은 없다. 또한 정중휴교수에 의하면 大典會通과 文獻備考 등의 문헌과 刑法大全

14) 1912년판과 1913년판은 서울대 중앙도서관 소장본을, 1910년판은 법원도서관 소장본을 이용하였다.

15) 번역대본으로 한 법원도서관 소장 1910년판에는 夫族斬衰圖가 누락되어 있다. 그러나 부록에는 面數가 표시되어 있지도 않으며, 또 1912년판에는 夫族齊衰圖가 뒤어 있는 점에서 落張이라고 생각한다.

16) 淺見倫太郎, 「朝鮮法系ノ歴史的研究」, 『法學協會雜誌』 39-8(1921), 33面; 서명의 차이는 그의 『朝鮮法制史稿』(巖松堂書店, 1922), 參考資料目錄 454面에도 보인다; 李丙洙, 「朝鮮民事令에 關하여」, 63면에서는 서복부를 황해도와 평안도라고한다. 鄭鍾休, 『前掲書』, 48面, 참조: 이는 좀더 조사해야 할 사항이다.

을 항목별로 정리한 『慣習調査報告書』가 익명으로 된 필사본으로 남아 있다고 한다. 이에 “明治 10年(1877) 9月”이라는 기록이 있지만, 刑法大술이 인용된 점에서 1905년 이후의 것이다.¹⁷⁾ 그리고 『慣習調査報告書』의 내용중에도 『忠淸南道 恩津地方 調査報告書』, 『京畿道 安城地方 調査報告書』, 『咸鏡北道 甲山地方 調査報告書』 등이 인용되고 있다.

3. 編別構成과 內容

관습조사보고서는 第一編 民法, 第二編 商法 총 206問, 附錄 親族範圍圖로 구성되어 있다. 다시 第一編 民法編은 第1章 總則, 第2章 物權, 第3章 債權, 第4章 親族, 第5章 相續, 第二編 商法編은 第1章 總則, 第2章 會社, 第3章 商行爲, 第4章 어음, 第5章 海商, 부록은 親族圖 등 24개의 도표로 구성되어 있다. 아래에 각판본의 각장의 문항과 면수를 비교하면 아래 표와 같다.

<민법편>

장	문항	1912년	1910년
총칙	1-20(20)	1-60	1-64
물권	12-50(30)	60-170	64-175
채권	51-104(54)	171-267	175-272
친족	105-157(53)	267-342	272-374
상속	158-180(23)	342-367	374-371

<상법편>

장	문항	1912년	1910년
총칙	181-184(4)	368-371	371-374
회사	185(1)	371-373	374-377
상행위	186-196(11)	374-386	377-389
어음	197(1)	386-394	389-397
해상	198-206(9)	394-404	397-408

체제는 일본과 대만의 그것과 비교할 때 실용적인 면이 강하다. 우선 크게 민법과 상법편을 각각 5개장으로 구분하였다. 민법의 구성은 판택텐체제인데, 이는 일본과 대만의 조사보고서와는 체제가 다르다. 이는 일본민법전의 영향을 받은 것에서 연유한다. 또 본문의 서술에서 민상법의 내용에 따른 세목차를 구성하지 않았다. 당시의 일반관념에으로는 법전과 講學上の 구별은

17) 鄭鍾休, 『前掲書』, 48面, 註65) 참조: 정교수는 1908년으로 추정한다.

큰 의미가 없을 것이다. 또 세부서술에서도 법개념이나 법률용어가 아닌 질문으로 목차를 구성하였고, 목차 아래에 다시 세부질문을 수록하였다. 이것은 한국의 『慣習調査報告書』에만 있는 체제이다. 이것으로 당시의 조사방법을 알 수 있고 또 현재의 조사방법에도 도움을 줄 수 있는 것이다. 이러한 것은 조사책임자인 梅謙次郎의 실용주의적 성격을 잘 드러낸다.

전체적인 내용은 일본민상법의 체계에 따라 편별과 질문을 구성하여 이에 대한 대답을 정리하였다. 내용에 대한 본격적인 분석과 비판 그리고 이후의 변화와 현재의 영향에 대해서는 별도의 연구를 필요로 한다. 여기에서는 전체적으로 받은 느낌을 서술하기로 한다. 『慣習調査報告書』의 내용은 당시의 관습을 정확히 조사한 듯한 느낌을 받는 것이 있기도 한다. 그러나 민법총칙에서의 의사표시부분에서는 당시 일본민법에 대한 해석론을 그대로 옮겨놓은 듯한 인상을 지울 수 없는 부분도 있다. 그리고 일본민법의 개념으로 우리의 관습을 해석하였기 때문에 도저히 맞지 않는 부분도 있다. 특히 가족법분야인 친족의 범위와 금혼친의 범위에 대한 기술은 『刑法大全』의 규정을 정리한 것에 불과하다.¹⁸⁾ 상속에 대한 기술에서는 우리 고유의 상속을 일본의 家督相續과 遺産相續의 개념으로 설명하는 것이 부적절한 방법임을 스스로 밝히고 있다.¹⁹⁾ 또한 문헌에 지나치게 의존하여 현실의 관행은 거의 무시한 기술도 보인다. 이의 대표적인 사례는 혼인에 대한 기술이다. 우리나라의 혼속은 朱子家禮에 따르는 親迎禮가 아니라 남자가 여가에서 혼례식을 거행하고 일정 기간 머무는 率婿婚(男歸女家婚)이며,²⁰⁾ 이는 그 당시는 물론 현재에도 그 잔영을 남기고 있다. 그러나 『慣習調査報告書』에는 솔서혼에 대한 언급은 전혀 없이 다만 禮書에 의한 친영례만 기술하고 있다.²¹⁾ 또한 상법분야에서는 일본상법을 경제적 여건을 고려하지 않은 채 그대로 대입하여 기술한 느낌을 금할 수 없다. 전체적으로는 "...경제사상이 아직도 유치한 조선에서는..."²²⁾ 등에서 한국사에 대한 부정적인 시각을 깔고 있는 것을 느낄 수 있다.

18) 李丙洙, 「前掲論文」, 65면.

19) 第158問 참조.

20) 朴秉濂, 「韓國의 傳統社會와 法」, 『法學』 15-1(서울대 법학연구소, 1974. 6) 참조.

21) 第130問 참조.

22) 第16問 등 참조.

V. 結 論

1. 評 價

관습조사와 그 보고서에 대한 평가는 조사 당시에 부정적으로 평가 받았다. 보고서 전체에 대한 비판으로는 익명의 논자는 “헛된 휴지인 구법전을 조사하여 그것을 조선의 관습으로, 또 문헌으로 여겨 존중하는 오류에 빠지지 않기를 바라며 이러한 휴지에 구애되는愚를 범하지 말고, 우리의 진보하고 공정한 민법을 전부 시행하는 것을 권유한다”¹⁾라고 하였다. 梅謙次郎도 “합병이 되면 현재 우리가 하는 한국의 입법사업은 쓸모없게 될 것이다”²⁾라고 하여 관습조사의 성과에 대해 회의를 하고 있다. 『民事回答彙集(1933)』의 序에서도 그 자체로 부족하다고 평가하였으며, 中樞院에서도 “당면한 급무에 따라 갑자기 조사한 것이 많고 또 조사결과도 필요하지 않은 문제도 있고 또 필요한 문제를 빠뜨린 것이 적지 않다”³⁾라고 하여 부족함을 인정하였다. 통감부기에 부동산법조사회 위원으로 촉탁되었고 후에 高等法院判事를 역임하였으며 1922년에 한국법제사에 대한 연구서인 『朝鮮法制史稿』로 東京帝國大學에서 박사학위를 받은 淺見倫太郎은 개별내용에 대한 비판을 하였다. 그는 우선 실지조사는 응답자들은 과학적 사상이 결여되어 대답이 모순되어 쓸모가 없으므로 실지조사보다 문헌조사가 더 타당하는 방법론에 대한 문제를 제기하였다. 관습조사보고서에 대해 법전류는 일응 조사하였으나 자기가 말하던 舊文記에 대한 조사는 누락되었다고 하였다. 그리고 문헌에 근거하여 관습조사사항을 비판하였다. 그는 관습조사에서 문헌으로는 법전류와

1) 某君談, 「朝鮮ノ法典調査」, 『東洋經濟雜誌』 1346호(明治 39. 7. 21), 107面; 鄭鍾休, 『前掲書』 92面 註1)에서 재인용.

2) 梅謙次郎, 「韓國ノ合併論ト立法事業」, 『國際法雜誌』 8-9(明治 43); 鄭鍾休, 『前掲書』, 92面 註4)에서 재인용.

3) 中樞院, 『前掲書』, 2, 36面.

가례 등의 문헌을 인용하였는데, 이로는 부족하며, 또 實效性이 없는 조선의 법규와 典禮 그리고 관습을 혼동한 오류가 있다고 비판하였다. 또한 내용적으로는 일본의 민상법을 직역한 느낌이 들며 이는 韓日 양민족이 같은 관습, 즉 같은 민족임을 발견하게 되어 기쁘기까지 하다고 하였다. 특히 소유권에 대한 질문(第 22 問)에 대해서는 조선에서는 역사적으로 사유가 인정되지 않았기 때문에 그 내용이 완전한 오류라고 단언하고 있다.⁴⁾ 그러나 이러한 자체에 대한 외부로부터의 오류와 비판에도 불구하고 『慣習調査報告書』는 관습의 존재근거로서의 권위를 유지하여 왔고, 현재에도 일정정도는 그 영향력을 유지하고 있다.

일제기에는 법원인 관습의 존부를 결정하는 근거로 상당한 평가를 받았다. 또 역사분야에서도 전거로 인용되었는데, 상속에 대한 연구⁵⁾와 특히 特殊小作〈제 33 문 참조〉에 대한 연구는 거의 관습조사보고서에 의거하였다.⁶⁾ 그리고 경제사 분야에서 『慣習調査報告書』의 상사편을 「舊韓末의 商業慣習」으로 번역하였다.⁷⁾

해방후 한국민법학이 수립된 지 50년이 되어가는 현재 관습의 조사 연구에 대한 관심은 높으나, 체계적인 연구는 없으며, 이의 필요성을 주장하는 것에 비해서 본서의 이용도도 낮다. 현재 우리의 관습으로 失跡, 行爲能力, 權利能力 없는 團體에 대해 본서의 내용을 소개·인용하는 교과서가 있을 뿐이다.⁸⁾ 개별분야에서의 비판적 연구는 가족법연구에서 두드러진다. 즉 가족법에서는 일제를 거치면서 변형되고 왜곡된 가족법의 실상을 밝히기 위해서 그 동안 체계적인 연

4) 淺見倫太郎, 『朝鮮法制史稿』, 제5편 제6장 半島에서의 民事慣習, 378~401면; 「前掲論文」, 34~43면; 여기에서는 관습조사보고서에 의거한 총독부의 입법까지 비판하고 있다.

5) 金一美, 「朝鮮後期の 財産相續 慣習—日帝期 舊慣習 調査報告를 중심으로—」, 『이대사원』 11 (이화여대 사학과, 1973) 참조.

6) 花道得二, 「朝鮮に於ける 永小作의 史的發展」, 『社會經濟史學』 9-2, 1939; 朴秉濤, 「慣習上の 土地利用과 그 近代化」, 『韓國法制史攷』, 237~46면 참조.

7) 郭址南·金泰永역, 「舊韓末의 商業慣習」, 『韓國經濟史文獻資料』 2(慶熙大 韓國經濟經營史研究所, 1971).

8) 高翔龍, 『民法總則』(법문사, 1990), 73-4, 108, 264-5면 참조.

구가 축적되어 있다.⁹⁾ 재산법에서는 宗中과 傳貰에 관한 연구에서 본서가 자주 인용되었다. 종중에 대한 연구에서는 일제기의 성과를 비판적으로 검토하고 현재의 판례이론을 비판하려는 입장이다.¹⁰⁾ 그러나 가족법에서의 연구와는 달리 비판적 시각이 아니라 사실과 전거로써 인용하는 경향이 강하였다.¹¹⁾

현재 우리 학계와 실무계에서의 관습조사보고서를 인용하거나, 이에 대한 연구는 부진하다. 우리의 역사를 알기 위해서는 이에 대한 관심을 가져야 할 것이다. 물론 그대로 받아들이는 것이 아니라 이를 비판적으로 검토하여 왜곡되지 않은 본래의 관습으로 받아들이고 인용하는 역사의 해안을 가지면서...

2. 結 論

『慣習調査報告書』에 대한 전반적인 비판은 각 내용에 대한 체계적인 분석을 한 다음에나 가능할 것이다. 여기에서는 전통법에 대한 시각과 일본인, 특히 식민지당국의 전통법관 그리고 부정되고 왜곡된 채로 전해진 관습을 올바르게 잡고 숨겨진 관습을 밝혀 역사에 근거한 법과 법생활의 전통을 수립하기 위한 앞으로의 과제를 제시하는 것으로 끝맺고자 한다.

『慣習調査報告書』는 당시 일본 민상법체제에 따르고 있으며, 조사 내용도 마찬가지이다. 즉 관습조사보고서는 과거의 법제를 근대법의

9) 李相旭, 「韓國 相續法の 成文化 過程」, 경북대 박사학위논문, 1987; 동, 「日帝下 戶主相續慣習法の 定立」, 『法史學研究』 9 (한국법사학회, 1988); 동, 「日帝時代の 財産相續 慣習法」, 『法史學研究』 11 (한국법사학회, 1990); 동, 「日帝下 傳統家族法の 歪曲」, 『韓國法史學論叢(박병호 교수 화갑기념)』 (박영사, 1991); 朴秉濠, 「日帝下の 家族政策과 慣習法形成過程」, 『법학』 33-2 (서울대 법학연구소, 1992. 9) 참조.

10) 李鎬奎, 「韓國傳統社會에 있어서의 團體의 所有—특히 宗中을 중심으로—」, 서울대 법학석사논문, 1987 참조; 韓國法史學會는 1992년 7월과 1993년 1월에 「歷史的 觀點에서 본 宗中」이라는 주제로 종중에 대한 학술회의를 개최하여 종중에 대한 비판적이고 체계적인 접근을 시도하였다.

11) 尹大成, 「韓國傳貰權法研究」 (삼지원, 1988); 동, 「日帝의 韓國慣習調査事業과 傳貰慣習法」, 『韓國法史學論叢(박병호교수 화갑기념)』 (박영사, 1991); 金熙洙, 「전계논문」, 19~21면; 高翔龍, 「韓國 住宅貸借制度的 變遷史 小考」, 『법제연구』 창간호 (한국법제연구원, 1991) 참조.

개념과 체계에 맞추어 설명하는 編入主義의 방법에 따르고 있다. 이러한 방법은 현재의 시점에서 과거의 법을 바라보는 것이다. 이러한 방법에 따르는 서술은 오늘의 관점에서는 이해하기 쉬운 장점이 있으나, 역사성의 결여 근대법제에 부적합한 법현상의 捨象, 인간부재의 法史로 전락할 방법상의 결함이 존재한다.¹²⁾ 따라서 이러한 방법에 입각하여 조사한 『慣習調査報告書』에는 당시의 일본민상법에 적합한 관습만 있고 이외의 것은 버려진 채이다. 그러면 진정한 관습을 발견하려면 어떠한 방법으로 관습법을 탐구해야 할 것인가. 과거의 법제를 연구함에서는 현대의 시각 법개념 도구가 아니라 당시의 사회상황 속에서, 사회실정에 조응하여 역사적인 개념을 규정해야 한다. 일상적인 어휘, 사회제도, 거래실정을 논리적으로 조작하여, 확고한 정의를 부여함으로써 그것을 학문적 수준에까지 끌어올려야 한다.¹³⁾ 당시의 역사속에서, 일반인의 삶속에서 '살아있는 법'을 탐구하는 것이 전통관습법을 탐구하려는 학문적 자세이며, 또한 과제이다.

일본인은 한국법에 대해 어떠한 태도와 의식을 가지고 관습조사를 하였을까. 이의 탐색은 왜곡의 실상을 정확히 파악하는 데 핵심이 되는 것이다. 그들의 한국법과 관습에 대한 인식은 지극히 부정적이었다. 이는 다음 글에서 간략하게, 잘 나타나 있다.

조선에는 법전이 편찬되어왔으나 사법과 행정을 겸하는 관리가 자의로 처분을 하기 때문에 비록 법전은 갖추어졌으나 空文에 불과하고 법전은 전혀 권위가 없었고, 1909년 사법권이 일본에 위임된 후 비로소 사법과 행정이 분리되고 법은 권위를 되찾게 되었다. 또 나아가 조선의 종래 관습은 합리적이지 않으나 일시의 급격한 변화는 일반계층에 대한 영향이 커서 민심을 동요시킬 우려가 있으므로 합방 당시의 民情에 적합하게 우

12) 鄭鍾休, 「韓國私法史의 課題」, 1989. 5. 20. 부산대학교 법학연구소 주최세미나 발표문.

13) 滋賀秀三, 『中國家族法の原理』, (創文社, 昭和 42), 7面; 정종휴교수는 이를 編入主義와 대비하여 發見主義라 한다. 발견주의는 자칫 잘못하면 사료의 나열에 기칠 復舊主義로 될 우려가 있다고 한다(註95) 세미나 토론). 이러한 방법론상의 차이에서 나온 法史學方法論上的의 분위기를 일본에서는 '法科風', '文科風'으로 부르기도 한다. 林紀昭, 朴乘濤譯, 「日本에서의 律令研究와 나의 問題關心」, 『법사학연구』 11(한국법사학회, 1990) 참조.

선 인정하였다. 그러나 선정으로 조선인의 민도가 점차 향상되어 종래의 관습을 묵수하려는 기운이 없어져 일본의 제도와 유사하게 되었으므로 시세에 맞지 않는 종래의 관습은 마땅히 폐지되어야 한다.¹⁴⁾

이렇듯이 일본인의 전통법과 관습에 대한 시각은 부정적이었으므로 그들은 식민지정착을 수행하면서 가능한 한 관습의 존재를 무시하고, 부정하려고 하였으며, 또한 이를 바탕으로 끊임없는 동화정책을 수행하였다.

1912년에 조선민사령으로 일본민법이 의용된 후에도 가족법과 물권분야 등에는 고유의 관습법이 효력을 가졌다. 그러나 이러한 조선민사령의 규정에도 불구하고 일제는 재판과정과 조사과정에서 관습의 존재와 효력을 부인하여 한국고유의 관습법을 왜곡하였다. 그리고 역사적 근거도 없이 단지 부정적인 선입견에 의해 부정되고, 식민지 침략정책으로 왜곡된 일제의 官製慣習은 朝鮮高等法院의 判決을 통하여 法的으로 認定되었다. 법원은 판결을 통하여 전통의 관습을 부정하고 새로운 제도를 창출하였다. 해방후 우리 법원은 法的安定性的의 이름 아래 역사적인 고찰과 체계적인 검토없이 일제시대의 朝鮮高等法院의 판결을 그대로 답습하고 있다. 이러한 법원의 태도는, 재판자료 제 29 집 『親族相續에 관한 舊慣習(法院行政處, 1985)』이 구관습을 정리한다고 하였지만, 그 내용과 편제는 1935년 南雲幸吉이 편찬한 『現行朝鮮親族相續法類集』을 번역한 듯한 인상을 금할 수 없는 것¹⁵⁾에서 잘 드러난다. 이렇게 왜곡된 관습은 해방 후에도 한편으로는 美風良俗이라는 이념으로 다른 한편으로는 法的安定性的의 명목으로 여전히 한국고유의 관습으로 誤認되고 그리고 法的으로 認定되어 오늘날까지 우리의 법생활을 지배하고 있다.

왜곡된 실상을 밝혀 진정한 고유법을 회복하기 위한 연구과제를

14) 松寺竹雄, 「朝鮮の慣習觀」, 『朝鮮』 140(昭和 2. 1), 松寺는 統監府期에 檢察官으로 우리나라에 와서 법전조사국 위원(1908. 1. 1)을 역임하였고, 1929년에는 朝鮮總督府 法務行政의 최고직인 法務局長을 역임하였다.

15) 李相旭, 「韓國相續法の 成文化過程」, 86면 註650) 참조.

40 제1부 일제의 관습조사와 의의

언급하면서 글을 맺고자 한다.

첫째, 식민지정책의 변화에 따른 조선민사령의 개정과 그 이유를 규명해야 한다. 또한 이로써 변용된 관습의 본질을 밝혀야 한다. 이는 단순한 법만의 변화가 아니라 식민지사회의 성격과 함께 고찰하여야 하며 일본법과의 유사성과 차별성 그리고 그 사회적 의의를 규명해야 한다. 이 점의 규명이 바로 식민지기 법학연구의 과제라 할 수 있다. 아울러 특별법—朝鮮小作令, 朝鮮借家借地調停令 등—에 대한 연구도 필요하다.

둘째, 일제기에 형성된 한국 관습법과 판례법을 근본적으로 검토하여 이를 해체하고 역사와 관습에 합당한 법체계를 수립하여야 한다. 이를 검토함에는 단지 조선고등법원 판례만의 분석이 아니라, 조사한 관습과 재판과정에서 승인된 回答·通牒·決議 등 모든 자료를 일제 식민당국의 정책과 관련하여 비판적으로 고찰하여야 한다. 더 나아가 당시의 일본민법학¹⁶⁾ 과 그 후의 일본민법학의 발전—흔히 學說繼受라고 하는 일본민법학의 독일민법학에의 傾倒¹⁷⁾—과 관련하여 종합적으로 검토해야 한다. 또한 해방후의 논의과정, 즉 민법전제정과정과 판례를 검토하여야 한다. 더 나아가 과거와 그 당시의 사회현실에 대한 조망도 필요하다. 이러한 연구과정을 거쳐야만 우리 민법의 '역사적 현재'의 완전한 모습을 갖출 수 있을 것이다. 이를 위해서는 우선 관련자료의 정리가 시급하다. 일제의 천황제국가의 가족주의 이데올로기에 오염되지 않은 원상태의 우리 가족법의 복원은 너무나 시급한 임무이다. 또한 가족법연구만이 아니라 재산법에서의 판례를 통한 관습의 형성과정에 대한 연구도 빠뜨릴 수 없다. 이와 덧붙여 학

16) 특히 조사책임자인 梅謙次郎의 저작을 충분히 검토하여야 한다. 그는 이미 1896년에서 1900년에 걸쳐 『民法要義(전5권)』을 有斐閣에서 간행하였고, 1910년까지 總則의 경우 30판, 상속의 경우 18판을 발행하였다. 당시의 대표적인 梅謙次郎의 『民法要義』는 당시 日本民法의 대표적인 註釋書인 듯하다. 그리고 이는 일본민법제정자의 의사를 가장 잘 반영한 것으로 평가되고 있다. 向井 健, 「梅謙次郎」, 86面 참조.

17) 이러한 문제의식은 鄭鍾休, 「歷史的 觀點에서 본 韓國民法典」 가운데 김학동교수의 발언(150면) 참조.

설사적인 연구가 필요하다. 한국에서의 민법학의 발전과정과 그리고 일제시대 법사연구 자체에 대한 연구사적 정리가 필요하다.

이제는 우리 자신을 되찾아야 할 때이다. 구겨지고 숨겨진 우리의 관습이 제 모습을 찾아야 한다. 이를 위해서는 과거의 역사에 대한 비판적인 검토가 필수불가결하다. 기성의 구축물을 파괴하는 모험을 시도해야 한다. 현재 모든 판례에 대한 비판적인 재검토를 하여야 한다. 그것도 부분적이 아니라 전면적으로...

參考文獻

1. 史料

- 『慣習調査報告書』, 朝鮮總督府, 1910年, 1912年, 1913年
- 『韓國慣習調査報告書—平北篇—』, 1908年〈국회도서관 소장〉
- 鷺津宣光, 『民事慣例類集』, 司法省, 1877
- 生田 精, 『全國民事慣例類集』, 司法省, 1880
- 瀧本誠一 校閱, 『日本民事慣例類集』, 白東社, 1932
- 臨時臺灣舊慣調査會 第一部調査 第3會 報告書, 『臺灣私法』 전 6 권, 1910
- 臨時臺灣舊慣調査會 第一部調査 第3會 報告書, 『臺灣私法 附屬參考書』 전 6 권, 1911
- 拓殖局, 『歐洲列國殖民地法制概要』 1911. 2
- 梅謙次郎, 『民法要義 卷1: 總則』, 1909. 6. 30판(1896. 6. 초판), 有斐閣
- 『民法要義 卷2: 物權』, 1909. 9. 28판(1896. 8. 초판), 有斐閣
- 『民法要義 卷3: 債權』, 1909. 9. 29판(1897. 7. 초판), 有斐閣
- 『民法要義 卷4: 親族』, 1910. 2. 20판(1899. 6. 초판), 有斐閣
- 『民法要義 卷5: 相續』, 1910. 2. 18판(1900. 6. 초판), 有斐閣
- 朝鮮總督府 中樞院, 『民事慣習回答彙集』, 1933
- 朝鮮總督府 中樞院, 『朝鮮舊慣及制度調査事業概要』, 1938
- 櫻井義之 編, 『明治年間 朝鮮研究文獻誌』, 京城書物同好會刊, 1941
- 司法協會, 『朝鮮高等法院判例要旨類集』, 司法協會 1943
- 末松保和 編, 『朝鮮研究文獻目錄: 1868—1945』〈單行書編 3〉〈論文記事編 3〉東京大東洋文化研究所, 1970
- 郭址南·金泰永 역, 『舊韓末의 商業慣習』, 『韓國經濟史文獻資料』 2, 慶熙大 韓國經濟經營史研究所, 1971
- 朝鮮總督府 朝鮮史編修會(1938), 편집부 역, 『朝鮮史編修會事業概要』

시인사, 1986

司法協會, 「朝鮮司法界の往事を語る座談會」, 『朝鮮司法協會雜誌』 19-10, 11(1940. 10, 11) / 南基正 역, 『日帝의 韓國司法府侵略實話』, 육법사, 1976

2. 日本文獻

淺見倫太郎, 「朝鮮法系ノ歴史的 연구」, 『法學協會雜誌』 39-8, 1921

淺見倫太郎, 『朝鮮法制史稿』, 巖松堂書店, 1922

松寺竹雄, 「朝鮮の慣習觀」, 『朝鮮』 140, 1927. 1

南雲幸吉, 『現行朝鮮親族相續法類集』, 大阪屋號書店, 1931

喜頭兵一, 『李朝の財産相續法』, 朝鮮總督府 中樞院, 1936

野村調太郎, 『朝鮮祭祀相續法論 序說』, 朝鮮總督府 中樞院, 1939

花道得二, 「朝鮮に於ける永小作の史的發展」, 『社會經濟史學』 9-2, 1939

中村 哲, 「植民地法における同化政策」, 『國家學會雜誌』, 56-4, 1942. 4

熊谷開作, 「家族法」, 『講座 日本近代法發達史』 3, 勁草書房, 1958

川島武宜・利谷信義, 「民法史(上)」, 『講座日本近代法發達史』 5, 勁草書房, 1958

中村 哲, 「植民地法制」, 『講座日本近代法發達史』 5, 勁草書房, 1958

滋賀秀三, 『中國家族法の原理』, 創文社, 1967, 재판 1989

姜德相・梶村秀樹, 「日帝下朝鮮の法律制度について」, 『日本法とアジア(仁井田陞博士追悼論文集 3)』, 勁草書房, 1970

潮見俊隆・利谷信義 編, 『日本の法學者』, 日本評論社, 1975

伊東すみ子, 「ロエスレル商法草案の立法史的意義について」, 『法制史論集(石井良助還曆祝賀)』, 創文社, 1976

井ヶ田良治 外, 『日本近代法史』, 法律文化社, 1982

鄭鍾休, 『韓國民法典の比較法的研究』, 創文社, 1989

44 제1부 일제의 관습조사와 의의

- 石井良助 編 / 丘秉朔 譯, 『日本の近代化와 制度』, 敎學硏究社, 1981
미야케 히데토시 著 / 하우봉 옮김, 『역사적으로 본 일본인의 한국
관』, 풀빛, 1990
林紀昭 / 朴秉濠 譯, 「日本에서의 律令硏究와 나의 問題關心」, 『법사
학연구』 11, 한국법사학회, 1990

3. 韓國文獻

- 金基善, 「민법제정에 관하여」, 『대학신문』 116호, 1955. 6. 30
安東燮, 「韓國入會權에 관한 小考」, 서울대 석사학위논문, 1960
崔柄煜, 「韓國의 慣行水利權에 관한 硏究」, 서울대 석사학위논문,
1961
李相球, 「公有河川用水權에 대한 小考」, 서울대 석사학위논문, 1965
高翔龍, 「韓國의 入漁權에 관한 硏究」, 성균관대 석사학위논문, 1967
鄭光鉉, 『韓國家族法硏究』, 서울대출판부, 1967
金一美, 「朝鮮後期の 財産相續 慣習 - 日帝期 舊慣習 調査報告를 중심
으로 -」, 『이대사원』 11, 이화여대 사학과, 1973
朴秉濠, 『韓國法制史攷』, 법문사, 1974
朴秉濠, 「韓國의 傳統社會와 法」, 『法學』 15-1, 서울대 법학연구소,
1974. 6
李丙洙, 「우리나라의 近代化와 刑法大全의 頒示」, 『法史學硏究』 2, 韓
國法史學會, 1975
李丙洙, 「朝鮮民事令에 關하여 - 第 11 條의 慣習을 中心으로 -」, 『法
史學硏究』 4, 韓國法史學會, 1977
田鳳德, 「韓國의 傳統的 法思想」, 『韓國近代法思想史』, 박영사, 1981
朴秉濠, 『韓國의 傳統社會와 法』, 서울대 출판부, 1985
法院行政處, 『親族相續에 관한 舊慣習』, 재판자료 제 29 집, 1985
李萬烈, 「19世紀末 日本의 韓國史硏究」, 역사학회 편, 『淸日戰爭과 韓
日關係』, 일조각, 1985

- 鄭在吉, 「韓國民法の 法社會學的 研究序說—民法社會學的 試圖—」,
『民法學論叢(곽윤직교수 화갑기념)』, 박영사, 1985
- 鄭鍾休, 「韓國에서의 日本民法의 變容」, 『전남대논문집 : 법학 행정학
편』 30, 1985
- 鄭鍾休, 「韓國民法典의 制定過程」, 『民法學論叢(곽윤직교수 화갑기
념)』, 박영사, 1985
- 韓相福 외, 『文化人類學概論』, 서울대출판부, 1985
- 姜晋哲, 「日帝 官學者가 본 韓國史의 “停滯性”과 理論」, 『韓國史學』
7, 한국정신문화연구원, 1986
- 金熙洙, 「開化期 近代의 民事法制的 형성에 관한 研究」, 서울대 석사
학위논문, 1986
- 朴秉濠, 『韓國法制史』, 한국방송통신대출판부, 1986
- 邊太燮, 『韓國史通論』, 삼영사, 1986
- 李相旭, 「韓國 相續法の 成文化 過程」, 경북대 박사학위논문, 1987
- 李鎬奎, 「韓國傳統社會에 있어서의 團體의 所有—특히 宗中을 중심으
로—」, 서울대 법학석사논문, 1987
- 鄭鍾休, 「韓末의 西歐法 受容—民法學을 중심으로—」, 『전남대논문집
: 법학 행정학편』 32, 1987
- 金基赫, 「史學과 政治—第2次世界大戰前의 日本의 中國史 研究—」,
『한국사시민강좌』 3, 일조각, 1988
- 金熙洙, 「開化期 不動產法律關係 小考」, 『法史學研究』 9, 한국법사학
회, 1988
- 尹大成, 『韓國傳貰權法研究』, 삼지원, 1988
- 李相旭, 「日帝下 戶主相續慣習法の 定立」, 『法史學研究』 9, 한국법사
학회, 1988
- 朴賢洙, 「日帝의 侵掠을 위한 社會·文化調查活動」, 『韓國史研究』
30, 1989
- 鄭鍾休, 「韓國私法史의 課題」, 1989. 5. 20. 부산대 법학연구소 주최
세미나 발표문

- 鄭鍾休 소개, 韓國 「民事訴訟法案」, 『法史學研究』 10, 한국법사학회, 1989
- 鄭熙喆, 『商法學(上)』, 박영사, 1989
- 高翔龍, 『民法總則』, 법문사, 1990
- 張庚鶴, 「法律文化의 脈 探究—民法—」, 『고시계』 1990년 6월호
- 梁彰洙, 「한국민법전 성립과정에 관한 연구(1)」, 『법학』 30-3 4, 서울대 법학연구소, 1990
- 윤철홍, 「한국민법학의 문제점과 개선방향」, 『법과 사회』 3, '법과 사회'이론연구회, 1990
- 李相旭, 「日帝時代의 財産相續 慣習法」, 『法史學研究』 11, 한국법사학회, 1990
- 高翔龍, 「韓國 住宅貸借制度의 變遷史 小考」, 『법제연구』 창간호, 한국법제연구원, 1991
- 尹大成, 「일제의 한국관습조사사업과 민사관습법」, 『창원대논문집』 13-1, 1991. 9
- 尹大成, 「日帝의 韓國慣習調査事業과 傳貰慣習法」, 『韓國法史學論叢(박병호교수 화갑기념)』, 박영사, 1991
- 李相旭, 「日帝下 傳統家族法의 歪曲」, 『韓國法史學論叢(박병호교수 화갑기념)』, 박영사, 1991
- 鄭肯植, 『韓末法令體系分析』, 한국법제연구원, 1991
- 郭潤直 대표집필, 『註解民法』, 박영사, 1992
- 朴秉濠, 「日帝下의 家族政策과 慣習法形成過程」, 『법학』 33-2, 서울대 법학연구소, 1992
- 尹大成, 「"韓國不動産ニ關ル調査記録"의 연구—日帝의 初期的 韓國慣習調査事業(1905~1910)에 의한 不動産慣習法의 分析—」, 『창원대논문집』, 14. 1992
- 全在慶 외, 『慣習法調査研究(I)—예비조사편—』, 한국법제연구원, 1992
- 鄭肯植, 『韓國法史學論著目錄』, 한국법제연구원, 1992
- 韓國法史學會, 「歷史的 觀點에서 본 宗中 I, II」, 1992년 7월 제 20

회, 1993년 1월 제 22회 학술발표회 발표문

鄭肯植, 「〈자료〉 開化期 立法關聯者 名單」, 『法史學研究』 12, 한국법사학회, 1991

鄭鍾休, 「比較法的 視野에서 본 韓國民法典」, 『法史學研究』 12, 한국법사학회, 1991

第二部
慣習調査報告書

朝鮮總督府
明治四十五年

일 러 두 기

1. 慣習調査報告書는 朝鮮總督府에서 1910年(明治 43年)에 초판을 간행하였고, 1912年(明治 45年)에 이를 보충조사하여 수정·보완하여 간행한 후, 다시 1913年(大正 2年)에 재판을 간행하였다.
2. 翻譯臺本은 1912年版을 기본으로 하고 1910年版을 참조하였다.
1910년판과 1912년 가운데 상이한 부분은 1910년판은 태명으로 표기하였고, 1912년판은 고딕으로 표기하였다. 그리고 서로 해당되지 않는 부분이 있는 경우에는 1910년에만 있는 부분은 태명으로 표기하고 [1910년판]을 부기하였으며, 1912년판에만 있는 부분은 고딕으로 표기하고 [1912년판]을 부기하였다.
예) 그리고 그 순위는 공과, 공익비용, 특별선취특권 등의 순서라고 한다
[공익 비용의 선취특권은 항상 제1순위이어도 다른 채권에 대해서는 순위가 분명하지 않다].
예) 그렇지만 帝室所有의 재산은 그 후에 때로는 國有로 되기도 하고 때로는 李 王家의 재산으로 되기도 하였다.[1912년판]
예) [중답주라는 명칭이 발생한 까닭이 여기에 있다: 1910년판]
3. 번역은 가급적 원문에 충실하고, 원문의 용어는 번역용어 뒤에 []로 묶어 표기하였다.
예) 損害賠償請求權[要償權], 還買[還退], 이웃[切隣]
4. 원본에는 脚註없이 법전의 규정 등을 번역하지 않고 본문중 또는 ()속에 그대로 수록하였으나, 번역문에서는 원칙적으로 번역하여 본문에 수록하고 原文을 각주로 처리하여 알기 쉽도록 하였다. 그러나 내용에 따라 원문을 본문으로 하고 번역문을 註로 한 부분과 번역문, 원문 모두를 註로 한 부분도 있다.
5. 고법전과 고문헌의 割註 부분은 조판의 편의상 []속에 2行으로 표기하였다. 원문에서는 본문과 주를 분리하여 서술한 것도 번역문에서는 원문과 주를 함께 표시하여 할주부분은 []에 표기하였다.

52 일러두기

예) 궁녀가 외부인과 간통하면 남녀 모두 秋分을 기다리지 않고 사형에 처한다[임신하였으면 출산을 기다려 집행하나 출산 후]
100일의 예는 적용하지 않는다

6. 원본의 고법전 등의 원문과 법조문을 인용한 부분은 개별적으로 원문을 대조하여 잘못된 부분을 바로 잡았다. 이에 대하여서는 개별적으로 표시하지 않았다.

7. 고문헌과 고번전의 명칭은 『 』로, 그 편명이면 「 」로 표시하였다. 단행법률의 경우에는 법령명을 「 」로 표시하였다. 다만 刑法大全의 경우에는 『 』로 표시하였다.

예) 『經國大典』 「戶典」 徵債條, 『禮記』 「曲禮」,

「民刑事訴訟에 관한 規程」, 『刑法大全』

8. 고문헌, 법조문을 인용하는 경우에는 “ ”로 표시하였다. 그리고 인용조문이 긴 경우에는 새로운 문단으로 표기하였다. 그리고 國漢文混用體인 경우에는 당시의 표기법으로 표기하되 다만 ‘ㄹ래’의 경우는 ‘ㄴ’, 또는 ‘ㄱ’로 표기하였다.

예) 「民刑事訴訟에 관한 規程」 第2條에 “未成年者는 卽 二十歲以下나 護後人이 有한 境遇에는 護後人이오 護後人이 無한 境遇에는 親戚中의 成年한 者로 代訴하게 함이 可함”

9. 원본의 도표는 해당부분 면에 삽입하되 개별적으로 설명하지 않고, 권말 부록에서 일괄적으로 간략히 설명하였다.

10. 원본에서 인용한 문헌, 법령 등은 권말부록에서 일괄적으로 간단히 설명하였다.

慣習調査報告書

明治四十三年(1910)版 序文

元法典調査局에서 調査한 民事商事에 關한 朝鮮 慣習의 概要를 別冊으로 編纂하여 이에 進呈합니다.

明治四十三年 十二月

元法典調査局 委員長

朝鮮總督府 司法部長官 法學博士

倉富勇三郎

明治四十五年(1912)版 序文

本局의 慣習調査로 새로 얻은 資料에 基礎하여 過去 法典調査局에서 編纂한 慣習調査報告書を 訂正・補充하여 別冊으로 報告합니다.

明治四十五年 三月 十一日

朝鮮總督府 取調局長官

石塚英藏

大正二年(1913)版 序文

一 本報告書는 朝鮮에서 施行할 民法의 編纂資料로 提供하기 위하여 元韓國法典調査局이 明治四十一年부터 同四十三年까지 調査한 朝鮮 民事慣習의 要綱을 編纂한 것으로, 그 후 同 四十四년부터 翌 四十五年 사이에 本府 取調局이 引繼・調査하여 訂正・補充한 것으로 今回 再版 합니다.

大正二年 三月

朝鮮總督府

凡 例

1. 本報告書는 朝鮮 各地의 慣習을 基礎로 하고 附隨的으로 朝鮮의 新舊法令을 參照하여 編纂하였다.
2. 調査事項 全部를 調査한 地域은 京畿道 서울 仁川 開城 水原 安城, 黃海道 海州 黃州, 平安南道 平壤 鎭南浦 安州 德川, 平安北道 義州 龍川 江界 寧邊, 咸鏡北道 鏡城 慶興 會寧 城津, 咸鏡南道 咸興 元山 甲山 北青, 江原道 春川 金城 原州 江陵, 忠清北道 忠州 清州 永同, 慶尙北道 大邱 尙州 安東 慶州, 慶尙南道 釜山 馬山 晉州 蔚山, 全羅南道 光州 木浦 濟州, 全羅北道 全州 群山 南原, 忠清南道 公州 禮山 溫陽 恩津의 各地方에 대해 慣習을 調査하였다.
 다시 特種의 事項에 대해서는 京畿道 驪州 開城 豐德 長湍 坡州 漣川 水原, 黃海道 載寧 瑞興 安岳 鳳山, 平安南道 平壤 鎭南浦 肅川, 平安北道 義州 龍川 定州, 慶尙北道 大邱 星州 慶州 浦項, 慶尙南道 釜山 蔚山 密陽 金海 龍南 馬山, 全羅南道 木浦 光州 羅州 法聖浦 順天, 全羅北道 全州 群山 錦山, 忠清南道 公州 江景 連山의 各地方을 調査하였다.
3. 調査는 明治 41年(1908) 5月부터 시작하여 明治 43年(1910) 9月 에 法典調査局의 廢止와 함께 이를 중지하여, 10月에 殘務를 整理하여 本報告書의 編纂에 着手하여 12月에 脫稿하였다.

目 次

第一編 民法

第一章 總 則

第一 胎兒의 權利를 인정하는가	71
1. 胎兒의 保護에 관한 規定 / 71	
2. 相續과 遺贈에 대한 胎兒의 地位 / 73	
3. 損害賠償請求權에 대한 胎兒의 地位 / 76	
第二 成年의 規定이 있는가	77
1. 冠禮와 笄禮 / 78	
2. 號牌制 / 84	
3. 慣習上의 成年 / 86	
第三 精神病者의 行爲의 效力은 어떠한가	87
第四 聾者, 啞者, 盲者, 浪費者 등의 行爲의 效力은 어떠한가	89
第五 妻의 能力에 制限이 있는가	89
第六 住所에 관한 規定이 있는가	91
第七 居所에 관한 規定이 있는가	103
第八 失蹤에 관한 規定이 있는가	104
1. 不在者의 財産管理 / 104	
2. 死亡의 推定과 그 效果 / 105	
第九 法人을 인정하는가	106
1. 國家와 王室 / 107	
2. 部落 / 107	

56 목 차

3. 寺院 / 109	
4. 學校 / 110	
5. 射亭 / 112	
6. 相續人不存在의 遺産 / 113	
第十 物의 區別이 있는가	114
第十一 果實에 관한 規定이 있는가	114
第十二 隔地者間의 意思表示는 언제부터 그 效力이 발생하는가	115
第十三 代理는 어떠한 法律行爲에 대하여 認定되는가	117
第十四 代理人의 行爲는 항상 本人에 대하여 직접 그 效力을 발생하는가	118
第十五 代理에는 法定代理·任意代理의 區別이 있는가	120
第十六 代理人의 權限을 明定하지 않은 경우에 그 權限은 어떠한가	122
第十七 代理人은 復代理人을 쓸 수 있는가	123
第十八 代理權의 消滅原因은 어떠한가	124
1. 慣習上의 代理 / 125	
2. 契約에 의한 代理 / 125	
3. 法律의 規定에 의한 代理 / 126	
第十九 期間의 初日을 산입하는가, 않는가 / 126	
第二十 時效를 인정하는가, 않는가 / 128	
1. 時 效 / 128	
2. 聽訟期間 / 130	

第二章 物 權

第二十一 物權·債權 또는 이와 유사한 權利의 區別이 있는가 ...	132
第二十二 土地에 관한 權利의 種類는 어떠한가	134
1. 所有權 / 134	

2. 借地權 / 135	
3. 地役權 / 135	
4. 入會權 / 135	
5. 先取特權 / 136	
6. 典當權 / 136	
第二十三 權利的 設定·移轉에 대하여 특별히 一定節次를 履行할 必要가 있는가	136
第二十四 所謂 即時時效 또는 유사한 것이 있는가.....	143
第二十五 土地·建物の 所有者 어떠한 權利를 갖는가	145
第二十六 隣地者間의 權利·義務는 어떠한가	149
1. 隣接地使用權 / 151	
2. 圍繞地通行權 / 151	
3. 流水權 / 151	
4. 豫防工事의 請求權 / 152	
5. 빗물注入의 制限 / 152	
6. 水路變更의 制限 / 152	
7. 排水權 / 152	
8. 水路使用權 / 153	
9. 방죽의 設置와 使用權 / 153	
10. 境界標와 담장 設置權 / 153	
11. 互有權 / 154	
12. 樹木栽植의 制限 / 154	
13. 建物建設의 制限 / 154	
14. 工作物設置의 制限 / 155	
15. 湫設置의 制限 / 155	
第二十七 無主의 動産은 先占으로 이를 取得할 수 있는가	156
第二十八 無主의 不動産은 누구의 所有인가	156
第二十九 遺失物의 所有者를 알지 못하면 그 物은 누구의 所有인가	159

58 목 차

第三十 埋藏品の所有者를 알지 못하면 그 物은 누구의 所有인가	160
第三十一 共有에 관한 慣習은 어떠한가	161
1. 共有者の 持分 / 162	
2. 共有物の 管理 / 163	
3. 共有者の 負擔 / 163	
4. 分割請求權 / 164	
5. 分割의 方法과 效力 / 164	
第三十二 入會權에 관한 慣習은 어떠한가	165
1. 釜山地方의 入會權 事例 / 165	
2. 馬山地方의 入會權 事例 / 166	
3. 大邱地方의 入會權 事例 / 169	
第三十三 借地權의 種類는 어떠한가	182
1. 地上權 / 183	
2. 永小作權 / 183	
3. 賃借權 / 183	
4. 使用借權 / 183	
5. 기타의 借地權 / 184	
第三十四 地上權에 관한 慣習은 어떠한가	186
第三十五 永小作權에 관한 慣習은 어떠한가	189
1. 鳳山郡의 中賭地 / 190	
2. 載寧郡의 中賭地 / 192	
3. 安岳郡의 특별한 小作價例 / 193	
4. 義州府의 原賭地 / 195	
第三十六 地役權에 관한 慣習은 어떠한가	197
第三十七 留置權에 관한 慣習은 어떠한가	198
第三十八 先取特權에 관한 慣習은 어떠한가	199
第三十九 質權과 抵當權의 區別이 있는가	201
第四十 質權과 抵當權의 目的은 어떠한가	202

1. 質의 性質을 갖는 典當의 目的 / 202

2. 抵當의 性質을 갖는 典當의 目的 / 203

第四十一 質權者는 債權의 辨濟를 받을 때까지 質物을 占有할 수 있는가 204

第四十二 質權者가 辨濟를 받지 않은 경우에는 質物에 대하여 어떠한 權利를 갖는가 205

第四十三 質權의 設定에 관한 慣習은 어떠한가 209

第四十四 質權者는 轉質을 할 수 있는가 210

第四十五 第三者가 債務者를 위하여 質權을 設定할 수 있는가 ... 219

第四十六 質權者는 質物을 使用·收益할 수 있는가 222

第四十七 質權에 存續期間이 있는가 223

第四十八 土地에 대하여 설정한 質權은 그 위의 建物과 나무에 效力을 미치는가 224

第四十九 同一物에 두 개 이상의 質權을 設定할 수 있는가 225

第五十 所有者는 抵當物을 賃貸할 수 있는가 226

第三章 債 權

第五十一 慣習上의 利率이 있는가 228

第五十二 重利에 관한 慣習은 어떠한가 231

第五十三 債務者가 債務不履行者로 되는 時期는 언제인가 232

第五十四 債務者가 任意로 債務를 履行하지 않으면 強制로 이를 履行시킬 수 있는가 233

第五十五 債務者가 期限의 利益을 잃는 例가 있는가 236

第五十六 金錢債務의 不履行에 대한 制裁는 어떠한가 237

第五十七 債務不履行의 制裁에 대하여 特約을 하는 例가 있는가 238

第五十八 債權者는 債務者의 權利를 代位할 수 있는가 238

第五十九 債權者는 債務者의 行爲를 取消할 수 있는가 239

第六十 債權者 또는 債務者가 數人인 境遇에는 各自의 權利 義

60 목 차

務는 어떠한가	241
第六十一 不可分債務에 관한 慣習은 어떠한가	243
第六十二 連帶債務에 관한 慣習은 어떠한가	244
第六十三 保證人の 責任은 어떠한가	247
第六十四 保證人이 二人 以上 있는 경우에 各自의 責任은 어떠한가	249
第六十五 債權者와 主債務者間의 行爲는 그 效力이 保證人에게 미 치는가.....	249
第六十六 保證人이 辨濟를 하면 主債務者에 대하여 어떠한 權 利를 갖는가	250
第六十七 保證人이 數人인 境遇에 그 一人이 全額을 辨濟하면 다른 保證人에 대해서는 어떠한 權利를 갖는가.....	251
第六十八 債權을 讓渡할 수 있는가	251
1. 金錢 또는 物의 寄託에 의한 債權 / 252	
2. 어음에 의한 債權 / 252	
3. 物의 引渡 또는 金錢의 支拂을 받을 債權 / 253	
4. 金穀의 貸借에 의한 債權 / 253	
第六十九 第三者가 한 辨濟는 有效한가	254
第七十 領收證의 所持人에게 한 辨濟는 有效한가	254
第七十一 辨濟場所에 관한 慣習은 어떠한가	255
第七十二 債務者가 辨濟하면 債權者에 대하여 領收證을 請求할 權利가 있는가	256
第七十三 債務者가 辨濟하면 債權證書의 返還을 請求할 權利가 있는가.....	256
第七十四 債權者가 辨濟의 受領을 拒絶하면 債務者는 어떻게 해야 하는가	259
第七十五 保證人 등 他人을 위하여 辨濟한 者는 債權者의 權 利를 代位할 수 있는가	259
第七十六 相計에 관한 慣習은 어떠한가	260

第七十七 更改에 관한 慣習은 어떠한가	261
第七十八 免除에 관한 慣習은 어떠한가	263
第七十九 契約의 請約은 取消할 수 있는가	264
第八十 雙務契約 當事者 一方은 相對方이 그 債務의 履行을 提供할 때까지 自己債務의 履行을 拒絕할 수 있는가 ...	265
第八十一 危險問題에 관한 慣習은 어떠한가	266
第八十二 第三者를 위한 契約의 效力을 認定하는가	267
第八十三 契約의 當事者 一方이 그 債務를 履行하지 않으면 相 對方은 契約을 解除할 수 있는가	268
第八十四 贈與에 관한 慣習은 어떠한가	269
第八十五 契約金에 관한 慣習은 어떠한가	270
第八十六 賣買의 費用은 누가 負擔하는가	271
第八十七 他人의 物의 賣買에 관한 慣習은 어떠한가.....	271
第八十八 賣買의 目的物上에 他人이 權利를 갖고 있기 때문에 買 受人이 損害를 입으면 어떻게 해야 하는가.....	272
第八十九 賣買의 目的物에 숨은 瑕疵가 있으면 어떠한가.....	273
第九十 賣買目的物의 果實은 누구의 所有인가.....	274
第九十一 買受人이 代金의 利子를 支拂하는 예가 있는가.....	275
第九十二 還買에 관한 慣習은 어떠한가	276
第九十三 交換에 관한 慣習은 어떠한가	281
第九十四 消費貸借에 관한 慣習은 어떠한가	281
第九十五 使用貸借에 관한 慣習은 어떠한가	282
第九十六 賃貸借에 관한 慣習은 어떠한가	284
1. 土地의 賃貸借 / 285	
2. 家屋의 賃貸借 / 288	
3. 物品의 賃貸借 / 296	
4. 家畜의 賃貸借 / 296	
第九十七 雇傭에 관한 慣習은 어떠한가	296
第九十八 請負에 관한 慣習은 어떠한가	297

62 목 차

第九十九 委任에 관한 慣習은 어떠한가299
第百 寄託에 관한 慣習은 어떠한가300
第百一 組合에 관한 慣習은 어떠한가303
 1. 同 事 / 303
 2. 契 / 305
第百二 事務管理에 관한 慣習은 어떠한가307
第百三 不當利得에 관한 慣習은 어떠한가308
第百四 不法行爲에 관한 慣習은 어떠한가309

第四章 親 族

第百五 親族의 範圍는 어떠한가311
 1. 有服親 / 312
 2. 無服親 / 314
第百六 寸數의 計算方法은 어떠한가316
第百七 養子와 養親 그리고 그 血族間에는 어떠한 親族關係가
 발생하는가317
第百八 繼親子와 嫡母·庶子の 關係는 어떠한가318
 1. 繼父子關係 / 318
 2. 繼母子關係 / 319
 3. 嫡母庶子關係 / 319
第百九 姻戚關係와 前二問의 關係는 언제 消滅하는가319
 1. 姻戚關係 / 320
 2. 繼親子와 嫡母庶子關係 / 320
 3. 養親子關係 / 320
第百十 家族의 範圍는 어떠한가321
第百十一 子が 入籍해야 할 家는 어떠한가323
第百十二 入夫婚을 認定하는가324
第百十三 轉籍을 許容하는가325

第百十四	婚姻·入養으로 他家에 入籍한 자는 離婚·罷養한 경우 우에 生家에 復籍하는가	326
第百十五	婚姻·入養으로 他家에 入籍한 자는 다시 婚姻·入養 으로 他家에 入籍할 수 있는가	327
第百十六	他家相續·分家와 廢絶家再興에 관한 慣習은 어떠한가	328
	1. 他家相續 / 328	
	2. 分 家 / 329	
	3. 廢家再興 / 329	
	4. 絶家再興 / 330	
第百十七	法定推定家督相續人은 他家에 入籍하거나 一家를 創 立할 수 있는가	330
第百十八	夫가 他家에 入籍하거나 一家를 創立하면 妻는 隨件 하여 그 家에 入籍하는가	331
第百十九	戶主와 家族은 同一한 姓을 使用하는가	331
第百二十	戶主는 家族을 扶養할 義務가 있는가	332
第百二十一	家族의 特有財産을 認定하는가	333
第百二十二	戶主는 家族의 居所를 指定할 수 있는가	334
第百二十三	家族이 婚姻 또는 入養을 하는 경우 戶主의 同意가 필요한가	334
第百二十四	戶主는 家族에 대하여 前二問 외의 權利가 있는가 ...	335
第百二十五	戶主는 家族을 離籍시킬 수 있는가	336
第百二十六	戶主가 權利를 行使할 수 없는 경우는 어떻게 하는가	336
第百二十七	隱居를 認定하는가	337
第百二十八	廢家를 認定하는가	337
第百二十九	絶家에 관한 慣習은 어떠한가	339
第百三十	婚姻의 要件은 어떠한가	340
第百三十一	妻는 婚姻으로 夫家에 入籍하는가	351

64 목 차

第百三十二 夫는 妻에 대해 어떠한 權利를 갖는가.....	352
第百三十三 夫婦間의 財産關係는 어떠한가	352
第百三十四 離婚에 관한 慣習은 어떠한가	353
第百三十五 妻가 婚姻中에 懷胎한 子는 夫의 子로 推定하는가 ...	357
第百三十六 私生子에 관한 慣習은 어떠한가	358
第百三十七 入養의 要件은 어떠한가	360
第百三十八 入養의 效力은 어떠한가	366
第百三十九 罷養에 관한 慣習은 어떠한가	367
第百四十 親權을 認定하는가	369
第百四十一 親權者는 子에 대하여 어떠한 權利를 갖는가.....	370
第百四十二 親權者는 子의 財産을 管理하는가	371
第百四十三 親權에 服從하는 女子에게 夫가 있는 경우에 夫의 權利와 親權은 어떻게 調和하는가	372
第百四十四 親權者는 子를 代理하여 戶主權과 親權을 行使하는가	373
第百四十五 親權喪失의 原因은 어떠한가	373
第百四十六 後見 또는 이와 類似한 制度를 認定하는가.....	374
第百四十七 누가 後見人으로 되는가	374
第百四十八 後見人은 一人으로 限定하는가	375
第百四十九 後見人은 그 任務에서 辭退할 수 있는가.....	375
第百五十 後見人이 될 수 없는 者가 있는가	376
第百五十一 後見監督人 또는 이와 類似한 制度를 두는가.....	376
第百五十二 後見人은 財産目錄을 作成할 義務가 있는가	376
第百五十三 後見人은 親權者와 同一한 權利를 갖는가	377
第百五十四 後見人은 報酬를 받는가	377
第百五十五 後見의 計算에 관한 慣習은 어떠한가	378
第百五十六 親族會 또는 이와 類似한 것을 認定하는가.....	378
第百五十七 扶養義務에 관한 慣習은 어떠한가	380

第五章 相續

第百五十八 家督相續의 開始原因은 어떠한가381

 1. 戶主의 死亡 / 383

 2. 戶主의 本家相續 / 383

第百五十九 家督相續人이 될 수 없는 者가 있는가.....385

第百六十 法定推定家督相續人이 있는가385

第百六十一 養子는 相續에 대하여 親生子와 동일한 權利를 갖는가
.....388

第百六十二 法定推定家督相續人을 被相續人이 廢除할 수 있는가
.....389

第百六十三 被相續人은 家督相續人을 指定할 수 있는가389

第百六十四 法定推定家督相續人과 指定家督相續人이 없으면 어
떻게 하는가390

第百六十五 直系尊屬은 當然家督相續人인가390

第百六十六 家督相續의 效果는 어떠한가390

第百六十七 遺産相續을 認定하는가392

第百六十八 누가 遺産相續人으로 되는가392

第百六十九 遺産相續人은 被相續人의 모든 財産上의 權利·義
務를 承繼하는가395

第百七十 遺産相續人이 二人 이상이면 相續財産은 共有에 속하
는가.....396

第百七十一 遺産相續人이 二人 이상 있으면 各自의 相續分은 어
떠한가.....397

第百七十二 遺産分割의 方法은 어떠한가398

第百七十三 相續人은 相續할 義務가 있는가398

第百七十四 相續債權者 또는 相續人의 債權者는 相續으로 발생
하는 損失을 회피할 수 없는가399

第百七十五 相續人이 不分明한 境遇에는 어떻게 해야 하는가.....400

66 목 차

第百七十六 遺言으로 어떠한 것을 정할 수 있는가.....400
第百七十七 遺言에는 一定한 方式이 있는가401
第百七十八 遺言의 效力은 어떠한가402
第百七十九 遺言을 取消할 수 있는가402
第百八十 遺留分을 認定하는가403

第二編 商 法

第一章 總 則

第百八十一 商號에 관한 慣習은 어떠한가407
第百八十二 商業帳簿에 관한 慣習은 어떠한가407
第百八十三 商業使用人에 관한 慣習은 어떠한가.....408
第百八十四 代理商에 관한 慣習은 어떠한가409

第二章 會 社

第百八十五 會社에 관한 慣習은 어떠한가410

第三章 商 行 爲

第百八十六 商人이 契約의 請約을 받고서 즉시 承諾與否를 通知
하지 않으면 承諾한 것으로 看做되지 않는가.....412
第百八十七 商人이 金錢을 貸借 또는 代納하였을 때 利子를 請
求할 權利가 있는가413
第百八十八 相互計算에 관한 慣習은 어떠한가414
第百八十九 匿名組合에 관한 慣習이 있는가414
第百九十 仲介業에 관한 慣習이 있는가415
第百九十一 委託賣買에 관한 慣習은 어떠한가418

第百九十二 運送人에 관한 慣習은 어떠한가419
第百九十三 物品運送에 관한 慣習은 어떠한가419
第百九十四 旅客運送에 관한 慣習은 어떠한가420
第百九十五 寄託物에 대한 慣習은 어떠한가421
第百九十六 倉庫業에 관한 慣習은 어떠한가421

第四章 어 음

第百九十七 어음에 관한 慣習이 있는가423

第五章 海 商

第百九十八 船舶登記와 國籍證書가 있는가430
第百九十九 船舶所有者의 責任은 어떠한가430
第二百 船舶共有에 관한 慣習이 있는가434
第二百一 船舶賃貸借에 관한 慣習이 있는가434
第二百二 船長에 관한 慣習은 어떠한가435
第二百三 海員에 관한 慣習은 어떠한가436
第二百四 海運에 관한 慣習은 어떠한가437
第二百五 海損에 관한 慣習이 있는가439
第二百六 船舶債權者에 관한 慣習이 있는가439

附錄 親族範圍圖 / 441

第一編 民 法

第一章	總	則
第二章	物	權
第三章	債	權
第四章	親	族
第五章	相	續

第一章 總 則

第一 胎兒의 權利를 인정하는가

예컨대 胎兒의 相續權을 인정하는가.

조선의 법제에는 일찌기 태아의 보호에 관한 규정을 두었다. 그렇지만 태아를 권리주체로 인정한 규정은 없다. 그런데 실제로는 상속과 유증에 대해 특별히 태아의 이익을 보호하는 풍습이 있어 결과적으로는 태아의 권리능력을 인정한 것과 거의 다를 바가 없다. 그렇지만 일본민법과 서양국가들의 법률규정과 같이 태아를 이미 출생한 것으로 간주하여 그 회태중에 소급하여 권리의 향유를 인정한 것으로 해석할 수 없는 듯하다. 아래에서는 태아의 보호에 관한 법령의 규정과 함께 상속과 유증의 경우에 태아의 지위를 서술하고 또 損害賠償請求權[要償權]에 대한 태아의 지위를 언급하고자 한다.

1. 胎兒의 保護에 관한 規定

조선 법령에는 태아의 보호에 관하여 겨우 낙태[墮胎]를 처벌하는 것과 妊婦에 대한 審決과 行刑을 제한하는 규정만 있다. 成宗 2年(1472, 辛卯年)에 완성된 『經國大典(辛卯大典)』 「刑典」 用律條에 “大明律을 쓴다”¹⁾라고 규정하였다. 『大明律』은 조선에서 형법의 일부로 시행되었다.

『大明律』 「刑律」 斷獄編 婦人犯罪條에는 다음의 규정이 있다.

1) 用大明律

임산부가 죄를 지어 拷問을 해야 하면 前條와 같이(本夫에게 准受하고 본부가 없으면 유복친이나 나 이웃[切隣]을 保人) 保人에게 准受하였다가 産後 100日을 기다려 고문한다. 산전에 고문하여 이 때문에 낙태를 하면 關傷例에서 3등을 내려 처벌하고 (임산부가) 죽으면 杖 100 徒 3년으로 처벌한다. 死罪를 지으면 간병여인을 보내 보살피게 한 후 산후 100일이 지나 行刑하고 만약 산전에 집행하면 杖 80으로 처벌한다.²⁾

또 조선 英祖 20年(1744)에 완성된 『續大典』 「刑典」 用律條에도 “경국대전에 따라 大明律을 쓴다. 경국대전과 속대전에 해당하는 律이 있으면 二典에 따른다”³⁾라고 규정하여 大明律을 적용할 것과 經國大典과 續大典의 특별규정이 있으면 이에 따를 것을 분명히 했다. 『續大典』 「刑典」에는 다음의 규정이 있다.

임산부는 70세의 예에 따라 형의 소추를 면제하고 돈으로 대신한다 (大明律 名例律 老小廢疾收贖條 : 무릇 70세 이상과 15세 이하자와 폐질자의 流刑 이하의 범 죄는 돈으로 대신한다). <推斷條>

무릇 간범 가운데 秋分을 기다리지 않고 사형을 집행해야 할 범인이 임신을 하였으면 출산후에 집행한다. 궁녀가 외부인과 간통한 자는 남녀 모두 秋分을 기다리지 않고 사형에 처한다 [임신을 하였으면 출산을 기다려 집행하나]. <姦犯條>⁴⁾

이러한 규정은 正祖 9年(1785)에 편찬한 『大典通編』, 高宗 2年(1865)에 편찬한 『大典會通』 등에서도 개정되지 않고, 光武 9年(1905) 『刑法大全』을 시행할 때까지 그 효력을 유지하였다.

그리고 『刑法大全』에는 다음의 규정이 있다.

- 2) 若婦人懷孕犯罪 應拷決者 依上(責付本夫收管 如無夫者 責付有服親屬 隣里保管)保管 皆待産後一百日拷決 若未産而拷決 因而墮胎者 官吏減凡關傷罪 三等 致死者 杖一百 徒三年 ○若犯罪聽令穩婆入禁看視 亦聽産後百日乃行刑 未産而決者 杖八十
- 3) 依大典 用大明律 而大典續大典 有當律者 從二典
- 4) 孕胎女 依年七十例 除刑推收贖(『大明律』 「名例律」 老小廢疾收贖條 : 凡年七十以上 十五以下 及廢疾犯罪流罪以下 收贖) (推斷條) 凡姦犯律應不待時者 懷孕乃待産行刑 ○宮女通姦外人者 男女皆不待時斬[懷孕者 亦待産行刑 而不用産後百日之例] (姦犯條)

第 103 條 死刑에 處할 婦女가 懷孕한 時는 分娩後 100 日을 待하여 執刑함이라

第 533 條 墮胎한 者는 左開 아래 에 依하여 處호대 因하여 孕婦를 死에 致한 境遇에는 懲役 5 年에 處함이라.

一. 孕婦를 毆打하여 墮胎한 者는 懲役 2 年이며 90 日未滿에는 笞 一百

二. 孕婦를 威逼하여 墮胎한 者는 懲役 1 年이며 90 日未滿에는 笞 八十

三. 孕婦 혹은 夫가 그 祖父母의 請囑을 聽하여 藥物 혹은 其他 方法을 施하여 墮胎한 者는 懲役 10 個月이며 90 日未滿에는 笞 七十

四. 奸夫가 藥物 혹은 其他 方法을 施하여 姦婦의 胎를 墮한 者는 懲役 3 年

五. 1 項, 2 項, 3 項의 行爲로 親屬이 犯한 境遇에는 第 64 條 親屬 等級에 依하여 遞加遞減함이라(隆熙 2 年(1908) 法律 第 19 號로 改正)

이러한 규정은 직접 또는 간접으로 태아를 보호한 것이지만, 태아의 권리능력과는 아무런 관계가 없다.

2. 相續과 遺贈에 대한 胎兒의 地位

(1) 相續에 대한 胎兒의 地位

조선의 상속에는 祭祀相續·財産相續·戶主相續의 구별이 있어 함께 이루어지기도 하고 개별로 이루어지기도 하므로 경우를 나누어 서술한다.

제사상속은 조상의 제사자인 지위를 승계하는 것으로 제사자가 되는 것을 奉祀라 한다. 제사승계의 경우에도 이 용어를 쓴다. 그리고 봉사자로 될 수 있는 자는 남자에 한정하고 여자는 될 수 없다. 그래서 피상속인에게 남자손이 없을 때는 남자를 양자(조선에서는 사후 양자를 인정한다)로 삼아 이를 봉사자로 하는 관례가 있다. 만약 피상속인 또는 그 장자에

게 遺腹의 胎兒가 있는 것이 분명할 때는 양자를 들이지 않고 태아의 출생을 기다린다. 지방, 대개 서울 이남에서 특히 그러하다(태아가 흡족할 때에는 봉사자로 되고 여자인). 그러나 한편으로는 사람이 죽은 때에 상주를 두는 습속이 있다. 이는 『禮記』 「喪大記」에 이른바 ‘主人’으로 “상에는 후사가 없을 수 있으나, 주인은 없을 수 없다”⁵⁾와 『家禮』 「立喪主」의 註에 “무릇 主人은 장자를 일컬으며 장자가 없으면 장손이 이어 奠을 바친다”⁶⁾라는 내용이 있다. 즉 여자는 상주로 될 수 없고 또 태아가 상주로 되는 것을 인정할 수 없어서 死者에게 남자손이 없으면 상주를 세울 필요상 태아의 출생을 기다리지 않고 곧바로 양자를 세우는 것 또한 일반관례에 없지 아니하다. 그런데 이 관습은 주로 平安, 咸鏡, 江原道 등의 일부지방(예컨대 平壤, 龍川, 江界, 慶興, 金城 등지)에서 행하여졌다. 다른 지방에서는 死者의 妻가 상주의 일을 대행하거나 또는 임시로 상주가 되어야 할 자를 정하는 예도 있다(死者의 子行列에 있는 男系傍族中의 男子를 선정한다). 특히 入養을 하는 것은 아주 드물고, 또 입양후 태아가 출생한 경우에는 『續大典』 「禮典」 奉祀條에는 “무릇 자식이 없어 양자를 들인 자는 이미 신청을 하여 허락을 받았으므로 비록 혹 아들이 태어나더라도 마땅히 둘째 아들이 되어야 하고 양자로써 봉사자를 삼는다”⁷⁾라고 규정하여 종전에는 입양을 함에 禮曹(후에 掌禮院으로 바뀜)에 청원하여 허가를 받아야 하는 제도이었다. 일단 허가를 받아 양자를 선정한 이상 가령 남아가 출생하더라도 양자를 봉사자로 삼고 親生子는 둘째 아들로 삼아야 한다는 法意이다. 그런데 이 규정은 생전양자에 대한 것이라고 하더라도 사후양자에 대해서도 본래부터 이 준칙에 따라야 하는 것으로, 실제 관행에서도 많은 지방에서 일단 入養(상주를 세우기 위한 양자, 인가를 묻지 않고)을 한 후에는 가령 남자가 출생하여도 그를 봉사자로 하는 것이 아니고 장성하여 분가시키는 것을 통례로 한다(태아가 있음을 알지 못하고 입양을 한 경우도 또한 같다). 다만 하류사회에서는 친생자가 출생한 후 양자를 파양하고 친생자를 봉사자로 삼는

5) 喪有無後 無無主

6) 凡主人謂長子 無則長孫承重奉饋奠

7) 凡無子立後者 卽已呈出立案 雖或生子當爲第二子 以立後者奉祀

예는 드물다. 그러나 龍川, 慶興 등지에서는 친생자가 출생하면 양자를 파양하는 것이 보통이라고 말한다(이러한 지방에서는 단순히 상주를 세우기 위해 입양하는 것에 지나지 않으므로 친생자가 출생한 때에는 양자를 파양하고 친생자로 봉사자를 삼는다. 만약 친생자가 사망하거나 [死産한 경우도 물론이다] 여아이면 양자를 파양하지 않는다).

財産相續은 死者의 遺産을 승계하는 것으로 祭祀相續과 함께 이루어지기도 하고 또 단독으로 이루어지기도 한다. 제사상속과 함께 이루어지는 재산상속에는 長子孫이 봉사자로서 父祖의 유산을 상속하는 것과 衆子孫이 父祖의 유산을 분배하여 받는 것이 있다. 그런데 장자손의 유산승계는 제사승계에 수반하는 것으로서, 제사승계에 대해 태아의 출산을 기다리지 않고 바로 입양을 하는 경우에는 태아는 출생후 양자를 파양하면 유산을 승계하는 것이다. 그렇지만 양자를 파양하지 않을 때에는 다만 衆子로서 유산을 분배받는 것에 지나지 않는다. 또 제사상속에 대해 태아의 출생을 기다리는 경우에는 피상속인의 母 또는 妻가 그 유산을 일시승계하고 태아가 출생한 다음 유산을 승계시키는 것이다. 실제로는 피상속인은 祖母 또는 母이나 관념상으로는 곧바로 父祖의 유산을 승계하는 것으로 된다(양자를 파양하면 세대로부터 제외하여 衆子는 곧바로 그 父를 상속하는 것으로 하여 재산의 승계에 대해서도 같은 관념이 있다. 그렇지만 양자가 파양전 유산에 대해서 한 행위는 본래 그 효력을 방해받지 않는다).

다음에 衆子에 대한 유산의 분배에 대해서는 晝태중의 자는 참여하지 않고 출생후에 그 상속분을 받는 것을 예로 한다(태아가 있는 것이 분명하면 출생할 경우를 예상하여 상속분을 정한다). 또 단독으로 이루어지는 재산상속은 보통 봉사자가 아닌 자가 사망한 경우에 생긴다. 그래서 피상속인 또는 그 장자에게 태아가 있으면 기혼남이 사망한 경우에만 있을 뿐이다. 그렇지만 이 경우의 재산상속은 제사상속과 함께 이루어지는 재산상속과 완전히 그 관념과 관례를 같이 하는 것이므로 다시 설명하지 않는다. 또 봉사자가 사망한 경우에도 제사승계인이 없기 때문에 그 母·妻 등이 일시 그 유산만을 승계하는 경우도 있다. 그렇지만 이 경우에 만약 태아가 있으면 그 출생후 제사승계와 함께 유산을 승계하는 것은 상술한 바와 같다.

호주상속은 호주인 지위를 승계하는 것으로 통상 제사상속에 수반하여 이루어지며 봉사자는 동시에 호주로 되는 것이다. 그러므로 제사상속에 대해서는 봉사자이어야 할 자가 없음에도 불구하고 양자를

들이지 않고서 태아의 출생을 기다리는 관례가 많음은 既述한 바와 같다. 그렇지만 이 경우에는 피상속인의 모 또는 처가 일시 호주로 되는 것이 상례이며 태아의 출생을 기다리지 않는다(戶主相續의 開始原因)。(第 158 問) 참조.

(2) 遺贈에 대한 胎兒의 地位

태아에 대한 유증은 그 예가 많지 않지만 전혀 없는 것은 아니다. 受遺者가 태아이면 그 출생을 기다려 유산을 상속한 자가 유언에 따라 그것을 분여하는 것이 상례이다. 유언은 유언자의 사망과 동시에 효력이 발생하지만, 수유자인 태아가 유증재산을 취득함은 항상 그 출생 후에 있다.

3. 損害賠償請求權에 대한 胎兒의 地位

일본민법과 서양국가의 법률에는 손해배상청구권[要償權]에 대해 태아를 이미 출생한 것으로 간주하는 규정이 있다. 예를 들면 子の 회임중에 父가 살해된 경우 등에는, 태아는 출생후에 가해자에 대해서 이 때문에 받은 재산상 그리고 재산이외의 손해를 배상받을 수 있다. 그렇지만 조선에서는 이와 같은 경우에 손해배상의 청구를 인정하지 않았다(재산상 받고 개인적으로 화해하는 예는 아주 없는). 옛날의 습속에는 피해자의 妻 등 친족이 복수하는 것이 보통이었다. 그 복수를 하지 못한 경우에는 태아가 출생하여 성장한 후에 원수를 갚는 것이라고 한다. 그리고 法制에도 복수를 관용하는 경향이 있다.

즉 『大明律』 「刑律」 鬪毆編 父祖被毆條에 “조부모·부모를 타인이 살해한 경우에 자손이 가해자를 임의로 살해하면 杖 60으로 처벌하고 즉시 살해하면 처벌하지 않는다”⁸⁾고 규정하고 있다. 『續大典』 「刑典」 殺獄條에는 아래의 규정이 있다.

아버지가 살해되어 재판이 시작되었는데 그 결과를 기다리지 않고 살

8) 若祖父母·父母爲人所殺 而子孫擅殺行兇人者 杖六十 其即時殺死者 勿論

인자를 임의로 죽인 자는 사형을 감경하여 귀양을 보낸다[아버지가 살해되어 살인자와 私和하여 장례비용을 받은 후, 시일이 되어 관에 신고하지 않고 살인자와 私和하여 장례비용을 받은 후, 시일이 지나 살인자를 임의로 죽이면 복수율을 적용하지 않고 私和條[『大明律』「刑律」雜犯編 私和公事條 '무릇 공사를 私和한 자는 犯人の 죄에서 2등을 감경하여 처벌하되 최고笞50으로 처벌한다]를 적용하여 杖100徒3年으로 처벌한다. ○아버지가 사람과 싸우다가 상처를 입어 60일이 지나 사망하였고 이에 그 자녀와 아내가 가해자를 임의로 죽인 경우에는 『大明律附例』 '신체를 분지르거나 뼈게 하여 20일의 기한을 더하는 예'에 의한다. 그 자식에게는 다만 擅殺本律을 적용하고 부녀를 분간한다.]

○아내가 남편의, 母가 자식의 복수를 위해 원수를 임의로 살해한 경우에는 자손이 임의로 흉악인을 살해한 율에 따라 杖60으로 처벌한다.⁹⁾

『刑法大全』에도 다음의 규정이 있다.

第493條 祖父母 父母나 夫나 夫의 祖父母 父母나 兄弟 或 子孫이 被殺한 境遇에 行兇人을 殺死한 자는 左開에 依하여 處함이라
一 登時<即時>殺死한 者는 勿論이며 非登時殺死한 者는 笞六十
二 成獄한 後에 究覈을 不待하고 擅殺한 者는 懲役十年(隆熙 3年(1909) 法律 第19號로

“本律에 依하여 三等을 減함이라 但 登時殺死하는 者는 勿論함이라”으로 개정함, 『刑法大全』 第173條, 第174條 [모두 隆熙二年(1908) 法律 第19號로 삭제] 참조

이러한 규정으로써 그 대강을 볼 수 있다.

근래 이래 복수의 습속은 점차 흔적을 거두고 있다. 그렇지만 지금도 이와 같은 경우에는 要償하는 예는 거의 들어보지 못한 것으로, 원수의 재물을 받는 것을 떳떳하게 여기지 않은 관념이 일반의 뇌리에 존재하고 있는 듯하다.

第二 成年의 規定이 있는가

만약 規定이 있다면 그 效力은 어떠한가. 예컨대 行政上의 性質을 갖는가, 民法上의 性質을 갖는가. 만약 行政上의 性質을 갖는다면 兵役上의 必要 때문인가, 또는 公法上의 義務에 관하여 必要가 있어 그것을 정한 것인가. 民法上의 性質을 갖는다

9) 其父被殺成獄 不待究覈 擅殺其讐人者 減死定配[其父被殺不告官 與讐人私和 受其葬需·日久而後 擅殺復讐者 勿用 復讐律 用私和律[『大明律』「刑律」雜犯編 私和公事條：凡私和公事者 減犯人罪二等罪 止笞五十] 杖一百徒三年 ○其父與人鬪 而被咬腐傷致死於六十日之後 其子女與婦 擅殺其讐人者 依『大明律附例』 折跌肢體加限二十日之例 其子只用擅殺本律 其婦女分揀] ○妻復夫讐 母復子讐 擅殺其讐人者 依子孫擅殺行兇人律 杖六十

면 未成年者는 契約 등 法律行爲는 할 수 없는가, 만약 이러한 行爲를 한다면 그 效力은 어떠한가. 또 未成年者에게 後見人을 붙일 必要는 없는가(後見人(第146問) 이하 참조).

조선의 과거의 법률에는 행위능력에 대한 일반규정은 없고 開國 504年(1895) 法部令 第3號 「民刑事訴訟에 관한 規程」 第2條에 “未成年者은 卽 二十歲 以下니 護後人이 有한 境遇에는 護後人이오 護後人이 無한 境遇에는 親戚中의 成年한 者로 代訴하게 함이 可흠 (隆熙 3年(1909) 法律) ”이라고 있지만 실제에는 거의 실행되지 않았다. 오늘날에도 아직도 성년에 관한 일반규정은 없다. 그래서 고래로 남자는 冠禮를 하고 여자는 笄禮를 하는 풍습이 있어 관례나 계례를 한 자를 成人이라고 하여 아동과 구별하였다. 이 풍습에서 미루어보면 관·계례를 한 자는 行爲能力者로 인정해야 될 것이다. 그렇지만 후술하는 바와 같이 세속이 무冠을 닦아 하여 연령의 定限을 지키는 자가 거의 없고, 또 장년이 되어도 관례를 하지 않는 자가 있기 때문에 관례의 여부는 반드시 행위능력의 유무를 구별하는 기준이 될 수 없다. 또 한편, 남자는 일정연령이 되면 號牌를 차야 하는 제도가 있다. 그 연령은 兵役義務의 開始年(丁年)이고 아울러 공법상 성년의 표준이었지만 십수년전에 폐지되었다. 아래에 이와 같은 습속과 함께 제도를 약술하고 또 행위능력에 관한 관습의 대강을 기술하기로 한다.

1. 冠禮와 笄禮

관례는 곧 元服의 禮로 남자가 자라서 상당한 연령에 이르면 이에 加冠의 禮를 베풀어 성인의 반열에 참입시킨다. 그리하여 『禮記』 「曲禮」에는 “20세를 弱이라 하고 冠을 한다, 20세에 冠을 쓴 후 字를 붙인다”¹⁾라고 기록하여 20세로 加冠의 연령을 삼았다. 그러나 『家禮』에는 아래의 내용이 있다.

1) 二十日弱冠 二十冠而字

남자 나이가 15세에서 20세이면 모두 冠禮를 할 수 있다[司馬溫公이 이르기를 '옛날에 20세에 관례를 하는 것은 모두 成人이 되는 책임을 지우는 禮인 까닭이다. 대개 장차 다른 사람의 자식이 되고, 제자가 되고, 신하가 되고, 젊은이가 되어 타인에게 행하는 책임을 지우는 것이다. 그러므로 그 禮는 신중하지 않을 수 없다. 근래에 인정이 경박하여 10세가 넘어 총각이 드물다. 저들이 위 네 행동의 책임을 지우는 것을 어찌 알겠는가! 때때로 유아에서 청년까지 어리석은 이나 뛰어난 이가 한결같으니 이는 성인이 되는 도를 모르는 까닭이다. 지금 비록 급히 바꿀 수는 없으니 우선 15세 이상인] 2)자로 孝經과 論語에 능통하고 禮義를 조금 안 이후에 관례를 하는 것이 좋다.]

이러한 내용에서 이전에 이미 早冠의 弊가 있었다는 것을 볼 수 있다.

조선에서도 무릇 100년전까지는 15세 이상이 되면 약혼을 한 후에 비로소 冠禮를 하는 慣例가 있었다. 그렇지만 차츰 早冠의 풍속이 생겨나 資力이 있는 집의 子弟는 10세가 넘으면 대개 모두 冠을 하고 가난하여 혼인을 하지 못한 자는 壯年이 되어도 오히려 冠을 하지 못한 자가 있었다. 그리고 관례를 하는 시기는 혼례를 올리기 2~3개월전에 하는 것이 보통이었다.

冠禮의 의식은 『家禮』에 따르면 다음과 같다.

(관례일) 사흘전에 주인은 사당에 고한다. 주례자를 삼가 모신다. 하루 전에 주례자에게 알리고 관례를 할 장소를 마련한다. 관례일 새벽에 일찍 일어나 冠服을 갖춘다. 主人 등은 차례로 선다. 주례자가 도착하면 주인은 맞아들여 방으로 들어간다. 이에 주례자는 관례를 할 자에게 절을 하고 자리에 나간다. 冠巾을 씌우면 冠者는 방으로 가서 深衣를 입고 신을 신고 나온다. 다음 모자를 씌우고 검은 적삼을 입고 허리띠를 차고 신을 신는다. 그 다음 복두를 씌우고 公服을 입고 허리띠를 하고 신을 신고 笏을 잡거나 또는 欄衫을 입고 신을 신는다. 이에 제사를 지내고 주례자는 冠者에게 字를 준다. 나와서 자리로 간다. 주인은 冠者를 사당에 참배하게 한다. 冠者는 존장에게 인사를 하고 주례자에게 禮를 베푼다. 冠者는 마지막으로 동리에 가서 고을 어른과 아버지의 벗들에게 인

2) 男子年十五至二十 階冠[司馬溫公曰 古者 二十而冠 皆所以責成人之禮 蓋將責爲人子爲人弟爲人臣爲人少子之行於其人 故其禮不可以不重也 近世以來 人情輕薄 過十歲而總角者少矣 彼責以四者之行 豈知之哉 往往自幼至長 愚駿者一 由不知成人之道故也 今雖未能遽革 且自十五以上 俟其能通孝經論語 粗知禮義然後 冠之其亦可也]

사를 한다.³⁾

실제에서도 이를 모범으로 하였다. 그리고 『家禮』를 祖述增補한 『四禮便覽』은 가장 널리 참고된 책이다. 아래에 실제로 거행된 의식의 개략을 기술하기로 한다.

미리 吉日을 점쳐 관례일을 정하고 그 사흘전에 主人(호주인 祖父, 父나 兄 또는 이러한 자가 없으면 伯叔父)이 사당(조상의 제단)에 올라가 告辭를 낭독하는데 그 내용은 “아무의 아들 아무개는 이미 장성하여 아무 달 아무 날에 머리에 관을 씌우고자 하오니 삼가 술과 과일로 거듭 경건하고 엄숙하게 고하옵니다”⁴⁾이다. 당일에는 冠과 옷, 띠, 신 기타의 부속도구를 진열한다. 그리고 친척과 賓客을 모아 친척중의 한 사람(習禮者: 즉 의식을 잘 아는 사람)을 선정하여 인도자로 삼고 또 賓客중의 한 사람(고귀하고 부유하며 자식이 많은 자)을 선정하여 主禮者[僕]로 삼아 자리를 정하면 인도자[贊者]가 일어서서 冠者의 머리를 묶어 網巾(망건: 머리카락이 흩어지는 것을 막기 위해 쓰는 그물모양의 끈)을 씌운다. 이에 관자는 방에 들어가 深衣(넓은 소매의 긴 옷)⁵⁾를 입고 大帶⁶⁾를 매고 신⁷⁾을 신고 나와서 자리

3) 前期三日 主人告于祠堂 戒賓 前一日宿賓陳設 厥明夙興 陳冠服 主人以下序立 賓至主人迎入升堂 賓揖將冠者就席 爲加冠巾 冠者適房 服深衣納履出 再加帽子 服(衫革帶繫鞋 三加幘頭公服革帶 納靴執笏 若襪衫納靴 乃醮 賓字冠者 出就次 主人以冠者于祠堂 冠者見于尊長 乃禮賓 冠者遂出 見于鄉先生及父之執友

4) 某之子 某年既長成 將以某月某日 加冠於其者 謹以酒果用 伸虔告謹告

5) 심의: 흰색을 쓰며 가는 베로 깃을 다는데 맑은 회색으로 한다. 베의 폭은 2자 2치(指尺을 쓴다)이다. 후에는 대개 베의 전폭자는 이와 비슷하다. 옷은 베 두필을 쓰는데, 각각 길이는 4尺 6寸이다. 가운데를 굽혀 아래로 내리운다. 앞뒤 모두 4폭인데 양어깨 위와 중간의 굽은 곳에 각각 3치를 마름질하여 넣고, 마름질한 곳을 제외한 나머지는 각 1치이며 양어깨 위에서 마름질하여 넣는데 합이 4치이다. 마름질하여 넣은 곳에서 앞을 향하여 반대로 접어서 옷 아래에 이르면 끈 잘라버리고 그 곳에 깃을 단다(用白細布緞 濯灰治爲之 布廣二尺二寸 後凡言布帛廣全幅者倣此 衣用布二巾 各長四尺六寸 中屈下垂 前後共爲四幅兩肩中屈處 各裁入三寸 縫合背後直縫 除縫餘兩邊各一寸則 兩肩上裁入 合爲四寸 自裁入處向前反摺至衣下 即剪去之 以備綴領).

6) 대대: 흰색을 쓰며 폭은 네치인데 두치의 비단을 붙일 수 있다. 길이는 허리를 둘러 앞에서 묶고 두번 매듭을 지워 고리 둘을 만들고 나머지를 늘어뜨려 끈으로 하는데 아래는 치마와 가치런해야 한다. 검은 비단으로 끈의 양쪽과 끝을 걸과 속을 각각 반치로 장식한다. 大夫는 양고리를 두른다(用白 夾廣四寸 許繪縫之爲廣二寸 長圍腰而結於前 再綴之爲兩耳 乃垂其餘爲紳 下與裳齊 以黑緇飾其紳兩傍及下 表裏各半寸 大夫則兩耳 亦緣之).

7) 履: 검은 비단이나 베를 쓴다. 배지를 재료로 한다. 또 두개의 흰 띠나 길이가 2자 남짓한 끈을 쓴다. 신의 뒤꿈치 부분을 가로로 묶어 또 앞부분에 끈으로 묶어 신고 장식을 만들고 꿰어서 통하여 묶는다(用黑緇或白布 精紙爲材 又用二白帶 或組長二尺餘 橫綴於履後跟 又於履頭以條爲絢 而受繫穿貫).

로 간다. 주례자는 “좋은 날에 비로소 관례를 하니 네 어린 뜻을 버리고 덕을 순조롭게 이루며 오래 살기를 큰 복으로 비노라”⁸⁾ 라는 축사를 하고, 이를 마치면 인도자가 緇布冠⁹⁾을 받치면 주례자는 그 갓을 받아서 冠者의 머리에 씌운다. 이를 始加冠이라고 한다. 시가관이 끝나면 관자는 다시 방에 들어가 단衫¹⁰⁾을 입고 허리끈을 매고 신을 신고 나가서 자리에 가면 주례자는 다시 축사를 낭독한다. “좋은 달 아름다운 날에 네 옷을 펴니 威儀를 삼가하고 네 덕을 맑게 하며 오래도록 살며 아름다운 복을 누릴지어다”¹¹⁾ 라는 축사를 마치면 인도자는 幅巾¹²⁾을 받치며 주례자가 받아서 冠者의 머리에 씌운다. 이를 再加冠이라고 한다. 재가관이 끝나면 관자는 다시 방에 들어가서 欄衫¹³⁾을 입고 條帶¹⁴⁾를 묶고 신(禮靴)을 신고 나가서 자리에 가면 주례자는 축

8) 吉月令日 始加元服 棄爾幼志 順爾成德 壽孝維祺 以介景福

9) 치포관: 古代儀式의 五梁冠으로 가로로 비너를 짜른다. “뚜꺼운 풀먹인 종이를 재료로 한다. 긴 끈 하나를 마름질하여 武로 하는데, 武의 높이는 1寸 가량이고, 길이는 1尺 4寸 가량이다(指尺). 이를 둥글게 하여 양 끝을 묶는다. 또 길이 8寸 가량의 끈을 주름잡아 五梁을 만든다. 그 방법은 한쪽에 6分 6釐 정도를 남겨두고 중간에 8分씩 접어 梁을 만드는데, 이와 같이 다섯번 하면 또 6分 6釐의 나머지가 있다. 이를 접어서 쌓으면 너비가 4寸이다. 五梁의 정상 앞뒤는 아래로 武의 붙이고, 그 양 끝의 각 半寸은 밖에서 안으로 향하여 武의 안쪽에 붙인다. 그러면 武의 좌우는 각 너비가 3寸이고, 앞뒤는 각 너비가 4寸이다. 武의 양 가장자리와 중앙의 각 半寸 위에 구멍을 뚫어 비너를 짜르게 한다. 五梁을 주름잡아 武에 씌어 꿰매고, 모두 좌로 향하게 한다. 검은 칠을 하거나 烏紗를 쓰고 위에 검은 칠을 한다”(用厚紙糊爲材 裁爲一長條爲武 武高寸許長一尺四寸許 環之聯其兩端 又用一條方八寸許 疊積爲五梁 其法從一旁 計六分六釐有奇之外 又中摺八分梁 如是者凡五 所餘又爲六分六釐有奇 疊積之則爲廣四寸 跨頂前後下著於武外 屈其兩端各半寸 自外向內 黏於武之內 則武左右各廣三寸 前後各廣四寸 武之兩旁中央各半寸之上 爲竅以受笄 冠五梁疊積縫 皆向左 而黑漆之 或用烏紗加漆爲之).

10) 조삼: 지금의 黑團領과 같은 것으로 무릇 겹게 물들인 옷옷이면 모두 쓸 수 있다. 또 지금의 도포류는 비록 검은색이 아니라도 푸르게 물들인 것으로 대신할 수 있다(如今黑團領 凡上衣之染黑者 皆可用 又今卽道布之類 雖非染黑 染青者亦可代用).

11) 吉月令日 乃申爾服 謹爾威儀 淑慎爾德 眉壽永年 享受遐福

12) 복건: 검은 비단 6尺 가량을 쓴다. 중앙을 접어 오른쪽은 가로로 깎을 하고, 왼쪽은 반대로 접는다. 깎에서 4, 5寸 사이에 비스듬히 바느질하여 왼쪽을 향해 둥글게 하여 아래로 내린다. 왼쪽을 따라 두 끝에 닿기를 반복한다. 바느질하고 남은 비단은 속을 향하여 깎을 만드는데, 이마 부분을 앞으로 싸서 두 귀밑머리에 닿게 한다. 곁은 각각 너비 4寸 길이 2尺의 끈으로 묶는다. 巾에서 바깥을 향해 이마를 거쳐 뒤에서 서로 묶어 늘어뜨린다(用黑緇六尺許 中屈之 右邊就屈處爲橫領 左邊反屈之 自領左四五寸間斜縫向左 圓曲而下遂循左邊 至于兩末復反 所縫餘繪使之向裏以帽當額前髮之至兩鬢旁各綴一帶廣二寸長二尺自巾 外過頂後相結而垂之).

13) 난삼: 남색이나 옥색의 비단이다 베를 쓴다. 團領과 같으나 다만 傍耳는 한 장이고 소매가 없다(用藍緇或玉色絹布爲材 如團領 而但傍耳一葉無袪).

14) 조대: 땅은 큰 띠를 쓴다. 서로 땅은 것은 5색실을 써서 너비 3分이나 푸른 작은 끈을 쓴다. 길이는 중앙을 접어서 그 끝을 늘어뜨려 紳과 가지런하면 된다(用以約結大帶 相結處者用五色絲 織成廣三分 或用青小組爲之 長可中屈 而垂其兩末與紳齊).

사를 낭독하는데, 그 내용은 “해의 바름과 달의 아름다움으로 모두
 네게 옷을 입히니 형제가 모두 살아서 그 덕을 이루며 늙어서 오래도
 록 하늘의 경사를 받을지어다”¹⁵⁾이다. 인도자가 모자(草笠 즉 풀로 만든 조선의 모자)를
 받치면 주례자는 받아서 관자의 머리에 씌우는 것은 앞과 같다. 이를
 三加冠이라고 한다. 세차례의 가관을 마치면 醮禮를 지내는데 인도자
 는 술을 따르고 주례자는 관자의 앞에 가서 축사를 낭독한다. 그 내
 용은 “좋은 술이 맑으니 기꺼이 아름다운 자네를 올리도다. 절을 받
 고 제사를 지내 너의 상스러움을 정하노니 하늘의 아름다움을 이어
 받아 오래 살며 잊지 말지어다”¹⁶⁾이다. 이에 관자는 앞으로 나가 무
 릎을 꿇고 왼손으로 술잔을 잡고 오른손으로 脯醢脯醢를 잡아 술잔을
 기울여 술을 땅에 조금 부은 후 물러나 곧 무릎을 꿇고 술을 입에
 댄 후 남쪽을 향하여 절을 하며 주례자는 동쪽을 보고 답례를 한다.
 관자는 인도자에게 절을 하고 인도자는 동쪽을 향하여 답배한다. 다
 음 授字式을 거행하는데 주례자가 관자의 字를 지어 “예를 모두 갖
 춘 아름다운 날에 네 字를 밝히니 네 字는 매우 아름답구나 뛰어난
 선비가 할 바를 마땅히 크게 할 것이니 영원히 받아 지킬지어다”¹⁷⁾
 라는 축사를 낭독한다. 관자는 “저는 비록 뛰어나지 않으나 감히 아
 침 저녁으로 공경하고 받들지 않겠습니까”¹⁸⁾라는 축사를 낭독한다.
 이에 관자는 사당에 가서 향을 피우고 술을 받친다. 主人은 “아무의
 아들 아무가 오늘 관례를 하였기에 감히 알현하옵니다”¹⁹⁾라는 고사
 를 낭독하면 관자는 조상의 神主에 절을 하고 물러나서 차례로 친척
 에게 절을 하고 빈객들에게 절을 한다. 이로써 관례가 끝난다.

그렇지만 이는 오직 중류 이상의 집에서 거행된 것이고, 하류의 가
 난한 자들은 관을 씌우고 존장에게 인사한 것에 지나지 않는다고 한
 다. 그런데 관례를 한 자는 늘 머리를 묶어 갓(조선의 모자로 笄年 者는 초립을 쓴다)을 써서

15) 以歲之正 以月之分 咸加爾服 兄弟俱在 以成厥德 黃耇無疆 受天之慶

16) 旨酒既清 嘉薦令芳 拜受祭之 以定爾祥 承天之休 壽考不忘

17) 禮儀既備 令月吉日 昭告爾字 爰字孔嘉 髦士攸宜 宜之于嘏 永受保之

18) 某雖不敏 敢不夙夜祗奉

19) 某之子 某 今日冠畢 敢見

未冠者^(소위 총각)와 구별하는 관례가 있다. 이도 근래에 단발을 하는 자가 많아서 머리를 묶어서 다만 갓만 썼고 중류이상은 宥巾^(방건: 갓갓 아래에 쓰는 것으로 탈제품으로 만든다)을 썼다.

笄禮는 남자의 冠禮에 해당하는 것으로 여자에게 비녀[笄]를 하는 예이다. 『禮記』 「曲禮」에 “여자가 혼인할 것이면 비녀를 꽂고 字를 쓴다[혼인을 할 예정이면 15세에 비녀를 꽂고 혼인을 하지 않을 것이면]”²⁰⁾라고 있다. 또 同 「內則」의 割註에 “15에 등글게 되는 것은 달이므로, 여자의 나이가 15세가 되면 계례를 한다.”²¹⁾ 同 「雜則」에 “여자가 15세이면 비녀를 꽂는다”²²⁾라고 있다. 『家禮』에도 “여자가 약혼을 하면 비녀를 한다 [나이가 15세이면 비록 약혼하지]”²³⁾가 있다. 즉 약혼한 때 또는 15세가 되었을 때에 계례를 하는 것이다. 계례의식은 『家禮』에 따르면 다음과 같다.

어머니가 主人이 되며 (계례일) 3일전에 주례자를 청하며 하루전에 알리고 장소를 마련한다. 그날 새벽에 옷을 마련하고 차례대로 선다. 주례자가 도착하면 主婦가 맞이하여 방으로 들어간다. 주례자가 계례자에게 비녀를 꽂아주면 계례자는 방으로 가서 背子를 입는다. 이에 제사를 지내고 字를 주고 주례자에게 인사하는데 모두 관례와 같다.²⁴⁾

그렇지만 근래에는 정식으로 계례를 하는 자는 거의 없고 대개 약식을 쓰며, 또 許婚前에 계례를 하는 자도 절대 없다. 이에 실제로 거행되는 의식의 개요를 보자. 혼례일(평안양도에는 혼례 이틀날 아침에 거행하는 지방이 있다)에 친척들이 서로 모여 여자손님 가운데 한 사람을 선정하여 手姆^(머리를 묶을 자)로 삼아 늘어뜨린 머리를 위로 땅아 묶어 龍簪을 꽂아 花冠을 씌어 綠衣 紅裳을 입고 자리에 가면 醮禮를 지내고 빈객에게 절을 한 후 사당에 올라가 무릎을 꿇고 향을 피고 술을 따른다. 주인이 가서 “아무개

20) 女子許嫁笄而字[許嫁則十五而笄 未許嫁則二十而笄 亦成人之道也 故字之]

21) 三五而圓者月也 故女子之年 至是數而笄

22) 女子十有五年而笄

23) 女子許嫁笄 [年十五 雖未許嫁 亦笄]

24) 母爲主 前期三日戒賓 一日宿賓 陳設 厥明陳服 序立 賓至 主婦迎入升堂 賓爲將笄者 加冠笄 適房服背子 乃醮 乃字 乃禮賓 皆與冠儀

몇째 딸이 오늘 계례를 마쳤으니 감히 알현하옵니다”²⁵⁾라는 고사를 낭독하면 계자는 절을 하고 물러나와 신랑이 오기를 기다려 혼례를 거행하는 것이다(지방과 좃에 따라 다소 차이가 있다). 그래서 기혼자는 늘 머리를 묶어 미혼자와 구별된다. 그렇지만 하류사회에서는 이 禮를 하는 자가 적고 대개는 다만 머리를 묶어 비녀를 하는 것뿐이라고 말한다.

2. 號牌制

조선에서 처음으로 男丁에게 호패를 차게 한 때는 高麗 恭讓王 2年(1390)이다. 호패제는 때로는 폐지되고 때로는 복구되어 수차례에 걸쳐 개정되었지만, 거의 500여년간 가장 필요한 제도의 하나로 여겨졌지만 3, 40년 전부터 점차 해이해졌다. 근래 갑오개혁기에 그 제도가 완전히 폐지되었다.

호패에 관한 규정은 『續大典』 「戶典」 戶籍條에 있는데 그 내용은 다음과 같다.

男丁이 16세 이상이면 호패를 찬다. 東西班과 內官 2품 이상자는 象牙牌를 쓰며, 3품 이하자와 三醫司와 雜科에 등과한 자는 角牌를, 생원과 진사는 회양목패를, 流品과 雜職, 士庶人과 書吏·鄉里는 小木方牌를, 公私賤과 假吏는 大木方牌 쓴다. 서울은 한성부에서, 지방은 각 지방관에서 낙인하여 지급한다. 호패를 하지 않은 자는 制書有違律로 논죄하며, 타인의 호패를 빌어 찬 자는 호적을 누락시킨 죄(漏籍罪)로 처벌하고 빌려준 자는 杖 100 徒 3年으로 처벌한다. 군병은 腰牌를 쓴다.²⁶⁾

이 규정에 따르면 남자가 16세가 되면 호패를 차야 하며 패에는 牙牌〈상아〉, 角牌〈들소뿔〉, 黃楊木牌, 小木方牌, 大木方牌의 구별이 있고 신분과 품계, 職掌 등에 따라 호패의 종류가 다르다. 그리고 서

25) 某之第幾女 今日筓畢 敢見

26) 男丁十六歲以上 佩號牌 [東西班及內官二品以上·用牙牌 三品以下及三醫司登雜科者角牌 生進黃楊木牌 流品雜職士庶人書吏鄉里小木方牌 公私賤假吏大木方牌 京即京兆 外即各其官 烙印以給不佩者 以制書有違律論 借佩他人號牌者 以漏籍律論 與者杖一百徒三年 軍兵仍用腰牌]

울에서는 漢城府(京兆), 지방에서는 각 그 관청이 낙인하여 내려보내는 것이다. 그렇지만 『續大典』 편찬 이전에는 紙牌를 쓴 예도 있고 또 牌의 모양과 서식 같은 것도 때에 따라서 같지 않았다. 조선 太宗 13年(1413)의 制에 의하면 길이 3치 7푼, 너비 1치 3푼, 두께 2푼으로 위는 둥글고 아래는 모난 것으로 2품 이상은 상아패, 4품 이상은 녹각패, 5품 이하는 회양목[黃楊木], 7품 이하는 紫柞木, 庶人 이하는 잡목을 쓴다. 2품 이상은 官名을, 3품 이하는 官名과 姓名, 居住를 쓰고 서인도 역시 이에 준하여 얼굴빛과 수염의 유무를 쓰고 또 군인은 소속군명과 키를 쓰고 雜色人은 役名, 奴는 주인의 이름을 쓴다. 顯官외에는 모두 火印를 찍었다. 다음으로 肅宗 元年(1675)의 紙牌法에 의하면 지면에 縣, 邑, 面, 役, 姓名과 나이를 적고 公私賤은 各宮과 主人을 쓰고 里正과 有司의 이름을 찍는 것이다. 그렇지만 紙牌法을 시행한 것은 2년여이고, 舊制로 복귀하여 다시 號牌事目을 정하였다[肅宗 3年(1677)]. 이에 따르면 다음과 같다. 위로는 正一品, 宗室, 百官, 生進, 各軍門長官, 軍官으로부터 아래로는 三監司, 計士, 寫字官, 錄事, 雜職, 吏胥에 이르기까지 모두 호패를 차고, 無役의 良賤이더라도 호패를 받기를 스스로 원하는 자는 다음의 式年(호패를 발급하는 式年은 子午卯酉年이다)을 기다리지 않고 미리 지패를 차게 했다. 그리고 現任 東班 2品 이상, 2品 이상을 거친 東班實職人, 現任三司, 前任三司人員, 宗室 2品 이상은 모두 官이 패를 만들어 낙인한 후에 지급을 하였고, 나머지 대소인원은 각자가 패를 만들어 낙인을 받았다. 호패를 받은 후에 잃어버리거나 파손한 자는 杖 70으로 처벌하고 贖罪金을 징수하고 新牌를 발급하였다. 호패를 받은 사람이 죽으면 호패를 관에 반납하고 태워버렸다. 또 호패표면의 낙인은 서울에서는 漢城府를 작게 篆字로 쓰고, 지방에서는 그 邑號를 작게 篆字를 썼다. 生員과 進士는 회양목패를 쓰고 호패면에는 다만 성명 아무와 아무해의 生進만을 썼다. 吏文學官과 三醫司, 未科者, 計士, 寫字官, 錄事, 未經流品, 實職者, 內官, 生徒, 司謁, 司龠, 典樂, 加設雜職, 影職人員은 모두 小木方牌를 쓰고 패면에는 職役과 姓名, 出生年, 入屬年을 쓴다.

諸色軍兵으로 이미 腰牌을 한 자는 호패를 거둬 지급받았다. 牙角牌을 한 자는 길이 2촌, 너비 7푼으로 宗室과 文班은 붉은색을 넣고 武班은 푸른색을 넣고 南班은 누런색을 넣고 雜班은 흰색을 넣어 앞면에 성명, 출생년, 入科年을 쓰고, 宗室과 南班은 입사년을 쓰고 뒷면에 年條[式年]를 써서 낙인하였다. 加設職과 三醫司 이하의 잡직은 (전면에) 業名을 쓰고 후면에 연조를 썼다. 그리고 小木牌을 한 사람 이하는 낙인한 아래에 먼저 邑名을 쓰고 다음에 연조를 썼다. 회양목패는 길이 2촌, 너비 1촌이고 監幕방패는 길이 2촌 5푼, 너비 1촌 5푼이다(조선 高宗 21年(1884)에 이르러 丁年을 15세로 고쳤다).

호패제도의 주목적은 壯丁의 수를 분명히 함에 있으나 또한 백성의 행적을 찾는 데 편리함을 제공하기 위해서이다. 그리하여 남자는 호패를 잘 연령이 되어야 비로소 과거에 응시하여 관직에 나아갈 수 있음과 동시에 이 연령이 되면 병역의무를 부담하여 實役に 복무하지 않는 자는 軍布를 부담해야 한다(실제로 군역에 복무하는 자는 거의 없고 軍布를 납부하여 身役을 대신하였다. 또 軍服務者를 대신하여 경작[代耕]함에 충당하였고 隣保에 대해서도 保布를 징수하였지만 高宗 초년에 洞布制로 개정하였다. 高宗 8年(1871)에 다시 개정하여 戶布라고 했는데 府郡의 各戶[城邑內를 제외함]로부터 이를 징수하는 것으로 하였고 후에 또 戶稅로 개정하였다). 또 호패를 차지 않는 자는 制書有違律(「大明律」 「吏律」)로써 논죄하고 타인의 호패를 빌려 차는 자는 漏籍律(「續大典」 「戶典」 戶籍條의 漏籍者 項)로 논죄하고 빌려준 자는 杖 100 徒 3年으로 처벌했다. 無牌者는 賊類로 간주하여 出訴하여도 受理하지 않고 殺傷되어도 사건을 처리하지 않았으며 旅舍에서도 숙박을 거절하였다고 한다.

號牌圖는 <표 2>와 같다(牙牌와 角牌는 실물을 등사한 것이며, 나머지는 漢城府 吏員에 촉탁하여 그린 것으로 규격에 맞지는 않지만 우선 수록하여 참고로 한다) [1910년판].

3. 慣習上의 成年

위와 같이 남자는 15세(초년부터 曆에 따라 연수를 계산한다. 이하 같다)에 비로소 冠을 써야 하는 것이고 또 근래에 이르러서는 丁年을 15세로 하는 것에서 관습에서는 行爲能力에 대한 成年을 15세로 한다. 그러나 15세 이상자

(물론 정신이상자는 제외함)로서 오히려 行爲能力이 인정되지 않고 보호자가 그를 대표하는 자가 없지 않다. 그러므로 15세로서 성년을 삼는 것은 오직 行爲能力者임을 인정하는 一應의 표준에 그치고 일률적으로 그것만에 의해 판단할 수는 없다. 과연 행위능력자인가 아닌가는 한편으로는 연령을 표준으로 하고 동시에 다른 한편으로는 보호자의 유무를 표준으로 해야 한다. 즉 15세 이하자와 15세 이상자로서 보호자가 있는 자는 行爲無能力者이고, 15세 以上者로 보호자가 없는 者를 行爲能力者로 볼 수밖에 없다. 다만 訴訟行爲에 대해서는 隆熙 2年(1908) 法律 第 13 號 「民刑訴訟規則」 第 67 條에 “裁判所는 當事者가 訴訟을 行할 能力이 無함으로 認한 時는 其 代表者를써 指定함을 得함”이라고 규정하여 그 판단을 裁判所의 권한에 위임한 것이므로, 그 자체로 예외이다. 그래서 이러한 무능력자가 계약 등의 법률행위를 할 필요가 있을 때에는 보호자가 대신하여 해야 하는 것으로, 만약 무능력자가 스스로 법률행위를 한 경우에는 보호자는 그것을 취소할 수 있고, 그 보호자로 되는 자는 父가 있을 때에는 父, 父가 없을 때에는 祖母 또는 母로서, 父, 祖母, 母가 모두 없을 때에는 伯叔父 등의 근친이 되고 祖父, 長兄 등이 戶主인 경우에는 戶主가 보호자이어야 한다.

여자의 경우에는 기혼자를 행위능력에 대해 성년자로 보는 관례이지만, 夫權에 의해 그 능력이 제한되어 있는 것은 후술하는 바와 같다. 그래서 실제에는 寡婦만이 능력자일 수 있다.

第三 精神病者의 行爲의 效力은 어떠한가

이에 後見人을 붙여야 하는가.

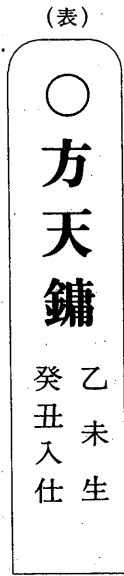
조선에서 精神病者로 인정한 것은 미치광이[癡癲者]와 바보[白痴者]로서 『刑法大全』에는 癡癲을 미치광이[狂], 白痴를 바보[痴呆]로 이름하고 그것을 癡疾 중에 열거하고 있다(『刑法大全』 第 53 條 참조).

정신병자는 부모, 처자, 백숙부 기타의 근친이 그를 보좌하여 계약

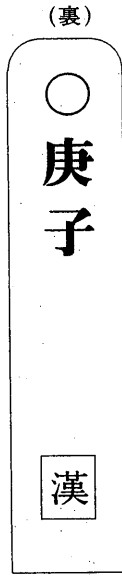
<丑 2-1> 牙牌



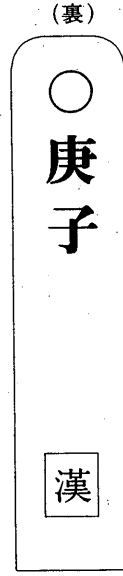
<丑 2-2> 角牌



<丑 2-2> 角牌



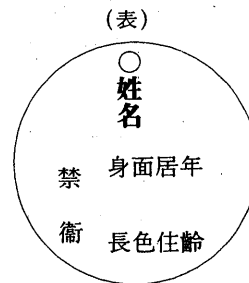
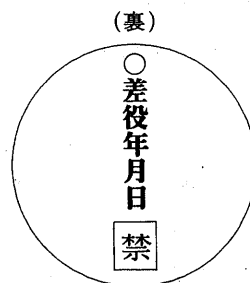
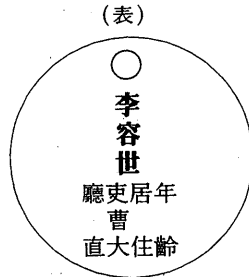
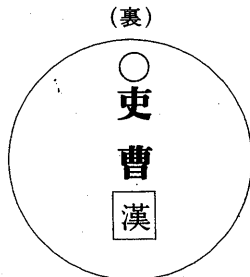
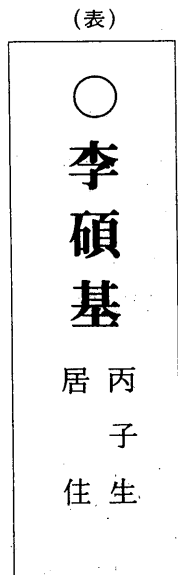
<丑 2-3> 黃楊木牌



<丑 2-4> 紙牌



<丑 2-5> 腰牌



등의 법률행위는 보호자가 대신하여 그것을 하는 것이 관례이다. 조부모, 장형 등이 호주인 경우에는 호주인 자가 보호의 임무를 맡는 것이다. 그러므로 정신병자 스스로가 한 법률행위는 완전히 무효인 것으로 된다. 다만 정신병자에 대해 官에 출원하여 禁治產의 신고를 받는 등의 제도나 관습은 없다.

第四 聾者, 啞者, 盲者, 浪費者 등의 行爲의 效力은 어떠한가

이에 後見人을 붙여야 하는가.

귀머거리[聾者], 병어리[啞者]와 장님[盲者]도 『刑法大全』에 폐질자로 열거하고 있다. 그렇지만 聾者和 盲者의 행위는 일반인의 행위와 효력이 다른 것이 아니고, 오직 啞者에 대해서만 드물게 보호자를 붙이는 예가 있다. 이 경우에 병어리가 단독으로 한 법률행위는 보호자가 취소할 수 있는 듯하다. 또 실제에서도 이러한 불구자와 법률행위를 하는 자는 保證人을 세우거나 혹은 제3자를 입회시키는 예가 이따금 있다. 그렇지만 반드시 이러한 자의 참가를 요건으로 하는 것은 아니다.

낭비가 심한 자에 대해서는 부모 기타의 근친이 그를 감독할 수 있는 것은 물론이지만 아직 행위능력을 제한하여 그 행위에 대해 감독자의 동의를 필요로 하는 등의 관습은 없고 따라서 그 행위의 효력도 역시 일반인의 행위와 다를 바가 없다.

第五 妻의 能力에 制限이 있는가

예컨대 契約 등의 法律行爲를 하는 경우에 夫의 許可를 필요로 하는 등이 없는가(夫權과 夫婦間의 財産關係).
(第132, 133問) 참조

조선에서는 妻는 夫에 대해 절대적으로 복종하여야 하므로, 처에 대한 夫權은 자못 강력하여 처의 행위능력은 극단적으로 제한되어,

거의 모든 일은 모두 夫의 허가를 받아야 하였다. 그러므로 본래부터 신체의 구속을 받는 계약, 소송행위 등의 중요한 법률행위에 대해서 부의 허가가 필요한 것은 물론, 가령 중요하지 않은 행위라 하더라도 단독으로 할 수 없는 것이 원칙이다. 다만 아주 사소한 행위에 대해서만 반드시 부의 허가가 필요없는 것이다. 그리고 조선여자는 대개 내실에 칩거하여 애써 사람과 만나는 것을 피해 남녀가 자리를 같이 하지 않는 습속은 지금도 고쳐지지 않고, 여자의 居室인 內房과 남자의 客室인 舍廊은 엄격히 구별되어 여자가 가정안의 일 이외에 간여하는 것은 가장 배척받는 행위이었다. 이 때문에 여자가 법률행위를 하는 것은 아주 드물며 유부녀는 만사를 모두 부에게 일임하여 소송행위 등도 부의 허가를 얻어 할 수밖에 없었다. 종래에는 대개 夫가 대신하여 법률행위를 해서 신체의 구속이 따르는 고용계약과 같은 것도 거의 부가 계약의 당사자로 되는 것이 관례였고, 처의 행위능력에 대한 사항은 자못 등한시되었다. 또 처가 부의 허가를 얻을 수 없는 경우, 예컨대 부의 소재가 불분명하거나 정신상실 또는 감옥에 구금된 경우 등에는 처는 단독으로 법률행위를 할 수 있었다. 그렇지만 夫의 尊屬이 있는 때에는 그의 승인을 받아 법률행위를 하는 것이 보통이었다. 그런데 처가 부의 허가를 받아야 함에도 불구하고 단독으로 한 법률행위는 관습상 부가 그것을 취소할 수 있는 것이다. 그래서 타인의 처와 법률행위를 하는 자는 아주 사소한 행위 이외에는 일단 그 夫에게 조회하지 않은 이상은 이를 하지 않았다고 한다.

처가 부의 허가를 받아 영업을 하는 것은 조선에서는 여자의 영업을 천하게 여기므로 그 예는 아주 적고 오직 하류사회에서 술집을 열거나 혹은 떡과 과자, 국수[麵麥]를 파는 자가 있다. 또 드물게 魚類, 綿類, 陶器, 硯類[飴類] 또는 화장품 등을 行商을 하는 자 등이 있다. 그런데 그 영업에 관한 행위에 대해서는 일일이 夫의 허가를 받을 필요가 없다.

第六 住所에 관한 規定이 있는가

현재의 居所 이외에 生活의 本據인 場所를 認定하지 않는가.
 혹은 本籍에 관한 規定이 없는가. 만약 있다면 그것에 관한 慣
 習은 어떠한가.

조선에는 생활의 본거지인 장소를 居地라고 하는데, 이는 日本 「民法」의 住所에 상당하는 것이다. 그러므로 居地는 현재의 居所와 반드시 같은 것은 아니다. 현재의 거소외에 따로 居地가 있는 경우가 많다. 그렇지만 居地는 단순히 신고만에 의해 정해지는 것이 아니라 실제생활의 본거지일 것을 필요로 한다. 그리고 생활본거지 이외에 居地를 인정하는 것은 없다. 예컨대 서울거주자가 관직을 맡아 지방에 부임하여 지방에 1戶를 만들었다 하여도 만약 부모·처자가 여전히 서울에 거주한다면 부모·처자가 거주하는 장소는 곧 생활의 본거지으로써 현재의 居所는 아니지만, 居地로써 곧 住所로 된다. 그리고 日本 戶籍法처럼 住所 외에 本籍을 인정하지 않기 때문에 居地는 주소입과 동시에 또 본적이므로 한편 주소로서의 효력을 갖고 또 한편 본적으로서의 효력을 갖는다. 이에 住所에 대한 효력을 보기로 한다.

① 裁判管轄의 표준이다(「民刑訴訟規則」第64條 第1項 참조). ② 재판상의 기간에 대해 재판소가 당사자의 주소가 원격지인 때에는 기간을 연장한다(「民刑訴訟에 관한 規程」第19條, 「民刑訴訟規則」第3條 참조). ③ 금전채권의 변제는 채권자의 주소에서도 할 수 있다. ④ 어음(手形)상의 권리의 행사 또는 보전에 관한 행위는 경우에 따라서 상대방의 주소에서 할 필요가 있다(光武 10年(1906) 勅令 第71號 「手形條例」第5條 참조). ⑤ 戶稅는 납세의무자의 주소지에서 징수한다(종래에는 서울과 道府郡 소재지는 대개 戶稅를 면하게 했지만 지금은 家屋稅 시행지 이외에는 모두 징수한다). 이러한 것을 원칙으로 하는 등이 두드러지는 예이다.

居地가 주소인 동시에 본적인 것은 상술한 바와 같다. 그런데 호적의 편성은 본적인 居地를 표준으로 하는 것으로써 이에 조선에서의 호적제도를 약술하기로 한다. 新羅 이전의 제도는 자료가 없어서 고찰할 수 없다. 高麗時代에는 매 3년마다 반드시 호적을 편성하는 제

도가 있었지만 이 역시 그 상세한 내용을 알 바가 없다. 조선초에는 의연히 舊制에 따랐지만 成宗代에 이르러 다시 호적제도를 확립하여 子午卯酉의 式年마다 戶口를 조사하여 戶籍을 改修하는 것으로 戶口式을 정하였다. 그 내용은 아래와 같다.

戶 아무部 아무坊 아무리^[地方은 아무面, 아무리라稱한다] 住 아무官職 姓名 年甲 本貫 四祖, 妻 아무氏 年齡 本貫 四祖 ^[宗親은 자기 職啣과 妻의 四祖를 기록한다. 儀賓은 자기 職啣, 四祖와 아무 公主·翁主에 게 장가간 것을 기록한다. 庶人은 자기 및 妻의 四祖를 기록하되 庶人으로서 四祖를 모르는 자는 반드시 다 기록하지 않아도 된다] 데리고 사는 子女. 아무개 아무개 年甲^[사위는 모두 本貫을 기록한다], 奴婢, 雇工 아무개 아무개 年甲¹⁾

英祖代에 이르러서는 호적을 작성할 때에 감독관을 파견하는 제도를 만들어 조사를 엄격히 하였고, 호주는 신고의무를 부담하였다. 그리하여 建陽 元年(1896)에 「戶口調査規則」^(同年 勅令 第61號)과 「戶口調査細則」^(同年 內部 令 第8號)을 제정하여 호적을 매년 수정하기로 하고, 居地를 原籍으로 불러 각호에 戶牌를 걸게 했다. 그리고 居住事實은 서울에서는 統首(이와 별도로 作統制가 있다. 『經國大典』 「戶典」 戶籍條 “서울과 지방에 5호를 1통으로 삼고 통주를 둔다”²⁾ 참조, 「戶口調査規則」에는 10戶를 1統으로 하고 統首를 두었다)는 里·洞長이 조사하여 순차로 上司에 보고할 것을 규정하였다. 그렇지만 隆熙 2年(1908)에 그 사무를 警察官署로 옮기고 隆熙 3年에 「民籍法」^(法律 第8號)을 제정하여 신고의무자를 정했다. 신고의무자는 본적지, 즉 居地를 담당하는 面長^(京城府內는 面長, 京外는 洞長), 面長이 없는 지역에서는 이에 準하는 자(경찰관서)에게 신고해야 하는 것이다. 신고사항은 出生, 死亡, 戶主變更, 婚姻, 離婚, 養子[入養], 罷養^(양친이 하는 파악의 의사이다. 여기에서는 養의 養의 뜻으로 쓴다), 分家, 一家創立, 入家, 廢家, 廢絶家復興, 附籍^(종래의 용례는 호적에 등록하는 것을 附籍이라고 하나, 여기에서는 타인의 호적에 부속하여 호적을 갖는 자, 예컨대 婢僕 따위를 가리킨다)), 移居^(호적의 이진), 改名이다. <표 6>에 과거 호적부의 기재례와 호패의 서식을 실어 참고자료로 삼기로 한다.

