

〈기념기고 논문〉

최근 여성차별철폐협약(CEDAW)의 한국정부에 대한 권고사항** - 유보조항 ‘가족성(家族姓)’ 규정을 중심으로 -

梁 鉉 娥***

요 약

이 논문은 2011년에 개최된 여성차별철폐협약(이하 ‘협약’) 위원회(이하 ‘위원회’) 제49회기에서 있었던 한국정부의 여성차별철폐협약 이행 보고서에 대한 최종 견해를 살펴보고 있다. 특히 이 연구는 한국정부가 본 협약을 가입하면서 현재까지 유보하고 있는 제16조 제1항 (g)호에 대해 초점을 맞추고 있는데, 해당 조항은 가족성(家族姓)과 직업 선택에 있어서의 성평등에 관한 조문이다.

먼저, 이 연구는 동 협약을 이해하기 위하여 협약의 중심 원칙과 절차에 대해 살펴본 후 해당 위원회에서 한국정부에게 한 주요 권고사항을 일별해 보고 있다. 특히 여성 가족부에 대한 우려, 즉 성평등과 가족정책을 결합하는 데서 오는 문제점, 성인지 예산과 정책의 실효성 등에 대해 살펴보고, 성폭력·가정폭력·성매매와 같이 여성에 대한 폭력 사안에 대한 우려에 대해서도 살펴보았다. 특히 위원회는 인신매매적 성매매나 국제결혼 실태가 국내법에 의해 잘 규율되지 않는 상황에 대해 강한 우려를 표명했고 대책 마련을 권고하였다. 또한, 기대와 달리 한국 여성들의 공직과 관리직에서의 낮은 비율에 대해서도 우려를 표명했다.

본론에서는 가족성에 대한 유보 문제를 다루면서 이에 대응하는 국내규정으로 민법 제781조 자의 성과 본 조항을 중심으로 논의한다. 현재 규정은 2005년에 개정된 조항으로서 같은 해 12월 헌법재판소에서 개정 이전의 동 조문에 대한 위헌제청 사건에 대하여 결정이 내려진 바 있다. 해당 사건의 다수의견에 따르면, 제781조 제1항에서 “자(子)는 부(父)의 성(姓)과 본(本)을 따르고” 부분에 대해서는 입법형성의 한계를 벗어나지 않는다고 보았고, 부성주의 자체가 아니라 예외적인 상황에서 모성(母姓)을 부여할 방안을 제한한 것이 헌법에 합치되지 않는다고 판단하였다. 문제는 헌법재

* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2013학년도 학술연구비 지원을 받았다.

** 한국의 인권상황을 제고하고 새로운 법학을 열기 위해 노고를 아끼지 않으신 안경환 교수님께 본 논문을 삼가 헌정합니다.

*** 서울대학교 법과대학/법학대학원 교수.

판소의 판단에 따르면 헌법에 합치해야 할 현재의 민법 조문이 시행 중임에도 어째서 협약의 해당 조항에 대한 유보를 철회하지 못하고 있는가이다.

본 연구는 헌법재판소의 다수의견에서처럼 과연 부계성본주의에 따라 구체적인 권리침해가 없는지를 의문하면서 부계성본주의가 가지는 여성차별성을 논구하고 있다. 부성주의는 모성(母性)과 모계(母系)에 대한 차별이자 여성후손에 대한 차별이며, 여성의 가족구성권과 재산권을 심각하게 제한해 왔다. 또한, 예외적으로만 어머니성을 허용하는 현재의 부계성본주의는 다양한 가족이 출현하는 한국 가족의 사회적 요구와 삶의 형태에도 부합하지 않는다고 보았다.

근본적으로, 성본문제는 한국의 가족 ‘전통’과 양성평등의 조화라는 과제를 던지고 있는 바, 헌법재판소의 호주제도에 대한 헌법불합치 결정에서의 논거처럼 헌법에 부합하는 한에서만 헌법이 보호해야 할 전통이라는 관념이 요청된다. 요컨대 헌법정신에 맞고 헌법에 부합하는 살아있는 전통을 창안할 필요가 있다고 하겠다. 그것은 무엇보다도 어머니성을 아버지성과 같이 평등하고 정당하게 부여할 수 있는 방안을 마련하는 것이다. 이로써 계통의 다양성이 보장될 수 있을 것이고 전통과 근대의 조화를 이룰 수 있을 것이다. 결론에서는 세 가지 제안을 하면서 글을 마무리 짓고 있다.

주제어: 여성차별철폐협약(CEDAW), 유보조항, 여성의 인권, 어머니성, 민법 제781조, 헌법재판소, 모계, 재산권, 가족의 다양성, 전통

I. 서 론

국제인권법이 한국의 여성인권의 향상에 대하여 실질적 효과를 가지려면 어떤 자세가 필요한가. 여성차별철폐협약(Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women; 이하 ‘CEDAW’ 또는 ‘협약’)은 1979년 12월 18일 제34회 UN 총회에서 채택된 이래 2013년 8월 10일 현재 187개국이라는 가장 많은 당사국을 가진 국제인권협약 중 하나가 되었다. 대한민국 정부는 1983년 5월 25일에 본 협약에 서명하고 다음 해인 1984년 12월 18일에 국회의 협약비준 동의를 얻음으로써 본 협약은 1985년 1월 26일부터 국내에 발효되었다. 협약 비준 당사국은 협약을 이행하기 위해 취한 조치들에 대한 이행 보고서를 협약 가입 직후 1년 이내, 그리고 이후에는 매 4년마다 유엔여성차별철폐위원회(이하 ‘CEDAW 위원회’ 또는 ‘위원회’)에 제출해야 한다. 동 위원회는 이 보고서를 심의하고 협약의 효과적 이행을 위해 제안 및 권고를 할 수 있다.¹⁾ 우리 정부는 2006년 10월 18일에는 선택 의정서(CEDAW

Optional Protocol)에도 가입하였는데, 본 선택 의정서는 협약의 기능을 강화하기 위하여 별도의 절차를 마련하고 있다.²⁾ 말할 나위도 없이, 동 협약에 가입했다는 것은 대한민국이 이 협약의 목적에 동감하고 여성과 남성 간의 사실상의 평등 달성을 위하여 입법, 사법, 행정, 기타 조치 등을 포함한 모든 노력을 하겠다는 정부의 의지를 나타내는 것이다.³⁾

CEDAW는 “여성인권의 대장전(Magna Carta)”이라고 불릴 정도로 여성 인권의 구현을 위해 체계적이고 구체적인 규정을 마련하고 있다. 1960년대와 1970년대를 통해 간단없이 전개된 국제여성운동의 활동 속에서 탄생한 본 협약은⁴⁾ 여성차별을 다음과 같이 정의하고 있다.

제1조 본 협약의 목적을 위하여 “여성에 대한 차별”이라 함은 정치적, 경제적, 사회적, 문화적, 시민적 또는 기타 분야에 있어서 결혼 여부에 관계없이 남녀 동등의 기초(basis of equality of men and women) 위에서 인권과 기본적 자유를 인식, 향유 또는 행사하는 것을 저해하거나 무효화하는 효과 또는 목적을 가진 성에 근거한(basis of sex) 모든 구별(distinction), 배제(exclusion) 또는 제한(restriction)을 의미한다.⁵⁾

전문(前文)과 6개의 부와 30개의 조문으로 구성된 본 협약의 원칙과 주요내용을 살펴보면, 첫째, 본 협약은 여성의 인권과 남녀평등을 보장하고자 하기 때문에 남성에 대한 성차별에 관해서는 언급하지 않고 있다는 점이다. 이는 성차별의 주된 대상이 역사적으로나 현실적으로 여성이므로 여성에 대한 차별철폐가 시급하다고 하는 인식에 바탕한 것이다. 둘째, 본 협약은 국가에게 여성의 인권을 실현하기 위한 국가의 협약 이행 보고서 제출을 포함하여 여러 조치에 대해 상세한 규정을 두고

1) 1997년까지 CEDAW 위원회는 연 1회 개최되었으나 이후에는 연 2회 개최하고 있다.
 2) 21개 조문으로 구성된 CEDAW 선택의정서는 2000년 12월 22일 발효된 이래 2013년 8월 10일 현재 104개 가입국을 두고 있다. 본 선택의정서에는 두 개의 절차를 두고 있는데. “여성 개인과 집단이 협약에 의해 보호되는 권리가 침해되었을 때 CEDAW 위원회에 진정서(claim)를 제출할 수 있는 통보절차(a communication procedure)” 및 “증대하고 체계적으로 여성권리가 침해되었을 경우 CEDAW 위원회의 직권조사절차”를 두고 있다. 두 경우 모두에 있어 대상 국가는 선택의정서의 가입국이어야 한다.
 3) 김선옥, “유엔여성차별철폐협약과 한국여성입법정책”, **법학논문**, 제4권 제4호, 139-162면 참조.
 4) CEDAW의 제정배경에 대해서는 김엘림, “여성차별철폐협약”, **국제인권법**, 제1호, 1996, 107-137면 참조.
 5) 위 조문 한글번역 및 이하 동 협약의 한글번역은 정인섭 편역, **증보 국제인권조약집**, 경인문화사, 322면, 2008, 321-330면을 따름.

있다.⁶⁾ 셋째, 협약 제정 시, 남녀평등의 향유에 인종주의, 제국주의, 식민주의, 신식민주의의 제거가 필수라는 점이 주로 제3세계 참여자에 의해 제기되었다. 이렇게 성차별에 대한 역사적이고 제3세계적 시각이 협약의 전문(前文)에 반영되어 있다는 점은 주목할 일이다.⁷⁾ 넷째, 이 협약은 UN과 ILO 등 이제까지 채택된 양성평등관련 국제문서의 내용을 집대성하면서 진일보하였는데, 특히 양성평등과 모성보호와 같은 사안을 명확하게 정리하고 있다.⁸⁾ 넷째, 여성차별을 철폐하기 위하여 제 분야에 대해 체계적으로 접근하고 있는 바, 앞에서 언급한 사항 이외에도 여성의 매매방지 및 매춘으로부터 착취방지, 정치적·공적 활동·국제적 활동·국적·교육에서의 여성차별철폐, 고용에서의 남녀평등권 확보, 보건에서의 여성차별철폐 및 모성보호, 경제적·사회적 생활에서의 여성차별철폐, 농어촌여성에 대한 차별철폐와 권리보장, 법 앞의 평등과 민사 사안에서의 남녀평등권 확보, 혼인과 가족생활에서의 여성차별철폐 등으로 구성되어 있다. 마지막으로, 이상과 같이 국가의 의무를 강조하면서도 여성의 기본권 향유를 제한하는 사회문화적 요인을 비중 있게 다루고 있다.⁹⁾ 본 협약은 성차별적인 법률뿐만 아니라 한 사회가 갖는 성차별적 관습과 고정관념, 관행 등을 철폐할 것을 요청하고 있는 것이다.¹⁰⁾ 이는 형식적이고 명시적인 법규 뿐 아니라 공동체 내부의 무형적인 관행과 인식의 변화가 성차별 철폐에 중요하다는 것을 나타낸다. 이에 따라 당사국 정부는 남녀평등에 반하는 법률, 관습과 관행을 수정 또는 폐지해야 하며[제2조 (a), (b), (f), (g)호], 국내법정과 공공기관을 통해서도 여성에 대한 차별행위[제2조 (c)호]가 철폐되도록 적절한 조치를 취해야 한다.

이와 같이 동 협약은 그동안 인권법에서 별로 관심을 두지 않던 가족, 성성

6) CEDAW에 의해 부과되는 국가 책임에 관한 전반적인 해설은 다음을 참고할 것. Rebecca J. Cook, “State Accountability Under the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women”, in Rebecca Cook (ed.), *Human Rights of Women – National and International Perspectives* (Philadelphia: University of Pennsylvania), 1994.

7) 이러한 주장은 특히 미국과 갈등을 일으켰고, 미국은 오늘날까지 본 협약에 가입하지 않고 있다(김엘림, 전계논문 참조).

8) 김엘림, 전계논문, 107-108면 참고(모성보호에 관한 자세한 사항도 동 논문을 볼 것).

9) 이러한 지적에 대해서는 김선옥, 전계논문, 144면 참고.

10) 예컨대 CEDAW 제2조 (f)호 “여성에 대한 차별을 구성하는 현행 법률, 규칙, 관습 및 관행을 수정 또는 폐지하도록 입법을 포함한 모든 적절한 조치를 취할 것”, 제5조 (a)호 “일방의 성이 열등 또는 우수하다는 관념 또는 남성과 여성의 고정적 역할에 근거한 편견, 관습 및 기타 모든 관행을 없앨 목적으로 남성과 여성의 사회적 및 문화적 행동 양식을 수정할 것”을 볼 것.

(sexuality), 가사노동 등의 사안에 대해 상세한 규정을 두고 있으며, 공공기관은 말할 것도 없고 개인, 조직, 기업에서의 여성에 대한 차별을 금지하며[제2조 (e)], 남성과 여성의 사회적 및 문화적 행동양식의 수정[제5조 (a)]이 필요하다는 규정을 돕으로써 여성차별철폐를 위한 포괄적 법적 시스템을 만들었다고 평가할 수 있다.¹¹⁾

본 논문에서는 2011년 7월 19일 뉴욕에서 개최되었던 CEDAW 위원회의 제49차 회기(제987차 및 제988차 회의)에서 제시된 한국정부에 대한 최종 견해를¹²⁾ 살펴보고자 한다. 먼저 전반적 권고 사항을 간략히 살펴본 후, 가족성에 관한 대한민국의 유보조항 문제를 중심으로 논의하고자 한다. 한국정부는 협약 가입 시에 여러 유보조항을 두었으나, 이후 유보조항을 하나씩 철회하여 현재에는 제16조 제1항 (g)만을 유보조항으로 두고 있다.

본 유보 조항에 주목하는 또 다른 이유는 2005년 12월 우리 헌법재판소에서 민법 제781조 제1항에 대한 위헌법률심판제청 대하여 결정이 내려졌고, 같은 해 3월 동 조문 개정을 포함한 민법개정안이 의결되었다는 사실에도 있다. 즉, 현재의 판단에 따라 헌법에 합치할 것으로 기대되는 민법 조문이 존재함에도 CEDAW의 유보조항을 철회하지 못하고 있는 상태를 조명하고, 한국 민법의 ‘자의 성·본’ 규정이 여성 차별적이지 않은지를 살펴보는 것이 본 논문의 중심 과제이다.

