

가족법상 남녀불평등 조항의 검토

文 興 安

(建國大學校 法科大學 副教授)

< 目 次 >

I. 서론	IV. 새로운 호적의 편제원리
II. 불평등 조항의 유형	1. 가 제도의 기본체계 유지
1. 姓제도	2. 인적편제와 부부중심단위의 개편
2. 기간 설정에 의한 혼인자유 제한	3. 호적편제에 있어서 '호주'를 대체하는 문제
3. 남성 우월적 지위의 家 제도 유지를 위한 불 평등	4. 부부의 호적편제에 대한 논의
4. 호적제도와 관련된 불평등	5.子の 호적편제에 대한 논의
III. 가족법 체계의 재편 방향에 대한 검토	V. 결 론
1. 성불변·부자동성(父子同姓)의 원칙과 남녀 평등	參考文獻
2. 가(家) 제도 재편에 관한 논의	SUMMARY
3. 호적제도의 개편	

I. 서론

대학가에 '姓 안쓰기'가 번진다는 일전의 신문보도를 보면서 대학생들의 사상의 자유분방함과 함께 여성계 일각에서 지난 97년부터 부계사회의 성차별을 극복하기 위하여 펼치고 있는 '부모 姓 함께 쓰기 운동'의 현주소를 확인할 수 있었다. 이러한 운동 이외에도 현행 친족·상속법의 제정 이래 이태영 여사 등 선구자적인 여성들이 꾸준히 제기한 '호주제도' 철폐문제는 그 동안 우리 가족제도의 큰 틀인 가부장제적 가족구조를 더 이상 강요할 수 없다는 강력한 신호이기도 하다. 이러한 사회적 공감대의 확산은 지난 대통령선거에 입후보한 후보들의 주요 정책공약이 되었고, 지난 5월 6일의 국무회의가 '호주제 폐지 추진 기획단'을 구성하기로 확정하면서 구체적 방안이 본격적으로 마련될 전망이다.

친족적 집단 속의 구성원을 대상으로 하는 친족상속법도 성이 다르다는 것은 차이가 될망정

차별이 될 수 없음을 보여주는 헌법정신을 실현하여야 하고, 민법의 기본이념인 개인의 법률행위 자유의 원칙의 실현을 위하여 노력하여야 한다. 그렇다면 친족상속법도 권리와 의무가 발생하는 실체적인 규범이고, 행위규범이자 재판규범이라는 것은 극히 당연하다. 하지만 현행 친족·상속법의 일부 조항은 남녀평등과 사적자치의 원칙을 구현하는데 장애가 된다는 평가를 받아 왔다. 그러나 다른 구성원들은 비판적인 입장에 대하여 친족적 집단이라는 우리 사회의 전통적 가치의 보존을 위한 당연한 것이라는 상반된 평가를 하고 있으므로 해서, 앞으로 본격 논의될 여러 제도의 개정을 두고 격렬한 논쟁이 예상되고 있다.

오늘 발표에서는 개인의사의 존중이나 남녀평등에 위배된다고 논의되고 있는 법조문을 열거한 후, 이 규정들이 담고 있는 제도를 중심으로 문제점을 도출해 내고, 이의 개선을 위한 방안을 가족법의 전체의 큰 틀 속에서 모색해 보고자 한다. 아울러 가족법과 불가분의 관계에 있는 호적제도도 관련되는 분야를 검토하고자 한다.

II. 불평등 조항의 유형

1. 姓제도

(1) 父子同姓의 원칙 조항

第781條 (子の入籍, 姓과 本) ①子は父의 姓과 本을 따르고 父家에 入籍한다. 다만, 父가 外國人인 때에는 母의 姓과 本을 따를 수 있고 母家에 入籍한다.

②父를 알 수 없는 子는 母의 姓과 本을 따르고 母家에 入籍한다.

③父母를 알 수 없는 子는 法院의 許可를 얻어 姓과 本을 創設하고 一家를 創立한다. 그러나 姓과 本을 創設한 後 父 또는 母를 알게 된 때에는 父 또는 母의 姓과 本을 따른다.

第826條 (夫婦間の 義務)

③妻는 夫의 家에 入籍한다. 그러나 妻가 親家の 戸主 또는 戸主承繼人인 때에는 夫가 妻의 家에 入籍할 수 있다. <改正 1990.1.13>

④前項 但書의 境遇에 夫婦間の 子는 母의 姓과 本을 따르고 母의 家에 入籍한다.

(2) 姓제도에 대한 논의

성(姓)은 출생의 계통을 표시하는 표식으로 본과 함께 표기하여 동족의 혈족계통을 표시한다. 우리나라에서 성은 원칙적으로 개인의 부계혈통을 표시하는 표식으로 성의 변경을 허용하지 않

는 것이 오랜 관습이다. 대체로 성불변의 원칙의 근대적 의의는 국가기능의 복잡화에 따르는 국민등록의 증대와 징병제도의 확립에 수반하는 혼란과 기피를 막고자 하는 데 있는 것이지만, 우리나라에 있어서는 이러한 근대적·행정적 의의에 앞서 부권부계적 가족제도에서 유래하는 가계성·혈통성·역사성이 성불변에 대한 관습 내지 법적 의식을 자연발생적으로 유지시켜 왔다.¹⁾

부자동성의 원칙(781조 1항)과 성불변의 원칙은 이렇게 관습법을 계수한 것이다. 성불변의 원칙에 대하여는 명문의 규정이 없으나, 대법원이 개명에 성을 변경하는 것을 인정하지 않고²⁾ 성의 포기도 인정하지 않는다.³⁾ 그러나 이성양자와 입부혼인(826조 3항 단서) 등의 인정으로 철저히 남계혈족의 표식으로서의 의의를 지녀온 성은 상당한 변질이 있었다.

또 혼인으로 인한 성의 변동에 관하여는 민법은 아무런 규정도 두지 않고 있다. 하지만 신분 또는 호적에 변동이 있더라도 성과 본은 변하지 않는다는 관습법을 계수한 것으로 해석하여 혼인당사자의 성은 변동하지 않는 것으로 본다. 부부의 성에 관하여는 대체로 가계존중과 동성불혼사상을 고집한 동양에서는 부부별성이었고, 부부일체의 기독교적 혼인사상에 의한 유럽에서는 부부동성이 원칙이다. 이러한 외국의 입법례의 영향과 부권부계적 사회구조에 대한 반발 등 여성계를 중심으로 부모의 성을 함께 쓰는 사례가 빈번하지만 법적으로 효력이 있는 성변경은 아니다. 최근 부부의 혼인성을 사용하여야 한다는 주장이 남녀불평등의 사례로 강력히 주장되고 있다.

2. 기간 설정에 의한 혼인자유 제한

(1) 약혼·혼인적령과 재혼금지기간

第801條(約婚年齡) 男子 滿18歲, 女子 滿16歲에 達한 者는 父母 또는 後見人의 同意를 얻어 約婚할 수 있다. 이 境遇에는 第808條의 規定을 準用한다.

第807條(婚姻適齡) 男子 滿18歲, 女子 滿16歲에 達한 때에는 婚姻할 수 있다.

第811條(再婚禁止期間) 女子는 婚姻關係의 終了한 날로부터 6月을 經過하지 아니하면 婚姻하지 못한다. 그러나 婚姻關係의 終了後 解産한 때에는 그러하지 아니하다.

(2) 검토

약혼이나 혼인적령을 두는 이유는 자녀의 건강을 위하고 건전한 가정생활을 위한 것으로 이

1) 김용한, 신판 친족상속법론, 박영사, 2002, 65면-66면.

2) 대판 1981. 5. 16. 80스35.

3) 대판 1984. 3. 31. 84스8·9.

해되나, 여성의 혼인적령이 남성에 비하여 낮아야 할 과학적인 근거가 빈약하다. 일반적으로 근거로 제시하는 것은 여자가 남자보다 성숙이 빨리 진행된다는 이유를 들고 있지만, 남자에게는 가정경제생활을 부담하기 위한 책임 즉 성별 역할분담의 영향이라고 보아야 할 것이다.⁴⁾ 약혼·혼인적령에 관련한 남녀의 차별은 합리성과 과학적인 근거가 없으므로 남녀평등에 반하는 규정이라고 생각한다. 입법론으로 남녀 모두 중등교육을 마치는 18세를 약혼·혼인적령으로 보는 것이 바람직하다.

