

제2회 **SOGI** 콜로키움
Sexual **O**rientation
Gender **I**dentify

동성 결합 제도화의 의미와 법적 쟁점



일시 2013년 8월 20일 (화) 19시-21시

장소 인권중심 사람

주최 성적지향.성별정체성 법정책연구회

**Korean Society of Law and Policy on
Sexual Orientation and Gender Identity**

목 차

제1발제_동성결합의 법적 쟁점과 제도화 가능성	2
공익인권변호사모임 희망을만드는법	
류민희 변호사	

제2발제_동성결합의 제도화의 의미와 과제	18
부산대학교 법학전문대학원	
오정진 교수	

동성결합의 법적 쟁점과 제도화 가능성

공익인권변호사모임 희망을만드는법

변호사 류 민 희

목 차

I. 머리말	III. 한국에서의 동성결합에 관한 법적 논의
II. 동성결합의 제도화 동향	1. 헌법상 쟁점
1. 성적지향 법제와 동성결합	2. 민법상 쟁점
2. 동성결합 제도의 동향	IV. 동성결합 제도화에 대한 방법론
3. 국제인권법적 동향 - 자유권 위원회	1. '어떤 상황에서 동성결혼이 먼저 도착하는가'
	2. 입법적 방법론
	3. 소송적 방법론
	V. 결 론

I. 머리말

많은 사람들은 자신의 삶에 있어서 어느 타인과 친밀관계(intimate partnership)¹⁾를 맺고 살아가기를 원하고, 실제로 그렇게 살고 있는 경우도 많다. 주로 이러한 관계들을 국내법 중 가족법이 주로 규율하지만, 공법, 사법의 다른 규정과도 깊은 연관을 맺기도 한다.²⁾ 20세기까지 각 국에서 소도미 법(sodomy law) 같은 형법적 처벌가능성을 내포하는 차별적인 법제가 철폐된 이후에도 동성애자들은 오랫동안 이 가족법의 바깥에 존재하며 친밀관계에 대한 국가의 승인을 통한 권리와 혜택으로부터 배제되어 왔다.

- 1) 친밀관계란 사람마다 다른 의미로 다가올 수 있다. 서로를 사랑하기, 돌보기, 같은 주거에 거주하기, 성적 관계를 맺기, 함께 자녀를 양육하기, 관계를 평생 유지하기, 물건을 공동 소유하기 등등. 이 중 어느 특징도 보편적으로 결혼이나 다른 종류의 친밀관계에 대한 필수적인 요건은 된다고 말하기는 힘들다. 결국 이 논의에서 말하는 친밀관계는 위의 몇 가지 특징을 가지는 넓은 범위의 친밀관계들을 의미한다.
- 2) 예를 들면, 가족법에서의 배우자, 동거인의 범위에 따라서 공법인 형법에서의 가정폭력의 규율을 받을 수도 있고, 사법 상의 임대차의 승계권을 받을 수도 있는 것이다.

미 연방대법원 앞에서 ‘결혼보호법’ 위헌 판결을 자축하는 동성커플들의 환호의 광경을 목도하며 동성결합에 대한 입법의 활로가 오랫동안 막혀온 한국에서는 묘한 감정이 들 수밖에 없다. 이렇게 동성결합은 언뜻 생각하면 오직 외국에서 먼저 발생하여 한국에 수입되어온 논의 같지만, 한국에서도 보다 넓은 틀의 가족구성권의 논의를 포함하여 동성애자 운동 진영과 헌법, 민법 학계에서 꾸준한 담론의 전개가 있어 왔다.³⁾ 학계에서는 동성결합이 거부할 수 없는 흐름이며, 법적·정책적으로 미리 준비를 해야 한다는 판단도 있었던 것 같다. 이러한 논의들에 비하여 정부와 국회 안에서는 상대적으로 눈에 띄는 흐름을 찾기 어려웠다.

오는 2013년 9월, 김승환(레인보우팩토리 대표), 김조광수(영화감독, 청년필름 대표) 동성커플의 공개결혼 ‘당연한 결혼식’ 이후 동성결합에 대한 본격적인 입법적·소송적인 접근으로의 운동이 예상되고 있다. 이 글에서는 국외적인 동성결합 제도화의 동향을 먼저 제II장에서 본 후, 제III장에서 한국법 안에서의 논의 몇 가지를 살펴보고, 제IV장에서 구체적 방법론을 살펴보고 마지막으로 제V장에서 맺는다.⁴⁾

II. 동성결합 제도화의 동향

1. 성적지향 관련 법제와 동성결합

Sandra Fredman(2011)에 의하면, 성적지향과 관련된 법제의 역사는 크게 세 가지 차원으로 나누어 볼 수 있다. 첫 번째는 비범죄화(decriminalization), 차별적이고 실질적인 법적 장애를 제거하는 방식의 법 앞에서의 형식적 평등(formal equality)이다. 두 번째는 동성 파트너십의 동등한 인정이다. 세 번째는 괴롭힘과 범죄를 포함한 모든 종류의 차별로부터의 보호이다.⁵⁾

Kees Waaldijk(2001)도 유럽 국가에서의 성적지향 관련 법제의 역사를 순서적으로 보아, 첫 번째 단계를 비범죄화와 그에 이은 동의 연령(age of consent)의 평등, 두 번째 단계를 차별금지법제의 도입, 세 번째 단계를 동성 파트너십과 양육의 권리 법제의 도입으로 보고 있다. Waaldijk은 이러한 순서는 두 가지 함의가 있는데 첫째, 항상 그런 것은 아니지만 일반적으로 전의 단계의 상황이 발생하여야 후의 단계가 가능해진다는 것이다. 예를 들면, 동성 간의 성행위에 대한 형법적 처벌가능성을 그대로 둔 채로 성적 지향에 기반한 고용 차별을 금지하는 것

3) 예를 들면, 2004. 6. 25. 퀴어문화축제 중 ‘한국에서 동성 결혼은 가능한가’ 토론회, 2006. 9. 23. ‘동성애자의 가족구성권 토론회’, 2007. 6. 11. ‘다양한 가족형태에 따른 차별해소와 가족구성권 보장을 위한 연구모임(이하 가족구성권 연구모임)’의 워크숍 ‘가족에 관한 발칙한 이야기 - 가족구성권 보장을 위한 새로운 길 찾기’와 최근 2013. 7. 12. 가족구성권 연구모임의 ‘가족 패러다임의 변화와 동성결합의 의미’ 워크숍 등이 있다.

4) 혼인/결합과 배우자/파트너의 개념을 가지지 않는 ‘가족’에 대한 논의는 여기서 담기에는 역부족으로 판단되고, 제외하기로 한다.

5) Sandra Fredman, *Discrimination Law* (Oxford University Press, 2011), p. 86.

은 논리적으로 이상하다. 둘째, 매 단계는 다음 단계에 대한 촉진적인 작용을 한다는 것이다. 예를 들면, 일단 입법부가 성적지향에 기반하여 사람에게 다른 대우를 하는 것은 부당하다는 것을 전제하고 나면, 예를 들면 가족법이라던지 다른 법률에서 다른 대우를 하는 것이 설득력이 낮아지는 것이다.⁶⁾

2. 동성결합 제도의 동향

2013년 8월 현재 15개 국가(아르헨티나, 벨기에, 브라질, 캐나다, 덴마크, 프랑스, 아이슬란드, 네덜란드, 뉴질랜드, 노르웨이, 포르투갈, 스페인, 남아프리카 공화국, 스웨덴, 우루과이)와 2개 국가(멕시코, 미국)의 일부 지역이 동성 결혼 제도를 두고 있다. 동성결합 제도를 크게 나누자면 ① 동성간 특유의 결합을 인정하는 독일의 예, ② 동성결합에 이성 사실혼 기준의 혜택을 적용하는 예 ③ 이성간 또는 동성 간 모두 적용가능한 형태의 결합방식인 프랑스의 예를 들 수 있겠다.⁷⁾

동성 결합과 동성 결혼의 논의는 단순히 동성애자만의 이슈가 아니라 사람 간의 결합 관계를 어떻게 구성할 것인지에 대한 큰 흐름의 일부이다. 전통적인 “결혼 아니면 무(無)” 식의 규율, 결혼과 가족법제의 경직성은 제도에 진입하지 않기를 선택하는 개인을 늘게 만들고, 결혼제도의 고사를 낳는다는 지적도 많다.

최근에는 네덜란드나 프랑스 같은 국가는 아래 표와 같이 관계에서 예정, 요구되는 의무의 정도에 따라 친밀관계의 선택지를 제공하는 ‘선택 가능한 메뉴’ 개념의 친밀관계 제도를 제공하고 있다. 직장보험 혜택만 받을 수 있는 관계부터, 미국 일부 주의 서약 혼인(covenant marriage)까지, 물론 권리와 의무가 강할수록 관계의 진입과 해소는 어려워진다. 이러한 담론과 법제화는 개인과 결합의 생활상, 욕구에 따라 최근 국제적으로 특히 빠르게 변화하고 있다.

6) Kees Waaldijk, *Small Change: How the Road to Same-Sex Marriage Got Paved in the Netherlands*, p. 440

7) 보다 자세한 논의는 오정진, 동성혼으로 말해 온 것과 말해야 할 것, 가족법연구 제23권 1호 통권 제34호 (2009년 3월) pp.187-212

A Menu of Partnership Recognition Options

	Domestic Partners	Cohabitation	Cohabitation Plus	Civil Unions	Marriage	Covenant Marriage
Employee Health Benefits, etc.	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Joint Property Ownership		✓	✓	✓	✓	✓
Mutual Support		✓	✓	✓	✓	✓
Family Leave		(✓)	✓	✓	✓	✓
Social Security Benefits			✓	✓	✓	✓
Surrogate Decisionmaking Capacity			✓	✓	✓	✓
Inheritance Rights			✓	✓	✓	✓
Joint Parental Rights/Adoption			(✓)	✓	✓	✓
Taxation			(✓)	✓	✓	✓
Fidelity Requirement				✓	✓	✓
Dissolution Thru Judicial Proceeding				✓	✓	✓
Interstate Portability				(✓)	✓	✓
Symbolic Tie to Traditional Marriage					✓	✓
Counseling Before Dissolution						✓
Fault-Based Dissolution						✓

Source: William N. Eskridge, Jr., *Equality Practice: Civil Unions and the Future of Gay Rights* 125 (2002) (Table 3.3).

3. 국제인권법적 동향 - 자유권 위원회

동성결합과 관련된 자유권위원회 결정례로는 2003년 Young v. Australia 사건⁸⁾과 2007년 X v. Colombia 사건⁹⁾이 있다.¹⁰⁾ 이 두 사건에서는 각각 20년 이상 관계를 유지한 동성커플에 대해 국가가 법률로써 연금지급을 거부한 것이 쟁점이 되었다.¹¹⁾ 각각의 사건에서 호주와 콜롬비아는 사실혼 관계의 커플에게도 결혼 관계의 커플과 동일하게 연금을 지급한다는 규정을 가지고 있었다. 그러나 호주는 명문으로써, 콜롬비아는 법원의 해석으로써, 이 규정의 적용을 이성애

8) Young v. Australia, Communication No. 941/2000, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/941/2000 (2003).

9) X v. Colombia, Communication no. 1361/2005, U.N. Doc. CCPR/C/89/D/1361/2005 (2007).

10) 이 문단은, 김지혜, 성적지향과 성별정체성에 관한 국제인권법 동향과 그 국내적 적용, 법조 제61권 제11호 통권 제674호 (2012년 11월), pp.181-222를 참조하였다.

11) 호주 사건의 청구인은 사망한 파트너와 38년 동안 관계를 유지하였고 파트너의 사망 전 수 년 동안 간호를 하였다. 콜롬비아 사건의 청구인은 파트너와 22년 동안 관계를 유지하였고 7년의 동거기간이 있었다.

커플만으로 한정하였다. 청구인들은 이 규정이 성적지향을 이유로 한 차별로서 자유권규약 제26조에서 보장하는 ‘법 앞에서의 평등’에 위반된다고 주장하였고, 자유권위원회는 이를 인용하였다. 자유권위원회 결정문에서, 비혼 커플과 결혼한 커플 사이에 차별을 두는 것은 결혼에 대한 선택의 결과이기 때문에 합리적이나, 비혼 커플 가운데 이성커플과 동성커플 사이에 차별을 두는 것은 명백한 차별이라고 실시하였다.

하지만 위와 같은 결정은 동성이 포함될 수 있는 동거관계(cohabitation)가 인정된 국가에서 동성커플과 이성커플에 대한 직접차별로 접근한 사건이다. 동성커플이 접근할 수 있는 결혼관계가 전혀 없는 국가에서는, 이러한 배제가 이성커플, 동성커플 모두에게 적용된다고 하더라도 간접 차별이 될 수 있다는 논리가 가능하다.

이에 대해 1990년 *Danning v. the Netherlands* 사건¹²⁾의 논리를 보자. 네덜란드의 남성 Danning씨는 어떤 여성과 신고 안한 사실혼(common-law marriage) 관계였다. 어느 날 교통사고로 신체에 영구적 손상을 입었고 이에 대하여 장애인연금급여를 받을 수 있었는데 그 중 결혼한 커플과 달리 자신들에게는 주어지지 않는 급여가 존재하였다. 청구인은 자유권규약 26조(2조와 함께) 차별금지 위반을 주장하며 자유권위원회에 개인진정을 하였다 이에 대해 위원회는 기각하며 ‘네덜란드법이 결혼한 커플과 결혼하지 않은 커플을 다르게 대우하는 것은 합리적인 이유가 있는 것. 동거하고 있는 (이성)커플에게는 결혼관계에 진입하여 관련된 혜택과 의무, 책임을 받을 수 있는 선택이 존재한다’고 판시하였다.¹³⁾ 이 논리를 바꾸어 생각하면 다른 친밀관계 제도가 존재하지 않는 국가의 동성커플에게는 결혼관계에 진입할 선택이 없고 그래서 다른 비결혼커플과 똑같이 취급하는 것은 간접차별에 해당할 여지가 있다.

국제인권규약에 근거하여 동성결혼을 주장한 사건은 현재까지 2002년 *Joslin v. New Zealand* 사건¹⁴⁾가 유일하다. 이 사건은 레즈비언 커플 2쌍이 뉴질랜드 국내법원에 바로 동성결혼을 주장한 사례이다. 뉴질랜드 결혼법에는 ‘between men and women’이라는 문언이 있었는데, 뉴질랜드 대법원은 위 커플에 대한 신고 거부를 차별로 보지 않았다. 자유권위원회에 개인 진정하였음. 자유권위원회는 규약 23조의 결혼에 관한 권리¹⁵⁾는 다른 조항(‘모든 사람’)과 달리

12) L. G. Danning v. The Netherlands, Communication No. 180/1984, U.N. Doc. CCPR/C/OP/2 at 205 (1990)

13) 이 부분은 나중에 1994년 평등대우법 입법으로 사회보장급여에 대해서는 사보험을 제외하고 결혼커플과 동거커플(cohabitation)과의 차이가 없어져서 입법적으로 해결된다.

