

研究論文

식민지시기 親族慣習의 創出과 日本民法

홍양희*

I. 서론
II. 親族慣習의 民法 依用 過程

III. 결론

I. 서론

한국 병합 후 조선인의 가족법은 1912년 3월 제령 제7호로 공포·시행된 朝鮮民事令 제11조에 의해 규정되었다. ‘朝鮮人の 能力, 親族 및 相續에 관한 법률은 慣習에 의거한다’는 것이다.¹⁾ 이 조항을 문자 그대로 해석하면 친족·상속에 대해서는 조선 고유의 관습에 법적 효력을 부여한다는 것을 의미했다. 그러나 조선총독부는 1920년대에 들어서자마자 조선의 친족, 상속 부분에 일본 민법을 의용하기 시작했다. 먼저 1921년 11월 14일 제령 제14호인 조선민사령 1차 개정으로 親權, 後見, 輔佐人, 無能力者를 위하여 설치되는 親族會에 민법을 적용하였으며 뒤이은 제2차 개정으로 민법을 본격적으로 도입하기 시작하였다. 1922년 12월 7일 제령 제13호가 바로 그것으로, ‘婚姻年齡, 裁判上離婚, 認知, 親族會에 관한 규정, 相續의 승인 및 財産의 분리에 대한 일본 민법의 규정을 1923년 7월부터 적용한다’는 것이었다.

* 한양대학교 사학과 시간강사, 역사학 전공.

1) 「朝鮮民事令ヲ定」, 『公文類聚』, 제36편(1912).

조선총독부는 이러한 결정의 이유로 “能力 親族 및 相續에 관한 慣習이 자연히 변화를 받아 자연중에 개변을 부득이하게 되거나 혹은 제도로서는 가장 빨리 부적당하게 된 것도 있고, 혹은 時勢의 進運과 함께 발생했던 新事情도 있어 완전히 관습에만 의존할 수 없게 되었기 때문”²⁾이라고 하였다. 즉 가족법에 대한 일본 민법의 의용은 다음의 두 가지 이유에서였다. 하나는 ‘시세의 진운과 함께 발생한 신사정’ 때문이다. “신사정”은 바로 朝鮮戶籍令의 공포를 의미했다. 조선후적령의 공포와 조선민사령 제2차 개정은 거의 동시에 공포되고, 1923년 7월 1일을 기해 동시 시행에 들어갔던 것이다. ‘국가통치의 객체인 호구를 명확히 하는 호적은 정치의 기본을 정하는 것으로, 그 목적은 주로 私法上 家 내외의 관계를 공증하고 있는 것이다.’³⁾ 여기에서 혼인연령, 재판상의 이혼, 인지 등 개인의 신분 변동 및 그에 따른 권리의무와 밀접한 관련을 가지고 있는 사항은 일본 민법을 의용토록 하였다. 요컨대 호적과 관련된 개인의 신분변화와 이동관계를 보다 명확히 할 필요성에 부응한 것이 바로 조선민사령 제2차 개정이었다. 다른 하나는 조선의 친족 상속 관습에 자연적 변화가 발생했기 때문이라는 것이다. 그 동안 內地人과의 접촉으로 말미암아 조선인의 관습은 한편에서는 민법을 의용해도 좋을 만큼, 다른 한편에서는 관습에만 의존하는 것이 불가능할 정도로 자연스럽게 변화하였다는 것이다.

그러나 조선민사령 11조를 문자 그대로 해석하여 일본이 친족·상속에 대해서는 조선의 관습에 법적 효력을 부여하겠다는 의미로 받아들여야 할지는 의문이다. 관습법은 일견 “朝鮮統治 8年來 同化的 방침을 견지”⁴⁾하여 왔다는 제2대 총독 長谷川好道の 조선통치 방침과는 모순되는 감이 없지 않다. 조선에 일본의 국가체제를 이식하려는 이상, 일본의 친족·상속법 또한 이식되는 것이 논리적 귀결이었기 때문이다. 즉 일본의 국체는 호적제도 위에서만 존립할 수 있고, 호적제도가 이식되는 이상, 그 위에서만 작동될 수 있는 친족·상속법 또한 들어올 수밖에 없었다. 이는 초대총독인 寺內正毅가 사법관에게 한 訓示인 “朝鮮에 있어서 사법제도는 내지인, 조선인 및 외국인을 불문하고 한결같이 內地法規와 同一한 法規를 적용시키는 것을 원칙”⁵⁾으로 한다는 방침에서도 확인할 수 있다.

2) 朝鮮總督府法務局, 『朝鮮の司法制度』(1935), 75~76쪽.

3) 野村調太郎, 『朝鮮戶籍令義解』(巖松堂書店, 1925), 12쪽.

4) 長谷川好道, 「長谷川好道引繼文書 騷擾先後策私見(1919)」, 『齋藤實文書』.

그렇다면 조선총독부가 친족 및 상속에 관한 법제에 관습법을 채택함으로써 예외적인 규정⁶⁾을 둔 목적은 무엇일까. 본고의 문제의식은 바로 여기에 있다. 과연 조선총독부의 평가와 마찬가지로 조선민사령 개정은 가족관습의 자연적인 변화에 순응한 결과인가. 다시 말하면 조선의 가족관습은 조선민사령 제2차 개정으로 비로소 일본 민법의 적용을 받기 시작했는가. 아니라면 그 이전에는 어떠한 방식으로 관습법이 운용되었는가. 즉 직접적으로 민법을 의용하기로 한 항목들에 대해 민사령 개정 이전에는 관습법이 어떠한 방식으로 운용되었는가. 본고에서는 이러한 문제들에 초점을 맞추고자 한다.

이 문제를 구명하는 것은 일제의 식민지 통치의 특성을 밝히는 중요한 척도가 된다. 다음 두 가지 이유에서 그렇다. 첫째, 식민지 사회의 고유한 관습을 인정하는가의 여부는 제국주의 본국이 식민지를 통치하는 방식을 알려준다. 둘째, 특히 가족법은 식민지인들의 실생활과 밀접한 관련을 가지고 있다는 점에서 식민통치가 미치는 정도를 알려준다. 때문에 식민지시기 가족법에 대한 연구는 일본 제국주의가 조선을 식민지화하는 방식을 일상적인 문화를 통해 구명한다는 점에서 그 의미를 찾을 수 있다.

이러한 중요성에 비추어 그동안 일제시기 가족법에 관한 연구는 많은 축적이 있었다. 연구 경향은 대략 다음 세 가지로 분류해 볼 수 있다. 먼저, 일제시기에 정립된 가족관습법이 전통적인 가족법을 왜곡·변형하였다는 연구가 있다.⁷⁾ 조선

5) 寺内正毅, 「司法官ニ對スル訓示(1913년 5월 12일)」, 『總督訓示集(朝鮮總督府 1913)』. 이 훈시는 水野直樹 編, 『朝鮮總督諭告・訓示集成』 제1권(綠蔭書房, 2001), 177쪽에서 인용.

6) “民事令에 있어서 內地法을 적용하는 사항은 반드시 特別法을 필요로 하지 않는다 또 能力에 대해서는 內地法에 의하는 것도 굳이 막지는 않을지라도 親族 및 相續에 대해서는 內地와 다른 慣習이 있는 故로 곧바로 內地法을 適用할 수 없는 事情이 있다. 또 역지로 內地法을 適用할 필요가 없기 때문에 將來 親族・相續에 대해서는 朝鮮人을 위한 特別한 法制를 必要로 하고, 따라서 戶籍에 대해서도 特別法을 둘 필요가 있다.” 이 글은 「總督府施設歷史調査書類(1915)」, 『寺内正毅關係文書』에서 인용.

7) 鄭光鉉, 『韓國家族法研究』(서울대출판부, 1967); 이병수, 「조선민사령에 관하여 제1조의 관습을 중심으로」, 『법사학연구』, 제4집(한국법사학회, 1977); 정중휴, 「한국에서의 일본민법의 변용」, 『전남대논문집』, 30(전남대, 1985); 박병호, 「일제시대 법제상의 거부장권」, 『민법학의 현대적 과제』(박영사, 1987); 박병호, 「日帝下의 가족정책과 관습법형성과정」, 『법학』, 33 권2 호(1992); 李相旭, 「한국상속법의 성문화과정」(경북대 박사논문, 1986); 이상욱, 「일제하 호주상속관습법의 정립」, 『법사학연구』, 제9호(한국법사학회, 1988); 이상욱, 「일제하 전통가족법의 왜곡」, 『박병호교수환갑기

총독부가 자신들의 민법체계에 맞게 조선의 관습을 왜곡, 파괴한 것은 식민지 지배를 용이하게 하기 위한 동화주의 정책의 일환이었으며, 가족법규에 전근대적인 요소를 온존시키는 결과를 초래했다고 한다. 한국 법사학계의 지배적 의견인 이러한 연구들은 일제시기 관습에 개입한 조선총독부의 규정력이 얼마나 강한 것이었는지를 밝혔다는 점에서 학계에 기여한 바가 적지 않다.

그러나 이러한 연구들은 공통적으로 당시 통일적이고 정형화된 조선의 관습이 존재한다는 전제 하에 연구를 진행함으로써, 전근대 사회의 다양한 관습을 지나치게 일반화시켜 그러한 관습을 조선총독부가 왜곡 변형하였다는 결론을 도출하고 있다. 아울러 왜 굳이 조선총독부가 민법을 직접 적용하지 않고 관습법을 채택하였는지에 대한 인식이 결여되어 있다고 할 수 있다.