다른 한편, 2011년 CEDAW 위원회 회의는 한국정부보고서에 대한 가장 최근의 심의이자 현행 민법상 자의 성분 규정이 시행된 이래(2008년 1월 1일) 처음 개최된 심의라는 점에서도 의의가 있다.¹³⁾ 2011년 회의에서 위원회가 대한민국 정부의 제7차 정기보고서를 검토하면서 NGO 보고서,¹⁴⁾ 민주사회를 위한 변호사 모임 보고서 등도 함께 검토했던 것으로 알려진다. 본론에 들어가기에 앞서 해당 회의에서 위원회가 한국정부에게 낸 권고사항을 일별해 보기로 한다.¹⁵⁾

11) 그간 국제인권법이 가진 남성중심성과 성맹성(gender-blindness)을 극복하여 여성인권(Women's human rights)론을 펼쳐야 하는 논의에 대해서는 일반적으로 다음을 참조할 것. Hilary Chalesworth, Christine Chinkin, & Shelly Wright, "Feminist Approaches to International Law", *American Journal of International Law*, Vol. 8, No. 4, 1991, pp.613-645; Freedman, "Women's Human Rights: The Emergence of Movement", *Women's Rights, Human Rights*, edited by Julie Peters & Andrea Wolper (Routledge: London), 1995; Donna Sullivan, "The Public/Private Distinction in International Human Rights Law", in *Women's Rights, Human Rights*.

12) Concluding Observation, CEDAW/C/KOREA/CO/2011.7.29.

13) 한국 정부는 동 협약에 가입한 이후, 1993년, 1998년, 2007년에 동 위원회 심의를 받은 바 있다.

14) 여기서 'NGO 보고서'란 한국여성단체연합이 작성한 보고서를 뜻한다.

II. 전반적 권고사항 및 국내이행 실태

CEDAW 위원회는 먼저 대한민국 정부의 협약 이행을 위한 아래와 같은 노력을 긍정적으로 평가하였다. 혼인가능연령을 남녀 동일하게 18세로 민법 조항을 개정한 점(2007), 아동성폭력의 경우에 친고죄를 폐지한 점(2010), ‘가정폭력방지종합대책’ (2001) 마련 등이 그것이다. 실제로 1985년 협약 가입 이후 한국 정부는 협약 이행을 위하여 많은 노력을 기울였다. 1987년 10월 개헌시, 성평등을 위한 헌법 조문들을 신설했고(헌법 제32조 제4항, 제34조 제3항, 제36조 제1항, 제36조 제2항), 유보조항 철폐를 위해 가족법(1990)과 국적법(1998)을 개정하였으며, 성평등을 제고하기 위하여 남녀고용평등법(1987), 영유아보육법(1991), 그리고 여성발전기본법(1995)을 제정하였다. 특히 여성발전기본법은 한국의 여성정책의 기틀을 마련하여, 여성에 대한 적극적 조치, 모성보호 등과 같은 정책의 근거가 되었다. 이외에도 성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호에 관한 법률(1997) 및 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(1997)을 제정하였고, 여성공무원에 대한 한시적 채용목표제가 도입되었고(1995), 남녀차별금지 및 구제에 관한 법률(1999) 제정 등 특히 1990년대에 눈부신 입법적 노력이 있었다.¹⁶⁾

하지만 동 위원회는 2011년 대한민국 정부 보고서에 대한 최종 견해에서 한국이 아직도 유보조항을 가지고 있으며, 여성의 실질적 평등(*de facto equality*)이 달성되지 못한 현실에 대해 많은 우려와 권고(*concern and recommendations*)를 표명했으니 그 주요 내용을 정리하면 다음 표와 같다.

15) 2011년 CEDAW 위원회의 전반적인 권고 사항 및 한국정부의 이행상황에 관해서는 다음을 참고할 수 있다. 박선영, “CEDAW 권고 이행을 위한 제19대 국회의 입법과제 및 추진방안”, <입법 및 사법 분야 여성차별철폐협약 권고이행과제 및 이행방안 토론회> 미간행 발표문, 2012; 양현아, “유엔 여성차별철폐위원회 권고와 국내이행 실태”, 2012; 조영숙, “제49차 유엔여성차별철폐협약(CEDAW) 최종견해 이행을 위한 당면과제”, 2012; 각 <제2회 유엔인권권고 분야별 이행사항 점검 심포지엄> 미간행 발표문.

16) 자세한 내용은 김엘림, 전계논문; 김선옥, 전계문서를 참조할 것.

<표 1> 제49차 CEDAW위원회 주요 권고 내용¹⁷⁾

분 류	주요 내용
유보조항	○ 협약 제16조 제1항 (g)호의 유보철폐
차별 관련 법률	○ 포괄적인 차별금지법 제정
여성발전을 위한 국가기구	○ 여성가족부의 3가지 소관업무(젠더, 청소년, 가족)에 대한 권한, 책임, 그리고 인적·재정적 자원의 배분을 명확히 규정 ○ 여성정책전담부서 재설치 및 여성정책책임관 복귀 등을 포함하여 필요한 조치 실시
여성에 대한 폭력	○ 가정폭력과 성폭력 사건의 신고를 독려하기 위한 필요한 조치 실시 ○ 성폭력 범죄의 친고제 폐지 ○ 부부간 법제화
인신매매와 성매매 착취	○ 인신매매 방지법 제정 - 형법 등 관련 법률을 개정하여 인신매매 범죄화 ○ E-6 비자를 가지고 일하는 외국인 여성들이 성매매 착취의 대상이 되지 않도록 그들이 일하는 업소들에 대한 효과적인 현장 감시 장치 수립 ○ ‘결혼중개업의 관리에 관한 법률’의 효과적 이행을 위한 입법 및 여타 조치 실시 ○ 성매매여성의 비범죄화 ○ 인신매매의 피해자인 여성과 소녀의 보호, 지원 조치 실시 ○ 탈성매매를 위한 적절한 정책 실시 ○ ‘유엔 국제조직범죄방지협약’의 부속서인 ‘인신매매, 특히 여성과 아동의 인신매매 예방, 억제, 처벌을 위한 의정서’ 비준
정치적 및 공적 생활에의 참여	○ 정치적 및 공적 생활에서 여성의 대표성 강화
국적	○ 한국 국적을 취득하기 위한 요건들에 관한 여성에 대한 차별적 조항 삭제
노동시장과 노동권	○ 노동시장 지표에 관한 성별 분리 자료를 제출할 것 ○ 정규직 종사 여성을 늘리고 대다수 여성으로 구성된 시간제 및 단기 노동자들에게 유급출산휴가를 포함한 보호대책 강구 ○ 성희롱을 포함한 노동권이 침해되었을 경우 항의제기 절차를 둘 것 ○ 일·가정 양립을 위해 남성과 여성을 지원할 것

17) 이 표는 박선영(전계 발표문, 2012)을 수정한 것임.

분 류	주요 내용
교육	<ul style="list-style-type: none"> ○ 여성의 권한강화에 있어 교육의 중요성에 관한 인식 제고 ○ 교사들에 대한 의무적인 성인지 훈련 도입 ○ 여성에게 비전통적인 연구와 직업 분야 선택 장려 ○ 성교육 10시간 의무과정이 학생들에게 제공되고 있는지 보장하기 위한 효과적인 감시 장치 수립 ○ 성 및 재생산에 관련된 건강권에 관한 보다 포괄적이고 연령수준에 적절한 프로그램 도입하고, 낙태 관련법에서 여성 처벌을 삭제할 목적으로 형법 개정

해당 권고 중에서 특히 주목되는 세 가지 권고 – 여성가족부에 대한 권고, 여성에 대한 폭력에 관한 권고, 여성의 공직과 관리직에서의 대표성 제고에 관한 권고를 살펴보고자 한다. 먼저 여성가족부에게 한 권고에서[권고 16], 동 위원회는 여성가족부가 성평등과 가족정책을 결합하고 있어서 직·간접적으로 가부장적 규범을 강화시킬 위험성이 있다는 점, 성별영향평가가 해당 정책을 사후적으로(*post facto*) 측정할 뿐 사전적 도구(*a priori tool*)로 활용되지 않아 그 영향력이 적다는 점, 젠더 평등을 성취하기 위한 명확하게 정의되고 수직적·수평적으로 응집력을 가진 조정 메카니즘이 없다는 점, 그리고 성인지 예산제도를 가지고 있으나 여성권한 강화를 위한 예산이 매우 적다는 점 등을 지적하고 있다. 이러한 권고는 한국의 젠더 정책을 이끌어가는 여성가족부의 역할을 묻는 것이어서 주목된다.

둘째, 동 위원회는 한국의 여성폭력 상황에 대해 여러 우려와 권고를 표명했다. 성폭력과 가정폭력에 대한 낮은 신고율에 대해, 성인 성폭력범죄의 대다수가 친고죄라는 점에 대해, 그리고 낮은 성폭력 범죄의 기소율과 유죄 선고율에 대해서 우려를 표명했다. 또한, 성폭력과 가정폭력을 다룰 수 있는 여성경찰의 수가 적다는 점도 지적했다[권고 20]. 이렇게 실제 수사를 담당할 여성경찰관의 부족¹⁸⁾ 등을 포함한 우려는 법률에는 나타나지 않는 실질적 평등에 대한 동 위원회의 시각을 잘 나타내고 있다고 보인다. 다른 한편, 2012년 12월 국회에서 의결되어 2013년 6월 19일부터 시행되고 있는 형법 제32장 ‘강간과 추행의 죄’의 개정이 주목된다. 본

¹⁸⁾ 한국은 경찰관의 성별 분리모집이 계속되고 있는 국가이다. 국가인권위원회는 경찰공무원 공개채용 시험에서 성별을 기준으로 채용을 제한하여 여성을 남성에 비해 현저히 적게 채용하는 것은 성차별이라고 판단한 바 있다(국가인권위원회 2005년 12월 5일, 04진기 213 사건).

개정에 의해 대다수 성폭력 범죄가 친고죄에서 제외되었으므로, 본 개정은 동 위원회의 권고 이행이라고 할 수 있을 것이다.¹⁹⁾

셋째, 동 위원회는 인신매매와 성매매 착취에 대해서도 강한 우려를 나타냈다 [권고 23]. 한국 형법에 약취, 유인죄(구 제288조 제1항),²⁰⁾ 부녀매매죄(구 제288조 제2항), 국외이송목적의 약취, 유인, 매매죄(구 제289조), 결혼목적의 약취, 유인죄(구 제291조) 등의 규정이 존재함에도 이런 규정들에 의해 인신매매적 성매매 내지 인신매매적 국제결혼 행태가 제대로 규율되지 않는 현실에 대해 우려를 표명하고 있는 것이다. 또한, 위원회는 외국인 여성들을 결혼중개업자, 인신매매업자 및 배우자들의 착취와 학대로부터 보호하기 위하여 ‘결혼중개업의 관리에 관한 법률’의 효과적인 이행을 보장하기 위한 입법 및 여타 조치를 취할 것을 권고했다. 이상에 따라 2003년 4월 5일 형법 개정에서는 상기 규정들이 포함된 형법 제31장의 표제를 “약취와 유인의 죄”에서 “약취, 유인 및 인신매매의 죄”로 개정하고 “노동력 착취, 성매매와 성적 착취, 장기적출을 목적으로 하는 약취, 유인의 죄에 대한 규정(제288조 제2항), 그리고 인신매매의 죄(제289조) 등을 신설하였다. 또한 약취, 유인, 매매,

19) 성폭력 범죄의 친고죄 폐지는 환영할 일이지만, 이와 함께 마련되어야 할 기준이나 보완 장치 등에 대한 논의가 부족한 가운데 급작스럽게 개정이 이루어졌다는 논의에 대해서는 대검찰청, <친고죄 폐지 이후 피해자 보호 대책> 미간행 발표자료(2013. 7. 19)를 참조할 것.

20) 이러한 위원회의 권고와 여러 문제점들에 대한 지적(예컨대 소라미, “인신매매 사범 처벌강화를 위한 형사사법적 대응방안,” <인신매매 방지와 성산업 규제를 위한 입법 과제> 미간행 발표문, 2012, 69면)에 따라 관련 형법 규정이 아래와 같이 개정되었다.
제31장 약취(略取), 유인(誘引) 및 인신매매의 죄 <개정 2013.4.5>
제287조(미성년자의 약취, 유인) 미성년자를 약취 또는 유인한 사람은 10년 이하의 징역에 처한다. [전문개정 2013.4.5]
제288조(추행 등 목적 약취, 유인 등) ① 추행, 간음, 결혼 또는 영리의 목적으로 사람을 약취 또는 유인한 사람은 1년 이상 10년 이하의 징역에 처한다.
 ② 노동력 착취, 성매매와 성적 착취, 장기적출을 목적으로 사람을 약취 또는 유인한 사람은 2년 이상 15년 이하의 징역에 처한다.
 ③ 국외에 이송할 목적으로 사람을 약취 또는 유인하거나 약취 또는 유인된 사람을 국외에 이송한 사람도 제2항과 동일한 형으로 처벌한다. [전문개정 2013.4.5]
제289조(인신매매) ① 사람을 매매한 사람은 7년 이하의 징역에 처한다.
 ② 추행, 간음, 결혼 또는 영리의 목적으로 사람을 매매한 사람은 1년 이상 10년 이하의 징역에 처한다.
 ③ 노동력 착취, 성매매와 성적 착취, 장기적출을 목적으로 사람을 매매한 사람은 2년 이상 15년 이하의 징역에 처한다.
 ④ 국외에 이송할 목적으로 사람을 매매하거나 매매된 사람을 국외로 이송한 사람도 제3항과 동일한 형으로 처벌한다. [전문개정 2013.4.5]

이송된 사람에 대한 상해·치상죄(제290조) 및 살인·치사죄(제291조)를 신설하였다. 이로써 구시대의 사회상에 머물러 있는 듯한 약취, 유인의 죄가 현실의 결혼, 노동, 성매매, 성적 착취, 장기적출 등과 같은 인신매매 양태에 보다 근접하는 법으로 개정되었다고 평가된다. 하지만, 이러한 규정들이 법실무에서 얼마나 어떻게 여성인권의 관점에서 해석될지는 미지수이다.