14) Ms. Juliet Joslin et al. v. New Zealand, Communication No. 902/1999, U.N. Doc. A/57/40 at 214 (2002)

15) International Covenant on Civil and Political Rights, Article 23

1. The family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State.
2. The right of men and women of marriageable age to marry and to found a family shall be recognized.
3. No marriage shall be entered into without the free and full consent of the intending spouses.
4. States Parties to the present Covenant shall take appropriate steps to ensure equality of rights and responsibilities of spouses as to marriage, during marriage and at its dissolution. In the case of dissolution, provision shall be made for the necessary protection of any children.

제23조

‘men and women’이라는 표현을 쓰는 취지를 볼 때, 위 진정에 대해서 결혼에 관한 권리 침해와 차별금지 위반 모두 인정되지 않는다고 판시하였다.

자유권위원 Rajsomer Lallah와 Martin Scheinin은 다수의견에 대한 추가적인 개인의견으로, ‘23조의 해석에 대한 결론에는 동의한다. 23조의 ‘men and women’ 표현은, 이성 간의 결혼 인정에 대한 국가의 의무를 말하는 것이지, 그렇다고 해서 이 조항이 동성 간의 결혼이나 다른 비슷한 결합관계를 국가가 인정하는 것을 방해하지 않는다. 또한, 이 사건이 26조 차별금지 위반에 해당하지 않는다는 의견에 대해 몇 가지 추가하자면, 이번 건해가 결혼커플과 법에 의해 결혼이 배제된 동성커플에 대한 다른 대우가 언제나 차별금지 위반이 아니라는 이야기는 아니다. 오히려 반대로 위원회의 법리는 이것이 어떤 상황에서는 차별이라고 볼 수 있는 입장을 지지한다(Toonen 사건과 Danning 사건을 인용하며). 결혼한 커플과 결혼하지 않은 커플에 대한 차등 대우의 정당화는 결혼에 대한 선택이 커플에게 있기 때문이다. 동성커플에게 결혼 혹은 결합관계를 인정하지 않는 나라의 동성커플에게는 그러한 선택이 가능하지 않다. 따라서 합리적이고 객관적인 요건에 의해 정당화되지 않는다면, 동성커플에 대한 어떤 권리나 혜택의 배제는 차별일 수 있다.’고 밝혔다.

III. 한국에서의 동성결합에 관한 법적 논의

1. 헌법상 쟁점

가. 제36조 제1항

대한민국 헌법

제36조 ①혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.

법률에서 직접적으로 혼인을 한 명의 남자와 한 명의 여자간의 결합으로 규정하는 국가들도 존재한다. 하지만 한국에는 명문 규정 어디에도 혼인을 이와 같이 제한하는 규정은 없으나, 현행 헌법 하에서는 제36조 제1항의 해석에 따라 동성혼이 인정될 수 없다는 견해도 많다. 위 조항은 혼인이 양성 간의 결합임을 의미하므로 동성혼이 인정되기 위해서는 헌법 개정을 요한다는 견해¹⁶⁾, 우리 헌법이 예정하고 있는 혼인이란 양성의 결합을 의미하는 것으로 보이고 동성혼

1. 가정은 사회의 자연적이며 기초적인 단위이고, 사회와 국가의 보호를 받을 권리를 가진다.
2. 혼인적령의 남녀가 혼인을 하고, 가정을 구성할 권리가 인정된다.
3. 혼인은 양당사자의 자유롭고 완전한 합의 없이는 성립되지 아니한다.
4. 이 규약의 당사국은 혼인 기간 중 및 혼인 해소에 혼인에 대한 배우자의 권리 및 책임의 평등을 확보하기 위하여 적절한 조치를 취한다. 혼인 해소의 경우에는 자녀에 대한 필요한 보호를 위한 조치를 취한다.

을 인정하지 않는다고 하여 그것이 바로 평등원칙에 어긋난다고 말하기는 어려우나 일반적 행동자유권이나 성적자기결정권에 의해서 동성 간 결합은 인정할 수 있다는 견해¹⁷⁾ 등이 그것이다. 한편 이에 대해, 헌법제정자는 동성 간의 혼인에 대해 어떠한 가치판단도 하지 않았으며 혼인의 개념에 대한 헌법해석의 문제라는 견해¹⁸⁾도 존재한다. 하지만, 이 조항은 혼인과 가족생활에 개인의 존엄과 양성의 평등을 침해하는 것을 배격하는 원칙을 천명한 것으로, 혼인의 전제가 양성이어야 한다는 것으로 해석되는 것은 체계상 맞지 않으며, 가족이 성립되는 계기가 되는 입양의 경우, 입양의 조건으로 양성일 것을 요구하지 않는 점을 볼 때, 혼인의 경우에도 양성일 것이 성립의 기초로 제한되는 것으로 해석해서는 안 된다는 견해도 있다.¹⁹⁾²⁰⁾ 이와 같이 헌법학에서 동성혼에 대한 논의는 대부분 제34조 제1항의 해석을 둘러싸고 전개된다.

제헌헌법	제20조 혼인은 남녀동권을 기본으로 하며 혼인의 순결과 가족의 건강은 국가의 특별한 보호를 받는다.
1963년 헌법	제31조 모든 국민은 혼인의 순결과 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다.
1980년 헌법	제34조 ①혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 한다.

사건으로는 “양성의 평등”이라는 문언이 동성혼을 혼인에서 적극적으로 배제하고 있다고 보이지는 않는다. 위 문구가 헌법에 등장한 맥락은 전근대와 근대가 혼재되고 가부장제와 여성차별의 잔재가 있는 한국 가족제도와 가족법에 대한 헌법상의 평등의 요청, 성평등(gender equality)의 규범화라고 보여진다. 따라서 제36조 제1항은 동성혼을 인정하는 것에 장애가 될 수 없고 성평등에 대한 해석에 따라 오히려 동성결혼을 적극적으로 도출할 수 있는 근거조항이라고 판단된다. 비교법적으로 법률에 혼인의 정의를 두는 제한된 경우 중 ‘marriage is between men and women’이라는 표현을 쓰는 경우는 해석의 폭이 좁을 수밖에 없지만, 한국 헌법은 혼인의 당사자에 대해서 이야기하지 않고 결혼 제도 내에서 평등을 이야기하고 있다.

헌법재판소는 평등권 침해 유무의 심사기준으로 ‘자의 금지 원칙’과 ‘비례의 원칙’을 제시하고 있는데, 특히 ‘제대군인 공무원채용시험 가산제도’에 대한 위헌 결정에서 엄격한 심사기준을 제시한 이래, ① 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우, ② 기본권 침해가 중대한 경우에 엄격한 심사기준을 적용하고 있다. 동성혼인에 대한 차별을, 남성과 여성의 혼인과 여성과 여성, 남성과 남성의 혼인의 차별로 보아 헌법 제11조의 평등권의 침해로서 “성별에 따른 차별”로 볼 수 있고, 엄격한 기준에 의해서 평등권 침해 여부를 판단하게 될 것이므로 합리적인 근거 없이

16) 정종섭, 헌법학원론, 박영사, p.216

17) 윤진수, 혼인의 자유, 한국법학 50년-과거, 현재, 미래, 한국법학교수회, 1988, p.73

18) 이준일, 헌법상 혼인의 개념-동성간 혼인의 헌법적 허용가능성, 한국공법학회, 2009.2., p.187

19) 2006년 입양촉진 및 절차에 관한 특별법 시행규칙 개정으로 ‘혼인중일 것’ 자격요건이 삭제되었다.

20) 이은우, 동성혼과 가족제도, 동성애자 가족구성권 자료집, 친구사이, p.72

동성혼을 금지하는 것은 위헌의 소지가 있다는 견해도 존재한다.²¹⁾

한편, ‘국제인권법 동향’에서 밝힌 바와 같이, 동성커플에게 일체의 결혼 혹은 결합관계를 인정하지 않는 상황에서 모든 비혼커플에 대한 어떤 권리나 혜택의 배제는 동성커플에 대한 간접 차별의 논리로 구성하는 것도 가능하다. 헌법재판소는 ‘제대군인 공무원채용시험 가산제도’에서 명시적으로 밝히지는 않았지만 논지 전개상 간접차별로 보이는 법리를 도입한 바 있다.

나. 상대방을 자유로이 선택할 자유

제36조 제1항에 대해서 헌법재판소는 1997년 동성동본금혼 사건에서 “혼인이 1남 1녀의 정신적·육체적 결합이라는 점에서는 변화가 없다고 할지라도 (중략) ‘인격 대 인격의 결합’이라는 관념으로 바뀌었고”라고 혼인의 변화상에 대해 판시하면서, “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. 따라서 혼인에 있어서도 개인의 존엄과 양성의 본질적 평등의 바탕위에서 모든 국민은 스스로 혼인을 할 것인가 하지 않을 것인가를 결정할 수 있고 혼인을 함에 있어서도 그 시기는 물론 상대방을 자유로이 선택할 수 있는 것이며, 이러한 결정에 따라 혼인과 가족생활을 유지할 수 있고, 국가는 이를 보장해야 하는 것이다.”라고 하며 상대방을 자유로이 선택할 자유가 헌법 제36조 제1항에 의해서 도출된다고 하였다.²²⁾

다. 차등 대우의 합리성, 정당성

모든 차등 대우가 차별이며 평등권 침해인 것은 아니고, 합리적 이유가 있다면 정당화된다. 그동안 각국의 법원에 대한 동성결혼 사건 중 기각된 예를 보면 ‘동성 커플은 생식(procreation)이 불가능하다’는 논리가 차등 대우를 정당화하였는데, 이제 이 논리는 차츰 설득력을 잃어가는 것으로 보인다. 결혼 제도는 당사자들의 임신, 불임 여부와 상관없이 공개되었고, 불임이 되었다고 해서 결혼 신고가 취소되지 않으며, 이미 생식과 결혼은 분리되었다는 것이 미국 가족법 교수들의 주장이다.²³⁾

‘전통’ 논리에 관해서는, 최근 수십 년간 결혼과 관련한 가족법적 동향은 결혼 밖 관계에 대한 법률적 규제에서 벗어남, 개인화, 해소의 유연화(no-fault divorce) 등에서 빠른 변화가 있었듯이, 결혼이란 것은 고정된 제도인 적이 없었다는 점이 주요 근거로 등장한다.

21) 서종희, 한국에서의 호모사케르 : 동성혼, 원광법학 제26권 제2호 (2010년 6월) p.117

22) 헌법재판소 1997. 7. 16. 95헌가6내지13(병합)

23) Amicus Brief of Monroe Inker and Charles Kindregan, Goodridge 등

그 외 ‘도덕’, ‘종교’의 논리에 대해서는 보다 심도 깊은 논증이 필요하나 잠시 간략히 서술하자면, 근대의 결혼은 종교와 분리된 법률적인 문제였고, 결혼 제도의 핵심은 당사자 간의 의사 합의에 따른 계약이며, Goodridge 판결에서는 모든 도덕 논리를 기각하며 매사추세츠 헌법과 “우리의 의무는 우리의 자유를 규정하는 것이지, 우리의 도덕률을 정하는 것이 아니라”고 하였다.

2. 민법상 쟁점

가. 현행 가족법상 수리 가능 여부

게이커플 혼인신고불수리 사건은 2004년 이상철 박종근씨가 공개결혼식을 올리고 서울 은평구청에 찾아가 혼인신고서를 냈으나 “법원의 유권해석을 받아 본 결과, 우리나라에서 혼인신고는 남녀간 결혼을 전제로 하기 때문에 적법한 혼인신고로 수리할 수 없다”고 하며 ‘수리할 수 없다’는 통지를 받은 사건이다. 그 이후 법률적 대응에 관해서는 알려지지 않았다.

나. 사실혼 관계의 인정 여부

현재까지 알려진 동성결합에 대한 한국에서의 소송적 접근은 ‘레즈비언 사실혼 파탄’에 대한 인천지방법원 사건²⁴⁾이 유일하다. 이 사건에서 원고의 주장은, 원고와 피고는 동성으로서 1980. 5. 2.부터 2001. 3. 19.까지 20여 년간 혼인 유사 생활을 같이 해온 사이로, 폭행 등 피고의 책임 있는 사유로 원 피고 간의 사실혼 관계가 파탄되었으므로 사실혼 부당파기로 인한 위자료 및 사실혼해소로 인한 재산분할을 구하였다.

재판부는 “사실혼이 성립하기 위하여는, 주관적으로 당사자 사이에 혼인의 의사가 있고, 객관적으로 사회관념상 가족질서적인 면에서 부부공동생활을 인정할 만한 혼인생활의 실체가 있어야 하는 것인바, 이러한 혼인의 의사라 함은 사회적·실질적으로 부부로서의 공동생활을 영위할 의사를 말하고, 당사자 사이에 혼인의 의사가 있다고 함은 쌍방 간에 혼인 의사의 합치가 있음을 의미하므로, 동성(同性) 간에 사실혼 유사의 동거관계를 유지하여 왔다고 하더라도 그 의사를 부부로서의 공동생활을 영위할 의사였다고 보기는 어렵고, 또한 이러한 동거관계는 객관적으로 부부공동생활을 인정할 만한 혼인생활의 실체가 있었다고 보기도 어려울 뿐만 아니라 사회관념상 가족질서적인 면에서도 용인될 수 없는 것이어서, 동성 간에 사실혼 유사의 동거관계를 사실혼으로 인정하여 법률혼에 준하는 보호를 할 수는 없다.”고 하며 원고의 청구를 모두 기각하였다. 한편 서울고등법원은 강제조정에서, 오랜 기간 동안 두 사람의 동거가 인정되는만큼 피고 명의의 재산 일부에 대해서 원고도 권리도 있다는 판단을 내렸으나 정식판결이 아닌만큼 정

24) 인천지법 2004. 7. 23. 선고 2003드합292 판결 【사실혼관계해소로 인한 재산분할 및 위자료】

확한 논리는 알기 어렵다.²⁵⁾

한국에서 사실혼 제도는 판례법상, 일반적인 법 바깥의 혼인유사관계를 말하는 것이 아니라 신고만 걸여된 준혼(準婚)으로 규율한다. 이는 한국의 사실혼 제도가 종래 조선의 의식혼 제도에서 신고혼주의로 전환하며, 무지, 법적 관념의 부재 등으로 미신고커플들이 존재하자 이 관계를 보호하고자 하는 취지에서 도입한 법리임에 기인한다.

한편, 현재까지 판례는 혼인의 의사가 있어야 함을 요구하므로, 의식적으로 결혼을 하지 않으려는 관계 등을 포함한 결혼 바깥의 관계를 전혀 보호할 수 없고, 이러한 경직된 사실혼 제도의 운용에 대해서는 여러 비판이 제기된 바 있다.

