

식민지기 조선 민사법의 호주권 기능

—메이지 민법의 「家」제도와와의 비교분석적 접근—

오카자키 마유미(岡崎まゆみ)*

목 차

- I. 머리말
- II. 明治民法(일본内地)의 호주 기능
 - 1. 明治民法의 호주권의 형성
 - 2. 호주권의 구체적 기능
 - 3. 호주권의 대상
- III. 식민지 조선의 호주 기능
 - 1. 호주권의 구체적인 기능
 - 2. 호주권의 대상
- IV. 明治民法과 조선 민사법의 호주권 의의
- V. 맺음말

[국문 요약]

‘호주와 가족원’으로 구성된 메이지 민법(明治民法)의 「家」는 식민지 조선에 籍을 근간으로 도입되었다. 1909년에 시행된 민적법(民籍法)은 조선에 신분 등록적 성격의 籍을 적용하여, ‘호주와 가족원’으로 구성된 「戶」를 형성하게 하였다. 이러한 과정을 보면, 메이지 민법의 ‘호주와 가족원’이라는 「家」의 구도가 조선에 도입됐다고 볼 수 있을 것이다. 이후 민적법은 점차 개정되며, 1923년에는 조선호적령(朝鮮戶籍令)이 시행되었는데, 이러한 일련의 호적 법규 정비를 内地의 호적 법규와 비교하여 ‘메이지 민법의 「家」제도가 조선에 온전히 이식된 것이라 보는 기존 연구가 주류를 이루어 왔다.

그러나 ‘메이지 민법의 「家」제도의 근간은 호주의 지위가 장자 단독 상속제(家督相續制)에 의거한다는 것과, 호주권이 「戶」에 속하는 가족원에 대하여 절대적이며 권력적인 지배 관계를 확립하는 것에 있다. 기존 연구는 호적 법규의 체재의 비교나 상속 제도의 비교를 통해 일본 内地와 조선에 있어서의 호주에 대하여 언급한 연구가 대부분이었다. 따라서 호주의 구

* 日本・明治大學法學部 專任助手; da92001@kisc.meiji.ac.jp

체적인 권한이나 '호주와 가족원'의 구체적 관계성에 대해 언급한 연구는 찾기 힘들다. 이에 본 고에서는 '메이지 민법의 『家』제도'를 유지했던 호주권의 구체적 기능—『家』의 구성권으로서의 離籍權·復籍拒絶權 및 호주권의 절대성—에 주목하여, 그것이 메이지 민법에 어떻게 규정되어 있으며, 식민지 조선에서 어떻게 적용되었는지 살펴보았다.

본고의 논의는 조선에서 점진적으로 형성된 호주권은 메이지 민법의 호주권과는 이질적인 권한이었다는 결론으로 집약할 수 있다. 즉, 호주권의 구체적인 내용에 주목해 보면, 메이지 민법의 호주권 기능 중 가장 중요한 요소라고 생각되었던 『家』의 구성권—離籍權·復籍拒絶權—은 조선에서는 호주권으로 인정되지 않았다. 또한 호주권의 효과면에서도, 메이지 민법이 근대 법전으로서의 성격을 관철하면서도 『家』의 기능을 유지시키기 위해 가부장적이며 전근대적인 성격을 띠는 호주권의 절대성을 규정할 수 있는 裝置를 마련했던 반면, 조선의 호주권의 효과는 宗族制에 의거하는 長幼의 序에 크게 영향을 받고 있으며 가족원에 대하여는 상대적인 권한으로 형성되었다.

메이지 민법의 『家』의 구도가 籍이라는 제도를 통해 식민지 조선에 도입되고 조선에서 '호주와 가족원'이라는 신본 관계가 형성됐다는 외관상의 사실에 입각해 보면, 『家』가 이식됐다고 볼 수 있을 것이다. 그러나 일본 內地와 조선의 호주권의 구체적 기능을 비교해 보면, 『家』의 구성권이나 호주권의 절대성을 바탕으로 유지되었던 '메이지 민법의 『家』제도'가 조선에 전면적으로 유입되었다는 주장은 상당한 오류를 내포한다. 일본 內地와 식민지 조선의 호주권 기능을 견주어 볼 때, '메이지 민법의 『家』제도'와 전혀 다르게 기능한 식민지기 조선의 호주권의 독자적인 구체적 특성을 간과해서는 안 될 것이다.

[주제어] 조선민사법, 메이지 민법(明治民法), 호주권(戶主權), '이에(『家』)제도, 『家』의 구성권, 호주권의 절대성

I. 머리말

메이지 민법이 시행되며 근대 일본의 친족법에 『家』가 규정된다. 『家』는 『戶』를 통솔하는 호주 및 그에 복종하는 家族員으로 구성되며, 호적을 매개로 구체적으로 파악될 수 있도록 규정되었다.¹⁾ 이러한 『家』와 호적 구도는 일본 內地에 그치지 않고 籍의 형성을 통해 식민지 조선에까지 보급된다. 1909년에 시행된 민적법은 곧바로 조선에 신본 등록적 성격의 籍을 적용하는 역할을 하였다. 즉, 민

1) 利谷信義(a), 『明治民法における『家』と相續』, 『社會科學研究』 23-1(東京: 東京大學社會科學研究所, 1971), 34면.

적법에 따라 작성된 민적보에 의거하여 형성된 「戶」 안에 ‘호주와 가족원’이 창출된 것이다.²⁾ 이점에 초점을 맞춰본다면, 메이지 민법의 ‘호주와 가족원’이라는 「家」의 구도가 조선에 도입됐다고 볼 수 있다. 더욱이, 이후 1910년 병합을 거쳐 민적법이 수차 개정되며 1923년에는 조선후적령이 시행되었다.³⁾ 특히 조선후적령의 체제는 메이지 민법 시행과 더불어 개편된 1989년의 內地 호적법과 1915년에 대대적으로 개정된 호적법과 유사했다. 바로 이러한 점 때문에 조선후적령 시행은 메이지 민법의 「家」제도를 조선에 온전히 이식한 것이라고 보는 기존 연구도 있다.⁴⁾

그러나 籍의 형성과 ‘호주와 가족원’의 창출을 놓고 조선에 메이지 민법의 「家」제도까지 도입되었다고 하는 주장에는 의문점들이 존재한다. 즉, 메이지 민법의 「家」제도의 근간이 호주의 지위를 장자 단독 상속으로 한다는 것(가독 상속제)뿐 아니라, 호주권이 「戶」에 속하는 가족원에 대해 절대적이며 권력적 지배 관계를 발생시킨다는 점에서 중요한 변수를 내포한다고 볼 수 있을 것이다. 기존의 연구는 민적법이나 조선후적령의 형태와 일본 內地 호적법을 비교하거나, 조선의 전통적인 상속 제도와 메이지 민법의 상속제도, 특히 가독 상속과 비교하여 메이지 민법 및 식민지 조선의 호주에 대해 언급하는 연구가 대부분이었다. 그러나 호주의 구체적인 권한이나 ‘호주와 가족원’의 구체적인 관계성에 대해 언급한 연구는 찾아보기 힘들다.⁵⁾

2) 民籍法 제정 및 개정 과정은 특히 李英美, 『韓國近代戶籍關連法規の制定及び改正過程 - 「民籍法」を中心に, 『東洋文化研究』(東京: 學習院大學東洋文化研究所, 2004).

3) 조선후적령 시행까지의 과정은 이승일, 「조선후적령 제정에 관한 연구」, 『법사학연구』 32(한국법사학회, 2005)가 자세하다.

4) 종래 민적법 내지 조선후적령에 관한 연구는 崔弘基, 『韓國戶籍制度史研究』(서울대출판부, 1997) 등 한국 호적 제도에 관한 통사적 연구는 있었지만, 식민지기 호적 관련 법규의 제정 과정과 의의를 밝힌 자세한 연구는 미미하다. 그러나 최근에는 민적법의 제정 수 차에 걸친 개정이 일본 내지적인 가부장제의 표상인 「家」제도를 도입한 계기가 되었다고 하는 연구 [예로, 李英美, 앞의 글(각주 2), 23면, 朴秉濠, 「日帝下 家族政策과 慣習法の 形成過程」(『법학』 33-2, 1992, 3-9면), 이승일, 앞의 글, 38면], 그리고 그후 조선후적령 제정으로 “일본 호적법의 수용이 전면화된다”[이승일, 앞의 글(각주 3), 66면]라고 하는 연구가 발표되었다. 따라서 본고에서는 구체적인 호주권 기능의 비교 분석에 초점을 맞추며, 일본 내지와 유사한 호적이 조선에서 형성된 의의에 대해서는 향후 과제로 한다.

따라서 본고에서는 메이지 민법의 『家』제도를 유지했던 호주권의 구체적인 기능에 주목하여, 그것이 메이지 민법에서 어떻게 규정됐는지, 그리고 식민지기 조선 민사법⁶⁾에서 어떻게 적용되었는지를 살펴보고자 한다.

II. 明治民法(内地)의 호주 기능

1. 明治民法의 호주권의 형성

본고의 주제인 호주권의 기능을 고찰하기 위해서는, 먼저 메이지 민법에 이르기까지 호주권이 어떠한 형성 과정을 거쳤는지를 살피는 것이 호주권의 성격을 이해하는데 유익한 일일 것이다. 그러나 호주권과 불가분의 관계에 있는 『家』의 전체상을 본고에서 논하는 것은 어려운 관계로, 여기서는 논의에 필요한 한 明治期 민법전 편찬 과정 중 호주권 규정의 변천에 초점을 맞추고 개관하고자 한다. 덧붙여 여기서는 주로 도시타니 노부요시(利谷信義)의 연구를 참조한다.⁷⁾

-
- 5) ‘호주와 가족원’에 대해 언급한 연구로 이정선, 『식민지 조선·대만에서의 ‘家制度’의 정착 과정 - ‘戶主·家族’과 ‘戶主相續’ 개념을 중심으로』, 『한국문화』 55(서울대학교규정각한국문화연구원, 2011)가 있다. 그러나 여기서도 ‘호주와 가족원’의 구체적인 관계성까지는 언급되지 않는다.
- 6) 여기서 민사법의 의미는 법전으로 준비된 것이 아니고 私人間的 권리 및 의무, 혹은 분쟁 해결을 위해 규범으로 삼을 만한 것들을 통칭한다. 구체적으로는 조선민사령이나 조선민사령에 관련되는 메이지 민법과 ‘관습’, 기타 사법에 관한 제반 법령을 말한다.
- 7) 利谷(a), 앞의 글(각주 1), 利谷信義(b), 『『家』制度の構造と機能(1)-『家』をめぐる財産關係の考察-』, 『社會科學研究』 13-2·3(東京:東京大學 社會科學研究所, 1961), 利谷信義(c), 『『家』制度の構造と機能(2)-『家』をめぐる財産關係の考察-』, 『社會科學研究』 13-4(東京:東京大學 社會科學研究所, 1962), 福島正夫·利谷信義, 『明治以後の戶籍制度の發達』, 『家族問題と家族法Ⅶ』(東京:酒井書店, 1957)을 참조하였다.
- 그밖에 메이지 민법 『家』의 성격은 특히 그 성립 과정을 둘러싸고 많은 기존 연구가 존재한다. 제2차 세계 대전 이전의 연구는 자료적·시대적 제약으로 인해 수는 적지만, 특히 마르크스 주의 이론으로 『家』제도를 분석한 히라노 기타로(平野義太郎)에 의한 일련의 연구들을 대표로 들 수 있다[제2차 세계 대전 후에 정리된 책으로 『日本資本主義の機構と法律』(東京

明治 시기 민법전 편찬의 목적은 자본주의 경제 육성, 즉 상품 유통이나 거래의 안전을 도모하는 것이었다. 이를 위해서는 모든 개인이 자신의 이름으로 소유권을 갖고 자유롭게 거래 주체로 활동하는 것이 필수조건이었다. 그러나 明治 초기에는 에도(江戸)시대부터 계승된 家라는 존재가 강하게 남아 있어 가족원이 그 家에 종속되어 ‘개인’으로서 자유롭게 거래를 도모하는 주체가 된다는 것은 어려운 실정이었다. 이러한 상황적 배경 하에서, 메이지 민법이 성립되는 과정은 소위, 사적 소유권을 확보하기 위해 『家』에 기인하는 제약을 제거해 모든 사람이 개인으로서 사적 소유권을 가질 수 있게 되기까지의 갈등의 과정이었다고 할 수 있을 것이다.

