

# 태어난 즉시 ‘출생등록될 권리’와 생부의 출생신고권

— 태어난 즉시 ‘출생등록될 권리’의 기본권성과 생부의  
출생신고권 보장에 관한 헌재 2023. 3. 23. 2021헌마975의  
평석을 곁하여 —

김 참\*

## 목차

---

I. 들어가며	IV. 생부의 혼인 외 출생자에 대한
II. 헌재 2023. 3. 23. 2021헌마975 결정의 내용	출생등록권
III. 태어난 즉시 ‘출생등록될 권리’	V. 나가며

---

## I 국문초록 I

헌법재판소는 2023. 3. 23. 태어난 즉시 ‘출생등록될 권리’가 헌법상 기본권임을 확인하여 생모가 혼인 관계에 있었음에도 남편 아닌 제3자와 사이에서 자녀를 낳은 경우에 생부가 그 자녀의 출생신고를 할 수 있도록 규정하지 아니한 ‘가족관계의 등록 등에 관한 법률’ 조항이 헌법에 합치하지 아니한다고 결정하였다(헌재 2023. 3. 23. 2021헌마975). 이 결정으로 위와 같은 이유로 출생등록되지 아니한 아동이 개선입법에 따라 출생등록될 수 있는 길이 열렸다.

---

\* 선임헌법연구관

논문접수일 : 2023. 7. 31., 심사개시일 : 2023. 8. 9., 게재확정일 : 2023. 8. 19.

한편, 그로부터 얼마 지나지 아니한 2023. 6. 22. 출생신고되지 아니한 채, 살해되거나 유기된 아동들에 대한 실태가 감사원에서 발표되었다. 이를 계기로 그동안 지지부진하였던 현행 출생신고제도의 문제점을 보완하여 출생신고의 누락을 방지하기 위한 논의가 국회에서 급속도로 진행되었다. 그 결과 의료기관의 출생통보제도가 가미된 출생신고제도를 도입하는 내용으로 ‘가족관계의 등록 등에 관한 법률’이 2023. 7. 18. 개정되어 2024. 7. 19. 시행될 예정이다.

앞으로 출생통보제도가 시행됨에도, 개정법은 소급 적용되지 아니한다. 따라서 기존에 출생등록되지 못한 아동에 대해서는 여전히 이 결정이 의미를 갖는다. 또한, 앞으로 시행될 출생통보제도도 그 대상을 대한민국 국적으로 한정하여 제한된 범위에서만 운영될 예정이어서, 대한민국 국민인 남자와 외국인 여성 사이에서 태어났으나 인지되지 아니한 아동을 포함하여 국내에서 태어난 외국인 아동 등에는 적용되지 않는다. 따라서 태어난 즉시 ‘출생등록될 권리’를 기본권으로 인정한 헌법재판소의 결정은 여전히 의미를 가지고 있다.

이 논문에서는 국제법규에 그 연원을 두고 있는 태어난 즉시 ‘출생등록될 권리’가 어떻게 기본권으로 인정될 수 있는지와 그 법적 성격, 구체적 내용 및 제한에 대해서 살펴보았다. 또한 위 결정에서 출생신고의 문제는 친자관계를 형성하거나 양육권의 내용이 아니라는 이유로 생부의 가족생활의 자유 침해 여부에 대해서 판단을 하지 아니한 것과 관련하여, 헌법상 가족관계의 의미와 헌법상 양육권의 범위에 생부의 혼인 외 출생자에 대한 출생등록권이 포함되므로, 이 부분도 본안 판단이 필요하다는 점을 논증하였다.

**주제어** : 출생신고, 태어난 즉시 ‘출생등록될 권리’, 헌법상 가족의 개념, 가족생활의 자유, 생부의 혼인 외 자녀에 대한 출생등록권

## I. 들어가며

감사원은 2023. 6. 보건복지부에 대한 감사에서 임신신생아번호가 부여되었지만, 출생신고 되지 아니한 아동이 다수가 있음을 발견하였다. 그리고 수사나 조사 과정에서 그들 중 일부가 이미 살해되거나 유기된 것으로 확인되었다.<sup>1)</sup> 이러한 사실이 알려지자, 이미 현행 출생신고제도의 문제점을 보완하고자 제출된 법률안이 다수 있었음에도 더 이상 심사를 진행하지 않던 국회에서 출생신고의 누락을 방지하기 위한 논의가 급속도로 진행되었다. 그 결과 의료기관의 출생통보제도가 가미된 출생신고제도를 도입한 '가족관계의 등록 등에 관한 법률'(이하, '가족관계등록법'이라 한다)이 2023. 7. 18. 개정되어 2024. 7. 19. 시행될 예정이다.<sup>2)</sup>

이와 반대로 출생신고를 하려고 하나, 현행 가족관계등록법상 출생신고를 할 수 없는 경우도 있다. 헌법재판소는 2023. 3. 23. 혼인 외 출생자에 대한 출생신고의무자를 '모(母)'로 한정하고, 생부는 인지의 효력이 있는 친생자출생신고만을 할 수 있도록 규정하고 있는 가족관계등록법 제46조 제2항 및 제57조 제1항, 제2항<sup>3)</sup>이 헌법에

1) 감사원, "감사원 「보건복지부 정기감사」에서 출생신고 없이 살아가는 이른바 '무적자' 아동 중 영아 살해 등 아동학대 사례 확인, 2023. 6. 22.자 보도자료.

2) 2024. 7. 19. 시행될 가족관계등록법 제44조의3과 제44조의4에서는 의료기관이 출생일로부터 14일 이내에 출생정보를 건강보험심사평가원에 제출하면, 심사평가원이 출생자 모의 주소지를 관할하는 시·읍·면의 장에게 해당 출생정보를 포함한 출생사실을 지체 없이 통보하고, 통보를 받은 시·읍·면의 장은 신고기간 내에 출생신고가 없을 경우 신고의무자에게 7일 이내에 출생신고할 것을 최고하며, 최고기간 내에 출생신고를 하지 않거나 신고의무자에게 최고할 수 없는 경우에 감독법원의 허가를 받아 직권으로 등록부에 출생을 기록하도록 하였다.

3) 가족관계의 등록 등에 관한 법률(2007. 5. 17. 법률 제8435호로 제정된 것) 제46조(신고의무자) ② 혼인 외 출생자의 신고는 모가 하여야 한다.  
가족관계의 등록 등에 관한 법률(2021. 3. 16. 법률 제17928호로 개정된 것)

합치하지 아니한다고 결정하였다(헌재 2023. 3. 23. 2021헌마975). 그동안 생모가 혼인 관계에 있었음에도 남편 아닌 제3자와 사이에서 자녀를 낳은 경우, 그 생부가 그 자녀에 대해서 곧바로 출생신고를 할 수 있는 방법이 없었다.<sup>4) 5) 6)</sup> 이러한 아동들은 생모가 출생신

제57조(친생자출생의 신고에 의한 인지) ① 부가 혼인 외의 자녀에 대하여 친생자출생의 신고를 한 때에는 그 신고는 인지의 효력이 있다. 다만, 모가 특정됨에도 불구하고 부가 본문에 따른 신고를 함에 있어 모의 소재불명 또는 모가 정당한 사유 없이 출생신고에 필요한 서류 제출에 협조하지 아니하는 등의 장애가 있는 경우에는 부의 등록기준지 또는 주소지를 관할하는 가정법원의 확인을 받아 신고를 할 수 있다.

② 모의 성명·등록기준지 및 주민등록번호의 전부 또는 일부를 알 수 없어 모를 특정할 수 없는 경우 또는 모가 공적 서류·증명서·장부 등에 의하여 특정될 수 없는 경우에는 부의 등록기준지 또는 주소지를 관할하는 가정법원의 확인을 받아 제1항에 따른 신고를 할 수 있다.

- 4) 민법 제855조 제1항은 혼인 외 출생자와 혈연관계가 인정되는 부모를 ‘생부’, ‘생모’라고 한다.
- 5) 생모에게 남편이 있을 경우, ‘아내가 혼인 중에 임신한 자녀는 남편의 자녀로 추정한다.’는 민법 제844조 제1항이 원칙적으로 적용되므로, 민법 제846조에 따른 친생부인의 소에 의해서만 친생을 부인할 수 있다. 그런데 친생부인의 소는 부부만이 제기할 수 있으므로, 생부가 친생부인의 소를 제기할 수는 없다. 다만, 대법원 1983. 7. 12. 선고 82므59 전원합의체 판결에 따르면, 부부의 한쪽이 장기간에 걸쳐 해외에 나가 있거나 사실상의 이혼으로 부부가 별거하고 있는 경우 등 동서의 결여로 처가 부의 자를 포탈할 수 없는 것이 외관상 명백한 사정이 있는 경우에는 친생추정이 배제되므로, 생부는 남편과 혼인 외 출생자를 피고로 하여 친생자관계부존재확인 소를 제기하고, 인용판결이 확정되면, 혼인 외 출생자에 대한 인지 및 출생신고를 할 수 있다. 그렇지만 생부가 친생자관계부존재확인 소를 제기하더라도, 친생추정이 미치지 않는다는 점을 증명하여야 한다. 이는 단순히 생부와 혼인 외 출생자 사이에 유전자검사를 통한 생물학적 친자관계가 인정된다는 사실을 넘어서서, 적극적으로 생모가 그 남편의 자를 포탈할 수 없다는 점을 증명하여야 한다는 점에서 쉬운 것은 아니다. 또한, 이러한 방식으로 출생신고를 하는 것은 기간이 너무 오래 걸린다.
- 6) 2011. 6. 30. 가족관계등록선례 제201106-2호가 제정되기 전까지는 모 불상의 출생신고가 허용되어, 생부가 자신의 혼인 외 출생자에 대한 출생신고를 하는 것이 어렵지는 않으나, 위 선례가 제정되면서 생부가 모의 인적사항을 알지 못하는 경우 더 이상 출생신고를 할 수 없게 되었다. 생부의 출생신고에 관한 법원실무의 변화와 가족관계등록법의 개정 연혁에 대해서는 김상용, “생부(미혼부)의

고를 하지 않은 상태로 방치되고, 심지어 살해되는 경우도 있었다.<sup>7)</sup> 그렇지만, 출생신고 되지 않은 아동이 얼마나 되는지는 정확히 파악 되지 않는다.<sup>8)</sup> 이는 출생신고가 주민등록과 연동되어 있는데<sup>9)</sup>, 주민등록이 되지 않는다면 국가의 관리에서 사실상 배제되기 때문이다. 이번 헌법재판소의 헌법불합치 결정으로, 기존에 출생등록되지 아니한 아동이 개선입법에 따라 출생등록될 수 있는 길이 열렸다.<sup>10)</sup>

이 논문에서는 현재 2023. 3. 23. 2021헌마975 결정에 대한 평석을 곁하여, 태어난 즉시 '출생등록될 권리'와 출생신고권을 포함하는 생부의 가족생활의 자유에 대해서 살펴보고자 한다. 이를 위하여 먼저 현재 2023. 3. 23. 2021헌마975의 결정 내용에 대해서 간단히 살펴보고(Ⅱ), 태어난 즉시 '출생등록될 권리'의 의의, 법적 성격, 보호영역 등에 대해서 서술한다(Ⅲ). 다음으로 헌법상 가족생활의 자유에 대해서 살펴보면서, 특히 자녀에 대한 출생신고를 할 부모의 권리가 헌법상 가족생활의 자유의 보호영역에 포함될 수 있는지에 대해서 서술한다(Ⅳ). 이 논문에서는 태어난 즉시 '출생등록될 권리'라는 기

---

권리에 대한 소고 -생부의 출생신고와 친생부인권을 중심으로-, 「중앙법학」 제22집 제1호, 중앙법학회, 2020, 158-162면 참조.

7) <https://www.yna.co.kr/view/AKR20210225047100065> (2023. 7. 30. 최종확인).

8) <https://www.hankookilbo.com/News/Read/A2023032315390004523?did=DA> (2023. 7. 30. 최종확인) 다만, 앞서 언급한 감사원의 전수조사로 출생신고 되지 않은 아이들의 수가 어느 정도 밝혀졌다. 그러나 이 또한 병원에서 출생하지 않아서 예방접종 등 건강보험급여를 받은 내용이 없을 경우에는 파악할 수 있는 방법이 없다.

9) 주민등록법 제14조(가족관계등록신고 등에 따른 주민등록의 정리) ① 이 법에 따른 신고사항과 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」에 따른 신고사항이 같으면 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」에 따른 신고로서 이 법에 따른 신고를 갈음한다.

10) 2024. 7. 19. 시행될 가족관계등록법 제44조의3과 제44조의4은 부칙 제2조에 의하여 법 시행 후인 2024. 7. 19. 출생이 있는 경우부터 적용되므로, 기존에 출생신고되지 아니한 아동은 출생통보제도에 의하여 구제되지 않고, 새로운 입법을 통해서 구제될 수 있을 것이다.

본권이 인정되는지 여부 및 생부에게 가족생활의 자유로서 출생등록권이 인정되는지 여부에 대해서 논점을 맞추어 서술한다. 따라서 구체적으로 심판대상조항들이 청구인들의 기본권을 침해하였는지 여부에 대한 헌법재판소의 판단은 간략하게 소개할 뿐, 그에 대해서는 논하지 아니한다.

## II. 현재 2023. 3. 23. 2021헌마975 결정의 내용

### 1. 사건 개요

생모들은 각각 남편과 혼인관계가 해소되지 아니한 상태에서 ‘생부인 청구인들’과 동거하여 ‘혼인 외 출생자인 청구인들’<sup>11)</sup>을 낳았다. 그런데 생모들은 각각 ‘혼인 외 출생자인 청구인들’에 대한 출생신고를 하지 아니한 채, 생부와 연락이 두절된 상황이다.

그런데 가족관계등록법 제46조 제2항과 제57조 제1항 단서 및 제

---

11) 가족관계등록법 제46조의 규정상으로는 제1항은 ‘혼인 중 출생자’의 출생의 신고를, 같은 조 제2항은 ‘혼인 외 출생자’의 신고를 각각 규정하고 있는데, 민법과 가족관계등록법은 모를 중심으로 가족관계를 규정하고 있으므로, 위 조항에서 ‘혼인 중’과 ‘혼인 외’의 판단기준은 모가 된다. 따라서 모가 혼인 중에 출산을 하였다면, 모의 남편과 혈연관계가 인정되지 않은 출생자의 경우에도 모의 남편이 법률상 아버지로서 출생신고의 의무자가 된다. 헌법재판소도 이러한 해석에 따라 “혼인 중인 여자와 남편이 아닌 남자 사이에서 출생한 자녀의 경우, 혼인 중인 여자와 그 남편이 출생신고의 의무자에 해당한다(제46조 제1항).”라고 하여, ‘혼인 외 출생자인 청구인들’의 출생신고에는 가족관계등록법 제46조 제1항이 적용된다는 점을 명확히 하였다. 결국 ‘혼인 외 출생자인 청구인들’은 가족관계등록법상으로 ‘혼인 중 출생자’에 해당한다. 모가 혼인 중 임신한 경우 출생자는 민법상으로도 소로서 친생자관계가 없다는 점에 대한 판결이 없는 이상, 그 부부의 자녀로 취급된다. 다만, 이 논문에서는 인정된 생물학적 혈연관계에 따라 헌법재판소에서 약칭한 ‘혼인 외 출생자인 청구인들’이라는 용어를 그대로 사용한다.

2항<sup>12)</sup>은, 모가 남편과 혼인관계가 해소되지 아니한 상태에서 남편 아닌 남자인 생부와 사이에서 혼인 외 출생자를 낳은 경우, 생부가 그 출생자들의 출생신고를 할 수 있도록 규정하지 아니하였다.

