濟州道의 家族慣習에 관한 硏究(Ⅰ)

韓　三　寅*

目　次

Ⅰ. 序　論
Ⅱ. 婚　姻
1. 個別的인 慣習調査內容
2. 總括的 考察
Ⅲ. 分　家
1. 個別的인 慣習調査內容
2. 總括的 考察
Ⅳ. 債務의 承繼
1. 個別的인 慣習調査內容
2. 總括的 考察
Ⅴ. 祭祀相續
1. 個別的인 慣習調査內容
2. 總括的 考察
Ⅵ. 財産相續
1. 個別的인 慣習調査內容
2. 總括的 考察
Ⅶ. 結　語

Ⅰ. 序　　論

社會的 存在(social being)인 人間은 他人과의 만남의 關係를 통하여 삶을 營爲해 나간다. 平均人이 日常生活에서 베풀어 나가는 人間相互間의 만남의 關係는, 가령 土地의 賣渡人과 買受人 雇傭主와 被傭人 金錢의 貸主와 借主와 같은 財貨의 所有와 利用을 둘러싼 財産的 經濟的인 生活關係이거나, 夫婦 親子 血緣 등과 같이 一定한 男女가 正當하게 結合하는 것을 始原으로 하여 繼起되는 親族相續的 家族的인 生活關係인 것이다. 前者의 경우 사람들은 經濟生活을 維持하기 위한 手段으로서 만나기 때문에 이른바「自己保存을 위한 關係」는 目的的 結合關係인데 比하여 後者의 경우에 있어서 사람들은 家族關係 그 自體를 目的으로 하여 만남으로「種族保存을 위한 關係」는 本質的인 結合關係라 할 수 있으므로, 後者와 前者는 目的과 手段의 關係에 놓여있다[1]고 할 수

* 法政大學 助敎授

1) 李根植·韓琦熙,「增補新親族相續法」, 一湖閣, 1982, p. 15.

있다.

한편, 人間은 다른 사람과의 만남의 關係를 維持해 나가기 위하여 規制된 社會體系에 同參하지 않으면 안되는데, 이처럼 社會秩序를 維持키 위한 行爲의 規則·基準 또는 樣式을 우리는 法(規範)[2]으로 認識할 수 있다.

무릇 「만든 法」으로서의 成文法과 「만들어진 法」으로서의 慣習 내지 慣習法을 對比할 때 後者가 「살아있는 法(lebendes Recht)」의 役割을 遂行하고 있음은 周知의 事實이다. 그것은, 成文法은 文字로 씌어진 條文으로 되어 우리 곁을 떠나 法典속에만 潛在해 있다가 구체적으로 犯罪가 發生하거나 債務者의 債務不履行을 法院에 呼訴해 오는 債權者가 있을 때에 社會現實에서 顯在化하는 反面에 慣習法은 오랜 歲月에 걸쳐 行해져온 우리祖上들의 삶의 秩序로서 社會現實에서 우리와 함께 호흡하며 살고있기 때문이다. 말하자면, 慣習法은 우리와 苦樂을 함께 하는 親舊之間으로서 우리들의 생각과 慣習法의 規範과는 같은 것이고, 그것은 國民의 法意識을 직접 反映한다[3]고 할 수 있고, 나아가 非利害打算的 地方的 民族的 色彩가 濃厚한 家族關係에 있어서 慣習 내지 慣習法은 여전히 重要한 存在意義를 갖는다 할 수 있다[4]. 바로 여기에 우리 社會의 家族生活에 있어서 慣習과 意識에 대한 實態把握(調査)이 필요한 理由가 있다[5]. 특히 舊慣의 成文化와 새로운 家族規範을 내포하여 複合的 構造로 되어있는 家族法의 領域에 있어서는 現實生活과 法規範과의 乖離의 發見을 위해서도 社會的 實在法인 家族(親族相續)慣習의 調査研究는 重要한 意義를 갖게된다.

本稿는 共同體를 支撑해 온 우리 祖上들의 삶의 秩序가 比較的 退色되지 않고 温存해 있는 濟州道에 있어서의 親族相續分野의 몇가지 事項(婚姻, 分家, 債務의 承繼, 祭祀相續, 財産相續)을 中心으로 한 慣習調査를 통하여 그 內容과 濟州道的 特色을 分析·檢討·吟味해 보며, 나아가 그러한 家族慣習을 形成시킨 始原的 原理가 어디에 있는 것인지를 發見하는 것을 目的으로 한다. 이러한 一連의 作業은 至難한 것이기는 하나, 理想的이고 合理的인 家族制度의 改正方向의 摸索에 많은 示唆를 줄 것이다.

本稿는 이러한 意圖를 살리기 위하여 法社會學的 接近方法(Socio-legal Study)의 一般的인 것들, 즉 觀察(observation) 인터뷰(interview) 設問調査(Survey) 중에서 주로 인터뷰에 의한 社會調査의

---

2) D. L. Sills(ed.), *International encyclopaedia of the Social Sciences*, vol., 11, (The Macmillian Co. & The Free Press, 1979), p. 204.

3) 張庚鶴, "財産相續과 慣習法", 「考試界」, 1971. 4, p. 113.

4) 1912년 3월 18日에 制定·公布되어 同年 4月1日부터 施行된 朝鮮民事令 第11條 本文은 「朝鮮人의 能力·親族 및 相續에 관하여는 第1條의 法律에 依하지 아니하고 慣習에 의한다」고 規定하여, 民事關係 중 財産關係에 대하여는 日本民法典 第1篇 내지 第3篇의 규정을 적용하고 能力 및 家族關係는 一律的으로 우리나라의 慣習法에 準據할 것을 明示한 趣旨는 이를 뒷받침하는 論據가 될 수 있다.

5) 金容漢, "身分法研究의 成果와 方向",「考試界」, 1982. 2, p. 35.

方法[6]을 取하였으며, 필요한 事項에 있어서는 文獻硏究도 竝行하였다. 本稿가 發見하려고 한 慣習은 提報者들의 연령에 비추어 볼 때 대체로 解放 前後時期의 慣習으로 보아 無妨할 것이다. 그러나, 慣習은 當代의 正義觀·倫理觀·社會經濟的인 諸般與件에 따라 變化할 수 밖에 없는 屬性을 지니고 있기 때문에 本稿가 擧示한 慣習 중에는 지금까지 이어지는 것도 있지만 그렇지 않은 것도 있을 것이다.

Ⅱ. 婚　　姻

1. 個別的인 慣習調査內容

一般的으로 婚姻(Ehe)이라고 하는 것은 一定한 男女가 夫婦로서의 終生的 共同生活을 營爲할 것을 目的으로 하는 社會에 의해 正當한 것으로 認定된 結合關係, 夫婦關係로 理解할 수 있다.

現代 文明國家는 婚姻의 實質的 成立要件으로서 婚姻當事者 本人 사이의 婚姻意思의 合意를 필요로 하는 共諾婚의 形式을 取하고 있고, 우리 民法의 경우에도 例外는 아니다. 그러나, 이에 대한 制度發達의 視角에서 보면, 男子의 意思만으로 成立하는 婚姻(單獨行爲的 婚姻)에서 女子의 父母와 男子 또는 그의 父母 사이의 意思에 의해 成立하는 婚姻(代諾婚)의 段階를 거쳐 婚姻當事者 本人의 意思의 合意에 의해 成立하는 雙方行爲的 婚姻(共諾婚)으로 發達해 온 것[7]이다.

한편, 朝鮮時代의 婚姻은 家를 잇기 위한 目的으로만 行해짐으로써 個人의 幸福은 전혀 考慮되지 않았다. 따라서, 婚姻當事者의 意思 보다도 主婚者[8]들의 意思가 더욱 重要하였고, 이러한 慣習은 朝鮮民事令 §11에 의해 日帝時代에도 그대로 踏襲되어짐으로써 日帝當局은 「婚姻은 主婚者 사이에서 決定되며, 本人은 서로 意思表示를 할 수 없다」[9]고 하여 本人의 意思는 無視되었었다.

이제 누구의 意思가 婚姻을 成立(Entstehung)시키는가의 視角에서 求婚의 節次와 方法에 대한 慣習의 實態를 重點的으로 把握한 後에 婚姻圈, 同姓同本 血族 사이의 婚姻의 有效與否 등에 관한 것을 把握해 보기로 한다. 本來 濟州道의 婚姻儀式은 ① 仲媒(求婚) ② 定婚 ③ 이바지 ④ 婚禮의 段階를 밟아 行해진다는 濟州婚俗의 硏究報告[10]가 있으나, 本稿에서는 法的 意義를 갖는 婚姻

6) 調査는 筆者와 筆者로부터 調査事項과 그 方法을 익힌 數名의 法學徒에 依해 1989년 5月~7月 사이에 濟州道의 11個地域에 있어 14個事項에 걸쳐 行해졌는데, 本稿에서는 紙面의 制約 때문에 一部地域에서의 몇 가지 家族慣習內容만을 게재키로 하고, 나머지는 다음 機會에 紹介하기로 한다.

7) A. Kümpels, Entwicklung des Eherecht Berlin-München, 1977(n/w), S. 427 ff.

8) 主婚者는 婚姻의 主宰者로서 父 또는 祖父이고 父 또는 祖父가 없을 때는 兄이 되었으며, 이들 모두가 없을 경우에는 伯叔父, 其他의 近親者가 되었다.

9) 舊慣及制度調査委員會決議(民事慣習回答彙集附錄), p. 18.

10) 朴坤洵, "濟州의 婚俗", 「濟州島硏究」 第2輯, 1985, pp. 279-285 參照.

② 部落內婚은 드물었으며, 和順 또는 中文隣近部落 사이에서 婚姻이 行해졌다.
③ 同姓同本 血族 사이의 婚姻은 派가 달라도 不可하였다.[13]

C-1 : 西歸浦市 旺坪·上孝地域

① 다른 地域과 마찬가지로 仲媒婚이 行해졌다. 兩家 主婚者 사이에서 婚姻意思의 合致가 우선 이루어져야 한다. 즉 女子 쪽 집안을 잘아는 仲媒人을 통해 男家에서 女家에로 婚姻意思를 타진해 오면 女家의 主婚者는 男家의 財力에 큰 비중을 두어 求婚을 受諾하였다. 男家에서 4柱를 봄에 있어서는 〈정시〉 또는 座首(鄕長, 마을의 元老村長)·訓長에게 依賴하여 男女의 宮合을 보았다. 宮合이 吉할 경우 이 사실을 女家에 알리고 兩家合意下에 擇日함으로써 成婚케 되었다.
② 토평 상효 예촌은 相互 一家인 경우가 많아서 이들 部落 사이의 婚事는 거의 行해지지 않았다. 특히 토평 상효지역에서 吳氏와 金氏는 숲頓之間이라고 하여 求婚 자체가 忌避되었다.
③ 同姓同本 血族 사이는 물론 異姓同本사이의 婚姻은 "百代之寸"이라 하여 行해지지 않았다 한다.[14]

D-1 : 南濟州郡 表善面 城邑地域

① 兩家의 主婚者 사이에서 仲媒를 통해 定婚하는 方法으로 求婚이 行해졌다. 男子 쪽의 父母가 女子의 4柱를 〈지관〉에 보여서 궁합이 맞으면 男家에서 〈지관〉이 定해 준 婚禮日을 女家에 傳達함으로써 婚姻은 成事되었다. 定婚이 되면, 婚禮에 앞서서 신랑宅에서 신부宅으로 婚禮에 所要되는 物資의 一部인 〈이바지〉를 소에 싣고 동네 下人을 시켜서 보냈었는데 이러한 〈이바지〉 制度는 1920年代에 이르러 사라졌다 한다.
② 部落內婚과 新豊·蘭山·加時·下川·三達·衣貴里와 같은 隣近部落사이에서 婚姻이 行해졌다. 다만 門閥을 가리던 옛날에 있어서는 兩班이면 部落外婚을 하는 수가 많았고 常民이면 部落內婚의 比率이 높았다 한다.
③ 同姓同本 血族 사이의 婚姻은 派가 달랐어도 不可하였다.[15]

E-1 : 北濟州郡 舊左邑 細花地域

① 女子집안의 內容을 잘 아는 男家의 知人이나 親族 등의 周旋에 의해 求婚이 行해졌다. 물론 兩家의 主婚者 사이에서 成婚意思의 合致가 行해진 후에 男家에서 女子의 4柱를 가지고 〈지관〉에게 보여, 男女의 4柱를 相考하여 宮合이 吉하면 男家에서 女家에로 擇日을 보냄으로써 成婚이 되었다. 濟州道의 他地域과 비교할 경우 兩家의 主婚者가 定婚에 達하는 過程에서 仲媒장이에 의한 兩家 사이의 交涉이 行해지지 않았다는 点이 特異하다.
② 部落內婚은 물론 隣近部落 사이에서 婚姻이 行해졌다.

13) 以上의 提報者 : 柑山里居住 76才의 고병수氏, 69才의 고진환氏, 上倉里居住 金亥生氏
14) 以上의 提報者 : 旺坪里居住 84才의 양기하氏
15) 以上의 提報者 : 城邑里居住 60才의 金性燦氏, 72才의 康正彦氏

③ 同姓同本血族 사이의 婚姻은 원칙적으로 삼가되었으나, 다만 金海金氏의 경우 敬順王後孫과 駕洛國의 首露王後孫 사이의 婚姻은 例外的으로 許容되어지고 있다 한다.[16]

F-1 : 濟州市 老衙洞 月郎部落

① 仲媒人을 통한 男子 쪽의 求婚이 들어오면 女子 쪽 父母는 男家의 家門 經濟力 등의 여러가지 條件을 알아본 다음 적당한 婚處로 判斷이 되면 仲媒人에게 女子의 4柱單子를 준다. 男家에서는 4柱에 精通한 마을 老人·〈정시〉에게 가서 男女의 四柱를 보아 宮合이 맞으면 男子의 父親은 〈정시〉가 적어 준 쪽지를 들고 女家를 찾아 간다. 兩家 主婚者 사이에서 結婚時期에 대한 대체적인 合意가 이루어지면 男子의 父親은 〈정시〉에게 가서 結婚 날짜 (擇日, 涓吉이라고도 한다)[17]를 받아 女家에 「막 편지」[18]의 書式에 의거하여 通告함으로써 兩家 사이의 婚姻은 成事되어 지는데, 擇日後에 破婚되는 경우는 거의 없었다.