1) 戶 某部·某坊·第幾里[外即稱某面某里] 住某職 姓名 年甲 本貫四祖 妻某氏年甲本貫四祖[宗親錄自己職啣 妻四祖 儀賓錄 自己職啣 四祖 尙某主 庶人錄自己及妻四祖 庶人不知四祖者 不須盡錄] 率居子女某某年甲[女婿即并錄本貫] 奴婢雇工某某年甲 <出典 『經國大典』 「禮典」 戶口式條>
 2) 京外 以五戶爲一統 有統主

<표 6-1> 癸卯式(開國 272年 : 서기 1663년) 漢城府 北部 帳戶籍

阿耳古介契	
戶	政丞鄭維城亨子直婢彥玉年六十五父私奴於叱福母班婢德只上與鄭維城賤不准印
戶	獨女府婢載仁年六十五父府奴乞伊母府婢全作率子府奴永遠年五案不准印
戶	私奴全萬龍年七十五上與幼學洪安父全瓦川母班婢春伊妻班婢生年七十父私奴莫同班婢生今率子加也之年二十七賤不准印
戶	砲手李戒沉年三十二本丹陽父展力副尉重慶祖黎侮慈曾祖將仕耶夢星外祖展力副尉盧榮輔本開城府妻其女朴召史年三十一本密陽父學生永元
戶	曾祖宣略將軍其春外祖忠義李戒祥本全州率砲手吳與石年十三作不准印
戶	馬兵鄭福年二十九本昌原父保人遇民輒兼司僕希男曾祖保人好山外祖
戶	定慶衛池三奉本忠州妻私婢天農年三十主前縣監尹以宣父班奴後母班婢
戶	香女率子江伊年七作賤不准印
戶	忠壯南吳千萬年五十二本海州父保人可希祖忠衛春瑞曾祖學生信宮
戶	外祖定虜衛林應善本砥平妻私婢同德年五十二主縣監李馨植父不知母同
戶	婢春女率子私奴徵云年七歲作賤不准印
戶	私婢獨女尙春八拾六父班奴尙伊母班婢次丹上與幼學李英福賤不准印
戶	私婢獨女莫德年肆拾上與幼學洪安父金莫同母班婢論婢率子善年十一

賤不准印

戶 爾女可也之時入宮奴姜叔于年五十三上典益豐君父兼司僕古溫同母班
婢信玉妻私婢回德年五十三上典郡守黃壤父私奴克世母班婢今化率女班
婢宋叱女年十一賤不准印

衍禧宮契

戶 習讀鄭文慶家直奴男六十父私奴得春母班婢水永介妻班婢夏月年四

十三父私奴德男母私婢乙生賤不准印

戶 彰善大夫行蓬洲守烟信年四十五父昭德大夫兼五衛都總府都總管贈監

顯祿大夫龜川君晬祖昭德大夫兼五衛都總府都總管贈監顯祿大夫豐山君

宗麟曾祖王子德陽君岐外祖通訓大夫司宰監僉正鄭麟壽籍東萊妻李氏本

北青父贈通政大夫承政院左丞旨兼經筵參贊官李明老祖贈純忠積德補祿

功臣崇政大夫議政府左贊成兼判義禁府事五衛都總府都總管青綾君行嘉

義大夫同知中樞府事麟奇曾祖折衝將軍守忠清道兵馬水軍節度使沃外祖

將仕耶軍實監奉奉韓(函)籍清州率奴英俊年五十五仇叱金年三十五九龍年

二十一鎰金年十七豆加非年十三貴男年四十五率婢仁德年四十七勝介年

四十三參介年五十一今春年二十三仁香年二十二得女年十七者叱德年七

逃亡奴婢秩奴千峯年二十一丁酉年三月逃奴奉還五十七戊戌年正月逃忠

常年五十四庚子年二月逃顯賤不准印

(中略)

阿星古介契九戶

衍禧宮契十七戶	
加佐洞契三十八戶	
水色里契四十四戶	
城山里契五十七戶	
細橋里契二十三戶	
合掌里契八十九戶	
望遠亭契壹百四十二戶	
弘濟院契十六戶	
汝義島契四十四戶	
延禧契九十六戶	
飯山里契四十一戶	
新寺洞契三十二戶	
梁鐵里契十一戶	
末屹山契二十戶	
造紙署契三戶	
都已上合六百五十二戶	
初奉大夫行北部參奉	金 卿
通訓大夫行漢城府判官	李 卿
嘉善大夫漢城府右尹兼五衛都總府副總管	李 卿
實憲大夫漢城府判官	呂 卿

〈표 6-2〉 己酉式(開國 498年 : 서기 1849년) 大邱府 帳籍

傳 戶	角 二 同	角 郡 同	角 縣 內	角 北
府 上				
慶尙道大丘府己酉式帳籍				

(表紙) 竪二尺七寸六分

角縣內松只西里

第一統々首奴世元

第一戶 幼學朴慶秀年五十九辛亥本密陽父通德耶胤光祖嘉善大夫同知中樞府事聖徵曾祖贈嘉善大夫司憲府大司憲振弘外祖通德耶禮種本成安妻張氏年六拾壹己酉籍仁同父通德耶龍采祖嘉善大夫同知中樞府事孝一曾祖贈嘉善大夫戶曹參判同知義禁府五衛都總府副總管拱振外祖嘉善大夫同知中樞府事金精赫木善山子恩一年參拾乙亥子思彥年貳拾辛巳子思憲年貳拾貳戊子婢戒花故婢文丹年貳拾七庚辰母班婢時今婢白女年五拾庚申同婢一所生奴世元年貳拾五乙酉二所生婢明春年貳拾壹乙丑三所生奴江床年七辛丑加現婢守女婢文月奴萬奉三口逃亡奴卜三故婢助是年貳拾八壬午等丙午戶口相準印

第二戶 通德耶朴重述年七拾七癸巳本密陽父通德耶文佐祖通訓大夫行成安郡守金海鎮管兵馬同僉節制使鳴漢曾祖嘉善大夫同知中樞府事東梁外祖折衝將軍行龍驤衛副護軍嚴泰怡本寧越子成奉年參拾五乙亥婢連真時居茂朱奴正萬故奴萬千年五拾九辛亥班奴白云母班婢菊花婢蒞叱女時居密陽婢采月時居大丘城內婢石花母班婢蒞叱禮逃亡婢老耶時居密陽婢江牙之逃亡婢卜耶時居密陽奴丁世時居濟道婢上占奴末叱女二口時居星州婢件里心時居慈仁婢永丁婢牙只二口逃亡婢同大母班婢卜耶時居密陽奴得只婢件伊介婢桂月三口逃亡婢汗德年四拾五乙丑婢江床年拾八辛卯婢

助是年參丁未等丙午戶口相準印

第三戶 金聲九故代業武兌寶年參拾壹己卯本光山父學生聲九祖學生德雄
曾祖學生仁封外祖學生千永再本安東妻金姓年貳拾壹己丑父鳳載祖學生
五善曾祖學生貴德外祖學生鄭斗善本東萊母千姓年五拾五甲寅本安東婢
汗每年拾參丁酉婢汗進年七辛丑婢小耶逃亡婢淡伊年七拾參丙申加現等
丙午戶口相準印

第四戶 寡婦林氏故于南崗書院生崔千岳年拾七辛卯本月城父學生應龍祖
老職嘉善大夫仁九曾祖嘉善大夫哲外祖學生林重奉本安東妻鄭氏年拾九
辛卯籍安東父學生鳳龍祖學生善孫曾祖學生元來外祖學生秋夢成本慶州
女年參丁未女年貳戊申二口現加婢上日年拾貳戊戌等丙午戶口相準印

第五戶 幼學朴士哲年五拾壹己未本密陽父學生慶萬生父學生慶善祖通德
耶哲光曾祖通訓大夫雲山郡守寧邊鐵管兵馬同僉節制使泰徵外祖嘉善大
夫同知中樞府事孫守永本密陽妻李氏年五拾一己未籍固城父學生應奎祖
學生敏德曾祖學生亨者外祖學生成羽世本昌寧于幼學泰正年二拾五乙酉
婢方右年五拾六甲寅婢順丹年參拾庚辰婢才蘭年六拾六甲辰一所生奴風
金年參拾庚辰婢玉眞一所生奴才奉逃亡二所生奴希音奉年貳拾七時使三
所生婢才邈年參拾貳戊寅四所生婢才運年貳拾六甲申婢古邑眞三所生婢
武丁年拾九辛卯婢今丹年貳拾八壬午婢必正年四拾庚申婢是年參丁未加
等丙午相準印

(中略)

〈표 6-3〉 甲午年(開國 443年 : 서기 1834년) 慶州府 江東面 戶籍臺帳

江東面

慶州府甲午式戶籍大帳

道光十四年甲午正月日慶州府江東面戶籍大帳

五琴里

一統々首

第一戶 御官保宋尙益年六十九壬午本嶺山父樂武舜甫祖樂武瑞仁曾祖嘉
 善大夫瞻卜外祖樂武金進興本金海率子別隊保昌用年五十六戊戌婦韓姓
 年五十五壬寅本清州女召史年十七婢分月年癸卯印

第二戶 高拾屯故代寡女金姓年三十四庚申本金海父樂武達成祖樂武文恒
 曾祖樂武德仁外祖樂武金辰雄本金海女年十六辛卯戶口相準印

第三戶 閑頁金順方年七十七戊寅本月城父樂武明淡祖樂武再與曾祖樂武
 汝昌外祖樂武梁如化本南原妻孫姓年六十一甲午本月城四祖夫之率子討
 捕軍官亡孫年四十六己酉婦金姓年四十五庚戌本月城婢莫德印

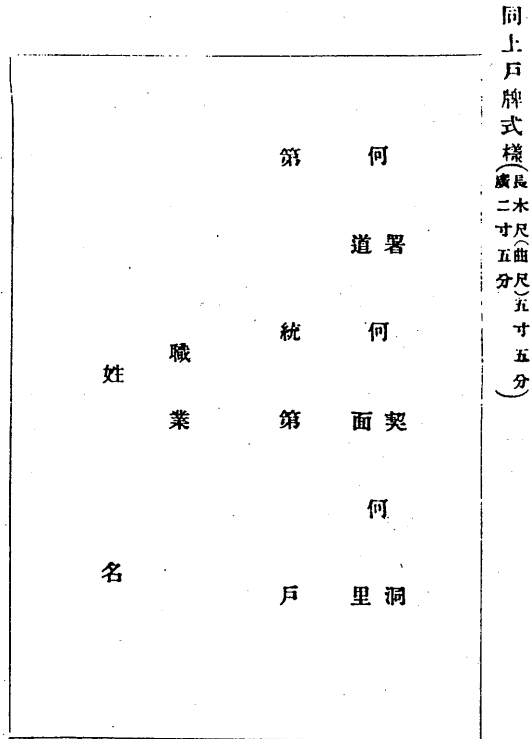
第四戶 閑頁宋英文年七十一癸未本嶺山父樂武千貴祖樂武時太曾祖嘉善
 大夫瞻福外祖樂武薛仁尙本慶州妻鄭姓年七十四本東萊父樂武守天祖樂
 武洪信昌本南陽女召史年十八辛卯戶口相準印

第五戶 幼學崔南遠年六十七戊子本永川父學生景山金祖學生達章曾祖嘉
 善大夫行同知中樞府事碩崗外祖學生李爾律本慶州妻李氏年六十乙未籍
 蔚山父學生覺民祖通德耶汝福眷祖通德耶光勳外祖學生崔承祿本慶州率
 婦許氏年四十四辛亥籍金海孫幼學舜元年二十三壬申婦金氏年二十六己
 巳籍慶州婢於仁禮年六十二婢一所生婢江尙二所生奴同內介適居永川印

〈丑 6-4〉 建陽 元年(1896) 戶口調查規則 所定 戶籍式樣

署 何		府 城 漢							
郡 牧 府		道 何							
戶 第 統 第		契 里 坊 面 何							
光 武 年 月 日	外 祖	曾 祖	祖	生 父	父	主 戶	戶 籍 表 第		
	屬 親 居 同							年	
								本	
								職 業	
郡 牧 府 漢 守 使 尹 尹 姓 名 圖 章	宅 家 人 口 現 存 口 寄						號 明 註		
	共 合	有 草 間	己 瓦 間	女 口	男 口	女 口		男 口	地 前 居
		有 草 間	借 瓦 間	共 合 口		備 女 口		雇 男 口	月 移 居
	間	間	間	口		口		口	

〈표 6-5〉 戶口調査規則 所定 戶牌式樣



第七 居所에 관한 規定이 있는가

또는 寄留籍에 관한 規定이 있는가. 만약 있다면 이에 관한 慣習은 어떠한가.

居所는 寓居 또는 寓接이라고 하는데, 생활의 본거지 이외에서 주거의 장소로서, 상업을 영위하기 위해 他地에 店鋪를 열거나 또는 관리로서 타지에 봉직하기 위해 거소를 갖는 예는 적지 않다. 그러나 寄留籍에 관한 제도는 아직 완비되지 않았다. 그렇지만 「戶口調査細則」에는 居所에 1戶를 구성하는 경우에는 그 곳에서 戶籍簿에 등록하고 난외에 原籍地를 기입하는 것으로 했다. 이로써 일종의 기류적을 인정하는 것으로 볼 수 있다. 그리고 거소는 종래의 관습에서도

補充裁判籍(옛날에는 被告와 함께 居所의 官衙에 소송을 제기하는 것이 보통이었다)으로서 裁判管轄의 표준으로 되었고, 현행법에서는 주소가 없거나 주소를 알지 못하는 자는 최후의 거소를 재판관할상에서 주소로 간주한다(「民刑事訴訟規則」第64條 第2項). 어음상의 권리 행사 또는 보전에 관한 권리는 경우에 따라서 상대방의 거소에서 이를 행사할 수 있다(「手形條例」第5條). 금전채권의 변제는 거소에서 이를 하는 것을 원칙으로 하는 등이 그 효력의 주된 것이다.

第八 失踪에 관한 規定이 있는가

예컨대 生死不明으로 된 후 一定期間이 지난 者에 대하여 戶籍을 削除하는 등 그를 死者로 취급하는 예는 없는가. 만약 그를 死者로 취급한다면 그의 遺産은 어떻게 하여야 하는가. 戶主의 生死가 不分明한 때는 그 家督은 어떻게 하는가. 또 一定期間의 有無와 關係없이 그의 財産管理 등은 어떻게 하는 것이 예인가.

조선에서는 종적이 불분명하여 그 생사가 분명하지 않은 자에 대하여 일정기간이 지난 후 실종자로 관의 선고를 받아 그를 死者로 간주하는 등의 뚜렷한 제도는 없다. 그렇지만 부재중에 그의 재산을 관리하고 또 사망한 것으로 추정할 수 있는 시기가 되어서는 身分上·財産上 死者와 동일한 취급을 하는 관습이 있다. 이와 같은 상태에 있는 자를 無踪跡者라고 한다.

1. 不在者의 財産管理

종적이 불분명하여 생사가 확연하지 않는 자가 재산을 갖고 있는 경우에는 장성한 장남이 관리하고 그 관리권의 범위는 보존·이용 등의 행위에만 그치는 것이 아니라, 처분행위를 하는 것도 무방하다. 그런데 관리자인 장남은 대개 자기의 명의로 그 행위를 하고, 특히 부재자인 부의 대리인임을 표시하는 일은 거의 없지만 그 자격은 管

理者로서 代理資格임은 물론이다. 또 관리자이어야 할 남자가 없으면 그 母나 妻가 관리하고, 또 이러한 자도 없으면 兄弟, 伯叔父 등 近親이 이를 관리한다. 그리고 부재자의 가족이 없으면 戶主가 이를 관리한다. 이러한 경우에도 管理權의 범위도 子의 관리권과 다를 바가 없다.

그렇지만 子, 母, 妻, 戶主 이외의 자가 관리자인 경우에는 부득이한 사정이 있는 경우외에는 재산을 처분할 수 없다. 그리고 재산을 관리해야 할 친척이 없으면 서울에서는 漢城府에서 관리인을 선정하는 것으로 하고, 지방에서는 里·洞長이 그것을 관리하여 사망의 추정을 할 수 있을 때까지 재산을 처분하지 않는 것이 상례이었다.

2. 死亡의 推定과 그 效果

踪跡不明者의 생사가 오래 동안 묘연하여, 도저히 생존가능성이 없을 때가 되면 사망의 추정을 하고, 사망으로 인한 신분상·재산상의 효과가 생기는 것이다. 그리고 사망의 추정을 하는 시기에 대해서는 일정한 연한이 있는 것이 아니라, 그 자의 연령 또는 여러 사정을 참작하여 누구도 생존을 기대할 수 없게 되었을 때에 비로소 사망을 추정하는데, 근친이나 門會에서 회의를 한 후 이를 결정하는 예가 많다. 또 事變 등 사망을 추정해야 할 특별한 사정이 있으면, 단시일이 지난 후라도 사망을 추정할 수 있다. 비록 이와 같은 특별한 사정이 없는 경우에는 70세 또는 80세가 되는 시기까지 사망의 추정을 하지 않는 것이고, 또 里·洞長이 그 재산을 관리하는 경우에는 다른 동민과 협의하여 사망의 추정을 하는 것이 예이다.

종적불명자를 사망자로 추정하는 때에는 戶籍改修時에 그를 死者와 같이 취급하여 그가 新戶主의 부 또는 조부이면 해당란내에 移載하고(조선의 호적 가운데 그 家에 있어야 할 친족), 다른 자이면 호적에서 삭제한다. 그리고 그 자가 기혼남이면 長子孫이 상속을 하고, 상속할 남자가 없으면 양자를 들여 상속을 하게 한다. 그리고 조선에서는 미혼남은 世

代에서 제외되므로 사망의 추정을 받는 자가 미혼남이면, 가령 奉祀者이더라도 그 아우가 先代를 상속하고 그를 위한 상속을 개시하지 않는다. 또 그 재산은 사망한 경우와 같아 봉사자가 이를 승계하고 또 衆者에게 분배해야 하면 분배하고, 여자나 미혼남이면 재산을 子, 夫, 父母 또는 戶主 등이 승계하는 것은 사망의 경우와 같다.

사망의 추정을 받은 자는 가출일 또는 마지막으로 소식이 있는 날, 즉 생존함이 분명한 마지막 날을 사망일로 간주하여 그에 대한 제사를 지내는데, 이는 사자에 대한 제사와 다르지 않다. 또 종적불명자의 배우자는 사망의 추정으로 재혼을 할 수 있지만 이는 오직 남자에게만 해당한다고 할 수 있다. 조선 成宗 이후 과부의 재가를 엄격히 금지해서 재가를 한 자는 없었고, 지금은 그 금지가 해제되었지만 (開國 503年(1894) 6月 28日 議案「寡婦의 再嫁를 自由케 하는 件」참조), 중류층 이상에서는 과부의 재가는 사람의 지탄을 받아서 공연히 재가를 한 자는 없는 듯하다. 그러나 하류 사회에서는 생활상의 사정과 사람의 이목을 중시하는 중류사회와 같지 않아서 실제에서는 사망의 추정후는 물론, 그 전이라도 바로 새 남편에게 몸을 맡기는 자가 적지 않다. 그렇지만 본래부터 그것을 관습으로 볼 수는 없다. 또 里·洞長이 재산을 관리하는 경우에는 사망의 추정을 함과 동시에 그 재산을 里·洞에 옮겨 그 수익으로 제사를 지내는 예도 있다.

종적불명자가 사망의 추정전에 돌아온 때에는 그 재산관리자는 그 재산의 관리를 解止한다. 또 사망추정후에 돌아오거나 또는 생존한 것으로 판명되면 그 신분과 재산을 회복해야 한다. 그렇지만 쉽게 사망추정을 하지 않으므로 추정후에 돌아오거나 또는 생존한 사례는 거의 없다.

第九 法人을 認定하는가

물론 法人이라는 名稱은 없어도 個人 이외에 財産의 主體가 되어 契約 등 法律行爲의 當事者로 되거나 訴訟의 原告·被告로 될 수 있는 團體를 認定하는가, 않는가. 만약 그런 것이 있

다면 어떠한 種類가 있는가. 기타 이에 관한 모든 慣習을 조사하시오(會社 [第185問]).

종래 조선에서 자연인 이외에 재산의 주체로 될 수 있는 것은 國家, 王室, 部落 기타 宗教, 學術 또는 技藝를 목적으로 하는 營造物 등으로 甲午改革 전에는 국왕과 왕실은 법률행위를 하고 소송행위의 당사자로 된 예는 없는 듯하다. 그렇지만 부락과 위의 영조물은 일찌기 법률행위와 소송의 당사자로 인정되었다. 근래에 이르러서는 국가와 왕실도 역시 법률행위와 소송의 당사자로 되었다. 또 相續人不存在의 재산은 死者의 遺產으로 보관하여 그 수익을 死者祭祀의 비용에 충당한 예가 있다. 이로써 이러한 종류의 재산은 財團으로 존립을 인정할 것이라고 말할 수 있다.

1. 國家와 王室

조선에서는 옛부터 국가가 재산의 주체인 것은 다시 말할 필요가 없다. 그리고 왕실의 內需는 國帑이라고 하여 자체로 구별되었는데, 이로써 왕실도 재산의 주체인 것이 분명하다. 그러나 근래에는 國有財産과 帝室所有財産을 분명히 구별하고 그 정리를 마쳤다. **그렇지만 帝室所有의 재산은 그 후에 때로는 國有로, 때로는 李王家의 재산으로 되었다.** [1912년판]

2. 部 落

조선에서 부락을 里 또는 洞이라고 부르는데, 지방에 따라서는 村이라고도 한다. 부락은 옛부터 재산을 소유하며, 현재에도 山野·田畝·堤堰 등을 소유하는 것도 적지 않다. 또 婚具·葬具 등을 갖추고 또 그것을 보관하는 창고를 건설한 부락도 있다. 이외에 금전을 저축하여 그것을 동리내의 주민에게 대부하여 利殖을 꾀하는 부락도 드

물게 존재한다. 이에 일례로서 충청북도에서의 里·洞所有財産의 개황을 보기로 한다. 논 1648마지기¹⁾ 가량, 밭 168日耕²⁾ 가량, 垆〈택지〉 19마지기가 있다. 또 이·동소유의 산림이 각군에 있다고 한다(隆熙 3年(1909) 忠清北道 觀察道 調査 韓國忠清北道一斑에 의거). 그리고 이·동소유의 재산은 때로는 주민의 사용·수익에 제공되기도 하고 때로는 그 수익을 이·동의 비용에 충당하는 관계로 특별히 관리자를 정한 경우외에는 이·동장이 관리하며, 주민은 그 동·리를 떠날 때는 그 受益의 자격을 상실하고 새로 동리에 와서 사는 자는 그 자격을 취득한다고 한다.

또 부락이 계약 등의 법률행위를 할 필요가 있을 때에는 이·동장이 부락을 대표하여 이를 하는 것이 통례이다. 드물지만 頭民 등 중심이 되는 주민의 이름을 열거하는 예도 있고, 소송에 대해서는 때로는 이·동장의 명의로 하기도 하고 때로는 주민이 連名으로 하기도 하고, 또는 이·동장과 頭民 등의 명의로 하기도 하는 등 일정하지 않다. 그리고 이·동이 소송을 하여 재산의 처분 기타 중요한 법률행위를 하는 것에 대해 이·동민 전부나 중심이 되는 자와 협의를 거치는 것이 예로 한다.

面은 종래에는 行政區劃으로 인정되어 특별히 재산을 갖지 않는 것을 보통이었지만 근래에 가끔 재산을 소유한 예도 있다. 그런데 그 재산은 이·동의 共有가 아니라 面이 地方團體로서 그 主體인 것과 같이 보이기도 하고 또 面이 법률행위를 하거나 소송의 당사자도 되는 예도 전혀 없는 것은 아니다. [1912년판]

1) 斗落: 한 마지기는 파종하여 나락 한 말[거의 일본의 3되 9홉에 해당한다]을 수확할 수 있는 면적으로 이 지방에서는 7, 80평 정도이고 또 4, 50평이 되지 않는 경우도 있는 등 일정하지 않다.

2) 一日耕은 소 한 마리와 한 사람이 하루에 갈 수 있는 면적이지만 일정하지 않다. 본지방에서는 日耕의 면적은 분명하지 않은데, 다른 지방의 조사에 따르면 長廣35步[1步는 周尺 6尺으로 周尺 1尺은 曲尺 6寸 4분에 해당한다]를 1日耕으로 하는 지방도 있고 또는 45步나 38步 등 일정하지 않다. 그리고 建陽 元年(1896) 農商工部에서 驛屯土의 賭稅를 정한 때에 量地尺 [曲尺 4尺 7寸 5厘] 3,000平方尺을 1日耕으로 하였다.

3. 寺 院

신라에서 고려까지 불교 융성기에는 절의 재산이 많은 것은 충분히 상상할 수 있다. 조선에서는 절의 수를 크게 줄이고 古寺를 重修하는 것 외에 절의 건립을 금지하였고 소속재산의 많은 부분이 官에 몰수되었다. 그렇지만 寺位田 등 절에 속한 재산을 인정하며, 절에 속한 田土에는 寺位田 외에 신도나 승려가 供養한 것 또는 祭祀를 위해 기부한 佛糧田畝 또는 祭位田畝가 많고 기타 산림, 절터[基地], 堂宇, 佛像, 器具 등 여러 종류의 공작물이 모두 절의 재산에 속한다. 여기에서 두세 사례를 보기로 한다. 江原道 安邊郡의 釋王寺에는 ① 正祖 10年(1786) 壬子年에 특별히 절이 쇠잔한 것을 불쌍히 여겨 奴 30口, 婢 30口, 6等結 7結, 續結 100結 畝 26마지기[石落], 鐵鹽釜(술) 5개를 하사한 예가 있고, ② 同 16年(1792)에 1戶와 5結에 대해 면세하고, 保卒 30명을 내려주었다가 光武 元年(1897)에 환수하였다. ③ 安邊郡의 李敬信이 죄를 지어서 관이 몰수한 논 12마지기와 밭 15日耕을 내려주었다. ④ 기타 산림 786町 2反 2畝 11步, 밭 20日耕, 논 30마지기가 있다. 慶尙南道 釜山府에 있는 梵魚寺에는 지금도 산림 145만 9846坪 5습, 논 2228마지기, 민가집터 2857坪이 있다. 그 취득원인이 분명하지 않은 것이 많으나 供養을 위해 기부한 願畝, 祭祀를 위해 기부한 祭位畝, 기타 買得한 것도 많은데 寺位田에는 속하는 것은 없다고 전한다. 京畿道 驪州郡 報恩寺(원래 神勒寺라고 함)에는 道光 20年(1840)경에 밭 32石 1마지기와 논 14石 5마지기가 있는데, 建隆 52年(1787) 7월에 작성한 寺位田畝冊案에 의하면, 寺位田畝는 전부 10結 87負 8束으로 절터[內寺坐地] 11負 5束, 경작하는 밭[起田] 4結 72負 6束, 경작하는 논[起畝] 5結 75負 4束, 묵힌밭[陳田] 3負 2束, 묵힌논[陳畝] 25負 1束이다. 그리고 隆熙 2年(1908)에는 논 6結 41負, 밭 7結 25負 4束(절터²負), 묵은밭 4結 6負 3束으로 합계 7結 72負 7束이며 이 가운데 有稅地는 13結 67負 4束(驪州 財務署)이다.

〈표 9〉에 量案의 일부를 수록한다.

사원의 재산은 승려의 私財와 확연한 구별이 있고, 住持(사원의 규모에 따라 攝理·總攝·郡總攝 등의 이들을)가 재산을 관리하여 그 수익으로 사원의 비용에 충당한다. 그리고 재산을 典當에 제공하거나 매각할 수 없는 것이 관례이지만(「經國大典」 「禮典」 度僧徒 “주지가 교체될 때에는 사무를 인수·인계〔傳掌〕 한다. 파손되거나 잃어버린 물건이 있으면 변상하여 받는다”³⁾ 참조), 실제로 부득이한 경우에 한하여 一山 僧侶들의 협의를 거쳐 典賣 등을 할 수 있다(末寺에서는 本寺의 승인을 받아야 한다.). 또 절이 법률행위나 소송을 하는 경우에는 住持가 절을 대표하는 관례가 있지만, 明治 44年(1911) 6月 寺刹令 시행 이후에는 사찰에 속하는 토지, 건물, 불상, 석물, 고문서 등 기타의 귀중품은 朝鮮總督의 許可를 받지 않으면 처분할 수 없다. 그리고 住持가 절의 재산을 관리하고 대표하는 것은 종전과 다름이 없지만 그 절차에 대하여는 寺法으로 정하게 하였다.

사원의 재산은 주지가 이를 관리하고 그 수익으로 사원의 비용에 충당한다. 그리고 寺位田畝와 佛糧田畝를 典當하거나 賣却할 수 없지만, 寄附者 또는 그 子孫의 승락을 얻어 佛糧田畝를 典賣할 수 있다. 또 買得한 전답은 役僧의 협의로 이를 전매할 수 있다고 한다(末寺에서는 本寺의 승인을 받아야 한다.).

또 사원이 법률행위를 하거나 소송을 하는 경우에는 주지가 이를 대표하는 것이 관례이다. 조선에서는 조선조 이후에 절의 檀徒가 없으므로 단도가 재산의 관리 또는 처분에 간여할 수 없다.

4. 學 校

조선초에 서울에 成均館과 四學을 두고 지방에 鄉校를 두었다. 이러한 학교에서는 孔子 이하의 儒聖을 제사지내는데 이를 文廟라고 한다. 그리고 『大典會通』 「戶典」 學田條에는 “成均館 四百結, 四學 各十結, 州府鄉校 七結, 郡縣鄉校 五結”이라고 규정하고 있다. 各田結(실제는 空結〔無土結〕이 많아 다만 結稅의 일부를 지급하였다고 한다)을 지급한 것으로 鄉校에는 학전 외에 유생의 기부 등 士林〈유생단체〉이 각출하여 구입한 田土가 적지 않았다. 이

3) 住持遞代時傳掌 有破失物徵納

〈丑 9〉 量案

第起 已上 田 畝 字		第五	第四北犯陸等圭田	第三北犯陸等梯田	第二壹等北犯續田	第一壹等續直田	曜字	
		廣長 貳參 拾拾 柒八 尺尺	廣長 柒捌 拾拾 二五 尺尺		
		陸	參	拾	陸	陸拾壹負貳束	
		束	負貳束	負參束	肆	肆標上同	東 北 大 山江
		起	起	陳	傲	報	報恩寺坐地
.....	寺	寺	寺	翁殿坐地				
.....	位	位	位					

乾隆五十二年七月驪州郡神勒寺位田畝案冊

北面

러한 재산은 모두 향교의 재산으로 量案〈土地臺帳〉에는 소유자를 향교로 하고, 그 수입은 향교의 비용과 제사시의 비용에 충당하는 것으로 하였다. 또 향교에는 都有司, 齋任, 掌議 등 有司(有司는 役員의 총칭이고 齋任은 學舍의 役員이어도 실제에서는 칭호가 다양하다)가 있고, 사람이 그들을 선거하여 官(府尹 郡守)의 인가를 받아야 한다. 재산의 관리는 掌議가 담당하는 것이 통례이고, 契約 등의 행위를 할 필요가 있으면 都有司가 향교를 대표하고, 소송에 대해서도 都有司가 代表한다. 그리고 鄉校의 전토는 매각할 수 없는 것이지만, 부득이한 경우에는 사람의 결의에 따라 관의 허가를 받으면 매각할 수 있다고 한다(관이 지급한 學田은 해당하지 않는다). 다만 현재는 향교에 直員을 두어 다른 役員을 인정하지 않고, 또 재산은 대개 普通學校 또는 私立學校로 이전하였다.

이러한 학교외에 書院이 있는데, 碩儒가 죽은 후 그 風德을 기념하기 위해 설립한 것으로, 그의 제사를 지내고 아울러 經學을 강독하는 곳이다. 특히 현판을 받은 곳을 賜額書院이라고 하는데 朝鮮 明宗 5年(1550)에 慶尙道 順興郡 白雲洞書院에 처음 紹修書院의 현판을 내렸다. 『大典會通』 「戶典」 學田條에는 “賜額書院 四結”이라고 있다. 특히 田結을 無償拂下[折給]하는 것으로 이러한 서원도 역시 재산주체로 인정되었고 役員에는 掌議 등 有司가 있었지만 지금은 없어져서 존재하지 않는다.

5. 射 亭

射亭은 武班의 연무장으로 주로 활을 연습한 것에서 이 명칭이 유래한다. 그리고 사정에는 대개 소속전토가 있고 무과에 及第한 자가 기부한 것도 많다. 그 중에는 사람이 각출하여 구입한 것도 있다. 그 수익으로 비용을 충당하는 것으로 이의 관리는 有司가 맡았고 처분할 필요가 있으면 射員의 협의를 거쳐 할 수 있는 것이 예이다. 또 특히 射契를 결성하여 契長을 둔 것도 있었지만 이 역시 지금은 있지 않다.

6. 相續人不存在의 遺産

상속인이 없는 死者의 遺産은 서울에서는 漢城府가 保管人을 선정하고, 지방에서도 이·동장이 그것을 관리하여 그 수익으로 死者의 장례비용에 충당하는 것이 관례이다. 그리고 상속인이 나타나지 않을 것이 분명해지면 그것을 里·洞所有로 이전하고 이·동에서 그의 제사를 지낸다. 그리고 이러한 재산은 이·동소유재산으로 이전되기 전에는 단순히 死者의 遺産으로 보관되는 것에 지나지 않지만, 이를 無主物처럼 볼 수는 없고 일종의 財團으로서 존립하게 되는 것은 상술한 바와 같다.

이상은 고래의 법제와 아울러 관습에 대해 서술한 것이지만, 오늘에는 한편 고래의 제도, 관습이 존재함과 동시에 또 한편으로는 商事會社, 기타 法人의 성질을 갖는 여러가지의 社團 또는 財團을 인정하기에 이르렀다.

이상은 고래의 법제와 아울러 관습에 대해 서술한 것이지만, 오늘에는 한편 고래의 제도, 관습이 존재함과 동시에 또 한편으로는 商事會社, 기타 法人의 성질을 갖는 여러가지의 社團 또는 財團이 생겨, 법령에서도 드물게 法人이라는 용어를 사용하고, 主管廳에서도 폐해가 없는 것에 한하여 일정조건 아래 각종법인의 설립을 인정하는 방침을 세웠다. 상사회사로는 合名, 合資, 株式 등의 조직에 의한 것이 많고, 株式合資會社는 아직 인허를 받은 것이 없다고 한다. 그리고 行政法人의 성격을 가지면서 동시에 재산의 주체인 것은 水利組合, 地方金融組合 등이다. 手形組合, 商業會議所도 재산을 소유한다. 私立學校 가운데 재산을 소유하는 것도 역시 적지 않다

(光武 10年(1906) 勅令 第12號 「銀行條例」, 同年 度支部令 第5號 「同施行細則」, 同年 勅令 第13號 「農工銀行條例」, 同年 度支部令 第4號 「農工銀行設立에 관한件」, 光武 9年(1905) 度支部令 第4號 「共同倉庫會社章程」, 光武 10年(1906) 度支部令 第3號 「水利組合條例」, 光武 11年(1907) 勅令 第33號 「地方金融組合規則」, 光武 9年(1905) 度支部令 第16號 「手形組合條例」, 隆熙 2年(1908) 法律 第22號 「東洋拓殖株式會社法」, 隆熙 3年(1909) 法律 第22號 「韓國銀行條例」, 隆熙 2年(1908) 勅令 第62號 「私立學校令」, 同年 勅令 第63號 「學會令」 참조)

第十 物の區別이 있는가

예컨대 動産·不動産의 區別 같은 것

조선에서는 物이라는 말은 보통 有體物에 대해 쓰고, 또 物件란 말을 쓰는 예도 많다. 그리고 物의 구별에 대해서는 십수년 이래 점차 動産·不動産의 구별을 인정하기에 이르러 土地와 建物을 不動産이라고 하고 그 외의 物을 動産이라고 한다. 法令에서도 수년전부터 이러한 구별을 채택하였지만, 아직도 일반적으로 완전히 이해되지 않은 듯하다. 기타 物의 구별로 보아야 할 대부분을 고유명칭에 따르고 있다. 그런데 조선 종래의 관습으로는 家屋과 敷地가 동일한 소유자에게 속하면 家屋의 讓渡 또는 典當은 당연히 敷地에 미치는 것이다. 이는 가옥과 부지를 함께 매매하는 풍습에서 마침내 가옥의 매매와 전당은 당연히 부지를 포함하는 것으로 간주하게 된 것이다. 이러한 점에서 가옥을 主物로 보고 부지를 從物로 본 느낌이 있다. 그러므로 가옥만을 목적으로 하고 부지를 제외하는 매매나 전당에서는 특별히 그 취지를 계약서에 명기하는 것이 상례이다. 다만 光武 10年(1906) 12月 「土地家屋證明規則」의 시행 이후 토지와 가옥은 각각 별도로 증명을 하는 것으로 되었고, 이로부터 이 관습은 점차 소멸되는 경향이 있다.

第十一 果實에 관한 規定이 있는가

예컨대 借地人은 어떤 物을 所有로 하는가. 또 借地人이 變更되는 경우, 地主가 借地人에게 土地를 引渡하는 경우, 借地人으로부터 土地를 返還받는 경우, 所有者變更의 境遇 등에 어떤 果實을 甲의 所得으로 하고 어떤 果實을 乙의 所得으로 하는가. 예컨대 土地의 引渡前에 심은 벼의 收穫은 前權利者의 所得인가, 後權利者의 所得인가. 利息·借賃 등은 權利移轉 後에 이를 支拂해야 할 때 全部를 後權利者의 所得으로 하는가, 장차 日割·月割 등으로 前後 權利者의 所得을 나누는가 등.

조선에서는 果實이란 말은 보통 과일[果物]을 가리키고, 곡류는 禾利, 利息은 邊利라고 부른다. 借賃은 통례로 貰錢이라고 부르고, 토지에 대해서는 稅 또는 租라고 부르며 지방에 따라서는 그것도 禾利라고도 부른다.

과실의 취득에 대해서도 月極을 쓰고 가옥의 차임, 대금의 이자 등은 소유자나 채권자의 변경이 있으면 日割 또는 月割로 전후 권리자의 취득분을 계산하는 것이 관례이다. 또 작물이 있는 지역 또는 임대지를 매매하는 경우 등에는 반드시 그 수익을 기대하고 이를 가액으로 산정하므로 자연히 그 수익은 신소유자에게 돌아간다. 특별히 성숙한 벼·보리 등이 있으면, 토지의 대가 외에 禾利로서 그 대가를 산정하는 예가 있다. 그리고 과실에 대한 특약이 없을 때에는 논에서는 白露(양력 9월 8일 경)前에는 신소유자에게 돌아가고 白露後에는 구소유자에게 돌아간다는 것이 통설이다. 또 조선의 관습에서는 후에 설명하는 것처럼 小作人의 變更 또는 小作契約의 解除는 반드시 경작기 외에 이를 해야 하므로, 대개 冬至(양력 12월 22일 경)後에서 春分(양력 3월 20일 경)前이 아니면 이러한 사실이 생기지 않는다. 그러므로 경작지의 임대차에 대한 지주와 소작인 또는 소작인간의 과실의 귀속을 결정해야 할 필요는 없다. 또 경작기간내에 지주가 토지를 소작인에게 인도하는 경우도 거의 없다. 그리고 소작지를 경작기간내에 매매하는 것도 절대로 없다고는 굳이 말할 수 없지만, 이러한 경우에는 그 수익을 대가로 見積하는 것은 위에서 서술한 것과 같다. 기타 還買의 경우와 담보로 된 토지가 채권자 또는 제3자의 소유로 돌아가는 경우에도 그 작물의 대가 또는 소작료를 따로 계산하는 것이다. 그러므로 신소유자가 그것을 사지 않는다면 과실은 구소유자의 소득으로 된다.

第十二 隔地者間の 意思表示는 언제부터 그 效力이 발생하는가

예컨대 서울에 사는 甲이 平壤의 乙에 대해 契約을 請約한 경

우에 乙이 承諾의 趣旨를 答申하면 契約은 承諾을 通知하였을 때에 成立하는가, 장차 그 通知가 甲에게 到達하였을 때 成立하는가. 이에 대해 甲이 미리 承諾期間을 정한 경우와 그렇지 않은 경우에 따라 차이가 없는가. 또 契約의 承諾과 그 밖의 意思表示 (催告, 通知 등) 사이에는 차이가 없는가.

격지자간의 의사표시는 지금은 郵便 또는 電信으로 통지를 하는 예가 많다. 그렇지만 옛날에는 이러한 통신기관이 없기 때문에 心부름꾼(脚夫: 步行軍이라고 한다)에게 서신을 託送하거나 또는 자기의 사용인에게 서신을 송달시키거나 口頭로 그 통지를 하였다고 한다.

隔地者에 대한 의사표시의 효력발생시기에 대해서는 관습상 확정된 바는 없고, 오직 일반의 관념을 살펴보는 것에 불과하다. 그런데 조선인은 通知·催告 등 단독행위와 계약의 청약 또는 승락 등을 구별하지 않고, 적어도 통신에 의한 의사표시는 상대방이 그것을 완전히 알지 않으면 그 효력은 없다는 신념을 갖고 있다. 그러므로 이 점에서 본다면 실제 상대방이 그 의사표시를 한 때에 그 효력이 발생하는 것이라고 해석하는 것이 옳을 듯하다. 그렇지만 또 한편 실제로 상대방이 의사표시를 안 시기는 아주 유동적이어서 상대방의 사정으로 遲速의 차이가 생길 뿐만 아니라, 자칫하면 그 이익을 좇아서 허위의 주장을 할 여지도 있다. 그래서 통상 상대방이 그것을 알 수 있을 시기, 즉 그 통지가 상대방에게 도달한 때를 효력발생의 시기로 보는 것이 온당할 것이다. 그렇지만 商去來 등에서는 청약의 취지에 따라 상대방이 승락의 통지를 하지 않고 곧바로 이행에 착수하거나, 또 가령 그 통지가 필요하다더라도 승락의 통지를 발함과 동시에 이행에 착수하거나 그 준비에 착수해야 할 예도 적지 않다. 이런 경우에는 이행에 착수하거나 또는 승락의 통지를 발한 때에 계약이 성립한 것으로 보아야 하고, 이로써 승락은 이행에 착수한 때 또는 승락의 통지를 한 때에 효력이 발생한다고 하지 않으면 안된다.

계약을 청약할 때에 미리 승락기간을 정한 것이 가끔 있는데, 이

경우에는 승락의 통지가 그 기간내에 청약자에게 도달하여야 한다. 이 점에 대한 관습은 차츰 판명되고 있지만, 많은 경우에는 청약시에 승락통지가 기간내에 도달할 것을 요한다는 취지를 명기하므로 의심이 생기는 일이 거의 없다. 그리고 승락의 효력발생시기에 대해서는 승락기간을 정하지 않은 경우와 굳이 다르지 않다고 할 수 있다.

意思表示者の 사망이나 (행위)능력상실이 행위의 효력에 미치는 영향에 대해서는 관습으로 정해진 바가 거의 없다. 그렇지만 일반견해로서는 그 효력을 방해받지 않는다고 생각하는 듯하다.

第十三 代理는 어떠한 法律行爲에 대하여 認定되는가

예컨대 身分上의 法律行爲에 대해 이를 認定하는가. 만약 그렇다면 어떤 行爲에 대해 이를 認定하는가. 또 財産上의 行爲에 대해서도 전적으로 이를 認定하는가. 만약 이를 認定하지 않는다면 그것은 어떤 경우인가.

조선의 관습에는 일찌기 代理를 인정하여 법률행위의 당사자가 스스로 그 행위를 할 수 없어서 타인에게 그것을 대행시키는 것은 아주 빈번하다. 그리고 이 경우에는 代行者의 행위는 본인의 행위와 같은 효력을 발생하고, 대행자에 대한 상대방의 행위도 역시 본인에 대하여 효력을 발생하는 것이라고 한다. 또 이와 같은 관계는 行爲無能力者의 보호자, 不在者의 財産管理人, 상속인 없는 死者의 遺産 또는 자연인 이외에 속하는 재산의 관리자 등에 대해서도 늘 볼 수 있는 바이다. 그리고 특히 근래에 이르러서는 會社 등 法人이나 이에 유사한 것을 인정함으로써, 그 대표자의 행위도 역시 늘 代理關係를 발생하는 것이라고 한다. 그렇지만 대리라는 용어는 수년전부터 점차 法술에 채용되고 또 실제에 사용하게 된 것이다. 과거에는 이에 相當하는 용어는 없고 오직 代身이란 용어가 있어서 委任에 의한 代理人의 의의로 사용된 것이라고 한다.

대리를 인정하는 법률행위와 인정하지 않은 법률행위는 관습상 확

연한 구별이 있는 것은 아니다. 그렇지만 재산상의 법률행위에 대해서는 대리를 인정하지 않은 경우가 거의 없기 때문에 개략적으로 대리를 인정하는 것이라고 할 수 있다. 그렇지만 오직 遺贈과 같이 본인 스스로 하여야 하는 행위에 대해서는 행위의 성질상 대리를 인정하지 않는다. 또 신분상의 법률행위에 대해서는 대리를 인정하는 경우가 거의 없고, 母가 子의 인지를 청구하거나 또는 인지를 거부하는 경우 등은 이를 신분상의 대리라고 할 수 없지만, 조선인의 관념에는 진실로 母 자신의 행위로서 子의 행위를 대신하는 것으로 보지 않는 듯하다. 또 戶主에게 보호자가 있는 경우에는 신분상의 행위에 대해서도 대리행위를 절대로 볼 수 없다고 할 수 없지만, 비록 조선의 풍습으로부터 본다면 그 예는 아주 적을 것이다.

동일한 법률행위에 대해 상대방의 대리인으로 될 수 있는가 없는가에 대해서는 실제로 타인의 대리인으로서 자기와 계약 등의 법률행위를 하는 예는 절대로 없고, 무능력자의 보호자가 무능력자와 법률행위를 할 필요가 있는 경우 등에는 타인이 그를 대리하는 것이 보통이다. 또 동일한 법률행위에 대해 당사자 쌍방의 대리인으로 되는 것에 대해서도 일정한 관습은 없고 또 실제 이와 같은 경우를 보지 못하였다.

法律行爲의 대행이 아니라 단순히 당사자의 의사표시를 전달하는 것에 지나지 않는 자는 그것을 使喚(使喚)이라고 하여 代身과 구별한다.

第十四 代理人的 行爲는 항상 本人에 대하여 직접 그 效力을 發生하는가

또는 경우에 따라 일단 代理人 自身이 權利를 取得하고 義務를 負擔하고 다시 代理人이 이를 本人에게 移轉해야 하는가. 만약 이와 같다면 어떤 境遇가 이러한가.

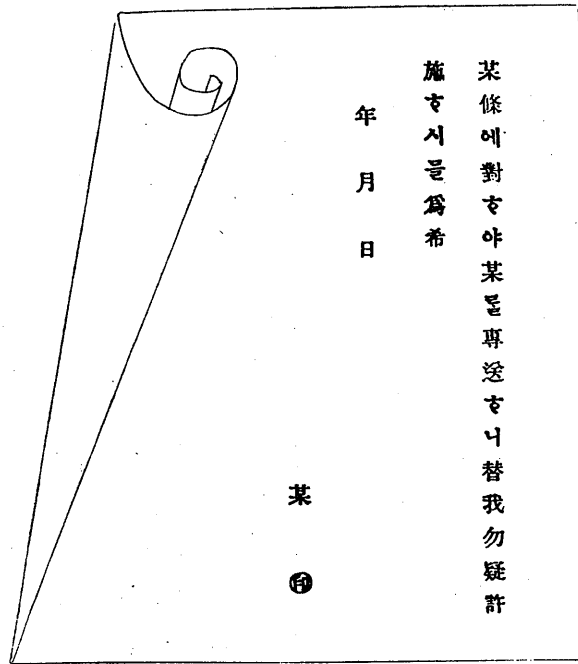
조선에서는 대리인이 본인을 위해 법률행위를 하는 경우에는, 대리 행위임을 표시해야 하는 것이 관례이다. 이를 표시한 경우에는 대리

인의 행위는 항상 본인을 위해 효력을 발생한다. 또 제3자의 대리인에 대한 행위도 본인에 대해 그 효력을 발생한다고 한다. 그러므로 대리인의 행위가 제3자에 대해 권리의 취득이나 의무의 부담해야 하는 것이면, 그 권리의 취득과 의무의 부담자는 늘 본인이고 대리인과 제3자 사이에는 그 행위의 목적인 권리·의무의 관계는 발생하지 않는다. 그리고 실제에서는 대리인이 대리행위임을 표시하지 않는 경우는 없다고 한다. 그리고 이를 표시하지 않은 경우에는 가령 본인을 위하여 한다는 의사로써 그 행위를 하여도 제3자가 이를 알지 못하면 늘 대리인 자기를 위해서 한 것으로 간주되고, 따라서 권리를 취득하고 의무를 부담하는 자는 본인이 아니라 대리인이다. 그러므로 이 경우에는 대리인은 그 권리 또는 의무를 본인에게 이전하거나 또는 본인과의 특별한 계약을 할 것을 필요로 한다. 또 이를 위해서는 제3자의 승락이 필요할 경우도 역시 많을 것이다. 지금 이를 실제에서 살펴보면 상품 등 동산의 賣買, 典當, 貸借 등에 대해서는 한편으로는 본인을 표시하는 것을 싫어하고 또 한편으로는 이를 표시하는 것이 불필요하기 때문에 대리행위임을 명시하지 않은 경우가 가끔 있는 듯하다.

대리인의 행위가 본인에 대해 그 효력을 발생함에는 대리의 명시가 필요한 것은 상술한 바와 같다. 그렇지만 商家의 使用人인 差人, 토지임대차의 경우 지주의 代理人인 마름[舍音], 행위무능력자의 보호자, 부재자 또는 자연인 이외에 속하는 재산의 관리자 등 그 자격이 분명한 자가 본인을 위해서 하는 행위는 그 행위 자체에 의해서 제3자가 본인을 위한 행위인 것을 알기 어렵지 않다. 그 때문에 특별히 대리의 취지를 명시하지 않은 경우라고 하더라도 본인을 위해서 그 효력을 발생하는 것을 방해할 하지 않는다.

대리인에게 위임장을 교부하는 것은 조선의 과거 관습에는 보이지 않는 바로, 제3자에 대해 대리인임을 알릴 필요가 있을 때에는 그 취지를 승인하는 서간을 휴대시키는 것을 예로 한다. 그렇지만 근래에 이르러는 위임장을 교부하는 예 역시 드물지 않다고 한다. 종래

〈표 14〉 委任狀



사용한 이러한 종류의 서간의 文例는 다양하지만, 대개 대리사항, 대리인의 성명, 대리인과 행위를 할 것을 바라는 文言을 기재하고 日附를 써서 記名·捺印(상인은 예로부터 상인은 예로부터 도장을 썼다)하는 것이 통례이다. 일례를 〈표 14〉에 제시한다.

第十五 代理에는 法定代理·任意代理의 區別이 있는가

만약 있다면 主要 法定代理人은 어떠한가. 예컨대 父母는 子의 法定代理人이 되는가. 後見人이 있다면 被後見人의 法定代理人이 되는가 등. 또 任意代理人은 반드시 契約으로 정하는가, 아니면 本人의 意思에만 따라서 定하는가, 즉 代理人의 承諾

은 필요없는가. 또 委任契約에는 반드시 代理權의 授與를 포함하는가(親權[第140問 이하], 後見[第146問] 이하]과 委任[第99問] 참조).

조선 과거의 법령에는 행위무능력자 등 대리인을 필요로 하는 자에 대해 당연히 대리인이 되어야 할 자에 대한 규정은 없고, 또 재판소에서 대리인을 선임해야 할 경우를 규정하지도 않았다. 그렇지만 관습상으로는 대리를 필요로 하는 것에 대해 당연히 대리인으로 되어야 할 자를 인정하였다. 이에 주요한 것을 보면 未成年者(성년에 달하지 아니하여 무능력자가 있는 것은 第2問에서 기술하였지만 이하에서는 모두 미성년자라고 한다) 또는 精神病者의 보호자, 부재자의 재산관리자, 상속인 없는 死者의 遺產管理者, 자연인 이외에 속하는 재산관리자 등이다. 그렇지만 근래에는 회사 등 法人에 유사한 것에 대해 법령의 규정으로 대리인이 되어야 할 자를 인정하고(「共同倉庫會社章程」第5條, 「東洋拓殖株式會社法」第9條, 「韓國銀行條例」第9條 등 참조: 1910년판), 또 소송에 대해서는 당연대리인인 자와 재판소에서 대리인을 지정할 경우를 규정하였다(「民刑訴訟에 관한 規程」第2條, 「民刑訴訟規則」第67, 68條 참조: 1910년판).

被代理人의 法律行爲에 의한 代理는 항상 계약으로 하는 것으로서 조선의 관습에서는 대리인을 정하는 것은 본인의 의사표시만으로는 충분하지 않고 대리인이 되어야 할 자의 승락이 필요하다고 한다. 따라서 가령 본인은 제3자 또는 대리인이 되어야 할 자에 대해 대리하게 한다는 의사표시를 하여도, 그 때문에 지정된 자가 곧바로 대리인으로 되는 것은 아니다. 그리하여 타인에게 법률행위를 위탁하면 그 위탁은 특히 반대의 의사표시가 있는 경우 외에는 대리권의 수여를 포함하는 것으로 간주된다. 그러므로 위탁을 받아야 하는 자는 승락을 함과 동시에 위탁자의 대리인으로 되는 것이 통례라고 한다. 이를 요약하면 조선의 관습에서 인정된 임의대리는 늘 위임계약에 의하여 발생하고 본인의 수권행위만에 의한 대리는 없고 또 위임계약은 통상 대리권의 수여를 수반한다고 한다.

第十六 代理人의 權限을 明定하지 않은 경우에 그 權限은 어떠한가

예컨대 무릇 財産의 管理를 委任받은 代理人이 그 財産을 賣却할 權限이 있는가, 또는 保存, 利用, 改良 등에 대해서만 權限을 갖는가. 또 利用, 改良 등에 대해서 어느 程度의 權限을 갖는가.

대리인에는 관습상의 대리인, 법률의 규정에 따른 대리인과 계약에 의한 대리인의 세 종류가 있음은 기술하였다. 그리고 관습상의 대리인은 그 권한에 대해서도 역시 관습에 따라서 간략하게 정한 바가 있고, 또 법률의 규정에 의한 대리인의 권한은 대개 법률에 이를 규정한다. 그런데 계약에 의한 대리인에 대해서는 특정행위를 대리시킨 경우에는 계약으로 권한을 정하는 것이 통례이다. 예컨대 여행을 하거나 타지에 체류하는 자가 부재중에 재산의 관리를 타인에게 위탁하거나 또는 다른 지역에 재산을 갖고 있는 자가 그 관리를 타인에게 위탁하는 경우 등에는 受託者의 권한을 明定하는 예가 아주 많다. 그런데 종래의 관습에 따르면 이러한 경우에는 수탁자의 권한은 그 재산의 보존에 필요한 행위와 확실한 방법에 따라 이용하는 것에만 있고, 처분행위를 하기 위해서는 본인의 허락을 받지 않으면 안된다. 그렇지만 재산의 성질을 변경하지 않고 또 다액의 비용을 요하지 않은 개량으로 누구나 그 필요성을 인정하는 것과 보존을 할 수 없거나 보존을 함에 다액의 비용을 필요로 하고 실제로 보존의 실익이 없는 것, 또는 보존을 하는 것이 두드러지게 불리하여 급속한 처분을 필요로 하는 등 사정이 급박하여 본인의 허락을 받을 겨를이 없는 경우에 한정하여 수탁자의 임의로 개량 또는 처분을 하여도, 이는 부득이하게 권한외의 행위를 한 것으로 책임을 지지 않는 듯하다. 그렇지만 經濟思想이 아직도 유치한 조선에서는 본인에게 이익이 되는 방법을 선택하여 관리를 하는 것보다는 오히려 안전한 방법에 따라 관리를 하는 것이 정당한 관리라고 여기는 경향이 있다. 재산의 이용

과 같이 보통 가장 안전한 방법을 취할 것을 요하고 개량과 같은 것은 관리인의 손에서는 거의 하지 않는다.

第十七 代理人은 復代理人을 쓸 수 있는가

復代理人을 쓸 수 있다면 代理人의 權限 全部를 復代理人에게 委任할 수 있는가, 또 그 一部에 대해서만 委任할 수 있는가. 또 모든 경우에도 그를 쓸 수 있는가, 부득이한 事由가 있는 경우에만 限定하는가, 위의 어느 경우에도 代理人은 復代理人의 行爲에 대해 모두 責任을 지는가, 아니면 選任·監督을 잘못한 것 등 自己의 過失이 있는 경우에만 責任을 지는가.

대리인이 복대리인을 쓸 수 있는 것은 관습상 분명히 인정된 바로, 관습상 대리인은 모든 경우에서도 복대리인을 쓸 수 있다. 그렇지만 자기가 대리해야 할 행위 전부를 복대리인에게 위탁할 수는 없고, 반드시 특정행위 또는 대리해야 할 행위의 일부에 한정하지 않으면 안 된다. 대개 관습상의 대리인은 본인이 스스로 법률행위를 할 수 없거나 또는 부재자이기 때문에 특별히 인정된 것으로, 대리인이 대리해야 할 사항의 범위가 넓은 것이 보통이다. 그래서 대리인 스스로 모든 사무를 처리하는 것이 곤란하기 때문에 항상 복대리인을 쓸 수 있는 것은 부득이하다. 그렇지만 그 권한이 아주 넓고 또 타인으로 하여금 완전히 그를 대신하게 하는 등은 이러한 대리를 인정한 본지에 어긋나는 것으로, 그 대리해야 할 행위 전부를 타인에게 일임하는 것을 허용하지 않는 것이 원칙이다. 계약에 의한 대리인은 본인의 허락이 있으면 어떤 경우에도 복대리인을 쓸 수 있고, 이 경우에는 위탁을 받은 전부 또는 일부를 복대리인에게 위임할 수 있다. 그렇지만 그 행위의 전부를 복대리인에게 위임한 경우 등에는 대개 본인이 다른 대리인을 선정하기 때문에 실제에서는 그 예를 볼 수 없는 것은 당연하다. 기타 부득이한 사유가 있거나, 또는 본인의 허락을 얻을 수 없는 경우에도 일시 복대리인을 쓰는 것은 반드시 방해받지는 않

는다. 그렇지만 이러한 대리인은 본인의 信用을 필요로 하는 것이므로, 일반관념으로는 본인의 허락을 얻은 경우외에 복대리인을 쓰지 않는 것을 원칙으로 하는 듯하다.

복대리인은 조선인의 관념에서는 대리인의 행위를 대리하는 것으로 여겨지지만, 그 행위는 항상 본인에 대해 효력을 발생하고, 또 복대리인에 대한 제 3자의 행위도 역시 본인에 대해 그 효력을 발생하는 것이다. 그러므로 이러한 관점에서 본다면 본인의 행위를 대리하는 것이라고 하지 않으면 안된다.

복대리인의 행위에 대해서는 대리인은 관습상의 대리인과 계약에 의한 대리인을 구분하지 않고 항상 본인에게 그 책임을 지지 않으면 안된다. 그러나 부득이한 사유가 있는 경우와 본인의 허락을 받은 경우라도 다만 그 선임·감독에 대해 책임을 지는 것에 그치는 것이 아니라, 자기에게 어떠한 과실이 없더라도 그 책임을 회피할 수 없다고 하는 것이 통설이라고 한다. 그렇지만 본인이 지명한 복대리인을 쓴 경우에는 그가 감독에 대해 과실이 없는 한 그 행위에 대해 대리인 자신이 책임을 지는 것을 요구하지 않은 듯하다.

법률의 규정에 의한 대리인에 대해서는 아직 관습이 성숙한 바가 없지만, 중요하지 않은 특정행위에 대해 복대리인을 쓰는 것은 무방하다. 대리인은 어떠한 경우에도 본인에 대해 그 책임을 지는 듯하다. 그렇지만 다만 법령에 특별한 규정이 있는 경우는 원래 이에 해당하지 않는다.[1912년판]

第十八 代理權의 消滅原因은 어떠한가

예컨대 本人과 代理人의 死亡은 代理權을 消滅시키는가, 아닌가. 또 本人은 언제라도 代理人을 解任하고 또 代理人도 언제라도 辭任할 수 있는가, 아닌가 등.

대리권소멸의 원인은 대리권발생의 원인에 따라 다소 차이가 있다.

1. 慣習上의 代理

이러한 대리는 본인이 자연인인 경우에는 본인의 사망으로, 자연인 이외의 권리주체의 대리에서는 대리된 주체의 廢滅로 대리권은 소멸한다. 또 대리인의 사망, 정신상실 등은 항상 그 대리권을 소멸시키는 것이라고 한다. 기타 본인에게 대리를 필요로 하는 사유가 소멸한 때에는 그 대리권도 따라서 소멸한다. 또 대리해야 할 사무의 종료, 대리인인 자의 지위의 변경 등에 따라 그 대리권도 소멸해야 한다. 예컨대 失蹤者 또는 상속인 없는 死者의 遺産을 관리하는 자는 그 재산의 소멸에 따라 대리권이 소멸하고, 사원의 주지 또는 里·洞長 등은 그 지위를 떠남에 따라 그 대리권이 소멸한다. 또한 미성년자 또는 정신병자의 보호자의 경우에는 근친 이외자가 이를 담당할 경우에는 사임 또는 해임으로 인하여 그 지위에서 벗어난다. 또 미성년자의 보호자의 경우에는 근친자가 이를 맡은 때라도 미성년자가 타인의 양자로 되는 때에는 그 대리권이 소멸하는 것이 보통이다.

2. 契約에 의한 代理

이 경우에는 본인 또는 대리인의 사망, 정신상실 등은 항상 대리권 소멸의 원인으로 된다. 또 본인의 실종, 대리사무의 종료 등에 의해서도 역시 그 대리권이 소멸한다. 특히 해임 또는 사임에 의해서도 대리권이 소멸하는 것이라고 한다. 그런데 관습으로는 본인은 언제든지 대리인을 해임할 수 있고, 또한 대리인도 언제든지 사임할 수 있다. 만약 이 때문에 상대방에게 손해를 끼치면 부득이한 사정이 있는 경우 외에는 그 손해를 배상해야 하는 것이다. 그렇지만 실제로는 본인이 대리인에 대해 보수의 전부를 지급하는 예가 많지만, 대리인이 무자격인 경우가 많기 때문에 본인이 대리인에 대해 구상권을 행사하는 예는 매우 드물다고 한다.

3. 法律의 規定에 의한 代理

회사 등 法人 또는 법인과 유사한 것의 대리인에 대해서는 그 대리된 주체의 해산과 대리인이 그 직책을 떠남에 따라 대리권이 소멸하고, 또 소송에서의 대리인은 그 소송의 종료, 해임 또는 사임으로 대리권이 소멸한다. 본인 또는 대리인의 사망도 그 원인으로 꼽을 수 있다.

대리권 소멸의 원인은 대개 위와 같지만, 종래의 관습에는 대리권이 소멸됨에도 불구하고 그것을 알지 못하고 한 대리인의 행위는 유효하고, 또 대리권의 소멸을 알지 못한 채 대리인과 법률행위를 한 제3자에 대해서는 그 소멸을 이유로 대리의 무효는 주장할 수 없는 듯하다. 그렇지만 대리인이 故意 또는 過失로 이를 감춘 경우에는 대리인은 본인에 대해 그 책임을 져야 함은 물론이다.

第十九 期間의 初日을 산입하는가, 않는가

예컨대 오늘 契約을 締結하면서 五日後에 履行하기로 約束을 한 경우에 當日을 一日로 하여 後의 四日으로써 期間이 滿了한 것으로 되는가, 아니면 當日은 算入되지 않고 이튿날부터 起算하여 五日後에 期間이 滿了한 것으로 되는가.

기간은 법령에 규정된 것, 관청의 명령으로 정한 것, 또 법률행위의 조건으로 이를 정한 것이 있다. 그리고 기간을 정함에는 年數, 月數 또는 日數로 정하는 것이 가장 보통이고, 週數나 時數로 정한 예 역시 거의 없는 것은 아니지만 십수년 이래의 현상에 지나지 않는다. 또 市場去來에서는 開市의 數를 표준으로 하는 것이 많은데, 開市는 5일마다 한번 하는 것이 통례이므로 一開市라 하면 대개 5日間이라고 한다.

기간의 계산에 대해서는 과거의 법령 가운데 『大明律』 「名例律」 稱日者以百刻條에 “무릇 하루라고 하는 것은 100刻으로 계산을 하고 工役을 할 때에는 아침부터 저녁까지 한다. 1年이라고 하는 것은 360

일로 계산한다”¹⁾라고 하여 百刻(작업의 경우에는 아침부터 저녁까지)에 차는 것으로 1일이 라고 하고 360일에 차는 것으로 1년이라고 하지만, 그 起算點은 표시하지 않았다. 『續大典』 「刑典」 聽理條에 “經國大典의 5年^[戶典 田宅條에 있다] 3年^[公賤條에 있다]의 기한은 달로써 계산하고 續大典 60年·30年の 기한은 해로써 계산한다”²⁾라는 규정이 있다. 이 규정에 의하면 『經國大典』 「戶典」 田宅條와 「刑典」 公賤條에 정한 5年 또는 3年の 기간은 달 수로써 계산하며, 『續大典』 「刑典」 聽理條에 정해진 60年 또는 30年の 기간은 해수로 계산해야 하는 것이지만 이 역시 기산점을 정하지 않았다. 근래의 법령 가운데 『刑法大全』 第48條에 “一日이라 稱함은 二十四時이며 一月이라 稱함은 三十日이며 一年이라 稱함은 三百六十日을 謂함이라”라고 규정하였다. 관례로는 1일을 24시간으로 계산하는 경우에는 그 즉시부터 기산을 하여 24시간이 차는 것으로써 1일로 折算하고, 달수 또는 해수로써 정한 기간은 당일부터 기산하여 그 일수가 차는 날의 종료로써 기간이 만료된 것으로 하는 듯하다. 그런데 光武 11年(1907) 法律 第1號 「民刑事訴訟에 관한 件」 (隆熙 2年(1908) 法律 第13號 「民刑事訴訟規則」 第176條로 폐지) 第7條에 “民事의 申訴(上訴를 일컬음) 期間은 三箇月로 定하고 其判決宣示日의 翌日로부터 起算함”이라고 규정하여 비로소 初日不算入의 原則을 채용하였지만, 「民刑事訴訟規則」 第2條 第1項에서도 “本法에 定한 期間은 初日을 算入치 아니함 但 時效期間의 初日은 時間을 論치 아니하고 全日로 計算함”라고 규정하여 初日算入의 原則을 채용하였다. 실제거래에서는 日數로써 정한 기간은 당일로부터 기산하여 그 日數가 차는 날의 종료로써 기간이 만료된 것으로 하고, 달수나 년수로 정한 기간은 그 다음달이나 다음해부터 달력에 따라 계산하여 그 수가 차는 달이나 년에 해당하는 날의 전일이 종료하는 것으로써 기간이 완료된 것으로 한다. 따라서 일수로써 정한 기간은 물론, 달수나 년수로써 정한 기간에 대해서도 초일을 산입하는 것이라고 한다.

1) 凡稱一日者 以百刻計 工者從朝至暮 稱一年者 以三百六十日

2) 原典五年〔見戶典 田宅條〕三年〔見公賤條〕之限 以月計 續典 六十年 三十年之限 以年計

기간의 말일이 일반휴일일 때에는 채무이행과 같은 것은 휴일이 지난 후에 그것을 하여도 괜찮다는 관습이 있다. 따라서 이 경우에는 기간은 휴일 다음날로 만료하는 것이라고 할 수 있다. 그런데 조선에서의 일반휴일은 陰曆 正月 1~3일, 15일과 8월 15일〈秋夕〉이며 寒食(음력 2월과 3월 사이에 있는데, 일반적으로 省墓를 한다), 端午(음력 5월 5일) 등의 당일에 휴업을 하는 지방도 역시 많다고 한다.

第二十 時效를 認定하는가, 않는가

예컨대 貸主가 貸金을 催告하지 않고서 수십년 내지 수백년을 經過하여도 여전히 辨濟를 請求할 수 있는가. 만약 一定期間 後에는 이를 請求할 수 없다면 그 期間이 어떠한가.

1. 時 效

조선 과거의 法令에는 時效를 이유로 한 권리의 得喪을 인정한 규정은 없고, 建陽 元年(1896) 이후의 법령에서는 國庫 또는 帝室債務, 租稅 등 國庫에 대한 納入義務, 어음債務 등에 대한 時效를 이유로 한 債權·債務의 소멸을 인정하였다. 그렇지만 아직 일반의 권리에 대해 時效를 인정하기까지는 이르지 않았다. 그리고 실제에서도, 예컨대 장기간 타인의 물건을 占有하여 所有者와 같은 상태에 있다고 하여도 그 때문에 그 물건의 소유자로 되지는 않고, 소유자가 그 물건의 반환을 청구하면 수십년 후에라도 그에 응하지 않으면 안된다. 또 타인의 물건을 사용한 것이 수십년이 되어도 그것을 이유로 하여 그 물건의 使用權을 취득하는 일도 없다. 그리고 타인의 物上의 권리는 가령 수년간 행사하지 않았다고 하더라도 굳이 그것을 상실하는 것이 아니다. 또 貸金의 반환을 받을 권리, 기타의 채권에 대해서도 長期間 독촉을 하지 않아도 그 때문에 이의 소멸을 청구할 수 없고, 수십·수백년을 경과하여도 이행청구를 방해받지 않는다. 이러한 사실로 取得時效 또는 消滅時效를 인정하는 관습은 없다고들 한다.

그리고 時效를 인정한 法令은 아래와 같다.

會計法〈開國 504年(1895) 法律 第2號〉

第29條 政府負債로 其出給함이 可한 年度經過後 滿三箇年內에 債主로서 支出 或 出給을 請求치 아니한 則 期滿免除라 하여 政府는 其 義務를 免호대 但 特別法律로써 期滿免除의 期限을 定하는 者는 各其定한 바에 依함

第30條 政府에 對하여 租稅及其他歲入을 上納함이 可한 義務가 有한 者는 其納上함이 可한 年度가 經過後 滿三箇年內에 徵稅命令 或 納額告知를 受치 아니한 則 期滿免除라 하여 其 義務를 免호대 但 特別法律로써 期滿免除의 期限을 定하는 者는 各其定한 바에 依함

地稅戶布錢에 關한 件〈開國 504年 法律 第15號〉

第7條 會計法中 期滿免除에 關하는 條項은 此法律에도 適用함

國庫證券條例〈光武 9年(1905) 勅令 第35號〉

第14條 本證券元利는 其支撥期日부터 起算하여 滿三箇年을 經過한 則 此를 支撥치 아니함

但 證券의 紛失汚染及毀損等を 依하여 元利의 支撥을 中止하거나 訴訟事件에 因하여 請求하기 難할 境遇에는 其間日數는 算치 아니할 事

手形條例〈光武 10年(1906) 勅令 第71號〉

第8條 擔當人 又は 約束手形의 振出人에 對한 債權은 滿期日부터 三箇年이요 所持人이 其前者에 對할 償還請求權은 六箇月이요 裏書人이 其前者에 對할 償還請求權은 償還한 日로부터 六箇月이니 此를 經過한 時는 時效를 因하여 消滅함이라

帝室債務에 關한 件〈隆熙 2年(1908) 法律 第9號〉

第1條 帝室債務에 關하여는 開國 504年 法律 第2號 會計法 第29條의 規定을 準用함

第2條 前條의 規定은 本法施行前에 生한 債務에 關하여도 此를

適用함

起業公債條例<隆熙 2年 勅令 第 81 號>

第 7 條 本公債證書에는 光武 9年 勅令 第 35 號 國庫證券條例 第 10 條 以下の 規程을 準用함

國庫債券條例<隆熙 4年(1910) 法律 第 5 號>

第 16 條 本債券의 元金償還請求權은 其償還期日로부터 滿五個年の 經過를 因하며 利子支撥請求權은 支撥期日로부터 滿三個年の 經過를 因하여 消滅함 但 債券 又は 利票로 訴訟事件 又は 抗拒치 못할 事變을 因하여 元利의 支撥을 請求하기 不能한 境遇에는 其間의 日數를 算入치 아니함

導掌賜金公債證券條例<隆熙 4年 勅令 第 30 號>

第 5 條 光武 9年 勅令 第 35 號 國庫證券條例 第7條 及 第9條 以下는 本證券에 準用함

2. 聽訟期間

청송기간에 관한 규정은 과거부터 존재해 왔고, 그 두드러진 것을 보기로 한다.

무릇 토지와 택지를 소송하는 경우에 5년이 지났으면 수리하지 않는다. [흠쳐 판 것, 서로 소송하여 아직 판결이 나지 않은 것, 부모 전래의 토지를 혼자 상속한 것, 소작인 이 소작지를 영구히 차지한 것, 임대인이 영원히 차지한 것은 기간을 한정하지 않는다. ○소장을 내었으나 5년이 지나도록 소송을 수행하지 않는 자도 또한 수리하지 않는다. 노비에 대해서도 같다.] <『經國大典』 「戶典」 田宅條¹⁾

무릇 私債를 가진 자가 證人과 筆執이 있는 文記를 갖춘 경우에는 징수를 허용한다. 1년이 지나서 관에 신고하지 않은 자는 수리하지 않는다.

<同 徵債條²⁾

서로 노비를 다루는 경우에 양당사자가 모두 부당하면 屬公한다. 서로

1) 凡訟田宅 過五年則 勿聽 [盜賣者 相訟未決者 父母田宅合執者 因并耕永執者 賃居永執者 不限年 ○告狀而不立訟 過五年者 亦勿聽 奴婢同]
2) 凡負私債 有具證筆文記者 許徵 過一年不告官者 勿聽

다투어 노비가 속공된 경우에 3년이 지나면 수리하지 않는다^[36개월로 기한을 삼는다] ○經國大典의 무릇 父子, 嫡妾, 良賤의 分揀 등의 항과 같이 情理가 절박한 일로 소송을 맡은 담당관의 교체를 기다리지 않고 다른 부서에 즉시 소송하는 것을 허용하는 것 역시 3년의 定限內에 해야 하고 3년이 지나면 수리하지 않는다 ○양인을 억압하여 천민으로 되게 한 것은 비록 3년이지났더라도 마땅히 그 소송하지 않은 까닭을 분변하고 법에 따라 죄를 준다. ○무릇 오래

된 토지와 노비에 대한 소송은 일정한 대소의 연한내에 시행한다^[60년을 대限이라 하고 30년을 小限이라 한다] ○조상 전래의 토지와 노비를 분배하지 않고 혼자 차지한 것과 훔쳐 판 것과 原籍에서 빠져 도망간 공노비에 대해 만약 서로 소송하는 경우는 이 연한을 적용하지 않는다.

內奴婢는 宣頭案에 올리고 驛奴婢는 形止案에 올리되, 본주라고 하여 노비를 찾으려 하는 경우에는 小限을 쓰고 사건이 30년 이전^[10式年은 달이 없다]에 있으면 수리하지 않는다^[만약 주인을 배반하여 공노비로 되어, 본주가 소송을 제기하여 판결을 기다리는데 도망하여 30년이 지난 경우에는 기한이 지난 것으로 논할 수 없으므로 60년의 大限을 쓴다.]. 또는 조상 소유의 노비가 도망한 것이라고 하거나 奴의 良妻 所生이라고 칭하여 다투어 소송하는 경우에 본인이 현존하지 않은 경우에는 大限을 적용하여 사건이 60년전에 있으면 수리하지 않는다.

〈『續大典』「刑典」聽理條〉³⁾

債權을 다투는 소송에서 주고 받은 증거가 없으면 해수를 헤아려 이자를 더하여 10년 이전과 천냥 이상의 것은 수리하지 않는다.

〈『六典條例』「刑典」聽訟條〉⁴⁾

이로써 그 대강을 엿볼 수 있다. 그리고 開國 503年(1894) 7月 15日 議案 「田地, 山林, 家屋을 強佔과 勒買者를 推還原主하는 件」에 다음과 같이 규정하였다.

藩柵·守宰·豪右 등이 10년이내에 전지 산림·가옥 등의 재산을 강점 하였거나 강제로 산 값으로 산 경우에, 본주가 사실에 의거하여 軍國機務處에 문서로 신고하되 그 문서에 증인 2명 이상 및 官衆이 모두 아는 명확한 증거가 있으면 사실을 조사하여 原主에게 추환한다. 만약 남의

3) 相訟奴婢 兩邊不當者 屬公 相訟屬公奴婢 過三年則勿聽[以三十六朔爲限] ○原典 凡議決 如父子 嫡妾良賤分揀等項 情理迫切事 不待決折 堂郎遞改 許則訴他司者 並在三年定限內 過三年 勿聽 ○壓良爲賤 則雖過三年 當辨其不訴之故 而依律抵罪] ○凡久遠田民相訟 一定大小限 施行[六十年謂之大限 三十年謂之小限] ○若相訟祖先田民合執 盜賣者 及逃漏公賤 並不用此限] 內奴婢入宣頭案 驛奴婢入形止案 而稱以本主 推尋者 用小限 事在三十年以前[十式年無頭] 則勿聽[若反主投屬 本主相訟得決 而逃避過三十年者 不可以過限論 用六十年大限] 或稱祖上逃奴婢 或稱奴良妻所生 爭訟 而非當身現存者 用大限 事在六十年以前 則勿聽

4) 債訟之與受 無憑 計年加利 十年以前 千兩以上 勿爲聽訟

것을 제 것으로 하여 변상을 구하는 자, 허무한 것을 꾸미는 자, 수효가 서로 어긋나는 자가 있으면 법에 따라 엄히 처벌한다.⁵⁾

또 『刑法大全』 第 16 條에 “聽訟하는 期限은 一應(一應을 후에 ‘民事’로 개정하였다: 光武 10年(1906) 法律 第 1號) 詞訟이 二十年以內에 在한 者로 定함이라”(隆熙 2年(1908) 法律 第 19號로 삭제)라고 규정하였지만, 이러한 규정은 거의 실제로 행하여지지 않은 듯하다. 다만 隆熙 2年 8月 「民刑事訴訟期限規則」의 시행 이래에 각종의 채권과 소유권이 아닌 재산권을 원인으로 하는 소송은 소송을 제기할 수 있는 시기로부터 기산하여 1年 내지 20年을 지나면 수리하지 않는 것으로 되었다.

第二章 物 權

第二十一 物權·債權 또는 이와 유사한 權利의 區別이 있는가

예컨대 借地權과 같이 種類에 따라 所有者의 承諾이 없이 이를 讓渡할 수 있는 것과 할 수 없는 것이 있는가. 또는 所有者 變更 후에 이를 新所有者에게 對抗할 수 있는 것과 할 수 없는 것이 있는가. 또 예컨대 土地를 賣買한 경우에 還買의 特約을 첨부하였는데 그 特約은 이를 買受人에게만 對抗할 수 있는 것인가, 後日 所有者로 되는 者에 대해서도 이를 主張할 수 있는 것인가(借地權[第 33 問] 및 還買[第 92 問] 참조).

조선에서는 建陽(1896年) 이후에 제정된 법령의 규정에 비로소 債

5) 十年以內 田地山林家屋等產 爲藩柵 守宰及豪右 所強佔 與減價勒買者 由本主據實 呈單于軍國機務處 該呈單內 要有證人二名以上 及土在官衆所共知明確證據 則查實推還原主 倘有假冒代辦者 構捏虛無者 數爰相左者 亦照律嚴懲事

權·債務라는 말이 사용되고, 또 민간에 있어서도 십여년 전부터 드물게 이러한 말을 사용하는 자가 있게 되었으나, 대개 金錢債權과 金錢債務의 뜻으로 해석하는 것 같고 또 物權이라는 말은 아직 사용하지 않는 것 같다. 그리고 종래에 물권의 성질을 갖는 권리와 채권의 성질을 갖는 권리 사이에는 확연한 구별이 있지 않았다고 하지만, 권리의 실질에서는 양자의 구별이 원래 존재하였다. 예컨대, 물건을 典當하여 금전을 대여한 자는 차주가 변제를 하지 않으면 그 전당물로 변제를 받을 수 있을 뿐 아니라, 차주의 資產이 부채의 전부를 변제하기에 부족한 때라도 그 전당물의 대가에 대하여 타채권자에 우선하여 변제를 받을 수 있다. 그렇지만, 무담보로 금전을 대여한 자는 차주가 임의로 변제를 하지 않으면 그 재산에 대하여 강제이행의 방법으로 집행할 수 있는 것은 물론이지만, 타채권자에 우선해서 변제를 받을 수 없다. 또 차주의 재산이 타인의 소유로 귀속한 때에는 이에 추급하여 변제를 받을 수 없다. 이는 물권·채권의 구별을 인정하고 전당의 물권적 효력을 인정하는 이유라 말할 수 있다.

借地權에는 물권의 성질과 채권의 성질을 갖는 것이 있다. 예컨대, 가옥을 소유하기 위해서 토지를 차용한 자는 가령 토지의 소유자가 변경되어도 신소유자에 대해서 그 권리를 대항할 수 있고, 또 가옥을 양도하는 경우에는 소유자의 승락을 얻지 않고 그 차지권을 양도할 수 있다(다만 가옥의 매수자는 당연히 차지권을 승계하는 것이 관습으로 별도로 양도하는 예가 없다). 즉, 그 성질은 물권에 속하였다. 이에 반하여 경작의 목적으로 토지를 차용한 자는 永小作의 경우를 제외하고, 소유자의 변경이 있으면 그 권리를 신소유자에 대하여 대항할 수 없다(다만 경작기에 들어선 때에는 그 해의 수확이 끝날 때까지는 신소유자도 차지권을 인정하지 않으면 안된다). 또 소유자의 승락을 얻지 않고 그 권리를 양도할 수 없다. 그 성질은 채권에 지나지 않는다.

還買은 보통 還退(還退라는 말은 무르다[取戻]는 의미로 쓰이거나 또는 반환의 의미로 쓰이는 예가 있고, 또 '無價還退'라는 말이 있다. 반드시 還買의 경우에만 쓰이지 않는다)라고 부른다. 還買의 특약을 덧붙여서 토지 또는 가옥을 매수한 자는 매도인의 환매청구에 응할 의무가 있으므로 이를 전매하는 일이 거의 없다. 또한 전매하려고 해도 기꺼이 이를 매수하는 자가 적

지만, 부득이한 경우에는 이를 전매하는 경우가 있다. 통례는 매도인이 환매를 하지 않을 것을 확인한 후 전매를 하는 것이지만, 드물게는 매도인의 의사를 확인하지 않고 이를 전매하거나 또는 매도인에게 환매의사가 있음에도 불구하고 이를 전매하는 경우가 있다. 이러한 경우에는 환매의 특약을 덧붙이는 예가 있다. 또 특약을 하지 않았다고 하더라도 매수인은 만약 매도인으로부터 환매청구를 받을 때에는 轉買者로부터 이를 되사서 다시 매도인에게 반환하는 것이 관례이다. 매수인의 도망·사망 등으로 매수인에 대하여 환매청구를 할 수 없는 경우 외에 매도인으로부터 직접 전매자에 대하여 환매청구를 하는 예는 없다. 전매자는 還退의 특약을 하지 않고 이를 매수한 때라도 文券(매도인이 轉買者에게 교부한 賣渡證書)에 의하여 還買權이 있는 것을 알고 있어야 하므로, 이를 거절할 수 없는 것으로 하였다. 이로써 본다면 還買權은 채권의 성질이어서 매도인은 직접 그 권리를 轉買者에게 대항할 수 없는 것 같기도 하지만, 매수인으로 하여금 환매를 하게 할 수 있으므로, 문권의 기재에 의해서 간접으로 이를 轉買者에게 대항하는 결과로 되는 것이다.

第二十二 土地에 관한 權利의 種類는 어떠한가

더욱이 그 여러 種類의 性質을 설명하시오.

조선의 법제와 아울러 관습상 인정하는 토지에 관한 권리의 종류는 대략 다음과 같다.

1. 所有權

종전에는 소유권이라는 말을 사용하지 않았으나, 토지의 소유는 일찍부터 인정되었다. 소유자는 법령 또는 관습에 따른 제한의 범위 내에서 그 토지를 사용·수익하고 또 처분할 수 있고, 또 그 위에 권리를 설정하고 또한 그 토지를 양도할 수 있었다. 그리고 토지소유권의

일종인 토지의 共有도 또한 그 예가 드물지 않다.

2. 借地權

借地權에는 여러 종류가 있다. 사용목적에 따라 그 종류를 대별하면, ①가옥 등 건물을 소유하기 위한 것 ②墳墓 등 공작물을 소유하기 위한 것 ③樹木을 소유하기 위한 것 ④경작하기 위한 것 ⑤柴草를 채취하기 위한 것 ⑥목축을 하기 위한 것 등이 있다. 그 중 경작을 위한 것과 가옥을 소유하기 위한 것이 가장 많고 다른 예의 차지권은 드물게 보일 뿐이다. 어떤 것은 물권의 성질을 가지고 어떤 것은 채권의 성질을 가졌다. 상세한 것은 借地權[第33問]에서 기술한다.

3. 地役權

조선에서는 引水하기 위하여 타인의 토지를 사용하는 권리로, 그 성질을 地役權으로 보아야 할 것이 있다. 그리고 자기의 토지 또는 가옥의 편익을 위해서 타인의 토지를 通行하고 또는 自家의 음료수를 타인의 우물에서 끌어오는 실례는 매우 많지만, 이는 오직 토지의 소유자가 도의상 타인의 사용을 묵과하는 것에 지나지 않는다는 것이므로, 사용자에게 確연한 권리가 있다고 할 수 없는 것 같다(地役權[第36問] 참조).

4. 入會權

조선에는 둘 이상의 里·洞이 공유하는 산야에서 공유자인 各 里·洞 住民이 柴草를 채취하고 또 방목을 하는 관례가 있다. 혹은 이·동이 소유하는 산야에 다른 이·동의 주민이 채초·방목을 하는 사례도 또한 드물게 있는 것 같다. 모두 그 성질은 日本 民法에서 인정하는 入會權과 비슷하다. 또 「森林令」과 「同施行規則」에서는 國有森林에 대한 入會慣行을 인정하였다[다만 현재에는 隆熙 2年(1908) 法律 第1

號「森林法」第19條의 규정에 의해 所有의 신고를 해야 한다. 이러한 공유산은 대개 각 동리에 분할되었다고 한다)(入會權[第32問] 참조).

5. 先取特權

조세 등 公課와 橫領[欠逋]의 追徵에 대해서는 고래로 선취특권을 인정하였고, 조세의 징수에 대해서는 현행법에도 이를 규정하였다. 그러므로 이러한 종류의 선취특권이 토지에 미치는 것은 물론이다. 그러하지만 私債에 대해서는 공익비용으로 말미암은 채권에 대하여 선취특권을 인정하는 외에 토지의 선취특권으로 하는 관습이 판연한 것도 아니다(先取特權[第38問] 참조).

6. 典當權

물건 또는 권리를 목적으로 하는 채권의 담보로서 전당이라는 것이 있다. 토지의 전당은 그 성질을 抵當이라 보아야 할 것 같다. 또 質權의 성질을 갖는 토지전당은 아직 발견되지 않는다(質權과 抵當權[第39-50問] 참조).

第二十三 權利의 設定·移轉에 대하여 특별히 一定 節次를 履行할 必要가 있는가.

만약 있다고 하면 그 節次를 履行하기까지는 아직 權利를 設定·移轉하지 않은 것으로 보는가. 또한 그 設定·移轉은 契約의 成立과 同時에 하여야 하는 것으로 보는가. 後者의 境遇에 는 그 節次의 效力은 어떠한가. 그 중 權利의 目的物을 引渡하기 전에 이미 그 權利의 設定·移轉이 있는 것으로 보는가, 아닌가.

물에 관한 권리의 설정·이전에서는 『經國大典』 「戶典」 買賣限條에 “田地 家舍를 買賣하고서 15일이 지나면 무르지 못한다. 아울러

100일내에 官에 신고하여 立案을 받아야 한다[논의도]¹⁾라고 규정하여 가옥과 전답의 매매는 관의 증명을 받아야 하였다. 그리고 開國 502年(1893) 京城에서 새로 家契<家券>을 발급하고 점차 다른 시가지에도 이를 시행하였다. 가옥을 매매하는 경우에는 舊契를 반납하고 다시 新契를 발급하고 또 가옥을 전당으로 하는 경우에는 가계에 懸錄을 받게 하였으나, 光武 10年(1906) 內部令 第2號 「家契發給規則」에서는 가옥을 매매할 때에는 구계를 제출하여 신계를 받거나, 舊契에 裏書를 받게 하는 것으로 하고, 또 同年 度支部令 第10號 「家契手數料規則」에 의하여 그 시행지인 서울, 開城, 仁川, 水原, 平壤, 大邱, 全州 등에서는 가옥의 매매, 상속 또는 전당의 경우에 신계의 출급 또는 이서의 수수료를 징수하였다. 그러나 이러한 것은 권리의 설정·이전에 필요한 조건이라 볼 수 없다. 또 각국 居留地에서는 條約에 기초하여 地契를 발급하였어도 단지 締約國人에 대한 규제에 불과하였다. 그리고 光武 10年(1906) 法律 第3號 「鑛業法」 第10條 第1項에 의하면 광업권의 양도와 저당은 등록을 받지 않으면 효력이 생기지 않고, 또 隆熙 2年(1908) 勅令 第58號 「國有土石採取規則」 第6條에는 토석채취의 양도 및 저당은 등록을 받지 아니하면 효력이 없다고 규정하였다. 隆熙 2年 法律 第29號 「漁業法」 第5條에도 어업권의 상속, 양도, 공유, 담보 등은 農商工部의 登錄을 받지 아니하면 그 효력이 생기지 않는 취지를 규정하였고(「漁業令」에는 어업권의 양도, 공유, 저당, 實付에 대해서는 朝鮮總督의 허가가 필요하였다. 1912년판), 光武 2年(1898) 法律 第1號 「典當舖規則」 第10條에는 토지, 가사의 계권을 전당함에는 官의 認許를 받아야 하는 것으로 하였다. 이러한 것은 권리의 설정·이전에 필요한 조건이라 할 것이다. 그리고 光武 10年(1906) 勅令 第65號 「土地家屋證明規則」의 시행후에는 토지, 가옥의 매매, 증여, 교환 및 전당은 증명을 받아야 하는 것으로 되었으나, 이는 다만 권리의 설정·이전을 확실하게 하는 방법일 뿐이고, 필요조건이 아니다.

또 종래의 관습으로는 物의 매매, 전당, 증여, 교환 등은 동산에 대

1) 田地·家舍 買賣限 十五日 勿改 並於百日內 告官受立案[奴婢同]

해서는 그 인도, 또 부동산과 선박에 대해서는 그 文券(대개 전소유자의 매도증서로 가계가 있으면 가계, 또 근래 선박의 매매에서는 船票도 포함한다[光武 3年(1899) 勅令 第 33號 「國內船稅規則」 第 5條 참조])을 인도하면, 비로소 그 권리의 설정·이전이 있는 것으로 하였다. 다만 문권의 인도가 필요없는 경우에는 본래 이에 해당하지 않는다(還賣[第 92問] 참조). 그리고 부동산의 매매·전당 등에는 반드시 문기(賣渡證書) 또는 手票(典當權設定證書)를 작성 교부하는 것이 관례이다. 부동산의 증여는 단지 문권을 교부하는 것에 그치고 증서의 작성을 하지 않는 것을 보통으로 하였다. 또한 교환의 경우에는 대개 쌍방이 放賣文記(매도증서)를 작성·교부하고, 매매의 형식에 준하는 듯하다. 그런데 文券이라는 것은 권리 이전을 할 때마다 작성·교부하는 매도증서에 지나지 않으므로, 만약 망실한 경우에는 다시 이를 얻기 어렵고 또 조상전래의 토지 가옥에는 문권이 없을 수 있다. 이러한 경우에는 관에 신청해서 증명을 받아 이를 문권으로 대응하는데, 이를 立旨라고 한다. 또 數筆의 토지 또는 數棟의 가옥을 동일한 매도증서에 畵記하는 일이 있다. 이러한 경우에는 후일 이의 매매시에 매수인이 다수이면 모든 매수인에게 쏘 文券의 인도를 할 수 없으므로, 문권의 일부(관계 없 부분)를 말소하여 이를 그 1인에게만 교부하고, 다른 매수인에 대해서는 새로 작성한 방매문기만을 교부하여 이에 그 사유를 기재하는 것이 관례이다. 어느 경우를 불문하고 매도인이 새로 작성 교부하는 방매문기는 매수인의 손에 넘어간 후는 동등하게 문권이 되는 것이다. 그리고 문권을 위조하거나 사기로 立旨를 받은 자에 대해서는 『續大典』 「刑典」 文記條에 “문기를 위조하여 간사함과 거짓이 현저한 자는 杖 100 流 3000 里로 처벌하고, 만약 조상이 한 것이면 감경하여 처벌한다[잃어버리고 불타서 받은 立案이 奸僞 함이 드러난 것은 같게]”²⁾ 라고 있다. 『刑法大全』 第 389 條에도 “〈전략〉 財産의 證憑 할 文書나 票券을 偽造하거나 變造한 者는 懲役 二年에 處하고 受財하여 贓이 重한 者는 第六百條 准竊盜律로 論함이라”고 규정하였다.

토지 또는 가옥의 매매증서인 문기에는 종래 證人과 執筆者(증인과 필자가 일하면 이를 證筆이라 함) 또는 증인만의 連署를 필요로 하였지만, 光武 10年(1906)

2) 偽造文記 奸詐現著者 杖一百流三千里 若其祖先所爲 則減等論[關失及燒火立案 奸僞現露者 同律]

法部令 第4號「土地家屋證明規則施行細則」第7條에 토지 가옥증명부의 기재사항의 하나로서「保證人の 族籍, 住所, 氏名」을 기재하고 증명을 받는 경우에는 반드시 보증인에게 연서시키는 것으로 되었다.

또 조선에서는 近年에 이르기까지 토지, 가옥 등의 매매에 대해서 소유자의 이름을 사용하지 않는 까닭으로 奴僕의 이름을 사용하는 관례가 있었다. 이는 가문[門地]이 있는 자가 文記에 자기의 이름을 표기하는 것을 회피하는 데에서 기인하는 것이지만, 이 예에 따르는 상민 역시 매우 많은 듯하다. 그리고 문기에 표시한 노복의 이름은 그 實名인 것과 假名인 것이 있다. 특히 노복이 없는 자는 노복이 있는 것처럼 꾸미는데 불과하므로 虛名인 것은 물론이다. 다만 현재에는 토지·가옥의 증명을 받는 데에는 모두 本主의 이름을 쓰게 되어 노복의 이름을 쓰는 관례는 점차 자취가 사라지게 되었다. 이와 같이 노복의 이름으로 한 매매는 표면상 노복의 계약인 것 같은 느낌이 있고, 따라서 그 토지 또는 가옥도 역시 書面上의 賣渡人인 노복의 소유에 속하고 또 이의 소유자로 되는 자도 書面上의 買受人인 노복처럼 보인다. 그렇지만 이는 다만 관례상 이러한 형식을 사용하는데 불과하므로, 실제의 매도인은 노복이 아니고 그 주인이다. 매수인도 또한 노복이 아니고 그 주인인 것은 물론이다. 그래서 그 주인이 어떤 사람인가는 문기에 主人의 姓을 표시하는 것으로 용이하게 이를 알 수 있다<量案에는 본주와 복의 이름을 기록하는 것이 통례이다; 1912년판>. 또한 노복의 이름으로 한 放賣文記는 牌旨라고 부르며 노복에게 매각방법을 명한 서면을 첨부하는 경우가 많으며, 牌旨는 그 文言에 따르면 마치 賣渡權限을 부여한 委任狀처럼 보인다. 그렇지만 종래의 관습으로는 노복은 그 권한을 갖지 않고 이를 제시하여 매수인을 구하고, 매수인이 있으면 牌旨를 교부하고 이를 주인에게 보고하여 주인의 승락을 거쳐 放賣文記(뒤에 제시하는 것처럼 노복의 이름으로 한다)를 작성하고, 이에 문권을 첨부하여 대금과 교환하고 買受人(상대방이 노복의 명의로 한 경우에는 그 노복)에게 교부하여, 매매를 끝내는 것이다. 量案, 放賣文記, 牌旨와 아울러 立旨의 문례를 제시하면<표 23>과 같다.

〈丑 23-1〉 量案

乾隆五十六年八月		日全羅道萬頃縣		夫南一作		舊量官字 今量官字新興坪	
第一東五等直田	已 ^{四卜} 第一犯五等直田	東四長陸拾五尺 南北廣十尺	肆	卜	東仁河田二方禿邑 金田北縣	舊陳主鄭佑周奴雪化	
第二南四等直田	已 ^{十二卜} 第二犯肆等直田	東四長陸拾五尺 南北廣陸拾尺	拾肆	參東	東仁河田西同人田 南順化田北乙禮田	起主金禿邑金	
第三東五等直田	已 ^{九卜} 第三犯三等直田	東四長五拾捌尺 南北廣貳拾捌尺	參	卜	四標 上同	舊陳主同人	
北二住四等直田	已 ^{五卜} 第四犯四等直田	東四長陸拾參尺 西廣參拾一尺	參	卜	柴東	起主同人	
第四東四等直田	已 ^{八卜} 第五犯肆等直田	東四長陸拾參尺 東四廣拾玖尺	肆	卜	肆東	起主鄭佑周奴雪化	
南二住肆等直田	已 ^南 第六犯肆等直田	東四長五拾尺 東四廣貳拾尺	五	卜	東堤南金不番西 彭男田北雪化番	起主鄭性玉奴貴每	

<丑 23-2> 田畜放賣文記

<丑 23-3> 家屋放賣文記

年 月 日

某前明文

右明文事段은 矣身以要用之所致로傳來^田伏在於某郡某面某洞某員某字幾
 夜味幾斗落卜數幾負幾束을 折價錢文幾百幾十兩依數捧上이고舊文記(券文)
 幾張新文記(此實放賣^券指^券)一張並以右人前에 永爲放賣을 告官^正事
 端이거든 以此明文으로 告官^正事

放賣主 姓
 證人 姓
 筆執 姓

名手訣
 名手訣
 名手訣

年 月 日

某前明文

右明文事段自己買得家舍在於某郡某面某洞某員^某家舍合何間四標段東某
 家南小路西某菜田北某家四標分明是遺價折錢文幾千幾百兩准計捧上是遺
 右人處本文記(券文)并以永遠放賣爲去乎日後彼此雜言則持此告官^正事

放賣主 姓
 證人 姓
 筆執 姓

名手訣
 名手訣
 名手訣

乾隆五十五年庚戌十月 日申戊申(奴)前明文

右明文事段上典宅切有緊用處桃渚洞四巨里契伏在坐田園林并半日耕廬
右宅前價折錢文柒拾兩依數交易捧上是遺四標段南柳進士宅東金大成田北
朴文煥田西南廟衛田是遺本文記二張立旨四張牌子(牌旨ニ)二張并永永賣放
爲去乎上典主子孫族屬中若有雜談則持此文記告官卞呈事

田主李生員宅 奴 太 云 手 訣

證 人 金 鼎 相 手 訣

朴 重 鎰 手 訣

筆 執 金 仁 久 手 訣

奴太云處

無他有要用處桃渚洞四巨里契在坐田半日耕果園林基址并以願買人處捧準
價納宅是遺本文記并以許給永永放賣宜當事

上 典 李 手 訣

庚戌十月 日

〈표 23-6〉 文券燒失立旨

某面某洞居姓名

右事實段矣身所持_在於某面某洞字幾夜味幾斗落卜數幾負幾束塵舊文記
 幾張所居家舍幾間文券幾張을 今月某日에 家居가 失火_을야 沒數燒燼에 全然
 憑據이 을기 茲에 請願_을오니 特爲立旨成給之地伏望

郡 守 處 分

某年某月某日

官 押

題 所訴가 如此_을니 後考次立旨成給事 某 日

第二十四 所謂 即時時效 또는 유사한 것이 있는가

예컨대 買受人이 賣渡人을 所有者로 확신하고 商品을 買受한
 경우처럼 後日에 眞正한 所有者로부터 請求를 받을 때에는 이
 를 返還하지 않을 수 없는가. 만약 그렇다면 數十年의 오랜 時

일이 지난 뒤에도 同一한가. 또 賣渡人이 同種의 商品을 販賣하는 商人인지에 따라 구별이 없는가. 또 그 物件이 盜難品, 流失物 등인가 아닌가에 따라 區別이 없는가.

종래의 관습에서는 동산을 매수하거나 또는 전당목적으로 수취한 경우에 가령, 그 물건이 賣渡人 또는 典當權設定者[出典者]의 소유가 아니더라도 買受人 또는 典當權者[承典者]가 그 정황을 모르고 또한 매도인 또는 전당권설정자의 소유품으로 믿을 만한 이유가 있으면, 소유자로부터 반환을 청구받아도 점유자는 그 반환을 거절할 수 있었다. 다만 실제로는 도의상 대금의 변제 또는 채권의 변제를 받을 때에는 이를 반환함을 상례로 하였다. 그리고 그 매도인 또는 전당권설정자가 동종의 물건을 판매하는 상인인 경우에는 매수인 또는 전당권자가 매도인 또는 전당권설정자의 소유물인 것을 믿을 만한 이유가 뚜렷한 것으로 하고, 특히 시장에서 이를 매득한 경우는 그러하였다. 그렇지만 그 물건이 도난품이면 이를 반환해야 하고 또 그 물건이 유실품이면 반환하지 않아도 되는 경향이 있다. 그리고 『刑法大全』에는 다음과 같이 규정하였다.

第 166 條 賊贓을 買得한 者에게는 左開에 依하여 追贓함이라

- 一 官有物은 知情不知情을 勿論하고 本色으로 追納함이라
- 二 私有物의 動産을 不知情하고 買得하였는데 該賊을 捕捉하기 前에 確實한 證據로 還追할 時는 本主로 하여금 本價의 半額을 給호대 若 該賊을 捕捉하여 本價를 追徵하거던 該錢을 買者와 本主에게 分半徵還함이라
- 三 私有物의 動産을 不知情하고 買得하였는데 該賊을 捕捉한 後에 本主가 追還할 時는 該賊에게 本價의 幾何던지 追徵하거던 該錢은 買者에게 給하고 本物은 本主에게 還하며 該賊에게 價錢을 追徵키 難하거던 本主가 買者에게 半價로 給하고 本物은 追함이라

四 私有物の 動産을 知情하고 買得한 者は 本主에게에 本物만 追
給함이라

五 <省略> (隆熙 2年(1908) 7月
法律 第19號로 삭제)

또 「典當舖規則」에도 아래와 같이 규정하였다.

第21條 賊贓에 係한 物品을 誤典한 時는 左開에 의하여 處理할 事
一 官有物은 知情 不知情을 勿論하고 本色으로 該官에 推納할 事
二 私有物은 本主로서 該物典執錢額의 一半을 徵給한 後에 推去할
事

但 知情典執한 確證이 現發한 者는 本色으로 推去할 事

三 賊贓에 關한 物品이라도 典票을 携帶來한 者 아니면 本物推去
함을 得치 못할 事

그러므로 장물의 매득, 전당업자의 典受에 대해서는 이러한 규정에
의해서 본주에게 되돌려 주는 것을 허용하는 것으로 하고, 다만 正황
을 모르고서 전당을 한 경우와 徵償을 할 수 없는 경우에는 본주로
하여금 代價의 半을 상환하는 것으로 하였다.

第二十五 土地·建物の所有者는 어떠한 權利를 갖는가

예컨대, 政府가 土地·建物 등이 必要하다고 認定하는 때에는
所有者的 承諾없이도 이를 收用할 수 있는가. 만약 그렇다면
所有者에게 賠償을 하는가. 賠償을 한다면 그 金額은 어떻게
決定하는가. 또 土地所有者는 空中 또는 地下에 대해서 어떤
權利를 갖는가. 예컨대 他人이 空中 또는 地下에 工事を 施行
하는 것을 禁止할 수 있는가.

토지·건물의 소유자는 법령 또는 관습에 의한 제한의 범위내에서
그 토지 또는 건물에 대한 使用·收益·處分의 권리가 있는 것은 이
미 언급하였다. 그리고 법령에 의한 제한은 건물에 대해서는 거의 불

수 없지만, 토지에 대해서는 ① 鑛物의 採取는 古來의 禁制로서 조선 초에 엄격히 銀鑛의 開採를 금지하였고, 孝宗代에 이르러서는 徵稅許掘의 제도를 정한 이래 금, 은, 구리, 철, 납 따위는 官業으로 이를 채굴하거나, 또는 국민에게 채굴을 허가하여 세금을 징수하였다. 그래서 가령 자기의 소유지내에 있는 것이라 해도 함부로 채굴할 수 없었으나, 開國 504年(1895)에 「砂金開採條例」를 반포하고 이어서 光武 10年(1906)에 「鑛業法」, 「砂鑛採取法」 등을 제정하기에 이르렀다. 그 결과 광물이 국유인 점과 채굴에 官許를 필요로 하는 것이 더욱 명료하게 되었다. 그리고 『經國大典』 「工典」 鐵場條와 寶物條에는 다음의 규정이 있다.

무릇 철이 생산되는 지역에는 제철소를 두고 문서를 작성하여 공조와 본읍에서 보관하며 매년 農閑期에 제련하여 상납한다.

무릇 보물이 산출되는 지역은 문서를 작성하여 공조와 본도·본읍에서 보관한다.¹⁾

② 樹木의 伐採에 대해서는 高麗時代에 이미 生松濫伐의 금지가 있었다. 조선에 이르러서는 소나무를 함부로 베지 못하게 하는 松樹斫伐制限을 자주 내렸다. 光武 8年(1905) 1月 農商工部가 各道에 訓令을 내려 公私有를 막론하고 소나무의 남벌을 금지하였다. 그리고 「森林法」에는 다음과 같이 규정하였다.

第5條 農商工部大臣은 左에 記載한 箇所를 保安林에 編入함을 得함

- 一 土地崩壞流出防備에 必要한 箇所
- 二 飛砂防備에 必要한 箇所
- 三 水害風害潮害防備에 必要한 箇所
- 四 類雪墜石의 危險을 防備함에 必要한 箇所

1) 諸邑産鐵處 置冶場 成籍藏於本曹本邑 每當農隙吹鍊 上納 <鐵場條>
諸邑寶物産處 成籍藏於本曹本道本邑看守 <寶物條>

五 水源涵養에 必要한 箇所

六 魚附에 必要한 箇所

七 航行目標에 必要한 箇所

八 公衆衛生에 必要한 箇所

九 壇廟社殿宮陵園 又は 名所 或은 舊跡風致에 必要한 箇所

第6條 保安林을 盡伐하고 又は 開墾함을 不得함

第7條 農商工部大臣은 保安林의 伐木을 禁止하고 又は 制限함을 得함

第8條 保安林에 編入함으로써 損害를 蒙한 森林所有者는 其 伐木을 禁止된 境遇에 生한 直接 損害에 限하여 補償을 請求함을 得함

但 國有林 又は 帝室林에 付하여야는 此限에 在치 아니함

前項의 補償은 保安林編入에 依하여 直接의 利益을 蒙할 者가 其責에 在함

이와 같이 「森林法」에서는 保安林을 마련할 필요가 있어서 수목의 벌채를 제한하였다<「森林令」에는 保安林을 인정하여 木竹의 벌채를 제한하였다[1912년판]>.

③ 埋葬에 대해서는 『續大典』 「刑典」 禁制條에 다음의 규정이 있다.

서울 10리 이내에 [東은 대보동 수유현 우이천 상하벌리 장위 송계교에서 중랑포까지의 시내로 한정한다 ○南은 중랑포 전곶교 신촌 두모포에서 용산까지의 강으로 한정한다 ○北은 대보동 보현봉 저서현 아미산 연서구관터 대조리에서 석곶현 서남 합류한 곳까지의 산등으로 한정한다 ○西는 석곶현 시위동 사천도 성산 망원정에서 마포까지의 강으로 한정한다] 매 장하는 자는 盜園陵樹木律에 의거하여 처벌한다.²⁾

또 『刑法大全』에는 아래의 규정이 있다.

第448條 京城十里內에 入葬한 者는 懲役三年에 處함이라

2) 京城十里內[東 自大菩洞 水隄峴 牛耳川 上下伐里 長位松溪橋 至中梁浦 以川爲限 ○南 自中梁浦 箭串橋 新村 豆毛浦 至龍山 以川江爲限 ○北 自大菩洞 普賢峯 猪噬峴 峨帽山 延曙舊館基 大裏里 至石串峴 西南合流處 以山脊爲限 ○西 自石串峴 時威洞 沙川渡 城山 望遠亭 至麻浦 以川江爲限] 入葬者 依盜園陵樹木律論

第 449 條 各地方官舍地契內에 犯葬한 者는 左開에 依하여 處함이라

- 一 闕牌奉安한 官舍四面二百步內에는 懲役五年
- 二 校宮四面二百步內에는 懲役二年
- 三 官舍四面二百步 懲役二年

第 450 條 陵園墓界限內에 犯葬한 者는 左開에 依하여 處함이라

- 一 陵寢塚字內에는 懲役終身
- 二 園墓塚字內에는 懲役十五年
- 三 歷代帝王陵寢界限內는 懲役七年

第 451 條 胎室界限內에 犯葬한 者는 左開에 依하여 處함이라

- 一 大皇帝胎室에는 懲役三年
- 二 皇太子 皇太孫胎室에는 懲役二年半
- 三 皇子胎室에는 懲役二年

第 452 條 各處 封山이나 陞廡한 先賢墳墓界限內에나 祠院四面一百步內에 犯葬한 者는 懲役一年半에 處함이라

第 453 條 有主墳墓界限(『刑法大全』第 31, 32條 참조)內 又は 人家五十步內에 暗葬한 者는 懲役一年이며 勒葬한 者는 懲役三年에 處함이라

또 근년에 이르러 가옥을 건축하기 위해 토지의 賣渡 또는 貸與를 요구하는 때에는 이를 거절할 수 없는 관습이 있었으나, 지금은 행해지지 않는다. 그런데 이 관습은 『經國大典』과 『大典通編』 「戶典」 給造家地條에 다음의 규정이 있는 것에서 연유하는 것이다.

서울의 가옥건축지는 한성부에서 신청인의 신청을 받아 공지 및 만 2년 이 되어도 가옥을 건축하지 않은 대지로서 折給한다[만일 사신으로 나가거나 지방관이 되거나 喪을 당하여 집을 짓지 못한 경우에는 들어주지 않는다]. 大君·公主는 30 負, 王子君·翁主는 25 부, 一·二品은 15 부, 三·四品은 10 부, 五·六品은 8 부, 七品以下 및 有蔭子孫은 4 부, 庶人은 2 부를 준다[三等田尺을 쓴다].

空垞地나 圃田을 물론하고 백성에게 가옥의 건축을 허가하였으면 경우에 본주가 이를 방해하는 경우에는 制書有違律로 논죄한다[양반이 이를 이유로 하여 백성의 전지를 점탈

할 것을 도모하고 貨賂를 討色하며 印차료(實錢: 차지료)를³⁾ 지불하지 않는 자는 侵占田宅律로 논죄한다

그리고 인접지의 관계로 소유권의 제한을 받는 일은 다음 第26問에 기술하는 바와 같다.

토지 또는 가옥의 공용징수에 대하여는 특별히 법령에 있지는 않지만, 고래로 관에서 민유의 토지 또는 가옥을 징수한 예는 가끔 있는데, 대개 宮殿, 祠壇, 陵園墓, 官衙, 校舍, 道路, 驛田, 屯土 등을 설치할 경우에 이를 보는 바이다. 또 근년에는 鐵道用地로 이를 수용한 예가 있고, 현재에도 道路用地로서 이를 수용[徵收]하는 예가 자주 있다. 그리고 수용결정은 당해관청에서 이를 하고, 백성은 이를 거부할 수 없다고 하지만, 반드시 상당한 보상을 하는 것이 관례로서 그 금액의 결정은 대개 時價를 표준으로 하고 관이 정하는 것으로 한다. 단, 「土地收用令」시행후는 이에 의거하는 것으로 되었다[1912년판].

토지의 소유권이 미치는 범위에 대해서는 만약 타인이 자기의 소유지의 공중 또는 지하에 공사를 시행하려는 때에는 소유자는 이를 거부할 수 있는 관습이 있으므로, 소유권은 지상 및 지하에 미치는 것이라 말할 수 있다.

第二十六 隣地者間の 權利·義務는 어떠한가

예컨대 境界 또는 그 近處에서 工事を 施行하기 위하여 隣接地의 使用을 請求할 수 있는가. 公路로 통할 수 없는 垆地의 所有者는 圍繞地를 通行할 수 있는가. 隣接地로부터 물이 자연히 흘러 들어오는 것을 막을 수 있는가. 低地에서 水流가 막히는 境遇에 高地의 所有者는 그 疏通에 필요한 工事を 할 수 있는가. 甲地에 設置한 工作物의 破壞, 막힘 또는 設備不完全

3) 京中造家地 漢城府聽人狀告 以空地及 滿二年未造家之地折給[若因出使外任 遭喪 未造家者勿聽] 大君公主三十負 王子君翁主二十五負 一二品十五負 三四品十負 五六品八負 七品以下及有蔭子孫 四負庶人二負[用三等田尺] <『經國大典』>
勿論空垆及圍田許民造家本主防塞抵毀者以制書有違律論[班戶之因此圍占民田討色貨賂不給實錢者 以侵占田宅律論] <『大典通編』>

으로 乙地에 損害가 발생하면 乙地의 所有者는 그 修繕·疏通 또는 設備의 改良을 請求할 수 있는가. 빗물이 隣接地에 直下하는 지붕 등의 工作物을 設置할 수 있는가. 水流地 또는 沿岸의 所有者는 對岸의 土地가 他人에게 속하는 境遇에 水路 또는 水流의 폭을 바꿀 수 있는가. 또 兩岸의 土地가 水流地의 所有者에게 속하는 때라 하더라도 河口에서 水路를 바꿀 수 있는가. 高地의 물을 排水하기 위하여 公路, 公流 또는 下水道에 이르기까지 물을 低地로 通過시킬 수 있는가. 土地의 所有者는 그 土地의 물을 通過시키기 위해 他人이 그 土地위에 설치한 工作物을 使用할 수 있는가. 水流地의 所有者는 그 방죽을 對岸에 附着할 수 있는가. 또 對岸의 所有者가 水流地 一部分의 所有者이면 위의 방죽을 使用할 수 있는가. 이상의 境遇에 他人 土地의 使用者는 賠償金을 支拂해야 하는가. 만약 이를 支拂해야 한다면 그 基準과 支拂의 方法, 時期 등은 어떠한가. 土地所有者는 隣接地所有者와 共同費用으로 境界標를 設置할 수 있는가. 所有者가 다른 二棟의 建物 사이에 空地가 있는 때에는 各所有者는 다른 所有者와 共同費用으로 담장을 設置할 수 있는가. 또 境界標와 담장의 材料, 大小 그리고 費用負擔의 比率은 어떠한가. 境界線上에 設置한 境界標, 담장 등의 工作物이 누구에게 속하는 것이 분명하지 아니한 경우에는 이를 이웃사람의 共有로 보는 등의 慣習이 없는가. 境界의 近處에 나무를 심는 것에 대한 慣習上の 制限은 없는가. 또 그 가지 또는 뿌리가 隣接地를 侵犯한 경우에는 隣接地의 所有者는 어떠한 權利를 갖는가. 境界의 近處에 建物을 設置하는데 慣習上の 制限이 없는가. 그 중 境界線으로부터 一定距離를 두어야 하거나, 창·마루 등 隣接地를 觀望할 施設을 設置함에는 境界線으로부터 一定距離(前項의 거리보다 큰 것)를 두거나 또는 가리개를 附着해야 하는 등의 慣習이 없는가. 境界의 近處에 우물, 도랑 등과 같은 工作物을 設置함에는 慣習上の 制限이 없는가. 그 중

境界線으로부터 一定距離를 두어야 하는 것 등, 土沙의 崩壞나 물 또는 汚液이 새는 것을 막는 데에 필요한 設備을 해야 하는 등의 慣習이 없는가.

1. 隣接地使用權

토지의 경계 또는 그 근처에서 공사를 시행하기 위하여 인접지를 사용할 필요가 있는 때에는 시공지의 소유자는 인접지의 소유자에 대하여 필요한 범위에서 그 토지의 사용을 요구할 수 있고 인접지의 소유자는 이를 거부할 수 없다. 그러나 타인 가옥의 담장안을 출입하는 일은 풍습상 이를 매우 혐오하므로 승락을 얻지 아니하면 이에 출입할 수 없다. 또 사용하기 위해서 특별히 배상금을 지불하는 일은 보통 이를 볼 수 없지만, 사용의 정도에 따라 또 손해를 발생시킨 것 등의 이유로 배상금을 청구받을 때에는 이를 지불하여야 하는 듯하다.

2. 圍繞地通行權

대지로 타인의 토지를 통행하지 않으면 公路로 통할 수 없는 토지의 소유자는 위요지를 통행할 수 있고, 위요지의 소유자는 이를 거부할 수 없다. 그리고 통행장소는 위요지의 손해가 가장 작은 부분을 선택해야 함은 물론이고 배상금을 지불하는 일은 거의 없는 것 같다.

3. 流水權

토지의 소유자는 인접지로부터 자연히 흘러내리는 유수를 막을 수 없다. 그리하여 고지의 소유자는 저지에서 그 수류가 막히는 때에는 소통에 필요한 공사를 시행할 수 있다.

4. 豫防工事의 請求權

토지의 소유자는 인접지에 설치한 공작물이 파괴, 막힘 또는 불완전하기 때문에 손해를 받을 우려가 있는 때에는 이의 수선, 소통 또는 개량을 청구할 수 있다.

5. 빗물注入의 制限

토지의 소유자는 타인의 토지에 빗물[雨水]이 주입하는 지붕 등 공작물을 설치할 수 없다. 그러므로 가령 지붕 등 공작물이 타인의 지상을 침입하지 않은 경우라도 만약 빗물이 주입하는 경우에는 이를 변경하지 않으면 안된다.

6. 水路變更의 制限

수류지 또는 연안의 소유자는 대안의 토지가 타인에 속하는 경우에 그 수로의 변경 때문에 대안의 토지에 손해를 끼치면 마음대로 수로 또는 그 폭을 변경할 수 없다. 또 가령, 수류지의 소유자가 대안의 소유자이더라도 하구의 수류에 변동이 생겨 이 때문에 타인에게 손해를 끼치게 하는 등의 변경은 할 수 없다.

7. 排水權

토지의 소유자는 배수하기 위해 공류나 하수도에 이르기까지 저지에 물을 통과시킬 수 있다. 그렇지만 저지의 손해가 가장 적은 장소를 고르고, 또 손해의 발생을 방지할 설비를 하여야 하고 또 손해가 생기는 경우에는 그 보상을 하여야 한다.

8. 水路使用權

토지의 소유자는 그 토지의 물을 통과시키기 위해 타인이 그 토지 위에 설치한 공작물을 사용할 수 있다. 이 경우에 그 사용의 비율에 따라서 공작물의 설치와 보존비용을 지불하지 않으면 안된다. 다만 그 토지를 무상으로 사용하면, 이를 지불할 필요가 없다.

9. 방죽의 設置와 使用權

수류지의 소유자는 방죽[堰]을 설치하는 경우에 이를 대안에 부착시킬 수 있고, 또 대안의 소유자가 수류지의 일부의 소유자인 때는 그 방죽을 사용할 수 있다.

10. 境界標와 담장 設置權

토지의 경계에 특별히 경계표를 설치하는 것은 오히려 드문 예이고, 보통은 각자가 그 소유지의 한계를 분명히 하는 施工을 하는 것이다. 그리하여 경계표를 설치하는 경우라 해도 일방이 임의로 이를 설치할 뿐이고, 인접지의 소유자와 공동으로 이를 설치하는 등의 예는 거의 없고, 또 인접지의 소유자에 대하여 공동설치를 청구할 수 있는 관습이 없다. 따라서 그 재료의 대소, 비용의 부담 등에 대해서도 일정한 바 없다. 그렇지만 相隣地間의 담장[圍障]에 대해서는 兩地 소유자가 공동으로 이를 설치하는 지방이 적지 않다(예컨대 서울, 江界, 黃州, 安州, 龍川, 江界, 水原, 安城, 永同, 晉州, 濟州, 木浦 등지). 그리고 그 비용은 평등하게 분담함을 원칙으로 하고 재료에 대해서는 협의로 매듭짓는 정도에 그침이 통례이고 만약 일방에서 그 이상의 재료를 필요로 하는 때에는 그 차액을 부담하는 것 같다.

또 상린지간의 담장에 대해서도 양지의 소유자가 공동으로 이를 설치하는 등의 사례는 없고, 따라서 이에 관한 관습도 볼 수 없다. 특히 조선의

家屋築造方法은 반드시 담장을 설치하므로, 따라서 상린지간에 빈터가 있어도 다시 담장을 설치할 필요가 없다.

11. 互有權

경계선상에 설치한 담장이 누구의 소유에 속하는가 분명하지 않은 것은 상린지소유자간의 공유로 간주할 수밖에 없다는 것이 일반적인 관념이지만 이러한 사례는 실제로는 별로 없다고 한다.

조선에서는 경계선상에 경계표, 담장 등 공작물을 설치하는 예가 거의 없으므로, 그 소유권의 귀속에 대한 관습을 볼 수 없다. 따라서 상린지소유자들의 공유로 간주하는 등의 관습은 없다.

