

家族法の發展

— 차례 —

金 曠 洙

머 리 말

- 머 리 말
- 一、家制度
- 二、婚 姻
- 三、父母와 子
- 四、相 續
- 맺 는 말

本稿는 開化以後 主로 日帝侵略以後 새로운 우리 自身의 民法이 制定하기에 이른 사이에 우리의 家族法이 近代化의 물결에 씻겨서, 그 모습을 달리하고 發展하여 간 발자취를 素描的으로 더듬어 가 보자는 것이다. 그런데 우리나라는 이번의 새로운 民法이 成立하기까지는 家族法에 있어서 統一된 體系的인 法典을 가지지 못하고 日帝當局이 만든 朝鮮民事令에 의거하여 大部分이 우리나라의 慣習를 그 法源으로 삼고 다만 技術的인 部分에 있어서만 日本民法이 依用되었다. 따라서 우리나라 家族法이 中國의 影響을 絕對的으로 받은, 말하자면 中國의 宗法制에 立脚한 家族制度를 그 基幹으로 하고 있는 것은 너무나도 當然한 것이다. 즉 그것은 徹頭徹尾한 男系血統中心이요, 祭祀本位이어서 모든 身分法上의 制度는 男系血統을 繼續시키기 위한 目的에서 나온 것이다.

그러나 李朝時代에 確立된 이러한 宗法制은 李朝가 滅亡하고 日帝가 우리 땅을 支配한 以後로는 그들의 資本主義의 侵略의 結果 우리나라의 土地制度가 本來의 모습을 날리하여 細分化되기 始作하고 한 편으로는 都市가 發達함에 따라서 人口는 都市로 集中하게 되고 그에 따라서 個人本位의 職業으로 分化되어 나아갔고 이에 따른 家長權의 縮少, 個人主義思想의 發達과 文藝思想의 普及에 따라서 李朝時代에 確立된 宗法制은 漸次的으로 무너지기 始作하였다. 이에 발맞추어 우리나라 家族法도 變容·發展되어 나아간 것이다.

그리하여 우리나라라는 드디어 歷史의 인 八·一五의 民族解放을 맞이함과 더불어 새로운 經濟의 樣相을 띠어 都市集中은 加一層 甚해지고, 農地改革으로 말미암아 李朝時代에 볼 수 있었던 大家族制度는 우리나라 農村에서는 하나의 遺物로 化해 버리고 말았다.

이러한 가운데 政府는 우리 自身의 民法를 가지고자 방대한 民法草案을 完成하여 그것이 國會法制司法委員會의 修正案과 더불어 國會 本會議에 上程되어 歷史의 인 通過를 보았고 여기에 우리나라 有史以來 最初의 市民社會의 民法가 誕生된 것이다.

이리하여 거의 소의 으로 慣習에 의거하여 온 우리나라의 家族法은 成文化된 셈인데, 여기에는 물론 憲法이 規定하는 바 個人的 尊嚴과 男女平等의 原則에 立脚하여 宗親의 男系血統本位의 家族法에 相當한 改革을 加한 것은 事實이다.

一 家 制 度

李朝時代의 家は 當時의 封建社會의 基本構造를 形成한 身分制度의 基盤이었다. 身分은 家와 不可分的으로 結合하며, 兩班家에 屬하는 者는 兩班이, 賤民의 家에 태어 난 者는 賤民으로 되었으며, 사람은 어떤

家에 出生하는가에 따라서 그 社會的身分이 決定되었던 것이다.

이러한 身分制度의 維持를 위하여 만들어진 것이 즉 戶籍編成인데, 이것의 主目的은 良賤의 混淆를 防止함에 있었던 것이다(鄭光敏著 族牒法상의 觀)。그 當時는 같은 家屋에서 實際로 共同生活을 하고 있는 者들을 單位로 하여, 그 中の 代表者인 家長을 中心으로 하여 戶籍을 編成하였으므로 現實로 同居하는 者만이 家族이고 同居하지 않는 者는 家族이 아니었다.

그러나 時代의 흐름에 따라서 現實生活共同體와 戶籍은 점점 遊離되기 始作하여 오늘날에 있어서 法律上家라고 하는 것은 다만 戶籍上的의 形式的인 集團에 지나지 않고 實際의 生活共同體와는 거의 大部分이 遊離되고 있는 것이 現實이다. 그러므로 오늘날에 있어서 「家」라고 하는 것은 法律上으로는 現實的인 生活共同體를 의미하는 것이 아니고, 어디까지나 形式的인 戶籍上的의 것이 되고 만 것이다. 이러한 不合理한 家制度의 存續은 實際에 있어서 弊害가 많으므로 法律上的의 家制度를 現實生活共同體와 一致시키고자 하는 努力의 一端으로서 나온 것이 말하자면 새로운 民法에 規定된 이른바 「強制分家」制度라는 것이다. 그러나 이러한 規定을 가지고 오래 계속되어 온 우리나라의 家制度의 不合理性을 是正할 수는 없다. 왜냐하면 實際에 있어서는 過去보다 더욱 빈번하게 家族分裂을 이르고 있다. 즉 첫째 經濟的原因으로서 많은 家族이 狹少한 制限된 農地로써는 生計가 維持되지 않으므로 次男以下 즉 衆子들은 거의 赤手로 自己 집을 떠나지 않으면 안 되게 되어 있고, 둘째로는 이례율로기의인 原因으로서 個人主義思想의 成長으로 말미암아 家族分裂의 度數는 더욱甚하다. 이와 같은 現象에도不拘하고 法律上的의 分家は 극히 低調하다. 이것은 말하자면 單적으로 現實生活共同體와 法律上的의 家사이에 엄청난 차질을 가져 오고 있음을 말해 주는 것이다. 이러한 法律上的의 分家簡次申告가 低調한 原因이 종전에 認定되었던 戶主의 分家同意權같은 것에서 온 것

이 아님은 現實이 證明해 주고 있음을 볼 때에 決코 「強制分家」 같은 規定으로써 現實的生活共同體와 法律上の 家의 符號을 가져올 수는 없는 것이다. 이러한 分家申告란 것은 實際에 있어서 分家申告者에게 그로 인한 어떤 利益이 수반될 때 비로소 可能한 것임을 볼 때 더욱 이러한 새로운 民法의 規定같은 것으로는 宗親의 弊端이 是正될 수 없는 것이다.