이에 청구인들은 위 조항들이 '혼인 외 출생자인 청구인들'의 태어난 즉시 '출생등록될 권리', '생부인 청구인들'의 양육권, 가족생활의 자유, 평등권 등을 침해한다고 주장하며 헌법소원심판을 청구하였다.

## 2. 결정의 내용<sup>13)</sup>

가. 혼인 외 출생자인 청구인들의 태어난 즉시 '출생등록될 권리'의 침해 여부

헌법재판소는 재판관 전원일치로 태어난 즉시 '출생등록될 권리'를 기본권으로 판단하고, 심판대상조항이 혼인 외 출생자인 청구인들의 태어난 즉시 '출생등록될 권리'를 침해한다고 결정하였다. 그 요지는 다음과 같다.

태어난 즉시 '출생등록될 권리'는 '출생 후 아동이 보호를 받을 수

12) 주 3)의 법령 참조.

13) 앞서 주 11)에서 언급한 것처럼 '혼인 외 출생자인 청구인들'의 출생신고에는 가족관계등록법 제46조 제1항이 적용된다. 그러나 헌법재판소는 청구인들이 심판 청구하지 아니한 가족관계등록법 제57조 제1항 본문으로 심판대상을 확장하여 가족관계등록법 제46조 제2항, 제57조 제1항, 제2항을 심판대상으로 확정하였다. 이는 청구인들의 심판청구는 현행 출생신고제도 하에서 혼인 중 여자인 생모와 남편 아닌 남자인 생부 사이에서 출생한 자녀에 대해서 생부가 출생신고를 할 수 없는 결함을 다루는 것으로 해석하였기 때문이다. 이처럼 부진정입법부작위를 다룬다는 점에서 헌법재판소는 청구인들이 주장과 가장 밀접한 조항을 심판대상조항으로 삼아야 한다. 개선입법을 통하여 청구인들의 기본권이 구제될 가능성을 염두에 둔다면, 가족관계등록법 제46조 제1항이 아닌, 가족관계등록법 제46조 제2항, 제57조 제1항, 제2항으로 심판대상을 확정할 헌법재판소의 판단이 잘못되었다고 할 수 없을 것이다.

있을 최대한 빠른 시점'에 아동의 출생과 관련된 기본적인 정보를 국가가 관리할 수 있도록 등록할 권리이다. 이는 아동이 사람으로서 인격을 자유로이 발현하고, 부모와 가족 등의 보호 하에 건강한 성장과 발달을 할 수 있도록 최소한의 보호장치를 마련하도록 요구할 수 있는 헌법에 명시되지 아니한 독자적 기본권으로서, 자유로운 인격실현을 보장하는 자유권적 성격과 아동의 건강한 성장과 발달을 보장하는 사회적 기본권의 성격을 함께 지닌다.

혼인 외 출생자에 대한 현행 출생신고제도는 혼인 중 여자와 남편 아닌 남자 사이에서 출생한 자녀인 청구인들과 같은 경우 출생신고가 실효적으로 이루어질 수 있도록 보장하지 못하고 있다. 가족관계등록제도는 민법에 따른 신분관계를 등록·공시하여야 하므로, 심판대상조항들은 민법상 친생추정과와의 관계에서 발생하는 모순을 방지하고자<sup>14)</sup>, 혼인 외 출생자의 생부에게 출생신고의무를 부여하지 않고, 인지의 효력이 있는 친생자출생신고만을 할 수 있도록 한다. 그러나 민법상 신분관계와 모순되는 내용이 가족관계등록부에 기재되는 것을 방지하면서도 출생신고가 이루어질 수 있는 수단이 존재한다. 한편, 출생등록은 사건 본인의 인격 형성 및 부모와 가족 등의 보호 하에 건강한 성장과 발달에 미치는 영향은 매우 크다. 따라서 심판대상조항들은 입법형성권의 한계를 넘어서서 실효적으로 출생

14) 위 결정에서는 심판대상조항들을 민법상 친생추정과 연결하여 서술하고 있으나, 혼인을 성립한 날부터 200일이 되기 전에 출생한 자녀의 경우나 주 5)의 대법원 판례와 같이 친생추정이 미치지 아니한 경우에도 생부가 곧바로 인지하지 못하고, 친생자관계부존재확인 소를 제기하여 인용 판결을 받도록 하고 있으므로, 정확한 서술은 아니다. 위와 같이 친생추정이 미치지 아니한 경우에도, 모의 혼인 중 출생한 자녀의 경우에는 친생자관계부존재확인 소가 인용되기 전까지는 법률상 부와 친생자관계가 있다고 해석함이 상당하다. 따라서 심판대상조항들의 입법목적은 친생추정을 핵심으로 하는 '민법상 친생자 관계와 모순을 방지한다'는 것이 정확한 표현이라고 생각한다.

등록될 권리를 보장하고 있다고 볼 수 없으므로, 혼인 중 여자와 남편 아닌 남자 사이에서 출생한 자녀에 해당하는 혼인 외 출생자인 청구인들의 태어난 즉시 '출생등록될 권리'를 침해한다.

#### 나. 생부의 기본권 침해여부

헌법재판소의 법정의견은 심판대상조항들이 생부의 가족생활의 자유를 제한하지 아니한다고 정리한 다음, 생부의 평등권은 침해하지 않는다고 판단하였다. 이에 대해서 이선에 재판관은 생부의 가족생활의 자유도 침해된다고 판단하였다.

##### (1) 법정의견

심판대상조항들은 혼인 중인 여자와 남편 아닌 남자 사이에서 출생한 자녀의 경우, 남편 아닌 남자인 생부가 자신의 혼인 외 자녀에 대해서 출생신고를 할 수 있도록 규정하지 아니하였다. 이는 모는 출산으로 인하여 그 출생자와 혈연관계가 형성되는 반면에, 생부는 그 출생자와의 혈연관계에 대한 확인이 필요할 수도 있고, 그 출생자의 출생사실을 모를 수도 있다는 점에 있다. 따라서 심판대상조항들이 혼인 외 출생자의 신고의무를 모에게만 부과하고, 남편 아닌 남자인 생부에게 자신의 혼인 외 자녀에 대해서 출생신고를 할 수 있도록 규정하지 아니한 것은 합리적인 이유가 있으므로, 심판대상조항들은 생부인 청구인들의 평등권을 침해하지 않는다.

##### (2) 반대의견

###### (가) 생부의 가족생활의 자유

유전자검사로 생부와 자녀 사이에 생래적 혈연관계가 쉽게 확인되고, 생부가 적극적으로 자신의 자녀를 보호하고 양육하려고 하는

상황을 종합해 볼 때, 부모가 혼인을 하지 않았거나 모가 혼인한 상황에서 남편 아닌 남자와 사이에서 자녀가 출생한 경우에, 생부가 생래적 혈연관계에 있는 그 자녀와의 사이에서 성립된 가족생활을 유지하기 위한 가족생활의 자유의 주체가 될 수 있다는 점을 부정할 수 없다.

가족생활의 자유에는 가족 내에서의 활동을 자율적으로 결정하는 자유가 포함되는데, 가족 내에서의 활동에 가장 대표적인 것은 성년인 부모 등이 미성년인 가족구성원인 자녀를 부양과 양육, 보호 등을 하는 것이다. 생부가 생래적 혈연관계가 인정되는 자녀를 보호하기 위하여 그 자녀에 대해서 출생신고를 할 수 있도록 하는 것은 자녀를 보호하고자 하는 자연적인 생활 모습을 구현하는 것이다. 따라서 모가 제3자와 혼인관계에 있는 경우에도, 생부가 자신과 모 사이에서 출생한 생래적 혈연관계가 인정되는 자녀에 대해서 출생신고를 하는 것은 헌법상 가족생활의 자유로 보호되는 영역의 범위 안에 있다.

#### (나) 생부인 청구인들의 가족생활의 자유 침해 여부

혼인 중 여자와 남편 아닌 남자 사이에서 출생한 자녀에 대하여 출생신고의무자인 모나 그 남편이 출생신고를 하지 않는다면, 그 자녀의 복리를 위해 이해관계가 있는 생부가 생래적 혈연관계를 소명하여 혼인 외 출생자에 대하여 인지의 효력이 없는 출생신고를 할 수 있도록 하더라도, 생부가 신고인이 될 뿐이라면, 민법상 친생추정조항에 모순되거나 법적 부자관계가 이중적으로 형성되어 발생할 수 있는 혼란을 방지할 수 있다. 오히려 이러한 방법은 민법상 친생추정제도와 모순되는 출생신고를 방지하려는 공익을 전혀 훼손하지 않을 수 있고, 생부가 생래적 혈연관계가 확인된 혼인 외 출생자의

인격권 발현에 관여하여 혼인 외 출생자의 태어난 즉시 ‘출생등록될 권리’를 보완하는 측면이 있어 자의 복리를 실효적으로 보호할 수 있다. 따라서 심판대상조항들은 과잉금지원칙을 위배하여 생부인 청구인들의 가족생활의 자유를 침해한다.<sup>15)</sup>

### Ⅲ. 태어난 즉시 ‘출생등록될 권리’

#### 1. 태어난 즉시 ‘출생등록될 권리’의 의의 및 연원

##### 가. 의의

태어난 즉시 ‘출생등록될 권리’는 ‘출생 후 아동이 보호를 받을 수 있을 최대한 빠른 시점’에 아동의 출생과 관련된 기본적인 정보를 국가가 관리할 수 있도록 등록할 아동의 권리로서, 아동이 사람으로서 인격을 자유로이 발현하고, 부모와 가족 등의 보호하에 건강한 성장과 발달을 할 수 있도록 최소한의 보호장치를 마련하도록 요구할 수 있는 권리이다.<sup>16)</sup>

15) 이 결정에는 재판관 이은애의 법정의견에 대한 보충의견이 있다. 그 요지는 ‘아동의 부모에게 출생신고 의무를 부담하도록 하는 것은 출생신고가 보장되지 못하므로, 의료기관에 의한 출생통보제를 도입하되, 미혼모 등이 안전하게 병원에서 출산할 수 있도록 익명출산제도의 마련 및 중장기적으로는 미혼모 등과 출생 아동에 대한 지원과 보호를 확대하는 등 제도적 보완책도 병행할 필요가 있다. 또한 현행 가족관계등록부가 국적부로서 기능하여, 대한민국 국적이 없는 아동의 출생등록이 불가능하다는 한계가 있으므로, 외국 국적 또는 무국적 아동에게도 합법적 체류자격이 있는지 여부와 무관하게 출생등록이 가능하도록 신분등록제도를 개선하여야 하고, 미등록 체류사실이 출생등록에 저해가 되거나 단속으로 이어지지 않도록 보장 장치를 마련함으로써 외국인 부모가 아동의 출생등록을 위한 행정절차에 쉽게 접근할 수 있는 제도적·현실적 여건도 함께 갖추어야 한다.’는 것이다.

## 나. 연원

### (1) 국제법으로서의 연원

태어난 즉시 ‘출생등록될 권리’는 국제인권법 차원에서 논의가 되던 것으로, “모든 아동은 출생 후 즉시 등록되어야 하고, 이름을 가져야 한다.”<sup>17)</sup>라고 한 ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약’<sup>18)</sup> 제24조 제2항과, “아동은 출생 후 즉시 등록되어야 하고, 출생부터 성명권과 국적취득권을 가져야 하며, 가능한 한 자신의 부모를 알고 부모에 의하여 양육받을 권리를 가져야 한다.”<sup>19)</sup>라고 한 ‘아동의 권리에 관한 협약’<sup>20)</sup> 제7조 제1항<sup>21)</sup>에서 국제규범화 되었다.<sup>22) 23) 24)</sup>

16) 현재 2023. 3. 23. 2021헌마975, 공보 318, 797, 803 참조.

17) Every child shall be registered immediately after birth and shall have a name.

18) 1966. 12. 16. 채택되어, 국제법으로는 1976. 3. 23. 발효되었다. 우리나라는 1990. 4. 10. 가입서를 기탁하여, 1990. 7. 10. 발효되었다.

19) The child shall be registered immediately after birth and shall have the right from birth to a name, the right to acquire a nationality and, as far as possible, the right to know and be cared for by his or her parents.

20) 1989. 11. 20. 채택되어, 국제법으로는 1990. 9. 2. 발효되었다. 우리나라는 1991. 11. 20. 비준서를 기탁하여, 1991. 12. 20. 발효되었다.

21) 이 조항은 1970년대와 1980년대 아르헨티나 군사독재시대에 벌어진 사라진 영유아에 대한 반작용으로 ‘아동의 권리에 관한 협약’에 명문화되었다고 한다. 당시 주로 정권에 반대하는 부모로부터 영유아들을 빼앗았는데, 그 아이들 중 다수가 살해되었고, 나머지는 자신의 진정한 출신이 기록되지 아니한 상태로 입양되었다고 한다. 이상 Friedenke Wapler, *Kinderrechte und Kindeswohl*, Mohr Siebeck, 2015, S. 503 참조.

22) 유엔 자유권규약 위원회의 일반논평 17호 (1989) - 제24조 (아동의 권리)에서는 다음과 같이 논평하고 있다(다음 번역은 국가인권위원회에 의해서 ‘유엔인권조약기구 일반논평 및 일반권고’라는 책자에 수록된 것으로 국가인권위원회 홈페이지에 공개되어 있다).

『제24조 2항에 따라 모든 아동은 출생 후 즉시 등록되고, 성명을 가질 권리를 갖는다. 본 위원회의 견해로 볼 때, 이 규정은 특별 보호 조치를 받을 권리에 관한 규정과 밀접한 관련이 있으며 또한 아동의 법인격을 인정받도록 하기 위하여 고안된 것으로 해석되어야 한다. 성명을 가질 권리에 대한 규정은 아동이 혼인 외 출생자로 출생한 경우에 특히 중요성을 갖는다. 출생한 아동을 등록시켜야

## (2) 국내의 도입

국내에서는 국적에 관계없이 우리나라에서 태어난 모든 아동들의 출생을 등록하는 제도인 보편적 출생등록제도 도입과 관련하여 그

---

할 의무의 주요한 목적은 아동의 매매, 유괴(sale or traffic) 및 동 규약에 규정된 권리의 향유에 위배되는 기타 형태의 처우에 대한 위험을 감소시키기 위한 것이다. 당사국의 보고서는 자국에서 출생한 아동의 즉각적인 등록을 보장하는 조치에 관해 구체적으로 명시해야 한다.』

- 23) 유엔 아동권리 위원회도 ‘아동의 권리에 관한 협약’ 제7조 제1항과 관련하여 장애아동[일반논평 9호(2006)], 선주민아동[일반논평 11호(2009)], 거리 상황의 아동(children in street situations)[일반논평 21호(2017)], 이주노동자 자녀[일반논평 23호(2017)]에서도 출생등록의 중요성과 실현방안에 대해서 논평하고 있다(마찬가지로 국가인권위원회 홈페이지에 공개되어 있는 번역문에서 인용하였다). 다음은 일반논평 9호 장애아동의 권리와 관련된 논평이다.

### 『A. 출생등록

35. 장애아동은 출생 시에 등록되지 않을 가능성이 매우 높다. 등록이 안 된 아동은 법에 의해 인정되지 않으며, 정부통계에도 나타나지 않는다. 미등록은 시민권 취득 및 사회/건강서비스와 교육에 대한 접근 등과 관련하여 인권의 향유에 심대한 결과를 초래한다. 출생 시에 등록되지 않은 장애아동은 방치, 시설수용, 심지어 사망과 같은 더 큰 위험에 처하기 쉽다.

