

동성결혼의 헌법적 문제
- 헌법 개정 논의를 중심으로 -

엄주희(명지전문대 겸임 교수)¹⁾

<국문초록>

<목 차>

1) 법학박사, 명지전문대 겸임 교수, 前 세종대 겸임 교수

I. 서론

동성의 커플이 국가의 가족 제도 안으로 들어온 것은 1989년 덴마크에서 동성커플 간 결합을 인정하는 시민결합에 관한 법률을 제정한 때로부터 시작된다. 2000년에는 네델란드에서 동성커플의 결혼을 합법적으로 허용하였고, 2016년 현재 약 17개국에서 동성결혼의 법적 지위를 인정하고 약 35개국에서 시민결합이라는 형태로 법적 지위를 보장하고 있다. 동성결혼이 인권과 차별금지의 옷을 입고 이성간의 결합이라는 전통적인 결혼제도의 근간을 재편하고 전통적인 금기의 경계를 허물고 있는 것이다.

우리 법학계에서 동성결혼에 관한 연구의 추이를 보면, 2000년에 미국 동성애자의 기본권 논쟁을 다룬 미국연방대법원 판례 *Bower v. Hardwick* (1986)과 *Romer v. Evans* (1996) 등 사건을 소개한 논문(강달천:2000)을 시작으로, 동성애자들에 대해 법률적·헌법적 권리를 다룬 연구(곽진영:2001, 강진철: 2002, 조재현:2002, 이준일: 2003, 윤진숙:2007, 장서연:2009, 박승호:2011)와 미국·독일의 등 외국의 판례와 입법동향 검토를 바탕으로 동성결혼의 헌법적 허용 가능성을 검토한 연구(이덕연:2004, 이소영:2007, 조홍석:2007, 김병록:2009, 서종희:2010, 고보혜:2011) 그리고 미국에서 동성 간 성행위를 권리로 인정하게 된 판례의 변화를 다룬 연구(박승호:2011)²⁾ 등의 연구에서 동성커플의 혼인 유사한 결합과 상속, 사회복지, 세금, 연금 등의 영역에서 권리가 외국에서 법제화되는 과정과 동향을 연구한 논문들이 발표되었다. 2013년 미국연방대법원의 *United States v. Windsor* 사건 이전까지의 연구들은 대체로 우리 헌법 체계 내에서는 동성결혼을 인정할 수는 없다고 하면서도 동성 간 결합을 새로운 가족 형태로 받아들일 수 있는 가능성을 긍정하는 내용과, 더 나아가 동성커플에게도 재산관계, 부양책임, 상속, 세금, 입양의 자유 등에서의 권리를 법제도적으로 부여하자는 주장들이다. *United States v. Windsor* 사건은 결혼을 이성 간 결합이라고 규정하고 동성 간의 결혼을 예정하지 않은 연방 법률인 결혼보호법을 9명의 대법관 중 5명의 찬성으로 위헌 결정을 내린 사건이다. 이 판결 이후에는 이 연방대법원 판례에 대한 평석과 시사점에 관한 논문들이 집중적으로 발표되었다. (김지혜: 2013, 류성진:2013, 문광삼:2013, 문종현:2013, 이종근:2014, 하정훈 등:2014, 허순철:2014, 김선화:2015, 박해영: 2015, 성중탁:2016) 동성애자들의 권리와 보호범위를 넓게 인정하고 성적 지향에 따른 차별의 위헌성 심사기준이 강화되어야 한다고 제시한 의견들도 많지만, 혼인 제도는 연방대법원이 결정할 문제가 아니라 민주주의와 정책결정의 문제로서 국민과 의회의 입법재량의 자유의 영역에 속하는 사항이기 때문에 사법기관이 판단하는 것이 합당하지 않다는 의견(사법자제설)도 시사점으로 제시하고 있다. 국제인권기구들이 동성커플의 법적 인정에 관해 점진적인 개선방안을 마련·시행하라는 제안을 한 사례의 소개와 (장민영:2014), 프랑스의 동성결혼 허용 법률에 대한 헌법재판소의 판단 검토(전훈: 2015)³⁾, 그리고 영국, 독일 등 유럽의 헌법 상 혼인과 가족생활의 보호에 관한 논의를

검토한 논문도 최근 소개되었다.(김수정:2015, 정문식:20174)

기존 연구들은 대체로 외국의 법제화 과정을 동성커플을 새로운 가족 형태로서 법제도 내로 흡수하려는 경향으로 받아들이고 있다. 그런데 실제 우리 사회에 동성결혼의 법제화가 시도되거나 입법이 될 경우, 그 법률들이 우리 헌법 질서와 체계에 부합하는지에 대한 판단이 우선되어야 할 것이다. 그리고 혼인과 가족제도가 국가 공동체의 근간을 이루는 기초라는 제도적 지위를 감안할 때 법률의 제정이나 헌법의 개정 과정에서는 국민 대다수가 공감하고 받아들일 수 있는 사회적 합의와 국민적 정당성이 반드시 필요할 것이다. 동성애와 동성커플의 권리 보장을 법제화하려는 현상이 최근 더 심화되는 것을 볼 때, 동성결혼의 입법화 시도나 헌법 개정 시도가 머지않아 나타나리라고 예상된다. 혼인과 가족 제도의 변화에 관해 외국의 법제화에도 참고할 만한 부분이 있겠지만, 대한민국 헌법 질서 속에서 혼인과 가족생활의 개념과 위치를 우선 점검해 놓을 필요가 있겠다. 이를 위하여 본고에서 제헌 헌법 이후 우리 헌법 개정 역사 속에서 혼인과 가족 규정이 어떻게 발전되어 왔는지를 살펴보고(Ⅱ), 현재 헌법과 법률의 해석으로 동성결혼이 제도로 수용될 수 있는지에 관해 판단하기 위한 기준으로서 헌법재판소가 바라보는 혼인과 가족생활의 개념을 살펴본다.(Ⅲ) 그리고 2006년 한국헌법학회의 헌법 개정안을 시작으로 올해까지 헌법 개정 논의 과정 속에서 어떻게 동성결혼의 수용 여부를 다루고 있는지 검토함으로써 (Ⅳ) 국가 공동체의 근간이자, 개인 생활의 기초인 혼인 제도를 흔들고 있는 동성결혼 현상에 대한 문제의식과 헌법적인 방향을 제시할 수 있는 작은 지침을 세워보고자 한다.

Ⅱ. 헌법상 혼인과 가족 규정의 발전 과정

우리 헌법 36조의 혼인과 가족의 보호 규정의 기원은 대한민국 제헌헌법 제20조 규정으로 거슬러 올라간다. 1948년 제헌헌법 제20조에서는 “혼인은 남녀동권을 기본으로 하며, 혼인의 순결과 가족의 건강은 국가의 특별한 보호를 받는다”고 규정하여 남녀 간 결합으로서의 혼인의 개념과 혼인과 가족이라는 생활공동체의 최소단위의 제도화를 헌법적으로 명시하였다. 그리고 나서 1980년 1월 27일 공포된 제8차 헌법개정에서 “개인의 존엄과 양성평등”이라고 규정함으로써 개인의 기본권과 남녀의 평등을 기초로 한 가족생활이라는 근본 이념은 같이 하되 표현을 달리하여 명시하였다. 이 개정에서 ‘혼인의 순결’이라는 용어는 명문에서 빠졌지만, 해석상 그 규범 내용에는 일부일처제 보장, 축첩제나 중혼 금지를 그 내용으로 하는 혼인의 진실성과 순결성을 포함한다.⁵⁾

