

여성주의적 시각에 비추어 본 법의 기본가정들*

Grundannahmen des Rechts in feministischer Kritik

조 은 희**

Cho Eun-Hee

목 차

- I. 들어가는 말
- II. 법철학적 근거
- III. 실정법에서 남녀의 동등한 자유는 보장되는가?
- IV. 법을 통한 공적·사적 영역의 분리
- V. 성역할의 구조와 법을 통한 성
- VI. 결론

국문초록

이 논문은 법에서 기본적으로 가정되어 받아들여졌던 것을 여성주의적 시각에서 비판하고자 하였다. 법의 영역에서 권리의 주체자로서 배제되었던 여성, 사적영역과 공적 영역의 분리로 인해 사적 영역 내에서 조차 남성의 권위에 흡수되었던 여성의 권리, 그리고 법에서 전제되는 여성과 남성의 역할분담으로 여전히 무임금의 가사노동을 담당하는 여성이 겪는 불평등 등을 밝혀보고자 하였다. 이에 본 논문에서는 여성주의적 시각에서 남성의 경험과 남성의 언어, 남성의 상상력에 의존해 온 법과 법이론은 재정립 되어야 함을 드러내고자 하였으며, 법에서 진정한 성 중립, 남녀평등을 실현하기 위한 법여성학자들의 고민과 제안을 검토해 보았다. 또한 이를 실현하기 위하여 법의 영역에서 끊임없는 젠더적 사고가 요구됨을 피력하였다.

논문접수일 : 2010.12.29

심사완료일 : 2011.1.24

게재확정일 : 2011.1.25

* 이 논문은 한국연구재단의 지원을 받아 진행 중인 「법 여성학」의 내용 중 일 부분을 수정·보완 한 것임.

** 제주대학교 법학전문대학원 교수

주제어 : 성 중립, 성역할, 가사노동, 남녀평등, 여성주의

Ⅰ. 들어가는 말

일반적으로 법은 편파적이지 않고 중립적이며 공정하다고 생각한다. 헌법 제11조의 규정을 보더라도 '법 앞에 모든 인간은 평등'하며, 헌법 제36조에서는 혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지 되어야 함을 규정하고 있다. 그러나 여성주의적 시각에서 법은 단지 외형상 혹은 형식상 성 중립적일 뿐 실질적으로는 남녀가 평등하지 않다고 비판한다.

법의 역사를 거슬러 올라가 보면, 근대법의 기본원리는 자유주의 이론에서 비롯되었다. 자유주의 사상에 의한 인간관은 남성을 기초로 한 것이다.¹⁾ 남성은 합리적이고 이성적인 존재이며, 시민의 주체로서의 권리를 갖는다. 이로 인해 남성은 입법자로서 능력이 있다고 생각했다. 반면 여성은 비이성적이고 감정적인 존재이라고 생각했으며, 그에 따라 여성의 능력과 권리는 공적 영역에서 배제되었다. 여성은 공적 영역이 아닌 사적 영역에 속해야 한다고 보았으며 사적 영역에서도 여성은 남성에게 복종하여야 했으므로 여성의 권리는 남성의 권위에 흡수되었다.

이처럼 법여성학적 시각은 근대법이 남성을 중심으로 기초되었고, 남성 중심적 사고에 입각해서 발달되어진 남성적 산물이라는 점에 주목한다. 그러므로 법여성학적 시각은 법과 법이론 속에 숨겨진 가부장제를 드러내고 남성의 경험과 남성의 언어, 남성의 상상력에 의존해 온 법이론이 여성주의적 시각으로 재정립 되어야 한다고 보는 것이다.²⁾

이에 본 논문은 법에서 기본적으로 가정되는 원칙들이 여성주의적 시각에서 어떻게 비판될 수 있는가를 고찰하고자 한다.

Ⅱ. 법철학적 근거

1. 사회계약을 통한 남녀의 동등한 자유의 보장

1) 이은영, 「법여성학 강의」, 2002, 14면.

2) 차인순, "법의 중립성과 성인지적 관점: 평등원칙을 중심으로", 「한국여성학」 제17권 1호, 한국여성학회, 2001, 140면.

헌행법의 기본원리는 법과 국가에 의한 자유주의 이론이다.³⁾ 자유주의 이론은 모든 인간은 자유로우며, 자유 안에서 모두는 동등하다. 국가와 법이 필요한 것은 모든 인간이 동등한 자유를 보장받기 위함이며, 특히 법은 인간이 자신의 소유권을 보장받을 때 공정하고 정당화된다.

사회계약은 자유국가의 대안으로 자유주의 이론을 근거로 하고 있다.⁴⁾ 이에 루소(1712-1778)의 사회계약은 국가의 통일성과 개인 각자 사이에서의 자기결정을 연결시키고 있다. 루소의 사회계약은 자연 상태에서 출발한다. 여기서 자연 상태란 사회 이전의 상태이다. 인간은 자연 상태에서 자유와 평등을 즐긴다. 그러나 우연한 상황에 따라 재산의 불평등, 재산에 대한 경쟁, 욕망에 의한 무질서가 초래된다. 그러므로 인간은 이러한 자멸을 피하기 위하여 시민 사회 속에서 서로 결합하지 않을 수 없게 되는데,⁵⁾ 결국 인간은 개인의 자연권을 보장해 줄 수 있는 '사회계약'을 통하여 안전을 확보하게 된다. 사회계약을 통하여 개인들이 결합된 '전체'는 집단적 조직 또는 공공인격이 되며 이것을 수동적인 면에서 보면 국가이고 능동적인 면에서 보면 주권자이다. 그 구성원들을 집단적으로 보면 국민이고 개인적으로 보면 시민인 것이다.⁶⁾

그의 이론에서 자유로운 자기결정을 할 수 있는 인간, 즉 공동체의 구성원인 시민은 대체로 남성을 의미한다. 자유주의 사상에서 지칭하는 인간은 합리적이고 이성적인 인간이며, 그 인간은 남성을 기초하고 있다.⁷⁾ 루소의 '에밀'이라는 저서에서 그는 남성은 이성적이고 합리적인 존재이며, 여성은 감정적인 존재이기 때문에 합리적인 남성의 통제를 받아야 한다고 서술하고 있다. 루소가 이상적으로 생각하였던 '여성시민'인 여성은 한 가정의 주부로 남편을 덕으로 인도하고, 국가를 위해서 덕이 있는 자식을 생산하고 교육하는 것이다.⁸⁾

- 3) 이상돈, 「법철학」, 법문사, 2003, 62면 참조 : 근대성의 자유주의 사상에서는 법이 개인을 지배하는 것이 아니라 모든 개인이 법의 힘을 빌어 자기 삶의 주인이 되는 것이다. 그러나 행복을 추구하는 모든 개인이 자신이 원하는 기회를 공평하게 누릴 수 있기 위해서는 '각자' 자율적인 도덕의 이성에 따라 지킬 수 있는 자유로운 행동의 울타리를 함께 설정했으며, 이 울타리는 바로 법을 의미한다. 여기서 서양사회에서 근대적 의미의 법인식은 계약론적 에토스를 기초로 하고 있음을 알 수 있다(Habermas, *Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?*, KJ 1987, S. 10).
- 4) Christoph Enders, 「Berliner Kommentar zum Grundgesetz」, 13. EL Stand 7/2005, vor Art. 1, Rn. 1ff.
- 5) Jean-Jacques Rousseau, *Gesellschaftsvertrag*, I. Buch 6. Kapitel und 8. Kapitel, 1977, S. 17f., 23; 유병화, 「법철학」, 박영사, 1987, 249~252면 참조.
- 6) 유병화, 상계서, 249~252면.
- 7) 한국여성연구회, 「여성학강의」, 동녘, 1996, 40~41면.

계속해서 칸트(1724-1804)의 경우를 살펴보면, 칸트는 법은 시민이 부여할 때 성립되는 것이며, 시민은 법 앞에서 동등하고, 시민의 인격은 법의 요건 하에서 독립적이라고 주장한다. 여기서 모든 성인은 시민으로 간주되는 듯 보인다. 그러나 칸트 역시 여성을 단순히 시민으로 간주하지는 않는다. 그에게 있어서 시민은 능력, 능동적인, 그리고 결정할 수 있는 자격을 갖춘 자와 연결되며, 경제적으로도 자립된 존재를 의미한다.⁹⁾ 칸트는 여성이 이성적이 아닌 감성적인 존재임을 강조한다. 이것은 1764년 칸트가 저술한 『미와 숭고에 대한 감정의 고찰』에 잘 나타나 있다. 여기서 칸트는 한 장 전체에서 성차에 관한 것을 서술하고 있다. 칸트는 ‘여성은 아름답고 남성은 고귀한 성’이라고 구분하였다. 아름다운 여성은 청결하고, 수줍으며, 섬세하고 천진하며 매력적인 다정함을 지녔다. 한편 고귀한 남성은 이성적이고 소박하며 깊이 신뢰할 수 있다. 칸트는 자신의 구분이 자연에 기초한 것이라고 보았다. 이러한 생각에서 칸트는 여성이 세상에서 영향력을 발휘하는 것은 적당치가 않고 성장기의 여성들에겐 ‘차갑고 사변적인 강의’ 보다는 ‘항상 감수성’을 훈련하는 교육이 적당하다고 하였다.¹⁰⁾

2. 여성주의적 비판

여성주의 분석은 전통적 자유주의 이론이 단지 남성만이 국가의 시민으로 적용되고 있다는 점을 주시한다. 앞서 설명하였듯이 전통적 자유주의는 단지 남성만이 일반적이며, 이성적으로 사고할 수 있고, 그렇기 때문에 입법할 수 있는 능력이 있으며, 자유로울 수 있다고 본다. 반면, 여성은 감성적이며, 의존적이라고 보았으며, 이것이 본질적이고 자연적인 것이라고 생각하였다. 여성을 “자연적인 본성”에서 소극적인 지위로 확정하였던 것이다. 그래서 루소는 여성을 “본질적으로 다른 유형”이라고 보았다.¹¹⁾

이렇듯 여성과 남성을 이원론적으로 구분하는 형태는 이미 플라톤 시대로 거슬러 올라가며, 전통적 자유주의 사상의 태동 이후에도 남녀에 대한 사고는 이렇듯 대부분 이

8) 김용민, “메리 울스턴크래프트의 페미니즘 재조명: 루소에 대한 비판을 중심으로”, 『아시아 여성연구』, 숙명여자대학교 아시아여성연구소, 제43집 제2호, 2004, 126면.

