

동성결혼에 따른 현대결혼제도의 위기에 관한 검토

The Review of the Crisis of Modern Marriage System through the Homosexual Marriage

Ki Ok Hong*

Instructor of Police Training Institute

Abstract

Our country, one that sustained a patriarchal extended family system throughout history, has come face-to-face with a threat to its family system stemming from the disintegration of extended families, nuclearization of families, increasing divorce rates, growing number of single parent or grandparent-headed households, and the lowest birth rate among OECD nations in the modern era. If current trends hold, the Korean population is expected to dwindle down to 20 million by 2030. Some radical studies go as far as predicting that Koreans will go extinct by 2050. In addition, homosexual marriage, not heterosexual marriage, has newly emerged as a social phenomenon, and the media is boiling over with the issue of legalizing it. The homosexual marriage is permitted in almost twenty countries such as the Netherlands, Canada, Denmark and so on. The couples of Kim Jo Gwang-su and Kim Seung-hwan got married on September 7, 2013 and submitted the marriage declaration. However, it was not accepted due to the reason that there is no civil marriage agreement between the parties. Hence, they filed for the homosexual marriage for the first time in the nation on May 21 this year. It is implied that the equality of gender in the marriage concept of Article 36 Provision 1 of our constitution isn't necessarily the marriage between a man and a woman. With regard to the dispute on whether the homosexual marriage is included in the marriage concept, the permission on the homosexual marriage is left as an issue of the constitutional interpretation until a specific regulation is included in the Constitution of the Republic of Korea or a separate law is introduced as the marriage replacement system.

* Tel. +82-41-536-2417. E-mail. hongpojol@naver.com

Submission & Publication Process

Received: Oct. 21, 2014 / Revised: Nov. 18, 2014 / Accepted: Nov. 21, 2014

Key words: heterosexual marriage, equality of gender, homosexual marriage.

국문초록

전통적으로 가부장적 대가족제도를 유지하여 왔던 우리나라가 현대이후 대가족해체, 핵가족화, 이혼율 증가, 한 부모 내지 조손가족 증가, OECD국가 중 최저 출산율 등으로 가족제도의 위기를 맞고 있다. 이대로 가면 대한민국은 2030년 이후 인구가 2천만으로 감소하고 2050년 이후 한민족이 멸망할 것이라는 극단적 전망까지 나오고 있다. 이에 더불어 양성간의 결혼이 아닌 동성간 결혼문제가 새로운 사회적 현상으로 등장하고, 이에 대한 법적 허용을 둘러싸고 사회적 여론이 비등하고 있다. 현재 네덜란드, 캐나다, 덴마크 등 20개국 가까운 서구제국에서 동성간의 혼인을 허용하고 있다. 김조광수, 김승환 커플이 2013년 9월 7일 공개 결혼식을 하고 12월 10일 서대문구청에 혼인신고서를 제출했으나 13일에 “민법상 당사자간의 혼인의 합의가 없다”라는 이유 등으로 불수리 처분을 받았다. 그래서 금년 5월 21일에 우리나라 최초로 동성혼 소송을 제기하였다. 우리나라 헌법은 제36조 제1항에서 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다”고 규정하고 있는데, 여기서 “양성의 평등”을 반드시 이성간의 결합만을 의미하는 것은 아니다. 혼인의 개념에 동성간의 결합이 포함되는지 여부에 관한 논란은 결국 헌법에 명시적 규정을 두거나, 혼인대체제도로 개별법이 도입되기 전까지는 동성간의 혼인이 허용될 수 있는지 여부는 헌법해석의 문제로 남게 된다. 이 논문에서는 현대 가족제도 및 결혼제도의 위기현상을 진단하고, 동성간의 결혼문제를 법적으로 어떻게 대응하고 해결해야 하는가를 고민하면서 다양한 견해와 해결책을 모색하고자 한다.

주제어: 동성간의 혼인, 양성의 평등, 동성간의 결합

1. 머리말

전통적으로 가부장적 대가족제도를 유지하여 왔던 우리나라가 근대화이후 대가족해체, 핵가족화, 호주제폐지, 이혼율 증가, 한 부모 내지 조손가족 증가, OECD국가 중 최저 출산율 등으로 가족제도의 위기를 맞고 있다. 이대로 가면 대한민국은 2030년 이후 인구가 2천만으로 감소하고 2050년 이후 한민족이 멸망할 것이라는 극단적 전망까지 나오고 있다. 이에 더불어 양성간의 결혼이 아닌 동성간 결혼문제가 새로운 사회적 현상으로 등장하고, 이에 대한 법적 허용을 둘러싸고 사회적 여론이 비등하고 있다.

최근에 동성애관계(same-sex relationship)에 관한 문제는 동성애¹⁾라는 성적지향에 대한 정과 그에 대한 차별금지라는 인권적 차원을 넘어, 동성간의 결혼을 허용해야 할 것인지 여부로 그 초점이 이동해 가고 있다(오정진, 2006: 277). 최근들어 많은 동성애커플들은 이성애자와 마찬가지로 결혼할 수 있어야 함을 주장하고 있다. 지난 해 9월 7일에는 김조광수(영화감독, 청년필름 대표), 김승환(레인보우

1) 동성애(homosexuality)라는 것은 동성(same sex)에 대한 성적 이끌림(erotic attraction)으로, 동성애자는 일반적으로 자신과 같은 성별(sex)의 사람에게 성적으로 이끌리는 개인을 지칭하는 것으로, 남성의 경우를 게이(gay, 한국에서는 주로 남성 동성애자를 가리킨다), 여성의 경우를 레즈비언(lesbian)이라 한다.

팩토리 대표) 커플의 결혼식이 청계천 광통교에서 많은 사람들의 지지와 축하 속에서 성황리에 치러졌고, 동성커플의 법률혼을 인정받기 위하여 같은 해 12월 10일에는 서대문구청에 혼인신고서를 제출했지만 불수리처분을 받았다.²⁾

2013년 6월 미합중국 연방대법원은 혼인을 남녀의 결합으로 한정된 혼인보호법 제3조가 헌법 위반이라고 판결하였다. 뿐만 아니라, 많은 국가들이 성별에 상관없이 자신이 원하는 사람과 가족을 이룰 수 있는 제도를 마련하고 있다. 우리사회에 동성애자들이 있고 이들 중 한 쌍이라도 결혼제도 내에 진입하기를 희망하지만 그렇지 못하는 경우가 단 한 사례라도 있다면 동성결혼은 이미 현실의 문제라고 본다(양선숙, 2004: 80).

혼인은 가족을 형성하는 기초가 되며, 가족은 사회와 국가를 구성하는 기본단위가 된다. 이런 의미에서 국가와 사회는 그 성립의 근간이 되는 혼인제도와 가족을 보호할 필요가 있다. 전통적으로 혼인은 일반적으로 한 쌍의 남녀가 결합하여 하나의 가족공동체를 형성하는 것이라고 인식되었다. 따라서 동성간의 결합은 혼인으로 인정되지 못하였다. 그러나 외국은 물론 우리사회의 일각에서도 동성애자들의 인권과 다양한 삶의 방식에 대한 존중의식에서 동성혼 인정에 대한 요구가 끊임없이 제기되고 있다. 우리나라에서 동성혼 문제는 여전히 법적인 무관심의 대상이다(서중희, 2010: 110).

