

장서연. 2023. “동성 배우자 건강보험 피부양자 사건 판결의 의미와 한계”  
『인권연구』 6(1): 229-244.

Chang, Suh Yeon. 2023. “Key Takeaways from Seoul Appeal Court's Ruling in favour of Spousal National Health Insurance Coverage for Same-Sex Couples”  
*Journal of Human Rights Studies* 6(1): 229-244.

DOI: <http://www.doi.or.kr/10.22976/JHRS.2023.6.1.229>

[현장논단]

## 동성 배우자 건강보험 피부양자 사건 판결의 의미와 한계

장 서 연\*

### 목 차

1. 선고 당일 현장 분위기
2. 사건의 배경
3. 동성 사실혼 배우자 건강보험 피부양자 소송
4. 서울고등법원 판결(2심)의 의미와 한계
5. 앞으로 남은 과제

### 1. 선고 당일 현장 분위기

2023년 2월 21일 서울고등법원 앞에는 ‘동성 배우자 건강보험 피부양자 소송 2심 선고 기자회견’을 기다리는 취재진과 참여자로 붐볐다. 기자회견을 준비한 ‘성소수자 가족구성권 보장을 위한 네트워크’<sup>1)</sup> 활동가들은 승소와 패소를 대비하여 두 가지 피켓을 준비하고 있었다. 방청석을 가득 메운 서울고등법원 법정 안으로 재판부가 들

\* 공익인권법재단 공감, 동성 배우자 건강보험 피부양자 소송 대리인단

1) ‘성소수자 가족구성권 보장을 위한 네트워크’는 성소수자 가족이 겪고 있는 불평등한 현실을 드러내고, 제도적 변화를 요구하기 위하여 만들어진 연대체이다. 2013년 김조광수, 김승환 부부의 ‘동성 간 혼인신고 불수리 불복 소송’을 준비하고 지원하면서 발족하였고, 현재 단체명을 ‘혼인평등연대’로 개정하였다.

어섰다. 주심 판사가 드디어 사건번호를 부르고 주문을 읽는 순간 법정 안 기자들의 자판기 두드리는 소리가 빨라졌다. “제1심판결을 취소한다. 피고가 원고에 대하여 한 보험료 부과처분을 취소한다.” 재판부가 주문 한 문장만 판결 이유 없이 빠르게 발표하고 끝내자 소송당사자들은 어리둥절해 했다. 대리인이 “승소”했다고 하자, 그제야 상황을 이해하고 기뻐할 수 있었다. 2021년 2월 18일 소송을 제기한 지, 2년 만이었다.

서울고등법원 판결의 반향은 컸다. 많은 언론에서 이 판결을 다루고, 소송당사자 부부를 인터뷰했다. 성소수자 커뮤니티의 반응도 뜨거웠다.

## 2. 사건의 배경

현재 국내에서 동성(同性) 간에는 혼인신고를 할 수 없다. 민법에 혼인의 취소나 무효 사유로 동성 간 혼인을 금지하는 규정이 없음에도 불구하고, 관할구청은 해석으로 동성 간 혼인신고를 불수리처분하고 있다. 동성커플이 남녀커플과 달리 혼인신고를 할 수 없다는 것은, 관련 법령에서 정하고 있는 배우자, 가족으로서의 권리를 전부 박탈당한다는 의미이다.

성소수자 가족구성권 보장을 위한 네트워크는 2019년 「동거동성커플 주거·의료·직장·연금 등 차별실태조사」를 통해 동거 중인 동성커플이 경험하고 있는 차별사례를 수집하여 국가인권위원회에 진정을 제기하였다.<sup>2)</sup> 동성 커플들은 주거 마련을 할 때 혼인관계가 아니어서 어려웠던 점으로 은행대출, 아파트 청약이나 신혼부부 혜택 등 주거정책 대상에서 배제당하는 것을 꼽았고, 가족이 아닌 동거인으

---

2) 2022년 4월 13일, 국가인권위원회는 해당 진정사건에 관하여 국회의장에게 성소수자의 기본권 보장을 위하여 주거, 의료 등 성소수자의 생활공동체를 법적으로 보호할 수 있는 법률을 제정할 것 등을 권고하였다(국가인권위원회 2021. 12. 23.자 19진정0871500·20진정0356300(병합) 결정).

