
여성인권보장 및 차별해소를 위한 관련법제정비 연구(I)

헌법상의 여성관련조항 개정방안

연구책임자: 박 선 영 (본원 연구위원)

공동연구자: 윤 덕 경 (본원 연구위원)

박 복 순 (본원 연구위원)

배 은 경 (서울대 교수)

석 인 선 (이화여대 교수)

심 선 희 (본원 위촉연구원)



한국여성정책연구원
Korean Women's Development Institute

발 간 사

이 연구는 우리사회가 ‘성평등을 위한 법제도적 인프라를 구축했음에도 불구하고 이것이 현실을 움직이지 못하는 이유는 무엇인가’라는 물음에서 구상되었습니다.

한국의 성, 제도와 개발(gender, institutions and development, GID) 점수는 0.021로 123개국 중 4위입니다. 점수가 낮을수록 여성차별과 불평등 관련 제도가 적다는 것을 감안하면 우리나라의 제도적 성평등 수준은 상당히 높다고 할 수 있습니다. 그러나 남녀권한척도(gender empowerment measure, GEM) 순위는 75개국 중 53위로 멕시코(35위), 일본(42위), 필리핀(45), 칠레(51위)보다도 낮습니다. 또한 남녀격차지수(gender gap index, GGI)는 한국이 OECD국가 중 최하위권인 92위입니다. 이처럼 우리나라는 성평등을 위한 제도적 기반은 상당정도 정비되어있지만 성평등 달성수준은 여전히 미약합니다.

법의 영역도 예외는 아닙니다. 1980년 후반부터 남녀고용평등법의 제·개정, 성폭력특별법, 가정폭력특별법, 여성발전기본법의 제·개정, 그리고 최근에는 성매매특별법의 제정과 호주제 폐지에 따른 가족법 개정 등을 통해 여성인권보장 및 차별해소를 위한 법제도적 인프라를 구축하는 성과를 이루어냈습니다. 그러나 여전히 많은 여성들은 고용상의 성차별을 경험하고 있고 성폭력, 가정폭력, 성희롱으로부터 자유롭지 못합니다.

이와 같은 상황에서 이 연구는 ‘법과 현실과의 괴리’를 좁히기 위해 3년에 걸쳐 여성관련법제를 공법, 사법, 사회법 분야로 나누어 각 영역별 여성관련법제의 정비방안을 마련하는 것을 목적으로 진행됩니다.

2007년은 그 첫해로 공법분야의 여성관련법제를 헌법과 형법으로 나누어 「헌법상의 여성관련조항 개정방안」, 「성폭력·가정폭력·성매매관련법제 정비방안」연구를 수행하였습니다. 「헌법상의 여성관련조항 개정방안」 연구는 제헌헌법 60주년을 맞이하는 현시점에서 21세기 헌법과 여성 간의 관계를 조망해 본 것으로 헌법개정

논의가 본격화되면 중요한 자료로 활용될 것으로 기대됩니다. 또한 「성폭력·가정폭력·성매매관련법제 정비방안」 연구도 관련법제 개정 시 기초자료로 활용될 것으로 기대됩니다.

이 연구를 위해 한 해 동안 많은 고민과 노력을 아끼지 않으신 연구진과 바쁘신 중에도 자문과 논평을 해주신 여러분께 진심으로 감사드립니다.

2007년 12월

한국여성정책연구원
원장 김 경 애

연구요약

이 연구는 현행 헌법상의 여성관련조항의 체계와 내용을 비판적으로 검토하는 것을 통해 여성관련조항의 새로운 규정방식을 제안하는 것을 목적으로 한다.

이와 같은 목적 속에서 이 글은 다음과 같이 구성되었다. 제I 장은 이 글의 서론으로 연구의 필요성, 목적과 방법, 한계점 등으로 구성된다.

제II 장에서는 우리헌법의 여성관련조항의 변천과정을 살펴보았다. 1948년 제헌헌법부터 1987년 제6공화국 헌법까지 9번의 개정과정 속에서 성별에 의한 차별금지조항, 여성 근로에 대한 조항, 혼인·가족생활과 모성관련조항을 중심으로 헌법조항의 변화내용을 통해 헌법이 여성을 바라보는 시각과 개정시의 쟁점들을 간단히 짚어보았다. 이를 통해 여성 역시 사회의 모든 영역에서의 평등한 주체임을 전제하고, 유연하게 변화하는 젠더경계의 재구성을 반영할 수 있는 헌법이 필요함을 서술하였다.

제III 장은 우리나라의 현행 헌법상의 성평등 및 가족관련조항을 분석함으로써 이에 대한 한계를 지적하고 재구성 방안을 검토하였다. 이를 위해 현행 헌법상의 평등의 개념을 형식적 평등과 실질적 평등이라는 개념을 통해 논의하였다. “같은 것은 같게 대우하라”는 고전적인 자유주의 이론을 바탕으로 여성 혹은 남성이라는 차이를 고려함 없이 개인의 특성에 따라 대우해야한다는 형식적 평등개념과 기회의 평등뿐만 아니라 조건의 평등, 결과의 평등까지 포함하여 사고하는 실질적 평등의 개념을 검토하였다. 이러한 논의를 바탕으로 우리헌법의 성평등 규정양태방향을 자세히 살펴보고, 성평등조항에 대한 사법부의 해석 및 한계를 지적하면서 여성주의 관점에서 성평등 개념을 재구성할 것을 제안하였다. 가족관련조항에 있어서는 복지국가에서의 사회 정책적 접근 역시 젠더관점을 가지고 있지 못했음을 지적하면서, 근대 복지국가모델에서도 여전히 가족 및 모성이데올로기와 함께 가족 내에서의 가족 내 성별분업 및 가부장적 구조가 잔존해있음을 보여주었다. 즉, 복지국가 내에서의 여성에 대한 관점 및 여성과 복지국가의 관계에 대한 담론을 바탕으로 헌법상의 가족관련규정 및 그 한계점을 살펴보았다. 이러한 논의들을 바탕으로 헌법상 여성관련조항의 규정양태 방향을 여성관련 평등조항, 혼인과 가족생활에서의 양성평등조항, 모성보호조항의 측면에서 살펴보고 기존의 한계점에 대한 인식과 극

복을 바탕으로 여성관련 규정 체계를 재구성할 것을 제안하였다.

제Ⅳ장에서는 세계 각국 헌법의 여성관련조항의 규정 양태를 검토하였다. 성평등을 일반적 평등원칙과 성별 등을 이유로 하는 차별을 금지하는 것을 통해 보장하는 유형, 일반적 평등권과는 별도로 성평등을 독립규정으로 둠으로써 성평등을 보장하는 유형, 성평등을 독립적인 규정으로 두면서 더 나아가 실질적 평등을 보장하기 위한 성평등 실현을 국가목표로 규정하거나 적극적 조치의 실시의 근거를 규정하고 있는 유형으로 나누어 살펴보았다. 가족관련조항에 있어서는 국가주의적 관점에서 제도로서의 가족에 대한 보호규정을 두는 경우, 사회국가이념에 근거하여 가족에 대한 제도보장과 기본권으로서의 가족에 대한 보호를 규정하는 유형으로 나누어 비교, 분석하였다. 또한 스위스, 독일, 이탈리아, 프랑스, 캐나다, 일본, 르완다 7개국과 유럽연합 헌법의 제·개정사 및 특징을 보다 자세히 살펴보고, 이들 국가의 성평등 및 가족관련조항을 보다 자세히 살펴보았다.

제Ⅴ장에서는 이상의 연구결과를 토대로 헌법상의 여성관련조항의 개정방안을 서술하였다. 성평등관련조항의 개정방안으로는 첫째, 일반적 평등권과는 별도로 성평등을 확정적인 독립규정으로 추가하는 것을 통해 성평등이 헌법적 질서라는 점을 명확하게 하기 위해 성평등의 실질적인 실현을 국가의 목표로 명시하는 방안을 제안했다. 즉, 독일이나 스위스와 같이 “남성과 여성은 평등하다. 국가는 양성평등의 실질적 실현을 촉진하고 현존하는 불이익의 제거를 위해 노력해야 한다” 또는 “남녀는 동등한 권리를 갖는다. 법률은 특히 가족, 교육 및 근로의 분야에서 양성의 법률상 및 사실상의 평등을 확보해야 한다.”고 강력하고 분명한 국가목표 규정을 둠으로써 성평등 실현을 국가의 의무로 부과할 수 있다. 둘째, 적극적 차별시정조치 실시의 근거 조항을 추가하는 것을 제안했다. 사회 구조적인 남녀격차와 과거의 차별의 영향에 의해 출발점에 격차가 있는 경우, 그 격차가 해소 될 때까지 적극적 차별시정조치를 실시하여 한정적이고 일시적으로 남녀를 다르게 취급하는 것은 실질적인 의미에서 ‘기회의 평등’을 목적으로 하는 합리적인 구별이고 평등원칙에 반하지 않는다. 따라서 실질적 평등을 위해서는 한정적으로 적극적 차별시정조치의 실시가 필요하다. 그러나 적극적 차별시정조치를 개별 법령을 통해 규정할 경우, 위헌시비가 있을 수밖에 없기 때문에 적극적 차별시정조치가 역차별이 아니라는 점을 헌법으로 명문화 할 필요가 있다. 셋째, 이와 같이 평등권에 성평등조항을 추

가하는 경우, 고용, 사회보장, 가족 등에서의 개별 성평등권은 평등이라는 큰 방향으로 일관성있게 추진하고 통합하여 체계화 하는 방안 즉, 개별 성평등권은 평등권 조항으로 편입시키는 방안을 기술했다.

가족관련조항의 개정방안으로는 첫째, 혼인과 가족의 자유와 권리보장을 통해 가족의 다양성을 수용하는 방안으로 개정되어야 함을 제언했다. 이를 위해서는 혼인과 가족의 자유와 권리에 대한 보장과 가족의 법적·경제적·사회적 보호를 위한 국가의 보장의무를 규정하는 것이 필요하다. 둘째, 모성보호에서 모성권 보장으로 재정립될 필요가 있음을 제언했다. 셋째, 가족관련조항의 국제질서가 가족형성·아동권 등을 사회적 기본권으로 보장하고 있다는 점을 감안하면 아동권에 대한 명문화화를 통해 아동을 권리행사의 주체로 명확하게 하는 아동권 규정방안을 제언했다. 헌법으로 아동권을 보장하는 것은 아동을 보호 대상이나 권리향유의 주체에서 권리행사의 주체로 아동에 대한 패러다임을 변화시키고 주관적 공권으로서 아동권을 보장하는 것은 아동들의 삶의 조건을 발전시켜나가는 데 기여할 수 있다.

목 차

I. 서론	1
1. 연구의 필요성	4
2. 연구의 목적 및 내용	8
3. 연구방법	10
4. 연구의 한계	10
5. 기대효과	11
II. 헌법상 여성관련조항의 변천과정	31
1. 헌법의 남성중심성과 여성관련조항의 변천	15
2. 제헌헌법과 여성관련조항	18
3. 제5차 헌법개정과 여성관련조항	22
4. 제8차 헌법개정과 여성관련조항	25
5. 제9차 헌법개정과 여성관련조항	28
6. 소결	32
III. 헌법상 여성관련조항의 한계와 재구성	53
1. 헌법상 성평등관련조항의 한계와 재구성	38
2. 헌법상 가족관련조항의 한계와 재구성	55
3. 헌법상 여성관련조항 해석에서의 전제와 규정양태 방향	70
IV. 세계 각국 헌법의 여성관련조항 규정양태	97
1. 세계 각국 헌법의 여성관련조항의 유형별 특징	81
2. 주요 국가 헌법과 여성관련조항	98

V. 헌법상의 여성관련조항 개정방안	3
1. 성평등관련조항의 개정방안	138
2. 가족관련조항의 개정방안	142
참고문헌	147

I

⋮

서론

1. 연구의 필요성	4
2. 연구의 목적 및 내용	8
3. 연구방법	10
4. 연구의 한계	10
5. 기대효과	11

이 연구는 여성관련법제의 정비방안을 3년에 걸쳐 공법, 사법, 사회법 영역으로 나누어 마련하는 것을 목적으로 한다.

여성차별철폐협약 제2조는 체결국에게 남녀평등원칙이 법률 속에서 구현되도록 할 것과 여성에 대한 모든 차별을 금지하는 적절한 입법조치를 취할 것을 의무로써 규정하고 있다. 이런 국제기준과 여성운동의 성장에 따라 1980년대 후반부터 여성인권 보장과 차별해소를 위한 법률들의 제·개정 작업이 이루어지기 시작하여 남녀고용평등법의 제·개정, 성폭력특별법, 가정폭력특별법, 여성발전기본법의 제·개정, 그리고 최근에는 성매매특별법의 제정과 호주제 폐지에 따른 가족법 개정 등의 성과를 이루었다. 이런 법률들은 한편으로는 여성에 대한 차별해소와 인권보장에 기여한 바 크나, 다른 한편으로는 여성의 현실을 변화시키지 못하고 있는 문제를 노정하고 있다. 유엔 여성차별철폐위원회도 이점에 주목하여 한국 사회 내 여성 차별 철폐를 위한 다양한 법률과 정책이 존재함에도 불구하고 여성차별철폐협약이 여성의 정치참여 및 고용을 포함한 여러 영역에서 실질적인 이행력을 발휘하지 못하는 점에 대하여 깊은 우려를 표명했다.

이와 같은 상황에서 여성인권보장 및 차별해소를 위한 보다 발전된 법제도적 인프라 강화에 대한 요구들이 증가하고 있고 시급한 정책과제로 등장하고 있다. 또한 이주 여성, 여성 동성애자, 여성 장애인 등 여성내부의 소수자의 인권보장과 여성의 재생산권 등의 권리가 새롭게 부각되고 있고, 이들의 권리보장을 위한 법률적 검토와 법률 제정 등이 필요한 실정이다. 여성인권 보장 및 차별 해소를 위해 보다 발전된 형태로 법제도적 인프라를 강화하기 위해서는 그간의 법제를 변화된 상황과 요구에 부응하는 형태로 정비하는 것과 함께 새롭게 부각되고 있는 문제에 대한 법적 대응이 필요하다.

이에, 이 연구는 3년에 걸쳐 여성관련법제를 공법, 사법, 사회법 분야로 나누어 각각의 영역별로 주제를 선정하여 주제별 여성관련법제에 대한 효과 분석을 통해 정비방안을 마련하는 것을 목적으로 한다.

2007년은 그 첫해로 공법분야의 여성관련법제를 헌법과 형법으로 나누어 「헌법상의 여성관련조항 개정방안」, 「성폭력·가정폭력·성매매관련법제 정비방안」 연구를 수행하였다. 2008년에는 가족의 다양화와 다문화 가족의 증가라는 사회문화적 변화를 배경으로 가족관련법제 정비연구를 진행하려고 한다.

이 보고서는 「헌법상의 여성관련조항 개정방안」에 관한 연구결과이다.

1. 연구의 필요성

헌법이란 국민의 자유와 기본권 실현을 보장하는 국가의 기본법으로 그 사회의 최고 규범이다. 그러나 한국 사회에서 헌법은 정치적 이해관계 속에서 휘둘리면서 반세기 동안 9번이나 개정된 역사를 가진 부정적인 것으로 인식되어온 경향이 짙다. 더구나 헌법을 자신의 권리보호를 위한 장전으로 주장하기보다는 개인의 일상적 삶과는 동떨어진 학자들의 전유물이거나, 책에서나 등장하는 텍스트 정도로 이해하곤 한다.

그러나 사실 헌법은 한 사회를 유지하는 최상위 법으로서, 개인의 삶에 직·간접적으로 영향력을 행사하는 중요한 텍스트다. 개인과 국가와의 관계를 규율하는 헌법은 각 국가가 추구하는 기본이념과 가치를 반영하고 있다. 그러므로 헌법은 그 사회의 민주주의의 수준을 가늠하게 하는 바로미터이며, 그 국가의 기본권 보장 수준을 보여주는 하나의 지표이기도 하다.

헌법(학)의 기초인 근대 인권론은 모든 사람에게 보편적인 인권이 있다는 것을 전제로 하고 있다. 그러나 근대에 확립된 인권은 소위 ‘남성·유산계급·백인·이성애자’의 권리였고, 여성의 인권은 ‘205세기’ 인권으로 불리는 것처럼 20세기 후반에야 실현되었다. 많은 나라에서 여성의 참정권 획득이 20세기 초부터 이루어지기 시작했다는 사실은 이를 뒷받침해준다. 즉, 여성의 참정권은 남성의 보통선거권보다 100년 정도 늦게 남성의 승인에 의해 보장되었다.

이처럼 수세기동안 투표권자, 입법자, 변호사, 검사 또는 판사로서의 여성의 시민적 참여는 제한되고 남성들에 의해 독점되어왔다. 이는 법의 생성자체가 남성 중심적 성격을 갖고 있음을 의미하는 것이다. 일반적으로 법은 중립성을 표방하고 있지만, 역사적으로 법은 남성중심의 가부장적 가치관을 반영하고 있음으로써 여성의 경험들을 비가시화 시켜왔다.

더구나 공·사 영역의 분리를 전제하고 있는 근대 자유주의 법사상은 가정(가족)과 관련된 영역을 사적영역으로 규정함으로써, 여성의 삶과 많은 부분 연결되어온 가정의 영역에 공적영역으로 간주되는 법의 관여는 이루어지지 않았다. 이는 사적영역을 담당하고 있던 많은 여성들이 법의 보호로부터 배제되어 왔음을 의미한다. 가사노동이나 출산 및 육아 등 여성의 삶과 밀접한 관련이 있는 분야에서 법은 오랫동안 침묵해왔던 것이다.

이에 여성주의는 사적 영역인 가부장제와 여성지배의 구조를 중시하면서 자유주의 비판·보편주의 비판을 전개했다. 특히 ‘개인적인 것은 정치적인 것이다’라는 키워드를 통해 공·사 이원론을 비판하고, 이를 통해 인권론의 새로운 패러다임을 구축하였다. 즉, 인권 개념이 공적영역에 한정되는 한 권력을 가지고 있는 국가에 의해 조작 가능한 형식 개념이 되기 때문에 국가 중심의 공사이원론 구조의 문제를 제기하였다. 그리고 인권이란 개인의 다양하고 구체적인 삶과 성(性)에 대한 근원적인 권리라는 것을 분명하게 했으며, 보편적 인권과 다른 ‘여성 고유의 권리’와 ‘차이의 권리’를 강조하기도 했다.

또한 여성주의 법학자들은 법의 남성 중심성에 지속적으로 문제제기 해왔으며, 법이 가지고 있는 권위주의적이고 보수주의적인 환경에 도전해왔다. 또한 법을 성인지적 관점으로 해석하고 실행시키기 위한 다양한 노력들이 이어져왔다.

헌법적 권리는 여성 및 개별 권리주체들이 법원에서 국가를 상대로 개인의 기본권을 주장하고 실현할 수 있는 기본적 근거이다. 헌법은 다른 개별법보다 상위법으로 그 추상성으로 인해 법의 해석에 의존성이 높기도 하지만, 이는 반면에 다른 일반법보다 개인의 권리를 보장하고 차별을 해소하는데 기본전제가 되는 원리로 작용한다. 헌법을 이해하는 것은 제기되었던 소송이나 판례들을 이해하는 것을 포함하게 되며, 헌법의 이러한 성격은 헌법을 통해 보장될 수 있는 권리의 범위와 다양성을 단순화시켜 드러낼 수 없게 한다.¹⁾

몇몇 나라들에서는 여성들이 특수한 사건에 대해 헌법적 권리를 주장하기도 했지만, 일반적으로 여성들은 여성의 재생산권, 고용차별, 가정폭력, 정치적 저대표성, 성폭력, 결혼 및 이혼, 상속 문제의 해결을 위해 헌법을 이용해 왔다. (헌)법에 있어서 여성주의자들의 주요 관심 이슈는 법적 권리, 법의 주체, 법에서 보장하는 평등, 여성의 재생산권과 성적 자기결정권, 가족 내에서의 여성의 권리 및 여성의 사회·경제적 권리와 관련되어 있다.²⁾ 또한 젠더를 둘러싼 논쟁을 해결하기 위한 여성들의 법적 소송(투쟁)은 점점 증가해왔다. 이는 젠더가 점점 주요한 이슈가 되고 헌법의 성인지적 관점이 필요한 이유이기도 하다.

1) Baines & Rubio-Marin(ed.), *The Gender of Constitutional Jurisprudence*, Cambridge University, 2005, p.9

2) 앞의 책(주1) p.10

법을 여성학적 관점에서 인식한다는 것은 여성의 시각에서 법을 재해석하고 여성의 경험과 관점을 반영하는 것을 의미한다. 즉, 성평등에 초점을 맞추어 성차별적 제도와 관행을 비판하고 기존의 남성중심의 경험과 가치에 여성의 경험과 가치를 반영하여 범규범의 가치척도로서 표준화하자는 것이다. 이는 단지 기존의 남성중심성에서 여성중심성으로 방향을 전환하는 것이 아니라, 각 성별이 가지는 차이와 경험을 토대로 법을 해석하는 것을 말한다. 법학에서의 여성주의적 연구는 법이 어떻게 여성을 배제하고 있는지를 밝혀내고, 여성이 남성과 동등한 권리를 갖기 위해 실질적 평등을 이루기 위한 연구로 발전되어 왔다.

서구사회에서 성평등에 대한 형식적 틀을 갖추기 시작하고, 성평등을 의무사항으로 법제화한 것은 제2차 세계대전 이후의 일반적인 경향이었다. 그러나 이 시기에는 여성의 참여는 거의 이루어지지 않았었는데, 이후 1980~90년대에는 여성들이 헌법 개정을 위한 작업에 적극적으로 참여하기 시작했다.³⁾ 예를 들어, 캐나다는 권리와 자유에 대한 헌장(the charter of rights and freedom(1982))에서 새롭게 성평등을 보장하는 내용을 담았으며, 프랑스는 1999년에 공천과정에서 성비균형을 이루기 위한 헌법개정을 이끌어냈고, 르완다는 2003년 여성과 남성의 평등을 보장하기 위해 모든 조직의 의사결정구조에 최소한 30%이상을 여성으로 구성한다는 할당제 규정을 헌법질서에 포함시켜냄으로써 새로운 시대를 열게 되었다.

위의 사례들은 헌법이나 헌법의 변화가 어떻게 현실 속에서 우리의 삶에 영향을 미치는지를 인식하기 시작했음을 보여준다. 무엇보다도 2003년 10월 여성 국회의원 비율이 48.8%를 이루는 극적인 역사를 만들어낸 르완다의 사례는 여성의 정치적 대표성을 높임으로써 헌법이 어떻게 여성의 인권향상을 위해 강력한 영향력을 발휘할 수 있는지를 보여준 사례다.⁴⁾ 소위 “성인지적 헌법(Gender-Sensitive Constitution)”이라고 불리는 르완다의 헌법은 2003년 개정을 통해 모든 조직의 의사결정구조에 적어도 30%이상의 여성을 포함해야한다는 원칙(제9조)을 헌법조항으로 삽입했다. 이러한 원칙은 제76조와 제82조에서 더욱 구체적으로 명시됨으로써 이러한 헌법적 근거를 통해 국회의 여성의원비율이 세계최고가 되는 성과를 이루어낸 것이다.⁵⁾

3) 앞의 책(주1) p.7

4) Elizabeth Powley, 『Case Study - Rwanda: Women Hold Up Half the Parliament』, Women in Parliament : Beyond Numbe, 2005, 참조.

무엇보다도 근대 헌법의 성평등 원칙은 여성이 남성과 같아지는 것을 통해 평등해 진다는 것으로 여기에는 남성중심개념의 존재와 여성 고유의 권리는 보호의 대상이 되거나 아니면 무시된다. 따라서 성을 이유로 하는 차별로부터의 자유를 목표로 남성과 동등한 여성의 인권을 주장하기 보다는 보편주의 평등론에 대신하여 실질적 평등론, 그리고 여성고유의 권리를 고려한 새로운 평등론이 구축될 필요성이 대두되었다. 이에, 동등한 권리와 기회를 보장하는 기회의 평등의 개념에서 조건 및 결과의 평등으로 평등에 대한 개념이 확장되거나 새롭게 규정되기도 했다. 여성주의에서는 여성의 상대적 불평등에 대한 해소를 위해 결과의 평등을 주장해왔고, 이러한 관점에서 현실화시킨 제도 중 하나가 적극적 차별시정조치⁵⁾이다. 많은 나라에서 이러한 결과적 평등의 관점으로 정치적 영역에서의 여성의 대표성을 증가시키기 위한 여성공천할당제를 도입하고 있기도 하다. 우리나라의 경우도 비례대표의 여성공천할당제, 정부위원회의 여성위원참여목표제, 국공립 대학의 여교수채용목표제 등의 적극적 차별시정조치를 실시하고 있다.

이처럼 헌법에서 명시된 조항은 다른 개별법의 기본전제가 되는 원리로 작용하며, 헌법상의 평등권 및 차별이슈에 대한 담론들이 실질적으로 여성인권향상과 성차별 해소를 위해 중요한 영향력을 행사하는 것을 볼 수 있다. 이에 여성학자, 여성단체 등은 여성의 지위향상과 성차별적인 환경을 개선하기 위해 법 제·개정운동에 많은 비중을 두고 활동해온 것이다.

물론 헌법상의 권리가 만병통치약은 아니다. 헌법적 권리는 국가의 기본적 가치를 보장하고 개인의 평등권을 실현하고자 하지만, 이러한 원칙이 항상 여성에게 유리하게 작용하는 것만은 아니기 때문이다. 다시 말해, 법원은 여성의 주장을 기본권이라는 근거로 보장하기도 하지만 이를 근거로 제한하기도 하기 때문이다. 예를 들면 낙태 금지법의 경우 태아의 생명의 가치라는 기본권으로 인해 여성에게 불리하게 작용하기도 하고, 표현의 자유는 포르노에 고통 받는 여성의 인권과 충돌하기도 한다.

그러나 헌법상의 규정은 우리사회의 기본가치를 포괄하고 있으며, 우리의 삶에 강력한 영향력을 행사하기 때문에 여성에 대한 헌법적인 변화가 시작된 시기, 어떤 전략

5) 본고 제IV장에서 상세하게 다루고 있다.

6) 본고에서는 적극적 조치, 잠정적 우대조치, 적극적 평등실현조치 등으로 지칭되는 Affirmative Action, Positive Action을 적극적 차별시정조치로 통일하여 사용한다.

이 각각의 맥락에서 적절한지, 국제적 논의와 어떻게 연결될 수 있는지, 이러한 과정에 여성들이 어떻게 개입하고 있는지, 어떠한 결과가 여성의 정치적, 사회적, 경제적 종속을 약화시킬 수 있는지를 분석하는 것은 매우 중요하다.

헌법에서 추상적으로 규정되어진 조항에 대해서 특별한 금지 규정을 만들어가고, 개별 사건의 대응을 통해 판례를 만들어 가는 것은 쉽지 않은 작업이다. 현재의 헌법상의 권리를 재분석하고 재구성해 나감으로써, 기존의 남성중심적인 법의 잣대를 해체시키고 성인지적 법의 관점을 확장시켜나가야 할 것이다. 이를 위해 기존의 헌법이 규정하고 있는 여성관련조항의 의미를 분석하고, 이를 둘러싼 담론을 살펴보는 것은 헌법을 여성주의적으로 재구성해나가는 작업의 출발점이 될 수 있다. 또한 여성의 헌법적 권리는 헌법의 해석에 대한 언급 없이 완성되지 않는다. 그러므로 헌법에 명시된 여성관련 이슈에 대한 새로운 담론의 형성과 헌법의 해석을 둘러싼 투쟁은 여성인권향상 및 성차별적 제도와 관행을 해소시켜나가는데 있어서 매우 중요한 의미를 갖는다.

법은 사회질서를 유지하고 개인들 간의 상반되는 이해관계를 조정하며, 그 사회의 시대적 사상을 반영한 사회 윤리적 가치기준이다. 또한 법은 매우 추상적이지만, 개인의 삶속의 구체적 현실과 연결되어 있기도 하다. 우리나라의 경우도 법의 제·개정 작업을 통해 여성의 불평등한 현실을 개선해왔다. 그러므로 법의 영역에서 성인지적 관점은 선행되어야 할 과제인 것이다.

2. 연구의 목적 및 내용

위와 같은 필요성하에 이 연구는 헌법상의 여성관련조항의 체계와 내용을 비판적으로 검토하는 것을 통해 우리헌법의 여성관련조항의 새로운 규정방식을 제안하는 것을 목적으로 한다.

대부분의 나라의 헌법은 성차별을 금지하고 있으며, 여성과 남성의 평등권을 보장하고 있다. 이는 각 국가별 상황의 차이에도 불구하고 여성에 대한 억압은 보편적이기 때문에 이러한 조항을 통해 여성의 동등한 권리를 보장하기 위한 것이다. 이러한 평등권 조항이 남성을 배제하는 것은 아니지만 이는 실질적으로 여성을 보호하기 위해 규정되

었다고 볼 수 있다. 그러므로 각국의 평등조항이 어떻게 규정되어 있는지 살펴보는 것은 성차별 금지를 위해 국가에 어떠한 법적 근거를 가지고 있는지를 보는 것과 같다.

가정(가족)은 헌법적 보호의 대상으로 각 국가들이 가정(가족)에 대한 헌법적 근거를 가지고 있다. 앞서 언급했듯이 가정(가족)의 영역은 오랜 시간 여성의 영역으로 간주되어 여성이 담당해왔다. 그러므로 가정(가족)관련 조항을 살펴보고, 이러한 법들이 여성에게 어떠한 영향을 미치고 있는지를 살펴보는 것을 통해 여성의 지위를 가늠할 수 있다.⁷⁾ 그러므로 이하의 각 장에서는 평등 및 가족관련 조항을 중심으로 여성관련 조항을 검토하였다.

이 연구는 다음과 같이 구성된다. 첫째, 우리나라 헌법의 재·개정과정을 추적하여 헌법에서 여성관련 조항이 어떤 내용과 이념을 담아 왔는지, 그리고 어떤 사회적 합의를 거쳐 성립되었는가를 살펴본다. 우리헌법은 1948년 제정 후 9차례에 걸쳐 개정이 이루어졌다. 헌법은 그 시대의 국가와 개인과의 관계를 규정하는 것으로 시대의 변화에 의해 가변적이라는 성격을 갖는다. 따라서 헌법 개정은 변화하는 시대정신을 담기 위해 필연적일 수 있다. 9번의 개정사속에 여성관련 조항이 새롭게 삽입되거나 개정되었는데, 이는 그 당시의 여성에 대한 사회적 지위 및 여성을 둘러싼 사회의 태도 등을 유추할 수 있게 한다. 그러므로 한국사회의 헌법개정사 속의 여성관련 조항을 살펴봄으로서 우리헌법이 어떻게 여성을 규정해왔는지, 우리헌법이 어떻게 여성의 지위 및 인권보장을 위해 작용해왔는지를 살펴볼 것이다.

둘째, 헌법상의 여성관련 조항의 체계와 내용을 비판적으로 살펴봄으로써 평등권 개념의 의의와 한계를 명확하게 하고, 평등권 개념의 재구축을 시도한다. 이를 위해 헌법의 성평등규정 내용을 구체적으로 검토하고, 각각의 조항에서 보장하고 있는 여성에 대한 권리에 대해 살펴본다. 그리고 소위 평등의 2가지 원칙이라 불리는 형식적 평등과 실질적 평등의 개념 및 그 실현방식에 대해 논의할 것이다. 이를 바탕으로 여성주의적인 평등의 개념을 재구성하기 위한 전제를 살펴보고 평등개념의 재규정을 제안한다.

셋째, 세계 각국 헌법의 여성관련조항을 성평등, 가족관련 조항으로 나누어 각각의 유형별 특징을 살펴보고, 우리에게 주는 함의를 모색한다. 먼저 세계 각국 헌법상의 성평등, 가족관련조항을 유형별로 그 특징을 검토한다. 그리고 우리에게 시사점을 주

7) Baines & Rubio-Marin(ed.), 앞의 책(주1) p.18

거나 특징적인 헌법구조를 가지고 있다고 판단되는 주요국의 헌법 구조 및 특징과 헌법 제·개정 과정을 살펴본다. 이를 바탕으로 각 헌법이 여성관련 조항을 어떻게 규정하고 있는지를 분석하고 각 규정형태가 갖는 의미와 차이점을 살펴봄으로써 우리헌법의 규정형태와 비교·분석한다. 이를 토대로 우리헌법의 여성관련 조항의 체계화와 규정형태에 대한 함의를 모색한다.

3. 연구방법

헌법상의 여성관련조항에 대한 국내외 문헌 자료를 검토하였다. 우리나라 헌법의 개정사 속의 여성관련조항의 변천, 평등권을 둘러싼 담론 및 우리헌법의 규정방식, 각 국가들의 헌법상의 평등조항의 규정방식 및 가족관련조항을 국내외의 문헌을 바탕으로 분석하였다. 또한 인터넷을 통해 각 국가의 헌법전문과 헌법관련 자료들을 검색하여 참고하였다.

문헌연구와 더불어 현지출장을 진행했다. 무엇보다도 가장 최근에 헌법을 전면적으로 개정한 바 있는 스위스와 바이마르 헌법을 기초로 근대 민주주의적 법 체계가 형성되었다고 하는 독일을 직접 방문하여 헌법관련학자 및 관련전문가를 인터뷰하고 자료를 수집하였다.

또한 학계, 연구소 및 시민운동계의 관련전문가를 모시고 워크숍 및 자문회의를 진행했다. 자문회의를 통해 보다 다양한 시각에서 본 연구의 내용 및 방향을 검토하였으며, 그 의의를 점검하고 보완점을 수정하기도 하였다.

4. 연구의 한계

먼저, 이 연구는 각국의 헌법 제·개정사 및 헌법상의 여성관련조항을 보다 입체적이고 다각적으로 분석하지 못한 한계를 갖는다. 각국의 평등 및 가족관련조항을 비교 분석하기 위하여 총 21개국(한국 포함)을 살펴보았고, 스위스, 독일, 이탈리아, 프랑스, 캐나다, 일본, 르완다의 경우 헌법 제·개정 과정 및 헌법의 특징을 보다 자세히

검토하였다. 그러나 위의 7개국의 경우도 이들 국가의 헌법 담론 및 여성과 가족을 둘러싼 사회문화적 배경, 헌법 제·개정과정을 깊이 있게 다루지 못하였다.

또한 각국의 언어의 차이로 인해 번역된 자료(한국어/영어/일본어)에 주로 의존해야 했으므로, 각국의 언어적 맥락에서의 헌법조항에 대한 구체적인 분석을 할 수 없는 한계가 있었다.

5. 기대효과

이 연구는 이와 같은 몇 가지 한계점에도 불구하고 헌법상의 여성관련조항의 변천사, 여성과 관련한 평등 및 가족을 둘러싼 담론, 각국의 헌법조항의 비교분석을 통해 우리헌법의 여성관련조항에 대한 분석 및 개정방향을 제시할 수 있을 것으로 기대된다. 무엇보다도 각국의 평등권 및 가족관련조항은 여성의 헌법적 권리에 대한 논의의 기본적인 자료를 제공할 수 있을 것으로 보이며, 더 나아가 우리헌법의 성인지적 관점을 도입하는데 기여할 수 있을 것을 기대한다.

Ⅱ

⋮

헌법상 여성관련조항의 변천과정

1. 헌법의 남성중심성과 여성관련조항의 변천	5
2. 제헌헌법과 여성관련조항	8
3. 제5차 헌법개정과 여성관련조항	22
4. 제8차 헌법개정과 여성관련조항	27
5. 제9차 헌법개정과 여성관련조항	28
6. 소결	32

1. 헌법의 남성중심성과 여성관련조항의 변천

대한민국헌법은 1948년 제정 이후 반세기동안 무려 9차례나 개정되었다. 헌법이 갖고 있는 최상위 규범의 성격을 고려할 때 잦은 개정 자체가 그리 좋은 일은 아닐뿐더러, 그나마도 대통령제/내각제 등 최고 권력의 구조, 선출, 임기등과 관련한 개정이 대부분이어서 권력엘리트의 이해관계를 넘어서는 수준의 사회적 변화를 반영한 것도 아니었다는 점에서 문제점을 지적해야 할 것이다. 사회구성원들의 개입과 심의를 통해 도출된 사회적 합의가 ‘헌법정신’으로 응축되었다기보다는, 권력의 독과점 혹은 기껏해야 독과점 체제 속에서의 상호견제에 관한 관심이 중심이 되어왔던 것이다.

최근 들어 민주화 헌법이라 할 수 있는 현행 1987년 헌법조차도 독재체제의 호헌노선에 맞선 민주화운동의 결과 개정될 수 있었던 것임에도 불구하고, 실제 개정의 절차와 결과는 시민사회의 요구를 반영하고 보장하는 심의(deliberation)의 산물이라기보다는 좁은 정치사회 내 엘리트들 간의 타협협상 정치에서 벗어나지 못했음을 지적하는 목소리가 커지고 있다.⁸⁾ 여기에는 정치권을 중심으로 개헌 논의가 심심찮게 제기되어 오는 현재의 상황에서, 여전히 최고권력의 분점에만 관심이 있는 기존 정치엘리트들의 의제설정에 끌려가기만 해서는 안 된다는 문제의식이 내포되어 있다. 한국사회에서 ‘헌법정신’이 최상위 규범으로 받아들여지고 있는 것이 사실인 한, 보다 민주적인 헌법개정의 과정과 실천 자체에 대한 주의가 필요한 시점이라고 할 것이다. 즉, 오늘/여기의 한국사회에서 헌법 역시 여성주의적 개입이 필요한 영역으로 떠오르고 있는 것이다.

이 장에서는 우리나라 헌법의 제·개정사를 통해 여성관련조항이 어떻게 변화해 왔으며 그 내용은 어떤 것이었는지를 살펴봄으로써 필요한 개입의 출발점을 찾아보고자 한다. 구체적인 개정 방향이나 조항의 항목에 대한 논의를 시작하기에 앞서, 현재의 뼈대를 이해하고 그것을 구성해 온 요인을 분석함으로써 무엇이 필요한지에 대한 논의를 시작할 수 있을 것이기 때문이다.

대한민국 헌법은 제헌 당시부터 성별에 의한 차별 금지를 명문화하는 등 헌법정신에서 성평등을 원칙으로 하고 있었으나, 관련조항의 구체적인 내용이나 용어는 계속

8) 박명림, “헌법개혁과 한국 민주주의”, 『헌법 다시보기』, 함께하는 시민행동 엮음, 창비, 70쪽.

해서 달라져 왔다. 아홉 차례의 개정 중 여성관련조항의 변경이 있었던 것은 5.16 군사쿠데타 직후였던 1962년의 헌법개정과 1980년의 제5공화국헌법, 그리고 가장 최근에 민주화 과정에서 이루어졌던 1987년 개정 세 차례였다.

이 3번의 헌법개정은 한국사회가 쿠데타나 민주화 등 급격한 정치질서의 변동을 겪고 있었다는 공통점이 있다. 또한 1962년의 개정을 제외하고는 대개 여성운동에 있어서 중요하게 평가되는 특정한 법개정 운동이 두드러졌던 시기 직후에 이루어졌다는 점에서도 공통적이다. 1970년대 후반의 가족법 개정운동은 80년 헌법개정 시에 영향을 미친 담론지형의 변화를 구성하였으며, 1980년대 중반 이후의 남녀고용평등법, 성폭력특별법 제정운동 등은 1987년 헌법개정에서 여성관련조항의 내용이 추가, 변경되는데 영향을 미쳤다고 볼 수 있다. 이 각각의 사회적 요인들의 영향에 관해서는 보다 엄밀한 역사적 연구가 필요할 것이나, 여기서는 우선 헌법텍스트에 나타나 있는 여성관련조항들의 변천을 살펴보면서 그 추이를 확인해 보도록 하겠다.

개별 조항에 대한 분석에 앞서 헌법의 구조 전반에 깔려있는 남성중심성을 지적하는 것이 필요할 것이다. 정희진은 현행헌법의 내용과 조항 수를 분석하여, 현행 헌법에 ‘일부 남성 국민’의 주된 관심사, 즉 ‘현실정치’의 권력구조에 대한 조항이 지나치게 많다고 지적한 바 있다.⁹⁾ 우리나라의 헌법에는 권력기관의 종류와 역할, 기관장의 선출과 임기 등 현실 정치권력의 분점과 관리를 위한 조항이 매우 상세하고 많은 반면, 가령 ‘평등’과 같은 민주주의의 매우 핵심적인 내용에 대해서는 제11조제1항에서와 같이 법 앞에서의 평등과 차별금지라는 매우 간단한 언급에 그쳐왔다.

9번의 헌법 개정 중 4번(1962년, 72년, 80년, 87년)의 전면개정을 제외한 일부개정들이 대부분 대통령의 임기나 연임 여부, 선출절차, 기껏해야 정치권력의 분점 구조 변화 등에 대한 매우 협소한 ‘현실정치’에 대한 조항만을 개정한 것이었고, 전부개정 역시 군사쿠데타와 유신, 80년의 신군부독재와 87년 대통령직선제 쟁취와 같이 국가 최고 권력의 점유와 관련된 정치적 사건을 계기로 이루어졌다는 점을 유의해야 한다. 우리나라 헌법 제·개정의 역사에서 나타나는 이같은 정치편향성은 단순한 정치편향 혹은 남성중심성에 그치지 않고, 헌법의 내용이 ‘일부’ 남성들의 관심사에 지나치게 편중되었다는 근본적인 비민주성을 드러내는 것으로 볼 수 있다.

9) 정희진, “헌법의 남성성과 국민법주의 정치”, 『헌법 다시보기』, 함께하는 시민행동 엮음, 창비, 241-241쪽.

그런 의미에서 헌법제·개정 역사를 통해 헌법과 여성의 문제를 고찰하기 위해서는 무엇보다 헌법의 내용을 정치권력의 분점구조에 중심을 두는 것에서 일상생활의 전체 틀을 관통하는 원칙과 가치의 문제를 명시하는 쪽으로 이동하는 것이 필요할 것이다. 이는 ‘국민’의 규정, 헌법 안에 규정된 민주주의의 상, 시민권의 구조 등에 대한 전반적인 논의를 필요로 하는 것이며, 일반민주주의에 관한 매우 광범한 문제제기를 요구한다고 할 수 있다. 그런 면에서 헌법에 대한 젠더분석은 성평등을 비롯하여 다양한 평등권 규정, 기본권의 내용 등에 대한 다각적인 검토를 필요로 할 것이다.¹⁰⁾

그러나 여기서는 우선 “여성관련조항”의 변천만을 중심으로 살펴보고자 한다. “여성관련조항”이란 직접적으로 여성을 언급한 조항과, 최근까지도 전통적으로 “여성의 영역”으로 다루어져 온 가족에 관한 조항을 말한다. 지금까지의 대한민국헌법에서 여성관련조항은 크게 보아 성평등관련조항과 가족관련조항으로 나눌 수 있는데, 우리헌법 개정사에서는 대개 “성별에 의한 차별 금지” 조항, “여자의 근로”에 대한 조항, “여자의 복지와 지위”에 대한 조항들이 성평등관련 조항에 포함될 수 있다. 가족관련조항들은 혼인, 가족생활, 모성 등에 대한 조항으로 조금씩 표현을 달리하여 변화해 왔다.

이후로는 각각의 조항들의 제정, 개정, 삽입이 어떤 내용 변화를 담고 이루어졌으며, 여기 작용한 사회적 요인들은 어떤 것이었는지 살펴보도록 하겠다. 헌법조항의 제시 및 삽입 순서에 따라 1) 성별에 의한 차별 금지 조항, 2) 여자의 근로에 대한 조항, 3) 혼인, 가족생활, 모성에 대한 조항, 4) 여자의 복지와 권익의 향상을 위한 국가의 노력 의무 조항으로 나누어 제헌헌법 및 각각의 헌법 개정시 조항 변경을 본다.

10) 실제 우리나라 현행 헌법은 평등에 관한 조항을 여러 곳에서 규정하고 있는데, 여성 혹은 성평등에 대한 직접적인 언급이 없더라도 이러한 평등관련 조항들은 모두 젠더 관련 조항으로 다루어질 필요가 있는 것이다. 가령 현행 헌법 전문의 “모든 영역에서 각인의 기회를 균등히 하고”라는 규정을 비롯하여, 법 앞의 평등(제11조제1항 전문), 성별·종교·사회적 신분 등에 의한 차별금지(제11조제1항 2문), 사회적 특수계급의 금지 및 영전일대의 원칙(동조 제2항, 제3항), 교육의 기회균등(제31조제1항), 근로관계에서의 성차별금지(제32조제4항), 혼인과 가족생활에서의 양성평등(제36조제1항), 선거와 선거운동에서의 평등(제41조제1항, 제67조제1항, 제116조제1항), 균형있는 국민경제의 성장(제119조제2항), 지역간의 균형있는 발전(제123조제2항) 등은 모두 젠더관점에서 분석될 수 있다.

2. 제헌헌법과 여성관련조항

가. 성별에 의한 차별 금지 조항

第8條 모든 國民은 法律앞에 平等이며 性別, 信仰 또는 社會的 身分에 依하여 政治的, 經濟的, 社會的 生活의 모든 領域에 있어서 差別을 받지 아니한다. 社會的 特殊階級의 制度는 一切 認定되지 아니하며 如何한 形態로도 이를 創設하지 못한다. 勳章과 其他 榮典의 授與는 오로지 그 받은 者의 榮譽에 限한 것이며 如何한 特權도 創設되지 아니한다.

여성의 관점에서 제헌헌법의 가장 훌륭한 점은 처음부터 성별에 의한 차별을 금지하고, ‘모든 국민의 법률 앞에서의 평등’을 규정함으로써 남녀평등을 헌법적 이념으로 규정하였다는 점이다. 대한민국 여성들은 제헌의회를 구성한 첫 번째 선거에서부터 평등한 선거권을 허용받고 있었고, 이같은 점은 참정권을 향한 대대적인 여성운동의 경험이 부재하다는 점에서 한국 여성운동의 한계로 지적되기도 한다. 그러나 첫 번째 선거에서의 여성 선거권 역시 여성들의 적극적인 요구에 의해 획득되었다는 점이 중요하다.¹¹⁾ 미군정기 과도입법위원회 신의경, 황신덕, 박승호, 박현숙 4명의 여성 의원이 포함되어 적극적으로 보통선거법 논의 과정에 참여하였으며, 이들은 여성에 대한 보통선거권 뿐 아니라 충분한 여성 대표성 확보를 위한 잠정적 우대조치까지 요구하였으나 좌절하고 말았다.¹²⁾ 이후 제헌의회를 구성한 최초의 국회의원 선거에서 여성들은 단 한명도 의회 내로 진출하지 못하였고, 1949년 보궐선거에서 임영신 한명이 당선되는 데 그쳤다. 이로써 헌법제정 과정에 여성들의 목소리를 적극적으로 반영할 수 있는 정치적 대표성의 획득은 매우 어려운 일이 되고 말았다.

헌법제정 과정이 전적으로 남성 국회의원에 의해 이루어졌는데도 제8조제1항의 차별금지조항이 별다른 이론 없이 통과되었던 점은 특기할 만하다. 실제로 이 조항은 ‘남녀동등권’을 명시한 것으로 이해되었고 이후 여타 법제정 과정에도 남녀의 동등이

11) 가령 미군정 하에서 1946년 12월 발족한 과도입법의원 구성 과정에서 여성단체는 개입하여 적극적으로 여성 참정권을 요구하였다. 1956년 1월 28일 전국 8개 여성단체가 가입하여 ‘전국여성단체총연맹’이 결성되었고, 이들은 입법위원회에 최소한 여성이 1/3이 대표되어야 함을 주장하면서 미군정 당국에 진정서를 제출하기도 하였다.

