

특집 : 東아시아에서의 法, 植民主義, 近代性(1)

韓國에 있어서의 傳統法과 近代法 —衝突과 調和—

鄭煥淡*

목 차

- I. 序說
- II. 韓國憲法制度에 있어서의 傳統法과 近代法の 衝突과 折衷
- III. 農地改革法에 의한 傳統法과 近代法の 衝突과 調停
- IV. 韓國家族法制 중의 傳統法과 近代法の 衝突과 調節 및 再衝突
 - 1. 韓國家族法制에 남아있는 3大 傳統法の 構成原理
 - 2. 韓國 民法(婚姻法)에 있어서의 傳統法과 近代法の 立法上的 折衷
 - 3. 家族法에 있어서의 傳統法과 近代法の 再衝突
 - 4. 同姓婚 禁婚에 대한 憲裁 憲法不合致決定
- V. 結論

[국문요약]

이 논문은 한국에 있어서 전통법과 근대법이 어떠한 충돌과 조화를 통해서 발전하였는가를 몇 가지의 중요한 법영역을 통해서 살펴보고자 한 것이다. 한국의 전통법과 근대법을 대조함에 있어서 법제도에 내포되어있는 사조의 차이를 가지고 시대구별을 하였다. 한국에서의 조선조에서 승계되어 온 법의 정신들을 일제의 총독부체제와 1945-48년의 미국군정의 기간을 제외하고, 대한민국이 건국된 이후부터 전통법과 근대법의 충돌과 조화의 문제를 다음 3가지의 주제를 중심으로 살펴보았다. 첫째는 광복 후 1948년에 선포된 대한민국의 민주공화국 헌법

* 전남대학교 법과대학 교수.

에 있어서의 전통과 근대의 충돌 및 조정의 문제이다. 둘째는 대한민국 건국후 국민경제의 기초를 이루고 있는 농지제도에 관한 개혁의 입법에 있어서 전통과 근대의 갈등의 조정문제이다. 그리고 마지막으로 1960년 공포·시행된 가족법제도에 있어서의 전통과 근대의 강한 충돌과 그 조화의 문제이다.

[주제어] 전통법, 근대법, 충돌, 조화, 승계규범, 농지개혁법, 가족법.

I. 序說

一般的으로 傳統法과 近代法을 對照함에 있어서는 먼저 그 法制度에 內包되어있는 思潮의 差異를 比較하지 않으면 안 된다.

韓國에 있어서의 傳統法과 近代法을 對照함에 있어서도 韓國의 近代法의 時點을 언제로 볼 것인가에 관심을 갖지 않을 수 없다.

西洋에 있어서의 近代와 前近代의 區分點을 美國의 獨立宣言이 있었던 1776年으로 할 것이냐. 또는 프랑스혁명에 따른 市民社會의 시작으로 볼 것이냐에 대하여 史家들은 프랑스혁명 이후의 市民社會의 制度化에서 찾는 것으로 생각된다.

韓國의 近代化의 時點에 관하여서도 많은 時代區分論爭이 있다고 하나 새로운 시대에 대응하는 國民의 思潮의 時點을 基準으로 본다면 1919年 3·1獨立運動과 그 후의 國民의 自覺을 基礎로 삼아서 近代의 始作으로 보는 것이 經濟史學者들의 見解인 것으로 생각되며 妥當하다고 본다(金俊輔 韓國資本主義史研究 1卷).

이러한 立場을 前提로 한다면 韓國의 傳統法의 根源은 韓國의 法制度가 整備되었던 朝鮮朝 成宗代이후 經國大典에서부터 大典續錄, 續大典, 大典通編, 大典會通에 이르는 朝鮮朝의 法制를 그 淵源으로 보고 朝鮮朝 法制에 內包된 法意識이나 法感情을 일단 傳統法의 要素로 볼 수 있지 않을까 생각한다.

이러한 傳統法制 속에 內包된 規範의 特色을 要約하여 보자면 첫째로는 共同體의 利益을 最高의 價値로 尊重하여 왔음을 본다. 위로는 君主로부터 아래로는 下級平民이나 심지어 奴婢에 이르기까지 國家共同體를 지키고 共同體에 服從하

는 姿勢를 언제나 간직하여 왔음을 우리는 어디서나 분명히 볼 수 있었다.