하여튼 우리 「家」는 순전히 形式的인 戶籍上の 集團에 不過하고 現實生活共同體와는 거의 符號을 하지 않고 있는 것이 現實이며 또 現民法下에서는 앞으로 계속 그러할 것이다. 그러한 의미에서 새로운 民法이 그것의 是正과 家制度로 인하여 생기는 여러가지 不合理性 특히 男子絕對主義, 家長權의 強大性을 是正하기 위하여 여러가지 面에서 새로운 改革을 보이고 있다. 즉 앞에서 말한 바와 같은 「強制分家」라는 制度를 새로 마련하였고 그리고 戶主權의 大幅的인 弱화를 꾀하였다. 이러한 결과 新民法에 있어서의 家의 代表者인 戶主는 實質的으로는 家長이라기 보다도 다만 家의 奉祀者에 그치고 마는 格이 되고 말았다. 그러면 이와 같은 戶主가 어찌서 民法에 꼭 남아 있어야만 되겠는가. 거기에 대하여서는 우리나라 家族生活이 아직 夫婦單位가 아니고 三代乃至四代가 共同生活을 하고 있는 것이 보통이므로 萬若 戶主制度를 없애면 그 家에 家長이 없는 결과가 되어 不合理하다는 것을 理由로 드는 이는 있으나 이것은 法律上の 家와 現實上の 家族生活을 混同한데 基因한 것으로 생각된다. 우리가 三代乃至四代가 共同生活을 한다고 해서 거기에 法律上の 戶主를 가짐으로써 어떤 實益이 있을 것이며 또 없다고 해서 어떤 不合理性이 있을 것인지 잘 모르겠다. 要컨대 民法上の 戶主制度는 李朝社會의 宗法制를 維持하자는 것以外에 아무 것도 아닌데 이 宗法制가 무엇에 奉仕하여 왔으며 어떤 結果를 빚어 냈는가 하는 것은 누구히 說明을 할 필요가 없을 程度다. 하여튼 이 宗法制가 根本的으로 民主主義原理와 相容할 수 없다는 데서 이 宗法制는 到底히 維持될

수 없는 存在인 것이다.

二 婚 姻

李朝末期 甲午更張以後 쏟아져 들어오는 西歐文化는 開化의 바람을 일으키고 到處에서 舊文物에 대하여 衝擊을 준 것은 不可避한 現象이었지만 家族生活의 테두리 속에서도 가장 센 바람을 받은 것은 夫婦關係이었다. 이 人間의 社會生活의 基本的 普遍的인 形式에 관하여 우리나라만이 國情이나 傳統을 방패로 하여 特殊性을 지키는 것은 극히 困難하였다. 西歐의 個人主義의 自由·平等의 思想과 基督敎의 博愛主義의 思想은 封建的 社會思想을 뿌리 밑부터 흔들리게 하고, 國家·社會的인 문제를 批判하고 處理하는 指導的理論을 供給하였던 것이다.

李朝時代의 婚姻이란 어디까지나 家를 위한 것이요, 夫婦가 되는 一男과 一女의 個人的幸福을 생각하는 것은 아니었다. 따라서 그 當時의 婚姻은 個人이란 거의 문제가 안되고 家門이란 것이 문제가 되었다. 그러니까 당시에 그 當時의 婚姻은 家의 계승이라는 데에 目的이 있었다고 볼 수 있다. 그러므로 婚姻은 婚姻當事者가 關與할 바가 못되고 兩家를 各各代表하는 主婚者들에 의하여 仲媒을 통하여 成婚이 되기 마련이었다. 물론 그 當時 婚姻當事者가 婚姻에 關與하지 못한 것은 年少한 데에도 原因이 있었을 것이지만, 主原因은 역시 婚姻은 個人的 幸福을 위한 것이 아니요 家를 위한 것이라는 데 있을 것이다. 이와 같이 婚姻이 어디까지나 家의 계승에 그 目的이 있었으니 만큼 無子에 대하여서는 棄妻의 原因의 하나가 되었고 또 妻以外에 妾을 갖는 것이 아무런 非難의 對象이 되지 않고 公認되었다는 것은 그 當時의 事情으로서 는 너무나도 當然한 일이었다. 그 結果 貞操義務란 것은 女子에게만 強要되었다. 그것은 妻의 姦通은 父系의 血統을

紊亂케 할 念慮가 있으나 夫의 경우에는 그러한 念慮가 없다는 奇怪한 辯明에 立脚한 것이었다.

이와 같이 李朝時代의 婚姻이라는 것은 徹頭徹尾 宗法制에 의거한 家族制度에 奉仕하는 것이었다.

그러나 앞서 말한 바와 같은 西歐思想의 流入으로 婚姻에 있어서 父母와 戶主의 同意以外에 當事者의 意思의 合致가 要求되었고 同時에 一夫一妻主義가 宣言되어 종전의 一夫多妻制를 廢止함으로써 妾制度는 廢止되었다. 그리고 종전에는 대체로 交通이 不便하고 모든 것이 開化되지 않았으므로 儀式을 舉行함으로써 能히 婚姻의 公示가 可能하였지만 開化로 因한 社會事情의 複雜化는 儀式이 公示의 힘을 喪失하게 되었으므로 婚姻은 國家機關에 申告함으로써 成立하도록 하였다. 이와 같이 종전의 婚姻儀式이 私的인 祝福과 公的인 公示의 뜻을 가지고 있었으나 이제 와서는 私的인 祝福에 그치게 됨으로써 採擇된 婚姻申告制度는 우리나라 사람들의 生活에 좀처럼 파고 들기 못하고 있어 오늘날까지도 婚姻申告制度는 많은 缺陷을 內包하고 있다. 그럼에도 불구하고 이 制度가 維持되지 않으면 안되는 要請이 너무나도 切實하기 때문에 이와 같은 缺陷性을 가지고 있으면서 新民法에 繼受되었다.

