

日帝強占初期 妻의 特有財産에 관한 慣習法*

— 조선고등법원판결의 분석을 중심으로 —

김원태**

목 차

- I. 연구의 대상과 범위
- II. 관습조사와 조선고등법원판결
- III. 처의 특유재산에 관한 관습법
- IV. 신민법의 제정과 대법원판결
- V. 결론

[국문요약]

이 논문에서는 일제강점초기의 처의 특유재산에 관한 관습법을 주로 조선고등법원의 판결의 분석을 통하여 고찰하였다.

조선고등법원은 판결이유에서는 처의 특유재산에 관한 관습을 언급하고는 있으나, 경작자 내지는 결수연명부에 등재된 자를 토지소유권자로 확정하는 경향을 보이고 있다. 이는 조선고등법원이 당사자의 권리구제보다는 법적 안정을 중시하고 의도적으로 식민지 통치정책에 부합하는 방향으로 재판을 하였다는 것을 의미한다.

조선고등법원판결은 처의 무능력과 처의 고유재산에 대한 부의 관리권에 관한 일본 구민법 규정과 대심원판결의 영향을 다소 받은 것으로 보인다. 결론적으로 이러한 일련의 과정은 후일 조선민사령의 개정으로 일본민법을 적용하기 위한 준비작업에 지나지 않았다고 할 수 있을 것이다.

이상의 연구결과와 조선고등법원판결의 태도가 관습의 왜곡이라고 단정하기는 어렵다고 하더

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

** 충북대학교 법과대학 조교수 · 법학박사

라도, 한가지 분명한 것은 일본 구민법의 규정 및 식민지 통치정책과 같은 방향으로 관습법을 형성해 나갔다는 점이다.

[주제어] 관습법, 관습조사보고서, 조선고등법원, 조선민사령, 특유재산

I. 연구의 대상과 범위

일제는 1910년 8월 29일 한일합방 당일에 긴급칙령으로 칙령 제324호 ‘조선에 시행할 법령에 관한 건’을 공포하여 조선총독에게 입법권을 부여하고,¹⁾ 칙령에 의하여 제령 제1호 ‘조선에 있어서의 법령의 효력에 관한 건’을 공포하여 임시로 구한국의 법령에 대하여 효력을 인정하였다.²⁾ 또 1911년 3월 25일에는 위 칙령과 같은 내용의 법률 제30호 ‘조선에 시행할 법령에 관한 법률’을 공포하여³⁾ 식민지 지배법제의 기틀을 마련하였다.⁴⁾

일제는 1912년 3월 18일에는 제령 제7호 ‘조선민사령’을 제정하여 일본민법

- 1) 이 때 칙령 제318호 ‘한국의 국호를 고쳐 조선이라고 칭하는 건’이 공포되고, 이 때부터 한국은 조선으로 개칭되었다(일본 외무성 편, 『外地法制誌』 제7권, 制令 前編(文生書院, 1990), 16쪽).
- 2) 제령 제1호, 1910년 8월 29일 공포·시행(위의 책, 59쪽).
- 3) 일본제국헌법 제8조에 의하면, 천황은 공공의 안전을 보지하거나 또는 그 재앙을 피하기 위한 긴급한 필요에 의하여 제국의회 폐회의 경우에 법률에 갈음할 칙령을 발하며, 이 칙령은 다음 회기에 제국의회에 제출하여야 하며, 만약 의회에서 승인을 얻지 못한 때에는 정부는 장래에 향하여 그 효력을 잃는다는 것을 공포하여야 한다. 그런데 위 긴급칙령에 대하여 다음 의회에서 승인을 얻지 못하여 결국 일본정부는 그 칙령이 장래에 향하여 효력이 없다는 취지를 공포할 수밖에 없게 되었지만(칙령 제30호, 1911년 3월 25일 공포), 조선총독에 대하여 입법권을 위임할 필요를 느껴 위 긴급칙령에 갈음하는 법률안을 의회에 제출하여 그 협찬을 얻었던 것이다(위의 책, 16~18쪽 참조).
- 4) 일제강점기에 조선에서 시행된 법령은, ① 특히 조선에 시행할 목적으로 제정된 법률과 칙령, ② 칙령으로 조선에 시행된 법률, ③ 규정 내용상 당연히 조선에 효력이 미친 법률과 칙령, ④ 합방 당시 효력의 존속을 인정한 구한국법령과 일본법령, ⑤ 제령, ⑥ 조선총독부령, ⑦ 경무총감부령, ⑧ 道令, ⑨ 도경무부령, ⑩ 廳令 등 10종이었는데, 그 중에서 가장 중요한 것이 조선총독부의 제령이다. 제령은 36년간 676건(개정제령을 제외하면 270건)이 공포되었다. 일본은 조선에 대하여 직접적으로 일본법을 적용하지 않고 조선총독이 제정권을 갖는 제령의 형식으로 조선을 지배하였다. 식민지 법제의 기초에 관해서는, 김창록, 『식민지 피지배기 법제의 기초』, 『법제연구』 8(한국법제연구원, 1995); 김창록, 『제령에 관한 연구』, 『법사학연구』 제26호(한국법사학회, 2002) 참조.

을 의용하였다.⁵⁾ 다만 조선민사령 제10조는, “조선인 상호간의 법률행위에 대해서는 법률 중 공공의 질서와 관계없는 규정과 다른 관습이 있는 경우에는 그 관습에 의한다”라고 규정하고 있다.⁶⁾ 즉 임의규정과 사실인 관습이⁷⁾ 있는 경우에는 그 관습을 관습법으로 한다는 것이다.⁸⁾ 또 제11조에서는, “제1조의 법률 중 능력, 친족 및 상속에 관한 규정은 조선인에게 이를 적용하지 않는다”라고 규정하고 있었다.⁹⁾

따라서 일제강점기 조선인 상호간의 법률행위 내지 친족상속 분야에 관한 연구에¹⁰⁾ 있어서는 당시 관습의 파악이 중요하다.¹¹⁾

-
- 5) 조선민사령(제령 제7호, 1912년 3월 18일 공포, 1912년 4월 1일 시행) 제1조는 “민사에 관한 사항은 본령 기타의 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고 다음의 법률에 의한다”라고 규정하였다. 일본 민법, 민법시행법, 민사소송법을 비롯한 23종의 일본법령이 열거되어 있다(일본 외무성 편, 앞의 책, 211쪽 이하 참조).
 - 6) 조선고등법원 1921년(대정 10년) 민상 제393호, 같은 해 12월 23일 판결은, “조선인 사이의 소송사건에서는 조선민사령 제10조의 규정에 따라 민법 제92조(필자 주 : 일본민법 제92조로 조선민사령 제10조·현행 한국민법 제106조에 해당)에 규정하는 관습사실이 존재하는 때에는 곧바로 그 관습에 따라 재판하여야 한다”고 판시하고 있다(조선고등법원서기과 편찬, 『조선고등법원민사판결록』 제8권, 574~581쪽).
 - 7) 조선고등법원 1922년(대정 11년) 민상 제428호, 1923년(대정 12년) 2월 27일 판결에 의하면, “관습은 영속관행의 사실일 것을 요한다. 그렇기는 하지만 영속관행이란 반드시 십수년간에 형성된 관행일 것을 요하지 않는다. 1, 2년에 형성된 관행이라고 하더라도 역시 영속관행으로 칭할 수 있다”라고 하고 있다(조선고등법원서기과 편찬, 『조선고등법원민사판결록』 제10권, 49~53쪽). 여기서 관습이라는 이름으로 용이하게 새로운 관습의 창출 내지 판례관습법을 형성하였을 가능성을 엿볼 수 있다.
 - 8) 조선고등법원 1925년(대정 14년) 10월 9일 판결은, “조선민사령 제10조의 규정은 조선인 상호간의 법률행위에 관하여 법령 중 공공의 질서와 관계없는 규정과 다른 관습이 있는 때에는 이를 법률과 동일한 효력을 가지는 소위 慣習法으로 한다는 法意이다”라고 판시하고 있다(조선고등법원서기과 편찬, 『조선고등법원민사판결록』 제12권, 356쪽).
 - 9) 제11조는 제1차 개정(제령 제14호, 1921. 11. 14. 개정, 같은 해 12. 1. 시행), 제2차 개정(제령 제13호, 1922. 12. 7. 개정, 1923. 7. 1. 시행), 제3차 개정(제령 제23호, 1933. 12. 28. 개정, 1934. 1. 1. 시행), 제4차 개정(제령 제19호, 1939. 11. 10. 개정, 1940. 2. 11. 시행) 등 4차례의 개정이 있었다. 조선민사령의 연혁에 관하여는, 앞의 책, 『外地法制誌』 제7권, 211쪽 이하 참조. 조선민사령 제11조에 관한 연구로서는, 최병주, 『민사령 제11조의 관습과 중손권 및 유처의 상속권(2)』, 『사법협회잡지』 17권 3호(1938); 이병수, 『조선민사령에 관하여—제11조의 관습을 중심으로—』, 『법사학연구』 제4호(한국법사학회, 1977), 66쪽 이하 참조. 조선민사령 제11조의 4차례의 개정 경과와 그 내용에 관하여는, 이상욱, 『일제하 전통가족법의 왜곡』, 『한국법사학논총』, 박병호교수환갑기념(Ⅱ)(박영사, 1991), 378~382쪽 참조.

이 연구는 일제강점초기(1909~1919)의¹²⁾ 처의 특유재산에 관한 관습법을 주로 조선고등법원판결의 분석을 통하여 규명하는 것을 목적으로 한다.

II . 관습조사와 조선고등법원판결

1. 관습조사와 그 보고서의 의의

일제는 1906년 7월 의정부 내에 ‘부동산법조사회’를 설치하였다가 1907년 12

- 10) 일제강점기 한국가족법의 관습문제에 관한 연구로서는, 김용욱, 「일제에 의한 가족법제의 왜곡과 청산」, 광복50주년 기념사업회편, 『광복50주년 기념논문집 1 과거청산』(한국학술진흥재단, 1995); 박병호, 「일제하의 가족정책과 관습법 형성과정」, 『법학』 제33권 2호(서울대학교 법학연구소, 1992); 이상욱, 「한국 상속법의 성문화 과정」(법학박사학위논문, 경북대학교 대학원, 1987); 이상욱, 「일제하 호주상속관습법의 정립」, 『법사학연구』 제9호(한국법사학회, 1988), 23쪽 이하; 이상욱, 「일제하 재산상속 관습법」, 『법사학연구』 제11호(한국법사학회, 1990), 75쪽 이하; 이상욱, 위의 논문, 「일제하 전통가족법의 왜곡」, 371쪽 이하; 이봉, 「일정하의 한국양자법에 관한 연구」, 『사회과학논집』 제10집(연세대학교, 1979), 59쪽 이하; 이승일, 「일제시대 친족관습의 변화와 조선민사령 개정에 관한 연구—조선민사령 제11조 제2차 개정안을 중심으로—」, 『한국학논집』 제33집(한양대학교 한국학연구소, 1999), 168쪽 이하; 이승일, 「일제시대 조선인의 일본국민화 연구—호적제도를 중심으로—」, 『한국학논집』 제34집(한양대학교 한국학연구소, 2000), 89쪽 이하; 이승일, 「식민지 조선의 차양자 연구」, 『역사와 현실』 제34집(한국역사연구회, 1999); 양현아, 「한국의 호주제도—식민지 유산 속에 숨겨진 가족제도—」, 『여성과 사회』 제10호(창작과 비평사, 1999), 214쪽 이하; 양현아, 「식민지시대 한국가족법의 관습문제 I —시간의식의 실증을 중심으로—」, 『사회와 역사』 제58집(2000), 35쪽 이하 참조.
- 11) 친족상속에 관한 관습자료로서는, 馬場社 편, 『朝鮮親族相續慣習法綜覽』(大阪屋號書店, 1926); 南雲幸吉 편, 『現行朝鮮親族相續法類集』(大阪屋號書店, 1935); 법원행정처 편, 『친족상속에 관한 구관습』 재판자료 제29집(법원행정처, 1985) 등이 있다. 그런데 위 법원행정처 편 자료집은 그 편제와 내용면에서 위 南雲幸吉 편 자료집을 번역한 듯한 인상을 금할 수 없다(이상욱, 위의 논문, 「한국상속법의 성문화 과정」, 86쪽 각주 650 참조).
- 12) 이 시기는 조선고등법원이 처음 설치된 해인 1909년부터 3·1운동이 일어난 해인 1919년까지의 10년간이기도 하지만, 곧 대한제국(통감부 시기)에서—한일합방(1910) 이후—조선민사령의 시행(1912)까지를 포괄하는 기간이다. 다시 말해서, 대한제국의 법령이 여전히 유효한 시기, 거기에 총독의 制令이 추가되던 시기, 일본의 법제가 그대로 이식되던 시기를 모두 포괄하고 있어, 이 기간은 대단히 의미가 있다.

월에 이를 폐지하고 ‘법전조사국’을 발족시켰다. 법전조사국은 1908년 5월에서 한일합방 직후인 1910년 9월까지 본격적인 관습조사를 하였다.¹³⁾ 법전조사국이¹⁴⁾ 각 지방을 조사한 결과를 각각 보고서로 간행하고 이를 종합하여 관습조사보고서를 간행하였다.¹⁵⁾

관습조사보고서는¹⁶⁾ 당시 관습의 존재근거로서의 권위를 유지하여 왔고 현재에도 영향을 미치고 있다.¹⁷⁾ 우선 일제기에 실무적으로 法源인 관습의 존부를 결정하는 중요한 근거로 평가를 받았다.¹⁸⁾ 즉 조사·보고된 관습이 조선고등법원의 판결을 통하여 관습법으로 확인되었다. 재판에서 관습의 존부가 문제되는 경우에는 행정관청의 심의와¹⁹⁾ 회답²⁰⁾·통첩²¹⁾으로 개별적으로 관습의 존부를 결정하여 법원으로서의 효력을 부여하였다.²²⁾ 즉 조선민사령에 의하여

- 13) 일제의 한국 관습조사사업에 관해서는, 윤대성, 「일제의 한국관습조사사업과 민사관습법」, 『논문집』 13권 1호(창원대학교, 1991), 65쪽 이하; 윤대성, 「일제의 한국관습조사사업과 전세관습법」, 『한국법사학논총』, 박병호교수환갑기념(II)(박영사, 1991), 331쪽 이하; 윤대성, 「일제의 한국관습법조사사업에 관한 연구」, 『재산법연구』 9권 1호(1992), 37쪽 이하 참조
- 14) 조선총독부는 함방에 따라 법전조사국을 폐지하고, 1910년 9월에 총독부 내에 ‘취조국’을 설치하여 그 사무를 인계하였으나, 취조국도 1912년에 폐지되고 ‘참서관실’로 대체되었다. 참서관실의 구관제도조사사업도 1915년에는 ‘중추원’으로 옮겨지게 되었다. 그리고 1909년부터 1932년까지 법원 등의 관청이 조선총독부 취조국, 참서관실, 중추원 등에 조선의 관습에 관하여 조회한 사항을 「민사관습회답회집」으로 편찬하였다(정공식, 「일본의 관습조사와 그 의의」, 『한국근대법사』(박영사, 2002), 232~234쪽).
- 15) 위의 논문, 244쪽.
- 16) 관습조사보고서는 1910년판과 정정보충판인 1912년판, 1912년판의 재판인 1913년판이 있다. 각 판본의 차이에 관하여는, 위의 논문, 243~244쪽; 이상욱, 앞의 논문, 「일제하 호주상속관습법의 정립」, 23쪽 이하 참조. 정중휴 감수, 정공식 편역, 「관습조사보고서」 개역판(한국법제연구원, 2000)은 1912년판을 기본으로 하여 1910년판과 비교 번역한 것이다.
- 17) 한국에서의 관습조사와 관습조사보고서의 편찬경위 및 평가에 관하여는, 정공식, 위의 논문, 230~257쪽 참조.
- 18) 위의 논문, 249쪽.
- 19) 관습의 심의·확정을 위하여 1918년에는 중추원 내에 ‘舊慣審査委員會’를 설치하였으며, 1921년에는 ‘舊慣及制度調査委員會’를 설치하였다. 또 1921년에는 사법관리의 단체인 ‘사법협회’가 설립되었는데, 이 결의도 관습으로서의 효력을 가졌다. ‘舊慣及制度調査委員會’는 1924년에 폐지되었지만, 그 심사결과는 「민사관습회답회집」, 부록에 수록되어 있다.
- 20) 회답이란 재판 등에서 관습의 유무가 문제된 경우에 법원 그 밖의 관청의 조회에 응하여 총독부 당국이 발한 것이다.
- 21) 통첩이란 총독부 당국이 스스로 관습이라 인정하여 법원 등 관계기관에 알린 것이다.