따라서 사실혼 법리의 확장 혹은 다른 결합관계의 인정이 있기 전까지는 사실혼도 결국 법률혼의 기능을 전제로 하게 되는 것이다. 하지만, 개별법(예, 주택임대차보호법 제9조)에 따라 그 도입취지를 선해하여 동성애관계를 포함하는 것으로 해석을 확장하는 가능성도 모색해 볼 수도 있을 것이다.²⁶⁾

IV. 동성결합 제도화에 대한 방법론

1. ‘어떤 상황에서 동성결혼이 먼저 도착하는가’²⁷⁾

Glass, Kubasek, Kiester는 유럽의 모델을 비교법적으로 관찰하며, 어떤 상황에서 동성결혼의 제도화가 가능해지는가, 에 대한 가설을 제시한 바 있다. ① 전반적인 결혼 제도의 해체 내지는 유연화 이행과정에서 온다는 결혼제도의 몰락 가설에 대하여, 스칸디나비아 반도 국가들과 달리 스페인처럼 동거율이 낮은 국가에는 적용되지 않는다. 결혼율의 감소, 결혼제도의 약화가 동성결합에의 진행을 꼭 설명해주는 것은 아니다. 모두가 균질한 결혼제도와 변화를 겪고 있지는 않다. ② 정치과정에서의 소수자 권리의 확장 가설은, LGBT 운동 세력이 상대적으로 약하고 반대 세력이 강했던 스페인에는 적용되지 않는다. ③ 기댈 수 있는 국제적 모델의 존재 가설은 미국을 설명해줄 수 없다. ④ 마지막으로, 정책 진화 가설은, 가장 유력한데, 네덜란드처럼 단계별로 변화를 이끌어 낸 국가를 잘 설명하지만, 선행제도가 없이 갑자기 동성결혼제도가 도입된 스페인을 설명하지 못한다. 그들이 내린 결론은, 하나같이 진보적인 정부의 집권시기에 동성결혼이 추진력을 가지고 제도화되었다는 것이다. 그러나 이 이론은 최근 카메론 정부의 영국을 설명하지 못한다.

25) 김민중, 동성애관계의 법적 보호에 관한 시론적 검토, 인권과 정의, 2004년 5월, p.143

26) 위의 글, p.141

27) 주로 Christy M. Glass, Nancy Kubasek, and Elizabeth Kiester, Toward a European Model of Same-Sex Marriage Rights: A Viable Pathway for the U.S., 29 Berkeley J. Int'l Law. 132 (2011). 를 참조하였다.

이처럼 어느 한 가지 요인으로만은 쉽게 설명되지 않는다. 이렇게 추상화된 가설에서 놓칠 수 있는 것은 국지적인 정치적 사회적 맥락들일 것이다. 수년 동안 한국의 차별금지법 제정의 난관도 한 마디로 간단하게 설명되지는 않는 것처럼. 그럼 구체적인 예를 보면서 그 맥락을 파악해보자.

2. 입법적 방법론 - 네덜란드의 예²⁸⁾

네덜란드는 1979년 이후부터 동거커플에서 결혼커플에 준하는 권리와 혜택을 도입하기 시작했다. 임대차, 사회보장, 소득세, 이민, 연금 등의 개별법에는 동성동거와 이성동거를 구분하지 않았다. 양육에 관해서는 1970년대부터 동성애나 비혼커플이 위탁보호하는 것이 가능해졌고, 동성애 성적 지향을 가진 것이 더 이상 이혼 이후 접견권을 박탈당하는 이유가 되지 않는 등의 진전이 있었다. 네덜란드의 동성애자 커뮤니티는 1990년대 초 결혼에 대한 욕구가 없어서 ("남은 제도" "기존 질서") 운동단체에서 큰 관심을 표하지 않을 정도였다.²⁹⁾

소송적 방식의 접근으로는 1980년대 공동 양육, 입양, 파트너 이민, 유족급여, 세금 혜택 등 개별 권리와 혜택들을 주장한 많은 사건들과, 결혼을 직접적으로 요구한 형태의 1990년 두 개 (게이 커플, 레즈비언 커플)의 사건이 존재하였는데, 이 사건은 동성애자 운동단체와 관련이 없는 시민권 변호사들과 한 게이 잡지의 프로젝트였다. 이 사건 중 레즈비언 커플 사건에 대해 대법원은 기각하며 방론으로 입법부에 동성커플의 배제에 대하여 정당화할 것을 요구하였다.³⁰⁾ 이 의견 이후 네덜란드 의회 내에 입법에 대한 자문위원회가 만들어진 후 1992년 덴마크 모델을 따르는 형태의 입법에 대한 권고 의견을 도출하였다. 그 결과로 1994년 의회에 첫 동반자등록법 안이 상정되고 그 후 많은 수정 후 1997년에 통과되어, 1998년부터 시행되었다. 이 동반자등록법은 거의 결혼과 흡사한 모델이었지만 양육, 외국인, 연금에 대해서는 예외를 두었다.

차츰 이 괴리는 추가 입법을 통하여 메꾸어지고 나중에는 이름을 제외하면 동반자 등록과 결혼은 거의 차이가 없었다. 한편 동반자 등록은 이성애자 커플에게도 인기가 있었는데 그 이유는 '전통제도로서의 결혼에 대한 반감'과 '결혼보다 덜 구속적인 동반자관계에 대한 매력', 적은 비용과 시간으로 등록할 수 있는 점 등이 포함되었다. 분명 동성애자들에게 동반자 등록과 동성결혼은 차이가 있었고 완전한 평등이라고 느껴지지 않았다. 따라서 이에 멈추지 않고 동성결혼 법제화를 추진하여 세계 최초의 동성결혼 인정 국가가 되었다.

28) 이 장은 주로 Kees Waaldijk, Small Change: How the Road to Same-Sex Marriage Got Paved in the Netherlands를 참조하였다.

29) Christy M. Glass, Nancy Kubasek, and Elizabeth Kiester, Toward a European Model of Same-Sex Marriage Rights: A Viable Pathway for the U.S., 29 Berkeley J. Int'l Law. 132 (2011), p. 144.

30) Hoge Raad der Nederlanden, 19 oktober 1990

<http://www.vrouwenrecht.nl/1990/10/19/instantie-hoge-raad-der-nederlanden-19-oktober-1990/>

이렇게 네덜란드의 동성결혼은 동성애자에게 결혼을 개방하기 위한 문제를 점진적으로 소거해나가는 방식으로 진행되었고, 다른 나라에서 존재하는 이슈들 - 교회의 입장, 세수(稅收), 사회보장의 부담, 외국인의 유입, 유족연금의 부담, 자녀의 양육, 입양자의 어려움 - 등과 관계없이 제도를 만들어나갈 수 있었다는 것이다.

한편, Waaldijk은 네덜란드를 세계에서 첫 번째 동성결혼 인정국가로 만든 점진적 변화를 네덜란드의 사회적 특수성에 기인한다고도 설명한다. 네덜란드는 상대적으로 종교인구가 적은 세속적인(secular) 국가이고, 소수자에 대한 보호 전통이 있으며, 직접민주주의 요소가 적고 따라서 포퓰리즘의 위험이 없는 민주주의 시스템(레퍼랜덤이 없고, 지역에 기반한 선거가 없다)을 가지고 있다는 점 등이다.

3. 소송적 방법론 - 미국, 특히 코네티컷 주의 예

동성결합에도 미국예외주의(American Exceptionalism)가 적용되는 것일까. 50개주 만크이나 미국의 양상은 특이하다.³¹⁾ 하와이를 시작으로 몇 개 주에서 입법·사법적으로 동성결합이나 동성혼이 인정된 이후, 주마다 결혼 정의에 대한 헌법 개정 운동 등 엄청난 역풍이 몰아쳤고 연방 결혼보호법(DOMA)도 그 역풍의 하나였다. 특히 이러한 역풍이 주민발의 등 직접민주주의 방식으로 이루어졌다는 것은 소수자 보호가 과연 ‘popular vote’로 결정될 수 있는 성질의 것인가를 되물게 만든다.³²⁾ 이러한 양상은 연방대법원 결정 이후 물론 새로운 전개를 맞고 있지만, 아직까지는 주 단위의 싸움으로 전개되고 있다.

미국 동성애자 진영이 1990년대 초까지 동성결혼에 대한 대세적이고 정리된 입장을 가졌다고 보기는 힘들다. 1989년 람다 리걸(Lambda Legal)의 두 상근 변호사가 완전히 다른 입장을 취하는 기고를 한 저널에 실을 정도로 정리된 입장이 없었다.³³⁾ 따라서 초기 하와이 주 Baehr 소송에는 람다 리걸이 참여를 고사하여 일반 변호사에 의해 소송이 시작된다(후에 Evan Wolfson에 의해 단체의 입장이 정리된 후, 하와이 주 소송에 중간부터 합류하게 된다). 그러다가 위 소송의 승리 이후, 주 마다 동성결합/결혼의 싸움이 시작되었고 많은 단체들이 이 이슈에 자의·타의로 몰입하게 된다.

이 기세를 몰아 2003년 미국 코네티컷 주에서는 하와이 주와 버몬트 주의 소송의 논리를 기

31) 어떻게 미국에서 동성애자 권리 담론이 결혼으로 수렴되었는지 1980년대 AIDS 위기 등 역사적 맥락에 대해서는, George Chauncey, *Why Marriage: The History Shaping Today's Debate Over Gay Equality*를 참조.

32) 이에 관하여는 이상진, *직접민주주의와 소수자 차별* : 2004년 미국 대선과 미국의 동성결혼 금지법 주민(州民)투표를 중심으로, *한국정치연구* 제18집 제2호 (2009년 6월) pp.189-213를 참조.

33) *Out/Look* 매거진의 1989년 가을호에서 있었던 일이다. Paula L. Ettelbrick, *Since When is Marriage a Path to Liberation?* 와 Thomas B. Stoddard, *Why Gay People Should Seek the Right to Marry*.

반으로 하여 Hillary Goodridge와 Julie Goodridge를 대표원고로 하는 동성커플 7쌍의 소송이 시작되었다.

매사추세츠 주를 중심으로 한 동부 지역의 LGBT 법률운동단체 GLAD(Gay & Lesbian Advocates & Defenders)의 상근 변호사 Mary Bonauto는 10년 이상의 준비에 대해 아래와 같이 전한다.³⁴⁾

Goodridge 판결을 마치 아직 받아들일 준비가 안 된 LGBT집단에 대해 진보적인 판사들이 던진 판결로 보는 것은 캐리커처에 불과하고, 우리는 10년 이상 여러 가지 방식으로 소송적 입법적 대응을 하였다. 우리에게 Goodridge 소 제기는 논리적이고 당연한 다음 단계였다.

동성결혼소송으로 오기까지 법적, 정치적, 문화적 맥락에서 매사추세츠 주에서는 수십 년간 어떤 흐름이 있었다.

성적지향과 관련된 법제화의 흐름으로는, 1976년부터 일부 지역(군, 시) 조례에 성적지향에 대한 차별금지가 등장하기 시작했다. 17년간의 고려 끝에 1989년에 성적지향 차별금지법이 통과되었다. 1992년 주지사가 동성애 청소년 위원회를 설치하고 자살율에 대한 연구를 실시했고, 학생들의 입법운동이 있었다. 결국 1993년 학교에 적용가능한 차별금지법에 성적지향이 포함되었다. 1996년 혐오범죄법에 성적지향이 포함되었다.

가족법적인 동향으로는, 1987년 세 아이가 게이커플의 아동위탁보호(foster care)를 받고 있다는 언론 기사 이후, 주 정부가 행정규칙으로 동성애 커플을 foster care에서 제외시켰는데 이에 대한 소 제기 이후 1990년 합의로 결국 그러한 규칙이 삭제되었다. 1993년 공동 입양(레즈비언 커플 중 한 사람의 전 결혼에서의 자녀를 입양) 사건에서도 법률문구 'person'의 해석이 문제가 되었는데, 레즈비언 커플이라 해서 배제되지 않는다는 판결을 얻어냈다. 1999년 주 대법원은 동성커플의 해소 이후 한 쪽의 접견권에 대해 사실상의 부모(de facto parent)라는 새로운 해석을 하였다. 그 외 비결혼 이성커플에 대한 판례들도 속속 등장하였고, 회사마다 커플에 대한 혜택을 확장하는 등의 흐름이 있었다. 그러나 하와이 Baehr 사건 이후 1999년부터 반-동성애자 법들이 발의되기 시작하였고, 공-사기업에서 제공하는 결혼바깥의 혜택들을 적극적으로 배제하려는 시도가 시작되었다.

내가 GLAD에서 일한 1990년부터 결혼소송을 해보고 싶다는 전화는 자주 있었다. 하

34) 이하는 Mary Bonauto, Goodridge in Context, Harv. CR-CLL Rev., 2005 와 Yvonne Abraham, 10 years' work led to historic win in court, 11/23/2003, Boston Globe 의 내용을 정리한 것이다.

지만 그때마다 거절했다. 때가 되지 않았다고 생각했기 때문이다. 도대체 동성결혼소송 언제 할거냐는 이야기를 듣기도 했다. GLAD는 일단 side-door적 방법론으로 비결혼적 소송(non-marriage litigation)을 통해 권리와 혜택을 확장해나갔다. 그것이 위에서 본바와 같이 입양, ‘사실상 부모’ 사건 등이다. 하지만 동시에 우리는 이렇게 우회적으로 결혼 차별 소송을 하는 것에 매우 신중해야 했다. 배우자 보장(직장의료보험 등)에 대한 전국의 다른 소송들에서 몇몇 법원은 이렇게 아니라 결혼법을 바꿔야 한다는 결정을 하고 있었고, 혜택의 배제의 정당성에 대한 해로운 부수적 의견(dicta)이 종종 나오고 있었다. GLAD는 1995년 심지어 한 행정심판은 불복하지 않기로 결정도 했었다. 1995년 나는 매사추세츠에서 우리가 직접적으로든 간접적으로든 결혼소송에 대해서 준비가 되지 않았다고 생각했다.

우리는 하와이 주와 버몬트 주의 승리에 발판을 삼았고, 매사추세츠 주 헌법에서 기본권의 광범위한 보장과 가족법에서의 최근 경향 등이 다른 주보다 유리한 요소라고 생각했다. 드디어 2000년 8월, 20여명의 커뮤니티 리더들을 모아놓고 이제 GLAD에서 소송할 준비가 되었다고 설명회를 열었다. 그들의 찬성 이후 소 제기 작업에 착수하였다. 2001년 4월, 소 제기 기자회견을 열었다. 자원자가 너무 많아서 원고를 줄이는 과정을 거쳤다. 진짜 사람들의 진짜 이야기를 들려주고 싶었고, 지역적 다양성 등 여러 가지를 고려하여 7커플을 선정했다.

우리는 시민적 결합을 위하여 소송을 하는 방법도 고려했었으나, 반대자는 그 양쪽을 분리하여 생각하지 않았기에 결국 그 생각은 기각하고 동성결혼 소송으로 추진하였다. 우리는 성적지향에 관한 차별사건의 평등권 심사 기준이 엄격심사가 되어야 한다고 생각은 했지만, 합리성 심사에 맞춰서 서면을 작성했다. 우리는 합리성 심사에서 이길 자신이 없었다면 소를 제기하지 않았을 것이다.

정치적 맥락에서 소송으로 가는 타이밍을 당긴 하나의 요소는 곧 2004년에 있을지도 모르는 매사추세츠 헌법 개정 캠페인이었다. 하와이와 버몬트 이후 동성결혼 반대자들은 조직화되어서 주마다 주민발의 움직임에 벌였다. 어차피 2004년 캠페인에서 동성결혼반대자들의 주민발의에 대하여 방어를 해야 하는 상황이었으므로 가장 좋은 방어는 긍정적으로 결혼 이슈를 제기하는 것이라고 생각했다.

