

특집 : 일제강점 초기의 관례와 법학

일제강점 초기 ‘식민지 관습법’의 형성*

심희기**

목 차

- I. 문제의 제기
- II. 1913년 판결
 - 1. 1913년 분쟁사안의 개요
 - 2. 照會 의뢰사항과 政務總監의 回答
 - 3. 朝鮮高等法院 判決
 - 4. 조선후기 家系繼承에 관한 관습
- III. 1917년 판결
 - 1. 戶主死後의 立同宗支子爲後型 입양 관습의 변화
 - 2. ‘일개의 專擅행위’와 ‘관습법’의 구별
 - 3. 입법자료수집 목적 관습조사와 분쟁해결 목적의 관습조사
- IV. 결어: ‘식민지 관습법’의 형성

[국문요약]

최근에 이승일은 “한국 법사학 연구자들은 조선총독부의 관습법 정책을 ‘同化主義’라고 전제하면서 조선관습의 법적 부정을 통한 일본민법의 수용이라는 관점에서 식민지 관습을 분석”하고 있다고 비판하고 “식민지 초기 조선총독부의 관습법에 대한 태도는 일본민법으로의 일치

* 이 논문은 2002년도 한국학술진흥재단의 지원에 의하여 연구되었음(KRF-2002-074-BM1535)

** 연세대 법학부 교수.

화가 아니라 관습의 ‘法認化’ 정책’이었으며 “관습법 변경을 통하여 일본민법을 수용하는 것은 극히 제한된 범위의 일이었다”고 ‘동화론적 왜곡론’을 질타하고 있다. 이승일은 기존의 법사학적 연구들이 “일본정부와 조선총독부가 조선관습에 대해서 동일한 태도를 취하였다고 파악”하지만 조선총독부 법무국 내부문서와 개인소장문서, 일본 본국정부의 내부문서들의 분석을 증거자료로 삼아 “조선관습에 대한 조선총독부의 일관된 입장은 ‘일본민법의 의용’이라기보다는 ‘성문법화’의 추진”이었다는 새로운 주장을 펴고 있다. 이승일의 문제제기로 이제 ‘통감부 시기와 일제강점기에 기록된 관습’에 대한 성격논쟁이 본격화될 것으로 보인다. 이와 같은 성격논쟁을 염두에 두면서 이 논문에서는 적절한 사례를 발굴하여 법사학적 연구들의 ‘관습 왜곡·무시가능성론’(이하 ‘왜곡론’으로 약칭함)과 이승일의 ‘法認化 정책론’(이하 ‘法認論’으로 약칭함)의 타당성을 재검토하고 양자의 시점을 극복할 수 있는 제3의 시점을 모색해 보았다.

필자는 제3의 시점이 있을 수 있다고 보고 그 視點을 ‘식민지 관습법(colonial customary law)의 형성(formation)’ 視點으로 보고 싶다. 이 시점은 왜곡론과 법인화론의 단순한 合成이나 折衷의 시점이 아니라 그것들과 질적으로 다른 시점이다. ‘통감부 시기와 일제강점기에 기록된 관습’은 조선사회의 관습과 전혀 동떨어진 관습이 아니라는 점에서 조선인의 ‘관습·관습법’의 성격을 지니고 있지만 궁극적으로는 식민지 권력이 유도하는 방향으로 조절·통제되고 있었다는 측면에서 ‘순수하게 자연스러운 신관습·신관습법’은 아니었다. ‘통감부 시기와 일제강점기에 기록된 관습’이 ‘순수하게 자연스러운 신관습·신관습법’이 아닌 증거로 두 가지를 들 수 있다.

첫째, ‘통감부 시기와 일제강점기’는 그 이전 시기와 다른 정치사회적 환경이므로 그 이전 시기와 다른 관행이 생성될 여건이 조성되고 있었다. 둘째, 1910년대 협의이혼, 재판상 이혼의 급증사례에서 보는 바와 같이 식민지 권력은 조선민사령 제10조에 불확정 개념인 ‘公의 秩序’ 개념을 설치하여 새롭게 생성되는 신관습·신관습법의 범위와 방향을 식민지권력이 원하는 방향으로 통제할 수 있는 장치를 만들어 두었으며 그 통제장치는 실제로 활용되었다.

‘통감부 시기와 일제강점기에 기록된 관습’은 비유하여 표현하건대 ‘인큐베이터 안에 놓인 뱀뱀(조선인의 관습)가 保姆(식민지 권력기구)의 양육정책에 의하여 교묘하게 통제된 신관습·신관습법’이었다.

[주제어] 식민지 관습법, 서자의 제사상속권, 봉사와 입후, 왜곡론, 법인화론.

I. 문제의 제기

현행 민법 제1조는 “민사에 관하여 법률에 규정이 없으면 慣習法에 의하고 관습법이 없으면 條理에 의한다”고 규정하여 慣習法의 法源性을 인정하고 있으며 민법 제106조¹⁾와 제187조²⁾도 ‘관습법’ 혹은 ‘관습’의 보충적 法源性을 명시하고 있다. 현대한국의 법원이나 법학자들은 ‘관습법’, 혹은 ‘관습’을 확인하

려고 할 때에는 일단 조선 통감부와 조선총독부가 주체가 되어 조사한 '관습'을 참고하고 있다. 조선 통감부는 1906년부터 舊慣관습조사를 수행하였다.³⁾ 이 시기의 관습조사는 식민지 조선에 특유한 민사입법을 준비하기 위한 입법자료의 수집에 그 목적이 있었다. 1912년에 시행된 조선민사령⁴⁾ 제11조는 “제1조의 법률 중 능력, 친족·상속에 관한 규정은 조선인에게 적용하지 아니한다. 조선인과 관계되는 전항의 사항에 대하여는 관습에 의한다”고 규정하여 1912년 이후에도 조선총독부는 조선의 舊慣조사를 계속적으로 수행할 필요가 있었다. 1912년 이후의 식민지 권력기구의 舊慣조사의 제1차적 목표는 입법자료의 수집이 아니라 재판의 준거규범을 찾기 위한 것이 더 큰 목적이 되었다. 어쨌든 통감부 시기와 일제강점기의 관습조사 덕택에 현대 한국인들은 그 시기에 조사된 많은 양의 관습을 문자기록으로 확인할 수 있다.⁵⁾ 그런데 1980년대부터 '통감부 시기와 일제강점기에 기록된 관습'이 어떤 성격이 것인가에 관하여 학자들의 논란이 지속되고 있다.

그 동안 법사학적 연구들은 '조선 통감부와 조선총독부'(이하 '식민지 권력기구'로 약칭함)에 의한 '관습 歪曲·무시'의 가능성을 지적⁶⁾하거나 '관습 歪曲·무시' 사실을 실증⁷⁾하는 방향으로 진행되어 왔다. 그런데 위와 같은 '관습

- 1) “제106조(사실인 관습) 법령중의 선량한 풍속 기타 사회질서에 관계없는 규정과 다른 관습이 있는 경우에 당사자의 의사가 명확하지 아니한 때에는 그 관습에 의한다.”
- 2) “제185조(물권의 종류) 물권은 법률 또는 관습법에 의하는 외에는 임의로 창설하지 못한다.”
- 3) 정중휴, 『한국민법전의 비교법적 연구』(創文社, 1989), 110~139쪽; 李英美, 「朝鮮統監府에 있어서 法務輔佐官制度和 慣習調査事業(一)」 『法學志林』 제98권 제1호, 201쪽.
- 4) 1912년(明治 45년) 3월 制令 제7호. 제11조와 짝을 이루는 제10조는 “조선인 상호간의 법률 행위에 대하여는 법령 중 公의 秩序에 관계되지 아니하는 규정과 다른 관습이 있는 경우에는 그 관습에 의한다”고 규정하고 있다.
- 5) 심희기, 『한국법제사상의』(삼영사, 1997), 36~41쪽.
- 6) 이상욱, 「한국상속법의 성문화과정」(경북대학교 법학박사학위논문, 1986); 이호규, 「韓國傳統社會에 있어서의 團體의 所有」(서울대학교 법학석사학위논문, 1987); 정중휴, 『한국민법전의 비교법적 연구』(創文社, 1989); 윤대성, 「일제의 한국관습조사사업과 민사관습법」, 『창원대학교 논문집』 13-1; 정궁식, 「일제의 관습조사와 의의」(한국법제연구원, 『국역관습조사보고서』, 1992), 10쪽 이하; 정궁식, 『한국근대법제사고』(박영사, 2001), 193쪽 이하.

왜곡·무시가능성의 視點(이하 ‘왜곡론’으로 약칭함)을 취하면 납득할 수 없는 문제가 발생한다.