넷째, 위원회는 기대와 달리 나타나는 한국 여성들의 국가 공직부문과 관리직 등에 있어 여성의 낮은 참여율과 낮은 대표성에 대해 우려를 표명했다[권고 24 및 권고 25]. ‘NGO 보고서’가 지적하듯이, 한국의 젠더 갭지수(Gender Gap Index; GGI)는 134개국 중 104위이다. 아래 표들은 한국의 전반적 경제, 정치적 발전에도 불구하고 공공부문과 민간기업의 관리직에 여성 참여가 저조하다는 것을 보여준다.

<표 2> 공공 및 민간의 직급별 여성근로자 고용비율

[단위: 개소 또는 명, (%)]

구 분		계	임원급	과장급 이상	과장급 미만
1,000인 이상 (674)	공공기관(64)	63,599 (29.95%)	12 (3.36%)	4,080 (12.72%)	59,507 (34.77%)
	민간기업(610)	688,907 (37.1%)	1,433 (7.17%)	42,270 (15.85%)	645,204 (42.22%)
999인 이하 (873)	공공기관(181)	16,676 (31.63%)	47 (5.19%)	1,470 (12.47%)	15,159 (40.75%)
	민간기업(692)	164,104 (34.2%)	3,260 (8.37%)	10,932 (16.17%)	149,912 (38.47%)

* 자료: 고용노동부, “적극적고용개선조치 현황자료 - 대기업 및 공공기관에서 여성고용 비율 꾸준히 증가”, 2011. 10. 4. 보도자료
(<http://news.moel.go.kr/newshome/mtnmain.php?sid=1&stext>).

<표 3> 공공기관 여성임원 현황

(단위: 명, %)

구 분	기관수	합계(상임+비상임)			상임 임원			비상임 임원		
		합계	여성	비율	소계	여성	비율	소계	여성	비율
'06년	105	1,096	91	8.3%	300	7	2.3%	796	84	10.6%
'07년	101	1,113	82	7.4%	341	7	2.1%	772	75	9.7%
'08년	101	1,134	99	8.7%	356	8	2.3%	778	91	11.7%
'09년	100	1,188	105	8.8%	415	8	1.9%	773	97	12.6%
'10년	100	1,164	99	8.5%	389	8	2.1%	775	91	11.7%
'11. 6월	109	1,267	113	8.9%	431	12	2.8%	836	101	12.1%

* 자료: 박현준, “공공기관 유연근무제의 확산과 여성인재 양성”(박진·하태욱 편, 『공공기관과 국가정책』, 한국 조세연구원, 2012), 108면.

<표 4> 공무원 채용 합격자 여성 비율

(단위: 명, %)

구 분		'06년	'07년	'08년	'09년	'10년
합계	전체합격	4,190	3,807	4,741	3,230	2,466
	여성	1,657	1,607	1,971	1,392	1,000
	여성비율	39.5	42.2	41.6	43.1	40.6
외무고시	전체합격	25	31	35	41	35
	여성	9	21	23	20	21
	여성비율	36.0	67.7	65.7	48.8	60
행정고시 (행정·공안)	전체합격	233	251	242	244	266
	여성	104	123	124	114	127
	여성비율	44.6	49.0	51.2	46.7	47.7
행정고시 (기술)	전체합격	71	55	65	63	68
	여성	18	9	14	9	15
	여성비율	25.4	16.4	21.5	14.3	22.1

* 출처: 위 표는 아래 각 자료를 종합한 자료임
 외무고시: 안전행정부, “2010년도 외무고등고시 최종합격자 통계”
 행정고시: 안전행정부, “2010년도 5급 공채 최종합격자 통계”

<표 5> 국회의원 당선자 여성 비율

(단위: 명, %)

연 도	전체			지역구			전국구		
	계	여성	비율	계	여성	여성	계	여성	비율
1992(14대)	299	3	1.0	237	0	0.0	62	3	4.8
1996(15대)	299	9	3.0	253	2	0.8	46	7	15.2
2000(16대)	273	16	5.9	227	5	2.2	46	11	23.9
'04년(17대)	299	39	13	243	10	4.1	56	29	53.6
'08년(18대)	299	41	13.7	245	14	5.7	54	27	50.0
'12년(19대)	300	47	15.7	246	19	7.7	54	28	52.0

* 출처: 중앙선거관리위원회

이러한 표에서 다음과 같은 사실을 알 수 있다. 먼저, <표 2>에서 볼 때, 2011년 현재 여성의 임원비율이 전반적으로 낮아서 민간기업의 여성임원 비율은 7~8%대에 머물고, 공기업에서는 이보다도 낮아서 3~5%의 비율임을 알 수 있다. 또한, <표 3>에서 공공기관에서의 여성임원의 비율도 2006년 이후 답보상태로 10% 미만에 머물고 있다. 특히 상임임원의 비율은 더욱 낮아서 3% 정도에 머물고 있다. 앞서 본대로 동 CEDAW 협약은 공공기관에게 국가와 기업에 편만한 성차별 행위를 철폐해야 하는 의무를 부과했던바[협약 제2조 (e) 등], 공공기관에서의 여성의 저조한 대표성은 이러한 규정에 정면으로 반하는 것이라 하겠다. 그럼에도 위 <표 2>는 여성에 대한 고용개선조치의 결과로 여성근로자의 비율과 여성관리자 비율이 전년 대비 1%p 정도 증가했음을 보고하는 것이어서 아이러니하다.²¹⁾ 적극적 조치의 결과가 이 정도의 수치로 나타난다면, 현실의 채용과 승진 등에 보다 광범위한 성차

21) 아래와 같이 여성에 대한 적극적 고용개선조치가 상시 근로자 500명 이상을 고용하는 사업장에 시행되고 있다(2006. 3. 1. 시행).

남녀고용평등과 일가정양립지원에 관한 법률 시행령 제4조(적극적 고용개선조치 시행 계획 수립·제출의무 등의 부과대상 사업) ① 법 제17조의3 제1항 제1호에서 “대통령령으로 정하는 공공기관·단체”란 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제4조에 따른 공공기관을 말한다.

② 법 제17조의3 제1항 제2호에서 “대통령령으로 정하는 규모 이상의 근로자를 고용하는 사업”이란 상시 500명 이상의 근로자를 고용하는 사업을 말한다.

③ 제2항을 적용할 때 상시 고용하는 근로자의 수는 전년도에 매월 고용한 월평균 근로자 수의 연간 합계를 전년도의 조업월수로 나누어 산정(算定)한다.

별이 없는지 조사해 볼 필요가 있다. 둘째, 하위직급으로 갈수록 여성고용의 비율이 높아지는 현상은 승진과 배치 등에서 여성차별 현상이 존재하고, 고학력 여성들의 사회참여가 저조하고, 여성에게 기대하는 성역할이 온존하고 있다는 것을 반영하는 것이어서 문제된다. 만약 이러한 현상이 있다면, 우리 정부는 이에 대한 시정 의무를 지고 있다. 셋째, <표 5>에서 보듯이 여성 국회의원의 비율이 17대 국회에서 제고된 이래 20%를 넘지 못하고 있다. 17대 국회 이래 국회의원의 성비 변화는 여성에 대한 적극적 조치에 따른 성과라고 할 것이지만,²²⁾ 그 수치는 여전히 높지 않다.²³⁾ 마지막으로, 이상의 표와 달리 <표 4>를 보면 공무원 채용 시험에서 여성합격자 비율은 최근으로 올수록 전체 비율의 40% 정도에 이른다는 것을 알 수 있다. 여기서 우리는 주로 이런 국가고시 합격비율 등이 ‘여풍(女風)’의 이름으로 언론과 사회에 널리 회자되었음을 알 수 있다. 또한 국가고시와 같은 엄정한 공정경쟁을 한다면 앞서 본 공기업, 공공기관 등에서의 여성임원 비율이 과연 3~5%에 머물 것인지도 의문스럽다. 물론 이 때의 ‘공정경쟁’이란 여성에 대한 우호적 조치가 아니라 ‘성중립적’ 조치를 의미하기에, 앞서 본 국내의 공기업, 공공기관, 민간기업 등에서 여성임원의 저조한 수치는 여성에 대한 성중립적 대우에도 근접하지 못하는 현실을 나타내는 것으로 해석한다. 이렇게 기업과 공공기관과 같은 조직 속에서 고위직 여성의 희소성에 대해서도 널리 공론화시켜 그 대책을 마련해야 할 것이다.

이외에도 위원회는 형법을 포함한 성매매 입법과 정책에 있어서, 성판매자 여성을 처벌하지 않는 방향의 검토를 할 것을 권고했고[권고 23], 그리고 여성 재생산 건강권에 대한 우려에서 형법상 낙태죄에서의 여성 처벌 조항을 개정하고 안전하지

22) 공직선거법 제47조(정당의 후보자추천) 제3항과 제4항에는 다음과 같이 규정되어 있다.

③ 정당이 비례대표국회의원선거 및 비례대표지방의회의원선거에 후보자를 추천하는 때에는 그 후보자 중 100분의 50 이상을 여성으로 추천하되, 그 후보자명부의 순위의 매 홀수에는 여성을 추천하여야 한다. <개정 2005. 8. 4>

④ 정당이 임기만료에 따른 지역구국회의원선거 및 지역구지방의회의원선거에 후보자를 추천하는 때에는 각각 전국지역구총수의 100분의 30 이상을 여성으로 추천하도록 노력하여야 한다. <신설 2005. 8. 4>

23) 참고로, ‘균등제법’ 혹은 ‘남녀동수법’으로 알려진 프랑스의 ‘파리테(parité)’ 제도는 프랑스의 헌법개정을 통해서 1999년에 도입되었다. 파리테는 3,500명 이상의 주민이 거주하는 지역의 의원직과 선출직에서 여성과 남성의 비율을 각 50%가 되도록 하는 제도인데, 이는 여성에 대한 적극적 조치가 아니라 대부분의 사회에서 여성과 남성의 비율이 대체로 반반이므로 이러한 성비구성을 대변하기 위한 정당한 조치로 개념화되었다는 점을 눈 여겨보아야 한다. 파리테의 도입 결과 2001년 프랑스에서 지방선거에서 여성의원인 전체 지방의회 의원 중 47%가 되었다.

않은 낙태로부터 보호하라고 권고하였다[권고 35].

이상의 우려와 권고에서 볼 때, 동 협약에 따른 법과 정책의 수립과 집행에 있어 여성의 현실이 제대로 수용되고 있지 못하다는 점을 알 수 있다. 많은 노력에도 불구하고 국제인권법과 여성의 국내적 현실과 정책 간에는 괴리가 존재한다는 것이다. 이에 본 협약이 실효성을 가지기 위해서는 무엇보다도 본 협약의 이행 주체인 정부의 각성과 노력이 중요하고, 구체적인 법집행에서 공무원당자들의 깨어있는 성평등 인식이 중요하다 하겠다.²⁴⁾

III. 유보조항: 가족성(家族姓) 조문

한국의 가족법 개정역사에서 볼 때, CEDAW는 특히 가족사안에 지속적인 영향을 미친 것으로 평가된다.²⁵⁾ 뿐만 아니라 동 협약은 사법적 판단에도 중요한 영향을 미쳤다. 예컨대 호주제 위헌제청사건 신청서에서 CEDAW가 호주제도의 위헌성에 대한 근거로 제시되었고,²⁶⁾ 대법원에서 선고된 ‘여성의 중증원 확인소송’에서도²⁷⁾ 근거 규정으로 원용되었으며,²⁸⁾ 이외 헌법재판소의 ‘제대군인의 공무원 채용시험 등에서의 가산점제도’ 위헌결정, 서울고등법원에서 내려진 서울YMCA가 여성회원들에게 총회원이 될 자격을 부여하지 않은 데 대한 조치가 성차별적 처우에 해당한다고 한 판결에서 본 협약이 재판규범으로 활용된 바 있다.²⁹⁾

24) 여성인권 관련법의 제정 및 개정은 많은 경우, 상징적 의미를 가질 뿐 성적 불평등을 철폐하고 평등을 실현하는 구체적 효과에 이르는 법의 규제력과 이행력은 취약했다는 지적에 관해서는 김선욱, 전제논문, 161면 참조.

25) 한편 1983년 CEDAW의 서명 이후 국회에서 오랫동안 본 협약의 비준에 동의하지 않았던 원인에는 가족법 관련 유보 조항이 매우 많았던 점이 주요했다(이태영, **한국가족법 개정 37년사**, 한국가정법률상담소, 1992 참조).

26) 호주제 폐지 사건에서 제청 신청인들이 작성했던 “호주제 위헌제청 신청사유서”(미간행 자료, 2000)에는 CEDAW 제16조 등이 상세하게 다루어지고 있다. 하지만 헌법재판소의 결정문에 CEDAW가 근거법으로 제시되지 않았다.

27) 대법원 2005. 7. 21. 선고 2002다1178 전원합의체 판결.

28) 이에 관해서는 윤진수, “여성차별철폐협약과 한국가족법”, **서울대학교 법학**, 제46권 제3호, 103면 참고.

29) 신진화, “CEDAW 권고에 대한 사법부 이행과제 및 추진 방안”, <입법 및 사법 분야 여성차별철폐협약 권고 이행 과제 및 이행 방안 토론회> 미간행 발표문(2012. 9. 19) 참고.

1. 한국정부의 유보 조항

앞서 언급했듯이, 한국정부는 협약의 비준과 함께 협약 제9조,³⁰⁾ 제16조 제1항의 (c), (d), (f), (g)호를 유보하였다.³¹⁾ 비준 당시 입법부에 유보조항에 대한 논란이 많이 있었다.³²⁾ 협약과 국내법과의 일치여부에 대해 엄격히 해석하면 더 많은 조항을 유보해야 한다는 의견, 제9조만 유보조항으로 하자는 의견 등 여러 의견이 있었으나 외무부가 제출한 정부안 대로의 유보조항을 갖고 통과되었다. 아래는 한국정부의 제16조 유보조항들이다.

CEDAW 제16조 1. 당사국은 혼인과 가족관계에 관한 모든 문제에 있어 여성에 대한 차별을 철폐하기 위한 모든 적절한 조치를 취하여야 하며, 특히 남녀평등의 기초 위에 다음을 보장하여야 한다.

