

호주제, 양성평등과 자녀의 복리에 반하는 일제의 잔재

김상용*

1. 들어가는 말

호주제는 1960년 민법 시행 당시부터 오늘날에 이르기까지 여러 가지 측면에서 비판을 받아왔다. 역사적으로 볼 때 현행 호주제는 우리민족의 전통적 가족제도와는 무관하며, 일제시대에 강제로 이식된 식민 잔재에 불과하다는 비판이 제기되었다. 또한 일본 봉건 시대 무사계급의 가족제도를 기초로 하여 만들어진 호주제는 산업이 발달되고 민주화가 진전된 오늘날의 사회현실과는 도저히 조화될 수 없다는 점이 지적되었다. 나아가 호주제는 아무런 합리적인 이유없이 남성에게 우월한 법적 지위를 인정함으로써 헌법이 규정하고 있는 평등의 원칙과 개인의 존엄을 침해한다는 비판을 피할 수 없었다. 그리고 무엇보다도 심각한 점은 호주제의 존속으로 인하여 현재 수많은 사람들이 아무런 이유없이 고통을 받고 있으며, 호주제가 폐지되지 않는 한 이와 같은 피해자의 수는 앞으로도 더욱 늘어날 수밖에 없다는 것이다. 호주제가 야기하는 이러한 문제점들을 해결하기 위하여 '호주제 폐지를 위한 시민연대'가 구성되었으며, 많은 노력 끝에 마침내 호주제의 위헌여부가 헌법재판소에 의해서 가려지게 되는 단계에 이르게 되었다. 1) 이를 계기로 우

* 부산대 법대 교수.

1) 지난 3월 30일 서울지방법원 북부지원은 남성 중심적인 현행 호주제에 위헌소지가 있다는 이유로 헌법재판소에 위헌심판을 제청했다. 이에 앞서 신청인들은 "남편이 호주로 되어 있는 현재의 호적을 무(無)호주로 바꾸어 줄 것"과 "이혼 후에 어머니가 키우고 있으나, 아버지의 호적에 남아있는 자녀를 어머니의 호적에 입적시켜 달라"는 취지로 관할 구청에 호적변경신고를 했으나, 구청에서는 이러한 신

리 사회에서는 호주제의 폐지를 둘러싼 공방이 더욱 치열하게 전개될 전망이다. 이러한 시점에서 사회복지학(가족복지학) 전문가들을 모시고 호주제가 폐지되어야 할 이유, 즉 호주제의 본질과 문제점을 다시 한번 살펴보고 정리하는 것은 매우 의미있는 일이라고 생각된다. 아래에서는 현행 호주제를 구성하고 있는 세 가지 제도—호주승계제도, 호주를 중심으로 하는 추상적인 가제도(家制度) 및 호주권—에 대해서 나누어 설명하려고 한다. 그리고 마지막으로 호주제의 폐지가 가족에 미치는 영향에 대해서도 간단히 언급할 예정이다.

2. 남성 위주의 호주승계제도

민법 제984조는 호주승계의 순위에 관하여 다음과 같이 규정하고 있다. “호주승계에 관하여는 다음 순위로 승계인이 된다. 1. 피승계인의 직계비속남자 2. 피승계인의 가족인 직계비속여자 3. 피승계인의 처 4. 피승계인의 가족인 직계존속여자 5. 피승계인의 가족인 직계비속의 처.” 이 문구를 보다 현실감 있게 표현한다면, 호주의 아들(또는 손자), 딸(혼인한 딸은 제외), 아내, 어머니, 며느리 순으로 호주의 지위를 이어 받는다는 것이다. 예를 들어 호주가 사망했을 때 외아들은 이미 사망했으며 그에게 1살된 아들이 있는 경우(즉 호주의 손자)라면, 1살인 손자가 호주승계를 하게 된다. 이제 전호주의 아내(신호주의 할머니)나 전호주의 장성한 딸(신호주의 고모) 그리고 며느리(신호주의 어머니)는 1살된 남자아이가 호주로 된 ‘家’의 ‘가속’이 된다. 이런 식으로 해서 부계혈통의 남자(일반적으로 적장자)에 의한 영속적 가계승계를 도모하는 것이다. 부계혈통을 이어 받은 남자 중에서도 적서를 차별하여, 혼인중의 출생자가 우선해서 호주가 되지만(민법 제985조 제1항), 혼인외의 출생자라 할지라도 남자는 여자에 비해서 우선적으로 호주의 지위를 승계한다(민법 제984조 제1호). 이러한 법규정은 아들만이(그 중에서도 적장자가 원칙이다) ‘가’를 승계할 수 있다는(즉 집안의 대를 이을 수 있다는) 관념을 조장·확산시키기에 충분한 것이다(혼인하지 않은 딸도 아들 혹은 손자가 없는 경우에는 호주가 될 수 있으나, 나중에 혼인하게 되면 어차피 남편 또는 시아버지가 호주로 되어 있는 ‘가’에 ‘가속’으로 입적해야만 하므로 ‘호주’의 지위를 계속 유지한다는 것은 불가능하다. 즉 딸에 의한

고가 현행법에 반한다는 이유로 불수리처분을 한 바 있다. 신청인들은 구청의 이와 같은 불수리처분에 대하여 관할법원에 불복신청을 하면서, 민법의 호주제 관련 조항에 대하여 위헌제청신청을 하였다. 그리고 마침내 법원이 이러한 신청을 받아들여 헌법재판소에 위헌심판을 제청하게 된 것이다.

‘가’의 승계는 대부분 일시적인 것으로 끝나기 마련이므로, ‘안정적으로 대를 잇기’ 위해서는 반드시 아들이 필요하다. 입부혼인의 예외는 여기서 논할 가치가 없다고 생각한다).

행위무능력자인 유아가 단지 아들이라는 이유만으로 호주의 지위를 승계하는 경우는 우리의 전통 사회에서도(조선시대 말까지도) 유례를 찾아볼 수 없는 것이다. 호주제 존치론자들은 이러한 호주승계제도가 전통적 가족제도에서 유래하는 것이라고 주장²⁾하고 있으나, 이는 역사에 대한 이해의 부족에서 비롯된 것에 지나지 않는다. 조선시대 말까지도 호주라는 용어는 보편적으로 사용되지 않았던 것으로 알려져 있다. 즉 호주라는 용어가 본격적인 법률용어로 쓰이기 시작한 것은 일제시대에 들어와서이며, 조선시대에는 호적대장에 기재된 각 호의 대표를 주호(主戶) 또는 호수(戶首)라고 불렀다는 것이다.³⁾ 따라서 호주라는 용어 자체가 이미 일제의 잔재라고 볼 수 있다. 뿐만 아니라 당시의 주호는 그 기능과 권한이라는 측면에서 비교해 볼 때 일제시대에 도입된 호주제에 있어서의 호주와는 완전히 다른 성질의 것이었다. 조선시대에 주호라는 용어는 주로 호구신고 의무와 관련하여 사용되었을 뿐이다. 당시에는 3년마다 호구조사를 통하여 호적대장을 작성하였는데, 주호가 호구신고의무를 부담하였다. 호구신고의무이외에 주호에게 어떠한 특권이 인정되었던 것은 아니다. 당시 사회에서 주호였던 남편이 아내와 어린 자녀를 남기고 사망한 경우에는 아내가 새로 주호가 되는 것이 일반적이었으며,⁴⁾ 어린 유아가

- 2) 김준원, “호주제폐지 주장에 대한 반론,” 《호주제도관련 토론회 법무부 자료집》(2000. 7. 7), p. 85.
- 3) 노영구, “호적대장 연구현황과 전산화의 일례, 단성호적의 전산화와 사료적 성격”(성균관대학교 동아시아학술원 대동문화연구원, 한국역사연구회 주최 제43회 동양학 학술회의 자료집, 2000년 12월), p. 2. 각주 3 참조; 한편 경국대전에는 호적과 호적편성의 규정은 있지만(경국대전 제2권, 호전호적조, 경국대전 제3권, 예전호구식조) 호주라는 용어는 보이지 않는다. 김원태, “제사상속법의 변천,” 《부산법학》 제3권 제1호(1997), p. 147, 각주 43 참조; 호주제 존치론자인 이덕승 교수는 “호주라는 용어가 일제 때 만들어진 것”이라고 주장한다(《한국일보》 8월 17일자).
- 4) 성균관대 동아시아학술원은 작년 12월 조선시대 중·후반기인 1606~1888년 사이에 작성된 경상도 단성현(현재의 경남 산청 지역, 당시 인구 30여만명)의 호적대장 20개를 시기별로 정리·분석한 결과를 발표했는데, 이에 따르면 17세기 초 이 지역에서 여성이 주호로 되어 있는 가구는 최고 14%에 이른다(《한겨레신문》 2000년 12월 9일자 보도). 이는 조선시대에 주호인 남편이 사망한 경우, 일반적으로 그 아내가 주호가 되었던 사실을 뒷받침하는 것이다. 숙종 43년(1717년) 경상도 단성현의 丁酉式年 호적대장을 보면 이러한 사실을 확인할 수 있다. 《慶尙道丹城縣戶籍大帳》上, 한국정신문화연구원 영인본(1990), 178면 하단(丁酉式年) 및 181면 하단(丁酉式年) 참조. 한편 정지영 박사의 연구에 의하면 17세기말까지는 남편이 사망한 경우 아내가 주호가 되었던 것이 일반적인 현상이었으나, 18세기에 들어오면 장성한 아들이 함께 사는 경우 그 아들이 주호가 되는 경향이 나타나게 된다고 한다. 그러나 이러한 변화가 나타난 조선 후기 사회에서도 어린 유아가 단지 아들이라는 이유만으로 주호가 되어 그 호를 대표하는 일은 있을 수 없었다. 정지영, “朝鮮後期の 女性戶主 研究—《慶尙道丹城縣戶籍大帳》의 분석을 중심으로—, 서강대학교 대학원 사학과 박사학위논문(2001. 7) 참조.

단지 아들이라는 이유만으로 주호의 지위를 승계하는 ‘승계제도’는 존재하지 않았다. 이러한 사실은 갑오개혁의 일환으로 추진된 1896년의 호구조사규칙과 호구조사세칙을 통해서도 뒷받침된다.⁵⁾ 호구조사규칙과 호구조사세칙 어디에서도 ‘호주상속’에 관한 규정은 찾을 수 없으며, 반대로 호구조사세칙 제3조와 제8조를 통하여 호주의 지위가 상속되지 않았음을 확인할 수 있다.⁶⁾ 일제 시대 조선고등법원 판사로서 조선의 상속관습에 대하여 가장 많은 논문을 발표했던 野村調太郎은 이 문제에 대하여 다음과 같이 설명하고 있다.