첫째, 만약 식민지 권력기구가 의식적이든 무의식적이든 ‘관습 왜곡·무시’를 기도하거나 용인하려고 하였다면 1912년에 시행된 조선민사령 체제에서 ‘관습법 존중주의’를 표방할 필요가 없었을 터인데 무엇 때문에 식민지 권력이 친족·상속에 관하여 ‘관습법 존중주의’를 표방하였을까 하는 의문이 제기된다.

둘째, 상식적으로 생각할 때 식민지 권력의 입장에서는 식민지 민중의 저항을 최소화하는 정책을 선택하는 것이 식민지배에 유익할 것이다. ‘식민지 권력과 식민지 민중의 권력관계’(예를 들어 공법관계)나 혹은 ‘종주국 시민과 식민지 민중 사이의 민사관계’라든 몰라도 ‘식민지 민중 상호간의 민사관계, 특히 가족관계’에 관하여는 유럽의 식민지 권력도 예외 없이 식민지 민중의 관습을 존중하는 정책을 수행하였다.⁸⁾ 따라서 식민지배 초기부터 식민지 권력이 친족·상속에 관한 관습왜곡·무시 정책을 기도하였으리라고 의심하는 것은 자연스럽지 못한 발상이다. ‘표면적인 관습존중주의 정책’의 배후에 ‘관습왜곡·무시’라는 ‘奸巧’가 있지 않았을까 하는 의심은 식민지 정책의 가혹함을 내포·암시하고 있어 민족주의적 정서에 부합할지 모르지만 과연 그러한 의심이 실증적 분석으로 입증될 수 있을지 의심스럽다. 최근에 이승일은 “한국 법사학 연구자들은 조선총독부의 관습법 정책을 ‘同化主義’라고 전제하면서 조선관습의 법적 부정을 통한 일본민법의 수용이라는 관점에서 식민지 관습을 분석하고 있다고 비판하고 “식민지 초기 조선총독부의 관습법에 대한 태도는 일본민법으로의 일치화가 아니라 관습의 ‘法認化’ 정책”이었으며 “관습법 변경을 통하여 일본민법을 수용하는 것은 극히 제한된 범위의 일이었다”고 ‘동화론적 왜

7) 이상욱, 「한국상속법의 성문화과정」(경북대학교 법학박사학위논문, 1986); 이호규, 「韓國傳統社會에 있어서의 團體의 所有」(서울대학교 법학석사학위논문, 1987); 정종휴, 『한국민법전의 비교법적 연구』(創文社, 1989).

8) M.B.Hooker, *Legal Pluralism, An Introduction to Colonial and Neo-colonial Laws*(Clarendon Press, 1975), pp.190~246.

곡론'을 질타하고 있다. 이승일은 기존의 법사학적 연구들이 “일본정부와 조선총독부가 조선관습에 대해서 동일한 태도를 취하였다고 파악”하지만 조선총독부 법무국 내부문서와 개인소장문서, 일본 본국정부의 내부문서들의 분석을 증거자료로 삼아 “조선관습에 대한 조선총독부의 일관된 입장은 ‘일본민법의 의용’이라기보다는 ‘성문법화’의 추진”이었다는 새로운 주장을 펴고 있다.⁹⁾ 이승일의 문제제기로 이제 ‘통감부 시기와 일제강점기에 기록된 관습’에 대한 성격 논쟁이 본격화될 것으로 보인다. 이와 같은 성격논쟁을 염두에 두면서 이 글에서는 적절한 사례를 발굴하여 법사학적 연구들의 ‘관습 왜곡·무시가능성론’(이하 ‘왜곡론’으로 약칭함)과 이승일의 ‘法認化 정책론’(이하 ‘法認論’으로 약칭함)의 타당성을 재검토하고 양자의 시점을 극복할 수 있는 제3의 시점을 모색해 보려고 한다.

特殊小作을 예로 들어 ‘관습 왜곡·무시가능성’을 실증한 정종휴 교수는 관습 문제를 고찰할 때 “① 실제 어떠한 관습이 행하여졌는가 ② 그 중 어떤 관습이 어느 정도 바르게 조사되어 관습으로서 인정되었는가, ③ 인정된 관습은 어느 정도 재판에서 채택 되었는가”하는 점의 규명이 難題로 떠오른다고 지적¹⁰⁾한 바 있다. 이 글에서 분석대상으로 삼은 관습영역은 ‘庶子の祭祀相續權(奉祀와 立後)’ 문제이다. ‘서자의 제사상속권’ 문제를 분석대상으로 삼은 이유는 이 문제에 대하여 韓國史學界에서는 비교적 상세한 연구성과¹¹⁾를 축적하여 정교수가 제기한 ①의 문제를 어느 정도 확인할 수 있는 단계에 도달하고 있으며, 일제강점기에 庶子の祭祀相續에 관하여 구체적인 관습조사자료가 축적되어 있어 정교수가 제기한 ②의 문제도 어느 정도 검증할 수 있으며, 게다가 ‘조선고등법원판결록’ 중 이 문제와 관련된 2개의 판례가 발견되어 정교수가 제기

9) 이승일, 「조선총독부의 법제정책에 대한 연구」(한양대학교 문학박사학위논문, 2003), 5~6쪽.

10) 정종휴, 『한국민법전의 비교법적 연구』(創文社, 1989), 116쪽.

11) 배재홍, 「조선후기의 庶孽許通과 신분지위의 변동」(경북대학교 박사학위논문, 1994. 12); 정궁식, 「조선초기 제사승계법제의 성립에 관한 연구」(서울대학교 법학박사학위논문, 1996. 2); 정궁식, 「16세기 첩자의 제사승계권」, 『사회와 역사』 제53집(1998), 153~184쪽.

한 ③의 문제까지 검증할 수 있기 때문이다. 두 개의 판결은 1913년(大正 2년) 5월 20일에 선고된 조선고등법원판결¹²⁾(이하 이 판결은 ‘1913년 판결’로 약칭함)과 1917년(大正 6년)에 선고된 조선고등법원판결¹³⁾(이하 이 판결은 ‘1917년 판결’로 약칭함)이다.

II. 1913년 판결

1. 1913년 분쟁사안¹⁴⁾의 개요

이 사안은 민영익(閔泳翊)¹⁵⁾과 민준식(閔俊植) 사이의 養子否認·確認분쟁 사안이다. 민영익은 嫡妻(김예정)와 사이에 아들을 두지 못하였다. 민영익은 1885년(고종 22년, 明治 18)부터 외교관으로 淸國 등에 장기간 파견되어 오랫동안 귀국하지 못하였다. 민영익은 1901년 이전 시기에 淸國 상하이에서 외국인과의 사이에 아들을 낳아 상하이에서 그 아들, 자신의 부친과 함께 생활하였으며 이 사실을 김예정도 알고 있었던 것으로 보인다. 민영익이 청국에 체재중인 1901년(光武 5년) 12월 김예정과 민준식의 실부모(생부모, 민영찬)가 민준식 입양에 관하여 합의하고 宗會 일부의 협의를 경유한 후 황실의 勅命까지 얻어 민준식은 민영익의 집안에 들어가 살았다. 그 후 민준식은 민영익을 대신하여 민씨 집안 祖先의 제사를 봉사하여 온지 11년이 경과 하였고 민준식은 그 사이

12) 고등법원 서기과 편찬, 『조선고등법원 민사판결록』(이하 『민사판결록』으로 약칭함) 제2권, 200~219쪽.

13) 家督相續權確認 및 民籍抹消請求의 件(大正 6년 민상 제215호 동년 11월 27일 판결 제1심 경성지방법원 제2심 경성복심법원 상고인 송순억 소송대리인 최진 피상고인 송순극 소송대리인 장도 윤학영. 고등법원 서기과 편찬, 『민사판결록』 제4권, 1018~1029쪽).

14) 제1심은 경성 지방법원, 제2심은 경성 복심법원이고 상고인 민영익의 소송대리인은 丁明燮, 崔鎭, 增島六一郎, 이며 피상고인은 민준식이다.

15) 민영익의 정치사상에 대하여는 아직까지 잘 알려져 있지 않다. 노대환, 「민영익의 사상과 활동」, 『동북아』 7호(1998.7), 210~228쪽. 이 외에 볼 만한 연구가 없다.

혼인까지 하였다. 民籍簿¹⁶⁾에도 민준식은 민영익의 양자로 입적되었다. 1910년 한일합방 후 오랜 외국생활을 마치고 귀국한 민영익은 '민준식이 자신의 민적에 양자로 등재되어 있으므로 民籍을 更正·訂正해 달라'는 취지의 소송을 제기하였다.¹⁷⁾ 민영익이 民籍 정정신청을 하게 된 계기는 다음과 같다.

