

研究論文

植民地時期 親族·相續 慣習法 政策  
- 朝鮮民事令 제11조‘慣習’의 植民地 政治性을 중심으로 -

홍 양 희\*

I. 서론	V. 결론
II. 친족·상속 관습법체제의 성립	<참고문헌>
III. 친족·상속 관습법과 법제일원화 과정	<국문요약>
IV. 친족·상속 관습법과 식민지 정치	

I. 서론

조선총독부가 조선에 정착시키려고 했던 가족제도는 호적제도의 이식만으로 창출될 수 없었다. 호적제도는 가족간의 경계를 설정했을 뿐, 가족의 범주에 들어오고 나가는 방법과 가족의 내부경계에 대해서는 정하지 않았기 때문이다. 즉 가족 구성원의 자격은 어떻게 획득되며, 어떤 경우에 상실하는가. 또 가족 구성원이 되면 어떤 재산상의 권리와 의무가 생기는가. 이러한 가족 구성원들 간의 신분관계를 정하는 법규가 가족법, 즉 친족·상속에 관한 법이다. 따라서 호적제도와 표리를 이루면서 가족제도의 양대 축을 형성하고 있는 것이 친족·상속법이었다.

그러나 친족·상속법의 이식은 전통적 가족 관습의 저항이 예상된다는 점에서 신중해야 했다. 자칫 잘못하면 가족제도 이식은 식민지 체제의 강압성을 조선 민중 전체에게 선전하는 부정적인 결과를 가져올 수도 있었다. 바꾸어 말하자면 가

---

\* 한양대학교 강사, 역사학 전공(hongid@empal.com).

족제도의 이식은 조선 민중에게 식민체제의 폭력성을 직접 체감케 하는 통로로 작용하여 대대적인 저항을 초래할 수 있었다. 조선총독부가 친족 및 상속법에 관습법을 채택했던 일차적인 이유도 여기에 있다. 1912년 3월 제령 제7호로 공포·시행된 조선민사령의 제11조가 바로 그것인 바, ‘조선의 能力, 親族 및 相續에 관한 法律은 慣習에 의한다’는 것이다.<sup>1)</sup>

그럼에도 불구하고 조선민사령 제11조를 문자 그대로 해석하여야 할지는 의문이다. 관습법은 일건 ‘朝鮮人을 融合同化시켜 忠良한 帝國臣民이 되도록 해야한다’는 초대총독 寺內正毅<sup>2)</sup> “朝鮮統治 8年동안 同化의 方針을 堅持”<sup>3)</sup>하였다는 제2대 총독 長谷川好道の 조선통치 방침과는 모순되는 감이 없지 않다. 조선에 일본의 국가체제를 이식하려는 이상, 일본의 가족법 또한 이식되는 것이 논리적 귀결이었기 때문이다. 일본의 국체는 호적제도 위에서 존립했고 그 위에서 작동되는 친족·상속법 또한 들여올 수밖에 없었다. 이는 초대총독인 寺內正毅가 사법관에게 한 訓示인 朝鮮에서 司法制度는 “內地法規와 동일한 法規의 適用을 原則”<sup>4)</sup>으로 한다는 방침에서도 확인된다.

그렇다면 조선총독부가 친족 및 상속에 관한 법제에 관습법을 채택함으로써 예외적인 규정을 둔 목적은 무엇일까. 관습법에 내재된 식민지 정치원리는 무엇인가 본고의 문제의식은 바로 여기에 있다. 식민지 총독부 권력이 행한 관습법 정책은 식민지 통치의 특성을 밝히는 중요한 척도이기 때문이다. 특히 가족법은 실생활과 밀접한 관련을 가지고 있다는 점에서, 일본 제국주의가 일상적인 문화를 통해 조선인을 식민화하는 방식을 구명한다는 것에 그 의미가 있다.

그동안 조선민사령 제11조의 관습법에 대한 연구는 식민지 지배의 특성과 관련하여 연구가 진행되어 왔다. 연구 경향은 대략 다음과 같다. 먼저, 동화주의의 관점에서 조선총독부가 자신들의 민법체계에 맞게 조선의 관습을 왜곡·파괴하였다는 연구가 있다.<sup>5)</sup> 한국 법사학계의 지배적 의견인 이 연구들은 관습에 개입한 조

1) 「朝鮮民事令ヲ定ム」, 『公文類聚』, 제36편(1912).

2) 朝鮮總督府, 「總督府施設歷史調査書類(1915)」, 『寺內正毅關係文書』.

3) 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』.

4) 寺內正毅, 「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), 177 쪽에서 인용.

5) 鄭光鉉, 『韓國家族法研究』(서울대출판부, 1967); 이병수, 「조선민사령에 관하여 제1조의 관습을

선총독부의 규정력이 얼마나 강한 것이었는지를 밝혔다. 접에서 의미가 있지만, 왜 굳이 조선총독부가 민법을 직접 적용하지 않고 관습법을 채택하였는지에 대한 인식이 결여되어 있다. 뿐만 아니라, 관습법에서 일본 민법으로 교체되어 나가는 과정을 정책적 측면에서 다루지는 못하였다.

다음으로, 일률적인 동화정책론에 반론을 제기하며 조선총독부와 일본정부의 정책을 이분화하여 접근하는 이승일의 연구가 있다. 일본정부가 法制一元化 정책을 펼 반면, 조선총독부의 정책은 일본 민법으로의 일치화가 아닌, 조선 관습의 법인화, 즉 조선 관습의 성문법화였다는 것이다.<sup>6)</sup> 그리하여 본국정부와 조선총독부의 가족법 정책을 대립과 갈등의 관계로 묘사하고 있다. 이 연구는 관습법 운용과정에 나타난 견해 차이를 주목하였다는데 의미가 있지만, 이들 정책을 대립의 관점에 놓고 보거나, 서로 다른 정책이었다는 해석은 재고의 여지가 있다. 그 이유는 총독부의 판례지침이 일본 민법과의 조화를 항상 염두에 두고 있었을 뿐만 아니라 조선 관습의 성문화는 조선인을 일본 국민으로 편입시키려는 일본의 정책과는 전면 충돌하기 때문이다. 아울러 견해 차이는 본국정부와 조선총독부 사이에만 있었던 것이 아니라, 조선총독부 내부에도 존재하였다.

또한 앞의 두가지 연구방식에 문제를 제기하며, 식민지시기 관습 혹은 관습법의 형성이라는 전혀 다른 관점에서 이 문제를 접근한 연구들이 있다.<sup>7)</sup> 당시의 관습은 전근대 사회의 임의적이고 다양한 관행들이 일본 민법체계에 맞추어 분류, 정리, 의미가 부여된 것이며, 궁극적으로 관습법은 식민지 권력이 유도하는 방향으로 조절·통제되고 있었다는 것이다. 특히 관습법은 ‘한국의 관습’이라는 기호에 의존함으로써, 조선 사회 내부의 것인 양 내재화시키는 정치적인 담론이었다는 양현아의

중심으로, 『법사학연구』, 제4집(1977); 정중휴, 「한국에서의 일본민법의 변용」, 『전남대논문집』 30(1985); 박병호, 「일제시대 법제상의 가부장권」, 『민법학의 현대적 과제』(박영사 1987); 박병호 「日帝下의 가족정책과 관습법형성과정」, 『법학』, 33권 2호(1992); 李相旭 「한국상속법의 성문화과정」, 경북대 박사논문(1986); 李相旭 「일제하 호주상속관습법의 정립」, 『법사학연구』, 제호(1988); 李相旭 「일제하 전통가족법의 왜곡」, 『韓國法史學論叢』(박영사 1991); 정공식 「日帝의 慣習調査와 그 意義」, 『改譯版 慣習調査報告書』(한국법제연구원, 2000).

6) 이승일, 「1910·20년대 조선총독부의 법제정책」, 『동방학지』, 126집(2004).

7) 양현아, 「식민지시기 한국가족법의 관습문제」, 『사회와 역사』, 58집(2000); 심희기, 「일제강점 초기 ‘식민지 관습법’의 형성」, 『법사학연구』, 28집(2003); 홍양희 「식민지시기 친족관습의 창출과 일본민법」, 『정신문화연구』, 통권100호(2005a).

견해가 주목된다.

필자 역시 이 견해에 동의하면서, 기존 연구에서 다루지 않았던 정책적 관점에  
서 관습법이 식민지 정치 현실에서 가지는 의미를 고찰하고자 한다. 이를 위해 제  
1장에서는 일본 제국주의의 통치방침 하에 가족법규, 즉 친족 및 상속에 대해 관  
습법이 채택되는 배경을 살펴볼 것이다. 이어 제2장에서는 관습법 하에서 친족상  
속법에 대한 법제일원화 원칙은 어떻게 관철되고 있었는가를 구체적 사례를 통해  
추적할 것이다. 지면 관계상 1922년 제2차 조선민사령 개정까지가 연구 대상이다  
끝으로 제3장에서는 관습법의 식민지 지배 수단으로서의 성격을 알아 볼 것이다.  
이를 통해 일본이 친족·상속 관련 법규에 관습법을 채택한 것은 조선의 사실상의  
관습을 인정하려는 의도라기 보다는 법제일원화로 나가기 위해 채택한 정치 전략  
이었음이 구명되기를 기대한다.

## II. 친족·상속 관습법체제의 성립

### 1. 조선 통치방침

1910년 8월 29일, 한국을 병합한 일본은 그것이 ‘永久’하다는 것을 천명하였다.  
“東洋의 平和를 永遠히 維持하고 帝國의 安全을 將來에 保障할 必要를 느껴 (중  
략) 永久히 韓國을 併呑 한다<sup>8)</sup>는 것이다. 아울러 조선 총독으로 하여금 육해군을  
통솔하는 등 제반의 정무를 통할토록 하였다. 또한 같은 날 대한제국이라는 국호  
를 폐지하고 ‘朝鮮’이라는 명칭을 사용토록 하였다<sup>9)</sup> 그리하여 조선을 일본 영토  
로 편입시키고, 조선인에게는 일본국적을 부여하였다 이는 조선인이 일본 국민으  
로 편입된다는 것을 의미하였다.

그러나 식민지 조선인들이 일본의 법률체계에 곧바로 편입되는 것은 아니었다.  
왜냐하면 조선을 일본 본토와는 다른 법령의 적용을 받는 異法地域으로 설정하여  
통치하였기 때문이다. 뿐만 아니라 조선인에게는 헌법을 적용시키지 않았다. 즉

8) 「韓國ヲ帝國ニ併合ノ件」(1910. 8. 29).

