

# **‘동성결합’ 소송 어떻게 할 것인가?**

| 일시 | 2013년 9월 14일 (토) 14시~17시

| 장소 | 민주화운동기념사업회 교육장

| 주최 | <당연한 결혼식> 기획단

성소수자차별반대 무지개행동

성적지향·성별정체성 법정책연구회



# ‘동성결합’ 소송, 어떻게 할 것인가?

2013.9.14(토) 14:00~17:00

민주화운동기념사업회 교육장

'김조광수+김승환 커플의 결혼식 행사' 후속으로 준비되는 '동성결합' 인정과 관련된 소송을 앞두고, 이 소송이 가지는 법률적·운동적 의미와 전략, 향후 과제를 논의하는 토론회를 마련하였습니다. 관심과 참석 부탁드립니다.

주최 <당연한 결혼식> 기획단  
성소수자차별반대 무지개행동  
성적지향·성별정체성 법정책연구회

참가비 3,000원

문의 sogilp.ks@gmail.com

인사 김조광수+김승환

사회 한가람 공익인권변호사모임 희망을만드는법

발제 및 토론

## 1. 동성결합 소송의 의미와 과제

발제 장서연 성적지향·성별정체성 법정책연구회, 공익인권법재단 공감

토론 홍성수 숙명여대 법학부

## 2. 동성결합 소송의 절차와 방법

발제 강윤희 법무법인 원

토론 이은우 법무법인 거향

## 3. 성소수자 운동과 동성결합 소송

발제 광이경 성소수자차별반대 무지개행동, 동성애자인권연대

토론 박진 다산인권센터

## 목 차

---

### 1. 동성결합 소송의 의미와 과제

- 발제 | **장서연** 성적지향·성별정체성 법정책연구회, 공익인권법재단 공감  
- 한국에서 동성결합 소송 어떻게 할 것인가? 4

- 토론 | **홍성수** 숙명여대 법학부  
- 공익소송으로서 동성결합소송 41

### 2. 동성결합 소송의 절차와 방법

- 발제 | **강윤희** 법무법인 원  
- 동성결합 소송의 절차와 방법 49

- 토론 | **이은우** 법무법인 지향  
- 동성결합 소송의 절차와 방법에 대한 토론문 58

### 3. 성소수자 운동과 동성결합 소송

- 발제 | **곽이경** 성소수자차별반대 무지개행동, 동성애자인권연대  
- 성소수자 운동과 동성결합 소송 62

- 토론 | **박진** 다산인권센터  
- 동성결합 소송과 인권운동 73

## [발제문]

### 한국에서 동성결합 소송 어떻게 할 것인가?

#### - 동성결합 소송의 의미와 과제<sup>1)</sup>

장서연(공익인권법재단 공감)

## I. 머리말

김조광수, 김승환 커플의 결혼식이 2013년 9월 7일 청계천 광통교에서 많은 사람들의 축하와 지지 속에서 성황리에 치러졌다. 김조광수 감독은 그동안 결혼식 후에 혼인신고를 할 것이고, 혼인신고가 받아들여지지 않는다면 법정투쟁을 하겠다고 공언을 하였는데, 만약, 김조광수, 김승환 ‘부부’가 서대문구청에 혼인신고를 하였는데 혼인신고 수리 거부 처분이 내려지고 이에 대응하는 소송이 제기된다면, 이는 한국 사회에서 동성결합과 관련하여 최초로 이루어지는 공익인권 기획소송이 될 것이다.

공익인권 기획소송의 의의는 개인의 권리구제 차원에 머무르는 것이 아니라 궁극적으로는 문제된 법령이나 제도에 대하여 제도 개선이나 여론 조성을 유리하게 하기 위하여 하는 것이기 때문에<sup>2)</sup> 사적 권리구제 차원에서 뿐만 아니라, LGBT운동의 차원에서, 제도화 차원에서, 현재 시점에 소재기의 방식이 적합한지, 소송을 한다면 어떻게 할 것인지 등 다양한 지점들을 종합적으로 고려하여 신중하게 접근을 할 필요가 있다. 소송 전략적 관점에서든 법원의 판결은 당위나 논리로만 결정되는 것이 아니라, 사회문화적, 정치적 영향을 직간접적으로 주고받는 것이기 때문에, 승소를 위한 소송전략 못지않게, 소송의 과정이나 승소나 패소의 결과로 인하여 한국사회에 미치는 영향을 사전에 치밀하게 살펴볼 필요가 있다.

## II. ‘동성결합’에 관한 한국의 법적, 사회적, 정치적 상황

---

1) 이 글을 쓰는데, 성적지향 및 성별정체성 법정책연구회(SOGI법정책연구회) 회원들이 많은 도움을 주었고, 특히 류민희 변호사가 많은 자료와 좋은 아이디어를 제공하였습니다. 그리고 김예슬 공감 자원활동가는 관련 외국문헌을 번역하여주어 많은 도움을 주었습니다. 감사합니다.

2) 이석태, 공익인권소송의 기획과 수행, 제2회 공익인권법실무학교 p.5

소재기에 앞서, 동성결합에 관한 현재 한국의 법적, 정치적, 사회문화적 상황에 대한 정확한 진단이 필요하다.

## 1. 법적 상황

### 1) 혼인에 관한 법적 해석

한국의 헌법이나 민법에는 현재 동성혼이나 동성 간 혼인 이외의 파트너십(이하 ‘파트너십’이라고 함)에 관한 명시적인 규정이 없다. 즉 동성혼이나 동성 간 파트너십을 금지한다는 내용이나 보장한다는 내용이 전혀 없다. 따라서 현재 혼인과 가족에 대한 헌법과 민법 규정으로 동성혼이 포함되는지 여부가 법적 해석으로 다투어지고 있다.

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 판시한 바 있고(헌재 1997. 7. 16. 95헌가6등), 다수의 헌법학자들은 현행 헌법상 혼인 개념을 ‘1남 1녀의 자유의사에 의한 결합 내지 생활공동체를 형성하는 것’이라고 보고 있다.<sup>3)</sup> 헌법재판소나 다수의 학자가 혼인의 개념을 1남 1녀 즉, 이성간 결합으로 보는 논거에 대한 구체적인 설시는 없다.

반면, 최근 동성혼과 관련하여 헌법 제36조 제1항에 대한 법학자들의 구체적인 해석이 조금씩 나오고 있는데, 윤진수(1998)는, “양성의 평등”이라는 문구를 근거로 헌법이 예정하고 있는 혼인이 남녀 간의 결합을 의미하는 것으로 보이고 동성혼을 인정하지 않는다고 하여 그것이 바로 평등원칙에 어긋난다고만 하기는 어려우나 일반적 행동자유권이나 성적자기결정권에 의해서 동성 간 결합은 인정할 수 있다고 한 반면에<sup>4)</sup> 강달천(2001)은, 헌법 제36조 제1항의 양성평등보호는 기존의 가족제도에서 가부장적 관습을 철폐하여 여성의 평등한 지위를 보장하기 위한 것이므로 헌법상의 혼인제도가 반드시 일부일처라는 명제를 포함하는 것은 아니라는 새로운 해석이 가능하다고 한다.<sup>5)</sup>

3) 권영성(2010) 헌법학원론, p278

4) 윤진수(1998), 혼인의 자유, 한국법학 50년-과거,현재,미래, 한국법학교수회, p.73; 류민희(2013), 동성결합의 법적 쟁점과 제도화 가능성, 제2회 SOGI 콜로키움 자료집 p.8 재인용

이에 대하여 이준일(2009)은, '이 조항은 언뜻 혼인의 개념을 이성간의 결합으로 이해하고 있는 것으로 보인다. “양성”의 평등을 분명하게 언급하고 있고, 여기서 말하는 “양성”은 당연히 ‘이성(heterosex)’으로 해석될 수 있기 때문’이라고 해석하면서 다만 ‘헌법 제정자는 동성 간의 혼인에 대한 논의가 공론의 장에서 본격적으로 논의되기 이전의 상황에서 혼인에 관한 규정을 두었기 때문에, 헌법제정자는 동성 간의 혼인이 허용될 수 있는지에 대해서는 어떠한 가치결단도 내리지 않은 것으로 해석할 수 있고, 결국 동성 간의 혼인을 명시적으로 금지하거나 허용하는 규정을 두기 전까지는 헌법적으로 동성 간의 혼인이 허용되는지에 대해서는 혼인의 개념에 대한 헌법해석의 문제로 남겨 놓고 있다’고 보면서, 결론에서는 ‘헌법상 평등의 이념을 고려할 때 한국사회에서 동성 간의 결합이 헌법에 규정된 혼인의 개념에 포함되기에는 어려움이 있다’고 보면서, 그 이유로 ‘자녀의 출산이라는 관점에서 동성간의 결합과 이성간의 결합 사이에는 본질적인 차이가 존재하여 차별적으로 취급되어야 하기 때문’이라고 보고 있고,<sup>6)</sup> 김민중(2013)도 ‘헌법 제36조는 혼인을 양성, 즉 남성과 여성의 결합을 의미하며 동성혼은 포함시키지 않고 있다고 생각된다’면서 ‘헌법 제36조 제2항에서 모성의 특별한 보호를 규정하고 있는 취지도 혼인이나 가족생활이 부(남성)와 모(여성)를 전제로 영위된다는 사실을 가리고 있다고 생각되므로, 헌법상의 혼인개념에는 이성혼만이 포함되고 동성혼은 염두에 두고 있지 않다’고 판단하고 있다. 그러면서 김민중은 ‘동성결합관계를 당장 한 순간에 혼인관계로 판단하기는 무리가 있다고 생각되며, 동성결합에 대한 단계적 보호를 통하여 어느 정도는 불가피하다고 생각되는 사회적 충격을 완화시킬 필요가 있다’고 주장한 바 있다.<sup>7)</sup>

## 2) 동성혼 또는 혼인에 관한 법원의 입장

다음으로, 기획소송을 통해 제도 개선을 모색하겠다고 시도하고 있는 만큼, 동성혼 또는 혼인에 관한 대법원과 헌법재판소의 입장이 어떠한지 살펴볼 필요가 있다. 대법원이나 헌법재판소가 동성혼에 관하여 직접적인 판결이나 결정을 한 바는 아직 없지만, 다

5) 강달천(2001), 동성애자의 기본권에 관한 연구, 중앙대학교 대학원 박사학위논문, p. 267

6) 이준일(2009), 헌법상 혼인의 개념 - 동성간 혼인의 헌법적 허용가능성 -, 한국공법학회 「공법연구」 제37집 제3호 p.187

7) 김민중(2013), 동성혼과 평등권 심사기준 - 미국 연방대법원 ‘결혼보호법(DOMA)’ 위헌 판결을 중심으로 - 토론문, 제129회 헌법실무연구회 월례발표회

른 사건을 통해 간접적으로나마 대법원이나 헌법재판소의 동성혼이나 혼인에 관한 견해를 볼 수 있다.

## 가. 대법원의 견해

### ■ 대법원 2011.9.2.자 2009스117 전원합의체 결정

대법원[대법원장 이용훈(재판장) 대법관 김능환 안대희 차한성 양창수 신영철 민일영 이인복 이상훈 박병대]은 2011년, 성전환자 성별정정 사건에서, 성전환자가 혼인 중에 있는 경우 성별정정을 불허하는 사유로 ‘동성혼의 외관 현출’을 들면서 헌법 제36조 제1항의 혼인은 “남녀 간의 육체적, 정신적 결합으로 성립하는 것”으로 민법은 이성 간의 혼인만을 허용하고 동성 간의 혼인은 허용하지 않고 있다”고 보고 있다.

헌법 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.”라고 선언하고 있는바, 무릇 혼인이란 남녀 간의 육체적, 정신적 결합으로 성립하는 것으로서, 우리 민법은 이성 간의 혼인만을 허용하고 동성 간의 혼인은 허용하지 않고 있다. 그런데 만약 현재 혼인 중에 있는 성전환자에 대하여 성별정정을 허용할 경우 법이 허용하지 않는 동성혼의 외관을 현출시켜 결과적으로 동성혼을 인정하는 셈이 되고, 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 아니한다고 할 것이다.  
[대법원장 이용훈(재판장) 대법관 김능환 안대희 차한성 양창수 신영철 민일영 이인복 이상훈 박병대의 다수의견]

위 사건에서 대법관 박시환, 김지형, 전수안의 소수의견은 “현재 혼인 중에 있다는 사정을 성별정정의 독자적인 소극적 요건으로 보는” 다수의견에 반대를 하지만, 그 취지는 혼인 중에 있다고 하더라도 사실상 별거를 하고 있거나 이혼 소송 중에 있는 등 사실상 해소 상태에 있어서 “배우자와의 신분관계에 실질적인 변동을 초래할 우려가 크지 않는 경우”를 전제로 하고 있어 동성혼에 대한 입장에 있어서는 다수의견과 큰 차이가

없어 보인다.

한편 다수의견이 과거의 혼인사실을 이유로 성별정정이 제한되는 것은 아니라고 본 점에 대하여는 견해를 같이 하나, 현재 혼인 중에 있다는 사정을 성별정정의 독자적인 소극적 요건으로 보는 데에는 찬성할 수 없다.

성전환자에 대한 우리 사회의 평균적인 이해의 정도가 높아지고 그에 따라 이들을 바라보는 시각이 보다 관대하게 바뀌어 가고 있으며 사회통념상의 부정적인 요소도 시대의 변화와 인식의 변화 속에서 달라지게 마련이다. 그런데도 혼인 중에 있다는 사정을 성별정정의 독자적이고 절대적인 소극적 요건으로 보는 것은 바람직하지 않다.

혼인 중에 있다고 하더라도 사실상 별거를 하고 있거나 이혼 소송 중에 있는 등 성별정정을 허용하더라도 배우자와의 신분관계에 실질적인 변동을 초래할 우려가 크지 않은 경우도 있을 터인데, 성별정정을 필요로 하는 다른 사정을 고려하지 않은 채 혼인 중에 있다는 사정만을 내세워 성별정정을 불가능하게 하는 것은 합리적인 접근방식이라고 볼 수 없다.

결국 혼인 중에 있다고 하더라도, 성별정정신청 당시 그 혼인관계의 실질적 해소 여부와 그 사유, 혼인관계의 실질적 해소로부터 경과한 기간, 실질적으로 해소된 혼인관계의 부활가능성 등 제반사정을 종합적으로 고려하여 가족관계등록부상의 성별란 정정이 신분관계에 혼란을 줄 염려가 있는지를 가리고 그에 따라 성별정정 여부를 결정하면 충분하다.

이 사건 신청인은 혼인 중에 있지 아니하므로 다수의견에 의하더라도 이 사건 결론에는 영향이 없을 것이나, 현재 혼인 중에 있지 아니할 것을 성별정정의 독자적인 소극적 요건으로 보는 다수의견과는 그 견해를 달리하므로 이 점을 아울러 밝혀둔다.

[대법관 박시환, 김지형, 전수안의 소수의견]

## ■ 인천지법 2004. 7. 23. 선고 2003드합292 판결<sup>8)</sup>

인천지방법원[판사 이상인(재판장) 김병찬 최승원]은 2004년, 사실혼관계로 인한 재산분할 및 위자료 청구 사건에서, 동성 간의 사실혼관계 성립 여부에 대하여, “혼인제도가

---

8) 2심 서울고등법원 2005. 5. 24. 선고 2004르1189 항소 기각(확정)



역사적으로 형성되어 온 배경과 우리 헌법 및 민법이 예정하고 있는 혼인제도를 감안 하면 혼인의 당사자는 남녀 간을 의미하는 것이라고” 보아야 하고, 현재 우리 사회의 혼인 및 가족관념에 의하면 혼인이라 함은 일부일처제를 전제로 하는 남녀의 정신적·육체적 결합을 의미하고, 아직 그 의미에 있어서 변화를 찾을 수 없다“면서 부정하였다.

원고는, 원고와 피고가 동성으로서 1980. 5. 2.부터 2001. 3. 19.까지 20여 년간 동거하면서 유사 성관계를 맺는 등 사실혼관계를 유지하였고, 공동의 노력으로 재산을 형성·유지하여 왔는데, 피고가 모든 재산이 피고의 명의로 있게 되자 원고와 원고의 부모를 무시하고, 원고를 의심하였으며, 폭행과 협박까지도 하는 등 피고의 책임 있는 사유로 원·피고 간의 사실혼관계가 파탄되었다고 주장하면서, 피고에 대하여 사실혼 부당파기로 인한 위자료 및 사실혼해소로 인한 재산분할을 구하고 있다.

사실혼이란 당사자 사이에 주관적으로 혼인의사의 합치가 있고, 객관적으로 사회관념상 가족질서적인 면에서 부부공동생활을 인정할 만한 혼인생활의 실체가 있는 경우를 말한다( 대법원 2001. 4. 13. 선고 2000다52943 판결 등 참조). 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.

그런데 사실혼관계가 남녀 간이 아니라 이 사건과 같이 동성 간에도 성립할 수 있는지가 문제된다.

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 있고, 따라서 혼인에 있어서도 개인의 존엄과 양성의 본질적 평등의 바탕 위에서 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( 헌법재판소 1997. 7. 16. 선고 95헌가6 내지 13 전원재판부 결정 참조). 다만 혼인제도가 역사적으로 형성되어 온 배경과 우

리 헌법 및 민법이 예정하고 있는 혼인제도를 감안하면 혼인의 당사자는 남녀 간을 의미하는 것이라고 보아야 할 것이고, 비록 혼인제도의 의미가 만고불변의 진리는 아니고 시대의 윤리나 도덕관념의 변화에 따라 변화할 수는 있으나 현재 우리 사회의 혼인 및 가족관념에 의하면 혼인이라 함은 일부일처제를 전제로 하는 남녀의 정신적·육체적 결합을 의미하고, 아직 그 의미에 있어서 변화를 찾을 수 없다고 할 것이다.

앞서 본 바와 같이, 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 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 없다고 봄이 상당하다.

[판사 이상인(재판장) 김병찬 최승원]

## 나. 헌법재판소의 견해

### ■ 헌법재판소 1997. 7. 16. 선고 95헌가6등 헌법불합치 결정

헌법재판소(재판관 김용준, 재판관 김문희, 재판관 황도연, 재판관 신창언, 재판관 이영모의 단순위헌의견/재판관 정경식, 재판관 고중석의 헌법불합치의견) 1997년 동성동본 금혼 위헌제청사건에서 “혼인이 1남 1녀의 정신적·육체적 결합이라는 점에 있어서는 변화가 없다”라고 판시하면서도, 그 맥락을 보면 결국 혼인제도와 가족제도는 사회환경 및 혼인관의 변화를 반영하여야 하고, “인간의 존엄성 존중과 민주주의의 원리에 따라 규정되어야 함을 천명한 것”이라고 판시한 바 있다.

[재판관 김용준, 재판관 김문희, 재판관 황도연, 재판관 신창언, 재판관 이영모

의 단순위헌의견]

동성동본금혼제가 생성하여 정착할 수 있었던 시대와 비교하면 현대사회는 너무나 많은 사회환경의 변화가 있었음을 부인할 수 없다.

첫째, 사회를 지배하는 기본이념의 변화를 들 수 있다. 현재의 우리사회는 헌법에 명시되어 있듯이 “자유와 평등”을 근본이념으로 하며 신분적 계급제도와 남존여비사상을 배척한 자유민주주의사회로 탈바꿈하였고, 이에 따라 헌법도 제36조 제1항에서 “개인의 존엄과 양성의 평등”의 바탕위에서 혼인과 가족생활이 성립되고 유지되어야 함을 천명하고 있을 뿐만 아니라 이에 대한 국가의 보장 의무까지 규정하고 있으며, 이에 맞추어 국민의 의식구조도 그렇게 변화하고 있다.

둘째, 혼인 및 가족관념의 변화와 남녀평등관념의 정착을 들 수 있다. 혼인이 1남 1녀의 정신적·육체적 결합이라는 점에 있어서는 변화가 없다고 할지라도 국민 대다수의 혼인관(婚姻觀)이 주로 “집안(家)과 집안(家)간의 결합”이라는 관념에서 혼인당사자의 자유의사를 존중한 “인격 대 인격의 결합”이라는 관념으로 바뀌었고, 가족의 관념이나 형태도 대체로 가부장적 대가족에서 분화된 핵가족으로 바뀌었다.

사실혼관계에 있던 44,827쌍(1978년 4,577쌍, 1988년 12,443쌍, 1996년 27,807쌍)의 부부가 법적인 구제를 받았다는 사실은 위와 같은 변화를 극명하게 말해 주고 있다. 즉 위의 통계는 위 특례법이 단지 동성동본으로서 혼인한 일부의 부부와 그 자녀들이 사회의 여러 방면에서 겪는 고통을 덜어주고자 하는 목적에서 시행되었다는 뜻을 넘어 이미 동성동본금혼제가 금혼규정으로서의 기능을 제대로 하고 있지 못하다는 것을 말해 주는 것이다.

헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”고 규정함으로써 모든 기본권의 종국적 목적(기본이념)이라 할 수 있고 인간의 본질이며 고유한 가치인 개인의 인격권과 행복추구권을 보장하고 있다. 그리고 이러한 개인의 인격권·행복추구권은 개인의 자기운명결정권을 그 전제로 하고 있으며, 이 자기운명결정권에는 성적(性的)자기결정권 특히 혼인의 자유와 혼인에 있어서 상대방을 결정할 수 있는 자유가 포함되어 있다(헌법재판소 1990. 9. 10. 선고, 89헌마82 결정 참조).

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 가족 제도는 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.

[재판관 정경식, 재판관 고종석의 헌법불합치의견]

우리는 이 사건 법률조항이 헌법에 위반된다는 결론에는 다수의견과 견해를 같이 하지만 이 사건 법률조항에 대하여 다수의견과 같이 곧바로 위헌결정을 할 것이 아니라 헌법불합치결정을 하여야 한다고 생각한다.

가족법 특히 혼인제도는 입법부인 국회가 우리민족의 전통, 관습, 윤리의식, 친족관념, 우생학적 문제 등 여러가지 사정을 고려하여 입법정책적으로 결정하여야 할 입법재량사항이다.

따라서 비록 이 사건 법률조항에 위헌성이 있다고 하여도 헌법재판소가 곧바로 위헌결정을 할 것이 아니라 입법형성권을 가지고 있는 국회가 우리민족의 혼인 풍속, 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 혼인 풍속이나 친족관념에 비추어 현행 근친혼금지규정이나 혼인무효 및 취소에 관한 규정을 새로 정비할 필요는 없는지 등을 충분히 고려하여 새로이 혼인제도를 결정할 수 있도록 헌법불합치결정을 하여야 한다.

## ■ 헌법재판소 2005. 2. 3. 선고 2001헌가 9 등 헌법불합치 결정

헌법재판소[재판관 윤영철(재판장) 김경일 송인준 주선회 전효숙 이상경]는 2005년 호주제 위헌제정 사건에서 헌법불합치결정을 하였는데, 혼인과 가족제도에 대한 입장을

보면 ‘개인의 존엄’을 중시하고, ‘변화된 사회환경과 가족상’을 반영하고 있음을 알 수 있다.

헌법은 국가사회의 최고규범이므로 가족제도가 비록 역사적·사회적 산물이라는 특성을 지니고 있다 하더라도 헌법의 우위로부터 벗어날 수 없으며, 가족법이 헌법이념의 실현에 장애를 초래하고, 헌법규범과 현실과의 괴리를 고착시키는 데 일조하고 있다면 그러한 가족법은 수정되어야 한다.

우리 헌법은 제정 당시부터 특별히 혼인의 남녀동권을 헌법적 혼인질서의 기초로 선언함으로써 우리 사회 전래의 가부장적인 봉건적 혼인질서를 더 이상 용인하지 않겠다는 헌법적 결단을 표현하였으며, 현행 헌법에 이르러 양성평등과 개인의 존엄은 혼인과 가족제도에 관한 최고의 가치규범으로 확고히 자리잡았다. 한편, 헌법 전문과 헌법 제9조에서 말하는 “전통”, “전통문화”란 역사성과 시대성을 띤 개념으로서 헌법의 가치질서, 인류의 보편가치, 정의와 인도정신 등을 고려하여 오늘날의 의미로 포착하여야 하며, 가족제도에 관한 전통·전통문화란 적어도 그것이 가족제도에 관한 헌법이념인 개인의 존엄과 양성의 평등에 반하는 것이어서는 안 된다는 한계가 도출되므로, 전래의 어떤 가족제도가 헌법 제36조 제1항이 요구하는 개인의 존엄과 양성평등에 반한다면 헌법 제9조를 근거로 그 헌법적 정당성을 주장할 수는 없다. (중략)

헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족생활은 개인의 존엄을 존중하는 가운데 성립되고 유지되어야 함을 분명히 하고 있다. 혼인과 가족생활은 인간생활의 가장 본원적이고 사적(私的)인 영역이다. 이러한 영역에서 개인의 존엄을 보장하라는 것은 혼인·가족생활에 있어서 개인이 독립적 인격체로서 존중되어야 하고, 혼인과 가족생활을 어떻게 꾸려나갈 것인지에 관한 개인과 가족의 자율적 결정권을 존중하라는 의미이다. 혼인과 가족생활을 국가가 결정한 이념이나 목표에 따라 일방적으로 형성하는 것은 인간의 존엄성을 최고의 가치로 삼고 민주주의원리와 문화국가원리에 터잡고 있는 우리 헌법상 용납되지 않는다. 국가는 개인의 생활양식, 가족형태의 선택의 자유를 널리 존중하고, 인격적·애정적 인간관계에 터잡은 현대 가족관계에 개입하지 않는 것이 바람직하다(헌재 2000. 4. 27. 98헌가16등, 판례집 12-1, 427, 445, 446 참조).

