

# 中華人民共和國 家族法<sup>1)</sup>의 展開와 그 基本原則

韓 基 宗\*

目 次	
I. 序論	2. 一夫一妻
II. 中國 家族法の 形成과 展開	3. 男女平等
1. 形成	4. 婦女兒童 및 老人의 合法的 權益의 保護
2. 亨滯	5. 計劃生育
3. 發展	IV. 結論
III. 中國 家族法の 基本原則	
1. 婚姻自由	

## I. 序 論

1949년 10월 1일에 정식으로 성립한 中華人民共和國의 政治體制의 본질은 소위 「中國人民政治協商會共議同綱領」에서 밝히고 있는 바와 같이 「중화인민공화

\*臺灣 國立臺灣大學 法學博士, 국민대 강사

- 1) 중국의 사회주의 체제에 있어서의 가족법은 「婚姻家庭法」이라 불리우고 있으며 그것은 “통치계급이 자기의 의지를 근거로 하여 혼인관계와 가정관계의 조정에 관해 규정한 법률이다. 그것은 기타 법률과 마찬가지로 통치계급의 의지와 이익의 체현이며 통치계급이 규정한 인간의 행위규칙으로 강한 階級性을 가진 것인 동시에 인간이 상이한 계급에 속할 수 있지만 또한 그의 생리구조상 모두 동일한 것이기 때문에 혼인관계의 처리에 있어서는 모두 공동의 객관적인 규율에 따라 처리되어야 한다는 自然性을 가지고 있는 것이다” 라고 정의되고 있다. 이와같은 중국의 혼인가정법은 우리에게 있어서의 家族法에 대응하는 명칭이라 할 수 있다. 따라서 本考에서는 가족법이란 명칭을 사용하기로 하며 1980년 제정공포된 혼인법을 위주로 서술하기로 한다. 陳春龍/肖賢富編著, 法學通論, 吉林人民出版社, 1981년 p.261 참조.

국은 신민주주의 즉 인민민주주의 국가이며 노동자계급이 지도하고 노농동맹을 기초로 하여 민주 계급과 국내 제민족을 결집하여 인민민주독재를 실행하고 제국주의·봉건주의 및 관료자본주의에 반대하여 중국의 독립·민주·평화·통일·부강을 위해 통일하는 것이다<sup>2)</sup>라는 것이었다. 이러한 취지는 1954년의 中華人民共和國 憲法에 계승되어 그 제일조는 「중화인민공화국은 노동자계급이 지도하는 노농동맹을 기초로 한 인민민주주의 국가이다」라고 규정하고 있다. 즉, 중화인민공화국은 노동자 계급이 지도하는 인민민주주의 국가이며 헌법의 전문은 이것이 사회주의 사회의 건설에 이르기까지의 하나의 과도기이며 국가의 과도기에 있어서의 기본적인 임무는 점차 국가의 사회주의 공업화를 실현하고 농업·수공업 및 자본주의적 상공업에 대한 사회주의적 개조를 완성해 가는 것이라는 것을 밝히고 있다. 이와같은 이념의 실현은 혼인<sup>3)</sup>과 가정<sup>4)</sup>에 관련된 분야 또한 예외가 될 수 없어 그에 관한 제도의 개혁과 입법을 통하여 그의 실현을 도모하였던 것이다. 따라서 중국은 건국 이래 黨과 國家에서 혼인과 가정에 관한 제도의 개혁과 입법을 중시하였다.

---

참고로 中國語에 있어서의 사회인류학적 개념으로서의 「家族」은 「家庭」이란 용어로 사용되며 전통적 의미에 있어서의 「家族」이란 혼인과 혈연관계를 기초로 하는 父系親族集團을 의미하고 있다. 辭海編輯委員會編, 辭海, 上海辭書出版社, 1989年版 참조.

- 2) 中國人民政治協商會議共同綱領, 1949年 9月 29日, 第1條 참조.
- 3) 사회주의 체제에 있어서의 「婚姻」이란 “사회제도의 확인을 통한 남녀양성이 결합하는 형식을 말하는 것이며 결합을 통해 남녀쌍방간에는 일정한 권리의무를 갖는 부부관계가 형성된다. 혼인은 일종의 사회관계 즉, 양성간의 사회관계이다. 양성의 차이와 성적 본능은 혼인의 자연적인 생리적 기초이지만 혼인관계의 성질·특징과 그의 발전·변화에 관한 규율은 사회생산관계에 의해 결정되어진다. 따라서 사회주의 사회의 있어서만 남녀의 결합은 비로소 애정과 혼인의 통일을 이룰 수 있으며 개인의 의사와 사회의 이익이 일치될 수 있다”고 하고 있다. 따라서 이하에서 언급되는 중국의 혼인가족법상의 혼인이란 상술과 같은 개념을 가지고 있는 것이라는 것을 염두에 두어야 할 것이다. 이러한 혼인의 개념에 대해서는 栗勁·李放 主編, 中華實用法學大辭典, 吉林大學出版社, 1988年, p.1724 참조.

50년대초 中華人民共和國은 각 성립하여 수많은 분야에 있어서의 개혁이 필요하였으며 법제의 확립 또한 매우 시급하였다. 그리하여 당시 비록 아직 헌법의 제정은 이루어지지 않고 단지 임시헌법으로서의 작용을 하던 소위 「中國人民政治協商會議共同綱領」이 있을 뿐이었지만 그것을 근거로 1950년 5월 1일 신중국의 첫번째 婚姻法이 제정공포됨으로써 새로운 혼인과 가정제도에 관한 법적 기반을 형성하기 시작하였던 것이다. 그리고 70년대말 중국은 10년에 걸친 격랑(소위 문화혁명)을 겪은 후 사회의 혼란을 바로잡고 사회주의 법제의 새로운 시대를 열어 1980년 다시 두번째 혼인법이 제정공포되었으며 1985년에는 30여년의 준비기간을 거쳐 재산상속관계의 조정에 관한 相續法이 공포 시행되게 되었다.

혁명은 또한 혼인과 가정에 관련된 분야의 변혁을 수반하는 것<sup>5)</sup>이며 이것은 중국의 경우에 있어서도 예외는 아니었다. 즉, 중국의 경우에는 열강의 식민지 지배, 봉건적 내지는 가부장적지배의 압력으로부터의 인민해방이라는 것에 그 의미가 있었다 할 수 있었다. 그것은 곧 혁명에 의해 중국이 가지고 있던 사회적 전통에 대한 전반적인 변혁을 의미하는 것이었다고도 할 수 있을 것이다. 따라서 중국의 가족법은 이와같은 배경을 전제로 하여 이해해야 할 것이며 혼인과 가정에 관한 입법과 동시에 진행되었다고 할 수 있는 중국가족법학의 형성과 전개는 건국 40년동안의 두개의 혼인법을 중심으로 이루어진 것이라 할 수

4) 사회주의 체제에 있어서의 「家庭」이란 “혼인·혈연 및 수양등의 관계에 의하여 결합되어 형성된 사회의 기층생활조직이다. 그의 구성원은 일반적으로 부부·부모·자녀·형제자매·조부모·손자녀등으로 구성된다. 그것은 최초에는 혼인관계를 기초로 하여 생성되어 부모자녀등 기타 가정구성원의 관계가 발생한다. 자본주의 사회에 있어서의 가정관계는 금전관계를 기초로 하여 이루어진 것이다. 따라서 생산자원의 공유제를 기초로 하여 건립되는 사회주의 국가의 가정관계만이 男女平等·尊老愛幼·和睦團結·相互尊重의 사회주의 원칙을 실현할 수 있다”고 하고 있다. 따라서 이러한 사회주의 체제에 있어서의 가정에 대한 개념을 전제로 할 때 비로소 중국 가족법에 대한 정확한 이해를 얻을 수 있을 것으로 생각된다. 가정의 개념에 대해서는 同註3 pp. 1569-1570 참조.

5) 靑山道夫, 現代의 家族法, 東京, 岩波書店, 1964年 pp.2-14 참조.