9) 「韓國ノ國號ヲ改メ朝鮮ト稱スル件」(1910. 8. 29), 勅令 第318號.

法域分離의 원칙에 따라<sup>10)</sup> 식민지 조선을 ‘外地’로, 일본 본토를 ‘內地’로 구별하고, 조선에 내지와 법체계를 달리 하는 별도의 법을 적용시켰던 것이다. 조선인이 ‘外地人’으로, 일본 본토인이 ‘內地人’으로 불리게 된 연유도 여기에 있다.

법역이 분리됨에 따라 일본 정부는 법률 제30호를 공포하여 법령이 필요할 경우 조선 총독에게 명령인 제령을 공포할 권한을 부여하였다.<sup>11)</sup> 따라서 조선에서 법령의 공포는 조선 총독에 의해 수행되었고, 조선 총독의 명령은 입법행위 그 자체였다. 병합초기부터 하루아침에 일본의 법제를 모두 도입할 수 없기 때문에 당분간은 조선 총독이 발하는 명령으로 조선을 통치해야만 한다는 것이다. 따라서 조선에 실시되는 성문법은 대개 조선 총독이 제정하는 制令 또는 총독부령이었고, 조선에 시행할 목적으로 제정된 ‘法律’이나 ‘勅令’은 극히 소수의 예외에 지나지 않았다.<sup>12)</sup> 이는 일종의 ‘특별통치’의 형태를 띠는 것이었다.

帝國에서 韓國을 併合하여 帝國領土의 一部로 할 경우에도 韓半島의 事情은 帝國內地와 本島부터 同一하지 않다. 그 文化도 역시 容易하게 內國人과 同一程度로 達하지 못한 故로, 帝國內地에서의 一切의 法律規則을 合併과 同時에 이를 適用하지 못할 것은 물론, 同半島에 서는 그 民情風俗 및 慣習等에 鑑하여, 文化의 程度에 應하여, (중략) 점차 內地人民으로 同化시키기에 適切한 法制를 여기에 布하고, 內地와 同化되기에 이르기까지는 帝國內地와는 特殊한 統治를 할 필요가 있다.<sup>13)</sup>(밑줄은 필자, 이하 동일).

- 
- 10) 법역분리원칙은 일본이 병합한 대만, 관동주 및 남양군도 등의 식민지에 대해서도 마찬가지로 적용되었다. 즉 일본 영토는 법역을 기준으로 내지와 여러 개의 외지로 나뉘었는데, 本州・四國・九州・北海道・南樺太・琉球 및 小笠原島가 內地에 속하고, 朝鮮・臺灣・關東州 및 南洋群島가 각각 법역을 달리하는 外地들에 포괄되었다. 清宮四郎, 『外地法序說』(有斐閣, 1943), 35~36 쪽
- 11) 「朝鮮ニ施行スヘキ法令ニ關スル法律」, 1911년 3월 법률 제30호. 일본정부는 제국헌법 제8조에 의해 조선에 시행해야만 하는 법령에 관한 긴급칙령(1910년 8월 긴급칙령 제24호)을 공포하였으나, 이는 제국의회의 승인을 받지 못하였다. 그러나 이것과 동시에 다시 전문 동일한 규정인 법률 제30호를 공포하여 “조선에 있어서 법률을 요하는 사항은 조선 총독의 명령으로써 이를 규정한다”고 하였다.
- 12) 山田三良, 「植民地法ト内地法トノ關係ニ就テ(第3號ニ接續)」, 『法學協會雜誌』, 제30권 제8호(1912b), 97~98 쪽
- 13) 「秘合併後半島統治ト帝國憲法トノ關係」, 『寺內正毅關係文書』.

조선 역시 통치상 일본제국 영토의 일부를 이루고, 따라서 천황의 통치권에 복종해야 하지만, 통치방법은 내지와는 다른 특수한 통치를 해야만 하다는 것이다. “朝鮮이 新領土에 속하고, 그 風俗習慣이 같지 않아, 內地와 크게 事情이 다르다”<sup>14)</sup> 것이 그 이유였다. 그러나 무엇보다 중요한 것은 특별통치에 관통하는 하나의 원리가 있었다. 그것은 바로 조선인의 일본 국민으로의 동화였다. 따라서 특별통치는 병합 당시의 현실에서 일본 내지와 차이를 좁혀 나가기에 적절한 법제를 펴기 위한 것이었다. 나아가 궁극적으로는 내지와 법률적 통일을 이루겠다는 의지에 다름 아니었다. 초대총독 寺內正毅가 통감부시절부터 진행되어 오던 민법전 작업을 중단시킨 이유도 여기에 있다. “일본이 조선을 통치하는 이상은 가능한 법률관계도 내지의 제도를 사용하는 것이 적당하고 그렇다면 다시 법전을 작성할 필요가 없기”<sup>15)</sup> 때문이라는 것이다.

이것은 형식과 내용면에서 조선인을 일본 국민으로 통합하겠다는 의지의 표명이었다. 1911년 1월 21일 내각 총리대신 桂太郎이 제국의회에서 행한 시정방침 또한 조선을 하나의 ‘地方’으로 표현하면서, 이곳을 동화시켜야지만 ‘병합의 효과’를 거둘 수 있음을 피력하였다.<sup>16)</sup> 사실상, 대륙으로 진출하려는 일본 제국주의에게 조선은 ‘지리상의 관문’을 의미했다.<sup>17)</sup> 그리고 조선이 그 역할을 충실히 이행하기 위해서는 조선의 인적 및 물적 자원을 최대한 활용할 수 있어야만 했다. 조선인이 일본 제국의 ‘충량한 신민’이 되어야만 했던 이유가 바로 여기에 있다.

歐州帝國이 半開 또는 劣等한 民族을 併呑한 것과는 全然 그 類를 달리한다. 그들에게는 (중략) 形式이 장래 實質에서 從屬의 關係를 存하여, 母國과 植民地 사이에 一定한 畛域을 두지 않을 수 없고, 특히 根本的으로 地勢人種을 달리하여, 風俗習慣도 역시 懸絶하고, 政治上에서도 社交上에서도 마침내 混和 融合할 수 없는 運命을 가졌다. 그럴지라도 日韓關係는 이에 反해, 진실로 그

14) 車田篤, 『朝鮮戶籍令義解』(朝鮮地方行政學會 1937), 1 쪽

15) 「共通法案委員會會議錄(7회)」, 『帝國議會衆議院速記錄』, 50 쪽

16) 韓國을 永遠히 帝國에 併呑한 이후 朝鮮의 情勢는 平定하고 (중략) 今後一層 그 施設經營을 完全히 하여 同地方의 發達同化를 도모함으로써 十分 併呑의 效果를 거두고자 한다. 朝鮮總督府, 「第27回 帝國議會重要質疑摘要」, 『朝鮮關係帝國議會議事經過摘錄』, 29 쪽

17) 山田三良, 「植民地法卜內地法卜ノ關係ニ就テ」, 『法學協會雜誌』, 제30권 제2호(1912a), 110쪽.

지역이 脣齒相倚하여, 古來 密接한 利害關係를 가지고 있을 뿐만 아니라 同種 同文으로서 風俗風教도 또한 大差가 없기 때문에, 서로 融合同化해야만 한다 (중략) 當面の 急務는 朝鮮人을 誘導啓發하여 文明의 域으로 나아가고, 그럼으로써 忠良한 帝國臣民이 되도록 하는데 있다. 이것이 韓國併呑의 本旨이고, 他國의 事例와 다른 所以이다.<sup>18)</sup>

요컨대 일본의 조선에 대한 통치는 구미제국의 식민지 통치와는 질적으로 다르다는 것이다. 우선, 서구의 식민지는 지역적으로 원거리이다. 인종적으로 확연히 다르다. 전혀 다른 문명권이다. 그러므로, 구미제국의 식민지 통치는 영구적일 수밖에 없다는 것이다. 반면, 일본의 식민지는 근거리이다. 인종적으로도 동일하다. 동일한 문명권이다. 따라서 동화융합이 가능하다는 논리였다. 일본의 식민지 법제 정책에 깊숙이 개입하고 있던 山田三良 또한 “早晚間 식민지 政치를 철폐하고 이를 憲法施行區域內로 편입하여 本國의 一部分으로 되기를 期해야만 한다.” 따라서 “歐洲帝國의 식민지는 법률상 대개 永久的 植民地이고, 우리의 식민지는 법률상 一時的 植民地 아니 일시적 식민지이기를 期해야만 한다”고 하면서, 식민지 법제와 정책을 논하는 이들에게 이 점에 유의하기를 당부하였다.<sup>19)</sup> 즉 조선의 ‘내지화,’ 조선인의 ‘내지인화’ 그것이 바로 일본 제국의 조선 통치 방침이었던 것이다.

## 2. 조선민사령 제11조의‘관습’법

조선인을 일본 국민으로 통합하고자 하는 통치방침에 근거하여 조선총독부는 병합 후 1년여 만인 1912년 3월 조선민사령을 공포하였다. 병합직후 조선총독부가 취조국을 두고 심의, 입안에 착수한지 1년여만의 일이었다. 가족법의 모범이라 할 수 있는 이 법령은 1912년 4월 1일부터 시행되었다.<sup>20)</sup> 조선민사령으로 인해 조선의 민사에 관한 사항은 많은 부분에 있어 일본 민법의 적용을 받게 되었다. “모든 民事刑事에 관한 法規는 원칙상 內地에서 行하고 있는 것과 같은 帝國法令

18) 『總督府施設歷史調査書類(1915)』, 『寺內正毅關係文書』

19) 山田三良, 앞의 논문(1912a), 110 쪽

20) 朝鮮總督府, 『朝鮮の司法制度』(1935), 73~74쪽.

을 適用하고 特殊한 事情이 있는 경우에 除外例를 둔다는 것은 帝國政府가 이미 결정한 方針”이기 때문이다.21) 결국 민사법규는 약간의 예외규정을 제외하고는 內地人, 朝鮮人 모두 동일한 법규를 적용시킨다는 것이었다.22)

여기에서 약간의 ‘예외규정’이라는 문구가 주목된다. 그것은 바로 조선민사령 제11조인 바, “제1조의 법률 중 能力, 親族 및 相續에 관한 규정은 朝鮮人에게 이것을 적용시키지 않는다. 조선인에 관한 前項의 事項에 대해서는 慣習에 의한다”는 것이다. 즉 조선민사령은 조선의 친족 및 상속에 관한 가족법규에 예외적인 규정을 두었고, 그것은 다름 아닌 ‘관습법’의 채택이었다.

