

자녀의 상·본 변경을 통해 본 부계가족의 정상성과 어머니의 지위*

위선주**, 배은경***

〈국문초록〉

이 논문은 부성(父姓)주의 원칙 하에서 자녀의 상·본 변경 제도가 실질적으로 부계가족의 정상화와 어머니 지위의 부차화에 기여하고 있다는 점을 자녀의 상·본 변경 관례에 대한 분석을 통해 밝히고 있다. 성이 생물학적 부계혈통을 표시하는 것보다 구체적인 가족관계를 반영하는 것이 자녀에게 보다 큰 이익이 되는 경우 자녀의 상·본 변경이 필요하다고 하였지만, 여전히 상·본은 부계혈통의 표지로서 부계가족과의 유대감 강화에 기여하는 것으로 인식되고 있다. 모자가정에서 자녀들의 성이 다르거나 재혼가정에서 계부와의 사이에서 태어난 자녀가 있을 경우 상·본 변경이 보다 용이하다는 것은 한 가족 내 자녀들의 성은 같아야 한다는 것으로, 변형된 형태의 부성주의를 통해 부계가족의 정상성이 유지되고 있음을 의미한다. 어머니의 지위라는 측면에서 보면 상·본 변경에 있어 어머니의 의사는 아버지의 의사에 비해 부차화되고 있으며, 그마저 자녀의 복리보다는 자신의 이익을 위한 것으로 해석되고 있다. 또한 모성의 사용은 자녀의 복리에 대립되는 것으로 받아들여지면서 모성(母姓)의 사용에 대한 차별과 낙인이 유지, 강화되고 있다. 즉 자녀의 상·본 변경이 가능해졌다 할지라도 이성애적 법적 결혼과 자녀의 부계 귀속에 대한 강한 정상성 부여는 그대로 유지되고 있다. 상·본이 일상적인 양육과 보살핌이 제공되는 구체적인 생활관계 및 어머니를 통한 혈통 계승을 반영할 수 있기 위해서는 우선적으로 부성주의 원칙의 폐기가 필요하며, 부계 성과 모계 성, 그리고 자녀 자신의 정체성을 표현하는 이름이 합리적이고 자율성을 보장하는 방식으로 사용될 수 있는 제도적 방안이 모색될 필요가 있다.

주제어: 부성주의, 자의 상·본 변경, 자녀의 복리, 부계가족, 어머니의 지위

* 이 논문은 2010년도 정부재원(교육과학기술부 인문사회연구역량강화사업비)으로 한국연구재단의 지원을 받아 연구되었음(NRF-2010-330-H00010)

** 서울대학교 여성학협동과정 박사과정, yurang@gmail.com

*** 서울대학교 사회학과 교수·서울대학교 여성연구소 겸부연구원, sereneb@snu.ac.kr

『젠더외문화』 제6권 1호(2013) pp. 43-81

© 2013 계명대학교 여성학연구소

1. 서론

1) 문제제기

21세기 한국 가족은 심대한 변화를 겪고 있다. 2005년 호주제의 폐지는 강고한 부계혈통주의와 ‘가부장제 가족’을 법제적 원칙으로 삼고 있던 기존 상황을 바꾸어 놓은 분수령이었다. 호주제 폐지와 가족관계등록법 제정 논의 과정에서 한부모 가족, 재혼 가족 등 한국 사회에 존재하는 ‘다양한 가족’이 가시성을 획득하고 단지 예외적인 것만으로 간주되지 않게 된 것은 큰 변화이다. 2008년에는 절대적으로 아버지의 성을 따르게 되어 있던 자녀의 성(姓)과 본(本)의 변경에 관한 법률 조항이 시행되었고, 2011년에는 이른바 ‘최진실법’¹⁾이 제정됨으로써 자녀의 친권과 양육권을 둘러싼 법제에도 변화가 일어났다. 그러나 과연 이 같은 가족법제의 변화가 ‘가부장제 가족’의 이념형을 벗어나고 있는지는 의문이다. 변화하는 가족생활의 현실을 제대로 담아내고 있는지에 대해서도 따져볼 점이 많다. 비혼

1) ‘최진실법’은 이혼 시 단독친권자로 지정된 부모 일방이 사망 등으로 친권행사를 할 수 없는 경우 이혼 시 친권행사자로 지정되지 않은 다른 부모 일방(생존친)의 친권이 자동 부활하는 것에 대해 생존친의 자적적합성에 대한 문제제기가 이루어지면서 이러한 경우 친권자 지정에 대한 규정을 명문화한 것이다. 친권자동부활론은 근본적으로 생존친이 예외 없이 친권자로서 적합하다고 전제하지만, 생존친이 친권자로 정해지지 않은 이유나 이혼 후 부모로서의 기본적인 의무 이행 상황, 즉 양육비 지급이나 면접교섭의 의무 이행 여부, 현재 친권자로서의 역할 수행 가능 여부 등을 검토하지 않은 채 자동적으로 친권을 부활시키는 것은 자녀의 복리를 고려하지 않는 것이다. 실제로 생존친이 혼인 중에 배우자나 자녀에 대하여 상습적으로 폭행을 한 경우와 같이 처음부터 친권자로서 적합하지 않은 경우도 있고, 이혼 후 재혼하여 새로운 가정을 꾸리게 된 결과 전혼 중 출생한 자녀의 친권자로서 역할을 할 수 없는 상태에 있는 경우도 있다. 또한 이혼 후 장기간 연락을 하지 않던 생존친이 갑자기 나타나 자녀의 양육에는 관심을 보이지 않고 자녀가 상속한 재산만을 노리는 경우도 적지 않다 (조이여울, 2009; 김상용, 2011). 이러한 구체적인 사정을 고려하지 않고 생존친의 친권을 자동으로 부활시키는 경우 자녀의 복리가 심각하게 침해될 수 있으며, 2011년 법 개정은 이러한 폐해를 막기 위해 이루어졌다. ‘최진실법’은 자녀를 부모의 소유물로 보는 관점 및 친생부모의 양육이 자녀의 양육에 있어 최선이라는 관념을 무너뜨림으로써 혈연 중심의 가부장적 가족주의에 균열을 냈다는 점에서 커다란 의의가 있다.

과 만혼의 증가로 미혼 인구가 늘어나고 이혼과 재혼이 증가하며 가족 내 성별분업 양상이 다양화되는 등, 현재에도 가족은 사회의 그 어떤 영역보다 빠르게 변화하고 있다.

호주제는 강고한 부계혈통주의의 고수를 근간으로 하는 고래(古來)의 가부장적 가족 제도가 식민지적으로 왜곡된 채 법제화되어 유지되어 온 것으로, 현실의 가족생활과 맞지 않고 양성평등에도 위배된다는 점이 사회적 합의를 얻어 2005년 법제에서 사라졌다. 그러나 제도 하나가 폐지되었다고 기존의 가부장적 가족을 넘어서는 새로운 가족 개념의 구성과 제도화가 자동적으로 이루어지는 것은 아니다. 가령, 자녀의 성과 본을 변경할 수 있도록 법 개정이 이루어졌다고 해서 이것을 곧바로 부계혈통주의 혹은 가부장적 부성(父姓)주의를 넘어서는 새로운 가족 제도의 등장으로 볼 수는 없는 것이다. ‘어머니의 지위’에 대한 법적 인정을 포함하는 새로운 젠더 관계의 가족법제화 역시 요원하다.

호주제가 떠받치고 있던 ‘가부장제 가족’ 관념은 부계혈통의 계승을 제1의 가족 의무로 보고 있으므로, 결혼이나 가족 내 젠더 관계는 여성이 남성의 집안으로 시집을 가서 남편의 성과 본을 이어갈 아들을 낳아 기름으로써 가문의 대(代)를 이어간다는 식으로 규정되었다. 여기서 어머니는 단지 부계혈통을 이어주기 위한 연결고리일 뿐이었으므로 가족 제도 안에서는 그 지위가 미미했으며, 가족의 중심이 되는 진정한 혈연관계는 아버지-아들로 이어지는 부계/남계뿐인 것으로 간주되었다. 자녀의 성과 본은 이러한 부계/남계의 혈통을 드러내는 징표였으므로, 자녀가 친부의 성·본을 따른다는 것은 가부장적 가족 제도의 근간을 유지하는 상징적 의례였던 셈이다.

호주제 폐지에 뒤이은 자녀의 성·본 변경 조항 제정은 이혼과 재혼 등 다양한 이유로 ‘친부’와의 관계가 약화된 자녀가 혈통과 무관한 부모와 가족을 이루고 살아가는 경우에 이들이 실제 가족생활의 현실에 맞는 성과 본을 가질 수 있게 하겠다는 취지였다. 그러나 (본문에서 살펴보겠지만)

성·본 변경이 가능해진 이후 첫째 아이의 친부와의 이혼 및 둘째 아이의 친부의 가출로 각각 아버지가 다른 두 형제의 성을 어머니의 성으로 바꾸었다가 나중에 다시 각각의 친부의 성으로 되돌린 사례²⁾가 웅변하듯이, 부계(혈통)주의 가족 관념이 도전받는다³⁾고 해서 부성주의 원칙이 훼손되는 것은 아니며 기존의 가부장적 가족의 정상성이 흔들리는 것도 아니라는 점을 인식할 필요가 있다.

이 글의 목적은 자녀의 성·본 결정에 대해 부성주의 원칙이 여전히 고수되고 있는 상황에서 자녀의 혈통과 양육에 있어 어머니의 지위에 대한 법적 인정과 상징성, 그리고 이를 둘러싼 젠더 관계가 어떻게 이해되고 구성되고 있는지를 살펴보는 것이다. 나아가 자녀의 성·본 변경에 있어 유일한 판단 기준으로 제시되고 있는 ‘자녀의 복리’라는 명목 하에 어떠한 가족이 법적으로 지지받고 정상성을 획득하고 있는지를 살펴보고자 한다.

판례는 일상인의 가족생활에서 법적 지위 및 권리를 둘러싼 갈등이 발생한 경우 이에 대한 법원의 유권 해석을 담고 있는 것으로 이해할 수 있다. 판례에서 나타나는 법 조항의 해석과 적용은 단순히 해당 법관의 판단만을 반영하는 것이 아니라 사회적이고 집합적인 차원에서 존재하는 규범적인 가족 개념을 반영하고 있다. 동시에 법 조항에 대한 새로운 해석의 등장과 누적은 일상인들의 의식과 사회에 영향을 끼쳐 가족 개념의 변화를 불러일으키기도 한다. 즉, 판례는 한국인들의 일상생활의 기저에 자리잡은 가족 개념과 그 가족 개념에 대한 법의 태도를 읽어낼 수 있는 유용한 자료로서 다루어질 수 있다. 이 글에서는 가족생활과 관련한 다양한 법 조항에 대한 판례 가운데 자녀의 성·본 변경을 다룬 판례에 주목하고자 한다. 현재 자녀의 성·본 결정이 부계(혈통)주의의 법적 승인과 제도화에 있어 가장 중요한 위치를 점하고 있으며, 또한 이혼이나 재혼 등 가족관계의 변동이 많아지면서 부성주의가 문제시되는 상황이 계속해서 증가하고 있기 때문이다.

2) 서울가정법원 2010.4.2. 2010㉸단1754, 2010㉸단1755

2) 연구 대상 및 방법

2005년 가족법 개정을 통해 신설된 자녀의 성·본 변경 조항은 호주제 폐지 이후 새로운 신분등록제도를 마련하기 위한 2년여의 유예 기간을 거친 후 2008년 1월 1일부터 시행되었다. 시행 직후 1월 한 달 동안만 하더라도 6,181건의 변경 허가 청구가 접수되었고, 2008년 한 해를 통틀어보면 총 16,525건의 청구가 접수되었다. 이는 그동안 성과 본을 변경할 수 없으므로 인해 피해를 겪은 사람이 얼마나 많았는가를 여실히 보여주는 것이었다. 사건의 처리 상황을 보면 85% 이상의 사건이 인용되고 기각되는 비율은 5% 정도로³⁾ 대부분의 신청이 이유 있는 것으로 판단되었음을 알 수 있다.

