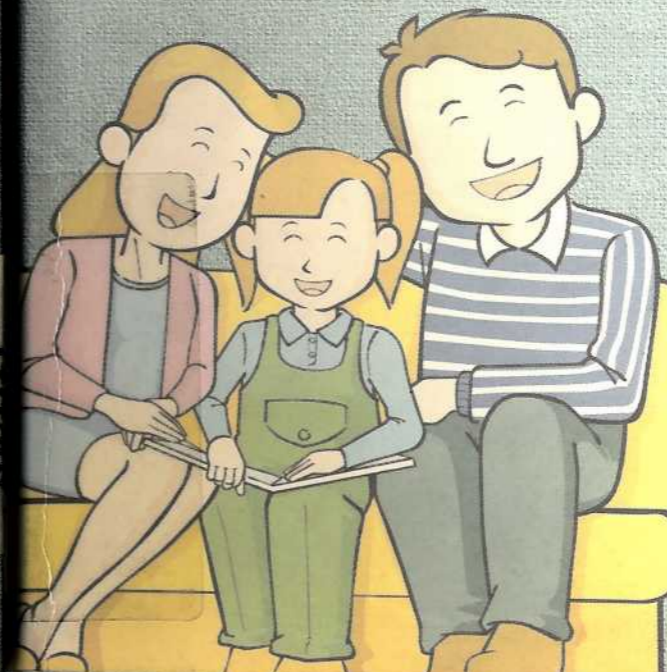


인권정보자료실  
Mc1.17

# 21세기 가족의 전망과 호적제도 개선방안에 대한 토론회

  
www.moge.go.kr



■ **공동주최** 평등사랑변호사모임  
국회인권정책연구회  
민주사회를 위한 변호사 모임

■ **후원**  여성부

21세기 가족의 전망과 호적제도 개선방안에 대한 토론회

인권정보자료실  
Mc1.17

# 21세기 가족의 전망과 호적제도 개선방안에 대한 토론회

■ 공동주최 평등사랑변호사모임  
국회인권정책연구회  
민주사회를 위한 변호사 모임

■ 후원  여성부

# 21세기 가족의 전망과 호적제도 개선방안에 대한 토론회

- 일 시 : 2002. 10. 23(수) 오후 1:30 ~ 4:00
- 장 소 : 프레스센터 20층 국제회의장
- 공동주최 : 평등사랑변호사모임, 국회 인권정책연구회,  
민주사회를위한변호사모임
- 후 원 : 여성부

# 토.론.회.순.서

## 1:30 ~ 1:45 인사말 및 축사

- 인 사 말 ▷ 최병모 민주사회를위한변호사모임 회장
- 축 사 ▷ 한명숙 여성부 장관

## 1:45 ~ 2:30 주제발표

- 기조발제 ▷ 21세기 가족의 전망과 호주제 폐지  
- 이이효재 전 이화여대 교수, 여성연합 고문
- 주제발제 ▷ 호주제폐지와 민법 개정안  
- 이정희 변호사, 민변 여성인권 위원
- 애니메이션 상영 ▷ “호적제도 이렇게 바꾸면 어떨까요?”

## 2:30 ~ 2:40 휴 식

## 2:40 ~ 3:40 토 론

- 김영선 한나라당 국회의원
- 윤진수 서울대 법대교수, 한국가족법학회 이사
- 이미경 새천년민주당 국회의원
- 조대현 서울고등법원 부장판사

## 15:40 ~ 16:00 질의 · 응답

# 자료·집·목·차

- ▲ 21세기 가족의 전망과 호주제 폐지 / 이이효재 (여성연합 고문) ..... 4
  
- ▲ 호주제 폐지와 민법 개정안 / 이정희 (변호사, 민변 여성인권 위원) ..... 12
  
- ▲ 『호주제 폐지』는 사회적 합의를 거쳐 반드시 이루어야 할 과제입니다. / 김영선 (한나라당 국회의원) ..... 34
  
- ▲ "호주제 폐지와 민법 개정안"에 대한 토론요지 / 윤진수 (서울대학교 법과대학 부교수) ..... 41
  
- ▲ “기본가족별 편제방식”으로 호적제도 개선 시급 / 이미경 (국회의원, 민주당 은평구갑지구당) ..... 46
  
- ▲ 個人別 身分登錄制度를 제안한다 / 조대현 (서울고등법원 부장판사) ..... 52

# 21세기 가족의 전망과 호주제 폐지

이이호제 (여성연합 고문)

호주제 폐지운동이 이번에 호주제 대안법안에 대한 이러한 토론회를 개최하게 됨을 본인은 참으로 기쁘게 생각합니다. 오래전부터 호주제 폐지를 주장해온 입장에서 주최측과 개정법안 마련에 참여하신 전문가들에게 감사드립니다.

그러면서도 호주제폐지가 너무나 때늦은 것이기에 침울함을 금할 수 없습니다. 해방후 신민법이 제정될 당시 폐지되었어야 할 제도가 지금까지 존속하고 있다는 사실은 우리가족의 변화된 현실이나 이 시대적 흐름의 요구에 비추어 볼 때 참으로 답답하고 한심스럽기 때문입니다. 더욱이 21세기 가족을 전망하는 입장에서 호주제 폐지를 논하고 현실적 대안을 모색한다는 것은 맥빠지는 작업이 되기 때문입니다.

호주제가 전제한 전통적 가부장제 가족은 이미 많은 변화를 나타내며 핵가족이 우리가족의 전형을 이루고 있다는 인식에서 이번 개정민법안이 핵가족을 전제한 호적을 법적 가족으로 제시하고 있습니다만 우리의 현실은 호주제뿐만 아니라 호적제도 자체의 폐지가 요구되는 현실이기 때문입니다. 21세기 가족을 전망할 때 일부일처제 혼인에 기반한 핵가족의 전형적 형태가 그 보편성을 잃어가며 다양성을 나타내기 때문입니다. 21세기 가족은 이미 우리 현실에서 평등가족·열린가족을 지향하며 핵가족을 해체시키며 그 구성형태가 다양해짐으로 가족의 개념화와 정의를 내리기 불가능한 현실이 되었습니다. 이제 가족을 어떻게 정의하고 개념화할 것인가는 가족학자들의 고민이 되고 있습니다.

이러한 현실에도 불구하고 호주제 폐지의 다급함과 함께 점진적이고 단계적인 개혁을 실현하려는 입장에서 개정민법안을 차선책으로 받아들일 수 밖에 없는 것입니다. 본인은 개정민법안을 전제로 삼는 우리 핵가족의 현실을 먼저 혼인의 자유화로 인한 이성관계의 실태와 관련시켜 가족구성 형태의 변화와 다양성을 고찰하려합니다. 21세기 가족은 양성

평등 및 민주화를 지향하는 시대적 요구에 따라 평등가족·열린가족의 방향으로 변화되어야함을 시사하는 것입니다. 이에 따라 이번에 제시된 개정민법안이 가부장제 가족을 대치하려는 대안으로서 획기적인 개혁안임에도 불구하고 21세기 가족이 지향하는 입장에서는 한계와 모순이 있음을 지적하려 합니다. 동시에 우리가 바라는 호주제 폐지의 성취가 평등가족·열린가족으로 발전하는데 걸림돌이 되고 있는 가부장제 문화와 가족의 관습을 제거한 것이 아님을 지적하고자 합니다. 아들중심의 가계 계승 및 조상숭배의 원시 종교적 신앙과 의식이 뿌리깊은데서 과학시대에 걸맞는 우주관, 생명관, 사후관의 정립이 요구됨을 지적하고 싶습니다.

