

# 전통 중국사회에서의 가족과 가산\*

## - 니이다 노보루와 시가 슈조의 논쟁을 중심으로 -

박세민\*\*

### 목 차

- I. 들어가며
- II. 가족과 가산
  - 1. 가족의 개념
  - 2. 가산의 소유 형태
  - 3. 상속
- III. 「원리의 발전」과 「법의 생성」의 문제
  - 1. 원리의 발전
  - 2. 법과 관행
- IV. 결어

### [국문 요약]

니이다 노보루는 일본에서 중국법제사의 영역을 개척한 선구자이고, 시가 슈조는 이 분야에서 광범위한 연구업적을 남긴 독보적인 지위에 있는 학자이다. 이들은 여러 분야에서 다양

\* 이 글은 한국법사학회 제130회 정례학술발표회에서의 발제문을 보완한 것으로, 필자가 공동번역작업에 참가한 두 저서를 비교하고 분석한 글이다. 두 책의 번역작업에 참여할 기회를 주신 임대희 경북대학교 명예교수님께 깊이 감사드리고자 한다.

실체법을 공부하는 자로서 중국법제사에 대한 지식과 이해가 제대로 갖추어지지 않은 채 여러 선생님들의 가르침과 조력을 받아 간신히 작업을 진행한 것이기에 이와 같은 글을 쓰는 것이 매우 두렵다. 그러나 그나마 그간의 번역작업이 마무리되었음을 여러 분께 보고 드리면서 감사의 인사를 드리고자 하는 마음에, 또 두 책이 독자들의 관심을 얻어 향후의 법제사 연구에 작은 보탬이 될 수 있었으면 하는 마음에 집필의 용기를 내었다. 그 반면에, 비전공자로서 중국법제사 관련 사료나 전문적 사항을 언급하는 것은 자못 조심스럽다. 그런 이유에서 학회지 심사과정에서 이 글에 필요한 사항을 지적해주신 심사위원들의 기대에 부응하지 못해 송구하기만 하다.

滋賀秀三의 『中国家族法の原理』 번역 과정에서, 책 전반에 걸쳐 등장하는 로마법 개소와 다수의 용어의 번역에 관하여 많은 가르침을 주신 필자의 스승 최병조 교수님께 깊은 감사의 마음을 전해 드리고 싶다.

\*\* 경북대학교 법학전문대학원 교수, seamin\_park@knu.ac.kr

한 모습으로 학문적 대립을 이루었는데, 이 글에서는 그 중에서도 전통적인 가족의 구성과 가산을 둘러싼 권한의 행사 및 계승의 형태를 둘러싼 논쟁을 중심으로 살펴보았다.

니이다 노보루에 의하면, 가족구성원은 법적으로든 경제적으로든 대등한 지위에 있으며, 가장이 가부장 권위로서 가족의 경제적 활동을 통솔하지만, 이것은 공동재산의 관리권에 지나지 않는다고 한다. 부자관계에서도 가산에 대한 공유관계가 인정되며, 부친이 가족 구성원의 동의 없이 가산을 임의로 처분한 경우에는 다른 구성원의 재산에 대한 침해로 여겨진다고 한다. 특정 시대에는 생산적인 면에서의 여성의 기여도에 높은 사회적 평가 이루어져 딸에게도 가산에 대한 일정한 지분이 인정되었음도 강조하였다.

이와 달리 시가 슈조는, 중국의 가족에서는 가부만이 가산에 대한 재산능력을 가진다고 한다. 방계형 가족과는 달리 가부장형 가족에서는 가부장에게 가산에 대한 단독의 처분권이 있어, 부친의 가장이 다른 가족구성원의 동의 없이 가산을 처분한 것은 유효하다고 한다. 즉 부자관계에서는 가산에 대한 공유관계가 인정되지 않았다고 한다. 또 제사를 지낼 자격이 없는 딸에게는 원칙적으로 가산에 대한 지분이 인정될 수 없으며, 설령 그런 입법이 있었다라도 관습과는 유리된 법이었다고 해석한다.

일본 학계를 대표하는 두 학자 사이에 이루어진 치열한 논쟁과 상대방에 대한 솔직한 평가는 그들의 학자적 자부심과 학문적 깊이를 느끼게 한다. 나아가 시가의 관념적, 윤리적 해석론과 니이다의 실증적, 유물론적 해석론처럼 대조적인 방법론을 비교하며 확인해가는 작업은 역사해석의 균형 감각을 익히는 과정에 필요한 부분일 것이다.

[주제어] 니이다 노보루, 중국법제사연구, 시가 슈조, 중국가족법의 원리, 가산, 승계, 상속

## I. 들어가며

일본 법사학계에서는 일찍이 전통 중국사회의 가족의 구성과 재산승계의 모습에 관하여 니이다 노보루와 시가 슈조를 중심으로 한 첨예한 학문적 논쟁이 있었다. 부자간의 재산소유의 형태, 가부장권, 제사 및 재산의 승계, 여자상속분 등을 둘러싸고 폭넓은 이론적 대립이 이루어졌다. 이와 같은 논쟁은 가족이 가지는 사회적 의미나 경제적 기능에 관한 이해의 깊이를 더하게 하고, 또 한 사회에서 법과 관행 또는 법과 도덕적 관념이 상호간에 어떤 관계를 유지해왔는지 여부 등에 관해서 여러 모로 생각해볼 수 있는 기회를 제공한다. 더욱이 일본인 학자에 의하여 이루어진 중국법제사의 연구성과를 음미하는 일은, 인접 국가로서 중국과 일본, 양국과의 다대한 문화적 교류를

이루어온 우리 입장에서 우리의 가족문화 내지 가족법문화를 재차 확인하고 검토하는 데에 기여할 수 있을 것이다.

두 학자를 간단하게 소개하면 다음과 같다. 니이다 노보루(仁井田陞, 1904~1966)는 1928년에 동경제국대학 법학부를 졸업한 후 동경대 東洋文化研究所 교수를 역임하였고, 일본에서 중국법제사의 영역을 개척한 학자로 알려져 있다.<sup>1)</sup> 제2차 세계대전 이전에는 스승인 나카다 가오루(中田薫)의 영향을 받아 당송의 율령을 체계적으로 복원하는 연구에 전념하였는데, “唐令拾遺(東方文化學院, 1933)”, “唐宋法律文書の研究(東方文化學院, 1937)”, “支那身分法史”(東方文化學院, 1942)가 그 연구활동의 결과들이다. 이때의 연구는 문헌학적인 실증과 고증의 성격이 강했던 것으로 평가<sup>2)</sup>되고 있다. 그런데 전쟁 후에는 화북농촌, 북경 상공길드 조사를 기초로 한 “中國の社会とギルド(岩波書店, 1951)”, “中國の農村家族(東京大學出版會, 1952)”을 저술하였고, 여기에서는 중국사를 관통하여 중국사회의 기본구조를 이루는 요소들을 고찰의 대상으로 삼았다.<sup>3)</sup> 이후에는 연구의 집대성으로 “中國法制史(岩波書店, 1952)”, “中國法制史研究<sup>4)</sup>(전4권, 東京大學出版會, 1959~1964)” 등의 저작을 남겼다.

한편 시가 슈조(滋賀秀三, 1921~2008)는, 역시 중국법제사 연구에 있어서 탁월한 연구성과와 활발한 후학양성으로 독보적인 지위를 차지한 학자이다. 동경제국대학 법학부를 졸업한 후 1959년에 東京大 법학부 교수로 임용되었으며, 1962년에 동경대 박사학위를 취득하였는데, 일본 學士院賞 수상작이기도 한 “中國家族法の原理(創文社, 1967)<sup>5)</sup>”는 그 학위논문이다. 그 밖에도 “清代中國の法と裁判(創文社, 1984)”, “続 清代中國の法と裁判(遺著)(創文社, 2009)”, “中國法制史論集－法典と刑罰(創文社, 2003) 등 민사법과 형사법을 아우르는 방대한 범위의 연구와 저술활동을 펼친 일본의 중국법제사 연구를

1) 심희기, 「니이다 노보루(仁井田陞)의 중국법제사 대장정(大長征)」, 『영남대학교 사회과학연구』 제8집 1·2권(1988. 12), 23면.

2) 심희기, 앞의 글, 25면.

3) 심희기, 앞의 글, 28면.

4) 이에 대한 서평으로, 滋賀秀三, 「仁井田陞博士の『中國法制史研究』を讀みて」, 『國家學會雜誌』 80卷 1, 2号(通号837号)(1966. 10.), 87~121면.

5) 제2판은 1976년, 제3판은 1981년 출간.

대표하는 학자이다.

이 글은 두 학자의 여러 저작 중에서도 仁井田陞, 『中國法制史研究』(家族村落法)(東京大學出版會, 1962)과 滋賀秀三, 『中國家族法の原理』(創文社, 1981)<sup>6)</sup>에서 확인되는 두 사람의 주된 논쟁을 소개하고, 그 학문적 의미를 새기기 위한 것이다. 후자인 시가(滋賀)의 책 서문<sup>7)</sup>에도 확인되었듯이 두 학자는 오랜 시간 각자의 학문적 입장에서 서로에 대하여 엄격한 비판과 견제를 가해왔다.<sup>8)</sup> 중국의 가족구조와 제도를 이해하는 이들의 상반된 시각은 여러 곳에서 다양한 형태로 나타나고 있지만, 이하에서는 그 중에서도 가족과 가산, 상속제도, 가족 내 여성의 지위를 중심으로 살펴보기로 한다.

