

식민지 시기 한국가족법을 통해 본 가부장제의 국가제도화와 ‘관습’ 문제

양 현 아

I. 서론	IV. 이에(家) 제도의 이식과 조선의 戶主制度
II. 이론적 배경	V. 결론
III. 식민지 조선에서 가족법의 상황	

I. 서론

1912년 발효된 조선민사령 제11조에 따라 식민지 조선에서 가족관련 법규는 기본적으로 ‘관습’을 따르게 되었다.¹⁾ 따라서 친족 및 상속 분야에 관한 법적 사안에 대해서는 일본 구민법이 아니라 조선의 관습을 法源으로 삼았고, 식민지 국가는 식민지 시기 내내 조선의 관습을 조사, 해석, 확정하였다. 식민지 시기의 가족법에 관해서는 민법학계 및 법사학계의 관심사가 되어 왔지만, 그것을 어떤 관점에서 바라볼 것인가는 여전히 풀리지 않은 숙제이다. 일례로 1985년 대한민국에서 간행된 《친족상속에 관한 구관습》에 실린 법원행정처장의 서문에서 보면, 식민지 시기의 ‘관습’이 여전히 현재의 법 문제이라는 것을 알 수 있다.

日政時代の 朝鮮民事令 제11조는 親族, 相續에 관하여는 原則적으로 日本民法을 適用하지 아니하고 **우리의 慣習**에 의하도록 하였기 때문에 오늘날에 있어서도 … 判例의 先決問題로 되는 때에는 당연히 **당시의 慣習**을 따를 수밖에 없을 뿐만 아니라 民法의 親族, 相續編은 **과거의**

1) 1912년에 발효된 조선민사령 제11조는 아래와 같다.

“第11條: 第1條의 法律中, 能力, 親族及相續에 關한 規定은 朝鮮에는 이것을 適用하지 않는다. 朝鮮人에 對한 前項의 事項에 關하여는 慣習에 依한다.”

우리 慣習을 바탕으로 하여 制定된 部分이 적지 않기 때문에 現行民法의 親族, 相續編의 올바른 해석과 적용을 위하여도 우리의 舊慣習을 찾아내어 이해하는 일은 매우 必要하고 重要한 일이 아닐 수 없다²⁾.

위 글에서 ‘관습’은 가족관계 판례와 가족법의 해석과 적용의 근거가 되는 것으로 그 중요성이 강조된다. 하지만, 이 책자가 기반하고 있는 18종류의 출전 중 16종의 출전이 1910년대부터 1930년대에 걸쳐 작성되었다는 사실에 대해서는 언급하지 않고 있다. 사실상, 일제시기의 관습조사와 관습의 확정이 오늘날 한국 사회가 가지고 있는 민사상 구 관습의 내용의 거의 전부를 의미한다고 해도 지나치지 않을 것이다. 해방 이후 한국 관습에 대한 재조사 혹은 재검토가 거의 없었기 때문이다.³⁾ 달리 말해, “우리” 관습에 대한 현재의 지식 수준이 식민지 시기의 그것과 별반 다르지 않다고 할 수 있다.⁴⁾ 그럼에도 불구하고, 위의 담화에서 보면, 일제시기의 관습을 “우리의 관습”으로 표현하고 있고, 이 때의 “舊”란 정확하게 어느 시간대의 과거를 지칭하는지도 불투명하다. 이러한 ‘관습’ 어법에 여하히 주체성과 시간성을 불어넣을 수 있을까. 우선, 그것을 위해서는 기존의 지배적인 시각인 사실로서의 관습이 아니라 지식으로서의 관습의 시각이 필요할 것이다. 식민지 시대부터 현재에 이르는 ‘관습’을 논하기 위해서는 관습의 조사 방법, 시각, 결정 과정, 내용, 이후의 연속·불연속, 조사가 놓였던 권력관계 등 관습이라는 지식 형성을 분석하지 않으면 안 되기 때문이다.

식민지 시기의 ‘관습’은 한국의 문화적 정체성의 측면에서도 중요한 사안이다. 해방 이후 한국 가족법의 역사에서 볼 때, 민법 제정과정에서 중심적인 제정 원칙 중 하나는 전통존중론이었으며 1960~1980년대를 통한 가족법 개정에서도 그러한 전통론이 무력해진 적은 없었다.⁵⁾ 전통존중론에 따르면, 여타의 법 분야와는 달리 가족법은 언제나,

2) 법원행정처, 1985 <親族相續에 관한 舊慣習> 《裁判資料》 29, 1 (필자강조)

3) 해방 이후 대한민국 정부가 작성한 관습 보고서에는 두 종류가 있다. 하지만 어떤 것도 실제로 관습에 관한 재조사를 하였다고 보기 어렵다. 하나는 1958년 UN 사무총장의 한국의 혼인관계자료 요청에 답하기 위한 보고서이다. 다른 하나 역시 외국의 요청에 의해 작성된 것으로, 1958년 駐日 代表府에서 재일한국인의 상속사건을 처리하기 위해 우리나라 현행법의 상속법 관계자료를 요청한 것에 대한 보고서이다. 이를 위한 새로운 관습조사는 없었으며, 오히려 식민지 시대의 ‘관습’이 다시 한번 ‘한국의 관습’으로 확인되었다고 할 수 있다. 이 보고서들은 朝鮮民事令, 일제시기에 확립된 慣習, 일본의 舊民法, 그리고 1960년 1월 1일부터 시행될 韓國 民法을 ‘관습’ 자료로 하여 작성되었다[정광현, 1967 《한국 가족법 연구》 (서울대학교출판부) 258~271].

4) 정광현, 1967 《앞 책》 64~68

5) 여성평우회, 1983 《가족법은 왜 개정되어야 하는가(미간행 논문모음집)》 ; 이태영, 1982 《가족법 개정운동 37년사》 (가정법률상담소 출판부)

기본적으로, 또 중심으로 한국 고유의 가족전통을 법의 원리로 삼아야 한다. 이런 의미에서 ‘전통’은 한국 가족법에서는 하나의 법철학(jurisprudence)이라고 할 수 있다. 하지만, 이 때의 ‘전통’이란 어떠한 역사적 근거에 입각한 것인지 불투명하다. 흔히 그것은 조선시대의 전통인 것처럼 상정되지만, 정확한 논거가 대개 제시되지 않으며 특히 일제 시대의 영향에 대해서는 대체로 침묵한다. 하지만 앞의 문건에서 보았듯이, 한국 가족의 ‘구’ 관습은 식민지 당시의 지식에 크게 의존하고 있는 실정이어서 조선의 가족제도와 현재의 가족법간에 식민지 영향이라는 ‘어두운 기반’이 놓여 있지 않은지 파헤쳐야 한다. 한국의 ‘전통’은 식민지 유산을 부정하면서도 중첩되어 있지 않은지 그 유산을 밝혀 내야 할 것이다. 이렇게, 식민지 시기의 ‘관습’의 성격 규명은 한국의 가족 ‘전통’에 대한 역사적 성찰과 문화적 정체성을 조명하는데 큰 의미를 가진다.

법사학계에서는 일반적으로 일제시기 조선의 가족법을 일제에 의한 조선의 고유 전통의 왜곡으로 이해해 왔다.⁶⁾ 조선민사령 11조의 거듭된 개정을 통하여 식민지 조선의 가족법이 일본의 이에(家)제도의 이식이라는 대세 속에 놓여 있었다고 할 때, 식민지 동화 정책이 가족법의 큰 배경을 이루었고 일본식으로 조선의 관습을 곡해하였다는 것을 부인하기 어렵다. 하지만 이러한 이해는 지극히 단순하다고 생각한다. 무엇보다, 이 왜곡론에는 일제에 의해 왜곡되지 않은 한국의 진정한(authentic) 전통에 대한 이미지가 내재해 있어서 식민지 유산의 극복은 진정한 전통을 복구하는 작업으로 귀착된다. 예컨대 정궁식 교수는, 일제시기의 관습 연구는 “천황제 가족 이데올로기에 오염되지 않은 원상태의 우리 가족법”을 모색하고 “식민당국의 왜곡된 법관을 바로잡고 숨겨진 관습을 밝혀 역사에 근거한 법 생활의 전통을 수립하고자”하는 목적을 가진 것이라고 한다. 또한 “일제시기의 모든 자료를 일제 식민당국의 정책과 관련하여 비판적으로 고찰하여야 한다”고 하지만,⁷⁾ 문제는 어떠한 “비판적” 자세를 가질 것인가이다. 단순히 질문하여, 일제시기에 일어난 변화가 무릇 관습의 왜곡이기만 하다면 해방 이후 ‘진정한’ 전통을 찾기만 하면 해결되는 것인가.

특히 본 연구에서 다루어지는 가족과 같은 분야는 조선의 전통과 관습이 강조된 문화 영역이요, 섹슈알리티가 표출되고 자녀를 양육하는 이른바 사적 영역이다. 이 영역에 있어서 식민지 이전에 이미 존재해 온 가부장제 가족제도와 그 이데올로기의 관성의 힘이

6) 이병수, 1977 <조선민사령에 관하여 - 제11조의 관습을 중심으로 -> 《법사학연구》 4 ; 이상욱, 1988 <일제하 호주상속관습법의 정립> 《법사학연구》 9 ; 박병호, 1992 <일제하의 가족정책과 관습법형성과정> 《법학》 33~2

7) 정궁식 편역, 1992 《國譯 慣習調査報告書》 (한국법제연구원) 37

매우 크다 하겠다. 그런가 하면, 해당 관습이 부재하다는 등의 이유로 일본 제국주의 국가는 일본의 해당 민법을 조선에 借用하여 갔으니, 점차로 일본 구민법의 적용을 받게 되었다. 이러한 상황 속에서 조선의 가족은 ‘관습’과 일본식의 ‘근대’의 영향이 혼재하는 복잡한 법과 문화의 공간으로 재구성되었다.

호주제도의 경우가 잘 보여주듯이, 아들에 의해 가통이 계승되는 부계계승(patri-lineage), 여성이 결혼 후 夫家에 편입되는 부처제 결혼제도(patrilocal marriage), 한 가정의 대표자를 남성으로 세우는 남성 가부장제(patriarch)라는 축을 가진 가부장제도는⁸⁾ 한편으로는 조선의 관습의 이름 하에, 다른 한편으로는 일본 구민법과 식민지 국가의 지배의 관점에서 정당화되었다. 더욱이 식민지 피지배 이후에도 이러한 제도는 조선의 ‘전통’으로 간주되어 그 폐지에 큰 저항을 만나게 되었다.

드디어 2005년 2월 헌법재판소는 호주제도에 대한 헌법 불합치 결정을 내렸고, 그해 3월 국회는 호주제도를 삭제한 민법안을 의결하여 2008년 1월부터 호주제도가 폐지된 민법이 발효되었다. 이렇게 오랜 세월동안 지속된 한국의 호주제도의 연원은 식민지 시기 일본 국가의 가족법과 관련 정책을 통해 추적해 볼 수 있다. 이렇게 식민지 시기에 이루어진 가족 가부장제의 국가제도화에 대한 법학적, 사회학적, 여성학적 성찰을 하고자 하는 것이 본 연구의 목적이다. 또한 기존의 순수한 전통의 추구 시각에 대해서도 비판하고자 한다. 이 시각은 ‘전통’에 내재한 계층간, 성별간 권력 문제에 대해서 그리고 국가의 지배 관심과 같은 문제를 간과하고 있으며, 현재 사회와의 조응이라는 문제에 대해서도 대체로 무관심하다. 이 글에서 볼 것처럼 식민지 국가가 가족법규에 미친 영향은 왜곡을 훨씬 넘어선 내밀한 생산-체계화, 분류, 호명 등 -이라고 할 때, 그것을 바라보기 위한 이론적 시각으로서 왜곡론으로는 부족하다.