- (c) 혼인 중 및 혼인을 해소할 때의 동일한 권리와 책임
- (d) 부모의 혼인상태를 불문하고 자녀에 관한 문제에 있어 부모로서의 동일한 권리와 책임: 모든 경우에 있어서 자녀의 이익이 최우선적으로 고려되어야 함
- (f) 아동에 대한 보호, 후견, 재산관리 및 자녀입양 또는 국내법제상 존재하는 개념 중에 유사한 제도와 관련하여 동일한 권리와 책임: 모든 경우에 있어서 아동의 이익이 최우선적으로 고려되어야 함
- (g) 가족성 및 직업을 선택할 권리를 포함하여 부부로서의 동일한 개인적 권리

30) 협약 제9조 1. 당사국은 여성이 국적을 취득, 변경 또는 부유함에 있어 남성과 동등한 권리를 부여하여야 한다. 당사국은 특히 외국인과의 결혼 또는 혼인 중 부에 의한 국적의 변경으로 처의 국적이 자동적으로 변경되거나, 처가 무국적으로 되거나 또는 부의 국적이 처에게 강제되지 아니하도록 확보하여야 한다.

2. 당사국은 자녀의 국적에 관하여 남성과 동등한 권리를 여성에게 부여하여야 한다.

31) 원문은 다음과 같다. “The Government of the Republic of Korea, having examined the said Convention, hereby ratifies the Convention considering itself not bound by the provisions of Article 9 and sub-paragraphs (c), (d), (f), and (g) of paragraph 1 of Article 16 of the Convention.” “On 15 March 1991, the Government of the Republic of Korea notified the Secretary-General of its decision to withdraw, with effect as from that date, the reservation made upon ratification to the extent that they apply to sub-paragraphs (c), (d), and (f) of paragraph 1 of article 16.” “Subsequently, on 24 August 1999, the Government of the Republic of Korea notified the Secretary-General of its decision to withdraw, with effect as from that date, its reservation made upon ratification to article 9.”

이하는 다음의 UN 홈페이지를 참조함 http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en. (2013. 8. 10. 최종 방문).

32) 국회 외무위원회회의록 제11호(1984. 12. 3); 김선옥, 전계논문, 149면 참고.

1991년 3월 15일, 대한민국 정부는 제16조 제1항의 (c), (d), (f)의 유보 철회를 통보하였다.³³⁾ 이는 1990년 12월 국회에서 의결된 가족법 개정안이 1990년 1월 13일부터 발효됨에 따라 가능해졌다. 구체적으로, (c)호와 관련해서는 호주의 권리·의무 조항을 대폭 삭제하고, 호주상속을 호주승계제도로 바꾸었고, 친족의 범위를 부·모계 8촌으로 조정하고 이혼시 재산분할청구제도를 신설하고, 이외에도 친권제도, 재산상속제도 등에 대한 개정이 이루어졌다는 점에서 가능했다. (d)호 및 (f)호와 관련해서는 이혼부부의 자녀양육권과 친권 규정의 개정에 따라 철회가 가능해졌다.³⁴⁾ 그러나 여전히 호주제도가 존재하고 있었던 시기이므로 엄격히 해석한다면 이러한 철회가 가능하지 않다는 의견도 있다.³⁵⁾

나아가 1999년 8월 24일, 대한민국 정부는 사무국장에게 그날부터 유효한 제9조의 유보 철회를 통보하였다. 협약 비준 당시 한국의 국적법은 대한민국 국민의 아내가 된 외국인은 대한민국의 국적을 취득하고, 한국인이 외국인의 아내가 되어 남편 국적을 취득한 경우 대한민국 국적을 잃게 되어 있으며, 남편이 대한민국의 국적을 취득한 경우 그 아내는 자신의 본국법에 반대규정이 없는 한 남편과 같이 대한민국의 국적을 취득하게 함으로써 부부국적 동일주의를 채택하고 있었다. 이에 따라 외국인 아내는 남편과 함께 하지 않으면 귀화하지 못하였다. 또한 자녀의 국적 결정에 대해서 출생 당시 아버지가 대한민국의 국민이었던 자 또는 출생하기 전에 아버지가 사망했을 때에는 사망 당시에 대한민국 국민이었던 자로 규정함으로써 부계혈통주의를 취하고 있었다.³⁶⁾ 이상과 같이, 한국의 국내법이 CEDAW와 충돌함으로써 그 적용을 유보한 조문들은 주로 ‘가족’과 관련된 영역임을 알 수 있다. 이는 일견 서구의 페미니즘에서 외쳐왔던 ‘사적 영역(the private sphere)’에서 여성들이 겪는 독특한 억압과 그 비가시성 문제와 관련된다고 할 수 있다.³⁷⁾ 하지만

33) 국내법의 개정에 따른 협약 유보조항 철회에 관한 상세한 논의는 윤진수, 전계논문을 참고할 것.

34) 김선옥, 전계논문, 150면.

35) 당시 존재하던 호주제도로 인해 (c)호 철회가 불가능하다는 의견은 김선옥, 전계논문, 150면 참고. 필자는 미혼모가 기혼모나 미혼부에 대해 차별을 받는 현실이 지속되는 것은 사회적 관습 뿐 아니라 호주제도, 친권제도, 부성제도 등에 기인하기 때문에 (d)와 (f)호의 유보의 철회에 대해서도 의문이 든다.

36) 김선옥, 전계논문 등 참고.

37) 서구 페미니즘 연구에서 공/사 영역의 이분법이 여성차별에 대해 가지는 문제점에 대한 연구는 매우 풍부하다. 대표적으로 다음을 참고할 것. Carole Pateman, “Feminist Critiques of Public/Private Dichotomy”, in S. I. Benn and G. F. Gaus (eds.), *Public and Private in Social Life*, Croom Helm Ltd. 1983; Iris Marion Young, *Justice and Politics of*

한국에서 가족이란 사적 영역의 문제에서 더 나아가 가부장제의 역사성 및 한국의 ‘전통’ 문제와 엮여 있다고 해석한다.³⁸⁾ 이상과 같이 여러 유보조항을 철회하였지만, 2013년 8월 현재까지 대한민국은 제16조 제1항 (g)호를 유보조항으로 두고 있다. 이에 따라 2011년 동 위원회 회의에서는 대한민국 정부에게 제6차(2007년) 권고에 이어 다시 아래와 같이 권고하였다.³⁹⁾

위원회는 지난 제6차 정기보고서(CEDAW/C/KOR/CO/6)에 대한 권고내용을 재차 강조하며, 이와 관련하여 당사국이 제16조 제1항 (g)호의 사안을 제1항 (d)호와 분리하고, 따라서 구체적인 기간 안에 제16조 제1항 (g)항의 유보철폐를 보다 신속히 처리할 것을 촉구한다.⁴⁰⁾

2. 민법상 ‘자의 성과 본 조항’의 개정

이제 CEDAW ‘가족성’ 유보조항과 직접적으로 관련되는 국내법 규정으로 민법 제781조에 관해 논의하고자 한다.⁴¹⁾ 2005년 3월 국회는 호주제도 폐지라는 기획을 중심으로 마련된 민법개정안을 의결한 바 있다. 이때 제781조 ‘자녀의 성과 본’에 관한 조문도 아래와 같이 개정되었다.⁴²⁾

제781조(자의 성과 본)

- ① 자는 부의 성과 본을 따른다. 다만, 부모가 혼인신고시 모의 성과 본을 따르기로 협의한 경우에는 모의 성과 본을 따른다.
- ② 부가 외국인인 경우에는 자는 모의 성과 본을 따를 수 있다.
- ③ 부를 알 수 없는 자는 모의 성과 본을 따른다.

Difference, Princeton University Press, 1990.

- 38) 가부장제를 전통과 역사성, 식민지성의 관점에서 해석한 연구로는 양현아, **한국가족법 읽기 - 전통, 식민지성, 젠더의 교차로에서**, 창비, 2011 참고.
- 39) CEDAW 위원회는 1993년과 1998년에도 한국정부에게 유보조항에 대한 재검토를 요구한 바 있다.
- 40) 본 논문에서 인용되는 제49차 CEDAW위원회의 한국정부 보고서에 대한 최종견해는 비공식 한국어 번역문을 사용하고 있다.
- 41) 서양의 가족성(family name)이 한국의 성(surname)이 동일한 개념이라고 할 수는 없다. 한국의 성제도는 개별 가족의 정체성의 표지를 넘어서서 광범위한 부계혈족의 정체성의 표지이기 때문이다. 그럼에도 본 연구에서는 가족성제도가 성본제도 안으로 포섭되고 대응되는 것으로 보아 ‘가족성’의 문제를 ‘자의 성분’ 조항을 중심으로 논의한다.
- 42) 2005. 3. 31. 민법개정법률(법률 제7427호). 본 개정에서 ‘자녀의 성과 본’ 조문 이외에도 친양자제도의 창설, 친생부인제도의 정비 등은 본 협약과 관련성을 가진다.

- ④ 부모를 알 수 없는 자는 법원의 허가를 받아 성과 본을 창설한다. 다만, 성과 본을 창설한 후 부 또는 모를 알게 된 때에는 부 또는 모의 성과 본을 따를 수 있다.
- ⑤ 혼인외의 출생자가 인지된 경우 자는 부모의 협의에 따라 종전의 성과 본을 계속 사용할 수 있다. 다만, 부모가 협의할 수 없거나 협의가 이루어지지 아니한 경우에는 자는 법원의 허가를 받아 종전의 성과 본을 계속 사용할 수 있다.
- ⑥ 자의 복리를 위하여 자의 성과 본을 변경할 필요가 있을 때에는 부, 모 또는 자의 청구에 의하여 법원의 허가를 받아 이를 변경할 수 있다. 다만, 자가 미성년자이고 법정대리인이 청구할 수 없는 경우에는 제777조의 규정에 따른 친족 또는 검사가 청구할 수 있다. [법률 제7427호, 2005. 3. 31, 일부개정]

이 개정은 여러 변화를 담고 있다.⁴³⁾ 첫째, 내국인 혼인에 있어서 혼인신고시 자의 성분이 모의 성분을 따를 수 있는 선택권을 부여한 최초의 제도라는 점이다. 당시까지 자녀가 모성(母姓)을⁴⁴⁾ 따를 수 있는 경우로 아버지가 외국인인 경우, 아버지를 알 수 없는 경우, 혹은 호주제 하에서 입부혼(入夫婚)을 제외하고는 어머니성을 따를 방도가 없었다. 둘째, 부(父)의 자(子) 인지 이후에도 인지 이전의 성분(주로 어머니성)을 계속 사용하는 것이 허용되었다. 개정 이전법에 따르면 인지되지 않은 혼외자는 어머니의 성과 본을 따르지만, 생부가 인지한 경우에는 부의 성과 본을 따르도록 되어 있었다. 이에 따라 오랜 기간 어머니성을 사용해 온 경우에도 본인의 의사와 무관하게 성과 본이 부의 것으로 변경되는데 이는 본인의 의사에 반할 수도 있으며 오랜 시간 동안 형성된 정체성에 혼란을 야기할 수도 있다는 문제점이 있었다. 셋째, 부, 모, 자의 청구가 있고 법원이 이를 허가하면 성과 본을 변경할 수 있는 제도가 도입되었다. 이 제도는 부의 사망, 이혼, 재혼, 입양 등 가족관계에 예기치 못한 변동에 대비하여 자의 성과 본을 바꾸어야 할 필요성을 염두에 둔 것으로 이해할 수 있다.⁴⁵⁾

이상과 같은 규정은 천륜(天倫)으로 여겨지던 부성불변의 법칙 그리고 백대지친(百代之親)과 같은 부계혈족의 표지인 성분제도 원칙에 예외를 허용함으로써 부계혈통주의를 완화시켰다고 평가할 수 있다. 보통의 법률혼을 하는 부부들이 어머니의 성분을 자녀에게 물려줄 수 있다는 선택지가 마련되었다는 점 자체가 한국 가족

43) 김상용, **가족법 연구 II**, 법문사, 2006 참고.

44) 모성(母姓)은 모성(母性)과 그 발음이 같아서 혼동을 줄 수 있을 뿐 아니라 기존의 ‘모성(母性)’ 개념에 가부장제의 색채가 짙다고 보이므로, 본고에서는 모성(母姓)을 맥락에 따라 ‘어머니성’, ‘엄마성’ 혹은 ‘모계성’ 등으로 호명하고자 한다.

45) 이현재, “자의 성과 본의 변경심판에 있어서 자의 복리”, **가족법연구**, 2008, 제22권 제2호.

제도에 있어 큰 사건이며, 더 나아가 자녀의 성과 본을 변경할 수 있는 제도가 도입되었다는 것은 더욱 혁명적인 일이라 하겠다.⁴⁶⁾

하지만, 개정 조문 제781조는 양성 평등의 측면에서 볼 때 많은 한계가 존재한다. 먼저, 모성의 선택이 오직 혼인 신고시에만 가능하므로 절대 다수의 부부가 이를 선택할 가능성이 매우 낮다는 점이다. 참고로, 2003년 민법 개정을 위하여 법무부에서 설치했던 ‘가족법개정특별분과위원회(이하 가족법위원회)’에서는 자의 성과 본에 대한 개정의 원칙을 여성주의를 원칙으로 하되, 부부의 ‘혼인신고서’ 어머니성을 따를 수 있는 단서 조항을 두는 것으로 결정하였다(안 제781조 제1항). 본 가족법위원회에서는 당시 민법에도 ‘입부혼’을 하게 되면 자가 모의 성분을 따를 수 있기 때문에, 어머니의 성분을 따를 수 있는 선택지를 열어두지 않으면 “오히려 법이 후퇴”하게 된다는 의견이 제시되었다.⁴⁷⁾ 그런데 혼인신고서는 혼인 후 부의 사망, 유기, 외도, 별거 등 앞날의 사태를 예견하기 어려운 시점이다. 동일한 부모에서 출생한 모든 자녀가 동일한 성분을 가지는 것이 원칙이라고 한다면, 그 선택 시기를 ‘첫 자녀 출생’으로 정할 수 있을 것인데, ‘첫 자녀 출생시’로 선택의 길을 열어두면 “부부간의 트러블,” “갈등유발” 또는 “부부과탄”을 야기할 수 있다는 이유로 다수의견에 따라 ‘혼인신고서’가 어머니성의 협의와 선택의 시점으로 채택되었다.⁴⁸⁾

실제로, 당시 민법 개정 논의시기에 법무부 개정안 뿐 아니라 국회의원들이 제출한 개정안도 존재했던 바, 이 중 민주당 이미경 의원이 대표 발의했던 개정안에서는 “자는 부모가 협의한 바에 따라 부 또는 모의 성과 본을 따르고, 부모가 협의할 수 없거나 협의가 이루어지지 아니하는 경우에는 부 또는 모의 청구에 의하여 가정법원이 이를 정하도록” 규정하고 있다.⁴⁹⁾ 이와 같이 양성 평등한 규정이 마련되었

46) 한국의 성본제도에 대한 고찰로는 정광현, **성씨논고: 조선가족법논고**, 동광당, 1940; 이광신, **우리나라 민법상의 성씨제도 연구**, 법문사, 1973 참고.

