

1912년 民法 시행의 역사적 의의

이영훈

1. 民法의 依用

1912년 3월에 공포된 朝鮮民事令은 일본이 조선을 어떻게 통치할 것인가를 둘러싸고 병합 이후 총독부와 일본정부가 벌여온 쉽지 않은 교섭의 산물이었다. 그 결과 일본정부의 民法 普遍主義 입장이 관철되어 신영토 조선에서도 1898년에 제정된 일본의 민법이 依用되기에 이르렀다. 다만 조선인의 能力, 親族, 相續, 結婚 등 일본의 법을 그대로 시행할 수 없는 영역에서는 공적 질서에 저촉되지 않은 한 조선의 관습을 용인하였다. 그 점에서는 총독부의 舊慣主義 입장이 어느 정도 관철되었다고 할 수 있지만, 용인된 관습의 영역은 당초 총독부가 작성한 민법 초안에 비해 많이 축소되었다. 어쨌든 이로써 조선에 시행되는 민법은 일본민법의 成文法과 조선의 慣習法이 병존하는 체제를 갖추게 되었다.¹⁾

민법의 제1조는 “私權의 향유는 출생으로부터 시작한다”고 하였다. 제2조에서는 외국인도 법령이나 조약에서 금지하는 경우를 제외하고는 사권을 향유한다고 하였다. 이로써 조선에 거주하는 모든 인간은 사권을 향유하는 주체로 공식 법인되었다. 이는 당대인들의 의식 여하와 관계없이 한반도에서 법의 역사가 출발한 이래 더 없이 획기적인 사건을 이루었다. 이를 계기로 한반도에 거주하는 모든 인간은 다른 사람과의 관계에서 자유롭고 평등한 존재로 법인되었다. 이로써 당장의 큰 변화가 일어난 것은 아니었다. 변화의 속도는 느렸다. 그렇지만 변화의 방향만큼은 확실하였다. 한국인은 점차 자유인으로 변모해 갔다.

민법의 기초를 이루는 사권이란 개념은 그 기원이 16~18세기 서유럽의 啓蒙主義 정치철학에서 찾아진다. 로크 등의 계몽주의자들은 사회와 국가가 성립하기 이전의 자연 상태에서 인간은 자유로운 존재라는 自然法을 신봉하였다. 인간은 그 누구에게도 예속되지 않은 가운데 자신의 신체와 생명을 자신의 권리로 향유하는 존재이다. 인간이 자신의 생명을 보전하기 위해 그 누구의 소유도 아닌, 오직 신의 창조물인 자연에 노동을 가하여 취득한 재화는 그가 독점적으로 향유할 권리로써 재산이다. 사회와 국가는 사권의 주체로서 자연 상태의 인간들이 서로의 권리를 용인하고 보호하기 위한 계약의 결과로 도출된 것이다. 이 같은 근세 서유럽의 계몽주의 정치철학은 1776년의 미국혁명과 1789년의 프랑스혁명을 일으킨 원동력이었다. 널리 알려진 바

1) 이승일(2008), 『조선총독부 법제 정책 -일제의 식민지통치와 조선민사령-』, 109, 111쪽.

이지만 프랑스혁명의 ‘인간과 시민의 권리선언’은 인간은 권리에서 자유롭게 평등하게 태어났으며, 모든 정치적 결사의 목적은 자연적이며 침해할 수 없는 권리를 보전하는 것이며, 그 권리는 자유, 재산, 안전 그리고 압제에 대한 저항의 권리라고 선언하였다.²⁾

혁명 이후 프랑스에서 최초로 제정된 民法典은 이후 세계의 각 지역으로 전파되었다. 여타 세계에서 사권의 개념이나 그를 지지한 자연법은 있지 않았다. 中國을 중심으로 하는 동아시아의 세계에서 우주와 자연은 스스로 자급자족하는 有機體로 존재하였다. 인간사회는 그 거대한 유기적 질서의 일환으로 존재하였다. 그 속에서 個體로 자립하는 존재라는 인간상은 상정되지 않았다. 인간은 수많은 층위와 복잡한 위계로 통합된 사회에서 각기 그가 놓인 자리가 마땅하게 요구하는 행동원리를 그 본성으로 하는 도덕적 존재였다.³⁾ 그런 가운데 조선왕조의 지배층이 공유한 성리학의 정치철학은 인간의 이기심에 대해 지나치게 적대적이었다. 朝鮮性理學의 정신세계에서 公은 公理로서 자연과 사회를 관통하는 변치 않는 道德律을 가리켰다. 반면 私는 私氣 또는 私慾으로서 공에 의해 억압되고 순치되지 않으면 안 될 바였다. 이 같은 정치철학에서 사권이란 개념은 형용모순이었다. 조선성리학에서 자기를 보전하고 방어하려는 이기심의 자연성과 도덕성은 끝내 승인되지 않았다.⁴⁾