반면 일제시기 가족관습법을 조선총독부에 의해 일방적으로 왜곡된 것으로만 볼 수 없고 조선총독부 통치하에서 자생적으로 변화한 조선의 관습이 일본의 정책에 반영되었으며, 일본정부는 일본 민법과의 법제일원화 정책을 편 반면 조선총독부는 조선 관습의 성문화 정책을 추구하였다는 이승일의 견해가 있다.⁸⁾ 이 연구는 일제시기 관습을 구관습과 신관습으로 구별한 후, 신관습을 일제시기에 자연 발생한 조선의 관습으로 간주하고, 조선총독부가 이를 새로운 관습으로 인정하였다는 것이다. 연구자는 그 증거로 총독부의 정책이나 관례에서 빈번히 등장하는 ‘조선의 관습이 변화하고 있다’는 점을 제시했다

그러나 과연 ‘조선의 관습이 변화하고 있다’는 조선총독부 사법관료들의 지적을 그대로 받아들일 수 있을까. 어떻게 정책적 개입 없이 조선인의 가족관습이 병합 후 불과 10여 년이란 단기간에 관습법 대신 일본 민법을 의용할 정도로 변화할 수 있을까. 혹시 新慣習이라는 것 자체가 조선총독부가 인위적으로 개입한 결과물

남(II): 韓國法史學論叢(박영사, 1991); 李效再, 「한국가부장제의 확립과 변형」, 『한국가족론』(까치, 1990); 李效再, 「한국가부장제와 여성」, 『여성과 사회』 제7호 한국여성연구회 1996); 정공식 「日帝의 慣習調査와 그 意義」, 『改譯版 慣習調査報告書』(한국법제연구원, 2000).

8) 이승일, 「일제시대 親族慣習의 변화와 朝鮮民事令 개정에 관한 연구: 조선민사령 제11조 제2차 개정안을 중심으로」, 『한국학논집』 제33집(한양대 한국학연구소, 1999); 이승일, 「조선총독부의 법제정책에 대한 연구: 조선민사령 제11조 ‘관습’의 성문법화를 중심으로」(한양대 박사논문, 2003); 이승일, 「일제의 관습조사사업과 식민지 ‘관습법’의 성격」, 『역사민속학』(역사민속학회, 2003); 이승일, 「1910·20년대 조선총독부의 법제정책」, 『동방학지』 126집(국학연구원, 2004).

이 아닐까. 그렇지 않고서야 어떻게 자연 발생했다는 조선의 신관습이, 그것도 가장 보수성이 강한 친족상속 관련 부분에서 일본 민법의 내용과 일치할 수 있을까. 또한 조선총독부는 異化정책인 관습의 成文法化를, 본국정부는 法制一元化를 각각 추구했다는 견해 또한 납득하기 어렵다. 왜냐하면 조선총독부의 판례지침이 일본 민법과의 조화를 항상 염두에 두고 있었기 때문이다. 뿐만 아니라 관습의 성문화는 조선인을 일본 국민으로 편입시키려는 일본의 정책과는 전면 충돌하기 때문이다. 따라서 본국 정부의 法制一元化와 조선총독부의 慣習의 法制化를 대립의 관점에 놓고 보거나, 서로 다른 정책이었다는 해석에는 다소 의문이 간다.

앞의 두 연구에 문제를 제기하면서, 다른 관점에서 이 문제를 접근한 연구가 있다.⁹⁾ 양현아와 심희기의 연구가 그것이다. 양현아는 당시의 관습은 일본가족제도와 법체계에 맞추어 분류되고 정리된 후 의미가 부여된 것으로, 이는 조선총독부가 ‘한국의 관습’이라는 기호에 의존함으로써 그러한 제도를 한국의 것으로 부착, 조선 사회 내부의 것인 양 내재화시키는 정치적 담론을 이용했다는 것이다. 심희기는 식민지관습법의 형성이라는 視點에서 논의를 전개하고 있다. 그에 의하면, 당시의 관습은 조선사회와 전혀 동떨어진 관습이 아니라는 점에서 조선인의 관습, 관습법이라는 성격을 지니고 있지만, 궁극적으로는 식민지 권력이 유도하는 방향으로 조절·통제되고 있었다는 측면에서 순수하게 자연스러운 관습은 아니었다는 것이다. 필자도 여기에 견해를 같이한다. 다만 양현아의 경우는 재산상속 문제, 심희기는 서자의 제사상속권 문제에 각각 국한되어 있다. 때문에 친족과 관련된 관습이 일본 민법의 방향으로 유도되는 측면이 나타나 있지 않다.

이에 본 연구에서는 친족에 대한 관습법은 어떠한 방식으로 운용되었으며, 그것이 작동되는 원리는 무엇이었는지를 알아볼 것이다.¹⁰⁾ 관습법 하에서 친족법에 대한 법제일원화 원칙은 어떻게 관철되고 있었는지를 구체적 사례를 통해 추적할 것이다. 특히 민사령 개정 당시 일본민법의 적용 대상이 된 혼인연령 이혼 양자연

9) 양현아, 「식민지시기 한국가족법의 관습문제 I」, 『사회와 역사』, 58집(한국사회사학회, 2000); 심희기, 「일제강점 초기 ‘식민지 관습법’의 형성」, 『법사학연구』, 28집(한국법사학회, 2003).

10) 일본이 관습의 통일을 조선 통치에 있어서 중요한 관건으로 보고 있었으며, 이를 위해서는 친족·상속법의 통일이 중요했다. 여기에서는 지면 관계상 구체적으로 언급하지 못하였으므로 홍양희, 「조선총독부의 가족정책 연구: ‘家’제도와 家庭 이데올로기를 중심으로(한양대 박사논문, 2005)를 참조

조, 이연체도가 조선에 침투하는 과정을 살펴보려고 한다.¹¹⁾ 먼저 『관습조사보고서』에 나타난 관습인식과 그것이 법원의 판결에 어떠한 작용을 하였는지를 고찰할 것이다. 이를 통해 조선총독부가 친족 관습에 대해 관습법을 채택한 이유는 조선의 사실상의 관습을 인정하려는 의도라기보다는 관습의 창출,¹²⁾ 즉 조선의 다양한 가족 관습을 일본의 가족 관습으로 전환하기 위한 도구로 활용하려는데 있었음을 보여주하고자 한다.

II. 親族慣習의 民法 依用 過程

1. 婚姻關係의 成立과 解消

1) 婚姻年齡

혼인과 관련된 사항 중 조선의 관습이 문제가 된 것은 혼인연령에 관한 것이었다. 통감부 시절 조선정부는 이미 조선의 조혼에 대한 폐해를 지적하고 혼인연령을 정한 바 있다.¹³⁾ 그러나 『慣習調査報告書』는 조혼을 조선의 弊習이라고 하였지만, 일반적인 관습으로 인식하였다. “고래 조혼의 폐습이 있어 여자 12, 3 세에 시

11) 친족법 중 이러한 항목들에 초점을 맞춘 이유는 다음과 같다. 이 항목들은 조선인의 신분변동과 관련된 것들로서 제2차, 3차 조선민사령 개정 당시에 일본 민법의 적용대상이 된 것들로서 그 이전에 관습법 시행의 실패가 가장 적나라하게 드러나는 지점이기 때문이다.

12) 여기에서 ‘創出’이라는 용어는 홉스봄(Eric Hobsbawm)의 전통의 창출(Inventing traditions)에서 빌려왔다. 그에 의하면 전통이라는 것은 유럽사회가 근대화하는 과정에서 과거와의 관련성을 특징으로 만들어진 형식화와 의례화의 작용이다. 즉 전통이란 일반 대중의 기억 속에 실제로 보존되었던 것이기보다는 근대국가가 선택하고 서술하고 묘사하여 대중화시켜 제도화한 것이라는 것이다. 이러한 맥락에서 식민지의 관습의 의미를 추적한 레인저(Terence Ranger)에 따르면 아프리카의 관습과 관련이 있다고 믿었던 관습법, 관습적인 토지권, 관습적인 통치구조들은 사실상 모두 식민지 법제화에 의해 창출된 것이라고 한다(Hobsbawm, Eric and Terence Ranger ed., *The Invention of Tradition*, Cambridge University Press, 1985).

13) 許婚年齡을 定하는 件(隆熙元年 8月 14 詔勅): “輒近 早婚의 弊가 國民의 病源이 莫甚故로 前年 禁令이 有히 迄未實施호니 豈非有司之過리오 今에 維新의 秋를 際호야 風俗을 改良함이 最是急務라 不容不參古酌今호야 男年滿十七女年滿十五以上으로 始許嫁娶호야 懷遵無違케 호라. 細谷定 『日鮮對照 朝鮮民籍要覽』(斯道館, 1915), 274 쪽 인용

집가고 남자 10세 전후에 장가는 것이 적지 않다 또 대부분의 지방에서는 여자가 남자보다 2~5세 연장인 것이 상례인 듯하다”¹⁴⁾는 것이다. 나아가 1911년 8월 21일자 고등법원 판결은 조혼자의 혼인을 인정하였다¹⁵⁾

그러나 조혼을 관습으로 인정한 판례는 얼마가지 않아 조선총독부에 의해 무효가 되었다. 왜냐하면 조혼자의 혼인에 대해서는 행정적인 수단을 이용하여 제재를 가하였기 때문이다. 즉 조혼자의 민적등재를 거부한 것이 바로 그것이다. 병합 초기 민적 사무를 담당하고 있던 경무과장 통첩인 ‘許婚年齡에 達치못혼者의 婚姻申告處理件’(1912년 6월 28일), ‘早婚者의 民籍處理의 件’(1913년 1월 15일)은 조혼을 법적으로 인정치 않았던 것이다.

