

한국의 가계계승에서 여성의 지위*

—식민지기 女性戶主를 중심으로—

鄭肯植**

목 차

- I. 머리말
- II. 조선시대 가계계승에서 여성의 지위
 - 1. 제사승계에서 여성호주
 - 2. 조선후기 戶籍大帳 상의 여성호주
- III. 식민지기 여성호주의 지위
 - 1. 관련 법령
 - 2. 여성호주의 지위
- IV. 맺음말

[국문 요약]

이 논문에서는 여성호주의 지위를 조선시대에서 식민지기까지 통시적으로 검토하였다. 《經國大典》에서는 남성 중심의 가계계승을 규정하였지만 예외적·한시적으로 여성에 의한 가계계승을 인정하였다. 그리고 국가에서 관리하는 호적에서는 국역을 부담하는 男丁을 중심으로 편제하여 남성이 호주가 되는 것이 원칙이었다. 그러나 호적에서 여성호주가 나타났다. 다만 조선후기에는 유교적 가족제도가 확산됨에 따라 여성호주가 줄어들었다.

1896년의 「戶口調査規則」과 1909년의 「民籍法」은 조선후기의 상황을 반영하여 제정되었다. 특히 「民籍法」에서는 남성중심의 민적을 편제하였으며, 이는 1923년의 「朝鮮戶籍令」과 1960년 「호적법」에 그대로 이어졌다. 식민지기의 호주상속관습은 남성을 중심으로 형성되었지만, 예외적·한시적 존재로서 여성호주를 인정하였다. 이는 조선후기에 존재한 여성호

* 이 논문은 2012년 한국학중앙연구원 한국문화진흥연구사업 공동과제로 수행된 연구임 (AKSR2012-C02).

연구회의 공동발표회(2012.11.24.)에서 손병규 교수(성균관대학교 동아시아학술원)의 귀중한 논평은 본 논문의 완성에 큰 도움이 되었다. 그리고 심사과정에서 중요한 의견을 제시한 심사위원들 모두에게 감사의 말씀을 드린다. 단 본고의 오류는 필자의 책임이다.

** 서울대학교 법과대학/법학대학원 교수

주와 크게 다르지는 않았다. 그러나 양자 사이에는 큰 차이가 있는데, 조선시대에는 법적 제약 없이 혼인을 할 수 있었으나 식민지기에는 호주의 동의라는 법적 제약이 있었고 또 호[가]의 연속을 중시하여 여성호주, 특히 과부는 혼인을 함에 제약이 많았다. 그 제약은 조선시대에는 사실에 불과하였으나, 식민지기에는 법적 제도적인 것이었다. 이것이 가장 중요하다.

[주제어] 여성호주, 가계계승, 호적, 호구조사규칙, 민적법, 조선호적령

I. 머리말

우리는 한동안 한국을 가부장제사회라고 인식하였다. 그 법적 근거로는 父系男系繼承을 원칙으로 하는 ‘家制度와 戶主制度’를 들 수 있다. 1958년 제정 민법(1960년 시행)에서는 제4편 親族 제2장 ‘戶主와 家族’에서 호주와 가제도의 법적 구조를, 제5편 相續 제1장 ‘戶主相續’에서 가의 대표인 호주지위의 계승에 대해 규정하였다. ‘戶主’는 “一家의 系統을 繼承한 者, 分家한 者 또는 其他 事由로 因하여 一家를 創立하거나 復興한 者(§778)”로, ‘家族’은 “戶主의 配偶者, 血族과 그 配偶者 기타 本法의 規定에 依하여 그 家에 入籍한 者 (§779)”로 정의하였다. 그리고 호주의 변경이 있으면 전호주의 가족은 자동적으로 신후주의 가족이 되는 것으로 하였으며(§780), ‘가’의 징표로 姓과 本貫을 규정하고,子是 원칙적으로 父의 姓과 本을 따르고 父家에 入籍하며(§781①), 처는 夫家에 入籍하도록 하였다(§826③).¹⁾ 나아가 호주는 단순히 가를 대표하는 지위에서 각종 권리와 의무를 갖는 실질적으로 家長의 역할을 법적으로 부여받았다. 호주지위의 상속에 대해서는 원칙적으로 혼인중의 자인 嫡長子를 최우선순위로 하고, 가의 단절을 막기 위한 각종 법적 조치를 규정하였다.

본고의 주제와 관련하여서는, 여성은 직계비속인 남자보다 후순위로 호주가 될 수 있었으며, 그 순위는 처 → 가족인 직계존속인 여자 → 가족인 직계비속의

1) 이하 특별한 언급이 없으면 제정민법의 조문이며, 조는 “§”로, 항은 “①”로, 호는 “i”로 표시한다. 민법 외의 다른 법령 명칭에는 “f○○○”를 부기한다.

처이었다(§984). 그리고 여자는 예외적·限時的으로 호주승계를 할 수 있어서, 여호주가 친가에 복적 또는 혼인으로 타가에 입적하는 경우(§980 iii)와 女性戶主의 가에 그 가의 계통을 계승할 남자가 入籍한 경우(§792, §980 iv)에 호주상속이 개시되었다.²⁾ 직계비속인 처가 호주상속인이 될 때에는 본인이 아닌 夫의 나이 등을 기준으로 하였다(§985).

제정 민법에서 가족의 형태는 대가족제도를 전제로 하고, ‘가’는 현실적인 생활관계에 기반을 둔 것이 아니라 관념으로 존재하는 추상적인 ‘법률상의 가’를 전제로 하고 호주와 가족을 규정하였다.³⁾ 호주제도에 대한 논란은 민법 제정 당시뿐만 아니라 그 이후에도 계속 논란이 되었으며 몇 차례 부분적인 개정을 거쳐 2005년 2월 헌법재판소에서는 호주제도와 관련된 민법조문에 대해 헌법불합치 결정을 내렸고, 이에 따라 2005년 3월에 개정된 민법이 2008년 1월 1일부터 시행되면서부터 폐지되었다.⁴⁾ 민법전 편찬 때부터 폐지 때까지 논쟁의 핵심은 호주제가 우리의 ‘傳統’인가 일제에 의한 ‘歪曲’인가이었다.⁵⁾

그 동안 조선시대 초기에는 물론 조선후기에도 여성호주가 존재하였음은 이미 밝혀졌다. 그러나 여성호주가 식민지기에 제도적으로 정비되어 제정민법에 안착되는 과정에 대한 연구는 거의 없다. 이와 관련된 초기의 연구는 호주제도만이 아니라 이와 관련된 가족제도 전반 왜곡으로 보았다.⁶⁾ 이 연구에서는 사회의 변화와 관습[법]의 특성에 대한 인식 없이 규범적으로 접근한 한계가 있

2) 가를 계승할 남자가 생기게 되었을 때 기존의 여호주가 물러나고 호주상속이 개시되는 규정(§792, §980 iv)은 1990년 민정개정으로 폐지되었다(1991년 시행).

3) 田鳳德, 『戶主制度의 歷史와 展望』, 『대한변호사협회지』 81(대한변호사협회, 1982.10), 29~30면.

4) 정공식, 『한국의 호주제도에 대한 역사적 성찰』, 『식민주의의 정치적 유산: 아시아를 중심으로』(서울대학교 역사연구소, 2009), 207~212쪽 참조.

5) 제정민법 당시 호주제도는 여성계의 반대에도 불구하고 전통으로 인식되어 규정되었다. 또한 2005년 헌법재판소의 논의에서도 ‘전통’이 핵심적인 쟁점이 되었다. 그런데 논쟁에서 ‘전통’의 시간성이 결여되어 있었다. 본고에서는 ‘전통’을 현재 일반적으로 생각하고 있는 조선 후기적 상황으로 상정한다. 자세한 것은 양현아, 『식민지 시기 한국 가족법의 관습문제 I』, 『사회와 역사』 58(한국사회사학회, 2000) 참조.

6) 李相旭, 『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); 李相旭, 『日帝時代의 財産相續慣習法』, 『법사학연구』 11(한국법사학회, 1990) 참조.

다. 역사적 안목에서 관습을 식민지 당국의 일방적인 강제가 아니라 식민지 조선 사회 내부의 변화를 인정하여 이에 따라 관습이 형성되는 것⁷⁾으로 보았으며, 이 시각에 입각한 일련의 연구가 나와 식민지기 관습[법]의 형성에 대한 연구의 지평을 확대하였다.⁸⁾ 그러나 이 연구 역시 식민지 관습의 자생성에 주목한 것은 획기적이지만, 행위규범과 재판규범인 법이 갖는 규범력을 간과한 점을 한계로 지적할 수 있다.

사회 전체의 토대를 이루는 가족제도에 이질적인 외래의 제도를 강제적으로 이식하는 것은 식민지 경영의 측면에서도 바람직한 것은 아니다. 강제이식이 전에 식민지 사회에 외래제도를 수용할 수 있는 기반이 있었으며, 그러기 때문에 순조롭게 이식될 수 있었다. 즉 일방적인 강제이식이 아니라 법적 구속력이 없고 단지 사실적인 강제력만 있는 재래의 관행에 터 잡아 제도를 식민지 당국은 이식하였고, 수용한 주체는 이를 자기의 것으로 인식·체화하여 그 제도를 더욱 강력하게 만드는 양자의 상호교환관계 - 모방과 학습 - 로 파악하였다.⁹⁾

본고에서는 제정민법에서 例外的·限時的으로 인정된 여성호주에 대해 역사적으로 검토한다. 조선시대의 제사승계법제와 후기 호적대상상의 여성호주와 그 승계를 살펴서 제정민법과 같은 방식으로 존재하였음을 논증한다(Ⅱ). 이어서 식민지기에 법제와 개별구체적인 사례에서 여성호주의 존재와 그 지위를 검토한다(Ⅲ). 즉, 여성호주를 조선시대에서부터 식민지기까지 장기적인 관점에서 검토하여 제정민법의 여성호주가 식민지기에 정립된 관습[법]에 연유함을 밝히는 것이 목적이다.

7) 이승일, 「일제시대 親族慣習의 변화와 朝鮮民事令 개정에 관한 연구: 조선민사령 제11조 제2차 개정안을 중심으로」, 『한국학논집』 33(한양대 한국학연구소, 1999); 이승일, 『조선총독부 법제정책』(역사비평사, 2008) 참조.

8) 연구사 정리는 岡崎まゆみ, 「韓國における植民地期朝鮮家族法制に關する最近の研究動向: 鄭肯植著『植民地期慣習法の形成と韓國家族法』を中心に-」, 『法學研究論集』 33(日本明治大學 法學科, 2010) 참조. 岡崎まゆみ씨가 인용한 필자의 논문은 『법사학연구』 40(한국법사학회, 2009)에 수록되었다.

9) 필자 역시 과거에는 호주제 등에 대해서 ‘전통과의 단절 및 왜곡론’의 입장이었지만 조선사회의 사실적인 기반이 있었기 때문에 수용이 가능하였고, 일단 수용된 제도는 당시의 상황에 적합하였기 때문에 자기체화를 거쳐 강화되고 이것이 제정민법에 정착된 것으로 파악한다.

II. 조선시대 가계계승에서 여성의 지위

‘戶主’는 “一家의 系統을 繼承한 者, 分家한 者 또는 其他 事由로 因하여 一家를 創立하거나 復興한 者(§778)”이며, 호적부에 첫머리에 기재되는 자이다.¹⁰⁾ 후자의 점에서는 가족을 기록하는 각종 공적·사적 장부에서 처음에 있는 자를 의미하는 것으로 이해할 수 있다. 전자의 점에서는 제사승계를 전제로 하고 있는 것으로 파악할 수 있다. 조선시대의 각종자료에는 “主戶, 戶首, 戶主” 등의 용어가 등장하지만, 제정민법에서의 ‘호주’와 같은 의미로는 사용되지 않았다.¹¹⁾ ‘戶主’라는 용어가 1895년의 內部令 제8호 『戶口調査細則』에서 처음 등장하며,¹²⁾ 1909년의 법률 제8호 『民籍法』과 내부훈령 제39호 『民籍法執行心得』에서도 나온다.¹³⁾

그러나 당시 법령 등에서 호주에 대한 정의는 찾을 수 없다.¹⁴⁾ 또한 『民籍法

- 10) 『호적법』(1960년 제정·시행) 제16조(호적내의 기재순위) ①호적내의 각인의 기재는 다음 순위에 의한다. 1. 호주; 2. 호주의 직계존속; 3. 호주의 배우자; 4. 호주의 직계비속과 그 배우자; 5. 호주의 방계친족과 그 배우자; 6. 호주의 친족이 아닌 자. 참고로 『호적법』은 2008년 『가족관계의 등록 등에 관한 법률』에 의해 폐지되었다.
- 11) 15세기에는 主戶와 戶主가 사용되는데, 서로 다른 개념이다. 1466년(세조 12) 군정과 관련한 양성지의 상소에서 ‘戶主’는 호의 대표자이고, ‘主戶’는番禺하는 군역자이었다. 호의 대표자는 ‘戶主’로, 부세납부의 책임을 지는 호주를 ‘主戶’로 지칭하였다. 조선후기에는 정부와 민간 모두에서 호의 대표자를 ‘主戶’라고 불렀고, 그들은 부세납부에 대한 책임을 졌다. 하지만 드물게는 호주, 호수라는 용어가 사용되었다(김건태, 『조선후기 호의 구조와 호정운영』, 『단성 호적대장 연구』[성균관대 출판부, 2003<원:2002>] 참조). 양성지 상소의 ‘戶主’는 호적의 첫 면에 기재되어서 호를 대표하는 모습을 보이는 오직 **형식적인** 측면에서 오늘날의 ‘戶主’와 유사하다. 그러나 당시 호주에게는 제정민법에 규정된 권한은 없었다.
- 12) 제1조 戶籍紙는 內部로서 그 式樣을 新製호야 各觀察府에 頒下호면 觀察府에서는 各府牧郡에 頒送호고 各府牧郡에서는 各面執綱에게 面執綱은 里尊位에게 里尊位는 各該戶主에게 傳給호[戶籍紙의 配布]. 제2조[戶籍의 作成方式], 제3조[記載人員], 제8조[戶主의 變更], 제12조[統表의 作成], 제15조[戶籍의 改正], 제16조[戶牌], 제17조[移居] 등이며, 동세칙은 총17조이다(조문 제목과 강조는 필자가 한 것이며, 이하 같다).
- 13) 『民籍法』 제1조[民籍의 申告事項], 제2조[民籍의 申告義務者], 제3조[婚姻과 養子 등의 申告義務者]; 『民籍法執行心得』 제3조[民籍記載의 順位].
- 14) 1898년에 제정된 일본 『민법(친족상속편)』에도 정의가 없다. 제정민법 제778조가 유일한 입법례이다. 다만 滿洲國 『親族承繼法』(1945.7.1. 공포) 제15조에서는 ‘家長’을 정의하고 있으나 家産制를 바탕으로 하고 있다(이 법은 시행되지 않았다).

