

植民地期 慣習法の 形成과 韓國家族法

鄭肯植*

목 차

- I. 머리말
- II. 朝鮮時代の 家族制度
- III. 家父長的 家族制度의 形成過程
 - 1. 開化期
 - 2. 植民地期
- IV. 現代 韓國의 家族法
 - 1. 戶主制의 導入過程
 - 2. 戶主制의 認識 背景
- V. 맺음말

I. 머리말

현대 한국의 화두는 ‘民主化’이었다. 여기에는 정치·경제뿐만 아니라 가족의 민주화도 당연히 포함되며, 그 핵심은 ‘戶主制’의 폐지이었다. 50여 년에 걸친 논란 끝에 2005년 憲法裁判所에서 호주제가 사실상 違憲이라는 결정과 그해 민법의 개정으로 2008년 1월 1일부터 호주제는 한국에서 사라졌다.¹⁾ 호주제

* 서울대학교 법과대학·법학대학원 교수

1) 1990년 民法改正에서 政府原案에서는 戶主制와 家制度를 폐지하였으나, 國會 審議過程에서 유림을 의식한 국회의원의 입장이 반영되어 변경되었다. 그 결과 제5편 상속 제1장 ‘戶主相續’은 “제4편 친족 제8장 戶主承繼”로 되고, 호주의 권한을 삭제하여 호주는 호적상 첫머리

를 지지하는 儒林들은 이것이 역사적 전통이라는 점을 강조하고, 이를 반대하는 측에서는 헌법의 남녀평등에 위반하며, 전통이 아닌 일본에 의해 왜곡된 것이라는 점을 강조하였다. 즉 戰前 日本의 明治民法의 家督과 家督相續의 殘滓物이라는 것이다. 法史學界에서는 호주제에 대해 일찍부터 왜곡에 초점을 두어 연구를 진행하였다. 그러나 근래에 역사학계에서 좀 더 입체적으로 보아 왜곡의 측면도 있지만, 조선 내부 관습의 변화에 초점을 둔 연구도 나왔다.

발표자도 초기에는 왜곡의 측면을 강조하였지만, 근래에 조선말기 사회에 바탕을 내부적 변화와 이의 규범화라는 측면에 의미를 더 많이 부여하고 있다. 결론부터 이야기를 하면, 19세기 말의 조선사회는 상당한 정도의 호주제적 요소를 배태하고 있었으며, 식민지 지배는 이를 규범으로 확인하고 裁判規範뿐만 아니라 行爲規範으로 제시하였다는 것이다. 그리고 植民地의 經驗은 1950년대 확고한 歷史的 傳統 - 日本보다 優越한 文化傳統 - 으로 認識되어 民法典에 規定된 것이다. 이는 學習과 模倣 그리고 體化의 過程이라고 할 수 있다.

본 발표는 기존논문²⁾을 요약하고, 근래의 논문을 참고하여 韓日兩國 法史學者 交流와 共同認識의 地平을 확보하고자 한다. 먼저 朝鮮時代의 가족상황을 通時的으로 살펴 식민지 직전의 가족의 모습을 보이기로 한다(제2장). 다음에 1894년 甲午改革 이후 近代法制의 수용과 형성, 특히 호주제와 관련한 立法을 간단하게 살피고, 植民地法制의 기초가 된 慣習調査에 대해 소개한다(제3장 제1절). 이어서 식민지기의 法源의 원칙과 朝鮮高等法院을 통하여 호주제가 구체적인 모습을 갖추어가는 과정을 검토한다(제3장 제2절). 마지막으로 1950년대 民法典의 編纂, 특히 가족법을 둘러싼 논쟁과 호주제가 규정되는 과정과 그 인식적 배경을 소개한다(제4장).

에 기재되는 정도에 지나지 않았다. 제5편 상속 제2장 ‘재산상속’은 “제5편 상속”으로 명칭을 변경하고 호주승계인에 대한 1/2의 相續加給分을 삭제하여 男女均分相續을 규정하였다. 이 개정으로 戶主制는 形骸化되었다고 할 수 있다(1991년 시행).