우리나라는 中國의 影響을 받아 相當히 甚한 早婚을 하는 弊風이 있었는데 이에 대하여 李朝末期에는 勅令으로써 이를 禁止하려고 努力하였으나 잘 지켜지지 않았다. 그러나 經濟의 事情이 달라짐에 따라 특히 農地의 細分化에 따라서 漸次的으로 早婚의 弊風은 없어져 갔는데 이 早婚의 弊風이 없어지게 된 다른 原因에는 이러한 經濟의 原因以外에 역시 西歐文物의 影響을 받은 것도 否認할 수 없다. 특히 解放後 最近의 傾向은 도리처럼 相當한 晚婚現象을 나타내고 있는데, 都市農村할 것 없이 같 수록 晚婚傾向을 보이고 있다. 이것은 다름아닌 우리나라 國民經濟의 乏迫을 의미하는 것 외에 아무 것도 아니다. 過去에는 그래도 父母들이 經濟的餘裕가 있었으므로 子女들이 生計獨立을 할 수 있는 能力을 가지기 전에 結婚을 시킬 수 있었

지만, 오늘에 와서는 農地의 甚한 零細化와 都市市民의 收入萎縮으로 父母가 結婚한 子女까지 扶養한다는 것은 너무나도 지나친 짐이 되었기 때문에 自然히 子女들이 生計獨立의 能力을 갖출 때까지 結婚이 延長되 기 마련이다. 거기에 덧붙여서 莫甚한 就業難으로 젊은 사람들이 生計獨立을 한다는 것은 좀처럼 쉬운 일이 아니다. 실사 就業을 하고 있다 하더라도 현재의 젊은 사람들의 就業狀態란 舉皆가 半失業狀態를 免치 못하고 있기 때문에 그度は 더욱 甚하다. 이러한 現象은 날이 갈수록 甚하기 때문에 앞으로 우리나라의 晚婚傾向이 더욱 甚하여질 것으로 보인다. 이러한 의미에서 新民法이 規定하고 있는 婚姻適齡은 實際에 있어서 거의 아무런 意義가 없음을 알 수 있다. 그러나 하여튼 무슨 理由에서인지 잘 몰라도 종전에는 男子만 一七歲, 女子만 一五歲이었던 것을 新民法은 한살씩 올려서 男子만 一八歲, 女子만 一六歲로 하였다. 우리나라의 婚姻은 앞서 말한 바와 같이 어디까지나 家の 계속을 위하여 필요한 것이었기 때문에 거기에 는 當事者의 의견보다 主婚者들의 의견이 더욱 重要하였으므로 父母以外에 戶主의 同意까지도 필요로 하였다. 물론 이경우에 있어서의 婚姻同意는 婚姻當事者의 保護에 있었던 것은 아니었기 때문에 年齡에 의한 區別은 없었다. 이 思想은 그대로 新民法成立時까지 계속되어 그대로 法으로써 效力으로 가지고 있었다. 그러나 이 制度는 漸次 維持할 수 없게 되었다. 그 原因은 역시 첫째 經濟的인 原因에 의한 것이라고 볼 수 있다. 즉 과거에는 父母가 農地를 가지고 있고 子女는 父母의 扶養을 받고 있는 處地에 있을 뿐만 아니라 또한 年少해서 婚姻을 하였으므로 父母의 婚姻同意란 너무나도 當然한 것이었다.

그러나 앞에서 말한 바와 같이 子女들이 스스로가 生計獨立을 할 수 있을 때에 비로소 結婚을 하게 되고 그렇게 되려면 또한 오늘날에 있어서는 年齡이 相當이 많게 되므로 父母들도 옛날과 같이 子女들의 婚姻에 대하여 專制的인 것을 할 수 없게 되고 도리어 父母가 子女들에게 讓步하지 않으면 안 되게 되었다. 여

기에 덧붙여서 이 데를로기의 면에서 西歐의 個人主義思想은 婚姻概念에 革命을 가져 왔다. 이러한 의미에서 父母의 子女들에 대한 婚姻同意權은 自然히 保護的機能으로 變容되어 가기 마련이다. 여기에 適應하여 新民法는 男子는 만 二七歲 女子는 만 二三歲까지만 父母의 同意를 얻도록하고 宗親의 家制度的인 戶主의 婚姻同意權은 廢止하였다. 그러나 이것 만으로서는 滿足할 수 없는 것이 이러한 比較的 높은 年齡의 制限은 역시 그 속에 宗親의 父母絕對的인 思想이 깃들여 있는 것을 否認할 수 없다.

우리나라는 李朝時代에 中國의 影響을 받아 同姓婚을 禁止하여 이에 違反한 者에게는 大明律의 規定에 좇아 處罰을 하였다. 그리하여 同姓不婚制度는 宗法制와 함께 우리나라 家族制度의 큰 支柱가 되었다. 그러나 李朝初期에는 高麗時代부터의 近親婚의 慣習이 남아 있어서 그것이 잘 지켜지지 않았다는 事實이 李朝實錄에 나타나 있다(藤田東三, 「李朝實錄朝鮮婚姻考」)。 그러나 當局은 甚之於 異本인 同婚者사이에 도 婚姻을 禁止함으로써(續大典) 同姓不婚制度를 強化시켰다. 이것은 아마도 그當時의 爲政者들이 中國사람의 비위에 거슬리지 않게 하기 위한 事大主義思想의 所産이 아닌가 생각된다. 이리하여 우리나라에 同姓不婚의 原則은 完全히 우리나라 사람들의 生活에 과고 들어서 確固한 慣習으로 되었다. 이 原則은 그대로 오늘날까지 繼承되어 왔는데, 人口의 都市集中, 人口의 增加 및 交通發達 등은 이것의 不合理性을 더욱 強化하여 日帝當局은 同姓不婚의 原則은 지키되 漸次的으로 緩和하는 方向으로 나아가, 近親以外에는 同姓同本者사이의 婚姻이라도 이것을 한 以上은 有效한 것으로서 保護하려는 傾向에 있었고(司法協會決議回答輯錄 昭和一九年五〇面)。 즉 具體적으로 보면 同姓同本間이라 할지라도 派가 다르면 有效하게 婚姻할 수 있는 慣習으로 오히려 간 것이다. 이러한 趨勢에 비추어서 新民法草案을 만들 때에는 原則적으로 同姓同本不婚