이 글이 분석의 대상으로 삼는 판례는 2008년부터 2012년까지 서울가정법원에 접수되어 처리된 ‘자의 성과 본’ 변경 청구 사건들이다. 전국의 법원별로 접수된 사건 수를 보면 서울가정법원이 전국 법원 중 가장 많고 약 20% 이상의 사건이 접수되고 있다. 또한 기존의 판례 분석이나 연구논문에서 다루어진 판례들 가운데 중요하다고 판단되는 사례들도 일부 선택하여 분석 대상에 포함하였다. 판례는 대한민국 법원 웹사이트 (<http://www.scourt.go.kr>)가 제공하는 종합법률정보와 판결서 사본 제공, 그리고 판결서 방문열람을 통해 ‘자의 성과 본’을 주제로 검색하여 수집하였으며, 이 가운데 ‘제반 사정을 종합해 보더라도 자녀의 복리를 위한 필요성을 인정할 수 없다’와 같이 판결의 사유가 제대로 기재되어 있지 않거나 자녀의 진술서, 수사경력조회서, 신용정보조회서 등의 제출 서류 미비 등으로 인해 기각된 사례를 제외하였다. 그 결과, 최종적으로 분석에 사용된 판례의 수는 총 76건이고, 2008년 8건, 2009년 17건, 2010년 12건, 2011년 14건, 2012년 25건이다.

3) 출처: 각 년도 사법연감(대한민국 법원 홈페이지 <http://www.scourt.go.kr>, 2013년 3월 21일 접속)

현재 법률 상 자녀의 성·본 변경을 청구할 수 있는 자격은 부, 모 또는 자녀 본인에게 있다.⁴⁾ 분석에 사용된 76건의 판례 중 아버지(친부)가 자녀의 성·본 변경을 청구한 경우는 1건밖에 없었고, 어머니가 청구한 경우가 63건, 자녀 본인이 청구한 경우가 12건이었다. 아버지의 성·본에서 어머니의 성·본으로의 변경 청구가 44건이었는데, 어머니가 청구한 경우가 37건, 자녀 본인이 청구한 경우가 7건이었다(허가 10건, 기각 34건). 친아버지의 성·본에서 새아버지의 성·본으로의 변경 청구는 28건이었으며, 어머니가 청구한 경우가 24건, 자녀 본인이 청구한 경우가 4건이었다(허가 16건, 기각 12건). 그 외 4건의 특수한 사례가 있었는데, 자녀가 아버지의 성·본과 어머니의 성을 함께 쓸 수 있게 해달라는 사례 1건, 친부모와 함께 사는 자녀가 친부의 성으로 인해 심하게 놀림을 받는다 하여 어머니의 성으로 변경해달라는 사례 1건, 마지막으로 한 번 어머니의 성·본으로 바꾸었던 것을 다시 친아버지의 성·본으로 바꾸어달라는 사례 2건(두 사례는 형제로서, 사실상 한 건에 해당)이었다.

2. 연구의 배경: 이론적 검토와 가족법 변천에서의 어머니의 지위

1) 페미니스트 이론에서 ‘어머니의 지위’ 문제

여성의 어머니로서의 지위에 대한 연구는 어머니노릇(mothering) 및 모성(motherhood)에 대한 연구와 밀접한 관련을 맺고 있다. 페미니즘은 기본적으로 여성을 어머니로 본질화하는 기제와 구조가 여성 억압 및 가부장제의 강화와 맺고 있는 관계에 대한 관심에서 이 문제에 접근한다(조은,

4) 다만, 자녀가 미성년자이고 법정대리인이 청구할 수 없는 경우에는 민법의 규정에 따른 친족 또는 검사가 청구할 수 있다(민법 제781조 제6항).

1999: 77).

가부장제란 한 마디로 “사회·정치·경제적 제도를 통해 여성을 억압하는 남성의 권위주의 체계”(험, 1995: 21)라고 규정되는데, 인류 역사에서 남성이 여성을 지배하고 그 지배를 유지할 수 있게 해준 메커니즘, 이데올로기, 사회구조를 모두 포함한다(라마자노글루, 1997: 60). 이러한 체계의 유지에 남성이 여성의 생식 능력을 관리함으로써 이익을 얻는 데에 달려 있다(터틀, 1999: 326). 가부장제의 핵심에 놓여 있는 아버지를 통한 가계 계승 관념은 출산이라는 생물학적 사실을 근거로 여성을 모성으로 환원한다.

1960년대 후반에서 1970년대 초반에 이르는 시기에 등장한 서구의 여성해방운동은 이러한 모성으로부터의 해방을 의미했다. 여성들은 성과 생식에 관한 자유를 추구하고 모성을 피할 수 없는 운명이 아니라 선택할 수 있는 것으로 만들고자 했으며, 이를 위해 값싸고 안전한 피임과 임신중절, 효과적인 산아제한의 권리를 운동의 의제에 포함시켰다(혹스, 2002). 페미니스트 학자들은 역사적·사회적 구성물로서의 모성을 부각시키기 시작했다. 이들은 시대와 사회에 따라 어머니의 역할과 지위에 대한 정의가 다양하다는 점에 주목하였다(이정옥, 1999: 55). 당시 가장 큰 영향력을 행사한 이론가는 리치(Adrienne Rich)라고 할 수 있는데, 리치는 *Of Woman Born*(1995[1976])에서 모성이 지닌 두 측면, 즉 경험으로서의 모성과 제도로서의 모성을 구분하고, 여성이면 누구나 자신의 생식 능력과 자녀에 대해 지닐 수 있는 잠재적 관계성으로 모성을 경험하는데 가부장제가 만든 제도로서의 모성이 이것을 남성의 통제 아래 유지시킨다고 주장한다. 제도로서의 모성을 부수는 것은 모성 자체를 없애자는 것이 아니라 모성을 가부장적 제도화로부터 해방시키자는 것으로, 리치를 비롯한 많은 페미니스트들은 실제적인 모성 경험에서 여성의 힘과 적극적인 가치를 찾아내고자 하였다(험, 1995; 터틀, 1999).

1980년대에 들어와서는 페미니스트 모성 연구의 주제가 다양화되기 시

작했는데, 모든 계층의 여성, 특히 자녀를 둔 여성들이 노동시장에 참여하면서 여성의 정체성에 어머니됨이 여전히 중요하지만 그것이 유일한 정체성은 아니라는 점이 담론화되었으며(이정옥, 1999: 56), 여성의 어머니로서의 정체성과 노동자로서의 정체성 간 협상과 갈등이 서구의 복지국가 논쟁에서 중요 주제로 부상하기도 했다(김수정, 2004).

1990년대에는 여성의 정체성을 어머니로만 환원하지 않으면서도 모성과 어머니됨의 의미를 새롭게 해석하고 이를 여성 시민권의 기반으로 삼고자 하는 연구들이 등장했다. 러딕(2002)은 어머니노릇이 독특한 모성적 사유를 낳는다고 보고, 갈등과 전쟁의 기존 세계에 대한 대안으로서 이것을 적극 부각시켰다. 그녀는 몸으로 출산한 여성만이 어머니인 것이 아니라 아이를 돌보며 어머니노릇을 하는 모든 사람이 (설령 그가 남성일지라도) 어머니가 될 수 있다고 주장함으로써 ‘어머니 지위’=‘여성 억압’이라는 등식을 극복하고자 시도하기도 했다.

다른 한편, 이리가라이는 가족관계의 계통과 그것에 대한 상징화의 중요성이라는 관점에서 어머니의 지위 문제에 접근한다(Irigaray, 1991 [1981]; 1991[1987]). 그녀는 여성 주체성의 새로운 탄생을 위해 모녀관계와 여성계보의 발견과 새로운 상징화가 필요하다고 주장한다. 현존하는 상징질서 내부에서 어머니와 딸의 관계는 왜곡되어 있으며, 여성에 대한 적절한 상징화가 부재한 상태에서 여성은 개별화되지 못하고 기껏해야 어머니의 자리, 어머니로서의 기능으로 남아 있을 뿐이라는 것이다(박정오, 2000: 195). 이러한 상황에서 우리는 “우리를 단순한 기능으로 한정하는 노동분업-남성 생산자/여성 재생산자-에 종속된 질서에 의해 지배되는 탈주체화된 사회적 역할인 어머니 역할에 굴복하지 않아야” 하며, “어머니이기를 위해 여성이기를 단념할 필요가 없다.” 그러나 그러면서도 “우리가 여성들이라면 언제나 어머니들이라는 것을 발견하고 주장하는 것이 필요”하다. “우리는 아이들 이외에 다른 어떤 것, 예를 들어 사랑, 욕망, 언어, 예술, 사회적인 것, 정치적인 것, 종교적인 것 등을 산출하며, 여성으로서

우리에게 속하는 이러한 모성적 차원을 재전유해야 한다.”(Irigaray, 1991[1987]: 268-269) 이러한 과정은 우리가 어머니와의 관계를 새롭게 세워야 함을 의미하며, 이는 개인적 차원에서는 물론이고 언어적 작업과 법적 권리까지 포함하는 것이어야 한다(김수진, 2012: 437-439).

최근 아시아에서 활발하게 이루어지는 가족/친족제도 연구들은 기존의 가부장적 가족 계보가 여성 주체성을 어떻게 왜곡되게 구성했는지를 밝히고 있다. 바로우(Barlow, 2004)는 18세기 청조 중국 첸 홍무의 『여성 교육의 전래 지침』이라는 글을 분석하여, 당대 중국의 푸뉘(funü, 婦女)는 가(家) 안에서의 구체적인 위치에 의해 규정된 것이었으며 부계친족 관계 바깥에 존재하는 ‘여성’이라는 보편적 지위는 존재하지 않았음을 밝혔다. 조은(1999)은 조선 전기 가부장적 질서화에서 어머니의 지위와 권리가 어떻게 사회적·역사적으로 구성되었는가를 분석했는데, 여성을 어머니로 본질화하고 특히 ‘아들의 어머니’로 규범화·제도화함으로써 조선 전기 가부장제가 강화되었음을 보여준다.⁵⁾

양현아(2012)는 여성의 입장에서 한국 가족법을 읽는 시도를 통해 현대 한국에서 여성의 지위를 분석하고 있다. 한국 가족법에는 혈족, 친족, 호적상 가(家), 상속단위로서의 가족 같은 여러 층위의 가족 제도가 공존하고 있는데, 이러한 친/가족 안에서 부여되는 복합적 위치와 범주 속에서 ‘여성’ 이전에 이미 여성들이 생산되고 ‘여성’에 대한 의미작용이 성취되고 있다. 예를 들어 호주제도에서 남성은 가족을 대표, 계승하며, 그것을 위해 가족 사이의 공간에서 움직일 수 있는 능동적 주체로 구성되는 반면, 여성은 남편과 가족에 부차되어 있을 때가 가장 바람직하고 정상적인, ‘가

5) 예를 들어 재가녀 자손 금고나 서얼 차대 등을 통해 가족의 질서화에서 여성의 섹슈얼리티가 모성에 연계되어 통제되었을 뿐 아니라, 어머니의 신분이 아들의 신분과 연계되면서 가족 질서가 사회 질서화되고, 여성의 재가나 첩의 위치가 여성의 신분화에 연결되었다. 또한 부인의 재주권 약화, 수신전의 폐지 등은 ‘아들의 어머니’의 지위 강화와 아들의 신분에 영향을 미치는 어머니권의 강화로 이어졌다. 팔모에 대한 복례를 규정한 모상 복제는 가부장적 모성의 제도화를 보여주는 한 예로, 어머니의 등급화 의식(儀式)은 어머니의 등급화일 뿐 아니라 모든 여성의 등급화로 해석할 수 있다(조은, 1999).