1911년 6월경 민영익이 민적등본을 떼어보니 민준식이 자신의 양자로 등재되어 있어 민영익은 민적계에 민적정정신청을 내고 자신의 대에게는 민준식을 親家에 送歸하도록 上書하였다¹⁸⁾. 그러자 민준식은 '자신이 민영익의 적법한 양자임을 확인하여 달라'는 취지의 反訴를 제기하였다. 민준식은 제1심(경성 지방법원)과 제2심(경성 복심법원)에서 승소하였는데 패소한 민영익이 상고하여 조선고등법원에서 "민영익에게 혈연관계 있는 庶子가 있는데도 '同宗支子(민준식)'가 入養된 것을 유효하다고 볼 수 있을 것인가" 하는 점에 관하여 최종적인 심판을 하게 된 것이다.

민영익의 주장·입증은 문벌양반문화의 역제를 지향하는 '조선시대의 국가법제¹⁹⁾와 갑오개혁기의 議案'²⁰⁾을 주요논거로 삼아 전개되었다. 이에 반하여

16) 隆熙 3년(1909년) 법률 제8호 민적법에 의하여 작성된 장부이다. 警務官署의 주관으로 경무관 또는 서장이 各戶에 나아가 그 異同을 實地調査 하여 편제한 장부로서 민증으로 하여금 家의 흥폐, 신분의 득실변경사항을 신고하도록 한 장부로 1910년 한일합방 후에 작성된 호적부의 기초가 되었다. 이승일, 「조선총독부의 법제정책에 대한 연구」(한양대학교 문학박사학위논문, 2003), 118쪽.

17) 흥미 있는 사실은 민영익 자신도 庶子 있는 집에 입양되었었다는 사실이다(고등법원 서기와 편찬, 『민사판결록』 제2권, 204쪽. 민영익의 養父가 제2심 법정에서 행한 진술).

18) 고등법원 서기와 편찬, 『민사판결록』 제2권, 203~204쪽.

19) <禮典>, <奉祀>조와 <立後>조, 『大典會通』.

20) "嫡妾俱無子然後 始許率養 申明舊典事", 서울대학교 규장각 소장 군국기무처, <議定存案>, 1894년 음 6월 28일 <양력 7월 30일>자 議案(유영익, 『갑오경장연구』(일조각, 1990), 229쪽에서 재인용). 1884년에 갑신정변을 주도한 급진개화파의 弊政改革 政綱 중 중요한 정강 중의 하나가 門閥兩班文化의 타파였다. "閉止門閥以制人民平等之權 以人擇官 勿以官擇人事"(갑신정변정강 14조 중 제2조)(한국사연구회편, 『한국사연구입문』(지식산업사, 1981), 443쪽에서 재인용), '문벌양반문화의 타파'는 1894년~1895년의 갑오경장의 중요한 개혁목표이기도 하였다("劈破門閥兩班等級 不拘貴賤 選用人才事"(서울대학교 규장각 소장 군국기무처, <議定存案>, 1894년 음 6월 28일 <양력 7월 30일>자 議案(유영익, 『갑오경장연구』(일조각, 1990),

민준식의 주장·입증은 조선시대의 국가법제와 갑오개혁기의 議案은 ‘죽은 법’이라는 주장과 조선시대의 현실에서 통용되는 관습을 주요논거로 삼아 전개되었다. 1913년 조선고등법원은 결국 민준식에게 승소판결을 하였다.

1912년 3월 공포된 조선민사령은 ‘조선인 사이의 친족·상속 관계’는 일본민법을 의용하지 아니하고 관습으로 규율한다는 취지이므로 제2심인 경성 복심법원(京城 覆審法院)은 정무총감(政務總監)에게 이 문제에 관한 조선의 관습이 어떤 것인지를 조회(照會)하였다.

원고와 피고가 주장하는 사실관계의 맥락을 잘 알아야 조회와 그 회답이 지향하는 바를 좀더 정확히 파악할 수 있다. 원고와 피고의 주장사실의 불일치 부분은 다음과 같다.

민준식(이하 ‘준식’으로 약칭함)은 자신이 입양될 때 “㉠ 민영익(이하 ‘영익’으로 약칭함)의 처 김예정(이하 ‘예정’으로 약칭함)이 淸國에 있는 영익에게 통지하여 영익의 승낙을 얻었으며 ㉡ 민준식 입양을 허용하는 황제의 칙명을 받았다”고 주장하였다. 변론에서 영익은 준식의 ㉢의 주장을 부인하였으나 제1심, 제2심, 조선고등법원 모두 ㉣의 주장을 채용하여 민영익은 사실관계 측면에서 극히 불리한 입장에 놓였다.

2. 照會 의뢰사항과 政務總監의 回答

1933년에 조선총독부 증추원에서 펴낸 민사관습회답회집²¹⁾에는 경성 복심법원의 政務總監에 대한 조회 의뢰사항과 政務總監의 회답이 다음과 같이 실려 있다.

229쪽에서 재인용).

21) 조선총독부 증추원, 『민사관습회답회집』(1933), 이하 『회집』으로 약칭함. <『회집』 63번, 양자에 관한 건> (大正元年(1912) 9월 25일 경성 복심법원 민사 제1부 재판장 조회 동년 10월 8일 參 제10호 政務總監 회답 (『회집』, 107~110쪽)).

○ 照會

- ① 庶子が 있는 경우에 養子를 들일 수 있는지 여부
- ② 서자가 있는 경우에 양자를 들일 때 그 養子緣組는 당연무효인가 아니면 단지 '양자에게' 상속권이 없는데 지나지 아니하는가?
- ③ 庶子が 있는 경우에도 勅命이 있으면 적법하게 양자를 들일 수 있는지 여부, 이 경우에 養父가 될 자의 승낙을 요하는가 여부
- ④ 전항과 같은 경우에 勅命의 형식 여하(公式)의 칙명을 요하는가, 단지 內諭만으로도 족한가, 서면을 요하는가, 단지 口頭만으로도 족한가)
- ⑤ 妻는 夫(成婚戶主)의 허가 없이 夫의 母와의 협의로 양자를 들일 수 있는가
- ⑥ 成婚戶主의 養母는 그 의견으로 養子(孫에 해당)를 들일 수 있는가
- ⑦ 戶主가 多年 海外에 있어 제사를 봉사하지 못하는 경우에 가족 또는 친족은 호주를 위하여 양자를 들일 수 있는가
- ⑧ 양자를 들일 수 있는 자는 반드시 成婚 男子임을 요하는가
- ⑨ 夫가 妻아닌 외국인과의 사이에 낳은 자도 전항의 庶子라고 할 수 있는가 여부

○ 回答

- ① 法制는 서자 있는 자의 양자들임을 인정하지 아니한다.²²⁾ 禮斜를 받으려면 嫡妾에 모두 아들이 없음을 이유로 함을 예로 한다. 만약 庶子가 있으면 禮斜를 허용하지 아니하고 禮斜를 받는 자는 극히 적다.²³⁾ 서자 있음에도 불구하고 양자를 들이는 일이 往往 있다. 서자가 있기 때문에 養子緣組가 무효로 된 일은 듣지 못했다. 양자는 당연 奉仕者가 되고 이점에 대하여는 예외가 없다.²⁴⁾
- ② 勅命으로 양자를 정한 前例는 드물게 있다. 개국 503년(1894) 이후 광무 5년(1901)까지 사이에 광무 원년(1897) 12월 11일의 詔에 의하여 同月 24일 掌隸院으로부터 前縣監 閔泳奭의 子 斑植²⁵⁾을 前判書 민영익의 養嗣子로 立案을 成給한 사례가 있다.

22) “(原)若嫡長子無後 則衆子 衆子無後 則妾子奉祀 嫡長子只有妾子 願以弟之子爲後者聽欲自與妾子 別爲一支則亦聽”(『大典會通』〈禮典〉〈奉祀〉조); “(原)嫡妾俱無子者 告官立同宗支子爲後(細注: 兩家父同命立之 父歿則母告官)(續)凡嫡長子無後者 以同宗近屬許命立後 (補)每式年成籍時及科擧出榜後 考較本曹文書 私自立後者論罪 帳籍勿施 科榜拔去”(『大典會通』〈禮典〉〈立後〉조).

23) 조희 제1항에 대한 회답으로 보인다.

24) 조희 제2항에 대한 회답으로 보인다.

25) ‘閔俊植’의 誤記・錯覺이거나 異名同人으로 보인다.

