

# 朝鮮時代の 不動産賣買에 관한 研究

## - 조선왕조실록을 중심으로 -

성 윤 모 \*

### I. 序 論

1. 研究目的
2. 研究範圍
3. 研究方法

### II. 不動産賣買

1. 不動産賣買의 허용
2. 賣買의 法的性格
3. 賣買의 形式
4. 他人所有의 不動産賣買
5. 賣買의 取消
6. 二重賣買

7. 賣買制限의 不動産
8. 賣買擔保

### III. 不動産賣買의 公證

1. 大明律 依用의 立案
2. 經國大典 以後의 立案
3. 無主地取得의 立案
4. 立案의 本質과 效力
5. 立旨의 本質과 效力

### IV. 要約 및 結論

## I. 序 論

### 1. 研究目的

부동산활동은 방법론상 경험을 중시하는 과학이라는 전제하에 현재의 문제점을 분석하여 검증하고 장래에 대한 여러가지 측면을 예측하여 개선하고자 하는 분야를 연구하여 왔다. 따라서 부동산활동중 부동산취득·처분의 매매활동은 부동산이용, 부동산관리, 부

\* 본학회 정회원, 행정자치부 지적과

동산개발, 부동산정책 및 행정, 부동산감정평가, 부동산권리분석, 부동산경영, 부동산등록 공시활동등 제분야 중에서도 핵심이 되며 주된 관심분야가 되는 것은 그 역사적 깊이를 갖고 있기 때문이라 보여진다. 경험을 중시하는 관점에서 보면 현재의 경험 뿐만아니라 이전시대에 경험한 부동산활동의 내용을 통하여 명제를 추출하여 이를 가설로 제시한 후 경험적, 이론적으로 검증함으로써 장래를 예측하는 연구방법을 선택하여야 한다. 그러나 본 연구는 역사적 사실에서 보아온 역대왕조가 표방하였던 왕토사상에 기초한 토지국유제의 붕괴과정이자 왕조의 흥망과 관련이 있음을 알 수 있듯 근대적 부동산 등록공시제도 확립 이전의 부동산매매활동을 살펴 봄으로써 조선시대에는 토지국유제 원칙하에서 규율된 각종규범에 불구하고 내면적으로는 꾸준히 사소유권으로 내용이 변천되어 왔다는 추론이 가능하며 오히려 사실상 불충분하나마 배타적권리로서의 소유권행사를 하는데 있어 토지나 가옥등 부동산이 하나의 상품화되어 어떻게 거래되었는지를 살펴보고자 하였으며 거래당사자는 부동산매매에 따른 위험회피를 위하여 어떤제도를 이용하였으며 이에 따른 매매절차, 공증제도로서의 법적성격, 효력에 대하여 알아보하고자 하였다.

## 2. 研究範圍

부동산활동에 대하여 시대적 흐름을 염두에 두고 역사적 변화를 살펴보고자 한 본 연구는 우리나라 역대왕조중에서도 배타적 권리로서의 부동산 소유권개념이 성립하기 시작한 고려말과 조선시대가 주된 관심의 시대라 할 수 있다. 조선시대에서는 고려의 토지제도를 개선하여 운영한 점이 여러측면에서 보여지고 있다. 그러나 고려시대에 많은 토지를 소유하였던 세도가의 소유권취득과 조선조 세종때의 토지매매 허용에 따른 합법적 취득과는 그 성격이 근본적으로 다르므로 여기서는 합법적인 부동산 소유권취득·처분에 대한 내용을 이미 역사적 평가에서 객관성을 부여받은 조선왕조실록을 통하여 부동산매매활동에 관한 여러가지 사실을 연구하고자 하였다.

## 3. 研究方法

조선 건국초기의 법령과 왕조에서 일어난 모든 사실을 기록한 조선왕조실록을 살펴봄으로써 이제까지 학계에서 일반적으로 인정하고 있는 것을 조선왕조실록에서 확인하는 것으로 연구의 출발점으로 삼고자 하였다. 물론 다른 자료에 의한 반증이 필요로 하나 조선왕조실록이 객관적 사실의 기록물이라는 점과 그외의 다른 자료가 빈약하여 부동산매매활동에 대한 사실의 연결조차 곤란하여 반증은 제외하였다. 따라서 기존의 토지제도사적 관점에서 벗어나 토지와 가옥의 매매활동을 중심으로 역사적·객관적 사실을 확인

하는데 주안점을 두었다.

## II. 不動産賣買

### 1. 不動産賣買의 허용

조선의 개국에 큰 비중을 점유했던 정도전은 태조3년(1394)에 조선의 헌법이라 할 만한 그의 저서 朝鮮經國典에서 고려초기의 田柴科制度가 토지국유를 대원칙으로 하고 있음을 밝히고 있으며, 고려중엽 이후부터 이러한 국유제가 붕괴되고 있음을 지적하고 있다.<sup>1)</sup> 고려말기는 급격하고 광범위하게 진전된 大土地兼併과 農莊의 확대로 오는 토지점유의 불균형이 왕조의 몰락과 새로운 왕조의 탄생을 촉진하였다. 田制改革派였던 이성계는 전시과의 폐단을 科田法을 통하여 개혁하고자 하였으나 비개혁파의 끈질긴 반대와 저항이 있었다. 그러나 조준 등의 개혁파와 함께 새로운 신왕조를 연 태조는 즉위식에서 “王 若曰(중략)國號仍舊 爲高麗 儀章法制一依前朝故事(중략)田法一依前朝之制 如有損益者 主掌官 擬議申聞施行”<sup>2)</sup> 즉 토지제도는 고려(前朝)의 제도대로 한다 라고하여 조선조에 시행될 토지제도의 기본으로는 고려말기부터 꾸준히 개혁작업을 해온 과전법을 택하고 있다. 조선의 건국초기에는 과전법에 의한 전제개혁의 실시초기이기 때문에 상속을 포함한 일체의 토지처분행위가 금지되었다. 그러나 실제로는 토지의 매매가 행하여 졌을 것으로 보이나 그 형식이나 내용을 알 수 없으며 다만, 漢城府의 家基에 대하여는 예외이었으니 이러한 것은 신흥국가의 수도 건설상 주민유치 정책으로 볼 수 있다.