『執行心得』에서는 “民籍記載例”를 제시하고 있는데, ‘호주’는 당연한 것으로 여겨 아무런 정의를 하지 않고 각종 사례를 구체적으로 제시하고 있다.¹⁵⁾ 그러면 제정민법의 ‘호주’의 연원은 무엇일까? 식민지 초기 다음의 기록에 주목할 필요가 있다.

分家は 일가에서 나와 새롭게 同系の 가를 창시하는 것으로 그 사이에 本家-分家の 관계가 생긴다. 따라서 같은 家名, 즉 동성동본이 된다. 재산의 분할이나 거주를 달리 할 필요가 없으며 다만 종래의 호주권에 예측하는 가족관계에서 벗어나 민적상 따로 호주권을 갖는 일족을 창시하는 것이다.¹⁶⁾

‘분가’는 본가에서 나온 가계를, 본가는 원래의 가계를 의미하는 것이다. 이는 <朱子家禮>에서 규정한 宗法을 상기시킨다. 즉 본가는 ‘大宗’, 분가는 ‘小宗’이다. 이를 제정민법 제778조에 대입하면, “一家의 系統을 繼承한 者”는 ‘大宗’, “分家한 者, 一家創立·復興한 者”는 ‘小宗’이 된다. 즉, 호주제는 전통적인 제사승계에서 연유한다고 할 수 있다.

제사승계와는 별도로 호의 상속이 존재하였다. 호적을 통하여 국가가 인구를 관리하였으며, 호적은 가를 단위로 작성되었고 그 첫머리에 主戶가 존재하였으며, 주호의 사망에 따라 그 호가 승계되었으며, 국가에서는 나름의 원칙에 따라 호의 승계를 관리하였다. 호의 승계는 혼인 후 분가하는 관습에 따라 사실상 末子相續에 가까웠다. 제사승계는 사적인 것으로 국가에서 직접 관리하지 않았으며, 호의 승계는 호적으로 국가가 직접 관리하였다. 제사이든 호이든 모두 가족에 바탕을 두고 있기 때문에 결국은 가계계승으로 이어진다. 아래에

15) 『警務局長訓達』(용회3[1909], 3.31.) <민적법 제1조 용어해석>에서는 “호주변경, 분가, 일호 [가]창립, 입가, 폐가[함부로 폐가를 해서는 안됨], 폐절가재흥, (移)去[1호 전부가 다른 지역으로 옮기는 것]” 등에 대해서는 설명을 하고 있지만, ‘호주’에 대한 언급은 없다(中田警部講話, 『諺文附 民籍講話』[大邱印刷合資會社, 1915], 109~111쪽 및 朝鮮總督府 警務總監部 編纂, 『日鮮對照 朝鮮民籍要覽』[斯道館, 1915], 226쪽 이하). 이는 1915년에 간행된 新文社 編輯局 編, 『最新實用 朝鮮百科大全』의 호적 관련 용어해설도 마찬가지이다.

16) 中田警部講話, 앞의 책, 25~6면; 朝鮮總督府 警務總監部 編纂, 앞의 책, 84~5면.

서는 제사승계와 호적대장의 주호의 승계를 살펴 조선시대 여성호주에 대해 보기로 한다.

1. 제사승계에서 여성호주

《經國大典》 <禮典> [奉祀]와 [立後]門에 규정이 되어 있는 조선시대의 제사승계는 다음과 같이 요약·정리할 수 있다.

적장자, 적장손의 순서로 승계하며, 長子에게 아들이 없으면 兄亡弟及에 따라 衆子가 승계를 하였다(移宗). 적자와 서자 등 친생자가 없는 경우에는 동종의 향렬이 적당한 지자를 입후하여 승계한다. 서자는 형망제급과 입후에 의하여 가계계승을 제한받았으며, 후기로 갈수록 더욱 심하여졌다.¹⁷⁾

《經國大典》에 의하면 제사는 적장자승계를 원칙으로 하며, 여성은 제사, 즉 가계를 계승할 수 없고 또 오늘날의 관점에서 보면 호주가 될 수 없었다.¹⁸⁾

그렇지만 16세기까지는 적장자승계의 원칙이 철저히 관철되지 않았다. 적자든 서자든 친생자가 있을 경우에는 친생자가 승계하였으나, 아들이 없는 경우에는 딸을 거쳐 외손이 제사를 모시는 外孫奉祀가 있었으며, 이 경우 여성이 잠정적이거나 가계를 계승하고 가를 대표할 여지는 있었다.

여성이 독자적으로 제사를 승계하는 예는 ‘冢婦法’에서 분명히 나타난다. ‘총부’는 사전적으로는 만며느리를 의미하지만, 조선전기에는 남편 사후에 그의 제사만이 아니라 시집의 제사를 주재하는 며느리를 의미하였다. 따라서 총부는 제사와 관련된 재산을 상속받고 가문의 제사를 승계하는 등 가계를 대표하는 지위에 있었다. 이러한 총부법은 <朱子家禮>에 입각한 祭祀承繼가 일반

17) 《經國大典》 <禮典> [奉祀] 및 [立後] 참조.

18) 정궁식, 『朝鮮時代의 家系繼承法制』, 『서울대학교 법학』 51-2(서울대학교 법학연구소, 2010) 참조.

화됨에 따라 16세기 후반인 明宗代에 총부법에 대한 논쟁이 있었다. 논쟁은 일차적으로는 冢婦와 亡長弟及에 따른 차자의 奉祀權의 대립이었다. 유처는 자기의 친족을 수양하여 재산을 물려주고 제사를 받기를 원했으며, 반대로 媿家에서는 남편의 同宗支子를 입후하기를 선호하였다. 이 대립은 결국 입후론이 승리하고 冢婦의 권리는 제한되어 결국 女性的 奉祀權이 박탈되어, 망장자와 그 처는 衆子로 대우받게 되어 父母 死後에 夫가 죽은 경우에만 臨時的으로 봉사할 수 있게 되었다. 그리고 《續大典》에서는 “장자가 무후로 사망하여 다른 이들을 세워 봉사하면 망장자의 처는 총부로 논할 수 없다”¹⁹⁾라고 규정되어 亡長子의 妻는 冢婦로 인정되지 않게 되었다.²⁰⁾

<주자가례>에 입각한 종법적 제사승계법이 사회에 확산됨에 따라 비종법적 제사승계의 관행은 자취를 감추고 적장자승계가 보편적인 것으로 되었다. 이에 따라 외손봉사, 총부법 등 여성이 제사를 승계하는 것은 드문 현상이 되었다. 또 率壻婚俗이 半親迎禮로 변하여 혼인의 거주규칙이 바뀐에 따라 內外法이 굳건해지고 또 노비제의 붕괴, 농지의 황폐화 등으로 재산이 영세화됨에 따라 조선전기의 남녀균분상속도 제사를 승계하는 적장자가 재산을 우월적으로 상속하였다. 결론적으로 조선후기 사회는 적장자가 가계를 계승하고 재산상속에서 우대를 받는 것으로 변하였다. 이는 결국 조선후기사회에 가부장제적 요소가 배태되었다고 할 수 있다.²¹⁾

제사승계가 중시됨에 따라 양자제도도 널리 보급되었다. 《경국대전》에는 입후가 규정되어 있었지만, 16세기까지는 널리 보급되지 않았으며, 17세기말부터 급증하였다.²²⁾ 《경국대전》에서는 生前養子만이 아니라 死後養子도 인정

19) 《續大典》 <禮典> [奉祀] “長子死無後 更立他子奉祀 則長子之婦 毋得以冢婦論 <田民依衆子例分給 立廟家舍 傳給於主祭子孫 而擅賣者禁斷>”.

20) 정금식, 『조선초기 제사승계법제의 성립에 관한 연구』(서울대 박사논문, 1996), 156~7면; 李舜九, 『朝鮮中期 冢婦權과 立後의 강화』, 『古文書研究』 9·10(한국고문서학회, 1996.10) 참조.

21) 정금식, 『종법적 제사승계와 가족의 변화』, 김필동·지승중 외, 『한국사회사연구』(나남, 2003) 참조.

22) 정금식, 『전기자료에 나타난 16세기 양자의 특징: 사마방목의 분석』, 『국제·지역연구』 12·4

하고 있다. 생전양자를 원칙으로 하여 兩家の 부모가 함께 해야 하지만, 부가 사망하였을 때에는 모가 단독으로 ‘사후양자’를 할 수 있었다.²³⁾ 가계계승의 측면에서 본다면 母는 사후양자를 선정할 때까지는 가계계승자의 지위에 있는 것이다. 따라서 《경국대전》에서도 한시적·임시적으로 오늘날의 관점에서 ‘여성호주’를 상정하였다고 할 수 있다.

《경국대전》과 《속대전》에서는 양부모든 친부모든 한 쪽이 모두 사망한 경우에는 사후양자를 불허하였다. 하지만 《대전통편》에서는 한쪽의 부모가 모두 사망한 경우에도 친부모와 門長의 상언으로 허용하였으며, 나아가 《대전회통》에서는 양쪽 부모가 모두 사망하여도 허용하였다.²⁴⁾ 조선후기에는 양자를 통한 제사승계-가계계승-가 급증하고 있다.²⁵⁾ 이 현상은 사후양자가 널리 보급된 것을 반영하는 것이며, 이는 법에 그대로 반영되었다.²⁶⁾

사후양자는 오늘의 廢絶家再興에 해당한다. 즉 제사를 승계할 남자-적자, 서자, 양자-가 없어서 絶家된 경우나 대종가를 계승하기 위해 독자가 종가로 入家한 경우에 본가는 廢家가 되고 종가는 부흥하며, 입양한 다음 사후적으로 생가가 절가가 된 경우에 사후양자를 선정하여 그 가계를 계승하는 것이다.

중법적 제사승계의 확산은 부계남계 위주의 가계계승을 강화시켰으며, 이는 한편에서는 가계계승에서 여성을 배제하였으며, 다른 한편으로는 사후양자를 선정할 때까지 여성[母]에게 잠정적인 지위를 인정하였다. 그리고 父母俱沒의

(서울대학교 국제대학원, 2003) 참조.

23) 《經國大典》 <禮典> [立後] “兩家父同命立之, 父沒則母告官, 尊屬與兄弟及孫, 不相爲後”; 단성호적에서는 이 예가 보인다. 손병규, 『호적: 1606~1923 호구기록으로 본 조선의 문화사』(휴머니스트, 2007), 130쪽 참조.

24) 《續大典》 <禮典> [立後] “○…一邊父母俱沒者, 並勿聽”; 《大典通編》 “情理可矜則或因一邊父母及門長上言, 本曹回啓, 許令立後”; 《大典會通》 “一邊或兩邊父母俱死, 而拘於常規, 不得登聞者, 本曹論理草記” 참조.

25) 단성호적에 나타난 예는 다음이 있다. 권대립(1698 사망) → 권필후(1718 사망) → 권흡(1733 출생)으로 이어진다. 권필후는 1717년, 1720년 호적에는 생부 권대적의 호에 등재되어 사망하였다. 권흡은 1750년 권필후의 처 이씨의 호에 양자로, 1759년 호적에는 주호로 등재되었으며, 조는 “부: 필후, 생부: 필수, 조: 대립”으로 조상이 기재되어 있다(손병규, 앞의 책, 115~6쪽).

26) 정금식, 앞의 글(각주 18), 82~6쪽 참조.

경우에 하는 사후양자는 廢絶家再興의 관념을 내포하고 있었다.

2. 조선후기 戶籍大帳 상의 여성호주

조선시대는 물론 고려말에도 여성호주²⁷⁾가 존재하였지만, 본고에서는 여성호주가 많이 등장하고 또 그 변화 내지 승계양상을 파악할 수 있는 조선후기 丹城戶籍大帳에 대한 연구성과를 토대로 논지를 전개한다.

호적은 국역운영의 기본대장으로, 國役은 호를 단위로 하여 人丁에게 부과하는 徭役과 개별 人身에게 職域을 부담시키는 身役의 형태로 구성되며, 이는 호적에 기재된 호구와 개인의 직역으로 나타난다.²⁸⁾ 따라서 국역을 부담하는 男丁을 중심으로 호적을 편성하는 것²⁹⁾은 당연하나 남편이 사망하는 등의 사유로 여성을 중심으로 호적을 기재할 수밖에 없는 사정이 생기기 마련이다. 그러나 이러한 예외적 호적은 가급적 회피하는 것이 방침이어서 1714년 내지 1774년으로 추정되는 <甲午戶籍事目>에서는 “과부가 가사를 주관하더라도 자가 장성하였으면 그 자를 주호로 삼도록(寡婦雖主家事 子若長成 以其子主戶爲白齊)하였고 또 《목민심서》 <제6부 호전 육조2> [제4장 호적]에서는 “과부는 원래 戶를 세울 수 없다.”라고 단언하였다. 또 조선후기의 호적 관련 훈령에서는 “父가 늙어서 자가 가사를 주관하는 것은 온당하지 못하며, 父가 가사를 子에게 물려주었더라도 父는 ‘夫’이며, ‘婦人’은 專制之義가 없으므로 母가 있더라도 자가 主(戶)로 된다”³⁰⁾라고 하였다. 부녀는 법적으로 남편이 죽고 아들이 장성

27) ‘호주’는 조선시대에 드물게 사용되었다. 하지만 본고에서는 현재와의 연속성과 논의의 편의를 위해 ‘형식적 의미로 호주’라는 용어를 사용한다. 즉, ‘호주’는 호적 등 가족을 기록하는 각종 문서의 첫머리에 등재되는 인물을 가리키며, 제정민법에서와 같은 권리의무를 갖는 법적 지위를 지칭하는 것은 아니다(앞의 주 11 참조).

28) 손병규, 앞의 책, 321면, 193.

29) 《經國大典》 <禮典> [戶口式]에서는 남편 다음에 처를 기재하도록 하는 것에서도 알 수 있다.

30) 《公移(下)》 <飭諭牒示> [傳令各面 8月日條]. 박병호, 『한국의 전통가족과 가정권』, 『근세의 법과 법사상』(진원, 1996), 261쪽에서 재인용.