그 이유는 조선인의 친족 및 상속관계에 “現情에 현저한 變動을 주어 人民으로 하여금 생각지 못한 煩累를 끼치는 害를 避하기”24) 위한 것이었다. 결국 조선민사령 제11조, 관습법 채택은 조선의 친족 및 상속에 관한 관습을 존중한다는 의미보다는 그것을 일본 민법체제로 통일하는데 있어서 초래될 수 있는 급격한 충격을 완화시키기 위한 것이었다. 가족 관련 관행들은 오랫동안 형성되어온 삶의 모습을 반영하기 때문이다.

民法 중에서도 특히 親族法 相續法에 傳統的 色滯가 濃厚한 것은 習俗의인 內의 生活에 깊은 關係를 가지기 때문이다. 그러므로 民事令은 그 필요하다고 인정되는 範圍에 있어서, 民法을 適用하는 것을 避하고, 從前대로 慣習法에 의했다.25)

이렇듯, 가족법의 통일은 자칫 조선인의 강렬한 정신적 저항을 불러일으킬 수 있다는 점에서 결코 쉽지 않은 작업이었다. “조선에서 親族相續에 관한 法規의 設定은 至要하고 至難한 것”이라는26) 의미도 같은 맥락에서 이해할 수 있다. 전통적

21) 「山縣政務總監演述筆記(1911년 3월)」, 『總督訓示及法務局長注意事項集(朝鮮總督府 1939)』, 10 쪽

22) 「寺內總督訓示(1912년 5월)」, 『總督訓示及法務局長注意事項集(朝鮮總督府 1939)』, 12 쪽

23) 「朝鮮總督上奏朝鮮民事令案」, 『公文類聚』, 제36권 제16권(1912).

24) 「朝鮮總督上奏犯罪即決例, 民事爭訟調停ニ關スル件及辯護士規則ノ件」, 『公文類聚』, 제4 편 제1 권(1910).

25) 南雲幸吉, 『現行朝鮮親族相續法類集』(大阪屋號書店, 1935), 喜頭兵一 序, 1~2 쪽

26) 「倉富司法府長官演述筆記(1911년 3월)」, 『總督訓示及法務局長注意事項集(朝鮮總督府 1939)』, 84~85 쪽.



인 가족 문화를 조선인의 삶의 기억에서 완전히 지워버리고, 대신 일본의 가족 관습을 새로이 입력해야만 가능했기 때문이다. 어느 나라에서나 가족법이 그 어느 분야보다도 전통과 관습에 입각하고 있는 것도 이 때문이다. 조선총독부가 일단 조선과 일본은 풍속과 관습이 다르기 때문에 당장 시행되어야만 하는 것을 제외하고는 ‘당분간 내지의 법률을 적용할 수 없다는 입장을 취하게 된 이유도 여기에 있었다.

그럼에도 불구하고 조선총독부의 조선통치의 방침에 따라 가족법의 통일은 당위였다. 이것은 1910년 10월 조선민사령안이 만들어질 당시에도 그러했다 “당분간은 從來의 例에 依할지라도,” “朝鮮人の 親族 및 相續關係에 對해 將來에는 内地와 同一法規下에 두어야만 한다”<sup>27)</sup>는 것이다. 이 경우 법적 통일을 가로막는 장벽은 조선의 가족 관행들이었다. 조선의 가족 관행은 ‘있는 그대로의 삶의 모습’을 다양하게 반영하고 있는 반면, 일본의 가족법은 ‘있어야만 하는 삶의 모습’이 담겨 있었기 때문이다. 조선총독부 사법부장관이었던 國分三亥가 조선 총독 齋藤實에게 상주한 아래 문서는 관습법에 대한 조선총독부의 입장을 단적으로 드러내 준다.

民事令 및 民籍法の 改正이 必要하다 (중략) 將來 이들 諸法令을 制定하는데 크게 考慮를 要하는 것이 있다. 朝鮮에서 法律的 慣習은 公의 秩序 또는 善良한 風俗에 反하지 않는 以上은 이를 尊重하고 急遽에 破壞하지 않기를 要하는 것은 勿論이다. 그렇지라도 이것을 尊重한 結果 그 慣習을 固定시키는 것 역시 避하지 않으면 안된다. 即 時勢의 推移에 따라 漸次 그 一角으로부터 이를 붕괴시켜 日本의 慣習으로 同化一致시키는 것을 必要로 한다. 그러므로 慣習을 尊重하여 急遽에 變革하기를 避하고 時勢의 推移에 順應하여 漸次 이를 崩壞시키는 동시에 (중략) 法律上의 效果를 인정하는 方針을 내오는 것이 가장 重要하다고 믿는다.<sup>28)</sup>

조선총독부 사법부의 가족 관습법 정책은 일본의 관습으로 일치시키는 것이었다. 그리고 관습의 동화는 조선민사령 개정을 통해 점차 이루어나가겠다는 의지를

27) 「朝鮮總督上奏犯罪即決例, 民事爭訟調停ニ關スル件及辯護士規則ノ件, 『公文類聚』 제4 편 제1 권(1910).

28) 國分三亥, 「總督施政方針ニ關スル意見書(1919)」, 『齋藤實文書』.

읽을 수 있다. 즉 조선총독부의 관습 동화정책은 ‘점진적인 과정’을 통해 일본의 민법으로 대체된다는 것이다. 친족 및 상속법은 “漸進적으로 内地法에 의하는 것을 得策”<sup>29)</sup>으로 한다는 것이다. “内外地一元化라는 것은 第一階부터 第十階까지 있다”<sup>30)</sup>는 것의 의미와 조선인을 동화시키는 일은 “數十年 또는 數百年의 오랜 기간을 거치지 않고는 效를 奏하기 어렵다”<sup>31)</sup>는 것은 관습통일의 어려움과 그것의 長期性を 토로한 것이라 할 수 있다. 조선총독부의 입장에서 조선의 관습은 오랜 시일을 두고 그들에 의해 하나 하나 검토된 후 수용되거나, 개조되거나, 아니면 폐기되어야만 한다는 것을 의미했다. 그 귀착점은 일본의 민법이었다. 이것이 친족 및 상속 법규에 특별규정을 둔 이유였다.

民事令에 있어서 内地法을 적용하는 사항은 반드시 特別法을 필요로 하지 않는다. 또 能力에 대해서는 内地法에 의하는 것도 굳이 막지는 않을지라도 親族 및 相續에 대해서는 内地와 다른 慣習이 있는 故로 곧바로 内地法을 適用할 수 없는 事情이 있다. 또 역지로 内地法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.<sup>32)</sup>

그렇다면, 위의 글에서 이야기하는 친족 상속에 대해 ‘장래’ ‘특별한 법체가 필요하다’는 것은 무슨 의미일까. 성문법체제를 채택하고 있는 일본의 법체계, 특히 민사법체계에서 친족상속부분에 관습법을 적용한다는 것은 그 자체로 특별법체일 수 있다. 그런데 ‘장래’에 특별법체가 필요하다는 것은 무엇을 의미하는가 즉 현재에 관습법인데, 장래의 특별법체는 무엇일까. 혹자가 주장하듯 조선인만을 위한 조선인의 친족 상속 관습에 기반한 성문법을 마련하겠다는 것인가.<sup>33)</sup>

그렇게 보기는 어렵다. 왜냐하면 조선적 특수성을 성문화하는 가족법정책은 조

29) 南雲幸吉, 『創氏及氏名變更手續と届出書式』(登記と戶籍研究會, 1940), 23쪽.

30) 「朝鮮人及臺灣人ノ政治處遇ニ關スル伊澤樞密顧問官口述要旨」, 『本邦内政關係雜件/植民地關係』제3권(1944).

31) 國分三玄, 앞의 문서

32) 「總督府施設歷史調査書類(1915)」, 『寺内正毅關係文書』

33) 이승일, 앞의 논문, 183~184쪽.

선인의 정체성을 강화 혹은 고정화하는 결과를 초래할 것이기 때문이다. 그러므로 이같은 정책은 일본 제국의 식민지 조선의 통치목표인 조선인의 일본 국민화 정책에 전면적으로 역행하는 것이었다. 조선총독부의 사법관료들이 관습법이 조선의 관습을 고정화시키기 위한 취지가 아니라는 것을 누누이 지적한 것도 이 때문이다.

‘장래의 특별한 법제 의 의미를 초대총독이었던 寺內正毅가 제국의회에서 한 발언을 통해 추론해 볼 수 있다. 1911년 제27회 제국의회 귀족원에서 행한 ‘조선에 있어서 정치상의 관계에 대한 답변’과 1918년 중의원에서 조선 총독 시절 시행했던 조선통치 방침에 대한 발언이 그것이다.

몇가지 制度의 統一을 行하고 점차 中央의 政令下에 미칠 策을 채택하고 있다. 그럴지라도 朝鮮은 원래부터 舊慣을 가진 곳이기 때문에 이들 制度의 改革은 본디 急遽한 處置를 許하지 않는다. 점차 改良을 계획하는 바이다<sup>34)</sup>

日本法律과 內容이 현저히 달랐던 부분에 대해서는 日本法律을 억지로 적용하는 것이 統治上 無益하다고 보아 取捨選擇할 意向이었다.<sup>35)</sup>

위의 두 발언을 통해 몇가지 원칙을 확인할 수 있다. 첫째, 일본의 법률을 조선에 적용하는 것이 궁극의 목표이다. 둘째, 일본 법률과 현저한 차이가 있는 사항에 대해서는 급격하게 변화를 주지 않겠다. 셋째, 그러나 현저한 차이를 점차 줄여나가는 방향을 채택하고 있다. 넷째, 일본 법률의 적용은 취사선택하겠다는 것이다. 이러한 원칙을 가족법에 적용하면 첫째, 가족법 역시 일본민법의 적용대상이다. 둘째, 조선인의 관습과 현저한 차이가 있는 사항에 대해서는 급격한 차이를 주지 않고 관습법을 적용한다. 셋째 그러나 가족관습의 일본 관습과의 차이를 줄여나갈 것이다. 넷째, 가족법에 민법을 선택적으로 적용하겠다는 논리에 다름 아니었다 요컨대, 장래의 특별법제란 바로 관습법과 성문법(일본 민법)의 ‘이원적인 체제’를 의미하는 것이었다.