로 등록되어 있어 전전세의 의심을 받기도 하였다고 응답하였다. 건강보험의 피부양자 제도도 대표적인 차별사례로 꼽았다. 법률혼 또는 사실혼 관계인 남녀커플은 건강보험제도에서 직장가입자의 피부양자 대상이 될 수 있지만, 동성커플의 경우에는 동거 중이고 생계를 같이 하고 있음에도 불구하고, 직장가입자의 피부양자가 될 수 없어, 지역가입자로 별도의 건강보험료를 납부하고 있는 상황이다. 위 설문조사에서 본인 또는 파트너가 직장가입자이지만 상대방 배우자가 지역가입자인 참여자들 중 동거생활에서 경제적으로 직장가입자의 부양에 의존하고 있다고 응답한 비율이 39.4%였다.

국민건강보험법 뿐만 아니라 민법의 상속권을 포함한 부부로서의 권리와 의무, 국민연금법의 유족연금 등 사회보장제도 상의 배우자 권리 등 동성커플들은 법제도와 정책에서 완전히 배제당하고 있다. 이에 동거 중인 동성커플에게도 최소한 남녀 간의 ‘사실혼 관계’에서 인정되는 권리는 동등하게 보장되어야 한다는 문제의식을 갖게 되었다.

### 3. 동성 사실혼 배우자 건강보험 피부양자 소송

#### 가. 소송의 경위

원고와 그 배우자는 2019년 결혼식을 한 동성부부(이하 ‘원고부부’라고 함)이다. 원고부부는 동성 간 혼인신고가 되지 않는 한국의 현실에서 혼인신고는 못하였지만, 실질적인 혼인의사를 가지고, 2017년부터 동거를 하며 정서적·경제적으로 생활공동체를 이루고 있고, 2019년 결혼식을 하여 가족과 지인들로부터 부부로 받아들여지고 있다.

원고부부는 2020년 2월 10일 국민건강보험공단(이하 ‘공단’이라고 함) 홈페이지를 통해 “저희는 동성 부부라 한국에서는 아직 혼인신고를 하지 못하고 있습니다. 저희는 동거하고 있고, 결혼식을 올린

사실혼 관계에 있습니다. 저희도 다른 이성 부부들과 같이 피부양자 자격취득 신고를 할 수 있는지 여부와 만약 가능하다면 피부양자 자격취득 신고 절차를 알려주시기 바랍니다.”라는 내용으로, 동성부부임을 밝히면서 피부양자 자격취득에 관하여 문의하였는데, 공단 소속 담당 직원은 ‘피부양자 자격취득이 가능하다’고 답변하면서 관련 절차와 서류를 안내하였다. 원고부부는 공단 직원의 안내에 따라 사실혼 관계 인우보증서를 첨부하여 원고의 피부양자(사실혼 배우자) 자격취득 신고를 하였고, 원고는 2020년 2월 26일에 피부양자(사실혼 배우자) 자격을 취득하였고, 이후에는 지역가입자 보험료를 납부하지 않고, 직장가입자의 피부양자 자격으로 보험급여를 받았다.

그런데 원고부부가 피부양자로 등록된 사실이 2020년 10월 23일 언론에 보도되자,<sup>3)</sup> 공단은 원고의 피부양자 자격을 소급하여 상실시키고, 원고가 2020년 3월 5일자로 지역가입자 자격을 취득한 것으로 자격을 변경 처리한 후, 2020년 11월 23일 원고에게 미납한 건강보험료를 납입할 것을 고지하였다.

이에 원고부부는 2021년 2월 18일 공단을 상대로 서울행정법원에 소송을 제기하였다. 원고부부는 사실혼 관계로서 적법한 요건을 갖추어 피부양자 자격을 취득하였는데, 공단이 갑자기 신고서를 반송하고 이미 인정한 자격취득을 무효처리하고 소급하여 보험료를 부과한 것은 위법하다는 내용이었다. 원고부부는 소제기 당일 기자회견에서 “저희는 2013년 1월에 만나 2017년부터 함께 살고, 2019년 5월에 결혼식을 올린 부부입니다. 저희는 우리가 가족이라는 것을, 우리가 부부라는 것을 말하기 위해 나왔습니다.”, “동성부부의 삶도 제도적으로 보호 받을 수 있어야 합니다. 공단은 저희 부부를 포함한, 돌보며 살아가는 더 많은 다양한 삶을 포용했어야 합니다. 소송으로서 8개월 간 부부로서 당연히 누려온 권리를 되찾고자 합니다.”라고 밝혔다.