12) 전경옥 외, 『한국여성정치사』, 숙명여자대학교 아시아여성연구소, 47-56쪽 참조.

헌법정신이라는 점을 부인한 사람이 없었다는 점도 중요하게 생각되어야 한다.

그러나 기실 이 조항 자체가 남녀동등을 규정한 것이었다고 쉽게 해석할 수 있는지에는 의문이 있다. 제8조 자체가 봉건적 특권계급의 철폐와 시민민주주의의 기초적 권리로서의 시민적 권리(civil right)로서 차별의 금지를 명시한 데에 불과하기 때문이다. 즉 미군정 시기를 통과하면서 ‘자유민주주의’를 정치적 원리로 받아들인 한에서, 법 앞의 평등과 성별, 신앙, 사회적 신분에 의한 차별 금지가 포괄적으로 규정되면서 조항이 마련된 것으로 불과했던 것으로 볼 수 있는 것이다. 실제로 헌법초안 심의 과정에서 권태희의원 외 38명은 제20조 혼인관련조항을 삽입할 것을 제안하면서, 헌법초안의 성별에 의한 차별금지조항만 가지고는 실질적으로 남녀의 동등이나 여성의 지위 향상에 대한 언급이 되었다고 볼 수 없다고 지적한 바 있다.¹³⁾ 또한 결과적으로 이들의 제안이 받아들여져서 만들어진 제헌헌법 제20조가 ‘남녀동권(男女同權)’을 직접적으로 언급하고 있음을 볼 때, 헌법 제8조의 성별에 의한 차별금지 조항만을 가지고는 성평등 내지 남녀동등이 ‘헌법정신’의 하나로 구현되었다고 보기에는 한계가 있다는 인식이 당시에 이미 존재했음을 알 수 있다.

나. 여자의 근로에 대한 조항

第17條 모든 國民은 勤勞의 權利와 義務를 가진다. 勤勞條件의 基準은 法律로써 定한다. 女子와 少年의 勤勞는 特別한 保護를 받는다.

제헌헌법에서는 근로의 권리와 의무, 근로기준의 법정주의를 명시한 제17조에 여자의 근로에 대한 내용이 포함되어 있었다. 여자의 근로가 소년의 근로와 함께 묶여서 특별한 보호의 대상으로 규정된 것이다.

여자의 근로, 즉 여성노동이 ‘특별한 보호’의 대상이 된다는 것은 모성보호 원칙에 대한 조항으로 간주될 수 있을 여지가 있다. 모성보호란 1844년 영국 공장법에서 처

13) 권태희 의원은 1948년 6월 25일 열린 제헌의회 헌법안 제1독회에서 다음과 같이 발언한다. “(전략) 국민이라고 설흔한 번이나 말한 이 헌법에서 1천5백만의 여자가 있는 사실을 잊어버리고 더욱 우리들의 자손의 복리를 말하면서 자손에게 가장 밀접한 관계가 있는 가정 문제를 맡은 여자 문제에 대해서 한 마디도 말이 없다는 것은 이 헌법의 기초적인 착오로 생각합니다. (후략)” 전경옥 외, 『한국여성정치사회사2』 76쪽에서 재인용.

음 명문화된 이래 산업화된 국가의 법체계에서 기본원칙 중의 하나로 받아들여지고 있는 바, 여성이 갖고 있는 임신·출산·포육이라는 특유의 모성기능과 이에 부수되는 생리적 특질을 고려하여 근로 장소에서 특별한 보호를 받을 수 있도록 하는 여성노동에 대한 보호 조치를 말한다.

오늘날 모성보호는 건강한 아이를 낳아 기르는 것이 여성 자신의 기본적 권리이며 동시에 태어나는 아이의 인간존엄에 부합되는 생존유지를 위한 기본적 조건이기도 하다는 점에서 그 필요불가결성이 널리 인정되고 있다. 모성보호라는 관점에서 여성의 근로에 대해 주어지는 특별한 보호는 성평등 원칙에 위배되지 않는 것으로 간주되고 있다. 즉 여성노동자는 남성노동자와 동등한 권리와 자격, 그리고 책임을 지닌 노동자로서 대우받아야 하지만, 다음 세대를 재생산하는 노동과 관련된 모성의 경우는 남성노동자와 다른 조건에 놓여있기 때문에 다르게 대우받는 것이 정당하다는 것이다.¹⁴⁾ 즉 성별 차이를 정당하게 고려하는 것이 실질적인 성평등의 달성을 위해 필요하다는 점에서 모성보호 차원에서의 여성노동 보호는 여성주의적 관점에서 보더라도 중요하다.

그러나 제헌헌법 제17조에 명시된 여자의 근로에 대한 특별한 보호를 들어 제헌헌법이 모성보호를 헌법정신의 하나로 포함하고 있었던 것이라고 해석하는 것은 무리가 있다. 이 조항은 명시적으로 모성보호를 언급하지 않았을 뿐더러, 최소한 이러한 해석을 위해 필요한 바 ‘여성노동’에 대한 특별한 보호 역시 언급하지 않았기 때문이다. 오히려 제헌헌법 제17조는 여자와 소년의 근로를 한 묶음으로 묶어서 특별한 보호를 받는다고 하는 이른바 ‘묶음보호’를 규정함으로써, 여성의 모성기능에 대한 보호라기보다는 여성을 소년, 즉 미성년자와 동일한 지위에 놓는 결과를 빚고 있다. 여성의 근로가 특별히 보호되어야 할 근거나 이유가 드러나지 않은 채 소년의 근로와 묶음으로 보호되어야 한다고 주장됨으로써, 이 조항은 ‘근로’의 일반적인 주체를 남성으로 보고 여성을 소년과 함께 비정상적 노동력으로 보는 한계를 내포하게 된다.

식민지시기와 군정 시기, 1950년대까지의 한국사회에서 남성 가장 혼자서 생계를 책임질 수 있는 가구가 매우 적었고 그만큼 많은 여성들이 근로, 즉 경제활동에 참여하고 있었다는 점에서 여성의 근로를 비정상적이고 예외적인 것으로 보는 이같은 규

14) 백진아(2006), “제2장. 1990년대 여성노동정책의 형성과 답론: 남녀고용평등법과 모성보호관련법을 중심으로”, 심영희 외(2006), 『한국 젠더정치와 여성정책』, 나남출판, 73쪽.

정은 당시의 현실과 맞지 않았을 뿐더러, 소년과의 ‘뉘음 보호’ 규정으로 말미암아 여성이 실질적으로 성인으로서의 법인격에 미달하는 존재라는 의미를 내포하게 됨으로써 더더욱 성평등의 원칙과는 위배되는 결과를 빚게 되었다.

다. 혼인, 가족생활, 모성에 대한 조항

第20條 婚姻은 男女同權을 基本으로 하며 婚姻의 純潔과 家族의 健康은 國家의 特別한 保護를 받는다.

제20조는 원래 초안에는 없었는데 헌법초안 심의 과정에서 권태희 의원 외 38명의 제안으로 삽입된 것이다. 당시 장면 등은 형식적으로 헌법상 남녀동등을 명시해 놓고 어떠한 실질적 보장이 없는 점에 대하여 문제제기하였고, 제20조는 이에 대한 답으로 신설된 것이었다.

제20조는 혼인에서의 남녀동권 원칙을 확인하는 부분과 혼인의 순결과 가족의 건강에 대한 국가의 특별한 보호를 명시하는 부분으로 구성되어 있다. 이러한 구성은 첫째, 남녀동등의 이념을 ‘혼인과 가족’의 틀에서만 이해하는 당시의 문제들을 반영한 것이었고, 둘째, 개인을 중심으로 한 양성평등보다는 가장을 중심 단위로 한 가부장적 가족 제도를 헌법이 보장하고 있음을 드러낸 것이었다. 그러나 이러한 헌법 조항이 규정되었음에도 불구하고 ‘남녀동등’이 가족이라는 틀 안에서 관찰되어야 한다는 관념이 통념적으로 받아들여지지 않는다는 것으로 보이는데, 이는 이후 1958년 가족법 제정 과정에서의 논란에서 명시적으로 드러나게 된다.

‘혼인의 순결과 가족의 건강’이라는 문구는 대단히 많은 논란 끝에 결정된 것인데, 1948년 7월 5일의 헌법안 제 2독회에서는 ‘혼인의 순결’이라는 말로 제안되었다가 헌법안 최종 축조심의과정에서는 ‘가족의 순결과 건강’이라는 말로 수정 제안되었다. 그러나 논란 끝에 최종적으로 헌법조항에 들어간 문구는 ‘혼인의 순결과 가족의 건강’이었다.

‘혼인의 순결’이라는 말에 반대하여 수정 제안한 측의 이유는 이 문구가 혼인시의 순결만을 강조하고 있어서 결혼한 이후의 축첩을 허용하게 될 여지가 있다는 것이었다. 이들은 대신 ‘가족의 순결’이라는 말을 씀으로써 혼인 당시만이 아니라 결혼 후의

순결의 의무까지 포함시킬 수 있다고 주장했다. 그러나 수정제안에 반대하는 사람들은 ‘혼인의 순결’에는 당연히 축첩반대가 포함되어 있다고 주장하면서, 오히려 ‘가족의 순결’이라는 말이 혼란을 야기할 것이라는 주장을 했다. 즉 장남이나 둘째이들 이하가 호주가 될 경우 ‘가족’의 범위는 부부관계의 범위를 넘어서게 되고 이 경우 ‘가족의 순결’이라는 개념이 성립할 수 있느냐라는 점이 문제가 된다는 것이었다. 그 결과 최종적인 타협안이 ‘혼인의 순결’과 ‘가족의 건강’을 국가가 특별히 보호한다는 것이었는데, 이는 즉 ‘혼인의 순결’ 즉 부부간의 배타적 이성에 제도가 가족의 근간이라는 점을 중시하면서도 동시에 ‘가족의 순결’이라는 말을 회피하여 결혼 후에는 순결하지 않아도 된다고 해석할 수 있는 여지를 남겨놓음으로써 축첩제도에 대한 명시적 반대를 피해갔다. 이렇게 여성의원이 제헌의회에 진출하지 못한 상태에서 남성 의원에 의해 여성 문제를 시혜적 차원에서 삽입한 조항은 가부장적 한계를 극복하지 못하고 있었고 평가된다.¹⁵⁾

3. 제5차 헌법개정과 여성관련조항

가. 성별에 의한 차별 금지 조항

第8條 모든 國民은 人間으로서의 尊嚴과 價値를 가지며, 이를 위하여 國家는 國民의 基本的 人權을 最大限으로 保障할 義務를 진다.

第9條 ① 모든 國民은 法 앞에 平等하다. 누구든지 性別·宗教 또는 社會的 身分에 의하여 政治的·經濟的·社會的·文化的 生活의 모든 領域에 있어서 差別을 받지 아니한다.

② 社會的 特殊階級의 制度는 인정되지 아니하며, 어떠한 形態로도 이를 創設할 수 없다.

③ 勳章등의 榮典은 이를 받은 者에게만 效力이 있고, 어떠한 特權도 이에 따르지 아니한다.

1962년 5차 개정(제3공화국 헌법)에서는 성별에 의한 차별금지 조항은 아무런 손

15) 전경옥 외, 『한국여성정치사회사2』, 숙명여대 아시아여성연구소, 77-79쪽 참조.

질 없이 그대로 유지된다. 단, 제8조로 기본권에 대한 언급이 먼저 규정되었다는 점이 다른 점이다. 이는 단순한 차별금지가 아니라 ‘권리’의 주체로서 국민을 위치지운 것으로 진일보한 것이었다. 모든 국민이 인간으로서의 존엄과 가치를 갖는다고 선언하고, 국민의 기본적 인권을 최대한 보장할 국가의 의무를 명시함으로써 이후 성평등과 연관된 쟁점을 인간으로서의 존엄성과 가치 및 기본적 인권과 연관시켜 제기할 수 있는 가능성을 열어놓게 되었던 것이다. 예컨대 앞서 지적한 바 ‘모성보호’의 주장 같은 것도 기본적으로 존엄한 인간의 재생산이 갖는 가치에 대한 인정과 여성과 어린이의 기본적 인권이 보장되어야 한다는 전제 위에서만 제기될 수 있는 것이므로 제8조의 신설은 중요한 의미를 가질 수 있다.

그러나 제5차 개정에서 인간존엄과 기본권에 대한 규정이 들어갔다고 해서 남녀동등 내지 성평등 관련한 여타 조항의 내용이 달라진 것은 없었다. 인간존엄과 기본권이라는 새로운 헌법정신에 의거하여 차별금지조항을 재해석하는 과정은 없었던 것이다. 신앙에서 종교로 용어가 바뀌었다는 것 이외에 제9조가 제헌헌법 제8조와 다른 점은 없다. 즉 성별, 종교, 사회적 신분에 의한 차별금지와 특수계급제의 부인, 영전일대의 원칙이 하나의 조항으로 묶임으로써, 결국 봉건적 특권계급의 철폐와 시민적 권리(civil right)로서의 차별 금지라는 원칙 이상의 실질적 평등을 지향하는 내용이 들어가지는 못한 것으로 볼 수 있다.

나. 여자의 근로에 대한 조항

- 第28條 ① 모든 國民은 勤勞의 權利를 가진다. 國家는 社會的·經濟的 方法으로 勤勞者의 雇傭의 增進에 노력하여야 한다.
 ② 모든 國民은 勤勞의 義務를 진다. 國家는 勤勞의 義務의 內容과 條件을 民主主義原則에 따라 法律로 정한다.
 ③ 勤勞條件의 基準은 法律로 정한다.
 ④ 女子와 少年의 勤勞는 특별한 보호를 받는다.

근로의 권리와 의무를 따로 규정하여 고용증진을 위한 국가의 의무를 명시하였다는 점에서 제헌헌법보다 진일보한 것으로 해석될 수 있으나, 여자와 소년의 근로에 대한 ‘묶음 보호’ 규정은 변하지 않은 채 제28조제4항에 규정되어 있었다. 즉 여성을

소년과 함께 특별한 보호가 필요한 비정상적 노동력으로 보면서 성인 여성의 근로나 법인격을 남성보다 열등한 위치에 놓는 것은 변하지 않았던 것이다.

다. 혼인, 가족생활, 모성에 대한 조항

第31條 모든 國民은 婚姻의 純潔과 保健에 관하여 國家의 보호를 받는다.

제5차 개정에서는 1958년 민법 제정 시에 일어난 논란을 반영하여 “혼인의 순결과 보건”으로 국가의 보호 대상 영역이 바뀌었다. 제헌헌법에서의 “혼인의 순결과 가족의 건강”이 가족관계의 건전성에 대한 것이었던 데 비해, “보건”이라는 개념은 개인의 의학적 건강 개념을 포함하는 것이었다. 이로써 가부장적 가족만을 보호하는 것이 아니라 개인의 건강에 대해서도 국가가 보호해야 할 의무가 명시된 것이었다.

그러나 제5차 개정에서 가장 중요한 것은 혼인에서 “남녀동권을 기본으로 하여”라고 하는 조항이 빠졌다는 점이다. 이는 당시까지 국회가 남성에 의해 거의 전적으로 장악되어 있는 상황에서 가족법을 둘러싼 담론이 ‘가족’을 남녀동등의 영역으로 규정하기를 거부하였던 상황과 관련되어 있다. 가령 민법(가족법) 제정 당시 막강한 영향력을 끼쳤던 당시 대법원장 김병로의 다음과 같은 언급을 보자.

우리 역사상 가정의 윤리, 무슨 제 존속 간의 윤리, 또는 사회도덕의 문화이고 이런 것까지 모두 남녀동등에다 혼동해가지고 말하는 그러한 의론은 소용없습니다. ... 그러면 어찌란 말입니까. 사람은 법 앞에 평등하니까 자식도 애비한테 뭇 효도할 것도 또 부양할 것도 없이 저 원시적으로 돌아가란 말입니까. 이것이 남녀동등이란 정치 사회 문화 이 방면에서 균등한 기회를 준다는 것이 남녀동등입니다. 그러면 집안에서 부모와 자식 사이에도 마누라나 남편 사이에도 이것 동등 찾다간 아무 일도 못합니다. 그것이 지금 폐해가 얼마나 있는 줄 알아요? 지금 도의가 떨어지고 윤리가 지금 무너져 가지고 패덕, 패륜지사는 지금 날마다 신문을 더럽히고 매일같이 법정에 나타난 것은 무엇입니까(김병로, 1957년 11월 6일 민의원 본회의에서의 연설).

제헌헌법 제20조를 통해 헌법에서 유일하게 실질적인 남녀동등 문구로 포함되어있던 ‘혼인의 남녀동권 기본’이 제외됨으로써 제5차 개정에서는 헌법 텍스트에서 명시적으로 성평등이라는 이상을 찾아보기는 어렵게 되고 말았다. 이는 헌법제정 당시에 합의

를 얻었던 바 모든 국민의 법 앞에서의 평등과 성별에 의한 차별금지 조항만으로는 여성의 지위와 성평등의 문제를 실질적으로 논할 수 없다고 하는 판단보다 후퇴한 것이었다. 제헌 헌법에서 성평등 즉 남녀동등이 헌법정신으로 확실하게 자리매김 되었다면 이후 가족법 등 개별 법제를 마련하는 과정에서 이같은 정신이 충분히 반영될 수 있도록 하는 것이 당연한 일이었겠지만, 실제 가족법 제정 과정은 이렇게 진행되지 않았다. 즉 제정헌법이 남녀동등을 주장하면서도 조항 안에 여전히 가부장적 한계가 남아있는 상태에서 가족법 제정과정에서 가부장주의자들에 의해 가족이 성평등원칙이 관철되어서는 안될 영역으로 규정되는 등 다시 논란이 일었고, 결국 호주제는 존치하고 축첩은 불법화하는 등 가족법이 여성들의 남녀동등 주장과 가부장주의자들의 주장이 타협적인 형태로 입법화되고 말았던 것이다. 그런 상황에서 여전히 논란의 불씨가 사라지지 않은 가운데 5.16 쿠데타가 일어났다. 이후 집권세력은 헌법을 개정하면서 처음부터 아예 논란이 될 만한 문구를 헌법에서 삭제해 버림으로써 문제의 소지를 없애 버리려는 보수적 선택을 하였고, 실제 헌법개정 과정에서 여성들의 목소리가 반영될 수 있는 통로가 거의 없는 상황에서 별다른 논란 없이 '혼인의 남녀동권기본' 조항을 삭제되고 말았다.

4. 제8차 헌법개정과 여성관련조항

가. 성별에 의한 차별 금지

第9條 모든 國民은 人間으로서의 尊嚴과 價値를 가지며, 幸福을 追求할 權利를 가진다. 國家는 個人이 가지는 不可侵의 基本的 人權을 確認하고 이를 보장할 義務를 진다.

第10條 ① 모든 國民은 法 앞에 平等하다. 누구든지 性別·宗教 또는 社會的 身分에 의하여 政治的·經濟的·社會的·文化的 生活의 모든 領域에 있어서 差別을 받지 아니한다.

② 社會的 特殊階級의 制度는 인정되지 아니하며, 어떠한 形態로도 이를 創設할 수 없다.

③ 勳章등의 榮典은 이를 받은 者에게만 效力이 있고, 어떠한 特權도 이에 따르지 아니한다.

성별에 의한 차별금지는 제헌헌법 때와 마찬가지로 봉건적 특권계급의 철폐와 개인에 대한 시민적 권리로서의 차별금지 조항에 포함되어 있다. 다만, 제5차 개정에서 인간의 존엄과 기본권을 규정했던 제9조에 더하여 행복추구권을 포함시켰다는 것이 특이하다. 그러나 이것은 매우 형식적인 것으로, 행복할 권리가 아닌 행복을 추구할 권리를 명시하면서 구체적이고 실질적인 내용에 대한 언급은 없었다. 행복추구권 명시는 상당부분 제5공화국헌법(제8차 헌법개정)의 모순성과 관련되어 있다. 이경주는 제5공화국헌법에 대하여 평화의 관점에서 분석하면서 침략전쟁 부인 법리를 유지하면서 국군의 사명을 국토방위에 한정하는 규범을 다시 삽입한 것에 대하여, “그 동기는 1980년 헌법 하의 헌정사가 인권탄압과 환경파괴로 얼룩졌음에도 불구하고 환경권과 같은 새로운 인권을 획기적으로 규정하고, 행복추구권과 같은 포괄적 권리를 헌법에 명문으로 규정했다는 점 등을 고려한다면 짐작되는 바가 없지는 않다. 헌법의 최고규범성을 무시하고 오히려 헌법을 현실을 은폐하는 장식물로 생각하는 반 헌법적 사고의 연장선상에서 헌법을 보기 좋고 듣기 좋은 선언적 문구 짬으로 생각하고 복원하지 않았나 생각된다”¹⁶⁾고 말한 바 있는데, 이같은 논리는 제9조에서의 행복추구권 명시에서도 비슷하게 작용하였던 것으로 보인다.

나. 여자의 근로에 대한 조항

- 第30條 ① 모든 國民은 勤勞의 權利를 가진다. 國家는 社會的·經濟的 方法으로 勤勞者의 雇傭의 增進과 適正賃金의 保障에 노력하여야 한다.
- ② 모든 國民은 勤勞의 義務를 진다. 國家는 勤勞의 義務의 內容과 條件을 民主主義原則에 따라 法律로 정한다.
- ③ 勤勞條件의 基準은 人間의 尊嚴性을 보장하도록 法律로 정한다.
- ④ 女子와 少年의 勤勞는 특별한 보호를 받는다.
- ⑤ 國家有功者·傷痍軍警 및 戰歿軍警의 遺家族은 法律이 정하는 바에 의하여 優先的으로 勤勞의 機會를 賦與받는다.

근로에 대한 조항이 좀 더 상세해졌으나 여자와 소년에 대한 ‘묶음 보호’는 그대로였다.

16) 이경주, “평화주의 원리, 그 가능성과 한계”, 『헌법 다시보기』, 함께하는 시민행동 엮음, 2007, 329쪽

다. 혼인, 가족생활, 모성에 대한 조항

第34條 ① 婚姻과 家族生活은 個人의 尊嚴과 兩性の 平等을 기초로 成立되고 維持되어야 한다.

② 모든 國民은 保健에 관하여 國家의 보호를 받는다.

제8차 개정에서는 혼인과 가족생활에서 “양성의 평등”이 기초가 되어야 한다는 점을 다시 명시하였다. 여기에는 국제법적인 변화와 1970년대 후반 활발했던 여성계의 가족법개정운동이 영향을 끼쳤다. 1975년 유엔에 의해 ‘세계 여성의 해’가 공포된 이후 여성차별철폐협약 등 일련의 여성관련 국제 규범은 가입 국가에 대해 국내법적인 효력을 미쳤다. 서명한 국가는 관련 국제 규범을 무시할 수 없었고, 국가의 법제와 정책을 손질하도록 하는 압력을 받았다.

또한 1970년대 중반 이후 한국사회에 다시 한번 불타오른 여성들의 가족법개정운동은 1950년대 후반 민법제정시 일어났던 가족법논란의 담론구도를 불러일으켰다. 국제적 규범의 변화와 그동안의 사회변화는 더불어 담론의 무게중심을 상당부분 여성계 쪽으로 이동시켰다. 결정적으로 1979년 유엔에서 채택된 여성차별철폐협약에 서명함으로써 우리 정부는 이에 맞추어 법제와 정책을 제·개정해야 하는 압력을 받았다.¹⁷⁾

그러나 당시 여성들의 평등 요구가 특히 ‘가족생활’에 관한 것에 제한되어 있었던 점은 헌법을 포함한 법 개정에서 가족 이외의 영역에서의 성평등에 대한 문제의식을 불러일으키는 데 한계로 작용하였다. 정치권으로서 1962년 첫 번째로 이루어진 헌법 전문개정 때 삭제되었던 혼인에 있어서의 남녀동권조항을 별다른 논란 없이 단순히 부활시킴으로써, 이같은 여성들의 평등 요구에 손쉽게 대응할 수 있었다. 삭제되었던 조항의 단순 부활은 헌법해석상의 변화나 이에 따른 법제도적 정비 없이도 쉽사리 국가의 성평등 진작 의지를 대내외적으로 선전할 수 있는 방편이 되었다. 즉 국가는 이를 통해 별도의 노력 없이 헌법개정 바로 전해에 서명한 여성차별철폐협약의 “헌법, 법률, 기타 적절한 수단을 통하여 남녀평등원칙의 실질적 실현을 법적으로 확보할 것(제2조가호)” 조항을 만족시킬 수 있었던 것이다.

17) 이은영, 『법여성학강의』, 박영사, 1999, 69-70쪽.

5. 제9차 헌법개정과 여성관련조항

가. 성별에 의한 차별 금지 조항

第10條 모든 國民은 人間으로서의 尊嚴과 價値를 가지며, 幸福을 追求할 權利를 가진다. 國家는 個人이 가지는 不可侵의 基本的 人權을 確認하고 이를 보장할 義務를 진다.

第11條 ① 모든 國民은 法 앞에 平等하다. 누구든지 性別·宗教 또는 社會的 身分에 의하여 政治的·經濟的·社會的·文化的 生活의 모든 領域에 있어서 差別을 받지 아니한다.

② 社會的 特殊階級의 制度는 인정되지 아니하며, 어떠한 形態로도 이를 創設할 수 없다.

③ 勳章등의 榮典은 이를 받은 者에게만 效力이 있고, 어떠한 特權도 이에 따르지 아니한다.

현행 헌법(제6공화국 헌법)의 제10조와 제11조는 제8차 개정헌법의 제9조, 제10조와 동일하다. 즉 성별에 의한 차별금지 조항은 모든 국민의 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권, 기본적 인권을 보장할 국가의 의무 다음에 나오며, 모든 국민의 법 앞에서의 평등과 사회적 특수계급의 부인 및 영전일대의 원칙과 함께 구성되어 있다. 즉 현행 헌법에서는 국가목표로서 성평등의 증진이 명시되어 있지 않은 것이다. 제11조제1항 후문(성별에 의한 차별 금지)과, 여자의 근로에 대한 조항으로 다시 검토하게 될 제32조제4항(고용, 임금, 근로조건에서의 여성 차별 금지)에서 남녀간의 기계적 차별을 금지하고 있을 뿐이다. 이러한 상황에서 국가가 성평등의 증진을 위해 적극적으로 노력해야 할 의무를 도출해 내기란 어렵다.

성평등은 개인 남성과 개인 여성 사이의 평등을 의미하는 것이 아니라 사회적으로 구조화된 불평등의 제거를 의미하므로, 실질적인 성평등을 달성, 유지하기 위해서는 법제와 관행에서의 차별 철폐, 노동시장의 구조, 남성우월적 문화나 의식 개선 등을 위한 작업과 사회정책적 투자가 동시에 끊임없이 진행되어야 할 필요가 있다. 그러나 현행헌법은 평등 개념을 모든 개인들의 “법 앞에서의 평등”으로 협애하게 규정한 제헌헌법 당시의 조항을 그대로 유지한 채, 소극적인 의미에서 차별의 금지만을 규정하고 있어 한계가 있다. 앞으로는 국가목표로서 성평등을 명시해야 할 필요성이 있으며,

여기에는 양성간의 평등 뿐 아니라 성적 선호 등에 의한 차별의 금지까지 포함되어야 할 것이다.

나. 여자의 근로에 관한 조항

- 第32條 ① 모든 國民은 勤勞의 權利를 가진다. 國家는 社會的·經濟的 方法으로 勤勞者의 雇傭의 增進과 適正賃金의 保障에 노력하여야 하며, 法律이 정하는 바에 의하여 最低賃金制를 施行하여야 한다.
- ② 모든 國民은 勤勞의 義務를 진다. 國家는 勤勞의 義務의 내용과 조건을 民主主義原則에 따라 法律로 정한다.
- ③ 勤勞條件의 基準은 人間의 尊嚴性을 보장하도록 法律로 정한다.
- ④ 女子의 勤勞는 특별한 보호를 받으며, 雇傭·賃金 및 勤勞條件에 있어서 부당한 차별을 받지 아니한다.
- ⑤ 年少者의 勤勞는 특별한 보호를 받는다.
- ⑥ 國家有功者·傷痍軍警 및 戰歿軍警의 遺家族은 法律이 정하는 바에 의하여 優先的으로 勤勞의 機會를 부여받는다.

처음으로 ‘여자와 소년’을 묶음으로 보던 조항구성이 폐지되고 여자의 근로와 연소자의 근로를 구분하였다. 또한 여자의 근로가 단순한 보호의 대상일 뿐 아니라 차별을 받아서도 안되는 점을 명시하였다. 이같은 수정은 1987년 개헌당시에 여성단체의 요구에 의해 받아들여진 것이었다. 즉 여자와 연소자를 동일한 위치에 두고 배려하는 것에서 벗어나, 제32조제4항을 양성평등과 모성보호를 위한 여성 근로의 독립적 조항으로 만들었다는 점에서 의의가 있다.¹⁸⁾ 또한 같은 조항에서 근로, 임금, 및 노동조건에서 부당한 차별을 금지함으로써 여성노동이 남성노동에 비해 열등하게 평가되거나 차별되어서는 안된다는 점을 명시했다는 점도 높이 평가되어야 한다.

그러나 여자의 근로가 특별한 보호를 받아야 하는 이유에 대한 정당화 근거가 언급되지 않은채 그저 ‘특별한 보호’가 필요하다고 선언하고 있다는 점에서 이 조항은 여전히 여성의 노동력이 노동력의 기준이 되는 남성의 그것과 다를 뿐 아니라 거기에 미달하는, 열등한 노동력으로 해석될 수 있는 여지를 남겨두었다. 여자의 근로와 관련하여 ‘모성보호’라는 말이 언급되지 않았다는 점 역시 마찬가지로 한계를 가진다. ‘모

18) 이은영, 『법여성학강의』, 박영사, 43-44쪽.

성보호’라는 말이 헌법 텍스트에 최초로 등장한 것은 현행 헌법에서였지만, 이는 여자의 근로와 관련한 제32조가 아니라 가족생활과 보건에 관한 다음의 제36조에 포함되어 언급된다. 이러한 상황에서 여자의 근로에 대한 ‘특별한 보호’가 남녀의 차이를 인정하는 평등한 노동권을 지지하는 조항으로 해석되기 위해서는 여러 가지 어려움이 있다.

다. 혼인, 가족생활, 모성에 대한 조항

- 第36條 ① 婚姻과 家族生活은 개인의 尊嚴과 兩性の 平等을 기초로 成立되고 유지되어야 하며, 國家는 이를 보장한다.
 ② 國家는 母性の 보호를 위하여 노력하여야 한다.
 ③ 모든 國民은 保健에 관하여 國家의 보호를 받는다.

제8차 개정과는 달리 다시 ‘혼인과 가족생활’이라는 제헌헌법 당시의 용어가 재등장하였으며, 개인의 존엄과 양성의 평등이 기초가 되어야 함이 명시되었다. 아울러 국가가 이것을 보장하여야 한다고 규정하고 있다. 또한 보건에 대한 조항이 가족이나 혼인과 따로 규정된 점을 특기할 수 있는데, 이는 여전히 보건은 개인적 권리로, 혼인과 가족생활은 개인이 아닌 ‘가족 단위’의 권리로 규정되고 있는 것으로 이해할 수 있다는 점에서 그리 환영할 만한 일은 아니다.

현행헌법 제36조제2항에서 ‘모성 보호’에 대한 국가의 노력이 처음으로 규정되었는데, 이것은 많은 논란의 여지가 있다. 여성의 모성을 ‘가족’에 관련된 것으로 볼지 여성 개인의 건강과 관련된 것으로 볼지가 논란이 될 뿐 아니라, 여성의 근로에 대한 조항에서 여성에게 제공되어야 한다고 규정된 ‘특별한 보호’와 국가가 보호하기 위해 노력하여야 하는 ‘모성’이 어떤 관계인지가 모호해진 것이다.

라. 여자의 복지와 권익향상 조항

- 第34條 ① 모든 國民은 人間다운 生活을 할 權利를 가진다.
 ② 國家는 社會保障·社會福祉의 增進에 노력할 義務를 진다.
 ③ 國家는 女子의 福祉와 權益의 향상을 위하여 노력하여야 한다.

- ④ 國家는 老人과 靑少年의 福祉向上을 위한 政策을 실시할 義務를 진다.
- ⑤ 身體障礙者 및 疾病·老齡 기타의 사유로 生活能力이 없는 國民은 法律이 정하는 바에 의하여 國家의 보호를 받는다.
- ⑥ 國家는 災害를 豫防하고 그 위험으로부터 國民을 보호하기 위하여 노력하여야 한다.

1987년 개정된 헌법에서 처음으로 국가가 “여자의 복지와 권익의 향상을 위하여 노력”해야 할 의무가 규정되었다(제34조제3항). 그러나 이 조항은 모든 국민의 인간다운 생활을 할 권리와 국가의 사회보장 및 사회복지 증진 의무를 처음으로 규정했던 제5공화국 헌법 제32조의 연장선에 있는 것으로서, 어디까지나 사회보장 및 사회복지 차원의 내용이지 국가가 적극적인 의미에서 성평등 실현을 위하여 노력해야 한다는 의무를 규정했다고 보기 어렵다. 오히려 “생활능력이 없는 국민”에 대한 국가의 보호만을 특기하였던 제5공화국 헌법과는 달리, 헌법에서는 국가가 “여자의 복지와 권익의 향상을 위하여 노력하여야 하고(제3항)”, “노인과 청소년의 복지향상을 위한 정책을 실시할 의무”를 지며(제4항), “신체장애자 및 질병, 노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민”에게 법률이 정하는 바에 의해 보호를 제공(제5항)해야 한다고 뭉뚱그려 규정됨으로써, 여성의 지위에 있어서는 후퇴되었다고 해석될 여지가 있다.

즉 여성이 노인과 청소년, 그리고 ‘생활능력이 없는 국민’과 동일한 지위에 놓이게 됨으로써 여성들은 국가가 제공하는 복지의 수혜자 범주로만 재현되고, 국민의 일원으로서 정치, 경제, 사회의 각 분야에 평등하게 참여하는 주체로서의 역할이 잘 드러나지 않게 된 것이다. 또한 여성의 복지와 권익을 여성들의 사회적 기여와 가치에 대한 인정의 차원으로 발전시키지 못하고 국가가 일방적으로 제공하는 시혜적 차원의 문제로 축소함으로써, 국가의 의무를 사회적으로 구조화된 성불평등의 교정으로 확대시키는 패러다임 전환을 가로막았다는 점도 지적하여야 할 것이다. 국가가 여성들을 평등한 주체로 인정하고 이들에게 평등권을 보장하기 위해 노력할 것을 촉구하기보다는, 여성들을 수동적 약자로 위치짓고 이들에게 편익과 배려를 제공할 것을 요구하는 온정주의적 모델이 강하게 전제되어 있는 것이다.

6. 소결

제헌헌법부터 성에 의한 차별을 금지하였고 혼인의 기초로서 “남녀동권(男女同權)”이 명시되어 있었을 정도로 대한민국 헌법은 성평등 원칙에 충실하였다. 1958년의 가족법 제정 당시나 이후 여성계의 법개정 운동에서도 비록 그 구체적인 내용에 대해서는 의견이 갈리었을지라도 성평등이 헌법정신이라는 것이 의심받은 적은 없었다. 그러나 그럼에도 불구하고 헌법의 제·개정사를 통틀어 “성평등”을 국가의 목표로서 명시적으로 규정한 조항이 없었다는 점을 지적하여야 한다.

현행헌법에서 규정된 “여자의 복지와 권익의 향상을 위한 국가의 노력” 조항은 이념적으로 여성을 노인이나 생활능력이 없는 국민과 마찬가지로 특별한 보호를 필요로 하는 수동적 약자로 규정하고 있다는 점에 문제가 있다. 즉, 여성을 포함한 국민 모두를 스스로의 권리를 지키고 복지 증진을 위해 노력하는 주체로서 위치지우면서, 사회생활의 모든 측면에서 남성과 여성이 평등한 관계를 맺을 수 있도록 사회구조적인 노력을 기울여야 함을 아울러 담아낼 수 있어야 할 것이다.

이를 위해서 무엇보다 여성들을 남성과 동등하게, 성별에 무관하게 국민으로서 모든 헌법적 권리를 향유할 평등한 주체로서 위치짓는 것이 필요할 것이다. 여성관련조항을 특수하게 혼인, 가족 등 사회생활의 사적 영역에 관련된 부분에만 국한시킨다든지, “여자의 근로”를 일반적인 근로와 다르고도 특수한 보호가 필요한 고립된 영역으로 규정짓는 등의 규정 방식은 이러한 원칙에 반한다. 국가가 보편적인 헌법적 가치인 성평등을 위해 정책적 노력을 다해야 할 의무를 가진다는 명시적이고도 포괄적인 규정이 필요함과 동시에, 여성의 영역을 사회생활의 특정 영역에만 한정시키거나 여성을 ‘남성과는 다르지만 내부적으로는 동질적인’ 특수한 사회집단으로 고립시키는 규정을 없애는 것 역시 필요하다.

여성들은 남성들과 마찬가지로 사회생활의 모든 영역에 참여하는 평등한 주체임과 동시에, 개별적으로 남성 혹은 여성들인 타자들과 특정한 관계를 맺으며 구체적인 삶을 꾸려나가는 개인이기도 하다. 그러므로 여성들을 “여성들끼리는 동질적인” 하나의 집단으로 다루는 것은 그 자체가 여성들의 다양한 삶의 현실을 무시하는 것이 되며, 따라서 현실적으로 성평등을 달성하는데도 무리가 있다. 오히려 남녀의 차이 못지않게 여성들끼리의 차이도 중요함을 인식하고, 남성과 여성 모두가 각자 자신이 처한

상황에서 모든 헌법적 권리를 누리며 살아가야 할 개별적 주체임을 전제로 하여야 할 것이다. 이 경우 헌법적 권리의 모든 영역에서 특정한 형태의 가족이나 성별분업, 성별결합의 양상을 전제하기 보다는 유연하게 변화하는 젠더 경계의 재구성을 반영할 수 있도록 다양성을 수용하는 방향이 필요하다고 보인다.

지배층의 권력 분점 원칙에 지나치게 집중되어 온 헌법개정의 방향 자체가 남성 중심적이었다는 비판이 있는 만큼, 일반민주주의의 향상과 국민 개개인의 권리 보장에 좀 더 중심을 두는 헌법 개정이 궁극적으로 성평등의 진작에도 기여할 것임을 인식해야 할 것이다.

Ⅲ

⋮

헌법상 여성관련조항의 한계와 재구성

-
1. 헌법상 성평등관련조항의 한계와 재구성 8
 2. 헌법상 가족관련조항의 한계와 재구성 55
 3. 헌법상 여성관련조항 해석에서의 전제와 규정양태 방향 17
-
-

현재 우리나라 법체계는 양성평등의 확고한 헌법규범의 정립에도 불구하고 이에 충돌되는 성차별적 실정법 규범이 광범위하게 존재해 왔으며 그와 관련된 부당한 관행이 널리 행해져 왔다. 법의 사회적 기능을 볼 때 법이 여성을 어떻게 보고 있는가를 살펴보면 그 사회의 정치, 경제, 사회, 문화 등 모든 영역에서 여성의 사회적 관계와 위치를 알 수 있다. 그리고 법의 여성에 대한 관점과 기준을 변화시킴으로써 사람들의 의식의 변화와 사회의 변화를 유도할 수 있다.¹⁹⁾ 그러한 변화는 두 가지 경로를 통해 시도될 수 있다. 첫째, 만약 남성편향적 사회의 법이 여성에 대한 전형적인 스테레오 타입의 가정들(assumptions)을 유지하는 데 기여해 왔다면, 그 동일한 법은 개혁의 목적에 기여하도록 제정되어지기도 했으며 성취된 개혁들에 대해 희망을 제공할 수도 있다. 둘째, 만약 우리가 남성을 형성하는 과정이 하나의 일정 형태의 사회질서를 지향하는 세계관을 생산해낸다고 볼 수 있다면, 또한 우리는 여성을 형성하는 과정이 대안적인 세계관을 생산해낼 수 있다고 보아야 한다. 아마도 이러한 전망은 남성의 세상을 여성에게 단지 문호만을 개방한다는 것을 의미하는 데 그치는 것이 아니라 우리 모두를 위한 헌법을 재구축하는, 이전과는 다른 종류의 재구축에 대한 희망을 제공한다.²⁰⁾

헌법에 어떤 내용이 담겨야 하는가라는 질문, 이를 둘러싼 사회적 논쟁이 존재하는가의 문제는 그 사회의 가치관과 민주주의 정도를 가늠할 수 있는 척도가 될 수 있다.²¹⁾ 이제는 우리헌법이 진정한 자유에 근거한 민주주의와 평등을 지향하기 위해서 여성과 관련한 헌법조항의 총합적인 기본틀을 세우고 점검해 보아야 할 시점이라고 생각된다. 이러한 검토는 어떠한 방향으로 기본틀을 정립할 것인가 하는 과제로 귀착될 것이다. 특히 그러한 과제해결에서 헌법상 성평등 개념에 관한 논의는 핵심요소가 될 것이며 그 과정 속에서 제기되는 성평등 개념의 한계문제를 검토하고 한계를 치유할 개념의 재구성이 시도될 필요가 있다. 이러한 시도를 위한 전제 논의로서 평등에 대한 서구의 여성주의 관점의 논의와 헌법상 성평등개념에 대한 사법부의 해석논의를 주로 참고하였음을 밝힌다.

19) 김선옥, “왜 Gender 법학인가”, 『Gender와 법학』, 이화여대 법대 창립 50주년 및 Gender 법학연구센터 개원기념 학술심포지엄 자료집, 이화여대 법학연구소 주최, 2001.5.28, 9쪽.

20) Kenneth L. Karst, “Woman’s Constitution”, 1984 *Duke L. J.* 447, pp.460-461.

21) 정희진, “헌법의 탈식민화와 현실화를 위하여: 한국헌법의 남성성과 국가주의의 문제”, 『제3회 여성의 눈으로 헌법 다시보기』 자료집, 함께하는 시민행동 주최, 2005.8.26. 참조.

1. 헌법상 성평등관련조항의 한계와 재구성

가. 헌법상 평등규정과 평등의 개념

1) 헌법상 평등규정

우리나라 현행 헌법은 평등에 관한 조항을 여러 곳에서 규정하고 있다. 우선 헌법 전문의 “모든 영역에서 각인의 기회를 균등히 하고”라는 규정을 비롯하여, 법 앞의 평등(제11조제1항 1문), 성별·종교·사회적 신분에 의한 차별금지(제11조제1항 2문), 사회적 특수계급의 금지 및 영전일대의 원칙(동조제2항, 제3항), 교육의 기회균등(제31조제1항), 근로관계에서의 성차별금지(제32조제4항), 혼인과 가족생활에서의 양성 평등(제36조제1항), 선거와 선거운동에서의 평등(제41조제1항, 제67조제1항, 제116조제1항), 균형있는 국민경제의 성장(제119조제2항), 지역간의 균형있는 발전(제123조제2항) 등이 그것이다.

특히 헌법 제11조제1항이 보장하고 있는 평등권은 기본권실현의 방법적 기초로서 모든 국민에게 모든 생활 영역에 균등하게 참여할 수 있는 기회를 보장해준다.²²⁾ 사생활과 정신생활영역은 물론 정치·경제·사회·문화 생활 영역에서 평등권의 실현을 통한 인간의 존엄과 가치를 실현시키기 위해 필요한 헌법상 모든 기본권의 보장에서 여성은 남성과 동등하게 모든 기본권의 주체가 된다.²³⁾

2) 평등의 개념

가) 형식적 평등과 그 한계

가장 기본적인 평등개념인 “같은 것은 같게 대우하라”는 형식적 평등은 법 앞의 평등과 동등한 권리를 추구했던 고전적인 자유주의이론의 평등 개념이다. 형식적 평등이란 여성 혹은 남성이라는 차이를 고려함 없이 개인의 특성에 따라 대우해야만 한다는 원칙이다. 형식적 평등은 상대적 원리이다. 즉, 비슷한 상황(similarly situated)에 있는 사람은 비슷하게 대우받아야 한다는 것이다. 형식적 평등에 있어서 ‘비슷한

22) 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2002, 322쪽.

23) 김선옥, “총론: 평등권과 평등지위실현의 과제”, 조형 엮음, 『양성평등과 한국법체계』, 이화여자대학교 출판부, 1996, 77쪽.

상황에 있다'는 기준자체에 논의의 여지가 있다. 대다수의 여성과 남성은 많은 경우에 이미 비슷하게 위치 지어져 있지 않다. 가족 안에서, 작업장에서, 성적인 규범에서 여성과 남성의 영역은 이미 구조적으로 분리되어 있으므로 불평등으로 사건화 되기조차 곤란한 경우가 대부분이다. 바로 이러한 분리와 불평등을 극복하기 위하여 성별 간 평등기준이 채택되었다면 과연 평등기준은 그것을 극복하게 하는 효과적인 기준인지 의문스럽다.²⁴⁾ 이와 같이 여성과 남성간의 비슷한 상황이란 어떤 것인지 판단하기 어려운 경우들이 많으며 일반적으로 남성의 상황이 기준이 되어 판단되는 경우가 많다. 다시 말하면 형식적 평등은 비교기준이 필요한데 사회에서 비교기준은 지배세력을 위한 기준 즉, 주로 남성의 기준이 되므로 결국 형식적 평등 하에서는 여성은 남성과 같아져야만 같은 대우를 받을 수 있게 되며 성중립적이란 것은 곧 남성의 기준을 가리키게 되는 결과를 낳는다.²⁵⁾ 형식적 평등은 법 앞의 평등을 강조하므로 국가는 중립적인 자세를 유지해야 한다. 국가가 한 사람을 다른 사람에 비해 유리하게 대우하거나 우대하는 것은 법 앞의 평등과 중립성에 위배되는 것으로 여겨지게 된다.²⁶⁾ 형식적 평등은 여성이 남성보다 더 차별받지도 더 우대받지도 않아야 한다는 젠더중립성의 기준을 정립한다. 여성 개인이 집단으로서의 젠더에 대한 사회적 편견으로 인해 차별받고 있을 때 젠더 중립성은 집단으로서의 젠더에 대한 판단을 배제하고 개인의 특성과 자질에만 입각하여 사안을 판단하게 한다. 하지만 이 경우 여성인 개인의 특성과 자질을 규정함에 있어서 이미 여성 일반에 대한 사회적 기대가 투영되고 일정한 규범이 작용한다. 이와 같은 상황에서 여성에 대한 차별을 총합적으로 분석하기 위해서는 젠더에 의한 판단을 무시할 것이 아니라 젠더규범자체를 파헤쳐서 그것이 개인을 규정하는데 미치는 영향을 밝히는 방향으로 가야 할 필요가 있다. 이런 연유로 개인 간·집단 간 차별을 극복하는데 젠더중립성으로 충분한가에 대해 의문이 제기된다.²⁷⁾

또한 형식적 평등은 개인주의적 성향이 강하다. 형식적 평등에서는 집단적 고려는

24) 양현아, “서구의 여성주의 법학: 평등과 차이의 논쟁사”, 『법사학연구』, 제26호, 한국법사학회, 2002, 235쪽.

25) 장명선, 성평등실현을 위한 적극적 조치에 관한 연구, 이화여자대학교 대학원 박사학위논문(미간행), 2006, 24쪽.

26) M. Abram, “Affirmative action: Fair shakers and social engineers”, 99 *Harv. L. Rev.* 1321 (1986).

27) 양현아, 앞의 논문(주 24), 235쪽.