- 2) 다음 두 논문을 우선적으로 정리하였다: 『宗法的 祭祀承繼와 家族의 變化』, 『韓國社會史研究』(나남, 2003) 및 『韓國의 戶主制度에 대한 歷史的 省察』, 『植民主義의 政治的 遺産 - 아시아를 中心으로 -』(서울大學校 歷史研究所, 2009). 자세한 것은 주요 참고문헌 참조.

II. 朝鮮時代의 家族制度

朱子性理學에 理念的 바탕을 두고 건국한 朝鮮은 父系·男性중심의 社會를 追求하였으나, 기존의 傳統을 무시할 수 없어서 家族秩序에서는 어느 정도 타협을 하였다. 이러한 과정의 산물은 1485년(成宗 16)에 반포된 經國大典에 반영되었다. 家系繼承은 嫡長子를 중심으로 하지만, 財産相續에서는 철저한 男女均分相續이었고, 다만 祭祀承繼者에게는 1/5을 加給하였다. 宗子中心의 祭祀承繼는 법이었을 뿐 현실에서는 諸子女輪回奉祀나 外孫奉祀가 일반적 관행이었다. 그리고 아들이 없는 경우에 법상으로는 入養을 할 수 있었지만, 실제로는 거의 없었다. 이러한 慣行은 남자가 처가살이를 하고 그 후손은 외가에서 사는 혼속에 힘입은 것이다(率壻婚俗).

변화의 조짐은 16세기 중엽에 나타났다. 우선 朱子家禮를 실천함에 따라 관행에 대한 의문이 생겨났다. 이에 따라 혼속에서 半親迎禮가 등장하여 널리 확산되었다.³⁾ 이에 따라 親家와 外家를 구분하는 內外觀念이 싹트기 시작하였다. 존재가 의식을 결정하듯이 눈에서 멀어지니 情도 떨어져 사위[딸]나 外孫은 外祖에 대한 제사를 소홀히 하였다. 이는 財産相續에 그대로 반영이 되어 아들들만 제사를 승계하고 딸들은 재산상속에서 차별을 받았다(1669년 全羅道 扶安 金命說의 <傳後文書>).

조선시대에 중요한 財産은 奴婢와 土地였으며, 확대재생산이 가능한 노비가 가장 중요하였다. 16세기 말과 17세기 초 日本과 淸과의 두 차례의 전란을 거친 후 토지는 황폐해졌고, 奴婢制度는 붕괴되었다. 身分制의 붕괴로 향촌사회에서 家門의 位相을 유지하기 위해서는 入鄉祖에 대한 顯揚이 아주 중요하였으며, 이에 따라 宗孫의 위상이 강화되었다. 入鄉祖 顯揚을 위한 祭祀의 舉行, 書院의 설립 등은 경제적인 기반이 없이는 불가능하였다.⁴⁾ 이런 상황에서 男

3) 혼인식은 처가에서 거행한 후 일정기간 동안 처가에 거주한 후 시집으로 가는 혼인형태이다. 결혼식 장소는 여자 쪽이 주도적으로 결정하고, 신혼여행 후 거의 예외 없이 여자 집으로 갔다가 남자 집으로 오는 점에서 현재까지도 반친영례의 기본골격은 유지되고 있다.

女均分相續은 유지될 수 없었다. 균분상속의 지속의 재산의 零細化와 家門의 社會的 沒落으로 직결되었다. 그 결과 제사는 장자가 단독으로 승계하고 그 대가로 재산을 우월적으로 상속하였다.⁵⁾

이러한 상속제도의 변화는 상속과 관련되는 分財文書의 현황에서도 잘 알 수 있다. 14세기~19세기 총 540건의 문서를 부모가 생전에 특정인에게 재산을 贈與하는 ‘別給’과 모든 자녀에게 재산을 상속시키는 ‘分給’ 그리고 부모 사후에 상속인이 상속재산을 분할하는 ‘和會’로 구분하여 시기별로 분석한 결과이다: 전체에서 16~17세기의 문서는 약 79%이지만, 18세기 이후는 15% 정도이다. 또 18세기 이후에는 전체는 감소하지만, 별급과 분급은 일정하며, 특히 전 재산을 대상으로 하는 분급과 화회는 별급보다 많다. 별급은 17세기 이전에는 宗子에 대해 상속분을 더 주기 위해 활용되었지만, 18세기 이후에는 굳이 그럴 필요가 없었다. 많지 않은 재산은 가문을 유지하기 위해 장자가 대부분 상속하고, 나머지 자녀에게는 혼인 때에 별급의 형식으로 최소한의 재산을 주어 분가시킨 것이다. 즉 奉祀形態의 變化가 직접적으로 財產相續을 子女均分에서 長子優待로 변화시킨 것이다.