있다. 그러므로 이하에서는 그의 전개과정에 따라 그의 형성과 발전상태를 살펴 보고 그의 기본적인 원칙들에 대한 탐색을 통해 중국의 가족법(혼인가정법)에 대한 기초적인 이해를 시도해 보고자 한다.<sup>6)</sup>

## II. 中國家族法の 形成과 展開

### 1. 形成

중화인민공화국의 건국전 약20년에 걸친 시기에는 中國共產黨 주도하에 구시대의 전통적 혼인과 가정제도에 대한 개혁이 진행되어 혼인과 가정문제에 관한 법령과 조례등이 공포되고 부녀해방과 혼인과 가정방면에 관한 연구활동이 이루어져 건국후 社會主義 家族法(婚姻家庭法學) 형성의 기초를 이루었다.<sup>7)</sup>

1950년 5월 1일 제정공포된 「中華人民共和國婚姻法」은 신중국 성립후 공포한

6) 중국의 사회주의 체제에 있어서의 법에 대한 인식 그리고 그것을 바탕으로 하는 입법 및 그의 실행은 우리의 그것과는 근본적인 차이를 바탕으로 하고 있는 것이다. 즉 중국의 사회주의 체제에 있어서의 법이란 “국가에 의해 제정되거나 인가된것으로 통치계급의 의지를 실현하기 위한 국가의 강제력에 의하여 그의 집행이 보증되는 행위규범(규칙)의 총화를 말하는 것이다. 그것의 목적은 통치 계급의 사회관계와 사회질서의 견고와 발전에 유리하도록 하는 데에 있으며 그 내용은 통치계급의 물질생활의 조건으로 부터 결정되는 것이다.”라는 인식을 바탕으로 하여 제정되어진 것으로써 자본주의 사회에 있어서의 인간의 안정되고 편리한 생활을 추구한다는 법의 목적과 인식과는 근본적인 차이를 가지고 있는 것이다. 그리고 그것은 또한 중국의 전통적인 사회적·문화적 배경을 바탕으로 중국적인 융합과 조화를 이루어 나가고 있는 것이라 해야 할 것이다. 따라서 중국의 사회주의 체제에 있어서의 소위 혼인가정법 즉 가족법은 그의 이념과 내용에 있어서 자본주의 체제를 바탕으로 하고 있는 우리의 가족법과는 많은 차이를 가지고 있다고 할 수 있다. 그러므로 본문은 이러한 근본적인 차이를 바탕으로 한 중국의 사회주의식 가족법(혼인가정법)에 대한 접근을 통해 급격히 우리에게 가까와져 오고 있는 중국의 사회주의식 법체계의 한 부분에 대한 이해를 시도해 보고자한다. 法概念에 대한 인식은 栗勁/李放 主編, 中華實用法學大辭典, 吉林大學出版社. 1988年 p1201 참조.

첫번째의 중요한 법률<sup>8)</sup>로 동법의 제1조에서는 “請負強壓·男尊女卑·子女 利益의 輕視등 봉건주의적 혼인가정제도를 폐지하고 男女平等·一夫一妻·男女權利平等·婦女와 子女의 합법적인 이익을 보호하는 新民主主義婚姻制度를 실행한다.”고 선언함으로써 1950년 혼인법의 기본정신이 사회주의에 기초를 둔 새로운 제도의 확립에 있음을 밝히고 있다.<sup>9)</sup> 그리하여 건국초 인민은 정치·경제·사회 등 모든 분야에 있어서의 새로운 체제에 직면하게 되었으나 수천년에 걸친 전통사회가 남겨놓은 혼인가정제도가 완전히 소멸될 수는 없는 것이었다. 따라서 전국적으로 強壓·請負에 의한 強制婚姻과 賣買婚姻은 여전히 널리 행해지고 있었으며 부녀를 학대하고 멸시하는 현상 또한 매우 심각한 상태에 있었다. 통계에 의하면 1949년 1월부터 9월 사이에 山西省 50個縣에서 일어난 464건의 부녀 사망사건중 직접적인 박해로 인한 사망 25% 이혼을 하지 못하여 자살한 것 40% 학대로 인한 자살이 20%를 차지하고 있었다.<sup>10)</sup> 또한 旱婚·懂養媳·換親·納妾·寡婦再婚에 대한 간섭등의 현상은 더욱 광범하게 존재하고 있었다. 따라서 인민 특히 부녀에게 있어서는 전통적 혼인과 가정제도로부터의 탈피와 구래의 혼인과 가정의 속박으로부터의 탈피가 요구되었다고 할 수 있었다.<sup>11)</sup> 이러한 시

7) 중국공산당은 1920년 臨時中央을 성립시키고 다음해 上海에서 제1차전국대표대회를 열어 정식으로 기구를 조직하고 당무를 운영하기 시작하였다. 그리고 1931년 江西에서 소위 「中華소비에트共和國」을 건립하고 적극적으로 사회주의이론을 바탕으로 하는 혼인제도를 추진하여 「中華소비에트共和國婚姻條例」를 공포 1950년까지 시행하였다.

8) 謝覺哉, 「學習婚姻法與實行婚姻法附註之誦語」, 婚姻法及其有關文件, 人民出版社 p118.

9) 文言상에 나타나는 이 조항의 내용은 일반적인 가족법의 정신과 상통하는 것이라 하겠지만 사회주의체제에 있어서의 법인식은 자본주의체제의 법인식과는 근본적인 차이를 가지고 있다. 따라서 이 조항의 소위 봉건제도란 본래 중국사회가 가지고 있던 사회제도를 가리키는 것이라 할 것이며 이 조항의 궁극적인 목적은 노동을 기초로 하는 兩性關係의 정립에 있다해야 할 것이다.

10) 北京大學法律學科 民法研究室編, 婚姻法概論 1954年 p.67 참조.

대적 상황을 배경으로 한 1950년 혼인법의 공포와 시행은 혼인과 가정이란 영역에 있어서의 당시 중국의 상황에 있어서는 廢舊立新的의 사명을 실현하기 위한 강력한 법률적 수단을 제공하는 것이었다고 할 수 있었다. 즉 「人民日報」의 社說에서 지적한 바와 같이 “이제부터 구중국이 남겨놓은 봉건주의 혼인가정제도는 철저히 폐지되고 신민주주의 혼인가정제도가 전국에서 보편적으로 실행되게 되었다.”<sup>12)</sup>고 할 수 있었던 것이다.

1950년 혼인법의 공포와 시행은 또한 신중국 가족법학의 태동을 의미하는 것이었다. 따라서 이 무렵에 있어서의 중국가족법학의 연구는 기본적으로 두 개의 방향을 갖고 있었다. 즉 하나는 강제혼인·남존여비·자녀이익의 경시 등을 특징으로 하는 전통적 혼인과 가정제도에 대한 부정이며 다른 하나는 혼인자유·남녀평등·부녀아동의 합법적인 권익을 보호한다는 신민주주의 혼인과 가정제도의 보급이라는 것이었다. 이와 관련하여 ① 소련·동구등 사회주의 국가의 혼

11) 따라서 同法 第2條는 「重婚·納妾·童養媳과 寡婦의 혼인자유에 대한 간섭을 금지하며 혼인관계 문제를 빙자하여 재물을 취하는 것을 금지한다.」라고 규정함으로써 매매혼등의 전근대적인 요소의 배제를 규정하였다. 그러나 당시 중국의 미비한 법제로 인한 이 규정을 뒷받침할만한 법규의 미비로 그의 실효성에는 의문이 있었다고 할 수 있다.

12) 1950年 4月 26日 人民日報 社說 참조.

13) 중국의 법은 기본적으로 (1)중국 전통의 법문화 (2)서구의 법문화 (3)구소련의 법문화등 세가지 상이한 법문화의 영향을 받아 상호충돌·보충·융합의 관계에 있다고 할 수 있을 것이다. Wang Weiguo : Some Main Characteristics of the Traditional Legal Culture of China, in : Juridisk Tidskrift, Stockholm, Argang2/1990-91. p658. Harro von Senger, 「大陸法制中的中國傳統因素」, 中國法制現代化之回顧及兩岸法制之發展 國際學術會議(International Symposium on the Retrospect and Prospect of the Modernization of the Chinese Law and the Development of the Legal System on Two Sides of the Taiwan Straits) 발표논문으로 부인의 재인용, 1992년 9월 18-21일 p.1 참조

한편 이와 관련하여 <蘇維埃婚姻家庭法>·<馬克思主義論婚姻與家庭>·<蘇維埃婚姻與家庭的立法原則> 등이 출판되었다. 張友漁 主編, 中國法學四十年, 上海人民出版社, 1989年, p.403 참조.