의 原則을 維持하되、祖先의 系統이 같지 아니하는 경우에는 婚姻할 수 있도록 하였던 것이다。 이것이 바로 日帝時代 末期까지의 變容된 慣習이라고 보겠다。 그러나 앞서 말한 바와 같이 同姓不婚의 原則이란 李朝滅亡以後 資本主義的經濟體制를 가짐에 따라서 同族部落이 崩壞되기 始作하고 이리하여 한 部落에 살던 同族이 四方에 흩어질 뿐만 아니라 交通이 發達하고 人口增加를 가져오고 보니 이제 와서 同姓不婚의 原則이란 近親者를 除外하고는 이것을 維持할 아무런 根據도 없게 되었고 도리어 이 慣習은 近代市民社會의 婚姻의 基本問題인 婚姻의 自由를 正當의 으로 侵害하는 것으로서 實際에 있어서 이 慣習 때문에 犧牲되는 男女가 부쩍 늘어 가고 있다。 交通이 極히 不便하고 同族部落을 形成하고 家內끼리의 婚姻이 이루어지던 當時 이 慣習은 그대로 適用될 素地를 가지고 있었다。 그러나 時代는 바뀌어 交通은 發達하여 사람의 往來가 甚하고 經濟體制의 變動으로 同族部落은 崩壞되고 婚姻은 過去와 같은 父母 一方에 의한 것이 아니라 當事者들이 主動이 되게 되었고、都市를 中心으로 해서 이른바 自由婚姻이 盛行하는 이 마당에 있어서 이 同姓不婚의 原則은 도저히 容納될 수 없는 것이며 그것은 마치 紳士服을 입은 사람에게 옛날 갑투를 끼우려는 우습고스러운 演劇밖에 안 되는 것이다。 그러한 의미에서 政府案이 國會에 廻附되어 法制司法委員會에서 審議한 結果、同姓不婚의 原則은 廢止하기로 하고 近親에 限하여 婚姻을 禁止하는 修正案을 提出하였던 것이다。 이 修正等은 本會議에 上程되어 保守의인 國會議員들에 의하여 否決되고 말았는데 이때 이들 議員들이 極少數의 儒林派等에 의한 壓力를 받아서 이 修正案을 否決하였다는 것을 들을 때 啞然하지 않을 수 없다。 이리하여 同姓不婚의 原則은 新民法에 그대로 살아 있기로 되었는데, 오히려 이 民法規定이 慣習보다도 逆行한 것에 더욱 놀라지 않을 수 없다。 즉 政府案에 있던 祖先의 系統이 같지 아니한 경우에는 同姓同本인 血族이라도 婚姻할 수 있다는 但書規定마저 削除함으로써 完全히 現實的 要請

說
올 저바리고 말았다. 이 規定은 곧 是正되지 않으면 안될 性質의 것이다.

論

우리나라에서는 再婚하는 例가 男子의 경우에 종종 볼 수 있었으나 蓄妾의 慣習이 있었기 때문에 再婚을 하는 者가 그리 많지 않았다. 또 女子의 경우에는 李朝 世宗 때부터 女子의 再婚을 禁止하였으나 李朝의 開國五〇三年 六月에 議案으로서 그 禁止를 解除하였다. 그러나 再婚을 賤하게 여기는 中流以上の 家에 있어서는 絶對로 하지 않았었다. 그리고 再婚에 있어서는 一定한 期限이 經過하여야 하도록 하여 經國大典、禮典 婚嫁條에 「士大夫妻亡者三年改娶若因父母之命、或年過四十無子者許期年後改娶」라고 規定하였었다. 이것은 그 後에 刑法大全에도 옮겨져서 「父母喪에 居하여 嫁娶한 者는 笞一百이며 妾을 娶하거나 人의 妾이 된 者는 笞八十이며 夫喪에 居하여 改娶한 者는 笞百에 處함이라」(五六條)고 規定하였다(이 再婚 禁止期間은 이른바 居喪婚의 禁止로서 近世的 再婚禁止期間의 趣旨와는 전혀 다른 것이다). 그러나 日帝가 執權한 以後로는 이러한 것은 認定되지 않고 再婚을 認定하되 再婚禁止期間의 慣習은 우리나라에 없다 는 것을 理由로 前婚解消 또는 取消後 곧 再婚할 수 있다는 態度를 取하고 있었다. 그것은 그럴 수 밖에 없는 것이 앞서 말한 바와 같이 우리나라는 본래 儒敎思想의 影響을 받아서 특히 女子의 再婚을 禁止하였고 그 後 再婚을 許容하였다 하지만 中流以上에서는 再婚을 賤하게 여겼으므로 여기에 再婚禁止期間이란 慣習이 생길리가 萬無하였다고 보아야 할 것이다. 그러나 時代는 흘러서 中流以上에서 간직하고 있던 再婚 禁忌思想도 이제는 過去の 遺物이 되고 말았다. 그 原因은 역시 經濟的原因과 이례올로기의 原因에 있다 한 것이다. 즉 夫가 남겨 놓은 遺産이라는 것이 거의 보잘 것 없는 것이 되고 보니 再婚을 하지 않고 守節하는 것은 不可能한 것이고, 또한 西歐의 個人主義思想과 유메니티는 女子의 犧牲的인 守節을 要求하지 않았다. 이 결과 오늘날에 있어서는 保守의 人 慣習이 남아 있는 農村에서도 再婚은 하나의 常識이 되고 말았다.

그런데 新民法은 난데 없이 再婚禁止期間을 六個月로 定하였는데 이것이 이른바 近世의 再婚禁止期間으로서 血統의 混亂을 防止하는데 二目的이 있다는 것이다. 그러나 우리나라 같이 婚姻이 婚姻申告의 届出로 成立하는 나라에서는 이러한 制度는 實際에 있어서 아무런 구실도 못할 것은 明白한 것이고 도리혀 이의 違反을 取消의 原因으로 하였기 때문에 女子에게 苛酷한 結果를 가져 올 危險性만 內包되어 있다.