관습이 법원으로 인정된 영역에서는 위와 같은 회답·통첩 등에 나타난 관습은 단순한 법령해석상의 자료에 그치는 것이 아니라 관습법을 宣明하는 법규범인 것이다.²³⁾

2. 조선고등법원과 그 판결의 의의

우리나라의 근대적인 사법제도는 1895년 3월 25일에 갑오개혁에 의한 법률 제1호로 재판소구성법이 제정·공포되면서 기초가 마련되었다.²⁴⁾ 이 재판소구성법의 시행에 따라 지방재판소,²⁵⁾ 한성재판소 및 개항장재판소,²⁶⁾ 순회재판소,²⁷⁾ 고등재판소, 그리고 특별법원²⁸⁾이라는 5종류의 법원이 설치되는 것으로 되어 있었다(제1조).²⁹⁾ 그러나 실제로 개설된 것은 한성재판소와 고등재판소에 불과하였다.³⁰⁾ 고등재판소는 인천재판소와 한성재판소의 상소사건을 담당하는 것으로 되어 있었으므로 법률 제1호 재판소구성법 하에서는 2심제도였다고 할 수 있다. 고등재판소는 1896년 8월 15일(법률 제7호) 개정에 의하여 원래의 관할 이외에 각 개항장재판소 및 각 지방재판소에서 한 재판에 대한 상소를 순회재판소가 개시될 때까지 새로이 취급하게 되었다.³¹⁾ 1899년(광무 3년) 5월 30일

22) 정궁식, 앞의 논문, 234쪽.

23) 법무국장은 조선총독의 입법권을 대행하고 또 재판소와 검찰청을 감독하였으므로 법무국장의 회답과 통첩은 사실상 법령의 역할을 하였다(위의 논문, 236쪽).

24) 1895년 3월 25일, 법률 제1호, 1895년 4월 1일 시행. 법원행정처 편, 『주요 구법령집(상)』, 재판자료 제41집(법원행정처, 1987), 13쪽 이하.

25) 각 도에 설치하여 민·형사사건을 담당하는 것으로 되어 있었다.

26) 한성, 인천, 부산, 원산에 설치하여 민·형사사건 및 외국인과 본국인의 소송사건을 담당하는 것으로 되어 있었다.

27) 법무대신이 수시로 지정하여 3월에서 9월 사이 각지에 설치하여 부산, 원산, 및 각 지방재판소의 상소사건을 담당하는 것으로 되어 있었다.

28) 왕족의 범죄를 재판하는 것으로 되어 있었다.

29) 재판소구성법에 관하여 자세한 것은, 김병화, 『한국사법사(중세편)』(일조각, 1982), 27쪽 이하 참조.

30) 한성재판소는 1895년 4월 16일에 설치되었는데 재판소구성법에 의하여 최초로 탄생한 재판소였다(전봉덕, 『근대사법제도사(二)』, 『대한변호사협회보』 제3호(1972, 60쪽)).

31) 김병화, 앞의 책, 37쪽 참조.

재판소구성법의 개정(법률 제3호)에 따라 고등재판소는 평리원으로 개칭되었으며, 평리원은 하급재판소를 통괄하며 중심으로서 상소사건을 심판하게 되었다.³²⁾ 1907년(융희 원년) 12월 27일 재판소구성법의 개정(법률 제8호)으로 제3심 최종심으로 대심원이 신설되고, 종래의 평리원은 공소원으로 개칭되었으며, 지방재판소 및 구재판소가 설치되었다(제1조).³³⁾

그 후 1909년 7월 12일 사법권 및 감옥사무를 이양하는 조약이 체결되고,³⁴⁾ 같은 해 10월 16일 일본 칙령 제236호로 통감부재판소령이 공포되었다.³⁵⁾ 통감부재판소의 시행에 따라 대심원이 고등법원으로 개칭되었다.³⁶⁾ 즉 대심원이 고등법원으로 명칭만 바뀌었을 뿐 고등법원은 최고법원에 해당하는 것이다. 1910년 8월의 한일합방 후 같은 해 10월 1일에 통감부재판소령의 개정으로³⁷⁾ 통감부재판소는 조선총독부재판소로 명칭이 바뀌었다. 그러나 그 내용에는 변함이 없었다. 1912년 3월 18일 조선총독부재판소령의 개정으로³⁸⁾ 지방재판소는 지방법원으로, 공소원은 복심법원으로 개칭되었다. 또 구재판소는 통폐합되어 지방법원지청으로 바뀌었다.³⁹⁾

32) 법률 제3호, 1899년(광무 3년) 5월 30일 공포·시행. 법원행정처 편, 『주요 구법령집(상)』(법원행정처, 1987), 19쪽 이하. 이 개정법에 의해서도 실제로 개설된 것은 평리원과 한성재판소 뿐이었다. 구체적인 재판소의 설치내용에 관해서 자세한 것은, 김병화, 위의 책, 55쪽 이하 참조.

33) 1907년(융희 원년) 12월 27일, 법률 제8호, 1908년(융희 2년) 1월 1일 시행. 법원행정처, 위의 책, 27쪽 이하. 재판소구성법의 개정에 따른 법원의 설치상황에 관하여 자세한 것은, 李英美, 『朝鮮統監府における法務輔佐官制度と慣習調査事業(三)－梅謙次郎と小田幹治郎を中心－』, 『法學志林』 제99권 2호(2001), 223쪽 이하 참조.

34) 일제의 한국사법부 침략과정에 관해서는, 司法協會, 『朝鮮司法界往事語る座談會』, 『朝鮮司法協會雜誌』 제19권 10호, 11호(1940); 남기정 역, 『일제의 한국사법부침략실화』(육법사, 1978); 진봉덕, 『일제의 한국 사법권 강탈과정의 연구』, 『애산학보』 제2호(애산학회, 1982) 참조.

35) 칙령 제236호, 1909년 10월 16일 공포(관보 10월 18일), 1909년 11월 1일 시행(『外地法制誌』 제7권, 188~190쪽). 이에 따라 대한제국의 재판소 구성에 관한 법률은 1909년 10월 28일자 법률 제28, 29, 30호로 폐지되었으며, 15년간의 대한제국의 사법기관은 종말을 고히게 되었다.

36) 조선고등법원의 생성에 관하여 자세한 것은, 김상수, 『조선고등법원과 현대 한국법－조선고등법원의 생성을 중심으로－』, 『법과 사회』(법과사회이론학회, 2003.2.) 참조.

37) 제령 제5호, 1910년 10월 1일, 공포·시행(『外地法制誌』 제7권, 190~191쪽).

38) 제령 제4호, 1912년 3월 18일 공포, 1912년 4월 1일 시행(위의 책, 192~193쪽).

39) 신의주, 마산, 진주, 목포, 전주 지청은 합의재판을 다루는 합의지청이 되었다.

앞에서 지적한 바와 같이 조사·보고된 관습이 조선고등법원의 판결을⁴⁰⁾ 통하여 관습법으로 확인되었다. 그런데 문제는 조선고등법원은 당사자의 권리구제보다는 법적 안정을 증시하는 재판을 하였다는 것이다.⁴¹⁾ 즉 법령해석의 통일이 주된 목적이었다는 것이다.⁴²⁾ 조선고등법원의 판결을 이해하는데 있어서는 이 점을 주의하여야 할 것이다.⁴³⁾ 따라서 조선고등법원의 판결을 분석할 때에도 단

40) 조선인의 친족·상속에 관한 소송사건은 조선총독부에 보고되었는데, 『朝鮮總督府報告例第三ノ號第四ニ關スル件』, 『司法協會雜誌』 제2권 8호(1923), 24~25쪽에 의하면, 이는 조선인의 친족·상속에 관한 관습이 소송에 나타난 형태 및 추이 등을 고찰하고 참고자료로 하기 위한 것이었다고 한다. 이혼사건이 주류를 이루고 대부분은 처로부터 부에 대한 소송이었다고 한다(國分三亥, 『法事務上より觀たる社會的事物の變遷』, 『朝鮮叢報』 1915년 5월, 4쪽). 1908년부터 1916년까지 조선인 부부 사이의 이혼소송사건은 1,260건이었는데, 처가 제기한 경우가 1,135건으로 전체의 90.1%를 차지하고 있다. 확정판결을 받은 이혼사건은 350건이었는데, 이 중에서도 처가 제기한 경우는 92.5%에 달한다(사법부 법무과, 『朝鮮人間の離婚訴訟』, 『조선회보』 1918년 2월, 111~116쪽).

41) 이 점은 “최종심재판소로서의 법의 해석의 통일, 민형사재판의 조화, 법과 사회규범의 조화 등에 관한 의견을 발표하고, 이것은 사실상 하급심을 기속하며 재판이 나가야 할 길을 제시하므로, 사회의 규범이 또한 이에 의하여 제정된다고 말해도 과언이 아니다. 조선에서는 친족, 상속에 관해 여러 가지 관습이 있으므로 이들의 조화 등에 관하여 특별한 의의를 가진다”라는 조선고등법원의 판결방침(조선총독부 법무국 법무과, 『朝鮮の司法制度』, 1935년 조선총독부 施政 25년 기념(조선총독부 법무국, 1936), 29~30쪽)으로 미루어 알 수 있다.

42) 또한 이러한 목표를 구체적으로 수행하기 위하여 고등법원판사 전원으로 구성된 판례조사회에서는, “1. 법률해결은 법문을 기초로 하지만 반드시 그 정신을 천명하고 말결에 구애 받는 폐해를 피할 것, 2. 법리는 이를 존중하여야 하지만 도덕 및 경제상의 법칙 등 사회규율과의 조절을 유지하고 형식논리의 연구에 홀러가는 폐단을 방지할 것, 3. 민사재판과 형사재판 사이에 완전한 조화를 유지하도록 할 것, 4. 조선에서의 특종의 관습은 이를 존중하여야 하지만, 현재와 같은 과도기에서는 끊임없이 그 변천을 고찰하고 내지법률(필자주: 일본법률)과의 융합을 도모함에 유의할 것(밀줄 필자)”이라는 방침 하에 판례를 조사하였다(위의 책, 31쪽 이하). 판례조사회에서 심의 결정한 사항은 하급법원이 참고할 수 있도록 하기 위하여 각 법원에 통지하였다(사법협회에서 발행하는 1922년에 창간된 사법협회잡지도 동제되어 있다). 이러한 판례조사회의 방침과 사실에 대해서, 정궁식, 앞의 책, 272쪽은, “조선고등법원을 비롯한 사법기관은 독립된 삼권의 일부가 아니라 조선총독부의 방침을 충실히 대변하는 총독부 통치기구의 하나에 불과함을 잘 나타내고 있다”고 한다.

43) 일제는 일본 민사소송법을 의용하면서도 1910년 12월 15일 ‘민사쟁송조정에 관한 건’(제령 제11호, 1910년 12월 15일 공포, 1911년 1월 1일 시행)을 제정하여, 구재판소가 소재하지 않는 지역의 경찰서장 또는 그 직무를 취급하는 자는 당사자의 신청에 의하여 그 관할구역내의 민사사건 중 구재판소의 재판권에 속하는 것에 관한 쟁송의 조정을 할 수 있도록 하였으며, 조정이 성립한 쟁송과 동일한 사건에 관해서는 소송을 제기할 수 없도록 하였다(앞의 책, 『外地法制誌』 제7권, 235쪽). 당시 헌병경찰제도가 시행되고 있었으므로 조정의 담당

순한 판결이유⁴⁴⁾만의 분석으로는 불충분하며 판결문 전체를 완역하여 이를 전부 해체하여 사실관계를 정확히 파악하여 올바른 해결을 도모하여야 할 것이다.

또 조선고등법원의 판결은 실질적으로 일본과 같은 법률 하에서의 일본의 대심원판사급의 법원에 의한 판결이었으므로,⁴⁵⁾ 일본의 대심원이나 기타 하급심의 판례를 재판의 준거로 하였을 것이라고 추측할 수 있을 것이다. 따라서 조선고등법원의 판결을 분석하는데 있어서는 일본의 대심원판례와의 비교분석 등도 중요한 과제이다. 또한 조선고등법원판례 연구에 있어서는 조선고등법원의 판례가 해방 후의 대법원판결 등에 어떠한 영향을 미쳤는지에 관해서도 연구해야 할 필요가 있을 것이다.

Ⅲ. 처의 특유재산에 관한 관습법

1. 관습조사보고서

관습조사보고서는, “한국 종래의 관습에서 처의 특유재산을 인정하는지 여

자는 바로 현명이었다고 할 수 있다(梶村秀樹·姜徳相, 「日帝下朝鮮の法律制度について」, 『日本法とアジア』(『仁井田陸博士 追慕論文集』 제3권, 勁草書房, 1970), 330쪽). 1912년의 개정(제령 제10호, 1912년 3월 18일 공포, 1912년 4월 1일 시행)으로 민사쟁송에 대하여 조정할 수 있는 범위가 한정되지만(같은 책, 『外地法制誌』 제7권, 235~236쪽), 이러한 특례는 행정과 사법의 분리원칙에 정면으로 위반되는 것이며 이는 오직 분쟁방지에만 목적이 있는 것으로 식민지 사법의 특성을 잘 나타내고 있다(정궁식, 앞의 책, 194쪽, 271쪽). 또 일제는 1932년에는 ‘조선소작조정령’(제령 제5호, 1932년 12월 10일 공포, 1933년 2월 1일 시행)을 제정하여 시행하였는데, 소작쟁의에는 조정이라는 이름 하에 경찰서장이 간섭할 수 있었다(같은 책, 『外地法制誌』 제7권, 113~115쪽). 이는 조선소작조정령이 소작농민을 착취하는 역할을 한 법이었다고 말할 수 있는 것이다(鈴木敬夫, 「법을 통한 조선식민지 지배에 관한 연구」(고려대학교 민족문화연구소, 1989), 110~111쪽, 정연태, 「일제의 한국농지정책(1905~1945년)」(문학박사학위논문, 서울대학교 대학원, 1994), 198~200쪽).