34) 朝鮮總督府, 『朝鮮關係帝國議會議事經過摘錄』, 33 쪽

35) 『共通法案委員會會議錄(7회)』, 『帝國議會衆議院速記錄』, 51 쪽

### III. 친족·상속 관습법과 법제일원화 과정

#### 1. 조선민사령 제11조 개정논의

조선총독부의 법제원칙에 따라 친족, 상속법은 관습법 그 자체로 존재하지 않았다. 조선총독부는 한편으로는 관습법 체제를 유지하면서 다른 한편으로는 민사령 개정을 위한 작업을 꾸준히 진행하였기 때문이다. 당시 민법개정 작업을 주도했던 사법부 사무관 立石鍾一의 회고는 다음의 두가지 사실을 알려준다. 먼저 조선총독부가 민사령 개정 작업을 본격화하는 것은 1915년 경이다. 1915년 3월말 평양지방 관사에서 사법부의 사무관으로 자리를 옮기자마자 곧바로 민적법을 입안하라는 명령을 받았다고 한다.

다른 하나는 민적법과 민사령 개정을 둘러싸고 조선총독부 내에서는 다양한 입장의 차이가 존재하였음을 보여준다. 그것은 다름아닌 관습법 대 일본 민법의 대결구도였다. 조선총독부 내부에서는 관습법의 存否問題, 즉 관습법을 적용할 것인지 아니면 일본 민법을 적용할 것인지를 둘러싸고 치열한 논쟁이 있었다.

논쟁의 주요논점은 다음과 같았다. ① 立石은 하루속히 日本化하는 것이 좋다는 所謂 同化策을 취한다는 방침하에 日本의 民法이나 戶籍法에 基해서 起案을 하기 시작하였다. ② 그런데 그 무렵 조선 舊慣의 權威者인 小田幹治郎이 英國이 植民政策에 성공하고 있는 까닭이 土着民의 慣習風俗을 존중했기 때문이라며 立石의 기안에 강력하게 반대하였다. ③ 이에 立石은 조선을 永久히 植民地로서 만족하고자 하면 구관존중을 인정하나 조선은 가능한 빨리 日本化해야 하므로 지금과 같은 一大變革時에 그 舊慣에 도끼질을 가해서라도 하루 속히 日本化할 필요가 있다고 반론을 가하였다.<sup>36)</sup>

또한 법의 형식을 둘러싼 논쟁도 존재하였다. 立石의 기안에 대해 ① 大塚 參事官은 實體法인 민법과 節次法인 민적법과의 구별을 엄격히 해야할 것을 주장하였다. ② 이에 立石은 이제 겨우 法制가 틀을 잡기 시작한 정도의 初期法律에서 그 구별을 엄하게 할 것이 아니다. 또한 현재 일본 법률에 있어서도 이 두가지를 때

36) 司法協會, 『朝鮮司法界の往事を語る座談會』, 『司法協會雜誌』, 19권 10호(1940), 363~364쪽, 남기정(역), 『日帝의 韓國司法府侵略實話』(속법사, 1978), 133~134쪽.

로 혼동하고 있는 예까지 있지 않느냐고 반론을 제기하였다. ③ 그럼에도 불구하고 大塚은 일본 법제국이 그렇게는 생각해 주지 않는다고 주장을 굽히지 않았다. 그리고 이러한 논란을 조율한 것이 전술한 國分三亥 사법부 장관과 법무과장이었다.<sup>37)</sup>

이렇듯, 조선총독부 내에서는 법의 내용과 형식을 둘러싼 열띤 논쟁들이 존재하였던 듯하다. 법제 입안 과정의 논란은 그것이 복잡하고 쉽지 않은 작업이었음을 드러낸다. 결국 조선총독부는 이 무렵에 민적법이나 조선민사령의 개정을 보지는 못하였다. 이 당시 상당부분 일본 민법을 의용하는 ‘조선민사령안 이 만들어지기는 하였으나<sup>38)</sup> 그것이 법령으로 공포되지는 못하였다. 다만 1915년 8월 7일 官通牒 제240호 「民籍事務取扱에 關한 件」을 공포하여 기존의 불명확한 호적 사무를 보완하였다. 이 관통첩은 법원의 문의에 대한 정무총감 등 총독부 관리들의 회답과 함께 조선인의 가족법규를 규율하였다. 아울러 이러한 통첩과 회답은 일본 내지법의 원리를 상당부분 반영하고 있었다.<sup>39)</sup>

다른 한편 민사령 개정 작업은 당시 각 지방에서 법의 집행을 담당하고 있던 사법관들의 의견을 수렴하면서 이루어졌다. 사법관회의를 통해 조선총독부의 자문 사항을 시달하고 그에 대한 답변을 요구하였기 때문이다. 그 자문 사항 중에는 “법령의 제정 및 폐지에 대한 의견”이 있었다. 여기에 대한 각 지방 및 복심 법원장들의 답신은 법 집행 당사자들인 사법관들의 조선민사령 제11조에 대한 건의 내용을 담고 있었다. 이들의 답신은 관습법 운용상의 어려움을 토로하고, 나아가 상당수의 법원장들이 조선민사령 제11조의 폐지를 주장하였다.<sup>40)</sup> 그 중 경성복심법원장의 ‘민사령 제11조를 폐지시키기를 희망한다’는 답신을 살펴보면 다음과 같다.

能力, 親族, 相續 등에 關해 民法의 規定을 鮮人에 적용할 것 今日의 現狀에

37) 司法協會, 위의 논문, 364쪽, 남기정(역), 위의 책, 134쪽.

38) 朝鮮總督府, 「朝鮮民事令改正案(1915).

39) 홍양희, 「식민지시기 호적제도와 가족제도의 변용」, 『사학연구』, 제79호(2005b); 홍양희, 앞의 논문(2005a).

40) 이 답신서에는 경성지방법원장, 공주지방법원장, 함흥지방법원장, 경성복심법원장, 평양지방법원장, 해주지방법원장, 평양지방법원장, 대구지방법원장, 부산지방법원장, 광주지방법원장, 대구복심법원장 등 총11인의 지방 및 복심법원장들의 답신이 실려 있다. 이 중 대구, 공주, 평양, 경성복심법원장은 민사령 제11조를 폐지하고 민법 직접 적용을, 평양, 함흥은 법규제정을 건의하고 있다(조선총독부, 『秘司法官會議諮問事項答申書』(1917)).

비추어 가장 必要하다고 思料한다. 一面에 있어 鮮人の 古來의 舊慣이 明確을 缺如한 경우가 적지않을 뿐만 아니라 본래 祖上崇拜, 家族組織으로써 社會의 基礎로 삼는 것은 內地와 朝鮮과 同一하고 根本에 있어서 兩者의 慣行이 조금도 矛盾되는 바가 없고 지금 곧이 朝鮮의 舊慣을 明確히 하여 도리어 內地와 의 사이에 劃然히 溝渠를 두기보다는 今에 미처 하루라도 빨리 兩者의 統一을 하는 것이 좋다고 믿는다.<sup>41)</sup>

경성복심법원장이 제시한 민사령 제11조를 폐지해야만 하는 이유는 첫째, 조선의 구관이 명확하지 않은 것이 많아 관습법 적용에 무리가 있다. 공주지방법원장 역시 “관습이 매우 명료하지 않은 것 또 완전히 없는 것이 있어 이들 경우에는 조리에 의한다고 하는 의미하에 민법의 규정에 따르고 있는 금일의 재판 실례에 비추어 이것이 존재할 필요를 인정하지 않는다”<sup>42)</sup>는 것이다. 둘째, 일본 친족 상속법이 기반하고 있는 가족제도가 조선의 그것과 근본적으로는 차이가 없다. 셋째 조선의 관습을 명확히 하는 것은 오히려 일본 내지와와의 차이를 드러내는 것에 다름 아니라는 것이다.

이러한 과정을 거쳐 조선총독부는 1917년 12월경에는 일반방침을 마련하였다. 민사령 중 조선인의 능력 친족 상속에 관한 규정의 개정과 그것과 밀접한 관련을 가지는 호적에 관한 법령을 제정한다는 것이다. 이 두가지 사항에 대해 조선총독부는 첫째, 조선인의 능력에 대해서는 민법과 같은 규정을 설치한다. 둘째 혼인 입양에 대해서는 내지와 같은 신고주의를 채택하고 기타 친족 상속제도에 대해서는 내지제도와 동일하게 한다. 셋째, 호적에 관해서는 현행 민적법에 근본적 개정을 행한다고 하는 방침을 마련하였다.<sup>43)</sup>

이어 조선총독부는 1919년 친족법과 관련된 제령안을 마련하였다. 일본 사법성에서도 참사관을 파견하여 기안 작성을 도와 늦어도 그 해말에는 공포할 예정이었으나,<sup>44)</sup> 실현되지는 않았다. 조선총독부에서는 민사령 및 민적법개정 위원회를 두어 계속 심의를 진행하였는데, 이는 내선인간의 결혼을 용이하게 하여 동화를 촉

41) 朝鮮總督府, 『秘司法官會議諮問事項答申書(1917), 43 쪽

42) 위의 책, 21쪽

43) 『第40回 帝國議會說明資料』

44) 『朝鮮親族法』, 《每日申報》, 1919. 3. 26.

진하려는 취지도 포함되어 있었다.<sup>45)</sup> 더욱이 1918년 4월 법률 제39호로 공통법이 공포됨에 따라 민적법의 개정은 가장 시급하였다.<sup>46)</sup> 그럼에도 그 기본법이라 할 수 있는 조선민사령 중 친족 상속에 관한 규정에 여러가지 복잡한 문제가 속출하여 쉽게 결정을 내리지 못하고 있는 실정이었다. 더욱이 1919년의 봄 조선인들의 독립운동은 이러한 결정을 더욱 더디게 한 주요 요인 중에 하나이기도 하였다. 결국 이들 법안 심의에 많은 시일을 소요하였고, 그로 인해 민적법의 개정 역시 지연되고 있었다.<sup>47)</sup>

## 2. 제2차 조선민사령 개정

그후 민적법 및 민사령 개정이 본격화되는 것은 1921년 시점이다. 조선총독부는 1921년 3월을 전후한 시점에 민적법과 민사령 개정안을 완성한 듯하다. 《매일신보》는 1921년 4월초 사법국 민사과장이 호적법 개정을 위한 성안을 마련하여 법제국의 심의를 받고, 수정안을 만들기 위해 조선으로 돌아왔음을 기사화하고 있다. 그리고 조선총독부의 成案이 결정되는 대로 곧바로 법제국의 심의를 거쳐 빠른 시일안에 제령이 공포될 예정이라는 것이다.<sup>48)</sup> 그런데 여기에서 주목되는 것은 조선총독부의 기안에 대한 법제국의 반대의견에 관한 것이다.

