

# 清代 土地典賣 분쟁

— 乾隆연간 找價와 回贖 안건을 중심으로

허 혜 윤\*

## 목차

序 論

I. 絶産의 인정

II. 活産의 인정

III. 找贖안건의 처리

結 論

## 序 論

清代의 토지매매방식에는 典賣와 絶賣의 2가지가 존재했다. 典賣는 活賣라고도 불리우며 回贖權<sup>1)</sup>을 부가한 매매형식이었다. 전매는 回贖의 여지 없이 영구적으로 매매하는 絶賣와 반대되는 개념이며 典當과도 구별된다. 典賣는 明代 중후기부터 民國시기까지 중국농촌의 토지매매관계에서 널리 성행한 형식이다. 또한 전매절차의 속성상 분쟁이나 소송으로 확대되는 경우가 많았으며 국가법령과는 다른 민간

\* 인천대학교 인문학연구소 HK 연구교수

1) 원 소유자가 토지 典賣시에 받았던 원가를 지불하면 토지를 다시 되찾을 수 있는 권리를 말한다.

의 매매관행이란 측면에서 주목을 받아왔다.<sup>2)</sup>

回贖權을 부가한 조건부 매매라고 할 수 있는 典賣의 경우 정해진 기한이 지난 후 전매인이 전매 당시의 원가를 지불하면 자신의 토지를 다시 되찾을 수 있다. 또한 물가상승으로 인해 토지가격은 典賣기간중에도 오르게 되므로 전매인은 전권인에게 전매 당시의 원가와 시세간의 차액을 지불할 것을 요구할 수 있는데 이를 找價, 혹은 找貼이라고 한다. 이런 경우에는 找貼의 적정가격이나 횡수 등이 분쟁의 소지가 되었다.

명대에는 이러한 找價행위가 불법적인 것이었으며 시장을 혼란하게 만드는 ‘惡俗’으로 간주되어 각급 관청의 엄격한 규제를 받았다. 明律 및 淸律의 律文에서는 전매에 대한 명확한 규정이 없었다. 그러나 시간이 지날수록 광범하게 확산되어 청대 이후, 특히 강남지역 등 토지매매가 활발했던 지역을 중심으로 找價행위를 인정하는 다양한 鄉規와 俗例들이 생겨났다. 이 때문에 청대 雍正、乾隆시기 국가법률은 기층농촌사회의 질서와 토지시장의 안정을 위해 전매관련 법률을 조정하여 找價행위는 점차적으로 합법화되었다<sup>3)</sup>.

이러한 법률의 조정은 雍正 8년(1780) 定例를 시작으로 본격화되

- 
- 2) 청대의 관습법, 민간관행과 관련된 연구는 梁治平, 『清代習慣法: 社會與國家』, 中國政法大學出版社, 1996, 67-126쪽; 滋賀秀三, 「法源としての經義と禮、および慣習」, 『清代中國の法と裁判』, 創文社, 1984 참조; 토지법과 관련된 관행에 대해서는 卞利, 『國家與社會的衝突和整合-論明清民事法律規範的調整與農村基層社會的穩定』, 中國政法大學出版社, 2008, 第5章; 張研, 「關於中國傳統社會土地權屬的再思考-以土地交易過程中的“鄉規”、“鄉例”爲中心」, 『安徽史學』, 2005年 2期; 寺田浩明, 「清代土地法秩序における慣行の構造」, 『東洋史研究』 48권 2호, 1989; 艾仁民 (Christopher Isset), 「清代東北地區的非土地賣買: 民間習俗與司法實踐」, [美] 黃宗智、尤陳俊主編, 『從訴訟檔案出發: 中國的法律、社會與文化』, 法律出版社, 2009; 拙稿, 「清代 土地典賣 관행과 분쟁」, 『中國近現代史研究』 50, 2011 참조.
- 3) 拙稿, 「清代的 土地典賣 관행과 법령 -乾隆18年 條例를 중심으로」, 『史叢』 76, 2012 참조.

었다. 이에 따르면 絶賣의 경우 找贖을 불허하고, 回贖 연한을 정한 경우 1회의 找價나 回贖을 허용하였다. 만약 律例를 어기고 找贖하는 경우 治罪의 대상이 되었다. 그 후 건륭9년(1744)에는 연한이 오래된 매매계약의 경우 일률적으로 找贖을 불허하였다. 건륭18년(1753)에는 최초로 回贖가능한 기한을 30년으로 규정하였다. 이 중에서 옹정8년 조례와 건륭18년 조례는 『大清律例』에 삽입되었고 典賣에 대한 처리방식은 건륭18년이 되어서야 비로소 정비된 법규정을 마련하였다.<sup>4)</sup>

건륭18년 이전의 관련 당안이나 판례를 보면 지방관리나 중앙관리 모두 典賣에 대한 인정과 처리절차 등에서 상당한 인식을 공유한 것으로 보이지만 전국적으로 일치한 견해가 있었다고 보기는 어렵다. 건륭18년 이후 典賣관련 안건을 처리할 때 그 상황은 기본적으로 건륭 18년 이전과 유사한 측면도 여전히 존재하였다. 이는 청 정부가 이미 매매한 토지의 找贖 가부에 대한 문제에 대해 이미 상당한 인식을 공유하고 있었다는 것을 보여준다. 또한 이러한 상황 하에서 담당 관리들은 개별 안건이나 각 지역의 관행의 차이로 인하여 부분적 조정을 거쳤다.

본론에서는 주로 건륭조 刑科題本 중 土地債務類 당안의 典賣관련 안건을 유형별로 분류하여 분석할 것이다. 이를 통하여 청대 토지 找贖 안건의 판결에 있어 쟁점이 되었던 문제들과 처리결과를 살펴보기로 하겠다.

## I. 絶産의 인정

청대 법률에서 비록 토지매매 중 典賣의 유형이 있다는 것을 인정

4) 卞利, 앞의 책, 140-146쪽.