② 部落內婚은 물론 隣近部落 遠村 사이에서도 婚姻이 行해짐으로써 婚姻圈에 관한 限 아무런 制限이 없었다.

③ 同姓同本血族 사이의 婚姻은 行해지지 않았다.

④ 婚姻을 하면 濟州邑 事務所(舊市廳 자리에 위치)에 婚姻申告를 하였다.[19]

2. 總括的 考察

以上에 나타난 事實과 先行硏究資料[20]에 準據해서 濟州道의 婚姻慣習의 內容을 分析·整理해 보며, 陸地의 그것과 比較하면서 이를 檢討해 보기로 한다.

于先 婚姻成立의 方式에 있어서는 兩家의 主婚者 사이의 婚姻意思의 合意에 의해 成婚이 되는 철저한 代諾婚이 行해졌음을 알 수 있다. 이것은 宗法(sippenrecht) 思想의 영향을 받은 朝鮮時代 傳來의 家父長制 家族價値觀의 당연한 歸結로 理解할 수 있으나, 近代市民社會가 形成되기 以前 個人의 自由人格이 否定된 社會나 時代에 있어서는 하나의 普遍的 現象으로 보아야 할 것이므로 代諾婚의 婚姻慣習은 濟州道만의 特有한 모습은 아닌 것이다.

16) 以上의 提報者 : 細花里居住 70才의 金儒生氏

17) 擇日은 兩家의 結婚을 約束하는 의미를 갖기 때문에 社會的으로도 結婚한 것과 同一한 評價를 받게 된다. 따라서 婚事를 맺고 싶어하면 주변인들은 斷念케 되고, 擇日後 一方이 死亡하게 되면 生存해 있는 他方은 死者의 葬禮式에 參席해서 配偶者로서의 役割을 다해야 한다. 崔在錫, "濟州島의 婚姻儀禮와 그 社會的意義", 「亞細亞女性硏究」, 漢大亞細亞 女性問題 硏究所, 1977, p. 201 參照.

18) 막편지는 "마지막 편지"의 뜻으로 婚姻날짜와 時間등이 적혀 있고 新郎의 父 또는 母, 新郎 近親, 仲媒人등이 가져간다. 막편지의 授受가 行해지게 되면 兩家사이는 査頓之間이 되고, 평소 신랑·신부의 父가 親舊사이어도 이때부터 서로 査頓님의 경칭을 사용케 된다.

19) 以上의 提報者 : 月郎部落居住 57才의 김덕준氏, 70才의 현애제氏

20) 例컨대 金榮敦, "濟州島의 通過儀禮", 「濟州道」 第33號, 1968. ; 文化公報部 文化財管理團, "韓國民俗綜合調査報告書", 「濟州道篇」, 1974, pp. 63-65.
; 朴坰洵, op. cit, pp. 279-285. ; 崔在錫, op. cit, pp. 197-217 등

求婚은 男家에서 女家에로 行해지는 것이 보통이었다. 이 때 男子의 父母는 隣近에 수소문하여 健康하고 일 잘하며 人物좋고 家門에 흠이 없으면 좋은 新婦감으로 여겼다. 濟州道의 女性은 生存環境上 婚姻 後에도 擧動이 可能할때 까지는 힘든 勞動을 하여야 했기 때문에 生活力이 強한 것이 新婦감 選擇의 第1條件이었던 것 같다. 한편, 女家가 男家의 求婚을 受諾함(請婚을 해옴)에 있어서는 傳統的인 儒敎家風이 風靡했던 朝鮮朝末까지는 班常階級意識에 바탕을 둔 階級的 內婚制(Endogamy)의 習俗이 있었던 것으로 推測되며, 점차 家門 經濟力 人物됨됨이 등을 參酌하여 婚事를 決定하기에 이른 것으로 보인다.

철저한 仲媒婚이 行해졌다. 陸地의 仲媒人은 주로 女子(이른바 媒婆)인데 比해 濟州道의 경우 濟州市 禾北洞과 같은 一部地域을 除外하고는 보통 女家를 잘 알거나 女家와 親分이 있는 男子가 仲媒를 섰다는 点이 特異한데, 이것은 男性의 進取性이 婚事를 잘 進陟시킬 수 있는 利点이 있었기 때문인 것으로 풀이된다.

陸地의 傳統的인 婚姻儀式에 의하면, 四柱單子는 男家에서 女家로 보내고, 男子의 生年月日時가 적힌 四柱單子를 받은 女家에서 宮合을 보며, 擇日도 女家에서 하는데 比해 濟州道의 경우 모든 것을 男家에서 主導하였다. 그러나, 非公式的인 請婚(求婚)은 男家에서 提起하지만 公式的인 請婚(四柱單子의 傳達)은 女家에서 하는 것을 보면, 婚事에 있어서도 女子쪽이 男子쪽 보다 積極的 能動的이었음을 알 수 있다.

婚姻의 成事過程을 契約(法)의 視角에서 보면, 男家의 女家에 대한 求婚意思의 表明은 請婚의 誘引으로, 女家에서 女子의 四柱單子를 男家에로 보내는 것은 請婚으로, 〈정시〉·〈지관〉에 의한 男女의 四柱를 相考하여 宮合[21]이 吉할 경우 男家에서 女家에로 擇日을 보내는 것은 女家의 請婚에 대한 男家의 承諾으로 理解할 수 있다.

配偶者를 一定한 圈外에서만 選擇토록 하는 外婚制(Exogamy)가 行해졌음을 알 수 있다. 왜냐하면, 同姓同本血族 사이와 같은 近親婚이 禁止 내지는 行해지지 않았기 때문이다. 그러나, 一部地域(가령 細花·納邑地域)에 있어서 同姓同本不婚의 原則이 그대로 지켜지지 않았음(물론 民法 §809①의 解釋과 同一한 意義를 갖는다)은, 비록 部分的이기는 하나 우리祖上들의 合理性의 一面을 보여주는 것으로 풀이된다.

婚姻이 行해지는 地域的 範圍, 즉 婚姻圈과 親族組織 사이에는 밀접한 關係가 있으며[22], 儒敎的 傳統을 가진 兩班階層의 사람은 대체로 遠距離婚姻을 하는데 대하여 그렇지 않은 사람은 近距

21) 宮合이 맞아야만 男家에서 女家에로 擇日을 보내기 때문에 宮合은 兩家의 婚事를 成立시키는데 決定的 要因으로 作用한다. 그러나, 비록 宮合이 맞아도 다른 條件이 맞지 않아 成婚할 意思가 없으면 男子 쪽에서 女家에로 擇日을 보내지 않아도 되었다.
朴堡淘, op. cit, p. 280 參照

22) 崔在錫, "濟州島의 部落內婚과 親族組織", 「人文論集」 第22集, 高麗大 文科大學, 1977, p. 67.

離婚姻을 하는 傾向이 있다.[23] 陸地의 傳統的인 農村地方과는 달리[24] 濟州道의 경우 一般的으로 近處婚(部落內婚 내지는 隣近部落婚)이 行해져왔음을 알 수 있는데[25], 이것은 濟州道가 비교적 儒敎的 價値觀이 強하지 않은 地域임을 말해주며, 나아가 同一部落이나 隣近部落에 父系親과 母系親·妻系親이 함께 居住하여 서로 互惠的인 地域共同生活을 營爲해 왔음을 意味해 준다. 생각컨대, 父系親 母系親 妻系親이 同一部落 내지는 隣近部落에 居住하여 密接한 生活關係를 維持해 나가게 되면 親族呼稱[26]이나, 日常生活에서 繼起되는 相扶相助關係에 있어서 父系親 母系親 妻系親 사이에 明確한 區分을 긋지 않고 三族(濟州道의 경우 親族을 姓便, 外戚을 外便, 妻族을 妻便이라 하여 三便制로 親族을 分類하는데, 이 点은 父系親을 親族, 母系親을 外戚, 妻系親을 姻戚이라 하여 이른바 一族 二黨制로 分類하는 陸地의 경우와 다르다)이 거의 對等하게 탄탄한 生活紐帶關係를 맺어 나가게 되는데, 이것은 近處婚에서 비롯되는 당연한 結果일 뿐 아니라 婚姻生活〈親族生活〉의 一面에 있어서 夫婦同權思想〈兄弟姉妹의 平等意識〉의 具體的 反映으로 理解할 수 있다.

한편, 濟州道에 있어서의 一般的인 近處婚의 慣行은 肥沃한 土地를 所有할 수 없는 生存環境·經濟狀態와 結付되어짐으로써 門中組織이 形成·強化될 基盤을 弱化시켰다고 볼 수 있으며, 이러한 点은 遠處婚이 行해진 陸地의 傳統社會에 있어서의 兩班子孫의 家族이나 親族의 경우와는 對照的인 意味를 부여해 준다.[27]

---

23) 金宅圭,「同族部落生活構造硏究」, 1964. : 崔在錫, 「韓國農村社會硏究」, 1965, pp. 310-311.

24) 陸地의 農村地方은 대체로 遠處婚이 行해진다.

崔在錫, "濟州島의 離·再婚制度와 非儒敎的 傳統",「震檀學報」第13號, 1975, p. 155.

25) 물론 이에 대한 例外도 많다. 例컨대 古城里(城山邑)는 兩村이라 하여 海村에 시집 보내는 것을 꺼렸다. 婚姻圈은 주로 신풍 삼달 난산 수산 등의 山間 등지였고 吾照·始興·城山 등과는 婚姻하는 경우가 적었다. 그의 好近·西好里는 兩村이라는 긍지 때문인지 法環과 같은 海村 사람들과 혼인하는 것을 꺼렸다 한다. 오성찬,「제주의 마을 시리즈」④⑤ 參照

26) 濟州道 親族用語의 特徵은 여러 가지가 있으나 몇 가지만 指摘하기로 한다. 첫째는 丈人·丈母를 아버지·어머니로 呼稱하는 것과 外家에 대하여 外할아버지·外할머니, 外삼촌 등에 外字를 잘 사용치 않는 것이 보통이다. 그러나, 陸地의 農村에 있어서는 반드시 外字를 호칭하여 父系親과 區別한다. 둘째는, 兄弟를 區別하는 呼稱이 年長者와 年下者를 區別치 않고 "오라방"하나로 呼稱되는데, 이것은 호칭에 있어서 年齡原理가 作用하지 않음을 反映한 것이다. 세째는, 四寸에 관한 呼稱으로서 姑從四寸, 親四寸이 모두 四寸으로 呼稱되고 姨從四寸·外從四寸·外四寸은 모두 外四寸으로 呼稱된다. 요컨대, 陸地의 경우와는 달리 父邊·母邊의 區別은 있어도 平行·交叉의 區別은 없다.

한편 扶助의 경우 陸地에서의 一般的인 扶助形態는 家長이 상대편 家族의 代表에게 扶助를 傳達하는 家族을 單位로 하는 集團的인 傾向을 보이는 反面에 濟州道에서는 個人單位의 扶助가 보통 行해진다. 扶助金의 分配에 있어서도 長·次의 區別이나 男女의 差等이 심하지 않으며 葬禮費用의 分擔에서도 비슷하다.

이들에 관한 詳細는 崔在錫, "濟州島의 部落內婚과 親族組織",「人文論集」第22輯, 高麗大文科大學, 1977, pp. 72-83 參照.

27) 陸地의 傳統社會에 있어서는 대개 同一部落이나 隣近部落에 父系親만이 多數居住하여 父系親族組織이 形成되므로 門中組織은 發達하는 反面에 母系親이나 妻系親은 遠距離에 居住하기 때문에 이들과의 親族的 紐帶關係는 強化되지 못한다.

崔在錫, op. cit, p. 71 參照.

結婚生活의 場所에서 본 婚姻形態는 男女가 婚姻을 하여 子女를 낳았을 때 이들의 生活의 場所가 어디냐 하는 居住規定의 問題와 相通한다. 子女의 立場에 보아 그들의 家族生活이 父의 집에서 營爲하게 되면 父處居住 (Patrilocal Residence)라 하고 母의 生家에서 行하게 되면 母處居住(Matrilocal Residence)라 한다. 그러나, 이것을 夫婦의 입장에서 보면 前者는 夫處居住(Virilocal Residence)이며, 後者는 婦處居住(Uxorilocal Residence)가 된다. 從來 우리나라의 居住規定은, 婚禮式은 물론 그후 子女의 成長 時까지의 家族生活은 대개 女家에서 營爲하기 때문에 母處一父處居住(Matri-Patrilocal Residence)로 불려지고 있다.[28] 이러한 母處一父處制의 特性은 멀리 高丘麗에서 비롯된 것으로 오늘날에 있어서도 陸地의 傳統社會에서는, 婚禮儀式을 妻家에서 擧行하는 것과 新婚當初 數日間의 妻家滯留와 長期에 걸친 婦家往復의 形式으로 남아있다[29]고 한다. 그러나, 濟州道의 경우에는 婚禮自體가 陸地와 다르며 婚禮의 中心이 되는 儀禮를 新郎집에서 行하고 新房을 新郎집에서 맞이하는 철저한 父處制가 行해졌는데, 이러한 居住規定은 親族制度에 있어서 濟州道的 特色으로 理解되어지고 있다.[30]

Ⅲ. 分　　家

1. 個別的인 慣習調査內容

分家란 어떤 家의 家族이 自己의 意思 戶主의 意思 또는 法律의 規定에 의하여 그 家(戶籍)에서 分離(分籍)되어 새로운 家를 設立(新戶籍의 編製)하는 身分行爲를 말한다. 民法은 任意分家(§788①本文) 強制分家(§789②) 法定分家(§789①)의 制度를 둠으로써 舊民法에서와는 달리 戶籍의 固定化를 脫皮하여 觀念的인 家族과 現實家族의 合理化를 實現하기 위하여 家族의 範圍를 現實의 家族生活共同體로 接近시켜 놓았다. 그러나, 民法은 本家에 戶主相續人이 없어 그 系統을 繼承하기 위하여 養子로서 他家에 入養하는 경우와 直系尊屬에 隨伴하여 去家하는 것(§790)과 같은 本家相續을 위한 경우를 除外하고는 戶主의 直系卑屬長男子의 分家를 禁止시키고 있다(§788①但). 그런데, 이러한 民法의 態度는 根本的으로 家父長制 家族制度의 維持와 關聯한 戶主相續制度를 保障하기 위한 데에 그 目的이 있는 것이기는 하나, 戶主制度 그 自體가 지닌 許多한 矛盾과 缺

28) 崔在錫, "韓國家族制度史", 「韓國民族文化史大系」 Ⅳ, 高麗大學校 民族文化硏究所, 1970, p. 433 ff.