47) [개정 전 민법] 제826조 ③ 처(妻)는 부(夫)의 가(家)에 입적한다. 그러나 처가 친가의 호주 또는 호주승계인인 때에는 부가 처의 가에 입적한다.

④ 전항 단서의 경우에 부부간의 자는 모의 성과 본을 따르고 모의 가에 입적한다.

48) 본 회의에서는 성본의 사용을 ‘자동차의 우측통행’과 같은 임의적인 기호로 표현하기도 했다. 즉 “대부분의 자동차가 우측통행을 하는데 자기 혼자 좌측통행을 하자고 하면” “맨날 맞은 편에서 오는 자동차에 중앙성 침범 사고”가 계속될 수 밖에 없다는 의견이 있었다. 또는 “그동안 열심히 줄 세워놓은 것을 호트러뜨리는 것을 도리어 인류의 성분에 대한 역사가 걸어진 것에 대해 후퇴”가 될 수 있다는 의견도 있었다. 자세한 내용은 법무부, 가족법개정특별분과위원회 회의록, 제5차 회의(2003. 7. 24), 특히 275-332면(위 인용의견은 278면, 279면, 296면)을 참고할 것.

지만, 이 안은 법무부에서 “사회적 인식” 또는 “시기상조” 등의 이유로 받아들여지지 않았다.⁵⁰⁾ 세계적인 추세로 볼 때, 부부가 공동의 성을 사용할 것인지 아니면 각자의 성을 그대로 유지할 것인지 여부를 스스로 판단하게 하는 입법례가 늘고 있고,⁵¹⁾ 부부가 각자 다른 성을 사용하는 경우 자녀가 부모의 성 중 어느 성을 따라야 하는 지가 문제될 때, 부모의 자율적인 합의에 의해 해결되는 경우가 대부분이다.⁵²⁾

이렇게 하여 현행 민법 제781조 제1항에 따르면 혼인신고시 예외적인 선택을 하지 않을 경우, 부계성본주의 원칙이 고수되고 있기에 CEDAW 제16조 제1항 (g)호에서 규정하고 있는 가족성 선택의 부부의 동일한 권리가 보장되어 있지 않아 유보를 철회할 수 없다.⁵³⁾ 그런데 CEDAW에 구속되고 유보조항을 철회해야 하는 의무를 지고 있는 입법부가 이미경 의원안이 아니라 법무부안을 채택하였고, 법무부의 논의에서도 협약 동조 유보에 대해서 별반 고려하지 않았다는 점에서 문제가 있다.⁵⁴⁾

또한, 자의 성과 본을 변경할 수 있는 제도가 도입된 것도 그 의의가 적지 않다. 자의 성본 변경은 크게 ‘모의 성본으로의 변경’과 ‘계부(양부)의 성본으로의 변경’으로 나누어 볼 수 있겠다. 양자의 성격은 상이한 것임에도 현재의 법원통계에서는 양자를 분류하고 있지 않아 그 분포나 특성을 알기는 어렵다.⁵⁵⁾ 다만 법무부 회의록에 나타나듯이, ‘자의 성본 변경’ 조항의 제정 의도는 모의 이혼과 재혼 후 자녀에 대한

49) [민법개정법률안 제865조의2 제1항], 2003. 5. 27 이미경 의원 외 51인 발의 참고. 이의 노회찬 의원 외 9인 발의한 민법개정법률안 제865조의2 제1항도 동일함.

50) 법무부, 전계 회의록 참고. 당시 가족법 개정운동에서는 호주제 폐지 및 이에 따른 대안적 신분등록제도의 마련에 주력했던 나머지 성본 문제가 중심적 의제가 되기 어려웠다. 이에 따라 부성주의에 따른 성차별 효과 등에 대해 깊이 있는 논의와 대안을 제시하지 못했다고 보인다.

51) 김상용, 전거서, 106-174면; 전계 법무부 회의록에서 조은희 참고인 의견, 2003, 296-297면; 김범철, “자의 성에 대한 규정의 비교법적 접근”, *가족법연구*, 제19권 제1호, 2005 참고.

52) 실제로 부부가 동성(同姓)을 사용하는 외국의 경우에도 법이 따로 부부의 성을 강제하지 않거나(미국), 부부동성주의를 법에서 포기하고 협의가 되지 않을 경우 각자 성을 쓰는 것으로 개정하는 경우(독일)가 있다. 프랑스에서는 결혼 이후 부부 각자 자신의 성을 쓸 수 있었으나, 부계혈통주의에 따라 자는 아버지의 성을 이어 받도록 되어 있어서 양성평등의 원칙에 반한다는 비판에 따라 민법이 개정되어(2003년 9월 1일부터 시행) 부모가 협의하여 자녀의 성을 정할 수 있게 되었다.

53) 윤진수, 전계논문, 같은 취지의 의견임.

54) 법무부 전계 회의록 2003 참고.

55) 법이 시행된 2008년 광주지방법원의 자의 성본 변경 사건 중 100건을 조사했던 한 연구에서 보면, 어머니성본으로 변경이 전체 사건의 18%에 해당했고 나머지는 계(양)부 성본변경 건이었다(이현재, 전계논문, 2008 참고).

고려가 컸음을 알 수 있다. 부모의 이혼과 재혼에 따라 계부와 자녀의 성이 달라지는 것에 따라 자녀가 겪을 수 있는 편견이나 자의 복리를 크게 고려한 제도라고 할 수 있다.⁵⁶⁾ 그런데 계부나 (보통입양의) 양부와 같은 ‘새아버지의 성과 본’으로 변경이 부계성본주의가 가지는 일반적인 사회규범을 재차 확인하고 의존하는 것이어서 성본변경이라는 예외를 마련하는 것이기는 하나, 그것이 여성의 인권이나 지위 고양이라고 말하기는 어렵다.⁵⁷⁾

여기서 살펴보아야 할 것은 이혼하지 않은 부부의 경우에도 모의 성본으로 변경이 가능한가이다. 앞서의 ‘혼인신고서’의 자녀 성본의 모성으로서의 선택 가능성이 가지는 한계가 ‘성본 변경’의 요건에 의해 그 제한이 완화되고 실질적 양성평등을 이룰 수도 있기 때문이다. 실제로 가족법위원회는 본 개정안을 마련하면서 부모의 혼인 중에 자의 성·본을 변경할 가능성에 대해 애매하게만 논의했고,⁵⁸⁾ 법이 시행된 후 법원은 정상적인 가정을 유지하고 있는 부모의 자녀의 성변경은 “특별한 사정이 없는 한” 불가능하다고 하고 있다.⁵⁹⁾

이렇게 부부의 법적 혼인이 유지되는 경우 어머니성을 부여할 가능성은 다만 혼인 의사가 합치되는 혼인신고로 제한되며, 성본 변경은 혼인 지속 중에 청구할 사항이 아니다. 이 점에서도, 성본 변경제도가 양성평등의 관점에서 도입되었다기보다는 이혼·재혼 현상의 증가에 따른 자녀와 가족의 필요성에 부응하여 마련된 제도라고 할 수 있다.

3. 2005년 헌법재판소 결정

헌법재판소는 2005년 12월 22일 민법(2008년 1월 1일 시행 이전 민법) 제781조의 부계성본주의에 대한 헌법불합치 선고를 내린 바 있다(헌법재판소 2005. 12. 22.

56) 자의 성본 변경에 대한 기준에 관해서는, 다음의 판례를 참고할 수 있다(대법원 2008. 12. 11.자 2009스23 결정 및 대법원 2010. 3. 3.자 2009스133 결정).

57) 관련하여 어머니성으로의 변경이 계부의 성본 변경 건에 비해 기각율이 높고, 보다 엄격한 기준이 적용된다고 한다. 그것은 어머니의 단독 양육 상황과 그 상황의 지속 가능성이 요청되기 때문인데, 어머니에게 ‘남편이 있지 않은 한’에서만 어머니성으로의 변경이 허용될 가능성이 높다고 한다. 또한 종전의 부성을 그대로 사용하여 사회통념의 테두리 안에 머무는 것이 ‘자의 복리’에 부합하는 것으로 보는 법원의 견해도 문제가 된다(이현재, 전제논문, 67-69면; 오승이, “판례를 통해 본 ‘자의 성과 본 변경허가’, **젠더법학**, 제2권 제2호, 2010, 57면).

58) 법무부, 전제 회의록 318-319면 참고.

59) 이현재, 전제논문, 31면, 각주 4 재인용.

선고 2003헌가5·6 결정).⁶⁰⁾ 먼저, 아래 의견에서 볼 수 있듯이, 다수의견(재판관 윤영철, 재판관 김효중, 재판관 김경일, 재판관 주선희, 재판관 이공현의 5인 의견)은 제781조의 헌법 불합치성을 부계성본주의 자체에서 찾고 있지는 않다.

양계 혈통을 모두 성으로 반영하기 곤란한 점, 부성의 사용에 관한 사회 일반의 의식, 성의 사용이 개인의 구체적인 권리의무에 영향을 미치지 않는 점 등을 고려할 때 민법 제781조 제1항 본문(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정되기 전의 것) 중 “자(子)는 부(父)의 성(姓)과 본(本)을 따르고” 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 성(姓)의 사용 기준에 대해 부성주의를 원칙으로 규정한 것은 입법형성의 한계를 벗어난 것으로 볼 수 없다.

오히려 본 사건의 다수의견은 크게 세 가지 이유, 즉 양계혈통을 반영하기가 현실적으로 어렵다는 점, 사회인들의 일반적 인식, 부성 사용이 구체적 권리의무에 영향을 미치지 않는다는 점을 들어 부계성본주의 자체가 헌법에 위반하는 것으로 보지는 않았다. 그럼에도 아래와 같은 이유에서 헌법 불합치 판단을 내렸다.

출생 직후의 자(子)에게 성을 부여할 당시 부(父)가 이미 사망하였거나 부모가 이혼하여 모가 단독으로 친권을 행사하고 양육할 것이 예상되는 경우, 혼인외의 자를 부가 인지하였으나 여전히 모가 단독으로 양육하는 경우 등과 같은 사례에 있어서도 일방적으로 부의 성을 사용할 것을 강제하면서 모의 성의 사용을 허용하지 않고 있는 것은 개인의 존엄과 양성의 평등을 침해한다.

요컨대 부의 사망이라든가 부부의 이혼 이후 모가 단독으로 자녀를 돌보고 친권을 행사한다든가 혼외자의 인지 이후에도 부가 양육책임 등을 하지 않는 경우 등과 같은 ‘예외적’ 상황에도 모의 성의 사용을 허용하지 않는 것이 헌법에 합치하지 않는다는 것이다.⁶¹⁾ 이렇게 부성주의에 대한 ‘합헌의견과 같은 헌법 불합치의견’에

60) [개정전 민법] 제781조(자의 입적, 성과 본) ① 자는 부의 성과 본을 따르고 부가에 입적한다. 다만, 부가 외국인인 때에는 모의 성과 본을 따를 수 있고 모가에 입적한다.

61) 실제로 다수의견은 ‘어머니성 부여’의 필요성이 인정되는 경우를 “부 또는 부계 혈연 집단과의 유대나 교류를 전혀 기대할 수 없고 부성의 사용이 단순히 생부의 성을 확인하게 하는 기능 이외에 아무런 의미를 갖지 아니하는 반면, 모의 양육에 의해 모와 함께 생활하면서 모계의 혈연집단을 중심으로 생활관계를 형성할 것이 명확히 예상되는 경우”라고 한다(헌재 2005. 12. 22. 2003헌가5 등, 관례집 17-2, 558면).

따라 어머니성의 부여는 중립적인 의미의 ‘선택’이 아니라 예외적 상황에 대한 대책으로 제안되었다고 하겠다. 연장선상에서, 성본 변경의 필요성에 대해서도 아래와 같이 실시하였다.

입양이나 재혼 등과 같이 가족관계의 변동과 새로운 가족관계의 형성에 있어서 구체적인 사정들에 따라서는 양부 또는 계부 성으로의 변경이 개인의 인격적 이익과 매우 밀접한 관계를 가짐에도 부성의 사용만을 강요하여 성의 변경을 허용하지 않는 것은 개인의 인격권을 침해한다. 이 사건 법률조항의 위헌성은 부성주의의 원칙을 규정한 것 자체에 있는 것이 아니라 부성의 사용을 강제하는 것이 부당한 것으로 판단되는 경우에 대해서까지 부성주의의 예외를 규정하지 않고 있는 것에 있으므로 이 사건 법률조항에 대해 헌법불합치결정을 선고하되 이 사건 법률조항에 대한 개정 법률이 공포되어 2008. 1. 1. 그 시행이 예정되어 있으므로 2007. 12. 31. 까지 이 사건 법률조항의 잠정적인 적용을 명함이 상당하다.⁶²⁾

이와 같이 다수의견에서는 입양이나 재혼과 같은 가족관계의 변동에 있어 자녀의 계부의 성본으로의 변경이 허용되지 않는 것이 인격권의 침해라고 보았다. 이상과 같이 이 사건 법률조항이 부성주의(父姓主義)를 원칙으로 규정한 것 자체는 헌법에 위반되지 아니하나 부성주의를 강요하는 것이 부당한 경우에 대해서도 예외를 규정하지 않은 것이 헌법에 위반된다고 하는 판단을 내린 것이다.