36. 협약 제7조에 의거하여, 위원회는 당사국이 장애아동의 출생등록을 보장하기 위해 모든 적절한 조치를 채택할 것을 권고한다. 그러한 조치는 효과적인 출생등록 체계의 개발과 시행, 등록비 면제, 이동 등록사무소 개설, 그리고 미등록 아동의 등록을 위한 학교출장소 설치 등을 포함해야 한다. 이러한 맥락에서, 당사국은 제7조의 규정이 비차별 원칙(제2조) 및 아동의 최선의 이익 원칙(제3조)에 따라 완전히 시행되도록 보장해야 한다.』

- 24) 2019. 9. 유엔 아동권리 위원회는 대한민국 제5-6차 국가보고서에 대한 최종견해를 채택하였는바, 우리나라의 출생등록제도도 관련하여 4가지 사항을 촉구하였다(보건복지부·국제아동인권센터, “2019 아동인권증진사업 유엔아동권리위원회 제5-6차 최종견해 자료집”, 2020, 15면에 수록된 번역 참조).
- (a) 부모의 법적 지위 또는 출신지와 관계없이 모든 아동이 온라인 출생신고를 포함한 출생신고를 보편적으로 이용할 수 있도록 보장할 것
  - (b) 모든 아동이 출생 직후 등록될 수 있도록 미혼부가 그들의 자녀를 등록하는 절차를 간소화할 것
  - (c) 모니터링 체계 수립 등 미등록 출생아동 파악을 위해 필요한 모든 조치를 취할 것
  - (d) 출생등록의 중요성에 대한 인식 개선 캠페인을 실시할 것

근거로 태어난 즉시 ‘출생등록될 권리’가 원용되었다.<sup>25)</sup> 그러나 당시 논의는 우리나라가 ‘아동의 권리에 관한 협약’ 등의 체약국으로서 국제법을 이행하여야 한다는 당위성에서 태어난 즉시 ‘출생등록될 권리’를 인정하여야 한다는 측면에서만 진행되었을 뿐, 태어난 즉시 ‘출생등록될 권리’가 기본권으로서 관철되어야 한다고 주장된 것은 아니었다.

그런데 대법원 2020. 6. 8.자 2020스575 결정에서 태어난 즉시 ‘출생등록될 권리’를 기본권으로 인정하였다.<sup>26)</sup> 그 내용은 다음과 같다.

“출생 당시에 부 또는 모가 대한민국의 국민인 자는 출생과 동시에 대한민국 국적을 취득한다(국적법 제2조 제1항). 대한민국 국민으로 태어난 아동에 대하여 국가가 출생신고를 받아주지 않거나 그 절차가 복잡하고 시간도 오래 걸려 출생신고를 받아주지 않는 것과 마찬가지로 결과가 발생한다면 이는 그 아동으로부터 사회적 신분을 취득할 기회를 박탈함으로써 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권 및 아동의 인격권을 침해하는 것이다(헌법 제10조). 현대사회에서 개인이 국가가 운영하는 제도를 이용하려면 주민등록과 같은 사회적 신분을 갖추어야 하고, 사회적 신분의 취득은 개인에 대한 출생신고에서부터 시작한다. 대한민국 국민으로 태어난 아동은 태어난 즉시 ‘출생등록될 권리’를 가진다. 이러한 권리는 ‘법 앞에 인간으로 인정받을 권리’로서 모든 기본권 보장의 전제가 되는 기본권이므로

25) 대표적으로 송진성, “현행 출생신고제도의 문제점 및 개선방안 -아동권리보장의 관점에서-”, 「사회보장법연구」 제7권 제1호, 서울대 사회보장법연구회, 2018, 220-223면 참조.

26) 사실혼 관계에 있는 대한민국 국적의 부와 중국 국적이지만 일본에서 난민지위를 인정받은 모 사이에서 출생한 자녀의 출생신고를 하기 위해서 가정법원의 확인을 받으려 하였으나, 가정법원이 모의 성명·등록기준지 및 주민등록번호를 알 수 없는 경우에 해당하지 않는다고 하여 기각한 사건의 재항고심 사건이다.

로 법률로써도 이를 제한하거나 침해할 수 없다(헌법 제37조 제2항).”

## 2. 기본권성

### 가. 대법원과 헌법재판소의 결정

대법원과 헌법재판소는 태어난 즉시 '출생등록될 권리'를 기본권으로 인정하였다. 따라서 현재 태어난 즉시 '출생등록될 권리'가 기본권이라는 점을 부정할 수는 없다. 그러나 대법원은 인간의 존엄과 가치, 행복추구권 및 인격권에서 이를 도출한 반면, 헌법재판소는 '일반적 인격권, 인간다운 생활을 할 권리, 가족생활의 보장, 국가의 청소년 복지향상을 위한 정책실시의무 등에 그 근거가 있으나, 이러한 기본권 및 국가의 의무를 이념적 기초로 하는 헌법에 명시되지 아니한 기본권으로서, 자유권과 사회권을 성격을 함께 갖는 기본권'으로 보았다. 앞서 언급한 것처럼 태어난 즉시 '출생등록될 권리'는 국제법규에 기반한 권리이므로, 기본권성을 인정하기 위해서는 정밀한 검토가 필요하다.

### 나. 기본권성 인정과 관련한 기준

태어난 즉시 '출생등록될 권리'는 헌법에 명문의 근거가 없으므로, 태어난 즉시 '출생등록될 권리'라는 권리가 있는지, 이러한 권리가 있다면 기본권으로 볼 수 있는지 여부가 문제된다. 기본권은 주관적 공권의 성격을 기본으로 한다.<sup>27)</sup> 따라서 태어난 즉시 '출생등록될

27) 헌법재판소는 기본권을 “헌법에 의하여 직접 보장된 개인의 주관적 공권”이라고 판시한 바 있다(헌재 2001. 3. 21. 99헌마139등, 판례집 13-1, 676, 693). 주관적 공권으로서 기본권은 헌법에 의하여 보장된 국가의 작위 또는 부작위를 요구할 수 있는 개인의 지위이다(강태수, “현대국가에서 기본권내용의 개방적 전개와 문제점 -주관적 공권을 중심으로-”. 「공법연구」 제32집 제4호, 사단법인 한국공

권리'가 기본권으로 인정되기 위해서는 우선 주관적 공권성을 지니고 있어야 한다. 다음으로 헌법상 기본권으로 인정되기 위한 요건을 지니고 있어야 한다.<sup>28)</sup>

### (1) 주관적 공권

주관적 공권의 개념을 처음 설정한 오토마 뷔러(Ottmar Bühler)는 “주관적 공권은 법률행위에 근거하거나, 신민이 행정에 대하여 원용할 수 있어야 하는, 강제적이고 개인의 이익을 보호하기 위하여 제정된 법규에 근거하여, 신민이 국가로부터 어떤 것을 요구하거나 국가에 대하여 어떠한 것을 하는 것이 허용된 국가에 대한 신민의 법적 지위이다.”라고 하였다.<sup>29)</sup> 그러면서 주관적 공권을 발생시키는

---

법학회, 2004, 69면 참조).

28) 헌법재판소는 평화적 생존권의 인정 여부가 문제된 사건에서 “헌법에 열거되지 아니한 기본권을 새롭게 인정하려면, 그 필요성이 특별히 인정되고, 그 권리내용(보호영역)이 비교적 명확하여 구체적 기본권으로서의 실체 즉, 권리내용을 규범 상대방에게 요구할 힘이 있고 그 실현이 방해되는 경우 재판에 의하여 그 실현을 보장받을 수 있는 구체적 권리로서의 실질에 부합하여야 할 것이다.”라고 판시한 바 있다(헌재 2009. 5. 28. 2007헌마369, 판례집 21-1하, 769, 775). 그러나 헌법재판소는 태어난 즉시 ‘출생등록될 권리’를 기본권으로 판단하면서도 이것이 주관적 공권인지 여부는 전혀 검토하고 있지 아니하였다. 이는 기본권은 당연히 주관적 공권이므로, 기본권성만 인정된다면 주관적 공권성은 별도로 검토가 필요하지 않다는 전제 하에서 접근한 것으로 보인다.

그렇지만, 앞서 검토한 것처럼 태어난 즉시 ‘출생등록될 권리’는 본래 조약에 기반하고 있는데, 그 문구 또한 권리보다는 단순히 국가의 의무에 관한 규정으로 해석할 수도 있도록 규정되어 있다. 그렇다면, 이러한 의무가 헌법적인 성격을 지닌다고 할지라도, 주관적 공권성을 획득하지 못한다면 단순히 국가목표의 의미 정도로 여길 수도 있다. 따라서 주관적 공권인지 여부는 반드시 검토해야 한다고 본다.

29) Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, 1917, S.224[김찬희, “오토마 뷔러(Ottmar Bühler)의 주관적 공권론에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위 논문, 2022, 21면 주1의 독일어 원문을 참조함].

법규의 요건에 대해서, 법규가 ① 강행적 성격을 가질 것, 즉, 법규를 적용함에 있어서 행정의 자유재량을 배제할 것(법규의 강행성), ② 특정한 개인이나 개인의 범주를 위하여, 그들의 개인적 이익을 충족하기 위하여 그리고 일반의 이익으로 제정되지 않을 것(법규의 사익보호성), ③ 이러한 개인의 이익에 있어서 개인들이 법규를 원용할 수 있어야 하고, 그것을 수단으로 특정한 행위를 행정청으로부터 이끌어낼 수 있어야만 하는 효력을 가지고 제정되었을 것(권리력 및 의사력)을 그 요건으로 한다고 하였다.<sup>30)</sup> 이러한 요건은 빌리의 주관적 공권론을 계승한 현재 행정법 학계의 통설인 보호규범이론에서도 거의 동일하게 적용된다.

① 태어난 즉시 '출생등록될 권리'는 헌법에 명문으로 규정되어 있지는 않으나, 앞서 본 바와 같이 우리나라가 체결국인 조약에서는 명문으로 인정하고 있다. 위 조약들은 헌법 제6조 제1항에 따라 국내법과 같은 효력이 인정된다. 대한민국은 체결국으로서 위 조약을 준수할 의무를 지고 있다. 이러한 의무는 국제법적 의무일 뿐만 아니라 국내법적 의무이기도 하다. 따라서 대한민국은 모든 아동이 태어난 즉시 출생등록이 되도록 하여야 할 의무를 부담한다.<sup>31)</sup> 그렇다면 위 조약들은 강행규정성이 인정된다고 할 것이다. ② 또한 비록 위 조약들은 아동에게 권리를 인정하는 문구를 사용하지는 않았으나, 출생등록과 함께 아동의 권리로서 성명권<sup>32)</sup>, 국적권, 가능한 한

30) Bühler, a.a.O., S.22[김찬희, 앞의 논문, 23면 주7의 독일어 원문을 참조함].

31) 다만, 이러한 의무가 출생등록에 관한 구체적인 의무인지, 아니면 출생등록제도를 정비하여야 할 일반적인 의무만을 부여하고 있는 것인지에 따라 주관적 공권으로 인정 여부가 달라질 수도 있다. 그러나 이는 행정법적 차원, 즉 법률 이하의 규범을 통하여 직접 출생등록을 할 수 있도록 하는 근거가 되는지에 대한 문제이다. 이 논문에서는 태어난 즉시 '출생등록될 권리'가 기본권인지 여부에 대해서 검토하므로, 이 부분에 대한 논증은 생략하도록 한다.

32) 다만, '시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약'은 성명권에 대해서 '권리'라는

자신의 부모를 알고, 부모로부터 돌봄을 받을 권리를 규정하고 있다. 이러한 권리들은 모두 출생한 아동이 자신의 인격을 형성하고 발현할 수 있도록 한다는 측면에서 규정된 것이고, 이는 태어난 즉시 출생등록이 되어야 하는 이유와 그 맥락을 함께 한다. 그렇다면, 출생등록 또한 단순히 국가의 의무라기보다는 출생등록되는 아동의 이익을 고려한 것이다. ③ 마지막으로 위 조약에 따라 아동이 태어난 즉시 출생등록이 될 수 있도록 국가에 요구할 권리가 있는지 문제된다. 위 조약에 따라 직접 태어난 즉시 출생등록이 되도록 요구할 수는 없다. 출생등록에는 필수적으로 들어가야 할 사항과 절차가 있는데, 이는 구체적인 입법이 필요한 사항이다. 그렇지만, 적어도 출생등록에 관한 규율이 없거나 출생등록에 관한 규율이 불완전할 경우에는 출생등록되지 못한 아동으로서는 위 조약에 따라 출생등록이 될 수 있도록 국가가 규정을 정비하도록 요구할 수는 있다고 할 것이다. 이러한 측면에서 아동에게는 태어난 즉시 ‘출생등록’에 관한 주관적 공권이 인정된다고 볼 수 있다.

## (2) 기본권성의 인정 여부

### (가) 헌법적 가치와 법적 근거

다만, 주관적 공권이 인정된다고 하더라도, 기본권으로 인정되는지 여부는 또 다른 문제이다. 기본권성은 해당 공권이 헌법적인 가치를 가지고 있는지와 관련된다. 즉, 기본권으로 인정되기 위해서는 그 기본권이 헌법적인 가치, 즉 근본적인 가치를 지니고 있는지, 그리고 공권을 인정하는 규범이 헌법인지의 문제가 제기된다. 앞서 검토한 바와 같이 태어난 즉시 ‘출생등록을 할 권리’는 국내법적 효력

---

용어를 사용하지는 않았다.

을 가진 조약에 기초한 공권이다. 그러나 헌법에 의하여 체결·공포된 조약이라고 하더라도, 헌법 제6조 제1항은 헌법이 명문으로 국제법 우위를 인정하고 있지 아니한 점, 국제법과 국내법을 동일한 법체계로 상정하고 있지 않은 점, 국제법을 헌법과 동위 또는 상위로 인정할 경우 헌법개정 없이 헌법개정과 동일한 효과가 생긴다는 점, 이는 헌법상 헌법개정절차를 무시하는 방법이라는 점 등에 비추어 국제법규의 헌법적 효력이 헌법과 동일하거나 상위라고 볼 수 없다.<sup>33)</sup> 따라서 태어난 즉시 '출생등록을 할 권리'가 조약에 근거한다는 것만으로는 기본권성이 인정되지 않는다.

태어난 즉시 '출생등록될 권리'가 기본권성을 갖는지 여부는 결국 헌법에서 이러한 기본권을 도출해 낼 수 있는지의 문제이다. 어떠한 권리가 기본권으로 인정받는 방법으로는 헌법에서 기본권으로 명문 규정이 있을 경우, 다른 기본권으로부터 파생되는 기본권으로 인정될 경우, 헌법 제37조 제1항에서 규정하고 있는 헌법에 열거되지 아니한 기본권으로 인정될 경우가 대표적이다.<sup>34)</sup> 이 중 태어난 즉시 '출생등록될 권리'는 헌법에 명문의 규정이 없으므로, 다른 기본권으로부터 파생된 기본권으로 볼 수 있는지, 아니면 헌법에 열거되지 아니한 기본권으로 볼 수 있는지가 문제된다.

#### (나) 법적 근거에 대한 검토 순서

평등권을 제외한 모든 기본권은 고유의 보호영역이 존재한다. 그러한 보호영역은 대강의 윤곽이 존재할 뿐, 완벽히 고정된 것은 아니다. 때로는 다른 기본권과 보호영역이 중첩되기도 하고, 완전히

33) 국제법규의 효력에 대해서는 김삼, “국제법규와 헌법재판”, 고려대학교 석사학위논문, 2012, 70-80면 참조.

34) 허완중, “잇힐 권리의 독자적 기본권성”, 「헌법실무연구」 제22권, 헌법재판소, 2021, 456면.