○ 許婚年齡에 達치못혼者의 婚姻申告處理件(1912. 6. 28. 警發 241號 警務課長通牒)

五月三十日發行警務彙報 第二五號質議解答蘭質議第五七號에 對혼 解答但書中 早婚禁止에 關혼 隆熙元年八月勅諭는 效力이 無혼旨로 記載혼얏스나 民籍上의 處理에는 該勅諭 所定年齡에 未達혼者의 婚姻申告는 此를 受理치아니혼기로 決定혼얏기 茲以通牒혼오니 照亮爲要¹⁶⁾

○ 早婚者의 民籍處理의 件(1913. 1. 15. 警改第二六六號 警務課長通牒)

1. 相當年齡에 達혼기까지는 同居人으로 處理혼고 入籍의 節次를 不爲혼 事
2. 出生兒가 有혼時는 此를 庶子로 申告케혼 事¹⁷⁾

위의 통첩의 내용은 통감부 시절 공포한 조치에 따라 일정한 연령에 도달하지 않은 자의 혼인신고는 수리할 수 없고, 따라서 혼인연령에 도달하지 못한자들 사이에서 아이가 태어나도 혼인외자인 서자로 신고할 수밖에 없다는 것이다. 일정 연령은 남자 만17세, 여자 만15세였다. 이는 일본의 민법 제765조의 규정이기도 하였다.¹⁸⁾ 그리고 민적사무를 경찰관서에서 일반행정기관으로 이양한 후 발한

14) 鄭肯植 譯, 『國譯慣習調査報告書』(한국법제연구원 1992), 341 쪽

15) 1911년 8월 21일 판결, 판결록 형 1권 161 항.

16) 細谷定, 앞의 책, 274 쪽.

17) 위의 책, 275 쪽.

18) 馬長社, 『朝鮮親族相續慣習法綜覽』(大阪屋號書店 1926), 120 쪽

1915년 8월 7일 관통첩 제240호 ‘民籍事務取扱에 關한 件 은 조혼을 법적 혼인으로 인정할 수 없음을 분명히 했다 ‘혼인에 관한 사항’ 중 제1항에 “남17세 미만 여15세 미만인 자의 혼인신고는 이를 수리치 말 것”¹⁹⁾이라고 명문화시켰기 때문이다.

이후 1915년 강원도장관의 질의에 대한 사법부장관의 회답은 조혼이 법적인 불이익을 가져올 수 있다는 것을 보여주는 중요한 사례이다.²⁰⁾ 이 회답은 강원도장관이 ‘혼인식을 거행한 남녀 사이에 생긴 자는 적출자의 신분을 취득하여야 함에도 불구하고 혼인연령에 달하지 아니하였기 때문에 신고를 못하였다가 부부 사이에 一人이 사망하였기에 혼인신고를 하지 못함과 동시에 종래 庶子로서 등록된 자를 嫡出子의 身分으로 정정할 길이 없어 相續 및 그 외의 財産上의 분쟁을 養生할 우려가 있는데 어떻게 취급해야하는가’라는 조회에 대한 것이다. 여기에 사법부장관은 관통첩 240호에 따라 “적출자로 개정할 길이 없다”고 하여 서자로 취급해야 함을 명시하였다. 즉 조혼의 경우, 혼인 연령에 달하기 전에 부부 한쪽이 사망하면 그들의 자식은 혼외 출생자로 인정되어, 영원히 서자로 취급받아야만 했다 뿐만 아니라 그로 인해 재산상의 불이익을 받을 수도 있었던 것이다.

조혼자의 민적등재를 허락치 않음으로써 조혼을 교정코자 하는 조선총독부의 노력은 어느 정도 성과를 거두었다. 조혼자의 민적 등재를 거부하고, 그들 사이에 태어난 자식을 서자 취급함으로써 법적 체재를 가한 셈이 되었고, 따라서 이러한 체재 조치는 어느 정도 효과가 있었다. 조혼이 점차 감소하는 추세를 보여 주었기 때문이다. 실제로 1912년 전체 결혼총수 12만 1993건 중 처의 연령이 15세 미만인 자가 2만 1564명으로 전체 총수의 17.6%에 달하고 있다. 그 3년 후인 1915년에는 결혼총수 17만 1066건 중 처의 연령이 15세 미만인 것이 1만 1664명으로 전체총수의 6.8%를 차지해, 현격한 감소를 보이고 있다.²¹⁾ 평안남도청 역시 ‘당국의 지도와 기독교의 감화에 힘입어 조혼자가 점차 감소하고, 또 민적취급에서 일정한 연령에 달하지 않은 결혼을 공인하지 않아 조혼 교정에 힘이 있게 되었다’²²⁾

19) 「民籍事務取扱에 關한 件」, 官通牒 제240호(1915. 8. 7.)

20) 「民籍事務取扱에 關한 件」, 法 제188호(1915. 10. 12.) 江原道長官宛 : 1915년 9월 10日附 地 第 1377호로써 首題의 件 照會의 趣旨 男17歲 未滿 女15歲 未滿인 者 사이에 생긴 庶子는 그 父母가 右 年齡에 달하기 전 사망할 경우에 있어서는 嫡出子로 개정할 길이 없다고 사료하니 이에 回答함. : 朝鮮總督府, 『民籍例規集』(1917), 57 쪽

21) 善生永助, 「朝鮮의 結婚離婚趨勢」, 『朝鮮』, 1월호(1928), 55~56 쪽

는 보고를 하고 있다.

그렇다고 하여 조선의 조혼이 완전히 없어진 것은 아니었다. 1921년 8월 舊慣及制度調査委員會決議는 혼인연령에 달하지 않은 자의 혼인, 즉 조혼이 아직껏 개정되지 않고 있다는 조사결과를 보고하고 있다.²³⁾ 그럼에도 불구하고 조혼을 불허한다는 조선총독부의 입장은 더욱 강화되어 갔다. 1921년 12월 15일 열린 제3회 중추원회의의 결정이 그것을 보여 준다. 水野議長, 李副議長, 顧問 4명, 參議 60명이 출석한 가운데 諮問案 第1案으로 제시된 ‘남자는 만17세, 여자는 만15세에 이르지 않으면 혼인할 수 없다는 규정을 둘 것’이란 조항은 심의 결과, 전원일치로 가결되었던 것이다.²⁴⁾ 그리고 이러한 중추원의 결정은 1922년 조선민사령 개정시 혼인연령의 민법 의용으로 이어졌다. 이렇듯 조선총독부는 일본 민법을 의용하기 이전부터 조혼을 인정할 수 없다는 일관된 입장을 보여 왔다. 나아가 민적등재의 거부라는 법적인 제재를 통해 관습의 변화를 유도하고 있었던 것이다.

2) 離婚

조선총독부의 사법관료들은 조선에는 일본 민법상의 이혼 관습 자체가 존재하지 않고, 오직 이혼을 금하는 관습만 있다고 판단했다 『관습조사보고서』의 기록에 따르면 그 이유는 다음과 같다. 첫째, ‘妻七出 三不去’ 제도가 부부간의 합의를 원천적으로 봉쇄하고 있기 때문이다. 妻七出에 해당되면 남성 일방의 결정으로 처를 쫓아 낼 수 있었다. 반면 三不去의 사유가 있으면 妻七出의 명분이 있을지라도 남성은 처를 버릴 수 없었다. 둘째, 국가가 혼인 양 당사자의 의사에 상관없이 강제로 부부를 이혼시킬 수 있었기 때문이다. 義絶이 바로 그것이다. 의절 사유는 ‘夫가 妻의 부모 등의 친족을 구타하거나 살해하는 경우, 妻가 夫의 부모 등의 친족을 구타 욕설 살상하는 등의 경우, 夫나 妻가 각자의 친족과 간통하는 경우, 夫妻가 서로 살해하려는 경우’²⁵⁾ 등으로, 綱常의 윤리를 위반한 경우였다

이처럼 남성 일방의 결정에 의해서만 혼인을 해제할 수 있거나, 국가가 그것을

22) 平安南道廳調査, 「風俗變遷の狀況」, 『朝鮮彙報』, 2월호(1917), 199쪽

23) 「舊慣及制度調査委員會決議(婚姻에 관한 事項, 1921년 8월 6일 및 17)」, 12~13쪽. 이 내용은 朝鮮總督府中樞院, 『民事慣習回答彙集』(1933)에 실려있다.

24) 朝鮮總督府中樞院, 『朝鮮舊慣制度調査事業概要』(1938), 180~181쪽

25) 鄭肯植 譯, 앞의 책, 355~356쪽.