9) Immanuel Kant, *Metaphysik der Sitten*, 1. Teil: *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, II. Teil § 46, Weischedel-Werkausgabe, Band 8, S. 433f.

10) 발트라우트 포슈(조원규 역), *Koerper machen Leute*(몸 숭배와 광기), 1999, 여성신문사 2001, 26~27면.

11) Claude Thomasset, *Von der Natur der Frau* in: Georges Duby/Michelle perrot(Hg.), *Geschichte der Frauen*, Bd. 2, *Mittelalter*, Hg. von Christiane Klapisch-Zuder, 1993, 55(58ff.).

원론적 체계를 가졌다.¹²⁾ 즉 이성적인/비이성적인, 합리적인/비합리적인, 적극적인/소극적인, 물질적/감성적, 객관적/주관적, 원칙에 의한/개인지향적인 등, 쌍을 이루는 이들 대립어는 세상을 대립되는 공간으로 구분 지었다.

이러한 이원론적 체계는 성(sex)과 관련하여 몇 가지의 특성으로 나타난다. 우선 여성과 남성을 이분화 시켰고, 이들을 동일한 가치가 아닌 서열화 시켰으며, 남성은 우월한 것으로, 여성은 좋지 않거나, 나쁘거나, 복종하여야 하는 것으로 관찰되었다.¹³⁾ 전통적 자유주의 이론 하에서 여성은 남성과 다른 존재이며, 사회계약의 동등한 파트너로서 독자적인 주체일 수 없다. 그러므로 여성이 자유주의적·사회적 대안에 통합, 흡수될 수 있도록 하기 위해서 시민적인 공적인 영역과 사적인 가정영역은 분리되고 경제적으로도 독립적이지 못한 여성은 독립적인 남성에게 복종하여야 한다는 이론이 성립되고, 남성이 가정 밖의 공적인 영역에서 가족을 대표하게 되는 것이다.¹⁴⁾

Carole Pateman은 이러한 여성의 복종은 성계약(Sexual Contract)을 통해 작용한다고 설명하고 있다. 즉, 칸트에 의하면 여성은 혼인계약을 통하여 단지 남성의 소유물이 된다. 사회계약은 성계약을 근거하고 있다는 것이다.¹⁵⁾

이러한 발견을 기초로 하여 여성주의의 주류는 하나의 사회적인 대안으로 여성이 기본적으로 남성에게 종속되어서는 안 되며, 불이익을 당해서는 안 된다는 점을 발전시켜 나갔다. 이에 여성과 남성이 동일한지 혹은 여성과 남성은 차이가 있지만 동일한 가치가 있는지에 문제가 논의되었다. 이것은 새로운 인간상이 형성되기도 하고 전통적으로 남성적인 것에 여성적인 것을 통합하고자 시도되었다.¹⁶⁾

III. 실정법에서 남녀의 동등한 자유는 보장되는가?

1. 기본전제: 헌법에서 모든 인간에 대한 동일한 자유

12) Giulia Sissa, Platon, Aristoteles und der Geschlechtsunterschied, in: Georges Duby/Michelle Perrot(Hg.), Geschichte der Frau, Bd. 1, Antike, Hg. von Pauline Schmitt-Pantel, 1993, SS. 67~104.

13) Frances Olsen, Das Geschlecht des Rechts, Kritische Justiz, 1990, 303ff.

14) Ute Gerhard, Frau in der Geschichte des Rechts, 509(511~515); zu Kant vgl. auch Carole Pateman, in: Herta Nagl-Doerkal u.a.(Hg.), Politische Theorie, 1996, 174(191ff.).

15) Carole Pateman, in: Herta Nagl-Doerkal u.a.(Hg.), Philosophie, 1996, 174(191ff.).

16) Eva Kocher, Geschlechterdifferenz und Staat, KJ 1999, 182(187).

헌법 제10조는 인간의 존엄과 가치 그리고 행복추구권을 보장한다. 국가는 개인이 갖는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무가 있다. 인간 존엄의 가치는 자유권적 기본권뿐만 아니라 사회적 기본권을 지도하는 이념이며, 국가로부터의 자유뿐만 아니라 개인의 기본권을 실현하기 위한 국가의 적극적인 활동의 지도원리로서도 기능한다. 인간존엄의 가치는 헌법의 기본원리로 모든 인간의 가치를 동일하게 보장한다. 모든 인간은 개인의 자유, 개인의 가치성 그리고 인간의 주체성에 있어서 동일한 가치를 보장받는다. 결국 헌법의 요청에 따라 여성도 남성과 동일하게 자유로운 인간으로서 보호되며, 남녀는 동등한 법적 주체가 되는 것이다.¹⁷⁾

또한, 헌법 제11조 제1항은 모든 국민이 법 앞에 평등함을 규정하고 있다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다. 이 차별금지 조항은 성(sex)을 원인으로 하여 남녀가 법적으로 차별받아서 안되며, 여성과 남성을 직접적으로 혹은 형식적으로 동등하지 않게 대우해서는 안 된다는 것을 명시하고 있다. 법은 이렇듯 일반적으로 남성적 삶의 형태를 특권화하지도 않으며, 여성적 삶의 방식도 침해하지 않는다. 법은 표현상 남녀의 차별을 밝히고 있지 않는다는 의미에서 형식상 '성 중립적'이라고 할 수 있을 것이다.

중립적이라는 것은 어느 쪽에도 치우치지 않고, 공정하다는 것을 의미한다. 그런데 사람들은 성과 관련하여 대부분 특정 여성과 남성을 언급하지 않거나, 명시적으로 성별을 구별하지 않을 때만 중립적이라고 생각한다. 그러나 미국 판례에서 설명되고 있는 성과 관련된 중립성의 개념은 '어떤 성에 속하는 것이 다른 성에 속하는 것에 대하여 법령이 당해 자연인을 취급함에 있어 전혀 무차별적인 경우를 의미한다' 라고 밝히고 있다. 이것은 자신이 남성이건 여성이건 그 취급에 있어서 객관적으로 다르게 대우받지 않는다는 것을 의미한다.¹⁸⁾

2. 평등원칙, 법의 성 중립성에 대한 여성주의적 전망

(1) 법의 명의상의 중립성 혹은 형식상 동일한 권리의 문제

시민과 프롤레타리아 여성운동이 형성되는 시기 그리고 19세기 자유민주주의에서 자유주의 여성운동의 대변자들은 여성이 배제되고 동일한 권리에서 거절되는 것에 반기

17) 계희열, 「헌법학(중)」, 박영사, 2007, 189면 이하.

18) 최승재, "성 중립성과 성 평등성- 입법을 중심으로", 「법제」, 2007, 6면 참조.

를 들었고, 여성을 위하여 남성이 갖는 법을 보장받기를 요구하였다. 그들은 여성이 남성과 마찬가지로 이성적이며 자기결정을 할 수 있다는 것을 근거로 하여, 여성 역시 남성과 동등한 법적 대우를 받아야 한다고 주장하였다.¹⁹⁾

형식적 법의 평등은 여성이 전통적인 남성의 세계에 적용할 때 여성의 사회적인 평등이 실현되어질 수 있다고 보았다. 그러나 여성이 가족을 돌보는 일과 같은 전통적인 여성의 과제를 계속적으로 실천하는 한 그들은 전통적인 남성의 삶의 방식에서 살 수는 있으나, 결코 남성과 동등할 수는 없다.

이러한 비판은 성 중립적으로 형식화된 법규가 이분되어 있다는 것을 바탕으로 하고 있다. 즉 하나는 남성적인 성역할을 규범적인 삶의 방식으로서 규정하고 있다는 것이고, 다른 하나는 여성의 역할이 아무것도 아니거나 혹은 다른 삶의 방식이거나, 복종해야 하거나 또는 침해될 수 있는 것으로 볼 수 있다는 것이다. 이로 인해 형식적으로 동등한 법은 남성의 성역할을 기준으로 삼고 있으며, 이를 우선시 한다. 그러므로 여성주의적 비판은 모든 인간을 지칭하고 있는 법의 주체의 본질적인 상징은 남성 중심적인 것으로 보는 것이다.²⁰⁾

법여성학자들은 노동법과 사회법의 규정은 남자인 일반노동자를 향하고 있으며, 그들의 삶은 임신이나, 자녀양육 그리고 부양과 관계된 가사노동을 통해서 나타나지 않는다. 여성의 생활은 항상 예외적으로 규정된다.²¹⁾

헌법 제30조가 “타인의 범죄행위로 인하여 생명·신체에 대한 피해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가로부터 구조를 받을 수 있다”고 규정하고 이에 따라 ‘범죄피해자구조법’이 마련되어 있다. 그러나 여성이 주로 겪는 범죄피해는 거의 구조대상 범죄²²⁾로 포함되지 못하고 있는 등 여전히 법의 시각에서 여성은 벗어나 있는 경우가 많다.²³⁾ 결국, 남성 중심적인 법체계는 오직 남성과 유사한 상황에 처해 졌을 때만 차

19) Doris Alder, Die Würzel der Polaritäten. Geschlechtertheorie zwischen Naturrecht und Natur der Frauen, 1997, S. 11.

20) Tove Stang Dabl, Streit 1986, 115 (117, 120): Elisabeth Grief/Eva Schobesberger, Einführung in die feministische Rechtswissenschaft, 2003, s. 94ff., 99ff.; Ute Gerbard, in: dies.,Atempause. Feminismus als demokratisches Projekt, 1999, S. 133f.; Susanne Bär KrimJ 1996, 242(248 f.).

21) Sabine Berghahn, in: Maria Oppen/Dagmar Simon (Hg.), Verharrender Wandel. Institutionen und Geschlechterverhaltenisse, 2004, SS. 99~138.

22) 범죄피해자구조법은 “사람의 생명 또는 신체를 해하는 범죄행위로 인하여 사망한 자의 유족이나 중상해를 당한 자를 구조함을 목적으로 하는데”(동법 제1조) 여성의 성폭력피해는 그 끔찍함에도 불구하고 통상적으로 ‘중상해’에 해당하지 않는다.