44) 조선고등법원판결의 요지는, 「朝鮮高等法院判例要旨類集」(司法協會, 1943)에 수록되어 있다.

45) 조선고등법원판결의 의의에 관해서는, 김상수, 「朝鮮高等法院とその裁判例」, 『書齋の窓』, 1999년 11월호, 20쪽 이하 참조.

부에 대해서는 다소 의문이 있다”고 하면서, 다음과 같이 기술하고 있다.⁴⁶⁾

여자가 출가할 때에 부모가 논밭 등의 재산을 증여하는 예는 드물게 볼 수 있다. 또 때로는 여자가 혼인 후에 부모 및 조부모(父祖) 기타 친족으로부터 유증을 받는 일이 있다. 그리고 이를 유증하거나 증여한 자는 夫 또는 호주의⁴⁷⁾ 재산으로 귀속시키려는 의사가 없는 것이 상례이고, 특히 처가 친정에서 가지고 온 재산 등은 이혼을 하는 경우에 친정으로 가지고 돌아갈 수 있다. 그러므로 이와 같은 재산은 처의 특유재산으로 인정하는 것이 타당할 것이다. 기타 처가 영업 등의 행위로 얻은 재산도 역시 그 특유재산으로 보아야 할 경우가 없지 않다. 또 부부의 재산을 공유로 보는 관념은 전혀 없는 듯하다. 처의 재산은 부가 이를 관리하고 또 사용수익을 할 수 있다고 한다.⁴⁸⁾

그리고 부가 처의 재산을 처분할 수 있는지, 아닌지에 대해서는 다소 논의가 있는 바이지만, 부에게 처분권이 있다는 것이 통설이다. 처분할 경우에는 처의 승낙이 필요하다거나 필요하지 않다고 하여 일정하지 않다. 실제로는 승낙의 유무와 관계없이 부가 처분할 수 있는 듯하다. 이 점에서는 처의 재산은 부의 재산과 거의 구별이 없는 느낌이다.⁴⁹⁾ 그렇지만 이는 필경 처의 부에 대한 절대적 복종을 양속으로 하는 한국의 부부관계의 상황이 그렇게 하는 것이다. 만약 관습의 취지를 깊이 탐구하면 부는 처의 승낙이 없으면, 그 재산을 처분할 수 없지 않을까.⁵⁰⁾

46) 관습조사보고서, 제133문, 정종휴 감수, 정궁식 편역, 앞의 책, 322~323쪽.

47) 경국대전을 비롯한 우리 고유의 법전 중에는 호적과 호적편성의 규정은 보이지만(「경국대전」, 제2권, 호전호적조; 「경국대전」, 제3권, 예전호구식조), 호주라는 용어조차 보이지 않는다. 호주제도는 일제가 동화정책으로 가족주의 국가관을 강화하기 위하여 이식하였던 것이다. 이에 관해서는, 김원태, 「제사상속법의 변천」, 『부산법학』 제3권 제1호「고 이봉호박사 추모논문집」, 부산법학연구회, 1997), 145쪽 이하 참조.

48) 정종휴 감수, 정궁식 편역, 위의 책, 322쪽. 이 점과 관련하여 藤田東三, 「朝鮮親族相續法—主として朝鮮高等法院判例を中心としての考察—」(大阪屋號書店, 1933), 107쪽은, 조선에 있어서 부부재산제는 부부재산 공유제가 아니라, 「관리공통제」라고 할 수 있다고 한다. 김주수, 「친족·상속법—가족법—」, 제6전정판(법문사, 2003), 151쪽도, 구민법하에서 夫가 처의 재산을 관리하고 사용·수익할 수 있었던 제도를 관리공통제라고 하고 있다.

49) 부부재산제에 관한 사적 고찰을 한 논고로서는, 김병대, 「부부재산제의 사적 고찰」, 한국민사법학회, 『민법학의 회고와 전망』(『민법전시행 30주년기념논문집』, 한국사법행정학회, 1993), 862쪽; 이화숙, 「한국 부부재산관계법의 역사적 전개」, 『비교 부부재산관계법』(세창출판사, 2000), 298쪽 이하가 있다.

2. 조선고등법원판결

처의 특유재산에 관한 조선고등법원의 판결은 다음과 같이 4건 보인다.⁵¹⁾ 첫째, 처가 자기 명의로 취득한 토지는 증여할 수 있다는 판례,⁵²⁾ 둘째, 夫의 재산은 특히 그 첩과의 사이에 공유라고 하는 관습은 존재하지 않는다는 판례,⁵³⁾ 셋째, 조선에 있어서 1898년 내지 1902년 경 여자가 처 또는 첩으로서 夫와 동거하는 경우에 특유재산으로서 부동산을 소유하는 것은 이례의 사실이라는 판례⁵⁴⁾, 넷째, 처 또는 첩이 부와 同棲 중 스스로 상업을 하여 취득한 재산은 특유재산이라는 판례이다.⁵⁵⁾

이 판례들을 좀 더 자세히 살펴보면 다음과 같다.

1) 조선고등법원 1912년 2월 28일 판결

문상봉의 亡母는 손춘근에게 改嫁하여 同棲 중 그 소지금 200원을 투자하여 子午谷 소재 猶字 담 5두락을⁵⁶⁾ 매수 취득하여 그 소유주가 되었다. 후에 이르

50) 정종휴 감수, 정공식 편역, 앞의 책, 323쪽. 구관 및 제도조사위원회 결의에 의하면, “부는 처의 승낙이 없으면 처의 특유재산을 처분할 수 없었다”고 하고 있다(조선총독부 중추원 편찬, 『민사관습회답취집』(경문사, 1980) 부록, 구관급제도조사위원회결의, 19쪽). 구관 및 제도조사위원회의 설치목적 및 위원회 결의의 효력에 관하여는, 정공식, 앞의 논문, 234~236쪽 참조.

51) 처의 특유재산에 관한 조선고등법원판례는 이것이 전부이며, 이 이외의 판결은 이 이후에도 보이지 않는다. 또 처의 특유재산에 관한 관습의 조회와 회답에 관한 자료도 보이지 않는다.

52) 1912년(명치 45년) 민상 제43호, 같은 해 2월 28일 판결, 조선고등법원서기와 편찬, 『조선고등법원민사판결록』 제1권, 440~442쪽.

53) 1913년(대정 2년) 민상 제104호, 같은 해 5월 23일 판결, 조선고등법원서기와 편찬, 『조선고등법원민사판결록』 제2권, 220~223쪽.

54) 1916년(대정 5년) 민상 제179호, 같은 해, 10월 3일 판결, 조선고등법원서기와 편찬, 『조선고등법원민사판결록』 제3권, 733~748쪽.

55) 1916년(대정 5년) 민상 제254호, 1917년(대정 6년) 2월 16일 판결, 조선고등법원서기와 편찬, 『조선고등법원민사판결록』 제4권, 102~106쪽.

56) 두락(斗落)은 보통 마지기라고도 한다. 한 말의 씨를 뿌릴 수 있는 면적인데, 평지와 산지 또는 토지의 비옥도 등에 따라서 그 면적이 다르다. 보통 논은 200평, 밭은 300평

러 문상봉의 亡母는 1두락을⁵⁷⁾ 夫 손춘근과 자기 사이에 생긴 子 손상기에게, 나머지 4두락을 前夫 문모와 자기 사이에 생긴 문상봉에게 증여하였다. 문상봉은 수년간 4두락을 경작하여 왔다(밑줄 필자). 그런데 본건 계쟁 답 3두락의 舊文記(갑 제1, 제2, 제3호증)를 점유하고 있던 김영찬(원고, 피항소인, 상고인)이 문상봉(피고, 항소인, 피상고인)을 상대로 천안구재판소에 토지소유권확인 청구의 소를 제기하였다.

제1심인 천안구재판소에서는 舊文記를 점유하고 있던 원고 김영찬이 승소하였다. 이에 피고 문상봉이 공주지방법판소에 항소하였다. 이 사건에 관하여 원심인 공주지방법판소는 항소인 문상봉은 지금에 이르기까지 수년간 4두락을 경작하여 온 것으로 본건 계쟁 답 3두락은 곧 항소인 문상봉의 수증부분에 해당한다고 판시하였다.⁵⁸⁾ 즉 제2심에서는 제1심과 반대로 항소인 문상봉이 승소하였다.

이에 피항소인(원고, 상고인) 김영찬이 조선고등법원에 다음과 같은 이유로 상고하였다. “조선의 관습에 家夫 생존 중에는 처는 호주권 또는 재산권과 조금도 관계가 없고, 법률상으로도 처는 夫에게 복종할 의무가 있다. 때문에 처는 家夫 생존 중에는 재산권에 관하여 무능력이라는 것은 명인된 사실이다. 피상고인(항소인, 피고) 문상봉의 망 母는 손춘근에게 개가할 때 3세의 유아인 피상고인을 데리고 와 20여년간 양육하였다. 그리고 피상고인은 지금에 이르기까지 손춘근과 동거하고 있다. 본건 계쟁 답 3두락은 천안군청 公簿에 손춘근의 소유로 등재되어 있다. 피상고인의 망 모는 손춘근의 처로서 동인이 사망하였다. 때문에 夫 소유의 전답을 처가 家夫의 생전에 마음대로 재산을 나누어 증여하는 것은 만에 하나도 없는 일이다. 그러므로 원심이 위와 같이 판결한 것은 법률에 위배한다”고 하고 있다.⁵⁹⁾

이에 대하여 조선고등법원은 다음과 같이 답하여 상고를 기각하였다. 결론적으로 원심인 제2심과 마찬가지로 경작자인 피상고인(항소인, 피고) 문상봉이

을 한 두락이라고 한다.

57) 판결록에는 5두락으로 되어 있으나 『조선고등법원민사판결록』 제1권, 441쪽, 오기임이 명백하다.

58) 1912년(명치 45년) 1월 17일 판결.

59) 『조선고등법원민사판결록』 제1권, 441쪽.

승소한 것이다. “조선에 있어서 처는 부의 생존 중 자기의 소지금으로 토지를 매수하여 이를 그 자에게 증여하는 것을 금지하는 것과 같은 법률 및 관습은 존재하지 않는다. 때문에 원심이 적법한 증거에 기초하여 본건 계쟁 답은 피상고인의 망 모가 손춘근에게 개가 同樓 중 자기의 소지금으로 매수 취득하여 이를 피상고인에게 증여한 것이라는 사실을 인정한 것은 하등 법률에 위배한 점이 없다(밑줄은 원문에 傍點이 붙어 있는 부분을 가리킨다)”고 하고 있다.⁶⁰⁾

이는 처가 자기 명의로 취득한 토지는 독립하여 증여할 수 있다는 것이지만, 결국 경작자가 승소한 사례이다.

2) 조선고등법원 1913년 5월 23일 판결

金聖廷이 1895년(명치 28년) 6월에 사망하였는데, 그에게는 처 민소사, 양자 김영관, 서자 김영학 등이 있었다. 계쟁 전답은 김성정의 소유이었는데, 장명석은 김성정 생존 중 계쟁 전답의 소작권을 취득하여 소작미를 김영학의 관리자인 김두억에게 납부하여 왔다. 김성정 사망 후 그 처 민소사는 계쟁 전답을 김영수에게 증여하였다(갑 제1호증 내지 갑 제4호증). 그런데 계쟁 전답에 관하여 1902년(명치 35년, 壬寅年) 結稅記(을 제13호증의 12)에는 김두억의 명의로 기재되어 있었다(밑줄 필자). 그리하여 김영수(원고, 항소인, 상고인)가 김두억(피고, 피항소인, 피상고인)을 상대로 안주지청에 토지소유권확인청구의 소를 제기하였다.

제1심인 안주지청에서는 원고 김영수가 패소하였다. 이에 원고 김영수가 평양복심법원에 항소하였다. 이 사건에 관하여 원심인 평양복심법원은 김성정에게는 양자와 서자가 있고, 結稅記에 피상고인 김두억의 명의로 되어 있기 때문에 계쟁 전답이 위 사망에 의하여 민소사 1인의 소유로 돌아가는 것이 아니라고 하였다. 나아가 항소인 김영수가 민소사로부터 계쟁 전답의 증여를 받았더라도 그가 소유권을 취득한 것이 아니라고 판시하였다.⁶¹⁾ 즉 제2심에서도 제1

60) 『조선고등법원민사판결록』 제1권, 441쪽.

61) 1913년(대정 2년) 2월 28일 판결.

심과 마찬가지로 향소인 김영수가 패소하였다.

이에 향소인(원고, 상고인) 김영수가 또다시 조선고등법원에 다음과 같은 이유로 상고하였다. “조선에 있어서 관습은 夫妻 동거하고 있다가 부가 사망한 때에는 부의 소유재산은 전부 그 처에게 승계되고 소유권까지도 유지하는 예가 있다. 또 장성한 친자 및 양자가 있는 때에는 그들에게 그 재산을 처리하게 할 수도 있지만, 그 모의 승낙이 없으면 처분할 수 없다는 예도 있다. 본건의 사실도 민소사가 김성정의 재산의 소유 및 처리권을 승계하였다고 하는 것은 관습위반이 아니다. 원 판결과 같이 양자와 서자가 있고 結稅記에 피상고인(피향소인, 피고) 김두억의 명의로⁶²⁾ 되어 있기 때문에 민소사 1인의 소유로 되지 않는다고 하면, 이를 4인의 공유라고 하여야 할 것이 마땅하다. 4인 중 누구의 소유라고 하여야 할 것인가. 더구나 김성정이 사망한 1895년(명치 28년)에는 이러한 관습이 행해지던 시대이다. 또 김성정과 민소사의 공유라고 주장한 것은 조선관습에 있어서 부부간의 재산은 피차의 구별이 없는데도 원판결에 있어서 앞에서 보인 것과 같이 판시하여 조선고유의 관습을 적용하지 않은 것은 민사령 제11조에 위반하는 것이다”라고 하고 있다.⁶³⁾

이에 대하여 조선고등법원은 다음과 같이 답하여 상고를 기각하였다. 결론적으로 제1심과 원심인 제2심과 마찬가지로 상고인(향소인, 원고) 김영수가 패하고 結稅記의 명의인인 피상고인(피향소인, 피고) 김두억이 승소한 것이다. “조선에 있어서 부의 재산은 항상 그 처와의 사이에 공유라는 관습 및 부가 사

62) 상고이유 제2점은, “전술과 같이 결세기에 김두억의 명의기재가 있었다는 것으로 피상고인 주장처럼 김영학의 관리자로 되었다는 것은 이를 공격하는 증거가 있으며, 또 피상고인은 민소사와 다년간 동거하고 동인의 토지를 대리하여 관리한 증거가 있으면 계쟁 전답이 민소사의 소유라는 것이 확실하여 김영학의 소유가 아니라는 것은 갑 제2호증 내지 갑 제4호증에 비추어 알 수 있다. 그리하여 민소사의 소유이며 계쟁 전답의 문권을 피상고인이 절취한 것은 민소사 및 기타 증인의 증언으로 명백하다. 그런데도 원판결이 「성정 사망 후 같은 전답이 민소사의 소유로 되어 있는 것은 위 각 증에 비추어 기재 없다」고 판시한 것은 증거채용법에 위반함을 면할 수 없다”라고 하고 있다. 이에 대하여 조선고등법원은, “본 논지는 원심의 직권에 속하는 증거의 판단을 비난하여 사실의 인정을 부당하다고 공격하는 것과 다르지 않으므로 상고의 적법한 이유가 아니다”라고 판시하였다(『조선고등법원민사판결록』 제2권, 223쪽).