한편 재혼금지기간에 대한 금혼기간은 부성추정의 혼란을 미연에 방지하자는 취지로 입법 당시에는 의료수준 등에 비추어 합리적인 면도 있었다. 즉 여성만이 임신할 수 있다는 생물학적 차이에 의한 차별이라는 인식이 있었다. 다른 한편 남녀의 생리적인 차이를 이유로 여성의 조기 재혼을 탐탁치 않게 생각하는 불건의식을 바탕으로 여자에게만 재혼의 자유를 제한하는 것이라는 의식도 있었다. 하지만 재혼금지기간 동안 여성의 재혼을 막을 수 없으며 혼인신고만 늦추기 때문에 사실혼을 조장하는 결과가 될 수 있다. 오늘날과 같은 의료·과학수준 하에서 재혼금지기간은 여자의 재혼의 자유를 심각하게 훼손할 수 있는 제한규정이다. 입법론으로는 재혼금지기간을 두지 않고 부성혼란이 있는 경우에 법원의 결정에 의하도록 하는 것이 타당하다고 생각한다.

3. 남성 우월적 지위의 家 제도 유지를 위한 불평등

(1) 남계혈통 중심의 호주제도 유지 조항

第778條 (戶主의 定義) 一家의 系統을 繼承한 者, 分家한 者 또는 其他 事由로 因하여 一家를 創立하거나 復興한 者는 戶主가 된다.

第984條 (戶主承繼의 順位<개정 1990.1.13>) 戶主承繼에 있어서는 다음 順位로 承繼인이 된다.<改正 1990.1.13>

1. 被承繼人의 直系卑屬男子
2. 被承繼人의 家族인 直系卑屬女子
3. 被承繼人의 妻
4. 被承繼人의 家族인 直系尊屬女子
5. 被承繼人의 家族인 直系卑屬의 妻

第993條 (女戶主와 그 承繼人<개정 1990.1.13>) 女戶主의 死亡 또는 離籍으로 因한 戶主承繼에는 第984條의 規定에 依한 直系卑屬이나 直系尊屬이 있는 境遇도 그 直系卑屬이 該家의 系統을 繼承할 血族이 아니면 戶主承繼인이 되지 못한다. 그러나 被承繼인이 分家 또는 一家를 創立한 女戶主인 境遇에는 그러하지 아니하다.<改正 1990.1.13>

4) 윤진수, "혼인의 자유", 한국법학 50년-과거·현재·미래(II), 한국법학교수회, 1998, 68면; 권정희, "양성평등의 관점에서 본 혼인의 성립요건" 이화여자대학교 법학논집 제5권 제1호, 2000, 95면.

第779條 (家族의 範圍) 戶主의 配偶者, 血族과 그 配偶者 其他 本法의 規定에 依하여 그 家에 入籍한 者는 家族이 된다.

第789條 (法定分家) 家族은 婚姻하면 당연히 分家된다. 그러나 戶主의 直系卑屬長男子는 그러하지 아니하다.

第794條 (女戶主의 婚姻과 廢家) 女戶主는 婚姻하기 爲하여 廢家할 수 있다.

第784條 (父의 血族 아닌 妻의 直系卑屬의 入籍) ①妻가 夫의 血族 아닌 直系卑屬이 있는 때에는 夫의 同意를 얻어 그 家에 入籍하게 할 수 있다. <改正 1990.1.13>

②前項의 境遇에 그 直系卑屬이 他家의 家族인 때에는 그 戶主의 同意를 얻어야 한다.

第785條 (戶主의 直系血族의 入籍) 戶主는 他家의 戶主 아닌 自己의 直系尊屬이나 直系卑屬을 그 家에 入籍하게 할 수 있다.

第1008條의3 (墳墓등의 承繼) 墳墓에 속한 1町步이내의 禁養林野와 600坪이내의 墓土인 農地, 族譜와 祭具의 所有權은 祭祀를 主宰하는 者가 이를 承繼한다.

[本條新設 1990.1.13]

第1003條 (配偶者의 相續順位 <개정 1990.1.13>) ①被相續人의 配偶者는 第1000條第1項第1號와 第2號의 規定에 依한 相續人이 있는 境遇에는 그 相續人과 同順位로 共同相續人이 되고 그 相續人이 없는 때에는 單獨相續人이 된다. <改正 1990.1.13>

②第1001條의 境遇에 相續開始前에 死亡 또는 缺格된 者의 配偶者는 同條의 規定에 依한 相續人과 同順位로 共同相續人이 되고 그 相續人이 없는 때에는 單獨相續人이 된다. <改正 1990.1.13>

(2) 남계혈통중심의 호주제도에 대한 반성

1) 호주제도의 문제점

법률상제도로서의 '가'는 호주와 가족을 구성원으로 하여 그들 사이에 인정되는 권리의무에 의하여 법률적으로 맺어진 단체이며, 호적상의 형식적인 집단이다. 이와 같이 가란 戶籍簿에 일가로서 등록되어 있는 호주에 의하여 통제되는 추상적인 가족단체에 지나지 않으므로 실제로 공동생활을 영위하는 이른바 세대와도 다르다.⁵⁾

일가의 계통을 승계하거나 분가함으로써 또는 그 밖의 사유로 인하여 일가를 창립하거나 부흥함으로써 호주가 된 자는(제778조) 법률체제상 가의 통제자이다. 그런데 우리 가족법은 남계혈족의 바탕 위에서(제779조, 제809조) 남자 중심의 호주에 의하여(제984조) 통솔되며 승계되도록 한(제789조) 가제도를 유지하고 있다. 그러나 헌법재판소는 제809조 제1항에 대한 위헌결정을 통하여 남계혈통주의적인 사고에 제동을 걸었으나 아직 위헌조항에 대한 개정은 미루어지고 있는 실정이다.

호주상속제도를 호주승계제도로 개정된 90년의 개정민법은 그간 난공불락처럼 여겨졌던 '家

5) 김용한, 전제 친족상속법론, 62면

制度(戶主制度)'의 변화에 중요한 단서를 제공하였다. 원래 개정안의 초안은 '家'제도의 폐지를 전제로 호주제도와 호주상속제도를 폐지하는 것이었다. 그러나 국회법제사법위원회의 심의과정에서 '우리 민법상의 호주제도는 가족법의 근간을 이루고 있는 제도로써 이 제도를 폐지하였을시 법률체계뿐 아니라 가족관계를 중심으로 하여 사회전반에 미치는 영향이 크므로 이 제도의 폐지여부는 앞으로 더욱 연구·검토되어야 할 과제라고 보아 이를 계속 존치시키⁶⁾는 것으로 하여 그 명맥을 유지하게 하였다.

그런데 호주승계여부는 호주승계권자의 자유로운 의사에 따르게 되므로, 추정상속인이 모두 타가에 입양해 버린 경우나, 分家·去家한 추정상속인과 후순위자들이 모두 호주승계를 포기하면 그 家는 無後家·廢家로 되는 경우가 발생하게 된다. 또 개정민법은 사후양자나 유언양자제도도 폐지하여, 자연적으로 단절되는 家가 속출할 가능성도 많아졌다.⁷⁾ '90 개정민법이 시행된 이래 5년 동안의 조사에 의하면 호주승계권포기자가 14,517명이나 되고, 호주승계권포기비율과 이성양자의 비율이 높아지고 있다는 것은⁸⁾ 이러한 징후를 나타내는 것이라고 생각한다. 호주승계권을 포기하는 경우에는 그 자를 호주로 하여 신호적을 편제하게 되지만,⁹⁾ 여기에서는 이제 영속적인 家系繼承이라는 호주제도의 모습은 찾아볼 수 없게 될 것이고, 분명 '家'제도의 유지를 위한 호주제도는 아니다.

다른 한편 민법전 제정시부터 폐기가 주장되었던 호주제도의 근간이 90년의 개정민법에서도 그대로 유지되고 있기 때문에 호주제도는 철폐되어야 한다는 주장이 개정과 동시에 바로 제기되었다. 이는 호주승계권자를 남자를 중심으로 하고 있기 때문에 나온 당연한 주장이다. 호주승계를 나이 든 어머니를 제치고 아들이나 손자가 한다는 불합리성은 변명의 여지가 없고, 호주와 부는 자기의 직계비속을 아무런 제한없이 입적시킬 수 있는 반면, 처는 부의 혈족 아닌 직계비속을 자기와 같은 호적에 입적시키기 위하여는 부나 호주의 동의를 필요로 하는 것(제784조, 제785조) 등 이의 부당성을 지적한 주장은 그 수를 헤아릴 수 없을 만큼 축적되어 있다. 한편 호주제도를 유지하여야 한다는 주장도 그 나름대로의 근거를 제시하며 충분한 의견을 제기할 기회를 가졌다고 보아, 더 이상 호주제도를 둘러싼 논의는 낭비일 뿐이라는 생각이다. 문제는 호주제도를 가족단체적 구조로 존치시킬 수 있는 방안을 모색할 것인가, 아니면 개인주의적 구조 속에서 호주제도(호주제도가 변형된 유사한 제도까지) 자체를 폐기할 것인가의 정책적인 선택의 문제가 남아있을 뿐이다.