총독부에서는 상당한 成案을具하야 법제국과 심의중이더니 조선인의 결혼에 관한 관습의 認定程度로 법제국에 종종 이론이 有하니 卽 결혼연령에도 内地法에 의하면 남자 만17세 여자만 15세이고 남자만30세 여자 만25세에 至하면 親權者의 승낙이 無히 自由結婚을 認하나 조선의 舊慣으로는 自由結婚과

45) 「朝鮮施政ノ改善(1920)」, 『齋藤實文書』, 「新總督ノ施設」, 『齋藤實文書』

46) 共通法 第3條의 내용은 “일 地域의 法습에 의해 그 地域의 家에 들어간 者는 他地域의 家를 떠난다”는 것이다. 이는 법역을 달리하는 내지, 조선, 대만, 관동주, 남양군도 등 法域을 달리하는 지역들 사이에 移籍을 가능케 한 것이다. 移籍은 주로 이들 지역 사이에 혼인, 양자연주, 이혼, 이연 등 신분 변동으로 인해 호적 이동을 발생시키는 사항이었다. 그동안 조선에서 이 조항은 호적법이 제정되지 않아 시행을 보지 못하고 있었다. 高等法院書記課 『朝鮮司法提要』(1930), 3~4 쪽

47) 朝鮮總督府, 「民籍法改正の經過」, 『第42回 帝國議會說明資料』(1919); 「民籍法改正の經過」, 『第43回 帝國議會說明資料』(1920).

48) 「共通戶籍法改正」, 《每日申報》, 1921. 4. 7.

如히흙은 無히며 善良흔 風俗을 紊亂흔는 것이라히야 一般이 忌憚흔는 바임  
으로 是等의 點에 關히야 다시 修正案을 作製키 위히야 上京중인 司法局民事  
課長은 急遽歸鮮히얏는대<sup>49)</sup>

이 내용을 정리하면, ① 조선총독부는 혼인성립요건을 일본 민법 사항을 의용하는 것으로 기안을 작성하였다. 그 경우에 혼인연령은 남자 만7세, 여자 만5세 이상이고, 남자 만30세, 여자 만25세 이상이면 친권자의 동의없이 결혼이 가능하다. ② 여기에 법제국은 친권자의 동의없는 자유결혼은 조선의 관습이 아니고 풍속을 문란하게 할 우려가 있기 때문에 적용하기 어렵다는 의견을 제시한다. ③ 이에 조선총독부의 민사과장은 수정안을 작성하기 위해 동경에서 조선으로 돌아왔다는 것이다.<sup>50)</sup>

당시 조선총독부 민사과장으로서 일본에 건너가 심의를 받았던 原正鼎의 회고 역시 법제국과 조선총독부 사이에 의견의 차이가 있었음을 보여준다. 조선총독부의 기안 중에는 민법과 다른 관습을 성문화시킨 조항이 있었고, 여기에 법제국이 반대를 한 것으로 보인다. 하지만 어떤 항목이었는지는 자료의 한계로 알 수가 없다.

當時 法制局은 民事法規 특히 親族相續法規 등에 관해서는 國內統一主義를 理想的으로 堅持하고 民法과 特異한 慣習을 固定시켜 成文化하는 것에 極力 反對하여 慣習은 慣習으로서 상관없이 存置하고 오히려 그 推移性을 誘導하여 國內法에 統合歸一케 해야한다고 했던 것이다.<sup>51)</sup>

이후 조선총독부는 조선민사령 제11조의 규정을 일본 민법으로 성문화하려는 태도를 노골적으로 가시화하였다. “同一흔 國民으로 二樣의 民事規程을 設흙은 取扱上 不便이 多흙는 것은 물론 法規統一의 趣旨에 反하는 바인 故로,” “內地 民法과 의 法規上 統一을 考慮”하면서 연구조사를 진행하였기<sup>52)</sup> 때문이다. 1921년 4월 30일에는 조선총독부 훈령 제25호 ‘舊慣及制度調査委員會規程’을 발하여, 親族, 婚

49) 「共通戶籍法改正」, 《每日申報》, 1921. 4. 7.

50) 결국 제2차 민사령 개정시 혼인연령만이 민법 적용 대상이 된다.

51) 原正鼎, 「戶籍令制定當時의回顧」, 『戶籍』, 3권 7호(1943), 5쪽

52) 「緊急흔民法上의 能力問題-滿控의 贊意를 表흙」, 《每日申報》, 1921. 5. 28, 原法務局民事課長談



姻, 養子, 家, 親子, 親族會 등 가족법규에 관한 관습을 심의, 조사하였다.<sup>53)</sup>

그 결과는 먼저 1921년 11월 14일 제령 제14호인 조선민사령 제1차 개정으로 나타났다. 조선민사령 제11조의 능력 항목을 폐기, 즉 친권, 후견, 보좌인, 무능력자를 위하여 설치되는 친족회에 민법을 적용한다는 것이다. 이 항목은 민사법규 운용의 기본 토대라는 점에서, 사법관 회의에서 가장 시급하게 폐지를 요청한 사안이기도 하였다. 그리고 이 개정에 대해 조선총독부는 “內鮮法律制度의 統一上 至大한 便益을 伴할 것으로 最히 策을 得흔 것”으로 평가하였다.<sup>54)</sup>

나아가 뒤이은 조선민사령 제2차 개정으로 친족 및 상속 법규에도 민법을 본격적으로 도입하기 시작하였다. 1922년 12월 7일 제령 제13호가 그것으로 ‘혼인연령, 재판상 이혼, 인지, 친족회에 관한 규정, 상속의 승인 및 분리에 대한 일본 민법의 규정을 1923년 7월부터 적용한다’는 것이다. 이것은 조선호적령과 거의 동시에 공포되고 1923년 7월 1일을 기해 동시시행에 들어갔다. 개인의 신분 변동과 그에 따른 권리의무와 밀접한 관련을 가지는 항목들이 의용 대상이었다. 즉 조선호적령 공포와 관련하여 개인의 신분과 그것의 이동관계를 보다 명확히 할 필요에 부응한 것이 바로 조선민사령 제2차 개정이었던 것이다.<sup>55)</sup>

조선총독부는 그 이유로 조선관습의 변화를 내세웠다. 개정 항목들은 그동안 내지인과의 접촉으로 말미암아 민법을 의용해도 좋을 만큼, 다른 한편에서는 관습에만 의존하기가 불가능할 정도로 변화해 왔다는 것이다.<sup>56)</sup> 즉 조선 재래의 관습이 자연스럽게 일본 민법상의 관습으로 전환되었다는 것이다.

그러나 이러한 항목들이 민사령 개정으로 처음 도입되는 것은 아니었다. 혼인연령, 이혼, 양자연속, 이연 등의 항목에 일본민법을 적용하기까지 관습의 이름으로 일본 민법을 의용하고 있었기 때문이다.<sup>57)</sup> 특히 조선총독부의 사법관료들은 다음의 세가지 방식으로 조선의 관습을 만들어 가고 있었다. 하나는 혼인의 경우에는

53) 朝鮮總督府中樞院, 『朝鮮舊慣制度調査事業概要』(1938), 79~81 쪽

54) 「緊急 혼民法上の 能力問題 習慣을 尊重할뿐 不便한 制度는 當然히 改廢(下)」, 《每日申報》, 1921. 5. 30, 橫田法務局長談

55) 홍양희, 앞의 논문(2005a), 122 쪽

56) 朝鮮總督府, 앞의 책(1935), 75~76 쪽

57) 제2차 민사령이 개정되기까지 친족관습법이 운용되는 과정 및 방식에 대한 자세한 내용은 다음의 논문을 참조. 홍양희, 앞의 논문(2005a).

혼인 연령에 도달하지 않은 자의 민적등재를 거부하는 방식을 통해 관습의 변화를 유도하였다. 즉 그들이 인식한 조혼 관습과 달리 병합 초기부터 행정적인 제도를 통해 제재를 가하였던 것이다.

다음으로, 養子緣組 부분에서 문제가 되었던 庶子の 奉祀權 인정 여부는 행정 통첩이 판례에 영향을 미친 경우이다. 법원은 그 자체의 법리에 의해서만 판결을 내리는 것이 아니었다. 오히려 정무총감이나 법무국장에게 조회를 하여 관습을 宣明하는 방식을 취하였기 때문이다.<sup>58)</sup> 실제로 관습조사의 결과는 사법협회의 審議, 決議를 거치거나 또는 政務總監, 中樞院議長, 法務局長 등의 ‘回答’, ‘通牒’ 등에 의하여 확인됨으로써 비로소 법적 규범력이 인정되었다. 즉 당시의 ‘回答’, ‘通牒’은 관습법을 宣明하는 法規範이었으며 단순한 법령해석상의 자료가 아니었던 것이다.<sup>59)</sup> 법원은 행정통첩의 내용에 따라 법의 국가적 통일성과 안정성을 추구하는 방향으로 관습을 유도하였다.<sup>60)</sup>

상속의 승인 및 분리에 관한 조항을 제외하고는 해방까지 관습법의 영역으로 남아있던 상속 부분에 관습법이 운용되는 방식도 역시 마찬가지였다. 우선 식민지 초기 사법판료들에 의해 인식된 조선의 相續慣習, 즉 祭祀相續, 戶主相續, 財産相續의 유형은 일본 민법을 토대로 식민지 법제화 과정에서 만들어진 것이었다. 이들 중 호주상속은 일본 민법상의 가제도의 원리인 가계계승의 원리를 차용함으로써 행정법과 민사법 체계에 의해 완전히 새롭게 만들어진 관습이었다. 재산상속 부분 역시 호주제도의 원리에 의해 강한 규정력을 받는 방향으로 관습을 창출하였다.<sup>61)</sup>

끝으로, 離婚과 離縁의 경우에는 처음부터 그들이 판단한 조선의 관습과 달리, 일본 민법상 이혼 및 이연 제도의 유형과 절차를 법제적으로 시행하였다. 즉 협의 이혼과 재판상의 이혼, 협의이연과 재판상의 이연으로 분류한 후, 제도적으로 시행하였기 때문이다. 그럼으로써 이혼과 이연을 둘러싼 임의적인 관행들은 이 틀안으로 수용되었으며, 그것은 새로운 관행을 유발하였다. 더욱이 민사령 개정으로

58) 朝鮮總督府 中樞院에서 1933년에 펴낸 『民事慣習回答彙集』은 고등법원 지방법원 등에서 법무국장이나 정무총감에게 조선의 관습에 대한 照會와 그에 대해 回答한 문서를 정리, 편찬한 책이다. 이 작업에는 野村調太郎과 喜頭兵一 등이 참여하였다.