했지만 법률규정의 중점과 絶賣나 活賣의 구분, 找貼의 가부와 回贖 관련 분쟁에서는 다양한 판례가 존재한다. 기본적으로 活産과 絶産의 구별여부는 해당 토지의 취득 요인과 관련된다. 만약 絶賣인 경우 해당 토지는 絶産에 속한다. 典賣인 경우에는 원칙적으로는 차후 找贖이 가능한 活産이다. 그러나 어떤 絶産의 취득원인은 오히려 典賣인 경우도 존재한다. 肅宗 8년 조례의 규정은 토지 전매 후 전매인이 回贖의 여력이 없을 때 1회의 找貼을 허용하고 별도로 絶賣契를 작성한 이후 해당 토지는 絶産에 속하며 차후 找贖이 불가능하다.

2장과 3장에서는 판례와 당안의 전매관련 자료를 정리하여 청대 관청에서는 어떻게 絶産과 活産을 인정하고 처리했는지를 설명할 것이다.

## 1. 稅契過割을 거친 경우

肅宗8년 조례에서는 다음과 같이 규정하고 있다<sup>5)</sup>.

전산매매시 絶賣계약문서를 작성하고 找貼 등의 문구를 명시하지 않았을 경우 找價나 回贖을 불허한다. 만약 絶賣의 문구를 기록하지 않거나 혹은 연한이 되면 回贖한다고 명시한 경우 回贖을 허가한다. 만약 원 소유주가 回贖의 여력이 없으면 공정한 당시의 시세에 따라 1회의 找貼을 요구하고 별도로 絶賣계약서를 작성한다. 만약 매수인이 找貼을 원하지 않을 경우 원가에 따라 반환한다.”

이에 따르면 계약서의 기재내용에 따라 找贖의 가부를 결정하는 데 이 조례의 입법 이전에는 토지분쟁에서 找贖의 가부는 ‘稅契와 過割을 거친 紅契는 找價를 요구할 수 없다’는 관행에 의해 결정되었다.

5) 拙稿, 「清代의 土地典賣 관행과 법령 - 乾隆18年 條例를 중심으로」, 『史叢』 76, 2012, 151-152쪽 참조

관청에 ‘稅契過割’하기 이전에는 계약서에 絶賣를 명시했어도 전매인은 여전히 找貼을 요구할 수 있다.

옹정8년 조례는 명대 『問刑條例』에서 典賣와 絶賣를 명확하게 구분하지 않아 일어나는 여러 문제를 어느 정도는 정리하였다고 할 수 있다. 또한 典賣와 絶賣를 구분하고 回贖權을 부가한 조건부 매매라는 형식을 인정하였으며 找價 또한 제도적인 차원으로 편입되었다.

법률적인 측면에서 본다면 이 조례는 명백히 원 소유주에게 편향적이었다. 비록 絶賣계약이 청대 지속적으로 증가한 토지매매의 현실에 부합되는 것이었지만 법률은 토지 소유자에게 최대한의 回贖權을 행사할 기회를 만들어 주었다. 이런 경우 법률적으로 絶賣라는 것을 증명할 수 있어야 한다. 계약문서에 반드시 回贖이 가능한 전매인지, 아니면 回贖이 불가능한 絶賣인지를 명시해야 하는 것이다. 만약 명확한 문구가 없으면 법률적으로 이 매매는 典賣의 형식이 되며 典賣된 토지는 回贖이 가능하였다.

## 2. 계약서에 絶賣를 명시한 경우

옹정8년 조례 입법 이후 絶産여부를 판단하는 중점에 변화가 발생하였다. 옹정8년 조례의 규정에 의하여 계약서에 絶賣를 명시한 경우 해당 토지는 絶産에 속한다. 전매인은 找贖이 불가능하며 해당 계약서의 稅契過割 여부는 더 이상 중요한 요인이 아니다.

건륭12년(1747) 12월 3일 黃紹先毆死黃佐臣案에서는 피해자의 아들인 黃光生의 진술이 이러한 상황을 설명하고 있다.

“黃光生 供: .....강희 53년, 소인은 큰 할아버지 黃非云이 살아계실 때 黃紹先의 부친 黃茂의 田 7畝5分을 매입하였고 가격은 5兩 4錢이었다. 계약서에 ‘永遠管業’을 명시하였다. ... 건륭9년 큰 할아버지가 별세하고

자식이 없었으므로 해당 토지는 마땅히 소인의 부친이 관리하였다. 黃紹先은 回贖을 요구했지만 부친은 거절했다....<sup>6)</sup>

이 안건에서는 계약서에 ‘永遠管業’의 문구가 있어도 전매인은지가 상승을 이유로 전권인에게 找價를 요구한 것이다. 건륭23년(1758)의 안건에 포함된 진술에도 유사한 안례가 수록되어 있다.

“劉梅 供：소인의 부친인 劉萬紀는 雍正 12년에 楊廷榮의 부친의 토지를 매입했고 계약서에 杜絶의 문구를 명시하였다. 매입 이후 여러차례 找價를 요구하여 건륭3년 은20량, 건륭9년 은14량, 건륭18년 겨울 은22량을 지불하였다. 이는 모두 증빙문건이 있다. 금년(건륭23년) 12월 26일 楊廷榮이 다시 와서 은량을 요구하였고 주택의 담장을 무너트리고 부친에게 상해를 입혔다<sup>7)</sup>.”

이상의 안례와 청말민초 각지의 민사관행조사보고를 저본으로 한 『中國民事習慣大全』에 수록된 민사관행을 참조하면 민간에서는 雍正8년 조례의 규정이 규정대로 지켜지지 않는 않았다. 그러나 이러한 종류의 분쟁이 소송으로 비화할 경우 관에서는 기본적으로 雍正8년 조례의 입법취지에 따라 전매인은 找贖이 불가하다고 판결을 내렸다.