인 및 가정에 관한 법의 번역·연구 등을 통하여 중국의 가족법학의 형성에 영향을 미쳤으며<sup>13)</sup> ② 수십종의 혼인법에 관한 교재 및 저작물이 출판되었으며 또한 신문잡지등의 정기간행물에 혼인과 가정문제에 관한 특별란을 두어 새로운 혼인 및 가정에 관한 제도의 보급에 힘썼고<sup>14)</sup> ③ 보편적으로 관심을 가지는 특정한 문제들 예를 들면 혼인의 기초·혼인자유·이혼문제등에 대한 활발한 연구<sup>15)</sup>가 행해졌다.

즉, 이 무렵에 있어서 중국은 기본적으로 혼인과 가정의 영역에 있어서의 제도와 관념의 양방면에 걸친 廢舊立新의 임무의 완성에 주력하였다고 할 수 있으며 구래의 전통적인 혼인 및 가정제도의 점차적인 소멸, 새로운 사회주의 혼인 및 가정제도의 점차적인 확립과 함께 마르크스주의를 기초로 하는 가족법학은 그의 기본적인 형성과 점진적인 발전을 이루었다고 할 수 있다.

## 2. 停滯

1957년 중국은 계급투쟁의 일환으로 자산계급에 대한 반대운동을 벌이기 시작하여 많은 중요한 법률제도는 비판의 대상이 되었고 이미 제정된 법률도 그의 준수와 집행에 곤란이 초래되었다. 또한 입법작업도 일시적인 정지상태에 빠져 1957년도 全國人代會議에서는 정치법률관계와 관련한 23건의 제안이 있었으나 점차 격감되어 1960년에 이르러서는 단 한건의 제안도 이루어지지 않았다. 그후 「大躍進」「四清」등<sup>16)</sup>의 운동을 통하여 중국에 있어서의 법제는 점차 그 체

14) 이와 관련한 著作으로는 <婚姻法概論>. <婚姻法基本問題>. <婚姻法講話>. <十年婚姻審判工作經驗總結>. <中國婚姻家庭制度>등을 들 수 있으며 論述로는 <保證執行我們的婚姻法(沈鈞儒)>. <對於當前離婚問題的分析和意見(韓幽桐)>. <新中國的新婚姻法(曹孟君)>. <中國革命與婚姻問題(馬起)>등을 들 수 있다. 同註13 참조.

15) 이것은 주로 50년대 중기에 「中國婦女雜誌」의 “對於當前離婚問題的分析和意見”이란 칼럼을 통하여 이루어진 것이며 1958년 「法律出版社」는 이에 수록되었던 논술을 수집편집하여 <離婚問題論文選集>이란 이름으로 출판하여 중국가족법학 형성에 많은 영향을 주었다. 同註13 p.404 참조

제와 절차가 혼란해지고 나아가 그 지위와 효력을 상실하게 되었다.

한편 60년대중반부터 70년대중반까지 중국은 국가적으로 격렬한 동요를 보여 3년에 걸친 자연재해의 상처가 치유된지 얼마 안되어 일어난 “文化大革命”의 폭풍은 천지를 뒤덮었으며 “입표”와 “강청”등 소위 「四人幫」의 파괴활동으로 인해 법제건설과 법학연구는 중단되고 사법권의 독립, 공개적인 심판, 피고의 변호권 및 법앞의 평등 등의 규정이 취소되고 법감독권을 행사하던 검찰기관 또한 그 권한을 공안기관에 빼앗겨 버렸으며 모든 법제는 부정됨으로써 가족법학 또한 수많은 상흔과 함께 황폐하게 되었다.

### 3. 發展

1978년말에 열렸던 中共十一期三中全會는 중국에 있어서의 법제건설과 법학 연구에 봄을 열었다. 1978년 중앙의 위탁을 받아 全國婦聯牽頭, 最高人民法院, 最高人民檢察院, 總政治部, 民政部 등의 단위를 연합한 婚姻法改正小組가 성립되어 北京大學, 中國人民大學, 北京政治學院과 法學研究所의 관련교사와 연구인원들이 혼인법 개정을 위한 연구작업에 참여하였고 1년여에 걸친 조사와 연구를 기초로 1980년 9월 五期全國人大第三次會議에서 새로운 「중화인민공화국혼인법」이 통과되었고 1985년 4월 六期全國人大第三次會議에서는 「중화인민공화국계승법(상속법)」을 통과 시켰다. 이러한 신혼인법과 상속법의 제정과 시행에 따라 가족법학은 새로운 단계에 접어들게 되었고 전학술계가 활기를 띄우기 시작했다.

1980년의 혼인법과 1985년의 상속법은 혼인과 가정관계의 조정에 관한 새로

---

16) 소위 「大躍進」運動이란 1958년 부터 행해졌던 農工業躍進運動을 말하는 것으로 人民公社化, 反右傾을 주된 내용으로 한 것이었으며 소위 「四清」運動이란 1962년 부터 1966년에 걸쳐 행해졌던 사회주의 교육운동으로 정치·사상·조직·경제분야에 있어서의 숙정운동을 말하는 것으로 사회주의의 성과를 유지하고 발전시키자는 것이었다. 張鑫, 「大陸地區法制之發展」, 同註13, 국제학술회의 발표논문 p.3 참조.



은 준칙으로 1980년 혼인법은 1950년 혼인법의 기초위에서 건국 30년 동안에 출현한 새로운 상황과 새로운 문제에 대한 수정을 통하여 이루어진 것이었다. 1950년 혼인법의 공포시행 이래 새로운 사회주의의 혼인과 가정에 관한 제도가 비록 그 기초를 세우기는 하였지만 혼인과 가정의 영역에 있어서는 여전히 많은 시급한 해결을 요하는 문제들이 남아 있었고 새로운 제도 또한 한결음 더 나아가 공고화와 개선을 필요로 하고 있었다. 70년대말 80년대초 중국은 새로운 역사시기에 접어들어 소위 四化建設(농·공·국방·과학기술의 현대화)에 따른 혼인과 가정에 대한 요구의 변화·소위 사회주의시기 혼인과 가정에 관한 제도에 대한 개혁의 경험 그리고 그에 따른 부너지위의 변화 등에 대한 입법상에 있어서의 반영이 요구되었다.

이러한 변화에 따라 제정된 1980년 혼인법의 주된 목적은 혼인과 가정의 영역에 잔존하고 있는 舊思想·舊傳統·舊習俗의 타파 그리고 성자유·성해방의 선양과 같은 자산계급사조와의 대항 및 사회주의 혼인과 가정에 관한 제도의 발전과 공고에 있었다. 따라서 가족법학계는 1980년 혼인법의 공포와 시행을 둘러싸고 이론과 실행의 양 방면에 걸친 연구를 행하였으며 보급 및 학문적·수준의 제고등에 주력하여 ① 가족법학의 연구에 참여하는 인원이 점차 증가하였으며<sup>17)</sup> ② 이와 관련한 많은 저작물의 출판이 이루어졌고<sup>18)</sup> ③ 혼인과 가정의 문

17) 50년대에 있어서 중국의 가족법학은 일반적으로 민법의 한 분야에 속한 것으로 취급되었으나 70년대말 80년대초에 이르러 많은 대학에서 법률학이나 법과대학을 신설함과 동시에 그에 대한 교육 및 연구에 참여하는 인원이 증가함에 따라 정법계열의 독립된 과정으로 취급되기 시작하였으며 사회적 측면으로 부터 보면 혼인과 가정문제에 관한 기구나 단체가 성립되기 시작하여 전국적인 규모의 中國法學會婚姻法學研究會·中國婚姻家庭研究會 등이 조직되었으며 각 省·市·自治區에도 또한 이와같은 학술단체가 성립되어 있고 墨龍江省에는 또한 婚姻家庭研究所가 성립되어 있다. 상세히는 同註13 p.405 참조.