相姦者의 婚姻에 관하여는 大明律刑律犯姦條에 「姦婦從夫嫁賣其夫願留者聽若嫁賣與姦夫者姦夫本夫各杖八十婦人離異歸宗財物入官」이라고 하였고 刑法大全五五八條에 「姦婦는 從夫嫁出 其夫가 願留하는 者는 聽하고 姦夫에 仍嫁者는 姦夫와 同罪로 하고 受財하여 贓이 重한 者는 第六百三十一條 坐贓律에 依하여 贓錢을 沒收하고 姦夫와 離異한다」라고 規定하였다. 이것은 우리나라의 慣習으로서 新民法成立까지 相姦者의 婚姻을 禁止하고 있었다. 그러나 新民法은 이에 관하여 아무런 規定도 두지 않으므로 결국 相姦者의 婚姻禁止를 解除한 것으로 볼 수 있다. 하여튼 이 相姦者婚姻禁止는 女子로부터 再婚의 機會를 빼는 등 특히 女子에게 苛酷한 結果를 가져 온 일이 많았고, 또 法律上 婚姻만을 認定하지 않았을 뿐 事實婚까지는 禁止할 수 없으므로 私生子를 增加시키는 原因도 되어 왔기 때문에 相姦者婚姻禁止의 慣習은 벌써부터 廢止되어야 할 運命에 있었다.

夫婦關係의 內容은 家의 保體中에서 直接 外界에 접촉하는 것이 적었으므로 새로운 時代의 움직임에서 떨어져서 남은 慣習을 保存하는 傾向이 强하다. 즉 妻의 財産은 夫가 이것을 管理、使用、收益할 수 있었고, 다만 處分하는 경우에 있어서는 妻의 同意를 얻도록 하였었다. 이 慣習은 그대로 계속되어 新民法成立으로 겨우 是正되어 新民法下에서는 夫婦는 各各 自己의 特有財産을 使用、管理、收益하도록 하였다. 方向을 바꾸어 離婚쪽에 눈을 돌리면, 單婚制의 成立과 함께 婚姻法의 改革으로서 重要한 의미를 가진

것은 古代以來 一貫하여 妻에게 認定되지 않았던 離婚請求權이 確立한 것이다. 李朝時代에는 近代의 意味의 離婚이란 것은 없었고 夫側의 一方的인 棄妻制度가 있었다. 이른바 「七去三不去」가 그것이다. 그러나 棄妻의 경우에 있어서도 夫가 妻를 棄하는 것이 아니라 夫의 父가 하였다. 그리고 妻나 妻의 實家の 父가 離婚을 要求하는 것이 許容되지 않았고, 妻가 夫를 싫어하여 離婚書를 請求한 것을 理由로 杖八十에 處하여진 事實이 있다 (世宗實錄三三卷一八枚表八行, 八年九月辛丑條(一四二六年)). 그렇다고 해서 夫는 任意로 妻를 棄할 수 있었느냐 하면 「七去三不去」에 의하여 制限되어 있었다. 이러한 것은 앞에서 말한 바와 같이 婚姻이란 어디까지나 婚姻當事者를 위한 것이 아니고 家自體를 위한 것이었기 때문에 모두가 當然한 것이었다. 그러나 西歐文化의 流入으로 女子의 地位가 上昇되면서부터 앞서 말한 바와 같이 女子에게도 離婚權을 주었던 것이다. 그러나 宗親의 婚姻觀念의 完全拂拭이 되지 않았기 때문에 離婚에는 戶主와 父母의 同意가 필요하였다. 이와 같이 女子에게도 離婚權이 있다고 하지만 그것은 다만 宗親에 一方的으로 버림받던 女子도 그의 意見を 尊重받게 되었다는 정도이고 實質에 있어서는 協議離婚이란 이름으로 夫의 專權的離婚을 許容하는 결과를 가져왔다. 그런 수 밖에 없는 것이 女子는 우선 經濟力을 못 가지고 또 그 자신이 대개 無識하였기 때문에 夫와 對等한 處地에 있게 된다는 것은 到底히 不可能한 일이었다. 그러나 時代는 흘러 女子에게도 漸次的으로 經濟力이 생기기 始作하고 西歐文化의 流入은 女子의 個性을 漸次 나타나게 하였다. 그러나 이러한 현상도 都市에 局限되었을 뿐, 農村에 있어서는 아직도 옛날 그대로의 모습을 가지고 있고 妻가 離婚을 要求하는 것을 罪惡視하고 있다. 그러한 의미에서 新民法에서의 協議離婚制度는 이러한 過去の 弊端을 그대로 간직할 念慮가 있다.

李朝時代에는 앞서 말한 바와 같은 「七去三不去」의 棄妻制度以外에 「義絶」이라는 制度가 있었는데 이것

은夫婦 할 것 없이 一定한原因이 있으면 한쪽이 다른쪽에 대하여 夫婦乃至家長의意思如何를 묻지 않고 法律上強制로離婚을 시키는 것이었다.

日帝時代에는裁判離婚을認定하여 그離婚原因은日本法을依用하였다. 그런데離婚原因으로서認定된事項을 잠깐 보면 대체로 그것은夫婦의利益을平等하게 지키려는意識이作用한形跡이 전혀 없다. 즉 어디까지나夫中心이요家中心인離婚原因이었다. 이러한事情下에서法院은民法이規定하는離婚原因을漸次的으로擴張解釋을해서妻의利益을피하려고努力하였다(金囑法「離婚原因」(判例回顧)。新民法은 이러한不合理性を止揚하고夫婦의利益을平等하게 지키기 위하여努力하였다.