첫번째 안례에서는 지방관의 처분은 ‘해당 토지는 黃光生의 소유를 인정하였고<sup>8)</sup>, 두번째 안례의 결과도 劉梅가 매입한 楊씨의 田畝園地에 대해 계약서에 따라 楊씨가 다시 找價를 요구하는 것을 허가하지 않았다<sup>9)</sup>. 이런 판결은 담당관리가 계약서상의 기재내용을 중시한

6) 中國第一歷史檔案館·中國社會科學院歷史研究所合編, 『乾隆刑科題本租佃關係史料之二 清代土地占有關係與佃農抗租鬭爭』(이하 『清代土地占有關係與佃農抗租鬭爭』으로 약칭), 北京: 中華書局, 1988, 356쪽.

7) 같은 책, 436쪽

8) 같은 책, 357쪽

9) 같은 책, 438쪽

다는 것을 보여준다. 따라서 找贖이 불가능한 絶産인지의 여부는 계약서상의 기재내용이 관건이 되는 것이다. 매매계약서가 絶賣라는 것을 증명해야만 해당 매매계약은 絶賣로 간주되고 거래된 토지는 絶産이 된다.

비록 계약서상에 絶賣이며 回贖을 불허한다는 문구가 있어도 전매인이 불시에 找贖을 요구하는 것을 막을 수는 없었다. 일단 이런 종류의 분쟁이 발생하여 소송으로 발전하면 관에서는 계약서상에 기재된 絶賣의 문구를 근거로 그 계약이 絶賣라고 판단하고 전매인의 找贖 요구를 허가하지 않았다.

### 3. 계약체결 후 연한이 오래 경과한 경우

연한이 경과한 매매계약 문서에 대해 건륭9년 정례<sup>10)</sup>와 건륭18년 조례<sup>11)</sup> 모두 絶賣로 간주하였다. 건륭9년 정례의 반포 이후 刑科題本 土地債務類 당안에는 이와 관련된 안례들이 다수 수록되어 있다.

건륭20년(1755) 10월 22일자 안례에서는 전매인의 자손인 袁棕昌이 현재의 업주인 袁子俞에게 回贖을 요구하였다. 해당 토지는 일찍이 강희41년 (1702) 매매된 이후 수차례 매매를 거쳤다. 본안에 참여

10) “賣契의 경우 연한이 오래 경과되었을 때는 杜絶 등의 문구가 없더라도 絶賣한 전산으로 간주하며 원 소유주의 자손이라도 找贖을 요구할 수 없다. (중략) 典契나 기한을 명시한 賣契에 回贖의 문구가 있는 경우에는, 기한이 오래되거나 이미 轉賣되었어도 정해진 기한이 되면 원가에 의거하여 回贖할 수 있다.”, 拙稿, 「清代的 土地典賣 관행과 법령 - 乾隆18年 條例를 중심으로」, 『史叢』 76, 2012, 153-155쪽 참조.

11) “典契이고 계약문서에 回贖의 문구가 있는 경우, 賣契이면서 영원히 回贖할 수 없다는 문구가 있는 경우이다. 건륭18년 정례이전의 典契와 賣契 중 기한을 명시하지 않은 경우, 30년 이내인 경우는 계약문서상에 絶賣 등의 문구가 없을 경우 조례에 따라 找貼이나 回贖이 가능하다. 만약 30년 이상인 경우 계약문서상에 비록 絶賣라는 문구가 없어도 回贖을 (구체적으로) 명시하지 않았을 경우에는 絶賣한 田産으로 간주하여 找貼이나 回贖을 불허한다.”, 拙稿, 같은 논문, 150, 157쪽 참조.

한 관리의 의견은 ‘袁棕昌의 조부 원원생이 오래전에 매매한 토지는 律例에 의해 回贖을 허가하지 않고 袁子俞의 소유로 한다’<sup>12)</sup>는 것이었다. 이같이 연한이 오래된 매매계약은 絶賣로 간주되었다.

건륭14년(1749) 3월 21일 전매인의 아들인 陳烈이 매수자인 陳第魁에게 回贖을 요구한 안례가 수록되어 있다. 이 안건 중에서 담당관은 강희52년(1713)과 57년(1718)에 체결된, 연한이 오래 되었지만 絶賣나 回贖의 문구를 명시하지 않은 매매계약에 대해 다음과 같이 처리하였다. ‘30년 이상 경과한 토지매매의 경우 陳烈의 回贖요구를 허가하지 않고 해당 토지는 이미 작고한 陳第魁의 아들 소유로 한다’<sup>13)</sup> 이 판결은 건륭18년 조례-계약체결 후 30년이 초과한 전산매매에 대해 계약서상에 絶賣나 回贖의 문구를 명시하지 않은 경우 絶産으로 간주한다-의 예고라고도 볼 수 있다. 건륭18년(1753) 이후 해당 조례는 유사한 안건에 자주 등장하고 있다. 건륭28년 1월 30일 안건<sup>14)</sup>, 건륭32년 1월 23일 안건<sup>15)</sup>, 건륭41년 11월 10일 안건<sup>16)</sup> 등이다.

위와 같이 연한이 오래 경과한 매매계약서의 경우 관에서는 일반적으로 絶賣로 간주하였고 해당 토지는 找贖이 불가능하였다. 건륭18년 조례가 『大清律例』에 추가된 이후 관에서는 계약체결후 30년이 초과된 경우에는 絶賣나 回贖의 문구가 없어도 해당 토지의 找贖을 불허한다는 판결을 내리고 있다.

12) 『清代土地占有關係與佃農抗租鬭爭』, 421쪽.

13) 같은 책, 371-373쪽.

14) 같은 책, 454쪽.

15) 같은 책, 473쪽.

16) 같은 책, 533쪽.

#### 4. 수차례 找貼을 거친 경우

건륭조의 刑科題本 토지채무류 당안을 보면 관에서는 이미 수차례의 找貼이 진행된 토지매매계약에 대해 원 업주가 找贖을 요구하는 것을 금지하는 경향이 있었다. 예를 들면 건륭8년 12월 12일 鐘卓仁의 부 鐘伯如가 강희 37년(1698) 溫儀上의 토지를 16석6두의 가격으로 매입하였다. 溫儀上과 그의 처 李氏는 해당 토지를 매매한 후 40년간 모두 4차례에 걸쳐 找價를 요구하였다. 최종적으로 담당관리는 이씨가 다시 找價를 요구하는 것을 금지시켰다<sup>17)</sup>.