## II. 가족과 가산

### 1. 가족의 개념

가족의 구조를 논하기에 앞서 家族의 概念에 관한 정립이 선행되어야 할

- 
- 6) 필자는 이 두 책의 공동번역에 참여하였는데, 전자의 책 중 가족법 부분은 『중국법제사연구(가족법)』 박세민 임대회 옮김, 서경문화사(2013)[이하에서는 니이다 노보루의 다른 문헌과 구별하기 위하여 간단히 “仁井田”로 표기하기로 한다]로 출간되었으며, 후자의 책은 근시에 출간을 앞두고 있다.
- 7) 滋賀秀三, 『中國家族法の原理』, 創文社(1967)[이하에서는 시가 슈조의 다른 문헌과 구별하기 위하여 간단히 “滋賀”로 표기하기로 한다], 5.
- 8) 그 출발은 아래 본문에서도 다루게 될 송대 여자의 가족 내에서의 지위에 관한 것으로, 그 간단한 사정은 滋賀秀三, 『中國家族法補考(一)-仁井田陞博士‘宋代の家産法における女子の地位’を讀みて』, 『國家學會雜誌』 67卷5号=6号(通号743号), 219-249頁(1953, 12)의 서두에서 확인된다. 1950년에 출간된 시가 슈조의 첫 저서인 『中國家族法論』에 대하여 니이다 노보루는 자신의 저서인 『中國法制史』(1952)와 『中國의農村家族』(1952)에서 비판적 의견을 개진한 후, 별도로 『宋代の家産法における女子の地位』『穗積先生追悼論文集 家族法の諸問題』(1952), 35-63에서 재차 신랄한 비판을 가하였다. 이에 대하여 시가는 다음의 논문 시리즈를 통하여 적극적으로 자신의 입장을 옹호하며 이론을 전개해갔다. 滋賀秀三, 『中國家族法補考(二)-仁井田陞博士‘宋代の家産法における女子の地位’を讀みて』, 『國家學會雜誌』 67卷9,10号(通号745号), 496-525頁(1954, 8.); -仁井田陞博士‘宋代の家産法における女子の地位’を讀みて』, 『國家學會雜誌』 67卷11,12号(通号746号), 619-653頁(1954, 10.); -仁井田陞博士‘宋代の家産法における女子の地位’を讀みて』, 『國家學會雜誌』 68卷7,8号(通号750号), 387-411頁(1955, 3). 이 글에서 다루는 두 저서에도 그 구체적인 논쟁의 내용이 소개되고 있다. 가령 仁井田, 132~134면.

것이다. 이 점과 관련해서는 일본인 학자로서 자국의 고유한 가족제도와 확연한 차이를 보이는 중국의 가족제도를 어느 정도로 깊이 이해하여 비교하고 분석할 수 있는지 여부가 중요한 것이다.

일본의 家, 즉 이에(いえ)는, 독자적인 목적의 家라는 기구가 중심에 있고 그 家名 아래에 여러 개인이 결집해 있는 형태이다. 그리고 이 경우 이 家를 잇는 堂主의 특권과 책임이 발생한다. 가족의 지위는 혈연관계와 같은 선천적 신분도 중요하지만, 능력과 성과에 대한 평가에 따라 후천적으로 정해지는 부분이 큰 것으로 알려져 있다. 시가 슈조의 설명<sup>9)</sup>에 따르면, 일본의 家에는 혈연 또는 배우자 관계로 맺어진 일군의 사람들이 존재하기는 하나 그것도 역시 家의 구성요소 중 하나일 뿐이다. 그런 사람의 집단에 더하여 家業이나 家名과 같은 고유한 目的이라는 것이 구성원의 생사에 관계없이 존속하고 있는 것이다. 즉 일정한 관계의 사람과 그 재산 위에 이와 같은 영속적 목적이 형성으로서 더해져야만 비로소 家は 家다울 수 있다고 설명한다. 다시 말해 家は 세대를 초월하여 일정한 가업을 영위하거나 또는 恩給, 俸祿과의 상환으로 주군에 봉사하는 직을 수행하는 하나의 기업체와 같은 것이라고 할 수 있다.

그런데 이와 같은 일본에서의 家の 성격에 대하여 나까다 가오루가 표현하는 이른바 “형식적으로 思惟되는 家の 관념”<sup>10)</sup>과 같은 것은, 중국에는 존재하지 않는다고 할 수 있다. 중국에서의 가족은, 女係를 배제한 친족개념인 宗의 개념을 기반으로 하여 同宗의 관계에 있는 사람의 집단일 뿐이어서, 이것은 사람과 재산으로만 구성된다는 의미이다. 시가가 표현하는 중국의 가족 관념도 실은 크게 다르지 않다. 즉 “家란 家系 또는 家計를 함께 하는 사람들의 관념적 또는 현실적인 집단 내지는 그 집단의 생활을 받쳐주는 재산의 총체를 의미한다”<sup>11)</sup>고 한다. 그리고 이것은 나중에 다루게 될 相續에 관한 양국 사이의 관념의 차이로도 나타난다. 중국에는 일본에서와 같은 ‘家를 상

9) 滋賀, 61면.

10) 滋賀, 61면에 언급된 中田薰의 정의.

11) 滋賀, 53면.

속한다'는 관념은 존재하지 않는다고 한다. 그런 단어는 있겠지만, “兒承家女吃飯(아들은 집안을 잇고, 딸은 밥을 먹는다)”<sup>12)</sup>으로 확인되는, 중국어에서 말하는 承家の 개념은 단순히 家産을 취득하는 것이다. 그리고 시가에 의하면 이와 같은 점은 로마법의 *familiam habeto*,<sup>13)</sup> 즉 가산을 취득한다는 개념과 상통한다고 설명된다.

다만 시가가 지적하는 것처럼, 중국과 로마 사이에는 가족 체계상 비교적 명확한 차이가 존재한다. 로마의 가족의 개념은 “하나의 권력에 복종하고 있는 사람”<sup>14)</sup>을 가리키는 것으로, ‘가부권’이라는 법개념을 축으로 한다. 사회

12) “中國農村慣行調査” 제4편, 15~11면(滋賀, 53면에서 재인용). 『中國農村慣行調査』는 시가 슈조의 『中國家族法の原理』에 무수히 인용되고 있는 대표적인 문헌으로, 전체 6권으로 구성되어 있다. 중일전쟁의 끝나가던 시점인 1939년에 준비작업을 시작하여 1940년부터 1944년까지 실시된 조사작업의 결과는 1952년에 제1권으로 공간되었으며, 1958년에 제6권으로 공간이 마무리되었다.

13) 家の 구성요소를 설명하기 위하여 시가 슈조가 제시한 학설취찬(Digesta)의 관련 개소이다. D.50.16.195.1 Ulp.46 ad ed. “*Familiae* appellatio qualiter accipiatur, videamus, et quidem varie accepta est : nam et in res et in personas deducitur, in res, ut puta in lege duodecim tabularum his verbis “adgnatus proximus **familiam habeto**”, ad personas autem refertur familiae significatio ita, cum de patrono et liberto loquitur lex : “ex ea familia”, inquit, “in eam familiae” : et hic de singularibus personis legem loqui constat(家라는 명칭이 어떻게 이해되는지 살펴보자. 실로 그것은 다양하게 이해된다. 왜냐하면 물건에도 사람에도 관계되기 때문이다. 물건에 대한 것으로는, 가령 12표법에 ‘가장 가까운 종족이 가산을 가지게 하라’가 있다. 가의 의미가 사람을 가리키는 경우가 있다. 12표법이 斗護人과 해방노예에 관하여 이야기하는 경우에 ‘某某 家에서 某某 家로’라고 말한다. 그리고 여기에서는 개개인에 대하여 법이 말하고 있다는 것이 정설이다). 최병조 교수님의 번역이며, 이하 같다.

14) D.50.16.195.2 Ulp. 46 ad ed. *Familiae* appellatio refertur et ad corporis cuiusdam significationem, quod aut iure proprio ipsorum aut communi universae cognationis continetur. **iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae**, ut puta patrem familias, matrem familias, filium familias, filiam familias quique deinceps vicem eorum sequuntur, ut puta nepotes et neptes et deinceps. pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet, recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat : non enim solam personam eius, sed et ius demonstramus : denique et pupillum patrem familias appellamus. et cum pater familias moritur, quotquot capita ei subiecta fuerint, singulas familias incipiunt habere : singuli enim patrum familiarum nomen subeunt. idemque eveniet et in eo qui emancipatus est : nam et hic sui iuris effectus propriam familiam habet. **communi iure familiam dicimus omnium adgnatorum** : nam etsi patre familias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte eiusdem familiae appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt(家라는 명칭은 어떤 단체라는 의미를 가리키기도 하는데, 이 단체는 단체구성원의 고유한 법에 따라서 유지되거나 혈족 전체의 공통의 법에 따라서 유지된다. **고유한 법에 따라서 [유지되는] 家[族]이란, 하나의 가장권하에 자연적으로나 법적으로 복속된 數人을 말하는데,** 가령 家父, 家母, 家子, 家女 및 그 다음으로 그들의 지위를 따르는 자, 가령 손자, 손녀 등이 있다. 그런데 家父(長이)란 집안에서 지배권을 가지는 자를 말하며, 또 자식이 없을지라도 이 명칭으로 옳게 불린다. 왜냐하면 [家父(長이)라는 명칭으로] 우리는 그의 인격만이 아니라

적 관계에서든 경제적 관계에서는 단일한 가계 아래에 가족의 공동생활이 영위되는데, 가부의 생전에는 가부권에 의하여 이와 같은 공동생활이 통솔되었고, 가부가 사망하면 공동상속인인 형제들이 잠시 가계를 함께 하는 관계, 즉 兄弟相續共財團<sup>15)</sup>(consortium)을 이루며 하나의 가족을 구성하는 것이다.