29) 孫晋泰, 「朝鮮民族文化의 硏究」, 乙酉文化社, 1948, p. 90.

30) 李光奎, "濟州硏究의 現況과 展望(社會學的 側面)", 「耽羅文化」 第3號, 濟州大耽羅文化硏究所, 1984, p. 66.

陷, 現實에 있어서 長子의 事實上의 分家現象이 두드러지고 있다는 点[31], 憲法이 保障하는 居住·移轉의 自由(憲法 §14), 民法의 理念인 自由人格의 原則과의 關聯下에서 볼 때 戶主의 直系卑屬長男子의 分家를 禁止한 民法 §788① 但書의 存在意義는 심히 疑心스럽다고 생각한다.[32]

생각컨대, 慣習에 의하여 支配되는 모든 사람이 遵守하는 法이란 한편으로는 그들에게 固有한 것이고, 다른 한편으로는 全人類에게 共通되는 것이라 할 수 있으므로 成文法이 規範的 價値를 갖기 위해서는 그것은 慣習 내지 習俗의 支持를 받아 들이지 않으면 안되고, 따라서 社會의 慣習과 現實의 實情에 附合하지 않은 法律은 實效性이 없게된다. 이제 合理的이고 理想的인 家族制度의 變化를 摸索하기 위한 前提로서 濟州道의 分家主義 家族慣習의 內容을 把握·吟味해 보기로 한다.

分家主義 家族慣習에 관한 限 앞에서 指摘한 A地域에서 F部落에 이르는 濟州道의 全域에서 共通된 現象[33]을 엿볼 수 있어서 個別的인 慣習調査內容을 擧示할 필요는 없을 것 같다.

2. 總括的 考察

從來 陸地의 農村에서는 家系繼承에 參與하지 않는 旣婚의 次男·三男이나 次孫 등의 경우에만 分家가 이루어지고, 長男·長孫 등의 家系繼承者의 分家는 거의 行해지지 않은 것으로 나타나 있으며, 家族類型도 直系家族의 形態를 取하고 있다.[34] 그러나, 濟州道에 있어서는 次男 이하의 경우는 물론 비록 長男이라 하더라도 婚姻하게 되면 早晩間 分家하여 獨立한 生計를 營爲하는 經濟主體로 된다. 이것은 家父長制 家族制度의 理念的 性格[35]의 하나인 家族의 隷屬性·集合性의 排除임과 동시에 濟州道의 家族類型이 核家族임을 말해 준다.

생각컨대, 陸地의 家族이 資本主義經濟發達로 因한 産業化·工業化·合理化·西歐化의 影響에 의해 近來에 들어서야 비로소 核家族形態로 志向하고 있는데 比해 濟州道의 家族은 그것에 關係

31) 오래 된 不充分한 調査資料이기는 하나, 1959年 10月 서울 所在 中東高校生을 對象으로 한 調査結果에 의하면, 長子의 分家率이 70%를 나타냈었다.
崔在錫, 「改訂 韓國家族研究」, 一志社, 1982, p. 23 參照.

32) 同旨 : 金曙洙, 「親族·相續法(第3全訂版)」, 法文社, 1987, p. 333.

33) 例컨대 高柄五·朴用厚編, 元 大靜郡誌, 博文出版社, 1968, p. 63. ; 金斗奉, 濟州島實記, 1932, p. 26. ; 金榮敦稿, 韓國民俗綜合調査報告書(濟州道篇), 1974, pp. 47-52. ; 金榮敦稿, 城邑民俗마을(濟州道民俗資料報告), 1987, p. 88. : 朴光緖, "濟州慣行調査記", 「法政論叢」第15輯, 中央大, 1962, p. 187. ; 禹樂基, 濟州島, 1965. ; 崔在錫, "濟州島의 自生的 核家族", 「세계의 文學」1978年 겨울호, 民音社, pp. 45-69. ; 玄容駿稿, "家族", 「濟州大國文學報」第5輯, 1973, pp. 95-104. ; 玄容駿稿, "濟州島 民俗文化의 保存과 開發方向", 「濟州島研究」第2輯, 1985, pp. 3-4 등에도 잘 紹介되어 있다.

34) 崔在錫, op. cit, p. 46 參照

35) 이에 관한 詳細는 朴秉濠, "韓國의 傳統家族과 家長權", 「韓國學報」第2輯, 1976, pp. 68-70 參照.

없이 傳統的으로 夫婦와 未成年으로 構成되는 核家族의 形態를 自生的으로 形成·維持해 왔다. 말하자면, 濟州道에 있어서는 長子가 婚姻하게 되면 從來의 生活空間인 祖上傳來의 家屋을 長子에게 물려 주어 父母가 分家하든 아니면 長子가 分家하든 父母와 長子는 別個의 獨立한 家口單位를 構成해 왔던 것이다. 經濟的으로 餘裕가 있는 집안에서는 父母가 居住하는 울타리 밖에 또 다른 家屋을 新築, 購入하여 父母 또는 長男이 그곳으로 分家 하였을 것으로 推知할 수도 있으나, 대개는「박거리」類型의 家屋에서 父母와 長男夫婦는 獨立한 活動單位로서 生活해 왔다. 즉 從來 濟州道에 있어서는 한 울타리 안에 보통 두채의 家屋이 세워지는 수가 많았는데, 하나는 안거리(안채 : 內屋)이고 다른 하나는 박거리(바깥채;外屋)로서 前者가 後者 보다는 큰 집이었다. 父母는 子女들이 成長할 때까지 안거리에서 生活해 나가면서 長成한 子女를 차례 차례 別居시켜(結婚한 長子를 박거리에 別居시킨다) 末子까지 婚姻하게 되면「안거리」는 長子에게 移讓해 주고「박거리」로 옮겨서[36] 老夫婦만의 새로운 生活을 營爲해 나가게 된다.[37] 이 때 한 울타리 안에서 벌어지는 父母와 長子 사이의 生活形態는 單純한 直系家族이 同居家族으로서 맺어지는 生活關係가 아니라 吹事(부엌)[38]를 分離하고 農地(耕地)를 따로 가져 經濟 내지 家計를 別度로 함은 물론 변소 家畜 땔감 고팡(庫房) 慶弔事의 扶助 등을 따로 함으로써 父子間의 所有關係 貸借關係가 明確히 計算[39]되는 등 完全히 獨立된 民事關係를 펼쳐 나가게 된다. 이러한 一連의 生活形態는 公簿上의 外形的 측면에서 보면 直系家族의 同居로 볼 수도 있으나, 機能的(經濟主體의 面) 規範的(財産關係에서의 所有觀念)으로는 完全히 分離된 두 개의 核家族을 單位로 하는 家族生活의 營爲로 理解할 수 있을 것이다.

생각컨대, 男尊女卑思想에 투철한 戶主制度는 個人의 尊嚴이라는 近代法의 理念에 背馳될 뿐 아니라 法律上의 家族과 事實上의 家族 사이에 커다란 乖離를 가져다 주고 있기 때문에 廢止되는 것이 마땅하다. 또한 旣婚의 直系卑屬長男子를 法律上 分家시킨다 해서 長男과 그의 父母 사이의

36) 이것은 소위 父의 家長權(Munt)은 長男에게, 母의 家婦權(Schlüsselgewalt)은 며느리 (子婦)에게 移讓된 意味을 갖는다.

37) 만약 父 一方만이 남게 되면 自炊의 문제가 있어서 아들에게 奉養을 받지만, 母 一方의 경우에는 勞動力이 있는 限 아들에게 의지 않고 獨立生活을 꾸려 나간다.
韓昌榮「敬老思想과 老人福祉」, 韓一文化社, 1983, pp. 119-127.

38) 媤父母와 子夫婦가 한울타리 안에 居住하는 限 子婦가 媤父母와 媤同生의 食事를 擔當해야 하는 陸地에서 와는 달리 濟州道에서는, 子夫婦가 안거리에 살건 박거리에 살건 그들만의 食生活을 영위함으로써 한 울타리 안에 居住하는 媤父母와는 別度의 취사 단위를 형성하고 시부모는 同居하는 未婚子女와 취사단위를 이룰 뿐이다. 이런 點은 日本의 八丈島의 경우와 흡사하다.
李光奎, op, cit, p. 65 參照.
한편, 濟州俗談에 "솥을 가른다(취사를 달리한다)"는 말은 耕地와 家財道具의 分割을 뜻하는 것으로, 父·子가 한 울타리 안에 居住하더라도 안거리와 박거리로 分離된 生活空間으로서의 實質的인 分家現象을 意味한다.

39) 濟州俗談에 "父子間에도 법벅에 금을 긋는다"는 말은 철저한 獨立主義·個人主義의 家族關係意識을 잘 反映해 준다.

親子關係가 斷絶되거나 扶養義務가 없어지는 것은 아니며, 오히려 夫婦中心이라는 現代家族法의 理想을 實現할 수 있는 바탕이 되고 家의 單一化를 통한 家族法의 民主化를 實現하는 基盤이 될 것이다. 이러한 見地에서 볼 때 濟州道에 있어서의 長子를 포함한 철저한 分家主義 家族慣習은 核家族의 長点과 直系家族의 長点을 折衷·補完한 것[40]으로서 現實社會에 附合하는 가장 理想的인 家族制度라 할 것이다.[41]

이러한 分家主義 家族慣習의 形成根據를 어디에서 찾아야 할 것인가? 그것은, 濟州道만이 가지고 있는 歷史的 背景과 地理的 條件, 氣候的 風土 등의 自然的 條件과 섬(島) 特有의 條件에서 나타난 生業形態, 그리고 外來文化의 影響과 같은 多樣한 原因에 의해 形成된 것으로 理解되기도 하고[42], 父母들의 철저한 經濟的 獨立心과 勞動力이 許하는 限 스스로 生活해 나간다는 自活意志의 所産으로 풀이할 수도 있다.

생각컨대, 人間은 어떤 價値體系를 志向하는 目的的 存在이면서도 現實人으로서의 人間은 生存環境의 영향을 받을 수 밖에 없기 때문에 人間의 生活形態는 이 두가지의 影響圈에 놓여질 수 밖에 없을 것이다. 그렇기 때문에 朝鮮時代에 있어서 經濟的으로 富裕하고 儒敎的 價値體系를 지닌 兩班社會에서는 家産은 家長의 管理權下에 둔 채 集團 形成의 原理인 同居共財의 關係에 의하여 父子가 同居하는 直系家族으로 志向함으로써 家族員(특히 直系卑屬長男子)의 家長權으로부터의 分離·獨立은 許容되어질 수 없었다. 그 反面 經濟的으로 窮乏할 뿐 아니라 儒敎的 價値意識이 薄弱한 常民(庶民)社會에서는 經濟的 自活性의 見地에서 家族員의 家長權으로부터의 隷屬性·集合性은 排除되어 夫婦家族(核家族)의 形態를 取할 수 밖에 없었다. 이러한 理論은 近代 以後의 社會에도 適用되어 진다. 水稻作農業을 하는 陸地의 農村社會에서는 父와 長子가 同一地域에서 農業에 從事하는 限 生産力의 增大를 위하여 모두 한 家族을 構成함으로써 家長權은 強化되고, 父母와 父母의 直系卑屬 중 長子·長孫 등의 家系繼承者와 이들의 配偶者, 未成年子女로 形成되는 直系家族의 形態를 取하며, 다만 家系繼承에 參與치 않는 旣婚의 次·三男이나 次孫 등만이 分家하여 새로운 家族을 만들게 된다.[43]

우리 先祖代의 濟州道는 文字 그대로의 絶海孤島로서 薄土 그 自體였고, 生業形態는 주로 田作農業·潛水漁業이었다. 土薄한 土地를 基盤으로 하는 田作農業下에서는 父母와 子息이 모두 부지런하지 않는 限 經濟的 貧困을 免하기는 어려웠을 것이다. 이러한 土地의 土薄性은 擧動할 수

40) 박거리 類型의 家族生活에서는, 첫째 配偶者의 死別 또는 親知의 喪失로 對人關係가 孤獨하게 되는 一般的인 老人의 경우와는 달리 老父母의 고독문제는 심각한 것이 아니며, 둘째 長男(子息) 가정의 日常生活을 老父母가 늘 살필 수 있으며, 세째 父母에 대한 子息들의 존경심과 父母의 子息에 대한 愛情이 더욱 공고히 되고 나아가서는 同居世帶의 相互自立이 확립된다.

