

〈書 評〉

韓福龍 著 『韓國婚姻法論』

- 歷史書 背景을 중심으로 -

鄭 東 鎬*

I. 머리에

이 책은 筆者의 博士學位論文 「韓國婚姻法의 歷史的 基礎」를 보완하여 펴낸 것으로, 호화양장 4×6배판 233 페이지로 되어 있다.

어느 分野이든지 그 研究를 철저하게 하기란 어려운 일이다. 研究目的을 높이 잡으면 그를 뒷받침할 수 있는 資料가 그렇게 많지 못하고, 실제의 資料에 읽매이다 보면, 새로운 研究結果를 얻어내기 힘들다. 설령 일정한 結果를 얻어냈다 하더라도, 그것을 모아서 하나의 책으로 펴내는 일도 그렇게 쉬운 일이 아니다. 우리의 현실로서는 아직도 많은 제약조건이 뒤따른다.

이렇게 볼 때 이 韓國婚姻法論의 출간은 筆者의 學問에 대한 執念과 勞苦의 결실이라고 밖에 할 수 없다. 다시 한번 그 熱意를 경하해 마지 않으며, 앞으로 한층 더 많은 분발이 있을 것을 믿어 의심치 않는다.

婚姻法分野의 경우 實定法인 親族相續法이 있어서, 그의 解釋·適用이 중요한 研究對象임에 틀림없다. 또한 지금까지의 研究도 대체로 이러한 점에 치중하여 이루어졌다고 볼 수 있다. 다른 일면 婚姻法의 思想的 背景이나 歷史的 趨移를 구명하고, 外國法과의 比較研究를 깊이 있게 하는 것도 매우 중요하다. 이러한 研究를 통해서만 實定法의 解釋·適用이 보다 적절하고 흠결없이 이루어질 수 있을 것이기 때문이다. 이러한 뜻에

* 한양대학교 법과대학 교수, 민법학

서 婚姻法의 歷史的 基礎 및 外國法과의 比較가 망라적으로 구명되고 있는 이 책의 研究價値는 한층 높다 하겠다.

II. 體系와 內容

이 책의 體系와 內容을 간추려 보면 다음과 같다.

研究의 目的과 研究의 方法 및 範圍를 적시한 序論에 이어 제 1 장에서는 成文家族法典의 성립과 婚姻法의 체계에 관하여 설명하고 있다. 제 1 절에서는 우리나라 전래 고유의 婚姻法 및 宗法制에서의 婚姻法을 중심으로 하는 전통적 婚姻法의 法源, 日本民法의 依用 및 民法制定 이전까지의 西歐婚姻法의 繼受過程 등 韓國婚姻法의 法源史를 개관한 다음, 婚姻法의 制定 및 改正經過를 분석하고 있다. 제 2 절에서는 親族編에 포함되어 있는 婚姻法의 構成은 어느 民法典의 체계에 따라 편성된 것이며 다른 나라 婚姻法의 編別 내지 構成에 비추어 어떠한 특징을 지니고 있는지를 밝히고 있다.

제 2 장에서는 約婚法과 約婚自由主義에 관하여 살피고 있다. 과거의 定婚法制를 탈피하여 約婚自由의 원칙을 채택한 것은 크나큰 변혁의 일면이고, 이에 맞추어 約婚의 成立, 約婚의 効力 그리고 約婚의 解除를 설명하고 있다.

제 3 장에서는 婚姻法에 융합되어 있는 西歐法과 傳統法을 체계적으로 분석·정리하고 있다. 婚姻의 成立에 관하여 그 實質的 成立要件인 合意, 婚姻適齡, 同姓婚 등의 禁止, 重婚禁止, 再婚禁止期間을 고찰하고, 形式的 成立要件인 婚姻申告 및 그 國家管理를 자세하게 설명하고 있다. 또한 婚姻의 効力에 관하여 婚姻生活場所, 夫婦別姓主義, 成年擬制, 日常家事代理權, 夫婦契約取消權, 夫婦財產契約, 法定財產制를 검토하고 있다.

제 4 장에서는 離婚의 自由와 調和를 중심과제로 하여 離婚法을 분석하고 있다. 그 制度的인 측면에서 協議離婚制와 裁判離婚制를 制度的 實益 내지 長短 및 離婚原因 등을 자세하게 살피고 있다. 離婚과 함께 불가피하게 수반되는 子와 妻의 보호에 관하여 子の 養育責任, 損害賠償請求權

과 財産分與制度 등을 세밀하게 검토하고 있다.

이와 같이 婚姻法の 전체에 걸쳐 體系를 잡은 것은 “歷史的 基礎”를 밝혀낸다는 것이 전제되어 있기 때문에 가능한 한 모든 사항을 포함시킨 것으로 생각된다.

Ⅲ. 敘述方法

이러한 體系에 따라 각 사항을 분석·설명함에 있어서 筆者는 남다른 노력을 기울인 점이 역력하다. 그 方法的인 특징을 들어보면 다음과 같다.

첫째로 각 사항에 관하여 傳統法の 모습을 찾아내고 그 발전과정을 밝혀 주고 있다. 우리 나라 고유의 婚姻慣習이나 宗法制에서 유래하는 嫁娶制나 族外婚制 같은 것을 大明律, 經國大典, 刑法大全, 朝鮮王朝實錄, 慣習調査報告書 및 判例를 중심으로 설명한다.

둘째로 現行 婚姻法の 制定 및 改正을 각 사항별로 검토하고 있다. 이러한 분석은 곧 立法 당시에 받아들여진 傳統法과 西歐法 및 그 受容限界를 밝혀내는 것이다. 여기에 주로 참조된 資料로는 「親族相續法立法方針及親族相續法起草要綱私案」, 「民法親族相續編要綱」, 「民法中親族相續編」, 각종의 修正案, 建議書, 公聽會의 記錄, 國會本會議速記錄 등이 있다.

