

헌법과 가족

일시 : 2009. 5. 20(수) 10:00~12:00

장소 : 한국여성정책연구원 3층 회의실



Contents

발표문

헌법에 있어서의 가족	1
전 경 근 (아주대학교 법학전문대학원 교수)	

토론문

변 화 순 (한국여성정책연구원 성평등연구실장)	23
정 재 훈 (서울여자대학교 사회복지학과 부교수)	25
장 명 선 (서울여성가족재단, 법학박사)	28
최 혜 경 (이화여대 소비자학과)	33

◆ 발표문 ◆

헌법에 있어서의 가족

전 경 근

(아주대학교 법학전문대학원 교수)

I. 들어가는 말

최근 들어 헌법 개정에 대한 논의가 한창 진행되고 있다. 2008년 10월에 국회의 장 자문기구인 헌법연구자문위원회가 발족하여 본격적인 활동에 들어간 것은 헌법 개정이 현실이 될 수 있음을 보여 주는 예가 될 것이다. 물론 헌법 개정 논의의 중심에는 대통령제를 의원내각제로 바꾸는 등의 정치조직에 관한 내용이 들어 있다. 그렇지만 헌법재판소가 설치된 이후 기본권에 대한 국민들의 관심이 높아진 지금, 기본권에 관한 논의도 이루어져야 할 것으로 보인다.

현재 시행되고 있는 대한민국헌법은 1987. 2. 25. 헌법 제10호로 전부개정된 것이다. 현행헌법 제36조에서는 “① 혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다. ② 국가는 모성의 보호를 위하여 노력하여야 한다. ③ 모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다.”라고 규정함으로써 혼인과 가족에 대하여 선언적으로 규정하고 있다.

그렇지만 그 동안 많은 노력을 통하여 선언적 의미만을 가지고 있었던 혼인과 가족에 관한 헌법 규정을 구체화하는 법률들이 다수 제정되었으며, 가족형성의 기초가 되는 모성의 보호를 위한 법률도 제정되었다. 이러한 노력은 혼인과 가족 및 출산이 가지는 헌법적 의미를 현실에 반영하기 위한 것이라고 할 수 있을 것인바, 앞으로도 이러한 노력은 지속되어야 할 것이다.

위와 같은 의미에서 이 글에서는 혼인과 가족에 관한 헌법규정과 헌법을 구체화하기 위하여 어떤 법률이 제정되어 시행되고 있는가를 시간적 순서에 따라 살펴봄으로서, 헌법을 개정하는 경우 이에 관한 규정을 어떻게 보완하는 것이 바람직할 것인지 그리고 어떤 내용의 법률이 보완되어야 할 것인지를 생각해 보기로 한다.

II. 혼인과 가족에 관한 헌법규정의 변천

국민의 권리와 의무에 관한 헌법조항의 하나인 혼인과 가족에 관한 규정은 헌법이 10차례 개정되는 가운데에서도 그리 많은 변화를 가져오지 않았다. 1948. 7.

17.에 제정되고 시행된 제헌헌법 제20조에서는 “혼인은 남녀동권을 기본으로 하며 혼인의 순결과 가족의 건강은 국가의 특별한 보호를 받는다.”라고 규정하고 있었다. 한편 헌법 부칙 제6조 제1항에서는 “이 헌법 시행당시의 법령과 조약은 이 헌법에 위배되지 아니하는 한 그 효력을 지속한다.”고 규정함으로써 대한민국 수립 이전에 만들어진 법령과 조약에 대한 효력을 인정하였다.¹⁾

혼인과 가족에 관하여 남녀동권을 인정한 제헌헌법 제20조는 그 후 4차례나 헌법이 개정되는 가운데에도 변경되지 않고 같은 내용으로 존속하였지만,²⁾ 1962. 12. 26. 헌법 제6호로 이루어진 전부개정에서는 그 내용의 변경을 가져왔다. 1962년의 개정을 통하여 가족관계 규정은 제31조로 변경되었고, 그 내용은 “모든 국민은 혼인의 순결과 보전에 관하여 국가의 보호를 받는다.”로 변경됨으로서 남녀동권이라는 기본원리가 삭제되고 가족의 건강 대신에 보전에 관한 기본권을 인정하고 되었다.³⁾

그 후 1980. 10. 27. 헌법 제9호로 이루어진 전부개정에서는 제34조에서 혼인과 가족생활에 관한 규정을 두었는바, 제1항에서는 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 한다.”라고 규정하고 있었고, 제2항에서는 “모든 국민은 보전에 관하여 국가의 보호를 받는다.”라고 규정하고 있었다. 따라서 1980년의 개정에서는 제헌헌법에서 규정하였던 남녀동권이라는 명제를 양성의 평등이라는 말로 대체하였다고 할 수 있다.

위와 같은 변천과정을 거쳐 현행민법은 제1항에서 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.”고 규정하였고, 제2항에서는 지금까지 규정한 바 없는 내용인 “국가는 모성의 보호를 위하여 노력하여야 한다.”라는 규정을 두었다.

위와 같은 헌법 제36조의 연혁과 관련하여 헌법재판소는, 『헌법 제36조 제1항의 연혁을 살펴보면, 제헌헌법 제20조에서 “혼인은 남녀동권(男女同權)을 기본으로 하며, 혼인의 순결과 가족의 건강은 국가의 특별한 보호를 받는다.”고 규정한 것이 그 시초로서, 헌법제정 당시부터 평등원칙과 남녀평등을 일반적으로 천명하는

1) 헌법 부칙 제6조에 의하여 효력을 인정받은 법령이 헌법 제20조에서 규정하고 있는 바와 같이 남녀동권을 기본으로 하며 혼인의 순결과 가족의 건강을 보호하기에 충분한 내용을 담고 있다고 할 수 있는지도 고찰해 볼 필요가 있을 것이나, 이 글에서는 헌법 제정 이후의 상황만 판단한다는 의미에서 따로 논의하지 않는다.

2) 4차례의 헌법개정은 1952. 7. 7. 헌법 제2호로 일부개정된 것, 1954. 11. 29. 헌법 제3호로 일부개정된 것, 1960. 6. 15. 헌법 제4호로 일부개정된 것, 1960. 11. 29. 헌법 제5호로 일부개정된 것을 가르킨다.

3) 남녀평등에 관한 규정은 제헌헌법에도 존재하였지만, 제헌헌법은 혼인에 있어서 남녀동권을 특별히 강조한 데 비하여 1962년의 개정에서는 남녀동권에 대해서는 특별한 규정을 두고 있지 않다.

것(제헌헌법 제8조)에 덧붙여 특별히 혼인의 남녀동권을 헌법적 혼인질서의 기초로 선언한 것은 우리 사회 전래의 혼인·가족제도는 인간의 존엄과 남녀평등을 기초로 하는 혼인·가족제도라고 보기 어렵다는 판단 하에 근대적·시민적 입헌국가를 건설하려는 마당에 종래의 가부장적인 봉건적 혼인질서를 더 이상 용인하지 않겠다는 헌법적 결단의 표현으로 보아야 할 것이다. 이러한 헌법의 의지는 1980년 헌법에서 더욱 강화되었다. 양성평등 명령이 혼인관계뿐만 아니라 모든 가족생활로 확장되었고, 양성평등에 더하여 개인의 존엄까지 요구하였다. 여기에 현행 헌법은 국가의 보장의무를 덧붙임으로써 이제 양성평등과 개인의 존엄은 혼인과 가족제도에 관한 최고의 가치규범으로 확고히 자리 잡았다.』고 평가하고 있다.⁴⁾

그리고 동성동본 금혼제도의 위헌 여부가 문제된 헌법재판소 1997. 7. 16. 선고 95헌가6내지13 결정에서도 『헌법 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다”고 규정하고 있는바, 이는 혼인제도와 가족제도에 관한 헌법원리를 규정한 것으로서 혼인제도와 가족제도는 인간의 존엄성 존중과 민주주의의 원리에 따라 규정되어야 함을 천명한 것이라 볼 수 있다. 따라서 혼인에 있어서도 개인의 존엄과 양성의 본질적 평등의 바탕위에서 모든 국민은 스스로 혼인을 할 것인가 하지 않을 것인가를 결정할 수 있고 혼인을 함에 있어서도 그 시기는 물론 상대방을 자유로이 선택할 수 있는 것이며, 이러한 결정에 따라 혼인과 가족생활을 유지할 수 있고, 국가는 이를 보장해야 하는 것이다.』라고 판시한 바 있다.

또한 과외교섭의 금지가 위헌인지 여부가 다투어졌던 헌법재판소 2000. 4. 27. 선고 98헌가16 등 결정에서는 『헌법 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다”고 하여 혼인 및 그에 기초하여 성립된 부모와 자녀의 생활공동체인 가족생활이 국가의 특별한 보호를 받는다는 것을 규정하고 있다. 이 헌법규정은 소극적으로는 국가권력의 부당한 침해에 대한 개인의 주관적 방어권으로서 국가권력이 혼인과 가정이란 사적인 영역을 침해하는 것을 금지하면서, 적극적으로는 혼인과 가정을 제3자 등으로부터 보호해야 할 뿐이 아니라 개인의 존엄과 양성의 평등을 바탕으로 성립되고 유지되는 혼인·가족제도를 실현해야 할 국가의 과제를 부과하고 있다.』고 판시하였다.

4) 헌법재판소 2005. 2. 3. 선고 2001헌가9 결정. 이 결정에서는 호주제의 위헌 여부가 다투어졌으며, 호주제의 위헌 여부가 문제된 다른 결정인 헌법재판소 2005. 2. 3. 선고 2004헌가5 결정에서도 2001헌가9 결정에서와 같은 취지로 판시하고 있다.

위와 같은 헌법재판소의 결정취지를 고려한다면 헌법은 더 이상 추상적 규범으로서 존재하고 있는 것이 아니며, 우리의 생활과 밀접한 관련을 맺고 있다고 할 것이다.