즉 한성부내의 가기에 관하여는 매매, 교환등 처분<sup>3)</sup>할 수 있었고 기타의 토지매매에 관하여는 부득이한 경우<sup>4)</sup>에 한하여 매매를 하다가 경기감사의 건의로 이전부터 금지되어 오던 토지의 매매를 허용<sup>5)</sup>하였다.

이때까지는 성밖의 토지매매는 금지되었으며 매매한 경우에는 매매대금을 관에서 몰수<sup>6)</sup>하였던 것이다. 그러나 토지를 매도하는 자는 대개가 부모의 장례비용의 염출, 오래된

1) 김경렬, 한국토지제도사(경영문화원 1994) p117

2) 태조실록 원년7월정미조(1392년)

3) 세종실록 권20, 9p(세종5년 계묘4월신미조 1423년)

4) 세종실록 권20, 21p(세종5년 계묘5월정미조 1423년)

5) 세종실록 권23, 28p(세종6년 갑진3월갑신조 1424년)

6) 세종실록 권23, 37p(세종6년 갑진3월갑신조 1424년)

채무의 변제나 속죄금의 염출을 위하여 또는 가난하여 토지를 매도하지 않고는 생활할 수 없는 경우등 부득이한 경우에 처한 자들이므로 이와같이 부득이한 자는 대명률을 의용하여 지계과할의 절차를 밟도록 하였다. 따라서 세종6년 3월부터 토지매매가 일반적으로 허용되었음을 알 수 있으며 토지·가옥의 매매시에는 매매후 100일내에 입안<sup>7)</sup>을 받도록 하였다.

## 2. 賣買의 法的性格

토지나 가옥의 매매계약이 성립하기 위해서는 매수인과 매도인 쌍방의 합의외에 대가의 수수, 목적물의 인도라는 사실이 필요하며 따라서 要物契約이었다. 이러한 합의와 인도는 반드시 明文 또는 新文記라는 계약서의 작성을 통하여 이루어지고 이를 인도하므로써 소유권이 이전하는 것으로 통상이루어 졌으며 특히 매매시에는 매도인은 신문기는 물론 그 토지의 권리전승의 유래를 증명하는 일체의 舊文記(본문기)도 함께 인도하여야 하는 요식행위였다. 이 구문기는 그 권리의 유래가 사실이며 그 권리를 처분하는 자가 진정한 권리자임을 증명하는 소위 권원증서<sup>8)</sup>라고 할 수 있다. 권리를 최초로 취득하는 원시취득자는 신문기뿐이나 이후의 소유권이전시에는 반드시 구문기의 구비가 필요하며 그 권리의 이전이 많을수록 구문기의 수가 증가하여 권리전승의 유래를 증명할 수 있는 것이면 무엇이든지 모두 인도하여야 하였다.

만약 구문기를 분실, 소실, 훼손한 경우에는 그 사실을 증명하는 관의 입안 또는 입지를 발급받아서 구문기에 대신하였으며 구두계약으로 매매하였더라도 후에 반드시 문기를 작성하여 인도받아야 했다.

따라서 매매시에 있어서의 신문기의 작성과 구문기 기타의 근거서류의 인도는 매매계약의 성립요건이며 매매사실의 사적 공시수단임과 동시에 그 증명수단이었다고 볼 수 있다. 나아가서 관의 입안을 발급받으면 매매의 사실이 관에 있어서 공인되어 공증력이 부여되었던 것이다. 뿐만 아니라 이들 문기는 입안청구시는 물론 소송에 있어서도 유일한 증거로 제출되었다.

또한 구문기중에는 다수의 토지 또는 토지와 가옥 노비등이 같이 기재된 경우가 많으며 그중 일부를 매매하는 경우에는 신문기중에 구문기를 인도할 수 없다는 취지를 기록

### 7) 경국대전 戶典賣買限條

국사편찬위원회(1997) 조선전기고문서집성 239p

立案은 어떠한 민간의 거래에 대하여 관이 공증하는 것을 말한다. 입안과 유사한 법률행위로는 立旨와 傳准 등이 있다. 입안의 한 형태로 傳准 이라고 하는 특별한 평태의 입안방식이 고려시대부터 17세기까지 존재하였다.

### 8) 박병호, 한국법제사특수연구(한국연구원 1960) 이하참조

하고 구문기중 매도하는 토지의 표시사항을 효주(爻周)하고 그 사항을 관에 신고하여 증명을 받는 것이 원칙이었다. 이것은 구문기상에 매도한 부동산의 표시사항을 말소하지 않으면 일부 매매사실이 증명되지 않으며 따라서 그 구문기를 근거로한 이중매매의 가능성을 방지하기 위함이다.

부동산을 매매함에 있어서의 지불수단으로서는 문기에 의하면 속종 15년경까지는 일반적으로 목면(木綿), 정조(正租), 백미(白米), 면포(綿布) 등의 포곡(布穀) 또는 은(銀), 소, 말 등의 물품화폐를 통한 물물교환이었고, 그후 경종까지는 이들과 함께 동전을 사용하였으며 영조때부터는 거의 모두가 동전을 사용했으며 은을 사용한 예도 있다.

물물교환에 의한 부동산매매는 주로 동일물의 교역의 경우에 한하여 교환이라 하였으나 매매와의 구별은 확인하지 않았던 것으로 보여진다.