하지 않은 경우에만 제한적으로 호주가 될 수 있었을 뿐이었다.³¹⁾

조선후기에는 정책적으로 성인남성을 통해 각 호를 통제하려고 하였다. 숙종대 초반 오가작통제와 호패법의 실시 등으로 호적제도를 강화하였으며, 국역을 부담하는 15~60세의 壯丁을 호주로 기재하는 국가의 방침이 강화되었다.³²⁾ 이 정책에 따라 여성이 주호로 될 수 있는 경우는 아주 제한적이어서 주호로 될 성인남자가 없는 경우나 그 자가 있어도 10대 후반이거나 질병 등으로 그 역할을 하기 어려울 때에만 여성이 주호로 될 수 있었다. 즉, 여성은 법적으로 제한적·한시적으로 주호가 되었다. 또 여성주호의 호가 남성주호로 변경되는 비율도 높아 여성주호의 존속율이 매우 낮았다.³³⁾

조선후기 여성호주의 실태를 보자. 여성호주는 亡夫를 이은 것이 대부분이며, 이는 ‘代戶’로 표현되고, 이는 ‘호주승계’라고 할 수 있다.³⁴⁾ 조선후기 여성호주의 비율은 대략 5% 내외로 시기별로 큰 편차를 보이지 않는다.³⁵⁾ 부가 살아 있는 데 아들이 호주로 기재된 경우는 5% 이내이며, 그 父는 대부분 60세 이상이다. 이는 국가에 대해 역을 부담하는 戶主와 가를 대표하는 家長이 분리된 경우라고 볼 수 있다.³⁶⁾

아들과 동거하지만 과부가 호주로 기재된 비율은 1678년에는 50% 이상에서 1717년에는 31.7%로 감소하였다가 1789년에는 50%대로 회복하였다. 또 아들이 혼인한 경우에는 1678년에는 18.4%에서 1717년에는 6.2%로, 1759년에는 3.7%로 축소되었는데, 이는 기혼인 아들이 호주를 승계하는 것을 반영하는 것이다. 즉, 17세기 후반에 과부는 아들이 장성한 경우라도 호주가 되었지만, 18세기 초

31) 정지영, 『조선후기의 여성호주 연구: 《경상도단성현호적대장》의 분석을 중심으로』(서강대 박사학위논문, 2000), 29~31면.

32) 정지영, 위의 글, 33면, 58면.

33) 金京蘭, 『조선후기 단성현호적대장의 여성과와 실태 연구』(고려대 박사학위논문, 2003), 75~80면, 82면, 90면.

34) 정지영, 앞의 글, 60~1면.

35) 김경란, 앞의 글, 36면. 정지영은 단성호적에서 11%의 여성호주가 있다고 한다(앞의 글, 57쪽). 논의의 대상은 여성호주의 존재 자체가 아니라 그 승계양상이기 때문에 절대수치는 그리 중요하지 않다.

36) 정지영, 앞의 글, 46~50면.

에는 아들이 호주가 되고 과부는 그 구성원으로 되었다. 이는 단적으로 호주승계에서 長幼에서 男女로 기준이 바뀐 것을 반영한다.³⁷⁾

단성호적에서 1678년~1789년 여성호주의 기재비율을 살펴보면, 양반의 경우는 1717년을 기점으로 남성이 호주로 기재되는 방향으로 철저히 진행되었다. 양인은 국가의 행정적 통제가 강화된 시기에는 남성호주의 비율이 늘어나지만, 약화된 시기에는 과부호주가 賑恤 등에서 유리한 경우가 있기 때문에 늘어났다.³⁸⁾

여성호주의 승계양상은 더 극적으로 변화였다. 1678년에는 여성이 호주를 승계한 것이 93.1%이었으나, 1717년에는 37%로 줄어들어, 호의 승계에서 여성이 배제되는 경향을 나타냈다.³⁹⁾ 그리고 1678년에는 적모가 자보다 우선하여 적처가 없는 경우에 父→子 승계가 있었으며, 또 손자가 있음에도 불구하고 시어머니가 며느리에게 승계시킨 예도 나타나는 점 등에서 1678년에는 夫→婦 승계가 대세라고 할 수 있다. 1717년에는 夫→婦보다 父→子 승계가 늘어났으며, 또 형제관계, 장인→사위 관계에서도 나타났다. 또 생존한 모가 자에게 승계시킨 예도 나타났다. 1759년의 특징은 어머니 생존 중에 아들에게 호를 승계시킨 예가 90%(9/10)에 달한다. 1678년에는 夫→婦가 일반적이었지만, 1717년 이후에는 父→子 승계가 일반적이고 또 아들이 아니어도 남성이 호주를 승계하는 경향이 나타났는데, 이는 부계질서와 국가의 호적정책이 강화된 결과이다.⁴⁰⁾ 그래서 1678년에는 부모 중 1명이라도 생존해 있으면 代戶가 나타나지 않았으며, 1717년에는 부 생존 중에 자의 대호가 예외적으로 나타나며, 모 생존 중에는 67.9%로 증대하였다. 또 승계자는 통상 호주로 되기에 적합한 나이, 또는 혼인조건을 갖춘 아들은 1678년에는 호주인 과부와 함께 살았으나, 1717년에는 자신이 호주가 되었고, 이는 18세기말까지 지속되었다.⁴¹⁾

37) 정지영, 위의 글, 41~3면.

38) 정지영, 위의 글, 37면.

39) 정지영, 위의 글, 62~4면.

40) 정지영, 위의 글, 66~74면.

41) 정지영, 위의 글, 77~83면.

17세기 초부터 19세기 후반까지의 단성호적대장을 분석한 결과로 다음의 결론을 얻을 수 있다. 17세기에는 주호의 교체가 대장에 분명히 기재되지 않았지만, 18세기 중엽을 거쳐 19세기에는 확정적으로 되었다. 그리고 여성주호로의 교체는 2.3%에서 시작하여 최고 11%에 이르렀으나 19세기 중엽에는 1.5%로 줄어들었고, 남성주호로 교체는 57%에서 98%로 늘어났다. 또 여성주호는 다음 식년에서 소멸한 예가 많으며, 이는 18세기의 <갑오식호구사목>에 영향을 받은 것이다.⁴²⁾

여성주호를 억제하고 남성으로 이어지는 가계계승을 지향한 법제는 17세기에는 구속력이 약했으나 18세기 후반, 19세기 이후에는 구속력이 강하였다. 그 결과 19세기 여성주호의 비율은 17세기의 절반 정도인데, 이는 호의 영속, 즉 부부 주호를 선호한 정책의 결과이다.⁴³⁾ 여성주호는 국가입장에서는 부세를 부담하지 않는 殘戶 내지 虛戶로, 국역 담당자인 남성이 파악된 이후에는 존재할 수 없는 한시적·제한적 호이었다. 하지만 德政의 차원에서 즉, 최소한의 존립 조건을 마련한다는 점에서 이들을 파악하였다.⁴⁴⁾

제사승계와 호적대장에서 여성호주의 존재를 확인할 수 있었지만, 여성호주는 임시적인 존재이었다. 17세기 초에는 호의 승계 자체가 확립되지 않은 상태이었는데, 17세기 말경에는 정책적으로 여성을 호주승계에서 배제하기 시작하였으며, 18세기를 거쳐 19세기 말경에는 거의 배제되어 남성 중심의 호주승계가 확립되었다고 할 수 있다.

42) 손병규, 앞의 책, 172~7면.

43) 손병규, 위의 책, 179면.

44) 김경란, 앞의 글, 179면.

Ⅲ. 식민지기 여성호주의 지위

1. 관련 법령

1) 戶口調查規則(1896)

조선시대에는 3년마다 호구를 조사하여 인구 등을 파악하려고 하였지만, 전체인구를 파악하지는 못하였다. 그래서 1896년 9월 1일(칙령 61) 『戶口調查規則』을, 3일 『戶口調查細則』(內部令 8)을 공포하였다.⁴⁵⁾ 이의 목표는 “全國內 戶數와 人口를 詳細히 編籍호야 人民으로 호야금 國家에 保護호는 利益을 均霑케 함(§1)”이며, 이에 따라 統戶를 편성하였다. 그리고 戶籍紙를 마련하여 호주에게 작성의 의무를 부과하였으며, 가옥을 대상으로 戶牌를 발급하였다. 또 실제 거주에 따라 부모형제자손이라도 分戶하게 하였다. 또 분호나 移居戶도 신고하도록 하였으며, 호를 은닉하거나 인구를 탈루하는 행위를 처벌하였다.

『호구조사규칙』은 전반적으로 전통적 호적제도를 계승한 것으로, ‘戶籍表’는 호마다 고유번호를 기재하여 모든 가호를 파악하여 근대적 國勢調查를 지향하였다.⁴⁶⁾ 또 ‘호주’와 ‘동거친속’으로 구분하고 또 호주만의 四祖戶口를 기재하도록 하여, 호의 대표자가 분명해져서 호에 대한 책임과 관리가 명확해졌다. 정부는 호적표로 호주를 확정하고 호에 등재되는 인원을 제한하여 호를 확대하려고 하였다.⁴⁷⁾

그러나 이 법은 변동사항이 발생하면 일정기간 내에 신고하는 것이 아니라 1년 단위로 신고·조사하도록 하였으며, 또 현실의 ‘물리적’인 호를 기준으로 하여 동일 호내에서의 변동과 移居 등을 즉시 반영할 수 없었다. 그리고 예산의 부족 등으로 철저한 조사는 이루어지지 않은 채, 전국적인 인구의 조사와 그에 따른 호적의 편성과 호[가계]의 계승은 통감부로 넘어갔다. 또한 가족구

45) 『戶口調查規則』은 총8개조로, 『戶口調查細則』은 총17개조 및 호적양식, 統表양식, 號牌양식으로 구성되어 있다.

46) 최흥기, 『한국호적제도사연구』(서울대학교 출판부, 1997), 183면.

47) 손병규, 앞의 책, 332~5면.

성원의 변동에 대한 구체적인 신고지침과 실례 등이 없었기 때문에 가[호]의 계승, 즉 가계계승의 세부적인 내용은 파악하기 어렵다.

2) 民籍法(1909) 및 朝鮮戶籍令(1923)

1907년 통감부에서는 임시호적조사를 하였으며, 1908년에는 내부관제를 개정하여 호구조사를 지방행정관서의 版籍課 대신 警務局으로 이관하여 경찰력에 의한 강제적인 호구조사를 준비하였다. 그리고 1909년 3월 4일 「民籍法」(법률 8)과 20일 「民籍法執行心得」(내부훈령 39)을 제정하여 새로운 호구기재양식을 정하여 전면적인 호구조사에 착수하였다.

「民籍法」은 8개조로 이루어져 있다. 제1조에서는 “戶主變更, 養子, 罷養, 分家, 一家創立, 入家, 廢家, 廢絶家再興” 등 15개의 신고사항과 사유발생 후 10일 내 신고의무를, 제2조에서는 신고의무자를 ‘호주’로 규정하였다. 그리고 혼인과 양자 등에 대한 신고의무자(§3), 서면 및 구두신고(§5), 신고수리자는 면장 또는 그에 준하는 자(§1, §4, §7) 그리고 申告懈怠에 대해서는笞50 이하 또는 5圓 이하의 벌금, 허위신고에 대해서는 6개월 이하의 징역, 태형 또는 100환 이하의 벌칙(§6)을 규정하였다. 「民籍法執行心得」에서는 민적부의 비치와 편제방법(§1, §2), 棄兒에 대한 처리방법(일가창립; §4), 절가와 附籍者의 처리방법(§5, §6), 면장과 경찰관서의 업무처리방법(§7~§9), 민적부의 양식(§10) 등을 규정하였다. 주목해야 할 것은 민적의 기재순서를 규정한 제3조인데, “戶主, 戶主의 直系尊屬, 戶主의 配偶者,⁴⁸⁾ 戶主의 直系卑屬와 그 配偶者, 戶主의 傍系親과 그 配偶者, 戶主의 親族이 아닌 者”로 정하여 호주를 중심으로 편제하였다. 그리고 <民籍記載例>에서 제10조에서 규정한 민적양식의 용어 10개항에 대해 설명하였다. 본고의 주제와 관련하여서는 다음을 주목해야 한다.

48) 같은 조 제2항에서 첩은 처에 준하는 것으로 규정하였다.

- 二. 本の欄에는 始祖出生地の 地名을 記載함이 可함 假令 其始祖가 金海에서 出生
 ㅎ 時는 金海라 함과 如함 但 戶主와 本이 同一ㅎ 者는 記載함을 不要함 (備考)
 本은 出生地로써 함이 原則이로대 居住地로써 ㅎ는 例外가 有함
- 三. 前戶主의 欄에는 前代戶主의 姓名을 記載함이 可함
- 四. 戶主된 原因及年月日의 欄에는 其原因 卽戶主의 死亡에 因ㅎ거나 又は 一家創立
 에 因ㅎ거나 又は 分家에 因ㅎ야 戶主된 區別 及 其戶主된 年月日을 記載함이 可
 함 假令 “戶主 李辰杓 死亡에 因ㅎ야 隆熙七年七月七日 戶主됨”이라 함과 如함
 (備考) 戶主된 原因은 前戶主의 死亡, 分家, 一家創立 及 廢絶家再興 等에 因함
- 五. 父의 欄 及 母의 欄에는 其實父 及 實母의 姓名을 記載함이 可함 因ㅎ야 他家로
 부터 入ㅎ 境遇는 其生家에 在ㅎ 父母의 姓名을 記載함이 可함 (備考) 庶子의 父
 母를 記載ㅎ는 境遇에 在ㅎ야는 其嫡母의 名을 記載치 勿ㅎ고 實母 卽 生母된
 妾의 名을 記載함이 可함 假令 嫡母의 名은 玉卿이오 生母의 名은 英子되는 時
 는 生母의 名 卽 英子라 함과 如함
- 六. 出生別의 欄에는 其父를 中心으로 ㅎ고 該當ㅎ 身位 卽 長男, 次男 又は 長女,
 次女라 記載함과 如함 (備考) 戶主를 中心으로 ㅎ야 指稱ㅎ는 身位와 家族을 中
 心으로 ㅎ야 指稱ㅎ는 身位는 반드시 同一치 아니ㅎ 境遇가 有ㅎ니 假令 戶主에
 對ㅎ야는 孫이 되나 父에 對ㅎ야는 子됨과 如함
- 七. 姓名의 欄에는 各自의 姓名을 記載함이 可함 但 戶主와 姓이 同一ㅎ 者는 其名
 만 記載함이 可함
- 九. 身位의 欄에는 戶主를 中心으로 ㅎ야 其身位를 記載함이 可함 假令 母, 妻, 妾,
 長男, 長女, 弟, 某의 妻, 某의 妾이라 함과 如함
- 十. 事由의 欄에는 身分의 異動事項을 記載함이 可함 其例文은 大概 左와 如함: 1)
 死亡, 2) 戶主變更, 3) 婚姻, 4) 離婚, 5) 養子, 6) 罷養, 7) 分家, 8) 一家創立, 9) 入
 家, 10) 廢家, 11) 廢絶家再興, 12) 附籍, 13) 移居, 14) 改名 <구체적 예시 생략>
 (注意) 死亡, 離婚, 罷養 其他에 因ㅎ야 更히 歸來치 아니ㅎ 者는 其姓名을 抹消
 함이 可함 <말소방법 생략>

우선 ‘本(貫)’을 설명하였는데, 당시의 상황에 따라 거주지도 예외적으로 인정하였다(二). 그리고 호주 자체에 대해서는 정의를 하지 않고 호주변경, 즉 상속의 원인으로 전호주의 사망, 분가, 일가창립 그리고 폐절가재흥 등을 예시하였으며(四), 입양과 혼인 등으로 타가에서 入家하였으면 兩家 부모의 성명을 모두 기재하고, 서자는 생모를 기재하도록 하였다(五). 출생별에서는 호주와 가족의 구분을 엄격히 하여, 부부 중심에서 호주 중심의 가족으로 이행하는 단초를 보이고 있다(六). 사유에서는 제1조에서 규정한 15개 사항 중 출생만 제외하고 모두 예시를 하였으며, 이 사유는 종래의 호적이나 『戶口調查規則』에는 없는 새로운 것이라고 할 수 있다. 또 사망 등 민적에서 영구히 삭제될 자의 성명을 말소하도록 하여 ‘去家’ 개념을 도입하였다(十). 민적 관련 법령은 국민 전체를 파악하면서도 개개인의 신분관계의 변동을 정확하게 파악하려고 하였다.