12. 樹木栽植의 制限

인접지에 접근하여 수목을 재식하는 것에 대해서는 오직 이 때문에 인접지에 손해를 끼치지 않을 것(예컨대, 수목이 日光을 가리고 通風을 막는 등)을 필요로 할 뿐이고, 일정한 거리를 두어야 하는 등의 관습이 없다. 그리고 그 가지 또는 뿌리가 인접지를 침범하면 인접지의 소유자는 그 소유자에 교섭하여서 이를 제거하게 하고, 만약 응하지 않은 때에는 스스로 이를 제거할 수 있다. 그러나 제거한 가지나 뿌리는 이를 소유자에게 반환하지 않으면 안된다.

13. 建物建設의 制限

경계선의 근처에 건물을 건설하는 것에 대해서는 오직 그 지붕이 인접지를 침입하지 않을 것이 필요할 뿐이고(물론 빛물주입의 制限이 있다), 일정한 거리를 두어야 하는 관습은 없다. 그러나 이웃집안을 관망할 수 있는 창, 마루 등을 설치하는 일은 가장 꺼리는 것이다. 만약 이러한 창 또는 마루를 설치하는 때에는 엄중하게 가리개를 부착하는 것을 요

구함은 물론이지만 조선재래의 가옥의 구조는 타인의 집안을 관망하고 또 타인의 집안으로부터 관망되는 것 등이 없으므로 실제로 문제가 생기는 일이 거의 없다.

14. 工作物設置의 制限

경계선에 접근해서 우물, 도랑, 화장실 등을 설치함에는 특별한 제한이 없고, 또 일정한 거리를 두어야 할 필요가 없다. 그렇지만 토사의 붕괴, 물 또는 오액이 새기 때문에 인접지에 손해를 끼치면 이를 방지하는 데에 필요한 설비를 하지 않으면 아니되는 것은 물론이다.

15. 洑設置의 制限

하천을 뚝으로 막아 수로를 통해서 引水하는 시설을 洑이라고 한다. 灌溉地의 소유자가 공동으로 이를 설치하는 예가 있다[수로를 개설하여 하천에서 引수하는 것을 洑(강 가운데의 보와 둑을 함께 일컫음)라고 부른다. 관개지의 소유자가 공동으로 설치하는 예가 있는데, 이 경우에는 組合을 결성하는데 보통 蒙利契라고 한다]. 또 한 里·洞 또는 여러 里·洞에서 경영하는 경우가 있다. 또 한 個人이 경영하여 水稅(물의 사용료)를 징수하는 예도 있다. 근년에는 水利組合의 설립도 적지 않다(光武 10年(1906) 度支部令 第3號 「水利組合條例」 참조). 그리고 종래의 관습에는 새로 보를 설치하는 경우에 이 때문에 하류의 既設의 보에 영향을 미쳐 그 수리를 방해할 우려가 있으면 하류에 있는 보의 소유자는 장애를 주장할 수 있다. 지방(예전대 慶州 등지)에 따라 5里(조선 里數로 약 日本의 半里에 상당함) 이상의 간격이 있으면 이를 설치하는 것이 무방하다고 하지만, 결국 하류의 보에 해를 끼치느냐 않느냐에 달려 있는 것이다.

第二十七 無主의 動産은 先占으로 이를 取得할 수 있는가

예컨대, 山海의 禽獸, 魚鼈은 먼저 이를 捕獲한 者의 所有로 되는가. 他人이 拋棄한 物件은 먼저 이를 捨得한 者의 所有로 되는가.

산과 들의 짐승, 강과 바다의 물고기 등과 같이 누구의 소유에도 속하지 않는 물건은 옛부터 이를 포획한 자의 소유로 되는 것으로 하였다. 그리고 소유자가 포기한 물품에 대해서도 이를 습득한 자의 소유로 되는 것이므로 無主의 動産은 先占에 의해서 이를 취득할 수 있는 것이 관습이라고 한다(조선에는 아직 狩獵에 대한 규제법규가 없다. 漁業에 대해서는 漁基라고 부르는 漁場의 관습이 있고 또 隆熙 2年(1908) 法律 第 29 號 「漁業法」과 附屬法令이 제정되었다. 또 捕鯨에 대해서도 隆熙 元年(1907) 法律 第 7 號 「捕鯨管理法」이 있다; 1910년판).

상속인이 없는 死者의 遺産은 法人[第 9 問]에 기술한 바와 같이 里·洞에서 이를 관리하고 이를 無主物로 보지 않았다. 그러므로 이러한 종류의 유산중에 동산이 있는 경우에는 타인은 선점으로 그 소유권을 취득할 수 없는 것이라고 한다.

第二十八 無主의 不動産은 누구의 所有인가

예컨대 이는 國有인가, 村民의 共有인가, 또는 先占有者의 所有인가.

어떠한 물건을 무주의 부동산으로 보아야 할 것인가에 대해서는 조선의 현상에서 좀더 연구를 하여야 하는 것이고, 따라서 그 소유권의 귀속에 대해서도 성급히 단정을 내릴 수 없다. 그렇지만 조선의 토지소유권의 연혁에서 본다면 上古에는 오직 영토의 관념만 있고 토지소유권의 관념은 없는 듯하며, 백성의 토지점유가 늘어감에 따라

점차 백성에게 토지소유를 허락하고 동시에 국가나 왕실의 토지소유권을 인정하였다. 그리고 中古에는 실제로 백성의 소유에도 속하지 않고 또 국가나 왕실의 소유에 속하지 않는 토지가 있는 것은 물론이다. 그렇지만 사유지의 증가에 수반하여 소유자가 분명하지 않는 토지는 전부 국가의 소유로 간주할 필요가 생긴 것에서 고려시대에 이르러서는 이미 무주의 토지를 전부 국유로 간주하는 원칙을 채택한 것은 다툼의 여지가 없다. 조선시대에는 토지제도의 변혁이 수차례 있어도 이 점에 대해서는 그 원칙을 고치지 않았다. 그러므로 국유지로서 아직 정리가 되지 않은 산야·砂州·늪[池沼]·못[湖澤] 등 그 소속이 분명하지 않은 것은 이를 국유지로 볼 수밖에 없다. 그래서 光武 11年(1907) 法律 第4號 「國有未墾地利用法」 第1條에 “國有未墾地는 民有以外的 原野 荒蕪地 草生地 沼澤地及 平瀉及 干瀉를 稱함”이라고 규정하고, 또 「森林法」 第19條에 “森林山野의 所有者는 本法施行日로부터 三箇年以內에 森林山野의 地積及面積의 略圖를 添附하여 農商工部大臣에게 申告하되 期間內에 申告치 아니한 者는 總히 國有로 看做함”이라고 규정하여 그 취지를 분명히 하였다.

위와 같이 무주의 토지는 전부 국유로 간주하므로, 예컨대 새로 砂洲가 생기거나 백성이 섬을 발견하여도 그 소유권은 국가에 귀속되고, 또 민유지도 소유자가 포기한 것은 저절로 국유에 귀속된다. 그렇지만 상속인부존재의 경우에는 사자의 유산인 토지에 대해서는 이를 국유로 간주할 수 없고, 대개 이러한 종류의 재산은 재단으로 里·洞이 이를 보관하거나 또는 이를 里·洞所有로 이전하는 것이 관례로서 본래부터 무주물이 아니고 따라서 무주의 부동산으로 국가에 귀속시킬 수 없다. 또 廢寺의 토지는 다른 절에 移轉하는 관습이 있지만, 그 移屬이 정해지지 않은 것은 자연히 국유로 되었다(1912년판). 그래서 과거의 법령에는 소유자가 경작을 그만둔지 3년이 되는 荒蕪田은 타인이 관에 신고하여 경작하는 것을 허용하고, 무주의 전토는 타인에게 移給하는 규정이 있다. 그래도 이는 오직 일시의 경작을 허용하거나 또는 임시로 이를 이급한 것에 지나지 않고 소유자가 나타나

는 때에는 이를 반환하는 것을 원칙으로 한다(『經國大典』「戶典」田宅條 “3년이 지난 황무지는 신고경작을 허용한다[바다와 못이면 10년] ○무주전은 타인에게 이급한다[군역자가 사망하거나 이사하였으면 대신 군역을 부담한 자에게, 무역인이면 전토가 적은 자에게 준다. 이사자가 5년내에 돌아오면 돌려주고, 원경작자가 무주자이면 2/3를 돌려준다]”¹⁾, 『續大典』同上 “3년이 지난 황무지는 신고경작을 허용한다라는 규정은 경국대전에 있는데, 이는 소유권을 이전하는 것이 아니라 본주가 돌아와 추심할 때까지 임시로 경작하게 하는 것이다 ○도망한 군병의 전지는 이를 매각하여 군역에 충당하고 도망한 자가 돌아오면 기한을 무시하고 토지를 돌려주며 전지의 가격은 추환한다”²⁾ 참조)

토지의 先占取得의 허용여부에 대해서는 『續大典』「戶典」田宅條에 다음의 규정이 있다.

무릇 황무지는 개간·경작한 자를 주인으로 한다[만약 미리 입안을 받고 스스로 개간·경작하지 않고 이를 평계 삼아 개간지를 침탈한 자와 그 입안을 사적으로 매매한 자는 侵佔田宅律에 의해서 논죄한다.]³⁾

이에 의하면 황무지는 개간자의 소유로 그가 개간·경작함에는 官의 認許를 받아야 하지만, 실제로는 반드시 인허를 받은 것은 아니며 또 이를 다투는 소유자는 없다. 또 관이 이를 금지하지 않는 한 임의로 경작하여 황무지개간의 예(陳起之例: 『大典通編』「戶典」收稅條 “황무지를 개간하려면 개간자가 관에 신고하여 경작하는 것을 허용하고 3년이 지난 후에 비로소 납세를 명한다”⁴⁾)에 따라 3년간은 세금을 납부할 필요가 없고, 4년이 되어 관에 신고하여 납세를 하는 것을 관례로 하며, 정부에서도 이를 인정해 왔다. 그렇지만 이는 무주지의 선점취득이 아니라 未整理國有地에 대해서 개간에 의한 소유권의 취득을 허용한 것이라고 할 수 있다.

河川·沿岸의 토지가 유실되고 반대편에 砂洲가 생긴 경우에는 이를 ‘此邊浦落 彼邊泥生’이라고 하는데, 流失地의 소유자는 사주의 소유자로 되는 관습이 있다. 그리고 『續大典』「戶典」收稅條에는 이러한 경우 地稅에 대하여 “유실지를 이미 면세로 하였으면 반대편의 사주를 조사하여 등록을 다시 한다”⁵⁾라고 규정하였다.

- 1) 過三年陳田 許人告耕[海澤則限十年] ○無主田 移給他人[有軍役者 死亡移徙 則給遷立者 無役人 則給田少者 移徙者五年內還 則還給 執耕者元無田 則還給三分之二]
- 2) 過三年陳田許人告耕 在原典 而非謂永給 待本主還推問 姑許耕食 ○逃亡軍兵田地 或賣充番價 逃亡者還來 勿拘限 還給 田價追償
- 3) 凡間曠處 以起耕者 爲主 [其或預出立案 不自起耕 而憑籍據奪者 及以其立案 私相買賣者 依侵佔田宅律論]
- 4) 陳田起耕者 許民告官耕種 三年後始令納稅
- 5) 此邊浦落處 既懸頭 則彼邊泥生處 查出加錄

또 조선에서는 無主空山이라는 말이 있는데, 이는 무주지와 같이 볼 수 있지만 실제로는 管理를 하지 못하는 국유지로 인근의 부락주민이 땀감과 풀을 채취하는 경우가 많다.

이상은 무주지에 관한 법제와 관습의 일반이다. 그리고 가옥에 대해서는 소유자가 없는 것을 거의 볼 수 없다. 그리고 상속인부존재의 경우에 가옥의 소유권은 앞의 토지에 관해 기술한 바와 같은 관습에 의해 그 귀속을 정하는 것이라고 한다.

이를 요약하면 조선에서는 무주의 토지는 이를 국유로 간주하는 것이 과거의 법제이다. 그리고 백성이 토지소유권을 취득하는 원인으로서는 개간 이외에 墳墓의 設定, 樹木의 禁養에 의한 것도 역시 적지 않다고 한다.

第二十九 遺失物의 所有者를 알지 못하면 그 物은 누구의 所有인가

예컨대 拾得者의 所有인가, 國有 또는 村民의 共有인가. 또 어떠한 경우에도 즉시 그 所有者를 決定하는가, 또는 一定한 期間의 經過를 기다려 이를 決定하는가.

遺失物에 대해서는 『大明律』 「戶律」 錢債編 得遺失物條에 다음의 규정이 있다.

무릇 분실물을 습득하면 5일내에 관에 제출하며, 이것이 官物이면 관에 반납하고 私物이면 본주를 불러 확인하여 반은 습득자에게 상으로 주며, 반은 주인에게 돌려주며, 30일내에 본주가 나타나지 않으면 전부를 습득자에게 준다. 기한내에 관에 제출하지 않은 자는 관물이면 坐贓律로 논죄하고 私物이면 2등을 감경처벌하고, 그 물건의 반은 관에 몰수하고 반은 주인에게 돌려준다.¹⁾

1) 凡得遺失之物 限五日內送官 官物還官 私物召人識認 於內一半給與得物人充賞 一半還失物人 如三十日內無人識認者全給 限外不送官者 官物坐贓論 私物減二等 其物一半入官 一半給主

또 『刑法大全』에는 다음의 규정이 있다.

第 644 條 遺失物을 得한 人이 官私物을 勿論하고 限內에 本管官으로 送納지 아니한 者는 官物이어든 計贓하야 第 631 條 坐贓律로 論하고 私物이어든 二等을 減함이라

第 645 條 〈前略〉 但 失한 人이 限內에 現出치 아니한 境遇에는 得物한 人에 全給함이라

第 30 條 遺失物을 得한 時에 官에 送納하는 期限은 五日以內며 私物이어든 官으로서 本主에 追給하는 期限은 三十日以內로 定함이라(隆熙 2年(1908) 法律 第 19 號로 삭제)

이러한 법제의 취지는 유실물을 습득한 자는 5일내에 이를 관에 送納하여야 하며 관유물은 관에서 이를 수취하며, 사유물은 30일내에 유실자를 알면 반을 유실자에게 환부하고 반을 습득자에게 급여하며, 만약 그 기간이 지나도록 유실자를 알지 못하면 이를 습득자에게 전 급한다는 것이다. 그렇지만 실제로는 관에 송납하는 자가 거의 없고, 드물지만 도의를 존중하여 게시하여 유실자를 찾는 자가 있다고 하지만 일반례라고 할 수 없다. 그리고 유실자가 판명되면 그것을 반환하여야 하며, 그렇지 않으면 항상 습득자가 그 소유권을 취득하는 것이다. 일정기간을 유실자가 나타나기를 기다리는 등의 정례는 없다. 또 과거에 습득자가 사는 里·洞이 이를 보관하고, 유실자가 판명되지 않으면 里·洞所有로 하는 것도 있다고 한다.

漂流物에 대해서도 유실물과 다른 관습은 없고 소유자를 알지 못하면 습득자가 그 소유권을 취득한다고 한다.

第三十 埋藏品の 所有者를 알지 못하면 그 物은 누구의 所有인가

예컨대 發見者의 所有인가. 埋藏物이 있는 土地 등 物 所有者의 所有인가. 또 兩者가 나누어 所有하는가, 등 위와 같음.

埋藏物을 발견한 경우에 그 물의 소유자를 알면 보통 이를 本主에게 반환하고, 그 소유자를 알지 못하면 발견자와 그 물이 있는 토지 등 다른 물건의 소유자가 동일한 경우에는 발견자의 소유로 된다. 그리고 타인의 소유물 가운데서 발견한 경우에는 발견의 사실이 발견자 외에 알려지지 않았으면 대개 발견자가 몰래 그것을 차지하여서 자연히 발견자의 소유로 되는 것이 많지만, 이는 오히려 隱匿으로서 관습이라고 말할 수 없다. 만약 그 물이 존재한 토지·가옥 등의 소유자가 이를 알고서 자기의 소유물 가운데에서 현출한 것을 이유로 삼아 그 소유권 역시 자기에게 있다고 주장하는 경우가 많아서 물에 따라 발견자와 토지·가옥 등의 소유자가 이를 절반으로 하는 경우도 없지 않다. 그렇지만 통상 토지·가옥 등의 소유자가 발견자에게 약간의 報償을 하고 그 물은 완전히 자기의 소유에 귀속시키는 것 같고, 특히 발견자가 토지·가옥 등의 소유자의 雇人이면 그 주인의 소유로 되는 것은 물론이다. 단 어떤 종류의 매장물에 대해서는 『大明律』 「戶律」 錢債編 得遺失物條에 다음의 규정이 있다.

만약 官私地內에서 매장물을 찾은 경우에 찾은 자에게 舍給한다. 만약 오래된 그릇, 종, 술, 도장 등 異常한 물건이 있으면 30일내에 관에 제출하며, 어긴 자는 村 80으로 처벌하고 그 물건은 관에 몰수한다.¹⁾

또 『刑法大全』 第 646 條에도 “官私地內에서 埋物을 掘得하여 符印과 鍾鼎이나 異常한 物 有한대 該管官에 送치 아니한 者는 笞 八十에 處함이라”이라고 규정하였다. 그러므로 異常物에 대해서는 발견자 또는 매장지소유자의 소유로 되는 것이 아니라고 한다.

第三十一 共有에 관한 慣習은 어떠한가

예컨대 각 共有者의 共有物에 대한 權利는 어떠한가. 共有物의 管理에 대해서는 共有者의 一致를 要하는가. 各 共有者가 專斷

1) 若於官私之內 掘得埋藏之物者 并聽收用 若有古器鍾鼎符印異常之物 限三十日內送官 違者杖八十 其物入官

으로 이를 할 수 있는가, 또는 共有者의 過半數의 意見에 따르는가 만약 過半數의 意見에 따른다면 그 過半數는 人員數에 의하는가, 또는 持分의 比率에 의하는가. 管理의 費用과 租稅 등의 負擔은 共有者間에 어떻게 이를 나누는가. 共有者 一人이 分割을 請求하면 다른 共有者는 그 請求에 不應할 수 있는가. 分割의 方法과 效力은 어떠한가 등(遺産分割(第172問) 참조).

조선에서는 物의 共有事例는 적지 않지만, 많은 경우는 契 또는 同事라고 불러서 組合 또는 이와 유사한 관계로 物을 공유하는 것이다. 단순한 物의 共有는 오히려 아주 드물다. 그리고 契 또는 同事의 경우에 공유관계는 그 規約 또는 이에 관한 특별한 관례에 따른 규정이 있고 단순한 공유의 경우와 그 준칙을 달리 하는 것이므로, 후에 第101問[組合] 이하에서 서술하기로 한다. 이에 단순한 物의 共有에 대해서만 서술하기로 한다. 그렇지만 契나 同事라고 하는 경우에도 단순한 물의 공유에 지나지 않는 것이 있으므로 이러한 것은 本問에서 서술하는 단순한 공유에 포함시키는 것으로 한다.

1. 共有者의 持分

공유자의 공유물에 대한 지분은 동등한 것이 보통이지만, 경우에 따라 동일하지 않을 수 있다. 이는 공유의 개시에 출자의 다소에 의한 것으로 출자의 정도에 구애받지 않고 지분을 균일한 것으로 추정하는 듯한 관습은 없다. 그리고 공유물의 사용·수익에 대해서는 각 지분의 비율에 따라 이를 사용·수익하여야 하는 것은 물론이지만, 각 공유자가 동시에 그 일부분을 사용할 것인가, 아니면 교대로 그 전부를 사용할 것인가는 본래부터 공유자간의 약정에 따르는 것으로, 그 수익은 각 공유자의 지분에 따라 이를 분배한다. 그리고 공유물의 변경은 공유자의 일치된 의견으로 이를 하는 것이 예이고, 공유물의 처분도 역시 공유자의견의 일치를 요하는 것이다. 또 공유자가 그 지

분을 담보에 제공하거나 또 이를 처분하는 경우에는 다른 공유자의 동의를 요하고 자의로 이를 담보에 제공하거나 처분할 수 없다. 그렇지만 만약 다른 공유자가 그 처분을 긍정하지 않으면 자기의 지분을 매수할 것을 청구할 수 있고, 다른 공유자가 이를 매수하지 않으면 임의로 처분하는 것이 무방한 듯하다.

공유자의 1인이 공유권을 포기하면 다른 공유자의 소유로 돌아간다. 또 공유자의 1인이 사망하여 그 승계할 자가 없으면 다른 공유자의 소유로 되는 듯하다. 黃海道 海州地方에서는 이와 같은 경우에는 다른 공유자가 그 지분을 매수하여 그 대가로 장례를 지내고 나머지가 있으면 이를 절에 기부하여 그의 제사를 지내게 하는 관례가 있다고 한다.

2. 共有物의 管理

공유물의 관리는 공유자의 협의로 하는 것으로 각 공유자가 임의로 할 수는 없다. 그런데 협이가 성립되지 않으면 과반수로 이를 결정하고 그 과반수는 인원수에 의하는 것을 예로 한다고 한다. 그런데 조선에서는 단순한 공유에 대해 공유자가 다수인 경우는 아주 드물고 2인이나 3인인 예가 많으므로, 공유자가 소수인 경우에는 반드시 다수결에 따르지 않는 듯하다. 협이가 성립되지 않으면 관리방법을 결정할 수 없는 경우가 많다. 또 관리방법에 대해 협이가 성립되지 않은 경우에는 자연히 공유관계를 지속할 수 없는 상태에 이르게 되어 당연히 분할을 보게 되는 것이다.

3. 共有者의 負擔

공유물관리의 비용, 조세, 기타의 공과금 등에 대해서는 각 공유자는 지분의 비율에 따라 이를 부담할 것을 요한다. 만약 공유자 가운데 그 의무를 해태한 자가 있으면 공유물의 사용을 제한하거나 수익

중에서 이를 공제하는 것이 관례이다. 그렇지만 이러한 상태를 지속하기 어려운 경우에는 그 자의 지분을 매수할 수 있다. 또 공유자가 소수인 경우에는 자연히 공유물을 분할하게 된다.

4. 分割請求權

공유자가 공유물을 불분할의 특약을 할 경우에는 임의로 그 분할을 청구할 수 없지만 이러한 특약을 하는 경우는 극히 드물다. 그래서 보통의 경우에는 언제라도 그 분할을 청구할 수 있고 다른 공유자는 이를 거절할 수 없다. 그렇지만 다른 공유자가 분할 때문에 공유의 목적을 달성할 수 없고 또 분할을 불리하다고 여기면 그의 지분을 매수할 수 있고, 분할청구를 한 공유자는 임의로 이를 타인에게 양도할 수 없는 것을 원칙으로 한다. 그렇지만 공유를 한 사정, 또는 공유물이 어떠한가에 따라 곧바로 분할을 해야 할 것도 있다. 또 공유자가 분할을 예상하여 공유를 한 경우가 있는데, 이러한 경우에는 다른 공유자는 그 분할청구에 따라야 하고 先買權을 행사할 수 없다.

5. 分割의 方法과 效力

공유물을 분할하는 경우에는 현물로 하기도 하고 때로는 금전으로 환산하여 분할하기도 한다. 그리고 현물로 하는 경우에는 협의로 각자의 취득부분을 결정하고 현물로 공평한 분할을 할 수 없는 경우에는 초과분을 매수시키는 경우가 있다. 그렇지만 협의로 그 부분을 결정할 수 없는 경우에는 추첨으로 하거나 또는 제3자에게 위탁하여 중재를 청구하는 등 반드시 일정하지는 않다. 또 금전으로 환산하여 분할하는 경우에는 그 대가를 지분의 비율에 따라 분할하는 것이다.

현물로 분할하는 경우에는 각 공유자에게 돌아가야 할 부분은 분할시부터 각자에게 전속하는 것으로 간주하고, 굳이 공유의 개시시에

소급하여 그 부분이 각자에게 전속하는 것으로 보는 등의 관습은 없다. 그리고 분할 후 물에 숨겨진 하자가 있거나 또는 물이 타인에 의하여 추탈되는 경우에는 공유자는 각자가 담보책임을 지는 듯하다. 또 분할물에 대한 文記 등의 증서가 있으면 그 부분을 받은 자에게 교부하고, 만약 공유자를 1인 명의로 되어 있으면 讓渡書面을 작성하는 것이다.

第三十二 入會權에 관한 慣習은 어떠한가

예컨대 어떠한 種類의 入會權이 있는가. 共有者가 共有地에 共同으로 採薪, 採草, 放牧 등의 權利를 行使할 수 있는가. 또 他人의 土地에만 이러한 權利를 갖는가. 기타 入會權의 內容은 어떠한가.

조선에 入會權으로 보아야 할 관행이 있는 것은 이미 언급하였다. 그렇지만 겨우 일부지방에 대해서만 조사한 것에 지나지 않으므로 과연 어떤 종류의 것이 있는가는 분명하지 않다. 이에 다만 慶尙南北道 地方에서의 2~3개의 실례를 보는 것에 그친다. 그리고 이러한 사례에 대해서도 오히려 불명확한 것이 많으므로 첫불리 그 성질을 단정할 수 없다. 그렇지만 그 토지는 수개의 부락의 공유 또는 1개 부락의 소유에 속하는 듯하고 또 입회권을 갖는 자는 관계부락으로, 그 부락의 주민은 부락소유의 재산을 공유하는 것과 동일한 관계에서 땀감과 목초를 채취하고 또 방목을 하는 것으로 보아야 할 듯하다.

1. 釜山地方의 入會權 事例

釜山府 沙下面에 堂里·下端·槐亭 세 부락의 공유인 산이 있어서 옛부터 세 부락 주민에 한정하여 땀감 꿀(목초)·풀·마른가지·낙엽 등을 채취할 수 있는 관례가 있다. 각 부락의 입산구역은 대개 일정하지만 실제로는 반드시 그 한계를 지키는 것은 아니다. 그리고 나

무를 임의로 벌채하는 것을 허용하지 않으며 도로의 건설, 교량의 건설 등을 위해 필요한 경우 또는 공과의 부담을 명령받았지만 이를 납부하기 곤란한 경우에 각 부락의 里·洞長, 頭民 등 유지들의 협의로 벌채할 수 있다. 또 한 부락만 급히 필요하여 입산구역내에 있는 나무를 벌채할 경우에는 당해 부락의 유지들만 협의하여 이를 결정할 수 있다고 한다. 또 각부락의 주민은 그 부락을 떠나면 자격을 잃고 또 새로이 그 부락의 주민으로 된 자는 당연히 그 자격을 취득하는 것이 관례이다. 그런데 작년(1909) 7월경에 「森林法」에 기초하여 소유권신고의 필요상 이를 세 부락이 분할하여 각부락마다 소유권의 증명을 받았다.

2. 馬山地方의 入會權 事例

長福山과 梅谷山

모두 馬山府 下南面의 중앙에 있고 下南面 瓦谷里, 昌山里, 上德里, 淵邊里, 外洞里, 內洞里, 毛三里, 東海丁里, 斗大里, 巖里, 熊西面 新坊里的 13개 부락의 주민이 수백년 동안 땀과 목초를 채취하여 왔고 그 동안 어떠한 분쟁도 없었지만, 隆熙 4年(1910) 3월경에 下南面 完岩里長 鄭基銓과 熊西面 新坊里長 嚴英五 등이 이를 兩里의 共有山野로 칭탁하여 다른 里·洞民의 시초채취를 거절하였다. 이러한 사실로부터 분쟁이 발생하여 外洞里長 鄭九錫 외 9명은 連署하여 下南面長 李炳震에 대해 訴狀을 갖추어 그 裁定을 신청하고 指令을 받았다. 그 請願書와 指令은 아래와 같다.

請願書

事案은 本面內 長福山 一麓은 自數百年以來로 下南面 十餘洞 人民이 炊食薪草培地인바 本面 完岩里 鄭基銓爲名人 憑托測山 着末懸名하여 自己 所有라 하고 扶同於渠洞人民하여 如是禁養薪草하니 十餘洞人民이 何處掛 嫌이며 何物炊食乎잇가 況且前日 熊西面 新里 居한 嚴英五 爲名人도 同

坪 梅谷山麓一境을 亦憑托測量하고 禁草 太甚키로 往告于駐在所 즉 巡查
公即 出嚴英五家하야 檢査後 同英五를 嚴以警察則 同英五가 自知渠罪하
고 萬萬哀乞하야 禁草無意가 渠洞里長統首 俱以證參이더니 今又禁草키로
問以其故則 同英五言內에 完岩 鄭基銓은 一以本面之人으로 各洞培地를
憑測禁草한대 我他面之人으로 何以不禁乎아 하니 此則乃 鄭基銓所拘也
以一鄭基銓으로 十餘洞人民이 炊食幾絶하고 糞草作農無路 故 左開 各里
가 齊聲仰訴하오니

查照後 俾此各洞으로 無至絶火 廢農之地 千萬伏望함

隆熙 四年 八月 十八日

外洞里 里長	鄭 九 錫	淵邊里 里長	鄭 尙 煥
毛三里 里長	明 聲 魯	上德里 里長	李 承 榮
東海丁里 里長	明 致 文	斗大里 里長	黃 基 仁
楷亭里 里長	李 文 寬	瓦谷里 里長	韓 性 伯
內洞里 里長	金 溶 馨	木 里 里長	金 思 權

面長座下

數百年 各洞 薪草之場을 憑托測量하고 今忽禁之가 事不穩當이라 從
前以後에는 勿爲禁斷하고 使此十餘洞人民으로 以保安堵게 할 事[題辭]

八月 十八日

完 岩 里 長 統 首

그런데 完岩里는 오히려 그 소유권을 주장하여 入山을 거절하고 農商
工部에 대하여서 所有申告를 하여 완전히 그 소유권을 확정시키려고
하였기 때문에 관계 里·洞民은 다시 청원을 하였는데 아래와 같다.

山坂所有權證明에 關한 異議申請書

下南面 各十一洞 代表申請人 李承榮 金思權 韓性伯

事實은 現今 本下南面 長福山一境이 自數百年來로 本面十餘洞人民의 炊
飯薪草培地인 바 本面完岩里 鄭基銓이 憑托測量하고 懸名自己의 所有權
이라 하고 禁草太甚뿐더러 況又梅谷山一境도 自數百年來로 十餘洞薪草培
地인 바 熊西面 新坊里 嚴英五 爲名者가 亦憑測量所有라 하고 禁之如城

하니 本面十餘洞人民이 以鄭嚴兩人的 禁草之端으로 數千名人口의 炊飯이 幾絶하고 糞土作農이 無路故 仰請于本面面長 즉 題內에 ‘數百年 各洞 薪草之場을 憑托測量하고 今忽禁之가 事不穩當이라 從茲以後에는 勿爲禁斷하고 使此十餘洞人民으로 以保安堵게 할 事’라 하시되 同鄭嚴 兩人이 都是不聽하고 禁亦太甚하니 豈有如許之人乎잇가 各里人民 以炊飯作農次로 前面長下請願書를 添連하여 齊聲仰請하오니 照亮하신 후 同鄭嚴兩人을 招致法庭하여 嚴查處辨하시와 使此十餘洞人民으로 無至絶火廢農之地伏祝

隆熙 四年 八月 二十日

同府 同面 各十一洞 代表 申請人 李承榮 金思權 韓性伯

府尹 申錫麟 閣下

위 청원에 대하여 府尹은 各里가 連署하여 請願하여야 하는 취지를 諭示하였고, 이에 다시 아래의 청원서를 제출하고 말미의 題案과 같은 지령을 받았다.

山坂에 關한 申請書

慶尙南道 昌原府 下南面 瓦谷里	申請人 右里 里長	韓性伯	年
同 道 同 府 同 面 昌山里	右里 里長	李文寬	年
同 道 同 府 同 面 上德里	右里 里長	李承榮	年
同 道 同 府 同 面 淵邊里	右里 里長	鄭尙煥	年
同 道 同 府 同 面 木 里	右里 里長	金思權	年
同 道 同 府 同 面 外洞里	右里 里長	鄭九錫	年
同 道 同 府 同 面 內洞里	右里 里長	金溶馨	年
同 道 同 府 同 面 毛三里	右里 里長	明聲魯	年
同 道 同 府 同 面 海丁里	右里 里長	明致文	年
同 道 同 府 同 面 西海丁里	右里 里長	金丙坤	年
同 道 同 府 同 面 斗大里	右里 里長	黃德一	年
同 道 同 府 同 面 巖 里	被申請人	鄭基銓	年
同 道 同 府 熊 面 新坊里	被申請人	嚴英五	年

事 實

右記十一洞民의 炊爨하는 柴草培地가 但本面長福山及梅谷山을 數百年依
 賴 以來인바 不意被申請人鄭基銓은 右長福山을 假稱測量證明이라 하여
 私自禁草하고 被申請人嚴英五는 右梅谷山을 禁草이기 本月二十日에 本人
 等이 業已請願인 바 本府廳에서 被申請人等을 招待하라 하셨는데 被申請
 人等이 莫重府令을 敢自頑拒하여 尙不從令하고 比前倍加히 右山樵輩의
 鎌與支械을 奪之破之하오니 如被申請人等은 府廳도 不知하고 法律도 無
 憚하여 但以山坂勒奪로만 爲心하옵기 茲에 更爲申請하오니
 照亮하신 후 被申請人等을 別般處治하시와 右十一洞民의 生命保全케 하
 심을 伏望함

隆熙 四年 八月 二十六日

右申請人 代表者 李承榮 金思權 韓性伯

昌原府尹 申錫麟閣下

共同炊草하여 毋到煩請할 事 [題案]

八月 二十九日

3. 大邱地方의 入會權 事例

(1) 千德山

千德山은 慶尙北道 金山郡[현 金陵郡] 黃南面과 忠淸北道 黃澗郡
 梅下面에 걸친 약 450 정보의 산림이다. 慶尙北道 金山郡 黃南面 大
 平里, 倉里, 可幕里 福山洞과 開寧郡의 일부주민과 忠淸北道 黃澗郡
 梅下面 上下洞, 格谷洞, 公項洞, 龍湫洞의 주민이 고래로 낙엽, 딸감,
 꿀 등을 채취한 관례가 있다. 작년[1909]에 분쟁이 발생하여 관계 道
 郡이 訓諭를 내리게 되었다. 당시 關係官廳間에 왕복한 文書와 報
 告書는 그 入會權의 내용을 살펴볼 수 있는 참고자료이므로 아래에
 수록한다.

隆熙 4年(1910) 4月 25日 黃礪郡守의 金山郡守署理에 대한 照會
「森林斫伐禁止에 關한 件」

即接 本郡 梅下面 漁村上下洞 里長 趙殷植 崔秉奎報告內開 本洞所在 千德山은 幾百年來 本洞所有로 守護하여 已經 測量하얏삽는데 金山郡 邑內 樵軍이 間日 暗斫하옴기로 不得暗斫할 事로 屢屢 說明하얏삽더니 陰曆 本月 十日 金泉市이온대 本洞으로써 該市에 觀市하는 人을 右樵夫輩가 作黨惹鬧하여 見困無雙한 際에 該郡巡查의 保護를 賴하여 無事歸來이얏더니 又於去十一日에 數百名 作黨更來하여 森林을 無難斫伐하얏고 又於 本月二十三日에 五百餘名의 樵軍이 更作黨來到하여 森林을 斫伐하옴게 本洞人이 禁斫할 次로 往言하온즉 該樵夫輩가 威脅毆打하며 甚至於 紙砲를 向前亂對하여 連次作梗이 莫甚하온즉 該樵夫等의 如此悖習을 自官禁止等因此를 查하온즉 山南山北이 郡界辨異하옴고 各洞各里로 守護年久이 옴거늘 該樵夫等이 越境來侵하여 成群作梗이 非常極度에 達하와 郡庭紛訴가 莫此爲甚이옴기 茲에 照會하오니 望貴郡守는 該樵夫等を 招待嚴飭 하시오 更無此等悖習게 하시고 此弊郡民으로 貴郡場市에 出頭할 時에도 該樵夫等의 作弊가 無토록 訓諭하신 後 亦賜回示하심을 敬要

隆熙 4年 5月 11日 金山郡守署理의 慶尙北道觀察使에 대한 報告
「千德山 山林에 關한 件」

忠淸北道 黃礪郡守 申昌休의 別紙寫本과 같은 來牒을 接하옴에 우선 관계자를 소환하여 일단 조사하엿습니다. 저들의 진술에 따르면 千德山이라는 것은 金山과 黃礪 두 군에 걸치는 入會地로서 고래로 어느 군의 地籍인지 그 소속이 불분명하므로, 주민은 다만 公山이라고 불렀습니다. 本郡에서는 黃南·岱項·巴旆·川上·川下·米谷·金泉 各면의 주민과 開寧郡의 일부 주민도 黃礪郡民과 함께 뒤섞여 수백년 동안 그 산의 稚樹, 잡초를 芟除하여 왔어도, 아직 한 번도 두 군민간에 苦情論爭을 야기한 적이 없었습니다. 그런데 작년이래 黃礪郡 梅下面 漁村上下洞民은 무법하게도 該洞共有라고 칭탁하여 그 동민 이외의 자에 대해 芟除를 금지하엿습니다. 그 때문에 수회에 걸쳐 口頭紛擾을 빚어오기에 이르른

사정입니다. 따라서 本職은 그 산은 가령 私權의 설정이 없는 公山이라고 말하지만 함부로 별목하는 것은 법이 허용하지 않는 바입니다. 또 종래의 관행이라고 말하나 自己所有地以外에서 별목을 하는 것이 불가하다는 취지로 說諭하였습니다. 원래 그 산은 黃澗郡에 있어서 일견 동군의 領山인 것 같으나, 조선에서는 종래 경계를 明定한 서류도 없고 종래의 관행은 이것을 최고의 증거로 하기에 충분하다는 상태라면 전적으로 黃澗郡의 領山으로도 인정하기 어렵습니다. 그러나 별지의 同郡書類에 의하면 洞民은 「森林法」第19條에 의하여 地籍報告를 해야 할 것을 기화로 무법하게도 自洞의 所有地로 冒認하여 작년이래 측량을 하여 地籍報告를 하였다고 합니다. 그리고 측량비를 마련하기 위해 타인에게 轉賣하였다는 취지입니다. 本郡各面 인민에 대해서는 측량비를 어느 정도 지불하면 종전대로 삼제할 수 있다고 하는 교섭하였다고 말하였습니다. 이와 같이 종래 所屬未定인 그 산을 同郡守는 완전히 洞有로 하여 관청에 보고한 것에 따르면, 農商工部에서도 군수의 보고에 따라 끝내 동민의 地籍報告에 대해 그 소유권을 계속 인정하지 않기는 어렵습니다. 과연 위와 같은 사실이 있다면 本郡各面 수백명의 인민은 장차 겨울에 人生必需의 연료를 얻을 방법이 없으므로, 실로 말할 수 없는 어려움에 빠지게 되는 결과로 될 것입니다. 그래서 무지한 인민은 서로 서로 反目嫉視하여 때로는 분요를 야기하고, 자연히 그 간에 不穩한 舉動을 감행하는 등의 상태에 이르면, 치안상 아주 우려되는 사정이 될 것입니다. 그러므로 그 산에 대해서는 종래대로 公山으로 하여 國有地로 편입시켜 쌍방의 인민이 자유롭게 등산하고 그 산하의 풀을 베어가게 하는 정도를 默許하는 것이 도리어 治民上 得策이라고 믿는 바입니다. 이와 같이 하지 않고 오로지 그 洞民의 所有權을 인정하여 洞民以外的 芟除伐採는 舊慣이 어떠한가에도 관계없이 법률상 금지하기에 이르면 治民上 아주 위험하므로 이 때에 당국에 稟請한 뒤 國有山으로 하거나, 또는 忠淸北道 觀察使와 교섭하신 후 군수에게 적당한 處置를 취하여 인민의 安寧靜謐을 보전하는 일에 該郡守를 지휘하여 양자를 조화시키는 일에 懇念하여 주시기를 보고드립니다.

隆熙 4年 5月 14日 慶尙北道 書記官의
忠淸北道 書記官에 대한 照會
「國有山林에 關한 件」

貴道 黃礪郡守 申昌休가 管下金山郡守署理 郡主事 四坂忠就 명의로 보낸 金山郡과 黃礪郡에 걸친 千德山 雜草木採取禁止의 안건에 대한 照會가 있어 이를 조사하였습니다. 동산은 고래로 公山이라고 불려 金山郡에는 黃南, 岱項, 巴旆, 川上, 川下, 米倉, 金泉面의 인민과 開寧郡의 인민은 黃礪郡 梅下面人民과 함께 入交하여 수백 년이래로 그 산에서 잡초목을 채취하여왔어도 아직 어떠한 苦情이 없었지만, 작년 黃礪郡 梅下面 漁村上下洞 人民은 自洞의 共有山이라고 하여 그 洞以外者의 채취를 금지하였기 때문에 양군 인민간에는 분요를 초래하게 되어 수차례 충돌이 있었습니다. 조사결과에 따르면 上下洞 洞民은 작년 그 산을 實測하고 地籍報告를 마치고 이미 다른 곳에 매각한 바입니다. 최초로 양민이 충돌할 때에 金山郡民에 대해 실측비의 일부를 부담하면 종래대로 채취를 허락하겠다고 제안하였다고 진술하였습니다. 과연 앞의 진술대로 上下洞 洞有로 地籍報告를 하고 다른 곳에 매각하는 등의 사실이 있다면, 매우 부당한 것으로 黃礪郡守에 대해서 그 洞有財産이 아니라는 훈시를 하시기를 바라며 이에 照會하옵니다.

隆熙 4年 5月 14日 慶尙北道 書記官의 農商工部次官에 대한 申告
「國有山林에 關한 件」

管下 金山郡과 忠淸北道 黃礪郡에 걸친 千德山은 고래로 公山이라고 불려 金山郡에서는 黃南, 岱項, 巴旆, 川上, 川下, 米倉, 金泉 各面의 인민과 管下 開寧郡의 인민도 黃礪郡 梅下面 人民과 함께 入交하여 수백년이래로 그 수목을 채취하여 왔어도 인민간에는 어떠한 苦情이 없었지만, 작년 黃礪郡 梅下面 漁村上下洞 人民은 自洞의 共有山이라고 하여 그 洞以外者의 채취를 금지하였기 때문에 양군 인민간에는 분요를 초래하게 되어, 지난 달 23일과 같이 다수 인민의 충돌이 있었음을 합니다. 조사결과에 따르면 작년 實測하고 地籍報告를 마치고 이미 타에 매각한 바입니다.

다. 최초로 양군민이 충돌할 때에 金山郡民에 대해 실측비의 일부를 부담하면 종래대로 채취를 허락하겠음을 제안하였다고 진술하였습니다. 더우기 黃磎郡守 申昌休는 金山郡守署理 郡主事 四坂忠就에 대해서 동산은 수백년동안 上下洞 洞有로서 수호한 것인데, 金山郡 人民이 暗斫하여서 여러번 실시하여도 듣지 않으므로 金山郡民이 동산의 雜草木採收를 禁止하는 方案을 조회하여 왔습니다. 이는 아주 부당한 것으로 앞의 진술처럼 그 산야는 두 군에 걸친 큰 산으로서 한 洞의 所有山이 아니라 전적으로 國有에 속하는 것으로 인정되고 또 수백년이래 양군 인민이 入會하여 채취해온 것임에도 불구하고 黃磎郡 梅下面 漁村上下洞 人民은 自洞의 소유로써 地籍報告를 하고 金山郡民의 入山을 금지한 것은 부당한 행위라고 인정합니다.

위와 같은 사정으로 忠淸北道 黃磎郡 梅下面 漁村上下洞 人民에 대해서 그 산야를 國有地로 하고 洞有가 아님을 示達하시기를 바라며 보고하옵니다.

隆熙 4年 5月 21日 開寧郡守의 慶尙北道 書記官에 대한 報告書
「千德山紛擾에 關한 件」

貴 第 103號를 承接이온 바 千德山이 本郡境外에서도 四十里 距離되는 處에 有하와 查探取調하와도 不能詳明 故로 本郡主事 李相鳳으로 躬往 該山下 諸洞하여 該山來歷과 紛擾原因 及 現在所有를 調査左記하오니 照 亮하심을 敬要

左記

千德山來歷은 黃磎郡과 金山郡交界에 在한 坪數가 略 四百四十九町 七反 四畝 二十八步되는 巨山인데 野人의 遺脫에 三百餘年前에 千人이 此에 避難 故로 號를 千德山이라 稱함

所有난 自來로 無主公山이라 言하고 特別主權者는 無한대 黃磎郡 梅下面 漁村上下洞이 該洞에 松契를 自作하고 往在乙未年에 等訴黃磎郡하여 漁村洞保有完文을 受置하왔다는대 今四月에 有山所有의 證明을 取出할 樣으로 右完文을 證明申請書에 粘附하여 提出郡廳 而始未證明함으로 留在

該郡하여 不得取見이오나 追究來歷컨대 幾百年來로 兩郡人民이 無難採伐하고 漁村의 松契란 說로 伊來 初唱한 者인즉 私有共有는 適當하옵고 自來無主公山으로 人皆指稱하미 眞의無疑하은즉 此山國有에 可合함 紛擾原因은 漁村洞民이 該山을 本洞松契로 作하얏스나 周圍가 最廣하고 草木이 且茂盛한 故로 人民의 常時採伐을 不禁하는데 去年八月分에 漁村洞民이 森林法 第十九條에 依하여 漁村洞松契로 證明受出次 該山을 測量한 所費가 六十三圓에 至한지라 此를 漁村上下洞에서는 辦出無路하여 該山局內採伐하는 人民의게 補助를 請求하얏는데 金山郡人民이 反對하기를 此山은 卽兩郡間 共同所有 數百年을 互相伐採하얏는데 今에 測量費補助의 說은 犯禁贓錢과 無異하다 하여 漁村人民은 自今勿許伐하기로 爲主하고 金山人民은 依前伐採하기로 爲主하여 本月十四日에 金山郡 樵軍輩 數百名이 作黨入山한즉 漁村人民도 亦率群來拒하여 於斯之間에 甚至毆打이 오며 或自起黃을 踏하여 發聲驚怯者도 有한대 此는 金山郡人民의 所爲라 하여 互相致疑하나 姑無做作者 表出인 故로 取調上에는 獵者의 所爲로 認함

現狀은 兩郡人民이 各其郡駐在所에 告訴하여 金山郡人民은 黃磎駐在所에서 曉諭歸送하고 黃磎郡人民은 金山郡駐在所에서 曉諭歸送하얏는 故로 紛擾하얏스나 金山全郡이 此山外에는 取薪할 道가 無할 뿐더러 漁村人民 衆寡不敵의 故로 不能禁斷하여 兩郡人民이 如前採伐함

去戊申年에 該山一麓의 雜木을 漁村洞民이 放賣於日本人하여 炭窟을 度하얏는데 價金은 六十圓이요 代金은 三年內畢了하기로 契約하얏는데 炭算이 無利하여 仍卽撤去라 함

隆熙 4年 6月 25日 忠淸北道 書記官의 慶尙北道에 대한 回答

「山野地籍에 關한 件」

本年 5月 16日附 慶尙北道發 第163號 照會의 趣旨에 따라 調査를 하고 左記와 같이 이에 回答하옵니다.

記

本道 黃磎郡 上下 漁村에는 수백년이래 千德山의 立木을 애호하기 위하

여 松契를 결성하고 주관하여, 그 落葉과 풀은 同郡 梅下面 格谷洞, 龍溪村, 公項洞, 黃南面(원 貴道 金山郡에 속함) 大平里, 倉里, 可幕里, 福山洞과 공동으로 채취하고 同山의 비용도 매년 그 채취시에 前記 各洞에서 1兩씩 徵收한 慣行이 있습니다.

지금으로부터 16년 이전인 開國 503年(1894)에 당시 黃磎郡守가 발급한 公文書(別紙寫本)에 徵驗하면 漁村의 所有를 인정할 수 있어도, 그 문서에 “民有 云云”라는 것이 있으면 전항의 관행을 포함하는 것으로 추정함이 정당하다고 생각합니다. 즉 “民有 云云”이란 共有의 의미가 아니겠습니까?

今回 貴道 金山郡民과 黃磎郡 梅下面民과 분쟁이 생긴 것은 金山郡民이 第一項의 관행을 파기하고 낙엽, 풀 이외의 수목을 작별한 것에 기인하므로 그 결과 黃磎郡民은 開國 503年의 公文書를 증빙으로 해서 洞有 所有權을 신청하였습니다. 그러나 郡守는 아직 증명을 발급하지 않으므로서 同郡守에 대해서는 아래와 같이 지시를 하였습니다.

〈黃磎郡守에 대한 指示〉

千德山의 所有權을 漁村人民이 洞有로 하여 증명을 신청하였으나, 我國現時 洞里는 재산을 소유하지 못하는 성질이므로, 洞有山으로 所有權證明을 出給하는 것은 온당하지 않다. 과연 梅下面 人民의 所有이라면 梅下面 漁村 居住 아무의 몇십명의 소유로 하는 것이 온당하다고 인정하는가. 그렇다면 그 산에 대한 구래의 관행으로 추정하면 金山郡 人民도 낙엽과 풀을 채취하고 또 그 산에 소요되는 비용을 부담한 사실이 있으므로 그 산은 國有라고 사려되기 때문에 洞有의 所有權證明을 出給해서는 안될 것이다. 그러므로 郡民은 舊慣을 續行하여 상호분쟁을 피하게 할 것을 貴郡守는 關係人에게 曉諭해야 할 것임

〈別紙 寫本〉

爲憑考事 千德山 卽 漁村이 四五百 禁護한 松契民有山인 바 該官成帖 文券을 爲火災被燒이다 民訴가 荐至이기 詳細調査한 즉 民有가 的確하고 文券被燒가 無疑이기 茲에 認許하니 以此憑考하고 另行禁護하며 年

年種植하야 以作實業上 養生送死之資케 할 事

乙未二月 日

開國五百三年 官

隆熙 4年 6月 28日 慶尙北道 書記官의

金山郡守 署理에 대한 通牒

本年 五月 第三三六號 報告 千德山 山林件 忠淸北道 觀察道와 교섭한 바, 위는 수백년 이래 동산의 立木을 애호하기 위해 松契를 설치하여 主管하고 그 낙엽과 풀은 同郡 梅下面 格谷洞, 龍溪村, 公項洞, 黃南面 (현 貴郡에 속함) 太平里, 倉里, 可幕里, 福山洞과 공동으로 채취하고 同山의 비용도 매년 그 채취시에 前記 各洞에서 1兩씩 徵收한 慣行이 있다고 말합니다. 그런데 그 군민이 이러한 종래의 관행을 깨고 낙엽과 풀 외에 수목을 斫採한 것에 기인하여 지금의 분쟁이 생겼습니다.

그렇지만 忠淸北道 觀察道에서도 我國現時의 洞里는 法律上 財産을 소유하지 못하는 성질이므로 그 산의 所有權을 洞有로 證明을 出給하는 것은 타당하지 않고, 또 그 산에 대한 구래의 관행에 의해서 貴郡民도 낙엽과 풀을 채취하고 또 그 산의 비용을 부담시킨 사실에 徵驗하여 國有山이어야 한다는 견해로서 군민에게 구관을 속행시켜 관계인민에게 曉諭하도록 黃澗郡守에게 지시한 취지의 回答을 접하온 바, 貴郡에서도 금후 서로 분쟁을 피하도록 一般郡民에게 訓諭하시기를 바라며, 이에 通牒하옵니다.

(2) 八公山

八公山은 경상북도 大邱郡과 義興郡의 경계에 걸쳐 그 가운데 水潤谷과 鄭可谷이라고 하는 두 구획이 있고 주위 대략 50里(조선의 里程)로 大邱郡 解西村面 龍津洞과 古亭里, 解北村面 武山洞 주민이 딸감과 풀을 채취하는 관례가 있어 口實권으로 보아야 할 상태에 있으나 현재 소송중이어서 그 내용은 상세히 알 수 없다. 각 里·洞民이 주장하는 것도 한결같지 않다. 그 요점을 아래에 수록한다.

가. 解西村面 龍津洞長 등의 陳述

同山林은 고래로 公山이라고 불리, 수백 년 이래 海北村面 武山洞의 人民과 공동으로 그 산에 자라는 꿀과 뽕감을 채취하여 왔습니다. 동시에 義興郡에 통하는 도로와 꿀과 뽕감을 채취하고 운반하는 등에 필요한 도로를 개설·수리하고 또 이에 소요되는 비용도 양동이 부담하여 왔습니다. 그 간에 어떠한 苦情과 분쟁을 발생하지 않고 각자는 자유로이 꿀과 뽕감을 채취하여 비료와 연료의 수요에 만족하였습니다. 그런데 지금부터 6, 7년전에 武山洞 人民은 龍津洞 人民과 어떠한 협의도 하지 않고 위 양계곡을 통하는 도로를 개통하고 이에 소요된 비용의 지분을 本洞에 청구하여 온 것에서부터 끝없이 분쟁을 만들어 쉽게 해결할 수 없었습니다. 이러한 상태를 계속하는 것은 善隣의 友誼에 반하는 것일 뿐만 아니라 서로 질시하고 나쁜 감정을 품는 것은 서로에게 이익이 되지 않으므로 光武 11年(1907) 陰曆 4月 14日에 양동의 洞長, 頭民 등은 樵輩 사이에 개입하여 調停하고, 촌민은 이에 비로소 화해하였습니다. 그리고 洞長, 頭民과 樵輩들은 列席하여 도로의 개설과 수리의 시기와 시초채취의 시기 등을 약속하고 후일의 證票로써 完文 두 통을 작성하여 서로 교환하였는데, 그 寫本은 아래와 같습니다.

위 完文은 積雲·龍津 양동이 公山の 남쪽에 함께 있는데, 水潤谷과 鄭可谷은 수백년 이래 양군의 나무꾼이 꿀과 뽕감을 채취해 살아왔다. 근래에 양동의 나무꾼 중 불량한 사람이 있다. 매년 꿀을 베고 길을 닦음에는 마땅히 함께 힘써 해야 함에도 술값으로 닦음을 일으키니 아주 이상하다. 그래서 양동의 두민과 나무꾼은 함께 모여 의논하기를 이후로 매년 길을 닦는 때는 小滿[양력 5월 21일 경] 3일전으로 정한다. 양동에 일이 있으면 후일 다시 정하고 양동의 나무꾼중 좌상이 서로 알려 完議를 어기는 일이 없도록 할 것

丁未(1907) 四月 十四日

武山洞中	洞長	吳柄述	頭人	金分伊
樵輩座上	韓新寧	李格善	吳雲深	金上洞

이 중 길을 닦는 날은 정하여 통지하고 양동 좌상이 조처를 잘못
하면 술 한동이를 잘못된 좌상에게 내게하여 담당케 할 것¹⁾

이에 龍津洞은 武山洞과 공동으로 水潤谷과 鄭可谷의 두 구역내에 드나들고 예전에 비해 더욱 확실한 시초채취의 이익을 보장받았는데, 武山洞은 불법으로 본동의 승락을 얻지 않고 몰래 水潤谷의 한 구역을 解西村面 古亭里에 매각하였습니다. 그래서 武山洞에 대해 그 불법을 책망하고 또 그 매매를 취소하여 원상회복할 것을 詰責하였으나 이를 수긍하지 않을 뿐만 아니라 隆熙 4年(1910) 陰2月頃에 同山 2區域을 측량하였는데, 그 비용을 마련할 수 없어서 본동에게 그 일부를 청구하고 만약 이를 지불하지 않으면 自洞의 소유로 地籍申告를 할 것을 통지하였습니다. 그런데 본동은 저들이 임의로 측량을 하고 그 비용을 타인에게 부담시켜야 할 이유가 없고 또 재래로 두 계곡은 두 동의 共有物임에도 불구하고 自洞의 소유로 지적 신고를 할 이유가 없다고 여겨 그 통지를 거절하였습니다. 그러나 저들은 이를 기화로 하여 다시 두 골내에 들어가[入會] 시초를 채취하는 것을 거절하였고, 이 때문에 우리 동민은 事情을 갖추어 大邱警察署에 제소하니, 경찰서는 두 동의 頭民(頭立인)을 소환하고 그 사실을 조사하였습니다. 武山洞 人民은 본래 水潤谷과 鄭可谷 두 지역은 본동이 수백년간 禁養해온 산야이지만 본동은 龍津洞보다 입구가 좁고 또 산야가 많으므로 龍津洞 人民에 대해서도 호의로 시초의 채취를 허락함과 동시에 두 산야에 소요되는 비용의 일부를 부담시키는 것으로 하였고 저들에게 그 비용을 부담하지 않는 한 절대 시초의 채취를 허가하지 않는다고 주장하였습니다. 경찰서장이 두 동민사이에 完文을 교환하였는가에 대해서 묻자, 저들은 “이전에 완문

1) 右完文事 積雲·龍津兩洞 俱在公山之陽 水潤谷一區 與鄭可谷一區 數百年來 兩郡樵輩 春草冬柴 以爲資生 而近年以來 兩洞樵輩中間 不良之人 每年折草治道時 誼當共力治道 而或後 這間酒費 惹起爭端事 甚駭嘆 故兩洞頭人與樵輩 合席爛議 從茲以後 每年治道 小滿前三日爲定是矣 兩洞中 若有事則 更正他日 兩洞樵輩中座上 互相通奇 無違完議事

丁未(1907) 四月 十四日

武山洞中 洞長 吳柄述 頭人 金分伊

樵輩座上 韓新寧 李格善 吳雲深 金上洞

此亦中 沿道日字 定日通奇 而兩洞座上 不善措處則 酒一盆 賣出於不善措處座上擔當次

을 교환한 적이 없고, 龍津洞民이 갖고 있는 완문은 저들이 임의로 작성한 것이며, 또 본동동장의 날인이 있으면 저들이 폭력으로 동장의 도장을 빼앗아 날인한 것이지 결코 완문을 교환한 사실이 없다”고 대답하였습니다. 더우기 署長이 왜 武山洞은 동장의 도장을 탈취당할 때에 경찰서에 신고하지 않았는가에 대해서 詰問하자, 저들은 대답할 수 없었습니다. 이에 서장은 만약 본동이 이와 같은 폭력을 휘둘렀음에도 불구하고 신고하지 않고서 오늘에 신고를 하는 것은 신빙하기 어렵다고 하여, 저들의 신고를 물리치고 본동이 신고대로 “중전대로 공동으로 시초를 채취하라”고 두 동민에 대해 諭告하였습니다. 그래서 본동은 이에 복종하였어도, 저들은 이를 무시하고 시초의 채취를 거절하였기 때문에 부득이하게 소송을 제기하게 되었습니다. 그리고 억지로 비용의 지불을 간청하는데, 절대로 지불하지 않으려는 것은 아니고 또 이웃이 서로 질시하는 것을 바라지 않아서 이를 피하려고 하였으나, 저들이 더욱더 이를 바라기 때문에 어찌할 수 없습니다.

나. 解北村面 武山洞長 등의 陳述

八公山 가운데 水潤谷과 鄭可谷 두 구역은 수백년 이래로 본동 동민이 禁養守護한 山坂으로 수목 등은 일체 타동 인민은 물론 본동내의 인민이라도 자유로이 이를 벌채할 수 없고, 벌채를 하려면 반드시 동민이 협의해야 하는 것입니다. 그러나 柴草 落葉 등은 본동민은 물론, 타동민에게도 채취를 인정하였습니다. 원래 본동은 가구수가 30호인 소부락인데, 위 두 구역의 산야는 광대하여 본동의 수요에 충족하고도 오히려 남음이 있고, 龍津洞은 가구수가 40호로 洞有山野를 소유하지 않아 연료를 얻을 방법이 없었습니다. 그래서 본동에 사정[願情]하여서 이의 채취를 허용한 것은 口傳하는 바입니다. 종래 春草秋柴의 채취는 허용하지만, 수목을 벌채하는 일은 없었고 또 저들은 시초의 채취외에 어떠한 권리와 이익을 갖지 않았고, 이와 같은 상태는 수백년간 계속되었고 그 동안 전혀 苦情과 분쟁을 일으키지 않았습니다. 이는 대개 저들이 한결같이 본동의 지시에 기초하여 시초를 채취한 까닭이 아닌가 합니다. 즉 저들은 시초채취의 보상으로 매년 大邱와 義

興으로 가는 도로와 시초의 채취운반에 필요한 도로의 개설과 수리를 하는 경우에 반드시 협의에 따르고 이에 소용되는 비용을 두 동이 분담하는 것은 고래의 관례입니다. 다만 본동이 할 때에는 저 등과 협의를 하지 않고 임의로 할 수 있으나,情理上 단지 서로 협의하는데 지나지 않고 반드시 협의해야 하는 의무를 본동은 지지 않습니다. 그런데 지금부터 6, 7년전에 본동 인민은 저들과 협의를 하지 않고 시초의 채취운반의 편리를 위해 도로의 개설과 수리를 하고서 저들에게 비용의 일부를 지불할 것을 청구하였는데, 저들이 거절하였습니다. 그래서 본동은 종래의 관례를 무시한 것이라고 하여 시초의 채취를 금지하였습니다. 이에 저들은 여러 번 화해를 신청하였으나 이를 승락하지 않았습니다. 그런데 저들은 불법으로 본동이 수백년간 금양수호한 산야에 드나들어 시초를 채취하여서, 이에 분쟁이 발생하여 쉽게 해결하지 못하였습니다. 다만 저들이 본동의 주장을 인용하면 곧바로 화해하고, 곧잘 이웃간에 서로 질시하는 것과 같은 잘못을 드러낼 일이 아닙니다. 그리고 만약 龍津洞과 공유라면 일찌기 光武 10年(1906) 丙午 6月 水潤谷 일구지역을 다른 땅인 地坪田谷 일구지역과 함께 古亭里에 매각할 때 어떠한 異意[故障]를 신청해야 할 도리일 것인데, 이를 하지 않고 그대로 간과한 것은 저들이 본동의 禁養山임을 암묵적으로 인정하였다고 할 것입니다. 또 저들은 본동과의 관계에서 春草秋柴의 채취시기와 도로의 개설·수선에 대해 계약을 한 것처럼 주장하여도, 저들이 가지고 있는 完文은 저들이 本洞長의 도장을 폭력으로 탈취하여 자의로 작성한 것이지, 결코 합의로 계약서를 작성한 것은 아닙니다. 따라서 위 完文으로 공동물임을 증명할 수 없습니다. 요컨대 水潤谷(古亭里에 매각 부분)은 어찌든 鄭可谷의 일구는 본동동유이므로 지난 번에[금일] 공포한 規則[森林法;역자]에 따라 산야를 측량하고 地籍申告를 한 뒤, 본동동유임을 확정하려고 하였습니다(단 저들이 측량비의 일부를 부담하면 강제로). 그런데 저들은 苦情을 신청하고 끝내 提訴를 하였기에 본동이 이에 대해 答辯書를 제출한 것이 사정입니다.

다. 解西村面 古亭里長 등의 陳述

水潤谷과 鄭可谷의 二區도 다른 곳[個所]과 마찬가지로 公山으로, 굳이 龍

津·武山 두 동의 專有가 아니라, 수백년이래로 古亭里가 위 두 구역에 드나들며[立入] 시초를 채취할 수 있는 것은 우리가 조상으로부터 承知해온 바입니다. 그런데 세월의 흐름과 함께 저들은 우리의 시초채취를 점차 거절하는 태도로 기울어져 연년 분쟁이 끊이지 않다가 光武 10年(1906) 6월에 武山洞이 일정한 金穀을 供出하면 위 산야에 들어가 시초를 채취할 것을 허락하고 또 종래의 분쟁을 杜絶하겠다는 신청이 있어서 본리에서 약간의 金穀을 공출하여 종래의 분쟁을 막고 또 시초를 채취할 이익을 얻는데, 굳이 종래의 사실을 주장할 필요가 없어서 부득이하게 본동민은 150兩의 금전을 공출하여 水潤谷과 地坪田谷의 두 구역을 매득하였습니다. 그래서 상호간에 있어온 분쟁을 막고 또 本里 인민의 이익을 명확히 하기 위해 明文과 手票를 작성하여 증거로 하였습니다. 그래서 본동이 차지한 지역내에서는 武山洞 人民이 드나들며 시초를 채취할 것을 허락하지 않았는데도, 龍津洞 人民에 대해서는 본동이 시초를 채취할 시기내와 시기외라도 본동의 수요에 충족하고 남는 경우에 채취하는 것을 묵과함을 상례로 하였습니다. 그러므로 龍津洞 人民은 본동이 水潤谷을 취득한 사실을 알지 못한다고 주장하여도 본동의 수요에 부족한 경우에는 그 채취를 거절할 수 있는 것입니다. 따라서 이 사실에 의하여 간접적으로 이를 모두 알 수 있습니다. 그런데 龍津洞 人民은 수요를 만족하지 못하므로 그 매매의 취소를 청구하겠다는 소문을 들었습니다. 그렇지만 본동도 필요에 따라 150兩을 공출하고 점차 종래의 분쟁을 막고 또 확실하게 획득한 것이기 때문에 이를 반환할 수 없는 것입니다. 더우기 武山洞이 본동에 요구하였던 明文과 手票의 사본은 아래와 같습니다.

光武 十年 丙午 六月 十六日 앞明文

위 명문은 본동이 꼭 필요하여 어쩔 수 없이 水潤谷 일부와 地坪田 일부를 150兩으로 계산하여 古亭洞앞으로 영원히 매각하니, 이후에 분쟁이 있으면 이 文記를 증거로 할 것

山主 積雲洞長 吳弼守 頭 民 李英幹 吳柄壹
 金鐘律<表不着> 徐福烈 裴參月 蔡龍秀

이 중 전후 소송에서 잃어버렸으므로 어쩔 수 없이 新文記 한 장과
手票 한 장을 발급함

光武 十年 丙午 六月 十六日 앞手記

위 手記는 본동이 水潤谷을 수백년간 수호하였으나 古亭洞과 상송한 지
100여년이 되었다. 그 간 소송하면서 수표와 문권을 잃어버렸으므로 다
시 標를 만든다. 積雲洞에 꼭 쓸 바가 있으므로 어쩔 수 없이 水潤谷 일
부와 地坪田 일부를 150兩으로 계산하니 나중에 영원히 잡담이 없을 것
이다. 소송중의 수표 문권과 신문기 한 장을 아울러 발급한다.

山 主 積雲洞中切 吳弼守
頭 民 李英幹

이중 전후 소송에서 잃어버렸으므로 吳柄英 吳柄一
어쩔 수 없이 新文記 한 장과 金鐘律〈表不着〉
手票 한 장을 발급함 徐福烈²⁾

第三十三 借地權의 種類는 어떠한가

여컨대 日本의 地上權과 永小作權과 같은 權利가 있는가. 日本
의 賃借權과 使用借權만 발생시키는 것이 있는가. 달리 日本에
없는 借地權이 있는가.

2) 光武 十年 丙午 六月 十六日 前明文

右明文事 本洞切有用處 不得已水潤谷一局果 地坪田一片 竝價折錢文一百五十兩 依數捧用是遣
古亭洞員前 永爲放賣爲去乎 日後 若有雜談是去等 以此文記憑事

山 主 積雲洞長 吳弼守 頭 民 李英幹 吳柄壹

金鐘律〈表不着〉 徐福烈 裴參月 蔡龍秀

此亦中 前後訟軌遺失 故不得已 新文記一丈果 手票一丈 竝許給事

光武 十年 丙午 六月 十六日 前手記

右手記 本洞水潤谷 數百年守護 而與古亭洞相訟者 百餘年之久矣 其間訟軌手標文券遺失 故茲以
更標是乎乃 積雲洞中 切有用處 不得已 右水潤谷一局果 地坪田一谷 竝價折錢文百伍拾兩 卽爲捧
用是遣 日後 永無雜談是遣 訟軌手標文券果 新文記 竝一丈 許給事

山 主 積雲洞中切 吳弼守 頭 民 李英幹 吳柄英

吳柄一 金鐘律〈表不着〉 徐福烈

此亦中 前後訟軌遺失 故不得已

新文記一丈果 手標一丈 竝許給事

조선에서의 차지권의 종류는 대략 아래와 같다.

1. 地上權

건물, 공작물 또는 나무를 소유하기 위해 타인의 토지를 사용하는 권리로서 그 성질을 지상권으로 볼 수 있는 것이 있다. 건물부지에 대하여 설정되어 있는 경우가 가장 많다. 지대를 지불하는 것과 그렇지 않는 것이 있다. 그렇지만 물권의 성질이 있고, 임차권이나 사용대차의 성질을 갖는 차지권과 동일하지 않다.

2. 永小作權

경작지의 차지권으로 매년 일정한 借地料를 지불하고 그 권리가 영구히 존속하는 것이 있다. 보통의 소작권과 그 취지가 다르고 단순히 소작기간이 장기인 것은 아니다. 또 이런 종류의 借地權者는 지주의 승락을 받지 않고 그 권리를 양도할 수 있다. 또 그 토지의 경작을 위하여 임대할 수 있어서 일종의 영소작권이라고 할 수 있다.

3. 賃借權

경작을 목적으로 하는 借地는 보통 賭租地 또는 并作地라고 한다. 모두 차임을 지불하는 것으로 그 성질은 임대차에 속하고 그 차지권은 채권의 성질을 갖는다. 이외에 땃감과 풀의 채취와 목축을 목적으로 하는 토지의 임대차도 있지만 실례는 아주 드문 듯하다.

4. 使用借權

무상으로 토지를 賃借하는 것은 주로 친족·친구간에 이루어지는 것이다. 그 차지권의 성질은 채권으로서 제3자에게 대항할 수 없다.

또 貸主는 언제라도 이의 반환을 청구할 수 있어 사용차권에 속하는 것이라고 한다.

5. 기타의 借地權

(1) 荒蕪地

황무지나 原野를 빌려서 개간 경작하는 예가 가끔 있다. 관습상 그 기간은 3년으로 지주는 그 개간을 이득으로 하여 차지료를 받고 차주는 개간하여 쌀, 보리, 콩 등의 작물을 파종하여 다소의 수확을 얻어 그 수고의 보수로 하는 것이다(蔚山地方에서는 만약 그 토지가 陳田 등으로 免稅가 아니면 경작자가 地稅를 부담하는 관습이 있다고 한다). 그런데 기간경과후에는 대개 개간자가 계속 경작하여도 이 경우에는 임대차의 성질을 갖는 소작으로 변하고, 소유자의 의사에 따라 때로는 새로이 소작인을 정하는 경우도 있다. 또 차주는 3년의 기간내에는 (지주로부터의) 해약을 거절할 수 있고 소유자가 변경되어도 신 소유자에 대해 그 권리를 대항할 수 있다. 그렇지만 3년 후에는 계속해서 경작할 것을 강요할 권리는 없다. 이런 종류의 차지는 임대차나 사용대차에 속하지 않고 또 영소작에도 속하지 않는 특별한 종류라고 할 수 있다.

(2) 墓直田

묘직전(墓位田 : 1910년판)은 분묘를 간수하고 또 그 청소·관리를 하기 위해 묘지기(墓直)를 두고 그 보수로서 耕食하게 하는 분묘에 부속된 전답이다. 소작료를 받지 않지만 제사를 지내는 경우에는 그 수확에서 비용을 지출하게 하는 것이라고 한다.

(3) 酬勞田

과거에 忠僕 등 공로가 있는 雇人에 대해 主人이 영구히 토지를 사용·수익하는 것을 허용하고, 그 대여를 받은 자는 어떤 보수를 지불할 필요가 없고 또 이를 임대할 수 있다고 한다. 그렇지만 지금은

그 사례를 볼 도리가 없다.

(4) 人蔘栽培地の 賃借

인삼은 京畿道 開城郡을 중심으로 하여 豊德 長湍 兩郡, 黃海道 金川 兎山 平山 瑞興 鳳山郡 등 다른 지방에서도 재배한다.

인삼의 재배방법은 첫째에 苗圃를 만들어 인삼을 파종하고, 이듬해에 다른 곳에 이식하는데 이를 密種圃라고 한다. 다시 그 다음해에 이를 本圃에 定植한다(단 細根直이라고 하여 밑줄포에 이식하지 않고 곧바로 본포에 이식하는 것도 있다). 그리고 본포에 定植한 후 3~5년이 되어 수확하는 것이다. 한 번 인삼을 재배한 토지는 10~20년을 경과하지 않으면 다시 재배하기에 적합하지 않다고 하며 그 기간동안 다른 작물을 재배하는 것이 예이다. 그런데 근래에는 양질의 밭에 한하여 5~10년이 지난 후 재배하는 예가 있다고 한다. 인삼경작지는 借地한 것이 보통으로 대개 구두로 계약하고 따로 계약서를 (작성) 수수하는 것은 없고 특히 대차기간을 정하지 않고 이식 또는 수확기까지 존속하는 것이다. 그 차지료는 보통소작에 비해 두 세배라고 한다. 그리고 苗圃나 密植圃의 경우에는 차임을 선불하는 것이 상례이며 또 본포에 대해서도 3년분을 선불하는 것이 상례이므로, [3년 이상인 경우에는: 1910년판] 매년 1년분을 선불하는 것도 있다. 그리고 차주는 언제든지 해약할 수 있지만 실제 해약하는 경우는 없다. 또 지주는 기간내에는 [물론: 1910년판] 차임을 연체한 경우라도 차임의 지불을 요구할 수 있을 뿐이고, 이를 이유로 해약을 청구할 수 없다. 만약 차주가 차임을 지불하지 않는 경우에는 수확기에 官이 경작인에게 내리는[下付] 水蔘賠償金 가운데서 그 지불을 받는 방법이 있다. 또 蔘圃(삼포는 인삼을 지배하는 밭을 일컫지만 인삼이 있는 삼포 그 자체가 권리의 목적으로 되는 경우에도 역시 蔘圃라 한다. 여기에서는 후자의 의미로 쓴다)는 이를 전당에 제공하거나 또는 이를 양도할 수 있다. 이 경우에는 그 차지권도 역시 당연히 이에 수반하고 지주가 변경되어도 대항할 수 있다. 또 따로 삼포주인이 소작인에게 경작을 시키는 것도 있다. <표 33>에 蔘圃의 放賣文記를 제시한다.

〈丑 33〉 蔘圖放賣文記

年 月 日	姓 名 前 掌 記	右掌記爲何郡何面何里所在幾年根幾間 <small>買實</small> 而價折錢文幾何論定即捧 <small>或給</small> 是遺永永放賣 <small>或得</small> 爲去乎日後採蔘時利不利賣去人 <small>或來人</small> 擔當和約事	圖主 <small>主實</small> 記主 <small>主買</small> 證人	姓 名 姓 名 姓 名 名 名	當日或何口以口傳掌事 採蔘後舊物材本主次知事 賣買者各一通式交換件
-------------	-----------------------	--	--	--------------------------------------	---

第三十四 地上權에 관한 慣習은 어떠한가

地上權 또는 이와 유사한 權利가 있다면 그 目的은 어떠한가. 예컨대 他人의 土地에 工作物이나 樹木을 所有하기 위해 存在하는지 여부. 地代를 반드시 支拂해야 하는지 여부. 예컨대 無

賃으로 이러한 權利를 設定하는 예가 있는가. 또는 一時에 支拂해야 할 報酬에 대하여 이를 設定하고 곧이 定期地代를 支拂하지 않는 경우가 있는가. 借地人이 地代를 支拂해야 할 경우에 그 支拂을 懈怠하면 그 制裁는 어떠한가. 예컨대 地主는 곧바로 契約의 解除를 請求할 수 있는가. 이러한 權利는 讓渡할 수 있는가. 또 그 土地를 轉貸할 수 있는가. 그 權利의 存續期間은 어떠한가. 만약 이를 約定하지 않으면 이는 영구히 存續하는가, 또는 一定期間의 經過로 消滅하는가, 아니면 當事者 一方의 意思에 따라 消滅하는가. 만약 一方의 意思로 消滅하는 것이라면 地主 또는 借地人 가운데 누가 이를 申請하는 것인가. 또한 이에 대해 豫告 등의 條件이 필요하지 않는가. 이 權利가 消滅하는 경우에 工作物, 樹木 등은 借地人이 이를 收去할 수 있는가. 이를 收去할 수 있다면 土地를 原狀回復할 義務가 있는가. 地主가 市價로 이를 買收할 意思가 있으면 借地人은 이유없이 이를 拒否할 수 있는가.

조선에서 지상권으로 보아야 할 것은 주로 건물을 소유하기 위한 借地에 존재하고, 드물게 분묘 등의 공작물을 소유하기 위한 차지에 대해서도 역시 존재하는 듯하다. 그리고 수목을 소유하기 위한 차지의 예로는 드물게 타인의 토지에 果樹를 소유한 것이 있다. 이는 아마도 지상권의 일종으로 보아야 하지 않을까.

가옥 등 건물을 소유하기 위한 차지는 계약에 의한 것이지만, 십수 년전까지는 무단으로 타인의 토지에 가옥을 건축하는 자가 가끔 있어서 이미 건축에 착수한 이상은 소유자는 어떻게 할 도리가 없었다고 한다. 이는 所有權의 內容[第 25 問]에서 기술한 “給造家地”의 규정과 함께 造家地에 대한 관습에서 잉태한 악습으로 이를 이유로 타인의 토지에 가옥을 건축한 자는 그 토지의 소유권을 획득한 것처럼 오해하였다. 지대는 통상 垞稅라 하고 매년 1회 가을에 지불하는 것을 통례로 하지만, 토지의 종류에 따라 작물의 수확기를 표준으로 하

여 지불하는 것이 있어서, 그 시기는 반드시 일정하지 않다. 또 지방에 따라 市街地는 연말에 이를 지불하는 경우도 있으며(예 群山^{동지}) 또 일시불의 사례는 거의 없지는 않다. 그리고 지대를 약정함에는 小作料를 표준으로 하여 지주는 소작료와 거의 동액의 지대를 수취하는 것이 통례이지만, 친족·친구 사이에는 때로 지대를 지불하지 않을 수 있다. 존속기간은 정하지 않고 차주가 건물의 부지로 이를 사용하지 않을 때까지 그 차지권은 소멸하지 않는다. 차주는 언제라도 해약할 수 있지만 지주는 가옥이 존재하는 한 해약을 할 수 없다. 가령 차주가 지대를 지불해야 하는데 이를 지불하지 않으면 이를 청구할 수 있을 뿐이고, 지불하지 않은 것을 이유로 토지의 明渡를 강제할 수 없다. 그리고 해약은 예고를 필요하지 않는다. 또 차지권소멸의 경우에는 차주는 가옥 등 건물은 물론 이에 부속한 공작물 또는 수목을 수거할 수 있다. 그리고 토지의 원상회복의무에 대해서는 일정한 관습이 없다. 가옥에 대해 지주의 先買權을 인정하는 등의 관습은 없다. 또 이러한 차지권은 이를 제3자에게 대항할 수 있고, 따라서 토지의 소유자가 변경되어도 신소유자에게 대항하여 그 차지권을 주장할 수 있다. 그리고 차주가 건물을 양도하는 경우에는 그 차지권은 건물의 소유자에게 수반하여 이전하고, 양수인은 당연히 그 차지권을 승계하는 것이라고 한다(이 경우 건물의 양수인은 양도인이 지대를 지불하^{지 않더라도 상당한 지대를 지불할 필요가 없다}). 또 차주는 그 차지권만을 양도할 수 없고 또 그 토지만을 임대할 수 없지만 건물과 함께 그 차지권을 양도하는 것은 무방하다(단 건물양수인은 당연히 차지권을 취득하기 때문에 그 필요가 없고, 또 실제로도 이와 같은 예는 없다).

분묘소유를 위한 借地는 드물게 그 사례가 보이고, 통상 지대를 지불하지 않는 듯하다. 원래 墳墓用地는 이를 매수해야 하는 것이지만, 자력이 없는 자는 부득이하게 차지하여 분묘를 설정하는 것이다. 분묘의 차지는 아주 특별한 경우에 속한다. 그렇지만 차지하여 분묘를 설정하면 분묘설정자가 분묘를 이전하지 않으면 지주는 해약을 할 수 없다. 또 대개의 지방(江陵地方; 1910년판)에서는 매장후 3년을 지나면 改葬하는 풍습이 있는데, 이러한 경우에는 3년에 한정하여 지

대를 지불하고 차지를 하는 사례도 있다고 한다.

농업·공업 등에 사용하는 공작물을 소유하기 위한 借地 역시 드물게 있고 賭稅를 지불하는 것이 통례이다. 또 수목을 소유하기 위한 차지는 거의 그 예를 볼 수 없지만 강릉지방에서는 家屋과 敷地를 매매할 즈음에 부지내의 과수를 유보하는 경우가 있다. 이 경우에는 과수의 소유자는 타인의 토지에 수목을 소유하는 것으로 되고 매수인은 이의 수거를 강제할 수 없다. 또 轉買者도 이를 승인하지 않을 수 없다고 한다. 그러므로 이는 일종의 地上權으로 볼 수 있을 것이다. 단 이러한 경우에 지대를 지불하는 듯한 관례는 없다.

第三十五 永小作權에 관한 慣習은 어떠한가

永小作權 또는 이와 유사한 權利가 있다면 그 目的은 어떠한가. 예컨대 他人의 土地에 耕作 또는 牧畜을 하기 위해 存在하는지 여부. 小作料는 반드시 支拂해야 하는지 여부. 小作人은 土地에 어떠한 變更도 할 수 있는지 여부. 그 權利를 讓渡하거나 土地를 轉貸할 수 있는지 여부. 小作人이 凶年 등 天災 때문에 平年の 收穫을 얻지 못하면 小作料의 減免을 請求할 수 있는가. 만약 이를 請求할 수 있다면, 이에 관한 자세한 慣習을 조사하시오. 小作人이 小作料의 支拂을 懈怠하면 그 制裁는 어떠한가. 또 그 權利의 存續期間은 어떠한가. 이하 위와 같음 (實貸借(第 96 問)).
참조

조선에서는 앞의 언급처럼 耕作地의 借地權으로 普通小作과 전혀 다른 종류가 있다. 지주가 그 권리를 매수하지 않는 한 영구히 존속하고 매년 일정한 차지료를 지불하며, 그 권리는 지주가 변경되어도 영향을 받지 않는다. 또 지주의 승락 없이 이를 양도할 수 있고 또 타인에게 소작시킬 수 있다. 그 성질을 영소작권이라고 할 수 있다. 그런데 그 발생원인은 한결같지 않지만 宮土의 개간에 기인하는 것이 많은 듯하다. 여기에서는 黃海道와 平安北道의 두세 사례를 수록

하여 그 대강을 제시하고자 한다 <무엇보다도 재작년 4월부터 7월까지

조사한 것이다; 1912년판 (『續大典』 「戶典」 諸田條 "1結에 대한 收稅는 米 23斗를 초과하지 못한다. 영구히 公田으로 作定된 곳이면 每負에 대하여 租 2斗 式을 수세하고 船馬價와 기타의 雜費들은 그 중에서 모두 지출한다"1) 참조).

1. 鳳山郡의 中賭地

黃海道 鳳山郡에 中賭地라고 하는 일종의 소작관계가 있다. 그 상태는 보통소작과 그 취지가 다르다. 지주와 소작자 사이에 中傭主가 개재하여 한편으로는 지주에 대해서는 借地人임과 동시에 다른 한편 소작인에 대해서는 賃貸人의 지위에 선다. 중도지의 기원은 지금은 자세하지는 않지만 古老의 증언에 따르면 100여년 전부터 단서가 열린 듯하고 이 지방에는 驛屯土, 宮土의 따위가 많아 소작권을 얻은 자는 스스로 경작하지 않고 다시 타인에게 소작을 시킨 것에서 연유한다. 무릇 70년 전부터 私有地에서도 그 예를 볼 수 있게 되어서 중도지라는 일종의 소작관계를 생성한 것이라고 한다.

중도지는 경작을 목적으로 하는 소작에 대해서만 보이는 관습으로, 주로 논에서 이루어지며 밭에서 이루어지는 것은 거의 드물다.

중도지에서 直接借地者는 중답주로서 지주에 대해 차지권을 갖고 그 차지권은 지주의 승락을 얻지 않고도 양도할 수 있다. 또 그 토지를 스스로 경작하거나 경작을 위해 타인에게 임대하는 것은 완전히 임의로, 이 또한 지주의 승락이 필요없다. 그리고 실제로는 자경하는 자는 거의 없고 대개 타인에게 경작시키는 것이 상례이라고 한다. [중답주라는 명칭이 발생한 까닭이 여기에 있다; 1910년판].

중답주가 그 토지에 변경을 할 수 있는지 여부에 대해서는 관습상 확연하게 정해진 바가 없어도, 밭을 논으로 하거나 논을 밭으로 하는 등은 지주의 승락이 없으면 할 수 없다고 하는 것이 통설이다.

중도지는 전부 무기한으로 기한을 정한 것이 있다는 것을 아직 듣지 못했다. 그리고 관습으로는 만약 중답주가 지주에 대한 의무를 해

1) 一結收稅 無過米二十三斗 永作宮屯處 則每負收稅 租二斗 船馬價 雜費皆出其中

태하지 않는 한 지주가 임의로 그 차지권을 소멸시킬 수 없고 만약 지주가 이를 소멸시키려고 한다면 제 3자가 중답주의 권리를 매수하는 것처럼 이를 매수할 수밖에 없다. 이와 반대로 중답주는 언제라도 그 권리를 포기할 수 있다. 그래서 중답주로서는 지주에 대한 의무를 해태하지 않는다. 또 지주가 권리를 매수하지 않는 이상 중답주의 권리는 영원한 것으로 기한[際限]이 있는 것은 아니다.

중도지의 경우에는 지주에 변경이 있어도 새로 소유자가 되는 자는 그 중답주의 권리를 인정하여야 하므로 중답주의 권리는 소유자의 변경으로 털끝만큼의 영향도 받지 않는다. 또 중답주가 그 권리를 양도한 경우에는 지주는 그 양도를 인정하고 양수인을 신중답주로서 그 권리를 인정하지 않으면 안된다.

중답주의 지주에 대한 의무는 매년 소정의 차지료를 지불하는 것을 첫째로 하고 이를 元賭支라고 부른다. 그 액수는 수확의 1/4을 통례로 하며 흉년의 경우에는 감면을 청구할 수 있다. 修繕에 대해서는 대수선은 지주의 비용으로 하고 기타는 중답주의 부담으로 한다고 한다.

중답주와 소작인의 관계는 대개 보통소작에서의 지주와 소작인의 관계와 다르지 않다. 중답주와 소작인은 冬至後에서 春分前까지는 언제라도 서로 해약할 수 있다. 그리고 중답주가 받는 소작료를 中賭支라고 하는데, 이를 정하는 방법에는 賭地法과 竝作法의 두 종류가 있다. 賭地(法)에서는 소작인에게 元賭支를 지주에게 지불하게 하고 중답주는 수확의 약 1/4을 中賭支로 받는다. 竝作(法)에서는 수확의 절반에서 元賭支를 공제하고 그 잔액을 中賭支로 중답주가 이를 받고, 원도지를 소작인에게 지불하게 하는 것은 賭地法의 경우와 다르지 않다. 또 어느 경우에도 흉년이 든 해에는 소작인은 중답주에 대해 소작료의 감면을 청구할 수 있다. 만약 소작인이 원도지의 지불을 게을리하면 중답주는 지주에 대해 그 책임을 지는 것이다.

이상은 鳳山郡에서의 중도지에 대한 관습의 일반이다. 그러나 근래에 驛屯土와 宮土에 대한 정리를 하고 또 시세의 추이에 따라 중답주의 권리를 부인하는 지주가 생기게 되었다. 또 이에 대한 裁判例도

일정하지 않다. 이러한 현상은 계속 中賭地의 감소를 가져와 현재에도 여전히 중도지가 존재하는 것은 同郡의 靈泉坊과 萬泉坊의 두 부락에 지나지 않는다고 한다.

2. 載寧郡의 中賭地

黃海道 載寧郡 右栗面과 左栗面에도 역시 中賭地의 관습이 있다. 이 지역은 京義鐵道 砂利院驛에서 약 50里 떨어진 大洞江의 支流인 載寧川의 연안에 위치한다. 여기에 광막한 宮土가 있는데 약 300년 전까지는 강이 범람하여 물이 항상 끊이지 않았다. 또 海水의 干滿으로 소금물의 침윤이 심하였다. 이 때문에 지역 有志들이 서로 도모하여 서울·平壤의 자산가와 협력하여 壽進·明禮·毓祥 3宮의 特許를 얻어 堤堰을 건설하고 梁淤를 開鑿함과 동시에 토지의 주민에게 이를 경작하게 하였다. 그 후 십여년이 지나 비옥한 양질의 토지로 되었다. 여기의 개간자는 매년 수확의 1/4에 상당하는 租穀을 3宮(후에는 7宮, 1司[內需司])에 납부하고, 또 出資의 報償으로 수확의 1/4을 소작인으로 부터 징수하는 것을 허락받았고, 소작인은 수확의 2/4를 소득으로 하였다. 各宮에 납부하는 것을 元定支, 개간자가 받는 것을 中賭支라 부르며, 개간자를 中賭主 또는 中畝主라고 하며, 그 차지관례를 中賭地라고 한다. 이것이 이 지방에서의 중도지발생의 기원이라고 한다.
(두 면에는 중도지는 약 4만 마지기[斗落], 중도주는 300여명, 소작인은 1,200여명이라고 한다)

지금 이 지방에서 중도지에 대한 관습을 보기로 한다. 중도지는 경작을 목적으로 하는 借地關係로, 중도주는 영구히 차지권을 갖고 자경을 하거나 아니면 타인에게 경작시켜 中賭支를 받는 것을 선택할 수 있다. 또 그 권리를 전당·증여·매각하는 것은 완전히 자유이어서 굳이 各宮의 認許가 필요없다. 그리고 이를 양수받은 자도 前中賭主와 동일한 권리를 갖고 다시 그 권리를 양도하거나 전당할 수 있다. 또 토지를 변경하는 것도 무방하다.

중도주는 宮家에 대해 元定支를 상납할 의무가 있는 것은 이미 언

급하였다. 그러나 실제로는 편의상 소작인이 궁가가 파견[差定]한 監官에게 직접 상납하는 것이 상례이다. 만약 소작인이 상납을 게을리하면 감관은 중도주에게 청구하여 이를 상납하게 하는 것이라고 한다. 또 흉작의 경우에는 중도주는 소작인과 그 감면을 감관에게 탄원하는 것이 보통이지만, 이를 들어주는 예는 없다고 한다.

중도주와 소작인의 관계는 보통소작에서의 지주와 소작인의 관계와 다르지 않다. 소작계약은 항상 중도주와 소작인 사이에 체결되고 궁가는 관계하지 않는다.

이와 같이 200년 동안 중도지의 관행은 성행되어 어느 누구도 이상하게 생각하는 사람이 없었지만, 30여년전 丁丑年(1877)에 중도주가 갖고 있는 中賭支의 반을 武衛營에 상납하게 하였다가 다시 환급한 이래 수차례의 변혁을 거쳐 隆熙 3年(1909)에 이러한 토지는 帝室의 所有로 귀속되었다가 東洋拓殖株式會社에 이전되었다. 이로써 中畵主의 권리는 완전히 소멸하였지만, 실제로는 中賭支를 거두는 자가 아직도 적지 않다고 한다.

3. 安岳郡의 특별한 小作慣例

(1) 黃海道 安岳郡 順豐面과 龍淵面에 일종의 소작관례가 있다. 이 지방에는 오래도록 황무지가 있었지만 지금부터 80여년 전에 유지들이 서로 도모하여 內需司로부터 자금을 하사받아 이를 개간하였고, 개간자는 그 토지에 대한 永久小作人으로 될 것을 허락받아 내수사에 대해 일정한 賭租를 상납하여 왔다. 그렇지만 이 소작권은 전당과 양도를 할 수 있고, 또 소작인은 토지를 다소 변경하는 것이 무방하며, 비자경자는 타인에게 소작을 시킬 수 있다. 소작권의 양수자는 전소작인과 동일한 권리를 갖는다. 그 사이에 이러한 권리는 於義宮의 所管으로 이전되었기 때문에, 일시 소작인의 권리는 궁가의 派遣人[差人]인 坪監官에게 박탈되어 소작인의 변경은 완전히 평감관의 수중에 있었지만, 후에 이를 회복하여서 근년에 이르렀다. 그러나 隆

熙 2年(1908)에 「驛屯土管理規則」이 반포된 이래 이러한 소작인은 5년간의 소작권을 인정받고 소작권의 전당·매매는 금지되었다. 그 결과 永久小作人인 권리는 완전히 소멸하였다. 그러나 실제에는 몰래 소작권을 매매하는 자가 있다고 한다.

(2) 同郡 大元二面에 원래 於義宮에 속하는 지역이 있는데, 이 지역은 처음에는 황무지였다. 그런데 약 70년 전에 黃海道 兵使[觀察使] 廉宗洙가 그 지역이 유망한 것을 예상하고 개간을 도모하여 지방 인사들을 권유하고 개간에 종사시키기 위해 특별히 가옥을 건축하여 공급하고 또 많은 보수를 주어 독려하였지만 노역부가 부족하여 사업의 완성이 곤란하였다. 그래서 마침내 於義宮에 청원하여 載寧·安岳·信川 3郡에서 役夫를 징발하여 점차 竣成하였는데, 그 면적은 약 1500마지기[斗落]라고 한다. 그리고 廉宗洙는 於義宮에 대해 매년 400여石의 賭租를 상납하고, 개간에 종사한 자를 권유하여 永久小作人으로 삼아 소작료로 수확의 1/2를 자기가 거두었다. 그런데 얼마되지 않아 廉宗洙가 범죄에 연루되어 형벌을 받았기 때문에 그 지역은 전부 於義宮에 몰수되었다. 그렇지만 종래 소작인인 자는 그대로 영구소작인으로 인정받았다. 또 그 권리를 전당에 제공하거나 양도할 수 있을 뿐만 아니라 타인에게 소작을 시키고 그 소작료를 거둘 수 있었다. 그런데 타인에게 소작을 시킨 경우에는 수확을 반으로 나누어 그 일부를 小作料로 거두고 소작료 가운데서 궁가에 대한 상납을 하는 것이라고 한다. 이 경우에는 궁가에 대한 소작인을 中畵主라고 한다. 다만 隆熙 2年(1908)에 宮土를 度支部 所管으로 옮긴 이래 소작권의 매매를 금지하였다. 위의 特種의 小作慣例도 점차 소멸해가는 듯하다.

(3) 同郡 長庚面 洪元坪에 면적 900마지기, 소작인 70여명인 新開地가 있다. 이 지역은 서울사람 閔泳喆의 소유이지만 수해 때문에 일시 황무지로 되었다. 10여년전에 閔泳喆이 平壤觀察使가 되자 주민과

약속하여 개간한 자는 한 마지기에 20~30錢의 비율로 永稅(영구불변의 小作料)를 지불하고 또 地稅는 소작인의 부담으로 하여 영구히 소작권을 인정하였다. 그리고 소작인은 그 권리를 양도하거나 전당에 제공할 수 있다. 그런데 후년이 되어 閔泳喆은 그 지역을 從兄 閔泳達에게 양도하고 閔泳達은 다시 趙秉澤에게 매도한 결과 趙秉澤은 종래의 永稅를 폐지하고 並作으로 하여 소작료 1,700여圓을 증액징수하려고 한 것에서 小作人 등은 閔泳喆과의 계약에 기초하여 그 반환을 請求하는 訴訟을 하게 되었다고 한다.

4. 義州府의 原賭地

(1) 平安北道 義州府 威化面은 의주에서 약 3리 떨어진 鴨綠江 가운뎃의 섬인데, 여기에 原賭地라고 하는 일종의 소작관제가 있다.

원도지는 경작을 목적으로 하는 차지관계로 威化面은 논은 없고 밭만 있어서 사실상 원도지가 이루어지는 것은 밭에서뿐이다.

원도지에서의 차지인은 보통소작에서의 차지인과 다른 권리를 갖고 있지만, 그 소작인인 자는 한결같이 그 토지를 사용할 즈음에 단 순히 경작을 할 수 있는 것에 그치고, 밭을 宅地로 변경하거나 또는 경작 이외의 목적에 사용할 수 없다.

원도지의 소작인은 그 권리의 양도나 전당을 자유로이 할 수 있고 굳이 지주의 승락이 필요없다. 또 이를 경작하기 위해 임대할 수 있지만, 실제로는 타인에게 경작을 시키는 예는 거의 없다.

원도지의 소작료는 並作法으로 수확을 반으로 나누어 그 일부를 지주에게 지불하며, 지주는 種子를 부담하고 소작인은 地稅의 반을 부담하는 것이다. 그리고 흉작의 경우에도 소작료는 折半法에 따르므로 그 수확에 준해서 감소하는 것은 물론이다.

원도지에는 처음부터 기한을 약정한 경우는 없다. 그리고 소작인은 후술대로 그 소작권을 買得하는 것이기 때문에 지주라도 이를 매수하지 않으면 그 권리를 소멸시킬 수 없다. 그러므로 만약 지주가 매

수하지 않는 한 영원한 것이므로 기한이 있는 것이 아니다. 또 지주가 변경되어도 소작인은 그 권리를 신소유자에게 대항할 수 있고, 소작권을 매수한 자 역시 이를 지주에게 대항할 수 있다.

이 지방에서는 원도지는 아주 많고 소작권의 매매 역시 성행하여 이를 賭地賣買라고 부르는데 거의 토지소유권의 매매처럼 보인다. 이 때문에 원도지가 존재하지 않은 전지를 매매할 때에는 文記에 「賭地俱賣」라는 一句를 特記하여 원도지가 없는 것을 표명하는 것을 예로 한다. 또 원도지가 있는 지역을 매매할 때에는 文記에 「無賭地」라는 一句를 삽입하여 이미 타인이 원도지의 소유권을 갖는 취지를 분명히 하는 것이라고 한다. [이 때문에 보통의 전지를 매매할 때에는 文記에 「無賭地」라는 一句를 특기하여 원도지가 없는 것을 표명하는 것이 상례이다. 또 원도지가 존재하는 지역을 매매할 때에는 文記에 「賭地俱賣」라는 一句를 삽입하여 소유권과 함께 원도지의 소작권을 매각하는 취지를 분명히하는 것이다.]

원도지의 기원에 대한 설명을 하는 자가 있는데, 이 섬은 토질이 매우 비옥하여 소작의 경쟁이 심해 소작인이 되려고 하는 자는 지주에게 대가를 지불하고 永久小作人이 될 권리를 얻는 것이 상례라고 한다. 따라서 지주는 그 금액을 상환하지 않으면 소작권을 소멸시킬 수 없고, 또 소작인은 임의로 그 권리를 양도하여서 금일에 이른 것으로 원도지가 되는 일종의 관례를 생성한 것이라고 한다. 일단 수록하여 참고로 제공한다.

(2) 同府 揚西面(義州에서 60里)에도 원도지의 관습이 있다. 威化面의 것과 완전히 동일한 것인데 그 원인이 다르다.

揚西面에는 밭이 없고 논만 있기 때문에 그 지역에서의 原賭地는 논에만 있다. 그 원인에 대해서는 위화면에서와 같은 것이 드물지 않지만, 대개 有主地를 개간하여 영구소작의 권리를 얻은 것으로 그 借地關係는 위화면에서의 원도지와 다른 바는 없다. 原賭地放賣文記의 일례를 <표 35>에 제시한다.

〈丑 35〉 原賭地放賣文記

年	某	前	明文
月			
日			
右明文事段自己買得天字行土田一行(五 _ナ 十 _ナ 兩 _ナ 四 _ナ)賭地田四標段東某田南某田 西某田北某田價折則鏡文幾兩右人處永遠放賣爲去乎彼此雜言隔是去等持 此文記憑考事			
證	自筆放賣主	姓	名
		姓	名
			名
			名

第三十六 地役權에 관한 慣習은 어떠한가

地役權, 즉 土地의 利益을 위해 他人의 土地(대개 隣接地)를 使用하는 權利가 있는가. 만약 있다면 그 種類는 어떠한가. 예컨대 用水 地役權이 있는가. 만약 있다면 물이 要役地와 承役地의 需要에

不足할 때는 地役權者는 어떠한 權利를 갖는가. 承役地의 所有者는 地役權의 行使를 위해 承役地에 設置한 工作物을 使用할 수 있는가.

조선에서는 田用水, 水車用水 등을 대기 위해 水路 또는 水桶을 타인의 지역에 설치한 경우에는 상당한 지대를 지불하는 것이 보통인데, 계약으로 이러한 권리를 설정하는 예를 가끔 볼 수 있다. 그 성질은 引水地役權에 속하고 제3자에게 대항할 수 있고 또 要役地의 所有權에 수반하여 이전하는 것이라고 한다. 그외 通行 또는 汲水에 대해서는 차츰 地役權의 外觀을 나타내어 소유자도 거의 이를 부정하지 못하는 상태에 있지만 이는 오직 도덕상 묵과하는 것에 지나지 않는다. 특히 通行과 汲수를 하는 자는 그 어느 누구인가를 묻지 않는 것이 보통이지만 그래도 이러한 사실을 이유로 通行자 또는 汲수자가 이를 강요할 권리가 있다고 말할 수는 없다. 그러므로 조선에서의 地役權은 引水地役權만 있는 것일 뿐, 通行·汲수 등의 地役權은 존재하지 않는 듯하다. 하물며 觀望 등을 목적으로 하는 지역권은 전혀 존재하지 않는다.

第三十七 留置權에 관한 慣習은 어떠한가

債權者가 債務者의 所有物을 占有하는 경우에 債務者가 辨濟를 할 때까지 그 物을 留置할 權利가 있는가. 만약 있다면 그 條件은 어떠한가. 예컨대 그 債權이 그 物과 關聯하여 발생하여야 하는가. 또 그 債權이 辨濟期에 있어야 하는가. 占有가 不法行爲에서 비롯된 것이면 어떠한가 등. 또 그 效力은 어떠한가. 예컨대 이로써 다른 債權者 등 第三者에게 對抗할 수 있는가. 留置權者는 留置物을 處分하여 다른 債權者에 優先하여 辨濟를 받을 權利가 있는가. 留置物의 果實을 收取하여 이를 債權의 利子 또는 元本에 充當할 權利가 있는가. 留置物을 使用할 權利가 있는가 등.

조선의 관습에서는 예컨대 物의 수선을 의뢰한 자가 修繕料를 지불하지 않으면 修繕者는 이를 지불받을 때까지 그 物을 유치할 수 있다. 또 소나 말의 사육을 의뢰한 자가 사육료를 지불하지 않으면 사육자는 이를 지불받을 때까지 그 소나 말을 유치할 수 있다. 또 예컨대 여행객이 숙박료를 지불하지 않으면 旅舍의 주인은 그 여행객의 휴대품 가운데 숙박료에 상당하는 가격의 物을 유치하고 또 運送人은 送荷人 또는 受荷人이 運賃을 지불하지 않으면 그 지불을 받을 때까지 運送品을 유치할 수 있다<日本「民法」에서는 이러한 경우를 先取特權에 규정하였으나 조선에서는 이를 유치권에 두는 것이 타당하다; 1912년판>. 그러므로 이러한 경우에는 유치권을 인정한 것이라고 말해야 한다. 그렇지만 일정한 조건을 갖춘 경우에 널리 유치권을 인정하는 등의 일반적인 관습은 없다. 그리고 前例를 보면 債權이 반드시 그 物에 대해서 발생할 필요는 없지만, 그 채권이 변제기에 있어야 한다. 物의 점유가 불법행위에서 비롯된 경우에는 유치권을 인정하지 않는 듯하다. 또 채권자가 물을 유치한 경우에는 채권자는 다른 채권자 등 제3자에게 대항할 수 있고, 또 채무자가 끝내 변제하지 않으면 채권자는 채무자로 하여금 유치물을 처분하게 하여 다른 채권자에 우선하여 변제를 받을 수 있다(채무자가 이에 응하지 않고 도망 사망 등으로 부득). (이한 경우에는 訴에 提訴하여 처분한다고 한다). 단 유치물에서 생긴 과실을 수취하여 이를 債權의 利子나 元本에 충당할 수 있는지에 대해서는 확정된 바가 없다. 또 채권자는 유치물을 사용 또는 임대할 수 없다.

第三十八 先取特權에 관한 慣習은 어떠한가

어떤 債權者가 慣習上 다른 債權者에 優先하여 辨濟를 받을 權利를 갖는 경우가 있는가. 만약 있다면 그 債權者의 種類는 어떠한가. 또 어떤 財産에 대해서만 이 權利가 있다면 그 財産은 어떤 種類인가. 또 同一한 財産에 대해서 二個 이상의 先取特權이 있다면 그 順位는 어떠한가. 기타 이러한 權利의 效力은 어떠한가. 예컨대 이로써 財産의 第三取得者에게 對抗할 수

있는가. 또 단순히 債權者間에 優先辨濟를 받을 權利가 있는 것에 지나지 않는가.

조세 등 公課와 滯留[欠逋]의 追徵은 고래로 私債보다 우선하여 징수하는 것이 예이다. 光武 10年(1906) 勅令 第60號 「租稅徵收規程」 第2條에는 “租稅의 徵收는 總히 他公課及債權에 先하는 者라 함이라(隆熙 3年(1909) 法律 第5號) ”라고 있고, 「國稅徵收法」에는 다음과 같이 규정하였다.

第2條 國稅의 徵收는 總히 他公課及債權에 先할 者로 함 但 左 開 各號에 就하여야는 此限에 在치 아니함

- 一 國稅滯納處分 着手以前에 在하여 他公課에 對하여 督促狀을 發하며 或은 滯納處分에 着手한 時 又是 強制執行이나 競賣開始가 有한 時는 其督促手數料 滯納處分費 執行費用及 競賣費用
- 二 第三者가 國稅納期限 一個年前에 納稅者의 財産上에 典當權을 有한 事를 證明한 時는 該物件의 價格을 限度로 하여 其債權

第3條 國稅의 督促手數料及滯納處分費는 國稅 其他 一切 公課及 債權에 先하여 此를 徵收함 但 第2條 第1號의 手數料及費用에 就하여야는 此限에 在치 아니함

그리고 사채라도 어떤 종류의 채권에 대해서는 관습상 다른 채권에 우선하여 변제를 받는 것을 인정한 것 같다. 어느 정도 분명한 것은 다음이다. 公益費用을 원인으로 하는 채권에 대해서는 일반의 선취특권을 인정하였다. 土地賃貸에서 생긴 채권, 예컨대 소작료의 수취권 [取立權]은 그 토지의 수확물상에 특별한 선취특권을 인정한 듯하다. 그리고 그 순위는 공과, 공익비용, 특별선취특권 등의 순서라고 한다[공익비용의 선취특권은 항상 제1순위이어도 다른 채권에 대해서는 순위가 분명하지 않다].

선취특권과 제3자의 관계에 대해서는 일반의 선취특권에서는 채무자의 재산이 제3자에게 이전하면 이를 실행할 수 없고, 또 특별선

취득권에서는 그 물이 제3자에게 이전하면 이를 실행할 수 없다고 한다.

第三十九 質權과 抵當權의 區別이 있는가

質權, 즉 擔保物을 債權者에게 引渡하는 것과 抵當權, 즉 擔保物을 債權者에게 引渡하지 않는 것이 있는가. 만약 이것이 있다면 그들간에 效力의 차이가 있는가.

조선에서는 근래에 제정된 법령 가운데 抵當權 또는 抵當이라는 용어를 쓴 것이 있지만, 종래는 物 또는 權利를 목적으로 하는 채권의 담보는 모두 典當이라고 하였고, 오늘날에도 典當權 또는 典當이라는 명칭을 쓴다. 다른 법령에는 저당권 또는 저당이라는 것을 포함하는 것이 보통이다. 그리고 전당에는 그 목적물을 채권자에게 인도하는 것과 그렇지 않는 것이 있다. 즉 전당의 목적물이 易복·그릇과 같은 動産이면 반드시 이를 채권자에게 인도할 것을 요한다. 또 그 목적물이 토지·가옥 등 不動産이면 이를 채권자에게 인도하지 않고 단순히 文券(文記家契)만을 인도하는 것이 관례이다. 이로써 명칭상으로는 質權과 저당권의 구별이 없지만, 그 실질에서는 대개 동산을 목적으로 하는 경우는 質權에 속하고 부동산을 목적으로 하는 경우는 저당권에 속하여 양자는 저절로 구별된다고 한다(咸慶北道 會寧地方에는 전당의 사례가 없다고 한다).

質의 성질을 갖는 전당과 저당의 성질을 갖는 전당은 그 효력에 현저한 차이는 없다. 그렇지만 전자에서는 그 목적물을 채권자의 점유로 이전한 결과 소유자가 이를 사용·수익할 수 없고, 이에 반하여 후자에서는 그 목적물을 채권자에게 인도하지 않기 때문에 소유자는 전당권의 설정 때문에 물의 사용·수익을 방해받지 않는다. 이 점이 주된 차이이다. 단 토지의 전당에는 小作料를 利息으로 하여 채권자가 수취하는 예가 있고, 이 경우에는 소유자가 수익할 수 없다. 또 淤·貯水池 등의 전당에도 같은 경우가 있다고 한다(質權, 抵當權 [第40問] 참조).

第四十 質權과 抵當權의 目的은 어떠한가

예컨대 動産과 不動産은 모두 質權과 抵當權의 目的으로 할 수 있는가. 또 債權으로 質權 또는 抵當權의 目的으로 할 수 있는가. 또 目的의 差異에 따른 效力의 差異가 있는가.

전당의 목적으로 할 수 있는 것의 범위에 대해서는 「典當舖規則」第 9條에 不動産(如土地 家舍等)契券, 器用雜物, 衣類 及 布帛等物, 金銀寶貝等屬의 네가지를 열거하지만, 이는 다만 전당포에서의 전당에 대한 제한으로 일반의 전당에 대해서는 어떠한 제한이 있는 것은 아니다.

1. 質의 性質을 갖는 典當의 目的

「典當舖規則」에 게기한 기용잡물, 의류포백, 금은보패 기타의 물품은 대개 전당의 목적으로 할 수 있다. 그리고 이를 전당에 제공함에는 그 물을 채권자에게 인도하여야 하므로 그 성질은 動産質에 속한다.

動物을 전당의 목적으로 하는 사례는 드물고, 오직 가끔 소·말을 전당하는 경우만 있을 뿐이다. 그리고 소·말을 전당하는 경우에는 이를 채권자에게 인도하는 경우가 없지는 않지만, 오히려 인도하지 않는 것이 상례이다. 그 본래의 성질은 質로 보아야 할 것이 아니라, 목적물을 채권자에게 인도하지 않는 경우는 자못 抵當에 가깝다.

債權을 전당의 목적으로 하는 사례는 많지 않다. 그렇지만 於傭(조선 구래의 어음으로 約束어음의 종류이다)에 의한 채권과 傳貰(일정한 금액을 家主에게 교부하고 가옥을 명도할 때에 이를 반환받을 것을 약정하여 가옥을 借住하는 것을 전세라고 한다)에 의한 借家權을 전당의 목적으로 한다. 또 貨金의 手票(증서)를 전당의 목적으로 하는 것도 있다. 株券의 전당도 사례가 드물게 있다고 한다. 그 성질은 權利質이 아닌가.

또 咸鏡南道 咸興地方에는 禾利典當이라는 것이 있다. 禾利는 곡류의 수확을 지칭하는 것으로 경작인의 곡류를 전당에 제공하여 금전을 차용하는 경우를 일컫는다. 화리전당이라고 하여도 실제로는 수확기

가 되어 채권자가 그 화리를 거두어 수량의 다소에도 불구하고 이로써 변제에 대신하는 것이 통례이다. 이는 결국 곡물이 미숙성한 시기에 수확을 예상하여 이를 賣買하는 것으로 보아야 할 것이다.

不動產質의 성질을 갖는 전당의 사례를 아직 발견할 수 없다. 그런데 全羅北道 全州郡(다른 지방에 있는 듯하다)에는 토지전당의 일종으로 채권자가 직접 소작료를 징수하는 예가 있다(때로는 채권자가 소작인을 정하는 예도 있다고 한다). 그 상태는 마치 채권자가 토지를 점유하는 것처럼 보여도, 이는 다만 이자의 지불방법으로 채권자에게 매년 토지를 수익하게 하는 것에 지나지 않는다. 때로는 채무자 자신이 소작료를 징수하여 채권자에게 교부하는 경우도 있다. 또 채무자가 자경하여 그 수확중 소작료에 상당하는 수량을 채권자에게 교부한다. 이는 토지의 점유를 채권자에게 이전하는 것이라고 할 수 없다. 이는 抵當의 성질을 갖는 典當인 점에서 토지를 목적으로 하는 보통의 전당과 다르지 않다. 기타 咸鏡南道 甲山, 元山 등의 지방에는 還退의 일종으로 흔히 不動產質에 유사한 것이 있으나, 그 성질을 質權으로 보아야 할 것은 아니다. 이는 還買[第92問]에서 기술하기로 한다.

2. 抵當의 性質을 갖는 典當의 目的

토지·가옥을 전당의 목적으로 하는 경우에는 이를 채권자에게 인도하지 않고 단순히 文券만을 인도하는 것은 이미 기술하였다. 그리고 「典當舖規則」에 不動產契券을 전당의 목적으로 하는 것을 규정함은 필경 이 때문이다. 이런 종류의 典當은 그 성질을 抵當에 속한다.

船舶의 전당은 그 사례를 드물게 볼 수 있다. 그리고 선박을 전당의 목적으로 하는 경우에는 과거에는 그 文券만을 채권자에게 인도하고 선박은 인도하지 않는 것이다. 그러므로 그 성질은 저당에 속하는 것이라고 할 수 있다. 다만 隆熙 4年(1910) 法律 第1號 「船舶法」의 시행후(同年 4月 1日)는 그 등록을 받아야 하는 것으로 되었다

(「船舶法」第3條 第1項 “韓國船舶所有權의 移轉 典當權의 設定은 此를 登錄함이 아니면 第三者에 對抗함을 得지 不함” 참조).

蔘圃를 전당의 목적으로 할 수 있는 것은 언급하였다. 그리고 삼포의 전당은 필경 재배중인 인삼을 발채로 전당하는 것으로 이를 채권자에게 인도하는 것은 없으므로, 이 또한 저당이라 보아야 할 것이다. 기타 鑛業權·土石採取權 등의 전당에 대한 법률의 규정에는 이를 抵當이라고 간주한다(「鑛業法」第 10 條, 「國有土石採取法」第 6 條 참조; 1910년판).

또 漁基·미역바위[藨岩] 등을 전당의 목적으로 할 수 있다. 여기는 漁場을 일컫는 것으로 과거에는 세금을 징수하여 그 점유를 허가하고 또 隆熙 3年(1909) 4月 이후는 漁業法에 따라 免許를 받아야 하는 것으로 되었다. 그리고 漁基의 전당은 어장의 使用權을 전당의 목적으로 하는 것으로 漁業法에도 이를 담보로 제공하는 것을 허용한 것은 기술하였다. 다음 미역바위는 海藻를 채취하는 암석을 일컫는 것으로 종전에는 採藻業者 사이에 서로 그 소유권을 인정한 것에 지나지 않았지만, 漁業法 시행후 면허를 받는 것으로 되었다. 그리고 채조권을 담보로 제공하는 것도 또한 漁業法이 인정하는 바이다(「同法」第 5 條 참조; 1910년판). 모두 抵當權의 일종으로 보아야 할 것이다.

기타 泚나 貯水池 등도 전당할 수 있다. 채무자는 文券이나 이를 대신할 수 있는 立旨를 채권자에게 인도하고 그 점유를 채권자에게 이전하지 않는다고 하지만, 채권자가 이자를 대신하여 그 水稅를 수취하는 경우가 있다고 한다. 이 역시 저당에 속하는 것이다.

전당의 목적이 다를 때에는 그 효력이 다소 차이가 없지는 않지만, 아래 각항의 설명에 따라 저절로 판명되므로 특별히 기재하지 않는다.

第四十一 質權者는 債權의 辨濟를 받을 때까지 質物을 占有할 수 있는가

즉 質權設定者는 債務를 辨濟할 때까지 質物의 返還을 請求할 수 없는가. 만약 質權者가 任意로 이를 返還한다면 그 質權을 상실하는가.

動産質의 성질을 가지는 전당에서는 전당권자는 채권의 변제를 받을 때까지 전당물을 점유할 권리가 있다. 그리고 이를 점유하는 것은 전당권존속의 요건이므로 전당권설정자는 채무변제전에 전당물의 반환을 요구할 수 없다. 또 전당권자도 결코 이를 반환하는 일이 없다. 그렇지만 만약 전당권자가 임의로 이를 반환하면 그 전당권을 상실하는 것으로 보아야 한다. 다만 소·말이 전당의 목적인 경우에는 전당권자가 이를 점유하지 않는 경우가 많으므로 자연히 예외에 속하고, 또 移典(轉質)에 의하여 이를 제3자의 점유로 옮기는 경우는 별론이다.

抵當의 성질을 갖는 전당과 權利質의 성질을 갖는 전당에서는 전당권자는 그 목적물을 점유하는 일이 없지만, 文券이나 票券 등을 握有하고 또 이를 악유하는 것을 전당권존속의 요건으로 하는 듯하다 (만약 도난이나 화재를 당한 경우에는 質의 證明[立證]을 받는 것이라고 한다). 따라서 전당권자가 임의로 이를 반환하면 전당권을 상실하는 것은 質權의 성질을 갖는 전당의 경우와 서로 동일하지만 전당권설정의 조건 또는 제3자에게 대항하는 조건으로 등록을 필요로 하는 경우에는 반드시 證書類의 握有가 필요하지 않다.

또 전당권자는 채권전액의 변제를 받지 않으면 전당의 목적물 또는 권리의 증빙인 文券이나 票券類를 반환할 필요가 없다. 이는 1개의 채권에 대해서 수개의 물이나 권리가 전당된 경우에도 같고, 실제로는 일부의 변제에 따라 전당물의 일부를 반환하는 예가 없지는 않다. 그러나 이는 원래 전당권자가 임의로 하는 것이므로, 전당권자는 그 변제의 비율에 따라 전당의 목적물을 감소시켜 반환할 의무는 없다. 그러므로 전당권은 不可分의 성질을 갖는 것이라고 말할 수 있다.

第四十二 質權者가 辨濟를 받지 않은 경우에는 質物에 대하여 어떠한 權利를 갖는가.

〈만약 抵當權과 差異가 있다면 설명하시오〉

예컨대 이를 賣却하여 그 代價에 대하여 辨濟를 받아야 하는

가. 아니면 그 質物은 質權者의 所有로 귀속되는가. 위 어느 경우에도 質物의 價額이 債權額보다 많으면 그 差額을 質權設定者에게 返還하고, 債權額보다 작으면 그 差額을 債務者로부터 追徵하여야 하는가, 아닌가.

전당권설정계약에는 만약 채권의 만기를 지나 변제를 하지 않으면 전당의 목적인 물이나 권리를 채권자의 소유로 하는 특약을 첨부한 경우와 그렇지 않은 경우가 있다. 그리고 이러한 특약을 첨부하지 않은 경우에는 채권의 기한이 되어 변제를 하지 않으면 전당권자는 전당권설정자에 대하여 그 목적인 물이나 권리를 매각하고 변제하는가, 또는 전당권자의 소유로 하는가를 확정한 다음, 이를 매각하고 그 대가로 변제를 받거나 또는 이를 자기의 소유로 하는 것이 관례이다. 그 목적이 토지·가옥·선박 등 文券이 있는 것이면 다시 放賣文記를 작성·교부하거나 契券을 改書[書替] 한다. 또 登錄을 하여야 하면 그 절차를 이행한다. 그렇지만 실제로는 채무자가 연기를 신청하고 채권자가 이를 승락하는 경우가 많으므로, 기한경과후 바로 전당 목적인 물이나 권리를 처분하는 것은 오히려 드문 듯하다. 더구나 과거에는 채권자가 官廳에 提訴하여도 관청은 채무자를 위하여 상당한 猶豫期間(이를 期限이라 한다)을 부여하는 것이 예이고, 그 기간이 지나고도 아직 채무를 이행하지 않으면 이에 비로소 전당권자를 위하여 立旨(중명)을 발급하고, 전당권자는 이것으로 방매문기 기타 권리이전에 필요한 證書를 대신한다고 한다. 기한경과후에 그 목적물을 전당권자의 소유로 하는 특약을 첨부한 것은 토지·가옥·선박의 전당에 대하여 사례가 많고 동산의 전당에는 예가 적다(平安南道 鐵南浦 地方에는 동산에 대해서도 이런 특약을 첨부하는 예가 많다고 한다 [第43問 手票 附 43-2 참조]). 그리고 이런 특약을 첨부한 경우에는 기한경과 후 전당권자가 최고하여도 변제가 없으면 그 목적인 물이나 권리는 당연히 전당권자의 소유로 되고 토지·가옥·선박 등 文券이 있는 물에 대해서는 다시 방매문기를 작성·교부하거나 또는 계권을 개서하는 것은 특약이 없는 경우와 같다(과거에는 이 경우에도 전당권설정자가 오히려 그렇지 않으면 立旨를 받는 예가 많다고 한다). 그러나 이 경우

에도 채무자가 연기를 요청하는 경우가 많고 또 과거에는 관청에 제소하여도 대개 유예기간을 부여함으로 실제로는 기간경과후 바로 전당권자의 소유로 되는 예는 오히려 드문 듯하다.

전당의 목적인 물이나 권리를 전당권자의 소유로 하거나 이를 매각한 경우에 그 물이나 권리의 가액이 채권액을 초과하면 그 차액을 전당권설정자에게 반환하여야 하는지에 대해서는 기한이 지난 경우에 전당물을 전당권자의 소유로 하는 특약이 있으면 이를 반환할 필요가 없고, 그 특약이 없으면 이를 반환하여야 하는 것이다. 그렇지만 초과하는 것이 명백한 경우에는 전당권설정자가 스스로 변제를 하여 전당권을 소멸시키거나, 다른 매수인을 구하여 변제하게 하여 전당권을 소멸시키는 것이 통례이다. 그러므로 실제로 초과액에 대한 문제가 생기는 경우는 적다. 그리고 전당의 목적인 물이나 권리의 가액이 채권액에 부족한 경우에는 위의 특약이 있는 경우에는 물론, 특약이 없는 경우이라도 그 부족액을 추정할 수 없는 것이 통례이지만 특약이 없는 경우에는 반드시 추정할 수 없는 것은 아니다. 통례로 채무자에게 자력이 없으므로 이를 추정하지 않는 것에 불과한 듯하다. 다만 咸鏡南道 甲山地方에서는 그 목적이 동산이든 부동산이든 그 과부족을 묻지 않는 것이 관습이라고 한다.