## 1. 혼인의 자유화와 가족의 다양성

### 1. 혼인의 자유화와 평등

해방후 제정된 신민법은 자유와 평등의 민주이념을 혼인제도에 반영시켜 당사자들의 합의를 기반으로 혼인신고를 할 수 있게 하였다. 부모나 타인에 의해 강제된 혼인을 금하였다. 그리고 79년에는 남녀모두 20세 성년이 되면 부모의 동의없이 혼인할 수 있게 하였다. 제도적으로 혼인은 적령기 남녀의 자유선택에 의한 것이 되었다. 현실적으로 70년대부터는 배우자선택에서 당사자들의 의사를 우선시하는 경향이였으며 80년대에는 그 경향이 더욱 뚜렷해졌다. 90년대에는 이성교제의 자유화가 더욱 일반화되어 젊은 세대의 성생활의 자유와 예비혼의 형태인 혼전 동거생활의 경향이 증가하고 있다.

이러한 이성교제의 자유화와 혼인의 선택적 경향은 연령, 직업, 가정배경등 배우자 선택에서 결정적으로 작용한 통속적 가치관이 약화되며 성적매력, 심리적 친밀성등 소위 당사자 사이에 교감할 수 있는 애정·매력이 중요한 변수로 작용하고 있다. 배우자 선택의 기존 관습·관념을 타파하고 파격적 혼인이 점차 용인되고 있으며 널리 공감대를 형성하고

있다. 이에 덧붙여 세계화를 지향하는 국제적 교류의 확대가 국제결혼을 증가시켜 혈연의 세계화와 가족의 국제화를 가능케하고 있다.

혼인관계가 이제 이성간의 인격적 상호작용이나 성적·심리적 친밀성과 행복을 추구하는데서 이혼이 빈번해졌다. 혼인관계가 사랑을 전제한데서 사랑없는 혼인은 이혼을 정당화시킨다. 제도나 가문의 체면을 앞세우며 혼인관계를 형식적으로 유지하거나 자녀의 양육과 안전을 위해 혼인관계를 유지하려하지 않는다. 따라서 이혼이 증가하며 이혼율은 이미 혼인수의 3분의 1을 넘어서고 있다. 그리고 이혼자들의 재혼이 점차 자유로워지고 있다. 재혼자들이 전부나 전처의 자녀를 데리고 혼인하는 관계에서는 자녀들의 귀속문제가 현행법상으로는 더욱 복잡해지고 있다.

젊은층의 혼인은 또한 자녀출산을 반드시 전제하지 않는다. 부부관계의 자유와 행복을 누리는데서 자녀를 낳지않는 무자녀가정이 서서히 늘어나고 있다. 더욱이 혼인의 법적구속을 기피하는 경향에서 동거생활이 선호되는 경향이 뚜렷해지고 있다. 혼인은 선택적이다. 따라서 혼인을 거부하며 독신생활이 삶의 방식으로 선택되기도 한다. 젊은 여성들 사이에서는 독신생활을 선호하는 경우가 늘어나고 있다. 주체적이며 독립적인 삶을 추구하는 여성들 중에서는 독신생활을 선호하며 혼인을 기피하는데서 독신자 가구의 수를 증가시키고 있다. 다른 한편, 소수여성들 사이에서는 혼인보다 자녀를 낳아 기르기를 원하는 경우도 있다. 동거생활에서 자녀를 갖게되는 경우 법적 혼인관계를 이루어 자녀의 신분을 합법화하기보다 어머니의 성을 부여하며 모자가족을 형성하려는 것이다. 요즘 소위 미혼모들 사이에서 자녀를 타인에게 입양시키기보다 직접 양육하려는 요구가 있는데서 알 수 있다.

혼인형태에서 최근에 더욱 사회적 관심을 불러일으키는 것은 동성애 혼인이다. 동성애자 인권보호를 위한 법적장치를 요구하며 더욱이 동성혼을 법적으로 허용하고 인정하려는 요구가 있다. 이성부부와 동성부부간의 평등성을 인정하며 동성부부가 자녀를 입양한 경우 정상적 가족으로 받아들여져야 한다는 것이다. 동성애에 대한 사회적 편견만이 아니라 동성혼 및 동성부부 가족을 법적으로 인정하고 허용해야한다는 요구가 있다. “지난해 8월을 기준으로 네덜란드등 전세계 38개국이 동성애 파트



너쉽을 (국제인권법을 근거로) 인정하고....." 있다는 것이다. (한계레신문, '02년, 10월 14일자) 또한 이성교제의 자유화가 혼인관계에 있는 부부들의 혼외정사에 영향을 미치는 경향이다. 현행법상으로 간통에 관한 쌍벌죄 또한 인권침해의 소지를 문제삼아 폐지를 요구하는 경향이 높아가고 있다. 이것은 현실적으로 일부일처제 혼인의 모순을 들어내는 것으로 앞으로 혼인관계에 관한 법적규제의 범위를 정하는데 있어서 점점 갈등을 겪게 될 것이다.

혼인의 자유화는 이렇게 기존의 통념이나 통속적 관습을 깨트리고 다양한 방식으로 선택의 자유를 누릴 수 있게 하였다. 이로써 가족의 형태도 핵가족의 테두리안에서의 다양화뿐만 아니라 이성간 혼인이나 혈연을 넘어서는 다양한 형태를 배태시키고 있는 것이다.

## 2. 가족형태의 다양화

혼인의 자유화는 가족구성의 형태를 다양화시켰다. 핵가족이 아직은 가족의 전형을 이루고 있지만 내적구성 형태에 다양한 변화를 나타내고 있다. 핵가족은 양성간에 이루어진 일부일처제 혼인관계에 기반한 부부와 그들의 자녀 또는 그들의 합법적으로 입양한 자녀들로 구성된 가족으로 개념화되어왔다. 즉 부모와 미성년자녀들로 구성된 2대 가족의 형태인 것이다. 이러한 2대가족은 우리사회에서 전체가족에서 차지하는 비율이 1970년 70%에서 2000년 63.3%로 점차 줄어드는 경향이다. 그리고 3~4대 직계가족 비율은 70년 23.2%에서 2000년 10.0%로 감소되었다. 사실상 3~4대 가족은 점차 처부모·형제나 모계 친척과의 동거경향이 나타나는데서 부계중심적 직계가족 형태는 더욱 줄어들고 있다. 핵가족은 이미 제시한 바와 같이 6할을 넘는 정도로 유지되고 있지만 가족내 형태별 구성을 고찰할 때 핵가족의 전형인 부부와 미혼자녀만의 가족원으로 구성된 비율은 90년 76.6%에서 95년 73.0%로 감소경향이다. 편부모·미혼자녀 가족도 90년 12.0%이며 95년에도 그 정도 유지되고 있다. 핵가족이 또한 부부만으로 구성된 형태가 90년 12.0%에서 95년 16.0%로 증가하고 있다. 부부가구의 증가는 60세이상 부부의 증가가 크게 기여한

것이다. 90년 35.3%인데서 95년 42.1%로 높아졌다. 25~34세 젊은층 부부는 33.8%에서 25.4%로 격감한 것이다. 혼인이 만혼을 나타내는데서 감소의 경향을 보인다.