족 경계 내부의 존재'로 생산된다. 혈족, 친족, 인척 제도는 모두 남성에 의한 부계(父系)혈통 계승을 그 범위 설정의 중심원리로 삼고 있다. 부계 계승 가족 제도 속에서 모계(母系) 조상들은 '모계의 모계'라는 '계통성'을 의미하는 것이 아니라 부계의 부계 조상에 대한 일종의 여집합의 속성을 갖는다. 그러므로 부계혈족의 계통 구축의 역사는 모계들의 배제의 역사에 다름 아니다. 양현이는 이것이 한국 가족법과 가족 제도에서의 여성의 지위, 보다 정확하게는 어머니의 지위라고 지적하며, 모계를 평등하게 대우하고자 한다면 단지 기계적 평등이 아니라 여성을 매개로 계통이 구성되게끔 하는 기제나 기능이 함께 마련되어야 한다고 제안한다.

한국 가족법제에서 현재도 유지되고 있는 자녀 상분 결정에서의 부성주의 원칙은, 친부이든 계부이든 양부이든 간에 아버지의 성을 따르는 것을 원칙으로 하며 예외적인 경우에 어머니의 성을 따를 수 있도록 한 것이다. 어머니의 성이라고 해도 어머니의 부계 성일 뿐 모계 성은 아니다. 즉, 한국의 가족법제에서 모계에 대한 인정이라는 것은 여전히 찾아볼 수 없다. 이런 상황에서 한국의 가족법제가 '가부장제 가족'을 탈각했다고 말할 수 있을까? 어머니됨의 경험과 어머니의 지위, 그 계보와 그것을 기억하는 상징화의 가능성이 가로막힌 상태에서 어머니의 의사는 얼마나 존중되고 있으며 그 속에서 여성의 지위와 주체성은 어떤 방식으로 구조화되고 있는지 살펴보는 일은 그래서 중요하다.

2) 가족법 변천과 '어머니의 지위'의 변화

민법 제4편 친족과 제5편 상속을 묶어 보통 가족법이라고 부른다. 1958년 제정되고 1960년부터 시행된 한국 민법은 헌법상 개인의 존엄과 남녀 평등권 등에 기초한 근대법 이념을 도입하면서도, 다른 한편 이른바 '관습'을 성문화한 남성중심의 가부장적 가족 제도를 기본으로 한 제도들을 상당수 규정하고 있었다(김숙자, 2006; 류창호, 2007). '가족법은 그 나라의

전통과 관습을 반영하는 것'이라는 미명 하에 남녀를 차별하는 규정이 정당화되었으며, 자녀의 복리는 고려의 대상이 되지 않았다(김상용, 2010). 이러한 점을 개선하기 위하여 1962년, 1977년, 1990년, 2005년, 2007년 등 수 차례에 걸쳐 법 개정이 이루어졌다.

가족법 가운데 가족관계를 구조화하고 어머니의 지위를 구성하는 조항으로는 기본적으로 호주제가 있었다. 자녀의 친권 및 양육권도 부모로서의 권리이자 의무, 그리고 자녀의 복리 실현이라는 점에서 중요한 의미를 가진다.⁶⁾ 친권 및 양육권은 통상적인 가족관계에서가 아니라 대개 부모의 이혼을 계기로 문제시된다는 점에서, 이혼과 관련한 법 조항들을 함께 검토할 필요가 있다. 여기서는 가족법 개정사를 따라 이러한 조항들의 변화와 그 의미를 살펴본다.

호주제 하에서 '가족'은 하나의 가(家)에 속해 있는 사람들 중에서 호주를 제외한 나머지 사람들로 정의되었다. 하나의 가는 반드시 한 명의 호주를 중심으로 하여 구성되고, 그 범위는 법에 의해 정해졌다. 호주의 지위는 부계혈통주의를 기본으로 하여 정의되었으며, 아내는 남편의 가에, 자녀는 아버지의 가에 입적되었다. 호주제는 모든 남성에게 가족을 대표하는 법적 지위를 부여하였으며, 여성을 남성에게 예측된 존재로 규정하고 어머니와 아내, 딸의 열등한 지위를 제도화하였다(Yang, 2007). 1990년 가족법 개정을 통해 호주에게 인정되고 있던 권리와 의무 중 금치산· 한정치산의 선고청구권, 이적동의권, 가족에 대한 부양 의무, 가족에 대한 거

6) 한국의 민법은 이혼을 계기로 부모와 자녀 간 법률관계를 새롭게 정함에 있어 여전히 친권과 양육권을 분할하여 규정하고 있는데, 이는 가부장적 사회구조와 의식에 기인하는 것이라고 할 수 있다. 즉, 이혼 후 어머니에게는 완전한 의미의 친권을 부여할 수 없으며 예외적인 경우에 한하여 사실상의 양육만을 허용할 수 있다는 성차별적인 사고방식이 이 규정의 제정 배경 및 유지에 깊숙이 자리 잡고 있는 것이다(김상용, 2002: 185). 1990년 개정으로 어머니도 이혼 후 친권자가 될 수 있게 됨에 따라 친권과 양육권을 분리하는 법의 태도는 그 근거를 상실하게 되었으며(김상용, 2002: 187), 양육이 매일의, 장기적인, 그리고 수만 가지 측면에서 이루어지는 자녀의 복리에 관한 활동이라면 당연히 양육을 맡은 부모의 책임과 권한이 강화되어야 한다는 점에서 친권이 양육권 개념 속에 포함되는 구조를 만드는 것이 바람직하다는 의견(양현아, 2012: 491)이 제기되고 있다.

소지정권 등이 폐지되고 호주 지위가 포기 가능한 것으로 바뀌면서 호주제가 그 실질적 효력을 잃었다는 평가도 있었지만, 호주승계제도와 호주를 중심으로 하는 추상적인 가 제도는 여전히 존속하였으며, 호주제로 인한 피해도 끊임없이 발생하였다(김상용, 2010: 13).⁷⁾ 또한 어머니의 지위는 아버지의 그것에 비해 제도적으로 열등한 것으로 규정되었다.⁸⁾

호주제 폐지는 가족법이 제정될 당시부터 여성운동의 주요 의제였고 1999년부터는 전사회적인 운동으로 확산되었으나, 실제 폐지는 2005년에 이루어졌다. 그 해 2월 3일 헌법재판소는 호주제의 핵심 조항들에 대해 헌법불합치 판결을 내렸으며, 3월 2일에는 호주와 가족, 호주승계 등 호주제의 골격을 이루는 조항들이 전면적으로 삭제된 민법 개정안이 국회를 통과하였다. 호주제 폐지에 관한 부분이 시행된 것은 2008년 1월 1일의 일이었다.

친권에 대해 살펴보면, 1958년 가족법에서는 부(父) 친권 우선주의에 입각하여 미성년인 자와 가(家)를 같이 하는 부가 제1차로 친권자가 되고, 부가 없거나 기타 친권을 행사할 수 없을 때에만 자와 가를 같이 하는 모가 친권자가 되었다. 혼인 외의 출생자가 인지된 경우와 부모가 이혼한 경우에는 부가 당연히 친권자가 되고 모는 친권자가 될 수 없었다. 부모공동친권이 처음 인정된 것은 1977년 개정의 일이었다. 그러나 여전히 부모의 의견이 일치하지 않는 경우 부가 우선적으로 친권을 행사하고 이혼 후에도 부가 친권을 행사하도록 하여, 부 위주의 친권 제도가 유지되었다. 부모공동친권 원칙이 명실상부하게 확립된 것은 1990년 개정에서였다. 부모는 혼인 중 공동으로 친권을 행사하고, 부모의 의견이 일치하지 않는 경우

7) 예를 들어 부모가 이혼하여 자녀가 어머니와 함께 사는 경우에도 자녀는 부의 가에 남아 있을 수밖에 없었고, 혼인 외의 자가 어머니의 양육을 받으며 함께 거주하는 경우에도 부가 인지한 이상 부의 가에 입적해야만 했다(김상용, 2010: 29).

8) 호주제 하에서 남성은 자신의 혼인 외의 자를 그 가에 입적시키고자 할 경우 처나 자녀의 친모의 동의를 필요로 하지 않았으나, 처가 남편의 혈족 아닌 자기의 직계비속(예를 들어 전혼의 자녀)을 입적시키기 위해서는 남편과 호주의 동의를 얻고, 뿐만 아니라 그 자녀가 타가의 가족인 때에는 그 가의 호주의 동의도 얻어야 했다.

당사자의 청구에 의해 가정법원이 이를 정하도록 하였으며, 이혼 후 어머니도 친권자가 될 수 있게 되었다.

1990년 개정은 상당한 변화를 가져왔다. 친족의 범위를 남녀 동일하게 개정하여 친족 개념에 있어 부계친족과 모의 부계친족을 모두 인정하고, 남편의 친족과 아내의 친족 사이의 차별을 제거하였다. 과거에는 이혼 시 자녀의 양육에 관한 사항을 협정하지 않은 경우 그 양육의 책임은 부에게 있다고 하였으나, 개정을 통해 부모의 협의에 의해 정하도록 함으로써 부부평등의 원리를 구현하였다. 또한 이혼 후 자녀를 양육하지 않는 부모와 자녀가 정기적으로 교류하여 관계를 유지, 발전시키도록 면접교섭권이 신설되었다. 과거 이혼 후 부가 자녀를 양육하고 있는 경우 모가 그 자녀를 만나려고 해도 만나지 못하게 하는 경우가 많았으나, 이제 어머니의 자녀 면접교섭이 확보되었다. 이혼 시 재산분할청구권의 신설도 여성의 이혼 경험과 관련하여 중요한 의미를 갖는다. 재산분할청구권은 여성의 가사노동을 법적·경제적으로 인정하고 평가하는 제도일 뿐 아니라 여성의 이혼의 자유를 경제적으로 뒷받침한다는 점에서 의미가 있다(김숙자, 2006: 6-8).

2007년 개정에서는 협의이혼 시 양육해야 할 자녀가 있는 경우 자녀의 양육과 친권자 결정에 관한 협의서 또는 가정법원의 심판정본을 제출하는 것이 의무화되었다. 양육에 관한 협의서에는 양육자의 결정, 양육비용의 부담, 면접교섭의 행사 여부 및 그 방법의 내용이 포함되어야 한다. 양육과 친권자 결정에 관한 협의가 자녀의 복리에 반하는 경우에는 가정법원이 보정을 명하거나 직권으로 그 내용을 정한다. 그런데 이러한 협의서의 집행력을 인정하지 않음으로써 이혼 후 자녀의 복리 실현이라는 개정안의 취지는 상당히 퇴색되었다고 평가된다(김상용, 2010: 333). 특히 양육비 지급 이행을 확보하는 방안에 대해서는 꾸준히 법적 보완이 모색되고 있는 중이다.

3. 자녀 상·본에 있어 부성주의 원칙의 재고(再考)와 ‘완화된 유지’

친부의 성과 본을 따라 자녀의 그것을 결정하도록 하는 부성(父姓)주의 원칙은 한국 가족법제에서 오랫동안 의심 없이 지켜져 오다가, 2003년 위헌법률심판에 부처졌다. 이후 이 원칙 자체는 합헌이나 예외 규정 없음이 위헌이라는 이유로 헌법불합치 결정이 내려졌고, 심판이 진행되는 도중에 2005년 가족법 개정으로 자녀 상·본 변경에 대한 법률조항이 마련되었다. 여기서는 이 과정을 간단하게 살펴본다.