그러나 주로 동일물로 교역하는 것을 매매라 하였음을 알 수 있다.<sup>9)</sup>

### 3. 賣買의 形式

문기에 나타난 토지 또는 가옥의 매매형식은 먼저 매도년월일과 매수인을 기록하고 다음에 매매의 이유, 그 토지의 권리전승의 유래, 부동산의 소재지와 사표, 매도대금과 그 수취의 사실, 영구적 매도한다는 글, 본문기의 허락여부와 그 이유, 담보문언의 순서로 기록하였으며 끝으로 매도인이 기명날인(記名花押)하고 증인 또는 입회인이 기명날인하고 명문을 쓴자가

필집(筆執)이라 하고 기명날인하는 것이 원칙이었다.<sup>10)</sup>

성명 다음의 날인은 남자는 수결을 사용하고 천민은 왼손엄지를 찍고 좌촌(左寸)이라 기록하였으며 오른손 엄지를 사용한 예도 있다. 여자는 도장을 사용하였으며 도장이 없거나 천민의 여자는 오른손 전체를 수결하거나 좌우 엄지를 사용하였다. 이러한 자필서명은 문기의 내용 즉 계약성립을 확인하는 보증의 상징이었으며 문서의 진위에 다툼이 있는 경우에는 진위판단의 기준이 되는 것이다. 그러나 조선후기에 이르러 지장을 찍는 경우나 여자의 도장을 위조한 폐단이 많았으며 조선초기에도 그러하였다.<sup>11)</sup>

가옥의 매매에 있어서도 토지의 매매의 경우와 문기의 형식과 법률관계는 동일하며 다만 문기에 가옥의 표시를 하는데 있어 초가(草家), 와가(瓦家)의 표시와 그 간(間)수를 명시하였다.

가옥의 부지는 당연히 가옥에 수반되는 것으로 보나 그 외의 가옥에 부속한 토지는 물론 입목은 이를 표시되어 있지 않다는 이유로 매매사실을 부인하여 소유권다툼이 일어나

9) 세종실록 권30, 23-24p(세종7년 을미12월병자조 1425년)

10) 국사편찬위원회(1997) 조선전기고문서집성(15세기편) 참조

11) 성종실록 권328, 4p(성종21년 경무3월경신조 1490년)

곤 하였다.

부동산을 매매하는 사대부 또는 노비를 소유한 자는 자기의 명의를 문기상에 직접표시하는 것을 기피하였으며 이러한 부동산매매 관습은 독특한 특징이라 할 수 있다. 즉 매매 또는 기타의 매도인은 노비의 명의로 매도하며, 매수인도 노비를 소유한 자는 노비의 명의로 매수하는 독특한 관습이었다.

그러므로 문기상에 표시되는 매도인, 매수인은 「某宅奴某」 또는 「奴某」로 표시되어 의견상 노비가 계약당사자로 되어 있으며 부동산 또한 문기상 노비가 소유했던 것을 매도하고 노비가 매수하는 것으로 보이나 실제의 계약당사자는 문기상 노비가 아니고 그 노비를 소유한 자였다.

이와같은 계약은 매도인이 패지(牌旨) 또는 패자(牌子)라는 위임장을 노비에게 주고 이를 근거로 계약을 체결하는 것이나 이러한 패지는 매도의 권한을 부여한 위임장처럼 보이나 실제로 노비는 그러한 권한없이 다만 이를 제시하여 매수인을 물색하고 매수인이 있을 때에는 패지를 건네주고 이를 주인에게 보고하여 주인의 매도승낙을 얻어 매매문기를 작성함으로써 계약을 체결하였다.

따라서 노비는 주인의 의사를 전달하는 심부름꾼으로 주인이 결정한 의사를 전달하는 단순한 위치에 있었다. 이러한 관습에 대하여 모든 것을 알 수는 없으나 허폐형식적이고 매매행위를 천시하는 사상의 결과로 보여지며 토지양안(土地量案)에 있어서도 노비의 명의로 등록하는 관습이 있었으며 심한 경우에는 패지의 형식으로 토지를 매도하였다.<sup>12)</sup>

#### 4. 他人所有의 不動產賣買

타인소유의 부동산을 매매한 경우에는 大明律(盜賣田宅條)에 의하여 처벌되고 또한 經國大典(戶典田宅條)의 규정에 의하여 5년의 제소기한을 적용하지 아니하고 언제든지 제소하여 소유권을 회복할 수 있었다.

그런데 자기소유의 노비가 소유하는 토지, 가옥 등의 재산은 특수한 경우에 노비의 소유자가 처분할 수 있는 예외가 인정되었다.<sup>13)</sup>

또한 재산상속인이 직계존비속 없이 사망한 자의 소유재산은 관노비인 경우에는 그 노비와 토지가옥등 부동산은 관노비가 소속하였던 관에 귀속되어 관소유가 되고 일반 노비의 경우에는 노비, 토지, 가옥, 기타재산은 그 주인의 소유로 귀속되어 임의처분이 가능하였다.

다만, 사망후 상당한 기간동안 관이나 주인이 타인에게 소유권이전 되었거나 노비생존

12) 순조실록 권23, 3-4p(순조20년 경진3월계미조 1820년)

13) 경국대전 刑典公賤條 “公賤無子女身死者奴婢田宅 屬於本司·本邑”

시 타인에게 정당하게 매도한 부동산 또는 그 노비에게 결혼하지 않는 자녀가 있는 경우에는 예외로 하였다.

따라서 주인은 자녀없이 사망한 노비의 소유 부동산을 자기의 소유물로 자기의 소유명의로 매매 등의 처분할 수 있었다.

## 5. 賣買의 取消

일단 매매계약이 체결되어 대금의 수수가 있고 목적물이 소유권이전된 후에는 취소를 제한하려 하였던 것이 당시의 정책이 있음을 알 수 있다.

이는 취소를 이유로 한 빈번한 소송을 방지하기 위한 취지였으며 그러므로 조선건국 초기에서부터 매매의 취소기한에 관해 법적규제를 가지고 있었다.<sup>14)</sup>

취소기한은 일반적으로 토지매매계약후 10일이 경과하면 해지 또는 취소하지 못하게 하였으며 다만 균역을 하는 자는 신분의 특수성을 고려하여 10일의 기한에 얽매이지 않도록 예외를 두었다.

가옥에 관해서도 계약체결후 10일이 경과하면 매매계약의 해지 또는 취소할 수 없도록 하였다.<sup>15)</sup> 이러한 10일의 기한은 후에 경국대전 이후 모든 법전의 戶典賣買限條의 規定 “田地家舍賣買限十五日勿改云云”에 의하여 15일로 연장되었으며 이러한 취소기한은 또한 제소기한이기도 하였다.