3) 한겨레21, 2020. 10. 23.자 기사

## 나. 원고 측 주장

### 1) 국민건강보험 목적에 따라 피부양자 범위 확대

국민건강보험법은 직장가입자의 ‘배우자’를 피부양자로 인정하고 있다.<sup>4)</sup> 공단은 법률혼 배우자뿐만 아니라, 사실혼 관계에 있는 배우자도 피부양자로 인정하고 있다. 사실혼관계를 입증하는 서류는 보증인 2인의 ‘사실혼 관계 인우보증서’와 가족관계증명서만 제출하면 된다. 국민건강보험 상 피부양자 제도는 민법상의 신분관계보다도 사회보장 차원에서 실질적인 건강보험의 필요성을 피부양자 선정의 일차적 요건으로 두고, 상호간의 경제적 의존도나 생계를 같이하는 동일세대인지 여부 등 실질적 생활관계를 살펴 그 범위를 확대해 왔다. 특히 이혼과 재혼 등 변화하는 가족형태에 맞게 법령이 정비되기 전이라도 보정의 형식으로 제도개선을 추진하여 왔다.

공단이 사실혼 관계 배우자를 피부양자로 인정하게 된 배경에는 과거 동성동본 금혼 조항 때문에 혼인신고를 하지 못하는 부부들을 배려하기 위한 것이라고 밝힌 바가 있다. 즉, 형식적인 제한보다는 실질적인 보호를 우선하는 기준 하에 피부양자의 범위를 확대해 온 공단이, 혼인의 의사를 가지고 공동생활을 영위하고 있으나, 법률상 혼인신고가 불가능하였던 동성동본 배우자를 피부양자로 인정한 것이다. 그렇다면 원고부부 역시 혼인의 의사를 가지고 사실혼의 실질적 형식적 요건을 갖추고 있으므로 피부양자로서의 지위를 인정해야 한다.

### 2) 사회보장제도에서 사실혼 배우자 보호

민법은 법률혼주의를 채택하고 있으나, 판례는 주관적으로 당사자 사이에 혼인의 의사가 합치되고, 객관적으로 사회관념상 가족질서적인 면에서 부부공동생활이라고 인정할 만한 혼인생활의 실체가 존재

4) 국민건강보험법 제5조 제2항 제1호

하면 사실혼이 성립한다고 하였다(대법원 2001. 1. 30. 선고 2000도 4942 판결). 법원은 ‘혼인의 의사’란 ‘사회적·실질적으로 부부로서의 공동생활을 영위할 의사로서 경제적 생활공동체를 형성하고 혼인이라는 사회적 제도에 따른 제도적 효과 즉 권리와 의무를 취득하겠다는 의사’를 말하며, ‘혼인생활의 실체’는 당사자 사이에 동거생활 여부, 경제적 결합관계, 상호 윤리적·도덕적 의무의 이행 여부 등을 종합적으로 고찰하여야 한다고 판시하고 있다(대구가정법원 2014. 11. 20. 선고 2013드합1012 판결).

민법에는 사실혼과 관련된 명문의 규정은 없지만, 판례를 통하여 사실혼 관계를 보호하고 있고, 가사소송법 및 「가족관계등록에 관한 법률」은 명문으로 사실혼을 보호하는 규정을 두고 있다. 그리고 가족법 외에 여러 사회보장제도에서 사실혼 배우자를 보호하는 규정을 두어 관련 유족연금, 보험금을 수령할 권리 등을 인정하고 있다.<sup>5)</sup> 그리고 판례는 민법상 인정되지 않는 혼인관계의 자, 중혼적 사실혼이나 근친혼적 사실혼일지라도 특별한 사정이 존재하고 그 반윤리성·반공익성이 혼인법질서 유지 등의 관점에서 현저하게 낮다고 인정되는 경우에는 예외를 인정하여 사회보장 제도의 혜택을 누리도록 한 바가 있다(대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다64161 판결, 2010. 11. 25. 선고 2010두14091 판결). 즉, 사회보장제도에서 보호대상이 되는 사실혼의 범위는 해당 법률의 입법 취지와 목적, 사실혼을 보호하는 취지에 맞게 결정하면 되는 것이지, 사법 관계에서 보호대상이 되는 사실혼 개념에 구속될 필요는 없다.