植民地期和 직접적으로 연결되는 朝鮮末期에는 법전에는 남녀균분상속이 있지만, 실제로는 가문의 제사를 주재하는 장자가 대부분의 재산을 상속하는 長子優待相續이었다. 實學者 丁若鏞(1762~1836)은 재산이 영세한 19세기 초의 상황에서 균분상속 때문에 유력한 가문에 유지될 수 없으며 따라서 재산을 장자가 단독으로 상속해야 할 것을 주장하였다.

조선후기에는 제사승계가 중시되고 宗子の 위상이 강화되었으며, 또 당대인들도 이러한 변화를 수긍하였다. 이는 한국에서 家父長制, 이의 法的 表現인 戶主制가 事實上 存在하였거나, 쉽게 수용될 수 있는 기반이 마련되어 있음

4) 조선시대 양반의 중요한 덕목은 “奉祭祀 接賓客”이었다. 이는 경제력의 뒷받침이 있어야만 가능하다.

5) 이러한 가족의 변화에는 전쟁으로 인한 향촌사회의 피폐와 종족을 중심으로 한 복귀와 지배권의 확보, 1623년 仁祖反正에 따른 名分論·正統論의 強化도 중요한 요인이다.

뜻한다. 이러한 조건에서 日本式 家制度와 이에 터잡은 家督相續 및 財産相續이 이식될 수 있었다.

Ⅲ. 家父長的 家族制度의 形成過程

1. 開化期

1894년 甲午改革을 계기로 법제가 형식적·실질적으로 변화였다. 초기에는 개별사안에 대한 입법이 주류를 이루었다. 1890년 후반부터 시작된 刑法典의 편찬은 일련의 예비단계를 거쳐 1905년 刑法大畧의 제정으로 일단락되었다. 이후 民法典의 편찬에 착수하였으나 그 작업은 일본인들이 주도한 不動產法 調査會·法典調査局으로 넘어갔다. 그들은 전국에 걸친 慣習調査를 토대로 民法典을 편찬하기로 하였으나, 伊藤博文과 梅謙次郎의 死亡 등으로 수포로 되었다.

家族制度, 특히 戶主制度와 관련하여 중요한 법령이 공포되었는데, 1896년의 戶口調査規則, 1909년의 民籍法이 그것이다. 조선시대에 ‘戶’를 대표하는 용어로 “戶主, 戶首, 主戶, 家長” 등이 쓰였는데, ‘호주’는 대부분 국가에 대해 행정적으로 호를 대표하는 의미로 사용되었을 뿐, 家系繼承者의 地位를 의미하지 않았다.

戶口調査規則에서는 ‘戶’는 물리적 가옥이며, ‘戶主’는 그 소유자이다. 즉 추상적인 ‘家’가 아닌 실제로 거주하는 ‘집’과 그 소유자를 신고의무자인 호주로 하여 호를 編制하고 인구 등을 파악하려고 하였다. 그러나 이는 예산의 부족, 國役負擔의 增加 등에 대한 우려, 居住地 變動의 未反映 등으로 실패하였다. 호구조사규칙은 전통적인 戶口 내지 人口把握 方式에서 근대로 이행하는 過渡期的 方式이다. 19세기 말까지 호주는 1958년 民法의 그것과는 확연히 다른 支配者가 아닌 ‘代表者’로 국가에 대해 行政的 責任을 지는 자에 불과하였

다. 그리고 호주의 조상을 수록함에도 四祖戶口의 전통을 이어받아 戶主의 父, 祖父, 曾祖, 外祖를 기재하였다.⁶⁾ 이는 民籍法 및 戶籍法(2007.12. 폐지)과는 큰 차이이다.