위는 일반적인 경우에 대한 관습으로 蓼圃의 典當에서는 인삼의 수확기가 되어 채권의 변제가 없으면 전당권자는 전당권설정자로 하여금 인삼포를 매각시켜 그 대가로 채권의 변제를 받는 예가 드물게 있다. 그렇지만 경작자가 정부로부터 받을 水蓼賠償金(上代金)으로 변제를 받는 것과 같고, 정부도 당사자의 출원에 따라 채권의 元利金에 상당하는 금액을 채권자에게 지급하는 것이 통례이다. 또 家屋傳貰權의 전당에서는 만약 기한이 지나고서 채권의 변제가 없으면 전당권자는 전당권설정자에 대하여 가옥의 인도를 청구하는 것이 통례이다. 이 경우에는 가옥의 소유자는 전당권자를 위하여 전세권의 승계를 인정하여야 한다. 더우기 채권이 전당의 목적인 경우에는 그 채권이 전당권자에게 귀속한 후 제3채무자가 변제를 하지 않는 경우가 없지

않다. 이 경우에는 채권자는 다시 이의 辨償을 채무자에게 요구할 수 있는 것이 통례이다.(平安南道 安州地方에서는 그 취지를 수표의 말미에 기재하는 예가 있다고 하며 그 양식은 [표 42]와 같다). 이는 마치 어음의 遡求權과 같다. 다만 채권이 전당권자에게 이전한 경우, 특히 증서의 교체를 한 경우에는, 채무자가 이를 변상하지 않는 듯하다.

이상은 종래의 관습에 대하여 기술한 것이지만 「土地家屋典當執行規則」 시행후에는 증명을 받은 전당권은 同規則에 따라 집행하는 것이 많으므로 전당권자는 同規則에 所謂 流質의 특약이 있는 경우 (流質의 특약이 있으면 기간을 경과하면 당연히 전당권자의 소유로 된다)외에는 반드시 경매에 의하여야 한다. 그

〈표 42〉 手票典當의 附記例(安州)

年 月 日	本 手 票 에 對 하 야 票 主 가 若 不 當 限 備 報 則 本 人 이 擔 當 報 給 事
姓	
名 ㉞	

리고 이 경우에는 경매대금이 채권액을 초과하면 이를 전당권설정자에게 반환하여야 하고 부족하면 추징할 수 없다. 전당포에서의 전당에 대해서는 「典當舖規則」에서 業主는 典主와 협동하여 전당물을 매각하고 나머지는 반환하고 부족액은 추징할 수 있게 하였다. 또 기한 경과후 업주가 전주의 성명을 전당포앞에 게시하여도 5일내에 전주가 나타나지 않으면 업주는 임의로 이를 매각하고, 과부족을 묻지 않는 것으로 하였다.

第四十三 質權의 設定에 관한 慣習은 어떠한가

예컨대 當事者間에 意思의 合致가 있으면 質權은 바로 成立하는가. 또 質物의 引渡 등의 行爲가 없으면 質權은 成立하지 않는가.

전당권의 설정은 언제나 계약으로 하는 것이어도, 전당권은 단순히 당사자의 의사의 합치가 있는 것만으로는 아직 성립하지 않는다. 동산을 목적으로 하는 전당에서는 그 목적물을 채권자에게 인도함으로 비로소 성립하고(소·밭의 전당에서는 채권자에게 인도하지 않는 경우가 많은 것은 기술하였다) 부동산과 선박을 목적으로 하는 전당에서는 그 문권을 채권자에게 인도함으로써 성립한다(선박전당에서는 船舶法 시행후 제3조에 대한 對抗條件으로 등록을 필요로 한다). 그리고 채권 등 재산권을 목적으로 하는 전당에서는 그 債權證書 또는 權利證書인 票券을 채권자에게 인도하지 않으면 성립하지 않는다(표권이 없는 채권이나 권리를 전당의 목적으로 하는 것은 거의 없다; 1910년판). 또 鑛業權, 國有土石採取權 등은 등록을 필요하는 것이 많음은 기술하였다. 그리고 전당권설정계약서는 한편으로는 金錢借用證書이므로 이를 手票라 부른다. 부동산과 선박을 목적으로 하는 전당에서는 반드시 이를 작성하고 채권 등 재산권을 목적으로 하는 전당에서도 이를 작성하는 것이 통례이다. 그렇지만 동산을 목적으로 하는 전당에서는 이를 작성하지 않는 것이 오히려 많은 듯하다(平安南道 鐵南浦地方에서는 手票를 작성한다고 한다). 또 서울에서는 開國 502年(1893) 家契發給 후 가옥의 전당은 漢城府의 認許를 받아야 하는

것이 관례이지만, 이를 받지 않아도 굳이 무효로 되지 않았다.

그리고 土地家屋證明規則 施行後에는 토지 또는 가옥의 전당은 전당권설정시에 증명을 받는 것이 통례이다(「土地家屋證明規則施行細則」第1條 第2條 第4條 第6條 등 참조). 그리고 그 절차는 본래 다르다고 하나 그 요건이 아닌 것은 기술한 바와 같다. 또 典當舖에서는 업주가 典當票를 전주에게 교부하고 따로 수표를 작성하지 않는다. 그리고 토지가옥의 전당에는 관의 인허가 필요하지만, 이를 받은 자는 거의 없다. 典當手票와 典當票의 樣式은 <표 43>과 같다.

第四十四 質權者は轉質을 할 수 있는가

만약 할 수 있다면 質物에 대한 質權者의 責任은 어떠한가.

전당권자가 전당의 목적인 물이나 권리를 자기의 채무 때문에 다시 전당의 목적으로 하는 것을 移典이라고 하며, 그 명칭을 보면 마치 전당권의 양도인 것 같다. 그러나 전당권자는 이로 전당권을 상실하는 일은 없고, 제2 전당권자도 역시 제1 전당권자와의 관계에서 전당권을 갖는 것에 불과하므로 그 성질은 轉質 또는 轉抵當에 유사한 종류의 전당이라 할 것이다. 移典을 함에 전당권설정자의 승락여부에 대해서는 승락이 필요하다고 하기도, 그렇지 않다고도 하고 또는 통지만 필요하다고 하여 조선인의 말은 다양하지만, 이를 실제에서 보면 특히 전당권설정자의 승락을 얻거나 그에게 통지하는 것 같은 일은 거의 없다. 더구나 이 경우에 제2 전당권자의 채권액이 제1 전당권자의 채권액을 초과하지 않는다. 또 그 채권의 기한이 양자가 동일하거나 제2 전당권자의 채권기한이 제1 전당권자의 채권기한내에 있으면 어떠한 불평[苦情]이 생기는 일이 없다. 만약 전당권설정자가 변제를 제공하고 전당물의 반환을 청구하면, 전당권자는 그와 함께 제2 전당권자에게 가서 제공받은 금액에서 제2 전당권자의 채권을 변제하고 전당물을 반환받음과 동시에 이를 전당권설정자에게 반환하는 것이 관례임은 누구도 이상하게 생각하지 않는다. 그러므로 실

<丑 43-1> 田畚·家屋 典當手票(서울)

<丑 43-2> 논외 典當手票(平壤)

年 月 日 某 前 票

右票事段有要用處某郡某面某洞伏在某字田何日耕畚或八草瓦家幾間文券을 右人前에 典當 古 當錢幾兩을 以每朔每兩頭幾分邊으로 債用限則何年何月何日內利本備報之意로 如是成票事

票主 姓名 名手訣
證人 姓名 名手訣

己酉正月初十日 標

右標段李興一處西川面一里員粟田十斗落文券典執錢二千兩債用而利則二分五厘定約是遺限來三月間立本利還報後典券還推之意如是成標事

典當債用主 金承 噤

<丑 43-3> 밭의 典當手票(慶州)

<丑 43-4> 家屋과 垆地 典當手票(慶州)

光武七年月日 前明文

右明文事段切有用處自己買得伏在於府東初臬吾里五里穆員卜則來字六十二八負正租畚四斗落廳乙右前典當錢文壹百兩價用是遺限一年每兩頭每朔五分邊還報之意茲成文記爲去乎若過限不報則右畚永爲許給事

畚主 鄭奴日郎
證 薛末述

甲辰六月十九日 明文

右明文事段切有用處府東初左里員草家正寢四間張字二負八束右前典當是遺錢文五十兩出用邊則每朔每兩頭七分邊限今年十二月備報之意茲成文記爲去乎若過限則右家屋永爲許給事

家屋主 崔奴 今芻手訣
證筆 金奴 丁心手訣

<丑 43-5> 田番 典當手票(北青)

<丑 43-6> 田番 典當手票(全州)

何年何月何日 某處前

右標段은 吾矣要用次로 右人處에 錢文幾兩價用而邊則 每朔每兩頭幾分式定
約호 立限則來月何日호 並本利報給之意호 如是成標事

標 主	筆 人	證 人
姓 名	姓 名	姓 名

若過限則田番文券을 永爲放賣事

某前手票

右手票事호 本人所有田番幾斗落을 右人前에 典執호 且錢幾兩을 得用인바 同
利호 賻租穀으로 代捧호 且限則幾年幾月日內에 以本錢으로 還退호 되如有異
端이 然以此票로 告官호 正事

年 月 日

記 主	保 證	保 證
姓 名	姓 名	姓 名

〈표 43-7〉 논외 典當手票(全州)

某年某月日	債主某前
右記事本人所有某郡某面某里某坪畝一斗落賭稅元捧五十石廳以質價格五千兩文記幾張右人前典當是遺錢三千五百兩得用而利子每年元捧賭稅五十石式受給是遺本錢則限五年備報後同文記還爲推去之意契約事 再	
若過此限則永爲次持于債主事	
記主 證人	姓名 姓名 名 名

<丑 43-8> 蔘圃 典當手票(錦山)

朴永大前 手 票

右手票段有緊用處郡一面朴金里所在本人蔘圃三年根三十間四年根四十間五年根五十間典當爲遺錢文二百兩以每朔二分邊得用而待今年八月晦內併本利備報之意成標事

隆熙四年六月一日

標 主 李 仁 大 印

<丑 43-9> 船舶 典當手票

右手票事段有緊用處自己船隻帆件右人前典當是遺錢文幾兩以每月幾分例償用是矣限幾朔而若過限則以船隻永々許給之意成票事

年 月 日

票 主 姓 名

證 人 姓 名

<丑 43-10> 動産 典當手票(鎭南浦) <丑 43-11> 金錢債權 典當手票

某年某月某日 某處票

右票段要用事錢文幾兩價用爲去乎生殖則每日每兩頭幾分式來何月何日並
本利還報之意如是成票若過限則本典物出給事

典當物 何 々

票主 姓 名 ㉞

年 月 日 票

右票段某人處取捧錢幾兩票右人處典當錢幾兩幾分邊價用某處若有未捧本
人擔當事

票主 姓 名 ㉞

〈丑 43-12〉 典當舖의 典當舖票(「典當舖細則」所定)

可 認 部 工 商 農					許 官				
舖 當 典 號 商 某 洞 某 署 某					票 存 當 典				
限 過	限 典	典 執	物 典 錢 本	主 典	第	典 執	物 典	主 典	
年 月 日	年 月 日	年 月 日	息 利 每 一 兩 每 一 朔 分	址 住	號 第 第 號 號	年 月 日		址 住 錢 本	

〈丑 43-13〉 典當舖의 典當舖票(前同:水原)

局 當 典 進 日					
許 官 日 一 月 一 年 六 武 光					
雜物三朔當限邊更限失票典未推火災虫傷勿論	金銀四朔過限未推則放失物則本錢倍出中納	年 月 日	錢 本	字 第	邊
			錢 姓 名		
		錢 數	號	動物十兩以上五分百兩以上四分千兩以上三分五厘 不動物百兩以上六分千兩以上五分萬兩以上四分	
		物 入			
				物 件 數	
水原郡南昌洞西大路邊					

제의 사례로 본다면 전당권자가 移典을 함에는 반드시 전당권설정자의 승락을 받거나 그에게 통지할 필요가 없다. 다만 그 채권액이 자기의 채권액을 초과하지 않고 또 그 기한이 자기의 채권기한내에 있어야 한다고 해석하는 것이 온당한 듯하다.

移典의 경우에는 第2典當權者는 기한이 도래하여도 채권의 변제가 없으면 第1典當權者에 대하여 전당물의 처분을 청구할 수 있다고 하지만, 第1典當權設定者에 대하여 그 처분을 청구할 수 없다. 이 경우에는 제1전당권자도 역시 제1전당권설정자에 대하여 채권의 이행을 강요하거나, 만약 이행하지 않으면 제2전당권자에게 동행하여 전당물을 매각시키거나 이를 제2전당권자의 소유로 이전시켜서 자기채권의 변제를 받음과 동시에 제2전당권자의 채권을 변제하는 것이다.

또 移典의 경우에는 전당권자의 책임은 이로 말미암아 전당권설정자가 입은 손해를 배상하여야 한다. 그리고 그 손해가 불가항력으로 발생한 것이라도 이전을 하지 않았으면 발생하지 않았을 사유에 기인하는 때에는 역시 책임을 져야 한다.

移典의 방식에 대해서는 제1차 전당권설정의 방식과 같다. 전당목적의 동산이면 이를 채권자에게 인도하고, 토지·가옥 등 문권이 있는 것이면 그 문권을 채권자에게 인도하여야 한다. 그 手票의 文書도 보통 전당과 같은 것이 많고, 드물게 承典物임을 명시하는 예가 있을 뿐이다. 일례를 제시하면 <표 44>와 같다(典當手票는 제1전당권자의 수중에 있는 것이 통례이다).

第四十五 第三者가 債務者를 위하여 質權을 設定할 수 있는가

만약 있다면 그 효력은 어떠한가. 예컨대 質權者는 債務者가 質權을 設定한 경우와 同一한 權利를 갖는가, 아닌가. 또 質權設定者의 債務者에 대한 權利는 어떠한가.

조선 관습에서는 타인의 채무에 대하여 제3자가 전당권설정자가

되는 일이 없다고 하지만, 제 3 자가 채무자를 위하여 전당물을 대여하거나 또는 스스로 채무자가 되어 전당권을 설정하는 예가 적지 않다. 제 3 자가 채무자에게 전당물을 대여한 경우에는 그 물이 동산이면 채무자는 이를 자기의 소유물로 채권자에게 인도하는 경우가 많다. 그리고 부동산이면 文記 또는 家契에 의하여 채무자의 소유가 아닌 것이

〈표 44〉 移典手票(瑞興)

〈표 45-1〉 借用典當手票(甲山)

年 月 日

某 前 手 票

右 票 段 要 用 所 致 某 地 居 某 人 處 典 執 某 物 移 典 後 錢 幾 拾 兩 債 用 而 限 則 某 月 某 日 還 報 之 意 成 票 事

票 主 某 地 居 某 印

年 月 日

某 前

右 票 爲 吾 矣 要 用 次 錢 幾 元 右 人 前 債 用 焉 典 當 段 某 人 田(又家)文 券 借 與 之 限 則 來 某 日 俱 本 邊 捧 給 之 均 邊 則 三 分 殖 定 約 也 若 遠 限 則 右 物 倉 放 賣 充 用 事

借用人	證參人	筆執人
姓 姓 姓	姓 姓 姓	姓 姓 姓
名 名 名	名 名 名	名 名 名

분명하므로, 채무자는 典當權設定證書인 수표에 소유자를 명시하거나 소유자의 승락서를 첨부하거나 또는 소유자를 증인으로 수표에 署名하게 하는 예가 있다. 그렇지만 채권자가 그 물의 소유자와 채무자의 관계를 알았을 경우에는 그 소유자를 명시하지 않는 것이 없다고 한다. 手票 承諾書와 典當物借用證書의 예를 <표 45>에 제시한다.

<표 45-2> 典當物貸與承諾證書(新式)

<표 45-3> 典當物借用證書(新式)

證

一畝幾斗落

右을某人에게借用을야任其典質을니某人이若限內에未報이든本人의土地를債權에依을야全部나幾部를執行을事로成文을

年 月 日

某
人座下

土地所有人 某

(인)

某地所在田畝某字幾斗落文券을借來明文

右明文事段은右券을入質에借을기爲을야幾個月間借來이되如有異論이런以此爲憑考事

年 月 日

借與人 姓 名座下

借用人 姓 名

(인)

전당의 효력에 대해서는 채무자가 자기의 소유물을 전당한 경우와 굳이 다를 바가 없고, 다만 이 경우에는 전당물의 소유자가 스스로 변제하여 전당권을 소멸시키는 일이 실제로 많다. 그리고 전당권실행의 결과 제3자가 전당물의 소유권을 상실한 때에는 그 손실에 대하여 채무자에게 求償權을 갖는 것은 물론이지만, 이 경우에 채무자가 일반적으로 무자력이므로 실제로 구상을 한 예는 거의 듣지 못하였다.

채권을 전당의 목적으로 한 경우에도 채권의 수표에 채권자가 기재되어 있지 않은 때에는 채권자인 제3자는 이를 채무자에게 대여하고 채무자가 스스로 전당권설정자가 된다. 또 수표에 채권자가 기재된 때에는 典當手票에 누구의 채권임을 명기하여서 채무자가 스스로 전당권설정자로 되거나, 또는 채권자인 제3자가 스스로 채무자가 되어 전당권을 설정하는 것은 물의 전당에서와 다르지 않다. 그 효력에 대해서도 채무자가 자기의 채권을 전당한 경우와 다르지 않다. 또 제3자가 전당권의 실행으로 그 채권을 상실한 경우에 구상권을 갖는 것은 物의 典當과 같다.

第四十六 質權者は 質物을 使用·收益할 수 있는가

만약 그 權利가 있다면 管理의 費用 기타 租稅 등은 所有者의 負擔인가, 質權者의 負擔인가. 利子를 請求할 수 있는가, 없는가. 또 動産과 不動産의 差異가 없는가.

質의 성질을 갖는 전당의 경우에는 전당권자는 전당물을 점유하는 것은 기술한 바이지만, 전당권자는 이를 사용·수익할 수 없다. 그리고 보존책임은 전당권자에게 있으므로 만약 비용이 필요하면 전당권자가 이를 부담한다. 그렇지만 실제로는 보존비용이 필요한 경우는 거의 없는 듯하다. 다만 소·말이 전당의 목적인 경우에는 전당권자는 그 사육을 담당하고 따라서 어느 정도 사용하는 것은 무방하다는 자가 있으나, 과연 이것이 일반관습인가는 불분명하다. 특히 소·말의 전당은 이를 전당권자에게 점유를 이전하지 않는 경우가 많기 때

문에 전당권자는 이를 사용할 수 없는 것이 통례이다. 또 質의 성질을 갖는 전당에서는 전당물에 대하여 조세·공과를 납부하는 예가 없다. 이자는 어느 경우에도 이를 지불하여야 한다고 한다. 이와 달리 어떤 지방에서는 耕作地의 전당으로서 그 소작료를 이자에 충당하는 경우에는 전당권자가 이를 수익하는 것이 통례라고 한다. 그리고 地稅는 소작인이 직접 납부하는 것이 관례라고 하여도, 그 부담은 지주인 채무자에게 있다. 또 보·저수지 등의 전당에서도 전당권자가 이자로 水稅를 수취하는 경우는 전당권자가 수익하는 것으로 된다. 다만 이것들은 모두 抵當의 성질을 갖는 전당인 것이다.

第四十七 質權에 存續期間이 있는가

예컨대 質權을 設定함에는 一定期間을 超過할 수 없는 것이 있는가. 만약 있다면 債權이 아직 消滅하지 않아도 그 期間을 지나면 質權은 消滅하여야 하는가. 또 動產·不動產의 차이는 없는가.

전당권의 존속기간은 늘 채권의 변제기에 수반하는 것으로, 채권이 존속하는 동안 전당권도 소멸하지 않으므로 전당권만에 대하여 특히 기간을 약정하는 것은 없다. 또 전당권의 존속기간에 대하여 관습상 제한이 없다. 그러나 실제로는 채권의 존속기간은 動產을 전당하는 경우는 2, 3개월 전후임이 보통이고, 不動產을 전당하는 경우는 1년 전후인 것이 많다고 하나 일정하지 않다. 특히 蔘圃를 전당하는 경우 등은 채권의 기한이 인삼의 수확기인 경우가 많아서 5~7년인 것이 있다. 船舶을 전당하는 경우도 그 기간은 一航海인 것이 많다. 또 群山地方에서 소 말의 전당은 보통 1년 이내라고 한다. 그리고 전당의 목적이 동산인 경우와 부동산 또는 채권 등의 권리인 경우에 따라 다르지 않다. 다만 「典當舖規則」第14條에는 “不動產契券 三箇月 器用雜物 三箇月 衣類及布帛 等物 三箇月 金銀寶貝等屬 五箇月”로 규정하였다. 그러므로 典當舖에서의 전당에 대해서는 法定期限이 있는 것이다.

第四十八 土地에 대하여 설정한 質權은 그 위의 建物과 나무에 效力을 미치는가

또 建物에 대한 質權은 그 敷地에 미친다. 土地에 대하여 質權을 設定할 당시 이미 建物 등이 있는 경우와 後日 建設한 경우 사이에 差異가 있는가. 위 어느 경우에도 土地 또는 建物만이 質權의 目的이면, 質權의 目的이 아닌 土地나 建物과의 關係는 어떻게 決定하는가.

토지가 전당의 목적인 경우에 그 위에 가옥 등 건물이 있어도 전당권이 이에 미치지 않는 예는 각지방의 관습이 일치하는 바이다 (건물과 부지의 소유자가 동일하면 그 부지). 그리고 그 건물이 전당권설정 당시 이미 존재한 것과 후에 건설한 것 사이에 차이는 없다. 그렇지만 지상에 있는 나무에 대해서 산림 또는 나무를 전당한 경우에는 단순히 토지만을 전당으로 하지 않고 나무와 함께 전당하는 것은 의심할 여지가 없다. 택지 또는 경지에 있는 나무는 전당권설정시에 이미 존재한 것에 대해서는 때로는 토지의 전당권에 복종하지 않는다고 하거나 복종한다고 한다고 하여 이에 대하여 관습이 불명확하지만 (단만 토지인만 전당을 하지만 나무는 하지 않는다는 예는 가끔 조선인이 말하는 것으로 다소 참고할 가치가 있다), 전당권설정후에 심은 나무는 전당권에 복종하지 않는 듯하다.

건물을 전당의 목적으로 한 경우에 건물과 부지의 소유자가 다르면 그 전당권은 부지에 미치지 않는다고 하나, 양자가 동일하면 전당권은 당연히 그 부지에 미친다고 한다 (平壤, 寧邊 등의 조사에서는 반대의 결과가 보이니 의심할 여지가 있다). 그렇지만 건물의 전당권이 부지에 미친다고 말하기 보다는 건물과 부지를 함께 전당한 것으로 보는 것이 타당하다고 하겠다. 당사자의 의사가 여기에 있다고 하겠지만, 근래의 관례에서는 전당권설정증서에 이를 불명확히 하는 일이 많은 것에서 건물의 전당권이 부지에 미치는 듯한 외관을 드러내는 것이라고 하여야 한다 (옛날에는 手票에 家堡로 기재하여 家屋과 敷地를 포함시켰다고 하고, 또 현재에도 家屋과 家堡를 명기하는 예가 있다. 그리고 江原道 江陵地方에서는 건물의 전당은 그 부지가 有稅地이면 효력이 미치지 않았다고 한다).

토지와 그 위에 존재하는 건물이 동일인의 소유에 속하는 경우에 그 토지만을 전당하지 않는 것과 건물을 전당하면 그 전당권이 부지에도 미치는 것은 위와 같다. 그렇지만 양자의 소유자가 다를 때에는 토지나 건물만을 전당하는 사례가 드물지 않다. 또 건물이 없는 토지를 전당하고 후에 건물을 건축하였기 때문에 부지만을 전당하는 예가 있다. 그래서 건물이 존재하는 토지만을 전당한 경우에는 전당권 실행의 결과로 토지가 전당권자나 제 3 자의 소유로 되면, 새로운 토지소유자는 건물의 소유자를 위하여 借地權을 인정하지 않으면 안된다. 또 건물만을 전당한 경우는 전당권 실행의 결과로 그 건물이 타인의 소유로 되더라도 토지소유자는 새로운 건물소유자를 위하여 차지권을 인정하지 않을 수 없다. 이는 필경 건물을 위한 借地는 누구도 이를 거절할 수 없는 관습에서 유래하는 것이 아니겠는가.

第四十九 同一物에 두 개 이상의 質權을 設定할 수 있는가

만약 이런 경우가 있다면 그 質權의 順位는 어떠한가.

전당은 기술한 것처럼 종래 관습에는 동산을 목적으로 하는 경우는 그 목적물은 전당권자의 점유로 된다. 그리고 부동산과 선박을 목적으로 하는 경우는 전당권자는 文券을 소지[握有]하고(중명을 받는 경우는 이를 제출한다), 채권 등 재산권을 목적으로 하는 경우도 그 票券을 전당권자가 소지하는 것은 기술하였다. 그리고 동산의 전당은 그 목적물을 채권자에게 인도하고 부동산과 선박의 전당은 그 문권을 채권자에게 인도하고 재산권의 전당은 그 표권을 채권자에게 인도하지 않으면 전당을 설정할 수 없는 것이 보통이다. 따라서 소유자나 권리자는 동일한 물이나 권리에 대하여 2개 이상의 전당권을 설정하려고 하여도 할 수 없다. 그리고 동일한 당사자간에 동일물이나 동일한 권리에 대하여 2개 이상의 전당권을 설정하는 것은 실제로는 있지 않다. 만약 전당권 설정후 그 물이나 권리의 가액이 채권의 원본과 이자에 비해 현저하

게 초과하므로 전당권설정자가 다시 이를 전당하고 금전을 차용할 필요가 있으면, 일단 채무를 변제하거나 또는 更改를 하여 그 전당권을 소멸시킨 후 새로이 전당하는 것이 통례이다. 그러므로 전당권은 동일물이나 동일권리에 대하여 둘 이상 있는 경우는 없다고 하겠다. 단 등록절차를 정한 전당권 또는 저당권에 대해서는 본래 예외이다 (『大明律』 「戶律」 田宅編 典賣田宅條 “이미 방매한 전토 가사 등을 다시 다른 곳에 속여 방매하거나 수취한 가액을 계산하여 절도죄의 예로 논죄하고 刺字는 하지 않으며, 價錢을 추징하여 본주에게 돌려주고 전택은 처음 매입한 자에게 돌려 준다 ○ 만약 이중매입자와 중매인이 이중매입을 안 자는 범인과 죄가 같으며 가전을 추징하여 판에 불수하되, 알지 못하는 자는 처벌하지 않는다” 1) : 『刑法大全』 第 636 條 “田宅을 已行典賣한 者가 他人에게 再行典賣한 者는 所得한 價錢으로 計贓하야 第六百條 准竊盜律로 論호대 價錢은 追徵하야 後典者에 還付하고 田宅은 先典買者에게 歸함이라 但 後典買者와 牙保가 知情하였거든 典賣者와 同罪로 하고 價錢은 追徵하야 沒入함이라” : 『續業法施行細則』 第 22 條 “續業權을 賣買 讓渡하며 又 抵當에 供코자 하는 者는 其 請願書에 續業許可狀을 添附함 但 抵當權의 設定이 有한 境遇에는 抵當權者의 承諾書 又 此에 代用할 文書를 添附함 이 可함” : 隆熙4年 度支部令 第 11 號 『船舶法施行細則』 第 12 條 “凡登錄을 受코져 하는 境遇에 在하야는 左의 書類를 提出함 이 可함(중략) 三 登錄原因에 對하야 第三者의 許可 同意 又は 承諾을 要하는 時는 此를 證하는 書面 四 登錄上 利害의 關係를 有하는 第三者가 有하는 時는 其承諾書 又は 此에 對抗함을 得할 만한 書面” 참조)

第五十 所有者는 抵當物을 賃貸할 수 있는가

만약 賃貸할 수 있는 것이라면, 期間의 長短에 불구하고 抵當權者에게 對抗할 수 있는가. 또 借賃을 先拂한 경우에 抵當權者에게 對抗할 수 있는가.

토지·가옥·선박의 전당에서는 그 목적물은 소유자의 수중에 있으므로 임대할 수 있는 것을 원칙으로 한다. 그러나 아래와 같은 구별이 있다.

전당을 한 토지를 소작시키기 위하여 임대하는 것은 소유자의 자유로써 보통 그 기간을 정하지 않는다. 소작인은 그 차지권을 전당권자에게 대항할 수 없지만, 경작계절내에는 지주와 소작인이 소작권을 해약할 수 없는 것처럼 전당권자도 경작계절내에는 그 차지권을 인정하지 않을 수 없는 것이 관습이다. 그래서 소작인은 그 1기간에 한정하여 그 차지권을 전당권자에게 대항할 수 있다. 그리고 소작료를 선불하는 예가 거의 없으므로 이 경우의 관습은 명확하지 않다(그리고 소작료를

1) 若將已典賣與人田宅 朦朧重複典賣者 以所得價錢計贓 准竊盜論 免刺追價 還主田宅 從元典買主爲業 ○若重複典買之人牙保 知情者 與犯人同罪 追價入官 不知者不坐

선부하는 등의 실례는 없다)(단 소작료를 이자에 충당하여 전당권자가 소작인을 정하는 경우에는 지주는 임대할 수 없다).

전당을 한 가옥의 임대차는 대개 월세로 임대해서 차임을 선불하는 경우가 많으나, 때로는 후불하는 경우가 있고 특히 江原道 原州地方에서는 후불이 많다고 한다. 그 기간은 약정에 따라 일정하지 않지만, 2개월 이상의 차임을 선불하는 예는 거의 없다. 借家人은 차임의 선·후불과 관계없이 그 권리를 전당권자에게 대항할 수 없다. 다만 가옥의 명도에 대한 猶豫期間(서울의 경우 기와집은 15일, 초가는 10일)이 있을 뿐이다. 또 가옥의 대차에는 傳貰라고 하여 일정한 금액을 家主에게 교부하고 가옥을 명도하는 때가 되어 이를 반환받아서 따로 차임을 지불하지 않는 예가 있음은 이미 기술한 바와 같다. 그리고 전당을 한 가옥을 전세의 방법으로 임대할 수 있는지의 여부에 대해서는 서울에서는 開國 502年(1893) 家契發給後 傳貰, 典當 모두 신청에 의해 漢城府에 비치한 家契原籍과 家契에 懸錄하여 전당한 가옥은 전세를 하는 것을 허락하지 않았다고 한다. 平安北道 寧邊地方과 咸慶南道 元山地方에서는 전당을 한 가옥의 전세를 인정하지 않고, 다른 지방에서는 이에 대한 관습이 분명하지 않으나 보통 전당을 한 가옥은 전세를 하지 않는 듯하다.

船舶에 대해서도 전당을 한 채로 이를 임대할 수 있다. 그리고 그 기간은 대개 1~2월이나 1航海期間로 하며, 그 항해기간 중에 한하여 전당권자에게 대항할 수 있는 것 같다. 「船舶法」第3條 第2項에는 “韓國船舶의 賃貸借는 此를 登錄함이 아니면 其船舶에 對하여 所有權 又は 典當權을 取得한 者에게 對抗함을 得치 못함”이라고 규정하였다. 그래서 이를 등록하지 않으면 대항할 수 없지만, 등록한 때에는 대항할 수 있게 되었다.

또 소·말의 전당은 전당권자가 이를 점유하지 않는 것이 보통이므로, 소유권자가 이를 임대하는 것이 무방하다. 그러나 임차인은 그 임차권을 전당권자에게 대항할 수 없다. 그리고 차임을 선불하는 예는 거의 없는 듯하다.

다른 재산권의 전당에서도 그 목적물을 임대할 수 있다고 하나, 임

차인은 그 권리를 전당권자에게 대항할 수 없다. 그리고 기간의 장단, 차입의 선·후불과 관계없는 듯하다.

또 日本 民法에는 저당권을 설정한 토지·가옥은 소유자가 임의로 이를 양도할 수 있지만, 조선에서는 종래 부동산과 선박의 전당에서는 문권을 전당권자에게 교부하여야 하므로 사실상 이를 양도할 수 없다. 만약 부득이 하게 이를 양도하려면 양수인과 함께 전당권자의 승락을 얻어 이를 매각함과 동시에 채권을 변제하는 것이다.

第三章 債 權

第五十一 慣習上の利率이 있는가

예컨대 契約上 또는 慣習上 利子を 支拂해야 하는 경우에 특별히 利率을 약정하지 않으면 어떻게 하여야 하는가. 만약 慣習上 利率이 있다면 얼마인가(金錢債務(第 56 條) 참조).

조선의 관습으로는 이자는 금전대차의 경우에 금전으로 정하는 것이 보통이지만, 쌀·보리 등 곡물을 대차하는 경우에는 곡물로 이를 정하는 예가 있다. 또 賭錢이라고 하여 금전을 대여하고 곡물을 이자로 수취하는 것이 있다고 한다. 따라서 이자는 금전에만 한정하지 않고, 곡물도 이자로 할 수 있는 것이다.

계약에 따라 이자를 지불해야 하는 경우에는 대개 그 이율을 약정하는 것이며, 관습상 이율이 확실하게 정해진 것은 없다. 만약 이자를 지불할 것만을 약속하고 이율을 정하지 않은 경우에는 변제기의 보통이율에 따르는 것을 통례로 한다. 또 보통의 대차에서는 특약이 없으면 이자를 지불할 필요가 없으나, 상인간의 貸借·代納〔立替〕 등에 대해서는 특약이 없는 경우라도 이자를 지불하는 예가 있다. 그

이율도 당시의 보통이율에 따르는 것을 통례로 한다(商人의 代納 [第187問] 참조). 그리고 시장에서의 금전대차에서는 場邊 또는 市邊이라고 부르고 또는 開市日로부터 다음 開市日(매 5일 마다 1회)까지의 기간을 표준으로 하여 정하는 이자가 있고, 각지를 통틀어 一期間에 2/100로 대략 일정하지만 咸鏡北道 城津과 平安南道 平壤 등지는 일기간 1/100이라고 한다. 또 농가에서는 봄 播種時에 쌀·보리·조·콩 등의 종자를 빌어서 가을 수확시에 元利를 변제하는 경우가 있는데, 이 경우에 이자를 長利라고 부르며, 元物과 같은 종류로 하며 이율은 일기간 5/10를 통례로 한다. 기타 금전의 대차로서 月收라고 부르고, 月賦로 원리를 변제하는 것이다. 그 기간은 대개 5개월로 매월 2회 원본의 1/10과 원본 총액에 대한 2分の 이자를 함께 변제함을 통례로 한다. 慶尙南道 蔚山地方에서는 그 이율이 3分이라고 한다. 단 光武 10年 (1906) 法律 5號 「利息規例」 第2條에는 “利息에 關하여 當事者間의 契約이 無한 時는 元本額에 대하여 一年間 十分의 二로 定함”이라고 규정하여 法定利率을 年 2割로 정하였다.

이자를 제한하는 취지의 규정은 과거부터 있었다. 『大明律』 「戶律」 錢債編 違禁取利條에는 다음의 규정이 있다.

무릇 사사로이 돈을 빌려주거나 재물을 전당잡아 대금한 경우의 이자는 월 3分을 넘을 수 없고, 연월이 오래되어도 이자는 원금을 넘을 수 없고 (그 이자 전액이 원금을), 어긴 자는笞 40으로 처벌하고 남은 이자를 장물로 계산하여 무거운 자는 장물죄로 논하되 형벌은 杖 100을 최고로 한다 ○ 만약 현직 관리가 部內에서 이자를 받고 대금을 하거나 전당을 하면 杖 80으로 처벌하고 위법하게 얻은 이자는 장물로 계산하여 무거운 자는 不枉法受贓罪로 처벌한다 ○〈중략〉 모두 원본과 이자를 본주에게 돌려준다.¹⁾

1) 凡私放錢債及典當財物 每月取利 並不得過三 年月雖多 不過一本一利 違者笞四十 以餘利計贓 重者坐贓論罪 止杖一百 ○若監臨官吏 於所部內舉放錢債典當財物者 杖八十 違禁取利 以餘利計贓 重者依不枉法論 ○竝追本利給主

또 『經國大典』 「刑典」 禁制條와 『續大典』 「戶典」 徵債條 그리고 高宗 2年(1865)에 편찬한 『六典條例』 「戶典」 負債條에도 다음의 규정이 있다.

사채를 몇대로 징수하는 자[什分을 비율로 하여 매월 1分을 받는데 열 되에서 한 되를 받다. 연월이 많더라도 利 주는 元本을 넘지 못한다.]는 杖 80으로 처벌한다.

무릇 공사채를 물론하고 이자를 2割 이상을 받은 자는 杖 80 徒 2年으로 처벌한다[곡물을 빌려주고 돈으로 이자를 받은 자에 대해서는 채무자가 고발을 할 수 있으며 어긴 자는 杖 100 3千里의 流刑으로 처벌하며, 사사로이 甲利<원본과 같은 이자>를 징수한 자는 杖 100으로 벌하고 귀양을 보낸다. 10년이라도 다만 1년의 이자만 징수하며 이를 어긴 자는 杖 100으로 처벌한다. ○채무자가 사망하면 이자를 받지 못한다.]

무릇 私債利子는 10년이라도 2/10를 넘지 못하며 제멋대로 징수한 자는 처벌한다.²⁾

실제에서도 月利 2分을 官邊이라고 불렀으며, 관에 제소하여 청구하는 경우에는 이 제한을 초과하지 않았다. 그런데 「利息規例」에서는 “契約上の 利息은 元本額에 對하여 一年間 十分의 四에 過함을 得치 못함<第 1條>, 利息의 總額은 元本額에 過함을 得치 못함<第 3條>, 契約上の 利息이 本規例를 超過한 其數額은 無效로 함<第 5條>”이라고 규정하였다. 그러나 「利息制限令」에서는 元金 100圓未滿은 3割 이하, 100圓 이상 千圓 미만은 2割 5分 以下, 千圓 이상은 2割 以下로 규정하고, 典當舖營業者의 50圓 미만, 市場에서의 30圓 미만인 원금에 대한 이자는 「同制限令」에 따르지 않게 하였다. [1912년판]

실제에서는 계약상의 이율은 반드시 일정하지 않고, 지방에 따라서 또 당사자의 관계에 따라서 또는 담보의 유무, 금액의 과다 등에 따른 고저의 차이가 있다고 한다. 그렇지만 월 3分내외가 보통이며, 높

2) 濫收私債者[十分爲率 每月取一分 (如十升取一升之類) 每年取五分 (如十升取五升之類) 年月雖多 不過一倍] 并杖八十 <『經國大典』 「刑典」 禁制條>
凡徵債勿論公私 過什二者 杖八十徒二年 [以穀給債 以錢捧利者 許負債者 發告 犯者 杖一百流三千里 其貨屬公 私與甲利者 杖一百定配 雖十年 只徵一年利 違越杖一百 ○負債者 身死則勿捧邊利] <『續大典』 「戶典」 徵債條>
私債殖利 雖十年無過什二 濫捧者論罪 <『六典條例』 「戶典」 負債條>

은 것은 월 6, 7分정도이고 낮은 것은 월 1分 5厘 이하이다. 그리고 금액이 많은 경우와 담보가 있는 경우는 이율이 조금 낮고, 금액이 적고 담보가 없는 경우는 이율이 조금 높은 경향이 있다.

전당포에서의 이자에 관한 「典當舖細則」에는 다음과 같이 규정하였다.

第1條 典當舖의 典當利息은 左開規程에 依할 事

一兩以上 至二十兩 每一朔 每一兩五分

二十一兩以上 至百兩 每一朔 每一兩 四分

百一兩以上 至一千兩 每一朔 每一兩 三分

一千一兩以上 至二千兩 每一朔 每一兩 二分

二千一兩以上 每一朔 每一兩 一分

第2條 抽利는 三十日로 一朔을 爲准하되 執典日로 起하여 十五日까지는 半朔利息으로 計算하고 十六日 以後는 全朔利息으로 施行할 事³⁾

이자지불의 시기는 매월, 매 2개월, 매 6개월인 것이 있고, 매년 12월인 것이 있다. 또 곡물의 수확기인 것이 있고, 원본의 변제기인 것이 있어 계약에 따라 반드시 일정하지 않다. 또 이율을 年으로 정하는 예는 없지 않으나, 통례는 月로 정하는 것 같다.

第五十二 重利에 관한 慣習은 어떠한가

예컨대 利子를 延滯한 경우 債權者는 이를 元本에 算入할 수 있는가. 一定期間 이를 元本에 算入할 수 없는가, 아니면 전혀 이를 元本에 算入할 수 없는가.

重利는 이를 ‘邊上加邊’ 또는 ‘利上加利’라고 하며, 채무자가 이자의 지불을 연체하고 채권자가 엄중한 독촉을 한 경우에 채무자의 신청

3) 원문에는 “一兩 내지 二十兩은 十五日以內라도 全朔으로 이자를 수취하는 것을 허용하였다.” 라는 내용이 있으나(173面), 「典當舖規則」, 「典當舖細則」에서는 이를 찾을 수 없다(譯註).

에 따르거나 쌍방이 합의한 후에 이자를 원본에 산입하고, 다시 이에 이자를 붙이는 예가 있다. 그리고 이와 같은 경우에는 대개 證書를 교체한다. 또 아주 드물게는 처음부터 이자연체의 경우를 예상하고, 이자를 원본에 산입하는 특약을 하는 예가 있다. 그렇지만 채권자의 의사만으로 이자를 원본에 산입하는 것은 관습이 인정하지 않는 바이다. 이자연체의 경우에는 채권자는 제소하여 그 이행을 촉구하는 수밖에 없고, 가령 채무자가 이자를 연체한 것이 수개월 내지 수년이 되어도 채무자가 승락하지 않는 한 이를 원본에 산입할 수 없다.

중리에 관한 禁制로는 開國 503年(1894) 8月 18日 議案「邸債를 濫捧하는 事를 禁하는 件」에 다음의 내용이 보인다.

외방 각읍의 京·營邸吏(서울을 京邸吏, 지방을 營邸吏라고 한다. 各府郡 마다 1명이 있고, 서울 各部 또는 道와 各府郡間의 왕복문서의 전달을 관장하는 자로서 府郡吏員이 서울이나 道에 오는)가 邸債(지리가 宿泊吏員에게 자는 모두 지리의 집에 묶는다고 한다)를 멋대로 받거나 利上加利의 폐습을 모두 금지한다. 만약 어쩔 수 없이 제공할 경우는 모두 官邊에 따라 시행할 것.¹⁾

그리고 「利息規例」第4條 “利息은 元本으로 換作함을 得치 못함” 등이 겨우 보인다.

第五十三 債務者가 債務不履行者로 되는 時期는 언제인가

예컨대 期限附債務는 期限이 到來하기까지 履行하지 않으면 不履行으로 되는가, 아니면 期限到來後 債權者의 請求를 기다려 履行하여도 不履行으로 되지 않는가. 또 期限을 정하지 않으면 어떠한가.

채무에는 기한을 두는 것을 통례로 하나, 드물게는 기한을 두지 않는 경우도 있다. 그리고 기한은 확정기한인 것이 많고 불확정기한은 그 예가 극히 적다. 또 채무발생에 조건을 다는 것은 아주 드물지만,

1) 外道各邑之京營邸吏 邸債濫捧與利上加利之習 一切嚴禁 若係不得不刷給者 一依官邊例施行事

전혀 없다고는 할 수 없다.

기한부채무는 기한도래시에 이행하지 않으면 불이행으로 되고, 특히 채무자가 履行의 催告를 할 것을 요하지 않는다. 그리고 기한이 불확정한 것이면 채무자가 그 도래를 알았을 때를 이행시기로 간주하므로 채권자가 기한도래를 통지한 때(隔地者間의 意思表示 [第12問] 참조) 또는 채무자가 스스로 그 도래를 알았을 때에 이행하지 않으면 불이행이 되는 것으로 한다. 즉시 이행할 수 없는 사정이 있는 경우에는 상당한 준비기간을 인정하는 듯하다.

기한을 정하지 않은 채무는 채무의 발생과 동시에 이행기가 있는 것이 있고 또 이행기가 전혀 불확정한 것이 있다. 어느 경우에도 채권자의 청구가 있는 때에 이행할 것을 요하고 이를 해대하면 항상 불이행이 되는 것이다. 그리고 이 경우에도 필요한 준비기간을 인정하는 것은 不定期限附債務와 다르지 않다. 특히 가옥인도에 대해서는 서울 등지에서는 猶豫期間을 인정하는 것은 기술하였던 바와 같다.

條件附債務에 대해서는 사례가 적으므로 이에 관한 관습 역시 불명확하다. 그렇지만 일반관념에서는 채무자가 조건의 성립[도래]을 알았을 때에 이를 이행시기로 하고 그 시기에 이행이 없으면 불이행이 되는 것으로 생각한다.

第五十四 債務者が 任意로 債務를 履行하지 않으면 強制로 이를 履行시킬 수 있는가

또는 損害賠償 등 間接制裁가 있는 것에 그치는가. 또 그 制裁의 方法은 어떠한가(契約의 解除 [第83問] 참조).

과거에는 채무자가 임의로 채무를 이행하지 않으면 채권자는 관에 제소하여 그 이행의 강제를 청구하고 官은 채권자와 채무자를 심문한 후 기간<官限>을 정하여 채무자에게 이행을 명하고, 채무자가 請願書(다짐[傳音]이라고 하고, 이를 관에 제출하는 것을 納傳이라고 한다)를 제출하는 것이 통례이다. 만약 채무자가 그 기간내에 이행을 하지 않거나 또는 처음부터 제대로 이행을

할 가능성이 없으면 채무자를 拘留하거나 笞刑을 집행한다. 그리고 채무자를 구류하면 그는 친척·친구를 불러 이행방법을 도모하거나 또는 保放(보중인을 세워 가석방을 하는 保釋)을 받아 이행의 방책을 강구하는 것이다. 그리고 채무의 이행을 강요하는 방법으로는 使者[步行軍] 등에게 위탁하여 청구하게 하는 예가 많다. 청구를 위탁받은 자는 채무자의 집에 가서 강경히 독촉을 하고 변제를 받을 때까지 숙박하며 그 집을 떠나지 않아서, 채무자는 빨리 변제를 하여 이들을 퇴거시키려고 노력하였다고 한다. 또 채권자가 강제로 채무자의 재산을 引受하는 것은 법에 금지된 바이지만, 실제로는 자력이 없는 채무자에 대해 채권자는 가끔 이 방법을 쓰는데, 이를 收家라고 부른다. 그 인수한 재산의 가액이 가령 채권액과 비교하여 아주 근소한 때라도 채무는 이것으로 소멸하고 채권자는 다시 청구를 할 수 없는 것으로 하였다. 그러나 이러한 관행은 光武 10年(1906) 裁判事務의 혁신과 동시에 완전히 근절되기에 이르렀다.

채무이행의 책임이 친족에게 미치는지 여부에 대해서는 『經國大典』 「戶典」 徵債條에 “공사의 오랜 빚을 갚지 못하면 본인이 죽더라도 처자에게 재산이 있으면 징수를 허락한다”¹⁾라는 규정이 있고, 『續大典』 「戶典」 徵債條에도 “공사의 빚은 친부자 외 형제 및 그一族 또는 동거인에게 징수함을 금지한다”²⁾라는 규정이 있으나, 근래에는 부채는 본인과 상속인의 책임에 그친다는 관념이 차츰 발달하여 피해가 친척에게는 미치지 않게 되었다.

이상은 주로 금전채무에 대해서 이루어진 관습이다. 作爲義務에 대해서는 강제로 이를 이행하게 할 수 없는 경우가 많으므로 만약 이에 대가를 지급한 때에는 그 반환을 요구한다. 만약 채무자가 이에 응하지 않으면 금전채무의 경우와 같은 방법을 사용하는 것을 통례로 하며, 타인에게 이를 하게 하고 그 비용을 채무자에게 징수하는 예는 거의 듣지 못하였다. 또 不作爲義務에 대해서는 官에 제소하여

1) 負公私宿債者 雖身死 有妻子財產者 許徵

2) 公私負債者 親父子外 兄弟及一族止接人 一切勿禁

이를 제거하고 또 物의 반환의무를 이행하지 않으면 판에 제소하여 이를 환수하는 것이다.

債務不履行의 制裁로서 契約의 解除를 할 수 있는 것은 과거에도 역시 그러하였다. 해약으로 채권자가 대략 그 손실을 모면할 수 있는 경우는 대개 이 방법을 택하고 또 비용(浮費^{浮費라고 한다})을 배상받았다. 그리고 違約에 의한 손해배상을 청구하는 경우에는 금전채무에 대해서는 遲延利子를 지불하게 하고, 기타 채무에 대해서는 채권자가 그 불이행으로 받을 수 없는 物의 대가를 변상시키는 것을 보통으로 한다. 또 채권자가 비용을 허비한 것에 불과하면 그 비용만을 배상시켰다.

強制執行에 관한 법령으로는 開國 504年(1895) 法部令 第8號 「執行處分規則」이 있다. 특히 재판소에서 執行命令을 발하여 廷吏에게 집행을 시키고 정리는 채무자의 재산을 押留[差押]하고 이를 매각하여 변제에 충당하는 규정이지만, 실제로 이 규칙에 의거하여 집행을 한 사례는 많이 듣지 못하였다. 또 『刑法大全』 第170條에도 “公私債를 勿論하고 應償할 者가 過限 或 逃避한 時는 其家産을 執行함이라 (隆熙 2年 法律 第19號로 삭제)”라는 규정이 있으나 또한 지켜지지 않았다. 그리고 隆熙 2年(1908) 7月 法律 第13號 「民刑訴訟規則」의 실시후는 押留와 公賣의 방법으로 집행하는 것으로 되었다.

기타 채무불이행에 대한 제재로써는 『刑法大全』에 다음과 같은 규정이 있으나, 거의 준행되지 않았다.

第 639條 私債를 違約不報한 者는 左開에 依하여 處함이라

- 一 五十兩 以上에 三箇月을 違하거든 笞十호대 每一月에 一等을 加하여 笞四十에 止함이라
- 二 五百兩 以上에 三箇月을 違하거든 笞二十호대 每一月에 一等을 加하여 笞五十에 止함이라
- 三 二千五百兩 以上에 三箇月을 違하거든 笞三十호대 每一月에 一等을 加하여 笞六十에 止함이라 (隆熙 2年 法律 第19號로 삭제)

또 私債擅徵에 대해서는 『續大典』 「戶典」 徵債條에 다음의 규정이

있다.

사채를 징수하는 자가 전도를 대신 징수하거나 채무자의 자녀를 노비로 삼는 자는 杖 100과 流配를 하고, 그 전도와 자녀는 돌려준다[빚을 주고 퇴도를 전당하여 기한이 지난 후에도 차지하고 돌려 주지 않는 자는 私債代捧田畝律로 처벌한다].³⁾

또 『刑法大全』에도 아래의 규정이 있다.

第 640 條 私債를 因하여 官司에 告訴치 아니하고 人의 財産을 強奪한 者는 笞八十에 處하고 依數追還호대 強奪한 財産이 本利에 過하거든 計贓하야 第六百條 准竊盜律에 依함이라

第 641 條 私債를 因하여 人의 妻妾子女를 准折한 者는 笞一百에 處하고 強奪한 者는 懲役 一年半에 處호대 竝히 人口는 完聚케 하고 私債는 免徵케 함이라

第 642 條 私債를 因하여 父女를 姦占한 者는 絞에 處함이라

이러한 것에서 고래로 폐습이 있는 것을 알 수 있다.

채무자가 倒産한 경우에는 채권자의 협의에 따라 각채권자가 채무자의 재산을 그 채권액에 상응하게 분배하는 예가 있는데, 이를 板細 擘이라고 부르는데 채무자의 간청으로 하는 것이 상례이다. 그리고 이에 참가한 채권자는 후일 채무자가 자력을 회복하여도 辨濟未完部分에 대해 이행을 청구할 수 없으나, 이에 참가하지 않은 채권자는 그 채권에 영향을 받지 않는다.

第五十五 債務者が 期限의 利益을 잃는 例가 있는가

예컨대 債務者が 無資力으로 된 때, 擔保로 提供한 財産을 毀滅 또는 破損한 때, 擔保提供의 約束을 移行하지 않은 때 등은 어떠한가.

3) 徵私債者 或代捧田土 或以其子女勒爲奴婢者 杖一百定配 其田土子女 推還[給債而以退贖地 典當田土 過限後 仍執不還者 依私債代捧田畝律論]

채무의 기한은 드물게 채권자의 이익을 위하여 설정하는 예가 있고, 또 채권자와 채무자 쌍방의 이익을 위하여 설정하는 예가 있다고 하나, 대개는 채무자의 이익을 위하여 설정하는 것이다. 일반의 관념으로도 기한은 채무자를 위하여 설정하는 것으로 생각한다. 그런데 일정한 경우에는 채무자는 기한의 이익을 잃고 채권자는 기한이 도래하기 전이라도 채무의 이행을 청구할 수 있다. 지금 가장 두드러진 예를 든다면 채무자가 무자력으로 된 때는 기술한 바처럼 총채권자에게 채무자의 재산을 분배한다. 이 경우에는 채권자는 기한이 도래하지 않은 채권에 대해서도 청구를 할 수 있고, 채무자와 다른 채권자는 기한이 도래하지 않은 것을 이유로 그 청구를 거절할 수 없다. 또 채무자가 고의 또는 과실로 담보물을 훼손 또는 멸실시키면 다시 상당한 담보를 제공한 경우외에 채권자는 담보물의 훼손 또는 멸실을 이유로 기한이 도래하지 않은 채무의 이행을 요구할 수 있다. 그리고 채무자가 도망하거나 遠地로 이사하는 경우에도 채권자는 아직 기한이 도래하지 않은 채무의 이행을 청구할 수 있다. 또 채무자가 약속한 담보를 제공하지 않은 경우에 기한의 이익을 상실하는지 여부에 대해서는 실제로 담보를 후일에 약속하거나 또는 약속한 담보를 채무가 발생한 후에 제공하는 사례는 거의 없기 때문에 관습으로 볼 만한 것이 없다.

第五十六 金錢債務의 不履行에 대한 制裁는 어떠한가

예컨대 無利子債務를 不履行한 후에는 그 制裁로써 利子を 支拂하는 예가 있는가. 만약 이러한 사실이 있다면 그 利率은 어떠한가. 利子附債務를 不履行하면 同一한 利子を 支拂하는가, 아니면 앞의 利子和 다른 利子を 支拂하는가.

금전채무불이행의 경우에는 채권자는 채무자에게서 지연이자를 받을 수 있다. 그리고 그 채무가 이자부채무이면 약정이자와 동일한 이자를 받는다. 또 그 채무가 무이자부채무라도 기한 경과후에는 이자를

받을 수 있는 것이 관습이다. (서울에서는 기한후 5일간은 이자를 면제하고, 平安北道 龍川 地方 등에서는 15일간 이자를 면제하는 관습이 있다고 한다). 그 이율은 보통의 약정이율에 준하여 정하는 것이 관례이지만, 과거에는 관에 제소하면 官邊 月 2分에 의거하였다고 한다. 그렇지만 채무자가 이행할 수 없는 경우에는 대개 이자를 침부하는 것을 조건으로 연기를 신청하는 것이 상례이다. 결국 약정이자로 되어 채무자가 지연이자로서 이를 청구하는 경우는 도리어 드물다. 또 기한후의 이자에 대하여 미리 특약을 하는 경우는 그 예가 적지만, 만약 특약을 하면 원래 이에 따라야 하는 것이다.

第五十七 債務不履行의 制裁에 대하여 特約을 하는 예가 있는가

만약 있다면 그 種類는 어떠한가, 예컨대 違約金の 特約을 할 수 있는가. 만약 그렇다면 그 效力은 어떠한가. 裁判所에서 그 金額을 增減할 수 있는가. 債務者가 違約金을 支拂하는 경우에 또한 利子 등의 損害賠償을 해야 하는가. 등

채무불이행의 경우에 제재로서는 위약금의 특약을 하는 예가 더러 있지만, 이는 최근 수십년 이래의 현상이다. 과거에는 이와 같은 관습은 없고 다만 금전채무에 대한 기한후의 이자를 기한내의 이자 이상으로 특약을 하는 예가 드물게 있을 뿐이다. 그리고 위약금의 특약이 있는 경우에 재판소가 그 금액을 증감할 수 있는지 여부에 대해서는 관습으로 볼 만한 것이 없으나, 조선인의 관념으로는 이를 증감할 수 없는 것으로 여긴다. 위약금의 특약이 있는 경우에는 당사자의 의사는 대개 위약금외에 이자 등의 손해배상을 하지 않는 듯하다. 다만 「利息制限令」에서는 금전채무불이행에 대해 특별히 약정한 배상액을 감소할 수 있는 권한을 재판소에 부여하였다. [1912년판]

第五十八 債權者는 債務者의 權利를 代位할 수 있는가

예컨대 債務者가 第三者에 대해 債權을 갖는 경우에 債權者는

債務者를 代位하여 第三者에 대해 그 債務의 履行을 촉구할 수 있는가. 만약 이 權利가 있다면 이에 必要한 條件이 없는가. 예컨대 期限附債權者는 期限到來前에도 이 權利를 行使할 수 있는가. 또 그 效力은 어떠한가. 예컨대 第三者가 辨濟를 하려는 때에는 債權者는 이를 受領할 수 있는가, 아니면 債務者에 대해 辨濟를 強制함에 그치는 것인가. 등

조선의 관습에는 채권자가 자기의 채권을 보전하기 위하여 제3채무자에 대해 채무자의 권리를 대위하여 행사하는 것을 인정하지 않는다. 그러나 채권자는 채무자가 타인에 대해 채권을 가지고 있으면 채무자가 그 청구를 자기에게 위탁하게 하여 스스로 이를 징수하는 예는 있다. 이 경우에는 제3채무자는 채무자로부터 청구를 받는 것과 동일하므로 이를 거절할 수 없다. 그리고 채권자는 자기채권의 기한이 도래한 때가 아니면 채무자가 이를 승락하지 않으므로, 기한이 도래한 후에 이를 하는 것을 통례로 한다. 채무자는 기한도래전에는 대개 이를 승락하는 예가 없어도, 기한도래후는 채무의 이행을 강요당하는 것이므로 이를 거절하는 예가 거의 없다고 한다. 또 이처럼 채무자의 권리를 대위행사하는 채권자는 제3채무자로부터 변제를 수령할 권한이 있는 것이 보통이다. 대개 채무자로부터 手票를 수령하고, 이것과 교환하여 그 변제를 받는 것이다. 그러므로 특히 그 권한을 증명할 서면이 없거나 또는 수표의 반환이 없으면 제3채무자는 변제하지 않을 수 있다. 다만 이는 委任에 의한 代理行爲에 지나지 않는다.

第五十九 債權者는 債務者의 行爲를 取消할 수 있는가

예컨대 無資力인 債務者가 그 財産의 全部 또는 一部를 他人에게 贈與하는 경우에 債權者는 이 贈與를 無效로 할 수 있는가. 만약 이 權利가 있다면 이에 必要한 條件은 어떠한가. 예컨대 債務者 또는 受贈者가 債權者에게 損害를 입히는 것을

아는지 與否에 따라 區別이 없는가. 또 이를 裁判所에 提訴하는 일이 必要하지 않는가. 또 그 效力은 어떠한가. 예컨대 그 贈與는 完全無效로 되는가. 取消을 한 債權者를 위해서만 이를 無效로 보는가, 아니면 모든 債權者를 위해서 이를 無效로 보는가. 등

채무자가 채권자에게 손해를 입힐 법률행위를 하면 채권자는 그 행위의 취소를 요구할 수 있다. 그러나 그가 취소를 청구함에는 채무자의 행위가 무상행위 또는 이와 동일시할 수 있는 행위일 것을 요한다. 또 그 행위로 말미암아 직접 채권자에게 손해를 입힐 것을 필요로 하는 듯하다. 그러므로 가령 채무자가 재산을 감소하고 이 때문에 채권자에게 손해를 입힌 경우라도 그 행위가 相當代價가 있는 때 등 보통의 有償行爲인 때에는 채권자는 이의 취소를 청구할 수 없다. 또 그 행위가 증여 등 무상행위인 때라도 행위 당시에 채무자의 자력이 변제하기에 충분하면 가령 후일에 재산의 감소를 초래하여 이 때문에 무자력으로 될 수 있어도 그 증여의 취소를 청구할 수 없다. 그리고 채무자 또는 수익자가 채권자에게 손해를 끼치는 것을 아는지의 여부를 묻지 않는 듯하다(다만 채무자가 채권자에게 손해를 입히는 것을 모르는 경우는 거의 없는 듯하다). 수익자가 이를 다시 타인에게 양도한 경우에는 轉得者의 善意·惡意를 논하지 않고 채권자는 그 행위의 취소를 청구할 수 없는 것 같다.

채권자가 채무자의 행위의 취소를 청구함에는 먼저 이를 채무자에게 청구하고, 만약 응하지 않으면 관에 제소하여 그 취소를 구한다. 또 채무자가 이에 응하여도 수익자가 이를 수궁하지 않으면 마찬가지로 관에 제소하여 취소를 구하는 것이다. 그러므로 관에 대한 제소는 취소를 청구함에 대한 필요조건은 아니다.

또 위와 같은 경우 취소의 효력은 완전히 그 행위를 무효로 하는 것이 아니고, 단지 채권자를 위해서 이를 무효로 하는 것에 불과하다. 따라서 수익자는 그가 받은 이익의 전부를 반환할 필요가 있는 경우에는 스스로 채권자에게 변제를 하고 그 행위의 취소를 면할 수

있다. 그리고 그 취소로 이익을 받는 자는 취소를 청구한 채권자만이 아니라, 다른 채권자도 역시 평등하게 그 이익을 받는 것이다.

第六十 債權者 또는 債務者가 數人인 境遇에는 各自의 權利義務는 어떠한가

예컨대 그 債權·債務는 一個로 보는가, 數個로 보는가. 만약 一個로 본다면 各當事者는 어떠한 權利·義務를 갖는가. 예컨대 債權者는 모두 共同으로 하지 않으면 辨濟를 請求할 수 없는가, 아니면 各自가 獨立으로 이를 請求할 수 있는가. 위의 경우에도 辨濟를 받은 후 債權者 사이의 關係는 어떠한가. 또 一人의 債權者와 債務者 사이의 行爲의 效力은 어떠한가. 또 債務者가 數人인 境遇에는 모두 共同으로 履行을 해야 하는가, 아니면 各自 獨立으로 이를 할 수 있는가. 위의 경우에도 履行을 한 후 債務者 사이의 關係는 어떠한가. 또 一人의 債務者와 債權者 사이의 行爲의 效力은 어떠한가. 만약 債權·債務가 當事者 사이에 分屬하는 것으로 보는가. 債務者가 債權者 一人을 위해서, 또는 債務者 一人이 債權者에 대해 履行하지 않으면 어떠한가. 등

채권자 또는 채무자가 수인인 예는 주로 契 또는 同業[同事]의 경우이지만, 이러한 경우에는 그 채권 채무의 관계는 계와 동업의 관계에 따라 결정되는 것이므로, 단지 채권자·채무자가 다수인 경우와 동일시할 수 없다. 그러므로 組合[第 101 問]과 會社[第 185 問]의 설명으로 미루고, 여기에서는 기타의 경우만을 기술하고자 한다.

채권자가 수인인 것은 예컨대 수인이 공동으로 金錢·米穀 등을 대여한 경우에 그 변제를 받을 권리에 대해, 또는 수인이 공유물을 매각하거나 또는 공동으로 物을 매수한 경우에 그 대금을 받을 권리나 物을 인수할 권리 등에서 그 예를 볼 수 있다. 그리고 이와 같은 경우에는 그 채권은 각채권자에게 분할되는 것으로 보지 않고 수인

의 채권자가 공동으로 1개의 채권을 가지는 것으로 간주한다. 따라서 그 변제의 청구는 전채권자가 공동으로 해야 하는 것이지만, 채권자 가운데 不在 등의 사유로 이에 참가하지 못하는 자가 있으면 나머지 채권자만이 이를 청구하는 것도 무방하다. 변제를 받은 후의 채권자 사이의 관계는 경우에 따라 같지 않으므로, 권리의 지분에 따라 이를 분할하거나 또는 공유로 하며 처음부터 그 취득부분이 정하여진 예도 있다. 그리고 채권자 1인과 채무자간의 행위, 예컨대 免除·更改·相計 등은 그 채권자의 권리의 지분에 대해서만 효력이 발생하고 채무자는 그 부분에 대해 채무를 면하는 것이다.

채무자가 수인인 예는 수인이 공동으로 物을 매입하여 그 대금지 불의무를 지는 경우, 또는 수인이 공동으로 물건을 매각하여 그 인도의무를 지는 경우 등에서 볼 수 있다. 그리고 이와 같은 경우에는 그 채무는 수인이 공동으로 부담하는 1개의 채무로 간주된다. 따라서 채권자는 채무자 전원에 대해서 그 이행을 청구해야 하는 것이다(채무자 가운데 부채자가 있으면 나머지 채무자에 대해서 물론 청구할 수 있다). 그러나 채무자간에는 일정한 부담부분이 있으므로 만약 그 1인이 자기의 부담부분이외에 변제를 하면 각채무자의 부담부분에 따라 求償할 수 있고, 만약 채무자 가운데 무자력, 도망 등으로 상환하지 않는 자가 있으면 다른 채무자가 그 자의 부담부분을 분담해야 한다. 그래서 변제를 한 채무자는 그 부분에 대해서도 역시 구상권을 행사할 수 있다. 또 채권자와 채무자 1인 사이의 행위, 예컨대 免除·更改·相計 등은 다른 채무자에 대해서도 효력이 미친다. 그래서 免除·相計 등으로 채무를 소멸한 채무자가 다른 채무자에 대해 그 出捐의 범위내에서 구상할 수 있는 것은 변제의 경우와 다르지 않다.

상술한 것 외에 채무의 목적이 분할이행을 허용하지 않는 경우에는 언제나 수인의 채권자 또는 채무자가 있다. 그렇지만 이는 다음 問項에서 기술하기로 한다. 또 조선에는 同貸라는 것이 있는데, 수인의 채무자가 있는 경우의 適例에 해당하지만 連帶債務와 흡사하므로 連帶債務[第 62 問]에서 설명하기로 한다.

第六十一 不可分債務에 관한 慣習은 어떠한가

예컨대 一個의 特定物의 引渡를 債權의 目的으로 하는 경우에 債權者 또는 債務者가 數人이면 어떠한가. 이하는 前問의 前段과 같다.

채무의 목적이 그 성질상 분할이행이 허용되지 않는 사례를 드물게 볼 수 있다. 예컨대 수인이 한 棟의 건물 또는 소나 말 한 마리를 인도할 의무를 부담하는 경우, 수인이 공동으로 일개의 物을 매입하고 이를 인수할 권리를 갖는 경우 등이다. 그러나 당사자의 의사표시에 의한 불가분채무는 아직 적절한 사례를 찾지 못하였다.

불가분채무에 대하여 채권자가 수인이면 채권자 1인은 채권자 전원을 위해 이행을 청구할 수 있고, 따라서 채무자도 역시 채권자 1인에 대해 채권자 전원을 위해 이행할 수 있다. 그리고 조선인의 관념으로는 이 경우에 채권자 1인은 다른 채권자의 대리인을 겸하는 것이라고 여긴다. 그러므로 이 경우에 채권자 1인이 변제를 수령하면 채권자 전원이 공동으로 변제를 수령한 것과 동일하므로 채무는 채권자 전원에 대해 소멸한다. 각채권자간에는 그 수령물은 일단 공유상태로 되고 그 취득분[持分]에 따라 적당한 조치를 하는 것이다. 또 채권자 1인과 채무자간에 채무의 免除·更改가 있는 때라도 다른 채권자가 전부의 이행을 청구하는 것은 조금도 방해가 되지 않는다. 다만 변제를 수령한 후 면제·경계를 한 채권자의 취득부분에 따라 채무자에게 상환해야 할 뿐이다.

불가분채무에 대하여 채무자가 수인이면 채권자는 채무자 1인에 대하여 전부의 이행을 청구할 수 있고, 반드시 채무자 전원에 대하여 청구할 필요는 없다. 또 채무자 1인은 채무자 전원을 위하여 전부를 이행할 수 있다. 그래서 채무자 1인이 전부를 이행하면 다른 채무자의 대리인을 겸하여 이를 한 것으로 보기 때문에 각 채무자는 채무를 면하고, 이행한 채무자는 자기의 출연범위내에서 다른 채무자에

대해서 그 부담부분을 구상할 수 있다. 만약 채무자 중 무자력·도망 등의 사정으로 구상을 할 수 없는 자가 있으면 나머지 채무자가 그 부담부분을 분담하는 것이므로 그 부분에 대해서도 역시 求償權을 행사할 수 있다.

第六十二 連帶債務에 관한 慣習은 어떠한가

當事者間에 連帶 또는 이와 類似한 特約을 하는 예가 있는가. 또 慣習上 이와 同一한 關係가 있는 경우가 있는가. 예컨대 數人의 債務者가 있는 경우에 통상 各自는 一部の 債務를 負擔하는 것에 지나지 않지만, 特約 등 特別한 事情이 있으면 債權者가 債務者 一人에 대해 全額을 請求할 수 있는 예가 있는가. 또 債權者와 債務者 一人 사이의 行爲效力은 다른 債務者에게 미치지 않는 것이 통례이지만, 特約 또는 慣習으로 다른 債務者에게 미치는 경우가 있는가. 만약 이러한 것이 있다면 그 效力의 자세한 내용을 밝히시오. 또 債務者 一人이 全部辨濟를 하면 다른 債務者에 대해 어떤 權利가 있는가. 등

조선에는 수인이 공동으로 금전, 미곡 등을 차용하는 것을 同貸라고 부르며, 各借主는 대략 連帶와 같은 관계가 성립한다. 그렇지만 이 경우에는 수인이 공동으로 1개의 채무를 부담하는 것으로 간주하고 각채무자가 각각 1개의 채무를 부담하는 것으로 보지 않으므로, 그리고 채무자간의 부담부분은 채권자에 대해서 아무런 관계가 없다. 채권자는 그 수인에 대해서 1개의 채권을 가지고, 채무자 1인으로부터 변제를 받는 것과 그 전원으로부터 변제를 받는 것을 구별하지 않으므로, 결국 그 수인의 채무자에 의해 전부의 변제를 받는 것을 목적으로 하는 것이다. 채권자가 이행의 청구를 하는 경우에는 채무자 전원에게 청구를 할 수 있음은 물론 그 가운데 1인 또는 일부인에 대해서도 전부의 이행을 청구하는 것은 무방하다. 또 채무자에게도 그 채무는 전원이 이행해야 하는 것임과 동시에 1인이라도 이

행하지 않으면 안되는 것이므로, 전원에 대해서 이행의 청구가 없거나 또는 자기 1인에 대한 이행의 청구가 없는 것을 이유로 이행을 거절할 수 없다. 그렇지만 수인의 채무자에 대해 동시에 각각 전부의 이행을 청구하는 것은 관습이 인정하지 않는 바이므로, 채권자가 수인의 채무자에 대해 동시에 청구를 하는 경우에는 그 총액이 채무전액을 초과하지 않아야 한다. 그리고 채무자 1인 또는 일부인이 변제를 하면 채무는 채무자 전원에 대해서 소멸하고 그 채무자는 다른 채무자에 대해서 각자의 부담부분에 대해서 상환을 청구할 수 있다. 만약 상환해야 하는 채무자 가운데 무자력, 도망 등의 사정으로 상환을 할 수 없는 자가 있으면 나머지 채무자가 그 부담부분에 따라 부담해야 하는 것은 다른 다수당사자의 채무에서와 다르지 않다. 또 채권자와 채무자 1인간에서의 행위, 예컨대 請求·延期·免除·更改·相計 등은 다른 채무자에도 효력을 미친다. 그리고 그 채무자는 자기가 출연한 한도내에서 다른 채무자에 대해 구상권을 가지는 것은 변제의 경우와 같다.

不法行爲에 의한 손해배상, 주로 치료비의 배상에 대해서는 수인이 공동의 불법행위인 때라도 각자가 그 전부를 책임지는 것이 관습이므로 어느 정도 연대(채무)에 가까운 책임을 인정하는 것이라고 하겠다.

특약으로 연대 또는 이와 유사한 책임을 발생시키는 것은 최근 수년 이래에 드물게 보이는 것이라고 하나, 과거에는 이와 같은 특약을 하는 예는 절대로 없었다고 한다.

同貸證書의 書式은 <표 62>와 같다.

또 조선에서는 수인이 공동으로 금전·미곡을 차용한 경우에 그 가운데 신용이 있는 자 一人의 명의로 手票를 발행(差入)하는 예가 있다. 이 경우에 채권자에 대한 관계에서는 그 명의인만이 채무자이지만, 각 채무자간에서는 同貸의 경우와 동일한 관계가 발생하는 것이다.

〈丑 62〉 同貨證書

1.

2.

年 月 日 某處手票

右手票段要用所致仍乙于右員前錢文幾百兩價用是矣邊則每朔每兩頭(付券二)

三分式具邊限則來明年何月何日準數報給次成票事

同貨主	筆執證人	
姓 姓 姓	姓 姓 姓	
名 名 名	名 名 名	

年 月 日 某處票

右票段矣要用次同人處錢文幾兩貸出爲去乎生殖(利息)則依十三例(月三分)某月

某日竝本利照數還報之意如是成票事

票主	證筆	
姓 姓 姓	姓 姓 姓	
名 名 名	名 名 名	

第六十三 保證人の責任은 어떠한가

예컨대 債權者는 主債務者에게 催告를 하지 않고 곧바로 保證人에게 請求를 할 수 있는가, 主債務者에게 催告를 한 후가 아니면 保證人에게 請求를 할 수 없는가, 아니면 主債務者에게 資産이 없는 경우에 限하여 保證人에게 請求를 할 수 있는가.

조선에서는 保證債務를 부담하는 자를 保人이라고 부르고, 과거의 관습상 주채무자가 채무이행을 할 수 없는 경우에 그 이행을 책임지는 것으로 하였다. 그러므로 주채무자가 기한을 넘기고 채무를 이행하지 않은 사실만으로 곧바로 보인에게 이행의 책임이 있다고 할 수 없다. 보인이 이행을 해야 할 요건으로는 주채무자에게 변제자력이 없는 경우 또는 이에 준하는 경우 <후술>에 한하는 것이다.

보인은 위와 같이 주채무자가 이행할 수 없는 경우에 그 이행책임을 지는 것이다. 채권자가 기한이 되어 곧바로 보인에게 청구를 하면 보인은 먼저 주채무자에게 청구하라고 요구할 수 있다. 또 채권자가 주채무자에게 이미 청구한 경우라도 주채무자에게 자력이 있으면 보인은 소송이나 강제이행의 방법으로 변제받을 것을 요구하고 그 청구에 응하지 않을 수 있다. 그러나 주채무자가 도망하거나 원지로 이사한 경우에는 채권자는 즉시 보인에게 청구할 수 있고, 보인은 채무자에게 자력이 있는 것을 이유로 그 청구를 거절할 수 없다. 다만 주채무자의 잔류재산이 있으면 官賣를 청구하여 채권자에게 변제를 받게 하고 부족액에 대해서만 스스로 책임을 지는 것이다.

보인이 주채무자에게 청구하거나 집행할 것을 요구함에도 불구하고, 채권자가 이를 해태하였기 때문에 채권의 전부를 변제받을 수 없는 경우에는 그 과실을 이유로 하여 보인이 그 책임을 감면받을 수 있는 관습의 존부에 대해서는 변제를 받을 수 있는 한도내에서 감면해야 한다는 관념을 갖는 자가 적지 않으나, 아직 관습으로 확정된 바는 없다.

주채무자와 보인을 동시에 제소할 수 있는가에 대해서는 과거에는

동시에 제소하는 경우가 오히려 많았다고 한다. 그러나 보인에 대하여 주채무자와 동시에 제소하여야 하기 때문에 그를 제소하는 것이 아니라, 편의상 보충채무자를 병합하여 제소하는 것에 지나지 않는다. 그러므로 이와 같은 경우에는 관은 먼저 주채무자에게 변제를 명하고, 만약 응하지 않으면 그 재산을 판매하여 채권자에게 변제하고, 부족한 경우에 비로소 보인에게 변제를 명하였다고 한다.

保人이 連署한 手票의 일례를 <표 63>에 제시한다.

<표 63> 保人連署手票

右 標 段 同 前 號 七 千 兩 債 用 而 二 期 過 文 二 百 八 十 兩 竝 以 來 四 月 同 日 備 報 事	
己 酉 二 月 十 五 日	標
債 用 主	保 人
韓 永 輔	成 元 道

第六十四 保證인이 二人 以上 있는 경우에 各自의 責任은 어떠한가

예컨대 各自에 對해 全額을 請求할 수 있는가, 아니면 그 人員數에 따라 一部를 請求할 수 있는 것에 그치는가.

保인이 2인 이상 있는 경우에는 그 전원이 채무전액을 담보하는 것으로 보기 때문에 각자의 책임은 일용 그 인원수에 따라 분할되어, 예컨대 보인이 3인이면 채권자는 각보인에 대하여 채권액의 1/3의 이행을 청구할 수 있는 것에 그치고, 1인의 보인에 대해 그 전부를 청구할 수 없다. 만약 채권자가 그 비율을 초과한 청구를 하면, 그 청구를 받은 보인은 그 초과부분에 대해 다른 보인에게 청구할 것을 요구하여 그 이행을 거절할 수 있다. 그러나 만약 보인 가운데 무자력자가 있거나 도망하여 이행하지 않는 자가 있으면 채권자는 나머지 보인에게 그 자가 이행해야 할 부분도 분담시킬 수 있다. 따라서 채권자는 가령 보인 가운데 불이행자가 생겨도 나머지 보인에게 자력이 있으면 결국 전부의 이행을 받을 수 있다. 이에 반하여 보인은 일단 그 인원수에 따라 그 책임을 분담할 수 있으나, 불이행자가 있으면 그 책임의 범위가 증대하고 경우에 따라서는 전부에 대해 책임을 지는 결과로 될 수 있다. 그러므로 보인이 2인 이상 있는 경우에도 결과적으로 보면 同貸 등 채무자가 수인 있는 경우와 거의 다르지 않을 것이다. 다만 처음부터 그 전액의 청구를 받지 않는 점에서 다른 경우와 서로 같지 않을 뿐이다.

第六十五 債權者와 主債務者間의 行爲는 그 效力이 保證人에게 미치는가

예컨대 債權者가 主債務者에 對해서 請求를 한 경우에는 마치 保證人에 對해서도 請求를 한 것과 같은 效力이 發生하는지 여부

채권자와 주채무자간의 행위는 그 효력이 保人에게 미치는 경우가 많다. 예컨대 主債務의 辨濟·更改·相計·免除·混同 등은 주채무를 소멸시킴과 동시에 당연히 保證債務을 소멸시키는 것이다. 그렇지만 주채무자와 보증채무자간에 한 채무연기가 보증인에게 효력을 미치는지 여부에 대해서는 관습이 불분명하다. 그런데 채무의 연기를 무엇보다 채무자의 이익으로 여기는 자는 자칫하면 그 효력이 보인에게 미쳐야 한다고 하지만, 이는 오직 보증인의 책임만 중하게 하는 경우에만 그러하다고 하겠다. 도리어 보인에게 불리한 경우에는 미치지 않는 것이 일반의 관념이라고 보아야 할 듯하다. 또 이행의 청구는 不確定期限附債務에 대해서는 보인에게 효력을 미치고, 따라서 채권자가 주채무자에게 청구를 하면 보인도 역시 그 기한의 도래를 인정하지 않으면 안된다. 그러나 보인을 세우는 경우에는 確定期限임이 상례이고 不確定期限附債務에 대해 보인을 세우는 예는 거의 보지 못하였다. 기타 이행의 청구로 주채무자가 지체의 책임을 져야 하는 경우에는 보인도 역시 그 책임에서 벗어날 수 없는 듯하다.

第六十六 保證인이 辨濟를 하면 主債務者에 대해 어떠한 權利를 갖는가

예컨대 辨濟를 한 金額의 返還을 請求하는 것에 그치는가, 아니면 利子 등 損害賠償을 請求할 수 있는가.

주채무자의 부탁으로 보증인이 된 자가 변제를 하거나 또는 자기의 出捐으로 채무를 소멸시키면 주채무자에 대해 상환을 청구할 수 있다. 그리고 그 求償權을 행사할 수 있는 범위는 변제 또는 출연을 한 금액과 이에 대한 변제 또는 출연일 이후의 보통이율에 의한 이자와 이행에 소요된 비용 등이다. 손해배상에 대해서는 관습으로 불명한 것이 없다.

주채무자의 부탁없이 또는 그 의사에 반하여 보인이 되는 등의 사례는 거의 있지 않다. 따라서 이러한 경우의 관습에 대해서는 조사결

과를 얻은 바가 전혀 없다.

第六十七 保證인이 數人인 境遇에 그 一人이 全額을 辨濟하면 다른 保證인에 대해서는 어떤 權利를 갖는가

예컨대 그 一人은 다른 一人에 대해 自己의 負擔部分을 除外한 殘額의 全部를 請求할 수 있는가, 아니면 그 人員數에 따라 各自에 대해 一部の 償還만을 請求할 수 있는가.

수인의 保인이 있는 경우에는 그 책임은 일용 각 보인간에 분할되는 것이지만, 보인 중에 불이행자가 있으면 그 자의 부분도 분담해야 하는 것은 기술한 바와 같다. 그리고 보인이 수인인 경우는 매우 적고, 많아도 2, 3인 정도가 통례이다. 그러므로 1, 2인의 불이행자가 있으면 어쩔 수 없이 1인이 전액을 이행하지 않을 수 없는 경우가 발생한다. 또 전액의 변제를 할 필요가 없는 경우에도 1인이 다른 보인의 부담부분을 병합하여 이행하는 것은 조금도 방해받지 않는다. 그래서 보인 중 1인이 자진해서 전액변제를 하는 것 역시 그 예가 없지 않다. 그리고 이와 같은 경우에는 변제를 한 보인은 다른 보인에 대해 각자의 부담부분에 대해서만 상환을 청구할 수 있고, 1인에 대해 자기의 부담부분 이외의 총액을 청구할 수 없다. 그렇지만 무차력, 도망 등으로 상환하지 못한 자가 있으면 그 자의 부담부분에 대해서는 나머지 보인과 균분하여 부담하는 것이 관습이므로 그 부담액에 대해서도 역시 구상권을 행사할 수 있다.

第六十八 債權을 讓渡할 수 있는가

債權을 讓渡할 수 있다면 債權者와 債務者의 特約으로 그 讓渡를 禁止할 수 있는가. 또 慣習上 讓渡할 수 없는 債權이 있는가. 또 이를 讓渡함에 필요한 節次가 있는가. 예컨대 債務者의 承諾이 필요한가, 아닌가. 만약 필요없다면 債務者가 讓渡

를 알지 못하고 舊債權者에게 辨濟를 하면 그 辨濟의 效力은 어떻게 되는가.

채권에는 扶養을 받을 권리처럼 채권의 양도가 그 본지에 어긋나는 것이 있다. 이러한 종류의 채권은 그 성질상 양도해서는 안되는 것이므로, 조선의 관습에도 그 양도를 인정하지 않는다. 또 賃借權, 使用借權, 勞務를 目的으로 하는 債權 등은 貸主 또는 勞務者의 承諾이 있으면 이를 양도할 수 없지 않다고 하지만, 관습상 양도할 수 없는 것을 원칙으로 한다. 그리고 이러한 특별한 것을 제외하고는 채권은 대개 양도할 수 있는 것이다.

채권양도의 절차는 채권의 종류에 따라 반드시 일정하지 않다. 그 일반의 예를 아래에 서술하기로 한다.

1. 金錢 또는 物의 寄託에 의한 債權

寄託은 이를 任置라고 부르며, 금전을 기탁한 경우는 항상 금전의 소비를 허용한다. 그리고 임치의 증거로 受託者가 任置票라는 證書를 寄託者에게 교부하는 것이 상례이고, 기탁자는 임치표의 교부로 임치물을 반환받을 권리를 타인에게 양도할 수 있고, 달리 아무런 절차가 필요없다. 또 수탁자는 누구에게나 임치표의 所持人[持參人]에게 임치물을 반환하는 것이다.

2. 어음에 의한 債權

어음에 의한 채권의 양도는, 어음의 교부만으로 하는 것은 임치에 의한 채권의 경우와 다르지 않다. 그리고 어음에 의한 채권을 양수하려는 자는 그 어음을 채무자에게 제시하고 지불을 할 것인가를 확인한 후 이를 양수하는 것이 상례이다. 이는 마치 그 양도에 채무자의 승락이 필요한 듯하지만, 이는 다만 양수인이 안전을 도모하는 방법

에 지나지 않는다. 이 절차의 이행여부는 양도의 효력에 전혀 영향을 미치지 않는다.

3. 物의 引渡 金錢의 支拂을 받을 債權

買受物의 引渡를 받거나 賣渡物의 代金을 받을 권리, 기타 家賃·小作料·報酬 등의 지拂을 받을 권리를 양도함에는 어떠한 절차도 필요없다. 만약 증서가 있으면 이를 양수인에게 인도할 뿐이다. 그렇지만 채무자는 갑자기 양수인으로부터 청구를 받으면 즉시 그 양도를 믿기 어렵기 때문에 채권자는 양도를 채무자에게 통지하는 것이 상례이다. 이는 채무자에게 대항함에 필요한 조건으로 볼 수는 없지 않을까.

4. 金穀의 貸借에 의한 債權

金穀의 대차에 의한 채권의 양도에 대해서는 채무자의 승락이 필요하고, 채무자는 승락을 거절할 수 없다는 것이 통설이다. 그리고 그 승락의 의사표시는 굳이 채권자에 대해서 할 필요가 없는 것이다. 실제로는 채권자가 승락을 요구하는 예는 오히려 드물며, 대개 양수인이 그 채권을 변제할 것인가를 확인하는 것이 상례인 듯하다. 즉 이 점에서는 어음에 의한 채권양도와 매우 비슷하지만, 그 必要條件인지의 여부에 차이가 있다. 또 平壤地方에서는 債權證書인 手票에 채권자 명의를 기재하지 않는 것이 통례이고, 이를 기재하는 것은 아주 드물다. 그리고 그 기재의 여부와 관계없이 단순히 手票의 교부만으로 양도를 하고 굳이 채무자의 승락을 받을 필요가 없다고 한다.

金穀의 대차로 인한 채권의 양도에 증서의 改書[書換]가 필요한지 여부에 대해서는 한편으로는 증서가 없는 경우에 특별히 讓渡證書를 작성하는 예가 있다. 또 아주 드물게는 증서가 있는 경우에 이를 개서하지 않고, 양도증서를 첨부하는 예가 있다. 하지만 증서의 개서

여부는 일용 양수인의 임의로, 양수인이 그 개서를 바라는 경우에만 이를 개서하는 것이다.

당사가 의사표시로 채권의 양도를 금지하는 것은 그 예를 거의 볼 수 없으므로 이에 관한 관습도 또한 불분명하다.

第六十九 第三者가 한 辨濟는 有效한가.

만약 이것이 有效하다면 必要한 條件이 없는가. 예컨대 어떠한 者라도 有效하게 辨濟를 할 수 있는가. 債權者 또는 債務者의 意思에 反해서도 이를 할 수 있는가.

채무자가 변제를 할 수 없어서 곤경에 처한 경우 또는 도망하여 변제를 하지 않은 경우 등에 친척, 친구 등이 채무자를 대신하여 변제를 하는 것은 그 사례가 가끔 있다. 또 擔保物의 貸與者[物上保證人], 保人, 擔保物을 취득하려는 자 등 변제를 함에 대하여 이해관계가 있는 자가 채무자를 대신하여 변제를 하는 예도 자주 있는 바이다. 이러한 자들이 한 변제를 관습상 유효로 하였으므로 조선에서도 제3자의 변제를 인정한 것은 물론이다. 그러나 변제를 할 수 있는 자의 범위에 대해서는 관습상 확연하지 않다고 하나, 일반관념으로 추측한다면 친척, 친구처럼 情義上의 關係者, 담보물의 대여자, 보인 등처럼 財產上의 利害關係者 이외에는 채무자의 승락이 있지 않으면 유효한 변제를 할 수 없다. 또 재산상 이해관계가 있는 자가 아니면 채무자의 의사에 반하여 변제를 할 수 없다고 하는 것이 온당할 것이다.

第七十 領收證의 所持人에게 한 辨濟는 有效한가

즉 債權者의 使者라고 하는 者가 領收證을 所持한 경우에 債務者가 그에게 辨濟를 하고 그 義務를 免할 수 있는가.

채권자의 領收證[受取證書]을 소지한 자에 대해 채무자가 善意로 변제를 하면 가령 영수증소지자에게 수령권이 없을지라도 그 변제는

유효하고 채무자는 의무를 면할 수 있다. 그리고 채무자는 영수증의 소지인이 과연 수령권한을 갖는지를 조사할 의무는 없다. 그러나 만약 그 권한이 없음을 알았음에도 불구하고 惡意로 그에게 변제한 경우에는 채권자에 대해 그 책임을 지지 않을 수 없으므로, 이 경우에는 그 변제는 무효라고 한다.

第七十一 辨濟場所에 관한 慣習은 어떠한가

예컨대 特定物의 引渡를 目的으로 하는 債務의 辨濟는 特定物의 所在地에서 이를 해야 하는 등의 慣習이 없는가. 또 金錢 등 不特定物의 給付를 目的으로 하는 債務 등은 債權者의 住所地에서 이를 辨濟해야 하는가, 債務者의 住所地에서 辨濟해야 하는가, 아니면 다른 場所에서 이를 辨濟해야 하는가.

채무를 이행해야 하는 장소에 대해서는 특별히 계약으로 이를 정하는 예가 있다. 또 店鋪·市場에서 하는 매매는 물의 인도·대금의 지불은 모두 그 점포·시장에서 이를 하는 것이 통례이므로, 이행장소에 대해 문제가 발생하는 경우는 적다. 그러나 특약이 없고 또 점포, 시장 등에서 하지 않는 매매 등 계약에 의한 채무의 이행장소에 대해서는 관습상 일정한 것이 없다. 예컨대 특정물을 매매한 경우에는 매매 당시 그 물이 있던 장소에서 이를 수수하고 또 대금을 지불하는 것이 관습(物의 매매의 경우에는 대개 物의 인도와 대금의 지불이 동시에 이루어지므로 物의 소재지가 대금의 지불장소가 되지만, 대금을 후일에 지불하기로 하는 경우에는 賣護人의 住所)이다. 그런데 물의 소재지는 동시에 매도인의 주소인 경우가 가장 많기 때문에 마치 매도인의 주소가 이행장소인 듯한 느낌이 있다. 또 불특정물의 매매에서는 매도인의 주소에서 物을 수수하고 대금을 지불하도록 하는 것이다. 그렇지만 物의 반환에 대해서는 채권자의 주소에서 하고 소작료 기타 借地料, 家賃을 비롯한 物의 借賃 등의 지불에 대해서도 역시 채권자의 주소에서 하는 것이 상례이다. 다만 수확물로 하는 차지료는 만약 채권자의 주소가 채무자의 주소와 멀리 떨어진 경우(30里 이상을 限度로 한다는 說이 있다. 원문은 3里일)

소에서 이를 징수하거나, 또는 비용을 부담하고 자기의 주소에 운반 시키는 것이 관례이다. 그런데 대개 마름[숨푼]이라고 하는 徵收代理權이 있는 자를 선정하여 그가 징수하므로 채무자는 마름의 주소에서 이행하는 것이 통례이다(다만 威鏡北道 慶興, 坡津 등지에서는 경작지 또는 채무자의 주소에서 함이 관례라고 한다). 이외에 대차에 의한 금전채무에 대해서는 元利 모두 채권자의 거소 또는 주소에서 변제하는 것이 관례이다. 다만 어음 등 無記名債權에 대해서는 채무자의 주소에서 그 변제를 청구하는 것이 관례라고 한다.

第七十二 債務者が 辨濟하면 債權者에 대해서 領收證을 請求할 權利가 있는가

만약 債權者가 債務者에게 領收證을 交付하지 않으면 債務者는 辨濟를 拒絶할 수 있는가, 아니면 일단 辨濟를 한 후 그 交付를 請求해야 하는가.

채권증서가 없는 채권에 대해서는 채무자가 변제를 할 경우에는 동시에 채권자로부터 영수증[受取證書]을 교부받을 수 있고, 채권자가 영수증의 교부를 수긍하지 않으면 채무자는 변제를 하지 않을 수 있다. 그렇지만 채권증서가 있는 경우에는 그 증서와 교환으로 변제를 하는 것이 관례이므로, 특별히 영수증의 교부를 청구하지는 않는 듯하다. 따라서 채무자가 채권증서의 반환을 받는 외에 다시 영수증의 교부를 청구할 수 있는 관습은 없다.

영수증은 捧上票라고 하며 그 서식은 <표 72>와 같다

第七十三 債務者が 辨濟하면 債權證書의 返還을 請求할 權利가 있는가

만약 債權者가 債權證書를 債務者에게 返還하지 않으면 債務者는 辨濟를 拒絶할 수 있는가, 아니면 일단 辨濟한 후 그 返還을 請求해야 하는가.

<丑 72-1> 單純領收證[受取證書]

<丑 72-2> 貸金領收證

年 月 日

錢 文 何 十 兩 捧 上 印

票 主 姓 名 印

年 月 日

右 票 段 右 人 許 何 年 月 日 貸 給 錢 至 今 具 利 合 何 千 兩 准 數 捧 上 事

票 主 姓 名 印

조선의 관습에는 채권자가 변제를 수령하는 경우에는 이와 교환하여 채권증서를 채무자에게 반환하는 것은 위에서 언급한 바와 같다. 그러므로 만약 채권자가 채권증서를 반환하지 않으면 채무자는 변제를 거절할 수 있다. 그렇지만 채권자가 채권증서를 분실하거나 부득이한 사유로 이를 반환할 수 없으면 채권자는 후일 그 증서를 발견

하여도 다시 청구하지 않는다는 취지의 증서를 작성·교부한 후, 채무자가 변제를 하는 것이 상례이다. 그래서 이 경우에는 채권증서를 반환하지 않은 것을 이유로 그 변제를 거절할 수 없다. 다만 無記名證書에서는 이와 같은 특례를 인정하지 않는다. 그리고 그 증서는 보통 不忘記 또는 闕失票라고 부르며 그 양식은 대략 <표 73>과 같다.

<표 73-1> 不忘記

年 月 日 某 前不忘記	右票段右人許何年月日債給鏡今具利舉捧而當初放債時捧票闕失未能還出 給故茲論理成票日後本票若或竟得又還送以矣他人雖或拾得休紙施行之意 成票事	票主 姓名 姓名
--------------------	---	----------------

<표 73-2> 闕失票

某 年 月 日 某 前闕失票	右闕失票段鏡幾圓票倉闕失故不得許與而日後若有携貳之弊則持此文記 卞正事	闕失票主 某 團
----------------------	--	----------------

第七十四 債權者가 辨濟의 受領을 拒絶하면 債務者는 어떻게 해야 하는가

예컨대 단지 辨濟를 提供한 것만으로 不履行의 責任을 免할 수 있는가. 또는 一定場所에서 債務의 目的物을 委託하여야 그 責任을 免할 수 있는가. 또한 一定場所에 委託하면 완전히 債務를 免할 수 있는가. 아니면 전혀 이와 같은 慣習이 없는가.

채권자가 변제의 수령을 거절한 경우에 채무자가 취해야 할 방법에 대해서는 관습상 일정한 예가 없고, 또 채무의 목적물을 위탁하여 변제를 대신하는 등의 관례도 보이지 않는다. 그렇지만 채무자가 실제로 변제의 제공을 하고 또 그 내용이 채무의 본지에 적합하면 채무자는 이후 지연책임을 지는 예가 없다고 한다. 만약 物의 보관에 비용이 소요되면 채권자에 대해서 이의 배상을 청구하지 않을 수 없다는 것이 통설이므로, 그 관념의 대강을 알 수 있다.

第七十五 保證人 등 他人을 위해 辨濟한 者는 債權者의 權利를 代位할 수 있는가

예컨대 債權者가 抵當權을 가지고 있는 경우에 保證人이 辨濟하면 그 抵當權을 實行하여 辨濟한 것을 償還받을 權利가 있는가. 또 이 權利를 갖는 者와 그렇지 않은 者가 있다면 갖는 者를 列擧하시오.

代位에 대해서는 관습으로 볼 만한 것이 적고, 특히 채권자의 의사에 의한 대위 또는 채무자의 의사에 의한 대위 등은 거의 있지 않는 듯하다. 그렇지만 타인을 위해 채무를 변제한 자는 만약 그 채무에 담보물이 있으면 그 담보물에 대해서는 자기의 구상권의 범위내에서 채권자와 동일한 권리를 가지므로, 이 점에서는 관습상 대위를 인정하는 것으로 해석할 수 있다. 그리고 이러한 대위를 할 수 있는 자는

保人, 共同債務者 또는 典當物의 貸與者 등 변제를 함에 정당한 이익이 있는 자에 한정하지 않고, 적어도 유효한 변제를 한 자는 누구나 변제를 이유로 당연히 그 대위권을 취득하는 것이다. 그렇지만 실제로는 보인이 있는 경우에 전당이 있는 예가 적고, 또 공동채무에 대해 전당권을 설정하는 예는 아주 드물기 때문에 보인 또는 공동채무자가 대위권을 행사하는 경우는 거의 생기지 않는다. 가령 전당과 보인이 병존하는 경우 또는 공동채무에 대해 전당이 있는 경우라도 보인 또는 공동채무자가 변제를 하는 것은 대개 전당물로 변제를 하고도 부족한 때에 한하는 것이므로, 대위권을 행사할 여지가 없는 것이 상례이다. 또 전당물의 대여자 등도 그 전당물을 반환받기 위하여 변제를 하는 것이므로, 달리 전당물이 있는 때라도 이에 대하여 대위권을 행사하는 경우가 거의 없다. 하물며 친척·친구와 같은 자는 변제에 충당할 담보물이 없는 경우에 情義上 부득이하게 변제를 하는 것에 지나지 않기 때문에 대위권을 행사할 담보물이 있는 경우는 거의 있지 않다. 이외에 제3자 변제의 예로 전당물의 취득자를 상상할 수 있지만, 이 역시 담보물을 취득하기 위하여 변제를 하는 것으로 그 대위권을 행사하는 경우는 거의 없다고 하겠다.

이를 요약하면 조선의 관습에는 굳이 대위권을 인정하지 않는 것은 아니지만, 실제로 대위권을 행사할 수 있는 경우는 극히 적고, 특히 채권자가 갖는 권리를 열거하여 대위하는 것과 같이 범위가 넓은 대위는 아직 인정되지 않는다. 그 적용은 다만 담보물에 대해서만 있고, 보인에게는 미치지 않는 것이다.

第七十六 相計에 관한 慣習은 어떠한가

慣習上 相計를 認定한다면 그 條件은 어떠한가. 예컨대 金錢債務와 다른 目的을 갖는 債務와 相計할 수 있는가. 一方의 債務가 아직 辨濟期가 아니더라도 相計를 할 수 있는가. 相計를 함에는 어떠한 節次가 必要한가.

조선의 관습에서도 채무자가 이행청구를 받은 경우에, 그 채권자에 대해 동종의 채권을 갖고 또 그 기한이 도래하였으면 그 상당액에 대하여 相計(相裁: 조선에는 相裁에 상당하는 용어가 없고 相計라는 용어가 있지만, 控除計算의 뜻으로 相裁의 경우에 사용하기에는 적합하지 않다. 그러나 임시로 相計라는 용어를 쓰기로 한다)를 주장함으로써 이행을 면제받을 수 있다. 그리고 이의 조건은 첫째, 쌍방의 채무가 동종의 것임을 요한다. 따라서 金錢債務와 物의 給付를 목적으로 하는 채무는 서로 상계할 수 없다. 또 물의 급부를 목적으로 하는 채무와 행위를 목적으로 하는 채무간에도 상계를 할 수 없다. 또 가령 물의 급부를 목적으로 하는 채무라도 그 목적물이 同種物이 아니면 상계할 수 없다. 둘째, 쌍방의 채무가 변제기에 있을 것을 요한다. 셋째, 그 채무의 성질이 상계하기에 적합하여야 하기 때문에, 가령 동종의 채무라도 서로 이행할 것을 요하면 상계를 할 수 없다. 즉 이와 같은 조건을 구비하면 당사자 일방은 상계할 수 있고, 그리고 상계를 함에는 口頭 또는 書面으로 의사표시를 한다. 이외에 어떠한 절차가 필요없다. 또 상계를 금지하는 취지의 특약을 하지 않는 듯하고, 또 채무의 이행지가 다른 경우라도 상계를 하는 것은 무방하다. 다만 이 때문에 상대방에게 손해를 입히는 경우에는 이를 배상해야 할 뿐이다.

상계의 효력은 상계의 의사표시를 한 때부터 효력이 발생하고, 쌍방의 채무가 상계하기에 적합한 때에 소급하여 효력이 생기는 등은 없다. 또 일반의 채권에 대하여 時效를 인정하지 않기 때문에 시효로 소멸한 채권에 대해서는 상계하는 예는 없다. 또한 불법행위로 발생한 채무에 대해서는, 채무자는 상계로 채무를 면제할 수 없다고 하는 것이 통설이다. 그렇지만 과연 관습으로 이와 같은 것이 정해졌는가에 대해서는 불분명하다.

第七十七 更改에 관한 慣習은 어떠한가

慣習上 更改를 認定한다면 그 條件은 어떠한가. 예컨대 債權者, 債務者 또는 目的의 變更으로 인한 更改를 認定하는가, 更改를 함에는 新舊 債權者와 債務者의 同意가 必要한가. 또 債

務者の變更에 의한 更改 등은 舊債務者の 同意가 必要없는가.
更改外에 債務引受를 認定하는가. 債權者變更으로 인한 更改와
債權의 讓渡와는 어떠한 差異가 있는가. 또 舊債務의 擔保는
更改로 인하여 消滅하는가, 아니면 新債務로 移轉하는가.

債務의 更改의 사례는 많지 않으나 가끔 보인다. 그리고 채무자의
변경에 의한 更改는 예컨대, 甲이 乙에 대해 채무를 부담하고 乙 또
한 丙에 대해 채무를 부담하는 경우 甲의 乙에 대한 채무를 丙에 대
한 채무로 변경하고, 甲乙과 乙丙간의 채권채무를 소멸시키는 따위이
다. 이 경우에는 신규채권자인 乙丙과 채무자인 甲이 합의한 뒤 변경
을 하고, 구채권의 手票가 있으면 각채무자에게 이를 반환하고, 甲이
丙에 대하여 새로이 수표를 교부하는 것이다. 또 채무자의 변경에 의
한 更改는 예컨대, 채무자의 친척·친구 등이 채권자에 대해 동일한
채무를 지고 구채무자의 채무를 면제시키는 따위이다. 이 경우에도
채권자와 신규채무자가 합의한 뒤 변경을 하고, 수표가 있는 채무이
면 신채무자가 새로이 수표를 교부하고, 구수표를 반환하는 것이다.
그리고 채무의 목적을 변경하는 更改는 예컨대, 金錢債務를 米穀債務
로 변경하거나 또는 物品債務를 다른 물품채무로 변경하는 따위로서,
이 경우에는 채권자와 채무자의 합의로 그 변경을 하고, 수표가 있으
면 이를 교체[書替]하는 것이다(만약 즉시 이행을 해야 하면 代物).
辨濟가 되므로 별론으로 한다).

債務更改의 경우에 구채무에 담보가 있으면 예컨대, 전당 등은 합
의로 신채무로 이전할 수 있다. 또 保人 등도 그 승락을 얻어 신채무로
이전하는 경우가 없지 않으나, 특약이 없는 경우에는 전당 등도 신채무
로 이전하지 않는다. 특히 보인 등은 신채무의 보인이 될 의무가 없는
것이다. 다만 담보가 있는 債務의 更改는 그 사례가 아주 드문 듯하다.

채권자 변경에 의한 更改의 경우는 대개 채권양도로 그 목적을 달
성할 수 있는 사정이므로, 당사자의 의사에 의해 債務의 更改인가, 채
권의 양도인가를 결정해야 하는 것은 물론이다. 그렇지만 채권양도의
경우에는 양도인과 양수인만의 합의로 그 채권을 이전하고, 다만 채무

자의 승락을 얻는 것에 지나지 않으므로(실제로는 양수인이 그 변제를 할 것인가를 확인하는 것이 보통이다), 債務更改의 경우에는 신규채권자와 채무자의 합의로 한다. 또 채권양도의 경우에는 반드시 수표를 교체[書替]하지 않음에 반하여 債務更改의 경우에는 항상 수표를 교체하는 등의 차이가 있다. 또 당사자의 의사에서도 채권을 이전하는 것과 채무를 소멸시키고 채권이 새로 발생하는 것과는 차이가 있다고 한다.

更改 외에 달리 채무인수라는 것이 있다. 예컨대 채무자가 이행기에 이르러 그 이행을 할 수 없기 때문에 친척·친구 등이 그 채무를 인수하고 이의 연기를 청구하는 경우 등은 그 適例이다. 이 경우에 만약 친척·친구 등이 즉시 이행을 하면 제3자의 변제가 되지만 즉시 이행을 하지 않으면 언제나 채무인수가 되는 것이다. 채무자의 변경에 의한 更改의 경우와 매우 흡사하지만, 채무자의 변경에 의한 更改는 대개 채무의 기한 내에 이를 하고, 채무의 인수는 기한이 도래하여 하는 것이 통례이다.

第七十八 免除에 관한 慣習은 어떠한가

예컨대 債權者는 債務者의 意思에 반하여 그 債務를 免除할 수 있는가, 아니면 債務者의 同意를 얻지 않으면 이를 免除할 수 없는가.

채무의 면제는 통례로 채무자의 간청에 의해 채권자가 이를 승락하는 것이라고 하지만, 채권자가 임의로 채무를 면제하는 경우가 없지 않다. 그리고 면제에는 특정한 방식이 필요없고, 채권자가 채무자에게 그 의사표시를 한다. 만약 채권증서가 있으면 이를 반환하고, 또 이를 반환할 수 없으면 그 취지를 인정한 서면을 채무자에게 교부하는 것이 통례이다.

채무의 면제에 채무자의 동의를 필요한지에 대해서는, 동의가 필요하다는 관습은 없고, 다만 채무자의 의사에 반하여서는 할 수 없는 듯하다. 그러나 실제로는 채무자가 이에 異議를 표시하는 등은 거의

없다고 한다.

다수의 채권자가 있는 경우에 그 가운데 1인이 채무를 면제하면, 채무자는 그 채권자가 갖는 부분에 대하여 채무를 면제받는다. 또 다수채무자중 1인만에 대하여 채권자가 면제를 하면 다른 채무자도 역시 그 자의 부담부분에 대하여 채무를 면제를 받고, 또 채권자는 그 채무자의 부담부분에 대하여 책임을 지지 않을 수 없다. 예컨대 후일 변제기가 되어 채무자 가운데 무자력자 또는 도망자가 있어서, 다른 채무자가 그 자의 부담부분도 부담해야 하는 경우에는 채권자는 면제받은 채무자가 부담해야 할 부분을 부담하고, 다른 채무자에게 그 부분에 대한 이행을 청구할 수 없다.

第七十九 契約의 請約은 取消할 수 있는가

承諾期間을 定한 경우와 이를 定하지 않은 경우 사이에 區別이 있는가. 또 請約者가 承諾期間을 定한 경우에 그 期間內에 承諾의 通知를 받지 않으면 어떠한가. 또 그 期間을 定하지 않은 경우에는 相對方은 언제라도 承諾을 할 수 있는가(隔地者間의 意思表示

[第12問]).
참조

계약의 청약은 그 승락이 있기까지는 언제라도 이를 취소할 수 있다. 그리고 승락기간을 정하고 한 청약과 정하지 않고 한 청약간에는 확연한 구별이 없는 듯하다. 또 승락기간을 정하고 한 청약은 그 기간내에 승락의 통지가 청약자에게 도달해야 한다. 그러므로 그 기간내에 승락의 통지가 도달하지 않으면, 가령 기간후에 도달하여도 청약자는 승락의 효력을 인정하지 않을 수 있다. 또 승락기간을 정하지 않은 청약에 대해서는 수일내에 승락해야 한다고 말하는 것처럼 확실한 定限이 없지만, 상당기간내에 승락해야 하므로 아주 늦은 승락은 청약자가 이를 거절할 수 있다.

위의 기술은 일반적인 경우에 대해서 기술한 것이다. 그렇지만 만약 상대방이 청약을 받음과 동시에 이행을 하거나 또는 이를 준비해

야 하는 경우에, 이미 이행에 착수하거나 그 준비에 착수하면 정약의 취소는 효력이 없는 것이다.

第八十 雙務契約 當事者 一方은 相對方이 그 債務의 履行을 提供할 때까지 自己債務의 履行을 拒絶할 수 있는가

예컨대 買受人이 代價를 支拂할 때까지 賣渡人은 賣買目的物의 引渡를 拒絶할 수 있는가.

쌍무계약에 의한 채무의 이행은 반드시 동시에 해야 하는 것이 관습으로, 당사자 일방은 만약 상대방이 채무의 이행을 제공하지 않으면 자기 채무의 이행을 거절할 수 있다. 권리의 실현에 대하여 司法上 保障制度가 없는 조선에서는 특히 필요한 것 같다. 그러므로 예컨대 物의 매매에서도 外上[掛賣] 등 物의 인도, 대금의 지불에 기한이 있는 경우외에 매도인은 매수인이 대금을 제공하지 않으면, 그 물은 인도할 필요가 없다. 매수인도 역시 매도인이 그 物을 제공하지 않으면 대금을 지불할 필요가 없다. 그렇지만 토지·가옥 등은 文券의 授受로 권리가 이전되는 것이므로 同時履行의 원칙은 다만 문권과 대금의 수수에 대해서만 엄격히 적용되고, 그 목적물인 토지·가옥의 인도에 대해서는 반드시 동시일 것을 요하지 않는 듯하다. 특히 서울(安城, 木浦 등지에도 동일한 관습이 있다고 한다)에서는 가옥의 인도는 초가는 10일, 기와집은 15일의 猶豫期間을 인정하는 것이 관습이라고 하므로, 그 인도가 동시일 것을 요하지 않음은 물론이다. 대개 토지·가옥 따위는 문권을 교부한 후에는 동시에 그 인수를 하는 것을 요하지 않는 것이 많고, 그 가운데 가옥의 명도에는 다소의 시일이 필요하다. 그래서 실제적인 필요에서 발생한 동시이행의 관례가 이에 미치지 않는 것은 본래 그 이유가 있지 않겠는가. 그리고 이 원칙은 쌍무계약에 의한 채무의 이행에 대해서만이 아니라 還買[還退]의 경우에서의 代價와 文券의 반환에 대해서도 적용이 되고(서울에서는 이 경우에도 가옥의 인도에 대해 유예기간을 두는 것은 매매의 경우와 같다), 또 典當

附債權의 辨濟와 典當物의 반환에 대해서도 적용이 있는 듯하다.

第八十一 危險問題에 관한 慣習은 어떠한가

예컨대 家屋의 賣買後 아직 이를 引渡하기 전에 家屋이 天災로 滅失되면 賣渡人은 買受人에 대해서 代價를 請求할 수 있는가, 없는가. 이미 代價를 支拂받았다면 이를 返還해야 하는가, 아닌가. 또 家屋이 一部毀損된 경우에 買受人은 代價의 減額을 請求할 수 있는가, 없는가. 또 天災가 所有權의 移轉 前後에 發生한 것에 따라 差異가 있는가.

위험부담에 대해서는 여러 경우에 공통되는 원칙을 발견하기가 매우 어렵지만 매매의 경우에 대하여 보기로 한다. 예컨대 가옥의 매매에서는 문권의 인도와 동시에 대금을 인도받는 것이 상례이므로, 이로써 매매가 완성되고 소유권이 이전되는 것이다. 그러므로 文券의 인도전에는 위험부담에 관한 문제가 발생하는 일이 없다. 그리고 문권의 인도가 있으면 가옥의 소유권은 이미 매수인에게 이전되므로, 만약 그 가옥이 천재로 멸실·훼손되었다면 매도인은 수취한 대금의 전부 또는 일부를 반환할 필요가 없다. 그 손실은 완전히 매수인의 부담으로 되고 굳이 가옥의 인도여부를 묻지 않는다. 또 동산의 매매에서는 물의 인도와 대금의 지불을 동시에 하는 것이 관례이므로, 보통 위험부담의 문제가 생기지 않는다. 다만 商品에 대해서는 대금의 지불과 상품의 인도를 동시에 하지 않는 예가 있다. 이 경우에는 매수인이 그 위험을 부담하거나 또는 매도인이 이를 부담하는 등 반드시 일정하지 않다. 예컨대 어느 물품의 매수인이 대금의 지불을 끝낸 후 즉시 그 物을 인수하지 않고 매도인에게 보관시키는 경우에, 만약 그 물이 천재로 멸실·훼손되면 그 손실은 매수인의 부담으로 매도인은 대금을 반환할 필요가 전혀 없다. 또 예컨대 遠地者間의 매매에서 매수인이 物의 送付를 요구하고 매도인이 승락의 통지를 함과 동시에 物을 발송하였는데, 중도에 천재 때문에 그 물이 멸실된 경우

등은 그 손실은 아직 대금을 지불하기 전이라도, 매수인의 부담으로 귀속되고 매도인은 대금의 지불을 청구할 수 있다. 그렇지만 매수인이 송부를 의뢰하지 않았는데도 불구하고 매도인이 임의로 이를 발송한 경우에는 그 손실은 매도인이 부담하지 않을 수 없다. 이외에 매수인의 청약에 대하여 매도인의 승락이 있을 뿐이면 매매는 이미 성립된 것이라도 아직 물의 소유권의 이전이 없으므로 손실부담은 매도인에게 있는 것이다. 이와 같은 사례에 비추어 조선의 관습에서 위험부담의 원칙을 찾는다면, 적어도 매매에서는 所有者의 負擔으로 하는 듯하다. 그러나 매매 이외, 交換의 경우에는 매매와 동일한 準則에 의하는 관례가 있으나, 다른 경우에는 관습이 분명하지 않다.

第八十二 第三者를 위한 契約의 效力을 認定하는가

예컨대 甲乙間の 契約으로 乙이 丙에게 財産을 주겠다는 約束을 하면 그 契約은 有效한가, 아닌가. 즉 甲은 乙에게 強要하여 그 財産을 丙에게 주게 할 수 있는가. 또 丙은 乙에 대해 그 契約의 移行을 請求할 수 있는가.

제 3자를 위한 계약은 아주 적다지만, 결코 전혀 없는 것은 아니다. 친척, 친구 사이 기타 특별관계자 사이에 당사자 쌍방 또는 일방이 제 3자에 대해 물 또는 금전을 급부하겠다고 약속하는 사례는 드물게 볼 수 있다. 그리고 이와 같은 계약이라도 본래 유효한 것으로 제 3자가 급부를 받을 의사표시를 하면 要約者인 當事者 一方은 諾約者인 相對方에 대해 그 의무를 이행시킬 수 있는 것은 물론, 급부를 받아야 할 제 3자도 역시 그 이행을 청구할 수 있다. 다만 누구에 대해서 受益의 의사표시를 해야 하는가에 대해서는 이를 당사자 쌍방에 대해서 해야 한다고 하기도 하고, 또는 어느 일방에 대해서 하면 된다고 하여, 관습상 일정한 예가 없는 듯하다. 그렇지만 당사자의 施惠에서 나온 것이 많으므로 수익자인 제 3자는 가령 그 이행을 받지 않는 경우라도 강제로 이행을 청구하지 않는 것이 상례이다. 또

당사자도 그 계약을 취소하는 것은 거의 자유이나, 제3자가 수익의 의사표시를 한 후에는 이를 취소할 수 없다고 하거나 또는 일부의 이행이 있는 후에는 이를 취소할 수 없다고 하는 자가 있다. 그러나 실제로는 제3자는 거의 그 취소에 이의를 제기하지 않는 듯하다. 그리고 계약의 이익을 받아야 할 제3자가 이를 받겠다고 수락하지 않은 때에는 계약은 당연히 효력을 잃는 것이다.

第八十三 契約의當事者一方이 그債務를履行하지 않으면相對方은契約을解除할수 있는가

예컨대 買受人이 代價의 支拂을 懈怠하면 賣渡人은 契約을 解除하고 賣買의 目的인 財産을 買受人에게 引渡하지 않을 수 있는가. 만약 이 權利가 있다면 그 條件은 어떠한가. 예컨대 買受人이 代價의 支拂을 懈怠한 事實이 있으면 賣渡人은 즉시 契約을 解除할 수 있는가, 아니면 일단 催告를 하여도 여전히 代價의 支拂이 없으면 契約을 解除할 수 있는가. 또 契約을 解除함에는 단순히 買受人에 대해 그 意思表示를 하면 되는가, 아니면 一定한 節次가 必要한가. 또 解除의 效力은 어떠한가. 예컨대 이로써 第三者에게 對抗할 수 있는가, 없는가.

조선의 관습에는 계약당사자 일방이 그 채무를 이행하지 않으면 상대방은 이를 이유로 그 계약을 해제할 수 있는데, 이를 보통 罷約이라고 부른다. 예컨대 매매의 경우에 매수인이 대가의 지불을 게을리하면 매도인은 그 매매를 해제하고 아직 매매의 목적물을 인도하지 않은 경우에는 이를 인도할 필요가 없고, 만약 이미 인도하였으면 반환받을 수 있다. 그렇지만 계약의 해제는 일단 상대방에게 채무의 이행을 최고하고 그래도 이행이 없는 경우에 비로소 해제를 할 수 있는 것이다. 다만 채무의 성질 또는 당사자의 의사표시에 의해서 일정한 시일 또는 일정한 기간내에 이행할 것을 요하는 것은 최고를 할 필요 없이, 그 시기가 경과한 사실로써 해제를 할 수 있다. 채무

자의 과실로 이행불능이 된 경우에도 동일하다. 그리고 해제의 방법은 단순히 상대방에 대해 그 취지를 통지하면 족하고, 특별히 정해진 절차가 없다. 해제의 결과 각당사자는 상대방에게 원상회복의무를 부담하지만, 반환해야 할 금전에 이자를 지급하는 등의 관습은 없다. 또 해제의 효력은 제3자에게 미치지 않는다. 예컨대 물의 매도인은 第三取得者에 대해 그 물의 반환을 청구할 수 없다.

이상은 채무불이행에 의한 契約解除에 대한 관습이다. 이외에 조선에는 田地 家屋·牛馬 등의 賣買에 대하여 一定期間內에 단순한 解除權을 인정한다. 『經國大典』과 『續大典』, 『戶典』 買賣限條에는 다음과 같은 규정이 있다.

토지와 집은 매매한후 15일이 지나면 무르지 못하고, <중략> 소나 말은 5일이 지나면 무르지 못한다.

驛馬의 매매는 3개월을 기한으로 한다.^[기한이 지나면¹⁾ 무르지 못한다.]

또 『刑法大全』 第27條에는 “買賣한 後 還退하는 期限은 田地나 家舍는 五日이며 牛馬驢騾[나귀, 노새]等類는 三日로 定함이라(隆熙²年 法律 第19號³⁾)”라는 규정이 있다. 그리고 이러한 규정은 실제로 적용되었고, 현재에도 소나 말의 매매에 대해서는 5일 또는 3일의 해제기간을 인정하는 지방이 많은 것 같다.^(5일은 즉 옛 관행이고, 3일은 刑法大全 시행 후에 생긴 관행이 아닐까)

第八十四 贈與에 관한 慣習은 어떠한가

예컨대 贈與는 贈與者의 意思만으로 할 수 있는가, 아니면 受贈者의 承諾이 必要한가. 위 어느 境遇에도 書面 등의 方式이 필요한가, 아니면 意思表示만으로 有效한가.

증여는 증여자의 의사만으로 할 수 있는가, 아니면 수증자의 승락이 필요한가에 대해서는 증여는 본래 施惠에서 나온 것이므로 보통

1) 田地家舍買賣 限十五日勿改...牛馬則限五日勿改
驛馬買賣以三朔爲限[過限則勿許還退]

<『經國大典』, 『戶典』 買賣限條>
<『續大典』, 『戶典』 買賣限條>

의 계약처럼 특히 상대방의 승락을 구하는 등은 없다고 한다. 그렇지만 증여의 의사표시에 대해 상대방이 이를 승락하는 의사표시(黙示)를 하지 않으면 그 효력이 발생하지 않는다는 것은 대개 일반의 관념에서 보아 잘못이 없을 것이다. 그리고 증여에 서면의 작성 등의 방식을 요하는 관습은 없고, 실제로는 서면 또는 구두로 하는 예가 있다. 토지 또는 가옥의 증여는 대개 舊文券의 교부만으로 하는 듯하다. 또 증여는 그 이행전에는 이를 解除[取消]할 수 있다는 것이 통설이다. 그리고 서면에 의한 증여와 그렇지 않은 증여 사이에 확연한 구별이 없다고 하나, 서면을 작성한 경우는 쉽게 해제[취소]하지 못하는 듯하다. 그리고 負擔附贈與는 전혀 없는 것은 아니나, 아주 드문 것이다.

第八十五 契約金에 관한 慣習은 어떠한가

예컨대 買受人은 賣渡人에게 契約金を 交付한 경우에 契約金を 拋棄하면 자유로이 契約을 解除할 수 있는가, 없는가. 賣渡人도 역시 契約金を 또는 그 倍額을 返還하면 자유로이 그 契約을 解除할 수 있는가, 없는가. 또 契約을 解除하지 않은 경우에는 契約金은 賣渡人의 利益이 되는가, 아니면 代價의 一部로 充當해야 하는가.