이루어지지 않고 오로지 개인의 자질과 특성에 의해 다루어져야 한다는 것이다. 이러한 평등개념은 개인 간 평등의 관점에서 볼 때 성별범주 속에서 남성과 여성 개인이 동등한 개인으로 다루어지지 않는 경우에 개인 간의 동등한 보호에 입각한 평등 기준은 그 유용성을 가진다.²⁸⁾ 성별범주를 가지고 개인의 특성을 판단하는 것은 부정확한 결과를 초래할 경향이 농후하다는 점에서 본다면 개인 간 평등기준의 합리성이 인정된다. 또한 개인 간이 아니라 성별 ‘집단 간’ 불평등을 평등기준에 의해 결정해야 할 사건, 즉, 성별집단에 관해 판단해야 하는 경우는 투표권, 결혼, 군복무 등 다양한데, 형식적 평등기준은 집단으로서의 여성에 관한 고정관념에 도전하게 함으로써, 집단에 대한 스테레오타입에 빠지지 않도록 하는데 매우 유용하다. 하지만 범주로서의 여성에 대한 불평등을 스테레오타입의 문제로만 환원하는 것은 너무 단순하다.²⁹⁾ 형식주의적 평등론을 주장하는 여성주의자들은 자유주의 페미니즘에 바탕을 두고 집단으로서의 여성이 아닌 개인으로서의 여성을 중심으로 여성문제를 파악함으로써 여성도 남성과 같이 이성적이고 자율적인 인간으로서 동등한 기회가 주어져야 한다고 주장한다.³⁰⁾ 하지만 개인 간의 평등의 구현으로 양성불평등문제가 다 해소될 수 있는지는 의문이다.

형식적 평등론에서는 누가 비슷한 상황에 있는가의 문제는 여성과 남성이 오랫동안 다른 상황에 있었기 때문에 적절한 비교대상자를 선정하기 어렵고 결과적으로 남성과 동일하다고 인정된 여성만이 동등한 대우를 받게 된다고 하겠다. 그러나 어떤 특성들이 비교 가능하고 타당한 특성인지를 결정하는 자체가 이미 내면화된 전통적 성적 편견에 의해 영향을 받으므로 비교 대상을 구체화하는 과정에서 잘못 인식될 위험성이 높다. 또한 이는 개인의 성을 무시할 수 있다는 가정에 근거하고 있으나 개인을 다루면서 성을 무시할 수 없다는 것은 우리 경험상 자명하다.³¹⁾ 결국 형식적 평등론은 남성 중심적인 기준에 의해 평등을 추구하게 되며 여성으로 하여금 남성 중심적 사회로의 동화를 요구하는 결과에 이르게 된다.

28) Katharine T. Bartlett, Angela p. Harries and Deborah L. Rhode, *Gender and Law: Theory, Doctrine, Commentary*, New York: Aspen Publishers, 2002, p.133 참조.

29) 양현아, 앞의 논문(주 24), 235쪽.

30) 앞의 논문(주 24), 25쪽.

31) 앞의 논문(주 24), 25쪽.

나) 실질적 평등

개인의 선택이나 특성을 통해 소수자 집단에 속하는 개인의 차별을 정하는 것에 문제가 생길 수 있다. 어떠한 사회집단 안에도 개인차가 존재하므로 개인으로서 집단의 한 구성원을 대우하는 것은 언제나 가능하다. 이 경우 개인의 특성이나 선택이라는 차원으로 사실 발견에 집중할 때 집단으로서의 차별이 고려에서 배제되거나 약화되는 방향으로 유도될 수 있다. 임신과 같이 특정 젠더에 고유하거나 군복무와 같이 주로 한 젠더만이 겪는 경험의 경우 그러한 접근의 한계는 명백하다. 이 경우 법적 판단에 있어서 개인적 특질에만 주목하고 젠더범주를 고려하지 않는 것은 양성 평등을 위한 필요조건이 아니라, 오히려 실질적 평등(substantive equality)을 실현하는 데 장애가 될 수 있다. 형식적 평등기준이 여성과 남성의 특징이나 상황의 차이로 인해 항상 평등한 결과를 가져오지 않는다고 한다면, 실질적 평등이란 법의 결과와 효과를 따지는 기준이다.³²⁾ 차별행위를 의도나 목적이 아니라 결과 혹은 효과의 측면에서 규정할 때, 외견상 젠더중립적인 기준이라도 그것이 여성에게 불리한 효과를 가져온다면 그것은 차별행위이다. 불평등 효과 개념에 기반 하여 차별을 판단할 때 ‘과거 차별의 현재 효과’라는 시간적으로 누적된 차별 역시 차별의 효과로 고려할 수 있다.³³⁾

실질적 평등이란 평등 기준을 기회의 평등뿐만 아니라 조건의 평등, 결과의 평등까지 포함하여 사고할 때 실현될 수 있다. 기회의 평등이란 서구의 제1세대 여성주의에서 주장한 것처럼 재산권, 투표권, 교육권 등에서 남성과 동등한 기회를 요구한 것에서 제시되는 평등기준이며, 조건의 평등이란 여성이 남성과 동일한 여건을 갖추고 출발점을 같이 할 수 있도록 보장하려는 평등 기준이다. 출산휴가, 아동보육시설은 이러한 조건의 평등을 도모한 것이다.³⁴⁾ 결과의 평등은 오랜 시간 누적된 차별의 조건을 극복하기 위해서 적극적 차별시정조치와 복지측면의 배려를 포함하여 약자와 소수자들이 실질적인 평등에 이를 수 있도록 하기 위한 기준이다.³⁵⁾ 결과의 평등은 추상적 정의를 거부하며, 정의는 사회와의 상호관계에서만 의미를 가진다고 본다. 현실은 성차별로 인해 많은 여성들이 불이익을 당해왔으므로 적극적 차별시정조치가 남성에게 대

32) Katharine T. Bartlett, Angela p. Harries and Deborah L. Rhode, 앞의 책(주17)책(주 10), pp.265-271.

33) 앞의 논문(주 32), pp.265-271.

34) 양현아, 앞의 논문(주 24), 239쪽.

35) 이은영, 『법여성학 강의』, 박영사, 1999, 34-37쪽.

한 역차별로 여겨져서는 안 된다고 본다. 또한 결과의 평등은 권력관계에서 성립된 현 사회에서 국가의 중립성 명제도 거부한다. 국가는 사회권력의 교차점으로 사회의 재분배에서 중심적인 역할을 한다. 그러므로 실질적 평등 개념 하에서는 국가는 차별의 결과를 교정하기 위한 적극적인 의무를 부담하는 것으로 여겨지게 된다.³⁶⁾ 현실사회에서 형식적 평등은 성중립적임에도 불구하고 남성에 의해 남성만을 위해 발전되어 온 의심스러운 기준으로 나타나고 있으며, 실질적 평등은 구체적인 사회적 제도 속에서 여성과 남성 간의 비대칭적 지위의 실질적 평등화 노력을 정당화한다.³⁷⁾

2) 헌법상 성평등 규정과 사법부의 해석

가) 헌법상 성평등의 규정 내용

헌법 제11조제1항은 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다”라고 하여 근대헌법의 기본원칙인 평등의 원칙과 개인을 위한 주관적 공권으로서 평등권을 규정하고 있다.³⁸⁾

이러한 양성평등의 원칙은 헌법상 각 생활 영역에 따른 개별적 조항에서 구체적으로 명문화되어 있다.

첫째는 정치적·공적 생활 영역에서 이다. 헌법 제24조, 제25조는 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 선거권과 공무담임권을 가진다고 함으로써 정치적·공적 생활 영역에서의 남녀평등의 참여기회를 보장하는 헌법적 근거이다.

둘째는 사회적 생활 영역에서이다. 헌법 제34조제3항은 “국가는 여자의 복지와 권익의 향상을 위하여 노력하여야 한다”고 규정하고 있다. 이는 현실적으로 현대 민주주의 국가가 갖는 사회법치국가원칙에 근거한다. 이 조항은 여성의 권익향상을 위한 국가의 의무이행을 촉구할 수 있는 헌법적 근거이기도 하다.

셋째는 경제적 생활 영역에서이다. 헌법 제32조제4항은 “여자의 근로는 특별한 보호를 받으며 고용·임금 및 근로조건에 있어서 부당한 차별을 받지 아니한다”고 규정하고 있다. 이는 여성의 신체적·생리적 특성에 따른 모성보호에 근거한 여성의 근로

36) 장명선, 앞의 논문(주 25), 27쪽.

37) 장명선, 앞의 논문(주 25), 26쪽.

38) 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2007, 384쪽.

에 대한 특별보호와 근로관계에서의 성차별금지를 명문화한 규정으로서 이 규정은 여성의 경제적 생활 영역에서의 평등을 보장하는 헌법적 근거이다.

넷째는 가족생활영역에서이다. 헌법 제36조제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며 국가는 이를 보장한다”고 규정하고 있다. 이는 혼인과 가족생활 관계에서의 평등을 보장하는 헌법적 근거이다.

헌법은 평등원칙의 기본규정인 제11조와 기타 관련규정에 의하여 성차별금지의 양성평등을 보장하고 있지만, 여성이 가정 내에서 또 각종 사회분야에서 여성이라는 이유로 받고 있는 성차별은 구조적으로 여전히 존속하고 있다. 헌법은 그 시대의 생활감각, 시대 사상을 최대한 반영하고 현실적인 생활관계를 최대한으로 표시함으로써 생활규범의 실효성을 가져야 하나 생활규범으로서의 헌법 기능이 약화되고, 동시에 사회형성적인 헌법의 규범성이 본래의 과제를 다하지 못할 때 헌법규범과 헌법 현실과의 괴리가 발생한다.³⁹⁾

나) 헌법상 성평등 개념에 대한 사법부의 해석과 비판

전술하는 바와 같이 우리헌법의 여성관련조항의 규정 양태를 보면 비교적 상세히 규정하고 있다. 물론 이하에서 지적하겠지만 헌법상 평등규정과 여성에 대한 보호규정간의 관계정립에 있어서는 더욱 정교한 논의가 필요하다. 미국의 경우 1972년 초 모든 생활 국면에서의 성차별폐지를 내용으로 하는 남녀평등권조항수정안(Equal Rights Amendment: ERA)이 제기됨으로써 국내 여론을 격렬하게 양분하는 쟁점으로 등장했다.⁴⁰⁾ ERA의 실패는 여성주의 법학자들에게 여성의 권리를 증진하는데 있어서 가장 효과적인 헌법상 기준에 대한 논의를 다시 시작할 수 있는 계기를 제공했다. 헌법상 평등과 법적 원리에 대한 이러한 논의들은 정책의 모든 실체적인 영역들-재생산,

39) 김선옥, 앞의 논문(주 23), 78-79쪽.

40) 이상돈, 『미국의 헌법과 연방대법원』, 학연사, 1983, 184-191쪽 참조.

1972년 초 의회는 헌법수정안 제27조 ERA를 통과시켰다. 동 수정안은 다음과 같은 3개항으로 되어 있었다.

제1항 합중국이나 주는 성을 근거로 법 앞의 평등권을 침해하지 못한다

제2항 의회는 적절한 입법을 통하여 본조항을 집행할 수 있는 권한을 갖는다

제3항 본조항의 주의 인준이 끝난 2년 후에 효력을 발한다

ERA는 인준 기한까지 인준을 위해 필요한 38개 주의 동의를 얻는데 실패했다. 하원에서의 즉각적인 재시도 노력도 개정안이 출석 의원의 3분의 2라는 정족수에서 6표 모자란 278표를 얻자 실패로 돌아갔다.

성성(sexuality), 가족, 직업, 교육-에 있어서 논의의 기초를 제공하는 것이므로 매우 중요하다.

우리의 경우 가부장적 가족제도나 사회제도를 용인하고 있는 성차별적 비민주적 법률들이 헌법상 우리가 보존해야 할 전통이라는 논리로 가부장적 남성중심적 사회에서 옹호되어 왔다. 헌법상 명백히 성별에 의한 차별을 금지하고 있음에도 불구하고 전통이란 방패로 건재해왔으며 가족제도나 사회제도 속에서 여성의 불평등한 지위를 존속시키는데 상당한 영향을 미쳐왔다. 국회차원의 논의는 상당히 있었지만 법개정 운동은 험난한 길을 걸어왔다. 이러한 법률과 제도에 대한 성차별의 의심은 헌법재판소의 위헌법률심판제도가 활성화되면서 본격적으로 이에 대한 평등논의가 이루어지게 되었다. 헌법재판소의 논의 중 성차별적 가족제도와 가산점제도 관련 판례들은 1990년대 후반에 이루어지기 시작했다. 동성동본금혼제도에 관한 민법 제809조제1항의 헌법불합치결정(헌재 1997.7.16 선고 95헌가6-13 병합), 제대군인가산점제도에 관한 제대군인지원에관한법률 제8조제1항 등 위헌결정(헌재 1999.12.23 선고 98헌마363), 호주제도에 관한 민법 제781조제1항 본문 후단의 헌법불합치결정(헌재 2005.2.3 선고 2001헌가9·10·11·12·13·14·15, 2004헌가5 병합) 등이 있으며, 대법원 판례로는 중회회원확인의 중중구성원의 자격을 성년남자만으로 제한하는 종래의 관습법의 법적 효력부인판결(대법원 2005.7.21 선고 2002다1178)등이 그것이다. 이러한 판례들의 다수의견은 전통적인 가부장적 제도들의 성차별적 측면을 인식하고 인정하고 있으나 별개의견이나 반대의견은 일반사회에서 인정되고 있는 수준조차도 허용하지 못하는 가부장적 가족제도를 전통이란 이름으로 방어하고 있다. 대법원의 중회회원확인판결의 경우 다수의견은 “공동선조의 후손 중 성년 남자만을 중중의 구성원으로 하고 여성은 중중의 구성원이 될 수 없다는 종래의 관습은 공동선조의 분묘수호와 봉제사 등 중중의 활동에 참여할 기회를 출생에서 비롯되는 성별만에 의하여 생래적으로 부여하거나 원칙적으로 박탈하는 것으로서 변화된 전체 법질서에 부합하지 아니하여 정당성과 합리성이 있다고 할 수 없다”고 하고 있다. 중중의 활동에 참여할 기회를 출생에서 비롯되는 성별만에 의하여 생래적으로 부여하거나 원칙적으로 박탈하는 것은 성차별이 쉽게 확인될 수 있는 사안임에도 2005년에 와서야 성차별성이 인정되었다. 그 판결에서 별개의견은 “우리의 전통문화가 현대의 법질서와 조화되면서 계승 발전되도록 노력하여야 할 것”이라 견해를 피력하고 있는데 너무나 기본적으로 분명

한 성차별적 요소를 전통에 파묻어버리는 시대착오적 논의를 하고 있다.

군가산점제도와 관련하여 군복무자우대제도에 대한 미국의 판례에서의 논의를 비교해 보는 것은 유용하리라 생각된다. 매사추세츠 주의 군복무자들에 대한 우대규정이 수정헌법 제14조의 평등보호조항에 반하는지가 문제되었던 *Personnel Administrator of Massachusetts v. Feeney* 사건(1979)⁴¹⁾에서, 주 법률조항이 매사추세츠 주의 주요공무원채용에 있어서 여성을 배제하는 본질적인 문제를 지니고 있기 때문에 법 앞에 평등이라는 헌법 원리에 어긋난다는 원고인 헬렌 휘니의 주장-먼저 다양한 미국의 법령과 정책으로 인해 여성은 군대에 입대하는 것이 제약이 있기 때문에 여성이 실제로 징병의 대상이 된 적은 없으며(이 소송이 제기되었을 당시 매사추세츠 주의 군필자 중 98% 이상이 남성이었고 여성은 겨우 1.8%였고, 매사추세츠 주민의 25% 이상이 군필자였음) 따라서 직장을 구할 수 있는 기회에 있어서 평생동안 지속되는 군필자들의 절대 우위가 여성들에게 가지는 효과는 설사 의도하지 않았더라도 치명적인 것이라는 점과 둘째, 입법목적이 여성을 불리하게 하려는 것이 아니었다 할지라도, 여성에게 피할 수 없는 차별의 양상을 띠고 있으므로 성별 간 차별의 효과를 따져야 함-에 대해, 미연방대법원은 문제되는 법률은 여성에 대하여 남성을 우대하는 것이 아니라 젠더에 관계없이 양성의 군필자를 양성의 미필자에 비해 우대하는 것이므로 합헌이라고 판결하였다. 이 사건은 이미 행해지고 있는 남성이 대부분인 군필자에 대한 우대의 맥락에서 제기되었는데 군복무가 개인의 선택이라는 논리를 통해 기존에 존재하는 대다수의 남성의 이익을 보호하는 효과를 냈으며 군복무와 같이 주로 한 젠더만이 겪는 경험의 경우 법적 판단에 있어서 개인적 특질에만 주목하고 젠더범주를 고려하지 않는 것은 양성평등을 위한 필요조건이 아니라 오히려 실질적 평등을 성취하기 위한 장애가 될 수 있다는 것을 잘 보여주고 있다. 형식적 평등 기준이 남녀의 특징이나 상황의 차이로 인해 항상 평등한 결과를 가져오지 않는다면 실질적 평등이란 법의 결과 및 효과를 따지는 기준이라고 할 수 있으며 군복무자우대제도는 차별적 효과를 내고 있는데 이 점이 간과되고 있다.

이러한 논의와 비교할 때 우리헌법재판소의 군가산점제도에 관한 위헌결정의 내용은 이러한 문제점이 잘 지적되었다고 평가할 수 있다. 헌법재판소는 “전체여성 중의

41) 442 U.S. 256(1979).

극히 일부분만이 제대군인에 해당될 수 있는 반면, 남자의 대부분은 제대군인에 해당하므로 가산점제도는 실질적으로 성별에 의한 차별”이라고 보았으며, “평등위반 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지나, 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우와 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것인바, 가산점제도는 헌법 제32조제4항이 특별히 남녀평등을 요구하고 있는 “근로” 내지 “고용”의 영역에서 남성과 여성을 달리 취급하는 제도이고, 또한 헌법 제25조에 의하여 보장된 공무담임권이라는 기본권의 행사에 중대한 제약을 초래하는 것이기 때문에 엄격한 심사척도가 적용된다”고 한다. 또한 “제대군인에 대하여 여러 가지 사회 정책적 지원을 강구하는 것이 필요하다 할지라도, 그것이 사회공동체의 다른 집단에게 동등하게 보장되어야 할 균등한 기회 자체를 박탈하는 것이어서는 아니되는데, 가산점제도는 아무런 재정적 뒷받침없이 제대군인을 지원하려 한 나머지 결과적으로 여성과 장애인 등 이른바 사회적 약자들의 희생을 초래하고 있으며, 각종 국제협약, 실질적 평등 및 사회적 법치국가를 표방하고 있는 우리헌법과 이를 구체화하고 있는 전체 법체계 등에 비추어 우리 법체계내에 확고히 정립된 기본질서라고 할 ‘여성과 장애인에 대한 차별금지과 보호’에도 저촉되므로 정책수단으로서의 적합성과 합리성을 상실한 것이다”라고 한다. 또한 “가산점제도는 수많은 여성들의 공직진출에의 희망에 걸림돌이 되고 있으며, 공무원채용시험의 경쟁률이 매우 치열하고 불과 영점 몇 점 차이로 당락이 좌우되고 있는 현실에서 제대군인에 대한 이러한 혜택을 몇 번이고 아무런 제한없이 부여함으로써 차별취급을 통하여 달성하려는 입법목적의 비중에 비하여 차별로 인한 불평등의 효과가 극심하므로 가산점제도는 차별취급의 비례성을 상실하고 있으며, 제대군인 지원이라는 입법목적은 예외적으로 능력주의를 제한할 수 있는 정당한 근거가 되지 못하는데도 불구하고 가산점제도는 능력주의에 기초하지 아니하고 성별, ‘현역복무를 감당할 수 있을 정도로 신체가 건강한 가’와 같은 불합리한 기준으로 여성과 장애인 등의 공직취임권을 지나치게 제약하는 것으로서 헌법 제25조에 위배된다”고 하고 판시하였다.

미국의 경우는 ERA수정안을 둘러싼 논의와 민권법 제7장의 제정에 따른 성차별문제가 본격화되면서 성평등 논의에 많은 진전이 있었다. 미국 여성들은 헌법수정안에

여성평등을 규정하기 위해 오랫동안 투쟁해왔다. 1923년에 처음 나온 ERA(Equal Rights Amendment)는 1972년까지 계속 상정되었지만 1972년 결국 35개주에서만 승인되어 헌법수정조항으로 규정되기 위해서 요구되는 38개주의 승인을 얻지 못해 폐기되었다. 그 이후에도 지속적으로 이 수정안은 의회에 상정되고 있다. 이러한 과정에서 미국의 여성주의자들 사이에는 헌법과 여성에 대한 격렬한 논쟁이 있었다. 이 논쟁의 핵심은 헌법상 평등과 법적 원칙에 관한 것이었다. 그들은 헌법상 평등이 모든 정책분야 즉, 재생산·섹슈얼리티·가족·노동 그리고 교육 등의 모든 정책분야에서 정책의 기초가 되기 때문에 다른 무엇보다도 중요하다고 생각하였다. 성중립적인 평등이 얼마나 큰 문제를 야기하는지에 대해 강조하면서 그 문제점을 크게 두 가지로 제기하였다⁴²⁾. 첫째, 흔히 성평등을 말할 때 인종간의 평등과 유사한 것으로 파악하는데 이것은 잘못된 생각이라는 것이다. 인종평등의 경우와 달리, 이런 인식 태도는 성평등의 경우 생물학적·사회적 차이가 있는 성 간의 문제를 간과하게 된다는 것이다. 따라서 인종 중립적 사회는 가능할 수 있지만 성 중립적 사회는 불가능하다는 것이다. 성중립적이라고 하더라도 이미 그 중립적이라는 용어 속에는 남녀 간의 성역할에 대한 스테레오타입의 접근법과 공적·사적 영역의 분리를 전제하고 있기 때문에, 결코 성중립적일 수 없다는 것이다. 둘째, 평등이라는 용어 속에는 이미 어느 정도 남성적 기준을 내포하고 있다는 것이다. 보편적 평등의 개념에 여성을 포함시키는 것은 여성이 남성적 기준을 만족시키는 영역에서만 평등하게 대우한다는 것이다. 여성은 사회화나 생물학적인 차이 때문에 이미 남성과 다른데 이를 평등하게 대우한다면 여성들에게 평등은 권리가 아니라 부담이 될 것이다. 따라서 노동현장에서의 성중립적인 평등 즉, 보편적인 평등은 여성의 가족에 대한 책임감이나 다른 많은 여성적인 특수성을 허락하지 않으므로 남성과 동등하게 되는 것을 의미하게 된다. 결국 이러한 보편적 평등은 실제로는 평등이 될 수 없다.⁴³⁾

미연방대법원의 성차별판결들을 보면 그 속에서 평등권이론의 의미에 대해 상당한 논쟁이 있어 왔다. 미국의 경우 평등권이론의 의미에 대한 문제제기는 미연방대법원

42) Dorothy McBride Stetson, *Women's Rights in the USA: Policy Debates and Gender Roles*, New York: Routledge, 2004, pp.36-37 참조.

43) 김민정, “여성의 시각으로 본 한국 헌법”, 『법률행정논집』(서울시립대), 제13권, 학교, 2006.2., 205쪽.

의 전유물은 아니지만 우리나라 헌법재판소나 대법원과는 대조적으로 평등권이론이 논의되고 정교화되는, 그리고 평등의 법적 개념들이 사회개혁을 위한 광범위한 운동에 중대한 영향을 지속적으로 끼쳐온 주요 공론장으로 기능해 왔다.⁴⁴⁾ 미연방대법원은 1908년 *Muller v. Oregon* 판결에서 여성이 정치적 법적 지위에 관한 한 남성과 ‘절대적으로 동등한 상태’에 있다 하더라도 여성은 남성의 보호를 기대하고 의지하도록 구축되어 있다는 것이 현실이라고 보았다. 여성은 본질적으로 남성과 다르며 이러한 차이는 다른 법적 대우를 정당화한다고 보았다. 이후 사건들은 전형적으로 *Muller* 판결을 인용하면서 ‘실질적 차이(real difference)’가 있는 경우 법적 평등을 요구하는 것의 무익함을 지적했다. 다른 대우는 일정 성에 근거한 역할을 증진시키는 입법목적과 관련하여 정당화되었다. 1961년 *Hoyt v. Florida* 사건에서 대법원판사 전원일치로 여성은 배심원을 자원할 수는 있으나 법원이 여성을 강제로 배심원이 되도록 명할 수는 없다고 한 플로리다 주법은 여성은 집과 가족생활의 중심이며 그러한 특별책임 때문에 배제될 수 있다는 근거에서 헌법상 평등보호를 위반하지 않는다고 판시하였다. 그러나 1971년부터의 일련의 판결들에서는 여성의 평등보호를 위한 논의들이 본격화되었으며 많은 진전이 있었고 남녀평등보호문제는 특히 종래의 가족법분야에서 광범위한 쟁점을 야기해 왔다.⁴⁵⁾

1973년의 *Frontiero case* 이후로 주요 평등보호 사건들—*Craig v. Boren*(1976), *Weinberger v. Wiesenfeld*(1975), *Orr v. Orr*(1979), *Michael M.*(1981), *Rostker*(1981), *Mississippi v. Hogan*(1982)—은 여성이 향유했던 권리를 보장하기 위해서 또는 남성에게만 부과된 책임을 면제받기 위해서 남성들에 의해 제기되었다. 이러한 사건들에 있어서 평등보호 원칙이 여성들에게 도움이 되었다고 주장하는 것은 성에 근거한 구별과 성차별이 남성과 여성 모두에게 불리하다는 것을 전제로 하는 것이다. 실제로, 미연방대법원은 헌법 하에서 그들의 법적 지위에 관한 한 양성간 그 지위가 상호교환가능하다고 보는 것 같다.⁴⁶⁾ 다수의 여성주의 학자들이 이러한 가정에 대해서 이의를 제기한다.⁴⁷⁾

44) Ann E. Freedman, “Sex equality, sex Differences, and the Supreme Court”, 92 *Yale L. J.* 913, 917 (1983. 5).

45) 이상돈, 앞의 책(주 40), 180쪽 주 91 참조.

46) Dorothy McBride-Stetson, *Women's Rights in the USA: Policy Debates and Gender Roles*, New York: Routledge, 2004, p.49.

Orr v. Orr 사건에서 연방대법원은 이혼시에 남편만이 그의 부인에게 부양료를 주도록 규정한 알라바마 주법에 대해 중간심사기준을 적용하면서 동법이 주의 중요한 법익과 공공목적에 실질적으로 관련되어 있었나를 심사해야한다고 전제한 다음, 남편만이 이혼시 부양료를 지불하여야 한다는 법률은 모든 부인이 남편에 의존적이라는 성적 스테레오타입에 불과하다고 하면서 성차별을 이유로 위헌 결정하였다. Orr판결과 같은 상황에서처럼 문제된 법률에 대해 법원이 낡은 성적 스테레오타입에 근거한 것이라는 광범위한 의견일치가 있는 경우 이러한 형태의 성차별분석은 순조롭게 논리 구성될 수 있다. 그러나 웬디 윌리엄스 교수가 적절히 지적하고 있듯이 ‘어려운 성차별사건들(hard sex discrimination cases)’이라 지칭되고 있는 사건들-징병등록에서 여성을 배제한 Rostker v. Goldberg판결⁴⁸⁾, 의제강간(Statutory rape)에 있어서 남성에게만 형벌을 부과하고 있는 Michael v. Sonoma County판결⁴⁹⁾, 주립여자간호학교에 남성입학을 거부한 Mississippi University for Women v. Hogan판결⁵⁰⁾-에서 법원은 곤란에 직면하게 된다. 일반적으로 법원과 사회가 인식하고 있는 성차이가 실제로 구시대적 성적 스테레오타입에 실지로 근거되어 있는지 여부, 또는 스테레오타입이 정확하고 바람직한 것인지 여부에 대해 의견이 심각하게 분열되어 왔다.⁵¹⁾

1982년과 1994년 사이, 대법원이 성차별에 대해 정립한 평등보호 논리는 1994년 장래 배심원으로 선정될 사람들의 성별에 근거하여서만 배심원을 선정하는 것과 관련된 J.E.B. v. Alabama ex rel. T.B.사건⁵²⁾에서 낡은 스테레오타입은 더 이상 유효하지 않다는 1970년대 중반의 메시지가 재확인되었다. “오늘 우리는 지금까지 무엇이 자명한 이치여야 하는가를 재확인한다. 주 입법자들이 성별에 근거하여 고의적인 차별을 행하는 것은 평등보호조항에 위배된다. 특히 여기에서와 마찬가지로 차별이 여성과 남성의 상대적 능력에 대한 불공평하고, 낡고 광범위한 스테레오타입을 승인하고 영속화시키는데 기여하는 경우에는 더욱 그렇다.”⁵³⁾ 평등보호의 기초가 되는 것으

47) Judith Baer, *Our Lives before the Law: Costructing a Feminist Jurisprudence*, Princeton University Press, 1999 참조.

48) 453 U.S. 57(1981).

49) 450 U.S. 464(1981).

50) 458 U.S. 718(1982).

51) Ann E. Freedman, 앞의 논문(주 44), p.953.

52) 511 U.S. 127(1994).

53) 511 U.S. pp.130-131(1994).

로 여겨지는 원리는 교육을 받을 능력이나 배심원으로서의 능력이 같은 사람은 같게 취급되어야 한다는 것이다. 그러나 Michael M. 사건, Rostker 사건과 Parnham v. Hughes 사건⁵⁴⁾에서 확립된 판결들은 예를 들면 임신이나 여성성 또는 법적 지위 때문에 성별간 차이가 존재하는 경우에는 법은 그들을 다르게 취급할 수 있다는 원칙을 정립했다.

여성주의 법학자들은 생물학적 성(sex)과 사회적 성(gender)의 차이에 관한 연방 대법원의 평등보호 원칙을 분석함에 있어서 연방대법원은 평등조항을 거의 정부가 실질적으로 정당성을 입증하지 않으면 한쪽 성이 향유하는 특권을 다른 성에게 부인할 수 없음을 의미하는 것으로 해석하는 것이 분명하다고 본다. 다수 학자들이 불합리한 스테레오타입과 분리영역 이론(the separate spheres doctrine)-두가지 모두 개인의 선택을 제한한다-에 대한 소송에서 성중립적 기준의 가치를 인정하고 있는 데 대해, 한편 다른 학자들은 포괄적인 기준으로서 성적 중립성에 대해 비판적인 입장을 견지하고 있다.⁵⁵⁾ 성중립적 기준이 내포하는 문제는 그것이 남성이 향유한 모든 권리와 책임을 여성들도 가지고 있다는 평등권의 시각에 근거하고 있다는 것이다. 평등에 관한 남성의 기준을 적용하는 것은 남성들과 같은 입장에 있는 영역에서만 여성들에게 이롭다. 생물학적 이유와 사회적 이유 등으로 여성이 남성과 다른 영역에서는 평등은 여성에게 더 많은 부담을 전가시킨다. 예컨대 직업 현장에서 성중립적인 평등은 남성과 마찬가지로 가족부양 책임으로 인해 근로 책임에 영향을 받지 않는 여성들에게만 진정한 평등임을 의미한다.⁵⁶⁾ 이러한 비판은 성차를 고려하는 것이 단지 생물학적 차이를 고려하는 것 이상을 의미하며, 여성과 남성간 사회적 문화적 차이를 인정해야 한다고 한다. 성중립적 법률에 대한 헌법적 기준이 부정의를 야기한 것이다.

물론, 연방대법원은 양성이 “비슷한 상황에 있지 않을 때” 다른 취급을 부인하는

54) 441 U.S. 347(1979).

55) Elizabeth Wolgast, *Equality and the Rights of Women*, Ithaca: Cornell University Press, 1980; Sylvia A. Law, “Rethinking sex and the constitution” 132 Univ. of Pennsylvania. L. Rev, 955-1040(1984); Catharin A. MacKinnon, “Feminism, Marxism, Method and the State: Toward Feminist Jurisprudence” 8 Signs 635-658(1983); Judith Baer, *Our Lives before the Law: Constructing a Feminist Jurisprudence*, Princeton University Press, 1999; Martha Albertson Fineman, *The Neutered Mother, The Sexual Family, and the Other Twentieth Century Tragedies*, New York: Routledge, 1995.

56) Dorothy McBride-Stetson, 앞의 책(주 42), pp.49-50.

것은 아니다. 그러나 중립적 기준에 대한 여성주의 시각에서의 비판들은 이것 역시 그 문제에 대한 해결책이 되지 않는다고 본다. 그리하여 여성을 다르게 취급하는 법률을 합헌으로 인정하기 위한 연방대법원의 권한은 남성과 관련하여 여성의 능력과 성에 대한 전통적 규범을 강화시키는데 사용되어 왔다. 비판들은 법에 대한 여성주의적 접근의 목적은 성간의 위계질서에 의해 강화된 예측관계로부터 여성들을 해방하는 것이지 정부에 그것을 강화하는 도구를 제공해서는 안된다는 것이다. 여성주의적 시각에서의 비판자들은 그러한 이유로 법적 문화에 있어서 성에 근거한 이데올로기에 주된 변화를 가져오지 않으면서 입법을 통해 생물학적, 사회적 성차가 반영될 수 있는 경우를 결정함에 있어서 남성이 지배하는 사법부에 추가적 수단을 제공하는 방향을 추구하는 것을 주저하고 있다.⁵⁷⁾

여성주의 법학자들은 특히 대법원이 여성의 권리를 증진시키는 방향으로 성차를 고려할 것인지에 대해서 회의적이다. 판사들의 경향은 여전히 섹슈얼리티와 모성에 관하여 고정관념적인 시각을 수용한다. 지금까지 남성과 여성의 차이에 대한 대법원의 “사법적 인식”은 여성의 경제적 의존성(Kahn v. Shevin 1974), 성적 행위(Micheal M. v. Superior Court of Sonoma County, California, 1981)와 부모의 역할(Parnham v. Hughes 1979, Tuan Anh Nguyen v. INS 2001)에 대한 전통적인 스테레오타입을 강화하는 경향을 보여왔다. 문제는 이러한 차이가 전통적인, 남성중심의 법적 관점으로부터 남성 대법관들에 의해서 정의되었다는 점이다.

나. 헌법상 성평등 개념의 한계와 재정립

1) 헌법상 성평등 개념의 한계와 재정립의 필요성

이미 본 바와 같이 헌법에 차별금지로 되어 있어도 그것을 해석하는 법관들이 얼마나 성인지적으로 이를 해석하는가하는 문제는 또 다른 심각한 문제이다. 미국의 여성주의자들 역시 특히 미국 연방대법원 대법관들의 성향에 대해서 상당한 문제를 제기하고 있다. 이들은 일반적으로 여성의 권리를 진작시키는 방식으로 성 간의 차이를 고려할 만한 가능성이 거의 없다고 판단하고 있다.⁵⁸⁾ 대법관들은 섹슈얼리티와 모성

57) 앞의 책(주 42), p.52.

58) 앞의 책(주 42), p.37.

과의 관계에 있어서 전형적인 여성관을 받아들이고 있어서 연방대법원의 판결은 여성과 남성간의 차이를 강조하지만 오히려 전통적인 남녀 간의 차이에 초점을 두어 여성에 대한 남성의 지배를 강화한다든지 아니면 사회 속에서의 여성의 역할을 강화하는 경향을 보일 가능성이 상당히 높다고 지적했다.⁵⁹⁾ 또한 독일에서는 1970년대 들어와서 여성들이 법적인 평등에도 불구하고 사회에서는 여전히 불평등한 대우를 받고 있다는 것이 입증되었으며, 1980년대 초반부터 남성과 여성 간에 실제로 존재하는 불평등을 해소하기 위해서 독일기본법 제3조제2항을 단순한 차별금지만으로 해석하는 것으로는 부족하며 문제해결을 위한 동 조항의 적극적인 해석이 시도되어야 한다는 공감대가 형성되기 시작했다. 독일 공법학계에서는 기본법 제3조제2항을 단순히 법적인 평등을 목적으로 하는 차별금지규정으로 보지 않고, 위 조항의 객관적 법질서의 측면에서 또 사회국가원리와 연계하여 여성의 실질적 평등실현을 위한 헌법적 과제 내지 국가의 의무를 유추해 내려는 입장들이 대두하였다.⁶⁰⁾

헌법상 성평등 개념은 구체적인 차별의 경우에 사법부의 해석을 통해 확립된 내용이 규범력을 가지고 현실세계에 커다란 영향을 미친다. 전술한 바와 같이 판사들의 성인지적 관점이 상당히 결여되어 있어서 여성주의 법학자들이 추구하는 정도에는 미치지 못하는 상태에 있다. 우선 헌법상 성평등 개념은 헌법상 평등개념을 규정하고, 그 규정에 근거한 성평등 개념에 대한 사법부의 해석으로 이어지는 단계를 가지고 있다. 그러므로 우선 헌법상 성평등이 안고 있는 문제 특히 평등과 보호 개념의 관계를 헌법상 규정들 속에서 어떻게 정립할 것인가 하는 문제가 있으며, 둘째로 여성과 관련된 규정으로서 성차별적 의심을 받고 있는 법률들에 의한 성차별문제가 제기되었을 때 헌법상 규정된 성평등 개념을 사법부가 어떻게 해석하고 법리를 정립하는가하는 문제로 이어진다. 특히 평등과 차이의 관계 정립은 특히 우리헌법상 기본원리인 복지국가원리 속에서 여성의 노동, 가족, 연금 등 여성의 사회적 지위와 사회보장문제와 관련한 구성요소들을 어떻게 정립할 것인가 하는 문제와 맞물려 있다. 진정한 성평등이 달성되기 위해서는 여성주의 관점에서 이러한 모든 요소들이 검토되어야 할 필요가 있다. 헌법상 성평등 개념을 재구성하기 위해서는 여성주의 시각이 필수적이다.

59) 김민정, 앞의 논문(주 43), 207쪽.

60) 이육한, “차별금지원칙과 실질적 평등권: 양성평등을 중심으로”, 『공법학연구』, 제6권제3호(2005.12.), 121쪽.

성평등 개념을 재구성할 때 다음의 논의가 전제되어야 한다. 첫째로, 성평등에 관한 헌법상의 규정 내용은 차별금지조항에 그치는 것이 아니라 성평등에 대한 가치관과 철학이 제시되어야 한다.⁶¹⁾ 둘째로, 헌법이 보장하고 있는 성평등 내용이 실질적으로 여성에게 실현되기 위해서는 입법투쟁도 중요하지만 보다 근본적으로 헌법기준조항에 대한 해석투쟁의 중요성과 그 의미를 인식해야 한다.⁶²⁾

2) 여성주의 관점에서의 성평등 개념의 재구성

가) 성평등 개념의 재구성을 위한 논의요소들

여성주의 관점에서 성평등 개념을 재구성할 때 첫 번째 문제가 중요한 의미를 갖는다.

평등에 대한 논쟁-즉, 평등의 의미는 무엇이고 평등은 어떻게 성취될 수 있으며, 과연 성취될 수 있는가 하는 문제, 그리고 평등과 여성해방의 관계에 관한 논쟁-은 그동안 여성주의 저작들에서 평등-차이 논쟁으로 언급되어 왔으며, 이 평등-차이 논쟁은 논쟁에서 쓰이는 용어가 쉽게 정의되지 않기 때문에 해결하기가 더욱 어렵다. 만일 여성들이 남성과 평등하다고 주장한다면, 여성들은 어떤 남성과 평등하다고 주장해야 하는가? 그리고 어떤 문제에 있어서 평등을 주장해야 하는가? 여성들은 기회의 평등을 주장해야 하는가, 아니면 결과의 평등을 주장해야 하는가? 그리고 만일 여성들이 차이를 인정하고자 한다면, 그러한 차이들은 자연적, 생물학적 차이인가 아니면 특별한 사회적, 경제적 조건의 결과인 차이인가? 어떤 사람은 평등과 차이의 이원적 분리 그 자체가 해체되어야 한다고 주장하는 포스트모더니즘 또는 후기구조주의의 비판을 이용하여 이러한 분열을 극복하려 하기도 했다. 그러나 다른 여성주의자들은 평등과 차이간의 분리가 있을 수밖에 없는 문제이며, 여성의 지위에 관한 어떠한 실천적 논의 속에서도 그 분리를 피할 도리는 없다고 주장한다.⁶³⁾ 예를 들면 모성권리에 대한 여성들의 주장을 어떻게 다룰 것인가 하는 논의에서 여성주의자들은 분열되어 있는데, 어떤 이들은 모성수당이 아이를 가지는 여성들의 특수한 생물학적 능력과 서구 사회에서 여성들에게 할당된 모성의 특수한 사회적 기능에 기초하여 여성들에게

61) 정희진, 앞의 논문(주21), 7쪽.

62) 앞의 논문(주 21), 5쪽.

63) Jane Freedman, 이박혜경 옮김, 『페미니즘』, 도서출판 이후, 2002, 29-30쪽.

주어지는 특별한 권리여야 한다고 보는 반면에, 다른 이들은 임신한 여성들이 질병 때문에 잠시 동안 일을 하지 못하는 남성들과 똑같이 대우받도록 하기 위해서 모성수당을 질병수당이라는 일반적인 범주에 포함시켜야 한다고 주장한다.⁶⁴⁾ 여성주의자들이 남성과 여성의 생물학적 차이와 사회적 차이의 존재에 관해, 그리고 평등을 주장하는 차이를 언급하는 여성의 종속적 지위를 종식시킬 최선의 전략에 관하여 다시 논쟁하도록 하는 것은 바로 이러한 유형의 질문이다. 그리고 이런 논쟁을 더 복잡하게 하는 요인은 남성과 여성의 차이라고 생각되는 것들이 여성을 배제하는 것을 정당화하는 데에 사용되어 왔다는 사실이다. 그래서 차이를 주장하는 여성주의자들은 가부장적 배제의 이론적 도구를 지지하는 것처럼 보이는 위험을 감수한다.

그렇다면 성차란 무엇을 의미하는가? 여성주의자들은 역사적으로 남녀 간의 자연적 차이가 가정되어 온 방식에 초점을 맞추고, 이러한 차이가 상이한 사회와 문명 속에서 다양한 사회적, 정치적, 경제적 의미를 부여받게 되는 방식을 분석해 왔다. 그러나 그들은 이러한 차이 속에서 지속되고 있는 것은 여성들이 이러한 자연적 성차 때문에 사회에서 열등하거나 부차적인 지위를 부여받아 왔다고 주장한다.⁶⁵⁾ 여성들이 ‘자연에 더 가까운’ 것으로 여겨져 온 반면에 남성들은 ‘문화에 더 가까운’ 즉, 공적 기능과 정치적 연합에 더욱 적합한 것으로 여겨져 왔다. 이런 이유 때문에 여성들은 사회에서 부차적인 지위로 격하되고, 종종 권력적인 공적 위치에 접근할 수 있기보다는 가정에 제한되게 되었다. 그러므로 여성주의자들이 여성들의 부차적인 사회적 지위에 대항하는 운동을 시작하자마자 남녀사이에 자연적 차이로 가정된 것들과 이러한 차이에 대한 가정이 사회조직에 끼친 결과에 대해 질문하기 시작했다는 것은 납득할 만하다. 여성들은 성차를 거부하고 자신들이 남성과 똑같다는 것을 근거로 동등한 권리를 주장해야 하는가? 아니면 반대로 여성들은 동등하지만 다르며 특수하게 ‘여성적인’ 특질들은 ‘남성적인’ 특성들만큼 가치 있고 중요한 것이라고 주장해야 하는가? 거대한 사회적 변화에도 불구하고 남녀사이의 차이라는 개념은 사회에 여전히 팽배해 있고 이렇게 지속되고 있는 차이에 대한 인식에서 여성주의자들이 주목하는 주요한

64) C. Bacchi, "Pregnancy, the law and the meaning of equality", In E. Meehan and S. Sevenhuijsen(eds), *Equality Politics and Gender*, London: Sage, 1991 ; G. Bock and p. Thane(edu), *Maternity and Gender Policies*, London: Routledge, 1991 참조.

65) Jane Freedman, 앞의 책(주 63), 31쪽.

문제는 차이에 대한 이런 인식과 표상에 기초한 사회적 위계의 형성을 피할 도리가 거의 없다는 것이다. 사실 차이라는 관념이 사회구조에 미치는 영향은 결코 중립적일 수 없다.⁶⁶⁾

2. 헌법상 가족관련조항의 한계와 재구성

헌법상 가족관련조항이 가진 근원적인 문제점을 파악하고 한계를 논한다는 것은 그리 간단한 작업이 아니다. 더욱이 한계를 규명하고 재구성을 시도하기 위해서는 많은 전제적 논의들이 이루어져야 한다. 젠더중립적인 가정 속에서 정의되어 온 사회적 기본권은 그 실현방식에 있어서 여성들의 특수한 경험과 사회에서의 위치 때문에 사실상 여성들을 배제해 왔다. 그렇기 때문에 근대입헌주의헌법을 거쳐 복지국가헌법형을 취하고 있는 현대국가에서 사회적 기본권과 깊은 관련을 맺고 있는 헌법상 가족관련조항을 올바르게 정립하기 위해서는 복지국가헌법이 규정하고 있는 가족관련조항이 갖는 의미를 여성주의 시각에서 파악하는 것이 선행되어야 한다. 헌법상 가족관련조항의 한계를 인식하고 재구성하기 위해서는 전제 작업으로 젠더관계와 복지국가에 대한 분석이 선행되어야 하며 복지국가의 위기에 대한 여성주의 논의들과 특히, 여성주의 시각에서 가족, 복지체제, 노동, 연금 등에 관한 논의들을 살펴보아야 한다.

가. 복지국가와 젠더 관계에 관한 분석을 위한 논의

1) 주류 복지국가 연구에서 젠더관계분석의 결여에 대한 비판

복지국가란 일반적으로 고전적 자유주의 국가의 기능에 상반되는 국가행위의 유형을 말한다. 즉, 형식적인 법 앞의 평등을 보장하기 위해 사회 및 경제문제에 대한 보완적 또는 예방적 조절을 목적으로 하는 물질적 급부를 실시하는 것을 말한다.⁶⁷⁾

66) 앞의 책(주 63), 32-33쪽.

67) 독일에서 지배적이라 할 수 있는 협의의 복지국가는 사회국가개념으로 이는 현금적 보장체계를 위주로 하고 부득이한 경우에만 집단적 노동 및 임금법을 포함하는 개념이다. 영미권에서 지배적인 복지국가 개념은 그 안에 교육, 직업훈련, 보건체제 등의 국가개입의 범주를 포함한다. 독일에서는 '사회국가'와 '복지국가'를 구분하려는 시도가 많이 있었다. 그러나 이러한 분리가 분석적으로 별 유용성이 없다는 점이 지적되었으며 현재 혼용해서 써도 무방하다고 생각한다. 테레사

1980년대와 1990년대 주류 복지국가 연구자들은 복지국가의 질적 특성을 구분하는 기준으로 사회적 권리(social rights) 개념에 집중하였다. 마샬(T. H. Marshall)은 시민권의 한 요소로서 사회적 권리는 복지국가의 발달에 따라 등장한 것으로 어느 정도의 경제적 복리와 안전, 사회적 자산에 대한 완전한 공유, 일정 수준의 사회적 기준에 부합하는 문화적인 삶을 누릴 권리로 정의하면서, 시민에 대한 복지혜택이 단순히 국가에 의한 은혜적 수여가 아니라 사회구성원의 권리이자 국가의 의무임을 강조하였다.⁶⁸⁾ 이러한 사회적 권리를 한 요소로 하는 시민권의 발전은 자본주의 사회 내 제도에 대한 참여와 구성원의 권리 확대과정을 의미하는 것으로 보았다.⁶⁹⁾ 에스핑-안데르센(Esping-Andersen)은 마샬의 사회권을 구체화하고 이를 복지국가의 질적 특성을 구분하는 중요한 기준으로 보았으며, 시장의 힘으로부터 독립하여 일정 수준의 삶을 유지할 수 있는 정도를 의미하는 탈상품화는 시장의 압력으로부터 노동자를 보호함으로써 그리고 자본에 대한 노동계급의 정치적 능력을 강화함으로써 계급 간의 권력균형에 영향을 미치는 것으로 보았다.⁷⁰⁾ 마샬의 사회권을 구체화한 탈상품화 개념은 사회의 물질적 경제적 자원에 대한 접근과 자원의 분배뿐 아니라 사회의 지배적 권력관계에 의해 영향을 받고 또 권력관계에 영향을 미치는 정치과정에 주목한다는 점에서 여성주의 복지국가 연구자들로부터 크게 주목을 받았다(Ann Shola Orloff).⁷¹⁾ 그러나 이 개념은 시장의 위험으로부터의 독립을 가능케하는 복지국가의 속성에만 주목한 것으로 전형적인 남성노동자인 시민의 경험만을 고려한다는 점에서 비판의 대상이 되었다. 에스핑 안데르센이 탈상품화 개념을 통해 유급노동자가 시장에 대한 의존으로부터 독립할 수 있는 정도에 관심을 가졌다면, 여성주의자들은 시장뿐만 아니라 가족(특히 부인의 남편에 대한 의존)과 국가에 대한 공적 의존(빈곤층으로서 국가의 공공부조에 대한 의존)으로부터의 독립에 관심을 기울였다.⁷²⁾

콜라빅 외 지음, 한국여성정책연구회 옮김, 『복지국가와 여성정책』, 새물결, 2000, 26쪽.