강제할 수 있는 시스템 속에서는 협의이혼 제도는 생길 수조차 없었다. 그리고 논리적 귀결로서 재판상의 이혼제도도 있을 수 없었다. 재판상의 이혼은 당사자 간의 협의가 실패했을 때, 비로소 국가의 개입을 요청할 수 있는 제도였기 때문이다. “이혼은 혼인의 해제라 종래의 관습으로 이혼은 금하였다”²⁶⁾는 당시 조선의 民籍課長이었던 細谷定の 설명은 이를 지적한 것이다.

그러나 당시 조선총독부는 이혼을 금하지 않았을 뿐만 아니라, 처음부터 일본 민법상의 이혼을 제도적으로 용인하였다. 이혼을 협의이혼과 재판상의 이혼으로 분류하고, 그에 따라 시행했기 때문이다. “이혼에는 協議上離婚 및 裁判上離婚의 2종으로 나눌 수 있으니 전자는 쌍방의 협의에 의하여 원만히 혼인관계를 解除하는 것이요 후자는 그 協議不調하여 公力(裁判)에 의뢰하여 그 판결에 의해 혼인관계를 해제하는 것이라”²⁷⁾는 민사과장의 설명은 그것을 보여준다. 1914년 3월 11일 경성지방법원장의 문의에 대한 4월 9일 정무총감의 “조선에 있어서는 협의이혼을 인정하는 관습이 존재하지 않고 따라서 협의이혼에 부모의 동의를 요하는지 아닌지에 대해서도 하등의 관습을 볼 수 없다”²⁸⁾ 회답을 하였다.²⁹⁾ 이는 다음 두 가지의 의미를 내포하고 있다. 하나는 조선의 관습에 대한 인식이다. 즉 조선에는 협의이혼의 관습이 없다. 다른 하나는 그럼에도 불구하고 협의이혼을 제도적으로 용인한다는 것이다. 따라서 관습법을 적용한다고 하였을지라도, 조선총독부와 법원은 그들이 인식한 조선의 관습과 달리 일본 민법상의 제도를 시행하고 있었던 것이다.

재판상의 이혼 또한 제도적으로 용인되고 있었으며, 이혼 사유 역시 1922년 민사령 개정 이전부터 민법을 의용해 왔다. 구관조사위원회의 심사서에 게재된 1908년부터 1921년 사이의 이혼사유는 민법의 그것을 의용하고 있었다는 점을 보여준다.³⁰⁾ 그리고 조선총독부의 기관지인 『朝鮮』에 실린 기사는 법원에서 민법에 따

26) 細谷定, 앞의 책, 70~71쪽.

27) 위의 글.

28) 「協議離婚에 관한 件」 1914년 3월 11일 경성지방법원장조회에 대한 동년 4월 9일 참 제4호 정무총감의 회답(朝鮮總督府中樞院, 앞의 책(1933), 177~178쪽).

29) 이 점은 다음 해 정무총감의 회답으로 명확히 되었다. 1915년 4월 6일 경성 覆審法院 민사 제1부 재판장의 조회에 대해 4월 19일 정무총감은 ‘협의이혼에는 夫의 부모의 동의를 요하고 妻의 부모의 동의를 요하지 않는다’는 요지의 회답을 보냈기 때문이다. 「협의이혼에 관한 건」, 1915년 4월 6일 京城覆審法院 민사 제1부 재판장 조회에 대한 동년 4월 19일 참 제31호 정무총감 회답(위의 책, 228쪽).

라 재판을 진행하고 있었다는 것을 밝히고 있다. 즉 “이혼을 해야만 하는 경우에는 민법 813조에 이것이 규정되어 (중략) 조선에 있어서는 이러한 규정이 없으므로 (중략) 民法의 규정은 본디부터 이혼의 원인이라는 것을 막지 않아 재판소에서 역시 현재 이것을 인용해 왔다”³¹⁾는 것이다. 다음의 <표 1> 역시 그것을 보여준다. 이 표는 조선민사령 개정안의 참고자료로 舊慣調査委員會의 審査書에 수록된 것을 근거로 하여, 1908년부터 1921년까지 14년간의 이혼유형을 도표화한 것이다.³²⁾

뿐만 아니라 재판부는 판례로서 일본 민법 의용을 확인하였다. 특히 주목되는 판례는 다음과 같았다. 처도 남편의 직계존속인 시부모로부터 학대나 모욕을 이유로, 재판상의 이혼을 청구할 수 있다는 것이다 또한 처가 간통했는지라도 남편에 의한 구타 행위는 상해죄로 처벌하고 있다는 것이다. 그리고 夫가 처의 實母를 구타했을 때 처는 이혼을 청구할 수 있다고 했다.³³⁾ 이러한 판례들은 전통사회에서

30) 당시 일본 민법 813조는 재판상의 이혼이 성립될 수 있는 원인에 관해 다음과 같이 규정하고 있다. 민법 813조 부부 일방은 아래의 경우에 한해 이혼의 소를 제기할 수 있다. 1. 배우자가 중혼을 했을 때, 2. 처가 간통을 했을 때, 3. 부가 간음죄로 인해 형에 처해졌을 때, 4. 배우자가 위조, 賄賂, 猥褻, 절도, 강도, 사기취재 贓物에 관한 죄 혹은 형법 제75 조 제60 조에 기재된 죄로 인해 경죄 이상의 형에 처해지고 또는 그 외의 죄로 인해 중금고 3년 이상의 형에 처해졌을 때 5. 배우자로부터 동거를 감당하지 못할 학대 또는 중대한 모욕을 받았을 때, 6. 배우자로부터 악의로서 유기 당하였을 때, 7. 배우자의 직계존속으로부터 학대 또는 중대한 모욕을 받았을 때, 8. 배우자가 자기의 직계존속에 대해 학대를 하고 또는 중대한 모욕을 가했을 때, 9. 배우자의 생사가 3년 이상 분명하지 않을 때, 10. 서양자연조의 경우에 있어서 이연하였을 때 또는 양자가 가녀와 혼인을 했을 경우에 있어서는 연조의 취소가 있었을 때(馬長社, 앞의 책, 188~ 189쪽).

31) 司法府法務課, 『朝鮮人間の離婚訴訟』, 『朝鮮彙報』, 2월호(1918), 114쪽.

32) 善生永助, 『朝鮮의結婚離婚趨勢』, 『朝鮮』, 1월호(1928), 53~54 쪽

33) 고등법원 1915년 7월 6일 판결, 판결록 3권 215 항 조선인 사이에 있어서도 夫가 처의 實母를 구타하여 부상시키는 등의 행위가 있고 학대를 가하는 때는 妻는 이것을 이유로 夫에 대해 이혼을 청구할 수 있는 것으로 한다, 고등법원 1917년 10월 23일 판결, 판결록 4 권 873 항 처로서 夫에 대해 不謹慎의 행위가 있을 때는 그 행위 내용 여하로 인해 혹은 이혼의 원인으로 되어야만 하는 경우가 있는 것으로 한다, 고등법원 1917년 10월 23일 판결, 판결록 4권873항: 妻가 그 夫의 가를 나온 사실이 이후 夫와 同棲하지 않고 다시 귀가하지 않은 결의에 기반할 때는 惡意의 遺棄인 것일지라도 그 결의를 인정하지 않는 경우에 있어서 단지 出家의 사실로써 惡意의 遺棄로 해야만 하는 것은 아니다, 고등법원 1921년 12월 23일 판결, 판결록 8권 597항: 조선인 사이에 있어서 夫妻의 일방이 배우자의 直系尊屬으로부터 虐待를 받고 또는 重大한 侮辱를 받을 때는 이것을 이유로 다른 일방에 대해 이혼을 청구할 수 있는 慣習으로서 중령 妻가 姦通을 했을 때라도 이것을 緝하는데 수시간 制縛하여 극도의 자유를 구속하고 또 신체에 傷害를 가하는 것

불허되었던 여성의 이혼 청구권을 인정했을 뿐만 아니라, 용인되었던 시부모나 남편의 폭력행위를 처벌했다는 점에서 매우 중요한 의미를 지닌 것들이다.

<표 1> 離婚原因種別件數(1908~1921)

原因	件數	原因	件數
重婚	39	精神病	13
妻의 姦通	37	癲病	10
夫의 姦淫罪	5	交接不能	39
破廉恥罪	363	性行不良	39
虐待侮辱	1,188	盜癖	6
惡意遺棄	471	貧困	14
直系尊屬으로부터 虐待侮辱	41	氣質不合	4
直系尊屬에 대한 虐待侮辱	103	破廉恥罪 以外の 犯罪	6
生死不明	253	妻의 實女와 姦淫	1
夫가 刑事被告人으로 拘留	2	夫의 僻地移住에 同行 안함	1
夫의 不具 또는 病氣	11	姦通罪懲役滿期出獄에 夫迎안함	1
婚姻申告提出안함	2	連子의 婚嫁를 夫願안함	1
合計	2,650		

이렇게 본다면 재판상 이혼제도는 일본 민법을 모델로 하여 재판소에서 ‘創設的 判決’을 통해 정착시킨 것으로 볼 수 있다.³⁴⁾ 野村調太郎은 재판상의 이혼이 판례를 통해 관습법의 지위를 획득한 후 성문법으로 정착되는 과정을 다음과 같이 설명했다. 조선에는 처에 의한 이혼이 절대로 불가능했던 습속이 존재하고 있었다 그러나 혼인관계는 “事體가 重하고 急한 것”이기 때문에 사법제도의 정비와 더불어 종전에 억압받아 온 부녀는 민법의 규정에 준거하여, 재판소에 이혼을 요구할 수 있게 되었다. 그리고 재판소 역시 人道條理와 公평의 원칙에 따라, ‘창설적 판

과 같은 것은 허락하지 않는 바로써 진실로 이러한 행위가 있는 이상 妻는 이것을 이유로 이혼을 청구할 수 있고 이같은 경우에 있어서 姦通의 사실 유무와 같은 것은 이것을 심사 확정하기를 요하지 않는다(馬長社, 앞의 책 190~191 쪽).

