

## 제 1 장 총 론

### 제 1 절 친족 · 상속관계(또는 신분관계)의 변동원인

신분관계(가족관계 및 가족적 재산관계)의 변동원인은 약혼 · 혼인 · 입양 · 유언과 같은 법률행위(신분행위)에 기한 것과 출생 · 사망과 같은 일정한 사실에 대하여 권리 · 의무를 부여하는 법률의 규정에 기한 것으로 나눌 수 있다. 특히 전자의 경우를 보통 신분행위라고 한다.

#### I. 신분행위에 의한 변동

혼인이나 유언과 같은 친족 · 상속법상의 법률행위(신분행위)는 친족관계나 친족간의 재산관계를 발생 · 변경 · 소멸시키는 법률요건 또는 법률사실로서 의사표시를 요소로 한다.

##### 1. 신분행위의 특징

신분관계의 발생 · 변경 · 소멸을 목적으로 하는 신분행위는 재산법상의 법률행위와는 많은 점에서 차이가 있다.

##### (1) 의사주의

신분행위의 성질상 당사자의 진정한 의사가 없는 신분관계의 창설은 허용될 수 없다. 따라서 표의자의 진정한 의사와 표시가 불일치할 경우 표의자의 진정한 의사에 의한다. 예를 들어 약혼 · 혼인 · 이혼 · 입양 · 파양 · 유언에 있어서 당사자의 진정한 의사가 결여된 신분행위는 무효이다. 이 점에서 표시된 의사를 중요시 하는 상거래 또는 민사상 재산적 행위와 본질적으로 구별된다.

## (2) 형식주의(요식성)

친족·상속법상의 법률관계의 변동은 친족관계 그 자체뿐만 아니라 친족관계에 기초한 재산관계나 당사자 이외의 제3자에게도 커다란 영향을 미친다. 따라서 일정한 신분행위는 당사자 사이의 합의만으로 효력을 발생하지 않고 신고(가족관계등록법상 창설적 신고)와 같은 형식적 요건과 결합할 때에만 그 법적 효력이 부여되는 경우가 많다. 예를 들어 혼인(제812조, 제814조)·협의이혼(제836조)·입양(제878조)·협의상파양(제904조에 의한 제878조의 준용)·인지(認知: 제859조)는 가족관계등록법이 정한 바에 의하여 가족관계등록부에 신고하여야 그 효력이 발생한다. 즉, 혼인신고가 없는 혼인은 사실혼관계에 불과하고, 사실상으로는 혼인관계가 소멸하였더라도 이혼신고가 없는 경우에는 여전히 법률상의 배우자관계가 유지되며 당사자에게 재혼의 기회가 생겨도 그것은 중혼으로 취소할 수 있다.

또한 유언(遺言)의 경우에 민법이 정하고 있는 방식에 의하지 않으면 무효가 되고(제1060조), 상속의 한정승인(제1019조, 제1030조)이나 포기(제1019조, 제1041조)는 법률이 정한 기간 내(제1019조 제1항)에 가정법원에 신고하지 않으면 효력이 생기지 않는다.

이러한 친족·상속법상 법률행위의 요식성은 제3자에게 공시하기 위한 것이므로 제3자에 대하여 영향을 미치지 않는 한 이를 완화시켜 해석할 필요가 있다. 예를 들어 사실혼의 경우 혼인신고가 결여되어 있기 때문에 혼인신고를 전제로 한 효과(가족관계등록부상의 배우자관계·성년의제(成年擬制)·배우자 상호간의 후견인·상속권)가 발생하지는 않지만, 사실혼 부부공동생활 관계에서 발생하는 권리·의무(동거·부양·협조의무)는 법률혼의 경우와 마찬가지로 유효하다. 따라서 사실혼관계를 부당하게 파기한 배우자나, 사실혼 관계에 간섭하여 이를 파탄시킨 자는 불법행위로 인한 손해배상책임을 진다(대판 1998.8.21, 97므544·551; 대판 1983.9.27, 83므26). 부(父)가 혼인 외의 자녀(婚外子)에 대하여 친생자출생의 신고를 한 때에는 그 신고는 인지의 효력이 있다(가족관계등록법 제57조). 허위친생자출생신고는 신분행위의 요식성에 반하기 때문에 무효이지만 그 신고가 입양의 실질적 요건을 갖춘 경우에는 입양의 효력이 인정된다(대판[전원합의체] 1977.7.26, 77다492).