59) 정광현, 『한국가족법연구』(서울대출판부, 1967), 23쪽.

60) 심희기, 앞의 논문, 25쪽.

61) 양현아, 앞의 논문, 50-62쪽.

1922년에는 재판상의 이혼을, 1939년에는 재판상의 이연에 각각 민법을 의용하였지만, 실질적으로는 그 이전부터 법원의 판결을 통해 민법을 의용하고 있었다. 요컨대 법원의 판례를 통하여, 일본 민법의 내용을 조선 관습으로 판결한 후, 최종적으로 일본 민법을 직접 적용하는 방식이었다.<sup>62)</sup>

결국 조선총독부는 일본 민법 체계에 따라 행정적 사법적 체도를 시행함으로써 새로운 관행을 만들어 갔으며, 그러한 관행들이 정착되어 가는 시점에 민사령을 개정하였다. “推移性を 誘導하여 國內法에 統合歸一케 해야한다”는<sup>63)</sup> 일본 법체국의 방침이 바로 이것이었다. 따라서 식민지 국가권력이 시행한 법체계 안에서 그들이 유도하는 방향으로 조절되고 통제되며 만들어진 관행이 새로운 관습이었다. 아울러 민법 의용은 전반적인 입법을 하는 것이 아니라, 항목별로 검토 후 채택 여부를 결정하는 방식으로 이루어졌다. 따라서 식민지 통치가 진행됨에 따라 관습법의 영역에서 민법의 영역으로 이행하는 항목은 차츰적으로 늘어갈 수밖에 없었다.

#### IV. 친족·상속 관습법과 식민지 정치

그렇다면 조선총독부가 관습법을 채택한 이유는 무엇일까. 주지하듯이 관습법은 법의 운용이라는 면에서 성문법에 비해 불편한 요소를 가지고 있다. 관습은 “時運에 따라 推移”하므로, 관습법은 “法的 生活의 安全性을 缺”<sup>64)</sup>하기 때문이다. 대구복심법원장이 “재판의 통일을 결여하고 따라서 재판의 위신을 실추할 우려가 있다”<sup>65)</sup>면서 민사령 제11조의 폐지를 주장한 것도 이 때문이다. 진정으로 조선의 관습을 인정하려면 조선 고유의 관습에 기초한 민법전을 편찬하면 되었다. 더욱이 일본은 통감부 시절에 이미 민법 편찬을 위한 작업을 어느 정도 마무리한 바도 있었다. 아니면 법제일원화에 따라 일본 민법을 처음부터 적용할 수도 있었다. 그런데도 굳이 관습법을 채택하였던 것이다.

62) 홍양희, 앞의 논문(2005a), 129~135, 138~140 쪽

63) 原正鼎, 앞의 논문(1943), 5쪽.

64) 『政務總監事務引繼書』, 『大野錄一郎文書』.

65) 朝鮮總督府, 『秘司法官會議諮問事項答申書(1917)』, 123 쪽

물론 관습법은 일본 민법을 곧바로 적용할 경우에 초래될 조선인의 저항을 예방하는데 일차적인 목적이 있었다. “風俗習慣은 본디 各民族이 그 生活理想을 達成하기 위해 適正妥當하다고 認定되는 것을 採用해 왔는데 돌연 傳統的 形式을 法制의 力으로 一朝에 變革을 加하는 것은 헛되이 民心을 動搖하여 反撥을 초래”하기<sup>66)</sup> 때문이다. 특히 조선은 일본이 병합한 타지역에 비해 가장 문명화되었고, 가족제도에 관해서는 고유한 문화를 발달시키고 있기도 하였다. 가족법규에 관습법을 적용시킨 일차적인 이유가 여기에 있다.

그러나 이들 법규의 관습법 적용은 그 이상의 의미를 가지고 있었다. 여기에서 관습법의 식민지적 성격이 드러난다고 할 수 있다. 즉 관습법은 조선총독부가 추구한 관습 동화 전략에 적극적으로 활용될 수 있는 좋은 도구였던 것이다. 관습법이 조선의 가족 관행을 폐기하고, 새로운 관습을 도입하는 교환 창구로 이용될 수 있기 때문이었다. 관습법에 대한 일본 정부와 조선총독부의 인식이나 실제 관습법이 적용되는 원리를 통해 살펴보면 이 점이 분명히 드러난다.

첫째, 관습법은 조선의 특이한 관습이 성문화 되어 고착화되는 것을 예방할 수 있다. 즉 관습법은 조선의 관습을 존중하기 위한 것이기 보다는 성문화된 민법의 형식으로 조선인에게 완전히 뿌리내리는 것을 막고, 장차 일본 민법으로 귀일시키기 위한 중요한 수단이었다. 바꾸어 말하자면 일본의 입장에서 결코 성문법화해서는 안 되는 조선의 관행을 폐기하고 일본 민법으로 대치시키는 장치가 바로 관습법이었다. 관습을 “尊重한 結果 그 慣習을 固定시키는 것 역시 避하지 않으면 안 된다”<sup>67)</sup>는 사법부 장관의 글은 그것을 보여준다. 일본 법제국 역시 民法과 特異한 慣習을 固定化하여 成문화하는 것에 극력 반대하고, 오히려 그 推移性을 誘導하여 國內法에 統合歸一케 해야 한다는 입장을 견지하고 있었다.<sup>68)</sup>

둘째, ‘매우 불명확하다’는 관습법의 단점조차도 장점으로 활용할 수 있다는 것이 관습법을 채택한 또 다른 이유였다. ‘관습법은 理論적으로 抽象적으로는 항상 社會的 感情의 反映이어야만 함에도 불구하고, 그 具體的 內容에 이르러서는 매우

66) 「朝鮮總督府內臨時職員設置制中ヲ改正ス(親族相續其ノ他事項ニ付テノ法令制定事務等ノ爲職員増員)」, 『公文類聚』, 제63권 제36권(1939); 「朝鮮民事令中ヲ改正ス(壻養子制度創設及之ト關係スル規定)」, 『公文類聚』, 제63권 제100권(1939).

67) 國分三亥, 앞의 문서

68) 原正鼎, 앞의 논문(1943), 5쪽.

不明確하지 않을 수 없다는 것은 慣習法의 가장 큰 缺點<sup>69)</sup>이지만, 오히려 불명확한 점을 근거로 일본의 가족법을 자연스럽게 도입할 수 있기 때문이다. 조선총독부가 1922년 고등법원 판례를 통해 관습법으로 정착시켰던 재판상의 이연제도를 1939년 조선민사령 개정을 통해 일본 민법으로 교체시키면서 사용했던 논리도 바로 관습의 불명확성이었다.

裁判上の 離縁에 대해서는 대체로 民法에 定한 바와 같은 慣習을 생기게 하기 에 이르렀던 것은 認定할 수 있을지라도, 慣習의 性質상 그 請求原因이어야만 할 事由의 如何는 매우 漠然함을 免하지 못하고, 또 除斥期間 그 외 請求權의 消滅에 관해서는, 依據해야만 하는 慣習은 없고, 매우 不合理的 바이기 때문에, 今次の 改正을 보기에 이르렀던 것으로, 今後は 오로지 民法 第366條 이상의 規定에 의하지 않으면 안 된다.<sup>70)</sup>

셋째, 법원의 ‘創設的 判決’을 통해 사실상 입법행위를 할 수 있다는 점이 관습법의 가장 중요한 장점 중의 하나였다.<sup>71)</sup> 이 경우 ‘사회의 변화에 응한다는 구실로 관습을 폐기하고, 일본의 가족법으로 교체할 수 있는 기회를 가질 수 있었다. 즉 일본의 가족법을 재판을 통해 관습법으로 만들고, 판례를 통해 거듭 확인함으로써, 마침내 법관념이 바뀌었다는 것을 이유로 성문법화 할 수 있다는 것이다. 가족법규의 민법의용이 항목별로 순차적으로 이루어졌던 이유도 여기에 있다. 요컨대 창설적 판결을 통해 ‘법이 社會的 感情과 合致되어, 사람들 사이에 常識으로서 자연스럽게 행해지는 효과를 기대할 수 있다’는 것이다.<sup>72)</sup> 1939년 제4차 민사령 개정시 조선총독부의 문서 역시 판례가 관습의 변화를 유도한 動因이었음을 확인시켜 준다.

司法院은 일찍이 裁判例를 통해 朝鮮人의 親族相續에 관한 慣習을 점차 民法

69) 南雲幸吉, 앞의 책(1935), 喜頭兵一 序, 1~2 쪽

70) 野村調太郎, 「朝鮮家族制度の推移」, 『朝鮮』, 제296 호(1940), 33 쪽

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

72) 南雲幸吉, 앞의 책(1935), 喜頭兵一 序, 1~2 쪽

의 親族 및 相續에 근접하도록 노력하고 氣運이 익기를 기다려 그 경우 朝鮮民事令에 改正을 加하고 民法에 의하기로 정해 始終一貫 앞의 態度를 堅持하여 今일에 미쳤다. 그리고 多年間에 걸친 裁判所의 노력은 점차 結實을 맺었다<sup>73)</sup>

위의 글에서도 보듯이, 사법부는 재판을 통해 조선의 관습을 일본 민법의 방향으로 변화시키는데 적극적으로 개입하였다. 평양지방법원판사였던 崔丙柱의 다음 글 또한 재판이 관습 창출에 어떤 역할을 했는지를 잘 보여주고 있다. 입법자는 법령으로, 재판관은 재판을 통해 민법상의 가와 호주관념을 조선의 관습으로 만들려고 노력 중이며, 고등법원의 판례, 판례조사회의 결의, 회답보고 등이 바로 그러한 역할을 수행했다는 것이다. “立法者가 앞의 兩法令 施行에 의하여 朝鮮의 家를 民法上의 家와 동일한 性質인 것으로 看做하려고 하고, 裁判官이 民法上의 戶主觀念을 朝鮮의 慣習으로 끌어들이려고 노력하고 있는 것은 의문이 없다”<sup>74)</sup>는 지적에서 그것을 알 수 있다.

