

성적지향을 이유로 동성결합 상대방을 건강보험법상 피부양자 자격요건인 ‘배우자’로 인정한 판결의 위법성

윤용근 법무법인 엘플러스 대표¹⁾

[차 례].....

I. 서론

II. ‘원고의 자격변경 통보’가 이 사건 취소소송의 대상 범위에 포함되고 처분성이 인정된다고 본 절차적 판단의 위법성

문제점

2. 원고가 국민건강보험법상 직장가입자의 피부양자 자격을 취득한 사실이 있는지 여부
3. 하자 있는 행정행위를 바로잡은 “원고의 지역가입자 통보”가 행정청의 처분에 해당하는지 여부
4. 서울고등법원 제1-3 행정부의 절차적 판단의 위법성

III. 성적지향을 이유로 한 차별에 해당하여 평등원칙에 위반된다는 실체적 판단의 위법성

1. 동성결합 상대방이 건강보험 직장가입자의 ‘배우자’에 해당하는지 여부
2. 서울고등법원 제1-3 행정부의 모순된 판단
3. ‘성적지향’을 이유로 한 개념과 ‘배우자’ 개념의 동질성 여부
4. 직장가입자의 ‘배우자’에 ‘사실혼 배우자’를 포함하는 문제와 직장가입자의 배우자에 대한 피부양자 자격 요건을 인정하는 문제의 법적 성질이 같은 것인지 여부
5. 국민건강보험법 제5조 제2항 피부양자 자격요건인 ‘직장가입자의 배우자’규정을 적용하면서 이성간 사실혼 배우자와 동성결합 상대방을 다르게 취급하는 것이 평등의 원칙 위반인지 여부
6. 사법부가 일반 법원칙인 평등의 원칙을 확장 적용하여 새로운 입법적 판결을 할 수 있는지 여부

IV. 결어

1) 법무법인 엘플러스 대표변호사, 언론중재위원회위원, 한국저작권위원회위원

I. 서론

법관은 국민이 위임한 헌법상 사법권의 권한과 한계를 넘어설 수 없다²⁾. 그런데 최근 서울고등법원 제1-3 행정부는 위와 같이 헌법이 법관에게 부여한 권한과 한계에도 불구하고, 판사 개인의 주관적 가치관과 신념을 실현시키기 위해 헌법과 혼인법 및 국민건강보험법 제5조(적용 대상 등) 제2항 직장가입자의 배우자 규정에 명시적으로 반하는 판결을 선고함으로써 실질적으로 동성결합 상대방을 ‘배우자’로 인정하는 듯한 위법한 판결을 하였다.

이 판결은 단순히 3명 법관의 주관적 가치관에 따른 일탈적 판결에 그치는 것이 아니라, 자칫 우리나라 가족법질서와 ‘혼인’제도에 대한 근본적인 부정과 해체를 불러올 수 있고, 향후 동성결혼 합법화라는 입법적 제도적 주장에까지 이르러 우리 사회에 새로운 갈등과 혼란을 부추길 우려가 매우 크다는 점에 그 문제의 심각성이 있다. 무엇보다 이 판결은 판결문 자체에서 논리적 모순과 법리적 모순이 그대로 드러나 있어 앞으로 대법원에서 반드시 바로 잡혀야 할 것이다. 이에 본 논문은 대법원 상고이유서에 참조할 수 있도록 구체적인 판결문 분석을 통해 논리적 법리적 문제점을 드러내고자 한다.

II. ‘원고의 자격변경 통보’가 이 사건 취소소송의 대상 범위에 포함되고 처분성이 인정된다고 본 절차적 판단의 위법성

1. 문제점

서울고등법원 제1-3 행정부는 동성결합 상대방인 원고가 자신을 건강보험 피부양자 자격요건인 ‘직장가입자의 배우자’로 인정하지 않고 지역가입자로 보아 보험료부과처분을 한 행정처분을 취소해 달라고 제기한 소송에서 “원고가 이 사건에서 취소를 구하는 대상은 2020. 11. 23.자 납입고지서의 내용 중 보험료 고지 부분에 한정되는 것이 아니라, 피부양자 자격 박탈을 내용으로 하는 자격변경 통보 부분까지 포함된다고 보아야 한다.”고 판결하였다.