자본주의 사회에서 가족이 해체될 경우 노동력 재생산 기능이 위기에 빠지므로, 기득권층은 각종 이데올로기와 법 등을 동원해 자본주의 가족 제도를 유지하려 한다. 경제가 위기에 빠지는 시기일수록 보수적인 가족 가치관이 강조되는 이유라고 할 수 있다. 하지만, 실업과 가난, 억압과 소외 등 사회의 모든 위기와 문제들을 가족제도를 해결할 수 있다고 보는 것은 근거없는 환상이자 위기의 문제의 진짜 원인들을 직시하지 못하게 하는 이데올로기가 될 수 있다. 따라서 불평등과 권위주의가 지배하는 가족보다 평등과 자유가 충만한 결혼과 가족제도를 새로이 모색하고 정립하는 것이 앞으로의 사회복지학, 가족학, 법학 등의 지상의 과제임은 분명하다.

이하에서는 현대 가족제도의 위기원인으로 지목되는 동성결혼의 법적 근거, 법원의 견해를 알아보고 동성결혼 법제화를 위한 방안을 제시해 보기로 한다.

II. 동성결혼에 관한 일반적 고찰

2) 이는 한국 최초의 동성혼 소송으로, 2013년 12월 13일에 서대문구청장은 “민법상 당사자 간의 혼인의 합의가 없다”라는 이유 등으로 불수리처분을 내린 바 있다. 그래서 금년 5월 21일에 서울서부지방법원에 불복신청서를 접수했다. 참여 변호인단으로는 이석태, 김수정, 류민희 등 약 50여명의 변호사가 대거 참여했다. 변호인단은 이날 기자회견에서 “편견과 차별이 가해지는 성소수자에 대한 보호는 법원의 책무”라고 강조하면서, “서대문구청장의 혼인신고 불수리처분은 민법 조항을 오해하여 위법하고 부당한 것이므로, 법원은 혼인의 예식을 올렸고 혼인 의사의 합치가 있는 이들 부부의 혼인신고를 수리하여야 한다.”라고 말했다(성소수자 가족구성권 보장을 위한 네트워크, 2014. 5. 21 보도자료).

1. 동성결혼의 의의

혼인(婚姻)의 사전적 의미는 “남자와 여자가 예를 갖추어 부부(夫婦)가 되는 일”을 말한다. 하지만, 우리나라의 헌법이나 민법 등에는 동성혼이나 동성혼 이외의 동반자관계를 금지 또는 보장한다는 명시적인 규정이 없다. 따라서 헌법과 민법 등의 규정으로 동성혼이 포함되는지 여부가 법적 해석문제로 남게 되었다.

헌법 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.”고 규정하고 있다. 혼인의 개념에 대하여 헌법재판소는 “혼인이 1남 1녀의 정신적·육체적 결합이라는 점에 있어서는 변화가 없다”고 판시³⁾한 바 있고, 다수의 헌법학자(권영성, 2008: 275; 정희철, 2010: 785; 정종섭, 2009: 238; 성낙인, 2008: 718)들은 현행 헌법상 혼인 개념을 ‘1남 1녀의 자유의사에 의한 결합 내지 생활공동체를 형성하는 것’이라고 보고 있다. 그러나 헌법재판소나 다수의 헌법학자는 혼인의 개념을 1남 1녀 즉, 이성간 결합으로 보는 논거에 대한 구체적인 설시는 없다(장서연, 2013: 4).

반면, 최근 동성혼과 관련하여 헌법 제36조 제1항에 대한 법학자들의 구체적인 해석이 조금씩 나오고 있는데, 윤진수(2001: 80)는, 동성혼이 해석론상으로 허용되지 않는다고 하더라도 이를 입법정책적으로 허용할 수 있는가 하는 것은 또 다른 문제로 입법적으로 혼인에 준하는 동성결합을 인정한다고 하여 이것이 헌법에 위반된다고는 할 수 없을 것이라 하고 있다. 다시 말해서 우리 헌법이 이성간의 혼인만을 법적으로 인정하고 보장한다는 절대적이고 배타적 해석은 있을 수 없으며, 동성간의 혼인도 헌법과 법률로써 인정받고 보호받을 여지가 전혀 없다고 볼 수는 없다.

2. 동성결혼의 법적근거

1) 헌법

우리 헌법상 혼인에 관한 명시적 규정은 제36조 제1항이다. 이 조항은 “양성”의 평등을 분명하게 언급하고 있으며, 여기서 말하는 “양성”은 당연히 ‘이성(heterosex)’으로 해석될 수 있기 때문이다. 그래서 헌법학자들은 혼인에 동성결합을 포함하는 것은 지나친 확대해석으로 본다(정희철, 2010: 785). 그러나 헌법제정자는 동성간의 혼인에 대한 논의가 공론의 장에서 본격적으로 논의되기 이전의 상황에서 혼인에 관한 규정을 두었기 때문에 양성의 평등이 요구되는 혼인의 개념을 규정할 때는 동성간의 혼인에 대해서는 전혀 염두에 두고 있지 않았다고 볼 수 있다. 따라서 헌법제정자는 동성간의 혼인이 허용될 수 있는지에 대해서는 어떠한 가치결단도 내리지 않은 것으로 해석할 수 있다. 그리고 헌법상 보장된 혼인의 개념에 동성간의 혼인을 포함시킬 수 있는 것으로 해석될 여지는 여전히 남아

3) 헌재1997. 7. 16. 95헌가6

있다(이준일, 2009: 187).

결국, 동성간의 혼인을 명시적으로 금지하거나 보장하는 규정이 입법되지 않는 한, 헌법적으로 어떠한 혼인이 인정되고 보장되는가에 대해서는 혼인의 개념에 대한 해석 문제로 남겨져 있다고 볼 수 있다. 이러한 맥락에서 한국의 헌법에 보장된 혼인의 개념을 해석할 때 이 개념을 정의하는 본질적인 표지로는 외국의 입법례나 판례 또는 학설에서 자주 인용되는 사랑이나 헌신 또는 배려 등과 같은 정서적 요소들을 포함시킬 수도 있다(이준일, 2009: 187-188). 사랑이나 헌신 또는 배려는 이성간에만 가능한 정서적 요소들이 아니며 동성간에도 가능한 것이기 때문에, 이러한 정서적·주관적 요소들을 혼인의 개념에 포함시킴으로써 동성간 결혼의 법적 인정에 기여할 수 있을 것이다.

2) 민법

헌법을 구체화하여 혼인과 가족관계를 규율해야 하는 입법자도 민법에서 혼인의 개념에 대한 명확한 정의규정을 두고 있지 않다. 이에 대하여, 동성혼관계는 민법상의 공서양속에 관한 규정인 제103조를 위반하여 무효라는 주장이 있다. 더 나아가 동성혼은 민법 제815조 제1호의 혼인의사가 없는 때로 보아 무효(김주수·김상용, 2008: 111; 김용한, 2003: 107)가 된다고 한다. 혼인의 성립에서 본질적인 요소는 ‘당사자의 자발적인 혼인의사’이다. 따라서 동성간의 혼인도 당사자의 자발적인 혼인의사만 있으면 성립하는 것으로 해석될 여지가 있다. 또한 적어도 동성간의 혼인은 사실혼과 동일하게 인정될 여지도 있다. 하지만 우선 혼인의 성립을 위한 주관적 요건으로서 혼인의사는 객관적 요건으로서 사회통념이나 공서양속에 위반되지 않을 것이 요구된다. 따라서 혼인에 관한 주관적 의사의 합치가 있다고 하더라도 혼인에 관한 객관적 질서에 위반될 수는 없고, 동성간의 혼인은 그러한 객관적 질서에 위반되는 것으로 해석될 수 있다는 해석(이준일, 2009: 188)이 가능하다. 문제는 그러한 사회통념이나 공서양속이나 역사적으로 고정불변하는 개념이 아니며, 시대와 장소와 따라 가변적인 개념이라는 것이다. 따라서 동성간의 혼인의사의 합치가 반사회적이고 공서양속에 반한다는 보수적 해석도 영원히 지속될 수 없다.