68) T. H. Marshall, "Citizenship and social Class", *Class, Citizenship and Social Development*, 1964, pp.65-122 참조.

69) 마경희, "사회권으로서 돌봄의 제도화를 위한 대안적 패러다임의 모색", 『여성과 사회』, 제16호 (2005.5.), 창작과 비평사, 38쪽.

70) G. Esping-Andersen, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Cambridge: Polity Press, 1990 참조.

71) Ann Shola Orloff, "Gender and the Social Rights of Citizenship: State Policies and Gender Relations in Comparative Research", 3 *American Sociological Review* 303, 303-328(1993) 참조.

여성에 대한 복지정책이라는 문제는 혜택과 지배라는 두 가지 측면에서 파악될 수 있다. 복지국가에 대한 논쟁과정에서 이러한 긴장관계를 살펴보는 것은 특별히 새로운 것은 아니지만 여성주의적 관점에서는 근원적인 의미가 있다. 복지정책을 근대적 사회국가가 지닌 본질로 보는 것은 여성의 지위에 관한 설명으로는 적절하지 못하다. 정치이론에서 논의되는 사회적 권리가 일반적으로는 경제, 사회 및 정치적 평등의 전제인 동시에 결과로 가정되지만, 실제 사회정책의 조절과정은 여성의 경제적 및 정치적 시민권과 배치되는 경우가 많다. 복지제도의 형성과정에서 여성에게 부여되고 오늘날 법령에 규정되어 있는 여성의 지위는 개인적 법적 관계로서가 아니라 가부장적인 보호대상자로서이다. 여성은 자기 자신을 보호할 수 있는 권력을 확보하기보다는 보호받아야 한다는 것이 기본 가정이었다. 복지국가의 위기 및 빈곤의 여성화에 직면하여 80년대 이후 여성들은 자신들이 근본적으로 비판했던 복지제도의 옹호자가 되는 경향이 있다. 특히 이러한 모순은 캐롤 페이트만(Carol Pateman)이 지적한 것처럼⁷³⁾, 여성의 정치적 지위의 근본적인 모순인 ‘배제와 포함’의 동시적 측면을 잘 보여주고 있다. 이러한 모순은 복지국가에서 여성은 종속적인 지위에 놓여 있지만, 임금근로자이자 동시에 사회보장의 수혜자로서 생존을 위해 남성들보다 복지혜택에 더 많이 의존하고 있다는 사실에서도 발견된다.⁷⁴⁾

테레사 콜라빅은 복지국가에 대해 여성주의적 시각에서 분석하면서 자본주의국가를 가부장제국가와 유사한 개념으로 발전시키고 있다고 주장하고 있다. “다양한 차원에서 이루어진 가부장적 복지국가에 대한 규정들은 다음과 같은 공통점을 가지고 있다. 국가정책은 성별 노동분업을 보완할 뿐만 아니라 이를 형성하여 종속의 순환을 생산하고 있다는 것이다.”⁷⁵⁾

여성주의적 논의는 사적 영역인 가족 내에서 일어나는 여성의 종속을 지적한다. 시민권에 대한 여성주의 분석은 섹슈얼리티, 재생산, 육체의 문제를 부각시켰다. “시민권은 성별 정체성이 자신의 구성원임(membership)과 공적 영역에의 참여에 근본적

72) 앞의 논문(주 71), pp.38-39.

73) Carol Pateman, *The Disorder of Women*, Cambridge, 1992, p.56.

74) 테레사 콜라빅 외 지음, 한국여성정책연구회 옮김, 앞의 책(주 67), 27쪽. 이러한 맥락에서 낸시 프레이저(Nancy Fraser)는 복지국가를 ‘여성화된 영역’이라고 표현한 바 있다.

75) 마르크스주의 여성주의나 급진적-자유주의적 여성주의 또는 두 체계 이론들이 모두 유사한 논리를 전개하고 있다.

으로 영향을 미치는 내재화된 주체의 실천이라고 정의될 수 있다.”⁷⁶⁾ 가족, 직장, 그리고 공적 영역에서 여성의 신체에 대한 통제에 기반을 둔 지배관계는 독립적인 개인인 시민으로서 정치에 참여할 수 있는 능력을 약화시키며, 이것은 다시 여성들이 사회적 권리를 활용하고 요구할 수 있는 능력에 영향을 미친다. 따라서 국가가 개입하는 방식은 여성들에게 중요하다. 젠더관계에 대한 국가의 영향에 대해 완벽한 분석을 하려면 복지국가에 관한 주류 연구자들이 만들어 놓은 사회적 권리라는 개념에 의존하여서는 안 된다. 오히려 사회적 권리에 대한 분석은 가족법에 대한 검토와 법률체계, 법인, 개인의 신체적 능력과 기능을 다루는 사회프로그램을 포함해야 한다. 더 나아가 분석은 정치적 권리와 참여라는 쟁점을 검토해야만 한다. 성중립적 시민권이라는 전제에서 출발하면 국가의 복지 제공의 영향과 내용에 대한 정확한 분석에 도달할 수 없게 된다. 오히려 생산노동과 재생산노동, 시민적 정치적 권리에의 접근에서 나타나는 성별차이를 설명해야만 하며, 이러한 차이가 어떤 방식으로 남성과 여성이 시민으로서 국가에 급부를 요구하고 투쟁하는가를 검토해야만 한다.⁷⁷⁾

국가와 시장 간의 노동분업이라는 개념은 또한 복지 제공자로서 가족을 포함시켜야 하며 여성들의 돌봄과 가사노동에 대한 명확한 인식을 담고 있어야 한다. 영국과 미국의 사회보장제도는 전업주부가 있는 가족에게는 독신이나 맞벌이 부부 가족보다 더 많은 혜택을 준다. 유급노동과 비교하여 무급의 돌봄과 가사노동에 대한 차별적인 대우와 복지 프로그램의 수급요건이 가구와 직장에서의 성별노동분업을 강화하는 측면을 염두에 둔다면, 계층에 대한 국가의 영향분석은 젠더관계를 포함시켜야 한다.⁷⁸⁾ 국가의 사회정책이 가사노동의 부담을 공공 서비스와 남성에게도 이양하여 성별노동분업을 감소시킬 때에 비로소 국가는 여성친화적이라고 할 수 있다. 노동시장에서의 여성들의 열등한 지위는 복지급부가 고용과 관련되어 있는 불평등을 반영하는 것이기 때문에 여성들이 복지 혜택에서 무척 불리하다는 사실과 관련하여 설명할 수 있다.⁷⁹⁾ 국가복지제공의 거의 모든 체계에서, 남성들의 요구는 유급노동에 기초하고 있지만 여성들의 경우는 그렇지 못하다. 사회보험을 얼마나 납부했는지에 따라 급부자격을

76) 앞의 책(주 67), 61쪽.

77) 앞의 책(주 67), 61-62쪽.

78) 앞의 책(주 67), 75쪽.

79) 앞의 책(주 67), 71쪽.

부여하며, 심지어 보편적인 수혜의 경우에도 유급노동의 상실 때문에 남성들의 요구를 대부분 받아들이고 있다. 반면에 비록 감소하기는 하였지만 대부분 여성들의 요구는 무급의 가사일이나 돌보는 일과 같은 가족이나 결혼에서 과생되는 역할에 기초하고 있다. 모든 복지제공체계에서 모성이나 결혼에 근거하여 복지혜택을 얻기 위해서는 아주 까다로운 자격요건을 갖추어야 하며, 고용에 근거한 복지청구에 비하여 복지수혜의 수준이 낮다.

여성들은 전업주부와 유급노동 간에 선택을 해 왔으며 일단 유급노동 시장에 들어가면 그들의 가사 책임은 분석에서 사라지게 되므로 남성노동자들과 구별이 없어지게 된다. 여성과 남성이 유급노동에 참여하는 유형은 다르기 때문에 노동을 탈상품화시키는 사회적 혜택은 남성과 여성에게 각각 다른 방식으로 영향을 미친다. 예를 들면 노동을 탈상품화시키는 사례의 하나인 부모양육휴가는 근속이 종종 임금상승과 비례하기 때문에 근로여성들의 소득능력을 감소시킬 수 있다. 노동자에게 적용되는 암묵적인 남성적 기준은 가족 내에서의 권력관계와 사회적 재생산이 일어나는 조건을 희석시킨다. 그러나 가사일의 수행은 반드시 필요하며 아동, 노인, 그리고 장애인에 대한 돌봄은 제공되어야만 한다. 따라서 서비스에 대한 접근이 시민의 권리인지, 또한 노동시장 참여, 혼인상태, 가족 상태, 아니면 재정요구에 의해 조건 지워지는지에 대해 검토되어야 할 뿐만 아니라 가사노동과 돌봄의 일이 사회적으로 조직되는 방식에 대해 반드시 검토가 이루어져야 한다.⁸⁰⁾

2) 여성과 복지국가

복지국가와 여성의 관계라는 문제는 복잡한 문제로, 가정 영역과 임노동 영역에서 여성이 맡는 이중적 기능을 세밀히 분석해야 한다. 여성주의자들은 한편으로는 여성들이 가정에서 착취당하는 것을 그만두고 노동시장으로 진입해야 한다고 주장하고, 다른 한편에서는 돌보는 자로서의 여성의 지위를 국가가 지원해야 한다고 주장하기 때문에 갈등을 일으킨다.⁸¹⁾ 한편에서는 이 두 가지의 선택이 함께 이루어지는 것이 동등한 사회적 시민권을 획득하려는 여성들에게 가능한 전략이라고 주장한다.⁸²⁾ 또

80) 앞의 책(주 67), 77-78쪽.

81) S. Walby, *Gender Transformations*, London: Routledge, 1997, p.174.

82) 이러한 입장의 대표적인 여성주의자는 R. Lister이다. R. Lister, *Citizenship: Feminist*

다른 한편에서는 이 두 가지 선택을 양립할 수 없는 것으로 보면서 다시 평등-차이 논쟁에 집중한다. 제인 루이스(Jane Lewis)는 평등-차이의 문제를 어떻게 복지국가와 여성의 관계에 관한 여성주의논쟁을 구조화해 왔는지 지적하면서 “여성주의는 또한 여성들이 어머니로서 권리를 주장하는 것에서 출발한 조직과 실천, 그리고 주된 과제가 공적 영역에서 여성 개인을 위해 평등을 정의하고 그것을 획득하는 문제라고 믿었던 조직과 실천 사이에서 사실상 역사적인 긴장을 경험해 왔다”고 주장한다.⁸³⁾

복지국가의 발전은 20세기 유럽과 미국에서 주된 사회적 변화의 하나였으며 여성에게도 혜택을 주었던 것으로 종종 여겨져 왔다. 여성주의자들은 여성들이 이러한 개혁을 주도했던 권력구조에 대한 접근권이 없음에도 불구하고, 복지국가의 창조를 낳은 정치개혁을 일으키는 데에 여성들이 사실상 어떻게 유용했는지를 지적해 왔다.⁸⁴⁾ 또한 여성을 위한 더 큰 사회적 시민권을 주장하는 여권운동캠페인이 거둔 성공의 정도는 다양하지만, 그 운동의 영향이 없었다면 현대 복지국가는 매우 다른 형태가 되었을 것이라고도 주장한다.⁸⁵⁾ 그래서 복지국가의 발달은 여성들의 캠페인과 정책결정 과정에의 개입으로부터 영향을 받았고, 그 결과로 복지국가는 의심할 바 없이 여성들에게 물질적 혜택을 주어 왔다.⁸⁶⁾

그러나 복지국가와 여성들의 관계에는 양가성이 남아 있다. 그것은 여성에게 무보수로 돌보는 자가 되어야 한다는 요구와 여성들이 임금 노동에서 자신이 맡은 바를 성취하기를 바라는 기대 사이의 긴장이다. 복지국가 발전의 주요 특징 중 하나로 여성과 국가 간 동반자 관계의 등장을 들 수 있다.⁸⁷⁾ 그러나 이 동반자 관계는 한편으로는 어머니이자 돌보는 자이며, 다른 한편으로는 임금 소득자라는 여성의 이중적 기능이 제도화된 것에 기반한다. 여성과 국가 간 동반자 관계의 발전은 사적 영역에서

Perspectives, Basingstoke: Macmillan, 1997, 참조.

83) Jane Lewis, “Feminism and Welfare”, in J. Mitchell and A. Oakely(eds.), *What is Feminism?* Oxford: Blackwell, 1986, p.86.

84) Jane Freedman, 이박혜경 옮김, 앞의 책(주 63), 87쪽.

85) G. Bock and p. Thane(eds.), *Maternity and Gender Policies*, London: Routledge, 1991, p.15.

86) Jane Freedman, 이박혜경 옮김, 앞의 책(주 63), 87쪽.

87) 아네트 보코스트(Anette Borchorst)와 버트 시임(Birte Siim)은 이러한 점을 덴마크와 스웨덴과 관련하여 주장하였다.

남성에 대한 여성의 의존이 공적 영역에서 국가에 의존하는 것으로 바뀐 것으로 볼 수 있다. 헬가 헤네스(Helga Hernes)는 스칸디나비아 복지국가들을 분석하고, “사적 형태의 의존에서 공적 형태의 의존으로 전이한 것은 가족 안에 존재해 왔던 남성부양자의 지위에 기반 한 권력의 측면에서 불평등을 강화하며, 이 불평등이 조직적 위계의 일부가 되도록 공적 부문으로도 그것을 옮겨 놓았다”⁸⁸⁾고 주장한다. 그래서 여성들은 남성에 사적으로 의존하는 가정 내 위치에서 남성이 통제하는 국가에 공적으로 의존하는 위치로 이동해 갔던 것이다. 헤네스가 주목한 이러한 이동은 다른 여성주의자들도 언급해 왔다. 그러나 가정이라는 사적 영역에서 공적 분야로 이동한 것은 여성들에게 총체적 해방을 의미하지 않았다.⁸⁹⁾ 지금 대체로 국가에 의존하게 된 여성들은 여전히 권력과 의사결정의 지위에서 과소 대표되고 있다. 이제 과제는 여성들이 종속되어 있는 이 공적 가부장제와 싸우는 것이다. 사회적 권리의 지표로서 리스트어(Ruth Lister)의 ‘탈가족화’, 오코너(J. S. O'Connor)와 올로프(Ann Shola Orloff)의 ‘개인적 자율성 혹은 독립성’ ‘자율적 가구형성 및 유지능력’은 의존성을 개념화하는데 있어서 강조점의 차이를 보이는데⁹⁰⁾, 즉, 리스트어는 가족에 대한 의존⁹¹⁾을, 오코너와 올로프는 국가에 대한 공적 의존⁹²⁾을 특히 문제시한다. 이는 돌봄 제공자의 사회적 권리 획득 전략에서의 차이로 이어진다. 그러나 여성들의 사회적 권리의 획득 즉, 여성이 남편에 대한 의존과 공공부조를 통한 국가에 대한 의존에서 벗어나 궁극적으

88) Helga Hernes, “Women and the Welfare State: the Transition from Private to Public Dependence”, in A. Showstack Sassoon(ed.), *Women and the State*, London: Hutchinson, 1987 참조.

89) Jane Freedman, 이박혜경 옮김, 앞의 책(주 63), 88쪽.

90) 이러한 차이는 다양한 복지국가의 맥락에서 제기되는 성평등의 쟁점과 전망에 대하여 각 여성주의 운동이 초점을 두고 있는 강조점의 차이를 반영한다(J. S. O'Connor and Ann Shola Orloff and Sheila Shaver, *States, Markets, Family-Gender, Liberalism and Social Policy in Australia, Canada, Great Britain and the United States*, Cambridge UP, 1999, p. 25). 미국, 캐나다 등 자유주의 복지국가 여성주의자들은 유급노동시장으로부터의 배제와 돌봄의 결과로서 남편에 대한 경제적 의존 및 빈곤에 대한 취약성에 초점을 맞춘다. 이에 비해 북유럽의 사회민주주의 복지국가 여성주의자들은 사회보장정책에 내재화된 성별분업에 대한 가정과 이에 기반하여 조직화된 수급권의 불평등한 분배규칙, 예를 들면 돌봄 노동에 비해 유급노동에 기초한 수급권을 특권화하는 방식을 강조하는 경향이 있다. 마경희, 앞의 논문(주 69), 40쪽, 주 3) 참조.

91) Ruth Lister, “Women, Economic Dependency and Citizenship”, 19 *Journal of Social Policy* 445, 445-467(1990) 참조.

92) J. S. O'Connor and Ann Shola Orloff and Sheila Shaver, *States, Markets, Family-Gender, Liberalism and Social Policy in Australia, Canada, Great Britain and the United States*, Cambridge UP, 1999 참조.

로 유급노동시장에 참여함으로써 노동자로서의 독립적 수급권을 획득하는 것을 중시하는 점에서는 동일하다.⁹³⁾

나. 헌법상 가족관련규정 분석에서의 전제적 논의

루이스(J. Lewis)가 지적하고 있듯이 복지제공의 역사적 변화를 이끌었던 핵심적인 요인은 여성, 남성, 가족 그리고 국가 간의 관계에서의 변화이다.⁹⁴⁾ 여성은 오랫동안 국가 개입의 주요 대상이었는데 여기서 어머니로서의 여성에 대한 관심은 종종 보편적인 가족생활, 특히 아동에 대한 국가의 불안과 직결되어 있다. 역사적으로 국가의 개입은 두 가지 측면에서 이루어졌다. 한편으로는 성관계의 규제 특히 이성애를 강제하는데 관심이 있었으며, 다른 한편으로는 ‘가족’ 및 가족중심적인 입법에 초점을 맞추어왔고, 특히 어머니와 아동을 대상으로 삼았다.⁹⁵⁾ 『자본주의와 가족제도』(제11장 복지국가의 기원에서의 가족의 위치)에서 엘리 자레스키(Eli Zaretsky)는 가족에 대한 국가정책을 분석하고 가족과 국가간의 관계를 직선적이라기보다는 가변적이며 상호작용하는 관계로 설명하였다.⁹⁶⁾ 국가정책은 다양한 방식으로 가족을 사적 경제단위로 가정하였고 강화하였다. 그래서 노동여성을 위한 보호법안, 아동보호법, 가족임금제 등 산업화초기의 개혁입법들은 ‘정상적인’자립적 가족 즉, 남성부양자와 자녀양육 및 가정유지를 담당하는 여성으로 이루어지는 이상적 가족을 정착시키기 위하여 입안되었다. 현대 여성주의자들은 가족과 임금노동, 사적 생활과 공적 생활의 영역분리식의 이분법에 도전해 왔다. 여성과 가족을 동격시하는 것에 이의를 제기하고 여성과 가족에 대한 한정된 이해를 극복하기 위해 노력해 왔다. 예를 들어 임금노동력에 참여하는 여성들이 증가하면서 여성의 생활을 이해하는 것은 곧 가족과 임금노동간의 관계를 드러내는 것이 되었다. 모성과 가사노동에 대한 여성의 책임은 여성의 임금노동참여를 저해하며 이는 가족이데올로기가 노동력의 성별분리와 여성의 경제적 종속을 정당화하는데 이용된 것과 같은 맥락이다. 이렇게 경제적으로 종속된 위치는 다시

93) 마경희, 앞의 논문(주 69), 39-40쪽.

94) J. Lewis, *Women in Britain since 1945*, Oxford: Blackwell, 1992 참조.

95) Peter Flora and Arnold Heidenheimer(eds.), *The development of Welfare States in Europe and America*, London, 1982, pp.90-91.

96) 엘리 자레스키(1976), 『자본주의와 가족제도』, 한마당, 1983 참조.

가족 내에서 남성에 대한 여성의 의존성을 유지 관찰시키면서 불평등한 가정 내 노동 분업을 강화한다. 여성주의자들은 이러한 관계성을 분석 비판함으로써 가족과 일, 사적 영역과 공적 영역 같은 이분법을 뛰어넘는 분석을 전개해 왔다.⁹⁷⁾

1) 가족 이데올로기

헌법상 가족관련조항의 올바른 규정정립을 이루기 위해서는 무엇보다도 성평등적 관점에서 가족에 대한 개념의 재정립이 이루어져야 한다. 가족에 대한 성평등적 관점은 가족을 성역압의 근원으로 보며 성역압이 이루어지는 다양한 메커니즘에 주목한다. 역사적으로 여성의 존재기반은 가정이었고, 가족의 존재구조가 여성의 억압적 상태를 기초로 하여 형성되었던 것이다. 현재 가족은 여성 억압의 일차적 장소이고 남성과 여성이 대립하는 장소이다. 또한 가족은 성별에 따라 구분되는 자녀 사회화와 가족 내 성역할분담을 통해 성역압을 재생산해 내고 있다. 가정에서의 여성의 역할이 사회적 영역에서도 연장되어 여성의 사회적 노동이 제대로 평가받지 못하고 있다. 게다가 가족은 사적 영역으로 여겨지고 있으며 합리적 사고가 아닌 감정의 영역이라고 인식되어 온갖 다양한 편견과 신비 속에서 왜곡되어 왔던 것이다. 즉, 여성이 당하는 현실적 억압들은 가족이라는 주제를 검토함 없이는 제대로 이해할 수 없다.”⁹⁸⁾ 따라서 이러한 여성주의적 시각은 성평등적 관점에서의 가족 개념 정립에서 필요한 전제 논의이다.

무엇이 정상적인 가족 즉, 전통적이고 가부장적이며 이성애의 가족형태를 구성하는가에 관한 기본적인 전제하에 여성의 정체성을 어머니로 규정짓는 가족정책은 국가개입과 복지 제공의 특별한 관심사였다.⁹⁹⁾

가족의 중추적인 사회적 위치를 고려해 볼 때, 여성주의자들이 가족을 남성들의 권력행사를 위한 주요 장소로 인식하고 있음은 당연한 일이다. 밀레트(K. Millet)가 지적하였듯이, “가부장제의 핵심적인 제도는 가족이다. 가족은 거대사회의 거울이며, 사회와 연결되어 있다.”¹⁰⁰⁾ 가족 내에서 여성의 지위는 종종 보편적이고 자연스럽기 때

97) 배리 쏘온·매릴린 알롭 엮음, 권오주·김선영·노영주·이승미·이진숙 옮김, 『페미니즘의 시각에서 본 가족』, 한울 아카데미, 1991, 28-29쪽.

98) 이영자·김혜순·민경자·이정옥, 『성평등의 사회학』, 한울아카데미, 1995, 135쪽.

99) 테레사 쿨라빅 외 지음, 한국여성정책연구회 옮김, 앞의 책(주 67), 93쪽.

문에 연구할 가치가 없는 것으로 여겨져 왔었으나, 이제 가족은 대다수 여성주의적 관점에서 비판의 요체가 되었으며 그 내용은 가부장제적 핵가족을 격렬하게 비판하는 것으로부터 남녀 간의 차이뿐만 아니라 여성 간의 차이를 밝히려는 분석으로 바뀌었다. 모성에 대한 여성주의적 비판은 여성이 자신들의 생물학과 ‘재생산 및 자녀양육의 학대’에서 자유로워져야 한다는 화이어스톤의 주장에서부터, ‘어머니로서의 여성이 자기 몸의 진정한 주인이고, 그러한 생각 자체가 변형될’시대를 그리는 리치의 전망에 이르기까지 다양하다. 복지정책분석에서 중요한 점은 가정생활의 지배 이데올로기에 대해 여성주의적 시각에서 문제를 제기하고, 여성억압의 원인으로서의 가부장제적 가족에 초점을 맞추는 것이다.¹⁰¹⁾

‘가족 이데올로기’에 관계된 이념들은 두 가지 방법으로 여성들이 자신의 분리를 의식할 수 있게 한다. 첫째, 가족과 친족구조는 현재 존재하는 것으로 경험될 뿐만 아니라, 모든 곳에서 자연스럽게 정상적이며, 바람직한 것으로서 경험될 수 있다.¹⁰²⁾ 이러한 관점은 특정한 가족과 가구형태를 정상적이고 올바른 것으로 합법화하며, 여성의 삶에 많은 영향을 끼친다. 그 결과는 전형적인 ‘좋은’ 가족에 순응하지 않는 사람들¹⁰³⁾에게는 상당히 중요하다. 둘째로 가족 이데올로기는 여성의 사회적 지위를 가정의 영역으로 합법화함으로써, 여성들에게 공적 조직이 아니라 자신의 가족과 친족집단에 성실하도록 요구하며, 다른 여성들과 갖는 공통된 이해에 대한 인식을 약화시킨다.¹⁰⁴⁾ 여성들이 여성으로서의 의식을 공유할 전망은 가정의 구조와 이데올로기에 의해 감소된다.¹⁰⁵⁾ 이러한 이데올로기는 여성과 아동이 공용될 수 있는 일의 시간과 유형을 제한하는 보호입법에 의해 더욱 강화되었다. 이것은 효과적으로 유급노동에서 여성들을 배제시키고 여성으로 하여금 가정영역에서 자신의 남편과 자녀들을 돌보아야 한다는 생각을 갖게 하는 결과를 가져왔다.¹⁰⁶⁾ 가정이라는 영역을 깨고 벗어나려

100) K. Millett, *Sexual Politics*, New York: Avon Books, 1971, p.55.

101) 테레사 콜라빅 외 지음, 한국여성정책연구회 옮김, 앞의 책(주 67), 103-104쪽.

102) V. Beechey, “Familial Ideology”, in V. Beechey and J. Donald(eds.), *Subjectivity and Social Relations*, Milton Keynes, Open University Press, 1985 참조.

103) 그 예로 영국의 경우 국가의 복지법과 이민법에 의해 영향 받는 사람들을 들 수 있을 것이다.

104) A. Whitehead, “Women’s Solidarity - and Divisions among Women”, 15 *IDS Bulletin* 6, 9 (1984).

105) J. Bujra, “Female Solidarity and the Sexual Division of Labour”, in P. Caplan and J. Bujra, *Women United, Women Divided*, London: Tavistock, 1978 참조.

106) Pamela Abbott and Claire Wallace(1990), 박인자 옮김, 『여성사회학』, 경문사, 1991, 303쪽.

는 여성들의 단호한 노력과, 노동계급 여성이나 농촌의 여성들의 경우 가정영역에만 제한되지 않는다는 여러 사실들은, 무엇이 정상적이고 자연스럽고 바람직한지에 대한 이념들에 도전해 왔다. 가정 이데올로기는 또한 정상적인 것과 비정상적인 것을 정의 하기 때문에 여성들을 서로 분리시킨다.¹⁰⁷⁾

2) 가사노동

많은 여성주의자들은 가정에서의 여성들의 무급노동을 성별 노동 분업을 통하여 남성에게 여성을 지배할 권력을 주는 가부장적 체계와 자본주의적 생산체계의 산물로 본다.¹⁰⁸⁾ 그러나 무급 가사노동이라는 문제는 여성주의자들을 다시 평등-차이 유형의 논쟁으로 밀어 넣는 괴로운 주제이다. 한편에서는 여성들이 가사노동을 그만두고 남성처럼 임금고용에 참가하여 평등을 추구해야 한다고 주장하고, 다른 한편에서는 여성들이 가정에서 하는 무급 노동인 돌보는 자로서의 노동은 임금 고용만큼 가치있는 것이므로 그것은 인정되고 평가받아야 한다고 주장해 왔다.¹⁰⁹⁾

가정 내 여성 노동을 어떻게 다룰 것인가 하는 딜레마에 접근하는 한 방법은 가사 노동에 대해 임금을 요구하는 것이었다. 이러한 생각은 1972년 『여성의 힘과 공동체의 전복(The Power of Women and the Subversion of the Community)』이라는 책에서 마리아로사 달라 코스타(Mariarosa Dalla Costa)와 셀마 제임스(Selma James)가 발전시킨 것이다. 두 저자의 주장에 따르면 여성들은 모든 가사노동, 아동 양육, 자본주의 체계유지에 필요한 돌봄을 다 하면서, 무급 노동자로서 자본주의 체계에 의해 착취당한다는 것이다. 그러므로 이런 무급노동이 일어나는 가구는 여성해방 투쟁의 중심지가 되며, 여성들은 가정에서 노동가치를 인정받기 위해 투쟁해야 하고, 이 노동에 대해 대가를 지불해 줄 것을 요구해야만 하며, 자본주의의 주된 수익자들 중 하나가 국가이기 때문에 가사노동에 임금을 지불해야 하는 것은 개인 남성이 아니라 국가라고 주장한다. 가사노동에 임금을 지불할 것을 주장하는 이 두저자의 논의는 가사노동에 대한 임금지불이라는 생각을 이데올로기적으로 바람직하지 못한 것으로

107) 캐롤린 라마자노글루(Caroline Ramazanoglu)(1989), 김정선 옮김, 『페미니즘, 무엇이 문제인가(Feminism and the Contradictions of Oppression)』, 문예출판사, 1997, 236쪽.

108) Jane Freedman, 이박혜경 옮김, 앞의 책(주 63), 99쪽.

109) 앞의 책(주 63), 99쪽.

보는 등 여러 여성주의적 관점으로부터 강력하게 비판받아 왔다.¹¹⁰⁾ 크리스틴 델피(Christine Delphy)는 가정에서의 무급노동자로서 여성들에 대한 착취를 분석하지만, 달라 코스타와 제임스와는 달리 델피는 이런 무급노동의 주된 수익자는 국가가 아니라 개인 남성들이라고 주장한다.¹¹¹⁾

비록 여성들이 여전히 우리사회에서 대부분의 무급 가사노동과 돌보는 일을 하면서도 이 일에 대해서 거의 혹은 전혀 인정을 받지 못하는 것이 부인할 수 없는 사실이라고 할지라도, 가사노동에 대한 국가의 임금 지불체계를 제도화하는 것이 이 문제의 올바른 해결책인지는 의문이다. 여성들이 무보수 노동에 대해 보상을 받는 것이 직관적으로 매우 바람직한 것으로 여겨질지라도, 가사노동에 대한 임금지불체계는 기존의 분리를 제도화하고 공식화할 뿐이며, 남녀 간의 노동 분업 그 자체를 의문시하는 것이 아니라 그것을 강화하게 된다고 주장할 수 있다.¹¹²⁾

월비(S. Walby)가 지적하듯이, 여성주의자 투쟁은 가구와 가족 안에서 남녀관계에 중대한 변화를 도출해 왔다.¹¹³⁾ 이러한 변화들은 대부분 여성들에게 명백히 이롭지만 그것들은 가족 영역에서 남녀 간의 불평등한 관계를 없애지는 못했다. 전통적 핵가족의 틀 안에서는 항상 그런 것은 아니지만, 여성들은 사회에서 돌보는 사람으로서 무급노동의 대부분을 수행한다. 여성들이 여전히 가정에서 무급으로 돌보는 사람의 역할을 수행하고 있다면 노동시장에서 동등한 임금을 받는다고 하더라도 소용없는 일이다. 이와 마찬가지로 임금 고용에서 불평등이 지속된다면 가정에서 여성들의 돌보는 노동에 보상을 해주는 것(대개 국가 수당의 지급)만으로는 충분하지 않을 것이다.¹¹⁴⁾ 다시금 공적인 것과 사적인 것의 경계에 대해 재고하고 이 경계를 넘어 여성의 노동을 재평가해야 할 필요가 있다.

110) 앞의 책(주 63), 100-101쪽.

111) C. Delphy, *Close to Home*, London: Hutchinson, 1984 참조.

112) Jane Freedman, 이박혜경 옮김, 앞의 책(주 63), 101쪽.

113) S. Walby, *Theorizing Patriarchy*, Oxford: Blackwell, 1990, p.89.

114) Jane Freedman, 이박혜경 옮김, 앞의 책(주 63), 102-103쪽.

3) 어머니일 수행(mothering)과 모성

여성주의는 모성이나 양육은 여성의 선천적인 능력이 아니라, 문화적 구조로 이해되어야 한다고 주장해 왔다. 외관상 생물학적인 임신과 수유에 기초한 것처럼 보이는 어머니일 수행(mothering)이라는 활동에서¹¹⁵⁾ 제기되는 의문점은 누가, 어떻게 자녀를 양육하며 그 결과는 무엇인가 하는 점이다. 오늘날 자녀 양육형태가 역사적으로 특수한, 진전된 자본주의사회의 산물이라는 것이 명백해졌는데, 자본주의사회는 이데올로기의 신비화 기능을 고전적으로 드러내면서 모성(motherhood)을 이상화하는 한편 어머니일 수행(mothering)을 고립시키고 한계 짓는다. 이것은 산업화시기에 가정과 일이 분리되면서 함께 일어났는데, 이러한 분리는 두 가지의 개별적 영역을 창출했다. 즉, 그것은 남성에게 의해 지배되는 정치학과 경제학이라는 공적 영역과 이것의 변천에 종속되는, 여성과 아동이 주된 대상이 되는 사적 영역이다. 모성이라는 구성체는 애정을 가진 돌봄, 자기희생, 좁은 시야 등의 선천적이고 보편적인 특질을 전제하고 있었다. 점차 기혼여성에게 어머니의 노동력 진출이 증가함에 따라 공적·사적 분업은 그들에게 유급노동과 무급노동의 이중부담으로 해석되었고 모성을 전일제의 자연스러운 직업으로 간주하던 사고방식이 쇠퇴하기 시작했다.¹¹⁶⁾ 이러한 역사적 변화로 인해 여성주의자들은 어머니일 수행이라는 개념 전체를 의문시하게 되었고 실상 다른 물리적 조건에서는 아버지 됨이라는 다른 형태의 부모일 수행이 존재한다는 것을 알게 되었다. 따라서 비서구적이고 비자본주의적인 사회들은 자녀양육을 주변문제가 아닌 중심문제로 보고, 산업화 이전의 사회에서처럼 관습에 의해 혹은 사회주의 국가나 혼합경제사회에서처럼 계획을 통해, 생물학적 어머니 보다는 여타 친족, 비친족과 함께 자녀양육을 공유한다. 이런 사회의 여성들은 모성에 빠지지 않고 어머니가 될 수 있으며, 죄책감을 느끼지 않고 여타 방식으로 사회에 보다 쉽게 참여할 수도 있다. 여성의 잠재력을 순전히 여성들의 재생산능력에만 국한시키지 않는다면 다른 측면의 잠재력을 실현시킬 수 있다. 여성주의적인 사고는 재생산을 상이한 방식으로 보게 하였으며, 이러한 사회적 재생산이라는 개념은 가족의 개념을 포함시키는 동시

115) Jessie Bernard, *Women, Wives, Mothers: Values and Options*, Chicago: Aldine, 1975 참조.

116) 배리 쏘운·매릴린 알람 엮음, 권오주·김선영·노영주·이승미·이진숙 옮김, 앞의 책(주 97), 302-303쪽.

에 그것을 초월함으로써 논의를 다른 차원의 것으로 옮겼다. 여성주의적 시각에서의 문제제기는 상이한 재생산양식뿐 아니라 그 내용과 재생산되고 있는 것에 초점을 맞추었다.¹¹⁷⁾

그러나 여성주의는 다른 사회에서 모성이 갖는 의미와 여성을 재생산역할로 제한하는 여성다움에 대한 사회적 규정의 정도에 도전해 왔다. 모든 건강한 여성은 어머니가 될 수 있는 생물학적 잠재성을 가지고 있지만, 모든 여성이 다 실제로 어머니가 되는 것은 아니다. 불임이나 아이가 없는 것, 피임, 부성, 임신, 출산, 모성, 수유, 갇난 아이볼보기 등은 모두 역사적으로 다양한 사회적 관계에서 발생한 행동을 지칭하는 다양한 사회적 개념이다.¹¹⁸⁾

1970년대 이후 여성주의자들은 모성을 여성의 창조성으로 혹은 억압적인 사회구조로 규정하는 것뿐만 아니라, 특히 도시나 산업사회에서 해결되지 않은 모순의 중요한 영역으로 규정하기 시작했다. 가정과 작업장의 분리는 양육을 심각하지만 인식되지 않는 사회문제로 만들어왔다. 아동은 이데올로기적으로 가정 즉, 가정이라는 사적인 여성의 영역에 속하는 것으로 규정되기 때문에 현실적으로 일상적인 여성의 책임으로 규정되었다.¹¹⁹⁾ 가정 밖에서 노동함으로써 독립성을 유지하려는 요구나 선택은 그 모순을 해결하지 못한다. 왜냐하면 여성들은 저임금으로 양육을 맡길 수 있는 방법을 찾아야 하며, 가사노동도 여전히 해야 하기 때문이다. 양육은 개인적인 문제가 아니라 사회적인 문제라는 사회적 인식이 결핍되어 있기 때문에, 여성들은 고통을 받는 것이다.¹²⁰⁾ 여성이 양육에 대한 책임으로 인해 남성에게 경제적으로 의존하는 것은 특정한 역사 발전단계에서 형성된 것이지만, 현재는 매우 보편적인 것이 되었다. 모성과 양육은 대다수 여성에게 모순된 경험으로 남아 있다. 즉, 창조의 경험, 신체에 대한 제한된 통제, 영역, 경제적, 정치적 종속과의 직접적 관계 등이 그 경험이다. 임신과 수유가 경제적 활동에 제한이 되기는 하지만, 이러한 자연적 기능은 남성지배 관계 속에서 여성의 역할을 아주 일반적으로 어머니나 잠재적 어머니로, 혹은 모성적인 사람들로 제한하는 사회적 메커니즘으로는 설명될 수 없는 것이다.¹²¹⁾ 모성에 대한 논

117) 앞의 책(주 97), 303쪽.

118) 캐롤린 라마자노글루(Caroline Ramazanoglu)(1989), 김정선 옮김, 앞의 책(주 107), 117-118쪽.

119) 앞의 책(주 107), 120쪽.

120) 앞의 책(주 107), 121쪽.

121) 앞의 책(주 107), 122-123쪽.

쟁은 새로운 재생산 기술의 급속한 발전 때문에 훨씬 복잡해졌다. 모성의료화의 확대 즉, 과학을 사용함으로써 여성들의 몸에 대한 통제권을 강화하려는 남성들의 수단으로 보이기 때문이다. 결국 모성은 두 개의 패러다임 사이에 끼이게 되었다. 즉, 한편에는 의학의 과학화, 다른 한편에는 여성들의 몸이 여성들에게 맡겨져야 한다는 여성주의의 압력이 있다.¹²²⁾

모성은 분명히 여성들 간의 차이에 따라 그리고 다양한 사회들 간의 차이에 따라 다양한 방식으로 사고된다. 선진국의 의사와 정부는 자기 나라에서 누가 어머니로서 적합한지를 결정할 뿐만 아니라, 또한 피임과 불임에 대한 옹호를 통해 제3세계 여성들의 출산을 통제하려 한다. 비록 국제적 구호의 맥락에서 일어날 수 있다고 해도, 이런 형태의 정책들은 분명히 상이한 국가들이 모성에 부여하는 가치에 대한 평가를 함의하고 있다. 재생산과 모성을 둘러싼 중요한 문제들 중의 하나는 여성들을 위해 모성통제권을 되찾으려는 시도 속에서, 어머니가 될 수 있고, 되어야 하는 여성들과 그렇지 않은 남성들 사이의 구분을 본질화할 위험성이 항상 존재한다는 것이다. 반면에 재생산과 모성에 관한 남녀 간의 차이를 제거하려고 하는 것은 여성들에게 즐겁고 긍정적인 경험이 될 수도 있는 것을 박탈해 버리는 것일 수도 있다.¹²³⁾

여성주의적 시각은 여성을 주체로서 그리고 적어도 개념적으로는 가족에 매몰되지 않은 개인으로 인식함으로써, 가족은 무엇이고 가족구성원은 무엇을 하며 가구와 친족이라는 사회조직체에 의해 어떻게 영향을 받는가 하는 의문점들을 재개하였다. 그것은 가족 내에 그리고 가족과 다른 사회조직 간에 이전에 이해했던 것보다 훨씬 더 복잡한 관계가 존재한다는 것을 노정했다. 그리고 하나의 근본적인 질문을 던짐으로써 모든 것을 드러내 주었는데, 그것은 여성이 가족을 위해 무엇을 하는가 뿐만 아니라 가족이 여성을 위해 무엇을 하는가 하는 것이다.¹²⁴⁾ 임금노동조직, 법제도, 교육제도 등에 내재되어 있는 여성의 종속, 양성간의 갈등, 자녀의 성유형화된 인성형성과 같은 가족에서 노정된 문제들을 인식해야 한다. 가족에 관한 개념을 재정립하려는 것은 기존형상에 대한 친숙한 사고방식을 뛰어 넘어 무엇이 존재해야 하는가에 대해 주의 깊게 사고하고 계획하는 것으로 확장되어야 한다. 더 나은 사회를 창출하기 위해서

122) Jane Freedman, 이박혜경 옮김, 앞의 책(주 63), 134쪽.

123) 앞의 책(주 63), 136-137쪽.

124) 배리 쏘온·매린 알롭 엮음, 권오주·김선영·노영주·이승미·이진숙 옮김, 앞의 책(주97), 305쪽.

는 사적 영역과 공적 영역, 가족과 사회 간의 분리는 반드시 극복해야 한다. 종국적으로 헌법은 국가와 사회를 주도하는 근본규범이기 때문에 사회에서 진정한 성평등이 이루어지기 위해서는 이러한 인식과 사고를 바탕으로 하여 헌법상 여성관련조항이 규정되어야 한다.

3. 헌법상 여성관련조항 해석에서의 전제와 규정양태 방향¹²⁵⁾

가. 헌법상 평등과 보호의 관계 정립 및 여성관련조항 해석에서의 전제

현행 헌법상 양성평등에 관한 입법 내용은 보호와 평등이라는 상충된 개념이 공존하고 있다. 1987년 헌법 개정 이전까지 여성의 근로에 대한 특별한 보호규정이 “여자와 연소자의 근로는 특별한 보호를 받는다”는 방식으로 한 조항에 규정되어 왔는데, 전술한 바와 같이 여자와 연소자에 대한 특별한 보호는 서로 다른 기반 위에 근거한 것으로 같은 조항으로 묶어 규정한 것은 문제가 있다는 지적이 있었으며, 이러한 지적을 반영하여 현행 헌법은 분리 규정하여 제32조제4항에 여성의 근로에 대한 특별보호 규정을 두고 있다. 하지만 이제는 가부장적 사고 속에서의 여성에 대한 보호규정은 재검토되어야 한다.

여성의 인권과 법적 평등의 실현을 위해서는 여성의 재생산 권리의 보장, 성역할을 고정하는 전통과 문화의 수정 및 성에 근거한 차별을 종식시키기 위한 법적 노력이 함께 이루어져야 한다. 이러한 의미에서 볼 때 여성권리에 대한 법규정은 재생산권리의 보장에 관한 여성에 대한 특별한 보호 규정과 평등실현을 위한 특별한 지원규정의 두 가지 영역이 있게 된다. 현재 모성보호규정에 대하여는 여성의 생리적 특수성에 근거한 합리적 이유있는 차별에 해당되며 여성의 임신, 출산, 수유는 사적 영역의 일반이 아니고 국가의 건전한 인력확보 즉, 사회존속을 위해서는 불가결한 사회적 기능이 있으므로 국가적 차원에서 적극 보호되어야 한다.¹²⁶⁾ 반면 여성노동일반의 보호규

125) 이 부분은 헌법학연구, 제12권제4호에 게재된 필자의 “헌법상 여성관련조항의 개정방향에 관한 소고”중 제IV장 부분 중 303-310쪽 부분을 요약 정리했음을 밝혀둔다.

126) 한국여성개발원, “제외국의 모성보호제도”, 『여성연구』, 가을호, 157-223쪽 참조. 김엘림, “남녀고용평등법에 관한 소고”, 『노동법학』, 제2호, 310-313쪽 재인용.

정에 대하여는 모든 여성이 남성에 비해 체력이 열세하지 않으며 가사는 남녀 함께 부담되어야 하는 것이며 근로조건의 개선 및 작업환경의 과학화 등으로 인해 더 이상 근로여성을 보호해야 할 합리적 이유가 없으며 오히려 여성고용 기회의 확대에 장애가 될 뿐이라는 견해가 지배적이다.¹²⁷⁾

모성보호조항에 대해서는 모성개념의 재정립이 필요하다고 생각된다. 모성은 임신과 수유에 한정되어 있고, 양육과 관련된 돌봄 노동은 여성과 남성에게 동등하게 부여된 권리이며 동시에 의무로 보아야 한다. 그런데 현행헌법상의 모성보호규정형태는 여성만을 돌봄 노동의 담당자로 규정하는 경향이 있다고 하여 이에 대해 비판적 인식이 있다.¹²⁸⁾ 이제 우리는 적절한 보상도 권리도 주어지지 않은 채 가족 내 여성에게 규범적 '의무'로서 강요되어 왔던 돌봄을 젠더 관계의 핵심에 놓여 있는 공적 쟁점으로 자리매김하고, 이를 위한 정책적 대안을 적극적으로 모색해야 할 시점에 와 있다.¹²⁹⁾ 제인 루이스(Jane Lewis)는 무급의 돌봄과 관련된 여성주의자의 과제를 돌봄 노동의 가치를 어떻게 사회적으로 평가하고 제도화할 것인가의 문제와 이를 여성과 남성이 어떻게 공유할 것인가의 문제로 지적한 바 있다.¹³⁰⁾ 성별분업이 구조화된 사회에서 현실적으로 돌봄이 여성의 역할로 할당되고 있고, 돌봄에 대한 정책적 지원이 결과적으로 여성의 사회권의 질에 중대한 함의를 가지는 것은 사실이다. 하지만 돌봄 정책은 궁극적으로 돌봄 책임에서 면제된 표준적 인간형으로 인식된 남성근로자의 기준을 충족시키지 못하는 여성에 대한 지원으로서 행해지는 여성정책의 일환이 아니라, 유급노동과 무급노동의 불평등한 분배구조를 변화시키는 젠더정책의 일환이 되어야 한다.¹³¹⁾

그러나 현재의 가부장적 법체제에서는 여성에 관한 보호와 지원에 관한 규정이 차별적 구조와 관계를 인정하는 사회적 가치를 더 허용하게 할 수도 있고, 정치적·사회적 권력에의 접근을 통제하는 도구가 되는 역기능을 할 수도 있으므로, 법조항의 문자의 수정만이 아니라 법이 담고 있는 정신을 변화시키는 노력이 필요하다.¹³²⁾ 이러한

127) 김엘림, 앞의 논문(주 126), 131쪽.