63) 상고취지 제1점(『조선고등법원민사판결록』 제2권, 221쪽).

망한 때 그에게 친자, 양자가 있음에도 불구하고 그 처가 부의 유산을 당연히 상속하여 소유권을 취득한다는 관습의 존재는 본원이 인정할 수 없는 바이다. 따라서 원심이 증거를 취사판단하여 김성정의 소유이며, 계쟁 전답이 그가 사망할 때까지 동인과 그 처 민소사의 공유가 아니며, 또 그 사망시 동인에게 양자 김영관, 서자 김영학이 있었다는 사실을 인정하고 계쟁 전답이 위 사망에 의하여 민소사의 소유로 돌아가는 것도 아니라고 하여 상고인이 갑 제1호증 내지 갑 제4호증에 따라 민소사로부터 계쟁 전답의 증여를 받았더라도 그가 소유권을 취득한 것이 아니라고 판시하여 상고인의 본소청구를 기각한 것은 상당하다(밀줄 원문방점)”고 하고 있다.⁶⁴⁾

이는 夫의 재산은 특히 그 첩과의 사이에 공유라고 하는 관습은 존재하지 않는다는 것이지만, 결국 結稅記의 명의인이 승소한 사례이다.

3) 조선고등법원 1916년 10월 3일 판결⁶⁵⁾

李普光華⁶⁶⁾ 그 夫 한재옥과 오랫동안 동서하였고, 한재옥은 병약하여 가

64) 『조선고등법원민사판결록』 제2권, 221~222쪽.

65) 처의 특유재산에 관해서는 방론으로 설시한 것이기는 하지만, 이 판결에 앞서 조선고등법원 1915년(대정 4년) 민상 제178호, 같은 해 9월 7일 판결이 있었다(제1심 부산지방법원, 제2심 대구복심법원). 이 판결에서 조선고등법원은 다음과 같은 취지로 판시하였다. 본건 계쟁 토지에 관해서는 結數連名簿 상 李普光(피고, 피함소인, 피상고인) 명의로 등재되어 있고 또 토지 기타 계쟁 물건은 현재 피상고인이 점유함으로써 피상고인의 소유(즉 특유재산)라고 추정하고(밀줄 필자), 매매증서의 명이가 한재옥(필자주 : 한규용의 친부. 소송관계인이 뒤의 1916년 8월 3일 사건과 동일하므로 미루어 알 수 있다)이란 하나의 사실로 곧바로 한재옥이 매수인이라고 논단할 수 없다. 즉 갑 제5호증(토지매매 문기)은 전시 인정을 반복하는 자료로 하기에 족하지 않아 이를 배척한 것이라면 위법하지 않다. 왜냐하면, 매매증서의 명의로 항상 반드시 매수인이라고 인정하여야 하는 것은 아니다. 다른 사실 또는 증거와 대조하여 명의의 여하에 불구하고 진정한 매수인인지를 판정함은 필경 원심의 직권인 사실인정 증거판단의 범위에 속하는 것이라면 원 판결에서 명의라는 하나의 사실로 곧 바로 한재옥의 매수지라고 인정할 수 없다는 취지로 판정한 것은 곧 위 직권을 행사한 것이다(조선고등법원서기과 편찬, 『조선고등법원민사판결록』 제3권, 271~277쪽). 즉 상고인(원고, 함소인, 한규용)의 증명에 의하면 위 추정을 반복시키기에 족하지 않아 계쟁 물건은 한규용의 소유라는 사실은 이를 인정하기 어려워 그 청구를 배척한 것은 명확하다는 것이다. 결국 결수연 명부의 명의인이 승소한 사례이다.

사를 처리하는 것을 꺼려 항소인 李普光華가 주로 가사처리를 담당해 왔다. 본건 계쟁지 부분은 納稅書面에 한재옥의 친자인 한규용이⁶⁷⁾ 납세자로 되어 있다(을 제19호, 제21호증. 밑줄 필자). 그런데 李普光華(원고, 항소인, 상고인)는 본건 계쟁지 부분은 소의 박규병 및 박인백으로부터 매수하여 소유권을 취득하였다고 주장하면서 上田勝藏 외 2명(피고, 피항소인, 피상고인. 한규용 포함)을 상대로 제1심인 부산지방법원에 토지소유권 확인 및 증명 말소절차 청구의 소를 제기하였다. 이에 피고 한규용은 계쟁지 부분은 친부인 한재옥의 생전 동인으로부터 자신에게 증여되었고 이에 따라 자신이 소유권을 취득하였다고 주장하며 이를 부인하였다.⁶⁸⁾

제1심인 부산지방법원에서는 원고 李普光華가 패소하였다. 이에 원고 李普光華가 대구복심법원에 항소하였다. 이 사건에 관하여 원심인 대구복심법원은 조선의 풍속상 부녀가 특유재산을 가지는 것은 오히려 이례라는 사실이 현저한 사실이라고 판시하였다.⁶⁹⁾ 그리고 원심은 항소인이 계쟁지 부분의 매수인으로서 소유권을 취득한 것으로 단정할 수 없다고 판시하였다. 원심 판결은 한편으로 항소인의 소유가 아니라는 것을 설명하고 또 한편으로는 피항소인 한규용의 소유라고 인정하였다. 즉 원심인 제2심에서도 제1심과 마찬가지로 항소인 李普光華가 패소하였다.

이에 항소인(원고, 상고인) 李普光華가 또다시 조선고등법원에 다음과 같은 이유로 상고하였다. “원 법원은 조선의 풍속상 부녀가 특유재산을 가지는 것은 오히려 이례라는 사실이 현저한 사실이라는 것을 설시하고 있다. 그렇지만, 이

66) 소송관계인이 앞의 1915년 9월 7일 사건과 동일하므로 본명은 李普光으로 創氏改名하였다는 것을 미루어 알 수 있다. 일제강점기 創氏改名에 관한 법제연구로서는, 정주수, 「일제강점기 창씨제도의 법제연구(상·하)」, 『법조』 1993년 6월호, 168~191쪽. 1993년 7월호, 166~183쪽.

67) 피항소인(피상고인, 피고) 한규용은 한재옥의 친자라는 사실은 당사자 사이에 다툼이 없다(을 제1호증, 제2호증). 을 제1호증, 제2호증은 판결록에는 상고인의 민적으로 되어 있으나 『조선고등법원민사판결록』 제3권, 747쪽, 피상고인의 민적으로 보인다. 민적은 1909년(융희 3년) 법률 제8호 민적법에 의하여 작성된 것으로 합방 후 작성된 호적의 기초가 된 것이다.

68) 계쟁지에 대한 전 소유자가 박인백 및 박규병의 2명이라는 것은 쌍방 다툼이 없는 사실이다. 69) 1916년(대정 5년) 6월 8일 판결.

는 조선에서의 종래의 관습을 오인한 것이며 조선에서 사람의 처도 특유재산을 가지는 것은 적지 않다는 것은 이것 곧 현저한 사실로서 본건 상고인과 같이 사람의 첩으로서 상업을 하여 재산을 모은 자는 거의 전부는 자신의 특유재산으로 소유하고 그 재산을 가지고 夫의 소유로 돌아가도록 하는 것은 거의 전무에 가까운 이례이다(밀줄 필자). 그럼에도 불구하고 원 판결이 위 조선관습을 반대로 해석한 것은 위법하다”고 하고 있다.⁷⁰⁾

이에 대하여 조선고등법원은 다음과 같이 답하여 상고를 기각하였다.⁷¹⁾ 결

70) 상고이유 제6점『조선고등법원민사판결록』 제3권, 746쪽.

71) 상고이유 제2점은, “대개 토지의 문기는 소유권의 귀속을 증명하는 유일한 문서로서 문기의 점유는 소유자에게 있어 가장 중요시하는 사실이다. 이는 옛날부터 오늘에 이르기까지 조선인 사이에 행해져 온 관습이다(밀줄 필자). 그러면 본건에 있어서 항소인이 계쟁지 부분에 관한 갑 1, 2호증의 문기를 점유하는 하나의 사실은 유력한 반증이 없는 한 이로부터 항소인을 계쟁지 부분의 소유자라고 인정하지 않을 수 없다. 원 판결은 당해 문기에 있는 띠종이의 필적이 한재욱의 필적이라는 것과 항소인이 주로 가사처리를 행하고 있었다는 사실에 따라 전기 문서는 항소인의 소유에 속하는 것이라고 인정하기 어렵다고 실시하고 있다. 그렇지만, 띠종이라는 것은 단순히 다수의 문기를 보관하는 편의상 이를 일괄하여 그 분란을 막기 위하여 시행하는 것에 그치며, 하등 권리의 귀속을 표명하는 것은 아니다. 띠종이는 소유자가 타인으로 하여금 이를 시행하기 위하여 여기에 표시이 될 문자를 기재하는 것은 보통의 사례에 속하기 때문에 본건 띠종이가 한재욱이 시행한 것에 관해서도 그 필적이 동인의 필적이라는 사실에 따라 항소인의 문기 점유로부터 생기는 소유권의 추정을 타파하여야 할 효력을 가지는 것이 아니다. 또 항소인이 재욱과 오랫동안 동거하고 주로 가사처리를 행하고 있었다는 사실은 제1점 소문과 같이 하등의 증거에 기초하지 않은 판단이기 때문에 결국 원 판결은 이유불비의 불법이 있다고 믿는다고 하고 있다”라고 하고 있다. 이에 대하여 조선고등법원은, “또 문기의 점유자는 일용 문기에 기재된 토지의 소유자라고 인정하여야 하지만, 이 점유자가 자기의 소유로서 이를 점유한 경우에만 그러한 것이어서 반증에 의하여 그 문기가 점유자의 소유라고 인정될 수 없는 경우에는 처음부터 이와 같은 추정을 받아야 하는 것이 아니다. 그리하여 원 판결은 증거에 의하여 본건 계쟁지의 문기인 갑 제1호증, 같은 제2호증에 있어 띠종이의 필적이 한재욱의 필적이라는 사실 및 상고인이 오랫동안 재욱과 동거하고 상고인에 있어 주로 그 가사처리를 행하고 있었다는 사실을 인정하고, 이러한 사실로부터 상고인이 보관한 서류는 모두 상고인 소유에 속하는 것으로 인정하기 어렵다. 따라서 상고인이 갑 제1호증, 같은 제2호증을 보유한 하나의 사실은 아직 같은 갑호증 기재의 계쟁지 부분이 상고인 소유라는 것의 증거로 하기에 충분하지 않다는 취지의 판지인 것으로 앞에서 보인 원 판결의 인정사실에 의하면 본건 갑 제1호증, 제2호증의 문기는 원래 한재욱이 소지하고 있었던 것을 상고인이 그 가사처리를 행하고 있었던 관계로부터 이를 한재욱을 위하여 보관해 온 것으로 인정할 수 없지 않음은 원심이 이러한 사실증거로부터 갑 제1호증, 제2호증을 상고인의 소유라고 인정하지 않은 것은 증거의 취사판단 사실인정에 관한 원심의 직권에 지나지 않아 같은 갑호증이 상고인의 소유라고 인

론적으로 제1심과 원심인 제2심과 마찬가지로 상고인(항소인, 원고) 李普光華가 패하고 납세서면의 납세자인 한규용을 포함한 피상고인(피항소인, 피고) 上田勝藏 외 2명이 승소한 것이다.⁷²⁾ “1898년(명치 31년) 내지 1902년(명치 35년) 경 조선에 있어서 여자가 처 또는 첩으로서 夫와 동서하는 경우에 특유재산으로서 부동산을 소유하는 것은 이례로서 반증이 없는 한 이를 인정할 수 없는 것으로 원심이 당시 조선의 풍속상 부녀자로서 특유재산을 가지는 것은 이례라는 현저한 사실이 있다는 취지로 실시한 것은 반드시 조선의 관습에 위배한 것이라고 할 수 없으므로 본 논지는 상고이유 없다(밑줄 원문방점)”고 판시하고 있다.⁷³⁾

정되지 않은 이상은 상고인이 이를 점유하여도 반드시 같은 갑호증 기재의 토지가 상고인의 소유라고 인정할 수 없는 것은 원심이 그 점유의 한 사실로서 계쟁지가 상고인의 소유라는 것을 인정할 수 있는 증거로 하기에 충분하지 않다는 취지로 실시한 것은 상당하여 원 판결에는 소론과 같은 불법이 없어 본 논지는 상고이유 없다”라고 판시하였다.

- 72) 상고이유 제8점은, “을 제1, 2호증은 피상고인의 민적(필자주 : 판결원문에는 상고인의 민적으로 되어 있으나 피상고인의 민적으로 보인다)이며, 을 19 및 21호는 납세의 서면이다. 그리하여 이에 따라 분소 토지가 피상고인 한규용의 소유라고 인정할 자료로 조금도 인정할 수 없다(밑줄 필자). 또 피항소인 한규용이 한재옥의 친자라는 사실은 조금도 원 판결이 인정한 사실로 말미암아 생기는 근거로 되지 않는다. 그럼에도 불구하고 원 판결은 을 1, 2호증, 을 19, 21호증의 기재 및 한규용이 재옥의 친자라는 사실에 기초하여 계쟁지 부분은 재옥의 생전 동인으로부터 한규용에게 증여하고 이에 따라 동인이 소유권을 취득한 취지로 인정한 것은 허무한 증거에 따라 가공의 사실을 인정한, 바꾸어 말하면 증거에 관하여 증거력을 범위 외로 확장한 즉 증거법칙상의 증거력을 오해한 불법이 있다는 판결이다”라고 하고 있다.