따라서 혼인·가족제도가 지닌 사회성·공공성을 이유로 한 부득이한 사유가 없

는 한, 혼인·가족생활의 형성에 관하여 당사자의 의사를 무시하고 법률의 힘만으로 일방적으로 강제하는 것은 개인의 존엄에 반하는 것이다.(중략)

오늘날 가족관계는 한 사람의 가장(호주)과 그에 복속하는 가족(家屬)으로 분리되는 권위주의적인 관계가 아니라, 가족원 모두가 인격을 가진 개인으로서 성별을 떠나 평등하게 존중되는 민주적인 관계로 변화하고 있고, 사회의 분화에 따라 가족의 형태도 모와 자녀로 구성되는 가족, 재혼부부와 그들의 전혼소생자녀로 구성되는 가족 등으로 매우 다변화되었으며, 여성의 경제력 향상, 이혼율 증가 등으로 여성이 가구주로서 가장의 역할을 맡는 비율이 점증하고 있다. 호주제가 설사 부계혈통주의에 입각한 전래의 가족제도와 일정한 연관성을 지닌다고 가정하더라도, 이와 같이 그 존립의 기반이 붕괴되어 더 이상 변화된 사회환경 및 가족관계와 조화되기 어렵고 오히려 현실적 가족공동체를 질곡하기도 하는 호주제를 존치할 이유를 찾아보기 어렵다.

[재판관 윤영철(재판장) 김경일 송인준 주선회 전효숙 이상경/ 재판관 김영일, 권성, 김효중 반대이견]

헌법재판소나 대법원은 혼인을 ‘1남1녀의 정신적·육체적 결합’이라는 견해를 밝히고 있으나 그 근거에 대해서는 구체적으로 실시한 바가 없다. 헌법재판소가 ‘혼인이 1남1녀의 정신적·육체적 결합이라는 점에 있어서는 변화가 없다’고 한 결정은 1997년에 한 것으로, 전 세계적으로도 아직 동성결혼이나 동성파트너십이 제정되기 전이라는 점이다. 그러나 그 이후 불과 10여 년 동안 한국을 포함하여 전 세계적으로 동성파트너십이나 동성결혼에 대한 인식이 급격하게 변화하고 있다. 특히, 헌법재판소의 결정의 취지는 혼인제도와 가족제도는 모든 기본권의 중국적 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. 일부 학자는 “양성의 평등”을 근거로 동성혼을 인정하기 위해서는 헌법을 개정해야 한다는 의견도 있으나, 헌법재판소가 문언적 의미를 훌쩍 뛰어넘는 경우(예를 들어, 헌법에는 기본권 보장의 주어로 ‘국민’이라고 하고 있지만, 헌법재판소는 해석을 통하여 ‘국민과 유사한 지위에 있는 외국인’에게도 광범위하게 기본권 주체성을 인정해 주고 있다)도 있는 것을 감안하면, 동성 간의 ‘혼인’할 권리를 헌법적 차원에서 보장할지 여부는 결국엔 헌법해석으로도 가능할 것으로 보이는데, 그 해석과정에서 한국의 사회 환경, 혼인관의 변화를 필연적으로 고려할

것으로 보인다. 하지만, 혼인제도와 가족제도에 있어서 개인의 결정권과 변화된 혼인관과 사회환경을 반영해야 한다는 헌법재판소의 결정 취지가 동성 간의 혼인에 까지 관철될지는 미지수이다. 다음에서 살펴보듯이 헌법재판소나 대법원은 동성애 또는 성적지향에 대한 인식과 이해가 현저히 부족하기 때문이다.

### 3) 동성애에 관한 법원의 입장

대법원이나 헌법재판소는 심지어 ‘동성애’에 관하여 조차, 이미 세계적으로 광범위하게 받아들여지고 있는 국제인권이나 규범적 관점<sup>9)</sup> 및 사회과학적 인식에 비해 현저하게 뒤쳐져 있음을 엿볼 수 있다.

#### 가. 대법원의 견해

##### ■ 대법원 2007. 6. 14. 선고 2004두619 판결

대법원[대법관 김지형(재판장) 고현철(주심) 양승태 전수안]은 2007년, 청소년유해매체물결정및고시처분무효확인 사건(이른바 X존 사건)에서, ‘동성애를 조장하는 것’을 청소년유해매체물 개별 심의기준으로 규정하고 있는 구 청소년보호법 시행령 조항의 위헌·위법 여부가 객관적으로 명백한지 여부 및 위 규정에 따른 청소년유해매체물 결정·고시처분이 무효인지 여부와 관련하여, 동성애에 관한 규범적 판단을 유보하였다.

동성애에 관하여는 이를 이성애와 같은 정상적인 성적 지향의 하나로 보아야 한다는 주장이 있는 반면 이성간의 성적 결합과 이를 기초로 한 혼인 및 가족 생활을 정상적인 것으로 간주하는 전통적인 성에 대한 관념 및 시각에 비추어 이를 사회통념상 허용되지 않는 것으로 보는 견해도 있는 점, 동성애를 유해한 것으로 취급하여 그에 관한 정보의 생산과 유포를 규제하는 경우 성적 소수자인 동성애자들의 인격권·행복추구권에 속하는 성적 자기결정권 및 알 권리, 표현의 자유, 평등권 등 헌법상 기본권을 제한할 우려가 있다는 견해도 있으나,

9) 자세한 내용은 류민희(2013), 동성결합의 법적 쟁점과 제도화 가능성, 제2회 SOGI 콜로키움 동성 결합 제도화의 의미와 법적 쟁점 자료집, pp3-pp7, 김지혜(2012), 성적지향과 성별정체성에 관한 국제인권법 동향과 그 국내적 적용, 법조 제61권 제11호 통권 제674호, pp.181-222 참조

또한 동성애자가 아닌 다수의 청소년들에 있어서는 동성애에 관한 정보의 제공이 성적 자기정체성에 대한 진지한 성찰의 계기를 제공하는 것이 아니라 성적 상상이나 호기심을 불필요하게 부추기거나 조장하는 부작용을 야기하여 인격형성에 지장을 초래할 우려 역시 부정할 수 없다 할 것인 점 등에 비추어 보면, 이 사건 청소년유해매체물 결정 및 고시처분 당시 위 시행령의 규정이 헌법이나 모법에 위반되는 것인지 여부가 해석상 다툼의 여지가 없을 정도로 객관적으로 명백하였다고 단정할 수 없고, 따라서 위 시행령의 규정에 따른 위 처분의 하자가 객관적으로 명백하다고 볼 수 없다.

대법원[대법관 김지형(재판장) 고현철(주심) 양승태 전수안]

#### □ 서울고등법원 2003.12.16. 선고 2002누14418 판결

한편, 위 사건의 원심이었던 서울고등법원[판사 이동흡(재판장) 양현주 하종대]은 2003년, 대법원과 결론에서는 같으나, 동성애에 관하여 “헌법 제10조에서 보장하고 있는 개인의 인격권·행복추구권의 내용으로 인정되는 성적 자기결정권 및 동성애에 관하여 의견을 표현할 수 있는 자유와 동성애에 대한 알권리”를 근거로 “동성애를 조장하는 것”을 청소년 유해매체물의 심의기준에 포함하고 있는 부분을 위헌 또는 위법인 규정으로 볼 여지가 있다”고 판시하여, 미흡하지만 다소 전향적인 입장을 드러내고 있다.

청소년보호법시행령 제7조 [별표 1] 2. 다.항의 규정 중 “동성애를 조장하는 것”을 청소년 유해매체물의 심의기준에 포함하고 있는 부분에 관하여 살피건대, 이성 간의 성적 결합과 이를 기초로 한 혼인 및 가족생활을 정상적인 성생활로 간주하는 전통적인 성에 대한 관념 및 시각에 비추어 보면 “동성애 또는 동성 간의 성적 접촉”을 사회통념상 허용되지 아니하는 성관계로 볼 수 있는 여지가 없다고 할 수 없으나, 동성애를 비롯한 성 정체성 자체는 정신의학상 정신질환이나 정신적 장애가 아니라 이성애와 같이 정상적인 성적 지향의 하나로 간주되어야 한다는 주장[갑제4호증 참조, 국가인권위원회의 결정 및 위 결정에서 원용하고 있는 세계보건기구, 미국정신의학회 통계편람(DSM)의 진단, 분류 등 참조]이 적지 아니한바, 동성애 또는 동성 간의 성적 접촉을 “이성애 또는 이성 간의 성적 결합”과 같은 것으로 볼 수는 없다 하더라도 우리 사회의 성적 소수자인 동성애자들을 범죄자 또는 사회적인 일탈자 정도로 보아 배척



하는 것만으로 해결할 수 있는 문제로 보이지는 않는 점, 헌법 제10조에서 보장하고 있는 개인의 인격권·행복추구권의 내용으로 인정되는 성적 자기 결정권 및 동성애에 관하여 의견을 표현할 수 있는 자유와 동성애에 대한 알권리를 제한하는 것으로서 표현의 자유를 침해할 우려가 있는 점, 동성애 자체를 선정적이거나 음란한 것 또는 반사회적·비윤리적인 것 등 청소년보호법 제10조 제1항 각호에 규정한 사유에 해당한다거나 청소년보호법시행령 제7조 [별표 1] 2. 다.항에서 규정하고 있는 “혼음, 근친상간, 가학·피학성 음란증 등 변태성행위, 매춘행위”와 같은 정도로 사회통념상 허용되지 아니하는 성관계에 해당한다고 볼 수 있는지는 의문인 점 등 여러 사정에 비추어 보면, 청소년보호법시행령 제7조 [별표 1] 2. 다.항의 규정 중 “동성애를 조장하는 것”을 청소년 유해매체물의 심의기준에 포함하고 있는 부분을 위헌 또는 위법인 규정으로 볼 여지가 있다고 할 것이다. 그러나 위 규정이 헌법에 위반된다거나 청소년보호법 제10조의 위임의 한계를 벗어난 위임입법으로서 무효라는 대법원의 판결이 선고된 바 없고, 위법·무효인지 여부가 해석상 다툼의 여지가 없을 정도로 객관적으로 명백하다고 할 수도 없다.

[판사 이동흡(재판장) 양현주 하종대]

참고로 서울행정법원(재판장 이광범)은 김조광수 감독의 영화 ‘친구사이?’에 대한 청소년관람불가등급분류결정처분취소 사건에서 “동성애를 내용으로 한 영화라는 이유만으로 청소년의 일반적인 지식과 경험으로는 이를 수용하기 어렵다고 단정할 수 없다. 동성애를 유해한 것으로 취급하여 그에 관한 정보의 생산과 유포를 규제하는 경우 성적 소수자인 동성애자들의 인격권·행복추구권에 속하는 성적 자기결정권 및 알 권리, 표현의 자유, 평등권 및 헌법상 기본권을 지나치게 제한할 우려가 있다.”라고 판시하여 더 전향적인 판결을 한 바 있다(서울행정법원 2010. 9. 9. 선고 2010구합5974)<sup>10)</sup>

## 나. 헌법재판소 견해

헌법재판소는 1990년 간통죄의 위헌 여부가 쟁점이 된 위헌제청사건에서 위헌을 주장하는 반대이견의 논거 중 하나로서 ‘동성 간의 성교’, ‘동성애’를 예시로 들고 있었는데, 헌법재판소 1990. 9. 10. 선고 89헌마82 결정에서 재판관 한병채, 재판관 이시윤의 반대

10) 이 사건은 항소심에서도 항소 기각(원고 승소) 판결을 하여, 현재 대법원에 계류중이다.

의견은 “간통죄보다 선량한 풍속을 더 크게 해치고 혐오감이 더 크다고 할 근친상간, 동성간의 성교, 수간 등에 대하여 우리의 형사법은 아무런 처벌규정이 없는데 간통죄에 대해서만 징역형으로 다스리게 하는 것은 입법 체계상 균형이 맞지 않으며, 사생활 자유의 영역에 대한 지나친 국가개입으로 보여진다.”라는 판단을 제시하였고, 재판관 김양균의 반대의견은 “성문제와 관련해서도 근친상간(近親相姦)·수간(獸姦)·변태적 성행위(變態的 性行爲)·동성연애(同性戀愛)·혼음(混淫) 등도 그 도덕적 비난가능성은 간통에 비하여 덜하다고 할 수 없는데도 우리 법률에 별도의 처벌규정을 두고 있지 않은 것이다.”라고 하여 동성애에 대한 도덕적 비난 가능성이라는 부정적 가치판단을 전제하고 있었다. 그러나 헌법재판소 2008. 10. 30. 선고 2007헌가17 결정에서는 재판관 김종대, 재판관 이동훈, 재판관 목영준의 위헌의견에서는 “간통죄보다 선량한 풍속을 더 크게 해치고 비도덕적이며 혐오감이 더 크다고 할 수 있는 근친상간(近親相姦)·수간(獸姦)·혼음(混淫) 등에 대하여 우리 법률은 별도의 처벌규정을 두고 있지 않으면서도, 간통에 대해서만 형벌로 다스리는 것은 입법 체계상 균형이 맞지 않는다.”라고 하여 같은 논증 방식을 취하면서 동성애를 비도덕적 성행위의 하나로 예시하지 않고 있어 이러한 변화는 두 결정 사이에 약 20년의 시간이 흐르면서 동성애에 대한 사회적·법적 평가가 변화하고 있음을 시사한다고 볼 수도 있다.

하지만 헌법재판소는 균형법 제92조에 관하여 2002년과 2011년 두 번의 결정을 하였는데, 2011년 헌법재판소가 실시한 “동성애 성행위”, “동성 간의 성적 행위”에 대하여 부정적인 견해를 드러내기도 하였으며, “동성애자에 대한 평등권 침해여부” 판단에서 “동성 간의 성적 행위와 이성 간의 성적 행위에 대한 차별”의 합리성을 검토한다고 하여, 성적지향과 무관하게 이성애자인 동성 간 성적 행위에도 적용되는 행위의 문제로 접근하고 판단하였던 것으로 보이기도 하지만, 다른 한편으로는, 동성 간의 성적 행위를 처벌하는 것이 사실상 동성애자라는 정체성을 이유로 처벌하는 것이라는 취지로, 행위에 대한 처벌을 정체성에 대한 처벌과 동일시하여 판단한 것으로 보이기도 하는 등<sup>11)</sup> 성적지향이나 행위도 구별하지 못하고 논리도 이상한, 한마디로 동성애나 성적지향에 대한 이해자체가 전적으로 부족함을 드러내었다고 볼 수 있다.

11) 자세한 것은 김지혜(2013), 동성혼과 평등권 심사기준 - 미국 연방대법원 ‘결혼보호법(DOMA)’ 위헌 판결을 중심으로 -, 제129회 헌법실무연구회 월례발표회(2013.9.4.) 발표문 pp.12-13 참조

■ 헌법재판소 2002. 6. 27. 선고 2001헌바70 결정

헌법재판소는 2002년 ‘계간 기타 추행한 자는 1년 이하의 징역에 처한다.’라고 규정한 군형법 제92조 중 ‘기타 추행’ 부분이 형벌법규의 명확성의 원칙과 헌법상 과잉금지의 원칙 등에 위배되는지 여부가 문제된 군형법 제92조 위헌소원 사건에서, 헌법재판관 다수의견[재판관 윤영철(재판장) 한대현(주심) 하경철 김영일 권성 김효종]은 이른바 ‘계간’을 “정상적인 성적만족행위에 대비되는 행위, 변태성 성적만족행위의 대표적이고 전형적인 사례”로 보았다.

‘추행’이란 일반적으로 정상적인 성적만족행위에 대비되는 다양한 행위태양을 총칭하는 것이고, 그 구체적인 적용범위도 사회적 변화에 따라 변동되는 동태적 성격을 가지고 있기 때문에, 입법자가 이러한 변태성 성적만족 행위의 모든 형태를 미리 예상한 다음, ‘추행’에 해당하는 행위를 일일이 구체적, 서술적으로 열거하는 방식으로 명확성의 원칙을 관철하는 것은 입법기술상 불가능하거나 현저히 곤란하다. 따라서, 이 사건 법률조항이 명확성의 원칙에 위배되는지 여부를 판단하기 위해서는 그 입법목적과 다른 법률조항과의 연관성 등을 고려하여 ‘추행’이라는 일반조항에 대한 합리적인 해석이 가능한지 여부를 우선적으로 검토해야 한다. (중략) 이 사건 법률조항의 범죄구성요건사실인 ‘추행’은 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 보호법익을 침해하는 동시에 일반인의 입장에서 추행행위로 평가될 수 있는 행위이고, 그 대표적이고 전형적인 사례가 이 사건 법률조항에 직접적으로 예시된 ‘계간’이라고 봄이 상당하다.

[재판관 윤영철(재판장) 한대현(주심) 하경철 김영일 권성 김효종]

이에 반하여 위 사건에서 헌법재판관 송인준, 재판관 주선회는 반대의견으로 동성간의 결혼을 허용하고 있는 외국의 추세 및 국가인권위원회법을 근거로 “강제에 의하지 않은 동성간의 추행을 군의 전투력 보존에 직접적인 위해를 발생시킬 위험이 있다고 보기 어려우”므로 이를 금지하는 것은 과도한 규제라고 하였다.

일반사회에서의 동성간의 추행은 폭행 또는 협박에 의해 이루어지지 않는 한 개인의 성적 자기결정권에 대한 침해나 사회유해적인 효과가 없다고 보아 형법

상 범죄로 처벌받지 않음에도 이 사건 법률조항은 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기라는 법익을 위하여 이를 형사처벌하고 있다. 국방부장관의 의견과 같이 군대의 성범죄는 상계급자가 하계급자를 폭행, 협박하거나 상계급자가 높은 계급에서 발생하는 우월적인 지위를 이용하는 방법으로 행해지는 것이 대부분이라고 할 수 있는데, 이러한 폭행, 협박에 의한 추행은 추행을 당하는 자의 성적 자기결정권을 침해하고 이로 인해 추행을 당한 자로 하여금 군무를 이탈하는 원인을 제공하는 등 군의 전투력보존에 직접적인 위해가 발생할 위험성이 있다는 점에서 금지할 필요성이 인정될 수 있다. 그러나, 추행이 강제에 의하지 않고 군형법 피적용자 상호간에 은밀하게 행해짐으로써 타인의 혐오감을 직접 야기하지 않는 경우에는 그러한 행위가 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기라는 보호법익에 어떠한 위해를 가한다는 것인지 쉽게 이해하기 어렵다.

특정의 인간행위에 대하여 그것이 불법이며 범죄라 하여 국가가 형벌권을 행사하여 이를 규제할 것인지, 아니면 단순히 도덕률에 맡길 것인지의 문제는 인간과 인간, 인간과 사회와의 상호관계를 함수로 하여 시간과 공간에 따라 그 결과를 달리할 수밖에 없는 것이고, 결국은 그 사회의 시대적인 상황·사회구성원들의 의식 등에 의하여 결정될 수밖에 없다(헌재 2001. 10. 25. 2000헌바60, 판례집 13-2, 486).

과거 미국과 유럽을 비롯한 대부분의 국가들에서는 동성간의 성적 행위가 임의적으로 이루어지는 경우에도 이를 사회유해적이라 하여 범죄행위로 금지하였으나 최근 들어서는 이를 성적 프라이버시권으로 인정하는 것에서 나아가 독일, 벨기에, 네덜란드는 법률로써 동성간의 결혼을 허용하고 있으며, 그 추세는 점차 확대되어 가고 있다. 우리나라의 경우에도 개인주의적·성개방적인 사고방식에 따라 성에 관한 우리 국민의 법의식에도 많은 변화가 있었고, 동성간의 성적 행위가 비정상적이며 사회의 성도덕을 심하게 침해한다는 부정적인 시각에서 점차 벗어나 성적 지향성이 다름을 이유로 고용 등에 있어서 차별하는 것을 평등권침해행위로 인정하기까지 이르렀다(국가인권위원회법 제30조 제2항 참조). 그렇다면 과거와 같이 동성간의 성적 행위 자체를 사회의 성도덕을 침해하는 사회유해적인 행위로 보는 전제하에서는 군대 내에서의 동성간의 추행행위가 비록 그것이 비강제에 의한 것이라 할지라도 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’를 저해한다고 볼 수 있을 지도 모르나, 오늘날과 같이 성에 대한 사회적 의식 및 제도가 개방된 사정하에서는 공연성이

없고 강제에 의하지 않은 동성간의 추행을 군의 전투력 보존에 직접적인 위해를 발생시킬 위험이 있다고 보기 어려우며, 따라서 이를 금지하는 것은 이 사건 법률조항의 입법 목적을 달성하기 위한 효율적인 수단이라고 할 수 없을 뿐 아니라 입법 목적을 달성하기 위해 필요한 정도를 넘는 과도한 규제라고 하지 않을 수 없다.

[재판관 송인준, 재판관 주선회의 반대이견]

### ■ 헌법재판소 2011. 3. 31. 선고 2008헌가21 결정

헌법재판소는 2011년에도 군형법 제92조에 대하여 합헌결정을 하면서, 이 사건 법률조항이 동성애자의 평등권을 침해하지 않는다고 하였다. 헌법재판소의 2011년 결정은, 육군 제22사단 보통군사법원의 위헌제청결정 사건이었음에도 불구하고, 2002년 결정보다 더 후진적이었다. 다수의견은 “동성애 성행위는 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 성적 만족 행위”라고 판시하여 노골적으로 동성애혐오를 드러냈으며, 다수의견 뿐만 아니라 소수의견도 동성애에 관한 관점에서 2002년 헌법재판관 송인준, 주선회의 소수의견 보다 훨씬 후진적인 시각을 보여준다.

[재판관 이강국(재판장) 이공현 민형기 이동흡 박한철의 다수의견]

이 사건 법률조항 중 일반조항에 해당하는 ‘추행’이란 정상적인 성적 만족 행위에 대비되는 다양한 행위태양을 총칭하는 것으로, 그 구체적인 적용범위는 사회적 변화에 따라 변동되는 동태적 성격을 가지고 있으나 그 대표적이고 전형적인 사례가 ‘계간’이며, ‘계간’의 사전적 의미는 ‘사내끼리 성교하듯이 하는 짓’으로 남성 간의 향문성교를 뜻한다. 또한 앞에서 살펴본 바와 같이, 이 사건 법률조항의 주된 보호법익은 ‘개인의 성적 자유’가 아니라 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 사회적 법익이다.

따라서 이 사건 법률조항에서 말하는 “기타 추행”이란, 계간에 이르지 아니한 동성애 성행위 등 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 성적 만족 행위로서 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 침해하는 것을 의미한다고 할 것이고, 이에 해당하는지 여부는 행위자의 의사, 구체적 행위태양, 행위자들 사이의 관계, 그 행위가 공동생활이나 군기에 미치는 영향과 그 시대의 성적 도덕관념 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여

신중히 결정되어야 할 것이다.

평등권의 침해 또는 평등원칙의 위반 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 허용되는 입법형성권의 정도 및 범위에 따라 달라진다 할 것인데(헌재 2008. 10. 30. 2006헌바35, 판례집 20-2상, 793, 800), 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우와 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우에는 엄격한 심사척도를 적용하여야 하고, 그렇지 않은 경우에는 완화된 심사척도를 적용하여야 한다(헌재 2007. 3. 29. 2005헌마1144, 판례집 19-1, 335, 346). 그런데 이 사건 법률조항이 동성 간의 성적 행위만을 금지하고 이를 위반한 경우 형사처벌한다고 볼 경우에도, 이와 같은 동성 간의 성적 행위와 이성 간의 성적 행위에 대한 차별은 헌법상 차별을 금지한 영역인 성을 이유로 한 남녀 차별의 문제가 아니며, 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우에도 해당하지 아니하고, 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래할 사정도 발견되지 않으므로, 자의금지원칙에 의한 완화된 심사척도를 적용하면 족하다.

군대는 엄격한 상명하복의 수직적인 인간관계로 이루어져 있고, 절대 다수의 혈기왕성한 젊은 남성 의무복무자들이 이성 간의 성적 욕구를 원활하게 해소할 방법이 없는 상태에서 장기간의 폐쇄적인 단체생활을 해야 하므로, 일반 사회와 비교하여 이성 간의 성적 교섭행위보다는 동성 간의 비정상적인 성적 교섭행위가 발생할 가능성이 현저히 높다. 특히 상급자가 같은 성적 지향을 가지지 아니한 하급자를 상대로 동성애 성행위를 감행할 가능성이 높고, 이러한 동성 군인 간의 성적 교섭행위를 방지할 경우 군대의 엄격한 명령체계나 위계질서는 위태로워지며, 구성원 간의 반목과 분열을 초래하여 궁극적으로 군의 전투력 보존에 직접적인 위해가 발생할 우려가 크다.

