

미국 동성혼 합법화의 과정과 과제

한국교회의 논의를 위하여

백 은 석 교수 (한동대 국제법률대학원)

초록

미국 연방대법원의 2015년 동성혼 판결을 전후하여 국내에서도 사법부를 통해 동성혼을 관철시키려는 시도가 제기되었다. 이 글에서는 국내 동성혼 논란의 기폭제가 되었다고 할 수 있는 미국 연방대법원의 Obergefell 판결문을 중심으로 두 가지 작업을 시도하고자 한다. 첫째, 미국 동성혼 합법화 과정에서 사법부가 주도적 역할을 했음을 지적하면서 사회와 국가의 근간을 이루는 결혼제도와 같은 중대 사안을 사적 권익으로 규정하며 사법 선언을 통해 결론지으려는 접근에 대한 심각한 우려를 헌법적 관점에서 표하고자 한다. 둘째, 동성혼 사안이 교회와 그리스도인에게 던지는 기독교 가치관적 도전과 자기반성적 실천과제를 정리해봄으로써 동성혼 논란에 대한 한국교회의 근본적인 인식제고와 심도 있는 논의에 기여하고자 한다.

주제어: 동성혼, 결혼제도, 헌법(기본권), Obergefell 판결, 한국교회

I. 서론

우리 사회에서 동성애 이슈가 공론화 된 지 여러 해가 지나고 동성애자 차별금지 입법을 두고 찬반논란이 계속되고 있던 시점인 작년 6월에 미국 연방대법원의 동성혼 판결이 나왔다. 동성애에 대한 미국 사회의 시각이 지난 20-30년간 급격히 변화했음에도 불구하고 여전히 동성혼을 두고 사회적 논의가 계속되는 상황에서, 연방대법원이 동성 간의 결혼을 개인의 헌법적 기본권으로 인정함으로써 해당 사안에 대한 논란을 사법적으로 종식시키며 추가적 논의의 여지를 차단했다고 볼 수 있다. 그런데, 이 판결을 전후하여 국내에서도 동성 커플의 혼인신고를 수리하라는 요구가 법원을 통해 제기되는 등 동성애 논란의 초점이 동성혼 이슈에 맞춰지고 있으며 입법적 접근보다 사법부로 무게중심이 옮겨지고 있는 것 같다. 국내 동성애 논란이 그간 미국 등 서구사회의 전철을 밟아 온 것에 비추어 볼 때 그리 놀라울 바는 아니지만, 동성혼 이슈를 동성애자 개인(들)의 사적 권익의 문제로만 규정하여 사법적으로 접근하려는 시도에 우려를 표하지 않을 수 없다.

결혼을 통해 형성되는 가정은 우리 세대와 다음 세대 간의 중추적 연결 고리이기에 사회와 국가의 근간을 이룬다고 할 것이다. 결혼제도에는 수많은 헌법·법률적 사안과 정책적 과제가 연계되어 있으며 결혼제도의 변화가 미치게 될 미래의 파급 효과 또한 지대하다고 볼

수 있다. 따라서 결혼은 공공성을 지닌 사안일 수밖에 없으며 결혼제도의 변화는 사회 구성원간의 충분한 논의와 합의가 선행되어야 한다고 본다. 사법부에 의한 기본권 선언적 접근이 우려되는 이유이다. 이러한 우리 사회의 최근 움직임에 대한 한국교회의 반응은 방향성과 방법론에 있어 기존 동성애 반대 운동과 크게 다르지 않은 듯하다. 그러나 동성애 이슈의 연장선상에서만 동성혼을 이해·접근한다면 사안의 본질적 심각성을 간과할 수 있으며 실천적 전략의 부재로 이어질 수 있을 것 같다. 더욱이 교회와 하나님 나라의 기초로서 남녀간의 결혼을 제정·수호하시는 하나님의 목적에 비춰 볼 때, 그리스도의 신부된 교회는 동성혼을 보다 심도 있게 다루면서 세상과 문화를 향한 교회의 역할과 책임을 분별해 가야 할 것이다. 한국 사회와 교회의 동성혼 논의에 도움이 되길 바라면서, 이 글에서는 우선 미국 사회가 동성혼을 기본권으로 인정하기까지의 과정을 간략히 정리한 뒤 국내 동성혼 논란의 기폭제가 되었다고 할 수 있는 *Obergefell v. Hodges* 사건¹⁾의 연방대법원 판결문(2015.6.26. 선고; 이하 “*Obergefell*”)을 비판적으로 분석하면서 동성혼 논란의 (현)법적 과제와 더불어 동성혼 이슈가 교회와 그리스도인에게 던지는 기독교 가치관적 도전과 자기반성적 실천과제를 생각해보고자 한다.

II. 미국 동성혼 합법화의 과정

동성 간의 결합을 법적으로 유효한 결혼으로 인정하라는 청구가 최초로 법원에 제기된 시점으로부터 2015년 6월 연방대법원의 결정이 나오기까지 40여년이라는 짧지 않은 시간이 필요했다. 그 과정을 개관하면 두 가지 두드러진 특징을 볼 수 있는데, 첫째는 동성혼에 대한 미국 내 50개 주(州) 간의 견해차이가 현저했으며 여전히 그러하다는 점이며, 둘째는 그럼에도 불구하고 개별 주와 연방정부차원에서의 동성혼 합법화는 주민투표나 입법행위를 통해 이루어지기보다는 민주적 대의성이 상대적으로 약한 사법부가 주도해왔다는 점이다. 이러한 특징은 우리사회의 동성혼 합법화 논란에도 시사 하는 바가 크다고 할 수 있기에 좀 더 상세히 다루어 볼 필요가 있다.

1. 개별 주의 동성혼 합법화 움직임

1) 사법부의 초기 반응 - 1970년대

미국 연방대법원은 1967년 *Loving v. Virginia*²⁾ 사건에서 흑인과 백인간의 결혼을 금지하는 버지니아 주법은 평등권 등을 보장하는 연방헌법에 위배되는 것이며 당사자들 개인의 헌법적 기본권을 침해하는 것이라고 판결한다. 이듬해인 1970년 미네소타 주에서 결혼승인서를 거부당한 동성커플이 *Loving* 판결을 인용하며 주법원에 소를 제기하였다. 합법적 결혼을 남녀 간으로만 제한하는 명문규정이 해당주의 혼인법에 없으며 남녀 간으로 제한하는 것 자체는 연방헌법에서 보장하는 평등권, 자유권 등을 침해하는 것이라는 주장이었다. 주법원은 이를 기각하면서 *Loving* 판결의 논거를 동성혼에 원용할 수 없다고 판결했고 연방대법원으로의 상고도 ‘관할권 없음’의 이유로 기각되었다.³⁾ 동성혼을 헌법적 기본권 사안으로 접근하

1) 576 U.S. ____, 135 S.Ct. 2584 (2015)

2) *Loving v. Virginia* 388 U.S. 1 (1967)

3) *Baker v. Nelson*, 191 N.W.2d 185 (1971); 409 U.S. 810 (1972) (“The appeal is dismissed for

려는 시도에 대한 사법부의 초기 반응은 연방 헌법적 문제가 될 사안이 아니라는 입장이었다고 할 수 있겠다.

2) 법원을 통한 동성혼 합법화 시도 - 1990년대

사법부를 통한 동성혼 합법화 시도가 재개된 것은 1991년 동성애에 대해 관용적이었던 하와이 주에서였다. 하와이 주대법원은 1993년 Baehr v. Lewin 사건⁴⁾에서 동성결합을 결혼으로 인정하지 않는 것은 위헌소지가 있다는 의견으로 사건을 하급심으로 환송하였고 1996년에는 동성혼을 인정하는 1심법원의 판결이 나오게 되었다. 그러자 동성혼 사안은 1998년 주민투표에 부쳐졌고 유권자는 69%의 반대로 동성혼을 합법화하려는 사법부의 시도를 저지하였다. 1999년에는 버몬트 주대법원이 결혼을 남녀 간으로 제한하는 것은 동성커플에 대한 차별이라고 결정하면서 관련 혼인법을 개정하거나 동성커플을 위한 결혼에 상응하는 제도를 제정할 것을 주의회에 주문하였다. 이에 따라 버몬트 주의회는 격렬한 찬반논란을 거쳐 “시민결합(civil union)”이라는 새로운 제도를 도입하게 되었다. 버몬트 주민들의 반대운동 또한 거세지면서, 다음 회기에서 본 법령이 폐기되지는 않았지만 당시 시민결합을 지지했던 다수의 주의원들이 재선에 실패하였다고 알려져 있다. 1990년대를 거치며 일부 주에서 동성혼을 합법화하는 사법부의 시도가 있자, 주민투표나 입법행위를 통한 유권자들의 반대 움직임도 전국적으로 시작되고 있었고 보수성향의 정치인들이 이에 편승하면서 동성혼은 이제 중대한 선거이슈가 되기에 이른다. 2000년대 초엽까지 30개 이상의 주에서 혼인관련 법령개정을 통해 결혼을 한 남자와 한 여자가 남편과 아내로 결합하는 것으로 규정함으로써 전통적 결혼관을 유지하게 된다.