원고부부는 2017년 2월 동거를 시작하여 2019년 5월 혼인의 의사

---

5) 국민연금법(제3조제2항), 공무원연금법(제3조제1항제2호가목), 사립학교직원연금법(제2조제1항제2호가목), 군인연금법(제3조제1항제4호가목), 근로기준법(제82조제2항)·근로기준법 시행령(제48조제1항제1호), 산업재해보상보험법(제5조제3호), 선원법(제9조, 제10조제1항)·선원법 시행령(제29조제1호), 국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률(제5조제2항), 독립유공자 예우에 관한 법률(제5조제2항) 등

를 가지고 결혼식을 하여 부부로서의 공동생활을 영위하고 있다. 결혼식에는 가족을 포함한 300여명의 하객이 참석하여 축하를 하였으며, 직장에서 신혼여행 휴가를 받고, 배우자의 간병을 위한 돌봄휴가도 받았다. 동성부부로 영화제에 게스트로 초청받는 등 사회적으로도 부부로 인정받고 있다. 그렇다면 원고의 경우에도 동성이라는 이유로 비록 혼인신고가 불가능하지만, 건강보험 피부양자 제도에서 사실혼 배우자를 보호하는 취지 등을 종합적으로 고려하여 사실혼 배우자로 인정해야 함에도 불구하고 이를 위반하여 위법하다.

### 3) 평등원칙 위반

원고부부를 남녀 사실혼 관계에 있는 자들과 다르게 취급하는 것은 헌법상 평등원칙에 위배된다. 그리고 어떠한 행정행위가 본질적으로 같은 집단을 자의적으로 다르게 취급한다면 이는 평등원칙에 위배된다. 비교대상인 두 집단이 본질적으로 동일하거나 다른지에 대한 판단은 모든 관점에서의 완전한 동일성이 아니라 당해 법률조항의 의미와 목적에 따른 동일성을 기준으로 이루어져야 한다(헌재 1996. 12. 26. 선고 96헌가18 결정). 국민건강보험법은 직장가입자와 사실혼 관계에 있는 배우자가 소정의 부양 및 소득요건을 갖춘 경우에는 피부양자 지위를 인정하고 있다. 원고부부는 피부양자 자격기준인 부양 및 소득 요건을 갖추고 있고, 성별이 같다는 점을 제외하면 남녀 사실혼 관계와 본질적으로 다르지 않다. 따라서 원고부부가 남녀 사실혼 관계에 있는 집단과 본질적으로 다르지 않음에도 불구하고, 공단이 동성 간 사실혼 관계라는 개념은 인정될 여지가 없다는 이유로 피부양자 지위를 인정하지 않은 것은 평등원칙을 위반하여 위법하다.

### 4) 절차적 하자

행정청은 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을

하는 경우에는 행정절차법에 따라, 사전통지나 이의제기 절차를 거쳐야 한다. 하지만 공단은 원고의 피부양자 자격을 변경하여 지역가입자 보험료를 소급부과하면서, 원고에게 사전통지를 하거나 의견제출의 기회를 주지 않았으므로, 절차적으로도 위법하다.

#### 다. 1심 판결

2022년 1월 7일, 서울행정법원 제6부(재판장 이주영)는 원고의 청구를 기각하였다.<sup>6)</sup>

##### 1) 동성 간 ‘사실혼’ 성립 부정

1심은 원고부부가 서로를 반려로 맞아 함께 생활할 것에 합의하고, 사회적으로 이를 선언하는 의식도 치렀으며, 상당 기간 생활공동체를 형성하여 동거하면서 서로에 대한 협조와 부양책임을 지는 등 외견상 우리 사회 내에서 혼인관계에 있는 자들의 공동생활과 유사한 관계를 유지하고 있는 점은 인정하였다. 하지만 현행 법 체계상 사실혼의 성립요건이 되는 ‘혼인의사’ 또는 ‘혼인생활’에서의 ‘혼인’은 ‘남녀의 결합’으로 해석될 뿐이고, ‘동성 간의 결합’에까지 확장하여 해석할 근거가 없다고 판단하였다. 그 근거로 국립국어원 발간 표준국어대사전이 ‘혼인’을 ‘남자와 여자가 부부 되는 일’로 정의하고 있고, 대다수 가족법 학자들이 ‘이성’요건을 혼인관계의 근본요소로 이해하고 있으며, 절대 다수의 사회 구성원들이 ‘혼인’을 남녀의 결합만을 의미하는 것으로 인식하고 있다는 것이다. 또한 우리 헌법과 민법 역시 양성(兩性)의 구별과 그 결합을 전제로 부부, 혹은 부 또는 처, 남편과 아내라는 용어를 사용하고 있고, 대법원과 헌법재판소의 혼인에 대한 판시들을 예로 들었다.