위와 같은 점을 고려하면, 이 사건 법률조항이 동성 간의 성적 행위만을 금지하고 이를 위반한 경우 형사처벌한다고 볼 경우에도, 그러한 차별에는 합리적인 이유가 인정된다고 할 것이므로, 이 사건 법률조항은 동성애자의 평등권을 침해한다고 볼 수 없다.

[재판관 이동흡의 보충의견]

이 사건 법률조항의 “기타 추행”이 동성 간의 성적 교섭행위를 뜻하는 계간과

동일한 항에 병렬적으로 규정된 점, 폐쇄적으로 단체생활을 하면서 동성 간에 일정 공간을 공동으로 사용해야 하는 군대 내에서는 비정상적인 동성 간의 성적 교섭행위가 발생할 가능성이 높아진다는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 법률조항은 계간과 마찬가지로 동성 간의 성적 행위에만 적용되고, 다만, 이 사건 법률조항이 적용되는 동성 간의 성적 행위에는 동성 ‘군인’ 간의 성적 행위만이 포함되고, 동성 ‘민간인’과의 사적 생활관계에서의 성적 행위는 포함되지 않는다고 해석함이 상당하다

[재판관 김종대, 재판관 목영준, 재판관 송두환의 반대의견]

이 사건 법률조항은 예시적 규정의 형식을 갖추고 있으므로, 이 사건 법률조항에서 ‘기타 추행’은 적어도 ‘계간에 준하는 행위’로 봄이 상당하다. 그러나 앞에서 본 대법원 판결은 이러한 통상적 해석과는 달리 ‘기타 추행’을 ‘계간에 이르지 아니한 동성애 성행위’로 보아 음란의 정도가 계간보다 약하여도 무방하다고 보고 있으므로, ‘기타 추행’에 해당하는 행위인지 여부를 판단함에 있어 ‘계간’이 그 기준이 될 수 없을 뿐 아니라, 음란정도가 어느 정도에 이를 때 ‘기타 추행’에 해당한다고 할 수 있을지에 관한 아무런 기준을 제시하지 못하고 있다. 이 사건 법률조항의 입법목적과 보호법익에 비추어 보면, 이 사건 법률조항에 해당하는 ‘추행’은 ‘동성 간에 군영 내에서 하는 음란한 행위’로 한정되어야 한다. 그러나 이 사건 법률조항이 이를 구체적이고 명료하게 규정하지 않았고, 위 대법원 판례가 실시한 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 보호법익의 개념도 광범위하고 포괄적이다 보니, ‘군인인 이성 간의 군영 내 또는 군영 외 음란행위’나 ‘군인과 비 군인과의 군영 내에서의 음란행위’ 등도 이 사건 법률조항에 해당하는지 여부가 불분명하게 되었다.

그렇다면 이 사건 법률조항은 죄형법정주의의 내용인 형벌법규의 명확성원칙에 위배되어 헌법에 위반된다고 할 것이다.

[재판관 김종대의 반대의견에 대한 추가 보충의견]

군의 정신전력을 강화하기 위해서는 군내에서의 동성애를 금지할 필요성도 있다. 그러나 금지의 위반에 대해 형벌을 과할 때에는 헌법상의 죄형법정주의의 원칙에 따라야 하는데, 이 사건 심판대상조항인 ‘기타 추행’ 부분은 앞서 본 바와 같이 범죄 구성요건으로서의 명확성을 갖추지 못하였으므로 이와 같은 조항

으로서는 국민을 형사처벌할 수 없다고 할 것이다.

[재판관 조대현의 한정위헌의견]

이 사건 법률조항은 군대라는 특수한 공동사회의 기강을 보호하기 위한 것이고, 구 군형법 제92조는 “계간 기타 추행한 자”라고만 규정할 뿐 “기타 추행”의 행위 대상과 장소를 제한하지 않았다. 따라서 위 법률조항의 문언상, 군인의 추행행위는 군영(軍營) 내외를 불문하고, 그 상대방이 군인이든 민간인이든 동성(同性)이든 이성(異性)이든 불문하고, 상대방의 의사에 반하는지 여부를 불문하고, 모두 적용된다고 보지 않을 수 없다.

그러나 이 사건 법률조항을 ‘군인이 군영 외에서 민간인을 상대로 추행행위를 하는 경우’에도 적용하는 것은, 군대라는 특수한 공동사회의 기강을 보호한다는 입법목적의 범위를 넘는 것이므로, 처벌의 필요성을 인정하기 어렵다. 추행행위를 위하여 강제력이 동원된 경우에도 형법 등에 규정된 강제추행죄 등으로 처벌하는 것은 몰라도 군대의 기강을 위하여 이 사건 법률조항을 적용할 필요는 없다고 생각한다. 따라서 이 사건 법률조항을 ‘군인이 군영 외에서 민간인을 상대로 추행행위를 하는 경우’에도 적용된다고 해석하는 것은 기본권을 제한할 필요도 없이 군인의 성적 자기결정권이나 사생활의 자유를 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다고 보아야 한다.

#### □ 군형법 제92조에 대한 육군 제22사단 보통군사법원 위헌심판 제청 결정

구 군형법 제92조가 행위의 주체, 상대방, 시간과 장소, 행위 태양 등에 대하여 아무런 제한을 두지 않고 동성 간의 성적 행위를 징역형으로만 처벌하는 것은 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’를 보호하는 데 효율적인 수단이라 할 수 없고, 입법 목적을 달성하는 데 필요한 정도를 일탈한 것으로서 과잉금지 원칙에 위배되어 동성애자들의 성적자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 침해한다.

구 군형법 제92조가 이성 간의 성적 행위와 달리 동성 간의 성적 행위만 징역형으로 처벌하는 것이라면, 이러한 차별은 정당한 입법목적도, 차별목적과 수단 간의 비례성도 인정되지 않는 것이며, 완화된 심사기준에 의하더라도 이성애자와 동성애자 간의 차별에 합리적인 이유가 없으므로 평등권을 침해한다.



#### 4) 시사점

위에서 살펴본 바와 같이, 현재 한국의 대법원, 헌법재판소는 동성애나 성적지향 자체에 대한 인식이 후진적이다. 현재 헌법재판소의 재판관 구성을 보면, 헌법재판소장 박한철(2011.2. 헌법재판관 임명, 2013.4. 헌법재판소장 취임), 헌법재판관 이정미(2011), 김이수(2012), 이진성(2012), 김창중(2012), 안창호(2012), 강일원(2012), 서기석(2013), 조용호(2013)로 구성되어 있다. 헌법재판소장 박한철을 제외하고 2012년~2013년 임명된 헌법재판관들로서, 2011년 군형법 제92조 합헌결정을 이후에 교체되어 관련한 견해를 알기가 어렵다. 참고로, 헌법재판소장 박한철은 헌법재판관 재직시 합헌의견을 낸 바 있다. 헌법재판소 재판관의 임기는 6년인데, 만약 동성결합 소송이 헌법재판소로 갔을 때, 현재 헌법재판관들이 결정을 내릴 가능성이 높다.<sup>12)</sup>

헌법재판소가 동성동본금혼 위헌제청사건이나 호주제 위헌제청사건에서 헌법불합치 결정을 하면서 한국 사회 환경의 변화 및 혼인관의 변화를 중요하게 고려하고 있고, 그 변화의 근거로 실태와 통계를 들고 있는 점은 시사하는 바가 크다. 결국 동성결합 소송에서 관건은 헌법재판소나 법원에게 동성애 또는 동성결합에 대한 한국 사회의 변화를 입증할 수 있는지 여부가 될 것이며, 이번 소송을 통해 한국 사회의 변화를 더 추동하여야 하는 과제를 동시에 가지고 있다고 볼 수 있다.

## 2. 제도적, 정치적 상황 - 입법부 및 행정부

### 1) 2001년 국가인권위원회법의 제정

한국에서 성소수자의 권리에 대하여 명시적으로 제도화된 것은 2001년 국가인권위원회법 제정을 통해서였다. 그 전까지 성소수자는 법제도 측면에서 완전히 ‘투명인간’ 취급을 당하고 있었다.

---

12) 한편, 현재 대법원의 구성은 대법원장 양승태(2011.9.), 대법관 차한성(2008.3), 양창수(2008.9), 신영철(2009.2), 민일영(2009.9), 이인복(2010.9), 이상훈(2011.2), 박병대(2011.6), 김용덕(2012.1), 박보영(2012.1), 고영한(2012.8), 김창석(2012.8), 김신(2012.8), 김소영(2012.11)로 구성되어 있고, 대법관 차한성, 양창수, 신영철, 민일영, 이인복, 이상훈, 박병대는 성전환자 성별정정 사건에서 성전환자가 혼인 중인 경우에는 동성혼의 외관 현출을 근거로 허용할 수 없다는 다수의견을 낸 대법관들이며, 대법관의 임기 역시 6년이며 연임이 가능하다.

국가인권위원회법 차별금지규정에 차별금지사유로 ‘성적 지향’이 들어가게 된 배경을 살펴보면, 1998년 4월, 30여개 인권단체들이 모여 국가인권위원회를 법무부 산하기구로 만들려는 움직임에 대응하기 위하여 ‘인권법제정및국가인권기구설치민간단체공동추진위원회(이하 ‘공추위’)

를 결성하였고, 마침 같은 해 5월 전국 23개 동성애자 모임이 연합한 ‘한국동성애자단체협의회(이하 ‘한동협’)

가 발족하여 공추위에 합류하였다. 한동협은 공추위 회의와 활동에 적극적으로 결합하여 소속 단체 활동가부터 설득하고, ‘동성애자 차별사례모음집’을 만들기로 하고 전국에 홍보 스티커를 배포하여 차별사례를 모으는 활동을 펼쳤다. 법무부가 1998.9.25. 발표한 인권법안에는 차별금지사유로 ‘성적지향’이 포함되어 있지 않았고, 공추위가 1998.10.29. 발표한 인권위원회법안에도 성적지향 대신 “출산 또는 임신을 이유로 차별 및 성과 관련된 언행으로 인해 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하는 행위는 성별에 기한 차별로 본다”는 내용이 있었다. 한동협의 적극적 요구에도 불구하고 공추위 내에서도 국민정서와 미풍양속을 들어 성지향성 문제는 시기상조라는 의견이 나오고 있는 상황에서 1999년 4월, 공추위에 더 많은 시민/여성/인권단체들이 결합하여 73개 단체가 모인 ‘올바른 국가인권기구 설치를 위한 민간단체 공동대책위원회(이하 공대위)’로 전환하였고, 공대위가 2000년 9월 ‘인권활동을 위한 인권위원회법 토론회’ 자료집에 실린 공대위 법안에 차별금지사유로 ‘성적 지향’이 명시되었고, 그리고 법무부가 2000년 9월에 입법예고한 안에서 ‘성적 지향’이 포함되었다. 당시 ‘성적 지향’은 별다른 논쟁 없이 민주당이 2001.2.15. 발의한 법안에도 포함되었고, 2001.4.30. 국가인권위원회법이 제정되었다.<sup>13)</sup>

국가인권위원회가 성적지향과 관련한 국가인권위원회의 결정에서 가장 의미가 있었던 것은 2003년 첫 번째 권고로서, 청소년보호위원회에 청소년유해매체물 심의기준에서 ‘동성애’ 문구를 삭제할 것을 권고하였던 것인데, 청소년보호위원회가 이를 수용하여 청소년유해매체물 심의기준에서 이를 삭제하였다. 나아가 서울고등법원이 2002누14418 사건에서, 판결문에 국가인권위원회의 결정 내용을 적극적으로 인용하고 있음을 알 수 있다.

하지만 그 이후에 국가인권위원회가 보건복지부에 동성애자를 차별하는 혈액기록카드를 수정할 것을 권고, 국방부에 동성애자 사병에 대한 인권침해를 시정할 것을 권고, 국회에 성전환자성별변경특별법을 제정할 것을 권고한 것은 대상기관에서 수용하지 않

13) 한채운(2011), 개와 늑대의 시간 - 성적소수자와 국가인권위원회의 10년, 국가인권위원회 설립 10주년 대토론회 -인권위 10년, 무엇을 남겼나- 자료집, pp.116-124

있다. 한편, 2009년, 현병철 위원장 취임이후로 성소수자의 인권과 관련하여 인권단체협력사업, 인권교육 및 홍보 등은 전무한 실정이다.

그런데 눈여겨 볼 것은 성적지향과 관련한 진정건수이다. 2011.9. 기준으로 국가인권위원회에 성적지향으로 인한 진정 건수는 총 33건에 불과하다. 이를 국가인권위원회의 홍보부족 때문이라고 볼 수도 있지만, 한국의 많은 성소수자들이 성소수자에 대한 이해부족과 이성애중심적인 사회문화가 만연한 한국 사회에 여전히 커밍아웃조차 하기 어려운 현실을 반영하는 것이기도 하다. 그 결과 외국처럼 성적지향을 이유로 한 직접차별 사례들이 드러나기도 쉽지 않고, 국가인권위원회 등 차별시정기구들은 성소수자에 대한 차별을 시급한 문제로 보지 않는 경향이 있다. 한편, 소송을 진행하게 된다면, 공론 형성 과정에서 (현병철 위원장 체제 이후의) 국가인권위원회의 활용 가능성도 적극적으로 고려할 필요가 있다.

## 2) 차별금지법, 학생인권조례 제정과정<sup>14)</sup>

성소수자 법제도와 관련하여 현재 한국의 입법부, 행정부, 반대세력의 입장은 차별금지법 및 학생인권조례 제정 과정에서 압축적으로 잘 드러난다.

국가인권위원회는 2006년 7월 정부에 차별금지법 입법 권고를 하고, 법무부는 2007. 9. 22. 차별금지법안의 입법예고를 거치게 된다. 이 과정에서 ‘동성애반대본부’, ‘동성애자차별금지법안저지를위한교회선교연합’ 등이 발족하게 된다. 그리고 법무부는 2007. 10. 31. 입법예고안에 차별금지사유로 규정되었던 ‘성적 지향’을 삭제한 법안을 국무회의에 통과시키고 발의하게 된다. 이후에 국제인권기구들이 한국 정부에게 여러차례 ‘성적 지향’을 차별금지사유로 명시한 차별금지법을 제정하라고 권고하였지만, 한국 정부는 여전히 차별금지법 제정에 미온적이며, 2013년 한국의 제1야당인 민주당 김한길, 최원석 의원은 반대세력의 압력에 영향을 받아 자신들이 대표발의 하였던 차별금지법안을 철회하는 사태에 이르게 된다.

한편, 서울특별시 학생인권조례는 청소년운동단체들의 주민발의를 통해 2011년 제정되었는데, 이 과정에서 차별금지조항의 ‘성적 지향’ 규정이 ‘임신,출산’과 함께 표적이 되어

---

14) 자세한 것은 나영정(2012), 법원 국제인권법연구회 서울대 공익인권법센터 주최 <2012, 한국 성소수자 인권의 현주소 자료집> pp21- 24. 김연주·나영정(2013), 서울학생인권조례 제정운동을 통한 시민권의 재구성-연령과 섹슈얼리티를 중심으로, 민주화운동기념사업회 「기억과 전망」 여름호(통권 28호)

반대세력의 공격을 받았다. 성소수자 인권 단체들은 2007년 차별금지법 때와 같이, 서울학생인권조례안에서 차별금지사유로 ‘성적 지향’이 삭제될 위기에 처하게 되자, 서울시의회 점거농성을 시작하였고, 많은 여러 인권단체, 성소수자 커뮤니티가 지지와 응원을 보내줬고, 다양한 공식, 비공식적 경로로 서울시의회의 압도적 다수석을 차지하고 있던 민주당을 설득한 끝에, 점거농성 6일 만에, 2011년 12월 위 조례가 서울시의회를 통과하여 제정되었다. 그러나 교육과학기술부는 위 조례가 학생들에게 학교 교직원을 침해하여 과도한 인권을 부여하고 있다는 취지로 서울학생인권조례에 대하여 무효소송을 제기한 상태이며, 서울시 교육감이 문용린으로 교체되어 서울시교육청에서 서울학생인권조례를 무력화시키려는 시도들이 계속되고 있다.

### 3. 사회, 문화적 상황

성소수자 인권에 관한 공익인권 기 획소송에서 가장 어려운 점은, 한국의 성소수자들의 실태를 알 수 있는 객관적인 자료나 통계, 실태조사가 턱없이 부족하다는 점이다. 예를 들어, 독일의 경우에는 동반공동체법 입법 당시의 조사에 따르면 2000년 현재 최소한 4만 7천쌍 이상의 동성애자들이 생활공동체를 구성하여 함께 살고 있는 것으로 보고된 바 있다거나 캐나다에서는 2001년 census에서 처음으로 동성애쌍을 가족에 포함하여 따로 통계를 잡았는데, 그에 따르면 조사된 약 1,100만 가중 약 34,200쌍이 동성애자로 파악되었다고 한다.<sup>15)</sup>

그나마 한국 언론에서 단편적으로나 간헐적으로 성소수자들의 존재나 삶, 특히 동성커플의 삶을 보여주려는 시도를 하고 있지만,<sup>16)</sup> 대부분의 언론들이 김조광수, 김승환 커플의 결혼식이 한국에서 ‘최초’의 공개적인 동성결혼식이라고 알고 있듯이, 한국 사회에서 성소수자들의 존재나 삶에 대한 가시성은 대중적으로 극히 미미하다고 보여진다.

### III. 소송을 통해 제도화에 성공한 사례와 시사점

15) 이덕현, 헌법문제로서 동성간 혼인-동반공동체(시민결합), 헌법학연구 제10권 제2호 (2004.6), p.509

16) 자세한 내용은 한가람(2013), 동성결합의 실천과 <다양한 결혼식의 의미>, 가족구성권연구모임 워크숍 자료집, p.5

외국에서 동성혼이나 동성파트너십에 대한 제도화는 사법이나 입법을 통해서 “급변·격변”하고 있는데<sup>17)</sup>, 이하에서는 소송의 과정을 거쳐 입법에 성공한 사례들을 중심으로 살펴보기로 하겠다.

## 1. 캐나다의 Civil Marriage Act 제정 과정<sup>18)</sup>

캐나다는 2005년 7월 20일 동성혼을 인정하는 Civil Marriage Act를 제정하였는데, 이의 계기가 된 몇 가지 소송이 있었다. 큰 계기가 된 것은 M. v. H. 판결, 이후 2000년 전반기에 동성혼과 관련하여 중요한 세 그룹의 소송이 있었다. 온타리오 주의 Halpern 사건, 브리티쉬 콜럼비아 주의 Egale 사건, 퀘벡 주의 Hendricks 사건 등은 실제로 Civil Marriage Act에 영향을 미쳤다.

### 1) M. v. H. 판결 ([1999]2 S. C. R. 3)<sup>19)</sup>

M과 H, 두 여성이 약 10년간의 동거관계를 유지하다가 이를 청산하였는데, 이 때 그 재산분할이 문제가 된 사건이다. 재산분할 등의 전제가 되는 “배우자(spouse)”의 정의가 쟁점이었는데, 온타리오 주 가족법 제29조는 배우자의 범위를 법률혼 관계에 있는 남녀와 3년 이상 동거하고 있던 남녀만을 포함하는 것으로 규정하고 있었다(Family Law Act, R.s.0. 199. c. F. 3. s.29). 그래서 M은 위 조항이 동거(사실혼) 관계에 있는 커플 중 이성커플에 대해서만 법률혼 커플에 준한 법률적 보호를 부여하는 것이 헌장 제15조 제1항<sup>20)</sup>에 위배된다고 주장하였다. 제1심 및 항소심은 위 조항에서 “a man and woman”이라고 규정한 것이 위헌이라고 인정하면서, 항소심은 주 의회에 법 개정을 위한 시간을 부여하기 위해 1년의 유예기간을 주고 무효라는 판결을 내렸다. 캐나다 대법

17) 이덕현(2004)의 위의 글 p.508 참조. 미국의 대부분의 주에서는 여전히 동성 간의 혼인을 금지하는 법이 시행되고 있으나, 미국 연방대법원이 Lawrence et al v Texas 사건에서 6:3으로 1986년의 결정을 변경하여 동성간의 성행위를 범죄로 규정하였던 텍사스 주 형법규정에 대하여 위헌 결정을 한 것이 2003년 6월이었고, 독일의 경우에도 동성간의 성행위에 대한 처벌규정이 폐지된 것이 1994년이었고, 연방헌법재판소가 동성 간의 혼인신고 수리거부처분에 대한 헌법소원에 대하여 각하결정을 내린 것이 1993년이였다.

18) 자세한 내용은 최성경(2010), 가족관계의 변화와 젠더 - 캐나다 Civil Marriage Act(2005, c33)의 법 형성 과정을 중심으로, pp.372 이하 참조

19) Malcolm C. Kronby, Canadian Family Law, John Wiley & Sons Canada, Ltd. (2006) p.10; 최성경(2010) 위의 글 p.374 재인용

20) 헌장 제15조 제1항 모든 개인은 법 앞에 평등하고, 일체의 차별, 특히 인종, 출신국 혹은 출신민족, 피부색, 종교, 성별, 연령 또는 정신적 혹은 신체적 장애를 이유로 차별을 받지 않고, 법의 평등한 보호와 이익을 향수할 권리가 있다. ; 최성경(2010) 위의 글 p.375 재인용

원은 6인의 재판관의 다수의견으로 위 조항이 헌장 제15조 제1항에 위반되는 것을 인정하고, 6개월의 유예기간을 두고 위 조항을 무효화하는 판결을 내렸다.

이 판결의 특징은 동성혼 가능성 여부에 대한 부분을 직접 문제로 삼지 않고, 동성커플의 관계 파탄시의 재산분할만을 문제로 삼았다는 것이다. 한국의 인천지방법원과 유사한 사례에서 캐나다 대법원은 다른 결론을 내린 것이다. 위 판결이 내려지자 캐나다 연방정부는 1999.6.29. 의회의 승인을 얻어 법안 C-23(Modernization Benefits and Obligations Act)를 만들었는데 이는 연방법이 혼인관계와 이성간의 사실혼 관계에 있는 자에 대해 권리의무를 규정하고 있는 경우에 관하여, 이것을 동성간 사실혼 관계에 있는 자에 확장하는 내용이었다. 다만 제1조의1에서 ‘본법에 의한 개정은 한 사람의 남성과 한 사람의 여성 간의 배타적이고 합법적인 결합이라는 ‘혼인’의 어의에 어떠한 영향도 미치지 않는다’라고 규정하여, 결과적으로 정부의 의도와 다르게 ‘혼인’ 그 자체에 대한 헌장적합성을 다투는 많은 소송을 야기하였다고 한다.

## 2) Halpern v. Canada 판결 [(2003), 65. O. R. (3d) 161]

이 사건은 동성 커플이 ‘혼인’을 원해서 제기한 소송이라는 점에 특징이 있다. 8쌍(항소심에서는 7쌍)의 동성커플이 혼인라이센스 발급을 신청하였는데, 토론토시 담당직원은 이를 시 법무부에 발급 문제를 의뢰하였다. 그런데 시 법무부 역시 동성커플들에게 혼인라이센스가 부여될 수 있는지 불확실하다고 판단하여 결국 온타리오주 법원에서 이 문제가 다투어지게 되었다. 쟁점은 ‘혼인’의 정의를 ‘한 사람의 남성과 한 사람의 여성 간의 평생에 걸친 배타적이고 자발적인 결합’이라고 하는 것이 헌장 제15조 제1항에 위반되는지, 헌장 제1조<sup>21)</sup>에 의해서도 정당화되지 않는지 여부였다. 원심은 헌장위반을 인정하고 Common Law상의 정의를 변경하는 의회제정법 제립을 위해 2년간의 유예기간을 부여하였고, 만일 기간 내에 제정이 되지 않을 경우에 판결의 효력에 의해 변경한다고 판시했다. 항소심에서는 Common Law상의 ‘혼인’의 정의는 무엇인지, 이 혼인의 정의가 동성혼을 금지하는 것인지, Common Law상의 혼인의 정의를 변경하기 위해 헌법 개정이 필요한지, 혼인의 정의가 헌장 제15조 제1항의 평등권을 침해하는지, 제1조에 의하여 정당화되는지, 그리고 혼인의 정의가 위헌일 경우 적절한 구제방법이나 유예기간에 대한 것 등을 쟁점으로 삼았다. 그리고 항소심은 2년간의 유예기간을 두었던 원심과 달리 동성커플도 이성커플과 똑같은 취급을 즉시 받을 것을 요구하는 것이 헌장

21) 헌장 제1조 캐나다 권리자유헌장은 자유민주 사회에 있어서 명백하게 정당화 할 수 있는 것으로써 법률이 정한 합리적인 제한에 따르는 경우를 제외하고 여기의 권리 및 자유를 보장한다. ; 최성경(2010) 위의 글 p.377 재인용

에 적합하다고 판단하였다. 즉, Commom Law상 혼인의 정의를 ‘두 사람 간의 평생에 걸친 배타적이고 자발적인 결합(the voluntary union for life of two persons to the exclusion of all others)’이라고 재정의하였다. 그리하여 위 판결은 2003.6.10.부터 즉시 발효가 되었는데, 이후 토론토시는 2013. 6. 13.까지 89쌍의 동성커플에게 혼인라이센스를 발행하였고, 온타리오주에서는 국적과 주민요건이 필요 없기 때문에 외국인 동성커플도 온타리오주에서 혼인할 수 있게 되었다. 이 소송은 이전까지 제기되었던 사건들과 달리, 직접 ‘혼인’ 그 자체를 위해서 제기된 것으로 사법을 통하여 연방 정책 형성을 요구한 것이라고 평가된다.<sup>22)</sup>

### 3) EGALE Canada INC. v. Canada 판결 [(2003), 38 R. F. L.(5th)]

이 사건 역시 동성커플의 혼인라이센스 신청에 대하여 브리티쉬 컬럼비아 주가 혼인라이센스 발급을 거부한 사안에서 제기된 소송이다. 7쌍의 동성커플이 동성애자평등연합(Equality for Gays and Lesbians Everywhere, EGALE)과 공동으로 선언적 판결과 혼인라이센스 발행을 구하는 소송을 제기하였다.