한편, 민법전에 포함될 친족법도 근대 신분 행위 제도를 확립하기 위해 전근대적인 가족 제도의 성격을 제거하기 위한 초안이 마련되었다. 여기서 우선 주목해야 할 것은 1888년 10월경 성립한 <身分法第一草案>이다.⁸⁾ 이 <身分法第一草案>은 근대 가족의 성격을 포괄하고 있는데, 특히 호주와 가족원의 관계성과 관련해 주목을 끄는 것이 호주 이외에 아내와 미성년자도 재산권 주체가 될 수 있다고 하여, 재산 관계상으로 호주와 가족원을 구별하지 않았다는 점이다. 또한 호주와 가족원 사이에 특별한 법적 관계를 정하지 않았고(호주가 가족원에 대해 아무런 권한이나 의무를 갖지 않으며, 가족원의 능력도 호주에

: 明善出版, 1948) 등을 들 수 있다]. 제2차 세계 대전 후에는 이전에 제한된 연구 상황이 개선되며, 법사회학적인 관점에서 연구가 이루어졌다. 특히, 『家』제도에 의거한 공법·사법 체계에서 호주권이 담당한 기능을 중점적으로 검토한, 후쿠시마 마사오(福島正夫)(예로, 『日本資本主義と『家』制度』(東京: 東京大出版會, 1967), 『日本資本主義の發達と私法』(東京: 東京大學出版會, 1988) 등과 카와시마 타케요시[『イデオロギーとしての家族制度』(東京: 岩波書店, 1957) 등] 등이 그 대표적인 연구다. 또한, 쿠마가이 카이사쿠(熊谷開作)에 의한 연구도 있다[『日本の近代化と『家』制度』(東京: 法律文化社, 1987) 등].

그 후, 야마나카 에이노스케(山中永之佑)(예로, 『日本近代國家の形成と『家』制度』(東京: 日本評論社, 1988) 등] 나토시타니 노부요시(利谷信義)[앞의 글(각주 1, 7)]가 일본 근대 자본주의 발달에 『家』제도가 어떻게 기여했는지 자세하게 분석하여, 『家』제도를 그 근간으로 보는 일본근대법사의 큰 틀을 제시하였다. 이후 이 틀에 일부 수정이 가해졌지만 현재까지 큰 변화 없이 일본 법사학계의 기본적인 공통 인식 틀로 평가된다. 따라서 본고에서도 이 틀에 따라 특히 토시타니의 연구를 참조하였다.

8) <身分法第一草案>은 1889년 10월경 성립한 <民法人事篇>과 <財産取得篇第二部>의 초안을 총칭한 것이다[利谷(c), 앞의 글(각주 7), 16면].

의해 제한 당하지 않는다), 게다가 身分證書 제도를 채용하였기 때문에 『家』가 호적에 구애될 것도 없었다.⁹⁾ 이렇게 <身分法第一草案>은 근대 민법전을 확립하기 위한 초석으로 호주와 가족원의 관계성에서 가부장제적인 성격을 최대한 배제하면서, 아울러 자본주의 경제 육성에 맞는 민법전을 편찬하려고 하였기 때문에 실질적으로 기존 관습은 고려되지 않았다. 그러나 이러한 초안은 필연적으로 기존 ‘호주의 법(『戶主ノ法』)’¹⁰⁾의 대립물로 인식되었고 ‘호주의 법’을 지지하는 입장에서는 비판의 대상이 되었다. 그러므로 <身分法第一草案>을 바탕으로 성립된 1890년 舊民法이 공포된 후 소위 民法典論爭에 휩싸이며 시행이 연기된 것은 <身分法第一草案>에 투영된 급진적인 근대 가족상에서 비롯됐다고 하여도 과언이 아닐 것이다.¹¹⁾

<身分法第一草案>에 대한 비판이 일어난 후 성립된 舊民法에는 호주와 가족원의 관계성에 대해 중요한 변화가 나타나게 된다. 즉, <身分法第一草案>에서는 호주와 가족원 사이의 법적 관계를 정의하지 않았던데 반해, 舊民法은 호주와 가족원 사이를 법적으로 절대적이며 권력적인 지배 관계로 정하였던 것이다. 이를 구체적으로 살펴보면, 호주는 가족원에 대해 양육·부양 의무를 지는 한편, 가족원의 신분 행위에 대한 동의권(身分統制權)이나 居所指定權 등 가족 범위를 확정할 수 있는 통제권도 갖는다고 명시하였다.¹²⁾ 여기에 규정된 호주와 가족원 사이의 관계성은 <身分法第一草案>의 급진적인 근대 가족

9) 위의 글, 16~17면 및 利谷(a), 앞의 글(각주 1), 36면.

10) ‘호주의법(『戶主ノ法』)’은 明治四年戶籍法에 의거해 형성된 법체제이다. 이 법체제에서 재산은 모두 家産으로 간주되어 『家』의 대표자인 호주만이 재산에 관한 거래 능력을 가지도록 하였다. 또한 가산에 대한 관리권 행사 유무에 따라 『家』에 있는 가족에 대한 身分統制權도 가졌다(또한 호주의 지위는 장자가 상속된다). 그러나 한편 이러한 통제권은 『家』의 이익만을 위해 행사되어야 하기 때문에 호주는 가족에 대한 부양 의무를 가지며 호주가 가지는 통제권을 『家』를 위해 행사하지 않은 경우를 고려해, ‘廢戶主制度(양자 호주의 파양도 포함)’를 마련하여 호주의 강력한 통제권과 호주의恣意에 대한 제어 사이의 균형을 도모하였다. 여기서 호적은 『家』를 구체적으로 표현하는 것이며, 국가 권력은 호적을 통해 『家』를 규제할 수 있었다[利谷 (b), 앞의 글(각주 7), 12~13면].

11) 利谷(a), 앞의 글(각주 1), 36~37면.

12) 利谷, 위의 글, 37면 및 利谷(c), 앞의 글(각주 7), 99면.

상에서 대폭 후퇴한 것으로, 메이지 민법에 승계된 호주의 절대적인 권한과 그에 복종해야 하는 가족원, 그리고 그런 가족의 관계성을 구체화하는 호적의 역할, 즉 「家」의 구도는 舊民法에서 도출된 것이다.¹³⁾

<身分法第一草案>에 비해 상당히 ‘호주의 법’으로 되돌아갔음에도 불구하고, 근본적인 성격 때문에 보수층의 반발을 샀던 舊民法은 공포 후 소위 民法典論爭이 일어나서 결국 시행이 연기되었다. 이후 ‘수정’이라는 명목으로 우메켄지로(梅謙次郎)·토미이 마사아키라(富井政章)·호주미 노부시게(穂積陳重) 세 사람이 실질적으로 다시 한 번 민법전을 편찬하게 되었다.

위 세 사람이 다시 기초한 민법전은 특히 호주와 가족원 사이의 관계성에 대해 舊民法을 승계하여 身分統制權이나 居所指定權을 정하는 한편, 동시에 근대 법전이라는 성격에 입각해 가족원 개인의 법률 행위의 자유를 방해하지 않도록 규정하였다. 즉, 사적 소유권에 대한 「家」의 제약을 제거하여 신분 행위의 자유를 관철하고자 하였던 것이다. 그러나 가부장제적인 성격을 떨 수밖에 없는 호주를 위해, 타협의 산물이라 일컬을 수밖에 없는 ‘裝置’도 마련되었다. 따라서 메이지 민법의 「家」제도를 살피기 위해서는 메이지 민법의 「家」제도를 구축하기 위해 마련된 민법상의 장치들을 분명하게 파악할 필요가 있다.

2. 호주권의 구체적 기능

메이지 민법의 「家」는 호주와 가족원 사이에 법적 관계를 낳고, 권력적인 지배 관계를 구축하기 위해 몇 가지 장치를 규정하였다.¹⁴⁾ 「家」제도를 근간으로 하는 메이지 민법에 구체적으로 규정된 호주의 권한의 본질에 대해서, 메이지

13) 利谷(c), 앞의 글(각주 7), 100면.

14) 메이지 민법에 규정되어 있는 호주의 권한은 구체적으로 다음과 같은 것을 들 수 있다. 가족의 入籍·去家에 대한 동의권(明治民法 제735, 736, 737, 743조), 가족의 居所指定權과 이에 수반되는 離籍權(제749조), 가족의 혼인·입양에 대한 동의권과 이에 수반되는 離籍權·復籍拒絶權(제741, 750조), 양친 사망 후의 과양에 대한 동의권(제862조), 가족원의 瑕疵있는 혼인·입양 取消權(제780, 854조), 가족원의 後見人가 되는 권리 의무(제903조), 親族會에 관한 권리(제944, 948조), 가족원에 대한 부양 의무(제747, 955조) 등.

민법 기초자의 한 사람인 토미이 마사아키라는 법전조사회(法典調査會)에서 다음과 같이 말한다.

「家」라고 하는 존재를 인정하는 이상, 호주를 인정해야 합니다. 그리고 호주라는 존재를 인정하는 이상, 무엇인가 권리를 부여해야 합니다. 그 권리 중 성질상 가장 필요한 것이 무엇인가 하면, 바로 자신이 지배하는 「家」에 임의로 누군가 입적(入籍)하지 않도록 하고, 또 그 「家」의 가족원이 함부로 다른 「家」에 들어가지 않도록 하는 것이 호주에게 가장 필요하며 당연한 권리일 것입니다(第128回 법전조사회).¹⁵⁾

민법 기초자로서 그는 호주권의 가장 중요한 요소로 「家」의 가족원이 함부로 호적에서 벗어나는 것이나 入籍하는 것을 통제하는 것으로 보았고, 이는 곧 가족원 범위를 결정하는 「家」(籍)의 구성권이라고 생각하였다.¹⁶⁾ 「家」의 구성권이라는 호주권의 본질을 바탕으로 메이지 민법에 호주권이 구체적으로 형성되었지만, 그 중에서 특히 주목해야 할 것은 離籍權과 復籍拒絶權이다. 이 권한들은 호주의 의사에 반한 가족원의 법률 행위 또는 신분 행위에 대해, 보다 구체적으로 말하면, 호주가 가족원에 대해 居所指定權과 가족원의 혼인이나 입양에 대한 동의권을 발휘하지 못하는 경우, 호주가 그 가족원에게 제재를 가할 수 있도록 기능했다. 이는 호주의 권한이 단순히 가족원에 대해 보호나 감독에 그치지 않고, 호주가 「家」의 구성권이나 가족원의 신분 행위에 대해 통제를 가할 수 있는 명료한 지배 관계를 성립시킬 수 있음을 나타낸다. 즉, 두 권한은 「家」제도의 원리가 잘 반영된 사항들이라 할 것이다. 따라서 본고에서는 이후 메이지 민법의 「家」제도의 구체적인 장치로서 1) 居所指定權과 離籍權, 2) 가족원의 신분 행위에 대한 동의권과 離籍權·復籍拒絶權에 대해 살펴보고자 한다.