조선에서는 매수인이 매도인에 대해 대금지불시기에 앞서 대금의 일부를 교부하는 예가 있는데, 이를 先給이라고 부른다. 이는 끝까지 매수인이 破約하지 않을 증거로서 이를 교부하는 것이고, 매도인도 역시 파약하지 않을 증거로서 이를 수취하는 하는 것이다. 따라서 매수인이 이를 포기하여 解約을 하고, 또 매도인도 이를 반환하거나 그 배액을 반환하여 해제를 할 수 있는 관습이 없다. 따라서 매수인이 해약을 한 경우에는 매도인은 이를 반환해야 하고, 매도인이 해약한 경우에도 그 전액을 반환하면 되는 것이다. 그리고 先給金은 대금의 일부에 지나지 않으므로, 매매를 해제하지 않는 경우에는 대금의 남입으로 되는 것이다.

第八十六 賣買의 費用은 누가 負擔하는가

賣渡人이 負擔하여야 하는가, 買受人이 負擔하여야 하는가, 아니면 兩者가 分擔하여야 하는가.

매매비용의 부담에 대해서는 매도인의 부담인가, 매수인의 부담인가, 아니면 양자가 분담해야 하는가는, 일반적으로 통용되는 원칙은 없다. 牛馬의 매매에서는 祝酒를 마시는 관례가 있는데, 그 비용은 매수인이 부담하는 것 같다. 또 토지 가옥의 매매는 居間이나 집주름 [家儉 : 가괘]이라고 부르는 仲介人의 손을 비는 예가 많은데, 그 周旋料인 口錢은 의뢰자의 부담이므로 결국 當事者 雙方으로부터 받는 예가 많다. 證明에 소요되는 비용은 매수인이 이를 부담하고, 상품의 委託販賣를 영업으로 하는 客主의 口錢은 위탁자가 이를 부담한다. 그리고 忠淸南道 恩津地方의 調査報告書에 의하면 시장에서의 米穀의 매매에 대해서는 居買라고 부르는 중개인의 口錢은 매수인이 부담하고, 농민이 싸전에 쌀을 매도하는 경우에는 升看軍(쌀을 看)에게 口錢으로서 약간의 쌀을 주는 관습이 있다고 한다.

第八十七 他人의 物의 賣買에 관한 慣習은 어떠한가

他人의 物의 賣買는 有效인가, 아닌가. 賣買의 目的物이 他人의 所有임을 發見하면 賣渡人은 買受人에 대하여 어떠한 義務가 있는가.

조선의 관습으로는 동산의 매매에서는 물의 인도에 의해 소유권이 비로소 이전하고, 또 부동산과 선박의 매매에서는 문권의 인도에 의해서 물의 소유권이 비로소 이전하는 것임은 누차 언급하였다. 그러므로 매매의 경우에 물의 소유권을 이전하려면 그 物 또는 文券의 인도가 필요한 것은 물론이지만, 매매계약과 그 목적인 권리의 이전은 양자를 분리해서 볼 필요가 있다. 매매계약은 합의에 의해서 성립

하고 그 목적인 권리는 물 또는 문권의 인도에 의해서 이전하는 것이라고 하지 않을 수 없다. 따라서 물을 매매하는 경우에 동시에 그 물의 소유권이 이전되지 않은 사실로 즉시 그 매매계약을 무효로 할 수 없다. 그리고 이를 실제에서 보면 그 물의 소유권이 타인에 속하는 것을 알지 못하고 매매계약을 체결하는 예가 전혀 없지 않다. 또 타인에게 속하는 것이 명백한 物이라도 매도인이 이를 매수한 후 매수인에게 인도할 의사로 매매계약을 체결하는 예도 가끔 있다. 이러한 경우에는 물이나 문권의 인도가 없는 경우가 많다. 가령 물 또는 문권의 인도가 있다 하여도 그 물의 소유권은 매수인에게 이전되지 않음에도 불구하고 굳이 그 매매계약을 무효로 하는 예는 없다. 다만 매도인이 그 목적물의 소유권을 취득하여, 이를 매수인에게 이전해야 할 의무가 있는 것으로 하였다. 그렇지만 만약 매도인이 그 의무를 이행할 수 없는 경우에는, 매수인이 해약을 할 수 있음은 물론이고, 매도인도 그 사정을 갖추어 해약을 청구할 수 있다고 한다. 그리고 해약 때문에 매수인이 손해를 입은 경우라도 만약 매도인이 善意이거나 매수인이 惡意이면 매도인은 손해배상책임을 지지 않는 듯하다. 또 매도인이 惡意이고 매수인이 善意인 경우에는 매도인에게 손해배상책임이 있으나, 그 책임의 범위는 매수인이 입은 손해전부가 아니라, 매도인이 대가를 수취한 후이면 이를 반환하고, 또 매수인이 비용을 지출한 경우에는 그 비용을 배상해야 할 뿐이다(「大明律」 「戶律」 田宅編 盜賣田宅條 “무릇

훔쳐 팔거나, 바꾸거나, 거짓으로 증명하면 (중략) 밭 1畝 방 한 칸 이하는笞 50으로 처벌하고, 밭 5畝, 방 세 칸마다 1等を 加重處罰하되, 최고 杖 80 徒 2年으로 처벌한다. 관유물은 2等を 가중 처벌한다.”¹⁾ 「刑

法大全」 第 612條 “田宅을 冒認하거나 換易하거나 契券을 偽造하여 人에게 典賣한 者는 田一結 屋五間 以下 笞五十호대 每一結과 五間에 一等を 加하여 懲役二年에 止하고 係官한 者는 二等を 加하여 懲役三年에 止함이라”).

참조

第八十八 賣買의 目的物上에 他人이 權利를 갖고 있기 때문에 買受人이 損害를 입으면 어떻게 해야 하는가

- 1) 凡盜賣換易及冒認…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 係官者各加二等

예컨대 他人이 借地權을 갖고 있기 때문에 買受人이 損害를 입은 경우, 質權·抵當權을 갖고 있기 때문에 買受人이 끝내 그 所有權을 잃거나 또는 부득이하게 債務를 辨濟한 경우 등에 買受人은 어떤 權利를 갖는가.

매매의 목적물상에 타인이 권리를 갖고 있기 때문에 매수인이 손해를 입은 경우는, 예컨대 토지매매의 경우에 그 토지상에 永小作權의 성질의 借地權〔賃借權〕이 있음에도 불구하고 매도인이 이를 통지하지 않았기 때문에 매수인이 이를 알지 못한 경우, 또 토지가 地上權 또는 地役權의 목적임에도 불구하고 매도인이 지상권 또는 지역권이 존재하지 않는다고 통지를 하고 매수인이 실제 답사를 하지 않았기 때문에 이를 알지 못한 경우, 또 예컨대 소나 말을 매매한 경우에 그 소나 말이 전당의 목적으로 되었음에도 불구하고(소유자가 점유하고 있는 경우), 매도인이 이를 통고하지 않았기 때문에 매수인이 모르고 매수한 경우, 또 예컨대 가옥매매의 경우에 그 가옥에 전세가 있음에도 불구하고 매도인이 이를 감추고 매수인도 역시 특별히 조사하지 않았기 때문에 이를 알지 못하는 경우 등이다. 이러한 경우에는 조선인의 관념에 따르면 매수인은 해약하거나, 대가의 감액을 청구할 있다고 하지만, 실례는 아주 적고 따라서 관습으로 볼 만한 것이 거의 없는 듯하다. 또 매매의 목적인 토지에 매수인이 모르는 보통소작권이 존재하는 경우 등은 매수인은 경작기가 끝날 때까지 그 소작권을 인정할 수밖에 없지만, 특히 소작지가 아닌 것을 확인한 후 이를 매수한 경우가 아니면 해약 또는 대가감액의 이유로 되지 않는 듯하다. 그리고 토지·가옥·선박 등을 매매하는 경우에 그것이 전당의 목적임에도 불구하고 매수인이 이를 알지 못하는 경우는 전혀 있지 않다.

第八十九 賣買의 目的物에 숨은 瑕疵가 있으면 어떠한가

예컨대 買受人이 家畜이 病에 걸린 것을 알지 못하고 이를 買

受한 경우에 그 家畜이 病 때문에 결국 죽었다면 買受人은 어떤 權利를 갖는가.

매매의 목적물에 숨은 하자가 있는 경우의 매수인의 권리에 대해서는 예컨대 소·말의 매매에서 소·말에 병이 있음을 발견하면 매수인은 인수를 한 후 일정기간내에 해약을 할 수 있는 관습이 있다(다만 咸鏡南道 甲山地方의 調査報告書에 의하면 매도인이 병이 있는 것을 알고도 통지하지 않은 경우에 한하여 그 책임을 지는 것이 관례라고 하며, 또 咸鏡北道 會寧地方에서는 특약이 있는 경우는 매도인에게 책임이 없다고 한다). 그리고 대개의 지방은 그 기간을 5일로 하지만, 서울, 黃海道 海州, 全羅北道 群山 등지는 3일이고, 咸鏡北道 慶興에서는 10일로 하고, 또 平安北道 江界地方에서는 말에 한하여 그 기간이 15일이라고 한다. 또 기간내에는 契約의 解除[第 83 問]에서의 기술처럼 어떠한 이유도 필요없는 해제권을 인정하는 지방이 많다. 무릇 『經國大典』과 『續大典』 「戶典」 買賣限條에서 牛馬의 還退期限을 5일로 하고, 驛馬의 還退期限을 3일로 하고, 또 『刑法大全』 第 27 條에서 소·말·나귀·노새의 환퇴기한을 3일로 한 것은 아마도 병을 발견한 경우에 환퇴를 허용하는 취지에서 나온 것이라고 하여도, 이를 분명히 하지 않았기 때문에 관습으로는 병이 있는지를 묻지 않고 해약을 허용한 것이 아니겠는가. 그리고 그 기간내에 만약 우마가 질병으로 斃死하면 매수인은 매도인으로부터 그 대가를 반환받을 수 있다(慶尙北道 大邱地方에서는 말은 15일간, 他郡의 牛馬는 3개월간이라고 한다[단 질병을 이유로 해약을 할 수 있는지에 대해서는 불분명하다]. 또 平安北道 龍川地方에서는 매도인으로부터 반액을 반환받을 수 있는 관례가 있다고 한다). 그러나 우마 이외의 물에 대해서는 하자가 없는 物과 바꿀 수 있다고 하는 자가 있고 또는 해약할 수 있다고 하는 자가 있다. 그래도 物을 매수하는 자는 매수할 때에 物을 충분히 검사해야 하므로, 일단 이를 매수한 후 가령 숨은 하자가 있는 것을 발견하여도 대가의 감액을 청구하거나 계약을 해제할 수 없다고 하는 자가 많다.

第九十 賣買目的物の果實은 누구의 所有인가

예컨대 引渡前의 果實은 賣渡人의 所有인가, 또는 買受人의 所有인가.

매매의 목적물에서 발생하는 과실의 귀속에 대해서는 대개 매매시에 특약을 한다. 대부분의 경우에는 그 특약에 의해 귀속이 결정되지만, 특약이 없는 경우에는 대개 대금지불의 유무를 표준으로 하여 그 귀속을 결정하는데, 대금을 지불한 후에는 매수인의 소유로 되는 것 같다. 또 대금의 지불이 없는 경우에도 매매의 목적인 권리가 매수인에게 이전하면 그 과실은 매수인의 소유로 되는 것 같다. 다만 가옥의 매매에서는 그 소유권은 文券의 授受로 이전하고, 문권을 수수하는 경우에는 이미 대금을 지불하는 것을 통례로 하지만, 가옥인도전의 家賃은 매도인의 소득으로 되는 것이 관례이다. 또 가축의 매매에서는 그 인도전에 낳은 새끼도 항상 매수인의 소유로 된다.

토지의 收穫 또는 賃借料에 대해서는 특약으로 그 귀속을 결정하는 것이 통례이지만, 특약이 없으면 경작지에서는 그 작물이 성숙한 경우는 매도인의 소득으로 되고, 아직 성숙하지 않은 경우는 매수인의 소득으로 된다. 논에서는 통례로 白露前後로 이를 결정하는 것은 이미 언급하였다. 또 경작지가 아닌 경우이면 그 지불기가 도래하면 매도인의 소득으로 되지만, 아직 지불기가 되지 않으면 매수인의 소득으로 되는 것이다. 다만 이와 같은 경우에는 그 수확을 예상하여 그 가격을 결정하는 것으로 특약이 있는 경우와 다를 바가 없다.

第九十一 買受人이 代金の 利子を 支拂하는 예가 있는가

만약 있다면 언제부터 이를 支拂해야 하는가, 또 그 利率은 어떠한가.

物の 代金支拂이 아주 지연된 경우에는 이를 借入金으로 고쳐 상당한 이자를 첨부하는 예가 있다고 하나, 이는 본래 당사자의 계약에 따른 것으로 당사자가 특별히 이와 같은 계약을 하지 않는 한, 대금에 대해서는 이자를 첨부하지 않는 것이 관례이다. 따라서 매도인은 대금지불의 지연을 이유로 하여 이에 대한 이자를 청구할 수 없다.

이는 조선의 '物價無邊'이라는 말이 존재하는 까닭이다. 그리고 「利息規例」第6條에도 “〈前略〉價格이 五十圓 未滿하는 日用品의 代價에는 利息이 無息”이라고 규정하였다.

第九十二 還買에 관한 慣習은 어떠한가

賣買에 還買의 特約을 添附하는 慣例가 있는가. 만약 있다면 動産에 대해서도 不動産에 대해서도 같은가. 또 還買의 條件은 어떠한가. 예컨대 代價만을 返還하면 還買를 할 수 있는가, 이에 利子를 添附하는가, 아니면 代價 외에 一定金額을 支拂해야 하는가. 還買는 數十年 後에라도 할 수 있는가, 아니면 一定期間內가 아니면 이를 할 수 없는가. 등

物의 매매에서 還買[買戻]의 권리를 유보하는 특약을 하는 것은 오래전부터 존재하는 관습으로, 이를 還退 또는 權賣라고 부르며, 平安北道·江界, 龍川 등지에서는 환매특약을 하는 경우에는 '姑爲賣買(임시로 매매함)' 또는 '爲姑放賣(임시로 팔아버림)'라고 부른다. 주로 토지·가옥 또는 선박에 대해서 이루어지며 동산의 매매에 대해서는 거의 볼 수 없다(永同·慶州·蔚山·沃溝·公州 등지에서는 動産에 대해서도 드물게 이 특약을 한다고 하나, 의문이다). 또 咸鏡北道 會寧 慶興, 咸鏡南道 甲山 지방에서는 그 관습이 없다고 한다. 그리고 환매를 할 수 있는 기간은 반드시 이를 명백히 약속을 하고, 관습상 제한은 없다. 그렇지만 실제 10년 이상의 기간을 약속하는 경우는 거의 없고 1년 내지 5년인 것이 보통이고, 또 때로는 매도인이 자력을 회복한 때에 환매하겠다는 취지의 특약을 하는데, 이를 '待舒力還退'라고 한다. 또 小作料의 還退賣買에 대해서는 『續大典』, 『戶典』 買賣限條에 “退賻地의 매매는 10년을 기한으로 한다 [만 10년이면 그냥 돌려주고 5년 이상이면 약정액의 半을 받고 돌려주며, 환매가격이 매매가격과 비슷하면 비록 1, 2년이라도 환퇴를 허용한다]”¹⁾라는 규정이 있다. 다만 현재에는 이 점에 대한 관습이 불분명하다.[1912년판]

1) 退賻地買賣 以十年爲限[滿十年則無價還退 五年以後則半價還退 若準本價則雖一二年亦許還退]

환매의 특약은 賣買文記에 기입하는 것이 예로써 이를 문권에 첨부하여 매수인에게 교부하는 것이다. 그리고 이 기입이 있는 문기를 還退文記 또는 權賣文記라고 한다. 그 양식은 항상 일정하지 않으나, <표 92-1~4>에 사례를 제시한다.

매도인이 환매를 함에는 약정한 期限內나 期限後 또는 期限의 약정함이 없으면 언제라도(단 수확기를 경과해야 한다고 말한다) 原價를 반환하고 문기를 돌려받는 것이다. 특히 환매가격을 다시 약정하거나 時價에 의하는 등은 없다. 또 그 원가에는 이자를 붙이는 관습은 없다. 그리고 환매를 하지 않는 경우에는 매수인은 다시 매도인에게 永永放賣의 文記를 작성시켜 還退文記와 교환하는 것이 상례이다.

환매권이 있는 토지 또는 가옥을 轉賣할 수 있는지에 대해서는 物權·債權의 區別[第 21 問]에서 기술하였다.

또 咸鏡南道 甲山, 元山地方에서는 還退 또는 權賣라고 부르는 것이 있는데, 이는 還退特約附 土地의 賣買로서 그 성질이 다른 지방에서의 환퇴나 권매와 같지 않는 것이 있다(咸鏡北道 慶興 에도 있다). 즉 다른 지방에서는 환퇴문기를 매수인에게 교부함과 동시에 문권도 인도하는 것은 일반매매와 다르지 않다. 그렇지만 甲山 등지에서는 환퇴문기만을 매수인에게 교부하고 문권은 매도인이 이를 所持[握有]하고 매수인에게 교부하지 않는다. 또 다른 지방에서는 매도인이 환퇴를 행사하지 않는 경우에는 永永放賣文記를 작성·교부만을 하는 것에 불과하다. 그러나 甲山 등지에서는 매도인은 그 토지의 가격을 평가하여 먼저 지불한 대금과 그 가액의 차액을 매수인에게 지불한 다음, 다시 放賣文記를 작성·교부하여 還退文記를 반환받는 것이 예이다. 이 두가지 점에서는 타지에서 행하여진 것과 전혀 그 취지를 달리한다. 그 還退文記는 대략 <표 92-5>와 같은 양식이다.

위의 甲山 등지에서 행하여진 還退附賣買의 성질에 대해서는 다시 상세한 조사를 한 후가 아니면 단정을 내릴 수 없지만, 조선의 관습에서는 토지소유권의 이전은 文券의 授受에 의해 이루어지는 것임에도 불구하고, 이 경우에는 문권을 매수인에게 교부하지 않는다. 또

<丑 92-1> 還退文記

年 月 日

某處 還退明文

右明文事段吾矣有要用右員前兩錢々五百兩依數捧上是遺價本良中上老德面北里伏在鬪字田三日畊四標段東李晉奎實田西大路南李祐燮北浦標內遂同物主處五年內還退放賣爲是矣若過限則右田永遠許給之意以是成文事

放賣主
證人
筆執

某
某
某

<丑 92-2> 權賣文記

年 月 日

某人前明文

右明文事段以要用所致傳來畚幾斗落在某面某洞員仁字卜數幾負乙價折錢文幾百兩依數捧上是遺爲先還退之意權賣爲去乎日後以此憑考事

審主
證人
筆執

某
某
某

<丑 92-3> 姑爲放賣文記

<丑 92-4> 待舒力還退文記

年 月 日 處明文

右明文事段以要用次某人處買得坪田幾日畊伏在於某里某員而四標段東某西某南某北某標內分明田廬乙折價錢文幾十圓準計準上是遺右人處三年後本價還退之意姑爲放賣爲去乎日後若有雜言則持此文下正事

田姑賣主 某手訣
證人 某手訣
筆執 某手訣

年 月 日 前明文

右明文事段矣有急用處故某面某坪所在畚幾夜味幾斗落幾負幾束乙價折錢文幾百幾十兩新舊文記竝幾張右人前權賣爲去乎待舒力以本價還退之意如此成文日後如有二端以此文記憑處事

畚主 某
證人 某

〈丑 92-5〉 還退文記(甲山·元山 等地)

年 月 日 某前 明文

右文記事은右員前錢文五百兩取用이고某處伏在田一日耕을放賣三年後還
退次成明文事

放賣主 某人 某人 某人

筆 證 人 人 人

某 某 某

還買附賣買에서는 매도인이 환매권을 유보하는 점에서 단순한 매매와 다른 것에 그치고, 매도인이 환매를 하지 않는 경우에도 다시 대금을 충당하는 일이 없다. 그럼에도 불구하고 이 경우에는 매도인이 환퇴를 하지 않으면 다시 대금을 충당하므로, 아직 완전히 소유권을 이전한 것이라고 할 수 없다(환매부매에서는 매도인에게 還買權이 있을 뿐, 소유권은 완전히 이전한 것이다). 그렇지만

이를 還退 또는 權賣라고 부르고 文記에도 방매의 문언을 기재하며, 또 매수인이 토지의 占有를 이전받아 토지를 사용 수익하는 점에서 보면 토지의 典當이 아닌 것은 물론이다(전당의 경우에는 점유를 이전하는 예가 없다). 아마도 信託賣買라고 命名해야 할 것이다.

第九十三 交換에 관한 慣習은 어떠한가

賣買 즉 金錢으로 代價를 정하는 것과 交換, 즉 當事者 雙方이 金錢 이외의 物을 給付해야 하는 경우 사이에 慣習上 區別이 있으면 그 區別은 어떠한가.

物의 교환은 이를 相換 또는 換色이라고 부르는데, 금전으로 대금을 정하지 않는 점에서 매매와 다르다고 하지만, 그 이외의 점에서는 관습상 거의 차별이 없다. 그 물이 동산이면 동시에 인도를 하고, 그 物이 不動產이나 船舶이면 동시에 文記를 수수해야 한다. 그리고 가옥의 인도기간, 가옥 또는 우마의 매매에서 해약기간은 교환에 대해서도 역시 인정되며, 특히 토지, 가옥, 선박을 교환하는 경우에는 交換文記를 작성하지 않고 賣買文記를 작성하는 것이 상례이다. 또 物의 가격이 상당하지 않는 경우에는 부족한 물을 급부하는 일방이 금전으로 보충하는데, 이를 加錢 또는 加給이라고 하며, 물의 대금과 거의 동일시할 수 있으므로 가령 지연하여도 이자를 지급하지 않는다. 기타 追奪擔保, 瑕疵擔保, 危險負擔 등에 대해서도 매매의 경우와 다르지 않다.

第九十四 消費貸借에 관한 慣習은 어떠한가

예컨대 消費貸借은 物의 授受로 成立하는가, 아니면 貸主·借主 雙方의 同意가 있으면 成立하는가. 다른 名稱으로 負擔한 債務를 貸借名義로 바꾸는 예가 있는가. 借主는 언제라도 返還할 수 있는가, 아니면 期限前에는 貸主의 同意를 얻지 않으면 返還할 수 없는가.

소비대차의 목적으로 할 수 있는 것은 주로 금전이지만, 穀物·布木·柴草·鹽·煙草·乾魚物 따위에 대해서도 그 예를 볼 수 있다. 그리고 이러한 종류의 대차는 그 목적물의 수수로써 성립하며 이자를 첨부하지 않는 경우는 거의 없다. 기한은 계약으로 정하는 것으로 일정하지 않으나, 짧은 것은 一市間(5일만다 開市할), 긴 것은 수년인 것이 있다. 채무자는 기한내라도 임의로 반환할 수 있고, 권이 채권자의 동의를 받을 필요는 없다. 기한의 약정이 없는 경우에는 채권자는 언제라도 반환을 청구할 수 있고, 채무자도 언제라도 반환할 수 있다. 반환의 대상은 특약이 없는 경우에는 차용물과 同種 同品の 것이어야 하지만, 계약에 따라서 금전을 차용한 경우에 미곡 등으로 반환하거나, 또는 물품을 차용한 경우에 금전으로 반환하는 경우도 있다. 특히 이자는 元本의 종류를 막론하고, 금전이나 미곡 또는 다른 물품이어서 일정하지 않다.

다른 명의로 부담한 채무를 貸借名義로 바꾸는 사례는 아주 빈번하지만, 예컨대 物의 代金을 借用金으로 고치고, 借地料 등 物의 借賃을 借用名義로 바꾸는 따위는 없다. 借用證書의 양식은 <표 94>와 같다.

第九十五 使用貸借에 관한 慣習은 어떠한가

예컨대 動産도 不動産도 이를 無償으로 貸與하는 예가 있는가. 借主는 他人에게 物을 使用 收益하게 할 수 있는가. 貸主는 언제라도 物의 返還을 請求할 수 있는가, 아니면 期限前에는 返還을 請求할 수 없는가. 또 借主가 死亡하면 契約은 效力을 喪失하는가, 아니면 그 相續人이 그 物을 使用 收益할 수 있는가.

無償으로 物을 貸借하는 것은 주로 친척, 친구들간에 행하여지고, 그 목적물은 동산인 것이 많지만, 때로는 토지·가옥 등 부동산을 목적으로 하는 것도 있다. 물의 수수로 계약이 성립하며 이러한 대차는 당사자간의 특별한 관계에 의하는 것이므로 차주는 계약의 본지 또는 그 물의 용법에 따라서 사용·수익해야 함은 물론, 타인에게 사용·

<丑 94-1> 借用證書 <丑 94-2> 無記名借用證書 <丑 94-3> 米穀借用證書(長利)

年 月 日 某 前 票

右票段一切有緊用處ㄱ ㄴ 錢文幾百兩以每朔每兩頭幾分邊 ㄷ 借用ㄱ 且限
 則某年某月內 ㄹ 具本邊備報之意 ㅂ 如是成票事

票 主 某 印
 證 人 某 印

手 票

右手票事段 ㄱ 右人前錢文幾千兩執用是矣邊則每朔每兩頭幾分式報給是違
 限則來某月某日沒數還報之意 ㄷ 如是成票事

年 月 日

票 主 姓 名 印

年 月 日 某 氏 前 票

米幾石推去爲去乎依周年十三長利爲也來秋還報之意如是成票事

米 幾 石 推 用 主 某 印

수익하게 할 수 없다. 만약 차주가 용도를 위반하거나, 계약의 본지와 다르게 사용·수익하거나, 타인에게 사용·수익을 하게 하면 대주는 계약을 해제할 수 있다.

물의 반환에 대해서는 차주는 기간을 약정하였으면 기간만료후 또는 그렇지 않은 때라도 사용·수익이 끝났으면 즉시 반환해야 하고, 또 언제라도 임의로 반환할 수 있다. 그리고 대주는 기간을 약정하지 않은 경우에는 언제라도 반환을 청구할 수 있고, 기간을 정하거나 특별히 사용·수익의 목적을 약정한 경우에는 기한의 도래전 또는 그 사용·수익을 종료하기 전에 반환을 청구할 수 없는 것이 원칙이다. 그러나 만약 긴요한 경우에는 그 반환을 청구할 수 있는 것 같다. 다만 경작중인 토지에 대해서는 그 수확을 다할 때까지는 반환을 청구할 수 없다는 것이 통설이다.

貸借中인 物의 修繕費(단 大修繕費는 別개), 牛馬의 사료, 토지의 조세 등 물에 관한 필요비는 차주가 부담하지 않을 수 없다.

차주가 사망한 경우에는 계약은 효력을 상실하고 상속인에게 적용되지 않는 것이 원칙이다. 그래도 경작중인 토지 또는 특별한 목적으로 사용하기 위해서 대차를 한 물품 등에서는 그 수확을 마치거나 그 사용을 종료할 때까지는 상속인도 이를 사용할 수 있는 듯하다.

第九十六 賃貸借에 관한 慣習은 어떠한가

예컨대 借賃은 반드시 金錢으로 支拂하여야 하는가, 아니면 收穫物 등으로 支拂할 수 있는가. 반드시 일정한 借賃을 支拂하여야 하는가, 또는 收穫의 多寡에 따라 그 額을 決定하는 예가 있는가. 土地·建物 또는 動産의 賃貸借는 각각 그 慣習을 달리하는가. 賃貸借의 期間을 정하는가. 만약 이를 정한다면 보통 그 期間은 몇 年인가, 또 慣習上 最長期의 制限이 없는가. 賃貸借의 效力은 當事者間에만 미치는가, 아니면 第三者에게도 對抗할 수 있는가, 이에 대해서 第三者의 善意·惡意를 묻지 않는가. 物의 修繕費는 貸主와 借主 가운데 누가 負擔하는가.

凶作 등으로 收穫이 平年보다 적으면 借主는 借賃의 減免을 請求할 權利가 있는가. 二年 이상 심한 凶作 등을 당하면 契約을 解除할 수 있는가. 借主는 그 權利를 他人에게 讓渡할 수 있는가, 또 物을 他人에게 轉貸할 수 있는가. 만약 할 수 있다면 貸主의 承諾이 필요하지 않는가. 轉貸의 경우에는 貸主는 轉借人에 대해서 借賃의 支拂을 請求할 수 있는가. 또 借賃의 支拂時期는 언제인가. 期間을 정하지 않은 경우에 各當事者는 언제라도 解約할 수 있는가. 만약 이를 할 수 있다면 一定期間前에 豫告를 할 필요가 없는가.

賃貸借는 動産과 不動産에 대해서 행하여지고 그 중요한 것에 대해서 관습의 일반을 제시하면 아래와 같다.

1. 土地의 賃貸借

토지의 임대차는 대부분 경작을 위해서 하는 普通小作으로 賭地(咸鏡北道 會寧, 咸鏡南道 甲山 동지에서는 禾稼라고 함)와 竝作의 두 종류가 있다. 小作料는 賭地의 경우에는 금전 또는 곡물로 미리 그 액을 정하는 것이 통례이지만, 단순히 수확에 대한 비율만을 정하거나, 또는 이를 정하지 않고 수확기에 收穫高를 斗量<이를 看坪이라고 한다; 1910년판>하여 그 액을 결정하는 예가 있다. 소작인이 地稅와 水稅<用水料>를 부담하는 것이 통례이다. 小作料는 수확의 1/3 내지 1/2이라고 하지만, 지방과 토지의 肥瘠에 따라 차이가 있다. 또 竝作의 경우는 다양한데, 지주가 種子和 地稅를 부담하고 수확물(粟 포함)을 平分하는 경우, 지주가 지세를 부담하고 수확물 가운데서 종자에 상당하는 수량을 공제한 잔액을 平分하는 경우, 소작인이 종자를 부담하고 수확물을 半分하는 경우(지세는 지주의 부담이고 대개 粟은 전부 소작인의 소유이다), 지주가 종자를 제공하고 수확물 중에서 이를 半分한 나머지를 半分하는 경우, 또는 지주가 종자를 부담하고 수확물을 半分하여 지세는 소작인이 납부하는 경우가 있다. 그외 지주가 종

자를 제공하고 수확물에서 이를 반환받고 잔여물을 半分하는 것이 있는데, 이 경우에는 지주가 지세를 부담하지 않는다(異例가 적지 않으나 요컨대 계약으로 정한다). 그리고 水稅는 지주가 부담하거나, 소작인이 부담하기도 하여 일정하지 않다. 또 二毛作의 경우에는 主作物에 대해서만 수확물을 분배하는 것이 예이지만, 때로는 전부를 분배하는 경우도 있다고 한다. 임대기간을 약정하는 것은 없으므로, 보통의 임대기간으로 보아야 할 年限이 없고 또 관습상 최장기의 규정이 있지 않다. 그러므로 지주가 소작인을 믿고 소작인 역시 경작을 계속할 의사가 있으면 수년 내지 수십년 동안 하는 예도 있다. 지주 또는 소작인이 해약을 하지 않고, 지주가 타인에게 소작을 주지 않는 한 그 대차관계는 소멸하지 않는 것이다. 그리고 계약의 효력은 당사자간에만 미치고, 제 3자에게 대항할 수 없는 것이 원칙이다. 따라서 소유자의 변경이 있으면 소작인은 신소유자에 대하여 계속하여 경작할 것을 요구할 권리가 없지만, 경작기에 한하여 제 3자도 그 소작권을 인정하지 않을 수 없는 것은 거듭 언급하였다. 이는 제 3자의 善意·惡意와 관계없다. 또 修繕에 대해서는 大修繕은 지주가 부담하고, 小修繕은 소작인이 이를 부담하는 것이 관례이다. 흉작의 경우에 소작인이 소작료의 감면을 청구할 수 있는지에 대해서는 並作의 경우에는 수확고에 따라 지주와 소작인이 함께 소득에 증감이 있는 것이므로 소작인은 그 감면을 청구할 수 없다. 다만 심한 減收 때문에 소작인이 생활을 할 수 없는 경우 등은 情宜上 지주가 소작료를 감면하는 예가 있다. 賭地의 경우에는 소작인은 흉작을 이유로 소작료의 감면을 청구할 수 없는 것이 원칙이지만, 부득이한 사정이 있는 경우에는 이를 감면하는 예가 있다. 다만 소작인은 당연히 감면을 청구할 권리가 없다는 것이 일반적인 관념이다. 또 소작인이 지세를 부담해야 하는 경우에도 지주가 부담하는 경우가 있다. 그리고 미리 대차기간을 정하지 않고, 또 경작기 외에는 지주·소작인 모두가 임의로 해약을 할 수 있기 때문에, 특별히 소작인을 위해서 흉작을 이유로 해약을 할 권리를 인정하는 관습은 없다. 小作權의 讓渡와 土地의 轉貸는 지주의 승락을 얻으면 할

수 있기는 하지만, 그 승락을 얻지 않으면 소작인이 임의로 할 수 없는 것이 원칙이다. 또 지주의 승락을 얻어서 소작권을 양도하거나 토지를 轉貸하는 등의 사례는 없다. 소작료의 지불시기는 並作의 경우에는 작물수확기에 이를 분할하는 것인데, 소작인의 집에서 하는 예도 있으나 경작지에서 분할을 하는 예가 많다. 또 賭地의 소작료, 즉 賭租는 작물의 수확기로 정하기도 하고, 그 年內로 정하기도 하고 또 다음해 春分까지 지불하는 예가 있어 계약에 따라 일정하지 않다. 解約에 대해서는 이미 기술한 것처럼 경작기내(수확을 마칠 때까지)에는 지주·소작인 모두 해약을 할 수 없다. 경작기 외에는 지주·소작인 모두 임의로 해약을 할 수 있다. 경작기는 작물에 따라 반드시 일정하지 않으나 대개 春分에서 冬至前까지라고 한다. 그리고 해약전에 예고를 해야 하는 등의 관습은 없다.

소작인은 지주의 승락을 얻지 않고서 소작권을 양도할 수 없음은 누차 언급하였다. 그러나 全羅北道 全州地方에서는 지주의 승락을 얻지 않고 소작권을 매매할 수 있는 지역이 있다. 이를 禾利附田畵이라고 부르고, 賣買를 禾利賣買라고 한다. 古老의 말에 따르면 약 100여 년 전에 심한 흉년으로 곡식이 거의 결실을 맺지 못하여 세금을 납부하기가 어려웠다. 그래서 지주들은 지세를 대납하는 자에 대해 이듬해의 소작권을 허용하여 지세를 마련하였다. 그리고 소작계약은 경작기 외에는 임의로 해약할 수 있는 것이 관례이지만, 지세를 대납한 소작인에 대해서는 지주는 함부로 소작인을 변경할 수 없었다. 또 한편으로는 소작인은 대납한 지대를 회수하기 위하여 지주의 승락을 받지 않고 그 소작권을 매각하였는데, 지세대납의 관계로 지주가 이를 금지할 수 없게 된 것에서 이와 같은 지역에 대해서는 소작권의 매매가 성행하게 되어, 소위 禾利賣買의 관습이 나타나게 되었다. 그런데 이러한 관습이 성행함을 기화로 하여 간악한 무리들은 몰래 소작권을 매매하거나, 또는 지주의 使者인 마름[舍瞞]이 恣意로 소작권을 매각하였고, 이러한 사정으로 소작인이 된 자는 다시 이를 타인에게 매각하여 점차 그 대가를 양등시켰다. 이러한 매매는 원칙으로 보

면 지주가 인정할 필요가 없는 것이지만, 遠地의 지주는 이를 알지 못하는 경우가 많고, 이미 수인의 손으로 轉輾한 후에는 지주도 소작인을 변경하는 것이 곤란하였다. 그래서 자연히 禾利附田畝으로 된 곳도 적지 않다고 한다. 그리고 禾利附田畝에서는 지주는 그 禾利를 매수하지 않으면 소작권을 소멸시킬 수 없고, 토지의 소유자가 변경되어도 소작인은 그 권리를 신소유자에게 대항할 수 있다. 또 禾利의 買受者도 그 권리를 지주에게 대항할 수 있다. 그래서 지주는 현소작인에 대해 定額賭租를 청구할 수 있는 것에 그치고 또 그 액수도 변경할 수 없어서, 수확에 비해 그 비율이 아주 소액이라고 한다. 그 외의 지주와 소작인의 관계는 賭地의 경우와 다르지 않다.

소작계약은 口頭로 하는 것이 보통이고, 계약서를 작성하는 예는 없다고 하나 더러는 지주가 소작인에게 <표 96-1, 2>와 같은 서면을 작성·교부하는 경우가 있다.

토지의 賃貸借는 위의 田畝의 小作 외에 柴草採取를 위하여 山野를 대차하거나 또는 땀감 때문에 山林을 대차하는 경우가 있다. 또 갈밭[蘆田]의 임대차는 그 사례가 적지 않다. 그리고 차임은 금전 또는 곡류로 정하거나, 수확물로 정하기도 한다. 그 수확물로 차임을 지불하는 경우에는 지주와 차주가 반분한다. 대차기간은 대개 1년이고, 연말 또는 수확시에 차임을 지불하는 것이다. 그리고 차주는 그 권리를 제 3자에게 대항할 수 없다. 대차기간내에는 대주, 차주 모두 해약을 할 수 없다고 한다. 다만 갈밭·草場·柴場 등에는 임대차를 하지 않고 수확의 반을 주어 이를 베어거두기[刈取]를 청구하는 경우가 오히려 많다고 한다.

2. 家屋의 賃貸借

가옥의 임대차에는 傳貰와 月貰 두 종류가 있다. 傳貰는 조선에서 가장 보통으로 행하여지는 가옥임대차의 방법으로, 賃借時에 借主가 일정한 금액(家屋代金の 반액 내지 7, 8割이 통례이다)을 家主에게 委託하고 별도로 차임을 지

<丑 96-1> 小作人選定契約書

<丑 96-2> 小作人變更契約書

某面某洞某字番田
農斗日耕許耕事
 作者某

年 月 日

舍番田主
 音 主

姓 姓

名 名
 印 印

某洞所在番幾斗落移作于某處印

年 月 日

番 主

姓

名 印

불하지 않고, 가옥반환시에 그 금액을 반환받는 것은 여러 번 언급하였다. 그 기간은 통상 1년이지만, 계약에 따라 일정하지 않으며, 또 기간을 약정하지 않는 수도 있다. 서울에서는 기간을 약정하지 않는 경우는 100일을 기간으로 하는 것이 관례라고 한다. 또 계약절차로는 다른 지방에서는 가주가 傳貰文記를 차주에게 교부하는 것이 관

레이지만, 서울에서는 貸主와 借主의 連署로 請願書를 漢城府에 제출하여 家契에 懸錄을 받는 관례가 있다. 다만 이 절차를 거치지 않은 경우라도 무효로 되지는 않는다. 그리고 차주는 그 권리를 제 3자에게 대항할 수 없는 것이 원칙이지만, 가계에 현록을 받거나 또는 이를 가옥의 문권에 기입한 경우에는 제 3자에게 대항할 수 있다. 또 가옥소유자의 변경이 있으면 貸主인 전소유자가 傳貰金을 반환하지 않으면 차주는 가옥을 明渡할 필요가 없는 것 같다. 다만 서울에서는 가계에 현록을 받는 관례가 있으므로, 가계에 현록이 없는 경우에는 가령 전세금을 반환받지 않아도 신소유자에 대해 명도를 거절할 수 없는 것으로 해석해야 할 것 같다. 그렇지만 차주는 그 권리를 양도하거나 전당할 수 있고, 대주는 이에 이의를 제기할 수 없다. 또 가옥의 수선은 대주의 부담이지만, 소수선은 차주의 부담이다. 기간내에는 서로 해약을 할 수 없지만, 기간경과후에는 언제라도 해약을 할 수 있다. 또 별도로 예고기간으로 정해진 바는 없지만, 다만 대주가 해약을 하는 경우에는 가옥의 명도에 대하여 차주가 이사에 소요되는 기간을 허여해야 하는데, 서울에서는 기와집은 15일, 초가는 10일의 유예기간을 인정한다.

다음 月貰는 月定의 家賃을 일컫는 것으로, 금전으로 借賃을 정한다. 옛날에는 店舖 외에 이러한 賃貸借를 하는 예는 거의 없었지만, 수십년 이래로 일반적으로 성행하게 되었다. 차임은 先拂인 것과 後拂인 것이 있는데, 결국 계약에 의하는 것으로 일정하지 않다. 기간을 약정한 경우에는 그 기간내에는 이를 해약할 수 없지만, 기간을 약정하지 않은 경우에는 차주는 언제라도 해약을 할 수 있고 따로 예고기간이 필요없지만, 대주는 차임을 선불받은 기간내에는 해약을 할 수 없고 또 해약을 함에는 5일 전에 예고를 해야 한다. 이러한 차임권도 역시 제 3자에게 대항할 수 없다고 하지만, 차임을 선불한 기간내에는 가옥의 신소유자가 명도를 청구하는 예는 없다고 한다.

傳貰文記, 傳貰懸錄請願書, 傳貰懸錄家契 등의 양식은 <표 96-3~8>과 같다.

<丑 96-3> 傳賁文記 一(서울)

<丑 96-4> 傳賁文記 二(地方)

年 月 日

某前明文

右明文事段某部某契某洞伏在_{草瓦}家幾間廳右人處傳賁以錢文幾千兩乙準數
捧上是遺限百日傳賁爲去乎日後若有雜談是去等以此文記告官卞正事

家主 某印
家僧 某印

年 月 日

某前明文

右明文事段以要用所致瓦家幾間乙錢文幾千兩賁給爲去乎日後若有雜談則
以此憑考事

家主 某印
賁主 某印
證人 某印

〈丑 96-5〉 傳黃立旨

訴 狀

南署廣通坊由洞契二十八統八戶

趙 璟 德

右告訴段은 矣身에 所居 瓦家六間을 某處에 買得 居生이 오나 今에 李敏卿處에 捧 黃文二百圓을 立限則 百日內로 黃給을 오니 洞燭後 立旨成給을 시를 伏望 官

光武十一年五月 日

漢城府 處分 府尹

家 主 趙 璟 德

黃 主 李 敏 卿

家 僧 金 昌 順

黃爲立旨成給事

十八日

<丑 96-6> 傳賞懸錄請願書

請願書

住所

請願人

何

某

年齡

本人이西署、、、、、、何戶何某所有瓦屋六間倉錢壹百貳拾圓
으로自三年九月六日至四年一月三十日々々限五箇月間賞居하기로約定
을고該所有主와聯署하여茲에請願호오니查照호신後에統表에懸錄호심을
伏望

年 月 日

府 尹

所有主

何

某 ㉠

賞借人

何

某 ㉠

依願懸錄事

年 月 日

府

尹


印

〈丑 96-7〉 傳黃懸錄家契 一

第七百十四號
 所在南署會賢坊小公祠三十五號一戶


一瓦家 十八間
 一草家 ○間
 一家坐 ○間
 計間數 十八間

居住
 所有主 辛興模

右合照于本府家契原籍發給事
 光武十年六月二十一日
 漢城府尹 

一賣買時價
 一令四千圓

一賣買月日
 光武十年六月二十一日

右據請顯公證事
 光武十年六月二十一日
 漢城府尹 

居住小公祠三十五號一戶 賣主 辛興模
 居住南署竹洞五十六號七戶 買主 劉鎮洪
 居住中醫東谷五十七號七戶 家僧 張善榮
 居住南署竹洞五號一戶 保證 洪昌燁

某年月日賣入某姓名何百圓也

(後面)

(前面)

〈丑 96-8〉 傳黃懸錄家契 二

第一百八十三號

漢城府爲給發契據事照得南署明禮坊小龍洞契 洞第五統一戶地所有家舍
九十二間瓦 間草 間計時值二萬兩由本主尹斗炳情愿賣與柳昌熙居住爲
此合行給仰執契人員遵照後開三條章程毋得違越切々須至契者

光武五年十月十八日

右給 柳昌熙持憑

判尹 少尹

主事

家僧 張善學

保證 申得哉

後開

一家舍賣買時由本主對應員人眼同家僧帶舊券稟始許換給新契紙價取五
文

一家舍之無舊券者非有保證人記名書押不准發

一 買主領有新契始許拼接 板入李春根處萬兩貫給

3. 物品의 賃貸借

動産의 賃貸借은 대개 단기로서 1개월인 것이 보통이고, 借賃은 日 또는 月로써 결정한다. 기간을 약정하지 않은 것은 언제라도 서로 해약할 수 있고, 기간을 약정한 것은 그 기간내에는 해약할 수 없다고 하지만, 차주가 반환을 하는 경우에는 이를 거절할 수 없는 것이 통례이며, 또 달리 예고기간을 따로 설정하지 않는다.

4. 家畜의 賃貸借

牛馬의 임대차는 가끔 그 예를 볼 수 있다. 대개 기간을 정하여 이를 계약하는 것으로, 사료는 차주가 부담하고, 차임은 곡물이나 금전으로 정하며, 반환시에 지불하는 것이 상례이다.

第九十七 雇傭에 관한 慣習은 어떠한가

예컨대 報酬의 支拂時期는 어떠한가, 定期的인 報酬와 一時에 支拂해야 할 報酬를 區別하여 調査하시오. 雇用主는 그 權利를 他人에게 讓渡할 수 있는가, 없는가. 또 雇傭人은 自己 代身에 他人에게 시킬 수 있는가, 없는가. 當事者는 언제라도 解約할 수 있는가, 아니면 一定期間 동안 解約을 할 수 없는가. 또 解約의 경우에는 一定期間前에 豫告하여야 하는가. 또 특히 雇傭期間을 約定하는 예가 있는가, 만약 이것이 있다면 通常 몇 년 또는 몇 달인가, 또 慣習上 最長期의 定限이 없는가.

고용에는 여러 종류가 있다. 商家의 支配人[番頭]을 差人이라고 부르며, 記帳을 담당하는 자를 書記라고 부르고, 심부름을 하는 자를 使喚이라고 부르며, 머슴 등[下男·下女]을 下人[雇用]이라고 부른다. 임시고용인을 募軍이라고 부르고, 그 외에 大工<木手> 등 職工의 見

賃者が 있다.

보수의 지불기는 농가의 僱傭人[雇人]은 년 1회로 수확기인 것이 보통이다. 상가의 고용인은 대개 매월말이지만, 지방에 따라서는 연말에 지불하는 경우도 있는데, 대개 정기적인 보수로 일시에 지불하는 경우는 없다. 그리고 僱用主[雇主]는 고용인의 승락이 있는 경우 외에는 그 권리를 타인에게 양도할 수 없다. 고용인도 역시 질병 등의 사고로 부득이한 경우에만 고용주의 승락을 얻어 일시적으로 代行人을 보낼 수 있지만, 자의로 자기 대신에 타인을 시킬 수 없다. 또 당사자는 언제라도 서로 해약을 할 수 있다(상당한 사유가 있어야 한다는 의견도 있다). 다만 지방에 따라서 예컨대 농가의 고용인 등은 農繁期에는 적당한 대행인을 보내지 않으면, 고용인이 해약을 할 수 없다고 한다. 그리고 해약에는 별도의 예고기간으로 정해진 것이 없다. 고용기간은 농가에서는 대개 1년이지만, 商工業의 見習者 등은 3년 내지 5년이고, 관습상 최장기의 제한이 없다.

이외에 조선에는 종래 奴婢를 인정하였고, 開國 503年(1894) 6月 28日 議案「奴婢의 典를 革罷하는 件」「公私奴婢의 典은 一切革罷하여 人口의 賣買를 禁할 事」로 모든 노비를 해방하였다. 그러나 지금도 아직 현상을 유지하는 예가 많다. 이에 두 종류가 있다. 하나는 永賣, 다른 하나는 自賣라고 한다. 그 文記의 서식은 <표 97>과 같다.

第九十八 請負에 관한 慣習은 어떠한가

예컨대 報酬의 支拂時期는 어떠한가. 業務의 目的物에 瑕疵가 있으면 請負人의 責任은 어떠한가. 그 責任은 數年 後에라도 免할 수 없는가, 아니면 一定期間 後에 는 이를 免할 수 있는가.

請負는 都給이라고 부른다. 請負人[受給人]이 자기의 재료로 그 업무를 하는 예도 있고, 또는 주문자가 재료를 공급하여 그 업무를 시

<丑 97-1> 婢永賣文記 <丑 97-2> 奴自賣文記 <丑 97-3> 使婢轉賣文記

年 月 日 某宅前明文

右明文段無他矣身以貧寒所致率女幾年生折價幾兩永々放賣爲去乎日後如有雜談是面以此憑考事

舊上興 證筆 姓 名 名 名

年 月 日 明文

右明文事段矣身切有用處右宅前錢文幾千兩自身願賣爲去乎以此文記憑考事

上興某氏宅 姓 名 名 名

年 月 日 某前明文

右明文段傳來使婢春梅一口直緣生涯苟難思不得已之致右人前捧價八百兩是遺永永許賣事

舊上興 證筆 姓 名 名 名

키는 예가 있다. 그렇지만 가옥의 건축 등은 都給人[注文者]가 재료를 공급하는 예가 많은 듯하다. 그리고 보수는 作業完成物의 인도와 동시에 지불하고, 그 인도가 필요없는 경우에는 업무의 완성과 동시에 이를 지불해야 하는 것이다. 그렇지만 업무의 착수전에 그 반액을 지불하고 업무완성시 또는 그 목적물인수시에 그 잔액을 지불하는 예가 있다. 또는 업무착수전에 1/3을 지급하고 중간에 1/3을 지급하고 완성 또는 목적물의 인도시에 잔액을 지불하는 예도 있다. 또는 수시로 그 일부를 지불하는 것도 있고, 때로는 그 전부를 선불하는 경우도 있어 반드시 일정하지 않다.

업무의 목적물이 그 인도전 또는 업무완성전에 天災 등 不可抗力으로 멸실 훼손한 경우에는 주문자는 그 보수를 지급할 필요가 없다. 이미 그 전부 또는 일부를 선불한 경우에는 이의 반환을 청구할 수 있다. 또 업무완성전에는 주문자는 언제라도 손해를 배상하고 계약을 해제할 수 있다.

請負人の 瑕疵補修責任에 대해서는 釜山地方 등에서는 가옥은 인도후 2개월(담장은 종전에는 3개월이었으나, 현재는 준공 즉), 忠淸北道 永同地方 등에서는 공사완성 후 2, 3개월간, 忠州地方에서는 인도후 1개월간, 또 서울에서는 흠담에 한하여 완성후 40일간에는 그 책임을 면할 수 없다는 것이 관습이라고 한다. 그렇지만 다른 지방에는 확실한 관습이 없고, 주문자는 업무완성시 또는 그 목적물의 인수시에 충분히 검사를 할 것이 필요하며, 만약 하자가 있으면 즉시 補修를 청구할 수 있다. 일단 인수를 하거나, 업무의 완료를 승인한 이상 후일에 하자를 발견하여도 청부인에 대하여 補修를 청구할 수 없다는 것이 오히려 통설인 것 같다.

第九十九 委任에 관한 慣習은 어떠한가

예컨대 受任者는 報酬를 받을 權利가 있는가, 이를 받을 경우에는 그 支拂時期는 어떠한가. 委任은 當事者 雙方이 언제라도 解除할 수 있는가. 미리 期間을 約定한 것과 約定하지 않은 것

사이에 구별이 있는가. 기타 委任終了의 原因은 어떠한가, 예컨대 委任者 또는 受任者の 死亡, 心神喪失 등의 사유로 委任은 終了하는가.

법률행위 등의 사무를 타인에게 위탁하는 것은 실제로 아주 빈번하고, 수임자는 위임의 본지에 따라 성실하게 그 사무를 처리해야 하는 것은 물론이다. 그리고 위임자는 그 사무의 처리에 필요한 비용을 수임자에게 선불해야 하며, 만약 수임자가 이를 대납한 경우에는 수임자는 위임자에 대해서 보통이율로 대납일 이후의 이자를 청구할 수 있다. 수임자가 보수를 청구할 수 있는지에 대해서는, 수임자가 이를 영업으로 하는 자이면 관습상 일정한 보수가 있으므로, 특별히 보수를 약정하지 않은 경우라도 청구할 수 있는 것은 물론이다. 그리고 대개 보수를 약정하는 것이 상례로, 무보수의 위임은 친척, 친구 간에 드물게 있는 것에 지나지 않는다. 그리고 일반의 관념에서는 가령 특약이 없는 경우라도 수임자는 상당한 보수를 청구할 권리가 있는 것 같다. 보수의 지불시기는 특약이 없으면 사무를 종료한 후이지만, 실제로는 미리 그 일부를 지불하는 예도 있고, 도중에 그 일부를 지불하기도 하여 일정하지 않다. 해약은 기간설정의 유무와 관계없이 당사자 쌍방이 언제라도 할 수 있는 것이 원칙이지만, 다만 그 해약이 현저하게 위임자에게 불리한 경우에는 위임자는 그 해약을 거절할 수 있다. 또 해약의 경우에는 그 사무의 진척에 따라 보수를 지불해야 한다. 그리고 위임관계는 사무의 종료와 해약 외에 수임자의 사망, 도망, 심신상실 등으로 당연히 소멸한다. 위임자의 사망도 역시 그 관계를 소멸시킨다. 다만 수임자가 그 소멸을 알지 못하고 한 행위는 유효로 한다.

第百 寄託에 관한 慣習은 어떠한가

예컨대 寄託契約은 當事者 意思의 一致만으로 成立하는가, 아니면 物의 授受로 成立하는가. 受託者는 物을 使用하거나 또는

他人에게 保管을 시킬 수 있는가. 受託者는 報酬를 받을 權利가 있는가. 이를 받는 경우와 받지 않는 경우간에 責任의 차이가 있는가. 寄託者는 언제라도 物의 返還을 請求할 수 있는가, 미리 期間을 約定한 경우와 約定하지 않은 경우간에 차이가 있는가. 消費寄託에 관한 特別한 慣習이 없는가. 消費寄託과 消費貸借는 어떤 차이가 있는가.

寄託은 任置라고 부르는데, 금전을 목적으로 하는 경우와 물품을 목적으로 하는 경우를 묻지 않고, 계약으로 체결한다. 그 계약은 금전 또는 물의 수수로써 성립하고, 당사자의 의사의 합치만으로는 성립하지 않는다. 그리고 수탁자는 금전 등 대체물이면 이를 사용할 수 있어도, 특정물은 사용할 수 없다. 다만 소, 말 따위는 적당히 사용할 수 있다고 한다. 또 수탁자는 제3자에게 그 물을 보관시킬 수 없다. 또 수탁자는 客主人 경우외에는 거의 보수를 받는 예는 없다. 수탁물의 보관에 대하여 충분한 주의를 해야 하고, 보수를 받는 경우와 받지 않는 경우에 따라 그 책임에 확실한 차이가 없다. 그리고 기탁자는 기한의 유무에 불구하고 언제라도 수탁물의 반환을 청구할 수 있다고 하지만, 금전의 기탁에 대해서는 특별히 기간을 약정하면 기간 전에 반환을 청구할 수 없다. 또 수탁자가 任置票를 기탁자에게 교부한 경우에는 그 持參人에게 반환해야 하는 것이다.

消費寄託은 金錢·米穀 등의 물에 대해서 행하여지고 消費貸借의 목적이 될 수 있는 물은 대개 소비기탁의 목적이 될 수 있다. 그리고 소비기탁과 소비대차간에는 무릇 아래와 같은 차이가 있다. ① 소비기탁은 통상 無利子이지만, 소비대차는 거의 보통 이자가 있다. ② 소비기탁은 보통 無期限이지만, 소비대차는 대개 기한이 있다. ③ 소비기탁에서는 금전의 경우 외에는 언제라도 반환을 청구할 수 있지만, 소비대차에서는 기한전에 반환을 청구할 수 없다. ④ 소비기탁에 의한 기탁자의 권리는 任置票의 교부로 양도할 수 있지만, 소비대차에 의한 貸主의 권리는 단순히 債權證書의 교부만으로 양도할 수 없고,

관습상 채무자의 승락이 필요로 하는 따위가 이것이다(단 平壤 등지에서는 소비대차 채권이라도 手票의 교부만으로 관습상 양도할 수 있다). 또 본래의 목적에서 보더라도 소비기탁은 보관이 목적이고, 소비대차는 利殖을 목적으로 하는 것이 보통이다.

任置票의 양식은 <표 100>과 같다.

<표 100> 任置票

年 月 日 姓 名 ①	玄 米 幾 許 石 任 置 印
--	--------------------------------------

年 月 日 任 置 主 姓 名 ①	右 票 段 錢 文 幾 百 兩 任 置 則 日 後 此 票 持 來 人 處 出 給 事
---	--

第百一 組合에 관한 慣習은 어떠한가

예컨대 組合의 業務는 누가 執行하는가. 만약 組合員이 共同으로 이를 執行하는 등, 二人 以上の 業務執行者를 選定하였으면 어떻게 事務를 결정하는가. 예컨대 全員의 意思가 一致하지 않으면 이를 決定할 수 없는가, 各自가 單獨으로 決定할 수 있는가, 아니면 그 過半數로 決定하는가. 또 損益分配의 比率은 어떠한가. 또 組合員은 언제라도 組合을 脫退할 수 있는가, 期間의 規定이 있으면 그 期間內에는 絶對적으로 羈束되는가. 組合員이 死亡하면 組合을 脫退하는가, 또는 그 相續人이 대신하여 組合員으로 되는가. 組合員이 精神病에 걸리면 어떻게 되는가. 組合員을 除名할 수 있는가, 만약 除名할 수 있다면 그 條件은 어떠한가. 組合의 解散原因은 어떠한가. 예컨대 組合員 一人의 請求로 解散할 수 있는가. 또 解散後의 處分은 어떠한가. 그 가운데 殘餘財産은 어떤 比率로 이를 分配하는가(會社[第185問] 참조).

조선에서 조합의 성질을 갖는 것은 同事와 契가 그 주된 것이라 하겠다.

1. 同 事

同事는 2인 이상 공동으로 상업 또는 상거래를 하는 경우를 일컫는 것으로, 대개 2~3인인 경우가 많으나, 때로는 그 이상도 없지 않다. 資本을 本錢이라 부르는데, 金錢인 경우와 物인 경우가 있다. 出資는 각 同事員이 평등한 비율로 금전 또는 물품을 출자하는 것이 통례이지만, 때로는 그 一部人이 금전 또는 물품을 출자하고, 나머지는 勞務를 제공하는 예도 있다. 동사의 자본은 동사원의 공유이지만, 동사원의 일부가 資本主이고 다른 일부는 종업원인 경우도 있다. 이를 差人同事라 부르며, 그 출자자를 物主 또는 錢主라고 부르며, 노무를

제공하는 자를 差人이라고 부르는 경우가 많다. 이 경우에는 동사의 자본은 동사원의 공유가 아니라, 물주 또는 전주의 소유이다[어느 경우에도 동사의 자본은 동사원의 공유이다]. 그리고 업무집행은 동사원 전원이 하는 예가 있는데, 이 경우에는 과반수의 의견에 따라 사무를 결정한다. 또 1인 또는 수인의 업무집행자를 선정하는 예가 있다. 이 경우에도 역시 동사원 과반수의 의견에 따라 결정하는 것 같다[업무집행자가 수인인 경우에 의견이 일치되지 않으면, 과반수의 의견에 따라 결정할 수밖에 없다고 하는 것을 일반의 관념이라고 한다. 그래도 업무집행자가 2인 이상인 예는 아주 적기 때문에, 결국 동사원 과반수의 의견에 따라 결정하는 경우가 많은 듯하다].

同事에서의 이익의 분배, 손실의 분담은 출자액을 표준으로 함이 취지이지만, 출자액이 균일하므로 인원수에 따라 평등하게 그 비율을 정한다. 다만 勞務提供者와 錢主 또는 物主가 있는 경우에는 그 손익을 균분하거나 전주나 물주가 먼저 그 자본에 대해 이자를 받은 후에 나머지 손익을 균분하기도 하여 일정하지 않다. 또 동사원은 전원의 동의가 있지 않으면 그 持分을 처분할 수 없다. 만약 동의를 얻어 지분을 양도하면 동사의 관계에서 이탈하고, 그 권리·의무는 모두 양수인에게 이전하는 것이다. 그리고 동사원은 존속기간의 약정유무와 관련없이(기간을 약정하는 예는 거의 없다) 임의로 탈퇴할 수 있다. 이 경우에는 그 동사원의 지분에 대해 계산을 하여 그 지분을 반환받는 것이지만, 사업의 사정으로 계산을 할 수 없는 경우에는 그 지분의 반환을 일시 거절할 수 있다. 또 동사원이 사망한 경우에 상속인의 승계여부에 대해서는 상속인의 희망과 다른 동사원의 의견에 따라 결정하는데, 다른 동사원이 이의를 하면 상속인은 동사원이 될 수 없다. 동사원이 정신병에 걸린 경우에 대개 그를 除名하고, 보호자 등이 그를 대신하는지에 대해서는 이 또한 동사원의 의견에 따르는 것이다. 또 동사원의 除名은 부정행위가 있는 경우에 다른 동사원의 일치된 의견으로 할 수 있다. 동사의 해산원인은 관습상 판연하지 않지만, 보통 업무나 거래의 종료, 동사원이 1인으로 된 경우 등은 당연히 해산하고, 그

의는 협의로 해산을 결정할 수 있다. 동사원 1인이 해산을 청구하면 2인뿐인 동사는 당연히 해산을 하고, 다수의 동사원이 있으면 과반수의 의견으로 결정한다. 그리고 해산후 재산의 처분은 먼저 物主 또는 錢主에 대해 그 출자액에 따라 분배를 하고 나머지를 인원에 따라 분배하고, 만약 손실이 있으면 평등하게 이를 분담한다. 제3자에 대해서는 각자가 전부를 이행할 책임을 지는 것이다. 그러므로 그 관계는 連帶[債務]와 유사하다.

2. 契

契의 종류는 매우 많아서 모든 것을 열거할 수 없고, 또 동종의 계이지만 그 명칭을 달리 하는 것도 있다. 그렇지만 이를 대별하면 組合의 性質을 갖는 것, 部落 등의 規約에 지나지 않는 것과 單純한 共有關係에 속하는 것 세 종류에 지나지 않는다. 예컨대 洞契 또는 里中契라고 일컫는데, 里洞內의 각호로부터 평등하게 또는 등급을 정하여 金穀을 추렴하여(또는 夫役으로 대신하기도 한다), 그 이자 또는 원본으로 戶稅의 上納에 충당하거나, 교량, 도로 등의 수축을 하거나, 주민의 救恤에 사용하는 예가 있다(과거에는 里의 契대비로도 사용하였다고 한다). 특히 里洞長 이외에 契長을 선정하는 예는 없지 않으나, 그 동리에 戶를 가진 자는 그 부담을 면할 수 없고, 또 당연히 그 이익을 누리지만, 그 동리를 떠난 자는 그 부담을 면함과 동시에 수익의 자격을 상실한다. 그러므로 이를 部落規約이라고 보는 것이 타당할 것이다(洞契, 里中契의 내용은 다양하지만, 그 성질은 다르지 않다). 또 예컨대 수인이 공동으로 婚具를 구입하여 계원중에 혼례를 거행하는 자가 있으면 이를 사용하고, 또 수인이 공동으로 葬具를 구입하여 계원중에 장례를 치르는 자가 있으면 이를 사용하는 婚具·葬具契 등, 또는 수인이 農具 또는 牛馬를 구입하여 각자의 필요에 따라 서로 사용하는 農具·牛馬契 등은 단순한 共有關係에 지나지 않는 것이 많다. 그러므로 여기에서는 다만 組合의 성질을 갖는 契만에 대하여 그 성질의 개요를 기술하는 것에 그치기로 한다.

조합의 성질을 갖는 계에는 혼인 또는 장례비용의 부조를 목적으로 하는 것이 있다. 婚契·喪契·爲親契 등은 대부분 이에 속한다. 계원중에 가족이 혼인을 하거나, 부모의 장례를 치르는 자가 있으면 일정한 금액이나 물품을 보내 그 비용에 보태게 한다. 그리고 이러한 계에는 사건이 발생할 때마다 일정한 금액을 추렴하지 않는 것은 아니나 보통은 기본금을 적립하거나 전답을 구입하여 그 수익으로 지출에 충당한다. 또 조상의 제사를 목적으로 하는 것이 있는데, 宗契 또는 門契라는 것이 대부분 이에 속한다. 이러한 계에는 전답을 구입하여 그 수익으로 조상의 제사비용에 충당하는 것이 상례이다. 또 宗教, 學藝 등을 목적으로 하는 것이 있는데, 佛契·學契·射契 따위가 대부분 이에 속한다. 佛契에는 절의 유지비를 마련하기 위하여 기본 재산을 마련한 것이 있고, 학계에는 학교를 설립하여 자제의 교육기관으로 하는 것이 있거나 또는 詩文을 연마하기 위한 것도 있다. 射契에는 과거에 弓術을 연마하기 위한 자들이 가끔 이를 조직한 예가 있으나, 지금은 전혀 없다. 또 災厄時에 부조를 목적으로 한 것이 있다. 忠淸南道 江景地方에서 성행하는 募軍契는 이에 속하고, 다른 지방에서의 宗契·門契 중에서도 이러한 목적을 포함하는 것이 있다고 한다. 즉 이러한 계에서는 계원 가운데 불시에 재액을 당한 자가 있으면 이에 일정한 금액 또는 물품을 주어서 그 위급함을 구하는 것이다. 또 營利를 목적으로 하는 것이 있는데, 대개 殖利契 또는 取利契라고 한다. 금전을 적립하여 利殖하여 이익을 분배하는 것이지만, 한편으로는 혼구, 장구를 구입하여 이를 임대하여 그 이익을 분배하는 것도 있다고 한다. 또 殖林 또는 水利를 목적으로 하는 것이 있다. 殖林을 목적으로 하는 계에는 매년 소나무 등의 나무를 심는 것이 있고, 또는 산림의 도벌을 방지하기 위해 看守를 두는 것이 있다. 이를 松契 또는 禁松契라고 부르는 것이 많으나, 반드시 소나무만을 목적으로 하는 것은 아니다. 水利를 목적으로 하는 계는 보통 蒙利契라고 부르는데, 논의 소유자가 淤를 설치하는 경우에 조직하는 것이 통례이다. 그 외에 더 종류가 많지만 지금 모두 열거할 수는 없다.

계원의 출자는 균일한 것이 통례이지만, 영리목적의 계에서는 持分을 口座로 나누어 1인이 두 구좌 이상을 갖는 경우가 있는데, 이 경우에는 1구좌에 대한 출자액은 균일하지만 계원 각자의 출자액에는 상당한 차이가 있다. 또 조상의 제사를 목적으로 하는 계에서도 자산을 표준으로 하여 출자에 차등을 두는 예가 없지 않다. 특히 식림, 수리 등을 목적으로 하는 계에서는 지역의 면적을 표준으로 하여 출자에 차등을 두는 것이 통례이다. 계원의 지분에 대해서도 평등한 것이 원칙이지만, 다만 영리를 목적으로 하는 계는 그 구좌수에 따라 차이가 있는 것이 있다. 계의 재산은 계원의 공유에 속하고 그 처분은 계원의 협의로 하는데, 과반수의 의견으로 이를 결정한다. 또 계에는 契長, 有司 등의 任員이 있어, 이들이 재산의 관리 등 사무를 집행하는 것이 통례이지만, 중요한 사항에 대해서는 계원이 협의를 하는 것은 재산처분의 경우와 다르지 않다. 그리고 계원은 다른 계원의 승락(과반수결)이 있지 않으면, 그 지분을 처분할 수 없는 것이 원칙이지만, 식림 또는 수리를 목적으로 하는 계 등은 그 산림 또는 灌溉地의 소유권과 함께 그 지분을 이전할 수 있다. 또 계원은 영리를 목적으로 하는 契외에 부득이한 사유가 있지 않으면 임의로 탈퇴할 수 없다. 또 계원이 사망한 경우에는 상속인이 승계하는 것 같다. 또 계원에게 부정행위가 있으면 과반수의 결의로 제명할 수 있다. 계의 해산원인에 대해서는 관습상 명백한 바는 없지만, 만약 연한의 규정이 있으면 그 연한의 경과로, 또 일정한 사업을 목적으로 하는 경우에는 그 사업의 완성으로, 또 계원 가운데 해산을 희망하는 자가 있으면 다수의 의견으로 스스로 해산을 하게 된다. 또 계원이 1인으로 되면 당연히 해산하는 것은 물론이다. 그리고 해산의 경우에 재산의 분배, 또 이익의 분배, 손실의 부담도 출자액을 표준으로 한다. 또 계원탈퇴의 경우에는 출자를 반환하는 것이 통례이다.

第百二 事務管理에 관한 慣習은 어떠한가

委任을 받지 않거나 法律上 權限이 없이 他人의 事務를 管理

한 者의 權利 義務는 어떠한가. 예컨대 그 管理에 관한 責任은 어떠한가. 本人에 대하여 費用 등의 償還을 請求할 수 있는가, 없는가.

친족·친구 등이 부재한 경우에 호의로 그 재산을 관리하는 것은 드물게 보이는 바이다. 타인의 신체, 명예 또는 재산에 대한 급박한 위험을 피하기 위해서 그 사무를 관리하는 것도 역시 절대 없는 것이 아니다. 그리고 이와 같은 경우에는 관리자는 가장 적당한 방법으로 관리해야 한다. 또 일단 관리를 시작한 이상 까닭없이 관리를 중지하여 본인을 위해서 불리한 결과가 생기지 않게 해야 함은 물론이지만, 특히 본인에 대해 통지를 하거나 또는 대리인이 그 관리를 할 수 있을 때까지 관리를 계속해야 한다는 등의 확실한 관습은 없는 것 같다. 또 물의 멸실, 훼손 등으로 본인에게 손해를 입힌 경우의 관리자의 책임에 대해서도 관습이 명료하지 않다. 그렇지만 급박한 위험을 피하기 위한 행위 때문에 본인에게 손해를 입힌 경우에, 악의 또는 중대한 과실이 없는 한 배상책임을 지게 하는 일은 없다. 또 관리자가 반드시 필요한 비용을 지출하였으면 이의 상환을 청구할 수 있는 것 같다.

第百三 不當利得에 관한 慣習은 어떠한가

理由없이 他人의 財産 또는 勞務로 利益을 받은 者는 그 利益을 返還할 義務가 있는가. 만약 있다면 그 義務의 정도는 어떠한가. 그 者의 善意·惡意에 따른 區別이 있는가. 예컨대 債務者가 아닌 者가 債務의 辨濟를 給付한 境遇에 이를 받은 者의 責任은 어떠한가.

이유없이 타인의 재산 또는 노무로 이익을 받고, 이 때문에 타인이 손실을 입으면 그 이익을 반환해야 한다. 특히 채권자가 아닌 자가 채무자로부터 채무의 이행을 받거나 채권자가 채권액 이상의 금부를

받거나, 또는 이미 소멸한 채무의 이행을 받은 경우 등에는 이를 반환할 의무가 있는 것은 조금도 의심할 바가 없다. 그리고 그 의무의 정도에 대해서는 받은 것을 돌려준다는 취지에 지나지 않는다. 따라서 받은 이익 전부를 반환하는 것이 원칙이지만, 예컨대 물의 급부를 받은 경우 등은 가령 그 물의 가액이 하락한 때라도 그 차액을 배상할 필요가 없다. 그리고 善意의 受益者와 惡意의 受益者 사이에 그 의무의 범위에 대한 확실한 구별이 없는 것 같고, 따라서 악의의 수익자라도 특별히 이자를 지불하고 손해를 배상할 필요는 없다. 또 악의로 존재하지 않은 채무를 변제하거나, 불법원인으로 물의 급부를 한 경우에도 이의 반환을 청구할 수 있는지에 대해서는, 관습으로 불만한 것이 없다고 한다. 그렇지만 기한전의 변제에 대해서는 그 기한 전임을 이유로 이의 반환을 청구할 수 없다. 그리고 채권자가 이로써 얻은 이익을 반환해야 할 관습이 없다. 또 채무자가 아닌 자가 착오로 변제를 하였기 때문에 채권자가 증서를 취멸하거나 담보를 포기한 경우 등에는 그 반환을 청구하여도 응할 필요가 없다고 하는 것이 통설이다.

第百四 不法行爲에 관한 慣習은 어떠한가

故意 또는 過失로 他人의 權利를 侵害한 者는 어떠한 責任을 지는가. 他人에게 被殺된 者의 父母·配偶者·子 등은 加害者에 대해 어떠한 權利가 있는가. 幼年者·精神病者 등이 他人에게 損害를 끼쳤을 때에는 이의 監督義務者(예컨대 父母·後見人 등)에게 責任이 없는가. 被傭者가 他人에게 損害를 끼쳤으면 그의 使用者에게 責任이 있는가. 만약 責任이 있다면 그 者의 選任·監督에 충분한 注意를 한 때라도 같은가. 土地의 工作物·樹木 등에서 생긴 損害는 그 所有者 또는 占有者가 이를 賠償할 責任이 있는가. 動物이 끼친 損害에 대해서는 어떠한가. 二人 以上이 共同으로 同一한 不法行爲를 하였으면 各自의 責任은 어떠한가.

고의 또는 과실로 타인의 권리를 침해한 자는 이 때문에 발생한 손해를 배상할 책임이 있는데, 대략 아래와 같은 구별이 있다. ①故殺의 경우에 대해서는 고래로 복수가 유일한 제재로, 피해자의 근친 등이 이 때문에 받은 재산상, 정신상의 손해를 배상받는 예는 없으며, 오히려 원수의 재물을 받는 것을 부정한 것으로 여겼다(胎兒의 權利 [第1問] 말미 참조). 그러나 過失殺傷의 경우에는 피해자 또는 피해자의 근친이 가해자에 대해 葬禮費, 治療費 등을 요구하는 것이 관례이다(『刑法大全』 第173條 “犯罪로 應償할 款額은 左開에 依하여 追償이라 一 過失殺賠償 八百四十兩 二 埋葬費 一百兩 三 治療費奉限 [負傷者 保養期間]內 每一日 二兩 四 雇工錢 一人 每一日 一兩四錢” 참조). ② 타인의 명예를 훼손한 경우의 책임에 대해서는 관습상 불 만한 것이 없다. 京畿道 安城地方의 調查報告書에 의거하면 허구의 사실로 타인을 비방한 자가 있으면 洞會에 回附하여 情이 가벼운 자는 公衆의 面前에서 謝罪를 시키고, 情이 무거운 자는 洞里人이 모여서 가시나무를 그의 집 주위에 겹겹이 쌓아 두는 것이 관례인데, 이는 그 洞에서 퇴거를 촉구하는 표시라고 한다. ③ 유년자 정신병자 등이 타인에게 손해를 가한 경우에는 그 보호자가 책임을 지는 것 같다. ④ 피용자의 행위에 대해서는 사용자의 책임유무가 판연하지 않다. 그렇지만 일반관념에서는 반드시 그 책임이 있는 것 같지 않으며, 다만 실제로는 피용자에게 배상능력이 없어서 피해자가 이를 감내할 수밖에 없으나, 도의상 사용자가 이를 배상하는 경우가 있을 뿐이다. 그리고 그 選任·監督의 정도에 따른 구별은 없다. ⑤ 공작물 또는 수목으로부터 생긴 손해에 대해서는 사정에 따라 소유자 또는 점유자가 그 책임을 지는 것 같다. ⑥ 동물로부터 입은 손해에 대해서는 그 소유자 또는 점유자에게 책임이 있다고 하는 것이 통설이고, 사람이 생명을 잃은 경우에는 피해자의 근친이 이를 撲殺할 권리가 있다고 한다.

共同不法行爲에 대해서는 각자가 전부에 대해서 책임을 지고, 대략 연대채무와 동등한 관계가 발생하는 것 같다. 과실로 인한 경우에는 일부에 대해서만 책임을 진다고 하는 자가 있지만, 이 역시 동일한 것 같다.

第四章 親 族

第百五 親族의 範圍는 어떠한가

血族의 範圍는 어느 정도 遠系者도 이를 親族으로 보는가. 配偶者는 어떠한가. 姻戚은 어떠한가.

조선 과거의 법령에는 친족의 범위를 명정하지는 않았으나, 『大明律』 「名例律」 親屬相爲容隱律條, 「戶律」 婚姻編 娶親屬妻妾條, 「刑律」 賊盜編 親屬相盜條, 犯姦編 親屬相姦條 등에 有服親 외에 별도로 無服親을 인정하고 유복친과 무복친 모두를 친족으로 간주하고 있다. 그리고 血族이라도 유복친과 무복친 이외의 자는 이를 친족에 포함시키지 않는 것을 예로 한다(다만 「刑律」 開殿編 同姓親屬相殿條에 “무릇 동성친족이 서로 다투면 비록 服이 다하였어도 존비의 명분이 아직 남아 있으면 존장은 일반에서 1등을 감경하고 비유는 1등을 가중하며, 만약 사망한 경우에는 일반죄로 처벌한다”¹⁾). 라고 규정하여 五服이 다한 자에 대해서 널리 동성친속의 명칭을 사용하나, 이는 원래 특례이다. 그러므로 과거 법령에서는 친족의 범위를 혈족만으로 한정하지 않고 혈족 이외자라도 적어도 유복친 또는 무복친인 이상 모두 친족으로 간주하였다. 가령 혈족이라도 유복친과 무복친 이외자는 친족으로 보지 않은 것으로 해석하여야 할 것 같지만, 소위 무복친의 범위에 대해서는 확연하지 않다. 그런데 『刑法大全』에는 第62條 本文에 “親屬이라 稱함은 本宗과 異姓의 有服과 袒免親을 謂함이니 左開와 如함이라”고 규정하여 친족의 범위를 명시하였다. 그리고 이 규정에 따르면 本宗과 異姓의 有服親과 袒免親만을 친족의 범위로 한 것 같으나, 本條 第6號에 無服親을 규정하여 本宗同五世祖袒免親과 異姓의 無服親을 예시한 것으로 본종과 함께 異姓有服親과 袒免親 외에 이성의 무복친도 친족에 포함시킨 것은 물론이다. 이를 요약하면 유복

1) 凡同姓親屬相殿 雖五服已盡 而尊卑名分猶存者 尊長減凡開一等 卑幼加一等 至死者 並以凡人論

친과 무복친을 친족의 속하게 한 것이다. 대개 유복친이 친족의 범위에 속해야 하는 것은 유복친을 인정한 당연한 결과로써 반드시 近親의 誼를 근본으로 하는 禮에 지나지 않는다. 그리고 袒免親이 친족의 범위에 속해야 하는지의 여부에 대해서는 『禮記大傳』에 “4세는 시마복으로 복이 다하고, 5세는 단문복으로 동성을 감쇄하며, 6세는 친속이 끝난다”²⁾라는 내용이 있다. 禮의 취지에서는 단문친을 친속으로 본 것이라고 해야 하고, 이를 친족의 범위에 속하게 한 것은 원래부터 그러한 것이다. 다만 이성무복친에 대해서는 그 출처가 분명하지 않다. 『刑法大全』의 凡例에는 『大典會通』, 『大明律』과 新頒律을 참조한 취지를 밝히고 『大清律』을 참조한 것은 밝히지 않았으나, 이를 『大清律』의 服圖와 비교하면 소위 無服親은 服圖에 無服으로 정한 것과 거의 흡사하다. 아래에 유복친과 무복친에 대해 그 개요를 기술한다.

1. 有服親

喪服은 다섯 종류로 斬衰, 齊衰, 大功, 小功, 緦麻이다. 참쇠는 아주 거친 삼베로 만들고, 아래단을 바느질하지 않는데, 斬은 바느질하지 않는다는 뜻이다. 자쇠는 약간 거친 삼베로 만들고 아래단을 바느질 하는데, 齊(자)는 바느질의 뜻이다. 대공은 성글게 누인 거친 삼베, 즉 粗熟布로 만들고, 소공은 熟布, 즉 가늘게 누인 삼베로 만들며, 시마는 가는 울로 짠 熟布, 즉 조금 細熟한 삼베로 만드는데, 모두 삼베의 이름이다. 그리고 참쇠는 3年, 자쇠에는 3年 杖期^(1년간 지팡이를 짚는다), 不杖期^(1년간 지팡이를 짚지 않는다), 5月, 3月의 구별이 있다^(또 별도로 자쇠 1년의 친족을 期親이라 한다). 대공은 9月, 소공은 5月, 시마는 3月을 상복을 입는 기간으로 한다. 服의 종류에 따라 친속을 구별하면 아래와 같다.

가. 斬衰服 父, 長子^(嫡孫이 承重[父가 사망하여 자가 대신하여 服을 입는 것]한 경우에는 長子와 같다), 夫^(첩이 부에 대해서도 같다),

2) 四世而시服之親也 五世袒免殺同姓也 六世親屬竭矣

夫의 父(상)

- 나. 齊衰服 母長子(母가), 嫡母(庶子의 父의 妻), 繼母(부의 후처), 收養父母(收養자가 收養者와 그 妻), 慈母(서자의 생모가 죽어 부가 양육을 명한 다른 첩), 夫의 母(처첩 동일) [이상 3년], 曾祖父母[5月], 高祖父母, 今不同居繼父(원래 동거한 계부) [3月]
- 다. 期親 衆子女(嫡長子제외), 嫁母(父死後 再嫁한 모), 出母(부와 이혼한 모), 妻[이상 杖期], 祖父母(祖父와 妻 이하는 이에 따른다) [不杖期], 長子婦, 長孫, 長曾孫, 長玄孫, 兄弟, 姊妹, 伯叔父母, 姑母(부의 자매), 姪 姪女(형제의 자매), 夫의 姪, 夫의 妻(妻의 경우), 夫의 子(상), 己子(상), 同居繼父(계부에게 자손이 없고 자기의大功親이 없는 경우, 만약 계부의 자손 또는 자기의 대공친이 있으면) 자처 3월
- 라. 大功服 夫의 祖父母, 夫의 伯叔父母, 夫의 姪婦, 衆子女, 衆孫, 姪婦, 從兄弟姊妹
- 마. 小功服 長孫婦, 長曾孫婦, 兄弟의 妻, 從祖父母, 大姑母(祖父의 姊妹), 從孫女(형제의 子녀), 從伯叔父母, 從姑母(祖父의 兄제외의 子녀), 從姪 從姪女(從兄弟의 子녀), 再從兄弟姊妹, 外祖父母, 外叔父(문의 兄제), 姨母(모의 자매), 甥姪(자매의 자), 甥姪女(자매의 자녀), 同母異父兄弟姊妹, 夫의 姑, 夫의 兄弟와 그 妻, 夫의 姊妹, 夫의 從姪과 從姪女, 夫의 從孫子女, 長孫婦(祖母가), 長曾孫婦(曾祖母가), 長玄孫婦(고조모가)
- 바. 緦麻服 衆孫婦, 衆曾孫婦, 衆玄孫婦, 從兄弟의 妻, 從孫婦, 從曾祖父母, 曾大姑(증조부의 자매), 從姪婦, 從曾孫子女(증손의 자녀), 再從祖父母, 再從大姑(재증조부의 자매), 再從伯叔父母, 再從姑母(재증백숙부의 모의 자매), 再從姪 姪女(재증형제의 자녀), 再從孫子女(증질외의 자녀), 三從兄弟姊妹, 外叔母(외숙의 처), 甥姪婦, 內從兄弟姊妹(부의 자매의 자녀), 外從兄弟姊妹(문의 형제외의 자녀), 妻父母, 女婿(出嫁女의 夫, 단 招婿婚의 경우에는 그 사위), 外孫子女(出嫁女의 자녀), 外孫婦, 姨從兄弟姊妹(모의 자매의 자녀), 庶母(자가 있는 부의 첩), 乳母, 夫의 高曾祖父母, 夫의 從祖父母, 夫의 大姑母, 夫의 從伯叔父母, 夫의 從姑, 夫의 從兄弟와 그 妻, 夫의 從姊妹, 夫의 從姪婦, 夫의 再從姪 姪女, 夫의 再從孫子女, 夫의 從曾孫子女, 夫의 從孫婦, 衆孫婦(조모가), 衆曾孫(증조모가), 衆玄孫(고조모가)

2. 無服親

無服親에는 袒免親과 異姓의 無服親이 있는 것은 이미 언급한 바와 같다. 단문친이란 喪禮時에 단문의 예를 하는 것으로 袒은 옷도리의 원 소매를 벗는 것이고, 免(문)은 두건을 머리에 쓰는 것을 의미한다. 『朱子家禮』의 「喪禮」에 다음의 내용이 있다.

옷통을 벗고 머리를 묶으며 冠을 벗고 別실에서 結髮한다.[남자 袒免자는 袒하고 結髮하며 자취에서 同姓五代祖는 모두 別실에서 단문] [司馬溫公이 이르기를 '古禮의 袒은 모두 육신을 드러내고 免은 하고 부인은 別실에서 結髮한다' [모두 머리를 드러낸다. 현재는 袒하는 것은 상의이고 免하는 것은 오직 주인으로 관을 쓰지 않는다. 자취 이하는 모자와 두건을 벗고 그 위에]³⁾ 문을 더하면 옳다. 부인은 結발을 하고 마땅히 관과 비녀를 벗어야 한다.]

袒免禮는 반드시 단문친만에게 하는 것은 아니나, 5세조를 같이 하는 자는 無服으로, 다만 단문례를 하므로 특히 이를 袒免親이라고 부르는 것이다. 그래서 단문친은 5세조를 같이하는 本宗親族만을 일컫는 것이므로 본종 이외에는 단문친이 없고, 또 5세조라고 하므로 5세조는 포함하지 않는다. 위의 “4세는 시마복으로 복이 다하고 5세는 단문복이다”⁴⁾이라는 어구에 비추어도 단문친은 시마친에 다음 가는 것으로, 4세조를 같이하는 傍系有服親은 모두 시마친이어도 4세조는 자취친이므로 그 취지를 알 수 있다. 그리고 四世祖를 같이하는 시마친은 자기와 同行列에 있는 三從兄弟姊妹에 그치므로 단문친도 자기와 同列以上者에 한하는 것으로 해석해야 한다(『經國大典』 「禮典」 喪葬條 “宗성의 단문친[高祖의 형제, 曾祖의 사촌형제, 祖의 육촌] ○여자는 시집 갔더라도 本服에 따른다”⁵⁾ 참조; 단문친은 구촌과 십촌이라고 하는 것이 조선인의 정설인데, 즉 십촌은 자기와 동향렬인 사촌형제자매이다). 또 五世祖를 같이하는 血族(男系)의 처에 대해서는 服制에 처는 보통 夫에 준

3) 袒括髮 免髮于別室[男子斬衰者 袒括髮 齊衰者以至五世祖者 皆袒免于別室 婦人髮于別室] [司馬溫公曰 古禮 袒者皆當肉 免者 皆當露髮 今袒者上衣 免者惟主人不冠 齊衰以下 去帽着頭巾 加免於其上 亦可也 婦人髮也 當去冠梳]

4) 四世總麻 服之窮也 五世袒免

5) 宗姓袒免 [高祖兄弟 曾祖四寸兄弟 祖六寸兄弟 父八寸兄弟 已十寸兄弟 ○女雖出嫁依本服]

하는 예이지만 이를 단문친외에 두는 것 같다. [또 五世祖를 같이하는 血族(男系)의 처에 대해서는 服制에 처는 보통 夫에 준하는 예(예전대 소공친의 처는 소공친, 시마친의 처는)에 따라 같게 보지만, 삼종형제의 처에게는 무복으로 사종형제의 처에 대해서도 이를 단문친 이외로 보아야 하지 않을까.] 다음으로 異姓無服親에는 母系血族, 媵家의 血族과 姻戚[姻族], 妻의 本家의 本宗親族과 外戚인 姻戚과 姻戚의 配偶者를 포함한다. 무복친에 속하는 자를 예시하면 아래와 같다.

- 가. 袒免親 從高祖父, 高大姑母, 再從曾父, 再從曾大姑母, 三從祖父, 三從大姑母, 三從伯叔父, 三從姑母, 四從兄弟姊妹
- 나. 異姓無服親 外曾祖父母, 外再從兄弟姊妹, 從姨母의 子, 外從姪, 姨從姪, 內從姪, 妻의 祖父母, 妻의 外祖父母, 妻의 伯叔父母, 妻의 姑母, 妻의 兄弟, 妻의 兄弟의 妻, 妻의 姪, 妻의 姪女, 妻의 姊妹, 妻의 姨姪, 妻의 姨姪女, 外曾孫, 姑의 夫, 姊妹의 夫

ㅁ이 친족에 속하는지에 대해서는 우선 첩은 유복친이 아니다. 또 무복친이 아닌 점에서 보면, 이를 친족으로 볼 수 없는 것 같지만, 첩은 夫와 그 親族에 대하여 服이 있고, 또 『大明律』 「刑律」 犯姦編 親族相姦條에는 첩을 친족으로 간주하며, 기타 妾을 妻에 준하여 규정한 조문은 『大明律』, 『經國大典』, 『續大典』, 『大典通編』, 『大典會通』 등에서 거의 열거할 수 없다. 특히 『刑法大全』 第 64 條에도 “親族이 相犯한 時에 加減하는 等級은 第六十二條의 例에 參照하여 左開와 如함이라 七 妻는 二等 妾은 四等으로 論함이라”고 규정하고, 다른 조항에서는 첩을 처에 준하거나 친족에 포함시킨 규정은 매우 많다. 그러므로 첩을 친족으로 간주함이 온당하다고 하겠다.

이상 열거한 親族으로는 血族과 血族에 準하는 者, 配偶者, 妾과 같이 配偶者에 準하는 者, 姻戚, 姻戚의 配偶者가 있다. 지금 종별에 따라 가장 遠系者의 촌수[親等]는 아래와 같다<혈족 이외에는 촌수를 계산하지 않으나, 다만 여기서는 假託하여 산출한다 : 1910년판>.

- ① 血族 10寸 ② 準血族 1寸 ③ 配偶者 無寸

- ④ 準配偶者 無寸 ⑤ 姻族 9寸 ⑥ 姻族의 配偶者 3寸

第百六 寸數의 計算方法은 어떠한가

또 寸數의 遠近으로 慣習上 어떠한 差異가 있는가(전항과 婚姻要件(第130問) 참조).

촌수[親等]는 世代에 의해서 이를 계산하고 一世代를 一寸으로 한다. 그리고 直系血族은 자기로부터 상하 각각의 촌수를 산출하고, 傍系血族은 자기로부터 동일시조에 소급하여 그 방계친족으로 내려오는 세대수에 의해서 촌수를 산출한다. 그러므로 父母와 子女는 각一寸이며 高祖父母와 玄孫은 각 四寸에 해당하고 兄弟姊妹는 二寸, 伯叔父와 姑母는 三寸에 해당한다. 또 姻戚의 촌수는 혈족의 배우자는 그 혈족의 촌수에 준하고, 배우자의 혈족은 배우자로부터 직계는 상하로 이를 계산하고 방계는 동일시조로 소급하여 다시 아래로 내려오는 것은 혈족의 경우와 같다. 그러므로 從祖父의 배우자인 從祖母는 宗조부와 같이 四寸, 재종형제의 처는 재종형제와 같이 六寸이다. 처 또는 부의 조부모, 외조부모는 二寸, 그 형제자매도 역시 二寸이고 인척의 배우자에 대하여도 역시 이 예에 따른다. 그리고 자기의 배우자와는 촌수가 없다.

촌수를 계산하는 데에는 마디(寸)로 계산하는 외에, 寸數를 親族의 呼稱으로 쓰는 예가 있다. 예컨대 백숙부를 삼촌숙 또는 단지 삼촌, 宗형제자매를 四寸兄弟姊妹(堂兄弟姊妹), 백숙조부를 四寸大父, 대고모를 四寸大母, 宗백숙부를 五寸叔(堂伯叔夫), 宗고모를 五寸叔母(堂姑母), 宗宗조부를 五寸大父(族曾祖父), 宗대고모를 五寸大母(族曾祖母), 宗질을 五寸조카(堂姪), 宗宗손을 五寸孫(堂孫), 재종형제자매를 六寸兄弟姊妹, 재종조부를 六寸大父(族伯叔父母), 宗대고모를 六寸大母(族祖母), 재종백숙부를 七寸叔(族伯叔), 재종고모를 七寸叔母(族姑母), 재종질을 칠촌조카, 재종손을 六寸孫(堂孫), 삼종형제자매를 八寸兄弟姊妹(族兄弟姊妹)라고 하는 따위이다. 『四禮便覽』에는 宗조부모를 從祖祖父母, 대고모를 從祖姑母(『經國大典』도 동일하다. 同『禮典』五服條 참조)라고 부른다. 宗백숙부모를 從祖父라고 불렀다. 촌수의 원근으로 인하

여 親族法 기타 관계에서 차이를 보이는 것은 아주 많지만 두드러진 예는 아래와 같다.

- ① 촌수의 원근에 따라 親族의 範圍에 속하는 것과 아닌 것이 있다.
- ② 男系血族 이외에서는 촌수의 원근에 따라 婚姻할 수 있는 자와 없는 자가 있다.
- ③ 扶養義務가 있는 친족이 수인인 경우에는 대개 촌수가 가까운 자가 먼저 이를 이행해야 하는 것이다.
- ④ 祭祀相續은 자식이 하고, 孫子가 상속하는 경우에는 사망한 자식이 상속을 하고 다시 상속하는 것으로 여기므로 그 亡子를 一代로 계산한다. 또 財產相續에서도 촌수가 가까운 근친이 우선순위를 갖는다.
- ⑤ 祖上祭祀는 4代까지 祠堂에서 지내고 5代가 되면 墓所에서 지낸다.
- ⑥ 養子는 子行列者 가운데서 하고, 또 촌수가 가까운 자를 먼저 한다.
- ⑦ 喪服에 輕重이 있다.
- ⑧ 父母 등 直系親族이 없는 幼年者의 保護者(寄_後見人)는 촌수가 가장 가까운 傍系尊屬親이 하는 것이 통례이다.
- ⑨ 刑事上의 責任에 차별이 있다.

第百七 養子와 養親 그리고 血族間에는 어떠한 親族關係가 발생하는가

養子를 認定하는가. 만약 認定한다면 養子와 養親 등 血族間에는 自然血族과 완전히 同一한 關係가 發生하는가, 아니면 다소 다른 관계가 발생하는가.

조선에서는 既婚男에게 親生子孫<男>이 없으면 반드시 남계혈족중에서 남자를 양자로 삼는 것이 관례이다. 그 목적은 첫째로 祭祀者가

되게 함에 있다. 그래서 양자는 입양일부터 양친의 嫡長子의 신분을 취득하여, 양친과 그 혈족간에 親生子와 동일한 친족관계가 발생한다.

養子외에 收養자가 있다. 3세 이하의 棄兒를 收養하여 양자로 삼는 것을 허용하고, 收養者의 姓에 다르게 할 수 있지만, 이를 相續人으로 할 수 없다. 또 수양자의 혈족과의 사이에는 親族關係가 생기지 않는다(『刑法大全』第62條 1號, 第582條 5號 “異姓養子를 乞養하여 立嗣한 者는 笮六十에 處하고 其子는 本宗에 歸함이라 但 遺棄한 三歲以下 小兒는 異姓이라도 收養하여 其姓을 從케 호대 立嗣함은 不得함이라” [隆熙2年 法律 第19號로 삭제] 참조). 또 侍養子라는 것이 있는데 양자로 삼을 수 없는 타인의 자를 養育하는 경우로 그 姓은 本宗을 따르고, 그를 相續人으로 할 수 없다. 侍養子와 養育者 및 그 血族間에는 親族關係가 발생하지 않는다 [1912년판].

第百八 繼親子와 嫡母·庶子の 關係는 어떠한가

누구를 繼父 또는 繼母라고 하는가. 또 이와 繼子와의 관계는 어떠한가. 과연 親生子와 같은가. 만약 같지 않다면 그 差別은 어떠한가.

繼父는 義父라고도 하고 母의 後夫를 말한다. 그러나 조선에서는 朝鮮 世宗代부터 10여년전까지 女子의 재가를 금지(開國 503年(1894) 6月 28日 議案 「寡女再嫁를 自由케하는 件」 “과부의 재가는 귀천을 막론하고 그 자유에 맡길 것”¹⁾ 참조) 하였고, 풍속도 역시 재가를 천시하였다. 그래서 중류이상에서는 寡婦가 재가하는 예는 거의 없다고 하여도, 하류사회에서는 과부의 재가는 그 예가 적지 않다(『經國大典』 「禮典」 五服條에는 繼父를 인정하였고, 『刑法大全』 第62條 第7, 8號에도 역시 이를 열거하였다). 다음으로 繼母는 父의 後妻로서 嫡母는 妻子 다른 庶子の 입장에서 본 父의 妻를 말하고, 繼子는 보통 義子라고 한다.

1. 繼父子關係

繼父에는 同居繼父, 不同居繼父가 있고, 또 현재는 동거하지 않으

1) 寡女再嫁 無論貴賤 任其自由事

나 예전에 동거한 계부(今不同居繼父)가 있다. 繼子가 모와 함께 계부의 가에서 살면 당연히 계부의 보호·감독을 받고 따라서 부에 대한 禮를 하는 것이 많다. 이러한 관계에서는 사실상 親生子와 거의 다르지 않다고 하지만, 男系血統을 중시하는 조선의 습속에서는 繼子는 절대로 繼父의 子인 身分을 취득할 수 없는 것이다(물론 그 姓을 달리한다). 다만 계부와 동거하거나 동거한 계자에 한하여 母의 後夫로서 恩義上 喪服을 입는 것에 그친다. 그러므로 동거계부와 今不同居繼父는 前問後半의 기술처럼 法制上 친족의 범위에 속하게 하였으나, 繼父子間에는 친자관계가 생기지 않는 것이라 하겠고, 특히 元不同居繼父에 대해서는 친자관계가 전혀 없는 것이라 하겠다.

2. 繼母子關係

계모자관계는 전혀 친생자관계와 다르지 않다. 법령에 단순히 母라고 칭한 경우에는 대개 계모도 포함하고, 喪服과 같은 것도 親生母와 완전히 같다. 그렇지만 繼母는 父의 後妻[後配]인 관계에서 繼子間에 母子關係가 생기므로, 만약 계모가 이혼을 당하면 母子關係가 소멸한다. 이것이 친생자와 다른 것이다.

3. 嫡母庶子關係

嫡母와 庶子の 관계도 또한 친생모자관계와 다르지 않다. 그리고 庶子는 生母에 대해서도 親生母子關係를 잃지 않는다.

第九百 姻戚關係와 前二問의 關係는 언제 消滅하는가

예컨대 姻戚族關係는 夫婦 一方의 死亡과 離婚으로 消滅하는가. 또 死亡한 경우에는 生存配偶者가 去家하지 않으면 그 關係가 消滅하지 않는가. 前項의 關係도 역시 같은가. 養子關係는 罷養하지 않으면 소멸하지 않는가. 아니면 다른 原因으로

소멸하는 예가 있는가(日本「民法」
第730條 참조).

姻戚, 繼親子 및 嫡母庶子 그리고 養親子間の 親族關係가 소멸하는 경우는 대략 아래와 같다.

1. 姻戚關係

姻戚關係는 이혼으로 소멸한다. 또 부부 일방의 사망은 인척관계가 소멸하는 직접 원인이 되지 않고, 다만 생존배우자가 去家한 경우에 비로소 그 관계가 소멸하는 것이다. 그리고 이는 거가한 배우자의 재혼여부와 관련이 없다.

2. 繼親子와 嫡母庶子關係

繼父와 繼子の 관계는 同居하는 경우는 사실상 親子關係와 거의 다르지 않지만, 본래 친자관계가 생기지 않으므로 여기에 기술해야 할 관습은 없다. 繼母와 繼子の 관계는 父와 繼母의 離婚으로 소멸하고, 또 父가 사망하여 계모가 거가한 경우에 소멸하는 것이다. 그리고 嫡母庶子關係에 대해서도 繼母와 繼子の 관계와 다르지 않는 듯하다.

3. 養親子關係

양자와 양친 그리고 그 혈족간의 친족관계는 罷養으로 소멸하고 (양자로서의 친족관계는 소멸하여도, 본래의 친족관계에는 영향이 없다), 양자의 처·비속은 양자와 함께 양가를 떠나는 것이다. 그리고 양친이 罷養으로 去家하면 양자도 역시 이를 따라서 그 가를 떠나므로 양친과의 관계는 변경이 없지만 양가에서의 祖父母와 그 혈족과의 관계는 간접적으로 단절되는 것이다. 다만 실제로 이와 같은 경우가 생기는 일은 거의 없다.

第百十 家族의 範圍는 어떠한가

家族은 반드시 親族인가, 아니면 親族이 아닌 者가 있는가. 戶主와 家族의 配偶者도 역시 家族인가. 戶主의 變更이 있는 경우에 前戶主와 그 家族이 親族이 아니더라도 이를 家族으로 하는가, 않는가.

가족의 범위에 대해서는 『大明律』 「名例律」 流囚家屬條에 家屬이란 용어를 사용하며, 그 규정은 妻妾, 祖父母, 子孫 등을 열거하고 있다. 또 同 「刑律」 人命編 採生折割人, 造畜蠱毒殺人 등의 條에 同居家口라는 말이 있고, 同 受贓編 家人求索, 斷獄編 獄囚衣糧 등의 條에 家人이란 말이 있지만 그 범위를 제시하지 않았다. 『經國大典』 이하의 舊法典에도 『經國大典』 「禮典」 戶口式條 규정 외에 거의 전거할 것이 없다.

戶 아무部 아무坊 아무리^[地方은 아무面, 아무리라고 稱한다] 住 아무 官職·姓名·年甲·本貫·四祖, 妻 아무氏 年齡·本貫·四祖^[宗親은 자기 職脚과 妻의 四祖를 기록한다. 儀賓은 자기 職脚·四祖와 아무公主·翁主에게 장가 간 것을 기록한다. 庶人은 자기 및 妻의 四祖를 기록한다. 庶人으로서 四祖를 모르는 자는 반드시 다 기록하지 않아도 된다] 데리고 사는 子女 아무개 아무개, 年甲^[사위는 모두 본 貫을 기록한다], 奴婢·雇工 아무개 아무개 年甲¹⁾

그리고 「戶口調查細則」에는 다음의 규정이 있다.

第3條 戶主의 父母兄弟子孫이라도 各戶에 分居하여 戶籍이 別有한 時는 該籍內에 填入지 아니하여 人口가 壘載치 아니케 하며 <하략>

第4條 人民中에 無家無依하여 原籍을 別成치 못하고 親戚知舊間의 戶內에 寄居하거나 一身단 寄食하여도 寄口에 參入하여 人口 漏落함이 無케 함

1) 戶 某部 某坊 第幾里[外即稱某面某里] 住 某職 姓名 年甲 本貫 四祖 妻某氏年甲本貫四祖[宗親 錄自己職脚 妻四祖 儀賓錄 自己職脚 四祖 尙某主 庶人錄自己及妻四祖 庶人不知四祖者 不須盡錄] 率居子女某某年甲[女婿則並錄本貫] 奴婢雇工某某 年甲

그러나 「民籍法」에는 第2條에 “家族”이라는 말을 사용하고 「民籍法執行心得(隆熙 3年(1909) 內部訓令 第39號)」에도 “家族”이란 말을 사용하였다. 또 民籍에 기재해야 할 사항으로써 “①戶主 ②戶主의 直系尊屬 ③戶主의 配偶者 ④戶主의 直系卑屬과 그 配偶者 ⑤戶主의 傍系親과 그 配偶者 ⑥戶主의 親族이 아닌 者”를 기재하고 妾은 妻에 준하고 棄兒는 一家를 창립하는 것으로, 수양자는 양자로 취급해야 하는 취지를 규정하였다. 또 과거의 戶籍記載例를 보면 호적은 위의 戶口式(「續大典」 「戶典」 戶籍條의 “入籍者 戶口 成給” 참조)을 표본으로 하여 戶主와 그 四祖, 妻와 그 四祖 그리고 率居子女(그 처자가 있으면 포함한다), 奴婢 등을 기록하는 것을 일반적으로 한다. 또 관례상 호내에 있는 자는 그 연령을 기재하고(四祖는 系統을 나타내는 것으로 가에 속하는 인구를 표시하는 것은 아니지만, 만약 호주의 조모, 모 등이 생존하여 가에 있으면 연령의 기재에 의하여 이를 알 수 있다: 1910년판) 아우, 처, 자녀, 자매 등 동거자와 첩, 女婿도 入錄하였다. 그리고 寡婦가 호주인 경우에는 亡戶主의 系統에 따라 그 친족을 기재하는 것이다. 그리고 「戶口調查規則」 시행후의 호적은 그 기재가 다양하나 통례로 妻, 妾, 母, 弟, 姊妹, 子女, 子婦, 孫, 弟의 妻子女 등을 同居親屬으로 기재하고, 기타 친족과 친족이 아닌 동거자는 이를 寄口로서 그 인원수를 기입하였다. 이러한 법령의 규정과 함께 戶籍編成慣例에 따르면 「戶口調查規則」 시행전에는 가족의 범위를 同居親戚에 한하고 또 그 親族은 本宗親族中에 처(첩은 이에 준한다), 직계존속, 직계비속과 그 배우자, 분가 또는 출가해야 할 방계친족(즉 제와 자매)과 그 배우자와 직계비속에 한정하는 취지를 엿볼 수 있다. 또 「戶口調查規則」 시행후에도 대략 그 원칙에 따라 다만 인구의 遺漏를 막기 위하여 별도의 호적 없는 동거자를 모두 寄口로서 입록시킨 것에 지나지 않는 듯하다. 그리고 「民籍法」에서의 가족의 범위는 거의 제한이 없으므로 특별히 기록할 것이 없다.

戶主變更의 경우에 구호주의 가족이 신호주의 가족으로 되는지에 대해서는 위의 표준으로 결정해야 할 것으로서, 구호주의 가족은 대개 신호주의 가족이 되어야 하지만 호주가 타가의 양자로 되었기 때

문에 호주의 변경이 생긴 경우에는 구호주의 가족이 이에 따라 양가에 입적하는 일이 많으므로 신호주의 가족이 되지 않는 경우가 있다. 그리고 조선에서는 隱居를 인정하지 않으나, 寡婦가 호주인 경우에 亡夫인 호주를 위해서 양자를 들이면 양자는 당연히 호주가 되고 호주인 과부와 그 가족은 신호주의 가족이 되는 것이다.

第百十一 子が入籍하여야 할 家는 어떠한가

예컨대 子は 父家에 入籍해야 하는가. 父를 알지 못하면 母家에 入籍해야 하는가. 父母를 모두 알지 못하면 一家를 創立하는가. 懷胎後 出生前에 父·母가 家를 轉籍하면 어떠한가. 家族의 庶子 또는 私生兒는 戶主의 同意 없이 父·母家에 入籍할 수 있는가. 만약 戶主의 同意가 있어야 한다면, 庶子が 父家에 入籍할 수 없는 경우에는 母家에 入籍해야 하는가. 또 父·母家에 入籍할 수 없는 私生兒는 一家를 創立하는가.

男系血統으로 친족의 기초로 하는 조선에서는 子는 반드시 父家에 입적해야 하는 것으로, 姦生子에 대해서는 『大明律』 「刑典」 犯姦編 犯姦條에 “간통으로 출생한 자식은 姦夫가 맡아 기르게 한다”¹⁾라고 있고, 『刑法大全』 第 540 條에도 “姦生子女는 姦夫에게 給하여 收養케 호대 違한 者는 笞一百에 處함이라”라고 규정하였다. 그리고 父를 알지 못하는 자가 母家에 입적해야 하는지 여부에 대해서는 조선의 풍속상 子의 認知를 거부하는 것을 수치로 여기고, 또 부가 분명하지 않더라도 그 모가 지정한 자가 대개 인지를 하므로, 부를 알지 못하는 자가 입적할 家에 대한 확실한 관습은 없는 것 같지만, 사실상 부의 인지를 받을 수 없는 경우에는 母家에 입적할 수 밖에 없을 것이다. 또 부모 모두를 알 수 없는 자는 棄兒 외에는 거의 그 예가 없고, 기아는 收養者의 家에 들어가야 할 것으로 「民籍法」에는 棄兒는 一家를 창립하는 것으로 간주하지만, 종래의 관습은 기아의 일가창립

1) 奸生男女 責付姦夫收養

을 인정하지 않는다. 懷胎後 出生前에 부가 轉家하는 경우는 招婿가 離婚으로 去家하는 경우에만 생기는 것으로 이 경우에는子是 出生시의 父家에 입적하고, 또 母가 夫家를 轉家한 경우에도 그 자는 부가에 입적해야 하는 것이다. 出生前 부가 전가하면 자는 出生당시의 부가에 입적해야 하는 것이다.

家族의 庶子는 호주의 동의 유무에 불구하고 당연히 父家에 입적하는 것으로, 호주가 입적을 거부할 권리가 없다. 또 가족의 사생아가 父가 분명하면 父家에 입적하고, 父가 분명하지 않으면, 앞의 예와 같으며 사생아가 일가를 창립하는 관습은 없다.

第百十二 入夫婚을 認定하는가

만약 認定한다면 女戶主만 할 수 있는가, 또는 家族인 女子도 할 수 있는가. 女戶主의 入夫婚의 경우에 入夫는 당연히 戶主가 되는가, 아니면 女戶主가 여전히 戶主人가.

입부혼에 대해서는 『大明律』 「戶律」 婚姻編 逐婿嫁女條에 다음의 규정이 있다.

무릇 사위를 축출하고 딸을 개가하게 하거나 사위를 두고 또 사위를 맞이하는 자는 杖 100에 처하고 그 딸은 처벌하지 않는다. ○男家가 그 사정을 알고 장가를 든 자는 그 죄가 같으며 알지 못한 자는 처벌하지 않으며, 그 여자는 전부에게 돌려주어 같이 살게 한다.¹⁾

또 『經國大典』 「禮典」 戶口式條에 “〈전략〉 사위는 본관을 함께 기록한다”²⁾라고 있고, 『刑法大全』에도 第 565條에 “招婿同居하다가 婿를 逐出하고 再招婿하거나 〈중략〉者는 禁獄十個月에 處하고 知情하고 娶한 者는 同罪호대 女는 前夫에게 追歸함이라”라고 규정하였다. 그

1) 凡逐婿嫁女 或再招婿者 杖一百 其女不坐 ○男家知而娶者 同罪 不知者 亦不坐 其女斷付前夫出居完娶

2) 女婿 則並錄本貫

러므로 家女를 위해서 하는 入夫婚姻은 법제가 인정하고, 또 관습상으로도 인정하는 것으로, 招婿 또는 贅婿라고 한다. 대개 초서의 풍속은 혼인의 變例로서 혼인은 嫁娶를 원칙으로 하지만 남자가 없고 여자만 있는 자는 가끔 그녀를 출가시키지 않고 초서혼을 하는 예가 있다. 이 경우에는 사위는 女家の 戶籍에 입적하고 그 가의 가족이 되지만, 여가의 성을 따르지는 않는다. 또 여가를 계승할 수 없으므로 호주의 사후에 그 家는 단절되고(별도로 양자를 하여 그 가를 계승하는 경우는 별론이다), 사위가 일가를 창립하는 경우가 많다. 그래서 家의 단절을 바라지 않는 자는 招婿를 하지 않고 女를 出嫁함과 동시에 입양을 하는 것을 예로 한다. 女戶主의 入夫婚姻은 법제가 인정하지 않는 것으로서 이에 관한 관습이 없다. 또 가족인 寡女의 入夫婚姻에 대해서도 법제, 관습 모두 그 예가 없다.

第百十三 轉籍을 許容하는가

예컨대 甲家の 戶主 또는 家族이 乙家の 家族이 되고자 하면 이를 認定하는가. 만약 인정한다면 그 條件은 어떠한가. 예컨대 親族이 아닌 者라도 이를 許容하는가. 또 戶主는 廢家後가 아니면 轉籍할 수 없는가. 家族은 戶主의 同意가 필요하지 않는가. 또 반드시 新戶主의 同意가 필요한가. 未成年者라도 轉籍할 수 있는가. 만약 할 수 있다면 父母 後見人 등의 同意가 필요하지 않는가. 本人의 意思에도 불구하고 父母·戶主 등의 意思로 轉籍시킬 수 있는가. 그리고 이것도 本人의 年齡과 무관한가. 婚姻·入養으로 他家에 入籍한 자가 그 親族을 婚家·養家の 家族으로 하려는 경우에는 配偶者 또는 養親의 同意가 필요하지 않는가. 기타 특별한 관습이 없는가. 그 자가 婚家나 養家를 떠나면서 그 直系卑屬을 自己家の 家族으로 하려면 어떠한가(分家[第116問]).

종래의 관습으로는 戶主가 타가의 가족으로 되는 것을 인정하지

않은 듯하고, 分家로 一家創立者는 언제라도 廢家하고 본가의 가족이 될 수 있다고 하는 자가 있으나, 이는 다만 사실상 本家에서 생활하는 것에 지나지 않고 廢家하고 본가의 가족이 되는 것은 아니다. 또 가족이 轉籍을 하여 타가의 가족으로 되는 것은 조선에서의 親族組織과 家族觀念으로는 이를 인정하지 않는 것이라고 하는 것이 온당하다. 婚姻·入養 등으로 가족이 타가에 입적하는 외에 가족이 轉籍으로 타가의 가족이 되는 경우를 상상할 수 없다. 다만 근래에는 기술한 바와 같이 漏口를 막기 위해 畝口라는 것을 인정하고 친족의 여부를 불문하고 同居家의 호적에 입적시킴으로써 타가의 호주 또는 가족이어야 할 자가 畝口로서 그 가의 호적에 입적하는 예은 아주 많다. 그렇지만 이것은 被傭人을 雇用人家의 호적에 기재한 것과 큰 차이가 없고 특히 전적을 하여 그 가에 입적하는 것이 아니고 法令에 소위 寄食의 사실에 의하여 그 가의 戶籍에 填入하는 것에 지나지 않으므로 이를 전적으로 보는 것은 온당하지 않다. 기타 入養 등으로 타가에 입적하는 자의 配偶者와 卑屬(양자가 호주이면 그 가족)은 당연히 이에 수반하여 입적하고 또 養子가 罷養으로 生家로 復籍하는 경우에는 이들도 역시 당연히 수반하여 생가에 입적하는 것이 관습이므로, 양자가 입양후에 그 배우자 비속 등을 養家의 가족으로 하는 경우가 생기지 않는다. 또 罷養復籍後에 이들을 생가의 가족으로 하는 경우가 없다. 그리고 招婿가 이혼으로 생가로 복적하는 경우에도 그 卑屬은 당연히 수반하여 그 생가에 입적하는 듯하다. 그래도 이러한 경우는 본래 轉籍이라 말할 수 없다.

第百十四 婚姻·入養으로 他家에 入籍한 자는 離婚·罷養한 경우에 生家에 復籍하는가

또 生家の 廢絶 등으로 實家에 復籍할 수 없으면 一家를 創立하는가.

婚姻 또는 入養으로 타가에 입적한 자는 이혼 또는 파양하는 경우

에 당연히 생가에 복적하는 것이 관습이다. 만약 生家가 廢絶되어 복적할 수 없으면 이혼으로 혼가를 떠난 남자<招婿>는 일가를 창립할 수 있다고 하지만, 一家創立與否는 사실에 따라 결정하고 당연히 일가를 창립하는 관습은 없다. 그리고 여자에게 復籍해야 할 家가 없으면, 가령 離婚事由가 있어도 법제상 이혼을 불허한다.(『刑法大全』 第578條 (권략) 諸項을 雖犯 하얏으나 (중략) 歸할 바이 無한 者를 出한 者는 笞四十에 處하고 完髮케 함이라" 참조). 그러나 실제로는 처가 복적할 家가 없는 경우에도 이혼을 하는 예가 있고, 이 경우에는 離出한 처는 他人家에 寄食하거나 타인의 첩으로 되는 것이 통례라고 한다. 그래서 여자가 일가를 창립하는 관습은 없는 듯하다. 또 罷養으로 양가에서 나온 양자는 일가를 창립할 수 있다고 하지만, 이는 사실로 결정하고 당연히 일가를 창립하는 관습은 없다.(이혼 또는 과양으로 혼가 또는 양가를 나온 남자가 廢絶된 생가를 再興하는 것이 있는가 없는가에 대해서는 廢絶家再興은 양자의 경우와 같고 그 가의 先代의 子行列者가 아니면 할 수 없다. 그리고 타가의 여서 또는 양자가 되는 자는 대개 차남 이하의 자로서 그 생가는 장남이 이미 상속을 하는 예가 많고 따라서 장남과 同行에 있는 次男以下者가 그 가를 재흥할 수 없는 것이 보통이다. 또한 『續大典』 「禮典」 立後條에 "養子の 本父母에 후손이 없으면 과양을 하여 본가로 보내고 養家의 재입양을 허락한다"니 참조)

第百十五 婚姻·入養으로 他家에 入籍한 者는 다시 婚姻·入養으로 他家에 入籍할 수 있는가

또는 일단 生家에 復歸한 후가 아니면 이를 할 수 없는가. 만약 즉시 他家에 入籍할 수 있다면 그 條件은 어떠한가. 예컨대 生家の 戶主의 同意를 요하지 않는가.

婚姻으로 타가에 입적한 女子가 다시 혼인을 하는 것은 夫의 死亡과 離婚한 경우로, 부가 사망한 경우에는 일단 생가에 복적한 후가 아니면 재혼을 할 수 없다. 또 이혼한 경우에는 당연히 생가에 복적하고 생가의 廢絶로 復籍할 수 없더라도 반드시 婚家에서 나와야 하므로 혼가에서 곧바로 타가에 입적할 수 없다. 그리고 여자의 양자를 인정하지 않으므로 혼인으로 타가에 입적한 여자가 入養으로 타가에 입적하는 예는 절대로 없다. 또 혼인으로 타가에 입적한 남자<招婿>는 처의 사망 또는 이혼으로 재혼하여 타가에 입적하는 예가 없지

1) 爲人後者 本生父母絶嗣 則破繼歸宗 許其所後家改立後

않으나, 배우자가 사망한 경우에는 생가에 복적하거나 일가를 창립하지 않으면 재혼을 할 수 없다. 이혼한 경우에는 당연히 생가에 복적하는 것으로 혼가에서 즉시 타가에 입적하는 일은 없다. 그리고 혼인으로 타가에 입적한 남자가 타가의 양자가 되는 경우에도 일단 생가로 복적한 후 양가에 입적해야 하는 것이다.

입양으로 타가에 입적한 자는 그 養家를 相續해야 하는 자이므로, 혼인 또는 입양으로 타가에 입적하는 일이 거의 없지 않다. 만약 혼인으로 타가에 입적하거나 입양으로 입적해야 할 필요가 있으면 이혼을 하여 생가에 복적한 뒤에 타가에 들어갈 수 밖에 없다. 그러므로 양가에서 즉시 타가에 입적하는 경우는 없다. 그리고 여자가 입양으로 타가에 입적하는 경우가 없음은 기술하였다.

이를 요약하면 조선의 관습에서는 婚姻 또는 入養으로 他家에 入籍한 자가 婚姻 또는 入養으로 그 婚家 또는 養家에서 곧바로 他家에 入籍한 경우는 없다.

第百十六 他家相續·分家와 廢絶家再興에 관한 慣習은 어떠한가

이러한 行爲를 認定한다면 그 條件은 어떠한가. 예컨대 家族이 이러한 行爲를 함에는 戶主의 同意가 있어야 하는가, 아닌가. 未成年者가 함에는 父母·後見人 등의 同意가 필요하지 않는가. 父母·戶主 등은 本人의 意思에 불구하고 이를 할 수 있는가. 이러한 경우에 本人에게 直系卑屬이 있으면 당연히 이를 自家의 家族으로 해야 하는가. 또 그 直系卑屬 기타 戶主 등의 同意를 요하는가. 이러한 점에 대해 他家相續, 分家와 廢絶家再興의 사이에 차이가 있는가.

1. 他家相續

조선에서의 상속은 祭祀相續을 주로 하고 祭事상속을 하는 자에게

戶主相續을 하게 하는 것을 원칙으로 한다. 다만 제사상속을 할 자가 없는 경우에는 亡戶主의 妻 또는 母가 호주가 되는 것에 지나지 않는다. 망호주의 처 또는 모가 호주가 되는 외에 호주만의 상속은 없으며, 따라서 타가상속은 제사상속에 대해서만 있다. 그래서 제사상속을 해야 하는 자는 被相續人의 嫡長子이고, 적장자가 없으면 庶子가 承嫡하고, 남자가 전혀 없으면 男系血族 중 子行列者를 입양하여 상속을 하게 하는 것이다. 그래서 타가상속은 항상 입양(養父死後의 入養)으로 하고 이외의 타가상속은 없다. 그리고 입양의 절차에 대해서는 入養의 要件[第 137 問]에서 기술하므로 여기서는 생략한다.

2. 分 家

長子相續原則을 택하는 조선에서는 차남 이하의 남자는 반드시 분가해야 하는 것이다. 그 시기는 반드시 일정하지 않지만 적어도 成婚後이어야 하고, 대개 父死後에 하는데, 父生前에 분가하는 예도 전혀 없지는 않다. 그리고 이를 결정하는 것은 부생전에는 父, 父死後에는 戶主인 長子가 하는 것을 통례로 하지만, 재산이 없고 생계가 곤란한 자가 아니면 父死後에 오래동안 장자와 함께 지내지 않는다. 또한 본인의 의사로 分家를 하는 예도 가끔 볼 수 있다. 이 경우에는 戶主의 同意가 필요한 것은 물론이지만 호주가 동의를 거부하는 예는 거의 없다. 또 未成年者(15세 미만자)를 分家시키는 예는 거의 없다. 그리고 분가하는 경우에는 分家者의 妻子와 直系卑屬과 그 妻는 당연히 함께 그 분가에 入籍한다.