고유한 보호영역을 갖기도 한다. 헌법상 일정한 보호영역을 가진 기본권에서 특정한 권리를 도출해 낸 것이 파생된 기본권이다. 즉, 파생된 기본권은 이미 헌법상 인정된 기본권의 보호영역 중 특정한 영역을 보호하기 위한 권리이다. 파생된 기본권은 새롭게 형성된 것이 아니라 이미 기존에 기본권으로 인정되고 있는 것을 확인한 것, 구체화한 것이다.<sup>35)</sup> 헌법재판소는 언론의 자유에서 정보의 접근 등에 관한 자유인 알 권리를 도출하였고<sup>36)</sup>, 행복추구권에서 일반적 행동 자유권, 개성의 자유로운 발현권, 자기결정권, 계약의 자유 등을 도출한 바 있다.<sup>37)</sup>

이에 반하여 헌법에 열거되지 아니한 기본권은 헌법에 명시된 기본권과 무관하거나 그 보호영역과 부분적으로 관련되어 전적으로 명시된 기본권으로부터 도출할 수 없는 경우에도 기본권성이 인정되는 권리를 의미한다.<sup>38)</sup> 헌법재판소는 개인정보자기결정권을 독자적 기본권으로 명시한 바 있다.<sup>39)</sup>

파생된 기본권의 경우에는 헌법에 명문으로 인정된 기본권과의 연관성에 대한 논증이 필요한 반면, 헌법에 열거되지 아니한 독자적인 기본권의 경우에는 그러한 권리를 인정할 필요성이 있는지, 그러한 권리가 헌법적인 의미를 갖는지를 차례로 논증하여야 한다. 그러

35) 이장희, 기본권의 개념 및 인정 기준과 법률적 권리의 관계, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015, 57면 참조.

36) 헌재 1989. 9. 4. 88헌마22, 판례집 1, 176, 188: “사상 또는 의견의 자유로운 표명은 자유로운 의사의 형성을 전제로 하는데, 자유로운 의사의 형성은 충분한 정보에의 접근이 보장됨으로써 비로소 가능한 것이며, 다른 한편으로 자유로운 표명은 자유로운 수용 또는 접수와 불가분의 관계에 있다고 할 것이다. 그러한 의미에서 정보에의 접근·수집·처리의 자유 즉 ‘알 권리’는 표현의 자유에 당연히 포함되는 것으로 보아야 하는 것이다.”

37) 헌재 2003. 6. 26. 2002헌마677, 판례집 15-1, 823, 836.

38) 이장희, 앞의 책, 57면 참조.

39) 헌재 2005. 5. 26. 99헌마513 등, 판례집 17-1, 668, 683.

나 실재는 파생 기본권으로 보든, 독자적 기본권으로 보든, 기본권으로 인정하여야 할 필요성에 대한 논증이 필요하다는 점에서 이 둘을 구별할 실무상 실익은 크지 않다.<sup>40)</sup> 그렇지만, 헌법 제37조 제1항이 헌법에 열거되지 아니한 기본권을 보호하는 규정인바, 그 반대해석상 파생된 기본권을 포함하여 헌법에 열거된 기본권에 해당하는지 여부를 먼저 검토하는 것이 상당하다.

(다) 헌법에 열거되지 아니한 기본권으로 판단한 헌법재판소 결정

그런데 헌법재판소는 태어난 즉시 '출생등록될 권리'가 파생된 기본권인지 여부에 대한 검토 없이 곧바로 헌법에 열거되지 아니한 기본권에 해당한다고 판단하였다. 다만, 그 논증 과정에서 출생등록이 현대사회에서 갖는 의미에 대해서 언급한다. 특히, “출생등록은 개인의 인격을 발현하는 첫 단계이자 인격을 형성해 나아가는 전제로서 중요한 역할을 담당한다고 할 것이고, 태어난 즉시 출생등록이 되지 않는다면, 독자적으로 행동할 수 있는 능력이 없는 아동으로서 이러한 관계 형성의 기회가 완전히 박탈될 수 있다.”라고 언급하고 있는데, 이는 출생등록이 인격권과 가장 밀접한 관련이 있음을 밝힌 것으로 볼 수 있다. 또한 동시에 태어난 즉시 '출생등록될 권리'가 기본권으로서 인정되어야 할 필요성을 밝히고 있다. 그렇다면 헌

40) 파생된 기본권을 열거된 기본권으로 볼 것인지, 열거되지 아니한 기본권으로 볼 것인지에 대해서, 열거된 기본권으로 보는 견해로 이장희, 앞의 책, 2015, 58면 참조. 이장희 교수는 파생된 기본권을 열거된 기본권으로 보면서, 그 실익으로 ① 파생적 기본권의 헌법적 근거에 대한 논란을 줄일 수 있다는 점, ② 개별 기본권의 체계적 이해를 높일 수 있다는 점, ③ 만약 열거되지 않은 기본권이라고 분류할 경우 헌법재판소의 논증부담이 너무 커질 수 있다는 점을 들고 있다. 이는 이론적으로는 타당하나, 파생된 기본권의 경우에도, 왜 잠재되어 있었던 보호 영역을 부각하여 보호를 하여야 하는가에 대한 서술, 즉 헌법상 보호가 필요한 이유에 대해서 논증할 필요가 있다. 따라서 실무상으로는 파생된 기본권과 열거되지 아니한 기본권을 구별할 실익이 크지는 아니하다.

법재판소가 태어난 즉시 ‘출생등록될 권리’의 기본권성을 인정한 것은 정당하다고 볼 수 있다. 다만, 헌법재판소가 태어난 즉시 ‘출생등록될 권리’는 인격권과 밀접한 관련성이 있는 것으로 판단하였으므로, 일단 먼저 인격권에서 파생된 기본권으로 볼 수 있는지에 대해서 먼저 검토를 한 다음, 헌법에 열거되지 아니한 기본권으로 볼 수 있는지 여부를 검토하는 것이 자연스럽다.

#### 다. 태어난 즉시 ‘출생등록될 권리’의 법적 성격과 도출 근거

그러나 헌법재판소가 태어난 즉시 ‘출생등록될 권리’를 헌법에 명시되지 아니한 독자적 기본권으로 보았으므로, 독자적 기본권으로 보아야 하는 근거에 대한 우선적인 검토가 필요하다. 이는 태어난 즉시 ‘출생등록될 권리’의 법적 성격과도 연결되는 문제이다.

##### (1) 헌법재판소와 대법원의 견해

헌법재판소는 태어난 즉시 ‘출생등록될 권리’가 ‘자유로운 인격실현을 보장하는 자유권적 성격과 아동의 건강한 성장과 발달을 보장하는 사회적 기본권의 성격을 함께 지닌다.’라고 하였다. 이에 반하여, 대법원은 태어난 즉시 ‘출생등록될 권리’를 “‘법 앞에 인간으로 인정받을 권리’로서 모든 기본권 보장의 전제가 되는 기본권이므로 법률로써도 이를 제한하거나 침해할 수 없다(헌법 제37조 제2항).”라고 하였다.

헌법재판소는 태어난 즉시 ‘출생등록될 권리’가 출생자의 인격형성과 관련이 있지만, 국가로부터의 자유, 즉 방어권의 성격을 갖는 것이 아니라 국가에 출생등록을 청구할 권리를 규정한 것이어서, 그 법적 성격을 단순히 자유권으로 볼 수 없다는 점에 기반한 것으로 보인다. 특히, 이 기본권이 자유권과 사회권의 성격을 겸유한다고

한 점은 사회권이 국가에 대한 청구권을 기반으로 한다는 점을 반영한 것으로 볼 수 있다. 이에 반하여 대법원 결정은 태어난 즉시 '출생등록될 권리'를 제한되지 않는 이른바 절대적 기본권, 즉 법률로써 제한할 수 없는 기본권으로 인정한 것이다. 물론 헌법 제37조 제2항은 기본권 제한에 관한 개별적인 헌법규정이 없더라도 기본권을 법률로 제한할 수 있다는 일반적 법률유보를 규정하고 있다. 그러나 인간의 존엄과 가치를 개별 기본권으로 보는 견해에 따르면, 인간의 존엄과 가치는 제한되지 아니한 절대적 기본권이다.<sup>41)</sup> 그러한 점에서 대법원은 태어난 즉시 '출생등록될 권리'를 인간의 존엄과 가치, 또는 그와 동일한 위상의 기본권으로 본 것으로 평가할 수 있다.

## (2) 인간의 존엄과 가치?

그런데 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치가 헌법이 지향하는 최고의 목적이며 가치라는 점에는 의문의 여지가 없으나, 개별 기본권이 될 수 있는지 여부에 대해서는 논란이 있다.<sup>42)</sup> 인간의 존엄과 가치의 개별 기본권성을 긍정하는 견해는 헌법 제10조의 법문 및 기본권장에 규정되었다는 위치, 다른 규범과의 관계, 침해에 대한 방어의 필요성 등을 논거로 제시한다. 이에 반하여 부정하는 견해는 개

41) 인간의 존엄과 가치가 기본권인지 여부에 대해서는 논의의 여지가 있으나, 인간의 존엄과 가치는 우리 헌법이 추구하는 최고의 가치이므로, 개별 기본권으로서 그 제한을 합리화할 수 없는 절대적 기본권으로 보아야 할 것이다(계희열, 헌법학(중), 신정2판, 박영사, 2007, 213면 참조). 독일 기본법 제1조 제1항은 “인간의 존엄은 불가침이다.”라고 명시하고 있다.

42) 인간의 존엄과 가치가 개별 기본권의 성격을 지니는 지에 대한 학설과 헌법재판소의 결정을 정리하고 비판한 문헌으로, 이세주, “헌법 제10조 인간의 존엄과 가치의 성격에 대한 고찰”, 「헌법학연구」 제28권 제2호, 한국헌법학회, 2022, 144-171면; 조소영, “기본권 규범구조에서의 ‘인간의 존엄성’의 지위 -현재 2016. 12. 29. 2013헌마142 결정에 대하여-”, 「공법연구」 제48집 제1호, 사단법인 한국공법학회, 2019, 125-134면.

별 기본권으로 해석할 경우에 발생할 수 있는 해석상 문제, 즉, 인간의 존엄과 가치는 불가침이지만, 개별 기본권이라면 헌법 제37조 제2항에 따른 제한이 가능하다고 해석되는데, 이러한 결과는 모순된다. 이는, 기본권 경합이 발생할 경우 해결 기준의 문제, 인간의 존엄과 가치가 갖는 보호영역의 일반성·추상성·광범위성 문제 등으로 발생하는 문제를 이유로 인간의 존엄과 가치는 개별 기본권이 될 수 없다고 한다.<sup>43)</sup>

인간의 존엄과 가치는 우리 헌법이 추구하는 궁극적인 가치이다. 그러나 권리성, 즉 기본권성을 인정하지 않고 단순히 국가의 의무만을 인정할 경우에 국가가 의무를 이행하지 않고 오히려 인간의 존엄과 가치를 침해하는 행위를 할 경우, 이를 방어하기에 미흡한 점이 있다. 또한, 기본권 제한의 일반적 법률유보를 규정하고 있는 제37조 제2항이 있다고 하더라도, 해석상 절대적 기본권의 인정가능성이 없어진다고 볼 수 없고, 헌법상 기본권의 효력상 우열을 규정하고 있지 아니더라도, 해석상 기본권의 효력의 우위를 인정하는 것이 헌법에 명시적으로 배치되는 해석이라고 보기는 어렵다. 다만, 인간의 존엄과 가치는 다른 기본권보다 보호영역이 일반적이고 추상적이어서, 이를 구체화할 필요가 있다. 이 경우 인간의 존엄과 가치가 다른 기본권의 핵심 영역에 속해 있다는 점도 고려할 필요가 있다.

따라서 인간의 존엄과 가치는 우리 헌법의 핵심적인 가치로서, 개별 기본권의 성격도 지니나, 개별 기본권으로 인정되는 영역은 대폭 축소될 필요가 있다.<sup>44)</sup> 통상 인간의 존엄과 가치를 침해하는 행위로

43) 특히 이세주, 앞의 논문, 159-162면.

44) 그러나 헌법재판소는 교정시설 내의 과밀 수용과 관련하여서도 개별 기본권으로서 인간의 존엄과 가치가 침해되었다고 판단하였다(헌재 2016. 12. 29. 2013헌마142, 판례집 28-2하, 652). 이 결정에서 헌법재판소가 신체의 자유나 인격권의 침해가 아닌 인간의 존엄과 가치가 침해되었다고 판단하면서도 헌법이론적 정

합의가 이루어진 것으로는 고문과 비인간적 형벌·대우(유럽연합 기본권 헌장 제4조) 노예제·강제노동·인신매매(유럽연합 기본권 헌장 제5조) 등이 있을 것이다.<sup>45)</sup>

그런데 태어난 즉시 출생등록되도록 보장하지 않은 것이 절대적으로 금지된 행위로 볼 수 있는지 문제된다. 출생신고가 되지 아니한 경우, 신분확인을 요하는 많은 공·사법적 영역의 행위를 할 수 없고, 각종 사회보장에서 제외된다. 그래서 태어난 즉시 '출생등록될 권리'가 제약되어 그 주체의 사회관계가 완전히 단절된다면, 태어난 즉시 출생등록을 보장하지 아니한 것은 존엄성이 침해되었다고 볼 수도 있다. 그렇지만, 태어난 즉시 출생등록이 이루어질 수 있도록 보장하고 있지 않더라도, 그 주체의 인격 형성이 가능하다면 이로써 인간의 존엄과 가치가 침해된다고 보기는 어렵다. 특히 우리의 경우 일부 사회보장 수급이나 필수적인 교육은 출생신고가 되지 않은 기간에도 일정한 요건을 갖추어 가능할 수 있다. 이 경우 그 주체가 교육을 통하여 사회의 일원으로서 인격을 형성하고, 인간다운 생활을 하면서 관계를 형성할 수 있는 최소한의 보장은 이루어질 수 있다. 그렇다면, 적어도 태어난 즉시 '출생등록될 권리'의 제약은 인간의 존엄과 가치의 제약과 같이 전면적으로 금지된 것은 아니라고 할 것이어서, 인간의 존엄과 가치에서 태어난 즉시 '출생등록될 권리'를 도

---

점들에 대해서 침묵하였다는 점을 지적한 문헌으로, 조소영, 앞의 논문, 134면.  
45) 유럽연합 기본권 헌장은 제1조부터 제5조를 묶어 존엄이라는 장을 규정하고 있다. 제1조에서 인간의 존엄은 불가침인 점을 밝히면서, 제2조부터 제5조까지 이를 구체화하고 있다. 제2조에서는 생명권, 사형제도를, 제3조에서는 인간의 고유성에 대한 권리를 규정하고 있다. 다만, 우리의 경우, 사형제가 인간의 존엄과 가치에 반하는 것인지에 대한 논의가 있고, 인간의 고유성을 존중받을 권리와 관련하여서도 그 범위에 대한 논란이 있을 수 있다. 그렇지만, 우리의 경우에도 인간의 선별을 목적으로 하는 우생학적 처치의 금지, 인간의 신체 및 그 일부를 금전적 이익을 원천으로 이용하는 행위의 금지, 인간복제 금지의 경우에는 대체로 인간의 존엄과 가치에 반하는 행위로 금지되고 있다고 평가할 수 있다.

출할 수는 없다.

### (3) 사회권?

태어난 즉시 ‘출생등록될 권리’은 사회적으로 단독으로 활동할 수 없는 약자인 출생 아동이 사회적인 보호를 받고, 비로소 인간으로서 활동할 수 있도록, 태어나서 얼마되지 않은 영아 상태에서 출생등록 되는 것을 보장하는 기본권이다. 그렇다면, 이는 사회적 정의를 보장하기 위한 기본권으로서 사회권과 접점을 찾을 수는 있다. 그러나 헌법재판소가 태어난 즉시 ‘출생등록될 권리’가 기반하고 있다고 본 ‘인간다운 생활을 할 권리’는 인간의 존엄과 가치를 보장하기 위한 전제로서 주로 각종 급부를 국가에 요구할 수 있는 기본권이다. 특히 헌법 제34조 제4항은 청소년의 복지를 보장할 국가의 의무를 규정하고 있는데, 청소년의 복지란 청소년답게 생활하기 위한 전제로서, 위 조항은 국가가 청소년에 걸맞은 각종 물질적 급부를 하도록 규정한 것이다. 결국, 국가의 물질적인 급부와 상관없는 태어난 즉시 출생등록되도록 보장하는 권리에 사회권적 성격을 도출하기는 어렵다.