15) 《法典調査會民法議事速記録》 43, (日本學術振興會, 1934), 43 / 150.

16) 利谷(a), 앞의 글(각주 1), 60면.

1) 居所指定權과 離籍權

호주는 자신이 호주로 되어있는 호적상의 『家』의 구성원을 통솔하며, 『家』를 지배하기 위한 다양한 권한을 가지고 있었다. 그러나 한편, 권한에 따른 책임으로 가족원에 대한 부양 의무도 지고 있었다(메이지 민법 제747조). 다만 호주에게 가족원이 복종해야 한다고 하는 개념이 현실적으로 항상 지켜지는 것은 아니었기 때문에 예외가 있었다. 가령, 『家』를 감독하며 운영하는 입장에 있는 호주에게 가족원이 그 명령에 복종하지 않아도 호주는 그 가족원을 보호하고 부양할 의무를 져야 할까? 이 점에 대해, 메이지 민법은 (성년자의 경우) 일정한 사유가 있는 경우, 호주는 가족원에 대한 부양 의무가 면제되고 또 離籍할 수 있다고 정하였다. 호주의 居所指定權과 그에 반하는 가족원에 대한 離籍權 규정이 그것이다(메이지 민법 제749조 3항).¹⁷⁾ 호주의 의사에 반해 거처를 정한 가족원에 대한 제재로서 호주는 그 가족원을 호적에서 제거하고 부양 의무에서 면제된다는 법률 구성을 취하는 것이다.

2) 가족원의 신분 행위에 대한 동의권과 離籍權·復籍拒絕權

근대법 원칙에 입각해 본다면, 혼인이나 입양 등의 신분 행위는 당사자의 자유의사에 의해 이루어져야 하며, 다른 사람이 간섭할 사항이 아니다. 물론 메이지 민법도 예외 없이 근대 법전으로서의 성격을 관철시키기 위해 신분 행위는 철저하게 당사자의 자유의사에 따른다는 원칙을 세웠다. 그런데, 메이지 민법 親族篇에는 당사자의 신분 행위의 원칙을 정함과 동시에 다른 한편으로, 메이지 민법의 성립 과정에서 호주의 『家』의 통솔, 즉 籍의 구성권을 정할 필요가

17) 明治民法 제749조 ① 가족원은 호주의 의사에 반해 居所를 정할 수 없다. ② 가족원이 전항의 규정을 위반해서 호주가 지정한 거처에 없는 때, 호주는 그에 대한 부양 의무가 면제된다. ③ 전항의 경우, 상당한 기간을 정하고 지정한 장소에 옮기도록 催告할 수 있다. 만약에 가족원이 그 催告에 응하지 않은 경우는 호주는 그를 離籍할 수 있다. 다만 그 가족원이 미성년이면 이에 해당되지 않는다.

있었다. 예를 들어 가족원의 혼인이나 입양 등 호적의 변동을 수반하는 신분 행위가 호주의 동의 없이 이루어질 경우, 당사자에 의한 신분 행위 원칙을 제한하지 않으면서도 호주의 籍의 구성권을 어떻게 보호할지, 즉 어떻게 양자의 법적 일관성을 유지하는가가 중요한 과제가 된 것이다.

메이지 민법 기초자들은 근대법 원칙을 관철시키기 위해 당사자의 신분 행위의 유효성을 원칙으로 하여, 만약에 그 신분 행위가 호주의 동의 없이 이루어지더라도 그 신분 행위의 효과는 유효하다고 보았다. 그러나 동시에, 호주의 의사에 반한 가족원에 대한 제재로 호주는 신분 행위의 당사자인 가족원을 離籍할 수 있다고 규정하였다. 또한 그 신분 행위의 당사자인 가족원에 대해 復籍拒絶할 수 있도록 정하였다(메이지 민법 제750조 1, 2항).¹⁸⁾ 바로 여기서 “호주권과 신분 행위의 자유의 사이에 있는 교묘한 타협이 籍의 구성권과 그에 따른 제재로 離籍權·復籍拒絶權이라는 결실로 나타나게 된 것이다.”¹⁹⁾

3. 호주권의 대상

『家』의 구성권을 본질로 하는 호주권은 대표적으로는 離籍權과 復籍拒絶權으로 구체화되었다. 메이지 민법의 『家』는 이러한 호주권의 구체적인 기능을 바탕으로 형상화 되었다. 그러나 이러한 호주권의 구체적인 내용이 규정되며, 호주권이 영향을 미칠 대상이 문제시 되었다. 즉, 하나의 籍 속에서 자식이나 손자가 호주인 경우, 尊長卑幼 관계를 무시하고 호주권의 효과가 존속까지 미칠 수 있는가가 문제시 되었다. 이 점에 대해 토미이 마사아키라는 법전조사회에서 다음과 같이 견해를 밝히고 있다.

18) 明治民法 제750조 ① 가족원이 혼인 또는 입양을 하기 위해서는 호주의 동의를 얻어야 한다. ② 가족원이 전항의 규정을 위반하고 혼인 또는 입양했을 때, 호주는 그 혼인 또는 입양일부터 일년 내에 離籍하여, 또는 復籍을 거부할 수 있다. ③ 가족원이 양자 결연한 경우에 전항의 규정에 따라 離籍되었으면, 그 양자는 양부가 수반하는 그 家에 들어간다.

19) 利谷(a), 앞의 글(각주 1), 70면.

……부모나 조부모가 어린 자식이나 손자의 승낙을 거치지 않으면, 혼인할 수 없다고 하는 것은 아무리 봐도 이상하게 생각됩니다. 그 때문에 直系卑屬은 이에 해당하지 않는다고 규정할까하고 망설였지만, ……호주의 승낙을 필요로 한다고 하는 규칙은 바로 『家』의 질서를 유지하는 정신에 의거하는 것이므로, 그런 관점에서 보면, 호주가 설사 자식이나 손자일지라도 一家의 長이라면, 가령 부모나 조부의 경우에 있어서도 역시 一家의 長의 승낙을 얻어야 하는 것이 사리에 맞다고 생각되며, 역시 그런 경우도 (필자 주석-호주의) 승낙을 필요로 한다는 주의를 채용하였습니다.……(第129回 법전조사회).²⁰⁾

이와 관련해 우메 켄지로 역시 다음과 같이 언급한다.

……친족 관계와 가족 관계는 원래 다른 것이며, 아버지는 오히려 자식에게 명령하는 존재입니다. 그러나 (자식이) 성인 이상이 되면, 그것은 德義上的 문제가 되며, 법률상 규정할 수는 없습니다. 다만, 가족 관계로 얽여있는 이상, 『家』의 주인이 그 의사를 뜻대로 할수 없다면 『家』를 유지할 수 없습니다. 가령 부모라 할지라도 가족이라면 의견 충돌이 발생할 경우, (자식인) 호주에게 복종해야 합니다.……(第129回 법전조사회).²¹⁾

발췌한 《法典調査會議事速記録》에서 보듯이, 민법 기초자가 『家』의 호주권과 전통적인 尊卑長幼의 序의 관계성을 전혀 의식하지 않은 것은 아니다. 그런데도 『家』의 질서 유지를 지상 명제로 택한 메이지 민법에서 尊卑長幼의 序는 ‘德義’ 문제로서 법적 사항에서 제외하는 방침을 취한다. 이로써 호주권은 卑幼 뿐만 아니라 尊卑까지 영향을 미치는 절대적인 권한이 된다(‘호주권의 절대성’).²²⁾

이렇듯 메이지 민법에 규정된 호주권이 실제 사회에서 『家』에 어디까지 영향을 끼치는가 혹은 ‘호주와 가족원’ 사이의 권력적인 지배 관계에 있어서 어

20) 앞의 책, 《法典調査會民法議事速記録》, 43 / 171~172.

21) 위의 책, 43 / 178.

22) 利谷(a), 앞의 글(각주 1), 64~67면.

느 정도 실효성이 있었는가에 대한 문제는 앞으로 연구해야 할 여지가 많이 있는 과제이다.²³⁾ 그러나 적어도 메이지 민법에 상정된 「家」제도를 유지하였던 호주권은 가족원에 대한 居所指定權이나 신분 행위에 대한 離籍權이나 復籍拒絶權이라는 제재 규정에서 볼 수 있듯, ‘호주와 가족원’ 사이의 권력적 지배 관계를 규정한 것이었다고 해도 과언이 아닐 것이다. 더욱이 그것은 전통적인 尊卑長幼의 序 관념마저 제쳐놓고, 한 호적 속에 있는 모든 가족원에게 행사할 수 있는 ‘절대적’ 권한이었던 것이다.

Ⅲ. 식민지 조선의 호주 기능

조선에서 호주라는 명칭은 호구조사규칙(戶口調査規則) 시행에서 나타나듯 이미 존재하고 있었다.²⁴⁾ 그러나 그 기능은 하나의 「戶」 속에 있는 가족원의 신분 관계를 표상하는 것이 아니라 단순히 과세 단위로 「戶」의 납세 의무자, 기타 행정상의 「戶」의 대표를 의미하는 것에 지나지 않았다.²⁵⁾ 그러다 1909년

23) 離籍權과 復籍拒絶權에 관한 규정은 가족원이 離籍이나 復籍拒絶까지도 감수한다면 자기 신분 행위에 대한 호주의 간섭을 배제할 수 있는 것을 의미한다. 이러한 예를 第130回 法典調査會에서 하세가와 타카시(長谷川喬)가 지적하고 있다(앞의 책, 《法典調査會民法議事速記録》 43 / 222). 이에 대해 근대 신분 행위의 자유라는 관점에서 가족원의 신분 행위에 대한 호주의 동의권의 배제를 도모하였던 우메는 다음과 같이 논하고 있다. “종래 관습에 의하면, (필자 주석-호주가) 승낙하지 않으면, 혼인도 할 수 없으며 입양도 무효가 되므로, 離籍마저 감수해야 하나 호주의 동의없이(필자 주석-혼인이나 입양을) 행할 수 있게 된 것은 이미 상당한 진보다…….”라고 하였다(위의 책, 《法典調査會民法議事速記録》 43 / 223). 그런데 明治民法 제정 직후, 大審院에서 가족원의 혼인에 대한 호주의 동의권이 ‘호주권의濫用에 해당한다고 한 판결이 나오는 등(明治34年6月20日 民錄7輯6卷 47頁, 同年11月21日 民錄7輯10卷 80頁, 기타)의 사례로 미루어 볼 때, 실제적으로 호주권이(그 절대성도 포함) 어디까지 가능했는지 큰 의문이 남는다.

24) 鄭肯植, 『식민지기 관습법의 형성과 한국 가족법』, 『법사학연구』 40(한국법사학회, 2009).