반면에 중국에는 이와 같은 의미에서의 家父權에 해당하는 용어가 없다. 다만 시가는 중국에 그와 같은 용어가 없더라도 그와 같은 실체는 존재하였다는 입장을 가진 것<sup>16)</sup>으로 보인다. 로마 가족 체계의 특성이라고 한다면 家子の 인격을 흡수하는 가부권의 효과로서 가자의 소득이 모두 가부의 소유로 귀속되는 것이고, 또 이것을 달리 표현하여 가산에 대한 가부의 단독소유, 다시 말해 가자의 재산무능력을 의미한다. 그렇지만 시가는 로마법상의 이와 같은 가자의 재산무능력이 가산의 경제적 기능에서 가자를 소외시키는 것은 아니라는 식으로 설명하고 있다. 가자에게 가산에 대한 처분권한은 없다고 하더라도 잠재적인 것이기는 하지만 어느 정도의 소유의식과 강력한 이해관계를 가지고 있었을 것으로 이해하는 것이다. 그리고 다음 항목에서 언급하게 될 중국 가족 내의 경제관계를 표현하는 同居共財라는 것은, 일단 공동자산에 대한 가족구성원의 공동계산관계를 의미하지만, 일가의 경제적인 처분권한과 관리권한은 가장에게 집중되어 있다는 점에서, 로마의 家의 경제적 단일성과 상당히 유사하다고 이해될 수 있다는 것이다.

반면에 니이다는 특별히 “가부장 권위”라는 개념을 통하여 가족 내의 역학관계를 규명하려는 시도를 해왔다.<sup>17)</sup> 니이다는 로마의 가장은 통일적, 배타적, 일방적, 절대적, 획일적 지배로써 가족 내에 군림하고, 가족의 인격을

---

권한도 나타내기 때문이다. 그리하여 미성숙자도 家父(長이)라 부른다. 그리고 家父가 사망하면, 그에게 복속했던 頭格 수만큼 개별적인 家를 가지기 시작한다. 왜냐하면 각인은 家父라는 명칭을 맡게 되기 때문이다. 동일한 것이 부권면제된 자에 대해서도 발생할 것이다. 왜냐하면 이 사람도 自權자가 되면, 고유한 家를 가지기 때문이다. **[혈족 전체의] 공통의 법에 따라서 [유지되는] 家란 모든 종족들의 경우를 말한다.** 왜냐하면 비록 家父가 사망했을 때 각인은 개별 家를 가지더라도, 하나의 가장권하에 있었던 모든 이들은 동일한 家의 소속이라고 옳게 불릴 것이기 때문인데, 그들이 동일한 가문과 혈족[씨족] 출신이므로 그러하다.)

15) 최병조 교수님의 역어.

16) 滋賀, 77면.

17) 仁井田, 59면 이하.

완전히 흡수하며, 외부에 대한 교섭을 전부 스스로 담당하였지만, 중국 가족 내에서의 가장의 권한은 그런 로마의 가부권과 같은 성격을 갖지 않았다고 하였다.<sup>18)</sup> 다만 중국 가족의 경제적 생활에 있어서 가장은 이 “가부장 권위”를 가지고 있으며, 이로써 단순히 공동재산의 관리권만을 가지는 것에 그치지 않고 상당히 영향력 있는 지위에서 권한을 행사할 수 있었던 것으로 설명한다. 그렇지만 니이다는 기본적으로, 가족 구성원은 대등한 법적·경제적 지위에 있는 것을 원칙으로 하며, 가부장 권위라는 것도 결코 그 가족구성 본질이 아니라 별도로 外部에서 가해지는 강력한 이념적 영향력<sup>19)</sup>으로 이해하는 입장에 있었고, 이 점에서 시가의 시각과는 근본적인 차이를 보인다.

일본에서의 가산이 가장의 단독소유에 속한다는 점과 달리, 중국에서의 가산은 가족 구성원이 공동으로 소유한다는 점에 특색이 있다. 이 점과 관련하여 시가는 “同居共財”라는 말로 표현될 수 있다고 한다. 이에 비하여 니이다는 “단체적 소유관계”<sup>20)</sup>라는 형태로 중국의 가산 소유관계를 설명한다. 이하에서는 우선 시가가 중국 가족생활의 본질적 요소라고도 평가하고 있는 “공재”의 개념을 살펴보고, 두 학자의 논쟁을 중심으로 하여 가족의 구체적인 가산소유의 모습을 확인하기로 한다.

## 2. 가산의 소유 형태

### 1) 同居共財와 공동소유

중국어의 “家”라는 말은 넓은 의미와 좁은 의미의 두 가지로 사용될 수 있는데, 전자로 쓰일 경우는 “宗”, “族”과 같은 의미인 것이지만, 후자에 관해서는 시가의 이론에 의하면 동거공재 생활을 영위하고 있는 하나의 집단을

18) 仁井田, 61면 이하에서는, 중국의 가부장권은 로마법에서와 달리 통일적인 권력이 아니며, 일방적인 권력도 아니고, 절대성, 확실성에서도 차이를 보인다고 설명한다.

19) 시가는 니이다의 이 가부장권설과 나까다 가오루의 교령권설과 같은 이론들의 공통적 특징으로서, “직계존속인 가장이 공동재산의 관리권에만 그치지 않는 권능을 갖는 원인율, 가산에 대한 본권 자체의 구조 속에서가 아니라 외적인 힘의 요소 속에서 구한다는 점”을 특징으로 한다고 평가한다. 滋賀, 77면.

20) 仁井田, 121면.



가리키는 것이라고 한다.<sup>21)</sup> 그리고 이 좁은 의미의 家는 재산분할을 거치지 않는 이상 종전의 상태가 그대로 유지되는데, 그 안에는 家父와 그의 아내 외에도 몇 쌍의 자손들 부부와 그 자녀들이 있을 수 있다. 이때 한 쌍의 부부와 자녀로 구성되는 “房”이 하나의 작은 단위를 이루고, 이 “房”이 모여 하나의 경제공동체인 “家”를 이루게 된다<sup>22)</sup>는 설명이다.

同居共財를 설명하기 위하여 시가가 든 예<sup>23)</sup>는 다음과 같다. 가령 한 집에 형제 A와 M이 있고, A에게는 아들 b, c, d가 있고, M에게는 아들 n이 있다고 하자. 이 6명이 家를 이루며, 이것은 A와 M으로 대표되는 두 개의 房으로 구성되어 있다. 그리고 일가의 구성원인 6명 모두가 하나의 동거공제 관계에 있게 된다. 따라서 이들은 차별 없이 각자의 수입을 가산에 귀속시키고 가산을 함께 소비한다. 그런데 가산분할이 있으면, 가산이 6등분이 되는 것이 아니라 A와 M이 가산을 2등분하고, 각자의 아들을 데리고 나감으로써 두 개의 家가 된다. 이것은 A와 M에게 가산의 2분의 1의 몫이 있고, b, c, d, n에게는 가산에 관한 몫이 없었다는 것을 의미한다.<sup>24)</sup> 이와 같은 점에서 미루어볼 때 동거공제의 구성원이라고 하더라도 이것이 가산에 관한 지분을

21) 滋賀, 57면.

22) 滋賀, 57면.

23) 滋賀, 76~77면.

24) 이 사안에서 가령 M이 그의 부친인 가장보다 먼저 사망한 경우의 가산분할의 형태를 생각해본다면, 그의 아들인 n은 부친인 M의 지위에서 가산에 관하여 2분의 1의 몫을 주장할 수 있다. 그리고 이와 같은 관념은 현대 민법에서의 대습상속과 그 상속분의 법리를 떠올리게 한다. 이에 관해서는 대습설과 비대습설(분위상속설)로 나누어 있고, 판례(대법원 2001. 3. 9. 선고 99다13157 판결)는 대습설을 따르고 있는데, 이 가산분할과 동일한 관념에 기초한 것이다. 대습상속의 성질에 관해서는, 郭潤直, 『相續法』改訂版(박영사, 2004), 91~92면; 윤진수, 『친족상속법 강의』 제2판(박영사, 2018), 312면. 이와 더불어 생각해볼 점은, 滋賀, 259~260면에 소개된 것과 같이, 형제 동거공제 가정에서 형제가 모두 사망하고, 그들의 자식들 사이, 즉 종형제 간에 가산분할이 행해지는 경우이다. 예컨대, A, B 두 형제가 사망하고 A에게 M, N이라는 두 명의 아들이 있고, B에게 아들 O가 있는 경우, M, N이 각각 4분의 1, O에게 2분의 1이 주어지는 株分主義와, M, N, O가 각각 3분의 1을 취하는 頭分主義로 나뉜다고 한다. 시가 슈조는 어느 한 쪽이 정통의 모습이라고 하기 어렵다고 하며, 시가 자신이 중국 가족법의 기본 원리로 규정짓는 부자일체의 원칙과 형제평등의 원칙을 이용하여 이것을 설명하려 한다. 즉 이 사안에 부자일체의 원칙을 조합하여 추론하면 구분분할이 되고, 형제평등의 원칙 중의 평등정신을 동일 향렬에 있는 자에게까지 확장하면 구분분할이 된다는 것이다. 이 점에 관하여 니이다는, 가산에 관해서는 동일한 세대의 남자들 사이에서는 균분이 원칙이라고 하면서도, 그 밖에 “子受父業”, “子承父分”과 같은 代位の 원칙이 행하여졌다고 한다. 仁井田, 160~161면.

가진 공동소유자가 되는 것을 의미하는 것은 아니라고 할 수 있다.