그리고 사회보장 영역에서 사실혼 보호 범위를 민법보다 더 넓게

---

6) 서울행정법원 2022. 1. 7. 선고 2021구합55456 판결

인정해야 한다는 주장에 대하여, 민법이 정한 혼인법질서에 반하는 내용의 사실혼은 인정되기 어렵고, 국민건강보험제도는 국가 재원으로 운영되는 공적제도이므로 재정건전성 등의 공익적 요소를 고려하여야 하고 피부양자 자격을 취득하지 못하더라도 지역가입자로 건강보험 혜택에서 배제되지 않는다는 이유로 건강보험 영역에서 특히 사실혼 개념을 동성 간 결합에까지 확대할 사정을 인정하기 어렵다고 하였다.

## 2) 평등원칙 위반 부정

1심은 평등원칙 위반과 관련해서는, ‘동성 간의 결합이 남녀 간의 결합과 본질적으로 같다고 볼 수 없다’고 단정적으로 전제한 뒤, 양자를 구분하여 달리 취급하는 것이 평등원칙에 위배된다고 보기 어렵다고 하였다. 또한 국제인권조약인 자유권규약과 사회권규약을 위반하였다는 주장에 대하여, 조약이나 국제법규가 국내법에 우선하지 않고, 국제인권조약기구의 일반논평이나 견해에 법적 구속력을 인정할 수 없다는 이유로 받아들이지 않았다.

## 3) 절차적 하자

1심은 이 사건 부과처분은 처분의 성질상 의견청취가 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있어 행정절차법 시행령 제13조 제5호에 따라 사전통지 등을 생략할 수 있는 경우에 해당하므로 위법하다고 할 수 없다고 하였다.

## 4) 평가

1심은 원고부부가 외견상 혼인의 공동생활과 유사한 관계를 유지하고 있다는 점은 충분히 인정된다고 하면서도, ‘혼인’을 남녀 간의 결합으로 전제하고, 동성 간 결합과 남녀 간 결합은 본질적으로 같다고 할 수 없으므로 다르게 취급한다고 하여서 평등원칙에 위배되지

않는다고 하였다. 그러나 법률에 동성혼을 금지하는 규정이 없음에도 불구하고, 해석을 통하여 혼인의 정의를 남녀 간의 결합으로 제한하고, 특히 ‘사실혼’의 성립마저 부정하는 것은 헌법에서 보장하고 있는 모든 인간의 존엄과 평등, 혼인할 자유와 가족을 형성할 권리를 침해하는 해석이다.

## 라. 2심 판결

2023년 2월 21일, 서울고등법원 제1-3행정부(재판장 이승한)는 제1심 판결을 취소하고 공단의 원고에 대한 보험료 부과처분을 취소한다는 판결을 하였다.<sup>7)</sup>

### 1) 동성 간 ‘사실혼’ 성립은 부정

2심은 1심과 마찬가지로 동성 간의 사실혼 성립은 부정하였다. 그 이유로 헌법 제36조 제1항과 민법에서 양성(兩性)의 구별과 그 결합을 전제로 부부, 혹은 부 또는 처, 남편과 아내라는 용어를 사용하고, 대법원과 헌법재판소가 “혼인은 남녀의 애정을 바탕으로 하여 일생의 공동생활을 목적으로 하는 도덕적·풍속적으로 정당시 되는 결합(대법원 1999. 2. 12. 선고 97므612 판결)”, “혼인은 근본적으로 애정과 신뢰를 기초로 하여 남녀가 결합하는 것(헌법재판소 2011. 11. 24. 선고 2009헌바146 결정)”으로 판시하여 혼인의 본질을 이성(異性)인 남녀 간의 결합으로 보고 있으므로, 사실혼도 남녀 간의 결합으로 해석하는 것이 타당하다는 것이다.

그리고 사회보장 제도별로 사실혼의 인정 범위를 다르게 봐야한다는 원고의 주장에 대하여, 사회보장 제도별로 사실혼 관계에 대해 달리 취급하는 것은 그 입증의 방법 및 정도일 뿐이고, 사실혼의 의미 내지 요건을 달리 보고 있다고 할 수 없다고 배척하였다.

