

# 韓國의 傳統文化와 韓國 家族法의 變遷

김 형 수\*

目	次
I. 序	IV. 韓國 家族法體系의 變遷과 特色 및 課題
II. 韓國傳統文化의 再照明	V. 結論
III. 韓國의 傳統的인 法觀念	

## I. 序

1970년대 이래로 우리나라 가족은 눈에 띄게 변하고 있으며 그 만큼 가족 가치관도 변하고 있는 것이 오늘의 현실이다. 家族法은 그 社會의 傳統思想을 나타내고 그 社會의 價値判斷의 기초위에서 성립하는 것이 일반적이다. 그런데 1958년에 우리나라에서 최초로 역사적 가족법이 제정되고 1960년 1월1일 시행된 후 3회에 걸쳐서 가족분야의 개정이 있어 왔는데 현실과 제도가 일치되지 않는 관계로 법따로 관행따로 하는 괴리 현상이 계속되고 있는 것도 오늘의 현실인 것 같다. 그러면 무엇 때문에 이러한 현상이 발생하는지를 우리 傳統文化와 관련하여 살펴보는 것도 무의미하지는 않는다고 생각한다. 우리 전통 사회는 강한 윤리의식에 의하여 지탱되어 왔다고 본다. 이 같은 윤리의식의 문화는 단군 신화에서 보는 弘益人間의 이념을 비롯한 인간애의 실천에서 드러나는 전통윤리의 기본이다. 그리고 일찍이 신라시대에서부터 들어오기 시작한 유교원리는 구체적인 인간관계의 규범으로서 삼강오륜(三綱五倫)을 밝히는 기본덕목으로서 社會의 기본적인 도덕규범 문화로 승화되었다고 본다.

또한 유교와 더불어 불교, 도교를 수입하면서 세계관과 가치관에서 이질적인 다양성을 수용·종합하고 있다. 또한 近世의 基督教나 天主教思想과 融合하면서 다양성의 창조적인 형식으로 중요하고도 고유한 우리의 전통문화의 특성을 이루고 있다고 볼 수 있다.

\* 제주대학교 법학부 교수

民俗信仰과 더불어 일찍부터 中國에서 들어 온 儒敎 文化는 주로 家父長制下的 宗法思想을 중심으로 우리 傳統的인 家族生活을 規律하는 家族法規의 내용으로 나타나는 결과를 가져 왔다고 보기 때문에 여기서 우리 傳統文化에 대한 약간의 考察과 함께 우리 家族法의 變遷過程과 그 特色 및 課題를 研究 檢討해 보고자 한다.

## II. 韓國傳統文化的 再照明

### 1. 韓國的 固有思想의 形成

한 社會의 傳統的인 固有文化를 살펴보려면 그 社會를 면면히 지배해 온 宗教의 歷史나 神觀을 照明해 봐야 한다.

#### 1) 韓國의 傳統的인 固有한 神觀

韓國에는 唯一神이 존재하지 않는다. 설사 唯一神(外來宗教)을 信奉하는 信者라도 대부분 그들은 그 종교에서 반드시 唯一神 외에 또 다른 神을 섬기지 않고는 허전해서 못 견뎈다. 즉 부처님께 철따라 佛供을 드리고 福도 빌지만, 또 家庭的으로는 祖上神을 극진히 모시고 그 祖上神에게도 家運의 繁盛을 빈다. 현재 基督教을 信奉하는 信者 중에서도 얼마나 많은 사람들이 正月이면 身數占을 치러다니며, 四柱·觀相을 보고, 기타 무수한 각종 告祀를 지내는가?!) 현대 高等教育을 받고 社會 각 方面에서 指導的 活動을 하고 있는 人士들 가운데 그들이 새로 住宅을 짓거나 또는 事業을 시작할 때 떡시루와 술·과일·脯 등을 받쳐 터죽대감·성주대감께 넓죽넓죽 큰절을 하는 것을 조금도 이상히 여기지 않는다. 朝鮮朝 때 나라에서 행하던 祈雨祭만 하더라도 서울에서는 열두번을 지내는데 그 對象神이 각기 다르다.2) 또한 서울 지방의 「열두거리」(12祭次)곳에서도 「각 거리」(祭次)마다 특색 있는 神의 性格이 있다.3)

이처럼 韓國人은 무수한 神을 雜多하게 섬긴다. 神이 많다는 것은 그것이 곧 神이 없다는 것과도 통한다. 絶對神·唯一神이 없음으로 해서 韓國人의 경우는 神이 평소에 인간과의 紐帶를 갖고 있는 것이 아니라, 필요할 때만 神을 찾는다. 한국인의 現世主義的 思考와 兩面的 價値觀은 이러한 점에서도 더욱 뚜렷이 나타난다.

또한 韓國人의 神觀이 現世的이라는 것을 잘 대변해 주는 예로서 「來世」라는 것을 들 수 있다. 普遍的으로 한국의 原始宗教에서 具象化해 놓은 來世라는 것이 별로 美化되어

1) 基督教側 某人士가 이러한 事實을 솔직히 시인하고 있으며 포교에 많은 애로가 있다고 한다.

2) 이희승, 「국어대사전」, 민중서관, p.451

3) 崔吉城, 「拜道 國과 소놀이 國」, 韓國文化人類學 創刊號, 1968.

있지 않다. 「죽음」은 그대로 生의 延長이요, 神主(이 경우 靈魂)의 성격이나 감정도 산 사람의 그것과 별로 다름이 없다. 慾心 많고 화 잘내고 嫉妬하고 시기하고……그렇더라도 누구나 때 맞추어 神에게 음식 잘 차려 놓고 빌고 인정을 쓰면 神은 항상 나의 편이다. 그러므로 인생의 勝利者란 다름아닌 요령껏 그때그때 神(權力者)의 비위를 잘 맞추는 者이다. 하여튼 韓國原始宗教에 있어서 그 祈願의 範圍가 고작 個人的 利己로 위축된 사실은 그것이 자의든 타의든 간에 개인의 利害를 초월하고 國家와 民族과 그리고 모든 衆生을 六度로써 救濟하는 것을 理想으로 하는 大衆佛敎나, 모든 약한 자 가난한 자를 구제한다는 現代 基督敎의 次元에 미치지 못하는 것이 사실이다. 따라서 이러한 점이 바로 우리의 固有思想으로서의 原始宗教가 外來宗教에 대해서 좋은 의미로서의 寬大요, 달리 말하면 항상 低姿勢로 임할 수밖에 없는 원인이 되기도 하는 것이다.

또한 韓國인이 즐겨 信奉하는 神은 直接的이고도 具體的이다. 이 말은 대부분의 韓國인은 佛敎나 基督敎에서 말하는 來世觀, 즉 極樂이나 天堂 같은 抽象的인 것을 額面대로 믿기를 꺼린다는 말이다. 바로 이것이 韓國에 唯一神·絕對神이 存在할 수 없는 이유이기도 하다. 한국인이 祖上神을 끄적이 여기는 까닭이 여기에 있다. 나와 血緣的으로 직접 연결되어 있고 또 실제 皮膚로 느낄 수 있으며, 생리적으로도 증명될 수 있는 것이 바로 祖上神이기 때문이다. 그러므로 儒敎思想 중에 「孝」思想이 것처럼 철저히 한국인에게 받아들여졌다는 사실도, 실은 역대 爲政者들이 百姓을 이처럼 잘 敎化시켰기 때문이 아니라, 한국인의 固有思想 속에 이러한 요소가 內在하기 때문인 것으로 解析되어야 하지 않을까 한다.

韓國인의 갖는 「죽음」에 대한 觀念을 생각해 보자. 일반적으로 基督敎에서 죽음은 現世와의 永遠한 斷絶을 뜻하는 것으로 인식된다. 사람이 죽으면 영혼은 「하느님」의 부르심을 받아 天堂에 가서 嫉妬도 없는 오직 하느님의 자녀로서 영원한 행복을 누린다는 것이다. 그러나 한국인에게 있어서는 죽음이 그것으로 現世와의 斷絶을 뜻하는 것이 결코 아니다. 이런 관념은 대부분의 한국인이 행하고 있는 祭祀儀禮에서 더욱 具體的으로 나타난다. 父母가 죽으면 그것으로 子息들과의 關係가 斷絶되는 것이 아니라, 이때부터 새로운 次元에서의 關係가 시작된다. 즉 子息들은 父母死後 3年喪이라 하여 만2년간을 朝夕으로 生時와 똑같이 上食을 올린다. 이때 부모의 영혼은 생시와 다름 없이 자식들의 정성어린 그 대접을 받는 것으로 생각한다. 올리는 음식도 특별히 禮에서 禁하는 것이 아니면 생전의 趣向에 따른다.<sup>4)</sup> 그리고 3年喪이 끝나면 忌祭祀라 하여 해마다 忌日에 祭祀를 지낸다. 물론 이것은 儒敎에서 들어온 祭禮지만 그것을 받아들이는 受容態度가 문제다. 儒敎에서는 「祭則未盡之孝」라 하여 철저히 「孝」의 延長으로 보지만, 이것이 우리의 固有民間信仰 속에 祖上을 崇拜하는 思想과 融合하여 韓國的 祭祀觀으로 변한 것이다. 또 보통 四大 奉祀가

4) 李效再, 「喪·祭를 통해 본 韓國인의 宗教觀」, 新像 第2卷 4號, p.65~6, 1969.

끝나면 時祭라 하여 계속 子孫들과 關係를 맺는다. 사실 오늘날 일반적으로 행해지는 喪·祭禮 가운데는 失子家禮에 없는 韓國的인 것이 얼마든지 있다.

## 2) 外來神觀

대개의 경우, 한국에 外來宗教가 들어올 때 韓國人은 그것이 직접 나를 적대시하지 않는 한 이를 즉각 拒否하거나 否定하지 않는다. 과거 한국에서 外來宗教에 대한 彈壓이 전혀 없었던 바 아니나, 그런 경우 대부분은 爲政者들이 政策的인 面에서 彈壓한 것이지 民衆이 자진하여 拒否 또는 反撥한 예는 별로 없다.<sup>5)</sup> 이 사실은 最近世 基督教의 流入過程에서도 잘 나타난다. 오히려 外來宗教·外來神에게 事人的일만큼 寬大하고 低姿勢를 취한다.<sup>6)</sup> 이런 점을 들어 흔히 한국의 神은 無力하고 卑屈하다고들 말하지만 이는 극히 皮相的 觀察이다.

사실 한국에 佛敎가 전래된 이후 대다수의 한국의 土俗神이 부처님 膝下로 자진해 들어가서 그 밑에 「亞流神」 혹은 「侍從神」으로서 만족하고 있다. 그러나 이것은 어디까지나 外形上. 그러한 것이지 實際面에서는 그 樣相을 달리한다. 즉, 外來宗教의 唯一神을 土俗神보다 上座에 앉히고 最高至尊의 神으로 받드는 것이 사실이지만, 실은 外來神의 立場에서 볼 때 그것은 실속없는 靈光으로 孤獨하기가 이를 데 없다. 실제 신을 신봉하는 민중은 至尊한 外來神을 찾기보다 본래의 나와 호흡이 통하고 어딘지 인정이 오고 갈 수 있는 土俗神을 즐겨 찾고, 그 신에게 佛供을 드린다. 어느 기간 동안 이렇게 하다보면 上座에 앉아 있는 外來神은 외적으로 하나의 象徴일 뿐 실체는 有名無實한 存在가 되어 버리고 만다.