동아시아를 비롯한 비서구 세계가 서구에서 발생한 이질적 문명의 도전을 맞아 보인 대응의 양태는 다양하였다. 그 가운데 도전의 본질을 이해하고 살아남기 위해 그와 닮은꼴로 자신을 변혁함에 성공한 국가로서는 일본이 유일하였다. 1880년 일본이 열강과의 不平等條約을 폐기할 목적으로 民法의 제정에 착수할 때 일본의 지배층이 수용한 정치철학은 프랑스와 미국의 혁명가들이 신봉한 자연법과는 상이하였다. 일본의 지배층에 영향을 준 것은 찰스 다윈의 진화론 및 그것을 사회 발전에 적용한 허버트 스펜서의 社會進化論이 주류를 이루었다. 그들은 生存競爭, 自然選擇, 適者生存의 이론에 준거하여 사회적으로 우월한 사람들의 권리로서 재산권을 보호하는 것은 사회를 발전시키는 길이라고 간주하였다.⁵⁾ 그 결과 1898년에 제정된 일본의 민법은 국가 주권의 소재와 원리를 밝힌 憲法보다 낮은 수준의, 주로 재산권에 관한 법률로서의 성격을 강하게 띠었다. 민법은 나라마다 상이한 국가체제와 문화의 배경에서 각기 상이한 형태로 수용되었다.

나라마다의 다양한 변용에도 불구하고 인간을 사권의 주체로 간주하는 민법의 기본 원리에는 변함이 없었다. 민법은 인간은 누구나 자유로운 존재로서 다른 사람과의 관

2) 이종은(2011), 『평등, 자유, 권리』, 책세상, 455~457쪽.

3) 이종은(2011), 『평등, 자유, 권리』, 15, 156, 230, 432~449쪽.

4) 이영훈(2010), 「대전환의 한국사적 조건」, 『時代精神』46, 170쪽.

5) 미즈바야시 다케시(水林彪)(2009), 「日本近代法體系의 歴史的 特質 -帝國憲法(1889년)·明治民法(1898년)體制論-」, 『法史學研究』40, 52~53쪽.

계에서 자신의 문제를 스스로 다스린다는 ‘私的 自治의 원리’를 기본 원리로 하고 있다. 이 원리는 ‘소유권 절대의 원칙’과 ‘계약 자유의 원칙’로 구체화한다.⁶⁾ 예컨대 민법 제176조는 “物權의 설정 및 이전은 당사자의 의사 표시 만에 인하여 그 효력을 발생한다”고 하여 ‘소유권 절대의 원칙’을 천명하였다. 또한 제96조는 “사기 혹은 강박에 인한 의사표시는 이를 취소할 수 있다”고 하여 ‘계약자유 원칙’을 확인하였다.

민법이 추구하는 자유롭고 평등한 인간관계는 이미 보호국기(1905~1910)부터 사회생활의 곳곳으로 확산되고 있었다. 대한제국의 황제권력이 끝내 포기하지 않았던 사회와 정치의 신분원리는 외래권력에 의해 부정되었다. 통감부의 지방행정은 양반신분의 특권을 인정하지 않았다. 양반가의 자제들도 도로 공사 등의 각종 부역에 동원되었다. 1909년 경북 예천군 龍門面의 어느 양반은 그의 일기에서 “대저 乙巳(1905) 이후 兩班과 吏屬들이 겁탈당하고 窮民과 平民이 때를 만났는지라, 동리의 常漢들이 양반을 칭하고 옛날 호칭은 간 데 없고 다들 때는 呼爾呼君하니”라고 적으면서 구질서의 해체를 한탄하였다.⁷⁾ 사회의 자유주의적 기풍은 민법의 반포 이후 더욱 확산되었다. 예컨대 民籍 또는 戶籍에 사람들이 등록될 때 그 이름은 인간다운 품위를 갖추어야 했다. 조선시대에 천민의 이름은 介同, 道也知, 金甴, 三月과 같이 가축, 가축의 분뇨, 물상, 태어난 월을 표방하는 경우가 많았다. 1914년 총독부 총무국은 이 같은 이름은 민적에 등록될 수 없다는 통첩을 내렸다.⁸⁾ 오래 전부터 천민에게 강요되어 온 汚穢의 관념과 상징이 이로써 불식되었다.