23) 오정진, “여성주의철학과 법의 만남”, 『한국여성철학』, 제7권, 2007, 141면.

별/평등을 판단할 수 있을 뿐이며, 남성과 다른 생물학적, 문화적 차이들은 평등의 예외조항으로 취급되어 보호되거나 특별대우의 문제로 정의되고 결과적으로 불평등한 성별관계를 재생산하고 있다.²⁴⁾

법여성학자들은 법의 적용에 있어서 공간이 존재해야 한다고 주장한다. 이 공간은 평등의 독자적인 판단에 영향이 미치도록 하고, 이로 인해 겉으로 드러나거나 혹은 감추어진 성의 특수성이 차별받는 것을 반영하여야 한다는 것이다.²⁵⁾ 결국 법학적 재해석의 방법론은 성비판적인 것이 반영되어야 한다는 것을 의미한다.²⁶⁾ 이에 법여성학은 성 중립적임을 표방하는 법과 법이론에 숨겨진 가부장제를 폭로하고 이에 대한 비판을 통해 그동안 전통적 법이론이 남성의 경험과 남성의 언어, 상상력에 의존하여 왔음을 폭로하는 것이다.²⁷⁾

(2) 성 특수성에 따른 법

몇몇 여성학자들은 법은 남성적 그리고 여성적인 법의 주체가 동등한 가치를 갖게 될 때만이 공정하다고 말한다. 그리고 법은 이러한 성의 특수성에 따른 법규이어야 한다는 것이다. 캐롤 길리건(Carol Gilligan)은 '다른 목소리(In a Different Voice)'에서 여성과 남성의 차이를 얘기하였다. 그녀는 콜버그의 연구에서 여성이 남성보다 도덕적으로 미성숙하다는 주장에 대하여 남성과 여성은 도덕적 문제들에 대하여 각기 다른 목소리들을 지향한다고 말하고 있다. 즉, 남자와 여자의 도덕적 사고방식에 차이가 있다는 것이다. 남성들은 사회적 관계들을 위계적 질서로 해석하며, 권리의 도덕성에 비중을 두고, 여성들은 인간중심적 연관성, 따뜻한 배려, 민감성, 그리고 다른 사람에 대한 책임을 소중하게 여긴다고 하였다. 그녀는 남성과 여성은 근본적으로 상이한 도덕이론과 도덕적 언어를 사용한다고 보았다. 그녀는 남성적 잣대에서 여성은 미성숙한 것이 아니라 다른 것이라고 주장하였다. 그녀에 대한 평가로 이러한 이론은 사회화, 역할 등을 통해 형성된 여성들의 '차이'가 남성의 잣대에 의하여 제대로 평가될 수 없기 때문에 보편적이라고 생각하는 것에 성별성을 부여하여야 한다고 보았다. 이 점은 법

-
- 24) 차인순, "법의 중립성과 성인지적 관점: 평등원칙을 중심으로", 『한국여성학』, 제17권 1호, 2001, 2면.
- 25) Susanne Bär, KrimJ 1996,242(248f.): Jutta Limbach, in dies,u.a.(Hg.), Rechtsalltag von Frauen, 1988, 169(174f.).
- 26) Elisabeth Grief/Eva Scobesberger, Einführung in Fiministische Rechtswissenschaft,2003, S.105ff.
- 27) 박은정, "양성평등의 법철학적 접근, 조형(편)", 『양성평등과 한국의 법체계』, 이화여대출판부, 1995, 20~21면 참조.

여성학에서 평등기준으로 다 채워지지 않는 측면을 '차이이론'으로 정립화 되어야 한다는데 크게 기여하였다.²⁸⁾

Tove Stang Dahl는 여성의 삶에 형평성과 자유의 원칙을 적용시킨다. Tove Stang Dahl은 여성을 평가함에 있어서 여성의 가치를 '자연적으로 돌보는 자'로 정한다. 이러한 사고를 바탕으로 그녀는 법을 새롭게 체계화하고 이를 "여성의 권리"로 발전시킨다. 그녀는 '출산과 돌봄'을 법규에 규정함으로써 여성의 권리를 위하여 이것을 법규에 합류시키고, 더 나아가 성의 형평성을 발전시켰다. 예를 들어 모든 성인은 독자적인 최소한의 수입을 갖추어야 하며 소득이 없는 가정주부인 여성 역시 남편의 수입에 의존하지 말아야 한다. 그녀는 여성의 가사일, 가족을 보살피는 일이 남성의 직장에서의 일과 비교하여 저평가되고 있기 때문에 이를 새롭게 재평가하여야 한다고 주장한다.²⁹⁾ 이러한 논의는 여성주의 이론에 커다란 영향을 미쳤다. 여성과 남성이 다르다는 여성의 특수성이 부각되었다.

그러나 이것은 일정한 성역할에 있어서 길리건이 '보살핌'을 여성 고유의 특성처럼 칭송한 것과 유사하게 Tove Stang Dahl이 말하는 여성을 '자연적으로 돌보는 자'라고 확정 짓는 것은 위험하다고 보는 비판적인 시각 역시 존재한다. 이는 여성이 남성과 다르다는 차이를 강조하면서 여성을 특별하게 대우하거나 보호해야 하는 결론에 이르게 된다면 이러한 주장은 성 차이를 고착화³⁰⁾하는 문제를 발생시킬 수도 있기 때문이다.

(3) 실질적 평등

사회적, 생물학적, 집단적 상황이 서로 다른 남녀의 상황에서 사회적으로 열악한 현실을 살아가고 있는 여성의 상황을 무시한 채 남성과 동등하게 대우하면 형식적 평등이 실현되었다고 할 수 있으나 실질적인 평등을 기대하기는 어렵다. 형식적으로 동등한 법의 적용은 오히려 남녀의 실질적인 불평등을 야기 시키거나 이를 보다 강화할 수 있다. 그러나 형식적으로 남녀를 서로 달리 취급하더라도 평등의 관점에서는 이를 합리적인 차별로 파악될 수 있다. 이에 법은 실질적인 불평등을 제거하고 간접차별을 해소하여야 한다. 더욱이 국가는 보다 적극적으로 남녀의 실질적인 평등을 실현하기 위

28) 길리건에 대한 비판으로는 남성적 잣대를 비판하기 위하여 다양하고 이질적인 여성들의 기준 혹은 사고방식을 동질적인 것으로 만들었고, 남녀의 이분법을 스스로 공공화하여 남녀의 차이를 너무 강조하였다는 점과 둘째, '보살핌'은 가부장제도에 길러진 것인데, 여성의 고유의 특성인 것처럼 칭송한 것은 문제라고 한다.

29) Tove Stang Dahl, Streit 1986, 115(116f, 119f).

30) Martha Minow, Making All the Difference-Inclusion, Exclusion, and American Law, Cornell University Press, 1990.

하여 현존하는 불이익을 제거하여야 한다.

헌법에서 규정하고 있는 평등권은 형식적인 법적 평등뿐만 아니라 실질적인 평등을 의미한다고 해석되고 있다. 최근 우리나라에서도 헌법개정논의와 관련하여 성평등이 헌법적 질서라는 점을 명확하게 하기 위하여 헌법에 성평등의 실질적인 실현을 국가의 목표로 명시할 것에 대한 제안하고 있다.³¹⁾ 이는 헌법에 실질적 평등을 명시함으로써 그 법적인 근거를 보다 확고히 할 필요가 있다고 보기 때문일 것이다. 성평등에 있어서의 실질적 평등에 관한 것은 여성발전기본법 제6조 제1항의 '적극적 조치'로 보다 구체적으로 규정되고 있다. 적극적 조치(Affirmative Action)란 약소집단의 구성원들이 사회구조적 이유로 희망하는 활동이 제약되어 참여도와 대표성이 낮은 경우에, 현존하는 차별을 해소하여 평등권을 실질적으로 구현하기 위해 취하는 정당한 일시적 조치를 의미한다. 우리나라의 경우 1985년부터 발효된 「여성에 대한 모든 형태의 차별 철폐에 관한 협약」 제4조 1항에서 "남성과 여성 사이의 사실상의 평등을 촉진할 목적으로 당사국이 채택한 잠정적 특별조치는 본 협약에서 정의한 차별로 보지 아니하나, 그 결과 불평등한 또는 별도의 기준이 유지 되어서는 결코 아니된다"라는 규정을 두게 되었다. 1995년 12월 30일(1997년 7월1일 시행)에 제정된 「여성발전기본법」 제6조 제1항에서는 "국가 및 지방자치단체는 여성의 참여가 현저히 부진한 분야에 대하여 합리적인 범위 안에서 그 참여를 촉진하기 위하여 관계법령이 정하는 바에 따라 잠정적인 우대조치를 취할 수 있다."라고 규정하였다. 그 후 2002년 12월 11일 여성발전기본법 제6조 제1항은 "국가와 지방자치단체는 여성의 참여가 현저히 부진한 분야에 대하여 합리적인 범위에서 여성의 참여를 촉진하여 실질적인 남녀평등이 이루어질 수 있도록 관계법령으로 정하는 바에 따라 적극적 조치를 취할 수 있다."라고 개정하였다. 이것은 실질적인 남녀평등의 실현을 위한 것으로 구체적인 규정으로 평가할 수 있을 것이다.

또한 실질적 평등과 관련하여 1999년 헌법재판소는 제대군인에게 가산점을 주는 것은 외관상으로 드러나지는 않으나 여성과 남성을 차별하는 경우라고 결정하였다. 헌법재판소는 "전체여성 중 극히 일부분만이 제대군인에 해당될 수 있는 반면, 남자의 대부분은 제대군인에 해당하므로 가산점제도는 실질적으로 성별에 의한 차별"이라고 밝혔다.³²⁾ 이는 평등에 관한 헌법조문을 실제적으로 적용했다는 점에서, 또한 1999년 2

31) 박선영외, 「헌법상의 여성관련조항 개정방안」, 한국여성정책연구원, 2007 참조: 독일이나 스위스는 이러한 예로 제시되며, 독일기본법 제3조 제2항에서 국가는 남녀의 실질적인 평등을 위하여 이들에게 현존하는 불이익을 제거하도록 노력해야 한다는 조항을 통하여, 이것이 국가의 의무임을 명문으로 규정하고 있다.