기다 近族의 上疏에 대한 批旨에 의하여 장례원으로부터 입안을 성급한 사례 또한 있다. 다만 庶子 있는 경우에 대한 사례는 文籍으로 憑據할 수 없다. 또한 이런 勅命·批旨에 관하여 특히 당사자의 승낙을 필요로 하는 것과 같은 문제에 대하여 定例 있음을 알지 못한다.²⁶⁾

- ③ 전항의 칙명에 따르는 경우에는 詔를 掌隸院에 내리고 장례원으로부터 입안을 성급하는 것으로 하고 詔는 詔書로서 宮內府大臣의 이름을 署押하고 勅命의 寶를 鈐하는 것으로 한다.²⁷⁾
- ④ 妻가 夫를 놓이두고 夫의 母와 협의한 후 양자를 들이거나 혹은 養親이 될 자를 놓아두고 그 養母의 의사만으로 양자들일 수 있는 관습은 없다.²⁸⁾
- ⑤ 戶主가 다년 해외에 있어 제사를 지낼 자가 없는 경우라 하더라도 家族 또는 親族이 戶主의 양자를 들일 수 있는 관습은 존재하지 아니한다.²⁹⁾
- ⑥ 양자를 들일 수 있는 자는 기혼자에 한한다.³⁰⁾
- ⑦ 외국인인 여자가 낳은 자라 하더라도 庶子인 점에 다름이 없다.³¹⁾

3. 朝鮮高等法院 判決

조선고등법원의 판결은 다음과 같다.

“본건상고는 이를 기각한다. 소송비용은 상고인의 부담으로 한다. 대전회통의 예전 입후조에 …(중략)… 운운하고 있다 하더라도 그 규정은 실제로 행하여지지 아니하고 ‘피상속인에게’ 적자 없고 서자 있는 경우에도 禮料를 받지 아니하고 양자를 들이는데 지장이 없음을 庶人이건 宗親 國戚임을 묻지 아니하고 朝鮮一般의 관습이므로 원판결이 위와 같은 이유로 상고인의 항변을 배척한 것은 위법이 아니고 위 논지는 어느 것도 이유 없다”

26) 조회 제3항에 대한 회답으로 보인다.
 27) 조회 제4항에 대한 회답임이 분명하다.
 28) 조회 제5, 6항에 대한 회답임이 분명하다.
 29) 조회 제7항에 대한 회답임이 분명하다.
 30) 조회 제8항에 대한 회답임이 분명하다.
 31) 조회 제9항에 대한 회답임이 분명하다.

이 판결내용과 회답의 관계를 분석하여 보자. 정무총감의 회답과 조선고등법원의 판결내용만을 비교하여 보면 조선고등법원의 판결은 지나치게 과장된 것이고 편향된 것이다. “1. 庶자가 있는 경우에 養子를 들일 수 있는지 여부 2. 서자가 있는 경우에 양자를 들일 때 그 養子緣組는 당연무효인가 아니면 단지 ‘양자에게’ 상속권이 없는데 지나지 아니하는가?” 하는 질의에 대하여 “서자 있음에도 불구하고 양자를 들이는 일이 往往 있다. 서자가 있기 때문에 養子緣組가 무효로 된 일은 듣지 못했다.”는 회답이 있었고 “민준식의 입양에 관하여 황제의 칙명이 있었음”이 확인되자 조선고등법원은 위와 같이 강한 어조로 “적자 없고 서자 있는 경우에도 禮斜를 받지 아니하고 양자를 들이는데 지장이 없음은 庶人이건 宗親 國戚임을 묻지 아니하고 朝鮮一般의 관습”이라고 지나치게 일반화시켜 판시하였다. 회답에는 “만약 庶자가 있으면 禮斜를 허용하지 아니하고 禮斜를 받는 자는 극히 적다.”든가 “庶자 있는 경우에 대한 사례는 文籍으로 憑據할 수 없다.”는 등의 정반대되는 회답이 共存하고 있음에도 불구하고 조선고등법원은 위와 같은 지나친 일반화를 감행하고 있다. 그러나 1913년(大正 2년) 6월과 1914년(大正 3년)에 법원에 전달된 정무총감의 회답에는 1913년(大正 2년) 5월에 선고된 조선고등법원판결의 내용과 사뭇 분위기가 다른 내용이 담겨 있어 1913년 5월에 선고된 조선고등법원판결이 조선의 관습을 지나치게 일반화시킨 것이 아닌가 하는 의심을 더욱 가속화시키고 있다.

○ 照會

조선인의 상속에서 적출자 없고 庶男 1인이 있는 경우에 그 서자가 제사상속을 함에는 承嫡질차를 요하는 관습 있는가, 만약 있다면 그 관습을 행하지 아니하고 사실상 상속하였을 때는 그 상속의 효과 여하

○ 回答

嫡男子 없고 庶男子 1인만 있는 경우에 그 서자가 제사상속을 함에는 母 또는 近親이 庶자가 상속하도록 결정하는 관례가 있고 이를 승적이라 칭한다. 그리고 이 질차를 경유하지 아니하여도 사실상 이미 상속을 한 경우에는 그 상속의 효력은 보통의 경우와 다르

지 아니하다.³²⁾

○ 照會

- ① 조선에서는 서자 있는 경우에도 양자를 들일 수 있는 관습이 있는가 여부 2. 위의 관습은 호주인가 가족인가 혹은 상민인가 양반인가를 묻지 아니하는가 여부. 참조 개국 503년 6월 28일 議案

○ 回答

- ① 조선의 법제상 서자 있는 자는 양자를 들일 수 없다 하더라도 실제에는 庶流를 卑賤하게 여기고 家系를 중시하는 자, 門閥 있는 자 등은 서자 있음에도 불구하고 양자를 들이는 일이 있어 관습상 유효한 것으로 인정되지만 갑오개혁 후 이 관습은 거의 개혁되었다. 그러나 지금 아직 일부에서 행하여져 반드시 그것을 무효로 볼 수 없는 상황에 있다.
- ② 위의 사항은 호주 가족 상민 양반에 구별이 없다.³³⁾

다음에는 서자의 제사상속권에 관한 조선후기의 실제의 관습은 어떠한 것인가를 살펴보자.

4. 조선후기 家系繼承에 관한 관습

1990년대에 출현한 서자의 제사상속권에 관한 치밀한 실증적 연구³⁴⁾에 의하면 조선후기³⁵⁾에 嫡子를 두지 못한 피상속인의 庶子의 제사상속에 관한 관습은 대체로 다음과 같았다.

32) <『회집』 84번 서자의 제사상속에 관한 건>(大正 2년 6월 14일 고등법원장 조회 동년 6월 19일 參제37호 정무총감 회답)(『회집』, 137~138쪽).

33) <『회집』 108번, 서자 있는 자의 양자에 관한 건>(대정 3년 1월 22일 광주지방법원 목포지청 조회 동년 2월 6일 參제10호 정무총감 회답)(『회집』, 171~172쪽).

34) 배재홍, 「조선후기의 庶孽許通과 신분지위의 변동」(경북대학교 박사학위논문, 1994.12).

35) 주로 17세기 이후를 가리킨다.

嫡子が 없고 妾子만 있는 兩班士族의 가계계승형태를 유형화시켜 파악하면 ㉠ 妾子が 承嫡 奉祀하는 '妾子奉祀型', ㉡ 피상속인이 妾子を 버리고 同宗支子を 양자 들여 가계계승을 하는 '立同宗支子爲後型', ㉢ 조상의 제사는 동생에게 주고 자기는 첩자와 따로 일종을 이루는 '別爲一支型'의 세 가지 카테고리 구분할 수 있다. 嫡子が 없고 妾子만 있는 兩班士族 가문에서 위의 세 가지 選擇枝 중 어느 해결책이 선택될 것인가 하는 문제는 '家長과 그 門中의 의사결정' 여하에 달려 있었다.

17세기 이후 양반가문에서는 妾子を 버리고 同宗支子 중에서 養子を 들여 가계계승을 하는 ㉡의 '立同宗支子爲後型'이 점차 증가하였다. 그러나 幼學 學生층 등 하급양반들 사이에서는 첩자로 가계계승을 하는 '妾子奉祀型'도 많이 행하여졌다. 또 文官보다는 武官出身자가 첩자로 가계계승을 하는 비율이 높았다. 그러나 儒賢, 清白吏, 東西班 正職 출신의 고위양반층가문에서는 대체로 첩자를 버려두고 양자를 들여 가계계승을 하는 '立同宗支子爲後型'이 더 일반적이었다.³⁶⁾

그러므로 “大典會通의 禮典 立後조에 (중략) 운운하고 있다 하더라도 그 규정은 실제로 행하여지지 아니하고 적자 없고 서자 있는 경우에도 禮料를 받지 아니하고 양자를 들이는데 지장이 없음은 庶人이건 宗親 國戚임을 묻지 아니하고 朝鮮一般의 관습”이라는 조선고등법원의 판시는 구지배층의 관습을 하급 양반, 武官출신, 中人, 庶人층에게도 확장시키는 지나친 일반화였다.