3. 외국의 동성결혼 실태

세계에서 가장 먼저 동성혼 혹은 동성파트너관계를 법적으로 인정한 나라는 스칸디나비아국가이다. 특히 세계 최초로 동성혼관계를 규율하는 법률을 마련한 덴마크는 1989년부터 동성 사이의 생활공동체를 규율하는 법률로서 “동성파트너십 등록법(registered partnership law)”이 시행되고 있다(김민중, 2002: 255). “동성파트너십 등록법(registered partnership law)”을 시행한 이후 국제적으로 많은 나라에서 동성혼을 법률적으로 제도화하고 있다.

동성파트너십에 관한 각국의 입법례는 ① 동성혼의 “완전한 합법화”를 채택한 국가, ② 동성혼을

“혼인”과는 다른 “새로운 형태의 사회적 결합”으로 인정하는 법제도(“동성 파트너십 등록법” 등)을 도입한 국가, ③ 단지 배우자간의 혼인상 기본적인 권리와 의무의 일부만을 인정하는 국가⁴⁾ 등 크게 세 가지로 나누어 볼 수 있다(김병록, 2009a: 7).

2014년 8월 현재 네덜란드(2001), 벨기에(2003), 스페인(2005), 캐나다(2005), 남아프리카공화국(2006), 노르웨이(2009), 스웨덴(2009), 포르투갈(2010), 아이슬란드(2010), 아르헨티나(2010), 덴마크(2012), 브라질(2013), 프랑스(2013), 우르과이(2013), 뉴질랜드(2013), 영국(2014) 등 16개 국가와 멕시코, 미국(19개 주와 워싱턴 DC)의 2개 국가 일부지역이 “완전한 결혼 합법화”라는 방식으로 동성혼인을 “혼인”으로 인정하는 법률을 가지고 있다(장민영, 2014: 145-146).⁵⁾ 프랑스의 PaCS(pacte civil de solidarité)제도⁶⁾나 미국의 하와이 주처럼 동성혼을 혼인과는 다른 “새로운 형태의 사회적 결합”으로 보고 “동성간 파트너십”을 인정하고 있는 국가⁷⁾에서는 이성혼에서 인정되는 상속권, 주거권, 보건권, 건강보험, 연금, 사회보장, 과세, 이혼시 부양책임, 파트너에 불리한 증언을 거부할 권리, 임대차 계약권, 아동을 위한 사회적 혜택, 배우자 병원 면회권, 배우자 사망시 시신을 관리할 수 있는 권리, 부모로서의 권리, 이혼할 권리, 재산 분할권 및 아동 입양권과 부양에 관한 의무 등이 국가마다 차이를 보이면서 선별적으로 채택되고 있다(최현숙, 2007: 2).

III. 동성결혼에 관한 우리나라 법원의 견해

1. 헌법재판소의 부정적 태도

1) 호주제 위헌제정 사건의 헌법불합치결정⁸⁾에서

헌법재판소는 “헌법은 한 국가의 최고규범으로서 ‘가족제도는 민족의 역사와 더불어 생성되고 발전된 역사적·사회적 산물’이라는 특성을 지니고 있기는 하나, 그렇다고 하여 가족제도나 가족법이 헌법의 우위로부터 벗어날 수 있는 특권을 누릴 수 없다.”라고 하였다. 만약 가족법이 이러한 역할을 수행하기는커녕 오히려 헌법이념의 확산에 장애를 일으키고, 헌법규범과 현실과의 괴리를 고착시킨다면 그러한 가족법은 수정되어야 한다.

4) 핀란드에서는 지난 2002년 이후 등록된 동성간의 관계를 법적으로 보호하고 있고, 이성간의 사실혼 관계와 개별적으로 동등하게 취급하고 있다.

5) 룩셈부르크는 동성결혼을 허용하는 법률을 이미 제정하여 2015년 1월 1일 시행을 앞두고 있다.

6) 주거와 성관계를 같이 하겠다는 성인간의 계약으로서 법원의 동성혼 인정 거부 판결과 동성혼 인정에 대한 사회적 투쟁 과정의 절충안 방식으로 제정된 우회적 수단이라 할 수 있다.

7) 호주, 오스트리아, 체코, 콜롬비아, 크로아티아, 독일, 스위스 등 약 20개국 이상 그리고 미국과 멕시코 일부 지역이 시행하고 있다.

8) 헌법재판소 2005. 2. 3. 자 2001헌가9 등

제헌 헌법은 제20조에서 “혼인은 남녀동권(男女同權)을 기본으로 하며, 혼인의 순결과 가족의 건강은 국가의 특별한 보호를 받는다.”라고 규정하였다. 이것은 종래의 가부장적인 봉건적 혼인질서를 더 이상 용인하지 않겠다는 헌법적 결단의 표현으로 보아야 한다. 이러한 헌법제정권력의 의지는 1980년 헌법에서 더욱 강화되었는데, 남녀동권이 혼인관계, 가족생활로 확장되었다. 여기에 현행 헌법은 국가의 보장의무를 덧붙여 양성평등과 개인의 존엄은 혼인과 가족제도에 관한 최고의 가치규범으로 확고히 자리잡았다.

오늘날 “가족은 한 사람의 가장(호주)과 그에 복속하는 가족(家屬)으로 분리되는 권위주의적인 조직이 아니며, 가족원 모두가 인격을 가진 개인으로서 존중되는 민주적인 관계로 변화하고 있다.”고 하여 사회의 분화에 따라 가족의 형태도 매우 다변화된 생활공동체를 의미하는 것이다. 가족은 전통적인 가족구조⁹⁾뿐만 아니라 무자녀가족¹⁰⁾, 한부모가족¹¹⁾, 재혼가족¹²⁾, 분거가족¹³⁾, 다문화가족, 조손가족¹⁴⁾, 통크족¹⁵⁾, 동성결합가족들도 많으며 대가족은 급격히 감소하고 있다. 또한 여성의 경제력 향상, 이혼율 증가 등으로 여성이 가구주로서 가정의 역할을 맡는 비율이 점차 증가하고 있다. 이러한 오늘날의 현실적 가족의 모습은 호주제를 더 이상 존치할 필요가 없게 하고 있다.

2) 동성동본금혼 위헌제청사건의 헌법불합치 결정¹⁶⁾에서

(1) 단순위헌태도

헌법재판소는 “동성동본금혼제¹⁷⁾가 생성하여 정착할 수 있었던 시대와 비교하면 현대사회는 너무나 많은 사회 환경의 변화가 있었음을 부인할 수 없다”고 하였다. 변화 이유는 첫째, 사회를 지배하는 기본이념의 변화를 들고 있다. 현재의 우리사회는 헌법에 명시되어 있듯이 “자유와 평등”을 근본이념

9) 부계가족, 모계가족, 양계가족, 부부가족, 직계가족, 확대가족, 일부일처제, 일부다처제, 일처다부제 등이 있다.

우리나라의 전통적인 가족 가족은 부계가족이고, 가부장제이었다(김태일, 2013: 30).

10) 무자녀가족에는 아이가 필요 없는 상태를 즐기는 선택적 무자녀(child free), 아이도 없는 처지로 위촉되는 운명적 무자녀(child-less), 어쩌다 보니 자녀 없이 살게 된 우연적 무자녀(happen-stanced) 등으로 다시 구별된다(김태일, 2013: 31-32).

11) 한부모가족은 모자가족 또는 부자가족을 지칭한다(김태일, 2013: 32).