II. 이론적 배경

이 절에서는 이 글의 이론적 시각이 되는 법인류학, 문화연구, 사회이론 분야 등에서 전개된 ‘전통’과 담론분석, 탈식민주의(postcolonialism) 및 탈식민 페미니즘(postcolonial feminism)에 관하여 개관해 보기로 한다.

8) 이 글에서의 가부장제도는 부계계승제도, 부처제 결혼제도, 좁은 의미의 가부장제도를 포괄하는 넓은 의미로 사용한다.

1. 법인류학과 전통의 구성론

식민지 시기의 관습 및 관습법에 대한 학문적 환기는 주로 아프리카 사회들에 대한 법 인류학 연구에 의해 이루어졌다.⁹⁾ 이러한 연구에서 제시된 ‘관습법’이란 흔히 생각되는 관습법의 이미지, 즉 어느 정도 통합되고 안정된 문화를 가진 전통사회의 규범과는 상당히 다른 면모를 가지고 있었다. 식민지 사회의 관습법이란 흔히 생각하는 것처럼 서구의 근대법과 이분법적으로 대비되는 ‘전근대적’ 법의 보존지대가 아니라 식민지 현재 및 과거의 법, 규범, 실제행동이 서로 만나고, 토착적인 것과 식민지시기에 시행된 백인들의 법규범이 뒤섞여서 만들어진 제3의 산물이라는 것이다. 뿐만 아니라, 전통과 법에 대한 문화적 규정을 둘러싼 식민세력과 토착세력간 내지 토착세력들간의 권력관계의 결과물이다.¹⁰⁾ 무엇보다도 관습법에 있어서 가장 어려운 문제는 ‘과거’를 현재로 끌어들이며 현재를 판단하는 기준으로 삼는 데에 있다.¹¹⁾ 식민지 이전의 사회적 관계의 실질적 정체성은 없어졌는데 그 ‘과거’가 현재의 식민지 사회에서 법적 효과를 발휘하게 된다는 것은 어떤 것을 의미하는가.

레인저(T. Ranger)는 이러한 질문을 식민지 아프리카의 전통에 대한 인류학 연구를 통해 탐구한 바 있다.¹²⁾ 유럽인들은 아프리카의 관습을 존중한다고 스스로 믿으면서 그것을 유럽인들 자신의 신분질서와 분리하고 대비시켰다. 문제는 이 속에서 발생한 문화 경직이다. 백인들의 생각 속에서 구성된 아프리카는 근본적으로 보수적인 사회였다. 그것은 변치 않는 오래된 규율과 이념과 위계질서 속에서 살아가는 사회이다. 이러한 이미지는 식민지 지배 이전의 아프리카 연구에서 나타나는 아프리카와는 매우 다른 것이다. 그러한 연구들에 따르면, 아프리카의 관습은 느슨하게 규정된 유연한 체계로서 전혀 폐쇄된 합의 체계가 아니었다. 따라서, 식민지 현재의 ‘전통적’ 아프리카란 대체로 백인들의

9) Moore, Falk, 1989 "History and the Redefinition of Custom on Kilimanjaro", *History and Power in the Study of Law New Directions in Legal Anthropology*, June Starr and Jane F (eds.), Cornell University Press, Collier. Ithaca; Fitzpatrick, Peter, 1980 "Law, Modernization, and Mystification," *Research in Law and Sociology*, 3; Snyder, Francis G. 1982 "Colonialism and Legal Form: The Creation of 'Customary Law' in Senegal," *Crime, Justice and Underdevelopment*, Colin Sumner (ed.), Heinemann: London

10) Roberts, Simon. 1984 "Introduction: Some Notes on "African Customary Law," *Journal of African Law*, 28

11) Moore, 1989 op.cit.

12) Ranger, Terence. 1983 "The Invention of Tradition in Colonial Africa," *The Invention of Tradition*, Eric Hobsbawm and Terence Ranger(eds.). Cambridge University Press. Cambridge. 특히 250.

머리 속에서 구성된 ‘백인들의 아프리카’라는 것이다. 그래서 레인저는 “관습법, 관습적 토지권, 관습적 정치 구조 등으로 흔히 불리는 것들이 사실은 모두 식민지 법제화(codification)에 의해서 고안된 것이다”라고 쓰고 있다.

이러한 연구는 보다 일반적인 ‘전통의 고안’ 논의와 함께 제시되었다. 에릭 홉스봄(E. Hobsbawm)은, 유럽사회의 근대화 과정이 ‘전통적인’ 사회규약들을 공식화하고 의례화하는 ‘전통’의 고안을 수반하였음을 역설한다. 우리가 아는 보이스카웃, 나치즘의 각종 상징들, 유럽의 國歌 혹은 國旗 등 유럽의 ‘고유’ 문화는 모두 빨라야 18세기의 산물이라는 것이다.¹³⁾ 홉스봄은 이렇게 국민국가의 성립과 민족주의(nationalism)의 대두라는 ‘근대적’ 사회변화가 실은 전통이라는 ‘비근대적’ 문화적 자원을 동원한 것이었음을 설파한다. 따라서, 전통의 고안론은 새로움, 과거와의 단절, 통합성 등으로 특징 지워지는 서구유럽의 ‘근대성’의 역설을 드러내는 작업이라고도 할 수 있다. 흥미롭게도 이러한 사고는 소쉬르 등의 언어철학에 입각하여 사회 현실(social reality)의 언어적 구성에 대한 논의가 풍성하게 이루어지던 1960~70년대에 무르익었다. 언어가 사회 현실을 그대로 재현한다기보다 언어의 질서 속에서만 사회 현실이 구성되고 인식된다는 담론 이론은 사회과학에 있어서는 일대 패러다임의 혁신과 같은 전기를 마련하였다. 홉스봄의 전통론은, 전통을 사물처럼 취급하는 ‘있는 그대로’의 전통이 아니라 전통을 그것에 대한 지식구성이라는 시각으로 바라본다는 점에서 담론적 패러다임 안에 있다고 하겠다. 뿐만 아니라 과거가 현재를 낳는다는 인과모델이 아니라 현재 안에서 재생산되는 과거 문제를 가시화시켜 준다는 점에서 계보학적 역사연구의 예를 보여준다.

하지만 레인저의 연구와 같은 탈식민 사회의 관습론은 유럽사회의 전통론보다 한층 복합적인 맥락을 다루어야 하는 과제를 안고 있다. 홉스봄 등이 주로 서구의 근대성이 전통을 고안하는 방식, 즉 현재가 과거의 문화적 기표를 생산하고 그것에 의존하는 방식에 관심을 가졌다면, 탈식민 관습 연구는 이러한 시간성(temporality)에 더하여 서구와 비서구라는 공간성(spatiality)의 차원을 함께 다루어야 했기 때문이다. 그것은, 비서구사회의 ‘근대’란 진화론적 자기 전개에의 귀결이 아니라 서구라는 異文明과의 관계맺음 엄청난 의미를 띠는 것이었다.¹⁴⁾ 더구나 비서구와 서구의 조응이란 제국주의 권력 패러다임 속에서 이루어졌다는 점에서, 백인의 개입을 통한 식민지 사회의 ‘토착’ 관습의 정착은 여

13) Hobsbawm, Eric. 1983 "Introduction: Inventing Traditions.," *The Invention of Tradition*, Eric Hobsbawm and Terence Ranger (eds.), Cambridge University Press: Cambridge, 2~10

14) Dirlik, Arif, 1987 "Culturalism as Hegemonic Ideology and Liberating Practices." *Cultural Critiques*, spring.

러 층위를 가진 문제지형이다. 그것은 제국주의가 식민사회를 규정하는 시선 속에서 형성되었을 뿐 아니라, 이 시선이 피식민지인들이 자신을 비추어보는 문화적 거울로 굳어지게 된다는 것이다. 그리하여, 식민지 지배에서 벗어난 사회에서 식민지시기에 정립된 관습은 다시 ‘전통’의 이름으로 정치 지도자들의 지배의 수단으로 활용되곤 하였다.¹⁵⁾ 이런 문제는 전통이라 굳건히 믿어져 온 혹은 그렇게 믿고 싶은 가부장제에 대하여 더욱 완강하게 나타났다. 그렇다면 식민 이후의 사회가 ‘식민지적 전통’을 헤쳐 나올 수 있는 수단은 어떤 것일까. 이 문제의식의 단초를 탈식민주의에서 찾아보기로 한다.

2. 탈식민주의와 탈식민 페미니즘의 문제의식

탈식민주의 연구의 중요성은 무엇보다도 전 세계 인구의 4분의 3이 체험하였고 여전히 극복되지 않는 역사라는 점에서 찾아질 수 있다. 그럼에도, 사회과학의 지배적 패러다임인 근대화론에 따르면 식민주의 역사는 특수하거나 지역적인 문제로 처리된다. 식민 이후 사회에서 진행된 식민주의 연구조차 서구의 인본주의적 계몽주의 패러다임을 크게 벗어나지 못하고 있다.¹⁶⁾ 누구의 눈으로 식민지 비서구 근대를 바라볼 것인가이다. 이 점에서 탈식민주의 연구 그룹은 스스로를 식민지 시대 연구를 넘어서서 새로운 사회·역사·인문학의 패러다임으로서 자리매김하고자 한다.

식민주의 연구의 선구자에 해당하는 프란츠 파농(F. Fanon)이나 알베르 메미(A. Memmi)에 따르면, 식민주의란 단지 식민지 지배 주체가 피지배 객체를 경제적으로 착취하고 정치적으로 억압한 과정에 그치지 않는다. 그것은 피지배 사회의 지식생산, 상징, 신화에까지 개입하는 문화적이고 정신적 과정이라는 것이다.¹⁷⁾ 파농은 다음과 같이 갈파하였다. “식민주의는 타자에 대한 체계적인 부정이고 타자에 대해 어떤 인간적인 속성

15) Chanock, Martin. 1982 "Making Customary law: Men, Women, and Courts in Colonial Northern Rhodesia," in *African Women and the Law: Historical Perspectives*, Margaret Jean Hay&Marcia Wright (eds.), Boston University Press: Boston; Moore, 1989 op.cit.

