

건강가정기본법에 대한 고찰

Eine Studie über das Grundgesetz für gesunde Familie

차 선 자*
(Seon-Ja Cha)

〈차 례〉

- | | |
|-------------------|---------------------|
| I. 들어가는 말 | IV. 건강가정기본법과 기타 관련법 |
| II. 건강가정기본법의 제정과정 | V. 맺음 말 |
| III. 건강가정기본법의 고찰 | |
-

I. 들어가는 말

1990년대 IMF 경제위기 후 우리사회의 변화를 가장 두드러지게 반영하고 있는 부분은 가족구조가 아닌가 한다. 전통적으로 가족은 힘든 사회생활로부터 벗어나 조용히 휴식을 취할 수 있는 그러한 곳으로 우리에게 변함이 없는 곳으로 존재하고 있던 사적영역의 한 부분이였다. 그러나 외환 위기 이후의 경제적 불안감과 사회구성원들의 의식의 변화는 이와 같이 불변의 영역으로 여겨지던 가족의 영역에도 닥쳐왔다. 급증하는 이혼율의 증가와 이로 인한 편부모가족, 출산율 저하와 인구 노령화로 인한 독거 노인의 급증 등은 더 이상 사적인 영역으로서 특정 가족의 구성원들만이 경험하는 제한된 문제가 아닌, 사회 구성원 누구나 경험할 가능성이 있는 문제가 되었다. 이러한 상황에서 가족의 해체와 붕괴를 막고 건강한 가정생활을 정착시키는 것을 목적으로 2003년 12월 [건강가

* 전남대학교 법과대학 전임강사

정기본법]이 제정되어 2005년 1월 그 시행을 앞두고 있다.

본법은 제정 과정에서부터 그리고 지금까지도 그 내용과 형식 모두에 대해서 여성계를 비롯한 사회복지학계 등 각 계의 비판을 받아오고 있다. 본 논문은 건강가정기본법의 내용을 고찰하면서 어떠한 점들이 문제점으로 제기될 수 있을 것인지 검토해 보고자 한다.

II. 건강가정기본법의 제정과정

건강가정 기본법은 2001년 9월 가정학계에서 국회에 발의한 [가정복지기본법(안)]을 바탕으로 한국보건사회연구원과 대한가정학회가 주관하여 [건강가정육성기본법(안)]을 제정하고 이 안으로 2003년 3월 27일 한국보건사회연구원에서 공청회를 거쳤다. 당시 사회복지학계에서 주관이 된 [가족지원기본법(안)]과 여성부의 후원으로 [평등가정기본법(안)]이 있었으나 이 안은 발의되지 않음으로서 결국 가정학계 주관의 [건강가정육성기본법(안)]이 2003년 7월 21일 보건복지부 안으로서 발의되었으며, 이 후 2003년 8월 22일 김홍신 의원에 의하여 사회복지학계가 주도적으로 제안한 [가족지원기본법안]이 대표 발의되어 결과적으로 두 가지 안이 국회에서 발의되었다.

양자는 그 내용 면에서는 거의 90%의 유사성을 보였으나, 주로 업무 담당 전문 인력에 대해서 양쪽의 의견이 첨예하게 대립하여 국회 보건복지위원회 법안심사소위원회는 3차례에 걸쳐 가정학계와 사회복지학계 간의 조정을 시도하였으나 타협점을 찾지 못하고, 결국 12월 9일 제4차 법안소위원회 회의에서 사회복지학계의 요구를 수용하여 법안 내 건강가정사의 자격규정에 사회복지학, 가정학, 여성학 등을 관련전공으로 포함시켰으며, 건강가정기본법등의 명칭을 그대로 유지하는 안을 최종안으로 소위원회를 통과하였으며 보건복지부 상임위에 상정하였다. 이어 22일 국회 법사위 법안심사소위 및 법제사법위원회에서 통과되었고 29일 [건강가정기본법]이 국회 본회의를 통과하였으며, 2005년 1월 1일부

터 그 시행을 예고하고 있다.

Ⅲ. 건강가정기본법의 고찰

1. 문제의 제기

일반적으로 특정 분야에 기본법을 제정하는 목적은 헌법의 추상성으로 인하여 직접적으로 실현하지 못하는 국가의 과제를 개별 실정법을 통하여 실현하기 위한 수단으로 제정된다. 따라서 건강가정기본법은 헌법과 개별 가족 관련법의 중간적인 형태로 제정되는 것으로서 기본법인 건강가정기본법의 이념은 향후 제정될 가족 관련 하위법령의 내용에 절대적으로 영향을 주게 될 것이라는 점은 본법 제6조에서 이미 명확히 규정하고 있다.

이러한 점을 전제로 건강가정기본법은 건강한 가정생활의 영위와 가족의 유지 및 발전을 위한 국민의 권리 의무와 국가 및 지방자치단체의 책임을 규정하기 위하여 제정되었으나 제정 과정에서 각계의 다양한 견해를 충분히 수렴하지 않고 법이 제정됨으로서 시행을 앞두고 있는 현재에도 본법에 대한 각계의 비판이 꾸준히 이루어져 많은 점이 문제점으로 지적되고 있다).

본 논문은 이러한 점을 전제로 건강가정기본법을 헌법과 가족관련 기본법이라는 본법의 입장을 고려하여 건강가정기본법의 규정이 헌법 이념에 비추어 적절하게 규정되고 있는지 분석하고 일부 본법에 대한 비판으로 지적되었던 견해들을 다시 검증하고자 한다. 그것은 이러한 검증을

1) 구체적으로 ‘가족을 건강가정과 그렇지 않은 것으로 구별할 수 없다’는 것 ‘헌법의 양성평등이념에 반한다는 점’ 가족을 ‘혼인, 혈연, 입양으로 이루어진 사회의 기본단위를 가족으로 정의하는 입장은 다양해진 가족의 현실을 인정하지 않는 것이라는 점, 본법이 건강가정 사업으로 제시하고 있는 것이 기존의 유사한 기능을 담당하는 단체가 존재한다는 점 등이 지적되었다, 한국여성민우회, 가족과 성상담소, [건강가정기본법]에 대한 의견서.