25) 조선에서 ‘호적’은 신분 관계를 등록하는 성격의 公簿를 이르는 말이 아니었다. 따라서 혈통이나 기타 친족 상속법상의 신분 관계는 오로지 종중·문중에서 편찬 간행되는 族譜에 의거하였다. 족보가 조선에서 중요시된 이유는 이 때문이다[野村調太郎(a), 『朝鮮慣習法上の家と其の相續制』, 『司法協會雜誌』 19-1, 1940], 10면.

에 민적법이 시행되며 신분 관계 등기부의 성격을 가진 민적보가 만들어지게 되자 그 때 비로소 「戶」의 구성원이 호주를 중심으로 분명하게 규정되었다. 여기서 규정된 「戶」 및 戶主는 메이지 민법 또는 일본 內地 호적법의 「家」와 「家」의 호주로 간주되었다.²⁶⁾ 이 시점부터 식민지기 조선 「家」의 구도가 시작된 것이라 볼 수 있다.

민적법 시행은 메이지 민법의 ‘호주와 가족원’ 사이의 관계, 다시 말해, 메이지 민법의 「家」의 구도가 외관상으로는 온전히 이식된 것처럼 보인다. 하지만, 식민지기 당시에 “……高等法院判例 및 기타 輓近 조선 관계 자료에는……호주권이라는 말이 지속적으로 사용되고 있지만, 그것이 민법상의 호주권과 同名 同質한다고 보장할 수 없는데, 판례 자료 자체에도 분명하게 명시되고 있지 않는다……”²⁷⁾라는 소감이 조선 사법 중추부에서 나타나듯이 조선의 호주권의 내용은 메이지 민법의 「家」제도의 근간인 호주권과는 다른 의미가 있었다. 그러므로 이 장에서는 식민지 조선에서도 일본 內地와 같은 호칭으로 사용된 ‘호주권’이 가지고 있었던 구체적인 기능에 대해 살펴보고자 한다.

1. 호주권의 구체적인 기능

조선의 호주가 갖는 호주권의 본질이란 무엇이고, 또한 그 구체적인 기능이란 무엇인가? 앞에서 호주의 居所指定權과 離籍權 및 가족원의 신분 행위에 대한 동의권과 離籍權·復籍拒絶權의 기능에 주목하여 메이지 민법의 「家」제도의 장치로 규정된 호주권의 특징을 살펴보았다. 메이지 민법의 「家」제도를 유지한 호주권의 가장 중요한 특징은 바로 離籍權과 復籍拒絶權으로 대표되는 籍의 구성권이었다. 이에 맞춰 이 장에서는 메이지 민법의 호주권의 구체적인 기능과의 비교를 용이하게 하기 위해 앞의 경우와 마찬가지로 1) 居所指定

26) 위의 글, 10~11면.

27) 崔丙柱, 『民事令第十一條の慣習と宗孫權及遺妻の相續權(2)』, 『司法協會雜誌』 17-3(司法協會, 1938), 35~37면.

權과 離籍權, 2) 가족원의 신분 행위에 대한 동의권과 離籍權·復籍拒絶權에 주목하여 조선 호주권에 대해 고찰하고자 한다.

그리고 식민지기 조선 고유의 호주권의 기능으로 3) 문중(종중)의 구성원으로 서의 자격을 살피도록 하겠다. 이것은 호주에 의한 『家』의 구성권에 관한 논의와 거리가 있어 보이지만, 조선 호주의 성격을 파악하는 데 대단히 중요한 요소로 이해되기에 조선 호주권의 세 번째 구체적인 기능으로 언급하고자 한다.

1) 居所指定權과 離籍權

메이지 민법에 규정된 가족원에 대한 호주의 居所指定權을 조선에서는 어떻게 처리하였는가? 1922년 6월 23일 咸興地方法院 民事部 裁判長은 조선총독부 중추원에 다음과 같은 의의를 조회하였다.²⁸⁾

1. 조선인들 사이의 관습으로 호주가 가족에게 거처를 지정할 수 있는 관습이 존재하는가? 만약에 가족원이 尊屬이라면 어떤 구별이 있는가?
2. 만약에 호주에게 (필자 주석-거처의) 지정권이 있으면, 가족이 호주의 의사에 반해 지정된 거처에 상주하지 않는 기간 동안 호주는 그 가족원에 대해 부양 의무가 면제되는 관습이 있는가?
3. (생략)

이에 대해 <同年 7월 17일자 朝鮮總督府 中樞院 第240號 政務總監回答>은 다음과 같다.

1. 호주는 가족에 대해 거처를 지정할 수 있다는 관습이 있다. 다만, 이 권리는 가족원이 卑屬일 경우만 해당한다.

28) 여기서 참고한 照會 및 回答은 朝鮮總督府中樞院編, 『民事慣習回答彙集』(朝鮮總督府中樞院, 1933), 414~415면, <戶主ノ權利義務ニ關スル件>.

2. 가족원이 호주의 의사에 반해 지정된 거처에 없는 경우라고 하더라도 호주가 그 가족원에 대한 부양 의무가 면제되는 관습은 없다.

3. (생략)

요컨대, 호주의 居所指定權을 인정하고는 있지만, 그 권한은 호주의 尊屬에는 미치지 않으며,²⁹⁾ 가족원이 호주의 의사에 반하더라도 호주의 부양 의무가 면제되지 않는다고 하였다. 여기서 특히 호주의 부양 의무 면제를 부정한 점이 주목된다.

상기의 회답은 호주의 居所指定權과 부양 의무를 언급한 것이지만, 부양 의무가 면제되지 않았던 조선에서 호주의 居所指定에 반한 가족원에게 최종적인 제재 수단인 離籍權은 어떻게 인식되어 있었는지를, 1926년에 호주의 居所指定과 離籍이 쟁점으로 조선 고등법원에 제기된 사안을 통해서 살펴볼 수 있다.³⁰⁾ 본건의 피상고인은 상고인의 어머니이며, 망부(亡父)의 첩으로 망부의 民籍에 올라 있었다. 1923년 5월에 부친의 사망으로 상고인은 호주의 지위를 승계하며 피상고인인 어머니를 別宅에 거주시키고 월액 80 円을 부양료로 지불하고 있었다. 그런데, 피상고인은 상고인의 망부(前戶主)의 귀중품을 入質하는 등 不行跡이 끊이지 않았고, 게다가 상고인의 집에는 다액의 부채가 있었기 때문에 이를 정리할 필요에 의해 1925년 5월 1일, 상고인은 피상고인에 대해 同居해야 한다고 최고하였다. 그러나 피상고인이 이에 응하지 않았기 때문에, 상고인은 피상고인에게 離籍의 의사 표시를 하기에 이르렀다. 이에 상고인의 피상고인에 대한 離籍 의사 표시가 유효한지 여부를 다투게 된다. 이 건에 대해 고등법원은,

……원래 舊戶主의 가족으로서 民籍에 登載된 舊戶主의 첩은 호주가 변경된 경우에도 당연히 新戶主의 가족이다. ……따라서 조선에서는 호주가 가족원을 離籍하는 것을 관습법으로 인정하지 않으며, 조선호적령도 離籍 절차를 규정하지 않는다(상고 기각).

29) 이 조회 및 회답은 전년도도 舊慣及制度調査委員會에서도 같은 결의가 이루어지고 있었다 (위의 책, 부록 <舊慣及制度調査委員會決議>, 32면).

30) 大正15年民上第425號, 同年10月5日 民事部判決『戶籍抹消請求事件』[朝鮮高等法院書記課編纂<高等法院民事判決錄>(이하, <判決錄>), 朝鮮司法協會] 13, 307~311면.

고 하여, 상고인의 피상고인에 대한 離籍의 의사 표시를 부인하였다. 조선에서는 가족원을 離籍하는 관습이 인정되지 않기 때문에 호주에 의한 居所指定에 반한 가족원일지라도 離籍할 수 없다고 한 것이다(또한 비슷한 판결을 1936년 7월 3일 조선 고등법원 민사부 판결에서도 찾을 수 있다).³¹⁾

이렇게 식민지기 조선에서는 호주의 가족원에 대한 居所指定權은 인정되었지만, 가족원이 호주의 의사에 반해 居所를 정하더라도 그것을 제재하는 ‘관습’도 수단도 법적으로 인정되지 않았다. 따라서 여기서 호주의 居所指定權 행사를 절대적으로 보장한 메이지 민법의 『家』의 구조는 찾아 볼 수가 없다. 이러한 상황을 두고 식민지기 한 판사가 “조선에 있어서 호주권은, 민법상(필자 주석-메이지 민법)의 그것(필자 주석-戶主權)과 달리, 호주의 居所指定을 위한 가족원에 대해서도 離籍 및 부양 의무의 免脫 등의 효과를 부여할 수 없는 허울뿐인 빈 지위로 인식된다.”³²⁾라고 지적한 것은 식민지기 조선 가족법의 성격을 나타내는 흥미로운 예이다.

2) 가족원의 신분 행위에 대한 동의권과 離籍權·復籍拒絶權

메이지 민법에서는 가족원의 신분 행위에 호주의 동의를 필요로 하지만, 절대적인 요건으로 정하지 않았으며 신분 행위의 자유를 지키면서도, 이에 반한 가족원에게 離籍이나 復籍拒絶權이라는 제재를 규정하여, 신분 행위의 자유와 호주권의 절대성과의 법적 일관성을 도모하였다. 한편, 식민지기 조선에서는 호주권과 가족원의 신분 행위에 대해 법적 관계를 어떻게 운용하고 있었는가.

이에 대해, 《朝鮮高等法院民事判決錄》에는 호주의 가족원의 신분 행위에 대한 동의의 필요성을 논한 사례는 보이지 않는다. 그러나 다른 자료에서는 다

31) 昭和11年民上第243號, 同年7月3日 民事部判決「離籍請求事件」(《判決錄》 23, 218~223면). 이 사안은 호주(상고인)의 亡長男의 遺妻(피상고인)가 호주의 거처 지정에 불응한다는 등을 이유로 遺妻에 대해 離籍을 주장한 사안이다. 그러나 판결은 본문 大正 15年 10月 5日 판결을 인용하고 호주의 가족원에 대한 離籍權을 인정하지 않았다.

32) 崔丙柱, 앞의 글(각주 27), 35~37면.

음과 같이 언급이 있다. 예를 들어, 1924년에 간행된 『朝鮮戶籍法令釋義』³³⁾에서 혼인 요건에 관해 언급하고 있는데, 그는 혼인의 실질적인 요건의 하나로 호주의 동의를 포함하며, “요건을 모두 具備하여야 비로소 혼인은 성립하며, 만약에 그 요건들 중 하나라도 빠지면, 혼인은 무효다.”³⁴⁾라고 하였다. 또한 미야모토(宮本)는 다른 논문에서도 “관습상 호주권은 민법(필자 주석-메이지 민법)에 규정된 호주권보다 훨씬 강대하며, 혼인에 관한 호주의 동의권은 혼인 성립의 절대적인 요건이 된다. 때문에 민법(필자 주석-메이지 민법)상의 호주의 동의권은 상대적 요건이며, 그 의의는 서로 같을 수가 없다.”³⁵⁾라고 지적하며, 조선에서는 호주의 동의를 혼인의 절대적인 요건으로 인식하였다고 보인다.