“(조선의) 戶는 과세 기타 行政取締(행정단속: 필자주)의 대상이었고, 호주는 국가에 대해서 戶를 대표하였다. 때문에 가장의 추정상속인인 장남일지라도 父와 별거하여 호적상 一戶를 구성하고 호주가 된다. 또 부녀도 호주가 될 수 있다. 이러한 의의에서 호주는 私法上의 신분인 아니기 때문에 승계의 문제를 발생치 않는다.”⁷⁾

여기서 野村調太郎은 조선사회에 호주상속이라는 관습이 없었다는 사실을 분명히 밝히고 있다.⁸⁾ 그렇다면 조선시대 말까지도 우리 역사상 존재하지 않았던 호주상속제도는 언제, 어디서 도입된 것일까? 이 물음에 대한 답을 구하기 위하여 우선 우리 민족의 전통적인 상속제도에 대해서 약간 언급할 필요가 있다.

우리민족의 전통적인 상속제도로는 재산상속 및 조선후기에 비로소 확립된 제사상속의 2종류가 있었을 뿐이다. 우리 민족은 고대사회부터 조상제사의 전통을 가지고 있었으나, 제사를 모시는 후손은 반드시 아들에 한정되지 않았고, 딸과 아들이 돌아가면서 제사를

5) 이들 호구조사규칙과 호구조사세칙은 조선의 전통적인 호적제도를 상당 부분 계승하고 있었으므로, 이를 통하여 조선의 호적제도를 살펴보는 것이 가능하다. 다만 갑오개혁 당시부터 이미 일제의 간섭이 있었으므로, 호구조사규칙과 호구조사세칙에서는 호(戶)의 대표자를 표시했던 전통적인 용어인 ‘주호’ 대신 일제식 용어인 ‘호주’를 사용하고 있다는 점을 유의할 필요가 있다.

6) 이에 대해서는 이승일, “일제시기 朝鮮人の 日本國民化 연구—戶籍制度를 중심으로—, 《한국학논집》 제34집(2000년 10월, 한양대학교 한국학연구소), pp. 89 이하 참조. ‘호주상속’이라는 용어는 조선호적령(1922년 12월 18일 府令 제154조)에서 비로소 등장한다. 이승일, 앞의 논문, p. 98 참조.

7) 野村調太郎(1939), “朝鮮に於ける親族繼續慣習の實情と其の法律上の主要問題,” 《法律時報》, p. 876, p. 877.

8) 일제는 식민지 통치수단의 일환으로 호주제를 강제이식하면서, 겉으로는 호주제가 조선의 관습이기 때문에 적용되어야 한다는 태도를 취하였다. 이를 위하여 일제는 조선의 관습을 의도적으로 왜곡하였던 것이다. 이러한 사실에 비추어 보면 조선에 호주상속의 관습이 없었다는 점을 인정한 野村調太郎의 글은 관습의 왜곡사실을 스스로 시인한 것으로 볼 수 있다.

모시는 윤희봉사의 전통이 이어져 내려오고 있었다. 즉 제사를 통한 가계승계의 관념은 우리의 전통사회에서 찾아볼 수 없으며, 더구나 아들에 의한 제사의 독점과 이를 통한 가계승계제도는 존재하지 않았던 것이다. 우리사회의 전통적인 제례에서는 제사와 가계승계가 별개의 문제로 생각되었기 때문이다.⁹⁾ 이러한 사회분위기에서는 굳이 아들에게 더 많은 재산을 상속시켜야 할 이유가 없었으므로, 자연스럽게 자녀 균분상속제가 정착될 수 있었다. 조선후기에 들어오면서 적장자에 의한 제사상속과 이를 통한 가계승계관념이 확립단계에 이르고, 재산상속에 있어서도 장자우대·여차차별의 경향이 굳어지게 된다.¹⁰⁾ 그러나 조선후기의 가부장제 가족제도는 그 당시 사회의 성격을 규정하고 있었던 특수한 사회경제적·이념적 요인에 의해서 형성된 것으로서, 역사의 어느 한 시기에 나타났던 현상에 지나지 않는다. 성리학적 윤리규범이 토착화된 조선후기의 특수한 사회상과 가족제도를 조선사회 전반 혹은 우리 역사 전체에 걸친 특질로 이해하고, 더 나아가 그러한 특질을 우리민족에 고유한 불변의 속성으로 규정하는 일반적인 통념은 역사에 대한 이해의 부족과 편견에서 비롯된 것이다.¹¹⁾ 또한 비록 조선후기사회에서 제사승계를 통한 가계승계관념이 정착되었다고는 하지만, 그 당시에도 호주권의 상속이라는 제도는 존재하지 않았다.

그런데 일제는 침략 후에 조선의 관습을 의도적으로 왜곡하여, 조선에는 제사상속·호주상속·재산상속 등 3종류의 상속형태가 있다고 발표하였다.¹²⁾ 그 결과 호주상속에 의해서 장남은 호주권과 함께 유산을 사실상 독점상속하게 되었다(딸에게는 아예 재산상속권이 인정되지 않았고, 장남 이외의 아들들은 후에 분가할 때에 호주인 장남에게 분재를 청구할 수 있었으나, 호주가 분가에 동의하지 않으면 실제로 분재청구권을 행사할 수도 없었기 때문이다). 조선사회에서 관습상 인정되었다고 일제가 주장했던 호주상속제도는 일본 명

9) 이순구, “조선초기 주자학의 보급과 여성의 사회적 지위”(한국정신문화연구원 석사학위논문, 1985), p. 29 이하.

10) 박병호(1976), “한국의 전통가족과 가장권,” 《한국학보》 제2집, p. 91.

11) 이순구(각주 9), p. 72도 같은 취지이다.

12) 일제는 우리나라를 강점한 후 1912년 3월 18일 제령(制令) 제7호로 조선민사령을 공포하였는데, 그 11호에 의하면 친족·상속에 관하여는 일본민법을 의용하지 않고 조선의 관습에 의하도록 되어 있었다. 일제는 이미 1905년 을사조약 체결 후 통감부를 설치하고 조선의 민법전 제정을 목표로 민사관습의 조사에 착수한 바 있다. 일제에 의한 관습조사내용은 민법전으로 성문화되지는 못하였으나, 1910년 10월 관습조사보고서로 출간되었다. 그리고 이와 같이 일제에 의해서 조사된 관습은 조선민사령에 의하여 친족·상속에 관한 재판규범이 된 것이다. 일제는 겉으로는 조선의 관습을 존중하는 듯한 태도를 취했으나, 실제로는 일본의 호주제도를 이식하기 위하여 조선의 관습을 왜곡하였다. 이에 대하여는 박병호(1992), “일제하의 가족정책과 관습형성과정,” 《서울대학교 법학》 33권 2호, p. 11 참조.

치민법의 규정(가독상속제¹³⁾)을 그대로 이식한 것에 지나지 않았다. 호주상속에서는 남자에게 우선순위가 보장되었으므로, 호주인 아버지(또는 할아버지)가 사망할 경우에 어린 아들이나 손자(생후 1달일 수도 있다)가 호주권을 상속하여 호주(가장)가 되는 것이 당연시되었다. 나아가 이제 이 어린아이가 호주로서 유산을 전부 상속하게 되고, 그 밖의 자녀인 딸들(누나들)은 상속에서 철저히 배제되었다.

일제에 의해서 도입된 호주상속제도(일본 명치민법의 가독상속제도)의 기본골격은 해방 후 제정된 민법에서도 거의 그대로 유지되었다. 남자 우위의 승계순위가 동일하며(민법 제984조에 의해서 혼인외의 출생자인 아들이 혼인중의 출생자인 딸에 우선해서 호주승계인이 된다), 적서간의 차별도 그대로 존재한다(민법 제985조 제1항). 또한 동순위자가 여러인 경우에 연장자가 선순위인 것도 같다. 민법에 의해서 호주상속과 재산상속은 분리되었고, 이 점에 있어서 가독상속제와 차이가 있지만, 현행 민법의 호주제도 역시 남자우선의 가계계승구조를 확립했다는 점에서는 명치민법의 가독상속제와 다를 것이 없다(1990년 민법개정에 의해서 호주상속제가 호주승계제로 바뀌었지만, 그 본질에는 변함이 없다). 우리 관습에 가장권의 상속을 의미하는 호주상속이라는 제도가 아예 없었다는 사실에 비추어 보면, 민법이 규정하고 있는 호주승계제도는 의심할 여지없이 1898년의 일본 명치민법에 뿌리를 둔 것임이 분명하다.

남자 우선의 호주승계제도는 아들만이 대를 이을 수 있다는 의식을 조장하여 남아승배 풍조의 토양을 제공하고 있고, 이는 결국 출생성비가 완전히 파괴되는 결과로 이어지고 있다. '대를 이을' 아들을 얻기 위하여 '불필요한 여아'를 낙태시키는 현상이 벌어지고 있기 때문이다. 1993년에 출생한 남아와 여아의 비율은 115.4:100(1998년 110.2:100, 1999년 109.6:100)¹⁴⁾이었으며, 89년에서 98년까지의 평균 출생 성비는 113.2:100을 기록하였다.¹⁵⁾ 외국의 예를 보면 정상적인 성비는 106(아들):100(딸) 정도인데, 우리 사회의 출생 성비는 이 평균수치를 완전히 뛰어 넘어 정상적인 인구구조를 뿌리채 뒤흔들고 있다. 이러한 불균형은 해마다 약 3만명 이상으로 추산되는 여아의 낙태를 의미하는

13) 家督相續制度는 무사계급의 단독상속제를 기초로 장남자의 독점상속에 의해 호주권과 가산을 승계하게 함으로써 호주의 절대적인 지배권을 확립하는 것이었다. 石井良助, 《家と戸籍の歴史》(1981) 및 《日本相續法史》(1980) 참조.

14) 참고로 외국의 출생성비를 살펴보면, 일본(1996) 105.6:100, 프랑스(1996) 105.5:100, 영국(1995) 105.5:100, 독일(1996) 105.8:100, 스웨덴(1996) 104.3:100 등이다. 통계청, 국제통계연감(2000) 참조.

15) 통계청(1999), 《통계로 보는 여성의 삶》 참조.

