

동성동거의 법률혼 인정 가능성 대한 자연법적 탐구

오민용
(고려대 법학연구원 전임연구원)

1. 동성동거¹⁾에 관한 문제의 제기

현대에 들어 동성 간의 동거를 법적인 혼인으로 인정받기 위한 운동²⁾과 법적 다툼이 일어나고 있다.³⁾ 동성 간의 혼인 문제에 대해 서구에서는 1970년대부터, 대한민국에서는 2013년부터 혼인을 남자와 여자의 결합이 아닌 남자와 남자 또는 여자와 여자의 결합으로 혼인을 바꾸려는 법적 차원의 시도가 있었다. 서구에서 유의미한 판결은 2015년 동성 간의 혼인을 평등권의 관점에서 인정한 미연방대법원의 판결⁴⁾과 2016년 동성 간의 결합은 유럽인권협약에 의해 혼인할 권리에 포함되지 않는다는 유럽인권재판소(The European Court of Human Rights)의 판결⁵⁾이 있다. 국내에서는 2016년에 동성 간 혼인은 헌법상의 혼인조항으로 보호되는 대상이 아니라는 판결⁶⁾이 나왔다. 이 문제가 제기된 곳에서는 첨예하게 찬성과 반대의 입장이 나뉜다. 찬성과 반대의 논거에 대한 주장과 설명을 통해 공동체 구성원들의 이해를 획득하고 논의를 형성해 가는 과정이 아니라 사법부의 판결을 그 투쟁의 대상으로 삼고 있다.⁷⁾ 물론 의회의 입법도 추구한다. 하지만 이 경우에도 양 진영 간에 대화를 통한 입법이기 보다, 자신이 지지하는 정치인과 정당의 의회권력을 이용한 일방적 입법을 추구하기도 한다. 현실운동의 차원에서 법은 당파적 투쟁의 도구가 될 수 있을지라도 학문의 세계에서 법은 당파적 이익을 위한 도구가 될 수 없다. 법의 옳고 그름에 대한 규범적 판단 기준은 당파적 이익과 독립하여 존재해야 하기 때문이다. 따라서 당파적 이익의 관점에서 서서 법의 옳음과 그름을 판단할 수는 없다. 물론 이 규범적 판단은 세상의 모든 일에 대한 가치중립적이거나 무가치 또는 가치 초월적인 판단이 아니다. 오직

- 1) 동성동거보다 동성혼인이 일반적으로 쓰이는 용어이다. 그러나 혼인은 이성끼리 혼인한다는 법규범이 적어도 대한민국에서는 변경된 적이 없기 때문에 동성혼인이라는 말은 성립불가능하다. 다만 레토릭의 차원에서 단어의 조합이 가능할 뿐이다. 그러나 이 레토릭은 미래에 이루지길 바라는 동성 간의 혼인에 대한 희망을 현재에 투사한 용어일 뿐이다. 따라서 현실에서 이루어지는 동성이 같이 사는 것은 동성동거라는 말이 개념적으로 더 적절하다고 판단된다.
- 2) 물론 모든 동성애자들이 이를 원하는 것은 아니다. 어떤 동성애자들은 가부장제 가족주의를 비판하면서 혼인문화에 동성애자들이 편입하지 않고 자유로운 인간관계를 형성하는 편이 좋다는 입장과 동성 간의 결합을 법률혼으로 인정받으면 평등이 실현과 세금, 상속, 보험 등 경제적 이익의 관점에서 좋기 때문에 합법화가 좋다는 입장으로 나뉘기도 한다. 김병록, "동성결혼의 헌법문제," 『동아법학』, 제 43권, 2009, 10면.
- 3) 국내에서는 김조광수씨와 그의 상대방이 낸 소송이 널리 알려져 있다. 이에 대한 판결로는 서울서부지방법원 2016. 5. 25. 자 2014호파1842 결정.
- 4) Obergefell v. Hodges. June 26, 2015.
- 5) ECHR, 21 July 2015, cases 18766/11 and 36030/11, *Oliari and others v. Italy*.
- 6) 서울서부지방법원 2016. 5. 25. 자 2014호파1842 결정.
- 7) 미국에서 동성혼인을 운동과 정당정치의 관점에서 분석하고 연방대법원의 구성변화를 중요한 요인으로 제시하는 유성진, "동성결혼 합법화는 어떻게 가능하였는가?: 여론과 정당정치 그리고 연방주의." 『한국과 국제정치』, 제31권 4호, 2015, 177-201면 참조.

법의 대상이 된 사안에 대한 법적 판단의 기준일 뿐이다. 따라서 법적 판단은 당파적 이익에 서지 않음을 의미하지 법이나 제도가 추구하는 가치와 별개라는 것은 아니다. 오히려 법은 현실을 외면하지 않는다. 법은 현실과 밀접한 가치관련적이며 가치평가적인 성격⁸⁾지녔기 때문이다.

지난 3,000년 간 “혼인은 이성 간에만 가능”⁹⁾한 것으로 이해되어 왔다. 우리나라 학설도 혼인을 “법률상 절차에 의하여 남녀가 자유로운 의사의 합치로 성립하는, 원칙적으로 종생적이고 포괄적인 생활공동체”로서 “부부로서 평생 그 생활할 목적으로 하는 남녀의 본능적 결합”¹⁰⁾, “부부로서 일평생 공동으로 생활할 목적으로 하는 사회적으로 승인된 남녀의 성적 결합체”¹¹⁾로 이해한다. 학설의 공통점은 ‘이성(異性)’을 혼인의 근본 요소로 간주한다는 점이다.¹²⁾ 또한 헌법재판소도 혼인을 “1남 1녀의 정신적, 육체적 결합”¹³⁾, “근본적으로 애정과 신뢰를 기초로 하여 남녀가 결합하는 경우”¹⁴⁾로 이해하고 있다. 그리고 대법원도 혼인을 “남녀의 애정을 바탕으로 하여 일생의 공동생활을 목적으로 하는 도덕적, 풍속적으로 정당시 되는 결합”¹⁵⁾이라고 본다.

때때로 혼인에 대해 일상적, 규범적으로 성립된 이해는 심도 깊은 논의의 대상보다 정치적 투쟁의 대상이 되어 버리기도 한다.¹⁶⁾ 사회가 동성 간 동거 또는 결합을 어떻게 다루어야 하는지¹⁷⁾는 (i) 적대, (ii) 무관심, (iii) 관심, (iv) 사회적 논의, (v) 법적 승인으로 구분할 수 있다. 현재의 사회나 법제도는 (ii) 무관심의 정도에 머물러 있다고 말할 수 있다. 그러나 동성 간 동거를 법적인 혼인으로 인정받으려는 운동과 정치에 의해 (iii) 관심의 단계로 이행 중으로 이해할 수 있다. 이 단계에 이르면 사회적 의제가 된다. 하지만 현실에 비추어 볼 때 동성동거의 법률혼 인정의 문제가 숙고할 담론의 소재가 되었는지는 의문이다. 왜냐하면 운동의 소재이긴 하지만 일상의 시민 사이에서 이루어지는 숙고의 대상에 이르지 않는다고 보이기 때문이다. 따라서 이러한 문제의 제기가 있다는 인식의 단계에 이른 정도이지 이 문제가 함축하는 여러 쟁점에 대한 인식과 담론이 활발한 정도는 아니라고 볼 수 있다. 문제는 (iv) 사회적 논의, (v) 법적 승인의 단계이다. 이상적인 순서는 분명 사회적 논의를 거치고 법적 승인의 단계에 도달하는 것이다. 그러나 사회적 논의는 ‘시간’이라는 변수가 있기 때문에, 사회적 논의¹⁸⁾를 건너뛰고 법적 승인¹⁹⁾을

8) G. Radbruch(최종고 역), 『법철학 제3판』, 삼영사, 2007, §1. 현실과 가치. 34-35면.
 9) 현승종, 조규창, 『로마법』, 법문사, 1996, 943면, 최자영, 『고대 그리스 법제사』, 아카넷, 2007, 396-340면.
 10) 김용한, 『신친족상속법론』, 박영사, 2002, 93면.
 11) 양수산, 『친족상속법, 가족법』, 일신사, 1996, 159면
 12) 윤진수, 『친족상속법강의』, 박영사 2016, 18-20면; 김주수·김상용, 『친족·상속법 제11판』, 법문사, 2014, 83면; 한봉희, 『가족법 개정판』, 푸른세상, 2014, 89면.
 13) 헌법재판소 1997.7.16. 선고 95헌가6 전원재판부 결정.
 14) 헌법재판소 2011.11.24. 선고 2009헌바146 전원재판부 결정.
 15) 대법원 1982.7.13. 선고 82므4 판결; 대법원 1999.2.12. 선고 97므612 판결; 대법원 2000.4.21. 선고 99므2261 판결; 대법원 2003.5.13. 선고 2003므248 판결; 대법원 2015.2.26. 선고 2014므4734, 4741 판결 등 참조.
 16) 예를 들어 개헌의 논의와 맞물려 혼인의 조문을 수정하려는 것이다. 이와 같은 행태는 공동체의 심도 깊은 논의보다 다른 개헌안과 맞물려 끼워넣기식으로 진행되었다고 이해할 수 있다. 이에 대한 비판으로는 최대권, "개헌이 재앙의 초대장일 수는 없다-동성애·동성혼 개헌의 정당성 결여를 중심으로." 『홍익법학』, 제18권 4호, 2017, 1-33면.
 17) 법정신분석학의 입장에서 이성애자들이 동성애자들을 ‘타자’로 다루기 때문에 혼인의 권리를 박탈하고 고통에 무감각해진다고 주장하며, 동성애는 이성애자의 내면의 일부이며 인간의 본성이기 때문에 타자가 아니라는 주장에 대해서는 민윤영, "동성혼 합법화에 대한 법정신분석학적 고찰: 심리적 양성성 인정과 정상가족 이데올로기의 해체를 중심으로." 『법과 사회』, 제45권, 2013, 38-42면. 그러나 위의 주장은 그 논리를 존중하며 다음과 같이 재진술 될 수 있다. "동성애는 이성애자의 내면과 본성이기 때문에 이성애자는 동성애자들을 ‘자아’의 일부로 다룬다." 그러므로 논리의 훼손 없이 전혀 다른 결론을 도출할 수 있다.
 18) 동성애, 동성혼 문제 또는 성소수자에 대한 편견과 차별이 존재한다면 법의 문제이기 보다 기본적으로

쟁취하려고 한다. 권리를 요구하는 자는 예측되지 않는 '시간'의 문제를 최대한 단축하기 원하기 때문이다.

혼인법만큼 법의 '이념'이 법의 '실재'에 의존하는 것이 구체적으로 드러나는 곳이 없다. 이미 주어진 것으로 간주되어야 할 자연적 및 사회적 사실로서의 혼인에 의해 법이 일방적으로 혼인의 형태를 정할 수 없는 것이다. 오히려 법은 '혼인은 남녀의 결합, 생식 및 그 양육이라는 사실'에 협조해야 한다.²⁰⁾ 따라서 법의 사회적 논의를 배제한 채 법원에 의해 독단적으로 이루어지는 법적 승인은 '정치의 사법화' 또는 '사법 적극주의'로 민주주의 이념에 반할 가능성이 크다.²¹⁾ '정치의 사법화'로서 법적 승인은 사회적 논의와 입법부가 작동하지 않는 독재시대나 그와 비슷한 시대에 담당해야 할 대법원이나 헌법재판소의 역할이다. 민주주의가 제대로 작동하는 시대일수록 대법원이나 헌법재판소는 사법 소극주의에 머물러 있어야 하며, 입법부의 활동 범위를 최대한 보장해야 한다. 법원은 법을 해석하는 기관이지 입법부를 대신해 입법하는 기관이 아니기 때문이다. 현재 벌어지는 동성 간 법률혼 인정에 법적 다툼은 기존에 확립된 법규범적 이해에 관한 의미 변화를 추구하고 있다. 동시에 개헌²²⁾이나 여러 법률의 입법을 통해 이 문제를 다루려고 한다. 이와 같은 과정은 자칫 정치의 사법화를 통한 법적 승인으로 사회적 논의를 강제하는 모습이 될 수 있다. 그러나 이런 방식은 사회적 논의와 법적 승인의 불일치에 따른 법률내용과 준수 의무에 대한 도덕적 비판과 반발²³⁾을 불러일으킬 가능성이 크다.

동성 간의 결합을 법이 규정한 혼인으로 인정하는 문제는 단순한 시혜적, 온정적 처리의 대상이 분명 아니다. 이 문제는 분명히 법의 문제이자 도덕적 문제이다. 예를 들어 동성 간 결합과 파탄에 따른 재산분할, 임대차계약관계의 승계인자위 문제, 상속권, 연금법과 보험법상 지위 등 재산상 여러 법률의 문제를 생각해 볼 수 있지만 특히 윤리적 문제와 결부된 문제들이 핵심 쟁점에 해당한다.²⁴⁾ 예를 들어 인공생식기술에 의한 자녀의 임신과 출산, 입양 등의 문제이다. 임

로는 이들에 대한 사회적 승인과 사회적 인식구조의 문제로 보는 최대권, "개헌이 재앙의 초대장일 수는 없다-동성애·동성혼 개헌의 정당성 결여를 중심으로." 『홍익법학』, 제18권 4호, 2017, 25-27면.

19) 법적 승인도 헌법소문화, 헌법의 해석변경, 법률의 입법, 법률 해석의 변경으로 나눌 수 있다. 또한 법적 제도의 정립도 기존 법률혼으로 간주해 동등한 혼인으로 인정할지 아니면 시민결합법 같은 전통적인 혼인과 다른 결합계약을 창설할지 문제가 된다. 후자는 전자에 비해 다툼의 여지가 적다. 그러나 전자는 혼인은 이성 간에 이루어져야 한다는 전통적인 혼인관을 도덕적, 법규범적으로 옳다고 믿고 따르는 사람들에게 대한 문제가 제기된다. 이들이 옳다고 믿고 있는 것은 몇 십년동안 법에 의해 승인된 '혼인은 이성 간의 결합'이라는 규범내용을 전적으로 수용한 것뿐이다. 이들에게는 아무런 책임이 없다. 따라서 이에 대한 변경은 '동성'도 전통적인 혼인과 동일하다는 점을 적극적으로 근거 지어야 할 뿐만 아니라, '혼인은 이성 간의 결합'이 부인되어야 한다는 점 역시 적극적으로 근거 지어야 한다. '이성'과 '동성'은 분명히 생물학적으로 다르기 때문이다. 두 주장은 논리적으로 양립할 수 없는 모순율의 관계에 있기 때문이다.

20) G. Radbruch(최종고 역), 『법철학 제3판』, 삼영사, 2007, §20. 혼인, 202-203면.

21) 정치의 영역에 법이 개입하는 것은 '정치의 사법화' 또는 '정치의 법제화'로 학자들에게 비판을 받고 있다. 이 비판의 논지는 정치영역과 민주적 공론 영역에서 다루어져야 할 사안이 선출되지 않은 즉, 민주적 정당성이 없는 소수의 법관에 의해 결정됨으로써 대의기관인 입법부를 무력화하고 국민주권과 민주주의를 약화 또는 훼손시킨다는 것이다. 박은정, "'정치의 사법화(司法化)'와 민주주의", 『서울대학교 법학』, 제51권 1호, 2010, 4면.