우리 소송에서는 가족법, 역사학(결혼의 역사) 등 저명한 교수들이 의견서(amicus brief)를 써준 것이 큰 도움이 되었다. ‘재생산과 결혼은 관계가 없다’고 유명 가족법 교수들이 써주었다. 의견서 양쪽을 비교만 해도 누가 주류적인 주장인지 판단이 되었다. 매사추세츠 주에서 가장 큰 두 개의 변호사협회인 매사추세츠변호사협회, 보스턴변호사협회가 우리 쪽의 의견서를 작성하여 제출하였다. 의견서를 써준 단체나 교수들(사회복

지, 역사학, 사회과학, 인권단체)의 명단을 보면 우리 쪽이 오히려 ‘지극히 평범’했고, 저 쪽은 단체들 이름이 ‘도덕적 가치’나 ‘종교’가 들어갔다.

이상과 같이 GLAD는 치밀하게 준비하여 소송을 승리로 이끈다. 물론 주지할 점은, Goodridge는 다음 단계를 위한 징검다리적 소송이라기보다는, 승소를 목적으로 하여 전략적으로 시기를 고려한 소송이라는 점이다. 주심 변호사는 시민적 결합의 입법으로 귀결된 버몬트 주의 경우처럼 되지 않도록 권리나 혜택이 아닌 결혼이라는 지위(status)에 중점을 두고 논지를 전개 하였고 그 과정에서 ‘동성커플이 이성커플과 다른 대우를 받아야 할 합리적 이유가 없음’에 대한 사회과학적 발견이 제시되었다. 이것을 쿼어의 정상화(‘normalizing’)라고 부를 수도 있겠지만 평 등권 논증에 있어서는 필수적인 부분이다.

V. 결론

물론 실제 소송실무적으로 접근한다면 좀 더 많은 숙고가 필요하겠지만, 이미 상당히 누적되어 온 국내외의 다양한 판례와 법리에서 현재 일부 견해에서 주장하는 동성결합에 대한 법적인 장애에 대해 극복할 수 있는 법리와 사회과학적 발견을 도출할 수 있다. 현행 헌법 하에서 동성결혼이 인정 가능하다는 주장들도 점점 등장하는 추세이지만, 동성결혼에 대해 인정할 수 없다는 견해들도, 동성결합에 대해서는 평등권 차원에서 인정해야 한다는 방향으로 이미 합의에 이른 것으로 보인다. 한편, 어떠한 방법론을 통하여 동성결합을 제도화할 수 있을지 네덜란드와 미국 매사추세츠 주의 경험을 살펴보았다. 이를 종합하여 볼 때, 결국 동성결합의 문제는 어떠한 제도를 꿈꾸며, 어떠한 수단을 쓸 것인가 하는 선택과 전략의 문제라고 판단된다.

좁은 목적으로서의 동성결혼과 동성결합은 가족법과 결합관계에 대한 법적 승인에 대한 오직 한 방향만으로서의 진화(배우자/파트너의 성별)를 의미한다는 점, 방법론으로서의 소송이라는 형태는 목적하는 소 내용을 이루기 위해 제한된 논점에 집중하여 법정 안에서 이야기를 풀어낼 수 밖에 없다는 한계도 있다. 동성결합제도로 과대대표되는 운동방식, 전략과 시기가 충분히 고려되지 않은 소송방식의 접근의 위험성에 대해서는 더 적합한 글이 많을 것이다.

어떤 접근법을 선택하든 국회와 법원 안에서의 제도화는 하루 아침에 오지 않을 것이며, 그 과정에서 길을 잃지 않도록 동성결합이 놓여져 있는 더 큰 틀의 사회적 담론을 잊지 말아야 할 것 같다. 한편으로 곧 때가 멀지 않았음을 예감하며(?) 졸고를 마친다.

“I support gay marriage. I believe they have a right to be as miserable as the rest of us.”

Kinky Friedman

동성결합 제도화의 의미와 과제

2013.8.20. 제2회 SOGI 콜로키움
오정진(부산대 법학전문대학원)

동성결합 제도화 과정의 특성과 (우려되는) 효과

- 동성'애' 에 대한 인정->동성'결합' 에 대한 인정
- '법의 이름으로'(J. Lacan) 허용
- 존재("우린 서로 사랑해요.")와 욕망("계속 사랑하고 싶어요.")을 요청("사랑하며 살게 해 주세요.")으로 변환
- 과잉대변되는 결혼/수단화된 결혼제도: '평등하게 결혼할 권리'에 요구사항 몰아넣기
- 친밀성 양식의 혼인제도로의 수렴: 동성 ~~애~~->(동성 *Partnership*)->동성혼
- 거름'장치'(M. Foucault; G. Agamben)로서의 결혼: 골 넣었으니 (정치적) 논쟁은 이제 그만
- 상상력과 역사성의 몰락, 체념의 상식화: "(결혼해서) 사는 게 다 그렇죠."

2

동성결합 제도화 과정에서 한 것

평등의 추구

- (좌절된) 특수성으로 (소위) 보편성에 의문 제기
- 사람/사랑/권리의 평등 주창
- 그에 대한 사회적 *인정을 요구*
- “우리도 법으로 대응”
- 법률혼을 *허하라!*

그 결과

- 보편성의 허구/폭력 노출
- 평등한 존재의 다양성 인식
- “남들처럼”(실은 ‘이성애자처럼’)
- “결혼해서”(->) 같이 살
- 권리(어쩌면 trap/cage) 획득중.

3

동성결합 제도화에 깔린 전제와 계산

- “사랑도 떳떳해야 한다.”
- “그러려면 법적으로 결혼하는 것이 유일한 방법이다.”
- “관계의 불안으로부터 벗어나기 위해서라도 결혼은 해야 한다.”
- “(국가로서도) 동성혼은 손해만은 아니다.”
 - 결혼과 가족제도는 그쯤은 흡수해서 적응시킨다(N. Luhmann: autopoiesis)
 - 결혼제도 안에 있는 한, 사는 방식 자체도 뛰어봤자 벼룩이다
 - 관계 규율이 용이하다: 어쨌든 둘씩 묶어 유동성(G. Deleuze)/복잡성 감축시키기
 - 면책도 한결 수월하다: 그 안에서 웬만한 복지는 해결

4

동성결합 제도화 과정에서 하지 않았거나 더 했으면 하는 것

- 질문하기: 왜 '함께 함'의 양식으로 결혼, 그것도 '법률혼'?
- 평등을 요청하기보다는 말하기(J. Rancière)
- 평등뿐만 아니라 자유에 근거해 말하기: 자기답게 사랑하고 살 자유
- 권리를 말하더라도 가족제도를 둘러싼 개별적 권리만이 아니라 시민권/'권리를 가질 권리'(H. Arendt)에 근거하기
- 친밀성의 다른 양식들 수행하기(J. Butler): 자신들의 방식으로 같이 지내기
- 법에 의해 호명된 주체(L. Althusser) 너머로 살기(J. Derrida)
- 원하는 것을 원하기(S. Žižek)

동성혼으로 말해 온 것과 말해야 할 것

The History and Future of Discourse about Same-Sex Marriage

오 정 진*
(Oh, Jung-Jin)

<차 례>

- | | |
|----------------------------|---------------------------|
| I. 담론지형의 변화: ‘동성애’에서 동성혼으로 | IV. 동성혼 인정 회피의 이면 |
| II. 동성결합에 대한 법적 취급 방식들 | V. 동성혼 논의에서 추가적으로 말해야 할 것 |
| III. 동성혼 인정 담론으로써 말해 온 것 | VI. 동성혼 인정을 넘어 혼인의 탈법화로 |
-

I. 담론지형의 변화: ‘동성애’에서 ‘동성혼’으로

근래 동성관계(same-sex relationship)에 대한 논의는 동성애라는 성적 지향에 대한 인정과 그에 대한 차별금지의 차원을 넘어, 동성간의 결혼을 허용해야 할 것인지 여부로 그 초점이 이동해 가고 있는 양상을 보인다.¹⁾ 많은 동성커플들은 이성애자들과 마찬가지로 동성애자끼리도 결혼할 수 있어야 함을 주장하고 있으며 그러한 주장은 점점 설득력을 얻고 있다. 이에 덧붙여, 동성혼을 통해 기존에 문제점으로 지적되어 오던 남녀간 결혼의 가부장적 성격을 극복하고 새로운 모습의 친밀한 관계상을 그릴 수 있지 않을까

* 부산대학교 법학전문대학원 부교수.

** 투고일자 2009년 2월 14일, 심사일자 2009년 2월 14일, 게재확정일자 2009년 2월 23일

1) 이하 동성혼에 대한 논의의 주요 흐름과 그 내용은 오정진, “동성결합과 결혼체계의 자체생산,” 『성관법학』, 18권 1호, 2006을 참조했다. 이는 루만의 자기생산적 체계의 시각에서, 결혼을 중심으로 한 동성관계를 결혼체계의 선택적 적응으로 분석한 것이다.

까 하는 기대감도 있는 것이 사실이다.

기실 서구의 몇몇 나라들은 이미 파트너십을 등록하게 하거나 계약을 통한 동성커플의 공동생활을 법적으로 보호하는 방식을 취함으로써 동성간의 결합에 결혼과 유사한 효력을 부여하고 있다. 그런가 하면 최근에는 동성간 법률혼을 인정하는 경우도 등장했다. 지난한 인정투쟁 과정을 거치면서, 분명히 혼인을 이성에게만 한정하는 근거는 희박해진 반면, 동성혼의 인정 필요성과 그 정당성은 높아지고 있다.

우리의 경우도 동성혼의 가능성에 대한 논의가 시작되었는데, 인권침해의 차원에서 동성혼 금지의 부당성을 말하는 한편, 현행 법의 해석을 통하여도 동성혼이 가능하다고 보는 해석도 있다.²⁾ 그렇지만 현재 동성간의 혼인 신고는 거부되고 있으며, 법원 역시 간접적인 방식으로 동성간 결혼을 인정할 수 없다는 입장을 표명하고 있다.³⁾

이처럼 동성결합을 둘러싼 논의는, 그에 대해 결혼을 인정하지 않은 인정하든 간에 여전히 혼인이 가능한가 여부를 거의 유일한 축으로 하여 행해지고 있다. 그렇지만 동성간의 친밀한 관계와 공동생활은, 결혼 허용 여부만에 한정되지 않고, 사람들이 나누는 친밀한 관계 및 혼인과 가족에 대해 좀더 많은 얘기를 가능케 하는 계기가 될 수도 있는 생활양식이라고 보여진다. 이에 본 글에서는 동성결합에 대한 여러 가지 종류의 법적 취급방

2) 즉 현행 헌법은 “혼인은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립된다”고 규정하고 있는데(제36조 1항 부분) 이를 혼인을 이성혼에만 인정하는 것으로 해석할 수는 없고, 오히려 이는 혼인은 동성과 이성을 불문하지만 이성일 경우는 양성이 평등할 것을 요청하고 있는 근거라는 것이다. 또 민법이 “남자 만 18세, 여자 만 16세에 달한 때에는 혼인할 수 있다”(동법 제807조)라고만 규정하고 있을 뿐 명시적으로 결혼을 이성간에 한정하고 있지는 않은 것도 근거가 된다고 한다. 이은우, “동성애자의 결혼과 가정은 어떻게 보호되어야 하나?” 퀴어문화축제 무지개 2004 토론회 <한국에서 동성 결혼은 가능한가> 발표문, 2004.6.25. 민법의 동 조문은 2007년 12월 21일 “만 18세가 된 사람은 혼인할 수 있다”는 것으로 개정되었으니, 여전히 남성과 여성이 서로 결혼해야 한다는 규정은 명시적으로 없는 셈이다.

3) 예컨대 인천지방법원은 20여 년간 같이 살아 온 여성간의 ‘사실혼관계 해소로 인한 재산분할 및 위자료 청구 소송’에서 “우리 사회의 혼인이라 함은 일부일처제를 전제로 하는 남녀의 정신적·육체적 결합을 의미한다”고 전제한 뒤 “동성간의 동거관계를 사실혼으로 인정해 법률혼에 준하는 보호를 할 수 없다”고 밝힌 바 있다. <한겨레> 2004.7.29. 일본에서는 좀더 직접적으로, 동성이라는 이유로 혼인신고가 거부된 적이 있다. 佐賀家審 平成11年1月7日, 家月51卷6号, p.71.

식을 살펴보면 동성혼을 둘러싼 그간의 논의들을 점검하는 한편, 동성혼 담론 중 좀더 활성화되어야 할 필요가 있다고 생각되는 점들을 제안해 보고자 한다.

II. 동성결합에 대한 법적 취급 방식들

1. 특정한 법적 명명으로 혼인과 유사한 혜택 부여

동성결합에 대한 인정 투쟁이 처음부터 혼인이라는 법률상 자격의 획득을 목표로 한 것은 아니었다. 그럼에도 주로 유럽의 몇몇 나라들은 동성커플들이 자신들의 공동생활에 대해 결혼이라는 단어를 떠올리기도 전에, 동성결합에 대해 혼인이라는 말은 사용하지 않으면서 이성간의 혼인과 동등한 수준으로 혜택과 법적 보호를 보장했으며, 2001년 4월 유럽연합의회 역시 동성부부에게도 이성부부와 같은 권리를 부여하도록 15개 회원국에게 촉구하는 결의안을 채택했다.

동성결합에 혼인과는 다른 명칭을 부여하되 혜택은 이성간의 혼인과 유사하게 하는 명명 방식은 크게 다음의 두 가지, 즉 동성파트너쉽이라는 신분을 등록하게 하는 것과, 신분등록 없이 파트너 당사자가 계약한 것 자체를 인정하는 방식으로 나뉜다.⁴⁾

(1) 등록 파트너십(registered partnership)

등록 파트너십은 파트너라는 신분 등록을 통해 동성간의 생활을 보장하

4) 이런 분류는 渡邊泰彦, “同性カップルの法的保護,” 水野記子 編, 『家族-ジェンダーと自由と法』, 東北大學出版會, 2006, pp.147-149에서 따 왔다. 이처럼 신분 자체를 등록하게 하는 것과 당사자들의 계약을 등록하게 하는 것은 결과에 있어서는 별 차이가 없어 보일지 몰라도 그 발상에 있어서는 당사자간의 자율성의 존중 정도에 있어 근본적인 차이를 보이기 때문에 주목할 만한 분류라고 보여진다. 그 밖에 동성혼의 국제적 동향에 대해서는 Hayden Curry, Denis Clifford, and Frederick Hertz, *A Legal Guide for Lesbian & Gay Couples*(12th edition), NOLO, 2004, p.14; 김민중, “동성혼에 관한 국제적 입법 동향,” 『비교사법』, 제9권 4호(통권 19호), 2002, 517쪽을 참조했다.

기 위한 제도로서, 북유럽국가들이 주로 취한 방식인데, 이 역시 동성커플만을 대상으로 한 경우도 있고, 동성커플과 이성커플에게 다 적용이 가능하도록 한 방식이 있다.