그런데 서울고등법원 제1-3 행정부가 “원고의 자격변경 통보”를 이 사건 취소소송의 대상 범위에 포함하는 것으로 판단하려면, 먼저 아래 3가지 요건을 충족하고 있는지 검토하여야 한다. ① 이 사건 원고가 혼인 관계에 의한 직장가입자 B의 법률상 배우자(적어도 사실혼 관계 배우자)에 해당한다는 점, ② 피고 공단 담당 직원이 중대한 착오로 이 사건 원고에 대해 직장가입자 B의

2) 헌법 제103조

(사실혼)배우자로 피부양자 자격 취득을 등록한 행위가 법정요건을 전부 갖춘 적법한 신고였고, 행정행위로서의 성립요건을 모두 충족하여 피부양자 자격 취득의 효력이 발생했다는 점, ③ 그럼에도 불구하고 피고 공단의 담당 직원이 사후에 원고에 대해 직장가입자의 피부양자 자격을 박탈하고 지역가입자로 변경하는 처분을 통해 이 사건 보험료부과와 자격변경을 통보했다는 사실관계를 순차적으로 판단하여야 한다.

그러나 서울고등법원 제1-3 행정부는 먼저 ① 동성결합 상대방인 이 사건 원고는 헌법과 혼인법 규정 등에 반하고 사실혼의 성립요건인 주관적 혼인의사를 인정할 수 없으며, 객관적으로도 사회관념상 가족질서적인 면에서 부부공동생활을 인정할 만한 혼인생활의 실체라는 객관적 요건을 갖추지 못하여 사실혼 관계 배우자에도 해당하지 않는다는 점을 분명히 판단하였다. 그렇다면 서울고등법원 제1-3 행정부는 ② 사실혼 관계 배우자로 인정될 수 없는 동성결합 상대방인 원고에 대해 피고 공단의 담당 직원이 중대한 착오로 이 사건 원고를 직장가입자 B의 (사실혼)배우자로 오인하여 피부양자 자격 취득을 등록한 것인지 여부, 이러한 행정행위는 행정의 법률적합성 원칙에 반하고 유효한 행정행위 성립요건을 충족하지 못하여 의사결정의 결함으로 이 사건 원고는 처음부터 건강보험 피부양자 자격 취득이라는 행정행위의 효력이 발생하지 못한 것인지 여부를 판단하여야 한다.

그럼에도 불구하고, 서울고등법원 제1-3 행정부는 ③ 피고 공단 담당 직원의 착오로 인해 의사결정에 결함이 있었고 그로 인해 행정행위 성립요건을 충족하지 못하여 이 사건 원고는 처음부터 피부양자 자격 취득 효력이 존재하지 않는다는 사실을 전혀 판단하지 않은 채(판단누락), 단지 이 사건 원고가 소송 진행 중에 동성결합 상대방도 사실혼 관계 배우자에 해당한다고 주장해 왔으므로 “원고의 자격변경 통보”가 이 사건 취소소송의 대상 범위에 포함된다고 판단해 버렸다. 논리적법리적으로 전혀 타당하지 않다. 이하에서는 “원고의 자격변경”이라는 법률적 지위 변경행위가 실제로 존재했는지 여부 및 이 사건 취소소송의 대상 범위에 포함될 수 있는 것인지 여부를 살펴보도록 하겠다.

2. 원고가 국민건강보험법상 직장가입자의 피부양자 자격을 취득한 사실이 있는지 여부

국민건강보험법 제5조(적용 대상 등)

- ① 국내에 거주하는 국민은 건강보험의 가입자(이하 “가입자”라 한다) 또는 피부양자가 된다.
- ② 제1항의 피부양자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람 중 직장가입자에게 주로 생계를 의존하는 사람으로서 소득 및 재산이 보건복지부령으로 정하는 기준 이하에 해당하는 사람을 말한다.