34) 創設的 判決은 民事訴訟法上, 法律關係의 設定·變更·消滅을 宣告하는 判決로, 形成判決이라고도 한다. 創設判決이 가지는 法律關係 變更의 效果를 形成力·創設力이라고 한다. 金曾漢 編 『法律學辭典』(法文社, 1966), 1098~1099 쪽

결'로써 이혼의 선언을 해왔다. 이후 夫로부터 이혼하려는 경우 재판소에 청구하기에 이르렀다. 그리하여 협의 이혼과 재판상 이혼 외의 이혼은 흔적이 끊겼다. 즉 1921년의 민사령 개정 전에, 이미 법원을 통해 재판상의 이혼이 하나의 관행이요, 제도로써 확립되기에 이르렀다. 1922년의 민사령 개정은 재판상의 이혼을 성문화한 것에 불과하다는 설명이었다.³⁵⁾

이렇듯 조선총독부는 그들이 판단한 조선의 관습과 달리 조선에 일본 민법에 규정된 이혼 유형과 절차를 제도적으로 시행하고 있었다. 이러한 과정을 거쳐, 중추원회의에서는 재판상의 이혼의 경우, 민법을 적용한다는 결정을 내리고 있다. 전술한 제3회 중추원회의가 바로 그것이다. 이 회의에서 諮問案 2. ‘夫婦는 그 協議로써, 이혼을 할 수 있고, 또 民法 제813조의 原因이 있는 경우에 한 해, 그 一方으로부터 이혼의 訴를 제기할 수 있으며 裁判所에 의해 離婚하는 規定을 둘 것'으로 채택되어, 1921년 8월 16일, 대다수의 찬성으로 原案을 可決하였던 것이다.³⁶⁾ 이러한 중추원의 결정은 바로 제2차 조선민사령 개정에서 그 모습을 드러내, 재판상이혼이 민법의 적용대상으로 되었던 것이다

<표 2> 朝鮮人の 離婚類型別 離婚件數³⁷⁾

年次 區別	1908	1909	1910	1911	1912	1913	1914	1915	1916	計
協議離婚	불명	불명	3,869	5,596	9,019	9,871	8,918	7,915	9,668	54,856
夫가 提起한 裁判上の 離婚			1	1	2	3	3	7	9	26
妻가 提起한 裁判上の 離婚		1	9	24	37	41	55	73	84	324
計	불명	불명	3,879	5,621	9,058	9,915	8,976	7,995	9,781	55,205

동시에 조선인들은 일본 민법에 의거한 이혼제도에 의해 이혼을 하고 있었다. 위의 표는 1908년부터 1916년까지 조선에서 이루어진 이혼을 유형화시킨 통계이다. 당시 이혼은 협의이혼이 대다수를 차지하며, 점차 증가 일로에 있고, 재판상의

35) 野村調太郎, 「朝鮮家族制度の推移」, 『朝鮮』, 제296호(1940), 32~33쪽

36) 朝鮮總督府中樞院, 앞의 책(1938), 180~181쪽

37) 司法府法務課, 「朝鮮人間の離婚訴訟」, 『朝鮮彙報』, 2월호(1918), 112쪽.

이혼도 증가하고 있다는 것을 보여준다. 협의이혼은 1910년부터 1912년까지의 3년간은 전년도에 비해 상당한 증가추세를 보이고, 그 후에는 약간의 변동만 있을 뿐이다. 재판상의 이혼은 많지는 않지만, 여성이 제기하는 이혼건수가 꾸준한 증가를 보이고 있다. 한마디로 위의 표는 일본이 시행하고 있던 이혼제도가 조선에 서서히 정착되어 가고 있음과 아울러 여성에게 더 큰 영향을 미치고 있음을 보여준다.

그렇다면, 조선에 이혼이 증가하고 있는 현실을 어떻게 받아들여야 할까 과연 존재하지 않던 이혼 관습이 자체적인 변화를 이루고, 조선총독부가 그 변화를 받아들임으로써 민사령의 개정이 이루어진 것일까. 조선에서 실제로 이혼하는 경우가 없었던 것은 아니었을 것이다. 다만 그것이 사회에 전면화되지 않고 실생활에서 암묵적으로 이루어지는 것이 일반적이었을 것으로 보인다. 그것이 夫에 의해 일방적으로 버려지는 것이든, 단지 도망을 가는 것이든, 다양한 형태로 이루어졌을 것이다. 따라서 일제시기 이혼의 제도적 허용은 그 동안 조선사회에서 다양한 방식으로 일어나고 있던 이혼 관행을 일본의 민법에 맞추어 분류, 제도화한 것이었다.

그리고 이혼의 제도적 허용은 이혼의 증가라는 사회적 현상을 수반하였다. 그것은 다음 두 가지 점에서 비롯된 것으로 보인다. 하나는 이혼이 법이라는 제도를 통해 사회적으로 표면화되기 시작했다는 것이다. 즉 그 동안 은폐됨으로써 사회적으로 포착되고 계량화되지 않았을 뿐, 존재해왔던 사실상의 이혼 상태에 대한 법적 확인이 이혼의 증가라는 현상으로 드러났다고 볼 수 있다. 다른 하나는 그동안 사회적으로도 금기시 되었던 이혼이 법제적으로 가능해 짐으로써, 그것을 활용하는 자도 당연히 생겨났다. 특히 재판상의 이혼의 경우 여성의 청구건수가 남성의 그것보다 많을 뿐만 아니라 지속적으로 증가했다는 것이 그 증거이다. 처가 시부모나 남편으로부터 학대를 받는 것은 당연하지는 않더라도 감내해야 되는 것으로 여겨지던 사회적 분위기에서, 그들의 학대가 이혼의 사유가 될 수 있다는 제도 자체는 학대받는 여성들에게는 그 금기를 깰 수 있는 수단이었다는 것이다.

이러한 측면에서 이혼의 제도적 허용은 은폐되어 있던 이혼과 잠재되어 있던 이혼 가능성을 사회화시키는 과정이었다. 이혼 제도가 마련됨으로써 그 동안 조선인의 도덕적 금기로서 이혼에 대한 관념을 바꾸어 놓았던 측면이 있다. 즉 이혼제도는 이혼에 대한 조선인들의 잠재적 욕구를 깨우고 행동화하는 장치로 작용했다는 것이다. 이를테면 남편의 학대는 이전에는 감내하고 살아야 하는 사회적 도덕

이었지만, 학대가 이혼의 정당한 법적 사유로 명시됨으로써 그것을 이유로 이혼을 청구할 수 있게 의식구조가 바뀌었다는 것이다. 이렇듯 법적 이혼 사유를 명시해 줌으로써 이혼이 가능하다는 점을 인식시켜 주었다는 점에서 조선의 이혼은 자생적으로 변화해 온 결과물이라기보다는 이혼의 법제화를 통해 위로부터 만들어진 관습이라고 할 수 있다. 이혼제도를 관습의 법제화가 아니라 법제화를 통한 관습의 창출로 보아야 하는 이유가 여기에 있다.

2. 養子關係의 成立과 解消

1) 養子緣組

일제시기 양자연조와 이연 역시 관습을 일원화하고 일본 민법을 의용할 수 있는 방향으로 전개되었다. 양자연조에서 가장 문제가 되었던 사안은 庶子が 있음에도 불구하고 養子를 들일 경우에 대한 규정이었다. 이는 서자에게 가계를 계승한다는 의미인 祭祀奉祀權이 있는가의 여부였다. 그것이 있다면 양자연조를 할 필요가 없으며, 없다면 양자연조를 통한 가계계승을 해야만 했기 때문이다. 이 경우, 일본의 관습 조사관들이 양자연조에 관한 관습으로 파악한 것은 다음 두 가지였다. 하나가 조선시대의 법전류에 나타나는 양자에 관한 규정이다 『慣習調査報告書』에는 『經國大典』禮典 立後條와 1894년 의안 ‘率養하는 舊典을 申明하는 件’, 『刑法大全』 제582조를 근거로, “入養을 함에는 嫡子が 없을 뿐만 아니라 庶子도 없을 것을 요한다”고 기술하고 있다.³⁸⁾

다른 하나는 유교적 습속에 의한 관행이다. 병합 초기에는 서자가 있는 경우에도 적자가 없으면, 양자를 삼아 제사승계를 하는 것도 관습으로 인정했다. 1912년 10월 8일 경성복심법원의 조회와 1914년 2월 6일 광주지방법원장목포지청판사의 조회에 대한 정무총감의 답변, 즉 ‘종전에 있어서는 서자가 있을지라도 양자를 인정하고 있다’는 회답은 그것을 보여주고 있다.³⁹⁾ 정무총감의 회답은 고등법원의 판결에도 그대로 반영되었다.