이에 대하여 조선고등법원은, “을 제1호증의 1(경술 10월 교동 1패 신고서본)에는 한규용 5戶 中略 城要出 70답 6두, 76답, 84답, 同崑 1, 답5두, 同出 72답 10두, 73답, 74답, 75답, 77답, 83답, 85답, 召川龍 8답 10두, 9답, 14답, 15답, 21답, 22답, 23답, 24답, 34답, 41답, 城要崑 2답 4두, 3답, 72답 10두, 82답, 86답이라는 기재, 같은 을호증의 2(1912년 대정 원년) 8월 起 結數連名簿)에는 납세관리인 한규용 연산동 召川員龍 14답 9두, 同龍 8답 1두, 同洞 城要員崑 4답 1두, 同崑 2답 4두, 同崑 72답 10두, 同洞 同員出 70답 20두 9升, 同出 73답 1升, 同崑 151답 5두라는 기재, 을 제2호증의 1 내지 8에는 한규용에게 과세지 見取圖(필자주 : 건물 의 약도나 배치를 알기 쉽게 그린 약도) 작성 경비, 結數連名簿 작성비, 지세 부과금, 지세 부가세 面費 등을 납입한 취지의 기재가 있어 이를 을 제19호증, 제21호증의 1 내지 3의 기재 및 피상고인 한규용이 한재옥의 친자라는 사실 등과 종합하면 전시 원심 인정과 같은 사실을 인정할 수 없는 것이 아니어서(밑줄 필자) 원심은 소론과 같이 허무한 증거에 따라 가공으로 사실을 인정한 것이 아니므로 본 논지는 상고이유 없다”라고 판시하였다.

- 73) 『조선고등법원민사판결록』 제3권, 746쪽.

이는 조선에 있어서 1898년 내지 1902년 경 여자가 처 또는 첩으로서 부와 동거하는 경우에 특유재산으로서 부동산을 소유하는 것은 이례의 사실이라고 판시한 것이지만, 결국 납세서면의 납세자가 승소한 사례이다.

4) 조선고등법원 1917년 2월 16일 판결

한재옥은 선대로부터 대대로 계승하여 담뱃대(烟管)를 만드는 직업을 영위하여 수명의 직공을 사역하였다. 李普光華는 기름 제조장의 직공으로 주모·권모·김모의 처가 되어 스스로 직공으로서 노역을 하거나 또는 기름의 소매를 하였다. 과부가 된 때에는 그 자신이 거주하는 가옥을 소유하는 외에 자산이 없었으며, 1877년(丁丑年)에는 그가 거주하는 집이 화재로 소실하였다. 당시 한재옥은 피고를 첩으로 하고 있었지만, 피고는 다른 洞에 거주하고 그 후 피고는 앞의 소실된 가의 이웃집을 매입하여 주막영업을 개시하였다. 피고의 위술장사를 하는 자금을 누가 내었는지는 모른다(밀줄 필자).⁷⁴⁾ 同棲 후 수년을 거쳐 1884년(명치 17년)부터 1911년(명치 44년)에 이르기까지 해마다 전답을 매입하였고 자산이 증가하였다. 주막영업의 번성이 처첩의 기능에 의존하는 바가 많고, 한재옥은 만년에 이르러 거의 병상에 있었다는 것은 당사자 사이에 다툼이 없다. 한재옥의 친자인 한규용(원고, 피항소인, 피상고인)⁷⁵⁾ 李普光華(피고, 항소인, 상고인)를 상대로 부산지방법원에 토지소유권확인청구의 소를 제기하였다.

제1심인 부산지방법원에서는 원고 한규용이 승소하였다. 이에 피고 李普光華가 대구복심법원에 항소하였다. 이 사건의 원심인 대구복심법원은 주막영업

74) 을 제18호증의 1 내지 5. 항소대리인은, “동서 당시에 있어서 한재옥은 역시 가난하여 항소인에게서 자산이 있어 주막은 항소인의 영업으로 재옥은 항소인의 부양을 받은 때에 이를 보조한 적이 있음에 그치고, 오로지 항소인의 자산과 근로로 오늘날의 재산을 축적하게 되었다”는 취지의 주장을 하였으나 원판결은 이를 채용하지 않았다(『조선고등법원민사판결록』 제4권, 105쪽).

75) 앞의 1916년 10월 3일 판결의 사건과 당사자가 동일하므로 한재옥이 한규용의 친부라는 사실은 이미 밝혀진 바이다.

은 항소인 李普光華의 영업으로 피항소인 한규용의 친부인 한재욱의 업이 아니라는 것을 인정하였음에도 불구하고 주막영업의 이득으로 생긴 재산은 한재욱의 소유로 돌아간다고 판시하였다.⁷⁶⁾ 즉 원심인 제2심에서도 제1심과 마찬가지로 항소인 李普光華가 패소하였다.

이에 항소인(피고, 상고인) 李普光華가 또다시 조선고등법원에 다음과 같은 이유로 상고하였다. “첩의 영업상의 이득으로 생긴 재산은 부의 소유로 돌아가는 것인지에 관해서 조금도 그 이유를 실시하지 않았고, 나아가 이 첩이 그 영업상으로부터 얻은 재산은 첩의 특유재산으로서 그 소유로 돌아간다는 것은 조선에 있어서 관습이다(밀줄 필자). 그럼에도 아무런 이유를 붙이지 않고 이와 상반되는 판단을 내린 것은 이유불비 또 관습을 무시한 불법이다”라고 하고 있다.⁷⁷⁾

이에 대하여 조선고등법원은 다음과 같이 답하여 원 판결을 파기하고 본건을 대구복심법원에 환송하였다. 결론적으로 상고인(항소인, 피고) 李普光華가 승소하였다.

“조선에 있어서 처 또는 첩이 부와 동서하는 경우에 그 누구에게 속하는지 불명인 재산은 일응 부의 소유에 속하는 것으로 추정하여야 한다. 하지만 이는 오직 재산의 소유자 불명의 경우에 있어서 하나의 추정에 그친다. 이 때문에 처 또는 첩이 부와 동서 중 특유재산을 가지는 것을 방해하는 것은 아니다. 때문에 예를 들면, 처 또는 첩이 부와 동서 중 스스로 상업을 하여 얻은 이익으로 부동산을 매입한 사실이 있으면 당해 부동산은 처 또는 첩의 소유로 돌아간다(밀줄 원문방점).⁷⁸⁾ 앞서 본원 판례로서 보인 바는 단순히 1898년 내지 1902년 경 조선에 있어서 처 또는 첩이 부와 동서하는 경우에 특유재산으로서 부동산

76) 1916년(대정 5년) 9월 14일 판결.

77) 상고이유 제1점(『조선고등법원민사판결록』 제4권, 104쪽).

78) 동서의 사실이 있기 때문에 첩의 영업이 부의 영업으로 돌아갈 이유는 없다는 것은 말할 필요가 없다면 위와 같은 증거 및 사실을 종합해 보면, 술장사를 한 자는 한재욱으로 상고인이 아니고 상고인은 한재욱을 위하여 단순히 근로를 하였음에 지나지 않는다는 사실은 도저히 이를 인정할 이유 없다. 따라서 원 판결 후단의 인정은 증거에 기초하지 않은 인정으로 돌아간다. 이 역시 타당하지 않음을 면하지 못한다라고 하고 있다(『조선고등법원민사판결록』 제4권, 104쪽).

을 소유하는 것은 이례라고 함에 지나지 않아서 처 또는 첩이 특유재산으로서 부동산을 소유하는 것을 부정한 것은 아니다(1916년 민상 제179호 사건, 같은 해 10월 3일 판결 참조)”라고 하고 있다.

이 판결에서는 “영업상으로부터 얻은 재산은 첩의 특유재산으로서 그 소유로 돌아간다는 것은 조선에 있어서 관습이다”라고 한 상고이유를 받아들이고 부의 소유로 추정하지 않았다.

3. 조선시대 토지소유권의 증명방법과 처의 특유재산

관습조사보고서 및 조선고등법원판결에 나타난 처의 특유재산에 관한 관습법의 진위를 검증하기 위해서는 조선시대 토지소유권의 증명방법과 처의 특유재산에 관하여 알아볼 필요가 있다.

조선시대에 토지가옥의 매매계약이 성립하기 위해서는 매도인과 매수인 사이의 합의 외에 대가의 수수, 목적물의 인도라는 사실이 필요하였으며, 이 합의와 인도는 반드시 明文 또는 新文記라는 계약서의 작성을 통하여 이루어지고 이를 인도함으로써 소유권이 이전하는 것으로 관념하는 관습이었다. 특히 매매시에는 매도인은 新文記는 물론 그 토지의 權利傳承의 유래를 증명하는 일체의 舊文記를 함께 인도해야 하는 요식행위였다. 만약 舊文記가 분실, 소실, 훼손된 경우에는 그 사실을 증명하는 官의 立案 또는 立旨를 발급받아 舊文記에 갈음하였다.⁷⁹⁾

토지소유자를 공부에 등록하는 제도로서는 量案과 收稅案을 들 수 있다. 원래 양안은 토지실태의 파악과 징세를 위한 대장이지만 토지소유자의 성명이 기록되고, 토지소유자는 그가 소유하는 토지의 다과에 따라 田稅를 납부하며 또 貢賦 등 기타의 요역을 부담하였다. 따라서 양안에 「主」로 등록된 자는 토지소유자로서 확인되었다.⁸⁰⁾ 그런데 양안 기재는 量田 당시의 소유자를 기재

79) 박병호, 「부동산거래법」, 『한국법제사고—근세의 법과 사회—』(법문사, 1987), 14~15쪽.

80) 박병호, 「근세의 토지소유권에 관한 연구」, 『한국법제사고—근세의 법과 사회—』(법문사, 1987), 177쪽. 그런데 양안은 개인별 농지소유를 중심으로 하고 있지 않으므로 개개인의 토

할 뿐이므로 양안 기재 후 토지가 전전 매매된 경우 소유자의 변동에 관해서는 아무것도 파악되지 않는다. 따라서 이 경우 각 매수인의 소유권은 양안에 의해서 확정되는 것이 아니라 權原文書에 의하여 입증되고 확정된다.⁸¹⁾

조선시대에 처가 토지를 소유하게 되는 것은 주로 친가로부터 유산을 상속 받거나 증여받은 경우이며 자기의 소유지로 되며 시가에서 증여받은 경우도 마찬가지이다. 처의 소유토지가 친가로부터 취득한 것이건 시가로부터 취득한 것이건 자기의 특유재산임에는 틀림없다.⁸²⁾ 또한 하층 민가에 있어서 처가 영업 또는 고용에 의하여 얻은 재산은 夫의 소유로 돌아가도록 하는 일도 있으나, 역시 처의 특유재산임에 그치는 일이 없는 것도 아니었다.⁸³⁾ 처의 재산은 혼인전에 취득한 것이건 혼인 후에 취득한 것이건 夫의 재산과 함께 祖業의⁸⁴⁾ 구성부분이 되며, 따라서 각자의 소유권은 잠재적인 것이 된다. 그리하여 부부 사이에서는 각자의 재산은 명의상으로는 각자의 특유재산이지만 사실상으로는 공동으로 관리수익하며, 이를 처분할 경우나 혹은 사망한 경우에는 각자의 소유권이 표면화하는 것이다.⁸⁵⁾ 당시의 토지거래법상 매도인이 소유권자가 아니거나 권원증서가 없으면 반드시 그 사유를 明記하여야 했기 때문에 남편이 독단적으로 처의 재산을 처분하는 일은 사기 또는 문서위조를 하지 않고서는 불가능한 제도였다. 따라서 조선시대 부부재산관계는 처의 재산을 주로 남편이 관리하였지만, 처의 재산을 처분할 경우에는 처와 상의하여 처리하였다.⁸⁶⁾

지소유의 실태는 오히려 개인별 토지소유를 기록한 대장인 收稅案이나 衿記에 의하여 파악되는 일도 있었다(박병호, 위의 논문, 181쪽).

81) 위의 논문, 181쪽.

82) 위의 논문, 157쪽.

83) 김두현, 「한국가족제도연구」(서울대학교출판부, 1989), 342~343쪽.

84) 조업이란 조상으로부터 전래된 재산의 총칭이다.

85) 고려시대에도 처가 夫의 가로 올 때 지참한 재산의 일부인 노비는 夫의 재산 속에 혼합되어 공동으로 사용되었지만, 법제적으로는 처의 소유로 구분되어 있었다. 처의 사망시에 이 재산은 자손에게 상속되고 자손이 없으면 생가에 귀속된다. 자손이 있더라도 재가하는 경우에는 이를 지참하였다고 한다(허홍식, 「고려사회사 연구」(아세아문화사, 1983), 327쪽). 이와 같이 고려시대에도 처의 특유재산이 인정되었음을 알 수 있다.

86) 박병호, 앞의 논문, 159쪽. 조선시대의 부부재산제는 부부가 특유재산을 소유할 수 있었다는 의미에서는 별산제에 해당하지만, 사용·수익·처분은 가장인 부가 소유권자인 처의

그리고 잠재적인 각자의 소유권은 자녀가 있는 경우에는 표면화되지 않고 일괄하여 자손에게 상속된다. 그렇지만, 상속인이 친생자녀가 아닌 경우에는 각자의 재산으로 분할되어 상속이 개시되며, 자녀가 없는 경우에는 각자의 본족에게 돌아가는 것이다.⁸⁷⁾ 자녀에게 상속하는 경우에도 부부에게 각각 특유재산이 있는 경우에는 부부의 합의에 의하여 공동명의로 문서를 작성하였다.

조선왕조실록을 살펴보면, 단종 즉위년(1452년) 11월에 이숙변과 그의 처 정씨가 공동으로 상속문서를 작성하여 남편의 재산과 처의 재산을 합하여 모든 자녀에게 나누어주었는데, 남편의 사후에 사위인 강순덕에 대하여 분재한 것의 반환을 청구한 사례가 보인다. 이 사안에 대해서는 상당한 논의가 있었는데 의정부에 내려 의논하게 하였다.

이숙변의 처 鄭氏가 上言하기를, “신의 夫妻는 노비·田地·家舍·재산을 함께 署名하여 文券을 작성하였고, 만사위인 전 현감 강순덕에게 나누어주었습니다. 남편과 딸이 모두 죽고 난 뒤에 내가 전의 文案을 고치고자 하여 강순덕으로 하여금 가져오라 하였으나, 강순덕이 이에 따르지 않으므로써 母子의 의리를 어기었습니다. 또 그 조카 강희맹을 收養하여 後嗣로 삼았다고 청탁하고, 노비를 마음대로 여러 조카에게 나누어 주면서, 나의 자손에게는 1구도 주지 않았으니, 이것은 모두 남편의 원하던 바가 아닙니다” 하였다.

의정부에서 아뢰기를, “부모가 자손에게 노비·전지·가재를 마음대로 주고 빼앗으면 자손은 한결같이 부모의 명령에 따르는 것이 고금의 常事입니다. 강순덕이 정씨의 사위로서 정씨의 명령을 따르지 않고 分財文券을 감추어 두고 내어놓지 않는 것은 도리에 어긋남이 매우 심합니다. 정씨의 노비와 가재를 모두 정씨의 구처에 따르며, 이숙변의 노비와 農舍는 정씨가 생전에는 가지고 있다가 죽고 난 뒤에는 이숙변의 문건에 의하여 물려주고, 韓(韓)의 노비와 가재는 정씨의 情願에 의하여 구처하며(밀줄 필자), 또 강순덕의 불순의 죄는 綱常에 관계되므로 징계하지 않을 수 없습니다. 청컨대 사헌부로 하여금 추핵하게 하소서”하니, 그대로 따랐다.⁸⁸⁾

의사를 반영하여 행사하였기 때문에 관리공통제로 분류할 수 있을 것이다(이화숙, 앞의 논문, 304쪽).