민법의 영향은 점진적이고 단계적이었다. 전술한대로 조선인 상호간의 법률행위에 대해서는 공적 질서와 충돌하지 않은 한 조선의 관습이 존중되었다. 예컨대 20세 미만 未成年者의 법률 행위에 대해 법정대리인이 동의를 하거나, 心神喪失者에 대해 禁治產 선고를 하거나, 妻의 법률행위에 대해 夫가 허가하는 등과 같은 能力의 영역은 조선의 관습에 맡겨졌다. 조선인의 혼인 연령, 이혼, 상속, 재산 분할도 관습에 위임되었다. 그러했던 한 민법이 조선인의 일상생활에 미친 영향은 간접적일 수밖에 없었다.

1912년 민법의 시행과 더불어 총독부는 조선의 관습에 대한 체계적인 조사에 착수하여 그것의 성문화를 추구하였다. 관습의 성문화는 관습에 위임되고 있는 민법의 조항을 축소하고 민법의 의용 범위를 확장하였다. 1921년 총독부는 조선민사령을 개정하여 성년제도, 금치산제도, 후견인 제도, 친족회 제도, 처의 능력, 협의 이혼 및 재판에 의한 이혼, 分家, 絶家, 早婚 금지 등과 관련해서는 일본의 민법을 의용하기로 결

6) 高昌鉉(1997), 『法學原論』, 博英社, 241~242쪽.

7) 李榮薰(2001), 「18·19세기 大渚里의 臣分構成과 自治秩序」, 安秉直·李榮薰 編著, 『맛질의 農民들 - 韓國近世村落生活史-』, 一潮閣, 293쪽.

8) 中原茂(1930), 『朝鮮戶籍必携集』, 三井印刷所, 288~290쪽.

정하였다.⁹⁾ 그에 따라 관습에 위임된 조선인 상호간의 법률행위와 친족 및 상속의 영역은 점차 일본식으로 동화되어 갔다.

2. 私有財産制度의 성립

민법의 의용이 가져다 준 즉각적이며 직접적인 효과는 모든 종류의 재산권에 걸쳐 근대적인 재산권 제도가 성립하였다는 점이다. 민법의 기본 원리로서 ‘소유권 절대 원칙’과 ‘계약 자유의 원칙’에 의해 지지되는 사유재산권은 조선왕조 시대에는 존재하지 않았다. 전술한대로 사권의 자연성과 도덕성을 용인하지 않은 조선성리학의 정치 철학이 그 배경을 이루었다. 田, 畓, 宅地에 한해서는 사실상의 사유재산권이 성립했으며, 조선왕조도 그것을 공인하였다. 그렇지만 그것을 제3자에 대한 절대적 권리로 법인하거나 증명하는 제도는 성립하지 않았다. 이외에 산림, 광물, 수산물 등의 자원에 대해 조선왕조는 그 사유적 권리를 끝내 용인하지 않았다.

그런 가운데 兩班과 常民의 사회적 인격을 차별하는 신분제가 강고하게 존속하였다. 그에 따라 일반 상민의 재산은 양반관료의 폭력적 침탈에 무방비로 노출되는 경우가 많았다. 그러한 일은 경제적 위기가 본격화한 19세기 중반 이후에 노골화하였다. 상민에 대한 양반관료의 자의적 수탈은 19세기 후반 조선왕조가 직면한 정치적 혼란, 사회적 분열, 경제적 침체의 가장 중요한 요인을 이루었다. 그에 관해서는 1894~1897년 조선을 두루 여행한 이사벨라 비숍의 기록이 자주 인용되고 있다. 그녀가 보기에 조선의 농민이 게으른 진정한 이유는 가난이 최고의 방어막이며, 음식과 옷 이외에 그가 소유한 모든 것은 탐욕스럽고 부정한 관리들에 의해 언제든지 빼앗길 수 있다는 사실을 잘 알기 때문이었다.¹⁰⁾

민법에서 재산권은 크게 物權과 債權으로 구분되었다. 著作權, 特許權, 意匠權과 같은 無體 재산권은 별도의 단행법에 의하였다. 물건에는 占有權, 所有權, 地上權, 永小作權, 地役權, 留置權, 先取特權, 質權, 抵當權이 있었다. 이외에 민법은 조선의 관습에 따른 물권이 추가로 존재할 가능성을 배제하지 않았다. 국가는 이들 재산권의 절대성을 보증하고 보호하기 위해 登記制度를 운영하였다. 민법은 “부동산에 관한 물권의 得喪과 변경은 登記法의 정하는 바에 따라 그 등기를 하지 않을 때는 이로써 제3자에 대항할 수 없다”고 규정하였다. 언급되는 등기법은 1912년 3월에 공포된 朝鮮不動産登記令을 말하였다. 동 법령은 부동산에 관한 권리의 등기에 대해 기타 법령의 특별 규정이 있는 경우를 제외하고는 일본의 不動産登記法에 의한다고 하였다. 그

9) 이승일(2008), 『조선총독부 법제 정책 -일제의 식민지통치와 조선민사령-』, 165~198쪽.