이에 관하여 1심은 1867년 헌법은 혼인을 명확히 정의하고 있고, 이성간으로 법률혼을 한정한다는 Common Law는 합헌이라고 판단하였으나, 항소심은 혼인의 개념이 1867년 헌법제정시 어떠한 것이었던 지는 실증 할 수 없고, 동성혼을 금지하는 Common Law는 헌장 제15조 위반, 헌장 제1조에서 정당화되지 않는다고 판결하였다.

### 4) Hendricks c. Quebec 판결

2002년 9월 6일 퀘벡주 법원에서 동성혼을 인정하지 않는 것은 헌장 제15조 위반된다고 판결하였는데, 퀘벡 민법 제365조와 연방법과 민사법의 조정법 제5조 등에서는 혼인은 한 사람의 남성과 한 사람의 여성의 사이에서 행해진다고 규정하고 있었다. 법원은 퀘벡의 민사적 결합(civil union)제도는 혼인과 동등한 권리를 인정하지만 혼인에 대체할 수 있는 것도 아니고, 혼인 제도를 승인한 것으로 되지 않는다고 판단하였다. 이러한 입장은 이후 Civil Marriage Act 전문에서도 명백히 표현되기에 이르렀다.

현재 캐나다의 조정법 5조는 “혼인은 서로를 배우자로 하려는 두 사람의 자유롭고 진지한 동의를 요건으로 한다.”(Marriage requires the free and enlightened consent of two persons to be the spouse of each other)로 규정되어 있다.

---

22) 최성경(2010) 위의 글 p.380

## 5) 캐나다 연방정부의 Reference re Same-Sex Marriage

캐나다 연방정부는 2003년 7월 17일, 주법원의 판단에 대하여 대법원에 상고하는 방법을 택하지 않고 동성혼을 인정하는 법안을 만들어 이를 대법원에 레퍼런스하는 방법을 택했다. 캐나다 대법원은 2004년 12월 9일, 동성간에 혼인이 가능하도록 혼인능력을 확장하는 첨부법안 제1조는 캐나다 권리자유헌장에 합치한다고 하였고, 캐나다 권리자유헌장 제2조 제a항에 의하여 보장되는 종교의 자유는 종교인이 스스로의 종교적 신념에 반하는 종교적인 동성혼을 집행하는 것을 국가의 의해 강제당하지 않을 자유를 가진다고 해석하였다. 마틴 수장은 레퍼런스 직후에 법안제출의 방침을 밝혔고, 캐나다 연방정부는 다음 해인 2005년 2월, 신앙의 자유를 존중하면서 민사목적의 혼인을 행하는 법적능력을 동성커플까지 확대시키는 혼인법안(Bill C-38)을 제출하였다. 위 법안은 캐나다 하원에서 2005년 6월 28일 158대 133(32명의 정부위원이 반대)으로 가결되었고, 캐나다 상원에서 같은 해 7월 19일 47대21로 가결되었다. 그리하여 2005년 7월 20일 Civil Marriage Act(C-33)가 제정되었다.

## 2. 미국 매사추세츠 주 Goodridge v. Dept. of Public Health 판결<sup>23)</sup>

이 소송은 5개의 매사추세츠 주 카운티에서 14명의 원고들(7쌍)이 보건부가 그들에게 혼인증명서를 발급 거부한 것은 주 헌법에 위배된다는 소송을 제기한 것이다. 매사추세츠 대법원은 4 대 3의 다수의견으로 가족법상 동성혼인을 인정하지 않는 것은 위헌이라고 판결하고, 180일간의 유예기간을 두어 주정부와 의회에게 판결의 취지에 따라 동성혼인에 대한 법적 장애물들을 제거하는 조치를 취할 것을 명령하였다.<sup>24)</sup>

이 사건은 LGBT 법률운동단체인 GLAD(Gay & Lesbian Advocates & Defenders)에서 기획한 공인인권 소송이었는데, 원고 구성을 보면, 원고 60세 베일리(Gloria Bailey)와 55세인 데이비스(Linda Davies)는 30년 동안 긴밀한 관계를 유지하고 있었고, 원고인 43세 힐러리 굿리지(Hillary Goodridge)와 43세 줄리 굿리지(Julie Goodridge)는 13년간 관계 유지하며 5살짜리 딸과 함께 살고 있고, 35세인 원고 게리 차머스(Gary Chalmers)와 37세 리처드 린넬(Richard Linnell)은 13년 동안 긴밀한 관계를 유지해 왔으며 8살짜리 딸과 리처드의 엄마와 함께 살고 있고, 원고 36살 하이드 노튼은 36세 지나 스미스

23) Goodridge v. Dept. of Public Health, 440 Mass. 309, 798 N. E.2d 941 (Mass, 2003).

24) 이덕현(2004), 위의 글 p.512 참조



와 5살짜리 아들과 한 살짜리 아들과 함께 살고 41세 미하엘 호간과 41세 에드워드 발멜리는 7년동안 긴밀한 관계를 유지하고 있었고, 원고 47세 데이비드 윌슨과 51세 로버트 콧톤은 4년간 관계를 유지하며 중병에 걸린 데이비드의 어머니를 간병하였다고 한다. 그리고 원고들에는 기업의 중역, 법률가들, 은행가, 교육가들, 치료전문가, 컴퓨터 엔지니어들이 포함, 이들 주 다수가 교회, 공동체, 학교에서 활발한 활동을 하는 사람들이었다고 한다.<sup>25)</sup>

이 사건의 법적, 정치적, 문화적 맥락<sup>26)</sup>을 살펴보면, 이 사건은 ‘재판부는 물론 입법부가 평등에 대해 인식하는 수준이 수십 년간 발달한 다음에야 이뤄졌다’는 것이다.

매사추세츠 주의회는 1989년 17년간의 숙고 끝에, 성적 지향에 대한 차별금지법(non-discrimination law)을 제정하였는데 이는 미국에서 두 번째였다. 일상의 용무에서 자기 자신으로서 있을 수 있다는 점과 가족에게 더 공개할 수 있다는 사람들의 인식 수준이 증진하였고, 고용, 주거, 공공시설, 신용 거래, 그리고 서비스에 있어서 공평함을 만드는 것이 매우 중요하였으며 개인 바에서 주 집행기관까지 이에 주목하였고, 성적 지향에 대한 차별금지를 더 광범위한 차별금지법으로 통합하기 위해 자원을 아낌없이 지원했다. 매사추세츠 입법부는 1993년 또 하나의 기념비적인 법률을 제정하였는데, 자신의 성적 지향에 대해 의문을 가지는 아동 및 청소년들의 취약성을 고려하여, 학교에 적용되는 차별금지법에 “성적 지향”을 넣었다. 1992년 2월, 윌리엄 웰드 주지사는 게이와 레즈비언 청소년의 높은 자살률을 검토하기 위하여 게이, 레즈비언 청소년에 대한 집행 위원회를 만들었으며, 집행위원회는 몇 달 뒤 교사를 교육시키고 더 강력한 차별금지 및 보호조치를 요청하는 권고안을 채택하였다. 매사추세츠의 성소수자 커뮤니티가 이전의 끈질겼던 폭력과 괴롭힘에 대한 공포를 극복할 수 있었다는 점 또한 중요하다고 한다. GLAD는 원래 1978년 보호 단체로써 설립되었는데, 서픽 카운티(보스톤 광역 지역) 구역의 변호사가 게이남성임을 의심할 만한 행위에 대해 보고하는 신고 전화를 만든 것에 대응하기 위해 설립된 것이었다. 주 혐오범죄법에 성적 지향을 넣으려한 첫 법안이 1991년에 제출되었고, 매년 혐오 범죄가 증가한 이후로, 1996년에 시행되었다. 마침내 LGBT 법률 공동체는 파트너 관계와 그들의 자녀를 보호하기 위한 여러 단계를 밟았기 시작했는데, 자신의 아이를 떼어놓으려 하는 위협만큼 한 부모에게 위협적인 것

25) 윤진숙, 동성 간의 혼인에 관한 판례연구 - 미국 매사추세츠주 굿리지 사건을 중심으로 - pp247-348 참조

26) 자세한 내용은 류민희(2013)의 글 pp.14-16 참조.

은 없기 때문에 첫 LGBT 권익 사건들에는 양육에 관한 것들이 있었다. 양육 분쟁에서 자녀에게 최고의 이익이 되도록 법원이 (양육자의) 지위를 지정할 때 적용되는 기준에 있어서, 매사추세츠는 이미 오래전에 성적 지향 그 자체로는 부모의 양육권이나 방문을 거부할 기준이 되지 못함을 확인하는 선례를 쌓았다.<sup>27)</sup>

이러한 배경에서 GLAD는 주에 있는 여러 연대 단체들과 광범위한 공동체와 함께 이 사건 준비작업을 조심스럽고 면밀하게 하였으며, 사건을 제출하기 전과 소송이 이뤄지고 있는 와중에도 성소수자(LGBT) 사람들에게 결혼할 권리를 부정하는 것이 부당하다는 공론을 형성하는 과정이 있었다는 것이다. ‘성소수자(LGBT) 사람들의 권리가 개인으로서, 그리고 그다음에는 가족으로서 발전하는 점진적인 과정을 비성소수자(non-LGBT) 사람들이 목격했다는 것이며, 또한 이러한 발전에 이웃, 가족, 동료, 고용인, 그리고 종교 공동체의 사람들로서 참여하는 비성소수자(non-LGBT) 사람들이 많아졌기’ 때문에 가능했다. 2000년 인구 조사에서 동성 커플이 주의 거의 모든 지역 사회에서 하나의 가정으로 확인되었고, 더 중요한 것은, 매사추세츠의 주요 대중 매체가 사회 내에서 LGBT 사람들과 가족들이 직면하는 법적·정책적 문제들을 보도할 가치가 있는 합당한 주제로서 점점 더 많이, 더 정기적으로 다뤘었다고 한다. 대중 매체 밖에서 GLAD 변호사들과 여러 연대 단체들은 결혼할 권리를 부정당했기 때문에 피해를 입은 가족들의 이야기를 나누고, 비법률가에게 나눠줄 교육 자료를 개발하여 결혼을 하나의 토픽으로 만들었기 때문에, 매사추세츠 연방은 국내 어느 곳에 비견하여도 성소수자(LGBT) 사람들이 결혼할 권리로부터 배제되어야 하는지에 대한 의문을 공정하게 다룰 수 있는 준비가 되어있었다고 한다.

### 3. 한국의 호주제 위헌소송과 동성동본금혼 위헌소송

한편, 동성결합과 직접적인 관련이 있는 소송은 아니지만, 한국에서 헌법소송을 통해 가족법제도에 획기적인 변화를 가져왔던 호주제 위헌소송과 동성동본금혼 위헌소송이 제기된 과정과 배경을 통해 동성결합소송에서 준비되어야 할 것들을 가늠해볼 수 있을 것이다.

한국의 호주제 위헌소송은 공익인권 기획소송으로 모범적인 소송으로 평가받고 있다.

---

27) 이상 Mary Bonauto, Goodridge in Context, Harv. CR-CLL Rev. 2005 참조

1990년대 민법개정 이후, 동성동본금혼제 폐지와 함께 호주제 폐지가 여성 운동의 주요 목표가 되었고, 1997년 헌법재판소에서 동성동본금혼 헌법불합치 결정으로 승리한 경험을 바탕으로 호주제 위헌 소송 변호인단을 결성하고, 호주제 폐지를 위한 시민운동을 발족하고, 소제기 후 광범위한 대중 호응으로 발전하였으며, 호주제 폐지를 중심으로 기존에 문제가 된 여러조항을 같이 개선하는 기회가 되었다고 한다.<sup>28)</sup> 그리고 호주제 위헌소송의 경험이 된 동성동본금혼 위헌소송은 무려 수십 년 동안 가족법 개정 운동을 주요 목표로 둔 여성운동의 축적된 경험과 영향으로 가능하였는데, 두 위헌소송은 이미 법원의 위헌제청결정으로 이루어졌다는 면에서 법적인 평가에 대한 공감대도 이미 형성되어 있는 상황이었던 것으로 보인다.

두 소송이 제기된 과정과 배경을 간략하게 정리해 보았다.

### 1) 한국의 호주제 위헌 소송<sup>29)</sup>

민법이 제정된 1960년 이후 호주제가 헌법의 평등권 이념에 반하므로 폐지되어야 한다는 논의가 지속되어 왔음에도 불구하고 전혀 개선의 여지가 보이지 않았고, 헌법재판소가 1997년 동성동본금혼제도에 관하여 위헌결정을 하면서 헌법불합치결정을 하여 그 조항의 효력이 상실된 후에도 1999. 12. 국회에서 오히려 동성동본금혼 폐지를 내용으로 하는 정부의 민법개정안을 뒤집고 이를 유지하고자 하는 시도를 하여 물의를 일으킨 상태였다. 이에 여러 여성, 시민단체들에서는 다시 한 번 사회여론을 환기시키기 위하여 호주제 폐지를 2000년 주요사업과제로 선정하고 총력을 기울였으며, 이러한 운동에 힘을 보태기 위하여 헌법재판소의 위헌결정을 받아내는 것이 필요하고 시기적으로도 무르익었다고 판단하였다고 한다.

호주제 위헌소송은 두 가지 유형 - 자녀의 모가(母家) 입적, 무호주 변경신고로 이루어졌는데, 당시 두 유형을 포함 총 13건이 계류 중이고, 호주제의 위헌성이라는 쟁점은 모두 같았기 때문에 소송실무모임에서는 모든 쟁점과 참고자료를 총정리하여 이른바 ‘호주제 폐지론’이라는 서면을 만들어 모든 법원과 헌법재판소에 일괄 제출하였다. 다행히도 서울지방법원 서부지원과 북부지원이 각 2001. 3. 27.과 같은 달 29. 위헌법률심판

28) 이석태, 공익인권소송의 기획과 수행, 제2회 공익인권법실무학교

29) 자세한 내용은 진선미, 호주제 위헌소송, 한국의 공익인권 소송, 경인문화사 pp629-642 참조

제청 결정을 내림으로써 헌법재판소에서 호주제의 위헌성에 대하여 전면적인 논의가 이루어질 수 있게 되었다고 한다.

호주제 폐지와 관련하여 제출된 의견서를 보면, I) 위헌론에 대한 의견으로 ①여성부 의견서(2003.11.12.자, 2003.11.27.자), ②법무부 수정 의견서, ③서울대학교 생물학과 최재천 교수 의견서, ④부산대학교 법학과 김상용 교수 의견서, ⑤서울대학교 법학과 양현아 교수 의견서, ⑥가정법률상담소 의견서, ⑦제청신청인 의견서가 헌법재판소에 제출이 되었고, II) 합헌론에 대한 의견으로 ①성균관장 의견서 ②광주대학교 법학과 김준원 교수 의견서, ③정통가족제도 수호 범국민연합 의견서(2004.3.9.자, 2004.12.8.자), III) 기타 의견으로 ① 한국과학기술연구원 신회섭 의견서가 제출되었다.

#### <소송준비단계 및 소송진행단계><sup>30)</sup>

- 2000. 6. 7. : 호주제폐지를 목적으로 하는 소송실무모임 결성, (당시 강금실 변호사, 이석태 변호사, 진선미 변호사, 이정희 변호사, 조숙현 연수생, 김수정 연수생 등), 소송실무모임 1차회의
- 2001. 6. 9.까지 소송실무모임 8차 회의
- 2000. 9. 22. : 호주제폐지를 위한 시민연대 발족
- 2000. 10.~11. : 각 구청에 입적신고 및 호주변경신고서 제출
- 2000. 11. 28. : 서울가정법원에 호주변경신고 불수리처분, 입적신고 불수리처분에 대한 불복신청
- 2000. 12. 6. : 서울가정법원 호적사무관장자 처분에 대한 이의신청 기각 결정
- 2000. 12. : 위헌여부심판제청 신청(서울지방법원 북부지원, 서부지원, 남부지원)
- 2001. 2. : 위헌여부심판제청 신청(서울가정법원\_
- 2001. 3. 27. : 서울지방법원 서부지원 위헌제청결정(민법 제781조 제1항 본문 후단(자녀는 부가에 입적한다) 부분)
- 2001. 3. 29. : 서울지방법원 북부지원 위헌제청결정(무호주 변경신고 건)
- 2002. 5. : 수원지방법원 성남지원, 대전지방법원, 대구지방법원 가정지원에 이의신청서 접수 위헌제청신청
- 2003. 2. 13. 서울지방법원 북부지원 위헌제청결정(민법 제781조 제1항 본문 중 ‘자녀의 성과 본을 따르고’ 부분)

30) 민주사회를위한변호사모임 여성인권위원회, 호주제 폐지를 위한 소송백서 2 pp9-12 참조

#### <헌법재판단계>

- 2001. 6. 23. 가정법률상담소 의견서 제출
- 2001. 7. 위헌제청사건 신청인 의견서 제출
- 2001. 7. 21. 호주제 폐지를 위한 시민연대 ‘호주제 관련 사건에 대한 건의서’ 제출
- 2001. 9. 1. 사단법인 한국여성단체연합 ‘호주제도 위헌심판 결정 촉구 의견서’
- 2001. 9. 12. 호주제 폐지를 위한 천주교연대 건의서 제출
- 2001. 12. 5. 법무부 의견서 제출
- 2001. 12. 24. 성균과가족법대책위원장 진정서 제출
- 2003. 3. 13. 국가인권위원회 의견서 제출
- 2003. 11. 12. 여성부 의견서 제출
- 2003. 11. 18. 법무부 수정 의견서 제출
- 2003. 11. 20. 1차 변론, 신청인들의 대리인 최병모, 여성부장관 위헌 의견 진술, 이해관계인 성균관장의 대리인 서차수 합헌 의견 진술
- 2004. 3. 9. 2차 변론, 이해관계인 정통가족제도수호범국민연합 대표 겸 참고인 변호사 구상진 의견진술, 제청신청인 측 참고인 양현아, 김상준 교수, 각 신문
- 2004. 6. 10. 3차 변론, 이해관계인 정통가족제도수호범국민연합 참고인으로 김준원 교수, 구상진 변호사 각 신문
- 2004. 6. 10. 4차 변론, 이해관계인 정통가족수호범국민연합 측 참고인 한국과학기술연구원 책임연구원 신희섭 신문(기타 의견)
- 2004. 12. 8. 5차 변론, 제청신청인 참고인 최재천 교수 신문, 이해관계인 한국가정법률상담소장 광배희 의견진술, 제청신청인들의 대리인 이석태 최후 의견진술, 이해관계인 정통가족수호범국민연합의 대리인 이승환, 구상진 최후 의견진술
- 2005. 2. 3. 호주제에 대한 헌법불합치 결정

#### 2) 한국의 동성동본금혼제도 위헌 소송<sup>31)</sup>

- 1973년 4월 여성단체 대표, 여성 국회의원 등이 모인 가운데 가족법 개정 강연회 ‘현행 가족법상의 남녀차별’ ‘법률상 남녀평등은 왜 시급한가’, 1973년 6월 범여성가족법 개정촉진회 결성,

---

31) 자세한 내용은 한국가정법률상담소, 가족법개정운동 60년사 참조

- 선정된 가족법 개정 ①호주제도의 폐지, ②친족범위 결정에 있어서의 남녀평등, 동성동본 금혼제도 폐지 등 10개 항목 선정.
- 1974. 9. 30. 이숙종 수정안 발의(호주제도 동성동본금혼 원안으로 통과되기 어렵다고 판단 자의적 수정안 발의 촉진회 내부 비난), 1975 수정안 철회 촉진회의 원안 발의
- 1977년 2월 17일 20대 남녀가 동성동본임을 비판하여 투신자살
- 한국가정법률상담소 그 해 6월 1일 ‘동성동본 혼인문제 신고센터’ 개설, 개설 한 달 만에 150건의 사례가 접수됨, 가족법 개정 촉진하기 위한 사례발표회, 동성동본불혼제도 개정촉진회 결성, 피해자들 동료집단 형성, 혼인의 자유와 자녀들의 온전한 인권을 되찾기 위해 구체적인 전략 모색
- 가두서명운동
- 동성동본불혼제도 개정 청원서 1,617인의 명의로 제출
- 1978, 1988, 두 차례에 걸쳐 한시법으로 ‘혼인에 관한 특별법’을 통해 일시적으로 구제
- 1996년 한시법으로 제정. 이미 법으로서의 실효성을 상실했으나, 일부 계층의 극심한 반대로 법 개정은 번번이 성사되지 못하여
- 1994.9.22. 대구지방법원 법관회의의 결정에서 “민법상 동성동본 간의 혼인을 금지하면서도 모계 혈족에 대해서는 제한 없이 허용되는 등 동성동본 혼인금지 합리적 근거를 상실하고 있다”는 데 의견이 모아져 만장일치로 이의 폐지를 건의하기로 결정하고, 26일 대법원에 건의
- 1995.4.10. 상담소와 동성동본금혼법 개정을 위한 당사자모임의 동성동본 부부 8쌍은 동성동본 금혼규정 폐지를 위한 법정투쟁 선언
- 상담소는 1991년부터 동성동본 근혼 피해자신고센터 설치, 당사자모임과 서명운동, 공청회 및 강연회, 그리고 정부 측과의 접촉에 이르기까지 다각도의 운동을 전개. 그러나 이제는 좀 더 실질적이고 직접적인 투쟁이 필요한 때라고 판단, 바로 피해 당사자들의 헌법소원이라는 직접행동
- 상담소 백인변호사단의 변호사들과 동성동본금혼법 개정을 위한 당사자모임 수차례. 기자회견, 위헌심판제청 신청과 관련된 준비작업(이석태 변호사)
- 위헌법률심판 제청결정
- 1995년 한시법으로 ‘혼인에 관한 특별법안’
- 1997. 7. 16. 헌법재판소는 7(단순위헌5,헌법불합치2) vs 2로 헌법불합치결정(김용준,

김문희, 황도연, 신창언, 이영모 단순위헌 결정을, 정경식 고중석 재판관은 헌법불합치 결정을, 이재화, 조승형 재판관은 합헌 결정을 내림

<일지> 한국가정법률상담소 동성동본 금혼규정 폐지를 위한 운동일지<sup>32)</sup>

- 1990.1.4. 동성동본 금혼 피해자 신고센터 개설, 피해자 접수 받음. 1996년 5월말 현재 천백여건 접수
- 1991.8.29. 동성동본 금혼규정에 관한 경연회 및 피해자 사례발표회. 그 결과 동성동본 피해자모임 결성
- 1991.9.18. 이 규정의 폐지를 위한 청원서를 국회에 제출. 박영숙, 김장숙 의원 소개
- 1993.11.20. 두 번째 청원서 제출. 이우정, 강선영 의원 외 41인의 소개. 그 이후 국회 여성특별위원회, 정부 제2장관 등과의 긴밀한 접촉을 통해 이 규정의 폐지를 위한 다각적인 방법 모색
- 1994년부터 동성동본 금혼규정에 의한 피해당사자들과의 모임을 활성화하고 동성동본 금혼규정 폐지 촉구를 위한 정기적인 모임을 가짐
- 1994.10.26. 국회 내 여성특위와 함께 본 상담소는 폐지에 대한 차선책으로 동성동본 금혼규정의 개정안에 관한 논의를 함
- 1995.1.12. 국회여성특위 사무실에서 동성동본 금혼규정 폐지를 위한 간담회 개최
- 1995.2.21. 위헌심판제청 신청에 관하여 변호사와 논의
- 1995.2.22. KBS1TN '뉴스라인'에 동성동본 금혼규정 폐지를 주제로 유림측과 상담소에서 의견개진
- 1995.2.25. 동성동본 금혼규정 폐지에 관하여 본 상담소, 국회여성특별위원회, 여성단체 참모임
- 1995.3.10. 국회여성포럼 주최 '세계화와 가족법'에 관하 세미나
- 1995.5.3. 기자간담회, 혼인신고 불수리처분에 대한 불복신청을 가정법원에 제기
- 1995.5.3. 가정법원에 위헌심판제청 신청, 최상한, 최상옥 부부의 7쌍의 이름으로

## 5. 시사점

소송을 통하여 동성결합 제도화에 성공한 국가들이나 한국의 호주제 위헌소송이나 동성동본금혼제도 위헌소송은 대체로 운동이 견인하는 상황에서 소송이 뒤따라가는 경우

---

32) 한국가정법률상담소, 가족법개정운동 60년사 참조

였는데, 이번 소송은 위의 사례들에 비하여 사회적으로, 법적으로, 운동적으로 그 준비가 충분치 않은 상태에서 소송이 먼저 시작된다는 점에서 우려스러운 지점도 있고 당혹스러운 느낌도 없지 않다. 그동안 성소수자 커뮤니티나 운동단체에서 동성결합이 크게 이슈가 되지 못한 것은 한국의 법적, 사회문화적, 정치적 상황이 아직 무르익지 않았다는 걸 의미하는 것일 수도 있다.