18) 이것은 주로 교육과 보급을 위한 교재의 편찬을 중심으로 한 것으로 혼인법과 상속법을 구분하고 있으며 주요한 것으로는 <婚姻法教程(楊士文 主編)>·<婚姻法論(巫昌禎 編著)>·<繼承法教程(佟柔 主編)>·<大學本科統編教

제에 대한 학술적인 연구가 더욱 활발해지는 등<sup>19)</sup>의 성과를 거두었다.

즉, 개혁과 개방에 따른 10여년 동안 중국은 그의 경제의 비등과 함께 가족법 학분야에 있어서 새로운 전개를 보이기 시작했다고 할 수 있다. 그 기간은 비록 그다지 길지 않았지만 과거 30여년의 학문적 성과와 비교하면 괄목할 만한 성과를 보이고 있다고 할 수 있다.<sup>20)</sup> 이와같이 80년대 이후의 중국은 가족법학을 포함한 법학의 전 분야 나아가서는 국가 사회 전반에 있어서의 새로운 전개를 보이고 있는 것이다.

### Ⅲ. 中國家族法の 基本原則

중국의 1980년 혼인법<sup>21)</sup>은 “혼인자유·일부일처·남녀평등의 혼인제도를 실행한다. 부녀아동과 노인의 합법적인 권익을 보호한다. 계획생육(가족계획)을 실행한다.”<sup>22)</sup>고 규정하여 혼인법의 기본원칙을 밝히고 있다. 이것은 사회주의체제하

---

教材>. <幹訓統編教材>등을 들수 있고 기타 中華人民大學의 <繼承法>. 中國政法大學의 <婚姻法講義>. 吉林大學의 <婚姻法概論>등이 출판되었다. 상세히는 同註13 p.406 참조.

- 19) 이러한 학술적 활동은 주로 각 학회 혹은 각 지역단위의 학회를 중심으로 하여 행해진 것으로 토론과 발표를 통한 연구영역의 확대 또는 연구수준의 제고등을 도모하고 있다. 상세히는 同註13 p.407 참조.
- 20) 중화인민공화국의 건국 40년래 가족법학과 관련하여 편찬된 저작 50여종중 80년대의 것이 70%를, 강화·문답·총서등 홍보물 200여책중 80년대의 것이 50%를, 논문과 저작(역저 포함) 2000여편중 80년대의 것이 90% 이상을, 자료·법규회편등 60책중 80년대의 것이 60% 이상을, 논리학·사회학·심리학등 기타학과의 혼인과 가정방면에 관한 저작·서적등 200책이 출판되어 있으나 그중 80년대의 것이 80% 이상을 차지하고 있는 것을 보아도 그것을 알 수 있다. 同註13, 張友漁 主編, 前揭書 p.408 참조.
- 21) 同法은 혼인에 관한 규정이 주이기는 하나 친자관계에 관한 규정도 포함하고 있어 단순한 혼인법은 아니라고 해야할 것이다. 同法은 總5章37個條文으로 이루어져 있다.
- 22) 1980년 中華人民共和國 婚姻法 第2條 참조.

에 있어서의 혼인과 가정에 관한 제도의 기본적인 내용과 주요한 특징을 이루는 것으로 그것은 또한 중국의 혼인과 가정에 관한 입법과 사법의 지도적이념이 되고 있다. 이하에서는 이들 각각에 대해 서술해 본다.

### 1. 婚姻의 自由

상술과 같이 중국의 혼인법은 혼인당사자의 자유의사에 따른 혼인을 보장할 것을 규정하고 있다. 同法에서 말하는 「婚姻自由」란 혼인의 당사자는 법률의 규정을 근거로 본인의 의사에 따라 어떠한 사람의 강제나 간섭에 의하지 않고 자기의 혼인문제를 결정할 권한을 갖는다는 것을 말한다.<sup>23)</sup> 이러한 혼인자유란 결혼의 자유 및 이혼의 자유 양자를 모두 포함하는 것으로 「結婚의 自由」란 남녀 쌍방이 법률에 위배되지 않는다는 전제하에 본인의 의사에 따라 상대방의 강압이나 어떠한 제삼자의 간섭도 받지 않고 혼인을 체결하는 것을 말한다. 동법의 규정<sup>24)</sup>에 따르면 쌍방당사자의 자의를 결혼성립의 기본적인 전제조건으로 하고 있다. 그러나 이러한 소위 「自意」에 의한 결혼은 그의 법규정의 모호함으로 인한 외부적인 영향을 받을 소지를 안고 있다 해야 할 것이다. 즉 동법제7조는 결혼을 위한 등기를 규정하고<sup>25)</sup> 등기기관에 의한 적부판정을 규정하고 있으나 그 적부판정에 대한 객관적인 기준을 갖지 못함으로 인하여 각 등기기관의 자의적

23) 庄金鋒 主編, 海峽兩岸民間交流政策與法律, 上海社會科學院出版社 1991年 p. 32 참조.

24) 즉, 同法第4條는 “결혼은 반드시 남녀쌍방의 완전한 자의에 의하여야 하며 어떠한 일방도 다른 일방에 대하여 강요할 수 없고 어떠한 제3자의 간섭도 허용되지 않는다”고 규정하고 있다.

25) 이러한 등기제도의 취지는 1950년 혼인법의 「기초이유」에 명백히 나타나고 있다. 즉 “인민의 혼인문제는 사회와 국가의 공적이익 외의 것으로 보아서는 안되며 사회와 국가의 남녀구성원 사이의 공사이익이 통일된 대사로 보아야 한다”고 하여 국가가 정립한 정형(pattern)의 성립을 방지하는 길은 인민정부가 결혼증을 발급하고 인정한 혼인 및 이에 관계있는 모든 권리에 법적보호를 부여하는 기준을 명확히 하는 것이라는 것이다. 同註5 p.168 참조.

인 판정이 행해질 소지를 제공하고 있는 것이다.<sup>26)</sup> 또한 그것은 사회의 구조와 과다한 인구의 억제를 위한 소위 「計劃生育」이라 불리는 가족계획과 밀접한 관련을 갖는다고 할 수 있다. 따라서 동법은 결혼의 성립에 관한 비교적 엄격한 요건을 요구하여 결혼연령을 높이고<sup>27)</sup> 만혼과 늦은 출산을 장려하며<sup>28)</sup> 결혼에 대한 등기를 요구하고 있을<sup>29)</sup> 뿐만 아니라 「계획생육」이라 불리는 가족계획의 실시를 의무화하고 있는 것<sup>30)</sup> 등을 규정하고 있는 것이라 할 수 있다. 이러한 면에서 보면 중국의 혼인법이 결혼의 자유를 규정하고 있지만 그것은 그들이 봉건주의 혼인가정제도라 부르는 중국의 전통적인 혼인 및 가정제도로부터의 자유를 의미하는 것이라 보아야 할 것이다. 또한 소위 「離婚의自由」란 부부쌍방

26) 1980년 9월 16일자 「인민일보」에 의하면 “어떠한 단위에서는 자의적으로 표준을 세워 출신·사회관계·정치적 입장·사상등을 강조하는 등의 간섭을 하여 청년남녀에게 고통을 주고 있다”고 보도하고 있다. 이러한 부작용은 결국 중국의 혼인법이 취하고 있는 형식요건의 강조와 그의 모호한 기준으로 인한 것이라 해야 할 것이다.

27) 1950년 혼인법제4조의 규정을 보면 “남자20세, 여자18세가 되어야 비로소 결혼 할 수 있다”고 규정하였던 것이 동법제5조의 규정에 의해 “남자 만22세, 여자 만20세”로 높아졌다.

28) 同法第5條 下段 참조.

29) 同法第7條는 “결혼을 요구하는 남녀쌍방은 반드시 당사자 스스로 혼인등기 기관에 가서 결혼등기를 하여야 한다. 본법의 규정에 부합되면 등기를 하고 결혼증을 발급한다. 결혼증을 취득하면 곧 부부관계가 성립한다.”고 규정하여 등기를 혼인성립의 형식요건으로 하고 있다.