Ⅲ. 혼인과 가족에 대한 법령의 변천

혼인에 관한 가장 기본적인 법령은 민법 제4편과 제5편이라고 할 수 있을 것이다. 헌법이 제정된 후에 설치된 법전편찬위원회에서는 민법 친족상속법 편찬요강을 작성한 후 구체적인 초안작성작업에 착수하였다. 그렇지만 이러한 과정을 거쳐 제정된 민법의 내용은 헌법이 규정하는 남녀동권이 전혀 보장되지 않는 내용을 담고 있었다.⁵⁾ 예를 들어 친족의 범위에 있어서도 부계(父系)를 중심으로 하도록 하고 상속에 있어서도 남녀의 차이와 함께 동일한 호적 내에 있는지 여부에 의하여 차이를 두었다. 헌법에 반하는 이러한 규정들은 오랜 시간 동안 명맥을 유지하다가 최근에 이르러서야 비로소 개정되었다. 이와 같이 민법의 변화는 헌법이 추구하는 혼인과 가족에 대한 현실을 나타낸다는 의미에서 매우 중요하다고 생각되므로 민법의 개정과정을 헌법의 변천사에 비추어 간단히 살펴본다.⁶⁾

1. 양성의 평등

양성의 평등은 헌법 제36조가 혼인과 가족생활을 보호하기 위한 기초로 삼고 있는 중요한 이념이다. 혼인에 있어서의 양성평등의 실현은 이하에서 살펴보는 바

5) 민법을 제정하는 과정에서 국회에 제출된 정부안 이외의 다른 민법제정안에서는 남녀평등을 실현하기 위한 내용을 많이 포함하고 있었다고 하는데, 그 내용이 국회의 심의과정에서 채택되지 않았다고 한다. 민법제정의 역사에 관하여는 정종휴, 역사속의 민법, 147면 이하 참조. 특히 동성동본 금혼제도의 도입에 관하여는 175면 이하에서 자세하게 설명하고 있다.

6) 현행 헌법에서는 규정하고 있지 않지만 제헌헌법에서 규정하였던 혼인의 순결에 관한 보호는 아직도 헌법재판소의 결정을 통하여 찾아 볼 수 있다. 헌법재판소 1990. 9. 10. 선고 89헌마82 결정; 헌법재판소 2001. 10. 25. 선고 2000헌바60 결정; 헌법재판소 2008. 10. 30. 선고 2007헌가17 결정에서는 형법 제 241조에서 규정하고 있는 간통죄가 헌법에 위반되지 않는다고 판시하였다. 다만 2007헌가17결정에서는 형법 제241조가 위헌이라는 재판관이 4인, 헌법불합치라는 재판관이 1인이었다.

와 같이 진행되었다. 그렇지만 혼인에 의한 양성평등과는 별개로 헌법은 제11조에서 모든 국민이 평등함을 규정하고 있으며, 이를 이론적 근거로 하여 남녀차별금지 및 구제에 관한 법률,⁷⁾ 남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률 등 남녀차별의 해소를 목적으로 하는 법률을 제정하였으며,⁸⁾ 여성을 지원하기 위한 다수의 법률도 제정하였다.⁹⁾

이하에서는 본 논문의 주제인 헌법 제36조가 규정하는 양성의 평등과 관련하여 민법상의 규정을 중심으로 살펴본다. 왜냐하면 헌법 제11조가 규정하는 평등의 원칙은 그 범위가 넓을 뿐만 아니라 혼인이나 가족생활과는 무관한 분야도 많기 때문이다.¹⁰⁾

(1) 친족의 범위

우선 1958년에 제정된 민법¹¹⁾에서는 친족의 범위에 있어서 본인을 기준으로 부계혈족은 8촌까지가 친족에 포함되었으나 모계혈족은 4촌까지만 혈족에 포함되었으며, 처의 경우에는 부(夫)의 8촌 이내의 부계혈족과 부(夫)의 4촌 이내의 모계혈족이 친족에 포함된 반면 처가에 대해서는 처의 부모만을 친족에 포함시킴으로서 친족의 범위에 현격한 차이를 보였다. 이 규정은 1990년의 민법개정에서 변경되었는데, 현재는 8촌 이내의 혈족, 4촌 이내의 인척으로 부부간의 차이를 두지 않고 있다.

7) 이 법은 2005. 3. 24. 법률 제7422호로 폐지되었지만, 그 내용은 국가인권위원회법에 계승되었다.

8) 근로기준법과 같이 남녀차별의 해소를 법의 제정목적으로 하여 만들어지지 않는 않지만 남녀의 차별을 금지하고 있는 법이 다수 있다.

9) 여성을 지원하기 위하여 만들어진 법률로는 여성발전기본법, 여성기업지원에 관한 법률, 여성과 학기술인육성 및 지원에 관한 법률, 여성농어업인 육성법 등이 있다. 그밖에 경력단절여성 등의 경제활동 촉진법[법률 제9101호, 2008. 6. 5. 제정]은 임신, 출산, 육아 등으로 인하여 경제활동을 중단하였거나 경제활동을 한 적이 없는 여성의 취업을 돕기 위하여 제정되었는데, 이는 혼인에 있어서의 양성의 평등뿐만 아니라 한부모가족의 자립을 지원한다는 점에 있어서도 매우 중요한 의미를 가진다.

10) 헌법학자들이 헌법개정에 관한 연구를 하면서 혼인과 가족생활의 평등에 관한 조항은 현행헌법 제36조 제1항에서 규정하기 보다는 평등조항인 제11조에서 규정하는 것이 바람직하다는 방향으로 정리하였다고 한다. 한국헌법학회, 헌법개정연구, 147면.

11) 이하에서는 1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정된 민법을 구민법이라고 하고, 그 후에 개정된 민법을 개정된 년도와 함께 인용하며, 현재 시행되고 있는 민법을 현행민법으로 인용한다. 참고로 민법은 제정된 후 현재까지 17차례 개정되었으며, 그 가운데 1977. 12. 31. 법률 제3051호인 제5차 개정, 1990. 1. 13. 법률 제4199호인 제7차 개정, 1997. 12. 13. 법률 제5431호인 제8차 개정, 2001. 12. 29. 법률 제6544호인 제10차 개정, 2002. 1. 14. 법률 제6591호인 제11차 개정, 2005. 3. 31. 법률 제7427호인 제12차 개정, 2005. 12. 29. 법률 제7765호인 제14차 개정, 2007. 5. 17. 법률 제8435호인 제15차 개정, 2007. 12. 21. 법률 제8720호인 제16차 개정, 2009. 5. 8. 법률 제9650호인 제17차 개정에서는 민법 친족편과 상속편의 일부 조항이 개정되었다.

이와 같은 맥락에서 살펴볼 수 있는 것이 금혼범위인데, 동성동분을 금혼범위에 포함시키고 있었던 민법 제809조 제1항이 남녀평등에 반한다는 사실은 특별히 지적하지 않아도 당연히 알 수 있는 것이며,¹²⁾ 그밖의 금혼범위에 해당하는 “남계혈족의 배우자, 부(夫)의 혈족 및 기타 8촌 이내의 인척이거나 이러한 인척이었던 자”의 범위도 남녀평등에 반하는 것이었다. 이 규정은 2005년의 민법개정에서 “① 8촌 이내의 혈족(친양자의 입양 전의 혈족을 포함한다) 사이에서는 혼인하지 못한다. ② 6촌 이내의 혈족의 배우자, 배우자의 6촌 이내의 혈족, 배우자의 4촌 이내의 혈족의 배우자인 인척이거나 이러한 인척이었던 자 사이에서는 혼인하지 못한다. ③ 6촌 이내의 양부모계(養父母系)의 혈족이었던 자와 4촌 이내의 양부모계의 인척이었던 자 사이에서는 혼인하지 못한다.”라는 내용으로 변경됨으로서 남녀차별이 해소되게 되었다.¹³⁾

(2) 호주제와 종중원의 지위

민법은 호적을 기준으로 하여 가족의 범위를 정하고 가족 중에서 호주를 정하도록 하고 있었는데, 호주가 될 수 있는 자를 일가의 계통을 계승한 자, 분가한 자 또는 기타 사유로 인하여 일가를 창립하거나 부흥한 자로 하고 있었다. 따라서 위 규정만으로는 호주제가 남녀평등에 반하는지 여부가 분명하게 드러나지 않는다. 그렇지만 호주의 상속에 있어서 남자가 우선순위를 가지며(제984조), 남녀가 혼인하는 경우 입부혼인이 아닌 한 여자가 남자의 호적에 입적하는 것으로 하고(제826조 제3항), 자녀도 부의 호적에 입적하게 함으로서 호주의 지위의 승계와 관련하여 남녀를 차별하였다.¹⁴⁾ 이러한 호주제가 과거로부터 전해온 우리의 관습인지 여부에 대하여 많은 논란을 거치면서 호주제를 폐지하자는 주장이 강하게 제기되었고, 그 결과 헌법재판소 2005. 2. 3. 선고 2001헌가9 결정에 의하여 호주제가 헌법에 위반된다는 판단이 내려졌으며, 국회도 2005. 3. 31. 민법개정을 통하여 호주제

12) 헌법재판소 1997. 7. 16. 선고 95헌가6내지13 결정에서는 동성동분의 결혼을 금지하는 것이 ‘인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권’과 ‘개인의 존엄과 양성의 평등’ 및 ‘사회질서나 공공복리’에 위반된다는 취지로 판시하였다.

13) 위와 같은 민법개정으로 남녀차별에 대한 문제는 해소되었지만 전통적으로 인정되던 형부와 처제의 결혼이 취소할 수 있는 혼인에 속하게 되었으며, 이 문제를 해결하기 위하여 많은 학자들은 형부와 처제의 혼인이 허용되는 것으로 해석하기도 하였다. 자세한 것은 배경숙·최금숙, 친족상속법강의, 95면 참고.

14) 호주제의 위헌 여부를 판단한 기준은 호주가 될 자격에 대하여 남녀를 차별하고 있다는 점과 함께 호주에게 가족에 대한 일정한 지배권한을 인정하는 것 자체 이었다고 할 수 있을 것이다.

폐지를 주요내용으로 하는 민법개정안을 통과시켰다.¹⁵⁾

위 헌법재판소 결정에서는 헌법과 전통과의 관계에 대하여 『(1) 헌법은 국가사회의 최고규범이므로 가족제도가 비록 역사적·사회적 산물이라는 특성을 지니고 있다 하더라도 헌법의 우위로부터 벗어날 수 없으며, 가족법이 헌법이념의 실현에 장애를 초래하고, 헌법규범과 현실과의 괴리를 고착시키는데 일조하고 있다면 그러한 가족법은 수정되어야 한다. (2) 우리 헌법은 제정 당시부터 특별히 혼인의 남녀동권을 헌법적 혼인질서의 기초로 선언함으로써 우리 사회 전래의 가부장적인 봉건적 혼인질서를 더 이상 용인하지 않겠다는 헌법적 결단을 표현하였으며, 헌행 헌법에 이르러 양성평등과 개인의 존엄은 혼인과 가족제도에 관한 최고의 가치규범으로 확고히 자리잡았다. 한편, 헌법 전문과 헌법 제9조에서 말하는 “전통”, “전통문화”란 역사성과 시대성을 띤 개념으로서 헌법의 가치질서, 인류의 보편가치, 정의와 인도정신 등을 고려하여 오늘날의 의미로 포착하여야 하며, 가족제도에 관한 전통·전통문화란 적어도 그것이 가족제도에 관한 헌법이념인 개인의 존엄과 양성의 평등에 반하는 것이어서는 안 된다는 한계가 도출되므로, 전래의 어떤 가족제도가 헌법 제36조 제1항이 요구하는 개인의 존엄과 양성평등에 반한다면 헌법 제9조를 근거로 그 헌법적 정당성을 주장할 수는 없다.』라고 설명하고 있다. 위와 같은 헌법재판소 결정의 의미를 되새겨보면, 호주제는 제헌헌법 당시 헌법에 위반됨을 이유로 폐지되었어야 하거나 또는 처음부터 민법에 포함되지 않았어야 하는 것이었다고 할 수 있을 것이다.