넷째, 창설적 판례와 더불어 관습법의 장점은 일본 가족법을 순차적으로 그리고 완급을 조절해가며 이식시킬 수 있다는 점에 있었다. 왜냐하면 “慣習은 固定的인 것이 아니라 社會의 進歩發達에 隨伴하여 推移變轉되는 것을 本質”로 하기 때문이다.<sup>75)</sup> 즉 관습이 “社會史情의 變遷에 應해, 時勢의 推移에 수반하여, 점차 發達 移動하는 性質”을<sup>76)</sup> 가진다는 점은 관습법의 최대 장점 중의 하나였던 것이다. 즉 관습의 변화를 이유로 일본 민법을 의용할 수 있기 때문이다. 당시 사법관료들은 관습의 변화하는 특성을 장점으로 인식하였으며, 그 변화의 추이에 맞추어 관습을 선명해야만 한다는 입장을 견지하고 있었다.

따라서 관습법은 일본의 가족제도를 자연스럽게 조선에 이식시키는 시간을 벌어준다는 이점이 있었다. 조선총독부는 관습법을 채택한 이유로 조선과 일본의 가족제도 사이에 존재하는 현격한 차이를 들었다. 그렇다고 해서 그 차이를 계속해서 방치하겠다는 뜻은 아니었다. 일본의 가족법이 이미 도입 모델로 정해져 있는

73) 『朝鮮總督府內臨時職員設置制中ヲ改正ス』, 『公文類聚』, 제63권 제36권(1939).

74) 崔丙柱, 『民事令第11條の慣習と宗孫權及遺妻の相續權(2)』, 『司法協會雜誌』, 제7권 제5호(1938), 35~37쪽

75) 『松寺法務局長主意事項』, 『司法協會雜誌』, 제2권 제5호(1923), 25~26쪽

76) 原正鼎, 『民事令改正趣旨』, 『朝鮮』, 제82호(1921), 55~56쪽

상황이었기 때문이다. 조선의 관습을 “漸次 그 一角으로부터 崩壞시켜 日本의 慣習으로 同化一致”시키겠다는 것이다.<sup>77)</sup> 즉 조선총독부에게는 조선인에게 가해줄 충격을 완화하면서, 그 차이를 없앨 시간이 필요했다. 관습법이 바로 그 역할을 할 수 있었다. 관습법을 “制度的 急激한 變化를 調節할 目的”으로 인정한 예외적 장치였다는<sup>78)</sup> 설명 또한 이를 의미했다. 이러한 점에서 慣習法은 “制定法の 固定的인 것보다 우월”한 것이었다.<sup>79)</sup> 즉 관습법은 결코 구관을 존중한다는 취지가 아니며, 관습법을 통해 노리는 효과가 달리 존재하였던 것이다

慣習은 하나의 法制로서, 一面 매우 微妙한 作用과 重要な 價値를 가지는 것이라고 믿는다. 그리고 民事습이 前記와 같은, 제11조에 있어서 能力, 親族 및 相續에 관한 사항에 대하여 慣習에 의해야만 한다고 했던 律意도 역시 오로지 여기에 있어, 결코 헛되이 舊慣을 尊重하고 종래 舊慣을 固定不動한 것으로서 이것에 準據한다고 하는 趣旨가 아니라는 것은 明白하다고 할 수 있다.<sup>80)</sup>

요컨대 관습법은 “政治的 社會的 理由에도 制約”을 받은 것으로,<sup>81)</sup> “진실로 부득이하게 나온,” “過渡的 立法”이었다.<sup>82)</sup> 현재 조선에 시행되는 모든 제도는 영구 불변의 것이 아닌, 終局의 목적을 달성하기 위한 “過渡的 事情”으로 인한 것이었다.<sup>83)</sup> 이렇게 본다면 관습법은 일본의 가족법을 이식하기 위한 하나의 방편이었다고 할 수 있다. 이 경우 관습법은 이중의 효과를 기대할 수 있다. 조선의 관습을 폐기시키는 한편, 일본의 가족법 이식의 통로로 이용할 수 있기 때문이다. “慣習은 하나의 法制로서 一面 매우 微妙한 作用과 重要な 價値를 가지는 것”이라는<sup>84)</sup> 조선총독부 사법관료의 언급이야말로 관습법의 식민지 정치성을 단적으로 알려준다.

77) 國分三亥, 앞의 문서

78) 原正鼎, 앞의 글, 55쪽

79) 南雲幸吉, 앞의 책(1935), 喜頭兵一 序, 1~2쪽

80) 原正鼎, 앞의 글, 55~56쪽.

81) 宮本元, 「婿養子, 異姓養子及氏制度に關する朝鮮民事令の改正」, 『朝鮮』, 제298호(1940), 3~4쪽

82) 「朝鮮民事令中ヲ改正ス(婿養子制度創設及之ト關係スル規定)」, 『公文類聚』, 제63권 제100권(1939).

83) 原敬, 「朝鮮總督府官制改正ニ就キ原總理大臣ノ談(1918)」, 『齋藤實文書』.

84) 原正鼎, 앞의 글, 55쪽

## V. 결론

지금까지 식민지 조선이라는 정치현실에서 조선총독부가 채택한 가족 관습법이 가지는 정책적 의미를 살펴보았다. 한국을 병합한 후 조선총독부의 통치목표는 조선인을 일본 국민으로 통합하는데 있었다. 일본과의 차이를 좁히고, 결국에 가서는 완전한 일본인으로 만들겠다는 것이었다. 따라서 식민지 법제정책 역시 동화주의 원칙에 입각하여, 법령을 공포하였다. 여기에 민사법규도 예외는 아니었다. 때문에 조선민사령의 공포로 일본의 민사법규가 조선에 대거 도입되었다. 그러나 친족 및 상속, 즉 가족법규에는 예외조항을 두어 관습법을 채택하였다. 조선인과 내지인 사이에 차이가 있어, 급격히 이들 법규를 적용할 경우에는 예기치 못한 저항이 예상된다는 것이 그 이유였다.

그러나 관습법에는 그 이상의 정치적 의미가 내재되어 있었다. 그것은 다른 아닌 관습의 특성을 식민지 통치에 이용한다는 것이었다. 관습은 시대에 따라 변화하고, 불명확하다는 특성이 있다. 따라서 관습법은 법적 안정성과 통일성을 결여하기 쉬운 제도였다. 그럼에도 불구하고 관습법의 이러한 단점은 식민지 정치에서 장점으로 활용되었다. 첫째, 조선 관습이 존재하지 않는대거나 불명확하다는 것을 이유로 일본 민법의 내용을 판례에 도입할 수 있었다. 둘째, 관습법의 가장 중요한 장점 중의 하나는 법원의 창설 판결을 통해 사실상 입법행위를 할 수 있다는 점이었다. 셋째 일본 민법상의 가족법규를 완급을 조절해가며 순차적으로 이식시킬 수 있었다. 결국 관습법은 조선의 특이한 관습이 성문화되어 고착화되는 것을 예방하면서, 일본의 가족제도를 자연스럽게 조선에 이식시키는 시간을 벌어준다는 이점이 있었다.

따라서 조선총독부는 관습법체제를 유지하는 동시에 다른 한편으로는 조선민사령 제11조 개정 작업을 꾸준히 진행하였다. 관습법체제 → 관습법과 성문법(일본 민법)의 이원적 체제 → 법제일원화로 진행하는 것이 일종의 마스터 플랜이었기 때문이다. 이러한 과정에는 조선총독부와 법원의 유기적인 관계가 존재하였다. 아니 오히려 사법부의 행정관료와 법원의 재판관은 구별되는 존재들이 아니었다. 행정관료에서 판사로, 판사에서 행정관료로 그 직위가 교차 변동되었기 때문이다. 더욱이 법원의 판결은 자체 법리보다는 행정부의 방침에 의존하는 구조였다. 관통



첩이나 법원의 조회에 대한 행정부의 회답은 판결문 그 자체였기 때문이다.

결국 판례는 조선의 관습이라는 이름으로 새로운 관습을 창출하는 기능을 수행하였다. 판례를 통해 일본 가족법의 원리를 조선의 관습으로 만들어, 어느 정도 익숙해지게 만든 후, 관습의 변화를 이유로 일본 민법을 직접 적용시킬 수 있었다. 조선총독부가 제1, 2차 조선민사령 개정시 일본 민법을 적용하는 항목들에 대해 ‘조선 관습의 변화’를 전가의 보도처럼 들먹이게 된 속사정이 여기에 있다. 그러나 앞서서도 언급했듯이 변화했다는 조선의 관습은 대체로 조선총독부의 훈령이나 관통첩, 그리고 법원의 판결문을 통해 이미 조선에 통용되고 있던 항목들이었다. 민사령 개정이 항목별로 이루어진 이유도 여기에 있다.

또한 조선민사령 개정을 위해 조선총독부는 개별 사안에 대해 계속적인 심의를 진행하였는데, 이 과정에는 다양한 견해 차이가 존재하였다. 견해의 차이는 일본 정부 대 조선총독부라는 이항대립적인 관계가 아니었으며, 조선총독부 내부에도 존재하는 것이었다. 그리고 이는 근본적인 정책의 차이라기 보다는 일본 민법을 도입하는 시기의 遠近, 즉 時差의 문제였다. 조선총독부의 사법관료들 역시 관습 동화를 통한 민법 통일을 근본 방침으로 설파하고 있었기 때문이다. 정책 수행에서 제기되는 이견이나 논쟁은 어쩌면 당연한 것이었다. 근본적인 정책이 달라서가 아니었다.

요컨대, 관습법은 일본 제국이 추구한 민법 통합의 성패를 가늠하는 정책이었다. 장점(유연성)과 단점(불명확성)을 동시에 내포하고 있다는 바로 그 점 때문에 관습법은 적극적으로 채택되었다. 조선총독부의 입장에서 관습법의 이러한 장단점은 조선의 가족 관습을 만들어내는 ‘자유재량권’을 의미했다. 만일 일본 内地의 민법을 처음부터 그대로 적용할 경우 조선인의 저항이라는 부작용을 감수해야만 했던 반면, 관습법을 채택할 경우에는 이중의 효과를 기대할 수 있었다. 한편에서는 마치 조선의 관습을 존중하는 듯한 모습을 보임으로써 조선인의 심리적 반발을 무마할 수 있었으며, 다른 한편에서는 관습의 변화를 이유로 일본의 민법을 적용시킬 수 있었다. 이렇게 보면, 관습법은 일종의 ‘靜中動’의 정책이었다.