30) 즉 同法第12條는 “부부쌍방은 모두 계획생육을 실행할 의무가 있다”고 규정하여 인구억제를 위한 가족계획의 실천을 의무화했던 것이다. 이와같은 인구억제를 위한 가족계획의 의무화는 중국의 개혁개방 정책에 따른 현대화정책 실현의 일환으로 “중국에 있어서의 의식주와 교통·교육 그리고 취업에 대한 곤란과 긴장상태는 인구과다에 의한 압박으로 인한 것으로 이것은 곧 우리가 과거에 인구계획을 소홀히 해온데 대한 하나의 징벌이다”라는 의식에 기초를 둔 것이라 할 수 있다. 따라서 중국은 가족계획을 의무화함으로써 법의 힘에 의지한 인구팽창의 억제를 기도하고 있는 것이라 할 수 있다. 許濂新, 1981年 10月 27-30日. 「亞州人口和發展會議」발표문 참조.

의 감정이 악화되어 공동생활을 계속할수 없는 경우 남녀쌍방의 자의에 의해 이혼을 신청하거나 혹은 당사자의 일방이 이혼을 제기할 권리를 갖는다는 것을 말한다.<sup>31)</sup> 이러한 이혼의 신청 혹은 이혼소송의 제기에 따른 이혼의 許不許의 기본적인 조건은 感情의 破裂이다. 그러나 그의 판단은 혼인의 기초·혼후의 감정 상태·이혼의 원인·부부관계의 현상과 화해가능성 등을 종합적으로 분석판단해야 한다는 것이다.<sup>32)</sup>

따라서 혼인의 자유란 법률이 규정한 범위내에서의 자유를 말하고 그에 대한 간섭은 금지되어 있는 것이다. 즉 동법은 “강압에의한 혼인·매매혼인 및 기타 혼인의 자유를 간섭하는 행위를 금지한다”고 규정하고 또한 “혼인을 빙자하여 재물을 취하는 것을 금지한다”<sup>33)</sup>고 규정하여 혼인에 관한 전근대적인 요소의 배제와 혼인의 자유에 대한 침해행위를 금지하고 있다.<sup>34)</sup>

31) 同法第24條는 당사자 쌍방의 자의에 의한 이혼을 第25條는 일방에 의한 이혼 요구의 경우를 규정하고 있다. 즉 第24條에서는 “남녀쌍방의 자의에의한 이혼은 이혼을 허용하나 쌍방은 혼인등기기관에 이혼을 신청해야 한다. 혼인등기기관은 확실히 자의에 의한 것인가를 조사하고 자녀와 재산문제에 대하여 이미 적절한 처리가 있으면 곧 이혼증을 발급한다”고 규정하고 있으며 第25條에서는 “남녀의 일방이 이혼을 요구하는 경우에는 유관부문의 調停을 받거나 혹은 직접 인민법원에 이혼소송을 제기할 수 있다. 인민법원의 이혼안건 심리는 마땅히 조정을 거쳐야 하며 감정이 이미 깨어져 조정이 효과가 없을 때에는 이혼을 허용해야 한다”고 규정하고 있어 조정이 이혼성립의 선결조건임을 명시하고 있다.

32) 1989년 11월 21일 공포시행의 「最高人民法院關於人民法院審理離婚案件如何認定夫妻感情確已破裂的若干具體意見(최고인민법원의 인민법원의 이혼안건 심리는 어떻게 부부감정이 이미 확실히 파열되었다는 것을 인정할 것인가에 관한 약간의 구체적 의견)」참조

33) 同法第3條 참조.

34) 만약 그것이 폭력에 의해 이루어진 것이라면 그것은 형사처벌의 대상이 되고있다. 즉 刑法第179條의 규정에 의하면 “폭력에 의해 타인의 혼인의 자유를 간섭한 자는 2년이하의 유기징역이나 구금에 처한다. 전판의 행위로 인하여 피해자를 사망케한 자는 2년이상 7년이하의 유기징역에 처한다. 第1款의 죄는 고소에 의해서만 처리한다”고 하여 그것이 친고죄임을 밝히고 있다.

이와같은 중국 혼인법상의 혼인관은 엥겔스의 “혼인이란 性愛 즉 성적 본능과 애정을 기초로 하는 것이며 따라서 이러한 성애를 기초로 하는 혼인만이 도덕에 부합하는 것이다”<sup>35)</sup>라는 혼인관에서 비롯된 것이라 할 수 있다. 이러한 관념에 의하면 남녀가 배우자가 되고 가정을 조직한다는 목적에 의한 양성간의 결합인 혼인은 성적본능과 애정을 기초로 하여 이루어지는 것이어야 하며 재산·지위·정치 등을 기초로 하는 혼인은 결합 자체에 단단한 기초를 가질 수가 없다는 것이다. 또한 애정은 남녀 당사자 자신에 의해서만 배양될 수 있는 것이며 그 어떠한 사람도 대신할 수 없는 것이고 강제할 수 없는 것이기 때문에 혼인관계의 결정은 반드시 당사자 자신의 완전한 자주와 자의에 의하여 결정되어야 한다는 것이다.<sup>36)</sup> 그러나 혼인이란 습관·도덕·종교 등 사회적인 규범에 의하여 승인되는 남녀의 정당하고 영속적인 결합을 의미하는 것이다. 따라서 그것은 단순한 성관계 즉 성적인 본능 혹은 애정에 의해서만 결정되어질 수 있는 것은 아니라할 것이며 그것은 혼인의 당사자인 남녀에 의한 부부의 공동생활체를 구성하기 위한 것이다. 따라서 혼인은 사회경제적 조건 및 정치적 조건 등 제반 조건에 의한 규율을 받을 뿐만 아니라 또한 사회인륜질서에 의한 규율을 바탕

35) Friedrich Engels, 『가정·사유제와 국가의 기원』 마르크스엥겔스전집, 인민출판사 1965년 pp.95-96 참조.

36) 때문에 동법은 제4조에서 혼인의 결정에 있어 부모 혹은 타인에 의한 간섭의 배제를 규정하고 있으나 혼인적령기에 달하지 않은 자의 혼인에 대해서는 아무런 규정을 두지 않고 있다.

37) 이것은 중국의 1950년 혼인법에서 명백히 들어나고 있다. 즉 동법제1조는 봉건주의 혼인제도를 폐지하고 신민주주의 혼인제도를 실시한다는 것을 밝히고 있으며 동제2조는 더욱 구체적으로 重婚·納妾·童養媳 등의 금지를 규정하고 있음으로써 그러한 의도를 분명히 하고 있다. 그러나 사회의 변화에 따른 모든 사회제도의 변혁은 피할 수 없는 것이라 하겠지만 그것이 전통과 관습 그리고 인간의 군체생활에 대한 본능을 배경으로 하는 혼인이나 가정에 관한 문제를 인위적 강제적 수단에 의해 변화시킬 수는 없는 것일 것이다. 따라서 중국혼인법의 이러한 모순은 결국 사회주의 체제의 본질적인 사회개혁의 방법론이 가진 모순에서 비롯된 것이라 해야할 것이다.

으로 하여 성립하는 것이라 해야 할 것이다. 그러므로 중국의 혼인법에서 규정  
한 혼인의 자유란 중국사회가 전통적으로 가져왔던 혼인제도 및 그에 따른 부  
작용의 배제라는 입장에 지나치게 집착한 도식적이며 상당한 정도의 정치적·사  
상적 배려가 가미된 입법이었다고 할 수 있을 것이다.<sup>37)</sup>