시가는 共財는 경제적 기능에서의 공동관계를 말하고, 共有는 법적 귀속에서의 공동관계라고 설명<sup>25)</sup>한다. 그리고 이렇게 두 개념을 구별하여 별도의 기능을 부여하는 입장을 취하게 되면, 단독소유의 경우에도 공재가 가능한 것으로 설명될 수 있다. 위의 예에서 A와 M이 가산분할을 하게 되면 종전의 공동재산 중 일부가 A와 M에게 각각 단독으로 귀속되며, 그들의 자녀 b, c, d는 A와, n은 M과 각기 공재 생활을 계속하면서 각자의 수입을 가산에 귀속시키고 가산을 함께 소비하게 되기 때문이라고 설명한다.

시가는 持分 개념이 동거공재 관계에서는 통용되지 않는다는 생각에 기초하고 있기 때문에, 지분 개념의 존재를 전제로 하는 共同所有와 그렇지 않은 共財를 개념적으로 완전히 구별한다. 그리고 그와 같은 관점에서, 가산에 관한 지분 개념을 전제로 하고 있는 나카다 가오루의 “家族共産制”<sup>26)</sup>나 그를 계승한 것으로 평가되는 니이다의 “단체적 소유관계”라는 개념에서는 이 공유와 공재가 개념적으로 엄밀히 구별되고 있지 않다고 비판하기도 한다. 이하에서는 시가의 동거공재와 니이다의 단체적 소유관계에 관한 구체적인 내용을 비교·검토하기로 한다.

## 2) 가족의 구성과 가산의 소유형태

家は 그 법률적 구조에 따라, 직계존속에 해당하는 한 명의 가장이 존재하는 가부장형과 가장은 존재하겠지만 방계친들이 동거하고 있는 유형으로 나

25) 滋賀, 76.

26) 나카다 가오루는 동거공재를 가족공산제로 이해하고, 합유(Gesamthand)와 유사한 것으로 이해된다. 그렇지만 『臺灣私法』이 家祖의 가산에 대한 자유로운 처분권을 인정하고 가산분할시에 가조가 각 승계인의 몫을 자유롭게 정할 수 있다고 하여 가산합유설을 부정하고 있는 점과 관련하여서는, “敎令權”이라는 특유의 개념을 가지고 설명한다. 당률과 명칭률의 규정 중, 조부모나 부모의 교령을 거역하는 자는 처벌되며, 조부모나 부모를 고소하는 자는 이유 여하를 불문하고 엄벌에 처해지고 고소는 기각된다. 여기에서 나카다는 “敎令權”이라는 개념을 도출하여, 합유재산인 가족의 공동재산에 대한 관리에 있어서도 이 교령권이 미치는 영향이 클 것이라고 하였다. 직계존속의 공동재산관리권은 교령권과 혼동되어서 공동재산의 관리방법은 완전히 그의 독단적 판단에 의하게 될 것이라는 내용이다. 시가는 이 교령권설이 니이다의 가부장 권위설의 이론적 기초가 된 것으로 이해하고 있다. 滋賀, 150~153면.

눌 수 있다. 그런데 후자의 경우는 경제적으로 동등한 지위에서 형제 등이 가산을 함께 소유하는 것으로, 이 유형에서는 형제균분주의<sup>27)</sup>의 관념적 기초 이외에는 가족의 구성원이나 가산의 소유형태에 관하여 두 학자 사이에 특별한 이론상의 논쟁이 발견되지 않는다. 그런데 전자인 이른바 가부장형에서의 가산소유 형태에 관해서는 두 학자 사이에 치열한 견해 대립이 존재한다. 니이다와 시가의 이론적 차이는 간단히 말해서, 이와 같은 父子關係에서 가산에 대한 共有 관계를 인정할 수 있는지 여부에 있다. 가산에 대한 持分 개념을 인정하는 니이다의 경우에는 당연히 부친인 가장과 자식들 사이에 공유관계가 인정된다. 이에 비해 시가는 가산분할이나 상속의 경우가 아닌 한 그와 구별되는 일상적인 경제활동에 있어서 부자관계에는 결코 공유관계를 인정할 수 없다는 입장에 있다.

니이다는 기본적으로, 다양한 가족형태 만큼이나 가산에 대한 규범의식도 다양하다는 견해<sup>28)</sup>를 가지고 있다. 이를테면, 司馬溫公의 『書儀』나 『齊家寶要』에서 “자는 그 몸조차 스스로 소유하지 않는다. 하물며 私財를 소유하겠는가”라고 하여 부자공유제에 부정적 의견을 가지고 있던 것을 예로 들면서, 이때의 가산은 가장 개인의 소유이고, 자산의 관리처분권은 가부장이 가진다는 의식, 즉 가족공산의 부정 내지 가부장 전유주의의 모습으로 존재할 수 있었다는 점을 인정한다. 그렇지만 다른 한편으로 가장인 부친도 가족의 동의 없이 가산을 자유롭게 처분할 권능을 가지지 않았으며, 그런 임의처분은 “盜買盜賣”로 표현되었음도 지적한다. 당률이나 명청률에서도 그와 같은 입장이 확인되고 있다고 하며, 특히 『唐律疏議』의 경우 부친과 함께 자녀도 노비의 소유자의 지위에 있으며, 노비해방시에는 부친뿐만 아니라 장자 이하의 연서를 요건으로 하고 있다는 점을 지적하기도 한다. 니이다의 표현<sup>29)</sup>에 의

27) 孫承希, 「청·민국 산서지역의 分家와 상속 현실-分書를 중심으로-」, 『東洋史學研究』 第140輯 (동양사학회, 2017.9), 458면 이하에 의하면, 중국 전통의 분가는 형제균분이라는 불변의 원칙에 따르며, 이것은 唐律疏議, 宋刑統, 大明令, 大清律例 등에게 일관되게 법제화되어 있으나, 그와 같은 기본원칙에도 불구하고 현실에서는 가령 상인가정에서 상업조직의 유지와 같은 목적을 위해 여러 형태의 변용이 존재했다고 한다.

28) 仁井田, 172~174면.

29) 仁井田, 174면.

하면, 가산에 대한 규범의식은 한 쪽 극단에서는 가족공산의 부정 또는 가부장 전유주의가 나타나고, 다른 쪽 극단에서는 부자공유관계에서의 자녀의 법적 주체성이 뚜렷이 드러나고 있다고 하며, 현실사회에서는 이 양극단을 지닌 진폭 사이에 몇 단계의 계층을 발생시킨다고 한다. 그러므로 이것을 專有라든지 共産과 같은 어느 하나의 유형으로만 특징하는 것은 곤란하다고 하였다. 결국 이와 같은 입장에서는, 시가의 견해처럼 부자관계에서 가산에 대한 일체의 공유관계를 인정할 수 없다는 이른바 ‘原理’의 발견에 관한 논의는 배척되지 않을 수 없다.

이 점에 관하여 시가는, 니이다는 이론은 논점이 정리되어 있지 않고 자료 취급법이 허술하여 미묘한 차이에 대해 아무것도 실증해내지 못하고 있다고 비판<sup>30)</sup>한다. 가정마다의 내부의사 형성과정의 다양성은 굳이 이 논의의 대상으로 삼을 것이 결코 아니며, 오직 부친이 자기 의사에 따라 자기 명의로 집안의 토지를 매도한 경우 아들의 동의가 없었음을 이유로 하자 있는 법률 행위로서 효력을 부정할 수 있는지의 문제만이 논의되어야 할 것이라고 하고, 그런 경우 그 처분행위는 항상 유효하다는 것이다.<sup>31)</sup> “부지는 至親이며, 모습을 나누고 기를 같이 한다(父子至親 分形同氣)”<sup>32)</sup>는 문구를 인용하며, 이 分形同氣의 사상이 중국인의 相續 관념의 근거를 이루고 있다고 주장하는 시가는, 아들은 부친의 인격의 연장이며 부친에게 속하는 모든 권리와 의무가 포괄적으로 아들에게 인계된다는 사상<sup>33)</sup>이 중국인의 기본적인 인생관이라고 한다. 가산의 처분에 있어서도, 『臺灣私法』<sup>34)</sup>의 예를 포함한 다양한

30) 滋賀, 159면.

31) 滋賀, 159~161면.

32) 『通典』 권167에 인용한 傳降의 말, “父子至親, 分形同氣, 稱之於載, 卽載之於趙, 雖云三世, 合之一體, 非有分子也”(滋賀秀三, 『中國家族法の原理』, 創文社(1967), 48, 미주 49 참조).

33) 滋賀, 35~36·113·129~130면.

34) 시가 슈조는 『臺灣私法』에서 가산의 합유를 부정하고 부친인 가부장의 단독 처분이 언제나 유효하다고 하는 내용을 들어 중국에서의 가산공유제의 존재를 부정한다. 시가의 경우 많은 부분에서 이 『대만사법』의 자료를 자신의 주장의 근거로서 자주 채용하고 있다(특히 滋賀秀三, 앞의 책, 163~164면). 이에 대하여 니이다는 『대만사법』의 연구사적 의미를 부정하는 것은 아니지만, 다른 문헌 자료를 충분히 조사하지 않은 채 그것을 일반화하여 수용하는 것은 경계해야 한다는 입장이다(仁井田, 200면). 『대만사법』의 정식명칭은 『臨時臺灣舊慣調査會第一部調査第三回報告書 臺灣私法』(1910~1911)인데, 청일전쟁의 결과 일본의 식민지가 된 대만에서 岡松參太郎을 책임자로 하는 臨

예를 들어 가부장에게 단독의 처분권한이 있는 것이 보편적인 현상이었다고 주장한다. 그런 의미에서 가부장인 부친이 임의로 가산을 처분한 것에 대하여 “盜買盜賣”라고 한 『中國農村慣行調查』의 자료는 그 자체로도 부분적이고 불분명할 뿐만 아니라, 그것만을 가지고 부친의 가산처분의 성격을 일반적으로 단정하는 것은 무리한 자료해석에 기인한 것<sup>35)</sup>이라고 평가절하하기도 한다. 이에 반하여 니이다의 입장에서는 아무리 부자관계라고 하더라도 공동소유자의 지분 침해<sup>36)</sup>에 해당한다면 “盜買盜賣”라 칭하는 것이 그다지 큰 논리적 모순은 아닌 것이며, 오히려 시가의 자료해석방식을 자의적인 것이라고 하며 맹렬히 비판<sup>37)</sup>하였다.