하지만, 한편으로는 쉽게 오지 않는, 언제 또 올지 알 수 없는 기회이기 때문에 이 소송을 기회로 삼아 한국사회에서 동성결합 또는 동성혼에 관한 공론의 장이 활성화되길 기대하는 마음도 있다. 법적으로, 사회문화적으로, 정치적으로 꽉 막혀있는 길을 뚫어주는 역할을 할 수 있기를 기대한다. 그래서 이번 소송은 결과 보다는 소송의 “과정”을 더 중요하게 고려하고 기획하여야 한다고 생각한다.

이 사건이 동성결합에 관한 첫 소송으로서, 법정 안과 밖을 향해서 무엇을 강조하고 드러내고 주장할 것인지, 징검다리로서 법적으로나 사회적으로 어떠한 의미를 남길 것인지, 함께 고민이 필요하다. 따라서 이번 소송의 과정을 통해 한국사회의 변화를 추동하기 위해서는 최소한 소송당사자, 변호사들뿐만 아니라 시민사회, 인권운동, 성소수자 커뮤니티가 적극적으로 개입할 여지를 만드는 기획이 중요하다고 생각한다.

이번 소송에 필요하고, 한국사회의 성소수자 권리 증진에 도움이 될 만한 과제들을 대략적으로 추려보면, 동성결합과 관련한 한국적 통계 및 사례 부족의 약점을 극복하는 과정이 필요한데, 사회적으로 청구인단을 모집하는 캠페인을 하거나, 입법청원의 과정을 통해 여론형성의 과정도 거칠 필요가 있어 보인다. 만약 가능하다면, 다양한 청구인단을 모집하여 ‘혼인’을 직접적으로 다루는 방식 이외에 개별적 규정이나 권리에 대하여 평등권 침해로 접근하는 소송도 병행하는 것도 고려해 볼만하다. 또한 학계와 법조계에 동성결합에 대한 담론 형성이 필요하고, 입법청원이나 공청회, 토론회와 같은 입법적인 시도도 병행할 필요가 있다.

#### IV. 맺음말

발제를 준비하면서, 이번 동성결합 소송이 한국 사회에 일으킬 반향을 생각하면, 2011



년 서울학생인권조례 제정 과정에서 성소수자 인권활동가들과 함께 서울시의회 점거농성을 결의하던 밤처럼, 설레는 마음과 두려운 마음이 동시에 든다. 서울학생인권조례 제정 투쟁은 2007년 차별금지법안 투쟁의 경험과 제도적 후퇴를 ‘저지하고 지켜내자’는 의미였음에 비해, 동성결합 소송은 한국에서 그 경험이 일천하고, 제도적 변화를 ‘만들어내자’는 의미여서, 후자는 한국 사회에 일으킬 반향을 가늠하기가 쉽지 않고, 그래서 훨씬 더 많은 고민과 노력이 필요할 것으로 보인다. 이상 미흡한 발제를 마치며, 많은 분들의 지혜와 힘이 모아지길 기대한다.

[토론문]

공익소송으로서 동성결합소송  
- 그 성과를 극대화하기 위한 몇 가지 제언 -33)

홍성수 (숙명여자대학교 법학부 교수)

1. 기획된 공익소송으로서의 동성결합소송

- 입법을 통한 사회변동전략: 법을 제정하거나 개정 또는 폐지함으로써 사회변화를 이끌어 내려는 운동방식
- 소송을 통한 사회변동전략: 소송을 제기하여 유의미한 세상의 변화를 추구하는 운동 방식
- 공익소송운동/공익인권소송운동/공익법운동<sup>34)</sup>: 공익, 공동선, 정의, 소수자인권보호 등의 가치를 목표로 함. 여기서 ‘공익’의 개념은 대개 기존의 ‘확립된 이익’이 아닌, “이제까지 역사적으로 소외되어 있던 사회적 이익”, 대개는 소수자/약자의 인권을 뜻하는 것.<sup>35)</sup>
- 기획소송 내지 시민운동 차원의 공익소송: 공익소송은 변호사가 개인적 차원에서 수행될 수도 있으나, 조직화된 운동세력이나 시민운동단체를 중심으로 전략적으로 소송을 기획하고 소를 제기하거나 고발 등의 조치를 취하는 것

→ 동성결합소송은 소송을 통해 사회를 바꾸려는 전략적으로 기획된 공익소송인가?

2. 소송운동의 가능성과 유용성

1) 승소시 강력한 효과

33) 본 토론문은 <법사회학>(근간)의 한 챕터인 “법과 사회변동”(홍성수 집필 부분)의 일부 내용을 토론회의 주제에 맞게 수정/요약한 것임.

34) 황승흠, “공익인권소송의 역사와 쟁점”, 한인섭·이석태 편, 「한국의 공익인권소송」, 경인문화사, 2010, 25-28면; 양건, 「법사회학」, 2000, 354-347면 참조.

35) 황승흠, 앞의 글, 25면.

- 위헌소송이라면 법률효력이 정지되고, 행정소송이라면 행정처분이 취소됨.

## 2) 승소의 효과를 넘어선 파급효

- 정책 개선, 입법적 성과, 제도화

사례) ‘서울대 조교 성희롱 사건 손해배상소송’의 경우에는 최종적으로 승소함으로써, 피해자의 손해가 배상되는 직접적인 효과도 있었지만, 재판과정에서 성희롱에 관한 사회적 관심이 높아졌고, 입법적 성과로도 이어졌다.

사례) ‘장애인보험차별 소송’은 5천만 원의 손해배상 청구소송을 제기하여 2백만 원의 손해배상을 받아냈으니 소송의 직접적 효과로서는 아쉬움이 있었지만, 이후에 장애인보험 공통계약 심사기준의 폐지, 국가인권위원회의 권고, 장애인 차별금지법 제정, 관련법 개정 논의(상법 732조)로 이어지는 성과를 냈다.<sup>36)</sup>

## 3) 당해사건을 넘어 다른 사건에 영향을 미침

- 소송의 효과는 원칙적으로 당해 사건에 한정되지만, 판례가 형성되어 이후 판결에 영향을 주거나, 법원의 후속조치를 통해 사건이 용이하게 처리되는 경우가 있음

사례) ‘성전환자의 호적상 성별 정정 사건’의 경우에는 2006년 대법원 전원합의체 결정을 이끌어 냄으로써, 소송당자사의 성별이 정정되는 실질적인 성과를 얻기도 했지만, 그 후 대법원이 ‘성전환자의 성별 정정 허가 신청사건 등 사무지침’을 마련하여, 다른 성전환자들도 법원에 성별 정정 허가 신청을 해서 성별 정정할 수 있는 기회를 가질 수 있게 되었다.<sup>37)</sup>

## 4) “패소≠패배”, 사회적 관심 제고

- 설사 재판결과가 좋지 못했다고 하더라도, 본래 추구했던 가치의 중요성을 사회적으로 확산시키고 국민적 공감대를 넓히고, 차후에 정책이나 제도개선에 영향을 주었다면 일정한 성과를 거둔 것이라고 할 수 있음.<sup>38)</sup> 즉, 소송이 운동 상대방과 시민들에게 이

36) 임성택, “장애인 보험차별 소송”, 한인섭·이석태 편, 「한국의 공익인권소송」, 경인문화사, 2010, 902-905면 참조.

37) 자세한 것은 장서연, “성전환자의 호적상 성별 정정 사건”, 「한국의 공익인권소송」, 경인문화사, 937-992면 참조

38) 이상돈, 「공익소송론」, 세창출판사, 2006, 9면; M. McCann (ed), *Law and Social Movements*, Aldershot: Ashgate, 2006. M. McCann, “Law and Social Movements”, in A.

슈를 전달하여 사회운동의 의제를 형성하며, 관련된 논의를 지속적으로 쟁점화하는 기능.<sup>39)</sup>

- 공익소송은 일종의 ‘시험소송’(test case).<sup>40)</sup> 즉, 당해사건의 해결에만 소송운동의 목표가 한정되는 것이 아니라, 다른 사회운동과 입법운동 등과 결합하여 문제를 제기하고 사회적 관심을 환기시킴으로써 궁극적으로 제도를 개선하는 일종의 “자기완결형 사업”으로 제시될 수 있음.<sup>41)</sup> 또한 패소하더라도 대법원 판결이나 헌법재판소 결정의 소수의 견으로 수렴되어, 추후의 변화를 기대하는 효과를 거둘 수 있음.

사례) ‘양심에 따른 병역거부자 사건’에 대한 공익소송은 결국 위헌결정을 받아 내지 못함으로써 소기의 성과를 거두지는 못했지만, 수차례의 재판과정을 통해 양심적 병역거부 문제를 환기시키고 사회에서 이 문제를 지속적으로 쟁점화하는데 나름의 역할을 했다고 평가할 수 있을 것이다.

#### 5) 소수자에게 유리한 소송운동

- 소송운동이 입법운동이나 다른 사회운동의 방법에 비해 소수자/약자의 관점에서 유리한 경우가 있음. 사회운동이 국민 전체 또는 국회나 정부를 상대로 영향력을 행사하려면 상당히 조직적이고 체계적인 운동을 전개해야 하지만, 소송운동은 소송을 수행할 변호사가 있고, 법정에서 재판부를 설득할 수 있으면 소기의 목적이 달성될 수 있음. 입법운동은 상당한 자원과 조직력을 가진 사회운동세력이 아니면 수행하기 쉽지 않은 전략이지만, 소송운동은 상대적으로 소수세력에게도 보다 용이한 운동방법일 수 있음. 그리고 사회의 다수파의 지지를 받기 어려운 소수인권에 관련된 주제의 경우에는 소송이 더 효과적인 사회변동수단이 되기도 함. 의회나 행정부는 아무래도 다수의 뜻에 따라 행동이 제약될 수밖에 없지만, 정치적 책임으로부터 자유로운 사법부는 소수자의 편에서 독립적인 결정을 내릴 수 있는 기관임.

---

Sarat (ed), *The Blackwell Companion to Law and Society*, Oxford: Blackwell, 2004, 516-518면 참조.

39) 하승수, “시민운동과 법”, 조희연 편, NGO가이드, 한겨레신문사, 2001, 382면 참조; 이러한 법동원의 기능을 ‘운동수립’(movement building)과 ‘정치적 지렛대’(political leverage)로 설명하는 M. McCann, “Legal Mobilization and Social Reform Movements: Notes on Theory and its Application”, A. Sarat and S. Silbey (eds), *Studies in Law and, Politics, and Society*, vol.11, Greenwich: JAI Press, 1991, 225-254면 참조.

40) 황승흠, 앞의 글, 41면.

41) 이찬진, “사법을 통한 권리구제와 NGO”, 박은정 편, 「NGO와 법의 지배」, 박영사, 2006, 93-94면.

사례) 호주제 폐지와 관련하여 의회가 호주제 옹호세력의 눈치를 보면서 입법을 차일피일 미루고 있는 사이, 헌법재판소가 위헌결정을 내린 것이 대표적인 경우라고 할 수 있다.

### 3. 소송운동의 한계

#### 1) 법리상의 한계<sup>42)</sup>

- 법리상 사회운동의 여러 가지 주장과 논거들을 충분히 수용할 수 없으며, 이것이 오히려 본래의 사회운동의 목표를 왜곡할 수 있음. 시민사회의 요구가 소송을 통해 실현되기 위해서는 기존의 법리에 의존해서 그 변경을 주장해야 함. 이 때 변호사는 바로 시민사회의 요구를 법정에서 수용될 수 있는 언어와 논리로 전환시켜주는 역할을 수행. 문제는 이 과정에서 원래의 요구가 왜곡될 수 있다는 점. 실제로 사회적으로 중요했던 내용이 법리상 무의미하다는 이유로 변호사에 의해 배제되어 버리는 경우가 있을 수 있음. 여성의 인권보장을 위한 소송이 여성의 고유한 저항의 언어를 사법의 테두리에 가둬놓게 만든다는 지적 참조.<sup>43)</sup>
- 실제로 법정에서는 법적으로 의미있는 쟁점들이 추려져서 그것을 다투게 되는 것이지, 문제의 전체를 다루는 것이 아님. 자칫 잘못하면 문제의 초점이 합법성 문제로 옮겨 가면서 본래의 풍부한 논점들이 제거되고 무미건조한 법적 용어와 법리가 그 자리를 차지해버리는 경우도 있음<sup>44)</sup>

#### 2) 사법부의 독립성 문제

- 사법부가 정치권력으로부터 완전히 자유롭기는 어렵다는 점도 문제. . 소송운동이 유효한 운동방법이 되려면, 사법부가 공익인권에 대해서 적극적인 관심을 가져야 하고,<sup>45)</sup>

---

42) 이하 세 가지 한계는 G. N. Rosenberg, *The Hollow Hope: Can Courts Bring about Social Change?*, The University of Chicago Press, 2008 참조.

43) C. N. Baker, *The Women's Movement against Sexual Harassment*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, 190면; 정인경, “성폭력, 가해자와 피해자의 대립구도를 넘어서,” 「민주노동과 대안」, 2003년 10월호 참조.

44) A. Marshall, “Social Movements Strategies and the Participatory Potential of Litigation”, in A. Sarat & S. A. Scheingold (eds), *Cause Lawyers and Social Movements*, Stanford: Stanford University Press, 2006, 166면 참조.

국회나 행정부 등 다른 국가기관이 하지 못하는 일을 과감하게 해줘야겠지만, 사법부가 실제로 그런 역할을 수행한 경우는 많지 않음. 실제로 소송운동의 성공사례를 보면, 대개 소송 이외의 사회운동을 통해 여론이 충분히 무르익은 상태가 되어야만 사법부가 결단을 내리곤 했음.

사례) 호주제 소송은 성공적이었지만, 그것은 단순히 소송 자체의 힘이 아니라, 소송운동을 포함한 호주제폐지운동 자체의 힘이었다고도 할 수 있다.<sup>46)</sup> 물론 사법부의 결정으로 문제해결의 중지부를 찍게 되었다는 점은 결코 무시할 수 없지만, 소송운동의 독자적인 운동이기는 어렵다는 것으로 해석될 수도 있는 장면으로 해석된다.

### 3) 사법부의 판결의 한계

- 법원은 당해 사건에 효력이 있는 판결을 내릴 뿐, 실질적인 사회변화를 이끌어 내기 위해 필요한 정책적 과제를 도출하고 그것을 집행하는 기관이 아님. 실제로 소송에서 승소를 하더라도 그 효과는 원칙적으로 당해 사건에만 한정되기 때문에 그 효과가 제한적. 한 사건에서 승소를 하더라도 사건마다 매번 소송을 제기해야 하는 경우도 있고, 소송을 통해 문제를 해결해도, 그것보다 조금 덜 나쁜 문제가 새롭게 생기면 또 다시 소송을 제기해야 하는 경우도 있음.

사례) 후보자기탁금 2천만 원이 참정권을 과도하게 제한하기 때문에 위헌이라는 결정이 내려져도, 입법자가 기탁금을 1천5백만 원으로 약간 낮추는 식으로 대응하면 그것을 문제삼기 위해서는 또 다시 위헌소송을 제기하여 지난한 과정을 밟는 수밖에 없다.<sup>47)</sup>

- 공익소송의 사례로 흔히 언급되는 미국의 경우 재판과 판결이 차지하는 사회정치적

---

45) 이석태, “공익인권소송의 기획과 수행”, 한인섭·이석태 편, 「한국의 공익인권소송」, 경인문화사, 2010, 9면.

46) 자세한 것은 진선미, “호주제 위헌소송”, 한인섭·이석태 편, 「한국의 공익인권소송」, 경인문화사, 2010 참조.

47) 공익소송의 실효성을 확보하기 위하여, 헌법재판에서 추상적 규범통제의 도입, 집단소송법제, 당사자적격, 소의 이익 완화, 징벌배상제도 도입 등의 제도개선 등을 제안하는 이찬진, “사회복지에서 공익소송운동의 성과와 과제”, 「복지동향」, 72호, 2004, 33-35면 참조.. 그 외의 공익소송이 활성화되기 위한 제도적 개선책으로는 이상돈, 앞의 책, 116-152면 참조.

의미와 실제 효과가 우리와 다르기 때문에 한국의 정치사회적 조건에서 공익소송이 갖는 의미는 그만큼 더욱 제한적.<sup>48)</sup>

- 이러한 문제들은 소송이 하나의 계기를 마련해주는 것일 뿐 사회운동의 유일한 방법이나 목표가 아니며, 그 기여는 부분적이고 제한적이라는 점을 잘 보여줌.<sup>49)</sup>

#### 4) 소송운동과 민주적 의사형성

- 소송운동이 사회문제해결에 대하여 효과적으로 기능한다고 해도, 그것이 과연 바람직한 것인지는 별개의 문제. 즉, 시민사회의 민주적 요구가 사법부라는 공간을 통해 실현되는 것이 민주주의의 측면에서 바람직한 하나의 문제가 제기됨. 선거와 정치과정을 통해 사회변동이 이루어지는 것이 아니라, 소송을 통해 몇몇 전문가와 변호사의 힘에 의존하여 사법부에 호소하는 방식으로 사회가 변동되는 것을 민주적 의사형성이라는 차원에서 비판적으로 볼 수 있음.<sup>50)</sup>

- 사법부가 시민들의 자율적 공론장에서 “심의를 위한 포럼”으로 기능할 수 있어야 하지만, 사법절차가 그러한 기능을 하기에는 소송절차는 경직되어 있고, 소송에서 소송의 방식은 상호적대적이며, 법논리는 폐쇄적이고 형식적이라는 점에서, 과연 사법절차가 민주적 의사형성에 적합한 것인지 의문.<sup>51)</sup> 실제로 정치는 다양한 이해가 조정되면서 사회적 합의를 찾아가는 과정으로서 사회를 유지하는 기능을 하지만, 사법부의 결정은 대개 일도양단식일 수밖에 없음. 승자와 패자의 이분 논리 속에서 승패를 갈라야 하는 사법부의 결정방식이 민주적 절차를 자꾸 대체한다면 그것은 바람직한 현상으로 보기 어려움.<sup>52)</sup>

48) 홍일표, “민주화 이후 한국 사회운동과 법의 동원: 운동 레퍼토리로서 ‘소송’의 가능성과 한계”, 「시민사회와 NGO」, 6-2, 2008, 46면 참조.

49) M. McCann, “Law and Social Movements”, A. Sarat (ed), *The Blackwell Companion to Law and Society*, Oxford: Blackwell Publishing, 2004, 515-516면 참조. 비슷한 취지에서 “모든 쟁점을 소송화하는 사회운동”의 한계를 비판하는 차병직, “법이 할 수 없는 일”, 「민주사회를 위한 변론」, 제80호, 2009년 1·2월호, 2-5면 참조.

50) 미국에서 소송이 ‘민주적 동원’을 대체하는 것을 비판하는 M. A. Crenson & B. Ginsberg, 서복경 역, 「다운사이징 데모크라시: 왜 미국 민주주의는 나빠졌는가」, 후마니타스, 2013, 7장 참조. 미국에서 소송이 민주주의와 자유를 부정적인 영향을 끼쳤다는 지적으로는 P. K. Howard, *Life Without Lawyers: Restoring Responsibility in America*, W. W. Norton & Company, 2010; *The Death of Common Sense: How Law is Suffocating America*, Grand Central Publishing, 1996 참조.

51) 인권문제에 있어서 사법부의 적극적 역할에 긍정적인 견해(S. Fredman, 조효제 역, 「인권의 대전환」, 교양인, 2009)와 이에 비판적인 입장(홍성수 “인권실현을 위한 국가의 적극적 의무와 사법부의 역할”, 「시민과 세계」, 제17호, 2010, 397-400면)이 있다.

52) 같은 맥락에서 미국에서 성희롱소송을 통한 성희롱정책의 문제를 지적하는 홍성수, “소송을

#### 5) 사회운동을 소외시키는 사회운동?

- 사회운동의 관점에서 보면, 소송이 제기되면 소송이 사회운동의 에너지를 모두 흡수하여 법정에서의 싸움으로 환원되어버리는 문제도 지적됨. 운동주체의 관점에서 보면, 소송을 담당하는 변호사가 사회운동가를 제치고 운동을 주도하게 되는 경우가 있을 수 있음.<sup>53)</sup> 소송운동이 사회운동을 대체해버리는 것. 변호사의 법률적 판단에 의해 운동이 주도된다면, 앞서 지적했던 사회운동의 논리가 법리로 대체되는 경향이 더욱 심화될 수 있음.
- 법이 인권을 탈정치화시킨다는 지적에도 유의. 즉, 인권의 법제화가 “인권을 정치에서 제거”하며,<sup>54)</sup> “인권의 급진적 힘을 협소화”하고 “주체의 해방적 권력을 축소”시키는 역기능을 할 수도 있다는 것.<sup>55)</sup>

#### 6) 패소의 부담

- 패소했을 경우의 부담도 문제. 실제로 소송에서의 패소는 문제가 되었던 법적 쟁점에서 패소했다는 것일 뿐임.

사례) 4대강 소송에서의 패소는 4대강 사업의 허가가 합법적이라는 판결이지, 4대강 사업이 정책적으로 적절했다는 내용의 판결은 아니다. 하지만 실제로 판결이 사회에서 소화될 때에는 판결이 마치 해당 사안의 전체적인 정당성을 확인해준 것 같은 효과를 낳게 된다.

- 모든 소송은 항상 패소가능성이 있기 마련인데, 이런 위험부담을 지고 소송을 제기하는 것이 바람직한지는 항상 문제가 될 수 있다는 것임. 이러한 문제들 때문에 입법이나 소송 자체보다는 운동을 기획하고 다른 여러 사회운동의 수단들과 입법/소송운동을 서

---

통한 사회변동전략의 한계: 미국의 성희롱 소송을 중심으로”, 「법과 사회」, 제38호, 2010, 209-232면 참조.

53) 이른바 공익변호사(cause lawyers)들이 소송을 사회운동과 분리시키는 문제에 대해서는 Marshall, 앞의 글, 166-168면 참조.

54) M. Freeman, “Putting Law in its Place: An Interdisciplinary Evaluation of National Amnesty Law,” in S. Meckled-Garcia and B. Cali (eds), *The Legalization of Human Rights: Multidisciplinary Perspectives on Human Rights and Human Rights Law*, London and New York: Routledge, 2006, 49-50면.

55) C. Gearty, *Can Human Rights Survive?*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, 69-70면.



로 연결시키고 적절하게 조정할 수 있는 역량이 중요하다는 지적이 나오는 것이기도 함.<sup>56)</sup>

#### 4. 소결

- 승소가 반드시 사회에서 긍정적인 결과로 이어지는 것은 아니며, 그 과정에서 잃을 수 있는 것도 적지 않다는 점에 유의해야 함.
- 패소에 대비해야 함. 패소가 곧 패배가 되지 않도록 유의해야 함.
- ‘법’은 사회를 변화시킬 수 있는 여러 사회적 기제에 하나이며,<sup>57)</sup> 소송운동은 사회운동이 택할 수 있는 여러 가지 전략적 선택지 중 하나일 뿐임.
- 위에서 지적한 소송운동의 한계는 소송운동이 무용함을 입증하려는 것이 아니라, 그 가능성을 극대화하려면 무엇이 필요한지 점검해볼 수 있는 기준이 될 수 있음.<sup>58)</sup>
- 승소를 위해 법정에서 어떤 논리로 대응할 것인가의 문제는 그 자체로 중요하지만, 이와 동시에 소송이 동성결합의 인정을 위한 운동에서 어떻게 ‘배치’될 것인가를 고민 해 봐야 함.

---

56) 홍일표, 앞의 글, 56면.

57) 이에 대한 개관적인 연구로는, 홍성수, “규제학: 개념, 역사, 전망”, 「안암법학」, 제26호, 2008, 1-28면 참조; 사회가 법에 미치는 영향에 대한 일반적 서술로는 P. Nonet & P. Selznik, 정동호·신영호 역, 「법과 사회변동」, 나남, 1986, 특히 제4장 참조.