12) 재혼가족은 재혼에 의해서 형성된 가족으로 최소한 배우자 중 한 사람 또는 배우자 쌍방이 전혼에서 낳은 자녀를 데리고 와서 하나의 가구를 형성하고 유지하는 가족을 말한다(김태일, 2013: 33).

13) 분거가족이란 가족구성원들이 어떠한 여러 이유로 인하여 어떠한 형태로든 같은 공간에 거주하지 못하고, 떨어져 둘이상의 가구를 형성하여 비교적 장기간 별거생활을 하거나, 동거를 하더라도 가족구성원들의 출타가 장기적이고 빈번한 가족형태를 말한다(김태일, 2013: 33-34).

14) 자녀가 부모와 동거하지 않고, 할아버지·할머니와 손자녀로 이루어진 가족형태를 말한다(김태일, 2013: 35-36).

15) 자녀에게 부양받기를 거부하고 부부끼리 독립적으로 생활하면서 자신들만의 오붓한 삶을 즐기려는 노인세대를 일컫는다(김태일, 2013: 36).

16) 헌법재판소 1997. 7. 16. 자 95헌가6 내지 13

17) 법제화된 것은 조선시대부터이고 그 확립시기는 17세기 후반이후로 사회질서를 유지하기 위한 수단으로서 기능을 하였다.

으로 하며 신분적 계급제도와 남존여비사상을 배척한 자유민주주의사회로 탈바꿈하였다. 이에 따라 헌법도 제36조 제1항에서 “개인의 존엄과 양성의 평등”의 바탕위에서 혼인과 가족생활이 성립되고 유지되어야 함을 천명하고 있을 뿐만 아니라 이에 대한 국가의 보장의무까지 규정하고 있으며, 이에 맞추어 국민의 의식구조도 그렇게 변화하고 있다. 둘째로, 혼인 및 가족관념의 변화와 남녀평등관념의 정착을 든다. “혼인이 1남 1녀의 정신적·육체적 결합이라는 점에 있어서는 변화가 없다”고 할지라도 국민 대다수의 혼인관이 혼인당사자의 자유의사를 존중한 “인격 대 인격의 결합”이라는 관념으로 바뀌었고, 가족의 관념이나 형태도 핵가족으로 바뀌었다.

사실혼관계에 있던 44,827쌍 중 1978년 4,577쌍, 1988년 12,443쌍, 1996년 27,807쌍의 부부가 법적인 구제를 받았다¹⁸⁾는 사실은 이미 동성동본금혼제가 금혼규정으로서의 기능을 제대로 하고 있지 못하다는 것을 말해 주는 것이다.

현행 헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”고 규정하고 있다. 그럼으로써 모든 기본권의 궁극적 목적(기본이념)이라 할 수 있고 인간의 본질이며 고유한 가치인 개인의 인격권과 행복추구권을 보장하고 있다. 그리고 이러한 개인의 인격권·행복추구권은 개인의 자기 운명결정권을 그 전제로 하고 있으며, 이 자기운명결정권에는 성적자기결정권 특히 혼인의 자유와 혼인에 있어서 상대방을 결정할 수 있는 자유가 포함되어 있다. 또 헌법 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다”고 규정하고 있는바, 이는 혼인제도와 가족제도에 관한 헌법원리를 규정한 것으로서 혼인제도와 가족제도는 인간의 존엄성 존중과 민주주의의 원리에 따라 규정되어야 함을 천명한 것이라 볼 수 있다.

(2) 헌법불합치 태도

헌법재판소는 “가족법 특히 혼인제도는 비록 이 사건 법률조항에 위헌성이 있다고 하여도 헌법재판소가 곧바로 위헌결정을 할 것이 아니라 입법형성권을 가지고 있는 국회가 우리민족의 혼인풍속, 윤리의식, 친족관념 특히 국민의 혼인윤리의식이나 친족관념이 어떻게 얼마나 변화하였는지, 동성동본금혼제도가 과연 사회적 타당성이나 합리성을 완전히 상실하였는지, 동성동본금혼제도의 친족범위를 제한하여 합헌적으로 개선할 방법은 없는지, 그리고 동성동본금혼제도를 폐지함에 있어 우리민족의 혼인풍속이나 친족관념에 비추어 현행 근친혼금지규정이나 혼인무효 및 취소에 관한 규정을 새로 정비할 필요는 없는지 등을 충분히 고려”하여 새로이 혼인제도를 결정할 수 있도록 헌법불합치결정을 하여야 한다라고 하였다. 즉, 입법부가 우리민족의 전통, 관습, 윤리의식, 친족관념, 우생학적 문제 등 여러 가지 사정을 고려하여 입법정책적으로 결정하여야 할 입법재량사항이라는 것이다.

18) 1977. 12. 31. 법률 제3052호로 ‘혼인에관한특례법’이 제정되어 2회(1987년, 1995년) 개정되었다.

(3) 소결

동성동본금혼 위헌제청사건에서 헌법에 위반한다는 점에 있어서는 재판관 7명의 의견이 일치되었으나, 이 중에서 재판관 5명은 단순위헌결정을, 재판관 2명은 헌법불합치 결정을 선고함이 상당하다는 의견으로서, 헌법재판소법 제23조 제2항 제1호에 규정된 “법률의 위헌결정”을 함에 필요한 심판정족수에 이르지 못하였으므로 헌법불합치 결정을 선고하였다.

2. 대법원의 부정적 태도

2011년 대법원은 혼인중 부부의 일방이 성전환을 하여 성별정정을 신청한 사건¹⁹⁾에서, “혼인이란 남녀간의 육체적, 정신적 결합으로 성립하는 것으로서, 우리 민법은 이성간의 혼인만을 허용하고 동성간의 혼인은 허용하지 않고 있다.” 그런데 만약 현재 혼인 중에 있는 성전환자에 대하여 성별정정을 허용할 경우에 법이 허용하지 않는 동성혼의 외관을 현출시켜 결과적으로 동성혼을 인정하는 셈이 된다. 이는 상대방 배우자의 신분관계 등 법적·사회적 지위에 중대한 영향을 미치게 된다. 따라서 “현행 민법 규정과 오늘날의 사회통념상 현재 혼인 중에 있는 성전환자는 전환된 성을 법률적으로 그 사람의 성이라고 평가할 수 없고, 그 결과 가족관계등록부의 성별정정도 허용되지 아니한다”고 판시하여, 동성결혼을 법적으로 인정하거나 허용하지 않겠다는 부정적 입장에 있다고 볼 수 있다.

3. 하급심 판례

2004년 사실혼관계해소 인한 재산분할 및 위자료 청구 사건²⁰⁾에서, 인천지방법원은 동성간의 사실혼관계 성립 여부에 대하여 “원고는, 원고와 피고가 동성(同性)으로서 1980. 5. 2.부터 2001. 3. 19.까지 20여 년간 동거하면서 유사 성관계를 맺는 등 사실혼관계를 유지하였고, 공동의 노력으로 재산을 형성·유지하여 왔는데, 피고의 책임있는 사유로 원·피고간의 사실혼관계가 파탄되었다고 하여 소를 제기하였다.” 그러자 인천지방법원은 “사실혼이란 당사자 사이에 주관적으로 혼인의사의 합치가 있고, 객관적으로 사회통념상 가족질서적인 면에서 부부공동생활을 인정할 만한 혼인생활의 실체가 있는 경우를 말한다. 즉, 사실혼관계라고 함은 당사자가 혼인의사를 가지고 혼인공동체생활의 실체를 형성하고 있으나, 단지 혼인신고를 마치지 않았기 때문에 법률혼으로 인정되지 않을 뿐 사회적으로 법률혼에 준하여 보호할 가치가 있는 혼인형태라고 할 것이다.”라고 하였다. 결국 사실혼관계가 남녀 간에 아니라 이 사건과 같이 동성간에도 성립할 수 있는지가 문제되었다.