둘째로는 傳統的 規範은 時間을 초월하여 上代에서부터 繼承하여 이어 내려온 ‘繼承規範’의 性格을 갖고 있다고 볼 수 있다. 그러므로 傳統的 規範은 特定人이 獨斷的 決定으로 만들 수 없으며 윗대로부터 慣習法的으로 形成되어온 것으로서 共同體의 全構成員들의 規範意識의 受容을 通하여 오랜 기간을 통하여 形成되어 오는 것임을 알 수 있다.

셋째로 傳統法은 傳統的 倫理의 實踐體系로서의 意味를 갖는다고 생각된다. 傳統法의 前提에는 三綱五倫과 같은 共同體社會의 倫理가 그 規範의 基礎를 이루고 있다고 생각된다.

넷째로 傳統法의 實效性은 바로 國家의 公權力에 의하여 지켜지는 것이 아니고 오히려 국민들이 살고있는 共同體 內에서 構成員들의 社會的 評價와 道德性에 관한 要求에 의하여 自發的으로 지켜져 왔던 것이다.

오늘날 강한 個人意識에 젖어있는 現代인들이 傳統規範을 體面과 虛勢 때문에 지킨다고 폄하하는 말을 들으면서 現代인들의 共同體에 대한 責任感이 離脫되고 있음을 절실하게 느끼게 된다.

이러한 傳統的 規範意識은 外來思潮의 影響을 받아서 政治的 狀況이 변하면 언제나 新思潮로부터 攻擊을 받는 대상이 된다. 西歐의 個人主義思潮가 도입되면서 共同體를 解體하고 世界에 普遍的으로 開放된 規範體制를 받아들이는 것이 當然한 時代的 潮流인 것으로 主張하면서 傳統을 固守하려는 사람은 새 時代의 落伍者처럼 卑下하는 風潮가 支配하게 된다.

共同體를 지켜 나아가기 위하여 道德性으로 自制하고 있는 상태에 대하여 個人的 利己心을 충동하면서 共同體의 離脫을 권장한 경우에는 共同體 解體의 傾向은 빠른 속도로 진행되기가 일쑤이다.

이러한 思潮는 西歐로부터 基督教과 더불어 전파된 이른바 개화된 개인주의사상이 西歐式 教育制度和 더불어 급속히 발전하게 되었고 그러한 흐름은 朝鮮을 支配하였던 朝鮮總督府와 外來의 미션계통의 교육이 결합하여 近代的 個人主義思想이 급진전하면서 자체내의 文化的 要素를 守護하기가 사실상 어려운 상황에

당면하게 되어갔다.

이러한 近代法的 思考의 特徵을 개괄하여 보자면 첫째로는 從來의 共同體에 대한 服從에서 벗어나서 必要한 範圍 內에서만 共同體를 活用하는 立場으로 바뀌어졌으므로 바로 共同體는 ‘나’위에 있는 것이 아니라 ‘내’가 必要할 때 活用하는 道具的 性格을 갖는다.

둘째로 近代法的 精神은 個人들의 자유로운 思考와 主張에 의하여 形成되는 것이므로 從來의 繼承된 規範에 服從할 必要가 없다는 思考方式이다.

셋째로 近代法은 共同體의 倫理的 姿勢의 문제가 아니고 자유로운 個性의 表現에 대하여 傳統倫理보다 破格的 個性을 尊重하는 다소의 無秩序를 수반한다.

넷째로는 자유로운 開放體制를 전제로 하므로 法秩序를 지키기 위하여서는 國家權力的 他律的인 強制와 處罰이 없는 한 최대한으로 자신의 입장을 견지하려고 한다.