핵가족의 내적구성이 이렇게 다양해지고 있는한편 1인가구의 증가 또한 주목할 만하다. 국가의 전체가구중 차지하는 비율이 80년 4.8%, 90년 9.0%, 그리고 95년에는 12.7%로 계속 급증세를 보인다. 1인가구의 이러한 증가는 미혼자들에 의한 단독가구에 크게 기인한다. 전체 1인가구중에서 그 비율이 가장 높다. 1985년 전체 1인가구중에서 미혼자 가구가 차지하는 비율은 45.7%에서 95년에는 46.2%를 차지하고 있다. 이것은 사별에 의한 가구가 차지하는 비율이 85년 34.0%, 95년 35.5%인 것과 비교되는 것이다. 이것은 이혼에 의한 단독가구도 85년 4.9%에서 95년 6.2%로 늘어났다. 핵가족은 이렇게 전형적인 부부와 미성년자녀로 구성된 가족이외, 편부모가족, 부부가족, 일인가족, 재혼에 의한 복합가족, 부모와의 사별 또는 가출로 인한 미성년 가장가족, 모자가족(미혼모) 그리고 그이외 이성간, 동성간의 동거가족 등 다양해졌다. 앞으로의 전망은 국가에 의한 개인의 기본생활 보장 및 사회복지 정책의 확대에 소위 핵가족의 해체를 더욱 촉진시킬 것으로 보인다. 그리고 가족관계의 안정이 경제적 기반에 보다 심리적 기반에 더욱 기인하게 될 것이다.

### 3. 혈연을 넘어선 열린가족 - 공동체가족 -

혼인의 자유와 생활방식의 선택은 가족구성 형태를 다양화시키며 혼인과 가족관계의 불안정성을 촉진시키고 있다. 따라서 부부와 미성년 자녀로 구성된 핵가족은 감소하는 한편, 독인가구의 증가 그리고 수명연장에 따른 노부부·노인가족의 증가, 무자녀 부부가족·동거가족, 모자가족(미혼모), 이혼·사별에 의한 편부모가족, 10대 소년소녀 가장가족 뿐만 아니라 맞벌이 부부가족의 증가 현실은 가족의 혈연적 범위를 넘어선 열린가족의 공동체적 연대를 요구하고 있다. 소외되고 해체된 핵가족이 전체적으로 해결할 수 없는 다양한 가족문제를 공동으로 해결하기 위한 이웃사촌가족이 지역적 형편과 생활조건에 따라 다양하게 형성되

고 있다. 그리고 노약자·장애자·버려진 아이들 그 외 의탁할 곳 없는 자들을 한가족으로 삼아 살아가는 대가족형태를 볼 수 있다. 어린이들의 보육기관이나 양로기관 또는 장애자를 위한 복지기관에서 수용되지 못한 자들을 부모나 자녀와 형제처럼 한가족으로 삼아 살아가는 비혈연가족이 나타나고 있다. 이외 생산과 재생산을 함께하는 협동적인 공동체적 삶을 모색하며 창조하려는 공동체운동이 점차 증가할 것이다. 농촌과 도시에서 생업을 기반으로 협동하며 가족의 재생산을 위한 소비 및 문화생활을 공동으로 영위하는 공동체적 가족이 시대적 요구에 따라 증가하게 될 것이다. 이렇게 21세기 가족은 자유와 평등을 실현하려는 인간적 요구에 따라 평등한 혼인관계 및 가족관계에 기반한 다양한 형태의 가족과 개인적 삶의 방식을 전망할 수 있다. 더욱이 자유와 평등을 추구하는 참여민주주의 사회는 혈연을 초월한 가족을 요구하며 따라서 다양한 형태의 공동체적 가족을 창조해 나갈 것이다.

(이효재 “21세기 가족: 열린가족·평등가족을 위하여” 「세기 전환기 여성운동과 여성이론」 한국여성연구소, 1999년 10월 2일 발표, 참고)

## II. 가족이란 무엇인가?

### - 핵가족에 기반한 민법개정안의 한계

호주제의 폐지와 호주제에 기반한 호적법의 개정은 성차별적인 가부장제 가족을 인권을 존중하는 양성평등의 가족으로 변화시키는 획기적인 제도개혁이다. 성차별을 전제로 한 호주중심의 가족은 부계혈통을 부자중심으로 제한하여 가계를 계승하게 한데서 가족구성원은 호주의 존비속 및 형제로 한정시켰다. 따라서 성씨는 부계혈통을 상징하는 제도로서 성불변의 원칙을 세워 혼인이나 혼외로 출산한 자녀는 부성만을 따르게 하였다. 이러한 호주중심의 가족은 여성과 자녀를 호주에 종속되는 주종관계의 존재로 차별하며 여성은 혼인으로 남편의 집에 입적하여 가계계승자인 아들을 출산해야 하는 의무를 지니게 하였다. 이렇게 가부장

제 가족을 대치하는 민법개정은 핵가족을 전제로 대안을 마련한 것이다. 민주헌법에 입각한 핵가족은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 일부 일처제의 혼인관계에 있는 부부와 그의 미성년 자녀로 구성되는 2대가족을 법제화한 것이다. 따라서 개정호적은 호주제의 폐지로 호주승계 및 부계중심의 가족구성을 인정하지 않으며 따라서 부성뿐만 아니라 모성의 합법성도 인정하며 성과 본은 부모의 협의에 의해 자녀의 성을 정할 수 있어 성불변의 원칙이 소멸되는 것이다.

사실상 이러한 호적법의 개정은 개인의 인권존중과 양성평등에 기초한 핵가족인데서 가족의 민주화를 성취한 것이기도 하지만 앞서 혼인의 자유화로 인한 가족형태의 다양화에 비추어볼 때 현실가족의 요구와 괴리되는 모순을 지적하지 않을 수 없다. 첫째 개정호적은 가족의 구성(제778조)에서 부부는 혼인으로서 새가족을 구성한다라고 규정하고 있다. 따라서 자녀는 혼인관계에 있는 부부의 자녀로 가족원이 된다는 것이다. 가족이 혼인으로 시작되는 것을 전제한 입장이다. 사실상 가족의 시작과 구성이 혼인이냐 모자관계이냐를 놓고 가족학자들 사이에서 이론적 논의들이 있으며 보편적 합의를 이루지 못하고 있다. 다만 우리의 가족현실에서 법적 혼인관계에 기반하지 않은 모자가족이 증가하고 있는 것을 감안할 때 모자가족은 호적편제에서 제외될 수밖에 없는 것인지? 현행법상 소위 미혼모의 모자가족에 대한 차별은 자녀들의 성이 모성을 따르는데서 사생아의 신분을 면치 못하며 이로써 사회적 차별의 대상이 되고 있는 것이다. 개정민법이 혼인관계를 전제하지 않는 가족을 규정하지 않는 한 모자가족은 법적차별에서 벗어날 수 없을 것이다. 그리고 두 번째로 지적할 수 있는 것은 부부가족·일인가족의 증가에 비추어 볼 때 부모자녀의 2대가족으로 핵가족을 규정한 것은 고려되어야 할 것이다. 특히 자의에 의한 새로운 가족구성에서 성년에 달하면 독신자로서 새로운 가족을 구성할 수 있다는 개정안(제788조)의 내용은 가족구성(제779조)의 내용과도 모순되는 것으로 보인다. 세 번째로 지적하고 싶은 것은 제996조의 친족회의 소집에 관련된 것인데 친족의 규정이 개정민법에 의해 어떻게 변하고 있는지 이것이 부계중심인지 부모양계를 동등하게 포함시킨 것인지? 가부장제 직계가족의 친족구성과 범위는 양성평등의 핵가

족의 친족구성과 범위로 개정되어야 할 것이다. 네 번째는 앞으로 제기 될 동성애 혼인과 가족을 합법화시키려는 요구에 어떻게 대응할 것인지? 그리고 비혈연적인 공동체 가족은 호적상 어떻게 편제될 수 있을 것인가?를 지적하지 않을 수 없다.