1) 동성 등록 파트너십

즉 덴마크는 세계 최초로 1989년 6월 7일부터 ‘등록된 파트너십에 관한 법률(The Registered Partnership)’을 시행함으로써 입양만 불가능할 뿐, 법적 지위와 혜택은 이성혼과 유사한 파트너십 증명서를 동성커플에게 발급하였다. 그리고 1999년 개정을 통하여 동성결합의 등록요건을 완화하였다. 이어 노르웨이가 1993년 8월 1일부터 덴마크와 유사한 동성 파트너십을 인정하는 법을 시행(2000년 및 2001년 개정)하였으며, 스웨덴은 1995년 1월부터 ‘등록된 파트너십에 관한 법률’을 시행하였고, 아이슬란드도 1996년 동성간의 등록파트너십제도를 도입하였다. 핀란드도 2001년 12월 28일에 법 제정에 의해 동성간 파트너십제도를 도입하여 2002년 1월 1일부터 등록된 동성간의 관계를 이성간의 사실혼관계에 준하여 법적으로 보호하고 있다. 그리고 영국 역시 2003년 ‘여성과 평등 부’(Women and Equality Unit)가 보고서 <시민 파트너십: 동성 커플의 법적 인정을 위한 틀>을 낸 데 이어 정부가 그와 같은 등록절차를 추진, 2004년 도입하여 2005년부터 시행하고 있다. 그 밖에 크로아티아가 2003년에 동 제도를 시행하였고, 스위스 연방은 2005년 도입하여 2007년 시행했으며, 2006년에는 체코가 동성등록 파트너십 제도를 시행했고,⁵⁾ 슬로베니아는 2006년 동성등록파트너십을 도입하긴 했으나 이를 재산관계에만 적용하고 있다.

그런가 하면 독일이 2001년 2월 16일에 공포하여 동년 8월 1일부터 시행한 ‘생활동반자법(Lebenspartnerschaftsgesetz)’⁶⁾ 역시 동성커플이 혼인과 유

5) 체코의 관련 법안은 1998년부터 여러 차례 제안된 바 있었다. 4회째인 법안은 2005년 2월 1표차로 부결됐으나, 결국 2005년 12월 15일 다시 제출된 법안이 통과됐다. 이에 대해 2006년 2월 대통령이 거부권을 행사했지만 2006년 3월 재가결되었고, 이것이 2006년 7월 1일부로 시행된 것이다. 渡邊泰彦, 앞의 글, 2006, pp.148-149.

6) 정식명칭은 Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften이며, (i) Artikel 1에서는 동성생활동반자관계에 관한 법률(Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft), (ii) Artikel 2에서는 민법전의 개정, (iii) Artikel 3에서는 기타 연방법의 개정 등으로 구성되어 있는

사한, 법적인 ‘등록된 동반자관계(eingetragene Partnerschaft)’를 맺을 수 있는 장치이다. 이 생활동반자관계는 혼인과 마찬가지로 일생동안 영위한다는 의사를 표시해야 한다(동법 제1조 1항). 또 동법 제2조에 의하여 생활동반자는 서로 부양, 협조 및 공동적인 생활영위에 대한 의무를 부담하고 서로를 위하여 책임을 지며, 생활동반자도 상속에 있어 혼인배우자와 동일한 지위를 가진다(§10 VI LPartG). 동반자들은 동일한姓도 사용할 수 있다. 이어 2002년 7월 17일에는 독일 연방헌법재판소가 위와 같은 동성간의 생활동반자관계는 가정과 혼인의 순수성을 침해하지 않는다는 합헌판결을 내렸다. 물론, 이러한 생활동반자관계는 혼인과는 다르다. 동반자들의 세제혜택과 입양상의 권리⁷⁾는 이성애자의 그것에 미치지 못하고, 혼인배우자와는 달리, 생활동반자는 생활동반자관계의 성립 전에 재산제를 표시해야 하며(§6 I LPartG), 혼인적 생활공동체로부터 생기는 의무와 결합되는 장소적 공동체에 관한 의무(동거의무) 혹은 性 공동체에 관한 의무(정조의무)는 생활동반자관계에 대해서는 적용되지 않는다.⁸⁾

한편, 2000년 4월 26일 제정되어 동년 7월 1일부터 시행되고 있는 미국 버몬트주의 ‘시민결합에 관한 법률(The Act Relating to Civil Unions)’에 의거한 시민결합도 동성커플에게 혼인에서와 동등한 지위와 혜택을 부여하는 포괄적인 조치이다.⁹⁾ 동법에 의하면, 시민결합 증명서를 교부받은 동성커플은

데, 흔히 Artikel 1의 규정(§§1~19)을 ‘생활동반자법(Lebenspartnerschaftsgesetz: LPartG)’이라고 부른다. 김민중, “독일의 새로운 가족법상의 제도로서의 동성 사이의 ‘생활동반자관계,’” 『가족법연구』, 제15권 2호, 2001, 395쪽, 주 13.

7) 독일 민법 제1741조 제2항에 의해 혼인배우자는 오로지 공동으로만 입양을 할 수 있는 데 비해, 생활동반자는 공동입양이 적용되지 않는다. 즉 생활동반자는 여전히 독일 민법 제1742조 제1항에 의한 ‘배우자 없는 자’이므로 단지 혼자서 개별적으로 입양할 수 있을 뿐이다. 또 생활동반자는 다른 생활동반자의 자를 입양할 수 있지만 ‘繼子入養(Stiefkindadoption)’을 하면 부모의 공동적인 자로서의 법적 지위를 취득하는 혼인배우자에서와는 달리, 생활동반자에 대해서는 계자입양을 하더라도 공동의 자로서의 지위가 인정되지 아니한다. 그런가 하면 ‘繼親入養(Stiefelternadoption)’, 즉 공동의 부모관계를 창설할 목적으로 하는 다른 생활동반자의 친생자에 대한 입양은 가능하지 않다.

8) Nina Dethloff, Die Eingetragene Lebenspartnerschaft - Ein neues familienrechtliches Institut, NJW 36/2001, S.2600. 김민중, 앞의 글, 2001, 400쪽에서 재인용.

9) 자세한 것은 Mark Strasser, *On same-sex marriage, civil unions, and the rule of law*, Praeger, 2002.

배우자가 의사무능력이 되었을 때 보호자가 될 수 있으며 그를 위한 의료상의 결정권을 가질 수 있다. 또 배우자의 질병시 휴직을 할 수 있으며 배우자의 사망시에 상속권과 시신에 대한 권리를 가진다. 또 가족의료보험의 수혜자가 될 수 있으며, 공동으로 보험가입 및 신용카드도 발급받을 수 있다, 나아가 친권을 가질 수 있으며 이혼할 수 있는 권리와 이혼시 재산 분할과 자의 양육 및 부양을 청구할 수 있는 권리를 가진다. 그렇지만 버몬트주 의회 역시 동법 제정시 시민결합은 혼인이 아니라는 점을 명백히 했다.

2) 동성/이성 등록 파트너십

한편 네덜란드는 1998년 등록파트너십을 도입하면서 이를 동성만이 아니라 이성커플도 활용하는 방식을 택했다. 몇몇 다른 나라의 제도도 동성커플과 이성커플에 다 적용된다. 스페인의 일부 지역이 이러한 방식의 파트너십제도를 1998년부터 2003년에 걸쳐 도입했으며, 벨기에는 1998년에 도입, 2000년부터 시행했고, 룩셈부르크는 2004년부터 시행하고 있다.

(2) 파트너십 계약

앞서의 등록 파트너십은 것처럼 동성간의 관계라는 신분 자체를 등록하는 데 비해, 프랑스가 1999년 10월 13일 제정한 ‘시민연대협약(Pacte Civil de Solidarité: PACS)’은 당사자간의 관계(relationship)가 아니라 계약(contract)을 등록하는 방식이다.¹⁰⁾ 공동의 주거를 정하고 당사자간 계약서를 작성해서 그것을 관할소심재판소에 신고하면 된다. 이는 친밀한 당사자간의 자율성을 좀더 인정하는 의미가 있으므로 결혼에 결부되어 있는 전통적인 가치를 거부하는 사람들에게 보다 매력적이다.¹¹⁾ 또한 주로 동성커플을 겨냥한 것이기는 하되, 성적 지향에 관계없이 모든 성인 동거 커플에게 적용된다. 즉 이에 따르면 이성커플은 결혼과 PACS 중 하나를 선택할 수 있으며, 동

10) 또 벨기에의 법정동거(wettelijke samenwoning/cohabitation légale) 역시 계약만 등록하고 신분은 등록하지 않는 제도이다.

11) Gillian Douglas, “The Civil Partnership Act 2004-parallel marriage or a second-class status for same-sex partners?,” 『21世紀の家族と法』, 小野幸二 教授 古稀記念論集, 法學書院, 2007, p.903.

성커플은 PACS를 선택한다면 이성간의 법률혼과 유사한 효과를 거둘 수 있다. 다만 PACS하에서도 동성커플은 입양은 할 수 없다. 이를 활용한 당사자들은 구체적인 조건과 내용은 당사자들이 계약으로 정하게 되지만, 대체로 재산적 효과를 중심으로 혼인과 유사한 효과를 확보하게 된다. 부부 재산계약이 체결된 것이 되고, 일상가사채무에 연대책임을 지며, 사회보장 법상 배우자처럼 인정된다. 3년 이상 경과하면 소유권을 공동으로 가질 수 있으며, 세금도 공동신고를 할 수 있다.

2. 특정한 법적 명명 없이 동성커플의 사실관계 보호

(1) 내연 혹은 사실혼

한편으로 몇몇 국가들은 법률혼 상태가 아닌 이성간의 공동생활을 내연 부부 혹은 사실혼관계로 인정하면서 이를 동성간에도 적용하고, 이에 대해 일정한 법적 효과를 부여하는 방식을 택했다. 세계 최초로 동성커플의 재산문제에 대해 적용된 스웨덴의 ‘내연부부의 재산관계에 관한 법률’이 그러했으며, 헝가리에서도 1995년 3월 8일 헌법재판소가 동성간의 관계와 이성간의 사실혼에 대해 불평등한 법적 효과를 부여하는 것은 위헌이라고 결정한 데 이어, 의회가 1996년 5월 민법상의 사실혼에 관한 정의를 성중립적으로 개정함으로써 동성간의 관계와 이성간의 사실혼을 동등하게 취급하고 있다. 그렇지만 동성커플은 역시 입양권은 갖지 못하며, 법적 혼인은 오로지 이성간에서만 인정된다. 영국에서도 1999년에 법원이 생존하는 동성간의 사실혼당사자 일방은 주택임대차계약에서 사망한 상대방의 임차인으로서의 지위를 승계한다고 결정하고, 여러 법원의 판결에서 동성간 동반자관계를 맺고 있는 당사자는 각자子を 입양할 수 있다고 판시하여 동성간의 관계를 이성간 사실혼 관계와 동등하게 취급하였다. 또한 2002년 10월 16일 영국 하원을 통과한 법률(The Adoption and Children Bill)에 의해, 이성간이든 동성간이든 법적으로 혼인관계에 있지 않은 커플에 대해서도 입양을 허용하게 되었다. 포르투갈 의회도 2001년 4월 이성커플이든 동성커플이든 관계없이 동등한 권한을 가지는 사실혼법(de facto unions)을 통과시켜 2001년 5월 11일 법령 No.7 2001에 의해 적용하고 있다. 다만 법적 효과는 적어도 2년 이상 동거를 한 경우에 비로소 발생한다. 그렇지만 입양은 이

성간의 사실혼에서만 허용되며, 동성간의 사실혼에 대해서는 가족상의 법적 지위나 혼인부부와 동등한 지위는 인정되지 않는다.¹²⁾

(2) 사회보장 관련 법에서의 동성파트너 인정

그런가 하면, 사실혼법과 같은 장치는 없지만, 사회보장 관련 법에서 공동 생활을 하고 있던 동성파트너를 이성파트너와 마찬가지로 취급하도록 규정하고 있는 경우도 있다. 예컨대 오스트리아의 일반사회보험법(das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz)과 사업사회보험법(Gewerbliches Sozialversicherungsgesetz)은 이성커플이든 동성커플이든 공동주거하고 있던 경우라면 소유하고 있거나 임차하고 있던 일방의 사망시에 다른 일방을 보호하고 있다.

3. 법제도의 사적 활용에 의한 보장

(1) 공 증

그런데, 국가가 공식적으로 동성결합을 위한 제도를 마련해 두고 있지 않더라도 동성커플이 서로의 믿음과 약속에만 의하지 않고 그에 대해 일종의 법적 효과를 발하게 하는 것은 가능하다. 그 대표적인 것이 바로 공증이다. 사적 자치와 계약의 자유 원리에 의해, 반사회적이거나 불공정하지 않다면 당사자들이 공동생활에 관계된 사항에 대해 체결한 계약은 우선 당사자간에는 유효한데, 이에 덧붙여 공증을 해둠으로써 일방의 사고나 사망 등의 상황에서 각 당사자의 법적 가족과의 관계에서 발생할 수 있는 문제에 어느 정도 대처할 수 있는 것이다.

(2) 양 자

그런가 하면, 양자제도 역시 동성커플의 공동생활을 법적으로 보호하는 데 이용될 수 있을 것이다. 최근 도입된 친양자제도의 경우는 입양하고자 하는 자는 기혼자여야 하지만, 보통의 양자는 한 사람의 성년 미혼자가 그보다 연장이 아닌 동성인 사람을 양자로 입양하는 것도 가능하기 때문이다. 이미 일

12) 김민중, 앞의 글, 2002, 518-519쪽.

본의 경우는 학계에서 그러한 보통의 緣組제도를 활용한 동성커플 인정의 방식이 모색되고 있다.¹³⁾ 이에 의하면, 당사자들은 같은 호적에 들어가서 같은 성씨를 사용하는 양자와 양친 관계가 되기 때문에 법정 부양의무가 발생하는 것이다. 다만 법정상속에 있어서는, 양자가 된 측은 양친이 된 상대방으로부터 양친의 비속이 없을 때만, 양친의 경우는 양자인 상대방의 존속이 없을 때만 상속을 받을 수 있으므로 혼인관계의 당사자들과는 그 법적 효과에 있어 큰 차이를 보인다. 더욱이 동 제도를 동성커플이 활용하는 것을 막을 방법은 없지만, 동 제도는 친자관계 창설이 목적인 만큼, 그러한 원래의 취지를 벗어나는 것은 인정되지 않는 것이 원칙이며, 동성커플이 활용한다면 이는 긴급피난적으로 묵인하는 것에 불과하다는 분석이다.¹⁴⁾

(3) 가정파트너(domestic partnerships)

가정파트너란 혼인과 유사한 관계의 동거를 말한다. 공공기관이나 사기업의 고용인이 자체적으로 미혼인 피고용인의 파트너와 그 가족에게 특정한 혜택을 부여하는 프로그램을 실시하는 방법과, 시 당국 등에 등록하여 가정파트너에게 특정한 법적 권리를 부여하여 보호하는 방법이 있다.¹⁵⁾ 동 제도는 1994년 12월에 캘리포니아주 버클리에서 도시근로자의 복리를 위하여 처음으로 시행되었다. 이에 의해 보호를 받으려면, 최소한 6개월 이상 동거하면서 일상의 생활비를 분담해야 하고, 각자가 상대방의 유일한 파트너여야 하는데, 그 파트너가 동성인 경우에도 마찬가지로 활용할 수 있다. ADP(Affidavit of Domestic Partnership)에 등록되며 혼인 부부와 동일하게 건강보험과 치과보험에 대한 혜택이 주어진다. 또 1997년 6월 1일 샌프란시스코시는 시와 더불어 개인회사나 비영리기관에서 사업을 하는 자는 그 피용인의 배우자에게 부여하는 혜택을 피용인의 가정파트너에게도 동등하게 부여해야 한다는 것을 내용으로 하는 법을 발효시켰다. 이에 의

13) 鈴木伸智, “成年養子緣組と同性愛,” 『青山學院論集』, 41卷 1,2,3合併号, 1999, p.83. 이는 일본의 PACS라는 입장이다; 瀧澤幸代, “日本の家族法における人的關係,” 日仏法學會 編, 『日本とフランスの家族觀』, 有斐閣, 2003, p.100.