호주제와는 별개로 남성 중심의 혈족제도를 대표하는 것이 종중이다. 판례는 오래전부터 성년의 남자만이 종중원이 된다는 법리를 확인해 왔다.¹⁶⁾ 그렇지만 같은 조상의 후손인 여성도 종중원이 된다는 것이 최근의 판례의 태도이다.¹⁷⁾ 성년이 되면 여성도 종중원이 된다는 것을 확인한 최초의 판결인 대법원 2002다1178 전원합의체 판결에서는 『종원의 자격을 성년 남자만으로 제한하고 여성에게는 종원의 자격을 부여하지 않는 종래 관습에 대하여 우리 사회 구성원들이 가지고 있던 법적 확신은 상당 부분 흔들리거나 약화되어 있고, 무엇보다도 헌법을 최상위 규범

15) 호주제가 폐지되면서 호주제를 시행하기 위한 법률인 호적법이 가족관계의 등록 등에 관한 법률이 2007. 5. 17. 법률 제8435호로 제정되어 시행되고 있다. 가족관계의 등록 등에 관한 법률은 본인을 기준으로 하여 가족관계를 등록하도록 함으로서 남녀차별의 문제는 방지하였지만, 각종 증명서에 기재되는 사항에 관하여는 많은 비판이 제기되고 있다.

16) 남자만이 종중원이 된다는 판결로는 대법원 2002. 5. 10. 선고 2002다4863 판결 외에도 다수의 판결이 있다.

17) 이러한 취지의 판결로는 대법원 2005. 7. 21. 선고 2002다1178 전원합의체 판결; 대법원 2005. 7. 21. 선고 2002다13850 전원합의체 판결; 대법원 2007.9.6. 선고 2007다34982 판결 등이 있다.

으로 하는 우리의 전체 법질서는 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 한 가족생활을 보장하고, 가족 내의 실질적인 권리와 의무에 있어서 남녀의 차별을 두지 아니하며, 정치·경제·사회·문화 등 모든 영역에서 여성에 대한 차별을 철폐하고 남녀 평등을 실현하는 방향으로 변화되어 왔으며, 앞으로도 이러한 남녀평등의 원칙은 더욱 강화될 것인바, 종중은 공동선조의 분묘수호와 봉제사 및 종원 상호간의 친목을 목적으로 형성되는 종족단체로서 공동선조의 사망과 동시에 그 후손에 의하여 자연발생적으로 성립하는 것임에도, 공동선조의 후손 중 성년 남자만을 종중의 구성원으로 하고 여성은 종중의 구성원이 될 수 없다는 종래의 관습은, 공동선조의 분묘수호와 봉제사 등 종중의 활동에 참여할 기회를 출생에서 비롯되는 성별만에 의하여 생래적으로 부여하거나 원천적으로 박탈하는 것으로서, 위와 같이 변화된 우리의 전체 법질서에 부합하지 아니하여 정당성과 합리성이 있다고 할 수 없으므로, 종중 구성원의 자격을 성년 남자만으로 제한하는 종래의 관습법은 이제 더 이상 법적 효력을 가질 수 없게 되었다.』고 판시함으로서 호주제의 폐지와 함께 친족집단 내에서의 여성의 지위를 남성과 동등한 것으로 평가하고 있는 것이다. 그러므로 이제는 관습법의 영역에 있어서도 어느 정도 남녀의 평등이 달성되었다고 할 것이다.

(3) 자녀의 성과 본

구민법 제781조 제1항에서는 “자는 부의 성과 본을 따르고 부가에 입적한다”고 규정하고 있었다. 이러한 규정의 내용은 현행민법이 “자는 부의 성과 본을 따른다.”고 규정하고 있는 것과 유사하다. 그렇지만 구민법에서는 자가 모의 성과 본을 따를 수 있는 경우를 부를 알 수 없는 경우와 입부혼인을 한 경우 및 부가 외국인인 경우로 제한하고 있었으므로 자가 모의 성을 따를 수 있는 경우는 매우 제한되어 있었다고 할 수 있다. 이러한 민법규정에 대하여 헌법재판소 2005. 12. 22. 선고 2003헌가5 결정에서는 민법 제781조 제1항 본문 중 “자(子)는 부(父)의 성(姓)과 본(本)을 따르고”라는 부분이 헌법에 위반되는지 여부에 관하여 판단하기를, 『(1) 양계 혈통을 모두 성으로 반영하기 곤란한 점, 부성의 사용에 관한 사회 일반의 의식, 성의 사용이 개인의 구체적인 권리의무에 영향을 미치지 않는 점 등을 고려할 때 민법 제781조 제1항 본문(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정되기 전의 것) 중 “자(子)는 부(父)의 성(姓)과 본(本)을 따르고” 부분이 성의 사용 기준에 대해 부성주의를 원칙으로 규정한 것은 입법형성의 한계를 벗어난 것으로 볼 수 없다. (2)

출생 직후의 자(子)에게 성을 부여할 당시 부(父)가 이미 사망하였거나 부모가 이혼하여 모가 단독으로 친권을 행사하고 양육할 것이 예상되는 경우, 혼인 외의 자를 부가 인지하였으나 여전히 모가 단독으로 양육하는 경우 등과 같은 사례에 있어서도 일방적으로 부의 성을 사용할 것을 강제하면서 모의 성의 사용을 허용하지 않고 있는 것은 개인의 존엄과 양성의 평등을 침해한다. (3) 입양이나 재혼 등과 같이 가족관계의 변동과 새로운 가족관계의 형성에 있어서 구체적인 사정들에 따라서는 양부 또는 계부 성으로의 변경이 개인의 인격적 이익과 매우 밀접한 관계를 가짐에도 부성의 사용만을 강요하여 성의 변경을 허용하지 않는 것은 개인의 인격권을 침해한다.』고 판단한 바 있다.¹⁸⁾¹⁹⁾

위와 같은 헌법재판소의 결정과 무관하게 개정된 현행민법은 자는 부의 성과 본을 따른다는 원칙을 취하면서도 “부모가 혼인신고시 모의 성과 본을 따르기로 협의한 경우에는 모의 성과 본을 따른다.”고 규정함으로써 부모의 협의에 의하여 자녀가 모의 성을 따를 수 있게 하였을 뿐만 아니라, 제6항을 신설하여 “자의 복리를 위하여 자의 성과 본을 변경할 필요가 있을 때에는 부, 모 또는 자의 청구에 의하여 법원의 허가를 받아 이를 변경할 수 있다.”고 규정함으로써 자가 부의 성과 본을 따른 경우에도 모가 재혼한 경우 계부의 성과 본을 따를 수 있게 함으로써 이혼과 재혼으로 인하여 발생하는 문제를 해결할 수 있도록 하였다.²⁰⁾

18) 이 결정에서는 민법 제781조 제1항이 위헌이라고 하면서도 이미 2005. 3. 31.에 민법이 개정되었다는 점을 감안하여 개정법이 시행될 때까지 현행법의 잠정적인 적용을 허용하였다.

19) 한편 국적법상 부계혈통주의를 규정한 국적법 제2조 제1항 제1호의 위헌 여부가 문제된 헌법재판소 2000. 8. 31. 선고 97헌가12 결정에서는, 부계혈통주의를 취한 구 국적법 제2조 제1항 제1호는 “한국인과 외국인 간의 혼인에서 배우자의 한쪽이 한국인 부인 경우와 한국인 모인 경우 사이에 성별에 따른 특별한 차이가 있는 것도 아니고, 양쪽 모두 그 자녀는 한국의 법질서와 문화에 적응하고 공동체에서 흠 없이 생활해 나갈 수 있는 동등한 능력과 자질을 갖추었는데도 불구하고 전체 가족의 국적을 가부(家父)에만 연결시키고 있다. 그러나 이와 같이 가족의 장(長) 또는 중심을 부로 정하는 것은 가족생활에서 양성평등의 원칙을 선언하고 있는 헌법의 명문에 비추어 타당성이 있는지 의심스럽다. 국적취득에서 혈통주의는 사회적 단위인 가족에로의 귀속을 보장하는 한편 특정한 국가공동체로의 귀속을 담보하며 부모와 자녀간의 밀접한 연관관계를 있는 기본이 된다. 만약 이러한 연관관계를 부와 자녀 관계에서만 인정하고 모와 자녀 관계에서는 인정하지 않는다면, 이는 가족 내에서의 여성의 지위를 폄하(貶下)하고 모의 지위를 침해하는 것이다. 그러므로 구법조항은 헌법 제36조 제1항이 규정한 ‘가족생활에 있어서의 양성의 평등원칙’에 위배된다.”고 판시하고 있다.

20) 자녀가 부모 중 누구의 성을 따라야 하는가라는 문제와는 별개로 혼인 중에 출생한 자녀가 부(夫)의 자녀라고 할 수 있는가도 중요한 문제이다. 이에 관하여 규정하고 있던 구민법 제847조는 자녀의 출생을 안 때로부터 1년 내에 친생부인의 소를 제기하도록 하고 있었는데, 1년이라는 기간 내에 친생부인의 소를 제기하도록 하는 것은 헌법 제10조와 제36조에 위반된다고 한 헌법재판소 1997. 3. 27. 선고 95헌가14 결정을 계기로 제소기간이 ‘사유가 있음을 안 날부터 2년’으로 연장되었고, 부(夫)뿐만 아니라 처도 친생부인의 소를 제기할 수 있게 되었다.