건륭9년 7월 18일 안건에서 甘勝信은 자신의 토지를 강희 59년(1720) 韋鎮科에게 매매했고 가격은 은10량이었다. 옹정 12년(1734)에 이르러 甘勝信은 韋鎮科에 은10량의 找貼을 요구하고 이후 韋鎮科는 토지매입 이후 해당 토지의 조건을 개선함으로써 토지가격이 상승하였다. 이에 甘勝信은 두 차례나 回贖을 요구하였지만 韋鎮科가 받아들이지 않아 命案이 발생하였다. 이 안건의 담당관리는 심문과정 중에서 해당 매매계약은 이미 絶賣라고 판단하고 최종적으로 韋鎮科의 소유라고 판결하였다<sup>18)</sup>.

건륭14년 9월 27일 안건에서는 더욱 명확하게 이미 找貼이 진행된 토지는 絶産에 속한다는 것을 지적하였다<sup>19)</sup>. 본 안건은 李阿隆의 부 李心正이 回贖을 요구하면서 분쟁이 발생했다. 해당 지역의 지현은 ‘이미 매매한지 연한이 오래되었고 2차례의 找貼이 있었으므로 律例에 의거하여 回贖을 허가하지 않는다’고 판결하였다<sup>20)</sup>. 三法司와 吏部, 禮部의 會審을 거쳐 최종적으로 李心正에게 다음과 같은 판결을

17) 같은 책, 326-329쪽.

18) 같은 책, 332-335쪽.

19) 같은 책, 374쪽.

20) 위와 같음.

내렸다. ‘오래전에 매매하여 두 차례나 找賾을 요구하였으므로 이미 絶賣한 전산이다. 다시 回贖을 요구하므로 조례에 의거하여 杖 80대의 처벌을 내린다<sup>21)</sup>’

이상 3건의 안례는 모두 活契라 하더라도 找價가 진행되었다면 관에서는 해당 토지에 대해 차후 找贖을 요구하지 못하도록 하였다. 경관한 기간의 차이도 고려의 대상에 포함된 요인이었다.

## II. 活産의 인정

관에서는 민간에서 이미 매매한 토지에서 找價가 진행된 상황에서는 대체로 계약서상의 내용에 따라 판결하였다. 그러나 특수한 상황 하에서는 관이 找贖을 허가하기도 하였다. 아래에서는 일반적 상황과 특수한 상황 하에서 找贖이 가능하다고 인정했는지를 살펴보기로 하겠다.

### 1. 계약서상에 回贖의 문구가 있어야 한다는 원칙

絶産과 비교하면 活産의 인정은 좀 더 용이하다. 기본적으로 계약서상에 回贖의 문구가 명시되어 있는 경우 전매인은 매입자에게 找贖을 요구할 수 있다.

예를 들면 건륭12년(1747) 8월 초3일 안건에서 徐汝南은 자신의 토지를 5차례에 걸쳐, 옹정 11년부터 건륭5년 사이에 余之益에게 매매하면서 계약서에 回贖을 명시하였다. 徐汝南의 아들은 수차례 余之益에게 回贖을 요구했지만 余之益은 거절하였다. 담당관리의 판결

21) 『清代土地占有關係與佃農抗租鬭爭』, 375쪽.

‘마땅히 回贖해야 한다<sup>22)</sup>’였다. 이는 계약서상에 回贖의 문구가 있는 경우에는 活産으로 간주되며 找贖이 가능하다고 인정한 것이다.

위 안건의 경과기한도 14년에 불과한 것이다. 연한이 오래 경과한 계약의 경우는 어떠했을까? 건륭18년 조례의 반포 이후 계약서상에 回贖의 문구를 명시한 경우에는 30년 전후에 한하지 않고 일률적으로 找贖이 가능했다. 실제로 건륭47년 (1782) 8월 8일 안건에서 鐘鴻元의 조부는 강희 52년(1713), 鐘道偉의 증조부의 전지 2무를 매입하였다. 건륭46년 (1781) 4월 鐘道偉가 鐘鴻元에게 回贖 요구했지만 거절당했다. 본안을 담당한 관리는 건륭18년 조례에 따라 다음과 같이 판결하였다. ‘해당 토지는 강희 52년에 매매하여 이미 연한이 오래 되었지만 계약서상에 回贖을 명시하였으므로 마땅히 계약서상의 가격으로 回贖할 것을 판결한다<sup>23)</sup>.’

계약을 체결한지 30년을 초과했지만 回贖을 명시한 계약서는 여전히 活契로 간주되었다.

관에서는 活産의 인정여부를 계약서상에 找贖의 문구가 있는지를 중요한 근거로 삼았다. 또한 계약서상에 부가된 특별조항이 있을 경우 또한 담당관의 인정을 받았다. 계약서상 回贖의 문구를 명시하여 活契라고 인정 받는 것 외에 만약 找贖의 과정 중에서 找貼이나 回贖을 허가한다는 다른 증빙이 있는 경우에도 관의 인정을 받았다.

건륭 14년(1749) 11월 29일 안건 중 馮僧은 馮治山에게 토지를 매매하고, 이후 馮僧이 馮治山의 자 馮殿中에게 找貼을 요구하였다. 이에 다시 絶賣계약을 작성하고 錢 1600文을 지불하고 200文을 남겨 두었다. 담당관리는 이후에 작성된 絶賣계약의 효력을 인정하였다<sup>24)</sup>.

22) 같은 책, 354-356쪽.

23) 같은 책, 556쪽.

24) 같은 책, 535쪽.