오늘날과 같은 의미의 호주가 등장하는 계기는 統監府에서 1909년에 제정한 民籍法이다. 이는 戶主를 중심으로 하여 그 親姻戚을 統合하여 ‘家’를 구성하고 그들 사이의 親族關係를 民籍에 기재하는 身分登錄制度이며, 전래의 定住地를 本籍으로 정하여 登錄하도록 하였다. 이 법은 1년여의 준비기간을 거치고 警察과 憲兵이 실제조사를 한 다음에 시행하였다. 이 법에서는 ‘호주’에게 15개 항목의 申告事項에 대한 申告義務를 부과하였다. 이 중에는 家의 繼承에 대한 申告項目도 있는데, 이는 종전과는 다른 觀念的·抽象的 ‘家’를 상징한 것이다. 민적법은 日本 戶籍法의 강한 영향을 받으면서 호적과 관련된 民事慣習과 法律로 연결시킨 것으로 戶主權의 강화에 의한 近代日本의 家父長制를 表象하는 ‘家制度’를 韓國戶籍制度에 도입한 것이다. 이러한 경향은 이후 민적법의 개정에서도 그대로 드러났다. 그리고 1915년 官通牒 제240호 “民籍事務取扱에 관한 件”으로 本籍과 戶主를 일본식으로 전환하여, 本籍을 정한 호주를 기본으로 호를 편제하고, 거주가 아닌 生計를 기준으로 호를 결정하였다.

개인을 파악하기 위한 民籍-戶籍制度가 정비됨에 따라 가를 대표하는 호주에 대한 관습과 제도를 정비하였다. 이 과정은 한편으로는 朝鮮의 慣習을 존중하면서 다른 한편으로는 日本 民法의 制度와 襲合하면서 제도로 만드는 과정이었다. 이는 개별사건을 해결해가면서 더욱 구체적으로 되었다. 예를 들면 1912년에는 養戶主의 罷養을 인정하였지만, 1915년에는 이를 부정하였는데, 이것은 일본 민법과 같은 내용이다. 戶主相續慣習의 定立은 첫째, 일본의 ‘家’ 및 ‘戶主權(家督權)’을 전제로 하였으며, 둘째, 獨占相續主義인 일본의 家督相續制를 강제로 이식하려고 하였다.

6) 전통적 四祖戶口는 本人과 妻의 사조를 모두 기재하였으나, 호구조사규칙에서는 처의 사조를 제외한 점은 부계적 성격이 있지만, 여전히 외조가 포함되는 점에서는 철저한 부계중심의 호적제도는 아니라고 할 수 있다.

2. 植民地期

1912년 朝鮮總督府는 朝鮮民事令(制令 7)을 공포하여 원칙적으로 日本民法을 依用하였지만, 朝鮮人 相互의 法律關係, 親族 및 相續, 不動產物權에 대해서는 朝鮮의 慣習을 法源으로 인정하였다(§10~12). 따라서 위 사항에 대해서는 조선의 관습이 우선적인 법원이었기 때문에 관습을 조사·확정하지 않으면 안 되었다. 不動產法調査會에서는 立法 전에 관습을 조사하였고, 이는 民法典編纂을 준비한 法典調査局도 마찬가지였다. 그 최종결과물은 1912년의 《慣習調査報告書》이다.

法典調査局의 慣習調査方法은 다음과 같다. 日本 民商法の 體系에 따른 206개의 問項과 그에 대한 細部質問目錄을 작성하여 日本人 調査官과 通譯을 대동하여 실시조사를 하였다. 또 이와 별도로 각종 法令과 禮書, 文書 등을 조사하였다. 實地調査는 一般調査地域과 特殊調査地域으로 구분하여 조사하였는데, 行政中心地, 舊 開港場(開市場), 舊 中心地 등이다. 조사 대상은 다양한 계층이며, 面長, 里長, 主事 등이 상대적으로 많고 적은 수이지만 일본인도 있다. 각 지역별로 조사된 내용을 문항별로 다시 종합하여 최종보고서가 완성되었다.