2) 제사주제자를 둘러싼 논의

6) 민법중 改正法律案(代案)의 제안이유

7) 韓錫熙, 법무부 민법개정특별분과위원회 회의록(이하 '법무부 회의록'이라 한다) 제1권, 104면-105면.

8) 자세한 것은 문용안, '호적제도의 현상과 과제, 가족법연구 제11호, 1997년, 451면-452면 참조.

9) 1991. 7. 9. 호적예규 제458호, 호주승계권 포기신고에 관한 사무처리지침 제8항.

종래 호주상속인이 당연히 상속하였던 제사상속이 호주상속인이 호주승계인으로 개정되면서 '분묘 등의 승계'(1008조의 3)는 상속법에 그대로 남게 되었다. 이 과정에서 제1008조의 3은 새로운 법률용어로 "제사주재자"를 등장시키면서 개념상의 혼란을 초래하고 있다. 현대사회에서 제사주재자를 민법전의 개념으로 인정하여야 할 당위성, 호주승계인과 제사주재자와의 관계, 제사주재자의 고정성 여부 등이 문제될 수 있다. 제사 문제는 친족상속법의 규율대상을 벗어나는 것으로서 제1차적으로 각 가문의 관행에 맡기고, 그러한 관행이 없는 경우를 위하여 보충적 규정을 두는 것이 타당하다고 생각하므로 제1008조의 3은 삭제하는 것이 바람직하다고 생각한다. 그렇다면 제사용 재산의 귀속이 문제되는데 이는 다른 상속재산과 같이 취급하되, 성질상 분할할 수 없는 재산으로 보면 될 것이다.

3) 호주의 권리의무

호주제도는 호주와 가족간의 권리의무관계이므로, 호주와 가족간의 신분관계의 내용을 사후에 호적에 등재하여 공시할 필요가 있었다. 그러나 오늘날 호주권이란 추상적·포괄적인 호칭은 법률적인 의미가 없으며 이러한 현상은 호주권 자체의 사회적 쇠퇴를 의미하는 것과 동시에 법률상의 가(家)가 비현실적임 증명하는 것이다. 현행 친족상속법에 의하더라도 호주의 권리의무는 가족의 입적·거가에 대한 동의권(제784조, 제785조)와 친족회에 대한 여러 권리(제966조, 제968조, 제969조, 제972조)만이 있을 뿐이다. 이렇게 '90년 개정법 하에서 호주는 이제 호적의 대표자일 뿐, 민법상 호주가 家系를 잇는 자라는 것인지 무언지 모를 것으로 바뀌어 버렸다.¹⁰⁾ 호주승계권포기권(민법 제991조)이 인정된 1991년부터 1995년까지 호주승계권의 포기비율이 매년 늘어나는 추세에 있다는 것이 이러한 의식을 반영하는 것이라고 생각한다. 또, 지난 10년간 이성양자의 입양비율이 점차 높아지고 있다는 것도 전통적인 가제도에 대한 국민적 관심이 낮아지고 있다는 것을 보여주는 것이라고 생각한다.

이미 위에서 살펴본 바와 같이 현재 우리사회에서는 기존의 전형적인 가족의 틀이 무너지고 있고, 남녀의 본질적인 부분에서 서서히 실질적인 평등의식이 확대되어 가고 있다. 실질적인 남녀평등이라는 것은 실질적인 권리의 평등인데 현행 호주(승계)제도하에서는 실질적인 권리가 없다.¹¹⁾ 그렇다면 이제 호주문제를 남녀불평등의 문제라는 시각으로 접근하기 보다는, 가족법의 구조를 남자와 여자의 대립구도로 볼 것이 아니라 어느 한 성의 기준점 선택의 문제로 볼 수도 있을 것이다.

10) 이에 대하여 박병호 교수는 호주제도의 해석론으로서, 이제 호주는 우리 고유의 관습상의 繼宗思想으로 복귀된 宗의 실체를 표상해 주는 것이며 호주승계는 바로 宗의 承繼 즉 繼宗(家統 내지 祭祀承繼)라고 하신다. 박병호, '호주제의 변천과 제문제', 가족법은집, 도서출판 진원, 1996년, 203면-204면 참조.

11) 徐廷友, 민법개정특별분과위원회 회의록(이하 '법무부 회의록'이라 한다) 제1권, 법무부, 1995. 10. 67면.

4) 배우자의 대습상속으로 말미암은 형제자매의 역차별 논의

우리 나라에서는 전통적으로 오랫동안 며느리의 대습상속이 인정되어 왔고, 현행민법의 제정에서도 며느리의 대습상속을 인정하였다. 그러나 1990의 개정 민법은 며느리에게만 대습상속을 인정하는 것은 남녀평등·부부평등에 반한다는 것을 근거로 하여 사위에게도 대습상속을 인정하는 것으로 개정한 바 있다. 배우자의 대습상속은 혈족상속과 배우자상속이 충돌하는 부분으로 상속순위와 상속분은 그 나라 고유의 전통과 문화에 따라 결정될 사항이지 다른 나라의 입법례에 크게 좌우될 것은 아니다. 사위의 대습상속권에 대하여는 이를 인정한 입법례를 찾기 어렵고, 피상속인의 사위가 피상속인의 형제자매보다 우선하여 단독으로 대습상속하는 것이 반드시 공평한 것인지 의문이 있을 수 있다. 이에 대하여 대법원은 상속순위와 상속분은 입법자가 입법정책적으로 결정할 사항으로서 피상속인의 사위가 피상속인의 형제자매보다 우선하여 단독으로 대습상속할 수 있음이 규정된 민법 제1003조 제2항이 입법형성의 재량의 범위를 일탈하여 행복추구권이나 재산권보장 등에 관한 헌법규정에 위배된다는 주장을 배척한 바 있다.¹²⁾ 우리 사회에서 딸이나 사위가 친정 부모 내지 장인·장모를 봉양, 간호하거나 경제적으로 지원하는 경우가 많을 뿐만 아니라, 출산율마저 한 자녀 시대인 세상에서 남성과 여성을 차별하는 낡은 이분법적인 사고는 비록 구체적인 상황하에서 국민의 법감정과 맞지 않는다 하더라도 더 이상 받아들여질 수 없을 것이다. 그리고 본 발표의 주제와도 다소 거리가 있으므로 더 이상의 논의를 생략한다.¹³⁾

4. 호적제도와 관련된 불평등

(1) 夫家入籍·父子同籍의 원칙

第826條 (夫婦間の義務)

③妻는 夫의 家에 入籍한다. 그러나 妻가 親家の 戸主 또는 戸主承繼人인 때에는 夫가 妻의 家에 入籍할 수 있다. <改正 1990. 1. 13>

④前項 但書の 境遇에 夫婦間の 子は 母의 姓과 本을 따르고 母의 家에 入籍한다.

第781條 (子の入籍, 姓과 本) ①子は 父의 姓과 本을 따르고 父家에 入籍한다. 다만, 父가 外國人인 때에는 母의 姓과 本을 따를 수 있고 母家에 入籍한다. <改正 1997. 12. 13>

②父를 알 수 없는 子は 母의 姓과 本을 따르고 母家에 入籍한다.

③父母를 알 수 없는 子は 法院의 許可를 얻어 姓과 本을 創設하고 一家를 創立한다. 그러나 姓과 本을 創設한 後 父 또는 母를 알게 된 때에는 父 또는 母의 姓과 本을 따른다.

12) 대판 2001. 3. 9. 99다13157.

13) 다만 공평성 문제에 대한 개선의 차원에서 배우자만의 단독상속을 지양하고 형제자매와 공동상속을 인정하되 상속분의 조정은 별개로 고려해 볼 수 있을 것이다.