이와 같이 취소기한을 규정한 것은 당시에 있어서 얼마나 취소가 성행하였는지를 보여 주고 있다. 그러한 관습으로는 토지의 매매는 원칙적으로 영구적 무조건적이라 하여 문기에도 반드시 영영방매(永永放賣)라는 문귀를 사용하였다. 그러나 토지는 소유자에게는 생명부지의 수단이며 유일한 재산이므로 많은 애착이 있기에 부득이한 이유로 매도하였더라도 후일에 경제적 사정이 좋아지면 다시 매수코자하는 것이 일반적 사실이므로 국가에서 보면 납세의무자인 소유자의 변동을 제한하는 방향으로 정책을 집행하였던 것이다.

또한 부득이한 경우에는 매도한 자는 대개가 가난한 자이므로 정책적으로 매매된 토지를 원소유자에게 돌아가도록 노력하였던 것이다.<sup>16)</sup> 이는 토지소유권을 매도인에게 다시 주고 그 대금은 추수후에 상환하도록 하였으며 군인들이 말의 사육을 위하여 토지를 매도한 경우에는 계약취소 기한인 10일에 불구하고 매도인인 군인에게 소유권을 돌려주게

14) 문종실록 권6, 1p(문종원년 신미2월신미조 1450년)

15) 세종실록 권31, 6p(세종8년 병오1월신인조 1426년)

16) 세종실록 권75, 24p(세종18년 병진12월기묘조 1436년)

한 후 그 매매대금은 그 토지를 경작한 후의 수확으로 상환토록 하였다.<sup>17)</sup>

이와 같은 이유로 토지의 영구적매매는 국가의 강제력에 의하여 취소되기도 하고 혹은 제한을 받기 때문에 당사자의 의사는 개입의 여지가 없었다. 그런데 이러한 국가의 정책과 상응하는 듯한 현상이 있었는데 이는 지가의 상승에 따라 매매의 취소에 관한 소송이 빈번하였다.

토지·가옥을 매매한지 오랜 후에 지가가 상승하면 매도인이 지가상승분 만큼을 매수인으로부터 받으려고 제3자와 결탁하여 매도인이 토지를 사기당하였다고 하여 원고가 되고 제3자를 피고로하여 소송을 제기하면 매수인은 토지소유권을 잃지 않기 위하여 상승한 지가에 상당한 대가를 지불하게 되며 매도인은 그것을 결탁한 피고인 제3자와 분배하는 수법을 사용하였다.<sup>18)</sup>

이러한 수법은 매수인측에서 보면 사기를 이유로 매매계약이 취소되는 것 보다는 상승한 지가액을 매도인에게 지불하면 부동산을 계속 소유하여 경작, 이용할 수 있기 때문에 지가상승분을 지급한 것으로 보여진다.

이러한 허위소송이 더욱 극성을 부리자 중종34년 10월 15일에 다음과 같은 지시를 내리고 있다.

“토지·가옥의 소유권반환을 음모하여 소송을 제기하는 자가 있을 때에는 모두를 반환토록 하되 매도인으로 하여금 매수인에게 상승한 현시가를 상환토록 하라”.<sup>19)</sup> 이로써 이러한 폐습은 일시 방지할 수 있었을 것으로 추측된다.

이와 같은 허위소송이 나타나는 이유를 보면

첫째 사기는 공소시효의 제한이 없으므로 언제든지 제소할 수 있었으며<sup>20)</sup>

둘째 사기는 계약취소 기한만 15일로 규정되어 있어 계약후 15일내에 소장을 제출한 자는 기한에 관계없이 언제든지 출두하면 심리를 하도록 된 규정을 이용하였다.

이러한 허위소송은 계약후 15일내에 소장을 제출한 후 오랜시일이 경과된 후 또는 매수인이 토지가옥의 경제적 가치를 증가시킨 후에 비로소 출두하여 심리를 요청하여 소유권을 되찾으려는 사례가 많았으므로 이러한 폐단을 없애기 위하여 계약체결후 15일내에 제소하였더라도 기한후 30일내에 소송을 하지 않으면 심리하지 않기로 입법을 하였다.<sup>21)</sup> 이러한 악습은 조선후기에도 마찬가지로 있었다.

부동산매매 후 입안은 매수인이 신청토록 되어 있으나 매수인이 입안을 받지 않을 것

17) 문종실록 권6, 1p(문종원년 신미2월신미조 1450년)

세조실록 권23, 11p(세조7년 신기2월갑술조 1462년)

18) 중종실록 권92, 8p(중종34년 기해10월무인조 1540년)

19) 大典後續錄 刑典雜令條

“奴婢田宅價值倍前 故謀欲遷退 自作元隻 佯爲勝負 以分其利者 一切徹今價徵還”

20) 경국대전 戶典田宅條

“凡訟田 宅過五年則勿聽 盜賣者(중략)不限年”

21) 總大典 戶典買賣限條

을 알고 여러가지 이유를 들어 매매한 토지의 소유권을 빼앗으려 한 사례<sup>22)</sup>가 많다는 것으로 보아 부동산의 매매활동이 얼마나 불안정 하였는가를 보여주고 있다.

특히 영구적 매매후에 祭位土임을 이유로 또한 윤리적 이유로 부동산 소유권 반환을 요구하는 경우에 官에서도 부동산매매의 사실은 고려하지 않고 반환을 허락한 것은 법의 식이전에 도덕의식이 우선하였다는 당시의 사회특징을 나타내고 있다.

## 6. 二重賣買

토지나 가옥의 이중매매는 각법전에 이를 금하는 규정은 없으나 매매시에는 해당 부동산의 권리전승의 유래를 증명하는 구문기도 함께 인도하였으므로 이중매매는 불가능하였다. 당시의 依用法인 大明律에 부동산을 이중으로 매도한 자는 그 매도가격에 대하여 절도로 처벌하였으며 이중매매임을 알고도 매수한 자도 매도자와 동일한 죄로 다스렸다.<sup>23)</sup>

일단 매매한 이상 소유권은 매수인에게 귀속하므로 이중매매의 경우에 있어서의 매도인은 소유권이 없는 자이므로 결국 타인의 소유물을 사기하는 경우에 해당된다 할 것이다.