통하여 본법의 정당성을 다시 검증할 수 있을 것으로 보기 때문이다. 가족은 그 자체로서 법의 개념은 아니며 법의 영역 외부에 존재하는 사회적 실체에 해당한다고 본다. 그러나 이러한 사회적 실체인 가족과 관련된 사항을 법질서에서 규정하기 위해서는 법규범이 구체적으로 어떠한 영역까지 개입할 수 있느냐가 문제시된다고 본다. 이하에서는 이러한 시각에서 출발하여 건강가정기본법의 구체적인 내용을 검토해 보도록 한다.

2. 건강가정기본법상의 가족개념

본법 제3조 제1호는 가족을 혼인·혈연·입양에 의하여 이루어진 사회의 기본단위를 가족으로 정의하고, 가정은 이와 같이 구성된 가족이 주거 또는 생계를 함께 하는 생활공동체를 의미하며 (제3조 제2호), 건강가정이란 가족구성원의 욕구가 충족되고 인간다운 삶이 보장되는 가정 (제3조 제3호)으로 정의하고 있다. 따라서 본법에 의하여 건강 가정을 좀더 세밀히 정의하면, 혼인, 혈연, 입양 등에 의하여 형성된 구성원의 욕구가 충족되고 인간다운 삶이 보장되는 가정을 의미한다.

이에 대해서 건강가정기본법이 가족의 정의를 이와 같이 혼인 혈연 등을 기본 매개로 가족을 정의함으로써, 우리사회에 실제하고 있는 동거 가족, 독신가족 등의 다양한 형태를 가족의 개념에서 제외될 뿐 아니라 혼인에 의하여 결합된 이성애를 토대로 한 가족개념을 정립 동성애자 생활공동체 등에 대해서 비정상적인 것으로 보며, 결과적으로 사회에 존재하는 다양한 삶의 유형과 가족에 준하는 가구공동체를 배제하고 차별하는 근거가 될 수 있으며, 또한 본법이 가족의 개념을 혼인·혈연·입양에 한정하여 정의한 것에 대해서는 가족범위를 지나치게 좁게 보고 있다는 점을 문제점으로 지적하고 있다²⁾.

2) 이재경, 새로운 가족패러다임을 말한다 “위기 담론에서 변화 담론으로”, [건강가정기본법] 진단토론회 발제문 1, 6면 이하 ; 조은희, 건강가정기본법의 문제점과 그에 대한 비판, [건강가정기본법] 진단토론회 발제문 2, 28면,

건강가정기본법의 제정의 배경에서도 알 수 있듯이 현재 우리사회는 가족의 위기 또는 가족의 해체라는 표현으로 어느 때 보다는 가족에 의미와 그 기능 등에 대한 논의가 활발하게 이루어지고 있다. 이러한 논의의 이면에는 한국사회가 그 동안 생각하지 못하고 있었던 비혼인 동거 또는 출산율의 감소, 급격한 이혼율의 증가와 이로 인한 재혼가정의 증가 등과 같이 다양한 유형의 삶의 형태가 나타나고 있다는 점이 하나의 사회적 사실로 존재하기 시작하였고 그들이 예외적인 유형으로만 취급할 수 없는 상황까지 되었다는 점이 그 배경일 것이다.

특히 법질서와 관계해서 논의되는 가족의 개념을 혼인·혈연·입양 등의 관계를 매개로 발생하는 가족, 즉 혼인을 통하여 결합된 부부와 그 자녀로 구성되는 자연적 생활공동체로서 자녀의 출산과 양육을 담당하는 기능을 수행하는 공동체로서의 전통적 가족³⁾, 사회의 전형적인 대다수를 차지하고 있었던 반면에 최근 들어 급증하는 이혼율과 출산율의 하락 등으로 인하여 이와 같이 전형적인 것으로 생각되어졌던 점차 사라지고 반면에 동거가족, 편부모가족, 노인단독가족, 재혼 및 계부모 가족 등을 포함하는 대안 형태의 생활공동체가 증가함으로써 기존의 전통적 가족개념을 전제로 구성된 법률적 질서가 대안적 생활공동체들의 법률관계를 포함하는데 적절하지 못한 점들이 나타나게 되었다는 점에 있다.

이러한 문제점 지적에도 불구하고 가족의 개념을 혼인과 혈연을 중심으로 정의하고 있는 것은 법질서의 변함없는 입장으로 예컨대, 현행 가족법은 “가족”은 一家의 구성원으로 호주가 아닌 자를 지칭하며, 호주의 배우자, 혈족과 그 배우자, 기타 본법의 규정에 의하여 그 가에 입적한 자를 가족으로 정의하고 있다 (제779조)⁴⁾. 그리고 건강가정기본법 또한 현행 가족법의 가족개념과 유사한 정의를 하면서 다만 제3조 제2호에서

3) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2000, 264면.

4) 이는 호주제의 폐지와 함께, 그 개념을 개정할 예정으로 되어 있다. 그러나 개정안에 의한 가족의 범위는 역시 배우자, 직계혈족 및 형제자매 그리고 생계를 함께하는 직계혈족의 배우자, 배우자의 직계혈족 및 배우자의 형제자매를 (개정안 제779조)로 규정하여 혼인과 혈연을 그 매개로 하고 있음은 변함이 없다.

“가정”을 가족 구성원이 생계 또는 주거를 함께 하는 생활공동체로 규정하여 추상적인 호주 중심의 家 개념보다는 실질적 생활공동체를 가족으로 이해하고 있다는 점을 차이로 볼 수 있을 것이다⁵⁾.

건강가정기본법의 이와 같은 가족 개념에 대해서는 지나치게 협소하다는 비판을 극복하고, 가족개념을 확대하여 혈연과 혼인을 매개로 구성되지 않은 대안적 생활공동체까지도 가족의 개념으로 포함하여 규정하여야 하느냐의 문제를 논하기 위해서는 먼저 현행 헌법상의 가족의 개념을 정의한 후에 가능할 것이다.

우리 헌법은 제36조 1항은 “혼인과 가족생활이 개인의 존엄과 양성평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며 국가가 이를 보장하여야 한다”고 규정하여 민주적인 가족제도를 헌법적 차원에서 보호하고 있다. 일반적으로 동 조항에 의하여 보호되는 가족관계는 가부장제를 부정하며, 개인의 존엄과 양성의 본질적인 평등을 기초로 일부일처를 기본으로 하는 혼인관계를 전제로 하는 것으로 이해된다⁶⁾.