이러한 현상은 비단 신에 대해서만 나타나는 것이 아니라, 이민족에게 대해서도 同一한 態度로써 臨한다. 우리가 역대 中國에 대해서 事大를 했다고 하지만, 이것 역시 皮相的 觀察에서 나온 오해다. 조정에서 政治的으로 불가피한 경우를 제외하고는 一般民衆은 中國을 그리 대단케 여기지 않았다.

朝廷에서도 겉으로만 「大國」이라 하여 받들어 모시는 체했을 뿐이지, 실제로 꼭 그렇지도 않은 것은 우리의 言語上에도 잘 나타난다. 우리말에 외국인을 부를 때 높여 부르는 경우보다 낮추어 부르는 경우가 훨씬 많음을 본다. 이런 형상은 支配層의 말보다 一般庶民層의 言語로 내려갈수록 더욱 현저히 나타난다. 지금도 中國人을 「되놈」, 日本人을 「왜놈」, 美國人을 위시한 西歐人을 「양놈」이라는 말이 있다. 또 유행어로 「고문관」이라는 말이 있다. 이 말은 본래 駐韓美軍事顧問團의 美軍 高級將校를 일컫는 말이었는데, 실제 韓

5) 新羅에 佛敎輸入 過程에서 異次頓의 殉敎가 있었다고 하나, 이 역시 一般百姓들의 感情과는 관계없이 爲政者가 행한 것이요, 오히려 그러한 傳說이 발생한 根源의 이 背景을 考察하면 百姓들은 佛敎流入을 歡迎했을 것으로도 볼 수 있지 않을까?

6) 金光日, 「한국민속극에 나타난 epipus 갈등」, 한국문화인류학 창간호, p. 31-

國軍隊에서 쓰이는 語義로는 「어리석고 바보 같아 제 구실을 못하는 일간이」를 지칭하는 말임은 오늘날 軍隊에 갔다 온 사람이면 누구나 다 아는 사실이다.<sup>7)</sup>

또 하나 類以한 예로서 오늘날 수많은 新興宗教가 外來神을 受容하는 態度에서 여실히 드러난다.

東學의 創始者 崔水雲이 처음 하늘로부터 「道」(天道)를 받아 東學을 創始한다고 할 때, 자기의 道(天道)와 西學(天主教)의 道를 비교하여 「도는 같으나, 이가 다르다」(道則同也理則非也)고 한 사실이 있다. 여기서 崔水雲은 분명히 자기의 道만은 西學의 道와 같다고 말하였으나,<sup>8)</sup> 그 당시 政權은 西學을 國家政策으로 彈壓하였으므로 그는 평소 布教活動에서나 갖가지 布教用 노래를 통하여 東學은 西學과는 전연 다르다는 것을 極口辨明하였다. 뿐만 아니라 술선해서 西學을 謀陷하기를 주저치 않았다. 그러면서도 한편으로는 당시 國策인 儒敎의 三綱五倫을 마치 자기 東學의 主教理인양 끌어들이어 강조하고 있음을 본다. 그러나 실제로 東學은 그의 表現的 주장처럼 西學과 정면으로 反對되는 道도 아니었다. 그러므로 東學의 이와 같은 態度는 당시 政權으로부터의 直接彈壓을 면해 보고자 하는 方便이었을 것으로 생각된다.

이처럼 韓國의 政治宗教的 固有思想은 일견으로 그 生理가 표면적으로는 약하고 低姿勢이고 또 事大的인 것 같으면서도 그 執拗性은 언젠가 기회가 오면 雄飛하려는 強靱하고도 進取的 氣象이 그 深層部에 의연히 도사리고 있음을 알겠다. 그러므로 韓國人이 지녔다는 事人性, 즉 一時的 屈辱과 低姿勢는 보다 큰 實利와 보다 높은 次元에서 永遠한 生命을 이어가려는 一時的 方便이요, 手段이라고 보아야 할 것이다.

### 3) 한국 민간 思想文化의 主流

지금까지 한국의 종교나 사상을 論할 때 으레 불교를 말하고 유교사상을 논하고, 특히 근래에 와서는 기독교와 그 사상까지를 논의하면서도 固有思想으로서의 原始宗教, 특히 巫俗思想 같은 것은 일부 학자들에 의하여 宗教以前, 思想 밖의 것으로 천대를 받아 왔던 것이 사실이다. 돌이켜 보면 지난날 한국에도 外來思想을 도입하여 官權의 비호아래 한때 東洋思想의 일대 貯水池를 이룬 적도 있었다. 또 이로 인하여 東方의 꽃으로 世人의 찬사를 한몸에 받은 적이 없었던 바도 아니다. 그러나 그러한 外來사상이 실로 이 民族 전체, 특히 庶民大衆에게 얼마나 큰 감화와 영향을 주었으며, 미래지향적 역할을 했느냐 하는 문제에 想到하면 실로 一抹의 의문이 없지 않다. 이 땅에 불교가 수입된지 累年間이건만, 이 民族을 온통 불교적으로 同化시켜 본적도 없으며, 유교 특히 中世 性理學이 이 땅에서

7) 軍隊갔다는 사람은 누구나 軍隊生活에서 겪은 사례요, 지금도 韓國軍隊면 어디서나 이 隱語가 通用되고 있다.

8) 崔東熙, 「東學思想의 調查研究」, 亞細亞研究 通卷 35號, p.95~97., 高麗大學校 亞細亞問題研究所, 1969. 9.

그처럼 활발히 논의되었으나, 이 民族을 만족할이만큼 教化·통일시켰다고 말할 수 없는 이유가 어디 있을까. 고유사상의 본질을 정확히 파악해 보려하지 않고 함부로 외래문화를 도입, 수용하고자 한데서 생긴 결과가 아닌가 한다. 고유·전통문화의 주류를 바로 이해하고 이것과의 자연스럽고도 합리적인 交流 接合을 시도했던들 한국의 思想史가 이처럼 악순환의 연속으로 얼룩지지는 않았을 것이다.

이상과 같이 생각할 때 한국의 民間思想의 주류는 불교도 유교도 아닌 固有巫覡思想이라는 것을 말할 수 있지 않을까 한다.

#### 4) 韓國傳統文化的 基本形成

한국의 思想史가 순환생리에 의하여 生成發展해 오면서 한국의 傳統文化는 무어라 해도 土俗信仰을 주류로 하면서 불교·유교에서 그 基本들이 형성되어 우리들 마음속에 자리잡고 있다고 볼 수 밖에 없다.

불교와의 관계에서 보면 불교가 이 땅에 수입된 이래 무수한 우리 土俗神이 佛陀(불교의 최고신)의 슬하로 들어가 그 亞流神을 자처하면서 발전하였음을 알 수 있다. 현행 佛教儀式에 나타나는 諸神 가운데 그 數의으로도 우리의 土俗神이 과반수 이상을 점하고 있다. 그런데 이들 神들을 각기 그 기능면에서 보면 다같이 「經을 說하는 法師와 經을 保護한다」는, 말하자면 「擁護道場成就佛事」를 그 使命으로 한다. 佛教儀式을 行할 때 그 道場을 守護한다는 뜻으로 이들 諸神을 맞아들이는데 이 儀式을 가리켜 「信仰作法」이라고 한다. 이 信仰作法에 있어서는 우리의 土俗神도 印度 본래의 俗神과 마찬가지로 護法道場神의 성격을 지닌다. 그러나 대부분의 한국 서민들이 실지 佛供을 드릴 때 보면 이들 호법도장신들은 단순한 호법도장의 수호신의 성격으로부터 직접 불공의 主對象神으로 변한다.

문제의 핵심은 바로 이점이다. 일부 正統佛教에서는 아직도 神衆佛供時에 神衆은 인도 토속신에만 국한시키는 예도 있지만 대부분의 庶民佛教의 경우, 우리의 토속신은 일반 信者로부터 보다 강한 信仰的 民俗的 의미를 지닌 채 崇拜되고 있다 그 구체적 예를 보면 자기 집이나 개인에게 禍殃이 들었을 때에는 山神佛供을, 자녀들의 壽命長壽을 기원할 때에는 七星佛供을, 바다의 無事와 農作의 豐饒를 기원할 때는 龍王佛供을 드리게 되는데, 이러한 諸佛供儀式에 있어서 우리의 토속신도 버젓이 佛供의 主對象神이 되고 있다.

이상의 諸資料를 중심으로 생각해 볼 때 한국의 서민불교는 무속사상을 비롯한 諸原始宗教의 영향으로 불교 본래의 教條的 意義를 상실한지 이미 오래이며, 이는 앞으로도 불교 본래의 모습으로 환원되어 가리라는 희망은 거의 없다.

유교와의 관계에서 유교를 그 개념규정상 宗教로 보느냐의 여부는 且置하고 그 의식행위만을 대상으로 살펴 볼 때, 이 역시 前記 佛教의 경우 못지 않게 한국적 유교로 변질되고 있는 것이 사실이다.

본래 근세 한국의 儒教儀式은 朱子家禮에 기본을 둔 冠·婚·喪·際가 그 핵심이었으

나, 한편 예를 「禮俗」이라고도 이르는 것으로 보아 禮란 그 지역의 풍속에 따라 가변적<sup>9)</sup>인 것임을 알 수 있다. 그러므로 이는 흔히 배타적이기 쉬운 종교의 교리와는 달라서 쉽게 그 地域人의 생활 및 사고에 따라서 변천이 가능하다. 다만 어떤 모습으로 변하느냐 하는 것이 문제다. 그러므로 한국적 禮俗에는 반드시 한국인의 人生觀·價値觀이 작용했을 것이므로 여기서는 편의상 祭禮에 국한시켜 考察하기로 한다.

祭禮란 죽은 조상에 대한 의식행위를 말한다. 여기서 유교적 「祭禮」에 우리의 고유사상으로서의 원시종교적 관념이 어떻게 작용했는가를 살펴 보기로 하자.

한국인에게 있어서 조상은 生의 창조자로서 信仰되고 있는 것이다. 개인의 생명이 그 조상으로부터 받은 것이라는 사상은 종교 이상의 信仰度를 지닌다. 그러므로 기독교에서 말하는 인간생명의 창조자가 絶對神이라는 것이 한국인 사고에는 별로 실감 있게 받아들여지지 않는 까닭이 여기에 있다. 현재 한국의 기독교가 그 포교활동에서 가장 큰 애로점이 바로 바로 이 조상에 대한 제사문제라고 한다. 오늘날 기독교에서 유일신, 즉 「하느님」을 신봉하는 신자들의 대부분이 그들 부모나 조상의 제사를 아주 포기하지를 못한다. 제사지내는 것은 偶像崇拜라고 하여 基督教 教理에 어긋나므로 부득이 「追悼式」이라는 형식을 빌어 그들은 부모의 영혼과 祖上神에 대한 追慕의 정을 나타낸다. 이것은 일종의 편법이다.