22) 동성애, 동성혼의 문제를 합법화 합헌법화로 구분해 다루고 있는 최대권, "개헌이 재앙의 초대장일 수는 없다-동성애·동성혼 개헌의 정당성 결여를 중심으로." 『홍익법학』, 제18권 4호, 2017, 21-22면.

23) 예를 들어 미국에서는 여성에서 남성으로 성전환한 '로버트 애즈'가 2001년 자궁암에 걸렸을 때 20명의 의사들에게 진료 거부를 받고 목숨을 잃은 일이 있었다. 자세히는 피해자이론의 관점에서 동성 간의 결혼 문제를 다룬 양문승, "동성결혼 출현으로 인한 차별적 피해자학 이론 가설.", 『피해자학연구』, 제12권 1호, 2004, 117-142면 참조.

신, 출산, 입양은 동성 두 사람만의 문제가 아니라 ‘다른 사람’인 어린 아이에 대한 문제를 포함하기 때문이다.

국내에서 이루어지는 법적 논의는 주로 헌법에서 활발하게 이루어지고 있다. 왜냐하면 헌법 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.”고 규정하고 있기 때문이다. 찬성하는 입장은 제36조에 규정된 ‘양성’에는 동성도 포함된다는 해석을 중심으로 제10조의 행복추구권에서 도출되는 일반적 행동자유권 또는 자기결정권과 제11조의 평등권 그리고 제17조 사생활의 자유를 논거로 주장²⁵⁾하기도 하며, 반대하는 입장은 제36조에 규정된 양성에는 ‘이성’만이 해당한다는 해석을 중심으로 찬성하는 진영의 헌법해석과 다른 해석을 주장하며, 제37조의 공공복리에 따른 법률적인 제한과 제9조의 전통문화의 계승과 발전을 논거로 주장하기도 한다.²⁶⁾

이처럼 논거는 다양하지만 큰 입장의 차이는 제36조에 대한 해석의 입장이다. 찬성하는 입장은 제36조를 국가의 간섭으로부터 자유롭게 혼인을 하고 혼인생활의 내용을 형성하며, 가족생활을 할 수 있는 자유권의 주관적 권리 측면에서 강조하는 입장이고, 반대하는 입장은 제36조를 자유권의 성격뿐만 아니라 제도보장의 성격을 지니고 있음을 주장한다. 제도보장은 입법자의 입법일지라도 제도의 핵심은 규율할 수 없는 방식으로 기본권의 핵심 내용을 보호하는 것이다. 제36조에 나타난 혼인제도의 핵심은 이성 간의 결합이고 가족제도의 핵심은 부모와 자녀의 결합이라고 주장한다. 또한 제36조의 가치판단적 원칙규범으로서의 성격도 강조한다. 혼인과 가족제도를 원칙규범으로 이해하는 것은 공법과 사법의 영역에서의 소극적 보호뿐만 아니라 국가의 적극적인 지원 의무의 근거가 된다. 자유권이 주관적 권리의 보장이라면, 제도보장은 혼인과 가족생활을 제도차원에서의 본질적 구조를 보장하며, 원칙규범은 공법과 사법의 모든 국가작용에 구속력 있는 가치판단 또는 가치결정을 의미한다.²⁷⁾ 제도보장이 입법자의 입법형성의 자유에 대한 한계라면, 가치판단으로서의 원칙규범은 입법, 사법, 행정 등 모든 국가 작용에 의무를 부과하는 객관적 규범의 성격을 지닌다.²⁸⁾

헌법이 논쟁의 중심이 된 것은 헌법은 국가의 최고 법규범이기 때문이다. 헌법은 입법, 집행, 사법 등 모든 국가작용의 근거이며, 개별법의 효력 근거와 해석 기준이 된다. 또한 헌법은 공동체가 합의한 최고의 법규범으로서 공동체의 구성원이 만들어갈 완전한 공동체의 모습이 담겨져 있고, 이 공동체를 만들기 위해 국가가 지향해야 할 가치가 체계적으로 담겨진 문서이기 때문이다. 이 가치를 헌법은 형법의 가언명령의 형식과 달린 정언명령의 형식으로 완전한 국가의 모습을 촉구하고 명령한다. 따라서 법이 추구하는 완전한 국가의 이상에는 부도덕한 것은 가치로서 허용될 수 없고, 도덕적인 것만이 가치로서 허용될 수 있다. 법이 추구하는 가치가 도덕적일 때만 법이 구속력²⁹⁾을 갖기 때문이다.

그렇다면 동성 간 동거에서 무엇이 도덕의 대상이 될 수 있을까? 법은 인간의 내심이 아니라

24) 이와 같은 여러 문제에 대한 논의로는 김민중. "동성(同性) 간의 결합에 대한 법적 보호.", 『동북아 법연구』, 제10권 1호, 2016, 206-234면 참조.

25) 성중탁. "동성(同性) 혼에 관한 법적 쟁점과 전망.", 『가족법연구』, 제31권, 2017, 241-246면. 김병록. "동성결혼의 헌법문제.", 『동아법학』, 제43권, 2009, 15면. 김선화. "동성혼의 법제화에 관한 고찰.", 『이화젠더법학』, 제7권 3호, 2015, 36-40면.

26) 최대권. "개헌이 재앙의 초대장일 수는 없다-동성애·동성혼 개헌의 정당성 결여를 중심으로." 『홍익법학』, 제18권 4호, 2017, 22-23면. 음선필. "동성애·동성혼의 헌법적 수용에 대한 비판", 『홍익법학』, 제18권 3호, 2017, 110-112면.

27) 정문식. "헌법상 혼인과 가족생활의 보호 의미와 변화.", 『한양법학』, 제28권 3호, 2017, 245면.

28) ibid., 245면.

29) G. Radbruch(최종고 역), 『법철학 제3판』, 삼영사, 2007, 78-79면.

인간의 행위를 규제함을 그 본질로 한다. 그리고 행위에 대한 제한은 헌법 제37조 2항에 의해 제한된다. 따라서 이 글에서 다루고자 하는 동성 간 동거의 논의 대상은 동성 간에 이루어지는 정신적, 심리적, 정서적 관계가 아니라, 동성 간의 행위를 중심으로 다룬다. 그 중에 혼인과 가족 관계를 가능하게 하는 생물학적 토대로서 성행위를 논의 대상으로 삼는다. 우리나라 헌법재판소는 균형법 제92조 위헌제청에서 동성애 성행위를 “객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 성적 만족 행위”³⁰⁾로 평가한다. 이 판결에서 나타난 동성애 성행위에 대한 판단의 기준은 ‘성적 도덕관념’에 반하는 것이다. 하지만 동성애 성행위와 ‘성적 도덕관념’이 구체적으로 무엇인지 그리고 어떠한 관계있는지에 대한 설명은 제시되지 않고 있다. 따라서 동성애 성행위와 성도덕이 무엇인지 대해 이것들을 밝혀야 할 필요가 있다. 이 작업은 혼인과 가족이라는 맥락에서 다루어질 필요가 있다. 왜냐하면 사적 영역에서의 성행위가 아니라, 법률혼으로 인정받으려고 하는 공적인 영역에서 성행위이기 때문이다.

법철학에서 전통적으로 법과 도덕이 연결되어있다는 입장은 자연법의 입장이다. 그러므로 이 문제를 탐구하기 위해서는 자연법의 관점에서 탐구할 필요가 있다. 그러나 이 글에서 다루고자 하는 문제의 탐구를 위해서는 단순히 도덕에 관한 일반론이 아니라, 성행위와 혼인 그리고 가족의 의미를 도덕의 지평에서 파악할 수 있어야 한다. 이러한 작업을 한 당대의 대표적인 학자로는 존 피니스를 들 수 있다. 피니스의 자연법론은 ‘신고전적 자연법주의’³¹⁾로 불린다. 신고전적 자연법주의는 자연법의 토대를 신에게 토대를 두지 않고 이성에게 토대를 두어 현대적으로 자연법을 새롭게 구축한 것이다. 신에게 토대를 두지 않은 자연법은 종교의 계시적 법이 아니라, 현대의 이성적인 법으로 충분히 이해할 수 있다. 따라서 존 피니스의 관점을 탐구해 보는 것으로 이 문제에 대한 자연법적인 탐구를 수행하겠다.

II. 혼인에 대한 기본적 탐구

1. 성 행위와 법의 관계에 대한 현대의 표준적 입장

피니스에 따르면 성적 행위에 관한 현대의 표준적 입장은 두 가지이다. 첫째, 성인들이 사적 영역에서 합의 하에 한 행동은 예를 들어 동성 간 성적 행위와 같은 비도덕적인 성적 행위라도 처벌하지 않는다는 점이다. 다만 사적 영역에서 성인의 합의된 성적 행위여도 폭행 등 형법상 불법에 해당하는 경우에는 국가가 개입 한다. 둘째, 국가는 공적 영역에서 동성 간 성적 행위와 동성 간 성적 행위에 참여하고자하는 행위를 그만두게 하겠다는 권위를 지니고 있다는 점이다. 국가는 형법과 행정법 그리고 정책을 통해 이와 같은 목적을 관철시킨다. 많은 법, 규제, 정책에 서 이성애 행위와 동성애 행위를 구별하고 후자에게 불리하게 되어있다.³²⁾ 현대의 표준적인 입장은 도덕은 부모나 가족 또는 비정치적 조직인 학교, 종교, 시민단체 등이 주된 책임을 지며, 정부는 도덕의 문제에 대해 보조적인 위치에 있는 것으로 간주한다. 그렇기 때문에 국가가 도덕을 장려하고 부도덕을 단념시키는 일은 시대착오적인 일로 보인다.

30) 헌재 2011. 3. 31. 2008헌가21, 판례집 23-1상, 178 [합헌]. 이 평가는 대법원의 평가를 헌법재판소가 그대로 수용한 것으로 볼 수 있다. 대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도2222 판결.

31) Finnis, John., “Aquinas and natural law jurisprudence”, Duke, George, and Robert P. George, eds. *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*. Cambridge University Press, 2017. 21-22.

32) Finnis, John. "Law, Morality, and Sexual Orientation."(1997) in *Collective Essay III*. OUP. 2011. 334. hereinafter LMaSO.

현대는 사적 영역과 공적 영역을 나누며 사적 영역에서 성인의 행위를 감독하는 것보다 공적 영역을 감독하는데 법의 주안점을 준다. 왜냐하면 공적 영역은 첫째, 청소년이 교육 받는 영역이며, 둘째, 자기 책임 하에 삶을 영위할 수 있는 성인에 이르지 못한 청소년들을 삶의 나쁜 형태에서 보호하고, 청소년들의 웰빙을 위한 책임이 있으며, 셋째, 모든 시민들은 청소년들이 타락의 길로 가지 않고, 좋은 인격과 자율성 그리고 자기 조절을 통해 쾌락의 욕망과 충동의 노예가 되지 않도록 격려하며 돕는 사회적 환경을 만든다.³³⁾ 예를 들어 공적 영역인 공영 방송은 노골적인 포르노그래피를 내보지 않고, 집창촌 같은 곳은 청소년이 일정한 시간이 되면 다닐 수 없으며, 영화와 방송의 심의 등급에 따라 19세 이상 관람가, 청소년 관람가, 부모의 지도가 필요한 관람가등 세분화하여 다루고 있다. 왜냐하면 공적 영역에서 도덕적, 문화적, 교육적 환경을 유지하는 일은 '시민들에게 국가에 대한 합법적인 충성을 요구하는 주장을 정당화'³⁴⁾해 주기 때문이다. 법의 준수는 합법이라는 이름을 통한 강제에 의해 가능하지만, 자발적인 충성은 도덕적 정당화가 뒷받침 될 때 비로소 가능하기 때문이다.

정치적, 법적 질서의 현대의 표준적 입장은 제도적으로 많은 형태의 차별을 불법화한다. 예를 들어 세계인권선언문 제2조는 '모든 사람은 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 국민적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 이들과 유사한 그 어떠한 이유에 의해서도 차별을 받지 않고 이 선언에 규정된 모든 권리와 자유를 누릴 수 있다.'고 규정하고 있다. 그러나 이 목록에 '성적 지향'이 포함되지는 않는다. 왜냐하면 '성적 지향'이라는 구절은 모호하기 때문이다. 예를 들어 '게이 권리(gay rights)'의 증진을 요구하는 운동은 '성적 지향'에 두 가지를 모호하게 하나로 합쳐놓았다. 첫째, 동성애는 타고난 심리적(psychological) 또는 심신적(psychosomatic) 지향이라는 점³⁵⁾과 둘째, 동성애 행위 및 그러한 행위를 전제로 하는 삶의 형태에 일반 시민들이 비난하거나 반대하지 못하도록 시민들의 행동과 신념 그리고 가치판단과 도덕 판단을 공적으로 규제하기 위한 '의도'³⁶⁾이다.

'성적 지향에 바탕을 둔 차별'은 불법이라는 명제에 대하여 '게이 권리' 진영의 해석은 개인의 본성에 관한 차별반대를 넘어선다. 오히려 이 운동은 공적 영역에서 동성애 행위를 증진하고, 알선하며, 촉진시키기 위한 활동에 완전한 법적 보호를 보장하는 것을 목적으로 '성적 지향'이라는 용어를 사용하고 해석한다.³⁷⁾

현대의 표준적 입장은 심리적 또는 심신적 성향이 동성애 활동에 정향되어 있는 경우에 이를

33) LMaSO. 335.

34) LMaSO. 335.

35) LMaSO. 335.

36) LMaSO. 336. 미국에서는 주로 사적인 영역에서 동성애의 자유를 추구하고, 이 자유를 획득하기 위한 법적인 투쟁들이 있었다. 이 투쟁 중 하나인 2003년에 내려진 Lawrence 판결은 동성애 행위가 기본권인지는 비록 직접적으로 판단하지는 않았지만, 동성애자에게도 친밀한 행위의 표현인 사적인 성과 이를 선택할 권리가 헌법에 의해 부여된다고 판결하였다.(최희경, "동성애자권리에 관한 로렌스 판결의 의미와 영향", 『세계헌법연구』, 제17권 2호, 국제헌법학회, 2011, 249면.) 이 판결 이후 동성애를 위한 법적 투쟁의 영역은 사적 영역에 대한 법의 불개입을 넘어 공적 영역에서 법적 권리화의 단계까지 확장되었다. 로렌스 판결 후 10년이 지난 2013년 동성애자의 혼인을 금지하는 '혼인보호법'이 위헌이라는 *United States v. Windsor* 판결이 나왔다. 그러나 이 판결은 동성결합을 이성결합에 비해 불합리하게 차별한다는 점을 지적 할 뿐이다. 마침내 2015년 공적 영역에서 동성혼 자체를 합법화한 *Obergefell v. Hodges* 판결이 나왔다. 미국의 동성혼과 관련된 판례의 흐름과 정리로는 신영현, "미국의 동성혼 관련 판례의 분석과 함의", 『가천법학』, 제9권 제3호, 2016, 149-182면. 이러한 흐름으로 파악할 수 있는 점은 미국의 사법부는 이 문제를 단 번에 결정한 것이 아니라는 점이다. 이 문제를 최초로 다룬 1970년대 판결 이후 2015년 결정이 내려지기 전까지 약 50년 동안 사법부의 속고가 존재한다는 점이다.