41) 同旨 : 裵京淑, "濟州道의 民事慣習에 관한 硏究", 「司法行政」, 1983. 10, p. 9.

42) 韓昌榮, 「濟州道老人攷」, 韓一文化社, 1978, p. 33.

43) 崔在錫, "濟州道의 自生的 核家族", 「세계의 文學」 1978年 겨울호, 民音社, p. 46 參照.

있는 限 일을 하게 만들었고 그것은 남에게 依存해서는 안된다는 自活意志가 되어 祖上들의 삶의 모습으로 形成되었으며, 이러한 삶의 條件 아래서 儒敎的인 家長權의 權威가 그대로 溫存할 수만은 없었을 것이다. 뿐만 아니라 田作農業下에서는 水稻作農業에서와는 달리 老夫婦나 女子 一人家口도 農事일이 可能하였기[44] 때문에 分家는 이들의 生活에 장애가 되지 않았다. 특히 田作農業下의 보리·조 등은 交換財의 意味 보다는 自給財의 意味를 갖기 때문에 耕地擴大를 도모할 必要性이 없었고, 설령 경지를 擴大할 경우에도 食糧增産을 위해서는 그만큼 地力 作物管理에 필요한 過集約的인 勞動力을 투하해야 했는데, 이러한 노동력 투하에는 限界가 있게 마련이어서 一定面積 이상의 土地를 耕作할 수 없으므로써 食糧生産量은 制限을 받게 된다. 따라서 家族員의 集團居住(大家族)는 집단적 기아를 초래할 우려가 많았기 때문에[45] 父母는 旣婚의 長子(子息)에게 家産을 分財하여 주고, 서로 다른 空間(안거리, 밖거리)에서 獨立한 分家生活을 營爲해 오게 된 것으로 보인다. 요컨대, 分家主義 家族慣習의 形成根據는 濟州道 特有의 生存環境에서 우러나온 經濟的 自活性, 儒敎的 父母中心的 價値觀의 弱化에서 胚胎된 것으로 보는 것이 妥當할 것이다.

Ⅳ. 債務의 承繼

1. 個別的인 慣習調査內容

近代國家에 있어서의 相續이란 사람이 死亡한 경우 그 死者(被相續人)에게 屬하는 財産이 다른 一定한 生存者(相續人)에게 移轉되는[46] 財産相續만을 意味하는 것이 보통이다.

우리 民法은「相續이 開始되면(§997) 被相續人의 財産上의 모든 權利義務는 一身專屬的인 것을 除外하고는, 相續人의 意思에 關係없이 또는 相續人이 그것을 알든 모르든 法律上 當然히 包括的으로 相續人에게 承繼된다(§1005)」라고 함으로써 相續의 效果에 있어서 單純承認(Annahme der Erbschaft)의 原則을 取하고 있다. 이것은 다분히 從來 遺産相續에 있어서의 "父債子還 子欠債父不知"(父의 債務는 아들의 債務다)[47]의 舊慣習에 터전을 둔 것으로 보인다. 子가 父의 遺産을 相續함에 있어서 父의 債務가 遺産을 超過하는 경우에는 子(相續人) 自身의 財産으로라도 父(被相續人)의

44) 老夫婦만의 家族이나 女子 一人家口는 대체로 自己들의 生活이 될 수 있고 自耕可能한 土地(대개 1500坪내외)를 남겨 놓고는 모두 아들에게 土地를 分配시킨 이후의 家族이므로 所有土地에 대한 自耕이 可能케 된다.
Ibid, p. 61 參照.

45) 宋成大, "三無精神形成에 대한 地理學的 照明",「濟州文化의 再照明」, 一念, 1986, pp. 57-58 參照.

46) the law of succession on death is the law governing the transmission of property vested in a person at his death to some other person or persons. Parry, *The law of sucession*, 1953, p. 1.

債務를 辨濟하도록 하는 父債子還의 原則은 個人의 意思를 無視하여 權利義務의 承繼를 強制하는 것으로 個人意思의 尊重이라는 近代法의 理想에 反할 뿐 아니라 子 自身의 債權者의 利益保護에도 어긋나게 된다. 그렇기 때문에 일찌기 朝鮮民事令 第2次 改正[48]은「韓國의 遺産相續에 관하여 單純相續을 원칙으로 維持하면서 被相續人의 遺産의 限度 내에서 被相續人의 債務를 辨濟하는 것을 條件으로 하는 限定(承認)相續」을 許容하였고, 이것은 民法 §1028에 明文化되어졌다. 오늘날의 社會經濟事情을 直視해 볼 때 相續에 의한 當然包括承繼와 個人意思와의 合理的 調和를 꾀한 限定承認과 相續의 抛棄(§1041)制度는 妥當한 立法措置로 보아야 할 것이다.

이제 債務의 承繼(相續人이 相續하여 戶主가 되면 遺産을 取得하지 않았어도 先代의 債務에 대하여 無限責任을 負擔하는 慣習이 있었는지?)의 觀角에서 濟州道 各地域에 있어서의 慣習內容을 把握해 보기로 한다. A地域에서 F部落에 이르는 調査內容을 要約하여 擧示하면 다음과 같다.[49]

A-3.

戶主相續을 한 相續人은 相續財産의 범위를 넘는 被相續人의 債務에 대하여도 無限責任을 負擔하였다. 즉 遺産이 없는 경우에도 相續人의 固有財産으로써 被相續人의 債務의 辨濟에 充當하여야 했다.

B-3.

戶主相續한 長男이 遺産에 無關하게 先代의 債務를 全部 負擔하였으며, 長男은 次男 이하에게 分擔指示를 하지는 못하였다. 만약 長男代에 이를 完濟치 못하면 長孫에게 承繼되어졌다.

C-3.

戶主相續人인 長男이 無限責任을 負擔하였다. 다만 西歸 一部地域 旺坪·上孝 등에서는 相續人의 能力에 따른 辨濟가 許容되어졌고, 특히 相續人의 親族會에서 "판셈"決定이 내려지면 債權者도 이에 承服함으로써 債務의 履行은 強制되지 않았다.

D-3.

대체로 無限責任을 負擔하였다. 先代의 債務를 履行하는 것은 祖上에 대한 "孝의 베품"과 관련이 있었으므로 두고 두고 先代의 債務를 갚아 나갔다.

F-3.

金錢貸借關係는 文書의 作成·交付가 必須的이었던 것은 아니고, 保證人과 같은 隣人의 入會

47) 仁井田陞,「中國法制史研究 Ⅱ(土地法·去來法)」, 東京大 出版會, 1962, p. 615 및 同 Ⅲ(奴隷 農奴法·家族村落法), p. 380 參照.

48) 1922年 12月 7日 制定 公布, 1923年 7월1日부터 施行되었다.
이것에는 相續의 承認(舊民法 §§1017-1037)에 관한 規定은 있었으나, 相續의 抛棄 (舊民法 §1020)에 관한 規定은 없었다.

49) 以下의 本稿에서 말하는, A에서 F에 이르는 地域은 앞에서 擧示한 〈婚姻事項〉에서의 地域과 同一하며, 提報者들도 同一人이다.

下에 口頭로써 行해지는 것이 보통이었다. 그러나, 父(先親)가 債務者임이 確認이 되면 相續人인 子는 遺産이 없는 경우에도 先代의 債務를 全部 負擔하였다. 相續人이 遺産超過部分의 被相續人의 債務를 辨濟하지 않을 경우에도 債權者는 債權의 實行을 위하여 訴訟을 提起하는 경우는 드물었고 거의 地域住民들의 輿論에 의해 解決되어졌다 한다.

2. 總括的 考察

慣習調査의 結果에 의하면, 戶主相續을 한 者(長子)는 遺産이 없거나 또는 遺産超過部分의 被相續人(父)의 債務도 辨濟해야 하는 無限責任을 負擔하였다는 事實에 注目할만 하다. 이러한 單純(承認)相續의 慣習은 濟州道全域에서 나타나는 共通된 現象으로서 父債子還이라는 從來의 陸地의 舊慣習[50]과도 그 脈絡을 같이 하는 것이다.

單純承認이라는 慣習의 形成根據를 어디에서 찾아야 할 것인가?

그것은, 當時의 濟州人들의 意識 속에 內在해 있던 道德觀念의 具體的 反映으로 보는 것이 지극히 簡明할 것이다. 생각컨대, 近代 以前의 모든 社會가 그렇듯 우리 先祖代의 濟州社會도 權利意識 보다는 道德에 바탕을 둔 義務觀이 앞서는 그런 社會였을 것이다. 따라서, 先代로부터의 遺産이 없어도 相續人인 子가 先代의 債務를 履行하는 것이 當然한 理致였고, 그것은 바로 "孝行一致"와도 같은 것이었다. 그렇기 때문에 相續人 當代에 完濟하지 못하면 長孫에 까지 承繼되어져 이른바 "債務의 代물림"이 行해졌지만, 그것은 道德觀念에 바탕을 둔 것이었기 때문[51]에 消滅時效의 問題도 생기지 않았다. 한편, 相續人인 子가 先代의 債務를 履行하지 않을 경우 그는 地域住民들로부터 멸시의 對象이 될 수 밖에 없었음은 無限責任을 負擔하는 背景으로서 輿論이 作用했음을 意味해 준다.

어떻든 相續人은 自己의 固有財産이 있는 限 遺産超過部分의 被相續人의 債務에 대하여도 辨濟하였다. 그러나, 만약 相續人에게 달리 財産이 없어서 "훗날 벌어서 갚겠다"고 했을 때 債權者가 履行을 強制하지 아니했거나 또는 이를 默認하였던 点 등은 마치 租稅法에 있어서의 應能主義와 類似한 것으로서 債務의 承繼로 因한 被相續人의 債權者와 相續人 사이의 權利義務 關係가 道德

50) "家族이 死亡한 경우 遺産相續人은 被相續人의 長男 또는 長孫과 같은 祭祀者인 때에는, 가령 被相續人 消極財産 즉 債務만을 남긴 경우라 할지라도 이를 承繼해야 함이 遺産相續에 관한 古來의 慣習이다." 朝鮮高等法院, 1916, 12, 16判決, 〈民錄〉 第3權, p. 1018.
"相續人이 相續하여 戶主가 되면 遺産을 取得하였거나 아니거나 先代의 債務에 관하여 無限責任을 負擔하는 것이 慣習이다."
(朝鮮高等法院 判決)
李相範, "韓國에 있어서의 財産相續에 관한 舊慣習,"「裁判資料 第7輯 慣習實態調査(I)」, 法院行政處, 1980, p. 153 參照.

51) 濟州 俗談에 "산 때 안문 빚 죽엉 가도 물어사 혼다 (살았을 때 안문 빚 죽어서 가도 갚아야 한다)"는 말은 債務의 完濟에 대한 法意識을 反映해 주는 것으로 理解할 수 있다.

觀念에 크게 依存되어 處理되었음을 말해 준다 할 것이다.

한편, 西歸 一部地域 吐坪 上孝 大靜地域 등에서 行해진 "판셈制度"[52]는 債務者의 破産 時의 債權者平等의 原則(Prinzip der Gleichbehandlung des Gläubigers)과 흡사한 것으로 우리 先祖들의 信用授受關係에 있어서의 合理性의 一面을 보여주는 것으로 理解할 수 있다.

V. 祭 祀 相 續

1. 個別的인 慣習調査內容

從來 우리나라의 慣習上의 相續에는 祭祀相續 戶主相續 財産相續의 세 가지가 있다.[53]

祭祀相續은 奉祀者, 즉 先祖의 祭祀를 侍奉하는 者의 地位를 承繼하는 것으로 禮에서 由來한 宗法制에 바탕을 둔 特有한 制度이다.[54]

儒敎思想의 影響이 支配的이었던 朝鮮時代에는 祭祀相續이 극히 重要視됨으로써 그것은 相續制度의 基本的인 것이 되어 戶主相續과 財産相續도 祭祀相續에 附隨하는 相續으로만 觀念되어졌다.[55] 朝鮮民事令時代에도 이러한 根本的인 思想과 制度에는 變함이 없었고 祭祀相續과 戶主相續을 포함하는 身分相續과 財産相續의 複數相續制度가 지켜졌었다.[56] 그러다가, 1933년 3月에 이르러 朝鮮高等法院이「祭祀相續의 觀念은 先代를 奉祀하며, 또 先代의 祭祀를 奉行하는 道義上의 地位를 承繼함에 不過하다」고 判示함으로써[57] 祭祀相續은 法制度가 아닌 하나의 慣習으로 남

52) 이것의 보다 正確한 意義는 더 넓고 깊은 分析을 통해서만 可能한 것이나, 一應 다음과 같이 매길 수 있을 것이다.

先代(被相續人)의 債務를 承繼한 戶主相續人인 子가 自己의 固有財産을 合치더라도 先代의 債務를 다 履行할 수 없을 程度로 債務超過가 될 경우 相續人(債務者)의 親族會가 債權者들의 事前同意를 얻어서 판셈 決定($\frac{\text{各債權者의 債權額}}{\text{債權總額}}$ × 相續人의 全財産價額 = 各 債權者의配當辨濟額)을 내리게 되면 모든 債權者는 相續人의 總財産으로 부터 自己 債權額에 按分比例하여 平等한 滿足을 받게 된다. 이때 만약 國稅(地方稅 포함)와 같은 先代의 國家에 대한 債務가 있을 경우에는 이것이 優先效를 갖게 된다. 한편 相續人의 親族會가 債權者團의 事前同意없이 판셈 決定을 해 버리게 되면, 日帝時代에는 債權者들이 國家에 權利保護請求(訴의 提起)를 하기도 했으나, 마을의 警民長(오늘날의 里長) 主管下에 債權關係의 處理가 行해졌다고 한다.

53) 李相範, op. cit, p. 135.