韓國에 있어서의 近代法은 形式的인 面에서 보면, 從來의 傳統法을 破壞하고 개편하는 立場에서 시작된 이른바 韓日合邦 以後의 日本法의 繼受에서 시작된다고 볼 수 있다. 1910年の 朝鮮王朝의 滅亡과 朝鮮의 日本에의 合併에서 시작된 日本民法의 조선에서의 總督府에 의한 全面的 受容을 近代法的 繼受로 인정하여야 할 것인지는 法理上 論難의 餘地가 있으나 일단은 프랑스혁명 以後의 나폴레옹 民法을 根本的 骨幹으로 하는 民法規範의 導入인 점에서는 이른바 近代法的 繼受時期로 볼 수 있을 것이다. 그 외의 다른 權力的 性質이 강한 公法規定들이 强行하여 施行되면서 이러한 總督府立法을 近代法的 繼受立法으로 볼 것인가는 많은 論難의 餘地를 가지고 있으므로 韓國에 있어서의 이 主題에서는 論外로 하기로 한다.

韓國에 있어서의 朝鮮朝에서 繼承되어온 法의 精神들이 日帝의 總督府 體制와 1945-48의 美國軍政의 基幹을 제외하고, 大韓民國이 建國한 以後부터의 傳統法과 近代法的 衝突과 調和의 問題를 나는 크게 보아서 다음의 3가지의 主題를 중심으로 考察하고자 한다.

그 하나는 光復 後 1948年 8月 15日에 宣布된 大韓民國의 民主共和國 憲法에

있어서의 傳統과 近代의 衝突 및 調停의 문제이다.

그 둘은 大韓民國 建國 後 國民經濟의 基礎를 이루고 있는 農地制度에 관한 改革의 立法에 있어서 傳統과 近代의 葛藤의 調停問題이다.

그 셋은 1960年 公布·施行된 家族法制度에 있어서의 傳統과 近代의 강한 衝突과 그 調和의 問題이다.

II. 韓國憲法制度에 있어서의 傳統法과 近代法の 衝突과 折衷

그 첫째는 새로운 國家體制를 수립함에 있어서 이른바 傳統的 國家와 近代國家의 思潮의 큰 대립을 볼 수 있다.

1948年 大韓民國을 새로 세우는 過程에서 國際聯合의 후원과 감시 아래서 치러진 韓國 最初의 國會議員選舉(1948. 5. 10 選舉)를 통하여 召集된 初代 國會에서 7. 12日에 通過된 大韓民國의 憲法은 典型的으로 前近代의인 社會階級과 不平等 要素를 全面的으로 부정하고 國民의 廣範한 基本的 人權保障과 國民主權 하에서의 民主政府를 構成하는 憲法을 制定한 것이다.

大韓民國 憲法の 制定은 물론 上海, 重慶의 韓國臨時政府의 憲法을 그 당시 繼承하지는 않았으나 臨時政府의 憲法の 精神은 大韓民國의 初期憲法으로서의 性格을 갖는 것이라고 할 수 있는 것이다.

韓國臨時政府와 그 憲法을 公式의으로 承認하지 않았던 聯合國의 政策으로 말미암아서 韓國의 獨立을 위하여 散花하여왔던 臨政의 要人들의 노력이 建國 당시에는 憲法規範의으로는 무시되었다고 할지라도 事實上의 하나의 새로운 革命的 近代化 立法의 過程이 있었음을 부인할 수 없다.

어쨌든 朝鮮王朝가 日帝에게 滅亡당한지 40餘年 만에 새롭게 탄생한 民主共和國의 憲法은 새로운 近代法の 始作임을 우리는 유념하여야 한다. 그러나 새로운 憲法 속에도 傳統法の 要素를 保存하면서 近代法과의 調和를 위한 노력이 끊임없이 나타나고 있음을 볼 수 있다.

그 속에는 “悠久한 歷史와 傳統에 빛나는 우리들 大韓國民”의 나라임을 憲法全文의 冒頭에 提示하면서 祖國의 民主的 改革과 統一을 위하여 同胞愛로써 民族의 團結을 公高히 한다고 規定하고 있고 또한 憲法總綱에서 傳統文化的 繼承發展과 民族文化의 暢達에 노력하여야 한다(第8條). 국가의 傳統規範 尊重을 憲法總綱에 명시하고 있다.

이러한 前提 아래서 韓國의 法制는 傳統法과 近代法이 調和되어야 할 상황임을 憲法이 規定하고 있다고 할 수 있다.