16) Chatterjee, Partha, 1989 "The Nationalist Resolution of the Women Question," *Recasting Women-Essay in Indian Colonial History*, Kumkum Sangari & Sudesh Veid(eds.), Kali for Women. Delhi; Chakrabarty, Dipesh. 1994 "Postcoloniality and Artifice of History: Who Speaks for 'Indian' ast?," *The New Historicism Reader*, H. Aram Veese, (ed.), Routledge:New York

17) Fanon, Franz, 1995(1979) 《검은 피부, 하얀 가면》, 이석호 역, 인간사랑: 서울 ; Memmi, Albert, 1967 *The Colonizer and The Colonized*, Beacon Press: Boston

도 허용하지 않으려 하기 때문에 그것은 피지배민족으로 하여금 항시 ‘실제로 나는 누구인가’라는 질문을 되씹도록 만든다”.¹⁸⁾ 탈식민주의 이론에 비추어 성찰할 때, 식민주의를 극복을 위해서는 무엇보다도 식민지성(coloniality)과 지연된 포스트식민지성(postcoloniality)을 인식 가능하게 만드는 것이 중요하다. 그것이 어떠한 성격이며 어떻게 작동하는지를 알지 못할 때 그로부터 벗어날 수 없을 것이다.

탈식민주의 페미니즘은 탈식민주의의 비판적 구성원이다. 한편으로는 탈식민주의의 남성 중심성을 비판하면서, 다른 한편으로는 서구 중심의 페미니즘을 다시 쓰고자 한다. 이로써 탈식민주의의 더 현실적인 버전, 혹은 페미니즘의 더 역사화된 이론을 지향한다. 하지만, 탈식민 페미니즘이라 불리는 저자들의 연구 경향이 반드시 같지 않고 누구까지를 그렇게 호명해야 하는지도 불분명하기에 정확한 경계를 긋기는 어렵다. 기초적 이해를 위해 그 의미의 갈래를 짚어보기로 한다.

먼저, 탈식민 페미니즘은 기성 페미니즘을 탈식민한다는 방향성을 가진다. 이 방향은 이른바 프랑스 페미니즘에 대한 비판적 해독을 한 스피박의 연구, 또 넓은 의미의 제3세계 페미니즘(The third world feminism) 계열에서 나타난다. 이들은 그간의 페미니즘이 제1세계 여성의, 중산층의 경험에 입각하여 구성되어 왔고 그 잣대로 제3세계 자매들을 재단해 왔다고 비판한다. 이들은 제1세계 자매들이 구사한 권리, 평등, 개인성 담론으로 다른 인종과 제3세계의 여성들의 지위를 상승시키고자 할 때 나타나는 문제점들을 비판한다. 스피박이 ‘국제적 틀에서 본 프랑스 페미니즘’에서 줄리아 크리스테바(Julia Kristeva)의 ‘중국 여성에 관하여’에 가한 비판(Spivak, 1988)은 그 대표적 글쓰기에 속한다. 크리스테바가 중국 방문 후 쓴 글에서는 사물의 질서와 상징 질서 간의 명확한 구분이 없이 무의식적 충동이 지배적인 중국 문자는 기본적으로 前외디프스 단계인, 모성의 단계를 보인다고 주장한다. 스피박은 제1세계 여성에 의한 제3세계 현실의 ‘재현’을 문제삼으며 기존 페미니즘에 대한 해체와 새로운 글쓰기를 추구했다. 더 나아가, 서구 중산층의 입장에 기초한 주류 페미니즘은 제1세계와 제3세계 여성간의 분업과 착취문제를 간과한다는 점으로도 비판이 확대된다(Mies, 1982). 이외 성매매, 현지처와 같이 제1세계 남성을 매개로 하여 제1세계와 제3세계 여성들은 서로 ‘만난다.’(Mohanty, Russon, Torres, 1991). 이렇게 탈식민 페미니즘은 서구 중산층 중심의 페미니즘 담론을 비판하고 지역화하였다.

둘째, 식민주의에 대한 민족주의 역사 서술에서 대한 여성주의적 비판의 방향이 있다.

18) Fanon, 1995, 《위 책》 201~202

이 페미니즘은 기존의 민족주의 역사서술을 여성주의를 통하여 비판한다. 앞서 본대로 탈식민주의가 민족주의를 넘어선 반식민 담론을 추구한다고 할 때, 탈식민 페미니즘은 탈식민주의 연구에 있어 성별 차원을 들여오면서 서브알턴을 보다 구체화한다. 피식민지의 ‘토착적’ 가부장제가 식민지 시기 동안 어떻게 공고해지고 탈식민 이후 순수한 ‘전통’으로 표상되었나, ‘여성’이라는 기호는 어떻게 민족의 ‘숭고한 전통’으로 자리매김하게 되었는가 등의 질문을 다룬다.¹⁹⁾

셋째, 식민피지배와 탈식민지 사회 분석의 방법론으로서의 분석 방향이 있다. 실제로 앞의 분석과 많은 경우 중복되지만 이 조류는 특별히 기존의 역사 서술과 겨루는 것이 아니라, 식민사회 상황 속에서 가부장제의 작동을 분석한다는 의미에서 식민주의 분석 자체를 성별화(engendering)한다는 데 차별성이 있다. 식민주의의 지배체제는 가부장제와 어떻게 서로 선택적으로 관련되었는가. 예컨대, 사티(sati, 과부순장제도) 폐지를 둘러싼 영국 식민지 정부 하의 논쟁에서 어떻게 인도의 가부장적 ‘전통’ 담론은 논란되고 재확립되었는가.²⁰⁾ 법제도에 반영된 여성과 ‘도덕’ 통제는 국가 혹은 그것을 넘어서 국제적 지배체제와 어떻게 유기적으로 결합되어 있는가와 같은 연구 경향으로 나타난다.²¹⁾ 이 연구 경향은 여성주의를 통해서 ‘여성(그 지위 및 표상 등)’ 자체만을 문제 삼는 것이 아니라, 이를 통해서 젠더 시스템이 식민과 식민후기 사회, 국가, 지배체제와 어떻게 관련되는지 분석하는 방법을 찾고 있다.

이렇게 탈식민 여성주의(페미니즘)는 기존의 민족주의적 반식민담론과 맑시스트 급진 역사학에서 혹은 서브알턴 연구에서마저 ‘여성’과 ‘젠더’의 삭제를 비판하고 서브알턴의 성별성을 제기함으로써 탈식민주의를 실체화한다. 다른 한편, 서구 백인 중심의 여성주의를 비판하고 ‘지역화(localize)’하고 자기 땅의 페미니즘을 구성함으로써 페미니즘을 역사화한다. 이렇게 탈식민 여성주의 연구들은 민족주의 역사학에서 포착되지 않았던 ‘전통’과 민족’의 식민지적 계보를 밝혀낸다. 더 나아가, 이러한 탐구는 식민지 시기와 이후의 시민사회, ‘정치적인 것,’ 그리고 서브알턴의 像 의미를 근본적으로 질문한다. 식민주의는 이민족에 의한 지배였을 뿐 아니라, 자기 민족 안에서의 투쟁이기도 하였고, 정치

19) Chatterjee, 1989 op.cit.

20) Mani, Lata, 1989 "Contentious Tradition: The Debate on Sati in Colonial India, *Recasting Women*" *Essay in Indian Colonial History*, Kumkum Sangari & Sudesh Veid (eds.), Kali for Women: Delhi

21) Alexander, Jacqui, 1991 "Redrafting Morality: The Postcolonial State and the Sexual Offences Bill of Trinidad and Tobago," *Third World Women and the Politics of Feminism*, Chandra Mohanty. Ann Russo & Loures Torres (eds.), Indianapolis: Indiana University Press; Suleri, Sara. 1992 "Women Skin Deep: Feminism and Postcolonial Condition," *Critical Inquiry*, 18

적인 영역으로 상승되지도 못한 식민주의 ‘사적 영역’의 재구축 과정이었고, 어떤 사회 공간은 시간의 흐름 바깥으로 밀려나간 과정이기도 하였다.

이러한 시각에서 볼 때 식민지 시기 한국 가족법은 공과 私, 전통의 근대가 만나고, 식민지 조선과 제국 일본, 여성과 남성과 같은 권력관계가 조응하는 다차원적 문제영역이다. 이를 분석하기 위해서는 식민지 시기 ‘근대법’의 개입에 의한 관습문제, 관습이 규칙화되면서 발생한 가부장제의 재구성틀 살펴보아야 하고, 이에 관한 역사연구와 사회이론, 페미니즘이라는 방법론이 요청된다. 이 글은 특히 사적이었던 가부장적 제도들이 식민지 시기를 통해 국가 제도화되었고, 그것이 오히려 조선의 ‘관습’의 이름으로 정당화되었던 상황을 밝혀내고자 한다. 본 연구는 이렇게 법학, 사회학, 문화연구, 여성주의 분석과 같은 학제적 접근을 취하며, 기존에 제시된 자료에 대한 새로운 의미부여를 꾀한다.

III. 식민지 조선에서 가족법의 상황

1. 조선민사령 제11조와 ‘관습’ 원칙

조선의 식민지 통치와 함께 일본 식민지 정부는 <조선에 시행할 법령에 관한 건>이라는 긴급칙령을 1910년 8월 29일 공포하였다. 이 칙령은 일제 통치하의 조선의 법률은 조선총독의 명령(제령)으로써 규정할 수 있다는 것과 일본의 법률 중 조선에 시행할 것은 칙령으로 정한다는 것을 선포하였다(정광현, 1967: 21). 이러한 조선 총독의 제령 중 제7호로써 1912년 3월에 선포되고 4월부터 시행된 조선 민사령은 식민지 조선에서 민법에 관한 기본법령으로서 식민지 통치기간 내내 유효하였다. 그 제1조는 “民事에 關한 事項은 本朝鮮民事令이나 其他 法令에 特別한 規定이 있는 境遇를 除한 外, 다음의 法律에 依한다”라고 규정하고 있다.²²⁾ 앞서 언급하였듯이 친족 상속분야에 관해서는 제11조에 의하여 ‘관습’을 따르게 된다. 이렇게 아무 특정화 없이 그저 ‘관습’을 가족법의 중심적 근거로 삼은 민사령 제11조는 가족법 영역에 두고두고 깊은 영향을 남기게 된다. 그렇다면, 식민지 조선의 ‘관습’은 누가, 어떻게 판단하였을까. 이 절에서는 식민지 조선의 ‘관습’의 원천을 중심으로 하여 식민지 시기 가족법의 상황을 개관하기로 한다.

22) 조선민사령 제1조에 제시된 의용 법률은 다음을 참조할 것[정광현, 1955 《한국 친족상속법 강의》(위성문화사) 955].