3. 廢家再興

廢家は 후술처럼 호주가 타가상속을 하기 위해 양자로 된 경우에만 발생하는 것이다. 조선의 家系繼承法則으로 말한다면, 廢家를 再興함에는 그 가의 양자가 되는 것외에는 방법이 없으므로, 그 가에

제사를 지낼 祖上이 있어야 하고 單代로 폐가된 가는 재흥할 수 없다. 또 再興者는 폐가된 가의 선대의 친자와 同行列의 남계혈족남자가 아니면 안된다. 그러므로 폐가재흥은 분가호주가 분가상속을 하고 분가를 상속해야 하는 자이어야 하므로, 그 가가 폐가가 된 경우에 분가의 선대와 친자의 항렬자가 나타나는 경우에만 이를 보는 것이다. 그리고 그 절차는 養父死後의 양자와 다르지 않다(入養의 要件 [第137問] 참조).

4. 絶家再興

戶主가 사망하고 장기간 상속할 자가 없으면 그 가는 스스로 絶가가 되는 것이다. 그러나 오랜 후에 이를 상속할 자가 있으면 그 家は 再興된다. 그리하여 絶家の 再興도 역시 養父死後의 養子와 다르지 않다. 그래서 그 가의 最後戶主(그 처 또는 모가 호주인 경우 제외)와 親子의 行列에 있는 남계혈족남자가 아니면 再興할 수 없다. 그 절차는 입양에서 서술하는 것과 같다(入養의 要件 [第137問] 참조).

第百十七 法定推定家督相續人は 他家에 入籍하거나 一家를 創立할 수 있는가

만약 할 수 있는 경우와 할 수 없는 경우가 있다면 각각 그 경우는 어떠한가(家督相續[第158問] 이하) 참조).

관습상 당연히 그 가의 상속인이어야 할 자를 奉祀者라고 한다. 즉 봉사자가 될 지위에 있는 자로서 嫡長子임을 원칙으로 한다. 적장자가 없는 경우에는 庶長子를 承嫡시키는 것으로 한다. 그리하여 嫡長子 또는 承嫡한 庶長子は 그 가를 상속해야 하는 자이므로 입양 기타의 사유로 타가에 입적할 수 없다. 그래도 분가를 중시하는 결과로 만약 분가에 상속인이 없으면 분가의 상속인인 장자는 출가하여 분가의 양자가 되어서 그가 상속하여야 한다 (물론 분가상속인인 장자가 분가의 養父의 養子가 되어야 한다). 이 경우에는 분가상속은 次子가 하고 분가에 상속인이 없으면 입양

하여 상속을 하는 것이다. 또 봉사자는 어떠한 경우에도 일가를 창립할 수 없다.

第百十八 夫가 他家에 入籍하거나 一家를 創立하면 妻는 隨伴하여 家에 入籍하는가

이 경우에 妻의 同意가 필요하는가.

조선의 관습에는 처는 항상 부를 추종하여 家를 함께 해야 한다. 그래서 부가 타가에 입적하거나 일가를 창립하면 처는 당연히 부에 수반하여 그 가에 입적하는 것이다. 그리고 부가 타가에 입적하거나 일가를 창립함에는 처의 동의를 얻어야 하는 관습은 없다. [그러므로 부가 타가에 입적 또는 일가를 창립한 경우에 처를 입적시킴에 대하여 처의 동의를 필요로 하는 경우는 생기지 않는다.]

第百十九 戶主와 家族은 同一한 姓을 使用하는가

예컨대 妻는 生家의 姓[氏]을 使用하지 않는다. 그 외 他家에서 入籍한 者는 舊家의 姓을 쓰는 慣習은 없는가.

조선에서는 사람은 모두 姓이 있다. 그리고 개인의 성은 父의 성에 따라 정해지고, 신분이나 호적의 변동이 있어도 이를 변경하는 일은 없다. 그러므로 남계혈족은 모두 同姓이다(단 延安 車氏와 文化 柳氏처럼 賜姓으로 他姓을 쓰는 특례가 없지는 않다). 그렇지만 동성인 자가 모두 남계혈족이라고 말할 수는 없다. 혈족이 아니어도 동성인 자가 아주 많다. 예컨대, 楊州 趙氏와 平壤 趙氏는 혈족이 아니어도 동일하게 趙姓을 쓰는 예이다. 이 때문에 姓 외에 本貫을 사용하여 동성간에 남계혈족임과 아님을 구별한다. 즉 본관은 조상의 鄉貫으로서 남계혈족이 아닌 동성은 반드시 본관을 달리 하기 때문에 이로써 구별을 할 수밖에 없다. 더우기 收養子는 收養者의 성을 따르는 것이므로 血族이 아니어도 同姓을 사용한다. 이는 그 성을 알지 못하는 것에 유래하는 것이다.

위와 같이 사람의 성은 부의姓에 따라 정하고 이를 고칠 수 없으므로 戶主와 家族은 同姓도 있고 異姓도 있다. 즉 家族中 戶主의 直系卑屬, 傍系血族과 그 直系卑屬은 호주의 男系血族이므로 항상 同姓이지만, 호주의 직계존속인 母, 祖母 등은 대개 異姓이고, 호주의 처·첩, 호주의 직계비속·방계혈족 또는 그 직계비속의 처, 사위와 같은 자는 대개 異姓이다. 이는 異姓이나 本貫을 달리하는 同姓이 아니면 혼인을 할 수 없는 것에서 연유하는 것으로, 가족중에 본관을 달리하는 동성을 발견하는 것은 대체로 매우 드물다. 또 여호주의 경우에는 호주와 가족은 대개 그 성을 달리하는 것이다. 그리고 收養子는 호주와 동성을 쓰는 것은 기술하였다.

또 조선에서는 既婚女는 그 이름을 쓰지 않고 姓에 조이[召史]라는 통칭으로 그 이름을 대용하는 것이 통례이다.^(예컨대 金召史) 그리고 寡婦는 夫家에 있는 동안은 부의 성명을 사용하는 것이 보통이고 과부가 호주인 경우에는 夫의 姓을 쓰므로^(예컨대 夫의 姓이 金이면 本姓은 朴이어도 金召史라고 한다), 따라서 그 직계비속과 동성인 예가 많다. 단 과거에는 그 本姓을 쓴 예가 있다고 한다.^{(예컨대 本姓이 金 또는 李이면 金姓) 또는 李氏라고 하는 따위이다}.

아버지를 알지 못하는 私生兒의 母家의 入籍與否에 대해서는 관습이 분명하지 않은 것은 기술하였다. 부를 알지 못하는子を 유기하거나 타인에 맡겨 타인의 收養子^(異姓養子를 금지하므로 表면상 收養子라고 한다)로 삼는 일이 많으나 때로는 母家에서 양육하는 일이 있다. 이 경우에는 모가 원하는대로 아버지를 정하여 그 성을 붙인다고 한다.^{(『刑法大全』 第582條 6號 “子孫을 異姓人에게 給하여 子孫을 作한 者는 笞100에 處하고 其子孫은 歸宗함이라” [隆熙 2年(1908)] 法律 第19號로 삭제] 참조)}.

第二百十 戶主는 家族을 扶養할 義務가 있는가

만약 家族中에 戶主가 扶養할 義務가 있는 자와 그렇지 않는 자가 있다면 그 區別은 어떠한가^(扶養義務 [第157問] 참조).

조선의 관습에는 호주는 가족을 부양할 의무가 있고, 가족중에 부양을 요하는 자와 그렇지 않는 자의 구별은 없다. 호주에게 가족을

부양할 의무가 있는 것은 가족이 스스로 부양할 자력이 없기 때문이다. 만약 가족 중 독립으로 생계를 유지하여 자활에 곤란하지 않은 자가 있으면, 그를 부양할 필요가 없는 것은 물론이다.

第百二十一 家族의 特有財産을 認定하는가

認定한다면 어떠한 財産을 家族의 財産으로 하는가. 認定하지 않는다면 家産은 戶主의 專有財産인가, 아니면 戶主와 家族의 共有에 속하는가. 만약 戶主의 專有財産으로 한다면 家族은 이에 대해 어떠한 權利도 갖지 못하는가

조선의 관습에서는 가산은 호주의 專有에 속하고, 호주와 가족의 共有가 아니다. 그리고 가족은 호주의 부양을 받기 때문에 달리 재산을 가질 필요가 없는 경우가 많고, 따라서 가족이 재산을 갖지 않는 것이 오히려 정상적이다. 가령 가족이 취득한 재산이라도 이를 호주의 소유로 하는 것이 보통이지만, 굳이 가족의 특유재산으로 인정하지 않는 것은 아니다. 예컨대 가족이 상속, 증여 또는 유증으로 취득한 재산은 그의 특유재산으로 된다. 특히 독립의 생계를 유지하는 가족이 직업 등의 행위로 취득한 재산을 소유하는 예는 적지 않다. 그러나 尊長卑幼의 위계를 중시하는 풍습의 결과로 가족의 재산이라도 호주가 이를 처분하는 것은 거의 자유이고(주로 호주가 직계, 존속인 경우), 가족은 자기의 특유재산이라도 토지, 가옥 등은 호주의 허가를 받은 다음 처분하는 것을 통례로 한다(단 가족이 호주의 존장인 경우는 예외이다). 그러므로 가족의 재산을 인정한다지만, 실제로는 호주의 재산과 거의 구별이 없다. 그 외에 처가 혼인을 할 때에 조부로부터 증여를 받거나 또는 혼인후에 친족으로부터 증여를 받은 재산 등은 처의 특유재산인 듯하다. 그렇지만 부 또는 호주(부의 직계, 존속인 경우)가 이를 처분할 수 있으므로, 마치 夫 또는 戶主의 소유로 보인다. 이를 요약하면 가족의 특유재산을 인정하는 것은 의문의 여지가 없지만, 존장비유의 위계, 夫妻의 관계, 기타 가족이 재산을 가질 필요가 거의 없으므로, 이에 관

한 관습은 아직 발달하지 않은 것이라고 하겠다.

第百二十二 戶主는 家族의 居所를 指定할 수 있는가

만약 이 權利가 있다면 家族이 戶主의 命令을 듣지 않으면 制裁는 어떠한가.

가족에는 호주인 존장이 있고 비유가 있다. 비유인 가족에 대해서는 호주는 居所를 지정할 권리가 있는 것은 물론이지만, 존장인 가족에 대해서는 거소를 지정할 권리가 없다. 그리고 호주가 가족의 거소를 지정할 수 있는 경우에는 가족은 호주의 의사와 다르게 거소를 정할 수 없다. 그러나 가족이 그 지정에 복종하지 않는 경우의 제재에 대해서는 뚜렷이 정해진 것이 없다. 다만 거소지정에 복종하지 않는 자는 사실상 호주의 부양을 받을 수 없는 것에 지나지 않는 듯하다.

第百二十三 家族이 婚姻 또는 入養을 하는 경우에 戶主의 同意가 필요한가

만약 同意가 필요하면 家族은 戶主의 意思에 반하여 婚姻 또는 入養을 할 수 없는가. 만약 이를 할 수 있다면 制裁는 어떠한가.

조선의 풍속에는 혼인은 父祖 등 尊長이 이를 정하고 본인의 의사는 묻지 않는다. 그래서 가족이 혼인을 하는 경우에 이를 정하는 존장은 동시에 호주인 경우가 많다. 따라서 가족의 혼인은 대개 호주의 의사로 결정되고 또 이를 정하는 존장이 호주가 아니면 반드시 호주의 동의를 얻어 이를 정하는 것이다. 그러므로 가족은 호주의 의사에 반하여 혼인을 할 수 없다. 또 존장이 호주의 의사에 反하여 혼인을 정하는 경우는 없으므로, 호주의 의사와 다른 혼인의 효력과 그 제재에 대해서 관습상 일정한 예가 없다.

입양에 대해서는 양자로 되는 자가 가족이면 호주의 의사에 반하

여 양자가 될 수 없는 것은 물론, 입양을 약속 하는 자는 항상 祖父 등 尊長이므로 가족이 스스로 입양계약의 당사자가 되는 경우는 없다. 그 존속이 가족이면 호주인 존장의 동의를 얻어야 한다. 또 양친으로 되는 자가 만약 가족이면 입양을 함에 존장인 호주의 동의를 얻지 않으면 안된다. 호주의 의사에 반하여 입양을 할 수 없다. 그리고 호주의 의사와 다르게 입양을 한 경우에 입양의 효력과 그 제재에 대해서도 관습상 일정한 예가 없는 것은 혼인에 대해 서술한 바와 같다.

第二百二十四 戶主는 家族에 대하여 前二問 외의 權利가 있는가

예컨대 家族에 대해 教育, 監護, 懲戒 등의 權利가 있는가. 家族이 就業을 하거나 다른 行爲를 함에 戶主의 同意가 필요한가. 家族의 財産을 管理하는 것이 있는가.

호주는 가족에 대해 교육, 감호, 징계 등의 권리가 있다. 그렇지만 이 역시 존장비유의 관계와 서로 분리될 수 없는 것이므로, 만약 가족이 존장이면 호주에게 그 권리가 없는 것은 물론이다. 그리고 그가에 가족인 부·모가 있으면 부·모도 이 권리를 행사하므로 호주는 부·모에게 이를 위임하여 깊이 간섭하지 않는 것이 보통이다. 그렇지만 만약 호주가 가족의 부·모와 의견이 다른 경우에는 원래 존장인 호주의 의견에 따르지 않으면 안된다.

가족이 취업함에도 호주의 동의를 얻어야 한다. 그리고 그가에 가족인 부·모가 있으면 가족은 부·모의 동의를 얻어야 한다. 호주와 부·모가 의견을 달리하면 호주의 의견에 따라야 하는 것은 앞의 경우와 같다. 그 외의 중요한 행위에 대해서도 부모나 호주의 동의를 얻어야 하는 듯하다(단 가족이 호주의 존장이면 취업 등의 행위에 대해서 호주의 동의를 필요없다).

가족의 재산은 호주가 이를 관리하는 것이 관습이지만, 실제로는 스스로 관리하는 예가 있다. 그리고 처의 재산은 가족인 부가 이를

관리한다. 특히 독립한 생계를 유지하는 가족의 특유재산은 가족이 스스로 관리하는 것이 통례이다.

第百二十五 戶主는 家族을 離籍시킬 수 있는가

만약 離籍 또는 이와 유사한 것을 認定한다면 어떠한 경우에 이를 할 수 있는가. 또 그 效力은 어떠한가.

종전에는 국외로 망명하거나 流刑으로 流竄된 者를 式年成籍時에 戶口에서 제외하는 예가 있는 듯하다. 그렇지만 이는 본래 離籍이 아니다. 또 가족이 강도, 살인 등의 죄를 짓거나 심한 悖倫行爲를 하고도 改悛하지 않거나, 私通을 한 경우 등에 축출하는 예가 가끔 있다. 出嫁女가 간통으로 이혼한 경우에도 復家를 거부하는 예가 많았으나, 관습상 이러한 경우에 호주가 그 가족을 家籍에서 제외하고 복적을 거부할 수 있는 권리가 있는 것은 아니다. 또 그 경우도 일정하지 않으므로 호주의 가족에 대한 징계권의 행사라고 보는 것이 온당하고, 이를 離籍으로 보는 것은 타당하지 않은 듯하다.

第百二十六 戶主가 權利를 行使할 수 없는 경우는 어떻게 하는가

예컨대 親族會 등이 代理行使하는가. 또는 家族中の 一人이나 다른 자가 이를 行使하는가(후술 親權[第 140問 이하], 後見[第 146問] 이하, 相續人不明[第 175問] 참조).

조선의 관습으로는 호주가 幼少하여 그 권리를 행사할 수 없으면 母가 이를 행사하는 것이 보통이고, 만약 모가 없으면 伯父 또는 叔父가 행사하는 것이 보통이다. 그렇지만 실제로는 여자가 칩거하는 풍습이 있어 모가 있어도 백부, 숙부 등이 행사하는 예가 드물지 않다. 또 이러한 근친이 없으면 門會를 열어 친족중에 이를 행사할 자를 선정하는 경우가 많다. 그리고 母 등의 者가 호주권을 행사하는 것은 친권자나 후견인의 자격에서 대리하는 것으로 門會에서는 호주

권을 행사하지는 않는다.

호주가 정신병자 또는 부재자이기 때문에 호주권을 행사할 수 없는 경우에는 장성한 상속인이 있으면 그 상속인이 이를 행사하고, 그렇지 않으면 처가 이를 행사하는 것이 관례이다. 만약 이런 자가 없으면 형제가 이를 행사하거나 백숙부가 행사하는 경우가 많다. 그렇지 못한 경우에는 문회를 열어 이를 행사하는 자를 선정하고, 문회에서 서는 호주권을 행사하지 않는 것은 앞과 같다.

第二百二十七 隱居를 認定하는가

만약 이를 認定한다면 그 條件은 어떠한가. 예컨대 年齡 등에 制限이 없는가. 또 이를 官廳에 申告하는 등의 節次가 필요하지 않는가. 만약 이를 申告해야 한다면 隱居者가 하는가, 相續人이 申告하는가, 아니면 兩人이 함께 申告하는가(家督相續 [第158問] 참조).

조선에서는 호주가 노년이 되거나 질병 등으로 家事를 담당하기 어려우면 장성한 상속인에게 家事를 위임하는 경우가 있는데, 이를 보통 傳家라고 한다. 傳家를 함에는 호주가 임의로 하고, 연령의 정한이 없고, 별도로 관청에 신고하는 등의 절차가 필요없다. 그렇지만 傳家는 다만 사실상 상속인으로 하여금 가사를 담당시키는 데 불과하고, 그 행위는 호주를 대리하는 것으로 간주되어, 傳家 때문에 호주의 변경을 가져오지 않으므로 이를 隱居로 인정할 수 없다.

第二百二十八 廢家を 認定하는가

만약 認定한다면 그 條件은 어떠한가. 예컨대 戶主의 意思만으로 할 수 있는가, 아니면 官廳의 許可가 필요한가. 또 新創立家와 家督相續으로 계속하는 家 사이에는 차이가 없는가. 또 廢家の 效力은 어떠한가. 예컨대 戶主는 반드시 他家에 入籍해야 하는가. 家族은 戶主를 따라 그 家에 入籍해야 하는가, 않는가.

조선의 관습에는 新戶를 創立한 家는 호주의 의사에 따라 廢家할 수 있게 하고, 또 상속으로 계속하는 家는 그 家의 조상제사가 필요하므로 이를 폐가할 수 없는 것을 원칙으로 한다. 그렇지만 신호를 창립한 家라도 함부로 폐가하는 것을 인정하지 않는다. 또 상속으로 계속하는 家라도 일정한 경우에는 폐가를 인정하는데, 그 경우는 타가상속 때문에 그 가의 호주가 타가에 입적하는 경우이다. 타가상속의 경우외에 폐가를 인정하지 않는 것이라고 하겠다. 즉 폐가의 경우에는 ① 본가상속의 경우로서 본가에 상속인이 없고, 또 본가에 입양할 자가 없는 경우에 분가(분가의 분)의 호주가 본가의 망호주와 昭穆의 서열에 해당하면, 분가의 호주는 반드시 본가의 양자로 되어서 그가 상속을 하지 않으면 안된다. 이 경우에 그 분가가 新分家者가 아니면 그 가에는 祭享할 조상이 있으므로 그 분가의 호주는 본가의 양자로 됨과 동시에 자기의 양자를 선정하여 그 家가 단절되는 것을 막지 않으면 안된다. 따라서 그 분가는 廢家되지는 않지만 만약 입양할 자가 없으면 자연히 폐가되는 것이다. ② 본가 이외의 타가상속의 경우로 새로 분가를 하고 그 외에 일가를 창립한 가의 호주는 언제라도 동일종족인 타가의 양자로 되어 상속을 할 수 있다. 그리고 그 가에는 제향할 조상이 없고 따라서 호주가 타가의 상속을 할과 동시에 자기의 상속인을 정할 수 없으므로 그 가는 호주의 타가상속과 동시에 당연히 폐가가 되는 것이다. [① 본가상속의 경우로서 본가에 상속인이 없어서 분가의 호주가 입적하여 상속하여야 하는 경우에는 自家의 상속인을 선정하여 계승하게 하여야 하지만, 만약 상속인으로 할 자가 없으면 자연 폐가로 된다. ② 타가상속의 경우로 新戶創立家의 호주가 동일종족의 타가를 상속하는 경우에는 항상 그 가를 폐가로 하는 것이다. 이 경우에는 그 가에 제향할 조상이 없기 때문에 상속인을 선정하여 그 가를 계속함 없다.] 이외에 두세 지방의 보고서에는 新分家者는 언제라도 그 가를 폐하고 본가의 가족이 될 수 있는 취지를 언급하고 있으나, 이는 다만 본가에서 사실상 동거하는 것에 지나지 않고, 폐가를 하고 본가에 복귀하는 것은 아니다.

廢家の 절차는 관청의 허가를 받을 필요가 없다. 신고하는 등의 규

제나 관례가 없으나, 「民籍法」 시행후에 폐가를 하면 신고하게 되었다.

폐가는 호주가 타가를 상속하는 경우에만 생기는 것은 앞에서 예시한 바와 같으므로, 폐가의 경우에는 호주는 반드시 타가에 입적함은 물론이다. 그리고 가족은 당연히 호주에 수반하여 그 가에 입적하는 것이다.

관습상 폐가를 인정하는 것은 위 두 사례에 한정되지만, 종전의 호적편성은 단지 현재의 호구를 표준으로 하여 그 때마다 개수하는 것으로 사실상 폐가로 되는 것은 아주 많은 듯하다. 그래도 이는 원래 관습이 인정하지 않는 바로 다만 호적편성의 절차가 불비하였기 때문에 이와 같은 현상이 생긴 것에 지나지 않는다.

第百二十九 絶家に 관한 慣習은 어떠한가

戶主를 잃은 家에 相續人이 없으면, 自然히 絶家가 되는 것이다. 다만 어떤 경우에 相續人이 없다고 보아야 할 것인가. 이에 대하여 履行해야 할 節次는 없는가. 또 絶家後 家族이 있으면 各自 一家를 創立하는가, 다만 子는 父 또는 母와 隨伴하여 그 家에 入籍하는가. 遺産은 어떻게 하는가(相續人不明 [第175問] 참조).

조선에서는 기술한 바와 같이 호주가 사망하고 상속인이 없으면 입양을 하여 상속을 한다. 그리고 결국 상속인으로 될 자가 없으면 자연히 절가가 되는 예가 많다. 절가로 되는 예를 예시하면 대개 아래와 같다. ① 亡戶主가 기혼자인 경우에 그 가에 상속할 남자가 없고 또 망호주의 양자로 할 자가 없으면(입양할 자가 있어도 입양하지 않는 경우도 같다) 절가로 되는 예가 있다. 만약 망호주의 모 또는 처, 장남의 처 등이 있으면 이들이 호주가 되어 그 가를 계승하므로 즉시 절가로 되는 경우는 없다. 이들이 사망하고 망호주의 양자로 할 자가 없는 경우에 비로소 절가로 되는 것이다. 그리고 이 경우에는 망호주의 장남이 혼인후에 사망하면, 그 장남이 상속한 것으로 간주한다. 따라서 가령 망호주의

차남·망호주의 子行列의 男系血族이 있더라도, 이들은 상속인이 될 수 없다. 그 가에 장남의 처·모·조모 등이 없고, 장남의 자행렬의 남계혈족이 없으면 그 가에 남자가 있더라도 절가가 되는 것이다. ② 망호주가 미혼남자인 경우에는 그父를 위해서 상속하는 것으로 그 가에 망호주의 아우가 있으면 그가 상속하고, 만약 없으면 망호주의 同行列의 남계혈족남자를 先代의 양자로 한다. 이들이 없으면 망호주의 모·조모 등이 호주가 되어 그 가를 계속하지만, 이들이 모두 없으면 절가로 되는 것이다. ③ 망호주가 여자인 경우에는 그 아들의 처, 손자의 처가 있으면 代襲하여 호주가 된다. 또 이들의 유무에도 불구하고 망남호주의 양자로 될 자가 있으면 그가 상속하게 하는 것이지만, 이들이 모두 없으면 절가가 되는 것이다. 이를 요약하면 절가로 보아야 할 경우는 그 가에 제사상속인이 없고 또 혈족중에 양자의 적격자가 없으며 또 호주로 될 여자가 없을 때에 비로소 생기는 것이라고 하겠다. 그리고 미혼녀는 호주로 될 자격이 없다[1912년판].

절가의 경우에 별도로 이행해야 할 절차가 없다. 다만 「民籍法」 시행후에는 신고를 하게 되었다. 그리고 절가로 된 가의 가족이 남자(예컨대 망호주가 기혼남이면 그 아우)이면 일가를 창립하고, 또 여자(미혼녀)이면 백숙부 등의 가에 寄口하고 따로 일가를 창립하지 않는다. 또 유산은 가족이 있으면 재산상속순위에 따라 가족이 이를 상속하고, 가족이 없으면 친족이 이를 처분하고, 친족이 없으면 洞里的 소유로 된다.

第三百十 婚姻의 要件은 어떠한가

예컨대 年齡의 制限이 없는가. 再婚을 許容하는가. 이를 허용한다면 前婚解消後 一定期間을 요하지 않는가. 相姦者는 婚姻을 할 수 있는가. 親族間의 婚姻을 禁止하는가. 姻戚·養子關係로 인한 親族 등은 離婚·罷養 後라도 婚姻을 禁止하는가, 않는가. 어떤 親族間에 禁止하는가. 子의 婚姻에 父母의 同意를 요하는가, 않는가. 만약 同意가 필요하다면 年齡에 관계없이 필요한가. 父母와 家를 달리하는 경우에도 필요한가. 父母

가 없는 者는 未成年者라도 자유로이 婚姻을 할 수 있는가, 또는 後見人, 親族會 등의 同意를 요하는가. 本人의 意思에도 불구하고 父母·戶主 등의 意思로 婚姻을 시키는 예가 있는가. 婚姻成立의 時期는 어떠한가. 예컨대 이를 官廳에 申告하는 것 등의 節次가 없는가. 만약 이것이 있다면 婚姻은 申告時에 成立하는가. 또는 慣習上 儀式을 거행하는 때 또는 다른 때에 성립하는가. 누가 申告하는가.

혼인연령에 대해서는 『經國大典』 「禮典」 婚嫁條에 아래의 규정이 있다.

남자는 15세, 여자는 14세에 혼인을 허용한다[자녀가 13세이면 혼인을 의논한다.] 만약 양가 부모 가운데 1인에게 宿疾이 있거나 50세 이상인 경우, 자녀가 12세 이상이면 관에 신고하여 혼인을 한다.¹⁾

그러나, 開國 503年(1894) 6月 議案 「許婚年齡을 定하는 件」에 “남녀의 조혼을 즉시 금지하되, 남자는 20세 여자는 16세 이후에 혼인을 허가한다”²⁾라고 규정하고, 다시 隆熙 元年(1907) 8월에 “詔曰 人生三十有室 二十而嫁는 古昔三代盛法이어늘 輒近早婚의 弊가 國民의 病源莫深 故로 年前 禁令이 有하되 乞未實施하니 豈非有司之過리오 今에 維新의 秋를 際하야 風俗을 改良함이 最是急務라 不容不參古酌今하야 男年滿十七歲 女年滿十五歲已上으로 始許嫁娶하야 凜遵無違케 하라”라는 詔勅을 내렸다. 그러나 고래로 조혼의 폐습이 있어 여자는 12, 3세에 시집하고 남자는 10세 전후에 장가가는 예가 드물지 않다. 또 대부분의 지방에서는 여자가 남자보다 2~5세 연장이 상례인 듯하다(허혼의 약속은 幼少時에 하는 것이 상례로 胎兒를 지목하여 혼인을 약속하는 사례가 있다).

재혼의 사례는 남자에게서 가끔 그 예를 볼 수 있으나, 축첩의

1) 男年十五 女年十四 方許婚嫁[子女年滿十三歲議婚] 若兩家父母中 一人有宿疾 或年滿五十而 子女年十二以上者 告官婚嫁

2) 男女早婚 亟宜嚴禁 男子二十歲 女子十六歲以後 始許嫁娶事

풍습이 아직도 개선되지 않았기 때문에 재혼을 하는 자가 적은 듯하다. 또 여자의 재혼은 朝鮮 世宗代부터 금지하였다. 開國 503年 (1894) 6月 議案에 “과부의 재혼은 귀천을 막론하고 그 자유에 맡길 것”³⁾이라고 규정한 이래 재혼을 허용하였으나, 지금도 재혼을 천시하여 중류 이상에서는 단연코 이를 하지 않는다. 그리고 재혼에 대해 기간의 경과를 필요로 하는 것에 대하여서는 『經國大典』 「禮典」 婚嫁條에 “처가 죽은 사대부는 3년이 지난 후에 재혼한다. 만약 부모의 명령에 따르거나 40이 넘어 無子인 자는 1년이 지난 후에 재혼할 수 있다”⁴⁾라고 규정하여 그 일반을 엿볼 수 있으나, 관습상 확인한 것은 없다(『刑法大全』 第568條 “父母喪에 居하고 嫁娶한 者는 笞一百이며 妾을 娶하거나 人의 妾이 된 者는 並히 笞八十이며 夫喪에 居하여 再嫁한 者는 笞一百에 處함이라” [隆熙 2年(1908) 法律 第19號로]).

삭제] 참조

相姦者의 婚姻에 대해서는 『大明律』 「刑律」 犯姦編 犯姦條에 다음과 같이 규정하였다.

간부는 본부의 의사에 따라 嫁賣하며 그 夫가 함께 있기를 원하면 허락한다. 만약 本夫가 姦夫에게 嫁賣하면 본부와 간부는 杖 80으로 처벌하고 부인은 이혼시키고 재물은 몰수한다.⁵⁾

그리고 『刑法大全』에서는 다음과 같이 규정하였다.

第 558 條 姦婦는 從夫嫁出호대 夫가 願留하는 者는 聽하고 姦夫에게 仍 嫁한 者는 姦夫와 同罪호대 受財하여 贓이 重한 者는 第六百三十一條 坐贓律에 依하고 贓錢은 沒入하고 姦夫와 離異함이라

이러한 규정으로부터 상간자간의 혼인을 금지하는 취지를 알 수 있다.

친족간의 혼인에 대해서는 『續大典』 「禮典」 婚嫁條에 “본관이 달라도 성이 같으면 혼인을 할 수 없다”⁶⁾라고 규정하여 동성간에는 절대로 혼인을 금지하였는데, 이는 원래 남계혈족간의 혼인을 금지하는

3) 寡女再嫁 無論貴賤 任其自由事

4) 士大夫妻亡者 三年後 改娶 若因父母之命 或年過四十無子者 許期年後 改娶

5) 姦婦從夫嫁賣 其夫願留者聽 若嫁賣與姦夫者 姦夫本夫各杖八十 婦人離異歸宗 財產入官

6) 鄉貫雖異 姓字若同 則毋得婚娶

취지다. 그러므로 실제로는 同姓이라도 同本이 아닌 자(즉 남계혈족이 아닌 동성)는 혼인을 하고, 『刑法大全』 第572條에는 “氏貫이 俱同한 人이 相婚하거나 妾을 作한 者는 笞一百에 處하고 離異함이라”라고 개정하였다. 그러므로 소위 동성동본 즉 남계혈족간에는 혼인을 할 수 없다. 또 성을 달리하지만 賜姓으로 의한 異姓(일례로 高麗 太祖 9年(926) 文化柳氏인 柳孝全에게 車姓을 내리고 本貫을 延安으로 정하였는데, 文化柳氏와 남계혈족으로 성이 다른 예이다)은 남계혈족이므로 혼인을 할 수 없다.

다음 女系血族과 姻戚[婚族]간에도 혼인을 금지한다. 『大明律』에 다음의 규정이 있다.

무릇 외척·인척으로써 유복의 존속비유가 서로 혼인하거나 同母異父의 자매 또는 처의 前夫의 딸을 취한 자는 각각 간음죄로 논죄한다 ○부모의 고모·외삼촌·이종자매 및 이모 또는 종이모·모의 고모·당고모 자신의 어머니의 사촌자매 및 어머니 재종자매·종자매의 딸 또는 사위 및 자부·손부의 자매는 혼인할 수 없다. 어긴 자는 각각 杖100에 처한다 ○만약 자신의 고모·외삼촌·이종자매를 취한 자는 杖80에 처하고 모두 이혼하게 한다.⁷⁾

무릇 同宗無服親 및 무복친의 처를 취한 자는 각각 杖100에 처한다 ○만약 시마복친의 처 및 외삼촌이나 생질(生質)의 처를 취하면 각각 杖60 徒1년에 처하며 소공이상(小功以上)은 각각 간음죄로 처벌한다 ○만약 부, 조의 첩 및 백숙모를 처첩으로 취한 자는 각각 斬刑에 처하며 또 형이 사망한 뒤 형수를 취하거나, 제가 사망한 뒤 弟嫂를 수취한 자는 각각 絞刑에 취하며, 그 첩을 수취한 자는 각각 2등을 감경하여 처벌한다 ○만약 동종시마복 이상의 고모, 조카, 자매를 취한 자도 또한 각각 간음죄로 논죄하고 모두 이혼하게 한다.⁸⁾

7) 凡外姻有服尊屬卑幼共爲婚姻 及娶同母異父姊妹 若娶前夫之女者 各以姦論 ○其父母之姑舅 兩姨姊妹及姨若堂姨母之姑堂姑 己之堂姨及再從姨 堂外甥女 若女婿及子孫婦之姊妹 並不得爲婚姻 違者各杖一百 ○若娶己之姑舅兩姨姊妹者 杖八十 並離異 <『大明律』「戶律」婚姻編 尊卑爲婚條>
8) 凡娶同宗無服之親 及無服親之妻者 各杖一百 ○若娶總麻親之妻 及舅甥妻 各杖六十徒一年 小功以上 各以姦論 ○若收父祖妾 及伯叔母者 各斬 若兄亡收嫂 弟亡收弟婦者 各杖 妾各減二等 ○若娶同宗總麻以上姑姪姊妹者 亦各以姦論 並離異 <『大明律』「戶律」婚姻編 娶親屬妻妾條>

또 『刑法大全』에는 다음과 같이 규정하였다.

第 573 條 同姓無服親 或 無服親의 妻를 娶한 者는 懲役一年이며
 總麻親의 妻에는 懲役二年에 處하되 妾에는 二等을 減하고 總
 麻親이나 小功以上親 或 小功以上親妻에는 各히 姦淫律에 依
 하여 科斷고 并離異함이라

第 574 條 內外親屬이 相婚한 者는 左開에 依하여 處호대 竝히 離
 異함이라

- 一 同母異父姊妹에는 懲役五年
- 二 外叔의 妻나 甥姪의 妻에는 懲役一年半이며 妾에는 懲役一年
- 三 妻妾 前夫의 女에는 懲役三年
- 四 內外從 或 姨從姊妹에는 笞一百
- 五 父母의 內外從 或 姨從姊妹나 祖母 或 外祖母의 本宗從姊妹
 나 母의 本宗從姊妹나 己의 從姊妹의 女나 女婿의 姊妹 或 子
 孫婦의 姊妹에는 竝히 笞一百

이와 같이 규정하였기 때문에 이에 따라 그 범위를 정할 수밖에 없다.

姻戚, 養子로 인한 친족 등은 이혼·과양[斷緣] 후에도 혼인을 할 수 있으나, 없느냐에 대해서는 관습이 분명하지 않으나, 실제에서는 서로 혼인을 하지 않는 듯하다(『大明律』 「戶律」 婚姻編 娶親屬妻妾條의 “쫓겨나 개가”
한 부녀를 취하는 자는 杖 80으로 처벌한다)⁹⁾ 참조).

자의 혼인에 대해서 부모의 동의 여부에 대해서는 조선의 풍속에서 는 혼인은 반드시 主婚者가 있어야 하고 혼약은 주혼자의 명의로 할 뿐만 아니라, 혼인을 결정하는 자도 역시 주혼자로 본인의 의사를 묻는 일이 없다. 따라서 본인의 승락은 혼인의 요건이 아닌 듯하다. 그리고 주혼자로 될 자는 부 또는 조부이며(조부와 부가 모두 있으면 조부나 부가), 조부·부가 모두 없으면 형이 주혼자가 되고, 이들이 모두 없으면 백숙부 등 近親尊屬이 주혼자가 되는 것이다. 그렇지만 백숙부 등이 주혼자가 되는 경우에 그 가에 모 또는 조모가 있으면 실제로 혼인을 정하는 자는 모 또는 조모로서 백숙부 등의 친족은 표면상의 주혼자

9) 其曾被出 已改嫁 而娶妻妾者 杖八十

가 되는데 지나지 않는다. 그리고 형이 주혼자인 경우에도 모나 조모의 의사에 반하여 혼인을 정할 수 없다. 그리고 당사자의 연령에 구애없이 혼인에는 주혼자가 필요하다.

혼인의 방식에 대해서는 다만 『續大典』 「禮典」 婚嫁條에 “혼인은 가례에 따른다”¹⁰⁾ 라는 규정이 있다. 『朱子家禮』 「婚禮」 部에 아래와 같은 내용이 있다.

반드시 媒婆가 왕래하여 말을 전하게 하고, 여가의 승락이 있는 후 납채를 한다. [納采] 주혼자가 편지를 쓰고 일찍 일어나 편지를 받고 사당에 고한 후 자제를 使者로 삼아 여가에 보낸다. 여가의 주혼자는 나가서 사자를 맞이하여 편지를 받고서 사당에 고한다. 나와서 답장을 사자에게 전하고 사자를 예우한다. 사자가 돌아와 답장을 전하면 남가의 주혼자는 다시 사당에 고한다. [納幣] 납폐를 함에는 편지를 써서 사자를 여가에 보내면 여가는 이를 받아서 답장을 하고 예우한다. 사자가 돌아와 復命하는 의식은 납채의식과 같다. [親迎] (혼례일) 하루전에 여가에서는 사람을 시켜 사위의 방을 꾸미고, 날이 밝으면 남가에서는 방안에 자리를 마련하고 여가에서는 문 밖에 자리를 마련한다. 초저녁에 신랑은 복장을 갖추고 주혼자는 사당에 고하여 아들에게 술을 권하고 신부를 맞이할 것을 명한다. 신랑은 나가서 말을 타고 여가에 이르러 밖에서 기다린다. 여가의 주혼자는 사당에 고하고 딸에게 술을 권하고 신랑을 맞이할 것을 명한다. 주혼자가 나가서 신랑을 맞이하면 신랑은 들어가 기러기를 받친다. 手姆가 신부를 안내하여 가마에 오르게 하고 신랑은 말을 타고 가마보다 앞서 간다. 신랑가에 이르러 신부를 인도하여 들어가서 신랑 신부는 맞절을 하고, 자리에 앉아 음식을 먹는다. 신랑이 나와 다시 들어가서 옷을 벗고 촛불을 내어가고, 주혼자는 손님들을 예우한다. [婦見舅姑] 이튿날 일찍 일어나 신부는 시부모께 인사를 올리며, 시부모는 예우한다. 신부는 여러 존장께 인사를 드린다. 만약 신부가 시부모께 음식을 드리면 시부모는 이를 먹는다. [廟見] 3일후 주혼자는 신부를 사당에 알현시

10) 婚姻—依家禮

킨다. [婿見婦之父母] 이튿날 사위는 여가에 가서 신부의 부모께 인사를 드리고 다음에 신부의 여러 친척들에게 인사를 한다. 여가에서 사위를 대접하는 것은 일상 의식과 같다.¹¹⁾

그리고 실제로 거행되는 의식도 대개 이에 준하는 것이나 지방과 가문에 따라 다소 차이가 없지는 않다. 일반의 사례를 들기로 한다. 우선 媒婆가 양가를 왕래하여 그 의사를 전달하고 구두로 약속을 한 다음 남가가 여가로 청혼서를 보낸다. 書式의 예는 아래와 같다.

夙仰聲華 未接雅儀 居常帳頌 伏惟比辰

尊體起居連爲萬安 伏溯區區不任下誠 僕姑保宿狀私幸耳 就僕之第 幾子 年既長成 未有室矣 側聞尊有閨秀 素有幽蘭之質 又承家敬誠 之訓 又勤紆紉誠潔蘋蘩 令聞如是 欽歎不已 竊以 葦葭之倚玉 薦 蘿之施松 如或無 地德不齊之嫌 庶可 有千緣克配之道乎 況婚姻五 倫之始 夫婦萬福之源 豈不慎且重歟 特垂俯諒 幸蒙回教否 餘不備 伏惟

尊照謹拜 上伏

某年 某月 某日

某 再 拜¹²⁾

11) 必先使媒氏 往來通言 俟女氏許之然後 納采 [納采] 主人具書 夙興 奉以告祠堂 乃使子弟爲使者 如女氏 女氏主人 出見使者 遂奉書 以告于祠堂出以復書 遂禮之 使者復命 婦氏主人 復以 告于祠堂 [納幣] 納幣 具書 遣使如女氏 女氏受書 復書禮賓 使者復命 竝同納采之儀 [親迎] 前 期三日 女氏使人張陳其婿之室 厥明 婿家設爲于室中 女家設次于外 初昏 婿盛服 主人告于祠堂 遂醮其子而命之迎 婿出乘馬 至女家 俟于次 女家主人 告于祠堂 遂醮其女而命之 主人出迎 婿入 奠雁 姆奉女出登馬 婿乘馬先婦車 至其家 導婦以入 就坐飲食畢 婿出復入 脫服燭出 主人禮婿 [婿見舅姑] 明日夙興 婿見于舅姑 舅姑禮之 婿見于諸尊長 若家婦則饋舅姑 舅姑饗之 廟見 三日 主人 以婦見于祠堂 [婿見婦之父母] 明日 婿往見婦之父母 次見婦諸黨親 婦家禮賓如常儀

12) 일찍부터 명성은 들었사오나 미처 만나보지 못하였는데, 인사를 드리웁니다. 삼가 생각컨대, 요즘 선생님은 평안히 지내시는지요. 삼가 자세한 안부를 모두 여쭙지 못하겠습니다. 저는 짐 깃 목힌 편지를 갖고 있었는데 다만 다행스러울 뿐입니다. 저의 몇몇 아들은 몇살로 장성하였는데, 아직 성혼을 하지 못하였습니다. 소문으로 듣기에 선생님께 규수가 있어 본래 아름다운 자질이 있고 또 가문의 공경스러운 가르침을 받았고, 그리고 길삼과 바느질, 정성스럽고 정갈한 제물의 준비를 잘한다는 좋은 소문이 있으니 흠탄함을 그칠 수 없습니다. 저오기 생각하건대, 고귀한 친척의 힘을 빌고 친척이 함께 지낼 바가 후 없지 않겠습니까. 문벌과 덕망이 같지 않는 허물이 있어 하늘의 인연과 배필을 맞이하는 길이 있겠습니까. 하물며 혼인은 오훈의 처음이고, 만복의 근원인데 어찌 신중하지 않겠습니까. 다만 진실로 낮추셔서 다행스럽게 回教를 주시지 않겠습니까. 이만 줄이오며 삼가 생각하옵니다.

여가는 이에 대하여 復書를 하는데 이를 許婚書라고 한다. 서식은 아래와 같다.

每切荊願 忽承陳牘 慰若相面 感不容喙 伏審比辰
 尊體起居 一爲萬安 伏頌且慰 不任下沈 僕賤狀 姑依私心 伏幸就
 教意拜悉 而但以迷矯長于寒微 素蔑繫帶之教 全昧經綢之工 況乃
 地德之不齊
 何幸寵翰 先辱豈敢嘉禽之不從 茲值佳辰 可卜吉期 然而高門 箕箒
 之任 中饋酒食之儀 恐難堪當 預用悚愧 餘不備 伏惟
 尊照謹拜上狀

某月某日

某拜復¹³⁾

남가에서 혼서를 받으면 四柱單子를 여가에 보는데, 이는 生年月日時를 기재한 서면이다. 여가가 이에 대하여 혼례일을 정하여 남가에 보내는데, 이를 擇日單子라고 한다.(서울 등 일부지방에서는 請婚書와 許婚書의 贈答을 하지 않고 간단히 남가가 사주단자를 보내고 여가가 택일단자를 보내는 것이 통례이다. 咸鏡北道 會寧, 咸鏡南道 甲山地方에서는 남가가 청혼서를 보내고 여가가 이에 復書와 함께 사주단자를 보내며, 남가가 택일단자를 보내는 것이 통례이다) 다음에 남가가 納幣를 하는데, 禮書를 첨부한 남폐는 보통 靑紅緞 한 단으로 한다. 지방에 따라서는 혼례일에 보내거나^(이를 馬頭納幣라고 한다) 수일전에 보내는 등 일정하지 않다. 서울에서는 하루전에 보내는 것이 예이다. 禮書의 書式은 아래와 같다.

기쁘게 보시기를 빌며 인사올리웁니다.

년 월 일 아무개 再拜

- 13) 매번 간절히 배필을 찾았사온데, 갑자기 편지를 받으니 위로됨이 만나뵈은 듯하여 말이 필요 없을 듯합니다. 삼가 생각하건대 요즘 선생님의 지내심이 한결같이 편안하옵기를 오히려 빌며, 자세한 사정을 다 올리지 못하옵습니다. 저의 하찮은 편지를 私心에 맡겨두었는데 다행히도 教意를 주시니 공손히 인사를 합니다. 다만 어리석은 딸이 한미한 집안에서 성장하여 본래 가르침이 보잘것 없어 길쌈과 바느질에 어둡습니다. 더우기 가문과 덕망이 같지 않는데, 다행히도 먼저 편지를 내리시는 수고로움을 하시니 어찌 감히 따르지 않겠습니까. 이에 좋은 날을 맞이하여 길일을 받을 것입니다. 그러나 훌륭한 가문의 아내의 임무 가운데 술과 음식을 마련하는 범절을 아마 감당하기 어려울까 두려우니 미리 부탁을 드립니다. 송구스럽습니다. 이만 줄이웁니다.

기쁘게 보시기를 바라며 삼가 인사올리웁니다.

월 일 아무개

某貫 後人 姓 名 拜

時維孟春

尊體百福 僕之第幾子某 年長成 未有伉儷 伏蒙

尊慈許以

令愛貺室 茲有先人之禮 謹行納幣之儀 不備伏惟

尊照 謹拜 上狀

年 月 日

아무貫 後人 姓名 拜¹⁴⁾

婚禮式은 여가에서 거행한다. 먼저 奠雁禮¹⁵⁾를 거행하고 마지막에 合卺禮¹⁶⁾를 거행한다. 즉 혼인은 이때에 성립하는 것이다. 종전에는 관청에 신고하는 절차는 없고, 民籍法施行後에 신고하여야 하는 것이지만 혼인성립의 요건은 아니다.

14) 초봄에〈時에 따름〉 춘제가 편안하신지요. 저의 몇자(주혼자가 조부이면 몇손, 형이면 몇째 아우) 아무는 나이가 이미 장성하였는데 배필이 없었으나, 삼가 자비로운 승락을 얻어 영애(손녀이면 영손녀, 질녀이면 영질녀)를 아내로 내리시니, 이에 선인의 예가 있어서 납폐의 의식을 거행하고 나머지는 생략합니다. 삼가 생각하건대 기쁘게 보시기를 바라며, 삼가 절하고 올립니다.

년 월 일

아무貫 後人 姓名 拜

15) 신랑이 婦家에 이르면 반드시 기러기를 가져오는데, 산 기러기를 쓰는 것이 正禮이나, 목제로 대응하는 예가 많다. 奠雁의 방식에 대해서는 「家禮」註에 “주혼자는 사위를 문 밖에 맞이하여 절 [揖讓]을 하고 인도를 하며 사위는 기러기를 가지고 혼례소까지 들어온다. 주인은 동쪽섬들로 올라가 서향을 하며 사위는 서쪽계단으로 올라가 북향을 하여 절을 하고 기러기를 땅에 둔다. 주인의 侍者가 이를 받으면 사위는 엎드리고 일어나 절을 두 번 한다. 주혼자는 답배를 하지 않는다(主人迎婿于門外 揖讓以入 婿執雁 以從至于廳事 主人升自西階 立西向 婿升自西階 北向跪 置雁於地 主人侍者受之 婿俯伏興再拜 主人不答拜)라고 있고, 실제 의식은 詳略의 차이가 있을 뿐이다. 기러기를 쓰는 의미는 「家禮」註에 “기러기가 음양 왕래의 뜻에 순응함을 본받은 것이다. 程子가 이르기를 그가 다시 짝을 짓지 않는 것을 본받은 것이다(取其順陰陽往來之義 程子曰 取其不再偶也)”, 『儀禮』 「士婚禮」疏에 “기러기는 낙엽이 지면 남으로 날아가고 얼음이 녹으면 북으로 간다. 남편은 양이고 아내는 음이니 지금 기러기를 쓰는 것은 또한 아내가 남편을 따르는 뜻을 본받은 것이다(雁木落南翔 冰泮北徂 夫爲陽婦爲陰 今用雁者 亦取婦人從夫之義)”라고 보인다.

16) 「家禮」註에 의하면 의식은 다음과 같다. 신랑이 절을 하면 신부는 자리로 간다. 신랑은 동쪽에 신부는 서쪽에 서며 종자가 술을 따르고 음식을 차려낸다. 신랑 신부는 술로 제사를 지내고 안주를 둔다. 또 술을 붓고 신랑이 절(揖)을 하고 신부가 마시고 제사를 지내지 않으며 안주는 없고, 또 잔[合歡酒: 표주박으로 만든 잔을 쓴다]으로 신랑 신부앞에 나누어 둔다. 술을 따라 신랑이 음을 하면 신부는 마시고 제를 하지 않으며 안주는 없다. 신랑이 나가 다른 방으로 간다(婿揖婦取坐 婦東婦西 從者斟酒設饌 婿婦祭酒舉般 又斟酒婿揖婦舉飲 不祭無般 般又取卺 分置婿婦之前 斟酒婿揖婦舉飲 不祭無般 婿出就他室).

혼인은 式을 올리는 것으로 성립하는 것은 이미 언급한 바와 같다. 그렇지만 약혼은 許婚으로 성립하는 것으로 보아야 한다(정혼서와 허혼서의 경우에는 사주단자를 보내는 것으로 성립한다). 『大明律』 「戶律」 婚姻編 男女婚姻條에 다음의 규정이 있다.

무릇 남녀가 정혼시에 만약 질병이 있거나 노유·서자녀·양자·수양자 이면 양가가 서로 명백히 알리고 각각 원하는 대로 혼서를 쓰고 禮대로 혼인을 한다. 만약 여가에서 혼인을 허락하는 혼서를 쓰거나 약속을 하고 [먼저 남편에게 질병이 있거나 노유 이거나 養庶의 따위임을 안 경우] 곧 후회하여 혼인을 하지 않는 자는 笞 50으로 처벌한다. ○만약 타인과 혼약을 하고 성혼을 하지 않은 자는 杖 70으로 처벌하고 ○이미 성혼을 한 자는 杖 80으로 처벌한다. ○뒤에 장가들기로 한 자는 그 사실을 알면 죄가 같고 예물은 몰수하고 모르면 처벌하지 않고 예물은 돌려준다. 부녀는 前夫에게 돌려보내되 그가 원하지 않으면 예물의 배를 그에게 주고 부녀는 後夫를 따르게 한다. 남가에서 후회하여 고치면 죄는 같고 예물은 추징하지 않는다. ○그 미혼남녀가 간통죄나 절도죄를 저지르면 杖 80으로 처벌하고 본조를 적용하지 않는다.¹⁷⁾

『刑法大全』에는 다음과 같이 규정하였다.

第 559 條 女家에서 婚姻을 定할 時에 聘財를 受하거나 牢約이 已有하고 他人에게 再許하여 婚姻을 未成한 者는 笞七十이며 已成한 者는 笞八十에 處하고 後定婚한 家이 知情한 者도 同罪하고 未成婚한 者는 財禮를 沒入하고 女는 先定婚한 家에 歸호대 先定婚한 家이 不願한 境遇에는 財禮를 倍追하여 一半은 先定婚한 家에 給하고 女는 後定婚한 家에 歸하며 男家에서 此를 犯한 者도 同論호대 財禮는 不追함이라

17) 凡男女定婚之初 若有殘疾·老幼·庶出·過房·乞養者 務要兩家明白通知 各從所願 寫立婚書依禮媾嫁 若許嫁女已報婚書及有私約[謂先已知夫身 疾殘·老幼·庶養之類] 而輒悔者 笞五十 雖無婚書 但贈受聘財者 亦是 ○若再許他人 未成婚者 杖七十 ○已成婚者 杖八十 ○後定娶者 知情與同罪 財禮入官 不知者不坐 追還財禮 女歸前夫 前夫不願者 倍追財禮還給 其女仍從後夫 男家悔者 罪亦如之 不追財禮 ○其未成婚男女 有犯姦盜者 杖八十 不用此律

但 未成婚한 男女가 姦或盜를 犯한 境遇에는 此限에 不在함이라
 위의외에 증전에는 喪中の 혼인과 조부모, 부모의 囚禁中에는 혼인을
 금지하였다. 『大明律』 「戶律」 婚姻編 居喪嫁娶條와 父母囚禁嫁娶條에
 는 다음과 같이 규정하였다.

무릇 부모와 부의 상중에 자신이 스스로 혼인을 하는 자는 杖 100으로
 처벌한다 ○ 만약 남자가 상중에 첩을 얻거나, 처나 딸을 시집보내 첩으
 로 되게 하면 각 2등을 감경한다 ○ 만약 國大夫人 翁主 宅主 및 三品
 이상의 官員의 妻가 夫死後에 재가한 자는 죄가 같고, 모두 封號를 삭탈
 하고 이혼한다. 알면서 혼인한 자는 각각 5등을 감경하고, 모르고 혼인
 한 자는 처벌하지 않는다. 만약 祖父母, 伯叔父母, 姑, 兄, 姊의 상중에
 혼인을 한 자는 杖 80으로 처벌하되, 첩은 처벌하지 않는다 ○ 만약 부
 모, 시부모 및 남편의 상중에 남의 혼인에 주혼을 한 자는 杖 80으로 처
 벌한다.¹⁸⁾

무릇 조부모 부모가 死罪를 지어 구금중인데, 자손이 혼인을 한 자는 杖
 80으로 처벌하고 첩을 삼은 자는 2등을 감경한다. 그러나 조부모 부모
 의 명을 받들어 혼인을 하는 자는 처벌하지 않으나 혼인의 禮宴은 할 수
 없다.¹⁹⁾

또 『刑法大全』에는 다음과 같이 규정하였다.

第 568 條 父母喪에 居하고 嫁娶한 者는 笞一百이며 妾을 娶하거
 나 人의 妾이 된 者는 竝히 笞八十이며 夫喪에 居하여 再嫁한
 者는 笞一百에 處함이라

第 569 條 祖父母父母가 罪를 犯하고 囚禁에 在하였는데 嫁娶한 者

18) 凡居父母及夫喪 而身自嫁娶者 杖一百 ○若男子居喪娶妾 妻女嫁人爲妾者 各減二等 若命婦 夫
 亡再嫁者 罪亦如之 追奪並離異 知而共爲婚姻者 各減五等 不知者不坐 若居祖父母伯叔父母姑兄
 姊喪 而嫁娶者 杖八十 妾不坐 ○若居父母舅姑及夫喪 而與應嫁娶人 主婚者 杖八十

〈『大明律』 「戶律」 婚姻編 居喪嫁娶條〉

19) 凡祖父母父母 犯死罪被囚禁 而子孫嫁娶者 杖八十 爲妾者 減二等 其奉祖父母父母命 而嫁女娶
 妻者不坐 亦不得筵宴

〈『大明律』 「戶律」 婚姻編 父母囚禁嫁娶條〉

는 笞八十이며 妾을 娶하거나 人의 妾이 된 者는 笞六十에 處함이라 但 祖父母父母의 命이 有 한 境遇에는 不坐함이라(隆熙 2年(1908) 法律 第19號로 삭제)

그러나 현재는 이러한 금지가 없다. 兩班과 常民, 嫡子와 庶子간에는 혼인을 하지 않고 四色(政黨의 4派로서 노른 소른 남인 북인 등이다)이 다른 자는 서로 혼인을 하지 않는다고 한다.

第三百十一 妻는 婚姻으로 夫家에 入籍하는가

入夫婚과 孀養子는 도리어 妻家에 入籍하는가.

조선의 혼인은 嫁娶가 원칙으로 부는 처를 취하고 처는 부에게 시집가는 것으로 처는 혼인으로 부가에 입적하여야 한다. 그렇지만 초서혼의 경우에는 사실상 부가 처가에 동거할 뿐이다. 『大明律』 「戶律」 婚姻編 逐孀嫁女條에 다음의 규정이 있다.

무릇 사위를 축출하고 딸을 개가하게 하거나 또 사위를 두번 보는 자는 杖 100으로 처벌하고 부녀는 처벌하지 않는다 ○남가에서 이를 알고서 혼인을 한 자는 죄가 같으며 모르는 자는 처벌하지 않고, 부녀는 전부에게 돌려주어 함께 살게 한다.¹⁾

또 『刑法大全』 第 565 條에도 “招孀同居하다가 孀를 逐出하고 再招孀 <중략>한 者는 禁獄 十箇月에 處하고 知情하고 娶한 者는 同罪하되 女는 前夫에게 追歸함이라(隆熙 2年 法律 第19號로 삭제)”라는 규정이 있고, 『經國大典』 「戶典」 戶口式條에 “사위는 아울러 본관을 기재한다.”²⁾라는 규정이 있다. 그리고 실제에도 사위는 여가의 호적에 등록하는 것이 구래의 관례이다. 따라서 이 경우에는 처는 부가에 입적하지 않고, 부가 도리어 처가에 입적하는 것이다. 그리고 女戶主의 入夫婚과 孀養子를 인정하지 않는 것은 기술하였다.

1) 凡逐孀嫁女 或再招孀者 杖一百 其女不坐 ○男家知而娶者 同罪 不知者不坐 其女斷付前夫同居完聚

2) 女孀並錄本貫

第百三十二 夫는 妻에 대하여 어떤 權利를 갖는가

예컨대 夫는 妻의 居所를 指定할 權利가 있는가. 妻가 職業을 가지는데 夫의 同意 등이 필요한가. 이에 대하여 夫가 戶主人 경우와 家族인 경우의 차이가 있는가(妻의 能力 [第5問] 참조).

조선에서는 처에 대한 부의 권리가 강력하므로 처의 행위능력은 현저한 제한을 받는다. 처가 법률행위를 함에는 거의 항상 부의 허가를 받을 것을 요하고, 또 처가 영업행위를 함에도 반드시 부의 허가를 받아야 한다는 것은 妻의 能力[第5問]에 기술하였다. 기타 부는 처에 대하여 거소를 지정하고 특히 동거를 강요할 권리가 있다. 그리고 이와 같은 부의 처에 대한 권리는 부가 호주인 경우와 가족인 경우에 따라 전혀 차이가 없다. 또 처가 부가에 입적하는 경우와 부가 처가에 입적하는 경우에 따라서 구별이 없다.

第百三十三 夫婦간의 財産關係는 어떠한가

妻의 特有財産을 認定하는가. 만약 그렇다면 妻財産과 夫財産의 關係는 어떠한가. 예컨대 夫婦는 財産을 共有하는 예가 있는가. 共有로 하지 않으면 夫婦간의 生活費는 누가 負擔하는가. 또 夫는 妻의 財産에 대하여 어떠한 權利도 갖지 않는가. 예컨대 夫는 妻의 財産을 使用·收益할 權利가 있는가. 妻의 財産은 妻 자신이 管理하는가, 아니면 夫가 管理하는가. 만약 夫가 管理한다면 그 權限은 어떠한가. 예컨대 妻의 財産을 賣却하려면 妻의 承諾이 필요한가.

조선 종래의 관습에서 처의 특유재산을 인정하는지에 대해서는 다소 의문이 있지만, 여자가 출가할 때에 부모가 논밭 등의 재산을 증여하는 예는 드물게 볼 수 있다. 또 때로는 여자가 혼인후에 父祖 등 친족으로부터 유증을 받는 일이 있다. 그리고 유증하거나 증여한 자

는 부 또는 호주의 재산으로 귀속시키려는 의사가 없는 것이 상례이고, 특히 처가 친정에서 받은 재산 등은 이혼을 하는 경우에 친정으로 가지고 돌아갈 수 있다. 그러므로 이와 같은 재산은 처의 특유재산으로 인정하는 것이 타당할 것이다. 그리고 처가 영업 등의 행위로 얻은 재산도 역시 그 특유재산으로 보아야 할 경우가 적지 않다. 또 부부의 재산을 공유로 보는 관념은 전혀 없는 듯하다.

혼인후의 생활비의 부담에 대해서는 夫는 처자를 양육하여야 하므로 부의 부담인 것은 물론이다. 그렇지만 夫가 무자력이고 처에게 재산이 있으면, 처의 재산으로 생활비를 충당하는 것을 상례로 한다.

처의 재산은 夫가 이를 관리하고 또 사용수익할 수 있다. 그리고 부가 생활비를 부담하는지에 따라 차이가 없다. 夫가 처의 재산을 처분할 수 있는지에 대해서는 다소 논의가 있는 바이지만, 부에게 처분권이 있다는 것이 통설이다. 처분할 경우에는 처의 승락이 필요하다거나 필요하지 않다고 하여 일정하지 않다. 실제로는 승락의 유무와 관계없이 부가 처분할 수 있는 듯하다. 이 점에서는 처의 재산은 부의 재산과 거의 구별이 없는 느낌이다. 그렇지만 이는 필경 처의 부에 대한 절대적 복종을 양속으로 하는 조선의 부부관계의 상황이 그렇게 하는 것이다. 만약 관습의 취지를 깊이 탐구하면 夫는 妻의 承諾이 없으면, 그 재산을 처분할 수 없지 않을까.

처의 사망 또는 이혼의 경우에 처가 친정에서 가져온 재산에 대해서는 사망의 경우에는 부 또는 호주의 소유로 된다. 이혼한 경우에는 처가 친정에서 가져온 재산은 친정에 반환하여야 하는 것은 언급하였다. 기타 처의 재산에 대한 관습은 분명하지 않다.

이상 처의 재산에 대한 夫의 권리는 夫의 不在·心神喪失의 경우에는 이를 행사할 수 없음은 물론이다.

第三百三十四 離婚에 관한 慣習은 어떠한가

離婚을 허용하는가. 이를 許容한다면 雙方의 合意를 요하는가, 아니면 一方의 意思로 할 수 있는가. 만약 一方의 意思로 할

수 있다면 夫婦가 동일한 權利를 갖는가. 또 그 原因에 제한이 없는가. 婚姻의 경우와 같이 父母 등의 同意를 요하는가. 또 本人의 意思에도 불구하고 父母·戶主 등의 意思로 離婚을 할 수 있는가. 만약 그렇다면 妻의 親庭 父母·戶主도 이 權利를 갖는가. 離婚에는 申告 등의 節次가 필요한가, 또는 官의 許可를 요하지 않는가(婚姻의 要件 [第130問] 참조). 또 離婚의 效力은 어떠한가. 예컨대 子の 監護는 夫婦 가운데 누구에게 속하는가. 妻가 가지고 온 財産은 어떻게 하는가.

조선에는 妻七去 三不出의 제도가 있다. 七去는 ①無子(『唐律疏議』에는 이르기를 처가 50세 이상으로 자식이 없고 庶子를 순서대로 장자로 이른다. 이는 49세 이하는 축출하지 않는 것이 합당하다¹⁾)라고 있다. ②淫佚 ③시부모를 모시지 않음(不事舅姑) ④多言 ⑤竊盜 ⑥妬忌 ⑦惡疾로 이 중 한 사유에 해당하는 경우에 이혼을 할 수 있는 것을 말한다. 三不去는 ①부모의 상을 치른 경우 ②가난할 때 결혼하여 후에 부귀하게 된 경우 ③돌아갈 집이 없는 경우로 이 중 한 사유에 해당하면, 가령 七去의 원인이 있어도 이혼할 수 없는 것을 말한다. 다만 처가 간음을 하면 三不去의 경우라도 이혼을 할 수 있다. 또 처에게 惡疾이 있는 경우도 동일한 것 같다. 『大明律』 「戶律」 婚姻編 出妻條와 『續大典』 「禮典」 婚姻條에 다음의 규정이 있다.

무릇 처에게 七出과 義絶의 사유가 없는데 이혼을 한 자는 杖 80으로 처벌한다. 七出을 범하였으되 三不去의 사유가 있으면 2을 감경한다.²⁾

〈『大明律』 「戶律」 婚姻編 出妻條〉

반역가의 여자와 이혼하는 것을 금지한다.³⁾ 〈『續大典』 「禮典」 婚姻條〉

그리고 『刑法大全』에도 다음의 규정이 있다.

第 578 條 妻妾이 左開諸項의 所犯이 一無한 境遇에 夫가 出한 者

1) 律云 妻年五十以上 無子 順位庶以長 卽是四十九以下 合未出之

2) 凡妻無應出及義絶之狀 而出之者 杖八十 雖犯七出有三不去之者 減二等 追還完娶

3) 逆家孫女 勿令離異

는 笞八十이며 諸項을 雖犯하였으나 父母의 喪을 與更하였거나 子女가 有하거나 娶時貧賤하고 娶後富貴하거나 歸할 拜無한 者를 出한 者는 笞四十에 處하고 完娶케 함이라

- 一 夫의 祖父母 父母에게 不順한 者
- 二 多言하여 親戚에게 失和케 한 者
- 三 淫行이 有한 者
- 四 竊盜한 者
- 五 傳染하는 惡疾이 有한 者(隆熙 2年(1908) 法律 第19號로 삭제)

그러나 부가 처와 이혼하는 경우에 부모나 호주의 동의를 요하고 또 부모나 호주는 그들의 의사로 이혼을 강요할 수 있는 것 같다.

처와 처부모, 호주 등이 이혼을 요구할 수 있는지에 대해서는 조선의 습속에는 처가 부에게 이혼을 요구하는 것은 도의에 반하는 것이므로 가령 부에게 비행이 있어도 처는 이혼을 요구할 수 없다. 따라서 처의 친정 부모, 호주 등도 그 권리를 갖지 않는다. 단, 후술할 義絶의 경우에는 여기에 해당하지 않는다.

협의이혼을 인정하는지 여부에 대해서는 『大明律』 「戶律」 婚姻編 出妻條에 “만약 부부가 서로 사이가 좋지 않아 서로 이혼을 원하면 이에 해당하지 않는다”⁴⁾라는 규정이 있지만 관습상 협의이혼을 인정하지 않는다.

또 이혼에는 法律上 強制離婚이 있는데, 이를 義絶이라고 한다. 만약 義絶事由가 있는데도 이혼하지 않으면 처벌하고 이혼을 시켰다. 즉 앞의 出妻條에 “만약 의절의 사유가 있어 마땅히 이혼하여야 하는데 이혼하지 않으면 杖 80으로 처벌한다”⁵⁾라는 규정이 있다. 여기에는 의절사유를 기재하지 않았으나 『唐律疏議』 「戶婚」疏에는 아래와 같이 규정하였다.

夫가 妻의 祖父母 父母를 구타하고, 妻의 外祖父母 伯叔父母 兄弟 姑母

4) 若夫妻不相和諧 而兩願離者 不坐

5) 若犯義絶應離 而不離者 亦杖八十

姊妹를 살해하고, 夫妻의 祖父母 父母 外祖父母 伯叔父母 兄弟 姑母 姊妹가 직접 서로 살해하고, 妻가 夫의 祖父母 父母를 구타 욕설하고, 夫의 外祖父母 伯叔父母 兄弟 姑母 姊妹를 살상하고, 妻가 夫의 시마이상친 또는 夫가 丈母와 姦通하거나 妻가 夫를 살해하려고 하는 경우이며, 이는 赦免이 있어도 모두 의절에 해당한다.⁶⁾

그리고 『刑法大全』에는 다음과 같이 규정하였다.

第 579 條 妻妾이 左開諸項의 所犯이 有한대 夫가 離異치 않은 者는 笞一百에 處하고 離異케 함이라

- 一 夫를 謀害 혹은 毆打한 者
- 二 夫의 期親以上 尊長이나 外祖父母를 毆罵한 者
- 三 袒免以上の 親을 姦通한 者

第 580 條 夫가 左開諸項의 所犯이 有한대 妻妾이 離異치 아니한 者는 笞一百에 處하고 離異케 함이라

- 一 妻妾의 祖父母 父母를 毆하거나 伯叔父母나 姑나 外祖父母를 毆傷한 者

- 二 妻妾의 母를 姦淫한 者(隆熙 2年(1908) 法律 第 19號로 삭제)

이혼의 절차에 대해서는 종전에는 관청에 신고하거나 관청의 허가를 받는 등의 절차가 필요없었다. 民籍法 시행 이후에 이를 신고하여야 하지만, 이혼의 방식은 아니다.

이혼 후 자녀의 監護는 夫에게 속한다. 다만 자녀가 어려서 妻가 양육하는 예는 드물게 보이지만, 이는 본래 협의에 따른 것이며 관례는 아니다. 그리고 처가 가지고 온 재산은 이혼과 동시에 친정으로 가져가는 것은 기술하였다.

6) 義絶謂 毆妻之祖父母 父母 及殺妻外祖父母 伯叔父母 兄弟 姑 姊妹 若夫妻祖父母 父母 外祖父母 伯叔父母 兄弟 姑 姊妹 自相殺 及妻毆詈 夫之祖父母 父母 殺傷夫外祖父母 伯叔父母 兄弟 姑 姊妹 及夫之總麻以上親 若妻母姦 及欲害夫者 雖會赦 皆爲義絶

第百三十五 妻가 婚姻中에 懷胎한 子は 夫의 子로 推定하는가

推定한다면, 夫가 이를 否認하려면 어떻게 하여야 하는가.

처가 혼인중에 회태한 자는 부의 자로 추정하고 간통으로 회태한 증거가 있지 않는 한 당연히 부의 자로 되는 것이다. 그리고 그 자가 혼인중에 회태한 것인지의 여부를 결정함에는 보통의 임신기간을 표준으로 하여 분만사에서 소급하여 임신시기를 정하는 것이 관례이다. 보통 임신기간을 10개월로 하여 혼인성립시부터 10개월후 혼인해소전에 출생한 자와 혼인해소시부터 10개월내에 출생한 자는 혼인중에 임신한 것으로 간주하는 것이 통칙이다. 子의 임신기간은 짧게는 7개월, 길게는 12개월이라는 설을 일반적으로 믿기 때문에 반드시 일률적으로 논할 수 없다. 또 혼인중에 임신한 것이 명백한 경우라도, 남자의 조흔풍속이 있음은 누차 언급한 바이므로 혼인중에 회태한 자가 곧바로 부의 자라고 말할 수는 없다. 따라서 신생아의 발육상태 등의 사정에 따라 반드시 일반례에 따르지 않는 경우가 있는 듯하다.

혼인 중에 회태한 부의 자는 혼인중에 출생한 경우와 혼인 해소후, 특히 처가 이혼하고 재가한 후에 출생한 경우를 불문하고 항상 부의 嫡子身分을 취득하고 당연히 부가에 입적한다. 그리고 혼인전에 회태한 자라도 혼인후에 출생하면 당연히 부의 적자로 되는 것이 관례이므로 적자는 혼인중에 출생한 자에 한정하지 않는다고 말할 수 있다. 다만 庶子가 부모의 혼인으로 당연히 적자로 되는 관례는 없다.

부는 처가 혼인중에 회태한 자라도 자기의 자인 것을 부인할 수 있다. 그러나 子를 否認함에는 일정한 절차가 없다. 姦夫의 자인 것이 명백한 경우에는 이를 간부에게 인도하고 간부도 자기의 자라고 생각하면 이를 거두는 것이 예이다. 다만 조선의 습속으로는 子를 부인하는 것은 人情에 아주 어긋나는 것으로 여겨 사람들이 배척하는

것으로써, 간생자를 거두는 것을 수치로 여기지 않는다.子を否認하는 예는 아주 드물다고 한다.

否認된 子의 귀속에 대해서는 『大明律』 「刑律」 姦犯編 姦犯條에 “간생자는 姦夫에게 양육을 시킨다”¹⁾라는 규정이 있고, 『刑法大全』 第 540 條에도 “姦生子女는 姦夫에게 給하여 收養케 호대 違한 者는 笞一百에 處함이라”라고 규정하였다. 그러므로 간생자는 姦夫에게 속하고 姦夫의 家에 입적하는 것이다.

第三百三十六 私生子에 관한 慣習은 어떠한가

私生子의 父母는 어떻게 결정하는가. 父가 認知한 子(庶子)와 그렇지 않는 子 사이에 구별이 있는가. 또 妾子와 다른 私生子 사이에 구별이 있는가. 만약 私生子認知的 節次가 있다면 그 節次는 어떠한가, 예컨대 官廳에 申告하는 등이 있는가. 또 遺言으로 認知를 하지 않는가. 또 認知를 함에 本人의 承諾을 받아야 하지 않는가. 그리고 年齡에 따라 차이가 있는가. 認知의 效力은 將來를 향해서만 발생하는가, 아니면 出生時에 遡及하여 발생하는가. 庶子는 그 父母의 婚姻으로 嫡出子로 되는가. 만약 그렇다면 妾子와 다른 庶子 사이에 구별이 있는가.

조선에서는 법제·관습 모두 蓄妾을 인정하므로, 혼인외의 자는 그 수가 아주 많아 이를 嫡出子와 비교하면 놀라운 비율을 보인다. 그리고 妾子는 부의 인지 없이 당연히 庶子로 되고, 다른 사생자는 부의 인지가 있을 후 비로소 그 서자가 되는 것이다. 그러나 서자인 점에서 구별이 없다. 부가 인지하지 않은 사생자에 대해서는 간통으로 출생한 子를 姦生子라고 부르는 외에 일반적인 칭호가 없다.

私生子의 부모가 모두 불명인 경우에는 棄兒 외에 거의 그 예를 볼 수 없다. 그리고 극빈하여 출생자를 버리는 예는 아주 없지는 않으나 드물고, 기아의 대부분은 처녀나 과부의 私通子와 亂倫子로서

1) 姦生子女 實付姦夫收養

世評을 부끄러워하여 자식을 버린다고 한다. 그리고 기아는 대개 습득자가 자식으로 삼아 그 姓을 따르게 하고 부모를 결정하는 것에 대한 관습은 없다. 父만을 모르는 차도 역시 그 수가 매우 적고 조선에서는 多子を 북으로 여기고 血胤을 타인에게 빼앗기는 것을 큰 수치로 여길 뿐만 아니라, 자식을 부인하는 행위는 人道에 어긋나는 것이기 때문에 父를 모르는 자라도 그 모가 指定하는 者가 子에 대하여 인지를 거부하는 예는 거의 없고 심지어 娼婦의 子라도 이를 부인하지 않는 것을 상례로 한다. 生兒否認의 분쟁은 거의 듣지 못하였고, 도리어 子의 인지를 다투는 예가 적지 않다고 한다. 그리고 姓은 그 부의 성에 따라 결정하고, 父를 알지 못하는 私生兒를 인정하는 예는 없다. 사실 父를 알지 못하는 경우라도 그 모가 부를 지정하여 그 성을 쓰게 하는 것은 기술하였다.

사생아의 인지에 대해서는 일정한 절차가 없고, 다만 그 부가 자진하여 인지를 하거나 또는 그 모의 신청(申出)으로 이를 인지할 뿐이다. 이를 관청에 신고하는 등의 관습은 원래 있지 않다. 또 인지는 유언으로 할 수 있어, 태아를 인지하는 예도 적지 않다. 그리고 인지를 함에는 본인이 승락을 하여야 하는 등의 관습은 없다. 또 子를 인지하는 것에 의심이 있고, 또 인지에 대하여 다툼이 있으면 合血法으로 결정한다. 관청이 인지분쟁을 결정할 때에는 반드시 이 방법을 써야 한다. 合血法을 수록한 增修無冤錄¹⁾에 다음의 내용이 있다.

親子兄弟 或 自幼로 分離하여 慾識認호대 亂辨眞僞이면 令各自出血하여 滴一器之內하매 眞則共凝爲一하고 否則不凝也이라 但 生血이 見鹽醋則凝 하나니 先將所用之器하야 當面(增 官司 當面이라) 洗淨이거나 特取新器試之호대 且 滴血이 入水에 若器大水多하야 兩相去遠이면 卽不能合이요 或滴水時에 略有前後면 則血有冷熱之別하야 亦不能合也

또 부모가 사망한 경우에는 滴血法을 사용하였다. 이 역시 無冤錄에

1) 無冤錄은 中國 明 英宗 正統 3年(1438) 편찬, 朝鮮 英祖代에 增修, 正祖 11年(1787) 완성하였으며, 또 한글로 번역하였다.

보인다. 그 내용은 아래와 같다.

신체는 부모가 물려준 것이다. 대개 子는 父의 유체로 낳은 이는 母이다. 만약 자식의 몸에 상처를 내어 피를 한두 방울 부모의 해골에 떨어뜨리면 만약 친생이면 스며들고 친생이 아니면 그렇지 않다.²⁾

〈補〉滴骨之法은 孫亦可以驗祖어니와 至夫婦이 各一父母에 原非一處之分이면 滴骨豈能或受리오 如曰 滴之而受라도 則懷抱他人初產之子 而乳之以長者는 此子後天之質이 俱此母氣血하야 滋化而成하니 滴之에 不愈當入乎아 恐未然矣라

그리고 조선인은 이러한 방법에 따라 親子(祖孫도)를 결정할 수 있다고 믿었다.

인지의 효력은 출생시에 소급하여 발생하고 자는 출생시부터 그 신분을 취득하는 것이다. 그리고 합혈법 또는 적혈법에 따라 친지를 결정한 경우도 다르지 않다.

庶子는 함부로 嫡子로 될 수 없다. 그래도 적출자가 없으면 서자를 承嫡시켜 상속을 시키는 예가 있는 것은 기술하였다. 그리고 서자가 부모의 혼인으로 적자로 되는 것은 관습상 인정하지 않는 바이다. 妾을 妻로 하는 것은 법에서 금지한다(『刑法大全』第577條 “〈前略〉妾으로 妻를 作한 者는 笞九十에 處하고 〈中略〉改正함이라” [隆熙 2年(1908) 法律 第19號로 삭제] 참조). 또 이러한 점에 대해서는 妻子와 다른 서자 사이에 추호의 구별이 없다.

第三百三十七 入養의 要件은 어떠한가

예컨대 養親의 年齡에 관계없이 入養할 수 있는가. 尊屬 또는 年長者를 入養할 수 있는가. 養子는 몇 사람이라도 할 수 있는가, 아니면 制限이 있는가. 配偶者가 있는 자는 그 配偶者의 同意를 얻지 않고 入養을 하거나, 또는 養子로 될 수 있는가, 아니면 그 同意를 요하는가. 만약 同意가 필요하다면 夫婦 모

2) 身體髮膚 受之父母 蓋子乃父之遺體 而生之者母也 試就子身刺 一兩點血父母骸骨上 是親生則血沁[小飲]入骨 不則不入

두 養親 또는 養子로 되는가, 아닌가. 또는 妻는 夫의 同意를 요하지만, 夫는 妻의 同意를 요하지 않는 등이 있는가. 만약 이러한 것이 있다면 妻도 역시 養母 또는 養女가 되는가, 아닌가. 養子가 일정한 年齡이 될 때까지 또는 年齡과 관계없이 父母·戶主 등의 意思로 入養을 承諾하는 일이 없는가. 本人의 意思에 따라 養子로 되고 또는 養子를 함에 父母의 同意가 필요인가. 이 점에 대해서는 婚姻의 경우와 다른가. 入養의 成立時期는 어떠한가. 이에 대해서도 婚姻의 경우와 다른가. 또 遺言 養子를 認定하는가(婚姻의 要件 [第 130問] 참조).

조선에서는 양자의 관습은 조상과 자기의 제사를 지내기 위해서 擬制子를 만들 필요에서 나온 것이다. 입양을 하는 것은 필경 祭祀者(양친 사망시) 또는 祭祀者가 될 자(양친 생존시)를 정하는 것에 지나지 않는다. 그러므로 제사자 또는 제사자가 될 자가 있으면 입양을 할 수 없다. 그리고 제사자가 될 수 있는 자는 남자에 한정하고 여자가 제사자로 되는 것을 인정하지 않기 때문에 남자가 있으면 입양을 할 수 없다고 하지만, 여자의 존부는 입양을 하는 것과 조금도 관계가 없다. 또 제사자는 1인으로서 2인 이상의 제사자를 인정하지 않으므로 양자도 1인에 한정하고 2인 이상의 양자를 인정하지 않는다.

입양을 할 수 있는 자는 반드시 성인남자일 것을 요하고, 미혼남자와 여자는 입양을 할 수 없다. 그 이유를 고찰하면 미혼남자는 제사자로 된 경우라도 사후에 그 家의 世代數로 인정하지 않아서, 그가 제사를 지내지 않으므로 특별히 제사자를 정할 필요가 없다. 또 그 가의 조상의 제사는 항상 先代에 양자를 하고 그 양자가 이를 계승하기 때문에 혼인하지 않고 사망한 제사자는 사망과 동시에 그 가의 제사에서 완전히 벗어나 처음부터 제사자가 되지 않은 것과 동일한 것으로 간주한다. 그 결과 그 자를 위해 제사의 승계자인 양자를 선정할 필요가 없다. 그리고 여자는 제사자일 수 없고 또 사후의 제사는 그 夫와 함께 제사를 지내는 것에 불과하므로 역시 제사승계자인

제사자가 될 양자가 필요없는 까닭인 것이다. 그래도 양자는 위와 같이 제사의 필요에서 발생한 것이므로 양친이 되는 자는 반드시 생존 자일 것을 요하지 않고 기혼남자가 죽고 자가 없으면 제사자를 정할 필요와 함께 항상 양자를 선정할 필요가 있다. 또 입양을 함에는嫡자가 없을 뿐만 아니라 庶子도 없을 것을 요한다. 『經國大典』 「禮典」 立後條에는 “적처와 첩에게 모두 자식이 없는 경우에 관에 신고하여 동종의 支子로 양자를 한다”¹⁾ 라는 규정이 있고, 또 開國 503年 (1894) 6月 28日 議案 「率養하는 舊典을 申明하는 件」에도 “적처와 첩에게 모두 자식이 없는 후에 비로소 양자를 허용하는 법을 밝힐 것”²⁾ 이라고 규정하였다. 『刑法大全』 第 582 條에는 “違法立嗣한 者は 左開에 依하여 處함이라 三 妾의 子가 有한대 同宗에 率養한 者は 懲役一年에 處하고 其者는 本宗에 歸함이라”라고 규정하였으나, 隆熙 2年(1908) 法律 第 19 號로 삭제하였다. 또 입양을 할 수 있는 자는 戶主일 필요가 없으므로 家族이라도 상당한 연령이 되어 자가 없는 자는 입양을 할 수 있다. 다만 기혼남자이어야 할 뿐이고 특히 가족이라도 혼인후에 사망하면 반드시 입양을 하는 것이다(『續大典』 「禮典」 立後條 “무릇 후손이 없는 직장자는 同宗의 근친으로 양자를 한다”³⁾ 참조).

양친이 될 자의 연령에 대해서는 다만 자를 얻을 가망이 없는 연령(40세 이상이라는 것이 일반이다)이 되어야 할 뿐이고, 일정한 연령의 제한이 있지 않다. 그리고 사후양자를 하는 경우는 양친의 연령에 구애받지 않는다.

양자로 될 수 있는 자는 양친이 될 자와 同行列에 있는 男系血族男子의 子로서 남자가 또 있을 것을 요한다. 예를 들면 同父兄弟의 子〈男〉 등 男系血統인 從兄弟, 再從兄弟, 三從兄弟, 四從兄弟의 子〈男〉와 같이, 첫째는 남계혈통으로 친족이 기초이고 그 단절을 막는 취지에서 나온 것으로 同行列者의 子이어야 하는 것은 父子의 序列을 문란시키지 않기 위해서인데, 이를 昭穆之序라고 한다. 昭穆이라는 용

1) 嫡妾俱無子者 告官立同宗支子爲後
2) 嫡妾俱無子 然後 始許率養 申明舊典事
3) 凡嫡長子無後者 以同宗近屬 許令立後

어는 『禮記』 「王制」와 「祭統」의 다음 내용에서 연유하는 것이다.

天子の 廟는 7廟로 3昭 3穆과 太祖廟로 7廟이며, 諸侯의 廟는 2昭 2穆과 太祖廟로 5廟이며, 大夫의 廟는 1昭 1穆과 太祖廟로 3廟이며, 士는 1廟이며, 庶人은 寢室에서 祭祀를 지낸다.

무릇 祭祀에는 昭穆이 있는데 부자·원근·장유·친소의 차례로 질서가 있는 바이다. 그러므로 太廟에서 제사를 지내면 여러 昭와 穆이 함께 있어 차례를 잃지 않는데, 이를 親疏의 減殺라고 한다.⁴⁾

그리고 『經國大典』 「禮典」 立後條에 “존속, 형제와 손은 서로 양자를 하지 못한다”⁵⁾, 또 『大明律』 「戶律」 戶役編 立嫡子違法條에 “만약 동종인을 양자를 하더라도 존비의 차례를 잃은 자는 죄는 같으며(杖60) 파악하여 돌려보내고 다시 마땅한 자로 양자를 한다”⁶⁾ 라는 규정이 있는 것은 이 의미에 불과하다. 또 『刑法大全』 第582條 4號에도 “尊卑의 次序를 失하고 率養한 者는 笞六十에 處하고 其子는 本宗에 歸함이라”라는 규정이 있으나 隆熙 2年(1908) 法律 第19號로 삭제되었다.

양자로 될 수 있는 자의 연령은 다만 양친이 될 자보다 年長者가 아니어야 할 뿐인데, 이는 어버이라 부르고 자식이라고 부르는 관계상 부득이한 것이다.

입양할 수 있는 자가 수인인 경우에는 우선 行列이 가까운 자를 먼저하고, 또 연장자를 먼저하는 것을 원칙으로 한다. 즉 형제의 자는 종형제의 자보다 우선하고, 차남은 삼남보다 우선하는 등이다. 그렇지만 반드시 이 순서를 지킬 필요는 없는 듯하고 양친이 될 자 등의 선정자의 의사에 따르거나 또는 從弟의 자를 택하지 않고 再從

4) 天子七廟 三昭三穆 與太祖之廟而七 諸侯之廟 二昭二穆 與太祖之廟而五 大夫之廟 一昭一穆 與太祖之廟而三 士一廟 庶人祭於寢
夫祭有昭穆 昭穆者 所以父子遠近長幼親疏之序 而無亂也 是故 有事於大廟 則群昭群穆咸在而不失其倫 此之謂親疏之殺也
〈「王制」〉
〈「祭統」〉

5) 尊屬與兄弟及孫 不相爲後

6) 若立嗣雖係同宗 而尊卑失序者 罪亦如之(杖六十) 其子亦歸宗 改立應係繼之人

弟의 자를 택하거나 차남으로 하지 않고 삼남으로 양자를 하는 예도 없지는 않다. 그리고 장남은 그 가의 제사자가 될 자이므로 타가의 양자로 될 수 없다. 그렇지만 본가의 양자로 되는 자는 반드시 장남 일 것을 요하므로 分家의 제사자는 차남으로 하고, 차남이 없으면 다시 분가에서 입양하여 제사자를 삼게 하고, 또 입양할 자가 없으면 그 분가는 廢家로 되는 예가 있다. 이는 본가를 중시하는 것에 기인하는 것이다.(단 아우가 있으면 이를 우선하는 것이 관습의 본지이다).

입양할 수 있는 자는 친권자와 동항렬자의 자에 한정하는 것은 기술하였다. 그러나 실제에서는 養孫이라고 하여 양친이 될 자의 同行列者의 孫子를 입양하여 제사자로 하는 예가 있다. 이는 원래 變例로서 입양할 자가 없는 경우(입양할 자가 있어도 아주 먼 친척인 경우에는 같다)에 부득이한 것이다. 이미 사망한 昭穆該當者를 입양하여 그의 자가 승계하게 하는 취지에서 이를 養孫으로 보는 것이다. 이를 通俗으로는 白骨養子라고 하는 것이다. 또 별개로 次養子라는 것이 있다. 입양된 자가 혼인후 無子로 사망하면 그 양자와 동항렬자, 예컨대 그 아우를 양자로 하는 것이다. 이 경우에는 그 次養子에게 자가 태어나기를 기다려 이를 亡養子의 양자로 하고, 차양자는 실가로 복귀하는 것이다.

배우자가 있는 자가 입양을 하는 경우에 배우자의 동의 여부에 대해서는, 조선에서는 기술한 대로 입양을 할 수 있는 자는 남자에 한정하고 여자는 양자를 선정할 수 없다. 따라서 배우자가 있는 자가 입양을 하는 경우에는, 즉 夫가 입양을 하는 경우뿐이지만, 부가 양자를 선정하는 것에 대하여 처의 동의를 필요로 하는 등의 관습은 없다. 그리고 입양을 한 후에는 부부 모두 부모로 되는 것은 물론이지만, 입양의 면에서 본다면 夫만의 양자로서 처를 위한 양자는 아니다. 다만 養父의 妻인 결과 母가 되는 것에 불과하다. 또 양자가 되는 자에 대해서도 여자가 양자로 되지 않기 때문에 양자가 되는 자의 배우자는 처이지만, 夫가 양자가 되는 것에 대해서는 妻의 동의를 요하지 않는다. 또 양자가 되는 자는 夫만으로서 妻는 양자로 되지 않고 다만 부에 수반하여 그 家에 입적하는 것에 지나지 않는다.

양자가 될 수 있는 자는 남자에 한정하고 또 남계혈족으로서 昭穆에 상당하는 자에 한정하는 것은 기술하였다. 그런데 실제로는 여자를 양육하여 자식으로 삼고, 또 異姓者로 昭穆에 상당하지 않는 남자를 양육하여 자식으로 삼는 예가 있다. 여자를 양육하는 것은 자칫하면 영리의 목적에서 나온 것으로 매우 꺼려야 할 습속일 뿐만 아니라, 심지어 거짓으로 자기의 친생자라고 하여 자기의 성을 따르게 하는 예가 있다. 異姓男子를 양육하는 것은 대개 노후에 의탁할 목적에서 나온 것으로 하류사회에서 보이는 바이다. 이들을 통털어 侍養子라고 한다. 그래서 『大明律』 「戶律」 戶役編 立嫡子違法條에는 “이성인을 양자로 하여 종족을 문란시킨 자는 杖 60으로 처벌한다 ○ 만약 친자를 他姓人에게 주어 입양하게 하면 죄는 같고 그 자는 본가에 돌려 보낸다”⁷⁾라는 규정이 있다. 또 『刑法大全』 第 582 條에는 “五異姓의 子孫을 乞養하여 立嗣한 者는 笞六十에 處하고 其子는 本宗에 歸함이라 六 子孫을 異姓人에게 給하여 子孫을 作한 者는 笞一百에 處하고 其子는 歸宗함이라(隆熙 2年 法律 第 19號로 삭제)”라는 규정이 있다. 이처럼 異姓人을 양육하여 자로 삼는 것은 법으로 금지한 바이다. 다만 棄兒에 대해서는 『大明律』 「戶律」 戶役編 立嫡子違法條에 “유기한 소아를 3세전에 수양한 자이면 비록 타성이라도 그대로 수양함을 허락하고 그 성을 따르게 한다”⁸⁾는 규정이 있고, 『刑法大全』 第 582 條 5號 但書에도 “但 遺棄한 三歲以下小兒는 異姓이라도 收養하여 其姓을 좇게 호대 立嗣함은 不得함이라(隆熙 2年 法律 第 19號로 삭제)”라고 규정하였다. 이와 같은 규정으로 3세미만인 자는 異姓子라도 이를 수양하여 收養者의 성을 따르게 할 수 있다. 다만 收養子는 혈족이 아니므로 상속인이 될 수 없다. 收養者의 혈족과의 사이에는 친족관계가 발생하지 않는다. 다만 收養父母에 대해서 恩義上 喪服을 입는데 불과한 것은 기술하였다.

입양은 양친으로 될 자와 양자로 될 자의 부모의 협의에 의하는

7) 其乞養異姓養子 以亂宗族者 杖六十 ○若以子與異姓人爲嗣者 罪同 其子歸宗

8) 其遺棄小兒 年三歲以下 雖異姓 仍聽收養 卽從其姓

것으로 양친으로 될 자에게 부모가 있으면 그 동의가 필요하다. 또 양친으로 될 자가 가족이면 호주의 동의가 없으면 안된다. 그리고 양자로 될 자의 부모에게 부나 모가 있으면 그 동의를 얻어야 한다. 양자로 될 자의 부모가 가족이면 호주의 동의를 얻지 않으면 안된다. 또 양자로 될 자가 부모가 없는 가족이면 호주의 의사로 입양을 시키는 예가 있다. 게다가 양친으로 될 자가 임종시에 입양할 자를 지정하는 예가 있고 관습상 이를 유효로 한다.(『經國大典』 「禮典」 立後條 “兩家の父가 함께 명령하고 부가 죽으면 母가 관에 신고한다.”⁹⁾참조.)

양친으로 될 자의 사후에서의 양자는 母나 寡婦가 이를 선정하고 만약 이와 같은 자가 없으면 伯叔父가 선정하는 예가 있다. 또 門會을 개최하여 선정하기도 한다. 그리고 廢絶家復興의 경우에는 亡男戶主의 伯叔父 또는 門會에서 이를 선정하는 예가 많다.

入養節次에 대해서는 『續大典』 「禮典」 立後條에 “적처와 첩에게 모두 자식이 없는 경우에 관에 신고하여 동종의 支子로 양자를 한다. 지방인이 입양할 경우 본도 관찰사에게 신고하여 기록하고 본조에서 立案을 작성하여 내려 보낸다”¹⁰⁾ 라는 규정이 있고, 『刑法大全』 第582條 第2號에도 “〈전략〉 告官하여 禮料를 蒙有하나니”(隆熙 2年 法律 第19號로 삭제) 라는 규정이 있다. 관의 허가를 받아야 하는 제도가 있지만 실제로는 이 절차를 이행한 자가 거의 없고, 다만 입양의 약속을 한 후 근친을 모아서 조상에게 告由하고 卮酒를 올리는 것을 예로 한다. 이 때부터 입양이 성립하는 것이다.

조선에는 婿養子の 관습이 없고, 다만 招婿의 관습이 있는 것은 기술하였다.

第三百三十八 入養의 效力은 어떠한가

養子は 養親의 嫡出子인 身分을 取得하는가. 또 養親의 家에 入籍하는가.

9) 兩家父同命立之 父沒則母告官

10) 嫡妾俱無子者 告官立同宗支子爲後 外方人立後者 呈狀本道觀察使 開錄啓聞 自本曹成立案下送

입양의 성립과 동시에 양친의 嫡子로 되고 양친의 친족과의 사이에 親生子와 동일한 친족관계가 발생한다. 상복, 부양 등의 관계에서도 친생자와 완전히 동일한 것은 기술하였다. 그리고 양친과 그 혈족과 양자의 혈족간의 친족관계는 변경이 생기지 않는다.

양자는 입양으로 양친의 가에 입적하고, 만약 양가에 父·祖가 생존하면 그 가의 가족이 된다. 父·祖가 사망[物故]한 경우에는 바로 호주가 되는 것으로 妻子 등 비속은 당연히 양가에 입적한다. 그리고 조선에서의 입양은 남계혈족에서만 행하여지고, 남계혈족은 항상 同姓이므로 양자는 여전히 본성을 쓰고 이를 변경하지는 않으므로 항상 양친과 동성을 쓴다.

또 조선의 법제에서는 양부와 그 처를 양부 또는 양모라고 부르지는 않고, 그냥 부나 모라고 부르고, 實父 또는 實母를 生父나 生母라고 부른다. 그리고 법령에서 養父, 養母라는 것은 대개 收養父母를 가리키는 것이다.

第三百三十九 罷養에 관한 慣習은 어떠한가

罷養을 認定하는가. 만약 인정한다면 그 條件은 離婚과 같은가, 다른가(離婚^{第134問} 참조). 養子が 戶主가 된 후에도 罷養을 할 수 있는가. 또 養子는 罷養을 하면 生家에서의 身分을 회복하는가, 않는가. 예컨대 그 者가 次男이면 三男에 우선하여 相續할 權利가 있는가. 夫婦養子 또는 養子が 養女와 婚姻한 경우에 妻가 離婚을 하면 夫는 어떻게 하여야 하는가.

과양에 대해서는 각 법전에는 다음의 규정이 있다.

만약 동성인을 수양하여 자로 삼은 후, 無子인 수양부모를 양자가 버리고 가면 杖 100으로 처벌하고 수양부모에게 환부한다. 만약 양부모에게 친자가 있고 생부모에게 자식이 없어 돌아가기를 원하면 허락한다.

〈『大明律』「戶律」戶役編 立嫡子違法條〉

양자의 생부모가 후손이 없어 絶家하게 되면 과양하여 돌려보내고, 양가의 재입양을 허락한다^[만약 양부모가 사망하여 재입양을 할 수 없으면 방친반부의].
[예에 따라 神主를 權道로 모셔 제사를 끊지 않는다]

〈『續大典』「禮典」立後條〉

생부모가가 끊기면 과양하여 생가로 돌아감을 허용한다 ○양자가 미치거나 악질이 있어 봉사를 하기에 불합당한 자는 양가 門長이 신고하여 보고하고 과양한다. 〈『六典條例』「禮典」禮曹繼後條〉¹⁾

그리고 『刑法大全』第 583 條에도 “人的 繼後한 者가 所後父母를 捨去한 者는 笞一百에 處하고 所後父母에게 發付하여 收管케 호대 其所後父母가 不願하는 者는 聽하고 生子함을 因하여 繼後하는 者를 罷歸하는 者는 笞四十에 處하고 仍舊繼後함이라 但 所後父母가 生子하고 本生父母가 無子하여 還歸하는 者는 勿論함이라”라는 규정이 있으나, 隆熙 2年 法律 第 19 號로 삭제하였다. 이러한 규정에 비추어 보면 법제로는 生家에 상속인이 없는 경우에는, 친생자의 출생을 조건으로 하거나, 하지 않고서 양자를 과양할 것을 허용한다. 또 양자가 狂氣, 惡疾 등으로 상속인이 되기에 적합하지 않은 경우에는 양친이 과양하는 것을 허용하지만, 친생자의 출생을 이유로 한 과양은 허용되지 않는다. 기타 양자에게 不孝, 重罪, 浪費 등의 사유가 있으면 관습상 양친이 양자와 헤어지는 것을 허용하였는데, 이를 罷養이라고 한다. 다만 양자가 이미 호주로 된 경우에는 과양할 수 없다. 또 입양한 후 친생자가 태어나면 이를 이유로 하여 과양할 수 없는 것은 앞의 법령의 규정상 명백하지만, 平安北道 龍川, 咸鏡北道 慶興 등지에서는 친생자가 출생하면 양자를 과양하는 관습이 있는 것은 胎兒의 權利[第 1 問]에서 기술하였다. 또 하류사회에서는 친생자가 출생하면 양자를 과양하는 예가 드물게 있지만, 원래 관습상 인정된 바는 아니다.

과양의 절차에 대해서는 禮曹에 청원을 하여 허가[允許]를 받아야

1) 若養同姓之人爲子 所養父母無子 而捨去杖一百 發付所養父母收管 若有親生子 及本生無子 欲還者聽

爲人後者 本生父母絶嗣 則罷養歸宗 許其所後家改立後 [若所後父母已死 不得改立後 則從旁親班 附例 權奉其神主 俾不絶祀]

本生父母絶嗣 則許令罷繼歸宗 ○爲人後 而有狂易惡疾 不合奉祀者 因兩家門長 呈單啓聞罷養

하는 例規이지만, 그 절차를 이행하는 자는 거의 없다. 그리고 「民籍法」 시행후에는 파양을 한 후 신고하게 되었다.

양자는 파양으로 생가에 復籍하고 생가에서의 신분을 회복한다. 그리고 생가의 長子가 혼인전에 사망한 경우에는 그 자가 차남이면 삼남에 우선하여 생가를 상속하는 것이다. 또 양자의 처와 비속은 양자에 수반하여 생가로 복적하는 것은 기술했다.

조선에서 夫婦養子를 인정하지 않고, 夫가 양자로 되면 처도 역시 따라서 양가에 들어가는 것에 지나지 않는다. 또 女子養子(養女)를 인정하지 않으므로 양자의 처가 이혼을 하는 경우는 없다.

第百四十 親權을 認定하는가

또는 戶主權 외에 親權을 認定하지 않는가. 만약 이를 認定한다면 父가 行使하여야 하는가, 父가 없으면 母가 行使하여야 하는가. 또 親族會의 意見에 따르는 등은 없는가. 또 家에 있지 않는 父母도 親權을 行使하는가. 또 子의 年齡과 關係없이 行使하는가(後見[第 146問] 이하) 참조).

조선의 풍속에는 자식은 절대적으로 아버지의 명령에 복종하여야 하는 것이다. 아버지는 자식을 교육하고 그 직업을 선정하거나 居所를 지정하고 監護·懲戒를 한다. 또 재산을 관리하고, 재산상의 행위에 대하여 자를 대표하는 관습이므로 친권을 인정하는 것은 물론이다. 그런데 부가 호주인 경우에는 호주로서의 권리의 행사와 친권자로서의 권리행사를 구별하기 어렵다. 또 친권자가 가족인 경우에는 친권자의 자에 대한 권리는 호주의 권리에 눌러 현저한 제한을 받는 것이 보통이므로, 호주의 권리외에 특별히 친권을 인정하기 어려운 느낌이다. 그래도 친권과 가족에 대한 호주의 권리 사이에 구별이 있는 것은, 부가 호주인 경우에 가족인 母가 친권자로서의 권리가 있는 사실에 비추어 보아 의심할 여지가 없다. 친권은 부가 있으면 부가 행사하고, 부가 없으면 모가 행사하는 것이 상례이다. 부가 행사하는

경우와 모가 행사하는 경우에 따라 그 범위에 차이가 있지 않다. 다만 실제로는 여자는 內室에 蟄居하여 외부와의 교섭을 꺼리는 풍습이 있을 뿐만 아니라, 대개 세상살이에 어두워 母가 친권을 행사하는 경우에는 중요행위에 대해서는 子의 伯叔父 등과 협의하는 일이 있다. 그러나 이러한 협의는 친권을 행사하는 모가 임의로 하는 것으로 관습상 모가 친권을 행사함에 동의를 얻어야 하는 것은 아니다. 특히 친족회의 동의를 얻는 등은 절대로 볼 수 없다. 그리고 부나 모가 친권을 행사함에는 在家하는 경우만으로써 非在家者는 친권을 행사할 수 없다. 또 자가 친권에 복종하는 연령에는 定限이 없다. 그래서 자는 在家한 부나 모가 생존중에는 친권에서 벗어날 수 없다. 그렇지만 成年이 된 후에는 저절로 친권의 행사에서 제한을 받지 않게 될 뿐만 아니라, 사실상 친권의 행사를 받지 않게 되어, 마침내 懲戒權만이 남게 되는 것이다(親權의 內容 [第141問] 참조).

繼母·嫡母 등이 친권을 행사하는 데는 母와 다른 것이 없다. 繼父에 대해서는 관습상 親子關係를 인정하지 않으므로 繼子는 그 친권에 복종하지 않는다. 그렇지만 실제로는 그 가에 寄食하고 보호를 받는 결과 친권에 복종하는 것과 동일한 상태에 있는 것이다.

第百四十一 親權者는 子에 대하여 어떠한 權利를 갖는가

子의 監護·教育·懲戒를 할 수 있는 權利가 있는가. 만약 懲戒權이 있다면 그 方法은 어떠한가. 또 子의 居所指定權이 있는가. 子가 就職을 하는데 親權者의 許可를 받아야 하는가. 이러한 權利를 行使함에는 戶主權과는 어떻게 調和하는가.

친권을 행사하는 부모는 子의 監護·教育·징계를 할 권리가 있고 또 居所를 지정하고 職業을 허가할 권리를 갖고 있다. 그리고 징계의 방법은 반드시 일정하지 않으나 대개 叱責·외출금지·體罰의 세 종류로, 체벌은 회초리로 종아리를 때리는 것이다. 그러나 子가 장년이

된 후에는, 감호가 필요없고 교육을 하는 시기도 대부분 유년기에 한정되고, 또 거소의 지정, 직업의 선택 등에 대해서도 자가 상당한 연령이 된 후에는 반드시 부모의 간섭이 필요한 것은 아니다. 그래서 부모가 갖는 이러한 권리는 대개 자가 幼年인 경우에 행사되는 것이라고 할 수 있다. 다만 징계권만은 자의 연령에 구애받지 않고 행사되는 것이다.

친권을 행사하는 부나 모가 祖父 또는 伯父의 가족이면 조부 또는 백부도 호주로서 친권자와 거의 동일한 권리를 가지므로, 호주와 친권자가 의견을 달리하는 경우에는 教諭이 둘로 나누어지게 된다. 그러나 자의 보호감독은 부모의 임무이므로 친권자의 의견에 따르는 것을 원칙으로 한다. 하지만 만약 호주가 친권자와 의견을 달리하면 친권자는 戶主인 尊長의 의견에 복종하지 않을 수 없으므로, 친권자의 의견은 결국 호주의 의견에 양보하게 되는 것이다.

호주인 자에 대하여 모가 친권을 행사하는 경우에는 자의 호주로서의 권리는 모에 대하여 행사할 수 없다. 그래서 이 경우에는 호주권은 친권의 압박을 받게 되지만, 자가 상당한 연령(대개 20세^{친후})이 되어 모의 간섭이 필요없게 되면 실제로 친권이 호주권의 행사를 방해하는 등은 거의 없는 것이다.

第一百四十二 親權者는 子の 財産을 管理하는가

管理하여야 한다면 그 權限은 어떠한가. 이에 대하여 父와 母가 다른 점이 없는가. 또 親權者는 子の 財産에 대하여 受益權 등이 있는가.

호주인 자가 유년이면 상당한 연령이 될 때까지 모가 친권자로서 그 재산을 관리하는 것이 관례이다. 이 경우 관리권한은 매우 넓어 자기의 재산과 조금도 차이가 없어 처분행위 등도 자유로이 할 수 있다. 그래도 실제로는 여자는 세상살이에 어둡고, 또 외부와 교섭하기가 불편하므로, 子의 伯父 등과 협의하여 그 보조를 받는 것을 보

통으로 한다. 그리고 친권자인 모는 자의 재산에 대하여 스스로 수익할 수 없고 다만 자를 위해서 수익을 할 뿐이다.

가족인 자가 재산을 가지고 있는 경우에는 친권자인 가족인 여자가 재산을 가지고 있는 경우에는 父가 이를 관리하여야 하지만 실제로는 이런 경우는 없는 듯하다가 관리하고 또 수익하는 것이다. 그렇지만 친권자인 부 역시 가족인 경우에는 보통 호주가 재산을 관리하고 수익을 하는 예가 많다. 또 이러한 경우에 자가 독립하여 생계를 유지하면 친권자 또는 호주가 관리수익을 하지 않는다. 설사 독립생계를 유지하지 못한 경우라도 그 자가 상당한 연령이 된 후에는 스스로 관리수익을 하는 예가 있다. 단 부 또는 호주의 지휘감독을 받는 것이 상례이다.

第百四十三 親權에 服從하는 女子에게 夫가 있는 경우 夫의 權利와 親權은 어떻게 調和하는가

예컨대 妻의 居所는 夫가 指定하여야 하는가, 親權者가 指定하여야 하는가. 그의 職業에 대해서는 夫의 許可가 필요한가, 親權者의 許可가 필요한가. 그 財産은 夫가 管理하여야 하는가, 親權者가 管理하여야 하는가. 등

친권에 복종하여야 하는 여자에게 夫가 있는 예는 招婿의 경우뿐이다. 이 경우에 여자는 부모와 동거하는 결과 친권에 복종하여야 하는 것은 혼인전과 다르지 않다. 그렇지만 조선의 풍습으로는 여자가 出嫁하면 한결같이 夫의 명령에 복종하여야 하는 것이다. 따라서 거소의 지정, 직업의 허가 등은 모두 夫의 권한이다. 또 그 재산의 관리·수익 등도 처에 대한 부의 권리로써 夫가 하여야 하는 것이다. 그렇지만 실제로는 夫가 어리면 처부모가 이에 간섭하는 일이 많다. 또 장성한 후에라도 사위인 관계로 처부모의 명에 항거할 수 없는 관계가 적지 않을 것이다.

第一百四十四 親權者는 子를 代理하여 戶主權과 親權을 行使하는가

만약 그렇다면 子의 年齡에 拘束받지 않는가.

조선의 관습에는 호주가 어린 친권자인 母가 호주권을 행사한다. 그러나 子가 15세가 되면 스스로 호주권을 행사하는 것이 관례이어서, 실제로는 미혼자는 15세가 되더라도 스스로 호주권을 행사하는 예가 없다. 또 기혼자라도 17, 8세가 될 때까지 母가 호주권을 대리하여 행사하는 예가 없지 않다. 그리고 친권자인 父가 있으면 子는 호주가 될 수 없으므로, 父가 子를 대리하여 호주권을 행사하는 예는 절대 없다.

親權者가 子를 대리하여 친권을 행사하는 경우의 子에게 대해서는, 子가 정신병자이거나 연소한 경우에는 子의 친권자는 孫에 대하여 子의 친권행사와 동일한 권리를 행사하는 것이다. 그렇지만 이는 친권자가 子를 대리하여 친권을 행사하는 것이 아니고, 尊長으로서의 權利 또는 戶主權의 당연한 행사라고 하여야 한다.

第一百四十五 親權喪失의 原因은 어떠한가

親權者는 그 親權의 全部 또는 一部(예컨대 財産管理權)를 拋棄할 수 있는가. 만약 拋棄할 수 있다면 相當한 理由가 있어야 하는가, 아니면 任意로 拋棄할 수 있는가. 官이나 親族會가 親權의 全部 또는 一部를 剝奪할 수 있는가. 만약 剝奪할 수 있다면 그 原因은 어떠한가. 이러한 점에 대하여 父와 母가 다른 점이 없는가.

親權은 親子關係에서 발생한 것으로 친권자가 친권의 전부 또는 일부를 포기하는 등은 조선인은 이해하기 어려운 바이다. 母가 친권을 행사하는 경우에 子의 伯叔父 등이 재산을 관리하게 할 수 있기

는 하다. 그러나 이는 母를 代理하는 것으로 母가 親權의 일부를 포기한 것이라고 할 수는 없다. 또 친권자가 친권을 濫用하거나 현저한 不法을 하거나 子의 재산을 위태롭게 하더라도 친자관계 때문에 부득이한 것으로 여기고 官이나 親族會에서 친권의 전부 또는 일부를 박탈할 수 없다. 다만 과부인 母가 현저한 불법을 하고 또 戶主人 子의 재산을 위태롭게 한 경우에는 친족의 협의를 거쳐 이에 간섭하는 예가 있다고 한다.

第百四十六 後見 또는 이와 類似한 制度를 認定하는가

만약 認定한다면 어떤 경우에 後見人을 두는가. 예컨대 未成年者, 精神病者 등을 위해서 두는가. 그 者가 戶主가 아닌 경우에도 역시 이를 두는가. 親權者가 있는 경우에도 역시 두는가.

조선에서는 미성년자 또는 정신병자에게는 특히 보호자를 정하는 예가 있는데 聘경 후견에 지나지 않는다. 「民刑訴訟에 관한 規程」에는 '護後人'이라는 용어를 사용한다. 그렇지만 관습상 일정한 명칭이 없으므로 가령 後見人이라고 할 수 있다(조선에는 '뒤를 돌보아 주는 사람'이란 말이 있다).

후견인을 선정하는 것은 미성년자, 정신병자가 호주인 경우에 한정하며, 친권을 행사하는 母가 있으면 이를 선정하는 예는 없다.

第百四十七 누가 後見人으로 되는가

예컨대 父母가 遺言 등으로 後見人을 選定할 수 있는가. 만약 그렇다면 그 경우는 어떠한가. 配偶者가 後見人으로 되어 後見人의 職務를 할 수 있는가. 이에 대하여 夫婦間에 차이가 있는가. 또 戶主가 家族의 後見人으로 되고 後見人의 職務를 할 수 있는가. 親族會 등의 機關이 後見人을 選定할 수 있는가.

후견인은 부모의 유언이 있으면 유언으로 지정된 자가 맡는다. 만약 유언이 없으면 통례로 백숙부중 연장자가 이를 맡지만, 이러한 자

가 없으면 친족이 협의를 하여 근친중에서 적임자를 선정하는 것이다. 또 정신병자에 대해서는 처가 있으면 처가 보호를 맡는다. 그런데 이는 다만 처로서의 임무를 할 뿐이므로, 이를 후견인과 동일시할 수 없다. 그 성질을 후견인의 직무를 하는 것으로 보아야 하겠는가. 그리고 호주가 정신병자인 가족을 보호하는 경우는 호주로서 이를 보호하는 것에 지나지 않는다. 그러므로 이를 후견인과 동일시할 수 없을 뿐만 아니라, 가족을 위한 후견인을 인정하지 않는 결과 호주가 후견인의 임무를 하는 것으로 볼 수 없다. 또 여자가 후견인이 되는 예는 없다.

第百四十八 後見人は一人으로 限定하는가

또 數人을 選定하는 예가 있는가. 만약 있다면 後見事務는 共同으로 하는가, 各自가 單獨으로 專行하는가, 아니면 過半數로 決定하는가.

후견인은 항상 1인에 한정하고, 2인 이상의 후견인을 동시에 두는 예는 없다.

第百四十九 後見人は 그 任務에서 辭退할 수 있는가

만약 辭退할 수 있다면 任意로 辭退할 수 있는가, 아니면 相當한 理由가 있어야 하는가. 또 男女間에 차이가 있는가.

후견인과 유언에 의한 경우와 門會에서 선정한 경우와 또 백숙부인 경우를 묻지 않고 어느 것이나 근친인 관계상 그 임무를 맡는 것이다. 따라서 후견인은 그 임무에서 사퇴할 수 없다. 부득이한 사유가 있는 경우에 한정하여 사퇴할 수 있는 것이다. 그리고 여자가 후견인으로 될 수 없는 것은 기술하였다.

第百五十 後見인이 될 수 없는 者가 있는가

예컨대 未成年者는 어떠한가. 前科者는 어떠한가. 또 官이나 親族會에서 不適任者라고 하여 後見人을 罷免할 수 있는가.

후견인이 될 수 없는 자는 관습상 일정하지 않다. 그렇지만 여자와 미성년자는 본래 그 임무를 맡을 수 없다. 또 전과자[刑餘人]로서 세상의 지탄을 받는 자는 그 임무를 맡기지 않는 것이 통례이다. 精神病者, 不具者, 浪費者에게도 역시 이를 맡기지 않는다. 그리고 후견인이 부적임자인 경우에는 門會의 결의로 이를 파면할 수 있으나, 官은 파면 등을 할 수 없다.

第百五十一 後見監督人 또는 이와 類似한 制度를 두는가

만약 있다면 누가 이를 擔當하는가. 辭任을 許容하는가. 後見監督人일 수 없는 者가 있는가. 또 그 職務는 어떠한가(前²問^{참조}).

후견인에게 위법한 사실이 있으면 門會의 결의로 후견인을 파면할 수 있는 것은 기술하였다. 그렇지만 평소에 이를 감독하기 위해서 특별히 감독자를 선임하는 등의 관습은 없다. 또 친족중에 門長이 있어 항상 후견인의 행위를 감독하지만, 門長은 門中의 모든 사무를 監視하는 자로서, 후견인만을 감독하는 자는 아니다. 따라서 그가 후견감독인이 아닌 것은 물론이다. 그러므로 조선에서는 후견감독인이나 이와 유사한 제도가 없다고 하겠다.

第百五十二 後見人은 財産目錄을 作成할 義務가 있는가

만약 이 義務가 있다면 그 作成節次는 없는가.

후견인은 취임초에 재산목록을 작성하여 이를 근친에게 公示하는 예가 있다. 또 근친이 입회하여 그 목록을 작성하는 예가 없지는 않으나, 이는 오히려 아주 드문 사례로 관습상 반드시 이를 작성하여야 하는 것은 아니다. 다만 취임중에 收支計算을 분명히 하여 자기에게 비리가 없다는 것을 제시하면 된다.

第百五十三 後見人は 親權者와 同一한 權利를 갖는가

만약 그렇지 않다면 그 差異는 어떠한가.

후견인이 친권자와 동일한 권리를 갖는지 여부에 대해서는 관습상 일정한 관례가 없다. 그러나 후견인은 반드시 친권자를 대리하여 미성년자 또는 정신병자의 보호감독을 하는 것이다. 따라서 원칙으로는 친권자와 동일한 권리가 있는 듯하다. 교육, 감호 등 거소지정권, 직업의 허가 등에 대해서는 친권자와 다른 바가 없다. 그리고 재산을 관리하고 재산에 관한 행위에 대해서 대표를 하는 것에도 친권자와 큰 차이가 없는 것 같다. 그러나 후견인이 부동산 기타 귀중한 재산을 처분하는 등 중요한 행위를 하는 경우에는 門長의 의견을 들어야 한다고 말하는 자가 적지 않다. 이러한 사실을 보면 다소 양자간에 구별을 인정하는 하는 것이라고 하여야 한다. 또 징계에 대해서는 후견인에게 완전한 징계권이 없다고 하는 자가 있어도, 다수의 의견에 따르면 후견인에게도 징계권이 있다고 한다. 더구나 완전히 징계권이 없다고 하는 의견은 伯叔父 등이 후견인 경우와 서로 부합하지 않는다. 다만 친권자에 비하여 징계를 하는 정도에 다소의 차이가 있는 것이라고 하는 것이 온당할 것이다.

第百五十四 後見人は 報酬를 받는가

만약 받는다면 누구의 意見에 따라 이를 支給하고 그 額數를 決定하는가.

후견인은 근친자가 이를 맡는 것이 보통이므로 보수를 받지 않는 것이 통례이다. 그렇지만 드물게 문회에서 상당한 보수를 결정하는 예가 있다. 그리고 후견인으로 된 자가 빈곤한 경우 등에는 被後見人の 집에서 숙식까지 하는 경우에는, 자기의 가족과 함께 그 집에서 동거하기도 한다. 또 후견임무 종료후에 피후견인이 후견인의 수고에 보답하기 위하여 토지나 가옥을 증여하는 예가 없지 않다. 요컨대 후견인이 상당한 보수를 요구할 권리는 없고, 보수의 지급여부는 문회 또는 피후견인의 의사에 있다.

第百五十五 後見의 計算에 관한 慣習은 어떠한가

예컨대 計算節次가 없는가. 後見人이 代納을 하는 경우에 利子를 支拂하는가. 後見人이 被後見人の 金錢을 消費하면 利子를 支拂하여야 할 義務가 없는가, 또 다른 制裁가 없는가. 利子를 支拂하여야 하는 경우에 利率은 어떠한가.

후견인은 임무종료시에 수지를 계산하여 그 책임을 명백히 하여야 하는 것은 물론이다. 그러나 후견인으로 되는 자는 대개 近親尊屬이므로 계산을 하지 않더라도 달리 제재가 없다. 특히 그 계산을 하는 방식 절차가 있지 않다. 또 후견인이 代納[立替金]을 하거나 관리하는 재산을 소비하는 경우에도 반드시 이자를 받거나 이를 지불하거나 또는 손해배상을 한다고 하는 것 등의 일정한 관습은 없다. 다만 대납금을 얻기 위하여 특히 타처에서 금전을 차입하여 이자를 지불한 경우에는 이자를 받을 수 있다. 또 관리한 금전을 자기명의로 타인에게 대부하여 이자를 수취하는 경우에는 적어도 보통 低率인 月3分の 이자를 지불하여야 한다고 하지만, 확실한 관습으로는 볼 수 없다.

第百五十六 親族會 또는 이와 類似한 것을 認定하는가

만약 이를 認定한다면 누가 會員을 選任하는가. 누가 이를 召

集하는가. 辭任할 수 있는가. 會員이 될 수 없는 者가 있는가
(後見人の 辭退의 資格
 [第 149, 150問] 참조). 意思는 어떻게 決定하는가. 會員外에 會議에
 참석하여 意見을 陳述할 수 있는 者가 있는가. 決意에 불만이
 있는 자는 이를 官에 提訴할 수 있는가.

조선에서는 男係血族을 一族이라 하고, 일족 가운데 分派가 있고 이를 一門이라 한다. 즉 일족의 범위는 혈통이 연속하는 범위로서 同姓同本은 모두 일족에 속한다. 일문은 대개 有服親의 범위에 그치는 것 같다. 그리고 일족에 관한 중요한 사항은, 예컨대 大宗家[總本家]의 墳墓地에 대한 쟁의나 이의 변경 또는 族譜의 訂正 등에 대해서는 널리 일족의 호주를 소집하여 이를 의논하는데 이를 宗會라고 한다. 또 一門의 분묘지, 양자의 선정, 후견인의 선임 등 일문에 관한 사항을 결정하기 위하여 門中の 戶主가 회동하여 협의하는 일이 있는데, 이를 門會라고 한다. 이를 모두 親族會로 볼 수 있다. 宗會에서는 일족호주 전원, 門會에서는 일문호주 전원을 會員으로 한다. 그러므로 특별히 회원을 선임하는 예는 없고, 그리고 특별히 無資格會員에 대하여 정하여진 바는 없다. 그렇지만 幼年者, 精神病者 등은 後見人이 대리하여 회의에 참석하고 前科者, 不具者 등은 대개 참석 시키는 일이 없고 女子는 출석하지 않는 것이 보통이다. 그리고 종회는 宗長이 이를 소집하고 문회는 門長이 이를 소집하는 것이 관례이다. 회원인 자는 사임할 수 없다. 그 의사의 결정은 출석자의 과반수로 의결하거나, 그렇지 않으면 宗長 또는 門長이 이를 결정하며, 결의에 불복이 있으면 드물게 소송을 제기하는 일이 없지도 않지만, 대개 종장이나 문장의 의견에 따르는 것 같다. 또 회원이 아닌 자라도 친족에 상당하는 자는 종장이나 문장의 허가를 받아 회의에 참석하여 의견을 진술할 수 있으나, 의결권은 없다. 그리고 종장과 문장은 그 일족 또는 문중에서 最尊屬이 이를 맡는다.