128) 양현아, 헌법상 바람직한 양성평등 입법방향 및 내용검토 전문가 간담회, 2006.2.23 의견 참조.

129) 마경희, 앞의 논문(주 69), 37쪽.

130) Jane Lewis, "Gender and Welfare Regimes: Further Thoughts", *Social Politics* vol. 4(1997), p.160.

131) 마경희, 앞의 논문(주 69), 58쪽.

점에서 헌법상 평등과 여성보호에 관한 현행헌법의 규정은 이러한 여성관련 입법현실 상황을 규범적으로 선도할 규정 형태로 바뀌어야 한다.

전술한 바와 같이 복지국가 발전의 주요 특징 중 하나는, 한편으로는 어머니이면서 돌보는 자로서, 다른 한편으로는 임금 소득자라는 여성의 이중적 기능이 제도화된 것에 기반한 여성과 국가 간 동반자 관계¹³³⁾라고 하겠다. 이러한 동반자 관계의 발전은 사적 영역에서 남성에 대한 여성의 의존이 공적 영역에서 국가에 의존하는 것으로 바뀐 것을 볼 수 있다. 선진 복지국가들의 헌법규정에서 사회적 권리와 수급권 관련규정 형태를 보면, 헬가 헤네스의 스칸디나비아 복지국가들의 분석에서 “사적 형태의 의존에서 공적 형태의 의존으로 전이한 것은 가족 안에 존재해 왔던 남성부양자의 지위에 기반한 권력의 측면에서 불평등을 강화하며, 이 불평등이 조직적 위계의 일부가 되도록 공적 부문으로도 그것을 옮겨 놓았다”는 주장¹³⁴⁾이 적절한 지적임을 알 수 있다. 그래서 여성들은 남성에 사적으로 의존하는 가정 내 위치에서 남성이 통제하는 국가에 공적으로 의존하는 위치로 이동해 갔던 것이다. 헤네스가 주목한 이러한 이동은 다른 여성주의자들도 언급해 왔다.¹³⁵⁾ 그런데 문제는 국가에 의존하게 된 여성들이 여전히 권력과 의사결정의 지위에서 과소 대표되고 있다는 것이다. 이러한 문제에 대응하기 위해서는 직접적인 이해관계를 가지는 여성들이 정책의 대상으로서가 아니라 스스로 주체로서 참여하는 방식을 모색해야 한다는 것이다. 권력자원의 불평등한 분배가 구조화된 사회에서 외부에서 주어지는 권리는 단지 주어지는 형태라면 진정한 권리일 수 없고 은혜적인 수여가 된다. 여성의 돌봄이 사회적 권리의 기초로 자리잡기 위해서는 이러한 이해를 인식하고 자각한 여성들의 참여가 필수적이다. 빈곤층여성과 성공한 전문직 여성 간의 양극화가 심화되고 있는 현실에서 다양한 여성집단들이 공적 대화를 통해 새로운 연대를 형성해서 대응하면서 여성의 정치과정에 참여해 나가야 한다.¹³⁶⁾

132) 김선옥, “여성과 법, 이론 것과 이루지 못한 것: 1990년대 여성입법정책의 성과와 과제”, 『여성과 사회』, 제9호(1998.6.), 창작과 비평사, 59-60쪽.

133) 아네트 보코스트(Anette Borchorst)와 버트 시임(Birte Siim)은 이러한 점을 덴마크와 스웨덴과 관련하여 주장하였다.

134) Helga Hernes, “Women and the Welfare State: the Transition from Private to Public Dependence”, in A. Showstack Sassoon(ed.), *Women and the State*, London: Hutchinson, 1987 참조.

135) Jane Freedman, 이박혜경 옮김, 앞의 책(주 63), 88쪽.

나. 헌법상 여성관련조항의 규정형태방향

1) 여성관련평등조항의 규정형태방향

각국의 헌법들은 거의 대부분 우리 현행헌법의 제11조제1항의 전문과 같은 규정을 가지고 있다. 헌법전체 속에서 이러한 규정과 관련하여 여성관련평등조항을 어떠한 형태로 규정하는 것이 바람직할 것인지 고려해야 한다.

헌법상 규정양태에서 평등에 관한 선진국의 규정형태를 보면 그 주요방향은 우선 성평등에 관해 구체적 규정을 헌법에 명백히 규정해 놓는 경향이 있다는 것이다. 예를 들면 스위스연방헌법 제8조제3항 또는 유럽연합헌법 제83조의 성평등규정조항 등이 그것이다.

먼저 실질적 양성평등 실현을 위한 규정형태로 유럽연합헌법 제83조(유럽연합기본권헌장 제23조)와 같은 규정 형태가 좋은 예를 제공해주고 있다. 유럽연합헌법 제80조, 제81조, 제83조는 다음과 같이 규정하고 있다.

제80조(법 앞의 평등) 모든 인간은 법 앞에 평등하다

제81조(차별금지) ① 성별, 인종, 피부색, 민족적 또는 사회적 신분, 유전적 특징, 언어, 종교 또는 신념, 정치적 또는 여타의 견해, 소수민족에의 소속, 재산, 출생, 장애, 연령 또는 성적 지향을 근거로 한 어떠한 차별도 금지된다.

② 유럽공동체 설립조약과 유럽연합조약의 적용영역에서는 이 조약들의 특별규정과 무관하게 국적에 근거한 어떠한 차별도 금지된다.

제83조(성평등) 남녀평등은 고용, 노동, 임금을 비롯한 모든 영역에서 보장되어야 한다. 평등원칙은 충분히 대표되지 못한 성(性)을 위하여 특별한 혜택을 부여하는 조치의 유지나 채택을 금지하지 않는다.

이와 같이 유럽연합헌법의 규정방식을 보면 제80조 법 앞의 평등조항 및 제81조의 차별금지 조항과 별도로 제83조에 성평등 규정을 두고 있다. 특히 제83조 후문의 규정내용은 실질적 평등구현을 위하여 현실적으로 강력히 요구되고 있는 적극적 평등실현조치의 근거규정으로서, 현실생활에서 양성간의 실질적 평등을 구현하기 위해서는 유럽연합헌법 제83조와 같은 성평등조항을 규정하는 형태가 고려되어야 할 것이다.

136) 마경희, 앞의 논문(주 69), 62쪽.

법적 평등권은 형식적으로 동등한 권리를 갖는다는 의미일 뿐 각 개인이 각기 다른 생활조건을 가지고 사는 사회에서 법규는 남녀에 대하여 다르게 영향을 미치게 된다. 예를 들면 근로자를 보호하는 노동관계법에서 출산능력을 갖는 여성근로자를 고려하지 않는 법 즉, 아이를 낳지 않고 현실적으로 육아에 대한 부담이 거의 없는 남성근로자를 근로자로 상정하고 만들어진 근로조건에 관한 법은 이 법이 형식적으로는 남녀 근로자를 차별하고 있지는 않지만 결과적으로는 출산과 육아를 책임져야 하는 여성 근로자에게 불평등하게 적용되게 마련이다. 따라서 여성의 남성과 다른 삶의 상황을 고려하지 않은 법은 입법자의 의도와 관계없이 불평등과 부당함을 야기시키는 결과를 가져온다. 따라서 평등지위의 실현을 의미하는 실질적 평등의 단계를 이루기 위해서는 평등권의 개념을 사회적 여건에 적응하는 것으로 발전시키면서 부분적으로 동등하지 않은 권리로 동등한 결과 또는 적어도 동등한 기회를 형성할 수 있는 조정적 조치가 적극적 차별시정조치로 보완되어야 하며 평등한 사회적 여건을 만들 수 있는 적극적 차별시정조치의 헌법적 기반을 마련할 필요가 있다¹³⁷⁾. 실질적 평등실현조치의 실현을 위해서는 적극적 차별시정조치의 근거규정을 두고 있는 성평등조항을 헌법에 조문화하는 것이 바람직하다고 할 것이다.

2) 헌법상 혼인과 가족생활에서의 양성평등조항에 관한 규정형태방향

혼인과 가족생활에서의 양성평등에 관한 조항을 일반적 평등조항과 같이 규정할 것인지 따로 규정할 것인지에 대하여는 이러한 식의 논의가 아닌 스위스연방헌법의 규정형태를 고려해 보는 것이 좋을 것 같다. 스위스연방헌법은 제8조 평등조항에서 다음과 같이 규정하고 있다.

- ① 모든 인간은 법앞에 평등하다.
- ② 누구든지 출생, 인종, 성별, 연령, 언어, 사회적 신분, 생활양식, 종교적·철학적 또는 정치적 신조를 이유로 또는 신체적·정신적 장애를 이유로 차별받지 아니한다.
- ③ 남성과 여성은 동등한 권리를 가진다. 특히 가족, 교육 및 노동의 분야에서 양성의 법률상·사실상의 평등을 확보하기 위해 필요한 사항은 법률로 정한다. 남성과 여성은 동일가치의 노동에 대하여 동일한 임금을 받을 권리를 가진다.
- ④ 장애에 의한 불이익을 제거하기 위한 조치는 법률로 정한다

137) 김선옥, 앞의 논문(주 23), 96-97쪽.

한편 스위스연방헌법 제14조에서는 “혼인 및 가족에의 권리를 보장한다”는 규정을 따로 두고 있다. 이처럼 여성관련평등조항을 스위스연방헌법 제8조제3항의 규정형태로 규정하는 것을 고려해 볼 수 있다.

종합해 보면 스위스연방헌법 제8조제3항의 규정과 유럽연합헌법 제83조의 성평등 규정의 후문을 합해 놓은 규정형태를 고려할 수 있다. 따라서 평등규정에서 첫째 규정에서 법 앞의 평등규정 및 차별금지 규정을 두고 두 번째 규정에서 스위스연방헌법 제8조제3항의 규정과 유럽연합헌법 제83조의 성평등규정의 후문을 합해 놓은 규정과 같은 형태로 규정하는 것이 고려될 수 있다.

3) 헌법상 모성보호조항의 규정형태방향

모성보호조항에 대해서는 모성개념의 재정립이 필요하다고 생각된다. 모성은 임신과 수유에 한정되어 있고, 양육과 관련된 돌봄 노동은 남녀에게 동등하게 부여된 권리이며 동시에 의무로 보아야 한다. 그런데 현행헌법상의 모성보호규정형태는 여성만을 돌봄 노동의 담당자로 규정하는 경향이 있다고 하여 이에 대해 비판적 인식이 있다.¹³⁸⁾ 기존의 모성보호개념을 재구성함으로써 근로자가 일과가정을 병행함으로써 주어지는 혜택의 주 수혜자가 여성이 아니라, 그 가정에 속한 자녀임을 분명히 하여야 할 것이다. 이와 같은 전제 하에서만 가정에서 자녀들을 잘 양육하고 교육하는 책임은 부모 모두에게 있음을 인정하게 될 것이다.¹³⁹⁾

또한 여성의 모성, 출산능력을 권리가 아니라 보호로 보는 것은 남녀 차이에 대한 남성의 입장에서의 해석이라 하여 비판되고 있다. 돌봄이 시민으로서 의무이자 권리의 기초가 되려면 돌봄의 사회적 분담뿐만 아니라 성별분담 역시 공평하게 사고되어야 한다. 돌봄이 사회권의 기초가 된다고 하더라도 이를 여성의 역할로 전제하는 것은 성별분업을 고착화시킬 뿐만 아니라 돌봄의 수행조건에 대한 정치적 결정과정에서 여성을 배제하게 된다. 이는 돌봄의 지원이 여성에게만 초점이 맞추어져서는 안 된다는 것을 의미한다.¹⁴⁰⁾ 모성보호는 건강한 인류의 재생산을 위한 기본적 인권의

138) 양현아, 헌법상 바람직한 양성평등 입법방향 및 내용검토 전문가 간담회, 2006.2.23 의견 참조.

139) 손승영, “한국의 모성보호정책에 대한 여성주의적 고찰”, 『동덕여성연구』, 제7호(동덕여대 한국여성연구소, 2002.12.), 76쪽.

140) 마경희, 앞의 논문(주 62), 58쪽.

문제임과 동시에 여성들의 평생 평등노동권 확립을 위한 필수적인 요소임을 인식해야 한다.¹⁴¹⁾

여성의 모성, 출산능력을 권리 개념으로 정립하려는 경우 모성과 관련된 헌법상 규정형태는 유럽연합헌법 제93조(유럽연합기본권헌장 제33조) 제2항과 같은 규정형태를 고려할 수 있다. 유럽연합헌법 제93조(가족생활 및 직업생활)은 다음과 같이 규정하고 있다.

- ① 가족에 대한 법적·경제적·사회적 보호는 보장된다.
- ② 모든 사람은 가정생활과 직장생활을 조화시킬 수 있도록 모성을 이유로 한 해고로부터 보호받을 권리 및 자녀의 출산이나 입양 후 유급의 출산휴가 또는 양육휴가를 요구할 권리가 있다

이처럼 모성보호의 개념이 아니라 권리로 요구할 수 있는 개념으로 규정되어 있으며 이러한 규정형태가 현재의 모성보호의 개념재정립에 타당한 규정형태라 할 수 있다.

우리가 진정한 성평등과 자유에 근거한 민부부의를 실현하고 이러한 질서를 지향하기 위해서는 반드시 여성관련조항들을 통일적으로 정비하고 체계화할 방향에 대해 점검할 필요가 있다. 무엇보다도 헌법상 여성관련조항의 기본이념인 평등과 보호에 대한 개념의 재정립이 필요하고, 재정립된 이러한 개념에 근거하여 헌법상 산만하게 규정되어 있는 여성관련조항들을 통합 체계화하는 작업이 진행되어야 한다.

헌법상 여성관련조항들의 규정형태와 문제점을 분석 평가하고, 현행헌법상 평등권 조항의 개정과 관련하여 일반적 평등규정인 헌법 제11조의 규정형식과 양성평등·모성에 관한 보호·혼인과 가족제도에서의 평등실현에 관한 내용 등을 중심으로 평등의 큰 방향을 일관성있게 추진하고 통합 체계화하는 평등조항의 개정방향을 설정해야 한다.

결론적으로 이상적인 헌법상 여성관련 규정체계를 확립하기 위해서는 전제 작업으로서 현행 헌법상 여성관련규정이 갖고 있는 한계를 인식하는 것이 필요하며, 특히 복지국가와 젠더관계에 대한 논의를 전제로 하는 것이 요구된다. 이러한 한계에 대한

141) 최상림, “남성과 여성, 양성평등의 사회를 향한 실천”, 『기억과 전망』, 제11호(2005, 여름), 90쪽.

인식과 극복을 바탕으로 헌법상 여성관련규정 체계를 재구성해야 할 것이며, 이 때 특히 여성주의적 시각과 전망은 가장 본질적이며 근원적인 접근을 가능하게 할 것이며, 이러한 논의들을 기반으로 한 헌법규정체계를 추구할 때 진정한 성평등 개념이 보장되는 복지국가의 실현이 가능하게 될 것이다.

IV

⋮

세계 각국 헌법의 여성관련조항 규정양태

-
- | | |
|--------------------------------|----|
| 1. 세계 각국 헌법의 여성관련조항의
유형별 특징 | 18 |
| 2. 주요 국가 헌법과 여성관련조항 | 9 |

이 장은 세계 각국 헌법의 여성관련조항을 성평등, 가족관련조항으로 나누어 각각의 규정 양태를 살펴보는 것을 목적으로 한다. 이를 위해 이 장은 다음과 같이 구성된다. 첫째, 총 21개국(한국 포함)헌법의 성평등, 가족관련조항의 유형별 특징을 살펴본다. 둘째, 세계 각국의 헌법 중 각기 특징을 가지고 있다고 생각되는 국가들과 지금까지의 유럽연합 조약들에 대한 단일 대체규범으로서의 성격을 가지는 유럽연합 헌법조약(안)의 여성관련조항의 규정 형태에 대해 검토한다. 검토 대상 국가는 유럽(스위스, 독일, 이탈리아, 프랑스), 아시아(일본), 북미(캐나다), 아프리카(르완다) 등이다.

검토 대상국가의 선정기준은 첫째, 스위스와 독일은 1990년 이후에 여성관련조항 등을 포함하여 헌법이 전면적으로 개정된 국가로서 그들 국가의 헌법이 시대적 변화를 어떻게 담아냈는지를 살펴볼 필요가 있기 때문이다. 둘째, 이탈리아, 프랑스는 헌법구조와 여성관련조항의 규정방식이 다른 나라와는 다른 특징을 보이기 때문이다. 셋째, 캐나다는 우리와는 달리 영미법 체계를 가지고 있고, 1980년대 이후 헌법의 전면적 개정을 통해 인권 규정을 풍부하게 한 국가이기 때문이다. 넷째, 일본은 우리나라 헌법제정에 가장 많은 영향을 미친 국가로 이 나라의 여성관련조항을 살펴볼 필요가 있고, 르완다는 2003년 ‘성인지 헌법’ 제정으로 여성의 지위를 비약적으로 높인 국가로서 이 국가의 헌법이 우리에게 주는 함의가 클 것으로 예상되기 때문이다.

1. 세계 각국 헌법의 여성관련조항의 유형별 특징

가. 성평등관련조항의 유형별 특징

세계 각국 헌법은 일반적으로 ‘법 앞에 평등’과 성별 등을 이유로 하는 차별금지 조항을 통해 성평등을 보장하고 있다. 프랑스처럼 헌법에 평등원칙이나 차별금지에 대한 명시적인 규정을 갖고 있지 않는 국가도 있지만 이는 극히 예외적인 경우이다. 그러나 프랑스의 경우도 헌법상 명시적인 성평등 규정은 없지만, 프랑스 인권선언과 제4공화국 헌법전문, 제5공화국 헌법전문의 일반적 평등원칙과 성평등권에 대해 헌법적 효력을 인정하고 있기 때문에 성평등과 성별 등을 이유로 한 차별금지는 거의 모든 나라의 헌법원리라고 할 수 있다.

더 나아가 일반적 평등원칙과는 별도의 조문으로 성평등을 규정하거나, 아니면 개

별 평등권 보장을 통해 성평등을 보장하고 있다. 그리고 몇몇 선진적인 국가 즉, 스위스, 독일, 오스트리아 등에서는 남녀 간의 실질적 평등을 위한 조치를 국가목표로 규정하거나 실질적 평등을 위한 적극적 차별시정조치 실시에 대한 헌법적 근거를 제공하는 조항을 가지고 있기도 하다. 그러나 그 규정 형태는 각국이 가지고 있는 법·정치 체계와 사회문화적 차이로 인해 다양한 모습을 보인다.

각국의 성평등관련조항을 유형화하면 다음과 같다. 첫째, 성평등을 일반적 평등원칙과 성별 등을 이유로 하는 차별 금지를 통해 보장하는 유형이다. 이 유형에 속하는 나라 중에는 가족, 노동, 정치 등의 영역에서의 성평등을 위한 개별 평등권 조항을 별도로 가지고 있는 경우가 많다.

일본의 경우는 “모든 국민은 법 앞에 평등하고 인종, 신조, 성, 사회적 신분, 문지에 의해 정치적, 경제적, 사회적 관계에 있어서 차별받지 않는다”고 일반적 평등권과 성별 등을 이유로 하는 차별금지를 선언한 후에 참정권, 가족생활에 있어서 성평등을 별도로 보장하고 있다. 이탈리아 역시 모든 시민의 법 앞의 평등과 성별, 인종 등에 의한 차별을 금지하고, 노동영역에서의 성평등, 공직 취임에 있어서 성평등과 적극적 차별시정조치, 혼인에 있어서 성평등을 별도의 규정을 통해 보장하고 있다. 르완다의 경우에는 국민의 평등보장과 함께 여성과 남성의 평등보장을 위해 모든 조직의 의사결정구조에 30% 이상을 여성으로 구성해야 한다는 실질적 평등을 위한 규정을 두고 있다.

이 유형에 속하는 일본, 이탈리아, 한국, 스페인, 인도, 르완다 등의 헌법상의 성평등관련 조항의 규정방식과 내용은 아래 표와 같다.

국가	성평등관련조항
이탈리아	<p>기본원칙 제3조 (법 앞에 평등, 실질적 평등원칙·참여) ① 모든 시민은 성별, 인종, 언어, 종교, 정치적 신념, 개인의 조건이나 사회적 조건에 의해 차별받지 않고 동등한 사회적 위엄을 갖고 법 앞에 평등하다. ② 시민의 자유와 평등을 사실상 제한하고, 인격의 완전한 발전과 국가의 정치적, 경제적, 사회적 조직에의 모든 노동자의 실질적 참여를 방해하는 경제적·사회적 장애를 제거하는 것은 공화국의 임무이다.</p> <p>제1부 시민의 권리와 의무 제3장 경제적 관계 제37조 (여자, 연소노동자의 보호) ① 여성노동자는 남성노동자가 갖고 있는 것과 같은 동일한 권리를 갖고 동일노동에 대해 남성노동자와 동일한 임금을 받는다. 노동조건은 여성이 가정의 의무를 수행하는 것을 지원해야하며, 모성 및 유아에 대해서는 특별한 보호를 보장한다.</p> <p>제4장 정치적 관계 제51조 (공직 취임권) ① 모든 남녀 시민은 법률에서 정하는 자격에 따라 평등한 조건 속에서 공무 및 선거에 의해 공직에 취임할 수 있다. 이 목적을 위해 공화국은 적절한 조치에 의해 남녀의 기회균등을 촉진한다.</p> <p>제2부 공화국의 조직 제5장 주, 시군구 제117조 (전속입법과 경합입법) ⑦ 주법은 사회적, 문화적, 경제적 생활에 있어서 남녀의 완전한 균등을 저해하는 모든 장애를 제거하고 선거에 의한 공직에의 남녀접근의 균등을 촉진한다.</p>
한국	<p>제2장 국민의 권리와 의무 제11조 (법 앞에 평등) ① 모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.</p> <p>제32조 (근로의 권리·의무 등, 국가유공자의 기회우선) ④ 여자의 근로는 특별한 보호를 받으며 고용·임금 및 근로조건에 있어서 부당한 차별을 받지 아니한다.</p> <p>제34조 (사회보장 등) ③ 국가는 여자의 복지와 권익의 향상을 위하여 노력하여야 한다.</p> <p>제36조 (혼인과 가족생활, 모성보호, 국민보건) ① 혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며 국가는 이를 보장한다. ② 국가는 모성의 보호를 위하여 노력하여야 한다</p>

국가	성평등관련조항
일본	<p>제3장 국민의 권리와 평등 제14조 (법 앞에 평등) ① 모든 국민은 법 앞에 평등하고 인종, 신조, 성, 사회적 신분, 문지(門地)에 의해 정치적, 경제적, 사회적 관계에 있어서 차별받지 않는다. 귀족이나 귀족계급에 속함으로 인하여 특혜가 주어지지 않는다.</p> <p>제4장 국회 제44조 (의원과 선거인의 자격) 양원의원의 의원과 그 선거인의 자격은 법률로 정한다. 단, 인종, 신조, 성별, 사회적 신분, 문지, 교육, 재산 또는 수입에 의해 차별해서는 안 된다.</p>
스페인	<p>제1편 기본적 권리와 의무 2장 권리와 자유 제1절 기본적 권리와 공적자유 제14조 (법 앞에 평등) 스페인 사람은 법 앞에 평등하다. 출생, 인종, 성별, 종교, 신조, 그 밖의 다른 개인적 또는 사회적 상황에 의해 차별받지 않는다.</p> <p>제2장 제2절 시민의 권리와 의무 제32조 (혼인 및 양성평등) ① 남성과 여성은 혼인에 있어서 법률상 완전하게 평등한 권리를 갖는다. ② 법률은 혼인의 형식, 혼인 연령 및 능력, 배우자의 권리 및 의무, 별거 및 이혼의 사유, 그리고 그에 따르는 효력을 정한다.</p> <p>제35조 (근로의 권리와 의무, 직업선택의 자유) ① 모든 스페인 국민은 근로의 의무와 직업 선택의 자유, 근로를 통한 자기발전, 가족과 그들의 필요를 충족시키기 위한 충분한 보상을 받을 권리가 있다. 어떤 조건 하에서도 성을 이유로 차별해서는 안 된다.</p>
인도	<p>제3편 기본권 평등권 제14조 (법 앞의 평등) 국가는 인도 영토 내에 있어서 누구에 대해서도 법 앞의 평등 또는 평등한 보호를 부정해서는 안 된다.</p> <p>제15조 (차별금지) ① 국가는 종교, 인종, 카스트, 성별, 출생지 등을 이유로 공민을 차별해서는 안 된다. ② 공민은 종교, 인종, 카스트, 성별, 장애, 무능력을 이유로 상점, 음식점, 호텔, 공공오락시설이나 우물, 탱크, 도로, 휴양지 등에 접근 및 이용에 있어서 제한받지 않는다. ③ 이 조항의 규정은 국가가 여자 및 아동에 대한 특별한 규정을 마련하는 것을 반대하지 않는다.</p>

국가	성평등관련조항
인도	<p>제16조 (공무에의 고용에 있어서 기회의 평등) ① 국가의 관직에의 고용 또는 임명에 관한 사항에 대해 모든 국민은 동등한 기회를 갖는다. ② 모든 국민은 종교, 인종, 카스트, 성별, 출신, 출생지, 거주지 등을 이유로 관직에의 고용 또는 임용에 있어서 불합격되거나 차별을 받지 않는다.</p> <p>제4편 국가정책의 지도원칙 제39조 (국가가 준수해야 할 일정의 정책원칙) ④ 남녀 차별 없이 동일노동에 대해서는 동일임금의 원칙이 적용된다.</p>
르완다	<p>제2장 기본권 및 시민의 권리와 의무 제9조 르완다 국가는 다음의 기본적인 원칙을 따르며, 이를 촉진시키고 실천하기 위해 노력한다. 4. 법과 질서에 의해 유지되고, 민주적이고, 르완다 국민의 평등을 보장하며, 여성과 남성의 평등을 보장하기 위해 모든 조직의 의사결정구조에 최소한 30%이상을 여성으로 구성한다.</p> <p>제76조 하원의원은 아래와 같이 80명으로 구성된다. 1.53명은 이 헌법의 제77조에 따라 선거를 통해 선출된다. 2.24명은 각각의 주(Province)와 수도(Kigali) 출신의 여성들로 구성된다. 3.2명은 국가청소년 위원회(the National Youth Council)를 대표하는 자로 구성된다. 4.1명은 장애인 연합(the Federation of the Associations of the Disabled)을 대표하는 자로 구성된다.</p> <p>제82조 상원의원은 8년 임기의 26명으로 구성되는데, 이중 최소한 30%는 여성으로 구성된다.</p>

출처: 리치몬드 대학의 헌법 데이터베이스 <http://confinder.richmond.edu>와 각 국가별 법령사이트;
 阿部照哉編, 『世界の憲法』(第3版), 有信堂, 2006 등을 참조하여 작성하였음.

둘째, 일반적 평등권과는 별도로 성평등을 확정적인 독립규정으로 두고 있는 유형이다. 이 유형에 속하는 국가 중에는 성평등을 별도로 규정하는 것으로 그치는 경우와 특정 영역에서의 성평등을 위한 개별 성평등 조항을 함께 두고 있는 국가로 나누어진다.

예컨대, 벨기에의 경우는 모든 국민의 법 앞에 평등과 함께 성평등을 별도의 독립규정을 통해 보장하고, 별도의 규정을 통해 공무원임에 있어서의 성평등을 특별하게

보장하고 있다. 캐나다의 경우에는 법 앞의 평등과 함께 성별 등을 이유로 한 차별금지, 실질적 평등을 위한 적극적 차별시정조치 규정과는 별도로 “헌장에 열거된 권리 및 자유는 남성과 여성에게 동등하게 보장” 된다는 규정을 통해 성평등의 원리를 보다 명확하게 제시하고 있다.

이 유형에 속하는 러시아, 벨기에, 브라질, 중국, 폴란드, 북한, 필리핀, 캐나다, 프랑스 등의 헌법 속의 성평등관련조항의 규정방식과 내용은 아래 표와 같다.

국가	성평등관련조항
러시아	제2장 인간 및 시민의 자유와 권리 제19조 (법 앞에 평등) ① 모든 인간은 법률 및 재판 앞에 평등하다. ② 국가는 성별, 인종, 국적, 언어, 출생, 재산 및 직무상의 지위, 거주지, 종교에 대한 태도, 신조, 사회단체에의 참가 및 그 밖의 사정에 관계없이 사람과 시민의 권리 및 자유의 평등을 보장한다. 사회적 지위, 인종, 민족, 언어 또는 종교가 다르다는 것에 의해 시민의 권리의 제한은 어떠한 경우라도 금지한다. ③ 남성과 여성은 평등의 권리 및 자유와 함께 그 실현을 위한 평등한 기회를 갖는다.
벨기에	제2편 벨기에 국민과 권리 제10조 (법 앞에 평등, 공무 취임권, 양성의 평등) ① 국내에 어떤 신분구분도 존재하지 않는다. ② 벨기에 국민은 법 앞에 평등하다. 특정의 경우에 대해 법률에서 정할 수 있는 예외를 제외하고 벨기에 국민만이 시민권 및 군대의 의무를 갖는다. ③ 여성과 남성의 평등은 보장된다. 제11조의 2 (양성의 평등한 공무취임) ① 법률, 명령 또는 제134조의 규정은 여성 및 남성에게 대해 그 권리 및 자유의 평등한 행사를 보장하고 특히 선거에 의한 공직에의 평등한 취임을 장려한다. ② 내각 및 공동체, 지방정부는 다른 성을 가진 자로 구성된다. ③ 법률, 명령과 제134조의 규정은 주 의회, 시군구단체장 및 조역회, 사회부조회의, 사회부조공공센터 상설사무소의 상임구성원 및 주, 시군구간 또는 내부 이외에 모든 지방기관 집행부 안에 다른 성의 사람의 존재를 확보해야 한다. ④ 전항의 규정은 법률, 명령 또는 제134조의 규정이 주 의회 상임의원, 조역, 사회부조의회위원, 사회부조공공센터 상설사무소원 또는 주간, 시군구간 또는 시군구내 그 밖의 모든 지방기관의 집행부원의 직전선거를 조직하고 있을 때에는 적용되지 않는다.
브라질	제2편 기본적 권리와 보장 제1장 개인과 단체의 권리와 의무 제5조 (법 앞에 평등) 모든 인간은 어떤 차별도 받지 않고 법 앞에 평등하다. 국내에 거주하는 브라질 국민 및 외국인인 이하에 규정에 의해 생명, 자유, 평등, 안전 및 소유의 권리의 불가침이 보장된다. 1. 이 헌법 하에서는 남성과 여성은 동등한 권리와 의무를 갖는다.

국가	성평등관련조항
브라질	제2장 사회적 권리 제7조 (노동자의 권리) 20.법률에서 정하는 특별한 배려에 의한 여성노동시장의 보호 30.성별, 나이, 피부색, 혼인여부를 이유로 하는 임금, 직무의 수행, 채용기준에서의 차별금지
중국	제2장 국민의 기본적 권리와 의무 제33조 (국민의 정의, 법 앞에 평등, 기본적 권리의 향유와 의무의 이행) ① 모든 중화인민공화국의 국적을 갖은 자는 중화인민공화국 국민이다. ② 중화인민공화국 국민은 법 앞에 평등하다. ③ 국가는 인권을 존중, 보호한다. ④ 모든 국민은 헌법 및 법률에서 정하는 권리를 갖고, 동시에 헌법 및 법률에서 정하는 의무를 이행해야한다. 제48조 (양성평등) ① 중화인민공화국의 부인은 정치, 경제, 문화, 사회 및 가족 등의 각 생활분야에서 남성과 평등한 권리를 향유한다. ② 국가는 부인의 권리와 이익을 보호하고 남녀의 동일노동 동일임금을 실행하고 부인간부를 육성하고 등용한다.
폴란드	제2장 사람과 시민의 자유, 권리와 의무 일반원칙 제32조 (법 앞에 평등) ① 모든 인간은 법 앞에 평등하다. 모든 사람은 공적 권력에 의해 평등하게 취급될 권리를 갖는다. ② 누구도 어떤 이유에 의해서도 정치적, 사회적, 경제적 생활에 있어서 차별 받아서는 안 된다. 제33조 (양성평등) ① 폴란드 공화국에 있어서 남성과 여성은 가족생활, 정치생활, 사회생활, 경제적 생활에 있어서 평등한 권리를 갖는다. ② 여성과 남성은 특히 교육, 고용 및 승진, 동일가치를 갖는 노동에 대한 동일임금, 사회보장 및 직업에의 종사, 직무수행 및 공적 명예와 영전의 획득에 대해 평등한 권리를 갖는다.
북한	제5장 국민의 기본 권리와 의무 제65조 국민은 국가사회생활의 모든 분야에서 누구나 다 같은 권리를 가진다. 제66조 17살 이상의 모든 국민은 성별, 민족별, 직업, 거주기간, 재산과 지식정도, 당별, 정견, 신앙에 관계없이 선거할 권리와 선거받을 권리를 가진다.

국가	성평등관련조항
북한	제77조 녀자는 남자와 똑같은 사회적 지위와 권리를 가진다. 국가는 산전산후휴가의 보장, 여러 어린이를 가진 어머니를 위한 노동시간의 단축, 산원, 탁아소와 유치원망의 확장, 그 밖의 시책을 통하여 어머니와 어린이를 특별히 보호한다. 국가는 녀성들이 사회에 진출할 온갖 조건을 지어준다.
필리핀	제2조 제 원리와 국책의 선언 국책 제14절 (여성의 지위) 여성이 국가(건설)에 있어서 수행한 역할은 충분히 인식되어야 한다. 법 앞에서 남녀의 기본적 평등은 보장된다. 제3조 권리장전 제1절 (법정 수속의 보장·법 앞에 평등) 누구도 법의 적정한 수속에 의하지 않고는 생명·자유·재산을 빼앗기지 않는다. 누구도 법 앞에 평등이 거부될 수 없다.
캐나다	제1장 권리와 자유에 관한 캐나다 헌법 평등권 제15조 (법 앞의 평등, 적극적 차별시정조치) ① 모든 개인은 법 앞에 평등하고 인종, 국적, 종족, 피부색, 종교, 성, 나이, 정신적 또는 신체적 장애로 인해 차별받지 않고, 법의 평등한 보호 및 이익을 향유할 권리를 갖는다. ② 전항의 규정은 인종, 출신국 또는 출신민족, 피부색, 종교, 성별, 나이 또는 정신적·신체적 장애를 이유로 불리한 상황에 있는 사람들을 포함하여 불이익을 당하는 개인이나 집단의 상황 개선을 목적으로 하는 법이나 계획, 사업을 금지하지 않는다. 헌법규정의 일반 원칙 총칙 제28조 (양성평등) 헌장의 어떠한 규정에도 불구하고 본 헌장에 열거된 권리 및 자유는 남성과 여성에게 동등하게 보장된다.
프랑스	인간과 시민의 권리 선언(1789년) 제1조 (자유와 권리의 평등) 인간은 권리에 있어서 자유롭고 평등하게 태어나 생존한다. 사회적 차별은 공동 이익을 근거로 해서만 있을 수 있다. 제4공화국 헌법 전문 ... 프랑스 국민은 현대에 특히 필요한 것으로 이하의 정치적, 경제적, 사회적 제 원칙을 선언한다. 법률은 여성에 대해 모든 영역에서 남성의 권리와 동등의 권리를 보장한다.

국가	성평등관련조항
프랑스	<p>제5공화국 헌법 전문</p> <p>제1조 (공화국, 법 앞에 평등) 프랑스는 불가분의, 비종교적, 민주적이고 사회적인 공화국이다. 프랑스는 출생, 인종, 종교에 따른 차별없이 모든 국민에 대해 법 앞에 평등을 보장한다. 프랑스는 모든 신조를 존중한다. 프랑스는 지방분권화를 추구한다.</p> <p>제1장 주권</p> <p>제3조 (국민주권과 그 행사) ⑤ 법률은 선거에 의해 선출된 의원직과 선거에 의해 임명된 공직에의 여성과 남성의 평등한 취임을 촉진한다.</p> <p>제4조 (정당) ② 정당과 정치단체는 법률이 정하는 조건에 따라 제3조제4항에 표현된 원칙의 실시를 공헌한다.</p>

출처: 리치몬드 대학의 헌법 데이터베이스 <http://confinder.richmond.edu>와 각 국가별 법령사이트; 阿部照哉編, 『世界の憲法』(第3版), 有信堂, 2006 등을 참조하여 작성하였음.

셋째, 일반적 평등조항과는 별도로 성평등을 독립규정으로 두고, 실질적 성평등을 보장하기 위해서 성평등 실현을 국가목표로 규정하거나 적극적 차별시정조치 실시에 대한 근거를 규정하고 있는 유형이다. 이와 같은 규정방식은 성평등 조항을 통해 평등한 기회는 주어졌지만 개인의 능력이나 환경 등으로 인해 기회 자체에 접근할 수 없는 여성의 평등한 기회를 보장하기 위한 것으로 형식적 평등의 한계를 극복하기 위한 것이다. 이 유형에 속하는 국가 중 스위스와 독일의 규정 방식과 내용을 살펴보면, 스위스는 하나의 조문 안에 모든 인간의 법 앞의 평등과 차별금지, 성평등과 양성의 법률상 및 사실상의 평등을 확보해야 한다는 것을 명확하게 규정하고 있다. 독일의 경우에도 하나의 조문 안에 별도의 항을 통해 일반적 평등권, 성평등을 규정하고 있고 성평등은 남성과 여성의 평등권과 함께 후문에 “국가는 여성과 남성의 동등한 권리가 현실적으로 달성되는 것을 촉진하고 현실에 존재하는 불이익을 제거해야 한다”는 국가의 목표규정으로서의 실질적 평등조항을 두고 있다. 유럽연합의 경우에도 일반적 평등권, 차별금지, 성평등을 별도의 조문으로 규정하고 있고, 성평등을 별도로 규정하고 있는 조항의 후문에 평등원칙에 적극적 차별시정조치가 포함됨을 명시하고 있다.

이 유형에 속하는 그리스, 오스트리아, 스웨덴, 유럽연합(EU) 등의 헌법상의 성평등관련조항의 규정방식과 내용은 아래의 표와 같다.

국가	성평등관련조항
스위스	기본권 제8조 (평등) ① 모든 인간은 법 앞에 평등하다. ② 누구든지 자신의 출신, 인종, 성, 나이, 언어, 사회적 지위, 생활방식, 종교·세계관·정치적인 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. 남성과 여성은 동일한 가치의 노동에 대해 동일임금을 요구할 권리를 갖는다.
독일	제1장 기본권 제3조 (법 앞에 평등, 남녀동권, 차별취급의 금지) ① 모든 인간은 법 앞에 평등하다. ② 남성과 여성은 동등한 권리를 갖는다. 국가는 남성과 여성의 동등한 권리가 현실적으로 달성되는 것을 촉진하고 현실에 존재하는 불이익의 제거에 노력한다. ③ 누구든지 성별, 출생, 인종, 언어, 고향, 가족, 신앙, 종교상 또는 정치적 신념을 이유로 불이익을 받거나 우대받아서 안 된다. 누구도 장애를 이유로 불이익을 받아서는 안 된다.
그리스	제2장 개인과 사회적 권리 제4조 ① 모든 그리스인은 법 앞에 평등하다. ② 그리스 여성과 남성은 동등한 권리와 의무를 갖는다. 제4장 특별, 최종, 일시적 조항 제2절 일시적 조항 제116조 남성과 여성의 평등을 실현하기 위한 적극적 차별시정조치는 성을 이유로 하는 차별로 보지 않는다. 국가는 특히 여성을 제한하거나 실제 존재하는 불평등을 제거하기 위한 조치를 취한다.
오스트리아	제1장 총칙·유럽연합 제1장 총칙 제7조 (법 앞에 평등) ① 모든 인간은 법 앞에 평등하다. 출생, 성별, 신분, 계급 및 종교에 근거한 특권은 인정하지 않는다. 누구든지 장애에 의해 차별받지 않는다. 공화국은 장애를 가지고 있는 자와 그러하지 않는 자의 평등대우를 일상생활의 모든 영역에서 보장하는 것을 대원칙으로 한다. ② 연방, 주 및 시군구는 남녀 간의 사실상의 평등을 대원칙으로 한다. 특히 현존하는 불평등을 제거하는 것에 의해 남녀의 사실상의 평등을 촉진하는 장치를 마련하는 것을 금지하지 않는다.

국가	성평등관련조항
스웨덴	<p>제2장 기본적 자유와 권리 제1절 헌법의 기본원칙 제2조 (개인의 존엄, 양성평등과 소수민족의 보호) ① 공권력은 모든 인간의 평등과 개인의 자유 및 존엄을 존중해서 행사되어야 한다.</p> <p>제2절 기본적 권리와 자유 제16조 (양성평등) 어떤 법률이나 조항도 남성과 여성의 평등을 증진시키기 위한 것이거나 국방의 의무나 이에 상응하는 다른 의무적인 국가 서비스 이외에, 성을 이유로 차별적인 대우를 명시하지 않는다. 법률 그 밖의 법령에 있어서 성에 근거한 시민의 차별은 당해 조항이 남녀 간의 평등을 가져오기 위한 노력의 일부를 구성하거나 또는 강제적인 병역 또는 그것에 상당하는 강제적인 국가의 역할과 의무에 관한 경우를 제외하고는 정할 수 없다.</p>
유럽 연합	<p>제 II-80조 (법앞에 평등) 모든 인간은 법 앞에 평등하다.</p> <p>제 II-81조 (차별금지) 성별, 인종, 피부색, 민족적 또는 사회적 출신, 유전적 특징, 언어, 종교나 신조, 정치적 또는 그 밖의 의견, 국내에 있어서 소수민족에의 귀속, 재산, 출생, 장애, 나이 또는 성적지향을 이유로 하는 어떠한 차별도 금지된다. 유럽공동체 설립 조약 및 유럽연합조약의 적용범위에 있어서 이 조약의 특별규정을 훼손하는 것 없이 국적을 이유로 하는 어떤 차별도 금지된다.</p> <p>제 II-83조 (양성평등) 양성평등은 고용, 업무, 급여 등 모든 영역에서 보장되어야 한다. 평등의 원칙은 충분하게 대표되고 있지 않는 성에 특정의 이익을 부여하는 조치를 유지 또는 채용하는 것을 금지하지 않는다.</p>

출처: 리치몬드 대학의 헌법 데이터베이스 <http://confinder.richmond.edu>와 각 국가별 법령사이트; 阿部照哉編, 『世界の憲法』(第3版), 有信堂, 2006 등을 참조하여 작성하였음.

나. 가족관련조항의 유형별 특징

세계 각국 헌법의 가족관련조항은 국가에 의한 가족의 보호를 규정하고 있다는 점에서 공통점이 있다. 물론, 캐나다와 미국과 같이 헌법에 가족관련조항을 두고 있지 않는 경우도 있다. 그러나 이들 국가들도 개별법(가족법 등)을 통해 가족관계가 규율되고 있다는 점을 감안하면 어느 나라에서나 가족관계는 법적 대상이 된다. 그러나 가족에 대한 국가의 보호 또는 개입의 방식과 내용은 그 나라의 가족관, 사회·문화적 차이로 인해 다양한 모습을 보이고 있다.

이를 유형화하면 다음과 같다. 첫째, 국가주의적 관점에서 ‘제도로서의 가족’에 대한 보호규정을 두고 있는 경우로 이 유형에 속하는 국가들은 국가에 의한 가족의 보호와 가족구성원에 대해 일정한 의무의 이행을 요구하고 있다. 중국, 러시아, 인도, 필리핀 등의 국가가 여기에 속한다.

중국의 경우에는 혼인, 가족, 어머니와 아동에 대한 국가보호(제49조제1항)와 부모의 미성년자녀에 대한 양육·교육의무와 함께 성인의 자녀에 대해서도 부모부양을 의무로 하고 있다(동조제3항). 또한 가족계획을 세우고 이를 실행할 의무를 부부의 헌법적 의무로 규정하고 있다. 북한의 경우에는 혼인과 가정의 국가보호와 함께 국가는 사회의 기층생활단위인 가정을 공고히 하는데 깊은 관심을 갖는다고 규정하고 있다. 필리핀 헌법에서는 가족생활의 존중(제12절)을 규정하는 이외에 가족관련에서는 제3조에서 가족과 혼인에 대한 국가의 보호(제1절, 제2절)와 가족의 노인 돌봄을 의무화하고 있다(제4절). 또한 아동의 권리에 대한 특별보호, 가족형성에 대한 부부의 권리 등을 보장하고 있다(제3절).

이 유형에 속하는 중국, 러시아, 필리핀, 브라질, 북한 등의 가족관련조항의 규정방식과 내용은 아래와 같다.

국가	가족관련조항
중국	제2장 공민의 기본적 권리와 의무 제49조 (혼인·가족·노인·부인·아동에 대한 배려와 보호) ① 혼인, 가족, 어머니와 아동은 국가의 보호를 받는다. ② 부부는 함께 가족계획을 세우고, 이를 실행할 의무를 가진다. ③ 부모는 미성년의 자녀를 양육·교육시킬 의무를 가진다. 성년의 자녀는 부모를 부양·부조할 의무를 진다. ④ 혼인의 자유에 대한 침해를 금지하고 노인, 부인과 아동에 대한 학대는 금지한다.
러시아	제2장 인간과 시민의 권리와 자유 제38조 (가족의 보호) ① 모성 및 아동, 가족은 국가의 보호를 받는다. ② 자녀에 대한 배려 및 양육은 부모의 평등한 권리 및 의무이다. ③ 18세의 노동능력이 있는 자녀는 노동능력이 없는 부모를 배려해야한다.
필리핀	제2조 제 원리와 국책의 선언 제12절 (가족생활의 존중) 국가는 가족생활의 絆을 신성한 것으로 인정하고 가족을 사회제도의 기본적 또는 자발적 단위로 보호 강화한다. 임신출산에 있어서 모태와 태아에게는 평등한 보호가 주어진다. 청소년의 육성과 도덕에 관한 부모의 자연적, 본래적 권리의무는 국가 정부에 의해 지지된다.

국가	가족관련조항
필리핀	<p>제15조 가족 제1절 (가족과 국가) 가족은 국가의 기초이다. 국가는 가족의 결합을 강화하고 발전책을 강구한다. 제2절 (혼인) 혼인은 불가침의 사회제도이고 가족의 기초를 이루는 것으로 국가에 의해 보호된다. 제3절 (가족에의 권리보장) 국가는 다음의 권리를 보장한다. ① 종교적 신념에 따라 부모로서의 책임을 갖고 가족을 형성하는 부부의 권리 ② 적절한 보장과 양육 및 일절의 유기, 학대, 잔혹행위, 착취, 그 밖에 발육을 방해하는 제 조건으로부터의 특별한 보호 등의 원조에 대한 아동의 권리 ③ 가족생활 임금 및 수입에 대한 가족의 권리 ④ 가족 및 가족의 연합이 이해를 갖는 정책 및 계획에 참가할 권리 제4절 (가족 중의 노인) 가족은 노인을 돌봐야 한다. 단 국가도 사회보장계획에 의해 적절한 노인복지를 실시한다.</p>
브라질	<p>제8편 사회질서 제7장 가족, 아동, 성인 및 노인 제226조 (가족) 가족은 사회의 기본토대이며 국가로부터 특별한 보호를 받는다. ① 혼인은 민사적인 것이며, 결혼식은 비용을 지불하지 않는다. ③ 국가보호 하에 가족단위로서의 남성과 여성의 안정된 결함이 인정되며, 법은 이러한 결함을 혼인(제도)으로 이행을 촉진한다. ④ 부모와 그의 자손에 의해 형성된 관계도 가족에 포함된다. ⑤ 혼인의 권리와 의무는 남성과 여성에게 동등하게 적용된다. ⑥ 혼인은 이혼에 의해 효력을 상실하며(해산되며), 이는 법적으로는 1년 이상 별거할 경우이며, 사실상으로는 2년 이상 서로 별거할 경우이다. ⑦ 국가는 가족의 각각의 구성원의 지원을 보장하고 가족관계에 있어서 폭력이 발생하지 않는 구조를 만들도록 한다.</p> <p>제227조 (아동과 청소년) 아동과 청년의 생존권, 건강, 음식, 교육, 여가활동, 전문적인 교육, 문화, 존엄성, 존중, 자유, 가족과 공동체적 생활을 우선적으로 보장하고 모든 형태의 무관심, 차별, 착취, 폭력, 잔인함, 억압으로부터 보호하는 것은 가족과 사회와 국가의 의무이다.</p>
북한	<p>제78조 혼인과 가정은 국가의 보호를 받는다. 국가는 사회의 기층생활단위인 가정을 공고히 하는데 깊은 관심을 돌린다.</p>

출처: 리치몬드 대학의 헌법 데이터베이스 <http://confinder.richmond.edu>와 각 국가별 법령사이트;
阿部照哉編, 『世界の憲法』(第3版), 有信堂, 2006 등을 참조하여 작성하였음.