이러한 傳統法과 近代法의 調和의 方向에 관한 憲法의 모호한 規定으로 말미암아서 個別的인 法規의 解釋에서는 複雜한 論難의 餘地를 남겨 놓는 것이기도 하다.

새로운 大韓國民의 共和國 憲法 아래서 새로 制定 施行된 諸法規 중에서 傳統法과 近代法이 가장 첨예하게 對立되었다가 調和를 이루어 온 대표적인 예로써 財産法에 있어서는 1949년에 制定되고 1950년에 施行된 農地改革法과 1960년에 施行된 韓國 民法 中에서의 婚姻制度의 折衷的 立法例를 提示하고자 한다.

Ⅲ. 農地改革法에 의한 傳統法과 近代法의 衝突과 調停

農地改革法은 이른바 小作農의 地主(不在地主)의 權利를 沒收하여 農민에게 農地로 分配하여주는 1949년의 農地改革立法이었다.

韓國의 生産體制로서의 農地는 農本主義的 當時 韓國社會에 있어서 가장 根本的인 關心事가 되었다.

北韓의 金日成 政府가 樹立되고 나서 北韓은 모든 農地를 國有로 하면서도 從前의 地主들의 모든 農地의 耕作權限을 全面的으로 沒收하여 農民들에게 分配하여 주는 이른바 土地革命을 施行하였다. 이로 인하여 資本主義를 批判하는 프 로레타리아의 政權인 金日成 政府의 農민에 의한 支持性向이 급히 상승하였다. 그러나 自由主義的 資本主義를 國是로 삼고있는 韓國의 立場에서 北韓의 共產政權과 같은 不在地主의 私有財産을 無償沒收하는 것은 심히 困難한 일이었다.

北韓의 共產主義의 선전에 對備하여야 할 南韓政府의 立場으로서는 南韓에서도 不在地主의 農地를 改革하는 일은 時急한 일이었다. 이를 對備하기 위하여 第1代 國會에서는 세 가지의 方案이 擡頭되어서 논의되었다.

第1案은 不在地主는 農地를 所有할 수 없어서 그 農地를 農民에게 分配하여야하므로(憲86條) 不在地主의 農地를 無償으로 沒收해서 農민에게 無償으로 分配하자는 案

第2案은 小作農도 私有財産이므로 國家가 有償으로 沒收하여 農民에게는 無償으로 分配하자는 案

第3案은 資本主義社會의 財産權 尊重의 原則과 農地改革을 調和하게 하여서 有償으로 沒收하여 代價는 地價證券으로 補償하고 分配받는 農民은 有償으로 償還하도록 하는 有償沒收, 有償分配 案

이러한 意見의 對立 속에서 有償沒收, 有償分配의 案으로 調停決定되었다.

不在地主의 農地(小作農)에 대한 有償沒收, 有償分配의 原則에 따라서 政府는 먼저 法令 및 條約에 의하여 沒收 또는 國有로 되는 農地인 이른바 歸屬農地(敵產農地)는 日本人들이 耕作하였거나 小作했던 農地이며 그 다음으로 農家 아닌 者의 農地와 自耕하지 않는 者의 農地 등 이른바 韓國人의 一般農地 中の 小作農은 國家가 農地改革委員會를 構成하여 農地補償額을 決定하여 地價를 5年間 均分하여 地價證券으로 補償하기로 하고 또한 農地改革委員會가 小作을 現在 耕作하는 사람을 中心으로 하여 3町步(9千坪)의 範圍 內에서 農地의 分配를 決定하고 分配받는 農地는 農家의 代表者 名義로 등록하고 5年동안 農地補償額에 相當한 償還料(貸金)을 均等分割 償還하도록 規定하고 있다.

이 農地改革의 立法과 施行은 韓國의 당시의 主生産基盤인 農地를 ‘耕者有田’의 原則에 따라서 耕作者에게 分配하고 또한 地主는 小作農地의 代價를 補償받아서 이른바 農業資本을 商業資本 내지 産業資金으로 轉換하고자하는 중요한 經濟政策的 意志가 있었던 것으로 評價된다.