第百五十七 扶養義務에 관한 慣習은 어떠한가

예컨대 自活할 수 없는 者가 있는 경우에 그 父母, 配偶者 등 親族이 扶養할 義務가 있는가. 만약 있다면 그 義務가 있는 親族은 어떠한가. 그 親族이 二人 이상 있는 경우에 누가 우선하여 扶養할 義務가 있는가. 그리고 扶養義務의 順序는 어떠한가. 특히 戶主에게 扶養義務가 있다면 이와 다른 者와의 順序는 어떠한가(戶主의 扶養義務[第120問] 참조). 또 扶養을 받을 者가 數人인 경우에 누구를 먼저 扶養하여야 하는가, 그 順序는 어떠한가. 또 自活할 수 없는 者에 한정하여 扶養을 받을 權利가 있는가. 또 父母라면 항상 子에게 扶養을 요구할 수 있는가. 自己의 過失로 自活할 수 없는 者와 그렇지 않은 者 사이에 구별이 없는가. 또 親族의 種類에 따라 구별이 없는가. 또 扶養方法은 어떠한가. 예컨대 扶養權利者를 引受하여 扶養하여야 하는가, 金錢 등의 物品을 支給하여야 하는가, 아니면 扶養義務者가 이를 選擇할 수 있는가.

조선인은 親族相助의 관념이 아주 강하여 친족간에는 서로 부양하여야 할 의무가 있는 것으로 여겼다. 보통 부양하여야 친족은 父母, 配偶者, 子孫, 兄弟, 姊妹, 伯叔父母, 姑母, 조카[姪], 姪女, 從兄弟姊妹, 再從兄弟姊妹, 外祖父母, 妻父母 등이다. 호주가 가족을 부양해야 하는 것은 기술하였다. 그러나 이 범위의 친족에 대해서는 사람마다 견해를 달리하여 일정한 한계가 없고, 다만 有服親의 범위를 넘지 않는 것에는 이론이 없는 바이다. 또 부양할 자가 수인인 경우의 부양 순서에 대해서도 촌수가 다른 자 간에는 근친을 우선하고, 本宗과 外族 간에는 본종을 우선한다. 직계존속, 배우자, 직계비속, 형제자매, 백숙부, 기타 방계친족의 순서로 하는 등의 정확한 관습은 있지 않다. 부양의무자가 수인이 있는 경우에도 대략 배우자, 직계비속, 직계존속, 형제, 백숙부의 순서에 따르는 것이라고 하나, 이 또한 확실한

관계가 없다. 그리고 호주는 당연히 가족을 부양하여야 하는 것으로 다른 부양의무자의 존부와 관계없이 그 가족을 부양하여야 한다. 부양을 받을 자는 자활할 수 없는 자에 한정하는 듯하지만, 자가 부모를 부양하고, 父母가 자를 양육하거나, 부부가 서로 부양하는 것에 대해서는 반드시 자활여부를 묻지 않는다. 특히 조선의 습속에는 자기의 과실로 자활할 수 없게 되었는지 여부는 부양을 받을 권리의 消長과 관계없다. 부양의 방법과 정도는 부양의무자의 재력과 편의에 따라 가능한 정도로 한다. 부양의무자가 피부양자를 자기 집에 데리고와서 부양하는 것과 그렇지 않고 扶養料를 지급하는 것은 그의 임의이다.

第五章 相 續

第一百五十八 家督相續의 開始原因은 어떠한가

예컨대 戶主가 死亡한 경우 외에 隱居, 入夫婚姻, 入夫의 離婚 등도 家督相續開始의 原因인가(入夫婚(第112問), 隱居(第127問) 참조).

조선에서의 상속은 祭祀相續, 財産相續과 戶主相續의 세 종류가 있음은 언급하였다. 그리고 ① 祭祀相續은 그 가의 조상을 제사하는 者의 지위를 승계하는 것이다. 父子相傳하여 그 제사가 끊기지 않기를 도모하는 것이다. 그렇지만 一家創立者와 分家者는 그 가에 제사해야 할 조상이 없으므로, 제사자인 지위에 있지 않는 것은 물론이다. 따라서 그 뒤를 잇는 자는 단지 先代의 제사자로 될 뿐이므로, 제사를 승계하는 것은 아니다(승계자도 역시 그 선대의 제사자가 되는 것은 물론이다). 그런데 조선에서는 이를 함께 奉祀(봉사란 용어는 오히려 제사자로 된다는 의미로 쓰인다)라고 부르며, 그 관념과 관습을 같이한다. ② 財産相續은 死者의 유산을 승계하는 것이다. 사자가 제사자인

경우에는 제사상속과 동시에 재산상속이 이루어지고, 그 상속을 하는 자는 제사상속인에게만 한정되는 것이 아니라, 被相續人의 다른 卑屬도 역시 그 일부를 승계하는 것이다. 특히 제사상속인이 없는 경우에는 제사상속이 이루어지지 않음에도 불구하고 피상속인의 母 또는 妻가 일시적으로 그 유산을 상속하는 관례가 있다. 그리고 피상속인이 一家創立者 또는 分家者이면 제사상속이 없다고 하나, 奉祀와 동시에 재산상속이 이루어진다. ③ 戶主相續은 호주인 지위의 승계로서 제사상속을 하는 자는 동시에 호주의 지위를 승계하는 것이지만, 제사상속인이 없는 경우에는 피상속인의 모 또는 처가 일시적으로 호주가 되는 예가 있다. 그리고 피상속인이 일가창립자 또는 분가자이면 제사상속은 없고 호주상속만 있는 것은, 재산상속만 있고 제사상속이 없는 경우와 그 원리를 같이 한다. 또 조선에서는 기혼남이 사망한 경우에는 그 자가 가족이라도 반드시 제사자를 선정한다. 만약 유산이 있으면 제사자와 다른 비속에게 이를 승계시켜 제사자가 되게 하는 것을 奉祀라고 부르며, 그 관념과 관습은 호주인 남자가 사망한 경우와 조금도 다르지 않다. 그리고 그 사망자가 장남인 경우와 차남인 경우에 따른 차이는 있지 않다.

이상 기술한 바와 같이 조선에서의 상속은 戶主相續과 財産相續 외에 따로 祭祀相續이라는 것이 있다. 게다가 제사상속은 상속 가운데서 가장 중요한 지위를 차지하고, 제사상속을 하는 자는 동시에 호주이지만 호주가 되는 자는 반드시 제사승계자가 아니다. 一家의 系統은 祭祀相續者에 의하여 연속되고, 호주인 자라도 여자는 家系의 世代에 넣지 않는다. 특히 (호주)상속 이외에 (호주)상속과 관념과 관습을 같이 하는 경우가 있는 것은 위와 같다. 그러므로 日本法制에서의 家督相續과 遺産相續의 구별은 조선에서의 상속을 설명함에 적절한 분류가 아니다. 그렇지만 우선 이 구별에 따라서 祭祀相續과 戶主相續은 함께 家督相續의 범주로 설명하고, 財産相續은 祭祀相續, 戶主相續과 동시에 이루어지는지를 묻지 않고 모두 遺産相續의 범주로 설명하고자 한다.

祭祀相續과 戶主相續의 開始原因은 아래와 같다.

1. 戶主의 死亡

호주의 사망은 제사상속개시의 원인 가운데 가장 보통인 것이다. 그 가의 祭祀者인 호주가 사망한 경우에 비로소 제사상속이 개시되는 것이다. 따라서 호주가 제사자가 아니면 그 사망으로 제사상속이 개시되지 않는다. 즉 호주가 여자이면 여자는 제사자일 수 없으므로 그 사망으로 특별히 제사상속의 개시를 볼 수 없다. 그래도 이 경우에도 그 여호주의 사망으로 인하여 새로이 제사상속을 개시하지 않을 뿐, 그 가의 제사상속은 최후의 남호주의 사망으로 이미 개시하고 相續人不存在의 상태에 있는 것이다. 또 호주가 一家創立者 또는 分家者 등인 경우에서도 호주의 사망으로 제사상속이 개시되지 않는 것은 기술한 바이지만, 망호주의 제사자를 선정할 필요가 있는 것은 제사자인 호주가 사망한 경우와 다르지 않다(간족인 기혼남이 사).
(망한 경우도 같다).

제사자인 호주가 사망한 경우에 제사상속이 개시되는 것은 위에서 기술한 바와 같지만, 만약 그 호주가 미혼이면 미혼자는 家統을 승계할 자격이 없고 따라서 그 가의 世代에 들지 않으므로 그 사망으로 개시되는 제사상속은 先代의 상속으로써 亡戶主의 상속이 아니다. 따라서 피상속인은 망호주가 아니고 그 선대인 것이다.

또 失踪은 곧바로 제사상속의 개시원인이 아니라 하여도 실종한 자가 제사자이면 그 사망의 추정과 동시에 제사상속을 개시하는 것이다. 그리고 그 자가 기혼인 경우와 미혼인 경우에 따라 피상속인으로 되고, 되지 않는 것은 사망의 경우와 같다.

2. 戶主의 本家相續

조선의 관습에는 새로이 분가를 하거나 또는 일가를 창립한 경우 외에 호주는 他家에 入籍할 수 없는 것을 원칙으로 하지만, 분가를

존중하는 결과 분가에 상속인이 없으면 그 戶主의 子의 行列에 해당하는 男系血族男子를 반드시 입적하여 그 제사상속을 하지 않으면 안된다. 그리고 그 자가 분가의 가족 또는 호주임을 불문하는 것으로, 분가의 호주가 분가망호주의 子行列者이면 분가의 제사상속을 하는 것이다. 즉 이 경우에 그 분가가 初代(다만 직접 그 분가에서 분리한 初代分家が 분가상속인으로 되는 경우는 없다. 즉 分家 者는 반드시 차남 이하자로서, 그가 분가를 하면 長兄은 반드시 혼인하여 [장형의 혼인전 분가의 예는 없다] 분가인 장형가의 제사상속인이 될 수 있는 자는 그 장형의 子의 行렬자 또는 그 아래 行렬자로 한정된다. 따라서 분가의 初代戶主가 직접 분리한 분가의 제사상속인으로 되는 예는 생기지 않는다. 따라서 분가의 初대가 분가상속을 하는 것은 분가의 분가에 한정된다)로 되면 그 가에 제사를 지내야 할 조상이 없으므로 제사상속이 개시되지 않는다고 한다. 만약 2대이상 계속한 家라면 그 가에 제사를 지내야 할 선조가 있기 때문에 제사상속이 개시되는 것이다.

분가호주가 분가를 상속하면 그 분가는 제사상속을 개시함과 동시에 호주상속을 개시함은 물론이다.

또 분가호주가 분가의 제사상속을 한 경우에 만약 분가에 상속인이 없고 또 양자로 할 자가 없으면, 분가호주가 분가의 제사자로 될과 동시에 自己家의 제사를 스스로 지내는 일이 있다. 이를 生養家奉祀라고 하는데, 대개 生家와 養家의 제사를 지낸다는 뜻이다. 그러나 중국에서는 兩房의 宗祧를 겸하는 것을 인정하지만(『大清律』「戶律」戶役編立嫡子違法條 附例 第五 “만약 양자로 할 자 역시 독자인데 婿이 친부와 같고 서로 원하면 夫의 誓約書로 양가의 제사를 승계하는 것에 준한다”¹⁾ 참조), 조선에서는 분가호주는 본가의 제사자가 되고, 자기가의 조상을 祔祭하는 것에 지나지 않는다(『禮記』“자식이 없는 諸父는 종가에서 제사를 지낸다”²⁾, 『經國大典』「禮典」).
 (奉祀條 “자식이 없는 방친의 제사는 祀에 덧붙여 지낸다”³⁾ 참조)

이외에 養子가 生家의 絶嗣로 復籍하는 경우에는 만약 그 양자가 이미 양가의 호주이면 養家는 호주를 잃어 제사상속과 호주상속을 개시하여야 한다. 『續大典』「禮典」立後條에 “양자의 생부모가 후손이 없어 絶家하게 되면 파악하여 돌려보내고, 양가의 재입양을 허락한다[만약 양부모가 사망하여 재입양을 할 수 없으면 방친(방부의)]”⁴⁾ 라는 규정이 있다. 그 예에 따라 神主를 權道로 모셔 제사를 끊지 않는다

1) 如可繼之人 亦係獨子 而情屬同父肉親 兩相情願者 取其闔族甘結 亦準其承繼兩房宗祧

2) 諸父無後 祭于宗家

3) 旁親之無後者 祔祭

4) 爲人後者 本生父母絶嗣 則罷繼歸宗 許其所後家改立後[若所後父母已死 不得改立後 則從旁親班 附例 權奉其神主 俾不絕祀] <일출 원문>

렇지만 이에 대한 관습은 분명하지 않다.

또 제사상속과 호주상속의 개시원인으로 호주의 국적상실을 한 사유로 할 것인지에 대해서는 종전에는 국적상실에 대한 확실한 제도와 관습이 없었기 때문에, 국적상실을 이유로 상속개시를 인정한 관습이 없다. 또 戶主의 隱居, 女戶主의 入夫婚姻 등을 인정하지 않고, 호주가 혼인 또는 입양의 취소로 去家를 하는 예가 없으므로 이 역시 제사상속과 호주상속의 개시원인이 아니다.

第百五十九 家督相續인이 될 수 없는 者가 있는가

예컨대 被相續人을 殺害하거나 殺害하려고 한 者는 어떠한가.

제사상속과 호주상속에 대해서는, 예컨대 피상속인을 살해하거나 또는 이를 살해하려 한 자 등은 상속인으로 될 수 없는 것은 물론이지만, 기타 어떤 경우에 상속인으로 될 수 없는가에 대해서는 확연한 관습이 없다.

第百六十 法定推定家督相續인이 있는가

家督相續開始의 경우에 慣習上 당연히 相續人이어야 할 者가 있는가. 만약 있다면 어떤 者인가, 예컨대 直系卑屬인가. 그리고 在家 與否에 따라 다른가. 家督相續人은 반드시 一人이어야 하는가. 만약 그렇다면 直系卑屬中에 주는 원칙적으로 孫보다 우선하여 相續을 하여야 하는가. 男女間에는 男子를 우선하는가. 嫡出子와 그렇지 않은 者 사이에서는 嫡出子를 우선하여야 하는가, 다만 嫡出子가 女子이고 庶子가 男子이면 庶子를 우선하여야 하는가. 同一順位中에서는 年長者를 우선하여야 하는가. 단 先順位者가 相續開始前에 死亡하거나 또는 相續權을 喪失하면 그 直系卑屬은 이를 代理하여 相續할 수 있는가. 예컨대 長男이 相續開始前에 死亡하여도 그에게 遺子が 있으면 그 遺子는 次男에 우선하여 相續을 하여야 하는가. 만약 그렇다면

그 者가 男女, 嫡庶, 長幼의 구별없이 앞의 相續順位에 따라 相續을 하여야 하는가. 父의 婚姻으로 庶子가 嫡出子로 된 경우에는 相續에 대해서는 그 때 出生한 것으로 看做하여야 하는가. 轉籍으로 家族이 된 者는 다른 者와 동일한 相續權을 갖는가.

제사상속에 대해서 관습상 추정상속인의 지위에 있는 자는 피상속인(호주의 본가상속으로 제사상속을 개시하는 경우에서는 피상속인은 그 호주의 先代이다)의 親生子 또는 養子인 남자로서 여자는 제사상속인이 될 수 없다. 그리고 제사상속인이 될 수 있는 자는 그 가에 있는 자에 한하고, 그렇지 않는 자는 제사상속인이 될 수 없다. 그러므로 가령 친생자인 남자라도 이미 타가의 양자로 된 자는 罷養·復籍한 경우에만 제사상속인으로 될 뿐이고 타가에 있는 동안은 제사상속인이 될 수 없다. 또 제사상속인은 嫡出의 長男을 원칙으로 하지만, 만약 장자가 혼인전에 사망하거나 또는 그 가에 있지 않으면 衆子, 즉 次男 이하의 남자는 그 長幼의 차례에 따라서 제사상속인이 된다. 嫡子가 없거나 또는 적자가 혼인전에 사망하거나 타가에 있으면 庶子를 承嫡시켜 제사상속인이 되게 하는 것이다. 그러나 적자가 혼인후에 사망하면 가령 衆子가 있어도 중자는 제사상속인이 될 수 없어서 長子의 자에게 제사상속을 시킨다. 또 그에게 자가 없으면 亡長子에게 양자를 하여서 제사상속을 하게 하는 것이 관례이다. 이 경우에는 장자는 호주보다 먼저 사망하더라도 이미 제사상속을 한 경우와 동일하게 간주되어, 그의子是 직접 망호주를 상속하지 않고 父를 상속하는 것으로 亡父를 세대수에 산입하는 것이다. 이와 달리 장남이 혼인전에 사망하였다면 衆子 또는 庶子는 곧바로 망호주를 상속하는 것으로 亡長子를 세대에 산입하지 않는다. 이 점에 대해서는 가령 호주가 嫡長子보다 먼저 사망하고 일단 적장자가 호주가 된 경우에도 그다지 다르지 않다. 피상속인인 자는 망장자가 아니라 전호주인 그의 父로서, 상속인인 자는 전호주의 중자 또는 서자이다. 그리고 제사상속인은 항상 1인에 한정하며, 2인 이상의 제사상

속인이 있는 예는 없다. 이제 이 관례에 따라 相續順位를 결정하면 자는 孫보다 우선하고, 남녀간에서는 여자의 상속을 인정하지 않기 때문에 선후의 문제가 생기지 않는다. 嫡庶間에는 적자가 서자에 우선하고, 또 嫡女와 庶男間에서도 여자의 상속을 인정하지 않기 때문에 선후의 문제가 생기지 않는다. 同一順位者間에는 연장자를 우선하는 것으로, 선순위에 있는 자가 상속개시전에 사망하면 그의 자가 상속인으로 되지만, 만약 그 자가 여자이면 망상속인을 위해 양자를 하여 그를 상속인으로 삼는 것이지, 다른 동순위자로 하여금 상속인이 되게 하지는 않는다. 또 부모의 혼인으로 서자가 적자로 되지 않으므로, 庶子와 後生嫡子間에 장유의 차례에 따른 상속순위결정의 문제가 생기지 않는다. 또 轉籍으로 타가의 가족이 되는 경우가 없음은 기술했으므로, 전적으로 가족이 된 자가 제사상속인이 되는 경우는 없다.

아래의 『經國大典』 「禮典」 奉祀條와 『續大典』 「禮典」 奉祀條, 立後條의 규정을 참고하기 바란다.

만약 적장자에게 후손이 없으면 증자가, 증자에게 후손이 없으면 첩자가 봉사한다.

장자가 후손 없이 죽어 타인의 자로 奉祀하면 장자의 아내는 맏며느리 <冢婦>로 인정할 수 없다.

무릇 후손이 없는 적장자는 同宗의 근친으로 양자를 한다.¹⁾

그리고 『刑法大畧』에는 다음의 규정이 있다.

第582條 違法立嗣한 者는 左開에 依하여 處함이라

一 妻의 次子로나 妻의 子가 有한대 妾의 子로 立嗣한 者는 竝히 笞八十에 處하고 改正함이라

三 妾의 子가 有한대 同宗에 率養한 者는 懲役一年에 處하고 其子는 本宗에 歸함이라 (隆熙 2年 法律 第19號로 삭제)

1) 若嫡長子無後則衆子 衆子無後則 妾子奉祀
長子死無後 更立他子奉祀則 長子之婦 毋得以冢婦論
凡嫡長子無後者 以同宗近屬 許令立後

<『經國大典』 「禮典」 奉祀條>
<『續大典』 「禮典」 奉祀條>
<『續大典』 「禮典」 立後條>

이상에서 제사상속에 대하여 기술한 바는 가족인 기혼남이 사망한 경우에 제사자가 一家創立者이거나 또는 新分家者의 제사자에 대해서도 동일하다.

第百六十一 養子は 相續에 대하여 親生子와 同一한 權利를 갖는가

만약 동일하지 않다면 養子が 男子이고 親生子가 女子인 경우에 누가 相續하여야 하는가. 다같이 男子 또는 女子인 경우에 養子が 年長者이고 親生子가 年少者일 때 누가 相續하여야 하는가. 그 親生子가 入養前後에 출생한 것에 따른 구별이 있는가. 養子が 長女の 夫 또는 次女の 夫人 경우에 따라 구별이 없는가. 또 특히 嗣子로서 養子を 한 경우와 그렇지 않은 경우에 따라 구별이 있는가.

조선에서는 양자는 제사상속인으로 삼기 위해서 하는 것으로, 양자가 제사상속에 대하여 친생자와 완전히 동일한 권리를 갖는 것은 물론이다. 그리고 양자를 하는 것은 그 가에 남자가 없는 경우에 한하는 것이므로, 입양당시에 가에 있는 친생자와 양자간에 제사상속에 대하여 선후를 논하는 경우는 생기지 않는다. 또 여자의 제사상속을 인정하지 않기 때문에 양자와 여자간에는 상속순위에 대한 문제가 생기지 않는다. 다만 입양후 남자가 출생하는 예가 전혀 없지 않으므로, 이 경우에는 養子は 長子이고 親生子는 次子이므로, 제사상속권은 양자에게 있는 것이다(『續大典』「禮典」奉祀條 “무릇 자식이 없어 양자를 들인 자는 이미 신청을 하여 허락을 받았으므로, 비록 후 아들이 태어나더라도 마땅히 둘째 아들이 되어야 하고 양자로서 봉사자를 삼는다”¹⁾, 『刑法大全』第583條 “[전략]). 그러나 招婿婚을 인정하여도 사위에게는 상속권이 없고, 또 서양자를 인정하지 않으므로 嗣子로 하지 않고, 그를 양자로 삼는 경우가 없음을 기술하였다.

1) 凡無子立後者 既已呈出立案 雖或生子當爲第二子 以立後者奉祀

第百六十二 法定推定家督相續人을 被相續人이 廢除할 수 있는가

만약 廢除할 수 있다면 被相續人은 任意로 그를 廢除할 수 있는가, 아니면 相當한 理由가 있어야 하는가. 또 그 節次는 어떠한가. 예컨대 官의 許可를 받아야 하는가, 親族會 등의 同意를 요하는가, 地方廳에 申告를 해야 하는가, 아니면 특별한 節次를 요하지 않는가. 예컨대 相續人을 指定하는 것으로 推定相續人은 당연히 廢除되는 것으로 간주되는가. 또 遺言으로 이를 廢除할 수 있는가. 또 이를 取消할 수 있는가.

推定祭祀相續人의 폐제에 대해서는 그 상속인이 양자이면 양친인 피상속인은 만약 양자가 상속인으로 되기에 부적합하면 파양할 수 있으므로 달리 폐제를 인정하지 않는다. 그러나 친생자인 상속인에 대해서는 관습상 폐제를 할 수 있는 것이라고 명백하게 정하여진 바가 없는 듯하다.

第百六十三 被相續人은 家督相續人을 指定할 수 있는가

만약 指定할 수 있다면 法定推定家督相續人의 有無에 불구하고, 指定할 수 있는가. 法定推定家督相續人이 있는 경우에 할 수 없다면, 그 指定은 후일 法定推定家督相續人이 있게 되면 그 效力을 喪失하는가. 또 그 節次는 어떠한가. 예컨대 이를 地方廳에 申告하여야 하는가. 또 遺言으로 이를 할 수 있는가. 이를 取消할 수 있는가.

조선의 법제와 관습에는 추정제사상속인이 없으면 양자를 하여 그를 상속인으로 할 수 있으므로 달리 제사상속인의 지정을 인정하지 않는다.

第百六十四 法定推定家督相續人과 指定家督相續인이 없으면 어떻게 하는가

예컨대 父母·親族會 등이 家督相續人을 選定하는가. 만약 그렇다면 그 選定에는 一定範圍가 있는가. 또 慣習上 順位가 있는가, 아니면 자유로이 이를 選定할 수 있는가.

피상속인이 추정제사상속인(친생자와 양자 포함) 없이 사망하면 상속인을 선정하는 것인데, 이는 곧 양친의 死後養子에 지나지 않는다. 그리고 이의 선정자는 망호주의 처가 있으면 妻가, 처가 없고 모가 있으면 母이지만, 이러한 자가 없으면 門會에서 선정하는 것이다. 그리고 이 경우에는 양친이 양자를 선정하는 경우와 비교하여 그 순서를 엄수하여야 하는 것 같다.

第百六十五 直系尊屬은 當然家督相續人인가

만약 그렇다면 在家者에 한하는가, 그렇지 않는가. 또 二人 이상인 경우에는 그 順位는 어떠한가.

조선 관습에는 尊屬은 어떠한 경우에도 제사상속인일 수 없고, 그리고 이는 직계존속과 방계존속을 불문한다. 다만 호주상속에 대해서는 직계존속인 母가 일시 호주로 되는 경우가 있는 것은 누차 기술하였다.

第百六十六 家督相續의 效果는 어떠한가

家督相續人은 戶主權外에 前戶主의 모든 財産上의 權利·義務를 承繼하는가. 또 財産은 다른 자와 이를 分配하는가. 또 前戶主의 意思로 財産의 全部 또는 一部를 相續시킬 수 있는가 (遺留分 [第180問] 참조). 前戶主가 사망한 경우와 기타의 경우에 차이가 없는가. 隱居·入夫婚姻·入夫의 離婚 등의 경우에 前戶主는

그 債權者에 대해 債務를 辨濟할 責任이 없는가. 그리고 이상의 여러 경우에 차이가 없는가.

제사상속의 효력은 그 가의 조상의 제사자인 지위를 승계하는 것에 있다. 그리고 제사상속을 한 자는 동시에 그 선대의 제사자가 되는 것은 물론이고 또 항상 그 가의 호주로 된다. 피상속인의 유산은 그 채무와 함께 상속인에게 승계되는 것이다. 그렇지만 만약 그 상속인에게 아우가 있으면 그 일부를 분배해야 하는 것으로 그 각자의 상속분은 피상속인이 미리 정하는 예가 있다. 또 피상속인이 이를 정하지 않는 경우에는 그 처 또는 모가 이를 정하는 예가 있으나, 제사상속인이 장성한 경우는 스스로 이를 정하는 것이다. 그리고 그 비율은 분배를 받아야 할 자가 1인이면 제사상속인이 2/3를 가지고, 분배를 받아야 할 자가 2인 이상이면 제사상속인이 1/2를 가지고 그 나머지를 분배하는 것을 통례로 하지만, 반드시 일정하지는 않다. 또 전호주인 피상속인은 자기의 의사로 유산의 일부를 상속인에게 승계시킬 수 있다고 하지만, 전부를 승계시키는 것은 관습상 인정되지 않는다. 다만 후술처럼 遺留分에 관하여 확연한 관습이 없으므로 가령 그 전부를 승계시키더라도 상속인은 어쩔 도리가 없다. 그리고 호주가 본가를 상속하는 경우에는 호주는 그 재산의 전부를 상속인을 위해서 잔류시켜야 하고, 그 전부 또는 일부를 상속인에게 승계시키지 않는 조치를 할 수 없다(단 상속인이 없으면 스스로 보존한다). 이를 요약하면 祭祀相續人은 戶主相續과 동시에 財産相續을 하는 것이다.

이상 기술한 바는 가족인 기혼남이 사망한 경우의 제사자와 一家創立者, 新分家者가 사망한 경우의 제사자에 대해서도 동일한 것이다. 다만 가족이 사망한 경우에는 제사상속과 호주상속이 없고 기타의 경우에는 제사상속이 없는 점이 다를 뿐이다.

隱居, 入夫婚姻 등을 인정하지 않는 것은 거듭 기술하였다.

第百六十七 遺産相續을 認定하는가

만약 이를 認定한다면 家族이 死亡한 경우에만 인정하는가, 아니면 戶主가 사망한 경우에도 家督相續 외에 이를 인정하는가.

재산상속은 가족이 사망한 경우에 이를 인정할 뿐만 아니라, 호주가 사망한 경우에도 이를 역시 인정한다. 즉 가족이 사망한 경우에는 그 가족이 기혼남이면 그 제사자가 死者의 遺産을 승계함과 동시에 만약 제사자에게 아우가 있으면 그 아우도 역시 유산을 분배받는다. 또 가족이 미혼남 또는 여자인 경우에는 다음의 第168問에서 기술하는 바대로 父 또는 子, 戶主 등이 이를 승계하는 것이 관습이다. 호주가 사망한 경우에는 호주가 남자이면 그 유산은 제사상속인 기타 제사자가 되는 자가 이를 승계하고 또 그 외에 제사자의 아우도 그 유산의 일부를 분배받는 것이다. 그러므로 제사상속인 또는 제사자가 되는 자의 財産承繼 외에 따로 財産相續을 인정하는 것이다.

第百六十八 누가 遺産相續人으로 되는가

예컨대 直系卑屬은 어떠한가. 만약 相續人으로 된다면 在家者에 限定하는가, 그렇지 않는가.二人 이상이 있는 경우는 子는 원칙적으로 孫에 우선하여 相續하는가. 子 가운데 一人이 死亡한 경우에 그의 直系卑屬은 이를 代理하여 相續하는 것은 家督相續에서와 같은가. 子가 二人 이상 있는 경우에는 家督相續에서와 같은 順位에 따라 一人이 相續하는가, 아니면 共同으로 相續하는가. 直系卑屬이 없는 때 또는 그와 동시에 配偶者, 直系尊屬, 戶主 등도 相續權을 갖는가. 만약 이러한 者가 동시에 相續을 하지 않는다면 그 順位는 어떠한가. 相續不適格者, 推定相續人의 廢除에 대해서는 家督相續의 경우와 같은가. 遺産相續人도 이를 指定할 수 있는가. 만약 指定할 수 있다면 그 節次도 역시 家督相續의 경우와 같은가(戶主相續 [第159~163, 165問] 참조).

재산상속인인 자는 호주(여호주 제외)가 사망한 경우에는 제사상속인 등 제사자 그리고 그 아우이며, 여자는 재산상속인이 아니다. 또 재산상속인은 在家者에 한하고 타가에 있는 자는 재산상속인이 될 수 없다. 그리고 제사상속인 또는 제사자인 아우가 2인 이상이면 동시에 재산상속인으로 되고 그 연령의 장유를 묻지 않는다. 孫은 재산상속인이 될 수 없는 것을 원칙으로 하나, 재산상속인이어야 할 자가 이미 사망한 경우에는 그 자가 대리하여 父의 상속분을 받고, 또 자가 없으면 그 妻가 상속분을 받는 예가 있다. 혹은 양자를 한 이상 그에게 亡養父의 상속분을 분배하는 예가 있다고 하지만, 이 점에 대해서는 관례가 일정하지 않다. 또 가족이 사망한 경우에는 그 가족이 기혼남이면 그의 장남이 제사자로 됨과 동시에 그 유산을 승계하고, 또 차남 이하의 남자가 있으면 동순위자가 분배를 받는 것은 호주가 사망한 경우의 재산상속과 다른 점이 없다. 그렇지만 亡家族에게 남자가 없는 경우에는 그 사망자가 장남이면 그 유산은 父가 이를 승계하고, 차남 이하의 衆子이면 그 처가 승계한다[1912년판]. 그리고 망가족이 미혼남 또는 여자이면 그의 父가 유산을 승계하고, 부가 없으면 호주가 승계한다. 처의 유산은 夫가 이를 승계하고 寡婦의 유산은 자가 있으면 자가, 자가 없으면 호주가 이를 승계한다. 이러한 경우에는 상속인은 항상 1인이고 2인 이상의 상속인이 있는 예는 없다. 또 妻의 유산은 夫가 승계하고, 夫가 없으면 호주가 승계하는 것을 관례로 한다. 또 女戶主가 사망한 경우에는 호주상속을 하는 자가 함께 재산을 승계하는 것이 관례로써, 그가에 망호주의 비속 가운데 寡婦가 있으면 그 과부가 이를 승계하고, 양자를 하여 호주상속을 한 경우에는 그 양자가 승계한다[1912년판].

財産相續不適格者와 財産相續人의 廢除에 대해서는 일정한 관례가 없다. 또 재산상속인의 지정에 대한 관습을 전혀 볼 수 없다. 재산상속인에 대해서는 『經國大典』 「刑典」 私賤條에 세밀한 규정이 있지만, 근래의 관습은 이와 다르다. 다만 참고로 하기 위하여 인용한다[이하 1912년판].

분배하지 않은 奴婢는 자녀의 생사를 물론하고 나누어 주고[본인이 죽고 자손이 없는 자는 이

에 해당하지 않는다], 나누는 수가 맞지 않는 자는 嫡子女에게 均給하고 만일 나머지가 있으면 먼저 承重子에게 주고 또 나머지가 있으면 장유의 차례로 주되 嫡子女가 없으면 良妻子女에게 주고 良妻子女가 없으면 賤妻子女에게도 같다[田地도]. ○부모의 奴婢【承重子】 1/5을 더 준다[衆子女에게 각각 5口를 주면 承重子에게는 6口를 준다] 【衆子女】 平分 【良妻子女】 1/7 [嫡子女에게 각각 6口를 주면 양첩 주는 따위와 같다] 【賤妻子女】 1/10 ○嫡室로 자녀가 없는 자의 奴婢 【良妻子女】 平分하고 承重子면 1/5을 더 준다 【賤妻子女】 1/5 ○嫡室로子是 없고 女가 있는 자의 奴婢 【良妻子女】 承重이면 그 몫에 2분을 더 준다 ○자녀가 없는 嫡母의 奴婢 【良妻子女】 1/7을 주고 承重子이면 3분을 더 주며 나머지는 本族에게 돌려보내고 [동생이 없으면 삼촌, 삼촌이 없으면 사촌친에게 준다. 양첩자손에게는 1/7, 친척자손에게는 1/10을 주며] 本族이 본족의 수가 많더라도 모두 주되 가령 奴婢의 수가 적으면 먼저 妻의 자녀에게 급여한다 없으면 屬公한다 [아래도 같다] 【賤妻子女】 1/10을 주고 承重子이면 2분을 더 준다. ○子是 없고 女가 있는 嫡母의 奴婢 【良妻子女】 承重子에게는 1/10을 주되 3口를 넘지 못한다 【賤妻子女】 承重이면 1/10을 주되 3口를 넘지 못한다 ○嫡室과 良妻에 자녀가 없는 자의 奴婢 【賤妻子女】 平分하고 承重子이면 1/5을 더 준다 ○嫡室과 良妻에 모두子是 없고 女가 있는 자의 奴婢 【賤妻子女】 承重이면 그 몫에 2분을 더 준다 ○嫡室에 자녀가 없고 良妻에자는 없고 녀가 있는 자의 奴婢 【賤妻子女】 承重이면 1/5을 주되 2분을 더 준다 ○자녀가 없는 前母·繼母의 奴婢 【義子女】 1/5을 주되 承重子是 3분을 더 준다 ○자녀가 있는 前母·繼母의 奴婢 【義子女】 承重이면 1/9을 급여한다 ○자녀가 없는 양부모의 奴婢 【養子女】 1/7을 급여한다 [3세 이전이면 全給하고 宦官으로서 宦官을 養子한 자는 모두 3세 이전의 예에 따른다] ○적자녀가 있는 養父母의 奴婢 【養子女】 1/10 3세 이전이면 1/7을 준다 [1/10이란 적자녀가 있으면 侍養子女에게 1/10을 줌을 말한다. 적자녀가 없고 다만 첩자녀만 있으면 父의 奴婢는 養子女에게 1/7을 주고 나머지는 모두 첩자녀에게 주며 母의 奴婢는 그 몫에 따라 첩자녀 양자녀에게 주고 나머지는 본족에게 돌려보낸다. 1/7이란 적자녀가 있으면 收養子女에게 1/7을 줌을 말한다. 만약 적자녀가 없고 다만 양첩자녀가 있으면 父의 奴婢는 收養子女에게 주되 平分하고 친척자녀면 1/5을 주고 母의 奴婢는 그 몫에 따라 첩자녀에게 주고] 1) 나머지는 모두 收養子女에게 준다

1) 未分奴婢 勿論子女存沒 分給 [身沒無子孫者 不在此限] 未滿分數者 均給嫡子女 若有餘數 先給承重者 又有餘則 以長幼次序給之 嫡無子女 則良妻子女 無良妻子女 則賤妻子女同[田地同] ○父母奴婢 【承重子】 加五分之一[如衆子女各給五口 承重子給六口之類] 【衆子女】 平分 【良妻子女】

第百六十九 遺産相續人は 被相續人の 모든 財産上の 權利·義務를 承繼하는가

또 被相續人の 意思로 遺産의 全部 또는 一部를 承繼시키지 않는 예가 있는가(遺留分^{제180조} 참조).

호주(^{여호주}제외)가 사망한 경우의 재산상속에서는 재산상속인이 1인이면 보통 그 유산의 1/3을 받는 것이 관례이다[第166問에서 기술한 바와 같다. 그리고 재산상속인이 1인이면 보통 유산의 1/3을 분배하는 것이 관례이다; 1910]. 그렇지만 만약 2인 이상이 있으면 대개 제사상속인 또는 제사자가 1/2을 승계하고, 나머지 1/2을 재산상속인이平分하는 듯하다. 이는 가족인 기혼남이 사망한 경우의 재산상속에 대해서도 동일하다. 그러나 그 분배비율을 결정하는 자는 피상속인 또는 제사자(^{幼年者이면}母나 祖母)이므로 이를 정하는 자의 의사에 따라 반드시 동일하지 않다. 또 이러한 경우에는 피상속인의 채무는 제사상속인 또는 제사자가 부담해야 하는 것이므로 다른 상속인은 채무를 승계하는 예가 없다고 한다. 그렇지만 만약 채무가 과다하여 제사자가 이를 감당할 수 없으면, 이를 다른 상속인에게 분담시키거나 재산의 분

七分之一 [如嫡子女各給六口 良妾子女各給一口之類 下同 ○嫡母奴婢則否 賤妾子女同] 【賤妾子女】
十分之一 ○嫡無子女者奴婢 【良妾子女】 平分 承重子加五分之一 【賤妾子女】 五分之一 ○嫡無子女有女
者奴婢 【良妾子】 承重則其分加二分 ○無子女嫡母奴婢 【良妾子女】 七分之一 承重子則加三分 餘還本
族 【無同生則三寸 無三寸則四寸親 良妾子孫給七分之一 賤妾子孫 給十分之一 本族人 數雖多都給 假
如奴婢數少則先給妾子女】 無本族則屬公 [下同] 【賤妾子女】 十分之一 承重子則加二分 ○無子女嫡
母奴婢 【良妾子】 承重子十分之一 母過三口 【賤妾子】 承重則十分之一 母過三口 ○嫡及良妾無子女者
奴婢 【賤妾子女】 平分 承重子者則加五分之一 ○嫡及良妾皆無子女者奴婢 【賤妾子】 承重則其分加
二分 ○嫡無子女 而良妾無子女者奴婢 【賤妾子】 承重則五分之一 加二分 ○無子女前母繼母奴婢
【養子女】 五分之一 承重子則加三分 ○有子女前母繼母奴婢 【養子】 承重則九分之一 ○無子女養父母
奴婢 【養子女】 七分之一 [三歲前則全給 宦官以宦官爲子者 並依三歲前] ○嫡有子女養父母奴婢 【養
子女】 十分之一 三歲前則七分之一 [十分之一 謂嫡有子女則 侍養子女給十分之一 如嫡無子女 而只有
妾子女 則父奴婢 給養子女七分之一 餘並給妾子女 母奴婢從本分給 妾子女養子女 餘還本族 七分之一
謂嫡有子女則收養子女給七分之一 如嫡無子女 而只有良妾子女 則父奴婢 與收養子女平分 賤妾子女則
給五分之一 母奴婢從本分給妾子女 餘并給收養子女]

〈『經國大典』, 『刑典』 私賤條〉

배율을 감소하는 예가 있다. 그리고 다른 가족이 사망한 경우에는 재산승계자는 死者의 재산과 채무를 모두 승계하는 것이지만, 관념상으로는 재산의 승계이고 채무의 승계는 재산을 승계하는 결과로 채무도 부담해야 하는 것이라고 여기는 듯하다[그리고 근래에는 자의 채무는父가 부담하는 것이 관례이다. 다만 미혼의 남녀가 채무를 부담하는 실례는 거의 없을 것이다; 1910년판].

피상속인의 의사로 재산의 전부 또는 일부를 상속인에게 승계시키지 않을 수 있는지의 여부에 대해서는 증여 또는 유증에 대하여 거의 제한이 없으므로, 이 역시 피상속인의 임의라고 할 수 있다. 또 재산상속인의 유류분에 대해서는 일정한 관습이 없다.

第七十 遺産相續人이 二人 이상이면 相續財産은 共有에 속하는가

만약 그렇다면 債權·債務도 各相續人에게 分屬하지 않는다. 相續財産이 共有가 아니면 즉시 分割하는가. 그리고 分割時까지는 누구의 財産으로 看做하는가.

재산상속인이 2인 이상 있는 경우는 남호주 또는 기혼남이 사망하고, 여러 명의 아들 또는 代襲相續을 할 孫子가 있는 경우뿐이다. 이러한 경우에는 피상속인이 생전에 또는 유언으로 각상속인의 상속분을 정하는 경우가 있다. 이를 정하지 않는 경우가 있다고 하나, 어느 경우를 막론하고 상속재산은 각상속인의 공유에 속하는 것이 아니고, 그 분할시까지의 일용 봉사자인 제사자의 소유로 귀속된다. 그 분할 집행후에 비로소 각상속인의 소유로 귀속되는 것이다. 대개 상속재산은 그 분할전에는 각상속인의 개개의 소유로 귀속하는 것이라고 할 수 없다. 그리고 봉사자인 상속인은 피상속인이 정한 비율 또는 스스로 비율을 정하여 상속재산을 분할하는 지위에 있는 자이며, 또 피상속인의 후계자로서 상속재산이 피상속인의 유산인 성질상 일용 分割執行者이다. 피상속인의 후계자인 봉사자에게 이전하는 것으로 보는

관념인 듯하다.

第七十一 遺産相續인이 二人 이상 있으면 各자의 相續分은 어떠한가

만약 直系卑屬과 配偶者 등이 동시에 相續하는 경우가 있다면 各자의 相續分은 同一한가, 아닌가. 또 直系卑屬 또는 直系尊屬이 二人 이상 있는 경우에 동시에 相續하는 것이라면 各자의 相續分은 均一한가, 아닌가. 男女·長幼·嫡庶 등에 따라 차이가 없는가. 또 被相續人의 意思로 差等を 둘 수 있는가.

재산상속인이 2인 이상 있는 경우는 남호주가 사망한 경우와 가족인 기혼남이 사망한 경우뿐임은 前問에서 서술하였다. 이러한 경우에는 재산상속인인 자는 피상속인의 아들 또는 代襲相續을 한 손자뿐이므로, 직계비속과 배우자, 직계비속과 직계존속 또는 2인 이상의 직계존속이 동시에 재산상속인일 수는 없다. 그리고 재산상속인이 2인 이상 있는 경우의 各자의 상속분은 ① 봉사자인 상속인과 기타 상속인이 2인인 경우에는 봉사자인 상속인은 유산의 2/3를 승계하고 다른 상속인은 1/3을 승계함을 통례로 하고, ② 상속인이 3인 이상인 경우에는 봉사자인 상속인은 1/2을 승계하고 다른 상속인은 그 나머지를 승계함을 통례로 하지만, 관습상 이와 같이 확연하게 정해지지는 않았다. 피상속인이 상속분을 정하지 않으면 봉사자인 상속인이 이를 정하는 등 반드시 일정하지는 않다. 그리고 여자는 상속분이 없으나, 다만 혼인시에 다소의 재산을 증여받을 뿐이다. 또 봉사자 이외의 상속인 사이에는 장유에 따른 구별이 없고, 또 대습상속의 여부에 따른 차이도 있지 않다. 또 庶子는 과거에는 嫡子의 반을 받는 것이 관례였다고 하지만, 지금은 거의 구별이 없는 듯하다.

또 피상속인은 生前行爲 또는 유언으로 각상속인의 상속분을 정할 수 있다. 피상속인이 이를 정한 경우에는 완전히 그의 任意에 따르고, 관습상 이에 대한 일정한 제한은 없지만 대개 보통의 비율에 따

른다고 한다.

第七十二 遺産分割의 方法은 어떠한가

예컨대 現物로 分割하는가, 이를 賣却하여 그 代金을 分割하는가. 分割協議가 成立하지 않으면 官에 提訴하는가. 被相續人이 遺言으로 分割의 方法을 정하는가(共有^[第31問] 참조).

유산분할의 방법은 피상속인이 미리 이를 정하는 경우가 있는데, 그 방법에 따라야 한다. 그리고 피상속인이 이를 정하지 않은 경우에는 편리하고 적당한 방법으로 분할하는 것이다. 보통 현물로 하지만 현물로 분할할 수 없으면 이를 매각하여 그 대가를 분할하거나, 또는 상속인 가운데 1인이 이를 인수하고 그 상속분을 초과하는 부분의 대가를 다른 상속인에게 지불하는 예가 있다. 또 분할에 대하여 협의가 성립되지 않으면 伯叔父 등의 의견에 따르거나, 門會·門長의 의견에 따르는 경우가 있다. 그렇지만 관에 제소하여 그 방법을 정하는 등의 관례는 없다.

第七十三 相續人은 相續할 義務가 있는가

相續人은 모두 相續을 拋棄할 수 없는가. 만약 拋棄할 수 있는 者와 없는 者가 있다면 그 구별은 어떠한가. 이 점에 대해서 家督相續人과 遺産相續人間에 다르지 않는가. 또 相續을 拋棄하지 않는 한 相續債務의 全部를 負擔하지 않을 수 없는가. 또 相續의 承認 또는 拋棄의 節次가 없는가.

조선의 관습에는 상속인이 제사상속인임과 재산상속인임을 불문하고 그 상속을 포기할 수 없다. 특히 제사상속인 등은 제사를 지내야 할 의무를 부담하는 자로서, 그 상속을 포기하는 것은 제사상속의 관념에 반하는 것이라고 할 수 있다. 또 재산상속인은 만약 피상속인이 채무를 남기지 않은 경우에는 이를 포기하여도 굳이 타인을 해치는

일이 없으므로 상속포기를 금지할 이유가 없는 것 같지만 상속을 포기할 수 있는 것이라는 관습은 없다. 따라서 상속의 승인·포기에 관한 절차가 없다. 그리고 제사상속인 또는 1인의 재산상속인은 피상속인의 전체무를 부담하지 않으면 안되는 것이다.

第七十四 相續債權者 또는 相續人의 債權者는 相續으로 발생하는 損失을 회피할 수 없는가

예컨대 相續財産과 相續人의 固有財産을 區別하여 相續債權者는 먼저 相續財産에 대해서 辨濟를 받고, 相續人의 固有財産에 대해서는 相續人의 債權者가 먼저 辨濟를 받는 등의 制度가 있는가.

조선의 현실에서는 상속인은 그 상속으로 얻은 재산외에 고유의 재산을 갖지 않는 예가 많다. 그리고 피상속인의 채무는 자기의 채무보다 먼저 변제하는 것을 도의로 하기 때문에 상속채권자는 상속인의 채권자보다 먼저 상속재산에 의하여 변제를 받는 일이 없지 않다. 그렇지만 관습상 상속채권자와 상속인의 채권자 사이에 이와 같은 구별을 인정하지 않는다. 또 상속재산과 상속인의 고유재산을 구별하여 상속재산에 대해서는 상속채권자의 우선권을 인정하고 상속인의 고유재산에 대해서는 상속인의 채권자에게 우선권을 인정하는 예는 없다. 실제로도 상속인이 다액의 채무를 부담하는 경우에는 상속채권자가 상속재산으로 그 변제를 충분히 받을 수 있는 경우라도 그 완제를 받을 수 없는 경우가 있다. 또 피상속인의 채무가 많은 경우에는 상속인의 채권자가 상속인의 고유재산의 가액이 상속인의 채무를 변제하고도 남을 때라도, 충분한 변제를 받을 수 없는 경우가 있다. 그러므로 상속채권자 또는 상속인의 채권자에 대하여 상속으로 생긴 손실을 피할 방법이 아직 마련되지 않은 실정이다.

第七十五 相續人이 不分明한 境遇에는 어떻게 해야 하는가

相續人이 있는 것은 明白하지만, 相續人이어야 할 者가 불분명한 경우가 있고, 또 相續人의 存否 자체가 불분명한 경우가 있다. 이러한 경우에는 戶主權은 어떻게 해야 하는가, 遺産은 어떻게 해야 하는가(絶家[第 129問]).

조선에서는 일시적으로 상속인이 없는 경우는 그 예가 적지 않지만, 상속인의 존재가 명백함에도 불구하고 상속인이어야 할 자가 불분명하거나 또는 상속인의 존부 자체가 불분명한 경우는 그 예를 거의 볼 수 없다. 따라서 이러한 경우에 대한 관습을 볼 수 없다.

호주가 사망하고 제사상속인이 없는 경우에는 양자를 들여 그가 상속하게 하는 것은 누차 언급하였다. 만약 양자로 할 자가 없을 경우에는, 피상속인의 모가 있으면 모가, 모가 없으면 처가 양자를 선정할 때까지 일시 호주가 되고 그 유산도 호주로 된 자가 일시 이를 승계하는 것이 관례이다. 여자만 있으면 그 여자가 그 유산을 승계하고 이러한 자가 모두 없으면 근친이 이를 승계하고 친족이 없으면 洞·里長(서울에서는 特別 保管者를 정한다)이 이를 관리한다. 이를 상속할 자가 나타나지 않을 것이 확실해지면 里·洞所有로 귀속된다. 또 제사상속인이 없기 때문에 피상속인의 모가 호주가 되어 유산을 승계한 경우에 그 모가 사망하면 피상속인의 처가 있으면 처가 호주로 되어 그 재산을 승계하는 것은 기술하였다.

第七十六 遺言으로 어떠한 것을 정할 수 있는가

예컨대 이미 언급한 事項 외에 遺言으로 財産을 處分할 수 있는가. 이에 대해서 전혀 制限이 없는가. 또 그외에 慣習上 遺言으로 정하는 事項이 있는가(私生兒[第 136問], 入養[第 137問], 後見人[第 147問], 相續人의 廢除[第 162問], 相續人의 指定[第 163問]).

遺産分割의 方法[第 172問]과 遺留分[第 180問] 참조.

유언은 대개 임종시에 하는 것으로, 미리 만일의 경우를 예상하여 일찍 유언을 하는 예가 적지 않다. 그리고 유언을 할 수 있는 사항에는 특별한 제한은 없지만, 양자의 선정, 유산분배의 비율과 방법, 생아와 태아의 認知·否認, 후견인의 선정 등은 유언으로 할 수 있는 사항 중 두드러지는 것이다. 기타 유언으로 묘지를 선정하고, 재산의 처분, 예컨대 절 등에 기부를 하고, 친척과 친구에게 유증을 하는 예가 적지 않다. 그리고 그 재산을 처분함에는 상속인의 유류분에 대한 확실한 관습이 없으므로, 거의 제한이 없는 듯하다.

第七十七 遺言에는 一定한 方式이 있는가

만약 있다면 方式은 어떠한가. 또 이를 履行하지 않은 遺言은 無效인가.

유언은 口頭 또는 書面으로 하는 것이다. 구두로 하는 경우에는 가족 등 근친을 모아두고 하는 것이 통례이다. 또 서면으로 하는 경우에는 글을 아는 자는 대개 自筆로 하고, 자필로 할 수 없는 자는 代筆로 한다. 그리고 유언의 방식에 대해서는 일정한 관습이 없고 따라서 아무런 방식으로 하여도 유언자의 임의라고 하나, 적어도 그 유언이 유언자의 眞意表示임을 충분히 알 수 있어야 함에 대해서는 이론이 없다. 예컨대 유증을 받거나, 또는 유언으로 이익을 받는 자에 대해 立會人 없이 한 유언 또는 입회인 없이 이러한 자에게 대필을 시킨 유언은 일반적으로 신빙할 수 없는 것으로 효력을 인정하지 않는다. 또 유언서의 보관에 대해서는 이를 文匣 속에 감추거나 妻子 등 근친에게 위탁하여 보관하는 것이다. 이러한 경우에는 보통 엄밀하게 封緘을 하고 사망후에 개봉하는 것이다. 유언의 筆記, 開封, 檢認 등에 대한 관습은 없다(『經國大典』「刑典」私賤條 “조부모 이하는 유서를 쓴다 [조와 부는 반드시 친필로 해야 하고, 조모와 모는 반드시 친척 가운데 顯官이 證筆人이 되어야 한다. 자필할 수 없는 것을 모든 사람이 아는]”¹⁾ 자와 질병자의 유언은 부인의 예에 따른다.” 참조

1) 用祖父母以下遺書[祖及父則須手書 祖母及母 則須族親中顯官證筆 衆所共知 未手書者 疾病者 並依婦人例]

第百七十八 遺言의 效力은 어떠한가

예컨대 遺言은 언제부터 效力을 發生하는가(다음 문항). 遺言으로 財産을 받은 자는 이를 拋棄할 수 있는가. 만약 拋棄할 수 있다면 그 者가 아무런 意思表示를 하지 않으면 그 財産은 當然히 受遺者에게 歸屬하는가. 또 受遺者와 相續人間에 差異가 있는가. 이에 대해서 包括受遺者(遺産의 全部 또는 分數的)와 特定受遺者(一部를 받은 者) 사이에 差異가 없는가.

유언은 유언자가 사망한 때부터 그 효력을 발생한다. 그리고 유증을 받은 자가 이를 포기할 수 있는지 여부에 대해서는 유증을 포기하는 사례가 적으므로 관습으로 볼 만한 것이 적지만, 일반관념으로는 포기할 수 있다. 또 유증을 받을 자가 이를 알고 있음에도 불구하고, 이를 포기하지 않는다면 그 재산은 당연히 수유자에게 귀속하는지 여부에 대해서는 명백한 관습은 없으나, 유언의 집행이 있는 후에 비로소 수유자의 소유로 귀속한다고 보는 것이 온당할 것이다. 그리고 포괄수유자와 특정수유자간에는 구별이 없다.

第百七十九 遺言을 取消할 수 있는가

遺言者는 언제라도 이를 取消할 수 있는가. 일단 遺言을 한 후 다른 遺言 또는 契約 등으로 財産을 處分하는 등 이와 抵觸되는 行爲를 한다면 이를 取消한 것으로 보지 않는가. 또 受遺者에게 義務를 負擔시킨 경우에 受遺者가 그 義務를 履行하지 않으면 相續人은 遺贈을 取消할 수 있는가.

유언은 사망한 때로부터 효력이 발생하는 것이므로, 유언자는 언제라도 그 유언을 취소할 수 있다. 그러나 이를 취소함에는 유언서를 폐기하거나, 유언을 한 것과 동일한 방식으로 그 취소의 의사를 표시하는 것이다. 또 유언을 한 후 유언자가 다른 유언 또는 계약으로 이

에 저촉되는 행위를 하면 앞의 유언을 취소한 것으로 간주한다. 다만 유언은 대개 임종시에 하는 것이므로 유언의 취소 또는 유언에 저촉되는 유언이나 계약을 하는 사례는 아주 드물다.

負擔附遺贈의 경우에 수유자가 부담한 의무를 이행하지 않으면 상속인(계사상속인이면 계사상속인, 재산상속인이 1인이면 그 상속인, 계사상속인이 아닌 봉사자도 같음)이 그 유증을 취소할 수 있다.

第百八十 遺留分을 認定하는가

被相續人은 반드시 그 遺産의 全部 또는 一部를 相續人에게 남겨야 할 義務가 있는가. 만약 있다면 遺留하여야 할 財産의 價額은 어떠한가. 家督相續人과 遺産相續人 사이에 差異가 있는가. 또 각종 相續人 사이에 區別이 있는가. 만약 被相續人이 遺留分을 侵害하여 財産을 處分하면 어떻게 하여야 하는가. 예컨대 遺贈을 減殺하여야 하는가. 贈與는 어떻게 하는가. 그 減殺의 順序와 方法, 效力은 어떠한가.

조선에서는 상속인이 받아야 할 유류분에 대하여 확실한 관습이 없다. 그러므로 피상속인이 증여 또는 유증으로 그 유산을 감소한 경우에 실제 상속인이 승계하는 가액이 유산의 총액에 대하여 아주 작은 경우라더라도 상속인은 그 증여 또는 유증의 감쇄를 청구할 수 없다.

第二編 商 法

第一章	總
第二章	會
第三章	商行
第四章	海
第五章	海

第一章 總 則

第百八十一 商號에 관한 慣習은 어떠한가

商人이 商業上 使用하는 名稱이 있는가. 姓名[氏名]을 使用하더라도 商業上의 名稱으로 相續하거나 또는 營業과 함께 이를 讓渡할 수 있는가. 姓名 이외의 名稱을 使用한다면 가장 普遍的인 것은 어떤 것인가(예컨대 堂, 樓, 閣, 舍, 行, 號 따위). 他人은 同一한 營業을 위해 同一한 名稱을 使用할 수 없는가. 또 營業과 함께 이를 讓渡하면 다시 同一한 營業을 할 수 없는가, 또 同一한 名稱을 使用하지 않으면 營業을 하는 것은 무방한가. 만약 同一한 營業을 할 수 없다면 一定한 期限은 없는가. 위 어느 경우에도 同一한 營業을 할 수 없는 地域은 어떠한가.

조선인은 종래 商號를 쓰지 않고 商業上 언제나 姓名을 사용하며, 店鋪에도 다만 營業의 종류를 나타내는 명칭을 사용하는데 그치고, 동일한 업을 경영하는 자는 모두 같은 店鋪名을 사용하고 있다. 그 예로써 麻布, 木棉類를 판매하는 점포는 모두 布木廬이라 부르고 藥種商은 乾材局, 典當業體[質屋]를 典當局이라 부르는 것과 같다. 현재는 商號를 사용하는 예가 가끔 눈에 띄이지만, 이는 근래의 현상으로 商號에 대해서는 어떠한 慣習도 볼 수 없으며 또 營業讓渡 등의 慣習은 없다.

第百八十二 商業帳簿에 관한 慣習은 어떠한가

商人은 慣習上 어떤 帳簿를 備置하는가. 商業의 種類에 따라 差異가 있으면 그 差別은 어떠한가.

조선에서는 商人이 작성하여야 할 帳簿로서 관습상 일정한 것이 없다. 또 商人은 商業帳簿를 작성하여야 한다는 관습도 없다. 그러나 商人은 영업에 관한 帳簿를 작성하지 않는 것은 아니다. 그 種類 名稱 등이 반드시 일정하지는 않으나 보통 사용하는 것으로는 日記冊과 長冊이 있다. 日記冊은 매일의 거래 기타 영업에 관한 사항을 수시로 기입하는 帳簿를 말하며, 長冊이란 日記冊에 기입한 사항을 項目 또는 口座에 따라 각각 기입하는 각종 帳簿를 통칭하는 것으로 그 종류와 명칭은 사람에 따라 다르다. 그 보통의 사례를 들면 外上販賣[掛賣]를 기입하는 것을 外上長冊이라 하고, 外上買入[掛買]을 기재하는 것을 他給長冊이라고 하는 者가 있고, 上册·下册이라 하여 上册에는 現金販賣를 기재하고, 下册에는 外上販賣를 기입하는 자도 있고, 기타 物出入冊이라 하여 商品의 출입을 기재하고, 銘心錄이라 하여 假拂[時貸]·假借[時借]등 다른 帳簿에 기재하지 않는 사항을 기입하며, 去來冊이라 하여 金전의 지불과 수입을 기재하고, 賣出額을 기입하는 것을 放賣冊, 買入額을 기재하는 것을 買得冊이라 일컫는 등 모두 열거할 수 없다. 또 會計冊이라 하여 收支計算을 기입하는 帳簿를 備置하는 자도 많으며 특히 客主業을 경영하는 자는 대체로 到客記라 하여 荷主 또는 購入客[任入客]의 往來를 기입하는 장부를 항상 작성하고 있다. 이런 것들도 모두 總稱하여 長冊이라고 한다. 그리고 商業의 종류에 따라 帳簿의 종류와 명칭에 다소의 차이가 있지만, 본래부터 일정하지 않다. 또 帳簿作成方式, 保存期限 등에 대한 慣習이 없는 것은 말할 필요가 없다. 다만 실제적 필요로 이의 영구보존에 힘쓰며, 후일 분쟁이 발생할 경우 商人間에 장부의 기재를 대조하여 이를 해결하는 예가 많다고 한다.

第百八十三 商業使用인에 관한 慣習은 어떠한가

예컨대 支配人 또는 이와 類似한 者가 있는가. 만약 있다면 그 權限은 어떠한가. 또 番頭·手代 등의 權限은 어떠한가. 또 商業使用人の 雇傭契約에 대한 特別한 慣習이 있다면 그 慣習은

어떠한가.

商業使用人에는 差人, 書記, 使喚의 세 종류가 있다. 差人은 主人을 代身하여 營業상의 행위를 하는 자로서 店舖에서 집무하거나 또는 지방에 파견되는 者이다. 그 권한은 관습상 일정치 않아서 모든 營業을 擔當하는 자, 또는 일일이 主人의 지시를 받아 행위하는 자, 또는 특정행위를 할 권한을 위임받는 자가 있다. 그런데 差人은 裁判上 당연히 主人을 대리하거나 또 差人 이외의 商業使用人을 雇傭하거나 解雇하는 권한은 없다. 差人은 報酬로서 정기적으로 定액의 급여를 받거나 매년말에 이익의 배당을 받는 경우도 있다. 또 主人이 衣食을 지급하는 일도 있고 이를 직접 마련하는 자도 있어서 반드시 일정하지 않다. 書記는 記帳과 計算의 事務擔當者로 衣食을 받고 또 급여도 받는 것을 통례로 한다. 使喚은 營業에 관한 雜務에 使役되는 자로서, 또한 의식과 급여를 받는 것이 상례로 되어 있다.

商業使用人의 雇傭契約에는 특별한 관습이 없고, 다만 使喚의 경우 충실한 자는 相當年齡에 이른 후 差人이 되는 경우가 있으며, 또 差人이 오래동안 主人家를 위해 일한 경우에는 상당한 자금을 주어 독립시켜 주는 일도 있으나, 이는 본래 主人의 의사에 의할 뿐이다.

第百八十四 代理商에 관한 慣習은 어떠한가

예컨대 그 權限은 어떠한가. 또 이 契約을 當事者 雙方이 언제라도 이를 解止[解除]할 수 있는가.

조선에는 종래 代理商이라고 볼 수 있는 것이 存在하지 않았다.

第二章 會 社

第百八十五 會社에 관한 慣習은 어떠한가

예컨대 그 種類는 어떠한가(合名會社, 合資會社, 株式會社 등). 또 어떠한 營業을 目的으로 하는 것이 가장 많은가. 自由로 이 이를 設立할 수 있는가, 또 官許를 받지 않으면 이를 設立할 수 없는가. 만약 營業의 種類에 따라 다르다면 그 差異는 어떠한가. 社員總會에 관한 慣習은 어떠한가. 社員은 全部 無限責任인가, 만약 有限責任인 者가 있다면 그 者의 權利 義務는 어떠한가. 社員의 權利를 證券에 記載하여 그 讓渡를 便利하게 하는 慣習이 있는가. 만약 이것이 있다면 그 讓渡는 반드시 그 證券에 記載하는 등의 節次가 없는가. 이 境遇에는 각 證券의 金額은 均一한가, 아닌가. 만약 均一하다면 그 金額은 얼마인가. 社員總會 외에 監査 등 機關이 없는가. 社債 또는 이와 類似한 것을 認定하는가. 定款의 變更에 관한 慣習이 없는가. 官이 會社의 解散을 命할 수 있는가. 社員이 一人으로 되면 會社는 解散하는 것은 물론이지만 二人 이상이어도 一定한 數로 減少하면 解散하는 慣習이 없는가. 기타 解散에 관한 慣習이 없는가. 위 事項 외 에 組合에 관한 慣習과 同一한가. 만약 그렇지 않다면 그 差異는 어떠한가. 또 會社의 種類에 따라 差別이 있으면 그 差別은 어떠한가(組合[第101問]).

종래에는 회사를 설립하여 상업을 영위하는 예가 없었기 때문에 이에 관한 관습을 기록한 것은 없다. 근래 繁華地에 회사가 더러 설립되고 있으나 그 수가 많지 않다. 이에 會社令施行 이전의[1912년판]

既設會社 2~3個를 보기로 한다.

우선 京畿道 開城에는 織物·綿絲와 外國產物의 輸入을 목적으로 하는 合名組織의 會社가 있다. 官許를 받지 않고 설립된 것으로 사원은 모두 無限責任이 있다. 또 慶尙北道 慶州에는 光武 6年(1902)에 설립한 蠶桑合資會社가 있다. 養蠶과 桑의 栽培를 목적으로 하고 있으며, 명칭은 合資會社이지만 全社員이 有限責任으로서 無限責任을 지는 자는 없다. 持分은 1口座 10圓으로 하여 125口座로 分配, 資本額 1,250圓이다. 설립당시에는 官許를 받지 않은채 年 2回 정기총회를 개최하고 決算보고·임원선정·사업방침 등을 議定한다. 證券을 발행하고 持分讓渡時에는 新舊證券을 交換하며, 任員은 社長, 副社長, 總事務員, 事務員, 會計員 등이다. 定款이 있어 그 變更은 社員總會에서 이를 결정하고, 총회는 총사원의 1/10 以上 出席하지 않고는 開議할 수 없다. 기타 지분의 상속·결의방법·잔여재산의 분배 등은 組合[第101問]에서 서술한 同事와 큰 차이가 없다.

또 慶尙南道 蔚山에는 韓·日 兩國人 공동경영의 株式組織의 漁業會社가 있다. 또 草梁에도 약 10년전 會興社라는 것이 설립되었는데, 자본금이 2,800圓이고 14人의 社員이 각각 200圓을 출자하여 창업을 경영하여 貨物의 保管料를 받는 것을 목적으로 하였다. 그 설립은 官許를 받지 않았고 매년 1회의 총회를 개최한다. 사원은 모두 무한책임을 지고 持分은 별도로 證권을 발행하지 않고, 그 讓渡는 총사원의 동의를 요하고 양도할 경우에는 사원명부에 기재한다. 임원에는 총무 1명, 간사 1명, 고문 1명이 있다. 정관을 작성하였으며, 그 변경은 총사원이 출석한 총회에서 이를 의정한다. 다른 점에 대해서는 同事와 다른 점이 없다.

또 全羅南道 務安에는 조사당시에 木浦商業株式會社가 設立請願中이었으나 설립된 것은 없다. 또 全羅南道 光州에는 光武 10年(1906) 8월에 설립한 木物, 皮鞋, 扇子, 油物, 鐵物 등 物貨製造에 관한 업무를 목적으로 하는 合資光州工業會社가 있는데, 사원은 6명으로 자본금 6,000圓, 각 사원 2구좌를 갖고, 무한책임을 지는 사장 1명, 총무

1명, 사무원 1명을 둔다. 만약 사장 이하의 임원이 회사에 損害를 끼쳤으면 이를 倍加하여 辨償할 책임이 있었다. 또 光州株式蠶農社가 있는데 隆熙 2年(1908) 1월에 발기하여 잠농개량을 목적으로 하고 자본금 2,000圓을 400株로 분할, 每株 5圓으로 하여 株金の 納入은 1회에 전부를 완불케 하였다. 사원은 유한책임을 지며, 부득이한 경우에는 소유 부동산의 반액이하를 담보로 하여 社債를 발행할 수 있다. 년 2회의 총회를 개최하고, 임원은 사장 1인, 부사장 1인, 간사장 1인, 재무원 1인, 회계원 1인, 사무원 1인이다. 사장은 회사를 대표하고 사원의 임의탈퇴를 허용하되, 지분은 회사가 몰수하는 것으로 되어 있다. 기타 平壤에 砂器製造株式會社가 있고, 역시 1~2개의 회사라고 불리는 것도 있었으나 同事에 지나지 않는다.

회사의 설립에 대해서는 종전에도 출원하면 폐해가 없는 것에 한정하여 일정한 조건하에 認許를 해주는 방침이었으나, 會社令 시행후부터는 모두 認許를 필요로 하고 있다.

회사의 설립에 대해서는 법인[第9問] 이하에서 언급한 것과 같이 폐해가 없는 것에 한정하여 일정한 조건하에 認許를 하는 방침이었다. 그렇지만 지난 2년간에 인허를 한 회사는 合名, 合資, 株式의 3종류로 아직 株式合資會社에 속하는 것은 없는 듯하고 그 수는 아주 적다.

第三章 商行爲

第一百八十六 商人이 契約의 請約을 받고서 즉시 承諾與否를 通知하지 않으면 承諾한 것으로 看做되지 않는가

예컨대 평소의 去來處로부터 營業上 契約의 請約을 받고 바로 그 請約에 응하지 않는 趣旨를 答하지 않으면 承諾한 것으로

것으로 看做하는 慣習이 있는가.

조선에서도 근래에 郵便·電信 등 通信의 便宜가 열려 상업상의 통신은 이러한 기관에 의존하는 예가 많다. 그러나 옛날에는 特使를 보내거나 步行軍에 信書를 託送하고, 신서를 수취하는 자는 그 使者에게 답장을 교부하는 것이 상례이었다. 따라서 계약의 청약을 받고도 어떠한 회답을 하지 않는 경우는 매우 적었다. 만약 청약을 받은 자가 승락여부를 통지하지 않으면 오히려 청약을 拒絶한 것으로 看做하는 것이 관례이다. 그래서 청약자는 상대방의 可否通知가 到達하는 데 필요한 기간을 경과한 후에는 청약이 거절된 것이라고 간주하여, 지연된 승락통지의 효력을 인정하지 않을 수 있다. 이 관습은 평소 거래관계가 있는 상인간에서도 마찬가지다. 다만 청약을 한 자가 遲延된 승락의 효력을 인정하고 계약을 成立시키는 것은 무방하다.

第百八十七 商人이 金錢을 貸借 또는 代納하였을 때 利子を 請求할 權利가 있는가

商人間的 貸借 또는 營業上 代納의 경우 가령 특별한 契約도 없이 利子を 請求할 수 있는가, 만약 그렇다면 그 利率은 어떠한가.

조선의 관습에는 금전을 貸借·代納[立替] 등을 한 경우에 이자에 관한 特約이 없는 한 원칙적으로 이자를 청구할 수 없음은 이미 기술하였다. 그런데 상인간, 비상인간 또는 상인과 비상인간의 대차 또는 대납에 따르는 구별이 없더라도 어떤 종류의 상인과의 사이에서의 거래, 예컨대 客主와 客主 또는 客主와 다른 상인간의 금전의 대차·대납 등에는 가령 特約이 없을 경우라도 이자를 지급하는 것이 관례이며, 그 특약이 없는 것을 이유로 이자의 지급을 거절할 수 없다. 그리고 이율은 당시의 보통이율에 따른다고 한다.

第百八十八 相互計算[交互計算]에 관한 慣習은 어떠한가

二人 사이에 一定期間内の 去來에서 생기는 債權·債務의 總額에 대하여 이를 相計하고 그 殘額의 支拂을 約定하는 경우가 없는가. 만약 있다면 그 通常의 期間은 어떠한가. 또 特約이 없어도 計算終了日로부터 利子を 算定하지 않는가. 이러한 契約의 경우에 當事者 雙方이 언제라도 解除할 수 있는 등의 慣習이 없는가.

조선에서도 상시 계속적으로 거래하는 상인간에는 일정한 기간을 정하여 그 사이에 발생하는 債權·債務의 總額에 대하여 相計를 하고, 그 殘額만을 지급하도록 하는 예가 있다. 그 기간은 1년, 6개월, 3개월인 것이 있고, 짧은 것으로는 1개월마다 계산하는 등 반드시 일정하지 않다. 그리고 이러한 특약을 함에는 相互信用이 있는 경우에 한하므로, 당사자 쌍방이 언제든지 해약할 수 있다. 또 이자는 계산전에는 물론, 계산후에도 이를 貸借로 바꾸어 이자를 약정할 경우 외는 이를 산정하지 않는 것이 통례이다. 그렇지만, 客主와의 거래에서는 거래일부터 이자를 산정하고, 계산후에는 그 잔액에 대하여 이자를 산정하는 것이 관례라고 한다.

第百八十九 匿名組合에 관한 慣習이 있는가

當事者の 一方이 다른 一方을 위해 資本을 出資하고 그 營業에서 생긴 利益을 分配할 것을 約定하는 예가 없는가. 만약 있다면 當事者는 언제라도 契約을 解除할 수 있는가. 一定期間을 約定하였다면 그 期間内에는 절대적으로 羈束되는가. 營業者가 死亡하거나 精神病에 걸렸을 경우에 契約은 終了하는가.

조선인은 원래 상업을 賤待하는 氣風이 있어서 공연히 상업을 영

위하는 것을 수치스럽게 생각하여, 私的으로 자본을 대어주고 타인으로 하여금 상업을 경영하게 하는 예가 적지 않다. 이러한 경우에는 資本供給者는 영업주가 되며 그 영업은 資本主의 計算이며, 표면상의 영업자는 실제로는 使用人으로서, 영업의 자본은 본래 자본주의 재산이기 때문에 그 손해는 자본주 부담으로 돌아온다. 영업자는 그 이익의 일부를 보수로 받는데 불과하다. 외부에 대해 직접 권리를 취득하고 의무를 지는 자는 영업자이지만 裏面으로는 자본주가 그 권리·의무를 갖는 것으로, 자못 匿名組合과 유사하다. 그리고 이런 종류의 계약관계에서는 당사자는 언제든지 해약을 할 수 있고, 특히 계속기간을 정하는 예는 없다. 자본주의 死亡이 곧 契約終了의 원인이 되지는 못하나, 영업자의 사망·精神喪失 등의 경우에는 계약은 당연히 종료되고 그 계승자 또는 후견인에게 이를 계속시키느냐 않는냐는 자본주가 임의로 결정할 수 있다.

第百九十 仲介業에 관한 慣習이 있는가

他人間의 去來를 仲介하는 것을 職業으로 하는 者<仲介人>가 있는가. 만약 있다면 그 權利·義務는 어떠한가. 예컨대 仲介人은 當事者의 一方이 누구인가를 相對方에게 알려야 하는가. 만약 알리지 않았을 경우 相對方에 대한 責任은 어떠한가.

조선에는 居間이라는 것이 있는데, 이는 타인간의 거래를 仲介하는 것을 직업으로 하는 자를 말한다. 그들은 상거래를 중개할 뿐 아니라, 土地家屋의 賣買·貸借·典當 등의 중개까지도 하고 있다. 그리고 居間은 이를 專業 또는 副業으로 하는 자도 있으며, 또한 상거래만을 하는 자도 있고 그렇지 않는 자도 있다. 시장에서 이를 경영하는 자, 客主의 點포에서 경영하는 자가 있는데, 누구나 口錢, 즉 중개료[手數料]를 얻을 목적으로 하며, 구전의 비율은 일정치 않다. 서울에서는 대개 거래액의 1~2/100라고 하지만 실제로는 다양하다. 당사자 일방으로부터 이를 수취하기도 하고 또는 쌍방으로부터 수취하

기도 하나, 賣渡人으로부터 수취하는 것을 通例로 한다. 대부분의 경우는 상거래 終了時에 받는 것이 통례이지만, 계약성립과 동시에 받는 경우도 없지는 않다.

居間이 거래를 중개함에는 당사자의 일방이 어떤 사람인가를 상대방에게 알려 주는 것이 통례이다. 그 중개의 방법은 상대방이 확실함을 보증하여 이를 하거나, 또는 단순히 이를 소개하는 것에 불과한 것도 있다. 상대방의 확실함을 보증한 경우에는 당사자 일방에 대해 상대방이 의무를 불이행하였으면 그 책임을 지는 것은 물론이지만, 단순히 소개를 한 경우에는 어떠한 책임도 지지 않는다. 그러나 때로는 당사자의 일방이 누구인가를 알리지 않는 경우도 있어, 이런 경우에는 居間은 다른 당사자 일방에 대해 스스로 당사자가 되는 등의 책임을 지지 않을 수 없다.

居間은 장부를 비치하는 예가 있지만, 관습상 이를 비치해야 할 필요는 없다. 또 당사자가 바로 이행하지 않는 경우라도 특히 서면을 작성하여 각 당사자에게 교부하는 관행은 없다.

또 서울(平壤에도 있음)에는 집주름[家儻; 가괘]이라는 것이 있는데, 家屋의 賣買·典當·貸借의 중개를 하는 직업이다(數地에 대해서도 동일하다). 집주름으로 되기 위해서는 과거에는 아무런 절차가 필요치 않았으나, 開國 502年(1893) 이래 漢城府의 認許를 받아야 하는데, 漢城府에서는 出願에 依해서 그 身元을 조사한 후 상당하다고 인정한 자에 한하여 認可를 부여하였다고 한다[단 明治 43年(1910年) 9月 이후 이 제도를 폐지하여 자유로운 영업으로 함; 1912년판]. 그 認許證은 일반에서는 帖帳이라고도 부르며 그 樣式은 <표 190>과 같다.

집주름은 일정한 사무소를 두는데, 이를 福德房이라 한다. 대개 몇 사람의 공동사무소로 서울에 거의 100개소가 있고, 집주름의 수는 500명에 이른다고 한다. 그리고 집주름이 영업행위를 하는 구역에는 특별한 제한이 없으며, 중개에 의해 家屋의 賣買, 貸借, 典當 등이 성립된 경우에는 賣買證書에 證人으로써 連署하고 겸하여 保證의 책임을 지기도 한다. 그 수수료는 口錢이라 하고 매매의 경우에는 매도인

및 매수인으로부터 각각 대금의 1/100, 즉 합계 2/100를 받고, 典當의 경우는 典當權設定者로부터 1개월분의 이자를 받으며, 또 貸借와 傳貰의 경우에는 대주와 차주로부터 貰金의 1/100(주 1/200 한쪽에서)을 받는 것이 관례이며, 月貰의 경우에는 그 액수가 일정치 않아서 貰金 1개월분의 2/10 내지 5/10를 받는 것이 통례이다(「家契發給規則」第2條 買主는 賣主 及 家僮와 連書하여 供히 出願하고 前家契를 添附하여 請求를 提出함이라, 「典當舖規則」第10條 “不動產契券을 典當할 時는 該契券이 土地는 保證이며 家舍는 家僮로 連書하여 該地方 官廳에 請求하여 許可를 得한 後에 典用하며 [하략]” 참조).

〈표 190〉 집주름 帖帳

漢 城 府 判 尹 年 月 <input style="width: 20px; height: 15px;" type="text"/> 日	漢 城 府 爲 成 帖 寬 仁 坊 家 僮 兼 洞 任 姓 名	中 署
---	--	--------

第百九十一 委託賣買〔問屋〕에 관한 慣習은 어떠한가

問屋과 委託者의 關係와 함께 問屋의 相對方에 대한 權利·義務는 어떠한가. 예컨대 相對方이 債務를 履行하지 않은 경우 問屋의 委託者에 대한 責任은 어떠한가. 또 問屋은 스스로 買受人 또는 賣渡人이 될 수 있는가. 만약 가능하다면 이 경우에도 手數料를 請求할 수 있는가.

조선에는 客主 또는 旅閣이라고 하는 日本의 問屋營業에 상당하는 것이 있다. 그리고 客주와 여각의 구분은 다만 전자는 모든 상품을 취급하고, 후자는 鹽·漁·海藻 등 주로 海產物을 취급하는 점에서 다를 뿐이다(旅閣에서 米穀을 취급하는 수도 있다).

問屋의 營業은 상품을 委託賣買하는 것으로 조선에서도 상품거래는 대개 客주 또는 여각의 손을 거치는데, 客주 또는 여각이 受託하여 상품의 매매를 하는 경우에 自己名義로 하고 상대방과의 관계에서는 스스로 권리를 취득하고 의무를 부담하며 위탁자와는 대개 대리관계에 있는 것이다. 그러므로 客주 또는 여각이 수탁품을 매각한 경우에는 상대방에 대해서는 매도인의 지위에 있더라도 위탁자에 대해서는 대리인과 동일한 관계에 있고, 또 위탁에 의해 물품을 매입한 경우에는 상대방에 대해서는 매수인의 지위에 있더라도 위탁자에 대해서는 이 역시 대리인과 동일한 관계에 있는 것이다. 따라서 만약 위탁자가 채무를 이행하지 않으면 客주는 상대방에 대해서 이행의 책임이 있고, 또 상대방이 채무를 이행하지 않으면 위탁자에 대하여 客주 스스로 그 채무를 이행해야 한다. 또 客주가 수탁으로 물품을 판매·매입함에는 時價를 표준으로 한다. 위탁자에게 유익한 거래를 하였더라도 가령 客주가 위탁자가 지정한 금액보다 廉가로 판매하거나, 고가로 매입하는 경우에는 만약 위탁자가 이를 인정하지 않으면 그 차액을 부담해야 하는 것은 물론이다.

客主의 수수료는 客주와 위탁자 사이에 특히 약정하거나, 또는 客

주가 미리 그 비율[保率]을 정해서 점포에 게시하기도 한다. 그 비율은 반드시 일정하지 않으나 대개 代價의 1/100 내지 5/100가 된다
(지방에 따라서는 商業會議所 또는 客主旅團業者 간에 일정하기도 함).

객주는 스스로 매수인 또는 매도인이 되기도 한다. 이 경우에는 指定價格 혹은 時價에 따르는 경우가 많으나, 위탁자와 그 대가를 협정하거나 또는 스스로 그 액수를 정하기도 하여 반드시 時價에만 따를 필요는 없다. 口錢은 다른 경우와 같다.

第九十二 運送人에 관한 慣習은 어떠한가

예컨대 運送人의 責任은 어떠한가(日本「商法」第323條 참조). 또 貨幣 또는 高價品에 대해서는 送荷人이 物件의 種類와 價格을 명확하게 告知하지 않으면 運送人은 責任을 지지 않는 慣習이 있는가.

조선에서는 종래 운송업을 專業으로 하는 자가 거의 없고, 대개 客主 또는 旅團이 이를 겸업하였다. 운송을 취급하는 객주 또는 여각은 自己 또는 被用人의 과실로 인하여 荷主에게 입힌 손해를 배상할 책임이 있음은 물론이지만, 운송인의 과실로 인한 손해는 직접 그 책임을 지는 관습은 없고, 하주는 운송인에게 이를 청구한다. 또 화폐 또는 고가품에 대해서는 하주가 이를 明告하지 않았을 때에는 그 책임을 지지 않는다는 것이 통설이다(철도개통 이래 沿道各地에 운송취급을 전업으로 하는 자를 보게 되었으나 아직 관습은 형성되지 않았다).

第九十三 物品運送에 관한 慣習은 어떠한가

예컨대 運送狀과 貨物相換證 등이 있는가(日本「商法」第332條, 第333條 참조). 運送品이 不可抗力으로 滅失한 경우 運送人은 그 運賃을 請求할 수 있는가. 運送人의 責任은 어떠한가(日本「商法」第337條 참조). 또 貨幣 또는 高價品에 대해서 送荷人이 그 種類와 價格을 明告하지 않은 경우 運送人이 責任을 지지 않는 등의 慣習은 있는가. 二人 이상의 運送人이 順次로 運送을 한 경우에 그 각자의 責任은 어떠한가. 또 送荷人은 運送의 中止·運送品の 返還 등의 處分을 請

求할 수 있는가. 運送人의 責任은 受荷人이 異議없이 運送品을 受領하고 運賃을 支給한 때에는 消滅하는가(海運[第204問]).

종래에는 客主 또는 旅閣이 부업으로 물품운송을 하는 일이 많았으나, 陸上物品運送을 전업으로 하는 자는 거의 없고, 겨우 河川運送業者가 있는 것에 불과하였다.

送荷人이 운송을 위탁한 경우에는 受荷人 앞으로 서간을 운송인에게 託送하고, 그 서간에는 물품의 종류, 수량, 가액 등을 기재하는 것이 통례이다. 그리고 운송인은 하송인에게 운송품의 종류, 수량, 목적지, 운임 등을 기록한 서면을 교부하는 것이 통례인데, 이를 掌記 또는 都錄이라 한다. 그러나 이와 상환하여 운송품을 수하인이나 타인에게 교부하는 관습은 없다. 운임은 그 반액을 先拂하고 도착한 후 그 잔액을 지불하는 것을 통례로 하지만, 전부 선불하거나 또는 도착한 후 지불하는 등 반드시 일정하지 않다. 운송품의 전부 또는 일부가 天災 등 不可抗力으로 멸실한 경우에는 운송인은 그 비율에 따라 운임을 감액하기도 한다. 또 운송인이나 그 사용인의 과실 또는 고의로 운송품을 멸실·훼손한 경우에는 운송인은 배상할 책임을 진다. 그렇지만 화폐 등 고가품에 대해서는 송하인이 특히 이를 明告한 경우가 아니면 운송인은 멸실·훼손에 대한 책임을 지지 않는다. 그리고 2인 이상이 순차로 한 경우에는 운송품의 멸실·훼손을 발생시킨 운송인이 책임지는 것이 물론이나, 송하인은 운송을 위탁한 운송인에 대하여 배상을 청구할 수 있다. 또 운송인은 운송의 중지, 운송품의 반환 등의 처분을 청구할 수 있다. 그리고 운송인의 책임은 하수인이 異議없이 운송품을 수령하고 운임을 지불하면 당연히 소멸한다.

第百九十四 旅客運送에 관한 慣習은 어떠한가

예컨대 旅客運送人의 責任은 어떠한가. 그 중 旅客의 手荷物에 대한 責任은 어떠한가.

종래 여객의 운송을 직업으로 하는 자는 겨우 通船業者가 있을 뿐이므로, 그 여객에 대한 책임에 대해서는 관습상 특별히 정한 바 없다. 또 여객의 수하물은 여객 스스로 이를 휴대하여 간수하는 것으로, 운송인은 이에 대해 아무런 책임을 지지 않는다. 그러나 근래 교통기관의 정비와 함께 점차 이러한 영업을 하는 자가 생겨 운송인은 惡意 또는 重大한 過失로 여객에게 손해를 발생시켰으면 배상할 책임을 지고, 또 여객으로부터 위탁받은 수하물은 특별한 운임을 받지 않았더라도 물품운송인과 동일한 책임을 지는 경향이 생겼다.

第百九十五 寄託物에 대한 慣習은 어떠한가

旅店, 飲食店, 沐浴場 등 손님의 集來를 目的으로 하는 業者는 손님이 寄託한 物品에 대해 어떤 責任을 지는가. 또 손님이 携帶한 物品에 대해서는 어떠한가. 또 貨幣나 高價品에 대해 손님이 種類와 價格을 明告하지 않은 경우, 業者의 責任에 대한 慣習은 어떠한가.

손님의 集來를 目的으로 하는 업소로는 酒家〈居酒屋〉·步行客主〈旅人宿〉·馬房〈馬夫宿〉과 음식점 정도이며, 목욕장은 종래 전혀 없던 것으로 근래 생긴 것이다. 그리고 이러한 업자는 손님의 휴대품에 대해서는 가령 도난 등의 사유로 亡失·毀滅하더라도 조금도 책임을 지지 않는다. 다만 손님으로부터 특히 위탁받은 물품에 대해서만 天災 기타 불가항력의 경우 외에는 책임을 진다. 그렇지만 화폐 등 고가품에 대해서는 손님은 그 품목, 가액 등을 明告하여 위탁해야 하며, 만약 이를 명고하지 않은 경우에는 영업자는 책임지지 않는다.

第百九十六 倉庫業에 관한 慣習은 어떠한가

他人의 物品을 倉庫에 保管하는 것을 營業으로 하는 者가 있는가, 만약 있다면 倉庫證券〔預證券〕 등은 없는가. 倉庫業者의 責任은 어떠한가. 保管期間을 정하지 않은 경우에는 倉庫業者

는 保管物을 返還할 수 없는가.

과거 조선에는 專業으로 창고업을 영위하는 사람은 거의 없고, 대개 客主 또는 旅閣이 겸업하였다. 그러나 근래에는 드물지만 이를 전업하는 자가 있다. 예컨대 慶尙南道 東萊府에는 會社[第185問]에서 기술한 會興社라는 창고회사가 있다. 또 全羅南道 全州에는 창고업을 하는 곳이 2戶가 있고, 또 서울에는 光武 9年(1905) 9月 度支部令 第14號 「共同倉庫章程」에 의하여 설립한 漢城共同倉庫株式會社가 있고, 忠淸南道 江景에는 그 출장소가 있으며, 그 밖에 忠淸北道 永同, 全羅南道 務安에도 이러한 영업을 하는 자가 있다고 한다. 그리고 창고업을 영위하는 자는 이를 전업으로 하는 경우와 客主가 겸업을 하는 경우를 불문하고, 倉庫證券[預證券]으로 볼 수 있는 증권을 기탁자에게 교부하는 관례가 있다. 客主가 작성하는 것은 통례로 掌記라 하고 倉庫專業者가 작성하는 것은 任置票 또는 積置票라 하여 수탁물의 품목, 수량, 수탁의 문언, 작성년월일 등을 기록하고 수탁자가 기명날인을 하는 것이 보통이다. 드물게 包裝[荷造]의 종류, 보관장소, 보관료, 보관기간 등을 기재하는 것도 있다. 또 대체로 기탁자 명의를 기재하지만 이를 기재하지 않는 예도 있다. 특히 共同倉庫會社의 任置證券에는 기탁자, 품명, 갯수, 번호, 포장종류, 총량, 한 개의 평균량, 입고일, 보관기간, 보관장소, 보관료, 화재보험 등을 기입하여 任置證券임을 표시한다. 또 그 指圖證券임을 나타내는 문언을 기재하고, 수탁자가 기명날인하는 등 아주 상세하다.

保管期間은 이를 정한 것도 있고, 정하지 않은 것도 있다. 보관기간을 정하지 않는 경우에는 수탁자, 기탁자 모두가 언제든지 반환할 수 있으며, 또 반환을 청구할 수 있다. 보관기간을 정한 경우에도 기탁자는 임의로 그 반환을 청구할 수 있고, 또 在庫 그대로 처분할 수 있다. 그러나 수탁자는 그 기간내에는 그 물품을 반환할 수 없다.

保管料는 庫費 또는 庫稅라 칭하여 왔으나, 근래에는 보관료라고 부르는 경우도 있다. 漢城共同倉庫株式會社에서는 수탁자가 기간만료

후 출고하지 않고 또 계속기탁의 절차를 이행하지 않을 때에는 이후 2배의 보관료를 청구할 수 있다는 내용의 約款을 두고 있다. 수탁자의 보관에 대한 책임은 천재 기타 불가항력으로 인한 보관물의 멸실 훼손에 대해서는 어떠한 책임도 지지 않지만, 도난 등 과실로 인한 망실 훼손에 대해서는 책임을 진다.

第四章 어 음

第九十七 어음에 관한 慣習이 있는가

어음이 있다면 그 種類와 記載事項은 어떠한가. 또 그 流通方法은 어떠한가. 發行人 기타 署名者의 責任은 어떠한가, 引受 또는 이와 관련있는 者가 있는가. 어음의 支給이 없으면 어떻게 하는가.

조선에는 종래 어음(於音)이라는 것이 있는데, 한편 馭驗이라고도 표기한다. 어음은 금전지급을 약속하는 증권[票券]으로서 물건의 댓가를 지급해야 할 경우에 작성 교부하는 것이다. 또 차용금에 대해서도 이로써 차용증서인 手票를 대신하기도 한다. 그 양식은 거의 일정한데, 대개 장방형의 작은 종이를 사용하여 중앙에 債務額과 支給約束을 기재하고, 左上部에 作成年月日, 下部에 債務者의 姓名을 기재하고 捺印하는 것이 보통이다. 때로는 채무액과 지급약속 사이에 지급기일을 기재하기도 한다. 우측에 채권자의 성명을 기재하는 것도 있고 (불기재가 보통이다), 간혹 채무의 원인을 기재하기도 한다. 과거에는 중앙을 兩斷하여 채무자의 기명 있는 한쪽을 채권자에게 교부하고, 다른 한쪽은 채무자가 보관하는 관례가 있었다. 그러나 근래에는 절단하지 않고 全紙 그대로 채권자에게 교부한다(채권자와 원인을 기재하던 옛날에는 오직 채무자의 비교에 불과하였다. 이는 어음을 양단하여 그

부분을 채무자가 보존하여 증거로 삼아 장래 있을 異議를 막기 위해서이다. 그러므로 이를 記名式으로 할 수 없다.

어음에 지급기일을 기재한 경우에는 그 기일 또는 그 후에 지급을 청구할 수 있음은 물론이나, 지급기일을 기재하지 않았을 경우에는 언제라도 지급을 청구할 수 있다. 그리고 지급기일은 대개 1市間(5일간, 즉 6일째) 또는 2市間으로 하고 길어도 1개월을 넘기는 예는 거의 없다고 한다.

어음의 讓渡는 채권자 성명의 기재여부를 불문하고, 어음의 交付로 그 효력을 발생하며 背書하는 관습은 없다. 그리고 양도에는 채무자의 승낙을 요하지 않는다고 하나, 양수인은 이를 일단 채무자에게 제시하고 채무자가 작성 교부한 것인지 여부와 기한에 이르러서 지급여부를 확인하는 것이 통례이다(이를 踏音이라 하며 드물지만 채무자에게 어음의 여백이나 이면에 날인시키기도 한다). 만약 채무자가 그 성립을 부인하거나 지급을 거절하면 양수인은 이를 양도인에게 반환하고 그 양수를 취소할 수 있다. 이와 같이 하여서 어음은 순차로 전전하지만 지급기일이 그리 길지 않기 때문에 1~2회 정도의 양도에 그치는 것이 통례이다. 그리고 양도를 금지하는 예는 전혀 없다.

기한이 되어 어음의 소지인이 지급을 청구하는 경우에는 어음을 채무자에게 제시하고 이와 교환하여 지급받는다. 이 경우에 채무자는 踏音節次를 거치지 않는 것을 이유로 지급을 거절할 수 없다. 또 일부의 변제라도 소지인이 이를 거절할 수 없다. 어음의 지급을 받으면 영수증을 교부하거나 어음에 이를 기입하는 것이 관례이다. 그리고 채무자가 지급하지 않으면 소지인은 직접 양도인에게 지급을 요구할 수 있지만, 만약 직접 양도인이 지급을 하지 않으면 그 전양도인에게 청구할 수 없다. 양도인이 지급한 경우에는 그 양도인은 다시 어음을 그에게 직접 양도한 자에게 청구하여 결국 채무자에게 소급되는 것이다. 그러나 기한후의 이자를 청구하는 관습은 없다.

어음의 引受 또는 擔保에 대해서는 특별히 관습으로 볼 만한 것이 없다.

어음을 典當의 목적으로 하려면 이를 債權證書인 手票에 첨부하여 채권자에게 교부하고, 또 수표가 없을 경우에는 어음만을 교부한다

(채무자의 승락을 요하지 않고 또 踏팔을). 그런데 채권의 기한이 도래하여 채무자가 채무를 변제하지 않으면, 典當權者는 직접 어음의 지급을 청구할 수 있고, 그 지급을 받았으면 초과액은 이를 채무자에게 반환하고 부족액은 이를 추징할 수 있지만, 처음부터 액면상 채권액에 부족한 어음을 전달하지 않는다.

어음 외에 별도로 換簡이라는 것이 있는데, 이는 금전지급을 위탁하는 手簡이다. 예컨대 부산사람이 서울에서 수취할 금전을 부산까지 휴대하는 불편을 덜기 위해, 이를 서울의 客主에게 기탁하여 부산의 客주명의로 換簡을 받아 부산에서 현금을 수취하는 것이다. 또 서울 상인 甲이 인천 상인 乙로부터 받을 금전이 있고 동시에 丙에게 금전을 지급할 필요가 있을 경우, 乙로 하여금 이를 丙에게 지급하게 하기 위해서 乙名義의 換簡을 작성하여 丙에게 교부하는 예가 있다. 환간은 항상 封書로 하는데, 단순히 서간만을 봉입하는 경우와 서간 외에 어음을 봉입하는 경우가 있다.(어음을 봉입한 경우에는 환간에 의해 지급할 자는 어음의 수취인이 된다. 대개는 換簡作成者가 受信人에게 채무가 없으면 봉입한다). 또 지급에 기한을 정하는 것과 정하지 않는 것이 있다. 기한이 정하여진 것을 有期換이라 하고 기한이 정해지지 않는 것을 無期換이라 한다.

換簡을 수취하는 자는 기한이 정해진 경우에는 기한도래후, 또 기한이 정해지지 않은 경우에는 언제라도 이를 기명인에게 제시하여 그 지급을 청구할 수 있다. 만약 지급인이 지급을 거절하였을 때에는 봉투에 「退」字를 쓰고, 날인하는 관례가 있는데, 이 경우에는 換簡受取人은 換簡作成者인 채무자에 대하여 그 금액과 비용을 변상시킬 수 있다. 그리고 환간의 양도는 그 예가 많지는 않으나 교부 양도를 인정하고 또 양도인에게 소급하여 상환을 청구할 수 있다.

어음과 換簡의 양식은 <표 197>과 같다.

이상은 종래 통용해 온 어음이고, 光武 10年(1906) 「手形條例」 제정후 서울 등 변화지에서는 다소의 換어음, 約束어음, 手票 등이 유통되고 있으며, 더욱이 「同條例」에서는 어음의 流通을 禁止시켰지만 실제로는 아직도 그대로 행해지고 있다.

〈표 197-1〉 어음

<p style="text-align: right;">一</p> <p style="text-align: center;">錢文幾 ㊦ 兩出次</p> <p style="text-align: center;">何</p> <p style="text-align: center;">某 ㊦</p>	<p style="text-align: right;">二</p> <p style="text-align: center;">錢文幾 ㊦ 兩出給印</p> <p style="text-align: center;">年 月 日</p> <p style="text-align: center;">何 何</p> <p style="text-align: center;">某 ㊦ 某條</p>	<p style="text-align: right;">三</p> <p style="text-align: center;">錢文幾 ㊦ 兩何月何日出給事</p> <p style="text-align: center;">何</p> <p style="text-align: center;">某 ㊦</p>	<p style="text-align: right;">四</p> <p style="text-align: center;">錢文幾兩何月何日出給次</p> <p style="text-align: center;">年 月 日</p> <p style="text-align: center;">何 何</p> <p style="text-align: center;">某 ㊦ 某處</p>
--	---	---	--

五

錢文幾 ①兩出給事	何	某處 債用條
年 月 日	何	某 ①

六

錢文幾 ①兩出給事	何	某處 某物代
年 月 日	何	某 ①

七

錢文幾 ①兩卽出給	何	某條
年 月 日	何	某 ①

八

錢文幾兩某月日出給印	何	某 物代
年 月 日	何	某 ①

〈丑 197-2〉 換簡

(表面)

仁川港杻峴

金生員子一宅

入納

木浦南橋洞

黃文九緘

(裏面)

錢文參阡五百兩此去人處無疑出給事

謹封

〔退〕
①

庚戌五月二十七日

〈丑 197-3〉 簡文

除煩適有債錢五百圓故執用到即出給事

年 月 日

姓

名 ㊦

謹詢日來

兄候萬重仰溯區區弟依昔而已耳弟以某地居住某許錢文幾千兩執換上
送同錢到即出給後回示如何餘留不備候上

年 月 日

追換錢於音胎送相去施行焉

第五章 海 商

第百九十八 船舶登記와 國籍證書가 있는가

만약 이러한 것이 있다면 모든 船舶이 對象이 되는가, 또는 一定容積 또는 構造物에 限하는가. 登記簿와 國籍證書에 記載해야 할 事項은 무엇이며, 船舶을 讓渡할 경우에는 어떻게 하는가.

과거에는 선박등기와 국적증서에 관한 제도가 없고, 다만 徵稅의 필요상 대소 선박을 조사하여 簿冊에 登錄하는 데 불과하였다. 그래서 光武 3年(1899) 「國內船稅規則」을 제정하였고, 光武 4년에는 通信院所管이 되었으나 光武 10年(1906) 同院의 폐지와 함께 農商工部所管으로 하여 財務官署로 하여금 징세하게 하였다. 그리하여 同規則과 附屬法令에 의하면 船案을 갖추어 船票를 교부하도록 하였다. 그 양식은 <표 198>과 같다.

그러나 隆熙 4年(1910) 法律 第1號 「船舶法」으로 船舶의 登錄節次와 아울러 船舶의 國籍證書를 규정하였다.

第百九十九 船舶所有者의 責任은 어떠한가

船舶所有者는 船長 등의 行爲에 대해 어떤 責任을 지는가.

船舶所有者와 船長 등 船員의 관계는 雇用關係이며, 또 공동영업인 경우도 있고 또는 선박소유자와 선장이 동일인인 경우도 있다. 그래서 선장 등 선원의 행위에 대해서는 항상 선박소유자가 책임을 진다. 그러나 선박소유자가 선박의 소유권 등의 권리를 채권자에게 委付하였다고 하여 책임을 면하는 관습은 없다.

〈丑 198-1〉 船票

大韓帝國農工商部船票

道 郡 船 案											
隆 熙 年 月 日	船 深 腹	船 深 頭	船 廣 腹	船 廣 頭	船 長 身	石 積 載 數	材 船 料 身	名 船			番 號
								號			號
								數 檣	形 式	類 種	別 等
								柱			等 船
財 務 署 長	船 價 金	住 前 所 主	氏 前 名 主	年 轉 月 日 買	造 船 者	年 進 月 日 水	製 造 地	住 所 者	者 或 氏 共 有 者		
					年 月 日	年 月 日					

〈丑 198-2〉 船案(農商工部)

案 存 部 工 商 農

案 船 郡 道										
隆 熙 年 月 日	船 深 腹	船 深 頭	船 廣 腹	船 廣 頭	船 長 身	石 積 載 數	材 船 料 身	名 船		番 號
									號	號
								數 橋	形 式	類 種
財 務 署 長	船 價 金	住 前 所 主	氏 前 名 主	年 轉 月 日 買	造 船 者	年 進 月 日 水	製 造 地	住 所 者	者 或 氏 共 有 者	
					年 月 日	年 月 日				
							柱			等 船

〈丑 198-3〉 船票(財務署)

案 存 署 務 財

案 船 郡 道														
隆 熙 年 月 日	船 深 腹	船 深 頭	船 廣 腹	船 廣 頭	船 長 身	石 積 載	材 料 身	名 船		番 號				
									號	號				
								數	橋	形	類	種	別	等
								柱						等 船
財 務 署 長	船 價 金	住 前 所 主	氏 前 名 主	年 轉 月 日 買	造 船 者	年 進 月 日 水	製 造 地	住 所 者	所 有 者	者 或 氏 共 有 者 名	所 有 者			
					年 月 日	年 月 日								

第二百 船舶共有에 관한 慣習이 있는가

이러한 慣習이 있다면 一般共有에 관한 慣習과 다른 점은 무엇인가(共有[第31問] 참조).

선박공유는 이를 통례로 ‘船同事’라고 부른다. 공유자의 선박이용에 관한 권리는 평등한 것이 통례이다. 가끔 평등하지 않는 경우도 있지만, 대개 공동사용하는 것을 통례로 한다. 다만 지분의 비율에 따라 이익분배를 달리함에 지나지 않는다. 그 이용방법을 결정함에는 다소 지분의 가액을 표준으로 하기도 하나, 대체로 공유자 과반수의 의견에 따른다. 또 그 이용에 대한 비용, 과세 등은 지분의 비율에 따라 부담하고, 이익의 분배, 손실의 부담도 지분의 비율에 의한다. 그리고 손익계산은 一航海終了時마다 하는 것이 보통이다. 공유자는 다른 공유자의 승락을 얻지 않고 자기의 지분을 양도할 수 없다. 그러나 다른 공유자가 양도를 승인하지 않으면 그 지분을 買收를 청구할 수 있다. 이를 요약하면 그 공유관계는 一般共有와 다른 것이 없다.

第二百一 船舶賃貸借에 관한 慣習이 있는가

만약 있다면 一般賃貸借에 관한 慣習과 어떻게 다른가(賃貸借 [第96問] 참조).

선박의 임대차에 대해서는 뚜렷하게 특별한 관습은 없다. 임대기간은 1 항해 또는 1개월 내지 수개월되는 것이 있으나 1년을 초과하는 것은 없다. 借賃은 賃錢이라 하여, 금전으로 지급하는 것이 통례이다. 기간의 종료시에 지급하는 것이 있고, 기간이 장기인 경우에는 가끔 매월 지급하는 것도 있다. 慶尙南道 東萊地方에서는 海上을 航海하는 船舶을 賃借할 경우에는 그 반액을 선불하고, 河川을 航行하는 船舶에 대해서는 전부 선불하는 관습이 있다고 한다. 그리고 借主는 貸主의 승락이 없으면 선박을 轉賃할 수 없다. 대차기간내에는 서

로 해약을 할 수 없다. 차주가 중간에 해약을 하면 1기간에 대한 차입의 전액을 지불해야 한다. 또 임차인의 권리는 이를 제3자에 대항할 수 없는 것과 마찬가지로 그 기간내에 소유자의 변경이 있으면 그 대차의 계속여부는 신소유자의 의사에 따르나 항해중에는 해약을 할 수 없다. 또 선박의 수선은 임차인의 부담이고, 임대인은 오직 선박의 인도전 사용에 필요한 장치를 할 필요가 있을 뿐이다. 貸借中の 선박이 파손·멸실하였을 경우에는 天災 興否를 불문하고 모두 차주의 책임으로 귀속한다.

第二百二 船長에 관한 慣習은 어떠한가

예컨대 船長의 責任은 어떠한가(日本「商法」第558條~第561條와 第563條 참조). 또 船長이 갖추어야 할 書類는 없는가(同 第562條 참조). 船長의 權限은 어떠한가(同 第566條~第572條 참조). 또 船舶所有者는 언제든지 船長을 解任할 수 있는가.

船長은 사공이라 부르는데, 선장은 자기의 고의 또는 과실로 船舶所有者, 傭船者, 送荷人 등에게 손해를 입혔을 경우에는 이의 배상책임이 있다. 그렇지만 선장으로 되는 자는 통례로 無資力者이기 때문에 다만 책임이 있다는 것으로 그치고, 실제로 배상을 하는 예는 없다. 또 선원의 행위에 대해서는 선장에게 책임이 있는지 없는지는 관습상 관련하여 정해진 것이 없지만 통례상 그 책임을 지지는 않는 것 같다.

선장이 선중에 비치하는 서류에 대해서도 관습상 일정한 예는 없고, 다만 통례로 船員名簿, 屬具[船舶附屬品目錄], 船票, 積荷에 관한 서류 등을 비치하는 정도이다.

선장의 권한에 대해서도 관련한 관습이 없지만, 선원을 고용·해고하고 또 선박의 수선, 구원, 구조비용 기타 항해를 계속하는데 필요한 비용을 지급하기 위해 선박의 전당, 적하의 매매, 또는 이를 항해용으로 제공하거나 선박이 航行에 견딜 수 없는 경우에 이를 매각하는 등의 권한은 없는 것 같다.

선박소유자는 언제라도 선장을 해고할 수 있다.

第二百三 海員에 관한 慣習은 어떠한가

예컨대 海員의 權利·義務는 어떠한가. 그 가운데 海員의 食費는 船舶所有者가 負擔하는지 여부. 海員이 病에 걸리거나 負傷을 입은 경우에 船舶所有者의 義務는 어떠한가. 海員의 給料을 정하는 方法은 어떠한가. 一航海에 대해 給料을 정한 경우 航海日數의 增減에 따라 給料을 增減할 수 없는가. 海員이 死亡한 경우에 船舶所有者의 義務는 어떠한가. 海員의 解雇原因은 어떠한가(日本「商法」第581條~). 海員의 雇傭期間은 어떠한가. 海員의 解雇 등 契約이 終了한 경우에 船舶所有者는 그 海員을 雇傭港까지 送還할 義務가 있는가.

해원은 통상 水夫 또는 格軍이라 하며, 해원이 많을 경우에는 領座(보통 水夫의 首座로 서 회계를 맡는다), 炊掌(炊事係), 二座, 三座 등의 구별을 하는 예가 있다. 그리고 해원은 급료로서 일정한 금액을 받는 일은 거의 없고, 대개 수익의 얼마를 받는 것이 통례이다. 즉 매항해마다 그 수익을 구별하여 그 2/3를 선박소유자의 소득으로 하고 그 1/3을 선장이 하 해원의 소득으로 하는 것이 보통이다. 따라서 航海日數의 증감에 따라 이를 증감하지는 않는다. 또 해원의 식비는 船舶所有者 또는 備船者의 부담으로 하고 수익계산시에 우선 운임에서 이것을 공제하는 것이 통례이다. 해원의 질병, 부상 등의 경우에는 선박소유자가 도의상 치료비를 내는 일도 있으나, 관습상 이를 지급할 의무는 없다. 또 해원이 사망한 경우에는 一航海期間에 해당하는 급료를 지급하고 死體를 그의 집에 보내주는 것이 통례이다. 해원의 해고원인에 대해서는 일정한 관습이 없고, 해원이 병 때문에 직무를 수행할 수 없거나 직무를 태만하는 등의 비행이 있으면 해고할 수 있음은 물론이고, 이러한 원인이 없더라도 해고하지 못하는 것은 아니다. 다만 실제로는 약정기간내에는 부득이한 사정이 없으면 해고하지 않는 것이 보통이

다. 그리고 해원의 고용기간은 일항해, 일개년 등 반드시 일정하지 않다. 만약 해원이 정박항 이외에서 해고를 당하였을 때에는 정박항까지 귀환할 비용을 청구할 수 있다.

第二百四 海運에 관한 慣習은 어떠한가

陸上運送과 다른가, 만약 다르다면 그 자세한 것을 조사하십시오
(物品 및 旅客運送
(第 193, 194問) 참조).

해상에서의 여객운송은 대개 물품운송을 하는 선박에 편승시키는 것으로, 이에 관하여서는 관습으로 볼 만한 것이 없고, 하천운송에 대하여 기록한 바와 큰 차이가 없다.

해상에서의 물품운송에 대해서는 송하인이 수하인명의의 서간을 운송인에게 탁송하는 점은 육상운송과 마찬가지로이다. 운송인은 하주에 대하여 船載記라는 것을 작성·교부하는 것이 관례이다. 이에 는 하물의 품목, 수량, 운임, 도착지, 작성년월일 등을 기재하여 하주의 성명과 주소를 적고 날인한다. 그러나 이와 상환하여 운송물을 수하인 등에게 인도하는 관습은 없다. 그 서식의 일례를 들면 <표 204>와 같다.

운임의 지급은 반액을 선불하고 잔액은 도착후에 지급하는 것이 관례이다. 운송인의 책임에 대해서는 자기 또는 사용인의 과실로 하주에게 손해를 입혔을 때에는 배상하여야 하고, 불가항력으로 하주에게 손해를 입혔을 때에는 배상의 책임을 지지 않는다. 또 화폐 기타 고가품에 대해서는 하송인이 그 품목·가격 등을 明告하였을 경우에 한하여 과실로 인한 책임을 진다. 그리고 운송중 불가항력으로 운송품이 멸실하였을 때에는 운임을 청구할 수 없다. 또 2인이상이 순차로 운송하는 예는 극히 적지만, 이러한 경우에는 과실이 있는 운송인과 제1차 운송인이 그 책임을 진다.

송하인은 운송증지를 청구할 수 있으나, 이 경우에는 운임의 전액을 지급해야 한다.

선박의 전부 또는 일부를 운송계약의 목적으로 하는 일이 절대 없

는 것은 아니다. 이 경우에는 선박소유자가 자기의 과실, 선원 기타 사용인의 악의, 중과실 또는 선박이 항해를 감당할 수 없기 때문에 傭船者 또는 하주에게 끼친 손해에 대해서는 배상의 책임을 지고, 용선자는 운송품의 전부를 선적시키지 않았더라도 그 發港을 청구할 수 있으며, 동시에 이 때문에 발생한 손해를 선박소유자에게 배상하게 할 수 있다. 또 용선자가 발항전에 그 계약을 해제하면 운임의 반액을 지급하여야 하고, 항행중에 용선계약을 해제하였으면 그 전액을

<표 204> 船載記

某 前	年	月	日	一何物數量幾許(㉑)船價幾何作定是遺仁川港到著而右物下陸之時若有缺縮之弊則船主自爲擔當事	船 載 票
	沙工居住	船主居住	姓 姓	名 名	
				(㉑)	

지급하여야 한다. 그러나 선박소유자는 선적기간 경과후라도 하물의 적재를 종료하기까지는 발항할 수 없다. 備船料는 荷物積載時에 반액을 지급하고 揚陸時에 잔액을 지급하는 것이 통례이다.

第二百五 海損에 관한 慣習이 있는가

예컨대 海難의 경우에 船舶 또는 積荷 一部の 危險을 면하기 위해, 바다에 投棄한 積荷의 代價는 危險을 면한 船舶의 所有者와 積荷의 所有者가 이를 分擔하는 慣習이 있는가. 만약 있다면 그 자세한 것을 조사하시오.

조선의 관습으로는 선박이 海難을 만나 적하의 위험을 면하기 위해 부득이하게 적하의 일부를 바다에 투기한 경우, 그 투기한 적하의 대가는 각 荷主(부기한 하물의 소유자 포함)간에 분담하여야 한다. 그러나 선박과 적하의 공동위험을 피하기 위하여 적하의 일부를 투기하였을 경우라도, 그 손해부담은 하주에만 그치고 선박소유자가 분담하지는 않는다고 한다. 그러나 선박의 위험을 피하기 위한 비용은 선박소유자만의 부담으로 하며 또 하물의 위험을 면하기 위해서 투기한 하물의 운임은 선박소유자의 손실로 하고 있으므로, 실제로는 다소 분담하는 결과가 된다 하겠다.

第二百六 船舶債權者에 관한 慣習이 있는가

예컨대 先取特權을 가진 債權者가 없는가. 또 船舶을 質權이나 抵當權의 目的으로 할 수 있는가. 만약 할 수 있다면 다른 物을 그 目的으로 한 경우와 다른 점이 없는가(先取特權[第38問]과 抵當物의 質實[第50問] 참조).

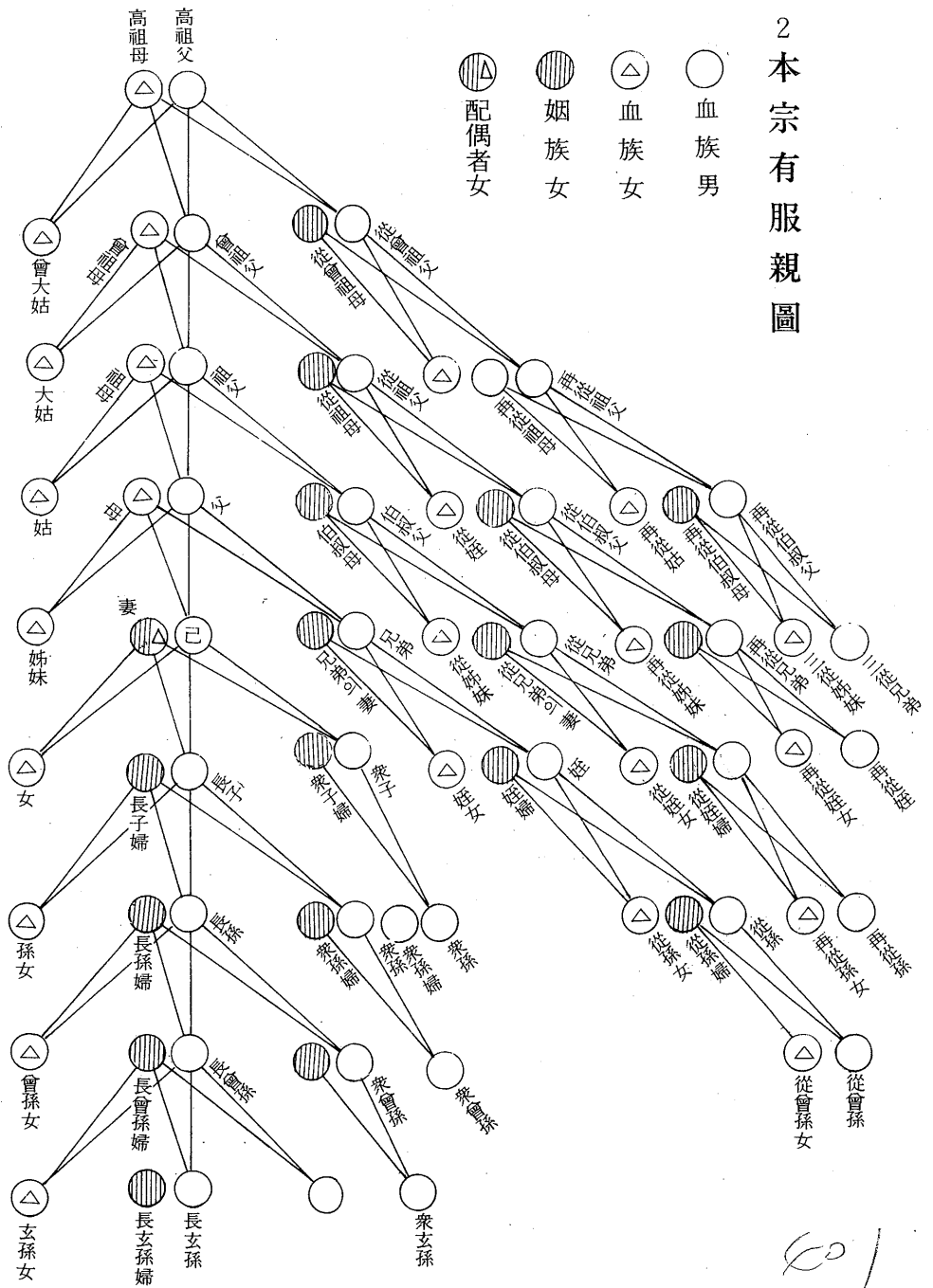
선박채권자에게 先取特權을 인정하는 관습은 없다. 그리고 선박은 전당의 목적으로 할 수 있으며 그 절차와 효력은 가옥을 전당하는 경우와 거의 동일하여 先取特權[第1編 第2章 第38問] 이하에서 기술한 것과 같다.