37) LMaSO. 336.

바탕으로 한 차별은 불공정하다고 받아들인다. 하지만 공적 영역에서 동성애 행위를 증진, 알선, 촉진하기 위한 활동에 법적 보호를 제공하는 것에는 반대한다. 왜냐하면 동성애 행위가 도덕적으로 옳지 않다고 믿는 사람들이 있기 때문이다. 이 사람들은 공적 영역에서 동성애 행위에 법적 보호를 제공하는 것을 목적하는 사람들과는 다른 성, 가족의 이상을 지니고 있다. 그리고 이 입장을 지지하는 것은 개인과 단체뿐만이 아니다. 이미 특정한 성과 가족의 이상을 제도화한 법제도도 있다. 따라서 이들에 대한 심각한 차별과 불공정이 된다.³⁸⁾ ‘성적 지향에 바탕을 둔 차별’은 불법이라는 명제에는 이처럼 양립불가능한 주장이 동시에 들어가 있다. ‘지향성 논변’은 동성애 지향이 도덕적으로 비록 옳지 않을지라도 타고난 본성이기 때문에 그 자체로 존중하고 사회적인 차별과 불이익을 주어서는 안 된다는 의미가 함축되어 있는 반면, 차별을 규제하기 위한 공적인 법적 보호 외에 동성애 행위 자체를 알선, 증진, 촉진시키기 위해 국가에 의무를 부과하는 것은 동성애 행위가 도덕적으로 옳다는 의미를 함축하고 있기 때문이다. 따라서 동성애 지향을 지닌 사람에 대한 차별하는 것을 반대하는 것으로서 불이익을 제거하는 것과 동성애 자체를 공적으로 증진, 알선, 촉진하도록 국가에 의무를 부과하는 것은 전혀 다른 차원의 문제이다.

이 문제를 다루기 위해서는 한 층 더 깊은 논의가 필요하다. 이 논의는 혼인의 의미로부터 시작한다. 이것은 동성동거를 법적 혼인으로 인정할 수 있는가의 토대가 되는 문제이다. 이 문제는 “동성동거도 혼인인가?” 라는 문제이다. 동성동거가 혼인이 되어야지만 비로소 ‘혼인으로서’ 법적인 혼인으로 인정해 달라는 권리화 주장이 성립 가능하기 때문이다.

2. 혼인의 의미

법은 구속력을 지닌 당위규범으로서 인간의 행위를 규제, 인도하는 기능을 담당한다. 따라서 혼인을 법철학의 관점에서 고찰할 때 숙고해야 할 지점은 ‘행위’라는 관점에서 혼인에 대해 접근하는 것이다. 왜냐하면 혼인은 행위이기 때문이다. 따라서 ‘행위’관점에서 혼인을 접근하는 것은 법과 혼인의 양 측면에서 타당한 접근이다. 그리고 혼인을 행위의 관점에서 접근한다는 점은 행위를 행하는 행위자의 측면인 윤리와 그 행위의 사회적 승인 차원인 규범 측면인 법제도, 이 두 측면을 고려하겠다는 의미이다.

혼인은 ‘행위’이다. 두 배우자가 서로를 택하는 행위로서 스스로 남편과 아내로서 살겠다는 ‘약속(commit)’이다.³⁹⁾ 혼인은 삶의 방식 또는 상태이며, 부부의 일생동안 계속되는 행위 속에서 서로 ‘헌신(commitment)’하는 행위이며, 삶을 구성하는 행위이다. 이 행위에는 죽음이 서로를 갈라놓을 때까지 헌신을 실천하는 행위와 헌신에 부적합한 행위를 삼가는 것을 포함한다.⁴⁰⁾ 따라서 혼인은 행위로서 서로에 대한 선택과 남편과 아내라는 역할로 살겠다는 약속과 부부의 일생동안 이 약속을 이행하는 끊임없는 행위인 헌신이다. 그렇기 때문에 혼인은 선택, 약속, 헌신으로 구성된 행위이다. 이 과정을 통해 각자는 남편과 아내로서 그리고 함께 부부로서의 삶을 구성한다. 이 행위는 각자의 선호에 따른 자의적인 행위가 아니다. ‘각자 남편과 아내로서 그리고 함께 부부로서의 헌신에 적합한 행위를 행하고, 적합하지 않은 행위를 삼가는 행위이다. 따라서

38) LMaSO. 336.

39) Finnis, John. "Marriage: a basic and exigent good."(2008) in *CEIII*. OUP. 2011. 317. hereinafter Marriage. 매사추세츠 주 대법원도 *Goodridge v. Department of Public Health* 판결에서 민법상 결혼을 “상호관계, 친교, 친밀감, 신의, 가족의 이상(ideals)에 대한 매우 공식적인 축하를 의미함과 동시에 타인에게 진심으로 헌신하고자 하는 개인의 약속”이라고 묘사한다. *Lewis v. Harris*, 188 N.J. 415, 465-66 (2006); *Goodridge*, 440 Mass. at 322.

40) Marriage. 317.

부부생활에서 적합한 행위의 판단기준은 그 행위가 헌신에 적합한지를 통해 알 수 있다. 혼인에 대한 평가와 판단은 바로 이 행위들에 대한 평가와 판단이다.⁴¹⁾ 그러나 이 행위는 단순히 약속이라는 개인적인 차원만 지니는 것은 아니다. 혼인은 약속과 헌신을 통한 사적 관계일 뿐만 아니라, 사회 속에서 약속을 수행하는 행위와 혼인을 보호하고 승인하는 법률에 의해 공적인 제도가 된다. 제도로서 혼인은 다음과 같다.

혼인은 제도로서 규범과 불가분의 관계를 지닌다. 그래서 피니스는 혼인을 다음같이 정의한다. “혼인은 제도로서 법 규범과 다른 사회규범의 연계이다(Marriage as an institution is the network of legal and other social norms).”⁴²⁾ 따라서 제도로서 혼인은 국가가 가치중립, 비가치 또는 무가치적인 입장에서 혼인을 제도화 한다는 의미가 아니다. 혼인이 제도가 된다는 의미는 최소한 혼인을 제도를 통해 보호한다는 관점⁴³⁾이 포함되어 있으며, 좀 더 넓은 범위에서는 혼인을 증진한다는 관점⁴⁴⁾이 포함되어 있다. 따라서 혼인은 긍정적인 가치판단이 전제된 법제도이다. 왜냐하면 사회의 지속과 인간화 그리고 사회화는 일차적으로 혼인을 통한 안정적인 지속적 가족의 구성과 출산과 양육을 통해 가능하기 때문이다. 그렇기 때문에 제도로서 혼인은 삶의 방식에 관한 좋음의 관점에서 혼인생활의 안정적인 유지와 헌신에 부합하는 충성된 행동을 보호하고, 혼인생활의 헌신에 방해되는 행동과 생활은 허용하지 않는다.⁴⁵⁾ 또한 법에 의한 제도로서 혼인은 신분상, 재산상 혜택을 제공하며, 다른 사회 규범에 의한 제도로서 혼인은 주로 “무형의 사회적, 감정적 혜택”⁴⁶⁾을 제공한다.⁴⁷⁾

그렇다면 행위로서 혼인과 제도로서 혼인이라는 두 영역에서 혼인에 대한 이해는 어떻게 가능한지 문제가 된다. 이 문제는 혼인의 의미를 어떻게 파악할 수 있는지에 대한 문제이다. 피니스는 혼인을 두 영역으로 분리하여 따로 다루는 방식이 아니라, 두 영역에 있는 하나의 혼인으로 다룬다. 이 방식은 혼인의 ‘핵심 의미’ 규정이다. 혼인의 핵심 의미를 규정한다는 것은 관습적 또는 언어적, 사전적 의미에서 혼인의 의미를 제시하는 것이 아니다. 오히려 인간의 실천과 기회의 영역으로서 혼인에 대한 평가적 판단에서 시작한다. 그리고 이 판단은 삶의 방식과 제도에서 혼인에 대한 ‘핵심 사례’를 선정하도록 인도한다. 왜냐하면 실천과 기회로서의 혼인에 대해 평가를 위해서는 혼인에 적합한 사례가 필요하기 때문이다. 평가의 대상에 적합한 사례가 핵심 사례이다. 물론 핵심 사례가 아닌 사례도 많이 존재한다. 하지만 핵심 사례가 판단의 대상이 되는 이유는 핵심 사례가 서술을 위한 사회적 현실과 선택할 가치⁴⁸⁾가 있는 기회가 무엇인지 보여주기

41) Marriage. 317.

42) Marriage. 317.

43) 대한민국 민법도 혼인을 보호한다는 관점이 들어가 있다. 민법 제3장 혼인 편에서 혼인의 성립부터 재산관계와 친생자 그리고 혼인의 해소인 이혼까지 법률로 규정(제800조-제865조)하여 혼인생활의 성립과 유지 차원을 법으로 보호하고 있다. 또한 혼인생활의 헌신에 반하는 행위인 간통에 대해서는 민법 제840조에 이혼 사유로 규정함으로써 혼인생활을 보호하고 있다.

44) 넓게 보면 헌법은 혼인과 가족생활을 증진한다고 볼 수 있다. 대한민국 헌법 제36조도 “①혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다. ② 국가는 모성의 보호를 위하여 노력하여야 한다.”라고 규정하고 있다.

45) Marriage. 317.

46) Matthew K. Yan, “What’s 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). 193-94.

47) 따라서 각종의 시민결합도 결국은 혼인으로 동화된다. 왜냐하면 시민결합에 의해 권리가 수여되고 그 관계가 보호되어도, 수여된 권리에 대한 만족이 아니라 혼인과 구분되는 차이를 결핍으로 간주하고 차별로 받아들이기 때문이다. 라깁식으로 이야기하면서 ‘타인의 욕망을 욕망’하기 때문이다. 생활 동반자관계가 혼인으로 동화되어 간 과정에 대한 연구로는 백승흠, “동성간의 결합과 혼인으로의 동화.” 『재산법연구』, 제30권, 2013, 241-268면 참조.

48) 피니스에 따르면 사회과학이론(Social theory)은 지성적으로 좋은 것과 행위를 위한 이유에 대하여

때문이다. 따라서 핵심 사례를 통해 판단을 명확하게 만드는 일은 혼인에 관한 비판적 논의와 숙고를 위한 명제를 제시하며, 혼인에 관한 논의에 기여하는 일이다. 이 논의는 삶을 변화⁴⁹⁾시키는 실제적인 판단과 선택을 하는 데에 대비한다는 것을 알고 있을 때에만 제대로 진행될 수 있다.⁵⁰⁾ 혼인에 관한 법적 논의는 조류도감을 바꾸는 일과는 다르다. 혼인은 하나의 사실적 사건으로서 개인의 삶을 변화시키는 개인의 실천과 삶의 기회이며, 사회구조를 변화시키는 일이기 때문이다. 따라서 혼인에 관한 논의는 이 관점에서 수행될 때 비판적 논의와 반성적 성찰이 실제적으로 가능하다.

3. 혼인에서 생식과 성행위

동물들의 교미는 본능적인 성교일 뿐이지만, 인간의 혼인생활은 우정⁵¹⁾과 생식에 대한 개방성이라는 본질적인 차원을 지니고 있다.⁵²⁾ 혼인 생활에서 이루어지는 우정과 생식을 논의 상 구별해 보면 우정은 사적인 영역이라면, 출산은 공적인 영역을 포함한다. 혼인의 보호는 우정이라는 친밀감에서 이루어지는 두 사람 간의 자율성을 보장하는 방식으로 이루어진다. 법은 불법행위가 아닌 이상 가정에 개입하지 않는다. 반면 출산에 있어서 공적 영역은 공동체를 지속하게 하는 미래세대의 임신과 출산에 필요한 각종 의료서비스를 제공한다. 또한 태어난 아이가 책임감 있는 주체적인 인간으로서 성장하는데 필요한 안전과 양육과 교육에 대한 실질적인 보호를 제공한다. 이 보호는 미성숙한 어린 아이가 자아실현을 할 수 있는 책임감 있는 성인이 될 때까지 제공된다. 매우 추상적인 수준에서 표현하면 인간 존엄성의 보장과 보호를 제공한다. 사회는 한 사람에게 대한 이와 같은 보호를 통하여 인간과 사회의 지속과 더 나은 발전을 도모한다. 바로 이 영역이 혼인을 제도로서 간주하며, 법으로 보호하는 이유이다. 또한 의료, 교육, 보조금 등 공적 자원의 투입이 정당화 되는 이유이다. 이것은 정의의 관점에서 보면 자원의 분배가 요구되는 분배적 정의의 자리이다.

한 쌍을 이룬, 좀 더 전통적으로 표현하면 한 몸을 이룬 ‘그들’⁵³⁾이 삶을 공유하는 부부로서 결합한다는 것은 다음과 같은 세 가지 측면을 갖는다. “혼인의 실현(actualizing), 표현(expressing), 경험(experiencing)”⁵⁴⁾이다. 그들의 헌신은 자신의 합리적 의지에 따른 자유로운 선택의 행위이기 때문이다. 따라서 합리적인 의지의 자유로운 선택은 자신의 동기를 이해하게 해주며, 자신의 인격에 부합하게 한다. 이를 통하여 자신의 인격을 확대하고, 더욱 깊게 만들어 준

인식할 수 있어야 한다. 사회과학이론은 옳음과 그름, 좋음과 나쁨에 대한 원칙과 경계선을 확인해준다. 자세한 설명으로는 Finnis, John. "On Hart's ways: law as reason and as fact."(2007) in *CE IV*. OUP. 2011. p.255.

49) 학문은 심지어 이론적 관념적 학문일지라도 삶에서 어떻게 행동할지를 선택하는 것에 관여한다. 이것을 실천적(practical)이라고 한다. 이에 대한 자세한 논의로는 Finnis, John. *Fundamentals of ethics*. Georgetown University Press, 1983. p.1-6. hereinafter FoE.

50) Marriage. 317.

51) 여기서 우정은 좋음의 기본 형태이다. 피니스가 사용한 우정의 어원은 아리스토텔레스가 말한 사랑(philía)이다. 아리스토텔레스의 사랑(philía)은 자신의 이익이 아닌 상대방 자체를 위해서 그리고 상대방의 복리를 자신의 복리의 일부분으로 삼아 추구하는 일이다. 따라서 혼인생활의 우정은 배우자의 좋음과 복리를 추구하는 것이며, 배우자의 좋음과 복리를 자신의 좋음과 복리로 삼는 것이다. 아리스토텔레스의 필리아에 대한 자세한 분석은 강상진, “아리스토텔레스의 필리아(philía)”, 『인간연구』, 제4호, 2003, 105-115면.

52) Marriage. 319.

53) 개별자로서 남, 녀 각각이 아니다.

54) Marriage. 319.

다. 또한 이와 같은 과정에 대한 지성적인 이해와 혼인에 적합한 행동을 통해 동기가 된 본능과 열정은 헌신이 된다.