셋째로 婚姻法の 각 事項을 외국의 法과 비교하고 있다. 우리 나라 民法이 西歐大陸法系의 典型에 맞추어 제정되었으므로 비교할 수 있는 外國法은 도이취民法, 프랑스民法, 스위스民法, 자유중국민法, 日本民法 등이겠으나, 항목에 따라서는 英美法, 스칸디나비아 諸國의 婚姻法, 더 나아가 소련, 中共 및 北韓과 같은 社會主義國家의 法까지 참고하여 설명하고 있다.

이러한 研究方法은 法史學的인 方法과 比較法學的인 方法이 혼용된 것이라고 할 수 있다. 傳統法の 모습을 찾고 그 발전과정을 밝혀낸 것을 종적인 측면이라면, 다른 나라 婚姻法과의 비교는 횡적인 측면이라 할 수 있겠다. 이와 같이 종합에 걸쳐 설명한 것은 이 研究이기 때문에 더욱

적절한 것 같다.

IV. 結 論

이상에서 말한 바와 같은 體系와 叙述方法을 통하여 筆者는 다음과 같은 結論을 이끌어 내고 있다. “일반적으로 民法의 家族法을 過渡期家族法이라 일컫듯이 婚姻法의 영역에서도 儒敎의 宗法制의 특징인 男系血統中心主義의 要素와 서구의 自由平等主義의 要素가 혼합되어 있다. 여기에 우리 固有的 家族規範이 뿌리 깊게 남아 있어서 자못 복잡다양한 모습을 나타내고 있다.” 이를 뒷받침해 주는 事項을 적시하면 다음과 같다.

첫째 우리 고유의 家族 내지 身分生活規範이라고 할 수 있는 것은 孀留婦家婚俗에서 유래하는 姻戚과의 禁婚範圍의 확장으로, 現行 民法에서의 8촌 이내의 姻戚이거나 姻戚이었던 사람과의 혼인을 금하는 것(제 809조 2항)은 전래의 禁婚俗과 관련이 깊을 것으로 본다. 또한 夫婦別姓主義를 당연하게 여기는 것도 우리 전래의 法俗에 연유하는 것으로 보아야 한다. 父系血緣意識이 婚姻에 의하여도 깨어지지 않는 일면이다.

둘째로 宗法制의 要素로는 嫁娶制와 同姓同本을 들 수 있고, 전자는 婚姻의 成立方式, 家籍 및 婚姻生活場所에 관한 규범을 만들어내고, 후자는 혼인의 實質의 成立要件의 하나라 할 수 있다. 그러나 이들 두 原理는 단순한 原理에 그치는 것이 아니라, 夫婦生活 전반 내지 離婚原因事項에 까지 영향을 미쳤던 것이다. 또한 이 두 原理와 그 派生婚俗規律은 現行 民法의 婚姻法條項에도 매우 많이 남아 있음은 매우 주목할 만한 일이다.

셋째로 自由平等主義의 西歐法의 繼受이다. 우리 婚姻法의 體系가 西歐大陸法系國家의 法典編別方式에 따라 만들어졌음은 두말 할 필요도 없고, 구체적인 婚姻法條項도 西歐法에 따른 것이 매우 많다. 約婚法, 未成年者의 婚姻에 대한 父母의 同意, 婚姻適齡, 重婚禁止, 再婚禁止期間, 申告婚主義, 婚姻의 無効와 取消, 成年擬制, 日常家事代理權, 夫婦契約取消權, 夫婦財產契約 등 매우 많은 制度 내지 規範이 西歐法을 계수한 것이다. 이들 각 規準이 발생한 國家가 각각 다르면서도 우리의 民法에 반

들여 질 수 있었던 것은 現行 民法에서의 婚姻이 독립적인 人格을 갖춘 個人이 체결하는 契約이기 때문이다.

이와 같은 3 가지 특색을 들어 筆者는 韓國婚姻法의 複合的 構造라고 본다. 이러한 構造의 特色은 家族法의 制定 및 改正이 「漸進的 改革論」에 입각하여 이루어진 데서 비롯하고, 오늘날까지 歷史的 傳統性과 男女平等이나 自由主義의 原理의 저축 내지 갈등은 그대로 남아 있으며, 民主的 發展을 위하여는 많은 연구검토가 있어야 할 것으로 보고 있다.

V. 끝으로

이 책에서 설명한 내용이나 이끌어 낸 結論은 婚姻法研究에 크나큰 도움이 되리라 본다. 傳統의인 沿革이나 繼受的인 原流를 알고자 할 때 이 研究結果는 확실한 답을 준다. 그것은 전적으로 어려운 漢籍이나 古文獻을 뒤지고 外國文獻을 옮겨 정리한 筆者의 研究의 結果 덕택이라고 생각한다.

여기에 한가지 덧붙이고 싶은 것은 이러한 婚姻法의 原流가 實定法規의 解釋·適用에도 반영되어야 한다는 점이다. 傳統的 規定인데도 지나치게 個人主義式으로 해석한다거나 男女平等을 강조하여 條文 자체의 의미를 왜곡시키기까지 하는 예는 올바른 解釋·適用이라고 할 수 없다. 이 책은 이러한 면에 하나의 지표를 설정해 줄 것임에 틀림없다.

傳統法制의 繼承은 발전이 전제되어야 하겠고, 外國法制의 繼受에는 엄밀한 검토와 비판적 受容이 있어야 할 것이고 이러한 점은 婚姻法에서도 마찬가지이리라 본다. (河洛圖書, 1989, 233면)