36) 배재홍, 「조선후기의 庶孽許通과 신분지위의 변동」(경북대학교 박사학위논문, 1994.12), 253쪽.

Ⅲ. 1917년 판결

1. 戶主死後의 立同宗支子爲後型 입양 관습의 변화

1917년 분쟁사안을 상세히 분석하면 식민지에서 관습이 형성되어 가는 과정의一端을 엿볼 수 있다. 1917년 판결의 사실관계는 대단히 복잡하지만 단순화시키면 다음과 같다. 송순억은 송태현의 庶子인데 송태현은 적출자 없이 1917년(대정 6년) 1월 5일 사망하였다. 송태현이 사망한 후 송태현의 처 金氏는 同姓支子인 송순극을 양자로 들였다. 송순극은 1월 19일 京城府에 자신이 송태현의 양자이며 송태현의 戶主權(家督)을 상속한 것으로 민적변경을 신청하여 송순극의 요구대로 민적이 변경되었다. 그러자 庶子 송순억이 송순극을 피고로 삼아 京城 지방법원에 민적말소청구소송을 제기하였다. 京城 지방법원은 정무총감에게 다음과 같이 조회하였으며 이에 대하여 정무총감은 다음과 같이 회답하였다.

○ 照會

- ① 서출남자만 두고 적출남자 없는 父(戶主)가 ‘생전에’ 양자를 들이지 아니하고 사망한 경우에 서자가 당연히 망부를 상속하는가, 혹시 양자가 될 만한 항렬자가 없는 경우에 한하여 ‘서자가’ 망부를 상속하는 것이 관습인가, 대종손자인 경우와 그렇지 않은가에 따라 다른 것이 관습인가, 위의 경우에 亡夫의 正妻가 ‘동성지자를’ 사후양자로 들이면 서자가 상속할 수 없는가, 또한 門會는 正妻의 의사에 반하여 사후양자를 선정하여 서자가 상속하지 못하도록 할 수 있는가?

○ 回答

- ② 서자를 두었지만 적자가 없는 호주가 양자를 들이지 아니하고 사망한 경우에는 그 서자가 당연히 상속함을 本則으로 하고 양자 삼을 만한 항렬의 자가 없을 때에 한하여 ‘서자가’ 상속하는 관습은 없다. 그리고 ‘이것은’ 대종가이든 아니든 다르지 아니하다. 그렇다 하더라도 亡戶主의 妻는 위의 경우에 양자를 선정할 수 있는 관습이 일부 사회에 존재하기 때문에 그런 양자가 있는 경우에 서자는 상속할 수 없다. 門會는 망호

주의 妻의 의견에 반하여 양자를 선정할 수 없다. 그러나 그 家가 대종가일 때는 망호주의 처가 서자에게 상속시킬 의사가 있다 하더라도 門會가 양자를 선정할 수 있는 것이 종래의 관례이다. 그리고 그 양자가 되어야 할 자에 대하여 망호주의 처와 문회의 의견이 다를 때에는 망호주의 처의 의견에 따르는 것으로 한다.³⁷⁾

庶出남자만 두고 嫡出남자 없는 父(戶主)가 생전에 양자를 들이지 아니하고 '立同宗支子爲後型'의 유언도 남기지 아니하고 사망한 경우에 庶子が 亡父를 제사상속 하는 것이 관습인가 아니면 이 경우에도 遺妻와 門會는 '立同宗支子爲後型'의 입양을 하는 것이 관습인가가 1917년 분쟁의 쟁점이었다. 1913년의 조선고등법원 판결은 이 점에 관하여 명시하고 있지 않았지만 “적자 없고 서자 있는 경우에도 禮斜를 받지 아니하고 양자를 들이는데 지장이 없음은 庶人이긴 宗親 國戚임을 묻지 아니하고 朝鮮一般의 관습”이라는 강한 어조 속에는 이 경우에도 遺妻와 門會는 '立同宗支子爲後型'의 입양을 하는 것이 '朝鮮一般의 관습'으로 파악하는 취지가 암시되어 있고 바로 그런 이유 때문에 아래에서 보는 바와 같이 1917년 분쟁사안에서 제1심과 항소심이 원고패소판결을 한 것이다. 변론과정에서 피고측 변호인은 다음과 같이 주장하였다. (1) 서출남자만 두고 적출남자 없는 父(戶主)가 생전에 양자를 들이지 아니하고 사망한 경우에 서자가 망부를 상속하는 사례가 있지만 그 사례는 피상속인 가문에 동성 입양될 만한 항렬자가 없는 경우에 한하여 행하여지는 사례이며, (2) 亡夫의 正妻가 동성지자를 사후양자로 들이면 그가 서자에 우선하여 상속하는 것이 조선의 관습이며 이런 관습은 특히 대종손가인 경우에 현저하다는 것이었다. 피고측 변호인의 위와 같은 주장에 일치하는 사례가 조선후기에도 여러 발견되는 것이 사실이다. 京城 지방법원의 조희 제1항은 위와 같은 피고 측의 주장·변론에 촉발된 것이다. 그런데 그 조희에 대한 회답은 1913년의 조선고등법원 판결의 어조와 크게 다르다. “양자 삼을 만한 항렬의 자가 없을 때에 한하여

37) <『회집』 195번, 庶子及養子相續에 관한 건>(大正 5년 6월 10일 경성 지방법원장 조희 동년 9월 22일 朝樞發 제259호 정무총감 회답)『회집』, 285~288쪽). '大正 5년'으로 되어 있는 것은 '大正 6년'(1917)의 誤記로 보인다.

‘서자가 상속하는 관습은 없’고 또한 “‘그것은’ 대종가이든 아니든 다르지 아니다.”는 정무총감의 회답은 1913년 당시의 정무총감의 회답·조선고등법원 판결의 뉴앙스와 크게 다른 것이다. 그렇다고 1917년 당시의 정무총감의 회답이 1913년 당시의 정무총감의 회답과 완전히 배치되는 것도 아니다. 1917년 당시의 정무총감의 회답은 “亡戶主의 妻는 위의 경우에 양자를 선정할 수 있는 관습이 일부 사회에 존재하기 때문에 그런 양자가 있는 경우에 서자는 상속할 수 없다.”는 것이어서 1913년 당시의 정무총감 회답과 동방향의 측면도 보이고 있다. 어쨌든 이 시기의 행정부서의 회답은 경성 지방법원을 당황시키는 측면이 있었다.

“양자 삼을 만한 항렬의 자가 없을 때에 한하여 ‘서자가’ 상속하는 관습은 없”고 또한 “‘그것은’ 대종가이든 아니든 다르지 아니다.”는 정무총감의 회답은 원고 측에 유리한 회답이었지만 “亡戶主의 妻는 위의 경우에 양자를 선정할 수 있는 관습이 일부 사회에 존재하기 때문에 그런 양자가 있는 경우에 서자는 상속할 수 없다.”는 회답은 다시 피고 측에 유리한 회답이었기 때문이다. 행정부서의 회답에 이런 애매한 측면이 있음에도 불구하고 제1심인 경성 지방법원과 제2심인 경성 복심법원은 원고에게 패소판결을 선고하였다. 필자는 그 이유를 다음과 같이 추정한다.

행정부서의 회답에 일부 원고 측에 유리한 사정이 포함되었지만 “대전회통의 예전 입후조에 …(중략)… 운운하고 있다 하더라도 그 규정은 실제로 행하여 지지 아니하고 ‘피상속인에게’ 적자 없고 서자 있는 경우에도 禮斜를 받지 아니하고 양자를 들이는데 지장이 없음은 庶人이건 宗親 國戚임을 묻지 아니하고 朝鮮一般의 관습”이라는 상급법원의 先判例(1913년 조선고등법원판결)에 구속되는 하급법원으로서 1913년 조선고등법원 판결의 어조가 너무도 강렬하였기 때문에 원고패소판결을 한 것이다. 그런데 1913년 분쟁사안에서 패소한 민영익의 소송대리인으로 활약한 바 있는 崔鎭이 1917년 분쟁사안의 원고측 대리인으로 나서고 있는 점이 흥미롭다. 崔鎭은 문벌양반사회였던 과거의 관습은 어떨지 몰라도 1894년의 甲午改革으로 문벌양반사회가 제도적으로 타파된

‘최근의 일반적 관습’은 과거와 다르다는 ‘최근의 일반적 관습론’을 전개하면서 상고하였다. 최진이 상고이유에서 전개한 ‘최근의 일반적 관습론’은 “갑오개혁 때 庶子 있는 자의 養子를 禁하고 實際에 있어서도 庶子를 놓아두고 養子를 들이는 자는 점점 그 수가 감소되고 있다.”는 1914년 경성 지방법원장 대리의 조회에 대한 정무총감 회답³⁸⁾에 잘 나타나고 있다. 최진은 결국 ‘최근의 일반적 관습론’을 전개하여 제1심과 항소심판결을 破棄시키는 凱歌를 얻어 냈다. 조선고등법원의 판결은 다음과 같다.