(2) 호적편제의 독자성

우리 호적제도는 민법상의 戶主制度 내지 家制度에 맞추어 호주를 기준으로 그 가에 소속된 호주와 가족들에 대하여 가 단위로 하나의 호적을 편제하게 된다. 또 실체법인 가족법의 규정에 의하여 이미 이루어진 신분관계의 내용을 사후에 호적에 등재하여 이를 공시하게 된다. 따라서 신분관계의 공시는 신분관계의 변동의 효력발생요건도 아니고 대항요건도 아니다. 호적법상 일정한 신분행위에 대하여 신고를 요건으로 하고 있는 것은 신분행위의 방식과 호적제도상의 신분사항의 수집방법을 연결시킨 것에 불과하다. 이렇게 호적에 기재되는 신분사항은 이미 신분법원리에 의하여 형성되고 결정된 내용을 그대로 반영하는 것이어야 한다.¹⁴⁾ 그렇다면 호적법은 결국 가족법의 내용을 실현하기 위한 부수적인 절차법이라고 볼 수 있다.

민법상의 호주제도는 원래 호주와 가족간의 권리의무관계를 의미하는 것이었기 때문에 이를 호적에 기재하여 공시할 필요가 있었다. 그러나 호주제도가 '90년의 호주승계제도로 개정되면서, 호주승계제도는 종래의 호주제도를 형해화시켜 신분법상의 권리의무와 무관하게 되었다. 그렇다고 호주(승계)제도에 따른 권리의무관계가 없어졌기 때문에 호적제도가 더 이상 필요 없다는 것은 아니다. 호적제도는 국민 개개인의 신분에 관한 사항을 수집하여 공부에 기재하는 절차를 마련하고, 이를 공증·공시한다는 고유의 목적을 수행하고 있다.¹⁵⁾ 그러므로 호적제도는 호주제도의 존폐와 관계없이 독자적으로 존재할 수 있는 것이다.¹⁶⁾ 다만 호주제도가 폐지된다면 그동안 호적편제의 기준으로 삼고 있었던 관념상의 家와 호주가 없어지기 때문에 호적제도 고유의 목적과 이념에 따라 새로운 호적편제의 기준을 새로 정립할 필요가 생길 뿐이다.¹⁷⁾ 즉 '호적'이라는 명칭의 적정성 문제, 그 장부의 기준을 무엇으로 할 것인가의 문제(본적·그 장부의 대표자 성명·혹은 고유번호 등), 그 대표자의 명칭 문제, 그 대표자는 누가 될 것인가 등이 논의되어야 할 것이다.

Ⅲ. 가족법 체계의 제편 방향에 대한 검토

1. 성불변·부자동성(父子同姓)의 원칙과 남녀평등

14) 조대현, 호주제도의 폐지와 호적의 편제, 월간 법조, 1995년 10월호(통권 제469호), 72면 참조.

15) 호적의 기능에 대한 자세한 내용은, 문흥안, 호적의 기능과 사생활비밀의 보호, 현대민법의 전망(법주 서영배 박사 화갑 기념논문집), 경상대학교 법학연구소, 1995년, 577면 이하 참조.

16) '법무부 회의록' 제1권, 362면 이하에서 조대현 위원은 "가족법에서 호주와 가제도가 폐지된다고 해서 호적의 편제가 특별히 어려워지거나 하는 문제는 없을 것입니다. 호적법 자체 내에서 새로운 편제의 원리를 구성해서 편제방법을 모색하면 되고 이 검토가 이루어지지 않아도 호주제도나 가제도의 폐지에 관한 논의는 할 수 있다고 보여집니다"라고 견해를 밝히고 있다.

17) 조대현, 앞의 '호주제도의 폐지와 호적의 편제', 74면.

사회운동의 차원에서 제기되던 성(姓)문제가 이제 혼인에 있어서의 성의 문제나 이혼시의 자의 성에 관한 입법론이 제시되는 등 부자동성의 원칙과 성불변의 원칙에 대한 논의가 본격화되고있다.¹⁸⁾ 이 문제는 우리 가족법이 개인주의적 구조를 지향하든, 현재와 같은 가족단체주의적 구조를 취하든지 여부와 관계없이 제기될 수 있는 가족법 골격에 관한 문제이다. 성불변의 원칙이나 혼인성에 적극적인 입장이 제시하는 외국의 입법례가 우리 실정에 맞는 해결의 방안을 제시할 수 있으리라 기대하기도 어려운 입장이다. 현행법의 해석에 있어서 이성양자의 경우에도 성의 불변을 주장하는 견해도 있지만,¹⁹⁾ 양부의 성을 따라 성의 변경을 인정하는 것이 가족감정상 맞다고 생각한다.²⁰⁾ 다른 한편 1999년의 법무부 민법일부개정안에 도입된 친양자제도에 의하면 친양자는 출생한 때로부터 '양친의 자'로 되므로 당연히 양부의 성을 따르게 된다(개정안 908조의 3).

성불변의 원칙이나 부자동성의 원칙은 우리 가족문화의 근간을 이루는 것으로써 우리 세대만의 문제가 아니라 향후 면면히 이어져 갈 후손들과도 관련된 문제이므로 산술적인 남녀평등에 집착한 성급함 보다는 보다 신중한 국민적 의사를 확인하는 절차를 통한 논의가 필수불가결한 것으로 생각한다. 따라서 현행의 성불변의 원칙과 부자동성의 원칙을 유지하는 전제 위에서 이성양자의 성변경이나 친양자제도의 적극적인 도입이 바람직하다고 본다.

2. 가(家) 제도 재편에 관한 논의

(1) 재편에 있어서 두 가지 큰 흐름

1) 가 제도 폐지를 전제로 한 논의

현실의 개인주의적 성향을 감안하여 가족법의 기본적인 틀을 개인주의화 하는 방안을 모색해 볼 수 있다. 이 경우 가족법은 현행 친족제도 이외에 별도의 "가"제도를 유지하기 위한 규정을 전부 삭제하면 될 것이다. 이 체제에 따르면 가족생활에서의 개인의 존엄과 남녀평등의 이념을 가장 이상적으로 실현할 수 있을 것이다. 부부관계라든가 친자관계 등 신분관계에 관한 공시는 별도의 호적의 편제원리에 의하여 공시할 수 있다. 그러나 남달리 가족의식이 강한 국민정서로서는 받아들이기 어려운 방안이다.

2) 가 제도의 유지를 전제로 한 논의

가 제도의 유지를 전제로 한 논의는 다시 세 방향에서 논의가 가능하다고 생각한다. 첫째, 현

18) 예컨대 안영근, 민법중개정법률안에관한공청회(2000년)은 민법 제781조 제4항을 "부모가 이혼한 경우에 자는 그 부모 중 양육책임과 친권을 가진 자의 성과 본을 따르고 해당 가에 입적할 수 있다" 신설하자는 입법론을 제시하였다.

19) 호적예규 326(1977. 4. 6) 법정 제274호 법정과정 회답.

20) 김용한, 앞의 친족상속법론, 196면.

행의 호주제도를 그대로 유지하되 남녀불평등의 전형적인 사례로 제시되고 있는 호주승계순위를 개선하는 방안이 있다. 둘째, 현행의 호주제도를 그대로 유지하는 첫째의 입장 위에서 현실성이 없는 호주제의 자연적인 붕괴를 유도하는 방향으로 호적법을 개정하는 것이다. 즉 호주승계인의 명시적인 의사표시가 없더라도 호주승계가 당연히 이루어져 “가”제도가 유지되도록 하는 현행의 제도를 명시적인 호주승계의 의사표시를 하여야 호주승계가 이루어지도록 하므로써 호주제도의 자연적인 도태를 기다리는 방안이다. 셋째, 가 제도의 틀을 유지하되, 부권부계적인 부정적인 용어로 인식되어 있는 “호주”를 가치중립적인 용어로 바꾸고, 남자중심의 호주를 부부중심의 가제도로 개편하는 것이다. 현재 우리나라에서 호주제도 폐지 후 대안의 제시에 있어서 대부분의 학자들이 제시하는 안이기도 하다. 다른 한편 ‘가’에는 이렇게 부부중심의 ‘가’가 원칙이겠지만, 현재 우리사회에는 부부만의 세대, 부부와 자식들이 이루는 전통적·근대적인 소가족에서, 이제는 가족과 가족 혹은 아빠와 자녀, 엄마와 자녀, 아빠 따로 엄마와 자녀 따로, 미혼모와 혼인외의 자 등 다양한 형태의 가족이 속속 나타나고 있다.²¹⁾ 호적이 여전히 가족단위의 공식형태를 유지하게 된다면 어떻게든 호적은 이들 다양하게 나타나는 가족을 가족단위로 하여 신분관계를 등재·공증하여야 하기 때문에, 이러한 상황을 어떻게 호적에 반영하여야 할 지 문제이다.²²⁾

(2) 사건

호주제도를 유지하느냐 폐지하느냐는 이제 법이론적인 문제를 떠나 한국인의 정서를 반영하고 있는 감정의 문제이다. 이 문제에 대해 국민의 공감대를 얼마나 얻느냐는 것은 매우 중요한 일이다. 만일 호주제도를 폐지한다면, 호주중심의 가족법 체계는 당장 개편되어야 할 운명에 있다. 물론 이 경우 가족단체적 가족법의 체계를 버리고 개인주의적 가족법 체계를 취할 것인지, 호주제도만 폐지한 채 가족단체적 가족법의 골격을 유지할 것인가의 논의가 있을 수 있다. 사건으로는 오랜 기간 동안 가족단체의 틀 속에서 가족관계가 형성되었다는 전통적 입장에서 당장 개인주의적 가족법의 틀을 받아들이기 쉽지 않다.