그러나離婚請求權에立脚하여裁判에 의하여行하여지는離婚은극히 적고,大多數을 차지하고 있는離婚은協議에 의하는 것이現實이다. 특히 이것은農村에 있어서 더욱甚한 것을 볼 수 있다. 이平等的營業者의自由로운意思의合致를前提로 하는離婚이大多數의離婚의形式이었다는 것은前代로부터의夫의一方的인離婚權이妻의同意를強制하여協議의成立을偽裝케 한 것이 많음을 말하여 주는 것이다. 그리고우리나라가婚姻에 있어서法律婚主義를採用的以來事實婚에 있어서妻의離婚請求의實現을保障하는 아무런 길이 없다.

三 父母와子

親子關係에 대한規制로서는廢妾이 되기까지는妾이 낳은子는父의認知를기다리지 않고當然히庶子가 되었으나其他의私生子는父의認知를기다려서 비로소 그庶子가 되었다. 그런데 이경우의認知는 물론現民法에서規定하고 있는 바와 같이官에申告하는 그러한慣習은 없었다. 이러한私生子中에

서 姦通으로 因해서 出生한 子를 姦生子라고 불렀으나 現民法은 이러한 모든 것을 區別하지 않고 婚姻外에 出生한 子는 모두 통털어서 「婚姻外의 出生子」라고 하여 父의 認知申告에 의해서 父를 가지게 되어 있다. 따라서 現民法下에서는 事實婚夫婦 사이에 出生한 子도 私生子가 되는 것이다.

이와 같이 우리나라는 妾制度가 公認된 결과 私生子에도 여러가지 種類가 있었으나 이 중에서 妾子女의 地位는 오히려 이른바 私生子보다 嫡出子에 가까웠다고 볼 수 있다. 물론 우리나라에서도 妾子女에 대해서는 李朝時代에는 오늘날보다 相續分에 있어서 懸隔한 差異가 있고 官職에 있어서도 差別을 받기는 하였지만, 歐羅巴의 私生子에 比하면 훨씬 낮은 地位에 있었다고 볼 수 있다.

하여튼 婚姻外의 出生子의 地位는 漸次的으로 上昇하여 李朝時代에는 相續分에 있어서 嫡子女에 比하여 賤妾子女는 十分의 一에 不過하였고 또 良妾子女의 相續分은 嫡子女의 七分의 一이었지만(經國大典(刑典私賤條)、日帝時代의 慣習은 嫡出子와 庶子사이의 差異는 二分의 一이었다(昭和一〇年一月一日)五日司法協會決議)。그러다가 新民法에서는 嫡庶間에 전혀 差別待遇를 하지 않고 同等하게 다루고 있다. 이와 같이 婚姻外의 出生子의 地位가 上昇하는 것은 決코 一夫一妻制를 깨뜨리는 것이 아니고, 역시 휴머니티의 發展이라고 보아야 할 것이다.

다음으로 養子는 宗法制에 의하여 오로지 家의 계속을 위해서만 奉仕되어야 하였다. 따라서 近代의 意味의 養子制度는 전혀 發達될 수 없었고 法律上으로는 오로지 家를 계승하기 위해서만 養子制度가 認定되었다. 家는 本來 그 相續人에 대하여 家를 維持하는데 適合한 能力과 戶主의 血脈을 傳하는 子孫으로서의 資格을 要求하는 것이었으므로 이것을 兩立하지 않는 경우의 補缺的手段으로서 養子の 役割의 重要性이 있었던 것이다. 따라서 養親의 資格者는 原則上 既婚 戶主에 限하고 그에게 所生의 男子가 없어야 하였다(庶子가 있는 경우에도 養子를 두는 경우가 있기는 있었다)。그리고 그것은 家를 잇는데 한 사람 以上이

필요없는 것이므로 養子는 한 사람에 限하였다. 또 그것은 血統이 같아야 하기 때문에 異姓不養이고 昭穆之序가 지켜져야 하였다. 이 養子는 어디까지나 家를 계승하는데 그 目的이 있었으니만큼 死後養子와 遺言養子란 것이 認定되었다. 물론 이러한 이른바 「家를 위한 養子」以外에 一般庶民層에서 侍養子나 收養子니 하는 것이 있었지만은 法律上 認定하지 않을 뿐만 아니라 그 사이에는 法律上 親子關係를 發生시키지 않았다.

이와 같이 우리나라의 養子制度는 婚姻制度와 함께 徹頭徹尾 宗法制에 따른 것으로서 오로지 家의 維持를 위해서만 存在하였던 것이다. 그러나 新民法은 이러한 「家를 위한 養子」以外에 이른바 「사람을 위한 養子」를 認定하기로 하였다. 이와 같은 養子制度는 現實에 있어서 孤兒의 激增, 특히 戰爭孤兒의 激增은 이 「사람을 위한」 養子制度의 法制化의 必要性을 切實케 하는 의미에서 適切한 規定이라고 보아야 할 것이다. 反面에 우리 民法은 종전대로 이른바 「家를 위한」 養子制度를 存續시키고 있지만 이 制度는 經濟的原因과 이데올로기의 原因으로 漸次的으로 衰退하여 가고 있음을 볼 수 있다. 즉 過去에는 대체로 家産이 있었으므로 養子가 養家에 들어 와서 그 家를 계승할 수 있었겠지만 오늘날에 있어서는 農村에 있어서도 거의 家産이란 것이 없기 때문에 實際上 養家의 維持가 困難한 것이고 더우거나 西歐의 個人主義思想은 이러한 犧牲的奉仕를 强要하지 않고 있는 것이다.

親子關係의 內容에 관하여는, 家中에서 지켜져 온 어버이의 權威을 維持하기 위하여 우선 第一次의 으로 그 家에 있는 父가 子女들에 대하여 親權을 行使하고 父가 없을 때에는 그 家에 있는 母가 子女에 대하여 親權을 行使하였다. 이 경우에 子女는 年齡에 制限을 두지 않았었다. 이와 같은 것은 그 當時의 宗法制의 要請에서 當然한 것이었다. 즉 子女는 어디까지나 子女이고 父母의 權威 밑에 있어야 하였기 때문이다. 따

로서 子의 地位을 어머니로부터 解放시키려는 努力은 거의 보이지 않았다. 그러나 子가 人間的自由에 눈을 뜨고 어머니의 權力으로부터의 獨立을 指向하여, 反抗의 態度로 나오려는 氣運이 漸次로 커져 간 것이 世情속에서 窮知할 수 있는 것은 否定할 수 없는 事實이었다. 이러한 事實의 原因으로서 前에는 親子를 終生的인 現實共同生活에 맺어 놓고 있던 紐帶가 늘여지고 住所를 달리하여 다른 環境속에서 生活하는 傾向이 進行하고 있었고 또 個人主義的인 自由思想의 影響이 親子關係를 다시 보는 데 적지 않은 關係를 가진 것으로 볼 수 있다. 이러한 의미에서 新民法에서는 親權은 未成年인 子女에 대해서만 行使하도록 되어 있고 親權의 內容은 어디까지 子女의 保護와 教養에 있는 것이다.