한편, 니이다는 시가의 그와 같은 인격승계 개념을 가지고는 가산에 관한 均分主義를 제대로 설명할 수 없다고 비판<sup>38)</sup>한다. 均分이라는 것은 동등한 지분을 전제로 하는 한 세대에서의 분할인데, 이것은 아들이 부친의 지분을 그대로 승계한다는 원리에는 부합하지 않는다는 것이다. 이 점에 대하여 동거공재 개념을 중국 가족생활의 본질로 이해하는 시가는, 생활에 필요한 扶養을 받을 자격과 가산의 分割을 청구할 권리를 구별해야 한다고 하면서, 이 모든 것을 차별 없이 모두 持分으로 설명해버릴 수는 없다고 반박<sup>39)</sup>한다. 앞서 예로 든 사안에서 A, M 및 그의 아들로 구성된 가족의 경우, b, c, d, n은 생활에 필요한 부양을 받을 수는 있지만, 가산분할을 청구할 수 있는 지 위에는 있지 않다는 것이다. 그리고 시가에게 있어서 형제균분주의는 부친의

---

時臺灣舊慣調查會가 약10년에 걸쳐 구관조사를 실시하여 이를 편찬한 것이다. 이 책에 관하여 시가 슈조는 “그 상대대로 현대의 지적 욕구를 모두 만족시키지는 못하지만, 공법·사법의 영역에서 우리들이 짐작할 수 있는 정도의 문제는 이미 상당히 들어와 논의되고 있는 것이 보통이다. 무엇인가를 조사해보아야 할 때에는 먼저 찾아보아야 할 서적으로서의 지위를 장래에도 오랫동안 잃지 않을 것이다”며 깊이 신뢰하고 있었다(西 英昭, 『「臺灣私法」의成立過程』(九州大學 出版會, 2009), 3). 『대만사법』의 편찬과정에 관해서는, 같은 책, 序章, 第1章 참조.

35) 滋賀, 159면. 또한 같은 책, 217~218면, 미주(18). 이 부분에 관한 니이다의 반박으로, 仁井田, 186~187면.

36) 仁井田, 186~190면.

37) 仁井田, 132~134면.

38) 仁井田, 126면.

39) 滋賀, 79면.

氣를 동등하게 나누어 받은 자들 사이의 平等한 지위의 결과라는 해석이다.

가족 구성과 관련하여 시가 슈조가 도출한 기본적 原理는, 부친의 인격이 아들에게 연장된다고 하는 父子一體의 원칙과, 아들들은 부친의 氣를 동등하게 나누어 받는다는 兄弟平等의 원칙이다. 그리고 아무리 복잡한 가족구성을 가진 집이라도 이 두 원칙을 몇 겹으로 조합시킴으로써 남성 가족원 각인이 가산에 대하여 어떤 권리를 갖는지를 정확하게 확정할 수 있다고 설명<sup>40)</sup>한다. 요컨대 자기 위에 더 이상 직계존속이 있지 않은 사람이 현재의 가산의 권리주체가 되고, 그 외의 구성원에게는 각 단계에서의 승계기대권을 갖는 데에 그치며, 만일 권리주체가 두 사람 이상이라면 이들 사이에는 지분관계가 생기게 되는 것<sup>41)</sup>이다.

시가의 이와 같은 논리의 차원에서 본다면, 가부장형 家, 즉 부자 동거공재형과 달리, 형제들이 한 가족을 이루고 있는 방계형 家, 즉 兄弟 동거공재형의 가족 구조에 관한 설명에서는 결론에 있어서 두 학자 사이에 별다른 차이가 발생하지 않음을 알 수 있다. 남송 시대의 법률은 형제 가운데 한 명이 무단으로 집의 부동산을 처분한 경우에 다른 형제는 소송으로 그 처분행위를 취소할 수 있다고 정하고 있고, 만일 상호 신뢰가 깨진 경우라면 가산 분할까지 나아간다. 즉 형제관계에서는 평등하며 대등한 지위에서 가산을 함께 소유한다.

이것과 관련하여 시가<sup>42)</sup>는, 子孫이든 弟姪이든 家長 이외의 사람이 가산을 단독으로 처분하는 행위를 금했다는 사실이, 역으로 가장은 언제나 단독으로 처분할 수 있는 권한을 갖고 있었음을 의미하는 것은 아니라는 것을 분명히 한다. 家父가 가산처분권을 가지는 것은 사실이지만, 그것은 父親이기 때문이지 家長이기 때문이 아니라고 한다. 따라서 만행이 家長이더라도 그는 형제 중 한 명으로서 경제활동에 제약이 따른다고 설명한다. 시가에게 있어서 중국 윤리체계의 핵심을 이루고 있다고 여겨지는 “孝” 개념은 이처럼

40) 滋賀, 258면.

41) 滋賀, 258면.

42) 滋賀, 236면.

가산의 처분권한까지 규명하는 원리로 작용되고 있음을 알 수 있다.

이에 비해 니이다<sup>43)</sup>는 설령 부자관계와 같은 지배·피지배의 관계라고 하더라도 일종의 소유권 경합관계가 가능하다는 입장이므로, 지배·피지배관계 여부에 관계없이 모두 이른바 團體的 所有의 관계로서 일의적으로 설명될 수 있기를 기대한 것 같다. 그러므로 부자관계 동거공제이든 형제관계 동거공제이든 해당 구성원 각각이 모두 재산의 주체라고 하면서, 굳이 부자관계의 동거공제에만 국한하여 재산의 주체는 부친이고 아들은 승계기대권만을 가질 뿐이라고 해야 하는지에 관한 의문을 제기하였다.

가족 구성원의 지위는 다음과 같이 정리될 수 있을 것이다. 부친인 가장이 생존해 있다면 부친을 제외한 다른 가족원에게 그 재산을 단독으로 처분할 권한이 없다는 점은 분명하다. 그리고 가족 구성원은 각자의 소득활동을 통하여 공동재산인 가산을 증가시키기도 하고 소비 등을 통하여 동등하게 부양받을 수 있다. 그와 같은 권한의 기초를 니이다는 가산에 관한 잠재적 持分權으로, 시가는 승계에 관한 단순한 期待權으로 이론구성하고 있는 것이다.

동거공제 가정에서 가족 구성원이 가산을 용익하거나 그것으로부터 부양을 받을 수 있게 하는 권리가 시가의 견해처럼 장래에 실현될 수도 있는 기대권 수준의 것을 기반으로 한다고 인식된다면, 가산분할의 요구와 같은 권한을 행사하는 정도는 가능하다고 하더라도, 均等의 분할과 같은 확고한 이념적 차원의 법규범을 충분히 설명해내기란 쉽지 않을 것이다. 시가가 형제 사이에 부친의 기를 동등하게 물려받았기에 평등한 지위에 있는 것이고, 따라서 가산분할에서도 균분주의로 이어질 수 있다는 것은 개인적 차원의 이념이라고도 할 수 있을 것이며, 실증이 불가능하다. 그렇다면 가산분할, 즉 가족분열이라는 것은 오히려 가족이라는 단체가 생산 및 소비기구라는 주요한 사실에 기초하는 것이어야 하고, 균분주의를 지탱하는 것은 형제간의 ‘생존에 대한 대등한 요구’라는 니이다의 견해<sup>44)</sup>도 깊이 새겨볼 가치가 있다. 또

43) 仁井田, 176면.

44) 仁井田, 158면.

한 가산의 분할이라는 것이 농지의 분할을 피할 수 없는 이상, 전제적인 정 치권력의 입장에서는 균분주의를 통하여 대립이 될 수 있는 세력을 허용하지 않고 자기에게 유리한 소유형태를 만들고자 했을 것이라는 주장도 한 번쯤 생각해볼 여지가 있다. 요컨대 가족의 구조와 가산의 소유형태는 시가 슈조의 윤리론적 해석과 니이다 노보루의 유물론적 해석이 명확히 대립하는 대표적인 영역인 것이다.

부친의 생전에 가산에 관한 처분이 있다면, 그때에는 가산에 이해관계를 가지는 모든 이의 합의 내지 동의 사실이 표명된 계약문서<sup>45)</sup>가 작성되는 것이 가장 이상적이다. 가족 구성원의 동의 없이 이루어진 부친인 가산의 임의 처분행위가 있었다면, 이것은 가장 이외의 가족들의 입장에서 볼 때 공동의 생존 및 경제활동을 위한 기반이 자신들의 의사에 반하여 침해받은 것이 될 것이며, 동시에 잠재적인 것일지언정 자신의 장래의 재산취득에 대한 기대가 침해된 것으로 볼 수도 있을 것이다. 그리고 그것은 단적으로 “盜買盜賣”라고까지 표현되었다.<sup>46)</sup> 그렇지만 시가가 올바르게 지적한 바와 같이, 결국 가족 내부적인 비난과 책임의 문제가 생기는 것은 별론으로 하고, 근본적으로는 부친인 가산이 다른 가족 구성원의 동의 없이 한 처분을 한 경우의 처분의 효력이라는 법률적 문제에 초점이 맞추어져야 한다. 부친이 아들들의 동의를 얻지 않고 임의로 처분한 경우에 그 행위의 효력을 부정할 수 있는지에 관한 시가의 문제제기에 확실하게 답할 수 있으려면 보다 더 많은 실증적인 사료가 추가되어야 할 것으로 보인다.