32) 헌법재판소 1999. 12. 23. 98헌바33; 1999. 12. 23. 98헌마363.

월 8일 '남녀고용평등법' 개정 시 도입된 간접차별 규정³³⁾과 퀘를 같이 한다는 점에서 의미가 있다.

그러나 법이 모성 혹은 여성을 보호하고자 하는 규정들이 당사자를 무능력자로 만들거나 기회에서 배제시킬 수 있다는 점에는 주의해야 할 것이다. 여성의 건강을 위해 야간작업을 금지한 것은 여성의 건강을 보호할 수 있었지만, 여성이 더 많이 벌수 있는 기회에서 배제될 수 있기 때문이다.³⁴⁾ 이에 대한 좋은 예로 2001년 우리나라 근로기준법의 폐지 전 여성이 일정한 직업에 종사하는 것을 제한하거나(근로기준법 제63조), 오후 10시부터 오전 6시 사이와 휴일에 근로시키고자 할 경우에는 당해 근로자의 동의를 얻어야 하는(근로기준법 제68조)등은 여성을 보호하고자 하는 목적으로 그들의 취업기회와 노동을 제한하였다. 그러나 이것은 모성 보호 외에 남녀 간의 본질적인 차이가 아니라 성별에 따른 집단적 평균적인 차이와 전통적 고정관념과 역할 기대에서 비롯된 것으로 이 규정은 2001년 성별역할분업을 고착화시키고 결과적으로 여성에게 고용상의 차별을 초래할 수 있다는 점에서 폐지되었으며, 단지 임신부에 대해서는 야간·휴일·시간의 근로 등에 있어서 원칙상 금지하되 예외를 인정하였다.

한편, 간접차별과 직접차별의 분기는 날로 교묘해지고 있는 양상을 띠고 있으며, 이에 대한 대안으로 교육지책이긴 하지만, 양자 모두 '성별에 근거한 차별'로서 궁극적인 반가치성에서는 차이가 없음에도 불구하고 질적인 차이가 있는 것처럼 보이는 문제가 있다.

N. 법을 통한 공적·사적 영역의 분리

1. 공적·사적 영역의 법적 분리

법에 있어서 공법적 영역과 사법적 영역이 분리되고 있음을 관찰할 수 있다. 공·사법의 영역을 구분하는 필요성은 사법관계는 개인 상호간의 법률관계로 주로 사익과

33) 남녀고용평등법 제2조 제1항 이 법에서 "차별"이라 함은 사업주가 근로자에게 성별, 혼인 또는 가족상의 지위, 임신 등의 사유로 합리적인 이유없이 채용 또는 근로의 조건을 달리 하거나 기타 불이익한 조치를 취하는 것을 말한다. 이 경우 사업주가 여성 또는 남성 어느 한 성이 충족하기 현저히 어려운 인사에 관한 기준이나 조건을 적용하는 것도 차별로 본다. <개정 1999.2.8>

34) Susanne Bär, KrimJ 1996, 242(254f.). Vgl. zum Nachtarbeitsverbot (aufgehoben durch BVerfGE 85, 191).

관련되며, 이는 사적 자치의 원칙으로 문제를 규율할 수 있고, 국가나 지방자치단체 등의 활동에 대하여는 공공복리의 원칙에 따른 다른 특수한 법원리에 따라 적용될 수 있으므로 이에 따라 법률관계의 효과와 법적 분쟁절차도 달라지게 된다.

공법과 사법을 구분하는 기준에 있어서 그 법을 통하여 보호하고자 하는 법익이 공익인가 사익인가에 따른 이익설, 법률관계의 주체가 국가인가 혹은 개인인가에 따른 주체설, 법률관계의 성질이 평등한 수평적 법률관계인가 위계적인 수직적 법률관계인가에 따른 법률관계설 등, 다양한 기준이 제시되지만 두 영역 사이를 나누는 한계설정 기준의 범주는 논쟁의 여지가 있다. 이들 구분기준은 예외를 형성하므로 완전한 구분 기준을 세우기는 어려우나 일반적으로 법이 규정하는 권리, 의무의 주체가 공권력의 향유자인가의 여부에 따라 구별하는 주체설이 취해지고 있다. 이에 의하면 개인과 개인 간의 관계를 규율하는 것은 사법이 되고 개인, 국가나 국가의 조직과의 관계를 규율하는 것이 공법이 된다.³⁵⁾

설명한 것처럼 공·사법 구분에 대한 실익에 의문이 제기되기도 하지만 공·사법의 구분을 인정한다고 하더라도 그동안 공·사법 영역의 구분에는 적지 않은 변화가 있었다. 20세기 초부터 자본주의의 부분적 모순을 수정하기 위한 노동법, 경제법, 사회보장법 등 중간영역인 사회법의 출현이라든가 기존에는 사적 자치에 맡겨졌던 자유주의적 법 원리는 보완되었고, 공법의 사법화현상이라든가 공법관계의 특별한 법적 효력에 대한 축소 등 공·사법의 수렴현상이 나타났다. 이러한 변화는 한편으로는 실질적으로 공·사법 구분의 필요성을 약화시키고, 한편으로는 공법 영역의 확대화가 일어나고 있다.³⁶⁾

법에서 자유로운 영역이라는 의미에서 국가로부터 자유로운 영역이 거의 없음에도 불구하고 국가는 개인의 존엄과 기본권을 보장할 의무가 있다. 국민의 기본권에 대한 보장은 법으로 규율된 자유의 공간을 보장받는 것이다. 자유로운 공간은 예를 들어 사적으로 자율적인 경제교역을 가능하게 한다는 것이다. 이러한 자유로운 관계의 안전이 필요한 한, 시민은 자유공간을 법적으로 제공받는다. 개인영역에 있어서도 각 개인은 공적인 통제의 복종 없이 자신의 친밀한 부분에 대하여 보장받을 수 있어야 한다. 다른 한편 국가는 시민의 개인적인 교류에서 불평등한 기회를 갖게 되는 때에는 시민의 자유에 대한 기본권을 보호하여야 한다.

35) Vgl. nur Theo Mayer-Maly, Recht, in: Görres-Gesellschaft (Hg.), Staatslexikon, Band 4, 7. 1988, S.677.

36) 김선욱, "공·사 영역에 대한 법여성학적 고찰", 「여성학논집」 제13집, 1996, 365~366면.

2. 여성주의적 분석

(1) 법에서 시민과 주부

전통적으로 유지되어 온 공·사 영역의 개념은 우선 공적 영역의 개념이 선행하고 사적 영역의 개념은 이와 대비되는 경향이 있다. 이에 공적 영역은 더 중요하거나 우월한 가치를 지니며, 이에 비해 사적 영역은 '열등한, 부차적인' 상대적 개념으로서 존재한다. 또한 남성은 공적 영역을 여성은 사적 영역을 점하는 것이 가장 타당한 질서로 규정되어 왔다.³⁷⁾ 법의 역사에서 볼 수 있듯이 법은 20세기가 되기 전까지만 하더라도 공적 영역은 남성이 지배해 왔고, 여성은 사적인 영역에 속했으며, 사적 영역 안에서도 남성에게 복종해 왔다. 여성은 오랫동안 공적-시민권을 갖지 못했으며, 교육권, 선거권, 집회와 결사의 자유를 갖지 못했다. 그들은 법적으로 부와 남편의 폭력 하에서 있었다. 그러나 여성은 헌법에 의해 평등하게 대우받기 시작했으며(헌법 제36조), 가족 법의 영역에서도 처는 남편에 대한 종속에서 벗어나기 시작했다. 여성이 혼인을 하게 되면, 남편이 처의 재산을 관리하고 때로는 처분도 가능하였으나, 1960년 개정민법은 부부별산제로 여성도 자신의 재산에 대하여 처분권을 갖게 되었다. 자녀양육의 결정권 역시 부에게 있었으나, 1991년 이후 여성도 부모로써 남편과 동등한 권한을 갖게 되었다. 이렇듯 기존의 사적 영역으로 간주되었던 것에 국가가 개입하여 부부의 권리가 동등하도록 개선하였고, 여성 역할의 정형화가 수정되면서 여성에게 실질적인 자유와 평등의 증진을 가져오게 되었다.

(2) 폭력

폭력은 개인의 자율적인 자유에 반한다. 우리나라에서는 1980년대 이후부터 가정폭력이 가정 내의 문제가 아니라 사회나 국가가 공동으로 대처해야 할 사회문제라는 인식이 여성단체를 중심으로 확산되기 시작하였다. 이에 1997년 12월 13일 가정폭력특별법이 제정되어 1998년 7월 1일부터 시행하여 오고 있다. 가정폭력처벌법에서는 가정 내에서 발생하는 모든 폭력 중에서 형법 및 특별법상의 일정한 범죄유형에 해당되는 폭력위반을 가정폭력범죄에 포함시켜 처벌의 대상으로 하고 있다. 따라서 이 법에 의할 때 가정폭력범죄란 가정폭력을 통하여 형법상의 상해와 폭행의 죄, 유기와 학대의 죄, 아동학사죄, 체포감금죄, 협박의 죄, 명예훼손에 관한 죄, 주거침입의 죄, 사기와 공갈의 죄, 손괴의 죄를 범하는 경우를 말하게 된다. 그리고 이 법에서는 아동복지법에서

37) 장필화, "여성주의(feminism)의 이론과 실천", 「여성연구」 제11권 제1호, 2001, 158~159면.

규정하고 있는 아동보호의무 위반행위도 포함한다.

여성은 법적으로 아버지와 남편의 폭력 하에 있었다. 새로운 여성운동의 커다란 공헌은 1970년대 여성에 대한 폭력이 주제화된 것이며, 이를 사건화 한 것이다. 우선 각각의 폭력, 소위 사적인 영역에서 남성이 여성에게 그리고 자녀에게 행하는 폭력과 관련되었다. 공·사영역의 완고한 분리는 남편의 폭력행위의 결과에 있어서도 공·사 영역에 따라 구분되어 평가되었다. 공원에서 낯선이가 강간한 것은 범죄행위가 되나 남편이 행한 강간은 단지 개인적인 불행이거나 혹은 일어날 수 있는 일이라고 생각했다. 새로운 여성운동은 가족 내에서 일어나는 가정폭력, 부부강간, 성적학대 그리고 경제적 의존성을 통한 구조적인 폭력을 탄핵했으며, 국가가 이것을 공격해 줄 것을 요청하였다.