四 相 續

우리나라 相續法은 中國의 宗法制의 影響을 받아서 中國의 것과 대단히 恰似하다. 즉 中國이나 우리나라를 除外한 다른 나라의 制度를 보면 대개가 한때 長子相續制였음을 볼 수 있다. 이것은 그 나라들이 封建制度를 잔직 하고 있어서 그 社會에서는 家長에게 封建的·軍事的 任務를 치르게 하는 義務를 賦課하였으므로 그 領地를 分割하지 않기 위하여도 一人相續主義가 필요하였던 것이다. 이에 反하여 中國과 우리나라는 長子獨占相續이 아니고 祭祀相續과 財產相續이 서로 對立되어서 長子인 宗子가 相續하여 祭主가 되고 神主에 旁題하였는데, 이것이 祭祀相續이라고 하는 것이며 이것은 財產相續의 一分類는 아니다. 설사 祭祀相續과 財產相續이 同時에 開始된다 하더라도 그것은 特殊한 財產相續으로서 日本舊民法에서 볼 수 있는 바와 같은 이른바 家督相續과 比較할 것이 아니다. 이와 같이 우리나라의 相續制度는 다른 나라와 달라서 祭祀相續과 財產相續이 本質上 同一體, 다시 말하면 財產相續이 身分相續의 一部가 아니고 어디까지

나 祭祀相續과 財産相續은 別個의 것으로서 서로가 對立되어 있었다. 다만 祭祀를 承繼하는 者를 承重子라고 하여 이에 대하여는 다른 子女 즉 衆子女와 달라 祭祀條로서 加給하여 父母奴婢、承重子 加五分之一、衆子女平分이라고 하였고(經國大典刑)、立廟의 家와 祭田・墓田은 承重子에게 傳하였다. 祭祀相續은 男系長男主義로서 子가 없으면 同宗의 支子를 立後하였다. 女系의 子孫으로서 奉祀케 하는 것은 外孫奉祀라고 하여 事實婚上行하여졌으나 祭祀相續으로서 論할 것이 아니다. 長子에게 男子가 없으면 次子가 祀를 嗣하였다. 즉 兄亡弟及之法이라는 것이다. 그러나 父가 이미 死亡하고 長子가 祀를 嗣한後 그에게 子가 없이 死亡하였을 때에는 그 妻는 그 終身에 限하여 祀를 行하였다. 그리고 妾子도 承重子가 될 수 있었다. 그러나 妾子를 賤히 여겨 嫡庶의 分을 嚴하게 하기 때문에 祭祀相續의 順位에 있어서 嫡子는 妾子에 優先할 뿐만 아니라 萬若 長子에게 嫡子가 없고 妾子만 있을 때에는 次子의 子를 立後하든가 그렇지 않으면 長子에게 宗을 嗣하게 하여 妾子와 함께 別途로 一支를 이루는 것을 許容하였다.

財産相續은 父母의 遺産을 子女가 分配하는 것을 原則으로 하여, 第一順位의 相續人은 子女이었다. 여기에 있어서 男女를 不問하고 均等의 相續分으로서 共同相續人이 되었다. 妾子女는 嫡子女에 比하여 一定率을 減給하여 承重子에게는 嫡子와 妾子를 不問하고 祭祀條로서 定率을 加給하였다. 妾子女에게는 良妾子女와 賤妾子女의 區別이 있어서 父母奴婢、承重子 加五分之一、衆子女平分、良妾子女 七分之一、賤妾子女 十分之一이라고 하였다(經國大典刑)。 子女가 없을 때에는 生存配偶者가 그 終身에 限하여 亡配偶者의 遺産을 相續하였다. 祖先의 家産은 子孫相伴하여 他族에게 돌아 가는 것을 希望하지 않았기 때문에 亡配偶者의 遺産을 子女없는 경우에는 生存配偶者로 하여금 그 一身에 限하여 相續시키는 것으로서 그것은 그 者로 하여금 종래의 生活를 持續하여 終身케 하기 위한 것으로서 결국은 亡配偶者의 本族이 相續할 財産이

다. 이와 같은 制度는 모두가 宗法制의 維持에 그 目的이 있음을 알 수 있고 生存配偶者에게 一身에 限하여 相續可 하는 것은 生存配偶者의 再婚이 許容되지 않았기 때문에 當然한 것이었다.

李朝時代에는 財産相續에 있어서의 共同均分分割相續制度를 確立하기 위하여 父母가 生前에 分財하지 않은 財産은 相續人들에 의하여 三年喪을 끝낸 後 兄弟가 모여 分財하도록 하되, 萬若 相續財産을 獨占하여 分割請求에 應하지 않는 者와 和會分執을 履行하지 않는 者에 대하여는 制裁가 있었다.