『 』

『 』

1987년 제9차 헌법 개정으로 이루어진 현행 헌법⁶⁾에서는 제8차 개정헌법에서 명시한 혼인과 가족생활의 보호에 모성보호의무규정과 보전에 관한 국가보호규정을 추가하였다. 현행 헌법상 혼인과 가족생활의 자유에 대하여 평등원칙의 제도화 내지는 구체적 실현이라는 점에서 평등권설, 혼인의 자유를 평등독립한 당사의 합의를 요하는 일종의 계약의 자유로서 공법 체계에서 자유권적 기본권이라고 보는 자유권설, 권리보장규정이 아니라 혼인제도와 가족제도의 제도적 보장에 해당하는 것으로서 제도적 보장설로 나누어진다. 그러나 평등권설은 이 조항을 통하여 구체적 권리내용을 이룬 구성할 실익이 없다는 주장이 있다.⁷⁾ 우리 헌법재판소는 “헌법은 제36조 제1항에서 혼인과 가정생활을 보장함으로써 가족의 자율영역이 국가의 간섭에 의하여 획일화·평준화되고 이념화되는 것으로부터 보호하고자 하는 것이다.”라고 하여 제도보장으로 파악하고 있다.⁸⁾ 혼인의 자유와 권리는 사회적 기본권이 강조되는 기본권과 함께 규정되어 있지만 사법(私法)적 권한에 관한 권리로서 절차적 기본권의 의미가 강조되어야 한다는 견해도 있다. 그러나 절차적 기본권은 그 성격에 있어서 결국 기본권의 강화를 위한 것이므로, 혼인의 자유와 권리는 본질적으로 그 자유의 보장에 중점이 두어져야 한다고 해석된다.⁹⁾

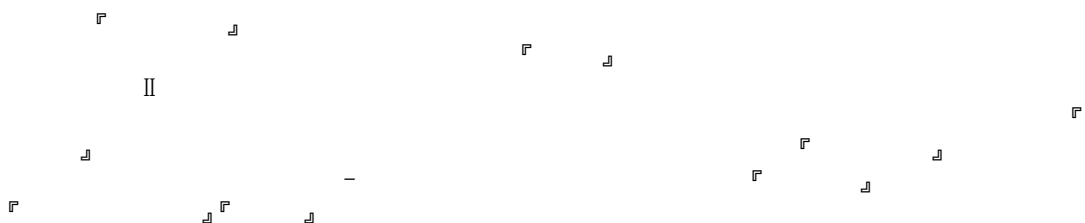
모든 국민은 개인의 존엄과 양성의 평등을 바탕으로 스스로 혼인을 할 것인가 하지 않을 것인가를 결정할 수 있고 혼인을 함에 있어서도 그 시기는 물론 상대방을 자유로이 선택할 수 있는 주관적 권리가 귀속되며, 이러한 결정에 따라 혼인과 가족생활을 유지할 수 있고, 국가는 이를 보장해야 하는 것이다. 즉 소극적으로는 국가권력의 부당한 침해에 대한 개인의 주관적 방어권으로서 국가권력이 혼인과 가정이란 사적인 영역을 침해하는 것을 금지하면서, 적극적으로는 혼인과 가정을 제3자 등으로부터 보호해야 할 뿐만 아니라 개인의 존엄과 양성의 평등을 바탕으로 성립되고 유지되는 혼인과 가족제도를 실현해야 할 국가의 과제를 부과한다.¹⁰⁾ 법률의 제정으로 결혼대체제도로써 동성간 가족관계의 형성을 입법화할 수 있는가 하는 문제와는 변론으로 하고, 현행 헌법의 해석으로 혼인은 남녀 간의 결합이고 그 외의 동성 간 결합은 혼인의 범주에 포함될 수 없다.¹¹⁾

III. 헌법재판소 판례를 통해 확인하는 혼인과 가족생활의 개념

1. 친생자 추정관련 법조항 위헌 확인 : 개인의 자율성과 양성의 평등¹²⁾

우리 헌법재판소는 “헌법 제36조 제1항은 개인의 자율적 의사와 양성의 평등에 기초한 혼

①



12)

인과 가족생활의 자유로운 형성을 국가가 보장할 것을 규정하고 있다.”고 하여 개인의 자율성과 양성의 평등을 혼인과 가족생활의 기초 요소로 확인하였고, “모든 국민은 인격권을 바탕으로 스스로 자신의 생활 영역을 형성해 나갈 수 있는 권리를 가지며, 혈통에 입각한 가족관계 형성은 개인의 인격 발현을 위한 자율영역을 보장하는 데 중요한 요소” 라고 하여 혼인과 함께 혈연관계를 가족생활을 형성하는 요인으로 들고 있다. 그래서 혼인관계 종료의 날로부터 300일 내에 출생한 자를 전남편의 친생자로 추정하는 민법 제844조 제2항 부분을 혼인과 가족생활에 관한 기본권을 침해한다고 판시하였다.

2. 친생부인의 소 제척기간 관련 위헌 확인 : 개인이 존엄과 양성의 평등, 부모와 자녀의 관계¹³⁾

“헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 하여 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다고 규정하고 있는바, 이는 개인의 자율적 의사와 양성의 평등에 기초한 혼인과 가족생활의 자유로운 형성을 국가가 보장할 것”을 의미한다고 함으로써, 개인의 존엄, 개인의 자율성, 양성의 평등을 혼인과 가족생활의 기초로 확인하였다. 그리고 친자관계가 자연적인 혈연관계를 바탕으로 성립되는 것이기 때문에 법률상의 친자관계를 진실한 혈연관계에 부합시키는 것이 혼인과 가족제도의 원칙이라고 판단하였다. 따라서 민법 제847조 제1항의 경우 친생부인의 소 제척기간을 출생을 안 날로부터 1년으로 설정한 것은 지나치게 짧아서, 진실한 혈연관계에 부합하지 아니하고 당사자가 원하지도 아니하는 친자관계를 부인할 기회를 충분히 주지 아니한 것으로서, 친생부인권을 극히 단기간 내에 상실하게 하고 나아가서 자에 대한 부양의무를 비롯한 그 밖의 법적 지위를 계속 유지하도록 강요하는 것이어서 개인의 존엄과 양성의 평등에 기초한 혼인과 가족생활에 관한 기본권을 침해하는 것이라고 판단하였다. 인간의 존엄과 행복추구권으로부터 일반적 인격권이 도출되고, 이 인격권은 개인이 개성을 발현시키고 유지하기 위해서 본인의 삶을 사적으로 형성하면서 필요한 자율영역을 보장하는데 자신의 혈통에 입각한 친자관계를 형성하는 것이 개인의 인격 발현에 중요한 요소 중 하나라고 보았다. 부모와 자녀의 관계가 부의 혈통에 입각해 있는가 하는 문제는 가족관계의 형성과 유지에 결정적으로 중요하므로, 자기 혈통이 아닌 자와의 친자관계를 부인할 수 없도록 법이 강요하는 것은 부의 일반적 인격권에 대한 중대한 제한으로 보았다. 또한 부모가 자녀에게 부양의무와 교육의무를 진다는 점을 확인함으로써 혼인과 가족생활에서의 부모와 자녀의 관계와 의무사항을 명시하고 있다.

3. 동성동본 혼인 금지의 위헌 확인: 사회환경의 변화와 평등의 원칙¹⁴⁾

동성동본 혼인 금지 규정에 대해 위헌성을 확인하는 사건에서 “여러 가지 사회 환경의 변화로 말미암아, 동성동본금혼제의 존립기반이 이제 완전히 붕괴되었다고까지 단언하기는 어렵다고 할지라도, 적어도 그 존립기반이 더 이상 지탱할 수 없을 정도로 근본적인 동요를 하고 있음은 이를 부인하기 어렵다. 따라서 동성동본 금혼제를 법제도로써 더 이상 존치할 이유가 있는지의 여부는 헌법이념 및 규정에 의한 새로운 조명과 가치판단이 있어야 한다.”고 하여 사회환경 변화에 따라 동성동본 금혼제에 대해 재조명하고 헌법 이념을 바탕으로 그 위헌성을 해석하였다.