다만 問題는 農地改革이 施行되던 때가 1950年 3月이었던 바, 同年 6月 25日에 韓國動亂이 터지고 나서 戰後의 暴騰하는 物價로 인하여 地主의 補償金인 地

價證券은 사실상은 産業資本이 못되고 消費金融만이 繁昌하여서 戰後 인플레이션에 의하여 地主에 대한 地價證券에 의한 補償制度는 有名無實하게 되었던 것이다.

韓國 地主의 農業資本을 都市産業資本으로 轉換한다는 目的의 農地改革은 다만 土地를 農民에게 分配하였다는 面에 있어서는 成功的이었다고 할 수 있다.

IV. 韓國家族法制 中の 傳統法과 近代法の 衝突과 調節 및 再衝突

1. 韓國家族法制에 남아있는 3大 傳統法の 構成原理

韓國은 오랜 歷史的 試鍊을 겪으면서도 韓民族 共同體 속에서 고유하게 지켜 온 韓國의 傳統家族制度의 틀을 지켜왔다. 韓國의 家族制度의 固有한 特徵은 무엇인가에 관하여 나는 韓國의 家族法과 法制史를 研究, 講義하여 오면서 韓國이 무수한 國難과 시련을 무릅쓰고서도 면연하게 계승하여 온 特性으로서 첫째는 家族共同體의 原則, 둘째는 家族繼承의 原則, 셋째로는 他姓婚의 原則의 三原則을 발견하게 되었다.

첫째로 韓國人은 내 家族과 家庭을 生死를 같이 하는 가장 尊貴한 共同運命體로 생각하고 받아들여 왔다는 점이다(家族共同體의 原則). 사람들은 가정의 울타리 안에서 태어나고 함께 살아가면서 서로 사랑하고 신뢰하고 협조하면서 家庭을 위하여 身命을 기꺼이 던지는 共同生活을 체험한다.

家族은 各自가 자기의 職分을 가지고 家庭事에 參與하며 家庭共同體는 밖으로는 家長을 代表로 하며 안으로는 全家族의 合意로써 家事를 決定하는 全員一致(和尙)의 傳統을 가져왔다. 國家가 國民의 人力을 管理함에 있어서 家族共同體를 하나의 單位로 보아서 家의 所在地인 地番을 住所로 한 家族共同體를 戶라는 單位로 삼아서 家長을 代表名義인 戶主로 表記하여 戶籍으로 管理하여

은 것은 國家의 公的帳簿가 設置된 新羅時代부터 緣由하고 있었으며 高麗를 거쳐서 朝鮮朝代에 이르러서는 經國大典의 戶典을 비롯하여 大典註解, 大典續錄, 大典後續錄, 受教輯錄, 續大典, 大典通編, 大典會通에 이르기까지 緻密하게 土地法制과 並行하는 戶籍法制를 完成하여 世界的인 法體系를 完備하여 왔다. 日帝는 朝鮮朝의 法制를 模倣하여 近代法制의 基礎로 삼았고 그 후에 우리보다 먼저 西歐制度를 繼受한 것이다.

外來制度를 모방하면서 한국의 文物制度를 비하하려는 親西洋的·親日的인 경향의 學者들 가운데 韓國의 家族制度를 家父長制, 封建制 또는 中國의 宗法制의 모방이라고 비방하는 의견도 있으나 이는 韓國의 傳統法制의 長點과 矜持를 모르는 誤解의 所致이다. 朝鮮朝法制에 一貫하여 韓國의 家長은 家의 對外的 代表이었으나 對內的으로는 調停의 所任을 맡은 가정의 한 구성원이었으며 特히 家長은 그의 母親의 攝政을 맡으며, 또한 本夫人인 마나님의 家政經濟權에 服從하여 왔었다. 또한 子女들이 成婚하면 반드시 재산을 나누어서 分家, 分財, 分給을 하여 주었다. 이는 家族共同體의 分割(分裂)制度이며 家父長制가 아님을 明證하는 것이다. 中國 宗法制의 盲從說이나 封建制說들도 韓國史의 正說이 아니다.

둘째로 韓國사람의 자손과 가정은 祖上의 姓氏와 血統을 함께 繼承하면서 이를 精神(生命)과 價値를 이어 받는다고 생각하여 왔다(共同體繼承의 原則).