건륭17년 8월 17일 안건<sup>25)</sup>에서는 매입자인 盧國榮이 找貼을 지불할 여력이 없어서 전매인이 回贖하기를 원한다. 분쟁의 쟁점은 盧國榮이 전매인에게 回贖을 요구하면서 回贖에 필요한 금액을 지불하는 것 이외에 盧國榮이 사전에 지불한 중개비를 요구한 것 때문이었다.

위에서 살펴본 안례를 종합해 볼 때 回贖의 문구를 명시한 매매계약서는 매수인이 回贖을 원하지 않아도 관에서는 일반적으로 매수인에게 回贖에 응하도록 요구하였다. 만약 回贖의 조건으로 다른 부가사항이 있을 경우 또한 특약사항이나 부가조건을 인정하였다. 找贖과정 중 만약 매수인이 找價나 回贖에 동의하는 별도의 증빙문건이 있을 경우에도 관에서는 전매인의 回贖을 허가하거나 매수인이 找貼을 지불하도록 명령했다. 즉 당사자간의 명확한 找贖관련 규정이 있는 경우 관에서는 기본적으로 그 효력을 인정했다.

## 2. 지가상승으로 인한 回贖분쟁이라는 특수상황

형과제본 토지채무류 당안에는 주로 토지를 매매한 매도인이 각지의 현에 고소한 回贖 관련 소송이 수록되어 있다. 이중 특수한 경우는 매매계약서에 絶賣를 명시한 경우라도 최종적으로 知縣이 토지가 격이 너무 낮다는 이유로 전매인에게 找贖의 기회를 허가하고 있는 경우이다.

앞에서 살펴본 건륭 12년 (1747) 12월 3일 黃光生 안건을 들 수 있다.

黃光生의 조부가 黃紹先 백부의 토지를 매입한 계약으로 인한 분쟁<sup>26)</sup>이다. 매매계약서에 ‘永遠管業’을 명시했음에도 최종적으로는 黃光生이 계약서에 의거하여 그 소유를 인정받았다. 그러나 여기서 주

25) 같은 책, 387-389쪽.

26) 같은 책, 356쪽.

목할 것은 본 안건이 건륭9년(1744)에 분쟁이 시작되었고 당시의 지현인 伊靈阿의 판결은 해당 題本의 결론과는 다른 부분이 있었다. 황광생의 진술을 살펴보면 伊靈阿는 한편으로는 이 계약이 絶賣라고 인정했지만 계약체결시의 토지가격이 너무 낮았기 때문에 매수인은 地租소득에서도 이미 그가 지불한 원가를 회수했을 뿐만 아니라 심지어는 잉여부분도 생겨났다. 또한 그 잉여부분에는 토지의 적정한 가격이 반영되었다고 판단하였다. 양자의 균형을 위해 지현은 황광생의 부에게 回贖에 응하도록 권하고 그가 지불한 원가를 돌려받도록 했다. 이렇게 해서 황소선은 토지의 回贖이 가능하였다. 본 재판은 지현의 직권으로 絶産이 活産으로 변화된 경우이다.

또한 건륭32년 11월 16일 안 건 중 지현이 매수인에게 找價를 명령하고 최종적으로는 해당 지역의 안찰사와 순무도 지현의 판결을 지지하였다<sup>27)</sup>. 이 판결의 목적은 원래 매도가격의 차액을 보충하기 위하여 找價를 허가한 것이다. 그러나 본 안건의 판결은 대상 토지를 活産에서 絶産으로 결정한 판결이다. 지현의 판결 취지는 이번의 找價를 거쳐 이후 다시는 找價를 요구하지 못하도록 하여 분쟁의 소지를 없애버렸다는데 있다.

위에서 살펴본 2가지 안건을 살펴보면 당사자가 토지를 매매할 때 약정된 가격이 너무 낮으면 전매인은 이에 의거하여 관에 回贖관련 소송을 제기할 수 있었다. 이 때 관의 해결 방법은 전매인에게 자금을 준비하여 回贖하게 하거나 매수인이 找價를 지불하게 하는 것이었다. 絶賣의 경우에도 이 때문에 找贖이 가능한 경우도 있었다. 이는 토지의 적정가격을 반영한다는 것과 관련된다.

27) 같은 책, 475-477쪽

### Ⅲ. 找贖안건의 처리

관에서는 絶産의 처리에 대해 주로 找贖관련 소송을 남발하는 전매인을 겨냥하였다. 活産의 처분에 대해서는 주로 找贖을 거부하는 매수인을 대상으로 하였다. 어쨌든간에 관청의 처분은 일정 정도의 탄력성을 가지고 있었다. 탄력성의 여지를 결정하는 요인은 토지가격과도 연관된다. 다음에서는 관청의 絶産과 活産에 대한 처분(형벌과 5형이외의 처분 포함)을 살펴보기로 하겠다.

#### 1. 絶産안건의 처리

관에서는 토지매매시 대상토지가 絶産에 속할 때 일반적으로 전매인에게 다시는 找贖을 요구하지 않겠다는 것을 요구했다. 심지어는 명백하게 매수인이 轉賣할 수 있다고 신고했다<sup>28)</sup>. 즉 다른 사람은 간섭할 수 없었고 매수인의 해당 토지에 대한 지배적 지위를 보호하였다. 따라서 매수인이 강제로 找贖을 요구하는 경우에는 옹정8년 정례와 건륭18년 조례의 규정에 의하여 치죄의 대상이 되었다. 刑科題本 토지채무류 당안에 수록된 안건에서는 絶産에 대해 재차 找贖관련 소송을 제기한 경우에는 杖刑을 선고하기도 하였다.<sup>29)</sup> 또한 오래전에 매매하고 두 차례에 걸쳐 找贖을 요구하여 지불받은 경우에도 이미 絶産으로 간주하고 다시 回贖을 요구하면 律例에 따라 杖刑을 선고하였다.<sup>30)</sup>

재산상의 처리부분에서 주목할 만한 것은 전매인이 재판 시작 이

---

28) 같은 책, 479쪽.

29) 같은 책, 329쪽.

30) 같은 책, 375쪽.