대부분의 한국 민중에게 있어서 조상의 영혼은 자손의 吉凶禍福을 주관하는 神格으로 이해되고 있다. 그러므로 제사를 모시는 한국인의 深層心理는 조상만을 위하는 것이 아니라, 자신의 반성과 자기 생애의 加護를 기원하는 뜻이 포함된다. 이 점에 대해서는 이효재 교수도 「喪·際를 통해 본 한국인의 종교관」<sup>10)</sup>에서 다음과 같이 견해를 피력하였다.

「조상에 대한 奉祭祀는 오로지 돌아가신 분을 추모하는 뜻에서만 하지 않는다. 조상을 향하여 부복하며 머리를 숙일 때 자손의 마음은 엄숙해진다. 먼저 자신의 행동을 반성하는 것이다. 자손으로서 조상이 기대하는 정중하고 참된 생활을 해 온 것일까. 만약 조상의 체면과 명예에 손상되는 행동을 저질렀거나 그런 생활을 해 온 것이 아닌가. 이러한 뉘우침과 함께 조상의 기대에 어긋나지 않는 부끄러움 없는 생활을 해 나갈 것을 다시 다짐하며 약속하는 엄숙한 순간이 된다. 그리고 동시에 부모와 조상의 가호와 축복을 바라며 기원하는 것이다. 집안이 무사하거나 집안이 잘 되도록 도와 주기를 비는 마음 간절하다. 또는 집안에 액운이 겹쳐 사업이 여의치 못하거나 자녀들에게 불행이 생긴다. 혹시 부모의 묘자리를 잘못 쓰지는 않았을까. 혹시 부모에 대한 정성이 모자라는 것이 아닐까. 또는 제사에 음식상을 소홀히 차려 대접한 것이 아닐까. 등의 반성과 회개의 마음을 일으킨다. 때로는 돌아가신 부모님께 노하신 것이 아닐까, 무슨 원한을 풀어드리지 못해서가 아닐까 등으로 궁급하여 무당이나 점장에게 물으러 다니기도 한다. 이와 같이 가족생활이 여의

9) 자전에는 「상소화사풍 하소습사속」이라 했고, 예기에는 「예종의 사종속」이라 했다.

10) 이효재, 「상·제를 통해 본 한국인의 종교관」, 신상 제2권 4호, 1969년 겨울.

치 못할 때는 먼저 조상과의 관계에 불화가 있음으로써 오는 화가 아닌가 생각하게 된다.  
이하생략」

이상에서 보는 바와 같이 한국인이 갖는 그 조상이나 부모에 대한 관념은 유교에서 말하는 생활규범으로서의 「禮」와 「孝」이상의 뜻이 포함되어 있는 것이다. 그러므로 이러한 祖上權을 가진 한국인에게 조상을 추모하는 祭祀가 한국적으로 변모하는 것은 당연한 것이다. 이것은 원시종교의 한 특징으로 이른바 「祈福信仰」이라 하는 것인데 신과 인간이 바로 현세에서 공존하는 것을 뜻한다. 제사를 정성 들여 지내면 그 효력은 바로 現世에서 내가 받는 것이고, 반대로 무성의하게 지내면 그禍도 역시 당장 내가 받는다는 말하자면 한국인의 現世的 人生觀이 단적인 표현이다. 그러므로 여기에다 사회 도덕적인 가치가 결들여질 때, 또 그것에 자손들을 교육시키는 典範으로서의 人倫的 가치가 확인될 때 이것은 무서운 사회적 규범으로서 지속성을 지니게 된다. 내가 내 아버지에게 생전에는 지극한 효를 다하고, 돌아가신 후에는 제사를 정성껏 모시는 인간적 정감에 충실하면 그것 자체에 이미 人間情緒의 가치가 내포되는 것이지만, 더구나 이것이 개인적 고립의 상태에서가 아니요, 한 혈연적 가족단위로 행해질 때 자식들이 이를 지켜보고 또 이런 분위기 속에서 성장하는 것이니 장차 자식들이 또한 내게 대하여 이런 情感을 다할 것이 틀림없다. 그러므로 이것은 인간감정의 원색적 표현이면서도 거기에 사회적 인륜적 가치까지를 겸한 높은 차원의 철학이라 아니할 수 없다. 바로 이 요소야말로 一朝一夕에 변질될 수 없는 民族心性的 深層部에 뿌리를 내리고 있는 것이요, 따라서 이것이 한국사상의 본질로 파악되고 연구되어야 할 것이다.<sup>11)</sup>

## 2. 近代의 韓國의 傳統的인 文化

1) 우리 한국의 전통적인 정신적 지주의 사상문화는 위에서 살펴본 것처럼 土俗信仰을 主流로하여 불교, 유교의 문화의 영향하에 복합적인 전통문화를 형성해 왔다고 볼 수 있다. 그 중에서도 조선조시대에 들어와서 유교를 國策宗教로서 신봉함으로써 諸般制度和 통치이념을 유교적인 사고에서 기반이 형성되어 왔기 때문에 그 기본적인 전통문화는 유교중심적인 사상에서 찾아야 할 것이다.

유교는 「仁」사상을 중심한 종교요 생활의 규범적 역할을 담당한 철학적 사상이다. 「仁」은 서양의 근본사상이요 四主德인 仁·義·禮·智로 四主德의 總和이다. 「仁」사상은 東洋 聖人인 孔夫子의 사상으로, 우리 東洋傳統思想이다. 「仁」사상에서 仁은 人也라 했고 人之疊文字라고 했다. 그러므로, 너와 나와 관계이다. 너는 네 길을 자유로이 가고 나는 내 길을 자유롭게 가자는 것이다. 서로 침범하지 말고 平衡을 유지하면서 살아가자는 것

11) 이상은·洪·植, 「韓國傳統文化試論」, 고대출판부, 1983, pp. 10-45



이다. 왜냐하면 仁의 守護神은 道德이기 때문이다. 도덕은 良心을 규제할 뿐만 아니라 양심에 호소해서 個人的 利己的인 非道德的인 것을 止揚하고 도덕적인 생활을 함으로써 仁을 실천할 수 있기 때문이다.<sup>12)</sup>

따라서 지극히 平衡을 이루고 等等하게 不公平하지 않게 公平無私하게 너와 내가 평등하게 살아가는 것이 仁의 思想이며 道德의 실천인 것이다. 그러므로, 孔子는 人을 芻也라 했다. 왜냐하면 자유로운 인간들끼리 불평 없이 평화롭게 극히 자유롭게 모여 너와 내가 평등하게 사는 곳이 마을(里)이며 마을에서 쫓아내지는 않기 때문이다. 그러므로 仁의 대표적인 곳이 마을인 것이다. 마을은 차별 받지 아니하며 누구나 자유롭게 살 수 있고, 누구나 평등하게 살아갈 권리가 보장되어 있다.

부자나 가난한 사람이나 權力者나 非權力者나 억압과 폭력이 통하지 않는 곳이 마을이다. 너와 내가 마음놓고 평화롭고 평등하며 자유롭게 사는 곳이 마을이니 仁의 표상이다.

그런 까닭으로 仁의 사상은 자유와 평등의 극치를 이룬 우리 고유의 전통사상인 것이다.

그러면 유교의 근본사상인 「仁」의 主德인 仁·義·禮·智는 구체적으로 무엇을 뜻하는 것인가. 「仁」을 사랑하고 따뜻한 마음의 本質이요, 義는 부끄러움과 자기체면의 의로움을 아는 마음의 本質이요, 禮는 사양하고 상대방을 존중하여 상대방의 마음을 헤아릴 줄 아는 마음의 본질이요, 智는 옳고 그름의 시비를 가릴 줄 아는 마음의 본질을 나타내는 인간의 본래적인 性善의 마음의 본질로서의 心德의 德目을 뜻하는 것이라 본다. 또한 三綱五倫은 위의 孔子의 「仁」의 사상을 직접 行動實踐을 통하여 구체적으로 나타내어 人間生活을 규율하는 倫理道德的인 人間像을 정립하는 행위의 德目인 셈이다.

그러므로 仁·義·禮·智는 「仁」의 精神的 心的인 主德이요, 三綱五倫은 實踐的 行爲의 德目이다. 心德과 行德을 한가지로 發現 실천궁행하는 要素는 忠孝에서 集結하는 것이라 했다.

忠孝의 思想文化는 유교의 인간도리와 人間의 근본사상으로서 人間의 最高德目으로 삼았다. 여기서는 周子家禮에 의한 구체적인 가정생활에서부터 그 實質的인 「仁」思想을 실천함으로써 출발한다. 개인적으로는 修身齊家治國平天下의 道理를 다하는 것을 孝의 최고의 要素로 하고 모든 것을 父母, 祖上에 대한 禮로써 인간의 가장 높은 가치를 발휘하는 것으로 삼았다. 나라에는 忠誠을 다하고 孝의 실천으로는 生前孝도 중요하지만 死後孝를 더 崇尚 하는 것을 하나의 종교적 차원으로 승격하여 조상에 대한 축원을 통한 효성심과 자손의 도리를 다하고 생존부모에 대한 효도를 다함은 물론 사회생활에서는 적선을 쌓으므로써 조상의 加護와 신으로부터 壽福과 행운을 축복받는 것을 마음에 새김으로써 이 인간사회에 도덕과 평화를 이룩하는 것을 정치적인 목표로 삼고 정치와 종교를 일치하는 문화로 발전시켜 왔던 것이다.

12) 李相殷, 「儒家의 禮樂思想」, 성균관대 동양철학과 박사논문, 1990, p. 5 -

그러므로 우리나라 전통문화는 토속신과 더불어 조상신을 신봉하는 다신교 문화를 먼 옛날 삼국시대로부터 뿌리깊이 이어져 왔던 것이다. 매사에 정성된 마음으로 신의 존재를 믿고 조심스럽고 조상에 대한 예를 다하는 것을 곧 유교의 「인본사상」에 걸맞는 것으로써 신의문화사회를 건설하는 것이다. 다시말하면 우리민족은 모두 이같은 다신교적인 '무격문화'를 전통적으로 이어받고 내려오면서 유교, 불교, 천주교, 기독교에 의한 영향으로 고유한 전통문화가 상실된 것처럼 보여왔다. 그러나 정신적 위안처를 갈구하고 인간을 제도하는 의미에서는 모두 한가지 원리를 우리 인간 생활에 심어 주었으나 근본적인 우리들 가정생활에서부터 실질적인 내면적 고유한 사상문화는 유교적인 인본사상에 입각한 巫覡文化를 지니고 내려왔다고 볼 수 있다. 무격신앙을 바탕으로하여 조상을 숭배하여 제사를 중히 여기면서 어버이를 잘 섬기는 효도를 인간생활의 근본으로 하는 일종의 숭조상문의 정신문화를 이룩하여 수천년동안 우리 민족의 고유한 전통적 사상문화로 형성해왔다고 볼 수 있다. 현행 가족법 규정에서도 효사상에 입각한 강제조항을 두고 있음은 전통사상을 잘 나타내고 있음을 말해주고 있다.<sup>13)</sup>

## 2) 東西洋文化의 比較

東洋思想인 仁은 自由와 平等의 順理的 思想으로 道德行爲를 통하여 仁을 이루기 때문에 自然的인 狀況下에서 이루어진 自由와 平等의 思想이다.