또한 헌법 제36조 1항은 제도보장의 대상으로서 혼인과 가족제도를 보호하고 있는데, 그 구체적인 보호 영역은 다음과 같다. 먼저 헌법 제36

- 5) 그러나 건강가정기본법이 제3조 제2호에서는 가족을 혼인·혈연·입양으로 정의하고, 제2호에서는 “가정”을 가족구성원의 생활공동체로 규정하고 있는데, 다시 제4조 제1항에서는 “모든 국민은 가정의 구성원으로서...” 라는 표현을 사용하여 결과적으로 제3조 제2호의 정의에 의하면 독신자 또는 독거노인가구 등은 생활공동체에 포함되지 않음으로써, 모든 국민이 가정의 구성원이 될 수 없다는 결과가 된다는 점이 지적되고 있다. 따라서 이와 같이 “가족”과 “가정”의 개념을 분류하지 않고 가족을 혼인·혈연·입양으로 이루어진 생활공동체로 정의하는 것이 적절할 것이라고 지적되고 있는데 이는 정확한 지적이라고 생각한다, 조은희, 건강가족기본법 진단토론회, 발제문 2, 28-29면.
- 6) 강달천, 동성애자의 기본권에 관한 연구, 중앙대학교 박사학위논문, 2000년, 268면. 헌법 제36조 제1항의 성격에 대해서 대다수의 국내 헌법 학자들은 일차적으로 본 조항이 제도보장의 한 가지로서 가족제도를 보장하며 동시에 기본권으로서의 성격을 또한 전혀 배제되지 않는다고 본다. 제도보장으로서 가족제도의 구체적인 내용의 무엇인지 그리고 기본권으로서 헌법이 어떤 종류의 기본권을 그 내용으로 하는지는 일치하지 않고 논의되고 있다. 이에 대해서는 줄져, 양성평등과 개인의 존엄의 시각에서 본 가족법, 아시아여성연구, 숙명여자대학교 아시아여성연구소, 제43집 제1호, 149면 이하 참고.

조 1항에서 의미하는 혼인의 개념은 일반적으로 이성적 결합을 전제로 일부일처제 원칙 하에 국가에서 법적으로 승인되어 공동체를 형성하는 것을 그 내용으로 하는 것으로 보고 있다. 따라서 혼인으로서 국가의 법적 승인을 받지 않은 남녀간의 동거생활공동체 또는 동성애자 생활공동체 등은 혼인개념에 포함시켜 법적인 보호를 할 수 없다⁷⁾.

그리고 가족이란 부모와 자녀의 포괄적인 생활공동체를 의미하는 것으로 일반적으로 부모와 자녀간의 혈연에 기초한 공동체가 주를 이루고 있으나, 부모와 의붓자녀, 피양육자 등으로 구성되는 공동체도 포함되는 것으로 본다. 역사적으로 이성간의 혼인과 일부일처제가 인류에게 전착되고 난 후, 혼인공동체는 가족공동체의 기초로서 존재하였으나, 헌법이 열린구조로서 조항의 내용을 구체화하기 위하여 헌법외적 현상인 사회구성원들의 가치판단을 헌법의 영역으로 인식화할 필요가 있으며, 따라서 사회의 변동으로 발생하는 다양한 유형의 생활공동체도 헌법상의 가족개념에 포함할 수 있는지 여부를 검토하여야 하므로 이러한 점을 고려하면 부모가 이혼한 경우, 부모 한쪽이 사망한 경우, 자녀와 부모 한쪽 사이에 성립하는 편부모 결합도 헌법상 가족개념에 포함되며, 특히 자녀를 가진 비혼인 생활공동체도 헌법상 가족개념에 포함된다고 볼 수 있다⁸⁾.

7) 입법자는 ‘동성간의 생활공동체’를 헌법상의 혼인공동체에 포함시켜 보호할 수 없으며, 동성공동체나 혼외공동체에게 헌법상 혼인에 속하는 권리와 의무를 부여할 수 없다. 그러므로 혼외 공동체들을 혼인공동체와 동등하게 대우하는 것은, 혼인공동체와 혼외 공동체들을 법률상으로 구별하는 것이 불가능해지기 때문에, 혼인의 제도보장에 위배된다고 할 것이다, 최갑선, 헌법 제36조 1항에 의한 혼인과 가족생활의 보장, 헌법논총, 제14집(2003년), 514면 ; Mellinshoff, *verfassungsrechtliche Massstäbe für die Besteuerung von Ehe und Familie*, in: Breis/Birk/Borgsmidt/Lang/Mellinshoff, *Grundrechtsschutz im Steuerrecht*, 2001, 39, 45. 참조. 그러나 헌법이 본질적으로 열린 구조를 가지고 있으므로, 정중섭, 기본권 이외의 헌법규정으로부터의 기본권도출에 대한 연구, 헌법논총, 제5집(1995년), 동성간의 생활공동체와 혼외 생활공동체를 헌법상의 혼인공동체로 인정할지 여부는 적극 긍정할 수 없으나, 헌법이 보호하는 혼인과 가족제도의 구체적내용을 확보하기 위하여 헌법외적 현상을 통하여 사회공동체의 삶에서 생겨난 가치판단을 헌법의 인식영역으로 도입하는 과정이 요구된다는 점을 고려하면 언급된 생활공동체를 가족제도의 틀에서 보호하는 인정가능성 자체를 본질적으로 배제할 수는 없다고 본다.

8) 최갑선, 상계논문, 505면 이하, 이와 관련하여 부득이한 경우를 제외하고는 혼인공동

따라서 헌법상 보호대상이 되는 가족제도의 기준에 비추어 볼 때, 건강가정기본법에서 동성애자 생활공동체 또는 비혼인 생활공동체 등을 포함한 모두를 대안가족의 개념으로 본법에서 의미하는 가족으로 수용할 수는 없을 것으로 보여 지나, 본법 제3조 제1호의 가족개념을 충족시키기 위해서는 혼인을 전제로 혈연 또는 입양으로 연결된 자녀를 구성원으로 가진 생활공동체만을 가정으로 해석한다면 이것은 건강가정기본법의 태도는 가족개념이 헌법 제36조 제1항에서 의미하는 가족 개념에 비교해서 지나치게 좁게 설정된 것으로 볼 수 있을 것이다. 따라서 건강가정기본법은 보호대상이 되는 가족의 범위를 정면으로 규정함으로써 스스로 보호영역을 축소하는 결과를 가져올 가능성이 있으므로⁹⁾ 가족의 정의 자체를 엄격히 하지 않는 입법형식이 현 상황에서 바람직한 방향이었을 것으로 보인다.