1970년 대법원은 부부간의 강간죄 성립을 부정하였으나,³⁸⁾ 이후 2004년 서울중앙지법 판결에서 이혼 위기에 있는 부인을 성폭행한 남편에게 강제추행 혐의를 적용한 판결이 나왔으며,³⁹⁾ 그 후 2009년 1월 16일 부산지방법원⁴⁰⁾은 필리핀 아내를 흥기로 위협해서 강제로 성관계를 가진 혐의로 기소된 남편에 대하여 유죄판결을 내렸다. 이 판결은 부부 사이에도 강간죄가 성립한다는 법원의 첫 판결이다.⁴¹⁾

(3) 여성주의적 비판 : 법과 공·사 영역의 분리

공·사적 영역의 분리가 약화되면서 공·사 영역을 통합하고자 하는 시도는 여성 혹은 남성도 마찬가지로 어느 한 영역에 속하는 정형화된 관념에서 벗어나게 하는 것이 인간의 자유와 평등을 보장하는데 공헌할 수 있다고 할 수 있다. 이런 의미에서 공·사영역의 구분을 제거하거나, 이 두 영역간의 유기적 연결을 보장할 수 있는 사회적 노력의 필요성이 제기된다.⁴²⁾

그러나 국가는 법의 형식을 통하여 무엇이 사적인 문제이고 무엇이 공적인 것인지를 결정한다. 이는 법이 이러한 분리를 정당화할 수 있는 수단이 되기 때문이다. 그렇다면 결국 법의 문제는 규범의 수단으로써의 법이 어떻게 이 두 영역 간에 존재해야 하며, 또한 어떻게 기능할 수 있는가가 문제일 것이다. 국가(법)의 개입이 사적 영역으로 확대되어 그동안 사적 영역으로 간주되었던 곳까지 관여한다. 관례는 부부간의 성관계가

38) 대판 1970.3.10, 70도29.

39) 서울지법 2004.8.20, 2003고합1178.

40) 부산지법 2009.1.16, 2008고합808.

41) 김학태, "아내강간에 대한 법이론적 논쟁과 판례분석에 관한 연구, 「외법논집」 제34권 제1호, 2010, 149~160 참조.

42) Susanne Bär, KrimJ 1996, 242(254f.).

상대방의 성적 자기결정권을 무시하면서까지 보장될 수 있는 권리가 아님을 일깨운다. 그러나 다른 한편 현대 사회의 상황에서 국가의 '공적 가부장성'을 우려하는 목소리도 있다. 이는 개인적인 문제를 법적인 문제로 할 수 있는지 혹은 할 수 있다면 어느 정도까지 어떠한 방법으로 그것이 가능한지에 대한 질문이기도 하다.⁴³⁾ 이러한 현상에 대한 우려는 '우리나라의 최근 민법개정을 관찰하여 볼 때, 입양제도나 부부간 이혼 등에 있어서 국가의 개입이 강화되고 있는 것과 연계하여 또한 건강가정기본법의 제정 이후 가정에 대한 국가의 개입이 어느 정도까지 혹은 어떻게 개입해야 하는가'⁴⁴⁾에 대한 질문을 통하여 알 수 있다.

여성주의적 입장은 법을 기본적으로 규범의 수단으로써 받아들이고, 법의 여성해방을 위한 잠재력은 시도 되어야 하며, 침해당하는 자는 규범을 이용하여 침해로부터 자유로울 수 있어야 한다는 것이다. 여성주의는 강제적으로 공·사 영역을 분리하는 것에 문제를 제기하면서도 사적인 영역에서 여성을 위한 권리를 요청한다. 이와 관련된 문제에서 Susanne Bär는 평등규정의 해석은 갈등관계에 있어서 불이익을 당한 자들의 권리가 출발점이 되어야 한다고 하였다. 이를 통해서 계급은 축소되어야만 하며, 사적인 자유 영역에서 계급화(Hierarchisierung) 되어 가는 것을 막아야 한다고 보았다. 예를 들어 처는 남편의 폭력에 더 이상 굴복하지 말아야 하고, 법은 그들의 신체와 성적인 감성을 보호하여야 한다. 계속해서 사적인 거래에 있어서도 국가는 차별을 금지하여 성으로 인하여 차별과 불이익을 당하는 것을 보호하여야 한다. 이를 위한 규정들은 헌법이 규정하고 있는 기본권을 위한 보호의무기능을 풍요롭게 할 수 있을 것으로 본다.

V. 성역할의 구조와 법을 통한 성

1. 기본가정: 법에서 남성과 여성의 존재

분명히 법이나 국가철학이론에서는 두 가지의 생물학적인 성인 남녀가 존재하며, 이들의 일정한 성역할이 있다. 이러한 이론은 지배적인 일상화된 것으로 인간은 자연적으로 남성 혹은 여성이라고 인식한다. 법 역시 이러한 가정을 배경으로 한다. 헌법 제 36조에서 혼인과 가족생활에서 양성(남녀)을 언급하고 있으며, 이런 의미에서 민법에

43) T.S Dahl, Women's Law, 1987, p. 15.

44) 양현아, "한국가족과 국가의 관계고찰-최근가족관계법의 변화를 중심으로-", 「젠더법학세미나」, 제1집, 젠더법학회, 2008, 6~25면.

서의 혼인은 남녀를 의미하며, 법은 이에 대한 특별한 보호를 규정하고 있다. 성 역할 분담에서 가사노동에 대한 것은 남녀평등의 실질적인 평등을 실현하기 위하여 해결해야 할 가장 중요한 문제이며, 또한 해결하기 어려운 문제일 것이다.

2. 성 역할분담에서 가사노동에 대한 평가와 딜레마

(1) 법이 이상형으로 생각한 가정주부형모델

법은 성역할분담과 그리고 역할분담에서 여성은 가사노동을 담당하는 자로 전제되었다. 경제활동을 공적 영역으로 보는 반면 육아나 가사는 개인의 일 혹은 개인의 책임으로 본다. 18세기 산업혁명이 시작된 이후, 민법에서 혼인의 '성공모델'은 경제활동과 가사노동 간의 노동분업이며, 이것은 최소한 당시 19세기의 '성계약(Sexual Contract)'에서 담고 있었다.⁴⁵⁾

혼인의 이상적인 모델은 남성과 여성의 교환관계를 기본으로 한다. 남편은 재정공급을 통하여 가정을 부양하는 반면, 아내는 가사노동과 복종을 통하여 서로의 역할을 교환하게 된다. 당시 성역할의 양극은 법에서도 지배적이었으며, 시민의 이상적 모델이었다. 가정주부형인 이상적 모델은 단지 가족법에서 뿐만 아니라 노동법, 세법 그리고 사회법을 제정하는데도 작용하였다.

(2) 가족법에 나타난 성역할분업과 가사노동

1960년 제정민법은 당시 가정 내에서의 성역할분담과 이에 따른 부부간의 권력관계를 잘 보여 주고 있다. 민법 제833조 1항에 따르면 부부의 공동생활에 필요한 비용의 부담은 당사자 간에 특별한 약정이 없으면 부가 이를 부담하도록 하였다. 남성에게 가족의 부양책임을 지도록 한 것은 대부분의 경제활동을 하는 자는 남성이기 때문이다. 경제활동을 하는 남성은 공적 영역에 속한 자이며, 가정 내에서는 가족의 부양자이다. 반면 처와 자녀는 피부양자로 존재하였다. 당시 가정 내에서 가사노동과 자녀양육 그리고 시부모 봉양 등 여성의 역할은 노동으로의 가치를 평가받지 못했으며, 역할의 중요성에 대해서도 그다지 인식하지 못했다.

이러한 규정들은 점차적으로 여성과 남성의 역할을 구분하는 형태를 성 중립적인 형태로 바꾸기 시작했다. 1990년 개정을 살펴보면, 앞서 소개한 민법 제833조의 규정은

45) 칸트에 의하면 여성은 혼인계약을 통하여 단지 남성의 소유물이 된다. 사회계약은 성계약을 근거하고 있다(Carlo Pateman, in: Herta Nagl-Doerckal.u.a.(Hg.), Philosophie, 1996. 174 191ff.).

가족의 부양을 위해서 따로 규정하지 않는 한 남녀 모두에게 동등한 의무가 있다고 개정되었다.

이렇듯 가족법의 개정은 성역할을 구분 짓는 규정에서 중립적인 입장으로 변화하였으며, 가사노동에 대한 가치평가가 이루어지기 시작했다. 1990년 재산분할청구권의 신설은 가사노동과 자녀양육의 역할을 맡아 생활하여 온 여성의 노동을 제도적으로 평가한 것으로 볼 수 있다. 부부별산제하에서 가정주부인 여성은 실질적인 소득을 얻을 기회가 없어 자신의 재산을 형성하는데 배제되었다. 그러나 1990년 이후 재산분할청구권을 통하여 이혼하는 여성은 가사노동을 평가받을 수 있게 되어, 혼인 중 협력하여 이룬 재산을 분할 받을 수 있게 되었다.

(3) 가사노동에 대한 가치평가

1) 남성의 가사노동의 경제적 가치평가

가정은 은신처, 보금자리라고 말하기도 한다. 여성보다 가사노동을 훨씬 덜 하는 남성에게 가정은 은신처로써 적어도 여가의 장소로 경험될 수 있다. 그러나 거의 모든 여성에게 가정은 상당량의 일을 해야 하는 장소이다. 시간할당에 대한 연구는 여성이 상황과 관계없이 남성보다 훨씬 많은 가사 노동을 하는 일관된 패턴을 보여준다. 전일제 취업을 한 여성은 직무 이외에도 가사노동을 하지만, 남편들의 가사노동에 대한 참가율은 저조하다⁴⁶⁾.