서양은 四主德이 智慧·勇氣·節制·正義인데 여기서 正義는 四主德의 총화이다. 정의의 사상은 서양의 성현인 소크라테스·플라톤·아리스토텔레스인 三夫子의 사상이며 서양 전통사상이다. 여기서 정의를 실현하기 위해서는 정의의 수호신인 法이 있어야 되기 때문이다. 그런 까닭으로 법은 정의를 수호하기 위해서는 엄정 公平無私가 이루어져야 된다. 그러기 때문에 이론적이고 과학적이며 체계적이고 平等第一이어야 한다. 왜냐하면 평등치 않으면 法秩序가 문란해지고 그럼으로써, 정의가 깨지기 때문이다. 정의란 公平이다. 그런데 여기서 문제가 발생케 된다. 그것은 정의는 평등을 원칙으로 하는 것이며 그리고 자유가 제한되기 때문이다.

그러므로, 論理의 矛盾이 없다. 그런데 西洋思想인 正義는 平等思想으로 法律的 行爲를 통하지 아니하고서는 正義를 실현할 수 없기 때문에 自然的 自由가 制限을 받게 된다. 事實上 自由와 平等은 相互모순과 갈등의 개념이다. 자유하면 평등이 제한받게 되고, 평등하면 자유가 제한받게 된다.

그래서 여기서 이 문제를 풀어야 되기 때문에 궁여지책으로 법질서 속에서 자유를 보장해 준다는 것이다. 그러므로 법질서 속에 자유와 평등이란 개념으로 서양의 합리주의가 역사적 실현을 거두면서 오늘에 이른다. 사실상 정의를 실현하다 보니 평등의 원칙을 법

13) 朴秉濠, 「近世의 法과 法思想」, 도서출판진원, 1996, p.507-516.

이 수호하게 된 것이다.<sup>14)</sup>

그러므로, 평등주의는 唯物史觀의 흐름을 가져왔고 對物關係에서는 확일적 기계적인 同的物件이 동일가치를 형성할 수 있기 때문이다. 唯心觀에서는 인간적이기 때문에 천차만별의 인간성은 평등의 원칙을 적용하기가 어려운 상태인 것이다. 그런 까닭으로 평등의 대물적 가치관은 공산주의라는 사상을 자연발생적으로 유발하게 되었지만 본래 唯心的인 우리 동양의 사상은 공산주의를 할 수 없는 사상적 배경을 갖고 있다고 본다. 결국 인의 사상은 문자 그대로 자유와 평등의 자연적 발생의 사상이나 정의의 사상은 법적 상황하에 평등의 원칙일 뿐 자유가 제한된 상태의 사상이라 본다. 다만 동양에서는 인정과 도덕으로 사회현상을 다스려왔으나 서양은 법률적 상황을 통해서만 사회현상을 다스려왔던 역사적 배경을 갖고 있음을 또한 간과할 수 없다.

그러나 오늘날은 도덕 선진인 한국을 중심한 동양도 과학선진인 서양의 법체제를 도입하면서 살고 있는 현실이므로 인간형성에서도 서구화되고 있음을 자각해야 될 줄로 믿는다. 왜냐하면, 人情이 物情으로 점점 변화되어 가기 때문이다.

따라서 政治體制 면에서 동양은 仁을 바탕으로 道德政治 仁義政治로 자유와 평등의 王道政治인 德治主義를 실천하였으며 이것이 盛德政治인 것이다. 동양에서의 법정치는 以力假仁의 霸道政治인 德治가 아닌 법치는 자유와 평등의 저해인 治霸主義이다. 다만 時代惡에 수반하여 일찍이 盛德政治가 실현된 때도 있었고, 霸道로 悖逆한 暴君 霸政 등으로 변신하였던 때도 있었다.<sup>15)</sup>

서양 역시 그 예외는 아니다. 근대에 와서 자유민주정치인 治德이 실현을 본 바라 할 수 있다. 왜냐하면 仁은 德道요, 義는 法道라 볼 수 있기 때문이다.

인류는 언제나 仁과 義의 德을 실현코자 한다. 그러나 현실은 假仁의 霸道가 도처에서 실현되고 仁義의 자유와 평등의 법치, 즉 治德政治가 이루어져 복지사회 복지국가인 선진국들도 많이 있다.

다만 자유와 평등이 서구에만 있었던 사상이 아님을 거듭 밝히고 동양 五倫思想 속에 명실공히 존재하고 있음을 또한 알아야 할 것이며 五倫은 자유 평등의 이념이나 복지집단을 운영하는 데에는 반드시 指導力量을 필요로 하기 때문에 三綱은 그 원리로서, 父는 자녀들의 嚴親으로서, 夫는 妻의 가장으로, 국가는 국민의 統率者로서 그 책임과 의무를 갖고 있음으로써 指導責任의 역할이라고 본다. 어떤 從屬된 개념으로 이해해서는 아니될 것이다. 따라서 五倫은 仁의 大道를 실천하려는 덕목이며, 이 덕목이야말로 天下之大達道이며 人間倫理 秩序의 大道인 것이다.<sup>16)</sup>

14) 朴秉濠, 上揭書, pp. 502-506

15) 임균택, 「韓民族의 傳統思想」, 동현출판사, 1990, pp. 89-92

16) 임균택, 上揭書, pp. 92-95

### Ⅲ. 韓國의 傳統的인 法觀念

한국은 근대 이전까지 특히 조선시대에는 모두 중국의 유교적 법문화를 繼受하였다, 따라서 한국의 전통법은 유교문화적 속성을 지니게 되었다. 다만 그 영향은 주로 상부구조인 통치조직 운용의 법에 한정되었고, 대체로 법문화의 주류는 관습법·관례법의 형태를 지닌 고유법이었다. 그러나 근세 조선왕조는 유교이념의 포괄적 계수가 그 특징이며, 따라서 동시대적으로는 유교적 가치체제로 일관된 정신풍토, 기본적 제도, 사회질서가 지배한 시대이다. 그리하여 그 법의 유교윤리적 속성, 법과 유교적 윤리도덕과의 통일성도 자명한 것으로 받아들여지고 있었다.

조선조의 법관념은 독자적인 '법관념'이라기 보다는 오히려 사회 전체적인 규범문화의 일부로서 당시를 압도한 성리학에 의하여 조명되어져야 할 성질의 것이라 할 것이다.

性理學은 원래 중국 송대 이래 형성된 사상으로서, 우리나라에는 고려 후기에 신흥 士類에 의해 성리학 중에서도 주자학의 계통이 수용되었으며, 이 주자학은 조선왕조가 건립되면서 抑佛崇儒政策과 함께 그대로 지배적 이데올로기로 정착되었다. 그리하여 조선조의 도덕과 법도 모두 성리학적인 이론의 기반 위에서 이해되고 설명되어야 했다.

성리학은 理는 人性을, 氣는 인간의 형체를 이루는 근원으로 파악하였다. 특히 理는 자연법칙임과 동시에 인간의 道理이기도 하였다.

性理學은 인간의 賢否를 기준으로 上下, 貴賤의 계급적 관계를 설정하고, 각자는 자기의 명분에 따라 자기가 속한 계층에 맞는 지위를 지키는 것을 正名이라 하고, 이 正名에 의해 계급제도를 확립함으로써 가족이나 국가질서가 이루어진다고 보았다.

사회적 位階秩序를 확립하기 위하여 法과 刑은 필수적인 수단으로 보았다. 愼刑主義를 표방하고 있었으나, 그들의 의도하는 예의지국에 대한 열망이 컸으므로 형벌도 그 만큼 가혹 할 수 밖에 없었다.

법을 준수함으로써 법의 실효성을 갖게 하는 피치자들은 치자들의 법정책에 수동적으로만 대응한 것은 아니었다. 물론 법은 형으로 인식되고 있는 상황에서는 수범자에게는 법이란 공표와 혐오의 대상이 될 수밖에 없었다. 그러므로 법망에 걸리지 않은 것이 최상이었을 것이다. 그러나 사권의식조차도 수동적이 될 수는 없었다. 왜냐하면 사권조차 확보되지 않는다면 생존할 수가 없었기 때문이다.

그런데 과거의 선인들의 법에 대한 의식 내지 관념은 사회조사를 통하여 이를 알 수는 없고, 법관념에 대한 인식도 다르다고 할 수 있으므로, 이 경우에는 법관념이라는 용어가 더 적절하다고 생각된다. 물론 이 경우에는 그 대상이 법체계 전반, 나아가서 '법'이라고 불렀던 사회규범 내지 습속규범까지 포함하여 고찰대상으로 하게 된다.

19세기까지의 전통적인 법제도는 1894년의 갑오개혁에서 비롯한 서구적 근대적 법률 내지 법체계의 점차적인 계수, 그리고 일제하에서 일본을 통한 근대법체계의 전체적인 계

수에 의하여 전통적 법체계는 단절된 것처럼 보였다. 이 거대한 법체계는 사회현실에 적합하든 그렇지 않든 간에 근대적인 것으로 받아들여, 전통적인 것은 가족법 분야를 비롯한 약간의 것을 제외하면 모두 낡은 것으로 치부하게 되었다.

이 계수된 근대법의 타당성이나 실효성에 관한 학문적 연구도 없이 일본학자들이 연구한 것을 그대로 받아들이고 있었다. 우리나라 법학이 등장한 것은 해방이후였고, 최근에 와서야 겨우 전통적인 것에 관심을 돌리고 있다.

한편, 해방 후에는 영미법이 들어오고, 정치·경제·사회·문화면에서 다양한 변화를 겪고 있다. 이러한 변화는 미처 우리 스스로를 돌아볼 사이도 없이 외국법의 무조건적인 계수를 피할 수 없게 하였고, 그것이 합리적이라면 이질성은 그렇게 문제가 될 수 없는 것이 되고 만 것이다. 그 결과 우리의 법제도는 어느 것 하나 제대로 뿌리를 내리지 못하고 부유하고 있는 것이다.

전통적인 법문화를 무시한 법의 근대화의 시도가 실패로 끝나게 되는 것은 흔히 지적되고 있다. 이제 우리와 다른 역사, 다른 문화의 기반에서 배태된 외국법을 그대로 절대시할 수는 없다. 지금이야말로 우리 역사 속의 법과 사회의 특질을 밝혀 새로이 법사회학의 기반을 마련할 필요가 있다.

흔히 한국의 법문화의 낙후요인이라고 할 수 있는 권리의식의 박약, 遵法精神의 결여 등을 이조시대의 유교적 법문화의 계수에 돌리고 있는데, 이것은 또 한편으로는 서구법·서구법 사상을 그 기준으로하여 절대시한 데에도 그 요인이 있지 않나를 검토하여야 할 것이다.