3) 매사추세츠주 동성혼 합법화 이후 - 2000년대

미국의 동성혼 합법화 과정에서 의미 있는 계기가 된 것은 2003년 매사추세츠 주대법원의 Goodridge 판결일 것이다.⁵⁾ 동성커플에게 시민결합권만을 부여하는 것은 열등한 시민으로 대우하는 것이며 그들에게도 남녀결혼과 동일한 모든 법적 승인과 특권을 부여해야 한다는 결정이었다. 일부 매사추세츠 유권자들의 반발이 없지는 않았으나, 해당 주가 대체적으로 진보적 정치성향을 반영하듯 큰 목소리를 형성하지는 못했다. 물론, 주대법원이 주헌법을 해석·적용한 것이지만 매사추세츠는 이로써 최고법원이 동성결합을 합법적 결혼으로 인정한 미국 내 최초의 주가 된다. 이는 동성혼을 합법화한 국가도 전 세계적으로 4개에 불과한 시점에서 파격적인 사법부의 결정이라 할 수 있다. 올해 6월의 미국 연방대법원 Obergefell 판결에서도 케네디 대법관의 다수의견은 핵심 논거의 하나로 Goodridge 판결문 중 결혼의 의미를 다루는 부분을 인용하고 있는데,⁶⁾ 이 판결이 동성혼 합법화 과정에서 차지하는 비중을 간접적으로 반영하는 것이라 하겠다. 매사추세츠 주법원의 동성혼 합법화는 전국적으로 지지자들에게는 의미심장한 승리였으나, 반동성혼 운동의 촉매제 역할도 하게 되었다는 점도 유의할 바이다. 이후 여러 주가 동성혼을 금지하는 주헌법개정을 통과시키게 되고 동성혼 반대자들에 의해 다수의 거물 정치인들이 자신의 정치생활을 마감케 되기도 하였다. 이러한

want of substantial federal question.”)

4) 74 Haw. 530, 852 P.2d 44 (1993)

5) Goodridge v. Department of Public Health, 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003)

6) Goodridge 판결문에서 마가렛 마셜 주대법원장은 결혼의 본질적 의미를 안정감과 편안한 쉼터 및 관계를 바라는 인류 공통의 열망에 두고 있는데 원문은 다음과 같다. “[marriage] fulfills yearnings for security, safe haven, and connection that express our common humanity”

유권자 분위기를 반영하듯, 통상적으로 보수 성향으로 분류되는 주들 뿐 아니라 뉴욕, 뉴저지, 워싱턴, 메릴랜드 주 등에서도 2000년대 중반까지는 사법부를 통한 동성혼 합법화 시도가 성공을 거두지 못하는 상황으로 이어졌다.

이상과 같은 1990년-2000년대의 “사법부 vs. 유권자·입법행위”라는 미국 내 동성혼 논란의 구도는 캘리포니아 주의 상황이 잘 보여주고 있다. 캘리포니아 주에서는 2000년 주민투표(61% 찬성, 39% 반대)를 통해 남녀 간의 결혼만이 유효하도록 가족법을 개정하였는데,⁷⁾ 2008년 주대법원은 4:3 다수의견으로 해당 가족법 규정이 캘리포니아 주헌법이 보장하는 평등권을 침해한다고 판결함으로써 2003년 매사추세츠 주에 이어 두 번째로 동성혼을 합법화하는 주가 되었다.⁸⁾ 사법부에 의한 동성혼 합법화를 저지하고자 하는 유권자들은 일반 법령 개정이 아닌 주헌법개정을 통해 남녀간 결혼을 지키려고 했으며, 2008년 이에 대한 주민투표가 실시되어 52:48의 차이로 주헌법을 개정하였고 헌법개정이 유효하다는 주대법원의 판결을 얻게 되었다.⁹⁾ 그러자, 동성혼 지지자들은 개정된 주헌법이 연방헌법을 위반한다고 주장하며 연방법원에 위헌심사제청을 함으로써 연방사법부의 도움을 구하기에 이른다. 사안이 연방사법부로 옮겨지자 상황은 동성혼 지지자들 편으로 기울게 되는데, 연방지방법원의 위헌판결에 불복하는 유권자 단체의 항소를 연방항소법원이 소송권 없음을 이유로 기각하였고 2013년 연방대법원은 항소법원의 기각판결을 유지하는 결정을 내렸다.¹⁰⁾ 개별 주에서 이루어지던 사법부 vs. 유권자·입법행위의 구도에 더하여 동성혼 사안이 이제 연방사법부에 의해 연방헌법상의 기본권 사안으로 바뀌는 과정을 보여주는 좋은 예라고 하겠다.

2. 연방의회(연방입법부)의 대응: 결혼보호법(Defense of Marriage Act)

사법부에 의한 몇몇 주의 동성혼 합법화 결정은 2003년을 기점으로 시작되었지만, 버몬트, 뉴햄프셔, 메인 등 동성혼을 수용하고자 하는 일부 주에서조차 법령 제·개정을 통해 주의회가 동성혼을 인정하게 되는 것은 2009년이 되어서야 비로소 이루어졌다. 이와는 대조적으로, 미국 시민의 전국적 대의기구라고 할 수 있는 연방의회는 동성혼을 반대하는 대다수의 주의회보다도 먼저 동성혼 합법화를 막으려는 입법적 시도를 하였다. 하와이 주에서 동성혼 논란이 진행되던 1996년 상하양원의 진폭적인 지지 하에 연방결혼보호법(DOMA: Defense of Marriage Act)을 제정함으로써 의회는 동성혼과 연관된 두 가지 사안에 대해 연방입법권 행사를 통해 개별 주에서의 동성혼 합법화 움직임을 견제하고자 했던 것이다. 미국연방헌법은 연방주의의 실효성을 보장하기 위한 주요 방편으로 제4조 제2항 “신뢰와 인정(Full Faith and Credit)”조항에서 미국 내 모든 주는 타주의 사법적 결정과 공적 기록 등에 대해 자기 주의 결정·기록과 동등한 법적 효력을 부여토록 규정하면서 이와 관련된 사안을 연방의회의 관할권 하에 두고 있다. 이러한 입법권에 근거하여 연방결혼보호법은 우선 동성혼을 인정하는 주의 결정을 타주에서 인정하지 않아도 된다는 조항을 마련했으며, 더불어 “결혼”을 한 명의 남자와 한 명의 여자가 남편과 아내로 결합하는 것으로 정의하고 남편과 아내 사이의 관계만을 “배우자”로 규정함으로써 연방정부가 제공하는 결혼과 관련한 일체의 혜택을 남녀

7) Proposition 22(주민투표)의 결과로 개정된 가족법령 Family Code Section 308.5

8) In re Marriage Cases, 43 Cal.4th 757 (2008)

9) Strauss v. Horton, 46 Cal.4th 364 (2009)

10) Hollingsworth v. Perry, 570 U.S. ___, 133 S.Ct. 2652 (5:4 결정)

간 결혼으로 제한하였다. 결혼이나 가족관계에 관한 입법권은 전통적으로 주정부에 속하며 연방정부의 역할은 최소한이어야 한다는 헌법의 중요한 원칙에 따라, 동성혼과 관련하여 주정부를 압박할 수 있는 수단이 제한적인 연방의회가 남녀 간의 결혼을 지키기 위해 택한 방법이라고 하겠다. 2011년 오바마 정부가 정치적 지지기반인 동성애 옹호단체들의 계속되는 요구를 수용하며 법무부가 더 이상 연방결혼보호법의 헌법합치입장을 주장하지 않기로 결정할 때까지, 그리고 2년 뒤인 2013년 동법이 동성애자들의 평등권을 침해한다는 연방대법원의 판결이 나오기까지,¹¹⁾ 미국연방정부 특히 연방의회의 동성혼 관련 공식입장은 1996년 클린턴 대통령 당시 공표된 연방결혼보호법이었다고 할 수 있다.