58) 그런 점에서 법과 사회운동에 관한 문제를 변호사(나 그 변론활동)의 시각을 넘어 정치와 사회운동의 관점에서 고찰하는 것은 더욱 의미가 있을 것이다. A. Sarat & S. Scheingold, “What Cause Lawyers Do for, and To, Social Movements: An Introduction”, in A. Sarat & S. A. Scheingold (eds), *Cause Lawyers and Social Movements*, Stanford: Stanford University Press, 2006, 2-4면 참조.

## [발제문]

# 동성결합 소송의 절차와 방법

법무법인(유) 원 변호사 강윤희

## I. 머리말

동성결합 소송의 명확한 의미는 아직 확립되지 않은 것으로 보인다. 동성결합이라는 용어가 내포하듯이 동성결합의 형태로 법률혼만이 아닌 다양한 결합 방식이 논의될 수 있기 때문이다. 동성결합을 법률혼에 국한시키지 않는다면 상속, 과세, 연금 수령, 주택 임차권의 승계 등에 있어 법이 규정하고 있는 ‘배우자’의 범위에 동성커플이 포함되어야 한다고 주장하는 내용의 소송이나, 동성커플의 사실혼 관계를 전제로 제기되는 가사 소송 또한 동성결합 소송의 형태로 논의될 수 있을 것으로 보인다. 이에 관하여는 제1 발제에서 자세히 다루어졌을 것으로 생각된다.

위와 같이 동성결합 소송은 다양한 형태로 제기될 수 있는데, 동성커플이 가장 강하게 요구하고 있는 것이 동성커플의 법률혼 인정이고, 최근 김승환, 김조광수씨가 공개결혼식 이후 법률혼을 인정받기 위한 소송을 본격적으로 준비하고 있기 때문에, 여기에서는 동성 간의 법률혼에 관한 소송 절차와 방법에 국한하여 논의하도록 하겠다.

또한, 학술적 의미에서 동성결합 소송에 접근하기보다는 실제 동성커플들이 혼인 신고를 접수하게 되는 경우 발생하게 될 상황과 이어질 절차들에 대하여 실무적으로 문제되는 사항을 중심으로 논하도록 하겠다.

## II. 법률혼의 성립 요건으로서의 혼인 신고

우리 민법상 법률혼이 성립하기 위하여 유일하게 필요한 절차는 혼인 신고이다.

### 1. 혼인 신고의 효과

혼인은 ‘가족관계의 등록 등에 관한 법률(이하 ‘가족관계등록법’)에 정한 바에 의하여 신고함으로써 그 효력이 발생한다<sup>59)</sup>(민법 제812조 제1항). 혼인의 의사를 가지고 부부 공동생활을 영위하지만 혼인신고를 하지 않은 경우에는 사실혼관계에 해당할 뿐이다.

## 2. 혼인 신고의 절차

당사자가 혼인 신고서를 제출하면, 이를 접수한 시·읍·면·동의 장이나 재외공관의 장은 지체 없이 그 수리 여부를 결정하여야 한다(가족관계의 등록 등에 관한 규칙 제43조).

혼인 신고를 받은 공무원은 민법 제807조 내지 제810조, 제812조 제2항 및 기타 법령의 준수 여부를 심사하여, 위반되는 사항이 없는 때에는 혼인 신고를 수리하여야 한다(민법 제813조). 즉, 담당공무원은 혼인신고자가 만 18세 미만이거나<sup>60)</sup>, 부모의 동의를 받지 못한 미성년자이거나<sup>61)</sup>, 근친혼이거나<sup>62)</sup>, 이미 결혼을 한 경우<sup>63)</sup>와 같은 혼인장애사유가 없고, 혼인신고자 쌍방과 성년자인 증인 2인의 연서한 서면이 있다면<sup>64)</sup> 혼인 신고를 수리하여야 한다.

위와 같은 공무원의 심사는 첨부서류만에 의하여 법정요건을 구비하고 있는지, 절차에 부합하는지 여부를 형식적으로만 심사하는 것으로 실제적 진실과의 부합여부를 탐지하여 심사하여야 하는 것은 아니다.<sup>65)</sup>

---

59) 혼인 신고는 혼인의 효력발생요건이 아니라 혼인의 성립요건으로, 혼인신고에 의하여 비로소 부부관계 및 그에 기한 친족관계가 형성된다는 것이 통설이다.

60) 민법 제807조(혼인적령) 만 18세가 된 사람은 혼인할 수 있다.

61) 민법 제808조(동의를 필요한 혼인) ① 미성년자가 혼인을 하는 경우에는 부모의 동의를 받아야 하며, 부모 중 한쪽이 동의권을 행사할 수 없을 때에는 다른 한쪽의 동의를 받아야 하고, 부모가 모두 동의권을 행사할 수 없을 때에는 미성년후견인의 동의를 받아야 한다.

② 피성년후견인은 부모나 성년후견인의 동의를 받아 혼인할 수 있다.

62) 민법 제809조(근친혼 등의 금지) ① 8촌 이내의 혈족(친양자의 입양 전의 혈족을 포함한다) 사이에서는 혼인하지 못한다.

② 6촌 이내의 혈족의 배우자, 배우자의 6촌 이내의 혈족, 배우자의 4촌 이내의 혈족의 배우자인 인척이거나 이러한 인척이었던 자 사이에서는 혼인하지 못한다.

③ 6촌 이내의 양부모계(養父母系)의 혈족이었던 자와 4촌 이내의 양부모계의 인척이었던 자 사이에서는 혼인하지 못한다.

63) 민법 제810조(중혼의 금지) 배우자 있는 자는 다시 혼인하지 못한다.

64) 민법 제812조(혼인의 성립) ① 혼인은 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」에 정한 바에 의하여 신고함으로써 그 효력이 생긴다.

② 전항의 신고는 당사자 쌍방과 성년자인 증인 2인의 연서한 서면으로 하여야 한다.

### 3. 동성커플 혼인 신고 시 예상되는 결과

2004. 3. 8. 동성커플인 박종근, 이상철 씨는 서울 은평구청에 혼인신고서를 제출하였으나, 은평구청은 “법원의 유권해석을 받아본 결과 우리나라에서 혼인신고는 남녀간 결혼을 전제로 하기 때문에 적법한 혼인신고로 수리할 수 없다.”라는 이유로 혼인신고를 수리거부한 바 있다.<sup>66)</sup>

위 사건으로부터 약 10년이 경과하였지만 동성커플의 혼인 신고서 접수 시 여전히 수리거부가 예상되는 것이 현실이다. 따라서 소송 등을 통하여 혼인 신고 수리거부를 취소시키기 위한 구제절차가 뒤따르게 된다.

## Ⅲ. 혼인 신고 수리거부에 대한 구제 방안

### 1. 가족관계의 등록 등에 관한 법률에 따른 불복 절차

#### 가. 절차의 개요

가족관계등록법에 의하면 등록사건에 관하여 이해관계인은 시·읍·면의 장의 위법 또는 부당한 처분에 대하여 관할 가정법원에 불복의 신청을 할 수 있다. 가정법원은 신청이 이유 없는 때에는 각하하고 이유 있는 때에는 시·읍·면의 장에게 상당한 처분을 명하게 된다. 가정법원의 결정에 대하여는 법령을 위반한 재판이라는 이유로만 비송사건 절차법에 따라 항고할 수 있다(가족관계등록법 제109조 내지 제113조).

가족관계등록법에 따른 불복신청만이 허용될 뿐 일반 행정소송의 제기는 허용되지

---

65) 시, 구, 읍, 면의 호적공무원의 호적신고에 대한 심사는 신고인이 제출하는 법정의 첨부서류만에 의하여 법정의 요건을 구비하고 있는지, 절차에 부합하는지의 여부를 형식적으로만 심사하는 것이고 그 신고사항의 실체적 진실과의 부합여부를 탐지하여 심사하여야 하는 것은 아니며, 등기공무원도 등기신청이 있는 경우에 당해 등기원인의 실질적 요건을 심사함이 없이 다만 그 외의 형식적 요건만을 심사하여 그것이 구비되어 있으면 가사 실질적 등기원인에 하자가 있다 하더라도 그 등기신청을 받아들여 등기하여야 한다(대법원 1987. 9. 22. 선고 87다카1164 판결)

66) 황준범, “게이결혼식 커플 혼인신고서 수리 거부”, <한겨레>, 2004. 3. 8.

않는 것으로 보인다. 법원은 구 호적법 시행 당시, 호적사건에 관한 시, 읍, 면의 장의 호적에 관한 위법, 부당한 처분에 대하여는 이를 일반 행정처분과 같이 행정소송의 대상으로 하는 것보다 호적사무를 감독하고 있는 관할 가정법원의 심판대상으로 하는 것이 그 분쟁을 보다 신속, 적절하게 해결할 수 있다고 인정하여 위와 같이 그에 관한 특별불복절차를 규정하고 있는 것이라고 볼 것이어서 호적사전에 관한 시, 읍, 면의 장의 위법 또는 부당한 처분에 대한 불복방법으로는 위 호적법의 규정에 따른 불복신청만이 허용될 뿐 일반 행정소송의 제기는 허용되지 아니하는 것으로 봄이 상당하다고 판단한 바 있다(부산고등법원 1992.06.19. 선고 92구558 제1특별부판결).

#### 나. 혼인신고 수리거부의 위법·부당성 판단

##### (1) 쟁 점

행정청의 수리거부 사유에 관하여 짐작하건대, 민법 제813조에 의하면 혼인의 신고는 그 혼인이 민법 제807조 내지 제810조 및 제812조 제2항의 규정 기타 법령에 위반함이 없는 때에는 수리하여야 하므로, 동성커플의 혼인 신고가 기타 법령에 위반한다고 설명할 가능성이 높다. 혼인 신고는 남녀간 결혼을 전제로 하기 때문에 동성커플의 혼인 신고는 적법하지 않다는 은평구청의 주장도 위와 같은 맥락에서 이루어진 것으로 보인다.

그러나 민법을 비롯한 대한민국의 제반 법률을 살펴보더라도 혼인이 남자와 여자의 결합으로 이루어져야 한다는 명문의 규정은 없고, 이 때문에 동성 간의 혼인신고가 불가능하다고 단정할 수는 없다.

##### (2) 기존 법원의 태도

대법원은 미성년자인 자녀를 둔 성전환자의 성별정정을 불허하는 결정에서 “헌법 제36조 제1항은 ‘혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.’라고 선언하고 있는바, 무릇 혼인이란 남녀 간의 육체적, 정신적 결합으로 성립하는 것으로서, 우리 민법은 이성 간의 혼인만을 허용하고 동성 간의 혼인은 허용하지 않고 있다.”라고 판시한 바 있다.<sup>67)</sup>

67) 대법원 2011. 9. 2.자 2009스117 전원합의체 판결

### (3) 법원 판결에 대한 반박(1) - 헌법 제36조 제1항

헌법 제36조 제1항은 혼인을 양성 간의 결합으로 규정하고 있다고 보는 것이 일반적인 견해이다. 이러한 견해에 의하면 동성 간의 혼인은 헌법에 위반된다.

그러나 엄밀하게 따져본다면 헌법 제36조 제1항은 ‘혼인과 가족생활’이 ‘개인의 존엄과 양성의 평등’을 기초로 성립·유지된다고 명시하고 있을 뿐, 혼인이 양성 간의 결합을 의미한다고 명시하고 있지는 않다.

위 조항은 혼인제도와 가족제도를 지배하는 헌법원리로서 인간의 존엄성 존중과 평등의 원칙을 규정하고 있는 것으로, 양성의 평등에서 방점이 찍혀야 하는 것은 양성이라는 평등이다. 가족생활의 기본이 되는 부부관계, 친자관계 등이 각각의 인격을 존중하고 여자라는 이유로 차별받지 않는 형태로 성립·유지되어야 한다는 원칙을 천명하고자 하는 과정에서 ‘양성의 평등’이라는 표현을 사용하게 된 것이기 때문에, 위 조항이 혼인의 개념에 대하여 정의하고 있는 것이라고 단정할 수는 없다.

설사 헌법제정권자가 혼인의 개념을 이성 간의 결합으로 정의하였다고 하더라도, 동성 간의 혼인이 금지되는지 여부는 이와 별개의 논의선상에서 다루어져야 한다.

헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족생활을 스스로 결정하고 형성할 수 있는 자유를 기본권으로서 보장하는 성격을 가지고 있고<sup>68)</sup>, 이를 통하여 혼인을 할 것인지 여부를 포함하여 ‘배우자 선택의 자유’라는 혼인관계형성의 자유가 보장되는 것이기 때문에, 위 조항을 통하여 오히려 배우자 선택의 자유가 제한된다고 해석되어서는 안된다.

### (4) 법원 판결에 대한 반박(2) - 민 법

대법원은 앞서 인용한 2009스117 전원합의체 판결에서 구체적으로 민법의 어떤 조항이 동성혼을 허용하지 않고 있는지에 관하여 밝히지 않았다.

---

68) 헌법재판소 2002. 8. 29. 2001헌바82 결정

이와 관련하여 민법에서 명시적으로 동성혼을 금지하고 있다고 보는 입장에서는, 그 근거로 민법이 사용하는 ‘부부(夫婦)’나 ‘부모(父母)’ 개념 등이 남녀 간의 결합을 전제로 하고 있다는 점을 드는 것이 일반적인 듯하다.

그러나 ‘부부(夫婦)’나 ‘부모(父母)’와 같은 개념이 법률상 의미를 가지고 있다고 보기는 어렵다. 위 용어들은 전통적으로 혼인관계나 (양)친자관계의 당사자들을 지칭하기 위하여 사용되어왔던 상용어(常用語)들일 뿐이다. 아마도 몇 천 년 전이라 짐작되는 위 용어들이 최초로 사용되기 시작한 당시에는 남녀 간의 결합으로 이루어진 전통적인 부부관계나 부모만을 상정하였을 수 있으나, 시대의 변화에 따라 용어의 외연적 의미는 변화·확대되기 마련이다. 민법에서 사용되는 ‘부부’는 혼인관계의 당사자들로, ‘부모’는 (양)친자관계의 당사자들을 지칭하는 용어들로, 거기에 사용된 한자의 개념에 종속될 필요는 없다.

따라서 민법은 동성혼에 대하여 별도의 금지 의사를 밝히고 있지 않다고 보는 것이 타당하다고 생각한다.

#### 나. 소 결

민법 제813조는 혼인장애사유가 없는 경우 혼인 신고를 수리할 의무를 규정하고 있는데, 동성 간의 혼인은 혼인장애사유에 해당하지 않고 기타 법령에 위반됨이 없으므로, 행정청의 혼인 신고 수리거부처분은 위법하므로 취소되어야 한다.

그러나 현실적으로는, 법원이 최근 이루어진 전원합의체판결에서 바로 태도를 바꾸어 동성 간의 혼인이 허용된다고 판단할 가능성은 높지 않을 것으로 보인다.

### 3. 헌법재판소의 심판 청구

#### 가. 헌법소원심판의 청구

헌법소원심판은 다른 법률에 구체절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 청구할 수 있기 때문에 가족관계등록법이 정하고 있는 불복절차를 먼저 거쳐야만 헌법

소원심판을 청구할 수 있다.

그런데 이와 관련하여 법원의 재판을 거친 뒤 재판의 대상이 되었던 행정처분을 대상으로 헌법소원을 제기할 수 있는지 여부에 관하여 헌법재판소는 이를 부정하고 있다.

패소 판결이 확정된 경우에 당사자는 그 판결의 기판력에 의한 기속을 받게 되므로 별도의 절차에 의해서 기판력이 제거되지 않는 한 행정처분의 위법성을 주장하여 헌법소원을 제기할 수 없다. 예외적으로 원행정처분을 심판의 대상으로 삼았던 법원의 ‘재판’이 헌법소원 심판의 대상이 되어 동시에 취소되는 경우에는 가능한데, 법원의 재판이 헌법소원 심판의 대상이 되는 것 또한 매우 예외적인 경우로 법원이 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법률을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 경우에 한한다.<sup>69)</sup>

따라서 가족관계등록법에 따른 불복절차에서 가정법원의 각하 결정을 받은 경우에는 혼인신고 수리거부처분에 대한 헌법소원심판 청구는 각하될 가능성이 크다.

한편, 가정법원의 각하 결정 자체에 대한 헌법소원심판 청구도 생각하여 볼 수 있을 것이나, 법원의 재판은 헌법소원의 대상에서 제외된다(헌법재판소법 제68조 제1항).

#### 나. 위헌법률심판 청구

법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 당해 사건을 담당하는 법원은 직권 또는 당사자의 신청에 의한 결정으로 헌법재판소에 위헌 여부 심판을 제청하게 된다(헌법재판소법 제41조).

가족관계등록법에 따른 불복절차에서 가정법원에 위헌법률심판을 제청하여 줄 것을 신청할 수 있다. 만약 제청신청이 기각된 때에는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다(헌법재판소법 제68조 제2항).

그러나 위헌법률심판을 청구하기 위해서는 동성 간의 혼인신고를 금지하고 있는 법규가 명확해야 할 것인데, 앞서 살펴본 것처럼 이러한 법규를 찾기는 어렵다. 만약 민

---

69) 헌법재판소 1997. 12. 24. 96헌마172등 결정



법 등이 동성 간의 혼인신고를 금지하지 않고 있다고 주장하면서 위헌법률심판을 청구하는 것은 결국 민법 등이 동성 간의 혼인신고를 금지하고 있다고 해석하는 것이 위헌이라는 판단을 구하는 것이어서 적절하지 않다.

따라서 위헌법률심판을 청구하기 위해서는 민법 등이 동성 간의 혼인신고를 금지하고 있다는 것을 전제로, 이것이 헌법에 위반된다는 태도를 전략적으로 취할 필요가 있다.

#### 다. 법률의 위헌성 판단

동성 간의 혼인신고를 금지하는 법률이 헌법에 위반되는지 여부의 첫 번째 쟁점은 헌법 제36조 제1항의 해석에 관한 문제이다. 헌법재판소는 헌법 제36조 제1항이 혼인을 남녀 간의 결합을 전제로 하는 것이라고 판단할 가능성이 높는데, 이에 대해서는 앞서 살펴본 것과 같은 논리로 대응해야 할 것이다.

위헌법률심판의 두 번째 쟁점은 평등권 침해가 되어야 할 것이다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 차별을 받아서는 안 되고, 동성애자는 사회에서 점하는 지위로 인하여 사회적 처우나 평가가 달라지는 사회적 신분에 해당하므로, 동성애자라는 이유로 차별을 받는 것은 금지된다.

#### 라. 소 결

헌법재판소의 결정은 국민의 현실적인 법감정을 고려하는 일이 많기 때문에, 혼인이 남녀 간의 결합이라는 헌법 제36조 제1항에 대한 일반적인 견해를 뒤집는 것은 아직까지는 어려워 보이고, 평등권 침해에 대하여도 비례원칙에 위배되지 않았다고 판단할 가능성이 크다.

그러나 헌법재판소에서 의미 있는 소수의견을 얻어낸다거나, “아직은” 합헌이지만 장래에 위헌이 될 소지가 있다는 취지의 입법촉구결정의 가능성은 적지 않다고 판단된다.

### IV. 끝맺는 말

지금까지 살펴본 것처럼 현행 헌법과 법률을 개정하지 않고도 동성커플의 혼인 신고가 수리되어야 한다는 것이 개인적인 판단이지만, 현실적으로 이러한 주장이 받아들여질지는 미지수이다.

그러나 기각될 것이 예상된다고 하더라도 소송을 제기할 실효성은 있다. 대중에게 동성애자의 권리에 대한 관심을 환기시킨다는 단순한 효과를 얻는 외에도, 법원과 헌법재판소의 판단을 통하여 기존에 논의되던 동성결합과 관련된 법적인 문제들에 대하여 검증 받고 보완할 수 있는 기회가 될 것이다. 지금 당장은 가시적인 결과를 얻지 못하더라도 여러 번의 시도를 통하여 일반 국민의 인식과 법감정이 성장하게 된다면, 이러한 변화는 법원과 헌법재판소의 판단에도 영향을 미칠 수밖에 없게 될 것이다.

이 글은 동성커플의 법률혼에 관한 매우 간략한 안내서에 지나지 않는다. 혼인 신고 수리거부에 대한 구제절차의 전략으로 어떤 방안이 효과적이고 효율적일지, 각 구제절차의 본안 심리에서 취할 수 있는 주장으로 무엇이 있을지, 주장을 어떻게 방어하고 논리를 강화할 수 있는지 등에 관하여 정교하고 풍부한 토론이 이루어질 것으로 기대한다.

## [토론문]

### 동성결합 소송의 절차와 방법에 대한 토론문

이은우(법무법인 지향)

#### 1. 법원의 유권해석에 대비한 의견제시

보도에 의하면 서대문구청장은 동성혼 혼인신고에 대하여 신고는 접수하되 법원에 수리할지 여부의 의견을 묻고, 그 의견에 따를 방침이라고 하였습니다. 아마도 관할 법원인 서울가정법원이나, 최고법원인 대법원에 의견을 물을 것으로 예상됩니다.

서대문구청의 질의에 대한 가정법원이나 대법원의 의견이 오면, 그에 대해서 정보공개청구를 하여, 그 내용을 파악하는 것이 좋을 것입니다. 이를 바탕으로 위헌법률심판제청을 할 법조문을 확인해 볼 수도 있을 것이기 때문입니다.

이때 법원이 동성혼 혼인신고를 수리해야 한다는 의견을 밝히도록 노력할 필요가 있습니다. 그래서 먼저 법원에 의견을 제시하여, 법원에서 혼인신고를 수리해야 한다고 해석을 할 수 있도록 노력하는 것이 좋겠습니다. 이를 위해서 지금부터 법학자와 실무자들, 로스쿨 학생들을 포함하여 법조계는 물론, 인권 단체와 그 밖에 시민사회의 각계로부터 동성혼 지지 의견을 모아서 동성혼이 우리 사회에서 수용되어야 한다는 점을 밝히는 것이 좋겠습니다.

물론 대법원은 2011.9.2. 자 전원합의체 결정(2009스117)에서 이미 다수의견으로 “헌법 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.”라고 선언하고 있는바, 무릇 혼인이란 남녀 간의 육체적, 정신적 결합으로 성립하는 것으로서, 우리 민법은 이성(異性) 간의 혼인만을 허용하고 동성(同性) 간의 혼인은 허용하지 않고 있다”고 판단한 바 있습니다. 따라서 법원의 입장은 어느 정도는 예상해 볼 수 있습니다.

그러나 양창수, 이인복 대법관은 “혼인 중에 있는 사람에게 성전환을 인정하는 것은 다수의견이 말하는 대로 직접적으로 동성혼을 인정하는 것이 되고, 이는 혼인제도의 근간을 뒤흔들게 된다.”고 보면서도 “동성혼은, 혼인제도가 어떻게 이를 포섭할 수 있도록

바뀌어야 하는가 하는 문제는 별론으로 하고, 현재 효력 있는 법에서는 부인되고 있다고 하지 않을 수 없다.”고 하여 혼인제도가 포섭해야 할 대상으로 보고 있습니다.

그리고 박시환, 김지형, 전수안 대법관도 “유엔인권이사회는 2011. 6. 16. 제17차 회의에서 ‘성적 지향 및 성정체성에 대한 결의안’을 통과시켰고 우리 정부도 유엔인권이사회 이사국으로서 위 결의안에 찬성하였는데, 위 결의안은 각국의 성적 지향과 성정체성에 대한 차별적 법률과 관행 등을 조사, 공개하도록 요구하고 있다. 다수의견의 견해는 성전환자, 동성애자 등의 이른바 성소수자에 대한 차별을 금지하는 입법과 제도적 보완이 요구되는 이러한 시대흐름에도 반하는 것이다.”라고 입장을 밝혔습니다.

이러한 대법관들의 입장에 비추면 다수의 대법관들이 동성혼을 혼인제도에서 포섭하지 않는 것은 성적 지향과 성정체성에 대한 차별로 인식하고 있는 것 같습니다.

따라서 법원의 입장 표명시 차선으로라도 ‘현행 법제도 하에서는 동성혼의 혼인신고를 수리할 수는 없겠지만, 동성혼을 혼인제도에 편입시키는 제도적 장치를 마련해야 한다’는 의견이 같이 들어갈 수 있도록 노력하는 것이 좋을 것입니다.

## 2. 혼인신고가 불수리될 경우의 소송

### 가. 불수리될 경우 가정법원에 불복신청

만약 시, 읍, 면의 장이 혼인신고를 불수리할 경우, 이해관계인인 신고의 당사자는 시·읍·면의 장의 위법 또는 부당한 처분에 대하여 관할 가정법원에 불복의 신청을 할 수 있습니다(가족관계의 등록 등에 관한 법률 제109조).

가정법원은 신청이 이유 없는 때에는 각하하고 이유 있는 때에는 시·읍·면의 장에게 상당한 처분을 명하여야 합니다. 신청의 각하 또는 처분을 명하는 재판은 결정으로써 하고, 시·읍·면의 장 및 신청인에게 송달하여야 합니다(제111조). 가정법원의 결정에 대하여는 법령을 위반한 재판이라는 이유로만 비송사건절차법에 따라 항고할 수 있습니다. 혼인신고 후 불수리증명서를 발급받아, 이를 첨부하여 가정법원에 불수리가 위법, 부당함을 들어서 불복신청을 하면 될 것입니다.