호주제도를 폐지하는 경우, 새로운 호적편제의 원리를 도출해 내야할 필요성이 대두된다. 우선 친족상속법에 있어서, 자의 성과 본은 부계혈통주의에 의할 것인가 아닌가를 결정하여야 할 것이다. 만일 부계혈통주의에 의한다면 호적법에는 父子同姓의 原則을 반영하게 될 것이다. 다른 한편 호적제도 개편론의에는 남·북한의 민족동질성 회복을 위한 배려가 포함되어야 할 것이다. 북한은 '55년 이후 호적제도를 폐지하고 새로운 신분등록제도를 두고 있는 것으로 알려지고 있다. 그러나 부부별성주의, 父子同姓의 원칙 등은 그대로 유지하고 있는 것으로 알려져, 호적제

21) 동아일보, 1997. 5. 19. 31면, “代案家族”의 기사 중에서

22) 문흥안, 앞의 ‘호적제도의 현상과 과제’, 449면-450면

도는 남북이산가족의 접점이 될 수 있다고 생각한다.

어쩌면 국민적 인식 속에는 家에 대한 특별한 인식없이, 호적제도란 [부부와 미혼의 자]라고 하는 가족공동체를 나타내는 것이라고 승인하고 있는지도 모른다. 그렇다면 [부부와 미혼의 자]를 단위로 한 가족이라는 근대적인 가족상에 적합한 '가'를 상정하여 두고 가족법에서 남녀 불평등적인 규정을 개정하는 선에서 가 제도를 존치하되, 호주승계권포기신고를 규정하고 있는 호적법 제96조의 2를 삭제하여 호주를 정점으로 하는 '가'의 자연스러운 붕괴를 남북통일이 될 때까지 지켜보는 것이 통일 후의 혼란을 최소화 할 수 있다고 생각한다. 호적법 제96조는 호주 승계신고를 원칙적으로 1월 이내에 하도록 규정하고 있으므로 이 기간 안에 호주승계신고를 하지 않는 경우에는 호주승계를 포기하는 것으로 보면 어떨까. 이렇게 한다면, 가의 분열은 더욱 촉진될 것이고, 가(호주)제도의 무용성에²³⁾ 대한 국민의식은 보다 빨리 확산될 수 있을 것이고 호주제도 폐지에 따른 사회적 갈등도 줄이는 길이라고 생각하지만 현실에서 받아들여지기는 어렵다고 본다.

호주제도의 폐지를 강력하게 요구하는 현실에 대응하는 가족법의 개정 방안으로는 현행 '호주와 가'의 장을 삭제하되, 가족법과 호적법의 연계를 위하여 관념적인 "가"에 대한 근거규정을 둔다. 이 "가"에 종래의 호주를 정점으로 가족이 구성되는 형식이 아니라, 부부를 중심으로 미혼의 자녀들로 구성되는 현실에 접근한 가족단위로 하는 안을 제시한다.

3. 호적제도의 개편

가제도의 틀이 개편되면 당연히 호적제도에 대한 개편이 따르게 된다. 기존의 호주를 중심으로 한 호적편제는 호주제도의 폐지에 따라 아예 호적제도를 폐지할 것인가 호적제도를 유지할 것인가에 대한 논의가 있을 수 있다. 그러나 호적제도가 신분공시기능을 담당하고 있는 한 당장 호적제도 자체를 폐지하기는 어려울 것이다. 호적제도를 유지하여야 한다면 가제도를 폐지할 경우 기존의 호적제도에 대하여 개인주의적 성향을 가진 제도에 대한 욕구가 강할 것이고 그 구체적인 모습은 '1인 1호적'으로 나타나게 될 것이다. 가 제도를 유지한다는 전제에서는 현행의 호적제도의 틀을 유지하면서 남녀불평등적인 요소를 개정하는 등 가족법의 개정에 따르는 호적의 개정이 불가피하게 될 것이다. 즉 호적편제에 있어서 부계혈통주의와 관련을 갖게 할 것인가, 부계혈통주의와 무관하게 할 것인가도 확실한 방침을 정하여야 한다. 호적편제를 부계혈통주의와 관련을 갖게 한다면, 호적편제의 기준이 되는 대표자로서는 夫, 혼인시 夫婦의 호적편제에 있어서는 처가 입적하고, 혼인의 해소·이혼 등의 경우에는 처의 호적이 제적되는 것이, 그리고 子는 父子同籍의 원칙에 의하여 父의 호적과 함께하는 것이 자연스럽다. 이에 대하여 호적편제를 부계혈통주의와 무관하게 한다면, 우선 그 호적에는 부계혈통주의를 표시하는 姓本'欄'

23) 韓鍾熙, 앞의 '법무부 회의록', 제1권, 61면.

이 필요할 것이다. 그 이외에 호적편제의 기준점이 되는 호주(대표자)나 부부 호적의 편제·分籍, 子의 입적, 제적 등은 극히 기술적인 문제라고 생각한다.

IV. 새로운 호적의 편제원리

1. 가 제도의 기본체계 유지

호적편제의 원리는 크게 호적제도 자체의 고유의 목적달성을 위한 원리와 가 제도와 관련된 원리로 나누어 볼 수 있다. 전자에는 모든 국민은 호적에 등록되어야 하고 또 국민이 아니면 호적에 등재되지 못한다는 국민개적주의, 국민 개개인인 오직 하나의 호적만을 가질 수 있다는 일적주의, 호적의 색인기능으로서의 추상적 본적주의 등이 그것이다. 이에 대하여 후자에는 가별편제주의와 호주중심주의가 있다. 물론 가별편제주의와 호주중심주의는 가급적 가제도를 영속시키려는 친족상속법의 의도를 그대로 반영하는 것이다. 이제 가족법이 호주중심주의를 개편하게 되면 이에 따라 호주중심주의에 대한 대폭적인 손질이 필요할 것이다.²⁴⁾ 호적의 편제는 家制度를 폐지 여부와 관계없이 호적법 독자의 편제원리에 따라 家單位나 개인단위로 할 수 있다. 우선 家單位로 편제하는 경우 기존의 호주를 기준으로 할 것인가, 다른 기준을 제시할 것인가 논의될 수 있다. 기존의 호주를 기준으로 한 호적편제는 실질적으로는 현행 호적제도의 골격을 유지하게 되는 것이다. 그러나 다른 명칭을 기준으로 호적을 편제한다면 그것은 새로운 형태의 신분등록제도가 될 수 있을 것이다. 일본이 민법상의 가제도를 폐지하면서 호주 대신 필두자를 기준으로 부부와 미혼의 친자로 호적을 편제한 것은 이 방안의 좋은 예이다. 다른 한편으로 개인단위의 1인 1호적제는 家制度의 의식을 불식시킬 수 있으며 가족관계로부터 중립적인 모습을 취할 수 있어 가장 이상적이나 국민정서상 받아들이기 어려운 방안일 것이다. 또 주민등록제도와와의 구별도 모호해 진다.²⁵⁾ 그러나 전산화된 호적사무는 호적제도와 주민등록제도의 통합을 현실적으로 가능하게 하고 있다. 통합이 현실화 되면 家制度的 요소는 탈색될 수 있고, 운영에 따라서는 호적제도에 대한 여러 가지 문제를 일거에 해결할 수 있게 될 것이다. 호적과 주민등

24) 자세한 것은 문흥안, '우리나라에서의 호적제도 개편논의', 정암 홍천용교수 화갑기념논문집, 1997. 821면-822면.