도덕으로서 좋은 행동에 관한 이 동기는 흄⁵⁵⁾이나 칸트⁵⁶⁾ 방식으로 이해되어서는 안 된다. 유사 합리적인 동기는 목적, 목표, 근거가 단지 수단으로서만 있고, 비합리성을 제거하기 위한 것이 아니다. 혼인의 헌신은 이성에 동기를 부여한다. 그리고 헌신은 혼인 행위를 위한 좋은 근거이다. 헌신을 통해 둘은 서로를 친구로서 그리고 사랑하는 이로서 도우며, '우리'의 삶을 새로운 생명을 출산함으로써 그 생명에게 전해준다. 부부로서 '우리'의 아이가 '우리'의 권리와 책임 속에서 자기 결정과 책임을 온전히 부담하는 성인이 되기까지 돕는다. 또는 아이는 인류가 지속 되도록 하는 유일한 존재이다. 혼인 생활 속에서 부부가 된 '우리'로서 헌신하는 일은 힘들고 어려운 일이지만 그 과정에 기쁨도 있다. 따라서 헌신을 통해 혼인에 충실한 의지를 지속하게 된다. 이 전체적인 과정과 이 과정에 관한 판단은 혼인생활을 더 강화하며, 풍요롭게 하고 보호해 준다.

오늘 날 성과 혼인에 관한 도덕 기준은 비도덕적인 믿음과 태도에 의해 거부되고 있다. 그러나 전통적 도덕 기준에 대한 사실 확인은 전통적 도덕 기준에 대한 현대의 믿음 또는 관념과 별개로 이루어져야 한다. 그래야 현대에서 옳다고 믿고 있는 도덕 기준을 성찰할 수 있기 때문이다. 피니스는 여기서 전통적인 기준을 중세로부터 근원을 확인한다. 피니스에 따르면 현대 사람들은 중세 시대의 부부의 성생활을 다음과 같이 믿었다고 생각한다. "(i) 오직 생식을 위해서만 섹스 할 것, (ii) 쾌락을 위한 섹스는 도덕적 타락이며, (iii) 섹스의 문제에 있어서 여자는 수동적이며 아무런 자격이 없고 오르가즘을 위한 빈약한 기대감이 있을 뿐이다."⁵⁷⁾라고 알고 있다. 그러나 이는 잘못된 것이다.

피니스에 따르면 아퀴나스는 혼인예식⁵⁸⁾에 관한 글⁵⁹⁾에서 다음과 같이 말하고 있다고 한다. 아내나 남편이 부부의 섹스를 출산과 상관없이 기쁨을 표현하거나 신의(fides)를 경험하는 것으로 하는 일은 받아들일 수 있다. 이 때 신의는 앞에서 말한 헌신이다. 신의를 헌신으로 번역한다면 신의는 단지 부정을 삼가는 소극적인 것이 아니라, 혼인 생활과 부부의 섹스에 있어서 좀 더 적극적인 동기가 된다. 부부의 섹스에 있어서 '기쁨을 위한 것'이 도덕적인 흄이 생기는 경우는 육체적 관계가 단순히 '혼자만의 기쁨을 위한 것'이 될 경우이다. 혼자만의 기쁨을 위한 것은 (i) 배우자가 아닌 다른 사람과 기꺼이 육체관계를 맺으려 하는 의지, (ii) 일방이 비록 혼인 상태에서 배우자와 육체적 관계를 맺더라도, 배우자의 영혼과 인간성과 정체성에 대해 무관심하고, 매춘부나 기동서방과 하듯 육체적 관계를 맺는 것이다. 이와 같은 비인격적인 섹스는 내심의 동기에서 비혼인적이기에 나쁘다. 또한 첫 번째 사례는 마음 속 깊이 배우자 일방이 상대방에게

55) 흄에게 도덕적 동기는 도덕을 지키기 위한 자연적으로 실재하는 보편적 동기가 아니라, 도덕을 지킬 때 주어지는 이득(merit)에 의해서이다. 따라서 의무감은 자연이 아닌 인위적 구성물이다. 양선숙, "법, 규범성, 그리고 규칙 준수의 동기에 대한 관행론적 이해", 『법철학연구』, 제15권 3호, 2012, 63-68면.

56) 칸트는 경향성이 아닌 의무로부터 비롯된 행동. 즉, 의무가 행위자에게 동기를 부여하는 근거에 따른 행위만이 도덕적으로 가치 있다고 여긴다. 강지영, "행위의 도덕적 가치에 대한 칸트의 입장", 『철학사상』, 제55권, 2015, 185-192면.

57) Marriage. 320.

58) 이 예전은 'Sarum Rite'으로 알려져 있으며 영국에서 널리 사용되었다.

59) 이 예전은 종교개혁 이전부터 사용되었으며, 종교개혁 이후에도 프로테스탄들 역시 사용하였다. Palmer, William. *Origines liturgicae*. Nabu Press, 2010. 209-13; Freeborn, Dennis. *From Old English to Standard English: A course book in language variation across time*. University of Ottawa Press, 1998. 6. 따라서 서구차원에서 그들의 전통을 형성하는 도덕 기준으로 인정할 수 있다.

헌신하려는 혼인의 토대를 피하거나 반대하는 경우이다.⁶⁰⁾

이 두 사례는 혼인 생활에 있어 성적 선택과 활동이 ‘탈부부관계화(de-maritalizing)’와 ‘탈인격화(de-personalizing)’가 되는 의지를 보여준다.⁶¹⁾ 두 사례에서 이루어진 행위는 진정한 부부 생활의 행위가 아니다. 왜냐하면 그와 같은 선택은 부부생활의 헌신을 만들지 못하고, 그들이 하나 된 몸으로서 그들의 혼인생활을 진정으로 현실화하고, 표현하고 경험하는 것을 가능하게 하지 않기 때문이다. 이 의지를 돌이켜 서로 승인하고 배우자 아닌 자와 육체적 관계를 맺는다고 하여도 마찬가지이다. 부부의 육체적 관계는 부부의 헌신에 관한 완전한 이해에 있어서 매우 중요하다. 배우자는 배우자가 아닌 자와 육체적 관계를 맺으려는 의지, 예를 들어 간통을 거부하는 한에서 그들의 혼인생활에서 자신과 상대방을 배우자로서 현실화하고 표현하며 경험하는 것이 가능하다. 그럼으로 혼인은 제도가 되며, 아이들은 부부의 헌신 속에서 유익을 얻는다. 이 논제가 혼인에 있어서 전통적 도덕인 ‘순결(purity)’, ‘부부의 정조(chaste marital intercourse)’의 핵심이다. 그리고 혼인을 위해 ‘자신을 지킴(keep oneself)’이라는 상식의 핵심은 자신의 배우자도 자신과 똑같이 ‘순결’과 ‘부부의 정조를 지킬 것’이라는 것에 대한 믿음 또는 희망이다. 이것을 준수하지 않는 것은 진정으로 후회하게 될 일이다. 따라서 이 설명은 보편화될 수 있다.⁶²⁾

따라서 도덕적으로 잘못된 성적 행위는 나쁘다. 왜냐하면 혼인의 좋음에 반하여 자의적으로 이루어지는 의지의 선택이기 때문이다. 혼인생활의 좋음에 반대되는 선택은 잘못된 선택이다.

4. 도덕으로서의 혼인

도덕규범은 진정한 혼인생활을 위한 모든 성적 행위를 보호하려고 한다. 하지만 이와 같은 도덕은 현대 사회에서 광범위하게 거부되고 있다. 이 도덕규범은 자의적인 압제이며, 성에 대한 무시에 뿌리고 두고 있고, 젠더에 대한 선입견을 지니며, 다양한 성적 정체성을 거부하고 있다는 비판을 받기도 한다. 그리고 이와 같은 거부가 타당하다고 여겨지고 있다.

그러나 혼인생활에 합당한 성적 행위가 되기 위한 도덕적 필요조건은 성을 손상하지 않는다. 오히려 인간에게 강렬한 기쁨이 어떤 조건하에서 가능한지 알려준다. 이 조건은 좋음에 관한 지성적 앎을 통해 인간의 삶에서 실현할 수 있다.⁶³⁾ 물론 현대 사회는 동거나 독거가 혼인을 대신하기도 한다. 그리고 출산이나 양육을 경시하고 아버지나 어머니가 없이 아이를 양육하는 일이 늘어나고 있다. 이런 일들은 성적 관계에 대한 이해와 혼인에 대한 이해를 바꾸고 있다.

이와 같은 상황에서 혼인이 삶을 위한 진정한 기회가 될 수 있는 조건은 무엇인가? 이 질문은 생명의 관점에서 생각해 볼 수 있다. 생명의 관점에서 인간의 생명은 무엇과도 대신할 수 없는 좋은 가치이다. 이 가치의 관점에서 생각하는 것을 피니스는 다음처럼 표현한다.

혼인생활에서 미래세대인 아이들에 관한 돌봄과 고유한 가치인 새로운 생명이 탄생하는 경이로움에는 무관심하고, 이들에 대한 건강, 인격, 자아 완성 등 양육에 관해 무관심한데 왜 이런 부담과 예측할 수 없는 위험을 혼인생활의 헌신에서 떠맡는가?⁶⁴⁾

60) Marriage. 321.

61) Marriage. 322.

62) Marriage. 322.

63) Marriage. 324.

64) Marriage. 325.

이 질문이 중요한 이유는 생명이라는 가장 근본적 가치에 의해 구성된 질문일 뿐만 아니라 실천적 차원에서 이에 대한 현실적인 통찰이 없다면 성과 혼인에 대한 합리적인 윤리와 교육, 직업 그리고 가족의 보호에 대한 ‘합리적인 정치’⁶⁵⁾가 있을 수 없기 때문이다.

혼인에 있어서 핵심 사례를 정의하는 것은 “혼인이 지닌 배타성과 도덕적 항구성”⁶⁶⁾에 의해서다. 혼인은 다음과 같은 의미를 지닌다. 즉, 서로가 배우자가 되는 일은 그들의 약속을 실현하는 일이다. 그리고 태어나는 아이는 출산, 양육, 교육에 대한 사회적 구조가 철저하게 적용되는 “대체 불가능한 인격의 상징”⁶⁷⁾이다. 아이는 그들이 이룬 가족과 미래에 대한 소망과 성취를 나타내는 상징이며, 시민이다. 부부의 헌신과 신실함은 자녀가 갓난아이에서 독립적이고 책임 있는 시민이 될 때까지, 부모와 자녀의 삶에 수놓아 진다. 아이는 이를 통해 자기 결정과 이에 따른 책임을 완전히 수행할 수 있는 자유로운 인격으로 성장해 간다. 단순히 시민적, 정치적인 자유가 주어진 아이에서 이 주어진 자유를 자기의 책임 하에 구체적으로 구성하고 선택하고 사용하여 자신의 본성 안에 있는 동물의 본능을 지성을 통하여 인간화할 수 있는 도덕적으로 자유로운 사람이 되어 가는 일이다. 이와 같은 좋음은 매우 중요하다. 따라서 이를 보호하는 도덕적 제한을 따라 사는 것이 비록 어려울 지라도, 도덕적 제한이 잔인하거나 억압이라는 생각은 잘못된 것이다. 도덕적 제한은 ‘자기 결정과 이에 따른 책임을 완전히 수행할 수 있는 자유로운 인격’이 지닌 인간의 의미, 자아의 의미, 그리고 인간 존엄성을 형성하는 기제이기도 하다. 왜냐하면 도덕적 제한은 도덕적이지 않은 것을 배제하는 것과 도덕적인 것을 선택하는 것으로 구성되기 때문이다. 따라서 도덕적 제한을 통해서 인간의 도덕 완성을 이루어 간다. 수동적으로 자유가 주어진 인간이 아니라, 능동적으로 자신의 자유를 도덕에 따라 사용하며 미성숙한 존재에서 성숙한 존재로 인간화의 과정을 거치는 것이다. 이 과정을 통해 자기 책임 하에 결정을 내리고 삶을 형성해 가는 도덕적으로 자유로운 인간이 된다. 이 과정 속에서 도덕에 따른 자유의 사용은 자유에 의미를 부여해 해주며, 자유에 따른 도덕의 준수는 도덕을 자신에게 좋은 기회와 가치로 실현 시켜 준다. 또한 도덕적 제한은 미성숙한 어린아이에서 자기 주도의 시민성을 지닌 도덕적으로 자유로운 인간이 ‘되어가는 과정’을 보호하는 울타리이기도 하다. 법 역시 이 ‘되어가는 과정’을 보호해 주지만 법의 보호는 인간(화)에 대한 불법적 침해를 방지하거나 구제해주는 수단일 뿐이며, 인간화의 그 구체적인 내용을 적극적으로 형성하지도 지도하지도 못 한다. 도덕적 제한은 바로 이 지점에서 무엇을 선택하고 배제할지 지시함으로써 인간화의 내용을 비로소 구체화하고 형성하고 실현가능하도록 돕는다.

혼인의 근본은 앞에서 살펴본 것처럼 행위이다. 혼인은 헌신이라는 행위를 통해 이루어진다. 이 헌신의 본질은 도덕이다. 혼인의 문제는 혼인에 대한 언어를 인공적 또는 수사적 표현으로 만들거나, 혼인의 의미 변화를 시도하는 소재이거나, 문화상대적인 주장의 대상이 아니다. 또한 혼인은 풍습의 문제도 아니다. 오히려 혼인은 “도덕적 논증에 의해 타당성을 입증해야만 하는 도덕적 주장”⁶⁸⁾이다. 이제 성적 행위에 관한 자연법 차원의 도덕 의미를 피니스가 분석한 토마스 아퀴나스의 논의를 중심으로 밝히도록 하겠다.

III. 혼인과 성적 행위의 도덕 지평

65) Marriage. 325.

66) Marriage. 325.

67) Marriage. 325.

68) Marriage. 325-26.

1. 혼인의 좋음과 성적 행위

아퀴나스는 혼인의 좋음을 통해 성적 관계의 도덕성을 설명하고 체계화한다. 혼인의 좋음은 실천 이성의 첫 번째 원리⁶⁹⁾에 의해 지도되는 인간의 선택과 행위에 의한 기본적인 좋음 중 하나이다.⁷⁰⁾ 따라서 간음과 배우자가 동의한 간음이라 할지라도 그러한 성적 행위⁷¹⁾는 ‘혼인의 좋음에 반하기 때문에’ 부도덕하며, 비현명하다. 이처럼 아퀴나스에 있어서는 ‘혼인의 좋음에 반하는 것’이 무엇인지 명백하다. 또한 아퀴나스는 성 행위가 배우자들 사이에 합의에 의해 수행될지라도 혼인의 좋음에 반할 수 있음과 배우자간 합의된 성적 행위일지라도 혼인의 좋음에 반하는 성적 행위는 비현명한 행위임을 계몽해주었다. 따라서 배우자 간에 혼인에 반하는 나쁨에 대해 좋음으로 합의한다고 하여도 혼인에 대한 좋음을 만들지 못하고, 또한 혼인의 좋음에 반하지 않게 만들지도 못한다. 당사자의 합의는 합의한 당사자의 의지 또는 의도에 관련된 것뿐이며, 혼인의 좋음과 나쁨의 가치를 변경시키지 못한다.