---

7) 서울고등법원 2023. 2. 21. 선고 2022누32797 판결

## 2) 평등원칙 위반 인정

그러나 2심은 1심과 달리 평등원칙 위반 여부에 주목하여 집중적으로 심리하였다. 행정법상 평등의 원칙이란 행정청이 행정작용을 행하면서 합리적 근거가 없는 한 모든 행정객체를 동등하게 처우해야 한다는 원칙이다. 행정청은 헌법 제11조 제1항 평등조항과 행정기본법 제9조에 따라, 합리적 이유가 없는 한 모든 국민을 동등하게 처우해야 할 의무를 부담한다. 여기서 평등은 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 소위 상대적 의미의 평등, 즉 ‘본질적으로 같은 것을 다르게 또는 본질적으로 다른 것을 같게’ 취급하는 것의 금지를 의미한다. 위와 같은 평등의 원칙은 행정청이 자신의 재량행사의 지침을 정하는 내부준칙을 제정하여 재량권을 행사하는 경우에도 적용된다.

2심은 공단이 국민건강보험법 관련 규정에 ‘사실혼 배우자’가 포함됨을 명시하는 규정이 없음에도 불구하고,<sup>8)</sup> 내부준칙(자격관리 업무지침)에 의하여 직장가입자의 배우자에 사실혼 배우자가 포함되는 것으로 취급해 온 것은 재량권을 행사한 결과라고 보면서, 공단의 행위가 차별대우에 해당하는지 검토하였다.

2심은 우선, 이 사건에서 비교의 대상으로 삼아야 하는 두 집단으로 직장가입자와 ① ‘사실혼 배우자’ 관계에 있는 사람의 집단과 ② ‘동성이라는 점을 제외하면 실질적으로 사실혼과 같은 생활공동체 관계’에 있는 사람의 집단을 비교집단으로 설정하고,<sup>9)</sup> 두 집단의 동

8) 국민건강보험법(제5조 제2항 제1호)과 달리, 국민연금법(제3조 제2항), 공무원연금법(제3조 제1항 제2호 가목), 군인연금법(제3조 제1항 제4호 가목), 산업재해보상보험법(제5조 제3호), 고용보험법(제57조 제1항), 근로기준법 시행령(제48조 제1항 제1호) 등과 같은 사회보장 관련 법령은 대부분 수급자인 배우자에 ‘사실상 혼인관계에 있는 사람’을 포함한다는 정의 규정을 두고 있다. 반면 국민건강보험법 제5조 제1항 제1호는 ‘직장가입자의 배우자’에 사실혼 배우자를 포함한다는 규정이나 배우자의 범위에 관한 위임 규정을 두고 있지 않으며, 피부양자 자격의 인정기준에 관하여 정하고 있는 동법 시행규칙에도 아무런 규정이 없다.

일성 여부를 판단하는 비교기준은 피부양자 제도의 의미 및 목적에서 찾아야 한다고 하였다.

2심은 ‘동성결합’이 인정되기 위해서는 동성이라는 점과 그로 인한 불가피한 법적 제한을 제외하고는 실질적으로 사실혼과 같은 관계여야 한다고 하였다. 혼인의 의사와 유사한 합의로서 동거·부양·협조·정조의무에 대한 상호 의사의 합치가 있어야 하고, 혼인의 실질과 유사한 밀접한 정서적·경제적 생활공동체로서의 실체가 인정되어야 한다. 그리고 피부양자 요건(직장가입자에게 주로 생계를 의존하고, 보건복지부령이 정하는 소득 및 재산요건, 부양요건)을 충족하는 경우, 사실혼 배우자의 관계와 본질적으로 동일하다고 보았다. 하지만 공단은 피부양자 제도는 가족법을 중심으로 한 가족제도와 부양의무의 맥락에서 결정되어야 하는데, 사실혼 배우자는 가족법 제도 내에 있는 반면 동성결합 상대방은 그러한 권리·의무가 없으므로 두 집단이 본질적으로 다르다고 주장하였다. 이에 대하여 재판부는, 사실혼의 경우에도 그와 같은 권리·의무는 ‘법률’에 규정되어 있는 것이 아니라 사실혼 당사자의 의사에 기초하여 법률혼에 관한 규정들을 유추 적용한 결과일 뿐이고, 사실혼 배우자와 동성결합 상대방은 모두 법률적인 의미의 가족관계나 부양의무의 대상에는 포함되지 않는 정서적·경제적 생활공동체라는 점에서 양자가 다르다고 할 수 없다고 판단하였다.