그러나 개인의 실생활과 관련된 관습을 변화시켜 일본인으로 문화통합을 추구하였던 일본의 정책, 즉 가족법규의 법제일원화는 쉬운 작업은 아니었다. 왜냐하면 해방이 되는 시점까지도 일본 민법과의 괴리는 상당부분 잔존하고 있었기 때문

이다. 1945년 극비문서에는 ‘조선의 친족 및 상속제도를 내지의 그것과 일치시킬 의향이 있는가’라는 일본 정부의 질문에 조선총독부는 ‘아직 그 정도까지는 도달하지 못하였다’는 답변을 하고 있다. 그리하여 식민지 이후 조선에 남겨진 가족법은 일본 민법, 사법관료들에 의해 조선의 관습으로 인식된 관습 조선 재래의 다양한 관행들이 얽혀있는 복잡성을 띠고 있었다. 한국인의 손에 넘겨진 가족법은 바로 이러한 성격을 지닌 것이었다.

## 참고문헌

- 「共通法案委員會會議錄(7回)」, 『帝國議會衆議院速記錄』, 1918.
- 「共通戶籍法改正」, 《每日申報》, 1921. 4. 7.
- 「緊急憲民法上の 能力問題-滿腔의 贊意를 表함」, 《每日申報》, 1921. 5. 28.
- 「緊急憲民法上の 能力問題-習慣을 尊重할뿐 不便한 制度는 當然히 改廢(下)」, 《每日申報》, 1921. 5. 30.
- 「內鮮通婚法令勅令發布在邇乎」, 《每日申報》, 1921. 5. 22.
- 「秘 合併後半島統治卜帝國憲法卜ノ關係」, 『寺內正毅關係文書』
- 「寺內總督訓示」, 『總督訓示及法務局長注意事項集』, 朝鮮總督府, 1939.
- 「松寺法務局長主意事項」, 『司法協會雜誌』 제2권 제5호, 1923.
- 「雜報(第1回司法法規改正調査委員會委員長 告辭)」, 『司法協會雜誌』 제6권 제7호, 1927.
- 「政務總監事務引繼書」, 『大野錄一郎文書』
- 「朝鮮人及臺灣人ノ政治處遇ニ關スル伊澤樞密顧問官口述要旨」, 『本邦內政關係雜件/植民地關係』 제3권 外務省外交史料館, 1944.
- 「朝鮮親族法」, 《每日申報》, 1919. 3. 26.
- 남기정(역), 『日帝의 韓國司法府侵略實話』, 서울: 육법사, 1978.
- 박병호, 「일제시대 법제상의 가부장권」, 『민법학의 현대적 과제』, 서울: 박영사, 1987, 679~688 쪽
- 박병호, 「일제하의 가족정책과 관습법형성과정」, 『법학』 33 권 2 호, 1992, 1~16 쪽
- 심희기, 「일제강점 초기 ‘식민지 관습법’의 형성」, 『법사학연구』 28 집, 2003, 5~31 쪽
- 양현아, 「식민지시기 한국가족법의 관습문제 I」, 『사회와 역사』 58 집, 2000, 35~70 쪽
- 이병수, 「조선민사령에 관하여: 제11조의 관습을 중심으로」, 『법사학연구』 4집, 1977, 51~78 쪽.

- 이상욱, 「일제하 전통가족법의 왜곡」, 『韓國法史學論叢』, 서울 박영사 1991, 371~399 쪽
- 이상욱, 「일제하 호주상속관습법의 정립」, 『법사학연구』 9집, 1988, 23~61쪽.
- 이상욱, 「한국상속법의 성문화과정」, 경북대 박사논문, 1986.
- 이승일, 「1910·20년대 조선총독부의 법제정책」, 『동방학지』 126 집 2004, 155~205 쪽
- 정광현, 『한국가족법연구』, 서울: 서울대출판부, 1967.
- 정공식, 「일제의 관습조사와 그 의의」, 『개역관 관습조사보고서』, 서울 한국법제연구원 2000, 9~60쪽
- 정종휴, 「한국에서의 일본민법의 변용」, 『전남대논문집』 30 집 1985, 75~106 쪽
- 홍양희, 「식민지시기 친족관습의 창출과 일본민법」, 『정신문화연구』 통권00 호 2005a, 121~145 쪽
- 홍양희, 「식민지시기 호적제도와 가족제도의 변용」, 『사학연구』 제79 호, 2005b, 167~205 쪽
- 高等法院書記課, 『朝鮮司法提要』, 1930
- 國分三亥, 「總督施政方針ニ關スル意見書(1919)」, 『齋藤實文書』, 제13 권
- 宮本元, 「婿養子, 異姓養子及氏制度に關する朝鮮民事令の改正」, 『朝鮮』 제98 호, 1940.
- 南雲幸吉 編纂, 『現行朝鮮親族相續法類集』, 大阪屋號書店, 1935.
- 南雲幸吉, 『創氏及氏名變更手續と届出書式』, 登記と戶籍研究會 1940.
- 寺內正毅, 「司法官ニ對スル訓示(1913. 5. 12)」, 『總督訓示集』
- 山田三良, 「植民地法ト内地法トノ關係ニ就テ」, 『法學協會雜誌』 제30 권 제2 호, 1912a.
- 山田三良, 「植民地法ト内地法トノ關係ニ就テ(第3號ニ接續)」, 『法學協會雜誌』 제30 권 제8 호, 1912b.
- 水野直樹 編, 『朝鮮總督諭告·訓示集成』 제1 권 東京 綠蔭書房 2001.
- 野村調太郎, 「朝鮮家族制度の推移」, 『朝鮮』 제96 호, 1940.
- 原敬, 「朝鮮總督府官制改正ニ就キ原總理大臣ノ談(1918)」, 『齋藤實文書』 제2 권
- 原正鼎, 「民事令改正趣旨」, 『朝鮮』 제2 호, 1921.
- 原正鼎, 「戶籍令制定當時の回顧」, 『戶籍』 3 권7 호, 朝鮮戶籍協會 1943.
- 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』.
- 朝鮮總督府, 「山縣政務總監演述筆記」, 『總督訓示及法務局長注意事項集』 1939.
- 朝鮮總督府, 「제27회 帝國議會 重要質疑摘要」, 『朝鮮關係 帝國議會議事經過摘錄』, 1915.
- 朝鮮總督府, 「朝鮮民事令ヲ定ム」, 『公文類聚』 제36 편 1912년
- 朝鮮總督府, 「朝鮮民事令中ヲ改正ス(婿養子制度創設及之ト關係スル規定)」, 『公文類聚』 제63편 1939년 제100 권
- 朝鮮總督府, 「朝鮮總督府內臨時職員設置制中ヲ改正ス(親族相續其ノ他事項ニ付テノ法令制定事務等

ノ爲職員増員). 『公文類聚』 제63 편 1939 년 제6 권

朝鮮總督府, 「朝鮮總督府內臨時職員設置制中ヲ改正ス. 『公文類聚』 제63 편 1939 년 제36 권

朝鮮總督府, 「朝鮮總督上奏犯罪即決例, 民事爭訟調停ニ關スル件及辯護士規則ノ件. 『公文類聚』 제34 편 제21 권, 1910.

朝鮮總督府, 「朝鮮總督上奏朝鮮民事令案. 『公文類聚』 제36 편 제16 권, 1912.

朝鮮總督府, 「倉富司法部長官演述筆記(1911 년 3 월). 『總督訓示及法務局長注意事項集』, 1939.

朝鮮總督府, 「總督府施設歷史調査書類. 『寺內正毅關係文書』, 1915.

朝鮮總督府, 『民事慣習回答彙集』, 1933.

朝鮮總督府, 『秘司法官會議諮問事項答申書』, 1917.

朝鮮總督府, 『제40 회帝國議會說明資料』, 1918.

朝鮮總督府, 『朝鮮의司法制度』, 1935.

朝鮮總督府中樞院, 『朝鮮舊慣制度調査事業概要』, 1938.

車田篤, 『朝鮮戶籍令義解』. 朝鮮地方行政學會, 1937.

清宮四郎, 『外地法序說』. 有斐閣, 1943.

崔丙柱, 「民事令第11條の慣習と宗孫權及遺妻の相續權(2)』. 『司法協會雜誌』 제17 권 제8 호, 1938.

司法協會, 「朝鮮司法界の往事を語る座談會. 『司法協會雜誌』, 19 권 10 호, 1940.

### 국문 요약

조선총독부가 가족법규에 관습법을 채택한 것에는 정치적 의미가 내재되어 있었다. 그것은 다름 아닌 관습의 특성을 식민지 통치에 이용한다는 것이었다. 관습은 시대에 따라 변화하고, 불명확하다는 특성이 있다 따라서 관습법은 법적 안정성과 통일성을 결여하기 쉬운 제도였다. 그럼에도 불구하고 관습법의 이러한 단점은 식민지 정치에서 장점으로 활용되었다. 첫째 조선 관습이 존재하지 않는거나 불명확하다는 것을 이유로 일본 민법의 내용을 판례에 도입할 수 있었다. 둘째, 법원의 창설 판결을 통해 사실상 입법행위를 할 수 있다. 셋째 일본 민법상의 가족법규를 완급을 조절해가며 순차적으로 이식시킬 수 있었다.

결국 관습법은 조선의 특이한 관습이 성문화되어 고착화되는 것을 예방하면서, 일본의 가족제도를 자연스럽게 조선에 이식시키는 시간을 벌어준다는

이점이 있었다. 장점(유연성)과 단점(불명확성)을 동시에 내포하고 있다는 바로 그 점 때문에 관습법은 적극적으로 채택되었다. 조선총독부의 입장에서 관습법의 이러한 장단점은 조선의 가족 관습을 변화시킬 수 있는 ‘자유재량권’을 의미했다. 만일 일본 内地의 민법을 처음부터 그대로 적용할 경우 조선인의 저항이라는 부작용을 감수해야만 했던 반면, 관습법을 채택할 경우에는 이중의 효과를 기대할 수 있었다. 한편에서는 마치 조선의 관습을 존중하는 듯한 모습을 보임으로써 조선인의 심리적 반발을 무마할 수 있었으며, 다른 한편에서는 관습의 변화를 이유로 일본의 민법을 적용시킬 수 있었다. 이렇게 보면, 관습법은 일종의 ‘靜中動’의 정책이었다

● 투고일 : 2006. 7. 14.

● 심사완료일 : 2006. 8. 29.

● 주제어(keyword) : 관습(Custom) , 관습법 (Customary Law), 친족법 (Law of Domestic Relations), 상속법 (Law of Inheritance)  
일본민법(Japanese Civil Law), 조선민시령 (Choseon Civil Code)