법의 관념을 실정법과 함께 이른 바 '살아있는 法' 내지 法意識까지 포함하여 생각한다면, 오늘날에 있어서의 前近代의 法意識은 결국 한국의 역사적 소산임에 틀림없다.<sup>17)</sup>

## IV. 韓國 家族法體系의 變遷과 特色 및 課題

### 1. 韓國 家族法의 變遷

#### 1) 민법전 시행 이전의 가족법

한국에 있어서 현행 가족법은 주로 1958년 제정, 1960년부터 시행되고 있는 민법전 중 제4가족편 및 제5가족편을 가리키지만 그 밖의 법률에 있어서도 관련규정이 산재하며 또한 助法내지 절차법으로서 호적법, 가사소송법 등이 있다.

현행법의 제정에 이르기까지는 조성왕조 이전은 물론 조선왕조시대 또는 대한민국 수

17) 徐庚林, 「韓國의 傳統的인 法觀念」, 법과정책, 법과정책연구소, 2000, pp. 19 -

립의 전후에 걸쳐서도 가족법에 관해서는 체계화된 법제로서 인정될 만한 단행법전은 없었던 것이다. 우선 조선왕조세대에 있어서는 거의 친족·상속에 관한 제사항은 중국의 唐律, 明律 등을 원칙적으로 계수한 바 있는 다수의 법전 중에서 찾아 볼 수 있으며, 그것들의 운용은 주로 행정재량에 의하고 있었다. 經濟六典(1397년), 經國大典(1471년), 續大典(1746년), 刑法大典(1905년) 등을 들 수 있으며, 특히 형법대전 중에는 친족·상속에 관한 규정이 많았다. 이 밖에도 몇 개의 단행규정을 볼 수 있다. 한편 「조선민사령」시대에는 일본국에 의하는 한국강점 직후로부터 1910년에 이르러 「조선에 시행하는 법령에 관한 건」에 의하여 「조선에 있어서의 법령의 효력에 관한 건」을 발표하고, 이에 이어 1912년에는 민사에 관한 기본법령이었던 조선민사령의 시행을 강행하게 된 것이다. 이에 의하면 일본 민법을 의용하는 것으로 하는 한편 민법 중의 능력, 친족 및 상속에 관한 규정만은 한국인에게 적용하지 않고 오직 한국인의 관습에 의하는 것으로 하고 있다. 그러나 이러한 사항을 명언하였던 민사령 제11조는 그 후 3차에 걸쳐 개정을 거듭한 결과로서 일본 민법 중 친족 및 상속편의 제규정은 점차적으로 찬국에 적용되게 되었던 것이다. 그리하여 특히 주목하여야 할 것은 1939년의 조선민사령의 개정에 의하여 일본식의 氏制度를 한국에 이식한 점이다.

이와 같이 일본 구민법전의 강제적 의용에도 불구하고 관습법의 영역은 그것대로 근절되지 않고 있었다는 것도 사실이다. 1945년 해방이 되자 우선 군정당국은 과도적 조치로서 일제시대의 법령이라 하더라도 특별명령이 없는 한 그대로 효력을 유지하도록 하였다.

## 2) 민법전 제정 당시 가족법의 성격

한국에 있어서 현행 민법전, 따라서 가족법은 헌법이 공포되었던 1948년, 법전편찬위원회 회직제의 실시를 기다려 구성된 법전편찬위원회에 의하여 기초된 것이다. 6·25의 미증유의 대변란을 겪으면서 겨우 완성에 이르게 된 법안은 1958년에 제정, 공포되어 1960년 1월 1일을 기하여 시행되었다.

이와 같이 성립한 가족법은 기본적인 신분관계에 따라서 협의의 가족법(호주와 가족관계), 혼인법, 친자법, 협의의 친족법(부부 또는 부모와 미성년자관계를 제외한 친족관계)과 상속법, 유언법 등으로 나누어진다. 그리하여 각각의 분야에 걸쳐 독자적인 원리가 반영되어 있는데, 특히 당초의 가족법은 거의 모든 부분에 걸쳐 가-호주-호주상속이라는 일련의 제도가 직접 또는 간접으로 지주를 이루고 있었던 것이다. 상술한 바와 같은 골격으로 인하여 한국의 가족법은 구조적으로는 가족제도적 가족법과 개인제도적 가족법의 혼합형태로서의 성격을 나타내게 되었다. 즉 가제도 내지 호주제도의 원형으로서 가장적 통제가 강고하고도 절대성을 지니는 것이지만 사회적 제사정의 변천으로 그 통제 또는 지배가 이완되면, 부권 또는 친권 등이 독립된 지위를 차지하게 되는 것과 동시에 그것들은 가장권 또는 호주권과 경합하게 된다. 돌이켜 보면 가족법 제정 당시의 사회경제

실태는 이미 부부 또는 자녀를 중심으로 하는 개인제도적 내지 소가족제도적 가족법이 요청되고 있었는데도 불구하고 신분관계에 대한 입법자의 보수적 의식은 가장권 또는 호주권에 의하는 권력적 규제를 청산하지 못하였던 것이다. 비록 개인제도적 가족법으로서의 요소를 무시하지 않았다고 하더라도 소위 미풍양속으로서의 가제도의 구속을 전제로 하는 전근대적 가족법으로서의 측면을 포기하지 않았던 것이 명백하다. 유교적 윤리관의 영향으로 가부장적 요소와 조상숭배의 사상적 배경으로 종법적 사고에 의한 호주제도를 근간으로 한 남존여비의 사상을 그대로 가미한 전근대적 가족법을 등장시켰던 것이 또한 특색으로 볼 수 있다.

### 3) 가족법의 개정

그러나 이와 같은 가족법의 이원적 성격도 현실적 가정생활의 실태와 국민의 근대화 의식, 더우기 헌법상의 평등원칙에 영향을 받아 그 중점을 가족제도적 신분관계로부터 개인제도적 가족관계로 이행하지 않을 수 없게 되었다. 이러한 법제 내지 법의식의 변천을 웅변으로 입증하는 것이 가족법 제정후 수차례에 걸친 개정내용이라고 할 수 있을 것이다. 즉, 한국민법전은 제정 이래 7회 개정되어 왔으나 그 가운데 가족법영역의 개정은 3회에 걸쳐 행하여졌다.

우선 1962년의 제1차 가족법 개정은 당시 정치적·사회적 개혁을 지향하는 입법당국이 입법사업을 추진하는데 따라 행하여졌던 것이다. 당시의 개정은 조문을 보아서는 법정분가제도에 관한 1개 조문에 불과한 것이었지만(민법 제789조), 가족관계의 실체면은 물론이고 호적제도의 법기술면에 있어서도 적지 않은 변동을 가져왔던 것이다.

1977년의 제2차 개정은 비교적 대폭적인 것이었다. 당시의 개정내용을 요약한다면, ① 성년자의 혼인에 관해서는 부모의 동의를 요하지 않는 것으로 한 것(민법 제789조), ② 성년의제제도를 도입한 것(동법 제862조의2), ③ 부부간에 있어서의 불명재산을 부부공유로 추정하도록 한 것(동법 제830조 2항), ④ 협의이혼의 경우에는 가정법원의 확인을 얻도록 한 것(동법 제836조), ⑤ 부모의 친권공동행사를 인정한 것(동법 제909호), ⑥ 법정 상속분을 조정함으로써 여자 특히 처의 상속분을 향상시킨 것(동법 제1008조, 제1009조), ⑦ 유류분제도를 채용한 것(동법 제1112조 내지 제1118조)등이 있다.

1989년에 이르러서는 더욱 대규모의 개정이 이루어졌다. 가족법으로서는 제3차의 개정에 해당한다. 당시 여성구회위원들이 중심이 되어 제안한 개정법안 원안의 주요골자는 ① 호주제도의 폐지, ② 동성동본금혼제도의 조정, ③ 재산상속제도의 개선, ④ 친권제도의 개선, ⑤ 친족범위의 조정, ⑥ 이혼시 처의 재산분여청구권의 인정 등이었다. 그러나 국회법제사법위원회에서는 호주제도와 동성동본금혼의 문제를 제외하고 대체로 원안을 수용한 대안을 제안하게 되었고, 이것이 본회의에서 가결되었던 것이다.

개정의 내용은 실로 광범위한 것이었다. 즉 그 구체적인 내용을 열거한다면 ① 혈족의

정의를 수정한 것(민법 제768조·제769조·제771조·제775조 제1항), ② 계모자관계 및 적모서자관계를 폐지한 것(동법 제773조·제774조), ③ 친족의 범위를 수정한 것(동법 제777조), ④ 호주의 권리의무를 대폭적으로 삭제한 것(동법 제789조 제2항, 제796조 제2항, 제798조), ⑤ 여호주의 지위를 본격화한 것(동법 제792조의 삭제), ⑥ 호주의 직계비속장남자의 분가를 인정한 것과 강제분가를 인정하지 않은 것(동법 제788조), ⑦ 약혼의 해제사유에 관하여 폐병을 삭제한 대신에 불치의 정신병을 규정한 것(동법 제804조 제3호), ⑧ 부부의 동거장소를 부의 합의에 의하도록 한 것(동법 제826조 제2항), ⑨ 혼인생활비용을 부부공동부담으로 한 것(동법 제833조), ⑩ 이혼시 자녀의 양육책임을 부부의 합의에 의하도록 한 것(동법 제837조 제1항), ⑪ 이혼의 경우에 자녀에 대한 면접교섭권을 인정한 것(동법 제839조의 2), ⑫ 이혼의 경우 배우자의 재산분할청구권을 인정한 것(동법 제839조의 2), ⑬ 사후양자 및 유언양자를 폐지한 것(동법 제867조·제880조의 삭제), ⑭ 친권의 부부공동행사를 확보한 것(동법 제909조), ⑮ 호주승계제도를 신설한 것(동법 제980조 내지 제985조), 상속인의 범위를 축소한 것(동법 제1000조 제1항), 잔존배우자의 상속상의 지위를 합리화한 것(동법 제1003조 제1항), 부에 대하여도 대습상속권을 인정한 것(동법 제1003조 제2항), 법정상속분을 평등화한 것(동법 제1009조), 상속의 경우에 기여분제도를 신설한 것(동법 제1009조의 2), 제사주재자에 대하여 분묘등의 승계권을 인정한 것(동법 제1008조의 3), 特別緣故者에 대하여 상속재산분할제도를 인정한 것(동법 제1057조의 2)등이다.

이상과 같은 제3차 가족법 개정의 내용과 더불어 특기하여야 할 것은 이러한 개정은 한국의 근대화라고 하는 사회·경제적 변화를 배경으로 하여, 1960년대에 태동한 바 있는 가족법 개정의 연면한 운동의 결실이라고도 할 수 있는 것이며, 그 개정사항은 1977년 제2차 개정당시 이미 그 제안의 내용을 이루고 있었던 것이 대부분이라고 하는 사실이다.