3. 혼인과 출산

본법 제8조는 모든 국민이 혼인과 출산의 사회적 중요성을 인식하여야 한다는 점을 명문으로 규정하고 있으며 개개인만이 아니라 국가와 지방자치단체의 경우도 출산과 육아에 대한 사회적 책임을 함께 인식하여 적절한 출산환경을 만들기 위한 지원을 하여야 함을 규정하고 있다. 이 조문은 건강가정기본법의 제정 배경이 독신가구의 증가와 출산율의 저하 등에 있으며, 이것을 문제점으로 인식하고 이를 극복하기 위하여 건강가정기본법이 제시하는 해결방법들 중 한 가지에 해당하는 것이다.

그러나 법규범이 사회의 문제점들에¹⁰⁾ 대해서 어떠한 방식으로 해결

체의 형성이 곧 자녀의 출산으로 연결되던 시대에는 커다란 논의가 아니었으나, 현재는 자녀를 갖지 아니한 혼인 부부가 헌법상 가족개념에 포함되는지에 대하여 논란이 되고 있으나 다수설은 헌법이 혼인과 가족을 따로 규정하여 별도로 보호하고 있으므로 무자녀 혼인부부는 가족의 개념에서 제외된다고 본다.

9) 이계정, 가족에 대한 정의는 필요한가?, '일 가족 함께' 양성평등 가족정책 로드맵 마련을 위한 토론회 발제문, 8면. ,

하는가의 문제는 일률적으로 규정할 수 없는 어려운 문제이며, 법규범으로 규정할 수 있는 영역은 어느 범위까지인지를 결정하는 것은 법의 본질적 존재와 관계된 철학적 문제일 것이다. 다만 앞서 언급한 바와 같이 기본법이란 헌법이 그 추상성으로 인하여 직접적으로 실현하지 못하는 국가의 과제를 개별실정법을 통하여 실현하기 위한 수단으로 제정되는 것이므로 기본법은 그 내용 면에서 국가의 최고규범인 헌법이 상정하고 있는 이념을 침해하는 영역까지 규정할 수는 없을 것이다.

헌법은 일반적 인격권의 한 유형인 사생활의 자유의 영역에서¹¹⁾ 혼인 여부, 배우자의 선택, 자녀의 수와 같은 것은 국가의 개입 없이 자유롭게 결정할 수 있는 일반적 자유권으로 보호하고 있다¹²⁾. 따라서 혼인과 출산의 중요성을 인식하여야 한다는 제8조 제1항의 의미를 기본법으로서의 단순히 선언적인 것으로 이해하면 별 문제없을 것이다.

이와 관련하여 건강가정기본법 제8조 제1항에서는 모든 국민이 혼인과 출산의 사회적 중요성을 인식하여야 한다는 정도로 다소 중성적 표현을 사용하고 있으나, 이어 제2항에서 국가와 지방자치단체 또한 그 중요성을 인식하여야 함을 다시 한번 강조하고 이를 위한 적극적 지원의무를 규정하고 있다는 점을 고려한다면, 제1항과 제2항 전체적인 맥락을 고려할 때 단순한 선언적 의미의 규정이라기보다는 의무적 성격을 포함하는

10) 독신가구의 증대, 이혼으로 인한 편부모가정의 증대 및 재혼가정의 증대, 비혼인 생활공동체의 증가 등과 관련하여 이것을 가족의 위기로 이해하는 견해는 전형적 가족은 생물학적이며 자연스러운 것으로 보는 전형가족 신화에서 출발된 것이며, 현재의 가족형태의 변화는 위기 보다는 변화임을 강조한다. 윤홍식, 건강가정기본법의 주요 쟁점과 한국 가족복지정책의 과제, 이러한 입장에 대해서는 동감하나 출산율의 저하는 이혼율증가와와는 다른 차원의 문제로 함께 해결되어야 할 과제는 틀림없을 것이다.

11) 허영, 한국헌법론, 박영사, 2001, 368면.

12) 한수웅, 헌법상의 인격권, - 특히 헌법 제10조의 행복추구권, 일반적 인격권 및 헌법 제17조의 사생활보호에 관하여 -, 헌법논총, 제13집 (2002), 632-633 면 ; 현재의 견해도 이와 같다, 현재 1995. 7. 21. 93헌가14는 “헌법 제10조의 행복추구권은 국민이 행복을 추구하기 위하여 필요한 급부를 국가에 적극적으로 요구할 수 있는 것을 내용으로 하는 것이 아니라, 국민이 행복을 추구하기 위하여 필요한 활동을 국가권력의 간섭 없이 자유롭게 할 수 있다는 포괄적 의미의 자유권이다” 라고 판시하고 있다.

규정으로 이해될 가능성이 있다고 생각되며, 이것은 헌법이념에 부합하지 않을 수 있을 것이다.

또한 제8조는 혼인과 출산의 중요성을 개인과 국가 지방단체가 인식하여야 한다는 점을 규정하며, 혼인과 출산을 한 조문 내에서 함께 규정하여 이를 혼인에 의한 출산의 중요성을 강조하는 것으로 인식될 가능성이 있다. 이것은 위에서 언급한 바와 같이 국민 각자에 대해서 혼인과 출산은 개인의 사생활의 자유 영역에 해당하는 선택의 문제이며 또한 혼인을 전제로 한 출산이 보편적인 것이기는 하지만 이것 또한 각자의 선택의 문제라는 점을 지적하지 않을 수 없을 것이다.

특히 국가와 지방자치 단체가 출산을 저하를 극복하기 위하여 출산의 중요성을 인식하여 이를 적극적으로 지원하는 정책을 펼쳐야 함은 국가적 차원의 정당성이 인정되나 이 경우에도 국가는 혼인을 매개로 이루어진 출산을 보호하여 이를 위한 적극적 지원만을 그 본연의 의무로 해서는 아니 될 것이다. 현실적으로 더 많은 보호를 요하는 출산은 혼인을 전제로 하지 않고 이루어진 출산이 해당한다고 보기 때문이다.