10) 이사벨라 버드 비숍 지음, 이인화 옮김(1994), 『한국과 그 이웃나라들』, 살림, 389쪽

외에 동 법령은 조선의 관습을 감안하여 宗中 또는 門中도 등기의 권리자로 간주한다고 하였다. 채권은 어느 특정인이 다른 특정인에게 일정한 행위를 하도록 청구할 수 있는 권리를 말한다. 채권 역시 일반적으로 계약에 의하여 성립하며, 채무자가 임의로 채무를 이행하지 않을 때 채권자는 그 강제 이행을 재판소에 청구할 수 있다. 계약의 내용에는 贈與, 賣買, 買戾, 交換, 消費貸借, 使用貸借, 賃貸借, 雇傭, 請負, 委任, 寄託, 組合, 終身定期金, 和解 등이 있었다. 그리고 채권의 소멸은 辨濟, 相殺, 更改, 免除, 混同의 방식에 의하였다.

민법이 취급하지 않은 무체재산권이 성립하는 것은 1910년 8월에 공포된 ‘特許法 등을 朝鮮에 시행하는 件’에 의해서였다. 동 법령은 일본의 特許法, 意匠法, 實用新案法, 商標法, 著作権法을 조선에도 시행한다고 공포하였다. 이후 1921년에 개정된 특허법은 특허의 존속기간을 15년으로 정하였으며, 특허 취득 후 3년 동안 계속 실시하지 않으면 그 권리를 취소할 수 있게 하였다. 1921년에 개정된 의장법은 물품의 형상·모양·색채 혹은 그 결합에 관계된 신규 공업적 고안으로서 意匠을 배타적, 독점적으로 이용할 수 있는 권리를 등록하게 하고 그 존속기간을 10년으로 정하였다. 1921년에 개정된 상표법은 자기가 생산, 제조, 가공, 판매하는 상품을 표창하기 위해 商標를 專用하려고 할 경우 이를 등록할 수 있으며, 그 유효기간은 20년이라고 정하였다. 상표권은 여타의 무체재산권처럼 이전이 가능했으며, 상표권자가 영업을 폐지할 경우에 자동으로 소멸하였다.

사유재산제도의 성립은 오늘날의 新制度學派 경제학이 강조하고 있듯이 자본주의 시장경제체제의 성립에 있어서 가장 중요한 토대를 이룬다. 사유재산권의 성립은 거래의 불확실성에 기인하는 去來費用을 절감함으로써 거래의 대규모화, 장기화, 신용화를 촉진하고 새로운 기술혁신을 위한 투자를 유발한다. 법률에 의한 재산권의 엄밀한 정의와 다양한 속성의 구분은 자본의 결합, 유동, 축적을 촉진한다. 그러한 재산권 제도가 일정 초기에 민법과 기타 단행법의 의용에 따라 일본으로부터 고스란히 이식되었다. 그것은 일본인 지주와 자본가의 재산권을 보호함을 직접적인 목적으로 하지만, 법제의 보편주의에 따라 조선인도 그의 혜택에서 배제되지 않았다. 그 토대 위에서 조선인도 참가하는 근대적 경제성장이 개시되었다.

3. 戶主制 家族의 출현

민법은 개인과 국가 사이에 天然의 혈연공동체로서 家族이 개재함을 전제한다. 민법이 인간을 사권의 주체로 법인함에 있어서 그 인간은 현실적으로 가족의 일원이다. 민법의 세계에서 인간은 가족의 일원으로서 자유롭고 평등한 존재이다. 그러한 전제

에서 민법은 가족 내에서의 개인의 지위, 곧 가장과 가족 성원의 관계와 각각의 권리·의무를 규정한다. 1912년에 반포된 조선민사령은 가족에 대해 “戶主의 친족으로서 그 家에 있는 자 및 그 배우자는 이를 가족으로 한다”고 정의하였다. 친족의 범위는 호주의 직계 尊屬 및 卑屬과 그 배우자, 傍系親과 그 배우자로서 한계가 없었다. 다시 말해 가족은 호적상의 戶, 곧 호주의 家에 속한 혈연 친족집단을 가리켰다.