사람들은 父系祖上을 繼承하는 것을 原則으로 하였으나 母系祖上을 繼承하기도 하였다. 그러나 父母 兩系의 繼承은 현실적으로 繼承의 混亂을 가져올 수 있으므로 父姓繼承의 原則으로 定着되어 왔으며 例外的으로 母의 父系(外祖系)로 계승되기도 하였다. 父系를 中心으로 한 祖上에 대한 縱的인 繼承體制는 작게는 家族의, 점점 커져서는 大小家(門中)과 宗中の 結束을 통한 氏族間의 社會的 安全裝置로 作用하였으며 다음 설명하는 他姓기리의(남의 자식기리의) 婚姻原則인 他姓婚(族外婚)이라는 橫的 結合의 原理와 결합하여 서로간에 重疊된 通婚圈을 이루어서 民族을 結束하게 하는 民族國家 安全裝置의 가장 根本的인 社會構成 原理를 이루어왔다. 祖上의 生命과 精神은 그 상징적 명칭인 父의 姓과 本을 통하여 子孫에게 영원토록 이어져 가게 함으로써, 家族共同體는 歷史와 時間을 초

일하고 극복한다는 공동체의 歸屬感을 갖게 하는 것이다.

셋째로 혼인은 반드시 다른 姓氏 사이에서만 하여야 한다는 원칙이다(他姓婚의 原則). 祖上으로부터 血統을 같이 이어받은 家안에서는 서로 婚姻하는 것을 避하여야 하며(相避), 婚姻은 반드시 다른 姓氏의 子女들끼리 하게 함으로서 婚姻을 통한 다른 氏族共同體들 사이에 協力과 平和的 結束을 持續하여왔던 것이다.

이러한 婚姻을 통한 氏族集團間의 結束은 古代의 法制에서 인정되는 古朝鮮과 箕子朝鮮의 ‘八條의 禁法’上 婚姻이 相避를 범하여서는 아니된다는 禁忌의 原則으로 繼承되었으며, 古代 三韓의 部族國家들은 다른 氏族間에 婚姻하는 他姓婚의 原則을 통하여 이웃 부족들과의 平和的 共存을 누려왔었다. 또한 新羅의 경우는 古代初期에 王族만은 그 血統의 보존을 위하여 閉鎖的인 內婚을 지속하였으나 新羅의 構成集團인 六村이 서로 간에 他部族集團끼리 婚姻하여 오면서 新羅社會의 안정을 千年동안 持續하여왔던 것이다.

이러한 姓氏가 다른 部族間에 그들의 子女들을 結合시킴으로써 姓氏가 다른 氏族共同體들간에 協力과 平和的 共存을 維持하여 왔던 智慧로운 古代法의 遺制가 바로 韓國 家族制度 속에 깊이 인식되어온 他姓婚의 原則이며, 다른 말로 同姓同本 血族間의 禁婚의 原則이다.

이러한 ‘他姓間의 通婚의 원칙’은 氏族集團間의 橫的 結合을 강화하게 하는 社會構成의 原理가 되었고 이러한 通婚圈의 擴大가 또한 祖上으로부터 姓氏를 繼承하여온 血統의 縱的 結束 原則과 結合하여 바로 韓民族을 形成하고 지켜오게 한, 이른바 氏族構成의 兩大軸인 縱軸·血統軸과 橫軸·婚姻軸을 結合시키는 韓民族의 構成原理였다.

2. 韓國 民法(婚姻法)에 있어서의 傳統法과 近代法의 立法上의 折衷

回顧하건대 光復 後의 共和國의 新政府가 新民法의 制定過程에서 傳統과 近

代化의 立法的 妥協으로써 이룬 合意點이 現行 婚姻法의 立法이었다. 家族法編 第三章 婚姻章에서는 먼저 ‘婚姻의 成立’의 節에서 婚姻에 要求되는 規範을 第807條 내지 第811條에서 婚姻의 實質的 要件을 規定하면서, 第812條에서는 婚姻의 申告로 婚姻의 成立을 인정함으로써 종래의 儀式婚의 傳統을 收容하지 않고 申告婚의 原則을 채택하였다. 이어서 第813條에서는 婚姻申告의 審査에 관하여 “婚姻의 申告에 관하여 婚姻이 民法의 규정이나 기타 法令에 위반이 없을 때에는 이를 受理하여야 한다”고 規定하고 있다.