또한 개인의 출산의 의미를 강조하는 건강가정기본법의 입장은 낙태의 인정영역과 명확한 선을 긋기 어려운 문제점을 포함하고 있다고 보여진다. 낙태에 대하여 현행 형법 제269조는 부녀의 낙태를 금지하고 있고, 제270조는 의사와 조산원이 낙태죄를 범한 경우 이를 처벌하고 있다. 반면에 1973년 모자보건법이 제정됨에 따라 부분적으로 낙태가 허용되고 있기는 하나, 이 것도 일정한 사유가 경우를 제한적으로 나열하고 있다¹³⁾. 이러한 낙태와 관련하여 그 사유가 지나치게 넓어 태아의 생명권이 침해된다는 입장과¹⁴⁾ 도리어 낙태사유가 지나치게 제한적이어서 여

13) 모자보건법 第14條는 ① 優生學的 또는 遺傳學的 精神障礙나 身體疾患이 있는 경우 ② 傳染性 疾患이 있는 경우 ③ 強姦 또는 準強姦에 의하여 妊娠된 경우 ④ 血族 또는 姻戚間에 妊娠된 경우 ⑤ 妊娠의 지속이 保健醫學的 이유로 母體의 健康을 심히 해하고 있거나 해할 우려가 있는 경우 醫師는 本人과 配偶者의 同意를 얻어 人工 妊娠中絶手術을 할 수 있는 것으로 규정하고 있다.

14) 오상걸, 모자보건법과 태아의 생명권, 변호사, 제26집, 1996, 535, 547면; 허영, 인공 임신중절과 헌법, 공법연구 제5집, 1977, 87-93면.

성의 프라이버시권리가 침해된다는¹⁵⁾ 입장이 서로 대립하고 있다. 따라서 건강가정기본법이 출산의 의미를 강조하고자 한다면 그 전제로서 여성의 프라이버시 권리의 행사로서 낙태의 허용 범위를 명확하게 한정하여야 할 것이다¹⁶⁾.

전체적으로 제8조가 출산의 중요성을 국가와 지방단체가 인식하여 이를 보호하는 조치를 하여야 한다는 것으로 규정한 것은 적절한 것으로 인정될 수 있을 것으로 보이나 국가가 국민 개개인에 대하여 출산의 중요성을 매개로 혼인의 중요성을 강조하는 것과 同條 제1항에서 규정한 바와 같이 국민 개개인이 혼인 또는 출산의 중요성을 인식하여야 함은 규정하지 않는 것이 바람직하다고 본다.

4. 건강가족과 가족해체

건강가정기본법 제3조 제3호는 가족구성원의 욕구가 충족되고 인간다운 삶이 보장되는 가정을 건강가정으로 정의하고 이러한 건강가정을 저해하는 문제 발생을 예방하기 위하여, 가족의 부양, 양육 보호 교육 등 가정의 기능을 강화하기 위한 사업을 건강가정사업으로 정의 하고 (동조 제4호) 이에 해당하는 구체적 내용을 제21조 이하에서 규정하였다. 또한 제3조 3호에서 건강가족을 정의하고 제9조에서는 가족해체를 예방하기 위하여 가정·국가·지방자치단체가 노력하여야 함을 규정하고 있다.

이에 대한 내용을 구체적으로 살펴보면, 제3조 제3호는 건강가족을 규정하면서, 제9조에서는 가족해체를 규정하고, 이어 건강가족 사업의 대

15) 천종숙, 인격권과 민·형법상의 과제(상), 경찰대 논문집, 제12집, 1992, 80-81면.

16) 이것은 보호법익의 충돌을 유발하는 것은 아니지만, 여성의 재생산의 권리와 낙태와의 관계가 아직 명확하게 규명되어 있지 않고 있으므로 자칫 법질서 내에서 법규범마다 여성의 재생산의 의미를 본질적으로 다르게 접근할 가능성을 줄 수 있다는 면에서 좀 더 신중한 접근을 필요로 한다고 본다, 여성의 재생산의 권리에 대해 자세히는, 김은애, 생명공학시대의 여성의 재생산 권리에 대한 법여성학적 고찰, 이화여자대학교 석사학위 논문, 2003 참고.

상이 되는 항목의 한 예로서, 제31에서 이혼예방 및 이혼가정의 지원을 규정하였다. 이 규정들의 상호관계를 보면 건강가족의 상반개념으로서 가족해체가 있으며, 이혼은 가족해체로 귀결되므로 건강가정을 위하여 예방되어야 한다는 해석 가능성을 남기고 있다¹⁷⁾. 그러나 이혼은 가족해체의 한 원인이 될 수는 있으나, 이혼이 반드시 가족해체로 귀결되는 것은 아니라고 본다. 이미 앞에서 검토한 바와 같이 우리 헌법은 부모가 이혼한 경우, 부모 한쪽이 사망한 경우, 자녀와 부모 한쪽 사이에 성립하는 편부모 결합도 헌법상 가족개념에 포함되는 것으로 보고 있고, 또한 더 이상 유지할 수 없는 혼인공동체를 계속해서 유지할 것을 강요하고 있지 않으며, 혼인이 부부양쪽의 상호의사에 의하여 성립되었으므로 기본적으로 상호합의에 의하여 해소될 수 있는 것으로 보고 있다¹⁸⁾. 따라서 이혼가정을 가족해체로 일률적으로 볼 수 없으며, 적어도 본법에서 사용하고 있는 건강가정의 의미가 가족구성원의 인간다운 삶이 보장되는 가정을 의미한다면 이혼은 인간다운 삶과 가족구성원의 존엄성 회복을 위하여 요구되는 불가결한 선택일 수 있다는 점을 간과하여서는 아니 될 것이다.

또한 “건강가정”과 “가족해체”를 각각 규정함으로써 바람직한 가족형태를 상징하고 그와 다른 가족형태는 해체된 가족이라는 이원적 구조로 가족을 규정하게 되어 적절한 규정 방식으로 보이지 아니한다. 그리고 제9조 제2항은 가족해체 예방을 위하여 국가 및 지방자치 단체는 제도와 시책을 강구하도록 규정하였으나, 구체적으로 어떠한 것을 의미하는지 명백하지 않다고 본다. 현재 건강가정기본법의 규정 내에서 그 시책을 추론한다면, 제21조 이하 건강가정사업의 전개를 통하여 가족해체가 방지되는 것으로 해석하는 것이 가능하다고 보인다.