38) 鄭肯植 編譯, 앞의 책(2000), 330 쪽

39) 京城覆審法院 照會에 대한 1912년 10월 8일 정무총감 回答 光州地方法院장목포지청판사 조회에 대한 1914년 2월 6일 정무총감 회답(馬場社, 앞의 책 223~224 쪽).

大典會通 禮典 立後條에 嫡妾俱無子者告官立同宗支子爲後로 있고 그 補文에 私自立後者論罪云云이라고 있을지라도 右 規定은 實際로 행해지지 않고 그리고 嫡子가 없는 경우에 庶子가 있을지라도 禮斜를 받아 養子를 하는 것을 막지 않는 것은 庶人和 宗親 國戚을 不問하고 朝鮮의 慣習이다.⁴⁰⁾

朝鮮人 사이에는 戶主人 被相續人에 그 庶出인 男子가 있는 경우일지라도 他로부터 養子를 하고 또 그 養子는 相續에 嫡出의 男子와 同一한 權利를 가지는 慣習이 존재한다.⁴¹⁾

1913년 5월, 1915년 1월 고등법원은 『대전회통』의 규정은 실제로는 시행되지 않았고, 서자가 있는 경우에도 양자를 선정하는 것이 조선의 관습이기 때문에 양자는 양친의 적출자와 동일한 권리를 가진다는 판결을 하였다. 그리고 이는 종친이나 양반 뿐만 아니라 일반 민들의 관습이라고 일반화하고 있다. 즉 서자가 있는 경우에는 양자를 두지 않는 것이 기본 원칙이지만, 조선에서는 서자를 천시하는 경향으로 인해 서자가 있는 경우에도 양자를 두었기 때문에 그것에도 관습법적 효력을 부여해야 한다는 것이다. 그리하여 1915년 초까지 서자가 있을 경우에는 양자를 두지 않을 수도 있지만, 양자를 두는 것도 금지하지 않아, 두 경우 모두 법적인 인정을 받았다.⁴²⁾

그러나 이 두 가지 경우 모두에게 관습법적인 효력을 부여하는 것은 다음과 같은 문제를 유발할 수 있었다. 첫째, 재산권분쟁을 유발할 가능성이 많았다. 養子緣組는 호주상속과 연관되는 문제이다. 호주상속은 반드시 재산상속을 수반하는 것이기 때문에, 이는 그 가의 재산권의 문제이기도 하였던 것이다. 둘째 다양한 관습을 인정하는 것은 조선총독부의 국가통합 전략에도 배치되는 것이었다. 왜냐하면 근대국가의 특성상 관습의 일원화는 국가적 통합력을 발휘하는데 핵심적인 역

40) 고등법원 1913년 5월20일 판결, 판결록 2권 200항.

41) 고등법원 1915년 1월29일 판결, 판결록 3권 9항.

42) 사실상 朝鮮後期 庶孽許通論을 연구한 裴在弘에 의하면, 조선후기에 적자는 없고 첩자만 있을 때 가계계승의 유형은 첫째, 첩자로 承嫡奉祀하는 경우, 둘째, 養子를 하는 경우 셋째 次子로 承重케하고 자기는 妾子와 별도로 一宗을 이루는 경우, 등 세 가지 유형이 존재하였다. 이 가운데 어느 것을 택하느냐는 오직 家長과 門中의 결정에 달려 있었다(배재홍 「朝鮮後期 庶孽許通과 身分地位의 變動」(경북대 박사논문, 1994), 229~253쪽).

할을 하기 때문이다. 따라서 조선의 관습은 일원화하되, 일본 민법과 배치되지 않는 방향으로 고칠 필요가 있었던 것이다.

이러한 문제는 1915년 8월 7일 관통첩 240호 ‘民籍事務取扱에 關한 件’으로 해결되었다.⁴³⁾ 제10항에서 ‘養子에 關한 事項 에는 ‘養子를 얻어야만 하는 者는 戶主와 家族을 불문하고 既婚의 男子 중 實子孫(男)이 無한 者에 限한다 고 규정함으로써 서자가 있을 경우에 양자입양을 부정했기 때문이다. 관통첩 240호를 근거로 하여 관습의 일원화는 ‘庶子男이 있는 者는 養子를 얻을 수 없다 는 방향으로 일관되게 추진되었다.

1917년 3월 3일 경상북도지사 조회에 대해 사법부장관은 “庶子男이 있는 戶主死亡의 경우는 該庶子男에게 戶主로 되게 하고 養子 申告는 수리하지 않는다”고 회답했으며,⁴⁴⁾ 이어 1917년 11월 7일 고등법원은 이를 판결로써 재차 확인하였다. “從來 一部 社會 특히 名門勢家の 사이에 있어 庶出의 男子가 있음에도 불구하고 被相續人 死亡 後 그 遺妻 등이 바로 他로부터 養子를 삼아 이로써 家督을 상속시키는 사례가 없지 않으나 이것은 名門勢家 各자의 一介의 專斷行爲에 불과하고 慣習의인 效力을 가지는 것은 아니다”는 것이다.⁴⁵⁾ 1923년 7월 19일 경성지방법원장 조회에 대한 같은 해 8월 23일 법무국장의 회답⁴⁶⁾ 역시 같은 원칙을 천명하고 있다.

여기에서 특히 주목되는 것은 1917년 고등법원의 관습에 대한 인식이다 즉 서자가 있음에도 불구하고 양자를 들여 가계를 계승하는 것은 ‘名門勢家の 專斷行爲’라는 것이다. 이는 위에서 서술한 1913년의 ‘庶人과 宗親 國戚을 불문한 朝鮮의 慣習’,⁴⁷⁾ 1915년의 ‘庶子가 있어도 養子는 嫡子와 同一한 權利를 가지는 것이 慣習’이라는 관습인식과는 전면 배치되는 것이었다. 과연 고등법원의 인식과 같이, 조선의 보편적이고 일반적인 양자 관습이 불과 2~4년 사이에 일개 가문의 전단행

43) 「民籍事務取扱에 關한 件」 관통첩 제240호(1915. 8. 7).

44) 1917년 6월 5일 사법부장관 회답: 庶子男이 있는 戶主死亡의 경우는 該庶子男을 戶主로 되게 하고 養子申告는 受理하지 않는다(馬場社, 앞의 책 221~222 쪽).

45) 고등법원 1917년 11월 27일 판결, 판결록 4권 1018항.

46) 1923년 8월 23일 법무국장회답: 庶子男이 있는 者는 養子를 얻을 수 없는가 회답 貴見대로이다 (馬場社, 앞의 책 221~222 쪽).

47) 고등법원 1913년 5월 20일 판결, 판결록 2권 200항.

위에 불과할 정도로 변화한 것일까. 이 짧은 세월에 ‘서자의 제사상속에 관한 조선의 관습이 변화하였다고는 보기 어렵다는 심희기의 의문이 타당하다고 생각된다.⁴⁸⁾

그러면 그 해답은 무엇인가. 그것은 바로 위에서 언급한 ‘養子는 實子가 없는 경우에 限한다’는 1915년 관통첩 240호 ‘民籍事務取扱에 關한 件’이다.⁴⁹⁾ 행정 통첩이 고등법원의 판결에 영향을 미쳤다고 볼 수밖에 없다. 고등법원은 관통첩의 내용을 ‘조선의 관습’이라는 용어를 사용하여 판결을 내렸던 것이다. 관습법을 채택하고 있던 당시의 당연한 논리적 귀결이자, 관습법의 식민지적 정치적 성격을 단적으로 보여주는 실례라고 할 수 있다. 이렇듯, 서자의 봉사권 인정여부를 중심으로 한 양자연조와 관련된 다양하고 임의적인 조선사회의 관행은 식민지 국가 권력에 의해 하나의 통일적인 관습으로 창출되어 가고 있었다.

2) 離緣

관습조사시 당시 담당자들은 離緣에 준 하는 조선의 관습이 존재한다고 보았다. ‘생부모가 후손이 없어 絶家하게 되는 경우, 양자가 불효 중죄 낭비를 하는 경우 파양을 허용한다’는 『관습조사보고서』가 그것을 보여준다.⁵⁰⁾ 그렇다고 해서 조선의 관습을 그대로 인정한 것은 아니다. 일본식 이연제도를 이식시키려고 했기 때문이다. 조선의 관습에 따를 경우 위의 두 가지 파양 사유를 제외하고는 이연행위를 할 수 없었다.

그러나 조선총독부는 조선의 이러한 관습과 달리 일본 민법에 준하는 용어인 협의 이연과 재판상의 이연으로 분류한 후, 시행함으로써 사실상 조선의 관습을 부정하였다. 협의 이연을 인정함으로써 당사자가 협의할 경우에 협의만으로도 이연을 성립시킬 수 있게 되었으며, 협의가 안 될 경우 재판을 통해 이연이 가능해졌기 때문이다.

이러한 이연제도가 언제부터 도입되었는지는 알 수 없다. 그러나 문서상으로는 병합 후 불과 5년 만에 도입되었음을 확인할 수 있다. 협의이연과 재판상의 이연 제도를 채택한다는 1915년 8월 7일자 관통첩 제240호와 이연은 당사자의 합의로

48) 심희기, 앞의 글, 22쪽

49) 「民籍事務取扱에 關한 件」 관통첩 제240호(1915. 8. 7.)