또한 입양의 경우에 있어서도 1921년 10월 13일 <舊慣及制度調査委員會決議>에, “양부가 될 사람이 가족원이며 尊屬이 호주인 경우는 호주의 동의도 얻을 필요가 있다.”³⁶⁾고 언급하며, 미야모토도 상기 혼인의 경우와 마찬가지로 호주의 동의를 입양의 절대적인 요건이라고 인식하며 메이지 민법과의 차이를 지적한다.³⁷⁾ 또한, 당시 京城 地方法院長을 맡고 있던 노무라 시게타로(野村調太郎)도 조선호적령이 시행된 직후에 간행한 자신의 호적령 해설집에서 양친과 양자가 될 자가 가족원이라면, 호주의 동이가 필요하다고 해석하고 있다.³⁸⁾

이상의 자료에서 살펴 본 바처럼, 조선 총독부의 사법과 관습 조사의 중추에 있던 사람들은 모두 조선에서는 가족원의 신분 행위에 대한 호주의 동의를 절대적인 요건이라고 인식하고 있었다.³⁹⁾ 이렇게 가족원의 신분 행위에 대한 식

33) 朝鮮總督府法務局編纂, 『朝鮮戶籍制度ノ概要』(朝鮮司法協會, 1924)에 수록.

34) 위의 책, 88면.

35) 宮本元(a) 『婚養子, 異姓養子及氏制度に關する朝鮮民事令の改正に就て - 東大法理研究會に於ける講演』, 『司法協會雜誌』 19-3(司法協會, 1940), 14면. 입양에 대해서는 같은 글, 15면.

36) 앞의 책(각주 29), 부록 <舊慣及制度調査委員會決議>, 27면. 또한 이 결의에는 파악 시에도 “존속인 호주가 있는 경우는 그 동의를 얻을 필요가 있으며……”라고 정하고 있다(위의 책, 30면).

37) 宮本(a), 앞의 글(각주 35), 15~16면.

38) 野村調太郎(b), 『朝鮮戶籍令義解』(松山房, 1923), 29면, 野村調太郎(c), 『朝鮮に於ける現行の養子制度(七)』, 『朝鮮司法協會雜誌』 6-10(司法協會, 1927), 2면.

39) 다만 조선호적령 시행 잠시 후, 종래의 사법 및 관습 조사의 중추와는 다른 견해가 호적 실

민지기 조선의 호주권은 메이지 민법의 호주권보다 강력하게 작용했다는 사실을 도출해 낼 수 있다. 따라서 신분 행위의 자유와 호주권의 절대성을 양립시키려고 離籍權이나 復籍拒絶權이라는 장치를 규정한 메이지 민법상의 호주권의 구조와는 그 규범의 배경을 크게 달리하고 있었다고 할 수 있을 것이다.

나아가 호주의 동의 없이 신분 행위를 행한 당사자에 대해 호주가 離籍權 및 復籍拒絶權이라는 장치의 사용이 인정된 메이지 민법과 달리, 조선에서는 호주의 동의가 없으면, 신분 행위 자체가 무효가 되었다. 따라서 조선 총독부가 인식한 조선의 ‘관습’은 離籍權과 復籍拒絶權이라는 개념이 인정되지 않았다는 것뿐만 아니라,⁴⁰⁾ 호주의 동의를 절대적 요건으로 하는 조선에서는 근원적으로 離籍權을 규정할 필요가 없었다. 호주의 동의 없이 신분 행위를 한 가족원에 대한 호주의 제재권은 조선의 호주권 기능으로 말미암아 법적으로 인정되지 않았다.

상기한 바와 같이 호주의 권한으로 가족원에 대한 離籍權이 관습상 원칙적으로 인정되지 않았던 것은 앞서 언급한대로이지만,⁴¹⁾ 그렇다면, 원래 復籍拒絶權 자체를 조선에서는 어떻게 인식하고 있었던 것인가.

무 속에서 전개되었다. 즉, 1928년 10월 2일, 大邱地方法院長이 高等法院에 질의하여, 同年 11월 5일 高等法院長이 회답한 기록이 있다[朝鮮總督府法務局『改正朝鮮戶籍例規』(司法協會, 1933)]. 여기서는 “호주의 동의권은 물론 任意라고 하더라도 정당한 사유 없이 이를 거부하는 것은 권리의 濫用이다……”라고 하여 내지의 ‘호주권 남용’이라는 판결처럼 호주의 동의를 다소 소극적으로 파악한 견해가 존재한 것도 간과할 수 없는 것이다.

40) 당연히 《慣習調査報告書》도 離籍權이나 復籍拒絶權은 조선의 관습으로 인정되지 않는다고 전한다. 《慣習調査報告書》가 朝鮮總督府의 사법 정책에 있어서 큰 의미를 가졌다고 상상하는 것은 어렵지 않다. 그러나 구체적으로 어디까지 사법 재판 실무에 기여했는지 실제적인 기능은 아직 논할 여지가 다분히 남아 있다고 생각되어 여기서는 검토 대상으로 《慣習調査報告書》를 다루지 않았다.

41) 여기서 ‘원칙적으로’라고 하는 이유는 호주원에 대한 離籍權 자체가 완전히 부정된 것이 아니었기 때문이다. 즉, 앞서 같이, 居所指定을 위반한 가족원에 대한 호주의 離籍權 및 호주의 동의 없이 이룬 신분 행위의 당사자인 가족원에게 離籍權은 확실히 ‘관습’으로 부인되었다. 그러나 大正 7年 4月 27日 法第165號는 아내의 의붓자식에 대한 아내의 시댁 호주가 그 의붓자식을 離籍하는 경우를 인정하고 있었다. 이 경우는 ‘家’의 통솔자인 호주의 의사에 반한 가족원에 대한 제재, 즉 메이지 민법에 있어서의 호주권의 절대성의 담보라는 의미보다는 宗族制에서 본 상속 문제를 해결하는 離籍이라고 생각되어, 본고에서 다른 離籍權과는 다른 의미가 있다고 보인다[또한 大正7年 4月 27日 法第165號 및 기타 離籍 사례에 관해서는 朝鮮總督府法務局編, 『民籍例規』(1922), 151~152, 272, 290~291면].

호주의 復籍拒絶權에 관한 견해는 《高等法院民事判決錄》에 기록된 사안이나 호적 실무 자료 등에서는 발견되지 않는다. 그러나 1924년에 시행된 조선 호적령의 입법 과정 중 작성된 것으로 보이는 『朝鮮戶籍令事案』⁴²⁾에 조선에서의 離籍權과 復籍拒絶權의 취급에 관해 약간의 언급이 있다. 이 자료의 자세한 성격(작성자나 작성시기 등)은 아직 불분명하며, 내용도 조문안을 열거만 하는 등,⁴³⁾ 각 법문에 어떠한 설명이나 해석도 붙이지 않았지만, 주목해야 할 점은 이 자료의 첫머리에 조문안을 작성하기 위한 방침이 8 개조에 걸쳐 기재되어 있다는 점이다.⁴⁴⁾ 그 방침 중에 離籍權과 復籍拒絶權에 관한 언급이 있다.

1. 新戶籍 중에서 조선에 필요 없는 규정은 삭제한다. 예컨대, 隱居, 상속인의 선정 및 지정에 관한 규정과 같은 것들을 이른다.
2. 存置할 필요가 있는 규정은 조선의 관습에 비추어 지장이 없도록 변경한다. 예컨대,

42) 韓國中央圖書館 소장, 《朝鮮戶籍令事案》(작성자, 시기불명), (청구기호; 韓古·朝33-16-1).
 43) 실제로 1924년에 시행된 조선호적령과 비교하면, 말의 변화는 있지만, 내용에는 차이가 거의 없다.
 44) 본 자료는 이미 이승일, 앞의 글(각주 3), 58면 이하에서 소개되었다. 이 논문에 의하면, 1921년 4월부터 同年10월 사이에 작성된 자료라고 추측되고 있다. 그러나 이 점에 대해서는 의문이 있다. 그것은 문서의 첫머리에

秘 code 寺內總督ヨリ日本戶籍法ヲ朝鮮ノ慣習ニ適合スルヤウ改變シ提出スヘシトノ命アリ即我之ヲ提出ス 寫一部ヲ秋山參事官ノ指揮ニ依リ司法部へ交付ス
 (국역: 秘 테라우치 총독으로부터 일본 호적법을 조선의 관습에 적합하도록 개변하여 제출하라는 명이 있어서 내가 이를 제출함. 사본 1부를 아키야마 참사관의 지휘에 의해 사법부에 교부함.)

라고 기술되어 있기 때문이다. 본문의 “寺內總督”은 테라우치 마사타케(寺內正毅)이며, 그는 초대 조선 총독으로 1910년 10월부터 1916년 10월까지 재임하였다. 또한 “秋山參事官”은 아키야마 마사노스케(秋山雅之介)이다. 아키야마는 테라우치의 신망이 두텁고, 테라우치가 총독으로 부임한 것은 바로 조선 총독부에 불러 테라우치 아래에서 다양한 입법 정책에 관여한 사람으로 알려졌다. 아키야마가 조선 총독부에서 일하고 있던 기간은 1910년 12월부터 1917년 11월(그 후 靑島守備軍民政長官 취임)이었다. 즉, 본 자료는 1910년에서 1916년 사이에 착수하여 작성된 것이 아닐까 생각된다. 이 점은 조선호적령의 자세한 성립 과정 분석과 함께 향후 과제로 한다. 또한 이 자료의 작성시기에 관한 논의는 이정선, 앞의 글(각주 5), 70면에서도 지적되고 있다.

혼인 및 입양에 관한 규정과 같은 것들을 이른다.

3. (생략)

4. 또 삭제한 규정 중에서 다른 법제와의 관계상 부활가능이 전혀 없는 것은 아니다.
예컨대, 離籍, 復籍拒絕, 국적의 득실과 같은 규정들이다.

5. (이하 생략)⁴⁵⁾

(下線 필자).

자세한 설명은 아니지만, 적어도 여기서 조선후적령 안에는 “조선에 필요 없는 규정”, 즉 ‘관습’에 적합하지 않는 것은 삭제되었다는 것, 그리고 삭제된 사항에 離籍權 및 復籍拒絕權이 포함되어 있다는 것, 그러나 다른 법률과의 관계에 따라 부활될 가능성도 있다는 사실을 알아낼 수 있다.

이상을 정리해 보면, 조선에서 가족원의 신분 행위는 호주의 동의를 절대적인 요건으로 한다는 점이 ‘관습’으로 인식되고 있었다. 당연히 친족법상의 사항은 조선민사령 제11조로 조선 ‘관습’에 의거해야 한다고 규정된 조선의 민사법에서는, 메이지 민법처럼 소위 근대 법전의 요건인 신분 행위의 자유의 관철이 요구되지 않았기 때문에, 호주의 동의를 절대적인 요건으로 하는 것이 이론적으로 가능하였다. 분명히 이 점에 주목해 보면, 미야모토가 앞의 논문에서 언급한 바와 같이, 조선 “‘관습’에 있어서 호주권은 민법에서 규정하는 호주권보다 훨씬 강대하다”라고 한 말이 허언이 아님을 증명한다. 그러나 조선에서는 離籍權이나 復籍拒絕權을 인정하지 않았다. 즉, 근대 법전이라는 명분을 가진 민법전에 정의된 ‘家’, 즉 신분 행위의 자유와 호주권의 절대성의 양립을 도모한 메이지 민법과 달리, 조선에서는 근대 법전 형식을 취하지 않고 ‘관습’을 법원으로 하기 때문에 신분 행위의 자유가 규정되지 않았고, 따라서 호주권의 절대성을 유지하기 위한 장치를 규정할 필요가 없었다. 따라서 조선 민사법은 같은 ‘호주권’이라고 명명되어 있었다고 하더라도 그 본질과 기능은 전혀 다른 구조

45) 이 부분의 번역은 이승일, 앞의 글(각주 3), 58~59면을 인용하였다.