17) 실제로 가족해체의 개념을 넓게는 통합, 충성심, 합의, 가족단위의 정상적인 기능의 붕괴 등 가정결속력을 파괴를 의미하며, 좁게는 별거, 이혼, 유기, 사망등으로 혼인관계가 파괴되거나 또는 부부 가운데 한 사람이 부재로 결혼가정이 되어 가족이 구조적으로 불안정한 상태를 말하며, 가장대표적인 가족해체의 하나를 이혼으로 보고 있다,

18) 최갑선, 전계논문, 510-511면

따라서 본법의 본래의 취지가 건강한 가정생활을 영위와 가족의 유지 및 발전에 있으며 이를 위하여 국가 및 지방자치 단체 등이 건강가정기본계획을 수립하고 (제15조) 또한 건강가정사업(제21조 이하) 수행할 것을 규정하고 있다는 점을 고려할 때, 제9조의 가족해체예방을 위한 구체적인 시책이 어떠한 것을 의미하는지 분명하지 않은 상태에서 건강가정과 대비되는 가정이 존재하는 듯이 가족해체라는 것을 별도로 규정할 큰 의미는 없다고 본다.

5. 이혼 전 상담제도

우리 나라의 이혼율은 이미 몇 년 전부터 꾸준히 증가하여¹⁹⁾ 이혼과 더불어 파생하는 사회적 문제점들 또한 다양한 양상으로 나타나고 있다. 이혼으로 인하여 부모로부터 방임되고 있는 아동의 수가 증가하고 있다는 것 그리고 양육비등의 지급이 이행되지 않음으로서 이혼가정의 여성과 아동이 점차 빈곤계층으로 전이된다는 것 등은 이미 익히 알려진 이혼으로 인한 문제점으로 지적되고 있다. 이와 관련한 우려의 목소리는 각계에서 이미 지적되어 왔다.

이러한 상황에서 건강가정기본법은 제31조에서 국가와 지방자치단체가 이혼예방을 위하여 이혼하고자 하는 부부가 이혼 전 상담을 받을 수 있도록 이혼조정을 내실화 하는 조치를 강구하여야 한다는 것을 규정하였다. 문제가 되는 것은 이혼 전 상담의 구체적 내용이 무엇인지 여부이다. 먼저, 부부가 이혼을 결심하고 난 후의 상담은 현재 대개의 가정법률지원센터에서 이루어지고 있는 이혼상담과 큰 차이가 없어 보인다. 따라서 이를 건강가정기본법에서 다시 규정하는 것은 중복적으로서 큰 의미를 가지지 못할 것으로 보인다.

또한 현행 건강가정기본법에 의하면 이혼상담을 추진할 주요 인력으

19) 이혼건수 및 조이혼율 (1970-2001) : 통계청 (2002), 「2001년 혼인·이혼통계 결과」 (단위 : 천건, 인구천명당 건)

로 사회복지학, 여성학, 가정학 등 보건복지부령이 정하는 교과목을 이수한 건강가정사를 제시하고 있다(본법 제35조 제2항, 제3항). 그러나 앞서 언급한 바와 같이 이혼 전 상담 현재 가정법률상담소 등을 중심으로 이루어지고 있는 기존의 상담과 유사한 것이라면 법률적인 상담부분을 건강가정사를 통해서 지원 받는 것은 용이하지는 않을 것으로 보인다.

일반적으로 부부가 이혼하는 과정을 살펴보면 실질적으로 이혼을 결정하는 것은 갈등이 표면화되고 일정한 기간이 지난 경우가 대부분이다. 따라서 건강가정기본법상의 이혼예방을 위한 이혼상담이 이미 상당 정도의 갈등이 증폭되어 이혼을 결심한 상태에서 이혼 과정의 절차상 관련된 법률적 문제 이외에 갈등조절을 위한 상담을 받는 것이라면 이혼을 예방하는데 그 효과가 어느 정도 있을지 불분명하다. 이렇게 볼 때 이혼예방을 위한 이혼 전 상담의무는 건강가정사업의 유형으로서는 적절하지 않다고 본다.

이혼이 가지는 사회적 역기능과 문제점들을 인정한다고 하여도, 유지할 수 없는 혼인공동체를 평생 동안 계속해서 유지할 것을 강요할 수는 없으며 국가의 간섭 없이 혼인을 형성할 수 있는 자유의 이면에는 혼인해소의 자유도 포함되는 것이며²⁰⁾, 이것은 우리 헌법 제36조 1항이 보호하는 혼인기본권의 한 내용을 구성하는 것이다²¹⁾. 이러한 점을 고려할 때, 이혼 과정에 있어서 상담을 의무시하는 것은 자칫 국가가 이혼 의사

20) 이에 대해서는 윤진수, 한국법학 50년 과거·현재·미래 : 대한민국 건국 50주년 기념 제1회 II (98. 12), 60면 이하 참고.

21) 헌법 제36조 1항은 일차적으로 혼인과 가족제도를 보장하는 것이지만, 이는 또한 가장 포괄적 기본권인 인간으로서의 존엄과 가치 행복추구권 그리고 이의 실행을 위한 평등권의 내용을 우리 혼인과 가족제도 내에서 다시 한번 기본권의 이념을 지향하는 것으로서 혼인과 가족생활에 관하여 국민이 가지는 기본권을 보장하기도 하는 조항이다. 여기서 의미하는 혼인과 가족생활에서의 기본권의 내용이 무엇인지에 대해서는 일치된 학설은 없으나, 대체로 일차적으로 개인이 국가로부터 간섭을 받지 않고 스스로 혼인의 시기와 상대방등을 선택할 수 있으며, 이와 같이 형성된 혼인의 해소 또한 국가로부터 자유로이 결정할수 있는 방어권적인 자유권을 그 내용으로 들고 있다, 최갑선, 전계논문, 507-510면 ; 계획열, 헌법학(中), 박영사, 2000, 719면 ; 장영수, 헌법학 II, 기본권론, 홍문사, 2003, 596-597면.