대개 이중매매하는 경우는 구문기의 분실, 도난, 소실 등을 이유로 관의 입안(立案)이나 입지(立旨)를 발급받아 구문기에 대신하는 관습에서 비롯된 것이라 할 것이다.

## 7. 賣買制限의 不動産

일반적으로 공전(公田)은 매매를 금지하였으며, 특히 역마위전(驛馬位田)을 驛吏나 立馬人이 경작하여 식량을 얻는 토지인데 매매가 몰래 성행하였다.<sup>24)</sup>

그리하여 續大典 戶田 凍田條에서는 그 형벌을 가중하여 驛位田의 매매를 엄단하였다.<sup>25)</sup>

宗中 내지 門中の 祭位土는 대개의 경우에 종중이나 문중이 總有하는 것으로 보는 것이 타당하다. 그러나 일률적으로 총유라고는 볼 수 없으며 墓位土의 경우는 종손의 단독 소유라는 관념이 강하였다.

22) 성종실록 권10, 14p(성종2년 신묘5월조 1471년)

23) 大明律 戶律典買田宅條

“若將先典賣與人田宅 朦朧重複典買者 以所得價錢 計贓准竊盜論 免刺 追價還主 田宅從原典買爲業 若重複典買之人及牙保知情者 與犯人同罪 追價入官 不知者不坐”

24) 성종실록 권72, 1p(성종7년 병신10월조 1476년)

25) “驛位田買賣者 擅賣賭地者與受者 竝杖一百徒三年 田地還屬該驛 橫占馬位田者 杖一百徒三年”

따라서 총유형태의 제위토는 종종 내지 문중의 동의를 얻어야만 매매 등의 처분을 할 수 있었으며 특히 영구적매매는 삼가는 관습이 있었다.

제위토의 처분에 있어 문중의 협의, 형제간의 협의, 매매계약상 증인, 필집에 형제들이 입회하는 등 많은 제한이 있었으나 조선시대 사회의 유교적 요소의 일단을 보여주고 있으며 상속재산인 토지도 그것을 상속인이 분할하기까지는 상속인의 공유에 속한다고 볼 수 있다. 따라서 분할하지 않은 상속재산을 매매하는 경우는 상속인 전부의 동의가 필요하며 단독처분은 할 수 없었다.

## 8. 賣買擔保

토지의 소유자는 타인이 이를 몰래 매도한 경우에는 매수자로부터 소유권을 다시 찾을 수 있었을 뿐만 아니라 매도자에 대하여는 5년의 공소기한에 불구하고 언제든지 제소할 수 있게 하였으며 규정의 취지상 매수자는 선의인 한 매도자에 대하여 지불한 대가의 반환을 청구할 수 있었던 것으로 보인다.

조선시대의 법률은 토지, 가옥, 노비의 상속과 처분에 대하여 상세히 기술하고 있으나 부동산매매시 매매의 담보는 辨償文言과 같은 구체적인 약정은 없었으며 단지 告官辨正이라하여 분쟁이 생기면 官에 訴하여 해결하도록 하였다.

어떻든 조선시대는 법제가 완비된 사회이므로 당사자는 이러한 분쟁을 문기의 내용을 근거로 하여 관리의 판단에 일임하고 당사자간에는 사적인 特約을 하지 않았던 것이다.

## Ⅲ. 不動產賣買의 公證

### 1. 大明律 依用の 立案

조선시대에 있어서는 적어도 중엽이전까지는 오늘날과 같은 유형의 부동산물권변동을 공시하는 제도인 등기제도는 존재하지 않았다. 그러나 부동산의 소유권이 인정되고 소유권득실변동이 허용되면서 국가적 합목적적인 요청과 권리관계의 안정을 위하여 필연적으로 공증제도가 요청되었음을 추측할 수 가 있다.

입안제도는 부동산의 매매가 처음으로 공인되는 세종6년 경기감사의 상소를 허락한 이후로 토지와 가옥등 부동산의 매매 후 大明律 戶律田律賣田宅條의 “凡典賣田宅 不稅契者

笞五十 仍追田宅價錢一半入官 不過割者一畝至五畝笞四十 每五畝加一等 罪止杖一百 其田入官”의 규정에 의하여 지계과할의 절차를 밟아야 했다. 건국초기에는 이렇게 대명물을 依用한 것은 그 당시의 실정에 맞게 제도를 운영하고자 한 경과규정에 불과하나 동규정<sup>26)</sup>을 직역하면 地契를 매매문기와 함께 세전을 납관하여 관사를 받는 것이며, 過割을 매도인과 매수인이 직접 수수하는 것으로 기술하고 있다. 여기의 地契절차는 수수료인 稅錢의 납부이고 過割은 過戶割糧으로서 부동산매매후에 하는 地籍의 명의변경절차이다. 그러나 건국초기에는 세전이 어떠한지는 자세히 알수 없으나 이는 매매이유의 합리성 여부에 그 의미가 있었던 것으로 보여진다.

세종7년 을기8월병신조에서 매매이유의 진위를 파악하는데 있어 지계과할을 고유용어인 立案으로 표현하였다.<sup>27)</sup> 세종때의 자료에 의하면 典籍의 명의변경은 매수인이 하도록 되어 있었던 것으로 보여진다. 이와같이 입안절차를 밟도록 강행은 하였으나 매매후 입안을 받지 않으면 그 기한에 관계없이 해당 부동산을 관청에서 몰수하는 폐단이 많아 매매후 3년내에 입안을 받지 않으면 몰수하도록 하였다. 여기의 3년의 기한은 그 근거를 알 수는 없으나 관청에서 백성의 부동산을 몰수하는 폐단을 시정하고 입안제도를 정착시키고자 한 정책적인 배려로 추측된다.