이에 대해 재판관 송인준, 재판관 전효숙은 부성주의가 ‘모든 개인으로 하여금 부의 성을 따르도록 하고 모의 성을 사용할 수 없도록 하여 남성과 여성을 차별 취급하고 있으면서도 그와 같은 차별취급에 대한 정당한 입법목적은 찾을 수 없어 혼인과 가족생활에 있어서의 양성의 평등을 명하고 있는 헌법 제36조 제1항에 위반’한다는 별개 의견을 제시하였다. 또한 ‘혼인과 가족생활에 있어 개인의 성을 어떻게 결정하고 사용할 것인지에 대해 개인과 가족의 구체적인 상황이나 의사를 전혀 고려하지 않고 국가가 일방적으로 부성의 사용을 강제하고’있고 그러한 강제의 구체적 이익을 찾을 수 없으므로 헌법 제36조 제1항에 위반된다고 보았다.⁶³⁾

이에 따라 이 사건 법률조항인 부계성본 규정이 헌법에 위반되므로 위헌결정을 하여야 할 것이지만 위헌결정을 선고한다면 성의 결정과 사용에 대한 아무런 기준이 없어지게 되어 법적 공백과 혼란이 예상되므로 이 사건 법률조항이 개정되어 시행

62) 헌재 2005. 12. 22. 2003헌가5 등, 판례집 17-2, 544-545면.

63) 헌재 2005. 12. 22. 2003헌가5 등, 판례집 17-2, 545면.

되기 전까지는 그 효력을 유지시켜 잠정적인 적용을 허용하는 내용의 헌법불합치 결정을 선고함이 상당하다는 의견을 내고 있다. 이 점에서는 앞서 다수의견과 마찬가지로 의견이므로 결국 7 대 1 결정으로 헌법 불합치 결정이 내려진 것이다.

다른 한편, 앞서의 다수의견에 대한 반대의견도 있었다(재판관 권성). 이 의견에 따르면 부성주의는 ‘헌법에 선행하는 문화’이며, ‘출산과 수유라는 사실로 인해 외관상 확인가능한 모와의 혈통관계에 비해 본질적으로 불확실한 부와의 혈통관계를 대외적으로 공시하고 부와 자녀간의 일체감과 유대감을 강화하’는 제도이며, ‘기호 체계에 불과한 성이 여성의 실제적인 법적 지위나 법률관계에 영향을 미친다고는 볼 수 없다’는 의견을 제시했다. 또한 ‘부성의 사용으로 인해 재혼이나 입양 등의 경우에 있어서 개인이 받는 불이익은 재혼이나 입양에 대한 사회적 편견 내지 사시(斜視)가 그 원인이지 부성주의가 그 원인은 아니라고’ 하였다.⁶⁴⁾ 이렇게 반대 의견은 부성주의와 개정전 민법 제781조의 해당 조항에 대해서도 합헌을 주장하였다.

본 결정에서 흥미로운 점은, 본 결정이 내려진 2005년 12월 22일은 어머니성의 선택이나 성분 변경 제도가 마련된 민법 개정안이 이미 국회에서 의결된 시점이라는 것이다. 또한 본 결정에서 헌법 불합치성의 근거로 적시된 바와 같이 예외적인 상황에서 어머니성을 부여하지 않거나 자의 성분을 변경할 가능성 등을 두지 않는 헌법 불합치 요소들은 해당 개정 민법 제781조에 의해 모두 해소되었다. 그렇다면, 현재의 판단에 따르자면 헌법에 합치되어야 마땅한 현행민법 제781조가 시행되고 있음에도 불구하고 CEDAW 유보를 철회하지 못하고 있다는 점에 문제의 핵심이 있다고 보인다.⁶⁵⁾ 국제인권법과 국내헌법 해석이 서로 불일치해도 무방한 것인가.⁶⁶⁾ 이하에서는 헌법재판소의 판단에서 제시된 세 가지 논거에 대해 살펴보기로 한다.

64) 현재 2005. 12. 22. 2003헌가5 등, 판례집 17-2, 545면.

65) 한국정부가 국제인권협약을 가입함에 있어서 국내법의 개정이 필요 없을 정도로 여러 유보를 하면서 조약을 가입했다는 사실은 인권조약 가입이 정부의 국내인권상황을 개선 시키겠다는 진정한 의지 표현이라기보다는 조약 가입국이라는 칭호를 획득하기 위한 행위라는 비판에 대해서는 정인섭, “주요 인권조약의 국내적 실천”, **인권과 정의**, 제221호 (1995. 1) 참고.

66) 헌법에 따라 국내법의 일부로 수용된 국제인권법에 대한 우리 사법부의 비일관적인 태도에 대해서는 조용환, “조약의 국내법 수용에 관한 비판적 검토”, **법과 사회**, 제34호 (2008) 참고.

4. 부계성본제도에 의해 구체적인 권리 침해가 없는가

그동안 한국에는 외국과 달리 여성이 혼인 후에도 자신의 고유의 성분을 유지한다는 점에서 ‘양성평등’의 문화가 있다는 담론이 존재하였다. 실제로 많은 나라에서 결혼 후 여성의 성 선택권이 있다고 하더라도, 부부동성일 경우 남편성을 가족성으로 선택하는 경우가 대부분이고 이는 자녀의 성으로 이어져서 사실상 부계중심주의로 귀결된다.⁶⁷⁾ 하지만 한국에서 부부별성주의가 양성평등 제도라는 의견은 실제와는 너무나 동떨어진 것이다. 앞서 본대로 헌법재판소는 부성주의에 의해 구체적인 권리 침해가 없다고 하였고, 법무부 회의에서도 성본제도란 단지 임의적인 ‘기호’에 불과하다는 인식이 나타난다.⁶⁸⁾ 다수의견의 생각처럼 과연 부성주의가 개인의 구체적인 권리의 침해를 가져오지 않는 기호에 불과한 것인가. 또한 현재의 제781조에 의해 권리 침해가 근절되었는가.

먼저 이러한 결정에서 우리 사법부가 가진 침해 내지 차별에 대한 인식이 너무 물질적인(tangible) 차원에 치우쳐 있는 것이 아닌지 의문이 든다. 이미 호주제도 위헌제정에서 다루었던 것이 호주제도의 효과는 개별 조문이 아니라 여러 조문들이 “그물망처럼 서로 연결되어” 빚어내는 시스템이자 성차별적 제도라고 판단하였다.⁶⁹⁾ 마찬가지로, 부계성본주의 역시 여성 개인의 권리 차원을 넘어서서 아래에서 볼 것처럼 훨씬 광범위한 사회구조적 차원에서 젠더불평등을 심화하고 영속시켜 왔다.

첫째, 부계성본주의는 조부(祖父)의 성본만을 본인의 성분으로 채택하게 함으로써, 부계(父系)에 비해 모계(母系)를 차별하는 제도이다.⁷⁰⁾ 달리 표현하면, 부계성본

67) 예컨대 일본 민법에는 부부공동의 씨(氏)에 대한 선택규정을 두면서도 실제로는 남편의 씨를 따르는 경우가 대다수 이므로(98.5%), 부부별성주의를 위한 개정운동이 있다 (Ki-Young Shin, “The Personal is Political: Women’s Surname Change in Japan”, *Journal of Korean Law*, Vol. 8, No. 1, 2008).

68) 참고로 호주제도의 존치론자들도 1990년 가족법이 개정된 이후 호주제도의 효과란 단지 상징적인 것이어서 구체적 권리·의무관계에는 아무런 영향을 미치지 않는다는 논거를 내세웠다.

69) 헌법재판소 2005. 2. 3. 선고 2001헌가9·10등, 12면.

70) 모계란 일반적으로 어머니의 계통으로 관념되지만 현실에서는 복수의 모계들이 존재한다. 모든 인간에게는 아버지의 아버지(조부) 이외에도 아버지의 어머니, 어머니의 아버지, 그리고 어머니의 어머니라는 네 명의 조상이 존재하는데, 조부를 제외한 세 조상들은 모두 넓은 의미의 ‘모계’ 조상들로 간주된다. 이러한 모계의 복수성과 추적의 어려움으로 인해 가족법 학자들은 모계를 단지 ‘자기의 어머니’로 한정하고 모계혈족은 ‘모의 부계’로 해석하기도 한다(박병호, “민법상 모계혈족의 개념”, 법률신문, 1981; 이경희, “개정민법상 친족에 관한 일고찰”, **배경숙 교수 화갑기념논문집**, 박영사, 1991 등 참고).

주의는 그저 어머니 개인과 아버지 개인 간을 차별하는 데 그치지 않고, 여성조상과 남성조상간을, 여성후손과 남성후손 간을 구별하고 차별한다. 대다수 어머니는 출산과 양육의 수고를 담당함에도 불구하고 여성들은 자손들에게 성과 본, 족보와 같은 기호체계를 통해 자신의 존재를 남기지 못하는 존재이다.⁷¹⁾ 또한, 대부분의 여성 후손(혹은 그들의 후손)은 (남성) 본인의 성분을 연속할 수 있는 능력을 가지고 있지 못하기에, 딸은 아들보다 손녀는 손자보다 덜 중요한 가족 성원이 되고, 계통 계승을 위해 남아를 선호하게 만든다.⁷²⁾ 이렇게 부계성분주의는 어머니를 아버지에 비해 차별하고, 모계로는 자신의 가족적 정체성을 설명하지 못하게 하는 사회 기제의 원점이 있다.

둘째, 부계성분주의의 차별은 단지 구조화된 젠더관계 차원에 머물지 않는다.⁷³⁾ 부계성분주의는 여성의 가족구성권을 남성에 비해 크게 제한한다. 부성제도 하에서는 사회적으로 받아들여지는 자녀를 출산하기 위해서는 자녀가 정당한 아버지를 필요로 하게 되므로 여성들은 동거, 결혼, 재혼 등과 같은 가족구성에서 적극적인 개시자(initiator)가 되기 어렵다. 예컨대 우리 법원의 판단에서도 자의 성분을 모성으로 변경하려면 ‘현재 가족관계의 유지’라는 요건을 살펴보는데, 이는 달리 말해 어머니의 재혼 가능성이 있는지 여부이다. 즉 자녀가 어머니성으로 변경을 하기 위해서 어머니는 일종의 ‘재혼하지 않겠다’는 확신을 법원에 주어야 하는 것이라면,⁷⁴⁾ 이는 여성의 혼인권리 나아가 성적 권리의 제한을 의미하며, 이는 자녀를 위한 ‘현대판 수절 강요’라고 할 수 있다. 부계성분주의 하에서 기득권자인 남성들은 이러한 질곡을 겪어 보지도 예상하지도 않을 것이다. 그런 의미에서 그들에게 성본제도는

71) 계통을 단절시키는 딸이라는 기호(signifier)와 계통을 계승하는 능력을 가진 아들이라는 기호는 한국사회에서 여성(주체)과 남성(주체)이 가지는 의미로 확장될 수 있다. 또한, 어머니의 성분 부여 능력의 부재는 여성의 몸은 자궁이요, 그 피는 ‘비어있는 것’로 표상하게 만든다(양현아, 2011, 전계서, 371-381면).

72) 최근 들어 한국가족에서 아들보다 딸이 선호되며, 남편보다 아내가 그 중심에 있다는 담론이 있다. 실제로 가족연구에서 볼 때, 친근감을 가지는 가족관계는 부인의 친정 내지 자매 관계로 모계화 내지 양계화되는 경향이 나타난다(이재경 “여성의 경험을 통해 본 한국 가족의 근대적 경험”, **한국여성학**, 제15권 제2호, 1999; 옥선화, “가족/친족 구조의 해체와 재구성 I: 서울시 실태조사를 중심으로”, **대한가정학회지**, 제36권 제11호, 1998). 하지만 이러한 친근감의 이동이 성분과 같은 제도에서 여성에게 권한을 준다는 것을 의미하지 않는다.

73) ‘젠더’라는 개념은 단지 여성과 남성이라는 양성을 지칭하는데 그치지 않고, 양성 간의 권력 관계를 지칭하며 역사적으로 형성된 사회구조를 나타낸다.

74) 이현재, 전계논문 67-69면; 오승이, 전계논문, 57면 참고.

단지 ‘상징’이자 ‘기호’일지도 모른다. 극히 예외적일 것이나 (현행법에서와 같이 혼인신고시 모성을 부여했을 경우) 친부의 성분으로의 변경신청을 한다 해도 부계성분주의를 원칙으로 하는 현행 제도 하에서 친부의 재혼의 의사를 법원이 고려할 필요는 없을 것이고, 계부의 성분으로의 변경에서도 앞으로의 계부의 재혼(삼혼)의 자유 내지 성관계의 자유가 제한받지는 않을 것이다. 부계성분주의는 어머니와 그 자녀들이 가족을 형성할 자유를 제한하고 여성을 차별한다.

셋째, 근본적으로 여성의 가족구성권의 제한은 여성의 성적 자기결정권과 재생산권리의 제한을 의미한다. 아버지의 성분의 강제와 그것을 ‘정상화’하는 제도와 관행은 엄마성을 따른다는 것은 아버지가 없는 ‘비정상아’ 내지 ‘사생아(私生兒)’라는 것을 나타내는 것과 크게 다르지 않기 때문이다. 성관계는 여성에게 언제나 임신 가능성을 가져다주기에, 미혼의 여성들은 원치 않는 임신과 미혼모가 되지 않기 위해서는 성적 주체성이나 출산권리를 스스로 제한할 것이다. 이런 경향은 특히 상대방 남성이 임신이나 혼인을 원하지 않을 때, 더욱 그러할 것이다. 하지만 남성의 입장에서 성관계란 출산과 별개의 문제이고, 원치 않는 (여자친구의) 출산에 의한 미혼부의 책임이 있고 그 책임이행 조치가 제대로 구현된다고 가정할지라도 미혼부의 책임은 부계성분제도와는 아무 관련이 없다. 즉, 부계성분주의가 여성의 재생산권을 제한하는 만큼 남성의 그것을 제한하지는 않는다. 이와 같이 부계성분주의는 여성의 성적 권리와 재생산권리에서 여성의 주도권과 주체성을 제한하고, 남성의 성과 결혼, 자녀출산의 욕구와 요구에 여성의 성(sexuality)이 순응하도록 만드는 데 기여할 것으로 예측된다. 이런 견지에서 부계성분주의란 외양으로는 형식적이고 상징적인 제도인 것 같지만 실제로는 가족관계 내지 성관계를 규율하는 실질적 효과를 가진 제도라 할 수 있다. 미셸 푸코(Michel Foucault) 식으로 말하면, 한국의 성분제도는 신체와 욕망, 성교에까지 치밀하게 파고드는 미세 생체권력의 탁월한 예라고 할 수 있다. 이로써 한국 여성들은 성관계나 결혼 제안 등에서 적극적 협상자가 되기보다는 의존성과 수동성을 통해서 생존을 도모하고, 기묘하게 주체성을 발현해야 하는 것이다.⁷⁵⁾

이상과 같이 부계성분주의는 여성의 계통 승계 능력을 박탈함으로써 어머니와 모계혈족들을 차별하고, 여성의 가족구성권과 재생산권을 제한한다. 또한 모가 양육

75) 성(姓)제도와 여성의 재생산권이나 모성, 성적 주체성과의 관련성 문제가 서양의 페미니즘 (법학)에서 중심 과제라고 하기 어렵다. 이 점에서 성분제도가 가지는 성차별성에 대해서 한국의 페미니즘 (법학) 커뮤니티에서 더욱 관심을 가질 필요가 있다.