『민적법』은 1915년 3월 面里制를 시행하고 그 업무를 경찰에서 행정부로 이관함에 따라 개정되었으며, 이 때 제3조의2로 轉籍에 대한 규정이 신설되었다(조선총독부령 17; 4월 시행). 1916년 7월 개정에서는 제3조에 ‘入家’를 추가하는 개정을 하였다(조선총독부령 56; 8월 시행). 1921년 6월에는 관할이 다른 면으로 轉籍하는 경우 면장들의 업무처리(§5의2, 3)와 본적 불분명자의 본적 회복에 따른 처리방법(§5의4), 신고서 외의 서면에 의한 신고(§5의5) 등 기술적인 개정이 있었다.⁴⁹⁾

『민적법집행심득』은 1915년 8월에 개정되었다. 핵심적인 내용은 제2조 제2항에서 “호주변경, 폐가 기타의 사유로 인하여 민적 전부를 말소할 때에는 그 민적은 민적부에서 제외하여 전항에 준하여 편철하여 제적부로 만들어야 한다”라고 규정하여 除籍簿를 만들도록 하였으며, 제3조 제2항을 삭제하여 첩을

49) 『민적법』은 비록 통감부가 주도적으로 제정하였지만, 대한제국의 법령으로 합방과 동시에 실효해야 한다. 조선총독부는 법률의 공백을 메우기 위하여 합방 당일 칙령 제1호 『조선에서의 법령의 효력에 관한 건』을 공포하여 당시 법령의 효력을 인정하였다. 다만 법형식이 법률에서 조선총독부령으로 격하되었는데, 식민지 조선에서는 입법사항은 제령으로 제정해야 하므로 논리적으로는 제령이 되어야 한다. 따라서 식민지조선에서의 법령체계와도 부합하지 않는데, 향후 이에 대한 연구가 필요하다.

공식적으로 부인하였다. 기아에 대한 규정(제4조), 면장의 경찰관서에 대한 민적신고서의 송부무(제8조)를 삭제하였고, 민적 관련 장부와 서류의 보존기간 및 폐기절차(제11조, 제12조)를 신설하였다. 그리고 <민적기재례[日文]>를 첨부하였는데, 몇 가지 차이가 있다.

①거주지를 본관으로 할 수 있는 것을 삭제하였다(2). ②前戶主의 欄에 폐절가재흥은 당시 호주의 성명, 분가 또는 일가창립은 공란으로 하였다(3). ③호주된 원인에서 예시를 한 비고를 삭제하였다(4). ④父·母의 欄에서는 타가에서 입적하는 예로 혼인, 입양을 추가하였다(5). ⑤出生別의 欄에서는 적자, 서자, 사생아 추가하여 구분하였다(6). ⑥姓名의 欄에서는 혼인 등으로 입적한 자가 同姓異本이면 그 성을 기입하도록 하였다(7). ⑦身位[신분]의 欄에서는 ‘부’에서 ‘호주’로 기준을 바꾸었고 또 6에 있던 비고를 옮기면서 ‘호주와 가족’에서 ‘호주와 부’로 고쳐 설명하였다(9). ⑧사유란에서는 “12. 附籍”을 삭제하고 “1. 출생 및 인지, 11. 離籍, 13. 절가”를 추가하였다. 그리고 그 양식에서는 ‘제적, 복적, 입적’을 추가하여 민적의 변동을 반영하도록 하였다(10).

<민적기재례>의 변화, 즉 1909년에서 1915년의 변화는 우선 본관의 설정, 同姓同本과 同姓異本の 차이를 이해하는 등 식민지 당국자들이 한국가족을 어느 정도 이해하였고 또한 한국인 역시 새로운 호적인 민적의 구조-호주를 중심으로 하는 가족구성-을 이해한 것을 반영한다. 전호주 성명기재의 분화, 혼인 등으로 인한 타가입적, 사유란의 내용과 그 기재양식은 민적의 작성과 편성이 치밀해졌다. 그리고 서자와 사생아의 구분은 극히 일본적이라고 할 수 있다.

민적은 10호를 1통으로 하여 통호번호를 부여하였으며, 호주의 직업을 기재하여 신분을 정리하였다. 전통적인 4조 대신 호주를 포함한 모든 구성원의 부모를 기록하였다. 여성도 이름을 기재하였으나 철저히 관철되지는 않았다. 민적 조사한 후 민적을 주소별로 정리하여 민적부를 만들었다. 이후 호 구성원의 변동이 있으면 민적부에 기재하고 호주에게 변동이 있으면 호를 제적시켜 별도의 除籍簿로 보관하고 신호주가 계승하는 방식으로 민적을 작성하였다.⁵⁰⁾

민적법 역시 이후의 추상적인 ‘가’를 설정하여 이에 터잡아 그 구성원의 신

분변동을 정리하는 것이 아니라 여전히 현실의 거주지를 기준으로 하고 있다. 「민적법」과 「민적법집행심득」 어디에도 本籍에 대한 정의는 없고 단지 현실의 거주지를 상정하고 있다(법 §1, §4, 민적부양식 및 민적기재례). 그러나 현실의 가족은 유동적이다. 본적지가 아닌 곳에 거주하는 구성원은 민적부로는 파악할 수 없으며, 혼인하면 분가하는 관습은 가[호]의 연속에 장애가 되었다. 또한 잦은 分家와 復籍은 입법취지와도 맞지 않았다. 그래서 1910년대 중엽부터는 호구조사의 방법이 바뀌기 시작하였다. 식민지 당국자는 우선 가의 연속을 법적으로 보장하기 위해 장남의 분가금지를 조선의 관습으로 보았으며, 여성호주의 존재도 가급적 억제하려고 하였다. 민적에서 고정된 가를 현실의 가와 일치시키려는 법적 장치는 분가와 폐가 관습의 정립이었다. 그러나 현실의 거주지를 바탕으로 하는 민적법으로는 변화하는 가족을 반영할 수 없었고, 결국 추상적인 가-현재의 본적-를 필요로 하였다. 이 정책은 1923년에 제정된 「조선호적령」으로 완성되었다.⁵¹⁾

「조선호적령」(조선총독부령 154, 1922.12.18, 제정, 1923.1.1. 시행)은 총5장 133개조(부칙 6개조)로 된 법령이다.⁵²⁾ 규정내용은 민적법 체제를 거의 그대로 이어받았으며, 단지 「조선민사령」의 개정으로 의용된 일본민법과 관련된 내용이 추가되었을 뿐이다. “제4장 신고”에서 “통칙, 출생, 인지, 입양, 파양, 혼인, 이혼, 친권 및 후견, 사망 및 실종, 호주상속, 친족입적, 분가 및 절가, 개명·죽칭의 득실 및 襲爵, 轉報轉籍 및 취적” 등 14개의 절로 세분되었는데, 호적의 기재사항(§11)는 <민적기재례>를 답습하였으며, 호적의 기재순서(§12)는 「민적법집행심득」 제3조와 같다. 그리고 호주의 상속, 절가 기타 사유로 인하여 호적의 전부를 말소한 때에는 그 호적은 호적부에서 제외하고 별도로 편철하여 ‘제적부’로 보존하도록 하였다(§8).⁵³⁾

50) 손병규, 앞의 책, 360~2면.

51) 손병규, 위의 책, 374~7면.

52) 구성은 다음과 같다. 法源과 판사를 감독관청으로 규정한 “제1장 총칙(§1, 2)”과 호적의 작성 방식과 호적부의 관리 등을 규정한 “제2장 호적부(§3~10)”, “제3장 호적의 기재절차 (§11~32)”, “제4장 신고(§33~124)”, “제5장 호적의 정정(§125~127)”, “부칙(§128~133)”.

『조선호적령』의 제정은 『조선민사령』의 개정과 밀접한 관련이 있다. 1912년의 『조선민사령』에서는 조선인의 친족·상속에 대해서는 관습을 법원으로 인정하였지만, 1921년과 1922년 개정으로 일본민법의 의용범위를 확대하였다.⁵⁴⁾ 1922년 12월의 개정(1923.7.1. 시행)에서는 조선인의 호적에 관하여 8개조(§11의 2~9)를 신설하였는데, 호적의 관리 등 원칙에 대한 규정만 있고, 세부적인 내용은 조선총독에게 위임하였으며(§11의9), 그 위임에 따라 『조선호적령』이 제정되었다.⁵⁵⁾

그런데 『조선호적령』에서도 역시 ‘本籍’에 대한 명확한 정의는 보이지 않는다. 『민적법』에 대한 설명에서 “본적지는 민적의 소재로 각인의 신분을 증명하는 민적에 속하는 지역을 지칭한다. 종래 조선의 관습에서는 생활의 본거를 ‘居地’, 즉 주소라고 하였다. 주소 외에 본적의 존재를 모른다. 현재 사실상 생활의 본거지를 옮기는 경우에 ‘移居’라고 하니 민적을 그 본인의 이거지 所轄 면장에게 이송함이 상례이고, 법리상으로도 본인의 의사에 따라 민적을 정리함이 타당하다.”라고 하여 본적을 현실의 거주지로 보았다.⁵⁶⁾ 이는 당시의 경제상황과 결부시켜 “한국인민은 상공업민이 적고 선조 대대로 동일한 지역에 정주하는 자가 많기 때문에 이를 본적지라고 한다”라고 하여, 이는 일단은 현거주지를 기준으로 하였으나,⁵⁷⁾ 본적을 떠나 생활하는 자는 있기 마련이고 이들에게 분가 그리고 복적이나 입적을 요구하는 것은 행정적으로 많은 어려움이 있다. 그래서 조선총독부에서는 본적을 떠나 생활하는 자에 대한 별도의 행정조치를

53) 이는 우리의 1960년 『호적법』과 거의 유사하다.

54) 『조선민사령』의 개정으로 의용된 일본민법은 다음이며, 호적과 관련되는 것은 “분가, 절가 재흥” 등이다.

①1921년(2 개정): 제5장 친권(§877~899), 제6장 후견(§900~943), 제7장 친족회(§944~953)

②1921년(4 개정): 혼인연령(§765), 재판상 이혼(§813~819), 인지(§827~836), 상속의 승인(§1017~1037), 재산의 분리(§1041~1050), 분가, 절가재흥, 혼인, 협의상 이혼, 입양 및 협의상 과양신고주의: §743, §775~776, §811, §849, §862, §865).

55) 자세한 것은 이승일, 앞의 책, 238~247쪽 참조.

56) 朝鮮總督府 警務總監部 編纂, 『日鮮對照 朝鮮民籍要覽』, 97면.

57) 손병규, 『民籍法の ‘戶’규정의 변화: 일본의 명치호적법 시행경험과 ‘朝鮮慣習’에 대한 이해로부터』, 『대동문화연구』 57(성균관대 대동문화연구원, 2007), 89면.

마련하였다.⁵⁸⁾ 이는 1911년 7월에 제정된 『숙박 및 거주규칙』(조선총독부령 75)이다.⁵⁹⁾ 여기서는 1호를 구성하지 않는 거주자를 寄食시키거나 1호를 구성하여 타인의 가옥을 임차하여 사는 경우에는 그 가옥의 소유자나 관리자에게 신고의무를 부과하였고(§4), 거주지를 이전할 때 역시 신고의무를 부과하였다(§5). 그리고 거주하는 자가 단신이면 본인이, 가족동행자이면 호주 또는 이에 준하는 자가 신고하도록 하였다(§6). 즉 가족 전체가 아닌 호주만 옮기는 경우는 移居가 아니며 이는 『숙박 및 거주규칙』에 의한 등록부로 정리하도록 하였다.⁶⁰⁾

이에 따라 민적 내지 호적을 고정시켜두는 ‘본적’과 현재의 거주지를 반영하는 ‘住所’⁶¹⁾가 분리되었으며, 호적은 실생활과 유리된 신분을 확인하는 기능으로 고정되었다. 그에 따라 가[호]의 승계가 법률적으로 확정되고 국가가 이를 통제할 수 있게 되었다.

3) 戶籍制度와 일본 明治民法(1898)

일본은 명치유신 후인 1870년 종래의 방식에 따른 ‘人別帳’, ‘宗門改帳’에 준하여 호구를 조사하였으며, 廢藩置縣 후인 1872년 壬申戶籍으로 전국적인 규모의 호구조사를 하였다. 이는 전체 인구를 조사하여 징병제의 실시와 전국적인 주민등록을 목표로 한 것이다. 임신호적은 호구과악의 측면에서 호적의 본적과 寄留로 현거주지 인구와 이동인구 과악을 주목적으로 하였다. 또 신분제와 관련이 있었기 때문에 1886년 『출생 사망 출입 등 신고방법 및 기류자 신고방법』, 『호적취급절차』 등 일련의 법적 조치를 완비하였다. 명치초기의 호적법은 현거주지를 단위로 하였으나, 인구이동의 발생으로 결국 1898년 본적지주의로 전환하였고, 이는 1898년 『민법(친족상속편)』의 시행과 관련하여 ‘身分登

58) 손병규, 앞의 책, 379면.