## 2. 經國大典 以後의 立案

### 가. 입안의 절차

위와 같은 입안제도는 경국대전에도 계속되어 戶典賣買限條에 부동산의 매매에는 100일내<sup>28)</sup>에 입안을 받도록 함으로써 3년의 기한이 100일로 단축되었으며 경국대전 刑典私賤條에는 관의 입안을 받지 않는 경우에는 해당 부동산과 그 매매대금을 몰수<sup>29)</sup>할 것을 규정하였으며, 상속의 경우에는 매매와 달리 1년내<sup>30)</sup>에 입안을 받도록 하였다. 또한 경국대전 禮典立案式條에는 입안의 형식을 규정하였다.

#### 〈立案式〉

決訟立案則堂上官·堂下官僉押當該

26) “凡他人田宅乙交易爲乎矣 交易文記稅錢納官斜不冬爲在乙良笞五十遺 同田宅價本一半生徵沒官齊 買者賣者親相授受不冬爲在乙良云云”

27) 세종실록 권29, 25p(1425년)

“(전략)有軍役人田地 勿令任意放賣 或因父母葬禮 或因宿債收贖 或家貧不能自存等項 不得已放賣者 眞僞 於隣里人 立案成給(하략)”

28) “田宅家舍賣買限十五日勿改 並於百日內 告官受立案 奴婢同”

29) “凡買賣奴婢告官 私和買賣者其奴婢及價物竝沒官(중략)若盜賣則價物徵於盜賣者 田宅同”

30) “得傳奴婢者 期年內告官受立案 若財主成文契面死者 召侍病族親或奴婢 閱實給立案 田宅同”

堂下官押上直書姓名  
 某 年 月 日 某司立案  
 右立案爲某事云云合行立案者  
 堂上官押 堂下官押

즉 입안일자, 입안관청명, 입안사유, 담당자의 서명을 쓰는 형식이었다. 이는 관에서 교부하는 최종의 입안형식이었다. 입안을 신청하는데 있어 매도인, 증인, 筆執, 친족과 인근의 주민 2-3인의 보증이 있어야 했다. 이러한 입안절차는 다음의 3단계의 절차로 이루어 졌다.

### 1) 당사자인 매수인의 입안신청

당사자간 매매계약이 성립하고 소유권이 이전되면 매수인이 매매문기와 구문기등을 첨부하여 입안신청서를 매도인 거주지소재 관청에 제출하여야 했다. 목적물인 부동산소재지 관청에 신청하는 예외의 경우도 있었으나 한성부내에서는 한성부, 한성부외는 주·부·군·현이다. 이러한 신청에 대하여 한성부의 경우에는 당하관 혹은 판관, 서윤이 花押하여 당사관인 좌우윤, 판윤 중 1인이 역시 花押후 입안발급의 결정을 하고 관인을 날인한다. 이러한 발급결정의 취지를 신청서의 말미에 기재하며 지방관인 경우에는 관의 장이 단독으로 花押하고 결정의 취지를 기재한다.

### 2) 매도인, 증인, 필집의 확인

매수인으로 부터의 신청서를 접수하여 입안발급의 결정을 하여야 하는 관청에서는 매도인의 매도여부 확인을 하는데 이 경우에도 매도인이 “某地所在某畝을 某價로 某人에게 永永賣渡하였음이 확실하니 이를 證明할 것을 申請한다”는 취지를 기재하고 花押을 한 서면을 제출한다. 형제공유의 토지를 매매하여 매도인이 여럿인 경우에는 각자가 화압한다. 이에 대하여 한성부에서는 당하관, 당사관의 순서로 화압하고 지방관은 그 관청의 장이 화압하여 관인을 날인한다. 다음에는 증인과 필집인이 연명으로 매매계약체결시에 매매의 합법적 사실을 나타낸 文記를 작성함으로써 계약에 참여하였다는 취지를 기재한 서면에 화압하며 이 서면에 대해서도 관청은 앞의 순서로 화압하고 관인을 날인하여 그 사실을 확인한다.

### 3) 관청의 입안

앞의 절차가 끝나면 담당자는 경국대전 禮典立案式條의 형식에 따라 “그 매매가 하자 없이 성립했으므로 입안을 成給한다”는 취지의 입안문을 기재하여 화압하고 관인을 날인하여 입안신청인인 매수인에게 교부한다. 그리고 이러한 뜻의 신청서는 문기와 아울러 연속하여 관인을 사이사이에 찍는다. 이 최후의 절차는 매매의 공증에 있어서 최종적으

로 결정적효력을 부여하는 것이다. 그리고 이상의 절차는 신청서를 제출한 당일에 종료 되는 것이 일반적이었다.

#### 나. 稅錢(作紙)

입안신청시에 납부하는 세전에 대하여는 성종조에 이르러 일률적으로 확립되었으며 그 전에는 공정한 기준이 없어 많은 폐단이 있었다.

세전으로는 紙物을 수납했으며 瓦家一間에 백지1권, 草家一間에 10장, 田畝一負에 1전씩 수납하도록 하고 해당 부동산의 負數가 많다 하더라도 최고 20권을 넘지 못하도록 하였으며 이는 大典續錄 戶典雜令條에서 규정하고 있다. 그리하여 이 세전으로서의 지물을 作紙라고 하였으며 심지어는 작지를 지물이 아닌 布를 수납하여 작지를 납부할 자가 그 준비에 고심하였으며 지방수령은 이를 기화로 사리를 도모한 사례도 있었다.