동성동본 혼인 금지를 폐지하는 것은 사회의 미풍양속과 전통문화에 어긋나는 것이어서 사

13)

회질서의 혼란과 가족제도의 파괴를 초래한다는 반대 주장이 있으나 특정의 인간행위에 대하여 이를 국가가 법규범을 통하여 규제할 것인가, 아니면 단순히 관습이나 도덕에 맡길 것인가의 문제는 인간과 인간, 인간과 사회의 상호관계를 함수로 하여 시대와 장소에 따라 그 결과를 달리할 수 밖에 없는 것이고 결국은 그 사회의 시대적 상황과 사회구성원들의 의식 등에 의하여 결정될 수 밖에 없다고 보았다. 동성동본금혼제가 만고불변의 진리로서 우리의 혼인제도에 정착된 것이 아니라 시대의 윤리나 도덕관념의 변화에 따라 나타나서 그 시대의 제반 사회·경제적 환경을 반영한 것에 지나지 않는다는 점을 감안할 때, 이 제도는 이제 더 이상 법적으로 규제되어야 할 이 시대의 보편타당한 윤리 내지 도덕관념으로서의 기준성을 상실하였다고 볼 수 밖에 없다. 헌법 제9조의 정신에 따라 우리가 진정으로 계승·발전시켜야 할 전통 문화는 이 시대의 제반 사회·경제적 환경에 맞고 또 오늘날에 있어서도 보편타당한 전통윤리 내지 도덕관념이라 할 것이다. 동성동본금혼의 법률조항을 위헌이라고 하는 것은 그것이 우리 헌법의 이념이나 규정에 명백히 반하기 때문이며, 이를 위헌으로 본다 하여 헌법재판소가 동성동본인 혈족사이의 혼인을 권장한다거나 기존의 보편타당한 윤리 내지 도덕관념을 모두 부정하는 것은 결코 아니라는 점을 분명히 하였다.

현재의 우리사회는 자유와 평등을 근본이념으로 하며 신분적 계급제도와 남존여비사상을 배척한 자유민주주의사회로 탈바꿈하였고, 이에 따라 헌법도 제36조 제1항에서 ‘개인의 존엄과 양성의 평등’의 바탕 위에서 혼인과 가족생활이 성립되고 유지되어야 함을 천명하고 있을 뿐만 아니라 이에 대한 국가의 보장의무까지 규정하고 있으며, 국민의 의식구조도 그렇게 변화하고 있다고 판단하였다. 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치와 행복추구권은 모든 기본권의 기본이념이고 인간의 본질이다. 그리고 이러한 개인의 인격권·행복추구권은 개인의 자기운명 결정권을 그 전제로 하고 있으며, 이 자기운명결정권에는 성적 자기결정권 특히 혼인의 자유와 혼인에 있어서 상대방을 결정할 수 있는 자유가 포함되어 있다고 하여 헌법36조 혼인과 가족생활 조항 뿐 아니라 헌법 10조로부터 혼인의 자유라는 기본권을 도출한다.

또 헌법 제36조 제1항은 혼인제도와 가족제도에 관한 헌법 원리를 규정한 것으로서 혼인제도와 가족제도는 인간의 존엄성 존중과 민주주의의 원리에 따라 규정되어야 함을 천명한 것이라 볼 수 있다. 따라서 혼인에 있어서도 개인의 존엄과 양성의 본질적 평등의 바탕위에서 모든 국민은 스스로 혼인을 할 것인가 하지 않을 것인가를 결정할 수 있고 혼인을 함에 있어서도 그 시기는 물론 상대방을 자유로이 선택할 수 있는 것이며, 이러한 결정에 따라 혼인과 가족생활을 유지할 수 있고, 국가는 이를 보장해야 하는 것이다.

동성동본인 혈족사이의 혼인을 그 촌수의 원근에 관계없이 일률적으로 모두 금지하고 민법은 이를 위반한 혼인을 취소할 수 있도록 하였을 뿐만 아니라 아예 그 혼인신고 자체를 수리하지 못하도록 하고 있어, 혼인에 있어 상대방을 결정할 수 있는 자유를 제한하고 있는 동시에, 그 제한의 범위를 동성동본인 혈족, 즉 남계혈족에만 한정함으로써 성별에 의한 차별을 하고 있다. 따라서 금혼규정으로서의 사회적 타당성 내지 합리성을 상실하고 있음과 아울러 “인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권”을 규정한 헌법이념 및 규정과 “개인의 존엄과 양성의 평등”에 기초한 혼인과 가족생활의 성립·유지라는 헌법규정에 정면으로 배치된다 할 것이고, 또 그 금혼의 범위를 동성동본인 혈족, 즉 남계혈족에만 한정하여 성별에 의한 차별을 하고 있는데 이를 시인할만한 합리적인 이유를 찾아볼 수 없으므로 헌법상의 평등의 원칙에도 위반되는 것으로 판단하였다.

또한 재판관 2인은 별개 의견으로 혼인제도가 입법부인 국회가 결정해야 할 입법재량사항이라고 언급하였다. 즉 우리민족의 전통, 관습, 윤리의식, 친족관념, 우생학적 문제 등 여러

가지 사정을 고려하여 국회가 입법정책적으로 결정하여야 할 입법재량사항이라는 것이다. 따라서 비록 이 사건 법률조항에 위헌성이 있다고 하여도 헌법재판소가 곧바로 위헌결정을 할 것이 아니라 입법형성권을 가지고 있는 국회가 우리민족의 혼인풍속, 윤리의식, 친족관념 특히 국민의 혼인윤리의식이나 친족관념이 어떻게 얼마나 변화하였는지, 동성동본금혼제도가 과연 사회적 타당성이나 합리성을 완전히 상실하였는지, 동성동본금혼제도의 친족범위를 제한하여 합헌적으로 개선할 방법은 없는지, 그리고 동성동본금혼제도를 폐지함에 있어 우리민족의 혼인풍속이나 친족관념에 비추어 현행 근친혼금지규정이나 혼인무효 및 취소에 관한 규정을 새로 정비할 필요는 없는지 등을 충분히 고려하여 새로이 혼인제도를 결정할 수 있도록 헌법 불합치결정을 하여야 한다는 의견을 제시하였다.¹⁵⁾

우리 대법원도 혼인한 성전환자의 성별정정 신청 사건에서 대법원 다수의견도 “혼인이란 남녀 간의 육체적, 정신적 결합으로 성립하는 것으로서, 우리 민법은 이성 간의 혼인만을 허용하고 동성 간의 혼인은 허용하지 않고 있다”라고 판시하였다.¹⁶⁾ 또한 성전환자에 대한 호적상 성별 기재의 정정을 허용한 사건에서 헌법 제36조 제1항을 “양성의 구별을 전제로 구분되는 양성 간의 평등을 기초로 하는 혼인과 가족제도가 인간사회의 가장 기본적인 단위로서 모든 영역에서 공동생활의 근간이 됨을 보여주는 것”이라고 해석하고 있다.¹⁷⁾

IV. 혼인과 가족 규정 관련 헌법 개정 논의

2006년에 한국헌법학회는 헌법개정연구위원회 최종보고서를 통해 헌법 개정을 제안하였다. 이 최종보고서에서 혼인과 가족생활에서의 양성평등에 대한 조항의 성격을 자유권적 기본권과 혼인과 가족에 대한 제도 보장의 성격으로 파악하고 헌법 11조 1항에서 보장되는 평등원칙을 혼인과 가족 생활 영역에서 구체화하려는 목적으로 규정한 것이라고 파악하였다.¹⁸⁾ 그래서 조문의 내용의 변경이 아니라 조문의 위치에 대해 견해가 나뉘었는데, 일반적 평등 조항과 함께 규정할 것인지, 현재처럼 독자적으로 36조에 규정할 것인지에 대해 논의되었다. 혼인과 가족생활의 평등에 관한 조항은 평등조항인 11조에서 규정하는 것이 바람직하다고 견해를 모았다. 그리고 36조는 혼인할 권리와 가족을 형성할 권리를 모두 규정으로 하고, 그 하위조항에 혼인과 가족제도의 원칙규정과 모성보호조항을 편입하며 직장생활과의 조화를 위한 가족생활 보호 조항을 신설하자는 견해와, 보건 조항을 혼인과 가족생활 규정에서 분리하여 모두규정으로 신체적, 정신적 건강을 향유할 권리를 규정하고, 국가의 건강보호의무를 그 하위규정으로 두는 견해가 제시되었다.¹⁹⁾

2008년 9월에는 헌정 사상 최초로 국회가 헌법개정 논의를 주도하기 위하여 국회의장 자문기구로 헌법연구 자문위원회를 발족하여 헌법 개정에 대해 연구를 하여 2009년 8월에 결과보