그리고 주의할 것은 친족·상속법상 법률행위 중 동의행위(同意行爲)는 원칙적으로 불요식(不要式)이라는 점이다.

### 《판례》 요식성의 완화

1. 남편의 학대, 폭행, 강제추출행위와 고부간 불화로 시어머니가 헤어질 것을 종용하는 등으로 인해 사실혼관계가 파탄된 것이라면 남편과 시어머니는 사실혼 파탄으로 인한 정신적 고통에 대한 위자료를 지급할 의무가 있다(혼인신고를 전제로 한 요식성의 완화: 대판 1983.9.27, 83므26).
2. 당사자 사이에 양친자관계를 창설하려는 명백한 의사가 있고 기타 입양의 성립요건이 모두 구비된 경우에는 요식성을 갖춘 입양신고 대신 친생자 출생신고가 있다 하더라도 입양의 효력이 있다(대판[전원합의체] 1977.7.26, 77다492: 다수의견. 본판결로 대판 1967.7.18, 67다1004 판결 폐기).

### (3) 일신전속성

대부분의 신분행위는 일신전속성이 강하여 대리가 허용되지 않고 신분행위에 기한 권리를 양도하거나 처분할 수 없다. 예를 들어 약혼·혼인·이혼 또는 입양행위는 대리나 대위행위가 불가능하고(다만 대리가 필요한 경우에 친족·상속법은 따로 특별규정을 두고 있다: 입양승낙(제869조), 파양협의(제902조), 친권대행(제910조), 미성년후견인의 미성년자의 자에 대한 친권대행(제948조), 친권자로서의 재산관리(제916조) 및 대리권(제920조), 후견인으로서의 재산관리권과 대리권(제949조) 등), 그 신분행위에 기초해서 발생한 가족법상의 권리인 동거권·동거의권·대리권·친권·부양청구권(제979조) 등은 양도하거나 처분할 수 없다.

약혼이나 이혼으로 인한 정신적 손해상청구권(위자료청구권)은 원칙적으로 양도 또는 승계하지 못한다. 그러나 당사자간에 이미 그 배상에 관한 계약이 성립되거나 소를 제기한 후에는 그러하지 아니하다(제806조 제3항, 제843조).

#### 【가족법상 일신전속성의 예외】

1. 약혼 또는 이혼위자료청구권(약혼이나 이혼에 따른 손해배상청구권: 제806조, 제843조)  
이혼위자료청구권은 이혼시점에서 확정, 평가되는(이혼에 의하여 비로소 창설되는 것이 아님) 일신전속적 권리로서 양도나 상속 등 승계가 되지 아니하나 이는 행사상 일신전속권이고 귀속상 일신전속권은 아니라 할 것 인바, 그 청구권자가 위자료의 지급을 구하는 소송을 제기함으로써 청구권을 행사할 의사가 외부적·객관적으로 명백하게 된 이상 양도나 상속 등 승계가 가능하다(대판 1993.5.27, 92므143).
2. 생명 또는 신체 침해로 인한 위자료청구권(비교판례)  
피해자가 정신적 손해의 배상청구권을 포기하거나 면제하였다고 볼 수

있는 특별한 사정이 없는 한 생전에 청구의 의사표시를 할 필요 없이 원칙적으로 상속된다(대판 1966.10.18, 66다1335; 대판 1970.2.24, 69다2160). 특히 즉시사망의 경우 치명상을 받은 때에도 원인행위와 사망 사이에 이론상 시간적 간격이 인정된다(대판 1971.3.9, 70다3031).