《慣習調査報告書》에 따르면 相續은 祭祀相續, 戶主相續, 財産相續 3종을 인정하고, 일본 민법의 체재에 따라 임시로 祭事 상속과 호주 상속은 家督相續, 재산 상속은 遺産相續의 범주로 파악하였다. 초기에는 祭事 상속을 가장 중요한 상속으로 고려하였다. 그러나 1933년 朝鮮高等法院은 戶主制가 完備되었기 때문에 祭事 상속의 法的性格을 부인하고 단지 祖上을 奉祀해야 하는 道德的義務로 보았다. 이후 祭事 상속은 호주 상속에 흡수되고 봉사자는 호주로 대체되었으며, 이에 따라 호주와 호주 상속은 중시되고, 호주의 권한이 강화되었다.

財産相續人은 被相續人이 호주이면 아들들이며, 在家者이어야 한다. 피상속인이 호주가 아닌 가족인 경우, 그 장남이 繼承자이면 祭事자가 되며 다른

아들들도 상속인이 되고, 미혼남이거나 여자이면 父, 부가 없으면 호주가 상속한다. 그리고 既婚으로 사망한 가족에게 아들이 없는 경우, 그가 장남이면 父가, 중자이면 처가 유산을 상속한다. 그리고 상속분은 관습상 확인하지 않다고 하면서도 長子優待相續을 인정하고 있다.

개별사건에서는 관습을 더욱 구체적으로 선언하였다. 戶主相續과 財産相續이 동시에 발생할 경우에는 “戶主가 사망한 경우, 戶主相續인이 遺産 전부를 상속하며 다른 상속인은 遺産에 대해 상당한 相續分을 분배받을 권리가 있을 뿐이며, 유산에 대한 소유권은 상속이 개시된 때에 당연히 취득하는 것이 아니고 分配에 말미암아 취득하는 것(1913. 7.11. 판결)”이라고 하였다. 그리고 家籍의 同一與否를 상속권의 유무를 판단하는데, 중요한 기준으로 삼아, 초기에는 “가족의 유산은 호적을 같이 하는 直系卑屬이 상속하는 것이 관습(1925.12.15 판결)이다.”라고 하였다. 하지만 1933년 12월 8일 聯合部 판결에서는 “조선의 관습에서 모의 유산은 남녀를 불문하고 그 자녀가 상속하며 동일가적 여부를 구별하지 않는다.”라고 선언하였다. 그리고 1944년에는 “가족인 남자가 처와 딸만 남겨두고 사망한 경우, 유산은 직계비속인 딸이 상속하는 것이 관습이며, 처가 우선하여 상속하는 것은 현행관습에서 인정하는 바가 아니다(1944. 8.15 판결).”라고 하였다. 즉 피상속인이 호주인지 아닌지에 따라 다른 상속관습을 인정하였다. 이러한 과정은 한편으로는 전통을 무시하고 家産制的 일본의 상속 법제를 도입한 결과라고 할 수 있다.

이러한 상속관습은 조선인 의식의 변화와 수반된 조선 관습 자체의 변화와 일본법의 移植이 교착된 현상이다. 朝鮮總督府의 諮問機關인 中樞院에서는 비교적 역사적 연원에 근거하여 관습의 변화와 그에 따른 紛爭의 발생을 다음과 같이 설명하고 있다.

호주상속을 수반하는 재산상속은 호주상속인이 단독으로 상속한 후 衆子女들에게 分財請求權이 있어서, 호주상속인은 다른 상속인에게 분재해야 한다. 그런데 한국에 家督相續의 관념이 침투하여, 호주의 단독상속을 인정한 조선고등법원의 1913년 판결이 있는

후, 호주상속인이 단독으로 상속한 재산을 분재하지 않아서 분쟁이 생기고 있다. 또 과거의 관습에는 차남 이하에 대해서는 分家시킬 때에 分財하는 것이 관습이다. 차남 이하가 호주상속인과 동거할 때에는 호주상속인이 그를 부양하므로 호주상속인이 상속재산을 관리하고 분가시킬 때에 실제로 재산을 인도를 한다. 모의 유산은 在家 여부를 막론하고 여자에 대해서도 상속권을 인정하였고, 이후 딸에 대해 상속권을 인정하는 것이 일반적 관습으로 되어간다. 하지만, 호주의 유산에 대해서는 여자의 상속권은 전혀 인정하지 않는다(1940. 8.23. 中樞院書記官長 회답).