50) 정궁식 역, 앞의 책(1992), 367~368쪽

써 할 수 있다는 1915년 9월 9일자 정무총감의 회답은 그것을 보여준다 경기도 장관의 조회에 대한 정무총감의 답변은 조선총독부의 공식적 입장을 밝힌 것에 다름 아니었다.⁵¹⁾ 왜냐하면 이후에도 이러한 입장이 유지되었기 때문이다. 공주지방법원이 협의 이연의 효력발생 요건에 대해 문의해 오자, 이에 대해 정무총감은 1916년 2월 16일자 회답에서 ‘협의로 인한 이혼 혹은 이연의 경우에는 부모 또는 호주의 동의를 요하는 외 하등의 관습상 수속은 없다’고 했기 때문이다.⁵²⁾ 공주지방법원의 효력발생요건에 대한 문의는 이미 협의 이연을 전제로 할 때 가능한 질문이었다.

재판상의 이연 역시 1915년 관통첩에서 인정되었다. 관통첩 제40 호 11 과양에 관한 사항 중 3항에서 “재판상 과양의 신고는 확정판결의 등본을 첨부할 것”이라고 적시했기 때문이다.⁵³⁾ 이로써 과양에 대한 조선의 관습은 행정상으로는 재판상으로는 부정되었다. 이러한 조선총독부의 태도는 1915년 이후에도 유지되었다. 1921년 10월 13일 구관 및 제도조사위원회의 결의에서 그것을 확인할 수 있다

從前에 있어서 養子는 養家에서만 離縁을 할 수 있도록 인정하고 이것을 罷養이라고 稱해 實家 絶嗣의 경우에 한해 養子의 復歸를 許하는 成規이다. 近來에 있어서는 協議離縁을 인정하고 또 養子 또는 養子의 實家로부터 離縁을 요구하는 者가 있는 傾向이 생겼다.⁵⁴⁾

1922년 조선민사령 제2차 개정으로 협의이연과 재판상 이연은 법적 제도로서의 성격이 보다 분명해졌다. 협의이연은 부윤, 읍면장에 제출하는 것으로 인해 그 효력이 발생된다고 했기 때문이다. 그리고 재판상의 이연에 대해서는 비록 1939년 11월 10일 제령 제19호에 의해 민법의 적용을 받는다고는 하였지만, 재판상의 이

51) 1915년 9월 9일 정무총감회답. 과양은 부윤 면장에 신고하지 않으면 효력이 생기지 않는가 또 과양의 효력 발생시일 여하 회답. 과양은 당사자 합의로 인해 그 효력이 생긴다(馬場社, 앞의 책, 300쪽).

52) 공주지방법원앞 1916년 2월 16일 정무총감 회답. 이혼 혹은 이연은 당사자 합의계약으로 인해 즉시 그 효과를 발생하는 것으로 간주해야만 하는가 혹은 우 계약 이외의 일방의 거가 혹은 다른 조건을 구비하기를 요하는가. 회답 협의로 인한 이혼 혹은 이연의 경우에는 부모 또는 호주의 동의를 요하는 외 하등의 관습상 수속은 없다(위의 책, 300쪽).

53) 朝鮮總督府, 『民籍例規集』(1917), 39쪽.

54) 『舊慣及制度調査委員會決議』(1921년 10월 13일), 30쪽, 朝鮮總督府, 앞의 책(1933).

연 역시 민사령 개정의 범주 속에 들어간 것과 마찬가지로였다. 1923년 7월 고등법원의 판결은 그것을 보여준다. 이 판결은 우선 이연재판을 인정했다 “1922년 이래에 있어서는 이연을 구해야만 하는 사유가 있을 때는 당사자 일방에 의해 訴로써 재판소에 이연의 재판을 구하고 여기에 대해 이연을 신고하는 판결이 있어 그 판결이 확정될 때는 이연의 효력을 생기게 하는 관습이 성립하는 것으로 한다”⁵⁵⁾고 했기 때문이다.

재판부가 ‘재판상의 이연을 관습으로 인정한다’는 판결을 했다고 해서 그것이 전통적인 조선의 관습에 따랐다고 해석해서는 안 된다. 왜냐하면 고등법원의 판결은 동시에 재판상의 이연은 조선의 관습이 아니었다는 점도 분명히 했기 때문이다. “사유가 있는 경우에 있어서 이연을 하는 데는 양친의 양자에 대한 재판 외에 파양의 의사로써 족하다고 하는 관습은 이미 폐멸로 돌아간 것으로 한다”⁵⁶⁾는 판결문에서 그것을 알 수 있다. 따라서 ‘재판상의 이연을 관습으로 인정한다’는 것은 그 동안 행정부가 결정하고 재판부가 법을 통해 정착시킨 것을 지칭함에 다른 아니었다고 하겠다. 즉 이연에 관한 일본 민법의 의용은 민사령 개정으로 비로소 이루어진 것이 아니었다. 문서상으로는 1915년부터 일본 민법의 원리를 채용하고 있었기 때문이다. 나아가 실제로는 그 이전부터도 그랬던 것으로 보인다. 1915년의 문서들은 엄밀히 말하자면 협의 이연이나 재판상의 이연의 효력 발생 요건을 문의한데 대한 답변형식을 취하고 있기 때문이다.

III. 결론

지금까지 식민지시기 친족관습과 관련하여 문제가 되었던 혼인연령, 이혼, 양자연조, 이연 등 4 가지 항목이 관습법에서 일본 민법의 적용대상이 되기까지의 과정을 알아보았다. 특히 일본 민법의 의용 이전에 관습법이 운용되는 방식을 알아본 결과, 이 네 가지 항목들에는 조선총독부의 사법관료들이 조사한 조선의 관습과 관습법으로 인정받는 관습 사이에 균열상이 존재한다는 것을 확인하였다.

55) 고등법원 1923년 7월 13일 판결, 판결록 10권 37항.

56) 고등법원 1923년 7월 13일 판결, 판결록 10권 217항.

이를 통해, 조선총독부의 사법관료들은 다음의 세 가지 방식으로 조선의 관습을 만들어 가고 있었다는 것을 알 수 있다. 첫째, 혼인의 성립 요건인 혼인연령은 일정 연령에 도달하지 않은 자의 민적등재를 거부하는 방식을 통해 규제하였다. 그들이 인식한 관습과 달리 병합 초기부터 행정적인 제도를 이용해 법적인 제재를 가하였던 것이다. 그 결과 혼인연령에 관한 새로운 관행을 만들어 갔다. 둘째, 양자연조 부분에서 문제가 되었던 서자의 봉사권을 인정하는가의 여부는 행정 통첩이 판례에 영향을 미친 경우이다. 즉 법원은 행정 통첩의 내용에 따라 법의 국가적 통일성과 안정성을 추구하는 방향으로 관습을 유도하였다.

셋째, 이혼과 이연은 처음부터 일본 민법상의 제도인 협의이혼과 재판상의 이혼, 협의이연과 재판상의 이연으로 분류한 후, 제도적으로 시행하였다. 그럼으로써 다양한 방식으로 일어나던 이혼과 이연은 이 제도적인 틀 안으로 수용되었으며, 그것은 새로운 관행을 유발하였다. 더욱이 민사령 개정으로 1922년에는 재판상의 이혼, 1939년에는 재판상의 이연에 각각 민법을 의용하였지만, 실질적으로는 그 이전부터 창설적 판결을 통해 일본 민법을 의용하고 있었다. 그리고 이러한 판례의 결과 조선인들은 그러한 제도를 이용하여 자신의 권리를 확대하고자 하였다. 결국 조선총독부는 일본 민법체계에 따라 행정적, 사법적 제도를 시행함으로써 새로운 관행을 만들어 갔으며, 그러한 관행들이 어느 정도 정착되기 시작하는 시점에 직접적으로 민법을 의용하는 방식을 취하고 있었다.

이러한 의미에서, 기존의 연구가 주장하듯 일방적인 관습의 왜곡이라고 볼 수만은 없다. 왜냐하면 당시 새로운 관행들이 만들어지고 있었고, 그것을 조선의 관습과 전혀 무관하다고만 볼 수 없는 측면이 있기 때문이다. 그리고 또 다른 연구가 주장하듯, 민사령 개정이 조선 관습의 자생적인 변화의 산물이며 조선총독부가 조선의 관습을 법제화한 결과라고 보기도 어렵다. 왜냐하면 당시 신관습이라는 것은 식민지 국가권력이 시행한 법의 테두리 안에서 그들이 유도하는 방향으로 조절되고 통제되며 만들어진 것이기 때문이다. 결국 당시 관습은 식민지 국가권력이 ‘조선의 관습’이라는 이름으로 식민지적 관습의 창출을 유도하고 있었던 것이다.

연구자가 조선의 친족법이 창출된 관습이라고 주장하는 데에는 다음과 같은 몇 가지 이유가 있다. 첫째, 일본이 조선에 대해 법제 동화정책을 펼쳤다는 사실이다. 법제 동화정책은 민법의 동화가 수반되어야 한다. 그리고 민법의 동화는 관습의

동화가 수반되지 않으면 안 된다. 조선의 친족 및 상속에 대한 관습이 일본의 그것과 일치되도록 조절되어야만 할 첫 번째 이유이다.