것이다. 셋째 아이의 경우에는 성비의 불균형이 더욱 두드러지게 나타난다. 1994년에는 남아 대 여아의 비율이 205.9:100을 기록했으며(넷째의 경우에는 237.7:100을 기록했다), 1996년에는 168.3:100이라는 수치를 나타냈다.¹⁶⁾ 이러한 상태가 계속될 경우 2010년 우리 사회의 남녀 성비는 123.4:100에 달하게 될 것으로 예상되는데, 이와 같은 인구구조의 파괴는 결국 가공할 만한 결과로 이어질 것이다.¹⁷⁾ 우리사회를 지배하고 있는 남아선호경향이 전적으로 호주승계제도에 의한 것은 아니라고 할지라도, 호주승계제도의 존속이 적어도 이러한 경향을 조장하고 있음을 부정할 수는 없을 것이다. 이는 문명국가에서 찾아볼 수 없는 야만적인 예로서 수치스러운 일이 아닐 수 없다. 또한 연장자인 할머니나 어머니, 고모, 누나들이 있어도 나이 어린 남자(예를 들면 생후 1년 된 유아)가 호주가 되므로, 어른을 공경하는 풍토를 조성하는데 기여하기보다는 오히려 ‘여자 어른’을 무시하는 역효과를 낳고 있다.

아무런 합리적 이유없이 양성을 차별하는 호주승계제도가 헌법과 조화를 이룰 수 없음을 명백하다. 평등권에 관한 헌법 제11조 제1항은 “모든 국민은 법등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다”라고 규정하고 있으며, 혼인제도와 가족제도에 대한 헌법원리를 규정하고 있는 헌법 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다”는 내용을 담고 있다. 이와 같이 헌법이 보장하고 있는 양성평등의 원칙은 합리적인 이유에 의해서 뒷받침되지 않는 모든 종류의 성적 차별을 금지하고 있다. 따라서 양성의 생물학적 차이와 모성보호를 이유로 하는 법규정의 차이는 합리적인 차별로서 정당화될 수 있으나, ‘전통수호’와 같은 주관적·추상적 기준은 성별에 따른 차별을 합리화할 수 있는 근거가 될 수 없다. 그렇다면 남자가 여자에 우선해서 호주의 지위를 승계하는 규정이 양성의 생물학적 차이에 기인하는 것으로 볼 수 있는가? 남자에 의한 가계승계관습은 역사의 어느 한 시기를 규정했던 특수한 사회적 조건(종법제가 확립되었던 조선후기라든가 무사계급이 통치했던 일본 봉건사회)에 의해서 성립된 것일 뿐, 양성의 생물학적 차이에 기인한 불변의 제도가 아니다. 따라서 고려시대나 조선 초·중기 사회에서는 아들에 의한 가계승계관념이 존재하지 않았던 것이다. 또한 호주제가 모성보호와 아무런 관계가 없다는 것은 굳이 자세한

16) 1999년 셋째 자녀의 성비는 141.8(아들):100(딸)을 기록했다(넷째 이상은 154.5:100) 한국여성개발원(1997), 《96 여성통계연보》; 《한겨레신문》 1997년 5월 9일자 보도; 통계청(2000), 《인구동태통계연보》 참조.

17) 통계청(1996), 《장래인구추계》 참조.

설명을 요하지 않는다. 결국 남자에 의한 가계승계를 보장하고 있는 현행 호주제는 아무런 합리적 이유없이 양성을 차별하는 제도이며, 따라서 헌법과 조화될 수 없다는 결론에 이르게 된다. 그 뿐 아니라 딸과 아들, 혼인중의 자와 혼인외의 자를 아무런 타당한 이유없이 차별하는 호주승계규정은 모든 종류의 아동차별을 금지하고 있는 아동권리협약 제2조의 정신에도 명백히 반하는 것이다.¹⁸⁾

호주승계제도가 야기하는 문제점을 실제의 사례¹⁹⁾를 통하여 알아본다.

“저는 30년전 같은 공장에서 일하던 7남매의 장남인 남편을 연애로 만나서 사글세 단칸방에서 신혼생활을 시작했습니다. 저희는 맞벌이를 했는데 남편은 저희 살 생각은 하지 않고 자신은 공부를 하지 못했지만 동생들이 학교에 합격만 하면 뒤를 밀어주고 싶다면 단칸방에 동생을 한사람씩 올라오게 해서 함께 살았습니다. 지금은 시동생들은 각자 자리를 잡아 살고 있고 저희는 결혼 후 10년이 지나서 낳은 고 3인 딸과 차그마한 저희 집도 한칸 마련해서 살고 있습니다. 그런데 너무 고생을 하고 살아서인지 남편이 오십 갓 넘은 나이에 6개월 전 저희 곁을 떠났습니다. 그리고 하늘이 무너지는 것 같은 일이 제게 일어났습니다. 남편의 장례식에 세 살 난 남자아이를 데리고 어떤 여자가 나타나서 그 아이가 남편의 자식이라는 겁니다. 그리고 그 아이가 이미 저도 몰래 저희 호적에 남편 자식으로 올라 있었다 합니다. 시집 식구들은 그 사실을 알고도 제게 아무도 알려주지 않았다는 사실도 알았습니다. 남편과 시동생들에 대한 배신감으로 정신을 차릴 수가 없었는데, 더구나 놀라운 일은(중략) 그 아이가 호주가 되고 저와 딸아이는 그 아이 밑으로 들어가게 법이 되어있다는 겁니다.

제가 호주가 될 수 없다면 세 살짜리 그 아이가 아닌 18세 난 제 딸아이가 호주 상속을 받아야 옳다 생각합니다.”

이 사례에서 남편이 외도하여 낳은 남자아이는 비록 세 살밖에 되지 않았지만 호주였던 남편의 지위를 승계하여 호주가 된다. 민법 제984조 제1호에 의하여 아들은 무조건

18) 한국정부가 '시민적·정치적 권리에 관한 국제인권규약'에 따라 두 번째로 제출한 정기인권보고서를 검토한 UN인권이사회는, 1999년 10월 29일 제1802차 회의에서 호주제와 관련하여 깊은 우려를 표명하였다. 그 내용을 요약하면 다음과 같다. “위원회는 여성에 대한 차별을 조장하고 강화시키는 (한국의) 법률과 관행에 대해 심각한 우려를 표한다. 특히 여성의 지위를 종속적인 것으로 규정하고 있는 호주제는 가부장적인 사회구조를 반영하고 있으며, 이와 동시에 가부장제를 강화시키는 역할을 하고 있다. 태아성감별 관행, 둘째와 셋째로 태어나는 아동 중에 남아의 불균형한 비율, 위험한 낙태가 명백히 초래한 높은 모성사망률이 심각하게 우려된다. 위원회는 남녀가 이 규약에 명시된 모든 권리들을 동등하게 향유할 권리와 법의 동등한 보호를 보장할 국가의 의무—규약 3조와 26조—를 이행하지 못한 정부의 실패가 전반적인 사회의 분위기로 인해 정당화될 수 없다는 점을 강조한다.”

19) 대한가정법률복지상담원 홈페이지에 게시되어 있는 사례임(〈여성신문〉에 발표된 사례).

딸에 우선하여 호주가 되기 때문이다. 같은 집에서 함께 살지도 않는 이 남자아이가 호주로서 그 ‘가’의 주인이 되고, 50대의 여성과 그 딸은 그에 종속된 ‘가속’의 신분으로 편입될 수밖에 없는 것이 호주제가 낳은 현실이다.

호주승계제도가 낳은 또 하나의 피해사례를 소개한다.

“저는 73세 병든 할머니와 고1, 중2에 재학중인 두 남동생을 부양하고 있는 19세 소녀가장입니다. 제가 초등학교 5학년 때에 매일 술 마시고 노름을 해서 빚을 지고 거기다가 때리기까지 하는 아버지를 견딜 수 없으셨는지 어머니가 집을 나가버리셨습니다. 그리고 소식을 알 길이 없자 아버지도 어머니를 찾는다 집을 나가시고는 연락 한번 없습니다.

그 후 할머니가 우리들을 돌보아 주셨는데 할머니도 병이 나 일을 할 수 없게 되신 후부터 제가 중학교 2학년을 중퇴하고 이웃 아줌마가 소개해 준 양장점에 나가서 여러 가지 잔심부름을 하고 얼마씩 벌어서 생활에 보탬했습니다. 우리 집을 갖는 것이 소원이어서 국민주택 청약저축에 가입하려고 주택은행을 찾아갔습니다.

은행에서는 내가 미성년자라 청약저축에 가입할 자격이 없다 말해 우리 집 사정을 자세히 설명하고 가입하게 해달라고 사정을 했습니다. 그랬더니 은행원 아저씨는 사정을 들으니 참 안됐다면저와 같은 경우에는 미성년자라도 호주승계 예정자면 가입할 수 있는데 남동생이 있어 저는 가입할 수 없다 했습니다. 미성년자라 안 된다면 나나 남동생 모두 안되어야지 장남인 남동생은 가입할 수 있고 나는 안 된다니 그런 불합리하고 불공평한 법을 납득할 수 없습니다. 정말 법이 그렇게 되어 있는지 알고 싶습니다.”

주택공급에 관한 규칙 제2조 8호 단서 규정에 의하면 60세 이상인 직계존속 또는 장애인 복지법 제2조의 규정에 의한 장애인인 직계존속을 부양하고 있는 호주승계 예정자는 미성년자라도 세대주로 보아서 무주택일 경우 주택청약저축에 가입할 수 있는 자격이 인정되고 있다. 위의 사례에서는 가출하여 함께 살지도 않는 아버지가 여전히 호주로 되어 있을 것이며, 만일 아버지가 사망하는 경우에는 장남인 남동생이 호주승계를 하게 될 것이다(호주승계예정자). 따라서 남동생이 있는 한 실제로 가족을 부양하고 있는 큰딸은 호주승계예정자가 될 수 없으므로, 자신의 이름으로 청약저축에 가입할 수 없다.

3. 현실의 생활공동체와 유리된 추상적인 가(家)제도

현행 민법상의 가(家)는 현실의 거주관계와는 무관한 추상적인 친족집단이다. 가에는 반드시 한사람의 호주가 있어서 그 가의 정점에 위치하게 되며, 누가 가에 속하는가는 민법의 규정에 의해서 정해진다. 예를 들면 “妻는 夫의 家에 입적한다(민법 제826조 제3항) 20)”든가 “子는 父의 家에 입적한다(민법 제781조 제1항)”는 규정에 의해서 하나의 家가 구성되는 것이다. 이러한 가제도로 인하여 현실의 가족과 법률상의 가족은 반드시 일치하지 않으며, 당사자의 의사에 반하여 유리되는 경우가 발생한다. 예를 들어서 부모가 이혼한 후 어머니가 친권자로서 자녀를 양육하며 ‘한 집’에서 사는 경우에도 자녀들은 여전히 아버지의 ‘가’에 남아있어야 하므로, 실제로 함께 사는 어머니와 같은 가에 속할 수 없다. 가는 호적에 의해서 표시되므로, 이 경우 자녀는 어머니와 같은 호적에 기재될 수 없다(실제로 아버지와 자녀 사이에 교류가 단절된 경우에도 결과는 마찬가지로 나타난다. 만일 아버지의 폭행·성추행 등으로 인하여 가정이 파탄되었고, 자녀들이 아버지와의 교류를 원하지 않는 경우에도 결과는 다르지 않다). 아버지와 모든 관계가 단절된 후에도 법률상(호적상)으로는 계속 같은 ‘가’에 속해 있어야만 한다는 것은 당사자인 자녀의 의사에도 반할 수 있으며, 이는 결국 정서적인 면에서 자녀의 복리를 해치는 결과로 이어진다.