### III. 맺는말

#### - 호주제 폐지로 가부장제 문화와 관습이 변화될 수 있을 것인가?

우리의 가족이 평등가족·열린가족을 지향하는 방향으로 변하고 있지만 호주제의 폐지만으로 가부장제 문화와 관습에서 쉽게 벗어날 수 없을 것이다. 우리에게서 조상제사를 효의 미덕으로 찬양하며 조상제사가 가족의 종교로 숭상되고 있는 것이다. 이것은 가족의 시초와 근원을 부계시조에 관련지어 부자혈통으로 그 대가 영원히 계승되는 것으로 믿는 종교적 신앙이다. 우리의 가족은 죽은 자와 산자의 가족으로 확대된 관념에 사로잡혀 있는 것이다. 더욱이 개인의 생명의 근원을 부계시조로 삼는 화수회·종친회의 사상은 가족을 통해 생명의 영생을 바라는 원시인들의 신앙인 것이다. 이로써 우리의 죽음과 관련된 문화와 관습에서 가족의 혈연관계가 사후에도 그대로 지속되는 것으로 믿는 것을 알 수 있다. 가족의 혈연적 관계는 죽은 후에도 계속되는데서 제사를 통한 효행은 마치 부모가 살아계실때와 다름없이 봉양해야 하는 것이다. 우리의 이러한 조상숭배의 가족종교는 불교의 출가와 윤회사상이 사후 혈연관계를 단절하는 사상과 비교되는 것이다. 그리고 기독교의 사후관이 현세의 혈연관계를 벗어나 하나님의 자녀로 신의가족에 속하는 신앙을 기반으로 한 것이다. 한국의 불교나 기독교는 가족을 위한 기복신앙의 단계에서 크게 벗어나지 않는다. 종교적 신앙이 가족종교의 형태를 극복하지 않은 것이다. 이러한 가부장제 문화에 대한 비판적 의식을 심화시켜 원시적 신앙에서 벗어나고 과학시대에 부합하는 우주관·생명관·사후관을 정립함으로써 진정한 평등가족·열린가족으로 발전해 갈 수 있을 것이다.

# 호주제 폐지와 민법 개정안

이정희 (변호사, 민변 여성인권위원)

## I. 서론

### 1. 호주제폐지 논의의 경과

호주제를 둘러싼 우리 사회의 논란은 민법이 제정되기 이전부터 시작되어 지금까지도 계속되고 있다. 이미 민법 제정과정에서 호주제를 비롯한 가부장적 가족제도는 고래의 순풍양속이니 유지하자는 관습존중론과, 이는 헌법의 민주주의와 평등조항에 위배되니 폐지하자는 헌법존중론의 대립이 있었다.<sup>1)</sup> 그러나 당시 국회는 입법 방침에서 家제도가 소규모 가족으로 변화한 현실에 뒤떨어져 있다는 점을 인정하면서도,<sup>2)</sup> 家제도를 그대로 존속시키고 강력한 호주권을 인정하며 호주상속제도를 유지하는 한편 모의 친권을 제한하는 등 봉건적 요소를 잔존시켰다. 그 후 1974년 민법 중 호주제 폐지를 포함한 친족상속법 개정법안이 국회에 상정되어 1977년 12월 17일 가족법의 일부 개정이 이루어졌으나 호주제 관련 규정은 이에 포함되지 아니하였고, 1990년 1월 13일에야 호주상속을 호주승계로 바꾸고 호주의 권리의무를 대폭 삭제하며 호주권을 축소하는 개정이 이루어졌다.

그 후로도 호주제폐지 논의가 끊이지 않았고, 1998년 정부 주도의 민법개정특별분과위원회는 일제의 천황통치의 잔재를 청산하고 호주제도의 존치로 인한 가부장적 국민의식의 잉태연원을 삭제하며 헌법상의 가족정책 이념에 배치되는 호주제도를 삭제하여야 하고 家관념이 퇴조하

1) 최병욱, '헌법에 비추어 본 가족법', 민사판례연구 13권(1991. 3.), 420쪽.

2) 정광현, 신친족상속법요론, 40쪽; 전봉덕, '양성평등의 헌법이념과 신분법상의 실현에 관한 비교법적 고찰', 서울대학교 법학 제4권 1·2호(1962), 228쪽에서 재인용.

고 변모된 호주의 위상에 부합하고 현대산업사회의 생활현실에 부합하며 세계적인 입법추세에의 낙후성을 극복한다는 취지에서 호주제폐지를 합의하고, 1999년도 정기국회에 호주제폐지의안을 상정하도록 정부에 건의한 바 있다.

또 1999. 10. 유엔 인권이사회는 시민적 정치적 권리에 관한 국제인권규약에 따른 우리 정부의 정기인권보고서를 검토한 후 호주제를 존속시키는 등 남녀가 위 규약에 명시된 모든 권리들을 동등하게 향유할 권리와 법의 동등한 보호를 보장할 국가의 의무를 이행하지 못한 정부의 실패가 전반적인 사회적 태도로 인해 정당화될 수 없다는 점을 강조하였다. 그러나 그 후에도 호주제폐지법안은 상정되지 아니하였고, 2001년의 친족상속편을 중심으로 한 민법개정안에도 호주제폐지는 포함되어 있지 않다.

## 2. 호주제 관련 규정에 대한 위헌제청신청

이와 같이 호주제 폐지를 위한 법개정이 지체되자, 2000년 11월에는 호주제로 인하여 피해를 입고 있는 수십 여명의 신청인들이 夫가 호주로 되어 있는 호적기재를 무호주로 변경한다는 호주변경신고에 대한 불수리처분 및 이혼한 母가 친권을 행사하는 자녀를 모의 호적에 입적한다는 입적신고에 대한 불수리처분에 관하여 불복신청을 제기하고, 민법 제778조 “일가의 계통을 계승한 자, 분가한 자 또는 기타 사유로 인하여 일가를 창립하거나 부흥한 자는 호주가 된다”, 제781조 제1항 본문 “子は 父의 성과 본을 따르고 父家에 입적한다”, 제826조 제3항 본문 “처는 夫의 家에 입적한다”에 관하여 위헌제청심판을 신청하였다. 이에 2001년 3월 서울지방법원 북부지원과 서부지원은 민법 제778조, 제781조 제1항 본문 후단에 대하여 위헌제청을 하여 현재 헌법재판소에 위헌심판이 계류중이다.

서울지방법원 북부지원은 호주변경신고에 대한 불수리처분사건인

2000호파1887사건에서 2001년 3월 29일 위헌제청신청결정을 하면서 민법 제778조에 관하여,

“① 민법 제778조가 호주에게 우월적 지위를 부여하여 일가를 구성하는 구성원들로 하여금 호주를 정점으로 강제적이고 일률적으로 순위 지워지게 함으로써 존엄한 인격을 가진 개인들이 평등한 차원에서 공동체를 형성하는 것을 불가능하게 하고 있으므로 이는 민주적 기본질서를 규정한 헌법 전문 및 제4조에 위반된다.

② 호주제도는 개인에게 자신의 법적 지위를 스스로 형성할 기회를 부여하지 아니하는 결과 개인의 의사와 무관하게 각자를 지배·복종 관계에 강제로 편입시키고 호주 아닌 가족을 호주에게 종속시킴으로써 개인의 자율적인 법률관계 형성을 전면적으로 부인하고 열위의 지위를 강제하여 인격권을 침해하는 결과를 가져오므로 이는 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권을 규정한 헌법 제10조에 위반된다.