둘째, 사회국가이념에 근거하여 가족에 대한 제도보장과 함께 기본권으로서의 가족에 대한 보호를 규정하는 유형이다. 이 유형에 속하는 국가의 헌법은 보편적 인권으로서의 혼인의 자유와 가족형성의 자유, 혼인과 가족형성에 관한 성평등을 규정하고 국가의 가족보호·원조의 책무를 정하고 있다. 여기에는 국가와 개인의 관계에서 개인의 “혼인과 가족형성의 자유”(혼인에 관한 국가개입과 차별금지), 개인상호간(가족내)의 평등, 자유와 평등에 대한 국가의 일반적 보호의무 및 가족형성·아동양육·모성보호 등을 사회권으로 보장하기 위해 이에 대한 국가의 의무(책무)를 규정하고 있다.

예컨대, 스위스는 혼인과 가족의 권리를 기본권으로 보장하고 있고, 성인과 아동의 공동체로서의 가족을 보호하고 지원하는 것을 사회목표로 규정하고 있다. 사회의 기본토대로서의 가족에 대한 지원(제도로서의 가족에 대한 지원)이 아닌 공동체로서 가족을 정의하고 있다는 점은 특징적이다. 그러나 가족의 정의를 성인과 자녀로 구성된 공동체로 정의하고 있기 때문에 자녀가 없는 가족이나 자녀를 가질 수 없는 공동체(동성커플 등)는 가족에 포함되지 않는다는 점에서 이성애 중심의 핵가족 모델을 벗어나지 못하고 있는 한계가 있다.

가장 최근의 헌법형태인 유럽연합 헌법(안)에서는 개인 및 가족생활의 존중과 혼인 및 가족형성의 권리를 보장하고 가족에 대한 법적, 경제적, 사회적 보호를 규정하고 있다. 또한 일-가족 조화를 위한 임신으로 인한 해고로부터의 보호와 유급출산휴가와 육아휴가를 취득할 권리를 헌법적 권리로 인정하고 있다. 이는 모성권을 평생노동권 확립을 위한 필수적인 조건으로 인식한 것으로 모성을 보호가 아닌 권리로 규정했다는 점에서 시사하는 바가 크다.¹⁴²⁾

사회국가형 헌법을 가지고 있는 다수의 나라가 여기에 속한다. 이 유형에 속하는 국가의 가족관련조항의 규정방식과 내용은 아래의 표와 같다.

142) 석인선, “헌법상 여성관련조항의 개정방향에 관한 소고”, 『헌법학연구』 제12권제4호, 2006, 310쪽

국가	가족관련조항
스위스	<p>제2편 기본권, 사회권 및 사회목표 제1장 기본권 제11조(아동과 청소년의 보호) ① 아동과 청소년은 상처받지 않기 위해 특별한 보호를 요구할 권리와 발육의 지원을 요구할 권리를 갖는다. ② 아동과 청소년은 그 판단능력의 범위내에서 권리를 행사한다.</p> <p>제13조(사적 영역의 보호) ① 모든 사람은 사생활, 가족생활, 주거 및 편지·우편·원거리 통신에 의한 교신 이 존중될 권리를 갖는다.</p> <p>제14조 (혼인과 가족의 권리) 혼인과 가족의 권리는 보장된다.</p> <p>제3장 사회목표 제41조 ① 연방과 주(칸톤)는 개인과 민간부분이 아래의 원칙들을 지키게 하도록 한다. c. 성인과 아동의 공동체로서의 가족을 보호하고 지원한다 g. 아동 및 청소년은 사회적 책임을 부담할 수 있는 자립적인 인간으로 성장할 수 있도록 또한 사회·문화·경제적으로 통합할 수 있도록 지원한다. ③ 연방 및 주는 헌법상의 권한과 능력의 범위 안에서 사회적 목표의 달성을 위해 노력한다. ④ 사회적 목표에 근거하여 국가의 급부를 직접 청구하는 개인의 권리를 도출할 수 없다</p> <p>제3편 연방, 주(칸톤) 및 자치체 제2장 관할권 제8절 주택, 노동, 사회보장 및 공중위생 제116조 연방은 자기 임무의 수행에 있어서 가족의 필요성을 감안한다. 연방은 가족의 보호를 위한 조치를 지원할 수 있다.</p>
독일	<p>제1장 기본권 제6조 (혼인, 가족, 어머니 및 사생아) ① 혼인과 가족은 국가질서의 특별한 보호를 받는다. ② 자녀의 부양과 교육은 양친의 자연적 권리이고 일차적으로 그들에게 부과된 의무이다. 그들의 활동에 대하여 국가공동사회가 감시한다. ③ 친권자가 의무를 태만히 하거나 또는 그 밖의 이유로 자녀가 방치될 우려가 있을 때에는 그 자녀는 법률에 근거하여서만 친권자의 의사에 반하여 가족과 분리될 수 있다. ④ 어머니는 누구든지 공동체의 보호와 부조를 청구할 권리를 갖는다. ⑤ 사생아의 육체적·정신적 성장과 사회적 지위에 관하여는 입법을 통하여 적자와 동일한 조건이 마련되어야 한다.</p>

국가	가족관련조항
그리스	제21조 ① 혼인, 국가의 유지와 발전의 토대로서의 가족, 모성, 아동은 국가가 보호한다. ② 많은 자녀를 가진 가족, 전쟁과 평화 시의 퇴역군인, 전쟁 피해자, 미망인, 고아, 치유할 수 없는 신체적, 정치적 병으로 고통을 받는 사람은 국가의 특별한 보호를 받는다. ③ 국가는 국민의 건강을 돌보고, 청소년, 고령자, 장애인 그리고 도움을 필요로 하는 사람들을 위한 특별한 조치를 취한다.
벨기에	제2편 벨기에 국민과 권리 제22조 (사생활의 존중) ① 모든 개인은 법률의 정함이 있는 경우와 조건을 제외하고 사적·가족적 생활의 존중에 대한 권리를 갖는다.
스웨덴	제1장 헌법의 기본원칙 제2조 (개인의 존엄, 남녀의 평등과 소수민족의 보호) ④ 공공기관은 사회의 모든 영역에 지침으로서 민주주의의 이념을 존중하고 국민의 사생활과 가족생활을 보호해야한다. ...공공기관은 모든 사람이 사회생활에 참가와 평등을 위한 기회를 얻을 수 있도록 노력해야한다. 공공기관은 성별, 피부색, 국적 또는 인종, 언어 또는 종교적 귀속, 장애, 성적 지향, 나이 그 밖의 개인적 사유로 인한 차별과 투쟁해야 한다.
유럽연합	제2장 자유 제 II-67조 (사생활 및 가족생활의 존중) 누구나 개인 및 가족생활, 가정, 그리고 통신에 있어서 존중받을 권리를 갖는다. 제 II-69조 (혼인 및 가족형성에 대한 권리) 혼인할 권리와 가족을 구성할 권리는 이 권리의 행사를 규제하는 국내법에 따라 보장된다. 제 II-84조(아동의 권리) ① 아동은 보호를 요구할 권리와 그 복리에 필요한 배려를 요구할 권리를 갖는다. 아동은 자신의 의견을 자요롭게 표현할 수 있다. 자신과 관련한 사항에 대한 아동의 의견은 그 연령과 성숙도에 상응하는 방식으로 고려되어야 한다. ② 모든 아동은 자신의 복리에 반하지 않는 한 정기적으로 부모와의 인간관계 및 직접적 접촉을 유지할 권리를 갖는다. 제4장 연대 제 II-93조 (가족생활과 직업생활) ① 가족은 법적·경제적·사회적 보호를 향유한다. ② 가족생활과 직업생활과의 조화를 위해 모든 사람은 임신으로 인한 해고로부터 보호될 권리와 유급임신출산휴가와 출산 또는 입양 후에 육아휴가를 취득할 권리를 갖는다.
프랑스	제4공화국 헌법 전문 ... 국가는 개인과 가족에 대해 그 발전에 필요한 조건을 확보한다. 국가는 만인, 특히 아동, 어머니, 고령의 노동자의 건강보호, 물질적 안정, 휴식과 여가를 보장한다. ...

국가	가족관련조항
이탈리아	제1장 시민의 권리와 의무 제2장 윤리·사회적 관계 제29조 (가족의 권리 및 혼인의 원칙) ① 공화국은 혼인에 의한 자연적 결합인 가족의 제 권리를 승인한다. ② 혼인은 가족의 구성을 보장하는 법률에 의해 정해진 범위 내에서 양 배우자의 도덕적 및 법률적 평등을 전제로 이루어진다. 제31조 (가족, 모성 및 연소자의 보호) ① 공화국은 특히 대가족의 경우, 경제적 수단 및 그 밖의 조치에 의해 가족의 형성 및 가족의 의무를 수행하는 것을 지원한다. ② 공화국은 모성, 아동 및 청소년을 보호하고 이 목적을 위해 필요한 시설을 조성한다.
폴란드	제2장 인간과 시민의 자유, 권리와 의무 경제적·사회적·문화적 자유와 권리 제71조 (가족의 복지) ① 국가는 가족정책과 경제정책에서 가족의 복지를 고려한다. 어려운 물질적·사회적 조건에 있는 가족 즉, 자녀가 많은 가족과 한부모 가족은 공적 권력으로부터 특별한 원조를 받을 권리를 갖는다. ② 자녀를 출산하기 전과 후의 모친은 공적 권력의 특별한 원조를 받을 권리를 갖는다. 원조의 범위는 법률로 정한다.
한국	제36조 (혼인과 가족생활, 모성보호, 국민보건) 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.
일본	제3장 국민의 권리와 평등 제24조 (가족생활에 있어서 개인의 존엄과 양성의 평등) ① 혼인은 양성의 합의로 성립하고 부부가 동등한 권리를 갖는 것을 기본으로 상호 협력에 의해 유지되어야 한다. ② 배우자의 선택, 재산권, 상속, 주거의 선정, 별거 및 이혼, 가족에 관한 그 밖의 사항에 관해 법률은 개인의 존엄과 양성의 평등의 가치에 입각하여 제정되어야 한다.
스페인	제3장 경제정책과 사회정책의 지도원칙 제39조 (가정, 아동 및 어머니의 보호) ① 공권력은 가정의 사회적, 경제적, 법적 보호를 보장한다. ② 공권력은 아동의 완전한 보호를 보장하고 아동은 그 출생에 관계없이 법 앞에 평등하다. 공권력은 민법상의 지위 여부에 관계없이 어머니의 완전한 보호를 보장한다. 아버지의 조사는 법률에서 이를 인정한다. ③ 부모는 적자, 사생아를 불문하고 자녀가 미성년인 경우, 그 밖에 법률로 정하는 경우에는 모든 종류의 양육을 해야한다. ④ 아동은 그 권리를 보장하는 국제조약에서 규정하고 있는 보호를 향유한다.

국가	가족관련조항
르완다	<p>제2장 기본적 인권과 시민의 권리와 의무 제22조 ① 사생활, 가족, 가정 또는 개인의 친교는 누구로부터도 방해받지 않는다. 개인의 명예나 평판은 존중된다. ② 개인의 가정은 불가침의 권리를 갖는다. 법의 결정에 따른 절차를 수행하는 것을 제외하고, 동의없이 개인의 가정을 수색하지 못한다.</p> <p>제27조 ① 사회의 기본적인 토대로서 가족은 국가에 의해 보호받는다. ② 부모는 자녀 양육의 권리와 책임을 갖는다. ③ 국가는 가족의 보호와 가족의 번영을 위하여 모성과 아동을 보호하기 위한 적절한 제도와 입법을 세운다.</p> <p>제28조 모든 아동은 아동이 처한 상황에 따라 국내 및 국제법의 적용하에 가정, 사회, 국가로부터 특별한 보호는 받는다.</p> <p>제34조 표현의 자유와 정보의 자유는 공공의 질서와 공중도덕, 모든 국민의 명예와 좋은 평판, 개인 및 가족의 사생활을 침해하지 않는다.</p>

출처: 리치몬드 대학의 헌법 데이터베이스 <http://confinder.richmond.edu>와 각 국가별 법령사이트; 阿部照哉編, 『世界の憲法』(第3版), 有信堂, 2006 등을 참조하여 작성하였음.

2. 주요 국가 헌법과 여성관련조항

이상으로 세계 각국 헌법상의 성평등, 가족관련조항의 유형별 특징을 살펴보았다. 이하에서는 여성관련조항의 규정형태가 우리에게 함의를 줄 수 있다고 생각되는 스위스, 독일, 이탈리아, 프랑스, 일본, 캐나다, 르완다 등을 대상으로 각 나라 헌법의 특징과 여성관련조항의 특징 및 내용에 대해 살펴본다.

가. 스위스

1) 스위스 헌법의 제·개정과정

스위스는 프랑스 혁명 후인 1798년에 프랑스군의 침략을 받아 그 주도하에 헬베티아 공화국이 성립되었다. 그러나 프랑스에 유사한 중앙집권적 국가를 건설하려는 헬

베티아 공화국 헌법은 스위스 실정에 맞지 않았다. 스위스는 나폴레옹 몰락 후인 1815년 빈 회의에 의해 완전한 독립과 영세중립이 인정되어 22개의 주 (칸톤, Kanton)의 동맹체로 복귀되었다. 그러나 스위스는 1830년에 자유주의적 주와 보수주의적 주 간의 대립이 극심해져 1847년에는 내전 상태에 이르게 되었다. 이 내전에서 승리한 자유주의파에 의해 1848년 기본적 인권과 대의제 민주주의를 기본원리로 하는 근대적 의미의 헌법이 제정되어 스위스 연방이 성립되었다. 그 후 1874년에는 연방의 권한 강화, 국민의 정치참여의 확대 등을 위한 헌법의 전면개정이 이루어졌다. 이 헌법은 제정 후 1999년까지 약 140회에 이르는 부분개정이 이루어졌다.

‘1874년 헌법’을 전면 개정하려는 움직임은 1935년 주민발의의 형태로 제출되었으나 부결되었다. 그 후 1965년에 의회에서 헌법의 전면개정에 대한 제안이 받아들여져 본격적으로 개정작업이 시작되었다. 최초의 제안으로부터 30년 이상 경과한 1999년 4월 국민투표에 의해 헌법 개정안이 통과되어 2000년 1월 1일부터 발효되었다.¹⁴³⁾ 1999년 헌법을 전면 개정한 이유로는 첫째, ‘1874년 헌법’ 제정 후 부분적으로 조항을 더하거나 삭제하는 방식으로 140회에 이르는 개정이 이루어져 헌법이 체계적으로 구성되지 못하고 ‘누더기 헌법’의 형태를 가지게 되었기 때문이다. 둘째, ‘1874년 헌법’은 헌법으로 규정되어야 할 가장 중요한 사항 즉, 자유주의적 법치국가의 원칙, 사회국가의 원칙, 직접민주주의의 원칙 및 국제법 준수의 원칙, 기본적 인권규정 등이 규정되어 있지 않아 현대 헌법으로서의 많은 결함이 드러났기 때문이다.

2) 스위스 헌법의 개요 및 특징

스위스 헌법은 전문, 제1편 총칙, 제2편 기본권, 시민권과 사회목표, 제3편 연방, 주 및 자치체, 제4편 국민과 주, 제5편 연방 관청, 제6편 연방 헌법의 개정과 경과규정 등 총 197개 조문으로 구성되어 있다.

스위스 헌법의 일반적 특징으로는 주에 광범위한 권한을 인정하는 연방제를 채택하고 있는 점, 대의제와 함께 직접민주주의제도를 취하고 있는 점, 국민징병제를 기초로 한 무장중립 원칙을 취하고 있는 점 등이다. 성평등 관련한 내용은 제2편 기본권,

143) 스위스 헌법의 제정과 개정과정에 대해서는 박영도, 『스위스연방의 헌법개혁과 향후전망』, 한국법제연구원 2004, 11-44쪽; 美根慶樹著, 『スイス歴史が生んだ異色の憲法』, ミレルヴァ書房, 2003, pp.1-76. 참조.

시민권과 사회목표의 제8조에 규정되어 있고 가족관련 내용은 제14조, 제41조에 규정되어 있다. 이를 살펴보기에 앞서 스위스 헌법상의 기본권 구조와 내용을 살펴보면 아래와 같다.

스위스 헌법은 독일 기본법과 같이 인간의 존엄(제7조)과 기본권의 불가침성을(제36조제4항) 보장하고 있다. 인간의 존엄이라는 개념은 궁핍 상태에서 조력을 받을 권리(제12조)와 장기이식(제119a조)과 생체의학과 유전자 기술(제119조)에 관한 규정에서도 발견된다. 자유로운 의사형성과 정확하고 확실한 의사표명의 보장(제34조제2항)은 국민투표의 주요 원리이다. 또한 제2편 제1장 기본권 규정에는 양성의 실질적 평등을 언급하고, 나이·언어·생활방식·신체적 장애 등을 이유로 하는 차별을 금지하고 있고(제8조), 표현의 자유·정보의 자유(제16조)와 인터넷 등의 언론의 자유(제17조), 다언어국가인 스위스를 상징하는 언어의 자유(제18조)를 보장하고 있다. 또한 기본권이 법질서 전체에 대한 구성 원리인 것과 기본권의 제3자 효력을 인정한 기본권의 실현 규정(제35조) 등을 두고 있다.

이처럼 스위스는 1999년 헌법 전면개정에 의해 기본권 조항이 체계적으로 정리되었으며, 그 내용에 있어서도 국제질서에 부합하게 되었다(제7조~제36조). 기본권의 각 조항은 유엔의 국제인권선언과 유럽인권조약의 내용을 충분히 고려하여 작성되었고, 특히 유럽의 기본질서인 유럽인권조약은 스위스 헌법의 주요한 부분을 이룬다(제8조제2항, 제13조, 제25조, 제29-제32조 등). 또한 '1874년 헌법'이 유지되던 1960년대 이후 헌법의 불충분한 인권규정을 보완하기 위해 연방대법원은 '불문'의 기본권을 인정한 바 있다. 이러한 판례의 영향 또한 현행 헌법에 반영되었고(제9조, 제10조, 제12조, 제16-제18조, 제20조, 제21조), 기본권의 제한 규정(제36조)에도 판례의 성과가 포함되어있다.¹⁴⁴⁾

이하에서는 스위스 헌법상의 성평등, 가족관련조항에 대해 살펴본다.

144) Reform der Bundesverfassung – Bewährtes erhalten, Zukunft gestalten, Schweiz stärken Botschaft des Bundesrates 1996

3) 스위스 헌법과 성평등관련조항¹⁴⁵⁾

제8조 (평등)

- ① 모든 인간은 법 앞에 평등하다.
- ② 누구든지 자신의 출신, 인종, 성, 나이, 언어, 사회적 지위, 생활방식, 종교·세계관·정치적인 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. 남성과 여성은 동일한 가치의 노동에 대해 동일임금을 요구할 권리를 갖는다.
- ④ 장애에 의한 불이익을 제거하기 위한 조치를 법률로 정한다.

스위스 헌법 제8조제3항은 양성 간의 실질적인 평등의 확보를 입법 목표로 규정으로 하고 있다. 이러한 성평등 원칙이 헌법에 명문화되기 이전에는 성평등원칙은 일반적인 평등권을 통해 규율되었다. 그러나 이와 같은 일반적 평등권을 통해 성평등의 이상을 실현시키기에 역부족이었다. 특히 가족과 고용영역에서의 성차별은 매우 심각한 상태였다. 이러한 이유에서 스위스에서는 1975년 세계 여성의 해를 맞이하여 성평등에 관한 헌법적 논의가 본격화되었다. 이에 1976년 헌법에 성평등을 별도로 규정할 것을 요구하는 국민발의가 제기되었다. 그러나 이 발의안은 평등명령의 제3자적 효력을 매우 광범위하게 인정하고 있었기 때문에 국민발의안에 대해 의회 스스로가 법안을 작성하고 이 법안이 1981년 국민투표에 붙여져 유효투표수 중 약 60%의 찬성으로 성평등조항이 제정되어 오늘의 모습이 되었다.

스위스 현행 헌법 제8조제1항은 법 앞의 평등이라는 일반적 평등원칙을 선언하고, 제2항에서는 성별 등을 이유로 하는 차별금지를 규정하고 있다. 또한 일반적 평등권과는 별도의 항으로 성평등을 규정하고(제8조제3항 제1문), 동시에 가족·교육·노동영역에서의 사실상의 평등을 위한 입법조치를 강구할 것을 규정함으로써(동조동항의 제2문) 실질적 평등을 입법 목적으로 하고 있다. 이 점은 제1항의 형식적 평등권과는 구별된다. 또한 제3문에서는 사적 권리로서 남녀 모두에게 동일가치노동 동일임금원칙을 요구할 권리를 보장하고 있다. 제3문은 사적 사용자에게 대해서나 공적 사용자에게

145) 이하의 내용 중 각주를 제외하고는 스위스 법무부의 Monique Cossali Sauvain 박사와 Jeanne Ramseyer 박사와의 현지인터뷰 내용을 기초로 정리한 것이다.

대해서 모두 적용 가능하다. 제8조3항제1문과 제3문은 주관적 청구권으로서의 성격을 가지지만, 제2문은 입법권자에 대한 의무규정으로의 성격을 가진다.¹⁴⁶⁾

이상과 같은 내용을 갖는 성평등권이 헌법에 신설된 이후 성차별적 법령들은 개정되거나 폐지되었다. 또한 성평등을 위한 법제도적 인프라도 상당정도 진전된 것으로 보인다. 특히 가족과 고용영역에는 많은 변화가 있었다.

가족법 영역에서의 변화로는 우선 1988년에 혼인법(Marriage Law)이 개정되어 남편을 가장으로 인정하는 규정은 삭제되고 남편과 아내사이에 법적 평등이 이루어졌다. 또한 가족성의 선택에 있어서 여성은 결혼과 함께 남편성을 가져야 하는 조항도 폐지되었다. 2000년에는 이혼법(Divorce Law)이 개정되어 이혼사유가 유책주의에서 파탄주의로 변화되었고, 분할연금제가 도입되었다. 2007년에는 동성커플의 파트너십을 인정하는 법률이 통과되어 동성커플에게도 등록을 전제로 결혼에 준하는 법적 권리가 인정되었다. 고용영역에서는 1996년에 남녀평등법이 제정되어 모집·채용, 근로조건, 직업교육, 임금 해고 등의 고용상의 전영역에서의 성차별과 성희롱이 금지되었다.¹⁴⁷⁾

4) 스위스 헌법과 가족관련조항

제11조 (아동과 청소년의 보호)

- ① 아동과 청소년은 상처받지 않기 위해 특별한 보호를 요구할 권리와 발육의 지원을 요구할 권리를 갖는다.
- ② 아동과 청소년은 그 판단능력의 범위내에서 권리를 행사한다.

제13조 (사적 영역의 보호)

- ① 모든 사람은 사생활, 가족생활, 주거 및 편지·우편·원거리 통신에 의한 교신이 존중될 권리를 갖는다.

제14조 (혼인과 가족의 권리) 혼인과 가족의 권리는 보장된다.

146) 앞의 책(주 144).

147) 취리히 대학의 Michelle Cottier 박사의 프레젠테이션 내용에서 발췌. "Gender Equality in Swiss Private Law: Family and Labour Law"

제41조

- ① 연방과 주는 개인과 민간부분이 (아래의 원칙들을) 지키게 하도록 한다.
 - c. 성인과 아동의 공동체로서의 가족을 보호하고 지원한다
 - g. 아동 및 청소년은 사회적 책임을 부담할 수 있는 자립적인 인간으로 성장할 수 있도록 또한 사회·문화·경제적으로 통합할 수 있도록 지원한다.
- ③ 연방 및 주는 헌법상의 권한과 능력의 범위 안에서 사회적 목표의 달성을 위해 노력한다.
- ④ 사회적 목표에 근거하여 국가의 급부를 직접 청구하는 개인의 권리를 도출할 수 없다.

스위스 헌법 제13조와 제14조는 사적 영역으로서의 가족생활 및 혼인과 가족의 권리를 기본권으로 보장하고 있다. 또한 제11조에서는 아동과 청소년의 성장촉진 청구권을 보장하고 있다. 그리고 가족에 대한 보호와 지원(제41조제1항C), 아동과 청소년에 대한 지원을 사회목표 규정으로 두고 있다.

가족을 아동과 성인의 공동체로 정의하고 공동체에 권리가 있음을 표명한 것은 가족을 보호 대상으로 보는 규정보다는 진일보 된 것으로 보인다.¹⁴⁸⁾ 그러나 가족을 아동과 성인으로 구성된 공동체로 규정하고 있는 것은 가족을 생활공동체로 정의한 것으로 근대가족모델에서 탈피한 듯 보이나 여전히 아동과 성인을 가족의 구성요소로 보고 있다는 점에서 근대 핵가족 모델에 기반해 있다고 할 수 있다.

가족과 아동, 청소년에 대한 지원정책은 제41조를 근거로 실시되고 있다. 그러나 사회목표 규정(제41조제3항, 제4항)은 연방 및 주의 입법방침을 규정한 것으로 개인이 국가에 급부를 청구할 수 있는 사회적 기본권으로서의 성격을 갖는 것은 아니다.

나. 독일

1) 독일 기본법의 제·개정과정

독일은 제2차 세계대전의 패전에 의해 나치의 제3제국은 붕괴되고 미·영·불의 서측 점령지구 군사정부는 서측의 11개 주의 수상을 소집하여 헌법제정의회를 소집할 수 있는 권한을 부여했다. 그러나 각 주의 수상은 헌법제정에 의해 분단국가가 고착화

148) 스위스의 가족관련조항인 제11조, 제12조, 제14조는 1999년 헌법개정에 의해 부가된 것으로 국제적 기준에 조응하는 형태의 규정방식으로 보인다.

되는 것을 우려하여 동서독이 통일되기 전까지는 헌법(Verfassung)이 아니라 잠정적 성격을 갖는 기본법(Grundgesetz)을 제정하는 것으로 하고, 1949년 5월 8일 독일연방공화국 기본법을 제정하였다. 이 기본법은 5월 24일부터 시행되었다.¹⁴⁹⁾

1990년 10월 동서독이 통일된 이후 독일통일조약의 내용에 따라 기본법의 전면적인 검토 작업이 이루어진 결과 기본법 개정 법률안이 1994년 8월 양원을 통과해 11월에 공포되었다. 1994년 개정에 의해 변경 또는 추가된 규정으로는 성평등 실현에 관한 국가목표규정과 장애인의 차별금지(제3조제2항, 제3항), 자연적 생활기반의 보호 의무에 관한 규정(제20a조), 주 간 조약에 관한 규정(제29조제8항), 연방과 주의 입법 권한에 관한 규정(제72조, 제74조, 제75조 등), 연방상원의 권한에 관한 규정(제76조)의 개정 등 총 14개 조문이다.

2) 독일 기본법의 개요 및 특징

독일 기본법은 전문, 제1편 기본권, 제2편 연방과 란트, 제3편 연방의회, 제4편 연방참의원, 제4편 A 합동위원회, 제5편 연방대통령, 제6편 연방정부, 제7편 연방의 입법, 제8편 연방 법률의 집행과 연방행정, 제8편 A 공동임무, 제9편 재판, 제10편 재정 제도, 제10편 A 방위상의 긴급 사태, 제11편 경과 규정과 종미규정의 총 146개의 조문으로 구성되어 있다.

독일 기본법은 연방국가, 민주국가, 법치국가, 사회국가 원리를 표명하고 있다. 독일 역시 제1장 기본권에 성평등과 가족관련 조항을 가지고 있다. 성평등과 가족관련 조항의 내용을 살펴보기에 앞서 기본권의 내용과 특징을 살펴보면 다음과 같다. 독일 기본법은 나치에 대한 반성에서 인권의 중요성을 강조하기 위해 제1장에 기본권 규정을 두고 있다. 제1조는 인간의 존엄을 존중하는 것이 국가권력의 의무이고 ‘불가침의 양도할 수 없는 인권’의 존재를 인정하고, 입법자를 포함하여 모든 국가권력을 구속한다는 것을 명시하고 있다.

이를 통해 기본법의 기본권은 국가권력에 대한 개개인의 주관적 권리로서의 전통

149) 독일 기본법의 개정과정에 대해서는 박영도, 『독일통일과 기본법개정』, 한국법제연구원, 1995; 김효전, “독일통일과 기본법의 개정”, 『헌법학연구』제4권제2호, 1998, 246-276쪽; 장명봉, “독일통일 후 기본법 개정의 논의와 내용에 관한 고찰”, 『법학논총』(국민대), 제8집, 1996, 63-103쪽 참조.

적 성격뿐만 아니라 기본법 전체를 지배하는 최고의 ‘가치규범’으로서 성격을 함께 가지고 있음을 알 수 있다. 더욱이 기본법은 이것을 법률에 의해 제한하는 경우에도 본질적 내용이 침해되는 것을 허용하지 않고(제19조제2항), 연방헌법재판소의 이른바 ‘헌법소원’제도 등을 통해 기본권을 보장하고 있다.

기본법의 기본권 규정은 프랑크푸르트 헌법 이후의 고전적·전통적인 기본권을 계승한 것으로, 이주 일부분을 제외하고는 바이마르 헌법에 포함되어 있던 상세한 사회적 기본권의 내용은 볼 수 없다. 그 대신에 기본법은 제20조제1항에 이른바 사회국가조항을 두고, 사회적·경제적·문화적 제 권리의 실현을 광범위하게 입법자에게 위탁하고 있다. 이점은 독일 기본법의 커다란 특징의 하나이다.¹⁵⁰⁾ 성평등, 가족관련조항은 기본권 안에 다음과 같은 형태로 규정되어 있다.

3) 독일 기본법과 성평등관련조항¹⁵¹⁾

제3조 (법 앞에 평등, 남녀동권, 차별취급의 금지)

- ① 모든 사람은 법 앞에 평등하다.
- ② 남성과 여성은 동등한 권리를 갖는다. 국가는 여성과 남성의 동등한 권리가 현실적으로 달성되는 것을 촉진하고 현실에 존재하는 불이익의 제거에 노력한다.
- ③ 누구도 성별, 출생, 인종, 언어, 고향, 가족, 신앙, 종교상 또는 정치적 신념을 이유로 불이익을 받거나 우대받아서 안 된다. 누구도 장애를 이유로 불이익을 받아서는 안 된다

독일 기본법 제3조는 성평등을 일반적 평등권과는 별도의 항을 통해 규정하고 있다. 또한 동시에 국가는 남녀 간의 실질적 평등의 달성을 촉진하고 현실에 존재하는 불평등의 제거에 노력한다고 규정함으로써 성평등을 국가목표규정으로 명확하게 하고 있다.

150) 독일 기본법상의 기본권 조항으로는 제1조(인간의 존엄), 제2조(인격의 자유, 신체의 자유), 제3조(법 앞의 평등), 제4조(종교와 양심의 자유), 제5조(표현의 자유), 제6조(혼인, 가족, 모와 자의 보호), 제7조(학교제도 제8조(집회의 자유), 제9조(결사의 자유), 제10조(통신의 자유), 제11조(이전의 자유), 제12조(직업의 자유), 제12a(국방과 그 밖의 의무), 제13조(거주의 불가침), 제14조(재산권, 상속권·공용수용), 제15조(사회화), 제16조(국적, 추방), 제16조a(망명권), 제17조(청원권), 제17조a(군인의 기본권 제한), 제18조(기본권의 상실), 제19조(기본권 제한) 등이다.

151) 이하의 내용 중 각주를 제외하고는 Humboldt GenderKompetenzZentrum의 Sandra Lewalter 박사와의 인터뷰 내용을 기초로 정리한 것이다.

국가목표규정은 국가가 지속적으로 존중하고 충족해야 할 사실상의 목적으로 확정된 과제를 명시한 것으로 법적으로 구속력 있는 헌법규범이다.¹⁵²⁾ 국가목표규정은 확정된 국가행위 프로그램이며 국가 활동의 지침과 지시가 되며, 아울러 입법과 행정입법의 해석근거가 된다. 따라서 성평등을 국가목표규정으로 명시한 것은 성평등이 단순히 선언적 의미에 그치는 것이 아니라 국가행위의 방향을 설정하고 실질적 과제를 부여하는데 중요한 부분이라는 것을 명확히 한 것이라는 점에서 의미가 있다. 또한 국가목표규정은 법률의 해석 지침이 된다는 점에서도 의미가 있다. 법원과 행정기관은 헌법에 보장된 목적에 위반되지 않게 국가목적규정의 실현에 기여하도록 해석해야 한다. 그러나 이 규정은 국가가 특정행위를 하도록 개인에게 주관적 권리를 보장하는 것은 아니다. 즉, 개별적 청구권을 부여해 주는 것은 아니다.¹⁵³⁾ 또한 제3조제3항의 후문은 사실상의 기회의 평등을 지원하는 것을 국가의 의무로 하고 있을 뿐 특정의 지원조치를 요구하는 주관적 권리로서의 청구권을 인정하는 것은 아니다.¹⁵⁴⁾ 그럼에도 불구하고 이 조항에 의해 할당제와 같은 실질적 평등조치가 헌법적 근거를 확보할 수 있게 되었다는 점은 의미가 있다.

이와 같은 의미를 갖는 제3조제2항 후문은 1994년 기본법 개정 당시 부가된 것이다. 1994년 개정이전에는 제3조제2항은 “남성과 여성은 평등하다”로만 되어있었고 이 규정은 법적 평등을 확보하기 위한 차별금지명령으로만 이해되었다.

차별금지명령은 가족법, 노동법 등에 존재하는 성차별적 규정을 폐지하는 데는 기여했으나, 사회적 현실에서 발생하는 불평등을 제거하는 데는 한계를 노정했다. 이것은 독일만의 상황이 아니라 형식적 평등권이 갖고 있는 한계이다. 이런 현실을 바탕으로 제기 된 것이 적극적 차별시정조치 도입의 필요성이다. 그러나 독일 기본법 제3조제2항을 법적 평등을 확보하기 위한 차별금지명령으로 이해하는 한 남녀 간의 실질적 평등을 실현하기 위한 적극적 차별시정조치는 제3조제2항과 모순되고 평등권의 실질적 내용을 침해하는 것이 된다. 물론, 이 경우에도 남녀 간의 생리적 또는 성적 차이에

152) 최윤천, “환경권의 헌법적 현실과 대안”, 『헌법 다시보기』 함께하는 시민행동 엮음, 창비, 2006, 407쪽.

153) 김용화, 성인지적 관점에서 바라본 성평등 실현에 관한 연구, 숙명여자대학교 대학원 법학과 박사학위 청구논문(미간행), 2006, 99쪽.

154) Schweizer, Der Gleichberechtigungssatz, 1998, S.92 ; 西原博史, 『平等取扱の權利』(成文堂), 2002. p.278

기인한 여성의 임신, 출산, 수유에 대한 특별조치는 허용된다.

이런 입장에 대해 ‘법질서의 중립성’이라는 신화는 사회의 소수자의 차별과 불평등한 대우를 고착화시키고 현상 유지에 기여하게 되며, 이러한 것을 방지하고 형식적 평등뿐만 아니라 실질적인 평등을 달성하기 위해서는 법은 일정기간 중립성을 포기해야 한다는 주장이 제기된다. 이러한 입장은 1980년대 이후 연방헌법재판소 판례에 영향을 미치게 된다. 연방헌법재판소는 여성노동자에 대한 법률상의 야간금지의 위헌성을 확인하는 사건에서 “제3조제2항은 단순히 성별에 이익 또는 불이익을 결부시키는 법규범이 아니라 미래에 있어서 양성의 평등을 관철하고자 하는 것이다”고 판시했다.¹⁵⁵⁾

이와 같은 상황에서 1992년 1월에 통일조약에 의한 기본법 개정을 위한 공동헌법위원회가 설립되었다. 이 위원회 회의과정에서 기본법 제3조의 개정을 둘러싼 찬반양론이 대립되었다. 개정이 불필요하다고 한 입장은 연방헌법재판소가 여성의 평등과 관련해서 이미 국가는 여성의 실질적 평등실현을 위해 노력할 의무가 있다고 판결하였기 때문에 제3조제2항의 개정은 불필요하다는 것이다. 이에 대해 찬성 쪽의 입장은 연방헌법재판소의 판결을 보다 확고히 하고 기본법 제3조의 의미를 명확하게 하고 여성의 평등실현에 미칠 긍정적인 정치적 효과를 고려하여 위 조항을 개정해야 한다는 것이었다.¹⁵⁶⁾ 여성단체와 여성학자 등의 노력으로 공동헌법위원회는 기본법 제3조를 재정하는 것으로 결정했다.

문제는 어떠한 문구로 개정하는 가이다. 각 정당들은 다양한 개정안을 제출했다.¹⁵⁷⁾ 그러나 개정안의 내용은 다음과 같이 대별된다. 첫째, 모든 사회적 영역에서 여성의 평등실현을 가능하게 하고 보장할 의무를 국가에게 부여하는 것이다. 둘째, 국가가 여성과 남성의 평등실현의 조건을 창출하거나 지원해야 한다는 것을 규정하는 것이다.

155) BVerfGE85,191.

156) Limbach Jutta·Eckertz-Höfer, Marion, Frauenrechte im Grundgesetz des geeinten Deutschland, 1993, p.250 이하.

157) 독일 기독교민주당은 “국가의 과제는 모든 사회적 영역에 있어서 여성의 동등한 참여의 조건을 창설하는 것이다. 이미 존재하는 불이익을 상쇄하기 위한 조치들은 허용된다”, 독일사회민주당은 “여성과 남성은 동등하다. 국가는 모든 사회적 영역에 있어서 여성의 평등실현을 보장한다” “현존하는 불평등의 상쇄를 위한 여성지원조치들은 허용된다”, 독일자유민주당은 “국가는 모든 사회적 영역에서 여성의 평등실현을 지원한다” 라는 개정안을 각각 제출했다. 또한 연방참여위원의 헌법개정위원회는 “여성과 남성은 동등하다. 국가는 사회에 있어서의 여성과 남성의 평등실현의 조건을 창출해야 한다. 현존하는 불평등의 상쇄를 위한 여성의 지원조치는 허용된다”라는 개정안을 제출했다.

1993년 공동헌법위원회는 “남성과 여성은 동등한 권리를 갖는다. 국가는 여성과 남성의 동등한 권리가 현실적으로 달성되는 것을 촉진하고 현실에 존재하는 불이익의 제거에 노력한다”라는 개정안을 채택하였다. 이 개정안은 1994년 10월27일에 제정되고 1994년11월15일에 발효된 기본법 개정에 관한 법률에 그대로 수용되어 현재에 이르고 있다.¹⁵⁸⁾

4) 독일 기본법과 가족관련조항¹⁵⁹⁾

제 6 조 (혼인, 가족, 어머니 및 사생아)

- ① 혼인과 가족은 국가질서의 특별한 보호를 받는다.
- ② 자녀의 부양과 교육은 양친의 자연적 권리이고 일차적으로 그들에게 부과된 의무이다. 그들의 활동에 대하여 국가공동사회가 감시한다.
- ③ 친권자가 의무를 태만히 하거나 또는 그 밖의 이유로 자녀가 방치될 우려가 있을 때에는 그 자녀는 법률에 근거하여서만 친권자의 의사에 반하여 가족과 분리될 수 있다.
- ④ 어머니는 누구든지 공동체의 보호와 부조를 청구할 권리를 갖는다.
- ⑤ 사생아의 육체적·정신적 성장과 사회적 지위에 관하여는 입법을 통하여 적자와 동일한 조건이 마련되어야 한다.

독일은 헌법을 통해 ‘혼인과 가족의 보호’를 국가의 의무로 규정한 최초의 국가이다. 바이마르헌법 제119조는 “혼인은 가족생활 및 국민의 유지와 번영의 기반으로서 헌법에 의한 특별한 보호를 받는다”라고 하고 “자녀가 많은 가족은 조정을 위해 복지 보호를 받을 권리를 갖는다. 모성은 국가에 의한 보호와 복지보호의 권리를 갖는다”라고 규정했다. 이와 같은 규정이 헌법에 명문화된 배경은 이미 독일제국시대부터 시작된 저출산이 바이마르 공화국 시대에는 인구재생산 수준을 하회하는 수준으로 진행되었기 때문이라고 한다.

그 후 1949년에 제정된 독일기본법 제6조의 가족관련 조항은 위의 바이마르 헌법의 규정을 계승한 것으로의 성격을 갖는다.

158) 김영희, 『할당제의 합헌성에 관한 연구』, 한국여성개발원, 1997, 11쪽; 조흥석, “현행 헌법의 평등권·성평등조항 개정방향”, 『헌법학연구』 제12권제4호, 2006, 141-142쪽.

159) 이하의 내용 중 각주를 제외하고는 Humboldt GenderKompetenzZentrum의 Sandra Lewalter 박사와의 인터뷰 내용을 기초로 정리한 것이다.

기본법 제6조제1항은 혼인과 가족을 국가질서의 특별한 보호 하에 두는 것에 의해 혼인과 가족을 사적 질서의 본질적 부분으로 보고, 이를 보장하고 있다. 그뿐 아니라 이 보장은 혼인과 가족에 관한 사법 및 공법의 전 영역에 있어서의 원칙규범을 포함하는 것이다. 따라서 이 규정은 원칙 규범으로서 혼인과 가족을 단순히 침해로부터 보호하는 것뿐 아니라 적절한 조치에 의해 혼인과 가족을 조성하는 적극적 임무를 국가권력에 의무로 부과하고 있다. 따라서 제6조제1항은 국가권력이 혼인과 가족의 권리를 침해하는 것을 금지하는 것뿐 아니라 국가권력의 방해적인 개입에 대한 주관적 방어권도 포함된다. 그러나 동항은 적극적인 조성을 요구하는 직접적인 청구권을 가지는 것은 아니다.¹⁶⁰⁾

계속해서 제6조제2항은 부모에게 양육의무와 국가의 감시의무를 규정하고 있다. 제6조제2항 전문에 근거한 부모의 양육권에 대해 연방헌법재판소는 인간의 존엄을 위해 그 보호하는 자녀의 인격을 적절히 발달시킬 부모의 책임이라는 의미로 해석하고 있다. 즉, 부모의 양육권이란 보호와 도움을 필요로 하는 아동에게 사회공동체에서 자신의 책임 하에 내적으로 기본법이 추구하는 인간상과 동일한 인격을 가진 인격체로 성장·발 전시키는데 목적이 있다. 부모의 양육권은 아동의 보호를 위해 제6조제2항 후문에 의해 국가가 감시기구로서의 책임을 실현함으로써 제한되지 않는다. 따라서 부모의 양육권은 그들이 자녀의 보호와 양육의 실현에 국가적 침입에 대한 방어를 의미하는 주관적 권리 요소뿐 아니라 객관적 권리의 내용을 말하는 것이다. 따라서 국가는 부모의 권리에 대한 외부의 침입으로부터의 보호를 위해 필요한 조치를 취할 의무가 있으며 이를 실행해야 한다. 결국 연방재판소는 제6조제2항 전문으로부터 1차적으로 아동보호에 대해 부모의 책임을 부과하고 있고, 후문으로부터 2차적으로 국가가 이를 감독하도록 하고 있다.¹⁶¹⁾

제6조제4항은 임신한 여성을 포함한 어머니에게 모성보호에 대한 청구권을 인정하고 있다. 이러한 모성에 대한 특별한 보호는 노동법의 영역에서 구체화 된다. 동조제5항은 사생아에 대해 적극적 평등실현을 위한 국가의 의무를 선언하고 있다.¹⁶²⁾ 이는 입법에 의해 적자와의 평등의 조건을 부여할 것을 국가의 의무로 선언한 것으로 내용상의 법적 평등의 구체적 요구를 표명한 것이다.¹⁶³⁾

160) Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Neudruck der 20. Auflage, Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 1999. p.295

161) 정순원, “청소년 보호의 목적과 헌법적 근거”, 한국공법학회 『공법연구』 제35집제3호, 2007, 130-131쪽.

162) 조홍석, 앞의 논문 (주 158), 140쪽.

다. 이탈리아

1) 이탈리아 헌법의 제·개정과정

이탈리아는 18~19세기 전반까지 소국 분립의 상태에 있었다. 피에몬테(Piemonte) 왕국을 중심으로 독립·통일운동이 고양되어 1861년 3월에 이탈리아 왕국이 탄생하고, 보불전쟁을 거쳐 1870년 10월에 로마 합병으로 통일이 완성되었다. 이 체제 하에서는 1843년 3월에 사르데냐 왕국의 국왕 카를로 알베르토(Carlo Alberto)에 의해 제정된 이른바 ‘카를로 알베르토 헌장’이 이탈리아 국왕의 기본법이 되었다. 이 헌장은 제1차 세계대전 후 파시즘의 대두와 무솔리니 정권하에서 형식적으로는 이탈리아 공화국 헌법 시행까지 그 효력이 인정되었다.

1943년 7월 무솔리니는 국왕 측근과 파시즘 내 반대파의 쿠데타에 의해 추방되어 파시즘체제는 종식되었다. 그 후 이탈리아는 연합국과 휴전협정을 체결하고 반파시즘 정권의 수립, 연합군에 의한 로마점령, 국왕과 반파시즘 정권과의 살레르노 협정의 체결, 전 국토의 해방 등을 거쳐 1946년 6월 국체문제에 관한 국민투표가 실시된 결과 왕정이 폐지되고 공화제가 수립되었다. 그리고 같은 날 실시된 선거에 의해 75명의 위원으로 구성된 헌법위원회에 의해 헌법초안이 만들어졌다. 이 초안은 1947년 12월에 가결되어 1948년 1월1일부터 시행되었다.¹⁶⁴⁾

이와 같은 과정을 통해 성립된 이탈리아 헌법은 그 후 10여 차례에 걸친 개정이 이루어져 오늘에 이르고 있다. 2008년에 이루어진 헌법 개정에서 특징적인 것은 공직에 있어서 남녀의 평등한 참여를 명시한 것이다. 이 헌법개정은 1995년 9월에 선거제도 개혁의 일환으로 실시된 할당제(일정 수의 여성후보자를 후보자 명단에 올리는 것을 의무로 한 조치)가 헌법재판소에 의해 위헌으로 결정¹⁶⁵⁾된 것이 직접적이 계기가 되었다.

163) 앞의 책 (주 160).