조선의 ‘관습’의 원천은 먼저 일제에 의해 행해진 조사에서 찾아진다. 일제는 여러 차례 조사의 주체를 변경해 가면서 조선의 관습조사에 매진하였다. 이미 한일병합 이전 통감부시대에 일본은 이미 한국에 시행할 민법편찬 자료로 삼기 위하여 부동산법조사회와 법전조사국을 설치하였고 1908년 5월부터 1910년 9월까지 한국의 民事·商事관습 전반에 걸쳐 전국적인 규모로 관습을 조사하여 이 조사의 결과가 1910년 《한국관습조사보고서》로 간행되었다. 조선총독부는 한일합방에 따라 법전조사국을 폐지하고 1910년 10월 총독부 내에 取調局을 설치하여 그 사무를 인계하였다. 취조국은 조선 전역의 관습을 조사하고 문헌을 번역하는 작업을 하였고, 1912년 3월 조사된 관습을 정정 보충하여 다시 《관습조사보고서》를 간행하였다. 한편 취조국은 1912년 폐지되고 參事官室로 대치되었고, 1913년에 1912년의 《관습조사보고서》를 재판하였다.²³⁾

위의 관습조사보고서 이외에도 관습의 존부가 문제되는 경우 행정관청의 심의와 회답, 통첩 등으로 사안별로 그 존부가 결정되어 法源으로서의 효력을 가지고 있었다. 1918년에는 구관제도의 조사내용을 심사하기 위하여 중추원내에 <舊慣調査委員會>를 설치하였고, 1921년에는 구래의 풍속 관습 등을 참작하여야 할 법령과 시설에 대해 미리 그 가부를 심사하기 위하여 <舊慣及制度審査委員會>를 설치하였다. 이상과 같은 조사와 개별적 심의 등으로 형성된 관습법의 법원은 다음과 같이 다양했다. ① 司法部長, 法務局長, 政務總監, 中樞院議長과 같은 고위관료의 通譯, 回答, 訓令, ② 사법협회, 판례조사회, 조선호적협회, 구관제도조사위원회와 같이 관련 위원회의 결의 및 회답, ③ 조선 고등법원의 판결 등이 그것이다(정광현, 1967: 32~33; 정공식, 1992: 24~30면). 이 때 법원간의 상하관계마저 명백하지 않았는데, 단지 관료들의 결정이 가장 상위의 관습 법원인 것으로 여겨질 뿐이었다(정광현 1967: 24). 이렇게 볼 때, 관습 법원은 그때그때 새로운 법원이 만들어질 수 있는 가변적이고도 비체계화된 상태에 있었으며, 관료들의 결정을 따름으로써 자의적 결정의 가능성을 상당히 가지고 있었다.

식민지 당국은 식민지 지배의 기반으로, 민상사 관습의 조사에 대해 투철한 의지를

23) 1915년부터는 이 구관제도조사사업을 中樞院에서 담당하게 되었다. 이에 따라 중추원은 민사관습, 상사관습, 제도조사, 풍속조사를 수행하고, 구관제도관련자료를 편찬하였다. 이후 1933년 중추원은 1909년부터 1933년까지 법원 등의 관청이 조선의 관습에 관하여 조회한 사항 324건을 총정리한 民事慣習回答彙集을 간행하였다. 이 회답회집은 1933년까지 9월 당시까지 한국법전조사국, 조선총독부취조국, 참사관실 및 중추원, 법원 기타 관청의 문에 대하여 당국이 회답한 관습을 분류, 편찬한 것으로 식민지 시기 판례법 형성에 있어서 가장 기본적 자료라고 할 수 있다[정광현, 1967 《앞 책》 159 ; 정공식, 1992 《앞 책》 24~30].

가졌던 것으로 보인다. 따라서 친족 상속에 관한 한 조선에서 실행되어 온 ‘관습’에 의거한다는 원칙을 의미하는 것으로 보이는 관습 원칙은 실제로는 일본의 관리와 학자들에 의해 파악되고 기록된 문서에 의존하는 구조를 가지고 있었음을 알 수 있다. 이렇게 조선의 문화의 고유성을 인정하는 듯한 ‘관습’이란 일본제국주의 국가 권위에 의해 다시 그 내용이 채워지게 되는 기이한 원칙이었다. 거기에는 홉스봄이 말하는 바와 같이 전근대 사회에서의 임의적 관습이 ‘근대적’인 법체계 속으로 해석, 분류, 보편화되는 근대적 사회변화의 측면이 없지 않다. 하지만 한국에서 이러한 변화는 식민주의라는 지배 관계 속에서 이루어졌으므로, 일본적 시각으로 바라본 한국의 ‘관습’이 정착되는 계기를 이루고 있다. 따라서, 일제시기 ‘관습’이 일본 구민법의 시각에 의해 조사되고 결정되었을까는 중요한 문제가 아닐 수 없다.²⁴⁾

1908년부터 5월부터 1910년 9월까지 법전조사국은 최초의 전국적 관습조사를 실시하였다. 당시 조사방법에 대해서는 구체적으로 남은 것이 없기 때문에 자세히 알 수는 없으나 관습조사의 예비적 성격을 갖는 부동산법조사회의 조사자료를 통하여 그 방법을 짐작할 수 있다. 이 때 관습조사를 위하여 206문제를 조사했는데 이는 일본의 민상법 체계에 충실했다는 점에서 이 조사는 일본의 법체계의 틀내에서 이루어졌다고 할 수 있다.²⁵⁾ 조사상의 문항 뿐 아니라 조사의 체계 자체가 일본 구민법의 편별 방식인 판덱텐(Pandekten) 체계를 그대로 따랐으므로 조선의 관습조사 보고서도 이 체계를 따랐다.²⁶⁾

나아가 조선의 ‘관습’에 미친 일본법의 영향은 단지 조항과 체계에 그치지 않는다. 그것은 개념과 용어에 이미 깊숙이 침투되어 있었다. 예컨대, 家督, 他家相續, 廢絶家, 一家復興 등 조선의 가족제도에는 익숙치 않았던 개념과 용어에 의해서 조선의 ‘관습’을 묻고 조사했다.²⁷⁾ 이 문제는 단지 조사의 부정확성에 그치는 것이 아니라 부적합성을 나타낸다. 일본의 관습과 법 개념에 입각한 조선의 관습 조사라는 것은 일본의 시선에 의해 해석하고 조선의 관습을 적극적으로 생산한 과정이었다는 것을 알 수 있다.

24) 관습조사 방법과 태도에 관해서는 다음을 참고함[정공식, 1992 《앞 책》 : 8~9 ; 법원행정처, 1985 《앞 책》].

25) Smith, Roberts, 1996 "The Japanese Confucian Family," *Confucian Tradition in East Asian Modernity-Moral Education and Economic Culture in Japan and Four Other mini-Dragon*. Tu Wei-Ming(ed.), Harvard University Press: Cambridge.

26) 윤대성, 1991 <일제의 한국관습조사사업과 전세관습법> 《한국법사학논총》 박병호교수 화갑기념 (박영사)

27) 보다 자세한 설명은 양현아, 2000 <식민지 시기 가족 “慣習”을 통해 본 오리엔탈리즘, 근대성, 식민지성> 《한국 사회사학회 하계 워크샵 발표문》 미간행 논문 참고.

2. 일본 구민법의 이식

일본 국가의 눈에서 본 조선 관습의 구성은 특히 가족 가부장제에서 잘 구현되었다. 그것은 관습 원칙과 함께 일본 구민법의 이식에 의해서이다. 앞서 본 조선의 ‘관습’에 따른다는 민사령 11조에도 불구하고, 일본 민법전의 친족 상속편의 조항들이 점차로 조선에 도입되었다. “해당 분야에 적절한 관습이 없다(정광현, 1967: 21)” 또 “시세의 진운과 함께 발생한 新事情(정공식, 1992: 12)”이 있다는 것 등이 이유로 들어졌다. 일본 민법 조항의 도입은 민사령 제1조에 의해 법적 근거가 마련되어 있다. 그런데, 이 때 도입이 법의 체계적 적용이 아니라 법조항을 빌려쓴다는 의미에서 借用이라는 점에 유의할 필요가 있다. 식민지 조선에서 일본 구민법 법전 전체가 적용되지 않았으며 조선에 효력이 있는 일본법령이라 할지라도 그 해석이 일본과 동일하다고 볼 수도 없었다(정광현, 1955: 22~26) 이 ‘차용’의 의미에서 이미 일본법의 적용이 항목별로 그때그때 편의적으로 이루어질 수 있는 것임을 알 수 있다.²⁸⁾

조선에서의 일본 민법의 차용은 민사령의 개정과 호적법의 제(개)정을 통하여 이루어졌다. 조선 민사령 11조의 1차 개정 (1921.11.14)에 의해 친권, 후견인, 친족회에 관한 일부 조항의 차용이 가능하게 되었으며 이듬해의 제2차 개정 (1922.12.7)에 의해서는 일본 민법의 더 많은 조항이 조선에서 효력을 발휘하게 되었다. 혼인 연령, 재판 이혼, 인지, 재산상속, 1차 개정에서 차용되지 않은 친족회의 나머지 조항에 관한 조항이 그들이다. 다시 1939년 11월 10일 3차 개정에 의해 일본법의 효력이 확장되었는데 이 때에는 씨에 관한 규정, 재판상 離縁(破養)에 관한 규정, 婿養子 緣組의 무효 내지 취소에 관한 규정을 의용하기로 하였다. 동시에 조선민사령 제11조의 2로 “한국인의 養子緣組(入養)에 있어서 양자는 양친과 同姓임을 요하지 아니한다. 단 死後養子인 경우에는 이 제한에 있지 않는다”는 규정을 신설 추가하여, 기존 양자제도의 異姓不養 원칙을 파기하였다. 또한, 같은 날 소위 창씨개명으로 알려진, <氏選定制限 및 氏名變更에 관한 制令>을 발표하여 일본식의 씨제도를 조선에 강행하였다 (정광현, 1967: 22&25). 일본의 서양자 제도와 일본식 씨의 조선에의 이식은 조선 가족제도의 가장 근본적인 법규에 대한 도전이라고 할 수 있다. 이러한 법적 조치는 아시아태평양전쟁(1931~1945)과 함께 식민지 조선의

28) Chen은 식민지 법제화가 이렇게 “항목별(item by item)”로 이루어진 것은 일본의 법정책에 체계적인 원칙이 결여되었기 때문이라고 설명하고 있다 (Chen, 1984 op.cit, 242~248).

수탈 및 조선인의 일본인화에 박차가 가해졌던 시대적 맥락 속에 있었다.

이상과 같이, 식민지 조선의 가족법은 원칙적으로 크게 두 法源에 의한다고 할 수 있다. ‘관습’이라는 불문법과 일본 관련법의 선택적 차용이 그것이다. 실제로 이 두 법원은 분리되지 않았으며 오히려 ‘조선의 관습’이라는 이름 아래 서로 뒤섞이게 되었다. 일본의 법률이 조선에 강제됨에 따라 식민지 조선에서 새로운 가족 관행이 생겨나지 않을 수 없었고, 이러한 관행이 ‘(신)관습’으로 표현되었다는 점 역시 주의를 요한다. 일본의 법조항 자체가 ‘관습’의 원천이라고 하기는 어렵지만, 그것이 새로운 관습의 제도적 맥락을 이루었다는 것이다. 또한 식민지 당시의 관행에 대해서 관례 및 조례 등으로 관계 당국이 결정하면 이들 또한 이후 사례에서 ‘관습’으로 인용되게 되었다. 이에 따라 조선의 관습의 범원에는 조선시대의 법전 및 관행 뿐만 아니라 식민지 사회조건 속에서 형성된 관행 역시 포함된다. 이를 정리하면, 관습에는 다음과 같은 상이한 시대와 제도적 원리들이 포함된다. 먼저, 조선왕조의 법전 등을 고찰하여 현행 관습법으로 식민지 당국이 선언한 것, 둘째, 식민지 당시의 ‘조선’ 사회에서 실행되고 있던 실천들을 식민지 당국이 인정한 것, 셋째, 일본의 법제(예컨대 이에제도)가 적용되고 사회관계가 변화함으로써 생겨난 새로운 관행으로 인정된 것, 넷째, 당시 법원에서 내려진 판결 등이다. 이렇게 식민지 시기 ‘관습’의 결정은 다의적이고 유동적이었던 실천(practices)이 보편적인 분명한 효력을 가진 규칙(law)으로 전화되었던 과정이다.