③ 호주제도는 혼인과 가족생활에서 그 구성원 상호간의 평등한 법률관계 형성을 막고 남성에게 호주가 되는 우선적인 지위를 부여함으로써 합리적 근거 없이 아내의 지위를 남편보다 하위에, 어머니의 지위를 아버지보다 하위에 각 위치하게 하는 정당성없는 남녀차별을 초래하여 성별에 의한 차별을 금지한 헌법 제11조 제1항과 개인의 자율적 의사와 양성의 평등에 기초한 혼인생활과 가족생활의 자유로운 형성을 보장하는 헌법 제36조 제1항에 각 위반된다.

④ 우리사회의 가족제도를 유지하기 위하여 개인의 권리를 부득이 제한할 필요가 있다 하더라도 위 법조에 의하여 형성되는 호주제도는 목적의 정당성, 수단의 적합성, 법익의 최소침해성 및 법익침해의 균형성을 갖춘 정당한 기본권 제한이 아닐 뿐만 아니라 기본권의 본질적 내용까지 침해하고 있어 위 법조는 과잉금지원칙을 규정한 헌법 제37조 제2항에 위배된다”는 신청인들의 위헌주장에는 상당한 이유가 있다고 인정된다고 하였다.

또한 서울지방법원 서부지원은 2001년 3월 27일 결정 2000호파1095 위헌제청신청사건에서, 민법 제781조 제1항 본문 후단 “자는 부가에 입



적한다”에 관하여 다음과 같이 실시하였다.

“민법 제781조 제1항 본문 후단은 부계중심주의 원칙을 채택하여 자녀가 속할 가를 원칙적으로 아버지의 가로 정하여 남녀의 성에 따른 차별을 두고 있으므로 법 앞에서의 평등의 원칙을 선언한 헌법 제11조 제1항 및 가족생활에서의 양성평등의 원칙을 선언한 헌법 제36조 제1항에 반한다고 볼 소지가 있다. … 민법 제781조 제1항 본문 후단을 비롯한 자녀의 입적에 관한 우리 민법의 체제는 일단 아버지의 가에 속하게 된 자녀가 부모의 이혼 등으로 아버지와 가족공동생활이 불가능하게 된 경우, 예컨대 이 사건처럼 어머니가 아들의 친권행사자로 지정되어 아들을 양육하면서 모자가 가족공동체를 이루고 있는 경우에도 아들에 대하여 어머니의 家로의 전적의 여지를 두지 아니함으로써 모자에 대한 기본권 침해상태를 영구화하고 있다.”

현행 민법상 호주에 관한 규정은 호주를 중심으로 한 家구성, 호주권, 호주승계에 대한 규정으로 이루어져 있는데, 진작부터 호주제의 전면적인 폐지를 요구하는 주장이 지속적으로 강하게 제기되어왔을 뿐만 아니라, 최근 이와 같이 법원이 호주제의 가장 근본적인 규정인 호주의 정의에 관한 민법 제778조에 대하여 위헌제청을 신청하기까지한 것으로 볼 때, 현재는 호주제 관련 규정의 일부 수정이 아니라 호주제 자체의 존폐여부가 본격적으로 논의되고 그 대안이 마련되어야 할 시점이다. 이에 호주제 폐지의 의미와 그에 따른 민법 개정안을 살펴본다.

## II. 민법 개정안 - 호주제 폐지를 중심으로

### 1. 호주제 폐지의 의미

현행 민법상 호주제도는 크게 분류하여 호주를 중심으로 한 家 구성, 호주권, 호주승계에 관한 규정으로 이루어져 있다. 따라서 호주제 폐지

는 호주의 폐지, 家 개념의 변화, 호주권의 삭제, 호주승계 관련 규정 삭제 등을 포괄한다.

#### 가. 호주의 폐지와 家 개념의 변화

호주제 폐지는 법률적으로는 우선 호주 및 호주를 기준으로 규정되는 가족의 차별적인 지위를 없애는 대신 모든 가족구성원들에게 법적으로 평등한 존재라는 지위를 부여하는 데서 출발한다. 호주제 폐지는 또한 현실과 유리되어 법의 규정에 따라 결정되는 호주와 가족으로 이루어진 관념적인 법률상 단체인 家 대신, 부부와 자녀 중심의 현실적인 공동체를 그 자체로 법적 개념으로 받아들이는 것을 포괄한다.

헌법 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다”고 하는데, 이때의 “가족”은 소가족 제도로 이행한 근대 헌법의 생성배경에 비추어볼 때, 부부와 자녀로 구성되는 현실적인 가족공동체를 칭한다. 또한 이 “가족”의 성립기반은 부부간의 자유로운 혼인의사의 합치와 자녀의 출생이라는 사실관계이다. 그러나 현행 민법상의 家, 호주, 가족의 개념과 구성방식은 이러한 헌법상의 가족의 개념 및 성립기반과 전혀 달라, 호주 개인의 존재 및 그 가족이 될 수 있다고 규정하는 법규정이 家의 성립기반이며, 개인을 그 의사와 무관하게 호주와의 관계로 규정하는 것이 그 구성원리이다. 이러한 민법상의 家는 헌법과 일치할 수 없고 가족관계에도 적용되어야 할 헌법상의 민주적 기본질서와 자유로운 법률관계 형성을 지향하는 가족구성원의 인격권, 행복추구권, 아내와 어머니, 여아의 평등권을 침해하여 위헌의 소지가 있다.

따라서 현행 민법에서 호주와 家개념을 삭제하여야 하고, 그 대안은 헌법이 예상하는 존엄하고 평등한 개인들의 결합 및 출생의 사실관계로 이루어지는 부부와 자녀의 현실적 공동체를 법률적 개념으로 수용하는 것이어야 한다.

#### 나. 호주권의 삭제

현행 민법은 호주의 권리로서, 가족이 그 모의 재혼가에 입적할 경우 종래 호주의 거가동의권(제784조 제2항), 일가창립의 호주 또는 분가호주의 폐가입적을 위한 폐가권(제793조), 여호주의 혼인으로 인한 폐가권(제794조), 가정법원에 대한 친족회소집청구권(제966조), 친족회에 출석하여 의견을 개진할 수 있는 권리(제968조), 친족회의 결의 대신 재판을 청구할 수 있는 권리(제969조), 친족회의 결의에 의하여 이의의 소를 제기할 수 있는 권리(제972조)를 정하고 있다.

그러나 호주 개념을 민법에서 삭제하므로, 호주권 역시 삭제되어야 한다. 호주의 거가동의권은 처와 그子を 夫와 그子에 비하여 차별하는 것이어서 평등권 위반으로 삭제되어야 하고, 폐가라는 개념이 사라지는 이상 폐가권은 인정될 여지가 없다. 또한 친족회에 관한 제 권리는 친족에게 부여하는 것으로 충분하다.

#### 다. 호주승계의 삭제

호주제 폐지는 당연히 호주승계에 관한 규정을 폐지하는 것을 포함한다. 현행 민법상 호주승계는 家の 계통을 승계하기 위한 것이고, 家는 그 구성원의 혼인, 사망 등에도 불구하고 호주승계와 분가, 무후가 또는 폐가의 부흥 등을 통하여 영속적으로 이어지는 관념적인 집단이다. 이와 같이 家の 계통승계와 호주승계 개념을 둘 경우, 필연적으로 부계, 남계 우선의 관념이 고착화되고 가족구성원 사이에 승계의 우선순위를 둘러싼 차별과 순위짓기가 발생할 수 밖에 없어서, 평등하고 자유로운 의사의 합치를 기반으로 하는 헌법상 가족의 이념에 부합할 수 없다. 따라서 호주승계에 관한 규정을 삭제하여 각 가족이 모두 독립한 완결적 공동체로서 법률상의 지위를 가지도록 하여야 한다.