2. 혼인의 좋음에 적합한 행위를 구성하는 원리

생식을 통해 아이를 낳고 양육하는 일은 앞에서 살펴본 바와 같이 부부의 헌신을 구체화한다. 그리고 이 구체화된 헌신을 통해 혼인은 서로에게 표현되고, 실현되며, 경험된다. 따라서 생식은 혼인에 있어 매우 중요한 부분이다. 그러나 혼인에 관한 자연법적 관점의 도덕에서 생식은 혼인 또는 성교의 본질이 아니다. 아퀴나스는 혼인 중에 이루어지는 혼인의 좋음으로서 성교가 비록 생식을 의도하지 않거나 생식이 불가능하더라도 혼인 중에 성교를 위한 충분한 동기와 좋음이 있다고 한다. 구체적으로 이것은 무엇일까? 예를 들어 혼인한 커플이 금욕 기간 후에 갖는 성교에서 나타나는 ‘함께 하는 기쁨’에서 알 수 있다. 이 기쁨은 동물적 교미 수준의 쾌락 수준에 머무는 것이 아니라, 둘이 부부로 향유하는 기쁨이다. 아퀴나스의 전통에서 이 좋음은 ‘신의(fides)’이다. 이 단어는 현대 영어로 믿음 또는 충실성이다. 하지만 이 단어를 혼인의 맥락에서 충실성으로 번역하는 것은 의미상 적절하지 않다. ‘충실성’은 간음을 하지 않음이라는 ‘충실하지 않음’의 부정일뿐이다. 소극적인 좋음이다. 하지만 피니스에 따르면 아퀴나스는 신의(fides)를 동기로 여겼다.⁷²⁾ 동기로서 신의는 현재 혼인의 성교에서 매 순간 진실함을 표현한다. 반면에 생식과 같은 다른 동기는 그렇지 않다.⁷³⁾

신의(fides)는 서로를 배우자로 고수하며 혼인생활에 헌신하는 일이다. 이것은 육체적으로 하나 됨을 의미하며, 다른 사람과는 그렇지 않겠다는 의미이다.⁷⁴⁾ 게다가 신의는 혼인생활에서 배우자 아닌 다른 사람과 성적 결합을 갖지 않는 소극적 헌신만 의미하지 않는다. 신의는 좀 더 근본적인 차원에서 적극적인 헌신과 의지를 포함한다. ‘행위를 위한 근거’이다.⁷⁵⁾ 이것이 바로 아

69) “좋은 것을 추구하고 행하며, 나쁜 것을 피하라.”

70) I-IIq.94a.2c., *In Eth.V.12n.4*[1019] *Sent.* IV d.26 q.1: “남자와 여자가 짝을 짓는 것을 우리는 ‘혼인’이라고 부른다.”

71) 본 논의에서 성적 행위와 성교는 동의어이다. 그리고 이 단어의 의미는 행위를 하거나 참여하는 한 명 이상에게 오르가즘이라는 성적 만족을 확보한다는 의지 또는 의도와 관련된 행위 또는 수행으로 사용한다.

72) Finnis, John. “Sex and marriage: Some myths and reasons.”(1997) in *CEIII*. OUP. 2011.SaM. 361. hereinafter SaM.

73) SaM. 361.

74) Aquinas, *Scriptum super Libros Sententiarum Petri Lombardiensis* [Commentary on the Sentences [Opinions or Positions of the Church Fathers] of Peter Lombard] (c. 1255). IV d.31 q.1 a.2c(=Supp. q.49 a.2c) hereinafter *Sent.*

퀴나스의 성 도덕을 이해하는 핵심이다. 신의는 혼인의 성교나 출산에서 직접적인 대상이다.⁷⁶⁾ 적극적인 신의는 의지이며, 마음과 육체에서 하나로 결합하며 서로의 배우자에게만 속한다는 헌신이다. 이는 친교(societas)⁷⁷⁾로서 우정의 관계이다. 이것이 혼인이다.⁷⁸⁾ 혼인은 서로에 대한 책임 없이 성교의 쾌락만을 목적으로 하는 관계가 아니다. 또한 자본주의 사회에서 재산의 안정과 증식을 위해 서로를 경제적 가치로 환산하여 교환하는 경제적 교환관계도 아니다. 혼인은 서로를 위한 친교로서의 우정의 관계이다.

친교는 특별한 관계의 유형이다. 친교는 두 가지 목적이 하나로 되어 있다. 하나는 출산, 양육, 교육이며 다른 하나는 가정 안에서 삶의 완전한 공유이다. 이것이 친교(companionship/societas)이다.⁷⁹⁾ 아퀴나스는 친교를 다음과 같이 말한다.

가장 숭고한 우정(friendship)은 동물적 측면이라는 가장 낮은 차원에서 이루어지는 사귀의 기쁨인 성교를 통해 육체적으로 결합되는 행위뿐만 아니라, 가족이 되어 삶의 모든 여정을 함께 나누며 상호 도움이라는 행위를 통해 결합 된다.⁸⁰⁾

따라서 “신의는 동기이며, 근거이다.”⁸¹⁾ 왜냐하면 혼인생활 중 많은 협력 행위는 가족을 꾸리고 ‘삶 전체’를 함께하며 사는 일에 고유한 일이기 때문이다. 또한 서로를 배우자로 선택한 합리적 동기로서 혼인의 성교에 참여한다. 이것은 혼인의 좋음을 구체적으로 현실화하고 상대 배우자로 하여금 혼인의 좋음을 경험하도록 하는 일이며, 혼인의 경험과 구체적인 현실화에 대한 의도된 좋음이다. 혼인은 남편과 아내라는 존재를 서로에 대해 결속⁸²⁾하는 일로서, 서로에게 속하며, 다른 이에게는 배타적이며, 영원한 협력, 힘을 합치는 관계이다. 각자는 배우자에게 협력할 자격이 있으며, 협력을 하지 말아야 할 근거가 없다. 진실된 혼인의 성교는 그 또는 그녀에게 좋음을 추구하도록 하며, 추구해 주며, 나뻐를 피하도록 서로 도우는 현명함을 각자와 서로에게서 실현하는 현명한 행위이다.⁸³⁾ 따라서 “정의의 행위(an act of justice)”⁸⁴⁾이다. 합리적으로 기대하는 것을 서로에게 주는 정의의 행위는 진실된 혼인의 성교가 사랑의 행위가 되는 것을 방해하지 않는다.⁸⁵⁾ 또한 육체적 기쁨을 비합리적으로 만들지도 않는다. 혼인 중 서로를 내어줌에 의해 행위를 향한 동기는 올바르게 된다. 그리고 혼인생활의 헌신은 삶의 무게를 서로 나누어지고 도와주는 일을 기쁨으로 누린다.

혼인에서 도덕적으로 알맞은 행위는 기쁨의 실현 속에서 수반되고, 완전해 진다.⁸⁶⁾ 혼인에서

75) *Sent.* IV d.31 q.1 a.2 ad 3(=*Supp.* q.49 a.2 ad 3)

76) *Sent.* IV d.31 q.1 a.2c(=*Supp.* q.49a.2c)

77) Societas는 법률로는 조합, 일반적 뜻으로 공동, 결합, 연합, 유대관계, 연관, 관련, 참여, 사교, 교제, 사귀, 친교, 사교적 모임, 사회 등 여러 가지 뜻이 있다. 본고에서는 ‘societas’은 두 배우자의 일평생 헌신을 통한 마음과 육신의 하나 됨을 수행함이라는 의미에서 친교로 사용한다.

78) SaM. 362.

79) SaM. 362-363.

80) SaM. 363.

81) SaM. 363.

82) Aquinas, *Summa contra Gentiles* [A Summary against the Pagans] (c. 1259-65?), IV, c.78 n.5 [4123]: “남자와 여자로 서로에게 결속한다[sibi invicem obligantur].” hereinafter *ScG*.

83) *Sent.* IV d.26 q.1 (= *Supp.* q.41) a.4c; d.31 (= *Supp.* q.49) a.2 ad 2; see also d.38 q.1 a.3 sol.2 (= *Supp.* q.53 a.1) ad 3.

84) SaM. 364.

85) SaM. 364.

도덕적 흥결은 기쁨의 추구에 대한 실천 이성의 필요조건의 정합성에서 벗어날 경우이다.⁸⁷⁾

3. 토마스 아퀴나스의 성윤리

아퀴나스는 부도덕의 하위에 성적 부도덕 그리고 성적 부도덕성의 하위로 반자연적 부도덕을 위치시킨다. 그리고 인간 행동에서 부도덕성은 “이성의 질서에 반하는 것”⁸⁸⁾이다. 아퀴나스는 성과 혼인을 다루는 것을 동물적 본성과는 상반되는 ‘자연적 이성의 필요조건’에서 시작한다. 그리고 “성적 부도덕의 본질은 이성의 방식과 질서를 초과하는 것과 관련”⁸⁹⁾되며, “성적 부도덕은 올바른 이성에 따라 성적인 기쁨을 사용하지 않는 것으로 구성”⁹⁰⁾된다.

본성에 반하는 부도덕은 올바른 이성과 일치하지 않는 것을 보여주는 첫 번째 범주이다.⁹¹⁾ 모든 성적 부도덕의 공통점은 본성에 반하는 것이며, “올바른 이성과 일치하지 않는 것”⁹²⁾이다. 또한 성적 부도덕은 “성적 행위 그 자체의 자연적 질서에 일치하지 않는 것이며, 인간 종에 어울리는 질서와 일치하지 않는 것”⁹³⁾이다. 반자연적인 성적 부도덕은 성교와 관련된 올바른 이성의 필요조건과 본성에 의해 결정되고 가정된 이와 같은 필요조건을 위반 한 것이다.⁹⁴⁾

피니스에 의하면 아퀴나스의 성윤리는 주어진 본성보다 이성에 대한 존중과 선택을 지시해주는 근거로서 인간의 좋음에 토대를 두고 있다.⁹⁵⁾ 아퀴나스는 출산의 좋음을 훼손하는 동성 간 성교와 반자연적 부도덕 행위로서 성적 부도덕인 음란에 반대한다.⁹⁶⁾

아퀴나스는 또한 “하느님은 우리에게 의해 공격받지 않으신다. 단, 좋음에 반대되는 행위를 할 때는 그렇지 않다.”⁹⁷⁾, “모든 성적 부도덕성은 이웃 사랑에 반대된다.”⁹⁸⁾고 주장한다. 혼인을 벗어나 일어나는 모든 성적 부도덕은 ‘이웃에 대적’하기에 잘못 되었다. 왜냐하면 출산, 교육, 자녀의 좋음에 대적하기 때문이다.⁹⁹⁾ 모든 성적 부도덕은 아이를 잉태하고, 양육하기 위해 유일하게 합리적인 맥락인 혼인에 반한다.¹⁰⁰⁾ 실제로 모든 성적 비도덕성은 이웃 사랑에 반하며, 가장 직접적으로 어린아이에 대한 사랑에 반한다.¹⁰¹⁾ 그리고 이웃 사랑에 관한 위배는 정의에 반하는 공격이다. 따라서 이것은 법과 정부가 지닌 권위에 의해 적절히 처리할 문제이다.¹⁰²⁾

아퀴나스는 또한 어떤 기쁨이 반자연적인지 이야기한다. 합리적으로 적절하고 현명한 인간에게 자연적인 것은 올바르다. 따라서 비합리적인 것은 반자연적이다. 남자들 사이의 성교하는 일

86) *ST I-II* q.31 a.1, a.3, a.7.

87) *SaM.* 365.

88) *ST II-II* q.153 a.2c.

89) *ST II-II* q.153 a.3c.

90) *ST II-II* q.154 a.1c.

91) *ST II-II* q.154 a.1c.

92) *ST II-II* q.154 a.11c.

93) *ST II-II* q.154 a.11c.

94) *ST I-II* q.20 a.5; q.73 a.8.

95) *SaM.* 367.

96) G. Grisez. *Contraception and the Natural Law*, Milwaukee, 1964. 279.

97) *Thomas, Saint. Summa contra gentiles. Vol. 2. Ursiniana, 1773.* III, c.122 n.2. In c.126 n.1 또한 이렇게 덧붙인다. “이성에 반하는 것만이 유일하게 신의 법에 의해 금지된다. in *SaM.* 368.

98) *Mal.* q.15 a.2 ad 4. in *SaM.* 368.

99) *Mal.* q.15 a.2 ad 4. in *SaM.* 368.

100) *SaM.* 368.

101) *SaM.* 368.

102) *SaM.* 379. 각주.112번.

은 ‘인간 본성에 반하고’, 비합리적이다. 따라서 항문 성교의 기쁨을 취하는 일은 비합리적인 기쁨이고, 도덕적으로 잘못된 행동이며, 반자연적인 일이다.¹⁰³⁾

사람을 먹는 일(食人), 동물과 성교하는 일(獸姦) 또는 동성 간 성교(同性愛)는 인간 본성과 일치하지 않는 일이다.¹⁰⁴⁾ 아퀴나스는 잘못된 성적 행동의 확실한 유형을 판단하기 위한 근거로서 혼인의 좋음을 구체화하기 위한 전제 조건과 이를 경시하는 것이 무엇인지에 대해 관심을 가졌다. 여기서 혼인의 좋음은 두 가지 동기를 통해 삶의 방식을 지성적으로 만들고 선택할만한 가치가 있는 것으로 만드는 일이다. 하나는 출산과 양육 그리고 자녀의 교육이라는 동기와 다른 하나는 존재의 모든 차원에서 이루어지는 상호 부조인 신의(fides)와 배우자에 관한 우정(amicitia of spouse)이라는 동기로서 ‘성적인 상호 보완’이다.¹⁰⁵⁾

4. 혼인의 좋음

혼인의 성교에 대해 바티칸 공의회는 다음과 같이 말한다.

참된 인간을 표현하는 방식으로, 혼인의 성교는 다음과 같은 의미를 지니며 촉진한다. 배우자가 다른 사람을 기뻐하는 마음과 감사하는 마음을 풍성하게 만드는 것인 ‘서로 자신을 내어줌(mutual self-giving)’이다.¹⁰⁶⁾

‘서로 자신을 내어줌’이라는 개념은 아퀴나스가 말한 혼인의 신의로서 혼인의 성교 중에 육체적 연합을 위한 적극적 동기와 밀접한 연관이 있다. 적극적인 동기는 오직 한명 뿐인 배우자에 대한 헌신과 배타적인 공동체인 가족에 대한 헌신 그리고 죽음이 가를 때까지 삶을 함께하며 헌신하는 일이다.¹⁰⁷⁾

혼인의 좋음은 배우자가 동의한 간음뿐만 아니라 간음을 피하려는 의도에서 이루어지는 배우자의 고독한 자위에 의해 침해 된다. 또한 혼인하지 않은 사람의 모든 고의적인 성적 행동에 의해 침해된다.¹⁰⁸⁾ 자위를 선택하는 일은 자아의 분열이며, 간음과 남색을 선택하는 일은 망상된 친밀감이며, 망상된 육체적 교류이다.¹⁰⁹⁾ 결론적으로 비혼인적 성적 행위를 선택하는 것은 혼인의 좋음을 침해하는 일이다. 이와 같은 선택은 혼인 행위로서 육체적 인격의 교류를 구성하는 자신을 내어주는 행위에 대한 육체적 능력에 대한 훼손이다. 이와 같은 손상은 혼인의 좋음에 대한 침해이다.