15)

고서를 출간하였다.자문위원회는 위원장을 포함하여 법학, 행정학, 정치외교학 전공의 교수들과 동아일보 논설실장 13인으로 구성되었고, 3인의 고문(헌법학자 2인과 前 국무총리 1인)을 두었다. 분과위원회를 2개로 각 8회의 해외 현지조사, 전문가 간담회, 정계·학계 원로 초청 자문회의 개최하여 최종 결과보고서를 발간하였다. 혼인과 가족생활 규정은 그대로 유지하되, 평등권 조항에서 남녀평등에 관한 의무조항을 신설하여 적극적 평등실현 의무를 명시하였다. 36조 2항에 출산·양육을 위한 권리와 그 보장을 위한 국가목표조항을 명시, 개정을 제안하였다. ‘개정안 36조 2항 누구든지 임신·출산·양육을 이유로 불이익한 처우를 받지 아니한다. 국가는 임신·출산·양육을 보호하여야 한다.’ 라고 제안하여 여성의 직업과 가정의 양립을 지지하고 출산·양육이 여성에게만 한정된 의무로 이해되는 것을 해소하고 출산·양육에 있어 남녀의 평등이 보장한다는 취지이다.

대화문화아카데미는 2011년과 2016년에 헌법개정안을 제안, 발간하였다.²⁰⁾ ‘개정안 제38조 ① 혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 성평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다’ 라고 제안함으로써, 헌법 개정안 상에 남녀평등이나 양성평등이 아닌 성평등이라는 개념이 처음 등장하였다.²¹⁾

2014년에는 위원장을 포함하여 총 15인으로 구성된 헌법개정 자문위원회가 헌법개정안을 출간하였다. 헌법개정 자문위원회는 국회의장 지명의 9인, 새누리당 추천 3인, 민주당 추천 3인으로 구성되었는데, 학계 8인, 정치인 2인, 법조인 2인, 언론계 2인, 전직관료 1인이 포함되어 있다. 2014년 헌법개정 자문위원회의 ‘헌법개정안 제16조는 혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 성평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.’고 현행 헌법의 ‘양성 평등’을 ‘성평등’으로 개정 제안하였다.

2017년 12월에는 국가인권위원회에서 『기본권보장 강화 헌법개정안(연구포럼안) 설명자료』라는 이름으로 헌법 개정안을 내놓았다.²²⁾ 헌법개정의 방향에 대한 전문가 자문을 2016년 11월에 시작하여, 2017년 1월9일에 헌법개정 대비 대응 계획을 보고하고 법학계와 국회 입법조사처, 참여연대, 국가인권위 내부 위원 등으로 구성된 연구포럼 위원으로 7인을 추진기획단 위원으로 17명을 위촉하였다. 연구포럼 회의와 워크숍, 대국민 의견 수렴 등을 거쳐서 12월에 헌법개정안을 전원위원회에 보고하였다. 혼인과 가족생활 규정에 관한 개정안으로 ‘개정안 제32조 ①모든 사람은 존엄과 평등에 기초하여 혼인하고 가족을 구성할 권리가 있다. 혼인과 가족은 국가의 특별한 보호를 받는다’ 고 제안함으로써 현행 ‘양성 평등’을 ‘평등’으로 수정하였는데, 이는 동성결혼을 포함하여 다양한 혼인과 가족의 형태를 받아들이기 위한 것이라고 설명하고 있다. 혼인하고 가족을 구성할 권리 라는 문구는 기본권으로서의 성격을 강조한 것이고, ‘국가의 특별한 보호를 받는다’ 는 제도보장적 측면의 용어를 분리하여 표현하였다.

2018년 1월에는 국회 개헌특위 자문위원회의 헌법 개정안을 발표하였다.²³⁾ 국회 개헌특위 자문위원회는 2017년 2월 2일부터 활동을 시작하여 총강.기본권, 정부형태, 지방분권.국민주권 분과와 국민참여본부 등 33명으로 위원회가 구성되었으며, 분과위원회와 국민참여본부를

23)

운영하여 3월 6일까지 분과별 주요쟁점 정리(총17회), 국민의견 수렴 방안 확정 및 대국민 토론회 등 진행하였다. 혼인과 가족생활에 관해서는 개정안 “제15조 ③ 혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.”으로서 ‘양성 평등’에서 ‘평등’으로 개정 제안하였다. 그 이유로는 토론과정에서 ‘성평등’이라는 표현이 ‘동성애 동성혼을 허용하는 의미’로 이해하고 있는 다수의 국민들이 있어 ‘성평등’이라는 표현 대신 ‘양성평등’이라는 표현을 써야한다는 의견 제시되었다고 밝히고 있다. 또한 ‘성평등’을 부연 설명하면서 양성평등(sex)는 남과 여라는 생물학적 선천적 차이에서 발생한 불평등 문제이고 성평등(gender)은 사회역사적으로 형성된 후천적 차이에서 발생한 불평등이라고 하면서 1995년 9월 북경여성대회이후 젠더론(성평등론)을 받아들여서 김대중 정부가 여성특별위원회를 설치한 후 여성가족부 출범으로 발전했다고 설명하고 있다. 정치·경제·사회적 구조에 의해 발생한 여성과 남성의 불평등한 문제를 해결하려는 것으로 정책 효과가 남성과 여성에게 최대한 동등하게 반영될 수 있도록 국가정책의 형평성 및 실효성을 높이기 위한 방법론적 개념으로 볼 수 있다고 설명하고 있다.

V. 결론

혼인과 가족생활은 기본권으로서의 측면과 제도 보장의 측면을 동시에 가지고 있는 것으로, 헌법 변천에 이르렀다고 사회적 합의가 형성되기 전에는 현재 혼인의 개념이 계속 유지된다고 볼 수 있다. 현재 우리 헌법의 해석으로 혼인은 남성과 여성의 결합으로 국가의 최소단위의 생활공동체이고, 사회문화적인 현상을 담고 있는 현실인 동시에 국가의 명백을 잇는 근간으로서 근본가치를 지닌 제도로써 보호되어야 한다. 기본권은 개인의 국가에 대한 권리일 뿐만 아니라 공동체의 객관적 가치질서의 요소이기도 하다.²⁴⁾ 객관적 가치로서의 기본권은 다양한 방법으로 그 가치를 실현하라는 입법에 대한 지침이자 법의 해석과 적용의 지침이다. 기본권이 공법, 형사법, 사법 영역 등 모든 법 영역에서 관철될 수 있어야 한다. 그러므로 기본권은 모든 법 영역에서 입법권, 집행권, 사법권 등 모든 국가권력을 구속할 수 있다.²⁵⁾ 동성결혼이든 다른 혼인 유사한 제도로 포섭하든지 동성커플의 결합을 제도화하는 것은 친권, 입양 등 가족제도의 변경을 포함하여 외국에서 혼인한 부부의 섭외사법의 문제까지 걸쳐있는 법체계 전체에 걸쳐 논의가 필요한 문제이다.²⁶⁾

인류 보편적인 인권은 헌법에 명문화되어 있지 않다고 하더라도 기본적 인권으로 보장해야 한다. 혼인과 가족을 형성할 자유가 동성커플에게도 기본적 인권으로 인정될 수 있는지, 어떻게 이들을 보호할 수 있는지에 대해서도 헌법의 체계와 질서 가운데 혼인과 가족제도의 당위성이 제시되어야 한다. 헌법 개정 작업도 다양한 사회집단과 이해관계 집단들의 참여와 논의 속에 신중하게 진행되어 국민적 합의에 이르렀다고 볼 수 있을 정도의 국민적 정당성을 지닐 수 있어야 한다. 혼인과 가족제도는 국가의 틀과 정체성을 이루는 기둥이기에 지속가능

①

③

②

한 국가를 유지되기 위한 근본가치를 보유한 제도로서 적극적으로 보장되어야 되기 때문이다.