### (4) 청구권적 기본권?

한편, 출생등록될 권리는 국가가 관리하는 가족관계등록부에 출생사실이 기재되도록 하는 권리이다. 따라서 국가에 특별한 행위를 청구할 수 있는 청구권적 기본권의 성격을 갖는다고 생각할 수 있다. 출생등록은 국가가 만들어낸 제도로서, 신고의무자, 적격자와 방법 등이 절차적으로 입법자에게 구체화가 유보되어 있고, 오로지 국가에 대해서만 행사되며, 일반적 인격권 등 다른 기본권을 보장하기 위한 제도이라는 점 등에서 태어난 즉시 ‘출생등록될 권리’는 청구권적 기본권과 유사한 성격이 있다는 점을 부인할 수 없다. 그렇지

만 출생등록될 권리는 단순히 절차의 참여로 인하여 관철되는 것이 아니라, 출생등록되는 상태가 보장되어야 의미가 있다. 이러한 의미에서 태어난 즉시 '출생등록을 청구할 권리'가 아닌 태어난 즉시 '출생등록될 권리'로 기본권을 명명하였다고 봄이 상당하다. 그뿐만 아니라, 출생자의 경우 국가가 당연히 출생등록이 되도록 관리를 해야 한다는 측면에서 바라본다면 출생등록을 막는 국가의 모든 행위를 배제할 필요가 있다.<sup>46)</sup> 특히 우리 법제상 출생신고는 신고권이 아니라, 신고의무자의 의무로 규정하고, 적격자에 의하여 보완하도록 한 것도, 출생등록 그 자체는 당연히 이루어져야 한다는 취지를 반영한 것이라고 할 것이다.

#### (5) 자유권 - 인격권

출생등록제도를 비롯한 신분등록제도는 본래 신분을 등록하여 조세와 균역, 부역 등을 부과하기 위한 기초자료에서 출발하였다.<sup>47)48)</sup> 그러나 갑오개혁 이후 “전국적인 호수와 인구를 상세히 편적하여 인민으로 하여금 국가에서 보호하는 이익을 균점케”하기 위한 목적<sup>49)</sup>으로 건양원년(1896년) 9월 1일 칙령 제61호로 호구조사규칙을 시행

46) 이에 대해서는 아래 자유권 부분에서 상술한다.

47) 최홍기, 한국 호적제도사 연구, 서울대학교 출판부, 1997, 1-3면 참조. 최홍기 교수는 호구조사의 목적이 호와 구를 대상으로 요(徭)와 부(賦)를 과징하기 위한 기초자료를 얻는 데 있었으며 호적은 그와 같은 요부를 부과, 징수하기 위한 기초자료라고 한다. 통일신라시대의 민정문서에서도 3년간 출생자수를 기록하고 있었던 것을 본다면, 당시에도 출생 등록까지는 아니라도 출생에 대한 관리가 있었다고 추정할 수 있다.

48) 조선시대에는 이와 더불어 신분에 따라 역을 부담하는 것을 달리하는 봉건적 신분제도가 발전하면서 인민의 신분을 확인·명시하기 위한 목적도 추가되었다고 한다(정현수, “호적제도의 변천과 새로운 신분증명제도에 관한 고찰”, 「가족법연구」 제20권 제2호, 한국가족법학회, 2006, 6면 참조).

49) 정현수, 앞의 논문, 8면 참조.

하여 국민을 위한 제도로서 신분등록이 규정되었고, 융희 3년(1909년) 3월 민적법(법률 제8호)과 민적법 집행심득(執行心得, 내무훈 제39호)의 제정으로 호적은 호구를 조사하고 파악하는 수단으로서 보다는, 오히려 가와 구성원의 신분관계를 공시·증명하는 공증문서로서의 성질을 갖게 되었다.<sup>50)</sup> 이처럼 신분등록제도는 국가가 개인의 정보를 강제로 수집하는 침익적인 제도<sup>51)</sup>에서 수집된 신분관계에 관한 정보를 국가가 공시·증명하는 유익적인 제도로 바뀌었다. 특히 신분관계를 공시·증명하는 기능<sup>52)</sup>은 국가가 출생신고를 포함한 신분등록제도를 시행하여, 신분관계의 변동이 있을 때 신고를 강제하고, 공공의 영역에서 본인이나 가족의 신분에 관한 각종 증명할 때 출생신고 등을 통하여 수집된 사항이 반영된 공적 문서를 사용하도록 한 것에서 비롯된 것이다. 이러한 경향은 사적 영역으로 확대되어, 신분관계를 증명할 때 국가에서 인정한 증명서를 이용하는 것이 일반적이다. 이처럼 신분관계의 증명 기능이 강조됨에 따라 출생신고는 독립적인 존재로서 자신을 다른 사람과 구별하는 첫 단계로서의 의미가 부각되면서 일반적 인격권과 연결된다. 뿐만 아니

50) 최흥기, 앞의 책, 188면.

51) 국가가 개인정보를 수집하는 행위이므로, 개인정보자기결정권이 문제된다.

52) 법원행정처, 가족관계등록실무[ I ], 2018, 485면은 출생신고의 법률상 의의를 ① 권리·의무의 주체가 되는 시기의 등록, ② 친자관계의 증명, ③ 국적의 증명으로 설명하고 있다. 그렇지만 이에 한정되는 것은 아니다. 이는 출생신고의 기재사항과 관련이 된다. 그래서 출생신고서에 출생연월일시를 기재하도록 하고, 부모와 성명, 주민등록번호 등을 기재하게 하는 것 때문에 출생신고가 권리·의무의 주체가 되는 시기와 친자관계의 증명의 기능을 할 수 있다. 국적의 증명 기능은 우리나라가 별도의 국적부를 두고 있지 아니하므로, 간접적으로 국적을 증명하는 기능을 하고 있지만, 이는 부수적인 기능에 불과하다. 국적부를 도입할 경우나 국민 외의 경우에도 출생등록이 가능하도록 한다면, 국적을 증명하는 기능은 상실할 수 있으므로, 이는 출생신고의 본질적인 기능이라고 할 수는 없다. 오히려 출생신고서의 기재사항에 해당하는 자녀의 성명도 출생신고로 확정된다는 점에서 중요한 의미를 갖는다고 본다.

라 출생등록은 그 자체로 신분증명을 위하여 당연히 이루어져야 할 제도로 정착되었다. 출생은 자연적인 사실관계이므로, 출생등록 여부와 상관없이 출생 사실이 바뀌는 것은 아니지만, 출생등록을 거부하는 것은 공적으로는 출생 자체를 부정하여, 실제 자신과 법적 관계에서 자신을 연결할 수 없도록 한다. 이러한 점을 고려할 때, 국가가 자연적으로 당연히 인정되어야 할 출생등록제도를 이용하지 못하게 막을 경우, 그 방해를 배제할 수 있는 권리가 있어야 한다. 이것이 방어권적 성격을 갖는 자유권인 태어난 즉시 '출생등록될 권리'라고 할 것이다.<sup>53)</sup>

#### (6) 소결

출생등록이 인격과 밀접한 관련이 있는 제도라는 점은 헌법재판소와 대법원의 결정에서도 전제하고 있다. 그렇지만 태어난 즉시 '출생등록될 권리'가 인간의 존엄과 가치의 수준으로 보호되어야만 하는 것도 아니고, 인격발현의 전제로서 사회권, 청구권으로 보장되어야 하는 것도 아니다. 출생등록제도는 오래 전부터 있어왔고, 침익적인 성격에서 벗어나 신분증명을 용이하게 하는 유익적인 수단

53) 이는 출생신고에 기재되어야 할 사항 중 하나인 이름이 부모 또는 자신이 정할 수 있는 것임에도 이를 신고하여야만 공적으로 사용할 수 있도록 한다면, 성명권의 제한으로 보는 논리와 유사하다. 성명권은 민사법적으로는 이름과 그 이름을 사용하는 주체 사이의 관계에서 동일성 및 정체성의 표지, 개별성의 표지라는 이름의 핵심적 기능이 왜곡되는 것을 보호하는 권리로서의 의미가 강하다. 따라서 민사법적 성명권은 이름을 부정하는 행위나 이름을 부정사용하는 행위를 방지하는 방어권으로 기능하는 경우가 보통이다[안병하, “성명권 보호에 관한 일고찰 -서울고등법원 2018. 6. 21. 선고 2017나2042164 판결에 대한 평석을 곁하여-”, 「법조」 제71권 제2호(통권 752호), 법조협회, 2022, 264면 참조]. 그러나 헌법적으로는 민사법적으로 흔히 사용되는 협의의 성명권을 넘어서서 자기를 포함한 사람들이 이름을 자유롭게 짓거나 변경할 수 있는 자유를 포함한 광의의 성명권으로 보장된다. 성명권은 인격권의 내용으로 자유권적 기본권으로 보장되고 있다(대법원 2005. 11. 16.자 2005스26 결정).

으로 활용되어 정착한 지 오래이다. 그렇다면, 출생등록은 출생자의 인격권 보호를 위하여 당연히 이루어져야 한다. 만일 국가가 출생등록제도를 이용할 수 없도록 한다면, 이를 막을 수 있는 권리가 필요하고, 이를 위하여 자유권으로서 태어난 즉시 ‘출생등록될 권리’가 인정된다고 할 것이다. 따라서 태어난 즉시 ‘출생등록될 권리’는 인격권에서 파생되는 기본권으로 해석함이 타당하다.<sup>54)</sup>

### 3. 내용

태어난 즉시 ‘출생등록될 권리’는 출생등록과 관련하여 국가에 출생등록을 요구하고, 국가가 출생등록을 방해하는 행위를 거부할 수 있도록 한다. 출생등록을 거부할 자유는 개인정보자기결정권에서 나오므로, 태어난 즉시 ‘출생등록될 권리’에 의해서 보장되지 않는다.

출생등록은 출생 직후에 이루어지는 것이 가장 이상적이기는 하나, 출생등록에 필요한 최소한의 자료가 구비되어야 출생등록이 가능하므로, ‘즉시’란 ‘출생 후 곧바로’를 의미하는 것은 아니다. ‘즉시 출생등록될 권리’가 인정되는 근거에 비추어 보면 아동이 사회적인 관계(혈연, 국적) 등의 관계를 확인하고, 보건·의료·사회보장 등을 받을 수 있도록 할 수 있는 기간 내에 출생등록을 하여야 한다는 것으로 볼 수 있다. 결국 ‘즉시’란, 출생 후 아동이 보호를 받을 수 있

54) 인격권도 헌법에 직접 규정된 기본권은 아니다. 그러나 헌법재판소는 인격권을 인간의 존엄과 가치와 행복추구권을 규정한 헌법 제10조에서 도출된다는 점을 밝히고 있어(헌재 1997. 3. 27. 95헌가14등, 판례집 9-1, 193, 204 참조), 인격권 또한 파생된 기본권이다. 그렇지만 파생된 기본권도 보호영역을 갖고 있으므로, 다시 그 보호영역 내에서 강조되는 기본권적 권리가 포착될 수 있다면 그 기본권적 권리 또한 파생된 기본권에서 다시 파생된 기본권이 될 수 있다. 태어난 즉시 ‘출생등록될 권리’는 인격권으로부터 파생된 기본권이므로, 파생된 기본권에서 파생된 기본권이다.

을 최대한 빠른 시점이라고 할 것이다.

‘출생등록’에는 출생과 관련된 기초적인 정보가 포함되어야 한다. 가장 기본적으로는 아동의 이름, 성별, 출생일시, 출생장소가 포함되어야 하며, 아동의 국적과 관련된 정보도 포함될 수 있다. 우리의 경우 혈연에 따라 국적을 부여하고, 국적을 증명하는 기능을 출생신고가 담당하고 있는 상황에서는 국적을 추정할 수 있는 정보인 부모에 관한 정보도 최소한 포함되어야 할 것이다. 다만, 여기서 부모란 생부, 생모에 관한 정보가 아니라, 법률상 부모를 말한다고 할 것이다. 부모는 혈연에 의해서 인정될 수도 있고, 혈연이 아니더라도 부모로 인정될 수 있는 요건을 갖춘 사람도 해당될 수 있다. 이는 ‘아동의 권리에 관한 협약’ 제7조 제1항이 ‘아동의 즉시 출생등록될 권리’와 별도로 ‘성명권’, ‘국적취득권’, ‘가능한 한 자신의 부모를 알 권리’, ‘부모에 의하여 양육받을 권리’를 규정하고 있는 점에 비추어 출생등록에 자신의 생부, 생모에 관한 사항이 반드시 기재될 것을 요구한다고 볼 수는 없기 때문이다.

‘태어난 즉시 출생등록됨’이라 함은 아동을 출생등록을 함에 있어서 관련 자료가 최소한 구비된 이상 별다른 제한 없이 출생 후 아동이 보호를 받을 수 있을 최대한 빠른 시점에 출생등록되어야 한다는 것이다. 입법자가 출생등록이 되어야 할 사항을 지나치게 많이 규정하고 첨부서류나 확인 절차를 어렵고 복잡하게 규정하여 출생등록이 지나치게 오래 소요되도록 하거나, 출생신고 자체를 못하게 하여 필요한 시기에 아동이 적절한 사회보장의 혜택을 받지 못하게 한다면 이는 태어난 즉시 ‘출생등록될 권리’를 침해한 것으로 보아야 할 것이다.<sup>55)</sup>

55) 대표적으로 돈을 요구하여 출생등록을 못하게 하는 것을 방지할 수 있다. 다만, 현행 가족관계등록법도 출생신고 기간 이후에 출생신고를 하려면 과태료를 납

#### 4. 제한

태어난 즉시 ‘출생등록될 권리’는 인간의 존엄과 가치의 성격을 갖는 절대적인 기본권은 아니므로, 헌법 제37조 제2항에 따른 제한이 가능하다고 할 것이다. 현행 가족관계등록법은 국적을 기준으로 우리 국민만 출생등록을 하도록 하고 있다. 이는 우리의 경우 국민의 자격을 관리하는 국적부가 따로 없고, 출생신고가 국적을 표현하는 기능을 담당하고 있기 때문이다. 외국인의 경우에 우리나라의 출생등록이 반드시 필요한 사람도 있고, 필요 없는 경우도 있을 것이다. 따라서 국적을 기준으로 출생신고 여부를 달리하는 것은 외국인의 태어난 즉시 ‘출생등록될 권리’를 일률적으로 침해하였다고 보기는 어려울 것이다. 그렇지만, 본국법상 외국에서의 출생신고를 허용하지 않는 경우, 부모가 난민인정자나 난민신청자, 인도적 체류자, 체류자격이 박탈되거나 체류기간이 도과된 자와 같이 사실상 본국 대사관에 가서 출생신고 등의 절차를 밟을 것을 기대하기 어려운 경우 등<sup>56)</sup>과 같이 외국에서의 출생등록이 어려운 경우에 우리의 출생등록제도를 이용하지 못하도록 한 것은 위헌적인 요소가 있다. 이는 국적부를 별도로 만들 경우에 쉽게 해결되는 문제이다.