를 가졌다고 할 수 있을 것이다.

3) 門中(宗中)의 구성원으로서의 성격

일본에는 없는 조선의 호주 특유의 기능으로 문중(종중)의 구성원이라는 기능이 있다. 문중(종중)은 조선의 종족제에 있어서 本貫과 姓을 같이하는 부계 동족 집단을 일컫는다. 문중이나 종중 모두 제사를 같이하는 동족 집단을 이르는데, <舊慣及制度調査委員會決議>에 따르면, “門會(필자 주석-문중과 같은 뜻)는 一門의 회합이며 有服親의 범위로 하여…… 宗會(필자 주석-종중과 같은 뜻)는 一族의 회합이며 남계 혈족을 일족이라고 하며, 本貫 및 姓을 같이하는 사람은 곧 남계 혈족이다.”⁴⁶⁾라고 설명하고 있지만, 朝鮮總督府가 실제 문중과 종중을 엄격하게 구분하여 인식하고 있었다고 보기는 어렵다.

그런데, 문중(종중)은 경우에 따라 재산 소유 주체가 될 수 있었다. 동족 집단은 제사를 같이하는 것을 가장 중요한 목적으로 하며 祭位土나 墳墓地 등 제사 관계 재산을 중히 여겼기 때문이다. 이러한 재산은 동족 집단의 長인 宗孫이 대표하여 소유할 수도 있고 동족 집단 자체가 祭位土나 墳墓地를 공동으로 소유 관리하는 경우도 적지 않았기에, 소유 형태의 여부는 오로지 “사실 문제”로 명시되어있다.⁴⁷⁾ 그런데 병합 전부터 계속된 토지 조사에서는 이러한 제사를 같이하는 동족 집단 자체에 法人格을 부여하여 소유 주체로 인정하는 것을 상정조차 하지 않아 문중(종중)의 이름으로 등기하는 방법이 없었기 때문에, 대

46) 앞의 책(각주 29), 부록 <舊慣及制度調査委員會決議>, 39~40면.

47) 大正2年民上第216號, 大正2年9月12日 判決 『土地所有權確認及証明抹消手續請求ニ關スル件』(《判決錄》 2, 319~321면), 大正4年民上第251號, 大正5年1月21日 判決 『土地所有權確認請求ニ關スル件』(《判決錄》 3, 380~386면), 大正6年民上第121號, 同年6月22日 判決 『山坂共有權確認請求ノ件』(《判決錄》 4, 589~593면), 大正6年民上第65號, 同年7月17日 判決 『土地所有權確認引渡及証明抹消申請手續履行請求ノ件』(《判決錄》 4, 701~710면), 大正8年民上9號, 同年1月31日 判決 『山坂共有權確認請求ノ件』(《判決錄》 6, 26~31면)(및 大正元年民上第44號, 同年12月3日 判決 『土地所有權確認及引渡請求ニ關スル件』(《判決錄》 2, 78~80면), 각 朝鮮高等法院民事部 판결에서 모두 “사실문제”가 되고 있었다.

표자를 선정하여 등기하거나 혹은 共有로 등기할 수밖에 없었다. 그러나 동족 집단에 의한 공동 제사에 제공하기 위한 재산이라는 성격으로 말미암아 대표자 단독 등기나 共有로 등기하는 방법에는 한계가 따랐고 祭位土나 墳墓地의 소유 주체를 둘러싼 소송이 자주 일어났다. 이러한 배경으로 1927년 9월 13일 판결⁴⁸⁾에서는 合有라는 법률 구성을 취하여 문중(중종)을 소유권 등기 명의 주체로 인정하기에 이른다.⁴⁹⁾

그런데 祭位土나 墳墓地가 법적으로 동족 집단인 문중이나 중종의 合有物로 취급되었는데, 이에 대해 ‘合有權을 가진 사람은 누구인가?’라고 하는 문제가 발생할 가능성이 있었다. 이 점에 대해 合有權 주체를 두고 직접적으로 싸운 재판 사례는 보이지 않는다. 그러나 合有를 인정하기 이전, 즉 법적으로는 祭位土나 墳墓地가 共有로 처리되고 있었던 시기에 그 共有權 주체에 대해 다툰 사례가 있다. 곧, 1916년 12월 19일 판결⁵⁰⁾과 1919년 10월 21일 판결⁵¹⁾이

48) 昭和2年民上第223號, 同年9月23日 聯合部判決 「土地共有權持分移轉登記請求事件」(《判決錄》 14, 321~328면).

49) 合有權의 인정에 이르는 과정에 대한 연구는 현대뿐만 아니라 식민지 시기에도 많이 발표되었다.

예를 들어 식민지 시기는, 多田吉鍾, 「祭位土ノ總有性ニ就テ」, 『朝鮮司法協會雜誌』 1-3(朝鮮司法協會, 1922), 「宗中財産の査定と登記(一), (二), (三)」, 『朝鮮司法協會雜誌』 4-1·2·3(朝鮮司法協會, 1925), 高橋隆二, (a) 「査定の効力-高等法院の判例によつて-(一), (二)」, 『朝鮮司法協會雜誌』 5-8.9(朝鮮司法協會, 1926), (b) 「合有權を訴訟物とする訴の当事者適格」, 『司法協會雜誌』 7-10(司法協會, 1928), (c) 「宗中財産を繞る法律關係に就て」, 『司法協會雜誌』 19-10, 11(司法協會, 1940), 清水保茂 「査定又は裁決と判決との抵Gに就て」, 『司法協會雜誌』 10-12(司法協會, 1931), 野村調太郎 「位土」, 『司法協會雜誌』 18-10(司法協會, 1939), 「宗中に關する法律關係」, 『司法協會雜誌』 18-11(司法協會, 1943), 野村調太郎 「朝鮮祭祀相續法序說」(朝鮮總督府中院, 1939), 增永正一 「信託に關連して(1), (2)」, 『司法協會雜誌』 9-2(司法協會, 1930) 등이 있다.

또한 현대 법사학의 대상으로 발표된 연구도 많이 있다. 예를 들어, 鄭光鉉, 『韓國家族法研究』(서울대출판부, 1967), 金斗憲, 『韓國家族制度研究』(서울대출판부, 1969), 許圭 「宗中·宗中財産에 관한 諸考察(1), (2)」, 『法史學研究』, 2, 3(韓國法史學會, 1975, 1976), 鄭貴鎬, 「宗中法에 대하여」, 『厚巖郭潤直教授華甲記念, 民法學論爭』 博英社, 1985), 高翔龍, 「名義信託論의 再檢討小考」, 『厚巖郭潤直教授華甲記念, 民法學論爭』 博英社, 1985), 심희기, 「한국법사연구-토지소유권과 공동체」(영남대학교출판부, 1992), 「朝鮮後期 宗中の 단체선과 소유형태」, 『法史學研究』 10, 1989), 이승일, 「일제 식민지시기 宗中財産과 「朝鮮不動産登記令」-소유권 분쟁을 중심으로-」, 『史學雜誌』 61, 2000), 鄭肯植, 『韓國近代法史攷』(博英社, 2002) 등이 있다.

50) 大正5年民上169號, 同年12月19日 判決 「沓土共有權確認及引渡請求ニ關スル件」(《判決錄》

다(모두 조선 고등법원 판결). 이 사례들에서 “位土의 共有權을 가지는 사람은 가장인 호주로 제한한다. 가족원은 共有權을 갖지 않는다.”라고 한 내용이나, 또한 “조상이 어떤 부동산을 不遷位土라고 정하여 이것을 一門共有로 하고, 동시에 유언에 의해 영구히 이것을 매매 및 기타 처분하는 행위를 금지했다고 하더라도 그 子孫인 共有者(각 『家』의 호주)가 이것을 처분할 수 없도록 강제할 관습은 없고……”라고 언급된 내용으로 알 수 있듯, 祭位土의 共有權 주체는 각 『家』의 호주에 한정되어 가족원에게는 인정되지 않았다. 이 판결이 나온 후, 合有로 판례 변경된 후에도 이 판결이 반복된 사례는 찾을 수 없다. 따라서 조선에서 祭位土의 合有權(이전에는 共有權)은 호주에게 특별히 주어진 권리이며, 또한 “合有權은 호주인 신분에 당연히 수반하면서 발생 혹은 소멸하고 그 신분과는 분리할 수 없는 관계라는 것이 이 권리의 특이성의 하나”⁵²⁾로 간주되었다. 당연히 이런 사고에 따르면 길보기에는 메이지 민법의 호주권에 祖先祭祀權이 포함됐다고 하는 판단을 내릴 수도 있다. 그러나 메이지 민법에서 祖先祭祀權을 포함하는 가독은 『戶』에 의거해 祖先祭祀가 『家』마다 행사하도록 형성되며, 근대 시민 가족의 전제인 핵가족이라는 근대 민법 가족상 안에서 상정되었다. 그런데, 조선의 祭位土나 墳墓地에 대해 문중(종중)의 合有性을 인정할 배경은 메이지 민법의 호주권의 모습과 궤를 달리한 것으로 보인다. 즉, 조선의 각 『家』의 호주가 가진 호주권은 제사라는 측면에서 보면, 하나의 『戶』의 행사 주관자에 지나지 않은 것이었다. 호주를 合有權 주체로 인정한 것은 바로 조선의 각 호주가 “祖先祭祀를 영구히 할 공동 목적”⁵³⁾을 실행하는 더 상위의 혈족 집단, 즉 문중(종중에 속하고 있다고 인정한 증거라 할 것이다. 이러

3, 966~974면).

51) 大正8年民上230號, 同年10月21日 判決 『土地所有權移轉登記手續請求ノ件』(《判決錄》 6, 532~542면).

52) 高橋(c), 앞의 글(각주 49), 20~21면. 또한 高橋는 여기서 合有權과 入會權의 차이에 대해 “入會權은 같은 신분이라고 보기 보다는 오히려 일정한 지역에 거주하는 지리적인 관계에 있어서 결정되는 점에서 의기를 달리한다”라고 지적하고 있다. 그렇게 보면, 문중(종중) 재산의 合有權의 주체라는 기능이 호주에게 있었다는 것을 보다 명확하게 알 수 있을 것이다.

53) 위의 글, 21면.

한 배경에는 메이지 민법이 상정한 ‘호주와 가족원’으로 구성된 호적을 매개로 한 「家」를 기본 단위로 보는 가족 제도 원리와는 전혀 다른 이질의 원리가 작용하였다고 할 수 있을 것이다. 이렇게 조선 호주권에는 메이지 민법에 없는 (적어도 메이지 민법사의 「家」에 맞지 않는) 친족 집단 단위를 법적으로 창출하는 기능도 포함되고 있었던 것이다.