전에 취득한 找價銀에 대해서는 크게 문제삼지 않았다는 것이다. 건륭14년 2월 1일 안건<sup>31)</sup>과 건륭15년 6월 14일 안건<sup>32)</sup>에서는 매수인이 소송 제기전에 지불한 找貼에 대해서는 전매인에게 이를 환급할 것을 명령하는 것을 기대하기는 힘들었다. 그러나 관에서는 원 업주나 그 자손의 找贖 요구에 대해서는 비교적 관용적인 태도를 취했다.

건륭5년 6월 24일 안건 중 律例의 규정을 위반한 找價의 처분에 대해 三法司의 판단<sup>33)</sup>은 매매당사자와 무관한 제3자의 找價 요구에 대해서는 매수인에게 반환하도록 하는 것이었다. 그러나 원업주의 找價 요구에 대해 소송이전에 매수인이 지급한 액수는 환급이 불가능했다.

위와 같이 관청에서 원 업주에게 소송이전에 수취한 找價에 대해서는 환급하지 않은 것은 找價를 인정하는 원인과 관련이 있다. 절강 안창사 同德의 상주와 戶部의 관점은 인구증가가 지가상승을 초래한 것이 전매인의 找價요구가 증가한 원인이라는 것이었다<sup>34)</sup>. 이 때문에 找貼은 실제 지가를 반영하고 조정하는 수단이라고 할 수 있었다. 이 때문에 청대 관리들은 일정 한도 내에서의 找貼을 용인했다. 매수인이 전매인을 고소하는 경우에는 이미 매수인이 지불한 가격이 토지의 적정 가격에 접근했다는 것을 보여주고 이 때문에 관에서도 매수인이 이전에 지불한 找價에 대해서는 세세하게 따지지 않았던 것이다.

## 2. 活産안건의 처리

관에서는 계약서가 活契일 경우 계약서상의 토지를 活産으로 인정하고 일반적으로 전매인의 找贖을 허가하였다. 이는 건륭18년 조례

31) 같은 책, 368-369쪽.

32) 같은 책, 384-385쪽.

33) 같은 책, 318쪽.

34) 『藩司定例』 권9, 461-46b, 48a.

의 취지와도 부합된다. 그러나 만약 매수인이 전매인의 找贖 요구를 정당한 이유 없이 거절할 경우 找贖요구를 저해하는 것으로 간주하였다. 전매인이 합리적으로 找贖을 요구하는 경우 옹정 8년 조례의 규정에 의하여 ‘만약 매수인이 找貼을 원하지 않을 경우 원 업주와 상의하여 원가를 지불한다.’<sup>35)</sup> 이 규정은 의심할 바 없이 건륭연간 이래 정부가 적극적으로 매수인의 지위를 보호하고 원 업주의 토지에 대한 영향력을 약화시키는 입법추세에 위배되는 것이었다. 만약 매수인이 전매인의 找價 요구에 대한 거절이 보다 심각한 상황- 매도인의 생계에 영향을 끼치는 결과를 초래하기도 한다. 薛允升의 옹정8년 조례의 해석에 따르면 이런 경우에도 치죄의 대상이 되었다<sup>36)</sup>.

매도인이 找贖을 저지하는 안건은 소수였다. 그중 전매인이 가격이 너무 낮다는 이유로 지속적으로 매년 200錢 지불을 요구한 경우가 있었다. 이는 找貼銀의 변형된 형태였다고 할 수 있다. 매수인이 전매인에게 매년 200錢을 지불한다는 약정에 대해 관에서도 이를 인정하였고 이후에도 매년 200錢을 지불할 것을 약정하였다<sup>37)</sup>. 그러나 전매인이 回贖을 요구하고 매수인이 이를 거절하는 상황은 옹정8년 조례 중의 규정에 따라 매수인을 律例를 위반하는 죄로 다스렸다. 『大清律例』의 典買田宅 조례 중의 ‘典主託故不肯放贖律’에 따라 다스렸다. 예를 들어 건륭12년 (1747) 8월 3일 절강순무 常安이 제출한 題本 中余之益 관련 안건이 있다. 절강관리의 심리 결과 ‘余之益’은 마땅히 ‘典主託故不肯放贖律’에 따라 笞刑 40대에 처한다’고 판결하였다<sup>38)</sup>.

35) 『大清會典事例』, 권755, 14757쪽.

36) 薛允升, 『讀例存疑』, 卷10, 282.

37) 『清代土地占有關係與佃農抗租鬭爭』, 313쪽.

38) 같은 책, 354-355쪽.

이 외에도 找價가 토지가격을 조정하고 반영하는 수단이었기 때문에 ‘토지가격이 이미 충족된 경우 다시 找價를 요구할 수 없고 回贖의 포기를 원한다<sup>39)</sup>’는 문구가 있다. 관에서는 여러 차례 找貼을 요구하는 토지에 대해서는 어떤 경우에는 같은 입장을 견지하였다. 해당 토지가 絶産이 아닌 상황에서도 매도인의 找價를 허가하지 않았고 단지 回贖만을 허가하였다. 건륭 45년 (1780) 11월 16일 기재안건<sup>40)</sup>의 경우는 이런 상황을 반영하고 있다. 최종 판결은 ‘楊立皐는 이미 작고한 조부가 매도한 園地는 이미 2회에 걸쳐 找價를 받았다. 마땅히 계약서상의 가격에 따라 回贖은 가능하지만 재차 找價를 요구하는 것은 허가하지 않는다.’

관의 승인을 거쳐 找贖이 가능한 경우 매수인이 找贖을 방해하는 행위는 기본적으로 律例에 이에 대한 규정이 존재한다. 그러나 매수인이 전매인의 找貼 요구를 받아들이지 않는 경우의 상황에 대한 안건은 발견하기 어려워서 관이 매수인의 이런 행위에 대해 어떤 법적 처벌을 했는가를 판단하기는 힘들다. 다만 이와 유사한 안건을 살펴볼 때 불간섭의 태도를 견지하고 있는 듯 하다. 수차례 找貼을 거친 活産에 대해서는 적정 지가에 도달했다는 관점에서 回贖은 가능하지만 더 이상의 找貼은 허가되지 않았다. 실제 지가의 반영은 매도인이 找貼을 요구하는 가장 직접적인 원인이 되었다. 그리고 담당관리 또한 동일한 이유에서 계속 找貼을 허용할 것인지, 아니면 回贖의 처분을 내릴 것인지를 결정했다.