의 형성과정에 직접 개입하는 것으로 헌법 제36조 제1항에 포함된 방어권적 자유권의 한 종류인 혼인기본권이 내용을 침해할 가능성이 있을 것으로 보인다.

이혼 예방을 건강가정 사업의 하나로 추진하기 위해서는 도리어 이혼 전 상담의무를 도입하려고 하기보다는 결혼생활 과정에 가족간의 갈등을 상담을 통해 해결하도록 유도하여 가정생활이 원활하게 유지되도록 하는 방법으로 이혼을 예방하는 것이 상담 본연의 의미에도 부합하는 것으로 보여 진다²²⁾.

이러한 방법에 의하여 국가는 이혼의사의 형성과정에 직접적으로 개입하지 않고 이혼율이 증가되는 것을 막을 수 있을 것으로 본다.

IV. 건강가정기본법과 기타 관련법

위에서 살펴본 바와 같이 건강가정기본법과 관련한 문제점들 중 법이 가지는 효력과 관련하여 논의되어야 할 부분은 건강가정기본법의 많은 조문이 기존의 타 법률과 그 영역을 명확히 구분하기 어려워 타 법률과 중복되고 있다는 점이다. 그 구체적인 내용을 보면 다음과 같다.

① 본법은 국가 및 지방자치단체가 지원하여야 하는 건강가정사업의 구체적 유형을 나열하여 제21조는 제2항 제4호에서 출산과 관련하여 태아의 검진 및 양육에 대한 국가 및 지방자치단체의 의무를 규정하고 있으며, 제3항에서는 취업여성의 임신·출산·수유와 관련한 모성보호 및 부성보호를 위한 유급 휴가책이 확산되도록 노력하여야 할 것과 제22조에서는 자녀양육 지원 강화를 위하여 보육 및 방과 후 서비스 양성평등한 육아휴직제의 활용을 적극적으로 확대할 것을 규정하고 있다²³⁾. 그러

22) 같은 견해 ; 한혜규, 건강가정기본법이 새로운 변화를 어떻게 수용하고 있는가?, 건강가정기본법 진단토론회, 토론문 2, 59면.

23) 건강가정기본법 제22조 제1항은 그 내용면에서 제21조 제2항 제4호 (태아검진 및 출산·양육지원), 제5호 (직장가정의 양립), 제3항 유급휴가시책의 확산노력 등과 내용적으로 중복되므로 이를 따로 규정할 필요는 없었을 것으로 보인다.

나 이러한 내용의 대부분은 타 법률에 포함되어 있다. 즉 모자보건법 제2조 제9호는 모자보건사업을 임산부 또는 6세미만의 아동에게 의료봉사를 함으로써 신체적 정신적 건강을 유지하도록 하는 사업을 의미하는 것으로 정의하여 태아의 검진 등과 그 내용을 같이 한다. 또한 영유아보육법은 6세미만의 취학 전 아동에 대한 심신의 보호와 교육을 통하여 건전한 사회구성원으로서 육성하여 가정복지에 이바지 할 것을 그 목적으로 한다고 규정하여(제1조) 건강가정기본법 제22조와 내용면에서 서로 중복된다. 남녀고용평등법 제6조 제2항은 근로여성의 모성보호에 관한 사항과 직장과 가정생활의 양립지원에 관한 사항(제5호, 6호)에 대한 기본계획을 수립할 것을 규정하고 있으며, 육아휴직 대상자의 범위를 생후 1년 미만의 영아를 가진 근로여성 또는 그를 대신한 배우자인 근로자에서 생후 1년 미만의 영아를 가진 모든 근로자로 확대하고, 육아휴직 기간중 해고금지 규정 등을 신설함으로써 직장과 가정생활의 양립 지원을 강화하였다(제19조)²⁴⁾.

② 제21조 제2항 제7호는 건강가정을 위하여 가정폭력으로부터 보호되어야 함을 규정하고 있으며 또한 제21조 제4항은 모·부자 가정, 노인 단독가정, 장애인가정, 비혼모가정, 공동생활가정, 자활공동체 등 사회적 보호를 필요로 가정에 대하여 적극적인 지원을 하여야 함을 규정하고 있다. 그리고 건강가정기본법에 의하면 이러한 업무를 수행하는 인력은 본법 제35조의 건강가정사이며, 담당 기관은 시·도 및 시·군·구에 설치된 건강가정지원센터가 주관하게 된다.

그러나 가정폭력에 대한 문제는 여성부 소관으로 「가정폭력방지 및 피해자 보호 등에 관한 법률」에 입각하여 피해자 보호가 이루어지고 있으며, 모·부자가정, 노인단독가정, 장애인가정, 비혼모가정에 대해서는 모·부자 복지법에 의한 보호가 이루어지고 있으며(제4조 제1호 내지

24) 이들 법률에 대한 소관 부처는 모자보건법은 보건복지부, 영유아보육법은 여성부, 그리고 남녀고용평등고용법은 노동부가 맡아서 하고 있다. 따라서 이를 다시 건강가정기본법에 규정함은 업무중복성과 타 부처의 업무와의 경합될 가능성이 있을 것으로 보인다.

제3호, 제5조) 이를 위하여 모·부자 복지시설을 설치할 수 있음을 규정하고 있다(제20조).

V. 맺음 말

이상에서는 건강가정기본법의 내용에 대하여 몇 가지 논점이 되는 부분에 대하여 검토하였다. 현재 우리 사회의 가족의 모습은 그것을 위기 또는 해체 그 어떠한 양식으로 표현하든 분명한 것은 전통적으로 가족으로 인식되던 구조를 벗어나 변화되고 있다는 점이다.

이러한 가족 구조의 변화가 파생시키는 법률영역에서의 문제는 이를 어떻게 받아들여 변화된 가족의 다양한 유형을 법의 보호 아래에 포함시킬 수 있는가의 문제일 것이다.

따라서 위에서 검토한 바와 같이 건강가정기본법이 가족의 개념을 혼인, 혈연, 입양을 매개로 정의 하여, 혼인에 의한 부부와 혈연(또는 입양)으로 구성된 소위 전통적 의미의 전형가족만을 가족의 개념으로 이해하여 혼인, 혈연, 입양 등에 의하여 형성되어 구성원의 욕구가 충족되고 인간다운 삶이 보장되는 가정을 건강가정으로 정의하여 이러한 건강한 가정생활을 영위하고 혼인, 혈연, 입양에 의하여 형성되는 가족의 유지를 위한 것을 본법의 목적(同法 제2조)으로 규정하고 있는 취지에 비추어 볼 때, 본법은 전통적 구조를 유지하고 있는 구성원들을 위하여 이 구조를 유지하기 위하여 제정된 법이라고 이해된다.