2. 호주권의 대상

조선에서 호주라는 개념은 원래 법적으로는 행정상 「戶」의 대표자의 역할만을 의미했다. 그리고 행정적인 의미의 호주와는 다른 존재로서, 종족제에 의거한 종손이라는 강력한 동족 집단의 통솔자가 있으며, 이것은 사회적, 문화적으로 조선 사회에 고르게 스며들어있었다. 따라서 민적법 시행에 따라 신분 관계를 ‘호주와 가족원’으로 규율하는 개념이 조선에 들어온 후, ‘호주와 가족원’ 사이의 관계는 종래의 종족제에 의거해 가부장제의 성격과 융합된 형태로 식민지기 조선의 호주가 형성된 것으로 보인다. 그런데, 조선에는 위와 같은 행정 호주와 가부장제의 존재, 이와 함께, 전통적으로 尊卑長幼의 序를 엄격히 지키는 질서가 존재했다는 사실을 간과할 수 없다. 외형적으로는 민적으로 형성된 「戶」에 따라 호주와 가족원을 파악하는 메이지 민법과 같은 「家」의 구도가 조선에서도 규정되었다. 하지만, 長幼의 序가 중시되는 조선 사회에서는 호주와 尊長의 의견이 충돌할 경우, 어느 쪽을 우선시해야 할지, 즉 조선에서 호주권은 尊長에도 영향력이 미칠 수 있는지가 큰 문제로 대두 될 수 있었다.

이 점에 대해, 1921년 12월 1일 舊慣及制度調査委員會는 다음과 같이 결의하였다.

조선에서 어느 측면이든 호주의 가족원에 대한 권리를 인정한다고 하더라도, 한편 尊卑의 序를 중요시하므로 호주의 권리는 가족원이 卑屬일 경우만 행사할 수 있으며, 尊屬이라면 행사할 수 없다.⁵⁴⁾

이와 같이 호주권이 존속에는 미치지 않음이 분명하게 제시되어 조선에 있어서의 호주권 대상은 卑幼에 한정한다는 것을 알 수 있다. 이러한 판단은 <1922년 7월 17일자 朝鮮總督府 中樞院 第240號政務總監回答>과 1924년 10월 13일 <舊慣及制度調査委員會決議>에서도 찾아볼 수 있다. 이처럼 이른바 식민지 조선의 ‘상대적’인 호주권은 메이지 민법에 규정된 『家』가 호주권의 절대성을 중요한 요소로 형성되었다는 것과 비교하면, 중대한 의미를 내포한다고 볼 수 있을 것이다.

IV. 明治民法과 조선 민사법의 호주권 의의

본고, 제Ⅱ, Ⅲ장에서는 일본 內地와 식민지기 조선에 있어서의 호주권의 구체적인 기능에 주목하였다. 특히, 『家』제도의 운용의 핵심인 호주권은 『家』 혹은 籍의 구성권을 가장 중요한 요소로 간주되었기 때문에, 본고에서는 『家』의 구성권이 확실하게 나타난 규정, 즉 호주의 居所指定權과 가족원의 신분 행위에 대한 동의권 및 그에 따르는 離籍權·復籍拒絶權에 주로 초점을 맞추고 검토하였다. 또한 메이지 민법의 『家』와 비교하기 위해 식민지기 조선의 離籍權과 復籍拒絶權의 성질에 대해서도 검토하였다. 아울러 그러한 호주권이 미치는 범위에 대해서도 일본 內地와 조선을 각각 살펴보았다. 따라서 이 장에서는 이상의 검토를 토대로 메이지 민법과 식민지기 조선 호주권의 모습을 비교하고자 한다.

첫째, 居所指定權과 離籍權에 대해 메이지 민법의 호주는 자신이 호주로 되어있는 호적에서 『家』의 구성원을 결정하여 통솔하기 위한 다양한 지배적 권한을 인정받는 한편, 가족원 부양 의무도 부과되었다. 그러나 가족원이 호주의 의사에 반해 거처를 정한 경우에 호주는 그 가족원에 대한 체제로 부양 의무가

54) 앞의 책(각주 29), 부록 <舊慣及制度調査委員會決議>, 31면.

면제되며 최종적으로는 그 가족원을 호적에서 제외할 수도 있었다. 이와 같이 메이지 민법은 『家』의 구성권을 확보하려고 노력하였다. 반면에, 조선의 호주는 가족원에 대한 居所指定權은 원칙적으로 인정되었지만, 메이지 민법의 제재 수단인 부양 의무의 면제나 離籍權은 인정되지 않았다. 이에 따라 조선의 호주는 籍의 구성권을 얻을 수 없었고, 또한 『戶』에 있는 가족원에 대해서는 결코 소멸하지 않는 부양 의무를 계속해서 갖는 것이 ‘관습’이 되었다. 즉, 『家』의 범위는 자신이 통제할 수 있는 『家』가 아닌 혈통의 상관관계 여부에 따라 결정되는 것이었다.

둘째, 가족원의 신분 행위에 대한 동의권에 대해 메이지 민법에서는 가족원의 신분 행위는 호주의 동의를 필요하지만, 신분 행위 성립을 위한 절대적인 요건이 아니었기에 신분 행위의 자유를 보장하면서도 동시에 이에 반한 가족원에 대한 제재로 호주는 離籍 내지 復籍拒絶할 수 있었다. 따라서 표면적으로는 근대 법전으로서 신분 행위의 자유와 호주권의 절대성과의 법적 일관성을 도모했던 것이다. 그러나 조선에서는 가족원의 신분 행위에 대한 호주의 동의는 절대적인 요건으로 되었다. 따라서 이것은 강력한 호주권으로의 발로로 당사자의 신분 행위의 자유에 역행하는 모양새였다고도 말할 수 있을 것이다.

셋째, 호주권의 대상에 대해 메이지 민법은 『家』의 질서 유지를 지상 명제로 하여 長幼의 序를 ‘德義’ 문제로 법적 사항에서 제외하여, 호주권이 卑幼는 물론 尊長에까지도 미치는 『家』의 절대적인 성격으로 형성되었다. 한편, 조선의 호주권은 존속에는 미치지 못했는데, 여기에는 호주권보다 강력한 尊長卑幼의 序 원리가 호주권을 능가하는 권위로 생각되었기 때문이었다(호주권의 상대성).

넷째, 메이지 민법에 없는 조선 특유의 호주 기능인 문중(종중) 구성원으로서의 성격에 대해 살펴보면, 문중(종중) 재산의 合有權 주체는 가족원에게는 부여되지 않고, 호주만으로 구성되었다. 게다가 호주라는 신분과 合有權은 불가분의 관계에 있었다. 호주의 이 기능은 『家』를 통솔하는 호주의 존재가 대가족 제도에서 부모 중심의 소가족으로 분해되는 근대적 과정으로 가기 위해 작용하기 보다는 오히려 큰 혈족 단체, 즉 문중(종중)의 존재를 법적으로 유지하는 역할을 간접적으로 담당하는 방향으로 작용하였다 볼 수 있을 것이다.

다시 말해, 메이지 민법의 호주권은 그 핵심이 『家』의 구성권(대표적인 예로서 離籍權 내지 復籍拒絶權)이라고 본다면, 조선의 호주권에는 『家』의 구성권은 인정되지 않았다. 또한 메이지 민법상의 호주권의 절대성과 달리 尊長卑幼의 序 원리나 혈족 관계의 영향 혹은 제한을 받은 조선 호주권은 오히려 상대적 성격의 측면에서 강조되어야 할 것이다.⁵⁵⁾ 더욱이, 조선 특유의 호주권 기능으로 호주가 문중(종중)의 구성원으로 기능한 것은 메이지 민법에 없는 『家』보다 상위의 혈족 집단 유지에 간접적으로 작용하였다고 할 수 있을 것이다. 이와 같이 메이지 민법과 식민지기 조선에 있어서의 호주권은, 적어도 메이지 민법의 『家』제도를 규정하는 요소를 기준으로 비교하면, 양자의 호주권에는 크게 다른 원리-『家』제도를 기능시키기 위한 장치로의 원리와 제사 및 長幼의

55) 그러나 조선에 있어서의 호주권의 상대적인 성격은 다른 권한과의 충돌 가능성을 상정하지 않을 수 없다. 원래 호적으로 구현된 『家』의 통솔자인 호주는 호주이자 자식의 아버지만인 경우가 많았다. 그렇게 생각하면, 예를 들어 자식의 혼인에 대한 동의는 호주권에도 의거하면서 父權에도 따른다. 오히려 역사적·사회적으로는 父權의 효과로 보는 것이 당연한 일지도 모른다(川島武宜, 『イデオロギーとしての家族制度』(東京: 岩波書店, 1957), 204면. 그러한 경우, 호주권과 父權의 관계를 엄격히 구분하기는 어렵다. 물론 이러한 조선의 호주권과 父權의 관계성에 대해서는 식민지기 당시에 지적되고 있었던 것이며, 예를 들어 가족원의 신분 행위(입양)에 대한 호주의 동의에 관해 “호주의 동의를 절대적인 요건으로 하는 것은 時勢에 순응하지 않는다고 생각되는 점도 있지만, 실제로는 특별히 불편을 느끼지 않았다……가족 조직의 경우에 호주는 동시에 보통 부친이며, 한편 부친의 동의는 입양의 절대적인 요건이기 때문에, 同一人인 호주의 동의를 필요하더라도 입양 요건을 가중하는 것이 아닐 것이다[野村(c), 앞의 글(각주 38), 2면]”라고 하였다. 또한 “고대로 친족 사이에는 尊長卑幼……관계가 중시되고 尊長은 卑幼에 대해……법적으로 우월한 지위에 있으며, 卑幼……은 일반적으로 尊長……을 존경하여 그에 복종해야 한다. 親權은 尊長權의 대표이다. 家長에게 가족원인 卑屬……에 대한 관계는 동시에 尊長卑幼 관계와 일치하며 구체적인 사항에 대해서는 그 권한의 내용이 어느 쪽으로 속하는지 판별하기 어려운 것이 많지만, 별로 문제가 되지 않는다. 그리하여……親權(은)……家長의 尊長權 또는 家長權 아래에 종속되어 실제로는 기능하지 않았다. ……게다가 尊屬에 대하여는 복종해야 하는 지위에 있었기 때문에 오히려 家長權이 압박적으로 작용하여 실제로 그것은 기능하지 않다는 것이 보통이다[野村(a), 앞의 글(각주 25), 6-7면]”라고 해서 尊長權이 법적으로 우월한 지위를 가지고 있기 때문에 家長權이나 親權이 사실상 기능하지 않은 경우가 있고, 또한 구체적인 사항에 있어서 어느 쪽에 속하는지 구별하는 것이 어렵더라도, 사실상 문제가 되지 않고 오히려 엄격한 구별이 필요가 없다고 생각되었던 것이다.

이상에서 볼 수 있듯이, 조선의 호주권이 다른 권한(父權이나 夫權, 내지 宗孫權 등 尊長權)과의 관계성이 어떻게 파악되었는지는 흥미로운 과제이다.

序를 중시하는 원리-에 의거해 명백한 차이가 존재했다고 할 것이다.

V. 맺음말

조선에서 점진적으로 형성된 호주권은 메이지 민법 규정에 나타나는 호주권과는 이질적 원리에 의거한 권한이었다. 메이지 민법은 근대 법전으로서의 성격을 관찰하면서도 여전히 무시할 수 없는 가부장적인 성격의 『家』제도를 기능시키기 위해 그 장치로서 호주권의 절대성을 규정하였다. 반면에 조선 호주권은 특히 尊長卑幼의 序 원리에 크게 영향을 받고 가족원에 대한 권한에는 상대적인 측면이 존재했다. 또한 호주권의 구체적인 내용에 주목을 해 보면, 식민지기 조선의 호주권에는 메이지 민법의 호주권의 기능으로 가장 중요한 요소인 『家』의 구성권이 인정되지 않았다. 게다가 호주가 문중(종중)의 구성원이라는 자격을 갖고 있었기 때문에 메이지 민법에 규정되지 않았던 『家』보다 상위의 혈족 집단을 법적으로 유지하기 위한 간접적인 역할까지 수행하였다.