59) 이 총독부령 제3조가 “외국인 및 내지인”을 대상으로 한 점에서 조선인만을 대상으로 한 것은 아니다.

60) 朝鮮總督府 警務總監部 編纂, 앞의 책, 35면.

61) 일본민법 제21조 “각 인의 생활의 본거지를 그 자의 주소로 한다” 참조(한국민법 §18).

錄簿' 작성을 골자로 한 「호적법」 등으로 완비되었다. 이에 따라 호주와 가족의 범위 그리고 호주의 권리의무가 확정되었다. 호주는 전호주의 사망, 은거, 실종으로 家督相續⁶²⁾을 하였다. 가독은 장남이 상속하는 것이 원칙이었지만, 사유가 있으면 예외를 인정하였다. 또 예외적으로 여성의 가독상속을 허용하였지만, 華族에게는 금지하였다. 명치호적의 호주승계는 적장자가 우선이며, 여성은 제한되어 남편 생존 중에는 불가하며, 임시적이었다.⁶³⁾

명치 민법상 호주는 가족에 대해 일정한 권리의무를 갖고 스스로 단체를 구성하며, 가족은 호주의 친족과 그 배우자이다. 친족은 호주의 6촌[等親] 내의 혈족과 배우자 및 3촌 이내의 인족 및 그 배우자이다($\S 725$). '家'는 물리적인 가족이 아니라 법률상 家籍을 일컬으며, 실제에서는 동일호적에 있는 자이다.⁶⁴⁾ 새롭게 일가를 창립하려는 자는 그 가를 폐가하고 타가에 들어갈 수 있으며, 분가나 재혼한 폐절가는 언제든지 폐가할 수 있다($\S 762$). 그러나 가독상속을 한 호주는 가를 중시하여 폐가할 수 없으며, 또 無籍者를 방지하기 위해 단순한 폐가는 허용하지 않았다. 호주가 없게 된 가에 가독상속인이 없으면 絶家로 되고 그 가족은 각각 1가를 창립한다($\S 764$).⁶⁵⁾

가독상속의 원인은 “호주의 사망, 隱居⁶⁶⁾ 또는 국적상실”, “호주가 혼인 또는 입양의 취소로 그 가에서 제적된 때”, “여성호주의 入夫婚 또는 입부의 이혼” 등이다($\S 964$). 가독상속에서 여성은 직계비속이면 법정추정가독상속인으로 남성보다 후순위이지만, 사생자보다 우선하였다($\S 970$ ii, iv). 그리고 법정 또는 지정 가독상속인이 없으면 친족회 등에서 가독상속인을 선정할 수 있는데, 여

62) '家督相續'은 '家督'의 지위를 승계하는 것이다. 명치민법에서는 '戶主'라는 용어도 있는데, 호주는 가를 대표하는 자격을 갖는 사람을, '家督'은 가의 대표 그 자체를 의미한다. 우리 민법에서는 '호주'만, 滿洲國 「親屬承繼法」에는 '家長'만 있다. 후자는 가를 대표하는 자격 자체와 사람을 모두 의미한다.

63) 손병규, 앞의 글, 104~8면.

64) 梅謙次郎, 『民法要義: 卷之四 親族編』(訂正增補 제20판: 東京: 私立法政大學, 1910), 13~15면.

65) 梅謙次郎, 위의 책, 82~5면.

66) 호주가 생전에 가독의 지위에서 사퇴하는 은거는 조선에서는 인정되지 않았다.

성은 예외적으로 후순위로 될 수 있었다(선정가독상속인; §982). 관습과 인정을 참작한⁶⁷⁾ 명치민법 상의 여성호주는 드문 것도 아니었다.⁶⁸⁾ 명치민법과 호적에 서는 여성호주의 존재를 부인하지 않았으며, 다만 원칙적으로 남자보다 후순위이었다.

2. 여성호주의 지위

『민적법』은 물론 『조선호적령』이나 『조선민사령』에서도 호주상속에 대해 원칙적인 규정만 있지, 개별사례에 대한 세부적인 지침은 없다. 결국 구체적인 내용은 개별사례를 해결하면서 정립되어갔다. 이는 행정관청 내부의 지침인 ‘通牒’이나 ‘例規’, 관습의 존부에 대한 조선총독의 ‘回答’의 형태로 나타난다. 궁극적으로는 최고법원인 (조선)고등법원의 판결로 확정된다. 아래에서는 여성호주와 관련된 관습의 정립과정과 그 의미에 대해 살펴본다.⁶⁹⁾

1) ‘가’와 상속에 대한 인식

상속은 호주를 대상으로 하고 호주는 가족을 전제로 한다. 우선 식민지 초기 조선의 ‘가’와 ‘상속’에 대한 인식을 검토하자. 조선의 관습에 대한 첫 기록은

67) 梅謙次郎, 『民法要義: 卷之五 相續編』(제18판: 東京: 私立法政大學, 1910), 67면.

68) 梅謙次郎, 『民法要義: 卷之四 親族編』, 22면.

69) 본고에서 이용한 자료는 다음과 같으며, 편의를 위해 약호를 사용하여 본문에서 인용한다.

- 朝鮮總督府(1912)/ 정궁식 역, 『慣習調査報告書』(改譯版: 한국법제연구원, 2000): 『관조』.

- 中田警部講話, 『諺文附 民籍講話』(大邱印刷合資會社, 1915): 『강화』.

- 朝鮮總督府 警務總監部 編纂, 『日鮮對照 朝鮮民籍要覽』(斯道館, 1915): 『요람』.

- 朝鮮總督府 法務局 編, 『民籍例規』(동 法務局, 1922): 『예규』.

- (朝鮮)司法協會 編, 『司法協會 決議回答輯錄』(司法協會, 1932): 『집록』.

- 朝鮮總督府 中樞院, 『民事慣習回答彙集』(동, 1933): 『휘집』.

- (朝鮮)司法協會 編, 『續決議回答輯錄』(司法協會, 1938): 『속집』.

- 高等法院 書記科 編, 『高等法院判決錄』: 『조고판』(선고일과 판결록의 권수와 쪽수를 “[민2-198]” 형식으로 인용한다).

조선총독부에서 1910년, 1912년에 간행한 《慣習調査報告書》이다. 여기에서는 가족의 범위, 자가 입적할 가, 입부혼, 轉籍, 去家와 復籍, 타가상속, 폐절가 재흥, 일가창립(제110~118문) 등과 호주의 존재를 전제로 하고 가족과의 관계, 호주의 각종 권리의무(제119~129문) 등에 대한 관습을 조사하였다.

《慣習調査報告書》에서는 호주로 대표 되는 가의 영속성을 중시하고 있다. 우선 推定相續人인 장자는 원칙적 去家나 一家創立을 할 수 없으며, 다만 종가계승을 위해서만 할 수 있고, 제사를 지낼 조상이 있으면 死後養子로만 폐절가를 재흥할 수 있고, 폐절가는 예외적으로 인정되었다. 또한 가족공동체를 강조하여 혼인과 입양 외에는 轉籍을 금지하며 호주의 離籍權도 부인하였다. 이 혼과 파양 후에는 復籍할 수 있으며, 타가에 혼인이나 입양으로 합법적으로 入籍한 후에는 그 상태에서는 전적을 할 수 없었다. 다만 장자가 아닌 자는 혼인한 후에 분가하며 그 가족을 수반하였다. 그리고 남성인 夫나 호주를 중시하여 호주의 隱居를 부인하고 처에 대한 우위를 인정하였다. 자는 父家에 입적하고 그 姓을 따르며, 원칙적으로 入夫婚을 인정하지 않고 호주에게 부양의무를 인정하면서 그 대가로 거소지정권, 혼인이나 입양 등에 대한 동의권 등 각종 권리를 인정하였다. 하지만 가산에 대한 호주의 권리와 함께 가족의 別産도 인정하고 또 호주와 尊長卑幼의 관계를 고려하고 있었다.

상속에 대해서는 일본민법의 ‘家督相續’으로 규정하고 개시원인, 상속인 자격, 양자, 廢除와 지정, 효력, 遺産[財産]상속 등의 관습을 조사하였다. 여기서는 조선에서 상속을 “제사, 재산, 호주” 3종의 상속을 인정하고 제사상속이 가장 중요하다고 보았다. 그러나 명치민법의 체계에 맞추어 제사상속과 호주상속을 가독상속의 범주로 설명하였다. 전반적으로 남성과 적장자 우위의 상속관습, 피상속인의 의사보다는 관습이 우위에 있다고 설명하였다.⁷⁰⁾

위의 기술은 흡사 명치민법을 그대로 서술한 느낌이 있다. 이러한 질문 자체가 조선의 관습 내지 실태와는 부합하지 않은 일본적 개념임은 분명하다. 그러

70) 이상의 내용은 <舊慣 및 制度調査委員會>의 “가에 관한 사항(1921.12.)”과 “相續에 관한 사항(1923.1)”의 決議에 거의 그대로 반복되었다(『회집(부록)』, 31-6, 42~53쪽 참조).

나 그들의 사고로 조선의 관습을 재단하고 형성해간 점에서는 무시할 수는 없다. 위의 가족관은 관습조사를 주도한 小田幹治郎에서 찾을 수 있다. 그는 다음과 같이 인식하였다. ‘家’를 계속 존속해야 하는 가족단체로, 가가 있다면 가족이 있고, 그 중에는 가족단체의 지배자의 지위를 인정해야 한다. 지배자인 호주는 最尊長이고, 남자이어야 한다. 계통을 잇는 최존장은 원칙적으로 남계비속으로 승계되어야 하고 그들이 없을 때, 여자가 호주가 되고, 이때에는 전호주를 기준으로 하여 조모→모→처→딸의 순서로 된다. 적장자가 호주로 되기 전에 사망하면 그가 기혼으로 자가 있으면 代承·承祖상속(承重)이 있고, 이들이 없으면 입양으로 상속이 된다. 적장자가 미혼으로 사망하면 移宗이 있게 된다. 그리고 최연장자가 호주가 되는 원칙에 위배되는 은거제도는 없으며, 호주의 가족에 대한 권력은 오히려 보호자로서의 호주에 대한 비속의 존경과 복종에서 나온 결과이다.⁷¹⁾

관습조사의 결과가 명치민법의 그것과 유사하다고 해서 이를 일방적인 전래 관습의 왜곡으로는 볼 수 없을 것이다. 이미 상당한 정도로 조선사회는 남성중심적 사회로 변해 있었고, 또 지방 유지를 대상으로 관습조사를 하였기 때문에 상층의 그것만 채록·보고되어 남아 있을 수도 있다.⁷²⁾ 《관습조사보고서》가 그 내용이 비록 풍부하지는 않지만 그 후 관습을 정립하는 데 기본자료로 활용되었기 때문에 무시할 수는 없다.

2) 여성호주의 존재와 그 승계

상속에서 제사상속을 중시하고 이를 호주상속을 같게 인식하고 있는 《관습조사보고서》에서는 제사자가 될 수 없는 여성은 당연히 호주가 될 수 없는 것으로 보았다. 그래서 미혼녀는 호주가 될 수 없고, 백숙부가 등에 寄口하여 일

71) 小田幹治郎, 『朝鮮の家族制度』, 小田梢 編, 『(復刻板) 小田幹治郎遺稿』[東京: 龍溪書舎, 2005(원: 1931)], 5~9쪽 참조

72) 이승일, 『일제의 관습조사와 전국적 관습의 확립과정 연구: 《관습조사보고서》의 편찬을 중심으로』, 『大東文化研究』 67(성균관대학교 대동문화연구원, 2009) 참조.

가를 창립할 수 없고(『관조』, 311), 또 여성호주를 위한 절가재흥을 할 수 없었다(『관조』, 303). 그러나 예외적으로 여성호주의 존재를 인정하였다: ①호주가 사망하고 제사를 상속할 자가 없는 망호주의 처(『관조』, 302), ②호주상속에서 호주의 직계존속인 모(『관조』, 353). ③제사상속인이 없는 호주가 사망하고 입양하지 않은 피상속인(망호주의 모나 처(『관조』, 361). 이 여성들은 호주가 되고 호주의 유산도 승계하였다. 예외적인 여성호주의 존재는 함방 후에도 인정되었다(§75. 1913. 『회집』, 125 및 1921.8. 舊慣 및 制度調査委員會 決議[『회집(부록)』, 11]).⁷³⁾

여성호주가 사망하였을 때 그녀 이들의 처, 손자의 처가 亡夫를 대습상속을 하여 호주가 되고, 사후양자를 선정하면 양자가 호주가 되어(『관조』, 311) 그 재산을 호주상속인이 승계하는 것이 관례이었다. 비속 중에 과부가 있으면 그 과부가, 입양하면 양자가 승계하였다(『관조』, 356). 여성호주는 제사자일 수 없으므로 그녀가 사망하면 때 제사상속은 발생하지 않고, 그 이전에 이미 제사상속인 부존재의 상태에 있었다(『관조』, 347).

여성호주는 호주가 사망하였으나, 친생자든 양자든 상속인이 없는 경우에만 인정되었으며, 또 사후양자를 선정하면 그 지위에서 물러나야 하는 잠정적·한시적 존재이었다.

(1) 상속인

《관습조사보고서》의 입장은 「민적법」에서도 관철되었다. 호주가 사망하였는데, 제사상속인이 될 남자가 없으면 모나 처는 일시 호주상속인은 될 수 있으나 제사상속인은 될 수 없었다. 입양한 경우, 양자는 망호주로부터 제사자의 지위를, 여성호주로부터 호주의 지위를 상속하였다. 이 경우 망호주의 모나 처는 상속의 일부인 호주의 지위만 점하는 것에 불과하고 양자가 제사를 상속하면 호주의 지위를 양보해야 하는 것은 당연하였다. 여성호주는 앞의 경우 외에

73) 『民事慣習回答彙集』은 일련번호와 조회일자와 기관 및 회답일자와 기관 그리고 제목, 요지와 조회, 회답의 순으로 정리되어 있다. 본고에서는 편의상 일련번호[§]와 연도와 요지만 제시하였다.

기아이든지 이혼 또는 移籍된 여자가 복적할 가가 없으면 일가창립하는 경우에만 있고, 여자가 분가 등으로 호주가 되는 관습은 없었다(『요람』, 50-4).⁷⁴⁾ 그렇지만 사실상 여자가 호주상속을 하고 일가창립하여 호주가 되는 경우도 더러 있었다(『강화』, 9). 또한 호주인 유처가 딸들만 남기고 재혼을 하면 장녀가 호주가 되고 다른 딸들은 호주의 동의를 얻어 혼인을 해야 하고 호주인 딸은 그러하지 않았다(1932; 『속집』, 219).