한편 입양의 경우, 성과 본이 다른 자를 입양하는 경우에도 입양을 이유로 양자의 성을 변경할 수 없었던 문제점을 해결하기 위한 방안으로 제781조 제1항의 제도를 이용하는 외에 친양자입양을 함으로서 양부와 양자의 성이 다른 문제와 함께 입양되었다는 사실이 가족관계를 나타내는 공적인 문서에 원칙적으로 표시되지 않도록 하였다.²¹⁾

(4) 부모의 친권

부모의 친권에 관한 민법규정의 변천은 가족 내에서의 양성평등의 변천과정을 잘 보여주고 있다. 구민법에서는 “① 미성년자인 자는 그 가에 있는 부의 친권에 복종한다. ②부가 없거나 기타 친권을 행사할 수 없는 때에는 그 가에 있는 모가 친권을 행사한다.”고 규정하고 있던 것이 1977년 개정민법에서는 “① 미성년자인 자에 친권은 부모가 공동으로 행사한다. 다만, 부모의 의견이 일치하지 아니하는 경우에는 부가 행사한다.”는 것으로 변경되었다. 그렇지만 구민법에서와 마찬가지로 부모의 의견이 일치하지 않는 경우에는 부가 친권을 행사하도록 하는 것이 양성평등에 반하는 것이었기에 1990년의 개정에서는 “② 친권은 부모가 혼인중인 때에는 부모가 공동으로 이를 행사한다. 그러나 부모의 의견이 일치하지 아니하는 경우에는 당사자의 청구에 의하여 가정법원이 이를 정한다.”라고 변경되었다.²²⁾

(5) 상속분

상속분에 있어서도 남녀차별이 심하였다. 구민법에서는 여자의 상속분은 남자의 상속분의 2분의 1로 함으로서 남녀를 차별하였고(제1009조 제1항), 더구나 동일가

- 21) 친양자제도에 관하여는 민법 제908조의2 이하 참고. 특히 제908조의3 제1항에서는 “친양자는 부부의 혼인중 출생자로 본다.”고 규정하고 있다. 그밖에 입양촉진 및 절차에 관한 특례법 제8조 제1항에서는 “이 법에 의하여 양자로 되는 자는 양친이 원하는 때에는 양친의 성과 본을 따른다”고 규정함으로써 입양을 함에 있어서 성을 변경할 수 있는 가능성을 열어두고 있다.
- 22) 대법원 1991. 7. 23. 선고 90므828, 835 판결에서는 민법이 1990. 1. 13. 법률 제4199호로 개정되기 전에 이혼한 당사자 사이에서 양육자를 지정하는 경우 친권자가 될 부에게 우선권을 주어야 하는지가 쟁점이 되었는바, 법원은 “이혼시 자의 양육에 대한 협정이 없어 법원에 그 사항을 정할 것을 청구한 때에는, 친권자가 누구인가에 관계없이 법원은 자의 연령, 부모의 재산상황 기타 모든 사정을 고려하여 부모 중 누구 한편을 양육자로 지정하거나 또는 쌍방 모두에게 양육사항을 나누어 부담케 할 수 있다고 할 것이고, 이때에 제일 우선적으로 고려되어야 할 사항은 부모의 권리 아닌, 자의 복지이므로, 구 민법(1990. 1. 13. 법률 제4199호로 개정되기 전의 것)상 부부가 이혼한 경우에 아버지만이 자의 친권자가 된다고 하는 사정은 법원이 양육자를 정함에 있어서 고려할 여러 가지 사정 중 하나가 될 수는 있겠지만, 그러한 사정이 양육자를 선택함에 있어서 아버지쪽에 어떤 우선권을 주어야 하는 사유라고는 할 수 없다”고 판시하였다.

적 내에 없는 여자의 상속분은 남자의 상속분의 4분의 1로 한다고 규정함으로써 혼인으로 말미암아 불평등의 정도가 심화되는 결과를 낳게 되었다(제2항). 이 규정은 1977년의 개정에서 여자의 상속분을 남자의 상속분과 동일한 것으로 변경하였고, 1990년의 개정에서는 동일가적 내에 없는 여자의 상속분도 남자와 동일한 것으로 변경하였다.

한편 구민법에서는 재산상속인이 호주상속을 하는 경우에는 같은 순위의 상속인의 상속분에 5할을 가산하여 상속하도록 하고 있었는데(제1009조 제1항), 1990년의 개정으로 호주상속제도를 호주승계제도로 변경하면서 호주승계인도 다른 상속인과 동일한 상속분에 따라 상속을 하도록 하였다.²³⁾ 이러한 변경은 호주제에 의하여 개인의 존엄이 침해되는 것을 방지함과 아울러 호주상속에 있어서 남자가 우선순위를 갖는다는 점을 고려할 때 양성평등에도 기여하는 것으로 평가될 수 있을 것이다.

또한 구민법에서는 “피상속인의 처의 상속분은 직계비속과 공동으로 상속하는 때에는 남자의 상속분의 2분의 1로 하고 직계존속과 공동으로 상속하는 때에는 남자의 상속분과 균분으로 한다.”고 규정함으로써 부(夫)가 사망했을 때의 처의 상속분을 처가 사망했을 때의 부의 상속분보다 불리하게 규정하고 있었다(제1009조 제3항). 또한 처가 피상속인인 경우에 부(夫)는 그 직계비속과 동순위로 공동상속인이 되고 그 직계비속이 없는 때에는 단독상속인이 되지만(제1002조), 피상속인의 처는 제1000조 제1항 제1호와 제2호의 규정에 의한 재산상속인이 있는 경우, 즉 피상속인에게 직계비속 또는 직계존손이 있는 경우에는 그 상속인과 동순위로 공동상속인이 되고 그 상속인이 없는 때에야 비로소 단독상속인이 될 수 있었다(제1003조). 다만 제1001조의 경우에 상속개시 전에 사망 또는 결격된 자의 처는 동조의 규정에 의한 상속인과 동순위로 공동상속인이 되고 그 상속인이 없는 때에는 단독상속인이 된다(제1003조 제2항)고 규정함으로써 대습상속에 있어서는 처만이 대습상속을 받을 수 있는 것으로 규정하고 있었다. 위와 같은 규정은 1990년의 개정으로 변경되었는데, 처의 상속분에 관한 제1009조 제2항은 “피상속인의 배우자의 상속분은 직계비속과 공동으로 상속하는 때에는 직계비속의 상속분의 5할을 가산하고, 직계존속과 공동으로 상속하는 때에는 직계존속의 상속분의 5할을

23) 호주상속인에게 5할을 가산한 상속분을 인정하던 시기에는 장자가 부모를 모셔야 한다는 생각이 지배적이었으나, 1990년의 개정에서는 호주상속을 호주승계로 변경하고 상속분을 균등하게 하면서 기여분이라는 제도를 새로 인정함으로써 부모를 특별히 부양한 경우에는 상속분과는 별도로 기여분을 받을 수 있도록 하였다(민법 제1008조의2).

가산한다.”는 것으로 변경되었고, 처가 사망한 경우에 있어서의 부의 상속순위에 관한 제1002조는 삭제되었으며, 제1003조의 처를 배우자로 변경함으로써 부와 처 모두 동일한 법적 지위를 누릴 수 있게 하였다.²⁴⁾

(6) 기타

양성의 평등과 관련하여 위에서 살펴본 규정 이외에도 양성의 평등을 실현하기 위하여 다수의 규정이 개정되었다. 예를 들어 구민법상 약혼연령에 관한 제801조와 혼인적령에 관한 제807조에서는 남자는 18세, 여자는 16세가 되어야 약혼과 혼인을 할 수 있다고 규정하고 있었는데, 2007년의 민법개정에서는 남녀 모두 18세가 되어야 혼인할 수 있는 것으로 변경하였다.

또한 부부간의 생활비용부담에 관하여 구민법은 부부의 공동생활에 필요한 비용의 부담은 당사자간에 특별한 약정이 없으면 부가 이를 부담한다고 규정하고 있었지만, 1990년의 개정을 통하여 부부의 공동생활에 필요한 비용은 당사자간에 특별한 약정이 없으면 부부가 공동으로 부담하는 것을 변경하였다(제833조).²⁵⁾

여자의 재혼을 금지한 민법 제811조도 양성의 평등에 반하는 것이었으며, 이 조항은 2005년 민법개정으로 삭제되었다. 그리고 부모가 이혼하거나 부의 사망 후 모가 친가에 복직 또는 재혼한 때에는 그 모는 전혼인 중에 출생한 자의 친권자가 되지 못하도록 규정하고 있었으나(구민법 제909조 제5항), 1990년의 개정으로 삭제된 것도 양성평등을 실현하기 위한 것이라고 할 것이다.

그밖에 이혼시에 혼인 중 쌍방의 협력을 취득한 재산에 대한 분할청구권을 인정한 제839조의2나 자의 양육에 관한 협의를 강제하고 있는 제837조도 부모의 경제적 차이를 가급적 해소하고자 한다는 취지에서는 양성의 평등을 모도하기 위한 것이라고 볼 수 있을 것이다.²⁶⁾

24) 1990년 대습상속에 관한 민법 제1001조가 개정된 이후 선고된 가장 중요한 판결은 대법원 2001. 3. 9. 선고 99다13157 판결이다. 이 사건에서는 사위가 처와 동시에 사망한 장인의 재산을 상속할 수 있는가가 문제되었다.

25) 부부가 공동생활에 필요한 비용을 공동으로 부담한다는 원칙이 성립되면서 가사노동의 경제적 가치에 관한 논의가 활발하게 진행된 바 있다. 법에서의 가사노동에 관한 평가에 대해서는 이진화, 가사노동종사자의 일실수입 산정, 35면 이하 참고.

26) 헌법재판소 결정 가운데 평등원칙에 위배되지 않는다고 한 예로는 처 사망시 부의 유족연금 수급자격을 부가 60세 이상이거나 장애등급 2급 이상에 해당하는 경우로 한정된 것이 평등원칙에 위배되는지 여부가 문제된 헌법재판소 2008. 11. 27. 선고 2006헌가1 결정, 남성 단기복무장교를 육아휴직 대상에서 제외한 것이 양육권을 침해한 것인지 여부가 문제된 헌법재판소 2008. 10. 30. 선고 2005헌마1156 결정 등을 들 수 있을 것이다.

2. 모성의 보호

헌법 제36조가 규정하고 있는 모성의 보호는 출산율이 저하된 현재에 있어서는 매우 중요한 이슈이다. 유럽의 경우 1%를 약간 상회하는 출산율을 기록한 이후 모성의 보호와 보육을 위한 제도적 장치를 마련함으로써 출산율을 상승시키고자 부단히 노력하였으며, 그 결과 출산율이 상승하는 결과를 이끌어냈다. 그에 비하여 우리나라의 경우 OECD에 가입한 국가 중 최하위를 차지할 정도로 낮은 출산율을 유지하고 있으며, 최근 들어 경제적 상황이 악화되면서 출산율이 저하될 가능성이 예상되고 있다.