1) 위헌법률심판대에 오른 부성주의

부성(父姓)주의는 특히 재혼가정에서 여성 배우자의 전혼에서의 자녀들이 새아버지와 성이 달라 자녀들은 물론 가족구성원들이 정서적·사회적으로 고통을 받는다는 점에서 그 폐해가 지적되어 왔다. 1990년대 말 ‘부모 성 함께 쓰기 운동’⁹⁾이 등장하면서 부의 성만을 사용하는 것에 대해 문제제기가 이루어졌지만, 이는 문화운동 차원이었지 적극적으로 법적 변화를 촉구하는 데에까지는 이르지 못하였다. 부성주의에 대한 법적 문제제기는 법 개정 작업과 더불어 부성주의 조항에 대한 위헌법률심판제청을 통해 이루어졌다.

위헌법률심판제청은 친부의 사망 후 모가 재혼을 하고 계부가 자녀들을

9) ‘부모 성 함께 쓰기 운동’은 1997년 3월 9일 제13회 한국여성대회 폐회 직전 여성계 원로인 이효재 한국정신대문제대책협의회 대표에 의한 ‘부모 성 함께 쓰기’ 선언 이후 자율적 문화운동으로 전개되었으며, 2005년 호주제가 폐지될 때까지 촉매 역할을 톡톡히 했다. 이 대표는 선언문에서 부모 성 함께 쓰기 운동은 “호주제와 동성동본 금혼을 명시한 가족법의 개정과 여성의 정치 경제적 지위 향상을 위한 운동을 지속하는 한 방편”이라고 설명했다. 이 운동은 여성계, 대학가, 진보정당 등을 통해 확산되었으며, “아버지 성만을 인정하는 가부장제에 대한 상징적인 저항문화 운동”으로 인식되었다(여성신문, 417호, 583호).

입양한 가정에서 자녀들이 양부의 성·본을 따르기를 위하여 2002년 1월 9월 서울지방법원 북부지원에 호적정정신청을 하면서 제기되었다. 호적정정신청인들은 “자(子)는 부(父)의 성(姓)과 본(本)을 따르고 부가에 입적한다” 조항에 대해 위헌법률심판제청을 신청하였고, 법원은 이를 받아들여 “자는 부의 성과 본을 따르고” 부분에 대해 2003년 2월 13일 심판제청을 하였다. 당시는 2005년 가족법이 개정되기 이전으로, 부성주의가 법으로 강제되고 성본 변경은 허용되지 않았다. 법원은 위헌법률심판제청의 이유로, 남성이 전처와의 사이에 낳은 자녀를 새로운 재혼가정에서 양육하는 때와 달리 여성이 전남편과 사이에서 낳은 자녀를 새로운 재혼가정에서 양육하는 때에는 해당 조항으로 인해 그 자녀들이 친부의 성·본을 따라야 하고 새아버지의 성·본을 따를 수 없는 불이익을 받게 된다는 점에서, 해당 조항이 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권을 규정한 헌법 제10조 및 개인의 존엄과 양성의 평등에 기초한 혼인과 가족생활의 성립과 유지를 규정한 헌법 제36조 제1항에 반하며, 부계혈족의 유지만을 강조하여 성별에 의한 차별을 함으로써 헌법 제11조 제1항의 평등원칙에도 위반된다는 점을 들었다.

2) 부성주의 조항의 ‘안화된 유지’

이와 별개로 가족법 개정 운동이 있었다. 부성주의 강제 및 성 불변 원칙 때문에 재혼이나 입양을 통해 형성된 가정에서 새아버지와 자녀의 성이 달라 자녀의 복리에 대한 침해가 심각하며,¹⁰⁾ 여성 역시 생물학적으로 절반의 혈통을 물려주는데도 자녀에게 자신의 성은 물려주지 못해 가족 내 여성의 지위가 남성에 비해 차별받고 있다는 것이 개정 운동의 명분이

10) 이혼 후 어머니가 자녀의 친권자 및 양육자로서 자녀를 양육하고 있음에 반해 부는 장기간 양육비를 지급하지 않는 등 부자 간 유대 관계가 상실된 경우 등에도 부성을 사용해야 하는 것이 부성 강제로 인한 피해로 제시되었으나, 재혼가정이나 입양 가정에 비해서는 주목을 받지 못하였다.

었다(김유경, 2012: 213).

이와 같은 운동에 힘입어 자녀의 성·본 결정 조항에 대한 개정 작업이 이루어졌으며, 2003년 의원발의안과 정부안이 각각 국회에 제출되었다. 두 개정안은 자녀의 복리를 위한 성·본 변경 제도 도입에 있어서는 공통점을 보였으나, 자녀의 성·본 결정에 있어 부모의 협의에 따르도록 할 것인지, 부의 성과 본을 따르는 것을 원칙으로 하되 협의 시 모의 성과 본을 따를 수 있도록 할 것인지에 있어 차이가 있었으며, 결국 2005년 개정안은 후자의 내용으로 결정되었다.

2005년 개정을 통해 부성주의 원칙의 유지라는 점은 변화가 없으나 그 경직성이 완화되었으며 성 불변 원칙에 수정이 가해졌다. 자녀는 부의 성과 본을 따르는 것이 원칙이지만 부모가 혼인신고 시 모의 성과 본을 따르기로 협의한 경우 모의 성과 본을 따를 수 있게 되었다.¹¹⁾ 개정 전에도 모의 성·본을 따를 수 있는 경우가 있었으나, 부를 알 수 없거나 부가 외국인인 경우, 부모를 모두 알 수 없어 성·본을 창설한 후 모를 알게 된 경우, 입부혼의 경우 등 매우 예외적인 경우에만 가능했다. 법 개정을 통해 자녀의 성·본 결정에 있어 종래와 같은 강제성이 완화되었으며, 부모의 협의에 따라 달라질 수 있는 “성 결정의 임의성”이 부여되었다(정현수, 2008: 292-293). 모성을 따르는 것이 불가피한 일이 아니라 예외적이지만 당연한 선택사항이 된 것이다(양현아, 2012: 479). 또한 과거에는 혼인 외의 출생자가 오랜 기간 모의 성을 사용했다 할지라도 친부가 인지한 경우 그 자녀나 친모의 의사와 관계없이 자동적으로 부의 성·본으로 변경되게 되어 있었으나, 이제 부모의 협의에 따라 종전의 성·본을 계속 사용할 수 있도록 개정되었다. 성이 갑자기 변경되는 것은 자녀의 의사에 반할 수 있으며

11) 이에 대해 혼인신고 시 자녀의 성·본을 결정하라는 것은 문제가 있다는 비판이 있다. 장래의 부부관계나 부모자녀관계는 미리 예측할 수 있는 것이 아니므로 혼인 당사자들이 혼인신고 후 충분한 시간적 여유를 가지고 협의할 수 있도록 하고(정현수, 2008: 294), 적어도 첫 아이의 출생신고 시 부모가 협의하여 어떤 성을 따를지 선택하도록 법 개정이 이루어질 필요가 있다는 것이다(양현아, 2012: 480).

정체성에 심각한 문제를 일으키거나 사회생활에서 불리함을 겪을 수 있다는 점(Yang, 2007: 57)이 고려된 것이다.

한편 혼인 외 출생자의 종전 성본의 계속 사용 허가와 달리 자녀의 성본을 변경할 수 있는 조항이 신설되었는데, 자의 복리를 위하여 자의 성본을 변경할 필요가 있을 때에는 부, 모 또는 자의 청구에 의하여 법원의 허가를 받아 이를 변경할 수 있게 되었다. 양현아(2012: 481)는 이러한 개정이 앞의 두 조항보다 더 큰 변화라고 평가한다. 절대로 일어나지 않을 일을 가리켜 ‘성을 갈(바꿀) 일’이라고 하는 한국인의 어법이 보여주듯이, 한국의 성본주의는 절대불변의 원칙을 고수해왔기 때문이다. 법 개정 시에는 이 조항이 크게 두 가지 경우에 활용될 것으로 예상되었다. 재혼가정에서 계부와 자녀의 성이 다르다는 이유로 실생활에 고통과 불편을 겪는 경우와, 부의 악행으로 인해 자녀가 부의 성을 따르기를 거부하거나¹²⁾ 자녀에 대한 학대, 폭행 등으로 자녀의 복리를 위해 부의 성을 따르는 것이 사회통념상 적합하지 않은 경우가 그것이다(이유정, 2003). 모자가정에서 어머니의 성본으로의 변경 청구는 법 시행 이후 주목을 받았다.

2005년 개정을 통해 신설된 친양자 제도 역시 자녀의 성본 변경을 가능하게 하였다.¹³⁾ 친양자로 입양되면 그 자녀의 입양 전 친족관계는 모두 소멸되고 입양 부모의 혼인 중 출생자로 인정된다. 이에 따라 양자는 양부

-
- 12) 이와 관련하여 한국가정법률상담소에 평소 아내를 학대하고 딸을 성추행한 일로 남편은 복역 중인 상태에서 여성이 이혼하고 아이와 살고자 하고 딸은 아버지를 두려워하고 미워하기 때문에 모의 성을 따르고자 하는데 이런 경우 어떻게 하면 되는가라는 문의가 접수된 적이 있다고 한다(한국가정법률상담소 위음, 2005). 법 개정 시 여성부도 상본 변경 조항이 이러한 경우를 위해 필요하다고 언급한 바 있다(연합뉴스, 2004.12.30).
- 13) 친양자 제도는 ‘양친의 친생자와 같이’ 양자를 입양 가족의 구성원으로 완전히 동화시키는 제도(양현아, 2012: 492)로, 친양자는 부부의 혼인 중 출생자로 간주되고, 친양자의 입양 전의 친족관계는 친양자 입양이 확정된 때에 종료된다(제908조의3). 친양자 입양을 하려면 우선 부부가 3년 이상 혼인 중이어야 하고 공동으로 입양을 하여야 한다. 단, 1년 이상 혼인 중인 부부의 일방이 그 배우자의 친생자를 친양자로 하는 경우에는 이 조건을 충족하지 않아도 된다. 또한 친양자로 될 자는 15세 미만(2011년 개정을 통해 ‘미성년자’로 변경됨)이어야 하고 친생부모가 친양자 입양에 동의하여야 한다(제908조의2).

의 성을 따르게 되며, 양부모가 혼인신고 시 자녀에게 모의 상분을 물려 주기로 협의하였다면 양자는 양모의 성을 따르게 된다.

3) 부성주의 자체는 합헌, 예외 규정 미비가 위헌

2003년 제기된 부성주의 조항에 대한 위헌법률심판제청은 2년이 넘는 시간을 끌다 앞서 2005년 3월 31일 해당 법 조항이 개정된 후인 2005년 12월 22일에 헌법불합치 결정이 내려졌다(헌법재판소 2005.12.22. 선고 2003헌가5·6(병합) 결정). 헌법재판소는 재판관 7대 1의 결정으로 헌법불합치 결정을 내렸지만, 헌법불합치 결정의 이유에 대해서는 재판관 5인의 다수의견과 재판관 2인의 별개의견으로 나뉘었다. 그리고 재판관 1인의 합헌의견이 있었다.

별개의견은 부성주의를 양성평등 원칙과 개인의 존엄 위반이라는 점에서 위헌이라고 보았으나, 위헌 결정을 선고한다면 당장에 성의 결정과 사용에 대해 아무런 기준이 없어지게 되는 혼란이 초래되므로 헌법불합치 결정을 선고한다고 하였다. 별개의견은 부성주의를 부계혈통주의의 핵심으로 보았는데, 즉 부성주의는 부(父)와 남성을 중심으로 한 혈통계승을 강제하여 부와 남성을 가족의 중심에 놓이게 하며 이를 통해 가부장적 가치 질서를 유지, 강화하고 가족 내 여성의 지위를 남성에 비해 부차적이고 열등한 것으로 놓이게 하여 여성을 차별한다는 것이다. 또한 부성주의는 개인의 성을 어떻게 결정하고 사용할 것인지에 대해 개인과 가족의 구체적인 상황이나 의사를 전혀 고려하지 않고 일방적으로 부성의 사용만을 강제한다는 점에서 개인의 존엄을 침해한다고도 하였다.