54) 李熙周,「韓國家族法上의 諸問題」, 日新社, 1976, p. 151 參照.

55) 朝鮮總督府 中樞院 回答, 民事慣習回答彙集, pp. 426-430(「家督遺産相續順序에 관한 件」)

56) 金容漢, "우리 나라 相續制度의 槪觀",「司法行政」, 1974. 12. p. 71.

57) 鄭光鉉, "韓國相續慣習法에 對한 立法論的 考察",「서울大論文集(人文·社會科學)」第5輯, 1957, p. 239.

게 되었다.

한편 朝鮮時代의 祭祀相續은 長子奉祀가 原則[58]이었고, 이러한 立場은 日帝時代에도 그대로 堅持되어졌다.[59]

從來 直系와 傍系의 區別이 明確한 陸地에서는 長子만이 祭祀相續을 獨占해 왔다.[60] 이제 祭祀相續의 分擔이 行해졌는지 與否, 忌祭祀 時에 祖上의 紙榜을 모시는 樣態 등에 焦點을 맞추어 濟州道 各地域에 있어서의 이에 관한 慣習內容을 把握해 보기로 한다.

A-4.

祭祀의 分擔이 行해졌다. 이 경우에 祭祀를 相續받은 長子 이외의 子는 그에 따른 財産의 分配를 要求할 수 있었다. 長子(承重子)가 있는 경우에 長子를 제치고 다른 子(衆子女)가 祭祀를 相續하지는 않았다.

忌祭祀 時 考位와 妣位를 한 紙榜에 모신다고 한다.

B-4.

祭祀의 分擔이 可能했다. 分擔時 祖父母以上 高祖父 까지는 長子가, 當父母는 相續人 相互間에 協議하여 奉行하였다. 이 경우에도 次子이하의 自發的 意思에 基해야 하며, 長子가 次子 이하에게 祭祀分擔을 強制하지는 못했다. 分擔時에는 祭越田의 分割이 뒤 따랐다(특히 上倉里). 父와 長子가 協議하여 祭祀을 나누어 奉行하기도 하였다.

忌祭祀 時 考位와 妣位를 한 紙榜에 모신다.

C-4.

일단 長子가 祭祀相續을 한 後에 次子 이하의 희망이 있거나 또는 協議에 의해 分擔이 可能하였으며, 父와 長子가 分擔하여 奉行하기도 했다.

忌祭祀 時 紙榜은 考位와 妣位를 合位한다.

D-4.

長子 次子 三男이 있는 경우에 長子 이외의 子에게도 祭祀分擔이 可能하였으나, 父와 子의 分擔은 거의 없었다. 兄弟間에 祭祀分擔 時 해당 몫 만큼의 祭越田의 分配가 행해졌다.

忌祭祀 時 紙榜은 合位하지 않는 家門이 오히려 많다 한다.

---

58) 基本的으로 祭祀相續은 男系血統繼承主義에 의하여 男子孫에 限하여 相續되고 女子孫, 妻, 子婦 또는 男系血族이 아닌 他男家의 相續은 어떤 경우에도 不許되었다. 祭祀相續은 원칙적으로 男系의 長子孫(長男 또는 長孫)이 이를 하며 만약 長孫이 없을 경우 衆子 또는 庶男子가 嫡·庶·長幼의 순서로 상속하였다. 실제에 있어 死後養子 인정 時까지 女子孫, 妻, 子婦 등이 奉祀한 경우가 있었으나 이는 과도기적인 擔行에 불과한 것이다.

經國大典 禮典 奉祀條「文武官 六品以上 祭三代……若嫡長子 無後則衆子 衆子 無後則妾子 奉祀 傍親亡 無後者 祔祀」(朝鮮總督府 中樞院,「經國大典」, p. 276)

한편 崔在錫敎授에 의하면, 朝鮮朝 時代의 祭祀相續은 대체로 1600年代 중엽까지는 長子奉祀와 子女輪回의 두 가지 형태를 취했고, 그로부터 1700年代初까지는 子女輪回에서 長子奉祀로 移行하는 時期이고, 1700年代初부터는 長子奉祀로 굳어지게 되었다 한다.

崔在錫, "朝鮮時代의 相續制에 關한 硏究",「歷史學報」第53·54合輯, p. 146.

59) 慣習調査報告書 朝鮮總督府, 160問 247面.

60) 李光奎, op. cit, p. 67.

E-4.

祭祀分擔이 可能하였으며, 一部 家에서는 長子는 父의 祭祀를 次子는 母의 祭祀를 奉行하기도 했다.

F-4.

祭祀相續의 分擔이 可能하였다. 특히 父의 生存時 父는 子息이 婚姻하게 되면 分家와 함께 分財를 하면서, "○○○의 祭祀를 모시라"고 함으로써 分擔이 行해지는 것이 보통이었다. 忌祭祀 時 考位와 妣位를 한 紙榜에 모신다.

2. 總括的 考察

以上의 調査에서 밝혀진 것들과 先行硏究資料[61]에 準據하여 慣習上의 祭祀相續에 대한 몇 가지 內容을 分析·檢討해 보기로 한다.

祖上崇拜意識의 具體的 顯出로서의 祭祀는, 傳統社會에 있어서는 한 家門의 重大事로 把握되어지며, 이러한 点은 濟州道의 경우에도 마찬가지였다. 특히 濟州道에 있어서 祭祀는 男性들의 理想型의 原理[62]를 反映하는 것이었기에 잘 奉行되어졌다.

調査結果에 의하면 北濟州郡 翰林邑 東明里와 같은 一部地域을 除外하고는, 祭祀의 分擔이 行해졌다는 事實에 注目할 필요가 있다. 視角에 따라서는, 가령 한 家門에 있어서 婚姻한 長子의 生活이 비교적 安定되고 父母가 老衰하게 되면(대체로 60才 以上) 父母는 그들이 갖고 있던 家長權 家婦權과 함께 모든 祭祀를 長子에게 移讓하고, 이 때에 祭祀의 經濟的 基盤 내지는 祖上崇拜라는 特定目的에 바쳐진 財産으로서의 掃墳田(位土, 祭物田, 祭越田[63])도 長子에게 繼承시키며 長子의 집(祖上傳來의 家屋)에서 祭祀를 奉行하는 것이 보통이었기 때문에 濟州道의 祭祀組織은 長子中心(嫡長子繼承主義)[64]으로 理解할 수도 있을 것이다. 그러나, 父母에게 婚姻한 長子가 있고, 父母가 아직 老衰하지 않는 경우(대체로 60才 未滿)에도 父와 長子가 祭祀奉行을 分擔하는 것이 可能하였으며(물론 이 때에도 父는 그의 親父母 祭祀만큼은 長子에게 移讓치 않고 自己가 계속 奉行하는 경우가 보통이었다), 이러한 父子間의 祭祀分擔 말고도, 父가 死亡하고 母가 獨立生計를 維持할 수 있는 限 母와 長子間의 祭祀分擔이 行해지기도 했다. 뿐만 아니라 父의 死亡 時 祭祀相續은 일단 長子에게 移讓되어지기도 하나, 그 이후에는 長子가 次子에게 祭祀의 分擔을 強制하지는 못한다 할지라도, 兄弟間에 서로 協議하여 先祖의 祭祀를 奉行하였음은 물론 나아가 異腹兄弟間의 分擔,

61) 例컨대 朴光緖, op. cit, pp. 184-185.; 李光奎, op. cit, pp. 67-75.; 崔在錫, 「濟州島의 親族組織」, 一志社, 1979, p. 11, p. 35, pp. 245-279.

62) 李光奎, op. cit, p. 71 參照.

63) 調査結果에 따르면, A地域에서 F部落에 이르는 全域에서 나타난 共通된 現象은 門中祭越田은 宗孫에게, 한 家門의 祭越田은 長子·長孫에게 承繼되는 것이 보통이었다.

64) 崔在錫, op. cit, p. 11.

宗支間의 祭祀分擔이 行해졌다는 事實은 傳統的인 陸地의 農村地方과는 달리, 濟州道의 경우 長子繼承의 이데올로기가 弱했으며 實質的으로 分擔制 祭祀慣習이 溫存해 왔음을 말해준다 할 것이다.

한편, 濟州道에서는 주로 近處婚(部落內婚 내지는 隣近部落婚)이 보통이었기 때문에 딸들의 親庭往來가 容易함으로써 이들의 親庭大事에의 參與가 活發할 뿐 아니라, 나아가 妻家에 아들이 없을 경우(死後養子도 두지 않았을 경우) 사위가 妻家의 祭祀를 奉行하였거나 外孫이 外家의 祭祀를 奉行(이른바 外孫奉祀)하는 경우가 있었음은 濟州社會의 特色으로 理解되어진다.[65] 그런데 先祖의 祭祀를 兄弟 내지는 諸子孫이 分擔·輪行해 온 從來 濟州道에 있어서의 이러한 慣習은 朝鮮朝 英祖時까지 存續하였던 男女를 不問한 祭祀輪行의 一般的 世俗[66]과 類似한 것이다.

어떻든 兄弟(姉妹)가 거의 對等하게 (長子가 位土를 承繼할 경우에는 그 만큼 長子의 祭祀分擔분이 많아질 것임은 물론이다)先祖의 祭祀에 參與하여 義務를 나누는 分擔制 祭祀慣習은 무엇을 意味하는 것일까? 그것은 儒敎的인 宗法思想으로부터의 逸脫로 理解할 수 있으며, 親族體系에 있어서 直系와 傍系의 區別이 弱하거나 明確하지 않음[67]을 말해주는 것으로 兄弟(姉妹) 사이의 平等意識의 具體的 發露라는 法的 意味를 갖는다 할 것이다.

이러한 分擔制 祭祀慣習의 形成根據를 어디에서 찾아야 할 것인가?

생각컨대, 꾸란즈(F. D. Coulanges)가 그의 著書「古代 家族」에서 "한 家의 祭祀와 그 家의 財産은 古代의 宗敎나 法律에 있어서 아주 밀접하게 結合해 있기 때문에 누구나 祭祀없이는 財産을 또는 財産없이는 祭祀를 얻을 수 없음은 例外없는 原則"이라고 說破했듯이[68] 先祖의 祭祀와 家産의 承繼는 家系의 存續을 具現하는 手段이 되어 왔다는 点에서 祭祀相續과 財産相續은 그 本質에 있어서 밀접한 相關關係를 갖고 있다. 이러한 見地에서 볼 때 濟州道에 있어서의 分擔制 祭祀慣習의 背景은 濟州道의 均分制 財産相續慣習의 形成背景과 그 脈絡을 같이하는 것으로 보아야 할 것이다.

한편, 忌祭祀 時 紙榜의 樣態를 보면, 南濟州郡 表善面 城邑里와 같은 一部地域을 除外하고는 濟州道 全域에 있어서 同一한 紙榜에 考位와 妣位를 나란히 쓰고 있는데, 이것은 夫婦同權(兩性平等)이라는 意識構造의 表現으로서의 法的 意味를 갖는다 할 것이다.

---

65) 裵京淑, op. cit, p. 8.; 李光奎, op. cit, p. 75 參照.

66) 金一美, "朝鮮後期의 財産相續 慣習－日帝時 舊慣習調査報告書를 中心으로－", 「梨大史苑」 第11輯, 1973, p. 35.

67) 李光奎, op. cit, p. 67.

68) Fustel De Coulanges, 「La cite antigue」, S. 76.; 中川善之助譯, 「古代家族」, p. 196 參照.

Ⅵ. 財 産 相 續

1. 個別的인 慣習調査內容

社會制度로서의 相續은 各時代와 各社會의 特殊性을 基調로 하는 社會의 要求와 文化意識 속에 存在하는 正當性에 基礎를 두고 있기 때문에 相續制度는 第1期(古代氏族共同體社會)의 祭祀相續, 第2期(中世封建社會)의 身分相續의 段階를 거쳐 第3期(近代 資本主義社會)의 財産相續으로 發達해 온 것으로 볼 수 있다.[69] 그러나, 第1期의 祭祀相續의 경우 祭祀를 奉行하는 者(相續人)가 死者(被相續人)의 財産을 祭祀의 物資로써 承繼하였으며 第2期의 身分相續에 있어서도 家長의 身分을 移讓받은 相續人이 그에 따른 被相續人의 家産을 承繼하는 것이 보통이었기 때문에 相續은 어느 時代 어느 社會를 莫論하고 本質에 있어서는 財産相續이었음이 分明한 것이다.[70]

財産相續의 內容을 吟味함에 있어서는 于先 被相續人의 全遺産이 特定의 相續人 1人에게만 承繼되는 것인지(獨占 相續, 單獨相續)아니면 被相續人과 一定한 親族關係에 놓여있는 數人의 相續人에게 共同으로 承繼되는 것이냐(共同相續, 分割相續)의 與否를 가리는 相續形態把握이 先行되어야 하며, 그러한 다음 만약 後者의 경우라면, 被相續人의 遺産은 數人의 相續人에게 比較的 公平한 몫으로 分配되는 것인지(均分主義) 그렇지 않은지(差等主義)를 把握하는 것이 重要하다고 생각된다. 이제 橫的 縱的 視角에서 이에 관한 內容을 一瞥해 보기로 한다.