앞서 살펴본 바와 같이 모성의 보호에 관한 규정은 1987년의 헌법개정에서 처음으로 도입된 것이다. 모성의 보호가 헌법에 도입된 이유에 대해서는 자세히 알 수 없지만, 모성을 보호하여야 한다는 사회적 인식과 출산율의 저하로 인한 경제활동인구의 감소 및 급격한 노령화의 진행이라는 우리의 현실이 맞물린 결과라고 생각된다.

우리나라의 경우 1960년대에 이르러 경제발전을 위한 산아제한정책이 실시되었는데, 그에 대한 헌법적 반영을 1962년의 헌법에서 어렵듯이 찾아볼 수 있다. 왜냐하면 1962년의 헌법개정으로 가족의 건강 대신에 보건에 대한 보호가 강조되었기 때문이다.²⁷⁾ 그렇지만 산아제한이라는 목표가 달성되었다고 환호를 하자마자 출산율 저하로 인한 경제활동인구의 감소라는 새로운 문제가 대두되었고, 현재에 이르러서는 우리나라가 고령사회를 지나 초고령사회로 진행하고 있는 문제를 해결하기 위하여 출산을 장려하고 있으며, 이를 위하여 다양한 제도들이 마련되고 있다.

이하에서는 모성의 보호를 위한 제도적 장치들이 마련된 경과를 살펴봄으로써 모성의 보호가 가지는 의미를 살펴보기로 한다.

(1) 모자보건법

모성의 생명과 건강을 보호하고 건전한 자녀의 출산과 양육을 도모함으로써 국민보건향상에 이바지함을 목적으로 하여 제정된 법률이 모자보건법이다. 이 법은 1973. 2. 8. 법률 제2514호로 제정되었다가 1986. 5. 10. 법률 제3824호로 전부개정

27) 가족계획을 적극적으로 실천하기 위하여 1961년에 설립된 기관이 대한가족계획협회인데, 이 협회는 1999년에 그 명칭을 대한가족보건복지협회로 변경하였다.

되었으며, 2009. 1. 17. 일부개정을 통하여 입법목적을 모성의 보호에서 영유아의 생명과 건강을 보호하는 것으로 확장하였다. 모자보건법은 임신에서 출산에 이르는 과정에 국가가 개입할 수 있는 근거를 마련한 것이며, 영유아보육법과 함께 자녀의 출산과 양육에 관하여 국가에 보호의무를 부여하고 있다.²⁸⁾

(2) 건강가정기본법

건강가정기본법은 2004. 2. 9. 법률 제7166호로 제정되었으며, 2005. 1. 1.부터 시행되었다. 이 법은 가족을 ‘혼인·혈연·입양으로 이루어진 사회의 기본단위’라고 정의하고, 가정은 ‘가족구성원이 생계 또는 주거를 함께 하는 생활공동체로서 구성원의 일상적인 부양·양육·보호·교육 등이 이루어지는 생활단위’라고 정의하였으며, 건강가정을 ‘가족구성원의 욕구가 충족되고 인간다운 삶이 보장되는 가정’이라고 정의하였다(법 제3조).²⁹⁾ 건강가정지원법은 그 명칭 등 몇 가지 점에서 비판을 받기도 하였지만 지금까지 만들어진 법령 가운데 헌법 제36조가 목표로 하는 혼인과 가족생활의 보장이라는 측면에서는 완성도가 높은 법률이라고 할 수 있을 것이다.³⁰⁾ 예를 들어 건강가정을 위한 제도와 여건을 마련하기 위한 국민과 국가의 책무를 규정하고 다양한 정책수립과 함께 이를 실천하기 위하여 건강가정지원센터를 설치하도록 하는 등의 체계적인 노력은 과거에는 존재하지 않았던 것이다. 물론 이혼에 관한 건강가정지원법의 규정은 이념에 그친 면이 있지만 최근의 민법개정과 가사소송법개정을 통하여 이혼 후의 자녀양육에 관한 문제가 상당 부분 해소될 수 있게 되었다는 점에서는 결과적으로 바람직한 방향을 제시했다고 할 수 있을 것이다.³¹⁾

28) 일부 지방자치단체에서는 모자보건법에 의한 보호 이외에 지역의 인구감소를 방지한다는 차원에서 임신부에 대한 지원을 강화하기도 한다.

29) 건강가정이라는 용어는 ‘건강’이라는 단어의 의미 때문에 건강하지 않은 가정이 있음을 전제로 한다고 해서 국가인권위원회가 이 법률명을 변경할 것을 권고하기도 하였다. 그리하여 이 법의 이름을 가족지원기본법으로 변경하는 것을 내용으로 하는 법률안이 국회에 제출되기도 하였으나 국회의 임기가 만료됨에 따라 폐기되었다.

30) 건강가정기본법에 대한 평가에 대하여는 김승권, 건강가정기본법의 제정배경과 기대효과, 175면 이하; 차선자, 건강가정기본법에 대한 고찰, 379면 이하 참고.

31) 2007. 12. 21. 개정된 민법에서는 협의이혼을 하기 위해서는 숙려기간을 거치도록 하고, 그 기간 동안 이혼 후 자녀의 양육 등에 관하여 협의한 후 협의서를 제출하여야만 협의이혼을 할 수 있도록 하였고, 2009. 5. 8. 개정된 민법에서는 협의이혼시에 제출한 자녀양육에 관한 협의서를 기초로 가정법원이 양육비부담조서를 작성하게 함으로서 양육비청구를 용이하게 하였다.

(3) 한부모가족지원법

한부모가족이 건강하고 문화적인 생활을 영위할 수 있도록 함으로써 한부모가족의 생활 안정과 복지 증진에 이바지함을 목적으로 하여 만들어진 법이 한부모가족지원법이다. 이 법은 모자복지법이라는 법률명으로 1989. 4. 1. 법률 제4121호로 제정되었다가 2002. 12. 18. 법률 제6801호로 법률명이 모·부자복지법으로 변경되었으며, 2007. 10. 17. 법률 제8655호로 법률명이 현재와 같이 변경되었다. 이러한 법령명의 변경은 한부모가족에 대한 정부의 시각을 잘 보여주는 것이라고 생각되는바, 초기에는 한부모가족 중 모(母)와 자녀로 이루어진 가족에 대해서 관심을 가졌지만, 이혼의 증가로 인하여 부와 자녀가 함께 사는 가족이 증가하였고, 따라서 이를 법의 보호영역 내에 두기 위하여 법률명을 변경하게 되었으며,³²⁾ 모자가족, 부자가족 외에 조손가족을 포함하는 새로운 가족개념을 수용하기 위하여 한부모가족지원법으로 법령명을 변경하게 되었다고 한다.³³⁾ 한부모가족지원법이 시행됨으로서 한부모가족이 자립의 기반을 마련할 수 있는 기회가 확대되었다고 할 수 있을 것이다.

IV. 다양한 가족형태의 출현

민법 제812조 제1항에서는 “혼인은 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」에 정한 바에 의하여 신고함으로써 그 효력이 생긴다”고 규정하고 있다. 따라서 혼인의 실질적 요건을 갖춘 경우에도 혼인신고가 행해지지 않으면 법률상 혼인은 성립하지 않는다. 그렇지만 현대에 이르러서는 법률상의 혼인관계를 통하여 가족관계가 형성된 경우 이외에도 혼인신고를 하지 않음으로서 사실상의 혼인관계만을 가지는 경우나 사실상의 혼인관계에 있다고 할 수 있을 정도의 긴밀한 관계를 유지하고 있지 않은 동서(同棲), 나아가 단순한 남녀간의 동거도 있으며, 부모와 자녀로 구성된 가족관계가 아닌 할아버지나 할머니와 손자녀로 이루어진 가족관계 및 그밖의

32) 법률명의 변경이유에 대한 자세한 내용은 2002. 11. 17. 의안번호 제161971호로 발의된 모자복지법 중 개정법률안의 제안 이유 참고. 이 법이 개정됨으로서 모자보호시설 외에 부자보호시설이 새로 설치되었다.

33) 2007. 9. 20. 의안번호 제177449호로 발의된 모부자복지법 일부개정법률안에서는 한부모가족이라는 용어를 채택한 이유에 대하여, 한부모가족의 “한”은 순수한 우리나라 말로 하나라는 의미 외에도 크다, 가득한, 온전한 이란 뜻을 담고 있으므로 한부모가족이라는 용어를 사용한다고 설명하고 있다.

친족으로 형성된 가족관계와 아무런 친족관계를 가지고 있지 않으면서 그들 나름의 가족관계를 형성하고 있는 경우 등 다양한 인적 결합관계를 찾아볼 수 있다.

아래의 표는 부모와 자녀로 구성된 가족관계 이외에도 한부모가족 등 다양한 형태의 가족구성원을 가진 가족을 보여주고 있다. 현행헌법이 개인의 존엄과 양성평등을 기초로 혼인과 가족생활을 보호함으로서 법률혼에 의하여 성립한 혼인관계만을 보호한다는 것은 시대에 뒤떨어진 것임에 틀림없다. 따라서 헌법 제36조를 개정한다면 다양한 가족형태로 인한 법률관계도 법의 영역 내로 포용할 것이 요구된다.

〈표 1〉 가족의 형태별 가구 수 및 가구분포

(단위: %)

연도	총가구수	혈연 가구 수					
		핵가족			직계가족		
		부부	부부와 미혼자녀	편부(모)와 미혼자녀	부부와 양친	부부와 양친과 자녀	기타가족
1980	100.0	6.4	56.5	10.0	0.6	10.4	16.1
1985	100.0	7.8	57.8	9.7	0.8	9.9	14.0
1990	100.0	9.3	58.0	8.7	0.9	9.3	13.8
1995	100.0	12.6	58.6	8.6	1.1	8.0	11.2
2000	100.0	14.8	57.8	9.4	1.2	6.8	10.1
2005	100.0	18.1	53.6	11.0	1.2	5.7	10.4

따라서 이하에서는 위에서 언급한 다양한 가족형태에 대하여 현재의 법령과 판례가 어떤 태도를 취하고 있는가에 관하여 간단하게 살펴봄으로서 헌법을 개정하는 경우에 어떤 방향으로 나가야 할 것인지를 모색해 보고자 한다.³⁴⁾

(1) 사실혼

사실혼이 법적으로 보호될 수 있는가에 관하여 가족법학자들과 판례는 긍정적인 태도를 취하고 있다.³⁵⁾ 따라서 사실혼관계에 있는 부부에 대해서도 혼인으로

34) 법률혼 이외의 혼인관계를 인정할 것인가를 국가 대 가족의 관계로 이해할 수 있는바, 이러한 관점에서의 논의에 관하여는 양현아, 한국 가족과 국가의 관계 고찰: 최근 가족관계법의 변화를 중심으로, 한국젠더법학회 발표문(2007. 3. 10), 11면 이하 참고.