## 2. 韓國 家族法의 特色

### 1) 호주제도 및 친족제도

일반적으로 호주제도라고 하는 경우, 그것은 대가족제도의 구체적인 일면 또는 가부장적인 잔영을 표현하는 것이라고 할 수 있을 것이다. 결론적으로 대가족제도를 한 사람의 대표자에 의하여 통솔되는 가족공동체의 형태로서 파악하는 이상 호주가 그러한 가족공동체, 즉 가의 통솔자이며 주재자가 되기 때문이다. 그러나 자유자본주의적인 사회경제의 변화에 수반하여 개인중심의 사회생활이 이른바 근대화의 이름아래 전개되는데 따라, 대가족적 생활의 양상도 역시 붕괴의 과정을 견지 않을 수 없게 된다. 특히 20세기에 이르러 볼 수 있는 바와 같은 산업사회에 있어서의 격변의 단계에서는 소가족 내지 핵가족으로서의 분화현상이 현저하다. 이와같은 가족생활의 변화에도 불구하고 한국의 가족법은 민법전 중 친족편 제2장에 「호주와 가족」을 표제로 하여, 적어도 체제상으로는 구관습법시대



에 볼 수 있었던 가족제도, 따라서 호주제도에 관한 법적 규율을 명문화하고 있는 것이다.

물론 민법전 제정당시 이미 이러한 제도규정에 관해서는 소위 순풍미속을 내거는 찬성론과 개인의 존엄 또는 남녀불평등을 이유로 하는 헌법위반론, 나아가서는 대가족제도의 허구화를 주장하는 비현실론 등과 같은 의견의 대립이 있었다. 뿐만 아니라 가족단체에 대하여 경제적 기초를 법적으로 인정하여야 한다는 가산제도의 채용을 강조하는 특수한 의견조차 제기된 적이 있었던 것이다.

이상과 같은 상황아래서 제정된 호주제도의 내용은 과거에 볼 수 있었던 광범위하고도 강대한 호주권을 분해함으로써 개별적 권리의무를 사항의 성격에 따라서 부부관계 또는 친생관계에 각각 이양할 것을 기도한 자취가 역력하다. 그러나 그러함에도 불구하고 가족의 거가 또는 입양에 대한 동의권(구민법 제784조), 재산적 특권(구민법 제796조), 거소지정권(구민법 제798조), 상속상의 특권(구민법 제996조·제1009조)등을 여전히 인정하고 있었던 것이다. 그러므로 호주의 가족에 대한 부당간섭을 가능하게 하는 권한을 전면적으로 개폐하는 것과 아울러, 제사의 문제를 비롯하여 친족간에 있어서의 도의적인 문제에 속하는 사항에 대해서는 이를 관습에 방임하는 것이 마땅하다는 입법론은 종전과 다름없이 왕성한 바 있었다.

1989년 개정의 현행 가족법은 종래 주장되어 왔던 입법론의 명문화라고 할 수 있다. 즉, 개정 전의 호주로서의 신분상 또는 재산상 인정되어 왔던 특수한 지위 내지 특권의 대부분을 삭제함과 동시에 잔여의 부분에 대해서도 양성평등을 실현한 것이라고 할 수 있다. 특히 종래의 신분상속으로서의 호주상속을 상속편으로부터 제외하는 한편, 이를 친족편의 말미에 호주승계라는 표제로서 형식적인 조문으로 두게 된 것은(민법 제980조 내지 제995조)대립된 국민적 감정을 고려한 타협적이고도 과도적인 입법이라고 보아야 할 것이다. 그러나 이미 실제적으로나 이론적으로나 그 존재가치를 잃고 있는 호주제도 내지 호주상속제도를 법상 이와같이 형식화·형해화하면서까지 존치시켜야 할 이유는 없지 않을까 하는 것이 학계에 있어서 거의 일치된 의견으로 되어 있다.

다음에 호주(가족)제도와 친족제도의 법적 개념이 반드시 동일하지는 않지만, 한국사회에 있어서는 역사적으로나 관념적으로나 양자는 밀접한 관계에 놓인다는 것은 부정할 수 없는 것이다. 즉 실제적으로 가족단체와 친족단체는 서로 겹치는 경우가 많기 때문이다.

대체로 한국에 있어서의 친족개념은 종법제에서 그 뿌리를 찾을 수 있을 것이다. 그리하여 근대에 이르기까지 동종친족에 의하여 구성되는 동족부락의 실례는 많고, 그것들이 강고한 동종·동족단체로서 종중 또는 문중으로서 결성되는 것이 관행이었다.

한편, 친족의 종류로서는 조선왕조 이래 본종친(부계, 남계혈족), 외족친(모계, 여계혈족), 처족친(처족인척), 부족친(부족인척)으로 4분되어 있었다. 그 범위에 관해서는 형법대전(1905년)등에 의하여 어느 정도의 변동은 볼 수 있으나 대체로 본종은 8촌, 외종은 4촌, 처족은 처의 부모, 가족은 부의 7촌까지로 하는 것이 관습법이었다. 이와 같은 친족의 범위는

고려시대에 있어서의 唐 또는 조선시대의 명의 이른바 服喪制의 영향을 받은 것인 듯 하다. 민법전의 제정에 있어서는 당시의 사회전통과 현실을 고려함으로써 이것을 명문화하기에 이른 것이다(구민법 제777조). 즉 부계혈족은 8촌, 모계혈족은 4촌, 부족은 부의 부계혈족의 8촌 및 부의 모계혈족의 4촌, 처족은 처의 부모까지였다. 구법상의 당해 조문의 배우자를 친족개념에 포함시키고 있는 점에 대한 비판을 별론으로 하고 부계 또는 남계의 혈족에 대하여 우월적 지위를 고수하는 종법제를 전승한 구관습법을 원칙적으로 명문화한 결과로서 부계와 모계 또는 부족과 처족에 따라서 현저한 차별을 나타내게 된 것이다.

그러나 1970년대 이후에 있어서의 사회·경제적 제변화에 따라, 이른바 근대화 의식은 법상의 친족개념에 대해서도 영향을 미쳤던 것이다. 적 1989년의 개정법이 부계혈족과 모계혈족을 묻지 않고 친족의 범위를 8촌까지로 하는 것과 아울러 인척에 관해서도 부족과 처족을 다같이 4촌까지로 개정한 것이 그것이다(민법 제777조). 그밖에 계모자관계 및 적모서자관계를 단순한 인척관계로 변환하게 된 것도 특이하여야 할 것으로 생각된다.

여기서는 그 동안에 있어서의 친족에 관한 법적 과제를 양성평등과 핵가족적 개념이란 두가지 측면에서 생각해 보기로 한다. 즉 개정법은 우선 양성평등의 면에서는 입법적 해결을 실현하였다고 하여도 이론은 없을 것이다. 그러나 핵가족화 사회에 있어서의 가족개념이라는 입장에서는 문제가 전혀 없다고는 할 수 없다. 그 이유는 모계혈족의 범위를 종래의 4촌에서 8촌까지 확대한 것 외에도 인척에 관해서는 부족인척의 경우, 종래의 8촌에서 4촌으로 축소하는 동시에 그 반면 처족인척에 관하여 종래의 1촌, 즉 처의 부모에서 4촌으로 확대하였기 때문이다. 이와 같은 친족범위의 확대는 시대와 인식의 변천과정을 고려하는 한 하나의 역행적 현상이라고도 할 수 있는 점에서 비판을 면할 수 없는 것으로 생각한다. 또한 예컨대 8촌에 이르기까지의 부계혈족이라는 범위의 확대로부터 파생되는 법의 해석적용상의 문제는 말할 것도 없고 사회일반의 친족의식이 어떻게 나타날 것인가 등은 앞으로도 주목하여야 할 것이다.

## 2) 혼인관계

史實에 의하면 조선왕조 이전에서 볼 수 있는 가부장적 사회에 있어서는 近親婚, 同姓婚, 一夫多妻婚 등이 행하여졌던 시기가 있었던 것이 단편적으로 입증되고 있기는 하지만 자료의 부족은 전반적인 혼인규범에 관한 연구를 어렵게 하고 있다. 조선왕조에 있어서의 혼인규범에 관해서는 비교적 널리 밝혀지고 있다.

조선왕조 사회에 있어서도 가부장적 봉건성으로 말미암아 혼인제도는 고식적인 것이었다. 뿐만 아니라 남존여비로 인한 양성차별을 金科玉條로 삼는 유교의 보편화는 어떤 뜻에서는 혼인제도를 전시대의 사회에 있어서보다 더욱 비합리적인 것으로 만들고 있었다. 우선 혼인관계의 형식에서 본다면 정처에 관한 한 중혼을 엄격하게 금하고 있었지만 蓄妻를 공인함으로써 일부다처를 허용하고 있었던 것이다. 또한 혼인성립의 형식으로서는

혼인 당사자가 아닌 직계비속 또는 기타의 유복친에 의하여 혼인성립의 여부가 결정되는, 이른바 대리행위적 혼인이 행해지고 있었는데 그것은 조혼의 풍습과도 밀접한 관계가 있었다. 더욱이 고구려시대에 있어서 성행하였던 동성혼은 유교사상의 영향으로 철저히 금지되었을 뿐만 아니라, 동성이본자 사이의 혼인까지도 허용하지 않았던 것이다. 한편 봉건적 계급사회에 있어서의 필연적 현상으로서 신분계급적 내혼제가 지켜지고 있었을 듯하다. 그 밖에도 부녀의 재혼을 금하였으며, 그것을 강제하기 위해서 그 자손에 대해서는 관계진출을 차단하기까지 하였던 것이다. 그리고 일반적으로는 준수되지 않았던 듯하나 상층에는 혼인을 금하고 이에 위반한 경우에는 그 주혼자이었던 자까지도 처벌하는 것이 관행이었다. 이러한 여러 가지 제도는 당시의 사회가 오직 가부장적권력구조를 전제로 하여 그 위에 봉건적 전제로 하여 그 위에 봉건적 유교성이 복합된 특수사회이었기 때문에 성립할 수 있었던 현상이라고 생각된다.

20세기의 초기에 해당하는 조선민사령의 시기에 있어서도 대체로 한국고유의 관습을 존중하는 시대이었던 만큼 혼인제도도 근대화에 익숙할 수가 없었던 것이다. 이상과 같은 상황에도 불구하고 1922년에 법률상 일부일처제의 제도가 확립되고, 더욱이 1923년에 이르러서는 종래의 사실혼주의로부터 법률혼주의로의 전환이 있었다는 것은 한국의 혼인법사로서도 특기할 만한 것이다. 그 밖에도 가족의 혼인에 관해서는 호주 또는 부모의 동의가 있어야 한다는 것, 처의 무능력을 인정하는 것, 관리공통제에 의하여 부의 전권이 행한 것, 처의 간통만을 이혼원인으로 하고 또한 처벌하는 것 등, 실질적 관점에서 보는 양성불평등의 사상에 충실한 바 있는 비근대적 조선왕조의 再版이란 느낌이 없지 않았던 것이다.

1960년대에 실시된 민법전은 그 동안의 사회·경제적 또는 사상적 발전에 따라서 혼인제도에 있어서도 변혁을 가져 왔었다. 즉 가족의 혼인에 대한 호주의 간섭을 배제하고 처의 능력을 확보하는 것과 동시에 부처재산에 관해서는 특유재산제 내지 별산제를 채용한 바 있다.

또한 이혼원인은 부부에 대하여 평등하며 그들의 간통에 관해서는 쌍벌죄를 적용하도록 하였던 것이다. 특히 사실혼관계에 관해서는 그것을 단순한 남녀관계로서만 내버려두지 않고 법상의 혼인관계로 끌어 올려야 한다는 목적으로 가사소송법 및 호적법에 의하여 사실상 혼인관계존재확인심판제도를 창설하게 된 것은(가사소송법 제2조 제1항 제2호 제1문, 호적법 제76조의 2) 비록 그것이 이론적 비판의 여지는 있다손 치더라도 적어도 하나의 사회문제로서 등장하는 사실혼을 보호하여야 한다는 관점에서는 이상 획기적인 의의가 있는 것으로 보아야 할 것이다.