“㉔ 조선인 사이에서는 호주인 피상속인에게 서출의 남자 있는 경우라 하더라도 피상속인이 다른 곳으로부터 양자를 들인다. 그 양자는 상속에 관하여 적출남자와 동일한 관습상의 권리를 보유하는 관습이 존재한다는 점은 당원의 판례(대정 3년 민상 제509호, 동4년 1월 29일 판결 家督상속권확인청구사건 및 대정 2년 민상 제8호 동년 5월 20일 판결 확인청구사건 참조)로서 판시하는 바이다. ㉕ 그러나 그것은 피상속인이 그 生前에 養子緣組를 맺거나 혹은 遺言으로 양자를 지정하는 경우에만 유효로 함에 지나지 아니하는 것이다. 그러므로 피상속인의 처 또는 친족등이 피상속인에게 서출의 남자 있는데도 불구하고 피상속인의 사망 직후에 다른 곳으로부터 양자를 들이고 그로 하여금 피상속인의 家督을 상속할 수 있도록 하는 일반관습의 존재는 당원이 인정하는 바가 아니다. 대개 피상속인이 적출자가 없이 서출의 남자를 둔 경우에 그 서출의 남자가 상속권을 갖는 것은 조선에서 상속에 관한

38) <『휘집』 114번, 庶子及養子相續에 관한 건>(大正 3년 3월 20일 경성 지방법원장 대리 조 회 동년 4월 14일 參제29호 정무총감 회답); ○조회 …(생략)… ○회답 1. 조선에서는 법령상 서자는 祭祀・財産及戶主에 관하여 당원 상속권 있어도 실제로는 서자를 비천하게 보고 또 淸官에 임명되지 못하기 때문에 門閥 있는 자는 서자 있어도 타인의 적자를 양자로 들어 제사 기타의 상속을 받도록 함을 통례로 하고 이것이 일반의 관습이 되었지만 갑 오개혁 때 서자 있는 자의 양자를 금하고 실제에 있어서도 서자를 놓아두고 양자를 들이는 자는 점점 그 수가 감소되고 있다. 그렇다 하더라도 아직 전연 그 흔적이 끊어짐에 이르른 것은 아니다. 금일에는 일면 서자에게 상속권 있음과 동시에 양자를 들이는 것도 역시 방해 되지 아니하는 상태에 있다. 2. 서자가 제사상속을 할 때는 보통 조선의 사당에 고하는 관 례가 있는데 이를 칭하여 承嫡이라고 한다. 그러나 승적은 반드시 서자상속에 필요한 절차 는 아니다. 사당에 고하지 아니하고 상속을 한 경우에도 역시 이를 승적이라 칭한다. 승적 이란 말은 오히려 서자가 제사상속 하는 것을 가리키는 것으로 해석하여야 한다. 3. 피상속 인 기타 양자를 선정할 수 있는 자에게 서자 있는 경우에도 그는 선정을 할 수 있다(『휘 집』, 179~180쪽).

법칙으로서 承嫡절차를 밝을 필요도 없다 함이 당원의 거듭된 판례(명치 43년 민상제14호 동년 2월 19일 판결 및 대정 2년 민상제129호 동년7월 25일 판결 참조)이다. 종래 ㉔ 일부 사회, 특히 名門勢家에서는 서출의 남자 있음에도 불구하고 피상속인의 사망 후 그 遺妻등이 바로 다른 곳으로부터 양자를 들이고 그로 하여금 家督을 상속받게 하는 것과 같은 사례가 없지 아니하다. 그러나 이와 같은 일은 名門勢家 각자의 일개의 專擅행위에 지나지 아니하여 관습법의 효력을 가지지 못하는 것이다.”

조선고등법원판결의 ㉔ 부분의 판시는 1913년의 조선고등법원판결을 유지하는 부분이고 ㉕ 부분의 판시는 당사자(소송대리인 최진)의 ‘최근의 일반적 관습론’에 흔들려 종래의 판결의 취지를 사실상 일부 축소·제한하는 방향의 판시이다. 이렇게 보아오면 식민지권력축(조선총독부와 조선고등법원)은 1913년 당시의 조선인의 관습과 1917년 당시의 조선인의 관습이 다를 수 있으며 실제로 관습이 변화된 것으로 파악하였음을 알 수 있다. 그런데 과연 4년이라는 짧은 세월에 ‘서자의 제사상속’에 관한 조선인의 관행이 변화되었을까 하는 의문이 제기된다.

현재의 연구수준에서 위와 같은 의문을 실증적으로 확인하는 일은 거의 불가능한 일이다. 그런데 최근에 이승일은 조선인들 사이에 협의이혼과 재판상 이혼이 1910년대에 급증하는 현상을 증거자료로 삼아 1910년대에 신관습이 생성되었을 가능성을 논증하고 있어 주목된다.

1905년에 제정된 刑法大畧 단계에서 妻가 제기하는 재판상 이혼이나 夫妻간 합의에 의한 협의이혼은 제도화되어 있지 않았다. 1910년 출간된 관습조사 보고서에도 ‘조선에서는 협의이혼이나 재판상 이혼의 관행은 존재하지 않는다’고 기록되어 있다. 그러나 1918년 경성 복심법원은 “조선의 관습에 의하면 부부는 부의 부모의 동의에 의하여 협의상 이혼을 할 수 있다”고 판결하였다. 1909년에 제기된 이혼소송은 8건에 불과하였지만 1908년부터 1916년까지 사이에는 총 350건이 제기되었고 1917년부터 1921년까지 5년간은 무려 2300건이 제기되었다. 이런 증거들을 토대로 이승일은 1910년대에 舊慣習과 다른 新慣習 출현의 가능성을 긍정하고 있다.³⁹⁾ 적어도 법적으로는 신분제를 타파하고 문벌

양반사회 폐기를 지향한 1894년 갑오개혁의 성과, 그리고 1910년의 한일합방 이후의 식민지권력의 의도적인 사회변화정책의 결과 1910년대에 한국사회가 급격히 변화하고 있었을 가능성을 배제할 수는 없을 것이다.

2. '일개의 專擅행위'와 '관습법'의 구별

그런데 1917년 분쟁사안에 관한 조선고등법원판결의 ㉔ 부분의 판시는 매우 중요한 현상을 보여주는 것이어서 극히 주목을 요한다. 조선고등법원은 일부의 사례가 확인된다 하더라도 '名門勢家' 각자의 일개의 專擅행위에 지나지 아니 하는 행위'(이하 편의상 '단순관행'으로 약칭함)와 "관습법의 효력을 가지는 관습(이하 편의상 '관습법'으로 약칭함)"을 구별하기 시작했다는 사실이다.

관습이란 사회구성원의 반복적인 행위의 중첩에 의하여 그 사회적 범위의 내부에서 규칙성을 갖기에 이른 행동양식을 말한다. 관습은 일정범위의 사회내부에서 대다수의 성원에게 구속력 있는 것으로 준수되어야 한다고 인식되고 있다는 점에서 개인의 생활영역 내부에서 반복적으로 행해지는데 불과한 習慣과는 다르다.³⁹⁾ 관습은 사회성원의 행동을 일정한 방향으로 규제하여 사회통제의 기능을 수행한다. 그러나 사회가 복잡하게 발전함에 따라 사회성원에 대한 관습의 규제방식은 몇 단계로 구분하여 파악할 수 있다. 단순한 사회일수록 단계구분은 불필요하고 복잡한 사회일수록 단계구분이 필요해진다. 단계구분의 기준은 관습으로부터 일탈한 구성원의 행동에 대하여 그 사회에서 어떠한 제재가 가해지는가 하는 데 달려 있다.

관습으로부터 일탈한 행동에 대하여 주위사람들이 (A) 심리적인 불쾌감을 갖게 되는데 불과한 경우(이 경우에 그 규범은 '관행'이다), (B) 일탈자에게 비난

39) 이승일, 「조선총독부의 법제정책에 대한 연구」(한양대학교 문학박사학위논문, 2003), 167~174쪽.