재산상속에서는 朝鮮末期의 相續慣習을 인정하여 長子優待相續과 形式的均分相續을 인정하고 있으며, 일본의 영향을 받아 戶主相續人의 形式的 單獨相續과 실질적 均분상속을 인정한 판결이 나온 후, 전자를 우선하여 호주가 단독상속을 하고 그 결과 분쟁이 늘어나고 있음을 지적하였다. 이러한 현상은 일반적으로 변용된 관습의 확인을 조선인이 이용하는 사례를 보여주고 있다.

IV. 現代 韓國의 家族法

1. 戶主制의 導入過程

1949년에 親族相續編 起草要綱이 발표되었다. 民法起草委員인 張景根은 親族相續法 立法方針에 대해 淳風良俗은 유지하나 封建社會의 因襲·弊風은 포기하여 현실과 너무 유리되지 않는 한도 내에서 ‘漸進的 革新論’에 입각할 것을 밝혔다. 그는 ‘家’에 대해서는 이를 단절하지 않으려는 東洋 特有的 家族制度로 순풍양속이지만, 동시에 親族生活共同體가 生産 또는 管理의 主體로 현실에 뒤떨어진 사실을 부정할 수 없으며, 또한 강력한 가족제도적 통제와 제어는 개인의 신장에 지장이 되는 인습임을 부정하지는 않았다. 위 요강에 따라 원요강이 성립되었는데, 戶主와 家制度는 당연히 포함되었다.

1952년 法典編纂委員長 金炳魯는 “친족상속법은 기본논리보다도 사회·국가, 그 民族의 倫理와 歷史的 傳統을 가장 중요히 여겨 제정해야 한다.”고 하였다. 그는 개인주의의 팽배로 가족제도가 위협당하는 것을 우려하면서 집은 인간의 기본을 나타내는 고등문화의 소산으로 父系系統을 계승하는 것이 우리의 가족제도라고 인식하였다. 그 결과 起草案에는 戶主와 家制度가 規定되었다. 결국 1958년 ‘漸進的 改革論’에 입각하여 한국 고유의 미풍양속을 유지하기 위한 호주제와 가제도가 민법전에 규정되었다(1960년 시행).

호주제를 둘러싼 논의의 초점은 두 가지로 집약할 수 있다. 존치를 주장하는 근거는 우리의 傳統이며, 사회를 유지하기 위한 근간이라는 점이다.⁷⁾ 폐지를 주장하는 근거는 男女平等의 憲法理念과 맞지 않으며 현실과 동떨어진 제도라는 점이다.⁸⁾ ‘保守守護派’나 ‘漸進的 改革派’에서 말하는 관습과 호주제는 조선말기 사실상으로 형성되고 식민지기에 조선 고유의 관습으로 법원으로 인정되고 일본 민법식으로 변용된 것이다. 식민지배 과정을 거치면서 호주제는 역사적 전통으로 강력하게 인식되었다. 호주제를 찬성하는 쪽은 물론, 반대하는 쪽에서도 이것이 전통이며, 따라야 할 관습과 규범임을 전적으로 부정하지는 않았다.

2. 戶主制의 認識 背景

위에서 유럽을 비롯한 보수층이 호주제를 전통으로 인식하고 민법전에 규정될 것을 강력하게 주장한 것을 보았다. 이러한 인식의 배경은 과연 무엇일까? 그 일단을 민법전 편찬을 주도한 金炳魯(1887~1964)를 통하여 보기로 한다.

그는 民族倫理와 社會道德에서 우리의 우수성을 확신하면서 친족상속편은

7) 이 근거는 1975년과 1989년의 개정논의에서도 동원되었다.

8) 민법 제정 당시에 호주제와 함께 ‘전통’이 논란되어 중요한 쟁점이 된 것은 同姓同本禁婚 조항(§809①)으로, 찬성측과 반대측의 논리는 호주제와 동일하다. 1997년 7월 16일 헌법재판소에서는 同姓同本禁婚 조항이 헌법과 합치되지 않으며, 1999년 1월 1일부터는 효력을 상실한다고 선언하였으며(95헌가6~13 결정), 2005년 개정 민법에서 호주제와 함께 폐지되었다.