IV. 이에(家) 제도의 이식과 조선의 戶主制度

1. 이에제도와 식민지 국가

호주제도에 대한 본격적 논의에 앞서 호주제도가 놓여 있던 더 큰 제도인 일본 구민법상의 이에제도에 대하여 논할 필요가 있다. 흔히 일본의 이에제도는 일본의 ‘전통’에 입각한 제도로 알려져 왔지만, 그것은 일본의 봉건시대의 산물이 아니라 메이지시대의 사무라이 가족을 모형으로 하여 고안된 산물이라는 주장이 제기되어왔다.²⁹⁾ 일본의 구민법

29) Watanabe, Yozo, 1963 "The Family and the Law: The Individualistic Premise and Modern Japanese Family Law," *Law in Japan- the Legal Order in a Changing Society*, Arthur Taylor von Mehren (ed.), Harvard University Press, Cambridge; Smith, 1996, op. cit.

을 입안하였던 유교적 엘리트들은 법 입안에 앞서 가족상황에 대한 전국적인 조사를 하였는데, 평민들 중 90%가 결혼형태, 친족계산, 가족구성에 있어서 유교적 법칙과는 다른 ‘비정상성’에 충격을 받았다고 한다. 실제로 1898년에 제정된 일본의 친족 상속편(가족법)은 당시의 일본민중이 아니라 엘리트의 ‘유교’ 개념에 입각한 법전이었다.³⁰⁾

이에제도는 유교에 기반을 둔 일본의 ‘전통적’ 가족제도와 서구적 ‘근대’의 질충으로서 고안된 것이다. 이에란 핵가족제도의 외양에다 직계가족제도의 원리를 기묘하게 통합한 것이라고 할 수 있다. 외형상의 개별 소가족은 지역공동체의 통제로부터 어느 정도 자유로운 소규모 경제단위라는 의미에서 서구유럽의 ‘근대적’ 핵가족의 모형을 염두에 두고 고안되었다. 이에제도 하에서 일본의 전 국민이 호주에 의해 편재된 가족으로 조직되었으며 개개 가족은 별개의 가족이름(氏)으로 등록되었다. 이전에는 씨를 가지지 못하던 대다수 평민이 씨를 갖게 됨으로써 이 과정은 일본의 전 주민에 대한 ‘시민적’ 보편화와 지위상승과 같은 효과를 지니기도 하였다. 다른 한편, 이들 소가족은 계승제도를 통해 끊임없이 재생산되며 개별 이에의 계통들은 천황이라는 혈통적으로 가장 근본적인 본류의 가계에 수직적으로 통합된다. 이런 의미에서 메이지 제국주의 국가는 그 자체가 천황을 시조로 하는 가족모형을 가진 가족국가였다. 이렇게 일본의 구민법 중 친족상속편은 1870년부터 1900년이라는 오랜 시간에 걸친 일본의 전통과 서양의 근대간의 타협의 산물이다.³¹⁾ 하지만 일본의 친족상속편이 식민지 조선에 제시될 때 그것은 진보적이고 움직일 수 없는 법이 되었다. 그것은 단지 근대법의 주입이라는 추상적 목적이 아니라 조선 식민지를 일본의 국가체제 아래로 통합시키려는 제국주의 국가 프로젝트라고 할 수 있다. 본 장에서는 이에의 중심제도인 성과 씨, 양자, 호주제도를 차례로 살펴보기로 한다. 특히 조선에 가장 깊게 각인된 호주제도를 중심으로 논의할 것이다.

2. 姓과 氏, 양자제도

1915년 민적법 개정에 따라 조선의 호적에 본래의 인구조사 방식이 폐지되고 추상적인 이에 개념이 이식되었다. 이 때의 추상적인 이에란 사실적 거주 상태와 상관없이 호주를 중심으로 조직된 호적문서에 기록된 가족을 의미한다. 이 민적법은 1922년 발효된

30) Smith, Waren, 1959 *Confucianism in Modern Japan-A Study of Conservatism in Japanese Intellectual History*. Hokuseido Press, Tokyo.

31) Watanabe, 1963. op. cit.

조선후적령에 의해 대체하였으며 조선후적령은 기존의 호적제도를 한층 효율화하였다. 즉, 호적의 내용, 형태, 수정방법, 우선 순위에 있어서 자세한 원칙이 정립되었고 분실의 가능성에 대비하여 모든 호적문서를 두 부씩 작성하여 따로 보관하기로 하였다. 이와 함께 결혼, 출생, 사망, 양자, 과양, 분가/부흥가 등 모든 가족사항의 변동에 있어서 기존의 사실주의에서 등록주의 원칙을 채택하는 대변혁을 가져왔다(정광현, 1967 ; 박병호 1992). 이 과정은 조선인에 관한 모든 사항이 국가 문서에 의해 기록되고 편제된다는 점에서 조선인의 '국민화'를 가져온 사건이라고 할 수 있다. 또한 조선인의 사적 정보가 국가가 관장하는 공적 정보로 통합되고, 국가의 등록과 승인을 받아야 하는 사항으로 변화한 것이다.

한편, 1939년 조선민사령 제3차 개정에서 선포된 <氏選定制限 및 氏名變更에 관한 制令>에 의한 일본식 씨제도의 강행은 조선에서 이에제도 이식의 완성을 위한 조치로 이해할 수 있다. 창씨개명으로 알려진 이 대대적 개혁은 조선인에게 일본인과 마찬가지로의 씨를 가지게 하는 제도였다. 그럼에도 이 제도는 식민지 지배가 아니라 자본주의적 근대 사회에 발맞추는 것으로 정당화되었다. 아래 글은 당시 경성일보 1933년 12월 10일자에 실린 야스다 간타(安田幹太) 교수의 조선민사령 개정에 관한 해설의 일부이다.

日本에서도 예전에는 氏族制度가 행하여졌던 당시에는 日本의 所謂 姓은 朝鮮의 今日的 것 과 전혀 동일하였던 것 같다. … [하지만] 朝鮮과 같은 姓이 廢止되고 家의 呼稱인 氏를 稱하게 된 것 같다. … 朝鮮人中 保守의 知識階級中에는 姓의 呼稱을 廢止하고 그 姓을 不分明케 함은 人倫을 紊亂케하는 原因이라고 생각하는 이가 적지 않은 것 같다. 그러나 그릇된 姓을 稱하게 할 것이나 氏를 稱하게 할 것이나 하는 것은 확실히 時代의 政治, 經濟組織이 이를 決定한다. … 例컨대 延安李氏가 一族一體로서 政治, 經濟生活을 하고 있던 옛날에는 延安李氏에 속하는 各個人은 李姓으로 呼稱함이 必要하였다. 그런데 今에는 延安李氏의 一族은 事實상 數十百의 家로 分裂되고 場所를 달리하고 生活을 別途로 하고 있다(정광현, 1967: 62~63 재인용, 필자 강조).

이 답론은 성과 씨제도를 전근대와 근대적인 것으로 대비시킨다. ‘연안 이씨’가 모두 모여 살지 않는 현재의 정치, 경제체제에서는 수백세대를 동일하게 지칭하는 姓제도가 아니라 그 세대를 지칭할 수 있는 일본식의 氏가 필요하다는 논리이다. 하지만, 일본식 씨제도는 ‘근대성’의 보편적 요청이 아니라 일본 민법과 국가의 특수한 요청이었다. 일본의 씨제도는 1915년 조선에 도입된 민적법상의 이에제도에 통합된 제도로서, 일본의 씨란 어떤 사람이 혼인, 입양, 이혼, 과양함에 따라 소속 가를 변경하면 함께 변하는 것이기에 명실공히 ‘이에의 경계’와 일치하는 가족 정체성의 표지이다. 일본의 씨제도는

호주상속, 양자제도, 재산제도와 통합된 것이어서, 이에제도의 보편적 확립을 위해서 조선에 씨제도를 주입할 필요가 있었다. 하지만 조선인의 가족 정체성에 있어서 일본식의 씨를 가지려는 것보다 더 큰 도전은 생각하기 어렵다. 조선시대를 통해 확립된 성본제도에 따르면 성본 변경의 불가능성은 조선의 성본제도의 핵심이었다(이광신, 1973).

1940년 2월 11일(일본왕의 생일) 위 명령의 발효와 함께 호적에 일본식의 씨가 조선의 성명을 대체하게 되었는데, 조선의 성은 완전히 사라진 것이 아니라 이전의 ‘本貫’의 자리로 이동하게 되었다. 일반적인 사회활동 - 구직, 입학, 이력서 등 - 을 위해서는 일본식 씨만 가지고도 충분하였지만, 본인의 혈통과 관계된 사항을 위해서는 성이 필요했다. 조선의 성과 본은 마치 숨어 있는 사람처럼 호적의 한 구석에 남게 되었다(정광현, 1967; 28). 일본식의 씨제도의 도입이 조선에서 많은 마찰을 일으켰다는 사실은 그리 놀랍지 않다. 예컨대, 형이 선정한 씨에 동의하지 않는 분가한 동생은 형과 다른 씨를 선정할 수 있었으니, 이제 형과 동생이 다른 씨를 가질 수 있게 된 것이고 이는 조선의 성제도 하에서는 생각하기 어려운 일이었다. 한편, 조선인의 호적에서 조선인의 성과 일본식의 씨가 공존했다는 것은 일제의 同化와 異化 정책의 관점에서도 설명할 수 있다. 식민 정부가 일본 주민과 동일한 구조의 씨를 조선 주민에게 갖게 하였다는 점은 조선에 대한 동화정책이라고 한다면, 본적의 형태로 조선인임을 식별가능하게 만든 정책은 이화정책의 지점이라고 할 수 있다. 실제로, 가족법의 부속법인 호적법이 식민지 조선에서의 이에제도의 이식에서 매우 중요하다. 국적법 등 여타의 신분법이 적용되지 않았던 식민지 조선인에게 호적은 어떤 사람의 법적 정체를 밝히는 유일한 제도였기 때문이다(정광현 1967: 437 ; Chen 1984: 246 ; 박병호 1992).

일본식의 양자제도인 壻養子 제도의 도입은 일본과 조선 가족을 통합시키고자 했던 제국주의 국가의 의도를 드러내는 또 다른 사례이다. 서양자 제도란 양부모의 딸과 결혼함으로써 양부모의 아들이자 사위가 되는 독특한 일본식 양자제도로써 이중의 결합 - 즉 양자와 혼인 - 이며 같은 가족 안에서의 혼인인 戶內婚姻의 허용이라 할 수 있다. 호내혼인이란 이성인 자를 양자로 삼지 않은 異姓不養과 양자를 親子로 여기는 조선의 관점에서선 근친상간에 해당하는 일이다.