3. 연방대법원의 역할

상술한 바와 같이, 미국 사회에서도 동성혼 합법화 논란은 사회구성원들 사이에 극심한 갈등을 야기했지만, 동시에 오랜 기간을 통해 역동적이며 다양한 정치적 논의와 타협의 과정을 거치고 있었다고도 하겠다. 동성혼 지지자들은 사안의 본질이 동성애자 개인이나 집단의 사적 권익의 문제이며 동성혼을 인정하지 않는 것은 헌법적 기본권 침해의 문제라고 주장하면서 주로 사법부를 통해 자신들의 입장을 넓혀가려고 시도했으며, 이에 대해 전통적 결혼관을 지지하는 다수의 시민들은 그들의 대의기구인 (주/연방)의회를 통하거나 주민투표와 같은 직접 민주주의적 수단을 동원하여 자신들의 입장을 관철시켜 왔다고 정리해 볼 수 있다. 이러한 민주적 공적 논의의 과정으로부터 동성혼 사안 자체를 분리시켜 더 이상의 타협과 조정의 여지를 배제하는 상황이 펼쳐지는데, 이는 연방대법원이 동성혼을 헌법적 기본권으로 규정하며 사법선언을 통해 정치적 절차를 종식시켰기 때문이다. 물론, 사법부는 정치공동체가 채택한 헌법이라는 기준에 의해 헌법의 명시적 규범이나 헌법적 기본질서를 위배하는 다수의 횡포나 의회의 위헌적 입법행위를 감시함으로써 다수결의 폐해로부터 민주적 가치를 지켜내야 할 중요한 헌법적 역할을 감당해야 함은 당연할 것이다. 그러나 민주적 대의성이 상대적으로 약한 사법부가 헌법의 수보자로서 행사하는 권한은 제한적으로 정당화되어야 할 것이며, 사법적 개입을 하는 경우에도 사법부는 헌법적 기준이나 가치를 주권자인 국민이 발견하거나 보다 구체화하는 과정에서 국민의 조력자 역할을 감당하는 것으로 보아야 할 것이다. 위헌심사권을 비롯한 사법 권력의 행사가 헌법적 기준이나 가치 자체를 선언적으로 규정하는 헌법제정자의 역할에 해당하는 경우에는 헌법의 수보를 위해 사법 권력을 부여하는 동일한 근거에서 문제시될 수 있을 것이다. 미국 연방대법원의 동성혼 판결은 이러한 문제점을 단적으로 보여주고 있다고 생각한다. 9명의 대법관들이 4:4로 팽팽히 맞선 상황에서 결정적 한 표를 던졌던 케네디 대법관은 다수의견에서 동성혼을 헌법적 기본권으로 선언해야한다는 주장의 논거로 연방대법원의 이전 판례들을 인용하고 있다. 결혼권 인정 판례, 프라이버시권 인정 판례, 그리고 동성애 관련 판례 등 세 가지로 분류할 수 있는데, 여기서는 이들 선판례를 살펴봄으로써 동성혼 사안에 대한 사법권력행사의 문제점을 우선 지적하고자 한다.

1) 결혼할 권리를 기본권으로 인정한 판례

11) United States v. Windsor, 570 U.S. ___;133 S.Ct. 2675 (동성애 “배우자”에게 연방정부의 세금혜택을 주지 않는 것은 동성애자들에 대한 입법자의 적대감 이외의 어떠한 합리적 근거도 찾을 수 없으므로 평등권을 침해한다는 케네디 대법관의 5:4 판결)

앞서도 언급했던 *Loving v. Virginia* (1967)¹²⁾ 사건에서, 연방대법원은 흑백간 결혼을 금지하는 법에 대한 위헌결정을 내렸고 결혼할 권리는 헌법상 보호받아야 할 가장 기본적인 권리라고 판시했다. 인종간 결혼을 금지하는 것은 기본권 침해이며 인종에 근거한 차별이므로 평등권도 침해한다는 결정이었는데, 선천적 요인인 인종에 근거한 차별이며 백인우월주의 이외에 어떠한 정당한 입법근거도 찾을 수 없다는 내용이었다. 인종에 근거한 차별을 금지하는 분명한 헌법적 기준을 적용하여 사법부가 개별 주의 입법행위를 감시한 당연한 판결이라 하겠다. 이 선례를 케네디 대법관은 동성애에도 그대로 원용하여 동일한 결론을 도출하려고 하는데, 인종과 동성애의 선천성 여부만 두고 보더라도 이러한 적용의 정당성에 의문을 제기할 수 있을 것이다. 나아가, *Loving* 판결문에는 왜 결혼권이 그토록 중요하게 여겨져야 할지에 대한 이유도 제시되어 있는데, 그것은 결혼이 “우리의 존재와 존속에 근본”이 되기 때문이라고 설명하고 있다.¹³⁾ 흥미롭게도 케네디 대법관은 *Loving* 판결문에서 결혼권을 기본권이라고 한 부분은 인용하면서도 인류의 존재와 존속이라는 이유 부분은 인용하지 않고 있다는 점이다. *Zablocki v. Redhail* (1978)¹⁴⁾ 판결에서는, 이혼소송의 결과로 아동양육의 의무를 지닌 남성이 양육비 지불을 하지 않은 경우 법원의 승인을 득한 후에만 재혼할 수 있게 한 위스콘신주의 법이 평등권을 침해한다고 판시했다. 여기서도, 재판부는 자녀를 가질 권리를 기본권으로 인정한 선례를 언급하면서, 자녀생산을 위해 성관계가 선행해야 하는 바 유일하게 국가가 법으로 인정하는 성관계인 결혼의 권리를 제한하는 것은 부조리하다고 지적하고 있다. 세 번째 판례인 *Turner v. Safley* (1987)¹⁵⁾도 교정시설 피수감자의 결혼할 권리를 제한한 미주리주법에 대해 위헌결정을 내린 판결이다. 결혼할 권리의 근거를 남녀간 결혼의 특징과 역할에서 찾고 있는 이상의 세 판례로부터 케네디 대법관은 개인이 누구와 결혼하려고 하든지 기본권으로 인정·보호해야 한다는 결론을 도출하는데, 이는 논리적 비약이며 사법부의 정당한 헌법해석으로 보기에 무리임을 지적할 수 있을 것이다.

2) 헌법적 근거가 모호한 자유권(자율권)을 인정한 판례

Griswold v. Connecticut (1965)¹⁶⁾ 사건에서 연방대법원은 피임약이나 피임도구의 사용을 제한한 코네티컷주법이 부부간의 결혼관계에서 누려야 하는 기본적 자유권¹⁷⁾을 침해한다는 이유로 위헌결정을 내렸다. 이 판결은 부부간의 결혼관계에서 기본적으로 요구되는 국가로부터의 최소한의 자유/자율을 인정한 것인데, 재판부는 이러한 권리의 필요성은 인정하면서도 헌법적 근거를 명확히 제시하지 못하고 있다. 더글러스 대법관의 다수의견은 4명의 지지를 받기는 했으나, 그 중 1명과 다른 2명의 대법관도 별도의 동조의견을 작성할 정도로 논거의 일치를 보지 못했던 판례이다. 명확하거나 상당히 명확한 헌법적 기준에 의해 의회와

12) 388 U.S. 1 (1967)

13) “fundamental to our existence and survival” (*Skinner v. Ohio* (1942) 판결문에서 인용)

14) 434 U.S. 374 (1978)

15) 482 U.S. 78 (1987)

16) 381 U.S. 479 (1965)

17) 미국헌법논의에서 이러한 권리를 사생활권(“right of privacy”)이라고 부르게 되는데, *Griswold* 이후 일련의 판례를 통해 연방대법원은 이러한 권리가 “적법절차 없이 생명, 자유, 재산의 박탈을 금지 (no deprivation of life, liberty, or property without due process of law)”하는 연방헌법 수정 제5조와 제14조의 적법절차조항(Due Process Clause)에서 연원하는 것이며 특히 “자유(liberty)”의 개념에서 비롯한다고 하였다. 연방대법원은 또한 피임이나 임신·출산 및 성행위 등에 관한 사안을 전적으로 “사적”이슈로 규정하면서 이들 사안에 대해 개인이 스스로 결정할 권리를 가진다는 판결들을 내놓게 되는데, 이런 의미에서 “자율권/자기결정권”으로도 이해할 수 있겠다. 이 글에서는 경우에 따라 “사생활권”이나 “자유권(자율권)”으로 부르도록 하겠다.

다수의 행위를 감사해야 할 사법 권력이지만, 기준 자체가 부재하거나 불명확하고 역사나 전통의 근거조차 빈약할 때는 그러한 사법권력의 행사가 자칫 헌법제정자나 입법자의 역할이 될 수 있기 때문에 제한적 사법권 행사의 정당성이 더욱 문제가 될 수 있을 것이다. 특히, 부부간의 피임을 처벌하는 법의 실효성이 문제가 될 수 있겠는데, 이는 연방대법원의 사법적 선언 없이도 해당 주의 유권자들이 민주적 절차를 통해 충분히 개정·폐지할 수 있는 사안이었을 것이다. 사법권력의 헌법적 한계와 관련하여 Griswold 판결은 여태껏 논란의 중심에 있기도 하다.