인천지방법원은 “헌법 제36조 제1항은 ‘혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.’고 규정하고 있는바, 이는 혼인제도와 가족제도에 관

19) 대법원 2011. 9. 2. 자 2009스117 전원합의체 결정

20) 인천지방법원 2004. 7. 23. 선고 2003드합292 판결

21) 2심 서울고등법원 2005. 5. 24. 선고 2004르1189 항소 기각(확정)

한 헌법원리를 규정한 것으로서 혼인제도와 가족제도는 인간의 존엄성 존중과 민주주의의 원리에 따라 규정되어야 함을 천명한 것이라 볼 수 있다.” 다만 “혼인제도가 역사적으로 형성되어 온 배경과 우리 헌법 및 민법이 예정하고 있는 혼인제도를 감안하면 혼인의 당사자는 남녀간을 의미하는 것이라고 보아야 한다. 현재 우리 사회의 혼인 및 가족관념에 의하면 혼인이라 함은 일부일처제(一夫一妻制)를 전제로 하는 남녀의 정신적·육체적 결합을 의미하고, 아직 그 의미에 있어서 변화를 찾을 수 없다고 하였다.

결국, 사실혼이 성립하기 위하여는, 주관적으로 당사자 사이에 혼인의 의사가 있고, 객관적으로는 사회관념상 가족질서적인 면에서 부부공동생활을 인정할 만한 혼인생활의 실체가 있어야 하는 것이다. 이러한 혼인의 의사라 함은 사회적·실질적으로 부부로서의 공동생활을 영위할 의사를 말한다. 당사자 사이에 혼인의 의사가 있다고 함은 쌍방간에 혼인 의사의 합치가 있음을 의미하므로, 동성간에 사실혼 유사의 동거관계를 유지하여 왔다고 하더라도 그 의사를 부부로서의 공동생활을 영위할 의사였다고 보기는 어렵다. 또한 이러한 동거관계는 객관적으로 부부공동생활을 인정할 만한 혼인생활의 실체가 있었다고 보기도 어려울 뿐만 아니라 사회관념상 가족질서적인 면에서도 용인될 수 없는 것이다. 그리하여 同性간에 사실혼 유사의 동거관계를 사실혼으로 인정하여 법률혼에 준하는 보호를 할 수는 없다고 하였다. 다시 말해서, 인천지방법원도 동성간의 법률혼은 물론 사실혼도 법적으로 인정되거나 보호될 수 없다고 보고 있으나, 그 논거가 미약하다. 왜냐하면, 동성간에 동거관계를 유지하여 왔다고 하더라도 부부로서의 공동생활을 영위할 의사가 없었다고 단정할 수 없을 뿐만 아니라, 아이를 입양하여 키워왔다는 등의 부수사정이 있다면 ‘아이의 양육’과 같은 혼인생활의 실체를 인정할 여지가 있기 때문이다.

4. 소결

앞서 보았듯이 헌법재판소나 대법원은 혼인을 ‘1남 1녀의 정신적·육체적 결합’이라는 견해를 밝히고 있으나 그 근거에 대해서는 구체적으로 실시한 바가 없다. 헌법재판소가 ‘혼인이 1남 1녀의 정신적·육체적 결합이라는 점에 있어서는 변화가 없다’고 한 결정은 1997년이다. 그 이후 불과 10여 년 동안 한국을 포함하여 전 세계적으로 동성 파트너십이나 동성결혼에 대한 인식이 급격하게 변화하고 있다. 특히, 헌법재판소의 결정의 취지는 혼인제도와 가족제도는 모든 기본권의 종국적 목적, 기본이념인 헌법 제10조에 따라 인간의 존엄성 존중과 민주주의 원리에 따라 규정되어야 하며, 국가는 개인의 생활양식, 가족형태의 선택의 자유를 널리 존중하고, 인격적·애정적 인간관계에 터잡은 현대 가족관계에 개입하지 않는 것이 바람직하다는 것이다(장서연, 2013: 14).

헌법 제36조 1항의 “양성의 평등”이라는 문구를 해석함에 있어서 성적자기 결정권, 일반적 행동자유권에 의해서 동성간 결합을 인정할 수 있다는 견해(류민희, 2013: 8)도 있으며, 헌법 제정자는 동성간의 혼인에 대해 어떠한 가치결단도 내리지 않은 것으로 혼인의 개념에 대한 헌법해석의 문제라는

해석이 가능하다(이준일, 2009: 187-188). 헌법재판소가 예를 들어, 헌법에는 기본권 보장의 주어로 ‘국민’이라고 하고 있지만, 헌법재판소는 해석을 통하여 ‘국민과 유사한 지위에 있는 외국인’에게도 광범위하게 기본권 주체성을 인정해 주고 있는 것을 감안하면, 동성간의 ‘혼인’할 권리를 헌법적 차원에서 보장할지 여부는 결국엔 헌법해석으로도 가능할 것(장서연, 2013: 14)으로 보이는데, 그 해석과정에서 한국의 사회 환경, 혼인관의 변화를 필연적으로 고려해야 할 것으로 보인다.

IV. 동성결혼의 법제화 방안

1. 헌법상 기본적 권리

1) 성적 자기결정권

우리 헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”고 규정하고 있다. 인간은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리를 가진다고 하는 헌법의 규정은 자기 스스로가 자신이 원하는 바 혹은 하고자 하는 바를 결정할 수 있는 권리인 자기결정권의 존립근거이다. 자기결정권이란 개인의 일정한 사적 사안에 관하여 국가로부터 간섭을 받음이 없이 스스로 결정할 수 있는 권리를 말한다(정회철, 2010: 295). 자기 자신과 관련된 것을 자유롭게 스스로 결정할 수 있다는 것은 개인에게 속한 중대한 부분을 스스로 결정할 수 있어야 한다는 의미가 있다고 할 것이다.

물론 이러한 개인의 결정이 사회가 정하고 있는 규범의 범위를 벗어난다거나 타인의 자유나 권리를 침해해서는 안 되겠지만, 법제도가 인정하는 범위내의 행위를 자유롭게 결정할 수 있을 때 행복추구권에 기반을 둔 자기결정권은 의미를 가진다고 할 것이다. 자신의 성적 지향에 관련된 문제도 역시 스스로 결정할 수 있다는 것이 우리 헌법의 규정상 당연하다고 할 것이다. 개인적인 결정은 필연적으로 사적이기 마련이며 이것이 성적인 부분이라면 더욱 가정 내에서 결정될 문제이고 여기에 국가가 개입할 여지는 없다고 할 것이다. 더 나아가 국가인권위원회법은 개인의 성적지향을 이유로 차별하는 행위에 대하여 평등권을 침해하는 행위로 차별행위를 규정하고 있다. 누구나 스스로 자기의 삶에 대하여 결정할 권리를 가지고 있다면 이러한 권리는 성적인 부분에 대하여도 주장할 수 있어야 한다. 따라서 개인이 동성애라는 성적 지향을 선택할 권리도 있다고 할 것이다(이회규, 2005: 306-307).