25) 주민등록제도는 '주거'등록의 하나이지만 안보의 목적으로 도입된 주민등록증과 모든 국민에게 부여된 개인식별번호(personal identification number)인 주민등록번호와 결합되어 상호 연동되는 독특한 제도이다. 그렇다고 주민등록제도가 호적제도를 보완하는 역할을 하는 것이 아니라 주민등록제도는 호적제도와는 대등·독립된 별개의 제도이다. 즉 호적제도는 국민의 신분관계를 등록·공증하는 민법관계의 제도이고, 주민등록제도는 행정적 통제와 복지수급의 원활을 목적으로 하는 인구행정의 기본정보를 처리하는 사무로 사람의 주거관계를 등록·공증하는 행정관계의 제도인 것이다.¹⁾ 개인을 통일적으로 파악하기 위하여는 신분관계와 거주관계의 양측면을 종합적으로 검토함으로써 그 목적을 달성할 수 있으므로 양 제도의 기능에 있어서 근본적인 차이가 있음에도 불구하고 양 제도 사이는 밀접한 관련을 맺지 않을 수 없다.

록의 통합으로 상호밀접한 관련이 있는 양 제도의 운영에 따른 인력과 예산의 절약, 본질적으로 인한 지방색의 약화 및 호주명칭을 둘러싼 논란, 실제생활과 유리된 호적제도, 남녀불평등적인 요소 등 현행 호적제도에 상에서의 비판을 대부분 해소할 수 있을 것으로 전망한다. 그러나 호적에 대한 국민의식을 어떻게 존중할 것인가 하는 가장 해결하기 어려운 문제 이외에도 데이터의 보호나 사생활비밀의 보호문제, 호적사무의 전산화에 필요한 통합적인 근거규정의 제정, 정부의 정책적인 결단 등 장기간의 연구 후이나 시행할 수 있는 방안이라고 생각한다. 우선은 가 제도를 유지하는 전제 위에서 가족법의 개편논의에 따라 호적제도의 개편을 염두에 두고 논의하기로 한다.

2. 인적편제와 부부중심단위의 개편

인적편제란 국민 개개인에 대하여 출생신고와 동시에 사망에 이르기까지 그 자의 중요한 신분사항을 계속하여 그때마다 기재하는 등록방식이다. 이 방식에 의하면 각 개인의 출생, 사망, 혼인, 이혼, 재혼, 입양, 인지 등의 중요한 신분변동이 순서대로 호적면에 기재되므로 그 사람의 신분관계의 현상을 일목요연하게 파악할 수 있다.²⁶⁾

또 부부중심 가족단위의 편제에 있어서는 부부를 기준으로 부부와의 가족관계에 의하여 호적 구성원을 특정하고 이를 일괄하여 하나의 호적에 등록하는 방식으로²⁷⁾ 이러한 가족단위의 편제 방식에 의한 일괄일람 기재는 국민의 생활규율에 매우 편리하다.

생각건대 호적편제단위로 핵가족을 중심으로 한 부부중심의 편제방식은 호적의 목적이 신분관계의 공시이고 그 신분관계를 공시하기 위해서는 부부와 그 자가 기본적 친족관계이므로 이를 하나의 호적에 공시하는 것이 효과적이기 때문이다. 또 호적사항의 기재에 있어서도 서로 연관하여 기재할 수 있으므로 효율적이다. 그리고 오랫동안의 법정분가제도의 시행으로 장남의 경우를 제외하고는 현재의 호적 모습이 핵가족단위의 호적 모습과 비슷하게 되어 있기 때문에 호적개편에 따르는 실무상의 간편함을 들 수 있다. 부부중심의 호적편제는 남녀불평등을 초래할 것으로 우려되기도 하지만 이와는 아무 관련이 없다.²⁸⁾ 夫婦와 그子を 호적편제의 기본단위로 삼게되면 하나의 호적에는 '夫婦와 그子' 2世代 만이 編制되고 현재와 같이 3世代가 하나의 호적에 편제될 수 없게 된다(三代戶籍의 禁止).

26) 인적편제방식에 대응하는 방식으로는 사건별편제방식이 있다. 자세한 것은, 문흥안, 앞의 '호적의 기능과 사생활비밀의 보호', 580면 이하 참조.

27) 이러한 집단편제방식에 대응하는 것이 개인별편제방식이 있다.

28) '법무부 회의록' 제1권, 375면-376면의 윤여현 위원의 진술내용을 본다. "여성단체에서 호주제도에 대한 개정을 촉구하는 이유는, 한마디로 말하면 우리나라 남성중심의 가부장적 사고가 완전히 봉건적인 구습에 기초를 두고 있기 때문에 남녀를 법적으로 평등하게 취급하자는 생각에서 나왔기 때문에 戶主라는 어감이나 戶主承繼에서 남성이 차지하는 무게 때문에 여성들이 상대적으로 법적으로 차별을 받지 않느냐, 그것에서 나온 것이지 가족이라는 집단개념과는 별 상관 없는 것으로 알고 있습니다. 그렇기 때문에 (戶籍)編制를 하는 것도 개별적인 편제방법은 우리 사회에서 너무 급격한 변화이고 개정하더라도 부부하고 친자관계를 중심으로 해서 해야 될 것 같은 생각이 듭니다."

3. 호적편제에 있어서 '호주'를 대체하는 문제

(1) 호주(승계)제도 폐지에 따른 호적의 대표자의 문제

현행법은 호주를 기준으로 호적을 편제하고 있다. 그러나 호주(승계)제도가 폐지된다면 夫婦와 그 자 중에서 누구를 기준으로 호적을 편제할 것인가 문제된다. 이 기준이 되는 자를 호적의 대표자라 할 수 있다(그 명칭의 문제는 項을 바꾸어 살펴본다). 호주제도하에서는 호주가 가족간의 관계에서 권리의무가 있었지만, 이 대표자는 권리의무와 아무 관계가 없다. 단지 본적과 호주에 의하여 호적이 특정되고 특정된 호적을 찾아낼 수 있듯이(색인기능), 단순히 호적을 특정하여 찾아내는 색인기능만 가지는 기호(명칭)에 불과하다.

그런데 호적의 색인명칭은 호적이 핵가족의 부부중심편제이므로 핵가족단체의 고유명칭을 사용할 수 있고, 현행의 호적제도에서와 같이 특정인(현행에서는 호주)의 성명을 사용할 수도 있을 것이다. 생각건대, 호적제도의 목적이 신분관계의 공시임에 비추어 현행의 제도와 같이 사람의 성명으로 호적의 색인명칭을 정하는 것이 타당하다.²⁹⁾

사람의 성명으로 호적의 색인명칭을 정하는 경우에, 호적에 한 사람인 경우에는 그의 성명이 호적의 색인명칭이 된다. 그러나 부부에 의하여 호적이 개설되는 경우에 누구의 성명으로 호적의 색인명칭을 정할 것인가는 문제된다. 첫째 부부의 성명을 같이 기재하는 방법이 있다. 이 경우에는 호적이나 신고서 마다 부부의 성명을 모두 기재하여야 하므로 번거로울 뿐만 아니라 다시 누구의 성명을 먼저 기재하여야 할 것인가의 문제가 있을 수 있다. 둘째 부부의 협의에 의하여 선정된 사람의 성명으로 하는 방법이 있다. 이 방법에 의하면 제3자로서는 누구의 성명이 호적의 색인명칭으로 정해졌는지 알기 어렵다. 셋째 현행과 같이 夫의 성명으로 하거나, 婦의 성명으로 하는 방법이 있다. 이 방안에 의하면 어느 경우이든 남녀불평등의 법리에 의한 비판이 제기된다.³⁰⁾

생각건대 대표자로 夫를 하여야 할 것인가 婦로 하여야 할 것인가는, 누군가를 대표자로 한다면 어쩔 수 없이 한 사람을 선택하여야 하는 문제가 있을 뿐, 남녀불평등의 문제라는 시각으로 보아서는 해결의 실마리를 찾을 수 없을 것이다. 다행히 전자정부 시대를 맞아 부부를 종래의 호주를 대체하는 색인어(검색어)로 하더라도 기술적인 어려움은 해결될 수 있을 것이다. 우선은 부부의 성명을 함께 기재하되 연장자의 순서로 기재하는 방안을 제시한다.

(2) 호주 명칭의 문제

29) 조대현, 앞의 '호주제도의 폐지와 호적의 편제', 27면-28면 참조.

30) 조대현, 위의 논문, 28면.