육체적 능력에 대한 이 훼손은 생리적 훼손이 아니다. “이 훼손은 행위 존재와 통합적 존재인 인격에 대한 훼손이다.”¹¹⁰⁾ 이 훼손은 참회에 의해서만 제거할 수 있다. ‘자신의 내어줌’에 관한

103) SaM. 369.

104) *ST I-II* q.31 a.7c.

105) SaM. 372.

106) *Gaudium et Spes* (Pastoral Constitution on the Church in the Modern World) (1965), 49. Sam. 372. 한국어 공식 역본은 다음을 참조.

http://www.cbck.or.kr/book/book_list.asp?p_code=k5140&seq=401341&page=1&key=&keyword#

107) SaM. 372.

108) Grisez, Germain. *Living a Christian Life*. Franciscan Press. 2008. 633, 649. hereinafter. LCL.

109) Lee and George, 'What Sex Can Be: Self-Alienation, Illusion, or One-Flesh Unity'. *LCL* 650.

육체적 능력을 훼손하는 선택은 개인의 의지도 훼손한다. 비혼인적 성적 행위를 선택하는 일은 다음과 같은 방식으로 개인의 의지를 훼손한다. 즉, 만일 자신의 선택을 되돌리지 않고 참회하지 않는다면, 자유롭게 이성적이며, 동시에 감각적이고 육체적 인간으로서 혼인 안에서 배우자로서 자신을 내어줌이라는 헌신과 혼인의 좋음에 대한 경험을 진정으로 가능하게 하고 촉진하며 실현하는 육체적 행동에 참여할 수 없다.¹¹¹⁾

의지의 결함은 전인격의 능력에 대한 결과로서 배우자 쌍방 또는 일방이 다른 이와 성교를 나눔으로써, 인격이 헌신의 행위에 통합됨에 실패하거나 혼인의 좋음을 침해했음을 의미한다.¹¹²⁾ 이 때 배우자는 의지로 그 또는 그녀의 배우자가 아닌 다른 사람과의 성적 행위에 참여하는 것이다.

혼인 제도의 좋음과 혼인이 제도로서 필요한 이유는 출생을 위한 체제인 경우에만 수용가능하다. 일반적으로 표현하자면 아이의 돌봄을 위한 경우이다.¹¹³⁾ 혼인이 배우자와의 성적 결합에서 영원하고 배타적인 헌신을 포함하는 것은 제도 또는 삶의 형태이다. 이 형태는 근본적으로 헌신의 역동성과 적절성 그리고 완성을 통해 이루어지며, 이것은 아이가 아버지와 어머니의 사랑과 헌신 속에서 태어나고 양육 받고 교육 받는 과정과 부모가 이 과정과 아이에 대한 적합한 책임을 수행하는 일을 통해서 형성된다. 아이들을 향한 이런 지향은 혼인의 특징이다. 그리고 제도로서 혼인은 아이의 출산, 양육, 교육에 대한 사회 제도적인 지원을 통해 이를 제도적 차원에서 보장해 준다. 이런 의미에서 부부의 성적 행위는 배우자에게 혼인을 삶의 형태로서 경험하고, 표현하고 실현하는 일이 좋은 일이 되도록 도와준다.¹¹⁴⁾ 따라서 피니스는 혼인을 다음과 같이 표현한다.

혼인은 관계, 활동, 만족 그리고 책임으로 이루어진 범주이며, 이는 남자와 여자에 의해 지성적이며 합리적인 선택과 서로가 완전히 헌신하기로 한 것에 의해 가능하다. 왜냐하면 이 범주를 구성하는 요소들의 응답과 반응은 정합적으로 상호 연결되고 혼인의 좋음을 구성하는 좋은 이유들이 서로 보강해주는 종합이기 때문이다. 참되고 타당한 성도덕은 혼인 행위에서 망상이 아닌 혼인을 실현 할 수 있는 조건들과 인간의 기본적 좋음을 존중하고, 증진하고, 이해할 수 있는 것이 무엇인지 명확하게 하는 일 그 이상도 그 이하도 아니다.¹¹⁵⁾

IV. 성적 행위와 법

1. 동성 간 성적 행위의 도덕성

앞서 살펴본 현대의 표준적 입장은 법의 적절한 역할, 정치 공동체의 강제적 이익, 그리고 동성애 행위의 해악에 관한 명시적 또는 묵시적 판단을 지니고 있다. 그렇다면 이 판단은 합리적

110) SaM. 373.

111) SaM. 373-374.

112) SaM. 374.

113) SaM. 380.

114) LMaSO. 350.

115) LMaSO. 351.

논증에 따라 방어될 수 있는가? 도덕적으로 잘못된 것에 대한 판단은 소수자를 적대하거나 종교적, 신학적, 당파적 신념을 표현할 필요 없이 이루어질 수 있다면 그렇다고 말할 수 있다.

고대 그리스 철학자 중 현대 게이 이데올로기의 중요한 세 명의 사상가인 소크라테스, 플라톤, 아리스토텔레스는 동성애 행위를 모두 거부했다.¹¹⁶⁾ 이 거부를 통해 알 수 있는 근본적인 세 가지 주제는 (1) 혼인의 성적 연합에서 이루어지는 남자와 여자의 서로를 위한 헌신은 고유한 좋음이고, 현명함이며 혼인 외의 성적 관계와는 양립할 수 없다. (2) 동성애 행위는 근본적으로 특히 비혼인적 행위이며, 따라서 이성적 차원에서 보면 본래적으로 비합리적이며 반자연적이다. (3) 플라톤에 따르면 동성애 행위는 혼자 하는 자위행위와 닮았다. 동성애 행위와 자위는 비혼인적 행위로서 인간존재에 명백히 가치 없는 일이며, 비도덕적이다.¹¹⁷⁾

2. 성적 행위와 비혼인 관계

왜 비혼인 관계에서 이루어지는 성적 행위는 인간 존재에 기본적으로 필요한 좋음의 하나인 우정을 고양하거나 표현 할 수 없는가? 왜 그것은 망상에 불과한가? 동성애 행위와 모든 혼인 외 성적 쾌락은 근본적으로 우정이라는 공동의 좋음에 참여하고 실현시키는 일이 불가능한가?

상식선에서 혼외정사를 거부하는 것이 이 문제에 관한 답변이 된다. 남편과 아내는 생식기관을 통한 결합 속에서 그들은 생물학적으로 하나가 된다. 그리고 그들의 생물학적 존재는 단순히 도구가 아니라 인격이라는 존재이다. 출산은 그 기능 중 하나일 뿐이며, 배우자가 실재이다. 실제로 출산을 할 수 있는지 여부와 상관없이 출산이 가능한 성적 행위에서의 연합은 그들에게 진정으로 공동의 좋음을 경험하게 하고 실현하게 할 수 있다. 공동의 좋음은 혼인에서 두 좋음으로 이루어져 있다. 앞의 논의에서 살펴본 부모 됨과 우정이다. 부모 됨과 우정은 총체적이고 지성적인 공동의 좋음의 일부분이다. 배우자가 생식기를 통한 결합에서 생물학적으로 부모가 될 능력이 충분하지 않아도 그러하다. 또한 우정이라는 공동의 좋음은 혼인할 수 없는 사람인 남자와 남자, 여자와 여자, 남자와 소년의 관계에게는 불가능하다. 왜냐하면 이들은 서로를 통해 아이를 가질 수 없으며, 생물학적으로 생식기를 통해 생물학적 단위인 아이를 가질 수 없기 때문이다. 따라서 그들의 성적 행위는 그들이 희망하고 바라는 것을 실현할 수 없다. 왜냐하면 그들의 생식기관을 통한 성적 행위는 혼인의 좋음을 현실화하고 경험할 수 없기 때문이다. 육체적 결합 안에서 그리고 육체적 결합에 의해서만 공동의 좋음을 실현할 수 있다. 동성애 행위에는 상대방의 육체를 자신의 성적 행위를 위한 도구로서 상대방의 육체를 다룬다는 의식적인 경험이 포함되어 있다. 따라서 그들이 이와 같은 행위에 참여하기로 하는 선택은 그들을 ‘인격적 행위로부터 분열’¹¹⁸⁾시킨다.

혼인의 모든 영역에서 하나가 되는 걸 현실화할 수 있는 진정한 혼인이 아닌 이상 단순히 성적 행위를 통해 하나 됨을 이룰 수 없다. 또한 우정 행위와 출산이 불가능하면 혼인이 아니다. 생물학적으로 출산의 기능이 있어야만 인격적으로 하나가 되고 혼인을 실현한다.¹¹⁹⁾ 그렇다면 생식을 할 수 없는 불임 부부의 경우는 어떤지 자연스럽게 의문이 든다.

116) 이에 관한 자세한 논의는 LMaSO. 336-8.

117) LMaSO. 338-9.

118) LMaSO. 340-1.

119) LMaSO. 341-2.

3. 동성애 성적 지향의 도덕 판단

불임과 동성 간에 의도적으로 생식기를 사용한 교접은 다르다. 동성 간 성적 행위는 인류의 미래에 대한 책임을 포기하는 일에 참여하는 것이다. 또한 동성 간 성적 행위는 그들이 희망하는 상호 헌신을 진실로 현실화하는 경험을 할 수 없다. 인격적 존재의 여러 다른 부분과 통합하지 못하여 동성 간의 성적 행위에 참여자는 자신과 서로의 인간성에 해를 입힌다.

동성 간 성행위를 수용하는 것은 성적 능력과 생식기를 개인적 '자아'의 쾌락을 위해 도구적으로 적절히 사용할 수 있다는 입장이다. 이와 같은 견해를 수용하는 일은 혼인의 안정적인 존재와 혼인의 미래를 적극적으로 위협하는 일이라고 판단된다.¹²⁰⁾ 이것은 허용될 수 없다. 예를 들어 간음은 단순히 기만을 포함하고 있어서 도덕적으로 잘못된 것이 아니라, 부부의 사랑과 혼인의 중요하고 본질적인 방식인 신의와 헌신에 합치하지 않기 때문에 도덕적으로 잘못된 것이다. 정치 공동체가 가족의 삶을 안정감 있게 보호하고, 충분히 교육하는 것은 전체 공동체의 현재와 미래에 있어서 근본적인 중요성을 지닌다. 따라서 공동체는 앞에서 살펴본 공동체의 보조적 성격에 따라 무엇이든 적절한 수단을 통해 동성 간 성행위를 그만 두도록 도움을 주어야 한다.

동성동거를 혼인이라는 주장은 혼인이 아니라고 판단할 수 있다. 동성혼인의 논점은 문화와 도덕 두 가지이다. 문화와 규범판단인 법은 도덕 판단과 같은 판단을 내리고 있다. 혼인은 한 명의 배우자에게만 독점적으로 성적인 헌신을 하도록 제도적으로 지향하고 있다. 또한 사회적으로는 성적 결합으로 인하여 아이를 출산하고 양육하는 것이 진실로 선택할 만한 가치가 있고, 전체 공동체에 있어서 그 어떤 것으로도 대신할 수 없는 이익으로 절실하게 중요한 것으로 여기고 있다. 따라서 동성 파트너에 의한 성적 행위는 모두 아이를 출산할 수 없기 때문에, 이 파트너들 사이에서는 혼인처럼 상대방에게 헌신할 이유가 없다. 동성 파트너들의 관계는 육체적, 생물학적 그리고 심신적으로 실제의 혼인관계 범위와도 다르다.

부부관계에서 부부 행위는 매우 구체적인 활동에서 절정에 이른다. 생식기를 통한 절정과 생식기를 통해 정자를 받는 행위는 때론 출산의 결과로 이어지기도 한다. 따라서 때때로 출산의 결과로 이어지지 않는다고 하더라도 - 피니스에 따르면 - 배우자는 세 측면에서 혼인의 좋음과 연결되어 있다. 부부의 행위는 '생식과 우정'이라는 두 가지 좋음의 요소와 혼인의 헌신을 '현실화, 경험화, 표현화'하는 행위와 연결되어 유지된다. 서로를 배우자로 선택하고 불임일지라도 부부간의 성적 행위에 참여하며, 폐경기에 이르기 전까지 의학의 도움으로 출산의 가능성은 열려 있다. 그러나 동성혼인은 무엇을 상상하든, 매우 오랜 기간 동성파트너가 함께 하든, 서로의 몸을 이용하는 상호 자위이며 동성 파트너의 섹스는 허구적 부부관계 그 이상도 이하도 아니다.¹²¹⁾

그러나 현대의 혼인이 배우자에 관한 독점적 헌신을 더 이상 포함하지 않고, 합의에 의한 이혼이나 피임이 매우 쉽게 이루어져 혼인에 관한 관념이 흐려지고 있고, 혼인에 관해 재고하게 만드는 현재의 법과 문화에서 동성 커플의 혼인을 법률혼으로 확장하는 것에 반대할 합리적인 이유가 무엇인지에 대한 의문을 갖게 한다.

현대사회에서 혼인의 문화는 실제로 손상 되어 있다. 그러나 혼인이 사라지지는 않았다. 혼인에 대한 근본적인 이해와 가치는 여전히 배우자는 서로에게만 충실하며 외도를 하지 않는다는 독점적 관계와 혼인의 관계는 '죽음이 갈라놓을 때까지'라는 영속성이다. 또한 혼인은 아이를 낳고 양육하는 과정과 남자와 여자 사이에 독특한 우정의 관계이다.¹²²⁾ 그리고 남자와 여자라는

120) LMaSO. 344.

121) Marriage. 327.