2) 혼인의 자유권

성적 지향을 스스로 결정할 자유가 있다면 이들이 가족을 형성할 권리도 보장되어야 한다. 성적 지향은 결정할 수 있으나 가족을 형성할지에 대하여 자기 스스로 결정할 수 없다고 한다면 이는 온전하게 자기결정권이 보호된다고 보기 어렵다. 이성애자는 당사자들이 원하면 언제든지 가족을 형성할 수 있다. 혼인의 자유가 우리 헌법 제36조에서 보장되기 때문이다. “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지된다”고 규정하고 있는 우리 헌법에 비추어 보더라도, 혼인이 남자와 여자라는 이성애적 결합만을 전제로 하고 있는 것으로 보인다. 이러한 헌법의 규정은 우리 사회가 가지고 있는 혼인에 대한 전통적인 견해에 근거를 두고 만들어졌다고 해야 할 것이다. 이는 남녀의 결합으로 이루어지는 가족이 가지는 사회구성원의 재생산이라는 가족의 중요한 역할에 초점을 두며 법적으로 보호를 해주려는 것이다.

그러나 최근에는 전통적인 가족의 모습과 역할에 어긋나는 다양한 형태의 가족이 생겨나고 있으며 혼인의 모습도 이에 따라 변화해가고 있다. OECD국가중 최저출산율이 웅변하듯이 혼인은 하되 아이를 갖지 않는 경우, 혹은 갖지 못하는 경우가 허다하게 있으며 이러한 경우에는 사회구성원의 재생산이 불가능한 동성간의 혼인과 마찬가지로의 모습이 된다고 할 수 있다. 헌법과 법률이 개인의 성적 지향을 이유로 차별하지 말라고 규정하고 있다면, 그러한 선택의 결과로 나타날 수 있는 혼인에 대해서도 이성애자와 차별해서는 안된다는 요구로 나타난다(이회규, 2005: 308). 우리 헌법이 예견하지 못했던 변화로 나타난, 법적인 보호를 원하는 새로운 형태의 가족 및 혼인의 모습에 대해서도 법적보호를 제공해야만 한다. 동성애자도 우리 헌법이 보호하고 지켜야 할 국민이기 때문이다.

3) 평등권

헌법재판소는 헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙은 결코 일체의 차별대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라, 법의 적용이나 입법에 있어서 불합리한 조건에 의한 차별을 하여서는 안된다는 상대적이고 실질적인 평등을 뜻하는 것으로 이해한다²²⁾. 헌법재판소는 ‘자의금지원칙’과 ‘비례의 원칙’을 통하여 평등권 침해의 유무를 판단한다(정종섭, 2009: 444-447). 따라서 평등권 침해의 판단은 자의금지원칙에서 비례원칙에 이르기까지 다양한 스펙트럼상에서 규율대상과 차별기준에 따라 다양한 모습으로 입법자를 구속한다. 엄격한 심사척도를 취할 것인지 완화된 심사척도를 취할 것인지는 입법자의 입법형성권의 정도에 따라 달라진다.²³⁾

예컨대, 근로상의 남녀차별 등 헌법 제11조에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우, 즉 ‘성별, 종교 또는 사회적 신분’ 등에 의한 불평등은 엄격한 심사기준을 취하고 공무담임권의 제한 등의 경우에는 완화된 심사기준을 적용한다.²⁴⁾ 따라서 남성과 여성의 혼인과 여성과 여성, 남성과 남성의 혼인을 차별하는 것은 헌법 제11조의 평등권의 침해로서 ‘성별에 따른 차별’로 볼 수 있다. 그러므로 엄격한 기

22) 헌재 2003. 12. 18. 선고 2001헌바91 등 결정; 헌재 2004. 12. 16. 선고 2004헌마376 결정.

23) 헌재 2006. 2. 23. 선고 2005헌마403 결정

24) 헌재 2002. 10. 31. 선고 2000헌마557 결정

준에 의해서 평등권 침해여부를 판단한다면, 합리적인 근거없이 동성혼을 금지하는 것은 위헌의 소지가 크다(서종희, 2010: 117).

2. 법제화 방안

1) 헌법적 가치실현

동성애는 더 이상 정신질환도 아니고 더 더욱 유전도 아니다. 지금 우리는 그 어느 때보다 동성애가 목도되는 사회에 살고 있다. 그러나 인간은 다른 많은 영역에서의 개인차는 수용하고 향유하지만 유독 성적 지향성에서 만큼은 이를 받아들이려 하지 않고 있다. 개인차를 인정해 주는 시민의식과 시간만이 성적지향성의 허용 여부를 결정해 줄 것이다. 특히 동성애, 즉 동성결혼이 가족영역에 어떤 영향을 미치며 이성애적 생활양식과 비교하여 동성애적 생활양식이 가족생활의 질이나 개인의 발달에 얼마나 큰 영향을 미치는가에 대해서는 더더욱 그렇다고 볼 수 있다.

분명히 해야 할 점은 동성간 결혼을 기본권 보장 차원에서 봐야 한다는 것이다. 다시 말해 동성애가 아니라 인간존엄성 및 평등권, 성적자기결정권과 혼인의 자유, 이혼의 자유, 입양의 권리 등과 관련된 문제로 접근해야 한다(김병록, 2009b: 161-162). 따라서 동성애에 대한 편견과 선입관이 개입되면 안된다. 아울러 법적 제도를 통한 동성애자의 보호도 필요하다. 기본권과 법적 제도의 보장은 상호보완적이다. 객관적 가치질서로서의 동성애자의 기본권은 법적 제도의 형성을 통하여 동성애자를 헌법질서 내로 끌어들이는 것을 요구한다. 동성애자는 성적 지향성을 이유로 헌법에 의하여 보장되는 혼인·가족제도의 법질서 내에 편입되지 못하고 있다. 동성애자들을 위한 새로운 제도를 마련하는 것은 기존의 헌법질서를 파괴하는 것은 아니다. 동성애자 상호간의 부양과 책임을 목적으로 하는 생활공동체 형성을 보장하는 것은 혼인의 자유를 침해하는 것도 아니며 혼인·가족제도의 기초에도 변경이 없다. 또한 혼인·가족제도는 배타적인 특권을 요구하는 헌법상의 지위를 가지는 것이 아니다. 동성애자를 위한 법적 제도의 형성은 상호간의 성실이나 책임을 보증할 수 있는 인격적인 면이 존중될 수 있어야 하고, 공동의 삶의 공간을 위한 재산계약이나 권리의 승계, 동성애관계 해소 후의 일정한 재정적 부양과 책임, 그리고 상속 등이 고려되어야 한다.

따라서, 동성애자에게도 이성애자와 마찬가지로 가족과 유사한 공동체를 구성할 수 있는 가능성은 열어 두어야 한다(김병록, 2009b: 162-163). 이것이 적어도 헌법 제36조 제1항에 대한 헌법 개정을 통해 동성혼을 이성혼과 똑같은 혼인 및 가족제도로 편입하는 데 정서적 한계를 가진 한국 사회에서의 실천 가능한 해석론일 것이다.

2) 개별법 도입

동성커플에 대해서 어떤 방식의 법적 보호를 제공할 것인지는 이제 전 세계적인 이슈가 되고 있다. 세계 각국이 동성커플 내지는 동성혼에 대한 태도를 크게 분류해 보면, ① 동성혼을 법률혼으로 인정하고 있는 입장(캐나다, 네덜란드 등), ② 동성혼을 법률혼으로 인정하는 정도에 이르지 않는 것으로 법률혼과 별개인 제3의 대체적 제도를 인정하여, 동성커플을 법률적 규율의 궤도로 끌어들이는 입장(독일의 파트너십 제도 등), ③ 혼인과 완전히 구별하여 보호하는 모델(프랑스), ④ 동성혼이든 어떠한 대체적인 제도이든 인정하고 있지 않는 입장으로 나누어 볼 수 있다.