그럼에도 불구하고, Eisenstadt v. Baird (1972)¹⁸⁾ 사건에서 재판부는 Griswold에서 인정한 부부간 결혼생활의 사생활권 혹은 자유권(자율권)을 미혼자에게도 적용하여, 허가받은 의사·약사가 기혼자들에게만 피임약과 피임도구를 판매토록 한 매사추세츠 법을 미혼자들의 평등권을 침해하는 것으로 판결하였다. 브레넌 대법관은 결혼과 부부관계에 대한 선판례를 미혼자의 권리주장에 적용하는 것을 정당화하기 위하여 Griswold 판결이 결혼관계와 부부의 자유·자율을 인정했다기보다 개인의 자유·자율을 보호하려는 것이었다면서 선판례를 심각히 왜곡하고 있다. 또한, 그는 결혼의 의미를 별개의 지적·감성적 존재를 결혼 이후에도 지속적으로 유지하는 두 개인 간의 결합 이상의 아무 것도 아니라고 정의하면서, 결혼과 관련한 일체의 권리는 본질적으로 부부 개인의 권리로 보아야 한다고까지 주장하고 있다. 이러한 논리라면 피임사용권과 관련해서 기혼자와 미혼자를 차별해서도, 성인자와 미성년자를 차별해서도 안 된다는 결론으로 이어질 것이다. 5년 뒤 연방대법원은 기다렸다는 듯 16세 이하 미성년자들에게 피임약 판매를 제한하는 뉴욕주법을 위헌이라 판결하게 된다.¹⁹⁾ 원래 Griswold 판례에서는 부부간 누려야 할 사적행위에 대한 최소한의 소극적 자유권(자율권)이었던 개념이 어느덧 개인의 포괄적 자유권(자율권)의 개념으로 변신한 것이다. 연방대법원은 한걸음 더 나아가 임신중절 여부를 임신한 여성 개인의 사적 사안으로 규정하고 개인의 자유권(자율권)이라는 근거에서 태아의 생명조차도 낙태의 자유를 제한할 수 없다는 판례까지 이르게 된다.²⁰⁾ 연방헌법 수정 제1조에서 보장하는 표현의 자유나 종교의 자유 혹은 수정 제14조가 금지하는 인종차별 등과 같이 상대적으로 분명한 헌법적 근거가 있는 경우의 사법권 행사는 민주주의를 강화하며 헌법을 수호하는 행위로서 정당화 될 수 있을 것이다. 그러나 헌법적 근거가 모호한 이들 사생활권 판례에서의 사법권 행사는 정당화의 근거가 빈약하며 거기에는 헌법해석의 미명하에 소수의 사법 권력자들이 자신의 주관적 가치와 기준에 근거하여 실질적으로 헌법을 바꾸거나 만드는 역할을 하게 될 위험이 상존한다고 하겠다. 그럼에도 불구하고, 연방대법원은 사회구성원들이 민주적 절차를 통하여 헌법적 가치와 기준을 정립하고 구체화해 가도록 돕는 조력자의 역할을 감당하기보다는 오히려 적극적 사법선언을 통해 헌법제정자적 역할을 자처해 왔다고 볼 수 있다. 연방대법원의 동성혼 합법화 판결은 기존의 사생활권 판례에서도 한걸음 더 나아가 전 인류사와 혼인제도사로부터 어렵지 않게 도출할 수 있는 결혼의 명백한 규범적 준거마저도 사법권의 행사를 제한하는 근거가 될 수 없음을 천명하고 있는 듯하다.

3) 동성애 관련 판례

연방대법원은 Bowers v. Hardwick (1986)²¹⁾ 사건에서 항문성교(sodomy)를 금지하는 조

18) 405 U.S. 438 (1972)

19) Carey v. Population Services, International, 431 U.S. 678 (1977)

20) Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973)

지아주의 형법을 합헌으로 결정하면서, 동성애자들이 특정 성행위를 할 자유권(자율권)을 헌법적 기본권으로 인정할 근거가 없으며 입법권자가 사회구성원의 도덕적 판단을 법제정의 근거로 사용하는 것 자체가 위헌일 수 없다고 하였다. 그러나 *Romer v. Evans* (1996년)²²⁾ 판결에서 연방대법원은 동성애자들이 많이 거주하거나 동성애에 관용적인 입장을 보이는 시나 구에서 동성애자들만을 위한 특별조례를 제정하지 못하도록 제한한 콜로라도 주헌법 개정안을 연방헌법이 보장하는 평등권을 침해하는 행위라고 판결하였다. 평등권 침해사건에서 사법심사는 통상적으로 주정부의 입법목적이 정당한지를 확인한 뒤 위헌심사대상인 입법행위가 당해 목적을 합리적으로 달성하는지 여부를 판단하게 되는데, 케네디 대법관의 *Romer* 사건 다수의견은 이러한 검토과정을 거치지 않고도 주헌법개정의 동기가 동성애자들에게 대한 다수 유권자들의 적대감(*animus*)이라는 단정적 결론을 내리고 있다. 7년 뒤인 2003년 *Lawrence v. Texas*²³⁾ 판결에서 재판부는 *Bowers* 판례를 번복하면서, 성인간의 동의에 근거하여 사적으로 행하는 성적 행위는 전적으로 개인의 자유권(자율권)의 영역이며 사회와(형)법이 공적으로 관여할 사안이 아니라고 판시한다. *Lawrence* 판결문에서 다수의견을 작성한 케네디 대법관은 동성결혼까지 인정하는 것이냐는 소수의견 대법관들에게 그러한 확대 해석을 금하면서 동성애 행위의 자유와 동성혼의 권리는 다름을 분명히 하였다. 오코너 대법관은 동조의견에서 국가가 (전통적) 결혼관을 조장할 헌법적 근거가 있다고까지 강조하며 동성혼과 선을 긋고자 한 듯하다. 요약하자면, *Romer* 판결은 동성애자들에 대한 적대감에 근거한 입법행위의 문제를 다루고 있으며 *Lawrence* 판결은 동성애적 성행위 (혹은 확대해석하더라도 이러한 성행위로 표현되는 개인 간의 관계)의 자유를 다루고 있다고 할 수 있다. 이들 선판례의 연장선상에서 동성혼을 헌법적 기본권으로 도출해 낼 수 있는지는 의문이다. 올해 6월의 동성혼 합법화 판결에서는 *Romer* 사건이나 전술한 연방결혼보호법 관련 *Windsor* 사건에 비하여 적대감에 근거한 차별행위라는 평등권 논거의 비중이 상대적으로 낮으며, 케네디 대법관 자신도 *Lawrence* 판결에서 인정하고 있듯이 성행위의 대상과 종류를 결정할 자유권(자율권)이 동성혼이라는 결혼제도와 관련된 헌법적 기본권으로 인정해야 한다는 결론의 논거가 되기에는 무리가 있기 때문이다.

4) 소결: *Obergefell v. Hodges* (2015) 판결의 문제

상술한 바와 같이, 연방대법원의 동성혼 합법화 판결의 문제점은 기본적으로 빈약한 논거와 단정적 명제들 그리고 무리한 헌법해석의 결과라고 하겠다. 첫 번째 판례들은 인류의 존재와 생존의 관점에서 본 남녀간 결혼의 본질성을 인정한 것이고, 두 번째 판례들은 모호한 헌법적 근거에서 자유권(자율권)을 인정한 것으로서 해당 선례들 모두 이미 심각한 헌법해석상의 문제를 지니고 있으며, 세 번째 판례 역시 동성애자들이 사적으로 특정행위를 할 때 적용되는 권리를 다루고 있다고 볼 수 있다. 재판부가 인용하는 세 가지 종류의 선판례 각각이 결론을 지지하기에 충분하지 못하며, 세 가지 모두를 종합하더라도 동성결합이 합법적 결혼으로 인정받아야 할 권리라는 주장에 근거를 제공하기 어렵다는데 있다. 사법권행사의 정당성에 의문을 제기하게 되는 다수의 판례들을 포함하는 기본권 판례들을 모은 다음, 거기서도 도출하기 어려운 결혼이라는 제도와 관련된 권리를 마치 자명한 권리의 인정인 듯 주장하고 있는 것으로 보이기 때문이다. 뿐만 아니라, 결혼의 본질과 의의가 핵심 이슈일 수

21) 478 U.S. 186 (1986)

22) 517 U.S. 620 (1996)

23) 539 U.S. 558 (2003)

밖에 없는 동성혼 사건에서 재판부는 자녀생산(procreation)이 결혼의 핵심개념이 아니라는 부정적 정의(negative definition)를 제외하고는 한 번도 ‘결혼의 본질은 무엇인가, 결혼의 의미는 무엇인가, 왜 결혼은 사회와 국가의 근본으로 여겨져 왔으며 특별한 법적 지위를 부여 받게 되었는가?’라는 질문에 직접적으로 답하고 있지 않다는 점 또한 Obergefell 판결의 문제점으로 지적할 수 있겠다. 결혼을 다루는 사건에서 결혼이 무엇인지를 다루지 않고도 결론에 도달했다면 법적 추론과정이나 도달한 결론 자체에 의문을 제기하지 않을 수 없을 것이다.