그러나 혼인관계가 가족제도적 봉건성과 관련되는 결과로서 인정되었던 여러 가지 사항에 관해서는 근대적 혼인법의 조류에 역행하는 것이라는 비난이 가해져 왔다. 전형적으로는 혼인성립에 있어서의 동성동본자간의 혼인금지 이혼에 있어서의 법정원인, 부부의 재산문제, 이혼당사자의 자녀의 양육문제 등이 그러한 것이었다.

1989년의 개정에서 상술한 바와 같은 비근대성 내지 불합리성을 띠는 여러 규정은 대체로 제거된 것이라 할 수 있다. 다만 동성동본금혼에 관한 규정만은 예외이었는데 이에 1997년 헌법 불합치 판정에 의하여 새로운 입법을 기다리고 있다.

개정법 가운데 새로운 제도규정으로서 주목하여야 할 것은 이혼 후 비친권자 또는 비양육자인 부 또는 모에 대하여 인정되는 면접교섭권과 이혼당사자에 대하여 인정되는 재산분할 청구권에 관한 사항이다.

우선 현행법은 이혼 등으로 인하여 자녀를 직접으로 양육하지 않는 부 또는 모는 그 자녀에 대하여 면접교섭권을 행사할 수 있는 것으로 명정하고 있다. 물론 하급심의 판례 가운데는 본조 신설에 앞서 이미 면접교섭권을 인정한 것이 있었다. 나아가서 본조는 자녀의 복리를 고려하여 필요하다고 인정되는 경우에는 가정법원에 의하여 면접교섭권이 제한 또는 배제될 수 있는 것이라고도 규정하고 있다. 그러나 실제문제로서는 면접교섭의 방법 등에 관해서는 명문상 아무런 기준도 마련하지 않고 있기 때문에 앞으로 판례의 축적은 물론 비교법적 연구가 기대되고 있는 것이다. 또한 이혼 후에 있어서의 친권의 공동행사 또는 공동감호제 등에 관한 문제와도 관련하여 입법론적 검토가 행해져야 할 것으로 생각된다.

다음으로 현행법은 협의이혼의 경우, 당사자가 일방은 타방에 대하여 재산분여청구권을 행사할 수 있는 것이라고 규정하고 있다. 원래 개정전 가족법을 본다면 이혼에 있어서의 배우자보호에 관한 대체규정은 현저하게 단순하였으며, 그것은 무책배우자의 재산도피 등으로 인하여 실제로 받을 수 있는 위자료는 무책배우자의 보호를 위해서는 매우 부족한 것이다. 이와 같은 불합리를 입법적으로 해결한 것이 개정법의 직접적 취지이었던 것이다. 그러나 이론으로서의 현행법의 경우 위자료에 관해서는 별도의 규정이 있기 때문에 개정조문에 의한 분할재산을 위자료로서 구성하는 것이 불합리할 것은 명백할 것이다. 그렇다면 그것은 부양적 성격과 청산적 성격을 병유하는 것이라고 해석하는 것이 타당할 것으로 생각된다. 즉 혼인중의 배우자간에 있어서의 상호적인 부양의무는 이혼후에 있어서도 동질적으로 인정되어야 하는 것과 동시에, 혼인중의 협력에 의하여 축적된 재산은離婚의 경우에는 공평을 주안으로 하여 청산되어야 마땅하기 때문이다.

### 3) 친자관계

親子關係는 夫婦關係와 더불어 가장 기본적인 身分關係이며 또한 가장 윤리적인 관계이지만, 그것을 규율하는 제도도 역시 역사적인 존재라는 점도 명백한 바이다. 즉 封建的·家父長的社會에 있어서는 男系優位의 윤리관을 전제로 하여 친자관계는 현저하게 부자관계에 편중된 결과 父는 子에 대하여 절대적으로 우월한 지위를 점함과 동시에 부자관계 자체도 또한 소위 家父長의 통제에 놓이게 되는 것이다. 이러한 구조도 가부장적 가족제도가 붕괴하는 단계에 이르면 子에 대한 父 또는 母의 독립적인 권력이 현재화하는

듯하나, 子는 이전과 같이 父母의 소유물인 관념을 벗어나기는 이르다.

한국의 경우, 조선왕조시대 이전의 사회가 가부장적 성격을 갖고 있었던 것은 물론이다. 조선왕조시대도 또한 본질적으로는 父權·父系的 社會였던 것은 변함이 없었다. 특히 유교의 親子論理가 도입되기에 이르면, 孝를 갖고 子의 父母에 대한 기본도덕으로 하는 교리에 따라서 子로서는 단지 父母에 대한 절대복종이 요구될 뿐이었다. 이러한 前近代的인 제도와 인식은 개인주위적 사상의 초기단계이었던 관습법시대에 있어서도 뿌리를 강하게 내리고 있었다. 즉 기본적으로는 戶主權이 친권관계를 완전히 제압하고 있는 것은 물론이며, 하급적 관계로서의 親子關係도 親, 특히 父 중심적인 것에 불과한 것이었다. 예를 들면, 母는 父가 不在인 경우에만 친권자로 될 뿐만 아니라, 母의 친권행사시에는 친족회에 의한 제약이 있다. 또한 子에 관해서는 성년에 달해도 혼인, 이혼, 입양, 罷養 등 거의 모든 신분관계에 관하여 호주 또는 친의 동의를 요구하는 것으로 하고 있었다.

민법전에서는 제정당시 상술한 바와 같이 관습법상의 호주권을 현저하게 약화시키는 것에 의하여, 우선은 봉건적 가족제도를 버리고 친자관계를 부모와 자녀만을 위한 제도로서 규율하도록 되었다. 그러나 그것은 아직 근대적 친권관계와는 영합할 수 없는 수많은 규정을 남겨 두고 있다. 즉 우선 妻의 의사와는 전혀 관계가 없는 법정부자관계로서의 계모자관계(구민법 제773조) 및 적모서자관계(구민법 제 774조)를 인정하고 있었다. 양자제도는 구법과 비교하여 개혁의 흔적이 현저하나 사후양자(구민법 제867조), 호주의 직계비속장남자의 입양금지(구민법 제875조), 호주상속양자(구민법 제877조 제2항), 유언양자(구민법 제880조)등을 인정하는 것에 의하여 가부장적 사회에 있어서의 가계계승을 위한 양자제도를 유지하고 있었다. 또한 친권의 행사에 관해서도 이전과 같이 부우선주의를 인정하고 있었다(구민법 제909조).

1989년의 개정법은 이러한 비근대적인 제제도를 일소하고 양성간의 평등성 또는 가족관계의 합리성을 추구하도록 되었다. 학자의 연구와 가족법 개정운동의 상승적 성과라고 말할 수 있을 것이다.

그러나 친권 또는 법정모자관계에 관한 개정부분에 대해서는 비판 내지 이견이 없는 것도 아닌 상황이다. 예를 들면 개정법에서는 친권을 부모의 완전공동인 것으로 하고 있으나, 공동친권자의 일방이 공동명의로 한 대리 또는 공동에 관해서는, 그것이 한 예로 타방의 의사에 반한다고 하여도 효력이 있다(민법 제920조의 2)고 하는 점은 친권의 남용마저 이것을 유효화할 염려가 있다는 비판의 여지가 있다. 또 계모자관계 및 적모서자관계를 단순히 인척관계에서 개정된 점에 관해서도 적어도 이론적으로는 양자제도를 원용하는 것에 의하여 양모자관계로 제고하는 것이 가능하여도 이러한 개정법이 반드시 실제사회에 있어서 가족감정과 부합한다고는 말할 수 없다는 반론도 없는 것은 아니다.

최근에 있어서 시사적 문제로서는 민법 제847조가 친생부인의 소를 규정하는데 있어서 부는 자 또는 그 모를 상대로 하여 자의 출생을 안 때로부터 1년 내에 소를 제기하여야

한다고 하고 있으나 그 중 1년의 제소기간에 관한 논의가 주목되고 있다. 사안은 타남과의 불륜관계에 의하여 처가 타남의 자를 생산한 것이나, 부는 그 사실을 모르고 수년이 지났다. 수년 후 부는 비로소 그 자가 타남의 자인 것을 알게 된 것이나, 이러한 경우에도 그 자의 출생일로부터 1년이 경과하는 한 소를 제기할 수 없는가의 여부이다. 규정의 문리로서는 기간의 경과에 의하여 소의 제기는 인정되지 않고, 따라서 적어도 법률적으로는 그 부는 타남의 자를 자기의 친생자로 영구히 부자관계를 지속시킬 수 밖에 없는 것이 된다. 그래서 부는 서울가정법원에 민법 제847조에 관해 위헌제청을 신청한 것이나, 법원은 본조의 위헌성을 인정하여 그 신청을 받아들였다. 즉 법원은 “출생을 안 때로부터 1년의 짧은 기간이 경과한 이유로 친자관계를 부인할 수 있는 기회를 박탈하는 것은 혼인과 가족생활의 권리를 규정하는 헌법에 위배할 소지가 있다”라고 하여 헌법재판소에 위헌심판을 제청하고 있는 것이다.

사건의 결론은 헌법재판소의 판단을 기다릴 수밖에 없으나, 사건으로서는 민법규정의 취지로 보건대 이 문제는 법적 안정성과 구체적 타당성간의 어디에 기울여야 하는가의 이론에 귀착하는 것으로 생각된다. 또한 실제의 입장으로서는 경우에 따라서는 해석론적 구성이 조작되어야 하는 점도 필요하나 입법정책의 관점에서는 안정성과 타당성을 어떻게 조화시켜야 하는가 하는 연구가 바람직할 때이다.

