

19. 자녀의 부(父) 성본 사용 사건

<헌재 2005. 12. 22. 2003헌가5등, 판례집 17-2, 544>

가. 사건의 배경

이 사건은 자로 하여금 부의 성과 본을 따르도록 하고 있는 민법 규정에 대하여 개인의 존엄과 양성의 평등을 침해한다는 이유로 헌법에 위반된다고 선언하면서 개정법률이 시행될 때까지 잠정적용을 명하는 헌법불합치결정을 선고한 사건이다.

제청신청인들의 부(父)는 사망하였고 이후 그 모(母)는 재혼하였다. 모와 재혼한 후 제청신청인들을 입양한 양부는 제청신청인들이 자신의 성(姓)을 따르기를 원하면서 서울지방법원 북부지원에 호적정정 신청을 하였다. 그 사건 계속 중 민법 제 781조 제1항 본문이 헌법에 위반된다고 주장하며 위헌법률심판제청을 신청하였고 위 법원은 민법 제781조 제1항 중 본문 중 “자는 부의 성과 본을 따르고” 부분에 대해 위헌법률제청결정을 하였다.

나. 결정의 주요내용

헌법재판소는 재판관 7인의 의견(재판관 2인의 별개의견 및 1인의 위헌의견 있음)으로 헌법불합치를 선고하였다. 그 이유의 요지는 다음과 같다.

1) 재판관 5인의 다수의견

성의 사용 기준에 대해 부성주의를 원칙으로 규정한 것은 입법형성의 한계를 벗어난 것으로 볼 수 없으나, 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.

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.

이와 같이 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 그 시행이 예정되어 있으므로 시행시까지 이 사건 법률조항의 잠정적인 적용을 명

한다.

2) 재판관 2인의 별개의견

이 사건 법률조항은 모든 개인으로 하여금 부의 성을 따르도록 하고 모의 성을 사용할 수 없도록 하여 남성과 여성을 차별취급하고 있으면서도 그와 같은 차별취급에 대한 정당한 입법목적은 찾을 수 없어 혼인과 가족생활에 있어서의 양성의 평등을 명하고 있는 헌법 제36조 제1항에 위반된다.

특히 이 사건 법률조항은 혼인과 가족생활에 있어 개인의 성을 어떻게 결정하고 사용할 것인지에 대해 개인과 가족의 구체적인 상황이나 의사를 전혀 고려하지 않고 국가가 일방적으로 부성의 사용을 강제하고 있음에도 그와 같은 부성 사용의 강제에 대한 구체적인 이익을 찾을 수 없어 혼인과 가족생활에 있어서의 개인의 존엄을 보장한 헌법 제36조 제1항에 위반된다.

3) 재판관 1인의 반대의견

부성주의는 출산과 수유라는 사실로 인해 외관상 확인가능한 모와의 혈통관계에 비해 본질적으로 불확실한 부와의 혈통관계를 대외적으로 공시하고 부와 자녀간의 일체감과 유대감을 강화하여 가족의 존속과 통합을 보장한다. 기호체계에 불과한 성이 여성의 실체적인 법적 지위나 법률관계에 영향을 미친다고는 볼 수 없으며, 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 아니다. 추상적인 자유와 평등의 잣대만으로 우리 사회에서 여전히 유효하게 존속하면서 그 가치를 인정받고 있는 생활양식이자 문화 현상인 부성주의의 합헌성을 부정하는 것은 시기상조(時機尙早)의 부적절한 일이다.