이처럼 현실의 생활공동체와 유리된 가제도는 조선시대 말까지도 우리나라에 존재하지

20) 민법 제826조 제3항은 “妻는 夫의 家에 입적한다. 그러나 妻가 親家의 호주 또는 호주승계인인 때에는 夫가 妻의 家에 입적할 수 있다”고 규정하고 있다. 이 규정에 따르면 여자는 혼인과 동시에 남편(남편이 장남인 경우에는 시아버지일 수도 있다)이 호주로 되어 있는 ‘가’에 입적하여 ‘가의 구성원’이 된다(현실적으로 거의 의미가 없는 입부혼인에 대해서는 논하지 않는다). 이는 결국 남녀가 혼인하여 가족공동체를 형성할 때부터 불평등한 관계에 서게 된다는 사실을 의미한다. 혼인할 때부터 남편은 ‘가의 주인’이 되는 반면, 아내는 ‘가속’으로서 남편에 종속된 지위를 가지게 된다. 대부분의 여성이 혼인전에는 다른 남자(아버지, 오빠, 남동생 혹은 조카일 수도 있다)가 호주로 되어 있는 ‘가’에 속해 있다가 혼인하게 되면 남편의 ‘가’로 이적하게 되므로, 여자는 결국 남자가 주인인 ‘가’에서 항상 종속적인 지위만을 차지하게 될 뿐이다. 이와 같은 관념이 국민의 의식속에 스며들게 되면, 중심적인 역할은 항상 남자의 몫이며, 여자는 남자를 도와서 부수적인 일을 하는 것이 자연스럽다는 통념이 사회를 지배하게 된다. 그리고 이와 같이 무의식적으로 형성된 관념은 여성의 능력개발에 장애요인으로 작용하게 될 수밖에 없다. 혼인에 의해서 “妻는 夫의 家에 入籍한다”는 법규정은 결국 여자는 혼인하게 되면 ‘시집에 들어가야 한다’는 관념을 형상화시킨 것에 다름 아니다. 이러한 관념은 오늘날의 현실과도 맞지 않을 뿐만 아니라, 혼인성립시부터 부부의 평등한 관계성립을 저해한다는 점에서 평등의 원칙에도 위반된다.

않았으며, 일제의 침략 이후에 비로소 도입되었다. 이 문제를 보다 명확하게 증명하기 위하여 필요한 한도에서 우리의 전통적인 호적제도를 소개한다. 국가가 체제를 유지하기 위하여는 조세를 징수하고 요역(徭役)을 부과할 수 없었고, 이를 위해서는 호구조사가 필수적이었으므로, 호구조사결과를 문서로 기록하는 호적제도는 원초적인 국가체제가 성립된 고조선시대부터 이미 존재했었던 것으로 추정하고 있다.²¹⁾ 그러나 고려시대 이전의 호적 자체가 남아 있는 것은 없고, 단지 이와 관련된 사료를 통하여 호적제도의 존재를 간접적으로 인정할 수 있을 뿐이다. 고려시대에 들어와서 호적제도는 더욱 체계적으로 정비되었으며, 고려가 정립한 호적제도의 기본틀은 그 후 조선후기까지 유지되었다.²²⁾ 오늘날까지 남아 있는 고려시대의 호적을 통해서 당시 호적의 구체적인 모습을 살펴볼 수 있다. 고려시대의 호적은 국가가 필요로 하는 조세의 징수와 요역의 부과를 위한 기본자료로서 작성되었으므로, 호(戶)와 구(口)를 조사·기록함에 있어서 주호와 배우자를 비롯하여 동거하는 자녀·형제·조카·사위 등 친족은 물론 노비까지 포함하여 성명과 성(性)·연령·사회적 신분 등을 기재하고 있었다. 즉 당시의 호적은 현실생활 공동관계를 그대로 반영하고 있었으며, 동시에 사회적 신분을 밝히는 수단으로 기능하고 있었다(이 점은 현실적인 거주관계와는 무관하게 호주를 중심으로 하여 추상적인 '가'에 소속된 친족을 기재하는 오늘날의 호적과 크게 구별되는 것이다). 한편 조선은 고려시대의 호적제도를 기본적으로 계수하면서 부분적으로 보완·수정하여 세종대(1418~1450년)에는 어느 정도 독자적인 체계를 가지게 되었다.²³⁾ 그 후 조선의 호적제도는 성종대(1485년)에 완성된 경국대전에 의해서 확립되었으나, 이 역시 고려의 호적제도에서 완전히 벗어난 것은 아니었다. 조선시대의 호적도 조세징수와 요역부과를 위한 기본자료의 성격을 강하게 띠고 있었으므로, 같은 호 내에서 거주하는 사람을 함께 기재하는 것이 원칙이었다. 따라서 노비, 고공(雇工)이라도 동거하는 경우에는 함께 기재되었지만, 친자식이라도 별거하는 때에는 별개의 호를 구성하였다.²⁴⁾ 조선의 호적제도는 1894년의 갑오경장에 의하여 신분제도가 철폐되고 국가의 모든 제도가 근대적인 것으로 바뀌면서 변화를 겪게 되었다. 조선의 호적제도는 호구조사와 더불어 봉건적 신분을 확인하는 기능을 가

21) 최홍기(1997), 《한국호적제도사 연구》, p.7 이하.

22) 최홍기(각주 21), p.33 이하.

23) 최홍기(각주 21), p.113.

24) 최홍기(각주 21), p.122 이하. 따라서 장남이 분가하여 다른 집(戶)에서 거주하는 경우에는父와 같은 호적에 기재되지 않는다. 현행 호주제에 의하면 장남(호주승계예정자)이 혼인하여 따로 나가 산다고 하여도 법적으로는 여전히 호주인 아버지의 가에 속하게 된다(즉 호주인 아버지의 호적에 남게 된다).

지고 있었으나, 1896년의 호구조사규칙과 호구조사세칙에 따라 변화된 호적제도는 세금 징수를 목적으로 호구를 조사할 뿐, 봉건적 신분의 확인을 목적으로 하지 않았다. 그러나 호구조사규칙과 호구조사세칙 단계에서도 호적편제의 단위는 현실생활공동체인 호(戶)였으며, 이 점에 있어서는 이전의 호적편제방식과 다르지 않았다.²⁵⁾ 그 후 일제의 침탈로 통감부가 설치되고 1909년에 민적법이 제정되면서 호적제도는 본질적인 변화를 겪게 된다. 1909년 4월 1일부터 시행된 민적법에 의하여 호구조사규칙이 폐지됨으로써 전통적 호적제도는 우리 역사에서 사라지게 되었다. 이제 호적은 현실적인 공동생활관계인 '戶'를 반영하지 않게 되었으므로, 세금징수를 위한 호구조사의 기능을 상실하게 되었다. 그 대신 호적은 일본민법에서와 같은 '家'를 편제단위로 하였으며, '가'에 속한 개인의 친족관계를 증명하는 공적 문서의 성질을 지니게 되었다²⁶⁾ (이와 같은 호적제도 하에서는 호주와 가족이 실제의 동거여부와 무관하게 같은 호적에 기재될 수 있으므로,²⁷⁾ 주민의 주거관계를 파악하는 전통적인 호적의 기능은 당연히 상실된다. 현행 호적제도의 뿌리는 바로 일제침략후의 민적법에 있다. 민적법은 출생·양자·혼인·분가·입가(入家)·사망 등 모든 중요한 신분 사항에 대한 신고를 호주의 의무로 규정하고 있었다(민적법 제1조). 따라서 모든 신분행위가 호주의 관여 하에 이루어지게 되었고, 이로써 호주가 '가의 주재자'임이 법적으로 선언된 것이다.²⁸⁾ 민적기재의 순위는 호주, 호주의 직계존속, 호주의 배우자, 호주의 직계비속 및 배우자, 호주의 방계친 및 그 배우자 등으로 되어 있었다(民籍法執行心得 제3조). 또한 민적은 호주를 기준으로 하여 편제되었으므로, 모든 '가'의 구성원과 호주의 관계가 명시되었다.²⁹⁾ 이로써 전통사회에서 부모자녀관계·형제자매관계·조손관계 등으로 파악되었던 우리 민족 고유의 친족관계는 호주와 가족이라는 일제의 방식에 따라서 새롭게 편제되었다. 이로써 호주와 가족의 관계는 모든 친족관계에 우선하는 절대적인 관계로 설정되었으며, 호주가 '가'의 우두머리라는 사실이 명백하게 되었다.³⁰⁾ 민적법은 그 후 조선후적령이 공포(1921년 12월 18일), 시행(1923년 7월 1일) 될 때까지 계속 적용되었다. 조선후적령은 1914년에 개정된 일본호적법을 그대로 모

25) 이승일(각주 6), p.87 이하.

26) 최홍기(각주 21), p. 188 이하.

27) 법률상 一家에 속한 개인이 주거를 달리하고, 각기 독립하여 생계를 유지하여도 법률상 일가라는 것은 변하지 않는다(野村調太郎(1923), 《朝鮮戶籍令義解》, p.5). 조선에서는 주거를 달리하면 戶도 달리한다는 점에서 본질적인 차이가 있다. 이승일(각주 6), p.94.

28) 박병호(1992), "일제하의 가족정책과 관습법 형성과정," 《서울대학교 법학》 제33권 2호, p.7.

29) 최홍기(각주 21), p. 189.

30) 박병호(각주 28), p.7.