그 人法的 性格에 基해 被相續人과 相續人間의 身分的 財産的 同一觀念論이 確立되었던[71] 로마法에 있어서의 財産相續法의 出發点에 관한 學者들의 見解는 나눠져 있지만, 宗族關係를 토대로 한 法定의 共同相續制로 보는 見解[72]가 有力하다. 血族相續의 原則이 지켜진[73] 게르만 財産相續法에 있어서도 대체로 共同相續制가 行해졌으나, 女子를 家産相續에서 排除하는 경우가 있으므로써 相續參與者는 均分的이지 못하였다.[74] 한편, 前近代 中國法에 있어서는 固有의 家族共産制

69) 李根植·韓琦熙, op. cit, p. 214.; 林正平, 「韓國親族相續法」, 檀大出版部, 1982, p. 292.
70) 李根植·韓琦熙, op. cit, pp. 214-215 參照.
71) Dulckeit-Schwarz, Römische Rechtsgeschichte, Berlin, 1966, s. 41, Kap. Ⅱ. 7ff.
72) Henry Maine, *Ancient Law* introduction by J. H. Morgan, 1954, p. 227 ff.; 申榮鎬, 「共同相續論」, 나남, 1987, pp. 19-24.
73) 五十嵐清, "遺留分制度の比較法的研究(一)", 「法學協會雜誌」第68卷 第5號, p. 47이하 參照.
74) 例컨대 土地는 本質的으로 아들만이 相續하였으며 그 밖의 財産에 있어서도 女子는 男子 보다 後順位가 되어 女子는 男系의 最近親血族이 없을 때 비로소 相續參與가 可能하였다. Mitteis/Lieberich, *Deutsches Privatrecht*, S. 168.

(經濟를 共同으로 한다는 同居·共財의 뜻)로 因하여 家産均分原則이 全時代에 걸쳐 지켜졌다.[75]

우리나라의 경우 三國時代에 있어서는 家産共有의 思想에 依據한 法定長子 相續制이었으나[76], 高麗時代에는 均分相續의 原則이 지켜졌고[77] 朝鮮時代에는 嫡庶間의 相續分上의 差等은 있을지언정 嫡庶, 男女의 區別이 없는 共同相續이 認定되었다.[78]. 한편, 日本民法上의 家督相續과 遺産相續을 토대로 하고, 거기에다 우리나라 固有의 相續形態인 共同相續의 法理를 가미하여 日帝當局에 의해 確立되어진[79] 慣習財産相續法은 共同相續制를 표방하였으나 그것은 허식에 불과한 形式이었을 뿐 그 實質에 있어서는 長子獨占相續制로 새겨야 할 것이다[80]

現行 財産相續法은 男女, 嫡庶의 差別을 하지 않은 共同相續 均分主義의 原則을 取하고 있다(특히 民法§1000, §1009參照). 그런데, 이러한 民法의 立場은 兩性平等, 相續人 相互間의 公平性의 確保라는 見地에서는 반드시 滿足스럽지는 못할지라도 比較的 妥當한 態度라고 생각한다.

이제 相續의 形態(獨占相續, 共同相續) 相續分, 出嫁女의 財産相續權 有無(女子가 婚姻하여 他家에 있는 以上 親庭의 財産相續人이 될 수 있는지 與否)등에 焦點을 맞추어서 從來 濟州道에 있어서의 財産相續에 관한 慣習內容을 살펴보기로 한다.

A-5.

女子에게는 어떤 形態의 相續도 認定하지 않았으므로 出嫁女는 당연히 財産相續人이 될 수 없었다. 但 母가 시집오면서 親庭에서 갖고 온 土地등의 財産은 例外的으로 딸에게 代代로 相續되기도 했다. 이러한 母의 固有財産은 夫婦關係가 圓滿할 경우에는 그렇지 않았으나 家庭不和등으로 離婚하게 되면 母는 그 財産의 返還을 請求하기도 했다.

被相續人은 自己가 當代에 모은 財産은 遺言에 의해 任意로 處分할 수 있었으나, 先代로부

75) 申榮鎬, op. cit, pp. 51-52 參照.

76) 金容漢, "우리나라 相續制度의 槪觀", 「司法行政」, 1974. 12, p. 71.; 李根植·韓琦熙, op. cit, p. 220.

77) 高麗史節要 卷9 仁宗 六年 秋七月條.; 同卷10 二十三年 五月條.; 高麗史 卷109 列傳 卷 22 尹宣佐 等 參照.

78) 金容漢, op. cit, p. 71.;立法會議報, 「李朝의 財産相續法(1)」, 國保委事務處, 1980, p. 168 이하.

79) 李熙鳳, op. cit, p. 194, p. 196.; 崔達坤, "韓國의 財産相續法と農地 零細化の實態", 「早稻田法學」第58卷 4號, 1984, p. 101.; 崔柄煜, "韓國親族相續法의 變遷史", 「社會科學」10, 成均館大社會科學硏究所, 1971, p. 106.

80) 왜냐하면, 1933年 3月 3日 朝鮮高等法院 判決이 있은 後에 社會制度로서의 相續은 戶主相續과 財産相續만 남게 되었으며, 前者에는 당연히 後者가 隨伴되었다. 그리하여, 相續人인 長子가 일단 戶主相續을 하게 되면 前戶主의 遺産을 長子가 모두 獨占相續했고, 다만 家族인 弟는 婚姻 後에 分家에 의한 分財請求權의 行使에 의해 一定率의 分配를 받을 수는 있었으나 分家에 대한 同意權을 갖고 있는 戶主(長子)가 分家同意를 拒否하게 되면 弟는 分財請求를 할 수는 없었고, 나아가 戶主相續人(長子)이 相續財産을 他人에게 賣却해 버려도 分財請求權者에 지나지 않은 弟가 그 相續財産의 返還을 請求할 수는 없었기 때문이다.

金容漢, op. cit, p. 72.;李根植·韓琦熙, op. cit, p. 221 參照.

터 물려 받은 財產은 미리 作成된 都許(會)文의 內容에 따라 相續·處分되었다. 遺言없이 被相續人이 갑자기 死亡한 경우에는 近親들이 모여 協議·決定한 內容에 따랐으나, 그것은 대체로 長子가 일단 相續하여 管理하다가 次子 이하가 分家하는 경우에 이들에게 비교적 均等하게 分配하는 것이었다. 어느 경우에 있어서나 被相續人의 遺產은 相續 開始 時에 피상속인과 同一家籍內에 있는 男子에 限定하는 것이 原則이었으며, 財產의 相續分에 있어서 嫡庶間의 差別은 없었다.

B-5.

女子는 出嫁하면 親庭의 財產相續人이 될 수는 없었다. 但 親庭에 餘裕가 있는 家門이면 딸 몫으로 약간의 土地·家畜을 주었거나 딸의 시집生活을 보아서 궁핍할 경우에는 도움을 주는 수가 있었다.(上倉里)

被相續人은 生前處分 또는 遺言으로 各相續人이 받을 比率을 임의로 定할 수 있었으며 慣習上 아무런 制限이 없었다. 보통 土地文書를 주었거나 親族入會下에 口頭로 決定하였으며, 都許文의 形式을 빌리기도 했다(大靜地方, 提報者;朴用厚氏).

戶主가 處分을 行함이 없이 갑자기 死亡케 되면 被相續人의 遺產은 일단 長子에게 全部 承繼된 후 長子가 次子 이하에게 適量껏 分配하였다. 庶子는 遺產의 承繼에 있어서 差等待遇되었다.

C-5.

出嫁女의 親庭財產에 대한 財產相續權은 否認되었었다. 親庭물림 財產에 대한 管理·處分權은 夫에게 있었으며, 친정물림 財產은 반드시 딸에게 相續된다는 원칙이 있었던 것은 아니며, 간혹 財力이 있는 家門에서는 딸에게 물려 주기도 하였다.

一般的으로 都許文·遺言狀의 내용에 따른 均分主義 遺產 分配가 行해졌다. 이러한 處分을 行함이 없이 戶主가 死亡케 되면 유산은 일단 長子에게 相續된 後에 그의 재량에 의해 次子 이하에게 分配되었다. 但 先代물림 財產은 長子에게 相續되는 것이 보통이었다(杜坪·上孝). 庶子의 財產相續權은 認定되지 않았다.

D-5.

親庭財產에 대한 出嫁女의 財產相續은 不可하였다. 但 母의 親庭 물림 財產은 長·次女에게 相續되기도 했다.

先代물림 財產은 長子에 相續됨이 原則이며, 戶主인 父 當代에 蓄積한 財產은 次子이하에게 分配되기도 했다. 戶主인 父가 生前處分·遺言을 行함이 없이 死亡케 되면 그 遺產은 長子가 一括 承繼한 後에 長子가 同生들을 婚姻·分家시켜 住宅을 마련해 주거나 農土 등의 分配를 行했던 것이 通例였다. 遺產相續에 있어서 庶子는 差別待遇되었다.

E-5.

親庭財產에 대한 出嫁女의 財產相續은 不可하였다. 無後之財產은 還宗家라는 意識의 所產이라 한다.

戶主의 財產은 대체로 父의 生存 時에 都許文[81]을 作成하여 그 內容대로 相續되었다. 이러

81) 都許文은 親族門長과 같은 多數의 親族들의 立會下에 作成되었고, 이때 戶主에게 財產的 餘裕가 많으면 所有權者인 戶主가 一定量을 그의 持分으로 남겨두었다가 直系孫中 有功者(가령 親族 相互間의 紛爭解決에 기여한 者)나 寡婦者가 있으면 그들에게 贈與, 相續시키는 特別都許文이 作成되기도 하였다.(金儒生氏의 提報).

한 處分을 하지 않은채 戶主가 갑자기 死亡케 되면 親族會議를 개최, 年長者의 意見을 존중하여 長·次子이하에게 비교적 公平하게 分配하였다. 分家하지 않은 未成年者에게도 相續이 可能하였다. 財産相續에 있어서의 嫡庶의 差別待遇는 점차로 완화되어 갔다.

F-5.

出嫁女의 財産相續은 不可하였다. 女子가 婚姻 時에 親庭에서 갖고온 持參財産도 夫가 管理·處分權能을 가졌었다.

父의 財産은 대체로 生前處分되었다. 즉 父는 子가 婚姻하여 分家하게 되면 이때에 財産을 分配하는 것이 보통이었다. 遺言과 같은 死後 處分의 경우에도 文書의 形式에 의존하지는 않았으며 대체로 忌祭祀 때에 戶主인 父는 "내가 죽으면 ○○밭은 長子가, ××밭은 次子가 管理하라"고 口述하는 遺言의 形式을 取하였다. 財産相續은 祭祀相續과 관련이 있으므로 祭祀를 많이 奉行하는 者의 相續分이 많을 수 밖에 없었다. 父가 生前處分 또는 유언없이 사망케 되면 長子가 獨占相續한 後에 次子이하에게 比較的 均分하게 유산을 分配하였다. 財産相續權이 없는 庶子는 遺産分配請求도 할 수 없었다 한다.

2. 總括的 考察

以上에서 밝혀진 것들과 先行硏究資料[82]를 토대로 하여 從來 濟州道에 있어서의 慣習上의 財産相續의 內容을 分析·檢討해 보기로 한다.

財産이 餘裕가 있는 家門에 있어서는, 母의 親庭몰림 財産은 長·次女에 承繼되거나(吐坪 上孝下孝地域, 納邑 城邑地域), 또는 궁핍한 딸의 시집生活을 親家에서 도와주는 경우(上倉地域)가 例外的으로 있었지만, 出嫁女는 出嫁外人이라 하여, 親家의 財産은 婚資·生活家具(궤짝 침구류 간단한 식기류 의복 등)로서 相續에 갈음되었을 뿐 女子의 財産相續權(戶主相續權 및 原則的으로 祭祀相續權도 同一)은 認定되지 않았다. 이처럼 女子(孫)를 財産相續權의 主體에서 排除시킨 것은 日帝時代가 胚胎한 慣習財産相續法의 基本原理의 하나인 家産主義[83]에 바탕을 둔 것으로 朝鮮高等法院의

82) 例컨대 金一美, op. cit.; 金曙洙, "農村의 分家와 相續", 「경희법학」, 1960, pp. 124-133.; 金智弘, "溫平里 古文書 硏究", 「耽羅文化」 第6號, 濟州大耽羅文化硏究所, 1987, pp. 86-116.; 朴秉濠, "韓國의 傳統家族과 家長權", 「韓國學報」 第2輯, 1976, pp. 67-93.; 裵京淑, op. cit, pp. 13-15.; 申榮鎬, op. cit, ; 李光奎, 「社會, 韓國民俗綜合報告書(濟州道篇)」, 1974, pp. 22-60.; 李俸, "財産相續의 理論과 實際", 「論文集(中央大)」 第17輯, 1972, pp. 211-225.; 立法會議報, op. cit, pp. 162-172.; 鄭光鉉, op, cit, pp. 235-278.; 崔在錫, op. cit, p. 13, pp. 30-41.; 崔在錫, "朝鮮時代의 相續制에 관한 硏究", 「歷史學報」 53·54 合輯, 1972,; 玄容駿, "家族", 「濟州道 文化財 및 遺蹟調査報告書」, 濟州道, 1973.

83) 祖와 自然的인 血族을 같이 하는 者가 祖業(相續으로 因해서 取得한 祖上 傳來의 財産으로서 그 構成部分은 土地 家屋과 같은 不動産과 奴婢이다)을 承繼할 수 있다는 원칙을 祖業主義라 하고, 自然血族 중에서도 家系繼承이 可能한 者만이 家産을 承繼할 수 있다는 원칙을 家産主義라 한다.

判示內容[84]과 맥락을 같이 하는 것이기는 하나, 高麗時代를 거쳐 朝鮮朝初期에 이르러 확립되어진 從來 우리나라 傳統社會에 있어서의 財産相續의 原理인 祖業主義, 血緣主義에 反할 뿐 아니라 平等理念에도 背馳되는 慣習인 것이다. 요컨대, 出嫁女의 財産相續權을 否認하는 이러한 慣習은 被相續人이 男戶主일 경우의 相續財産을 祖業이 아니라 家産으로 간주하는 意識의 所産으로 볼 수가 있고[85], 나아가 相續權認定의 根據가 家籍中心主義에 있었음을 말해준다 할 것이다.