그렇다면 가사노동에 대한 가치평가는 어느 정도일까? 2004년 한국여성개발원의 연구에 의하면 가사노동의 가치를 111만원으로 추산하고 있다.⁴⁷⁾ 이러한 가치평가는 일반 가사노동이 어느 정도의 경제적 가치가 있는가를 제공해 준다. 물론 이러한 산정은 처로서 혹은 모로서 추가될 수 있는 가치를 제외한 단순한 노동의 경제적 가치를 환산한 것이다. 부부재산분할에서 이러한 평가가 수용될 수 있는 부분은 가사노동의 가치

46) 2008년 서울시 여성가족재단이 발표한 '서울 여성의 성인지 지표에 따르면 맞벌이 부부의 경우 여성은 하루 평균 2시간 55분을 가사노동에 할애하는 반면 남성은 1시간 1분을 투자했다. 1999년에 비해 여성은 11분이 줄고 남성은 3분 늘었다(http://kefplaza.com/labor/cm/news_view.jsp?idx=24596).

47) 국내 20세 이상 전업주부의 무급 가사노동 가치가 1인당 월 111만원으로 추산됐다. 여성개발원에서 열린 2004년 생활시간 조사 분석 세미나에서, 전업주부의 무급 가사노동 가치가 국내총생산의 28%인 219조원에 이른다고 밝히고 있다. 전업주부 1인당 무급 가사노동 가치는 월 111만원, 연간 1,337만원이었으며 무급 가사노동 시간은 1일 평균 5시간 49분으로 나타났다.

가 최소한 이 정도의 수준은 된다는 것을 의미이며, 가사노동의 가치가 일괄적으로 이 정도 가사노동의 가치는 의미는 아닐 것이다.

반면 여성의 경제활동으로 인해 맞벌이 부부가 증가하고 있는 상황에서 경제활동을 하는 여성은 가사노동의 이중부담을 안고 있다. 이에 가사노동만을 전담하는 여성과의 차별이 야기될 수 있다는 점도 우려된다. 이에 가사노동에 관한 문제에 있어서 정책적으로 남성, 국가, 기업 등의 공동참여를 통하여 여성의 가사노동에 대한 부담을 줄이려는 노력이 요구된다.

2) 법원의 평가

판례는 손해배상사건에서 사망이나 불구로 인한 가정주부의 일실수익의 산정방법으로서 '소득상실산정방식'을 취하고 있다. 즉, 가정주부의 일실이익은 학력·경력·가정주부로서 구체적인 사례에 맞게 산정해야 하며 가정부의 수입만으로 산정한 것은 위법하다고 한다.⁴⁸⁾ 그리고 가정주부의 수입은 최소한 농촌의 일용노동임금을 초과해야 한다고 하면서,⁴⁹⁾ 보통 도시에 사는 전업주부에 대해 도시의 일용노임을 기준으로 일실수입을 산정한다.⁵⁰⁾ 그러나 판례가 소득상실산정방법을 취하는 것은 가사노동의 가치를 매우 낮게 평가하는 결과를 가져오므로 부당하다고 보았다.⁵¹⁾

2005년에 서울남부지방법원에서는 전업주부의 가사노동 가치를 숙련도 높은 특수인부의 일당으로 계산하여 일당 65,000원으로 산정되기에 이른다. 이 경우는 월 143만원, 연봉 1,716만원의 수준에 이른다. 이러한 판결이 매우 전향적이긴 하지만 전업주부 피해보상액 산정에 있어 정규직 노동자의 경우에 준해 22일을 기준으로 한다는 것은 전업주부의 가정 내 역할이 22일로 한정될 수 없다는 점에서 재평가에 대한 재론 가능성 여지가 있다고 본다.⁵²⁾ 이처럼 전업주부들은 많은 가사노동을 하고 있지만 실질적으로 돈을 벌어오는 것은 아니라는 이유로 그들의 정당한 노동의 가치를 제대로 인정받지도 평가받지도 못하고 있다.

(4) 가족법에서의 경제활동에 대한 가사노동의 가치

1) 가사노동과 경제활동과의 동등한 역할교환

48) 대판 1968.12.24, 68다536.

49) 대판 1971.4.30, 71다467.

50) 대판 1987.10.26, 87다카346.

51) 이은영, 상계서, 148면.

52) 설대우, "전업주부 연봉을 찾아라", 「젠더리뷰」, Vol.11, 2008, 46~49면.

민법은 부부의 공동생활에 필요한 비용의 부담은 당사자 간에 특별한 약정이 없으면 부부가 공동으로 이를 부담한다(제833조)라고 규정하고 있다.

여기서 부양이라고 하는 것은 부부의 일방이 상대방의 생활을 자기의 생활과 같은 정도로 보장하는 것을 의미한다. 부부가 공동으로 공동생활에 필요한 비용을 부담한다는 것은 부부가 공동으로 생활비용을 부담해야 한다는 것을 의미하지만 여기서 공동 부담의 원칙이 반드시 혼인생활비용을 균등하게 부담해야 한다는 의미는 아니다. 이는 본질적으로 부양의무의 이행문제이므로 부부의 일방에게 경제적 능력이 없을 때에는 다른 일방이 모든 비용을 부담하여야 함은 물론이다. 가사노동도 생활비용의 부담으로 인정된다.⁵³⁾

법에서 이러한 중립적인 형식으로 규정된 민법 제833조의 규정은 첫 번째 선상에서 역할교환(Rollentausch)을 가능케 하였다. 여기에서는 두 가지의 원칙이 특징적이다. 부부관계가 성립되어 있는 동안 헌법적으로 보호된 각자의 노동역할에 대하여 부부가 결정할 자유가 보장되었으며, 자녀를 양육하거나 가사노동은 부양의 기여로 경제활동을 통한 부양의 기여와 동일한 가치가 있다는 것이다.⁵⁴⁾ 일방은 경제활동을 다른 일방 배우자는 가사노동을 하게 되는 경우 이는 각각의 위치에서 각자의 노동이 생활비용을 부담하는 것으로 본다.

2) 동등한 가치평가에 대한 허구

민법에서 혼인 생활 중 부부간의 부양의무는 경제활동과 가사노동이 동일한 가치를 지니는 것으로 해석될 수 있으나, 실질적으로 가사노동에 대한 가치평가는 동등하게 이루어지고 있지 않다. 이 문제는 이혼으로 부부관계가 종료되는 경우 재산분할에 나타나거나 또한 부부가 이혼을 하게 되는 경우 부양에 대한 문제에서 나타난다. 이혼 시 부부 재산분할청구에서 법원은 재산분할청구자의 혼인재산의 형성의 기여도를 참작하여 재산을 분할하고 있다. 이에 대체로 아내의 재산분할 비율은 33-50% 선에서 결정되는 편이다. 경우에 따라서는 가사업무에 대해 더 인색하여 20% 정도만을 인정하기도 한다.

3) 딜레마

오늘날의 여성에게서도 무임금의 가사노동은 중요한 작용을 한다. 연구결과에 의하

53) 이정희, 「가족법」, 법원사, 2008, 82~83면.

54) BVerfGE 17, 1.

면 가정 내에서 가사노동은 여성이 경제활동을 하든지 하지 않든지 간에 작용한다.⁵⁵⁾ 결국 자녀를 양육하고 가족을 돌보는 일은 항상 여성의 몫으로 존재한다.

남성들은 직업을 선택할 때 출산과 육아가 커다란 고민을 하지 않는다. 그러나 여성은 가정을 위하여 직업을 포기하거나 개인의 가정일로 노동시간을 제한한다. 여성은 가정과 직장의 합일점을 찾기 어려운 문제에 봉착한다. 이러한 현상은 결국 여성의 경제활동인구의 증가에도 불구하고 여성노동률은 시간제 노동을 증가시켰으며, 이것은 경제활동주거나 생존의 안전을 위하여 좋지 않은 결과를 가져왔다.⁵⁶⁾

이미 1970년대 사회학자들은 여성들이 현대사회에서 경력과 노동시간의 요청을 충족하기 위해서는 무보수의 가사노동을 위한 제2의 노동력을 필요로 한다고 보았다.⁵⁷⁾ 또한 이에 관하여 Maria Mies는 '여성을 위한 여성은 누구인가?'라는 질문을 던진다. 이 질문에 대한 답은 여성의 가사와 육아에 대한 노동은 다른 여성(실업 혹은 외국인 노동자)에게 위임된다는 것이다.⁵⁸⁾ 그러나 이러한 질문에서 우리가 생각해야 할 것은 '왜 여성을 위해 다른 여성이 필요한가?'이다. 왜 청소하고, 음식을 만들고 세탁을 하고 아이들을 돌보는 일은 '여성의 일'인가? 여성은 왜 이러한 일에서 탈피하지 못하는가?

여성에 대한 이러한 가사노동에 있어서의 책무와 사회적인 딜레마로부터 해결방안을 찾기 위한 사회학적 연구가 증가되기 시작했다. 법은 개인의 가사 일에서 그 임무를 수행하는 자의 노동조건에 대해서 눈감고 있는 상태였으나, 결국은 점차적으로 세금의 비용의 삭감을 통해서 이에 대한 접근을 시도 하였다.

(5) 계속되는 질문

여성운동에서 가사노동을 연구와 정치행동의 주요 쟁점으로 부각시키는데 도움이 되었다. 비천하고 반복적이며, 소외된 채로 수행되는 것이 보통인 가사노동의 본질이 무엇인가에 관심을 기울여왔다. 가사노동은 임금노동보다 덜 가치적이며, 사회적 지위를 부여하는 것도 아니고 경제적 독립을 가능케 하는 것도 아니다. 이러한 가사노동의 문

55) Statistisches Bundesamt/BMFSFJ(Hg.), Wo bleibt die Zeit? 2004, S.15.

56) Christian dressel/Waltraud Cornelißen/karin Wolf, in: Waltraud Cornelißen(Hg.), Gender-da-teneport, 2005, 268(289); siehe zu dieser Problematik Kapitel VI, Rn. 4, 25f.

57) Elisabeth beck-germsheim, Das halbierte Leben-Männerwelt beruf, Frauenwelt familie, 1980.

58) Maria S. Rerrich, in: Bernhard Schäfers (Hg.), Lebensverhältnisse und soziale Konflikte im neuen Europa, 1993, 93-102; Bridget Anderson, Doing the dirty work? The global politics of domestic labour, 2000; Grace Chang, Disposable domestics. Immigrant workers in a global economy, 2000; Marianne Friese, in: Claudia Gather u.a. (Hg.), Weltmarkt Privathaushalt, 2002, 223-237.

제를 어떻게 해결해야 할 것인가는 앞으로 주목되는 과제이다.