## 2. 一夫一妻

현대국가에 있어서 가족의 기초적인 형태는 말할 것도 없이 일부일처제의 가  
족이다. 이러한 일부일처제를 유일한 혼인형태로서 인정하는 것은 사회주의 국  
가에 있어서도 마찬가지로 중국의 혼인법제2조는 또한 일부일처제를 혼인법의  
기본원칙의 하나로 규정하고 있다. 즉 중국에 있어서는 어떠한 사람이라 할지라  
도 혼인관계의 존속기간 동안에는 단지 한사람의 배우자만 있을 수 있으며 동  
시에 둘 혹은 둘 이상의 배우자를 가질 수 없다. 따라서 모든 그것이 공개적이  
든 은밀한 것이든 변형적인 일부다처 혹은 일처다부의 관계는 위법한 것이 된  
다. 이와 관련하여 중국혼인법을 비롯한 사회주의국가 혼인법상의 하나의 특징  
적인 것은 그것이 마르크스주의의 “무산자는 마땅히 엄숙한 가정생활을 영위해  
야 하며 자산자와 같이 양성관계에 있어서 경박한 태도를 취해서는 안된다. 이  
것은 곧 부녀의 지위와 권리를 존중하는 것이며 동시에 또한 착취자들이 실행  
하고 있는 일부다처제나 공처제를 반대하는 것이다”<sup>38)</sup>라는 입장을 기초로 하여  
형성된 것이라는 데 있다고 할 수 있다. 즉 위에서 본 바와 같이 혼인은 남녀쌍  
방의 성적본능과 애정을 바탕으로 하는 것이지만 이러한 성애는 인간적인 그리  
고 인격적인 남녀간의 사랑을 말하는 것이며 단순한 욕망을 말하고 있는 것은  
아니다. 따라서 일부일처제는 상호간의 성애에 의해 윤리의식을 제고시킴과 동  
시에 성애 그것은 본질적으로 배타성을 갖는 것이기 때문에 이러한 성애에 기  
인하는 혼인은 그 성질상 일부일처제일 수 밖에 없다는 것이다.<sup>39)</sup> 이와같은 입장

38) 陳處昌 編著, 社會主義法制通論, 南京大學出版社. 1986年 p.257 참조.

39) 同註5 p.96 참조.

을 기초로 한 중국의 혼인법에서는 따라서 배우자 있는 자가 또 다시 타인과 결혼의 등기를 하거나 비록 결혼등기를 하지 않았다 하더라도 확실히 타인과 부부관계로써의 동거생활을 한다면 그것은 곧 사실상의 중혼을 구성하는 것이 된다.<sup>40)</sup> 이러한 중혼은 일종의 위법한 범죄적 행위이며 중국의 형법은 이에 관해 “배우자가 있으면서 중혼을 하거나 혹은 명백히 상대방에게 배우자가 있는 것을 알면서 결혼한 자는 2년이하의 유기징역이나 구금에 처한다.”<sup>41)</sup>고 규정하여 이를 예방하고 있다.

이와같이 중국의 혼인법이 일부일처제를 강조하고 있는 것은 중국의 전통적인 혼인의 습속과도 깊은 관련이 있다고 할 수 있을 것이다. 즉 전통 중국에 있어서의 혼인은 대체적으로 혼인 그것이 단순히 혼인당사자로서의 남녀만을 위한 것이 아닌 “家”의 결합이었으며 혼인의 체결은 당사자인 남녀의 가장에 의해서 이루어지고 혼인생활은 男家에서 행해졌으며 일부다처제는 또한 이와같은 家중심의 혼인제도와 밀접한 관련을 가지고 있었다<sup>42)</sup>는 데에 기인한 것이라고 할 수 있을 것이다. 그리고 그것은 중국의 혼인법이 구사상·구습속·구전통의

40) 1958년 北京市高級人民法院의 중혼죄에 관한 질의에 대한 最高人民法院의 답변을 보면 이러한 중혼죄의 구성요건은 보다 명료해질 수 있을 것이다. 동 답변은 “중혼은 배우자가 있는 자가 다시 제삼자와 부부관계를 건립하는 것을 말한다. 배우자가 있는 자가 이미 결혼의식을 거행하였다면 이것은 즉히 중혼을 구성하는 것이 될 것이며 결혼의식을 거행하지 않았다 하더라도 양자가 확실히 부부관계로써 동거를 하고 있다면 이 또한 중혼을 구성하는 것이 될 것이다.—(중략)—그러나 양자가 비록 동거를 하고 있지만 그것이 일시적인 동거임이 분명하며 피차 애인의 관계로써 대하고 있어 언제든지 자유롭게 헤어질 수 있거나 혹은 약정한 기간의 만료후에 곧 동거관계를 청산할 것이 분명하다면 이것은 단순한 불법동거일뿐 중혼으로 볼 수는 없다.(후략)”고 하고 있다. 이로부터 보면 실질적인 부부관계의 존부를 중혼죄 성립의 전제요건으로 하고 있음을 알 수 있다. 1958年 1月 27日 「最高人民法院關於如何認定重婚行爲問題的批復(최고인민법원의 중혼행위를 어떻게 인정할 것인가에 관한 문제에 대한 답변)」참조.

41) 中華人民共和國 刑法 第180條第1款 참조.

42) 戴炎輝, 中國法制史, 臺北, 三民書局, 1984年 pp.219-220 참조.



타과를 목적으로 하고 있는 것에서도 잘 드러나고 있으며 혼인법이 이러한 역사적 배경을 가지고 있는 것이라는 것을 말하고 있는 것이라 할 것이다.

### 3. 男女平等

중국 혼인법에 있어서 또 하나의 중요한 기본원칙은 소위 남녀평등의 원칙이다. 소위 「남녀평등」이란 남녀쌍방이 혼인가정생활의 각방면에 걸쳐 평등한 권리를 향유하며 평등한 의무를 부담한다는 것을 말한다. 현행의 혼인법은 총칙에서 남녀의 평등이라는 기본원칙을 규정한 외에 또한 조문상에 있어서 구체적으로 부녀가 신분과 재산관계에 있어서 남자와 완전히 평등한 권리를 갖고 평등하게 의무를 부담한다는 것을 규정하고 있다. 즉 ① 부부의 가정에 있어서의 지위는 평등하며,<sup>43)</sup> ② 부부쌍방은 모두 각자의 성명을 사용할 권리를 가지며<sup>44)</sup> ③ 부부쌍방은 모두 생산·노동·학습과 사회활동에 참가할 권리를 갖고<sup>45)</sup> ④ 부부는 공동소유의 재산을 평등하게 처리할 권한을 가지며<sup>46)</sup> ⑤ 부부는 상호부양의 의무를 지며<sup>47)</sup> ⑥ 부모쌍방은 모두 자녀의 부양·교육에 대한 의무를 부담하고<sup>48)</sup> ⑦ 부부는 상호 유산을 상속할 권리를 갖는다<sup>49)</sup>는 것 등이다. 이들 규정은 남녀의 가정에 있어서의 평등한 지위를 밝히고 있는 것이며 이것은 또한 정치·경제·노동·교육 등의 각각의 영역에 걸친 광범위한 것이다. 이와같은 중국혼인법에 있어서의 남녀평등은 헌법의 남녀평등에 관한규정을 기반으로 한 것이다. 즉 헌법은 “부녀는 정치적·경제적·문화적·사회적 그리고 가정생활등 각 방면에 있어서 남자와 평등한 권리를 향유한다. 남녀는 함께 노동하고 동일한 보수를 받

43) 同法第9條 참조.

44) 同法第10條 참조

45) 同法第11條 上段 참조.

46) 同法第13條 第2款 참조.

47) 同法第14條 참조.

48) 同法第15條 第1款 참조.

49) 同法第18條 참조.

50) 中華人民共和國 憲法 第53條 참조.

는다”<sup>50)</sup>고 규정하고 있어 혼인법상의 남녀평등의 근거를 제공하고 있다.