방한 것이었다. 따라서 조선후적령의 시행은 호적제도가 완전히 일본식으로 바뀌게 되었음을 의미하는 것이다.³¹⁾ 조선후적령에 따른 새로운 호적제도 역시 그 기본적인 틀에 있어서는 민적법에 의한 호적제도와 크게 다르지 않았다. 현실의 주거공동생활과는 유리된 관념적인 ‘가’를 호적편제의 단위로 설정하였으며, 하나의 ‘가’에는 반드시 한 명의 호주가 있어서 호적기재의 기준이 되었다. 호적은 친족적 신분관계의 등록을 주된 목적으로 하고 있었으므로, 일정한 ‘가’에 속한 구성원 각자의 출생부터 사망시까지 중요한 신분관계의 변동을 기록하는 신분등록부의 성질을 가지고 있었다. 이와 같은 일본식 호적제도의 강제이식을 통해서 일제는 이미 관습의 왜곡을 통하여 날조해 낸 호주권과 호주상속제의 구체적 실현을 뒷받침하는 것은 물론, 일본식 가제도를 식민지 조선에 정착시킨다는 목적을 달성하게 되었다. 원래 조선에 ‘가’라는 관념이 없었다는 사실은 野村調太郎의 다음과 같은 글을 통해서도 확인된다.³²⁾

“조선에는 원래 과세의 표준인 戶口의 관념은 있었으나 우리의 이른바 家의 관념은 없고 따라서 호주 또는 호주권의 관념도 없었던 것 같다. 즉 조선에서는 우리나라 家督相續(우리의 호주상속에 해당: 필자주)의 관념이 존재하지 않은 까닭이다. [중략] 근래에 이르러(일본: 필자주) 민법에서와 동일한 家 및 戶主의 관념이 확립되었고 호주상속을 인정하여 본가, 분가라는 용어까지도 사용하게 되었다.”

일제에 의해서 도입된 가제도는 오늘날에 이르기까지 거의 그대로 유지되고 있다. 1960년부터 시행된 민법이 일본의 명치민법(1898년)과 마찬가지로 가제도를 채택하였으므로, 호적법 또한 일제시대의 틀에서 탈피할 수 없었다. 1960년에 공포된 호적법은 새로 제정된 민법 규정에 맞추기 위해서 다소 변경·보완되었지만, 현실생활공동체와 유리된 추상적인 ‘가’를 호적편제의 단위로 설정하고, 호주를 중심으로 하여 그 ‘가’에 속한 개인의 친족적 신분관계를 등록하는 문서라는 점에서는 이전의 호적(조선후적령에 의한 호적제도)과 다르지 않았다.³³⁾

부계혈통을 계승하는 호주를 중심으로 구성되는 추상적인 ‘가’제도가 존속되는 한, 현실의 가족과 법률상의 가족이 유리되는 현상은 피할 수 없다. 이는 현실과 법규범이 괴리되는 대표적인 사례의 하나가 될 것이다. 특히 이혼가정과 재혼가정이 늘어나는 우리 사회의 추세에 비추어 볼 때 가제도로 인하여 피해를 입는 사람들의 수도 계속 증가할

31) 박병호(각주 28), p. 8 이하.

32) 野村調太郎(1926), “祖上の祭祀と現行の法律,” 《司法協會雜誌》5권 4호(1926. 4), p. 4.

33) 최홍기(각주 19), p. 194.

전망이다. 서울 가정법원에서 1999년에 처리한 이혼사건 중 친권자 및 양육자 지정이 있었던 200건을 분석한 결과를 보면, 어머니가 자녀를 양육하는 경우가 132건이었으며, 아버지가 자녀의 양육자로 된 경우는 64건이었다(부모가 자녀를 나누어 양육하는 경우가 4건 있었다).³⁴⁾ 또한 최근(2001년 5월)에 나온 한국가정법률상담소의 조사결과³⁵⁾에 따르면, 협의이혼을 한 경우 어머니가 친권자 및 양육자로 정해진 경우가 68.3% (69명)였으며, 아버지로 정해진 경우가 30.7% (31명)인 것으로 나타났다. 재판상 이혼을 한 경우에도 이 비율은 각각 61.1% (11명)와 27.8% (5명)로 나타나 이혼시 어머니가 친권자 및 양육자로 정해지는 경우가 약 2/3 정도를 차지하고 있는 것으로 보인다. 이러한 통계는 이혼 후에 어머니가 자녀의 양육자로 되는 경우가 상당히 많다는 사실을 보여 주고 있다. 우리 사회의 이혼율 증가³⁶⁾와 더불어 이혼 후 어머니와 자녀가 함께 사는 모자가정의 수도 점점 늘고 있다.³⁷⁾ 이혼 후 어머니와 자녀가 동거하는 경우에는 호적상으로도 모자가 함께 기재되는 것이 바람직하다.³⁸⁾ 호적은 현실생활관계를 그대로 반영할 때에 그 기능을 다한다고 볼 수 있기 때문이다(오늘날 주민등록제도가 비정상적으로 비대하게 된 결정적인 이유는 호적이 현실생활관계를 반영하지 못한 데 있다. 주민등록제도의 팽창은

34) 《법률신문》 2000년 3월 9일자 보도 참조.

35) 최근에 한국가정법률상담소는 2001년 3월 10일부터 4월 30일까지 약 50일에 걸쳐 실시한 설문조사 결과를 발표하였다. 설문응답자의 수는 588명(혼인중: 117명, 이혼고려중: 279명, 이혼: 129명, 미혼: 63명)이었다. “이혼가정과 자녀양육, 양육비 제대로 받고 있는가.” 《한국가정법률상담소 창립45주년 기념 심포지엄 자료집》(2001년 5월).

36) 1998년 통계에 의하면 하루 평균 1005쌍이 혼인하고 339쌍이 이혼하여, 3쌍이 혼인할 때 1쌍이 이혼하였음을 알 수 있다. 총이혼수는 123,735건이었다. 이로 인하여 98년 한 해의 이혼자녀수는 98,498명에 달하였다. 통계청, 98년 인구동태통계결과(1999. 8) 참조. 1999년 우리 사회의 이혼수는 약 118,000건(하루 평균 323건)이었으며, 이혼 당시 미성년자녀가 있는 경우는 전체의 71.2%였다(2명: 34.9%, 1명: 31.9%, 3명 이상: 4.4%, 자녀가 없는 경우: 28.8%). 2000년 한 해 동안 이루어진 이혼수는 약 12만건(하루평균 329건)에 달했으며, 그 중 미성년자녀가 있는 비율은 70.4%로 나타났다(2명: 34.2%, 1명: 31.8%, 3명 이상: 4.4%, 자녀가 없는 경우: 29.6%). 통계청, 99년 인구동태통계결과(2000. 9) 및 2000년 혼인, 이혼 통계결과(2001) 참조.

37) 여자 가구주 가구는 95년 현재 2,147,000 가구로 90년에 비하여 20.2% 증가하였으며, 30세~49세에서는 이혼율 상승으로 이혼한 여자 가구주가 증가하였다(90년: 567,000가구 95년 675,000 가구). 통계청, 1995 인구주택 총조사 최종 전수집계 결과(1995) 참조.

38) 한국가정법률상담소와 여성특별위원회가 공동으로 실시한 “호주제에 대한 국민의식조사결과”를 보면, ‘부모가 이혼한 경우 자녀가 모의 호적으로 입적되지 못하는 현행 호적법에 대해 어떻게 생각하십니까?’라는 설문에서 전체 응답자 1,772명중 79.6%인 1,410명이 ‘남녀차별적인 것으로 문제가 있다고 대답하였다. 한국가정법률상담소/여성특별위원회(1999), 《호주제에 대한 국민의식조사》(1999. 11), p. 32 참조.

개인정보의 유출로 인한 국민 사생활 침해의 문제를 야기하고 있다). 그러나 현실은 이와 정반대로 나타나고 있다. ‘부가입적의 원칙’에 따라 자녀들은 아버지가 호주로 되어 있는 ‘가’에서 빠져 나와 어머니의 ‘가’에 입적할 수 없다.³⁹⁾ 민법 제781조 제1항이 “子は父의 家에 입적한다”고 명시하고 있기 때문이다. 이 규정의 근거에는 부계만을 존중하고 모계를 무시하는 차별의식이 자리잡고 있다. 즉 모든 자녀는 부계혈통을 이어가는 후손이므로(역으로 보면 이 말은 모계를 배제하는 의미를 담고 있다. 즉 자녀는 부계혈통을 이어갈 뿐, 모계혈통을 승계하지는 않는다는 것이다), 당연히 자신의 뿌리가 되는 父家에 속해 있어야만 한다는 부계혈통우위의 사고가 자리잡고 있는 것이다. 호주제가 존속하는 한 끊임없이 발생할 수밖에 없는 이러한 현실은 당사자들에게는 매우 심각한 고통으로 다가온다. 무엇을 위해서 이들이 이러한 고통을 감내해야만 하는가?

민법상 가제도의 존속으로 인하여 고통받고 있는 사례⁴⁰⁾를 소개한다.

“저는 6년 전 중매로 결혼해서 슬하에 1녀(5살), 1남(3살)을 두고 있습니다. 저희 부부는 혼인 초부터 맞벌이를 했고 아이들은 친정어머니가 돌보아 주셨습니다. 그런데 남편이 3년 전 자기 사업을 한다면서 저와 의논 한마디 없이 다니던 회사를 관두었습니다. 처음에는 열심히 사업을 하고 집에 생활비도 들여주었습니다. 그런데 2년 전부터 사업이 안된다면서 집 전세 금까지 빼가고 외박을 가끔 했습니다. 일년 전부터는 거의 집을 들어오지 않고 생활비도 주지 않았습니다. 그리고 어쩌다 집에 들어오면 신경질을 냈습니다. 전 어떻게든지 남편 사업을 도와주어야겠다 생각하고 빚도 얻어다 주고 했습니다. 그런데 시간이 갈수록 괜한 트집을 잡고 결국은 저와 아이들이 자기 앞길을 막고 있다면서 이혼을 강요하고 구타까지 해서 더 참고 살수가 없어서 이혼을 해주기로 했습니다. 자기 앞길에 걸림돌이라고 철없는 아이들을 앞에 놓고 말하는 남편에게 아이들을 맡길 수 없습니다. 남편도 현행법은 여자도 아이들 양육을 책임지게 되어있고 아이들을 엄마호적에 올릴 수 있다면서 제게 말으라고 합니다.