#### 4) 상속관계

한국에 있어서도 원칙적 또는 민족적·가부장적 사회에서는 재산의 승계는 가장 또는 가부장인 지위의 승계에 당연히 수반한다고 말하여지고 있다. 그 후 삼국시대에 있어서는 家産公有의 사상을 이념으로 하는 法定相續制이었으나, 조선왕조사회에서는 그러한 사상이 한층 구체화된 결과로서 신분상속의 관해서는 家系の 영속을 목적으로 하는 單獨상속이 이루어져 왔다. 한편, 재산상속에 있어서는 고동상속이 인정되고 상속분에 관해 차별은 있었으나 적서 또는 남녀를 묻지 않고 상속권은 인정되고 있었던 것이다. 그러나 유교 사상의 영향이 절대적이었던 당시는 특히 신분상속의 유형으로서의 祭祀相續이 매우 중요시되고 있었다. 관습법시대의 사회에 있어서도 전시대에 보이는 사상과 제도에 변화는 없고 관습적 규범으로서 제사상속과 호주상속을 포함하는 신분상속과 재산상속이라고 하는 소위 복수상속제가 지켜져 왔으나 1933년에 이르러 제사상속만은 도의상의 문제로서 일반관행에 방임하는 듯이 되었다. 그 후는 오랫동안 호주상속과 재산상속의 두 본위가 인정되어 왔으나 전자에 관해서는 후자가 당연 부수하고, 후자에 관해서는 가족의 사망의 경우에 한하여 존재한 것이었다. 호주상속의 경우에는 장남이 일용 전유산을 독점적으로 상속하고 衆弟는 혼인 후에 분가를 하지 않는 한 분재를 청구할 수 없는 것으로 되어 있었다. 그러나 분가시에는 호주의 동의를 필요로 하기 때문에, 결국 호주는 분가에 관한 동의를 거부하는 것에 의하여 분재를 방지함과 동시에 실질적으로는 단독상속의 상태를

지킬 수 있었던 것이다. 관습법에 있어서도 호주상속권의 포기를 인정하지 않고, 어떠한 경우에도 여자의 분재청구권은 부정되고 있었던 것도 하나의 특징이라고 말할 수 있다. 또한 유처는 자가 없는 경우에 한하여 상속권이 인정되는 것으로 하고, 적자와 서자의 사이에는 나름대로의 상속분상의 차별이 있었다. 더욱이 재산상속권은 직계비속, 배우자, 직계존속, 호주의 순위로 인정되고 있었으나, 어느 경우에도 동일가족내에 있어야 하는 것이 전제로 되어 있었다.

상술한 바와 같은 관습법의 내용은 민법전의 제정에 의하여 대폭 변경되었다. 우선 호주상속과 재산상속을 분리하고, 일용 각각 독립된 것으로 한 것 뿐만 아니라 배우자 특히 유처의 상속권을 확보함과 동시에(민법 제984조, 제1003조), 적자와 서자 사이에 있어서의 상속분의 차별을 없앤 것이다(민법 제1000조, 제1009조). 그러나 근본적으로는 신분상속으로서의 호주상속제도를 전승하는 것에 의하여 이른바 생전상속을 인정한 것 이외에도(구민법 제991조), 호주상속권의 포기를 금하고(구민법 제991조), 또한 호주상속인의 재산상의 특권을 인정하였다(구민법 제1009조), 더욱이 상속인의 범위를 확대한 것뿐만 아니라(구민법 제1000조), 여자에 관하여는 호적의 동일여부에 의하여 상속분상의 차별을 인정하고 있었다(구민법 제1009조). 이러한 제 규정은 근대적 상속법의 조류에 역행하는 것으로 현행법의 출현에 이르기까지 비판의 대상으로 되어 있었던 것이다.

1989년의 개정법은 상속법에 있어서의 개혁을 의미한다고 말하는데 이론이 없다고 생각된다. 즉 개정법은 호주상속제도에 대신하여 호주승계제도를 신설하는 것에 의하여(민법 제980조 내지 제995조), 호주의 신분상 또는 재산상의 특권적 지위를 삭제함과 동시에 호주승계권의 포기를 인정하고, 호주의 장자에 관해서도 분가 또는 입양의 금지 등 신분적 구속을 폐지하였다. 또한 분묘, 제구 등의 소유권은 실제의 제사주재자가 승계하는 것으로 하였다(민법 제1008조의 3). 이러한 특권적 호주상속제도의 형식적 호주승계제도로의 전환은 호주 내지 호주상속제도의 존재를 둘러싸고 장기간에 걸친 논의의 결과라고도 말할 수 있는 타협적·과도적 입법이었다는 것은 명백하다. 오늘날 학계의 의견으로서는 개정법상의 호주 내지 호주승계제도가 형식적·형해적인 규정인 것에 불과한 것인 한 가까운 시일 내에 재개정은 필연적이라고 말하는 것이 일반적이다.

개정법은 재산상속에 관해서도 주목하여야 할 수정을 가하고 있다. 우선 상속인의 범위를 방계혈족의 경우, 종래의 8촌으로부터 4촌까지 축소함과 동시에 상속순위 또는 상속분에 관해서는 부와 처, 남자와 여자, 장자와 衆子, 家籍의 이동 등을 이유로 하는 모든 차별을 철폐한 것이다. 개정법은 상속재산에 관하여 기여분제도(민법 제1008조의 2) 및 특별분여제도(민법 제1057조의 2)를 새로이 규정한 것도 주목하여야 할 것이다.

우선 기여분제도는 공동상속인 가운데 피상속인의 재산유지 또는 증가에 관하여 특별한 기여를 한 자가 있는 경우에는 상속개시시에 있어서 상속재산의 가격에서 공동상속인의 협의로 정한 기여분을 공제할 것을 상속재산으로 보고 기여자의 상속분은 자기의 본

래의 법정상속분에 기여분을 가산한 액을 그 자의 상속분으로 하는 것을 내용으로 하는 것이다. 이 제도는 유산의 분배에 있어서 실질적인 공평을 확보하는 것을 주안으로 하는 것이다. 다음으로 특별분여제도는 상속인 부재의 재산에 관해서는 법정의 절차에 의하여 청산하여야 할 것이나(민법 제1056조), 이 경우에 가정법원은 피상속인과 생계를 같이 하고 있었던 자 또는 피상속인을 요양, 간호하고 있었던 자 기타 상속인과 특별한 연고에 있었던 자의 청구에 의하여 상속재산의 전부 또는 일부를 기여할 수 있는 것을 내용으로 하고 있다. 이 제도는 예를 들면 사실혼관계에 있었던 자 등을 보호할 필요가 있는 경우에 기능을 발휘할 것으로 생각된다.

개정법에 있어서 채용된 이상과 같은 제도는 모두 상속재산의 현실합리적인 귀속을 지향한다고 하는 의미에서 타당한 입법인 것에 이론이 없다. 그러나 그것들이 미경험의 제도이기 때문에 실제의 해석적용시에 있어서는 많은 문제가 제기될 것으로 생각되어 판례의 축적과 상응하여 한국의 정서에 부합하는 법리적 또는 비교법적 연구의 성과가 기대되고 있다.

### 3. 韓國 家族法의 課題

세계각국에 있어서 가족법의 개정은 특히 제2차 세계대전의 종료 이후에 성행되어 왔다. 그리고 그 동안 각국의 가족법 개정에서 볼 수 있는 보편적인 대상으로서는 ① 가장의 지위, 부부재산제, 친권, 상속 등에 있어서 양성평등의 이념을 구현한 점, ② 이른바 파탄주의를 채용함으로써 이혼을 보다 자유화한 점, ③ 부양, 친권, 상속 등에 관하여 적자와 서자의 법적 차별을 철폐한 것 등으로 요약할 수 있다고 생각된다. 한국에 있어서 가족법의 변천과정도 또한 이와 같은 세계적 조류와 그 방향을 함께 하는 것이다.

그러나 원래 가족법이 갖는 고유의 속성, 즉 윤리성·보수성·전통성 등 때문에, 가족법의 개정도 각국의 역사·문화·사회·정치 등 여러 가지 사정에 의하여 그 시기 또는 내용에 있어서 어느 정도의 차이가 있을 수 있는 점도 부정할 수 없다. 이러한 각국 가족법의 비교법적 특수성은 입법정책의 면에 있어서는 물론, 동일내용의 규정에 관한 해석적용에 있어서도 여실히 떠오르고 있는 것이다.

이러한 관점에 설 때, 한국에 있어서 가족법이 당면하고 있는 과제는 본 논문의 내용을 정리하는 한 대체적으로 입법론적 내지 입법정책적 문제와 구체적 규정의 해석적용상의 문제로 대별할 수 있다고 생각된다. 그리고 전자에 속하는 사항으로서는 호주제도 및 동성불혼제도의 존폐문제가 주가 되어야 하는 것은 당연하다. 한편, 후자에 속하는 사항으로는 혼인, 친권, 상속 등의 분야에 있어서 과거 민법전의 개정 때마다 그 대상으로 된 사항, 특히 새로이 도입된 제도의 운용에 관한 것이다. 이상의 기술은 당면하고 있는 과제의 대상을 열거한 것에 지나지 않고, 그 밖에도 가족법 전반에 걸쳐 문제점은 적지 않



게 산재하고 있는 것이 명백하다. 어쨌든 무릇 가족법의 특수성격을 고려한 후 비교법적 법리의 연구와 동시에 판례이론의 발전적 축적이 기대되는 때이다.

그리고 1997년도 헌법 불합치 결정을 내린 동성동본불혼의 문제도 우리 감정에 맞는 규정으로(근친혼금지규정과 친족회 동의규정으로 개정)제정하여 전통사상의 기초에 어긋남이 없는 방향으로 개정해 나가야 할 것이다. 위에서 지적한 제 문제들은 개정 입법안을 국회에 제출하여 당면 문제로 떠오르고 있다.<sup>18)</sup>

## V. 結 論

호주제도, 동성동본불혼제도가 철폐된다면 우리 전통적인 윤리관에 입각한 순풍미속에 관계되는 규정이 현행 가족법에는 하나도 남지 않게 된다. 만약에 친족범위에 관한 규정도 축소하는 안에 있어서는 古來로 전해오는 한 마을의 상부상조의 미풍양속이 무너지게 되는 것도 문제된다. 고유한 유교적 예절문화를 바탕으로한 전통적 동방예의지국의 정신 문화가 상실되어 가는 느낌이다.

또 남녀평등의 법규정으로 인하여 가족내의 모든 분야에서 평등한 법적 지위를 보장한다면 아들·딸 구별할 이유도 전혀 없는 가족사회현상이 차차 나타나게 될 것이다. 그리고 남계혈연 중심의 전통적인 가족사회는 완전히 개인 개별 중심의 단세포적인 가족사회로의 이전이 차차 형성되어 나가게 될 것이다. 그렇게 되면 우리 사회의 친족관념과 족보관념도 회박하여 가족 중심의 혈연적 사회는 붕괴되고 조상숭배의 고유한 전통문화는 그 빛을 잃어 갈 것이 뻔한 것이다.

이렇게 해서 민법상의 가족법은 우리 고유한 전통과는 절연되는 무미·무색한 법이 된다. 민법으로서는 부부간 친자간 친족간의 법률관계에서 자연법적인 윤리관을 직접 선언하지 않는 것이고 그간의 최소한도의 윤리성을 간접적으로만 표현하는 것으로 만족하게 된다.

그런데 우리의 전통적인 고유한 윤리관이나 도덕관념에서 가족법에서 완전히 배제 내지 외면하는 것보다 추상적으로라도 어떤 전통문화를 승계하는 규정을 두는 것도 바람직하지 않을까하는 생각이다. 외국의 예(프랑스민법 371조, 스위스민법 275조, 이태리민법 315조, 중화민국민법 1084조, 일본민법 730조 등)에서와 같이 가족문화의 전통적 계승을 위한 윤리·도덕적 선언규정을 넣었음이 바람직하다고 생각한다. 전통적 문화를 계승·발전하려면 가족생활에서부터 출발하고 그것이 사회 전반에 크게 작용하고 반영하는 것으로 보기 때문에 가족법에 윤리·도덕적 선언 규정이나 기타 다른 법제도의 신설이 필요하다는 것을 새삼 제언하는 바이다.

18) 金時洙, 「親族·相續法」, 法文社, 2000, 前項참조