## 2. 신분행위에 대한 규율

혼인·임의인지(任意認知)·입양 등의 법률행위(신분행위)는 매매나 임대차 등 재산상의 법률행위와는 그 성질에 있어서 많은 차이점이 있기 때문에 민법총칙규정들이 신분행위에 그대로 적용되는 것은 아니다. 다만, 신분행위도 전체 사법질서의 일부분이기 때문에 제한적이거나 민법총칙규정의 적용을 받는다(자세한 것은 제1장 제3절 Ⅱ. 민법총칙규정의 적용 여부 참고).

## Ⅱ. 신분행위 이외의 원인에 의한 변동

당사자의 의사와 상관없이 출생·사망과 같은 일정한 사실에 기하여 친족·상속법상의 권리와 의무가 변동될 수 있다.

특히 자연사망이나 실종선고 등에 의하여 발생하는 상속권은 신분행위에 의하여 발생하는 권리와는 달리 재산법적 성격이 강한 경우 양도하거나 처분할 수 있다고 해석된다. 예를 들어, 사망을 원인으로 하여 발생하는 상속법상의 권리인 상속회복청구권, 상속승인이나 포기권은 행사상의 일신전속권으로 대위행사가 허용되지 않지만, 상속재산분할청구권, 유류분반환청구권은 일신전속권으로 볼 수 없어 타인의 대위행사가 가능하다고 해석된다.

## 제 2 절 친족·상속관계의 규율

### I. 법원(法源)

신분관계 내지 신분적 재산관계상의 권리와 의무에 관한 일반적 규율은 형식적으로는 민법전 친족·상속편의 규정들에 의해서 이루어진다(민법전 4편과 5편). 그러나 가사분쟁을 규율하는 실질적인 의미의 가족법은 민법전 4·5편 이외에도 가족관계의 등록 등에 관한 법률(이하 가족관계등록법), 가사소송법, 혼인신고특례법, 혼인에 관한 특례법(한시법), 국제사법, 입양특례법, 아동복지법, 상속세 및 증여세법, 부재선고에관한특별조치법 기타 관습법 등이 있다.

### II. 가족관계의 등록 등에 관한 법률(이하 가족관계등록법)

#### 1. 호적법의 폐지와 가족관계등록법의 제정

호주제가 우리나라의 가족제도에 도입된 것은 1922년 조선민사령 제11조에 의해서였다(그 전에 있었던 민적법은 호구조사를 통하여 조세와 역을 통제하기 위한 수단으로서의 성격이 강했다). 그 후 호주제는 가(家)·종법제(宗法制)·부계혈통주의와 함께 마치 우리나라의 전통적인 가족문화의 중심개념인 것처럼 오해되어 왔다.

족보 등으로 대변되는 종중(宗中)과 부계혈통주의는 법기술상 호주제 중심의 호적제도와는 전혀 별개의 개념이자 법문화이다. 종중문화의 중심 개념은 가문(家門)이고 그 가문의 대표는 호주가 아니라 문장(門長)이다. 호주와 비슷한 개념으로 조선시대 호(戶)제도에서 존재했던 호구장(호장 또는 호수)이란 개념이 있다. 보통 지역의 씨족 대표가 맡게 되는 호구장은 그 지역 각 호의 수와 향리의 인구변동 등을 조사하여 관에 보고하는 역할 등을 담당하였는데, 이는 조세와 역의 추징 등을 위한 행정적 개념이었다. 다시 말해 우리가 이해하고 있었던 호주 개념하고는 전혀 별개의 개념인 것이다.