調査內容이 밝혀주듯, 從來 濟州道에 있어서 財主(戶主인 父 또는 寡母)의 所有財産이 直系卑屬에게 分給되는 慣習樣態에는 生前處分에 의한 分財, 被相續人(財主)이 生存 중에 相續財産의 分割을 指定하는 方法에 의한 分財, 이러한 處分이 行해짐이 없이 財主가 갑자기 死亡하는 경우에 비롯되는 法定相續의 세 가지가 있었음을 알 수 있다.

첫째의 生前處分에 의한 分財란 財主가 生存 중에 그의 所有財産을 直系卑屬인 子에게 現實的으로 미리 分給하는 것을 말한다. 즉 財主인 父 또는 寡母가 子息들(長·次·三男 등)을 婚姻 分家시키면서 一定量의 家屋·土地·家財道具·農機具·祭器 등의 財産權을 직접 分財하였던 것으로 다만 祖上傳來의 家屋은 長子에게 주었고 衆子 이하에게는 家屋을 買入 또는 新築하여 주는 것을 原則으로 삼았었다. 어떻든 이러한 家産의 分財는 分家와 더불어 行해졌기 때문에 分家主義 家族慣習과 밀접한 關係를 가질 수 밖에 없었고 따라서 分財의 몫은 一定치 않아 長子가 많이 가질 수도, 때로는 末子가 더 많이 받는 수도 있었으나 대체로 均分主義原則에 의해 行해졌다.[86]

한편, 이러한 分財가 行해지는 節次를 밝힐 수 있는 明確한 資料는 없으나, 대체로 財主인 父 또는 寡母가 名節 忌祭祀와 같은 一家 어른들이 많이 모인 자리에서 "○○土地는 長子(次子, 三男……등)에게 주겠다"는 意思(財産權을 無償으로 移轉시킬 것을 目的으로 하는 請約)를 表明하면, 長子가 "고맙습니다"는 言辭(앞서의 請約에 대한 承諾 내지는 受諾의 意思表示)를 하였을 것이고, 이러한 意思表示의 合致가 兩當事者사이에서 行해지는 節次를 밟는 것이 通例였을 것이다. 이렇게 본다면, 財産權의 讓渡와 關聯한 財主와 直系卑屬(長·次·三男등)사이의 法律關係를 媒介하는 法律要件은 贈與(또는 死因贈與)로 理解하는 것이 極明할 것이다. 생각컨대, 贈與는 相續財産의 生前의 分割로서의 意味를 갖는데 비해 相續은 被相續人(財主)의 家産을 그의 死後에 分給하는 意味임이 明白하기는 하나(물론 死因贈與에도 비슷한 理論構成이 可能할 것이다), 相續의 경우 被相續人 生存 중에 共同相續人의 相續額이 分割되어지고 또한 贈與의 경우에 있어서도 受贈者가 推定相續人과 同一人일 때는 財産權歸屬의 時期, 對內外的 關係에서의 效力의 差異가 다르다는 点을 除外하고

84) 女子가 出嫁하여 他家에 있는 이상 그 實家에 있어서의 財産相續人의 資格을 喪失하여 相續을 하지는 못한다.
朝鮮高等法院, 1913.4.15 判決〈民錄〉第2卷, p. 190

85) 李熙鳳, op. cit, pp. 190-191.

86) 崔在錫, op. cit, p. 34, ; 玄容駿, "濟州島民俗文化의 保存과 開發方向", 「濟州島研究」第2輯, 1985, p. 4 參照.

는 相續과 贈與는 別다른 意味를 갖지 않는 것으로 볼 수 있다. 따라서 이러한 論理가 妥當하다면, 從來 濟州道에 있어서는 分家主義 家族慣行에서 비롯된 生前處分形態의 共同相續 均分主義 原則이 通例였던 것으로 推知할 수 있다.

둘째의 被相續人 生存 중에 相續財産의 分割을 指定하는 方法에 의한 分財에는 두 가지 類型이 있다. 그 하나는 財主인 父 또는 寡母가 生存 중에 共同相續人 모두를 불러 모아, 具體的인 相續內容을 記載한 都許(會)文[87]과 같은 文記의 形式을 통하여 財産을 分配하는 경우이다. 이러한 都許文은 朝鮮朝 傳統社會에 있어서의 傳繼文記, 分財記와 같은 財産의 相續과 關聯한 文書로서의 意味를 갖는데 불과하며, 共同相續人의 相續은 被相續人(財主)의 死亡과 더불어 開始된다. 그 들은 調査內容에서도 밝혀진 바와 같이 가령 財主가 忌祭祀와 같은 一家의 어른들이 많이 모인 자리에서, "내가 죽으면 ○○土地는 長子가 ××土地는 次子가 管理하라"고 口述하는 遺言의 形式에 의해 財産을 分配하는 경우이다. 이 때 遺書(遺言狀)와 같은 文記가 반드시 使用되어진 것은 아니나 한 家門의 많은 親族들 入會下에 行해졌기 때문에 遺言의 內容은 그 明確性이 擔保될 수 있었고 이로써 共同相續人 사이의 遺産分配는 可能하였던 것으로 推知할 수 있다. 한편, 이러한 財主의 指定에 의한 相續財産의 分割時期에는 一定한 原則이 定해져 있었던 것은 아니고, 朝鮮朝 때의 財主의 指定에 의한 遺産分割時期에 관한 一連의 硏究結果[88]에 비춰볼 때, 財主가 父인 경우에는 그가 年老한 時期에 財主가 母인 경우에도 年老하거나 아니면 父의 遺言에 따라 文記를 作成하였을 것이며 아울러 夫婦가 協議하여 共同으로 遺言을 하거나 都許文을 作成하였을 것으로 推論할 수 있다.

생각컨대, 이러한 都許文 遺言에 의한 遺産分配의 경우 共同相續人 사이에 있어서 均分主義原則이 그대로 지켜졌는지 與否를 밝힐 수 있는 明確한 根據는 없으나, 嫡長子優待(祭祀分擔이 많아지게 되면 그만큼 相續財産·遺産分配의 몫도 많았을 것이다)의 可能性을 排除할 수는 없다 하더라도 濟州道의 非儒敎的 家族價値觀의 見地에서 볼 때 均分主義原則이 지켜져온 것으로 推論할 수 있다.

세째는 法定相續에 의해 財産의 分配가 行해지는 경우이다. 즉 被相續人인 財主가 都許文의 作成, 또는 遺言에 의한 指定分割을 하지 않은 채 死亡케 되면 長子가 一括하여 相續 또는 管理하다가(一般的으로 共同相續人 중에 未成年者가 있을 경우 相續財産에 대한 長兄의 管理는 더욱 현저하게 된다)[89] 同生들에게 分配하는 것이 通例였던 것 같다. 朝鮮朝 傳統社會에서는, 財主가 死亡한 後

87) 都는 相續人 "모두"를 지칭하고, 許는 許給, 즉 "깃급(衿給)을 許諾한다"는 意味이며, 會는 "모였다"는 뜻으로 새길 수 있다. 따라서, 都許는 相續人 모두에게 물려준다는 의미로, 都會는 相續權者 모두가 모였다는 뜻으로 새길 수 있다.
金智弘, op. cit, p. 86 參照.

88) 朴秉濠, 「韓國法制史攷」, 法文社, 1974, p. 159.; 崔在錫, "韓國家族制度史", 「韓國文化史大系」 Ⅳ, 高大 民族文化硏究所, 1970, pp. 515-516 參照.

89) 〈世宗實錄〉 卷110, 27年 12月5日 (甲辰)條의 金潤德의 行狀 및 同卷 125, 31年 8月 20日 (丁卯)條의 李順蒙의 行狀 등; 申榮鎬, op. cit, p. 216 參照.

共同相續人이 서로 協議하여 相續財産을 分割하는 文書로서 和會文記가 作成·慣行되었으나, 濟州道에 있어서는 이런 類의 文記는 사용되지 않았던 것 같다. 한편, 調査結果에 의하면, 遺産의 分割에 대하여는, 長子가 次子 이하에게 裁量껏 分配하는 경우가 보통이었다고 하나 次子 이하가 長子에게 分財請求權을 가졌던 것으로 미루어 보아 法定相續財産(遺言)의 分割은 共同相續人(被相續人의 直系卑屬인 長·次·三男……등)의 協議에 의해 處理되었을 것이고, 따라서 各者의 몫은 비교적 均分하였을 것으로 推知할 수 있을 것 같다. 朝鮮時代에는, 法定相續財産의 分割에 대한 共同相續人 사이에 協議가 이루어지지 않게 되면 被相續人 所在地 官衙에게 分割을 請求할 수 있었으나,[90] 濟州道의 경우 이러한 문제가 생겼을 때는 親族의 門長이나 洞里의 元老, 마을의 警民長 등의 主宰下에 遺産의 分配가 行해졌던 것 같다.[91]

遺産分割의 時期에 대하여는, 이를 明確히 밝힐 수 있는 資料가 없으나, 財主가 父 또는 母일 경우에는 被相續人의 3年喪을 마친 뒤에야 可能하였던 것으로 보아야 할 것이다. 왜냐하면, 遺産으로써 喪葬費用 相續債務 등을 控除하는 淸算의 節次를 밟은 後에야 相續財産(遺産)을 分割하였을 것[92]이기 때문이다.

한편, 被相續人인 財主가 生存 중에 都許文記 遺言으로써 相續財産의 分割을 指定하는 경우[93]와는 달리 法定相續의 경우에는 分割前 相續財産의 法的 性質을 어떻게 理解하느냐에 따라 相續財産의 管理·處分, 分割의 效果 등이 달라질 것이므로 그것의 法的 性質의 吟味는 重要한 意味를 갖는다. 생각컨대, 一般的으로 이에 관한 學者들의 見解[94]는 나눠져 있지만, 相續財産의 分割前에 遺産으로써 葬禮費用, 相續債務 등을 決濟하는 淸算의 節次를 밟아야 하고, 被相續人의 3年喪을 마친 後에야 共同相續人 各者의 分財請求權 行使가 可能케 된다는 点 등은 共同相續人 相互間의 關係를 人的 結合力이 強한 合手的 共同體의 形成關係로 파악케 하는 根據가 된다. 이러한 見地에서 볼 때 法定相續의 경우 分割前까지의 相續財産의 法的 性質은 合有로 새겨야 할 것이다.[95]

調査內容이 밝혀주듯, 비록 被相續人의 直系卑屬이라 하더라도 相續開始 時에 被相續人과 同一家籍內에 있는 者에 限하여 相續權의 主體가 될 수 있었음은 朝鮮高等法院初期의 判示內容[96]과 그 脈落을 같이 하는 것으로 相續權認定의 根據가 家籍中心主義에 있었음을 말해준다.

---

90) 續大典 〈刑典〉 私賤條, 父母奴婢 不爲和會者, 呈官分執.

91) 同旨 : 崔在錫, 「濟州島의 親族組織」, 一志社, 1979, p. 35 參照.

92) 經國大典 〈刑典〉 私賤條, 無後身死奴婢, 収養使孫 等, 三年內母得相分(田宅財産 同一) 崔在錫, "韓國家族制度史", 「韓國文化史大系」 Ⅳ, pp. 516-517 參照.

93) 이 때에는 相續의 開始(財主의 死亡)와 同時에 相續財産이 共同相續人 사이에서 分割되어 各相續人에게 移轉되는 效果가 發生하기 때문에 相續財産의 法的 性質에 대한 음미는 의미가 없게 된다.

94) 朴秉濠, op. cit, pp. 32-33 參照.

95) 同旨 : 申榮鎬, op. cit, pp. 214-215 參照.

96) 朝鮮高等法院 1922.9.1 判決 〈民錄〉 第9卷, p. 37. ; 同 12.1 判決 〈同〉 p. 513. ; 司法協會雜誌, 第12卷 第1號, p. 34

또한 一部地域(納邑)을 除外한 大部分의 地域에서는 대체로 庶子의 財産相續權을 否認했거나, 認定한다 하더라도 그 몫이 많지 않았음은 濟州社會에 있어서 嫡庶差別意識이 비교적 強하였음을 말해준다 할 것이다.

旣述한 바와 같이, 從來 濟州道에 있어서 財産相續이 行해지는 樣態에는 세 가지가 있었으며, 그것은 대체로 共同相續 均分主義原則[97]에 입각한 것이었음을 發見할 수 있었다. 그런데, 이러한 均分主義 相續慣習의 形成根據를 어디에서 찾아야 할 것인가?

이에 대한 明確한 解釋은 더 넓고 깊은 慣習調査와 資料의 分析·檢討를 통하여 밝혀질 것이지만, 대체로 旣述한 分家主義 家族慣習의 形成背景과 그 論旨를 같이 하는 것으로 새겨야 할 것이다.[96]

생각컨대, 濟州道 特有의 自然的 地理的 條件에서 胚胎되어진 生業形態(田作農業, 自耕土地의 零細性)와 여기에서 비롯된 自活性, 儒敎的 父母中心的 價値體系의 弱化와 自立精神에 根據한 合理主義的 生活觀 등은 父母로 하여금 子息들을 婚姻과 함께 分家시켜 나가는, 長子를 포함한 分家主義慣習을 形成시켰음은 이미 앞에서 밝힌 바와 같다.