따라서 여성은 독자적으로 호주가 될 수 없어서 어린 호주(75)의 가족으로 기재되어야 하고 혼인하면 거가해야 하였다.⁷⁶⁾ 또 처가 遺腹男을 출산한 경우에는 그 남아가 호주가 되는 것은 당연하므로 호주로 된 원인에는 “출생으로 호주됨(1914.12.8. 『요람』, 308-310)”으로, 사후양자의 경우에는 “전호주 某의 남편 [夫] 某의 양자로서 호주가 됨(1914.2.10. 『강화』, 122-3; 『요람』, 293-4)”으로 기재하도록 하였다. 친생자와 양자를 달리 하고 있는데, 앞은 출산할 때까지 상속인불확정의 상태로 보았기 때문이다.

민적법 시행 전에 호주 甲이 제사상속인 없이 사망하였고 민적법 시행 시에 그 처가 招孀를 호주로 하고 그 가에 입적한 후 처가 사망한 경우에는, 그 처가 당연히 호주가 되어야 하고 처를 가족으로 민적을 편제한 것은 오류이므로 따라서 甲家は 절가가 아니며 처가 사망한 후에 상속인이 없어야 절가가 되었다(1917.5.31. 관통첩 108호. 『예규』, 306). 호주상속인인 딸이 그 신고하지 않았다 고 해서 절가로 되는 것은 아니었다(1931. 『집록』, 465).

74) <민적에 관한 舊慣(민적법 실시 당시 조사)> 호주생존 중에는 호주의 변경이 없고, 여성호주가 없는 것이 원칙이며 다만 夫 사망 후 남자가 없을 때에만 예외적으로 있다(『강화』, 105).

75) 미성년자라도 의사능력에서는 스스로 戶主相續屈을 제출할 수 있고 기간의 徒過에 아무런 관계가 없다(1931; 『집록』, 462).

76) 어린 호주 甲의 모 乙이 있고 漏籍者 丙이 타가의 호주로 就籍하였다. 만약 乙 또는 丙이 혼인하면 음은 甲의 민적에서 去家해야 한다. 乙이 甲家を 폐가하고 甲을 수반하여 타가에 입적하는 것은 관습에 반한다(1914.1.12. 警務課長通牒; 『요람』, 284-5). 여기서는 실제의 생활이 아닌 추상적인 家를 우선하였다.

(2) 여성호주의 승계순위와 효력

망호주가 아들이 없이 사망한 때에 여성이 호주를 상속할 수 있었다. 妻와 딸만이 있는 호주가 사망한 경우에는 양자를 선정하기까지 처가 일시 호주가 되어 유산 전부를 승계하였으며(§98. 1913. 政務總監의 회답[『회집』, 159]; 1931; 『집록』, 307), 이는 호주가 出家하여 승려가 된 경우에도 같았다(§123. 1914. 『회집』, 196). 또 호주인 양자가 사망한 경우에, “입양으로 호주상속이 개시된 후, 양자가 사망한 경우에는 전 호주의 처가 호주가 되어 재산을 승계하며, 만약 양자인 호주의 처만 있으면 그 처가 호주가 되어 재산을 승계하는 것(§240. 1918. 정무총감 회답[『회집』, 345])”으로 보았다. 또 가족인 호주의 기혼장남과 호주가 차례로 사망한 경우에는 망장남의 모 또는 처가 입후를 하기 전까지는 이들이 일시 호주가 되었다(1916.4.11. 『예규』, 124). 同一家籍의 未婚女만 있는 호주가 사망한 경우에 입후 때까지는 장녀가 호주와 재산을 상속하고(1917.5.31. 『예규』, 337), 서녀도 같았다(1916.9.8. 『예규』, 335). 1923년에는 호주상속인의 순서를 제사상속과 결부하여 “호주상속의 순위는, 제사자가 하는 경우는 제사상속의 순위와 동일하지만, 그렇지 않은 경우에는 그 가에 있는 여자 중 조모→모→처→딸 등의 순위로 이를 하였으며(1918.1.17. 『예규』, 320-1; §296. 1923. 『회집』, 426),⁷⁷⁾ 연령의 제한이 없었다(1916.1.10 회답3, 1916.3.18. 『예규』, 313).

호주가 유처와 딸만 남기고 사망하면 유처가 상속하고, 호주인 유처가 재혼하면 사후양자를 선정할 때까지는 딸들이 연장자 순으로 호주상속을 하고 절가가 되는 것이 아니었으며(1934; 『속집』, 223-4), 가족인 기혼장남과 호주가 순차로 사망하였는데, 모와 유처 및 미혼인 아우가 있을 때에는 사후양자를 선정할 때까지는 모가 일시 호주가 되어 재산을 상속하였다(1934; 『속집』, 223). 유처가 임시로 상속한 후 사후양자를 선정하였을 때에는 사후양자는 호주[양부]의 사망시에 소급하여 권리를 승계하는 것이 아니라 입양한 날로부터 승계하였으며(『조고판』 1920.12.18.[민7-438]), 유처가 일시 호주가 된 후 사후양자를

77) 이 중추원의 회답에는 그 동안 정립한 상속[제사상속, 호주상속, 재산상속] 및 그 순위를 종합적으로 정리하였다.

선정하면 사후양자는 망호주가 아닌 신호주인 유처를 승계하였다(1937; 『속집』, 228).⁷⁸⁾ 이러한 과정을 거쳐 호의 연속을 강조하고 이를 보장하였다.

재산권 및 호주권은 조모, 모, 처의 순으로 상속하였는데, 여자의 상속권과 서양자를 인정하지 않기 때문에 딸은 후순위로 되었다(1912.12. 『강화』, 120-1; 『요람』, 247-8; 『조고판』 1922.12.1.[민9-513]). 그리고 망호주가 사망하였을 때에 가에 딸만 있는 경우에는 사후양자를 선정하지 않은 딸은 호주권 등을 상속하고 이는 그 여성호주를 거쳐 승계되었다(『조고판』 1931.2.6.[민18-24]). 호주가 사망하여 가에 처만 있을 때에는 처는 당연히 호주·재산상속을 하였으며, 처가 재혼하면 그 처를 위한 상속이 개시되고, 이 때문에 일시적인 상속인 미정의 유산은 亡夫를 위한 사후양자가 승계해야 하였다(1931; 『집록』, 305).

(3) 첩

호주인 남편을 기준으로 민적을 편성하였기 때문에 첩이 부와 별거하여 독립가를 이루어도 호주로 인정하지 않고 남자로 호주를 하도록 하였다(1909.8.20. 및 1914.7.2. 『요람』, 230-1). 여러 첩들이 있고 따로 사는 경우에, 첩의 주소지를 기준으로 하면 한 남자가 여러 호의 호주가 되므로 첩의 민적은 夫家에 하고 민적과 현실의 거주가 불일치하게 되지만 각 첩의 거주지는 관할 경찰관서에서 거주자로 처리하여(1914.7.2. 『요람』, 292-3), 남성중심으로 편제하였다. 적자가 없으면 서자가 호주상속을 해야 하므로 처[첩]가 호주상속을 하는 것은 잘못(1917.4.2. 및 1916.7.17. 『예규』, 75-6)⁷⁹⁾이며, 호주가 첩만 남기고 사망한 경우에, 사후양자가 호주·재산상속을 하고 첩은 상속권이 없는 것으로 보았다(1930; 『집록』, 312). 호주상속을 할 수 없는 첩은 재산상속권이 부인되어 夫의 부의 친족이 없으면 부를 위한 사후양자가 유산을 상속하였다(1931; 『집록』, 297).

여성은 원칙적으로 호주상속을 할 수 없었고, 예외적으로 호주상속을 하더라도 임시적인 것으로 사후양자 등이 궁극적으로 호주상속을 하였다. “조모 →

78) 여성이 호주의 지위를 상속할 수 있는 결과 재산[유산]상속도 호주상속과 마찬가지로 후순위로 인정되었다.

모→처→딸” 등의 순서로 상속을 하였는데, 이는 준비의 질서를 존중한 것이다. 또 첩에게는 호주상속권을 인정하지 않았는데, 이는 축첩의 관습을 부인하고 나아가 중혼으로 인한 친자들의 분쟁을 예방하려는 의도이었다. 여성호주의 제한적 인정은 생활과 무관하게 남성중심의 가계계승을 바탕으로 거의 상속을 규정하려는 정책의 반영이었다.

3) 여성호주의 권리

(1) 재산상속권

호주상속에는 재산상속이 당연히 수반되고 따라서 여성호주의 재산[遺産] 상속을 인정하였다(1930; 『집록』, 306). 호주가 아들 없이 모, 처, 딸만을 남기고 사망한 경우에 그 유산은 모가 관리하며(§19. 1910. 『회집』, 36), 호주가 사망하고 妻와 딸만 있을 때에는 망호주의 유산은 처가 상속하였다(§78. 1913. 『회집』, 129). 나아가 미혼으로 사망한 호주의 유산은 양자를 들일 때까지는 호주인 그 모가 승계하며 그녀가 한 유산의 매각은 유효하였다(§146. 1915. 『회집』, 225).

고등법원판결에서는 “남호주가 사망하고 처와 딸만 있을 때, 유처가 호주의 재산을 상속(『조고판』 1913.9.26.[민2-328])”하며, “여성은 호주상속인일 수는 없어도 재산상속인은 될 수 있어서 망호주에게 처와 딸만 있으면 처가, 호주인 아들이 무후로 사망한 경우에 남자상속인이 있을 때까지는 모가 유산을 상속한다(『조고판』 1917.1.16.[민4-1])”라고 하여 초기부터 호주인 유처와 모의 재산상속권을 인정하였다. 또 미혼의 딸만 두고 호주가 사망하면 장녀는 입후를 할 때까지 호주를 상속하고 재산도 승계하였다(1917.5.31. 『예규』, 317). 호주보다 먼저 가족인 채로 사망한 장남의 유처가 호주상속을 한 경우에도 장남을 위한 사후양자를 선정하기 전에는 호주의 재산은 그 처가 상속을 하며, 사후양자는 유처로부터 승계하는 것(『조고판』 1921.2.24.[형8-65])으로 보았다.

유처 등 여성호주는 家籍을 달리 하는 자보다 우선하여 재산을 상속하였다. 호주인 夫가 사망하고 유처와 외손녀만 있을 때에는 호주인 유처가 상속하였다(1934; 『속집』, 256). 호주 甲, 처 乙, 모 丙, 아우 丁이 있는데, 甲→丙→乙의

순으로 호주가 되었으며, 丁은 모가 호주인 때에 분가하였고, 丙은 호주상속신고를 하지 않고 사망하였다. 이 경우 甲의 유산은 호주상속의 순으로 승계되며, 사후양자를 하지 않으면 절가가 되어 丁이 상속하였다(1937; 『속집』, 229).

상속재산은 여성호주가 임의로 처분할 수 있으며(1916.10.10. 『例規』, 317), “아들 없이 사망한 호주 甲에게 후처 乙과 그녀의 장녀 丙만 있는데, 호주 乙이 사후양자를 선정하지 않고 재산을 소비하는 경우, 전처는 乙과 丙에 대해 分財請求를 할 수 없다(1936. 『속집』, 247)”고 하여 여성호주에게도 권리를 인정하였다.

가산제가 아닌 별산제인 조선에서는 모든 재산이 호주의 소유가 아니고 부부 각자의 소유이다. “호주인 망호주의 유처가 호주가 되기 전부터 가지는 재산 및 그 家 또는 상속과 관계없이 취득한 재산은 그녀의 고유재산으로서 상속개시의 경우 피상속인인 유처가 이를 보유할 수 있고, 이에 반하여 선대로부터 상속한 재산 혹은 이에 기인하는 재산 및 그 家 때문에 취득한 재산, 즉 호주인 지위와 관계하여 취득한 재산은 이른바 家産으로서 다음 세대의 호주로 되는 양자가 상속하는 것(『조고판』 1931.12.8.[민18-213])”으로 보았다. 이는 전통적인 혈연상속의 관습을 인정한 것으로도 이후에도 같은 입장이 유지되었다(1937; 『속집』, 258, 259).

여성호주의 재산상속은 호주상속을 강화하는 정책에 바탕에 두면서도 혈연상속의 기초를 유지하였다.

(2) 양자선정권

호주상속을 위해서는 생전양자가 원칙이지만, 호주[피상속인]가 사망한 후의 死後養子도 인정되었다. 생전양자의 선정권자는 호주인 夫, 만약 가족인 기혼장남을 위한 양자선정권자는 호주인 父이지만, 사후양자의 선정권자는 분명하지 않았다. 사후양자는 생전양자와 동일하게 망호주의 모든 권리를 승계받기 때문에 양자관계를 확실히 해야 한다.

관습상 亡夫를 위한 사후양자를 선정하는 경우에는 그 처가 이를 선정할 수 있지만, 亡夫의 부모·조부모가 있으면 그 동의를 얻어야 하며, 그 처가 가족

이면 존속인 호주의 동의도 얻어야 하였다(1921. 10. 舊慣 및 制度調查委員會 決議[『회집(부록)』, 27]). “장남이 아들 없이 사망한 경우에 양자는 망장남의 父가 선정하며, 망장자의 처는 이에 대해 이의를 제기할 수 없고, 만약 양자선정 전에 망장남의 父가 사망하면 양자는 망장남의 처가 선정한다(§196. 1916. 『회집』, 288)”라고 하여, 유처보다는 존속을 우선하였다. 망호주의 처는 서자에게 호주상속을 시키지 않고 입양하여 양자에게 호주상속을 시킬 수 있으며(§195. 1916. 『회집』, 285), 또 호주가 사망하고 그 처 및 사망한 호주의 父에게 妾이 있는 경우에는 사망한 호주의 처가 시부의 첩보다 우선하여 양자를 선정할 수 있었다(§182. 1916. 『회집』, 270). 그리고 호주의 장남이 결혼하여 아들 없이 사망한 경우에 망장남을 위한 양자선정권자는 제1차적으로 父인 호주이며, 호주가 사망한 때에는 순차적으로 망호주의 유처, 모, 조모이고, 계모도 호주이면 해당되었고(1936; 『속집』, 208), 이러한 자가 모두 없을 때에 또는 그 권리를 상실한 때 또는 이를 행사할 수 없을 때에는 망장남의 과부에게 속하였다(『조고판』 1924.12.15[민11-224]).