14) 渡邊泰彦, 앞의 글, 2006, pp.144, 163.

15) 이덕환, “미국법상 동성혼에 관한 고찰,” 『비교사법』, 제12권 1호(통권 28호), 2005, 423쪽, 주 63.

한 혜택을 받으려면 서로 경제적으로 의존하면서 동거해야 하고 미국의 지방정부에 의해 운영되는 28개의 가정파트너 등록부의 하나 또는 회사내의 가정파트너 등록부에 등록해야 한다.

(4) 호혜적 수혜자(reciprocal beneficiary)

또한 미국 하와이주의 호혜적 수혜자(reciprocal beneficiary) 제도 역시 법적으로 혼인이 가능하지 않은 동성커플에게도 기혼자의 배우자와 그 자녀들에게 주어지는 권익을 동일하게 부여할 수 있는 한 방법이다. 동법에 의해 호혜적 수혜자로 등록[Haw. Rev. Stat. 572-4 (1997)]되면 건강보험 혜택의 확대, 호혜적 수혜자에 대한 의료에 대한 결정권과 병원방문권의 확대, 파트너와 그 아이들에 대한 보험권의 확대, 사망한 파트너의 유언에 의해 처분되지 않은 재산에 대해 기혼자와 동일한 상속권의 확대를 포함하는 혜택이 제공된다. 또 호혜적 수혜자와 그 가족에 대하여 대학의 기숙사나 식당, 체육시설 등을 이용할 수 있는 혜택을 확대 제공한다. 동성파트너를 포함하는 가정폭력을 금지하는 법령의 개정에 따라 동성파트너에 대한 불법 행위법상의 청구권도 이에 포함되어 있다.¹⁶⁾

4. 동성결합에 혼인이라는 명칭 허용

몇몇 국가에서는 동성커플도 결혼이라는 명칭을 사용할 수 있게 됐다. 즉 2000년 12월 19일 네덜란드에서는 동성간의 결혼을 보장하는 ‘혼인제도개방법(Act Opening the Institute of Marriage)’과 동성부부 입양법이 통과되어 2001년 4월 1일부터 효력이 발생했다. 이에 따라 혼인을 체결한 동성커플은 이성혼부부와 거의 동일한 법적 지위를 누리고, 입양도 할 수 있다(다만 외국으로부터는 입양할 수 없다). 또 2003년 1월 30일에는 벨기에 의회가 동성간 법적 혼인을 허용하는 법안을 통과시켰고, 2004년 6월 10일에는 스위스 의회가 동성간 결혼을 합법화하는 법안을 승인했다. 스페인

16) Haw. Rev. Stat. §572 C-2 (2000). 이 법령은 처음에는 사적인 고용인과 주정부가 모두 피용자의 호혜적 수익자와 그 자녀에 대하여 기혼자의 경우와 동일한 권익을 제공하였으나 후에 사적인 고용인이 제공하는 혜택은 연방지방법원에 의해 폐기되었다. 이덕환, 앞의 글, 425쪽, 주 72.

역시 2005년 7월 동성혼을 인정했다.

그런가 하면 미국에서도 비록 연방차원은 아니지만 매사추세츠주 대법원이 2003년 11월 18일 주 헌법상 동성커플에게 결혼할 권리가 있다고 판결(*Goodridge v. Massachusetts Department of Public Health*)¹⁷⁾한 데 이어, 동성커플에게 법적인 혼인이 아닌 시민결합의 형태만을 허용하는 것이 주 헌법에 부합하는지를 묻는 주 상원의 질의에 대해, 2004년 2월 4일 권고의견(*advisory opinion*)을 통해 ‘시민결합(*civil union*)’은 동성커플의 지위를 이성부부의 경우보다 격하시키므로 ‘완전한 결혼의 권리(*full marriage right*)’를 인정하는 것만이 주 헌법에 부합하는 것이라고 확인하였다. ‘분리하되 평등(*separate but equal*)’은 결코 평등의 이념에 부합하는 것이 아님이 다시 한번 확인된 셈이다.¹⁸⁾

5. 독점적 異性婚을 위한 지속적인 시도

그렇지만 동성결합의 혼인제도로의 본격적인 진입은 여전히 많은 곳에서 법적 논란을 불러일으키고 있다. 한편으로는 성적 지향에 대한 차별 금지 원칙에 입각하여 동성커플들이 결혼에 대해서도 이성커플과 마찬가지로 평등권을 주장하고, 이에 법원이 동성혼 금지의 부당성을 확인하고 있지만, 다른 한편으로는 적어도 법적으로는 결혼을 이성에 국한시키려는 시도도 끊이지 않고 있는 것이다.

미국의 경우 1971년 미네소타주 대법원은 *Baker v. Nelson* 사건¹⁹⁾에서 혼인이라는 용어는 이성간의 결합을 의미하며 동성혼 거부는 기본권 침해

17) 440 Mass.309, 798 N.E.2d 941(2003).

18) 이영진, “최근 미국의 동성결혼 판결에 대하여,” 『시민과 변호사』, 통권 124호, 서울 지방변호사회, 2004.5, 112쪽.

19) 191 N. W. 2d 185 (Minn. 1971), appeal dismissed, 409 U.S. 810 (1972). 존 베이커와 마이클 맥코넬은 미네소타주 헤네빌군의 서기 넬슨에 대하여 혼인허가장의 발급을 청구했는데, 넬슨은 청구인들이 동성이라는 이유로 그 발급을 거절했다. 원고는 미네소타주의 법령은 동성혼을 금지하고 있지는 않기 때문에 동성혼은 허용된다고 주장했지만 이러한 주장은 받아들여지지 않았다. 또한 미네소타주 대법원은, 남녀가 결합하여 가정을 이루어 아이를 출산하고 양육하는 혼인에 대한 해석은 구약성서만큼 오래된 것이기 때문에 동성혼을 금지해도 미국연방 수정헌법 제8조, 제9조, 제14조에 위배되지 않는다고 판시했다.

의 문제가 아니라고 판시했고, 켄터키주 대법원 역시 *Jones v. Hallahan* 판결을 통해²⁰⁾ 주의 혼인은 남녀 사이에서만 성립되는 것이므로 헌법상 기본권 조항은 관련없다는 입장을 밝혔다. 이어 워싱턴주 항소법원도 *Singer v. Hara* 판결²¹⁾을 통해 혼인은 남녀간의 법적 결합체이며 자녀의 출산과 양육에 의한 종족보존과 결부되어 있는 사회적 가치를 이유로 법적 제도로 보호되고 있으므로 동성커플에 대한 혼인허가 거부는性に 기한 차별이 아니라고 밝혔다. 아울러 동 법원은 전통적인 혼인을 장려함으로써 얻을 수 있는 주의 이익이 동성커플에 대한 혼인권의 부정을 정당화한다고 피력했다. 또한 *Dean v. District of Columbia* 판결²²⁾에서도 혼인은 Webster와 Black 법률학사전에서 정의한 바와 같이 반대의 성을 가진 두 사람간의 결합이며 혼인권은 출산과 결부되기 때문에 동성혼은 헌법상의 기본권이 아니라고 정리되었다. 한편 미국 연방법원도 *Adams v. Howerfon* 판결을 통해²³⁾ 간접적인 방식으로 혼인은 이성에만 한정됨을 밝힌 바 있다.

나아가 미국은 1996년 9월 ‘연방결혼보호법[Federal Defence of Marriage Act: DOMA 28 U.S.C. §1738C (1996)]’을 제정함으로써, ‘혼인’이라는 명칭은 오직 남녀사이에서만 쓸 수 있으며, 어떤 주가 동성커플을 부부로 인정한다고 하더라도²⁴⁾ 다른 주에서는 이를 거부할 수 있으며, 동성커플은 연방정부로부터 사회보장이나 소득세 공제 등의 혜택을 받지 못하도록 규정했다. 그리고 결혼보호법 제정 이후 미국의 많은 주 역시 주법에 동성결혼

20) 501 S. W. 2d 588 (Ky. 1973). 레즈비언인 두 여성이 혼인허가장의 발급이 거절된 데 대해 혼인할 권리 등 헌법상의 기본권을 침해한 것이라고 주장했던 사건이다.

21) 522 P. 2d. 7187 (Wash. Ct. App. 1974). 혼인허가를 받지 못한 두 남성이, 워싱턴 주의 법령은 동성혼을 허용하고 있으며 만약 선택적으로 동성혼을 금지한다면 그것은 워싱턴주 헌법상의 성차별금지조항(ERA)에 위반되며 연방수정헌법(제8조, 제9조, 제14조)에도 위배된다고 주장한 사건이다.

22) 653 A. 2d 307 (D. C. 1995).

23) 673 F. 2d 1036 (9th Cir. 1980). Cert. Denied, 458 U. S. 111 (1982). 비자가 만료된 오스트리아 남성이 미국남성과 콜로라도주에서 혼인하여 그에 기해 이민과 귀화를 위해 제기한 소송인데, 동 법원은 콜로라도주의 혼인법이 동성혼을 금지하는가의 여부에 대해서는 결론을 내리지 못했지만 연방이민법은 이민을 목적으로 동성혼을 인정하지 않는다고 판시했다.

24) 즉 동법은 주가 동성혼을 합법화하는 것 자체를 금지하지는 않고 있다. 때문에, 동성혼을 금지하고 사법부가 금지법을 무효로 하지 못하도록 헌법을 개정해야 한다는 주장도 제기되고 있다.

금지조항을 명시하는 방식으로 이에 조용하고 있다. 1998년 알래스카주가 주헌법을 수정하여 혼인은 오로지 이성간에서만 성립할 수 있다고 규정했고,²⁵⁾ 동성혼 거부 of 부당성을 미국 최초로 천명했던 하와이주 역시 1998년 11월 3일 주민투표를 통해 결혼은 남녀간에만 할 수 있는 것으로 주헌법을 개정했으며, 캘리포니아주에서도 2000년 3월 7일 동성혼을 금지하는 주민발의안이 통과된 데 이어 매사추세츠에서도 2004년 3월말경 동성결혼 금지를 명시한 주헌법 개정안이 주의회를 통과하였다.²⁶⁾

그런가 하면, 라트비아도 2005년 12월 헌법개정을 통해 남녀간 혼인에 대한 국가적 보호를 명시함으로써 동성혼을 헌법상 금지했다. 독일의 경우도 연방헌법재판소는 “혼인이란 포괄적이고, 원칙적으로 해소불가능한 생활공동체를 위한 남자와 여자의 결합”²⁷⁾을 가리킨다는 입장을 보이고 있다. UN 인권위원회 역시 혼인은 남녀간에 한정된다는 이유로 혼인신고를 거부당한 뉴질랜드의 여성동성커플이 뉴질랜드에서 혼인할 수 없는 것이 B규약 제2조(유효한 구제를 받을 수 있는 권리), 제23조(가족생활의 보호를 받을 수 있는 권리), 제26조(차별로부터 자유로울 권리)에 의한 권리를 침해당한다고 주장한 *Joslin v. New Zealand* 사건(Communication No. 902/1999)에서, B규약 제23조 2항의 혼인의 개념은 특정하게 남과 여를 언급하고 있으므로 이와 같은 명백한 용어는 동성커플에게 적용되는 것으로 해석될 수는 없다고 하였다.²⁸⁾

25) Alaska Const. art1, 25.

26) 더욱이 최근인 2008년 11월 4일 치러진 일련의 투표를 통하여, 2008년 5월 15일 주 대법원에 의해 동성결혼을 금지한 주 법이 헌법에 위배된다는 판결이 내려졌던 캘리포니아주에서는 남녀 사이의 결혼만을 법적으로 인정하도록 주 헌법을 개정하는 내용의 주민발의안에 유권자의 52%가 찬성함으로써 동성결혼을 금지하는 것으로 결론이 났고, 애리조나주도 결혼에 대한 정의를 ‘한 남자와 한 여자의 결합’으로 규정 한 법안을 통과시켰으며, 플로리다주 역시 주 헌법상 결혼의 정의에 ‘한 남자와 한 여자를 남편과 아내로 한다’는 내용을 추가했다. <한겨레> 2008.5.17; <대한변협신문> 225호, 2008.6.16. 같은 날 아칸소주에서는 결혼을 하지 않은 동거 커플이 아이를 입양하거나 위탁 부모 역할을 하는 것을 금지하기로 함으로써 동성커플이 입양할 수 있는 길을 차단하기도 했다. <경향신문>, 2008.11.7.

27) BVerfG 30.11.1982 BVerGE 62, 323, 330.

28) 장복희, “동성간 동반자관계에 관한 국제인권법 및 비교법적 고찰,” 『성적 소수자의 인권』, 사람생각, 2002, 137-138쪽.

III. 동성혼 인정 담론으로써 말해 온 것

1. 혼인에 있어서의 성 정체성 평등

지난한 투쟁을 통해 사회적 법적 금지로부터 벗어나게 된 동성커플은 평등한 시민권이라는 정당성을 근거로 결혼에 있어서도 이성커플과의 동일한 혜택과 이름을 주장하고 있다. 그리고 이는 앞서 본 것처럼 종종 배타적 이성 결혼 정책에 의해 철퇴를 맞기도 하지만 결혼에 있어 동성간 당사자성을 부인하기는 어려워지고 있다.

미국의 경우 하와이주 대법원이 1993년 동성커플에 대한 결혼증명서 발급거부는 성을 차별하는 것이므로 하와이주 헌법의 평등보호조항에 위배된다는 결정을 최초로 내렸다(Baehr v. Lewin).²⁹⁾ 1998년 Brause v. Bureau of Vital Statistis 사건의 판결³⁰⁾에서 알래스카주 1심법원도 동성커플이 알래스카주 헌법에 혼인에 대한 기본권을 가질 수 있다고 판시하였고, 나아가 알래스카주 항소법원은 성에 관계없이 생의 반려자를 선택할 권리는 사생활의 보호에 속하는 개인의 권리이며 혼인허가에 대한 동성커플의 권리를 부정하는 것은 성차별을 금지하는 알래스카주 헌법의 평등보호조항에 위배된다고 했다. 이어 버몬트주 대법원도 1999년 결혼을 이성간에 제한하고 있는 버몬트주 가족법은 정부는 지역 내의 모든 국민에게 혜택을 베풀어 안전을 보호해야 하며 특정집단의 이익만을 도모해서는 아니 된다고 규정하고 있는 주헌법상의 기본적인 혜택조항에 위반된다는 판결을 내렸다(Baker v. State).³¹⁾ 또한 동 판결은, 원심이 혼인법이 출산과 양육의 결합을 촉진시키려는 卅의 이익을 합리적인 범위에서 규정한 것으로 본 것에 대해, 혼인을 한 이성부부에게 아이가 없는 반면에 동성커플이 아이를 출산하여 양육하는 경우를 들어 여기서의 주의 이익은 동성커플에게 차별을 감수하도록 강요할 수 있는 정도는 아니라고 하면서 주의 혼인법을 개정할 것을

29) 852 P.2d 44(Haw. 1993).