#### 5. 중간 맺음

헌법재판소는 태어난 즉시 ‘출생등록될 권리’를 기본권으로 확인하였다. 그러나 태어난 즉시 ‘출생등록될 권리’는 국제법규에 그 연

---

부도록 규정하였다. 만일 과태료가 출생신고를 포기할 정도로 규정되어 있다면, 태어난 즉시 ‘출생등록될 권리’를 침해하였다고 볼 수 있다. 그러나 의무 이행을 강제하기 위한 소액은 문제되지 아니한다.

56) 현재 2023. 3. 23. 2021헌마975, 공보 318, 797, 808 중 이은에 재판관의 법정외견에 대한 보충외견.

원이 있으므로, 이를 기본권으로 확인하기 위해서는 공권성 및 기본권성에 대한 확인이 필요하다. 헌법재판소는 명시적으로 언급하지는 않았으나, 태어난 즉시 '출생등록될 권리'를 헌법 제37조 제1항의 열거되지 아니한 기본권으로 본 것은 국제법규 그 자체를 헌법에 따른 기본권으로 본 것은 아니라고 볼 수 있다. 한편, 헌법재판소는 태어난 즉시 '출생등록될 권리'가 인격권과 밀접한 관련이 있으면서도 자유권적 성격과 사회권적 성격을 함께 갖는다고 판시하였다. 이는 약자보호라는 사회적 정의를 위하여 출생등록을 청구할 권리로서의 성격에서 비롯한 것으로 보인다. 그러나 신분등록제도가 갖는 의미나 기능을 고려했을 때 이미 신분등록제도가 보편적으로 이용되어 확립되어 있으므로, 태어난 즉시 '출생등록될 권리'는 인격권에서 파생한 기본권으로 보는 것이 타당하다.

#### IV. 생부의 혼인 외 출생자에 대한 출생등록권

##### 1. 헌법재판소의 법정의견의 문제점

한편, 헌법재판소의 법정의견은 생부들이 주장한 가족생활의 자유와 관련하여서는 “심판대상조항들은 출생신고에 관한 조항으로서 생부인 청구인들이 혼인 외 출생자인 청구인들을 양육하는 것을 직접 제한하지 아니한다. 아울러 생부가 생래적 혈연관계에 있는 그 자녀와 가족관계를 형성하는 것은 민법상 친생추정과 부인, 인지에 관한 규정들에 의하여 제한되는 것일 뿐, 심판대상조항들에 의하여 제한되는 것이 아니다.”라고 하여, 이 사건에서 판단되는 쟁점에서 제외하였다.

가족생활의 자유는 가족관계를 형성하는 자유와 가족생활을 유지하는 자유로 나누어 볼 수 있다. 심판대상조항들은 출생신고의 의무자와 적격자에 관한 것이다. 생부의 혼인 외 출생자에 대한 출생신고를 허용한다고 하더라도 생부와 혼인 외 출생자 사이에 가족관계가 형성되지 않는다. 법정의견에서 언급한 바와 같이 가족관계의 형성 문제는 특히 친생추정을 포함한 민법조항이 규율하고 있고, 심판대상조항들을 위헌으로 선언한다고 하여도 여전히 생부와 혼인 외 출생자 사이에 가족관계는 성립되지 않는다. 따라서 가족관계의 형성에 관한 생부의 기본권 침해로 인하여 한 헌법소원심판은 민법상 친생추정조항(제844조) 등을 대상으로 청구되어야 적법하지, 심판대상조항만으로는 생부의 가족관계를 형성할 자유가 침해될 가능성이 없다. 이러한 점에서 법정의견에서 본안 판단을 하지 아니하고, 쟁점에서 정리한 것은 부당하다고 할 수 없다. 또한 생부가 출생신고를 하지 아니한 혼인 외 자녀를 인지 없이 사실상 키운다고 하더라도 심판대상조항들이 생부에 의한 사실상 양육을 제한하는 것은 아니라는 점에서 생부인 청구인들이 민법상 양육자로서의 지위를 가질 수 있는지 여부와 관계없이 주장 자체로 기본권의 제한 가능성이 인정되지 않는다. 따라서 이러한 법정의견의 판단이 잘못되었다고 보기는 어렵다.

그러나 법정의견은 심판대상조항들이 규정하고 있는 출생신고의 효과와 생부인 청구인들이 주장하는 양육권이라는 낱말에 주목한 나머지 생부의 청구인들이 주장하고 있는 가족생활의 자유에 대해서 잘못 판단하고 있다. 심판대상조항들의 위헌만으로 생부와 혼인 외 출생자인 청구인들의 민법상 가족관계가 성립되는 것은 아니지만, 헌법상으로는 이미 가족관계가 성립되었을 수도 있다. 또한, 생부가 혼인 외 출생자의 출생신고를 하는 것은 그 자체가 자녀인 혼

인 외 출생자를 보호하기 위한 양육권을 포함한 가족생활의 자유로서의 미성년자녀 보호권을 행사한 것으로도 볼 수 있다. 따라서 헌법상 가족의 개념과 가족생활의 자유의 보호영역의 문제에 대해서 검토할 필요가 있다.

## 2. 헌법상 가족

### 가. 가족보호의 필요성

헌법 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.”라고 하여 혼인의 자유와 가족생활의 자유를 보장하고 있다. 가족은 혼인과 출산 등을 통하여 형성되는 생활공동체로서 개인의 인격형성과 발전은 물론이고, 국가를 형성하고 유지하는 데 필수적인 요소이다. 따라서 헌법은 특별히 혼인과 가족생활을 보호하고 있다.

### 나. 가족 형태의 변화

전통적으로 가족은 통상 혼인과 출산을 통해서 형성되었기 때문에, 보호대상으로서 혼인과 가족은 개념적으로 분리가 가능하지만, 특별히 분리하여 보호할 실익이 없었다. 그래서 혼인과 가족의 개념, 특히 헌법상 가족을 어떻게 바라보아야 하는가에 대해서는 많은 논의가 있지 않았다. 그러나 산업화와 자유의 추구 경향이 강화되면서, 혼인을 통한 가족의 형성 이외에 다른 유형의 가족형성이 등장하였다. 물론 과거에도 혼인을 통하지 아니한 출산이 있었고, 법적으로 인정되지 않는 중혼관계나 축첩관계에서 출산을 한 경우도 있었다.<sup>57)</sup> 또한 사별로 인하여 한부모가족의 형태도 존재하였다. 그렇

57) 제헌헌법 제20조는 “혼인은 남녀동권을 기본으로 하며, 혼인의 순결과 가족의

지만 비록 현재에도 혼인제도는 유지되고 있으나, 이혼율이 증가하고, 이혼과 재혼이 반복되면서 한부모가족, 재혼가족, 혼인제도를 이용하지 아니한 출산으로 가족을 형성하는 형태가 늘어나고, 기존의 가족개념을 뛰어넘는 새로운 가족개념도 등장하고 있다. 따라서 헌법 제36조 제1항으로 보장되는 가족생활의 자유를 누릴 수 있는 주체로서 가족에 혼인을 통하여 형성된 부부와 자녀로 이루어진 가족 이외에 다른 형태의 가족도 해당될 수 있는지에 대한 검토가 필요하다.

#### 다. 헌법상 가족의 개념

헌법은 제헌헌법 이래로 가족에 대한 조항을 규정하고 있으나, 가족에 대해서 정의하고 있지 않다. 혼인의 경우 일부다처제가 금지되는 등 법제도와 관련된 개념이지만, 가족은 특별히 헌법에서 금지하는 형태를 두고 있지 않은 것에서도 볼 수 있듯이 법제도적 형성에 의존하지 않는 개념이다.<sup>58)</sup> 따라서 헌법상 보호되는 가족은 일반적인 용례, 일반적인 가족의 기능, 다른 헌법조항들을 고려한 헌법이 추가하는 가족상 등을 종합적으로 고려하여 정함이 상당하다.

##### (1) 가족의 일반적 용례

먼저 가족의 사전적 정의는 “주로 부부를 중심으로 한, 친족 관계

---

건강은 국가의 특별한 보호를 받는다.”라고 규정하고 있다. 이에 대해서 유진오 박사는 특히 ‘혼인은 남녀동권을 기본으로 한다’는 선언은 축첩풍습과 같은 악습을 배제하기 위한 것이고, ‘혼인의 순결’은 축첩풍습은 물론 조혼제도, 인신매매적 혼인을 배제하기 위한 것이라는 점을 강조하였다(유진오, (신고) 헌법해의, 일조각, 1957, 87면 및 같은 저자, 헌법해의, 명세당, 1949, 54-55면). 다만, 유진오 박사가 밝히고 있듯이((신고) 헌법해의, 일조각, 1957, 87면), 그동안 축첩의 악습 뿐만 아니라, 농촌지방에서 조혼제도 등이 만연하였음을 알 수 있다.

58) 김하열, 헌법강의, 제5판, 박영사, 2023, 749면.

에 있는 사람들의 집단. 또는 그 구성원. 혼인, 혈연, 입양 등으로 이루어진다.”이다.<sup>59)</sup> 이는 가족을 구성하기 위해서는 혼인, 혈연, 입양이 매개되어야 한다는 점만을 알려줄 뿐, 그 범위를 확정해 주는 것은 아니다. 그렇지만 혼인, 혈연, 입양이 매개되어야 한다는 것에서 가족은 구성원 사이를 단단히 연결해 줄 수 있는 요소가 작용하여 쉽게 해체되지 않는 어느 정도 영속성이 인정된다는 점은 도출할 수 있다.

한편, 민법은 당위규범이기는 하지만, 사회에서 가장 기본적인 가족관계를 법제화한 것이므로, 민법에서 정하는 가족은 대체로 사회적으로 인정되는 가족에 해당할 가능성이 높다. 따라서 그 내용을 검토해 볼 필요가 있다.<sup>60)</sup> 민법(2005. 3. 31. 개정된 것) 제779조 제1항<sup>61)</sup>은 가족의 범위를 배우자, 직계혈족, 형제자매로 하고, 직계혈족의 배우자, 배우자의 직계혈족 및 배우자의 형제자매는 생계를 같이 하는 경우에만 가족으로 정하고 있다.<sup>62)</sup> 민법이 일반적으로 가족을 배우자와 직계혈족을 중심으로 구성하고 있는 점은, 결국 핵가족제도를 기본으로 하고 있다는 점을 보여준다. 즉, 부부를 중심으로 할 경우에는 남편과 아내의 공통된 가족으로는 자녀 등 직계비속만

59) 국립국어원, 표준국어대사전 정의.

60) 다만, 호주제도를 규정하고 있던 구 민법(2005. 3. 31. 개정 전의 것) 제779조는 호주제도 하의 가족의 범위를 규정하고 있었으나, 호주제는 현실생활공동체가 아닌 호주와 호주의 배우자, 혈족과 그 배우자 기타 민법의 규정에 의하여 그 가에 입적한 자인 가족이라는 신분관계로 상호 연결된 법률상 강제된 관념적인 집단(헌재 2005. 2. 3. 2001헌가9등, 판례집 17-1, 1, 13 참조)으로서, 뒤에서 볼 가족의 일반적 기능을 수행하고 있지 아니하므로, 이에 대해서 검토할 실익이 없다.

61) 다만, 이러한 개정은 호주제가 폐지되면서 일반인의 법감정과 가족해체 등에 대한 우려를 고려하여 마련하게 되었을 뿐, 가족은 법률상의 특별한 의미는 없고 단지 현실의 가족공동체로서의 상징적 의미만 있다는 견해로 장재현, 온주 민법 제779조, 2023.

62) 기본적으로 혼인, 혈연, 입양이 매개되어야 한다는 점도 전제하고 있다.

이 가족에 포함될 수 있다는 점에 비추어 민법도 핵가족제도를 기본으로 하였다고 평가할 수 있다. 이는 1970년<sup>63)</sup>부터 2020년까지 이루어진 인구총조사의 결과 세대구성 및 가구구성의 분포에서도 1970년 총 5,576,277 가구 중 부부와 자녀로 이루어진 가족이 3,092,550 가구이고, 2020년 현재 총 20,387,539 가구 중 부부와 자녀로 이루어진 가족이 6,451,899 가구라는 점에서 알 수 있듯이 민법도 사회적인 실태를 반영하여 가족의 범위를 규정하고 있다고 볼 수 있다.<sup>64)</sup> 다만, 부부와 자녀를 포함하여 그보다 확대된 대가족의 형태는 이미 예전부터 존재하였고, 한부모가족이나 조손가족도 숫자는 크지 않았으나, 이미 존재하였다. 또한 이러한 형태의 가족에 대한 보호의 필요성이 부정되지 않는다.<sup>65)</sup> 민법에서 특이한 것은 직계혈족의 배우자, 배우자의 직계혈족 및 배우자의 형제자매는 생계를 같이 하는 경우에 가족으로 인정한다는 점이다. 이는 가족은 생계를 같이한다는 요소가 포함되어 있다는 점을 알려준다.

## (2) 가족의 기능

한편, 전통적으로 가족은 사회구성원을 재생산하고, 자녀를 양육·보호하여 사회구성원으로 성장시키며, 구성원들이 함께 생활하면서 생산과 소비의 경제적인 활동을 하고, 구성원 상호간의 정서적 욕구를 충족시키는 기능을 담당한다고 이해되어 왔다.<sup>66)</sup> 과거에는 사회

63) 세대구성 및 가구구성 분표에 관한 그 이전 통계는 통계청이 운영하는 국가통계포털에서 찾아보기 어렵다.

64) 다만, 2020년 현재 1인 가구가 6,193,592 가구로 급격히 증가하고 있고, 부부만으로 이루어진 가구도 4,513,441 가구로 이 역시 증가하고 있다. 따라서 가족의 의미는 앞으로 변할 것이다.

65) 1970년 한부모가족은 592,343 가구였으나, 2020년 한부모가족은 부자가족이 369,254 가구, 모자가족이 1,609,523 가구이다.

66) 김지현, “혼인·가족 형태의 다양화와 헌법적 대응”, 고려대학교 석사학위논문,

구성원을 재생산하는 기능이 가장 강조되었으나, 현대에는 정서적 안정, 애정공동체와 같이 정서적 욕구를 충족시키는 기능이 가장 강조되고 있다. 그러나 이러한 강조점의 변화가 가족 기능의 큰 변화를 가져오는 것은 아니다.

### (3) 헌법상 가족상

다른 한편, 헌법 제31조 제2항은 “모든 국민은 그 보호하는 자녀에게 적어도 초등교육과 법률이 정하는 교육을 받게 할 의무를 진다.”라고 규정하고, 헌법 제36조 제2항은 “국가는 모성의 보호를 위하여 노력하여야 한다.”라고 규정한다.<sup>67)</sup> 이는 부모가 자녀를 보호하고, 자녀를 사회화할 수 있도록 의무교육을 하도록 하며, 자녀를 출산하는 것, 즉, 전통적으로 강조된 출산 및 양육 공동체로서의 역할에 관한 것이다.<sup>68)</sup> 그렇지만 헌법 제10조가 이미 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권을 규정하고, 제36조 제1항에서 “가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고, 유지되어야 하며”라고 하고 있으므로, 가족은 단순히 출산·양육공동체로서 재생산과 사회화를 통한 국가공동체의 유지를 목표로 하는 것이 아니라, 구성원 상호 간에 정서적으로 유대하고 안정하는 기능도 간과될 수 없다.

### (4) 헌법상 가족의 개념 및 포함되는 가족 형태

이러한 점을 종합하여 볼 때 헌법상 가족은 혼인, 혈연, 입양 등으

2010, 71면.

67) 헌법에서 제36조 제1항을 제외한 다른 부분에 가족은 체포·구속의 통지와 관련한 부분과 국가유공자·상이군경 및 전몰군경의 유가족의 우선적 근로 기회 부여와 관련하여 등장한다. 그러나 이는 헌법상 가족의 개념을 정의하는 데 도움이 되지 않는다.