호적의 검색어로서 호주라는 명칭을 대체하여야 한다면 어떤 용어가 타당할 것인가가 문제된다. 이 명칭에 대하여는 '籍主'³¹⁾ '家長' '代表者' '家族代表' '家主'³²⁾ '戶主'³³⁾ '기준인'³⁴⁾ 등 여러 전해가 제시되고 있다. 하지만 호적의 명칭을 현재와 같이 두는 한 호주라는 용어가 적당하다고 본다. 호적과 호수에 친숙한 일반인들의 혼란을 줄이고, 이제 호주라는 무색무미무취한 이 용어를 종래의 부정적이었다는 과거에 집착할 필요가 없다고 본다.

4. 부부의 호적편제에 대한 논의

(1) 혼인신고에 의한 신호적의 편제

현행법은 혼인이 성립되거나 해소되었을 때 원칙적으로 妻의 호적을 변경시킨다(제826조 제3항). 그러나 혼인신고에 의한 신호적을 편제하는 것이 바람직하다. 즉 혼인신고에 의하여 공동으로 신호적을 개설하고, 혼인전 호적으로 부터 제적하여 신호적에 입적하는 형식이 된다. 그리고 각자의 혼인전의 호적기재는 신호적에 이기되어 혼인 전후의 호적이 연결될 수 있도록 한다. 또 신분관계의 효율적 공시를 위하여 현행과 같이 부부의 분적을 금지하도록 한다(夫婦同籍의原則).

(2) 혼인 해소 · 취소나 이혼시의 호적편제

현행법에 의하면 妻는 夫家에 입적하는 것이 원칙이고, 入夫婚姻時에는 夫가 妻家에 입적한다. 그런데 신호적은 부부가 공동으로 개설하게 되므로 입부혼인제도를 삭제하는 것이 바람직할 것이다.

31) '법무부 회의록' 제1권, 406면~407면 참조. '적주'는 완전히 장부상의 개념이라고 하고 있다. 즉, 장부상의 主라는 의미이다.

32) 김주수 위원은, "... (전략)... 가족부 즉 가족을 담은 장부니까 가족부라는 말도 나왔는데 가족부로 고친다면 '家主'도 괜찮을 것 같습니다." 또 윤여현 위원은 "어떻게 보면 가적이라는 것으로 대체를 하는 것이니까 '家主'라는 말을 다시 한 번 생각해 보는 것이 어떨까 합니다."라고 하고 있다. '회의록' 제2권, 62면 참조; 서경우 위원도, "'戶主', '世帶主' 이렇게 했으니까 '家主'라고 해도 괜찮을 것 같습니다."라고 하여 이 용어를 지지하고 있다. '법무부 회의록' 제2권, 63면 참조.

33) 특히 윤여현 위원은 "이 호주제도를 근본적으로 검토하게 된 것은 남녀평등에 반하는 것이 아니냐라고 하는 것 때문인데요. '戶主'라고만 해도 별의미는 없고 그냥 유지한다고 해도 상관이 없습니다. 그런데 괜히 어떻게 일을 크게 벌리다 보니까 여기까지 왔는데 '戶主'라고 해서 그 자체만 볼 때는 여자문제, 남자문제 이런게 전제가 안되거든요. 다만 나중에 호주승계시 순서를 정하게 되는데 그것 하나 때문에 문제가 된 것이기 때문에 꼭 생소한 '代表者'라고 할 필요가 있나요."라고 이 견해를 지지하고 있다. '법무부 회의록' 제2권, 61면~62면 참조; 또 이희배 위원은, "정책적으로는 '戶主'라는 용어를 그대로 놔두면 통과되는데 저항이 적을 겁니다. 국민감정은, (권리의무가 다 없어졌어도)'戶主'라는 것은 살아 있다고 생각한다는 것이죠." '법무부 회의록' 제1권, 405면~407면 참조.

34) 김상용, '다시 호주제 폐지를 말한다', 호주제도, 무엇이 문제인가, 호주제도관련토론회자료집, 법무부, 2000. 7. 7. 67면 이하.

혼인의 해소시에 부부의 호적을 여전히 같이 둘 것인가 아니면 이를 분리할 것인가, 분리한다면 어떻게 분리시킬 것인가의 문제와 자녀의 호적은 어떻게 하여야 할 것인가의 문제가 생긴다. 생각건대 혼인이 해소된 부부의 호적은 분적하여 신호적을 편제하거나 복적할 수 있도록 하는 것이 국민감정에도 맞고 혼인제도의 본질 및 현행의 호적제도와 비슷하여 무리가 없을 것이다.³⁵⁾

5. 子의 호적편제에 대한 논의

(1) 親子同籍의 원칙

현행법(민법 제781조·제782조)은 家制度를 유지하고 친자관계를 효율적으로 공시하기 위하여 子는 父家의 호적에 입적하도록 하고 있다. 그러나 부부의 신호적 편제에 의하게 되면 子는 부부의 호적에 입적하는 것이고, 父가 없거나 인지되지 아니한 혼인외의 子인 경우 및 父가 외국인이거나 무적자인 경우와 같이 호적이 없는 경우에는 모의 호적에 입적한다. 母의 호적도 없는 경우에는 신호적을 편제한다. 또 입양의 경우에는 養家에 입적하도록 하여 친자동적의 원칙을 유지하는 것이 바람직하다.

그런데 父母의 호적이 다른 경우의 子의 입적이 문제된다. 부모의 호적이 다른 경우란, 부모의 혼인해소에 따라 부모의 호적이 분리되는 경우와 혼인외의 子가 인지되는 경우이다. 이 경우 子를 누구와 同籍하게 할 것인가 문제된다. 현행민법은 父籍優先主義를 취하고 있다. 혼인외의 子가 父로 부터 인지되면 이미 母의 호적에 입적되어 있던 子도 父의 호적에 입적하게 하는 현행의 부적우선주의를 따르는 것이 좋다고 생각된다.

또 父母가 이혼하게 되는 경우 子女의 호적은 어떻게 하여야 할 것인가. 현행법은 父系血族主義로 父의 姓을 따르고 있는데, 이를 그대로 유지할 것인지 아닌지를 먼저 결정하여야 한다는 견해와 子의 姓本에 관하여 父系優先主義를 취한다고 하여 戶籍編制에서도 父籍優先主義를 취할 근거로 삼기 어렵다는 견해의 대립이 있다.³⁶⁾ 성제도를 현행과 같이 유지하기로 한다는 사건

35) 그런데 부부의 호적에 혼인해소사유만 기재하고 종전의 부부와 그 자녀의 호적을 그대로 두면서 임의분적을 허용하고, 재혼하는 사람만 이적하도록 하자는 방안도 있을 수 있다. 이러한 견해에 의하면 혼인이 해소된 부부의 동적을 거부하는 국민감정은 가적제도에 물든 것으로서 호주제도의 폐지와 함께 청산되어야 한다는 것이다. 이러한 견해를 따르면 호적사무가 매우 간편해질 것이다. 조대현, 호주제도의 폐지와 호적의 편제(하), 1995년 11월(통권 제470호), 34면.

36) 윤여현 위원은, “아버지 姓을 따왔다고 해서 어머니를 제적시킨다는 것은 논리적으로 맞지는 않거든요. 다만 代表者(家主)를 누구로 할 것이냐 하는 것은 아직 전제로 남아 있습니다.” ‘법무부 회의록’ 제1권, 381면-382면; 조대현 위원은, “그런데 姓本의 문제와 어느 호적에 입적하느냐의 문제는 별개의 것입니다. 아버지 姓本을 따른다고 해서 아버지 호적에 들어가야 하는 것도 아니고요. 姓本을 아버지 姓을 따르느냐 어머니 姓을 따르느냐는 이게 父系血族이나 母系血族主義나 하는 문제가 되지만 자식을 아버지의 호적에 넣을 것이냐 어머니의 호적에 넣을 것이냐 하는 문제는 이전 父系優先이나 母系優先이야 하는 문제가 아니고, 아버지 호적 어머니 호적이 있을 때 어느 하나만을 선택해야 되니까 어느 것을 먼저 우선시키느냐의 문제이지 남녀평등의 문제도 아니고 순전히 절차적인 문제입니다. 어차피 한 사람은 하나의

에 의하면 성제도에 대한 논의는 필요없다. 다만 자의 호적이 문제된다. 생각건대 호적을 부부의 호적이란 성격으로 개편하자는 사건에 의하면 친권자의 호적에 자를 입적시키는 것이 타당하다. 적어도 호적에 의하여 친권자가 공시될 수 있어 가족법과 호적법이 현실생활에서 일치할 수 있기 때문이다.