하지만 위와 같은 제도에 의해 일본 남성이 조선 여성과 결혼하고 조선 여성의 호에 속할 경우 그 남성(사위)은 조선 여성(혹은 그녀 아버지)의 씨를 가지게 되고 부인의 호적에 속할 것이며, 반대로 조선 여성이 일본 남성과 혼인하고 남편 이에에 속한다면, 남편의 씨를 가지게 될 것이다. 이로써, 민족적인 차이나 뿌리가 감추어지고 조선인과 한

국인이 한 몸이 될 수 있다는 것이다! 일본의 이에제도상 가족은 하나의 경제단위, 혹은 사업단위로 파악하고, 호주는 그러한 가족재산과 가족사업을 잘 관리하고 계승해야 할 지위라는 관념이 내재해 있다는 것이다(Kondo, 1982; Hamabata, 1983). 말할 나위도 없이 각 민족사회에서 성과 씨, 입양 등의 기능이 동일하지 않을 것이다. 조선에서 입양이란 무엇보다 부계계승적 가계를 계승하기 위함이 주목적이라면, 일본에서 입양이란 가족사업의 계승에 주목적이 있었고, 여기서 혈통 요소는 조선에 비해 덜 문제되었다.

3. 조선의 상속제도와 ‘호주제도’

1) 세 종류 상속이라는 담론

조선과 일본의 가족제도의 차이는 식민지시기를 통해 점차로 무시되고 일본식의 시각으로 조선 관습이 편제되었다. 조선시대의 상속제도는 제사상속과 재산상속의 두 종류로 구성되고 ‘家督相續’이라는 개념이 따로 존재하지 않았지만, 일본의 가족제도에서는 세 종류의 상속제도가 존재했다. 하지만 일본 제국구의 국가는 일본 상속제도에 따라 조선의 관습을 정리함에 따라 1912년 관습 조사보고서 및 이후 상속관습에 관계된 각종 서적에서 조선의 상속제도는 제사상속을 중심으로 재산상속, 호주상속이라는 세 종류의 상속제도로 구성된 것으로 정리되었다. 이로써 호주상속이 ‘조선의 관습’으로 이식되었으며 점차적으로 제사상속과 재산상속은 ‘호주상속’의 하위 개념으로 통합시켰다. 다음은 중추원 조사국 자료 중의 일부이다(연도미상).

李朝의 相續制는 祖上의 奉仕者인 地位의 承繼를 主目的으로 하고 家長權 내지 財産權의 승계를 從目的으로 하는 相續과 遺産의 承繼를 目的으로 하는 것의 두 가지이다. 그러나 이미 戶籍令도 實施되고 家族制度도 이제는 확립되어 그 基礎가 堅固하게 되어 戶主의 地位를 점차 重要視하게 된 現時에서는 乘重은 日本民法의 家督相續인과 같이 戶主權의 承繼를 主目的으로 하고 祭祀權 내지 財産權의 承繼는 從目的으로 하여 그 중에 포함시켜야 할 것이다(정광현, 1967: 235 재인용).

이와 같이 제사상속이 조선의 상속제도에서 부수적인 것처럼 취급되다가 급기야 1933년 3월 3일 조선고등법원 판결에 따라 법적 실체가 아닌 도의적 책임으로 규정되었다. 이렇게 제사상속을 법률 외적인 문제로 규정하고 호주상속의 “종목적으로” 합병했던 것은 조선의 가족제도에 있어서 실로 중대한 사건이 아닐 수 없다. 제사상속이야말로

조선시대의 가족의 구조적 계승의 중추라고 할 수 있기 때문이다(박병호, 1992; 이상욱, 1988:11). 아래와 같은 담론에서도 일본의 가독상속(호주상속)을 기준으로 하여 조선의 承重者를 분류하고 해석한다는 것을 알 수 있다.

日本民法에 규정된 家督相續에서는 法定家督相續人, 推定家督相續人, 選定家督相續人의 三種이 있음은 이미 前述한 바이나 韓國에서는 名稱은 다르지만 그 實質에서 觀察하면 다소 이와 類似한 것이 있다. 卽 後述하는 法定의 推定承重者 卽 嫡子は 日本民法의 法定推定家督相續人과 類似하며 또 宗子の 遺言으로 인한 死後養子は 指定家督相續人과 類似하고 宗子の 死亡後의 遺妻 其他 親族이 選定하는 死後養子は 選定家督相續人과 類似하다(중추원조사국자료, 정광현, 1976: 235 재인용).

조선의 승중자(제사 상속자)가 지정되는 방식에 관심을 가진 이 담론에서 제사계승자와 일본의 가독상속자는 “실질”에 있어서 유사하다고 한다. 이 과정에서 조선의 가계계승자는 자연스럽게 ‘가독상속자’로 호명되고 그 차이의 문제는 사상되었다.

2) 이에제도의 호주와 조선의 가계 계승자

위와 같은 논리에서 일제시기를 통해서 조선의 가족제도상의 宗子, 宗孫, 承重이라는 지위가 호주 지위의 관점에서 해석되고 동일시되었음을 알 수 있다. 그렇다면 일제시기 심지어 현대 한국사회에서 흔히 받아들여졌듯이, ‘호주’와 조선시대 가족의 가계 계승자와 대체로 동일한 것인가. 이 문제는 양 국가의 가족과 역사를 이해하는데 매우 중요한 것임에도 이 문제를 그다지 심각하게 여겨져 오지 않은 것 같다. 두 지위는 다음과 같은 이유에서 상이하다.

첫째, 조선의 가족 대표(중자, 종손, 승중)가 갖는 권위의 원천은 조상집단에 있었던 반면 호주는 국가가 승인하는 서류상의 지위라는 점에서 국가가 인정하는 가부장권이며 국가로부터 부여받은 지위이다. 이에 따라 호주권에 수반되는 가독에는 가족에 대한 법적 부양의무, 家産의 전유권, 가독권 등 형식적이고 법적인 권리와 의무를 수반한다(박병호, 1992: 10~11).

둘째, 중자, 종손, 승중의 역할은 무엇보다도 조상의 봉사에 있었다면, 호주 지위의 핵심적 역할은 제사가 아니라 경제적 측면, 특히 가족재산의 효율적 운용에 있는 것처럼 보인다. 또한 이들의 중심적 역할과 관련하여, 전자의 지위는 조상의 피를 계승하고 있는 자라는 점이 그 선정에 있어서 핵심이라면 후자는 혈통과 어느 정도 무관할 수도 있

다. 이 점은 중요한 차이이다. 관련하여, 종자, 종손, 승증을 돌아간 조상의 ‘우두머리’로 보는 것은 가당치 않다. 가계 계승자의 권위는 조상으로부터 도출되어 현재에 이르는 것이며, 조상의 후손의 대표자로서 종자, 종손, 승증이 존재했다.

셋째, 한 가문의 대를 잇는 종손이란 宗家에서 본처에 의해 태어난 남자일 것, 형제순위상 가장 먼저일 것, 적장자가 없을 경우에는 촌수 및 세대를 고려하여 양자를 선정할 것과 같이 친족원리에 의해, 구일 정한 원리에 의해 결정되었고, 개인적인 요건과 거의 관계가 없었다. 반면 일본식 이에제도에서 호주는 혈통 관계와 어느 정도 무관할 수 있었다. 물론 법정 호주 승계자는 법으로 그 계승 순위가 정해졌지만 壻養子制度 및 廢除制度和 같이 운용될 경우, 어떤 사람이 호주로서 적합한지 선택할 수 있는 고려의 여지가 있었다.³²⁾

마지막으로, 두 지위가 대표하는 가족 규모 면에서도 대단히 다르다. 위에서 말한 엄격한 기준에 의해 선정되어야 할 종손, 종자 혹은 승증이라는 지위는 적어도 오대 위의 조상인 高祖父母로부터 뺀어나온 門中이라는 동족집단의 대표자라고 할 수 있다. 따라서 형제간에도 분가가 허용되었던, 호주로 편제되는 가족보다 그 규모가 훨씬 크다. 봉사자의 필요성도 이념형적으로 볼 때, 다섯 세대의 지도에서 본 종가의 계승 문제로 압축될 수 있다. 이상과 같은 차이들은 앞에서 지적한 것처럼 조선의 가족제도에 있어서의 조상의 봉사, 가계 계승 원리의 법칙성, 과거지향성 등과 긴밀히 연관되어 있다.³³⁾

이렇게 상이한 두 지위가 일제시기 동안의 ‘비교’를 통하여, 호주권의 관점에서 재단되었다는 것은 대단히 중요하다. 상이한 두 지위의 차이가 무시되고 한국의 가계 계승자의 지위가 이에제도상의 호주의 관점에서 재단되었던 것의 의미와 결과를 생각해 보자.

일례로, 일본 구민법상 인정되었던 폐제제도(일 구민법 제 970조)가 식민지 조선에서는 금지되었다. 폐제란 법적으로 장자, 차자 등의 순위에 따라 호주 계승자의 지위에 있는 사람에 대하여 현재의 호주가 그 부적합성-무능력하다거나 현호주에게 불손하다는 등-을 이유로 계승자의 지위를 박탈할 수 있는 제도를 뜻한다. 이 제도는 현 호주에게 다음 호주 선정에 대한 일정한 권한을 줌으로써 현 호주의 권위를 한층 강화시킨 것이기도 했지만, 동시에 누구를 호주로 하느냐에 대해 각 이에에게 일정한 정도의 융통성을 주는 제도이기도 했다. 그런데 일본에선 인정되었던 폐제제도가 식민지 조선에서는 허

32) 폐제에 관해서는 후술 참조.

33) 보다 자세한 사항은 양현아, 1999 <한국의 호주제도-식민지 유산 속에 숨쉬는 가족제도-> 《여성과 사회》 10을 참고할 것.

용되지 않았다. “조선에서는 호주 승계자가 아무리 무능하고 불손하다 해도 계승에서 제외시킨 관습이 존재하지 않는다”는 이유에서였다. 이러한 해석은 사소한 것 같지만 여러 의미를 지니고 있다.

바로 위의 언명에서 ‘조선의 관습’이란 한 가문의 계통을 잇는 계승자(장자 혹은 승중)에 관한 관습을 뜻한다는 점과 동시에 그 가계계승자가 곧장 ‘호주’라고 호명된다는 점에 주목해야 한다. 여기서 우리는 식민지 한국에서 이에제도상의 호주가 조선시대의 부계계승 원리에 의해 사고되었다는 것을 발견할 수 있다. 이 때 ‘조선의 관습’이라는 기호는 조선시대라는 특정한 공간과 시간을 넘어선 무엇으로서 그 의미가 동결되고 있다. 조선시대의 가족제도 연구가 보여주듯이 가족은 당시의 사회적 맥락 - 정치제도, 경제제도, 신분구조, 통치이념 등 - 속에서 구성된 것이었다. 더구나 5백년여의 역사 속에서 조선시대에서도 시기에 따라, 신분과 지역에 따라 가족생활의 다양한 패턴이 나타났다. 그럼에도 시간적, 신분적, 지역적 편차는 무시하고 ‘조선의 관습’이라는 용어로 뭉뚱그리는 식민지 시대의 어법은 조선시대를 정태적이고 일차원적인 시간으로 동결시키는 것이었다.