68) 바이마르 공화국 헌법 제119조는 “혼인 가족생활, 국가의 유지와 증대의 토대로서 헌법의 특별한 보호 아래에 있다.”라고 한다.

로 이루어지고, 구성원 사이에 정서적으로 유대하고 안정하며, 생계를 같이하면서 자녀를 보호·양육을 통하여 사회적 시민을 길러내는 비교적 영구적인 생활 공동체라고 할 것이다.<sup>69)</sup> 이러한 모든 요소를 지닌 것이 부모와 미성년 자녀로 구성된 가족이므로, 이러한 가족이 헌법상 보호되는 가족이라는 점은 분명하다.

그러나 혼인, 혈연, 입양이라는 것은 그 관계를 비교적 영구적으로 이끌 수 있는 매우 강력한 요소를 예로서 든 것이므로, 관계를 계속적으로 유지할 수 있는 강한 동인이 존재한다면, 그 역시 혼인, 혈연, 입양이라는 관계형성 요소가 없다고 하더라도 헌법상 가족에 해당할 수 있다. 민법상 혼인이 아닌 사실혼 관계도 헌법상 가족으로 보호될 필요가 있다. 또한 반드시 혼인과 혈연이라는 요소가 동시에 있어야 하는 것도 아니므로, 혼인하지 아니한 동거인 사이에서 자녀가 태어난 경우에는 이들이 관계를 계속 유지할 수 있는 한, 동거인 및 자녀를 가족으로 볼 수 있을 것이다. 동거인과의 관계가 해소된다면, 부와 자녀, 모와 자녀 사이에 가족관계만이 인정된다. 그러나 혼인, 혈연, 입양 등의 관계는 반드시 존재하여야 하므로, 이러한 관계가 해소된다면, 헌법상 가족으로 보호받을 수 없다. 또한, 가족은 비교적 영구적 공동체이다. 즉, 단순히 일시적인 관계의 경우에는 헌법상 보호의 필요성이 없다.

한편, 정서적 유대 관계는 현대까지 가족이 유지되는 이유와 관련되어 있다. 헌법상 가족으로 보호받기 위해서는 정서적 유대 관계가 계속적으로 형성되고 유지되어야 한다.<sup>70)</sup> 그러나 반드시 동거하여

69) 헌법상 가족의 범위를 더 넓히고자 하는 시도도 계속되고 있다. 그러나 현행 헌법이 추구하는 가족은 고전적인 가족의 기능을 수행하는 가족이라는 점에서 가족의 기능 중 일부만을 목적으로 구성된 가족이 헌법상 가족으로 보호되어야 하는지는 의문이 있다. 이는 해석론을 넘어선 것으로 보인다.

70) 다만, 일시적으로 가족 간의 분열이 있는 경우에도 유대관계의 회복이 가능하므

야 하는 것은 아니고, 생계유지, 부양을 위하여 일시적으로 따로 산다고 하여 가족으로서 보호의 필요성이 없어지는 것은 아니다. 다만, 정서적 유대 기능은 가족 내부에서 작용하는 것으로 외부로 반드시 공표되는 것은 아니다. 따라서 외부적으로 확인되는 혼인, 혈연, 입양 등의 요소가 동반된 관계에서는 정서적 유대 기능을 갖추고 있다고 사실상 추정 가능하다고 할 것이다.

한편, 경제적으로 부양하는 관계는 그 가능성만으로도 족하다. 경제적 여건이 되지 않아, 부양하지 못한다고 하더라도, 가족으로서 애정을 갖고 자녀를 양육하는 경우에도 헌법상 가족으로 보호되어야 한다.

다른 한편, 자녀의 양육이 중요한 기능이기도 하나, 양육이 실제로 이루어지지 않은 경우에도 보호의 필요성이 인정된다. 혼인하였으나 자녀를 갖지 못한 경우나 자녀가 성장하여 더 이상 양육이 필요 없는 경우에도 헌법상 가족으로 보호받을 필요성이 유지된다. 자녀의 양육은 아니지만, 조손가족이나 계부 또는 계모와 계자녀 사이, 형제자매 사이에도 양육 등의 기능이 동반된다면 헌법상 가족으로 보호받을 필요가 있다.<sup>71) 72)</sup>

---

로 가족 관계가 소멸되었다고 볼 수 없다.

71) 김하열, “헌법상 가족의 개념”, 『인권과 정의』 제510호, 2022, 18면 참조. 이에 반하여 가족의 개념을 부모와 자녀의 생활공동체는 견해로는 한수웅, 헌법학, 제 12판, 법문사, 2022, 1079면.

72) 독일연방헌법재판소가 독일 기본법 제6조 제1항의 가족을 일차적으로 가족의 모든 기능을 수행하고 있는 것은 부모와 미성년 자녀로 구성된 가족으로 보면서 [BVerfGE 10, 59 (66); 48, 327 (339)], 이를 부모와 성인인 자녀 사이[BVerfGE 57, 170 (176)], 계부나 계모, 보호가족(Pflegfamilie)으로 확대하였고[BVerfGE 18, 97 (105)], 최근인 2014년 조손가족에 대해서 확대하였다[BVerfGE 136, 382 (388)]. 이 결정에서는 조손가족뿐만 아니라 밀도있는 가족결합은 부모와 막 성년이 된 자녀(heranwachsende Kinder)간, 세대간의 대가족(Generationen-Großfamilie)의 구성원 간에도 가족으로 보호됨을 언급하고 있다[BVerfGE 136, 382 (389)]. 특별한 애정과 밀접함, 서로에 대한 가족적 책임, 배려와 원조의 준비가 특히 손주

(5) 생부와 생물학적 혈연관계가 인정되는 자녀 사이가 헌법상 가족에 해당하는지 여부

따라서 인지되지 않았지만 생물학적 혈연관계에 있는 생부와 그의 자녀 사이에도 혈연이라는 해소되기 어려운 관련성이 존재하고, 실제 생부가 그의 자녀를 양육하고 있어 가족 간의 유대가 형성되었다면, 이미 가족관계가 성립하였다고 보아야 한다. 부모의 혼인 여부는 헌법상 보호되는 가족의 개념을 확정하는 요소가 될 수 없다. 이는 부모의 자기결정권의 영역에 있고, 과거에도 사별이나 이혼, 혼인 관계에 없이 자녀를 출산하여 양육하였던 경우도 적지 않게 존재하였으며, 현재 이혼이나 혼인 하지 않은 상태에서 자녀를 출산 또는 양육하는 경우가 크게 증가하고 있는 상황에서 혈연관계가 인정되고 가족의 기능을 수행하고 있는 공동체는 헌법상 보호의 필요성이 존재하기 때문이다. 또한 생모가 자녀를 임신할 당시에 생부 아닌 남편이 있는지 여부 또한 개인의 자기결정권을 존중하는 헌법의 정신을 고려할 때, 가족의 개념 요소가 될 수 없다.

라. 헌법상 가족관계 형성의 시기

앞서 언급한 것처럼 헌법상 보호받는 가족관계, 특히 부모와 자녀 사이의 관계는 부모의 혼인 여부나 부 또는 모가 배우자가 있는지 여부와 상관없이 가족으로서의 밀접한 결합이 형성되고 가족의 기능을 수행한다면 형성될 수 있다. 따라서 모와 그 자녀 사이의 관계는 모가 자녀를 낳은 순간 그 둘 사이의 가족관계가 형성된 것으로 보아야 한다. 모는 포태하여 임신 기간을 거치므로 자식과 태아 사

---

와 조부모, 밀접한 방계 친족(nahe Verwandte in der Seitenlinie) 사이에서 적용될 수 있어서, 실제 가까운 친족 간에 가족간의 유대가 형성된 밀접한 결합이 존재한다면, 이들은 기본법 제6조 제1항의 보호가 미친다고 보았다.

이의 유대감이 이미 형성되기 때문이다. 부부와 그 자녀 사이의 관계 또한 모가 자녀를 낳은 순간 형성된다. 부부가 함께 임신 기간을 거치면서 부부와 태아 사이의 유대감을 형성할 수 있기 때문이다. 이는 법률혼이 아닌 사실혼 사이에서도 적용된다. 모의 혼인 중 출생하기는 하였으나, 민법상 아버지가 되는 모의 남편과 출생자 사이에 생물학적 혈연관계가 없는 경우에는, 모의 남편이 출생자와의 관계를 명시적으로 거부하지 않는 이상 정서적 유대감이 형성된다는 점을 사실상 추정할 수 있으므로, 모가 자녀를 낳은 순간부터 그들 사이에 가족관계가 형성된 것으로 보아야 한다. 그러나 생물학적 혈연관계가 없는 민법상 아버지가 아버지로서 가족관계를 형성할 것을 거부<sup>73)</sup>하는 경우에는 그들 간에 민법상 가족관계가 성립하였다고 하더라도 헌법상 가족관계는 형성되었다고 보기 어렵다.<sup>74)</sup> 반면에 생부는 생모의 임신 사실 및 출산 사실 등을 알 수 없는 경우도 있다. 따라서 혼인 외 출생자의 생부가 생모의 출산 이후 자신과 혼인 외 출생자 사이의 유대감이 형성되었을 때 그들은 비로소 헌법상 보호받는 가족에 해당할 수 있다. 다만, 이는 인지를 하였는지, 아니

73) 출생신고를 하지 않고 가만히 있는 행위를 어떻게 평가할지에 대해서 문제가 제기될 수 있다. 가족관계등록법 제44조 제1항이 출생신고를 출생 후 1개월 이내에 하여야 한다고 하였는데, 이 기간 내에 출생신고를 하지 아니할 경우, 민법상 아버지와 출생자 사이에 가족관계를 형성할 의사가 부정되었다고 사실상 추정할 수 있을 것이다.

74) 헌법상 가족개념은 가족의 기능 수행을 중심으로 구성되고, 민법상 가족관계는 전형적인 가족관계의 외형, 즉 혼인, 혈연, 입양 등을 기준으로 구성된다. 이러한 외형을 바탕으로 전형적인 가족상을 규정한 것이 민법상 가족이다. 일반적으로는 헌법상 가족개념이 민법상 가족에 비하여 넓다고 볼 수 있다. 즉, 민법상 가족은 헌법상 가족으로 추정될 수 있다. 그러나 헌법상 가족으로서의 기능을 수행하지 않을 경우에 민법상 가족관계가 형성되었다고 하더라도 헌법상 보호의 필요성이 인정되지 않는다. 이는 정서적 유대 관계로서의 가족의 기능이 강조되면서 변화된 것으로 볼 필요가 있다. 결국 민법상 가족관계가 인정되는 경우에도 헌법상 가족관계에서 제외되는 경우도 생길 수 있다.

면 자신의 혈연임을 객관적으로 증명할 만한 유전자 검사 등을 시행하였는지 여부와는 관계없다. 비록 민법상으로 인지를 통하여 친생자관계가 인정되지만, 헌법상으로는 인지나 유전자 검사는 생부와 혼인 외 출생자 사이에 혈연관계가 있음을 확인하는 수단에 불과하고, 생부와 혼인 외 출생자의 헌법상 가족관계를 형성하는 요소는 아니다.

### 3. 가족생활의 자유

#### 가. 가족관계를 형성하는 자유와 가족생활을 유지하는 자유

앞서 언급한 것처럼 헌법 제36조 제1항에서 규정하고 있는 가족생활의 자유는 가족관계를 형성하는 자유와 가족생활을 유지하는 자유를 나누어 볼 수 있다. 가족관계를 형성하는 자유는 아직 형성되지 아니한 가족관계를 자유롭게 형성하고, 이미 형성된 가족관계를 소멸할 수 있는 자유 및 소극적으로 가족을 구성하지 아니할 자유를 포함한다. 주로 가족관계를 자유롭게 형성하는 영역으로는 주로 출산과 관련된 사항에 대한 자기 결정권, 입양의 자유가 인정되고, 가족관계를 소멸할 수 있는 자유로는 친생을 부정하거나 파양을 하는 등과 관련된 자유가 이에 해당한다. 그리고 가족생활을 유지하는 자유는 자녀를 양육하고, 가족이 원하는 대로 가족생활을 영위할 권리 등을 포함한다.

#### 나. 양육권

양육은 미성년의 가족구성원을 육체적·정신적으로 성장·발전시키는 것을 말한다.<sup>75)</sup> 양육에는 미성년 가족구성원에게 영양을 공급

---

75) 김하열, 앞의 논문, 20면 참조.

하고, 운동을 하도록 하여 육체적으로 성장하도록 하거나, 교육을 통하여 정신적인 발전을 하는 것뿐만 아니라, 육체적, 정신적으로 발전을 저해하는 것을 방지하는 것도 포함된다. 따라서 양육권은 부양<sup>76)</sup>과 보호<sup>77)</sup>를 포함한 개념이라고 할 것이다. 이에는 민법상 양육자로 지정된 사람이 양육에 관하여 갖는 권리<sup>78)</sup>뿐만 아니라, 양육의 무와 상관없이 친권의 개념에만 속하는 법정대리권과 동의권, 취소권 등도 포함된다. 양육권<sup>79)</sup>은 국가에 대해서는 권리로 작용하지만, 보호하는 미성년자에 대해서는 의무이다.<sup>80)</sup> 따라서 양육권을 행사할 때는 자녀의 복리를 그 기준으로 삼아야 한다.<sup>81)</sup> 그렇지만 양육권자도 양육권을 행사를 통하여 행복을 얻을 수 있으므로, 전적으로 미성년자만을 위하여 부여된 권리는 아니라고 할 것이다.

- 
- 76) 다른 가족구성원의 생활을 유지할 수 있도록 물질적으로 돌보는 것이다.
- 77) 적극적으로 육체적·정신적으로 성장하도록 하는 것은 아니나, 위협이나 침해로부터 미성년자를 지키는 것이다.
- 78) 민법 제914조의 거소지정권은 친권자의 권리로 규정되어 있으나, 이는 양육자가 있을 경우 양육자가 자녀의 거소를 지정하고, 부양, 보호할 수 있다.
- 79) 독일 기본법은 제6조 제2항 제1문은 부모의 보호와 양육에 관한 권리를 규정하고 있는데, 원어로는 *Pflege und Erziehung*이라고 한다. 본래 *Pflege*는 영양공급, 건강, 재산 기타 등등을 돌보는 것이고, *Erziehung*은 지식의 전달, 가치관계적 작용으로 구성된다고 한다[Christian von Coelln, in: Michael Sachs(Hrsg.), *Grundgesetz*, 8. Auflage, C.H.Beck, 2018, S. 385].
- 80) 현재 2000. 4. 27. 98헌가16등, 판례집 12-1, 427, 446 참조(“자녀의 양육과 교육은 일차적으로 부모의 천부적인 권리인 동시에 부모에게 부과된 의무이기도 하다.”).
- 81) 현재 2000. 4. 27. 98헌가16등, 판례집 12-1, 427, 447 참조(“부모의 자녀교육권은 다른 기본권과는 달리, 기본권의 주체인 부모의 자기결정권이라는 의미에서 보장되는 자유가 아니라, 자녀의 보호와 인격발현을 위하여 부여되는 기본권이다. 다시 말하면, 부모의 자녀교육권은 자녀의 행복이란 관점에서 보장되는 것이며, 자녀의 행복이 부모의 교육에 있어서 그 방향을 결정하는 지침이 된다.”).