반면 다수의견은 부성주의 원칙 자체는 위헌이 아니나, 부성주의의 강요가 개인의 인격권을 침해하고 개인의 존엄과 양성의 평등에 반하는 것으로 판단될 가능성이 존재하는 경우에 대해서까지 아무런 예외를 규정하고 있지 않은 것은 위헌이라고 판단하며 부성주의 조항에 대해 헌법불합

치 결정을 내렸다. 별개의견이 부성주의를 가부장적 부계혈통주의의 핵심으로 파악한 데 반해, 다수의견은 부성주의는 부와 모의 혈통 중 어느 것을 성에 반영할 것인가에 대한 선택의 문제라고 보았다. 개인의 혈통을 반영한다는 점에 있어 그 어느 쪽도 완전하지 못하고 동일한 한계를 지닌 부성주의와 모성주의¹⁴⁾ 중에서 부성주의를 선택한 것을 위헌이라고 할 수 없다는 것이다. 또한 부성주의는 규범으로서 존재하기 이전부터 생활양식으로 존재해 온 사회문화적 현상으로, 개인의 권리의무에 직접적인 영향을 미치지 않고 구체적인 불이익이 문제되지 않기 때문에 대다수의 사회구성원이 자연스러운 생활양식으로 받아들이고 있으므로 그 자체가 위헌이 될 수 없다고 보았다. 부성주의는 개인의 구체적인 권리의무나 법적 지위에 실제적인 영향을 미치지 않으므로 부성주의로 인한 사실상의 차별적 효과가 개인의 존엄과 양성의 평등을 침해하는 정도에 이른다고 볼 수 없다고 했다. 즉, 다수의견은 성의 사용은 구체적인 권리의무에 영향을 미치지 않는다고 보았으며 사회의 일반적인 인식을 반영한 실용적인 선택으로서 부성주의를 지지한 것이라고 할 수 있다. 그런데 다수의견과 별개의견 모두 인정하듯이, 모의 단독 양육이나 재혼, 입양 등 가족관계의 변동과 새로운 가족관계의 형성이 일어난 상황에 따라서는 부성의 사용을 강요하는 것이 개인의 가족생활에 심각한 불이익을 초래하는 것으로 받아들여질 수 있다. 그래서 다수의견은 이러한 경우에도 모성의 부여나 부성의 변경 등 부성주의에 대한 예외를 규정하지 않고 있는 것은 헌법에 불합치한다고 판단하였던 것이다.

부성주의 조항의 합헌성은 한 사람의 재판관만이 주장했다. 그는 부성

14) 모성(母姓)이라는 말은 헌법재판소의 다수의견에서 나오는 말이다. 그런데 여기서 어머니의 성은 모계혈통을 상징화하는 모계 성이 아니라, 그저 어머니의 부계 성이다. 그러므로 여기서 사용되고 있는 모성이라는 말은 상당한 혼란을 일으킬 수 있는 용어이다. 그러나 현재 어머니의 부계 성을 지칭할 수 있는 별도의 용어가 없는 상황이고 이미 헌법재판소 결정문에서 모성이라는 용어가 사용되었기 때문에, 이 글에서도 일단 모성(母姓)이라는 용어를 어머니의 부계 성이라는 뜻으로 사용한다.

주의를 헌법에 선행하는 문화의 하나로 보면서, 모자관계에 비해 본질적으로 불확실할 수밖에 없는 부자관계의 존재를 대내외적으로 공시하여 가족의 형성과 유지, 나아가 이를 기초로 하고 있는 사회공동체의 존속과 안정을 보장한다는 점에서 부성주의가 그 합리성이 인정된다고 주장했다. 부성주의를 취할 경우 모의 혈통은 성에 반영되지 않는다는 점에서 여성에 대한 차별적 효과가 발생한다는 것은 인정할 수 있다고 하면서도, 성은 사람을 식별하는 데 사용되는 여러 기호체계의 하나일 뿐이고 이 기호에 부계혈통의 공시 기능과 상당한 공신력이 부여되어 있을 뿐 이것이 여성이 갖는 인간으로서의 존엄성의 실체에 영향을 미치지 않는다고 주장했다.

이러한 합헌의견은 가족은 부계혈통 계승의 구현이라는 가부장적 가족관념을 옹호하고 출산을 통해서만 가족관계가 형성된다고 전제하고 있기 때문에, 재혼이나 입양 등 다양한 방식으로 가족이 형성되고 유지되는 현실을 담아내지 못한다는 한계가 있다. 또한 합헌의견은 재혼가정이나 입양 가정에서 아버지와 자녀가 성이 달라 겪는 불이익의 원인을 부성주의가 아니라 이들 가정에 대한 편견에서 찾고 있는데, 사실 이러한 편견은 부계혈통을 계승하는 전통적인 가부장적 가족만을 정상으로 인정하는 사회적 인식에서 비롯된 것이다. 부계혈통주의의 상징적 구현인 부성주의를 고수하는 한 이른바 ‘정상적인 가족에서 벗어난 형태의 가족에 대한 편견과 낙인은 사라지지 않을 것인데 합헌의견은 이 같은 논리 관계를 뒤바꾸고 있는 것이다.

헌법재판소의 헌법불합치 결정 이후, 보수적인 입장과 진보적인 입장 각각에서 비판이 제기되었다. 전자의 입장에서는 “아들과 딸에게 차별하지 않고 (아버지의) 성을 부여한 것이 우리나라의 전통 성씨제도”인데 “이를 남녀차별이라고 주장하는 것은 남녀대결 논리에만 집착하는 것”(한국성씨총연합회·정통가족제도수호범국민연합, 2006.6.1.)이라고 주장하면서, 아버지의 성은 “아버지 한 사람만의 성이 아니라 부계조상 전부의 성씨를 의미”하는 것으로 “부계혈통주의, 즉 부계사회에 있어 부성승계원칙은 필수불

가결의 요소”(한국성씨총연합회·정통가족제도수호범국민연합, 2007.2.21.)라고 하였다. 후자 측에서는 헌법재판소의 결정이 “왜 아버지의 성을 따라야 하느냐는 문제의 핵심은 비켜가고”, “부성주의라는 상징이 실제로 차별을 양성하는 굉장한 힘을 지니고 있다는 점을 간과”(강성준, 2005.6.5.)하고 있다고 비판하였다(김영규, 2007).

다른 한편, 양현아(2012: 483)는 헌법재판소의 결정이 부성주의 자체는 여성에게 차별적인 효과를 발생시키지 않는다고 한 점에서 한계를 가지고 있지만, 일정 부분 성본의 의미를 부계혈통의 표지에서 실질적인 생활관계의 표지로 전환했다는 점에서 의의가 있다고 평가한다. 헌법재판소 결정은 부의 사망, 부모의 이혼, 혼인 외의 자 등의 경우에 있어 모가 단독으로 양육할 것이 예상될 때 생활관계의 구체적인 상황에 따라서는 모성의 사용이 구체적인 이익으로 나타날 수 있으며 이러한 경우 모성의 사용을 허용하여야 한다고 하였다. 또한 재혼이나 입양 등 가족관계의 변동과 새로운 가족관계의 형성 등 구체적 상황에 따라 성이 생물학적 부의 혈통을 상징하는 것보다 훨씬 더 큰 이익과 관련되어 있는 경우 부성의 변경을 허용하여야 한다고 하였다.

4. 부계가족의 정상화 및 어머니 지위의 부차화

이 장에서는 앞서 기술한 것과 같은 부성주의에 대한 태도 변화가 실제의 사례에서 어떻게 적용되고 있는지를 판례를 통해 살펴본다.

1) 부자동성 유지를 통한 친부와 유대관계 보호

분석의 대상이 된 76건의 판례 가운데 친부의 의사, 즉 자녀의 성본이 어머니나 새아버지의 성본으로 변경되는 것에 대한 친부의 동의 여부가

판단의 근거로 언급된 경우는 40건이었다. 친부가 동의한 10건 가운데 허가된 경우가 9건이었는데, 그 가운데 3건은 친부가 양육비를 지급하지 않거나 면접교섭을 하지 않는 등 친부와의 교류나 부양이 오래 전 중단된 경우였다. 유일하게 기각된 사건에서는 이혼 후 친부가 5년 가까운 기간 동안 양육비 지급이나 면접교섭의 이행을 하지 않았는데, 법원은 그동안 양육책임을 방기해 온 사정¹⁵⁾으로 보아 친부는 향후에도 자신의 양육책임을 방기 내지 회피하기 위해 안이하게 성분 변경에 동의해준 것으로 친부의 동의가 자녀의 복리를 고려한 것으로 볼 수 없기 때문에 판단에 아무런 영향을 줄 수 없다고 하였다.

친부의 반대에도 불구하고 성분 변경이 허가된 사례들을 보면, 대부분 재혼가정에서 새아버지의 성분으로 변경하려는 경우였고 친부와의 관계는 이미 상당 부분 단절된 상태였다. 이 경우 자녀가 처한 “양육환경과 양육비 부담자”를 고려하여 새아버지의 성분으로의 변경이 허가되었다. 한편 친부가 반대하는 가운데 기각된 사례들 중 새아버지의 성분으로의 변경을 청구한 사례들을 살펴보면 재혼 기간이 짧은 경우가 대부분이었다. 재혼 기간은 재혼가정에서 자녀의 양육환경의 안정성을 가늠할 수 있는 척도로 작용하고 있는 것으로 보인다.

어머니가 단독으로 혹은 친정의 도움을 받아 자녀들을 양육하면서 자녀들의 성분을 자신의 것으로 변경해달라고 청구했다가 기각당한 사례들을 보면 이혼 후 기간이 얼마 경과하지 않았다는 사유도 일부 있지만, 대부분 자녀와 친부 간 관계가 단절될 것을 우려하는 것이 가장 중요한 사유였다. 성분 변경 시 친부가 “더 이상 아버지로서의 역할과 책임을 다하려는 노력을 하지 않을 수도 있”으며, 이에 따라 “부 또는 부계친족과의 유대 관계의 단절이나 부양의 단절을 초래할 수 있다”¹⁶⁾는 것이다.

15) 인천지방법원 2012.6.5. 2011노단2838

16) 서울가정법원 2009.11.30. 2009노단3735, 서울가정법원 2011.7.28. 2010노단11215, 서울가정법원 2012.7.24. 2012노단1946 등

그러나 헌법재판소의 헌법불합치 결정 중 다수의견에서 부성주의 원칙 자체는 위헌이 아니라고 판시한 이유 가운데 하나는 “민법이 가족 제도에 서의 개인의 구체적인 권리의무를 규정함에 있어 성(姓)은 아무런 기준이 되지 않으며 어떤 성(姓)을 사용하느냐에 따라 가족법상의 권리의무나 법적 지위가 달라지지 않는다”는 것이었다. 성(姓)은 “개인의 혈통을 상징하는 기호”로서 “기호가 가지는 성질로 인해 개인의 권리의무에 미치는 실질적인 영향력이 크지 않다.” 즉, 성이 변경된다고 하여 부자 간 법률관계나 부양의 의무 등이 약화되거나 없어지지 않는다는 것이 헌법재판소의 결정이었다.

그렇지만 살펴보았듯이 실제 판결에 있어서는 성본의 유지 혹은 변경이 친부의 구체적인 권리의무 이행에 영향을 미치거나 미칠 것으로 간주되고 있다. 친부와 자녀 간 유대관계를 보호하고 친부에게 부양과 양육의 의무를 부담시키기 위해서는 부자동성의 유지 및 이를 통한 부계혈통의 공시가 필요하다고 보는 것이다. 이러한 관점은 헌법재판소 결정문의 정신에 위배되는 것으로, 원칙 그 자체에 대한 재고가 필요하다고 보인다.

2) 형제자매 간 동성유지의 보호

성본 변경 제도는 ‘주로 재혼가정에서 자라는 자녀들이 실제로 부의 역할을 하고 있는 계부와 성이 달라서 정신적으로 고통을 받을 경우 이를 해결하기 위하여 마련’되었다는 점에서 특히 재혼가정에서 새아버지의 전혼에서의 자녀 혹은 새아버지와 어머니 사이의 자녀가 있다면 그 허가율이 더욱 높은 경향을 보이고 있다.