이런 방식으로 조선의 관습을 확정한 결과, 식민지 조선에서 호주계승의 금지, 포기, 그리고 선택이 모두 불가능하게 되었다. 이로써 조선의 호주제도는 일본에서보다 한층 더 철저하고 예외가 존재하지 않는 것으로 운영되었음을 알 수 있다. 일례로 1914년 11월 정부총감의 회답에는 “한국의 관습에서는 장남이 暗愚하여 家를 승계함이 부적합할 때라 할지라도 피상속인의 의사에 의하여 이를 상속인에게 폐제하고 차남 또는 삼남에게 상속케 할 수 없다”고 말하였고, 1915년 민적 사무 취급에 관한 官通牒에서도 “實子(양자 아닌 친자)인 상속인 폐제의 신고는 이를 수락할 수 없다”고 확정짓고 있다. 이후 식민지 소위관리들의 회답에서도 같은 견해가 거듭 확인되었다.³⁴⁾

이로써 조선에서는 적장자 및 이외 법률이 정하는 추정 호주승계순위에 있는 사람이 아닌 다른 방식의 호주 계승은 호적사무에서 접수되지 않게 되었고, 아예 폐제란 쟁점 자체가 등장하지 않게 되었다. 이는 조선의 관습에 대한 일본 국가의 강력한 개입을 의미하며, 예외적 호주계승을 인정하지 않음으로써 조선에서 호주제도는 가계 계승의 원리에 따라 예외 없이 철저하게 운영되었을 것이라는 점을 추정할 수 있다. 이렇게 조선

34) 이 자료는 식민지 당시 중추원이 갖고 있던 추정 제사상속인의 폐제에 관한 관습자료에 포함되어 있다. 정광현 교수가 국역한 이 자료들을 보면 조선시대의 제사상속 문제에 대한 일본인들의 설명과 해석에 있어 일본의 가족을 관념하는 개념들이 영향을 미치고 있음을 알 수 있다(정광현, 1967 : 232~254)

의 가족 관습이 철저히 남성 중심적인 것으로 법제화된 것은 가부장제는 일본과 조선의 관습 모두의 공통분모로써 저항없이 이식되고 계승될 수 있었다는 점을 지적할 수 있다. 또한 여기에는 당시 식민지 조선을 대표하던 조선의 토착세력의 성격과 탈식민 이후 대한민국을 수립하고 국가를 대표했던 세력의 성격도 중요하다.³⁵⁾

앞서 언급한대로 일본의 이에제도는 양자, 성씨, 결혼, 재산상속 같은 여러 가족제도가 유기적으로 결합되어 있었다. 예컨대 일본의 서양자 제도는 양자를 곧 사위로 삼음으로써 양부모와 양자 간의 관계를 확고히 하고 서양자로 하여금 호주를 계승케 한다는 것은 딸의 후손에게 호주의 지위를 계승할 수 있게 한다는 것을 뜻한다. 결과적으로 딸만 있는 이에의 호주 계승을 안정화시키는 기제이다. 서양자 제도나 폐제제도에서 알 수 있듯이, 일본의 이에제도상 호주제도는 상당한 정도의 융통성을 가지고 있었다. 즉 적장자에 의한 호주계승 이외의 선택과 대안이 존재했다. 하지만, 한국에서 식민지 시기 이식된 모든 제도들이 지속된 것은 아니다. 일본식의 씨제도는 1946년 탈식민 후 곧바로 폐지되었고, 이성불양의 문화가 강했던 한국에서 서양자 제도는 1949년에 폐지되었다. 이와 함께 한국에서 여호주의 지위는 미혼인 딸의 호주 지위에서 보이는 것처럼 잠정적인 것이었다. 이렇게 식민지 조선과 대한민국에서는 일본식 씨제도 없는 호주제도, 여성 호주제도가 원활치 않은 완강한 장남 승계제도로서의 호주제도로 재편되었다고 할 수 있다. 장자에 의한 가계 계승제도의 변주곡인 호주제도는 ‘전통’으로 깊숙이 자리해 왔던 것이다. 일본식 가족제도 전체를 수입했다기보다는 조선식 가장제도의 연장처럼 보이는 호주제도와 국가의 입장에서 호적 公簿를 작성하는데 필수불가결했던 제도들이 이식되었던 것이다. 이 점에서 한국의 호주제도는 조선으로부터 이어진 가계 계승제도의 논리에 일본식의 이에제도가 ‘착종’된 것이라고 해야 한다.

그것은 일본 국가의 조선인 지배의 필요성과 조선인의 가부장적 ‘관습’의 존중의 결과물이다. 요컨대, 조선시대 후기 주로 양반계층 가족의 혈통에 입각한 엄격한 가계 계승 논리가 이제 호적을 단위로 한 모든 소규모 가족의 논리와 병합하게 된 것이다. 이 결과 현대 한국에서 하나의 호적을 구성하는 모든 소규모 가족이 마치 계승되어야 할 하나의 계통을 가진 것처럼 되어 버렸다. 즉 현대사회를 살아가는 모든 가정이 ‘대’를 이어야 한다는 당위를 짊어지고 이것이 이른바 근대법의 법적 요구가 되어 버렸다. 일본 식민주의를 거친 한국의 가족제도에서 적장자에 의한 호주만을 ‘정상’으로 취급하였기

35) 자료의 미비로 인해 식민지 시기 조선의 양반 남성지배세력이 가부장적 관습 결정에 미친 영향을 밝힐 수 없었음은 본고의 한계이다.

때문에, 아들의 필요성은 이제 전국민의, 모든 소규모 가족의 법적 필요성으로 자리매김 되었다. 위에서 논의한 종자 혹은 승중이라는 가계 계승자의 필요성은 대개 하나의 문중 내에 있는 본가의 필요일 뿐 아니라 조상봉사를 위한 물질적 문화적 자원을 가진 양반 계층의 관심사였다. 하지만, 현대 한국사회에서는 모든 소규모 호가 조선의 양반가계라도 되는 듯이, 기필코 적장자의 출산을 강행하였다. 이렇게 총족 불가능한 원칙이 탈식민 대한민국에서 꼭 60년(1945~2005) 동안 행해왔다는 것은 많은 무리를 낳는 것이었다. 특히 이러한 역사적 짐은 주로 남자를 출산하기 위해 인간임을 써온 여성들에게, 그녀들의 수모와 고통 그리고 신체에 가해진 학대와 돌봄 노동의 고단함으로 전가되었다. 한국의 남성 뿐 아니라 사적 영역에 매인 여성들은 이러한 식민지 전통 속에서 살아왔다.

V. 결론

이상과 같이 한국의 호주제도는 일본식 이에제도의 일부를 떼어다 그 안에서 이에보다 훨씬 규모가 큰 조선의 가족, 특히 문중이라는 친족 단위를 사고하게 하는 기묘한 제도라는 점을 밝히었다. 규모의 문제와 함께 상이한 시공간에서 형성된 가족제도를 호주제도의 틀 속에 배치했다는 것 자체가 한국의 호주제도의 시대착오성을 말한다. 일본에서 이에제도는 제2차 세계대전 패전 이후 개정된 신민법에서 폐지되었지만 한국에서 호주제도는 부계 성·본주의, 부계 호적편제, 장자의 포기 및 廢除가 금지된 엄격하게 혈통적인 계산방식에 의해 운용된 절대적 법정상속주의가 계속되어 오다가³⁶⁾ 2005년에 폐지가 확정되고 2008년 1월 1일에서야 폐지되었다. 이로써 한국에서 법제도로써 호주제도는 거의 100년 정도의 역사를 가지게 되었다.

이 글은 일본 식민주의가 미친 식민지 조선의 관습에 미친 영향과 가부장제의 재구성이라는 두 주제를 서로 교차시키면서 논의하였다. 특히, 일본의 이에제도의 도입을 성씨, 호적, 양자 제도를 통해 살펴보고, 호주제도의 이식과 조선의 가부장제도와와의 차종의 현상을 분석하였다. 이제 이 글의 메시지를 몇 가지로 요약해 보기로 한다.

먼저, 식민지 시기의 가족 관습의 정착은 ‘왜곡’이라는 개념으로는 역부족인, 왜곡 이상의 무엇이라는 점을 알 수 있었다. 이 점에서 조선의 문화에 미친 식민지 영향은 ‘지식

36) 절대적 법정상속주의는 1989년 제3차 가족법 개정까지 계속되다가, 1989년 이후 2008년까지 법정 호주에 의한 호주 승계 포기가 허용되었다.

생산의 관점'에서 접근되어야 한다. 앞서 살펴본 대로, 그것은 관습의 호명, 체계화, 분류에 미친 적극적 과정이었다. 이 점에서 이를 극복하는 방법은 진정한 전통의 회복이 아니라, 기존 지식에 대한 식민지 영향의 해체와 현재의 사회 맥락에 맞는 문화의 재생산에 있다. 필요한 것은 진정한 전통의 회복이 아니라 현재의 전통이 기반하고 있는 동결된 문화주의를 녹이고 이제까지 알려져 온 '전통' 혹은 '관습'을 현재의 맥락 속에 위치시키는 것이다.

둘째, 관습 및 전통에 내재한 권력관계에 대한 감수성이 요청된다. 그것은 특정한 계층적·성별적·국가적 이해관계 위에서 형성되었고 하나의 단일한 것이 아니다. 이러한 지적은 기존 역사학적 연구들의 민족주의 시각에 대한 비판에 해당한다. 민족 안에도 다양한 위치와 다른 성별이 존재하기에 식민지 유산의 비판은 단지 일본이 아니라 국내적인, 즉 내부로 향하는 비판과 성찰이 요청하다. 이 점에서 민족주의 식민주의 사관을 넘어서는 포스트식민주의에 대해 관심이 요청된다.

셋째, 페미니즘은 단지 '여성'을 대상으로 하는 것이 아니라 젠더관계를 통해 본 새로운 역사쓰기의 방법이 될 수 있다는 점이다. 흥미로운 것은, 이 글에서 다룬 가족법에 미친 식민지 영향은 민족주의 역사학이나 법사학이 아니라 젠더 간의 관계를 분석하고자 하는 페미니스트 연구에 의해 잘 드러났다는 것이다. 페미니즘은 '아래로부터의 역사' 감수성을 가질 수 있는 시각이며 민족과 국가 틀을 넘어설 수 있게 하는 비판담론이다. 이 글에서는 탈식민 페미니즘이 가부장제 뿐만 아니라 식민주의를 비판하는 시각이며, 이를 통해 법과 역사, 문화를 다시 쓰게 하는 방법론이 될 수 있음을 제시하였다. 이상과 같이 이 글은 기존의 식민지 법제 연구에 대한 일종의 패러다임(paradigm)의 변화를 추구하였다. 부족한 시도이지만, 앞으로 이러한 연구에 공감하는 많은 연구들이 나오기를 기대한다.