---

39) 같은 책, 415쪽.

40) 같은 책, 550-551쪽.

## 結 論

전매관행은 명청이래 민국시기까지 광범하게 성행한 현상이었다. 이러한 민간관행은 상품경제의 발전과정 중에서 부단히 변화하는 사회경제적 상황에 대한 적응의 결과물이었다. 이에 대한 관의 법률적 개입 또한 중국 전통의 ‘民有私約, 官不爲理’의 입장과도 상충되는 측면이 존재한다.

典賣관행이 야기한 각종 분쟁의 직접적인 원인은 토지 가격과 관련된 것이었다. 典賣관행이 초래한 분쟁의 또 다른 원인은 정부의 대응에 있었다. 민간에서의 자발적이고 비공식적인 제도의 형성과 변천은 특정한 환경에 집단적으로 대응한 결과였고 정치적, 경제적, 문화적 원인을 가지고 있다.

이와 더불어 典賣관련 분쟁의 내용과 결과는 18세기 이후 여러 가지 면에서 변화된 측면을 보였다. 이 역시 당시의 사회경제적 상황과 밀접하게 연관되어 있는 변화라고 할 수 있다. 이러한 변화에 대응하여 청정부는 관련 법률의 수정 등을 통하여 자발적이고 비공식적인 민간관행에 대한 조정을 시도했다. 빈번하게 분쟁을 야기하는 민간관행의 문제점을 인식하고 제도적 대응을 시도했지만 典賣관행은 광범위하게 지속되었다.

乾隆연간 이전 국가법령의 典賣관련 규정은 원 소유자의 권리를 보호하는 쪽이었다. 따라서 回贖權이 명확하게 규정되어 있었다. 사실상 토지를 回贖할 수 있는 최대한의 기회가 보장되었다. 청대의 대다수 토지매매 계약은 典賣나 絶賣 여부를 명확하게 규정하지 않은 쪽이 많다. 법률에 따르면 이렇게 典賣나 絶賣, 回贖여부나 기한에 관한 명확한 규정이 없을 경우 비교적 오랜 기간이 지난 후에도 回贖의 권리를 주장할 수 있다. 回贖權 주장의 남용을 막기 위해 여러 가지

규정을 두었지만 명확한 규정이 없는 경우에는 결과적으로 원 소유자의 권리를 보장하는 쪽으로 분쟁이나 소송이 매듭지어졌다.

이와 같이 토지전매에 관한 법령은 주로 원 소유주의 권리를 보호하는데 중점을 두고 있었으며 이에 따라 매수인은 비교적 불리한 위치에 놓인다. 이런 불균형은 找價와 回贖의 관행에도 반영되었다. 이 같은 불안정한 매매형식인 典賣관행이 야기하는 빈번한 분쟁으로 인해 淸정부는 일련의 법령을 제정하였다. 전매관행과 관련된 일련의 조례에서는 민간관행과 원 소유주의 이익추구 사이에서 일정한 타협점을 찾으려고 했으며 이는 청대 토지 전매관련 법률의 특징으로 표현되었다.

앞에서 살펴본 找價와 回贖관련 안건의 판결을 살펴보면 전매관련 분쟁에서는 매수인의 이익을 보장해주는 쪽으로 변화되어 왔다. 이렇게 함으로써 토지매매과정에서의 안정성을 보장하는 동시에 매수인의 이익도 보호될 수 있었다. 다양한 분쟁과 소송을 처리하는 지방관들의 건의와 이에 대응한 중앙정부의 법령개정 결과가 다시 특정 지역 차원에서는 어떻게 적용되었는지에 대한 판례를 분석하는 것은 청대 토지매매 연구의 중요한 연구과제일 것이다. 나아가서 지역별로 다양한 사례를 종합적으로 분석하여 국가법령과 민간관행이 어떻게 충돌하고 당사자들의 이해관계가 어떻게 조정되었는지에 대한 연구 또한 이후의 과제가 될 것이다.

**주제어** : 전매(典賣) 관행, 조가(找價), 회속(回贖)

(논문투고 : 2012.5.20 / 논문심사완료 : 2012.6.1 / 논문게재확정일 : 2012.6.5)

## 참고문헌

### 1. 단행본

- 那思陸, 『清代州縣衙門審判制度』, 北京: 中國政法大學出版社, 2006.
- 『大清律例』 天津: 天津古籍出版社, 1995.
- 杜家驥編, 『清嘉慶朝刑科題本社會史料輯刊』, 天津: 天津古籍出版社, 2008.
- 馬建石、楊育棠主編, 『大清律例通考校注』, 北京: 中國政法大學出版社, 1992.
- 『藩司定例』, 清光緒年間江西布政司衙門刊, 臺灣中央研究院傅斯年圖書館藏本, 原藏 하버드대학엔칭도서관.
- 卞利, 『國家與社會的沖突和整合-論明清民事法律規範的調整與農村基層社會的穩定』, 北京: 中國政法大學出版社, 2008.
- 薛允升著, 黃靜嘉校, 『讀例存疑重刊本』, 臺北, 成文出版社, 1970.
- 施沛生編 『中國民事習慣大全』, 上海: 上海書店出版社, 2002
- 楊國楨, 『明清土地契約文書研究』, 北京: 中國人民大學出版社, 2009.
- 楊一凡主編, 『中國法制史考證續編』, 北京: 社會科學文獻出版社, 2009.
- 楊一凡、田濤主編, 『中國珍稀法律典籍續編』 哈爾濱: 黑龍江人民出版社, 2002.
- 梁治平, 『清代習慣法: 社會與國家』, 北京: 中國政法大學出版社, 1996.
- 李鳴, 『明代土地法制研究』, 北京: 中國青年出版社, 2000.
- 滋下秀三等著, 王亞新、梁治平 編, 『明清時期的民事審判與民間契約』, 北京: 法律出版社, 1998.
- 章有義, 『明清徽州土地關契研究』, 北京: 中國社會科學院出版社, 1984.