사례들을 살펴보면, 어머니가 혼자서 자녀들을 양육하는데 이들의 성이 각각 다른 경우에 어머니의 성본으로의 변경은 모두 허가되었다. 이 사례들은 여성이 전혼에서의 자녀들을 데리고 재혼하여 새 남편과의 사이에서 자녀를 출산한 후 이혼 혹은 부의 사망으로 인해 성이 다른 자녀들을 양

육하게 된 경우로, 전혼에서의 자녀들은 혈통 관계를 맺지 않는 계부의 성을 따를 필요가 없고 한 가족 내에서 자녀의 성은 같은 것이 자녀의 복리에 부합한다는 측면에서 어머니의 상·본으로의 변경이 허가되었다. 부계혈통에 속하지 않기 때문에 계부의 성을 따를 필요가 없음을 인정한다는 점에서 부계혈통의 상징으로서의 성 개념이 여전히 유지되고 있으나, 한 가족 내에서 성이 다르면 불이익을 겪을 수 있다는 점에서 상·본 변경을 허가한 것은 성이 실질적 가족관계를 반영해야 한다는 개념을 인정함으로써 이 두 개념 간 갈등 가능성을 내포하고 있다.¹⁷⁾

재혼가정에서 상·본 변경이 허가된 경우는 모두 새아버지와 어머니 간에 자녀가 있는 경우들이었다. 어머니의 상·본으로의 변경이 허가된 경우는 한 건 있었는데, 이 경우는 새아버지와 어머니 간 자녀가 있어 형제의 성이 다른데 우연히 새아버지와 어머니의 성이 같아서 “어머니의 성으로 변경할 경우 모든 가족 구성원의 성이 같게 된다”는 점이 허가 사유 가운데 하나였다.¹⁸⁾ 새아버지의 상·본으로의 변경이 허가된 경우는 모두 새아버지와 어머니 사이에 새로 태어난 자녀가 있어 재혼가정 내 형제자매의 성이 다른 경우였다. 이러한 경우에는 재혼가정의 자녀라는 것이 손쉽게 드러나게 되어 자녀가 일상생활에서 어려움을 겪을 수 있음이 비교적 명확하다는 점에서 변경 청구가 어렵지 않게 받아들여진 것으로 보인다.

법원은 형제자매의 성이 다를 경우 모자가정이건 재혼가정이건 그 가정이 안정적인 가족관계를 유지하고 있다면 이들의 성이 같도록 하는 것이 자녀의 복리에 부합한다고 판단하고 있다. 즉, 대외적으로 부모와 친생자로 구성되어 아버지와 자녀들의 성이 모두 같은 ‘정상적인 가족으로 드러나는 양육환경이 만들어지는 것이 바람직하다고 보는 경향을 드러낸다.

한편 어머니나 새아버지의 상·본으로의 변경 청구가 기각된 사례들은

17) 그러나 부성주의가 원칙이 아니라 모성의 선택이 부성의 선택과 동등한 지위를 가지고 있어 자녀들이 모성을 물려받았다면 애초에 이와 같은 문제가 발생하지 않았을 것이라는 점은 고려되고 있지 않다.

18) 수원지방법원 성남지원 2012.2.24. 2011년단1411

대부분 새아버지에게서 태어난 자녀는 없고 친형제자매가 있어 성분을 변경할 경우 이들과 성분이 다르게 된다는 점이 중요한 기각 사유였다. 성분 변경을 통해 친부 혹은 부계친족과의 단절이라는 법률효과가 발생하는 것은 아니지만, 부계친족, 특히 같은 아버지에게서 태어난 친형제자매와 동성을 유지하는 것이 이들 간의 유대감 형성에 있어 중요성을 가진다고 전제되고 있다.

3) 모성 사용에 대한 낙인

2008년 법 시행 첫 해 전국 법원에 접수된 성분 변경 신청 사건은 총 16,525건이었으며 14,269건이 처리되었다. 이 가운데 12,582건이 허가되고 574건이 기각되어 88.2%의 인용률을 기록하였다. 그런데 기각된 사건을 보면 새아버지의 성으로의 변경 청구(41%)보다 어머니의 성으로의 변경 청구(52%)가 더 많았다(법률신문, 2009.1.13). 전체 사건 가운데 어머니의 성분으로의 변경 신청 건수가 더 적다는 점을 고려하면 어머니의 성분으로의 변경 청구에 대한 기각률이 더 높다는 점을 확인할 수 있다.

이러한 현상의 이유 가운데 하나는 여전히 이혼한 여성 및 모성 사용에 대한 편견과 낙인이 지속되고 있기 때문이다. 이혼 또는 사별 후 재혼하지 않고 어머니의 성분으로의 변경을 신청하는 경우 이는 자녀의 복리보다는 여성의 감정이 개입된 경우가 많다고 여겨지고 있다(신영호, 2010: 68). 예를 들어 법 시행 직후 서울가정법원은 ‘성분 변경신청 허가에 대한 심리 지침’에서 이혼 또는 사별한 후 재혼하지 않고 모의 성분으로 변경하는 경우에는 자녀의 복리보다는 모의 감정이 개입된 경우가 많은 것으로 보고 구체적인 동기, 친부와 자녀와의 관계(면접교섭, 양육비 지급, 자녀 폭행 경험 유무 등), 자녀의 의사 등을 다양한 방법을 통해 심리한 후 ‘신중하게’ 판단할 것을 지시했으며(법률신문, 2008.3.13), 다른 지방법원에서조차 “이혼 후 재혼하지 않은 상황에서 여성이 전 남편에 대한 증오 등으로 자

신의 성을 따르게 하는 경우 심사를 더욱 까다롭게 할 것”(연합뉴스, 2008.1.24)이라고 밝힌 바 있다.¹⁹⁾ 여기에는 여성이 자녀의 성분을 자신의 성분으로 변경하고자 하는 것은 전 남편에 대한 감정이 그 동기일 수 있다는 전제가 깔려 있다.

실제 판례에서는 실생활에서 이미 어머니의 성으로 불리고 있음을 변경 허가를 구하는 사유 가운데 하나로 제시한 경우에 대한 기각 사유에서 이러한 편견을 찾아볼 수 있다. 어머니의 성을 사용하는 동기는 예를 들어 “자녀를 친부의 성으로 부르면 그와의 안 좋은 기억이 떠올라 자신과 친정 식구들이 심한 스트레스를 받는다”²⁰⁾는 등, 자녀보다는 어머니와 관련된 것으로 받아들여졌고 기각의 사유가 되었다. 어린 시절 부모의 이혼 후 자녀가 친부에 대해 좋지 않은 기억과 부정적인 인식을 갖고 있는 것에 대해 이혼 당시 자녀들의 나이(만3세, 1세)에 비추어 볼 때 이러한 기억과 인식은 어머니로부터 비롯되었을 가능성이 크다고 판단한 것도 같은 맥락이다.²¹⁾ 이 모든 사례들은 이혼한 여성에 대한 낙인, 즉, 여성이 자녀의 복리가 아니라 자신의 욕구와 이해관계에 따라 이혼을 선택했고 또한 자녀를 온전히 자신의 것으로 만들고자 하는 이유에서 성분 변경을 청구하고 있다는 인식에서 비롯된 것이라고 할 수 있을 것이다.

한편 어머니의 성분으로의 변경 청구에서 여성의 재혼 가능성을 판단 기준 가운데 하나로 삼는 것은, 배우자 없는 어머니(single mom)에 대한 차별이라는 측면에서 그 의미를 검토할 필요가 있다. 재혼 가능성을 고려한 판례는 두 건이 있었는데, 한 건은 허가되고 다른 한 건은 기각되었다. 허가된 사례에서는 여성이 “재혼할 의사가 없으며, 혹시 재혼을 하게 되더라도 자녀의 성분을 또 다시 변경하지 않고 자신의 성분으로 계속해서 사

19) 반면 재혼가정에서 계부가 성 변경을 신청한 경우에는 자녀의 복리를 최우선 순위로 놓고 자녀의 나이, 의사, 친아버지와의 교류, 재혼가정의 결속력 등을 심리해 허가 여부를 검토하겠다고 하였다.

20) 서울가정법원 2010.10.1. 2010노단3739

21) 서울가정법원 2009.1.20. 2008노단8878

용하겠다고 다짐하고 있”다는 점이 허가 사유 가운데 하나였다.²²⁾ 기각된 사례에서는 여성은 아무런 의사를 밝히지 않았으나 법원이 나서서 “청구인의 나이(만29세)를 고려하면 추후 재혼할 가능성도 배제할 수 없는바 만약 청구인이 재혼한다면 자녀의 성과 본을 또 다시 변경할 필요성이 발생할 개연성이 높”다고 하여 청구를 기각하였다.²³⁾ 이 사례들에서는 이혼한 여성이 독자적으로 가구를 구성하여 자녀를 양육하는 것을 불안정한 상태로 파악하여 배우자 없는 어머니를 비정상화하고 있으며, 여성의 혼인 및 가족생활에 있어서의 자율성을 침해하고 있다.

어머니의 성·본으로의 변경 청구를 기각하는 사유 가운데 하나로 어머니 또는 모의 부계친족과의 관계에서 실질적인 양육이 이루어지고 있다 하더라도 “모의 성·본과 자의 성·본이 다른 경우가 오히려 일반적이어서 어머니와 자녀의 성·본이 다르다 하여 자녀가 학교생활이나 사회생활에서 특별한 어려움을 겪을 것으로 보이지 않으며”, 또한 “가족들 사이에도 성이 다를 수 있고(외조모나 이모부, 외사촌형제들과도 성이 다를 수 있다)”, “성이 같아야만 가족으로서의 유대감이 강화된다고 볼 수 없다”²⁴⁾고 제시하는 점은 특히 주목할 필요가 있다. 우선 “성이 같아야만 가족으로서의 유대감이 강화된다고 볼 수 없다”는 점은, 앞서 기각 사유로 성·본 변경이 부 또는 부계친족과의 관계 단절을 초래할 수 있다는 점을 내세운 사례들과는 명백하게 대조된다. 법원이 제시한 기각 사유 중 특히 중요한 것은 어머니와 자녀는 성·본이 다른 것이 일반적이기 때문에 이들이 같아지도록 변경하는 것은 오히려 자녀의 복리에 해가 된다는 주장이다. 즉, 현실에 있어서 모성의 사용 자체가 자녀의 복리에 반한다고 보는 셈인데, 이는 실질적으로 모성에 대한 차별에 다름 아니다. 실제로 지향해야 할 곳은 모성의 사용이 부성의 사용과 마찬가지로의 지위를 획득하여 ‘비우호적인 호기심

22) 서울가정법원 2009.5.13. 2009브35

23) 대구지방법원 가정지원 2012.2.1. 2011년단3072

24) 서울가정법원 2009.1.20. 2008년단7614, 서울가정법원 2009.1.22. 2008년단6643, 서울가정법원 2012.9.19. 2012년단891 등

과 편견'의 대상이 되지 않도록 하는 것일 텐데, 판결은 거꾸로 가고 있는 것이다. 부성주의 원칙의 고수는 모성의 사용을 예외로 규정하여 모성에 대한 차별을 제도화하고 있다. “어머니의 성으로 바뀌더라도 사실상 계부의 성과 일치하지 않음으로써 여전히 불안한 상태에 놓일 수밖에 없다”고 하면서 어머니의 상분으로의 변경 신청을 기각한 사례²⁵⁾에서도 친부가 계부로 바뀌었을 뿐, 부성주의 원칙은 훼손되지 않고 있다. 즉, 부계혈통의 관념만 약화되었을 뿐 가족의 상징적 동일성은 어머니가 아닌 아버지로부터 나온다는 원칙은 여전히 공고한 것이다.