## 2. 개정안의 방향 -기본가족별 편제

가. 호주제도를 없애는 경우 호적제도는 어떻게 할 것인지가 문제된다. 이에 대하여는 호주제도와 호적제도가 논리필연적인 관계에 있는 것이 아니고, 호주제도를 폐지하더라도 호적제도는 독자적으로 유지하는 것이 가능하다는 견해가 있다.<sup>3)</sup> 그러나 호주제도를 폐지하는 마당에는 호적제도 역시 부부중심의 가족제도에 맞게 적절한 변화를 모색하여야 할 것이며, 그 대안으로 기본가족별 편제와 1인 1적 편제방식이 거론되고 있다.

### 나. 기본가족별 편제방식

기존의 호적제도가 그 편제단위를 관념적 가족단체인 家에 두었던 반면, 기본가족별 편제방식은 부부와 미혼자녀를 기본단위로 편제하는 방식이다. 그 공부는 일용 '가족부'로 하고, 기존의 家를 대표하던 호주를 없애는 대신 부부 쌍방 또는 일방을 행정적 사무처리와 검색의 편의를 위한 '기준인'으로 정하여 새로운 신분등록부를 특정하도록 한다. 일본은 2차 대전 이후 기본가족별 편제방식을 택하고 있다.

기본가족별 편제방식은 가족간의 친족관계를 일괄적으로 나타낼 수 있다는 장점이 있다. 또한 이 제도는 부부와 그 자녀로 구성된 현실의 가족공동체는 하나의 공부에 기재되는 것이 당연하다는 일반적인 통념에도 부합하고, 무엇보다 현실상의 가족을 반영하지 못하는 家와는 달리 헌법상의 가족과 민법상의 가족을 일치시키고 그 가족을 공부로서 바로 표상할 수 있다는 장점이 있다. 또한 가족관계를 하나의 공부에 기재함으로써 신분관계를 신속하고 명확하게 파악할 수 있다는 현행 호적의 장점을 유지할 수 있다.

다만 이혼가족 또는 부부 일방이 사망한 가족인 경우 공부 상으로

---

3) 조대현, '호주제도의 폐지와 호적의 편제', 호주제폐지와 대안모색을 위한 대토론회, 호주제폐지를 위한 시민연대(2000. 10.), 63쪽.

그 내역이 드러나므로, 흔히 비정상적인 것으로 치부되어 당사자가 밝히고 싶지 않아하는 가족사가 밝혀지는 문제점이 있다. 또한 부부 중심의 가족구성을 원칙으로 하므로, 부부의 가족에 속할 수 없는 자, 특히 미성년자가 독립하여 새로 가족을 구성하여야 하는 경우가 발생할 수 있어, 미성년자를 그 부모 또는 성인이 같은 공부에 기재함으로써 보호감독하여야 한다는 통념과는 어긋날 수 있다.

그러나 현재로서는 기본가족별 편제방법이 위에서 본 바와 같은 상당한 장점을 가지고 있고 우리 국민의 정서상 큰 어려움 없이 받아들일 수 있는 것이라고 판단되어, 이 글에서는 기본가족별 편제방식에 따라 개정안을 구성하기로 한다.

다만, 기본가족별 편제에서 나타날 수 있는 위 문제점은 우리 사회 전반에 다양한 형태의 가족을 자연스럽게 받아들이는 변화가 이루어져야만 근원적으로 해결될 것으로 보이고, 그에 이르기까지는 개인정보관리와 유통과정의 개선이 병행되어야 할 것이다. 현재 본적과 호주 성명, 주민등록번호를 알면 별다른 제한 없이 그 가에 속한 자 전부의 호적등본을 발급받을 수 있어 결국 타인이 제한없이 그 가족관계 전반을 알 수 있도록 되어 있고 각급 학교 또는 관공서, 회사, 단체 등에서 신분관계 증명을 위하여 호적등본을 제출하도록 하고 호적등본의 열람등사사항에 별다른 제한이 없어, 한부모 가족 등 일반적이지 않은 가족구성원들이 느끼는 고충이 상당하기 때문이다.

#### 다. 1인 1적 편제방식

유럽 각국과 미국의 신분등록제도는 교회를 중심으로 시작된 까닭에 1인 1적 편제방식을 취해왔다. 이 방식은 개인의 비밀을 보호할 수 있고, 위의 기본가족별 편제에서 나타나는 문제가 전혀 발생하지 않는다. 또 남녀불평등 문제도 발생하지 않는다는 장점이 있다.

일본도 2차 대전 이후 가제도를 폐지하면서 개인별 편제로 나아가려고 하였으나, 전후의 경제적 어려움 때문에 가족단위 기록방법을 택하여, 1인 1적 제도의 장점을 시인한 바 있다. 그러나 현재 우리 나라는 각 개

인마다 주민등록부를 편제하고 있어, 이에 신분관계사항을 정리하여 기록하는 보완책이 마련되면 큰 경제적 부담 없이 시행할 수 있다.

다만 하나의 공부에 기재됨으로써 가족임을 표상한다는 관념이 국민들 사이에 자리잡고 있는 것에 비추어, 1인 1적을 도입하는 것은 국민의 식상 아직 이르다고 판단된다.

### 3. 개정안의 전체

#### 가. 家 및 가족 개념의 변화

현행 민법은 가족구성원 모두를 호주와 가족으로 나누고, 이로써 구성되는 관념적인 법률상 집단을 “家”로 칭하고 있다. 따라서 현행 민법상의 가족이란 일가의 구성원으로서 호주가 아닌 자, 곧 개인을 말한다. 그러나 통상 가족이란 각 개인을 지칭하는 것이 아니라 공동생활을 위주로 한 혈연공동체를 일컫는 것으로 인식되고 있으며, 헌법 제36조 제1항도 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며”라고 하여, 가족을 공동체를 지칭하는 의미로 사용하고 있다.

따라서 개정안에서는 그간 사용되어 온 家, 호주, 가족의 개념 대신, 부모와 자녀로 구성되는 공동체를 가족이라고 하고, 가족을 구성하는 사람들을 모두 가족원으로 칭하여 법률적으로 동일한 지위를 부여한다.

#### 나. 가족구성의 원칙

##### (1) 부부동적의 원칙

부부는 혼인에 의하여 새로운 가족을 구성하고, 혼인의 취소, 무효, 이혼으로 혼인관계가 변동되면 그에 따라 그 가족은 해체된다. 남녀의 혼인은 새로운 가족 구성의 원인이 되고, 그 가족 유지의 기반이 된다.

따라서 부부는 민법상 가족의 중심이 되고, 민법상 가족은 부부중심의 현실적 가족공동체를 표상하는 것으로 헌법상의 가족개념과 일치하게 된다.

夫가 그 부모의 가족원인 경우에는 혼인으로 독립하여 妻와 새로 가족을 구성한다. 夫가 1인 가족 또는 그 자녀와 가족을 구성하고 있는 경우에도, 혼인하면 妻와 새로 가족을 구성할 뿐, 妻가 기왕의 夫의 가족에 들어가 그 가족원이 되는 것이 아니다.

## (2) 친자동적의 원칙

부모와 자녀는 같은 가족원이 된다. 자녀는 부부의 혼인에 따라 출생하거나 부부의 법률행위에 따라 입양되지만, 법률적으로는 자녀는 부모가 구성한 가족에 귀속되는 것이 아니라 독립적인 개체로서 가족을 구성하는 가족원이 된다.