하는 자녀들에게도 질곡이 되는 제도이다. 자녀에게 자신을 성분을 주는 어머니, 그리고 어머니의 성분을 따르는 자녀들을 ‘튀는 존재’로 만들기 때문이다. 이들이 ‘보통의 존재’가 되기 위한 해결책이란 혼인이나 이혼 시에 어머니성 부여의 기회를 아버지성과 평등하게 보장하는 길 외에 달리 있지 않다. 이렇게 부계성분제도는 차별적인 젠더(여성과 남성)의 시스템을 표상할 뿐 아니라 구축에도 기여하는 것이다. 이는 정확히 CEDAW가 금지하는 법적이고 관습적인 성차별에 해당한다.

5. 부계성분제도가 ‘다양한 가족’의 요청을 수용하는가

국제인권법이나 헌법적 요청이 아니더라도 국내적으로도 존재하는 부모성 같이 쓰기 운동이나 다양한 가족형태의 출현 등 자생적인 사회의 흐름에 대해 입법부와 사법부는 주목해야 한다. 개정 민법 제781조는 어느 정도 이런 변화를 수용한 결과라고 할 수도 있을 것이다.⁷⁶⁾

개정된 민법이 가지는 사회학적 의의를 새겨보자면 첫째, 제한적이거나 자의 성과 본을 선택할 수 있게 하고 성분 변경의 길을 열어 둔 것은 누대를 거쳐 불변하는 부계계통 논리 속에서 사유하던 성분의 문법에 커다란 변동이라는 것을 부정하기 어렵다. 또한 성분 변경 신청시 법원의 주된 고려사항이 실제양육자, 친부와의 유대 관계, 본인의 의사 등이어서 “법률상의 친권자나 양육자는 성분경 심판에서 실제 양육자 앞에서 아무런 힘을 쓰지 못한다”는 지적처럼,⁷⁷⁾ 가족 개념의 변화도 발견된다. 이 맥락에서 ‘가족’이란 법률적이고 혈통적 형식에 머무는 것이 아니라 실제적인 생활모습, 특히 가족과 미성년 자녀에 대한 보살핌(care)으로 이행하고 있다고 일견 해석할 수 있다. 달리 말해, 성분이라는 기호가 더 이상 부계계통의 표지에만 머물지 않고 구체적인 가족생활과 가족관계 그리고 개인의 정체성의 기호로 이동하고 있다고 조심스럽게 해석한다.⁷⁸⁾ 이러한 가족과 성분의 의미 변화를 본 개정이 어느 정도 수용한 것이라고 할 수 있다.

76) 어떤 필자는 보수와 진보 양 편에서 비난을 들어야 할 부계성분주의에 대한 헌법재판소의 판단을 ‘솔로몬의 선택에 따른 결정’이라고 평가하기도 한다(이현재, 전계논문, 30면 재인용).

77) 이현재, 전계논문, 48면 및 74면.

78) 사회학자 기든스(Anthony Giddens)는, 20세기는 공적 영역의 구조 변동의 시기였다면 21세기는 사생활의 구조 변동 시기라고 예측한다. 결혼, 성, 사랑과 같은 친밀성 영역이 사회변화를 가져오는 주동력이 된다는 것인데, 한국 가족의 변화에도 이런 현대사회의 변화의 흐름이 나타나고 있다고 해석된다(앤소니 기든스, **현대사회의 성, 사랑, 에로티시즘 - 친밀성의 구조변동**, 배은경·황정미 역, 새물결, 1996).

둘째, 이혼, 재혼, 동성애가족, 독신 등 다양한 형태의 가족들이 출현함에 따라 가족성에 의해 대변되어야 할 가족 내지 가족관계가 변화하고 있다는 점이다. 앞서 본대로 자의 성·본 조항이 시행된 이래 자녀에게 엄마성을 주기로 한 부부, 그리고 자의 성본 변경을 신청건수가 한국 가족들의 현실적 필요성을 대변한다.⁷⁹⁾ 하지만 앞서 지적한대로 그 다양한 가족의 요청을 다시 아버지와 어머니 그리고 아버지의 성분을 따르는 자녀라는 ‘정상 가족’의 형태로 수용하는 것이 아닌지 우려된다.⁸⁰⁾

앞서 살펴본 현재의 다수의견은 “대다수의 사회 구성원은 여전히 부성주의를 자연스러운 생활양식으로 받아들이고 있는 것으로 보여진다”고 한다. 사회란 본래 법사회학자 뒤르켁(Durkheim)이 ‘도덕적 연대’로 표현했듯이, 사회적 관습이나 도덕을 ‘자연스럽게’ 만드는 제도적 틀이자 지식망이다.⁸¹⁾ 이 점에서 사회과학적으로 측정되지도 않은 채, 부성주의가 다수의 사회인식이라고 해서 그것이 헌법 판단의 한 요소가 되는 것은 대단히 위험한 일이다. 앞서 언급한 대로 성차별은 형식적 법률 뿐 아니라 사회통념에 기반한 경우가 많기 때문이다.

오히려 부계성본주의의 강요는 사실혼가족, 한부모가족, 비혈연 가족, 동성애 가족 등 다양한 가족의 존재를 더욱 ‘비정상화’하고 이에 따라 그러한 가족들이 출현하고 지속되는 것을 지양하는 힘으로 작용할 소지가 크다.⁸²⁾ 아버지성을 가지지 않은 ‘다른’ 가족을 두드러지게 만들고 차별한다면, 대다수 시민들은 아버지성과 본을 따르는 확일적 가족 구성 형태를 따를 가능성이 높은 것이다. 이것은 국가의 입장에서는 지배하기 좋은 규격화된 가족의 틀 속에 전국민을 배치한다는 것을

79) 엄마성 부여의 신청건수는 조사하지 못했지만, 성분 변경을 신청한 법원 통계치는 현실적 필요성을 실증하고 있다. 성분변경 청구제도가 처음 도입되었던 2008년도의 해당건수는 16,531건(2009 **사법연감**, 951면), 2009년에는 7,504건(2010 **사법연감**, 978면), 2010년에는 6,392건(2011 **사법연감**, 984면), 2011년에는 6,254건(2012 **사법연감**, 1008면)로 나타난다. 이렇게 2008년의 해당 건수는 전체 가사비송건수의 25%를 차지할 정도로 그 수요가 폭발적이었다고 한다(오승이, 전계논문, 41면).

80) 예컨대 재혼가족의 경우만 하더라도 다양한 가족 형태가 있다. 비동거계부모가족, 동거계부모가족, 비동거계부가족, 비동거계모가족, 동거계부가족, 동거계모가족, 혼합계모형계부모가족, 혼합계부형계부모가족, 무자녀계부모가족 등이 그것이다. 우리 정책은 이 중 동거계부모가족만을 ‘정상’ 재혼가족으로 보는 것이 아닌가 한다(김은아, “재혼가족의 친족법적 과제”, **가족법연구**, 제24권 제3호, 2010).

81) Emile Durkheim, *The Division of Labor in Society*, George Simpson (trans.), Macmillan, 1933, 228면 등.

82) 예컨대, 어떤 남녀가 동거를 선택했다 해도, 부성주의가 전반적 규범인 사회라면 동거관계에서 자녀가 태어났을 때, 엄마성을 부여하여 ‘비정상성’을 드러낼 것인지, 아니면 법률혼을 하여 자녀에게 부계성본의 ‘정상성’을 줄지를 고민하게 될 것이다.

의미하기에, 부계성분주의는 국가-가부장제-가족의 삼중 효과를 가진 제도라고 할 수 있다. 부계성분주의의 원칙과 어머니성 부여의 예외적 방안이란 다양한 가족 형태를 살아가는 시민들의 선택을 존중하고 평등을 보장하지 않는다고 보인다. 이 제도는 이상에서 본 이유로 여성의 자유를 제한하고 차별하며, 다양한 관계(부부관계, 모자관계, 동거관계 등) 속에서 여성과 함께 살아가는 남성의 존엄성과 자유도 제한할 것이다.

IV. 결론에 대신하여: 대안의 문제

한국의 성분제도는 한국가족의 ‘전통’ 문제를 불러일으킨다. 성분문제는 호주제도의 폐지 이후에도 한국가족법에 남아 있는 ‘전통’과 성평등간의 또 다른 딜레마를 표상한다고 생각한다. 호주제도의 헌법불합치성을 판단했던 헌법재판소가 제시했던 논거처럼, 헌법 정신에 합치되고, 시대의 흐름에도 부합하는 전통이 존중되어야 한다는 논변이 성분제도에도 적용되어야 할 것이다.⁸³⁾ 부성주의가 평등권에 반하는 전통이라면 그것은 헌법적으로 존중되어야 할 전통에 속하지 않을 것이며,⁸⁴⁾ 시대에 따라 변화하고 현재에 부합하는 전통론을 외면한 것이다. 요컨대, 기본권(인권)에 부합하고 현실적인 전통, 두 가지를 모두 추구해야 할 것이다.

앞서 살펴본 대로 자녀에게 정당하고 자유롭게 어머니의 성분을 부여하지 않고는 한국여성의 인권 – 성적 자기결정권, 혼인과 이혼 결정권, 재산권 등 – 이 보장되기 어렵다고 생각된다. 이에 따라 부계성분주의를 법적 원칙으로 유지하는 한 한국에서 법 앞에서 여성이 남성과 평등해지는 것은 어려운 것이다. 이는 한국의 여성주의 법학이 서구의 그것과 큰 차이를 나타내는 지점이라고 생각한다.⁸⁵⁾ 한국의 가족제도에 대한

83) 헌법을 존중하면서도 ‘식민지성’을 탈피하고자 하는 관점을 가지고 전통문제를 다루어야 한다는 논의로는 양현아, “호주제도 헌법불합치 결정에 나타난 성차별 판단의 논증 - ‘전통’과 식민지성의 관련성 속에서”, **경제와 사회**, 제88조(2010 겨울호) 참고.

84) 호주제 위헌법률심판제청의 결정문(헌법재판소 2005. 2. 3. 선고 2001헌가9·10 등)의 논거를 참고할 것.

85) 유사한 논거로, 이슬람 여성의 베일이 여성인권권에 대해서 가지는 문제점이 서구의 여성주의(법학)의 중심 관심사라고 하기는 어렵다. 이슬람 여성의 베일 문제에 관해서는 보편적 여성 인권론과 이슬람사회 내부의 관점이 조화되어야 한다는 견해에 대해서는, Lama Abu-Odeh, “Post-Colonial Feminism and the Veil: Considering the Differences”, *New England Law Review*, 26, 1992; Joan Scott, *The Politics of Veil*, Princeton University

역사적 접근을 하면서도 인권에 부합하고 여성존중적인 대안이 필요하다. 그리고 그 대안의 마련이 불가능한 일도 아니라고 생각한다.

앞서 본 다수의견에 따르면 부성주의가 입법형성의 한계 내에 있다는 논거로 주로 세 가지를 제시하였던 바, 앞에서 두 근거를 살펴본 셈이어서 이제 부모성을 고루 반영하는 제도 마련이 어렵다는 근거를 앞으로의 대안과 연결지어 생각해 보기로 한다.

먼저, 부계계승원리를 철폐한다는 것이 조상과 혈통에 대한 모든 계승원리를 저버린다는 것을 의미하지는 않는다고 본다. 개인과 가족, 종교간 차이를 인정하면서, 모계를 기억하고 계승하고자 하는 개인이나 가족이 있다면 결혼과 이혼 그리고 재혼에서 모계성을 선택하거나 그것으로 변경할 수 있는 방안을 정당하게 부여해야 할 것이다.⁸⁶⁾ 이를 위해서는 ‘어머니성’을 부여할 수 있는 자유를 광범위하게 인정해야 한다. 이를 ‘부계계통주의’의 약화로 보기보다는, 오히려 현대의 규범과 현실에 부합하는 성본계통의 다원주의로 바라볼 수 있을 것이다. 이는 또한 다양한 가족 형태와 함께 자유로운 가족생활의 추구를 진작시킬 것이다.

서양과 달리 부부가 별성(別姓)을 사용하며, 성본의 계승을 숭상하는 한국 가족의 경우에 ‘엄마성’ 제도의 도입은, 어머니성(모계)과 아버지성(부계)이 공존하게 하고 모계조상과 부계조상 간의 평등이 이루어지는 데 기여할 것이다. 이렇게 될 때, 성본 제도는 남성중심적인 기호가 아니라, 우리사회의 전통과 현대를 조화시키고, 남성성과 여성성을 조화시킬 수 있는 기호체계로 변모할 수도 있을 것이다. 구체적으로 다음의 방안을 고려해 볼 수 있을 것이다.

첫째, 현행 제도를 최대한 활용하는 방안이 있다. 혼인신고시에 자의 성본을 어머니성분으로 선택할 수 있다는 제도가 존재한다는 것을 더 많은 시민들에게 알려야 할 것이다. 현재 혼인신고 양식에도 모성 부여에 대한 항목이 있다는 것은 매우 바람직한 일이나, 이 제도를 알리는 시점과 소극적 태도가 문제라고 생각한다. 현행의 방식처럼 “자의 성·본을 모의 성·본으로 하는 협의를 하였는지”를 묻는 것에서 더 나아가, ‘엄마성’이나 ‘아빠성’ 중 어느 성을 부여할지에 대한 선택을

Press, 2007.

86) 여기서 ‘모계성’의 의미 역시 논의를 요한다. 모계 추적의 어려움에 따라 현실적으로 모계성이란 ‘어머니의 아버지성’에서 출발할 수밖에 없을 것이다. 하지만 다음 세대가 그 어머니의 성을 계승한다면, 그 때는 ‘어머니의 어머니의 성,’ 즉 외할머니의 성분을 계승함으로써 ‘진정 모계’의 구성이 가능해질 것이다. 모계 개념에 대해서는 다음을 참고할 것. 박병호, 전계논문, 1981; 이경희, 전계논문, 1991; 양현아, 전계서, 2011, 제9장.