법여성학은 무보수의 가사노동에 대한 다양한 문제를 던진다. 이것이 법에서 어떻게 발생하고 어떻게 사회적으로 보장받을 수 있으며 그리고 남녀사이에서 성에 따라 역할을 분담하는 동기는 어디서 발생하는가? 하는 문제에 대한 답은 다양한 법영역에서 그리고 그들의 상호작용 속에서 연구되어야 할 것이다. 이러한 질문은 계속해서 보다 구체적으로 가족법상 세법상 그리고 사회법상의 테마이며, 이에 대한 관련법을 중심으로 검토 되어야 할 것이다.

3. 여성주의적 비판 : 성역할의 구조와 법을 통한 성

여성주의적 시각에서 성역할은 이미 오래전부터 사회적으로 구성되는 것이라고 인식되었다. 그들은 성(sex)이 사회적으로 구조화된 것이라고 보았으며, 그로 인해 생물학적 성이 자연적인 것이 아닌 남성적인 문화의 한 요소이고, 역사적인 발전의 결과라고 지적하였다. 이로 인해 여성주의적 시각은 하나의 범주에서의 성(sex)은 사회적인 이론으로 문제시 되어야 하며, 생물학적 성(sex)을 근거한 성역할이 존재하도록 해서는 안 되고, 남녀가 함께 구성되고 보호해야 한다고 본다. 법은 단지 여성 혹은 남성이 동일한 권리를 갖지 못할 때나 혹은 성차이가 일상생활에서 다양하게 혹은 남녀 양성적으로 표현 되어야 할 때, 관여해야 한다는 것이다. Luce Irigaray는 법은 “상징적 코드”이며, 이 상징적 코드는 사회적 성역할의 구조를 함께 나타낸다고 보았다. 여성의 인간적인 가치의 존재를 가능하게 하기 위해서 여성은 독자적이어야 한다. 법에서의 인간이 단지 남성을 고려한 인간으로 보여져서는 안 된다는 것이다.⁵⁹⁾ 이에 이리가라이(Irigaray)는 여성의 언어로 법을 다시 쓸 것을 주장하는데, 그것은 인간 존엄에 대한 권리, 인간 정체성에 대한 권리, 모자 상호간의 권리, 남성의 일방적인 결정에 대해 주거공간·전통·종교 등을 지킬 권리, 재정적인 차원의 권리, 교환체계의 동등한 권리, 세속적·종교적 결정의 장에서의 동등한 대표권 등이다.⁶⁰⁾ 그녀의 주장은 여성이 남성적 사회에서 독자적인 시민으로 법적 동질성을 보장받기 위해서는 ‘구체적으로 성을 차별화 한 시민법’이 있어야 한다는 것이다. 두 가지의 성이 관련된 법은 남성적, 여성적 성이 존재하는 것이 전제되고 양성성(Zweigeschlechtlichkeit)을 포함하여 구성 되어진 것이다.⁶¹⁾ 그러므로 법은 최소한 두 가지 기준 즉, 남성적인 것 그리고 여성적

59) Luce Irigaray, in: Ute Gerhard u. a. (Hg.), Gleichheit und Differenz, 1997, SS. 338~350.

60) Luce Irigaray, *This Sex Which Is Not One*, Cornell University Press, 1985, pp.80~85; 퀴스 이리가라이, 박정오 역, 「나, 너, 우리」, 동문선, 1996, 90~96면.

인 것을 근거해야 한다고 본다.⁶²⁾

한편, Andrea Maihofer는 성(sex)과 젠더(gender)의 차이는 사회적으로 구성되는 것이라고 본다. 그러므로 그녀는 “자연적인 성역할”은 존재하지 않는다고 생각한다. 그녀는 인간은 사회 구조에서 여성 그리고 남성으로 존재하는 것이라고 본다. 이에 법은 이러한 존재방식에 동일한 가치성을 보장하여야 하며, 어느 누구에게도 결정적인 성역할을 각인시키거나 삶의 방식을 확정하려 해서는 안 된다고 본다. 결국, Maihofer가 말하고자 하는 것은 형식적으로 동등한 법이 성역할이나 성적인 것의 목적을 실현하려고 해서는 안 된다는 것이다. 왜냐하면 이럴 경우 여성이 남성적 기준에 적응해야만 하기 때문이다. 그러므로 법은 최소한 두 가지 기준 즉, 남성적인 것 그리고 여성적인 것을 근거해야 한다고 본다.⁶³⁾ 그녀의 이러한 주장은 크게 공감할 수 있는 측면이 있다. 그러나 그녀는 법이 어떻게 구체적으로 남성적인 혹은 여성적인 것을 따로 구분해서 형성해야 하는가에 대하여 설명하지 못하고 있다. 이로써 이에 대한 설명은 여전히 우리의 과제로 남아 있는 것이다.

VI. 결 론

일반적으로 사람들은 법이 성 중립적이라고 생각한다. 이에 우리는 인간은 모두 법 앞에 평등하며, 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에서 차별을 받지 않는다는 헌법 규정을 떠올린다(헌법 제11조). 그러나 그 철학적 배경에서 언급하였듯이 법은 남성중심 사회와 문화 속에서 도출되어진 남성의 전유물이며 이에 법과 법이론은 여전히 남성을 주체로 삼는 경우가 허다하다.

오늘날 법이 형식적으로는 차별적 요소를 제거한 중립성을 띠게 되었다고 하더라도 이것은 형식적인 평등에 지나지 않는다. 여성은 여전히 일상 속에서 남성과 동등함을 느끼지 못하고 있다. 이에 본 논문은 여성주의적 시각에서 법이 기본적으로 가정되고

61) Susanne Bär, KrimJ 1996, 242(244, 250).

62) Andrea Maihofer, Geschlecht als Existenzweise, in: Institut für Sozialforschung (Hg.), Geschlechterverhältnisse und Politik, 1994, 168.(190ff., 185f.), dies., in: Ute Gerhard u.a. (Hg.), Gleichheit und Differenz, 351(664f.).

63) Andrea Maihofer, Geschlecht als Existenzweise, in: Institut für Sozialforschung (Hg.), Geschlechterverhältnisse und Politik, 1994,168.(190ff., 185f.), dies., in: Ute Gerhard u.a. (Hg.), Gleichheit und Differenz, 351(664f.).

있는 것들에 대해서 비판적으로 검토하였다.

우선 실정법에서 남녀의 동등하게 자유가 보장되고 있는가를 살펴보았다. 여성주의적 시각에서 현행법은 형식적으로 여성과 남성을 중립적으로 규정하고 있는 듯하나, 여성이 아닌 남성이 항상 대상의 주체가 되거나 기준이 되는 경우가 허다하다. 이에 법여성학자들은 노동법과 사회법의 규정은 남자인 일반노동자를 향하고 있으며, 그들의 삶은 임신이나, 자녀양육 그리고 부양과 관계된 가사노동을 통해서 나타나지 않는다고 비판한다. 여성의 생활은 항상 예외적으로 규정된다고 주장한다.⁶⁴⁾ 이에 법여성학자들은 법의 적용에 있어서 공간이 존재해야 한다고 주장한다. 이 공간은 평등의 독자적인 판단에 영향이 미치도록 하고, 이로 인해 겉으로 드러나거나 혹은 감추어진 성의 특수성이 차별받는 것을 반영하여야 한다는 것이다.⁶⁵⁾ 결국 법학적 재해석의 방법론은 성비판적인 것이 반영 되어야 한다는 것이다.⁶⁶⁾ 몇몇 여성학자들은 법의 성 중립성에 대한 대안으로 법은 남성적 그리고 여성적인 법의 주체가 동등한 가치를 갖게 될 때만이 공정하다고 말하면서 법은 성의 특수성에 따른 법규이어야 한다고 주장한다. 성의 특수성에 따른 법은 여성과 남성의 차이를 다르게 적용함으로써 실질적인 평등이 실현될 수 있도록 하여야 한다는 것이다. 그동안 여성발전기본법상 '적극적 조치'의 규정을 통해 남녀의 실질적 평등을 도모하였으며, 헌법재판소의 결정에서 제대군인 가산점제를 폐지하는 등 역시 남녀의 간접차별에 대한 문제를 해소하고자 하는 노력이 있었다. 그러나 직접·간접차별에 대한 문제는 여전히 우리가 안고 있는 과제가 아닐 수 없다.

다음은 법에서의 사적·공적 영역에 대한 분리에 대하여 살펴보았다. 오래전부터 여성은 공적 영역이 아닌 사적영역에 속한 존재였다. 최근 2005년 폐지된 호주제를 살펴 보더라도 가의 호주는 남성이고 여성은 그 가의 일원으로 호주인 남성의 가에 속하였다. 공적 영역을 지배하는 것은 남성이고 가족의 가장으로 가족을 지배하고 대표하는 것은 남성이다. 법의 여러 영역에서 공·사 영역은 분리되어 있다.

여성주의는 공·사적 영역의 분리는 제거 되어야 한다고 주장한다. 이러한 시도는 여성 혹은 남성도 마찬가지로 어느 한 영역에 속하는 정형화된 관념에서 벗어나게 하는 것이 인간의 자유와 평등을 보장하는데 공헌할 수 있다고 본다. 이런 의미에서 공·사

64) Sabine Berghahn, in: Maria Oppen/Dagmar Simon (Hg.), Verharrender Wandel. Institutionen und Geschlechterverhalten, 2004, SS. 99~138.

65) Susanne Bär, KrimJ 1996, 242(248f.); Jutta Limbach, in dies,u.a.(Hg.), Rechtsalltag von Frauen, 1988, 169(174f.).

66) Elisabeth Grief/Eva Schobesberger, Einführung in Feministische Rechtswissenschaft, 2003, S.105ff.

영역의 구분을 제거하거나, 이 두 영역 간의 유기적 연결을 보장할 수 있는 사회적 노력의 필요성이 제기된다.⁶⁷⁾

여성주의는 강제적으로 공·사 영역을 분리하는 것에 문제를 제기하면서도 사적인 영역에서 여성을 위한 권리를 요청한다. 이와 관련된 문제에서 Susanne Bär는 평등규정의 해석은 갈등관계에 있어서 불이익을 당한 자들의 권리가 출발점이 되어야 한다고 하였다. 이를 통해서 계급은 축소되어야만 하며, 사적인 자유영역에서 계급화(Hierarchisierung) 되어 가는 것을 막아야 한다고 보았다.