그런데 문제는 아이들 생각하고 참고 살라시던 제 어머니가 막상 이혼을 하고 아이들을 제가 맡는다 하자 애비도 모른다 하는 남의 자식을 우리가 왜 길러주느냐, 두고 나오라 하십니다. 아이들을 모른다 하는 남편에게 맡기고 나올 수 없다, 제가 맡아야 한다, 어머니가 도와달라 울면서 칭했더니 그러면 길러놓은 다음 자기 자식이라고 내놓으라고 할 수 없도록 아이들 호적을 제 호적으로 옮겨오면 돌보아 주신다합니다. 어머니가 아이들을 돌보아 주지 않으

39) 오히려 조선시대에는 아이가 있는 여성이 재혼하는 경우 재혼가정에서 자신의 아이들을 직접 양육하고 같은 호적대장에 올리는 것이 일반적인 현상이었다고 한다. 정지영, “朝鮮後期の 女性戶主 研究—《慶尙道丹城縣戶籍大帳》의 분석을 중심으로—, 서강대학교 대학원 사학과 박사학위논문(2001.

7) 참조.

40) 대한가정법률복지상담원 홈페이지에 게시되어 있는 사례임(《여성신문》에 발표된 사례).

시면 제가 직장을 나갈 수 없고 그러면 아이들을 데리고 생활을 할 수가 없습니다. 이혼하면서 아이들 호적을 제 호적으로 옮겨 올 수 있는지요?”

이 사례에서처럼 이혼 후 어머니가 친권자가 되어 자녀를 양육하는 경우에도 자녀들은 계속해서 아버지의 호적에 남아 있어야만 하며, 어머니와 같은 호적에 기재될 수 없다. 민법 제781조 제1항이 “子は父의 姓과 本을 따르고 父家에 入籍한다”라고 규정하고 있기 때문이다. 민법상 호주제가 존속하는 한 이러한 문제는 앞으로도 끊임없이 발생하게 될 것이다.⁴¹⁾ 이혼 후 아버지가 자녀의 양육비 지급의무를 이행하지 않고, 자녀와의 교류를 완전히 단절시킨 경우에도 자녀들은 자신들의 의사와는 관계없이 계속해서 아버지의 ‘가’(호적)에 남아 있어야만 하는 것이 현실이다.

4. 호주권

1990년 민법 개정에 의해서 호주권은 대부분 삭제되었고, 이는 호주제의 일각이 허물어졌음을 의미한다. 그러나 호주제의 일부를 구성하고 있던 호주권도 역시 우리의 전통과는 무관한 일제의 잔재에 지나지 않는다.

조선시대에는 가장이라는 용어가 가끔 사용되었는데, 가장은 대외적으로 국가에 대해서 자녀를 때에 맞추어 혼인시킬 의무와 가족이 범법행위를 하지 않도록 감독할 의무를 부담하였다.⁴²⁾ 한편 사법(私法)적인 측면에서 보면, 가장이라고 해서 가족원의 재산을 임의로 처분할 수 있는 권한은 인정되지 않았다. 조선시대에는 아내와 자녀 등 가족구성원에게도 재산능력이 인정되었으며, 따라서 모든 가족원은 동산은 물론 토지와 가옥 등의 부동산을 자신의 명의로 소유할 수 있었다. 가족원들은 주로 상속이나 증여를 통해서 재산을 취득하게 되었는데, 이러한 재산은 가장의 소유로 되지 않았으며, 가족원의 공동소유로 되는 것도 아니었다. 이와 같이 조선시대에는 가산(家産)이라는 개념이 존재하지 않았고, 가족원 각자가 취득한 재산은 각자의 특유재산으로 되었으므로, 가장이라고 해서 가족원의 재산을 처분할 수 있는 권한은 인정되지 않았던 것이다.⁴³⁾ 즉 조선시대에는

41) 민법 이외의 법률에서도 가제도에 근거한 차별규정이 발견된다. 국가유공자예우 등에 관한 법률 제5조는 이 법에 의하여 보상을 받게 되는 유족의 범위에 관하여 규정하고 있는데, 제1항 2호에 의하면 자녀 중 출가한 딸은 제외된다. 여자는 혼인하면 남편의 가에 입적해야만 하므로(민법 제826조 제3항: 妻는 夫의 家에 입적한다), 어쩔 수 없이 친가의 호적을 떠나야만 하는데(즉 친가에서 ‘출가’할 수밖에 없다), 이런 경우에는 보상을 받을 수 있는 자녀의 범위에서 제외되는 것이다.

42) 박병호(각주 10), p. 76 이하.

가장에게 특별한 사법적 지위가 인정되지 않았다. 위에서 본 바와 같이 조선시대의 가족 제도에 있어서 가장이라는 개념은 법률상으로는 실체에 있어서 큰 의미를 갖지 못했다. 뿐만 아니라 조선시대에 가장이라는 용어가 보편적으로 사용되었던 것도 아니다. 국가에 대한 공법적 관계에서 가장이라는 용어가 사용되었으나, 가족관계에서는 자녀에 대한 부권(父權)과 처에 대한 부권(夫權)만이 인정되었을 뿐이며, 이와 별도로 인정되는 가장권이란 존재하지 않았다. 다만 예외적으로 한 호에 거주하는 노비나 고공에 대한 관계에서 가장이라는 용어가 사용되었을 뿐이다.⁴⁴⁾

위에서 살펴 본 조선시대 가장의 역할, 특히 국가에 대해서 가장이 부담했던 공법상의 의무(자녀를 혼인시킬 의무, 가족원의 범법행위 감독의무)를 고려해 볼 때, 가장의 지위는 당연히 가족내의 ‘어른’에게 인정되었으리라는 점을 알 수 있다.⁴⁵⁾ 즉 가장의 지위는 한 집안의 어른에게 당연히 인정되는 것이었으며, 가장권의 승계라는 제도에 의해서 보장되는 것이 아니었다. 따라서 어린 유아가 단지 아들이라는 이유만으로 가장권을 승계하여 가장이 되는 경우란 있을 수 없었다.⁴⁶⁾ 가장권의 승계라는 관념조차 없었으므로, 자녀 중 한 명이 가장권을 승계하는 경우는 있을 수 없었고, 나아가 가장권을 승계한다는 이유로 재산을 독점상속하는 일은 상상할 수 없었다. 널리 알려진 바와 같이 조선시대에는 가산(家産)이라는 개념이 없었으며, 부모가 사망하는 경우에는 자녀의 균분상속이 이루어졌다⁴⁷⁾ (다만 제사를 모시는 승중자에 대해서만 상속분의 5분의 1을 더해 주었을 뿐이다.⁴⁸⁾ 이러한 균분상속제가 조선 후기에 들어와서 흔들리게 되지만, 근본적인 변화를 가져

43) 박병호(각주 10), p. 79 이하.

44) 박병호(각주 10), p. 70 이하.

45) 조선시대에 주호인 남편이 사망한 경우, 일반적으로 그 아내가 주호가 되었던 것도 이러한 사정에 기인했을 것이다.

46) 일제시대 판사였던 최병주는 이 문제와 관련하여 다음과 같이 서술하였다. “조선에는 가장이 있기는 하지만 그 지위는 가독상속(호주상속: 필자주)에 의하여 취득되는 것이 아니라 최고존친이기 때문에 취득하는 것이며 혈연상 부친, 夫 또는 인척관계상 존친등(尊親等)의 지위에 있음으로써 취득하게 되는 것이다. 즉 조선인의 친족적 공동생활의 통솔중심력은 호주에게 있는 것이 아니라 존친 또는 夫에게 있는 것이다. 조선인은 민법상 家의 관념에 아직 익숙해지지 않았으며 호주권의 존재에 대해서도 확신하지 못하고 아직 백지일 것”이다. 崔丙柱, “民事令 第11條의慣習と宗孫權及遺妻の相續權(2),” 《司法協會雜誌》 17권 3호(1938. 3), p. 35 이하.

47) 조선시대의 자녀균분상속에 관하여는 다음의 논문을 참조. 최재석(1972), “조선시대의 상속제에 관한 연구—分財記의 분석에 의한 접근—,” 《역사학보》 53·54(1972); 이광규(1976), “조선왕조시대의 재산상속,” 《한국학보》 제3집.

48) “그러나 長子에게 주어지는 奉祀條는 실은 長子의 獨占的 所有로 되는 것이 아니라 祭祀를 위해서 共同使用하는 것이며 다시 數代가 지나면 오로지 子孫들의 總有的 共同財産으로 될 것을 理想으로

오지는 못했다. 49)

그런데 일제 침략 후에 강제로 이식된 호주상속제도에 의해서 장남(1살된 유아라고 해도 나이에 관계없이)은 호주권과 함께 유산을 사실상 독점상속하게 되었다. 일제는 조선의 관습에 의해서 인정되는 호주의 권리·의무에 대해서 다음과 같이 박합⁵⁰⁾으로써, 호주권의 실체를 조작해냈다. 1) 가족의 거소지정권, 2) 가족의 교육·징계·감호권, 3) 가족의 혼인·입양에 대한 동의권, 4) 가족의 서자 입적에 대한 동의권, 5) 가족의 거가에 대한 동의권, 6) 가족의 분가에 대한 동의권, 7) 가족의 재산관리권·처분승락권, 8) 가족의 금치산·준금치산선고의 청구권 및 그 취소권, 9) 가족의 후견인·보좌인이 될 권리, 10) 친족회에 관한 권리, 11) 가족에 대한 부양의무, 12) 상속에 있어서의 특권.

이처럼 일제가 우리의 관습이라고 주장했던 호주의 권리·의무는 실제로는 일본 명치민법(1898년)의 규정을 옮겨온 것에 지나지 않았다. 명치민법이 규정하고 있었던 호주의 권리와 의무는 다음과 같다.

1) 가족에 대한 거소지정권(제749조), 2) 가족의 입가·거가에 대한 동의권(제735조, 737조, 738조, 743조), 3) 가족의 혼인·입양에 대한 동의권(제750조, 776조, 848조), 4) 통제에 복종하지 않는 가족에 대한 제재로서의 이적권·복적거절권(제741조, 749조, 750조), 5) 가족에 대한 부양의무(제747조). 그밖에 호주에게는 가족의 혼인 또는 입양의 취소권, 금치산·준금치산 선고의 청구권·가족의 후견인·보좌인이 될 권리 및 친족회에 관한 권리·의무가 있었다. 51)

자세히 살펴보지 않아도 명치민법이 규정하고 있던 호주의 권리·의무가 약간의 윤색을 거친 후 거의 그대로 조선의 관습으로 인정되었음을 알 수 있다. 이와 같은 호주권의 내용은 해방 후에 제정된 민법전에서도 찾아볼 수 있다. 1960년 민법에서 호주권이 약화된 것은 사실이지만, 그 기본적인 골격은 그대로 유지되었다(가족의 입적·거가에 대한 동의권, 가족의 분가강제권, 가족의 거소지정권, 귀속불명재산에 대한 호주소유추정, 가족의 한정치산·금치산선고에 대한 청구권과 그 취소청구권, 가족의 후견인이 될 권리, 친족회에 대한 권리, 가족의 부양의무 등이 민법에 규정되었다). 1990년 민법 개정에 의하여 호주권은 대폭 축소되는데 이르렀으나(이제 호주권의 내용으로는 가족의 거가에 대한 동의권, 직계존속이나 직계비속을 입적시키는 권리, 친족회에 관한 권리 등만이 남아 있다), 호

하였다. 박병호(각주 10), p. 90 참조.