각각의 성 또는 젠더는 인간의 번영과 본성에 있어 서로 결핍된 부분을 상호 보완해준다. 동성 파트너의 성적 관계는 이와 같은 지향과 독점적 관계와 영속성에 관한 고유한 이해의 근거도 없고, 깊은 상호보완성도 없으며, 성적 상호작용과 아이를 갖는 일과 무관하며, 힘든 육아에 대한 본질적인 헌신이 없다. 따라서 동성 파트너의 성적 관계를 법적, 문화적 형태에 이식하려는 시도는 제도적으로나 실천적으로 허용될 수 없다. 또한 문화적으로는 혼인은 이성 간에 가능한 일이며, 혼인은 단순한 동거 이상의 가치 있는 이상이라는 생각을 가진 대다수 일반 시민의 생각을 부정당하게 격하시키는 일이다. 또한 동성혼인을 이성혼인으로 간주하여 법률 혼인으로 만드는 일은 성적 부도덕을 공식적인 사회 제도로 인정하는 일이다.¹²³⁾

앞에서 제시한 불임의 문제를 좀 더 자세히 다루어 보자. 피니스는 불임 커플의 혼인과 동성 간 성적 행위에 참여하는 것은 도덕적으로 중요한 차이가 있다고 주장한다. 그 이유는 다음과 같다. 왜냐하면 그들은 다른 모든 혼인한 부부가 필요로 하는 혼인의 의도와 행위를 감당하고, 완성시키며, 타당한 혼인 생활을 누리는 것을 함께 하며, 의도할 수 있기 때문이다. 물론 가임 부부가 가능한 것처럼 완전하게 가능하지는 않지만, 이는 혼인의 좋음이 구체화되는 핵심 사례이기 보다 부차적인 측면일 뿐이다.¹²⁴⁾ 그러나 동성 간 성교에 빠진 두 사람이 함께 성적 행위를 하는 일은 인공적으로 구성된 사례유형일 뿐이다. 이것은 혼인의 핵심 사례에서 출발한 핵심 사례의 이차적 버전과는 근본적으로 다르다.¹²⁵⁾ 사실 모든 혼인한 커플은 혼인의 기간 중 대부분이 불임시기이다. 여성이 가임이 가능한 시기는 한정적이기 때문이다.¹²⁶⁾

혼인으로서 성적 행동은 '재생산' 유형이다. 왜냐하면 이와 같은 행동은 성적 행위를 하려는 의지로서 다음과 같은 것을 의도하고 있기 때문이다. 성적 행동은 모든 인간의 성적 출산에 있어서 의도하든 하지 않든 출산의 원인이 되며, 혼인에서 이루어지는 성적 행동의 목표로서 출산을 의도하며, 이에 대한 의지를 지니기도 한다. 이와 같은 종류의 행동은 '자연적' 유형이며, 도덕적으로 '자연적'에 관계가 있다. 재생산이나 출산이라는 결과를 산출하려는 시도나 의도는 필요충분 조건이 아니다. 오히려 그보다 별개의 합리적 유형이다. 그러므로 자연적 유형은 도덕적 의미와 관련이 있다. 왜냐하면 첫째, 혼인 행위에 의도하고 참여하며, 둘째, 재생산적 유형은 비록 혼인이 존재하기 위한 충분한 조건은 아니지만 필요적 조건이며, 셋째, 혼인은 합리적이고 자연적인 제도의 유형이기 때문이다. 따라서 이와 같은 합리적 동기는 행동을 위한 근거로서 혼인의 복합적 좋음을 보여준다.¹²⁷⁾

혼인은 합리적이다. 그리고 자연적으로 중요하다. 왜냐하면 혼인은 제도로서 육체적, 생물학적, 감정적 그리고 다른 모든 실천적 방식으로 재생산을 안정적으로 조성하기 때문이다. 이것은 부부가 아이를 출산하고 온전한 성인이 될 때까지 양육하고 교육하는 과정을 통해 이루어진다.¹²⁸⁾ 동성혼인 운동은 동성 간 성적 행위도 참된 혼인이라고 주장하고, 동성 간 성적 행위의

122) 서로에게 충실하지 않고, 외도가 가능하고, 개방적 관계를 형성하며, 언제든지 파트너를 바꿀 수 있고, 아이 양육에 부담이 없는 관계는 '혼인'이 아니다. 이와 같은 관계 소위 '자유연애' 또는 '섹스 파트너' 관계이다. 이 관계는 독점적 관계를 처음부터 지향하고 있지 않다. 그리고 살아보고 맞지 않으면 언제든지 이별하겠다는 결합관계는 '동거'이다. 따라서 이와 같은 관계는 '죽음이 갈라놓을 때까지'라는 관계의 영속성과 관계의 영속성을 향한 의지와 헌신을 처음부터 지향하고 있지 않다. 따라서 동거는 아무리 오랜 기간 지속된다 할지라도 혼인이 될 수 없다.

123) Marriage. 328.

124) SaM. 381.

125) SaM. 381.

126) SaM. 381.

127) SaM. 383.

128) SaM. 383.

수행이 실제로 서로 혼인한 것이라고 한다. 그리고 ‘성실한 파트너와 함께’ 동성 간 성적 행위에 참여하는 일은 강한 친밀감, 육체적 확신, 상호 신성화와 완전한 행복을 생산해 낼 수 있다는 주장도 있다. 그러나 이러한 생산이 어떻게 ‘성실한 파트너’에게서 의존하고 있는지에 대한 설명이 없다. 오히려 이러한 것은 자신의 성실한 파트너가 아니라, 자신의 성실성에 의존하고 있다고 보는 편이 맞다.¹²⁹⁾

동성애 이데올로기는 자신의 배우자와의 독점적인 성행위가 왜 지성적이며, 합리적 필요조건 인지에 대해 진지하게 설명하지 못한다. 동성애자로 사는 남자 중 오직 낮은 비율의 남자만이 진지하게 영원한 헌신으로서 혼인에 비슷하기를 시도한다, 오직 아주 낮은 비율의 남자만이 진지하게 배타적 헌신인 혼인의 신의를 지킨다. 행동 차원에서 게이 혼인은 혼인의 핵심인 헌신을 궁극적으로 이해하지 못하거나 헌신하는 데 실패하거나 헌신을 배제했다.¹³⁰⁾ 따라서 “게이 ‘혼인’은 모조품이다.”¹³¹⁾

그리고 이 현실에 대한 윤리적 반성은 다음과 같다. 왜 혼인은 ‘서로에 대한 헌신’만 필요한 것이 아니라 배우자와의 성적 연합에서 영원한 헌신과 배타성을 필요로 하는지와 그 근거는 무엇인지에 대한 물음을 낳는다. 배우자와의 성적 연합은 도덕적으로 정합성 있는 제도 또는 삶의 형태로서 근본적으로 아이의 출산, 양육, 교육을 향한 역동성, 적절성 그리고 실현에 의해 형성된다. 아이는 오직 두 명의 부모만 가질 수 있고, 부모는 아이의 두 부모로서 적합한 헌신을 하며, 중요한 책임을 진다. 아이를 향한 이 지향을 제쳐둔다면 혼인의 신의로 특징지어지는 혼인제도는 거의 의미가 없게 된다. 주어진 이 지향이 삶으로서 혼인의 형태를 합리적이게 한다. 그리고 혼인의 성적 행동은 현실화되고, 표현되며, 배우자로 하여금 삶의 형태를 합리적으로 만드는 것을 체험하게 한다.¹³²⁾

게다가, 남자와 여자는 삶의 형태를 합리적으로 만들기 위해 신중하게 같은 행동과 의도를 갖고 같은 혼인에 진중하게 참여한다. 그러나 그들은 같은 행동이 결코 어린 아이를 낳는 결과를 가져오지 않을 수도 있음을 알고 있다. 주어진 다양하고 심오한 육체적, 감정적, 지성적 그리고 의지적 상보성은 우리가 인간 진화라 부르는 것을 통해 남자와 여자로서 우리에게 갖추어진 요소들의 결합이다. 이와 같은 헌신은 불임 부부라도 그들이 할 수 있는 것보다 좀 더 완전하게 구체화되기를 정당하게 바라면서 혼인의 좋음에 참여함으로써 합리적으로 될 수 있다.¹³³⁾ 반복해서 말하자면 그들은 진정으로 혼인에 참여 할 수 있다. 왜냐하면 그들은 다른 혼인한 커플처럼 유효한 혼인을 위해 필요한 것과 혼인의 책임을 수행하기 위한 모든 것을 위해 실행하고, 형성하고 만드는 것처럼 매 순간마다 헌신할 수 있고, 형성할 수 있고, 모든 의도를 실행할 수 있기 때문이다.¹³⁴⁾ 출산의 행위를 포함한 관계 안에서 이루어지는 신의의 모범에 의해 비록 불임의 혼인 관계일지라도 혼인은 가치 있는 사회적 제도로 강력하게 지지 받는다.¹³⁵⁾

그러나 동성 파트너는 혼인의 성교에서 이루어지는 생식 행동에 참여하지 못한다. 혼인의 영원하고 배타적인 헌신¹³⁶⁾인 혼인의 성교를 통해 육체적으로 연합하는 일은 혼인 관계의 다양한 수준인 육체적, 감정적, 지성적 그리고 의지적 차원의 헌신에 관한 생물학적 출발점이라는 점을

129) SaM. 383.

130) SaM. 384.

131) SaM. 384.

132) SaM. 385.

133) SaM. 385.

134) SaM. 385.

135) SaM. 385-386.

136) 동성애자들에 대한 사회적 연구는 Grisez, *Difficult Moral Questions*, Franciscan Press. 2008. 108, 110.

이해하지 못하기 때문이다.¹³⁷⁾

‘게이’이데올로기와 동성혼인 또는 성 행위의 이론을 주장하는 이들은 난교에 반대하는 도덕적인 원리를 세우지 않는다. 실제로 성적 오르가즘의 쾌락을 인체의 구멍에서 얻는다.¹³⁸⁾ 인위적으로 경계 지은 범주로서 이름을 붙인 ‘게이 혼인’ 또는 ‘동성 간 혼인’은 혼인으로서 타당한 근거나 고유한 근거가 없다. 혼인의 핵심이 왜 신의(fides)인지 이제까지 살펴보았다. 이 핵심의 관점에서 혼인에서 이루어지는 엄중하고 배타적인 헌신의 합리성, 성적 활동이 지닌 인격의 통합성과 순결의 의미를 이해 할 수 있다. 또한 동성 간 파트너십으로 이루어진 세상은 진짜로 혼인을 구체화할 수 없고, 혼인과 동등하지도 않으며, 혼인의 보완책도 아니다.¹³⁹⁾ 혼인은 부부의 관계, 활동, 만족, 책임이 정합적으로 짜인 안정된 범주이다. 이것은 지성적이며 합리적으로 한 남자와 한 여자가 함께 하겠다는 선택이며, 그들이 서로 요구하는 상호 헌신과 공동의 좋음을 따르겠다는 것이다.

플라톤, 아리스토텔레스 그리고 시민적 삶의 전통에 일상적으로 참여한 대부분의 뛰어난 철학자들은 혼인의 좋음을 구성하는 것을 복합적으로 이해하였다. 그리고 참되고 타당한 성적 도덕성은 기본적인 인간의 좋음을 존중하고 증진하고 이해하는 일과 망상적 방식이 아닌 두 배우자의 공동의 좋음을 구체화하는 조건이다. 또한 혼인에서 이루어지는 행동과 부부의 인간적 존재의 모든 차원을 통합하는 현실적인 방식이 무엇인지 밝히는 일이다.¹⁴⁰⁾

4. 혼인의 의무

물론 많은 경우 진정한 혼인에 있어서 헌신이 실패나 비극으로 끝나기도 한다. 그리고 일방이나 쌍방의 잘못에 의해 서로를 배신하거나 다른 이유에 의해 그들의 배우자로서 우정관계가 합리적으로 해소되거나 끝나기도 한다. 또한 그들이 각자 새로운 배우자와 새로운 혼인생활의 헌신을 새롭게 해 나가기로 희망하며 시작하는 일도 충분히 이해할만 하다. 그렇다면 혼인의 의무는 어떻게 발생하는 것인가?

혼인의 구속은 의심할 바 없이 서로 약속을 맺으며 서로 배우자로 헌신하겠다는 당사자들의 의지인 선택에 달려 있다. 혼인서약 또는 계약은 예나 지금이나 같다. 그러나 이와 같은 의지의 행동은 당사자들이 도덕적 의무를 지닌 것을 참으로 만드는 도덕적 효과를 지니지 못한다. 당사자의 의지가 아니라 혼인의 고백과 의도를 지니겠다는 약속이 도덕적 구속력을 만들어 낸다. 따라서 혼인 생활 중 이 의지가 약해진다고 해서 도덕적으로 혼인을 해소할 수 없다. 의지는 혼인 생활 중 약해지기도 하고 강해지기도 한다. 그러나 약속은 그 의지와 상관없이 약속으로서 존재한다. 따라서 의지가 약해진 때에도 이 약속에 충실해야 할 도덕적 의무가 있다. 이 고백과 의도는 부부로서 뿐만 아니라 부모로서 역할에 관한 도덕적 구속력을 포함한다.

자녀를 양육하는 일은 두 친구의 우정이 각각 자녀를 선물로 받아들이는 것에 헌신하며, 이 헌신을 구현하는 일이다. 우정과 선물에 대한 반응은 평생 동안 끊임없는 아버지와 어머니로서의 행동을 선택하며 그

137) SaM. 386.

138) SaM. 386.

139) SaM. 387.

140) SaM. 388.

들이 처음의 선택에서 규정한 생물학적으로, 기쁨이 충만하며, 사랑으로서 연합된 그들의 우정을 그들 존재의 모든 차원과 모든 부부생활의 모든 행동에서 책임지고 수행하는 것을 담당하는 것이다.¹⁴¹⁾

따라서 영구적이고 배타적인 혼인의 결합에 관한 의지의 합리성은 이 좋음에 의해 그 구체적인 내용이 드러난다. 자녀의 양육은 부부가 각자의 우정 안에서 자녀를 서로에 관한 선물로 받아들이는 것에 헌신하는 일이다. 이때 혼인이 지닌 우정이라는 좋음은 헌신 속에서 구체화된다. 그리고 부부는 서로의 배우자에서 자녀의 아버지와 어머니로서 그 역할이 확장된다. 또한 이 역할에 맞는 행동을 선택하며 사는 일은 서로의 생물학적 기쁨을 출발점으로 하여 다양한 수준의 육체적, 감정적, 지성적 그리고 의지적 차원에서 헌신을 수행하는 것이다. 부모로서의 지속적인 헌신과 의도에 의해 혼인 생활은 굳건해 지고, 그들이 서로의 배우자로서 헌신하겠다는 약속은 충성되게 이행된다.

자연법의 지배적 원리는 ‘네 이웃을 네 몸과 같이 사랑하라.’이다. 좀 더 구체적인 원리는 인간과 인간의 번영에 관한 지성적인 사랑과 양립할 수 있는 행위와 양립할 수 없는 행위를 확인하는 일이다.¹⁴²⁾ 자연법은 진정한 부부의 결합으로 초대하고, 보증하며, 헌신하게 하고, 이는 혼인에 있어 도덕적 기준을 제공한다. 이 도덕적 기준은 앞에서 살펴본 것처럼 지성적으로 명료한 지점을 지닐 뿐만 아니라 불멸의 연합과 독점적이고 영원할 것이라며 고백하며 서로를 배우자로 만드는 에로틱한 매력, 사랑, 애정의 핵심 요소에 대한 객관적 상관관계와 그에 대한 응답이기도 하다. 그러나 자연법 원칙은 부부연합의 유형에 대한 합의와 경계에 대해 많은 질문들을 남겨둔다. 혼인의 파탄 시에 배우자의 지위, 재산, 권리 및 자녀와의 관계 등등 많은 문제들은 정부 또는 정치에 의해 구체화되고 해결된다. 물론 때로는 이 구체화에서 법이 도덕적으로 참된 혼인과 분리되기도 한다. 그러나 이 분리가 확대될수록, 실제 혼인에 대한 이해와 바람직함은 모호해질 위험이 크다. 왜냐하면 혼인은 실정법체계와 달리 사실적인 현실성이 있으며, 혼인 생활의 가치, 진리라는 이상에 의존하고 있기 때문이다.¹⁴³⁾

V. 결론

동성동거의 법률혼 인정의 문제는 다른 법적인 문제와는 다르다. 왜냐하면 혼인이라는 소재는 혼인이라는 실재에 법의 이념이 의존하기 때문이다. 이미 주어진 것으로 간주되어야 할 자연적 및 사회적 사실로서의 혼인에 의해 법이 일방적으로 혼인의 형태를 정할 수 없다. 오히려 법은 ‘혼인은 남녀의 결합, 생식 및 그 양육이라는 사실’에 협조해야 한다.