또한 국민건강보험법에서 인정하는 피부양자의 범위는 법률이 정한 가족 및 부양의무의 범위와 일치하지 않는다. 민법 제779조 가족의 범위에 해당하지 않거나 제974조의 부양의무가 없음에도 ‘생계를 같이 하지 않는 계부모, 생계를 같이 하지 않는 배우자의 부모, 법률상 부모자녀가 아닌 친생부모자녀, 배우자의 계부모’의 경우에도 그들이 소득이 없는 경우에는 직장가입자의 피부양자 자격을 인정하고 있다. 국민건강보험의 이러한 피부양자 제도 운영은, 피부양자 제도

9) 한편, 2심 재판부는 동성 간은 ‘사실혼’이 인정되지 않는다는 전제에서, 혼동을 피하기 위하여 ‘동성결합’이라는 용어를 사용하였다.

가 경제적 능력이 없어 직장가입자에게 생계를 의지하는 사람에게도 건강보험을 적용하기 위해 도입된 제도라는 점과 시대상황의 변화에 따라 사회보장 차원에서 보호의 대상이 되어야 할 생활공동체 개념이 기존의 가족 개념과 달라지고 있다는 점을 고려하면 수긍할 수 있는 현상이라고 하였다. 결국, 사회보장으로 기능하는 건강보험 제도의 취지에 비추어 볼 때, 법률적 의미의 가족과 부양의무는 피부양자 제도의 출발점일지언정 그 한계점이라고 할 수는 없다는 것이다.

2심은 위와 같은 피부양자 제도의 의미와 목적에 비추어 본다면, 이성 사실혼 배우자 집단과 동성결합 상대방 집단은, 그들이 성적 지향에 따라 선택한 생활공동체의 상대방인 직장가입자가 그들과 이성인지 동성인지만 달리 할 뿐, 본질적으로 동일한 집단으로 평가할 수 있다고 판단하였다. 그런데 공단이 원고에 대하여 피부양자 자격을 인정하지 않은 것은, 성적 지향을 이유로 본질적으로 동일한 집단에 대하여 한 차별대우에 해당한다고 할 수 있고, 공단에게 이 사건 차별대우를 정당화하는 합리적 이유에 대하여 석명준비명령을 했음에도 불구하고, 공단이 구체적인 주장·입증을 하지 않았으므로, 이 사건 차별대우는 평등의 원칙에 위반하는 자의적 차별이라고 인정하였다.

### 3) 보론 - 어떠한 차별이 성적 지향을 이유로 정당화될 수 있는지에 관하여

2심 재판부는 판결문에 성적 지향을 이유로 한 차별이 정당화될 수 없음을 분명하게 밝히고 있다. 한국을 포함하여 세계 각국에서 과거부터 현재에 이르기까지 성적 소수자들에 대한 차별이 존재해 왔지만, 성적 지향은 타고난 본성으로 이를 근거로 성격, 감정, 지능, 능력, 행위 등 인간의 삶을 구성하는 모든 영역의 평가에 있어 차별받을 이유가 없다는 점에 대한 인식이 확산되고 있고, 그에 따라 성적 지향을 이유로 한 기존의 차별들은 국제사회에서 점차 사라져 가고 있으며, 남아 있는 차별들도 폐지될 것이고, 한국 역시 국가인권

위원회법에서 성적 지향을 이유로 한 차별을 평등권 침해 차별행위로 열거하는 등 사법적 관계에서조차도 성적 지향이 차별의 이유가 될 수 없음을 명백히 하고 있으므로, 사회보장제도를 포함한 공법적 관계를 규율하는 영역에서 성적 지향을 이유로 한 차별은 더 이상 설 자리가 없다고 판시하였다.

#### 4. 서울고등법원 판결(2심)의 의미와 한계

이번 판결은 법원이 동성커플의 법적 지위를 인정한 최초의 판결이라는 점에서 의미가 크다. 과거 법원은 동성 간에 사실혼 유사의 동거관계를 유지하여 왔다고 하더라도 그 의사를 부부로서의 공동생활을 영위할 의사였다고 보기 어렵다는 이유로 사실혼해소로 인한 재산분할을 부정하거나,<sup>10)</sup> 혼인은 남녀의 결합을 가리키는 것으로 해석되므로, 이를 넘어 당사자의 성별을 불문하고 두 사람의 애정을 바탕으로 일생의 공동생활을 목적으로 하는 결합'으로 확장하여 해석할 수 없다면서 동성 간의 혼인신고는 적법하지 않고, 동성 간의 결합을 남녀 간의 결합에 비하여 차별하는 것은 남녀 간의 결합은 '혼인 및 공동의 자녀 출산을 통하여 가족을 이루고, 혼인·출산·자녀 양육의 과정을 통해 우리 사회가 지속적으로 유지·발전할 수 있는 토대를 형성하는 역할'을 수행한다는 점에서 동성 간의 결합과 본질적으로 같지 않으므로 평등의 원칙에 위배된다고 할 수 없다고 판시하였다.<sup>11)</sup>