호주, 곧 家長은 가족 성원의 부양을 책임짐과 동시에 그 구성과 지위의 변동을 결정할 권리를 보유하였다. 가족 성원의 출생, 사망, 결혼, 이혼, 입양, 파양, 분가, 일가 창립, 附籍, 이거, 개명과 같은 변동 사항은 호주의 동의와 신고를 통해서야 법적 효력을 발생하였다. 가족은 호주의 의사에 반하여 그 주거를 정할 수 없었다. 가장은 처의 재산을 관리할 권리를 가지며, 누구의 재산인지 불명확한 가족의 재산은 가장에게 귀속되었다. 민법의 세계에서 가족은 이 같은 호주의 家父長的 권리가 그의 상속자에게 승계되는 법적 단위로 존재하였다. 호에는 그의 법률적 주소로서 本籍이 부대하였다. 본적의 공유는 가족 성립의 본질적 요건의 하나였다. 같은 가옥에 살더라도 본적을 공유하지 않으면 가족이라 할 수 없으며, 멀리 떨어져 살아도 본적을 공유하면 어김없는 가족이었다. 이처럼 민법상의 가족은 특정 주소에 등록되어 특정 호주의 통할 하에 있는, 구체적인 생활과정과는 괴리될 수도 있는, 추상화된 혈연공동체를 의미하였다.¹¹⁾

이 같은 가족의 개념이나 상응하는 실체는 19세기까지의 조선시대에는 존재하지 않았다. 우선 가족이라는 말 자체가 없었다. 가족이라는 단어는 민법과 함께 일본에서 유입되었다.¹²⁾ 조선시대에 가족에 상응하는 호칭으로서는 家眷, 家率, 食口, 食率 등이 있었다. 그렇지만 그것들의 실체는 민법이 상정하는 천연의 혈연공동체로서 가족과 상이하였다. 조선시대의 戶도 마찬가지이다. 일반적으로 조선시대의 戶라 하면 왕조의 인신지배체제에 편입된 백성의 존재형태를 말하였다. 호는 왕조에 대한 役의 기초 단위임에 그 실체적 의미가 있었다. 호에 속한 성인 남자로서 역을 부여받지 않은 사람은 없었다. 조선왕조가 3년마다 호적을 작성한 것은 역을 부담할 인적 자원을 조사하고 그들을 역의 징수에 적합한 형태로 편성하기 위해서였다. 그 점에서 조선시대의 호는 자유인의 혈연공동체로 상정되는 민법상의 가족과 결정적으로 상이하였다.

조선시대의 호적은 모든 인구를 등록하지 않았다. 역을 부담할 수 없는 빈한한 처지의 世帶는 호적에서 누락되었다. 실재한 세대의 대략 30~40%가 그러하였다. 그들은 奴婢, 雇工, 挾人과 같은 예속신분의 인구로서 그들을 비호하고 사역하는 양반신

11) 『新民法戶籍法』, 積善館, 1898. 孫炳圭(2007), 「民籍法の ‘戶’ 규정과 변화 -일본의 明治戶籍法 시행경험과 ‘朝鮮慣習’에 대한 이해로부터-」, 『大東文化研究』57, 108쪽에서 재인용.

12) 정공식(2008), 「한국의 호주제도에 대한 역사적 성찰」, 『식민지주의의 정치적 유산』(국제학술대회발표논문집), 207쪽.

분이나 부유한 상민신분의 호에 부속하거나 은닉하였다. 후자를 가리켜서는 主戶, 전자를 가리켜서는 挾戶라 하였다. 조선시대 호의 상층부는 주호-협호 관계를 구조로 하였다. 이렇게 비혈연 인구를 포섭했다는 점에서 조선시대의 호는 민법이 상정하는 천연의 혈연공동체인 가족과 상이하였다.

17~18세기에 걸쳐 小農經濟가 성숙했으며, 자립적 소농의 범주가 확충되었다. 그에 따라 전국의 호총도 크게 증가하였다. 노비 등의 예속인구가 줄고, 상당수의 협호가 주호로 승격하였다. 그럼에도 주호-협호의 관계로 짜인 상층부 호의 구조는 끝까지 불식되지 않았다. 생산력과 시장의 제약으로 소농 자립의 전반적 수준에는 어쩔 수 없는 한계가 있었다. 대한제국기에 작성된 충남 7개 군의 양안에서 家垵의 3분의 1은 협호의 범주에 속하였다.