40) 江守五夫, 「慣習」, 『社會科學大事典』 IV 4.(1968), 25~28쪽.

이 가해지는 경우(이 경우에 그 규범은 ‘관습’이다), (C) 일탈자에게 조직적 강제가 가해지는 경우(이 경우에 그 규범은 ‘관습법’이다)가 있다.⁴¹⁾ 사회구성원의 반복적인 행위가 (A), (B), (C)의 어느 단계에 도달한 것인가를 정확히 판별하는 것은 쉬운 일이 아니다.

3. 입법자료수집 목적 관습조사와 분쟁해결 목적의 관습조사

통감부 시대인 1906년에 不動產法調査會는 구한국의 부동산관습을 조사하였는데 그 조사방법은 調査員들이 경성, 인천, 개성, 평양, 수원, 대구, 부산, 마산 등 각지에 출장을 나가 현지의 조선인 觀察使와 府尹, 郡守에게 조사항목에 관하여 묻고 그들이 응답한 내용을 조사원들이 기록하는 방식이었다. 이 조사방식을 당시에는 實地調査로 불렀다. 물론 이 때 통역이 활용되었다. 관습조사과정에서는 일본인이 조선인에게 묻고 조선인이 응답한 내용이 통역을 매개로 다시 일본어로 번역되었다. 우메 겐지로(梅謙次郎)가 창안해 낸 이 조사방식⁴²⁾은 그 후에도 일본인들이 조선의 관습을 조사할 때 기본적인 방식으로 활용되었을 것이다. 이 조사방식은 입법자료를 수집하기 위한 목적의 관습조사방식(이하 이 방식을 ‘입법자료수집 목적 관습조사’로 약칭함)이다. 그러나 1912년 이후에는 다른 목적의 관습조사도 수행될 필요가 생겼다. 조선인으로부터 분쟁해결을 청구 받은 법원이 재판자료 확인 목적으로 행정부서(일제강점 초기에는 정무총감)에 조회를 요청하면 행정부서가 법원에 회답하기 위하여 관습을 조사하는 관행(이하 이 방식을 ‘분쟁해결 목적 관습조사’로 약칭함)이 광범위하게 진행된 것이다. ‘입법자료수집 목적 관습조사’와 ‘분쟁해결 목적 관습조사’는 관습조사의 목적이 다를 뿐 그 조사방식의 기본틀은 크게 다르지 않았던

41) 江守五夫, 위의 글.

42) 李英美, 「朝鮮統監府에 있어서 法務輔佐官制度和 慣習調査事業(二)」, 『法學志林』 제98권 제4호, 146쪽.

것으로 추측된다.

그런데 '입법자료수집 목적 관습조사'에서는 어떤 관습이 '관행→관습→관습법' 중 어느 단계의 관습인지 명확히 구분되지 아니한 채 관습조사가 진행되었다. 그러나 조선에 설치된 법원의 판사들은 1910년대에 이미 관행·관습과 관습법을 구분하여 행정부서의 조회를 차별적으로 활용하였다. 식민지권력기구 중 행정부서가 확인한 관습과 조선에 설치된 법원의 판사들의 판결에서 확인·선언된 관습법이 일치하지 않는 경우가 있다면 법원판사들의 '엄격한 관습법 개념'에 연유하는 것일 수 있음을 주의하여야 한다.

IV. 결어 : '식민지 관습법'의 형성

이제부터 歪曲論과 法認化論에 주목하면서 조선에 설치된 법원의 조회와 정무총감의 회답의 형식과 내용분석을 수단으로 삼아 '통감부 시기와 일제강점기에 기록된 관습'이 어떤 성격의 것인가에 관하여 천착하여 보자.

'통감부 시기와 일제강점기에 기록된 관습'에 왜곡론적 관점을 갖고 사실여부를 검증하려는 문제의식은 정당한 측면이 있다. 필자는 그 이유로 다음의 두 가지 점을 들고 싶다.

첫째, 조선시대의 관습은 조선사회의 전근대성으로 말미암아 신분적으로나 지역적으로나 均一하지 아니하였으며 조선시대의 국가기구는 관습의 비균일성·다양성에 문제의식을 지니고 있지도 아니하였다.⁴³⁾ 그러나 근대민족국가를 지향하는 일본의 본국정부와 조선총독부는 법의 국가적 통일성과 안정성을 극단적으로 추구하였다. 그런 정책이 암묵적으로 반영되어 조선총독부와 조선에 설치된 법원들은 신분적, 지역적으로 편차가 있는 관습을 용인할 수 없었다. 앞에서 논한 바와 같이 “大典會通의 禮典 立後조에 …(중략)… 운운하고 있다

43) 배재홍, 앞의 논문의 전체 흐름 참조.

하더라도 그 규정은 실제로 행하여지지 아니하고 적자 없고 서자 있는 경우에도 禮斜를 받지 아니하고 양자를 들이는데 지장이 없음을 庶人이건 宗親 國戚임을 묻지 아니하고 朝鮮一般의 관습”이라는 조선고등법원의 1913년 판사에는 구지배층의 관습을 하급양반, 武官출신, 中人, 庶人층에게도 확장시키는 지나친 일반화 뿐만 아니라 관습법의 영역에서도 국가적 통일성과 안정성을 추구하는 법정신이 스며 들어 있다.

둘째, 관습조사에 응한 조선인의 法談論과 조선인의 법담론을 자연스럽게 일본민법적 법담론과 법개념·법체계로 번역하여 파악하였던 조선총독부의 행정부서와 법원 판사들 사이에는 완전한 의사소통이 불가능한 측면이 있었다. 예를 들어 1913년 분쟁사안에서의 조회 제2항을 주목하여 보자. “서자가 있음에도 불구하고 양자를 들이면 그 養子緣組는 당연무효인가 아니면 입양은 유효하나 양자에게 상속권이 없는데 지나지 아니하는가” 하는 질의 중 ‘당연무효’, “입양은 유효하나 양자에게 상속권이 없는데 지나지 아니하는가” 하는 식의 복잡한 법담론은 조선시대의 관습을 파악하는데 적절하지 아니한 담론들이다. 조선시대의 법담론은 법내용이 준수되지 않으면 소송을 수리하지 않거나(不聽) 형벌을 가하는(論罪) 데 그치는 매우 단순한 법담론⁴⁴⁾이었고 유효·무효의 담론에도 친숙하지 아니하였다. 마찬가지로 맥락에서 1913년의 조회 의의사항 중 “3. 庶子が 있는 경우에도 勅命이 있으면 적법하게 양자를 들일 수 있는 지 여부, 이 경우에 養父가 될 자의 승낙을 요하는가 여부, 4. 전항과 같은 경우에 勅命의 형식 여하, 5. 妻는 夫(成婚戶主)의 허가 없이 夫의 母와의 협의로 양자를 들일 수 있는가, 6. 成婚戶主의 養母는 그 의견으로 養子(孫에 해당)를 들일 수 있는가” 등의 질의 사항도 조사대상인 조선인이 쉽게 납득할 수 없는 법담론이었을 것이다. ‘적법과 불법’, ‘형식과 내용’, ‘협의’, ‘의견’ 등과 같은 법개념들은 조선시대의 법개념으로 파악되기 어려운 미묘한 용어들이었다. 조선사회에서 서자의 봉사·입후 여부를 결정할 때 사용된 용어는 ‘父命’, ‘宗統’,

44) 배재홍, 앞의 논문, 248쪽 참조

‘家統’ 등의 용어⁴⁵⁾였다. 조선고등법원의 판사들이 사실관계를 파악하는 법담론은 기본적으로 의사표시를 법률요건으로 삼는 개인주의적 법담론이었지만 조선인들이 사실관계를 파악할 때 사용하는 용어들은 ‘父命’, ‘宗統’, ‘家統’ 등의 혈연 공동체적·종법적 법담론이었다. 이처럼 조선인들의 法談論과 근대일본민법의 법담론이 질적으로 달랐기 때문에 질의항목이 조선인에게 전달되면서 오해가 발생하고 그 답변이 다시 일본 민법적 담론으로 번역될 때 오해나 과장이 섞이면서 의사소통이 원활하지 못할 가능성은 얼마든지 있었다.

위와 같은 두 가지 점에서 필자는 ‘통감부 시기와 일제강점기에 기록된 관습’에 왜곡론적 관점을 갖고 사실여부를 검증하려는 문제의식은 정당한 측면이었다고 생각한다.