참고문헌

- 김문현 등, 『대화문화아카데미 2016 새헌법안』, 대화문화아카데미, 2016.
- 김수정(2016), 유럽에서의 동성혼 합법화 경향
- 김용훈(2013), 평등권의 미국 헌법상 논의
- 김철수(2014), “헌법개정 자문위원회의 헌법개정안”, 『고시계』59(7), 193-272.
- 신옥주(2009), 헌법상 남녀동권규정 도입의 필요성에 관한 비교법적 고찰. 『공법학연구』10(2).55-80
- 신옥주(2015), 헌법상 혼인과 가족제도에 관한 고찰, 아주법학 제9권 제3호,
- 이준일(2009), 헌법상 혼인의 개념, 공법연구 제37권 제3호
- 전훈(2015), “동성혼인법 시행과 호적 공무원의 양심의 자유: 프랑스 헌법재판소 결정과 국무원 판결의 검토”, 『공법학연구』제16권 제4호,
- 정문식(2017). “헌법상 혼인과 가족생활의 보호 의미와 변화-독일헌법상 혼인과 가족생활의 보호에 관한 논의를 중심으로”. 『한양법학』 28(2). 229-260.
- 차선자(2004). “양성평등과 개인의 존엄의 시각에서 본 가족법”. 『아시아여성연구』43(1). 149-180.
- 함인희(2008). “가족제도의 다원화와 미완의 양성평등”, 『한국사회학회 심포지엄 논문집』4-35
- 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서, 한국헌법학회, 2006
- [국회의장 자문기구] 헌법연구 자문위원회 결과보고서, 2009.8
- 기본권보장 강화 헌법개정안 (연구포럼안) 설명자료, 국가인권위원회, 2017.12.

2018 헌법개정연구위원회 최종보고서 “개헌연구안”, 한국헌법학회, 2018

국회헌법개정특별위원회 자문위원회 보고서, 2018.1.

대한민국헌법 개정안, 대통령 문재인, 2018.3.

헌법 주석서 II, 법제처, 2010.3.

Lynn D.Wardle,(1996) “A Critical analysis of Constitutional Claims for Same-Sex Marriage”, *BYU Law Review* , Volume 1996, Issue 1

Karen B.Brown, David V.Snyder,(2012) “General Reports on Same-Sex Marriage around the World, in *General Reports of the XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law*,

Nancy J. Knauer, (2016) “Religious Exemptions, Marriage Equality, and the Establishment of Religion” , *84 UMKC Law Review*. 749.

<Abstract>

Ju-hee Eom²⁷⁾

27) Ph.D ; Adjunct Professor of Myongji College, Head researcher of Korea National Institute for Bioethics Policy

<Key words>

same-sex marriage, right to marry, freedom of marriage and family, marriage Equality

세계관A/04/발표논문 요약본/

(요약) 동성결혼의 헌법적 문제
- 헌법 개정 논의를 중심으로 -

엄주희(명지전문대학교 헌법학 겸임교수)

<국문초록>

덴마크를 시작으로 동성커플의 결합을 혼인 유사한 시민 결합의 제도 또는 혼인제도로써 법제화하고 하는 나라가 세계적으로 증가하는 추세이다. 실제 우리 사회에 동성결혼의 법제화가 시도되거나 관련 법률들이 입법이 될 경우, 그 법률들을 우리 사회가 허용할지 판단 여부는 우리 헌법 질서와 체계에 부합하는지에 대한 기준으로 판단되어야 할 것이다. 혼인과 가족 제도가 국가 공동체의 근간을 이루는 기초라는 법제도적 지위를 감안할 때 법률의 제정이나 헌법의 개정 과정에서는 국민 대다수가 공감하고 받아들일 수 있는 사회적 합의와 국민적 정당성이 반드시 필요할 것이다. 혼인은 자유권적 측면과 제도 보장의 측면을 동시에 가지고 있는 것으로, 헌법 변천에 이르렀다고 사회적 합의가 형성되기 전에는 현재 혼인의 개념이 계속 유지된다고 볼 수 있다. 혼인과 가족 제도의 변화에 관해 외국의 법제화에도 참고할 만한 부

분이 있겠지만, 대한민국 헌법 질서 속에서 혼인과 가족생활의 개념과 위치를 우선 점검해 볼 필요가 있겠다. 이를 위하여 본고에서 제헌 헌법 이후 우리 헌법의 개정 역사 속에서 혼인과 가족 규정이 어떻게 발전되어 왔는지를 살펴보고, 현재 헌법과 법률의 해석으로 동성결혼이 법제도로써 수용될 수 있는지를 판단하기 위한 기준으로 헌법재판소가 바라보는 혼인과 가족 생활의 개념을 검토하였다. 그리고 2006년 한국헌법학회의 헌법 개정안을 시작으로 올해까지 헌법 개정 논의 과정 속에서 어떻게 동성결혼의 수용 여부를 다루고 있는지 검토함으로써, 국가 공동체의 근간이자, 개인 생활의 기초인 혼인 제도의 변화를 흔들고 있는 동성결혼 현상에 대한 문제의식과, 머지않아 나타나리라고 예상되는 동성결혼의 입법화 시도에 대응하기 위한 헌법 규범의 해석적 지침의 단서를 제시하고자 하였다.

[주제어] 동성결혼, 혼인과 가족생활, 양성평등, 혼인제도, 개인의 존엄

세계관A/04/논평문/

“동성결혼의 헌법적 문제 : 헌법 개정 논의를 중심으로”에 대한 논평

김정수(단국대 강사, 법학박사)

엄주희 교수님의 발표 잘 들었습니다. 먼저 이렇게 기독교학문연구회 2018년 춘계학술발표대회 일반 분과에서 토론할 수 있는 기회를 가지게 되어 진심으로 기쁘게 생각하며 감사의 말씀 드립니다. 엄주희 교수님께서 다루신 주제는 평소 기독교인으로서 관심을 가지고는 있었지만 전공분야의 관점에서는 제대로 공부해보지 못한 분야였습니다. 이에 엄교수님의 발표를 계기로 여러 면에서 많은 배움을 얻을 수 있었고 이 주제에 대해 다시 한번 진지하게 생각해보게 되었습니다.

이 자리에서는 주어진 역할에 충실하고자 발표의 내용에 대하여 몇 가지 첨언과 문제의식을 짚어보는 것으로 논평 및 토론을 갈음하고자 합니다.

1. 한 공동체의 최고규범인 헌법은 국가구조와 사회질서의 큰 틀을 규율하고 있으며, 그 가운데서도 가장 기본단위라 할 수 있는 개인 간 가장 내밀한 결합인 혼인과 가족의 보장에 대해서도 명시하고 있다. 대한민국 헌법 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.”고 규정하고 있어 우리사회 공동체의 혼인과 가족을 보호하고자 하는 의지를 보여주는 것으로 이해할 수 있다.

그럼에도 이렇게 중요한 의미를 갖고 최고규범인 헌법을 통해 보장되는 “혼인”의 개념이 무엇인지,

구체적으로 어떤 결합 형태가 이 같은 혼인의 범주에 포함되어 헌법적 보장을 받는 지에 대하여 헌법에 직접 그 내용이 규정되어 있거나 법이론 내지 해석론의 관점에서 구체적으로 설명되고 있지 못하다. 이에 따라 학설과 판례는 전통적으로 인정되어 왔거나 사회통념상 일반적인 형태를 중심으로 혼인의 개념과 여기에 포함되는 결합형태의 범위를 설정하고, 이를 법률상의 혼인 개념, 그리고 나아가 헌법상의 혼인 개념을 형성하는 주된 내용으로 이해하고 있다.¹⁾

2. 혼인의 경우 공동체마다 고유한 역사적·문화적 관행과 전통이 형성되는 경향이 있으며, 해당 공동체를 유지하는 가장 기본적 단위가 되기에 국가와 사회는 법제도와 사회규범을 통해 혼인에 관여해왔다.²⁾ 따라서 혼인을 규율하는 법제도의 이해에 전통과 사회통념이 반영되는 것은 일정 부분 자연스러운 일이다. 그런데 이렇게 전통적으로 또는 사회통념상 전제된 것으로 보고 법률상 및 헌법상의 혼인의 개념과 범위를 한정하는 것은 다른 한편, 전통적이지 않은 새롭게 나타난 결합 형태나 사회통념상 일반적이지 않은 소수에 해당하는 결합 형태들을 처음부터 혼인의 범주로부터 배제하고 차별하는 문제를 발생시킬 수 있다. 따라서 적어도 혼인 개념을 전통에 따라 한정함으로써, 여기에 포함되지 못하는 소수자들을 사회로부터 고립시키고, 그들에 대한 중대한 인권침해를 방지하게 된다면, 그러한 헌법이 정당한 헌법규범인지의 여부, 또한 전통과 관행이 그러한 정도까지 사회적·입법적 준거가 되어도 되는 것인지에 대해 보다 신중하게 검토할 필요가 있다고 보여진다.³⁾