1907년 한국의 내정을 장악한 統監府는 경찰과 헌병을 동원하여 전국의 인구를 조사하기 시작하였다. 그 결과 1904년 141만 호와 592만 구에 불과한 전국의 戶口가 1909년에 274만 호와 1,293만 구로 대폭 증가하였다. 주호에 포섭된 협호를 포함하여 호적에 누락된 인구 모두가 세밀하게 조사된 결과였다. 연후에 통감부는 民籍法을 공포하여 조선왕조의 호적과 상이한 형식의 民籍을 작성하기 시작하였다. 민적의 양식은 일본 호적에 준하였는데, 本貫 란을 설정하는 등, 반드시 같지 않았다. 민적에는 모든 인구가 남김없이 등록되었다. 인간이면 누구나 국가적 공부에 등록되어야 함은 마치 모든 형태의 재산권이 국가가 관리하는 登記簿에 등록되어야 함과 동일한 원리였다. 민적 상의 모든 인간은 그 사회적 지위와 무관하게 오로지 그의 이름, 출생연도, 가족관계, 본적만으로 평등하게 추상화된 존재였다. 바로 그 과정에서 앞서 설명한 바와 같은, 일체의 인신지배와 신분차별로부터 해방된 인간 범주와 그들의 천연의 혈연공동체로서 가족이 탄생하였다.

<그림1> 경북 예천군 龍門面 下鶴洞의 民籍 1례

[illegible]

<그림1>은 경북 예천군 용문면 하학동에서 1910년을 전후하여 작성된 민적의 일례이다. 민적은 本籍, 前戶主, 호주의 성명·부모·생년월일·본관, 호주가 된 원인과 연월일, 가족성원의 성명·부모·본관·身位, 신위 변동의 事由로 이루어져 있다. 신위는 호주와의 관계를 말하였다. 모든 연도가 天保, 明治와 같은 일본 年號로 표기되어 조선인이 일본 황제의 신민이 된 상태를 상징하고 있다. 1606년 경상도 山陰縣의 호적과 1904년 경남 丹城郡의 호적과 대조할 때 민적은 다음과 같은 몇 가지 차별적 특징을 보인다.

둘째, 1904년까지도 남아 있던 4祖 世系의 추심이 사라졌다. 그것이 상징한 良賤 신분의 판별이 최종 소멸하였다. 셋째, 모든 인간이 동일한 형식과 내용으로 등록되었다. 1904년 호적의 경우 호에 부속한 寄口와 雇傭은 몇 명이라는 숫자로만 표기되었다. 身元이 등록되지 않았기 때문에 엄밀히 말해 그들은 국가의 公民이 아니었다. 그

러한 사적 예측민이 민적의 세계에서는 소멸하였다.

넷째 1604년 호적에서는 물론, 1904년 호적까지도 남아 있던 役 또는 職業의 표기가 사라졌다. 그것은 신분 차별의 상징이었다. 그에 반해 민적에 등록된 인간은 천연의 혈연공동체인 가족의 일원으로서 호주와 관계에서만 그 지위가 규정되는 존재였다. 위의 예에서 본적 란에 農業이라는 직업 표기가 이루어진 것에 대해 잠시 설명해 둘 필요가 있다. 이는 민적을 최초로 작성할 당시에 다른 목적으로 호주의 직업을 더 붙여 조사한 결과이다. 다른 지방의 민적에서는 민적 양식의 테두리 밖에 호주의 직업을 적기도 하였다. 이후 호주의 변경에 따라 새로운 민적이 작성될 때 이 같은 직업 표기는 사라졌다. 다시 말해 직업의 표기는 민적을 구성하는 본래의 요소가 아니었다.

위의 예에서 가족은 호주 夫妻 2명, 子婦 1명, 孫 2명, 孫婦 1명으로 이루어져 있다. 호주 부처의子是 이미 사망하였다. 변경 란을 보면 大正3년(1914년) 4월 長孫의 婦가 사망하고 그 해 12월 새로운 손부가 혼인을 통해 가족 성원이 되었다. 1917년 6월에는 호주 金鎭浩가 사망하였다. 그에 따라 그를 호주로 한 민적이 民籍簿에서 제외되어 除籍簿라는 공부로 옮겨졌다. 그리고선 長孫을 호주로 하는 새로운 민적이 작성되었다. 그와 더불어 새로운 호의 역사가 개시되었다. 그러니까 <그림8-1>의 자료는 예천군 용문면 면사무소에 보관 중인 제적부에 철해져 있는 것이다. 이 같은 민적의 작성과 관리체계는 민법의 제정으로 성립한 戶主制 家族이 형성, 확장, 해체하는 과정을 잘 드러내고 있다.