이 중 우리나라는 아직까지 ④에 해당한다. 물론 우리나라에서 동성간의 문제에 대하여 전혀 입법적 시도가 없었던 것은 아니다. 성별 변경과 관련하여 2002년 김홍신 전 국회의원과 2006년 노회찬 전 국회의원이 대표발의를 하였으나 국회 회기만료로 폐기된 바 있다. 그러나 현재의 입법적 상황은 동성커플에 대하여 완전히 방치 또는 외면하고 있는 입장이다. 이것은 단순히 이들 사이의 혼인관계를 인정하지 않는 것에 머무는 것이 아니라 그 밖의 혼인관계에서 파생될 수 있는 법률문제도 해결할 방법이 거의 없는 상태임을 보여주고 있는 것이다(최성경, 2010: 390).

우리나라의 동성결혼의 법제화를 위한 방안으로, ② 동성혼을 법률혼으로 인정하는 정도에 이르지 않는 것으로 법률혼과 별개인 제3의 대체적 제도를 통한 혼인과 동일 또는 유사하게 보호하는 모델(독일의 파트너십 제도 등), ③ 혼인과 완전히 구별하여 보호하는 모델(프랑스의 PaCS)를 소개하여 이에 대한 해답을 찾고자 한다.

(1) 독일²⁵⁾의 파트너십등록법

동법의 시행전에는 동성 커플 사이의 법률적 관계는 단지 사적자치의 원칙에 기한 계약을 통하여만 규율될 뿐이고, 가족법상의 지위는 인정하지 않았다. 그러나 전체 인구의 5-10%가 동성애자라고 하는 현실적 문제로 인하여 2001년 8월 1일부터 '파트너십등록법'의 시행으로 등록된 동성커플의 경우에는 혼인법에 규정된 각종의 법적 효력이 일정 범위 안에서 인정된다(김민중, 2001: 393).

구체적으로 상속과 건강보험수급권, 배우자 입원시 면회권, 임대차 계약유지권 등을 부여하고 있다. 동반자 관계에 있는 자는 그들 중 한사람의 성을 공동의 이름으로 정할 수 있다. 동반자관계에 있는 자는 상호간의 부양의무를 가진다. 이혼사유도 동성부부에게 동일에게 적용된다. 파트너간의 재산관계는 이성간의 혼인에 있어서 합의가 없으면 적용되는 법정재산제가 당연히 발생하지는 않는다(서종희, 2010: 134-135).

주의할 것은 혼인과 파트너십등록관계가 명확히 다르다는 점이다(이경희, 2002: 484). 이는 파트너십등록관계가 독일 기본법 제6조에 규정된 국가로부터 보호를 받는 혼인과 가족과는 구별됨을 의미한다. 독일헌법상 혼인은 1남 1녀의 결합에 한정하는 것으로 본다. 따라서 독일은 동성결합관계를 혼인으로 보호하는 것이 아니라 다른 제도를 통해서 독일기본법 제6조를 위반하지 않으면서 보호하고 있다. 이

25) 독일은 다른 유럽 국가들에 비해서 보수적인 경향을 지니고 있어 동성결합자들의 지위가 매우 뒤떨어져 있었다(서종희, 2010: 133).

러한 독일의 입장은 우리나라와 매우 비슷한 상황에서 이루어진 보호라는 점에서 많은 시사점을 준다.

(2) 프랑스의 동반자관계계약법(PaCS)

프랑스에서도 1990년대 초부터 동성애자들의 동거도 법적인 보호의 대상에 포함되어야 한다는 요구가 거세게 나타났으나, 프랑스 법원은 이러한 요구를 무시하였다. 그리고 최고법원인 과기원은 동성결합에 대하여 사실혼으로서의 보호조차도 거부하였다. 그러나 진보적 성향의 정당과 동성애자의 인권단체를 중심으로 동성결합의 합법화를 내용으로 하는 입법운동이 사회적 운동으로 전개되었고, 그 결과 1999년 11월 5일 ‘동반자관계계약법’이 제정되었다(이회규, 2005: 317). 여기서 ‘동반자관계계약’이란 “이성 또는 동성인 두 명의 법적으로 성인자인 자연인이 자신들의 동거에 관하여 체결한 계약”을 말한다. 따라서 동반자관계계약법은 법적 혼인을 하지 않고 동거하는 이성, 동성들을 보호하기 위한 제도로 이해된다(이준일, 2009: 169).

동반자관계계약에 의하여 당사자 사이에 신분관계의 변동이 있는 것은 아니다. 따라서 타방당사자 사이에 친족 및 인척관계는 성립하지 않으며, 상속권도 없다. 계약의 주된 효력은 당사자간의 재산적 효과에 국한하고 있을 뿐이기 때문에, 상호간의 부양의무, 동거의무, 일상가사에 대한 연대책임, 취득재산의 귀속관계 등에 관한 효력이 구체적으로 규정되어 있다(이회규, 2005: 318).

정리하면 프랑스의 동반자관계계약법은 주로 동거하는 커플의 재산관계를 규율하는 규정으로 구성되어 있다. 따라서 이 법률에 따라 보장되는 동성커플의 관계는 혼인관계나 동반자관계와 비교할 때 대단히 큰 차이가 있다. 하지만 적어도 동거의 개념에 동성커플이 포함될 수 있게 한 것은 혼인의 개념을 동성간의 결합에도 확대할 수 있는 단초를 제공한다고 볼 수 있다.

(3) 소결

네덜란드²⁶⁾는 1979년 이후부터 동거커플에게 결혼커플에 준하는 권리와 혜택을 도입하기 시작했고, 임대차, 사회보장, 소득세, 이민, 연금 등의 개별법에는 동성동거와 이성동거를 구분하지 않고 있다. 양육에 관해서는 1970년대부터 동성커플이나 비혼커플에게 위탁보호하는 것이 가능해졌고, 동성애 성적 지향을 가진 것이 더 이상 이혼 이후 접견권을 박탈당하는 이유가 되지 않는 등의 진전이 있었다. 1990년대에는 결혼을 직접적으로 요구한 형태의 소송이 있었는데 법원은 입법부에 동성커플의 배제에 대하여 정당화할 것을 요구하였다. 이 의견이후 동반자등록법이 1998년 시행되었다. 이 법은 결혼과 거의 흡사한 모델이었지만 양육, 외국인, 연금에 대해서는 예외를 두었는데 차츰 이 괴리는 추가입법을 통해 메꾸어지고 나중에는 이름을 제외하면 동반자 등록과 결혼은 거의 차이가 없었다. 그 후 동성결혼 법제화를 추진하여 세계 최초의 동성결혼 인정국가가 되었다.

개별법제를 도입하기 위해 우선, 우리나라도 네덜란드를 모델로 삼아 단계별로 변화를 이끌어 내어

26) 점진적 변화로 세계에서 첫 번째 동성결혼 인정국가로 만든 네덜란드는 사회적 특수성에 기인하는데, 네덜란드는 상대적으로 종교인구가 적은 세속적인(secular) 국가이고, 소수자에 대한 보호 전통이 있으며, 직접민주주의 요소가 적어서 포퓰리즘의 위험이 없는 민주주의 시스템을 가지고 있다(류민희, 2013: 13).

법제화 과정을 거친다면 충분히 가능하리라 본다. 두 번째로 동성애를 장애인, 탈북민, 외국인 노동자, 흑인 등의 소수자처럼 인권으로 바라보아야 한다. 즉, 동성애자들의 주장을 단순한 동성애자만의 권리를 찾으려 한다고 폄훼하지 말고 광범한 사회적 논의와 국민적 합의를 통해 인권적인 측면으로 접근해야 한다.