그리고 이어서 ‘婚姻의 無效와 取消’의 節에서는 먼저 第815條(婚姻의 無效)의 條文中에서 “當事者間에 8寸 이내의 傍系血族 및 그 配偶者인 親族關係가 있거나 있었던 때”를 無效로 規定하고 있으며 第816條(婚姻의 取消)의 條文中에서는 “婚姻이 第807條 내지 第11條의 規定에 위반한 때”에는 법원에 혼인의 취소를 청구할 수 있다고 規定하고 있으므로 第809條 ①항 “同姓同本인 血族 사이에서는 婚姻하지 못한다”는 規定에 違反한 婚姻은 第807條 내지 第811條의 範圍 內에 해당하므로 婚姻取消事由임이 明白하다. 그리고 第820條(同姓婚 등에 대한 取消請求權의 消滅)에서 “第809條(同姓婚 등의 禁止)의 規定에 違反한 婚姻은 그 當事者間에 婚姻 중 子를 出生한 때에는 그 取消을 請求하지 못한다”고 規定하고 있으므로 第809條 ①항이 取消權의 根據條項이며 近親婚(8寸婚)의 無效條項과 顯著하게 區別되어야함은 自明하다.

이와 같이 1960年의 民法制定過程 前에서는 傳統法과 近代法의 衝突을 조절하는 특이한 折衷立法을 이루었던 것이다.

3. 家族法에 있어서의 傳統法과 近代法의 再衝突

많은 歷史的 試鍊 속에서도 韓國의 固有한 家族制度 속에 지켜져 왔던 家族制度의 3原則인 家族共同體의 原則, 家族繼承體의 原則 및 他姓婚姻의 原則은 1960年의 新民法 속에서도 家族法의 骨幹으로 受容되어서 保存되었다. 그러나

新民法의 施行 後로 韓國의 家族法은 그 時代的 適應의 문제와 관련하여 많은 어려움과 도전을 받게 되었다.

먼저 現行 家族法에 대한 社會的 混亂의 責任의 原因을 우리는 國家(政府)의 婚姻法 規範의 解釋과 運用에 있어서의 責任回避의 태도에서 발견한다

4. 同姓婚 禁婚에 대한 憲裁 憲法不合致決定

1997. 7. 16. 民法 第809條 1項의 同姓同本인 血族사이의 婚姻禁止規定 “同姓同本인 血族사이에서는 婚姻하지 못한다”를 憲法裁判所가 憲法 第10條, 第11條 및 第36條를 이유로 憲法에 合致하지 아니한다고 決定한 바 있다. 그러나 이 決定은 要컨대 民法上의 婚姻法體系에 대한 重大한 誤解에서 緣由된 것으로 생각된다.

民法 第809條 1項은 同姓同本인 血族사이에서는 婚姻을 ‘하지 못한다’는 말은 ‘하여서는 아니 된다’는 一般的 禁止규정으로서, 民法 第807條 내지 第811條와 함께 一般的 禁止를 규정하고, 이어서 이러한 禁止의 違反에 대하여서는 이를 取消權 行使의 根據로 規定하여(民法 第816條 1項) 이와 관련된 調停規定을 第816條 내지 第825條까지 10個 條文으로 규정하고 있다. 그러므로 예컨대 同姓同本인 血族間에 혼인 후에 子를 出産한 경우에는 婚姻倫理 規範의 侵害보다 既定事實 化된 親生倫理의 保護法益이 더 중요하다는 판단아래서, 그 婚姻의 取消權을 消滅시키고 있다.

그러므로 民法 第809條 1項의 同姓婚 禁止條項은 그 立法취지가 當事者에게 違한 婚姻으로부터 원상태로의 還元의 機會를 選擇하도록 하기 위하여 取消權을 준 것이다. 그러나 家族法을 執行하는 當局은 民法 第813條를 통하여 當事者에게 取消事由있는 婚姻의 申告受理를 拒絕함으로써 이를 마치 婚姻無效事由와 같이 運用하여 왔던 것이다.