<개정 2017. 4. 18.>

1. 직장가입자의 배우자
2. 직장가입자의 직계존속(배우자의 직계존속을 포함한다)
3. 직장가입자의 직계비속(배우자의 직계비속을 포함한다)과 그 배우자
4. 직장가입자의 형제·자매

③ 제2항에 따른 피부양자 자격의 인정 기준, 취득·상실시기 및 그 밖에 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다.

시행규칙 제2조(피부양자 자격의 인정기준 등)

④ 직장가입자가 피부양자 자격 취득 또는 상실 신고를 하거나 피부양자가 제3항제8호에 따른 자격 상실 신고를 하려면 별지 제1호서식의 피부양자 자격(취득·상실) 신고서에 다음 각 호의 서류(자격 취득 신고의 경우만 해당한다)를 첨부하여 공단에 제출하여야 한다. 다만, 공단이 법 제96조에 따라 국가 등으로부터 제공받은 자료로 피부양자 자격 취득 또는 상실 대상자를 확인할 수 있는 경우에는 신고서를 제출하지 아니한다. <개정 2013. 6. 28., 2018. 3. 6., 2018. 6. 29.>

1. 가족관계등록부의 증명서 1부(주민등록표 등본으로 제1항 각 호의 요건 충족 여부를 확인할 수 없는 경우만 해당한다)

가. 국민건강보험법상 직장가입자의 피부양자 자격 인정 요건

(1) 우리나라는 국민건강보험법 제5조 제1항에 의하여 국내에 거주하고 있는 모든 국민에게 건강보험을 적용하고 있다. 건강보험은 법률의 규정에 의해 지역 또는 직장 가입자가 되거나 가입자의 피부양자로서의 자격요건을 구비하면 국민 누구나 예외 없이 적용되고 있다.

(2) 이에 국민건강보험법 제5조 제3항은 직장가입자의 배우자 등에게 피부양자 자격요건을 인정할 수 있는 기준, 취득, 상실 시기 등에 관하여 보건복지부령(시행규칙)으로 규정하도록 하였고, 직장가입자가 자신의 배우자 등에 대하여 피부양자 자격 취득 신고를 하려는 경우에는 동법 시행규칙 제2조(피부양자 자격의 인정 기준 등) 제4항 규정에 따라 신고서에 직장가입자와의 “관계”를 기재하도록 하고 있으며, “관계”를 증명하기 위한 가족관계등록부(주민등록표등본으로 요건 충족 여부를

확인할 수 없는 경우만) 1부를 제출하도록 규정하고 있다.

(3) 이러한 규정 및 이 사건 서울고등법원 제1-3 행정부의 판결 내용 등으로 이 사건 원고에 대한 직장가입자 피부양자 자격 취득 신고 과정의 사실관계를 추론³⁾해 보면, 이 사건 원고의 동성결합 상대방인 B는 직장가입자로서 이 사건 원고를 직장가입자(B)의 “배우자”로 관계를 표시하여 피부양자 자격 취득 신고서를 제출하였을 것이다. 그러나 B와 이 사건 원고는 혼인신고를 할 수 없는 동성결합 관계이기 때문에 공적 기록인 주민등록표등본이나 가족관계등록부 상으로는 “배우자” 관계를 증명할 수 없으므로 사실혼 관계 인우보증서 등을 첨부서류로 제출하였을 것이다.

나. 피고 공단 담당 직원의 중대 명백한 착오에 의한 행정처리

(1) 한편 피고 공단의 담당 직원은 이 사건 원고의 상대방 B로부터 “사실혼 관계의 상대방을 피부양자로 등록하고자 한다.”는 내용의 민원을 접수받았을 당시, 아마도 그 내용을 세밀하게 살펴보지 아니하여 이 사건 원고의 상대방 B가 기재한 ‘동성 부부’라는 내용을 미처 확인하지 못했을 수도 있고, 이를 확인했다더라도 우리나라 헌법 및 혼인법 규정과 가족제도상 ‘동성결합의 상대방은 사실혼 관계 배우자로 인정할 수 없다’는 대법원 판례 등을 인지하지 못한 채, 민원인 B에게 “피부양자 자격 취득이 가능하다”는 답변을 했을 가능성이 높다.