중국 혼인법상의 이러한 남녀평등에 대한 원칙은 대체적으로 두가지 배경을 가진 것이라고 할 수 있다. 즉 하나는 역사적으로 보아 중국의 전통사회에서는 가부장제하에 있어서의 남존여비의 관념이 지배적이었다는 역사적 배경이고 다른 하나는 마르크스주의의 남녀평등과 부녀해방에 관한 이론이 선명한 계급성을 갖고있다는 이론적인 배경이다. 다시 말하면 중국의 전통사회에 있어서 부녀는 “출가하기 전에는 부모에 따르고 출가해서는 남편에게 따르며 남편이 죽은 후에는 자식을 따른다”는 소위 “三從之德”과 “三綱五倫”중의 “夫爲妻綱”과 같은 禮敎에 의한 불평등 그리고 나아가서는 각종 律令에 의해 명문화된 불평등한 대우를 받고 있었다.<sup>51)</sup> 따라서 이에 대한 반동으로서 남녀평등이 주장되게 되었다고 할 수 있다. 한편 마르크스주의는 “계급사회에 있어서의 부녀는 남자와 마찬가지로 계급에 의해 구분되고 있으며 남녀불평등의 본질과 근원은 부녀에 대한 착취계급의 강박과 착취에 있다. 따라서 남녀평등의 실현과 부녀해방의 쟁취는 전체부녀의 전체남자에 대한 권리쟁취의 문제가 아니라 계급투쟁의 문제이고 무산계급에 의한 혁명의 승리에 의한 사회주의 제도의 건설에 의해서만 비로소 진정한 남녀평등의 실현을 위한 전제와 보증이 제공된다”<sup>52)</sup>고 하고 있다. 따라서 중국은 그의 성립과 함께 이러한 배경을 바탕으로 헌법·혼인법등의 법제를 통해 남녀평등의 실현을 규정했던 것이다. 그러나 법률상의 평등이 곧 실제생활에 있어서의 평등을 말하는 것은 아니라고 해야 할 것이다. 더우기 수천년을 두고 행해져 오면서 형성되어진 혼인과 가정에 관한 습속과 관행 및 관념들이 수십년의 법시행에 의해 완전한 전환을 이룰 수는 없는 것이다. 그러므로 오늘날의 중국에서 그의 개혁개방정책에 따른 거의 잊혀져 가던 사유관념의 재출현과 함께 노출되고 있는 혼인과 경제와의 밀착현상은 바로 이러한 것을 증명해 주고 있는 것이라 해야 할 것이다.

51) 王潔卿, 中國婚姻——婚俗、婚禮與婚律, 臺北, 三民書局, 1988年 pp.49-59 참조.

52) 同註1, p.272 참조.

#### 4. 婦女兒童 및 老人의 合法的인 權益의 保護

중국에 있어서의 남존여비의 관념이나 부녀에 대한 멸시·강박은 수천년을 두고 이어져 온 전통이고 이러한 구사상·구습관은 단기간내에 그것을 개조할 수 있는 것은 아니기 때문에 사회·문화·경제등 각 방면에는 여전히 남녀양성의 실제적인 차별이 존재하고 있다. 따라서 중국의 혼인법이 부녀의 합법적인 권익의 보호를 규정하고 있는 것은 상술한 남녀평등의 원칙에 대한 하나의 필요한 보충이라고 할 수 있다. 그러므로 중국의 혼인법은 남녀평등의 원칙을 규정한 외에 부녀의 합법적인 권익에 대하여 특별한 보호를 하고 있는 것이다. 예를 들면 혼인법은 ① 여자의 임신기간과 분만후 1년내에는 남자는 이혼을 제기할 수 없으며<sup>53)</sup> ② 이혼시 부부 공동재산의 분할은 구체적인 상황에 따라 여자의 권익을 보장하며<sup>54)</sup> ③ 이혼시 어느 일방이 생활이 곤란하면 다른 일방은 적당한 경제적인 도움을 주어야 한다<sup>55)</sup>는 것 등을 규정하고 있다. 이외에 법은 또한 일체의 부녀의 신분과 재산적인 권익을 침해하는 것은 위법행위로서 반드시 엄중히 처리하도록 규정함으로써 부녀의 합법적인 권익을 보호한다는 원칙의 관철을 보증하고 있다.<sup>56)</sup>

또한 중국에 있어서 아동을 보호하고 노인을 존중하고 부양하는 것은 개개 국민이 마땅히 다해야 할 법률상의 의무이며 또한 일종의 사회적인 공덕이 되

53) 同法第27條는 “여자의 임신기간과 분만후 1년내에는 남자는 이혼을 제기할 수 없다. 여자가 이혼을 제기하거나 혹은 인민법원이 남자의 이혼청구가 확실히 그 필요가 있다고 인정하는 것은 그러하지 않다”고 규정하고 있다.

54) 그것은 쌍방의 협의를 전제로 하는 것으로 협의가 이루어지지 않을 경우 법원의 판결에 의한다는 것이다. 同法第31條 참조.

55) 이 경우에 있어서도 그의 구체적인 방법에 대해서는 쌍방의 협의를 우선으로 하고 있으며 협의가 이루어지지 않을 경우 법원의 판결에 의하는 것으로 하고 있다. 同法第33條 참조.

56) 婚姻法第34條. 第35條 및 刑法第131條. 第182條등 참조.

57) 혼인법은 “부모는 자녀에 대하여 부양·교육의 의무가 있으며(第15條 第1款)” “부모는 미성년자녀를 보호, 지도할 권리와 의무를 갖는다(第17條 第1款)”고 규정하고 있다.

고 있다. 그리하여 혼인법은 부모의 자녀에 대한 부양·교육과 지도·보호의 의무를 규정<sup>57)</sup>하고 있고 만약 부모가 미성년 혹은 독립하여 생활을 영위할 수 없는 자녀에 대한 부양의무를 이행하지 않으면 부모에게 부양비의 지급을 요구할 권리를 가지며<sup>58)</sup> 노인을 공경하고 부조할 것<sup>59)</sup>을 규정하고 있다. 그것은 물질적인 공양과 감성상의 연계·생활상의 보살핌과 정신상의 위안등 각 방면을 포함하는 것이라고 해야할 것이다. 그리고 아동의 합법적인 권익을 무시하고 아동의 심신건강을 해치는 행위, 부모를 공양하지 않고 배우자를 잃은 노인의 재혼의 자유를 간섭하고 노인의 재산적 권익을 침해하고 노인을 학대·유기하는 등의 행위에 대해서도 이를 금지하고 정도가 심각한 것에 대해서는 법에 따라 처벌할 것을 규정하고 있다.<sup>60)</sup> 이와 관련하여 특히 언급하고 싶은 것은 조부모·외조부모의 부모가 사망한 미성년의 손자녀·외손자녀에 대한 부양의무를 그리고 부담능력있는 손자녀·외손자녀의 자녀가 사망한 조부모·외조부모에 대한 공양의무를 규정하고 있는 것<sup>61)</sup>과 형이나 누나의 부모가 이미 사망하거나 부담능력이 없는 경우의 제·매에 대한 부양의무<sup>62)</sup>를 규정하고 있다는 점이다. 이들로 부터 보면 중국의 혼인법에 상당한 정도의 도덕적인 요소들이 법규범화하고 있음을 볼 수 있다. 이러한 점들은 비록 중국의 법규범들이 사회주의적 법관념을 기초로 하여 형성되고 전통적인 요소들에 대한 강력한 부정을 규정하고 있지만 부분적으로는 전통적 요소들을 흡수 규범화함으로써 국민감정과의 결합을 의도하는 정치적 배려가 있었다고 해야할 것이다.

58) 同法 第15條 第2款 참조.

59) 상술과 같은 의무는 상대적인 것으로서 부모의 자녀에 대한 그리고 자녀의 부모에 대한 의무이다. 자녀의 부모에 대한 의무는, 同法 第15條 第3款 참조.

60) 刑法 第183條 및 第184條 참조.

61) 同法 第22條 참조.

62) 同法 製23條 참조.

63) 同註1, p.275 참조.

### 5. 計劃生育(家族計劃)

소위 계획생육이란 중국가족법의 또 하나의 기본원칙이며 동시에 중국의 기본국책중의 하나이기도 하다. 이러한 계획생육의 내용은 인구의 증가율을 제고 혹은 저하시키고 인구의 구성과 지역분포등을 조정한다는 것등을 포함하고 있다.<sup>63)</sup> 그러나 현재의 중국의 인구상태와 경제발전의 수준<sup>64)</sup>으로부터 보면 마땅히 인구의 증가속도를 저하시키는 것을 목표로 한 계획생육이 실행되어야 할 것이다.