49) 박병호(각주 10), p. 93.

50) 南雲幸吉(1939), 《現行朝鮮親族相續法類集》, p. 86 이하.

51) 大村健助 執筆(1960), 《民事法學辭典(上)》, p. 14.

주권의 뿌리가 일본 명치민법에 있다는 사실에는 변함이 없다.

5. 일제에 의한 호주제의 강제이식과 일본에서의 호주제 폐지

일제는 조선의 관습을 왜곡하여 호주제도를 강제로 이식하였다. 일제는 관습조사결과를 토대로 하여 조선에는 제사상속·호주상속·재산상속 등 3종류의 상속형태가 있다고 발표하였다.⁵²⁾ 그러나 위에서 본 바와 같이 우리나라의 전통적인 상속제도로는 재산상속 및 조선후기에 비로소 확립된 제사상속의 2종류가 있을 뿐이었다. 조선사회에는 일본과 같은 호주권이 확립되어 있지도 않았고, 따라서 호주권의 승계제도도 존재하지 않았던 것이다.⁵³⁾ 그렇다면 일제는 왜 조선의 관습을 의도적으로 왜곡해 호주제도를 강제로 이식하려 했던 것일까? 이 문제에 대해서 박병호 교수는 다음과 같은 해석을 하고 있다.

“父權·夫權 외에 이들을 포괄하는 통일적인 지배권으로서의 家長·家長權制度는 日帝에 의하여 비로소 강제된 것이며 그것이 지배권의 내용에 있어서 理念型에 비하여 빈약한 것이라 할지라도 상징적 의미 이상의 家族國家理念, 즉 家父長制 家族制度에 있어서의 가족원의 가부장에 대한 絶對的 恭順의 윤리인 孝를 君主에 대한 絶對的 恭順의 倫理인 忠에게까지 媒介하는 정신적 지주로서의 의미가 있다.”⁵⁴⁾

즉 일제는 국가를 하나의 큰 가족으로 보고 천왕을 국가라는 가의 가장으로 상정하였으며, 대중에 대해서는 한 가의 호주에 대해서 절대적으로 복종하듯이, 천왕에 대해서도 이와 똑같이 복종해야 한다는 생각을 심어주려고 했던 것이다(소위 ‘가족국가이데올로기’).⁵⁵⁾ 이러한 목적에서 가제도와 호주상속제(원래는 일본무사계급내의 가족제도⁵⁶⁾였으

52) 1910년과 1912년에 출간된 관습조사보고서가 이러한 내용을 담고 있으며, 1923년에는 舊慣及制度調査委員會가 같은 내용의 결의를 한 바 있다. 이에 대해서는 이상욱(1986), “한국상속법의 성문화과정,” 경북대학교 박사학위논문, p. 37 이하 참조.

53) 박병호 교수는 이 문제에 대하여 다음과 같은 의견을 제시한 바 있다.

“조선왕조까지의 상속제도는 祭祀相續과 遺産相續의 2종이었는데, 日帝는 戶主制度를 移植함과 동시에 호주의 지위 내지 호주권의 상속인 호주상속제도도 이식하기 위하여 관습조사에서 상속을 3종이 존재하는 것으로 하였는데(158항), 이것은 日本式 家督相續制度를 조선에 강제하기 위한 의도에서 한 것이었다.” 박병호(각주 28), p. 11.

54) 박병호(각주 28), p. 10.

55) 명치말년부터 大正期에 걸쳐 국민도덕론에 입각하여 가족국가관의 고취에 일역을 담당했던 井上哲次

며, 적장자가 그 집의 가산과 호주권을 독점적으로 상속하는 제도⁵⁷⁾가 조선에 강제로 이식되었다. 그 후 호주제는 일제의 동화정책과 식민지 통치의 효과적인 수단으로 이용되었다.

한편 2차 대전에서 패전한 일본 앞에는 정치체제를 비롯한 여러 가지 제도를 민주적으로 개혁해야 한다는 과제가 놓여 있었다. 1945년 10월 23일에 발표된 주일 연합군 최고 사령부(이하 맥아더 사령부)의 5대 개혁 요구 사항은 헌법의 개정, 재벌해체, 교육의 자유주의화, 노동조합의 육성, 여성참정권의 채택 등이었으며, 미군의 점령 하에 있던 당시의 일본정부는 이러한 요구를 거부할 수 있는 처지가 아니었다.⁵⁸⁾ 맥아더 사령부는 헌법개정과 관련하여 일본 헌법에 개인의 존엄과 양성 평등을 규정하도록 지시하였다.⁵⁹⁾ 그 결과 1946년의 일본 헌법은 제24조⁶⁰⁾에서 부부의 동권(同權)·개인의 존엄·양성의 평등을 규정하였고, 제14조에서는 법 앞의 평등 원칙을 선언하였다. 호주제도를 비롯하여 양성평등의 원칙에 반하는 규정을 다수 포함하고 있었던 명치민법의 가족법은 1946년 일본 헌법의 이념과 더 이상 조화를 이룰 수 없었다.⁶¹⁾ 그리하여 1947년 4월 ‘일본국헌법의시행에따른민법의응급적조치에관한법률’(법률 제74호) 10개조가 제정되어, 개정 민법이 시행될 때까지의 응급 조치로서 호주제도를 비롯한 양성불평등 규정의 효력이 부정되었다. 같은 해 12월에는 ‘민법의일부를개정할법률’(법률 제222호)이 공포되어 다음해인 1948년 1월 1일부터 시행되었다. 이 법률에 의해 친족·상속편은 전면 개정되었고, 그

郎은 “一大家族制度의 가장으로서 천황이 계시다는 것은 바로 하나의 가족에 하나의 가장이 있다는 것과 같은 것”이라고 말했다(井上哲次郎(1928), 《新修·國民道德概論》, p.184). 또한 穂積八束은 “일국은 일가가 확충된 것”이며, “가는 작은 국가이고 국가는 큰 가족”이라고 설명하였다(穂積八束, 國民教育愛國心, 1897, 18면). 즉 가제도야말로, 가에 “천황제 체제 아래의 국민통합의 최말단의 단위로서의 위치, 역할”을 부여함으로써, “‘萬世一系’의 천황가, 국민의 ‘宗家’로서의 천황가를 정점으로 하는 통합의 원리”를 실현하고자 하는 것이었다(石田雄(1956), 《近代日本政治構造の研究》, pp. 44, 46).

56) 川島武宜(1957), 《イデオロギーとしての家族制度》, p.31.

57) 전봉덕(1982), “호주제도의 역사와 전망,” 《대한변호사협회지》 81호(1982년 10월), p.31 이하.

58) 依田精一(1974), 《戰後改革 1 課題と視覚》, p.273.

59) 依田精一(각주 58), p.294.

60) 일본헌법 제24조 제1항: 혼인은 양성의 합의에 의해서만 성립하고, 부부가 동등한 권리를 갖는 것을 기본으로 하여 상호의 협력에 의하여 유지되어야 한다. 제2항: 배우자의 선택, 재산권, 상속, 주거의 선정, 이혼 및 혼인과 가족에 관한 기타 사항에 관하여 법률은 개인의 존엄과 양성의 본질적 평등에 입각하여 제정되어야 한다.

61) 山中永之佑(1994), 《日本近代法論》, p.267 이하.

결과 호주제도는 폐지되었다.

패전 이전의 천황제국가에서 지배체제를 지탱하는 기둥의 역할을 담당하고 있었던 호주제의 폐지에는 보수세력의 강력한 저항이 있었으나,⁶²⁾ 헌법정신에 반하는 호주제를 존속시킬 수는 없었다. 이와 같이 2차 대전 이후에 일본에서 헌법에 반한다는 이유로 폐지된 호주제가 장소를 바꾸어 우리 민법(1960년부터 시행)에서 부활한 것이다.

6. 호주제의 폐지는 가족의 ‘파괴’를 의미하는가?

호주제의 존치론자들은 호주제가 가족의 안정에 기여하는 제도이므로, 호주제가 폐지될 경우 가족이 ‘파괴’될 것이라고 주장해 왔다.⁶³⁾ 존치론자들의 주장대로라면 호주제가 존재하는 우리 사회의 가족은 이미 호주제(일본)나 가장제(스위스)⁶⁴⁾가 폐지되어 ‘가의 구심점’이 사라진 외국의 가족에 비하여 훨씬 더 안정되어 있어야만 할 것이다.⁶⁵⁾ 반면

62) 依田精一(각주 58), p. 299 참조.

63) 예를 들면 김준원, “호주제폐지 주장에 대한 반론,” 《호주제도관련 토론회 법무부 자료집》(2000. 7. 7), p. 79 이하에 따르면 가족집단의 단결과 화합을 위하여는 가정 내부에서 구심점이 되고, 대외적으로 대표적 역할을 수행하는 가장의 존재가 필요하다고 한다; 구상진, 《호주제도관련 토론회 법무부 자료집》(2000. 7. 7), p. 122에서는 호주제의 폐지는 “결국 부모와 자녀를 법적으로 단절시키고 사실상의 유대에 맡기기로 하는 것으로서 현실적으로는 가족을 해체하여 집집마다 부모자녀를 남남으로 만들고, 선조의 산소를 다 없애고 종중도 모두 폐지하는데에 연결되는 것”이라고 주장하고 있다.

64) 1981년 스위스 헌법에 양성평등조항(제4조 제2항)이 도입되면서, 양성평등의 원칙에 반하는 가족법 규정은 폐지되는 운명을 맞이하게 된다. 이러한 과정에서 남편을 가장으로 규정하여 가족 내에서의 우월적 지위를 인정한 스위스 민법 제160조(당시 스위스 민법 제160조는 제1항에서 남편을 가장으로 규정하고 있었으며, 제2항에서는 가장인 남편이 주거를 정하고, 아내와 자녀에 대한 부양의무를 부담한다고 정하고 있었다)와 아내는 혼인과 동시에 자신의 성(姓)을 상실할 수밖에 없도록 규정한 제161조 규정(개정전 법에 따르면 여자는 혼인과 동시에 남편의姓을 따라야만 했다. 그러나 법개정에 의해서 부부가 합의하면 아내의姓을 부부의姓으로 사용할 수 있게 되었다. 스위스 민법 제30조 제2항) 등은 당연히 폐지되었다. 남편을 가장으로 인정한 법규정이 삭제됨으로써 이제 부부는 평등한 가족구성원이 되었으며, 가족 부양에 있어서도 동일한 권리와 의무가 규정되었다(1985년 스위스 개정혼인법 제163조 이하. 개정법은 1988년 1월 1일부터 시행되었다).