民族 固有의 淳風良俗을 助長·繼承시키며 時代의 變化와 調和를 추구하는 것이라고 하였다. 그러면서 家族制度에서의 男女同權은 時代錯誤로, 父系血統中心의 戶主制와 同姓同本不婚을 인류문화발달 과정에서 最高의 段階라고 주장하고 民族의 歷史와 文化에 대해 대단한 자부심을 가지고 있었다. 그에게 親族相續法은 세계 최고의 문화를 보존하고 더욱 발전시키는 것이었다. 그 핵심은 일본과는 다른 人類學的·生理學的으로 父系血統을 잇는 家族制度로 국가와 사회의 근본이 되는 것으로 파악하였다. 일본에 대한 文化的 優越性을 가지고 明治維新 전후의 일본에 대한 평가는 극단적으로 다르게 평가하였다. 그는 가족과 그 외의 영역을 분리하여 사고하여 가정에서는 남녀평등은 필요 없는 것으로 인식하였다. 당시의 사회적·도덕적 문제를 가족제도, 즉 호주제가 완비되지 못하고, 그 精髓를 복원하지 못한 것에서 연유한다고 인식하였다.

김병로는 생리학-인류학-적으로 그 타당성이 입증된 호주제가 부계혈통을 분명히 하는 것으로 인식하였다. 그리고 이것은 세계문명의 최고수준으로, 따라서 보존하고 존중해야 한다고 주장하고 민법전에 편입시켰다. 사회에서 윤리와 도덕이 타락하는 따위의 문제는 호주제에 대한 논란 때문에 발생하는 것으로 여겼다.

김병로는 한편으로는 민족적 우월성에 다른 한편으로는 근대일본을 서구와 동일시하는 복합적 사고방식으로 호주제를 바라보았다. 그에게 호주제는 단순한 전통을 넘어선 絕對的 信仰이었다. 이러한 사고방식은 법에 의한 도입 내지 소개, 학습과 모방이라는 식민지 상호작용을 모습을 잘 보여주고 있다.

V. 맺음말

위에서 15세기에서 20세기에 걸쳐 호주제의 역사적 변천과정을 살펴보았다. 16세기까지 男女平等的 社會는 19세기말 長子優位의, 사실상 家父長制社會가 되었다. 이러한 사회적·경제적 배경 하에 日本 明治民法의 家督과 家督相

續制가 식민지 사회에 쉽게 뿌리를 내릴 수 있었다.

이렇게 도입된 호주제는 식민지기에 재산상속을 둘러싼 분쟁과 그 최종해결은 判決을 통하여 擴大再生産되었다. 그리고 이는 호주상속인의 권한을 강화하는 결과를 가져왔다. 이러한 과정은 이전까지 사실로 존재하던 관행을 法的慣習으로 昇華하는 과정이다. 법은 길이다. 편한 신작로를 두고 힘든 옛길로 갈 사람은 없다. 사람들이 다짐에 따라 신작로는 더욱 편리하게 된다. 이것이 人之常情이고 事物의 本性이다. 이 점에서 식민지 유산은 여전히 의미가 있다.

이와 관련하여 아직 연구가 되지 않은 분야를 언급하는 것으로 마무리를 한다. 첫째, 1차사료에 근거하여 관습조사에 대한 치밀한 연구가 필요하다. 法典調查局만이 아니라 식민지기의 中樞院 등의 조사도 포함되어야 한다. 한국의 國史編纂委員會, 京畿道 博物館⁹⁾ 그리고 미국 하와이대학¹⁰⁾에 상당한 양이 소장되어 있다고 한다. 이의 종합적인 정리가 필요하다. 이에 터잡아 관습조사와 관습의 정립과정 등을 입체적으로 연구해야 한다. 둘째, 호주제와 가제도의 정립은 개인에 대한 국가의 파악이 더욱 확실해짐을 의미한다. 이 역시 事實로 存在하는 ‘家’가 法的인 ‘家制度’로 확립되는 것이다. 수시로 변하는 ‘住所’가 아닌 固定不變의 ‘本籍’를 바탕으로 개인을 식별하는 제도가 민적과 호적제도이다. 男負女戴하는 식민지기에 本籍制度가 정착되고 사람들이 어떻게 인식하고 그 인식이 변하는 과정에 대한 규명이 필요하다. 이는 한국에서 抽象的인 또는 制度로서의 ‘家’가 형성되는 과정이다.¹¹⁾