3. 헌법은 인간의 기본권 보장을 핵심으로 하고 있으며, 따라서 소수자 보호는 헌법이 가지는 중요한 기능 중 하나이다. 사회변화에 따라 소수자 그룹에 속하는 새로운 결합 형태들이 나타나고, 종래의 법제도가 이러한 사회변화를 수용하지 못하여 새로운 결합 형태들을 차별·배제하게 된다면, 이것이 정당한지 정당하지 않은지, 혹은 헌법에 위반되는지 위반되지 않는지 결국 헌법을 기준으로 판단해야 할 것이다. 그리고 이러한 판단을 위해서는 혼인의 보장을 왜 헌법에 규정하고 있는지, 헌법의 관점에서 보장해야 하는 혼인이란 어떠한 실질적 내용을 갖고 있고 어떠한 기능을 하는 결합관계들인지 검토할 필요가 있다.

4. 현재 우리사회 공동체에서는 급격한 사회변화에 따른 혼인과 가족에 대한 현상 및 인식의 변화와 함께, 다양한 혼인 또는 이와 유사한 결합관계들이 등장하고 있다. 일반적인 이해에 따를 때 혼인에 포함될 수 있는지 의문이 제기되는 새로운 형태들이 바로 그것이다. 예컨대, 동성(同性) 결합,⁴⁾ 성전환자 결합⁵⁾과,

3) 현재 2005. 2. 3. 2001헌가9 등, 판례집 17-1, 1, 1-2.

4) 동성애는 고대 그리스 시대를 포함하여 어느 시대·사회에서나 존재해 왔으며, 현대사회에서 새롭게 발생한 현상은 아니다. 다만 종래 보수적·억압적 사회현실 속에서 드러나지 않고 숨겨져 있다가 이제 모습을 드러내면서, 그에 대한 법적 대우가 본격적으로 문제되고 있는 상황이다. 김병록, 동성결혼의 헌법 문제, 동아법학 제43호(2009), 2-3쪽 참조.

5) 성전환자 결합이 특수한 범주의 문제로 다뤄질 수 있는지와 관련하여, 동성애의 성적 정체성과 성전환증을 갖고 있었으며 성전환수술은 하지 않은 자와 그의 동거인 사이의 동반자관계등록신청을 거부하면서, 성전환수술을 하여 개인신상기록부상 성전환을 통해 동성간 결합이 되지 않은 한 이들은 동반자관계가 될 수 없고 혼인관계만 성립한다고 한 법원의 판결에 대한 헌법소원심판에서, 이러한 법원의 판결은 인간의 존엄, 인격권, 생명권 및 신체의 불훼손권을 침해하여 위헌이라고 한 독일연방헌법재판소의 결정(BVerfGE 128, 109)을 참고할 수 있다. 이 결정에 대하여 헌법재판연구원, 세계헌법재판동향 2011년 상반기, 헌법재판연구원, 2011, 33-34쪽 참조.

한편 이성과 혼인 및 자녀출산 후 남성에서 여성으로 성전환 수술을 하였으나, 동성간 혼인을 허용하지 않고 시민동반자 관계로서 동등한 보호만 부여하는 핀란드 법제상, 이혼하거나 시민동반자관계로 전환하지 않는 한 공식서류의 식별번호를 여성으로 변경할 수 없다고 한 것이 유럽인권협약상 사생활·

혼인의 엄격한 법적 경계가 느슨하게 적용되는 형태인 사실혼 등이 본격적으로 문제되기 시작하였다.⁶⁾ 그러나 새로운 결합 형태를 혼인의 개념으로부터 배제하는 어떠한 직접적인 근거규정이 있는 것은 아니고, 이러한 결합의 실제 형성 자체가 법적으로 금지되는 것도 아니다 보니,⁷⁾ 이들은 현실에서 다양한 형태의 사실적 결합으로 이미 존재하여 생활공동체를 유지해오고 있다.

5. 그리고 이들 결합 또한 일반적인 법률혼 관계에서와 마찬가지로 수많은 법적 문제에 직면하고 있다. 예컨대 상호간의 부양, 질병·사고시의 보호, 일방의 책임으로 인한 관계의 해소, 이혼, 상속, 재산 분할, 세금, 배우자혜택 문제, 자녀의 보호·양육, 친권행사 등이 그것이다. 이에 대하여 법은 이들의 관계를 금지한 것은 아니지만 그렇다고 인정하고 있지도 않으므로, 결국 이들이 직면한 현실의 문제들에 대해서도 존재하지만 보이지 않는 것으로 취급하게 된다. 그 결과 이들 새로운 결합 내에서 상호간 존엄과 평등이 보호되지 못하고 상대적 약자의 인권이 침해되는 문제가 있어도 이들이 형성한 결합관계, 생활공동체 관계를 기반으로 하는 법적 구제를 요청하기는 어렵게 된다.⁸⁾ 또한 이들이 사회생활 관계에 있어서 통상적인 법률혼 관계가 아니라는 이유로 차별받거나 기본권을 침해받아도 이에 대하여 적절한 보호를 제공하지 못하고 오히려 이들에 대한 사회적 배제·차별을 쉽게 정당화하게 되는 문제가 있다.⁹⁾

가족생활을 존중받을 권리, 혼인의 권리 및 차별금지를 위반한 것인지 문제되었으나, 협약이 동성혼 허용의 적극적 의무를 구성국 정부에게 부여하는 것은 아니고, 동성간결합의 보호에 대하여 각국에 넓은 재량을 부여하고 있으며 핀란드법은 충분한 대안적 보호를 하고 있다고 하여 협약위반이 아니라고 한 유럽인권재판소 결정을 참고할 수 있다. 이에 대한 자세한 내용은 홍선기, 최신유럽인권법원판례연구, 도서출판 수북이, 2015, 43쪽 이하 참조.

또한 성전환에 근거한 성별정정이 이루어짐과 동시에 혼인증명서상에 혼인의 효력 소멸을 기재한 것에 대하여 헌법 제2조를 침해하여 위헌이라고 판시하고 혼인 대안적 결합 보호를 위한 입법 의무를 부과한 이탈리아 헌법재판소의 결정을 참고할 수 있다. 자세한 내용으로는 헌법재판연구원, 세계헌법재판 동향 2015, 제6호, 헌법재판연구원, 2015. 11, 100-104쪽. 성전환자의 헌법적 문제로서 특히 혼인 문제의 특수성에 대하여는 이준일, 트랜스젠더의 헌법적 문제, 고려법학 제50권(2008), 46쪽 이하 참조.

6) 혼인과 가족 형태의 다양화가 진행되고 있으며, 혼인을 하지 않는 사람, 자녀를 갖지 않는 부부가 증가하고 있고, 법이 정한 혼인제도의 틀을 거부하고자 하는 비혼공동체, 동성결합, 사회적 가족이 증가하고 있다. 신옥주, 헌법상 혼인과 가족제도에 관한 고찰, 아주법학 제9권 제3호(2015), 153쪽; 혼인 및 가족제도의 변화에 대하여 그밖에 정영화, 헌법상의 혼인 및 가족에 관한 비판적 해석의 고찰, 토지공법연구 제43집 제3호(2009), 573쪽 이하; 김병록, 헌법적 존속보호 대상으로서 혼인과 가족, 법학논총 제22권 제2호(2015), 263쪽 이하; 이준일, 가족의 탄생: 가족개념의 변화에 따른 미혼모와 입양인의 권리, 고려대학교 출판부, 2012, 37쪽 이하 참조. 그에 따르면 가족 구성에 있어서 여전히 혼인에 의한 구성이 일반적이지만, 다른 한편 새로운 결합 형태들이 고려될 필요가 있으며, 가족 개념이 포기되는 것이 아니라 확장되어야 하고, 폐쇄적 가족이 아니라 개방적 가족 개념이 요청된다는 것이다. 이준일, 같은 글, 47-48쪽 참조.