30) No. 3AN-95-6562C1, 1998 WL 88743 (Alaska Super. ct., Feb. 27. 1998).

31) 744 A. 2d 864 (Vt. 1999).

촉구했다. 나아가 2003년 11월 16일에는 매사추세츠 대법원이 “결혼을 할 수 있는 권리는 성과 무관하게 개인이 선택한 사람과 할 수 있는 것”이라는 입장 하에 매사추세츠주의 혼인법이 동성커플에게 혼인허가증을 발급하지 않는 것은 혼인의 보호 및 이익과 혼인의 의무를 금지함으로써 매사추세츠주의 헌법이 보호하는 개인의 평등권 및 존엄성에 위반되었다고 판결하면서 180일 내에 혼인의 정의에 동성혼을 포함하도록 법률을 제정할 것을 입법부에 명령했다(*Goodridge v. Massachusetts Department of Public Health*).³²⁾

그런가 하면 2003년 6월 10일 캐나다 온타리오 항소법원도 동성결혼금지법은 동성애자들의 존엄성에 대한 침해로서 헌법에 위반된다는 결정을 내렸고, 캐나다 정부는 동성결혼을 허용하는 방향으로 입법을 추진하기로 결정하였다.

2. 결혼의 핵심적 기능의 이동

이성간의 결합이 그러하듯, 동성간의 결합 역시 비록 그 비율은 전자에 비해 훨씬 낮더라도 역사적으로 편재해 온 현상이다. 그렇지만 결혼은 오랜 동안 오직 이성간에 한정되었는데, 이것은 법적 인정을 통한 안정적 가족의 생산이라는 목적 때문이었다.³³⁾ 물론, 결혼은 인구재생산 외에도 친밀성과 사랑에 대한 법적 확인, 더 정확하게는 다분히 불안정한 친밀한 인간 관계에 대한 안전장치이기도 하고, 가족의 틀을 통해 개인의 보살핌과 복지를 담당케 하는 중요한 장치이기도 하다. 그런데 혼인하여 친밀성과 복지를 담당하더라도 재생산이 없는 무자녀가족은 상당히 예외적이거나 결여된 상태로 받아들여지는 것, 저출산에 대한 대대적인 사회문제화, 결혼하지

32) 440 Mass.309, 798 N.E.2d 941(2003). 주헌법의 해석에 관해서는 주대법원이 궁극적인 권한을 갖고 있고 연방대법원은 이에 관여할 권한이 없기 때문에 결국 위와 같은 매사추세츠 주대법원의 판결은 최종적인 것으로 확정되었다. 이영진, 앞의 글, 110쪽.

33) 모든 이성혼이 인구재생산을 담당하는 것은 아니지만, 이성애자들은 인구재생산에 일반적으로 필요한 성적 지향성을 갖고 있다는 사실만으로 결혼권을 갖는다고 한다. 양선숙, “동성결혼 허용의 문제,” 『철학과 현실』, 통권 61호, 철학문화연구소, 2004년 여름호, 83쪽.

않고 아이도 낳지 않는 독신자에 대한 경계 등을 보면 그 어떤 기능보다도 결혼제도는 인구재생산을 핵심적인 기능으로 하고 있음을 알 수 있다.³⁴⁾ 그러므로 당해 가구 내부적으로는 재생산을 보장할 수 없는 동성혼은 결혼 제도의 기능적 중심을, 가족의 안정적 재생산에서 친밀한 관계의 동반자성으로 이동시키는 데 일조한다고 할 수 있다.

3. 성별화된 결혼의 대안 제시

혼인은 기본적으로 가부장의 권력이 우세한 성별 이분법을 전제로 하고 있다. 결혼은 이분법을 지탱하는 노동의 성적 분업의 기초가 되는 것이다.³⁵⁾ 요컨대 “결혼계약은 드러내놓고 말하지 않을 따름일 뿐, 남편이 아내의 노동력을 착취하는 노동계약의 특수한 한 형태”³⁶⁾라는 말은 전부는 아니더라도 분명히 결혼의 핵심적인 부분을 건드리고 있는 셈이다.

그런데 동성혼은 그저 ‘결혼’이 아니라 ‘동성간의 결혼’이므로 그와 같은 결혼은 그 자체로 기존의 성별화된 이성혼과는 ‘다른, 대안적’ 결혼의 모델을 제시할 수 있을 것이라는 기대와 전망도 있다.³⁷⁾

IV. 동성혼 인정 회피의 이면

이제 동성결합은 굳이 혼인이라는 명칭을 획득하지 않더라도 거의 혼인과 유사한 법적 효과를 확보하고 있는 추세이다. 심지어 입양과 같은, 유사

34) 결혼제도는 인구재생산을 이성간 법률혼에 강력히 연계시킨다. 따라서 미혼모와 같은, 법제도 외에서의 재생산에 대해서는 그다지 관심을 보이지 않으며, 결혼이민가정에서의 재생산과 같은, 법제도 안에 있고 인간 재생산을 하더라도 국가적 인적 자원 공급에 우러가 있는 인구 재생산에 대해서는 회피하는 경향마저 띈다.

35) 프랑수아즈 조나뎡, “가족에 대하여,” 앙드레 뷔르키에르 외 3인 편, 정철웅 역, 『가족의 역사 1』, 이학사, 2001, 98쪽.

36) C. Delphy, “Marriage et divorce: une impasse à double face,” *Les Temps moderne* 333/334(1974), 1815.

37) Nan Hunter, “Marriage, Law and Gender: a Feminist Inquiry,” L. Duggan and N. Hunter(eds.), *Sex Wars: Sexual Dissent and Political Culture*, New York and London: Routledge, 1995, p.112.

결혼에는 적용을 배제해 왔던 영역도 조금씩 감소시키고 있는 실정이다.³⁸⁾ 그렇지만 앞서 본 것처럼, 대부분의 국가는 여전히, 비록 실제적으로는 동성커플의 생활을 보호하더라도 적어도 법적으로는 동성커플의 실재를 부인하기도 하고, 또 경우에 따라서는 결혼과 그다지 다를 바 없는 효과를 부여하더라도 동성결합에 혼인이라는 이름이 아닌, 별도의 이름을 적용함으로써 결혼과의 차이를 부각하고 있다.³⁹⁾

그렇다면, 이처럼 국가가 결혼이라는 이름을 부여하는 것을 주저하거나 회피하는 것은 무엇 때문일까? 우선, 혼인제도를 되도록 전형적인 방식으로 지키는 것이 국가에게 필요하기 때문이다. 즉 결혼은 친밀한 개인들의 관계를 일정한 형식으로 인정하고 보호하고, 그 안에 있는 사람들이 서로 보살피게 함으로써 국가의 복지기능을 상당수 담당하며, 무엇보다 사회의 유지 존속을 위한 인구재생산을 확보하는 가장 안정적인 체계이다. 그러므로 적절한 인구를 재생산해내고, 아이를 성인이 되기 전까지 각 가정에서 책임지고 별 문제 없는 인적 자원으로 길러내는 것이 중요한 국가의 입장에서, 남녀간의 혼인이야말로 그를 위한 가장 안전하면서도 적절한, 그야말로 그럴듯한 장치인 것이다. 때문에 국가는 역사적으로 혼인에 대해 지속적으로 개입을 해왔거니와, 당해 사회에서 규정된 틀을 따르지 않은 것은 아예 ‘결혼’이라고 불리지도 않게 되었다. 그러니 그와 같은 기능을 똑같이 기대하기는 힘든 동성간의 결합에 대해 당혹해 하거나 불안해 하는 국가가 그나마 혼인이라는 법적 명칭을 붙들고 좀처럼 놔주지 않는 것은 어쩌면 당연하다 할 것이다. 더욱이, 만약 동성결합 역시 혼인이라는 것을 인정할

38) 예컨대 덴마크는 1999년에 동성 커플에게도 해외입양을 제외한 양육권을 인정하였고, 노르웨이도 2001년 1월 1일부터는 동성혼의 상대 배우자의 아이를 입양할 수 있도록 법을 개정했으며, 스웨덴도 2002년 6월 5일 동성혼 당사자에게 입양을 전혀 허용하지 않던 규정을 개정하여 동성혼당사자에게도 입양을 완전히 허용했다. 그렇지만 2002년 3월 유럽인권재판소에서는 자신의 성생활을 선택할 수 있는 권리와 아이를 양육할 수 있는 권리는 혼동되어서는 안 된다는 이유로 동성커플의 자녀 입양권을 부인하였다. 이석태, “성적 지향에 근거한 차별과 대책,” 『성적 소수자의 인권』, 사람생각, 2002, 87쪽, 주 39. 미국의 경우도 판례상 대체로 동성커플에게 아이의 입양을 허용하고 있다. 미국에서 동성커플의 입양에 관한 자세한 것은 이덕환, 앞의 글, 2005, 426-429쪽.

39) 예컨대 네덜란드에서 1998년 도입된 등록파트너십 제도는 많은 다른 나라와 달리 혼인과 동일한 효과를 보장하는 것이었지만, 등록과 해소에 있어서의 절차를 간소화하고 친생자추정을 인정하지 않음으로써 혼인과의 차이를 강조한 바 있다.

경우 그러한 동성혼가족은 기존의 이성혼가족과 그를 바탕으로 한 국가의 여러 시스템에 (국가 입장에서 보기에는) 부정적인 영향을 미칠 우려도 배제하기 힘들기 때문이다.

그런데, 그러면서도 한편으로는 동성커플에게 이처럼 몇몇 나라들이 동성결합에 여러 가지 방식으로 이성간의 결혼과 유사한 혜택을 부여해 온 것은 또 무엇 때문일까? 그것은 역시 ‘혼인’이라는 법적 이름을 부여할 때 발생할 수 있는 위험은 되도록 억제하면서, 다시 말해 결혼을 약화시키는 것은 피하면서 동시에 차별을 금지하고 심지어 친가족적인 정책을 편다는 명분까지 획득할 수 있는 방법이기 때문이다.⁴⁰⁾ 더욱이 두 사람의 동성이 서로에 대한 친밀성과 보살핌을 공식적으로 담당하게 하는 것이 유용하고도 현실적인 방안이기도 하다.⁴¹⁾ 그를 통하여 국가는 개개인의 시민에 대한 부담을 일정 부분 안정적으로 덜 수 있게 되기 때문이다.

V. 동성혼 논의에서 추가적으로 말해야 할 것

1. 동성혼 허용 담론의 한계

동성혼의 법적 인정 투쟁은 그 자체로 명명의 권력에 대한 도전의 성격을 띠는 만큼, 그 궁극적인 단계는 결국 법적으로 결혼이라는 호칭을 획득하는 것이며, 아마도 동성혼의 인정은 불가피할 것이다.⁴²⁾

그런데 애초에 동성혼을 둘러싼 그러한 주장과 논쟁은, ‘혼인’이라는 법적 이름을 동성끼리도 쓸 수 있어야 한다는 데 치중되었던 탓에, 결국 논의는 결혼을 동성커플에게도 ‘허용’할 것이냐 어쩔 것이냐의 문제를 중심으로 전개되어 왔다.⁴³⁾ 또한 그 허용의 기준은 종래의 이성혼이고 허용의 주

40) Gillian Douglas, 앞의 글, 2007, p.902.

41) 비슷한 고찰로, 장복희, 앞의 글, 151쪽, 주 55.

42) Rosemary Auchmuty, “Same-sex Marriage Revived: Feminist Critique and Legal Strategy,” Leslie J. Moran(ed.), *Sexuality and Identity*, USA and England: Ashgate Publishing Company, 2006, p.503.

43) 이에 대해, 동성간의 결혼의 허용 여부를 문제삼을 것이 아니라 이성간의 결혼의 독점이 온당한가라는 의문을 제기해야 한다는 독창적인 입장이 있었다. 한채윤, “외국

체는 이성애자 및 국가였던 만큼, 동성혼은 기존의 결혼제도를 변화시켰다 기보다는 이성혼에 편입되는 양상을 띤다. 이는 결국 결혼제도 자체를 강화하고 결혼의 자연화에 기여함으로써 결혼제도 밖에 있는 자들을 주변화할 위험이 있다.⁴⁴⁾ 국가가 인정의 권리를 독점하게 되면, 인정해주는 권력의 위계질서가 발생할 것이기 때문이다.⁴⁵⁾ 혼인의 외연 확대는 동성혼이라는 새로운 범주를 인정하는 것일 뿐 아니라 그것을 기존의 이성혼 방식에 따라 규제하고 제약하며 구성하는 것을 동시에 의미하는 것이 되는 것이다.⁴⁶⁾

더욱이 법적 동성혼 인정에 치중된 투쟁 과정에서 정작 동성애자 인권운동은 탈정치화됨으로써,⁴⁷⁾ 지속적인 관계의 특권적이고도 거의 유일한 형태로서의 지위를 구가해 온 결혼 자체에 대한 문제 제기 및 친밀한 관계를 기존의 결혼과 다른 방식으로 재편할 가능성은 상당 부분 봉쇄된 것으로 보인다.⁴⁸⁾

2. 독점적 법적 명명으로서의 혼인제도에 대한 문제제기

국가는 역사적으로 혼인에 대해 지속적으로 개입을 해왔거니와, 현대에도 대다수의 나라들은 혼인을 당사자간의 계약으로 설정하고 있긴 하지만 그것이 법적으로 유효하기 위해서는 하자요인이 없을 것과 일정한 법적 절차를 거칠 것을 요구하고 있다. 그리하여 작금에 있어 혼인은 그 정의상(by definition) 법률혼만을 의미하게 되었다. 즉 아무리 당사자간에 사랑과 나아

의 동성 결혼 현황”, 퀴어문화축제 무지개 2004 토론회 <한국에서 동성 결혼은 가능한가> 발표문, 2004.6.25.

44) Judith Butler, “Competing Universalities,” Sara Salih(ed.), *The Judith Butler Reader*, USA and UK: Blackwell Publishing, 2004, pp.271, 273.

45) 임옥희, 『젠더의 조롱과 우울의 철학—주디스 버틀러 읽기』, 도서출판 여이연, 2006, 99쪽.

46) Didi Herman, “The Politics of Law Reform: Lesbian and Gay Rights into the 1990s,” J. Bristow and A. Wilson(eds.), *Activating Theory: Lesbian, Gay, Bisexual Politics*, London: Lawrence and Wishart, 1993, p.250.

47) 서동진, “성적 시민권과 비이성애적 주체,” 최 협 외 3인 편, 『한국의 소수자, 실태와 전망』, 한울아카데미, 2004, 114쪽.

48) Dangerous Bedfellows, *Domesticating partnerships, policing public sex*, South End Press, 1996, pp.373-394.

가 함께 하는 생활이 있더라도 당해 사회의 공권력이 규정한 틀을 따르지 않은 것은 아예 ‘결혼’이라고 불리지도 않게 된 것이다. 요컨대 국가만이 법의 힘을 빌려 결혼에 대한 독점적 명명권을 갖고 있는 것이다. 따라서, 심지어 지금까지의 동성혼 인정 투쟁 역시 법률혼을 당연시한 채로 행해지고 있다.