다만 이처럼 가족구성원의 동의 없는 부친의 임의적 처분을 유효한 것으로 취급한다고 하더라도, 일본에서와 같은 호주의 단독소유와 같은 형태로 이해되어서는 안 된다. 부친이 단독으로 유효한 처분행위를 할 수 있었다는

45) 仁井田, 181 이하, 197 이하의 다수의 父·子·孫 공동 명의 계약서.

46) 『中國農村慣行調査』 제5권 71쪽의 “當家が 토지를 팔 때는 아무와도 상담 안 해도 되는가=불가. 말없이 팔면 도매도매이다. 공개로 해야 한다”는 대화 자료와 관련하여, 니이다는 가산의 처분에는 가족구성원 모두와 상의해야 한다는 근거라고 주장하는 반면에, 시가는 이때의 當家は 형제인 경우를 가리키는 것이지 부친인 경우는 언급되어 있지 않다고 반박한다. 이 논쟁에 관해서는, 仁井田, 186~190면; 滋賀秀三, 『中國家族法補考(三)』, 『國家學會雜誌』 67卷 11,12号(1954), 115~118면.



근거는, 가산에 관한 소유권이 일단 ‘家’라는 가산을 공동으로 소유하는 집단에 속해 있고, 처분권은 생존해 있는 부친에게 잠정적으로 유보되어 있는 형태, 즉 처분권의 이양 내지 집중의 모습으로 이해되어야 하지 않을까 생각된다. 그리고 이처럼 사고하는 방식은 니이다가 이해하는 방식의 家長權과 그에 영향을 준 나까다의 敎令權과도 연결되는 것이 아닐까 여겨지기도 한다.

伯叔·兄弟와 같은 방계친 가장에 의하여 가족에게 불이익을 줄 것 같은 임의적인 가산처분이 행하여지는 경우에는 고소하는 것이 허용되는 반면에, 부친인 가부장에 대해서는 고소가 허용되지 않는다.<sup>47)</sup> 그런데 이것은 분가한 뒤에 부친이 자녀의 재산을 탈취한 경우에도 마찬가지이다. 이처럼 자녀가 재산상의 행위와 관련하여 부친을 고소하는 것이 일반적으로 허용되지 않는 점을 놓고 본다면, 가부장에 의한 임의의 가산처분에 대하여 그것이 가부장의 단독소유이기 때문이라든가 오직 그에게만 처분권이 있기 때문이라고 하기는 어렵지 않을까 생각된다. 역시 부자관계에 특유한 고유한 가족적 관념이 작동하고 있음을 부정하기 어렵다.

### 3. 상속

#### 1) 「상속」의 개념

시가의 설명<sup>48)</sup>에 의하면, 중국의 가족관계를 표현하는 동거공제라는 것은 작위를 기다리지 않고 자연적으로 성립하는 관계인데, 아들은 출생에 의하여 필연적으로 생가의 동거공제 관계에 들어가고, 아내는 혼인에 의해 남편 및 남편 가족 사이에 동거공제 관계를 가지게 된다. 그리고 이 관계는 자연적으로는 해소되지 않는 관계이다. 가족원의 사망은 공제관계 해소의 원인이 아니라, 공제 집단에서 단지 한 사람이 사라졌음을 의미할 뿐이고, 잔존 성원 간에는 종전의 관계가 그대로 계속된다. 이 관계를 단절하기 위해서는 명시적인 법률행위, 즉 家産分割이 필요하다. 그리고 이 가산분할은 가부의 사망

47) 仁井田, 129면.

48) 滋賀, 81면.

과는 관계가 없어서 부모의 생전에도 얼마든지 이루어질 수 있다.

상속의 모습을 표현하는 용어로서 중국에서는 “承繼” 또는 “繼承”<sup>49)</sup>이라는 단어가 쓰이고 있다. 그러나 시가<sup>50)</sup>에 의하면, 이것은 원래 누가 누구의 후계자라는 관계나, 또는 그러한 관계를 설정하는 양자와 같은 행위를 의미하는 것이지, 어떤 인간의 사망이라는 한 시점에 발생하는 법률문제를 의미하는 말이 아니었다고 한다. 다시 말해 이 승계 등의 용어는 우리가 통상적으로 관념하는 상속이라는 개념과는 어의상 합치하지 않는다고 할 수 있다.

그것은 일본의 전통적인 상속 개념과도 차이가 있을 수밖에 없다. 일본의 상속 개념에는 ‘家を 잇는다’는 지위의 승계 개념으로서의 家督相續 외에도, 하나의 인격의 소멸로 인하여 그 인격에 귀속되어 있는 재산이 어떤 방법으로도 다른 인격에서 옮겨가는 遺産相續이 있으나, 중국의 전통적 상속에는 그와 같은 인격소멸이 전제되어 있지 않다. 시가처럼 상속을 人格의 承繼로 이해한다는 전제에서 본다면, 고인의 인격은 그의 후계자를 통하여 계속 살아서 이어지는 것이 중국인의 보편적인 상속 관념인 것이다. 중국과 일본의 기본적인 상속 개념의 차이를 나타내는 단적인 예<sup>51)</sup>로, 唐戶令(應分條)는 일본의 大宝令, 養老令의 <응분조>에 계수되었지만 성격적으로는 큰 전환을 이루었는데, 전자는 가족공산의 분할법인 반면에 후자는 유산상속법이다.

## 2) 제사상속과 여자 상속분

상속 영역에 있어서 두 학자의 견해가 가장 치열하게 대립하는 부분은 여자 상속분의 인정 문제이다. 12, 13세기 남송시대법, 일본의 養老令, 15세기 조선의 법, 15세기 베트남법에는 여자 상속분이 법률상 폭넓게 규정되어 있었다. “부모가 이미 죽고 자녀들이 재산을 분할하는 경우, 딸은 아들의 반을

49) 우리의 상속에 해당하는 용어로서 중국의 “繼承”은 1911년 “대청민률초안”에서 처음 사용되었고, 그 이전에는 종법적 관념, 즉 종조계승을 의미하는 “承繼”라는 용어가 사용되었으며, 서구의 상속 개념과 중국 전통의 종조계승을 의미하는 승계를 절충하여 “繼承”이라는 용어가 창출되었다는 설명에 관해서는, 孫承希, 『청·민국 산서지역의 分家와 상속 현실-分書를 중심으로-』, 『東洋史學研究』第140輯(동양사학회, 2017. 9), 453~454면.

50) 滋賀, 115~116면.

51) 滋賀, 55면.

취득한다(在法, 父母已亡, 兒女分産, 女合得男之半 [清明集, 戶婚門 (권8-24)])”는 규정이다.

祭祀相續이라는 대상은 두 학자에게 있어서 크게 다른 의미로 해석<sup>52)</sup>되고 있다. 시가 슈조는 기본적으로 조상의 祭祀를 상속하는 사람이 財産을 상속한다는 전제를 가지고 있다. 즉 제사상속이 상속의 기본적인 요체라는 입장이다. 반면에 니이다 노보루는 제사상속과 재산상속이 어느 정도는 관계가 있겠지만 절대적이고 결정적인 관련성을 가지는 것은 아니라는 입장이다. 제사상속은 족보를 만들고 宗嗣를 세워서 공동의 조상을 제사 지내는 宗族에게 전해지는 것이지만, 가산의 승계는 경제생활상의 요구를 충족시켜나가는 것이므로, 그 존재의의가 서로 구별된다는 생각이다.

시가가 중국인의 기본적인 인생관으로 이해하는 分形同氣라는 것은 아들에게만 적용되는 것이어서, 여자는 부친의 氣를 받지 못한다<sup>53)</sup>고 이해된다. 그리고 그 기를 이어받는다라는 것은 제사를 시행하고 유지하는 형태로 구체화되며, 家産은 자손의 祭祀 의무를 뒷받침하기 위하여 계승된다는 입장에 있으므로, 미혼의 여자는 원칙적으로 가산을 승계할 지위에 있지 않다는 것<sup>54)</sup>이다. 또한 부친의 사망으로 가산분할이 이루어질 당시에 다수의 여성은 혼인을 통하여 남편 집안의 동거공제로 편입되어 있는 상황일 것이므로, 이 법은 부친 사망과 가산분할 당시에 미혼인 상태로 남아있는 일부 여성에 관한 예외적인 규정일 수밖에 없다고 설명<sup>55)</sup>한다. 시가에게 있어서 남송시대의 법령에 나타나는 여자 상속분에 관한 규범은 중국의 전통적인 법의식에서 볼 때 매우 이질적인 내용의 입법이고 관습법에서 유리된 매우 자의적인 법률인 것이다. 그 결과, 시가는 상속분의 분수적 비례관계에 집중할 것이 아니라, 재산의 일정 부분은 “취득”할 수 있다는 것에 방점을 두어야 하는 것으로 해석한다. 남자 형제에 비하여 양적으로만 부족할 뿐 질적으로 차이가 없는 권리가 일반적으로 수용되고 있었음은 인정하려 하지 않는다.

52) 仁井田, 114~115면.

53) 滋賀, 450면.

54) 여성과 제사의 관계에 관한 시가 슈조의 견해에 관해서는, 滋賀, 459~460면.

55) 滋賀, 449면.