87) 박병호, 위의 논문, 159쪽.

이 사안에 대하여 처의 재산에 관해서는 결국 처분의 취소의 자유를 인정한 셈이다. 부의 재산의 처분에 관해서는 처로 하여금 취소할 수 있게 하여 일생 동안 관리하는 것을 허용하되, 처의 사후에는 부의 처분에 대해서만 다시 효력이 발생하도록 한 것이다.

이상에서 조선시대에도 처의 특유재산이 인정되었으며, 처가 영업으로 얻은 재산도 역시 처의 특유재산이었다는 것을 알 수 있다. 그럼에도 불구하고 관습 조사보고서가 “한국 종래의 관습에서 처의 특유재산을 인정하는지 여부에 대해서는 다소 의문이 있다”고 한 것은 불충분하다고 하여야 할 것이다. 또 처가 특유재산으로서 부동산을 소유하는 것이 결코 이례의 사실이라고도 할 수 없을 것이다.

4. 일제강점기 결수연명부와 토지소유관계

이상에서 살펴본 바에 의하면 조선시대의 토지소유권은 권원문서에 의하여 증명되고 확정되었는데, 조선고등법원의 판례에서는 문기의 점유자가 아니라 경작자 내지 결수연명부에 등재된 자를 토지소유권자로 확정하는 경향을 보이고 있다. 그리하여 일제강점기 결수연명부와 토지소유관계에 관하여 검토할 필요가 있다.

일제는 을사조약 이후 식민통치를 위한 대대적인 재정정리사업을 단행하였는데,⁸⁹⁾ 그 중 지세수취관계의 재편이 중요한 위치를 차지하고 있었다. 結數連名簿의 작성은 지세대상을 합리화함으로써 隱結을 최소화하고 지주납세의 원칙을 확립할 필요를 만족시키기 위한 것이었다.⁹⁰⁾

88) 단종 즉위년(1452년), 11월 5일(계해), 「단종실록」 제6권(국사편찬위원회), 551쪽; 조선왕조실록 CD-ROM 간행위원회, 「국역 조선왕조실록 I」 증보판(서울시스템주식회사, 1997).

89) 재정정리사업에 관한 연구로서는 田中愼一, 「韓國財政整理における徵稅制度改革について」, 『社會經濟史學』 제39권 4호(1974); 田中愼一, 「韓國財政整理における‘徵稅臺帳’整備について」, 『土地制度史學』 제63호(1974).

90) 이철우, 「토지조사사업과 토지소유법제의 변천」, 『한국법사학논총』, 박병호환갑기념(II) (박영사, 1991), 362쪽.

이미 1907년경부터 결수의 신고와 대장정리가 이루어지고 있었으나, 신고가 일부지역을 제외하고는 저조하였고 개인별 대장의 작성이 이르지 못하였기 때문에 1909년부터 2차에 걸친 결수연명부의 작성이 시도되었다. 제1차 결수연명부의 작성에 있어서는 결수의 신고를 받되 신고의 주체를 지주에 국한하지 않았는데,⁹¹⁾ 이는 당시 관행으로 되어 있었던 소작인 납세를 철저히 배격하지 못하였음을 의미한다.⁹²⁾

제2차 결수연명부의 작성에서는 지주납세의 원칙을 확립하기 위하여 신고의 주체를 지주로 확정하였으며, 1911년부터는 이에 의한 지세의 징수가 이루어졌다. 그리고 ‘지세령’⁹³⁾ 제6조 및 부칙에 따라 1914년 분 지세부터 결수연명부에 토지소유자로 등록된 자로부터 지세를 징수하였다. 이와 같이 결수연명부는 단순한 과세부가 아니라, 토지소유권의 소재를 조사, 판단한 것이었다.⁹⁴⁾ 곧 결수연명부는⁹⁵⁾ 납세의무자와 토지소유자를 동시에 파악하는 역할을 수행하였으며(밑줄 필자), 그 성과는 그대로 ‘조선토지조사사업’으로 이어졌다.⁹⁶⁾ 조선토지조사사업은 1912년 ‘토지조사령’⁹⁷⁾이 공포됨으로써 본격적으로 실시되었는데,⁹⁸⁾ 여기에서는 토지소유권의 조사와 확정이 중요한 작업이었다.⁹⁹⁾

91) 1908년의 ‘지세에 관한 건’ 제1조는, 지주납세를 원칙으로 하고 있으면서도 관습 또는 계약에 의하여 소작인 등으로부터 수세할 수 있는 여지를 남겨두고 있었다.

92) 이철우, 앞의 논문, 46쪽.

93) 제령 제1호, 1914년 3월 16일 공포·시행(일본 외무성 편, 『外地法制誌』 제8권, 制令 後編(文生書院, 1990), 64~65쪽).

94) 이와 같이 결수연명부는 인별로 정리된 대장이었다.

95) 지세령은 최초 시행 후 여섯 차례나 개정이 있었는데, 지세령의 제1차 개정(제령 제9호, 1918년 6월 18일 공포, 1918년 7월 1일 시행)에 의하여 결수연명부는 ‘지세대장’으로 개칭되었다(일본 외무성 편, 앞의 책, 66~67쪽).

96) 이철우, 앞의 논문, 363쪽.

97) 제령 제2호, 1912년 8월 13일 공포·시행(일본 외무성 편, 앞의 책, 19~21쪽).

98) 일제는 1910년 10월에 임시토지조사국관제를 정하고 토지조사사업을 착수하고, 그 후 1912년 토지조사령을 제정하여 토지조사사업을 본격적으로 실시하였다. 즉 토지에 관하여 소유권을 가진 자는 임시토지조사국장에게 토지의 소유자 및 그 경계를 신고하도록 하고(제4조), 임시토지조사국장은 지방토지조사위원회의 자문을 받아 토지의 소유자 및 그 경계를 사정하여 이를 30일간 공시하고, 사정에 대하여 불복이 있는 자는 30일의 공시기간 만료 후 30일 이내에 고등토지조사위원회에 신청하여 그 재결을 구할 수 있도록 하였다(제9조). 토지소유권은 신고에 대한 사정의 확정 또는 사정에 대한 재결에 의하여 확정되었다(제15조).

조선고등법원의 판례에서 문기의 점유자가 아니라 경작자 또는 결수연명부에 등재된 자를 토지소유권자로 확정하는 경향은 조선고등법원이 당사자의 권리구제보다는 법적 안정을 중시하고 식민지 통치정책에 부합하는 방향으로 재판을 하였다는 것을 의미한다.

5. 부부재산제에 관한 일본민법 규정과 대심원판결

조선고등법원판례가 일본의 법률과 판결의 영향을 받은 것인지를 알기 위하여 부부재산제에 관한 일본 구민법 규정과 대심원판결을 검토해 볼 필요가 있다. 이하에서는 이에 관해서 검토해 보기로 한다.

1) 일본 구민법 규정

일본 구민법¹⁰⁰⁾ 상의 부부재산제에 관한 규정을 보면 다음과 같다.

일본 구민법 제14조는 처의 행위능력과 관련하여, “① 처가 다음에 제기한 행위를 함에는 夫의 허가를 받아야 한다. 1. 제12조 제1항 제1호 내지 제6호에 제기한 행위를 하는 일.¹⁰¹⁾ 2. 증여 혹은 유증을 수락하거나 또는 이를 거절하

사정 또는 재결과 판결의 관계에 관한 조선고등법원판결로서는, 1915. 7. 6. 판결; 1917. 3. 23. 판결; 1917. 7. 9. 판결; 1918. 3. 22. 판결; 1918. 7. 9. 판결; 1919. 3. 14. 판결; 1921. 12. 23. 판결; 1922. 10. 13. 판결; 1922. 11. 17. 판결; 1925. 12. 26. 판결; 1930. 7. 8. 판결; 1932. 5. 24. 판결 등이 있다.

99) 조선토지조사사업에 관하여 자세한 것은, 신용하, 「조선토지조사사업연구」(지식산업사, 1982); 배영순, 「한말·일제초기의 토지조사와 지세개정에 관한 연구」(서울대학교 대학원 박사학위논문, 1987); 조석근, 「조선토지조사사업에 있어서 소유권조사과정에 관한 연구—김해군의 사례를 중심으로—」, 장시원 외, 『한국 근대 농촌사회와 농민운동』(열음사, 1988); 이철우, 앞의 논문, 363~368쪽; 朝鮮總督府臨時土地調査局, 『朝鮮土地調査事業報告書』(1918); 李在茂, 「朝鮮における‘土地調査事業’の實體」, 『사회과학연구』 제7권 5호(1955) 참조. 사정과 확정판결의 저촉에 관해서는, 水野正之函, 「査定卜確定判決ノ抵觸ニ就テ」, 『司法協會雜誌』 제1권 1호, 2호(1922) 참조.

100) 1896년(명치 29년) 4월 27일, 법률 제89호. 법원행정처 편, 『주요 구법령집(상)』, 재판자료 제41집(법원행정처, 1987), 81쪽 이하.

101) 1. 원본을 영수하거나 또는 이를 이용하는 일. 2. 借財 또는 보증을 하는 일. 3. 부동산 또

는 일. 3. 신체에 구속(羈絆)을 받을 계약을 하는 일. ② 전항의 규정에 반하는 행위는 이를 취소할 수 있다”고 규정하고 있었다.

그리고 제799조 1항에서는, “부 또는 여호주는 용법에 따라 그 배우자의 재산을 사용 수익할 권리를 가진다”라고 규정되어 있었으며, 제801조에서는 “① 부는 처의 재산을 관리한다. ② 부가 처의 재산을 관리할 수 없는 때에는 처 스스로 이를 관리한다”라고 규정되어 있었다.

또 제807조에는, “① 처 또는 入夫가 혼인 전부터 가진 재산 및 혼인 중 자기의 이름으로 얻은 재산은 그 특유재산으로 한다. ② 부부의 누구에게 속하는지 분명하지 않는 재산은 夫 또는 여호주의 재산으로 추정한다”로 규정되어 있었다.

처의 행위능력과 부부재산제에 관해서는 일본민법을 의용하지 않고 조선의 관습에 의하는 것으로 되어 있었지만, 일제는 1921년 조선민사령 제11조의 제1차 개정으로¹⁰²⁾ 능력에 관한 일본민법상의 조항(제3조~제20조)을 적용함으로써 처의 무능력과 아울러 처의 고유재산에 대한 夫의 관리권(제801조 2항)을 인정하는 등 일본 민법전을 의용하였다.

2) 처의 행위능력 등에 관한 대심원판결

(1) 대심원 1901년(명치 34년) 5월 29일 제2민사부 판결¹⁰³⁾

처가 소송행위를 함에는 夫의 허가를 얻지 않으면 안 된다.¹⁰⁴⁾

(2) 대심원 1902년(명치 35년) 6월 11일 제2민사부 판결¹⁰⁵⁾

는 중요한 동산에 관한 권리의 득상을 목적으로 하는 행위를 하는 일. 4. 소송행위를 하는 일. 5. 증여, 화해 또는 중재계약을 하는 일. 6. 상속을 승인하거나 또는 이를 포기하는 일.

102) 조선민사령 제1차 개정은 토지조사사업이 일용 완료하고(1918년) 그것을 토대로 산미증산 계획을 추진하기 시작한 1921년 11월 4일에 공포하고 같은 해 12월 1일부터 시행하였다.

103) 1900년(명치 33년(才)제541호. 「大審院民事判決錄」 제7집 제5권(1901), 136~139쪽; 「大審院民事判決錄(縮刷版)」 제2권(新日本法規出版株式會社, 1972), 1127쪽.

104) 有夫의 처는 민법 제14조의 규정에 따라 夫의 허가를 받지 않으면 소송행위를 할 수 없다 (밀줄 원문방점). 「大審院民事判決錄」 제7집 제5권, 139쪽; 「大審院民事判決錄(縮刷版)」 제2권, 1127쪽.

夫의 처에 있어서 授權에 관해서는 소송대리인에 관하여 심급마다 서면위임을 요한다는 것과 같은 규정이 없어 제1심에 있어서 그 夫의 허가를 받은 이상은 그 소송사건에 관해서는 상급심에 이르러도 다시 그 허가를 요하지 않아 소송행위를 유효하게 할 수 있다.¹⁰⁶⁾

(3) 대심원 1904년(명치 37년) 4월 9일 제1민사부 판결¹⁰⁷⁾

처가 夫의 허가를 얻지 않고 한 소송행위라고 하더라도 이를 취소하지 않는 동안은 유효한 것으로 성립하기 때문에 夫의 추인을 받은 때에는 처음부터 허가가 있는 것과 동일한 효력이 있다.¹⁰⁸⁾

(4) 대심원 1904년(명치 37년) 6월 4일 제1민사부 판결¹⁰⁹⁾

夫는 민법상 처의 소송행위에 관하여 각 심급을 통하여 무제한적으로 그 허가를 줄 수 있을 뿐만 아니라 민사소송법에 있어서도 심급마다 夫의 허가를 증명하는 서면을 요한다는 규정이 없어 夫가 소의 제기 당시 무제한의 허가를 준 이상은 처는 각 심급에 있어서 유효한 소송행위를 할 수 있다는 것은 말할 필요도 없다.¹¹⁰⁾

(5) 대심원 1906년(명치 39년) 6월 1일 제2민사부 판결¹¹¹⁾

105) 1902년(명치 35년(才)제52호. 「大審院民事判決錄」 제8집 제6권(1902), 49~57쪽; 「大審院民事判決錄(縮刷版)」 제3권(新日本法規出版株式會社, 1972), 234~236쪽.

106) 기록을 점검하니 피상고인은 제1심에 있어서 夫 捨五郎의 허가를 받아 소송행위를 하여 온 것은 그 기록에 첨부되어 있는 1900년(명치 33년) 4월 2일부의 藤根捨五郎의 승낙서라는 題下의 서면에 의하여 명백하다. 그러면 夫의 처에 있어서 授權과 같은 것은 소송대리인에 관하여 그 심급마다 서면위임을 요한다는 것과 같은 규정이 없어 제1심에 있어서 그 夫의 허가를 받은 이상은 그 소송사건에 관해서는 상급심에 이르러도 다시 그 허가를 요하지 않아 소송행위를 유효하게 할 수 있다(밀줄 원문 방점). 「大審院民事判決錄」 제8집 제6권, 56~57쪽; 「大審院民事判決錄(縮刷版)」 제3권, 236쪽.

107) 1904년(명치 37년(才)제139호. 「大審院民事判決錄」 제10집(1904), 497~804쪽; 「大審院民事判決錄(縮刷版)」 제3권(新日本法規出版株式會社, 1972), 1049쪽.