4. 근·현대의 개막

한국인의 역사에서 국가 또는 사회 구성의 기초 단위로서 인간의 존재형태는 시대에 따라 같지 않았다. 제1시대(1~7세기)에 걸쳐서는 소비생활의 단위로서 烟이라 불린 소규모 세대(household)가 출현하지만 실제 국가구성의 기초 단위로 역할을 한 것은 50세대 전후의 聚落이었다. 제2시대(8~14세기)에 들어서는 8세대와 8결의 토지가 결합한 丁戶라 불린 세대복합체(household complex)가 국가구성의 기초 단위로 제도화되었다. 제3시대(15~19세기)에 있어서 국가구성의 기초 단위는 戶로 바뀌었다. 정호에서 호로의 이행은 인구와 토지의 결합 구조가 해체되는 과정이었다. 호는 순전한 인적 구성으로서 단위 세대이거나 복수 세대의 결합이었다. 그 호가 20세기에 들어서 전향에서 설명한 호주제 가족으로 바뀌었다. 그와 더불어 한국사의 마지막 단계라 할 제4시대로서 근대 또는 현대(modern age)가 열렸다.

새로운 시대의 지표로서 호주제 가족은 日政期는 물론 이후의 大韓民國期까지 개개

인간들의 사회적 삶에 있어서 다른 어느 것보다 심대한 영향을 미쳤다. 그럼에도 종래 연구자들은 그에 관해 큰 관심을 두지 않았다. 대부분의 연구자들은 일정기에 세계사적 범주로서 近代가 제도적으로 이식되었다는 관점을 거부하였다. 그들이 보기에 총독부가 행한 일체의 행정은 조선인의 수탈과 말살을 위한 것 이상이 아니었다. 결과적으로 한국사에서 근대는 언제, 어떻게 성립하였나, 한국인은 언제부터 사적 자치의 주체로서 근대적 인간으로 바뀌었나라는 질문은 봉쇄되었다. 이 점은 오늘날 한국의 역사학과 사회과학이 사회·경제·문화의 현실에 대해 어떠한 설명력도 갖지 못하게 된 가장 심각한 장애로 작용해왔다.

다른 한 가지 원인이 있다면, 호주제 가족의 성립 과정이 매우 완만하고 연속적이었다는 점이다. 그로 인해 많은 연구자들은 호주제 가족과 그에 상응하는 인간의 존재형태는 오래 전부터 있어 온 것으로 착각하였다. 그 점은 오해이지만, 전후사정은 오해를 부를 만하였다. 전장에서 설명한대로 조선왕조의 인신지배체제와 신분차별은 19세기 후반에 이르러 사실상 해체되었다. 대한제국기의 호적은 그 약간의 잔재를 보일 뿐이었다. 한국인이 사적 자치의 주체로서 성립한 것은 민법의 제정이라는 제도적 변혁을 통해서만은 아니었다. 오래 전부터 인간을 역과 신분의 지배로부터 해방시켜 온 前史가 있기에 가능한 일이었다. 한국인이 일본식의 호주제 가족이 도입될 때 저항하지 않은 것은, 오히려 쉽사리 적응한 것은, 한국인의 전통적 가족제 가운데 호주제와 친밀한 요소가 있었기 때문이다. 그것은 嫡長으로 그 권리가 계승되는 祭祀 관행이었다.

17~19세기에 걸쳐 재산상속은 長子優待의 분할상속에 의하였다. 장자를 우대하는 것은 그가 제사의 권리와 의무를 계승하기 때문이었다. 嫡長으로 이어진 제사의 봉행은 家系の 존속을 상징하였다. 제사상속을 통한 가계의 보존은 그에 속한 구성원이 양반 신분임을 의미하였다. 4대가 이어지면 이를 宗이라 하였다. 종은 4대조를 공유하는 혈연집단을 門中으로 결속하였다. 종의 보존과 문중의 결속은 양반신분의 다른 무엇보다 뚜렷한 상징이었다. 반면 상민신분에게는 적장으로 이어진 제사의 상속과 문중의 결속이 없었다. 상민신분의 가에서 제사는 1~2대 父祖의 혼령을 위로하는 종교적 의미에 그쳤다. 제사의 상속을 통한 종의 창출과 문중의 결성은 17~19세기의 한국인들이 사회경제적 지위를 상승시켜감에 있어서 그의 모든 정력을 다해 추구한 제1의 행동전략이었다.

1910년대의 한국인이 일본식의 호주제 가족이 도입될 때 그에 저항하지 않은 것은 戶主의 상속과 祭祀의 상속을 동일한 것으로 간주하였기 때문이다. 다시 말해 호주제 가족은 외래의 제도가 조선의 관습에 편입되면서 새롭게 형성된 제도라 할 수 있다.¹³⁾ 그렇게 성립한 호주제 가족은 이후 제사상속의 관습을 넘는 포괄적인 범위에서

한국인의 사회생활과 문화에 깊은 영향을 미쳤다. 두드러진 변화는 가족형태에서부터 나타났다. 17세기 이래 상속제의 변화에 따라 父母와 嫡長子 夫婦의 결합으로 이루어진 直系家族이 확산되었다. 그렇지만 19세기말까지 그 보급에는 한계가 있었다. 오랜 전통에 따라 부와 적장자가 별도의 세대로 분리된 경우가 적지 않았다. 그런데 1910년을 전후한 민적의 작성과 1912년 민법의 공포를 계기로 그 때까지 별거해 온 父와 子의 세대가 하나로 합쳐지고 있었다.¹⁴⁾ 한국인 스스로 호주제의 의의를 수용하고 실천하였던 셈이다. 직계가족은 점차 한국인의 완성된 가족형태를 상징하게 되었다.