다만, 부부가 혼인 중에 그 일방의 혼인 외의 자가 출생한 경우, 그子は 부부 일방의 동의없이 그 가족원이 될 수 없다. 또, 성년인 子는 의사에 따라 새로 가족을 구성할 수 있고, 미성년인 子도 법정대리인의 동의가 있거나 법정대리인의 학대 등으로 독립할 필요가 있는 경우에는 친족 또는 검사의 청구로 가정법원의 허가를 받아 새로 가족을 구성할 수 있다.

## (3) 2대 가족의 원칙

자녀가 혼인하면 당시까지 부모와 함께 이루던 가족에서 독립하여 그 배우자와 더불어 새로운 가족을 이룬다. 따라서 원칙적으로 2대 가족만 남게 된다. 미혼 자녀가 혼인외의 손자녀를 출산한 경우에도, 자녀와 손자녀는 독립하여 새로운 가족을 이루고, 자녀가 사망하더라도 손자녀는 그 가족에 남게 되므로, 조부모와 손자녀가 함께 기록된 3대 가족은 존재하지 않는다.

#### (4) 부모양계혈통주의 지향

현행법상의 부계혈통주의를 부모양계혈통주의를 지향하는 방식으로 대체한다. 국적법은 이미 헌법재판소의 위헌결정<sup>4)</sup> 이후 부계혈통주의에서 벗어나 부모양계혈통주의로 나아갔고<sup>5)</sup>, 헌법재판소는 동성동본금혼조항위헌결정<sup>6)</sup>에서 남계혈통주의가 정당하지 아니한 관습임을 밝힌 바 있다.

부계혈통주의가 부모양계혈통주의로 변화할 때 온전한 의미의 양성평등의 가족관계가 이루어진다고 할 것인데, 부계혈통주의의 가장 극단적인 예는子在 父의 성과 본을 따르도록 하는 것이다. 이로써 성과 본을 승계할 수 있는 남아를 선호하는 현상이 여전히 뿌리깊게 계속되고 있으며, 모의 성과 본을 따르는 자는 부는 알 수 없는 미혼모의 자로 낙인찍히고 유형 무형의 차별을 받게 되는 것이 실상인 바, 子의 성과 본도 부모의 합의에 의하여 정하도록 하고, 합의되지 않을 경우 성과 본의 지정 역시 친권행사의 일종으로 보아 가정법원의 결정에 따르도록 하는 것이 타당하다.

- 
- 4) 헌법재판소는 2000. 8. 31. 97헌가12 사건에서, 구국적법 제2조 제1항 제1호에 관하여, “부계혈통주의를 취한 위 조항은 혼인과 가족생활에 있어서 父 또는 夫의 지위를 子 또는 妻의 지위에 비하여 현저하게 우월하게 취급하고 있으므로 혼인과 가족생활에 있어서의 양성평등의 원칙에 위배된다”고 판단하였다.
  - 5) 2001. 12. 19. 개정된 국적법 제2조 제1항 제1호는 “출생한 당시에 부 또는 모가 대한민국의 국민인 자”는 출생과 동시에 대한민국의 국적을 취득하도록 정하고, 제7조[부모양계혈통주의 채택에 따른 모계출생자에 대한 국적취득의 특례]에서는 1978. 6. 14.부터 1998. 6. 13.까지 사이에 대한민국 국민을 모로 하여 출생한 자가 현재 모가 대한민국 국민이거나 사망 당시 대한민국 국민이었으면 일정 기간내에 신고함으로써 대한민국 국적을 취득할 수 있도록 경과규정을 두었다.
  - 6) 헌법재판소는 1997. 7. 16. 95헌가6 내지 13 동성동본금혼규정위헌결정사건에서, “동성동본금혼을 규정한 민법 제809조 제1항은 남계혈족에만 한정하여 성별에 의한 차별을 함으로써 헌법상의 평등의 원칙에 위반된다”고 하였다.



## 4. 개정안의 주요 내용<sup>7)</sup>

### 가. 호주의 폐지와 기준인의 설정

호주는 폐지하고, 호주에게 부여되었던 권리도 모두 삭제한다. 다만, 행정사무처리와 검색의 편의를 위하여 부부의 협의에 따라 기준인을 둔다. 만약 협의를 할 수 없거나 협의가 이루어지지 않는 경우에는 추첨에 의하여 정한다(안 제780조 제1항). 기준인이 사망, 실종선고, 국적상실 등의 이유로 제적된 때에는 배우자가 기준인이 되어 그의 성명이 호적을 특정하게 되며, 배우자가 없는 경우에는 자녀 중 연장자가 기준인이 된다(안 제780조 제2항). 이것은 기준인이라는 지위가 승계된다는 것이 아니며, 단지 기준인이 제적되는 경우 가족부를 특정하기 위한 명칭이 바뀐다는 의미에 지나지 않는다. 기준인은 오로지 행정적 의미에 그친다.

### 나. 개별가족의 독립

호주 및 본가, 분가, 친가, 무후가 또는 폐가의 부흥 등의 개념을 통하여 가계가 계승되고 서로 연계되도록 한 현행 민법과는 달리, 개정안에서는 부모와 자녀 2대로 구성된 가족은 부모의 혼인으로 생성되었다가 그 부모의 이혼 또는 혼인의 취소, 구성원 전부의 사망, 혼인 등으로 소멸되는 독립적이고 개별적인 집단으로 된다. 따라서 본가, 분가, 친가, 무후가 또는 폐가의 부흥 등의 개념은 더 이상 존재하지 않는다.

### 다. 자녀의姓

현행 민법상의 부성주의에서 벗어나,子の 성과 본은 부모가 협의하여 부 또는 모의 성과 본을 따르도록 한다. 현행민법상 가계의 계승은 성의 계승으로 표상되는데, 부성주의를 탈피하지 않고는 부계, 남계우위

7) 이하의 내용은 국회여성위원회, '호주제 폐지 전략과 호주제폐지에 대비한 대안 연구'(2002. 9.), 86-96쪽에 소개된 김상용 교수의 안을 기초로 한 것이다.

에서 벗어날 수 없다. 만약 부모가 협의할 수 없거나 협의가 이루어지지 않는 경우에는 민법 제909조 제2항 친권행사에 관한 규정에 따라 가정법원이 이를 정한다(안 제781조 제1항).

자의 복리를 위하여 필요한 경우, 곧 자가 부모 일방으로부터 심각한 폭행을 당하는 등으로 그 부모 일방의 성과 본을 유지하는 것이 고통스러울 경우에는 부모 일방이나 자, 민법 제777조의 규정에 의한 친족 또는 검사의 청구에 의하여 가정법원의 허가를 얻어 성과 본을 변경할 수 있다(안 제781조 제2항).

## 라. 자녀의 가족

(1) 부부의 자 중 혼인하지 아니한 자는 부부의 가족원이 된다(안 제778조 제2항).

### (2) 혼인 외의 출생자

혼인 외의 출생자는 부모가 각각 다른 가족원이므로 부모 중 어느 일방의 가족원이 되어야 하는데, 현행법에 의하면 父가 인지하지 않은 혼인외의子是 母의 家에 속하고, 父가 인지하게 되면 父의 家에 입적하게 되지만, 이러한 가부장제의 원리에 기초한 기준은 평등의 원칙에 반하므로 더 이상 유지될 수 없다.