(2) 夫 또는 婦의 혼인의 子의 입적

현행법(제784조·제785조)은 남편의 혼인외의 子는 妻의 동의 없이도 남편의 호적에 바로 입적시킬 수 있고, 처의 혼인외의 子는 남편의 동의를 얻어야 입적시킬 수 있다고 규정하고 있다(引受入籍制度). 그러나 어느 사람의 子를 하나의 호적에 모아 신분관계의 공시를 충실히 한다는 의미에서 어느 경우에도 배우자의 동의없이 바로 입적할 수 있도록 하는 것이 바람직하다.

V. 결론

가정의 사회의 최소의 단위이다. 가정 내에서 남편과 아내라는 성별의 차이에 따라 부당한 차별을 주는 남녀차별적 법조문은 하루 빨리 개정되어야 한다는데 이의를 제기할 사람은 아무도 없을 것이다. 그 중심에 있는 것이 호주제도임은 물론이다. 이제 정부 내에 호주제 폐지를 위한 기획단의 구성으로 이제 호주제폐지를 위한 논의가 본격화 될 전망이다. 그동안 호주제도의 존폐를 두고 많은 자료가 축적되었고 논점도 다 노출된 상태이다. 문제는 오랫동안 국민의 의식 속에 뿌리박힌 제도를 어떤 방향과 방식으로 국민의 의사를 결집시켜 개편할 것인가하는 방법론상의 문제가 있을 뿐이다.

이 발표에서는 가족법상의 남녀불평등조항의 검토를 통하여 이의 시정을 위한 방안을 모색해보는 방법을 통하여 성불변의 원칙과 부자동성의 원칙, 가제도와 호주승계의 문제, 부가입적·부자동적 등 호적제도상의 문제점을 도출하였고 사건을 제시하였으나 구체적인 법조문의 개정 사안은 다음 기회로 미루었다.

가족현상에 대하여 가족법은 보수적일 수밖에 없다. 또 가족법은 가정 파탄법이다. 이제까지 우리 감정에 뿌리깊게 남아있는 家에 대한 국민적 정서를 현실화하는 노력이 필요하다. 이 가족법 속에 허구의 가제도를 금과옥조로 꼭 유지하여야 할 당위성이 있는지 의문이다. 그렇다면 현행 가제도의 허구성을 인식, 이 家制度의 분해를 촉진시킬 수 있는 호적법 제96조의 2의 삭제에 위한 노력이 현실적이라고 생각하지만, 그동안 호주제도를 둘러싼 여성계의 폭넓은 불신은 쉽게 이에 동의하지 않으리란 것도 예상할 수 있다. 법은 현실의 타협이다. 차선의 방안으로 가

호적을 가져야 되니까 어느 하나를 선택해야 된다는 문제거든요." '법무부 회의록' 제1권, 386면-387면.

제도를 유지하는 전제 위에서 부부와 미혼의 자녀로 구성된 가족을 공시하되(2世代 호적), 컴퓨터의 이용에 따른 검색의 편리성 등을 최대한 활용하여 부부를 공동의 호주(대표자)로 하는 안을 제시한다. 또 부부의 이혼시에는 친권에 복종하는 미혼의 자를 함께 제적하도록 제안하였다. 성불변의 원칙과 부자동성의 원칙은 호주제도와 차원을 달리하는 문제로, 우선은 이의 유지를 전제로 이성양자의 성변경을 인정하고 친양자제도의 도입을 적극적으로 지지하였다.

호적제도에 대한 개편의 대상은 민법의 가제도와 관련된 호주중심의 편제방식일 뿐, 다른 특성은 우리 호적법의 장점으로 적어도 제도의 근본적인 부분에 있어서 고쳐야 할 필요성은 없다고 생각한다. 이 발표에서는 현행 호적제도의 틀을 그대로 유지하면서 가부장제적 요소를 제거하기 위한 방안을 제시하였다. 이 경우 명목상이지만 현재와 같이 호주를 기준으로 편제한다는 입장, 호주 대신 다른 명칭을 기준으로 호적을 편제한다는 입장으로 나누어 볼 수 있다. 어느 경우에도 종래의 家制度를 유지하는데 따른 비판이 있을 것이다. 그러나 명목상이지만 당장 家制度의 틀을 깨기 어려운 현실에서, 호적법의 개정을 통하여 家의 분해를 촉진시킨다면 호주의 무용론은 널리 확산 될 것이고, 이후 家制度의 폐지로 자연스럽게 이어갈 수 있지 않을까 하는 사견을 제시하였다.

그러나 무엇보다도 중요한 것은 다양한 가족상의 출현에 대하여 편견을 버려야 한다는 것이다. 아무리 가족법을 남녀평등에 입각하여 개정하고 호적제도를 정교하게 개편한다 하더라도 호적에 등재되어 있는 사람들에 대한 편협된 사고를 불식시키는 것만이 문제를 해결할 수 있는 유일한 방안이라고 생각한다.

《參考文獻》

김용한, 신판 친족상속법론, 박영사, 2002

서정우, 민법개정특별분과위원회 회의록 제1권, 법무부, 1995. 10

권정희, “양성평등의 관점에서 본 혼인의 성립요건” 이화여자대학교 법학논집 제5권 제1호, 2000

김상용, “다시 호주제 폐지를 말한다”, 호주제도, 무엇이 문제인가, 호주제도관련토론회자료집, 법무부, 2000. 7. 7

문홍안, “호적제도의 현상과 과제”, 가족법연구 제11호, 1997년

-----, “호적의 기능과 사생활비밀의 보호”, 현대민법의 전망(법주 서영배 박사 화갑기념논문집), 경상대학교 법학연구소, 1995

-----, “우리나라에서의 호적제도 개편논의”, 정암 홍천용교수 화갑기념논문집, 1997

박병호, “호주제의 변천과 제문제”, 가족법논집, 도서출판 진원, 1996

윤진수, “혼인의 자유”, 한국법학 50년-과거·현재·미래(Ⅱ), 한국법학교수회, 1998

조대현, “호주제도의 폐지와 호적의 편제”, 월간 법조, 1995년 10월호(통권 제469호)

조대현, “호주제도의 폐지와 호적의 편제(하)”, 1995년 11월(통권 제470호)

SUMMARY

Overview on Equality between men and women in the Family Law

Moon, Heung-Ahn

(An Associate Professor, Department of Law, College of Law, Konkuk University)

The family is the most basic unit of the society. Considering its importance, it is perfectly clear that articles unfairly discriminating men and women in the family should be revised without hesitation. In the core of this change, there would be the system of Hojoo. Countless disputes between pros and cons and a lot of documents, researches on existence of the system of Hojoo has been piled up. Now the steps for abolition of it are materialized in government-scale. The only problem is how to collect the peoples opinion and how the traditional thought of people could be changed.

It is inevitable that family law is conservatively applied to changing situation of the family. Thus there is a big gap between the family in the articles and the concept of the family rooted in peoples mind. Removing this gap so that the family in the articles and the existing family could be corresponded is what should be done in first hand. Now, it becomes doubtful that if it is really necessary to keep the fictional family system in the articles. Realistically, deletion of article of 92- 2 which would accelerate the break up of the fictional family system is considerable. However, the women act would not easily consent on this agenda regarding their disbelief toward the system of Hojoo .

Law is said to be the compromise of the reality. Therefore, as the second best, the current family system which is composed of husband, life and unmarried children could be maintained. However, this time, both the husband and wife together represent the family. Moreover, when the couple divorces, the unmarried children, who obey to the parental rights, are also removed from the register. The target of the change on the system of Hojoo is only the man-centered formation of the family. Otherwise, the advantages of the system of

Hojoo could be respectable view preserved.

This paper suggests the way of keeping current of the resister system of family while excluding the patriarchal element. Two different changes of the system of Hojoo formation would be possible in this core. One is to reform the system while keeping the title of the system of Hojoo as it is now. The other one is to change the title of it as well as its inside is reorganized.

No matter which way is chosen, the criticism from the one who argues to maintain the same family system would be inevitable. Nevertheless, it is almost impossible to destroy the whole concept of family system, even it is only the husk in reality. In this vein, decomposing the concept of the family through revision of the law of Hojuk, which will later fade out the necessity of the system of Hojoo, would be much more efficient.

Last but not least, the most important thing is to throw away the bias on newly advanced forms of families. No matter how well the system is reformed, based on the equality of men and women, with the narrow-minded thoughts of people registered on the book(Hojuk), all these hard tries for changes would be useless.