### 나. 위헌법률심판 제청신청

가정법원에 불복신청의 재판을 청구한 후 혼인신고 불수리의 근거가 되는 법률들에 대

하여 가정법원에 위헌법률심판제청을 하는 것이 좋을 것입니다. 가정법원이 위헌법률심판 제청을 하게 된다면 우호적인 여론을 형성할 수도 있고, 이를 바탕으로 국회를 통한 법개정 추진이나, 헌법재판소에서의 위헌 여부 판단시에도 도움이 될 수 있을 것입니다. 만약 위헌법률심판제청을 하지 않을 경우에는 기각결정에 대하여 헌법소원을 청구할 수 있을 것입니다.

#### 다. 헌법재판소에서의 판단

헌법재판소에서 위헌 결정을 받으려면 9인의 헌법재판관 중 6인 이상이 위헌이라고 판단하여야 합니다. 따라서 위헌 결정을 받기 위해서는 다양한 국내외적인 여론 형성 활동을 해야 할 것입니다. 헌법재판소에서 판단을 내릴 때까지는 오랜 시간이 걸릴 것으로 보이는데, 그 기간 동안 동성혼에 대한 국내외적인 여론의 긍정적 변화가 있을 것이므로 이러한 여론의 변화를 헌법재판소에서 적극적으로 반영할 수 있도록 최선의 노력을 기울여야 할 것입니다.

#### 라. 법리의 정리와 여론의 형성

혼인신고 불수리에 대한 불복신청시와 재판 청구 후 위헌법률심판제청을 신속하게 하기 위해서는 미리 법리를 정리해 놓을 필요가 있습니다. 그리고 위헌법률심판제청을 받아들일지 여부가 최초의 중요한 고비가 될 것이므로, 위헌심판제청을 할 수 있도록 최대한 법리를 체계적으로 정리하여 제출하고, 충분한 지지 여론과 지지 의견을 모아 놓는 것이 좋을 것입니다.

### 3. 현행법상 동성혼이 인정되지 않는다는 견해에 대한 의견

현행법상 동성혼이 인정되지 않는다고 보는 견해는 헌법 제31조 제1항을 편협하게 해석하고 있는데, 헌법 제31조 제1항을 그와 같이 편협하게 해석하는 것은 헌법 제11조의 평등권과 헌법 제10조의 인간의 존엄성을 침해하는 것으로 볼 것입니다.

그리고 헌법 제31조 제1항의 문구에 들어 있는 혼인에서의 양성평등이 헌법 제정시에는 이성혼을 가정하였던 것이라도, 다양한 성적 지향과 성적체성에 대한 사회적 인식의 변화가 온 것이 근래의 일이라는 점을 고려한다면 해석의 변천을 인정할 수 있을 것입

니다.

실제로 대법원도 성전환자의 성별정정과 관련하여 “종래에는 사람의 성을 성염색체와 이에 따른 생식기·성기 등 생물학적인 요소에 따라 결정하여 왔으나 근래에 와서는 생물학적인 요소뿐 아니라 개인이 스스로 인식하는 남성 또는 여성으로의 귀속감 및 개인이 남성 또는 여성으로서 적합하다고 사회적으로 승인된 행동·태도·성격적 특징 등의 성 역할을 수행하는 측면, 즉 정신적·사회적 요소들 역시 사람의 성을 결정하는 요소 중의 하나로 인정받게 되었으므로, 성의 결정에 있어 생물학적 요소와 정신적·사회적 요소를 종합적으로 고려하여야 한다.”(대법원 2006.6.22. 자. 2004스42 전원합의체 결정)고 하여 사회적 인식의 변화가 있음을 인정하고 있습니다.

한편 민법의 부부(夫婦)라는 표현을 들어서 동성혼이 허용되지 않는 것이라고 해석하는 것과 관련해서도 입법자가 민법의 제정 당시에 동성혼에 대한 인식이 부족해서 부부라는 표현을 쓴 것으로 볼 수도 있을 것입니다. 실제로 대법원은 “호적법이 성전환자의 호적상 성별란 기재를 수정하는 절차규정을 두지 않은 이유는 입법자가 이를 허용하지 않기 때문이 아니라 입법 당시에는 미처 그 가능성과 필요성을 상정하지 못하였기 때문” (대법원 2006.6.22. 자. 2004스42 전원합의체 결정)이라고 판단하기도 했습니다.

#### 4. 소송과 운동

동성혼을 법률적으로 인정받기 위해서 혼인신고를 하고, 혼인신고가 불수리되었을 경우 그에 대해 소송을 제기하기로 하고, 이를 공개적으로 제기하면서 여론을 만들어 나가는 것은 매우 뜻 깊은 일이 아닐 수 없습니다. 특히 전세계적으로 동성혼 인정의 흐름이 이어지고 있는 상황이기 때문에 앞으로의 소송 과정에서 효과적으로 힘을 모은다면 훌륭한 성과를 거둘 수 있는 환경도 조성되고 있습니다.

헌법재판소의 판단이 내려질 때까지는 오랜 시간이 걸릴 것이므로, 그 기간 동안 꾸준하게 이 소송과 운동을 병행해 나갈 필요가 있으며, 우리 나라는 물론 외국, 국제기구까지, 많은 개인은 물론 다양한 세력과 집단의 지지와 성원을 최대한 결집시켜 나가고, 이를 법원이나 헌법재판소에도 전달하여 우호적인 판결이나 결정이 내려질 수 있도록 해야 할 것입니다.

혼인신고 수리 여부에 대한 법원의 의견표명, 가정법원의 위헌법률심판제청 여부의 결정이 첫 번째 중요한 관문이 될 것이므로, 그에 대해서도 역량을 모아야 할 것입니다.

[발제문]

## 성소수자 운동과 동성결합 소송

곽이경(동성애자인권연대)

법을 바꾸는 것은 목표가 아니라 결과일 뿐이라고, 제도적 변화에 집중하는 운동은 많은 한계를 가진다는 생각을 오랫동안 가져왔다. 어쩌면 한국 성소수자 운동의 경험에서 우리가 이런 제도적 성취란 아무래도 미미하고, 그런데도 힘이 집약되었던 운동의 과제들은 하나 같이 ‘법’의 변화를 노리는 목표와 연관되어 있었기 때문일 수도 있다. 여전히 규모가 작고 가시적 성취가 더디고, 많은 경험을 축적하지 못했으며, 운동의 자원이 풍부하지 않은 성소수자 운동에 ‘법’을 통한 운동이 어떤 쓸모가 있을 것인지에 대해 따져보는 것이 내가 나누고 싶은 이야기다. 거친 결론부터 말하자면, 얼마만큼의 제도적 성취를 이룰지는 운동의 힘과 사회 여론의 상황에 달려 있다는 것이다. 또한 그러한 변화를 원하는 사람들의 열망이 어떻게 운동으로 표현되는냐는 운동이 지향하는 중요한 목표 가운데 하나일 것이다. 제도적 성취가 ‘결과’라고 말하는 이유는, 그것을 향한 여정에서 변화하는 사람들이 생겨나고 운동이 성장하기 때문에, (설령 제도적 변화가 더디게 일어난다 하더라도) 그 자체가 장기적으로는 중요한 성취인 것이다.

### 왜 지금인가?

이 글을 쓰게 된 계기는 많은 부분 김승환-김조광수 커플의 결혼으로 인해 동성결합이라는 쟁점을 사회적으로 제기하는 방법에 대한 다양한 고민을 시작할 시점에 왔기 때문일 것이다. 물론 김김커플의 결혼식이 한국 최초의 공개적 동성결혼식은 아니다. 2002년 레즈비언 커플의 공개결혼식이 보도된 바 있고, 2004년에는 게이커플이 공개결혼 후 혼인신고서 수리를 구청으로부터 거부당한 사례가 있으며, 간헐적으로 언론을 통해 동성결합의 모습이 보도된 바 있다. 2000년대 중반부터 성소수자 단체들은 동성결합과 관련한 사례 연구 및 행사 개최 등을 통해 논의를 이어왔다. 결국 동성결합과 관련한 논의는 갑자기 튀어나온 이야기가 아니다. 하지만 이러한 흐름을 구체적인 운동의 과제로 고민해보진 않았다. 그러면 왜 지금, 동성결합 권리를 위한 운동적 실천과 전략이 중요

한 토론 주제가 되고 있는가?

1. 할 이야기들은 많다. 최근 동성결합과 관련한 토론회가 빈번하게 개최되고 있다. 우리에게 막연한 주제가 아니라는 이야기다. 가족구성권 연구모임 등 각 단체에서 그동안 축적한 논의의 결과물을 내어놓고 이 쟁점을 어떻게 발전시켜나갈 것인가에 대한 논의를 활발하게 벌이고 있으며 대중적 관심을 받고 있다. 할 얘기가 많다는 것은 지금 이 상황이 하나의 이벤트로 끝나지 않을 수 있는 중요한 자원이 된다. 오히려 ‘지금’이라는 이 시기를 잘 활용하여 논의를 풍부화해야 한다고 생각한다. 한 가지 더, 동성결합을 둘러싸고 이것을 바라보는 관점과 실천의 방향에 대한 논쟁이 보다 구체화되기 시작했다. 동성결합 과제가 이성애적 결혼제도로 수렴될지 모르는 우려부터, 그 안에서 계급 계층, 성별 등의 조건이 다르기 때문에 결혼을 선택할 수 있는 동성애자와 그렇지 않은 동성애자로 나뉘질 가능성에 대한 문제까지. 이런 고민들은 운동의 방향성을 둘러싼 현실적 고민들이며 인권운동이 충분히 고려해야할 지점이다. 쟁점이 운동으로 현실화되는 가능성이 높아지기 때문에, 현실적인 고민들도 더욱 구체화되는 것이다.

2. 한국 성소수자 운동이 성장했다. 동성결합을 운동이 성취해야 할 과제로 삼기 위해서는 운동이 어느 정도의 힘을 가지고 있는가도 중요하다. 불과 5년 전에는 눈에 보이는, 또는 해볼만한 운동의 과제가 아니었던 것들이 이제는 ‘싸워볼만한’ 문제가 될 수 있는 힘은 운동의 역량에 달려 있다. 또한 지금의 사건이 운동과 어느 정도 연결고리를 가지고 진행되는지, 그 연결고리를 운동이 어떻게 활용하고 개입할 수 있는지가 중요하다. 단지 셀레브리티여서가 아니라고 생각한다. 당사자들이 성소수자 단체의 구성원이며, 문화연대라는 사회단체가 결혼식을 공동으로 기획했다. 연관 맺고 있는 인권사회운동이 이 결혼식을 지지했으며, 결혼식을 통해 성소수자 인권센터를 설립하겠다는 계획 또한 중요하게 다뤄졌다. 그래서 이 결혼식은 그 동안 성소수자 운동이 경험하고 축적해온 성과와 연결망에 기반하여 진행되었다고 봐야 한다.

3. 동성결합이 제도화의 급물살을 타면서 한국사회도 그 영향을 받고 있다. 사실 세계는 양극화되고 있다. 러시아나 아프리카, 중동 지역에서는 동성애혐오와 폭력이 극단적으로 나타나고 반동성애적 법률이 제정되는 한편, 유럽, 미국 사회 등에서는 동성결합 권리가 급속히 확대되는 것으로 보인다. 특히 프랑스에서 이성애자와 동등한 내용의 동성결합을 인정하고, 미국에서 결혼보호법(DOMA)이 위헌판결 나면서 세계적으로도 동



성결합이 인정되는 추세라는 사회적 인식이 높아졌다. 한국 사회에서도 이러한 인식 변화와 함께 동성결합이라는 과제가 이전보다 현실적인 모습으로 다가오고 있다. 운동이 그 동안 이 쟁점을 사회적으로 충분히 제기하거나 공론화하지 못했더라도 우리는 위 같은 변화 때문에 보다 유리한 위치에서 시작할 수 있다.

따라서 우리가 동성결합과 관련한 운동의 과제를 점검하고 방향성을 토론하는 시기로써 지금은 매우 중요하다고 본다. 결혼식이라는 사건은 위와 같은 배경에서 진행되었지만 그것을 사회운동에서 어떻게 발전시킬 것인가는 앞으로 중요한 문제가 될 것이다.

## 입법운동과 관련한 성소수자 운동 경험과 동성결합

법에 호소한다는 것은 어떤 의미일까? 동인련 회원 중 한 명이 탄원서는 왜 받는 것인지 질문을 던졌다. 이거 받아서 뭐가 바뀌느냐고. 나또한 실제로 법이 우리 삶의 무엇을 바꾸어 놓는가에 대해 자주 의문을 가지곤 했었다. 사회운동에서 소송운동을 포함하여 법적 논리들을 가지고 운동을 할 때 그것이 얼마나 어떤 면에서 효과적일지를 염두에 둘 것이다. 실제로 법으로 다투어 이기는 것을 포함하여, 그 과정에서 진행되는 다양한 참여 방법들(서명, 탄원, 청원 등)을 동원하여 캠페인을 벌이고 사회적 지지를 모아내는 방법도 효과성을 따져보는데 포함될 것이다. 법은 일반적으로 사람들에게 억울함을 호소할만한 어떤 대상으로 여겨진다. 공정해 보이는 탓에 약자들에게는 매달려볼 만한 것이기도 하고 성소수자들에게는 우리의 기본권을 보장받기 위해, 법적 인정을 위해, 법에 호소하는 것은 꼭 필요한 것으로 여겨진다. 일반적으로도 법은 좀 더 객관적이고 공정한 판단의 근거를 제공하는 것으로 느껴질 것이다.

지금까지 성소수자 운동의 주요한 쟁점들은 법적 변화를 둘러싸고 일어난 경우가 많았다. 차별금지법은 물론, 가장 인상적이었던 서울학생인권조례 제정과정에서 삭제될 뻔한 ‘성적지향과 성별정체성’을 지키는 싸움까지, 법조문을 만드는 것, 지키는 것, 바꾸는 것, 없애는 것과 관련한 투쟁이 주요했다. 우리가 먼저 시작한 싸움이 아닌 경우도 많았다. 소송의 방식과 입법의 방식 둘 다 활용되었다.

1. 기억에 남는 소송은 2001년 엑스존 사이트에 대한 청소년 유해매체물 결정 처분에

대한 것이다. 당시 대법원 상고까지 이어지고 나서도 최종 패소하는 과정까지를 지켜보면서 “아, 소송이란 이렇게 지루하면서 피말리는 것이구나”라는 생각을 했다. 또 하나는 소송 비용 문제였다. 엑스존은 소송비용 마련을 위해 후원을 많이 조직해야 했고 그것도 성소수자 단체들의 활동 가운데 하나였다. 공익적 소송의 성격이었다 할지라도 쉽게 끝날리 없는 소송 비용에 대한 대책을 세워두지 않고서는 소송 당사자에게 너무 큰 고통을 주겠다는 생각이 들었다. 물론 엑스존 소송이 진행되는 과정에서 2002년 가을에는 성소수자 단체들이 청소년보호법 상 동성애차별조항을 인권위에 진정하였고 그 과정에서 이 조항은 결국 인권위 권고를 받아들여 삭제되었기 때문에 소송의 승패여부를 떠나 이 사건은 쟁점을 이어갈 수 있게하는 중요한 역할을 했다. 군형법 92조 위헌 소송 또한 결과적으로는 이기지 못했다. 군대에서 일어나는 성소수자에 대한 폭력과 차별이 실제로 드러나고 이를 개선하기 위한 노력이 계속되는 가운데, 대중적으로 탄원을 조직하는 등 이 소송은 중심적 역할을 했다.

2. ‘성적지향’과 같은 성소수자 관련 조항이 입법된 것은 국가인권위원회법 제정 과정이 처음이었다. 1998년부터 2001년까지 인권위법을 제정하는 과정에 개입했고 그 과정에서 성적지향에 따른 차별금지가 포함되었다. 법 제정 이후에는 기획 진정이 이어졌다. 인권위법은 아주 제한적이지만 성적지향에 따른 차별을 호소하거나 시정을 요구할 수 있는 유일한 제도로 활용되고 있다. 그 후 입법운동은 크게는 두 가지 방향으로 나타났다. 하나는 성전환자성별변경특별법 제정 노력처럼 실제로 성소수자의 제도적 필요를 적극적으로 제기하면서 법안을 만들어간 경험이다. 다른 하나는 입법 과정에서 성소수자에 대한 차별로써 일부 조항이 빠지거나 삭제되는 상황에 개입하거나, 매우 차별적인 조항들을 바꾸거나 없애야 하는 문제들을 가지고 싸운 경험이다. 차별금지법안이나 서울학생인권조례 제정 과정이 그런 예다. 이 경우 제도를 통한 권리의 확장이나 회복 등을 기대하기 보다는, 기본권 침해나 존재부정에 맞서 싸우게 되었다. 서울학생인권조례투쟁은 잊을 수 없는 기억으로 남아있다. 결국 뜨거운 논쟁 끝에 삭제될 뻔한 성소수자의 존재가 당당히 조문 안에 새겨지게 되었다는 기쁨도 있었지만, 무엇보다 운동의 힘과 연대의 확장을 확인한 것이 기억에 남았고 서울시의회에서 동성애 논쟁이 그렇게 뜨겁게 벌어지는 것을 보면서 드디어 우리가 공론의 장에 진입했다는 묘한 감정도 느꼈던 것 같다.

하지만 ‘조항 지키기 싸움’이 실제로 성소수자의 삶에서 어떤 가시적 변화를 가져다 줄까 생각해보면 좀 갑갑한 것도 사실이다. 학생인권조례 제정 이후 몇몇 사람들이 “성소

수자 학생들에게 어떤 변화가 나타났는지” 질문했지만, 답해줄 것이 별로 없었다. 후퇴하지 않기 위한 싸움 속에서 우리는 때때로 지리함을 참아내야 하고, 한발짝 전진하는 것이 힘든 상황을 수차례 만난다. 그래서 이러한 투쟁과 관련해서는 성소수자들 자신이 ‘나를 위한 법’이라고 느끼기 보다는 ‘차별에 맞서야 하는 법’으로 이해하게 되는 경우가 많다. 활동을 하고 있는 나조차도 ‘법의 실효성’을 따지기 보다는 ‘이 법을 지켜야 하는 (선언적) 의미’로써 접근하게 되는 것 같다.

4. 동성결합과 관련한 소송은 지금까지와는 좀 다른 의미로 읽힌다. 결합의 권리는 기본권의 문제이면서도 사회 경제적 권리와 결부되어 있다는 점에서 그렇다. 만약 동성결합 제도화가 이루어진다면 눈에 보이는 변화들이 나타날 것이다. 결혼이 규정하는 여러 제도들이 동성커플들에게도 확장될 것이기 때문이다. 물론 그러한 제도들 속으로 ‘결혼한 동성커플’이 들어오는 것이 될 수도 있겠다. 아무튼 구체적인 동성애자 권리를 제도화하라는 요구는 이전까지 성소수자 운동이 해왔던 존재 인정 및 기본권 보장 등의 요구와는 다른 층위로 진행될 것으로 보인다.

## 지금, 왜 동성결합 소송인가?

김승환-김조광수 결혼식을 앞두고 성소수자 인권단체들이 가장 많이 모여 있는 <무지개행동>에서는 내부 간담회가 열렸다. 사실 성소수자 단체들은 지금껏 동성결합에 대한 입장을 꺼내놓고 이야기하거나 정리해본 적이 없다. 현안이었던 적이 없기 때문이다. 그럼 지금은 현안인가? 이와 관련하여 결혼식을 앞두고 느꼈던 약간의 혼란에 대해 이야기해보겠다. 결혼식은 분명하게 동성결합을 제도화하기 위한 하나의 시도이자 운동적 실천의 일환으로 준비되었다. 하지만 성소수자 단체들은 오히려 이 상황에 좀 뒤늦게 뛰어들었거나 개입의 정도나 입장에도 저마다 차이가 있었다. 이 결혼식 이후 혼인신고와 소송으로 이어지는 수순은 당연하게도 동성결합의 제도화를 위한 요구와 실천으로 보인다. 그러다보니 상이한 관점의 각 단체가 충분한 토론 없이 당위적 지지를 보내기 어려웠고 동의지점을 찾기 까지도 많은 토론이 필요했던 것이다.

각 단체들이 동성결합에 대해 서로 다른 관점을 지니고 있는 것은 일면 당연하다. 결혼 및 가족제도에 대한 서로의 입장이 달라서만은 아니라고 생각한다. 동성결합으로 가는

여정에서 우려되는 수많은 지점들이 있고, 그 중 많은 부분은 이미 동성결합의 권리가 쟁취된 사회에서 확인되어왔기 때문이다. 성소수자 중에서 동성애자가, 그중에서 남성이, 좀 더 부유한 사람이, 또는 동성결합을 통해 동등하게 보장받을 무엇이라도 가진 사람이 동성결혼의 실질적인 수혜자가 될 가능성이 클 것이라는 점도 간과할 수 없다. 동성결합은 어쨌든 일정한 한계를 지닌다. 정상가족 중심으로 짜여진 사회 구조 속으로 동성가족이 잘 섞여들어갈 수도 있으며, 동성결합을 제도화한다고 해서 가족 바깥의 삶에 어떤 변화를 만들어낼 수 있을지도 미지수인 것은 맞다. 하지만 동성결합을 제도화하는 과정에서 이것이 분명 정상가족 이데올로기를 흔들 수도 있고, 가족 바깥의 삶을 배제하는 문제를 제기할 수 있는 기회를 크게 열 수도 있다. 무엇보다 많은 동성애자들이 자신의 실질적 필요와 박탈감으로부터의 회복, 평등에의 요구 때문에 동성결합을 지지할 것이다.

소송의 결과가 어떻든 사회적 파급력은 클 것이다. 소송이 진행되면 호모포비아들과 동성결혼에 반대하는 자들은 이 소송 자체를 비난하고 공격할 것이다. 법적 다툼이 시작된 이상, 동성결합 쟁점은 또다시 좌우를 가를 가장 뜨거운 쟁점으로 부상할 것이다. 이것은 우리가 선택 가능한 문제가 아니다. 동성결합 제도화를 둘러싸고 운동의 방향과 전략을 함께 논의하는 과정에서 위 같은 딜레마를 해결해야 한다.

## 승소가 목적인 싸움?

앞으로 이어질 동성결합 소송은 이런 열망을 일정하게 반영할 것이다. 그렇기 때문에 소송에 이기는 것도 중요하지만 과정에서의 운동적 실천과 변화에도 주목해야 한다. 이 소송은 하나의 캠페인이기도 해야 한다. 나는 기본적으로 법은 보수적인 것이라고 생각한다. 법이 변화하는 것은 마지막 순간이며, 사회여론과 힘의 추가 어디로 쏠려 있느냐가 법을 바꾸어 놓기도 하고 후퇴시키기도 한다. 그러므로 동성결합을 소송이라는 방식으로 제기할 때 여기에 너무 많은 중요성을 두어서도 안 된다고 생각한다. 어쨌거나 이기고 지는 사람이 존재하는 싸움인데 우리는 사실 많이 불리한 위치에서 시작하는 것이기 때문이다. 물론 패소하면 나쁜 선례가 되어버릴 가능성도 우려되지만, 소송에 치우친 나머지 동성결합에 대한 어떤 논의는 살리고 어떤 논의는 죽일 것인지에 대한 취사선택을 하게 되는 것도 걱정이다. 법적으로 의미 있는 소송을 만들기 위해 삶에서 다양한 형태로 존재하는 동성결합의 주체들을 ‘기획’안에 맞추어 넣어야 한다면, 중요한

여러 면을 놓치게 되는 것은 아닐까?

동성결혼 소송이라고 하면 흔히 미국을 떠올린다. 최근 미국의 혼인보호법(DOMA)이 위헌 판결을 받은 뒤 미국 전역에서는 줄소송이 잇따르면서 전역에서 동성결합 인정을 위한 움직임이 활발하다. 난 이걸 보면서 DOMA 위헌 소송의 원고였던 에디 윈저가 거의 4억원 가까이 되는 상속세를 부과받았다면 이 사람은 얼마나 부자일까 하는 엉뚱한 생각을 했었다. 미국에서 소송을 걸 수 있는 당사자는 어떤 사람인가? 일단 찾아야 할 권리가 많은 사람인 경우이지 않을까? 실상 사회적 자원이나 권력을 갖추지 못한 사람들은 찾아먹을 것도 없어서 소송에도 적합지 않은 것 아닐까? 한국은 어떨까,하는 생각을 해본다. 우리가 미국과 같은 경로를 걸을 것인가? 많은 부분이 다를 것이다. 미국은 한국과는 달리 소송이라는 방식을 더욱 주되게 활용하는 나라인 점도 다르겠지만, 무엇보다 실천을 만들어갈 사회운동의 경험도 다르기 때문이다. 그 때문에 우리가 고려할 지점도 다른 나라들과 다를 것이다. 이와 관련하여서는 다음 절에서 좀 더 언급하겠다.