7) 혼인의 개념에서 동성간 결합을 배제하거나, 이성간 결합으로 한정하거나, 동성간 혼인관계 형성을(명시적으로) 금지하거나, 동성간 결합의 실제 형성을 금지하는 등의 명시적 법적 금지가 규정되어 있는 것은 아니다. 우리 법제는 동성간 결합과 관련하여 명령, 금지, 허용의 법적 형식 중 어느 쪽도 명시적으로 취하지 않고 있다. 다만, 우리 법제에서는 직접적으로 혼인, 배우자에 대하여 규정한 것은 아니지만, 현행 균형법 제92조의6에 군인 등의 경우 동성간 성행위를 처벌할 수 있도록 규정한 것이 문제될 수 있다. 이 조항은(이성간 경우와 달리) 동성간 경우에는 폭행이나 협박 없이 자유로운 의사 합치에 의한 성적 행위까지 처벌대상에 포함시킬 수 있도록 한 것으로서, 동성간 결합 그 자체를 일반적으로 금지하는 것은 아니지만 일정한 범위에서의 동성간 결합에 대한 법의 배제·차별적 태도를 나타내는 규정이라고 할 수 있다. 이 조항의 위헌성이 문제되었으나, 헌법재판소는 합헌이라고 결정하였다. 헌재 2002. 6. 27. 2001헌바70; 헌재 2011. 3. 31. 2008헌가21.

8) 법제도에서 동성간 결합에 대해 어떠한 방식으로든 전혀 인정하지 않고 있음으로 인하여 발생하는 실제적인 문제들에 대하여 정인섭 편저, 사회적 차별과 법의 지배, 박영사, 2004, 83-84쪽 참조.

9) 혼인과 가족에 대한 전통적인 정의를 고수하면, 현대의 새로운 결합형태들은 이 혼인과 가족의 범주에 포함되지 못하게 되고, 그렇게 되면 어떤 특정한 전통적인 가족형태가 다른 새로운 결합 형태들보다 우월하게 여겨지게 될 것이다. 그리고 새로운 형태의 많은 가족들이 중요한 사회정책에서 제외되

6. 따라서 새로운 결합 형태들이 혼인에 포함되는지 여부에 대하여 종래의 법제에 명시적으로 규정되어 있지 않다 하더라도, 현실적 문제 상황과 보호필요성에 근거하여, 이들을 법제도적 혼인에 포함시켜 해석할 수 있는 것은 아닌지, 특히 형태는 다르지만 실질에 있어서 전통적인 혼인관계와 차이가 없거나 혼인의 고유한 기능을 마찬가지로 수행한다면 이러한 결합관계들도 헌법이 보호하는 혼인의 범위에 포함시켜야 하는 것은 아닌지, 만약 혼인의 범위에 포함시키지 못한다면 적어도 그와 유사한 필요최소한의 보호를 해야 할 의무가 있는 것은 아닌지 검토할 필요가 있다.

7. 만약 새로운 결합 형태들이 자신들의 관계를 관습 및 법제도상 인정되어 온 종래의 혼인의 범주에 포함시켜달라고 요청할 수 있고, 또한 혼인이 향유하는 보호와 혜택을 동등하게 제공하라고 요청할 수 있다면, 그 주장의 헌법적 근거는 무엇인지 살펴보아야 한다(이러한 요청을 받아들이지 않는 경우에도 마찬가지로 헌법적 근거를 제시하는 작업이 필요하다). 이는 우리 헌법 제36조 제1항의 헌법적 의의를 토대로 하여, 어떠한 범주의 결합관계를 혼인으로 보호하고, 이러한 혼인에 대하여 어떠한 내용의 헌법적 보장을 제공하도록 하고 있는지, 헌법 제36조 제1항의 의의, 성격, 내용에 대한 해석을 통해 확인해 볼 수 있을 것이다.

8. 그러므로 새로운 결합 형태를 헌법 제36조 제1항의 혼인의 보장 범위에 포함시킬 수 없다고 보는 경우에는 이들에 대한 다른 어떤 헌법적 보호가 가능할 것인지, 더 나아가 헌법상의 가족으로 보장할 수 있는지에 대해 검토해 보아야 할 것이다.

그런데 전통적 관념에서 가족은 법적 혼인과 친자관계에 의해 형성되는 공동체를 의미하는 것으로서, 종래의 전통적 이해방식에 따르면 동성간 결합은 혼인에 포함되지 않을 뿐 아니라 원칙적으로 가족에도 포함되기 어렵게 된다.¹⁰⁾ 다만, 우리 헌법은 혼인과 출산을 기초로 하지 않는 가족에 대해 특별히 의식하지 않고 어떠한 규율을 할 의도 없이 중립적 태도를 취하고 있는 것으로서, 명시적으로 금지하지도 강제하지도 않는 것이므로, 헌법 제36조 제1항에 따라, 혼인을 기초로 하지 않는 가족이나 자녀를 출산하지 않는 가족이 금지되는 것은 아니라고 할 수 있다. 따라서 혼인이나 출산을 기초로 하지 않는 가족을 가족의 개념에서 배제·금지하는 법률이나, 이러한 가족을 가족의 개념에 포함시키는 법률은 그 자체로 위헌인 것은 아니고, 다른 헌법원칙들에 비추어 정당화될 수 있는지 다시 검토될 수 있으며, 이러한 가족에 대하여 국가가 특별한 보호를 제공하는 경우 헌법은 원래 이에 대해 중립적 태도를 취하는 것이므로 이러한 특별한 보호를 헌법적

는 불이익을 받을 수 있고, 사회적으로도 소외될 수 있다. 김병록, 혼인 및 가족제도에 관한 연구 - 동성결혼 및 동성가족을 중심으로 -, 법조 제58권 제4호(2009), 133-134쪽; 김병록, 앞의 글(주 4, 동성결혼의 헌법문제), 15쪽 이하; 또한 혼인으로서 사회적·법제도적 승인을 받지 못하는 이들에 대해 사회적 낙인이 찍히고 차별문제가 심화될 수 있다. 이와 관련하여 일반적 사회적 차별금지법 제정과 정에서 성적 지향에 기한 차별금지의 포함 여부가 논란이 되었고 결국 입법되지 못하였음을 돌이켜 볼 수 있을 것이다. 윤성호, 동성혼인에 대한 헌법적 고찰, 국가법연구 제9집 제1호(2013), 243쪽 참조.

시민결합 등 대안적 형태의 동성간 결합을 보호하는 정도를 넘어서, 동성간 혼인의 권리 보호를 주장하는 것은, 단순히 혼인관계로 얻는 혜택 때문만은 아니다. 동성간 법적 혼인 관계가 성립하게 되면, 동성간 커플도 이성간 결합과 동등한 혜택과 보호를 부여받게 될 뿐 아니라, 혼인이라는 명칭 속에 포함됨으로써, 그로부터 비롯되는 동등한 법적 승인, '무형의 사회적·감정적 혜택'을 획득할 수 있는 것이다. 더하여 법적 혼인이 아닌 다른 동등한 - 시민결합과 같은 - 결합관계로만 보호한다면 이는 곧 "분리되었으나 동등한(separate but equal)" 차별적 구조를 여전히 유지하는 것일 수 있기 때문이다. 이러한 분석으로 Matthew K. Yan, "What is in a Name?": Why the New Jersey Equal Protection Guarantee Requires Full Recognition of Same-sex Marriage, 17 B. U. PUB. INT. L. J. 179 (2007) pp. 193-196. 유사하게 Nancy Fraser 외, 문현아 외 역, 불평등과 모욕을 넘어: 낸시 프레이저의 비판적 정의론과 논쟁들, 그린비, 2008, 35쪽 이하 등.