#### 다. 입안제도의 쇠퇴와 白文賣買

입안제도는 실제로 실시초기부터 엄격하게 시행되지 못하였으며 입안을 강제하기 위하여 量案의 명의변경을 하지 않는 백성의 토지는 몰수하도록 조치하였다. 그러나 不地契를 赦宥하는 경우도 있었음을 알 수 있다.<sup>31)</sup>

입안의 강요는 당초에 부동산매매를 해금할 당시는 가급적으로 부동산매매를 억제하여 田制의 혼란을 방지하려는데 그 목적이 있었으나 점차 이중매매, 위조문기의 방지와 권리자의 보호에 치중하게 되고 田籍의 명의변경절차는 별도의 절차가 되어 버린 것이다. 이것은 입안내용을 보아도 알 수 있다. 입안의 강요와 반면에 입안절차의 비현실성 즉 매매에 관여한 매도인, 매수인, 증인, 필집인 등이 관청에 출두하여야 하는 절차상의 복잡함과 作紙의 부담과증은 드디어 법의 사문화를 촉진하여 관청의 증명없는 白文으로만 매매되는 것을 부채질하였다. 그리고 이러한 백문매매는 外患화 내부질서 해이로 입안의 강행에도 불구하고 성행하였으며 관습상 내지 관청에서 조차도 합법화되기에 이르렀다. 백문매매는 임진왜란 후에 더욱 심해져서 전적의 분실 또는 문란은 극에 달하였으며 난중에 입안을 교부할 수 없었으므로 선조32년에 특별조치<sup>32)</sup>로 선조25년5월부터 31년12월까지의 매매문기에 입안을 받지 못하였다 하더라도 증인의 명백한 증언으로만 체결된 계약서의 모두를 입안을 발급받은 것과 동일한 효력을 인정하여 과도기적 조치를 취하였으며, 다시 선조34년에는 임진왜란중에 문기를 분실한 자와 입안을 발급받지 못한 자에 대하여 분실입안과 매매입안을 발급하였는데 한성부는 선조34년9월부터 선조35년1월까지 5개월간, 한성부외는 선조35년5월부터 선조35년9월까지 5개월간 각각 해당 관청에 입안을

31) 성종실록 권109, 14p(성종10년 기해7월조 1479년)

“凡典賣田宅 不稅契不過割者 會經赦宥 則其價錢並從赦免 面仍不過割者 依大典將所耕田暗錄 他人名者例 其田屬公”

32) “自壬辰五月以後·戊戌十二月以前買賣文記 雖未及斜出 證參明白者 皆許施行”

신청하게 하고 신청을 받은 관청에서는 보증인 3명을 불러 사실의 진위를 확인한 후 입안을 발급하였다. 이와같은 노력으로 백문의 폐단을 없애고자 노력하였으나 불과 50여년 후 인조14년 병자호란으로 다시 전적이 문란해지고 위조문기와 백문이 성행하여 숙종16년에는 부동산매매문기에 입안을 받지 않은 것은 매매문기로서의 효력을 인정하지 않았다.<sup>33)</sup> 이러한 입안의 강행적 요소에도 불구하고 시행초부터 부실한 제도의 운영은 조선후기에는 더욱 더 사문화되었다.

따라서 국가로서도 더 이상 입안을 강행하지 않게 되고 당사자는 후일의 우려에 대비하여立旨로써 간접적으로 소유권을 보호하기에 이르렀다. 이 시기는 노비문기외에 부동산매매문기에 입안을 발급받는 일이 거의 전무하였음을 알 수 있다. 드디어 大典會通 刑典決訟該用紙條에 今廢라 하여 세전규정을 말소하였으며 따라서 형식상 입안제도는 폐지되고 말았다. 그러나 그 이유는 당사자간 신뢰를 바탕으로 증인, 필집인이 확실한 이상 입안을 꼭 받아서 증거로까지 하고자 노력하지 않은 결과로 볼 수 있다.

### 3. 無主地取得의 立案

입안은 발급하는 각각의 경우에 따라 효력이 상이하나 관청의 공증이라는 것에는 이르지 않다. 따라서 무주지취득의 입안은 소위 부동산의 원시취득에 관한 것으로서 매매와는 다른 형태를 보이고 있다. 무주지의 취득에 대하여는 최초로 입안을 받은 자가 소유권자가 되도록 한 것은 건국초부터 확립된 것으로 보여진다. 따라서 무주지는 관청의 입안을 받으면 자기의 소유지로 할 수 있었음을 알 수 있다. 經國大典 戶典田宅條에 “無主田移給他人”라고 하고 있어 소유자가 없는 토지는 타인에게 이전토록 하였으니 이 경우에도 입안을 받으므로써 소유권을 취득하였던 것이다. 그러나 이러한 형식상의 입안에 불구하고 경작 또는 이용하지 않는 토지에 대하여는 소유권을 탈취하도록하여 경작 또는 이용에 중점을 둔 것이다. 그러나 量案에 등록되어 있는 무주지는 입안없이 경작한 자가 입안을 받으므로써 양안에 소유자로 등록된 자에게 대항할 수 없도록 하였으며 양안에 등록되지 않은 海澤山野등 황무지는 입안에 우선적 효력을 인정하되 조건부로 하였다. 이와같이 황무지나 미간지에 있어서의 입안은 부동산매매의 경우와 같은 입안과는 달리 절대적 효력을 인정하지 않고 경작에 중점을 두어 실질에 치중하였다.

### 4. 立案의 本質과 效力

33) “田畚家堡買賣後 官斜作紙 依法捧上後 立案成給矣(중략)明文無官斜者 勿施”

조선시대의 토지나 가옥등 부동산매매에 있어서의 입안은 공증제도로 어떻게 정착하였는가를 보면 다음과 같다.