이에 비하여 니이다는 이것은 결코 관습에 유리된 법이 아니고, 남송이 정치적 권력의 중심기반으로 삼았던 회하 이남 혹은 양자강 유역 이남에 존재 하던 법관습의 실체라고 한다. 당시에 여자가 생산면에서 기여하는 바와 그 역량에 대하여 비교적 높은 사회적 평가가 이루어진 것이 반영된 결과이며, 자손으로서 아들과 대등한 지위를 인정받는 것으로 평가<sup>56)</sup>한다. 그리고 여자 상속분의 관습적 현실성을 실증하기 위하여 “두 딸과 양자는 각각 그 반을 받아야 한다”는 당시의 관습을 반영한 판결을 제시<sup>57)</sup>하였다.

법의 생성과정 및 관습과 법의 연관성에 관한 논의로 연결될 수 있는 이와 같은 논쟁에 관해서는 항목을 바꾸어 언급하고자 한다. 이와 더불어 두 학자의 첨예한 이론적 대립의 근원에 위치하는 역사학의 방법론에 관해서도 생각해보고자 한다.

### Ⅲ. 「원리의 발견」과 「법의 생성」의 문제

#### 1. 원리의 발견

시가 슈조는 그의 『中國家族法論』(1950) 서문에서 “널리 자료를 수집한 점에서 장족의 진보를 보이면서도 수집한 자료의 의미를 숙고하고 음미하여 하나의 체계를 구성하는 점에서는 현저하기 뒤쳐져 있”<sup>58)</sup>는 것이 당시 중국 법제사 연구의 현황이라고 하며, 우회적이기는 하지만 매우 직설적 표현으로 니이다 노보루를 평가한 바 있다. 상당한 정도의 자료를 수집한 후에는 응당 체계적인 유형화와 심도 있는 분석을 통하여 해당 영역을 체계화하고 이론화 하는 작업이 이어져야 하는 것이고, 그렇게 하여 결국에 다양한 상황과 관념들을 대표하는 하나의 ‘原理’를 도출해내는 것이야말로 시가가 염두에 두고

56) 仁井田, 154면.

57) 仁井田, 154~155면.

58) 滋賀秀三, 『中國家族法論』, (弘文堂, 1950), 2면.

있는 역사학을 대하는 기본적 사명이었으리라 추측된다.

니이다의 관점에서는 이와 같은 시가의 방법론이 사료에 대한 검증이나 현실에 관한 분석을 생략 내지 회피한 채 단지 독자적인 이론을 구성해보려는 것일 뿐이라고 여겨진 듯하다. 이들은 부친의 인격의 연장자라든지 인격의 승계와 같은 특유의 이론들을 내세우면서도, 실상 그것들은 가산균분주의와 같은 실제적 모습을 잘 설명해낼 수 없다고 하고, 또 그 가산승계는 검증이 불가능한 종교적 이념과 연결된다는 식으로 신랄한 비판을 가하였다. 다른 한편으로는 (1) 시가는 아들의 수입도 부친의 재산에 흡수되고, 부자 사이에는 어떠한 종류의 공유관계도 성립되지 않는다는 것을 自명한 原理로 여기고 있으며, (2) 또한 그것이 시대와 장소를 넘어서서 국가의 제정법이든 관습적인 규율이든 불문하고 모순 없이 통용되는 것으로 생각하는 것 같고, (3) 어떤 자료를 앞세워도 마지막에는 결국 자신의 주관적 확신이 해결의 방법을 열게 되어 있다고 여긴다<sup>59)</sup>고 하였다.

시가가 제시하는 이른바 原理라는 것이 니이다에게 있어서는, 일반화가 곤란한 지극히 독자적이고 주관적인 이론이어서 다수의 예외적인 상황을 양산할 수밖에 없는 결과물로 비춰진 듯하다. 더욱이 연구의 대상이 中國이라는 광대한 지역적 범위에서 여러 시대에 걸친 다양한 민족적 특수성이 존재할 것이라 예상되는 분야인 만큼, 거기에서 과감하게 ‘원리’라는 공통의 이론을 도출해내어 수많은 상황을 일거에 포섭해 설명하려는 시도인 것이라면, 그와 같은 니이다의 염려를 단순히 과도한 것으로 치부해버리기 어려운 것도 사실이다.

그렇지만 원리를 발견하고 정립해내려는 시도가 없다면 역사학이 학문으로서의 의미를 가질 수 있을까 생각되기도 한다. 역사연구에서 다수의 사료를 발굴하고 정확하게 분류하여 정리하는 작업은 반드시 요구되는 것이지만, 일정한 원리의 발견을 위한 지속적인 노력의 과정을 거치지 않으면 단지 ‘자료’에 그치고 만다. 실제로 니이다 노보루가 이와 같은 원리의 발견을 도외시하였을 것이라고도 생각되지 않는다. 니이다로서는 시가 슈조가 내세우는 원

59) 仁井田, 175~176면.

리라는 것이 신중하지 않은 단편적 원리이며, 형식논리이고, 조건무시<sup>60)</sup>의 것이라고 여겨졌을 뿐이지, 원리 발견의 의의를 부정한 것은 아니었다. 니이 다 노보루의 이론으로서 빈번하게 그리고 일관되게 등장하는 것, 즉 경제적 힘의 균형과 가족의 형태의 상관성에 관한 것도 실은 역사를 구성하는 또 하나의 원리로서 작용하고 있음을 알 수 있다. 결국 역사해석의 기본원리를 발견하고자 노력한 두 학자의 학문적 지향에는 크게 다를 바가 없었으나, 각자의 학문적 입장을 견지하고자 하는 가운데 상대방이 정립한 이론을 보편적 原理로는 수용할 수 없었던 것이 아닌가 여겨진다.

## 2. 법과 관행

이미 살펴본 바와 같이 중국에서의 형제평등 또는 가산균분의 개념과 같은 것은 일본인의 전통적인 상속 내지 가산에 관한 의식과는 확연히 차이를 보인다. 그런데 그와 같은 중국인의 법관념과 관련하여, 시가는 형제평등을 전제로 한 가산균분의 개념을 중국인들에게 있어서 태생적으로 내재한 지극히 관념주의적인 것으로 이해한다. 반면에 니이다는 그런 이른바 전통적인 “법의식”<sup>61)</sup>과 같은 관념적인 것으로 모든 것을 설명하는 것에는 한계가 있다는 주장인 것이다. 그리고 가산분할이라는 것은 가족단체에 있어서 생산 및 소비기구의 사회화에 주요한 기초가 되는 것이므로, 가산균분은 생존을 위한 개인의 주체성의 발현으로 이해하는 것이다.

여자 상속분에 관한 남송시대 입법과 관련하여서도 관습의 입법화에 관한 논쟁이 이루어진다. 시가<sup>62)</sup>는 당시의 관습의 실태를 조사한 결과 이와 같은 관습은 존재하지 않았다고 하며, 이 입법이 관습에 유리된 것이었다고 한다.

60) 仁井田, 134.

61) 滋賀, 13에서는 가족생활처럼 법보다는 情誼에 지배당하기 쉬운 그런 분야에서 사람들은 놀랄 정도로 자신에게 인정된 권리가 무엇인지 분명하게 의식하고 있으며, 그것에 기초해서 일을 처리하는데, 이처럼 실정법의 존재와는 상관없이 자연적으로 사람들의 의식 속에 आरोसे겨져 생생하게 작동하는 법적 논리를 “법의식”이라고 지칭한다.

62) 滋賀, 448, 그리고 457의 미주19.

또한 모든 일이 유동적이었던 송대에 일토당토않은 입법이 朝令暮改 식으로 나타나고 사라졌다고도 하는데, 거기에는 관료가 목전의 사안을 처리하기 위한 사정만 고려하여 경솔히 신법의 제정을 요청하는 배경적 요인이 자리하고 있다고 설명한다.

이에 대하여 니이다는, “법은 역사적 사회를 장으로 하여 생성되는 것이고, 국가기관이 자의적으로 만들었던 것도 아니며, 만들 수도 없는 것이다. 법이 역사적 구조 내에 위치하면서 생성되는 것이라는 점은 여자 상속분법의 경우에도 예외일 리가 없다”<sup>63)</sup>고 하였다. 또 법은 궁극적으로는 지배자가 만드는 것이지만 사회 현실의 상태에 대응하여 만들 수밖에 없으며, 법은 역사의 진행 가운데 생성되는 것<sup>64)</sup>이라고 강변한다.

송대의 국가 입법작용에 큰 비중을 두지 않은 시가의 견해는, 그 시대적인 상황을 고려한다고 하더라도 그 실증의 방법은 조금 더 확장할 필요가 있지 않을까 여겨지기도 한다. 여자 상속분의 입법적 의의가 크지 않다는 점과 관련하여 보다 더 설득력 있는 이론에 이르기 위해서는 후대의 주변국가의 입법도 함께 연구될 필요가 있다. 남송시대 이후에 조선을 포함하여 여러 주변 국가에서 여자 상속분에 관한 입법이 이루어졌다. 남송의 입법으로부터 영향을 받은 것인지, 아니면 해당 지역의 고유한 관습법이 성문화된 것인지와 같은 그 입법배경에 관한 검토가 요구되며, 만일 전자의 경우라면 母法의 의미는 더 깊이 새겨야 할 것이다. 특정의 법을 적극적으로 계수한 결과라면 그 규범의 배경이 되는 사상이나 실용성에 대한 찬동의 표현이 될 것이기에, 남송시대 규정의 규범력에 대한 평가도 더 긍정적으로 이루어지지 않을까 생각된다.