참고문헌

- 강상중, 이경덕 & 임성모 역, 1997 《오리엔탈리즘을 넘어서》 (이산)
- 박병호, 1992 <일제하의 가족정책과 관습법형성과정> 《법학》 33-2
- 양 건, 1989 <한국에서의 ‘법과 사회’ 연구> 《법과 사회》 1 (법과 사회연구회)
- 양현아, 1999 <한국의 호주제도-식민지 유산 속에 숨쉬는 가족제도> 《여성과 사회》 10
- 양현아, 2000 <식민지 시기 가족 ‘관습(慣習)’을 통해 본 오리엔탈리즘, 근대성, 식민지성 - 한국 사회사학회 하계 워크숍 발표문> 미간행 논문 참고.
- 여성평우회, 1983 《가족법은 왜 개정되어야 하는가》 논문모음집
- 오정진, 1999 <비판 페미니즘 법학> 《법과 사회》 16·17합호 (법과 사회 이론연구회)
- 이경순, 1992 <탈식민주의 페미니즘> 《외국문학》 31호
- 이광신, 1973 《우리나라 民法上の 姓氏制度 研究》 (법문사)
- 이병수, 1977 <조선민사령에 관하여 - 제11조의 관습을 중심으로> 《법사학연구》 4
- 이상욱, 1988 <일제하 호주상속관습법의 정립> 《법사학연구》 9
- 이승일, 1999 <일제시대 친족관습의 변화와 조선민사령 개정에 관한 연구 - 조선민사령 제11조 제2차 개정안을 중심으로> 《한국학논집》 33 (한양대학교 한국학연구소)
- 이철우, 1999 <법에 있어 ‘근대’ 개념 - 얼마나 유용한가> 《법과 사회》 16·17합호 (법과 사회 이론연구회)
- 이태영, 1982 《가족법 개정운동 37년사》 (가정법률상담소 출판부)
- 이희봉, 1957 《친족상속법 연구 - 신민법 제정에 연관하여》 (일신사)
- 장광현, 1955 《한국 친족상속법 강의》 (위성문화사)
- _____, 1967 《한국 가족법 연구》 (서울대학교출판부)
- 정금식, 1992 《國譯 慣習調查報告書》 (한국법제연구원)
- 최재석, 1983 《한국가족제도연구》 (일지사)
- 한국가족법학회 편, 1990 《가족법 연구》 4
- 高等法院書記課, 《朝鮮高等法院判決錄》 제2권, 11권, 21권
- 法院行政處, 1985 <親族相續에 관한 舊慣習> 《裁判資料》 29 (법원행정처)
- Attridge, Derek, Geoff Bennington and Robert Young (eds.), *Post-Structuralism and the Question of History*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Burman, Sandra B. & Barbara E. Harrell-bond (eds.) (1979), *The Imposition of Law*. New York: Academic Press.
- Chanock, Martin (1982) "Making Customary law: Men, Women, and Courts in Colonial Northern Rhodesia.," in *African Women and the Law: Historical Perspectives*, Margaret Jean Hay & Marcia Wright (eds.), Boston: Boston University Press.
- _____(1978) "Neo-Traditionalism and Customary Law in Malawi," *African Law studies*, 16: 80-91.
- Chatterjee, Partha (1986) *Nationalist Thought and the Colonial world - A Derivative Discourses*, Minneapolis: University of Minnesota Press.
- Chen, Edward-Ite (1984) "The Attempt to Integrate the Empire: Legal Perspective," in *The Japanese Colonial Empire, 1895-1945*, in Ramon H. Myers and Mark R. Peattie (eds.), Princeton: Princeton University

- Press.
- Choi, Chungmoo (1993) The Discourses of Decolonization and Popular Memory: South Korea, *Positions - east asia cultures critiques* 1-1:77-102.
- De Becker, J. E. (1910) *Annotated Civil Code of Japan*, London & Yokohama: Butter Worth & Co.
- Deuchler, Martina (1992) *The Confucian Transformation of Korea - A Study of Society and Ideology*, Cambridge: Harvard University Press.
- Dirlik, Arif (1987) "Culturalism as Hegemonic Ideology and Liberating Practices." *Cultural Critiques*, spring.
- Chakrabarty, Dipesh(1994) "Postcoloniality and Artifice of History: Why Speaks for 'Indian' Past?," in Aram Veaser, (ed.), *The New Historicism Reader*, New York: Routledge.
- Fabian, Johannes (1983) *Time and Other - How Anthropology Makes Its Object*, New York: Columbia University Press.
- Fanon, Franz (1995) 《검은 피부, 하얀 가면》, 이석호(역), (인간사랑, 서울)
- Peter Fitzpatrick (1980), "Law, Modernization, and Mystification," *Research in Law and Sociology*, 3.
- Hamabata, Mattews Masayuki, "From Household to Economy," Ph.D. Dissertation, Harvard university, 1983.
- Hobsbawm, Eric (1983) "Introduction: Inventing Traditions.," In *The Invention of Tradition*, Eric Hobsbawm and Terence Ranger(eds.). Cambridge: Cambridge University Press
- Jameson, Frederic (1981), *The Political Unconscious*, Princeton University Press.
- Kondo, Dorinne K, 1990, *Crafting Selves-Power, Gender, and Discourses of Identity in a Japanese Workplace*, Chicago: University of Chicago Press, 1990.
- Mani, Lata (1989), "Contentious Tradition: The Debate on Sati in Colonial India, in *Recasting Women" Essay in Indian Colonial History*, Kumkum Sangari & Sudesh Veid (eds.), Delhi: Kali for Women.
- Memmi, Albert (1967) *The Colonizer and The Colonized*, Boston: Beacon Press.
- Mies, Maria, 1982, *The Lace Makers of Narsapur: Indian Housewives Produce for World Market*, Zed Press: London.
- Mohanty, Chandra, Ann Russo & Loures Torres (eds.) 1991, *Third World Women and the Politics of Feminism*, Indianapolis: Indiana University Press: Indianapolis.
- Moore, Falk (1989) *History and the Redefinition of Custom on Kilimanjaro*. In *History and Power in the Study of Law New Directions in Legal Anthropology*, eds. June Starr and Jane F. Collier. Ithaca: Cornell University Press.
- Munroe, Smith (1907) *The Japanese Code and the Family*. *The Law Quarterly Review* 23.
- Ranger, Terence (1983), "The Invention of Tradition in Colonial Africa," in *The Invention of Tradition*, Eric Hobsbawm and Terence Ranger(eds.). Cambridge: Cambridge University Press
- Roberts, Simon (1984), "Introduction: Some Notes on "African Customary Law," *Journal of African Law*, 28.
- Said, Edward W.(1979) *Orientalism*, Vintage book: New York.
- Smith, Sidonie & Julia Watson(eds.) (1992) *De/Colonizing the Subject*, Minneapolis: University of Minnesota Press.
- Smith, Warren (1959) *Confucianism in Modern Japan - A Study of Conservatism in Japanese Intellectual History*. Tokyo: Hokuseido Press.
- Snyder, Francis G. (1982) "Colonialism and Legal Form: The Creation of 'Customary Law' in Senegal," in *Crime, Justice and Underdevelopment*, Colin Sumner (ed.), London: Heinemann.
- Spivak, Gayatri Chakravorty (1988) "A Literary Representation of Subaltern: A Woman's Text from the

- Third World," in *In Other Worlds*, Gayatri G. Spivak, New York: Routledge.
- Spivak, Gayatri Chakravorty (1988), "French Feminism in an International Frame," in the above volume.
- Tanaka, Stefan (1993) *Japan's Orient - Rendering Past into History*, Berkeley: University of California Watanabe,
- Yozo(1963) "The Family and the Law: The Individualistic Premise and Modern Japanese Family Law," in *Law in Japan- the Legal Order in a Changing Society*, ed., Arthur Taylor von Mehren, Cambridge; Harvard University Press.

[비평문]

하루키 이쿠미(春木育美)

1958년에 새 민법의 일부로 제정된 가족법은 친족의 범위, 호주 상속 순위, 재산 상속, 아버지 우선의 친권 등 여러 가지로 남녀차별적인 내용이 있었기 때문에, 제정 직후부터 여성 운동 단체를 중심으로 하는 민법 개정 운동이 반세기에 걸쳐 전개되어 왔다. 1990년대 이후에는 몇 차례의 가족법 개정을 거치면서도 여전히 남아 있던 호주제의 폐지를 목표로 운동이 활발해졌다. 2005년 3월 국회 본회의에서 호주제를 배제한 민법안이 의결되어 2008년 1월부터 호주제가 폐지된 민법이 발효되었다. 호주제 폐지 운동의 과정에서 ‘남녀 차별의 시정’, ‘가족의 민주화’, ‘이혼 가정 자녀의 복리’라는 틀에 더하여 새롭게 호주제를 폐지해 마땅한 사유로서 ‘과거 역사의 청산’이라는 틀이 제시되었다. 호주제는 식민지 지배의 잔재이며 호주제라는 ‘전통’에 대한 회의가 이루어진 것이다.

지금까지 많은 논문에서 양현아 교수는 한국의 가족법 제정 원칙의 하나인 ‘전통’이 어떤 역사적 근거에서 있는지 불투명하며 식민지 시기의 영향에 대해 침묵해 온 것을 문제시하여, 한국 가족의 ‘舊’ 관습은 식민지 당시의 지식에 크게 의존하고 있으며 한국의 ‘전통’에는 식민지의 유산이 부정되면서도 덧씌워져 있다는 점 등, 극히 중요한 시점과 분석을 제시하였다. 한국 호주제의 성격을 밝힌 본 논문도 이러한 연구 성과의 하나라고 할 수 있다.

이 논문은 식민지 시기 호주제의 이식과 조선의 가부장제도의 착종을 대단히 면밀하고도 논리적으로 분석한 것이다. 사례로서 호주제의 경우, 예외적 호주 계승을 설정하지 않는 등 일본이 조선의 관습에 대해 강력하게 개입한 것이 나타났기 때문에, 식민지 시기 조선에서는 호주제가 가계 계승의 원리에 의해 철저하게 운영되었다는 점, 나아가 해방 후에는 완고한 장남 계승 제도로서의 호주제가 ‘전통’으로 재편되었다는 점이 밝혀졌다.

식민지에서 해방된 이후 한국 사회에서는 식민 통치 이전의 민족 고유문화의 재건이라는 복고적 사상과 함께 ‘전통’적인 유교적 가족제도의 재건이 고창되었고, 그 영향을 강하게 받으면서 가부장제 이념에 기초한 남녀차별적인 내용의 민법이 제정되었다. 식

민지 시기 가부장 제도는 조선의 ‘관습’이라는 이름 아래에서 그리고 일본의 舊민법과 식민지국가의 지배라는 관점에서 정당화되었고, 해방 후에도 조선의 ‘전통’으로 간주되어 영향력을 지니게 되었던 것이다.

다만 필자도 말하고 있듯이 식민지 시기 조선의 양반 남성 지배 세력이 가부장적 ‘관습’의 결정에 어떤 영향을 미쳤는가라는 시점은, 조선의 ‘관습’이 어떻게 ‘전통’으로 재편되었는가를 명확히 하기 위해서는 필요불가결한 논점이라 생각된다. 또 본 논문의 주제와는 약간 거리가 있는지도 모르겠지만, 해방 후의 민법 제정에 관여한 세력은 어떤 성격을 지니고 있었는지, 그러한 세력은 왜 식민지 유산의 존재를 의식하면서도 호주제를 유지, 재편하였는지도 매우 궁금한 바이다.