메이지 민법의 『家』의 구도가 籍이라는 제도를 통해 식민지기 조선에 영향력을 행사했다는 것은 기존 연구에서 지적되어왔듯 일반 통념이며, 이를 통해 조선에 ‘호주와 가족원’이라는 신분 관계가 형성됐다는 것도 부정할 수 없다. 따라서 어느 일면에서 보면, 소위 일본의 『家』가 도입됐다고도 할 수 있을 것이다. 그러나 본고에서 검토한 바와 같이 『家』의 구성권이나 호주권의 절대성을 유지한 ‘메이지 민법의 『家』제도’가 조선에 전면적으로 유입되었다고 말하는 것은 상당히 어폐가 있다. 식민지기 조선의 籍의 형성과 ‘호주와 가족원’의 창출은 메이지 민법과는 다른 새로운 『家』의 시스템과 메커니즘을 구축하였다 고도 말할 수 있을 것이다. 최소한, 본고를 통한 결론은 일본 內地와 식민지기 조선의 호주권을 견주어 볼 때, ‘메이지 민법의 『家』제도’가 그대로 식민지기 조선에 도입됐다고 하는 인식에 변화가 요구된다고 할 것이다.

본고에서 호주권의 기능에 대해 離籍權과 復籍拒絶權에 초점을 맞춰서 다

른 호주권의 구체적인 기능까지 분석할 수 없었다. 또한 첫머리에서 언급한 바와 같이 메이지 민법과 식민지기 조선의 호주에 관한 기존 연구는 상속 형태, 즉 장자 단독 상속(가독 상속)의 측면이 특히 주목을 받아왔다. 이 점에 대해서도 메이지 민법에 상정된 가독 상속의 의의에 비추어 재고할 필요가 있으며, 이것에 대한 연구는 앞으로의 과제라 할 것이다.

■ 참고문헌

朝鮮高等法院書記課編纂, 《朝鮮高等法院民事判決錄》 1-31, 朝鮮司法協會, 1913~1944.
 朝鮮總督府中樞院編, 『民事慣習回答彙集』, 朝鮮總督府中樞院, 1933.
 朝鮮總督府法務局編纂, 『朝鮮戶籍制度ノ概要』, 朝鮮司法協會, 1924.
 朝鮮總督府法務局, 『改正朝鮮戶籍例規』, 司法協會, 1933.
 朝鮮總督府法務局編, 『民籍例規』, 출판사 불명, 1922.
 韓國中央圖書館 소장, 《朝鮮戶籍令事案》, (청구 기호; 韓古·朝 33-16-1).
 法典調査會, 《法典調査會民法議事速記録》(司法省法律調査會藏書) 43, 日本學術振興會, 1934(http://books.google.co.jp/books?vid=KEIO10102617880&redir_esc=y).

1. 한국어 문헌

金斗憲, 『韓國家族制度研究』, 서울대출판부, 1969.
 朴秉濠, 『日帝下 家族政策과 慣習法의 形成過程』, 『서울대학교 법학』 33-2, 1992.
 許圭, 『宗中·宗中財産에 관한 諸考察(1), (2)』, 『法史學研究』 2, 3, 韓國法史學會, 1975, 1976.
 심희기, 『한국법사연구-토지소유권와 공동체-』, 영남대학교출판부, 1992.
 _____, 『朝鮮後期 宗中の 단체선과 소유형태』, 『法史學研究』 10, 1989.
 이승일, 『일제 식민지시기 宗中財産과 『朝鮮不動産登記令』-소유권 분쟁을 중심으로-』, 『史學雜誌』 61, 2000.
 _____, 『조선 호적령 제정에 관한 연구』, 『법사학연구』 32, 한국법사학회, 2005.

- 이정선, 『식민지 조선·대만에서의 ‘家制度’의 정착 과정—‘戶主·家族’과 ‘戶主相續’ 개념을 중심으로』, 『한국문화』 55, 서울대학교 규장각한국문화연구원, 2011.
- 鄭光鉉, 『韓國家族法研究』, 서울대출판부, 1967.
- 高翔龍, 『名義信託論의 再檢討 小考』, 『厚巖郭潤直教授華甲記念 民法學論争』, 博英社, 1985.
- 鄭貴鎬, 『宗中法에 대하여』, 『厚巖郭潤直教授華甲記念 民法學論争』, 博英社, 1985.
- 鄭肯植, 『韓國近代法史攷』, 博英社, 2002.
- _____, 『식민지기 관습법의 형성과 한국 가족법』, 『법사학연구』 40, 한국법사학회, 2009.
- 崔弘基, 『韓國戶籍制度史研究』, 서울대출판부, 1997.

2. 일본어 문헌

- 李英美, 『韓國近代戶籍關連法規の制定及び改正過程—「民籍法」を中心に』, 『東洋文化研究』 6, 東京: 學習院大學東洋文化研究所, 2004.
- 川島武宣, 『イデオロギーとしての家族制度』, 東京: 岩波書店, 1957.
- 熊谷開作, 『日本の近代化と「家」制度』, 東京: 法律文化社, 1987.
- 崔丙柱, 『民事令第十一條の慣習と宗孫權及遺妻の相續權2』, 『朝鮮司法協會雜誌』 17-3, 朝鮮司法協會, 1938.
- 清水保茂, 『査定又は裁決と判決との抵触に就て』, 『朝鮮司法協會雜誌』 10-12, 朝鮮司法協會, 1931.
- 高橋隆二, 『合有權を訴訟物とする訴の當事者適格』, 『朝鮮司法協會雜誌』 7-10, 朝鮮司法協會, 1928.
- _____, 『宗中財産を繞る法律關係に就て』, 『朝鮮司法協會雜誌』 19-10, 11, 朝鮮司法協會, 1940.
- _____, 『査定の効力—高等法院の判例によつて—(一), (二)』, 『朝鮮司法協會雜誌』 5-8, 9, 朝鮮司法協會, 1926.
- 多田吉鍾, 『祭位土ノ總有性ニ就テ』, 『朝鮮司法協會雜誌』 1-3, 朝鮮司法協會, 1922.
- _____, 『宗中財産の査定と登記(一), (二), (三)』, 『朝鮮司法協會雜誌』 4-1・2・3, 朝鮮司法協會, 1925.
- 利谷信義, (a) 『明治民法における「家」と相續』, 『社會科學研究』 23-1, 東京大學社會科

- 學研究所, 1971.
- (b) 『「家」制度の構造と機能(1)－「家」をめぐる財産關係の考察－』, 『社會科學研究』 13-2・3, 東京大學 社會科學研究所, 1961.
- (c) 『「家」制度の構造と機能(2)－「家」をめぐる財産關係の考察－』, 『社會科學研究』 13-4, 東京大學 社會科學研究所, 1962.
- 野村調太郎, —(a) 『朝鮮慣習法上の家と其の相續制』, 『朝鮮司法協會雜誌』 19-1, 1940.
- (b) 『朝鮮戶籍令義解』, 松山房, 1923.
- (c) 『朝鮮に於ける現行の養子制度(七)』, 『朝鮮司法協會雜誌』 6-10, 朝鮮司法協會, 1927.
- _____, 『位土』, 『朝鮮司法協會雜誌』 18-10, 朝鮮司法協會, 1939.
- _____, 『宗中に關する法律關係』, 『司法協會雜誌』 18-11, 司法協會, 1943.
- _____, 『朝鮮祭祀相續法序說』, 朝鮮總督府中樞院, 1939.
- 平野義太郎, 『日本資本主義の機構と法律』, 明善出版, 1948.
- 福島正夫・利谷信義, 『明治以後の戶籍制度の發達』, 『家族問題と家族法VII』, 東京: 酒井書店, 1957.
- _____, 『日本資本主義と「家」制度』, 東京: 東京大學出版會, 1967.
- _____, 『日本資本主義の發達と私法』, 東京: 東京大學出版會, 1988.
- 增永正一, 『信託に關連して(1), (2)』, 『朝鮮司法協會雜誌』 9-2, 朝鮮司法協會, 1930.
- 宮本元, —(a) 『婿養子, 異姓養子及氏制度に關する朝鮮民事令の改正に就て－東大法律研究會に於ける講演』, 『朝鮮司法協會雜誌』 19-3, 朝鮮司法協會, 1940.
- (b) 『朝鮮戶籍法令釋義』(朝鮮總督府法務局編纂 『朝鮮戶籍制度ノ概要』, 朝鮮司法協會, 1924 수록.
- 山中永之佑, 『日本近代國家の形成と「家」制度』, 東京: 日本評論社, 1988.

<Abstract>

The Functions of the Right of the House Head in the Korean Civil Law during the Colonial Period

Okazaki, Mayumi*

‘*Ie*(^ㄹ家; Household_J)’ constituted by a House Head and its family members in the Meiji Civil Code was transmitted to Korea based on the law of census registration (Min-Seki-Hou; 民籍法) in 1909. After that, the composition of ‘*Ie*’ of the Meiji Civil Code was transferred to Korea, and Min-Seki - Hou was gradually revised. Eventually, Chosun Census Registration (Koseki-rei; 朝鮮戶籍令) was enforced in 1923. Concerning those processes, most researchers have asserted that the system of ‘*Ie*’ in the Meiji Civil Code had been completely conveyed and implanted in Chosun Korea.

But the core concepts of ‘*Ie*’ of the Meiji Civil Code are based on both ① the system of succession of the House Head status through a male descendant and ② the House head’s right which has absolute authority toward his family members. In the past decades, many researchers studying the household system have focused on comparing ① the succession system or the regulations of census register during the colonial period. It seems that there is no research about the relationship between ‘the House head and its family members’ or the House Head’s rights of functioning his authority. Therefore, this article discusses the functions of the House Head’s right in supporting the ‘*Ie*’ in Meiji Civil Code, and how it worked in Korea, especially focusing on the House Head’s right

* Research Associate, Meiji University, Tokyo

which can legally exclude or reject his defiant family member to return to his own household, and its absolute authority as the base of constituting the ‘*le*’.

As a result, I attempt to argue that the House Head’s right in Korea during the colonial period was completely different from that in Meiji Civil Code. The House Head’s right for forming the ‘Household’ in Korea could not be approved whereas that in Meiji Civil Code was regarded as the core function. In addition, the right in the Meiji Civil Code has been defined as absolute authority. Nevertheless, the right of House Head in Korea during the colonial period relatively depended on his family custom due to the traditional value of honoring seniors in the family. Overall, focusing on the House Head’s rights, I demonstrate the fallacy of those arguments in saying that the ‘*le*’ system of the Meiji Civil Code, which admits the absolute authority of the House Head or the right for forming the ‘*le*’, has been transferred and implanted into Korea. Because there is no connection between the functions of the House Head’s right in Japan and those of Korea during the colonial period.

[Key Words] the Korean Civil Law during the Colonial Period, the Meiji Civil Code, the House head’s right, the household system, the right for forming the ‘Household(‘*le*’), the absolute authority of the House Head