요컨대 ‘한국사회 최초 동성결혼 기획소송’이라고 하는 타이틀에 너무 압박을 받지 말았음 하는 바람이다. 첫 싸움은 패소하더라도 아마 그 과정에서 다양한 사례들이 물 위로 올라올 것이고, 우리는 지속적인 캠페인을 통해서 ‘동성결합’도 꽤나 당연한 삶의 모습이며 평등할 권리가 있음을 효과적으로 설득해낼 시간과 기회를 더 많이 보장받게 될 것이다. 소송이 시작되면, 그 이후에는 지속적인 캠페인, 그리고 그 내용이 더 중요하다.

## 동성결합 권리 운동은 어떻게 시작되어야 하는가?

**결혼을 진짜 ‘선택’할 권리로 만들기 위한 논의도 중요하다.**

앞서 동성결합이 사실 ‘제도화’를 전제하는 쟁점이라는 점을 언급했다. 제도가 명확하게 눈에 보이고 딱 그려지기 때문이다. 우리가 그만큼 결혼과 가족의 모습에 익숙해서일까. 그런 이유로 제도화는 다른 여러 부분으로의 상상력을 가두기도 한다. 단지 동성결합만 제도화하려고 했을 때 여전히 결혼이라는 제도 바깥에 남는 사람들이 존재할 것이다. 의식적으로 동성결합과 더불어 사회보장 및 사회안전망을 가족 바깥으로 확대하려는

진지한 시도가 이뤄져야 할 것이다. 하나의 예만 들어보자면, 병원에서 동성파트너의 의료친권을 주장하는 것도 중요하지만 보호자를 두는 제도를 바꾸는 것도 가능하다. 장애인 부양의무제를 폐지하는 것도 같은 맥락에서 중요하다. 사회보장을 가족 단위가 아닌 개인 단위로 바꾸고, 실질임금 명목으로 주어지는 가족단위에 유리하게 설계된 임금 체계 및 복지를 개인에게 평등하게 고칠 수도 있다. 이런 논의는 동성결합 쟁점 자체와 직접적으로 결합하기 어려울 수 있지만 분명 중요하게 고려되어야 할 지점이다.

### **동성결합은 제도일 뿐만 아니라 ‘사회적 관계’의 일부로 이해되어야 한다.**

한국 사회는 압축적인 변화가 일어나면서 차별금지법도 만들어지지 않았는데 동성결합도 동시에 제기되고 있다. 하지만 여전히 성소수자에 대한 혐오와 편견의 시선도 강력해서 성소수자가 사회에서 뗃게 되는 인간관계의 전면에 등장하기 어려운 조건인 것도 사실이다. 동성결합이 상대적으로 낫설거나 시기상조인 것처럼 느껴지는 이유도 동성결합관계가 가시적인 사회적 관계로서 충분히 보이지 않는 상황 때문일 것이다. 동네에서 공공연한 이웃으로 존재하거나, 가족들 사이에서 관계를 맺고 있는 등 어느 정도 사회적으로 오픈되어 있는 동성결합관계가 드러나는 것이 중요하다. 지금 당장 이 관계들이 잘 보이지 않기 때문에 동성결합권리가 급속히 진전되기도 어려울 것이다.

그러면 어떻게 드러낼 것인가가 앞으로의 과제 중 하나가 될 것인데, 소송이라는 방식으로 다양한 관계를 드러낼 수도 있고 사례를 차곡차곡 모아가는 과정을 거칠 수도 있다. 어쨌든 당장에 동성결합이 제도화되지 않는 이상 우리는 상당한 시간을 들여 사회 속에 동성결합이라는 관계를 어느 정도 ‘당연한 관계’들로 만들어가야 할 것이다. 사람이 보여야 한다고 생각한다. 관계가 보여야 하고 쌓여야 한다. 사회적 관계에서 자리 잡는 밑거름 없이 동성결합의 제도화는 장담하기 어렵다.

### **‘평등’은 동성결합의 중요한 키워드다.**

‘평등한 사랑, 평등한 권리’는 사실 해외 성소수자 자긍심 행진에서 보고 따온 것이긴 하지만, 동인련에서 수년 동안 사용 중인 슬로건이다. 평등에 대한 요구가 단지 이성애자와 ‘동등’해지기만을 바란다고 이해되어서는 안 된다. 물론 차별받는 사람이 상대적으로 좋은 위치에 있는 사람과 동등해지길 바라는 것은 당연한 욕구다. 내가 하는 사랑이 존중받기를 바라는 것, 동성파트너와 함께 살아도 세간의 시선에서 자유롭기를 바라는 것, 결합을 통해 그간 이성커플에게만 제공되는 권리를 나도 똑같이 제공받기를 바라는 것. 동성결합 요구에는 그 동안 무시당했던 존재들이 존중받고자 하는 열망과 박탈감을

극복하기 위한 바람, 누구에게는 주고 누구한테는 안주는 치사한 세상을 바꾸고 싶어 하는 욕구가 녹아 있다. 그만큼 동성결합은 평등할 권리에 대한 구체적인 상상이 가능하게 한다. 결혼을 원하건 원하지 않던 간에 성소수자로 살면서 가족 바깥의 고립감과 박탈감을 느껴본 사람은 더 없이 많을 것이기 때문이다.

### **용기를 이끌어내는 운동, 과정에서의 변화를 중요하게 여기는 운동이 되어야 한다.**

동성결합은 지금 벌어져 있는 다른 어떤 성소수자 운동 과제들보다 응집력이 높은 쟁점이 될 수 있다. 물론 위의 지점들을 세심하게 고려하더라도 결국 운동의 당면 목표는 동성결합을 제도화하는데 고정될 가능성이 크다고 생각한다. 그럼에도 불구하고 사회적 지지를 확대하고 성소수자들의 열망을 모으고 참여를 확대하기 위해, 동성결합은 충분히 강조점을 두고 조직할 수 있는 과제라고 생각한다. 김조광수-김승환 커플의 결혼은 당사자들이 용기를 가지고 기꺼이 동성결합 권리를 주장하기 위한 첫 번째 케이스가 되었다는 점에서 반갑다. 이들의 용기로부터, 처음에는 하나둘 구체적인 사례를 만들고 사회적으로 공감될만한 차별을 고발하는 과정을 거치겠지만 주체들이 용기를 가지고 나설 수 있는 장을 끊임없이 만들어내야 할 것이다. 이번 계기로 우리 목소리로 끊임없이 세상을 시끄럽게 만들기를 바란다. 소송이 스타트를 끊었다면 그 이후부터는 과정에서의 운동의 질적, 양적 변화들을 주목하면서 나아가야 할 것이다.

### **혐오에 맞서 연대를 확장하기 위한 좋은 과제**

마지막으로 강조하고 싶은 것은 혐오에 맞서는 방법으로 동성결합과 같은 이슈에 대한 사회적 지지를 확대하는 것이 중요하다는 점이다. 제도화 그 자체보다 과정으로서의 캠페인과 여론 확대, 사회적지지 확보가 비할 바 없이 중요하기도 하다. 다시 말하지만 동성결합 소송이 본격화되면 분명히 부도덕한 존재, 가족 및 사회붕괴의 주범으로 매도하는 세력들이 동성결합 운동을 공격할 것이기 때문이다. 결혼식에서 오물을 뿌리는 것과 같은 호모포비아의 돌출행동이 지지를 받을 것 같아서 하는 이야기가 아니다. 중북 마녀사냥과 함께 다시 한번 매카시즘의 공포가 이야기되는 요즘, 우연인지는 몰라도 성소수자에게 우호적인 보도가 늘어나는 만큼, 동성애를 부도덕하고 공포스러운 낙인 집단으로 몰아붙이는 보도도 늘고 있기 때문이다. 박근혜 집권 이후 마녀사냥과 함께 기세가 등등해진 우익들이 노골적으로 반동성애 정서를 조장하거나 일상적으로 우리가

여는 행사나 집회에서 행패를 부릴 가능성도 커졌다.(국정원 집회와 관련한 가판을 용감하게 뒤집어 엮는 우파들도 생겨났다)

아직 동성결혼이 괜찮은 것인지 확신이 없는 대다수의 사람들은 동성결혼이 출산이나 육아, 건전한 가족제도 유지에 안 좋은 영향을 미칠거라는 상대적으로 온건한 주장에는 고개를 끄덕거릴 수 있다. 우리는 우리를 혐오하는 우파들의 얼굴만 쳐다보며 서로 싸울수만은 없다. 그보다는 사람들에게 지지를 확대하고 연대를 넓힐 수 있는 우리 운동의 과제를 설득하는 것이 혐오를 넘어서는 중요한 전략이다. 그리고 이렇게 하지 않고서는 우회할 수 있는 방법도 없다. 동성결합의 권리는 충분한 설득력을 지니고 있다.

동성결합 소송이 시작되면 논란이 시작될 것이다. 어떤 면에서는 우리가 논란을 만들어 내야 하며, 이것을 잘 살리는 편이 좋다고 생각한다. 동성결합이 시기상조인가 아닌가 하는 논의는 이미 중요하지 않다고 다들 생각할 것이다. 다만 이 운동의 방향을 어디로 정할 것인가? 우리 운동의 역량에서 무엇을 먼저 할 것인가? 무엇을 당면한 과제로 삼아야 할 것인가? 에 대한 많은 토론과 합의점 도출이 필요하다.

많은 질문이 남는다. 차후 동성결합운동과 관련한 연대들을 만들어야 할 것이라고 생각한다. 무지개행동과 같은 상시적인 성소수자 인권단체 연대체는 이 운동에 함께 결합할 수 있지만, 이 쟁점에 특별히 강조점을 두고 활동하기는 어려울 것이기 때문이다. 연대를 확대하는 틀로서도 ‘차별금지법제정연대’처럼 당면한 과제를 함께 이루기 위한 목표를 거는 연대들이 필요할 것이다. 이러한 틀이 언제 필요할지, 실제로 운동으로 만들어가기 위해 무엇이 갖추어져야할지에 대한 구체적 논의들이 계속 되기를 바란다.

서대문구청에서 김김 커플의 혼인신고를 일단 받고 법원 판단을 기다리겠다고 한 것이 화제가 되고 있다. 분명 이전보다 진일보한 것이다. 마레연에서 열심히 싸워서 구청들이 눈치를 보는 것 같다는 의견도 들린다. 조금씩이지만 변화가 보이고 있다. 한번 뛰어들어보면 지금 일어나고 있는 변화들이 더 많이 보이게 될 것이라 생각한다.

마지막으로 내가 동성결합권리를 지지하는 이유로 이전에 썼던 글을 인용하여 끝맺겠다. 나는 진심으로 이 권리가 누군가에게 자신이 인간으로 존중받고 있음을 증명해줄 것이라고 믿는다.



“나는 가족제도가 지긋지긋하고 싫다. 내 동성 파트너의 투병 기간 동안 전적이고 실질적인 보호자였던 나는 단 한번도 수술동의서나 치료 결정에 서명할 수 없었다. 나의 파트너가 세상을 떠나고 장례 절차에서조차 완전히 배제된 다음에야, 다른 나라의 동성 커플들에겐 ‘배우자의 시신을 처리할 수 있는 권리’ 같은 것도 규정돼 있다는 것을 알게 됐다. 내가 원하는 것은 사랑하는 사람들이 결합할 권리만이 아니다. 나는 성소수자가 모든 면에서 동등하기를 원한다. 내가 인간으로서 존중받고 있음을 증명하는 모든 경제, 사회적 권리를 원한다. 성소수자의 이 모든 권리들은 정말로 ‘가족제도’에 도전하는 것과 밀접히 연관돼 있다. 뿐만 아니라, 지금껏 견고한 가족제도 때문에 배제되고 소외된 다양한 사람들이 각자 원하는 형태의 가족을 꾸릴 수 있기를 똑같이 바란다. 그것은 이 사회가 야비하게 박탈한 권리를 원래 주인에게 돌려주는 일이다.”

## [토론문]

# 동성결합 소송과 인권운동

박진(다산인권센터 상임활동가)

## 1. 들어가며

발제자의 고민을 따라가면서 토론하고자 한다. 발제자는 성소수자운동의 성장에 따라 해 볼 만한 운동 중에 하나인 동성결합소송이 싸워볼만한 의제가 되었음을 밝히면서 이야기를 시작한다. 특히 김조광수-김승환 커플(이하 김-김 커플)의 '당연한 결혼식, 어느 멋진 날'(이하 당연한 결혼식)이 운동의 축복 속에 치러졌고 이러한 배경은 성소수자 운동의 경험과 성과, 연결망에 기반한 진행이라고 평가한다.

법에 의한 운동이 가지는 한계와 또는 특별한 선택지로써의 법운동의 역할에 대한 고민 속에서 동성결합 소송의 의미를 짚었다. 그래서 승소만이 아닌 얻을 수 있는 성과들에 대해서 특히 진짜 선택할 권리로써의 논의를 요청했다. 여전히 남는 결혼제도 문제와 가족중심 복지체계에 대한 문제제기, 제도 바깥과 소수자 사이 차이가 인권운동 과제라고 말했다. 이번 동성결합 소송에 따른 인권운동이 “용기를 이끌어내는 운동, 과정에서의 변화를 중요하게 여기는 운동이 되어야 한다.”고 말하기도 한다. 또한 혐오에 맞서는 방법으로 동성결합과 같은 이슈에 대한 사회적 지지를 확대하는 것이 중요하다고 보았다. 발제자의 결론부분은 제도화 그 자체보다 과정으로서의 운동 확대로써 동성결합 소송을 인권운동의 한자리로 바라보고 있다.

## 2. '소위'정상적인 그림의 비틀기

“어느 가족의 단란한 저녁한 때 모습을 상상해 보자. 누가 있는가?”인권교육 나가서 자주 던지는 질문이다. 어떤 그림인가, 등장하는 주인공들은 누구인가 물어보면 대부분 엄마와 아빠, 그리고 토끼같은 아이들이 있다고 답한다. 그림 엄마는 무엇을 하고 있는가. 아빠는 무엇을 하고 있는가. 역시 사람들은 우리가 알 만한 답을 말한다. 법무부와 여성가족부에도 ‘어느 가족’은 그렇게 드러난다. 다정한 남녀와 사랑스런 자녀들이 하늘을 향해 손을 찌르는 그림으로. 그래서 그림에 남자와 남자, 여자와 여자가 다정히 이야기 나누거나 키스를 하는 장면이 있더냐고 묻는다. 아니면 할머니와 어린 손주가 텔

레비전을 보고 있지는 않느냐고 묻는다. 대답하지 않는다. 때로는 “아흑~”소리를 지른다. 할머니를 등장시켜 안심시켜주기 전까지는.

소위 ‘정상가족’이라는 것은 우리에게 모두 철저히 이성애 중심, 혈연 중심, 대부분 남성 중심, 그리고 번식 중심이다. 그래서 가족의 공간에는 법조차 쉽게 비집고 들어갈 수 없다. 가족의 관례로 입장할 때는 필요하지만 들어간 이상, 더 이상 법은 필요 없는 사적 지배의 공간이 그곳이다. 그러한 어마어마한 곳에 하물며 ‘비정상 가족’이 입성하려니 사회에 파문이 일지 않을까. 그러니까 김-김 커플의 당연한 결혼식과 동성결합 소송이 불러올 파장은 당분간 만만치 않게 오래갈 듯하다. 지켜보는 꽤 호의적인 논설조차 다다른 결론에서는 그렇지 뭐, 싫은 그러한 시선들이다. 각오할 일이다. 물론 오물을 던진 그들은, 말할 것도 없고.

“하지만 이런 이해가 전제돼 논의를 시작한다 하더라도 세계에서 가장 심각한 저출산율 문제, 동성애 부부의 결혼이 가져올 입양과 차별 문제 등 여러 부작용, 찬반론자의 대립 같은 사회 갈등으로 인한 비용 등 우리사회의 특수한 상황과 사정도 만만치 않다. 그런 만큼 이를 최대한 감안해 합리적인 대안을 마련해야 한다는 원론 수준 외에는 더 이상의 논의가 쉽지 않은 것이 현실이다. 우리 사회에서 동성결혼이 얼마나 뜨거운 감자인지 논의를 풀어갈수록 절감할 수밖에 없는 것이다.”<sup>70)</sup>

초등학생에게 숙제를 내준다. “부모님에게 사랑한다고 말씀드리고 어깨를 주물어 주고 오너라.” 아름다운 숙제다. 그런데 아름답고 예의바른 숙제가 불편하고 힘든 사람이 있다. 누구냐? 아까 그 할머니와 사는 어린 손주다. 그래서 소위 ‘정상적인 가족’이라는 것, 소위 ‘정상적인 것’들이 가지는 폭력성에 주목해야한다. ‘정상적인 것’들이 지극히 정상이기 때문에 소위 비정상적인 것들은 추락할 수밖에 없다. 그때서야 인권은 정체를 드러낸다. 우리는 한사람 한사람 존엄에 주목하는 인권의 성장을 통해 인류가 행복에 근접할 수 있음을 알고 있다. 여기서 인권운동의 역할은 비정상중심으로 세상을 재구성하는 것이 아닐까. 그것도 끊임없이 끝없이.

그런 의미에서 소위 어느 가족의 정상적인 저녁 한때를 비틀 수 있는 어느 멋진날의

---

70) SBS [논설위원칼럼] 동성결혼, 입장 바꿔 놓고...역지사지에서 출발하자/2013.09.11./김강석  
[http://news.sbs.co.kr/section\\_news/news\\_read.jsp?news\\_id=N1001975829](http://news.sbs.co.kr/section_news/news_read.jsp?news_id=N1001975829)

결혼은 당연해야 한다.

### 3. 법-제도화 과정의 질문들

발제자의 표현대로 “요컨대 ‘한국사회 최초 동성결혼 기획소송’이라고 하는 타이틀에 너무 압박을 받지 말았음 하는 바람이다. 첫 싸움은 패소하더라도 아마 그 과정에서 다양한 사례들이 물 위로 올라올 것이고, 우리는 지속적인 캠페인을 통해서 ‘동성결합’도 꽤나 당연한 삶의 모습이며 평등할 권리가 있음을 효과적으로 설득해낼 시간과 기회를 더 많이 보장받게 될 것이다. 소송이 시작되면, 그 이후에는 지속적인 캠페인, 그리고 그 내용이 더 중요하다.” 법제도화는 늘, 언제나 목적이면서 동시에 늘, 아니다.

인권레짐은 ‘이론-> 제도-> 법규범 -> 인권의 내용 -> 감시 및 집행 방식’으로 구성된다. 인권영역 행위자들의 기대치가 수렴되고 이것이 명시적이고 암묵적인 여러 원칙, 국제법 규범들, 의사결정 절차 등을 만들고 감시하고 집행하게 한다. 그러나 역시 이러한 전문적 서사방식에 의한 인권운동은 “‘법 준수 및 이행 결손’의 문제를 중심으로 인권에 접근하는 경향-체계적으로 갖춰진 국내·국제 인권기준이 있는데도 그것이 잘 지켜지지 않기 때문에 인권침해가 발생한다는 식의 단순한 문제의식-다분히 깔려 있다.”<sup>71)</sup>는 한계를 가지고 있다. 사실 그래서 성소수자들 동성결합은 결혼 제도의 입성이라는 목적과 동시에 인권행위자들의 기대치에 주목하고 이를 사회적으로 드러내는 것을 성과로 두어야 하지 않을까. 그러한 기대치에 부합하는 법제도적 과제와 사회적 약속을 만드는 행위가 때로는 목적이, 과정이 될 수도 있다. 존재들의 기대치에 부합하는 삶의 조건들을 알리고 만드는 것도 중요하기 때문이다.

“동성결합과 관련한 소송은 지금까지와는 좀 다른 의미로 읽힌다. 결합의 권리는 기본권의 문제이면서도 사회 경제적 권리와 결부되어 있다는 점에서 그렇다. 만약 동성결합 제도화가 이루어진다면 눈에 보이는 변화들이 나타날 것이다. 결혼이 규정하는 여러 제도들이 동성커플들에게도 확장될 것이기 때문이다. 물론 그러한 제도들 속으로 ‘결혼한 동성커플’이 들어오는 것이 될 수도 있겠다. 아무튼 구체적인 동성애자 권리를 제도화 하라는 요구는 이전까지 성소수자 운동이 해왔던 존재 인정 및 기본권 보장 등의 요구와는 다른 층위로 진행될 것으로 보인다.” <발제문 中>

---

71) 인권의 문법 / 조효제 / 인권이론의 발전 중

이를테면 “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.”<sup>72)</sup>

발제자의 지적대로 “제도 바깥 존재들의 문제, 가족과 사적으로 의무지우는 사회보장과 사회적 안전망의 문제”를 함께 바라보는 것은 동시에 고려될 문제가 아닐까. 인권운동의 측면에서 바라본다면, 동성결합의 법적 지위를 얻는 것과 마찬가지로 실질적 요구에 부합하는 제도화는 무엇일지, 가족단위 사회보장 체계 바깥의 체계는 무엇일지 함께 질문을 던져야 하지 않을까. 당연히 동성결합이 ‘당연한 평등에 대한 것’임은 두말할 필요도 없다. 특히 지금 시점에서. 그러나 동성결합만의 제도화가 가지는 빈틈을 메워줄 문제의식도 그만큼 아주, 중요하다.

#### 4. 혐오에 맞선 동시 투쟁

한국사회를 휩쓸고 있는 ‘종북’ 혐오를 어떻게 극복할 것인가, 심지어 ‘종북 계이’라는 이중 혐오를 뒤집어 써야할 한국 성소수자인권운동은 얼마나 험난한 시간을 보내야할까 등의 고민을 하고 있었다. 당연한 결혼식에 보내는 사회적 관심과 별도로 지금 그렇게 혐오의 물결은 여러모로 넘실대며 우리 목전에 있다. 러시아에서 성소수자에 대한 혐오 범죄가 야만의 수준에 이른 반면, 서구사회에서 동성결합이 제도화된다는 이중적인 소식이 들리는 이때, 우리는 한국 사회에서 찬물과 뜨거운 물을 동시에 뒤집어 써야 하는 순간이다. 매카시즘이 휩쓸던 미국사회에서 공산주의자와 성소수자는 같은 공공의 적이었다. ‘종북’ 공안물이에 자신신고정신을 발휘하며 자발적인 선량한 시민대열에 동참하는 무서운 시민들과 국가에 대해, 또는 이러한 현상에 대해 공동의 대응이 필요하지 않을까.

72) 동성결혼 제도화의 의미와 법적 쟁점 / 류민희 “동성결합의 법적 쟁점과 제도화 가능성” / 2013. 8. 20.

그래서 성소수자인권운동은 ‘혐오’에 맞서는, 다른 것에 대한 배제와 소외에 맞서는 공동의 의무를 져야할 운명이다. 단지 성소수자에 대한 ‘혐오’만이 아니라 ‘혐오’와 ‘공포’를 먹고 자라는 야만에 대한 공동 동시 투쟁의 의무. 이것은 지금 당장 어떤 목적에 의한 캠페인이나 대중선전전이라는 당연한 실천을 필요로 하겠지만 무엇보다 ‘혐오’에 맞설 것을 공동의 의무로 합의하는데 있다. 지나치게 진지한 제안이라면, 최근 조선일보 등에 “마약을 상습적으로 투약해온 동성애자 일당이 붙잡혔다. 이들 중 일부는 에이즈 감염 사실을 숨기고 동성간 성관계를 해왔던 것으로 드러났다.”<sup>73)</sup>는 보도의 흐름을 쫓아가 보자, 같은 날 조선일보는 “동성애자들이 모인 인터넷 카페가 성적 호기심이 왕성한 10대 소년의 일탈 창구로 악용되고 있다고 11일 동아일보가 보도했다. 당초 성소수자의 애환을 공유하고 권리를 신장하고자 하는 목적으로 개설된 동성애자 카페에서 섹스 파트너를 찾는 즉석만남이 만연하면서, 성정체성이 확립되지 않은 10대 소년들까지 그 영향권에 들어가고 있다는 것이다.”<sup>74)</sup>라며 같은 카페를 공격했다. 동아일보와 공존하면서. 2013년 9월 11일 같은 날 기사를 올렸다.

그래서 더욱, 이런 시기에 동성결합 법적 제도화를 요구하는 것은 긍정적이고 희망적이다. 당연한 것을 당연하게 요구하면서 비인간적 제도와 비난에 대항할 수 있다니, 다행이다.

## 5. 나오며

인권운동은 “뽕은 감 맛이 나서 감이라 했는데 왜 그렇게 생각하냐고. 물으시면 어찌합니까?”라는 질문에 대한 답변이라 생각한다. 인간은 모두 존엄하기 때문에 당연한 것을 당연하게 하지 않는 제도와 관습에 저항하는 모든 일체의 행위는 아름답다. 그래서 결국 당연한 결혼과 이를 보장할 법, 그것을 도모할 인권운동의 과제는 모두 같은 위치에 있지 않을까.

---

73) 조선일보 / 2013. 9. 11

[http://news.chosun.com/site/data/html\\_dir/2013/09/11/2013091100084.html](http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2013/09/11/2013091100084.html)

74) 조선일보 / 2013. 9. 11

[http://news.chosun.com/site/data/html\\_dir/2013/09/11/2013091100756.html](http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2013/09/11/2013091100756.html)