35) 다만 중혼적 사실혼에 대해서는 사실혼으로서의 보호를 부정한다. 대법원 1995. 9. 26. 선고 94므1638 판결; 대법원 2001. 4. 13. 선고 2000다52943 판결 등

인한 친족관계의 발생, 사실혼관계에 있는 부부 사이에서 출생한 자녀에 대하여 혼인 중의 자녀로서의 지위를 인정하지 않는 것과 부부 일방이 사망한 경우에 상속이 인정되지 않는 것을 제외하면,³⁶⁾ 동거의무, 부양의무, 협조의무 등 부부관계로 인한 기본적인 의무를 인정하고, 사실혼관계가 침해된 경우에는 위자료 청구, 사실혼이 해소된 경우에는 재산분할 등을 인정하고 있다.³⁷⁾

나아가 여러 법률에서 사실혼 배우자에 대해서 법률혼에 준하는 보호를 하고 있는바, 예를 들어 산업재해보상보험법의 경우 사실상의 배우자를 유족에 포함시킴으로서 사실혼의 배우자도 유족연금을 받을 수 있도록 하고 있다(법 제63조). 이는 민법이 혼인신고를 한 경우에만 법률상 유효한 혼인이 성립한다고 하는 원칙에 대하여 예외를 인정한 것이라고 할 것이다.

위에서 살펴본 바와 같이 일정한 부분에 있어서 사실혼을 보호하여야 한다는 점에 대하여는 의문의 여지가 없다. 그렇지만 사실혼관계를 형성하는 남녀는 성인이며, 자신의 행위로 인한 효과를 선택할 수 있다는 점에서 법률혼과 동일한 보호를 부여할 필요가 없다는 비판도 있다.³⁸⁾ 그렇지만 사실혼관계에서 출생한 자녀에 대한 보호는 부정할 수 없을 것으로 생각된다.

(2) 미혼모

미혼모는 자녀를 출산한 자가 법률상 혼인관계에 있지 아니한 경우를 말한다. 사실혼의 경우도 법률상의 혼인관계가 존재하지 않은 상태에서 자녀를 출산한다는 점에서 미혼모와 유사하다고 할 수 있지만, 미혼모의 경우에는 자녀의 부가 확인되지 않거나 또는 자녀의 부(父)로부터 자녀의 양육에 대한 지원을 받을 수 없다는 점에서 차이가 있다.

미혼모는 다음에 살펴볼 한부모와 같이 자녀를 양육하기 위한 경제력이 부족한 경우가 많거나 또는 미혼모 자신이 어려서 자녀를 돌볼 수 있는 경험이나 능력이 절대적으로 부족한 경우가 있다. 이러한 경우에 대한 보호를 위해서는 미혼모에 대한 경제적 지원을 할 수 있는 제도적 장치를 마련함과 함께 자녀의 양육에 대한

36) 사실혼관계에 있는 부부 사이에서 출생한 자녀는 곧바로 부의 자가 되지는 않지만 출생신고를 통하여 부를 확인할 수 있고, 또한 부부가 법률상 혼인을 하게 되면 그 때부터 혼인 중의 출생자로서의 지위를 가지게 된다(민법 제855조 제2항).

37) 대법원은 최근의 판결에서 사실혼을 해소한다는 취지의 의사표시를 한 후 재산분할을 청구한 사건에서 재산분할심판이 계속 중 배우자가 사망한 경우에도 재산분할청구를 할 수 있다는 취지로 판시한 바 있다(대법원 2009. 2. 9. 자 2008스105 결정).

38) 지원림, 민법강의(제7판), 1784면.

지원이 필요할 것으로 생각된다.

(3) 한부모

한부모가족은 법률상의 혼인관계 또는 사실상의 혼인관계에 있다가 부모 일방이 사망하거나 부모가 이혼한 경우에 발생하며, 미혼모의 경우에도 부의 인지를 받기 전에는 한부모에 해당하게 된다. 그리고 할아버지나 할머니와 손자녀가 함께 살고 있는 조손가족의 경우는 부모의 일방만이 자녀를 양육하는 경우와는 다르지만 한부모가족지원법의 적용범위에 속한다.

한부모가족의 경우는 자녀를 양육하기 위한 경제적 지원이나 경제적 활동을 위한 여건의 조성이 가장 중요한 문제이다. 따라서 헌법이 한부모가족에 대한 보호를 적극적으로 고려한다면 자녀의 양육에 대한 부모의 책임을 국가가 나누어 부담하겠다는 정책적 결단이 필요하다고 할 것이다.

(4) 다문화가족

다문화가족은 재한외국인처우기본법 제2조 제3호의 결혼이민자와 국적법 제2조에 따라 출생 시부터 대한민국 국적을 취득한 자로 이루어진 가족 또는 국적법 제4조에 따라 귀화허가를 받은 자와 같은 법 제2조에 따라 출생 시부터 대한민국 국적을 취득한 자로 이루어진 가족을 말한다. 다시 말하면 대한민국 국민과 대한민국 국민이 아닌 자로 이루어진 가족을 다문화가족이라고 한다.

다문화가족지원법은 2008. 3. 21. 법률 제8937호로 제정되었으며, 외국인이 대한민국 국적을 가진 자와 혼인한 경우에 겪게 될 어려움을 지원하기 위한 다양한 제도적 장치를 마련하고 있다. 다문화가족의 경우에는 민법상의 혼인관계를 유지하는 것을 전제로 하고 있으므로 법률혼에 의한 보호를 받을 수 있지만, 관습과 언어가 다르다는 현실적인 문제로 말미암아 혼인생활에 적응하지 못하거나 이혼 후 어려움에 처하게 되는 경우가 많다. 따라서 다문화가족지원법에서는 이러한 경우를 보호하기 위하여 다문화가족지원센터를 통하여 다문화가족에 대한 지원을 하고 있다.

(4) 동성혼

최근에 이르러 동성혼을 인정할 것인지에 대하여 많은 논의가 있다. 동성혼이 현행법상 법률혼으로 인정되지 않는다는 것은 명확하지만 사실혼으로서는 인정될

수 있는지는 논의의 여지가 있다. 그렇지만 법원은 아직 동성혼에 대하여 그리 호의적이지만은 않은 것 같다. 동성혼에 관한 최초의 판결이라고 생각되는 인천지법 2004. 7. 23. 선고 2003드합292 판결에서는 동성 간의 사실혼 유사의 동거관계를 사실혼으로 인정하여 법률혼에 준하는 보호를 할 수 있는지 여부가 문제되었는바, 법원은 『사실혼이 성립하기 위하여는, 주관적으로 당사자 사이에 혼인의 의사가 있고, 객관적으로 사회관념상 가족질서적인 면에서 부부공동생활을 인정할 만한 혼인생활의 실체가 있어야 하는 것인바, 이러한 혼인의 의사라 함은 사회적·실질적으로 부부로서의 공동생활을 영위할 의사를 말하고, 당사자 사이에 혼인의 의사가 있다고 함은 쌍방 간에 혼인 의사의 합치가 있음을 의미하므로, 동성 간에 사실혼 유사의 동거관계를 유지하여 왔다고 하더라도 그 의사를 부부로서의 공동생활을 영위할 의사였다고 보기는 어렵고, 또한 이러한 동거관계는 객관적으로 부부공동생활을 인정할 만한 혼인생활의 실체가 있었다고 보기도 어려울 뿐만 아니라 사회관념상 가족질서적인 면에서도 용인될 수 없는 것이어서, 동성(동성) 간에 사실혼 유사의 동거관계를 사실혼으로 인정하여 법률혼에 준하는 보호를 할 수는 없다』고 하면서 동성 간의 사실혼 유사의 동거관계가 일방의 의사 또는 책임 있는 사유로 파탄되었다고 하더라도, 상대방은 그 일방에 대하여 사실혼 부당파기로 인한 위자료 및 사실혼해소로 인한 재산분할을 가사소송 및 가사비송으로 청구할 수는 없다』고 판시함으로써 동성간의 결합관계가 사실혼으로서 보호받을 수 없다고 하였다.

그렇지만 현재의 법상태하에서도 동성혼의 관계에 있으면서 자녀를 입양할 수 있고, 혼인관계와 유사한 경제적 생활관계를 유지할 수 있으므로 적어도 자녀에 대한 관계나 당사자 사이의 경제적 생활관계에 관하여는 사실혼에 준하는 보호를 할 필요가 있다고 할 것이다.

Ⅳ. 맺음 말

앞서 살펴본 바와 같이 현재 우리가 접할 수 있는 가족관계는 법률혼에 의한 가정 이외에도 다양한 양식이 있다. 아직 동성혼을 인정하고 있지 않기 때문에 동성혼에 관한 내용을 헌법에 포함시키지 못한다고 하더라도 사실혼가정이나 한부모

가정 등의 경우에는 현실적으로 법적인 보호를 받고 있으므로 가족관계에 관한 헌법의 규정에 그에 대한 보호를 반영할 필요가 있을 것으로 생각된다.³⁹⁾

이를 위하여 어떠한 내용의 규정을 둘 것인지를 고민하는 과정에서 독일기본법 제6조를 참고할 수 있을 것으로 생각된다.

독일기본법 제6조는 [혼인, 가족, 혼인 외의 자녀]라는 제목 하에 다음과 같이 규정하고 있다.⁴⁰⁾

- ① 혼인과 가족은 국가질서의 특별한 보호를 받는다.
- ② 자녀의 양육과 교육은 양친의 자연적 권리이고 일차적으로 그들에게 부과된 의미이다. 그들의 활동에 대하여 국가가 감시한다.
- ③ 교육권자가 의무를 태만히 하거나 그 밖의 이유로 자녀가 방치될 우려가 있을 때에는, 그 자녀는 법률에 근거하여서만 교육권자의 의사에 반하여 가족과 분리될 수 있다.
- ④ 어머니는 누구든지 공동체의 보호와 부조를 청구할 권리를 가진다.
- ⑤ 사생아의 육체적, 정신적 성장과 사회적 지위에 관해서는 입법을 통하여 적자와 동일한 조건이 마련되어야 한다.⁴¹⁾

39) 헌법개정에 관한 한 연구에서는 ‘혼인·가족생활과 모성보호’에 대하여 권리형식의 혼인·가족생활규정(혼인할 권리와 가족을 형성할 권리)을 모두규정(冒頭規定)으로 하고, 그 하위조항에 혼인·가족제도의 우너칙규정 및 모성보호조항을 편입하고, 직장생활과의 조화를 위한 가족생활보호조항을 신설하는 방안을 제시하였다. 한국헌법학회, 헌법개정연구, 175면.