초혼에서의 이혼과 재혼에서의 남편의 가출로 인해 성이 다른 두 자녀를 양육하게 되면서 자녀들의 성을 어머니의 성으로 변경하였다가 나중에 다시 각자의 친부의 성으로 변경한 사례²⁶⁾는 가부장적 가족 질서가 법적·현실적으로 얼마나 공고하며 현재의 부성주의 원칙 하에서 개별 여성의 의사가 얼마나 무력한지를 잘 보여준다. 첫째 아이가 만15세가 되어 어머니가 자신의 의사와 무관하게 성분을 바꾸어 친구들로부터 성이 바뀐 것에 대해 놀림을 받는다면 불만을 표시하자 어머니가 둘째 아이(만7세)의 성분도 본래 친부의 성분으로 되돌려 놓는 것이 “앞으로 가정의 행복을 지키는 일이라고 생각”하여 다시 변경을 청구하였다. 이에 법원은 어떠한 판단 사유도 제시하지 않은 채 이 청구를 받아들였다. 친부의 가출로 인해 어머니에 의한 양육이 전적으로 예상되고 둘째 아이가 아직 어려 어머니의 성분을 따르는 것이 편견에 노출되는 결과로 이어질 가능성이 적음에도 불구하고, 부성주의가 가정의 행복을 보장한다는 것이 의심 없이 인정되었던 것이다.

결론적으로 모성의 사용은 “실체적인 생활관계를 이루고 있는 양육자와 피양육자 간 일체감과 동질감 및 양육자의 양육 경험”(오승이, 2010: 58)을 존중한다는 점에서 그 의미를 적극적으로 인정받아야 하지만, 현실에서

25) 서울가정법원 2009.1.20. 2008느단7201

26) 서울가정법원 2010.4.2. 2010느단1754, 2010느단1755

는 자녀의 복리와 대립되는 것으로 받아들여지고 있고, 외부로부터의 낙인 뿐 아니라 부성주의 원칙에의 순응 여부에 대한 내면에서의 검열까지 초래하고 있다. 차별을 제거하는 것이 아니라 사회 통념이라는 이름으로 형성된 차별적인 상황을 그대로 둔 채 개인이 그 상황을 모면하게 하는 것을 자녀의 복리로 판단한다면, 모성의 사용은 그 어떤 자녀에게도 구체적인 이익이 될 수 없으며 이는 다시 모성의 사용에 대한 차별과 낙인을 강화하는 악순환의 고리를 만들어낸다. 즉, 자녀의 복리라는 명목 하에 가부장적 질서가 만들어낸 가족 구조가 공고화되는 것을 법원이 나서서 정당화하고 있는 것이다.

4) 자녀와 어머니의 의사에 대한 가치절하

분석의 대상이 된 판례들 가운데 성년이 된 자녀 본인이 상분 변경을 청구한 경우는 총 12건이었는데 이 중 허가된 것은 단 한 건에 불과했다. 그것도 행정착오로 호적과 주민등록상 성이 다르게 표기된 것을 바로잡는 것이어서 분석의 대상으로서의 의미는 없었다. 성년 자녀가 상분 변경을 신청하는 사유는 대부분 부가 어린 시절부터 어머니 혹은 자신을 학대하거나 방임하여 그 고통으로부터 벗어나고자 하는 것이었다. 그러나 이러한 경우들은 “친부에 대한 좋지 않은 기억과 부정적인 인식을 극복하려는 주관적 목적”²⁷⁾으로 상분 변경의 필요성이 있는 경우에 해당하지 않는다고 판단되었다. 또한 “성과 본의 변경으로 부와의 친족관계 단절이라는 법률효과가 발생하지 않”고, 자녀가 받은 고통은 “친부의 행위로 인한 것이지 친부의 성을 따름으로 인한 것은 아니”²⁸⁾라고 하여, 앞서 상분의 변경이 부와의 관계 단절 내지 부양 단절을 초래할 수 있다고 우려를 표한 것과는 달리, 이 경우들에서는 상분 변경이 법률적·실체적 효과를 갖지 않

27) 서울가정법원 2009.1.22. 2008느단7093 등

28) 서울가정법원 2009.1.20 2008느단7201, 서울가정법원 2009.1.22. 2008느단5187 등

는다고 하였다.

다른 한편, 성년 자녀의 성·본 변경 청구에 대한 기각 사유로 “이미 성년자로서 상당한 기간 동안 부의 성을 따른 사회적 명칭을 사용함으로써 사회적, 법률적 관계를 형성 내지 유지하여 온 점”²⁹⁾이 매우 중요하게 작용하고 있는데, ‘자녀의 복리’의 기준을 제시한 대법원의 판례(대법원 2010.3.3 자 2009스133 결정)가 “성·본 변경으로 인한 사회적 혼란 우려 등을 이유로 법률에서 정한 요건 외의 다른 사유를 들어 성·본 변경 청구를 불허하는 것은 위법하여 허용될 수 없다”는 취지였음을 고려하면 기각 사유로 사회적·법률적 안정성을 내세우는 것은 수긍하기 어렵다(서경환, 2009; 오승이, 2010). 한편 성년 자녀의 성·본 변경 청구 가운데에는 부모 양성으로의 변경을 청구한 사례³⁰⁾도 있었는데, 이 사례는 비록 기각되었지만 아버지와 어머니의 혈통을 함께 성으로 표시하는 것을 법적으로 인정받고자 하는 시도가 이루어진 것 자체만으로도 의의가 있다.

자녀가 성년일 경우에는 자녀의 의사가 주관적인 것이라 하여 성·본 변경 신청이 기각되고, 자녀가 어릴 경우에는 “성·본의 변경에 관하여 자신의 의사를 결정하거나 표현할 능력이 부족”하다는 이유로 기각되는 경우가 많았다. 자녀의 의사가 존중되는 경우는 자녀가 중고등학생 정도로, 자신의 의사를 신중히 표현할 수 있는 연령에 도달했지만 아직 책임 있는 성인으로서의 생활을 시작하기 전인 경우가 대부분이었다.

분석에 사용된 판례 가운데 친부의 의사가 판단의 근거 중 하나로 제시된 경우는 전체의 절반 이상에 달했으나, 어머니의 의사가 다루어진 경우는 10여 건에 불과했고 그 가운데 성·본 변경이 허가된 경우는 단 한 건이었다.³¹⁾ 전반적으로 자녀의 친권자 및 양육자로서 실질적으로 양육을 담

29) 서울가정법원 2009.1.20 2008느단8776 등

30) 의정부지방법원 2011.11.14. 2011느단1510

31) 대법원 2010.3.3. 자 2009스133 결정. 이 사례는 어머니의 성·본으로의 변경 청구가 기각된 후 항고, 재항고를 거쳐 대법원에서 허가 결정이 내려진 사례로, “자녀들의 친권자 및 양육자로서 이들을 누구보다 사랑하며 가장 잘 이해한다고 볼 수 있는 어머니가 자녀들

당하고 있는 어머니의 의사는 친부의 의사에 비해 그 중요성을 인정받지 못하고 있으며, 또한 어머니의 의사가 고려된다 하더라도 그것은 어머니의 욕구를 만족시키기 위한 것으로서 부정적으로 다루어지고 있다고 볼 수밖에 없다.

5) 친양자 제도 도입의 양가적 효과

2005년 가족법 개정을 통해 자녀의 복리를 위해 필요한 때 성·본을 변경할 수 있게 되었을 뿐 아니라 친양자 제도를 통해서도 자녀의 성·본 변경이 가능하게 되었다. 재혼가정에서 여성의 전혼에서의 자녀를 친양자로 입양할 경우 그 자녀는 새아버지와 어머니의 혼인 중 출생자로 간주되기 때문에 부성주의 원칙에 따라 성·본이 자동적으로 새아버지의 성·본으로 변경된다. 즉, 자녀의 성·본 변경은 자녀의 복리를 위해 필요한 때의 성·본 변경 청구와 친양자 입양의 두 가지 방법을 통해 가능하다.

사례를 살펴보면 우선 친양자 제도가 신설되기 이전에 자녀를 입양한 사례들에서는 친부의 동의 여부와 관계없이 성·본 변경이 허가되었다. 이 경우에는 친부가 양육비를 지급하지 않고 면접교섭을 하지 않는 등 이미 유대 관계가 상실되어 있었고, 입양 후 4·5년이 경과하여 가족관계가 원만하게 형성되어 있다고 볼 수 있는 경우였다. 한편 현재 친양자 입양을 고려하고 있다는 사정이 성·본 변경에 어떠한 영향을 미치는가 하는 점은 명확하지 않다. 친양자 입양을 계획하고 있다는 점이 앞으로 자녀의 양육환경이 새아버지와 어머니에 의해 조성될 것이라는 점을 뒷받침하여 성·본 변경이 허가된 사례³²⁾가 있는가 하면, 친양자 입양 허가 신청을 고려하고 있기 때문에 ‘지금’ 성·본을 변경할 필요가 있음을 인정하기 어렵다고 하여 기각된 사례³³⁾도 있었기 때문이다. 친양자 제도의 도입이 자녀의 복리를

을 위하여 그 성·본의 변경을 청구하고 있”다고 하여 실제 양육자의 의사를 존중하였다는 점에서 판결의 의의를 높이 살 필요가 있다.

32) 서울가정법원 2009.5.12. 2009브34

위한 상·본 변경 청구 제도에 어떠한 영향을 미칠지에 대해서는 조금 더 시간을 두고 관찰할 필요가 있을 것으로 보인다.

5. 결 론

2005년 가족법 개정과 헌법재판소의 헌법불합치 결정은 강고하게 유지되어 온 부성주의와 성 불변의 원칙에 상당한 균열을 가져왔다. 헌법재판소는 부성주의 자체는 위헌이 아니라고 하였지만 입법을 통해 모성 부여의 가능성이 열렸으며, 자녀의 복리를 위해 필요한 경우 법원의 허가를 받아 자녀의 성·본을 변경할 수 있게 되었다. 성·본이 부계혈통의 표지에서 실질적인 가족관계의 표지로 전환되는 출발점이 마련되었다고 할 수 있다. 그러나 이 글에서 살펴본 바와 같이, 여전히 부성주의가 원칙으로 자리 잡고 있는 상황에서 ‘자녀의 복리’를 위한 성·본 변경이 가능해짐으로 인해 변화의 가능성은 매우 제한적이고 많은 한계를 가지고 있다. 자녀의 복리는 임의적으로 해석되고, 어머니의 의사는 가치 절하되며, 법적 배우자가 없는 여성은 어머니로서의 지위도 의심받는다. 가장 큰 문제는 이 같은 판례들이 특정한 형태의 가부장적 가족에 여전히 정상성을 부여한다는 점이다. 아버지와 어머니가 법적 결혼으로 묶여 있고, 모든 자녀는 현재 아버지의 성·본을 따르는 형태가 그것이다. 친부의 성·본에 대한 혈연적 고착이 약화되었을 뿐, 이성애적 법적 결혼과 자녀의 부계 귀속이라는 형태에 대한 강한 정상성 부여는 그대로 유지되고 있는 것이다. 이러한 상황에서는 ‘다양한 가족’의 현실 반영과 가족의 가부장성 탈피는 요원해 보인다.

헌법재판소의 결정문에서도 나타났듯이 상·본의 본질이 무엇인가는 여전히 불분명하다. 즉, 상·본은 단순히 혈통을 공시하는 기호일 뿐 실질적인

의미를 가지지 않는 것인지, 혹은 구체적인 권리의무를 규정하는 힘을 가지고 있는 것인지 명확하지 않다. 이는 실제 판례들에서 한편으로는 부 혹은 부계친족과의 관계의 단절 내지 부양의 단절이 우려되기 때문에 성본 변경 청구를 기각하면서, 다른 한편으로는 성본 변경은 법률효과를 발생시키지 않기 때문에 이를 기각하는 현상이 동시에 발생하는 혼란으로 나타나고 있다. 한편에서는 성이 생물학적 부계혈통을 표시하는 것보다 모자가정이나 재혼가정 등 구체적인 가족관계를 반영하는 것이 자녀에게 보다 큰 이익이 되는 경우 자녀의 성본 변경이 필요하다고 하면서도, 실제 판례에서는 여전히 성본이 부계혈통의 표지로서 부계가족과의 유대감 강화에 기여하는 것으로 인식되고 있다.