65) 이덕승 교수는 호주제가 “설사 전통문화가 아니라해도 사회의 모든 단체는 그 단체를 조정하고 이끌 대표자가 필요하다. 가족도 마찬가지여서 그 명칭이 호주든 가장이든 반드시 있어야 한다”고 주장하면서 “호주제도 건전한 사회, 건전한 국가관을 형성하는데 장점으로 승화할 수 있는 것은 틀림없다”고 한다(《한국일보》 8월 17일자). 이덕승 교수의 주장대로라면 생후 몇 달 되지 않은 남자 아이가 가장으로서 할머니, 어머니, 고모, 누나 등을 포함하는 ‘가족을 조정하고 이끄는 대표자’가 될 수 있다는

에 이미 오래 전에 호주제와 가장제를 각각 폐지한 일본과 스위스에서는 가족이 '파괴'되어 있어야만 할 것이다. 어느 사회의 가족이 얼마나 안정되어 있는가를 보여주는 손쉬운 예로서 이혼율을 들 수 있다. 존치론자들의 주장이 맞다면 일본과 스위스의 이혼율은 우리와 비교할 수 없을 만큼 높아야 할 것이다(이혼율은 산업화와 개인주의화가 진전된 나라일수록 높게 나타나는 것이 일반적인 현상이다. 이러한 점을 감안하더라도 우리 보다 훨씬 먼저 산업화를 경험하였고, 개인주의가 발달한 일본과 스위스의 이혼율은 상당히 높을 것으로 예상할 수 있다). 일반적으로 이혼율은 인구 1000명에 대한 이혼수로 표시한다(粗離婚率). 1998년 우리 사회의 이혼율은 인구 1천명당 2.5명⁶⁶⁾이며, 이는 최근의 일본(2.0명),⁶⁷⁾ 스위스(2.3명)⁶⁸⁾보다도 높은 수준이다.⁶⁹⁾ 전세기부터 꾸준히 높은 이혼율을 보이고 있는 서구사회에 속한 스위스는 물론, 흔히 같은 유교문화권이라고 부르는 일본보다도 우리 사회의 이혼율이 높다는 사실은 무엇을 의미하는가? 이는 호주제의 존재가 가정의 안정에 전혀 기여하지 못하고 있다는 사실을 보여주고 있는 것에 다름 아니다. 호주제나 가장제가 폐지된 외국에 비해서 우리 사회의 이혼율이 이처럼 높다는 것은 호주제가 가정의 안정에 기여하기는커녕, 오히려 가족의 안정을 해치고 있다는 의미로 해석될 수 있다. 변화된 사회현실 및 의식과 괴리된 낡은 가족제도의 강요가 오히려 가족의 위기⁷⁰⁾를 초래하는 결과로 이어진 것이다. 여전히 가부장적인 의식과 생활습관을 고수하고 있는 남성과 이제 경제적·사회적·심리적으로 독립할 수 있는 능력을 갖추고 가족과는 별도의 '자신의 삶'을 설계하는 여성과의 혼인생활에는 이미 갈등과 충돌의 가능성이 잠재되어 있다. 이러한 갈등의 가능성을 줄이기 위한 방법으로 두 가지를 생각해 볼 수 있다. 하나는 과거로 회귀하여 가부장적 가족질서를 복원하고 여성에게 일방적인 순

말이며, 이러한 제도를 법으로 보장함으로써 '건전한 사회, 건전한 국가관이 형성'된다는 것이다. 의사능력조차 없어서 가족의 보살핌을 받고 있는 유아가 '가족을 조정하고 이끄는 대표자가 된다는 것은 상식적으로 도저히 이해할 수 없는 일이다. 나아가 조선시대까지의 가족제도에서 이러한 일은 벌어질 수 없었다. 가장권의 승계라는 제도가 없었기 때문이다. 이덕승 교수는 호주제가 '우리의 전통과 문화에 바탕을 둔 것'이라고 주장하기에 앞서서 이 문제를 먼저 짚고 넘어 가기 바란다.

66) 통계청, 98년 인구동태통계결과(1999. 8) 참조. 99년, 2000년의 이혼율도 계속해서 인구 1000명당 2.5건을 유지하고 있다. 통계청, 2000년 혼인·이혼통계결과 참조.

67) 통계청, 2000년 혼인·이혼통계결과 참조.

68) 통계청, 2000년 혼인·이혼통계결과 참조.

69) 한국의 이혼율은 프랑스(인구 1000명당 2.0건의 이혼율), 독일(인구 1000명당 2.3건의 이혼율)보다도 높은 것으로 나타나 있다. 통계청, 2000년 혼인·이혼통계결과 참조.

70) 국가정보원의 위기보고서가 가장 심각한 위기상황이라고 진단한 사회위기 분야는 가족문제다. 《한겨레 21》, 2000년 3월 23일자 참조.

종과 희생을 강요하는 것이다. 그러나 이러한 방법이 더 이상 가능하지 않음은 자명하다. 두 번째 방법은 변화한 사회 현실에 발맞추어 부부의 의식(특히 남편의 의식)을 바꾸는 것이다. 남편은 아내보다 우월한 지위에 있으며, 아내는 언제나 남편에게 순종하고 가족을 위해서 일방적으로 희생해야 한다는 의식에 사로 잡혀 있는 한 가족의 평화는 유지되기 어렵다. 부부는 동등한 권리와 의무를 가진 동반자라는 의식에 기초하여 서로의 인격을 존중하는 태도가 확립되어야만 가족의 안정도 비로소 기대할 수 있을 것이다. 따라서 가정의 안정을 위해서는 이러한 방향으로 의식을 전환할 것이 부부(특히 남편)에게 요구된다. 그러나 아무런 합리적 이유 없이 남편에게 우월한 지위(한 가족의 주인이라는 지위)를 인정하고 있는 현행 호주제⁷¹⁾는 국민의 의식에도 영향을 미쳐 결국 시대의 변화에 따르는 의식의 발전을 가로막는 부정적인 역할을 하고 있다. 그렇다면 호주제의 존속은 가정의 안정에 기여하는 것은 고사하고, 오히려 가족의 안정을 해치는 요인으로 작용할 수 있다는 결론에 이르게 된다. 따라서 급속하게 변화하고 있는 사회환경 속에서 가족의 안정을 도모하고자 한다면, 이미 시대에 뒤떨어진 낡은 규범과 가족제도를 강요할 것이 아니라, 오히려 변화한 사회현실과 의식에 부합할 수 있는 제도의 개혁 — 호주제의 폐지 — 을 위하여 노력해야 할 것이다.

7. 맺음말

현행 호주제의 본질은 호주를 중심으로 하여 편제되는 추상적인 가의 설정(가제도)과 그 가의 영속성을 보장하기 위한 남자 우선의 호주승계(호주승계제도)로 요약될 수 있다. 이 두 제도는 일제 침략이전까지의 우리 역사에서 그 흔적을 찾아볼 수 없으며, 모두 일

71) 현행 민법상 부부는 혼인생활에서 동등한 권리와 의무를 갖는다. 즉 서로 동거하고 부양, 협조하여야 하며(민법 제826조 제1항), 부부의 공동생활에 필요한 비용도 공동으로 부담한다(민법 제833조). 가사노동을 통한 아내의 부양도 금전지급에 의한 부양에 못지 않은 가치를 갖는 것으로 평가된다(이 점은 민법 제839조의 2에 의해서 인정되는 이혼시 재산분할 청구권의 취지에 비추어 볼 때 명백하다). 또한 부부는 자녀의 양육에 관해서도 동일한 권리와 의무를 갖는다(민법 제913조). 이처럼 현행 민법상 부부는 공동으로 가족공동체를 이끌어 가는 대등한 주체로 인정되고 있다. 그러나 이와 같이 가족공동생활에서 동등한 의무를 부담하는 부부가 한사람은 단지 남자라는 이유만으로 그 '가'의 주인(호주)으로 되고, 또 다른 한사람은 단지 여자라는 이유로 그 '가'에 속하는 '가족'의 신분을 가지게 된다. 이러한 결과는 부부의 동등한 권리·의무를 인정하고 있는 민법의 다른 규정에 비추어 보아도 현저히 균형을 상실한 것이다.

제에 의한 관습의 왜곡과 일본 호적법의 도입이라는 과정을 통하여 강제로 이식된 것에 지나지 않는다. 일제가 관습의 왜곡에 의해서 조작해 냈던 호주권도 호주제의 본질적 부분을 구성하고 있었으나, 1990년 민법개정에 의해서 대부분 삭제되었다. 그러나 호주권이 삭제되었다고 해서 호주제가 형해화된 것은 아니다. 호주를 중심으로 하여 편제되는 가(家)제도와 그 가의 영속성을 보장하기 위한 남자 우선의 호주승계제도로 구성되는 호주제는 여전히 우리 사회 전반에 부정적인 영향을 미치고 있다. 그리고 이와 같이 부정적인 영향을 미치고 있는 호주제는 우리의 전통적 가족제도에서 유래하는 것이 아니며, 일제에 의해서 강제로 이식된 제도임이 분명하다. 이제 호주제와 호적제도를 혼동하여 '조선시대에도 호적제도가 있었으니까, 호주제가 우리의 전통'이라고 주장한다든가, '조선시대에도 호주가 있었고 호적제도가 있었으므로 현행 호주제는 전통적 가족제도'라는 식의 피상적 역사인식에 근거한 주장은 삼가할 때가 되었다고 생각한다.

호주제의 폐지가 가족제도를 파괴한다는 주장은 아무런 설득력이 없으며, 호주제가 폐지되더라도 호적제도는 변화된 형식으로 존속하게 된다.⁷²⁾ 오늘날 가족은 한 사람의 가정과 그에 복종하는 가족원으로 분리되는 권위주의적인 조직이 아니며, 가족구성원 모두가 인격을 가진 개인으로서 존중되는 민주적인 관계로 변화하여야 한다. 호주제의 폐지는 이러한 방향으로 나아가는 중요한 발걸음이 될 것이다.

72) 조대현(1996), "호주제도의 폐지와 호적의 편제," 《민사판례연구 XVIII》, p.609 이하.