40) Grundgesetz Art. 6 [Ehe, Familie, nicht eheliche Kinder]

- (1) Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung.
- (2) Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht. Über ihre Betätigung wacht die staatliche Gemeinschaft.
- (3) Gegen den Willen der Erziehungsberechtigten dürfen Kinder nur auf Grund eines Gesetzes von der Familie getrennt werden, wenn die Erziehungsberechtigten versagen oder wenn die Kinder aus anderen Gründen zu verwahrlosen drohen.
- (4) Jede Mutter hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft.
- (5) Den unehelichen Kindern sind durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für ihre leibliche und seelische Entwicklung und ihre Stellung in der Gesellschaft zu schaffen wie den ehelichen Kindern.

41) 이 번역문은 정극원, 주요법령에 대한 주석서 발간2 (헌법-총강 및 기본권 부분), 1175면에서 인용하였다. 정극원교수는 이 논문을 통하여 혼인과 가족의 보호와 평등권의 분리의 필요성과 관련하여 헌법 제36조도 그 중점을 혼인의 자유와 가족의 권리의 구체적 보장에 맞추고 평등의 문제는 평등권의 규정을 통하여 해결하는 것이 바람직하다고 하였고, 국가의 모성보호의 규범 성장화의 필요성과 관련하여 국가의 모성보호를 현행헌법에서처럼 사회적 기본권형태로 규정하지 말고, 헌법의 기본원리로서 규정하거나 또는 규정방식의 문구를 보다 명확하게 하여 그 실현에 있어서 국가에 대한 의무성을 부과할 필요가 있다고 주장하고 있다. 자세한 것은 위 논문 174면 이하 참고.

인용된 내용에서 살펴볼 수 있는 바와 같이 독일기본법은 혼인 중의 출생자와 혼인 외의 출생자를 구분하지 않고 보호의 대상으로 삼고 있으며, 부모에 의한 자녀양육을 기본원칙으로 선언하고 있다. 따라서 우리가 헌법을 개정하면서 혼인과 가족에 관한 규정을 새롭게 고친다면 새로운 유형의 가족도 포함할 수 있도록 하는 것이 바람직할 것이다.

참고문헌

- 김승권, 건강가정기본법의 제정배경과 기대효과, 사회법연구 2호, 한국사회법학회, 2004.
- 박인환, 사실혼보호법리의 변천과 과제 - 사실혼의 발생유형과 보호의 개별화, 가족법연구 제23권 제1호, 한국가족법학회, 2009.
- 오정진, 동성혼으로 말해 온 것과 말해야 할 것, 가족법연구 제23권 제1호, 한국가족법학회, 2009.
- 정극원, 주요법령에 대한 주석서발간2(헌법- 총강 및 기본권 부분), 한국헌법학회, 2007.
- 차선자, 건강가정기본법에 대한 고찰, 가족법연구 18권 2호 : 인산 곽동헌 교수 고회기념, 한국가족법학회, 2004.
- 한국헌법학회, 헌법개정연구, 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서, 한국헌법학회, 2006.

◇ 토론문 1 ◇

‘헌법에 있어서의 가족’ 토론문

변 화 순

(한국여성정책연구원 성평등연구실장)

1. 이 포럼의 취지가 헌법, 민법 등에 있어서 성평등의 이념에 벗어나는 조항을 발굴하고, 이를 개선하고자 하는 것으로 이해됨.
2. 이러한 취지에서 볼 때 헌법, 혹은 민법, 그리고 가족 관련제반법에서 성평등과 관련된 조항을 발굴하는 것은 시의적절하다고 사료됨.
3. 그러나 전교수의 논문에서 지적하는 바와 같이 민법의 경우, 수차례의 법 개정
에 의해 많은 조항이 양성평등한 규정으로 개정되었다. 예를 들어 친족의 범위,
호주제와 종중원의 지위, 자년의 성과 분, 부모의 친권, 상속분, 혼인영령 등 관
습법의 영역에서도 어느 정도 남녀평등을 달성하였습.
4. 한편 건강가정지원법에 있어서는 가족의 관점과 성평등 관점에 대한 논의가 필
요함. 즉 이 법이 건강가정을 위한 지원에 기여한 바를 부정하는 것이 아니라
논문에서 지적하고 있는 ‘몇 가지 점’이라는 것이 성평등의 관점에서 의미를
숙고해야 할 필요가 있다고 봄.
- 예를 들어 다양한 가족형태의 출현에서 보면 ‘혼인 의무’를 지적하고 있는
바, 반드시 혼인을 해야만 하는 지? 이것은 다양한 가족의 이념과 상치된다고
봄. : 사실혼, 미혼모 등
5. 이밖에 가족과 관련한 성평등한 관점에서 분석해보아야 하는 법은 입양, 혹은
대리모, 인공수정 관련법을 좀더 세밀히 검토해보는 것이 필요하다고 생각됨.

◆ 토론문 2 ◆

‘헌법에 있어서의 가족’ 토론문

정 재 훈

(서울여자대학교 사회복지학과 부교수)

발표자의 논지는 우리나라 헌법이 개정 과정을 거치면서 비교적 성평등적 성격을 갖기 시작했다는 것이다. 그 근거로서 발표자는 헌법 자체의 변화, 혼인과 가족 관련 법률들의 변화, 모성보호 관련 법률의 변화를 제시하고 있다.

헌법의 경우에 1948년 7월 17일 제헌헌법 제20조¹⁾ 내용 중 1962년 12월 26일 헌법 제6호 전부개정을 통해 남녀동권 원리가 삭제되고, 가족의 건강 대신에 보건에 관한 기본권을 인정하는 과정이 있긴 했지만, 1980년 10월 27일 헌법 제9호 전부개정을 통해 ‘양성평등’ 개념이 다시 도입되었다.²⁾

그리고 현행 헌법 26조에서는 “① 혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.”고 명시하고 있다.

헌법재판소 판결 역시 혼인과 가족 제도에서 양성평등과 개인의 존엄을 가족제도 관련 최고의 가치 규범으로 받아들인다고 본다. “헌법재판소의 결정취지를 고려한다면 헌법은 더 이상 추상적 규범으로서 존재하고 있는 것이 아니며, 우리의 생활과 밀접한 관련을 맺고 있다”고 본다.

혼인과 가족 관련 법률로서 민법은 최근에 헌법의 양성평등 원리에 맞추어 개정되기 시작했는데, 다음과 같은 변화를 민법 개정에서 관찰할 수 있는 것으로 발표자는 본다.

- 친족 범위 변경
- 호주제 폐지
- 종중원으로서 여성의 지위 인정³⁾
- 모의 성과 본을 자녀가 따를 수 있는 가능성
- 부모의 친권 공동 행사
- 상속에서의 남녀동등권
- 남녀에게 공통된 혼인 연령 적용
- 생활 비용 부부 공동 부담 원칙 적용을 통한 가사노동 가치 인정 가능성

모성보호 관련 변화로는 먼저, 모성 보호 규정을 1987년의 헌법 개정에서 처음으로 도입했다는 점에서 찾는다. 또한 모자보건법 전면 개정을 통한 모성보호에서의 국가 책임 강화, 건강가정기본법 제정을 통한 가족정책의 완성도 제고, 한부모가족지원법을 통한 한부모가족 자립 기반의 마련 등이 가능해졌다고 본다.

1) “혼인은 남녀동권을 기본으로 하며 혼인의 순결과 가족의 건강은 국가의 특별한 보호를 받는다.”

2) 제34조 제1항 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 한다.”

3) “그러므로 이제는 관습법의 영역에 있어서도 어느 정도 남녀의 평등이 달성되었다고 할 것이다.”

헌법과 법률 차원에서 성평등을 암시할 수 있는 다양한 변화를 인정한다는 점에서 발표자와 견해를 함께 하면서도, 그러나, 여전히 아래와 같은 의문이 남는다.

먼저, 헌법과 민법에서의 변화가 추구하는 평등이 ‘명목상 동등한 지위(de-jure-Gleichstellung)’를 보장하고 있는지 혹은 ‘사실상 동등한 지위(de-facto-Gleichstellung)’를 보장하고 있는지 하는 문제이다. 남성이 누렸던 권리를 여성에게도 허용하는 방향의 변화라면 전자의 의미가 될 수 있을 것이고, 젠더 관계를 고려하여 모성뿐 아니라 부성의 변화와 보호도 강조한다면 후자의 의미가 될 것이다.

더 나아가 모성보호 관련법으로서 건강가정기본법과 한부모가족지원법이 어떤 의미를 갖는지 근거가 뚜렷하지 않다. 모성보호 관련법으로서 모자보건법이 모성 보호를 실질적으로 보장하는 기능을 한다고 볼 수 있는 근거가 분명치 않다. 적법한 경우에도 낙태 가능 기간을 임신 28주로 규정해 놓은 것⁴⁾이 모성보호와 어떤 상관관계가 있을 지 문제 제기를 할 수 있다.

건강가정기본법의 경우에도 사실혼 가족이나 독거노인가구 등은 가족정책 대상으로 규정하지 않고 있다는 점에서 가족의 다양성을 인정하는 법으로 보기 어렵다. 한부모가족지원법 역시 국가 개입에 있어서 의무 조항이 거의 없기 때문에 한부모 가족 자립 기반에 실질적인 정책 효과를 거두고 있는지 문제 제기를 할 수 있다.

전체적으로 볼 때, 헌법과 민법이 가족의 다양성을 보장하고 모성을 실질적으로 보호하는 하위 법률 제정과 어떤 상관관계를 갖고 있는지 불분명하다. 오히려 하위법률에서 모성보호, 가족의 다양성, 남녀 간의 사실상 동등한 지위를 인정하지 않는 사례를 볼 수 있다. 따라서 독일 헌법 사례가 남녀 간 사실상 동등한 지위를 보장해 주는 하위 법률에 어떤 의미를 갖는지 밝힐 수 있다면, 더욱 내용이 풍부한 시사점을 도출할 수 있을 것이다.

4) 모자보건법 시행령 15조.