164) 衆議歐洲各國憲法調査議員団報告書, 2000年, p.81

165) 공직선거에서 여성에 대한 할당제를 규정한 법률의 위헌 여부가 다투어진 사건에서 헌법재판소는 헌법 제3조 1항의 평등원칙과 제51조 1항의 공직에의 성평등 조항을 위반한 것으로 결정했다. 그 이유는 다음과 같다. 개인의 자유와 평등을 사실상 제한하고 인격의 완전한 발전과 국가의 정치적, 경제적, 사회적 조직에의 노동자의 실제적인 참가를 방해하는 경제적·사회적 장애를 제거하는 것을 목적으로 하는 이른바 적극적 차별시정조치 중에는 입법자가 다양한 방식으로 양성간의 평등한 기회를 촉진하기 위해 실시해 온 조치도 포함된다. 따라서 적극적 차별시정조치 자체는 헌법상 인정된다. 그러나 적극적 차별시정조치와 같이 의도적으로 불평등한 취급을 하는 입법조치는 사회적·경제적으로 열악한 상황을 제거하고 개인 간의 물질적 불평등을

2) 이탈리아 헌법의 개요 및 특징

이탈리아 헌법은 프랑스 제4공화국 헌법을 모델로 제정되었으며, 전문, 기본원칙, 제1부 시민의 권리와 의무, 제2부 공화국의 조직 등의 총 139개 조문과 경과 규정 및 최종규정 18개 조문으로 구성되어 있다.

이탈리아 헌법의 특징으로는 우선, 노동에 기초한 민주공화국(제1조, 제3조, 제4조)¹⁶⁶⁾을 선언한 점을 들 수 있다. 다음으로는 가족, 노동조합, 정당 등의 존재를 승인하고, 인권도 보장하고 있다는 점이다. 더욱이 실질적 평등의 확보를 위해 노동자의 광범위한 사회참여를 선언하고 있다. 마지막으로 인권규정 체계가 매우 특징적이다. 인권은 그 역사적 발전으로부터 국민과 국가의 관계에 주목하여 자유권, 사회권, 참정권 등으로 분류되는 것이 일반적이다. 그러나 이탈리아 헌법에 있어서는 사회 제 관계에 따른 인권이 체계화되어 있다. 즉, 시민적 관계(인신의 자유, 표현의 자유 등의 자유권), 윤리적 사회적 관계(가족·건강의 자유, 예술·학문의 자유 등), 경제적 관계(노동의 권리, 조합 결성의 자유, 경제적 자유 등), 정치적 관계(선거권, 정당 결성의 자유 등)등으로 인권이 분류된다.¹⁶⁷⁾

이하에서는 이탈리아 헌법상의 성평등, 가족관련조항에 대해 살펴본다.

수정하고 제거하기 위해서는 인정되지만 모든 시민에게 평등하게 보장된 기본적 권리의 내용 그 자체에 직접 영향을 미쳐서는 안 된다. 헌법 제51조 1항은 피선거권에 있어서 절대적 평등을 규정한 것으로 그 까닭에 성별을 고려한 모든 구별은 불리한 조건에 있는 집단에 속하는 시민을 우대하기 위해 그 밖의 시민의 기본적인 권리를 축소하는 것이 되어 차별적이라고 할당제가 위헌임을 인정했다. 그러나 정치적 대표성에 있어서 양성의 균형을 위해 일정 수의 여성후보자를 후보자 명단에 올리는 조치 그 자체는 본건의 경우와 같이 법률로 정하는 경우에는 헌법에 저촉하지만 선거에 참가하는 정당, 단체, 그룹이 피선거권자 선정에 관해 스스로의 규약 또는 규칙에 이를 규정하는 형태로 자주적으로 실시되는 것이라면 적극적으로 평가할 수 있다고 판시했다. 高橋利安, “イタリアにおける女性の政治参画とポジティブ・アクション—法律によるクオータ制導入の合憲性”, 『修道法學』, 28卷2号, pp.70-74

166) 이탈리아 헌법 제1조는 “이탈리아는 노동에 기초한 민주공화국이다”라고 선언하고 있다.

167) 이 밖에도 이탈리아 헌법의 특징으로는 개인주의 원칙, 사회조직에 대한 권리를 인정한 다원주의 원칙, 소수자의 권리를 존중하고 다수결에 의한 정부 및 국민의 합의를 기초로 하는 민주주의 원칙, 헌법개정을 어렵게 하는 경성헌법과 헌법재판소의 설치 등의 헌법보장의 원칙, 지방자치를 보장하는 분권주의 및 국제협조주의 등을 들 수 있다. 誰名規子, “イタリア憲法の家族條項および國家と家族の關係についての家族法的考察(2)—ファシズム下における國家による家族への介入の歴史とともに—”

senshu-u.ac.jp/School/horitu/publication/hogakuronshu/96/96-shiina.pdf

3) 이탈리아 헌법과 성평등관련조항

제 3 조 (법 앞에 평등, 실질적 평등원칙·참가)

- ① 모든 시민은 성별, 인종, 언어, 종교, 정치적 신념, 개인의 조건이나 사회적 조건에 의해 차별받지 않고 동등한 사회적 위엄을 갖고 법 앞에 평등하다.
- ② 시민의 자유와 평등을 사실상 제한하고, 인격의 완전한 발전과 국가의 정치적, 경제적, 사회적 조직에의 모든 노동자의 실질적 참여를 방해하는 경제적·사회적 장애를 제거하는 것은 공화국의 임무이다.

제 37 조 (여자, 연소노동자의 보호)

- ① 여성노동자는 남성노동자가 갖고 있는 것과 같은 동일한 권리를 갖고 동일 노동에 대해 남성노동자와 동일한 임금을 받는다. 노동조건은 여성이 가정의 의무를 수행하는 것을 지원해야하며, 모성권 및 유아에 대해서는 특별한 보호를 보장한다.

제 51 조 (공직 취임권)

- ① 모든 남녀 시민은 법률에서 정하는 자격에 따라 평등한 조건 속에서 공무 및 선거에 의해 공직에 취임할 수 있다. 이 목적을 위해 공화국은 적절한 조치에 의해 남녀의 기회균등을 촉진한다.

제117조 (전속입법과 경합입법)

- ⑦ 주법은 사회적, 문화적, 경제적 생활에 있어서 남녀의 완전한 균등을 저해하는 모든 장애를 제거하고 선거에 의한 공직에의 남녀접근의 균등을 촉진한다

이상의 이탈리아 헌법상의 성평등관련조항은 그 규정방식과 내용에 있어서 다른 나라와 차이를 보인다. 우선, 성별 등을 이유로 한 차별금지와 법 앞에 평등과 모든 노동자의 실질적 평등을 위한 공화국의 임무를 규정한 제3조를 기본원칙으로 개별 성평등관련 조항을 가지고 있다는 점이다.

윤리·사회적 관계에서는 혼인이 성평등을 전제로 이루어짐을 선언하고, 경제적 관계에서는 모성보호와 이를 위해 필요한 시설의 조성, 남녀노동자의 평등과 동일노동 동일임금보장, 그리고 여성의 일-가족 양립지원, 모성권과 육아에 대한 지원을 규정하고 있다. 정치관계에 있어서는 공직 취임에 있어서 성평등뿐만 아니라 국가는 공직 취임에 있어서 남녀의 기회균등을 촉진한다는 국가목표규정을 두고 있다. 또한 주법은 사회적, 문화적, 경제적 생활에 있어서 남녀의 완전한 균등을 저해하는 모든 장애

를 제거하고 선거에 의한 공직에의 남녀참여의 균등을 촉진한다고 규정함으로써 주정부 부에게 남녀 간의 실질적 평등과 공직에의 성평등의 촉진을 위한 입법의무를 부과하고 있다.

특히 공직취임이라는 정치관계의 영역에서만 남녀의 기회균등을 촉진할 것을 국가 목표로 규정한 것은 특징적이다. 이 규정은 기존의 “모든 남녀 시민은 법률에서 정하는 자격에 따라 평등한 조건 속에서 공무 및 선거에 의해 공직에 취임할 수 있다”는 조항에 2003년 개정에 의해 “이 목적을 위해 공화국은 적절한 조치에 의해 남녀의 기회균등을 촉진한다”를 부가하여 오늘에 이르고 있다.

이와 같은 규정방식은 뒤에서 살펴볼 프랑스 파리티테(남녀동수)법과 유사한 역사와 내용을 가지고 있다. 이는 양국 모두 여성의 과소대표성 극복을 위한 공직선거에서의 여성할당제 실시가 헌법재판소에 의해 위헌결정을 받고, 이를 헌법개정을 통해 공직 선거에서의 실질적 평등조치인 적극적 차별시정조치의 헌법적 근거를 마련했기 때문이다.

4) 이탈리아 헌법과 가족관련조항

제29조 (가족의 권리 및 혼인의 원칙)

- ① 공화국은 혼인에 의한 자연공동체인 가족의 권리를 승인한다.
- ② 혼인은 가족의 일체성을 확보하기 위해 법률에 의해 정해진 범위 내에서 배우자 상호간의 윤리적, 법적 평등을 전제로 이루어진다.

제30조 (자의 양육 및 사생아의 보호)

- ① 자를 양육하고 훈계 및 교육을 하는 것은 혼인외 자라고 하더라도 양친의 의무이고 권리이다.
- ② 부모가 무능력한 경우에 법률은 그 책무가 수행되도록 조치를 강구한다.
- ③ 사생아에 대한 법적, 사회적 보호는 법률로 정한다. 그 보호는 적법한 가족구성원의 권리와 양립하는 것으로 한다.
- ④ 부의 수색(搜索)에 관한 규정과 제한은 법률로 정한다.

제31조 (가족, 모성 및 연소자의 보호)

- ① 공화국은 경제적 및 그 밖의 조치에 의해 가족의 형성 및 그 책무의 수행을 조성한다. 대가족에 대해서는 특별하게 배려한다.
- ② 공화국은 모성, 아동 및 청소년을 보호하고 이 목적을 위해 필요한 시설을 조성한다.

이탈리아 헌법의 가족관련조항의 특징으로는 가톨릭 사상을 그 이념적 기초로 하고 있다는 점이다. 가톨릭 사상의 영향은 가족을 자연공동체로 정의하고 가족의 국가로부터의 독립 및 자율을 인정하고 있는 것을 통해 나타난다. 가족을 자연공동체로 정의한 것은 다른 나라의 헌법에서는 볼 수 없는 것으로 이탈리아만의 특징이다. 이처럼 가족을 자연공동체로 정의한 것은 가족은 국가 이전에 존재하는 것으로 국가에 대한 가족의 우위를 인정한 것이다. 이것을 인정하는 것에 의해 가족의 권리는 국가에 의해 형성되는 권리가 아니라 이미 존재하는 권리를 국가가 인정하는 것이 된다.

이와 같은 가족의 정의는 헌법 제2조의 사회조직에 참가할 권리와 시민사회의 개념과 관련이 있다. 이탈리아 헌법은 사회를 인간을 기초로 하는 사회조직으로 이해한다. 즉, 인간은 그 자체로서 존중되어야하나 사회조직의 일원으로서도 존중되어야 한다. 사회는 그러한 사회조직에 의해 구성되지만 그 사회조직은 국가 이전에 형성되었다는 것이다. 그리고 국가와 개인의 관계는 개인인 인간, 또는 중간단체인 사회조직을 경유해서 국가에 이르는 단계적 관계라는 것이다. 따라서 가족은 최초의 사회조직으로 자연사회의 담당자로서 특별하게 배려되어야 한다. 그 까닭에 국가는 가족이라는 국가 이전의 고유의 제도에 대해 단순하게 그 지위를 인정하는 것에 불과하게 된다.¹⁶⁸⁾

한편 제30조의 혼인에 있어서 양성의 윤리적, 법적 평등, 사생아의 권리 등은 평등권의 보완적 성격을 갖는다. 또한 제31조의 가족형성에의 배려와 모성, 아동, 청소년의 보호에 대해 국가의 책무 등을 규정하고 있다. 특히 아동과 청소년 보호와 관련시설의 조성을 국가의 책무로 규정하고 있다.

라. 프랑스

1) 프랑스 헌법의 제·개정과정

프랑스는 1789년 시민혁명을 통해 인간과 시민의 권리선언을 채택한 후 유럽 최초의 성문헌법을 제정하였다. 그러나 1789년 이후 수 차례의 국가형태의 변화에 따라 다양한 헌법이 제정되었다. 제2차 세계대전 이후 1946년에 제4공화국 헌법이 제정되었고, 1956년에는 제4공화국 헌법의 개정관련 규정에 따라 헌법 개정이 이루어져 제5

168) 앞의 논문(주 167)

공화국 헌법이 탄생했다. 그 후 현재까지 19번의 개정이 이루어졌다.¹⁶⁹⁾

2) 프랑스 헌법의 개요 및 특징

현행 제5공화국 헌법은 전문, 제1장 주권, 제2장 대통령, 제3장 정부, 제4장 국회, 제5장 국회와 정부의 관계, 제6장 헌법원, 제7장 고등법원, 제11장 경제사회평의회, 제12장 지방공공단체, 제13장 뉴클레도니아에 관한 경과규정, 제14장 제휴협정, 제15장 유럽연합, 제16장 개정 등의 총 89개 조문으로 구성되어 있다.

프랑스 현행 헌법의 특징은 강력한 대통령의 권한과 근대헌법의 기본요소인 기본적인 인권보장 규정이 존재하지 않는 점 등이다. 프랑스 헌법은 전통적으로 헌법 본문에 인권규정을 두는 경우가 적다는 점을 유의할 필요가 있다. 제5공화국 헌법도 인권에 대해 “프랑스 인민은 1789년의 권리선언에 의해 규정되고, 1946년 헌법의 전문에 의해 확인되고 보완된 사람의 권리와 국민주권의 원칙에의 애착과 2004년의 환경헌법에서 규정한 권리와 의무에의 애착을 엄숙하게 선언한다”는 전문과 제66조(자의적 구금의 금지)¹⁷⁰⁾등을 두고 있을 뿐이다. 그러나 프랑스의 인권에 관한 법적 보장은 행정법원 등의 법원에 의한 판례를 통해 확립되고 있고, 헌법재판소의 인권보장 기관으로서의 진전도 주목된다.

1971년에 헌법재판소는 현행 헌법 전문의 실제적·헌법적 효력을 인정하였고, 이를 통해 구 헌법 등의 인권규정의 효력을 인정하는 결정을 하였다.¹⁷¹⁾ 따라서 현행 헌법 하에서 프랑스 인권선언과 제4공화국 헌법 전문의 인권규정은 헌법적 효력을 가진다.¹⁷²⁾ 제4공화국 헌법은 전문에 프랑스 인권선언과 제 법률에 의해 승인된 기본원칙

169) 프랑스 헌법의 제·개정사에 대해서는 전학선, “프랑스 헌법재판소와 기본권보장”, 『외법논집』 (한국외국어대 법학연구소), 제9집, 2000년.; 성낙인, “프랑스 헌정사 소고”, 영남대 『사회과학연구』, 10집2권, 1990 등 참조.

170) 제66조 ① 누구도 자의적으로 구금되어서는 안된다. ② 사법권은 개인적 자유의 수호자로 법률이 정하는 요건에 따라 이 원칙의 준종을 확보한다.

171) 전학선, 앞의 논문(주 169), 429-430쪽.

172) 인권선언은 다음과 같은 권리와 의무를 규정하고 있다. 자유와 평등의 권리(제1조), 정치적 단결권(제2조), 국민주권(제3조), 권리행사의 한계(제4조), 법률에 의한 금지(제5조), 시민의 입법참가권(제6조), 자의적인 구속의 금지(제7조), 죄형법정주의(제8조), 무죄추정(제9조), 의견의 자유(제10조), 언론·출판의 자유(제11조), 공의 무력(제12조), 조세의 부담(제13조), 조세에 관한 권리(제14조), 행정의 보고를 요구할 권리(제15조), 권리보장과 권력분립(제16조), 소유권의 불가침과 정당한 보상(제17조) 등이다.

을 재확인한 후에 기본적 권리를 열거하고 있다. 따라서 전문은 실질적 인권선언으로서 성격을 갖는다.¹⁷³⁾

프랑스 헌법의 성평등 관련 조항으로는 프랑스 인권선언 제1조, 제4공화국 헌법 전문, 그리고 제5공화국 헌법 제3조, 제4조를 들 수 있다.

3) 프랑스 헌법과 성평등관련조항

인간과 시민의 권리 선언 (1789년)

제 1 조 (자유와 권리의 평등) -

인간은 권리에 있어서 자유롭고 평등하게 태어나 생존한다. 사회적 차별은 공동 이익을 근거로 해서만 있을 수 있다.

제4공화국 헌법

전문 -

... 프랑스 국민은 현대에 특히 필요한 것으로 이하의 정치적, 경제적, 사회적 제 원칙을 선언한다. 법률은 여성에 대해 모든 영역에서 남성의 권리와 동등의 권리를 보장한다...

제5공화국 헌법

제 3 조 (국민주권과 그 행사) -

⑤ 법률은 선거에 의해 선출된 의원직과 선거에 의해 임명된 공직에의 여성과 남성의 평등한 취임을 촉진한다.

제 4 조 (정당)

② 정당과 정치단체는 법률이 정하는 조건에 따라 제3조 4항에 표현된 원칙의 실시를 공헌한다.

프랑스 현행 헌법의 성평등관련조항의 특징은 일반적 평등권이나 성평등을 명시적으로 규정한 조항이 없다는 것과 주권조항에서 공직에서 남녀의 평등한 취임을 촉진할 것을 입법의무로 규정하고 있는 점이다. 이것은 앞서 살펴본 바와 같이 프랑스 헌법이 인권을 규정하는 방식과 관계가 있다. 즉, 프랑스 인권선언과 제4공화국 헌법의

173) 제4공화국 전문은 성평등의 보장, 노동의무와 직무를 얻을 권리, 조합 활동의 자유와 가입의 자유, 파업권, 노동자에 의한 노동조건 결정과 기업 관리에의 참가, 개인과 가족의 발전에 필요한 조건의 확보 등을 정하고 있다.

전문이 현행 헌법에 계승되어 있다.

특히 프랑스 헌법의 성평등관련조항에서 주목되는 것은 정치영역에서 이른바 ‘파리테’(parite=남녀동수) 조항이 1999년 헌법 개정에 의해 헌법 제3조, 제4조에 부가된 것이다. 파리테 조항이 헌법에 부가된 것은 1982년 12월에 지방의회선거에서의 할당제 도입을 위헌으로 한 헌법재판소 결정이 배경이다. 헌법재판소는 헌법이 인정하는 기준(연령제한, 능력요건, 국적요건)이외에 선거인과 피선거인을 특정 범주에 의해 구별하는 시스템을 도입하는 것은 헌법이 규정하고 있는 평등원칙과 국민주권의 정의에 위배된다고 판시했다.

이에 프랑스 정부는 다음과 같은 이유에서 헌법개정의 필요성을 분명히 했다. 성평등은 이미 법적으로 확보되어 있지만 정치영역에서는 사실상 불평등한 상황이다. 제4공화국 헌법전문은 “법률은 여성에 대해 모든 영역에서 남성의 권리와 동등한 권리를 보장한다”라고 선언하고 있다. 이 규정 하에 직업상 그리고 사회적 책임이 있는 지위에 여성이 일할 수 있도록 배려하는 차원에서 남녀 간의 배분의 균형을 확보하는 조치를 취하는 것은 원칙적으로는 문제가 없다는 것이 헌법재판소에 의해 확인되었다. 그러나 정치적 대표에 관해서 이러한 조치를 취하는 것이 국민주권의 불가결하고 보편적인 성격을 규정한 헌법 제3조에 저촉된다는 것이 헌법재판소의 입장이다. 따라서 파리테 원칙을 도입하여 남녀 간의 정치영역에의 균등한 접근을 확보하기 위해서는 제3조의 주권조항과 양립할 수 있는 헌법개정이 필요하다는 것이다.¹⁷⁴⁾

이상의 필요성에 의해 1998년 6월에 헌법 제3조의 개정을 목적으로 하는 정부안이 의회에 제출되었다. 그러나 원로원에서는 주권원리와 평등원칙의 보편성을 근거로 제3조의 개정에 반대하는 의견이 강했다. 그러나 1999년 3월에 국민의회에서 제3조, 제4조 개정안이 가결되어 같은 해 7월 8일에 헌법개정이 이루어졌다. 그 후 2000년 6월 ‘공직에의 성평등참가촉진법’(제2000-493호)이 제정되고 명부식 비례대표제가 실시되었다. 인구 3,500인 이상의 시군구의회 선거와 유럽의회 선거에 있어서 남녀동수 원칙, 소선거구제에서 실시되는 국민의회선거에 있어서 남녀 후보자수에 따른 공적 조성금의 감액 등이 규정되었다. 이 법률제정에 대해 헌법재판소는 일부를 위헌으로 판단했지만 파리테의 구체화조치에 대해서는 입법재량권을 인정했다.¹⁷⁵⁾

174) 糖塚康江, “パリテが提起する 普遍主義的憲法學の課題—パリテ法の展開”, 辻村みよ子編, 『世界のポジティブ・アクションと男女共同参画』 2004, pp.123-125.

프랑스에서 정치 영역에서 여성의 과소대표성이 문제시되기 시작하여 파리에 운동이 고양되고 파리에 법률이 도입된 것에는 유럽연합의 영향을 부정할 수 없다. 특히 북유럽이 유럽연합에 가입함에 따라 여성의 정치참가에 있어서 프랑스의 ‘후진’성이 눈이 띄게 되었기 때문이다. 유럽평의회와 EC/EU의 ‘동수 민주주의’의 실현에 의한 여성의 정치참여의 확대라는 정책의 일치 역시 파리에 도입과 보급에 커다란 역할을 하였다.

4) 프랑스 헌법과 가족관련조항

제4공화국 헌법

전문

… 국가는 개인과 가족에 대해 그 발전에 필요한 조건을 확보한다. 국가는 만인, 특히 아동, 어머니, 고령의 노동자의 건강보호, 물질적 안정, 휴식과 여가를 보장한다. …

프랑스는 전술의 성평등관련 조항처럼 가족에 대한 명시적 조항은 존재하지 않는다. 단, 제4공화국 헌법의 전문이 현행 헌법인 제5공화국 헌법에 계승되어 현행 헌법 규범으로 존재한다.

프랑스의 헌법상의 가족관련조항은 제4공화국 헌법 전문에서 가족에 대해 그 발전에 필요한 조건의 확보를 국가의무로 규정하고 있고, 가족 구성원인 아동, 어머니, 고령의 노동자에 대해 건강의 보호, 물질적 안전, 휴가 및 여가를 보장한다고 규정하고 있는 것에 불과하다. 그러나 프랑스는 1970년 이래 헌법재판소의 인권보장 기능이 증시되어 가족에 대해서도 헌법판례가 축적되었다. 또한 유럽인권조약과 기본권 헌장과의 관계에서도 국내법과의 정합성을 갖기 위해 법 개정이 반복되었다.¹⁷⁵⁾ 이른바 “가족법의 헌법화” 현상이다.

프랑스 헌법재판소는 외국인의 지위에 관한 1993년 8월 13일에 판결에서 모든 인간은 “정당한 가족생활의 권리”를 갖는다고 했다. 이는 1946년 헌법 전문으로부터 프랑스의 거주가 안정적으로 적법하도록 외국인에게도 국민과 같은 가족생활을 영유할 권리를 갖는다는 것을 도출했다. 이 권리는 외국인이 자기의 배우자와 미성년의 자녀

175) 정종길, 프랑스에서 기본권보장의 헌법적 보장, 한국공법학회 공법연구, 제32집 제5호, 2004, 153쪽.; 糖塚康江, 앞의 논문, (주 174) pp.123-125.

176) 가족법이 1970년, 1987년, 1993년, 1994년, 1996년 등에 개정되었다.

를 데리고 올 수 있는 권능, 가족전체가 재결집할 권리가 포함된다. 더욱이 헌법재판소는 가족은 안정적이고 타당한 환경에서 거주해야 한다고 “타당한 주거”의 권리를 인정했다.¹⁷⁷⁾

이렇게 해서 국가가 개인의 가족생활을 확보하는 것이 헌법 원리로서 승인되어 가족에 관한 법적 관계가 권리·인권의 문제로서 논하게 되었다. 또한 1999년 6월 15일 법에 의해 민사연대계약(팍스법)이 도입되어 이것을 헌법재판소가 합헌으로 결정하는 것에 의해 동성커플에 대한 법적 승인과 보호가 이루어졌다.¹⁷⁸⁾ 여기에서는 제도로서의 근대가족모델에서 20세기 후반의 국가에 의한 보호의 대상으로서의 사회국가형 가족모델을 거쳐 개인주의적인 행복추구의 장소로서의 21세기형의 가족에 이르는 가족모델의 변용이 보인다.

마. 캐나다

1) 캐나다 헌법의 제·개정과정

캐나다 헌법은 하나의 성문헌법이 존재하는 것이 아니라 복수의 법률과 헌법관습 등으로 구성되어있다.¹⁷⁹⁾ 그 중심은 1867년에 영국에 의해 제정된 영령북미법(1867년 헌법법)과 1982년에 캐나다의 요청에 의해 영국이 제정한 1982년 헌법법이다. 1982년 헌법법의 제정 목적은 크게 세 가지로 나눌 수 있다. 첫째, 헌법을 ‘캐나다화’하는 것이다. 지금까지의 헌법은 영국의회에서 결정되어 제정되는 식민지적 방법을 통해 이루어졌다. 이것을 캐나다 스스로 캐나다 의회에서 제정하려고 한 것이다. 둘째, 이것과 관련해서 헌법의 개정권한도 캐나다로 이관하기 위해서이다. 지금까지 헌법개정 역시 영국의회에서 이루어졌고, 캐나다 스스로 헌법개정을 할 수 있다는 규정은 헌법에 명

177) 프랑스의 팍스법에 대해서는 水野紀子編, 『家族—ジェンダーと自由と法』、東北大學出版會、2006年에서 상세하게 다루고 있다.

178) 민사연대계약이란 동성 간이든 이성 간이든 성년인 두 사람의 자연인에 의해 그 공동생활을 조직하기 위하여 체결되는 계획을 말한다.

179) 오늘날 캐나다 헌법은 제정법과 비제정법으로 구성되어있다. 제정법으로는 1982년 헌법법을 포함한 1982년 캐나다법, 1982년 헌법법 별표제3에 열거되어 있는 명령(1867년 헌법법 이하 캐나다의 통치구조의 기본법을 규정한 법률과 캐나다의 영역을 규정한 법령으로 법 형식상은 영국의 법률 또는 캐나다의 법률), 위의 어느 것에도 포함되지 않지만 캐나다 통치구조의 기본을 정하는 법령, 헌법판례, 헌법관습 등이다.

시되어있지 않았다. 셋째, 헌법에 기본적 인권을 보장하기 위해서이다. 1867년 헌법에는 포괄적인 인권규정이 없었고, 인권에 대해 포괄적으로 규정한 것은 ‘캐나다 인권법’(1960년 제정)이었다. 그러나 이법은 법률이기 때문에 의회를 구속할 수 없고, 이법에 의해 보장된 권리는 타의 법률과 같이 그 문언에 따를 수밖에 없었기 때문에 매우 한정적으로 해석될 수밖에 없다는 한계가 있었다. 이런 상황에서 당시 캐나다 정부는 기본적 인권을 법률에 의해 좌우되지 않는 우월한 것으로 할 필요를 인식하게 되었다. 이상을 배경으로 1982년 헌법법이 제정되어 이후 몇 차례에 개정을 통해 오늘에 이르고 있다.¹⁸⁰⁾

2) 캐나다 헌법의 개요 및 특징

캐나다의 ‘1982년 헌법법’은 제1장 권리와 자유에 관한 캐나다 헌장, 제2장, 캐나다 연방의 선주민의 권리, 제3장 평등화와 지역적 불균형, 제4장, 제4·1장은 삭제, 제5장 캐나다 헌법의 개정절차, 제6장 1867년 헌법법의 개정, 제7장 총괄규정의 총 61개 조문으로 구성되어있다.

캐나다는 그동안 영미 양국의 헌법적 성격을 함께 가지고 있었으나 ‘1982년 헌법법’ 제정으로 미국법의 성격을 강하게 갖게 되었다. 주의 권한이 강화되었고 주의 결정을 제도적으로 반영하는 연방제를 채택하였다. 또한 매우 특색 있는 인권규정을 가지게 되었다. 이는 지역마다 문화적·경제적·정치적 대립이 심한 캐나다 사정을 반영하고, 새롭게 발생하는 복잡한 인권문제를 해결함으로써 현대 사회의 공통의 문제에 대응하기 위해서이다. 따라서 ‘1982년 헌법법’은 문화적·민족적 다양성을 반영하여 언어에 관한 권리와 소수 언어교육에 관한 권리를 규정하고, 현대적 문제를 대처하기 위해 차별시정을 위한 적극적 차별시정조치 등을 규정하고 있다. 기본적 인권에 관한 규정은 의회, 법원, 주 의회 모두에 대해 커다란 영향을 미친다.

이 중 성평등 관련 규정은 제1장 권리와 자유에 관한 캐나다 헌장¹⁸¹⁾에 다음과 같은 내용으로 구성되어 있다.

180) Baines&Rubio-Marin(ed.) 앞의 책 (주 1) p.56.

181) 제1장 헌장은 인권을 권리와 자유의 보장, 기본적 자유, 민주적 권리, 이전의 권리, 사법상의 권리, 평등권, 캐나다 공용어, 소수파언어교육권, 법의 실현, 헌장해석의 일반원칙 등 나누어 각 영역별로 인권의 내용을 구체적으로 규정하고 있다.

3) 캐나다 헌법과 성평등관련조항

제15조 (법 앞의 평등, 적극적 차별시정조치)

- ① 모든 사람은 법 앞에 평등하고 인종, 국적, 종족, 피부색, 종교, 성, 나이, 정신적 또는 신체적 장애로 인해 차별받지 않고, 법의 평등한 보호 및 이익을 향유할 권리를 갖는다.
- ② 전항의 규정은 인종, 출신국 또는 출신민족, 피부색, 종교, 성별, 나이 또는 정신적·신체적 장애를 이유로 불리한 상황에 있는 사람들을 포함하여 불이익을 당하는 개인이나 집단의 상황 개선을 목적으로 하는 법이나 계획, 사업을 금지하지 않는다.

제28조 (성평등)

헌장의 어떠한 규정에도 불구하고 본 헌장에 열거된 권리 및 자유는 남성과 여성에게 동등하게 보장된다.

캐나다 헌법 제15조제1항은 법 앞의 평등이라는 일반적 평등권과 성별 등을 이유로 하는 차별을 금지하고 있다. 동조2항에서는 성별, 나이, 인종, 종교 등을 이유로 불이익을 당하는 개인이나 집단을 대상으로 한 적극적 차별시정조치 실시에 대한 헌법적 근거 조항을 두고 이었다. 다만, 성평등과 관련해서는 헌법규정의 일반원칙으로 “헌장의 어떠한 규정에도 불구하고 본 헌장에 열거된 권리 및 자유는 남성과 여성에게 동등하게 보장된다” 고 별도로 규정함으로써 성평등원칙을 확인하고 있다.

이처럼 캐나다 헌법에는 사회적 약자에 대한 인권보장이라는 측면에서 여성이 포함되어있다. 그리고 캐나다 헌법의 특징으로는 나이, 인종, 종교 등을 이유로 차별을 받고 있는 개인이나 집단에 대해 적극적 차별시정조치를 실시할 수 있는 명문 규정을 가지고 있다는 점이다.

4) 캐나다 헌법과 가족관련조항: 없음

캐나다의 헌법은 개인간의 사적관계에 적용되는 것이 아니므로 (사적인 영역으로 간주되는) 가족관련조항을 별도로 가지고 있지 않다. 그러나 현재의 가족관계는 법에 의해 규정되는 법률적 관계이기 때문에 이러한 전제는 사실상 의미가 없다. 혼인과 이혼이 법정을 통해 효력을 발휘하거나 규제되고 있으며, 각각의 주는 이혼이나 사망 시 재산의 분배, 별거나 이혼 후 아이에 대한 양육권에 대해 명시하는 가족에 관계된 법조항(가족법)들을 가지고 있다.¹⁸²⁾

바. 일본

1) 일본 헌법의 제·개정과정

일본에서 근대적 의미의 헌법을 가지게 된 것은 1889년의 명치헌법 제정으로부터이다. 명치헌법은 제7장 76개의 조문으로 구성되어 있다. 이 헌법의 특징으로는 일왕 주권과 일왕의 통치권을 인정하고 국민(신민)의 권리보장은 법률의 범위 내에서만 인정한 점이다. 이와 같은 명치헌법 하에서 일본은 침략 전쟁을 수행하였다. 1945년 7월 연합국은 일본에 항복의 기회를 주기 위해 포츠담 선언을 발표했다. 일본정부는 당초에는 이 선언을 무시했으나 히로시마 원폭투하 등의 사태를 맞아 포츠담 선언을 수락함으로써 종전되었다.

종전과 함께 일본을 점령하게 된 연합국총사령부(GHQ)는 당시 내각에 헌법개정에 착수할 것을 요구했다. 이 요구에 따라 헌법개정이 진행되어 헌법개정 초안이 GHQ에 제출되었으나, 이 개정초안은 일왕을 주권자로 하고 있을 뿐만 아니라 기본적 인권 보장의 미약 등 그 보수성으로 말미암아 거절되었고, GHQ가 상징 천황, 전쟁포기, 봉건제 폐지의 3대 원칙에 근거해 작성한 헌법개정 초안으로 헌법개정 작업이 진행되었다. 헌법개정초안은 명치헌법의 절차에 따라 1946년 11월에 공포되고 1947년 5월에 시행되었다.¹⁸³⁾

2) 일본 헌법의 개요 및 특징

일본헌법은 국민주권주의, 기본적 인권존중주의, 평화주의를 기본원리로 전문, 제1장 일왕, 제2장 전쟁의 방기, 제3장 국민의 권리와 의무, 제4장 국회, 제5장 내각, 제6장 사법, 제7장 재정, 제8장 지방자치, 제9장 개정, 제10장 최고법규, 제11장 보칙의 총 103개 조문으로 구성되어 있다.

182) Baines&Rubio-Marin(ed.) 앞의 책 (주 1) p.61. 이 장의 목적은 세계 각국의 헌법상의 성평등, 가족관련 조항의 규정형태를 살펴보는 것이다. 캐나다와 같이 헌법상의 가족관련조항이 존재하지 않는 경우에는 가족법 등의 개별법을 검토할 수 있으나 그것은 본고의 목적과 범위를 넘는 것으로 더 이상 다루지 않는다.

183) 일본헌법의 제·개정과정에 대해서는 阿部照哉, 『憲法教室』, 法律文化社(1996) pp.14-23, 佐藤幸治, 『憲法』, 青林書院(1996), pp.62-81 등 참조.

이중 국민의 기본적 인권에 대한 보장으로는 자유권, 평등권, 수의권, 사회권, 생존권, 참정권 등을 보장하고 있다.¹⁸⁴⁾

3) 일본 헌법과 성평등관련조항

제14조 (법 앞에 평등)

① 모든 국민은 법 앞에 평등하고 인종, 신조, 성, 사회적 신분, 문지에 의해 정치적, 경제적, 사회적 관계에 있어서 차별받지 않는다. 귀족이나 귀족계급에 속함으로 인하여 특혜가 주어지지 않는다.

제24조 (가족생활에 있어서 개인의 존엄과 양성의 평등)

① 혼인은 양성의 합의로 성립하고 부부가 동등한 권리를 갖는 것을 기본으로 상호 협력에 의해 유지되어야 한다.
② 배우자의 선택, 재산권, 상속, 주거의 선정, 별거 및 이혼, 가족에 관한 그 밖의 사항에 관해 법률은 개인의 존엄과 양성의 평등의 가치에 입각하여 제정되어야 한다.

제44조 (의원과 선거인의 자격)

양 의원의 의원과 그 선거인의 자격은 법률에서 이것을 정한다. 단, 인종, 신조, 성별, 사회적 신분, 문지, 교육, 재산 또는 수입에 의해 차별해서는 안 된다.

일본 헌법의 성평등관련조항은 우리와 유사한 형태를 취하고 있다. 즉, 일반적 평등권과 함께 성별 등에 의한 차별금지와 특정영역(혼인과 가족 생활, 교육, 참정권)에서

184) 자유권으로는 노예적 구속 및 노역으로부터 자유(제18조), 법정 절차의 보장(제31조), 체포에 대한 보장(제33조), 억류·구금에 대한 보장(제34조), 주거 침입·수색·압수에 대한 보장(제35조), 고문 및 잔학한 형법의 금지(제36조), 형사피고인의 체 권리(제37조), 불리한 공술강요의 금지, 자백의 증거능력(제38조), 소급처벌의 금지·이중처벌의 금지(제39조), 사상과 양심의 자유(제19조), 신조의 자유, 정교분리(제20조), 집회·결사·표현의 자유(제21조), 학문의 자유(제23조), 거주·이전·직업선택의 자유(제22조) 등이 규정되어 있다. 평등권으로는 법 앞에 평등, 차별금지(제14조), 부부동권, 양성의 평등(제24조), 의원·선거인의 자격, 차별금지(제44조) 규정이 있고 수의권으로는 청원권(제16조), 국가배상청구권(제17조), 손실보상청구권(제29조), 재판청구권(제32조), 형사보상청구권(제40조) 규정이 있다. 사회권으로는 생존권(제25조), 교육을 받을 권리(제26조), 근로의 권리(제27조), 노동기본권(제28조) 규정을 참정권으로는 공무원의 선정과면권(제15조), 국회의원의 선거권(제43조), 최고재판소재판관의 국민심사 및 파면(제79조), 지방공공단체장, 의원 등의 선거, 지방특별법의 주민투표(제93조), 헌법개정의 국민투표(제96조) 등을 규정하고 있다.

의 성평등을 보장하는 개별 성평등 조항을 가지고 있다. 가족과 선거에서의 성평등조항을 별도로 규정하게 된 배경은 헌법 제정 당시 일본여성이 처해있던 상황과 밀접한 관련이 있다. 명치헌법 하에서 여성은 ‘家’제도를 근거로 하여 권리능력이 부정되었고, ‘아내는 혼인에 의해 부의 가에 들어간다’는 민법 규정을 가지고 있을 정도로 일본 여성은 ‘家’제도 속에서 독립된 인격체로 인정받지 못했다. 이에 ‘家’제도의 폐지와 가족 생활에서의 개인의 존엄과 성평등 원칙을 개별 법률 속에 구현하기 위해 헌법 제24조가 만들어졌다. 또한 선거권과 피선거권에 있어서 성별을 이유로 하는 차별금지는 당시 여성에게 참정권이 보장되어 있지 않았고, GHQ에 의한 일본 민주화에 관한 5대 개혁 중 ‘참정권의 부여에 의한 일본부인의 해방’이 첫 번째 항목이었었기 때문이다.

4) 일본 헌법과 가족관련조항

제24조 (가족생활에 있어서 개인의 존엄과 양성의 평등)

- ① 혼인은 양성의 합의로 성립하고 부부가 동등한 권리를 갖는 것을 기본으로 상호 협력에 의해 유지되어야 한다.
- ② 배우자의 선택, 재산권, 상속, 주거의 선정, 별거 및 이혼, 가족에 관한 그 밖의 사항에 관해 법률은 개인의 존엄과 양성의 평등의 가치에 입각하여 제정되어야 한다.

일본 헌법 제24조는 봉건적 색채가 농후했던 명치헌법하의 가제도, 남존여비사상을 부정하고 개인의 존엄과 부부동권이 가족제도의 근본원리임을 규명한 규정이다.

동조제1항은 혼인의 자유와 부부의 동등한 권리와 이에 근거한 혼인유지의 자유를 보장하고 있다. 혼인의 자유에 관한 여성차별철폐조약에서 명기하고 있는 제 권리에 대해서는 같은 권리가 요청되어야 한다고 해석되고 있다.¹⁸⁵⁾ 또한 제25조는 생존권보장의 일환으로서 가족생활의(경제적)보장을 배제하는 것은 아니지만 그 경우에도 개인의 혼인·이혼 등의 자유를 침해해서는 안된다.

동조제2항은 배우자의 선택·재산권·상속·이혼 이외에 “혼인 및 가족에 관한 그 밖

185) 혼인할 동등의 권리(제16조제1항(a)), 자유로이 배우자를 선택하고 상호간의 자유롭고 완전한 동의에 의해서만 혼인할 동등의 권리(제16조제1항(b)), 혼인 중 및 혼인을 해소할 때의 동일한 권리와 책임(제16조제1항(c)), 가족 성 및 직업을 선택할 권리를 포함하여 부부로서의 동일한 개인적 권리(제16조제1항(g)) 등

의 사항”에 관한 법률이 개인의 존엄과 양성의 본질적 평등에 입각해서 제정해야 한다는 것을 입법자의 의무로 규정하고 있다. 여기에서 말하는 개인의 존엄에 대해서는 일반적으로 헌법 제13조의 개인의 존엄과 독일 기본법 제1조의 인간의 존엄과 동의의 개념으로 이해되는 경향이 있다. 엄밀하게는 존엄이라는 용어는 개인이 아니고 인간에게 사용되는 것이고 헌법제정과정에서의 용법에 따라 보면 제24조의 개인의 존엄은 개인의 인간으로서 존엄의 취지로서 해석하는 것이 타당하다.¹⁸⁶⁾ 또한 이 규정은 제13조¹⁸⁷⁾, 제14조의 원칙을 가정생활에 구체화한 것이지만 가족법의 제정·개폐에 관한 입법부의 의무위반의 문제는 이 규정으로부터 직접 도출된다. 더욱이 제1항과 같이 제25조¹⁸⁸⁾는 생존권보장의 일환으로의 가정생활에 대한 국가의 보호를 배제하는 것은 아니지만 그 경우에도 헌법 제13조와 제24조에 의한 개인의 존엄과 자기결정권을 침해해서는 안된다.

사. 르완다

우리에게 생소한 국가인 르완다는 2003년 성인지적 헌법의 제정을 통해 여성의 지위를 비약적으로 높인 국가로서 국제적으로 주목받고 있다. 특히 여성단체, 여성주의 정치인, 여성주의 공무원의 세 행위자의 삼각동맹에 의해 성인지적 헌법의 제정을 이끌어냈다는 점에서 우리에게 시사하는 바가 크다고 하겠다. 이하에서는 르완다 헌법의 제정과정과 헌법상의 성평등, 가족관련조항에 대해 살펴본다.

1) 르완다 헌법의 제·개정사

르완다는 1899년 독일 식민지를 거쳐 1919년부터 1962년까지 벨기에의 식민지 지배를 받은 국가이다. 독일의 식민지배는 간접지배방식이었으나 벨기에는 철저한 식민지정책을 전개하였고, 인종분리정책을 실시함으로써 르완다 사회구조에 많은 영향을

186) 辻村みよ子, 『女性と人権』(日本評論社), 1997, p.218

187) 제13조(개인의 존중, 생명·자유·행복추구권의 권리, 공공의 복지) 모든 국민은 개인으로서 존중된다. 생명, 자유와 행복추구권에 대한 국민의 권리에 대해서는 공공의 복지에 반하지 않는 한, 입법 그 밖의 국정의 위에서 최대의 존중을 필요로 한다.

188) 제25조(생존권, 국가의 국민생활환경보전향상의무)① 모든 국민은 건강하고 문화적인 최저한의 생활을 영유할 권리를 갖는다. ② 국가는 모든 생활영역에서 사회복지, 사회보장 및 공중위생의 향상과 증진에 노력하여야 한다.

미쳤다. 벨기에로부터 독립이후 1962에서 1973년까지 존속한 제1공화국은 쿠데타에 의해 와해되었고, 이 과정에서 10만명이 학살되었다. 쿠데타에 의해 정권을 획득한 제2공화국은 1973년부터 1994년 이른바 “인종 대학살”(Genocide)때까지 존속하였다.

1994년 인종 대학살 이후 1994년 7월부터 2003년 5월까지 과도정부인 국민통합합정부가 구성되었다. 9년간의 과도기간은 기본법으로 불리는 법률 세트 - 1991년 헌법, 아루사 평화협정, 르완다 애국전선 선언 및 정당간의 협정-에 의해 통치되었다. 헌법과 아루사 평화협정이 충돌하는 경우는 아루사 평화협정이 우선적으로 적용되었다. 과도정부 기간을 통치한 기본법을 대체하기 위해 새 헌법을 제정하는 것이 과도정부의 주요 임무였다. 이에 과도정부는 2000년 헌법위원회를 발족시켜 새로운 헌법제정에 착수했다. 이 헌법위원회는 12명으로 구성되었는데 이 중 3명이 여성이었다. 이 과정에서 여성단체를 중심으로 한 삼각동맹은 헌법에 성인지적 관점을 도입하고 정부조직에 있어서 여성의 대표성을 증가시키기 위한 적극적 차별시정조치를 제안하는 안을 헌법위원회에 제출하였고, 그들이 제출한 안이 반영될 수 있도록 캠페인을 조직하는 등 다양한 활동을 전개했다. 이와 같이 여성조직의 움직임은 헌법제정 논의과정에 영향력을 행사했으며, 성인지적 헌법을 이끌어내는데 중요한 역할을 했다. 그 결과 상원과 하원 선거에서의 여성할당제 등을 규정한 헌법안이 2003년 5월 국민투표에 부쳐져 93%의 지지를 얻어 6월부터 발효되었다.¹⁸⁹⁾

2) 르완다 헌법의 개요 및 특징

르완다 헌법은 전문과 제1장 국가와 국민주권, 제2장 기본권과 시민의 권리와 의무, 제3장 정치조직, 제4장 통치조직, 제5장 검찰, 제6장 권력분산, 제7장 국가방어와 안전, 제8장 특별위원회 및 기구, 제9장 국가위원회, 제10장 국제조약과 협약, 제11장 헌법개정, 제12장 보칙으로 구성되어있다. 이 중 성평등관련조항은 제2장 기본권과 시민의 권리와 의무 제9조에 규정되어 있고, 하원, 상원구성에서의 여성의 비율은 제4장 통치조직 제2절 입법부 제76조, 제82조에 규정되어있다. 한편 가족관련조항은

189) 르완다의 성인지적 헌법 제정과정에 대해서는 유숙란, 르완다 종족갈등 이후의 성평등체제 구축과정”, 『아시아여성연구』(숙명여대), 제45집 1호, 2006 ; Elizabeth Powley, *Case Study - Rwanda, Women Hold Up Half the Parliament*, Women in Parliament, 2005.; *Beyond Number : Gender, Nation Building and Role of Parliaments*, Kigali 22-23 February 2007, Conference Concept Paper 등 참조.

제2장(기본권)에서 규정하고 있다.

3) 르완다 헌법과 성평등조항관련

제9조

르완다 국가는 다음의 기본적인 원칙을 따르며, 이를 촉진시키고 실천하기 위해 노력한다.

4. 법과 질서에 의해 유지되고, 민주적이고, 르완다 국민의 평등을 보장하며, 여성과 남성의 평등을 보장하기 위해 모든 조직의 의사결정구조에 최소한 30%이상을 여성으로 구성한다.

제76조 하원의원은 아래와 같이 80명으로 구성된다.

1. 53명은 이 헌법의 제 77조에 따라 선거를 통해 선출된다.
2. 24명은 각각의 주(Province)와 수도(Kigali) 출신의 여성들로 구성된다.
3. 2명은 국가청소년 위원회(the National Youth Council)를 대표하는 자로 구성된다.
4. 1명은 장애인 연합(the Federation of the Associations of the Disabled)을 대표하는 자로 구성된다.

제82조

상원의원은 8년 임기의 26명으로 구성되는데, 이중 최소한 30%는 여성으로 구성된다

르완다 헌법은 최근 ‘성인지적 헌법’의 대표적인 사례로 주목받고 있는데, 그 이유는 위와 같은 매우 특이한 방식의 성평등 관련 조항을 가지고 있기 때문이다. 르완다 헌법은 법 앞에 평등과 여성과 남성의 평등을 보장하기 위해 모든 조직의 의사결정구조에 최소한 30%이상을 여성으로 구성해야 하는 것을 국가의무로 규정하고, 더 나아가 하원의원의 24명이 여성으로, 상원의원의 경우 최소 30%는 여성으로 구성되어야 하는 원칙을 명시적으로 규정하고 있다.