입안은 부동산매매 당사자간에 매매계약이 체결되어 대금의 수수가 있고 목적물의 소유권이 이전한 후에 법적으로는 경국대전에서 규정한 소정의 기한인 100일 이내에 신청하는 것이며 관청에서는 매매당사자와 증인, 필집등을 불러 매매의 합법성 여부를 심사하고 합법적이며 허위가 없는 경우에 한하여 입안을 발급하는 것이며 다룰 수 있는 공증력을 가진다고 볼 수 있다. 그러나 입안을 발급받으므로써 매매가 법률상 유효하게 성립된다고는 볼 수 없다. 당사자간에 명문을 작성하고 대금의 수수, 목적물의 이전이 완료하므로써 일단 당사자간에는 계약이 성립하며 제3자에 매매할 수 있는 일종의 소유권을 취득하게 된다. 입안발급이 거부된 사례는 찾아 볼 수 없으나 만일 그것이 거부되면 매매로서의 효력이 상실될 것이다. 즉 매매계약은 당사자간에 일단 성립하고 소유권은 이전되지만 입안발급이 거부된 경우에는 그 계약은 당연히 실효되는 조건부 법률행위이며 그 소유권도 해제조건부 소유권이 되며 선의의 제3자에게 대항할 수 없는 조건부 불완전소유권에 불과하다고 보아야 한다. 그렇다면 입안발급은 부동산 매매계약을 성립시키기 위한 요건이 아니고 당사자간에 이미 성립하고 어느 정도의 효력을 발생한 매매계약에 대하여 매매로서의 결정적 효력을 부여하고 그 효력을 완성하는 요건 즉 불완전 소유권을 완전 소유권으로 하는데 필요한 완성력이라고 보는게 타당할 것이다. 이는 100일이라는 입안 신청기한은 제대로 준수되지 않았을 뿐아니라 관청에서도 언제든지 신청만 하면 입안을 발급하였다. 또한 전매되어 최후의 매수인이 구문기를 첨부하여 입안을 신청한 것에 대하여도 그 이전의 문기의 연속선에 관인을 날인하므로써 전의 매매도 증명하고 있다. 따라서 매매계약이 당사자간에 성립한 후에 입안을 신청하기 까지에 매매로서의 아무런 효력이 발생하지 않는다고 볼 수 없다. 이는 입안이 없는 매매에 대하여 무효로 본다면 이전의 매매가 무효이기 때문에 당연히 무효로 보아 관청에서도 입안을 거부하는 것이 원칙이나 이러한 것 역시 입안을 발급하고 각각의 장에 관인을 날인한 것은 그 이전의 매매도 아울러 증명하는 것이 된다. 그리고 일단 입안이 발급된 이상은 번복할 수 없는 확정력을 가지며 따라서 권리관계가 명확히 된다. 그러므로 진실한 권리자의 권리를 보장하는 정적안전의 요구는 물론 거래의 안전을 보장하는 동적안전의 요구도 충족하였다고 보며 소유자는 이를 보존하여 권력이전시에는 취득자에게 이를 인도하였다. 공적증명을 절대적으로 신뢰하는 것은 당시의 백성이 구문기를 분실한 경우에도 그 분실을 증명하는 立案 또는 立旨를 관청에 청구한 것으로 보아도 알 수 있는 것이다.

## 5. 立旨의 本質과 效力

입지는 속종말경에 확정되었을 것으로 보여지며 특히 이후의 입안제도는 주로 매매입

안과 소송입안으로만 존속되었으며 입지는 주로 闕失의 경우에만 사용된 용어이다.

입지의 형식은 입안과는 달리 신청서의 말미에 그 이유를 기재하고 관인을 날인하여 교부하였으므로 입안보다는 형식이 간결한 것으로 보여진다. 절차는 보증인을 소환하여 진위여부를 확인한 후 발급하였다. 입지는 주로 매도인이 구문기를 인도하지 않았을 경우와 구문기가 훼손되었을 경우 또한 위조문기에 대항하기 위한 경우에 주로 청구하여 발급받았다.

입지의 효력은 상대적 일시적이며 해제조건부 효력을 가질 뿐이며 일단의 사실의 인정 이어서 마치 부동산매매에 있어서의 당사자간의 매매문기와 같은 효력을 갖는 것으로 볼 수 있다. 따라서 입지는 그 사실을 반복하는 입안이 있을 때에는 효력을 상실한다. 예컨대 盜失, 燒失, 紛失의 사실이 허위입이 밝혀지거나 도실, 분실한 구문기를 다시 찾았을 때에는 입지는 장래의 효력을 상실한다. 건국초기에는 어떤경우든 막론하고 입안을 신청 하였던 것이 중기 이후에 이르러 입지로 대체되어 신청서의 말미에 그 이유를 기재하여 발급하므로써 형식이 간소화되어 입안발급의 경우와 비교하여 각각의 효력에 차이를 두었음은 공증제도의 발전이라 할 수 있다.

입지는 어디까지나 사실의 일단 인정으로의 공증이며 입안도 입지로 변화된 것으로 보여진다.

#### IV. 要約 및 結論

조선의 태조는 전제개혁의 목표를 모든 토지의 국유화로 국고의 가장큰 수입원인 公典의 확보, 公租率의 유지, 私田의 균등분배에 두고 전제개혁을 하였다. 그러나 이러한 조선초기의 토지정책도 많은 이유로 예외를 인정하더니 세종6년(1424)에 이르러 토지 및 가옥의 매매가 자유롭게 이루어 지고 있다. 사회적 환경과 국가의 정책상 허용된 부동산의 매매는 부동산의 등록, 공시제도가 불완전한 시기에 많은 문제점을 가지고 제도적 보완을 하면서 거래의 안전을 위한 발전이 있었음을 보여주고 있다.

이 시기의 부동산매매는 당시의 사회상을 단편적으로 보여 주고 있으며 나타난 부동산 거래사고를 위한 제도적 접근을 이루어 입안, 입지등의 제도적 성과가 있었으나 임진왜란과 병자호란의 영향으로 그 정착은 실패한 것으로 보여진다.

< 참고문헌 >

1. 박병호, 한국법제사특수연구(한국연구원 1960)
1. 국사편찬위원회(1997) 조선전기고문서집성 - 15세기편 -
2. 영남대학교 · 민족문화연구소, “영남고문서집성( I )” 영남대학교출판부(1992)
3. 김경렬, “한국토지제도사”, 경영문화원(1993)
4. 국사편찬위원회, “한국사 27” - 조선초기의 문화 - (1996)
5. 국사편찬위원회, “한국사 33” - 조선후기의 경제 - (1996)
6. 최승희, “한국고문서연구” 한국정신문화연구원(1981)
7. 이경식, “조선전기토지조사연구” 일조각(1997)
8. 박시형, “조선토지제도사(상 · 하)” 신서원(1994)
9. 김용섭, “조선후기농업사연구( I )” 일조각(1984)
10. 김기훈, “조선시대형전” 삼영사(1990)
11. 박영규, “조선왕조실록” 들녘(1996)