식민지의 경험은 당대의 것만이 아니다. 특히 心性和 밀접한 관련이 있는 家族은 더욱 그러하다. 한국은 호주제의 망령에서 이제 막 벗어났다. 다음은 어떤 것일까? 역사의 교훈이 필요한 때이다.

9) 故 李鍾學 先生의 기증자료이다.

10) 목록은 日本 東京의 國文學資料館에 소장되어 있다고 한다.

11) 본적과 ‘故鄉’ 또는 故鄉意識과의 관계도 중요한 연구주제이다.

■ 主要 參考文獻

- 文叔子, 『朝鮮時代 財産相續과 家族』, 景仁文化社, 2004.
- 朴秉濠, 『家族法論集』, 眞元, 1996.
- 梁鉉娥, 「植民地 時期 韓國 家族法の 慣習 問題: 時間 意識의 失踪을 中心으로」, 『社會와 歷史』 58, 韓國社會史學會, 2000.
- 俞成國, 「朝鮮時代 戶主制度」, 李在龍 外, 『朝鮮時代의 規範理論과 規範體系』 2, 韓國學術情報, 2006.
- 李相旭, 「日帝時代의 財産相續慣習法」, 『法史學研究』 11, 韓國法史學會, 1990.
- _____, 「日帝下 戶主相續慣習法の 定立」, 『法史學研究』 9, 韓國法史學會, 1988.
- 이승일, 「日帝時代 親族慣習의 變化와 朝鮮民事令 改正에 관한 研究—朝鮮民事令 第11條 第2次 改正案을 中心으로—」, 『韓國學論集』 33, 漢陽大 韓國學研究所, 1999.
- _____, 『朝鮮總督府 法制 政策—日帝의 植民統治와 朝鮮民事令』, 歷史批評社, 2008.
- _____, 「일제의 관습조사와 전국적 관습의 확립과정 연구—〈慣習調査報告書〉의 편찬을 中心으로—」, 『大東文化研究』 67, 성균관대학교 大東文化研究研究所, 2009.
- 李英美, 「韓國近代戶籍關聯法規의 制定及改正過程—‘民籍法’을 中心으로—」, 『東洋文化研究』 6, 東洋文化研究, 2004.
- 이정선, 「民籍法 施行期(1909~23年) 日帝의 ‘內鮮結婚’ 關聯 法規 整備와 日鮮人 區別」, 서울大 碩士學位論文, 2008.
- 李兌榮, 『家族法 改正運動 37年史』, 韓國家庭法律相談所, 1992.
- 田鳳德, 「戶主制度의 歷史와 展望」, 『大韓辯護士協會志』 81, 大韓辯護士協會, 1982. 10.
- 鄭光鉉, 『韓國家族法研究』, 서울大學校 出版部, 1967.
- 鄭肯植, 「日帝의 慣習調査와 그 意義」, 『國譯 慣習調査報告書』, 韓國法制研究院, 1992.
- _____, 『韓國近代法史攷』, 博英社, 2002.
- _____, 「宗法的 祭祀承繼와 家族의 變化」, 『韓國社會史研究』, 나남, 2003.
- _____, 「韓國의 戶主制度에 대한 歷史的 省察」, 『植民主義의 政治的 遺産—아시아를 中心으로—』, 서울大學校 歷史研究所, 2009.
- _____, 「植民地期 相續慣習法の 妥當性에 대한 再檢討—家族인 長男의 死亡과 相續人의 範圍—」, 『서울大學校 法學』 50-1, 서울大學校 法學研究所, 2009.

朝鮮總督府 參事官室(1912)/ 鄭肯植 譯, 『國譯 慣習調查報告書』, 改譯版: 韓國法制研究院, 2000.