이와 같은 할당제 규정에 의해 2003년 10월 국회의원 중 여성국회의원이 48.8%를 차지하게 되었다. 좀 더 정확히 말하면, 양원제 국회구조를 가진 르완다의 국회에서 하원의원의 48.8%가 여성으로 채워진 것이다. 이는 국회에서 남성과 여성의 비율이 거의 균형을 이룬 것으로 여성의원비율에 있어서 세계 국가 중 최고 수준을 기록한 것이다.

그러나 이러한 성과에도 불구하고 여성의원들의 정치적 리더로서 경험의 부재와

할당제로 인한 의식배당에 대한 저항, 여성의원에 대한 고정관념들을 극복해야하는 과제로 지적되고 있다.¹⁹⁰⁾

4) 르완다 헌법과 가족관련규정

제22조

- ① 사생활, 가족, 가정 또는 개인의 친교는 누구로부터도 방해받지 않는다. 개인의 명예나 평판은 존중된다.
- ② 개인의 가정은 불가침의 권리를 갖는다. 법의 결정에 따른 절차를 수행하는 것을 제외하고, 동의없이 개인의 가정을 수색하지 못한다.

제27조

- ① 사회의 기본적인 토대로서 가족은 국가에 의해 보호받는다.
- ② 부모는 자녀 양육의 권리와 책임을 갖는다.
- ③ 국가는 가족의 보호와 가족의 번영을 위하여 모성과 아동을 보호하기 위한 적절한 제도와 입법을 세운다.

제28조

모든 아동은 아동이 처한 상황에 따라 국내 및 국제법의 적용하에 가정, 사회, 국가로부터 특별한 보호는 받는다.

제34조 (언어) 표현의 자유와 정보의 자유는 공공의 질서와 공중도덕, 모든 국민의 명예와 좋은 평판, 개인 및 가족의 사생활을 침해하지 않는다.

르완다 헌법상의 가족관련조항의 특징으로는 가정에 대한 국가개입의 금지(가정의 불가침성과 동의없이 가정을 수색하지 못한다는 것과 함께 가족의 사생활을 보장)와 아동에 대한 가정, 사회, 국가보호를 규정하고 있는 것이다. 이것은 르완다의 인구학적 특징과 정치경제적 상황과 국제기준을 고려해서 만들어진 규정으로 보인다. 이 밖에도 가족의 보호와 번영을 위해 모성과 아동에 대한 보호를 국가의 의무로 규정하고 있다.

190) Elizabeth Powley, 앞의 논문 (주 189) 참조.

아. 유럽연합 헌법조약(안)

1) 유럽연합 헌법의 제정과정

2001년 12월에 라켄(Laeken)유럽이사회는 유럽연합의 제도개혁과 헌법조약 도입 문제를 논의하기 위해 ‘유럽미래회의’를 출범시키기로 합의하였다. 이 회의는 기존협약체계의 정비, 유럽연합확대에 따른 의사결정 방식의 효율성 제고, 유럽시민에 대한 기본권 강화, EU기구와 회원국가간의 권한배분의 명확화 등이 목적이었다.

2002년 2월에 유럽미래회의는 유럽헌법을 제정하기 위한 논의를 시작하여, 2003년 6월에 유럽이사회에 유럽헌법제정 조약안을 제안서의 형태로 제출했다. 이에 유럽이사회는 정부 간 회의로 하여금 유럽헌법초안에 대한 동의안을 2004년 6월에 있을 차기 유럽회의에서 채택해 줄 것을 요청했다.

2004년 6월 17~18일에 브뤼셀에서 개최된 유럽이사회는 유럽헌법조약을 채택하기로 공식적으로 합의하였다. 2004년 10월에 로마에서 회원국 정상들은 유럽연합헌법조약에 서명하고, 2006년 11월까지 모든 회원국이 비준하면 유럽연합헌법으로서 효력이 발생하는 것으로 합의했다. 그러나 2005년 프랑스와 네덜란드에서 국민투표로 유럽헌법비준이 부결됨으로서 유럽연합헌법은 발효되고 있지 않다. 지난 2005년 6월에 개최된 유럽연합헌법조약 비준과 관련한 유럽연합정상회의는 연속적인 비준실패에 대한 우려와 정치적 타격을 감안하여 2006년 11월로 예정되었던 유럽연합헌법 비준시한을 연장(구체적인 연장시한은 정하지 않음)하고 각 회원국이 자국 사정에 따라 비준시기를 정하기로 합의하였다.

2) 유럽연합 헌법의 개요 및 특징¹⁹¹⁾

유럽연합헌법조약안은 기존의 조약들에 대한 단일 대체규범으로서의 성격과 함께 민주주의와 법치주의를 효과적으로 구현하기 위해 만들어진 것으로 전문과 본문 4편의 총 448개 조문으로 구성되어 있으며, 36개의 의정서, 2개의 부속서, 50개의 선언이 첨부되어 있다. 전문에서는 유럽의 문화적, 종교적 인도주의 유산을 바탕으로 전 세계의 평화, 정의 및 연대를 위해 노력할 것과 다양성 속의 통합을 통해 유럽시민들에게

191) 유럽연합 헌법조약안에 대해서는 박인수 외 7인, 『유럽헌법연구』(영남대학교출판부), 2006. 참조.

최고의 기회를 제공할 것 등을 규정하고 있다.

제1편은 EU에 적용될 원칙, 목적, 기관의 개요 등에 관하여 규정하고 있고,¹⁹²⁾ 제2편은 2000년에 채택된 유럽연합 기본권헌장을 편입시킨 것으로 전문과 7개의 장 총 54개 조문으로 구성되어 있다.¹⁹³⁾ 제3편은 EU의 정책과 운영에 관한 기본적인 내용을¹⁹⁴⁾ 제4편에는 헌법의 효력발생, 헌법개정절차, 선행 조약들의 폐지 등에 관한 12개의 조항을 두고 있다.

이 중 여성관련 조항은 제2편 제3장 평등에 아래와 같이 규정되어 있다.

192) 제1장 연합의 정의와 목적, 제2장 기본권과 연합의 시민권, 제3장 연합의 권한, 제4장 연합의 기관, 제5부 연합의 권한 행사, 제6장 연합의 민주적 생활, 제7장 연합의 재정, 제8장 연합과 인접환경, 제9장 연합의 회원자격 등으로 구성되어 있다.

193) 제1장에서는 헌법의 최고의 가치로서 인간의 존엄의 불가침성과, 생명에 대한 권리(II-61조), 신체를 훼손당하지 않을 권리(II-63), 고문과 비인간적이고 굴욕적인 대우나 처벌의 금지(II-64조), 노예제와 강제노동의 금지(II-65조)를 규정하고 있다. 제2장 자유에서는 자유 및 안전에 대한 권리(II-66조), 사생활과 가족생활의 존중(II-67조), 개인정보의 보호(II-68조), 혼인 및 가족형성의 권리(II-69조), 사상, 양심, 종교의 자유(II-70조), 표현과 정보의 자유(II-71조), 집회·결사의 자유(II-72조), 예술과 학문의 자유(II-73조), 교육을 받을 권리(II-74조), 직업선택의 자유와 직업수행의 권리(II-75조), 기업의 자유(II-76조), 재산권(II-77조), 망명권(II-78조), 강제퇴거, 추방 또는 인도에 대한 보호(II-79조)의 제 권리가 규정되어 있다. 제3장 평등에서는 법 앞에 평등(II-80조), 차별금지(II-81조), 문화, 종교 및 언어의 다양성(II-82조), 양성평등(II-83조), 아동의 권리(II-84조), 노인의 권리(II-85조), 장애인의 통합(II-86조) 등을 규정하고 있다. 제4장 연대에서는 기업에 고용된 노동자의 정보와 청문 요구권(II-87조), 단체교섭과 단체행동의 권리(II-88조), 직업소개기관 이용권(II-89조), 부당 해고에 대한 보호(II-90조), 공정하고 적합한 노동조건(II-91조), 아동노동의 금지와 청년노동의 보호(II-92조), 가족과 직업생활(II-93조), 사회 보장과 사회 부조(II-94조), 보건(II-95조), 시민의 생존에 필요한 경제체의 이용(II-96조), 환경보호(II-97조), 소비자 보호(II-98조) 등이 규정되어 있다. 제5장 시민권에서는 유럽의회 선거권과 피선거권(II-99조), 각국의 지방자치단체선거에서 선거권과 피선거권(II-100조), 양질의 행정을 요구할 권리(II-101조), 문서에 대한 접근권(II-102조), 옴브스만(II-103조), 청원권(II-104조), 이주 및 거주자의 자유(II-105조), 외교·영사 보호(II-106조)를 제6장 사법에서는 실효적 권리구제와 공정한 재판을 받을 권리(II-107조), 무죄추정 및 변호권(II-108조), 죄형법정주의 및 범죄행위와 형벌사이의 비례원칙(II-109조), 동일한 범죄행위로 거듭 형사소추를 받거나 처벌받지 아니할 권리(II-100조)를 규정하고 있다. 마지막으로 제7장 일반조항에서는 효력범위(II-111조), 보장된 권리의 효력범위(II-112조), 보호 수준(II-113조), 권리남용의 금지(II-114조) 등을 규정하고 있다.

194) 제1장 일반적용조항, 제2장 차별금지와 시민권, 제3장 역내 정책과 활동, 제4장 해외 영토와 자치령의 결사, 제5장 EU의 대외 활동, 제6장 EU의 기능, 제7장 공통규정 등으로 구성되어 있다.

3) 유럽연합 헌법과 성평등관련조항

제II-80조

모든 인간은 법 앞에 평등하다.

제II-81조

성별, 인종, 피부색, 민족적 또는 사회적 출신, 유전적 특징, 언어, 종교나 신조, 정치적 또는 그 밖의 의견, 국내에 있어서 소수민족에의 귀속, 재산, 출생, 장애, 나이 또는 성적 지향을 이유로 하는 어떠한 차별도 금지되어야 한다.

유럽공동체 설립조약 및 유럽연합조약의 적용영역에서는 이 조약들의 특별규정과는 무관하게 국적에 근거한 어떠한 차별도 금지되어야 한다.

제II-83조

양성평등은 고용, 노동, 임금을 비롯한 모든 분야에서 보장되어야 한다. 평등원칙은 충분히 대표되지 못한 성에 특별한 혜택을 부여하는 조치의 유지나 채택을 금지하지 않는다.

유럽연합 헌법조약안은 법 앞에 평등이라는 일반적 평등원칙과 함께, 성별 등을 이유로 하는 차별금지를 별도의 조항으로 구분하여 두고 있다. 또한 노동영역에서의 성평등을 비롯하여 모든 영역에서의 성평등이 보장되어야 함을 독립규정으로 분명하게 명시하고 있다, 이것은 평등의 축진을 공동체의 의무로 규정한 EC조약 제2조와 제3조 제2항, 제143조제3항을 근거로 만든 규정이다.¹⁹⁵⁾

제 II-83조의 전문은 EC조약 제141조제3항을 계승한 것이다. 또한 후문에서는 실질적 평등을 위한 적극적 차별시정조치를 실시할 수 있다는 것을 명시하고 있다. 이것 역시, 충분히 대표되지 않은 성의 직업 활동을 활발하게 하고 직업상의 불이익을 방지하거나 보상하기 위해 특정 성에게 이익을 주는 조치를 유지하거나 채용하는 것을 금지하지 않는다는 ‘고용, 직업교육 및 직업상의 승진과 노동조건에 관한 남녀의 평등원칙의 실현을 위한 이사회지침76/207/EEC’ 제2조제4항을 계승한 것이다.¹⁹⁶⁾

195) EC조약 제2조: “EC 공동체는 공동의 시장을 설립하고 경제공동체를 이룸으로써, 서로간의 조화와 균형속에 경제성장을 추구, 높은 고용률과 사회보장, 남성과 여성의 평등권, 지속적이고 인플레이션이 없는 경제성장, 경제활동에 있어서의 경쟁과 단합, 환경보전, 삶의 질 향상, EC국가간의 결속과 연대를 증진시키도록 한다”, 제3조제2항: “이 조항에서 언급된 모든 활동에 있어서, 공동체는 불평등을 제거하고 남성과 여성의 평등을 증진시키도록 한다”.

4) 유럽연합 헌법과 가족관련조항

제II-67조 (사생활 및 가족생활의 존중)

누구나 개인 및 가족생활, 가정, 그리고 통신(친교)에 있어서 존중받을 권리를 갖는다.

제II-69조 (혼인 및 가족형성에 대한 권리)

혼인할 권리와 가족을 구성할 권리는 이 권리의 행사를 규제하는 국내법에 따라 보장된다.

제II-84조 (아동의 권리)

- ① 아동은 보호를 요구할 권리와 그 복리에 필요한 배려를 요구할 권리를 갖는다. 아동은 자신의 의견을 자유롭게 표현할 수 있다. 자신과 관련한 사항에 대한 아동의 의견은 그 연령과 성숙도에 상응하는 방식으로 고려되어야 한다.
- ② 모든 아동은 자신의 복리에 반하지 않는 한 정기적으로 부모와의 인간관계 및 직접적 접촉을 유지할 권리를 갖는다.

제II-93조 (가족생활과 직업생활)

- ① 가족은 법적·경제적·사회적 보호를 향유한다.
- ② 가족생활과 직업생활과의 조화를 위해 모든 사람은 임신으로 인한 해고로부터 보호될 권리와 유급임신출산휴가와 출산 또는 입양 후에 육아휴가를 취득할 권리를 갖는다.

가장 최근의 헌법형태인 유럽연합 헌법조약(안)에서는 개인 및 가족생활의 존중과 혼인 및 가족형성의 권리를 보장하고 가족에 대한 법적, 경제적, 사회적 보호를 규정하고 있다. 또한 일-가족 조화를 위해 임신으로 인한 해고로부터의 보호와 유급출산휴가와 육아휴가를 취득할 권리를 헌법적 권리로 규정하고 있다. 제2장 자유에서 가족생활의 존중과 혼인 및 가족형성에 대한 권리를 보장하고 있는 것은 혼인과 가족형성의 권리를 자유권으로 보장하고 있음을 알 수 있다. 그리고 가족생활과 직업생활이 제4장 연대에 편재되어 있는 것은 사회권으로서의 가족생활에 대한 보장과 모성권을

196) EC조약 제141조제3항: “EC의 경제사회위원회는 동일노동 동일가치의 원칙을 포함하여 남성과 여성의 고용 및 직업에 있어서의 균등한 기회와 균등한 대우의 원칙을 확고히 하기 위한 조치를 취한다.” 고용, 직업교육 및 직업상의 승진과 노동조건에 관한 남녀의 평등원칙의 실현을 위한 이사회지침76/207/EEC 제2조제4항: “이 지침은 특히 제1조제1항에서 정하는 범위 내에서 여성의 기회를 훼손할 수 있는 기존의 불평등을 제거하는 것에 의해 남녀의 기회균등을 촉진하는 조치를 침해해서는 안된다”.

보장하는 것으로 해석된다. 또한 II-69조에서는 혼인과 가족형성권에 있어서 유럽 각국의 법제를 존중하는 규정을 마련, 각국에서 동성혼 등이 법제화 되고 있는 실태를 반영하고 있다. 혼인에 관한 일반적인 관심이 사생활의 권리보장의 문제를 넘어 동성간의 혼인 또는 새로운 형태의 공동생활을 포함하는 가족형성권에 집중되어 온 것을 반영하고자 한 것으로 보인다.



헌법상의 여성관련조항 개정방안

1. 성평등관련조항의 개정방안	8
2. 가족관련조항의 개정방안	12



제Ⅱ장에서는 우리헌법의 개정사속에서 여성관련조항의 변천과정을 살펴보았다. 1948년 제정헌법부터 1987년 제10호헌법까지 9번의 개정과정 속에서 성별에 의한 차별금지조항, 여성의 근로에 대한 조항, 혼인·가족생활과 모성관련조항을 중심으로 법조항의 변화내용을 통해 헌법이 여성을 바라보는 시각과 개정시의 쟁점들을 간단히 짚어보았다. 이를 통해 여성 역시 사회의 모든 영역에서의 평등한 주체임을 전제하고, 유연하게 변화하는 젠더경계의 재구성을 반영할 수 있는 헌법이 필요함을 언급하였다.

제Ⅲ장에서는 우리나라의 현행 헌법상의 성평등 및 가족관련조항을 분석함으로써 이에 대한 한계를 지적하고 이에 대한 재구성을 논의하였다. 이를 위해 현행 헌법상의 평등의 개념을 형식적 평등과 실질적 평등이라는 개념을 통해 논의하였다. “같은 것을 같게 대우하라”는 고전적인 자유주의 이론을 바탕으로 여성 혹은 남성이라는 차이를 고려함 없이 개인의 특성에 따라 대우해야한다는 형식적 평등개념과 기회의 평등뿐만 아니라 조건의 평등, 결과의 평등까지 포함하여 사고하는 실질적 평등의 개념을 논의하였다. 이러한 논의를 바탕으로 우리헌법의 성평등 규정양태방향을 자세히 살펴보고, 성평등조항에 대한 사법부의 해석 및 한계를 지적하면서 여성주의 관점에서 성평등 개념을 재구성할 것을 제안하였다. 가족관련조항에 있어서는 복지국가에서의 사회 정책적 접근 역시 젠더관점을 가지고 있지 못했음을 지적하면서, 근대 복지국가모델에서도 여전히 가족 및 모성이테올로기와 함께 가족 내에서의 가족 내 성별분업 및 가부장적 구조가 잔존해있음을 보여주었다. 즉, 복지국가 내에서의 여성에 대한 관점 및 여성과 복지국가의 관계에 대한 담론을 바탕으로 헌법상의 가족관련규정 및 그 한계점을 살펴보았다. 이러한 논의들을 바탕으로 헌법상 여성관련조항의 규정형태방향을 여성관련 평등조항, 혼인과 가족생활에서의 양성평등조항, 모성보호조항의 측면에서 살펴보고 기존의 한계점에 대한 인식과 극복을 바탕으로 여성관련 규정 체계를 재구성할 것을 제안하였다.

제Ⅳ장에서는 세계 각국 헌법의 여성관련조항의 구체적 내용과 그 규정방식을 검토하였다. 성평등을 일반적 평등원칙과 성별 등을 이유로 하는 차별을 금지하는 것을 통해 보장하는 유형, 일반적 평등권과는 별도로 성평등을 독립규정으로 둠으로써 성평등을 보장하는 유형, 성평등을 독립적인 규정으로 두면서 더 나아가 실질적 평등을 보장하기 위한 성평등 실현을 국가목표로 규정하거나 적극적 조치의 실시의 근거를

규정하고 있는 유형으로 나누어 살펴보았다. 가족관련조항에 있어서는 국가주의적 관점에서 제도로서의 가족에 대한 보호규정을 두는 경우, 사회국가이념에 근거하여 가족에 대한 제도보장과 기본권으로서의 가족에 대한 보호를 규정하는 유형으로 나누어 비교, 분석하였다. 또한 스위스, 독일, 이탈리아, 프랑스, 캐나다, 일본, 르완다 7개국과 유럽연합 헌법의 제·개정사 및 특징을 보다 자세히 살펴보고, 이들 국가의 성평등 및 가족관련조항을 보다 자세히 살펴보았다.

지금까지의 연구결과를 토대로 헌법상의 여성관련조항의 체계와 내용에 대한 개정방안을 제언하면 다음과 같다.

1. 성평등관련조항의 개정방안

제4장에서 살펴보았듯이 세계 각국 헌법의 성평등관련조항은 법 앞에 평등이라는 일반적 평등원칙을 통해 성평등을 보장하는 것에서 성평등을 별도의 규정으로 보장하는 형태로 변화되었음을 알 수 있다. 몇몇 선진적인 국가들에서는 남녀 간의 실질적 평등을 위한 조치의 실시를 국가목표로 규정하거나 적극적 차별시정조치 실시에 대한 헌법적 근거를 제공하는 조항을 가지고 있다.

우리헌법은 일반적 평등권과 개별 평등권을 통해 성평등을 보장하고 있다. 즉, 법 앞에 평등과 성별 등을 이유로 하는 차별을 금지한 헌법 제11조제1항과 고용(“여자의 근로는 특별한 보호를 받으며 고용·임금 및 근로조건에 있어서 부당한 차별을 받지 아니한다”(제32조제4항)), 사회보장(“국가는 여자의 복지와 권익의 향상을 위하여 노력하여야 한다”(제34조제3항)), 가족(“혼인은 가족생활은 개인의 존엄과 양성평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며 국가는 이를 보장한다”(제36조제1항), “국가는 모성의 보호를 위하여 노력하여야 한다”(제36조제2항))영역에서 성평등을 보장하고 있다.

이와 같은 규정방식이 갖는 문제로는 첫째, 성평등이 일반적 평등권 속에 포함되어 차별금지에 그치고 있어 성평등에 대한 가치관과 철학이 명확하여 제시되고 있지 않다는 것이다. 둘째, 여성을 남성과 평등하게 대우해야 할 존재, 그리고 특별한 보호가 필요한 존재로 규정하고 있다는 것이다. 성평등의 법이념은 모성은 보호받으면서 성

별에 의한 자의적인 차별을 금지하는 것을 통해 여성이 그 능력을 개인적 사회적으로 최대한 발휘하게 하는 데 목적이 있다. 그러나 모성에 대한 특별보호는 성차별의 원인이 될 수 있다는 점에 문제가 있다. 즉, ‘보호한다’, ‘보호된다’는 발상의 이면에는 남녀는 같지 않으므로 결국 동등하게 취급될 수 없다는 생각이 전제되고 있고 이는 남녀의 생물학적 차이가 사회적 분리를 불가피하는 것으로 귀결될 수 있기 때문이다.

이와 같은 문제점을 극복하기 위해서는 헌법상의 성평등관련조항은 다음과 같이 정비될 필요가 있다.

가. 평등권에 성평등조항 추가

일반적 평등권과는 별도로 성평등을 확정적인 독립규정으로 추가하는 것을 통해 성평등이 헌법적 질서라는 점을 명확하게 하는 것이 필요하다.¹⁹⁷⁾ 물론 현행 평등권 조항으로도 성평등은 보장되나, 성평등을 확정적 규정으로 명문화하는 것이 성평등에 대한 가치관과 철학을 헌법에 담아내는 것으로, 성평등이 우리사회의 기본질서라는 점을 분명하게 한다는 점에서 의의가 있다. 문제는 성평등에 대한 가치관과 철학을 어떠한 내용과 형태로 담아낼 것인가이다.

다음과 같은 방안을 고려해 볼 수 있다.

1) 국가목표규정으로서의 성평등

현행 헌법의 성평등 보장 방식이 갖는 한계를 극복하기 위해서는 성평등의 실질적인 실현을 국가의 목표로 명시할 필요가 있다. 성평등이 국가목표규정으로 존재한다는 것은 개인의 주관적 공권이 직접 도출되는 것은 아니지만, 국가에게 평등을 실현할 단순한 권한을 넘어 양성의 실질적 평등을 실현하고 현존하는 차별을 제거하는데 가능한 모든 조치를 취할 의무를 부과한다는 점에서, 이른바 ‘보편적 평등론’이 가지는 한계를 극복할 수 있는 규정방식이다.

독일이나 스위스와 같이 “남성과 여성은 평등하다. 국가는 양성평등의 실질적 실현을 촉진하고 현존하는 불이익의 제거를 위해 노력해야 한다” 또는 “남녀는 동등한 권

197) 김철수, “헌법개정의 기본방향”, 『헌법학 연구』, 제10권 제1호, 2004, 56쪽; 김용화, 앞의 논문(주 153) 136쪽.

리를 갖는다. 법률은 특히 가족, 교육 및 근로의 분야에서 양성의 법률상 및 사실상의 평등을 확보해야 한다.”고 강력하고 분명한 국가목표 규정을 둠으로써 성평등 실현을 국가의 의무로 부과할 수 있다.¹⁹⁸⁾

2) 적극적 차별시정조치 실시의 근거 조항 추가

현재, 우리사회에서 여성에 대한 적극적 차별시정조치는 다양한 영역에서 다양한 수단을 통해 이루어지고 있다. 정치 분야에서는 공직선거후보 여성할당제와 공직후보자 여성추천보조금제도가 실시되고 있고, 교육·연구 분야에서는 여교수채용목표제와 여성과학기술인에 대한 적극적 차별시정조치가 추진되고 있다. 또한 고용분야에서는 2005년 남녀고용평등법 개정에 의해 적극적 고용개선 조치가 도입되어 추진되고 있다. 경제 분야에서는 여성기업 육성과 지원을 위한 적극적 차별시정조치가 추진되고 있다.¹⁹⁹⁾

헌법상의 평등원칙과 적극적 차별시정조치의 관계에 대해 적극적 차별시정조치는 ‘결과의 평등’을 목적으로 하는 것으로 이것은 남성에 대한 ‘역차별’이라는 주장이 끊임없이 제기되어왔다. 즉, 주어진 기회를 어떻게 활용할 것인가는 개인의 자유와 능력에 따라 다르기 때문에, 사람들 사이에 결과적으로 차이가 발생하는 것은 평등원칙에 반하는 것이 아니다. 따라서 결과를 같게 하려고 하는 적극적 차별시정조치는 역차별에 해당된다는 것이다.²⁰⁰⁾

그러나 남녀 간의 불평등이 현존하는 우리사회에서 남녀간의 법적 처우의 차별이

198) 정태호, “권리장전의 현대화”, 『헌법 다시보기』(창작과비평), 2007, 279-280쪽

199) 각각의 법령에 의해 실시되고 있는 적극적 차별시정조치의 현황에 대해서는 김엘린, 『남녀평등과 법』, 한국방송통신대학교출판부, 2006, 149-166쪽; 박선영·김진 외, 『제2회 현행 법령상 남녀차별 규정 발굴·정리』, 여성가족부, 2006, 38-46쪽에서 상세하게 다루고 있다.

200) 적극적 차별시정조치의 실행과 함께 등장하게 된 역차별 논쟁은 1970년대부터 시작되었는데, 크게 3가지 이유이다. 첫째, 적극적 차별시정조치가 실력을 존중하고 능력에 따라 일할 기회가 주어지도록 하는 능력주의를 침해한다는 것이다. 적극적 차별시정조치를 반대하는 논자들은 이 제도가 성·인종 등 불합리한 요소에 기초해서 최적임자를 배제하고 능력이 모자라는 자를 선택하도록 하기 때문에 능력주의를 무너뜨리고 있다고 비판한다. 둘째, 적극적 차별시정조치가 할당제의 형태로 실행되면서 다수 집단에 속한 개인을 희생시키며 다른 한편에서 소수집단에 속한 개인의 사회적 지위를 구분하지 않고 수혜자를 과다 포괄(over-inclusive)함으로써 형평성에 어긋난다는 것이다. 셋째, 일정비율을 소수집단의 구성원으로 채우는 할당제 방식은 개인의 실제 능력과 무관하게 능력이 없음에도 불구하고 적극적 차별시정조치의 혜택을 받아 채용되거나 승진되었다는 식의 “오명”을 쓰게 한다는 것이다.

없다고 하더라도 그것은 형식적인 평등에 지나지 않고 현실에서는 개인의 능력·노력과 무관한 격차가 발생하는 경우가 있다. 이러한 격차는 사회 구조적인 문제와 과거의 차별의 잔재에 의해 발생하는 것으로 이것은 재생산된다. 따라서 이것을 개선하지 않는 한 기회의 불평등은 발생될 뿐만 아니라 지속 되게 된다.

이런 점을 고려하면 사회 구조적인 남녀격차와 과거의 차별의 영향에 의해 출발점에 격차가 있는 경우, 그 격차가 해소 될 때까지 적극적 차별시정조치를 실시하여 한정적이고 일시적으로 남녀를 다르게 취급하는 것은 실질적인 의미에서 ‘기회의 평등’을 목적으로 하는 합리적인 구별이고 평등원칙에 반하지 않는다는 것이다.²⁰¹⁾ 따라서 실질적 평등을 위해서는 한정적으로 적극적 차별시정조치의 실시가 필요하다. 그러나 적극적 차별시정조치를 개별 법령을 통해 규정할 경우, 위헌시비가 있을 수 밖에 없기 때문에 적극적 차별시정조치가 역차별이 아니라는 점을 헌법으로 명문화 할 필요가 있다.

적극적 차별시정조치를 명문화하는 방식으로서는 첫째, 그리스와 같이 적극적 차별시정조치가 차별이 아니라는 것과 함께 국가에게 여성에 대한 불평등 제거를 위한 조치를 취할 것을 의무로 규정하는 방식이다. 그리스는 ‘남성과 여성의 평등을 실현하기 위한 적극적 차별시정조치는 성을 이유로 하는 차별로 보지 않는다. 국가는 특히 여성을 제한하거나 실제 존재하는 불평등을 제거하기 위한 조치를 취한다’고 규정하고 있다. 그러나 적극적 차별시정조치는 평등권이 아니라 제2편 일시적 조항에 편재되어 있다.

둘째, 오스트리아와 유럽연합 헌법조약안과 같이 성평등권과 함께 ‘현존하는 불평등을 제거하기 위해 남녀의 사실상의 평등을 촉진하는 장치를 마련하는 것을 금지하지 않는다’고 적극적 차별시정조치가 차별이 아니라는 것을 명시하는 것이다.

나. 개별 성평등권은 평등권으로 편입

평등권에 성평등 조항을 추가하는 경우, 개별 성평등권과의 관계가 문제가 된다. 전술한 바와 같이 우리헌법은 고용, 사회보장 등에서 여성에 대한 특별조항을 두고

201) 헌법재판소는 ① 개인의 자격이나 실적보다는 집단의 일원이라는 것을 근거로 혜택을 준다는 점, ② 기회의 평등보다는 결과의 평등을 추구한다는 점, ③ 항구적인 정책이 아니라 구체목적이 실현되면 종료하는 잠정적 조치라는 점에서 위헌이 아니라는 것을 명확하게 했다.

있다. 여성에 대한 특별조항은 출산하는 성으로서의 여성과 특별한 보호가 필요한 여성에 대한 보호 규정으로 이것은 실질적 성평등을 위한 조치라고 할 수 있다. 따라서 이와 같은 여성에 대한 특별조항은 평등이라는 큰 방향으로 일관성있게 추진하고 통합하여 체계화 하는 것이 필요하다. 그러므로 전술과 같은 방향으로 성평등권이 추가 되면 개별 성평등권은 평등권 조항으로 편입하는 것이 바람직하다.

그 방식과 내용은 스위스와 같이 일반적 평등권에 성평등을 별도로 규정하고 특정 영역을 열거하여 법률상, 사실상의 평등을 확보하는 것을 국가의 의무로 규정하는 것이다. 특정영역의 열거방식은 우리사회와의 정합성이 고려되어야 한다. 예컨대 스위스는 가족, 교육, 노동의 영역에서의 법률상, 사실상의 평등 확보를 국가의 의무로 규정했지만, 이것은 그 나라의 여성의 지위와 밀접한 관련이 있는 것으로 우리의 상황과는 차이를 보일 수 있기 때문이다.

2. 가족관련조항의 개정방안

세계 각국 헌법상의 가족관련조항은 제도로서의 혼인과 가족에 대한 보호에서 혼인과 가족의 권리와 평등에 대한 국가의 보호 및 가족형성·아동·모성 등을 사회적 기본권으로 보장하는 것으로 변화되었음을 알 수 있다.

우리헌법은 제36조를 통해 혼인과 가족생활에 있어서의 개인의 존엄과 양성평등을 보장하고 있다. 제1항에서 혼인과 가족생활에 있어서 개인의 존엄과 양성의 평등과 이에 대한 국가의 보장의무를 규정하고 있고, 제2항에서는 모성보호를 위해 국가는 노력해야 한다는 규정을 두고 있다.

제36조에 대해서는 그 법적 성질은 별론으로 하고, 제 36조는 그 규율내용과 형태에 있어서 다음과 같은 문제를 노정하고 있다. 첫째, 이성애를 근간으로 한 근대가족의 제도적 보장으로서의 성격이 강하기 때문에 미혼모 가족, 한부모 가족, 공동체 가족, 동성애 가족 등 가족의 다양화와 탈제도화를 헌법적으로 승인하고 보장하는데 한계를 갖는 것이다. 둘째, 모성개념의 협소화와 모성을 보호의 대상으로 하고 있다는 점이다. 셋째, 최근에 개정된 다른 나라의 헌법에서 보여지는 아동에 대한 보호 규정이 존재하지 않는다는 것이다.

이와 같은 문제점을 해결하기 위해서는 헌법상의 가족관련조항은 다음과 같이 정비될 필요가 있다.

가. 혼인과 가족의 자유와 권리보장을 통해 가족의 다양성 수용

제36조제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다”라고 규정하고 있다. 여기서 문제가 되는 것은 혼인과 가족생활은 ‘양성의 평등’을 기초로 성립·유지된다고 할 때 혼인이 성립되는 양성이란 남녀를 의미하는가이다. 이에 대해 우리헌법이 예정하고 있는 혼인이란 남녀 간의 결합을 의미하는 것으로 해석되는 것이 일반적이다. 헌법재판소도 “혼인은 1남 1녀의 정신적·육체적 결합이라는 점에 있어서 변화가 없다”라고 하고 있다.²⁰²⁾ 물론 제36조제1항은 ‘양성의 평등’이라고 했지 남녀 간의 평등이라는 표현을 사용하지 않았기 때문에 혼인이 남녀만이 할 수 있는 것으로 해석할 필요는 없다는 주장도 제기되고 있으나, 이것은 아직 소수의 입자에 불과하다. 따라서 이 조항은 남녀 간의 결합으로서의 혼인과 그들과 그들의 자녀로 구성된 가족을 전제로 한 규정으로 이성애를 바탕으로 한 혈연중심의 가족을 기본 개념으로 하고 있다고 할 수 있다.

현대 가족은 근대 핵가족 모델에서 탈피하여 다양한 형태의 결합관계가 등장하고 있다는 점에 특징이 있다. 즉, 제도로서의 가족이 아닌 개인 간의 계약에 의한 행복추구의 장소로서의 가족으로 그 개념이 변동하고 있기 때문이다. 이와 같은 상황에서 국가가 특정 가족의 모델을 제시하고 이를 강제하는 것은 개인의 행복추구권과 성적 자기결정권을 침해하는 것이 될 수 있다. 이런 점에서 프랑스는 팩스법을 통해 동성, 이성을 불문하고 계약으로서 공동체를 법적으로 승인하고 있고, 동성결혼을 이성간의 결혼에 준하는 것으로 인정하여 법적 보호를 하는 국가들도 증가하고 있다.

이를 감안하면 우리헌법 제36조제1항의 혼인과 가족생활의 성립과 유지를 이성 간의 관계에 한정지을 필요는 없게 된다. 따라서 이성애에 기반 한 근대핵가족 모델에서 탈피하고, 가족의 다양성을 헌법이 수용하기 위해서는 동성, 이성을 불문하고 그들에게 가족형성의 자유와 권리를 기본권으로 명확하게 규정하는 것이 필요하다. 이를 위해서는 혼인과 가족의 자유와 권리에 대한 보장과 가족의 법적·경제적·사회적 보호

202) 헌재 1997.7.16.95호가6-13(병합)

를 위한 국가의 보장의무를 규정하는 방안을 고려할 수 있다. 이 경우, 현행 제36조제1항의 혼인과 가족생활에 있어서 양성평등 조항은 전술의 성평등권으로 통합된다. 이 방식이 기본권의 편제라는 측면과 그 내용의 일관성이라는 측면에서 바람직하다고 생각한다.

나. 모성보호에서 모성권 보장으로

모성보호는 보호 패러다임이 가져오는 성별분리와 이에 의한 성차별적 질서의 극복을 위해 모성권으로 재정립될 필요가 있다. 또한 모성의 개념을 임신과 수유로 한정하던 것에서 양육과 관련된 돌봄 노동으로 (여성과 남성에게 동등하게 부여된 권리이며 의무) 확대할 필요가 있다. 이를 위해서는 유럽연합헌법조약안과 같이 모든 사람에게 일-가족 양립을 위한 출산휴가와 육아휴직을 취득할 권리를 보장하는 형태로 규정할 수도 있고, 국가는 모성의 권리를 보장한다는 형태로 모성권을 보장할 수 있다. 그러나 전자의 방식은 일-가족양립 관련한 출산휴가와 육아휴직제도는 현재, 개별법령을 통해 보장하고 있기 때문에 이것을 헌법으로 규정하는 것에 실익이 없다는 지적이 있을 수 있다. 그러나 모성을 남녀의 권리로 규정하고 임신·출산에 한정하지 않고 돌봄 노동으로까지 그 개념을 확대했다는 점에서 고려할 수 있는 규정방식이다. 후자의 경우에는 모성보호에는 모성권이 포함되어 있는 것으로 해석될 수 있기 때문에 개정할 필요가 없다는 지적이 있을 수 있다. 그러나 헌법 규정은 그 사회의 인간상 또는 여성상 등을 투영하는 것에 그치는 것이 아니라 새로운 인간상, 여성상을 형성해나가기로 한다. 그렇기 때문에 여성을 모성보호의 객체에서 모성권의 주체로 재정립하는 것은 여성상에 대한 변화라는 측면과 모성권을 사회적 기본권으로 명확하게 한다는 점에서 그 의미가 인정된다.

다. 아동권 보장 규정 추가

아동은 한 국가의 희망이고 미래이다. 따라서 모든 아동들에게는 각기 처해있는 환경과 무관하게 출생초기부터 자신들의 발달에 필요한 최적의 사회 환경이 제공되어야 한다. 즉, 개별 아동에게는 자신이 처한 조건과 상관없이 자신들의 역량을 충분히 발휘할 수 있는 사회적 조건이 마련되어야 한다. 그러나 우리헌법은 아동권에 대한 명문

의 규정이 존재하지 않는다. 물론 아동은 헌법 제10조의 ‘인간의 존엄’의 주체이고, 제34조제4항과 제32조제5항은 청소년의 복지향상과 연소자의 근로권을 특별하게 보호하고 있다. 그러나 헌법에서 규정하고 있는 청소년 복지향상 의무나 특별한 보호가 무엇을 의미하는지 분명하지 않을 뿐만 아니라 청소년을 권리 행사의 주체로 보기도 하는 보호의 대상이거나 권리향유의 주체로 보는 것에 머무르고 있다. 또한 가족관련 조항의 국제질서가 가족형성·아동권 등을 사회적 기본권으로 보장하고 있다는 점을 감안하면 아동권에 대한 명문화를 통해 아동을 권리행사의 주체로 명확하게 하는 것이 필요하다.

아동권의 규정방식은 독일처럼 부모의 자녀양육에 대한 공동권리와 의무, 그리고 국가의 감시 의무를 규정할 수도 있고, 유럽연합 헌법조약안처럼 “아동은 보호를 요구할 권리와 그 복리에 필요한 배려를 요구할 권리를 갖는다”고 아동권을 주관적 공권으로 명확하게 규정할 수도 있다.

독일과 같이 “자녀의 부양과 교육은 양친의 자연적 권리이고 일차적으로 그들에게 부과된 의무이다. 그들의 활동에 대하여 국가공동사회가 감시한다”는 형태로 헌법에 아동에 대한 보호를 명문화 하는 것은 헌법의 통일성 등을 침해하지 않으면서 아동에 대한 가족과 국가의 의무를 부가할 수 있다는 점에서 장점이 있다. 한편, 유럽연합 헌법조약안과 같이 아동권을 규정할 경우, 아동 역시 헌법 제10조 상 ‘인간의 존엄’의 주체이기 때문에 아동의 권리를 주장 할 실익이 없고, 헌법 체계상 현재의 제36조의 가족관련 조항에서 ‘아동의 권리’를 주장하는 것은 헌법 제34조와 중첩되며, 사회적 기본권의 형태로 ‘아동의 권리’를 주장하는 것은 현재의 구조로도 보장이 가능할 수 있다는 반론이 있을 수 있다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 아동을 보호 대상이나 권리향유의 주체에서 권리행사의 주체로 아동에 대한 패러다임을 변화시키고 주관적 공권으로서 아동권을 보장하는 것은 아동들의 삶의 조건을 발전시켜나가는 데 기여할 수 있다는 점에서 고려할 수 있는 방안이다.

참고문헌

- 김민정, “여성의 시각으로 본 한국 헌법”, 『법률행정논집』(서울시립 대학교), 2006.2, 제13권.
- 김용화, 성인지적 관전에서 바라본 성평등 실현에 관한 연구, 숙명여자대학교 대학원 법학과 박사학위 청구논문(미간행), 2006.
- 박영도, 『독일통일과 기본법개정』, 한국법제연구원, 1995.
- 김선옥, “총론: 평등권과 평등지위실현의 과제”, 조형 역음, 『양성평등과 한국법체계』, 이화여자대학교 출판부, 1996.
- _____, “여성과 법, 이론 것과 이루지 못한 것: 1990년대 여성입법정책의 성과와 과제”, 『여성과 사회』, 제9호, 1998.6., 창작과 비평사.
- _____, “왜 Gender 법학인가”, 『Gender와 법학』, 이화여대법대 창립 50주년 및 Gender 법학연구센터 개원기념 학술심포지엄 자료집, 이화여대 법학연구소 주최, 2001.5.28.
- _____, “법학에서의 Gender 연구의 의의와 과제” 『법학논집』(이화여자대학교 법학 연구소), 제16권제1호, 2001.
- 김엘림, “남녀고용평등법에 관한 소고”, 『노동법학』, 제2호.
- 김영희, 『할당제의 합헌성에 관한 연구』, 한국여성개발원, 1997.
- 마경희, “사회권으로서 돌봄의 제도화를 위한 대안적 패러다임의 모색”, 『여성과 사회』, 제16호, 2005.5., 창작과 비평사.
- 박영도, 『스위스연방의 헌법개혁과 향후전망』, 한국법제연구원 2004.
- 박인수 외 7인, 『유럽헌법연구』, 영남대학교출판부, 2006.
- 석인선, “헌법상 여성관련조항의 개정방향에 관한 소고”, 『헌법학연구』 제12권 제4호, 2006.
- 성낙인, “프랑스 헌정사 소고”, 영남대 『사회과학연구』, 10집 2권, 1990.
- 양현아, “서구의 여성주의 법학: 평등과 차이의 논쟁사”, 『법사학연구』, 제26호, 한국 법사학회, 2002.
- 유숙란, “르완다 종족갈등 이후의 성평등체제 구축과정”, 『아시아여성연구』(숙명여자 대학교), 제45집 1호, 2006.

윤후정·신인령, 『법여성학』, 이화여자대학교출판부, 1991.

이상돈, 『미국의 헌법과 연방대법원』, 학연사, 1983.

이영자·김혜순·민경자·이정옥, 『성평등의 사회학』, 한울아카데미, 1995.

이육한, “차별금지원칙과 실질적 평등권: 양성평등을 중심으로”, 『공법학연구』, 제6권 제3호, 2005.12.

장명선, 성평등 실현을 위한 적극적 조치에 관한 연구, 이화여자대학교 대학원 박사 학위논문(미간행), 2006.

전학선, “프랑스 헌법재판소와 기본권보장”. 한국외국어대 『법학연구소 외법논집』. 제9집, 2000.

정순원, “청소년 보호의 목적과 헌법적 근거”, 한국공법학회 『공법연구』, 제35집 제3호, 2007.

정종길, 프랑스에서 기본권보장의 헌법적 보장, 한국공법학회 공법연구, 제32집 제5호, 2004.

정희진, “헌법의 탈식민화와 현실화를 위하여: 한국헌법의 남성성과 국가주의의 문제”, 『제3회 여성의 눈으로 헌법 다시보기』 자료집, 함께하는 시민행동주최, 2005. 8.26.

조흥석, “현행 헌법의 평등권·성평등조항 개정방향”, 『헌법학연구』, 제12권 제4호 2006.

행동하는 시민행동 엮음, 『헌법 다시보기』, 창비, 2006.

Ann E. Freedman, “Sex equality, sex Differences, and the Supreme Court”, 92 Yale L. J. 913, 917, 1983. 5.

Baines & Rubio-Marin(ed.), The Gender of Constitutional Jurisprudence, Cambridge University, 2005.

Dorothy McBride Stetson, Women's Rights in USA, Belmont: Brooks-Cole Publishing Co., 2004.

Elizabeth Powley(2005), 『Case Study - Rwanda: Women Hold Up Half the Parliament』, Women in Parliament : Beyond Number

Jane Freedman, 이박혜경 옮김, 『페미니즘』, 도서출판 이후, 2002.

- Jane Lewis, "Gender and Welfare Regimes: Further Thoughts", 4 Social Politics 160, 1997.
- Katharine T. Bartlett, Angela P. Harries and Deborah L. Rhode, Gender and Law: Theory, Doctrine, Commentary, New York: Aspen Publishers, 2002.
- Kenneth L. Karst, "Woman's Constitution", 1984 Duke L. J. 447.
- Pamela Abbott and Claire Wallace(1990), 박인자 옮김, 『여성사회학』, 경문사, 1991.
- 『Gender, Nation Building and Role of Parliaments』, Kigali 22-23 February 2007, Conference Concept Paper.
- 테레사 쿨라빅 외 지음, 한국여성정책연구회 옮김, 『복지국가와 여성정책』, 새물결, 2000.
- 캐롤린 라마자노글루(Caroline Ramazanoglu)(1989), 김정선 옮김, 『페미니즘, 무엇이 문제인가(Feminism and the Contradictions of Oppression)』, 문예출판사, 1997.
- 엘리 자레스키(Eli Zaretsky)(1976), 『자본주의와 가족제도』, 한마당, 1983.
- 배리 쏘운·매릴린 알롭 엮음, 권오주·김선영·노영주·이승미·이진숙 옮김, 『페미니즘의 시각에서 본 가족』, 한울 아카데미, 1991.
- Reform der Bundesverfassung – Bewahrtes erhalten, Zukunft gestalten, Schweiz staerken Botschaft des Bundesrates 1996.
- Schweizer, Der Gleichberechtigungssatz, 1998.
- Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Neudruck der 20. Auflage, Heidelberg:C.F.Müller Verlag, 1999.
- 西原博史, 『平等取扱の權利』(成文堂), 2002.
- 衆議歐洲各國憲法調査議員団報告書, 2000年.
- 高橋利安, "イタリアにおける女性の政治参画とポジティブ・アクションー法律によるクオータ制導入の合憲性", 『修道法學』, 28卷2号

誰名規子, “イタリア憲法の家族條項および國家と家族の關係についての家族法的
考察(2)―ファシズム下における國家による家族への介入の歴史とともに
に―” senshu-u.ac.jp/School/horitu/publication/hogakuronshu/96/96-
shiina.pdf

辻村みよ子編, 『世界のポジティブ・アクションと男女共同参画』, 東北出版會, 2004.

阿部照哉, 『憲法教室』, 法律文化社, 1996.

佐藤幸治, 『憲法』, 青林書院, 1996.

辻村みよ子, 『女性と人権』, 日本評論社, 1997.

照哉編, 『世界の憲法』(第3版), 有信堂, 2006.

리치몬드 대학의 헌법 데이터베이스 <http://confinder.richmond.edu>

2007 연구보고서-13-1

여성인권보장 및 차별해소를 위한 관련법제정비 연구(I)
헌법상의 여성관련조항 개정방안

2007년 12월 28일 인쇄
2007년 12월 31일 발행

발행인 : 김 경 애

발행처 : 한국여성정책연구원
서울시 은평구 진흥로 276
전화 / 3156-7000 (代)

인쇄처 : 도서출판 늘 품
전화 / 2275-5326 (代)

<정가 12,500원>

ISBN 978-89-8491-213-7 93330