둘째, 일본의 민법은 호적제도 위에서만 작동할 수 있다. 호적제도는 개개 국민을 예외 없이 호주 중심의 가족 단위 속에 소속되게 한 후 그 구성원의 일원으로 파악하는 제도이다. 즉 호적제도는 가족구성원의 범위를 정하는 법적 장치이다. 그러나 호적제도는 가족구성원의 자격 획득과 상실에 대해서는 규정하고 있지 않다. 따라서 이에 대한 별도의 법적 장치가 수반되지 않으면 안 된다. 그것이 바로 친족법이다. 그리하여 친족법과 호적제도는 각기 단독으로는 존재할 수 없으며, 동전의 양면을 구성하고 있다. 그런데 일본은 조선에 일본식 호적제도를 이식시켰다. 그렇다면 출생 혼인 및 이혼 양자 연조 및 이연 등 호적상의 가족 구성원의 일원으로 자격을 획득하고 상실하는 경우에 대한 친족법 또한 일치시켜야 하지 않았을까. 이것이 친족에 관한 조선의 다양한 관습이 존속되기 어려운 두 번째 이유이다.

셋째, 근대 국가의 한 특징인 법치주의 하에서 모든 자연인은 법의 그물망 위에 놓이게 되고, 그 순간 자연인은 법적 권리·의무 주체로 전환된다. 그리하여 인간의 대부분의 행위는 법률행위로 환원된다. 또한 혼인은 사적 계약행위이며, 따라서 일정한 조건하에서는 계약을 해지할 수 있어야만 한다. 협의이혼은 물론 재판상의 이혼 또한 반드시 있어야만 하는 제도일 수밖에 없는 이유도 여기에 있다. 그러나 조선 사회에서는 부부가 합의 혹은 재판을 통해 법적 혼인을 해소하는 것은 제도적으로 존재하기 어려웠다. 유교가 통치이데올로기인 사회에서는 국가가 인정하는 특별한 경우를 제외하고는 혼인 당사자의 의사에 의한 이혼은 국법질서를 문란케 하는 행위로 간주되었기 때문이다.

서자가 있을 경우 양자입양을 부정한다는 관통첩 240호 역시 호적제도와 친족법 원리의 논리적 귀결이라고 할 수 있다. 법치국가에서 모든 인간은 출생 신고 후 법의 망, 즉 호적에 위치하게 된다. 따라서 혼인 외자 역시 호적에 등재되어야 한다. 이러한 상황에서 양자를 입양한다는 것은 국법이 인정한 자식이라는 법적 지위를 일 개인이 부정하는 결과가 되고 만다. 이렇게 본다면 서자가 있음에도 불구하고 양자를 들이는 조선의 관습은 인정되기 어려웠던 것이다.

양자연조가 가족의 신분을 얻는 사적 계약법률 행위라면 양자관계의 해소 즉 이연 또한 당사자가 합의하거나, 재판에 의해 가능해야만 한다. 그러나 『관습조사

보고서』에 따르면 조선의 관습은 양자가 불효, 중죄, 낭비를 하는 경우에만 파양을 허용했다는 것이다. 이것은 법치주의 원리에 배치된다 바꾸어 말하자면 법률행위로 취득한 가족의 신분은 법률행위로 그러한 신분을 벗어날 수 있어야 한다. 혼인이 가능하면 일방의 청구에 의한 이혼이 가능해야 하듯이, 또한 양자가 가능하다면 일방의 청구에 의한 파양도 가능해야 한다는 것이다.

이렇듯 친족법은 호적제도와 더불어 불가분일체의 관계를 이루면서 모든 조선인을 법의 망에 포착하려는 분명한 의도를 지니고 있는 장치였다. 그리고 일본과 법제일원화를 추구하고 있기 때문에 조선의 모든 관습을 법제화할 수 없는 한계를 처음부터 지니고 있었다. 바꾸어 말하자면 조선을 법적 동화시키려는 일본의 입장에서 볼 때, 설령 친족에 관한 조선의 관습일지라도 그것이 법원리에 어긋날 경우 조선의 관습은 전통 그대로 유지시킬 수 없었다는 것이다. 그렇다면 남은 문제는 일본의 친족법을 조선에 이식시키는 방법만 남은 셈이었다. 조선총독부가 민사령 개정 이전부터 신분관계와 관련된 관습에 대해서 사실상 일본 민법을 의용했던 이 유도 여기에 있다.

요컨대 조선총독부는 민사령 개정 이전부터 신분관계와 관련된 관습에 대해서 사실상 일본 민법을 의용해가고 있었고, 그것은 조선 사회에 새로운 관행을 만들어가고 있었다. 결국 소위 자연스런 변화라는 것은 법의 제도적 시행과 그것에 준하는 관례의 누적된 결과였다. 민사령 개정은 그 동안 관례를 통해 일으킨 변화를 법으로 확인하고, 일본 민법으로의 법제일원화를 이루어 나가는 과정의 산물이었다. 한마디로 조선의 친족법은 인위적 변화의 결과였으며, 특히 私法上의 신분변동을 초래하는 원인이 되는 혼인, 이혼, 양자연주, 이연 등에 관계된 관습이 그러한 것들이었다. 그리고 변화하지 않는 관습일지라도 법의 공포를 통해 강제하였다 氏制度나 異姓養子, 婿養子緣組 등이 그러한 것들이다 결국 관습법은 일본 민법의 직접 적용시에 발생할 충격을 완화하면서 조선의 관습을 일본 민법의 방향으로 만들어 가기 위해 채택한 하나의 전략이었던 것이다.

참고문헌

- 『公文類聚』, 『齋藤實文書』, 『寺內正毅關係文書』, 『朝鮮』, 『朝鮮彙報』,
司法協會, 『高等法院判決錄』
馬長社, 『朝鮮親族相續慣習法綜覽』, 京城 大阪屋號書店 1926.
細谷定, 『日鮮對照 朝鮮民籍要覽』, 斯道館, 1915.
水野直樹 編, 『朝鮮總督諭告·訓示集成』, 東京 綠蔭書房 2001.
野村調太郎, 『朝鮮戶籍令義解』, 巖松堂書店, 1925.
朝鮮總督府司法府, 『民籍例規集』, 1917.
朝鮮總督府法務局, 『朝鮮の司法制度』, 1935.
朝鮮總督府中樞院, 『民事慣習回答彙集』, 1933.
朝鮮總督府中樞院, 『朝鮮舊慣制度調査事業概要』, 1938.
鄭肯植 譯, 『國譯慣習調査報告書』, 韓國法制研究院 1992
鄭肯植 編譯, 『改譯版 慣習調査報告書』, 韓國法制研究院 2000.
김중환 편, 『法律學辭典』, 서울: 法文社, 1966.
박병호, 「일제시대 법제상의 가부장권」, 『민법학의 현대적 과제』, 서울: 박영사, 1987.
박병호, 「일제하의 가족정책과 관습법형성과정」, 『법학』 33 권2 호 1992.
배재홍, 「조선후기 庶孽許通과 신분지위의 변동」, 경북대 박사논문, 1994.
심희기, 「일제강점 초기 ‘식민지 관습법’의 형성」, 『법사학연구』 28 집 2003.
양현아, 「식민지시기 한국가족법의 관습문제 I」, 『사회와 역사』 58 집, 2000.
이병수, 「조선민사령에 관하여: 제11조의 관습을 중심으로」, 『법사학연구』 제4 집 1977.
이상욱, 「일제하 전통가족법의 왜곡」, 『박병호교수환갑기념(Ⅱ): 한국법사학논총』, 1991.
이상욱, 「일제하 호주상속관습법의 정립」, 『법사학연구』 제9호, 1988.
이상욱, 「한국상속법의 성문화과정」, 경북대 박사논문, 1986.
이승일, 「1910·20년대 조선총독부의 법제정책」, 『동방학지』 126 집, 2004.
이승일, 「일제시대 친족관습의 변화와 조선민사령 개정에 관한 연구」, 『한국학논집』 제33 집 1999.
이승일, 「일제의 관습조사사업과 식민지 ‘관습법’의 성격」, 『역사민속학』, 2003.
이승일, 「조선총독부의 법제정책에 대한 연구: 조선민사령 제1 조 ‘관습’의 성문법화를 중심으로」
한양대 박사논문, 2003.
이효재, 「한국가부장제와 여성」, 『여성과 사회』 제7호, 1996.
이효재, 「한국가부장제의 확립과 변형」, 『한국가족론』, 서울: 까치, 1990.

정광현, 『한국가족법연구』. 서울: 서울대출판부, 1967.

정공식, 「일제의 관습조사와 그 의의」. 『개역관 관습조사보고서』. 서울: 한국법제연구원, 2000,

정공식, 「일제의 관습조사와 의의」. 『국역 관습조사보고서』. 서울: 한국법제연구원, 1992,

정중휴, 「한국에서의 일본민법의 변용」. 『전남대논문집』 30, 1985.

홍양희, 「조선총독부의 가족정책 연구」. 한양대 박사논문, 2005.

Hobsbawm, Eric and Terence Ranger ed., *The Invention of Tradition*. Cambridge University Press, 1985.

● 투고일 : 2005. 4. 21

● 심사완료일 : 2005. 8. 26.

● 주제어(keyword) : 친족관습(Customs of Domestic Relations), 친족법(Law of Domestic Relations), 일본민법(Japanese Civil Law), 관습법(Customary Law), 조선민사령(Choseon Civil General Act)