V. 맺는 말

오늘날 여성들이 결혼이나 출산을 원치 않게 되고, 그 결과 가족의 사회구성원 재생산기능이 현저히 위축되었는 바 이러한 현대 가족제도와 결혼제도의 위기의 진정한 원인은 그동안 가부장적 가족제도가 여성들을 무보수 가사노동으로 억압하였던 것에서 찾아야지, 동성결혼이나 에서 찾아서는 곤란할 것이다. 현재 동성결혼의 문제는 과거의 사형제 폐지, 호주제 폐지, 동성동본 금혼제도의 폐지, 양성 평등 실현 등의 문제 못지않게 중요한 사회적·법률적 문제로 대두되고 있다. 동성결혼이 왜 이토록 큰 논쟁을 일으키고 있는 것일까. 그것은 결혼이 가지고 있는 상징적인 의미 때문일 것이다.²⁷⁾ 유교적 전통문화가 광범위하게 사회를 주도하고 있는 우리나라에서는 동성결혼을 수용하기 쉬운 문제는 결코 아닐 것이다. 그렇다고 이 문제를 무작정 방치할 수는 없는 문제이다.

2004년 3월 8일 동성커플인 박종근, 이상철씨는 서울 은평구청에 혼인신고서를 제출하였으나 은평구청은 “법원의 유권해석을 받아본 결과 우리나라에서 혼인신고는 남녀 간 결혼을 전제로 하기 때문에 적법한 혼인신고로 수리할 수 없다”라는 이유로 혼인신고를 수리 거부한 바 있다. 이 사건으로부터 약 10년이 경과하여 김조광수, 김승환 동성커플이 혼인신고서 불수리처분을 받아 금년 5월 21일 소송을 제기했다. 우리나라의 동성애자들은 이 소송 추이를 예의주시할 것이다.

동성결혼관련 소송은 다양한 형태로 제기될 수 있겠지만, 동성커플이 가장 강하게 요구하고 있는 것이 동성커플의 법률혼 인정일 것이다. 입법부가 광범한 사회적 논의와 국민적 합의를 통해 법률혼 허용여부를 헌법에 명시하면 해결될 문제이지만 헌법 개정부분은 아직 동성혼에 대한 사회적 이해가 성숙되지 못하고 있는 현실을 감안하면 아직 이르다고 생각된다. 따라서 다음과 같은 대안 내지 법적 해결책을 제안하는 바이다.

우선, 결혼하고 있는 사실상의 동성커플을 등록하게 함으로써 동성혼을 법률혼으로 인정하는 정도에 이르지 않는 않지만, 법률혼과 별개인 제3의 대체적 제도를 인정하여 동성커플을 법률적 규율의 궤도로 끌어들이며 비록 제한적이고 부분적이지만 일정한 혼인의 효과를 인정하는 독일의 파트너십등록법을 도입할 필요가 있다. 둘째로, 동성혼을 혼인과 완전히 구별하여 동성애 관계를 사실혼 관계와 유사한 관계로 보아 일정한 범위 내에서 상속, 과세, 연금수령, 주택임차권의 승계 등 채권법상의 권리·

27) 보수 세력에게 있어 동성 커플에게도 결혼을 허용한다는 것은 사회의 가장 기본적이고 전통적인 가치인 가족이 무너지는 것이기 때문이다(양리원, 2013: 53).

의무관계로 파악하고 있는 최근의 프랑스 입법인 PaCS(pacte civil de solidarité)가 있다. 이 두 제도는 우리나라의 현실을 해결할 수 있는 해답을 줄 수 있을 것이라고 생각한다.

참고문헌

- 권영성. 2008. 개정판 헌법학원론. 서울: 법문사.
- 김민중. 2002. 동성혼 스칸디나비아국가의 입법례. 법조. 51(10): 254-282.
- 김민중. 2001. 독일의 새로운 가족법상의 제도로서의 동성사이의 생활동반자 관계. 가족법연구. 15(2): 393-422.
- 김병록. 2009a. 동성결혼의 헌법문제. 동아법학. 43: 1-27.
- 김병록. 2009b. 혼인 및 가족제도에 관한 연구: 동성결혼 및 동성가족을 중심으로. 법조. 58(4): 129-165.
- 김용한. 2003. 친족상속법. 서울: 박영사.
- 김주수, 김상용. 2008. 친족상속법. 서울: 법문사.
- 김태일. 2013. 혼인·가족제도의 다양성에 관한 헌법적 연구. 조선대학교 박사학위논문.
- 류민희. 2013. 동성결합의 법적 쟁점과 제도화 가능성. 제2회 SOGI 콜로키움.
- 류민희. 2014. 한국에서 동성결혼의 규범과 현실. 중앙법학회 2014년 하계 학술대회 발표논문집.
- 서종희. 2010. 한국에서의 호모사케르: 동성혼. 원광법학. 26(2): 110-135.
- 성낙인. 2008. 헌법학. 서울: 법문사.
- 성소수자 가족구성권 보장을 위한 네트워크. 2014. 김조광수, 김승환 동성부부 혼인신고 불수리 불복 소송 제기 보도자료. 참여연대 느티나무홀.
- 양리원. 2013. 프랑스 동성 결혼 및 동성 커플의 입양 합법화 법안에 관한 논의. 외국법제정보. 1: 51-60.
- 양선숙. 2004. 동성결혼 허용의 문제. 철학과 현실. 61: 79-87.
- 오정진. 2006. 동성결합과 결혼체계의 자체생산. 성균관법학. 18(1): 277-294.
- 윤진수. 2001. 혼인성립에 관한 민법의 개정방향. 가족법연구. 13: 73-107.
- 윤진수. 1998. 혼인의 자유. 한국법학 50년-과거, 현재, 미래. 한국법학교수회.
- 이경희. 2002. 동성혼인(Same-Sex Marriage)의 보호에 관한 국제적 동향. 제3회 한국법률가대회 논문집.
- 이준일. 2009. 헌법상 혼인의 개념: 동성간 혼인의 헌법적 허용가능성. 공법연구. 37(3): 169-188.
- 이희규. 2005. 동성혼인에 관한 법적 고찰: 각국의 입법 기술을 중심으로. 중앙법학. 7(4): 306-318.
- 장민영. 2014. 동성 커플의 법적 인정에 대한 국제인권기구의 판단과 시사점. 중앙법학회 2014년 하계

학술대회 발표논문집.

- 장서연. 2013. 한국에서 동성결합 소송 어떻게 할 것인가? 동성결합 소송의 의미와 과제. '동성결합' 소송 어떻게 할 것인가? 세미나자료.
- 정종섭. 2009. 헌법학원론. 서울: 박영사.
- 정희철. 2010. 기본강의 헌법. 서울: 도서출판 여산.
- 최성경. 2010. 가족관계의 변화와 젠더: 캐나다 Civil Marriage Act(2005, c.33)의 법 형성 과정을 중심으로. 민사법학. 51: 371-405.
- 최현숙. 2007. 동성과트너십 제도화의 해외동향: 다양한 가족 형태에 대한 차별과 편견 해소를 위한 국제적 움직임. 젠더리뷰. 5: 51-54.

홍기욱: 충북대학교에서 형사법 박사과정을 수료하고 현재 경찰교육원 감성개발센터 교수로 재직 중이다. 관심분야는 인권, 성적소수자(동성애, 양성애, 무성애, 트랜스젠더, 간성, 젠더퀴어), 양성평등, 다문화이며 논문으로는 “개정 집회및시위에관한법률의 내용과 개선방안(2004)”이 있다(hongpojol@naver.com).