그러나 가족문제와 관련하여 더 절실한 문제는 전형적인 전통적 가족의 형태를 벗어나 가족공동체의 실체가 유지되고 있지 않은 경우 그 구성원에 대한 보호문제라고 본다. 이러한 점을 고려할 때, 예컨대, 앞으로 점차 증가하게 될 위탁부모의 양육에 의한 위탁가정관리 등을 건강가정사업의 일종으로 포함시키는 방법을 건강가정기본법이 제시했어야 한다고 본다.

또한 현재 건강가정기본법이 상정하고 있는 건강가정의 전제인 인적

구성원으로서 가족은 상위법인 헌법의 이념에서 본 가족개념에 비추어 볼 때도 지나치게 협소한 가족개념이라고 보여 지며 건강가정기본법의 많은 규정은 기존의 법률들과 중복되거나 또는 건강가정기본법 자체에 중복적으로 규정되어 있다. 그렇기 때문에 건강가정기본법에 제시된 건강가정사업의 범위를 명확하게 제시하지 못하는 결과가 되고 있다.

가족구성원들의 상호 인적 연대감의 약화로 가족이 1차적 사회공동체로 제 기능을 하지 못하는 경우, 전통적으로 가족 내에서 수행되던 양육과 교육의 의무는 사회가 부담하게 된다. 이러한 의미에서 건강가정기본법의 제정의 본질적 의도는 시기 적절하다고 볼 수 있으나, 그 구체적인 법규정은 중복을 피하고, 가족복지 본연의 영역설정을 먼저 확정하고 난 이후 이루어져야 했다고 본다. 또한 이미 현재 시행을 앞두고 있는 건강가정기본법은 재고되어야 하며 위에서 제시한 부분은 시행에 앞서 개정되어야 한다고 본다.

주제어

가족, 가족제도, 가족해체, 건강가정기본법, 혼인의 자유, 인격권, 위탁가정

참고문헌

- 강달천, 동성애자의 기본권에 관한 연구, 중앙대학교 박사학위논문, 2000.
- 건강가정기본법, 법률 제7166호
- 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2000.
- 김은애, 생명과학시대의 여성의 재생산 권리에 대한 법여성학적 고찰, 이화여자대학교 석사학위논문, 2003.
- 오상걸, 모자보건법과 태아의 생명권, 변호사, 제26집 (1996).
- 윤진수, 한국법학 50년 과거·현재·미래 : 대한민국 건국 50주년 기념 제1회 II (98. 12).
- 이재경, 새로운 가족 패러다임을 말한다. “위기 담론에서 변화담론으로”, 건강가족기본법 진단토론회, 발제문 1.
- 이재경, 가족에 대한 정의는 필요한가?, ‘일 가족 함께’ 양성평등 가족정책 로드맵 마련을 위한 토론회 발제문.
- 정중섭, 기본권 이외의 헌법 규정으로부터의 기본권 도출에 대한 연구, 헌법논총, 제5집 (1995).
- 조은희, 건강가족기본법의 문제점과 그에 대한 분석, 건강가족기본법 진단토론회, 발제문 2.
- 천종숙, 인격권과 민·형사상의 과제 (상), 경찰대 논문 제12집 (1992).
- 최갑선, 헌법 제36조 1항에 의한 혼인과 가족생활의 보장, 헌법논총, 제14집 (2003).
- 차선자, 양성평등과 개인의 존엄의 시각에서 본 가족법, 아시아 여성연구, 숙명여자대학교 아시아여성연구소, 제43집 제1호, 149면 이하 참고.
- 한수웅, 헌법상의 인격권, - 특히 헌법 제10조의 행복추구권, 일반적 인격권 및 헌법 제17조의 사생활보호에 관하여 -, 헌법논총, 제13집 (2002).

한혜규, 건강가정기본법이 새로운 변화를 수용하고 있는가 ?, 건강가족
기본법 진단토론회, 토론문 2.

허영, 한국헌법론, 박영사, 2001.

허영, 인공임신중절과 헌법, 공법학 연구 제5집 (1997).

Eine Studie über das Grundgesetz für gesunde Familie

Seon-Ja Cha*

Seit 1990 erfährt die koreanische Gesellschaft grosse Änderung in verschiedenen Bereich. Davon ist die Änderung der Familienstruktur ein Hauptbeispiel. Konkret ist die traditionelle Familienstruktur, die aufgrund Heiraten, Entbindungen, und Blutverwandte gestalten ist, eingestürzt, weil sich die Zahl der Scheidung steigert und Geburtenziffer gesunken ist.

Aus diesem Grund ist das Grundgesetz für gesunde Familie im Jahre 2003 erlassen und am 1. 1. 2005. setzt sich es in Kraft. Dieses Gesetz regelt Recht und Pflicht der Bevölkerungen und die Verantwortung des Staats, um die gesunde Familie zu erhalten. Jedoch ist es zum Schutz der Familie nicht genügend. Konkret liegt der Grund dafür wie folgt :

Erstens sind einige Vorschriften in diesem Gesetz im Vergleich mit der Idee des koreanischen Verfassungsrechts nicht bestimmt, wie z. B. Familiengesetz in diesem Gesetz sehr eng im Vergleich mit dem im koreanischen Verfassungsrecht.

Zeitens verdoppeln sich die Inhalte in diesem Gesetz mit denjenigen, die schon in anderem Gesetz z. B. Gewaltschutzgesetz im Familien geregelt sind.

Drittens gibt es in diesem Gesetz keine Bestimmung über die

* Full-time Lecturer, College of Law Chonnam National University

Pflegefamilien, die beim Familienzusammenbruch zum Schut der Kinder sehr wichtig ist, indem es sich nur auf die traditionelle Familienstruktur, die durch Heiraten und Blutverwandt vermittelt ist, stützt.

Daher schlägt es vor, daß einige Bestimmungen im Grundgesetz für die gesunde Familien vor dem in Kraft Setzen zu ändern sind.