附錄 親族範圍圖

- | | | |
|-----------|------------|----------------|
| 1. 親族圖 | 9. 妻族無服親圖 | 17. 夫族斬衰圖 |
| 2. 本宗有服親圖 | 10. 夫族有服親圖 | 18. 夫族齊衰圖 |
| 3. 本宗無服親圖 | 11. 斬衰親圖 | 19. 夫族期親圖 一(妻) |
| 4. 母族有服親圖 | 12. 齊衰親圖 | 20. 夫族期親圖 二(妾) |
| 5. 母族無服親圖 | 13. 期親圖 | 21. 夫族大功親圖 |
| 6. 嫁族有服親圖 | 14. 大功親圖 | 22. 夫族小功親圖 |
| 7. 嫁族無服親圖 | 15. 小功親圖 | 23. 夫族總麻親圖 |
| 8. 妻族有服親圖 | 16. 總麻親圖 | 24. 內外親族禁婚圖 |




2 本宗有服親圖

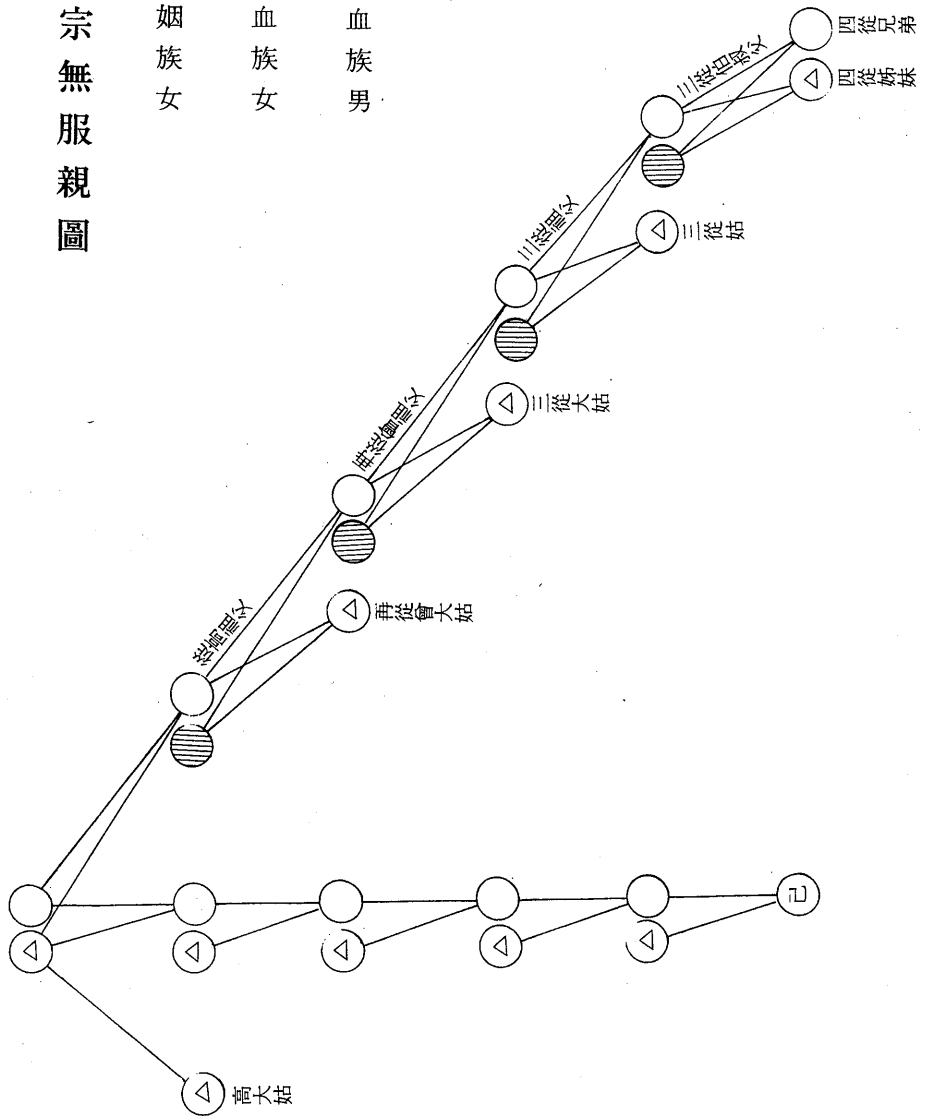
- 血族男
- △ 血族女
- ◐ 姻族女
- ◑ 配偶者女



50/1

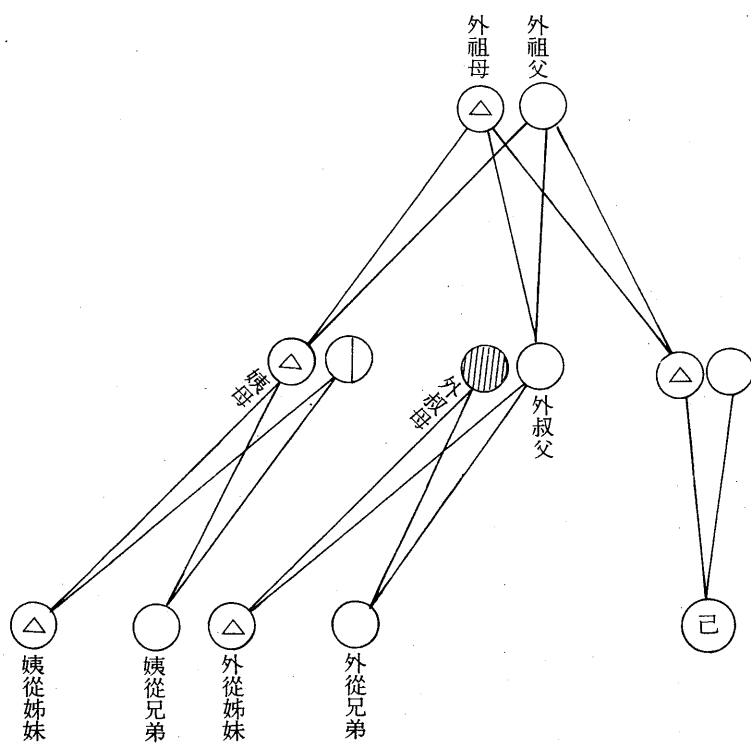
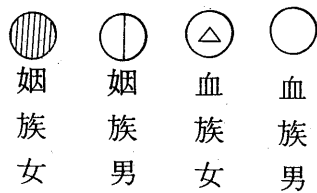
3 本宗無服親圖

-  姻族女
-  血族女
-  血族男



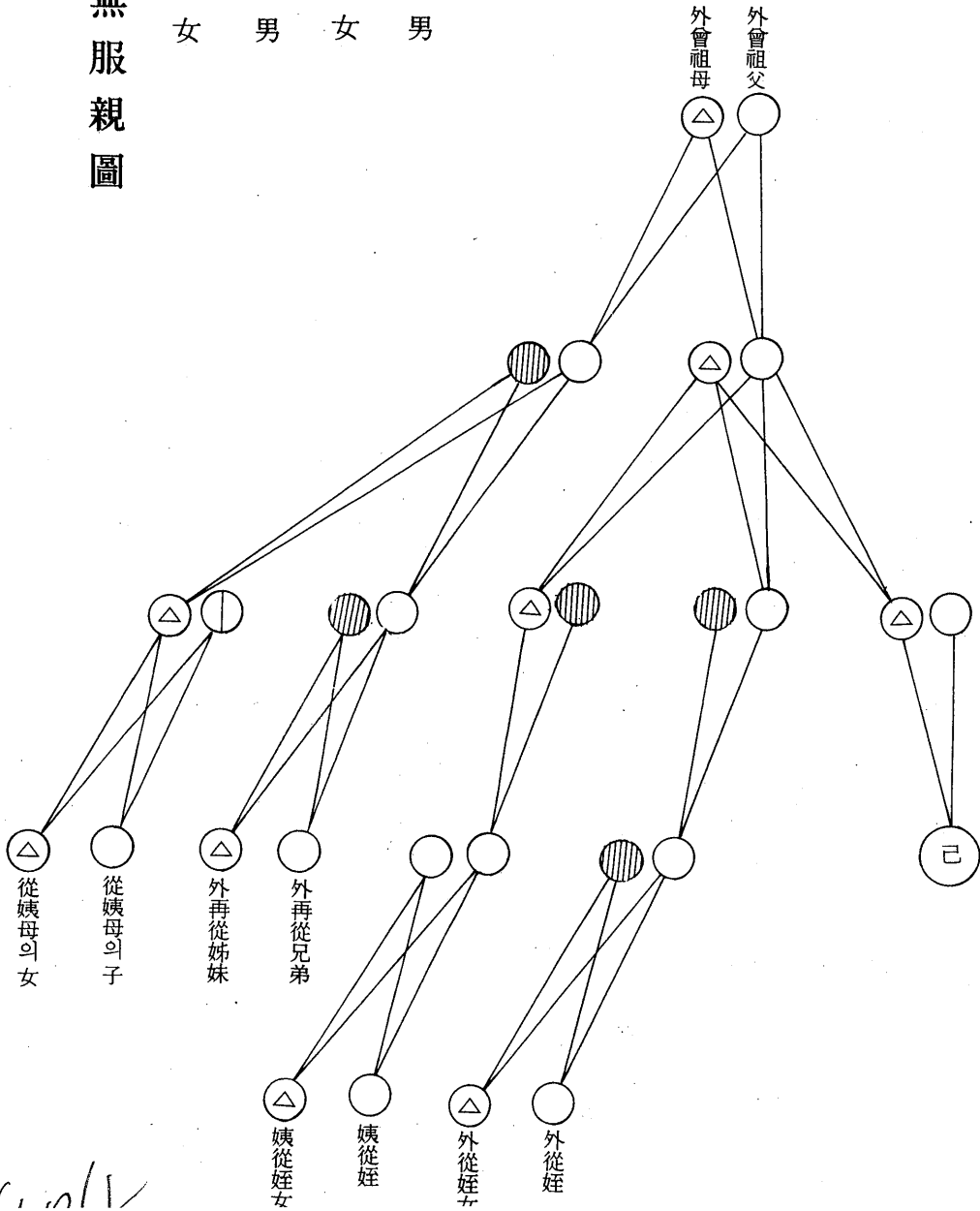
402

4 母族有服親圖



5 母族無服親圖

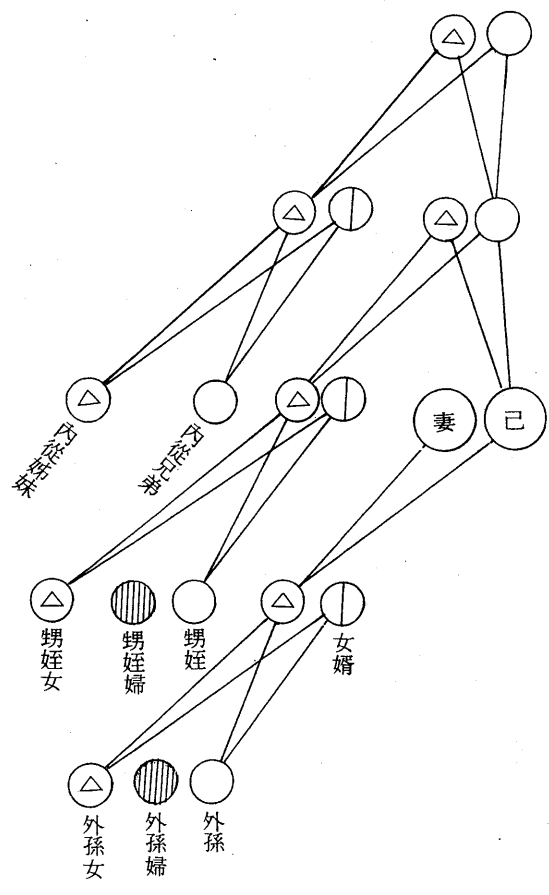
- 血族男
- △ 血族女
- ◐ 姻族男
- ◑ 姻族女



11/11

6 嫁族有服親圖

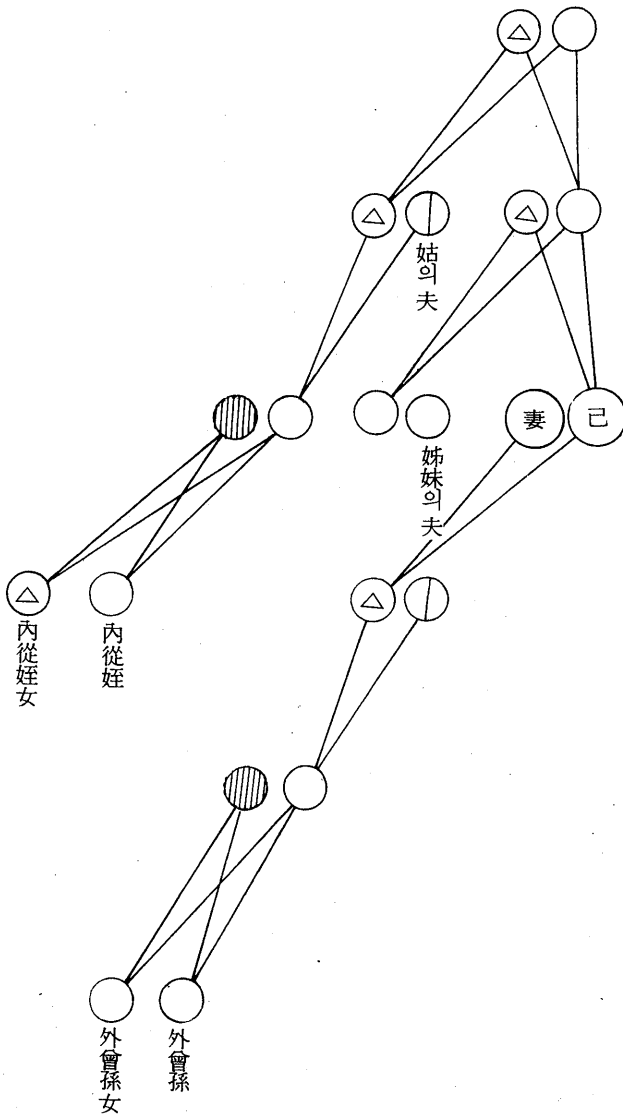
- 血族男
- △ 血族女
- 姻族男
- ⊖ 姻族女



40

7 嫁族無服親圖

- ⊙ 姻族女
- ⊖ 姻族男
- △ 血族女
- 血族男

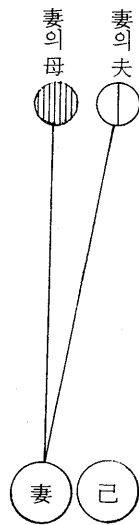


406

8 妻族有服親圖

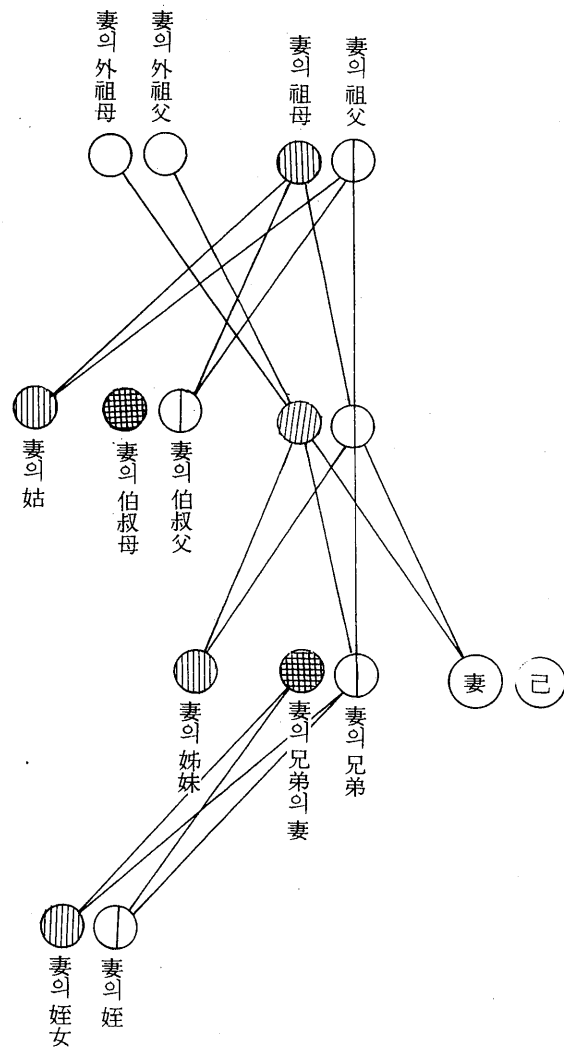
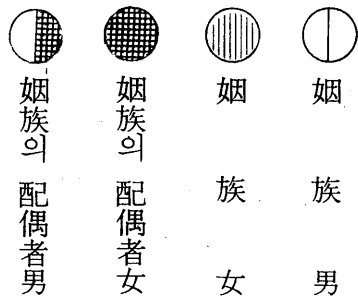
○ 姻族男

● 姻族女



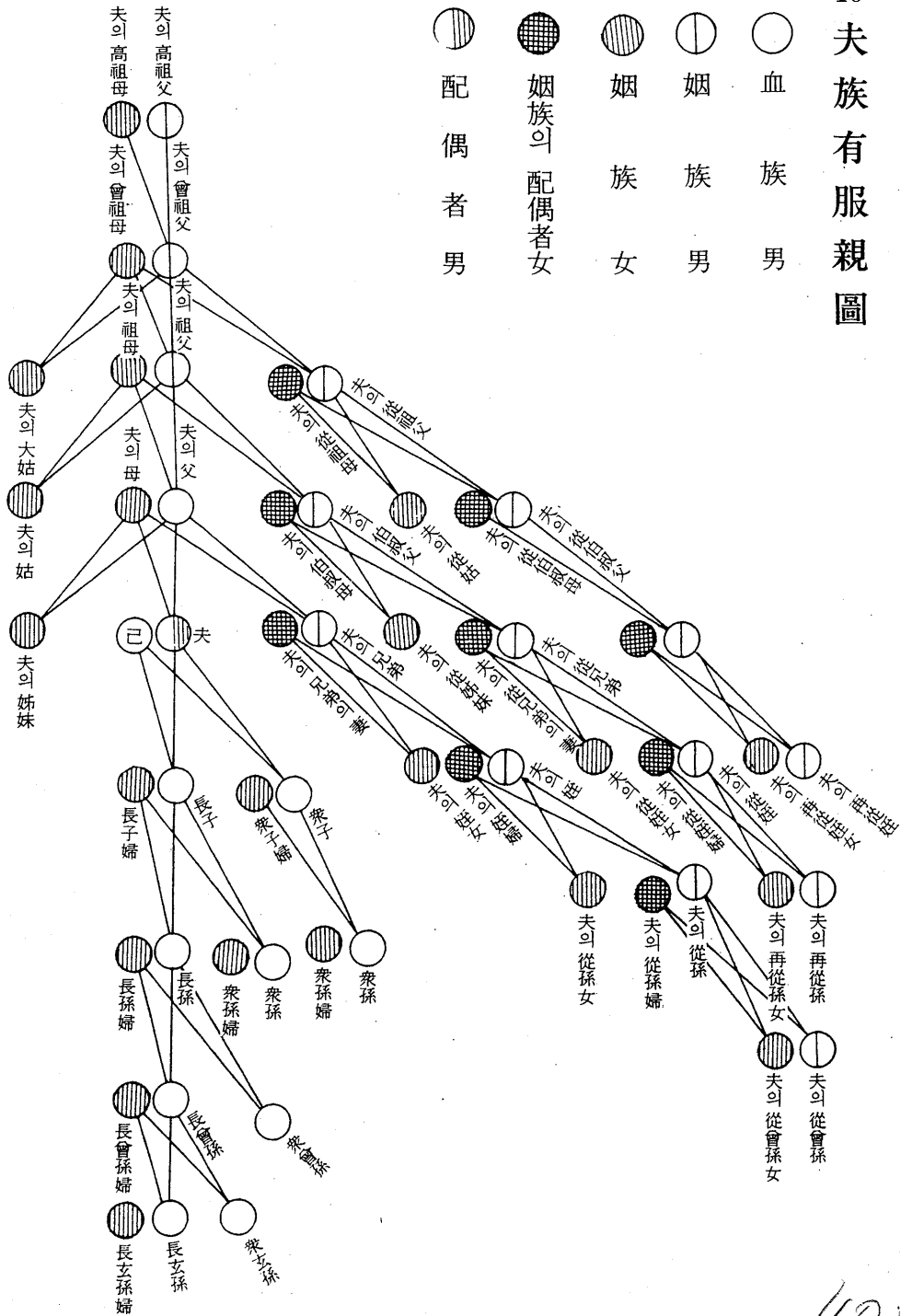
400,

9 妻族無服親圖



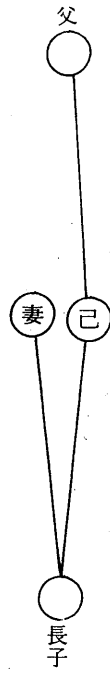
408

10 夫族有服親圖



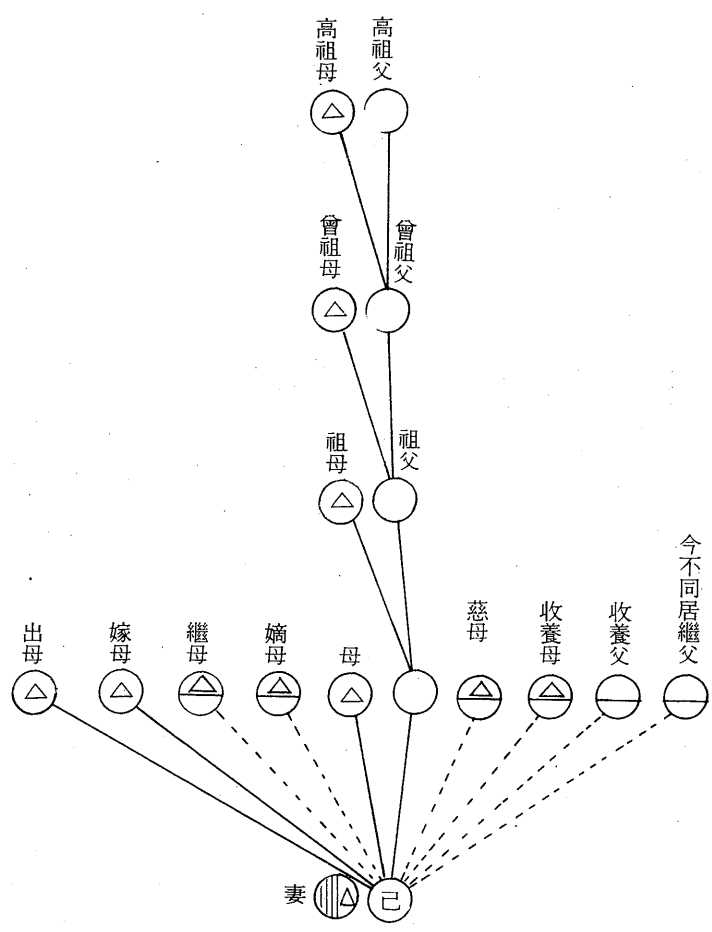
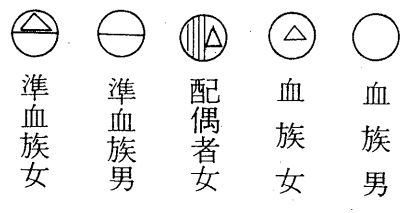
11 斬衰親圖

○ 血族男



410

12 齊 衰 親 圖



411

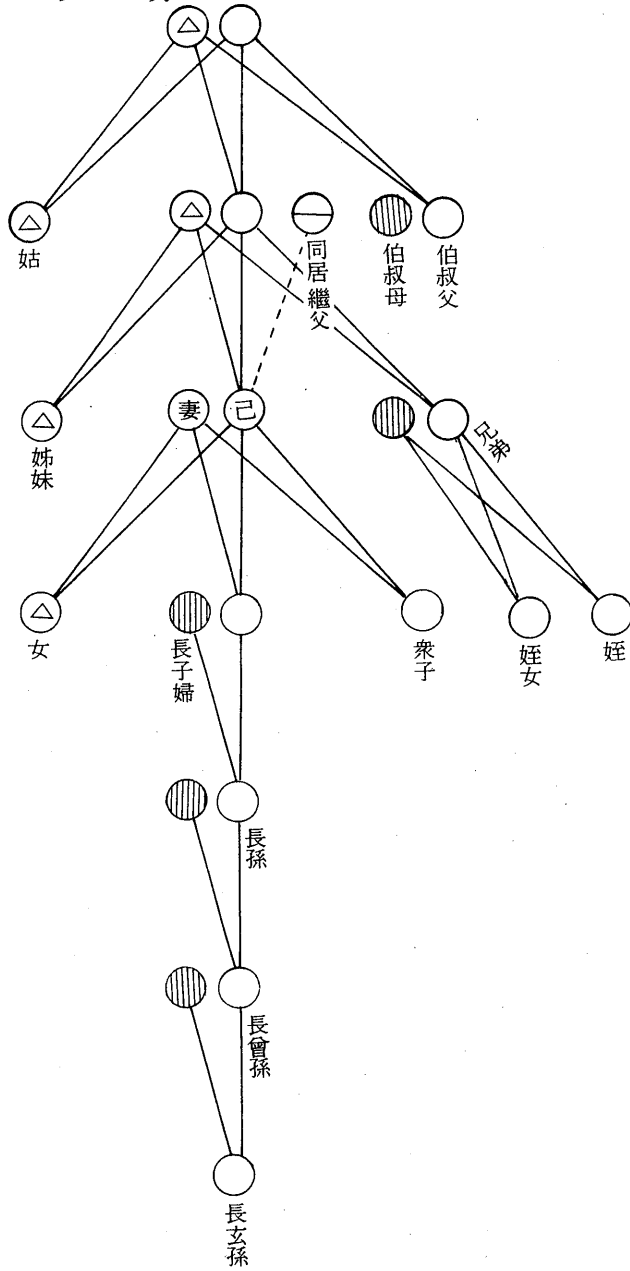
13 期 親 圖

○ 準血族男

⊖ 姻族女

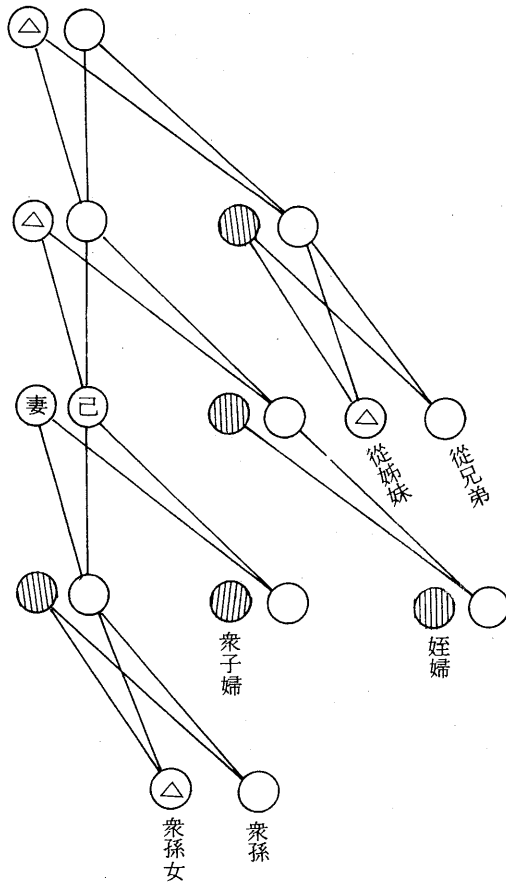
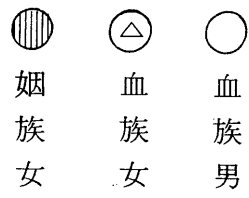
△ 血族女

○ 血族男

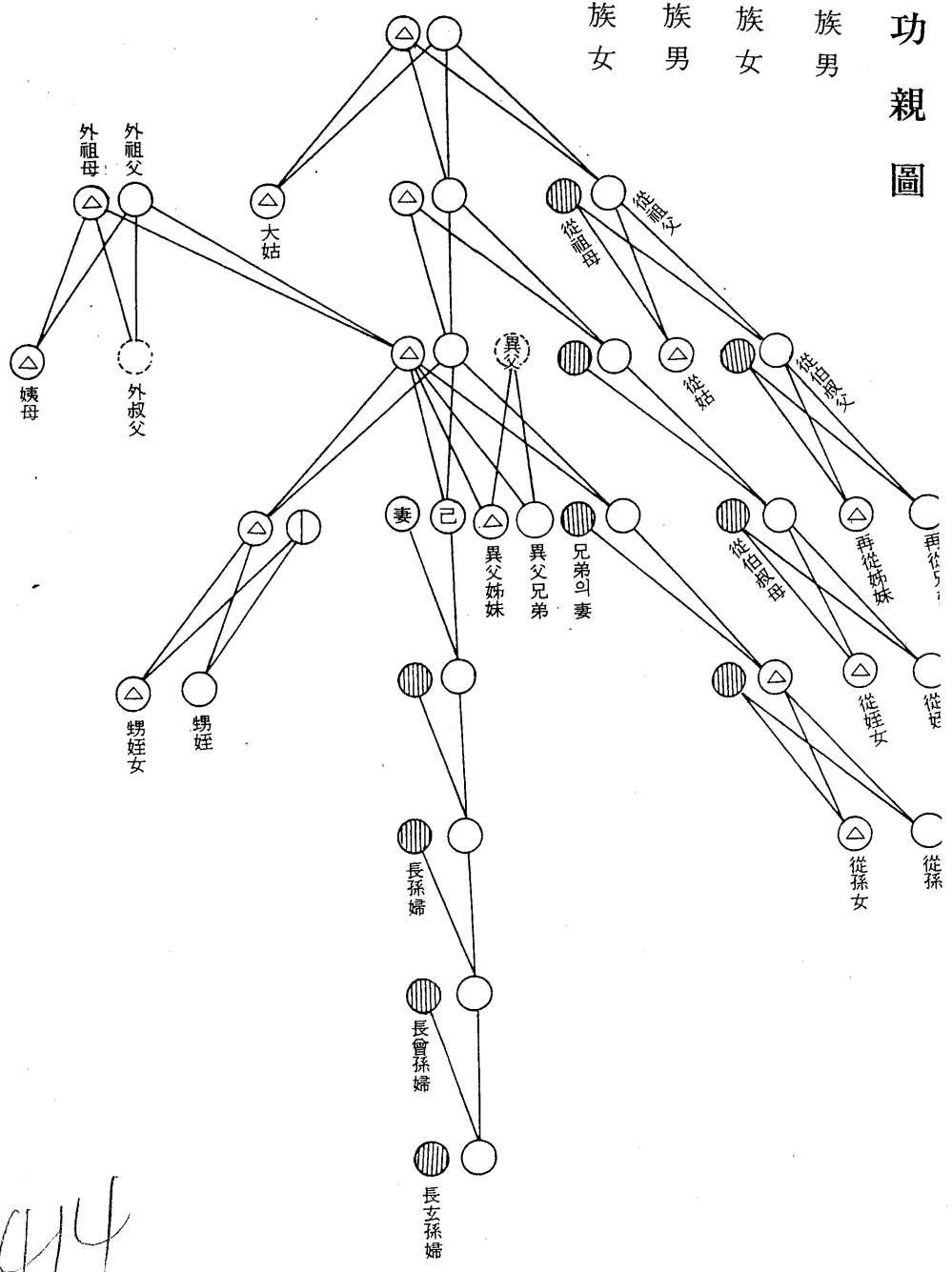
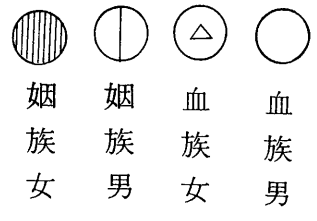


412

14 大功親圖



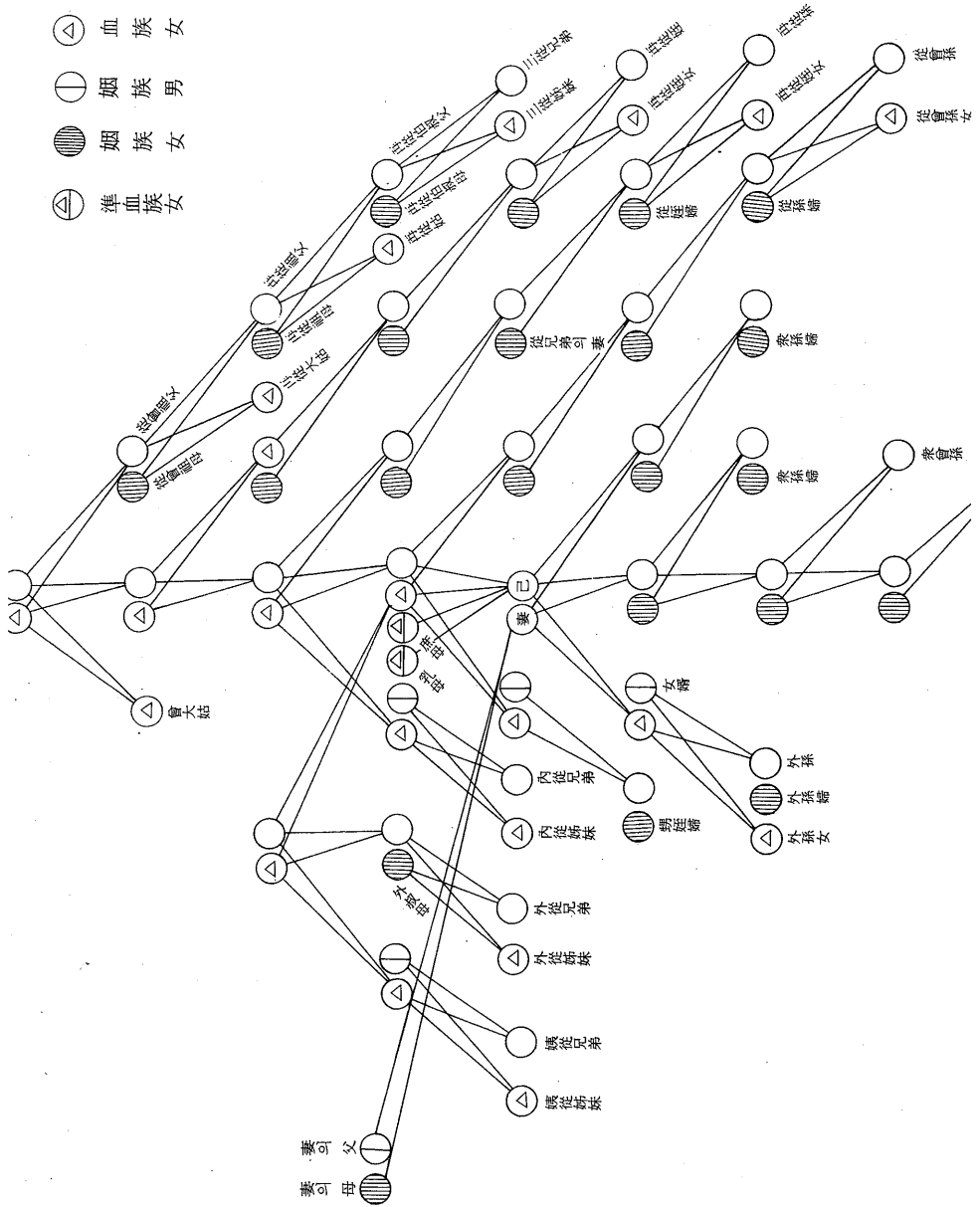
15 小功親圖



414

16 親 麻 新 區

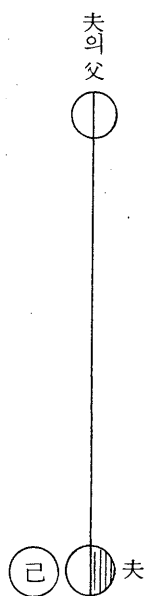
- 血 族 男
- △ 血 族 女
- ⊖ 姻 族 男
- 姻 族 女
- ⊕ 準 血 族 女



17 夫族斬衰圖

○ 配偶者男

○ 姻族男



6/17

18 夫族齊衰圖

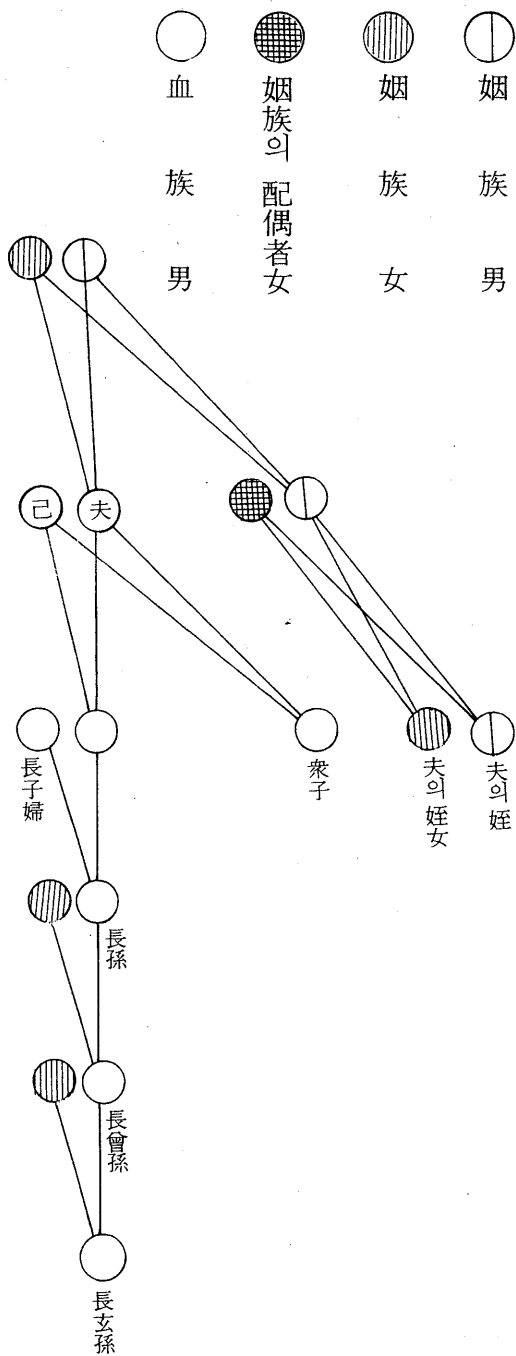
○ 血族男

⊖ 姻族女



418

19 夫族期親圖一(妻)



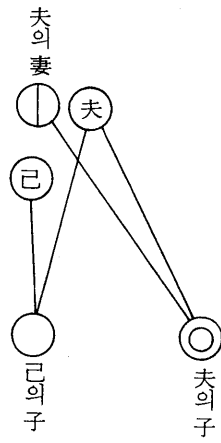
41P

20 夫族期親圖二(妾)

◎ 夫의子

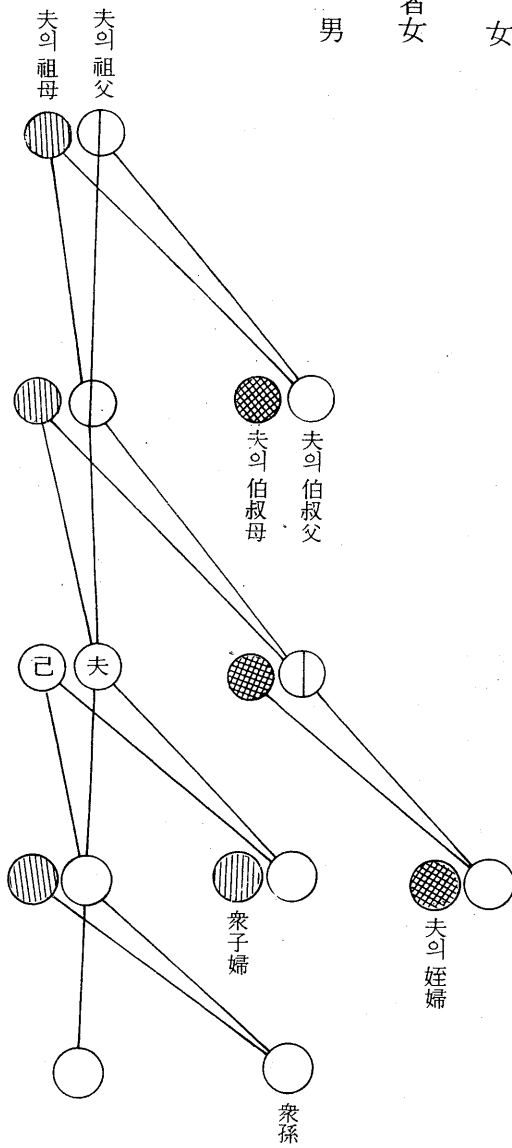
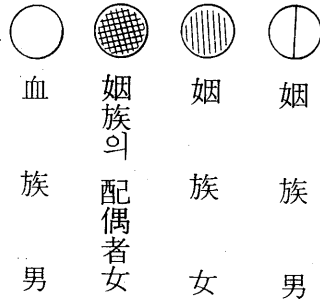
⊖ 夫의配偶者

○ 血族男



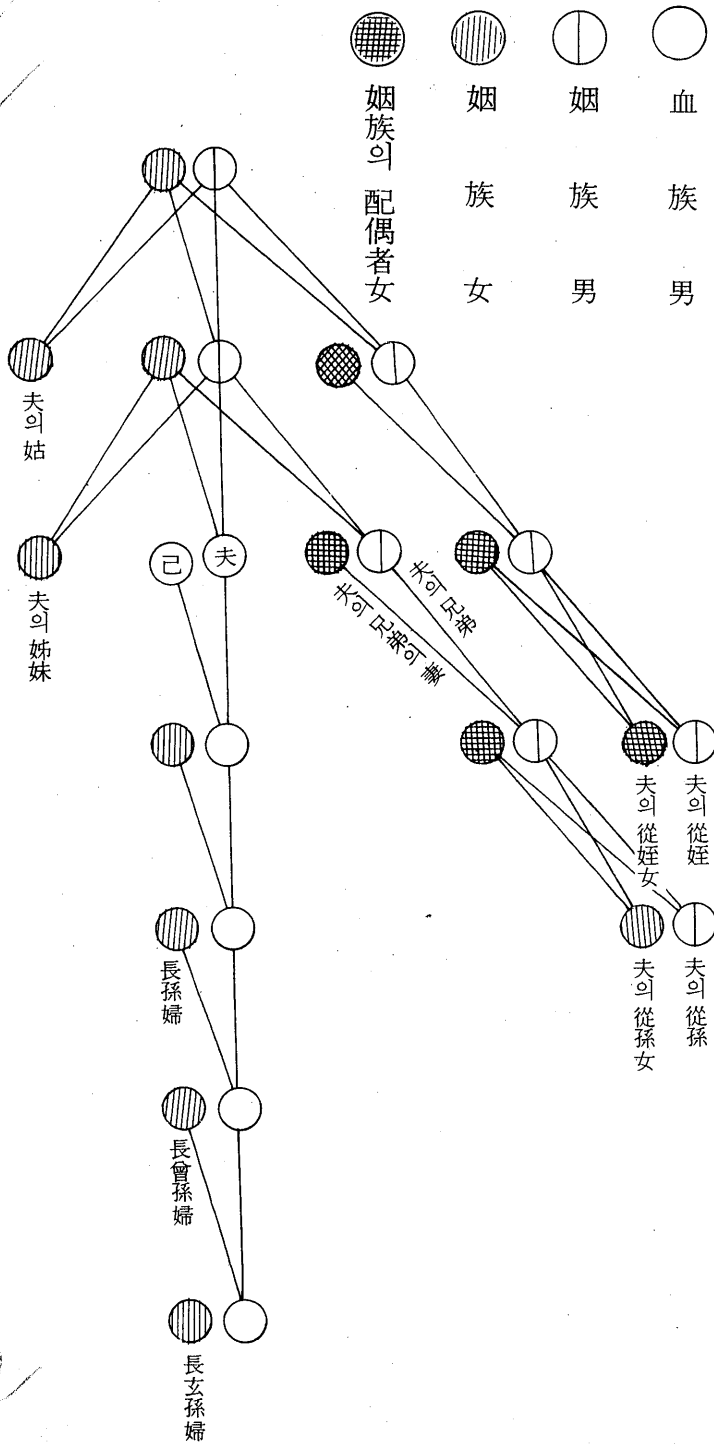
420

21 夫族大功親圖



421

22 夫族小功親圖

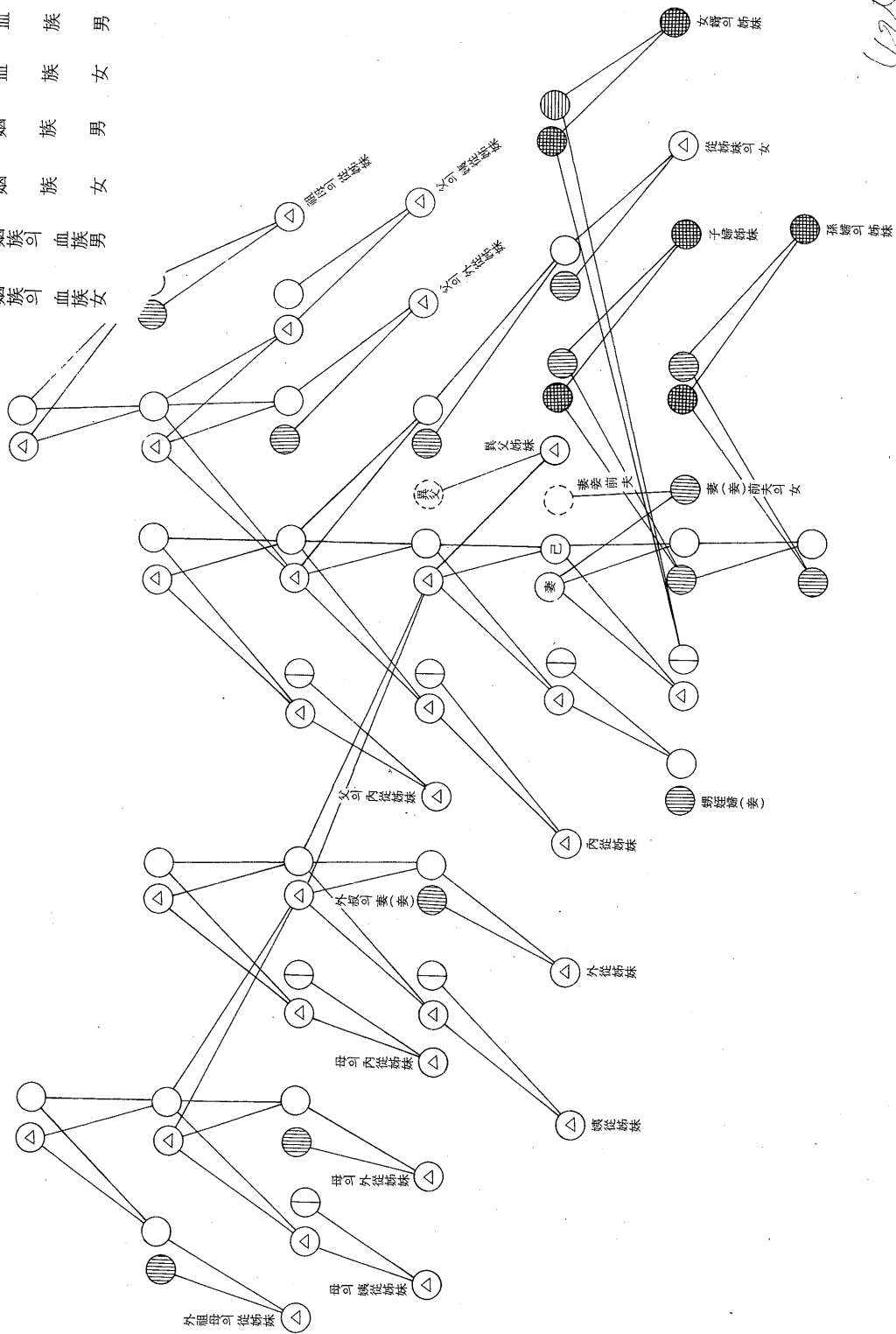


1122

424 60

24 內外親族禁婚圖

- 血 族 男
- △ 血 族 女
- ◐ 姻 族 男
- ◑ 姻 族 女
- ◒ 姻 族 血 族 男
- ◓ 姻 族 血 族 女



1195

第三部

參考資料

- I 引用古文書 解說
- II 引用資料解說
- III 索引
- 《年代 對照表》

I. 引用古文書 解説

第一編 民法

第一章 總則

- 〈표 2〉 牙牌와 角牌는 실물을 등사한 것이며, 나머지는 漢城府 吏員에 촉탁하여 그린 것으로 규격에 맞지 않지만 우선 게재하여 참고로 한다(1910년판).
- 〈표 2-1〉 牙牌 : 길이 3寸 1分 너비 7分 두께 3分(開國 489年(庚辰 ; 1880) 漢城府 낙인)
- 〈표 2-2〉 角牌 : 길이 3寸 4分 너비 9分 두께 3分 5厘(開國 499年 (1900) 漢城府 낙인)
- 〈표 2-3〉 黃楊木牌
- 〈표 2-4〉 方木牌
- 〈표 2-5〉 腰牌 : 위는 吏曹의 使令 등이 쓴 것이고, 아래는 軍兵(禁衛)이 쓴 것임
- 〈표 6-1〉 癸卯式(開國 272年 ; 1663년) 漢城府 北部 帳戶籍
- 〈표 6-2〉 己酉式(開國 498年 ; 1849년) 大邱府 帳籍 : 가로 2尺 3寸 세로 1尺 7寸 6分
- 〈표 6-3〉 甲午式(開國 443年 ; 1834년) 慶州府 江東面 戶籍臺帳 : 길이 1尺 3寸 3分 너비 8寸 6分
- 〈표 6-4〉 建陽 元年(1896) 「戶口調査規則」 所定 戶籍式樣
- 〈표 6-5〉 「戶口調査規則」 所定 戶牌式樣 : 길이 木尺(曲尺) 5寸 5分 너비 2寸 5分
- 〈표 9〉 量案 : 土地臺帳, 원칙적으로 20년마다 조사함. 토지소유권 입증의 기본자료임

〈표 14〉 委任狀 : 인용 위임장은 개화기의 것으로 사료됨

번역 : 아무조에 대하여 아무개를 보내어 나를 대신하니 의심하지 말고
하시기를 바랍 〈이하 생략〉

第二章 物權

〈표 23-1〉 量案

〈표 23-2〉 田畚放賣文記 : 諺文混用の 문례. 언문은 조선 세종때부터 쓰였고, 이두는 신라시대의 薛總이 쓰기 시작하였다고 전한다. 오랜 동안 공용문과 증서류에 사용되었으나, 隆熙 2年(1908) 2월에 이르러 사용을 폐지하였다〈舊朝鮮 隆熙 2年(1908) 2月 內閣訓令 참조 : 이에 해당하는 법령을 찾을 수 없다; 역자〉. 某字는 田籍 5結마다 千字文의 한 字를 써서 나타낸다. 卜數는 疇世상의 結卜數를 나타낸다. 卜은 負와 같다.

번역 : 위 명문의 일은 내가 꼭 쓸 바가 있어서 아무郡 아무面 아무洞 아무곳 아무字의 전래의 토지 몇 배미 몇 마지기 몇 束을 돈 〇〇〇兩으로 받고 舊文記〈文券〉 몇 장과 新文記〈賣渡證書를 가리킴〉 한 장을 함께 위사람 앞으로 영원히 팔아버리니 나중에 만약 분쟁이 있으면 이 明文으로 바로잡을 것〈이하 생략〉

〈표 23-3〉 家屋放賣文記〈吏讀混用の 문례〉

文記 가운데 手決이라는 것은 畧名〔花押〕의 일종으로 근년에는 대개 날인을 한다. 또 종전에는 買受人의 이름을 적어야 할 곳을 여백으로 두어서 이를 기입하게 하는 예가 많은 것 같다.

번역 : 위 明文의 일은 내가 매득한 모군 모면 모동 모처의 家畝 합 몇칸으로 四標〔주위의 경계〕는 東은 아무개집이고, 南은 소로에 접하고, 西는 아무개의 채소밭이며 北은 아무개의 집으로 四標가 분명하고, 가격은 돈 〇〇〇으로 계산하여 위 사람에게 本文記〈文券〉와 함께 영원히 판다. 이후에 이러저러한 잡담이 있으면 이를 가지고 官에 제소하여 바로잡을 것〈이하 생략〉

〈표 23-4〉 牌旨

번역: 다름이 아니라 꼭 쓸 바가 있어서 桃渚洞 四巨里契에 있는 터밭[垡田] 半日耕과 과수원터[園林基址]를 함께 願買者에게 판매가를 받아 본택에 납입하고 본문기와 함께 영구히 주어 팔아버리는 것이 마땅함<이하 생략>

〈표 23-5〉 奴僕名義의 放賣文記

위 牌旨와 文記는 淸曆乾隆 55年, 즉 開國 399年(1790)에 작성된 것이다. 패지 가운데 상전이라는 것은 노복의 주인에 대한 경칭이며, 李라는 것은 주인의 姓이다. 또 문기 가운데 全州 李生員이라는 것은 李는 姓이고 生員은 생원의 과거에 합격한 자의 호칭이다<단 노년자를 경칭하여 일반적으로 생원이라 부르기도 한다>. 垡田은 택지에 부속한 밭을 말한다.

번역: 乾隆 56年<庚戌> 10月 일 甲戌 申<奴名>앞 明文 / 위 명문의 일은 상전택에 긴급히 쓸 일이 있어서 桃渚洞 四巨里契에 있는 터밭과 과수원 半日耕 곳을 위 택앞으로 가격 70兩을 받아 교환한다. 四標는 南은 柳進士택이며 東은 金大成의 밭이며 北은 朴文煥의 밭이며 西는 南廟位田이다. 本文記 2장과 立旨 4장, 牌子<牌旨와 같다> 2장을 함께 영원히 팔아버리니 상전님의 子孫 族屬 가운데 만약 잡담이 있으면 이 문기로 官에 제소하여 바로잡을 것<이하 생략>

〈표 23-6〉 文券燒失立旨

번역: 某面 ○○洞 居住 姓名 / 위의 사실은 내가 지니던 <전답>은 ○面 ○洞 ○字 ○배미 ○마지기 ○束 곳을 舊文記 ○장, 거주하던 집 文券 ○장을 금월 ○일에 家居가 失火하여 전부 燒盡함에 전혀 증거가 없기에 이에 청원하오니 특별히 立旨를 成給하시기를 엮드리 바랍니다 <중략> / 「官印」 호소한 것이 이와 같으니 후에 조사하여 입지를 내려줄 것 ○日 <題詞>

〈표 33〉 蔘圃放賣文記

번역: 年 月 日 姓 名 앞 掌記 / 위 掌記를 작성하는 것은 ○郡 ○

面 ○里 소재 ○年生 인삼 ○칸을 <매매하니> 값은 錢文 ○兩으로 하여 즉시 받고<또는 즉시 지급하고> 영원히 방매하니 <매득하니> 나중에 인삼을 채취할 때에 유리하거나 불리하거나 간에 매도인<매수인>이 가질 것으로 서로 약속하는 일 <중략> / 당일 또는 ○일<구두로> 傳掌한 일 / 인삼을 채취한 후의 옛物材는 본주인이 차지할 것 / 매매자는 각 1통식 교환할 것

<표 35> 原賭地放賣文記

번역: 年月日 아무개 앞 明文 / 위 명문의 일은 내가 매득한 天字 行土田 1行<50尋 4方을 일컬음> 賭地田인데, 四標는 동은 ○田 남은 ○田 서는 ○田 북은 ○田이고 값은 錢文 ○兩으로 위 사람에게 영원히 팔아버리오니 이러저러한 잡담이 있거든 이 문기를 가지고 증빙할 것<이하 생략>

<표 42> 手票典當의 附記 例<번역 생략>

<표 43-1> 田畚 家屋 典當手票(서울)

번역: 年月日 아무개 앞 票 / 위의 표는 쓸 바가 있어서 ○郡 ○面 ○洞 소재 ○字<밭이면 ○日耕, 논이면 ○마지기, 또는 기와집·초가 ○칸> 文券을 위 사람앞에 典當하고 典當金 ○兩을 매월 매 1兩當 ○分邊으로 債用하며 기한 ○년○월○일내에 이자와 원본을 값을 뜻으로 이 표를 성급함 <이하 생략>

<표 43-2> 田 典當手票(平壤)

번역: 己酉 正月 初十日 / 위 표는 李興一에게 西川面 一里員 粟田 10마지기 文券을 典執하여 돈 2千兩을 債用하고 이자는 2分 5厘로 약정하고 기한 來 3월에 원금과 이자를 값은 후에 典券을 돌려받을 뜻으로 이 표를 성급함<이하 생략>

<표 43-3> 畚 典當手票(慶州)

기한을 도과한 경우에 전당물을 전당권자의 소유로 하는 특약을 한 사례

번역: 光武 7年 月 日 / 위 명문을 작성하는 일은 꼭 쓸 곳이 있어서 내가 매득한 府東에 있는 初皇厓里 五里의 程員卜 來字 62번

8負 正租畝 4마지기 곳을 위 사람에게 전당하여 錢文 100兩을 빌려쓰고 1년을 기한으로 하여 每兩마다 매월초 5邊으로 갚을 뜻으로 이에 분기를 작성하니 만약 기한이 지나더라도 갚지 못하면 위 돈을 영원히 줄 것 <이하 생략> (밑줄: 원본 방점 아래 같음)

<표 43-4> 家屋과 貸地 典當手票(경주): 위와 같음

번역: 甲辰 6月 19日 明 文 / 위 명문을 작성하는 일은 꼭 쓸 바가 있어서 府東 初左里員 草家 正寢 4칸과 張字 2負 8束을 위 사람에게 전당하고 錢文 50兩을 내어쓰며 이자는 매월초 每兩마다 7分으로 하고 기한은 금년 12월로 하여 갚을 뜻으로 이에 분기를 작성하니 만약 기한을 초과하면 위 기옥을 영원히 줄 것 <이하 생략>

<표 43-5> 田畝 典當手票(北靑): 위와 같음 <번역 생략>

<표 43-6> 田畝 典當手票(全州): 수확물로 이자에 충당하는 사례 <번역 생략>

<표 43-7> 畝 典當手票(全州): 위와 같음

번역: ○年 ○月 ○日 債主 ○앞 / 위 기사는 본인이 소유하던 ○郡 ○面 ○里 ○坪畝 한 마지기 賭稅 元捧 50石, 實價格 5千兩 곳으로 文記 ○張을 위 사람에게 전당하여 돈 3,500兩을 얻어 쓰며 이자는 매년 元捧 賭稅 50石式 수급하고 본전은 5년을 기한으로 하여 갚추어 갚은 후에 同文記를 돌려 받을 뜻으로 계약할 일 / 다시(再) / 만약 기한을 넘기면 영원히 債主가 次持할 일<이하 생략>

<표 43-8> 蓼圃 典當手票(錦山)

번역: 朴永大 앞 手 票 / 위 수표는 긴히 쓸 바가 있어서 郡 一面 朴金里 소재 본인의 인삼밭 3年根 30칸, 4年根 40칸, 5年根 50칸을 전당하고 錢文 200兩을 매월초 2分으로 얻어 쓰며 금년 8월 그름이내에 원본과 이자를 갚을 뜻으로 이 표를 작성할 일 / 隆熙 4年 6月 1日 / 標 主 李 仁 大 印

<표 43-9> 船舶 典當手票

번역: 위 명문을 작성하는 일은 꼭 쓸 바가 있어서 나의 쌍돛배를 위 사람에게 전당하고 錢文 ○兩을 매월 ○分の 예로 빌려쓰며 기한은 ○달로 하고 만약 기한을 넘기면 배를 영영 줄 뜻으로 표를 작성할 일 <이하 생략>

<표 43-10> 動產 典當手票(鎭南浦)

번역: ○年 ○月 ○日 ○處票 / 위 표는 쓸 일로 錢文 ○兩을 빌려 쓰니 이자[生殖]는 매일 每兩당 ○分으로 하고 오는 ○月 日에 원본과 이자를 갚을 뜻으로 이 표를 작성하니 만약 기한을 넘기면 본 典物을 내어줄 일 / 典當物 ○○<이하 생략>

<표 43-11> 金錢債權 典當手票

번역: ○年 ○月 ○日 票 / 위 표는 ○人處에게서 받을 錢文 ○兩 票를 위 사람에게 전당하여 錢 ○兩 ○分을 빌려쓰니 ○處가 만약 갚지 않으면 본인이 담당할 일<이하 생략>

<표 43-12> 典當鋪의 典當票(「典當鋪細則」所定): 윈 쪽 한조각을 典主에게 교부함

<표 43-13> 典當鋪의 典當票(「典當鋪細則」所定; 水原)

<표 44> 移典手票(瑞興): 移典의 취지를 명기한 예

번역: 年 月 日 某 앞 手 票 / 위 표는 꼭 쓸 바로 ○地居 ○人處에 典執한 ○物을 移典하여 錢文 ○十兩을 빌려 쓰고 기한은 ○年 ○月 ○日로 하여 갚을 뜻으로 표를 작성할 일<이하 생략>

<표 45-1> 借用典當手票(咸慶南道 甲山地方)

번역: 年 月 日 某 앞 / 위 표는 내가 꼭 쓸 바로 돈 ○元을 위 사람에게서 빌려 쓰니 典當은 ○人田(畝·家) 문권을 빌려 기한은 來 ○日에 원본과 이자를 함께 갚되 이자는 3分으로 하고 만약 기한을 어기면 위 物을 방매하여 충용할 일<이하 생략>

<표 45-2> 典當物貸與承諾證書(新式) <번역 생략>

<표 45-3> 典當物借用證書(新式) <번역 생략>

第三章 債權

<표 62-1> 同貸證書

번역: 年月日某處票 / 위 표는 내가 쓸 바로 同人에게서 錢兩을 貸出하니 이자는 十三<月 3分의 예>의 예로 하여 ○月 ○日까지 원본과 이자를 모두 계산하여 갚을 뜻으로 이 표를 작성할 일 <이하 생략>

<표 62-2> 同貸證書

번역: 年月日某處手票 / 위 표는 쓸 바로 위 사람에게서 錢文 ○百兩을 빌려쓰니 이자는 매월 每兩當 3分으로 하여 원본과 이자는 來明年 ○月 ○日까지 계산하여 갚을 뜻으로 표를 작성할 일 <이하 생략>

<표 63> 保人連署手票

번역: 己酉 二月 二十五日 表 / 위 표는 위 사람에게서 錢 7千兩을 빌리고 원본과 두달 이자 280兩을 모두 來 4月 同일에 갚을 일 <이하 생략>

<표 72-1> 單純領收證 <번역 생략>

<표 72-2> 貸金領收證 <번역 생략>

<표 73-1> 不忘記

번역: 年月日某 앞 不忘記 / 위 표는 위 사람이 ○年 ○月 ○일에 빌려준 돈과 지금까지의 이자를 모두 갚았으나 당초에 빚을 줄 때 받은 표를 잃어버려 돌려줄 수 없기 때문에 이에 論理로 표를 작성하니 이후에 본표를 혹 찾으면 반환하는 것이 옳고, 타인이 비록 습득하더라도 무효[休紙]로 할 뜻으로 표를 작성할 일 <이하 생략>

<표 73-2> 闕失票

번역: 某 年月日 某 앞 闕失票 / 위 서실표는 돈 ○圓票를 잃어버

린 까닭으로 줄 수 없어서 일후에 만약 가지고 오는 폐단이 있으면 이 문기를 가지고 바로잡을 일 <이하 생략>

<표 92-1> 還退文記

번역: 年月日 某處 還退明文 / 위 명문을 작성하는 것은 내가 쓸 바가 있어서 위 사람에게서 兩錢 錢 500兩을 받고 本價는 上老 德面 北里 소재 調字田 3日耕으로 四標는 동은 李晋奎 實田, 서는 大路, 남은 李祐燮 북은 갯벌[浦]인데 四標內 遂同物主處를 5년내에 환퇴할 것으로 방매하니, 만약 기한을 넘기면 위 밭을 영원히 줄 뜻으로 이 문서를 작성할 일 <이하 생략>

<표 92-2> 權賣文記

번역: 年月日 某人 앞明文위 명문을 작성하는 일은 쓸 바가 있어 ○面 ○洞 仁字 卜數 ○負인 전래의 논 ○마지기를 계산하여 錢文 ○百兩을 받고서 우선 환퇴의 뜻으로 權賣하니 이후에 이것으로 증명할 일 <이하 생략>

<표 92-3> 姑爲放賣文記

번역: 年月日 處 明文위 명문을 작성하는 일은 쓸 바로 ○○에게서 매득한 坪田 ○日耕이 ○里 ○員에 있는데 四標는 東은 ○, 西는 ○, 南은 ○, 北은 ○인데 경계내의 분명한 밭을 錢文 ○十圓으로 계산하여 받고 위 사람에게 3년후에 本價로 환퇴할 뜻으로 우선 방매하니 이후에 만약 잡담이 있으면 이 문기로 바로잡을 것 <이하 생략>

<표 92-4> 待舒力還退文記

번역: 年月日 明文위 명문을 작성하는 일은 급히 쓸 바가 있기 때문에 ○面 ○坪 소재 畓 ○배미[夜味] ○마지기 ○負 ○束을 錢文 ○○兩으로 계산하여 新舊文記 모두 ○장을 위 사람에게 권매하니 힘이 필 날을 기다려 本價로 환퇴할 뜻으로 이 문기를 작성하니 이후에 만약 다른 말이 있으면 이 문기로 증빙할 일 <이하 생략>

<표 92-5> 甲山 元山 等地의 還退文記 <번역 생략>

<표 94-1> 借用證書 <번역 생략>

<표 94-2> 無記名借用證書

번역: 手 票위 수표는 위 사람앞으로 錢文 ○千兩을 執用하고 이자는
每月 每兩當 ○分으로 갚고 기한은 來 ○年 ○月 ○日로 하여
모두 갚을 뜻으로 이 표를 작성할 日年 月 日 <이하 생략>

<표 94-3> 米穀借用證書(長利)

번역: 年 月 日 ○氏앞 票 / 쌀 ○石을 빌려가고 1년 十三의 長利이
니 이듬해 가을에 갚을 뜻으로 이 표를 작성할 日<이하 생략>

<표 96-1> 小作人 選定契約書 <번역 생략>

<표 96-2> 小作人 變更契約書 <번역 생략>

<표 96-3> 傳貰文記 1(서울)

번역: 年 月 日 明文 / 위 명문을 작성하는 일은 ○部 ○契 ○洞 소
재 <기와집·초가> ○칸 곳을 위 사람에게 전세금 錢文 ○千
兩을 받고 100일에 한하여 전세를 놓으니 이후에 만약 잡담이
있으면 이 문기로 관에 제소하여 바로잡을 것 <이하 생략>

<표 96-4> 傳貰文記 2(地方)

번역: 年 月 日 ○앞 明文 / 위 명문을 작성하는 일은 꼭 쓸 바가 있
어서 기와집 칸 ○곳을 錢文 ○兩으로 貰給하오니 이후에 만약
잡담이 있으면 이 문기로 증빙할 日 <이하 생략>

<표 96-5> 傳貰立旨 <번역생략>

<표 96-6> 傳貰懸錄請願書 <번역 생략>

<표 96-7> 傳貰懸錄家契 1 <번역 생략>

<표 96-8> 傳貰懸錄家契 2 <번역 생략>

<표 97-1> 婢永賣文記

번역: 年 月 日 明文 / 위 명문을 작성한 일은 다름아니라 이 몸이 빈
한한 까닭으로 거느린 딸 ○年生을 ○兩으로 계산하여 영원히
방매하오니 이후에 만약 잡담이 있으면 이 문기로 증명할 日
<이하 생략>

<표 97-2> 奴自賣文記: 『續大典』 「刑典」 禁制條 “자기의 몸을 스스로 파

는 자는 ‘처를 파는 죄’로 처벌하고 사는 자의 죄도 같다(自賣其身者 以賣妻律 買者同罪)” 참조

번역: 年 月 日 明文 / 위 명문을 작성한 일은 이 몸이 긴급히 쓸 바가 있어 위 宅앞으로 錢文 ○千兩으로 내 몸을 스스로 팔고자 하오니 이 문기로 증명할 일 / 姓名 / 手掌 / 上典 ○氏宅

<표 97-3> 使婢轉賣文記

번역: 年 月 日 ○○앞明文 / 위 명문을 작성한 일은 使婢 春梅 1口를 直緣하고 생애가 구난하여 생각컨대 부득이한 지경이어서 위 사람에게 800兩을 받고 영원히 파는 일 <이하 생략>

<표 100-1> 任置票

번역: 위 표를 작성하는 일은 錢文 ○兩을 임치하니 일후에 이 표를 가지고 오는 자에게 내어 줄 일 <이하 생략>

<표 100-2> 任置票 <번역 생략>

第二編 商 法

<표 190> 집주름 帖帳 <번역 생략>

<표 197-1> 어음 <번역 생략>

<표 197-2> 換簡 「退」字의 기입과 捺印은 지급거절의 경우에 함

번역: <表面> 仁川港椎峴 / 金生員一宅 入納 / 木浦南橋洞 黃文九緘
<裏面> 謹封 「退」印 / 錢文 參阡五百兩은 이를 가진 자에게 의심없이 출급할 일 / 庚戌 五月 二十七日

<표 197-3> 簡文 ①

번역: 간략히 하니 마침 債錢 五伯圓이 있으므로 이를 가지고 오면 곧 출급할 일 / 年 月 日 姓名 印

<표 197-3> 簡文 ②

삼가 살피웁니다. / 형님의 문안을 자세히 여쭙우고 아우는 옛과 같을 뿐입니다. 아우는 ○일로 ○地 居住 ○에게서 錢文

○千兩을 執換하여 올려보내니 同錢이 도착한 즉 출금하시고
回示하십이 어떠하온지. 인사를 갖추지 않고 인사드립니다./
年 月 日 / 어음으로 환전을 追還하여 보내기를 시행할 일

- <표 198-1> 船票 <번역 생략>
<표 198-2> 船案 1(農商工部) <번역 생략>
<표 198-3> 船案 2(財務署) <번역 생략>
<표 204> 船載記

번역: 船載票一 / 何物 수량 ○許 「印」 船價 ○○로 作定하고 仁川
港에 도착시 위 物의 下陸時에 만약 缺縮의 폐가 있으면 선주
가 책임질 일 / <이하 생략>

II. 引用資料解說

1. 古文獻

四禮便覽 朝鮮 肅宗代 李締(1680~1746)가 편찬한 冠婚喪祭에 대하여
經書와 先儒의 설을 참조한 해설서로 顯宗 10年(1844)에 간행되었다. 이
후의 우리나라의 禮制에 대한 표준서로 되었다.

번역본: 李民樹 역, 冠婚喪祭(을유문고 180), 을유문화사, 1975

禮記大傳 五經의 하나로 예에 관한 이론과 해설을 기술한 것으로 周禮,
儀禮와 함께 三禮書를 이룬다. 漢의 戴德이 편찬한 「大戴禮記」와 戴聖이
편찬한 「小戴禮記」가 있는데, 앞의 것은 고래의 예설을 집성한 것이고
뒤의 것은 이를 다시 축약한 것이다. 예기의 내용은 儀禮의 해석, 제도와
생활의 규범 그리고 예의 일반과 학술, 음악, 정치 등과의 관련성이다.
周禮가 국가의 관직 등을 기술한 것이라면 禮記는 禮의 대의를 기술한
것이다. 禮記大傳은 明代에 勅命으로 禮記에 주석을 한 것이다.

儀禮 중국고대의 종교적 정치적 의례를 수록한 유가의 경전으로 三禮
가운데 가장 기초적인 것이다. 춘추에서 전국시대에 걸쳐 형성되었다고

보는 것이 통설이다. 현전본은 17편으로 되어 있으며, 이는 吉禮, 嘉禮, 賓禮, 凶禮〈五禮 가운데 軍禮가 없음〉를 기술하고 있다.

朱子家禮 가례는 가족생활을 규율하는 기본적인 禮制이다. 傳存의 禮書 가운데 冠婚喪祭의 四禮에 관하여 朱熹가 주석을 하고 편찬한 것으로 고려말에 우리나라에 수용되어 우리나라에서 典範이 되었다. 이후에 이를 조술한 예서가 많이 나왔고 조선 중기이후에는 禮學의 시대를 열었다.

2. 古法典

經國大典 成宗 15年(1484)에 완성되어, 同 16年(1485)부터 시행된 조선시대의 기본법전이다. 이의 편찬은 太祖代의 經濟六典〈太祖 6年(1387) 완성〉과 太宗代의 續六典〈13年(1413) 공포, 시행〉 및 世宗代의 新撰經濟續六典〈세종 15年(1433) 공포, 시행〉을 종합하여 世祖代에 종합법전의 편찬을 시작하여 世祖 6年(1460)과 7년에 戶典과 刑典을 완성한 후, 睿宗 원년(1469)에 최초로 완성되었는데, 이를 己丑大典이라고 한다. 이를 보완하여 成宗 2年(1471)에 완성하였는데, 이를 辛卯大典이라고 한다. 그리고 다시 수정 보완을 거듭하여 成宗 5年(1474)에 공포 시행하였는데 이를 甲午大典이라고 한다. 그러나 甲午大典에 대해서도 개수의 주장이 있어서 12年(1481)에 勸校廳을 설치하여 수정하여 同 15年(1484)에 완성하여 16年 1월 1일부터 시행하였다. 이것이 마지막 經國大典으로 乙巳大典이라고 한다.

번역본 : 法制處 역, 법제자료 제4, 6집, 1962, 3년(부산일보사, 1965; 일지사, 1978 재간); 韓國精神文化研究院, 번역편 주석편, 1985, 6; 윤국일, 경국대전연구, 과학백과사전출판사(평양), 1986

經國大典〈申卯大典〉 成宗 2年 신묘년(1471)에 완성된 경국대전으로 두 번째 완성된 것이다. 지금까지 經國大典 가운데 마지막의 것인 乙巳大典만 전존하는 것으로 알려졌으나, 1992년 3월 삼성출판박물관은 辛卯大典 가운데 吏典과 戶典을 공개하였다.

續大典 經國大典 공포 이후에 영구히 시행할 법령을 편찬한 것으로 제

2의 법전이다. 肅宗 14年(1688) 6월에 吏曹判書 朴世采가 辭職疏에서 經濟司의 설치를 주장한 것에서 兩亂後 법전편찬이 논의되기 시작하였다. 續大典의 편찬은 英祖 16年(1740)에 시작되어 同 20年(1744) 7월에 纂輯廳을 설치하였고, 同年 8월에는 거의 완성되어 英祖 자신이 序文을 썼으며 11월 하순에 완성되었다. 다시 검토하여 英祖 22年(1746) 4월에 인쇄를 완료하여 공포 시행하였다. 숙대전의 완성으로 법전은 經國大典과 續大典으로 두 개로 되었다.

번역본 : 法制處 역, 법제자료 제 19 집 1965

大典通編 숙대전 편찬후 모든 법전을 통합하여 실무의 편의를 꾀하였으나, 작업이 번거로워서 법전만 통합하기로 하였다. 大典通編의 편찬은 正祖 5年(1781)에 시작하여 同 9年(1785) 2월에 완성하여 검토를 한 후, 正祖 10년 1월 1일부터 시행하였다. 경국대전과 숙대전을 통합하고 숙대전 공포이후의 법령을 수록하였고, 법전편찬의 원칙인 祖宗成憲尊重主義를 형식적으로 유지하였다.

번역본 : 法制處 역, 법제자료 제8집 1963

大典會通 조선조 최후의 통일법전으로 大典通編 이후 80여년간의 법령을 수록한 것으로 領議政 趙斗淳, 左議政 金炳學 등이 高宗 2年(1865)에 완성하였다. 여기에는 祖宗成憲으로 형식적 효력을 유지한 經國大典, 續大典, 大典通編과 大典會通의 규정을 각각 原, 續, 增, 補를 陰刻하여 표시하였다.

번역본 : 한국고전국역위원회 역주, 고려대출판부, 1960

六典條例 대전회통을 완성하였으나, 실제로 시행되는 행정사례집이 없어서 법규의 해석이 곤란하여 편찬한 것이다. 高宗 2年(1865)에 中國의 會典방식을 따라 편찬한 것으로 高宗 3年 12월에 완성하여 4年(1867)에 인쇄하였다. 우리나라 유일의 행정사례집이다.

번역본 : 法制處역, 吏典 제 24 집, 1966 ; 兵典·刑典, 제 27 집, 1967 ;

戶典 제 60 집, 1973 ; 禮典·工典, 제 65 집, 1974

唐律疏議 唐律은 중국 한대 이후의 법령을 종합한 것으로 이후 법전의 모태가 되었고 우리나라 일본의 법령에도 큰 영향을 주었다. 唐律疏議는

당대 長孫無忌 등이 勅命으로 永徽 4年(653)편찬한 것으로 당률에 대한 공식주석서로 전 30 卷이다.

번역본 : 法制處역, 唐律疏議一名例律 衛禁編一, 법제자료 제 147 집, 1988

大明律 중국 명의 형법전으로 명태조가 황제에 즉위하기 전인 吳王 元年(1367)에 최초로 大明律을 공포하였다. 그 후 4차의 개정이 있었다. 大明律은 元法에서 탈피하여 唐律 즉 중국의 전통법으로 회귀하였으며, 唐律과 비교하면 구성요건을 간략히 하고 형벌을 완화하였다. 우리나라에서는 大明律 그 자체가 아니라 太祖 4年(1395)에 高士敬과 金祗가 이두로 번역한 大明律直解를 적용하였다. 이 大明律直解는 현존 大明律과는 다른 3차 수정의 大明律이다. 大明律은 經國大典 刑典 用律條에 의해 우리나라에서 一般刑法으로 적용되어 1905년 刑法大畧이 적용될 때까지 효력을 가졌다.

번역본 : 法制處역, 大明律直解, 법제자료 제 13 집, 1964

大明律附例 大明律에 대한 註釋書로 大明律集解附例가 원명이다. 全 30 卷으로 明 萬曆年間(1573~1619)에 편찬된 것으로 추정된다. 淸 光緒 3 年(1906)에 중단되었다. 우리나라에서는 張燾 著, 『新舊刑事法規大畧 上下(1907년 12월 간행)』에 수록되어 있다.

大清律 청조의 제 1의 법전으로 世祖 順治 2年(1645)에 시작하여 동 4 年(1647)에 완성하였다. 편찬의 방침은 “명률을 기본으로 하고 국제를 참조한다(詳經明律 參以國制)”로 명률을 근간으로 하였다.

增修無冤錄 조선후기에 증보하여 시행한 법의학서이다. 無冤錄은 宋代의 洗冤錄과 平冤錄, 結案程式을 元의 王與가 편찬한 것이다. 世宗 22年(1440)에 무원록을 주석을 하여 新註無冤錄을 간행 시행하였다. 英祖 24 年(1748)에 수정하였는데, 이것이 增修無冤錄이다. 다시 正祖 14年(1790)에 諺解하고 주를 달아 同 16年에 간행하였다. 특해 언해본을 增修無冤錄大畧이라고 부른다.

번역본 : 법제처역, 법제자료 제 78 집, 1975

3. 新法令 一覽

- 家契發給規則(光武 10. 5. 22 內部令 第2號)〈國·圖:IV-579; 韓·法:126〉
 家契手數料規則(光武 10. 5. 22 度支部令 第10號)
 〈國·圖:IV-581; 韓·法:126〉
 共同倉庫會社章程(光武 9. 9. 4 度支部令 第14號)
 〈國·圖:IV-395; 韓·法:129〉
 寡女再嫁를 自由케 하는 件(開國 503. 6. 28 議案)
 〈國·圖:I-15; 韓·法:128〉
 鑛業法(光武 10. 6. 29 法律 第3號) 〈國·圖:IV-590; 韓·法:218〉
 鑛業法施行細則(光武 10. 7. 11 農商工部令 第43號)
 〈國·圖:V-7; 韓·法:218〉
 國庫證券條例(光武 9. 6. 23 勅令 第35號) 〈國·圖:IV-257; 韓·法:155〉
 國庫債券條例(隆熙 4. 5. 14 法律 第5號) 〈國·圖:IX-442; 韓·法:155〉
 國內船稅規則(光武 3. 7. 12 勅令 第33號) 〈國·圖:II-530; 韓·法:162〉
 國稅徵收法(隆熙 3. 2. 18 法律 第5號) 〈國·圖:VIII-63; 韓·法:163〉
 國有未墾地利用法(光武 11. 7. 4 法律 第4號)〈國·圖:V-574; 韓·法:158〉
 國有土石採取規則(隆熙 2. 8. 11 勅令 第58號)
 〈國·圖:VII-135; 韓·法:159〉
 起業公債條例(隆熙 2. 11. 26 勅令 第81號)〈國·圖:VII-516; 韓·法:158〉
 奴婢의 典을 革罷하는 件(開國 503. 6. 28 議案)〈國·圖:I-16; 韓·法:61〉
 農工銀行設立에 關한 件(光武 10. 4. 20 度支部令 第4號)
 〈國·圖:IV-550; 韓·法:159〉
 農工銀行條例(光武 10. 3. 21 勅令 第13號) 〈國·圖:IV-527; 韓·法:159〉
 導掌賜金公債證券條例(隆熙 4. 3. 30 勅令 第30號)
 〈國·圖:IX-421; 韓·法:158〉
 東洋拓殖會社法(隆熙 2. 8. 26 法律 第22號)〈國·圖:VII-270; 韓·法:129〉
 東洋拓殖會社定款(隆熙 2. 9. 8 農商工部 認可)
 〈國·圖:IX-458; 韓·法:130〉
 民籍法(隆熙 3. 3. 4 法律 第8號) 〈國·圖:VIII-120; 韓·法:128〉

- 民籍法執行心得(隆熙 3. 3. 20 內部訓令 第39號)
〈國·圖: VIII-157; 韓·法: 158〉
- 民刑事訴訟에 關한 件(光武 11. 6. 27 法律 第1號)
〈國·圖: V-545; 韓·法: 131〉
- 民刑訴訟規則(隆熙 2. 7. 13 法律 第13號)〈國·圖: VII-25; 韓·法: 131〉
- 民刑訴訟期限規則(隆熙 2. 7. 23 法律 第20號)
〈國·圖: VII-94; 韓·法: 131〉
- 民刑訴訟에 關한 規程(開國 504. 4. 29 法部令 第3號)
〈國·圖: I-367; 韓·法: 131〉
- 砂金開採條例(開國 504. 5. 19 勅令 第94號)〈國·圖: I-389; 韓·法: 218〉
- 砂金採取法(光武 10. 7. 24 法律 第4號) 〈國·圖: V-47; 韓·法: 219〉
- 私立學校令(隆熙 2. 8. 26 勅令 第62號) 〈國·圖: VII-277; 韓·法: 183〉
- 森林法(隆熙 2. 1. 21 法律 第1號) 〈國·圖: VI-231; 韓·法: 212〉
- 船舶法(隆熙 4. 3. 12 法律 第1號) 〈國·圖: IX-326; 韓·法: 215〉
- 船舶法施行細則(隆熙 4. 3. 29 度支部令 第11號)
〈國·圖: IX-356; 韓·法: 215〉
- 率養하는 舊典을 申明하는 件(開國 503. 6. 28 議案)
〈國·圖: I-15; 韓·法: 128〉
- 水利組合條例(光武 10. 3. 26 度支部令 第3號)
〈國·圖: IV-534; 韓·法: 211〉
- 手形條例(光武 10. 11. 13 勅令 第71號) 〈國·圖: V-326; 韓·法: 130〉
- 手形組合條例(光武 9. 9. 30 度支部令 第16號)
〈國·圖: IV-404; 韓·法: 130〉
- 漁業法(隆熙 2. 11. 7 法律 第29號) 〈國·圖: VII-482; 韓·法: 214〉
- 驛屯土管理規則(隆熙 2. 7. 29 度支部令 第28號)
〈國·圖: VII-123; 韓·法: 157〉
- 銀行條例(光武 10. 3. 21 勅令 第12號) 〈國·圖: IV-526; 韓·法: 159〉
- 銀行條例施行細則(光武 10. 4. 20 度支部令 第5號)
〈國·圖: IV-552; 韓·法: 159〉
- 利息規例(光武 10. 9. 24 法律 第5號) 〈國·圖: V-168; 韓·法: 125〉
- 邸價를 濫捧하는 事를 禁하는 件(開國 503. 8. 18 議案)
〈國·圖: I-94; 韓·法: 162〉

- 典當舖規則(光武 2. 11. 2 法律 第1號) <國·圖:II-412; 韓·法:129>
 典當舖細則(光武 2. 11. 10 農商工部令 第31號)
 <國·圖:II-419; 韓·法:129>
 田地山林 家屋을 強占과 勒買者를 推還原主하는 件
 (開國 503. 7. 15 議案) <國·圖:I-55; 韓·法:125>
 帝室債務에 關한 件(隆熙 2. 4. 30 法律 第9號)
 <國·圖:VI-403; 韓·法:78>
 租稅徵收規程(光武 10. 10. 16 勅令 第60號)<國·圖:V-248; 韓·法:163>
 地方金融組合規則(光武 11. 5. 30 勅令 第33號)
 <國·圖:V-510; 韓·法:160>
 地稅戶布錢에 關한 件(開國 504. 9. 5 法律 第15號)
 <國·圖:I-560; 韓·法:162>
 執行處分規則<開國 504. 7. 17 法部令 第8號)
 <國·圖:I-507; 韓·法:131>
 土地家屋典當舖執行規則(光武 10. 12. 26 勅令 第80號)
 <國·圖:V-378; 韓·法:127>
 土地家屋證明規則(光武 10. 10. 26 勅令 第65號)
 <國·圖:V-291; 韓·法:127>
 土地家屋證明規則施行細則 (光武 10. 11. 2 法部令 第4號)
 <國·圖:V-300; 韓·法:127>
 捕鯨管理法(隆熙 1. 9. 30 法律 第7號) <國·圖:VI-49; 韓·法:215>
 學會令(隆熙 2. 8. 26 勅令 第63號) <國·圖:VII-279; 韓·法:183>
 韓國銀行條例(隆熙 3. 7. 26 法律 第22號)<國·圖:VIII-374; 韓·法:160>
 許婚年齡을 定하는 件(開國 503. 6. 28 議案) <國·圖:I-15; 韓·法:128>
 刑法大全(光武 9. 4. 29 法律 第2號) <國·圖:IV-130; 韓·法:132>
 戶口調查規則(建陽 1. 9. 1 勅令 第61號) <國·圖:II-163; 韓·法:128>
 戶口調查細則(建陽 1. 9. 3 內部令 第8號) <國·圖:II-166; 韓·法:128>
 會計法(開國 504. 3. 30 法律 第2號) <國·圖:I-291; 韓·法:154>

* 慣習調查報告書 본문에 인용된 신법령(1894~1910년)을 가나다순으로 정리한 것으로 법령공포일과 법령의 형식 및 공포번호를 법령명 뒤 괄호속에 수록하였다.

- * 법령의 출전은 宋炳基 의, 『韓末近代法令資料集 I~IX』(국회도서관, 1970~2)의 해당 권과 면수를 밝혔다.
- * 법령의 개정경과와 관련법령을 파악하여 법령의 전부를 조감할 수 있도록 鄭肯植, 『韓末法令體系分析』(한국법제연구원, 1991)의 해당면수를 밝혔다.
- * <國·圖>는 『韓末近代法令資料集』의 약칭이며, I, II는 권수, 숫자는 면수이다.
<韓·法>는 『韓末法令體系分析』의 약칭이며, 숫자는 면수이다.
예) <國·圖: I-291; 韓·法: 154>는 韓末法令資料集 제 1권 291면, 韓末法令體系分析 154면이다.

4. 朝鮮總督府 制令 및 日本法令

- 寺刹令(明治 44. 6 制令 第7號) 同年 9. 1 시행
〈출전: 朝鮮法令輯覽 上1 8-3면〉
- 森林令(明治 44. 6 制令 第10號) 同年 9. 1 시행
〈출전: 朝鮮法令輯覽 上2 11-44면〉
- 森林令施行規則(明治 44. 6 朝鮮總督令 第74號) 同年 9. 1 시행
〈출전: 朝鮮法令輯覽 上2 11-45면〉
- 漁業令(明治 44. 11. 制令 第6號) 昭和 4. 1. 制令 第1號
朝鮮漁業令으로 폐지 한국어업법 폐지
- 利息制限令(明治 44. 11 制令 第13號) 同年 11. 1 시행
〈출전: 朝鮮法令輯覽 下1 15-188면〉
- 會社令(明治 43. 12 制令 第13號) 同年 12. 1 시행
大正 9. 4. 制令 第9號로 폐지
〈출전: 朝鮮法令輯覽 下1 17-159면〉
- 民法 영사재판권을 폐지하기 위해서 明治 3年(1870)에 江藤新平에 의하여 민법전의 편찬이 시도되었다. 明治 8年(1875) 경에 프랑스민법전의 직역에 가까운 초안이 완성되었으나 폐기하고 明治 13年(1880)에 프랑스인 보아소나드(Boissonade)를 중심으로 하여 다시 편찬하여 明治 19年(1886)에 완성되어 明治 23年(1890)에 공포되어 明治 26年(1893)에 시

행할 예정이었다. 그러나 穂積八束 등이 “民法이 나와서 忠孝가 망한다”라는 구호로 반대하여 폐기되었는데, 이를 舊民法이라고 한다. 그 후 다시 기초하여 總則, 物權 人權編은 明治 29年(1896)에 공포되었고 親族과 相續編은 明治 31年(1898) 6월에 공포되어 7월에 발효하였다.

商法 明治 11年(1878) 경에 상사에 관한 단행법의 초안(예: 日本海峽草案 등)이 나왔으나 상법전제정방침 때문에 폐기되었다. 明治 19년에는 독일인 뢰슬러(Roesler)가 상법전을 기초하였고, 이를 明治 23年(1890)에 확정하여 이듬해에 시행하려고 하였으나, 상법전도 민법전과 마찬가지로 반대에 부딪쳐 연기되었다. 이를 舊商法이라고 한다. 그 후 회사법과 手形法을 제정 시행하였다. 明治 31年(1898)에 상법전을 완성하여 의회에 제출하였으나 의회의 사정으로 통과되지 못하고 구상법의 미시행부분만이 자동적으로 시행되었으나, 이듬해에 통과되어 시행되었다.

III. 索 引

1. 조 문

(1) 고 법 전

經國大典 71

戶 典

給造家地 148 187

買賣限 136 269 274

田宅 127 130 158

徵債 130 234

戶口式 92 321 324 351

戶籍 92

禮 典

度僧 110

奉祀 384 387

喪葬 314

五服 316 318

婚嫁 341 342

立後 362 364 366 367

刑 典

公賤 127

禁制 230

私賤 393 401

用律 71

工 典

寶物, 鐵場 146

續大典 85

戶 典

買賣限 269 274 276

田宅 158

諸田 190

徵債 230 234 235

戶籍 84 86 322

收稅 158

禮 典

奉祀 74 387 388

立後 327 362 366 384 387

婚嫁 342 345

婚姻 354

刑 典

姦犯 72

禁制 147

文記 138

殺獄 76

用律 72

聽理 127 131

推斷 72

大典通編 72

戶 典

給造家地 148

收稅 158

大典會通 72 312

戶典

學田 110 112

六典條例

戶典負債 230

禮典禮曹繼後 368

刑典聽訟 131

唐律疏議 354

戶婚疏 355

大明律 71 312

名例律

老少廢疾收贖 72

流囚家屬 321

稱日者以百刻 126

吏律制書有違 86

戶律

居喪嫁娶 350

男女婚姻 349

盜賣田宅 272

得遺失物 159 161

父母囚禁嫁娶 350

違禁取利 229

立嫡子違法 364~7

典買田宅 226

尊卑爲婚 343

侵田宅律 158

逐婿嫁女 324 351

出妻 354 355

娶親屬妻妾 311 343 344

私債代捧田畚 236

刑律

家人求索 321

同姓親屬相毆 311

犯姦 323 342 358

婦人犯罪 71

父祖被毆 76

私和公事 77

獄囚衣糧 321

造畜蠱毒殺人 321

採生折割人 321

親屬相姦 311 315

親屬相盜 311

大明律附例 77

大清律 312

戶律立嫡子違法 384

(2) 한국법령

(법령명 다음의 고딕 숫자는 조문임)

家契發給規則 137 2 417

家契手數料規則 137

家屋稅 91

共同倉庫會社章程 113 422 5 121

寡婦의 再嫁를... 106 318 342

鑛業法 146 10 137 204

同施行細則 22 226

國庫證券條例 14 129

國庫債券條例 16 130

國內船稅規則 430 5 138

國稅徵收法 2, 3 附則 200

- 國有未墾地利用法 1 157
 國有土石採取法 6 137 204
 起業公債條例 7 130

 奴婢의 典...件 297
 農工銀行設立에 關한 件 113
 農工銀行條例 113

 導掌賜金公債證券條例 5 130
 東洋拓殖株式會社法 113 9 121
 民籍法 92 322 323 339 340 348
 2 322
 民刑訴訟期限規則 132
 民刑訴訟規則 87 91 235 374
 2 127
 64 104 67 121
 68 121 176 127
 民刑訴訟에 關한 規程 78 91
 2 121 7 127
 砂鑛採取法 146
 砂金開採條例 146
 森林法 166 180 5 146
 6 147 7 147
 8 147 19 136 157 171
 船舶法 209 430 3 203 227
 同施行細則 12 226
 率養하는 舊典... 362
 手形條例 425 5 91 104 8 129
 手形組合條例 113

 水利組合條例 113 155
 漁業法 156 5 137 204
 驛屯土管理規則 194
 銀行條例 113
 同施行細則 113
 利息規例 2 229 3 230
 4 232 5 230
 6 276
 邸債을 濫捧... 232
 典當舖規則 202 203 209
 9 202 10 137 417
 14 223 21 145
 同細則 1 231 2 231
 田地 山林 家屋을... 131
 帝室債務에 關한 件 1, 2 129
 租稅徵收規程 2 200
 地方金融組合規則 113
 地稅戶布錢... 7 129
 執行處分規則 235

 土地家屋典當執行規則 208
 土地家屋證明規則 114 137
 同施行細則 1 210 2 210
 4 210 6 210 7 139
 捕鯨管理法 156

 韓國銀行條例 113 9 121
 許婚年齡... 341

496 제 3 부 참고자료

刑法大全 87 89

凡例 312

16 132

27 269 274

30 160

31, 2 148

48 127

53 87

62 311 318

64 315

103 73

166 144

170 235

173 77 310

174 77

389 138

448~453 148

493 77

533 73

540 323 358

558 342

559 349

565 324 351

568 342 350

569 350

572~4 343, 4

577 360

578 327 354

579,80 356

582 318 332 362 363 365 366

387

583 388 368

612 272

636 226

639~42 235, 6

644~6 160, 1

戶口調査規則 92 322

同細則 92 103 3 321 4 321

會計法 29, 30 129

(3) 일본법령

民法 91 199 228

私立學校令 113

寺刹令 110

森林令 135 147

同施行規則 135

商法

323 419

332, 3 419

337 419

558~63 435

581~83 436

566~72 435

漁業令 137

利息制限令 230 238

土地收用令 149

學會令 113

戶籍法 91

會社令 410 412

2. 문헌

家禮 78 79 80 83

立喪主 74

四禮便覽 80 316

禮記 384

曲禮 78 83 內則 83

喪大記 74 王制 364

雜則 83 祭統 364

禮記大傳 312

朱子家禮 359

喪禮 314 婚禮 345

增修無冤錄 359

3. 사항

(ㄱ)

家契 137 201 220

家契發給 209 227

家契原籍 227

家契懸錄 137 227 289

家系繼承法則 329

加給 281

家舍 202

家督相續 382

家事 337

家產 333

家屬 321

家屋 114 159

家屋典當 203 210

家屋傳賞權의 典當 207

家人 321

家籍 336

加錢 281

家族 322 362

家族의 死亡 393

家族의 財産 335 372

家族의 就業 335

家族의 婚姻 334

가지와 뿌리 154

家畜 275 296

嫁娶 325 351

가괘 → 집주름

脚夫 116

姦生子 323 357 358

間接制裁 233

看坪 285

監官 193

監護 335 369 370

甲午改革期 84

갓 82

強制履行 133 247 235

開墾·耕作 158

開市 126 229

改葬 188

客主 271 301 413~5 418~420

498 제 3 부 · 참고자료

- 422
客主業 408
去家 385
居間 271 415
居留地 137
居買 271
居所 33 91 103 104
居所指定 334 369 371
居地 91
建物 114 154 183 187 188 224
建物借地 225
格軍 436
結稅 110
京·營邸吏 232
境界線 154 155
競賣 208 209
耕作地 183 223
經濟思想 122
京兆 85
契 162 241 305
契員 307
契의 解散 307
契長 111 305 307
契券 137 206
繼(父)母 318 370
契約解除 235 268
故殺 310
庫稅(貰) 422
雇用主 297
姑爲賣買 276
雇人 161 184
空結 110
共同不法行爲 310
共同危險 439
共同債務 260
公賣 235
工事 149 151
公山 171 177
公用徵收 149
共有 135 156 243
共有山 136
公益費用 136 200
工作物 152 155 187 310
寡婦 87 323 393
果樹의 留保 189
果實 115 275
過失 124 310
過失殺傷 310
藿岩 204
灌溉地 155 307
管理權의 범위 104 105
管理者 104 308
官賣 247
官邊 230 238
慣習上의 成年 86
官業 146
官有物 160
官限 206 233

- 鑛物의 採取 146
- 鑛業權 137 204 209
- 光州株式蠶農社 412
- 教令 371
- 教育 335 370
- 交互計算 414
- 交換 267 281
- 口頭 116
- 拘留 234
- 求償權 125 222 242 244 250
259
- 口錢 271 415 416 419
- 國家 107 157
- 王室 157
- 國庫 128
- 國有 107 146 156 157
- 國有林(山) 147 176
- 國有財產 107
- 國有地 157 159 171
- 國有土石採取權 209
- 國籍喪失 385
- 國籍證書 430
- 國帑 107
- 軍布 86
- 宮土 189~192
- 權利의 設定·移轉 137
- 權利의 持分 242
- 權利移轉證書 206
- 權利證書 209
- 權利質 205
- 權賣 276 277
- 規約 162
- 均給 394
- 金穀의 代차 253
- 今不同居繼父 319
- 禁松契 306
- 禁養 179 180
- 金錢貸借 228
- 金錢分割 164
- 金錢의 貸借·代納 413
- 金錢借用證書 209
- 金錢債權 91 104 133
- 金錢債務 133 234 237
- 禁治產 89
- 期間 126 128
- 寄口 322 326
- 起畜 109
- 寄留籍 103
- 期滿免除 129
- 記名 120
- 記名式어음 423
- 寄食 326
- 棄兒 322 323 358
- 起田 109
- 期親 312
- 寄託 252 301
- 期限 232 233 239
- 期限附債務 232

500 제 3 부 참고자료

期限利益의 상실 237

期限前の辨濟 309

既婚者 373

(L)

나무 224

諾約者 267

落胎(墮胎) 71

亂倫子 358

襪衫 81

捺印 120

納拷 233

納采 345

納幣 345

浪費 89 368 376

內需司 192 193

勞務提供 303 304

奴婢 297

農具契 305

農商工部 137 167 171

漏口 326

(C)

다짐(拷音) 233

單獨行爲 116

斷緣 344

檀徒 110

端午 128

袒免 311 314

擔保物の 훼손 멸실 237

담장 153

踏音 424

當然代理人 121

代價減額 273 274

代納 378

代理 105 117 118

代理權發生 121 124 126

代理人 119 121 125

代物辨濟 262

代襲 340 396 397

代身 117 118 409

代位權 259

代行人(者) 117 297

埜稅 187

大功親 313

大工 297

大帶 80

對抗條件 209 253

待舒力還退 276

待婚期間 342

貸金手票의 전당 202

貸借名義 282

倒産 236

到客記 408

圖章 120

賭稅 189

賭錢 228

賭租 183 193 194 288

- 賭地 191 196 285 286
 道路用地 149
 都給 297
 都錄 420
 都有司 111
 都總攝 110
 冬至 115 191 287
 動物 310
 動産 114 201
 動産典當 209 223
 動産質 202 205
 同居家口 321
 同居繼父 318
 同居親屬 322
 同貸 242 244 245 249
 同事 162 241 303 304 411
 同姓親屬 311
 同性同本 343 379
 同時履行 265
 同宗 362
 東洋拓殖株式會社 193
 洞 107
 洞契 305
 洞民의 所有權 171
 洞有 175 179 340
 洞會 310
 洞에서 退去 310
 斗量 285
 頭立 178
 頭民 108 166 177 178 181 182
 뒤를 돌보아 주는 사람 374
 登錄 137 226
 等訴 173
 歿 155
 (口)
 馬頭納幣 347
 마음(舍音) 119 256 287
 馬房(馬夫宿) 421
 마지기(斗落, 石落) 108 109
 末寺 110
 網巾 80
 埋葬 147
 埋藏 161
 媒婆 346
 買得冊 408
 賣渡人의 住所 255
 賣渡證書 134 138
 賣買費用 271
 머슴 297
 免稅 184
 免除 242 243
 面 108
 面長 92
 名譽毀損 310
 明文 181
 銘心錄 408
 募軍(契) 297 306

502 제 3 부 참고자료

- 모자 82
木浦商業株式會社 411
蒙利契 155 306
廟見 345
墓位(直)田 184
묘지기(墓直) 184
苗圃 185
武衛營 193
無價還退 133
無期換 425
無記名證書 258
無記名債權 256
無賭地 196
無報酬의 委任 300
無服親 310
無償 240 282
無利子 237 301
無踪跡者 104
無主公(空)山 159 173
無主物 113 156
無土結 110
無牌者 86
無限責任 411
問屋 418
文券 134 138 201 203~6 209
225 228 265 266 271
文記 139 165 181 196 201 220
文廟 110
文化柳氏 331 343
門契 306
門長 376 377 379 398
門會 105 336 366 375 376 378
379 390 398
物(件) 114
物價無邊 276
物故 367
물고기 156
物權的 效力 133
物權의 性質 183
物上保證人 254
物主 303 304
物出入冊 408
物の 送付 266
物の 占有 199
未冠者 83
未成年者 121
未熟成穀物の 賣買 203
未整理國有地の 開墾 158
未婚 105 340 361 383
米穀 418
미역바위(藿岩) 204
民事 132
民有 149 175
民籍 322
民籍申告事項 92
密種圃 185

(ㄷ)

傍系有服親 314
 傍系親族 380
 傍系血族 316
 放賣文記 138 139 206
 放賣冊 408
 排水權 152
 背書 424
 背子 83
 賠償 125 145 308
 賠償金 151 238
 配偶者 315
 白骨養子 364
 白露 115 275
 番頭 296
 法人 106 113 117 121 126
 法定代理人 120
 邊利 115
 邊上加邊 231
 兵役義務 78 86
 竝作 183 285
 竝作法 191 195
 保管 411 422
 保放 234
 保安林 147
 保人 72 247 249 254 260
 保存期限 408
 保存費用 153
 保證人 89 139 247

保證債務 247
 報償 161
 報酬 297 299
 普通學校 111
 步行客主 421
 步行軍 116 234
 湫 155 306
 湫·貯水池의 典當 201 204 223
 補充裁判籍 104
 復讐 76 310
 復籍 326 327 369 384
 服圖 312
 福德房 416
 本家相續 338 383
 本貫 331 332
 本寺 110
 本籍 91
 本錢 303
 本宗 380
 本宗同五世祖袒免親 311
 本宗親族 314
 奉祀者 73 75 106 330 381 397
 捧上票 256
 夫權 87 89 352 372
 夫婦 352 369
 夫役 305
 婦見舅姑 345
 扶養 317 332 381
 敷地 114 224

504 제 3 부 참고자료

浮費 235

簿冊 430

負擔部分 242 243 251

負擔附遺贈(贈與) 270 403

部落 107 108

部落規約 305

部落所有 165

否認 357~9

早祭 384

附籍 92

分家 74 326 329 338 381~4

分家相續 330

分家祭祀者 364

分割執行者 396

分割請求權 164

墳墓 159 188

不可分債務 243

不可抗力 299

不具者 376

不動產 114 201

不動產契券 202

不動產典當 209 223

不動產質 203

不忘記 258

不法原因給與 309

不法行爲 199 245 260

不作爲義務 234

不杖期 312

不在者 121 337

不在者의 財産管理 104 117

不足額 207

不確定期限 232 250

不孝 368

佛契 306

佛粮田雀 109 110

費用平等分擔 153

(人)

事務의 終了 125 300

使用貸借 183 282

使用者의 責任 310

使用借權 183

使喚 118 297 409

司法上 保障制度 265

四色 351

四祖 322

四柱單子 347

寺法 110

寺位田 109 110

射契 111 306

射員 111

射亭 111

死亡推定 105 106 者遺產 75 113 39

死後養子 73 74 362 366 390

砂器製造株式會社 412

사공 435

社團 113

- 社員 411
 社員總會 411
 社員의 財産 110
 社債 412
 私立學校 111 113
 私生兒 324 332 358 359
 私有地 157 160 190
 私債 136 200 235
 私通 336 358
 私和 77
 賜姓 331 343
 賜額書院 111
 辭任 125
 山坂所有權證明 167
 三加冠 82
 三不出 354
 三座 436
 森林斫伐禁止 170
 蔘圃 185 186
 蔘圃典當 204 207 223
 上册 408
 商去來 116
 商事會社 113
 商業會議所 113 419
 商人 120 143 144 228
 商品 266
 喪契 306
 喪服 317 319
 喪主 74
 喪中婚姻 350
 相姦者 342
 相計 243 260 414
 相當補償 149
 相續分 391 395 397
 相續順位 387
 相續人不存在 113 157 159 383
 400
 相續人의 債權者 399
 相續財産 396 399
 相續債權者 399
 相殺 260
 相互計算 414
 相換 281
 生母 367 370
 生父 367
 生松濫伐 146
 生養家奉祀 384
 婿養子 351 366 388
 婿見婦之父母 346
 庶子 318 324 357 358 360 397
 書記 296 409
 書院 111
 悶失票 258
 先給 270
 先買權 164 188
 先占 156
 先取特權 136 199 439
 船同事 434

506 제 3 부 참고자료

- 船舶 430 434 435
船舶典當 203 209 223 227
船案 430
船員 430
船長 430 435
船載記 437
船積期間 438
船票 138 430
攝理 110
姓 331
成均館 110
成年(人) 78 86
世代 105 316 383
稅 115
細根直 185
貫錢 115 434
小功親 313
小滿 177
小作 189 285
小作契約 115 287 288
小作權 195 286
小作期間 183
小作料 188 194 226 285~7
小作料의 還退賣買 276
小作人의 變更 115
소·말의 전당 202 222 227
所有權 134
所有權證明 166 175
所有權拋棄 157
所有申告 167
所有者負擔原則 267
所有地의 限界 153
昭穆 338 362
消滅時效 128
消費寄託 301
消費貸借 282 301
贖罪金 85
損失의 分擔 304
損害賠償 233 250 272 299
松契 173 175 306
松樹斫伐制限 146
修繕 152 191 284 286
受遺者 402
受益 108 267
受贈者 269
受託者의 權限 122
手簡 425
手記 182
手姆 83 345
手數料 415 418
手票 138 181 209 219 221 224
239 253 302 423~5
手形組合 113
授字式 82
收家 234
收養父母 367
收養子 318 323 331 332 365
394

- 收用 145 149
 樹木 146 154 159
 水路 152 153 197
 水流地 152
 水利組合 113 155
 水夫 436
 水蓼賠償金 185 207
 水稅 155 204 223 285
 狩獵 156
 酬勞田 184
 拾得者 156 160
 僧侶의 私財 110
 升看軍 271
 承諾期間 116 117 264
 承諾書 221
 承諾通知 116
 承役地 197
 承嫡 330 360 386
 承典物 219
 承重子 394
 始加冠 81
 市街地 188
 總麻親 313
 市邊 229
 市場 126 144 255
 侍養子 318 365 394
 時價 149 419
 時效 128 260
 柴草採取 179 288
 式年 92
 殖利契 306
 信用 124
 信託賣買 281
 新開地 194
 新契出給 137
 新分家者 338 388 391
 新戶 105 338
 新戶創立家 338
 신(履) 80
 申告耕作 158
 申告義務 92
 身分上의 代理 118
 身分上의 法律行爲 118
 失踪 104 125 383
 심부름꾼 116
 深衣 80
 雙務契約 265
 氏名 139
 (○)
 惡意辨濟 255
 惡意의 受益者 309
 惡疾 368
 握有 205
 押留 235
 約束어음 202 425
 約婚 79 349
 梁淤 192

508 제 3 부 참고자료

- 楊州趙氏 331
 良姜子女 394
 讓渡書面 165
 讓渡證書 253
 量案 110 111 139
 養子 73 74 125 317 320 363
 388 394
 養親 362
 어음 202 423
 어음상의 權利 91 104
 어음債權 202 252
 어음債務 128
 어음의 遡求權 208
 漁基 156 204
 漁業權 137
 馭驗 423
 業務執行 304
 旅閣 418 419 420 422
 女系血族 343
 女子 87 90 369
 女戶主 393
 役僧 110
 驛屯土 190 191
 連帶債務 242 244 305 310
 延安車氏 331 343
 領山 171
 領收證 254 256
 領座 436
 永賣 297
 永稅 195
 永久小作人 193 194 196
 永小作 133
 永小作權 183 273
 永永放賣文記 277
 營利目的의 契 307
 營造物 107
 禮斜 366
 禮曹 74
 豫告期間 296
 豫防工事 152
 五服 311
 完文(議) 177 178 180
 王室 107
 外上 265
 外上長冊 408
 外族 380
 外出禁止 370
 要償 77
 要約者 267
 要役地 197
 傭船 435 438
 優先辨濟 133
 寓居 103
 寓接 103
 牛馬契 305
 運送業 419
 運賃 420 437
 元服의 禮 78

元不同居繼父 318 319
 元賭支 191
 元定支 192
 原賭地 195 196
 原狀回復義務 269
 原野 184
 原籍 92
 遠隔地 91
 月極 115
 月賦 229
 月貰 227 288 289 417
 月收 229
 月割 115
 危險負擔 266 281
 委任 121 239 300
 委任狀 119 139
 委託賣買 418
 爲姑放賣 276
 爲親契 306
 違約 235 238
 流失物(地) 143 158
 流質 208
 留置物 199
 有期換 425
 有服親 311 379 380
 有司 111 307
 有償行爲 240
 有稅地 109 224
 有主墳墓界限 148

有主地 196
 有體物 114
 有限責任 411
 猶豫期間 206 207 227 233 265
 遺留分 391 396 403
 遺產 382 398
 遺產管理者 121
 遺產承繼 75
 遺失者 160
 遺言 374 396 401 402
 遺贈 76 118 352 396 401~3
 隱居 323 337 385 391
 義父(子) 318
 義絶 355
 議決權 379
 利上加利 231 232
 利息 115 201
 利殖 107 302
 利益의 分配 304
 利子 228 229 231 232 237
 履行不能 269
 履行場所 255
 履行着手 116
 里 107
 里洞共有 108 135
 里洞所有 113 157 160 400
 里洞所有財産 108
 里洞費用 108
 里洞長 106 108 125

510 제 3 부 참고자료

- 里中契 305
二毛作 286
二座 436
利率 228~230
履行의 催告 233
李王家 107
異常物 161
異姓養子 365
異姓有服親 311
移居 92
移給 157
移典 205 210 219
裏書 137
離婚 327 336 353~356
認知 323
離異 344
離出 327
이웃(切隣) 72
匿名組合 414
隣保 86
人蔘栽培地 185
姻戚 315 316 320 343
引水地役權 197
認知 323 360
一家創立 326 327 331 381 383
388 391
一開市 126
一門 379
一般休日 128
一市間 282 424
一族 379
日耕 108
日記冊 408
日附 120
日割 115
任置 252 301 302 422
妊婦 71
妊娠期間 357
貸貸期間 286
貸借權 183
貸借料 275
入夫婚 324 351 385 391
入山 167
入養 74 329 330 334 361 366
入會 135 165 176
立案 137 138 366
立旨 138 139 204 205 206

(ㄸ)
子女의 監護 356
子의 財産 371
子의 推定 357
自賣 297
自然人 107
資本供給者 415
齊衰親 313
作爲義務 234
作統制 92

- 蠶桑合資會社 411
- 場邊 229
- 掌記 420 422
- 掌禮院 74
- 掌議 111
- 杖期 312
- 贓物의 買得 145
- 葬具 107 305
- 葬禮費用 113 310
- 長利 229
- 長子相續原則 329
- 長冊 408
- 再加冠 81
- 再嫁(婚) 106 318 341
- 再興者 330
- 裁判管轄 91 104
- 裁判事務의 혁신 234
- 裁判上의 기간 91
- 裁判所 87 121 238
- 財團 113
- 財産管理者 117 121 125
- 財産權의 典當 225 227
- 財産相續 75 317 381 392
- 財産相續不適格者 393
- 財産相續人 393 397
- 財産承繼 392
- 財産以外의 손해 76
- 齋任 111
- 抵當 136 201
- 抵當權 201
- 抵當物의 貸貸 226
- 邸債 232
- 嫡母 318 370
- 滴血法 359
- 積置票 422
- 傳家 337
- 傳賞 202 207 227 288 289 417
- 典當 133 204 206 222 417
- 典當家屋 227
- 典當權設定者(出典者) 144 210
- 典當權 136 201 222 225 226
- 典當權者(承典者) 144 219 222
225 228
- 典當權의 不可分性 205
- 典當權設定 138 209 221 224
- 典當權의 讓渡 210
- 典當權의 存續期間 223
- 典當權의 存續要件 205
- 典當物借用證書 221
- 典當物의 貸與 220
- 典當物의 貸與者 260
- 典當物의 返還請求 210
- 典當物의 占有 205 222
- 典當物의 租稅·公課 223
- 典當物의 보존책임 222
- 典當附債權 266
- 典當船舶의 임대 227
- 典當手票 219 222

典當舖 202 209 210 223 230
231

典當票 210

典受 145

典主 209

前科者[刑餘人] 376

奠雁禮 348

專有 181 333

田結 111

轉家 324

轉賣 277

轉抵當 210

轉籍 325 387

轉質 205 210

錢主 303 304

折給 111 148

折半法 195

절(寺院) 109

絕家 330 339

占有 156

占有者의 責任 310

店鋪 255 289 407

丁年 86

定款 411

精神病者 87 121 337 375 376

精神喪失(異狀) 87 90

帝室林 147

帝室所有 107 193

帝室債務 128

祭祀相續 73 317 328 381 383
388 391

祭祀相續人 386 389

祭祀者 317 361

祭位畚 109

第1(2)典當權 219

第三者辨濟 263

第三者의 善意 惡意 286

第三取得者 269

題案 168

早冠 78 79

早婚 341 357

朝鮮總督의 許可 110 137

條件 126 232 233

祖父母 囚禁中 婚姻 350

租 115

組合 155 162 305

條帶 81

皂衫 81

造家地 187

조이(召史) 332

族譜의 訂正 379

族籍 139

尊屬 390

尊長 371 373

宗契 306

宗長 379

宗會 379

宗조 384

- 從物 114
 種子 195 285
 踪跡不明者 105 106
 主物 114
 主人 74
 主作物 286
 主婚者 344
 住民 108 165
 住所 91 139
 住持 110 125
 株券의 전당 202
 株金의 納入 412
 株式 113
 株式組織 411
 株式合資會社 113 412
 酒家(居酒屋) 421
 準配偶者 315
 準血族 315
 中番主 190 191 192 194
 中賭主 192 193
 中賭地 190~2
 中賭支 191 192
 仲介 415
 重利 231 232
 重罪 368
 即時時效 143
 證券 411
 證明 114
 證書 253
 證人 130 138
 證筆 138
 贈與 138 269 270 352
 地契 137
 地代 183 187
 地方金融組合 113
 地方團體 108
 地上權 183 187~9 273
 地稅 184 195 223 285
 地役權 135 273
 地籍報告 171 178 180
 持分 164 243 304 307 411
 指圖證券 422
 지분 154
 指定價格 419
 紙牌法 85
 遲延利子 235 237
 遲延承諾의 效力 413
 遲延責任 259
 直系血族 316
 直員 111
 陳起之例 158
 陳番(田) 109 184
 짐승 156
 叱責 370
 質權 136
 집주인(家僮) 271 415 416
 執筆者 138
 執行命令 235

514 제 3 부 참고자료

- 徵償 145
徵稅 146 430
懲戒 335 369 370 377
- (天)
- 借家人 227
借用證書 282
借貸 115 185 227 289
借地 133 135 182 183 188 189
226 273
差人 119 296 304 409
差人同事 303
次養子 364
此邊浦落彼邊泥生 158
斬衰親 312
倉庫業 411 422
倉庫證券[預證券] 422
債權 132
債權讓渡 252 262
債權者變更 262
債權者와 主債務者間의 行爲 250
債權者의 占有 201
債權者의 住所 255
債權證書 209 257 302
債權과 所有權이 아닌 財產權
132
債權의 期限 210
債權의 擔保 136 201
債權의 滿期 206
- 債權의 典當 202 222
債務 133
債務更改 262
債務履行의 책임 234
債務免除 263
債務不履行 235 238 269
債務延期 250
債務引受 263
債務者變更 262
債務者財產의 引受 234
債務者의 無資力 237
債務者의 承諾 253
債務의 期限 237
採藻權의 擔保 204
七去 354
妻의 能力 89 352
妻의 同意 364
妻의 死亡 353
妻의 財產 352 353 356
處分(行爲) 104 122 134
賤妾子女 394
鐵道用地 149
妾 315 341 358 393
妾子 358 360
聽訟期限 130 132
請負 297
請約 116 413
請婚書 346
體罰 370

初代分家 384
 初代戶主 384
 初日不算入의 原則 127
 初日算入의 原則 127
 招婿 324 325 351 366 372 388
 草笠 82
 醮禮 82 83
 寸數 315 316
 村 107
 總角 83
 總攝 110
 冢婦 387
 推定相續人 386
 推定祭祀相續人 389 390
 秋分 72
 秋夕 128
 追徵 200
 追奪擔保 281
 祝酒 271
 春分 115 191 287
 出嫁 372
 出捐 242 250
 出資 162 303
 贅婿 325
 取得時效 128
 取利契 306
 取消 240
 炊掌 436
 測量費 180

治療費 310
 卮酒 366
 緇布冠 81
 親權 369 373
 親迎 345
 親族間의 婚姻 342
 親族相助 380
 親族組織 326
 親族呼稱 316
 親族會 374 379

(E)

他家相續 328
 他家入籍 331
 他給長冊 408
 度支部 194
 宕巾 83
 笞刑 234
 擇日單子 347
 土砂 155
 土石採取의 讓渡, 抵當 137 204
 土地 114 202
 土地所有權 149 156 159
 土地貸貸 200.285
 土地典當 201 203 210
 土地의 明渡 188
 土地의 先占取得 158
 土地의 收穫 275
 土地의 原狀回復義務 188

516 제 3부 참고자료

土地의 轉貸 286

土地의 占有 203

統首 92

通船業者 421

通說 124 283 299 309 310 353

通知 116 253

通行場所 151

特別先取特權 200

特別小作慣例 193

特有財産 333

特定物 301

(丑)

破約 270

罷約 268

罷養 75 92 320 327 367 368

板細音 236

悖倫行爲 336

牌旨 139

坪監官 193

平壤趙氏 331

廢家 326 329 338 339 364

廢絶 327

廢絶家復(再)興 366 327

廢疾 87 89

捕鯨 156

捕獲者 156

脯醢楮 82

幅巾 81

漂流物 160

票券 205 209 225

被代理者 121

被相續人 386 391 395 399

被傭者의 行爲 310

被後見人 120

必要費 284 300

必要條件 253

筆執 130

(丙)

下人 297

下冊 408

河川 155

瑕疵 274 165

瑕疵擔保 281

瑕疵補修責任 299

荷主 419

學契 306

學校 110 111 113

學田 111

寒食 128

漢城共同倉庫株式會社 422

漢城府 85 105 113 209

合名 113 411

合資 113 411

合資光州工業會社 411

合血法 359

海產物 418

解散 126
 解約 184 185 270 273 274 300
 解任 125
 解除權 269
 行爲能力 78 86 117
 行爲無能力者 87 117
 行政區劃 108
 行政法人 113
 鄉校 110
 許婚 83 341 346 349
 現物分割 164
 血族 311 315
 刑事上의 責任 317
 戶口 92 336
 戶稅 86 91 305
 戶籍 91 92 103 105 339
 戶主 118 322 362 395
 戶主權 336 369 373
 戶主相續 75 329 382
 戶主의 同意 329 334 366
 戶主의 指揮監督 372
 戶牌 92
 戶布 86
 號牌 84 85
 護後人 374
 婚契 305 306
 婚禮日 83
 婚姻 341 345 353
 婚姻外의 子 358

禾利 115 202 285
 禾利賣買 287
 禾利附田畚 287
 禾利典當 202
 貨物相換證 419
 確定期限 232 250
 宦官 394
 換簡 425
 換色 281
 換어음 425
 還買 115 133
 還退 133 274 276 277
 荒蕪田(地) 157 184 193 194
 懷胎 75 357
 會計冊 408
 會社 117 121 126 410
 會興社 411 422
 橫領(欠連) 136
 後見監督人 376
 後見人 317 374~6
 休業 128
 携帶品 421

4. 지명

甲山 203 207 220 274 276 277
 285 347
 江景 74 153 422
 江界 153

518 제 3부 참고자료

- | | | | |
|--------|-----------------------|--------|------------------------|
| 江陵 | 188 224 | 서울 | 85 105 153 238 265 290 |
| 開寧 | 169 | | 400 416 347 |
| 開城 | 185 411 | 서울이남 | 74 |
| 慶尙南北道 | 165 | 瑞興 | 185 220 |
| 慶州 | 155 276 411 | 釋王寺 | 109 |
| 慶興 | 74 75 256 276 277 368 | 城津 | 229 256 |
| 公州 | 276 | 紹修書院 | 111 |
| 光州 | 411 | 壽進宮 | 192 |
| 群山 | 188 223 | 水原 | 153 218 |
| 金山(金陵) | 169 | 順豐 | 193 |
| 金城 | 74 | 神勒寺 | 109 |
| 金川 | 185 | 信川 | 194 |
| 大邱 | 169 176 274 | 安城 | 153 265 310 |
| 大洞江 | 192 | 安岳 | 193 194 |
| 大元二面 | 194 | 安州 | 153 208 |
| 東萊 | 422 434 | 鴨綠江 | 195 |
| 馬山 | 166 | 揚西 | 196 |
| 梅谷山 | 166 | 於義宮 | 193 194 |
| 梅下 | 169 | 驪州 財務署 | 109 |
| 明禮宮 | 192 | 寧邊 | 224 |
| 木浦 | 153 265 | 永同 | 153 276 299 422 |
| 務安 | 411 422 | 沃溝 | 276 |
| 白雲洞書院 | 111 | 龍淵 | 193 |
| 梵魚寺 | 109 | 龍川 | 74 75 153 238 274 368 |
| 報恩寺 | 109 | 右栗 | 192 |
| 鳳山 | 185 190 | 蔚山 | 184 229 276 411 |
| 釜山 | 165 299 | 毓祥宮 | 192 |
| 砂利院 | 192 | 元山 | 203 277 |
| 沙下面 | 165 | 原州 | 227 |

威化 195
恩津 271
義興 176
義州 195
長湍 185
長庚 194
長福山 166
載寧 192 194
載寧川 192
全州 203 287 422
濟州 153
左栗 192
鎮南浦 206 209
晋州 153
千德山 169
草梁 411
忠州 299

兔山 185
八公山 176
平安兩道 83
平山 185
平安北道 189
平壤 74 224 229 302 416
豐德 185
河南面 166
咸興 202
海州 163
解北村面 176
解西村面 176
黃磧 169
黃南面 169
黃州 153
黃海道 189
會寧 201 274 276 285 347

《年代 對照表》

한 국	日 本	西紀	한 국	日 本	西紀
高宗 5	明治 1	1868	光武 7	明治 36	1903
⋮	⋮	⋮	光武 8	37	1904
開國 503			光武 9	38	1905
高宗 31	明治 27	1894	光武 10	39	1906
高宗 32			光武 11	40	
開國 504	28	1895	隆熙 1		1907
建陽 1	29	1896	隆熙 2	41	1908
建陽 2			隆熙 3	42	1909
光武 1	30	1897	隆熙 4	43	1910
光武 2	31	1898	日	44	1911
光武 3	32	1899	帝	45	
光武 4	33	1900	期	大正 1	1912
光武 5	34	1901		⋮	⋮
光武 6	35	1902		昭和 1	1926

* 高宗 32年(開國 504) 11월 17일(음력)을 建陽 元年 1월 1일로 하여 太陽曆 사용

光武 元年是 8월 16일부터임

隆熙 元年是 8월 2일부터임

韓日合邦은 隆熙 4년 8월 29일임

研究報告 92-10

國譯慣習調查報告書

1992年 12月 25日 印刷

1992年 12月 30日 發行

發行人 李 世 薰

發行處 韓國法制研究院

印刷處 김 피 아 트

서울특별시 종로구 신문로 2가 1-103

전 화 : (722)2901~3, 0163~5

등록번호 : 1981. 8. 11 제1-190호

本院의 承認없이 轉載 또는 譯載를 禁함. ©

<비매품>