108) 처가 夫의 허가를 얻지 않고 한 소송행위는 전연 무효가 아니라 이를 취소하지 않는 동안은 유효한 것으로 성립하기 때문에 처가 이를 추인한 때에는 처음부터 夫의 허가가 있는 것과 동일한 효력이 있다(밀줄 원문 방점). 「大審院民事判決錄」 제10집, 499쪽; 「大審院民事判決錄(縮刷版)」 제3권, 1049쪽.

109) 1904년(명치 37년(才)제271호. 「大審院民事判決錄」 제10집(1904), 805~808쪽; 「大審院民事判決錄(縮刷版)」 제3권(新日本法規出版株式會社, 1972), 1126~1127쪽.

110) 「大審院民事判決錄」 제10집, 806쪽; 「大審院民事判決錄(縮刷版)」 제3권, 1126쪽.

처가 夫의 허가를 받지 않고 자기의 부동산에 저당권을 설정하여 등기를 한 경우에 있어서는 夫는 그 저당권설정행위를 취소하고 또 등기의 말소도 청구할 수 있다.¹¹²⁾

(6) 대심원 1907년(명치 40년) 1월 21일 제2민사부 판결¹¹³⁾

처의 재산에 대한 夫의 수익권은 부부관계의 계속 중에 한하여 존립하는 것이라고 하더라도 혼인중 이미 발생한 法定果實에 관해서는 비록 그 해소 후라고 하더라도 夫인 자가 이를 수취할 권리를 가지는 것은 당연하다.¹¹⁴⁾

처의 특유재산을 직접적으로 다룬 대심원판결은 보이지 않는데, 이는 일본 구민법제14조 및 제12조 1항 4호에서 처가 소송행위를 할 경우에는 夫의 허가를 받도록 되어 있었던 것에 기인하는 것으로 추정된다.

그렇지만 위 대심원판결들을 통하여 볼 때 조선고등법원은 처의 무능력과

111) 1906년(명치 39년(才)제25호 「大審院民事判決錄」 제12집(1906), 893~899쪽; 「大審院民事判決錄(縮刷版)」 제4권(新日本法規出版株式會社, 1972), 798~799쪽.

112) 처가 夫의 허가를 받지 않고 자기의 부동산에 저당권을 설정한 때에는 夫는 그 저당권설정행위를 취소할 수 있는 것은 민법 제14조, 제12조가 규정하는 바이다. 그리하여 취소의 효력은 취소된 행위로써 처음부터 무효로 이전 그 행위가 없는 것으로 행위 이전의 원상으로 회복된다는 것은 같은 제121조의 범의에 비추어 명백하다. 그리하여 처가 夫의 허가를 받지 않고 저당권에 이미 등기가 되어 있는 경우에는 夫가 취소권의 행사로 그 저당권설정행위만을 취소하여도 등기로 여전히 존재함에 있어서는 위 취소로 설정행위 이전의 원상으로 회복되었다고 할 수 없다. 이와 같은 경우에 있어서는 위 취소의 성질로서 夫에 대하여 저당권등기말소의 청구도 허용하지 않으면 취소권의 목적을 다할 수 없다는 것은 조금도 의심이 없는 바로서 취소권의 행사자에 대하여 원상회복에 필요한 등기말소의 청구권도 허용한 것으로 해석하지 않을 수 없다(밀줄 원문방집). 「大審院民事判決錄」 제12집, 898~899쪽; 「大審院民事判決錄(縮刷版)」 제4권, 799쪽.

113) 1906년(명치 39년(才)제609호 「大審院民事判決錄」 제13집(1907), 4~10쪽; 「大審院民事判決錄(縮刷版)」 제5권(新日本法規出版株式會社, 1972), 38~39쪽.

114) 부가 여호주 아닌 처의 재산에 관하여 사용수익을 할 권리를 가지는 것은 민법 제779조에 의하여 명백하다. 이 권리가 부부관계의 계속중에 한하여 존재하는 것은 물론이지만 혼인중 이미 생긴 法定果實에 관해서는 그 해소후에 있어서도 夫인 자가 이를 수취할 권리를 가지는 것은 당연하다. 왜냐하면, 夫는 혼인으로부터 생기는 일체의 비용을 부담하는 보상으로 위와 같은 수익권을 가지는 것으로 제3자에 대하여 夫 때문에 발생한 수익상의 권리가 시효로 소멸함은 별론이지만 단순히 혼인의 해소로 행위를 방해하는 條理가 없기 때문이다(밀줄 원문방집). 「大審院民事判決錄」 제13집, 7쪽; 「大審院民事判決錄(縮刷版)」 제5권, 38쪽.

처의 고유재산에 대한 夫의 관리권에 관한 위 일본 구민법 규정과 대심원판결의 영향을 다소 받은 것으로 생각된다.

IV. 신민법의 제정과 대법원판결

1. 해방 후 의용민법의 효력 및 민법제정 과정

해방 후에도 미군정청은 1945년 11월 2일의 법령 제21호¹¹⁵⁾를 발표하여 당시 시행 중이던 법령의 효력이 유지되도록 하였다.¹¹⁶⁾

그런데 미군정기인 1947년 9월 2일에 대법원은 의용민법 제14조의 처의 무능력 규정을 무효라고 판시하였다. 즉 “처에 대하여는 민법 제14조 제1항에 의하여 그에 해당하는 행위에는 夫의 허가를 受함을 요하여 그 능력을 제한한 바 이는 부부간의 화합을 위한 이유도 없지 않으나 주로 부에 대하여 우월적 지배권을 부여한 취지라고 인정치 않을 수 없다. …(중략)… 남녀평등을 부인하던

115) 재조선미국육군사령부군정청, 「군정법령집」(조선행정학회, 1947), 23쪽. 군정법령은 법원 행정처 편, 「주요 구법령집(하)」, 재판자료 제42집(법원행정처, 1988), 21쪽 이하에도 수록되어 있다.

116) 미군정하의 법체제 전반에 대한 총체적 성격규정도 필요하다고 할 것이다. 미군정하의 법제연구로서는, 원세권, 「미군정법령 제33호의 해석—대법원 1968. 12. 3. 선고 68다1967판결—」, 『판례연구』 제2집(서울변호사회, 1972), 271쪽; 박성빈, 「미군정과 1948년의 헌법성립」, 『법정논총』 제28권(제42집)(중앙대학교, 1988), 77쪽; 윤대성, 「한국민법전편찬에 미친 영미법의 영향—미군정시대(1945~1947)의 민법전편찬과 로빈기어(Lobingier, C)의 한국민법전초안(Proposed Civil Code for Korea)을 중심으로—」, 『비교사법』 창간호(통권 1호), 5쪽; 윤대성, 「미군정시대(1945~1948)의 한국민법전편찬사업과 로빈기어의 <한국민법전초안>에 관한 연구」, 『비교사법』 제4권 1호(통권 6호), 383쪽·제4권 2호(통권 7호), 339쪽; 윤대성, 「미군정시대(1945~1948)의 한국민법전편찬사업—법률고문관의 활동을 중심으로—」, 『헌법학과 법학의 제문제』(1996), 423쪽; 윤대성, 「미군정기(1945~1948)의 민법학」, 『민사법의 실천적 과제』(한도 정환담교수 화갑기념, 2000), 1쪽; 이만희, 「미군정기사법개혁에 관한 연구」(고려대학교, 1989); 권순일, 「미군정기의 사법제도」, 『법제연구』 제8호(1995), 79쪽 등이 있다.

구제도로써 그 차별을 가장 현저히 한 민법 제14조는 우리 사회상태에 적합하지 아니하므로 그 적용에 있어서 적당한 변경을 가할 것은 자연의 事勢이다. 茲에 본원은 사회의 진전과 법률의 해석을 조정함에 의하여 비로소 심판의 타당을 기할 수 있음에 鑑하여 同條에 의한 처의 능력제한을 인정하지 아니하는 바이다(밑줄 필자). (후략)…”라고 판시하였다.¹¹⁷⁾

그 후 우리 정부가 수립되기 전인 1948년 3월 28일에도 대법원은 처의 행위능력을 제한하는 의용민법 제14조의 적용문제와 관련하여 그 적용을 배제하는 판단을 내렸다.¹¹⁸⁾

1948년 8월에 정부가 수립된 후 민법제정 과정에서도 처의 행위능력 제한에 관한 논의는 있었다. 당시 ‘법전편찬위원회 민법분과위원회’의 신분편 주책임 위원이었던 장경근은 친족상속법 입법방침 및 요강사안을 발표하였는데,¹¹⁹⁾ 처의 행위능력에 대하여 친족편의 요강 제20항에는, “① 처는 자기의 특유재산에 관한 행위 및 소송행위에 관하여 夫의 동의를 요하지 않도록 할 것, ② 신체의 기속을 받을 계약 또는 영업을 함에는 夫의 동의를 요하는 것으로 할 것”으로 되어 있었다.¹²⁰⁾ 이 항목은 그대로 법전편찬위원회의 ‘민법친족상속편요강’의 한 내용으로 확정되었다.¹²¹⁾

117) 1947. 9. 2. 선고 1947년민상제88호 판결, 『법정』 제2권 10호(통권 제13호), 1947년 10월호, 49쪽. 이 판결에 대해서는 찬반논의가 있었는데, 양창수, 「우리나라 최초의 헌법재판논의 - 처의 행위능력 제한에 관한 1947년 대법원판결에 대하여 -」, 『법학』 제40권 2호(통권 111호)(권영성교수 장년기념호, 서울대학교 법학연구소, 1999), 125쪽 이하에서는, 이 논의를 우리나라 최초의 법학논쟁이라고 한다. 반대로로서는, 김갑수, 「군정과 일본법 적용의 한계(5·완) - 처의 능력과 대법원판례 -」, 『법정』 제2권 10호(통권 제13호), 1947년 10월호, 36쪽 이하; 황성희, 「처의 능력에 대한 신평례에 관하여」, 『법정』 제2권 12호(통권 제15호), 1947년 12월호, 12쪽 이하; 김중환, 「민법 제14조에 대한 판례비평」, 『법정』 제3권 1호(통권 제16호), 1948년 1월호, 39쪽 이하 등이 있었다. 찬성론으로는, 홍진기, 「사법재판소의 법률심사」, 『법정』 제2권 11호(통권 제14호), 1947년 11월호, 4쪽 이하; 장후영, 「민법 제14조의 운명」, 『법정』 제3권 4호(통권 제18호), 1948년 4월호, 6쪽 이하 등이 있었다.

118) 대법원 1948. 3. 28. 선고 1947년민상제260호 판결.

119) 장경근, 「親族相續法立法方針及要綱私案」, 『법정』 제3권 9호(통권 23호), 1948년 9월호, 13쪽 이하.

120) 친족편 혼인의 효력에 규정되어 있었다.

그런데 민법안에는 처의 행위능력을 제한하는 규정이 전혀 포함되어 있지 않았다. 그럼에도 불구하고 ‘민의원 법제사법위원회 민법안심의 소위원회’의 친족편 심의요강 제18항은 앞서 본 장경근의 친족편 요강 제20항과 동일한 내용으로 되어 있었지만,¹²²⁾ 결국 민법안 심의과정에서는 관철되지 못하였다.

한편 민법 총칙편의 심의과정에서는 처의 무능력을 규정한 의용민법 제14조는 제헌헌법 제18조(평등권에 관한 규정)에 비추어 삭제됨이 당연하다고 하였다.¹²³⁾ 이는 1947년 9월 2일의 대법원 판결이 민법제정 과정에도 영향을 미쳤음을 의미하는 것이다.

2. 신민법하의 부부재산제와 대법원판결

이하에서는 조선고등법원판결이 대법원판결에 어떠한 영향을 미쳤는지를 파악하기 위하여 신민법하의 부부재산제와 대법원판결을 검토해 보기로 한다.

1958년에 제정된 신민법(법률 제471호, 1958. 2. 22. 공포, 1960. 1. 1. 시행)에서는 법정재산제로서 부부재산 별산제를 취하였으며, 귀속불분명 재산에 대하여는 夫의 재산으로 추정하였으나 1977년 민법의 일부개정(법률 제3051호, 1977. 12. 31. 공포, 1979. 1. 1. 시행)에 의하여 부부의 공유로 추정되었다.

배우자의 특유재산에 관한 대법원판결을 유형별로 간단히 소개하면 다음과 같다.

1) 배우자의 특유재산으로의 추정

(1) 대법원 1967. 9. 26. 선고 67다1802 판결

민법의 규정에 부부간에 특유재산제도를 채택하고 있고 여자가 독자적으로 영업을 하는 경우가 허다하다고 하여도 이 사건에 있어서 원심이 그가 채용한

121) 민의원 법제사법위원회 민법안심의소위원회, 「민법안심의자료집」(1957), 1쪽 이하.

122) 민의원 법제사법위원회 민법안심의소위원회, 「민법안심의록」 하권(1957), 1쪽 이하.

123) 민의원 법제사법위원회 민법안심의소위원회, 「민법안심의록」 상권(1957), 13쪽.

증거를 종합하여 원고와 소의 임병학은 1943. 4. 22 혼인하여 동거중 부부가 주거지 근방 시장에서 복성상회라는 상호로 포목상을 경영하되 상회의 영업감찰은 원고명의로 되어 있으나 상점의 물건들의 소유자는 원고의 남편인 소의 임병학이고 원고는 물품을 판매하는데 도와주고 있다는 사실을 인정하고 이에 배치되는 증거를 배척한 조처에 채증법칙위배의 위법이 있다고 할 수 없으며 소론 세금 영수증(갑 제2호증의 1 내지 5)이 원고명의로 되어있음은 영업감찰을 원고명의로 받은 결과이고(밀줄 필자) 집달리 대리가 가압류집행 당시에 원고가 이의 없이 입회한 사실도 원심인정사실을 뒷받침하는 것으로서 영문을 모르고 이의를 하지 않았다는 논지도 이유 없다.

이 판결은 1977년 민법의 일부개정 전의 것으로, 이 판결에서는 배우자의 특유재산의 인정에 있어 세금 영수증의 명의에 아무런 비중을 두고 있지 않다. 결론적으로는 처의 기여행위를 전혀 인정하지 아니하고 개정 전 민법의 규정에 따라 남편의 특유재산으로 인정하고 있다.

(2) 대법원 1962. 3. 29. 선고 4294민상962 판결

피고와 피고의 처가 본건 점포에서 포목상을 현실적으로 공동경영을 하고 있는 본건 점포의 임차명의자가 피고의 처 명의로 되어 있는 반면에 영업에 관한 납세의무자가 피고명의로 되어 있다는 사실과 피고가 다른 직업을 가지고 있지 아니하다는 사실들에 의하면 남편되는 피고가 경영하고 있는 것이라고 추정하였음은 정당하다(밀줄 필자).¹²⁴⁾

이 판결도 1977년 민법의 일부개정 전의 것으로, 결론적으로는 위 판결에서와 마찬가지로 역시 처의 기여행위를 전혀 인정하지 아니하고 개정 전 민법 규정에 따라 남편의 특유재산으로 추정하고 있다. 그렇지만 이 판결에서는 위 판결에서와는 달리 배우자의 특유재산의 인정에 있어 영업에 관한 납세의무자의 명의에 상당한 비중을 두고 있다.