따라서 父가 인지하지 않은 때에는 母가, 棄兒로 母를 알 수 없는 경우에는 父가 친권자가 되므로, 자는 각 그 친권자의 가족원이 되고, 父가 인지하고 母를 아는 경우라면 당사자의 협의 또는 법원의 결정에 의해서 친권행사자로 정해진 母 또는 父의 가족원이 되도록 한다(안 제781조 제3항, 제782조 제1항 본문). 다만, 친권행사자인 부 또는 모가 그 부모의 가족원인 경우에는 혼인외의子和 함께 새로 가족을 구성한다(안 제782조 제1항 단서). 친권행사자의 가족에 속할 수 없는 혼인외의子是 새로 가족을 구성한다(안 제782조 제2항).

### (3) 부모를 알 수 없는 자

부모를 알 수 없어 성과 본을 창설하고 새로 가족을 구성한 자는, 부모를 알게 된 때에는 부 또는 모의 성과 본을 따를 수 있고, 그 가족원이 될 수 있다(안 제781조 제4항).

### (4) 부부 일방의 자

부부의 일방이 혼인중에 혼인외의 자를 출산한 경우, 그 자는 상대방 배우자의 동의가 있어야 그 부부의 가족원이 될 수 있다. 상대방 배우자의 동의가 없으면 자는 새로 가족을 구성한다(안 제784조 제1항). 이는 현행법상 부가 처의 동의 없이 혼인외 자를 입적시키는 문제를 없애고 부부중심의 가족구성원칙을 존중하여 상대방의 동의가 있어야 하도록 정한 것이다.

반면 부부의 일방이 혼인전에 혼인외의 자를 출산하여 그 자의 친권 행사자로서 그 자와 한 가족을 이루다가 혼인한 경우에는, 자의 복리를 위하여 다른 일방의 동의 없이도 혼인으로 새로 구성되는 가족의 구성원이 된다. 다만 자 스스로가 그 가족원이 되기를 원하지 않는 경우에는 가정법원의 허가를 받아 새로 가족을 구성할 수 있도록 하고, 자가 미성년인 경우에는 친족 또는 검사의 청구로 가정법원의 허가를 얻어 새로 가족을 구성할 수 있다(안 제784조 제2항).

### (5) 파양된 경우

입양이 취소 또는 파양된 경우 미성년인 자에 대한 양부모의 친권이 소멸되고 친생부모의 친권이 되살아나므로, 미성년인 자는 친생부모 또는 그 일방의 가족원이 된다. 그러나 친생부모가 이혼하고 부모 모두 재혼하거나, 일방이 사망하고 타방이 재혼하여 새로 가족을 구성한 경우에는, 그 상대방의 동의가 없이는 친자라 하더라도 가족원이 될 수 없으므로, 이러한 사유로 친생부모 또는 그 일방의 가족원이 되지 못하는 경우

에는, 친자는 새로 가족을 구성한다(안 제786조).

#### (6) 자의에 의한 새로운 가족 구성

子是 성년에 달하면 새로운 가족을 구성할 수 있고, 미성년인 자도 법정대리인의 동의를 받거나 법정대리인인 부모 양자의 학대 또는 부의 학대와 모의 가출이나 사망 등으로 동의를 받을 수 없는 경우에는 친족이나 검사의 청구에 의하여 가정법원의 허가를 얻어 새로 가족을 구성할 수 있다(안 제787조). 자가 새로운 가족을 구성할 것인지 여부를 결정하는 데는 가정법원의 후견적 역할이 매우 중요하다.

#### 마. 이혼

현행 민법은 이혼이나 혼인의 취소 등의 경우 처와 부의 혈족 아닌 그 직계비속은 친가에 복적하거나 일가를 창립하도록 하면서, 친가복적을 위해 친가를 부흥할 수 있도록 하고 있다.

그러나, 일단 혼인하여 독립한 사람은 혼인의 취소 또는 이혼의 경우에도 친가에 복적하지 아니하고 독립된 가족을 구성하여야 한다. 따라서 기왕에 혼인으로 구성된 가족은 소멸하고, 각자 달리 새로운 가족을 구성한다(안 제787조 제1항). 부부사이에서 출생한 자녀는 물론 부부의 일방의 전혼중의 자 등도 미성년자인 경우에는 친권행사자를 따라 새로 편제된 가족에 속한다. 성년인 자는 자신의 선택에 따라 부 또는 모의 가족구성원이 되거나 독립하여 새로운 가족을 구성할 수 있다(안 제787조 제2항).

#### 바. 호적의 변화

현실과 괴리된 법률상 家의 공부인 호적은, 가족별 편제방식을 취하여 현실상 가족의 현황을 기록하는 가족부로 대체한다. 현재의 호주는 기준인으로 바꾸어 검색어의 기능을 부여한다. 현행 호적은 개정 민법의

취지에 따라 바뀌게 될 관련 법령에 의하여 일정 기간 새로운 가족편제 방식에 따라 가족부로 정비한다.

## 민법 개정안

### - 호주제 폐지를 중심으로 -

현행 민법	개정안
제4편 친족 제2장 호주와 가족	제4편 친족 제2장 가족
제778조(호주의 정의) 一家의 계통을 계승한 자, 分家한 자 또는 기타 사유로 인하여 一家를 창립하거나 부흥한 자는 호주가 된다.	제778조 삭제
제779조(가족의 범위) 호주의 배우자, 혈족과 그 배우자 기타 본법의 규정에 의하여 그 가에 입적한 자는 가족이 된다.	제779조(가족의 구성) ① 부부는 혼인으로 새로 가족을 구성한다. ② 부부의 자 중 혼인하지 아니한 자는 가족원이 된다.
제780조(호주의 변경과 가족) 호주의 변경이 있는 경우에는 전호주의 가족은 신호주의 가족이 된다.	제780조(기준인) ① 가족의 기준인은 부부의 협의로 정한다. 다만, 협의가 되지 아니하거나 협의할 수 없는 때에는 추첨으로 정한다. ② 기준인이 사망, 실종신고, 국적상실 기타 법률의 규정에 의하여 제적된 때에는 그 배우자가 기준인이 되고, 배우자가 없는 때에는 자 중에서 연장자가 기준인이 된다.

제781조(子の 입적, 姓과 本) ① 子は 父의 姓과 本을 따르고 父家에 입적한다. 다만, 父가 외국인인 때에는 母의 성과 본을 따를 수 있고 母家에 입적한다.

② 父를 알 수 없는 子는 母의 성과 본을 따르고 母家에 입적한다.

③ 부모를 알 수 없는 子는 법원의 허가를 얻어 姓과 本을 창설하고 一家를 창립한다. 그러나 姓과 本을 창설한 후 父 또는 母를 알게 된 때에는 父 또는 母의 姓과 本을 따른다.

제781조(子の 가족, 姓과 本) ① 子는 부모의 가족원이 되고 부모의 협의에 의하여 父 또는 母의 姓과 本을 따른다. 다만, 부모가 협의할 수 없거나 협의가 이루어지지 않는 경우에는 父 또는 母의 청구에 의하여 가정법원이 이를 정한다.

② 子의 복리를 위하여 子의 姓과 本을 부모 중 다른 일방의 姓과 本으로 변경할 필요가 있을 때에는 父, 母 또는 子의 청구에 의하여 가정법원의 허가를 얻어 이를 변경할 수 있다. 다만, 子가 미성년이고 법정대리인이 청구할 수 없는 경우에는 민법 제777조의 규정에 의한 친족 또는 검사가 청구할 수 있다.

③ 부모 중 일방을 알 수 없는 子는 다른 일방의 姓과 本을 따르고 그 가족원이 된다.

④ 부모를 알 수 없는 子는 법원의 허가를 얻어 姓과 本을 창설하고 새로 가족을 구성한다. 그러나 姓과 本을 창설한 후 父 또는 母를 알게 된 때에는 父 또는 母의 姓과 本을 따를 수 있고, 그 가족원이 될 수 있다.