한편, 관행을 포함한 당대의 사회적 여건과 국가의 입법작용 사이에는 다양한 상호작용이 있을 수 있다는 니이다는 의견을 발전시켜본다면, 다음과 같은 점도 사유해볼 수 있지 않을까 생각된다. 사회구조가 체계적이고도 견고하게 구성된다면 그 사회 속에서 가족 내부적으로 부담해야 하는 책임의

63) 仁井田, 126면.

64) 仁井田, 156면.

무게도 가벼워질 것이다. 그리고 이 경우에 가족의 해체는 보다 더 가속화될 것이고, 재화의 분배 및 세분화는 더욱 활성화될지 모른다. 반면에 사회가 자체적으로 지탱할 수 있는 에너지가 미약해진 때에는, 개인의 생존을 위해서도 가족 구성원은 더욱 결속해 갈 것이고 가산을 구성하기 위한 재화는 더욱 특정인에게 집중해가리라 예상할 수 있다.

현재 우리 민법의 두드러진 특징으로 나타나고 있는 가족해체의 경향은, 한편으로는 가족 내의 힘의 균형을 얻고자 하는 일정한 이념적 요구가 반영된 결과일 수도 있다. 그렇지만 그 외에도 종래 가족 내부에서 책임지고 있던 다수의 기능을 사회가 분담할 수 있을 정도로 사회경제적 역량이 성장했고, 그 과정에서 양성된 전문가집단이 가족의 일원을 대체할 수 있는 기능을 가지고 등장하였다는 것도 중요한 원인으로 자리하고 있을 것이다.

결국 국가를 포함한 사회는 가족 내지 가정과의 사이에 다양한 원인을 통하여 여러 가지 형태의 역학관계를 이루는 것이라 생각된다. 그리고 이런 전제하에서라면 시대의 흐름과 변화 속에서 이른바 이상적인 가족형태라는 당위적 존재양식은 더 이상 큰 의미를 가지기 어렵지 않나 생각되기도 한다.

#### IV. 결어

니이다 노보루는 일본에서 중국법제사의 영역을 개척한 선구자이고, 시가 슈조는 이 분야에서 방대한 연구성과를 남기면서 적극적으로 후학을 양성한 학자이다. 이들의 학문적 대립은 여러 분야에 걸쳐 다양한 모습으로 나타나지만, 이 글에서는 특별히 전통적인 가족의 구성과 가산을 둘러싼 권한의 행사 및 계승의 형태를 둘러싼 논쟁을 중심으로 살펴보았다.

니이다 노보루에 의하면, 가족구성원은 법적으로나 경제적으로 대등한 지위에 있는 것이 원칙이며, 가장이 가부장 권위로써 가족의 경제적 활동을 통솔하지만 이것은 공동재산의 관리권에 지나지 않는다고 한다. 또한 그는 가산의 소유형태를 지분 개념을 전제로 한 이른바 “단체적 소유관계”로 규정한



다. 즉 부자관계에서도 가산에 대한 공유관계가 인정되며, 가족 구성원의 동의 없이 부친이 가산을 임의로 처분한 경우라면 여기에는 다른 구성원의 재산에 대한 침해로서 비난이 가해진다는 것이다. 가산의 승계는 주로 경제생활상의 요구를 충족시키기 위한 것이어서, 남송시대 딸에게 아들 지분의 절반이기는 하지만 일정한 지분이 인정된 것은, 그 생산적인 기여도에 관한 높은 사회적 평가가 있었기 때문이라고 해석한다.

이와 명확한 대조를 보이는 시가 슈조는, 일단 중국의 가족은 로마의 가족과 구성이 유사하며, 가족은 가부권에 복종하고 가부만이 가산에 대한 재산능력을 가진다고 한다. 다만 아들이 가산에 대한 처분권을 가지지는 않더라도 잠재적인 모습으로 강력한 이해관계를 가지고 있었을 것이라고 하고, 그 점 역시 로마의 경우와 비슷하다고 하였다. 방계형 가족과는 달리 家父長型 가족에서는 가부장에게 가산에 대한 단독의 처분권한이 있어, 부친인 가장이 다른 가족구성원의 동의 없이 가산을 처분한 것은 유효하다고 한다. 즉 부자관계에서는 가산에 대한 공유관계가 인정되지 않는다는 것이다. 또 재산상속에서는 제사의 상속이 요체인데, 제사를 지낼 자격이 없는 딸에게는 원칙적으로 가산에 대한 지분이 인정될 수 없으며, 설령 그런 입법이 있었다더라도 관습과는 유리된 실효성이 없는 법이었다고 해석하였다.

니이다 노보루는 학자로서의 정열과 투지가 엄청난 “전후 일본의 최대학자”라는 칭송을 받을 정도였다<sup>65)</sup>고 한다. 또한 여러 분야에서 그와 극명한 학문적 대립을 보인 시가 슈조도 니이다의 사료 발굴 노력과 그 결과에 관해 서만큼은, 그의 덕분에 慶元條法事類, 清明集 같은 귀중한 문헌이 발굴되었고, 그것들은 이제는 중국법사학에서 빼놓을 수 없는 기본문헌이 되었다<sup>66)</sup>고 평가하기도 하였다. 일본 학계를 대표하는 두 학자 사이에 이루어진 치열한 논쟁, 상대방에 대한 신랄한 비판, 그리고 서로에 대한 솔직한 평가는, 그 자체로 그들의 학자적 자부심과 학문적 깊이를 생생하게 느끼게 한다. 나아

65) 심희기, 앞의 글, 38.

66) 滋賀秀三, 『仁井田陸博士の『中国法制史研究』を讀みて』, 『国家学会雑誌』 80卷1, 2号(通号837号) (1966. 10.), 96면.

가 시가의 관념적, 윤리적 해석론과 니이다의 실증적, 유물론적 해석론처럼 대조적인 방법론을 서로 비교하며 확인해가는 작업은 역사해석의 균형감각을 익히는 과정에 필요한 부분이라 생각된다.

## 참고문헌

- 郭潤直, 『相續法』改訂版, 박영사, 2004.
- 윤진수, 『친족상속법 강의』 제2판, 박영사, 2018.
- 니이타 노보루(仁井田陞) 저/박세민 임대희 역, 『중국법제사연구(가족법)』, 서경문화사, 2013.
- 仁井田陞 『中國法制史研究』〈家族村落法〉, 東京大學出版會, 1962.
- 西英昭, 『『臺灣私法』の成立過程』, 九州大學出版會, 2009.
- 滋賀秀三, 『中國家族法論』, 弘文堂, 1950.
- \_\_\_\_\_, 『中國家族法の原理』, 創文社, 1981.
- 孫承希, 「칭·민국 산서지역의 分家와 상속 현실 - 分書를 중심으로 -」, 『東洋史學研究』第140輯, 동양사학회, 2017. 9, 453~493면.
- 심희기, 「니이타 노보루(仁井田陞)의 중국법제사 대장정(大長征)」, 『영남대학교 사회과학연구』제8집 1·2권, 1988. 12, 23~38면.
- 滋賀秀三, 「中國家族法補考(一) - 仁井田陞博士‘宋代の家産法における女子の地位’を讀みて」, 『國家學會雜誌』67卷5号=6号(通号743号), 219-249頁(1953, 12)
- \_\_\_\_\_, 「中國家族法補考(二) - 仁井田陞博士‘宋代の家産法における女子の地位’を讀みて」, 『國家學會雜誌』67卷9,10号(通号745号), 496-525頁(1954. 8.)”
- \_\_\_\_\_, 「中國家族法補考(三) - 仁井田陞博士‘宋代の家産法における女子の地位’を讀みて」, 『國家學會雜誌』67卷11,12号(通号746号), 619-653頁(1954. 10.)
- \_\_\_\_\_, 「中國家族法補考(四·完) - 仁井田陞博士‘宋代の家産法における女子の地位’を讀みて」, 『國家學會雜誌』68卷7,8号(通号750号), 387-411頁(1955. 3.)
- \_\_\_\_\_, 「仁井田陞博士の『中國法制史研究』を讀みて」, 『國家學會雜誌』80卷1号=2号(通号837号)(1966.10.), 87-121頁

〈Abstract〉

## Family and Family Property in Traditional Chinese Society

Park, Sea Min\*

Noboru, Niida is a scholar who pioneered the realm of Chinese legal history in Japan, and Shuzo, Shiga is another remarkable scholar with great achievements in this field. While they are known to have hold numerous academic debates in various fields, this article focuses on their debate over the composition of traditional families and the authority and succession surrounding family property.

According to Niida, family members of traditional China had equal status both legally and economically. Therefore, although the head of the family led economic activities as a patriarch, this was nothing more than exerting control of the joint property. The father-son relationship was also recognized as co-ownership, resulting in the infringement on the property of other family members should the father dispose of the family property without the consent of others. He also emphasized that in certain times when high assessment of women's contribution to social productivity were made, daughters also inherited a certain share of the family property.

In contrast, Shiga asserts that only the patriarch had the capability to possess and dispose of family property. In the patriarchal family, unlike the collateral

---

\* Professor of Law, Kyungpook National University Law School

type, the father had the sole right to dispose of the family property, which allowed the father, the head of the family, to make his decisions on the disposal of the family property without consenting other family members. Therefore, the father-son relationship was not recognized as co-ownership. In addition, daughters, who did not qualify to hold memorial services, could not be granted a share of the family property, and even if such legislation were to be found, it was against customs.

The fierce debate and the frank evaluation of each other between two leading Japanese scholars demonstrates their pride and academic depth. Furthermore, the research comparing and confirming the contrasting methodologies, such as the ideological and ethical opinion of Shiga and the empirical and materialistic of Niida, may be a necessary process to learn the sense of balance in historical interpretation.

**[Key Words]** Niida Noboru, Study of Chinese Legal History, Shiga Shuzo, Principle of Chinese Family Law, Family property, Succession