124) 이 판결은 1977년 민법의 일부개정 전의 것으로 현행법 하에서는 부부공유로 추정된다. 이하 1977년 민법개정 전 판결의 경우에는 모두 마찬가지이다.

2) 특유재산추정에 대한 반대사실의 증명책임

(1) 대법원 1966. 7. 26. 선고 66다1024 판결

부부의 누구에게 속하는 것인지 분명하지 아니한 재산은 구민법(1977. 12. 31 법률 제2051호로 개정되기 전) 제830조 제2항이 규정하는 바에 따라 부의 소유로 추정되는데 그 재산이 처의 특유재산이라는 점에 관한 입증책임은 그 주장자에게 있다(밑줄 필자).

이 판결은 1977년 민법의 일부개정 전의 것으로, 개정 전 민법이 부부의 누구에게 속한 것인지 분명하지 않은 재산은 부의 특유재산으로 추정하고 있었는데, 이 경우에 부의 재산이 아니고 처의 재산이라는 점에 관한 증명책임은 그 주장자에게 있다고 판시한 것이다.

(2) 대법원 1971. 11. 30. 선고 71다2076 판결

부부의 누구에게 속하는 것인지 분명하지 아니한 재산은 부(夫)의 소유로 추정되므로 가압류한 물건들이 처의 특유재산이라는 점에 관한 입증책임은 가압류자에게 있다.¹²⁵⁾

이 판결은 위 판결과 같은 취지의 것으로, 부의 특유재산으로 추정된 재산에 대하여 부의 재산이 아니고 처의 재산이라는 점에 관한 증명책임은 처의 채권자에게 있다고 판시한 것이다.

125) 같은 취지의 판결로서, “원고와 소외 배금남은 부부지간이고 본건 물건의 가압류집행장소는 원고의 주거이고 같은 소외인과 동거하는 주택임을 엿볼 수 있는 본건에 있어서는 위 물건들은 적어도 민법 제830조 제2항 소정의 부부의 누구에게 속하는 것인지 분명치 아니한 재산이었다고 할 것인즉 이를 부(夫)인 원고의 소유로 추정하여야 할 것이었으며 따라서 그 물건들이 소외 배금남의 특유재산이라는 점에 관하여는 피고에게 입증책임이 있었다고 할 것이었음에도 불구하고 원심이 원고에게 그 입증책임이 있었던 것 같이 법리를 오해하여 원판시와 같이 인정하였음은 필경 채증법칙을 위배한 위법이 있다고 할 것이므로 논지는 이유 있다”라고 하는 대법원 1971. 12. 14. 선고 71다2210 판결이 있다.

3) 특유재산 추정의 번복사유

(1) 대법원 1977. 4. 12. 선고 76다521 판결

부부 공동생활의 영위에 필요한 가재도구는 그것들의 용도와 종류 등으로 보아 우리의 경험칙상 일용 남편의 재산이라고 봄이 상당하다고 할 것이므로 아내의 소유재산으로 인정하려면 그것들을 구입하게 된 전후 사정 및 구입자금의 구체적인 출처 등을 밝혀 보아야 한다(밑줄 필자).

이 판결은 1977년 민법의 일부 개정 전의 것으로, 부의 특유재산으로 추정된 경우 이를 번복하기 위해서는 그것들을 구입하게 된 전후 사정 및 구입자금의 구체적인 출처 등을 밝혀 보아야 한다고 판시한 것이다. 그렇지만 부부 공동생활에 필요한 가재도구 등은 부부 일방의 수입 또는 자산으로 구입한 것이라고 하더라도 부부의 공유에 속하는 것으로 보았어야 할 것이다. 왜냐하면, 추정은 오로지 부부 중 누구의 소유에 속하는 재산인지가 불분명한 경우에 한하여야 하며, 위 사안과 같은 경우에는 귀속불분명의 경우는 아니라고 판단되기 때문이다.

(2) 대법원 1986. 9. 9. 선고 85다카1337, 1338 판결¹²⁶⁾

부부의 일방이 혼인 중 그의 명의로 취득한 부동산은 그의 특유재산으로 추정되는 것으로서 그 부동산을 취득함에 있어 상대방의 협력이 있었다거나 혼인생활에 있어 내조의 공이 있었다는 것만으로는 위 추정을 번복할 수 있는 사유가 되지 못하고 그 부동산을 부부 각자가 대금의 일부씩을 부담하여 매수하였다거나 부부가 연대채무를 부담하여 매수하였다는 등의 실질적 사유가 주장 입증되는 경우에 한하여 위 추정을 번복하고(밑줄 필자) 그 부동산을 부부의 공유로 인정할 수 있다.¹²⁷⁾

126) 이 판결에 대한 평석으로는, 성기창, 「부부의 일방이 혼인중 자기명의로 취득한 재산이 부부의 공유로 인정되는 경우—대법원 1986. 9. 9. 선고 85다카1337, 85다카1338 판결—」, 『대법원판례해설』 제6호(1986), 109쪽; 조미경, 「혼인중 취득한 재산과 가사노동—대법원 1986. 9. 9. 선고 85다카1337, 85다카1338 판결—」, 『판례월보』 제240호(1990), 27쪽 이하 참조.

127) 같은 취지의 판결로서, 대법원 1992. 12. 11. 선고 92다21982 판결; 대법원 1995. 2. 3. 선고

이 판결은 부부 일방의 특유재산으로 추정된 부동산의 경우, 이를 번복하기 위해서는 그 부동산을 부부 각자가 대금의 일부씩을 분담하였다는 등의 실질적 사유가 증명되어야 한다고 판시한 것이다. 아울러 그 부동산을 취득함에 있어 상대방의 협력이 있었다거나 혼인생활에 있어 내조의 공이 있었다는 것만으로는 위 추정을 번복할 수 있는 사유가 되지 못한다고 한다. 이는 가사노동의 경제적 가치가 전혀 고려되지 않은 것으로 검토의 여지가 있다고 할 것이다.¹²⁸⁾

(3) 대법원 1990. 10. 23. 선고 90다카5624 판결¹²⁹⁾

가. 부부의 일방이 혼인 중에 자기명의로 취득한 재산은 그 명의자의 소유 재산으로 추정되나 실질적으로 다른 일방 또는 쌍방이 그 재산의 대가를 부담하여 취득한 것이 증명된 때에는 소유재산의 추정은 번복되어 다른 일방의 소유이거나 쌍방의 공유라고 보아야 할 것이다.¹³⁰⁾

나. 부동산매입자금의 원천이 남편의 수입에 있다고 하더라도 처가 남편과 18년간의 결혼생활을 하면서 여러 차례 부동산을 매입하였다가 이익을 남기고 처분하는 등의 방법으로 증식한 재산으로써 그 부동산을 매입하게 된 것이라면 위 부동산의 취득은 부부쌍방의 자금과 증식노력으로 이루어진 것으로서(밀줄 필자) 부부의 공유재산이라고 볼 여지가 있다.

이 판결의 전단부는 대체로 위 판결과 같은 취지의 판시를 한 것으로 볼 수 있다. 그러나 하단부의 판시사항은 부동산을 매입하였다가 이익을 남기고 처분

94다42778 판결.

128) “혼인중 처의 이름으로 재산을 취득한 경우, 그 재산취득을 위한 자금이 주로 남편의 수입에 의존하여 형성되었다는 이유만으로 그 재산이 남편만의 특유재산이라고 단정할 수는 없고 부부의 공유라고 추정함이 상당하다”라고 한 서울민사지방법원 1988. 6. 9. 선고 87가합3317 판결 참조.

129) 이 판결에 대한 평석으로는, 한일환, 「부부의 특유재산과 공유재산—대법원 1990. 10. 23. 선고 90다카5624 판결—」, 『판례연구』 제5집(서울지방변호사회, 1992), 251쪽 이하 참조.

130) 같은 취지의 판결로서, 대법원 1992. 8. 14. 선고 92다16171 판결; 대법원 1995. 10. 12. 선고 95다25695 판결. 사실혼관계에 있는 부부에 관한 것이지만, 같은 취지의 판결로서는, 대법원 1994. 12. 22. 선고 93다52068 판결.

하는 등의 방법으로 재산을 증식한 처의 기여행위를 평가한 것으로 의의가 있다고 할 것이다.

위와 같은 대법원판결들은 일정부분 조선고등법원판결로부터 영향을 받은 것으로 생각된다. 즉 배우자의 특유재산의 인정에 있어 영업에 관한 납세의무자의 명의를 운운하거나, 아내의 소유재산으로 인정하려면 그것들을 구입하게 된 전후 사정 및 구입자금의 구체적인 출처 등을 밝혀 보아야 한다는 등의 언급에서 알 수 있다.

V. 결론

이상에서 일제강점초기의 처의 특유재산에 관한 관습법을 주로 조선고등법원의 판결의 분석을 통하여 고찰하였다. 이하 연구결과를 종합하여 정리하면 다음과 같다.

첫째, 일제강점초기의 처의 특유재산에 관한 관습법을 규명하기 위하여 관습조사보고서와 조선고등법원판결을 분석·검토해 보았다. 그 결과 처의 특유재산에 관하여 관습조사보고서는 “한국 종래의 관습에서 처의 특유재산을 인정하는지 여부에 대해서는 다소 의문이 있다”고 하였고, 조선고등법원의 판례에서는 경작자 또는 결수연명부에 등재된 자를 토지소유권자로 확정하는 경향을 보이고 있다는 사실을 발견하였다.

둘째, 위 관습조사보고서의 진위를 파악하기 위하여 조선시대 토지소유권의 증명방법과 처의 특유재산에 관하여 알아보았다. 그 결과 조선시대에도 처의 특유재산이 인정되었으며, 처가 영업으로 얻은 재산도 역시 처의 특유재산이었다는 것을 알 수 있었다. 그러므로 관습조사보고서는 불충분한 조사결과를 담고 있다고 하여야 할 것이다.

셋째, 처의 특유재산에 관한 조선고등법원판결이 시사하는 바를 탐구하기 위하여 일제강점기 결수연명부와 토지소유관계에 관하여 검토해 보았다. 그 결과 결수연명부는 납세의무자와 토지소유자를 동시에 파악하는 역할을 수행하

였다는 것을 알았다. 그러므로 조선고등법원이 판결이유에서는 처의 특유재산에 관한 관습을 언급하고는 있으나, 결국 문기의 점유자가 아니라 경작자 내지는 결수연명부에 등재된 자를 토지소유권자로 확정하는 경향은 우연이 아니라 조선고등법원이 당사자의 권리구제보다는 법적 안정을 중시하고 의도적으로 식민지 통치정책에 부합하는 방향으로 재판을 하였다는 것을 의미한다. 즉 결수연명부의 명의인이 토지소유권자라는 결론을 미리 내려두고 판결이유는 결과에 맞게끔 억지로 꾸며 낸 것으로 판결이유를 작성하기 위한 이유에 지나지 않았다는 것이다.

넷째, 조선고등법원판례가 일본의 법률과 판결의 영향을 받은 것인지를 고찰하기 위하여 처의 행위능력 및 부부재산제에 관한 일본 구민법 규정과 대심원판결을 검토해 보았다. 그 결과 조선고등법원판결은 처의 무능력과 처의 고유재산에 대한 부의 관리권에 관한 일본 구민법 규정과 대심원판결의 영향을 다소 받은 것으로 보인다. 결론적으로 이러한 일련의 과정은 후일 조선민사령의 개정으로 일본민법을 적용하기 위한 준비작업에 지나지 않았다고 할 수 있을 것이다.

다섯째, 조선고등법원판결이 대법원판결에 어떠한 영향을 미쳤는지를 파악하기 위하여 신민법하의 부부재산제와 대법원판결을 검토해 보았다. 그 결과 조선고등법원판결이 대법원판결에 일정부분 영향을 미친 것으로 확인되었다.

조선민사령에서 친족상속에 관하여 일본민법을 의용하지 않고 조선의 관습에 의하도록 한 것에 대해서는 일찍이 일본인 학자에 의하여, “그로 말미암아 개인권리의식을 묵살하며 성장을 억제하고 아울러 겨우 협력을 얻게 된 상층계급의 환심을 사는데 목적이 있었던 것이다”라는 지적이 있다.¹³¹⁾

그리고 조선민사령 제11조를 개정하여 일본친족상속법의 적용범위를 확대하게 된 배후에는, “관습을 조사한 결과 일본민법과 동일한 내용이 확인되었다고 하는 정략적인 동화정책이 있었다”는 것이다.¹³²⁾

이상의 연구결과 관습조사보고서 및 조선고등법원판례의 태도가 관습의 왜

131) 島田正郎, 「アジア—歴史と法」(1963), 26쪽.

132) 이상욱, 앞의 논문, 「일제하 전통가족법의 왜곡」, 381쪽.

꼭이라고 단정하기는 어렵다고 하더라도, 한가지 분명한 것은 일본 구민법의 규정 및 식민지 통치정책과 같은 방향으로 관습법을 형성해 나갔다는 점이다. 이는 관습법의 발견, 확인이라기보다는 관습의 이름을 빌린 판례관습법의 창조라고 하여야 할 것이며, 한국에 일본식의 민사법제를 도입하기 위한 준비작업이었던 것이다.¹³³⁾

133) 朝鮮舊慣調査計劃의 진의는, “조선을 깊이 일본에 붙여 두기 위해서는 반드시 구관을 존중하고 풍속을 그대로 남겨두어야 한다. 梅(謙次郎)박사가 舊慣調査에 노력한 것도 그 준비였던 것이다”라는 조선의 구관의 권위자로 자타공인하였던 小田幹治郎의 말에서 잘 나타나고 있다(司法協會, 앞의 회고록, 「朝鮮司法の往事を語る座談會」, 62쪽).

日帝強占初期における妻の特有財産に関する慣習法*

金元泰**

本論文では、日帝強占初期における妻の特有財産に関する慣習法を主に朝鮮高等法院の判決の分析を通じて考察した。

朝鮮高等法院の判決理由においては妻の特有財産に関する慣習が述べられているが、耕作者ないし結數連名簿に登載された者を土地所有権者として確定する傾向が見える。これは、朝鮮高等法院が当事者の権利救済よりは法的安定を重視し、意圖的に植民地における統治政策に附合する方向への裁判を下されたことに意味がある。

朝鮮高等法院判決は、妻の無能力と妻の固有財産に対する夫の管理權に関する日本における舊民法の規定と大審院判決との影響を受けたと思う。結論的に、このような一連の過程は、後日朝鮮民事令の改正によって日本民法を適用するための準備作業に過ぎなかったと言える。

以上の研究結果、朝鮮高等法院判例の立場が慣習の歪曲という断定は難しいかもしれないが、一つだけ明らかなものは、慣習法を日本の舊民法の規定および植民地における統治政策と同様な方向へ形成した点である。

[主題語] 慣習法, 慣習調査報告書, 朝鮮高等法院, 朝鮮民事令, 特有財産

* 本論文は、2002年度の韓國學術振興財團の支援によって研究されたものである (KRF-2002-074-BM1535)。

** Kim, Won-Tae 忠北大學校 法科大學 助教授・法學博士