또한, 산업화 이전에는 전체의 20% 정도가 결혼하지 않았고 결혼을 하더라도 짧은 시간에 결혼생활을 끝내는 경우가 많은 등, 결혼하여 독립된 가구를 형성하는 부부라는 관념은 실은 근대사회 초기에 이르러서야 널리 퍼졌지만, 이제는 국가가 것처럼 법으로 인정하는 결혼이 친밀한 관계의 거의 유일한 양식으로 규범적인 위상을 점하게 되었다.⁴⁹⁾ 그리하여 보다 친밀한 관계에 있는 당사자들 스스로도 대체로 결혼을 당연시하며, 혼인 외의 다른 양식을 거의 생각하지도 않는다. 실제로 결혼이라는 이름이 아닌 다른 것은 결혼이 부여하는 사회적 지위를 보장하지는 못하고 있기도 하며⁵⁰⁾ 동성커플의 결합에 있어서도 혼인의 인정이라는 목표가 주어졌던 것 역시 이와 무관하지 않을 것이다.

그렇지만 그 때문이라도, 현 시점에서 진정으로 요청되는 것은, 동성간이든 이성간이든, 왜 국가와 법이 혼인이라는 정상성을 부과함으로써 나의 친밀한 관계에 개입하는지, 그럴 권한이 있는 것인지를 진지하게 반문하는 일이 아닐까 한다.

3. 친밀성에 관한 법제도의 개입 방식에 대한 재고

친밀성은 기본적으로 개인들간의 사적인 문제이다. 사람들은 국가의 법과 제도가 관장할 수 없으며 관장하지 않는 영역—예컨대 친구관계나 연인관계—에서 교류하고 우애를 나누며 서로 돌본다. 물론, 그렇다고 해서 국가가 친밀성의 문제에 전혀 개입하지 않는 것은 아니다. 우선, 국가는 친밀한 관계에 있는 사인들 사이에서라도 법적인 문제가 발생할 경우—예컨대 각종 민사사건 및 사기 등 일부 형사사건—를 대비해서 이러저러한 법제도

49) 다이애너 기틴스, 안호용·김홍주·배선희 역, 『가족은 없다』, 일신사, 1997, 38-39, 86쪽.

50) Rosemary Auchmuty, 앞의 글, pp.502-503.

를 갖추고 있는데, 어떤 문제를 개입할 만한 법적 문제로 볼 것인가의 문제는 언제나 논의되어야 하겠지만, 예컨대 인권침해적인 사안이라면 개인들의 문제로만 치부할 것이 아니라 적절한 법적 장치를 확보해 두는 것은 바람직하다고 할 것이다.⁵¹⁾

그런데 그에 비해, 국가가 법제도에 의해 친밀한 관계에 대해 일정한 틀 자체를 제시하고 있는 경우 —대표적인 것이 법률혼— 에는 양상이 좀 달라진다. 법과 같은 공적 제도는 설사 강제력을 행사하지 않는다고 하더라도 그 자체로 상징적 또는 선언적 권위를 가지는데, 인간의 결합형태에 관해 시민의 자유결정권을 보장해야 하는 현대국가에 있어서 기실 그와 같은 것은 중립성에 위배되기 때문이다.⁵²⁾

따라서 이를 앞서 검토한 동성혼 논의에 적용해 본다면, PACS와 같은, 동성간이든 이성간이든 당사자들 스스로의 결정으로 혼인이든 시민연대이든지를 취할 수 있는 제도는 가족의 개인화, 제도로서의 가족에서 계약으로서의 가족으로의 변화를 보여주는 것으로서 긍정적이지만,⁵³⁾ 좀더 궁극적으로는 법적 혼인제도 자체에 대한 비판적인 성찰이 요구된다고 할 것이다.

VI. 동성혼 인정을 넘어 혼인의 탈법화로

동성이든 이성이든 간에, 합의에 의해 취해진 어떤 친밀한 인간관계를 유지하는 개인에게 그러한 공동생활의 안전망을 마련하여 보호하는 것도 법의 역할이라는 점을 감안하면,⁵⁴⁾ 동성결합에 결혼과 유사한 효과를 부여하거나 나아가 동성혼을 인정하고 있는 추세는 물론 바람직하다. 그야말로

51) 사적인 가정의 문제로만 여겨지던 가정폭력에 대해 법적으로 개입하게 된 것이 대표적인 예일 것이다.

52) 森村 進, “キャス・サンスティーンとリチャード・セイラーの ‘リバタリアン・パターナリズム’, ” 『一橋法學』, 第7巻 第3号, 2008年 11月, p.432; 개인이 어떤 생활방식을 택하든, 그에 국가는 중립적으로 해야 한다는 것은 일본의 ‘남녀공동참획 2000년 플랜’에서도 명시된 바 있다. 吉田 克己, “家族における‘公私’の再編”, 日本法哲學會 編, 『‘公私’の再構成』, 有斐閣, 2000, pp.46, 55.

53) 辻村 みよ子, 『ジェンダーと法』, 不磨書房, 2005, p.87.

54) 棚村政行, “事實婚・同性婚の法的保護,” 『21世紀の家族と法』, 小野幸二 教授 古稀記念論集, 法學書院, 2007, p.333; 장복희, 앞의 글, 157, 165쪽.

동성혼 금지의 부당성을 판시한 앞서의 미국 버몬트주 대법원의 결정대로, “친밀하고 지속적인 인간관계에 대한 법적 인정과 보호는 상식적인 인간애를 인정하는 것에 불과하기”⁵⁵⁾ 때문이다. 요컨대 위와 같은 경향은 우선은 동성애자의 평등한 인권을 신장시킨다는 점에서, 나아가 국가가 선택적으로 이성 법률혼만을 지지해 옴으로써 강화되었던 성별 분리주의(sexism)를 극복한다는 점에서,⁵⁶⁾ 또한 그를 통하여 가족의 다양성을 어느 정도 확보할 수 있다는 점에서 분명 의미 있는 일이라 할 것이다.

반면, 동성간 법률혼을 궁극적인 지향점으로 한, 동성간 관계의 법적 인정 과정은 다분히 기존의 이성간 법률혼제도에 동성간의 관계를 포섭하는 방식으로 진행되었다는 한계가 있다. 때문에 이런 경우 여전히 동성결합은 ‘혼인’이라는 명칭으로부터는 배제되어 있으며 독일의 생활동반자법에서 보이는 것처럼, 동성커플은 ‘가족’으로 인정되지는 못하고 있다.⁵⁷⁾ 그리고 심지어는 ‘혼인’이라는 이름이 동성결합에도 부여되어 ‘이성혼’과 ‘법률혼’이라는 결혼제도의 경계가 이탈된 것처럼 보이는 경우라도 그 역시 결혼제도가 개변되는 징후이라기보다는, 결혼제도가 동성혼이라는, 친밀한 관계를 장악하는 또 다른 방식을 도입함으로써 당해 제도의 외연을 확장한 것이라고 보여진다.

나아가, 확고한 법적 위상을 가지는 혼인이라는 제도를 국가가 기본적인 것으로서 제시하고 있는 것은, 친밀한 관계에 대한 시민의 자율적인 활동에 국가가 정당화되기 힘든 영향력을 끼치고 있는 것이라고 판단된다. 그렇다면 궁극적으로는, 법적인 혼인제도 자체를 폐지함으로써,⁵⁸⁾ 국가의 법

55) Baker v. State, 744 A. 2d 864, 889 (1999).

56) Martha Chamallas, *Introduction to feminist legal theory*(2nd edition), ASPEN, 2003, p.274.

57) 생활동반자법은 ‘가족(Familie)’이라는 표현을 거의 사용하지 않고 있으며, 다만 생활동반자법 제11조 제1항은 명문으로 생활동반자를 다른 생활동반자의 ‘가족구성원(Familienangehöriger)’으로 표현하고 있을 뿐이다. 즉 생활동반자는 가족을 형성하지는 않고 단지 가족에 속할 뿐인 것이다.

58) 同旨로, Judith Butler, 앞의 글, p.274; Paula L. Ettelbrick, “Since when is marriage a path to liberation?” Suzanne Sherman(ed.), *Lesbian and gay marriage: private commitments, public ceremonies*, 1992, p.23; Ruthann Robinson, *Sappho Goes to Law School*, New York: Columbia University Press, 1998; Richard H. Thaler and Cass R. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, Princeton University Press, 2008; 森村 進, 앞의 책, 2001, pp.160-162; 伊田廣行, 『シングル單

적 권위에 휘둘림 없이, 친밀한 관계의 양식에 대한 개개인의 다양한 선택과 책임 있는 실천이 실질적으로 가능하도록 해야 하지 않을까 한다.

주제어

同性, 담론, 혼인, 국가, 친밀성
same-sex, discourse, marriage, state, intimacy

位の社會論-ジェンダー・フリーな社會へ』, 世界思想社, 1998, p.106; 한채윤, “성적 소수자 차별의 본질과 실제 그리고 해소 방안,” 『성적 소수자의 인권』, 사람생각, 2002, 62쪽. 또 그 경우 종래 혼인제도가 담당하고 있던 당사자 보호기능은 구성원간의 관계에 대한 개별적인 법률행위를 통해 이전시킬 수 있을 것이다.

《참고문헌》

1. 국내문헌

<단행본>

임옥희, 『젠더의 조롱과 우울의 철학—주디스 버틀러 읽기』, 도서출판 여이연, 2006.

<논 문>

김민중, “동성혼에 관한 국제적 입법 동향,” 『비교사법』, 제9권 4호(통권 19호), 2002.

김민중, “독일의 새로운 가족법상의 제도로서의 동성 사이의 ‘생활동반자관계’,” 『가족법 연구』, 제15권 2호, 2001.

서동진, “성적 시민권과 비이성애적 주제,” 최협 외 3인 편, 『한국의 소수자, 실태와 전망』, 한울아카데미, 2004.

양선숙, “동성결혼 허용의 문제,” 『철학과 현실』, 통권 61호, 철학문화연구소, 2004.

오정진, “동성결합과 결혼체계의 자체생산,” 『성균관법학』, 제18권 1호, 2006.

이덕환, “미국법상 동성혼에 관한 고찰,” 『비교사법』, 제12권 1호(통권 28호), 2005.

이석태, “성적 지향에 근거한 차별과 대책,” 『성적 소수자의 인권』, 사람생각, 2002.

이영진, “최근 미국의 동성결혼 판결에 대하여,” 『시민과 변호사』, 통권 124호, 서울지방 변호사회, 2004.

이은우, “동성애자의 결혼과 가정은 어떻게 보호되어야 하나?,” 퀴어문화축제 무지개 2004 토론회 ‘한국에서 동성 결혼은 가능한가’ 발표문, 2004.

장복희, “동성간 동반자관계에 관한 국제인권법 및 비교법적 고찰,” 『성적 소수자의 인권』, 사람생각, 2002.

한채윤, “외국의 동성 결혼 현황,” 퀴어문화축제 무지개 2004 토론회 ‘한국에서 동성 결혼은 가능한가’ 발표문, 2004.

한채윤, “성적 소수자 차별의 본질과 실제 그리고 해소 방안,” 『성적 소수자의 인권』, 사람생각, 2002.

2. 국역문헌

다이애너 기틴스, 안호용·김홍주·배선희 역, 『가족은 없다』, 일신사, 1997.

프랑수아즈 조나뎡, “가족에 대하여,” 앙드레 뷔르기에르 외 3인 편, 정철웅 역, 『가족의 역사 1』, 이학사, 2001.

3. 국외문헌

<단행본>

辻村 みよ子, 『ジェンダーと法』, 不磨書房, 2005.

伊田廣行, 『シングル單位の社會論-ジェンダー・フリな社會へ』, 世界思想社, 1998.

Chamallas, Martha, Introduction to feminist legal theory(2nd edition), ASPEN, 2003.

- Curry, Hayden, Denis Clifford, and Frederick Hertz, *A Legal Guide for Lesbian & Gay Couples*(12th edition), NOLO, 2004.
- Dangerous Bedfellows, *Domesticating partnerships, policing public sex*, South End Press, 1996.
- Robinson, Ruthann, *Sappho Goes to Law School*, New York: Columbia University Press, 1998.
- Strasser, Mark, *On same-sex marriage, civil unions, and the rule of law*, Praeger, 2002.
- Thaler, Richard H. and Cass R. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, Princeton University Press, 2008.
- <논 문>
- 吉田 克己, “家族における‘公私’の再編,” 日本法哲學會 編, 『‘公私’の再構成』, 有斐閣, 2000.
- 渡邊泰彦, “同性カップルの法的保護,” 水野記子 編, 『家族-ジェンダーと自由と法』, 東北大學出版會, 2006.
- 鈴木伸智, “成年養子縁組と同性愛,” 『青山學院論集』, 41卷 1,2,3合併号, 1999.
- 瀧澤幸代, “日本の家族法における人的關係,” 日仏法學會 編, 『日本とフランスの家族觀』, 有斐閣, 2003.
- 棚村政行, “事實婚・同性婚の法的保護,” 『21世紀の家族と法』, 小野幸二 教授 古稀記念論集, 法學書院, 2007.
- 森村 進, “キャス・サンステインとリチャード・セイラの ‘リバタリアン・パターナリズム,’” 『一橋法學』, 第7卷 第3号, 2008.
- Auchmuty, Rosemary, *Same-sex Marriage Revived: Feminist Critique and Legal Strategy*, Leslie J. Moran(ed.), *Sexuality and Identity*, USA and England: Ashgate Publishing Company, 2006.
- Butler, Judith, *Competing Universalities*, Sara Salih(ed.), *The Judith Butler Reader*, USA and UK: Blackwell Publishing, 2004.
- Delphy, C, *Marriage et divorce: une impasse à double face*, *Les Temps moderne* 333/334, 1974.
- Douglas, Gillian, *The Civil Partnership Act 2004-parallel marriage or a second-class status for same-sex partners?*, 21世紀の家族と法, 小野幸二 教授 古稀記念論集, 法學書院, 2007.
- Ettelbrick, Paula L, *Since when is marriage a path to liberation?*, Suzanne Sherman(ed.), *Lesbian and gay marriage: private commitments, public ceremonies*, 1992.
- Herman, Didi, *The Politics of Law Reform: Lesbian and Gay Rights into the 1990s*, J. Bristow and A. Wilson(eds.), *Activating Theory: Lesbian, Gay, Bisexual Politics*, London: Lawrence and Wishart, 1993.
- Hunter, Nan, *Marriage, Law and Gender: a Feminist Inquiry*, L. Duggan and N. Hunter(eds.), *Sex Wars: Sexual Dissent and Political Culture*, New York and London: Routledge, 1995.

The History and Future of Discourse about Same-Sex Marriage

Oh, Jung-Jin*

Today, the discourse about same-sex relationship is moved from the prohibition of discrimination by sexual orientation toward the recognition of same-sex marriage. Actually many states introduced the same-sex partnership similar to marriage by legislation and several states accepted same-sex marriage. Of course, such a trend is good for gay/lesbian human rights movements.

But the situating marriage as an ultimate ends is not desirable in some points: although same-sex intimate relationship has the potential of alternative life style, the legalization of same-sex marriage is just included in hetero-sex legal marriage therefore used as the naturalization of marriage. Moreover the question and critique about the reason of which state has the authority over intimacy are not founded. Accordingly, now is the time that legal marriage itself should be abolished.

* Associate Professor, School of Law, Pusan National University.