이러한 家族慣習下에서는, 長子가 家系繼承者의 地位에 놓여있다 하더라도 唯獨 長子만이 父母를 扶養해야 한다는 意識이 強하게 되는 것이 아니라 오히려 子息이면 누구나 다 尊敬과 愛情의 見地에서 父母를 扶養해야 한다는 意識이 強하게 되는 것이며 父母로서도 諸子에게 어느 程度씩 分財해주어야 되겠다는 意識을 지니게 될 것이다.[99] 그리하여, 이러한 意識은 구체적으로 兄弟(姉妹)사이에서 祭祀分擔·輪行의 慣習과 같은 家庭의 大事에의 共同參與를 낳게 되었고, 財産相續에 있어서 均分主義 相續慣習을 形成시키게 된 것이 아닌가 보아진다. 비록 一般理論의 觀角이기는 하나, 前近代社會에서의 相續은 財産의 繼承 보다는 家系繼承이라는 地位의 承繼·經營의 承繼로서의 意味만을 가져 이것이 相續의 第1位的 位置를 占했기 때문에 그 承繼秩序는 單獨(長子)의 不分割相續制를 原則[100]으로 할 수 밖에 없었던데 비하여, 近代的 法定相續制의 基礎는 近親에 대한 愛情 또는 扶養의 필요에서 出發하고 있기 때문에 그 分割分은 당연히 均等이어야 하며, 나아가 特定相續人만을 優待하여야 할 條件이 없는 限 共同相續人에 대한 平等한 待遇는 自然의 愛情이나 條理에 비추어 合當한 것이 된다는 見解[101]는 위의 論據에 많은 示唆를 준다 할 것이다.

97) 물론 이에 대한 例外도 있다. 例컨대 東明 涯坪(牛島) 禾北 咸德 城邑 등의 地域에 있어서는 오히려 長子獨占相續 (특히 祖上傳來의 家屋 土地 등의 先代물림 財産) 慣習이 通例였던 것 같다.

98) 同旨 : 李光奎, "濟州島硏究의 現況과 展望(社會學的 側面)", 「耽羅文化」 第3號, 濟州大 耽羅文化硏究所, 1984, p. 67. ; 玄容駿, 「濟州島硏究」 第2輯, 1985, p. 4. ; 崔在錫, 「濟州島의 親族組織」, 一志社, 1979. pp. 42-43 參照.

99) 崔在錫, op. cit, p. 35 參照.

100) 申榮鎭, op. cit, p. 82 參照.

101) 四宮和夫, "近代的 相續制の成立とその背景", 「家族問題と家族法」 VI 相續, 酒井書店, 1980, pp. 38-39 參照.

Ⅶ. 結　　語

지금까지 從來 濟州道에 있어서의 親族相續分野에 관한 몇 가지 事項(婚姻, 分家, 債務의 承繼, 祭祀相續, 財産相續)의 慣習을 調査·擧示하여 이들의 內容을 分析·檢討·吟味해 보았는데, 이제 그 要點을 整理함으로써 本稿의 結語에 갈음하고자 한다.

첫째, 婚姻에 있어서는 兩家 主婚者 사이의 婚姻意思의 合意에 의해 成婚이 되는 代諾婚이 通例였으며, 이것은 家父長制 家族價値觀의 當然한 歸結이기는 하나, 個人의 自由人格이 否定된 時代나 社會에 있어서는 普遍的 現象으로 理解할 수 있으므로, 代諾婚의 婚姻慣習은 濟州道만의 特有한 모습으로 새길 수는 없을 것이다. 다음에, 徹底한 仲媒婚이 行해짐으로써 兩當事者의 四柱가 婚姻成事의 決定的 要因으로 作用하였으나, 대체로 男子가 仲媒를 섰고 四柱는 女家에서 男家에로 보내는 것이 보통이었다는 事實 등은 父處制의 居住規定과 더불어 陸地地方과는 다른 濟州社會의 特色으로 指摘할 수 있다.

同姓同本禁婚과 같은 近親婚이 禁止되어진 것으로 미루어 보아 外婚制의 婚姻慣習을 發見할수 있으나, 婚姻圈과 關聯해서 볼 때 近處婚(部落內婚 내지는 隣近部落婚)이 通例였음은 우리 先人들의 家族生活에 있어서 儒敎的 家族 價値觀이 그렇게 強하지 않았다는 徵表로서 理解할 수 있다.

婚姻의 成事過程을 契約(法)의 視角에서 보면, 男家의 女家에 대한 求婚意思의 表明은 請婚의 誘引으로, 女家에서 女子의 四柱單子를 男家에로 보내오는 것은 請婚으로, 〈정시〉에 의한 男女의 四柱를 相考하여 宮合이 吉할 경우 男家에서 女家에로 擇日을 보내는 것은 女家의 請婚의 意思表示에 대한 男家의 承諾의 意思表示로 解釋할 수 있을 것이다.

둘째, 次子 以下의 경우는 물론 비록 長子라 하더라도 婚姻하게 되면 조만간 分家하여 獨立한 生計를 營爲해 나가는 經濟主體로서의 分家主義 家族慣習을 指摘할 수 있다. 이것은 家父長制 家族制度의 理念的 性格의 하나인 家族의 隷屬性·集合性의 排除임과 아울러 陸地의 農村地方과는 달리 濟州道의 家族類型이 直系家族이 아님을 말해준다. 從來부터 濟州社會의 特色의 하나로 認識되어지고 있는 이러한 分家主義 家族慣習의 形成根據에 대한 明確한 理解는 더 深度있는 慣習調査와 資料의 分析·檢討를 통해서만 可能케 되는 것이지만, 一應 다음과 같이 理解할 수 있다. 즉 濟州道 特有의 自然的 地理的 條件下에서 배태된 生業形態(田作農業, 自耕土地의 零細性)와 이로 因한 經濟的 自活性, 儒敎的 父母中心的 價値體系의 弱化와 自立精神에 바탕을 둔 合理主義的인 生活觀 등은 父母로 하여금 子息을 婚姻과 동시에 分家시켜 나가는, 長子를 포함한 分家主義慣習을 形成시킨 背景으로 理解할 수 있다. 한편, 이러한 分家慣習과 關聯한 「박거리」類型의 家族形態는, 한편으로는 核家族化의 矛盾이라 할 수 있는 老人家族의 孤獨한 生活의 解消를 可能케 하

고, 다른 한편으로는 核家族化에서 염려되는 孫子女들의 情緖生活·養育·人間敎育을 可能하게 하는, 말하자면 核家族의 長點과 直系家族의 長點을 折衷·補完함으로써 現實社會에 附合하는 가장 理想的인 家族制度라 할 것이므로, 現代의 高度産業社會에서 야기되는 家族問題의 合理的 解決을 위하여 이것이 示唆하는 바는 매우 큰 것으로 생각한다.

세째, 債務의 承繼의 경우 戶主相續人은 遺産의 有無, 또는 遺産超過部分의 被相續人의 債務도 辨濟해야만 하는 無限責任을 負擔하였다. 이러한 單純相續(承認)의 慣習은 濟州全域에서 나타나는 共通된 現象으로 父債子還이라는 從來 陸地의 舊慣習과 그 脈落을 같이 하는 것이다.

한편, 西歐 大靜과 같은 一部地域에서 行해진 "판셈制度"는 오늘날 債務者 破産 時의 債權者平等의 原則(Prinzip der Gleichbehandlung des Gläubigers)과 흡사한 것으로 우리 先祖들의 信用生活에 있어서의 合理性의 一面을 보여주는 것으로 理解할 수 있다.

네째, 慣習上의 祭祀相續의 경우 祭墳田(位土, 祭物田, 祭越田)은 長子가 繼承하고 長子의 집(祖上 傳來의 家屋)에서 祭祀를 奉行하는 것이 보통이라는 見地에서 보면, 濟州道의 祭祀組織은 嫡長子繼承主義로 새길 수도 있다. 그러나, 대체로 兄弟(姉妹)가 거의 對等하게 祖上의 忌祭祀를 分擔 또는 輪行해 왔다는 事實은 分擔制祭祀慣習이 行해진 것으로 理解할 수 있는 根據가 된다. 從來 濟州社會에 있어서의 이러한 祭祀分擔·輪行의 慣習은, 長子만이 祭祀相續을 獨占해 왔던 儒敎的인 宗法思想으로부터의 脫皮를 뜻하며, 나아가 兄弟(姉妹) 사이의 平等意識의 具體的 發露라는 法的 意味를 갖는다 할 것이다. 어떻든 長子만이 祭祀를 奉行해야 하는 것이 아니라는 分擔制祭祀慣習은 子息이면 누구나 다 祖上을 崇拜해야 하는 義務와 責任과 役割의 分擔을 意味한다는 点에서 現實의 社會生活을 直視한 合理的인 것으로 評價되어야 할 것이다.

한편, 忌祭祀 時 한 紙榜 위에 考位와 妣位를 나란히 쓰고 있는 慣習은 夫婦同權(兩性平等)이라는 意識構造의 表現으로서의 法的 意味를 부여해 준다 할 것이다.

다섯째, 慣習上의 財産相續의 경우 親家財産에 대한 出嫁女의 相續權을 認定하지 아니했고, 또한 被相續人과 同一家籍內에 있는 子에 限해서만 財産相續權을 認定하였음은 相續權認定의 根據가 家籍中心主義에 있었음을 말해 준다.

庶子에게 財産相續權을 전혀 認定치 않았거나 또는 差等待遇하였다는 事實은 從來 濟州道에 있어서 嫡庶差別意識이 비교적 強하였음을 말해준다 할 것이다.

財産相續이 行해지는 樣態에는 生前處分에 의한 分配, 被相續人(財主) 生存 중에 相續財産의 分割을 指定하는 方法에 의한 分配(都許文에 의한 相續, 遺言相續), 이러한 處分이 없이 財主가 갑자기 死亡하는 경우에 비롯되는 法定相續의 세 가지가 있었으며, 그것은 대체로 共同相續 均分主義原則에 입각한 慣習이었음을 發見할 수 있다. 이러한 慣習의 形成根據에 대하여는 旣述한 分家慣習의 背景과 同一한 論旨로써 說明이 可能하며, 또한 이러한 家族慣習下에서는 子息이면 누구나 다 尊敬과 愛情의 바탕 위에서 父母를 奉養·崇拜해야 하고, 父母로서도 諸子에게 어느 정도씩 分財해 주어야 되겠다는 意識을 強하게 지니게 될 것이다. 그리하여, 이러한 意識은 구체적으

로 兄弟(姉妹) 사이의 祭祀分擔의 慣習과 均分主義 財産相續의 慣習을 形成시키게 된 것으로 理解할 수 있다.

이러한 見地에서 볼 때 從來 濟州道에 있어서의 慣習上의 相續法制를 통해서 본 家族構造나 意識은 확실히 平等主義 個人主義的인 것으로서 近代社會에서의 民主主義的인 要素를 相當하게 내포했던 것으로 理解할 수 있다.

생각컨대, 親族相續分野의 몇 가지 事項에 관한 慣習調査가 우리 보다 앞서 살다간 濟州道人들의 家族生活의 眞面目을 모두 다 파헤칠 수는 없다 할지라도, 한 가지 分明한 것은 家父長制 家族制度의 一貫性이 지켜져온 陸地 傳統社會에서 와는 달리, 長子優待의 家風은 現實的 生存環境 때문에 쇠퇴할 수 밖에 없었고, 따라서 이데올로기的으로는 儒敎思想과 現實生活의 打開라는 合理主義精神의 "2重實在性(double reality)"에 의해 支配되어 온 社會가 從來의 濟州社會였고, 그 具體的 樣態가 旣述한 家族慣習으로 顯在化되어진 것이 아닌가 하는 생각을 가지면서 本稿를 맺는다.

Summary

A Study on the Customary Law of the Family Relationship in Cheju Do(I)

Han Sam-in

This thesis aims to analyze, investigate and appreciate some aspects of kinship and inheritance in Cheju Do, e.g., marriage, separation of the households, succesion to debts, inheritance of ancestral rites and property, by studying the customary laws. To fulfill the aim, the writer has adopted the method of social survey by interviewing among the general socio-legal studies, and if it is necessary, the writer has also performed the document survey.

The conclusion of this thesis can be summarized as follows.

With regard to the patterns of kinship and inheritance, customary laws have been maintained that greatly differ from similar patterns on the mainland.

First : as to traditional marriage was usually established by a consensus between the guardians of the two parties. As marriage were arranged through a middleman, it is likely that the 'saju'(四柱 : the document containing horoscopic data composed of the date of one's birth which was addressed between the bride and the groom's house in traditional Korea)had great influence as a decisive factor. Generally a middleman was male and the 'saju' was sent from the bride's house to the groom's. This is a peculiar feature in Cheju society and unique in comparison to mainland practice. Also, marriages between couples within a village were more general than those between a member of one village with a member outside that village. Consequently, it is likely that the confucian influence was a less powerful influence on Cheju family life than it was on the mainlander's life.

Second : there has been a tradition of separation of the households coincident with marriage. By this feature, the family pattern of Cheju has been quite distinguished from

the extended family in the mainland agrarian village. In the Cheju pattern, even though the newly married couple usually lived at the dwelling site of the groom's family, the couple lived completely separated from the groom's family in the so-called 'bak-kea-ri' (박거리 : building near the gate which is equipped with an independent kitchen). This family form may be well viewed as the most ideal institute for modern society, a compromise between the merits of the nuclear and the extended family system.

Third : as to succession to debts-the successor liquidated the surplus debts that exceeded the property of the inheritee, as far as the successor had his own property. The Pansaem system(판쇔제도)enforced in some areas was similar to the equality principle of the creditors in bankruptcy, which shows the rationality of the ancestors in the relationship of giving and receiving credit.

Fourth : the ancestral rites were distributed and circulated among siblings or posterity, which was quite distinguished from those of the mainland, and shows the principle of equality among siblings.

Fifth : in Cheju society, there were three forms of inheritance : distribution by disposition to the successor during lifetime;postmortal distribution by injunction in his lifetime and finally, legal inheritance. Unlike on the mainland where the eldest son inherited all property, the Cheju inheritance pattern wherein property was divided more or less equally between male siblings shows a pattern of equalitarianism.

In addition to equalized inheritance, other customs, e.g., the distribution and circulation of ancestral rites between siblings, ets., are peculiar to Cheju society. In sum, the family structure and consciousness are certainly equalitarian and individualistic which include many democratic factors for a modern society.