자녀가 모자가정이나 재혼가정에서 생활하고 있을지라도 친부가 자녀의 양육에 참여하고 있을 경우 대부분 성본 변경은 허가되지 않으며, 성이 같은 친형제자매가 있을 때에도 마찬가지이다. 모자가정에서 자녀들의 성이 다르거나 재혼가정에서 계부와의 사이에서 태어난 자녀가 있을 경우 성본 변경이 보다 용이하다는 것은 한 가정 내에서 자녀들의 성은 같은 것이 자녀의 복리에 부합한다는 것으로, 변형된 형태의 부성주의를 통해 부계가족의 정상성을 유지하려는 시도라고 할 수 있다. 어머니의 지위라는 측면에서 보면 성본 변경에 있어 어머니의 의사는 아버지의 의사에 비해 부차화되고 있으며, 그마저 자녀의 복리보다는 자신의 이익만을 위한 것으로 해석되고 있다.

결국 문제는 부성주의 원칙의 유지에 있다. 이는 단순히 자녀에게 아버지의 성을 물려준다는 것에 그치는 것이 아니라, 부계가족의 정상성을 다시금 강화하고 어머니의 지위를 부차화하는 역할을 하고 있다. 성본이 일상적인 양육과 보살핌이 제공되는 구체적인 생활관계 및 어머니를 통한 혈통 계승을 반영할 수 있기 위해서는 우선적으로 부성주의 원칙의 폐기가 필요하다고 본다.³⁴⁾ 나아가 인간의 생산과 재생산 역할을 담당해왔음

34) 이런 점에서 부계 성과 모계 성을 모두 사용하고 성(姓)의 결정에 있어서 성년이 된 자녀

에도 그 존재가 비가시화되어 온 어머니 혹은 모계 혈통을 소환하고 복원하기 위해 모계를 표상할 수 있는 새로운 상징과 이를 현실적으로 뒷받침하는 제도의 창출을 상상해볼 수는 없을까? 개인의 성명을 구성하는 요소들 중 부계 성과 모계 성, 그리고 자녀 자신의 정체성을 표현하는 이름이 각기 합리적이고 자율성을 보장하는 방식으로 사용될 수 있는 제도적 방안을 함께 모색해 볼 필요가 있다.

의 결정권을 중시하는 스페인의 사례는 좋은 참고점이 될 것이다. 스페인에서 부부는 각자 자신의 성을 유지하며, 자녀는 부모의 성이 조합된 결합성을 취한다. 즉, 자녀의 성은 아버지의 성과 어머니의 성 중에서 각각 첫 번째 성을 결합한 것이다. 자녀가 만 18세로 성년에 이르면 자신의 결합성의 순서를 바꿀 수 있다. 이로써 성년에 이른 자녀는 자신의 자녀에게 자신의 결합성 가운데 어느 성을 물려줄 것인지를 정할 수 있게 된다(김상용, 2004).

참고문헌

- 김상용(2002), “이혼 후의 양육자 및 친권자 결정에 있어서 민법이 갖는 몇 가지 문제점”, 『家族法研究Ⅰ』, 서울: 법문사.
- _____ (2004), “가족법상의 몇 가지 헌법적 문제: 호주제의 전통성, 자녀의 성, 이혼숙려기간”, 헌법재판소 헌법실무연구회 제47회 학회 발표문 (2004.7.2.).
- _____ (2010), 『家族法研究Ⅲ』, 서울: 법문사.
- _____ (2011), “2011년 가족법의 개정 동향: 친권·후견을 중심으로”, 법조협회, 『法曹』, 2011 · 통권 663호, 5-86쪽.
- 김수정(2004), “복지국가 가족지원정책의 젠더적 차원과 유형”, 한국사회학회, 『한국사회학』, 제38집 5호, 209-233쪽.
- 김수진(2012), “성적 차이를 사유하는 새로운 지평: 튀스 이리가라이”, 『하나이지 않은 성』, 『여성주의 고전을 읽는다: 계몽주의에서 포스트모더니즘까지, 두 세기의 사상적 여정』, 한정숙 엮음, 파주: 한길사, 405-440쪽.
- 김숙자(2006), “한국 여성의 법적 지위 변천: 정부 수립 후 오늘까지 50년간의 법적 지위”, 명지대학교 여성가족생활연구소, 『여성가족생활연구』, 제10집, 1-21쪽.
- 김영규(2007), “우리 민법상의 부성주의”, 한국법학회, 『法學研究』, 제25집, 165-184쪽.
- 김유경(2012), “자의 성과 본 변경 허가심판의 판단기준”, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 『이화젠더법학』, 제4권 제2호, 211-238쪽.
- 라마자노글루, 캐롤린(1997), 『페미니즘, 무엇이 문제인가』, 김정선 옮김, 서울: 문예출판사, Ramazanoglu, C.(1989), *Feminism and the Contradiction of Oppression*, London: Routledge.
- 러더, 사라(2002), 『모성적 사유: 전쟁과 평화의 정치학』, 이해정 옮김, 서

- 을: 철학과 현실사, Ruddick, S.(1995), *Maternal Thinking: Toward a Politics of Peace*, Boston: Beacon Press.
- 류창호(2007), “한국의 성문화와 민사법: 가족관계와 사회적 관계에서의 한국과 동남아 여성의 법적 지위를 중심으로”, 한국외국어대학교 법학연구소, 『외법논집』, 제25집, 63-85쪽.
- 박정오(2000), “새로운 상경질서를 찾아서”, 『페미니즘 어제와 오늘』, 한국영미문학페미니즘학회, 서울: 민음사, 181-200쪽.
- 서경환(2009), “자의 성과 본의 변경허가 판단기준”, 법원도서관, 『대법원판례해설』, 81집, 631-644쪽.
- 신영호(2010), 『로스쿨 가족법강의』, 서울: 세창출판사.
- 양현아(2012), 『한국 가족법 읽기: 전통, 식민지성, 젠더의 교차로에서』, 파주: 창비.
- 오승이(2010), “판례를 통해 본 ‘자의 성과 본 변경허가’ 판단기준”, 한국젠더법학회, 『젠더법학』, 제2권 2호, 39-62쪽.
- 이유정(2003), “부성승계 및 성불변원칙의 문제점”, 민주사회를 위한 변호사모임 2009년 10월 월례회 발표문.
- 이정옥(1999), “ 페미니즘과 모성”, 『모성의 담론과 현실: 어머니의 성·삶·정체성』, 심영희·정진성·윤정로 엮음, 서울: 나남출판, 43-67쪽.
- 정현수(2008), “가족관계등록법의 문제점과 과제”, 한국가족법학회, 『家族法研究』, 제22권 3호, 265-304쪽.
- 조은(1999), “모성의 사회적·역사적 구성: 조선 전기 가부장적 지배 구조의 형성과 ‘아들의 어머니’”, 한국사회사학회, 『사회와 역사』, 제55집, 73-101쪽.
- 조이여울(2009), “피해사례를 중심으로 본 현행 친권제도의 문제점”, 한국여성정책연구원, 『젠더리뷰』, 통권12호, 32-39쪽.
- 터틀, 리사(1999), 『페미니즘 사전』, 유혜련·호승희 옮김, 서울: 동문선, Tuttle, L.(1986), *Encyclopedia of Feminism*, New York: Facts on

File.

한국가정법률상담소 엮음(2005), 『어떻게 할까요?: 가정법률상담사례집』,
한국가정법률상담소.

협, 매기(1995), 『페미니즘 이론 사전』, 심정순·염경숙 옮김, 서울: 삼신
각, Humm, M.(1989), *The Dictionary of Feminist Theory*, Essex:
Harvester Wheatsheaf.

HOOKS, 벨(2002), 『행복한 페미니즘』, 박정애 옮김, 서울: 큰나, Hooks,
Bell(2000), *Feminism is for Everybody: Passionate Politics*,
Cambridge: South End Press.

Adrienne, R.(1995[1976]), *Of Women Born: Motherhood as Experience
and Institution*, New York: W. W. Norton & Company.

Barlow, T. E.(2004), “Theorizing “Women””, *The Question of Women
in Chinese Feminism*, Durham, N.C.: Duke University Press, pp.
37-63.

Irigaray, L.(1991[1981]), “Women-Mothers, the Silent Substratum of the
Social Order”, *The Irigaray Reader*, ed. M. Whitford, London:
Blackwell.

_____ (1991[1987]), “The Bodily Encounter with Mother”, *The
Irigaray Reader*, ed. M. Whitford, London: Blackwell.

Yang, Hyunah(2007), “Changing Position of Women in Korean Family
Law”, 한양대학교 여성연구소, 『젠더와 사회』, 통권6호, 45-62쪽.

〈신문·잡지〉

강성준, 『인권하루소식』, ‘그래도 부성주의는 합헌’이라는 현재의 ‘아버지들’.

김소영, 『법률신문』, ‘새 아버지와 동거기간 오래면 姓 변경 쉽다’.

_____, 『법률신문』, ‘인용률 높은 상본 변경신청 … 개선점도 많다’.

김정선, 『연합뉴스』, ‘호주제 폐지되면 이렇게 바뀐다’

손상원, 『연합뉴스』, ‘성·본 변경 허가기준, 이렇습니다’

『여성신문』, ‘부모 성 함께 쓰기 운동’ 출범.

『여성신문』, ‘호주제여, 한국을 떠나거라!’ 호주제 폐지 위해 뛰는 사람들.

한국성씨총연합회·정통가족제도수호범국민연합(2006.6.1.), “‘모성 선택의

불법, 불합리성’: 한국 여성은 왜 결혼 후에도 남편 성을 따르지 않는가”.

한국성씨총연합회·정통가족제도수호범국민연합(2007.2.21.), “자녀는 아

버지의 성·본을 따르는 것이 아니라, 부계조상 전체의 성·본을 따르는

것이다: 법제처의 부성원칙 폐지 입법화 논란에 대해”.

(논문투고일: 2013.04.30, 심사확정일: 2013.05.27, 게재확정일: 2013.05.30)

〈Abstract〉

Normalization of Patrilineal Family and Mother's Status: Cases of Alteration of the Child's Surname and Ancestral Seat

Wi, SunJu* and Bae, Eun-Kyung**

This paper examines legal cases of alternation of the child's surname and ancestral seat, which demonstrate that the current surname alteration system based on the patrilineal surname principle contributes to the normalization of the patrilineal family and the marginalization of the mother's status. In the cases examined, it is deemed necessary to change the child's surname when it is in the child's interest to have a surname that reflects actual family relations. Still, surname is basically recognized as a sign of patrilineal genealogy, strengthening the child's sense of connection to the paternal side of the family. A different form of the patrilineal surname principle, a notion that all children of a family should have the same surname, still sustains the normalization of the patrilineal family. In the cases of alteration of the child's surname, the mother's intention is deemed less relevant compared to the father's, and requests for using maternal surname are rarely accepted, generally deemed unfavorable to the child's welfare. This reinforces the discrimination and stigmatization against the use of maternal surname. Therefore, it is imperative that the patrilineal surname principle be repelled in order for the child's surname and ancestral seat to reflect actual family relations and the succession of family line through mother.

Key words: patrilineal surname principle, alteration of the child's surname and ancestral seat, the child's welfare, patrilineal family, mother's status

* Ph.D. Student, Gender Studies Program, Seoul National University

** Professor, Dept. of Sociology, Seoul National University