근거로 정당화하기는 어렵고 이 또한 별도의 입법적 근거를 통해 정당화될 수 있다고 보는 주장이 있기도 하다.¹¹⁾

이러한 주장들에 비추어 볼 때, 헌법을 개정하거나 별도의 법률적 근거를 마련하지 않고, 헌법해석을 통해 '가족'에 대한 전통적 이해를 확장하여 여기에 새로운 결합 형태를 포함시키는 것은, 헌법해석을 통해 새로운 결합 형태를 '혼인'의 보장 범위에 포함시킬 수 있는지 논증하는 것만큼이나, 쉬운 일이 아니다.

9. 헌법사적으로 보면 성차별적, 인권침해적 혼인의 구습과 단절하여 개인의 존엄과 평등, 자유로운 의사결정에 의한 혼인의 성립 및 유지·존속을 보장하기 위하여 헌법에 특별히 혼인의 보장을 규정하였던 것이다. 그런데 이러한 혼인의 헌법적 보장 도입의 목적보다 전통을 우선시하여, 그 제정 당시부터 헌법적 가치와 충돌이 야기되었던 가족법의 혼인 개념을 비판적 검토 없이 헌법적 혼인 개념으로 혼용하는 것은 헌법의 혼인보호 조항의 도입 취지에 부합하지 않을 우려가 있다. 더욱이 헌법 입법 관련 자료들을 보면 우리 헌법의 입법자들은 특별히 동성간 결합을 혼인의 개념에서 배제하거나 이성간 결합으로 혼인의 개념을 한정하려는 의도를 갖고 있었던 것은 아니었다고 생각되며, 오히려 동성간 결합 문제에 대하여 인식하지 못한 상태라고 보여진다.

따라서 입법자의 의도하지 않은 무규정의 상황을 전제로 하였을 때, 동성간 결합과 같은 새로운 결합 형태들이 헌법상 혼인의 보장 대상에 포함될 수 있는지를 판단해야 하고, 여기에는 현재 사회현실에서의 혼인의 변화상, 이들 새로운 결합 형태들이 직면한 헌법적 문제 상황, 오늘날의 혼인의 의의와 기능에 대한 고찰이 중요하게 고려되어야 한다. 그러므로 새로운 결합 형태들이 전통적인 이성간 결합관계와 마찬가지로 혼인의 기능을 수행하고 있고, 혼인의 실질적 의의를 갖고 있는 것이라면, 사회통념상 일반적이지 않은 결합 형태라 할지라도 헌법이 보장하는 혼인의 범위에 포함시키고 보호해 줄 필요가 발생한다고 보아야 할 것이다.

특히 현행헌법 제36조 제1항의 양성평등에 기초한 혼인 부분이 해석상 헌법이 보호하는 혼인의 형태를 이성간 결합으로 제한하게 되는 것은 아닌지의 문제는, 1948년 헌법에서의 남녀동권 부분과 현행헌법의 양성평등 부분은 동성결합을 배제하려는 의도로 규정된 것이 아니라 사회적으로 그리고 특히 가정 내에서 열악한 지위에 처해 있던 여성에 대한 차별을 철폐하고자 하는 더 강력한 평등실현의 목적에서 규정된 것이 아닐까라는 점에 초점을 맞추어야 할 것이다. 그래서 규정 자체도 '남녀'에 기초한 혼인, '양성'에 기초한 혼인이 아니라, 남녀 '동권'에 기초한 혼인, 양성 '평등'에 기초한 혼인을 보장하겠다는 것으로, 바로 '동권', '평등'에 더 강조점이 있다고 보는 것이 합리적인 해석으로 보인다.

더욱이 현행헌법은 개인의 존엄과 양성평등을 혼인의 원칙으로 제시하면서 이에 기초한 혼인의 보장을 규정하고 있는 바, 이 조항에 '양성'이라는 문구가 있다는 것만으로 동성간 결합을 배제하는 근거로 해석한다면 이 조항의 도입취지에 반할 수 있을 뿐 아니라, 양성평등과 결합하여 함께 규정되어 있는 개인의 존엄에 대한 차별적 침해를 야기할 수 있다. 따라서 헌법 제36조 제1항의 '양성'이라는 문구가 규정되어 있다는 이유만으로 동성간 결합을 헌법상 보장되는 혼인의 범위에서 배제한다고 보기는 어려울 것이다.

결국 헌법사적으로 그리고 헌법 문언상 동성간 결합을 헌법상 보장되는 혼인의 범위에서 배제하는 어떠한 확실한 근거를 찾을 수 없고, 우리 헌법은 이에 대하여 허용 또는 배제의 어떠한 태도도 명시적으로 취하고 있지는 않기 때문에 결국 헌법의 해석과 헌법현실에 대한 고려에 따라 이를 헌법상 혼인으로 보호할 것인지 판단할 수 있을 것이다.

어떠한 결합형태가 종전의 법률혼의 형태와 다르거나 일반적으로 익숙하지 않은 형태라 할지라도 그것이 이러한 혼인의 실질을 갖고 있는 결합이고, 종전의 이성간 법률혼과 내용 및 기능면에서 동등한 것이라면 명시적인 배제의 근거가 없는 한 헌법 제36조 제1항의 혼인의 헌법적 보호범위에 포함되는 것으로 보아야 할 것이다. 그리고 헌법 제36조 제1항은 이러한 헌법적 혼인에 대하여 구성원 상호간 존엄과 평등에 기초

하여 성립·유지될 수 있도록 특별히 보장하는 근거가 된다. 새로운 형태의 결합관계라 할지라도 이들이 스스로 혼인관계를 형성하려는 의도를 가지고 혼인의 실질을 형성한 것이라면, 이들에 대하여 헌법 제36조 제1항에 근거하여 혼인의 자유를 보장하고, 특히 상호 존엄성과 평등이 보장되는 관계 형성을 보장하며, 혼인으로서 평등하게 대우하고, 혼인의 형성 및 유지를 위한 기본적 여건과 제도적 여건이 제공되어야 한다고 보아야 할 것이다.

10. 오늘날 헌법의 기능과 역할 : Penumbra적 관점

지금까지 혼인에 대한 법적 규율은 좁은 범위의 법률혼 보장에 국한되어 이루어지고 있고 이에 따라 새로운 형태의 혼인 및 결합체들은 법의 사각지대에 방치되는 문제가 있어 왔다. 특히 혼인의 법적 제한 요소를 엄격하게 해석하고, 법문에 명시되어 있지 않은 이성간 결합을 혼인의 본질적 요소로 보고 동성간 결합을 혼인의 보호범위에서 배제하는 등 법제도적 및 헌법적 보장 가능성을 인정하지 않고 사실혼으로서의 보호도 인정하지 않는 문제가 있었다고 할 수 있다.

현대사회에서는 다양한 혼인 및 이에 준하는 결합 형태들이 새롭게 등장하여 생활공동체를 이루고 살아가고 있다. 사회 전반적으로 혼인에 대한 인식이 변화하고 있고 혼인에 기대되는 역할, 혼인의 의의와 기능도 급격히 변화하고 있다. 오늘날 혼인의 변화상을 고려하면, 현대 사회에서 여전히 유지되고 있는 혼인의 중요한 기능은 애정과 상호신뢰의 정서적 기능이고, 혼인의 사회적 의의를 고려한다면 원칙적으로 일생동안의 상호보호 및 부양을 들 수 있을 것이다. 그리고 근대사회의 혼인제도 변화에서 가장 중요한 발전으로 개인 스스로의 결정에 의한 혼인의 자유 보장을 들 수 있다. 혼인에 대하여 적극적, 배타적으로 정의하는 것은 당사자들의 자기정의에 반하여, 국가권력 등 외부로부터 개인들에게 더 좋은 혼인, 선호되는 혼인의 관념을 강제하는 것이 될 수 있기에, 혼인에 대한 정의는 최소한에 그쳐야 할 것이고, 이러한 관점에서 정의한다면 오늘날 혼인은 두 사람이 애정과 신뢰에 기반하여 상호 부양 및 책임의무를 갖고 인생의 동반자관계를 형성하겠다는 자유로운 의사합치에 의해 결합하는 것이라고 보아야 할 것이다.