체크하는 방식으로 변경하는 것이 보다 공정하지 않을까 한다.⁸⁷⁾ 이때 민법에 규정되어 있으나 별로 알려지지 않은 부부재산계약제도와 같은 사항도 선택하게 하면 좋을 것이다. 혼인신고 이전이라도 일반인들이 자의 성본제도에 있어서 엄마성 부여의 선택지가 존재한다는 것을 알린다면, 엄마성 부여의 경우가 증가할 것이고 자연이 이에 대한 거부감이나 이질감이 줄어들게 될 것으로 예상된다. 하지만 현행과 같이 부성주의를 원칙으로 유지하는 한 협약의 해당 조문의 유효를 철회하기는 어려울 것이다.

둘째, 성본규정을 양성평등하게 개정하여 유효를 철회하는 방안이 있다. 2003년의 이미경 의원안이나 노회찬 의원안에서처럼 부부가 협의하여 자녀성을 정하게 하고 협의가 어려울 경우 법원이 정할 수 있도록 관련 규정을 개정할 수 있을 것이다. 이러한 개정에 이르는 전 단계로서 모성 부여의 가능성을 좀 더 넓히고 현실의 가족 관계를 반영하는 방향의 개정도 가능할 것이다. 예컨대, 현행 민법 제781조 제1항에서 모성 부여 선택 시점을 ‘첫 자녀의 출생신고시’로 늦추거나 자의 성·본에 대해 부부간 협의가 되지 않거나 협의를 할 수 없을 경우에는 법원의 허가로 자의 성·본을 부여하는 개정도 고려할 수 있다. 예컨대 아버지의 사망, 유기, 가족에 대한 학대 등의 경우에는 부부간 협의가 없어도 어머니성을 따를 수 있도록 법원이 허가하는 제도를 마련할 수도 있을 것이다. 이런 법 개정과 함께 어머니 성과 모계를 계승하는 방법도 개발해야 할 것이다. ‘부모성 함께 쓰기’와 같은 사회운동을 ‘엄마성 갖기’ 혹은 ‘엄마성 기억하기’ 운동으로 진화시킬 수도 있을 것이다. 이러한 사회운동은 어머니성에 대한 낙인효과를 줄이고 어머니 및 외할머니와의 혈통적 연속성을 인식하게 만들 것이다.

셋째, 자의 성본에 관한 강행규정을 두지 않는 방안이 있다. 많은 국가들에서 부부가 혼인시 자신의 고유의 성을 사용할지 여부, 그리고 자녀에게 어떤 성을 사용할지 문제는 국가법에 규정하지 않고 개인이나 가족이 본인들의 삶의 방식에 부합하도록 선택할 수 있는 방안을 두고 있다. 한국에서 자의 성본에 대한 부성주의 규정을 국가법에 두는 것은 가부장적일 뿐 아니라 가족성에 대한 지나친 통제라고

87) 현재의 ‘혼인신고서’ 양식에 해당 문항은 아래와 같이 되어 제시되어 있다.

⑤ 성·본의 협의 | 자녀의 성·본을 모의 성·본으로 하는 협의를 하였습니까? 예 아니오

최소한 현재의 설문 문항을 “자녀의 성·본을 모의 성·본으로 하는 협의를 하였습니까?”가 아니라 “자녀의 성·본을 모의 성·본으로 따르기로 협의하였습니까?”가 보다 합당할 것이다. 현재 문항은 “협의” 여부에 초점이 있어 오해의 소지가 있다.

할 수 있다. 이런 견지에서 국가법에 성분에 대한 강행규정을 두지 않음으로써 시민들에게 자유를 부여하고 본 협약 규정에 부합하게 하는 방안도 있다.

이상과 같이 볼 때, CEDAW와 같은 국제협약에의 가입은 거대한 의사소통(communication) 과정이자 그러한 소통을 촉구한다고 본다. 동 위원회는 2011년 최종 견해의 결론에서 한국정부에게 “다음 정부보고서를 마련함에 있어서는 광범위한 행정부처와 공적 기구의 참여”[권고 47]를 요청했다. 이렇게 협약은 특정 당사국과 UN간의 의사소통을 촉진하며, 당사국 내 공공부문간, 나아가 공공부문과 시민사회 간(NGOs 등), 그리고 일반시민 간의 의사소통을 촉진하고 또 촉진시킨다. 이렇게 협약과 권고 사항을 기반으로 매개로 하여 양성평등에 관해 논의하고 해결책을 제시하고 선례를 축적하는 바로 그 곳에 본 협약의 효력이 존재하는 것이 아닌가 한다.

이러한 실제 효과를 내기 위해서는 입법, 사법, 행정, 기타 영역에서 공무를 집행하고 담당하는 사람들이 본 협약과 권고의 내용을 정확히 인식하고 적용하는 것이 중요하다고 보인다. 하지만 앞서 공공기관 임원 등에서의 여성의 저조한 비율을 볼 때, 공공부문에서 본 협약의 내용이 공유되고 있는지 의심스럽다. 나아가, 본 협약이 재판규범으로 활용되는 것도 매우 중요하므로, 법률가와 시민교육을 담당하는 교육자들에게도 본 협약에 대한 지식이 널리 전파되고 논의되어야 할 것이다. 다음의 한국 정부보고서는 2015년 7월에 제출되는데, [권고 10]과 같이 한국정부는 유보조항 철회에 대해 ‘명확한 시간틀(a clear time frame)’을 동 위원회에 알려주어야 할 것이다.

투고일 2013. 8. 11	심사완료일 2013. 8. 27	계재확정일 2013. 8. 30
-----------------	-------------------	-------------------

참고문헌

- 김상용, **가족법 연구 II**, 법문사(2006).
- 김선옥, “유엔여성차별철폐협약과 한국여성입법정책”, **법학논집**, 제4권 제4호(2010).
- 김엘립, “여성차별철폐협약”, **국제인권법**, 제1호(1996).
- 김은아, “재혼가족의 친족법적 과제”, **가족법연구**, 제24권 제3호(2010).
- 대검찰청, <친고죄 폐지 이후 피해자 보호 대책> 미간행 발표문(2013. 7. 19).
- 대한민국 국회, 국회 외무위원회회의록, 제11호(1984. 12. 3).
- 박병호, “민법상 모계혈족의 개념”, **법률신문**(1981).
- 박선영, “CEDAW 권고 이행을 위한 제19대 국회의 입법과제 및 추진방안”, <입법 및 사법 분야 여성차별철폐협약 권고이행과제 및 이행방안 토론회> 미간행 발표문(2012).
- 박현준, “공공기관 유연근무제의 확산과 여성인재 양성”, 박진·하태욱 편, **공공기관과 국가정책**, 한국 조세연구원, 2012.
- 법무부, 가족법개정특별분화위원회 회의록 - 제5차 회의(2003. 7. 24).
- 법원행정처 편, **2009년 사법연감**, 법원행정처(2009).
- _____, **2010년 사법연감**, 법원행정처(2010).
- _____, **2011년 사법연감**, 법원행정처(2011).
- _____, **2012년 사법연감**, 법원행정처(2012).
- 소라미, “인신매매 사범 처벌강화를 위한 형사사법적 대응방안”, <인신매매 방지와 성산업 규제를 위한 입법과제> 미간행 발표문(2012).
- 신진화, “CEDAW 권고에 대한 사법부 이행과제 및 추진 방안”, <입법 및 사법 분야 여성차별철폐협약 권고 이행 과제 및 이행 방안 토론회> 미간행 발표문 (2012. 9. 19).
- 양현아, “호주제도 헌법불합치 결정에 나타난 성차별 판단의 논증 - ‘전통’과 식민 지성의 관련성 속에서”, **경제와 사회**, 제88호(2010. 12.).
- _____, **한국가족법 읽기 - 전통, 식민지성, 젠더의 교차로에서**, 창비(2011).
- 조용환, “조약의 국내법 수용에 관한 비판적 검토”, **법과 사회**, 제34호(2008).
- 오승이, “판례를 통해 본 자의 성과 본 변경허가”, **젠더법학**, 제2권 제2호(2010).
- 옥선화, “가족/친족 구조의 해체와 재구성 I: 서울시 실태조사를 중심으로”, **대한가정학회지**, 제36권 제11호(1998).

- 윤진수, “여성차별철폐협약과 한국가족법”, **서울대학교 법학**, 제46권 제3호(2005).
- 이경희, “개정민법상 친족에 관한 일고찰”, 연람배경숙교수 화갑기념논문집 편찬위원회 편, **배경숙 교수 화갑기념논문집**, 박영사(1991).
- 이광신, **우리나라 민법상의 성씨제도 연구**, 법문사(1973).
- 이재경, “여성의 경험을 통해 본 한국 가족의 근대적 경험”, **한국여성학**, 제15권 제2호(1999).
- 이태영, **한국가족법 개정 37년사**, 한국가정법률상담소(1992).
- 이현재, “자의 성과 본의 변경심판에 있어서 자의 복리”, **가족법연구**, 제22권 제2호(2008).
- 정광현, **성씨논고: 조선가족법논고**, 동광당(1940).
- 정인섭, “주요 인권조약의 국내적 실천”, **인권과 정의**, 제221호(1995. 1.).
- 정인섭 편역, **증보 국제인권조약집**, 경인문화사(2008).
- 조영숙, “제49차 유엔여성차별철폐협약(CEDAW) 최종견해 이행을 위한 당면과제”, <제2회 유엔인권권고 분야별 이행사항 점검 심포지엄> 미간행 발표문(2012).
- 앤소니 기든스(Anthony Giddens), **현대사회의 성, 사랑, 에로티시즘 – 친밀성의 구조변동**, 배은경·황정미 역, 새물결(1996).
- Abu-Odeh, Lama, “Post-Colonial Feminism and the Veil: Considering the Differences”, *New England Law Review*, 26 (1992).
- Benn, S. I. & Gaus, G. F. (eds), *Social Life*, Croom Helm Ltd. (1983).
- Chalresworth, Hilary, Chinkin, Christine, & Wright, Shelly, “Feminist Approaches to International Law”, *American Journal of International Law*, Vol. 8 No. 4, (1991).
- Cook, Rebecca J., “State Accountability Under the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women”, in Rebecca Cook (ed.), *Human Rights of Women – National and International Perspectives*, Philadelphia: University of Pennsylvania (1994).
- Durkheim, Emile, *The Division of Labor in Society*, George Simpson (trans.), Macmillan (1933).
- Freedman, “Women’s Human Rights: The Emergence of Movement”, in J. Peters & A. Wolper (eds.), *Women’s Rights, Human Rights*, London: Routledge (1995).
- Pateman, Carole, “Feminist Critiques of Public/Private Dichotomy”, in S. I. Benn

- and G. F. Gaus (eds.), *Public and Private in Social Life*, Croom Helm Ltd. (1983).
- Scott, Joan, *The Politics of Veil*, Princeton University Press (2007).
- Shin, Ki-Young, “The Personal is Political: Women’s Surname Change in Japan”, *Journal of Korean Law*, Vol. 8, No. 1 (2008).
- Sullivan, Donna, “The Public/Private Distinction in International Human Rights Law”, in J. Peters & A. Wolper (eds.), *Women’s Rights, Human Rights*, London: Routledge (1995).
- Young, Iris Marion, *Justice and Politics of Difference*, Princeton University Press (1990).
- 고용노동부, “적극적고용개선조치 현황자료 - 대기업 및 공공기관에서 여성고용 비율 꾸준히 증가”, 2011. 10. 4. 보도자료(<http://news.moel.go.kr/newshome/mtnmain.php?sid=1&stext>).
- 안전행정부, “2010년도 외무고등고시 최종합격자 통계,” “2010년도 5급 공채 최종 합격자 통계”, <http://www.gosi.kr/index.jsp>.
- UN, Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General, Status of Treaties, http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en (2013. 8. 10. 최종 방문)

<Abstract>

A Review of the Recent CEDAW Recommendation to Korean Government: Focusing on the Reservation of 'Family name' Provision

Yang, Hyunah*

This article examines the Concluding Observations of CEDAW Committee at 49th Session held in July 2011 that included the Recommendations for the Government of Republic of Korea. This study focuses on the issue of Reservation of the CEDAW Convention, since Korean government still reserves one article, Article 16 paragraph 1 (g), which is about the gender equality in choosing the family name and the vocation.

For the basic understanding, the article introduces the main principles, and procedure of the CEDAW. It then reviews the critical Recommendations provided in the Session. Particularly, the Committee expresses the concerns about the capacity of Ministry of Gender Equality and Family in Korea; the lack of necessary measure to prevent and punish human trafficking, exploitation of prostitution and the domestic and sexual violence. The Committee also made a strong urge to strengthen the government's efforts to increase participation of women in the political and public life.

A central article in the domestic law for implementing the family name provision in the Convention would be the Article 781 in the Civil Code in Korea. The current article is the one amended in 2005 and the Constitutional Court of Korea examined the constitutionality of the previous Article 781. According to the majority opinion of this case in the Constitutional Court, the surname provision in which 'the child shall follow the father's surname and place of origin' would not be unconstitutional.

* Professor, College of Law/School of Law, Seoul National University.

Rather, the Court held that the Article was incompatible with the Constitution in its lack of measure to follow mother's surname and to change the surname to accommodate the cases of exceptions. This study critically reviews these grounds.

The patrilineal surname system is gender discriminatory in its discrimination against not only the mother vis-a-vis the father, but its discriminatory treatment against maternal ascendants and female descendants. Furthermore, this system restricts women's right to initiate the family and is fundamentally detrimental to women's reproductive rights. The current article is also incompatible with emerging 'diversity' in the family forms and lives in Korea.

Since the surname could be said as the one fundamental institution of the 'tradition' in Korea, the author suggests that the 'tradition' harmonious with the women's human rights and current life style in the society needs to be invented and cherished. Not only government, public servants, but the citizens put their every efforts to develop alternative ways in which maternal surname be broadly accepted. It concluded with the three suggestions for the gender-equal surname system in Korea.

Keywords: CEDAW (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women), reservation, women's human rights, mother's surname, Article 781 of Civil Code, Constitutional Court, maternal lineage, reproductive rights, diversity in family life, tradition