◆ 토론문 3 ◆

‘헌법에 있어서의 가족’ 토론문

장 명 선

(서울여성가족재단, 법학박사)

우리 사회는 이전에 경험하지 못했던 다면적인 사회변동을 경험하면서 가족의 형태가 급격하게 다양한 형태로 변화하면서 사회문제로 대두되고 있다. 즉 저출산을 세계 1위, 이혼율 증가, 재혼율 상승, 맞벌이가구의 증가로 인한 2인생계부양가구 증가, 한부모가구 증가, 비혼·만혼·동성가구 증가, 동거가구·독신가구 증가, 노인단독가구 증가, 국제결혼으로 인한 다문화가족 증가, 원정출산과 기러기 아빠 등으로 나타나는 가족의 도구화현상 등이 우리 가족의 현주소이다. 이러한 가족의 변화를 두고 90년대에는 ‘위기의 가족’담론으로, 2000년대는 ‘국가의 존폐위기’로 까지 확대되어 인식처로서 느껴왔던 가족통념과 일상적으로 직면하는 가족의 실체사이의 불일치는 점점 더 심화되고 있는 형편이다.

또한 현재 가족의 변화를 둘러싼 위기 의식은 가족의 변화와 사회의 변화 사이에 나타나는 일종의 지체현상과도 밀접한 관계가 있다. 우선 가족구성원들이 가족의 변화를 피부로 감지하고 그로 인한 갈등을 인식할 때는 사회변화를 경험한 이후로 가족의 변화가 진행되는 시기와 가족구성원들이 그 변화를 느끼는 시간과의 괴리이며, 또한 사회의 변화에 저항하기도 하고 사회변화보다 먼저 변하기도 하는 가족변화속도와 사회변화속도와 사이에서 나타나는 지체현상으로 인한 것이기도 하다.

따라서 가족제도는 그 사회의 구조 등과 같은 외부환경에 좌우되는 동시에 개인자신들의 욕구충족과 이해조정 등 정서적 교감과 친밀성을 통해 외부의 자극과 긴장을 해소하는 사적공간이기도 하므로 그 변동의 인과기제에 대한 정치한 분석이나 가족변화의 다차원적인 특성을 논의하는 것은 결코 쉬운 일이 아니다. 특히 가족제도가 여성의 삶에 미치는 영향을 논하는 경우 더욱 그러하다.

이는 여성과의 관계에서 가족의 변화를 어떻게 규정할 것인지, 현재의 가족을 어떻게 볼 것인가 하는 관점의 문제로부터 가족 안팎에서 작용하는 다양한 변인과 그 변인들의 영향력에 관한 객관적 평가, 현재 가족변화를 초래하는 개인적이고 사회구조적인 변동요인이 가족에 미치는 영향력, 가정내에서의 젠더, 계급 등의 다양한 문제 등 가족제도 외에 사회전반적인 상황의 변수들을 고려해야 하기 때문이다.

최근의 경제위기, 여성의 경제활동증가 등 사회전반적인 상황으로 인한 가족의 변화에 대해 정부가 문제의식을 갖고 적극 개입하려는 태도는 매우 고무적이라

볼 수 있으나 그 대응방식은 여전히 과편적이고 현상적이며 사회통합적으로 대응하지 못하고 있다.

혼인과 가족에 관한 법정책들은 복지국가재편을 평가하는 시금석이 되기도 하므로 가족정책을 통해 가족과 가족구성원의 필요와 국가의 필요를 어떻게 조화시키느냐, 사회의 변화에 따라 가족의 형태는 지속적으로 변화할 수 밖에 없는데 그 변화를 법제도에 어떻게 담아내느냐, 어떻게 성통합적인 차원에서 재구조화 시키는가, 어떻게 가족, 기업, 지역사회가 성평등 및 가족친화적 구조로 재편되어야 할 것인가 등등 현재 대두되고 있는 가족에 관한 문제들을 해결하고 가족영역에서의 성평등을 보장하기 위해서 현행법상 가족관련 내용들의 문제점과 이에 대한 검토를 하고자 한다.

우선 혼인과 가족생활 등에서의 성평등을 보장하기 위해서는 헌법상 성평등을 일반원칙으로 규정하고 가족과 고용영역 등 사회 전 영역에서의 성별 등을 이유로 한 차별금지를 규정하여야 한다.

(스위스 헌법 제8조 ① 모든 인간은 법 앞에 평등하다

② 누구든지 자신의 출신, 인종, 성, 나이, 언어, 사회적 지위, 생활방식, 종교, 세계관, 신념, 신체적 지적 정신적 장애를 이유로 차별을 받지 아니한다

③ 남성과 여성은 평등한 권리를 갖는다. 법률은 특히 가족, 교육, 노동의 영역에서 양성의 법률상 및 사실상의 평등을 확보한다. -----.

독일 기본법 제3조 ① 모든 사람은 법앞에 평등하다

② 남성과 여성은 동등한 권리를 갖는다. 국가는 여성과 남성의 동등한 권리가 현실적을 달성되는 것을 촉진하고 현실에 존재하는 불이익의 제거에 노력한다)

둘째, 헌법을 비롯한 현행법상 가족관련 규정들은 현재의 다양한 가족형태를 담아내지 못하고 있다. 혼인, 혈연, 이성애 결혼 등에 근거한 전통적인 가족이데올로기에 빠져 있으며 현재의 우리의 가족이 처한 현실을 제대로 읽지 못하고 저출산율과 이혼율 증가의 배경이 되고 있는 가부장적 결혼과 가족제도를 더욱 강화시키고 있다.

그러나 가족의 변화는 당사자들이 인지하지 못할 정도로 빠르게 변화되고 있으므로 가족의 범위, 경계, 내용, 성격 등을 하나로 규정하는 전통적인 가족개념은

존재하기 어려우므로 가족의 문제와 변화를 가정 안에서만 찾아서는 안 되며 가족이란 여타사회제도와 긴밀하게 연결되어 있으므로 사회문화적 조건 속에서 가족에 대한 의미를 재해석하고 이를 재구성할 필요성이 있다. 변화하고 있는 다양한 가족형태를 법으로 규정하기 위해서는 개인의 일상과 가족생활에 대한 보편적 기준을 만들지 말고 다양하고 상이한 형태의 가족을 제도적으로 동등하게 위치지우도록 하여야 한다. 즉 다양성에 대한 소극적인 수용이 아니라 다양한 방식을 택한 개인들의 삶을 존중하고 결과보다는 선택을 한 맥락을 중요시하여야 하며 이를 제도적으로 지지하고 지원하는 법적 근거규정이 마련되어야 한다. 즉 가족성원의 개별적 욕구가 존중되고 그들의 선택이 반영될 수 있는 다양한 형태의 공동체적 삶이 가족으로 보장되며 구성원들간의 평등하고 민주적인 관계유지를 보장하는 내용을 규정하여야 할 것이다.

(스위스 헌법 제14조 ①혼인과 가족의 권리는 보장된다

독일기본법 제6조 ①혼인과 가족은 국가질서의 특별한 보호를 받는다

유럽연합헌법 제93조 ①가족은 법적 경제적 사회적 보호를 받는다)

셋째, 현재 여성의 경제활동증가 등 사회의 변화에 따라 가족정책의 핵심이 된 일과 가정양립의 문제에서 양립여부의 문제이기보다는 양립주체가 누구인가를 핵심적 문제로 보고 이러한 선택에 따른 내용규정이 필요하다. 양립주체를 누구로 보는냐에 따라 다음과 같이 나눌 수 있다. 즉 단위로서의 가족 대 시장으로 보는 차이에 근거한 양립, 여성 대 시장으로 보는 순차적 양립, 노동주체 대 시장으로 보는 보편적 양립 등이다. 차이에 근거한 양립일 경우 여성의 영역은 사적으로 간주되는 가족내로 제한되고(모성임금, 케어수당지급), 순차적 양립으로 보면 여성은 노동시장과 가족돌봄 등의 이중적 부담을 지게 되며(부모휴가, 모성휴가), 보편적 양립으로 보는 경우 여성과 남성이 포괄되는 성통합적 관점에서 성별구분 없는 노동주체로서 규정된다(아버지 할당제).

순차적 양립인 경우 주체가 여성으로 전환되었다는 점에서는 의의가 있지만 여전히 남성은 일과 가족의 양립문제에서 고려대상이 아니어서 남성의 입장에서는 차이에 근거한 양립과 별반 다르지 않으며 여성은 여전히 노동시장에서 일할 권리와 독립적 가구를 형성유지할 권리가 충족되지 못하고 있다. 보편적 양립의 경우 여성과 남성 모두 생계부양자, 시민권 여가의 문제에서 동등하게 존재하게 함으로서 보편적인 일과 가정의 양립을 지원할 수 있다. 양육에서 부모가 동등하게

참여하여 성별차이를 해소하게 된다. 이 경우 대표적인 정책인 아버지 할당제는 비록 부분적이고 제한적이지만 양육에 있어서 남성도 참여하게 함으로서 일정부분 효과를 나타내고 있다. 따라서 우리 법상에서도 일과 가정의 양립을 위한 성통합적인 구조화의 틀 속에서 법의 내용을 규정하여야 할 것이다.

넷째, 사회변동에 따라 다양한 가족형태와 가족의 재구성은 지속될 것이므로 현재의 사후문제해결식 가족정책만으로는 부족하고 예방적인 가족정책에 중점을 두어야 한다.

한부모가족, 싱글맘가족 등 다양한 가족구성원을 위한 경제적, 정서적 지원, 자녀양육 및 사회화 기능의 강화 등을 위한 정책적 지원과 더불어 현재의 가족문제를 위기의 문제로 해결하기 보다는 변화를 적극적으로 수용하는 정책적 태도가 무엇보다도 필요하다.

또한 가족정책은 가족 내에 한정하기보다는 가족 밖의 여타 사회문화적 환경과의 관련속에서 논의되어야 하며 개인의 삶의 질의 향상이라는 면에서 추구되어야 하므로 가족정책은 다양한 가족형태를 배려하는 방향으로 나아가야 하며, 젠더관점과 결합된 양성평등 가족형태, 문제가족중심에서 일반가족대상으로의 가족정책 전환, 아동 및 노인 등의 사회적 돌봄, 육아휴직제 직장내 모유수유실 설치 등 가족친화적 기업제도 정착 등 사회환경적 맥락속에서 가족문제를 해결해야 한다. 이러한 지향점이 헌법상에 규정되고 구체적인 내용들이 가족관련 법률에 구체적으로 명시되어야 할 것이다.

(유럽연합헌법 제93조 ②가족생활과 직업생활과의 조화를 위해 모든 사람은 임신으로 인한 해고로부터 보호될 권리와 유급임신출산휴가와 출산 또는 입양후에 육아휴가를 취득할 권리를 갖는다)

◆ 토론문 4 ◆

‘헌법에 있어서의 가족’ 토론문

최 혜 경

(이화여대 소비자학과)

MEMO