III. 미국 동성혼 합법화가 남긴 과제

1. 헌법적·법률적 과제

헌법적 원리차원에서 미국의 동성혼 합법화 과정이 남긴 과제를 평가하자면, 이미 언급하였듯이 동성혼을 특정 개인이나 집단의 사적 권익의 사안으로만 규정하여 사법부에 의한 기본권 인정과 보호라는 과제로 다루었다는 점이다. 이는 주권자에 의한 헌법적 가치·기준의 정립 및 구체화를 돕는 조력자로서의 제한적 사법권 행사이어야 한다는 민주적 정당성 관점에서 볼 때 근본적인 문제를 제기하고 있다고 하겠다. 헌법적 가치와 기준에 관한 모든 사안이 민주적 정치절차에 의해서만 결정되어야 한다거나 주권자 다수의 의지가 곧 헌법이 되어야 함을 주장하는 것은 아니다.²⁴⁾ 그럼에도 불구하고, Obergefell 판결 당시 50개 중에서 11개주에서는 주의회의 결정으로 그리고 5개주에서는 주대법원의 결정으로 동성혼을 인정하였으나 나머지 다수의 주에서는 전통적 남녀 간의 결혼을 유지하려했다는 사실은 미국 내 동성혼 논의가 여전히 진행형이었음을 보여준다고 할 수 있다. 결혼제도에는 수많은 법적·정책적 사안이 개재되어 있고 결혼제도의 변화가 초래할 미지의 파급 효과 또한 지대하다. 본질상 결혼의 개념과 결혼제도의 목적은 개인의 사적 선택의 영역에 제한될 수 없는 공공성의 사안이다. 연방대법원에 의한 헌법적 선언은 사회와 국가의 근간을 이루는 결혼제도를 민주적 논의와 설득의 장에서 분리시킴으로써 사회구성원간의 헌법정치적 합의와 타협의 가능성을 배제하는 것이다. 사법부에 의한 기본권 선언적 접근의 문제점은 결혼에 관한 명시적 조항이 없는 미국 헌법 하에서는 더욱 크다고 하겠으나, 혼인과 관련된 조항을 포함하고 있다고 해서 우리 헌법이 이 문제로부터 자유롭다고 할 수 없을 것이다.²⁵⁾

동성혼 논의에 있어 민주적 정치절차의 차단과 헌법정치의 사법화는 또한 종교(신앙)의 자유와 연관된 우려를 낳기도 한다. 신앙에 근거하여 결혼을 남녀 간의 결합으로 이해하고 동성혼을 반대하는 경우, 가정에서 그런 견해를 피력하는 것은 문제가 되지 않더라도 공개적으로 입장을 표명한다면 정부나 사용자 및 학교 등에 의해 불이익을 감수하게 될 지도 모른다는 알리토(Alito) 대법관의 의견이나, 민주적 절차를 버리고 사법판단으로 동성혼 사안

24) 스칼리아(Scalia) 대법관은 소수의견에서 사회구성원이 민주적 의사결정과정을 통해 다수결로 동성간의 결합을 결혼으로 정의하기로 합의한다면 이를 부정할 헌법의 명시적 근거가 없는 경우 사법부는 그러한 결정을 제한할 수 없으며 헌법적 정당성을 부여해야 할 것이라는 입장을 취하고 있는 듯하다.

25) 우리 헌법에는 혼인과 관련된 명시조항인 제36조 제1항(“혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되며, 국가는 이를 보장한다.”)을 담고 있으나, 헌법제정자가 동성혼을 원칙적으로 배제하는 것인지 여부에 대한 이견의 여지는 있는 듯하다. (이준일, “헌법상 혼인의 개념: 동성간 혼인의 헌법적 허용가능성”, 『공법연구』 37-3 (2009). 저자는 “양성”이란 단어가 동성혼을 배제하는 것은 아니더라도 자녀출산이 불가능한 동성혼이 남녀 간의 혼인과 같을 수 없다는 것의 자명함도 지적하고 있다.)

을 결정한다면 종교의 자유를 보호하기 위한 법제적 고려의 여지 자체를 박탈할 수 있다고 경고하는 토마스(Thomas) 대법관의 의견은 이러한 우려를 반영하는 것이다. 이에 대해, 케네디 대법관의 다수의견은 종교(신앙)에 근거한 동성혼 반대 목소리도 표현의 자유를 보장하는 헌법 수정 제1조의 보호를 받으므로 문제될 게 없다고 한다. 신앙적 양심에 반하는 동성혼을 물심양면으로 지지할 것을 강제하면서도 표현의 자유를 언급하는 부분에서 과연 케네디 대법관이 종교적 신앙의 존재론적·인식론적 의미를 알고 있는지조차 의심하게 된다.

동성혼 합법화 판결이 가족법의 여러 부분들에 어떠한 영향을 미칠지는 불명확하지만, 결혼을 자기정의(self-definition)의 영역, 즉 자유권(자율권)의 문제로 규정함에 따라 발생할 다양한 문제점들이 있을 것만은 분명한 듯하다. 무슨 근거에서 일부다처나 일처다부 혹은 다른 형태의 결혼을 금지할 수 있을 것인가? 결혼이 남자와 여자간의 결합이며 자녀를 출산·양육하는 기본 단위라는 전제 위에 서있는 수많은 법률과 정책들은 어떻게 될 것인가? 전(前)국가적(pre-state)이요 전(前)정치적(pre-political)이라고 할 결혼제도를 개인의 자기정의 영역에 둬으로써 기실은 국가가 결혼에 대한 전(全)권을 행사하게 된다고도 하겠다. 결혼, 가정, 부모자녀를 포함하는 가족관계 등에 관해 국가가 성립되기 이전부터 존재했던 본질과 목적 등이 있음에도 불구하고, 국가가 이를 반영하여 부분적으로 관할권을 행사하기보다 전국가적·전정치적 개념에 일질 구애받지 않고 국가가 규정하는 것이 곧 결혼이요 가정이요 가족관계가 되는 상황으로 이어질 수 있다는 지적이다. 한 가지 예를 들자면, 기본적으로 (친)부모의 자녀 출산과 양육에 근거하여 그간 인정되어 온 친권이라는 개념과 (친)부모 중심의 가족관²⁶⁾이, 이제 국가가 정하는 바 즉, 두 남성의 결합이 곧 결혼이요 그들이 형성하는 것이 가정이요 그들이 입양이나 대리모를 통하여 아동을 그들의 관계에 포함시키면 부모-자녀관계가 되는 상황에서, 자녀에 대한 (친)부모의 권위는 그 근거를 잃게 될 것이며 국가의 권위에 종속될 수밖에 없을 것이다. 이는 친권의 실질적 종언일 것이며 국가주의의 일면을 보여주는 중대한 사안이 아닐 수 없다. 이외에도 동성혼 합법화 이후 동성관계의 단기성이 동성가정의 높은 이혼율로 이어진다면 이미 만연한 이혼문제에 더하여 양부모 없이 자라는 아동에게 미칠 영향 등 여러 가지 사회적 파장에 대해서도 우려하지 않을 수 없다.

2. 교회를 향한 도전과 과제

이 글의 남은 부분에서는 동성혼 합법화 논란이 교회에 던지는 기독교 가치관적 도전과 자기반성적 실천과제를 생각해 보고자 한다.

1) 기독교 가치관적 도전

케네디 대법관이 작성한 다수의견을 보면 동성결합에도 남녀 간의 결혼과 동일한 법적 지위를 부여하라는 주장의 공통된 이론적 근거를 알 수 있는데, 대략 다섯 가지 정도로 요약할 수 있다. 첫째는 개인주의적 자율성 혹은 자유권이다. 결혼을 하든지 하지 않든지 그 누구에 의해서도 강요될 수 없다면, 누구와 결혼할 것인지도 자기결정권의 행사이며 자기정의(self-definition)의 영역이요 개인적 자유의 문제라는 논리이다. 동성혼을 법적으로 인정하지 않는 것은 따라서 자율성과 자유의 침해요 자기결정권의 제한이라는 주장이 된다. 이 글의 앞부분에서 보았듯이, 미국 연방대법원은 이미 2003년 *Lawrence v. Texas* 사건 판례에서, 남성 간의 성교를 포함하여 동의에 의한 성인의 사적 성행위는 기본적으로 프라이버시 이슈

26) 입양의 경우는 생부모의 친권이 이양된 예외적이고 보완적인 상황으로 볼 수 있을 것이다.