憲裁가 民法 第809條 1項의 同姓婚禁婚事由를 民法 第807條 내지 第811條와 같이 第816條 1項의 取消事由로 보고 取消權의 行使의 機會를 妨害하고 있는 第

813條를 取消婚 立法의 趣旨에 맞게 解釋하여 本人들의 婚姻 取消權 許容의 方向으로 解釋하였더라면 民法 第809條 1項을 憲法不合致로 決定하지 않고서도 해결할 수 있었을 것인바, 憲裁는 當事者의 取消權 行使를 妨害하고 있는 사소한 運用조항의 不當성을 放置하고 오히려 本質的 規範을 攻擊目標로 삼아서 第809條 1項에 대하여 憲法不合致決定을 한 것이다.

그 동안의 學界나 法院이나 憲裁가 婚姻法 體系上 明白하고 論理整然하게 定立된 實體法的 體系를 존중하고, 이에 따라서 合目的的 運用을 妨害하고 있는 사소한 節次的인 下部規定을 修正하거나 確실한 指針을 提示하였더라면, 第809條 1項은 實體的 法體系에 合致한 것으로 인정되어 別로 重大한 混亂이 일어날 餘地를 막을 수 있었을 것인 바 사소한 節次規定인 第813條를 엄격하게 지킴으로써 第809條 1項의 “혼인하지 못한다”를 無效로 한 規定이라고 해석하여 憲法不合致決定을 내리는 混亂을 야기시킨 것이다.

民法 第809條 1項이 憲法에 合致하지 아니한다는 결정의 결과를 통하여 ①同姓婚은 완전히 개방된 것인지 ②그래도 당사자는 第816條 1項에 의하여 혼인을 취소할 수 있다는 것인지 ③기타의 혼인취소와 관련된 조항은 아직은 유효할 것인지 ④第809條 1項에 관하여, 즉 同姓婚禁止條項에 관하여 부여된 立法權의 範圍는 어느 범위인지 등에 대하여 오히려 많은 混亂스러운 爭點을 불러일으켰을 뿐 아니라, ⑤同姓婚禁止規定에 관하여 적절한 立法을 勸告한 것으로 解釋되는 憲裁의 憲法不合致決定 趣旨과 직접 관계가 없고 또 이미 民法에 規定되어 있는 近親婚禁婚規定을 同姓婚禁婚規定의 位置에 代位하여 立法하는 것은 첫째로 憲裁의 決定趣旨에 合致하지 않을 뿐 아니라, 둘째로 第807條 내지 第811條의 婚姻取消規定들을 配置하고 있는 法條文群에 第809條 1項만을 例外的으로 無效規定으로 하여 삽입하는 것은 立法技術上의 부적절한 體制로 보인다.

V. 結論

傳統法과 近代法이 衝突하는 경우에 어떠한 基準에 따라서 相互關係를 調和롭게 調停할 것인가 하는 것은 대단히 어려운 문제이지만 根本的으로는 法規範에 관한 國民의 意識에 관하여 충분한 調査를 통하여 國民의 合意를 導出하는 基準에 따라서 傳統과 近代의 調和點이 決定되어야 할 것이며 특히 社會階層間의 勢力關係나 政治的 利害關係에 의해서 立法이 拙速하게 이루어지는 일이 없도록 진지하고 심도 있는 國民輿論의 濾過過程이 절실히 要求된다고 한다.

The traditional Law and modern Law in Korea

Chung Hwandam*

This paper deals with development of traditional law and modern law in Korea through collision and harmony. The classification of traditional law and modern law is accomplished by different trends of thoughts included in the legal system. The problem of collision and harmony between traditional law and modern law which is examined with three central problems in this paper. At first, the problems of collision and harmony between tradition and modernity in the Constitutional Law. At second, in accordance with legislations of the farmland systems reformation in fundamental national economy, their adjustment between tradition and modernity. At last, we examined the problems of collision and harmony in family law taken effect in 1960.

* Professor of Law, Chonnam National University.