이와 같이 李朝時代에 있어서는 財産相續은 祭祀相續과 對立되어 共同分割相續制度였고, 男女가 均等하였는데 日帝時代에는 慣習이 달라져서 오늘날에 있어서도 李朝時代의 그러한 純粹한 의미에 있어서의 共同分割相續制度는 그 모습을 찾아 볼 수 없게 되고 財産相續과 戶主相續을 同時에 하는 경우와 財産相續만을 하는 경우(被相續人의 家族인 경우)가 나누어져서 戶主相續과 同時에 財産相續이 開始되는 경우에는 戶主相續하는 長男이 遺産을 一旦 獨占相續을 하였다가, 衆子들이 分家할 때 이에 대하여 一定한 比率로써 分財産을 해주고 있다. 이 경우에 過去와 같이 女子도 平等하게 相續에 參加하는 것이 아니라 完全히 除去되었다. 물론 이 경우에 前戶主인 父가 衆子들에게 生産에 財産을 分割해 주는 例가 많았다. 그리고 長男이 가지는 比率과 衆子들이 가지는 比率도 李朝時代의 것과 달라서 長男은 衆子가 둘 이상 있을 경우에는 半分을 가지고 衆子가 하나 뿐일 때에는 長男이 三分의 二를 가졌다. 그리고 被相續人의 家族일 경우에는 共同相續制인데 그 被相續人이 長男이나 衆子냐에 따라서 그 相續人이 다른데 즉 長男인 경우에는 女子가 除去되고 있다. 이와 같이 李朝時代의 法制에 比하여 相當한 變容을 일으켜, 長男이 우선 前戶主의 遺産을 獨占相續하고 또 分財에 있어서도 女子가 除去되고 그 比率에 있어서도 長男의 것이 많음을 볼 수 있고 또 被相續人의 家族일 경우에도 그가 長男일 때는 相續人에서 女子가 除去된 原因이 어디에 있을까

하는 것이 꿈금하다. 그런데 이것은 역시 經濟的原因으로서 家の 遺産이 漸次 적어지는데 그 原因이 있다고 보아야 할 것이다. 즉 李朝滅亡以後로는 財産相續에 있어서 相當한 比重을 차지하고 있던 奴婢가 없어지고 또 土地賣買가 盛況하여 土地가 細分하였으므로 子女들에게 均等하게 共同相續을 시킨다는 것은 결국 지나친 遺産의 細分화를 가져와서 宗家の 維持가 困難하게 되므로 宗家を 계승하는 長男이 比較的 많은 遺産을 가져야 하였고 따라서 他家로 出嫁하는 女子는 自然히 遺産相續에서 除去되기 마련이었다고 볼 수 있을 것이다. 결국 우리나라의 農村은 日帝時代 以來 漸次的으로 그 耕作하는 農地가 細分화되어 갔는데 이러한 經濟的現象에 수반되어 여기에 맞도록 相續制度도 變容해 갔다고 볼 수 있을 것 같다.

그렇지만 우리나라 農村의 財産相續慣習은 그 本質에 있어서 共同相續制度를 維持하고 있으면서 若干形式을 달리하여 長男이 一般的으로 一旦 獨占하는데 不過하고 衆子들에게 分財할 義務를 지고 있는 것을 볼 때에 이것은 確實히 共同相續의 一形態라고 볼 수 있다. 그러한 의미에서 新民法이 共同相續을 原則으로 하고 戶主가 戶主相續과 同時에 財産相續을 하는 경우에는 그 固有的 相續分에 五割을 加算하게 한 것은 慣習의 成文化라고 우선 볼 수 있을 것이다. 그러나 相續의 實際에 있어서는 특히 우리 나라 農村에 있어서는 解放後의 農地改革으로 말미암아 한 農家가 가질 수 있는 最大坪數가 九〇〇〇坪(三町步)이고 또 現實에 있어서는 大部分의 農家가 그 以下로서 대체로 三〇〇〇坪 乃至 四〇〇〇坪 程度를 가진 農家가 大部分이기 때문에 實際에 있어서 말한 바와 같은 比率로나마도 衆子들의 相續이 不可能한 狀態에 있고 결국 宗家の 維持策에서 衆子들은 거의가 農地相續은 拋棄하는 傾向이고 草家집 한채 程度 가지고 分家하는 것이 고작이다. 이와 같이 農村의 農地가 零細化해 감에 따라서 兄弟間의 相續比率는 漸次的으로 長男에게 많이 가고 있다. 이것은 아직 우리나라 農村이 宗法制의 支配가 強하기 때문에 宗家の 維

持가 道德的으로 要求되고 있음을 말하여 주는 것이겠지만 經濟的原因으로서도 그 작은 農地를 分散해서 모두 못사느니 보다 한 집이라도 살리자는 데에도 그 原因이 있는 것이다. 그렇다고 해서 우리나라 農村이 다른 나라 특히 日本農村에서 볼 수 있는 바와 같이 長男獨占相續은 아니고 어디까지나 本質的으로 共同相續의 形態를 取하고 있음을 볼 수 있다.

맺 는 말

以上으로써 우리 家族法의 發展過程을 概觀하여 보았는데, 이것은 물론 總網羅的인 것도 아니요, 그렇다고 決定的인 것도 아니다. 다만 筆者가 平常時 家族法에 대해서 느껴 온 것을 記憶으로써 整理한 것에 不過하다. 그러므로 本稿에서는 註가 거의 달리지 않았다. 本稿는 筆者가 앞으로 計劃하고 있는 家族法發展史의 序說이라고 할 수 있을 것이다.

本稿에서 考察한 바에 의하면 우리나라의 家族法은 中國의 影響을 絶對的으로 받아서 모든 家族法의 制度가 中國의 宗法制에서 나와서 우리나라의 慣習으로 化하였음을 볼 수 있는데 이것은 얼마나 우리나라의 先祖들이 中國制度를 盲從했던 것인가를 능히 짐작할 수 있게 하는 것이다. 그러나 時代는 흘러서 宗法制는 資本主義의 侵蝕과 西歐의 個人主義思想에 立脚한 平等·自由思想의 正面的인 挑戰으로 漸次로 그 모습을 달리하게 되어 慣習法時代에도 基幹은 宗法制이었지만 部分的으로 西歐式의 制度로 바뀌어져 간 것을 볼 수 있다. 그것은 解放과 더불어 그 度數를 더하여 갔다고 볼 수 있는데 이번의 新民法의 成立으로 部分的으로 많은 改革을 가져 왔다. 그러나 新民法成立時에도 立法者의 지나친 保守性으로 말미암아 革新的인 改革을 가져 오지 못하였는데 이것은 우리나라의 民主主義의 樹立을 위하여는 지극히 遺憾된 일이라고 아니할 수 없다.