이며 누구와 어떤 성행위를 하든지 이는 개인의 사적 자율·자유로 보아야 한다고 판시한 바 있다. Obergefell 사건의 다수의견에서는 이러한 남성 간의 성적 행위라는 사안에 적용했던 이론적 근거를 원용하여 동성혼도 헌법적 기본권으로 정당화하고 있는 것이다. 여기서 보듯, 동성혼 합법화 주장은 무엇보다도 개인주의적 자율 혹은 자유의 개념에 근거를 두고 있는 바, 이런 주장이 교회를 향하여 던지는 묵직한 기독교 가치관적 도전을 알아야 하겠다.

서양정치사상사는 개인의 자율과 자유의 개념이 기독교 가치에서 연원했음을 보여준다. 프로테스탄트 종교개혁의 정신에 잘 드러나 있듯, 대제사장 예수 그리스도를 통해 다른 매개자의 도움 없이도 하나님 앞에 독립된 개체로 나아갈 수 있게 된 그리스도인은 하나님의 권위에 온전히 복종하기 위하여 가톨릭교회(종교적 권위)와 세속국가(정치적 권위)로부터의 자유를 요구했으며 말씀에 기초한 신앙적 양심에 따른 행위를 자율로 이해했던 것이다. 자유와 자율은 이렇듯 교회의 머리되신 그리스도의 주권 아래 개인의 자아를 철저히 종속시키며 하나님 사랑과 이웃 사랑의 의무를 감당키 위한 조건이었다. 그러나 계몽주의시대에 시작된 가치관적 변화가 1950-60년대의 성혁명기를 거친 이후, 미국을 비롯한 서구 사회에서는 이제 자유와 자율의 가치가 자아 우상화와 개인(의 욕구와 필요 충족)을 위한 수단으로 전락하고 말았으니, 이는 동성혼 이슈가 교회에 제기하는 가치관적 도전의 일면이라 하겠다. 진정 교회와 그 지체된 그리스도인들은 우리의 머리되신 예수님을 통한 하나님의 다스림에 온전히 복종함으로써만 얻게 되는 진리 안에서의 자유를 갈망하며 누리고 있는지 자문하게 된다. 우리에게 맡기신 하나님 사랑-이웃 사랑의 소명을 위해 자유의 가치를 사용해야 함에도 불구하고, 만약 우리가 개인의 사익이나 소속 집단의 이익만을 위해서 자유를 주창한다면 삶의 구체적 선택과 판단과 결정의 근거에서 작용하는 가치관이 본질적으로 동성혼자들의 가치관과 그리 다르지 않다고도 볼 수 있기 때문이다.

둘째는 결혼 관계를 통해서만 얻게 되는 존엄적 가치이다. 두 사람이 결혼이라는 특수한 결합을 통해 도달하게 되는 친밀함과 관계의 극치는 당사자들에게 존엄적 가치의 새로운 차원을 누리게 한다는 것이다. 이러한 가치를 동성커플도 누릴 수 있게 해야 한다는 주장이다. 결혼관계의 특수성은 그러나 두 사람의 결합 자체에 있는 것이라기보다, 남자와 여자가 상호보완성에 기초하여 불완전한 구성원 개인을 초월하는 연합을 이루기 때문일 것이며, 동성간의 결합에서는 추구할 수 없는 결혼의 심오하고 신비로운 차원이라 할 것이다.

더욱이 기독교 가치관은 인간 존재의 본질적 존엄과 부패성을 동시에 지적하면서, 죄로 인한 인간의 부패성은 스스로 존엄의 근거가 될 수 없으며 이러한 인간의 행위를 통해 궁극적인 가치를 창출해 내지 못한다고 가르친다. 인간의 본질적 가치는 인간을 만드신 창조주 하나님과 그의 형상에 기초하고 있으며, 하나님이 그리스도를 통한 창조·구속·회복의 역사를 통해 인간에게 부여하시는 만큼의 가치에 근거를 두어야 할 것이다. 결혼도 그 결합 자체에서 존엄이 연원하는 것이 아니라, 남녀 간의 결혼제도를 제정·수호하시는 하나님의 목적과 그 성취 여부에 따라 그 분이 개별적으로 평가하실 영역이라고 보아야 한다. 인간의 자아 성취적 가치 실현의 방편으로 결혼을 이해하면서 인간의 가치를 인간 스스로의 행위에서 찾으려는 시도가 곧 동성혼이 교회에 던지는 기독교 가치관적 도전의 또 다른 일면이라 하겠다. 그리스도인들은 그저 동성혼을 스스로 하지 않고 동성혼을 반대한다는 것만으로 이 도전에서 자유롭다고 할 수 없다. 우리의 결혼관·가정관이 그 구체적 발현에 있어서 과연 자아 성취적 욕구에 근거한 것인지 아니면 성경적 가르침 위에 건강하고 바르게 세워져 있는지 물어야 한다는 것이다.

셋째는 동성결합으로 형성되는 가정이 보호받을 권리이다. 특히 동성커플이 양육하는 아동의 최선의 이익을 위해 동성 결합도 합법적 결혼으로 인정해야 한다는 것이다. 케네디 대법관은 Obergefell 다수의견에서, 많은 아동들이 동성가정에 입양되어 따뜻한 환경을 누리고 있는 상황에서 동성결혼을 인정하지 않는 것은 아이들에게 자신이 속한 가정이 이성가정보다 못하다는 낙인을 찍는 행위라고 주장한다. 결혼한 부부가 자녀를 생산할 수 없다고 결혼 자체를 무효화한 적은 없었다면서 자녀 생산이 불가능한 동성결합을 결혼에서 배제하는 것은 정당화 될 수 없다고까지 주장한다. 그러나 동성결합이 아닌 남녀 간의 연합을 결혼의 본으로 두고 자녀 생산은 자연스런 결과로 전제하였기 때문에 결혼의 조건으로 삼지 않았다고 보아야지 결혼과 자녀 생산이 무관하다는 것은 아닐 것이다. 사실 서구 혼인법사에서 성적불능이나 자녀생산의사에 관한 기만 등은 결혼을 무효화 할 수 있는(voidable) 법적 근거가 되었다. 아동의 권익과 보호 등을 얘기하면서도 자녀 생산이 불가능한 동성결합을 결혼 개념의 중심으로 옮기고자 하는 것은 자기모순이기도 하다.

교회는 하나님께서 맡기신 ‘생육하고 번성하여 땅에 충만하라’는 말씀을 기억한다. 자녀를 낳아 양육하는 어렵고도 긴 과정을 거치며 깊이 묻어두신 복을 알아가며 하나님 나라의 다음 세대를 세워가는 것이다. 이러한 부르심을 받은 교회의 관점에서 볼 때 동성결합은 결혼 제도를 정하신 하나님의 목적에 거스르는 인간의 도전이라고 할 것이다. 또한, 동성혼은 사회와 국가의 미래와도 직결되어 있기에 때문에, 교회는 책임 있는 시민으로서 그 위험성을 지적해야 할 것이다. 뿐만 아니라, 그리스도인들 자신이 출산과 양육을 부담으로 여기기보다 소명과 축복으로 받아 감당해야 하는 실천적 도전을 대하고 있음도 알아야 하겠다.

넷째, 결혼은 사회와 국가를 구성하는 기본단위이기에 공공성을 지닌 제도이며, 따라서 결혼을 서약한 동성커플에게도 사회와 국가는 공적으로 “상징적 승인과 물질적 혜택(symbolic recognition and material benefits)”의 제공을 선언해야 한다는 주장이다. 결혼이 사회와 국가의 기초가 되는 공적 제도로 여겨지는 이유는, 결혼이 가정을 이루고 부모는 다음 세대를 생산·양육하며 자녀는 성장하여 연로한 이전 세대를 부양하는 기본적 역할을 맡아 왔기 때문일 것이다. 동성혼은 생물학적으로도 세대 간의 연결고리 역할을 감당하기에 한계가 있다. 그럼에도 불구하고, 모든 사회구성원에게 동성혼에 대한 승인과 혜택의 의무를 부과하려는 것이다. 케네디 대법관은 종교적 이유에서 동성혼을 반대하는 사회구성원들의 “사적” 견해를 법과 제도의 기초로 삼는 것은 동성애자들을 비하하는 것이며 그들에게 낙인을 찍는 것이라고까지 언급하고 있다. 가장 논란이 될 수 있는 부분인데, 동성혼 이슈가 교회를 향해 던지는 직접적인 도전이라 하겠다. 성경적 결혼관을 견지하는 교회가 동성혼의 사회·국가적 위협을 지적하며 공적 논의에 참여하는 것도 사적 견해에 의한 동성애자 비하행위로 간주하겠다는 뜻으로 비춰지기까지 한다. 교회가 신앙양심에 따라 동성혼에 대한 공적인 승인과 혜택의 의무를 거부할 경우, 종교의 자유는 보장될 것인가라는 의문도 제기되는 이유이다.