1935년 고등법원 판결에서는 “호주 甲에게는 망장자 乙과 그 유처, 장손 丙과 그 처가 있었는데, 장손 丙이 사망한 경우, 丙을 위한 사후양자선정권자는 1차로 호주인 조부, 망장손 丙의 유처, 망장손의 父의 유처이다(『조고판』 1935.7.31.[민 22-309])”라고 하여 1924년 판결과는 다르게 양부의 친모를 양조모보다 우선하였다. 그 이유는 다음과 같다. 망장손의 사후양자는 丙과 그 조상의 제사자임과 동시에 호주 甲 사후에 그 지위를 승계하므로, 丙의 사후양자 선정권자는 1차로 피제사자이며 현호주인 甲이고 이는 입양의 원칙에 부합한다. 만약 피제사자이며 피승계자인 甲이 사망한 때에는 인륜과 입양의 법률상 효력에 비추어 양부이어야 할 丙의 유처, 丙의 父인 乙의 유처의 순으로 되어야 한다(1936; 『속집』, 207-8).

호주 사망 후, 임시로 호주가 된 유처가 양자를 선정하지 않으면 絶家가 될 우려가 있어서 입양을 강제하였다. 이 때 유처의 의사를 존중하였지만, 절대적이지는 않았다. 즉 大宗家에서는 망호주의 처의 의사에 반하여 門會에서 입양할 수 있는 관습이 있지만, 대개는 망호주의 처와 문회의 의사가 다를 때에는 망호주의 처의 의견에 따르며(§195. 1916. 『회집』, 285), 관습상 여호주의 승낙

없이 단지 문회의 결의만으로 양자를 선정할 수 없고(§251. 1919. 『휘집』, 365), 유처가 양자를 들일 의사가 없을 때에는 문회에서 양자를 선정하며, 이는 망호주가 창립한 家라도 같았다(§205. 1916. 『휘집』, 299). 고등법원 판결도 같은 취지이다. 호주가 가독상속인 없이 사망한 경우에, 그를 위해 양자를 선정할 자는 망호주[양부]의 유처, 그의 모, 門會의 순이며, 유처가 망호주를 위한 사후양자를 선정할 의사가 없을 경우에만 문회에서 사후양자를 선정할 수 있었다(『조고판』 1925.5.5.[민12-174]).

여성호주는 양자를 선정할 때까지는 조상의 제사를 攝祀하며, 호주인 유처에게 사후양자를 선정할 의사가 있는 이상 그 시기에는 제한이 없으므로 시일이 경과했다는 이유만으로는 그 선정권을 상실하지 않고(『조고판』 1925.5.5.[민12-174]), 의사의 유무는 사실문제에 속하였다(1930; 『집록』, 298). 호주가 사망하고 그의 유처나 장녀가 호주를 상속하였는데, 사후양자를 선정할 의사가 없어서 친족회에서 호주의 사후양자를 선정할 때에는 호주인 유처나 장녀의 동의가 필요하지 않았다(1930; 『집록』, 297; 1932; 『속집』, 204, 205).

호주상속순위는 ‘조모 → 모 → 처’ 등이며, 양자선정권의 순위는 ‘망호주[양부]의 유처 → 모 → 조모’ 등이다. 같은 여성이지만 순위가 달라서 문제가 발생하였다. 호주 甲이 그 처 乙과 기혼 망장남과 그 유처 丙만 남기고 사망한 경우, 호주는 乙이 상속하였다. 기혼 망장남을 위한 사후양자선정권자는 그의 유처인 丙이며, 養子は 당연히 호주 乙의 동의를 받아 그의 호적에 입적해야 한다. 그런데 乙과 丙의 의견이 다를 때에는 고등법원에서는 호주인 乙이 아닌 양모인 丙의 의견을 우선하여 “호주사망 후 망장남 또는 망장손을 위한 사후양자선정에는 일시 호주로 된 부녀의 동의를 얻을 필요가 없다(『조고판』 1928. 4.13.[민15-100])”고 하였다. 여기서는 친자관계를 맺는 양자의 특성을 호의 성격보다 우선하였다.

그런데 1933년 호적예규에서는 “가족인 망장남의 사후양자는 유처가 선정해야 하고 망장남의 존속친은 그 권한이 없다. 위 유처가 사후양자를 선정함에는 호주 및 망장남 부모의 동의가 필요하다.”라고 하였으며, 1935년 판결에서는 “호주 사망 후 망장남 또는 망장손을 위한 사후양자 선정에는 일시 호주로 된

부녀의 동의를 얻을 필요가 없다(『조고판』 1935.7.31.[민22-309])”라고 하였다. 즉 예규에서는 호주의 동의를 필요하고, 판결에서는 없다고 하여 양자가 모순이 되었다. ①위 예규에서의 ‘호주’는 “망장남 또는 망장손의 사후양자를 선정할 때까지 일시 호주로 된 부녀를 제외한 호주, 예컨대 양부의 백부 등”으로 보았다(강조는 필자). ②여성이 호주가 된 경우에 그 여성은 호주이면서 동시에 망장남의 어머니므로, 戶主와 母 두 자격에서 동의를 요구할 수 있다. 하지만 판결의 사안은 亡孫의 사후양자를 가족인 그 모가 선정하는 경우로, 호주는 양친의 조모이므로 사후양자입양에 대해서는 일시 호주로 된 조모의 동의는 필요 없는 취지로, 동일인이 戶主와 母 두 자격에서 동의하는 사안은 아니었다. 예규에 따라 母로서의 동의는 필요한 것(1938; 『속집』, 209)으로 보았다. 이러한 해석은 한편으로는 친자관계를 맺는 양모를 일시 호주인 양조모보다 존중하면서도, 백부 등 확정인 호주의 동의를 없는 사후양자 선정을 막는, 호주의 권한을 강화하였고, 본가와 분가의 관계에서도 본가의 의사를 중시하였다.⁷⁹⁾

次養子は 昭穆之序를 지키지 않고 형제항렬자를 양자로 하는 변례이다. 호주에게 딸만 있어서 차양자를 하는 경우, 호주변경의 절차에 따라 일단 딸이 여성호주가 되고 그 딸이 차양자 입양신고를 한 다음 차양자가 호주변경신고를 해야 하였다. 이 경우 차양자는 망호주인 조부의 양자로 인정되고 입양일부터 호주가 되어 재산을 상속하였다(1917.5.12. 『예규』, 246). 이 경우 딸은 차양자를 위한 임시적인 호주로만 존재하였다.⁸⁰⁾

차양자인 호주가 아들 없이 사망하고 전호주의 망장남의 처와 차양자의 처가 있는 경우에는 직전 호주인 차양자의 처가 호주상속을 하였다(1918.9.18. 『예규』, 322; 『조고판』 1920.1.27.[민7-11]). 또 호주인 次養子が 아들 없이 사망하고 그 家에 養母와 養祖母가 없을 때에는 다시 입양할 때까지 차양자의 처가

79) 이는 조모만 생존 중이고 손자들은 분가를 하지 않아 장손이 호주이며, 차손의 사후양자를 선정할 때에 발생하는 문제이다.

80) 차양자는 원래 제사계승자가 출생할 때까지만 존속하는 임시적인 양자이었으나, 식민지기에는 보통양자와 같게 되었다. 자세한 것은 이승일, 『식민지 조선의 차양자 연구: 법적 지위의 변화를 중심으로』, 『역사와 현실』 34(한국역사연구회, 1999) 참조

호주가 되어 유산의 전부를 상속하였으며, 만약 양모 또는 양조모가 생존하여 호주가 된 때에는 그 호주는 전호주인 차양자가 먼저 상속한 재산만을 상속하고 차양자가 가져온 재산은 그 처가 승계하였다(§238. 1918. 『회집』, 342). 변례적 차양자에서도 여성호주의 존재를 인정하였으며, 이는 이미 정립된 호주상속의 관습에 부합하는 것이었다.

4) 여성호주의 혼인

가족의 신분변동은 자발적인 去家, 강제적인 離籍과 復籍이 있으며, 호주의 변동은 우선 가족이 호주로 독립하는 分家와 호주가 본인의 가를 자발적으로 廢家하고 다른 가의 가족으로 입적하는 경우와 가족이 자연적으로 소멸한 廢絶家を 부흥하는 것과 일가창립 등이 있다. 가의 영속성을 중시하여 장남과 미혼녀는 분가할 수 없었다.

여성은 혼인으로 타가의 가족이 되며, 이혼이나 재혼으로 다시 신분변동이 발생하고 또 후발적인 사유로 일시 호주로 되기도 하며, 때로는 일가창립으로도 호주가 될 수 있었다. 그러나 여성호주의 신분변동은 그 사유 자체가 적고 또 제한적이다. 특히 문제로 된 것은 재혼 등 혼인이다.

(1) 혼인과 복적

여성은 혼인하면 夫家에 입적하고 이혼하면 친가로 復籍해야 한다. 타가에 입적하기 위해서는 호주의 동의를 받아야 하는데, 여성호주는 동의를 받을 호주가 없다. 그렇다면 여성호주는 법률상 혼인할 수 없는 상황에 놓이게 된다.

관습상 호주는 타가의 제사를 상속하기 위해 폐가할 수 있으며, 또 분가 또는 일가창립한 호주는 폐가하고 본가를 상속할 수 있었다. 미혼인 여성호주는 친가로 복적한 후에, 또 일가창립한 여성호주는 혼인을 하거나 타가의 가족이 되기 위해서는 폐가할 수 있었다. 그러나 夫가 사망하여 호주가 된 부녀는 여성호주가 조상제사를 폐지할 우려가 있기 때문에 폐가를 금지하였다(1915.7.23. 『강화』, 29-31; 『요람』, 90-2). 夫 사후 처가 호주인 친자를 데리고 개가하려는

경우에도 폐가할 수 없고, 따라서 재혼을 할 수 없었다(1914.1.17. 『요람』, 285).

일가창립을 하지 않은 여성호주는 폐가를 할 수 없어서 혼인도 할 수 없었기 때문에 「1916.7.17. 관통첩119」에서 과부인 여성호주는 일단 친가에 복적한 후 혼인으로 폐가할 수 있도록 하였고(『예규』, 363), 이어서 가에 제사를 지내야 하는 조상이 있는 여성호주도 재혼을 할 수 있도록 하였다(1916.10.10. 사법부장관 회답). 또 여성호주는 양자가 없을 때에는 폐가하지 않고 혼인하면 여성호주는 2개의 호적을 갖게 되므로 이를 막기 위해 폐가한 후가 아니면 혼인할 수 없도록 하였다(1916.11.25. 『예규』, 195-7).

여자가 이혼한 경우, 우선 형제자매나 백숙부가에 입적하고 복적할 자가 없으면 일가를 창립하여 호주가 되었다(『요람』, 70-1). 과부가 재혼한 후 다시 이혼하여 복적하려는 경우에, 그 친가가 절가하여 재혼한 경우라도 그 가에 복적해야 한다. 따라서 재혼에는 재혼가 호주의 동의를 필요하였다(1931; 『집록』, 459). 딸만 있는 여성호주가 혼인을 위해 친가로 복적한 경우에 그 딸은 호주가 될 수 없고 모와 함께 입적해야 하였다(1918.2.22. 사법부장관 회답; 『예규』, 200-1).

일가창립은 거가할 사유가 있고 또 입적할 자가 법률상 사실상 없는 경우에만 해당한다. 그 사유는 이혼, 피양과 사생아 등 법정 경우에만 한정되었다. 夫사망으로 친가에 복적하려고 하나 친가의 호주가 입적에 동의하지 않으면 일가를 창립할 수 없으며, 모가 호주의 친권자인 경우도 같았다(1936; 『속집』, 202). 일가를 창립한 여성호주가 혼인으로 타가에 입적할 때에는 그 가족은 당연히 일가를 창립하거나 여성호주에 수반하여 입적할 수도 있었다(1931; 『집록』, 456).

(2) 재혼

혼인으로 타가에 입적한 여자는 재혼으로 직접 타가에 입적할 수 없고, 일단 친가에 복적한 후 혼인하여 타가에 입적할 수 있었다. 상속 등으로 호주가 된 여자는 본가상속의 경우 외에는 폐가할 수 없는 것이 관습이므로 亡夫를 위해 입양한 후에야 재가할 수 있었다(『요람』, 56). 여성호주가 재혼을 위해 친가로 복적하는 것은 때로는 불가능하였다. 女性戶主에게 姻族 15촌 이내의 자가 없고 또 친정부모는 모두 사망하고 하나뿐인 조카[甥]는 수년전 타국으로 이주하

여 여성호주는 단독으로 생활할 수 없어서 개가를 하려고 하였다. 그러나 입양도 폐가도 할 수 없는 사정이었지만, 입양하여 호주를 상속시켜 가를 존속시킬 수 있을 때까지는 재혼할 수 없었다(1916.5.19. 『예규』, 294-5). 과부가 재혼하여 시가의 가족이 되기 위해서는 兩家 호주의 동의를 필요하였다(§197. 1916. 『회집』, 290). 그러나 이는 현실적으로 불가능하였다.

여성호주의 재혼을 법적으로 허용하지 않는 것은 사회문제를 낳았기 때문에 결국 허용할 수밖에 없었다. 호주상속을 한 유처는 망호주를 위한 사후양자를 선정하지 않은 채 재혼으로 타가에 입적하는 것을 허용하였고, 재가 후 3년이 지나도 사후양자를 선정하지 않으면 그 가는 여성호주가 재가한 때로 소급하여 절가가 되도록 하였다(1924.1.9. 법무국장회답). 나아가 여성호주는 자녀와 무관하게 친족회의 동의 없이 혼인으로 타가에 입적할 수 있었다. 여성호주가 상속으로 호주가 되어서 재혼으로 다시 상속이 개시되면, 자녀는 모에 수반하여 재혼가로 입적하고 그 가는 폐가로 되었으며, 만약 여성호주가 자녀를 수반하여 입적하지 않으면 자녀가 호주로 되고, 호주가 미성년이면 친족회에서 후견인을 선임하여 보호하였다(1936; 『속집』, 214).

아들 甲을 두고 남편과 사별한 乙이 丙과 혼인한 후 丙이 자식 없이 사망하여 乙이 단신호주가 되었다. 이 때 “乙은 제사를 지낼 조상이 없으므로 甲家에 친족입적할 수 있다”는 설과 “丙의 제사를 지내므로 거가할 수 없다”는 설이 있는데, 후자에 따르면 재혼은 불가능하였다. 그러나 상속이 아닌 이유로 호주가 되어 제향선조가 없는 일가창립자는 친족입적을 할 수 있지만, 이 경우 乙女는 상속으로 호주가 되었으므로 친족으로 타가에 입적할 수 없지만, 그러나 혼인으로 타가에 입적할 수 있도록 하였다(1937; 『속집』, 468).