- 張傳璽主編,『中國歷代契約會編考釋』,北京:北京大學出版社,1995.
- 張晉藩,『清代民法綜論』,北京:中國政法大學出版社,1998.
- 前南京國民政府司法行政部編,『民事習慣調查報告錄』,北京,中國政法大學出版社,2005.
- 田濤、[美]宋格文、鄭秦主編,『田藏契約文書粹編』,北京:中華書局,2001.
- 鄭秦,『清代法律制度研究』,北京:中國政法大學出版社,2000.
- 中國第一歷史檔案館·中國社會科學院歷史研究所合編,『乾隆刑科題本租佃關係史料之二 清代土地占有關係與佃農抗租鬭爭』,北京:中華書局,1988.
- 『清會典事例』,北京:中華書局,1991.
- 洪煥春,『明清蘇州農村經濟資料』,南京:江蘇古籍出版社,1988.
- 黃宗智,『清代的法律、社會與文化:民法的表達與實踐』,上海:上海書店出版社,2001.
- 黃宗智,『法典、習俗與司法實踐:清代與民國的比較』,上海:上海書店出版社,2007
- 『戶部則例』,同治13年刊本.
- 森田成滿,『清代土地所有權法研究』,東京:勁草書房,1984.
- 仁井田陞,『補訂中國法制史研究:土地法·取引法』,東京大學出版會,1981.
- 天海謙三郎,『中國土地文書の研究』,東京:勁草書房,1966.
- Thomas M. Buoye, *Manslaughter, Markets, and Moral Economy: Violent Disputes over Property Rights in Eighteenth-Century China*, Cambridge University Press, 2000,

Jothan K. Ocko and Rober Gardella ed., *Contract and Property in Early Modern China: Rational choice in Political Science*, Stanford: Stanford University Press, 2004.

## 2. 논문

허혜윤, 「清代 土地典賣관행과 분쟁」, 『中國近現代史研究』 50, 2011.

허혜윤, 「清대의 土地典賣 관행과 법령-乾隆18年 條例를 중심으로」, 『史叢』 76, 2012.

艾仁民(Christopher Isset), 「清代東北地區的非土地賣買:民間習俗與司法實踐」, [美] 黃宗智、尤陳俊主編, 『從訴訟檔案出發: 中國的法律、社會與文化』, 法律出版社, 2009.

張富美, 「清代典買田宅法令之演變與臺灣不動產交易的找價問題」, 『臺灣歷史上的土地問題』, 臺北: 中央研究院臺灣田野研究室, 1992.

張研, 「關於中國傳統社會土地權屬的再思考-以土地交易過程中的“鄉規”、“鄉例”爲中心」, 『安徽史學』 2005年 2期.

陳學文, 「清代土地所有權移轉的法制化-清道光三十年山西徐溝縣王耀田契(私契、官契、契尾)的考釋及其他」, 『中國社會經濟史研究』, 2006年 4期.

馮爾康、杜家驥, 「序言-兼述“一史館”土地債務檔案的史料價值」, 杜家驥編, 『清嘉慶朝刑科題本社會史料輯刊』, 天津: 天津古籍出版社, 2008.

許光縣, 「清代物權法研究」, 中國政法大學 博士學位論文, 2009.

寺田浩明, 「清代土地法秩序における慣行の構造」, 『東洋史研究』 48卷 2号, 1989.

岸本美緒, 「土地市場と「找價回贖」問題-宋代から清代の長期的動向」, 『宋-清代の法と地域社會』, 東京: 東洋文庫, 2005.

岸本美緒, 「土地を賣ること, 人を賣ること-「所有」をめぐる比較の試み」, 三浦徹・岸本美緒・關本照夫編, 『比較史のアジア 所有・契約・市場・公正』, 東京: 東京大學出版會, 2004.

滋賀秀三, 「法源としての經義と禮、および慣習」, 『清代中國の法と裁判』, 創文社, 1984.

## A Study on the Flexible Selling Disputes in the Qing period

- Focus on the Supplement Payment and Redemption Case in the  
Qianlong Reign

Huh, Hye-yun

Flexible selling was a kind of real estate(especially land) dealing form which different from pawning and ultimate selling in traditional Chinese society. It was different from pawning for it transferred the real estate's ownership; it was different from ultimate selling for it reserved real estate's redemption right by the sacrifice of lower price to ultimate selling. Flexible selling had two kinds of follow-up procedures: supplemental payment and redemption. The supplement payment was a complete liquidation of trade relation by the seller compensating the buyer on the base of full price, and the redemption was a form by which the seller paid the buyer in original price to redeem the subject matter. Among them, the discount tended to cause more dispute which made flexible selling became one of attractive phenomena in Ming and Qing dynasty.

Facing frequent flexible selling disputes, Ming and Qing government tried to put flexible selling into a dual pattern of pawing and ultimate selling through promulgating stable laws, and meanwhile eliminating the root of flexible selling disputes through counsel and punishment by judge and announcement. But as a kind of spontaneous, non-government and informal system, the rising of flexible selling had deep social root. In middle and later Ming dynasty, politics was out of control, the widening gap between poor and rich, and land price's frequent fluctuation all lead to the uncertainty of discount's reference price; and justice officials' sentence means which was based on the value idea around Confucian teachings made flexible selling to change from "illegal status" to "common status", which played an important role in the formation and development of flexible selling. But from another point of view, justice officials' solution for flexible selling disputes was a result from the idea of fairness and justice in Chinese traditional cultural thinking, and justice officials' human principle they followed in litigation added rich content to the meaning of human social fairness value.

**Key Words** : Flexible selling custom, Supplement payment,  
Redemption