마지막 다섯째는 평등권이다. 동성커플들이 직면해온 다양한 형태의 차별을 구체적으로 언급하면서 그들의 결합을 합법적 결혼으로 인정하지 아니하는 것은 과거 소수인종과 여성을 차별했던 것과 다를 바 없다는 논리이다. 여기에 더하여, 소수인종과 여성에 대한 차별이 반영되었던 결혼관련 법제도들이 시대를 지나며 개혁되어 왔듯이, 이성 간의 결혼을 전제한 결혼관 자체도 시대에 따라 변해야 하며 동성커플에 대한 차별도 종식되어야 한다는 주장이다. 남성 중심적이며 여성 차별적인 결혼관, 인종 차별적인 결혼제도는 바뀌어야 하고 또 바뀌어 왔다. 선천적인 성별과 인종에 근거한 차별의 문제이기 때문이다. 동성애의 선천성은 여전이 논란이 되는 사안일 뿐 아니라, 자녀생산과 양육을 통해 결혼이 수행하는 사회·국가

적 기능과 역할 측면에서 동성혼은 남녀 간의 결혼과 동일하지 아니하며 따라서 구별하는 것이 평등권의 침해일 수 없다고 하겠다. 2000년대 초 네덜란드가 최초로 동성혼을 인정하기 전까지는 기나긴 혼인법제도 변천사를 통틀어 결혼을 남녀 간의 연합 이외의 것으로 규정한 적이 단 한 번도 없었다는 점은 결혼의 본질이 시대와 인식의 변화에 따라 임의로 바꿀 수 있는 것이 아님을 시사 하는 것이다.

2) 교회를 향한 실천적 도전

결혼의 본질적 부분이 무엇인가라는 사안은 동성혼 논란의 핵심이라고 본다. Obergefell 판결의 소수의견도 지적하고 있듯 케네디 대법관의 다수의견은 이 질문을 회피하고 있다.²⁷⁾ 동성혼 논란이 교회를 향해 던지는 도전의 중심에도 결혼제도의 제정·수보자 되시는 하나님의 목적이 자리하고 있다고 생각한다. 이상에서 살펴 본 동성혼 합법화 주장의 이론적 근거에는 특정결혼관이 전제되어 있음은 어렵지 않게 알 수 있다. 성적 욕구와 정서적 필요를 지닌 한 개인이 자신의 욕구와 필요의 충족을 위해 그러한 필요와 욕구가 충족되는 동안 다른 개인과 지속하는 일종의 조건부 계약적 관계라는 견해 말이다. 이는 개인의 욕구·필요 그리고 그것에 근거한 개인의 선택과 결정 이외의 어떠한 것(예: 제도적 전통이나 규범적 조건)도 결혼을 제한하거나 개인을 구속할 수 없다는 주장이기도 한다. 이러한 결혼관이 성경적 결혼관으로부터 얼마나 변질되어 있는지를 안다면, 교회는 동성혼 논란의 본질적 심각성을 간과할 수 없을 것이다.

남편과 아내 사이, 부모와 자녀 사이의 희생적 타자 사랑을 통해 하나님의 자기 백성을 향하신 그리고 예수님의 신부된 교회를 위한 자기희생적 사랑을 알아가라고 하시는 결혼제도, 근본적으로 하나님 앞에서 평등한 존재인 남편과 아내 그리고 부모와 자녀이지만, 하나님이 부여하신 권위를 가정 내에서 사랑의 이중 계명에 기초하여 행사하게 하시며 정하신 권위의 질서를 따르게 하심으로써 하나님의 통치와 그리스도의 주권에 순복하는 그의 백성과 교회로 만들고자 하시는 결혼제도, 부모 세대가 자녀를 낳아 기르며 말로 가르치고 삶으로 본을 보이며 하나님의 나라를 자녀 세대로 이어가라고 정하신 결혼제도, 가정과 가족 안에서 앞선 세대는 다음 세대를 지원하고 연로해진 앞선 세대는 다음 세대가 부양하는 상호 의존적 관계를 통해 하나님의 공급해 주심을 맛보라고 만드신 결혼제도 - 결혼의 본질을 이처럼 제도의 제정·수보자 되신 하나님의 관점에서 접근하면 동성혼 논란은 교회에게 동성혼 반대와 결혼과 가정 관련 사회법 변혁으로의 실천적 도전과 더불어 (아니 그보다도 먼저) 강력한 자기반성적 도전을 던지고 있는 것 같다. “그리스도인의 결혼관계와 가정은 어떠한지?” “그리스도인들도 실질적으로 결혼을 자신의 필요나 욕구 충족의 수단으로 이해하며 배우자와 가족을 그렇게 대하고 있지는 않는지?” “그리스도인 부모들이 자녀 출산·양육을 과연 소명과 축복으로 여기고 있는지?” “그리스도인 부모들이 자녀 교육의 일차적 책임을 두렵고 떨리는 자세로 받아 감당하고 있는지?” 등등 성경적 원리에 부합하는 세상 속 그리스도인의 삶을 위한 자기점검과 자기개혁의 계기를 삼아야 할 것이다.

IV. 결론: 한국교회의 논의를 위하여

성경적 원리와 사회법제도와의 관계는 결코 쉽지 않은 주제이지만, 세상에 있으나 세상에

27) 그러나 소수의견을 낸 대법관들조차 알리토 대법관이 자녀생산(procreation)을 언급한 것 이외에는 결혼의 본질에 대한 직접적 논의를 하지 않고 있다.

속하지 아니한 교회가 외면할 수 없는 존재론적 과제이다. 동성혼 이슈도 마찬가지로 일 것이다. 교회가 시름해야 할 다른 많은 이슈들보다 더 중요하다고 할 수 없겠지만, 교회를 향해 던지는 기독교 가치관적·실천적 도전은 결코 가볍지 아니하다. 그렇다고 동성애자들을 향한 도덕적 우월성에 근거한 혐오감이나 동성혼이 초래할 사회·국가적 파장에 대한 위기감이 교회의 동인이 되지 않기를 바란다. 오히려, 그리스도인들은 책임 있는 시민으로서 사회와 국가의 중차대한 사안에 관한 공적 논의에 적극 참여하면서 하나님의 진리와 공의와 인애의 도구가 되어야 할 책무가 있다는 것을 기억해야겠다. 어떠한 사단의 역사와 인간의 도전에도 불구하고 하나님은 살아계셔서 그리스도를 통하여 다스리고 계시며 교회를 보전하시고 궁극에는 창조세계를 회복시키심을 믿기 때문이다. [끝]

참고문헌

- Browning, D. S. (2008). “*Family law and Christian jurisprudence*” in *Christianity and Law: An Introduction*, Witte Jr., J. and Alexander F. S. (Ed.), Cambridge University Press
- _____ (2010). “*Christianity and the rights of children: an integrative view*” in *Christianity and Human Rights: An Introduction*, Witte Jr., J. and Alexander F. S. (Ed.), Cambridge University Press
- Coons, J. (1996). “The Religious Rights of Children” in *Religious Human Rights in Global Perspective: Religious Perspectives* edited by John Witte, Jr. and Johan van der Vyver, Martinus Nijhof Publisher
- Glendon, M. A. (1989). *The Transformation of Family Law: State, Law and Family in the United States and Western Europe*, The University of Chicago Press
- McConnell, M.W., Cochran Jr., R.F. and Carnella, A.C. (Ed.) (2001) *Christian perspectives on legal thought*, Yale University Press
- Sullivan, K. M. and Feldman, N. (2013) *Constitutional Law*, Foundation Press
- Well, D. F. (1993). *No Place for Truth*, William B. Eerdmans
- Witte Jr., J. (2007). *The Transformation of Rights: Law, Religion, and Human Rights in Early Modern Calvinism*, Cambridge University Press
- Wolterstorff, N. P. (2010). “*Modern Protestant developments in human rights*” in *Christianity and Human Rights: An Introduction*, Witte Jr., J. and Alexander F. S. (Ed.), Cambridge University Press
- 이준일 (2009), “헌법상 혼인의 개념: 동성간 혼인의 헌법적 허용가능성”, 「공법연구」 37-3

미국판례목록

1. 연방대법원 판례
 - Baker v. Nelson*, 409 U. S. 810 (1972)
 - Bowers v. Hardwick*, 478 U. S. 186 (1986)

Carey v. Population Services International, 431 U. S. 678 (1977)
Eisenstadt v. Baird, 405 U. S. 438 (1972)
Griswold v. Connecticut, 381 U. S. 479 (1965)
Hollingsworth v. Perry, 570 U. S. ____, 133 S.Ct. 2652 (2013)
Lawrence v. Texas, 539 U. S. 558 (2003)
Loving v. Virginia, 388 U. S. 1 (1967)
Obergefell v. Hodges, 576 U. S. ____, 135 S.Ct. 2584 (2015)
Roe v. Wade, 410 U. S. 113 (1973)
Romer v. Evans, 517 U. S. 620 (1996)
Turner v. Saifley, 482 U. S. 78 (1987)
United States v. Windsor, 570 U. S. ____, 133 S.Ct. 2675 (2013)
Zablocki v. Redhail, 434 U. S. 374 (1978)