중국의 헌법은 “국가는 계획생육을 추진하여 인구의 증가를 경제 및 사회발전 계획과 상응하도록 한다”<sup>65)</sup>고 규정하고 있다. 이와같은 계획생육의 실행은 과다한 인구부하를 안고 있는 중국의 현실에 있어서는 사회의 인구재생산을 위한 객관적인 요구라고 할 수 있다. 역사유물주의에 따르면 인구나 인구의 재생산은 사회의 존속과 발전을 위한 필요조건이며 인구의 증가는 사회의 발전을 촉진하거나 둔화시키는 작용을 할 수 있다. 인간은 생산자임과 동시에 소비자이다. 따라서 인구의 재생산과 물질자원의 재생산은 밀접한 내재적 관계를 갖는다. 생산과 수요, 축적과 소비 및 국민경제중의 기타 많은 중요한 것들의 비례관계를 정확하게 처리하고 사회주의 건설의 발전을 촉진하고 인민의 물질과 문화생활의 수준을 제고하기 위하여 인구의 증가는 반드시 계획적으로 진행되어야 할 것이다. 중국은 세계에서 인구가 가장 많은 국가이며 그 증가속도 또한 매우 빠르다. 1949년말부터 증가를 보였으며 매년 평균 약1431만명이 증가하고 있다.<sup>66)</sup> 선진국가와 비교하여 중국의 생활수준은 매우 낮아 공급에는 긴장상태가 나타나고 주거면적은 좁으며 식량도 부족할 뿐만 아니라 불완전실업 상태에 있는 인

64) 1990년대 현재 중국의 인구는 11억1천370만명, 80-90년의 평균증가율은 1.5%에 달하고 있어 2000년에 이르면 약13억에 달할 것이라고 예측되고 있으며 1990년 현재의 1인당 GNP는 360\$에 불과하다. 三菱綜合研究所編, 中國情報ハンドブック(1992년판), 蒼蒼社, 1992年, pp.66-67 참조.

65) 憲法 第25條 참조.

66) 1980년 4월 19일 人民日報 참조.

구비례가 높아 이미 중국의 사회발전을 저해하는 중요한 한 요인이 되고 있다. 그러므로 계획적인 인구증가의 억제는 매우 시급하고 중요한 것이라 할 것이다. 그의 중요성은 화국봉 전총리가 제5기 전국인민대표대회 제이차회의에서 다시 한번 계획생육의 중요성을 강조하고 금후 계속해서 인구의 증가율을 매해 하강시켜 1985년에는 0.5% 정도로 저하시킬 것을 주장한 것을<sup>67)</sup> 보아도 알 수 있다.

중국의 경우 가정은 사회에 있어서 인구에생산의 단위이다. 따라서 중국의 입장에서 볼 때 이러한 계획생육의 실행은 마땅히 가정이 부담해야 할 임무라 할 것이다. 그리하여 가족법은 이와 관련하여 “부부쌍방은 모두 계획생육을 실행해야 할 의무가 있다”<sup>68)</sup>고 규정하고 있는 것이며 생육문제에 있어 부부쌍방의 긴밀한 협조를 통한 “晚(늦게)·稀(피엄피엄)·少(적게)”의 요구<sup>69)</sup>를 견지해야 할 것을 요구하고 있는 것이고 또한 이를 위하여 “重男輕女(남자를 중시하고 여자를 경시함)”·傳宗接代(대를 이음)”·“多子多福(자식이 많으면 복도 많음)”의 옛 전통관념을 철저히 버리고 가족법상의 계획생육에 관한 기본원칙을 실행해 나가야 할 것을 강조하고 있는 것이라 할 것이다.<sup>70)</sup>

#### IV. 結論

이상으로부터 보면 첫째, 현대 중국의 현실을 지배하고 있다 할 마르크스자본론의 경제규율의 원칙은 「生産力은 生産關係를 결정한다」는 것이다. 소위 생산력은 財富생산력을 말하는 것으로 이러한 생산력의 대소는 노동의 숙련·과학과 산업의 응용과 발달의 정도 및 사회구조의 형식 등에 의해 결정된다. 또한 소위

67) 「中華人民共和國製五屆全國人民代表大會第二次會議文件」, 人民出版社 1979年 p.28 참조. 1979년의 인구증가율은 1.17% 이었다. 그러나 이 목표는 달성되지 못하여 80-90년 평균인구증가율은 1.5%에 달하고 있다. 同註63 참조.

68) 同法第12條 참조.

69) “晚”이란 늦은 결혼과 결혼후의 늦은 출산을 말하며 “稀”는 출산간격을 길게 하자는 것이고 “少”는 하나의 아이만 출산하자는 것이다.

70) 同註1, p.276 참조.

생산관계는 생산과정에 있어서의 인간과 인간의 상호관계를 말한다. 이를 이념적 바탕으로 하고 있는 중국가족법의 가치는 법적수단에 의해 「사회구조의 형식」을 개조함으로써 그 「생산관계」를 결정한다는 것이라고 할 수 있다. 그것은 곧 중국의 1982년 헌법제25조에서 규정하고 있는 「국가는 계획생육을 추진하여 인구의 증가를 경제 및 사회발전 계획과 상응하도록 한다」는 것에 의해 명백해질 수 있을 것이다. 그러므로 이 중국의 가족법은 중국의 「사회주의민주와 법제」 전체 체계의 일부분으로서의 지위를 차지하고 있는 것이라고 할 수 있다. 둘째, 중국가족법의 이념적 배경을 이루고 있는 사회주의의 사회조직은 계급을 단위로 하며 각 개인은 모두 계급적집단에 흡수되어 있고 개별적존재가 아니다. 따라서 개인이 향유하는 이익과 권리는 곧 계급의 이익과 권리라고 할 수 있다. 즉 개체가 향유하는 권리는 계급에 의해 부여된 것으로 계급이익을 존중하는 한도내에서만 비로소 모종의 권리를 향유할 수 있는 것이다. 그러므로 마르크스주의의 주장에 따르면 그것은 단지 權利에 준하는 것이라고 할 수 있을 뿐이다. 이렇게 본다면 중국가족법의 소위 부녀·아동과 노인의 권익의 보호(혼인법제2조) : 부양·양육·부양청구권(혼인법제19-21) : 유산상속권(혼인법제18조)·소송권(혼인법제23,29-33조)등의 권리는 자본주의국가의 실제법상에 있어서의 권리의 본질을 기대할 수 없을 뿐만아니라 단지 權利에 준하는 지위를 가질 뿐이라 할 것이며 진정한 보호권리는 아닌 것이라고 해야 할 것이다. 셋째, 어떠한 법률이든 일단 공포시행되면 그의 진정한 가치는 곧 「법률앞에서는 각인이 평등하다」 「王子의 犯法은 庶民과 同罪이다」는 것에 있다. 따라서 韓非는 「親貴를 피하지 않는 것은 법집행이 애호하는 바이다」<sup>71)</sup>고 하였고 商鞅은 「聖人の 나라를 위함은 하나의 賞이고 하나의 刑이다……하나의 賞이란 차별적인 施與가 없음이다……하나의 刑이란 刑에는 等級이 없음이다」<sup>72)</sup>라 하여 법 앞에서의 만인의 평등을 주장하였던 것이다. 그러나 중국가족법은 「현역군인 배우자의 이혼은

71) 韓非子, 外儲說右上篇 참조.

72) 商鞅 賞刑編 참조.

만드시 군인의 동의를 얻어야 한다」(혼인법제26조)고 규정하여 군인을 「특권계층」으로 보아 인민군중의 범지구위와는 매우 불평등한 규정을 두고 있다. 뿐만 아니라 그의 형법에는 「명백히 현역군인의 배우자임을 알면서 그와 동거 혹은 결혼한 자는 삼년이하의 유기징역에 처한다」(형법제181조)고 규정하고 있어 그의 정치적인 목적이 매우 분명하여 법을 정치권력의 부용적 지위에 처하도록 하여 더욱 법으로서의 가치의의를 잃게 하고 있다해야 할 것이다.

결론적으로 말해서 역사적 전통속에 있어서의 중국의 혼인과 가정에 관한 제도는 그것이 비록 신분관계의 차별에 중점이 두어진 것이기는 하였지만 나름대로의 특색을 가진 법체계를 형성하고 있었다고 할 수 있다. 그러나 그러한 중국의 혼인과 가정에 관한 제도들은 현대에 들어와 그의 정치체제 및 이념의 변화에 따라 커다란 변혁을 하고 있다고 해야 할 것이다. 즉 상술과 같이 중국의 혼인과 가정에 관한 제도는 매우 상이한 그리고 극단적인 대립상태를 보이고 있는 과거와 현재의 충돌과 융합을 통한 갈등속에서 조화의 길을 찾고 있는 과도기에 처해 있다고 할 수 있을 것이다.