#### 다. 생부의 양육권의 내용으로서 출생신고권

생부는 자신과 생래적 혈연관계가 인정되는 자녀와 헌법상 보호되는 가족관계를 형성할 수 있다. 비록 민법상으로는 생부는 인지전까지는 그 자녀와 친생자관계를 형성할 수는 없다. 그러나 생래적 혈연관계가 인정되는 사이에서 자녀를 양육하고 보호하는 것은 법제도 형성 이전부터 지속되어 온 모습이다. 비록 생부가 그 자녀를 양육하고 있는 상황이 민법적으로는 정당화될 수는 없지만, 헌법적으로는 민법상 친권이 행사되고 있지 않는 한, 생래적 혈연관계와 유대감으로 형성된 가족관계에서 도출되는 양육권이 행사된 것이라고 할 것이다.<sup>82) 83)</sup>

출생신고는 그 자체로 자녀의 육체적·정신적 발전 수단은 아니다. 따라서 출생신고를 하는 것은 ‘부양’에는 해당하지 않는다. 그러나 출생신고는 출생자가 사회적인 관계를 형성하고, 부모와 가족, 사회의 보호를 받아 건강한 성장과 발달을 할 수 있도록 하는 최소한의 보호장치가 된다.<sup>84)</sup> 즉, 출생신고는 양육권의 ‘보호’ 기능과 관련된다.

결국 생부는 생래적 혈연관계와 유대감으로 형성된 가족관계에서 도출되는 양육권의 행사로서 그 자녀에 대해서 출생신고권을 행사

82) 양육권의 경우는 아니지만, 독일에서 법률상 부가 아닌 생부가 법적인 아버지 지위를 얻기 위해서는 자녀와 법적인 부모 사이의 유대관계에 반하지 않아야 하고, 이것이 자녀의 복리에 도움이 되어야 한다고 하는 것(Hans Hoffmann, in: Schmidt-Bleibtreu · Klein(begründet), *GG Kommentar zum Grundgesetz*, 14. Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2018, S. 386)도 결국 헌법상 가족은 단순히 혈연만으로 인정되는 것이 아니라 유대감 또한 있어야 한다는 것을 보여준다.

83) 독일 기본법 제6조 제2항 제1문에 따라 양육권은 부모에게 인정되는 권리이다. 그러나 우리 헌법 제36조 제1항은 이를 제한하고 있지 않으므로, 조부모 등 근친이 헌법상 양육권을 가질 수 있다. 독일 기본법 제6조의 가족과 우리 가족조항을 비교 고찰한 것으로는, 김하열, 앞의 논문, 15-16면 참조.

84) 현재 2023. 3. 23. 2021헌마975, 공보 318, 797, 803 참조.

하여, 자녀를 법적으로 보호받을 수 있도록 할 수 있다. 이처럼 생부의 자녀에 대한 출생신고는 생부와 자녀 사이의 헌법상 가족의 지위를 명확히 하는 것이고, 나아가 생부로서는 그 자녀와 민법상 친생자관계를 찾기 위한 첫 단계가 된다.<sup>85)</sup> 그러나 현행 가족관계등록법 제57조의 인지의 효력이 있는 생부의 출생신고권은 헌법상 가족관계가 형성되었는지를 따지지 아니하고 혈연관계만으로 인지의 효력이 있는 출생신고를 인정하므로, 헌법상 양육권에서 도출되었다기 보다는 인지와 관련된 생부의 가족관계를 형성할 권리에서 도출되었다고 보아야 한다. 그러한 점에서 반대의견과 같이 생부의 가족생활의 자유 침해를 인정하기 위해서는 생부의 출생신고권이 혈연관계가 인정되면 무조건 인정되는 것이 아니라, 가족 간의 유대가 있다는 점, 즉 생부가 이미 자신의 혼인 외 출생자를 양육하고 있다는 점이 더욱 강조되어야 할 것이다.

#### 4. 중간 맺음

헌법재판소의 법정의견은 심판대상조항들이 생부인 청구인들의 가족생활의 자유를 침해할 가능성이 없다고 판단하여 쟁점 자체에서 배제하였다. 심판대상조항이 출생신고와 관련된 조항이고, 혼인 외 출생자의 출생신고가 이루어진다고 하여 가족관계가 형성되지 않으며, 생부가 출생자를 양육할 수 있는지를 정하는 것도 아니라는 이유 때문이었다. 그러나 생부가 자신의 혼인 외 출생자와 혈연관계에 있다는 점을 확인하였고, 그들 사이에 가족 간의 유대가 생겼다

85) 다만, 양육권에 기반한 생부의 출생신고권은 자녀를 친생자로 출생신고를 할 수 있는 권리라는 것은 아니다. 이는 적극적으로 가족관계를 형성하는 권리이므로, 양육권이 아닌 생부의 가족관계를 형성할 권리(가족관계를 바로 잡을 권리)에서 나온다고 보아야 한다.

면, 이들은 헌법상 보호받아야 할 가족이 된 것이다. 그리고 헌법상 형성된 가족관계에서 생부가 행사하는 출생신고권은 양육권, 특히, 자녀를 보호할 권리에서 도출된다. 이러한 점에서 헌법재판소의 법정의견은 우선 헌법상 보호되는 가족의 범위를 민법에 따라 판단하여 생모가 혼인 관계에 있었음에도 남편 아닌 제3자와 사이에서 자녀를 낳은 경우에 생부와 그 자녀 사이에는 가족관계가 형성되지 않았다고 본 것이 아닌지 의심이 되고, 그것이 아니라면 출생신고가 양육 중 ‘보호’와 관련된 제도라는 사실을 간과한 것이 아닌지 의심된다. 따라서 생부인 청구인들에게 자신과 생물학적 부자관계가 인정되고, 자신이 돌보는 혼인 외 출생자인 청구인에 대한 출생등록권을 인정할 반대의견이 출생등록이 갖는 의미, 헌법이 보장하는 가족관계 및 가족생활의 자유의 범위를 정확히 판단하였다고 생각한다.

## V. 마치며

생모가 혼인 관계에 있었음에도 남편 아닌 제3자와 사이에서 자녀를 낳았을 경우, 구 호적법 하에서는 생부가 모 불상의 출생신고를 할 수 있었다.<sup>86)</sup> 따라서 이 사건과 같은 문제가 발생한 것은 가

86) 호적법 시행 당시에는 모 불상 등의 출생신고를 할 경우에도 ‘그 모가 유부의 여자가 아님을 증명케 하여야 할 것’이라고 하여 혼인 외 출생자가 다른 사람의 친생추정을 받지 않는다는 점을 명확히 하려는 호적선례 제2-77호도 존재하였으나, 호적선례 제2-78호에서는 “부가 혼인 외의 출생자에 대하여 출생신고를 하면서 모의 본적뿐만 아니라 성명불명인 것으로 기재한 경우에도 그 출생신고의 수리를 거부할 수 없으며, 이와 같이 모의 성명조차 알 수 없어 모를 전혀 특정할 수 없는 경우에는 호적예규 276항(유적남과 본적 불명 또는 무적녀 간의 혼인 외 출생자에 대한 출생신고에는 모가 유부녀가 아닌 사실을 증명하여야 한다)과 제277항(모가 본적지를 달리하는 경우에는 혼인 외 출생자의 출생신고에 모의

족관계등록법이 제정된 이후이다. 그러나 구 호적법 시대의 이러한 방법은 생부와 생모가 동시에 기재되지 못할 수도 있어 결코 정상적인 방법은 아니다.<sup>87)</sup> 따라서 태어난 즉시 '출생등록될 권리'를 기본권으로 인정하여 모든 아이들이 이러한 권리를 누릴 수 있게 한 헌법재판소의 결정은 아동 인권 향상에 매우 뜻깊은 결정이다. 비록 이 결정에 따른 보완입법이 아니고, 출생등록되지 않고 살해되거나 학대당하고 방치된 아이들의 문제로 출생통보제도가 신속하게 논의되고 입법되어 내년에 시행을 앞두고 있지만, 그것이 이 결정의 의미를 반감시키는 것은 결코 아니다.

그렇지만 태어난 즉시 '출생등록될 권리'는 국제조약에서 비롯된 것이어서 그 내용, 범위 등에 대해서 국내적으로 활발한 논의가 이루어지지 않고 있다. 이 논문에서 출생등록될 권리의 법적 성격, 내용, 제한 등에 대해서 다루었지만, 이를 좀 더 명확히 하는 것이 학문의 임무이다. 특히 우리의 출생등록제도가 국적과 연결되어 이루어지기 때문에 발생하는 한계로 인하여 국내에서 출생한 외국인 아동의 태어난 즉시 '출생등록될 권리'가 문제될 수 있어, 논의가 시급하다.

또한, 이 결정에서는 생부의 가족생활의 자유로서 자녀를 출생등록할 권리에 대한 판단이 이루어지지 않았다. 그러나 이 사건은 모가 혼인 관계에 있었음에도 남편 아닌 제3자와 사이에서 자녀를 낳았을 경우, 생부가 민법상 아버지로 인정받기 위한 시작 단계의 사

---

호적등·초본을 첨부하게 한다)은 적용되지 않는다.”라고 하여 제한 없이 모 불명의 출생신고가 가능하도록 바뀌었다. 이는 호적선례 제2-80호에서도 확인된다.

87) 생모를 추가하려면 결국 생모가 출산 당시 혼인 관계가 있었는지를 밝혀야 하고, 혼인관계에 있는 것이 확인될 경우, 모의 남편이 법률상 아버지가 되어, 그가 속한 가에 입적하게 된다. 결국 부나 모 중 하나는 실제 혈연관계를 반영할 수 없다는 점에서 문제가 있다.

건이다. 따라서 앞으로 친생추정을 비롯한 친생과 관련 규정들인, 친생추정조항, 친생부인의 소, 친생자관계존부확인의 소에 관한 조항과 관련하여서도 생부의 가족생활의 자유의 침해 여부가 다시 부각될 것이다.<sup>88)</sup> 친생추정의 의미, 기술의 발전으로 인하여 손쉽게 생물학적 혈연관계를 확인할 수 있는 환경의 변화, 다양한 가족 형태의 등장, 전통적인 혼인관계의 약화 등이 친생추정조항 등 다음 사건에서 다루어질 것이다. 이 사건에서 그 전제로서 생부의 지위, 헌법상 가족의 의미에서 대해서 다룰 기회를 법정의견에서는 놓쳤으나, 반대의견에서 그나마 이에 대한 논의의 실마리를 찾을 수 있다는 점에서 의미가 있다.

---

88) 친생추정조항은 현재 2015. 4. 30. 2013헌마623에서 다루어진 바 있다. 이 사건에서는 혼인 종료 후 300일 이내에 출생한 자녀에 대한 친생추정이 문제되었다. 헌법재판소는 가정생활과 신분관계에서 누려야 할 인격권, 혼인과 가족생활에 관한 기본권을 침해한다고 판단하여 헌법불합치 결정을 하였다. 이에 따라 친생추정조항은 그대로 유지하되(조항 구조만 변경되었다), 혼인관계가 종료된 날부터 300일 이내에 출생한 자녀와 관련하여 어머니 또는 어머니의 전 남편이 친생부인의 허가 청구할 수 있도록 하고(제854조의2), 생부가 가정법원에 인지 허가를 청구할 수 있도록(제855조의2) 하여 친생추정을 쉽게 배제할 수 있는 제도를 신설하였다.

## 참고문헌

- 계희열, 헌법학(중), 신정2판, 박영사, 2007.
- 김하열, 헌법강의, 제5판, 박영사, 2023.
- 보건복지부·국제아동인권센터, “2019 아동인권증진사업 유엔아동권리위원회 제5-6차 최종견해 자료집”, 2020.
- 법원행정처, 가족관계등록실무[ I ], 2018.
- 유진오, 헌법해의, 명세당, 1949.
- \_\_\_\_\_, (신고) 헌법해의, 일조각, 1957.
- 이장희, 기본권의 개념 및 인정 기준과 법률적 권리의 관계, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015.
- 최흥기, 한국 호적제도사 연구, 서울대학교 출판부, 1997.
- 한수웅, 헌법학, 제12판, 법문사, 2022.
- 강태수, “현대국가에서 기본권내용의 개방적 전개와 문제점 -주관적 공권을 중심으로-”, 「공법연구」 제32집 제4호, 사단법인 한국공법학회, 2004.
- 김상용, “생부(미혼부)의 권리에 대한 소고 -생부의 출생신고와 친생부인권을 중심으로-”, 「중앙법학」 제22집 제1호, 중앙법학회, 2020.
- 김지현, “혼인·가족 형태의 다양화와 헌법적 대응”, 고려대학교 석사학위논문, 2010.
- 김찬희, “오토마 뷔러(Ottmar Bühler)의 주관적 공권론에 관한 연구”, 서울대학교 법학박사학위 논문, 2022.
- 김 참, “국제법규와 헌법재판”, 고려대학교 석사학위논문, 2012.
- 김하열, “헌법상 가족의 개념”, 「인권과 정의」 제510호, 2022.
- 안병하, “성명권 보호에 관한 일고찰 -서울고등법원 2018. 6. 21. 선고 2017나2042164 판결에 대한 평석을 겸하여-”, 「법조」 제71권 제2호(통권 752호), 법조협회, 2022.
- 이세주, “헌법 제10조 인간의 존엄과 가치의 성격에 대한 고찰”, 「헌법학연구」 제28권 제2호, 한국헌법학회, 2022.

정현수, “호적제도의 변천과 새로운 신분증명제도에 관한 고찰”, 「가족법연구」 제20권 제2호, 한국가족법학회, 2006.

조소영, “기본권 규범구조에서의 ‘인간의 존엄성’의 지위 -현재 2016. 12. 29. 2013헌마142 결정에 대하여-”, 「공법연구」 제48집 제1호, 사단법인 한국공법학회, 2019.

허원중, “잇힐 권리의 독자적 기본권성”, 「헌법실무연구」 제22권, 헌법재판소, 2021.

장재현, 온주 민법 제779조, 2023.

Christian von Coelln, in: Michael Sachs(Hrsg.), *Grundgesetz*, 8. Auflage, C.H.Beck, 2018.

Hans Hoffmann, in: Schmidt-Bleibtreu · Klein(begründet), GG Kommentar zum Grundgesetz, 14. Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2018.

Friederike Wapler, *Kinderrechte und Kindeswohl*, Mohr Siebeck, 2015.

<Abstract>

## **The Right to be Registered Immediately after Birth and the Right to Report the Birth of a Biological Father**

KIM, CHAM\*

On March 23, 2023, the Constitutional Court pronounced that 'the right to be registered immediately after birth of a child' is a constitutional a fundamental right under the constitution, and ruled that the provisions of the Act on the Registration, Etc. of Family Relationships, which do not include any clause allowing the birth of a child who is born to a married woman and a man other than her husband to be reported by the child's biological father are nonconforming to the Constitution. This decision has opened the way for children whose births were not registered for the above reasons to be registered according to the improved legislation.

Meanwhile, on June 22, 2023, shortly after this decision, the Board of Audit and Inspection announced the facts about children who were killed or abandoned without having their births registered. With this as an opportunity, the National Assembly expedited discussions on supplementary legislation. Consequently, a revised 'Act on the Registration, Etc. of Family Relationships', which introduces a birth registration system with the addition of a birth notification system in medical institutions, is scheduled to be implemented on July 19, 2024, after being amended on July 18, 2023.

However, the amended law will not be applied retroactively. Furthermore, even with the implementation of the birth notification system, it will only apply within a limited scope, restricted to Korean nationals.

---

\* Constitutional Rapporteur Judge, Constitutional Court of Korea

Therefore, the Constitutional Court's decision, still has meaning.

In this paper, I examined how the right to be registered immediately after birth of a child rooted in international legal norms, can be found as a fundamental right. I also explained its legal nature, specific content, and limitations. Additionally, I also argued about family relationships under the Constitution and examined that the right to report child's birth of the biological father out of wedlock should be included within the broad scope of constitutional child custody right.

**Key Words** : birth report, the right to be registered immediately after birth, the concept of family under the constitution, the freedom of family life, the right to report the birth of a biological father