《판례》 민법 제778조, 제781조 제1항 본문 후단, 제826조 제3항 본문에  
대한 헌법불합치 결정

1. 위헌결정의 대상이 된 사건들 중 2001헌가9·10 사건의 사실관계 개요: A녀와 B는 서로 이혼하였다. 이들 사이에는 아들 X가 있다. A는 일가를 창립하고 X의 친권자 및 양육권자가 되었다. 그런데 X의 호적은 B가 호주로 있는 家에 편제되어 있어서, 이에 A는子を 자신의 家에 입적시키기 위한 입적신고를 하였으나 받아들여지지 아니하자, 위헌법률심판을 제청하였다(이 사건 이외에도 여러 사건들에서 제778조, 제781조 제1항 본문, 제826조 제3항 본문에 대한 위헌법률심판이 제청되어 현재는 이들 3개 조항 및 호주제에 대하여 다음과 같이 판단하였다).
2. 현재의 결정 요지: 심판대상조항인 민법 제778조, 제781조 제1항 본문 후단, 제826조 제3항 본문이 그 근거와 골격을 이루고 있는 호주제는 혼인과 가족생활에서 개인의 존엄과 양성의 평등을 규정한 헌법 제36조 제1항에 위반된다. 다만 이들 조항 및 호주제관련 조항들은 신분관계를 공시·증명하는 공적 기록에 중대한 공백이 발생하지 않도록 새로운 호적체제로 호적법을 개정할 때까지 잠정적으로 계속 적용한다(헌법불합치 결정: 헌재결 2005.2.3, 2001헌가9·10, 2001헌가11 내지 15, 2004헌가5).

헌법재판소의 헌법불합치결정(헌재결 2005.2.3, 2001헌가9·10, 2001헌가11 내지 15, 2004헌가5) 이후 2005년 호적법은 폐지되었고, 새로이 제정된 가족관계의 등록 등에 관한 법률이 2008년 1월 1일부터 시행되기에 이르렀다.

## 2. 동법의 입법목적

동법은 국민의 출생·혼인·사망 등 가족관계의 발생 및 변동사항에 관한 등록과 그 증명에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

## 3. 동법의 특징

### (1) 전산정보화

동법에 의한 등록사항과 등록사무는 전산정보처리조직에 의하여 처리하여야 한다(동법 제11조).

### (2) 본인 중심의 개별 가족관계등록부

종래의 호적법이 호주를 중심으로 가족관계가 편제된 것이라면, 동법에 의한 가족관계의 등록부는 전산정보처리조직에 의하여 입력 처리된 전산정보자료를 기초로 각각 개별적으로 작성된다(동법 제9조). 다시 말해 지금까지

지 호주를 중심으로 가족(家族) 단위로 호적(戶籍)을 편제하던 방식에서 벗어나 국민 개인별(1인 1적제)로 등록기준지(과거 본적)에 따라 가족관계등록부가 편제되며, 호주승계·분가·일가창립·입적·복적 등 호적이동의 개념도 없어지게 되었다.

(3) 종래 본적지나 호적 개념이 폐지되고 등록기준지와 가족등록부의 개념을 사용

호주제도에서 필요했던 본적지, 호주, 호적 개념이 폐지되고 개인의 등록부가 작성되는 기준지인 등록기준지 개념과 본인의 가족사항을 기재하는 가족등록부 개념이 도입되었다.

(4) 친양자의 입양과 파양 및 성과 본의 변경에 관한 사항의 신설

친양자의 입양과 파양에 관한 민법 제908조의2와 제908조의5에 따라 입양과 파양의 신고절차에 관한 규정을 마련하였다(동법 제67조~제70조). 또한 성이나 본의 변경이 허용되지 않았던 종래와는 달리 성과 본의 변경을 정한 민법 제781조의 규정에 따라 그 신고절차에 관한 규정이 신설되었다(동법 제99조~제100조).

#### 4. 등록사항과 증명서

(1) 등록부의 기재사항

등록부에는 등록기준지·성명·본·성별·출생연월일 및 주민등록번호, 출생·혼인·사망 등 가족관계의 발생 및 변동에 관한 사항, 그 밖에 가족관계에 관한 사항으로서 대법원규칙으로 정하는 사항이 기록된다(동법 제9조 제2항). 등록부의 기재사실은 강한 추정력이 있을 뿐 공신력은 없다.