그러나 ‘통감부 시기와 일제강점기에 기록된 관습’은 적어도 일정 부류의 조선인들이 행동으로 옮겼던 관습에 기초하여 기록된 것이고 또한 조선적 법담론구조와 근대일본민법의 담론구조가 잘 부합되는 측면이 있었음도 사실(예를 들어 특히 부동산 소유관계가 그러하다)이므로 ‘통감부 시기와 일제강점기에 기록된 관습’이 조선사회의 관습과 전혀 동떨어진 관습이 아님도 분명하다.

조선총독부 법무국 내부분서와 개인소장문서, 일본 본국정부의 내부분서들의 분석을 증거자료로 삼아 “조선관습에 대한 조선총독부의 일관된 입장은 ‘일본민법의 의용’이라기보다는 ‘성문법화’의 추진”이었다는 새로운 주장을 펴고 있는 이승일의 ‘法認化論’은 일본의 본국정부와 조선총독부가 ‘조선인 사이의 친족·상속관계 규율문제’를 놓고 견해 차이를 보인 모습을 실증⁴⁶⁾해 냈다는 점에서 ‘왜곡론’적 시점의 민족주의적 협애성을 극복한 강점이 있다. 그러나 이승일의 ‘法認化論’은 적어도 부동산 물권 분야에서는 타당하지 않다.

45) “古之爲人後自 承父命也”(丁若鏞, 立後論—X실시학사경학연구회편, 『正體傳重辨』(한길사, 1995), 188쪽에서 재인용).

46) 본국 정부는 주권절대의 원칙을 강조하여 식민지에 본국의 법제와 다른 법제를 허용하지 않으려는 一國一法律主義를 관철하려는 경향이 있었던 반면 식민지 국가기구인 조선총독부는 식민지의 특수성을 반영하려는 경향이 있고 또한 법전체계를 선호하는 대륙법계 국가의 속성을 반영하여 관습법조차도 문자화하려는 경향이 있었던 점을 말한다.

이렇게 보아오면 왜곡론과 법인화론의 강점을 모두 수용하면서 ‘통감부 시기와 일제강점기에 기록된 관습’의 성격을 좀 더 깊게 파악할 수 있는 새로운 제3의 視點이 있을 수 있는가, 있다면 그 시점이 무엇인가 하는 질문이 제기된다.

필자는 제3의 시점이 있을 수 있다고 보고 그 視點을 ‘식민지 관습법(colonial customary law)의 형성(formation)’ 視點으로 보고 싶다. 이 시점은 왜곡론과 법인화론의 단순한 合成이나 折衷의 시점이 아니라 그것들과 질적으로 다른 시점이다. ‘통감부 시기와 일제강점기에 기록된 관습’은 조선사회의 관습과 전혀 동떨어진 관습이 아니라는 점에서 조선인의 ‘관습·관습법’의 성격을 지니고 있지만 궁극적으로는 식민지 권력이 유도하는 방향으로 조절·통제되고 있었다는 측면에서 ‘순수하게 자연스러운 신관습·신관습법’은 아니었다. 필자는 ‘통감부 시기와 일제강점기에 기록된 관습’이 ‘순수하게 자연스러운 신관습·신관습법’이 아닌 증거로 두 가지를 들고 싶다.

첫째, ‘통감부 시기와 일제강점기’는 그 이전 시기와 다른 정치사회적 환경이므로 그 이전 시기와 다른 관행이 생성될 여건이 조성되고 있었다. 예를 들어 보자. 1913년 분쟁사안은 종래의 관습에서 그 해답을 찾을 수 없는 새로운 사안이며 그런 의미에서 새로운 법형성을 불가피하게 만드는 사안이다. 원리적 차원에서 볼 때 조선시대에 서자의 봉사·입후 분쟁은 男戶主가 死亡한 후에 ‘庶子家門’과 ‘동종지자로서 동성입양한 家門’ 사이의 ‘家門다툼’의 형태로 전개되었다.⁴⁷⁾ 그런데 1913년 분쟁사안은 ‘家門다툼’의 형태가 아니라 家門 안에서 夫와 妻가 다투고 있으며, 게다가 양자임을 주장하는 자가 감히 아버지(민준식은 민영익을 아버지라고 주장한다)를 상대로 소송(조선시대라면 告讞長이므로 重罰된다)하는 사안이므로 조선시대에 그 선례를 구할 수 없는 사안이었다. 그럼에도 불구하고 조선고등법원은 그와 유사한 분쟁사안이 조선시대에 있었을 것으로 가정하고 관습조사를 결행하고 있다. 이런 경우에 관습이 확인된다면 관습확인의 외형에도 불구하고 그 관습은 실질적으로 새로운 관습의 형

47) 배재홍, 앞의 논문의 전체 흐름 참조.

성에 가깝게 된다.

둘째, 1910년대 협의이혼, 재판상 이혼의 급증사례에서 보는 바와 같이 식민지 권력은 신관습·신관습법의 형성을 유도·조장하고 있었다. 이승일은 1910년대에 신관습·신관습법이 자연발생적으로 형성되었을 가능성을 가정하고 있지만 신관습·신관습법의 자연발생적인 생성을 기대하기에는 '관습존중주의'가 허용된 범위가 지나치게 협소하였다. 게다가 식민지 권력은 신관습·신관습법의 생성에 일정한 지렛대 역할을 수행하였다.⁴⁸⁾ 조선민사령 제11조와 제12조는 '관습존중주의'를 취하였지만 '관습존중주의'를 허용하는 범위를 조선민사령 제11조와 제12조처럼 설정한 것은 식민지권력의 치밀한 계산의 결과였다. 또한 식민지 권력은 조선민사령 제10조⁴⁹⁾에 불확정 개념인 '공의 秩序' 개념을 설치하여 새롭게 생성되는 신관습·신관습법의 범위와 방향을 식민지권력이 원하는 방향으로 통제할 수 있는 장치를 만들어 두었으며 그 통제장치는 실제로 활용되었다.

'통감부 시기와 일제강점기에 기록된 관습'은 비유하여 표현하건대 '인큐베이터 안에 놓인 嬰兒(조선인의 관습)가 保姆(식민지 권력기구)의 양육정책에 의하여 교묘하게 통제된 '신관습·신관습법'이었다.

48) 이승일도 "신관습의 법인은 조선총독부의 관습법 정책의 일부였다. 조선총독부는 구관습과 신관습의 병존 상황에서는 신관습에 법적 효력을 부여하는 입장을 갖고 있었다"고 언급(이승일, 앞의 논문, 173쪽)하고 있다.

49) "조선인 상호간의 법률행위에 대하여는 법령 중 공의 秩序에 관계되지 아니하는 규정과 다른 관습이 있는 경우에는 그 관습에 의한다". 이 조항을 반대해석하면 공의 질서에 관계되는 규정과 다른 관습이 있는 경우에는 그 관습에 따르지 아니한다는 취지로 해석된다.

Making Colonial Customary Law in Early Japanese Seizure of Korea

Sim Hui-gi*

Law and colonialism is now a mature field with a rich variety of detailed case studies and a sophisticated theoretical understanding of the nature of customary law, the dynamics of legal pluralism, and the kinds of transformations that the legal transplants of colonialism engender. The eventual academic interest of this paper is the study of law's place during Japanese colonial seizure of Korea from 1910 through 1945.

The legal transplants of Japanese law into Korean society should not be understood as a simple process of imposition of law: instead there are spaces of resistance, struggles among colonizers, and forms of accommodation by colonized elites. Although this process was fundamentally one of transforming the colonized society to conform to that of the colonizer, all the while extracting labor, land, and mineral resources, it was never complete. Nor was it completely successful. The effort transformed the society at home as well as in the colony. It is continuing to do so as the former colonized now take up homes in the metropole. As in the colonial period, we now see an unprecedented transfer of legal ideas, institutions, and technologies from Japan into Korea. And, as in the colonial period, the rule of law and judicial reforms are at the center of these efforts.

Central thesis of this paper is that customary law was not a residue of the past, but a product of contemporary colonial relationships. The law was the cutting edge of

* Professor, Yonsei University.

colonialism, an instrument of the power of an alien state and part of the process of coercion. And it also came to be a new way of conceptualizing relationships and powers and a weapon within traditional Korean communities which were undergoing basic economic changes, many of which were interpreted and fought over by those involved in moral terms. The customary law, far from being a survival, was created by these changes and conflicts. It cannot be understood outside of the impact of the new economy on Korean communities. Nor can it be understood outside of the peculiar institutional setting in which its creation takes place. Traditional Korean legal conceptions, strategies and tactics are formed both by the impact of capitalism and by the interaction of the communities thus affected with the concepts, strategies and power of Japanese colonial legal institutions.

Customary law was made, not found. It developed at a regional level, and it was a response to the colonial situation itself.