그러나 동성 배우자 건강보험 피부양자 사건에서 서울고등법원은, '동거·부양·협조·정조의무에 대한 상호간 의사의 합치 및 사실혼과 동일한 정도로 밀접한 정서적·경제적 생활공동체 관계'를 전제로 하는 '동성결합'은 피부양자 제도의 관점에서 이성 사실혼 집단과 다르

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

11) 서울서부지방법원 2016. 5. 25.자 2014호파1842 결정

다고 할 수 없다고 판단하였다. 즉, 동성 간의 결합이 남녀 간의 결합과 본질적으로 다르지 않다고 판단한 것이다. 따라서 피부양자 제도에서 동성결합 집단을 이성 사실혼 배우자 집단과 다르게 대우하는 것은, 성적 지향을 이유로 한 차별대우라는 점을 명확하게 실시한 점, 특히 사회보장제도를 포함한 공법적 영역에서 성적 지향을 이유로 한 차별이 더 이상 설 자리가 없다고 판시한 점, 소수자의 권리 보호가 인권 최후의 보루인 법원의 가장 큰 책무임을 밝힌 점이 이번 판결의 의미라고 할 수 있다.

하지만, 이번 판결의 법적 한계도 작지 않다. 우선 2심 역시, 1심과 마찬가지로 현행법상 혼인의 본질을 남녀 간의 결합으로 전제하여 동성 간 사실혼을 인정하지 않았다. 2심의 해석대로라면, 국민건강보험법과 달리 배우자의 범위에 ‘사실혼 배우자’를 명시적으로 규정하고 있는 다른 사회보장제도(국민연금, 산업재해보상보험, 고용보험 등)에서는 ‘동성결합 상대방’은 ‘사실혼 배우자’가 아니므로 배우자로서의 권리를 보장받을 수가 없고, 이는 법령에 따른 적용이기 때문에 행정청의 재량이 인정될 여지가 없어서 평등원칙에 위배된다고 주장하기도 어렵게 된다.

## 5. 앞으로 남은 과제

본 사건은 공단이 2심 판결에 불복하고 상고하여 현재 대법원에 계류 중이다. 상고심에서도 원심의 결론이 유지될 수 있도록 잘 준비할 필요가 있다. 나아가, 동성부부의 권리를 평등하게 보장하기 위하여 근본적으로 혼인과 가족제도에 대한 이성애 중심적·성별이분법적인 해석을 바꾸어 나가야 한다. 현행 민법 상 동성혼을 금지하는 규정이 없음에도 불구하고, 혼인의 본질을 남녀 간의 결합으로 전제하여 동성혼을 제한하는 것은, 이미 전 세계적으로 34개국에서 동성혼을 법제화하고 있는 지금, 시대착오적인 해석이라고 할 것이다.

우리 대법원과 헌법재판소는 동성혼 인정 여부에 대하여, 본격적

으로 판단한 바가 없다. 혼인은 남녀 간의 결합을 의미하므로, 동성 간 결합은 혼인의 의사나 혼인의 실체가 없다는 논리는, 순환논리의 오류에 불과하다. 2017년 대만, 2015년 미국 연방대법원, 2006년 남아프리카공화국 등과 같이, 이미 다수의 국가에서 사법부를 통하여, 혼인을 남녀 간의 결합만으로 제한하는 것은 각국의 헌법에서 보장하고 있는 평등의 원칙에 위배된다고 하였다. 이에 따라 많은 국가에서 사법부를 통하여 동성혼이 법제화 되었다. 동성 간의 결합과 남녀 간의 결합이 본질적으로 차이가 있다고 할 수 없기 때문이다. 역사적으로 사회적 소수에 해당하고 차별을 받아온 집단의 경우에는, 헌법상 평등원칙을 엄격하게 적용해야 한다.

한국 사회에 엄연히 성소수자들이 존재하고 있음에도 불구하고, 너무 오랫동안 혼인과 가족제도에서 배제당하여 왔다. 성소수자들에게도 헌법에서 보장하고 있는 인간의 존엄과 평등, 자기운명결정권에서 파생되는 혼인할 자유, 혼인할 상대방을 결정할 수 있는 자유, 가족을 형성할 자유가 보장될 수 있도록, 사법부가 소수자 권리 보호의 최후 보루로서 역할을 다하길 기대한다.