(2) 증명서

동법 제15조 제1항은 등록부 등의 기록사항에 관하여 발급할 수 있는 증명서의 종류와 그 기록사항을 규정한다. 즉, 동법은 가족관계증명서(본인의 등록기준지·성명·성별·본·출생연월일 및 주민등록번호, 부모·양부모, 배우자, 자녀의 성명·성별·본·출생연월일 및 주민등록번호), 기본증명서(본인의 등록기준지·성명·성별·본·출생연월일 및 주민등록번호, 본인의 출생·사망, 국적상실·취득 및 회복 등에 관한 사항), 혼인관계증명서(본인의 등록기준지·성명·성별·본·출생연월일 및 주민등록번호, 배우자의 성명·성별·본·출생연월일 및

주민등록번호, 혼인 및 이혼에 관한 사항), 입양관계증명서(본인의 등록기준지·성명·성별·본·출생연월일 및 주민등록번호, 양부모 또는 양자의 성명·성별·본·출생연월일 및 주민등록번호, 입양 및 파양에 관한 사항), 친양자입양관계증명서(본인의 등록기준지·성명·성별·본·출생연월일 및 주민등록번호, 친생부모·양부모 또는 친양자의 성명·성별·본·출생연월일 및 주민등록번호, 입양 및 파양에 관한 사항) 5개의 종류를 규정하고 있다.

| 증명서의 종류    | 기재 사항                            |                                     |
|------------|----------------------------------|-------------------------------------|
|            | 공통사항                             | 개별사항                                |
| 가족관계증명서    | 본인의 등록기준지·성명·성별·본·출생연월일 및 주민등록번호 | 부모·배우자·자녀의 인적사항<br>[기재범위-3대에 한함]    |
| 기본증명서      |                                  | 본인의 출생·사망·개명 등의 인적 사항(혼인·입양 여부 별도)  |
| 혼인관계증명서    |                                  | 배우자 인적사항 및 혼인·이혼에 관한 사항             |
| 입양관계증명서    |                                  | 양부모 또는 양자 인적사항 및 입양·파양에 관한 사항       |
| 친양자입양관계증명서 |                                  | 친생부모·양부모 또는 친양자 인적사항 및 입양·파양에 관한 사항 |

## 5. 등록신고의 종류

### (1) 창설적(創設的) 신고(申告)

신고수리에 의하여 신분관계가 창설된다. 혼인, 협의이혼, 임의인지, 입양, 협의파양 등과 같이 당사자의 의사에 기한 신분행위가 이에 속한다. 사실상 혼인관계존재확인 재판에 의한 혼인신고를 다수설은 보고적 신고로 보지만, 판례는 창설적 신고로 본다(대판 1973.1.16, 72므25 참고).

### (2) 보고적(報告的) 신고(申告)

법률적으로 이미 효과가 발생한 사항에 관하여 보고적으로 신고하는 것으로, 법적 효과는 해당 사실이 발생하였을 때에 이미 발생하고, 신고는 단지 사실의 보고에 불과하다. 여기에는 사망, 실종신고(失蹤宣告)와



그 취소, 개명(改名), 재판에 의한 혼인무효(婚姻無效)·혼인취소, 재판에 의한 이혼·이혼취소, 부(父) 또는 모(母)의 친권·관리권의 상실신고 취소, 출생, 강제인지, 유언에 의한 인지(통설), 재판에 의한 입양무효(入養無效)·입양취소, 재판에 의한 파양(罷養)·파양취소, 후견개시(後見開始) 등이 있다.

#### 《판례》 가족관계등록신청권자

가족관계등록창설 허가신청은 가족관계등록이 되어 있지 아니한 사람(이하 '무등록자'라 한다) 자신이 신청하는 것이고, 무등록자가 이미 사망하였다면 가족관계등록창설이 허용되지 아니하기 때문에(대결 2006.3.31. 2006스23 참조), 무등록자 본인이 아니라 그 재산상 이해관계인이, 실종선고를 받아 사망한 것으로 간주되는 무등록자를 사건본인으로 한 가족관계등록 창설 허가신청은 인정될 수 없다(대결 2011.3.28, 2011스25).

### 6. 등록부의 정정

등록부는 시·읍·면의 장이 단독으로 또는 감독법원의 허가를 받아서 직권으로 정정하거나 당사자의 신청에 의하여 정정할 수 있다.