2. 주대법원 관례

매사추세츠

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

미네소타

Baker v. Nelson, 291 Minn. 310, 191 N.W.2d 185 (1971)

버몬트

Baker v. Vermont, 170 Vt. 194, 744 A.2d 864 (1999)

캘리포니아

In re Marriage Cases, 43 Cal.4th 757, 183 P.3d. 384 (2008)

Strauss v. Horton, 46 Cal.4th 364, 207 P.3d. 48 (2009)

하와이

Baehr v. Lewin, 74 Haw. 530, 852 P.2d 44 (1993)

논평 : 미국 동성혼 합법화의 과정과 과제

김 정 우 박사 (숭실대 법대 및 백석대 기독교 학부 강사)

1. 본 발제는 미국에서 동성 결혼이 어떤 역사적 과정들을 통해 합법화 되었는가를 주요 판례들의 내용을 중심으로 살피고 있습니다. 최근에 한국에서 영화감독 김조광수씨가 동성결혼에 대한 혼인신고가 거부되자 법원에 소송을 제기한 사례가 있었고 법원의 판단을 기다리고 있기 때문에 미국의 논의들을 살펴보는 것은 시의성 있고 의미가 있다고 생각합니다.

2. 우선 미국에서 동성애 합법화 과정의 주요 내용들을 요약해보면 개별 주가 소송을 통해 동성혼을 합법화 하려는 시도가 1970년대에 있었으나 관철되지 않았습니다. 1999년에 동성커플을 위한 결혼에 상응하는 제도 "시민 결합(civil union)"이라는 제도를 도입하게 되었습니다. 2003년에 메사추세츠 법원은 동성커플에게 시민결합만을 부여하는 것은 열등한 시민으로 대우하는 것이기 때문에 그들에게도 결혼과 동일한 법적 승인과 특권을 부여해야 한다는 결정을 내려 동성결합을 합법적 결혼으로 인정하게 되었습니다. 2009년 즈음 동성혼을 수용하고자 하는 일부 주에서 법령 제.개정을 통해 주의회가 동성혼을 인정하게 되었습니다. 1996년 연방결혼보호법(DOMA: Defense of Marriage Act)을 제정함으로써 의회는 연방입법권 행사를 통해 개별 주에서의 동성혼 합법화 움직임을 견제하고자 했습니다. 2013년 연방대법원은 연방결혼보호법이 동성애자들의 평등권을 침해한다고 판결했고, 이어서 2015년에 Obergefell v. Hodges 판결을 통해서 동성혼을 합법화하기에 이르렀습니다.

3. 백교수님께서서는 미국의 동성혼 합법화 과정이 개별주에서 시작해서 연방으로 확장되었고 입법적 논의와 사법적 판단을 구분하기 위해 1)개별 주의 동성혼 합법화 움직임 2)연방의 회의 대응 3)연방대법원의 역할로 구분하고 그 틀안에서 법제정과 판결에 대한 검토를 포함시키는 방식으로 논의를 전개하셨는데 독자의 입장에서는 1)시기별로 진전된 찬반 논의로 하거나 2) 찬반 논의의 틀에서 시기별로 진전된 내용들을 기술하는 방식이 좀 더 이해하기에 용이하지 않았을까라는 생각이 들었습니다.

4. 개별 주에서의 동성혼 합법화 움직임을 견제하고자 제정된 연방결혼보호법(DOMA)의 주요 내용들과 이 법을 저지시킨 United States v. Windsor(2013)판결, 동성혼을 합법화한 Obergefell v. Hodges(2015) 판결에 대해서는 좀 더 심층적으로 분석한 내용들이 반영되었으면 하는 아쉬움이 있습니다. 참고로 Obergefell v. Hodges 판결의 다수의견만 게이법조회에 의해 국문으로 번역되어 있습니다.(<http://www.hopeandlaw.org/596>). 물론 4명의 반대의견(미국 한인변호사들의 모임인 정의법국제연대 번역)이 소개된 자료들도 있습니다.(백상현, 동성애 is, 미래사, 2015, 176-187면)

5. 미국 동성혼 합법화가 남긴 과제에 관한 부분에서 "사법부에 의한 기본권 선언적 접근의 문제점은... 우리 헌법이 이 문제로부터 자유롭다고 할 수 없을 것이다" 라고 표현하셨는데, 국내 대법원 전원합의체 판결(2011.9.2.)에 의하면 헌법 제36조 1항의 해석과 관련하여 "무

롯 혼인이란 남녀간의 육체적, 정신적 결합으로 성립하는 것으로서, 우리 민법은 이성간의 혼인만을 허용하고 동성간의 혼인은 허용하지 않고 있다”라는 입장을 분명히 했는데, 유교 문화권에 속한 우리나라의 경우 지금까지 입법부에서 동성혼이 논의되거나 발의된 적이 없고, 조만간에 판결을 통해서만 급작스럽게 동성혼을 허용하기에는 국민정서상 어렵지 않겠는가라는 생각도 들었습니다. 참고로 최근(2016년)에 중국에서도 남성이 동성결혼을 인정해 달라는 첫소송이 있었으나 받아들여지지 않았습니다.

6. 한편 국내에서 동성혼에 관한 학자들의 논의들을 살펴보면 동성결혼의 문제를 서구의 논의 맥락에서 인권의 신장 차원에서 허용해야 한다는 논조를 보이는 학자들이 있습니다. 참고로 근대적인 인권과 자유 개념의 맹아는 역사적으로 로마 가톨릭 교회에 대항했던 프로테스탄트 교회를 통해 이루어졌는데(Harold Berman, John Witte), 개인의 '자율'이라는 의미는 사실상 하나님과 하나님의 말씀에 사로잡힌 양심에 구속되는 신율(theonomy)을 의미하고 이는 세속적인 자율(autonomy)과는 구분되는 개념이라고 할 수 있습니다.

7. 이 문제가 한국 개신교회와 개신교인들에게 주는 도전의 측면을 살펴보고자 합니다. 최근에 한국기독교교회협의회(NCCK)가 4월 28일에 한국기독교교회관에서 김조광수씨를 초청하는 행사가 있었고, 보수 기독교인들이 행사 도중에 집단 통성기도 등을 통해 행사를 무산시켰다는 보도가 있었습니다. 서구 교회나 한국의 개신교회나 이 문제를 보는 시각은 인권 차원에서 접근하려는 입장과 성서가 말하는 가치에 반하기 때문에 강경하게 반대하는 입장으로 나뉘어져 있습니다. 이 문제를 인권적으로 접근하려는 쪽은 본래 개신교적 가치에서 유래한 인권의 개념을 세속화된 방식으로 해석하는 우를 범했고, 보수적인 입장은 비록 의도는 기독교적 가치를 수호하려는 것이나 방식이 폭력적이며 오히려 인권들을 무례하게 침범하는 상식적이지 않은 방식으로 행사되고 있는 점이 문제라고 볼 수 있습니다.

8. 이런 상황 속에서 개신교 학자들에게 주어진 과제는 무엇일까요 생각해보고자 합니다. 우선 학문의 영역에서는 고도로 세련된 형태로 기독교적 가치를 잠식하는 세속적 논의들에 대항해서 자신의 전공의 도구와 기독교적 관점을 수준 높게 결합시킨 방식의 기독교 변증 전략들을 구사할 수 있도록 노력하는 일이 필요하다고 봅니다. 이와는 별개로 교회와 그리스도인들을 위해서는 세속적인 인권적 가치에 경도된 쪽에는 바른 가치를 교육하고 보수적인 쪽에는 좀 더 상식적인 대항 방법을 선택하도록 조언할 필요가 있다고 생각합니다.

9. 개인적으로 '결혼과 가정을 세우는 연구모임(결가연)'에 후속적인 연구로 제안하고 싶은 주제는 "동성결혼 합법화가 이루어진 서구 국가들에서 발생하는 피해 사례"들을 실증적으로 학제적으로 연구하고 분석하는 과제입니다. 예를들면 북유럽의 사례들 중 일부를 보면 결혼 상대의 선택권을 고유한 자기 결정권으로 볼 경우 동물과 결혼하는 일까지 확장되는 윤리적 파괴가 잇따르고 있기 때문입니다.

10. 본 발제를 계기로 동성혼 합법화의 문제와 관련해서 한국 사회와 교회를 위해 의미 있는 후속 연구들이 계속 진행되기를 기대하며 논평을 마치도록 하겠습니다. 감사합니다.