다음은 성역할분리에 대한 법에서의 기본가정에 관한 것이다. 법은 남성과 여성의 영역을 분리하고 또한 그 속에서 역할분담이 이루어지도록 하고 있다. 법이 이상형으로 삼고 있는 것은 가정주부형모델이다. 성역할분업에서 가사노동을 담당하는 것은 대부분 여성이며, 가사노동은 무보수라는 점에서 가사노동의 문제를 어떻게 극복할 것인가는 중요한 논제가 아닐 수 없다. 법에서 가사노동은 저평가되고 있으며, 가사노동은 여성의 노동이라는 점에서 뿌리 깊은 성역할의 분리는 여전히 지속될 수밖에 없는 딜레마에 빠지게 된다.

법여성학은 무보수의 가사노동에 대한 다양한 문제를 던진다. 이것이 법에서 어떻게 발생하고 어떻게 사회적으로 보장받을 수 있으며 그리고 남녀사이에서 성에 따라 역할을 분담하는 동기는 어디서 발생하는가? 하는 문제에 대한 답은 다양한 법영역에서 그리고 그들의 상호작용 속에서 연구되어야 할 것이다. 이러한 질문은 여전히 가족법상 세법상 그리고 사회법상의 테마이며, 이것은 관련법을 중심으로 이러한 문제들은 계속해서 검토 되어야 할 것이다.

참고문헌

단행본

계희열, 「헌법학(중)」, 박영사. 2007.

국가위원회, 「차별관련법령실태조사」, 국가인권위원회. 2003.

김홍영 외, 「법여성학」, 형설출판사. 2003.

박선영 외, 「헌법상의 여성관련조항 개정방안」, 한국여성정책연구원. 2007.

67) Susanne Bär, KrimJ 1996, 242(254f.).

- 박은정, 「양성평등의 법철학적 접근」, 박영사, 1995.
 양현아, 편, 「법여성학을 향하여」, 사람생각, 2004.
 유병화, 「법철학」, 박영사, 1987.
 이상돈, 「법철학」, 법문사, 2003.
 이은영, 「법여성학 강의」, 박영사, 2002.
 이재경 외, 「여성학」, 동녘, 2007.
 이창순, 정진성 편역, 「페미니즘과 포스트모더니즘의 만남」, 한울 아카데미, 1997.
 이현재), 「여성의 정체성- 어떤 여성이 될 것인가」, 책세상, 2007.
 조 형, 「양성평등과 한국의 법체계」, 이화여대출판부, 1996.
 한국여성연구회, 「여성학 강의」, 동녘, 1996.

논문

- 김선옥, “공·사영역에 대한 법여성학적 고찰”, 이화여자대학교한국여성연구원 「여성학 논집」 제13집, 1996.
 김용민, “메리 울스틴크래프트의 페미니즘 재조명: 루소에 대한 비판을 중심으로”, 숙명 여자대학교 아시아여성연구소, 「아시아여성연구」 제43집 제2호, 2004.
 양현아, “한국가족과 국가의 관계고찰-최근가족관계법의 변화를 중심으로”, 「젠더법학 세미나 1집」, 젠더법학회, 2008.
 이은영, “한국여성관련법의 변천과 법여성학의 전개”, 「법여성학을 향하여」, 이화여자대학교 한국여성연구원, 2004.
 장필화, “여성주의(feminism)의 이론과 실천”, 「여성연구」, 부산대학교 여성연구소, 제 11권 제1호, 2001.
 전해정, “법학교육과 법여성학방법론에 대한 보고”, 「한국법학젠더연구회발표모음」, 한국젠더법학연구회, 2007.
 차인순, “법의 중립성과 성인지적 관점: 평등원칙을 중심으로”, 「한국여성학」 제17권 1호, 한국여성학회, 2001.
 최승재, “성 중립성과 성 평등성- 입법을 중심으로”, 「법제」, 2007.
 최일숙, “미국여성주의 법학의 소개”, 「한국젠더법학연구회 발표문모음」, 한국젠더법학연구회, 2007.

Andrea Maihofer Geschlecht als Existenzweise, Institut für Sozialforschung (Hg.).

- Geschlechterverhältnisse und Politik, 1994.
- Angelika Wetterer Konstruktion von Geschlecht, Ruth Becker (Hg.), Handbuch frauen-und Geschlechterforschung, 2004.
- C. Gould(1984), Beyond Domination- New Perspectives on Women and Philopht, Rowman Allanheld Publishers, 1984
- Carlo Pateman, Herta Nagl-Docekal.u.a.(Hg.), Philosophie, 1996.
- Carole Pateman), Herta Nagl-Docekal u.a.(Hg.), Politische Theorie, 1996.
- Catherine A. MacKinnon), sexual Harassment of working women: A case of sex discrimination(New York Haven: Yale UP 7. 1979.
- Christoph Enders, Kral Heinrich Friauf u. a. (Hg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 13. EL Stand, vor Art. 2005.
- Claude Thomasset Von der Natur der Fraum in: Georges Duby/Michelle perrot(Hg.), Geschichte der Frauen, Bd. 2, Mittelalter, Hg. von Christiane Klapisch-Zuder, 1993.
- Doris Alde, Die Wurzel der Polaritäten. Geschlechtertheorie zwischen Naturrecht und Natur der Frau, 1997.
- Elisabeth Grief/Eva Schobesberger, Einführung in Fiministische Rechtswissenschaft, 2003.
- Eva Kocher Geschlechterdifferenz und Staat, KJ. S. 1999.
- Frances Olsen. Das Geschlecht des Rechts, Kritische Justiz, 1990.
- Giulia Sissa, Platon, Aristoteles und der Geschlechtsunterschied, Georges Duby/Michelle perrot(Hg.), Geschichte der Frauen, Bd. 1, An Bde, Hg. von Pauline Schmitt-Pantel, 1993.
- Habermas, Wie ist Legitimitaet durch Legalitaet moeglich?, KJ, 1987.
- Jean-Jacques Rousseau Gesellschaftsvertrag, I. Buch 6. Kapitel und 8. Kapitel, Nachdruck, 1977.
- Jutta Limbach.(Hg.), Rechtsalltag von Frauen, Frankfurt am Main : Suhrkamp, 1988.
- Luce Irigaray, Ute Gerhard u. a. (Hg.), Gleichheit und Differenz, 1997.
- Sabine Berghahn, in: Maria Oppen/Dagmar Simon (Hg.), Verharrender Wandel. Instisutionen und Geschlechterverhaltenisse, 2004.
- Selma Sevenbuijsen, Helga Braun u. a. (Hg.), Globale Gerechtigkeit, (1997.
- Susanne Baer, Dilemmata im Recht und Gleichheit als Hierarchisierungsverbot, Krimj, S. 1996.

- Theo Mayer-Maly, Recht, Görres-Gesellschaft (Hg.), Staatslexikon, Bnad4, 7. 1988.
Tove Stang Dabl Frauen zum Ausgangspunkt nehmen: der Aufbau eines Frauenrechts,
Streit, 1986.
Tove Stang Dahl, Women's Law, Universitetsforlaget, 1987.
Ute Gerbard Atempause. Feminismus als demokratisches Projekt, München, 1999.
Ute Gerhard Gleichheit ohne Angleichung, Frauen im Recht, München: Beck. 1990

[Zusammenfassung]

Grundannahmen des Rechts in feministischer Kritik

Cho Eun-Hee

Professor, Law School of Jeju National Univ.

Es wird oft davon ausgegangen, dass das Recht geschlechtsneutral ist. Das Recht basiert aber immer auch auf eigenen grundlegenden Annahmen, wie z.B. der Annahme der Freiheit und Gleichheit aller Menschen. Feministische Rechtswissenschaftler/innen problematisieren nicht nur einzelne Rechtsaspekte oder rechtspolitische Zielsetzungen, sondern immer wieder auch solche Grundsätze, die oft nicht mitgedacht werden.

In meiner Arbeit wurde gezeigt, dass der Grundannahmen, wie die Garantie der gleichen Freiheit aller durch den Gesellschaftsvertrag, ursprünglich die Garantie der gleichen Freiheit von Männern durch den Gesellschaftsvertrag war. Feministische Analysen haben herausgearbeitet, dass nach traditionellen liberalen Theorien nur Männern vollwertige Staatsbürger sind. bzw. werden können. Frauen dagegen sind wegen ihrer "natürlichen Qualität", Frauen zu sein, auf den passiven Staus festgelegt. Dem traditionellen Verständnis nach denken nur Männer allgemein und vernünftig, seien also zur Selbstgesetzgebung fähig.

Sind heute die Rechte von Mann und Frau gleich? Ist die gleichen Freiheit von Männern und Frauen durch positives Rechts garantiert?

Man nimmt an, dass im geltenden Verfassungsrecht sich der Grundgedanke, die

gleiche Freiheit aller Menschen zu garantieren, auch im Grundsatz der Menschenwürde und der Bindung der staatlichen Gewalt an die Grundrechte spiegelt.

Am Grundsatz formaler Rechtsgleichheit und den feministischen Gleichheitspositionen wird kritisiert, dass sie nur zu einer gesellschaftlichen Gleichstellung von Frauen führen, wenn Frauen sich an die traditionelle, männerorientierte Lebenswelt anpassen.

Das formal gleiche, "neutrale" Recht ist solchen Kritiken zufolge wesentlich männerzentriert.

Feministische Rechtswissenschaftler/innen reflektierten zudem, dass auch bei der Rechtsanwendung Raum bleibt, die eigene Vorstellungen von Gerechtigkeit einfließen zu lassen und damit auch offen oder verdeckt geschlechtsspezifisch zu diskriminieren.

Als eine der grundlegenden Einteilung des Rechts wird die Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht betrachtet. In der feministischen Diskussion wird die Trennung öffentlicher und privater Bereiche in Frage gestellt. Feministische Positionen, die das Recht grundsätzlich als Regelungsinstrument akzeptieren, versuchen das emanzipatorische Potenzial des Rechts für Frauen und andere Benachteiligte nutzbar zu machen.

Key Words : Gerechtigkeit, Neutralität des Rechts, Geschlechtsrolle, Geschlecht durch Recht, feministische Kritik.