#### (1) 직권에 의한 정정

##### ① 가정법원의 허가에 의한 직권정정

등록부의 기록이 법률상 무효인 것이거나 그 기록에 착오 또는 누락이 있음을 안 때에는 시·읍·면의 장은 지체없이 신고인 또는 신고사건의 본인에게 그 사실을 통지하여야 하고(동법 제18조 제1항. 다만, 그 착오 또는 누락이 시·읍·면의 장의 잘못으로 인한 것인 때에는 그러하지 아니하다), 이러한 통지를 할 수 없을 때 또는 통지를 하였으나 정정신청을 하는 사람이 없는 때 또는 그 기록의 착오 또는 누락이 시·읍·면의 장의 잘못으로 인한 것인 때에는 시·읍·면의 장은 감독법원의 허가를 받아 직권으로 정정할 수 있다(동법 제18조 제2항 본문).

##### ② 시·읍·면의 장의 단독정정

기록의 착오 또는 누락이 대법원규칙으로 정하는 경미한 사항으로서 시·읍·면의 장의 잘못으로 인한 것인 때에는 시·읍·면의 장이 직권으로 정정하고, 감독법원에 보고하여야 한다(동법 제18조 제2항 단서).

## ③ 시·읍·면의 장에 대한 통지

국가 또는 지방자치단체의 공무원이 그 직무상 등록부의 기록에 착오 또는 누락이 있음을 안 때에는 지체없이 신고사건의 본인의 등록기준지의 시·읍·면의 장에게 통지하여야 한다. 이 경우 통지를 받은 시·읍·면의 장은 앞에서 정한 규정에 따라 이를 처리하여야 한다(동법 제18조 제3항).

## (2) 당사자의 신청에 의한 정정

## ① 허가 심판에 의한 정정

등록부의 기록이 법률상 허가될 수 없는 것 또는 그 기재에 착오나 누락이 있다고 인정한 때에는 이해관계인은 사건 본인의 등록기준지를 관할하는 가정법원의 허가를 받아 등록부의 정정을 신청할 수 있다(동법 제104조). 또한 신고로 인하여 효력이 발생하는 행위에 관하여 등록부에 기록하였으나 그 행위가 무효임이 명백한 때에는 신고인 또는 신고사건의 본인은 사건 본인의 등록기준지를 관할하는 가정법원의 허가를 받아 등록부의 정정을 신청할 수 있다(동법 제105조). 위에 따른 정정허가의 재판이 있었을 때에는 재판서의 등본을 받은 날부터 1개월 이내에 그 등본을 첨부하여 등록부의 정정을 신청하여야 한다(동법 제106조).

## ② 확정판결에 의한 정정

확정판결로 인하여 등록부를 정정하여야 할 때에는 소를 제기한 사람은 판결확정일로부터 1개월 이내에 판결의 등본 및 그 확정증명서를 첨부하여 등록부의 정정을 신청하여야 한다(동법 제107조).

**《판례》 출생연월일·사망일시를 가족관계의 등록 등에 관한 법률 제104조에서 정한 가족관계등록부 정정 대상으로 볼 수 있는지 여부**

가족관계의 등록 등에 관한 법률(이하 '법'이라 한다) 제104조는 가족관계 등록부의 기록이 법률상 허가될 수 없는 것 또는 기재에 착오나 누락이 있다고 인정한 때에는 이해관계인은 사건 본인의 등록기준지를 관할하는 가정법원의 허가를 받아 등록부의 정정을 신청할 수 있도록 규정하고 있다. 법이 이러한 간이한 절차에 의해 가족관계등록부의 기록사항을 정정할 수 있도록 한 취지를 고려하면, 정정하려고 하는 가족관계등록부의 기록사항이 신분관계에 중대한 영향을 미치기 때문에 그 기록사항에 관련된 신분관계의 존부에 관하여 직접적인 쟁송방법이 가사소송법 등에 마련되어 있는 경우에는 법 제107조에 따라 그 사건의 확정판결 등에 의해서만 가족관계등록부의 기록사항을 정정할 수 있다. 그러나 이와 달리