단성호적을 분석한 결과에 따르면 양반부녀는 재혼하지 않고 수절하였지만, 양인 이하 여성의 상당수는 경제적 안정을 위하여 재혼하였다.⁸¹⁾ 조선시대에는 여성의 재혼-호주이든 아니든-에는 법적 제약은 따르지 않았고 다만 도덕적

81) 정지영, 앞의 글, 제4장, 제5장 참조

계약만 있었다. 그러나 식민지기에는 국가가 호적을 관리하면서 거의 존속 등과 연계하여 여성의 재혼에는 호주의 동의, 폐가의 방지를 위한 입양 등 법적 제약이 추가되었다. 식민지 초기에는 절가와 폐가 등을 억제하여 가의 영속성을 추구하였다. 그러나 이 방침은 과부의 재혼을 막아 사회문제⁸²⁾를 야기하여 후기에는 여성호주의 재혼을 완화하였다. 이로써 여성호주의 재혼이 어느 정도 가능하였으나, 재혼을 가문의 수치로 여기는 사회분위기와 去家에 호주의 동의가 필요한 제도 때문에 여성호주는 물론 가족인 여성의 재혼 역시 그리 녹록하지 않았다.⁸³⁾

IV. 맺음말

호적의 목적은 국역을 부담하는 인구를 정확하게 파악하기 위한 것이며, 국역 부담의 측면에서는 남성이 중심이 되었다. 그래서 법제에서는 남성-夫-이 가장[호주]이 되어 가계를 대표하고 계승하는 것을 원칙으로 하여, 《經國大典》 <禮典> [戶口式]에서는 夫를 앞세워 호적을 기재하도록 하였다. 그리고 《經國大典》 <禮典> [奉祀] 및 [立後]에서는 제사가 남계부계로 계승되는 것을 원칙으로 규정하였는데, 이 역시 제사로 대표되는 가계계승을 법적으로 남성 중심으로 규정하였다.

그러나 현실에서는 남편이 부인보다 먼저 사망하는 등 남성만으로는 가계를 이어갈 수는 없어서 여성이 호주가 되기도 하였으며, 또 법과는 다르게 외손봉 사나 총부법 등의 관습으로 여성이 제사를 승계하기도 하였다. 잠정적이지만,

82) 여성호주만이 있으면 생존 자체가 문제로 될 수 있다. 여성호주의 재혼을 완화한 것은 부양 의무를 부담하는 호주에게 책임을 전가한 정책적 고려일 수도 있다.

83) 여성이 재혼을 함에는 복적할 가는 물론이고 거가할 가[婚家]의 호주의 동의를 받아야 하기 때문에 사실상 불가능하였다(1930; 『집록』, 445). 호주의 망장남 사후 유치는 사실상 재혼하여 자녀까지 두었으나 시집에서 가문의 명에 때문에 재혼은 물론 친가복적조차 허용하지 않아서 소송으로 해결한 사례가 있다(1935; 『속집』, 212). 또 친가에 복적한 후 일가를 창립하여 재혼을 하려고 해도, 법률상의 원인 없이 스스로 일가를 창립할 수 없기 때문에 여성은 재혼을 할 수 없었다(1935; 『속집』, 467-8).

여성이 일시 제사를 계승하는 것은 사후양자를 인정한 점에서도 알 수 있다.

조선시대에는 여성호주가 상당히 존재하였지만, 국역을 부담하지 않는 여성이 호주로 되거나 제사자일 수 없는 여성이 제사를 승계하는 것은 부득이한 현상으로 예외적인 것으로 인식되었다. 그래서 조선후기의 호적사목에서는 여성이 원칙적으로 호주로 등재되는 것을 금지하였고, 또 시대를 내려올수록 여성호주의 비율이 줄어들었다. 그리고 제사에서 여성이 배제되어갔다. 그렇지만 현실에서는 여성호주는 존재할 수밖에 없었고, 또 국가의 행정력이 강하지 않았기 때문에 여성호주를 예외적·한시적 존재로만 인정하고, 궁극적으로는 남성이 호주가 되는 법은 철저히 관철되지 않았다.

국가가 개개인의 신분관계를 파악하는 근대적 의미의 호적제도는 1909년 「민적법」에서 처음 도입되었다고 할 수 있다. 조선은 1896년 「호구조사규칙」과 「호구조사세칙」을 반포하여 국민 전체를 파악할 것을 선언하였지만, 실패하였고, 그 임무는 통감부에서 주도한 민적조사사업으로 넘어갔다. 「민적법」에서는 ‘호주’를 지명한 것으로 전제하고 그 변동원인과 민적의 기재사항 등을 규정하였다. 여기에서 1958년 제정민법에 나타난 호주의 원형을 볼 수 있다. 「민적법」과 이를 잇는 1923년의 「조선호적령」에서는 원칙적으로 남성이 호주가 되고 승계하는 것으로 규정하였으며, 여성은 예외적으로 호주가 되는 것으로 규정하였다.

제사를 상속할 수 없는 여성은 제사승계인이 없는 경우에만 예외적으로 호주가 될 수 있었고 死後養子의 선정 등으로 호주를 상속할 남자가 있으면 호주에서 물러났다. 그리고 여성호주는 혼인 등을 위하여 본인의 가를 폐지할 수 있었지만, 이때에는 제사를 지낼 조상이 없어야만 가능하였다. 그래서 여성호주의 재혼은 사실상 불가능하였다. 호주상속의 지위는 조모, 모, 유처의 순서이었다. 그러나 사후양자 선정권자는 유처, 모, 조모의 순으로 반대이었다. 그런데 (조선) 고등법원 판결에서는 사후양자를 선정함에는 호주의 동의가 필요 없는 것으로 보았는데, 이는 친족적 유대를 중시한 입장이었다. 그러나 양모와 호주의 입장이 다를 때, 동의를 받을 필요가 없는 호주는 조모나 모 등 일시 호주로 된 자, 즉 사후양자의 선정으로 호주의 지위에서 물러날 자로 국한하여 호주의 권한을 강화하였다. 식민지기와 조선시대 여성호주의 지위에서 가장 두드러지게 차이

가 나는 것은 재혼이었다. 조선시대에는 과부는 법적 제한 없이 재혼을 할 수 있었다. 다만 양반부녀는 법적 구속이 아닌 사회적·윤리적 제약만 있었을 뿐이었고, 양인은 그러하지 않았다. 그러나 식민지시기에는 가의 연속을 강조하여 여성호주의 재혼을 억압하였으며, 법적으로 재혼을 허용하였다더라도 호주의 동의 등 제약이 여전히 존재하였다. ‘家’를 통한 국민 개개인의 신분을 파악하려는 국가의 정책은 그 구성원, 특히 여성에게는 질곡으로 작동하였다.

1958년 민법의 가제도와 호주상속제도는 짧게는 1909년 『민적법』과 1923년 『조선호적령』 하에서 관습을 바탕으로 한 것이다. 남성중심의 호적제도가 식민지기에 사회에 뿌리를 내릴 수 있게 된 것은 조선후기 사회가 상당한 정도로 남성중심의 사회로 되었기 때문이다. 그렇다면 헌법의 남녀평등 이념에 위반하는 것으로 폐지된 호주제도는 우리의 전통인가? 그리고 식민지기의 경험은 우리에게 어떤 의미를 갖는 것인가? 조선시대의 호주제도는 단지 사실에 불과하였다. 국가에서는 남성중심의 호주제도를 이념으로 지향하였지만, 현실에서는 행정적·재정적 한계로 불가능하였다. 그러나 식민지기에는 이는 법적 제도로 강제되었고, 경찰력 등으로 철저한 실시가 가능하였다. 이렇게 강제된 남성중심의 호주제도는 식민지기 조선인들에게는 경험으로 수용되었고 나아가 전통으로 각인되었으며, 이는 해방 후 1950년대 민법을 제정하면서 전통으로 확고하게 인식되었다. ‘사실’과 ‘제도’의 차이가 바로 식민지의 유죄이다.

■ 참고문헌

『戶口調査規則』, 『戶口調査細則』, 『民籍法』, 『民籍法執行心得』
 《經國大典》, 《續大典》, 《大典會通》

朝鮮總督府 / 정공식 역, 『慣習調査報告書』, 改譯版: 한국법제연구원, 2000.

中田警部講話, 『諺文附 民籍講話』, 大邱印刷合資會社, 1915.

- 朝鮮總督府 警務總監部 編纂, 『日鮮對照 朝鮮民籍要覽』, 斯道館, 1915.
- 新文社 編輯局 編, 『最新實用 朝鮮百科大全』, 1915.
- 朝鮮總督府 法務局 編, 『民籍例規』, 東 法務局, 1922.
- (朝鮮)司法協會 編, 『司法協會 決議回答輯錄』, 司法協會, 1932.
- _____, 『續決議回答輯錄』, 司法協會, 1938.
- 朝鮮總督府 中樞院, 『民事慣習回答彙集』, 東, 1933.
- 高等法院 書記科 編, 『朝鮮高等法院 判決錄』.
-
- 손병규, 『호적: 1606~1923 호구기록으로 본 조선의 문화사』, 휴머니스트, 2007.
- 이승일, 『조선총독부 법제정책』, 역사비평사, 2008.
- 최흥기, 『한국호적제도사연구』, 서울대학교 출판부, 1997.
-
- 金京蘭, 『조선후기 단성현호적대장의 여성과약 실태 연구』, 고려대 박사학위논문, 2003.
- 김건태, 『조선후기 호의 구조와 호정운영』, 『단성 호적대장 연구』, 성균관대 출판부, 2003(원: 2002).
- 박병호, 『한국의 전통가족과 가장권』, 『근세의 법과 법사상』, 진원, 1996.
- 손병규, 『民籍法の ‘戶’규정의 변화: 일본의 명치호적법 시행경험과 ‘朝鮮慣習’에 대한 이해로부터』, 『대동문화연구』 57, 성균관대 대동문화연구원, 2007.
- 양현아, 『식민지 시기 한국 가족법의 관습문제 I』, 『사회와 역사』 58, 한국사회사학회, 2000.
- 李相旭, 『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.
- _____, 『日帝時代の 財産相續慣習法』, 『법사학연구』 11, 한국법사학회, 1990.
- 李舜九, 『朝鮮中期 冢婦權과 立後의 강화』, 『古文書研究』 9·10, 한국고문서학회, 1996.
- 이승일, 『일제시대 親族慣習의 변화와 朝鮮民事令 개정에 관한 연구: 조선민사령 제11조 제2차 개정안을 중심으로』, 『한국학논집』 33, 한양대 한국학연구소, 1999.
- _____, 『식민지 조선의 차양자 연구: 법적 지위의 변화를 중심으로』, 『역사와 현실』 34, 한국역사연구회, 1999.
- _____, 『일제의 관습조사와 전국적 관습의 확립과정 연구: <관습조사보고서>의 편찬을 중심으로』, 『大東文化研究』 67, 성균관대학교 대동문화연구원, 2009.
- 田鳳德, 『戶主制度의 歷史와 展望』, 『대한변호사협회지』 81, 대한변호사협회, 1982.10.

- 정금식, 「전기자료에 나타난 16세기 양자의 특징: 사마방목의 분석」, 『국제·지역연구』 12-4, 서울대학교 국제대학원, 2003.
- _____, 「朝鮮時代の 家系繼承法制」, 『서울대학교 법학』 51-2, 서울대학교 법학연구소, 2010.
- _____, 「조선초기 제사승계법제의 성립에 관한 연구」, 서울대 박사논문, 1996.
- _____, 「종법적 제사승계와 가족의 변화」, 김필동·지승종 외, 『한국사회사연구』, 나남, 2003.
- _____, 「한국의 호주제도에 대한 역사적 성찰」, 『식민주의의 정치적 유산: 아시아를 중심으로』, 서울대학교 역사연구소, 2009.
- 정지영, 「조선후기의 여성호주 연구: <경상도단성현호적대장>의 분석을 중심으로」, 서강대 박사학위논문, 2000.

- 梅謙次郎 『民法要義 卷之四 親族編』, 訂正増補 제20판: 東京: 私立法政大學, 1910.
- _____, 『民法要義 卷之五 相續編』, 제18판: 東京: 私立法政大學, 1910.
- 小田幹治郎, 「朝鮮의 家族制度」, 小田梢 編 『(復刻版) 小田幹治郎遺稿』, 東京: 龍溪書舍, 2005(원: 1931).
- 岡崎まゆみ, 「韓國における植民地期朝鮮家族法制に關る最近の研究動向: 鄭肯植著 「植民地期慣習法の形成と韓國家族法」を中心に」, 『法學研究論集』 33, 日本 明治大學 法學科, 2010.

법제처: 국가법령정보센터(<http://www.law.go.kr/main.html>) → 법령 → 근대법령.

국가기록원: 관보(<http://theme.archives.go.kr/next/gazette/viewMain.do>).

서울대학교 규장각한국학연구원(<http://kyujanggak.snu.ac.kr/>) → 원문자료검색 → 관보.

[이상 최종검색일: 2013.4.3.]

<Abstract>

Women's Position of Succession of Family in Korea

—Focused on Women Head of Family in Colonial Korea—

Jung Geung Sik*

In this article, I have surveyed women's position of succession in the family from the Josun Dynasty to the Colonial Korea diachronically. In *Kyungukdaejun*(經國大典), it was stipulated that men succeeded as the head of family(戶主), but women could also albeit temporarily. In family registers which were managed by the state, the principle was to organize family registers focused on men, for they serviced as soldiers and were burdened with taxes, so men became a head of family. Nevertheless women as the head of family existed in books of Family Registers in the late Josun Dynasty. But as Neo-Confucian Ideology was proliferated in Josun society, the number of women as the head of family were diminished.

The Regulation of Census(戶口調查規則) in 1896 and the Decree of Family Register(民籍法) in 1909 were legislated by reflecting upon the reality of family succession and the composition of the heads of family in the late Josun Dynasty. Specially in the Decree of Family Register, family registers were made based on men and this tendency continued in the period of colonial Korea. The Korean Law of Family

* Professor, College of Law/School of Law, Seoul National University

Register in 1960 was a legacy of colonial experiences. In the colonial society women could become the head of family temporarily. This is not different from the late Josun Dynasty. But there was a big difference between the late Josun society and the colonial society. In the late Josun society, women were free and so she, especially widows, had no restriction in marrying. But in the colonial society women were not so, and she needed permission from the heads of family of her father and her father in law. Moreover a widow could hardly remarry because she had to succeed as the head of family. The restriction was only *de facto* in the late Josun society, but it was strongly *de jure* in the colonial society. That is the most important point.

[Key Words] Women Head of Family, Succession of Family, Family Register, Regulation of Census, Decree of Family Register