혼인은 제도로서 법 규범과 도덕규범의 연계이다. 남편과 아내는 생식기관의 결합을 통해 생물학적으로 하나가 되고, 공동의 좋음인 부모 됨과 우정을 실현한다. 생물학적 차원에서 생식기관의 결합이 불가능한 경우에는 부모 됨과 우정을 실현할 수 없다. 동성 간 성행위를 수용하는 것은 성적 능력과 생식기를 개인적 ‘자아’의 쾌락을 위해 도구적으로 적절히 사용할 수 있다는 입장이다. 이와 같은 견해를 수용하는 일은 혼인의 안정적인 존재와 혼인의 미래를 적극적으로 위협하는 일이다.

141) Marriage. 330.

142) Marriage. 331.

143) Marriage. 331.

혼인은 아이를 낳고 양육하는 과정과 남자와 여자 사이에 독특한 우정의 관계이다. 그리고 남자와 여자라는 각각의 성 또는 젠더는 인간의 변영과 본성에 있어서 서로 결핍된 부분을 상호 보완해준다. 동성 파트너의 성적 관계는 이와 같은 지향과 독점적 관계와 영속성에 관한 고유한 이해의 근거도 없고, 깊은 상호보완성도 없으며, 성적 상호작용과 아이를 갖는 일과 무관하며, 힘든 육아에 대한 본질적인 헌신이 없다. 따라서 동성 파트너의 성적 관계를 법적, 문화적 형태에 이식하려는 시도는 제도적으로나 실천적으로 허용될 수 없다. 또한 문화적으로는 혼인은 이성 간에만 가능한 일이며, 혼인은 단순한 동거 이상의 가치 있는 이상이라는 생각을 가진 대다수 일반 시민의 생각을 부정당하게 격하시키는 일이다. 또한 동성 동거를 이성혼인으로 간주하여 법률 혼인으로 만드는 일은 성적 부도덕을 공식적인 사회 제도로 인정하는 일이다.

이상이 피니스가 주장한 동성동거에 대한 주장이다. 피니스의 주장을 따라서 다음과 같은 결론을 내릴 수 있다. 국가는 부도덕한 것을 입법할 권리를 지니고 있지 않으며, 부도덕한 것을 입법할 의무도 지니고 있지 않다. 만약 국가가 부도덕한 것을 입법한다면 그것은 부정의한 법이다.

참고문헌

1. 단행본

김용한, 『신친족상속법론』, 박영사, 2002

김주수·김상용, 『친족·상속법 제11판』, 법문사, 2014

G. Radbruch(최종고 역), 『법철학 제3판』, 삼영사, 2007.

양수산, 『친족상속법, 가족법 제3판』, 일신사, 1996.

윤진수, 『친족상속법강의』, 박영사 2016.

최자영, 『고대 그리스 법제사』, 아카넷, 2007.

한봉희, 『가족법 개정판』, 푸른세상, 2014.

현승중, 조규창, 『로마법』, 법문사, 1996.

Aquinas, Thomas. *Summa Theologica*: Translated by English Dominican Province. MobileReference, 2010.

----- . *Scriptum super Libros Sententiarum Petri Lombardiensis* [Commentary on the Sentences [Opinions or Positions of the Church Fathers] of Peter Lombard] (c. 1255)

----- . *Summa contra Gentiles* [A Summary against the Pagans] (c. 1259-65?).

Aristotle. *Nicomachean ethics*. eds. Rowe, Christopher J., and Sarah Broadie, Oxford University Press, USA, 2002.

Finnis, John. *Fundamentals of ethics*. Georgetown University Press, 1983.

Freeborn, Dennis. *From Old English to Standard English: A course book in language variation across time*. University of Ottawa Press, 1998.

Grisez, Germain. *Contraception and the Natural Law*, Milwaukee, 1964.
 ----- . *Living a Christian Life*. Franciscan Press. 2008.
 ----- . *Difficult Moral Questions*, Franciscan Press. 2008.
 Palmer, William. *Origines liturgicae*. Nabu Press, 2010.

2. 소논문

강지영, “행위의 도덕적 가치에 대한 칸트의 입장”, 『철학사상』, 제55권, 2015, 185-192면.
 강상진, “아리스토텔레스의 필리아(philia)”, 『인간연구』, 제4호, 2003, 105-115면.
 김민중. "동성 (同性) 간의 결합에 대한 법적 보호.", 『동북아법연구』, 제10권 1호, 2016, 206-234면.
 김병록. "동성결혼의 헌법문제.", 『동아법학』, 제 43권, 2009, 10면.
 김선화. "동성혼의 법제화에 관한 고찰.", 『이화젠더법학』, 제7권 3호, 2015, 36-40면.
 민윤영. "동성혼 합법화에 대한 법정신분석학적 고찰: 심리적 양성성 인정과 정상가족 이데올로기의 해체를 중심으로.", 『법과 사회』, 제45권, 2013, 38-42면
 박은정, “정치의 사법화(司法化)와 민주주의”, 『서울대학교 법학』, 제51권 1호, 2010, 4면.
 백승흠. "동성간의 결합과 혼인으로서의 동화.", 『재산법연구』, 제30권, 2013, 241-268면.
 성중탁. "동성 (同性) 혼에 관한 법적 쟁점과 전망.", 『가족법연구』, 제31권, 2017, 241-246면.
 신영현, “미국의 동성혼 관련 판결의 분석과 함의”, 『가천법학』, 제9권 제3호, 2016, 149-182면.
 양선숙, “법, 규범성, 그리고 규칙 준수의 동기에 대한 관행론적 이해”, 『법철학연구』, 제15권 3호, 2012, 63-68면.
 양문승. "동성결혼 출현으로 인한 차별적 피해자화 이론 가설.", 『피해자학연구』, 제12권 1호, 2004, 117-142면
 유성진. "동성결혼 합법화는 어떻게 가능하였는가?: 여론과 정당정치 그리고 연방주의.", 『한국과 국제정치』, 제31권 4호, 2015, 177-201면.
 정문식. "헌법상 혼인과 가족생활의 보호 의미와 변화.", 『한양법학』, 제28권 3호, 2017, 245면.
 최대권, "개헌이 재앙의 초대장일 수는 없다-동성애· 동성혼 개헌의 정당성 결여를 중심으로.", 『홍익법학』, 제18권 4호, 2017.
 최희경, “동성애자권리에 관한 로렌스판결의 의미와 영향”, 『세계헌법연구』, 제17권 2호, 국제헌법학회, 2011, 249면.

Finnis, John. "Law, Morality, and Sexual Orientation."(1997) in *Collective Essay(이하 'CE'로 약칭) III*. OUP. 2011.
 ----- . "Marriage: a basic and exigent good."(2008) in *CEIII*. OUP. 2011.
 ----- . "Sex and marriage: Some myths and reasons."(1997) in *CEIII*. OUP. 2011.
 ----- . "On Hart's ways: law as reason and as fact."(2007) in *CEIV*. OUP. 2011.
 ----- . "Aquinas and natural law jurisprudence", Duke, George, and Robert P. George,

eds. *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*. Cambridge University Press, 2017. 21-22.

Lee and George, 'What Sex Can Be: Self-Alienation, Illusion, or One-Flesh Unity'. in Grisez, Germain. *Living a Christian Life*. Franciscan Press. 2008.

Matthew K. Yan, "What's 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). 193-94.

3. 기타 문헌

Gaudium et Spes (Pastoral Constitution on the Church in the Modern World) (1965)
한국어 공식 역본은 다음을 참조.

http://www.cbck.or.kr/book/book_list.asp?p_code=k5140&seq=401341&page=1&key=&word#

4. 판결

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

헌법재판소 1997.7.16. 선고 95헌가6 전원재판부 결정.

헌재 2011. 3. 31. 2008헌가21, 판례집 23-1상, 178 [합헌]

헌법재판소 2011.11.24. 선고 2009헌바146 전원재판부 결정.

대법원 1982.7.13. 선고 82므4 판결.

대법원 1999.2.12. 선고 97므612 판결.

대법원 2000.4.21. 선고 99므2261 판결.

대법원 2003.5.13. 선고 2003므248 판결.

대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도2222 판결.

대법원 2015.2.26. 선고 2014므4734, 4741 판결.

Lewis v. Harris, 188 N.J. 415, 465-66 (2006); Goodridge, 440 Mass. at 322.

Obergefell v. Hodges. June 26, 2015.

ECHR, 21 July 2015, cases 18766/11 and 36030/11, *Oliari and others v. Italy*.

5. 법조문

대한민국 헌법

법학/04/논평문/

동성동거의 법률혼 인정 가능성 대한 자연법적 탐구 토론문

강기홍
(서울과학기술대 교수)

1. 오늘 이렇게 복되고 귀한 자리에서 오민용 박사님의 훌륭한 발제에 대해 토론을 할 수 있게 되어 큰 영광으로 생각하며 토론의 기회를 주신 집행부의 회장님을 비롯하여 담당 선생님들께 깊은 감사를 드립니다.

2. 오민용 박사님의 발제 내용은 대체적으로 공적 영역에서 동성 간 성행위와 혼인에 대한 평가에 관한 것으로 이해됩니다. 특히 ...에 대해 강조하고 있고, 결론적인 주장은 ...인 것으로 보여 집니다.

3. 이에 대해 간단하게 몇 가지 저의 소견을 말씀드릴까 합니다. 오늘 발제의 쟁점을 해결하기 위해서는 일단 우리 사고판단의 기준이 되는 성경 말씀이 무어라 말씀하고 있는지, 혹 말씀이 명료하게 언급하고 있지 않다면 성경 전체적으로 유추해 낼 수 있는 사항을 살필 필요가 있고, 이에 조화되는 범위 내에서 논의하고 나름의 결론을 내려야 할 것이라 생각되며, 이는 기본적인 방향이라 생각합니다.

4. 성경 말씀 ???에서 혼인에 대해 ...라고 말씀하시고 있습니다. 성경에서 성관계는 혼인을 전제로 성립된다고 보고 있습니다. 이 기준을 가지고 본다면 성경은 동성 간 혼인¹⁾을 근본적으로 부인하고 있습니다. 따라서 동성 간 성관계도 받아들일 수 없는 것이라고 말씀하고 있습니다.

5. 발제자께서는 존 피니스로 대표되는 “신고전적 자연법론”에 근거하여 동성 간 성관계 및 혼인 문제의 해결을 시도하고 있는 것 같습니다. 이 사고의 중심은 발제자께서 밝히고 있듯이 “인간의 이성과 인간에게 필요한 가치”라고 하는데, 문제는 이 관념이 시대와 사람에 따라 상이하며 경우에 따라서는 아주 극대적의 차이를 보이고 있고, 그리고 이 사고에 근거할 경우 과연 동성 간 성관계 및 혼인 문제를 근본적으로 해결하고 답을 제시할 수 있을까? 무엇보다 그것이 성경과 조화될 수 있을까? 하는 의문이 있습니다. 동성 간 및 이들 간의 결혼 판단의 기준은 “신고전적 자연법론”에 근거하더라도 그 결론은 ‘고전적 자연법론’에 해당하는 결론에 도달하고 있는데, 고전적 자연법론의 관점에서 이 문제를 해결하는 데는 근본적 논리구성의 한계가 존재하는지 발제

1) 법무부는 영국인 남성이 한국인 동성과의 혼인관계를 인정해 달라는 청원에 대해 “혼인이 기본적으로 남녀의 결합관계라는 본질에는 변화가 없었고, 아직은 일반 국민의 인식도 이와 다르지 않다”고 하면서 혼인은 “헌법, 민법 및 가족관계등록 등에 관한 법률에 규정된 '혼인'은 '남녀의 애정을 바탕으로 일생의 공동생활을 목적으로 하는 도덕적, 풍속적으로 정당시 되는 결합'을 가리키는 것으로 해석된다”고
답변한 것이 있다.
<https://www.msn.com/ko-kr/news/national/%ED%95%9C%C2%B7%EC%98%81%EA%B5%AD-%EB%8F%99%EC%84%B1%EC%BB%A4%ED%94%8C-%ED%95%A9%EB%B2%95%EB%B6%80%EB%B6%80%EC%9D%B8%EB%8D%B0-%ED%95%9C%EA%B5%AD%EC%9D%80-%EA%B2%B0%ED%98%BC%EC%9D%B4%EB%AF%BC-%EC%95%88-%EB%90%9C%EB%8C%80%EC%9A%94/ar-AAy94b3>.

자의 고견을 듣고 싶습니다. 그리고 이 문제의 중심이 되는 “인간의 이성”과 혼인의 “가치”가 무엇이라 생각하시는지 덧붙여 질문드리고 싶습니다.

6. 발제자께서는 동성 간 성적 행위를 “혼자 하는 자위행위와 닮았다. 동성 간 성행위와 자위는 비혼인적 행위로서 인간존재에 명백히 가치 없는 일이며, 비도덕적이다.”라고 하고 계시는데, 다소 설명이 필요하고 명료하게 해야할 필요가 있지 않나 생각됩니다. 과연 동성 간 성관계를 자위행위와 동일시 할 수 있는가? 이들을 동일 시 하는 것은 다소 무리가 있다고 저는 보는데요, 이유는 그 생물학적 결과가 현저히 다르기 때문입니다. 동성 간 성적 관계는 경우에 따라 심한 질병, 즉 에이즈라는 불치의 병을 야기할 수 있고 또 이들의 결합은 혐오감을 불러일으키는 부분이 존재하지만 자위의 경우는 그렇지 않은 것이 단적 예라 할 수 있겠습니다.

7. 발제문에는 내포되지 않았습디만, 동성 간 성관계 및 이들의 결혼과 소수자 보호 문제는 구분하여 생각할 필요가 있다고 봅니다. 즉 장애인, 노약자, 미성년자 등에 대한 보호와 성소주자 보호는 이들 소수자에 대해 바라보는 시선의 측면에서 또 이들의 행동양식의 결과로 나타나는 결과에 차이가 존재하기 때문에 양자를 구분하여 법적 보호의 대상으로 할 것인지 아닌지를 판단할 필요가 있다고 봅니다. 동성 간 성관계의 결과는 앞서 언급했듯이 그 행동이 결과가 공동체 질서의 파괴 내지 질서유지와 조화되지 못하는 결과를 파생시키지만 장애인 등 이들의 행동의 결과가 공동체 질서를 파괴하는 결과를 양산하지는 않기 때문에 양자 간의 근본적 구분이 필요하다고 보는데, 발제자께서는 어떻게 생각하시는지 탁견을 듣고 싶습니다.

8. 현재 미국을 비롯하여 EU의 많은 나라들²⁾이 동성혼을 법적으로 인정하고 있고 그 추세가 증가하고 있습니다. 전 세계 35여 개국에서 동성혼을 법적으로 인정하고 있는 데, 그 증가가 계속되고 있습니다. 세상의 풍조가 이런 가운데 이 풍조 속에서 주의 말씀을 따라 가치를 정립하고 판단, 행동하는 것이 쉽지 않으면 크리스천 차세대에게도 위협이 아닐 수 없습니다. 거세지는 동성혼 인정의 쓰나미에 대해 어떻게 대응해야 할 지, 영적 지혜가 필요한데요, 대응에 있어 법적 방안이 있다면 의견을 나누고 싶습니다.

감사합니다.

2) <https://ko.wikipedia.org/wiki/%EB%8F%99%EC%84%B1%EA%B2%B0%ED%98%BC#유럽>.