가족제의 변화는 점진적이었다. 민적 작성의 초기에는 구래의 빈한한 협호들이 주호의 민적에 그대로 부적인 경우가 많았다.¹⁵⁾ 시간이 흐름에 따라 그들은 一家를 창립하여 독자의 호로 자립하였다. 가족제에 있어서 본격적인 변화는 1920년대부터이다. 전술한대로 1921년에 朝鮮民事令이 개정되어 그 동안 관습에 위임되었던 조선인의 능력, 친족, 상속의 영역으로 민법의 의용이 확대되었다. 1922년에는 새로운 戶籍令이 공포되었다. 그에 따라 일본의 가족제가 사실상 그대로 조선에 이식되었다. 민적이 작성되고 민법이 공포된 이래 10여 연간 한국인은 민법의 질서에 이해하고 그에 적응하였다. 협호 예속인은 사라지고, 여성은 해방되었다. 인간들은 사회적으로 평등해졌다. 그런 가운데 호주제 가족의 질서는 마치 오래 전부터 있어온 제 전통인양 하등의 마찰 없이 급속히 확산되었다.

그렇지만 그 구체적인 양태는 역설적이게도 호주제의 고향인 일본과 상이하였다. 일본에서와 달리 次男 이하는 결혼 이후에도 父를 호주로 하는 호의 구성원으로 머무는 경우가 일반적이었다. 현실적으로는 결혼과 더불어 부모의 世帶로부터 분리되어 가까운 곳으로 分家함이 보통이지만, 법적으로 分戶를 하지 않은 채 대가족 상태를 유지하였다. 이 같은 상태는 父가 사망하고 兄이 호주를 승계한 후에도 한동안 이어졌다. 그 사이 호는 20~30명의 대가족으로 부풀어 오를 수 있었다. 차남 이하가 분호를 행하여 독자의 호주가 되는 것은 부 사망 이후에도 수년 뒤의 일이었다.¹⁶⁾

호주제 가족은 이 같은 새로운 관행과 문화를 창출하였다. 그것은 제사의 상속, 종의 창출, 문중의 결속이라는 이전부터의 추세를 잇는 현상이었다. 새롭긴 하지만 연속적인 현상이었다. 그에 따라 동성 친족집단이 널리 확산되었다. 구래의 양반신분에 국한된 현상만은 아니었다. 구래의 상민신분도 그러한 추세에 동참하였다. 새롭게 작성

13) 이승일(2008), 『조선총독부 법제 정책 -일제의 식민지통치와 조선민사령-』, 238쪽.

14) 孫炳圭(2006), 「한말·일제초 제주 하모리의 호구파악 -光武戶籍과 民籍簿 비교 분석-」, 『大東文化研究』54, 20~21쪽.

15) 孫炳圭(2006), 「한말·일제초 제주 하모리의 호구파악 -光武戶籍과 民籍簿 비교 분석-」, 16~19, 23~25쪽.

16) 이영훈(2015), 「20세기 전반 彦陽의 小農社會」, 『經濟論集』54-1, 서울대학교 경제연구소, 163~167쪽.

된 민적은 호의 구성원에게 그들의 조상이 누구인지를 명시하였다. 상민신분에게 민적은 양반가의 族譜와 같은 기능을 하였다. 그리하여 구래의 양반과 상민을 물론하고 집집마다 4조를 제사하는 새로운 생활문화가 널리 확산되었다. 호주제 가족은 家家の 호주권과 제사의례를 매개로 정착하였다.¹⁷⁾ 그와 더불어 구래의 상민신분은 종의 창출과 문중의 결성을 통해 공식의 영역에서는 이미 사라진 양반신분을 추구하였다. 이렇게 近代는 傳統을 부정하는 것이 아니라 전통에 업혀 이식되었다. 그 과정에서 전통은 소멸되지 않고 근대에 적합한 형태로 스스로를 재편성하였다. 제4시대에 걸친 近代化의 역사는 근대와 전통이 상호 규정하는 複線의 전개과정이었다.

17) 홍양희(2005), 「植民地時期 戶籍制度와 家族制度의 變容」, 『史學研究』79, 200쪽.