(2) 그리고 이 사건 원고의 상대방 B가 제출한 피부양자 자격 취득 신고서⁴⁾에는 이 사건 원고와 B의 관계를 단순히 “배우자”로 표시 기재하였을 뿐, ‘동성 부부’라는 사실 기재가 전혀 없었을 것이기 때문에, 피고 공단의 담당 직원은 이 사건 원고가 공단 내부 업무지침 및 헌법과 혼인법 규정에 따라 보호되는 ‘사실혼 관계 배우자’에 해당하는 것으로 착오하여 이를 그대로 수리하였을 것이다.

다. 행정행위 성립요건의 결함과 행정행위 효력의 부존재

행정행위가 효력을 갖기 위해서는 행정행위의 성립과 효력발생에 필요한 요건들을 모두 충족하고 있어야 한다. 특히 행정행위가 유효하게 성립하기 위해서는 ‘법령’에 적합하여야 하고(법률

3) 현재 대법원에 재판이 계류 중이어서 재판기록 전부를 살펴볼 수 없으나, 제1심 판결문과 이 사건 판결문에 기재된 사실관계를 바탕으로 추론 한 것임.

4) 대법원 재판 과정에서는 이 사건 원고의 상대방 B가 제출한 피부양자 자격 취득 신고서 기재 내용을 확인할 필요가 있음.

적합성), 행정행위는 법정요건을 갖춘 행정주체의 적법한 권한 내에서 정상적인 의사에 의해 이루어져야 한다. 따라서 행정주체가 의사능력이 없거나 사기, 강박, 착오 등으로 의사결정에 결함이 있는 행위는 행정행위로서 완전한 효력을 갖지 못한다⁵⁾).

라. 이 사건 원고가 국민건강보험법상 직장가입자의 피부양자 자격을 취득하였는지 여부

(1) 동성결합 상대방인 이 사건 원고가 '직장가입자(B)의 피부양자로 등록'된 경위를 살펴보면, 피고 공단의 담당 직원은 '이 사건 원고와 직장가입자 B는 동성결합으로 법률상 배우자 관계는 물론 사실혼 관계의 배우자에도 해당하지 아니하므로 처음부터 법정요건을 충족하지 못하여 직장가입자의 피부양자 자격요건을 충족할 수 없다'는 사실을 중대하게 착오하여 이를 그대로 수리하였던 것이 명백하다. 더구나 그러한 의사결정에 이른 착오의 동기는 이 사건 원고의 상대방 B가 피부양자 자격 취득 신고서를 제출하면서 '동성 부부'라는 사실 기재 없이 단순히 '사실혼 관계 배우자'라고만 기재한 측면이 크다고 할 것이다.

(2) 사실이 위와 같다면, 당초 피고 공단의 이 사건 원고에 대한 직장가입자의 피부양자 자격 취득 등록 행정행위는 ① 국민건강보험법 제5조 제2항 피부양자 자격 요건인 "직장가입자의 배우자" 규정에 반하는 행위로서 행정의 법률적합성 원칙에 위반되어 행정행위의 효력이 발생할 수 없고, ② 행정행위의 내부적 성립요건인 '정상적인 의사에 따른 행위'가 아니라, 담당 직원의 '명백한 착오' 등으로 의사결정에 결함이 있는 행정행위이므로 어느모로 보나 이 사건 원고는 처음부터 '직장가입자의 피부양자 자격 취득'이라는 행정행위 효력이 존재하지 않는다.

(3) 이에 피고 공단의 담당 직원도 사실관계 확인을 통해 이 사건 원고가 처음부터 직장가입자의 피부양자 자격을 취득한 사실이 없었기 때문에 하자 있는 행정행위를 바로잡기 위해 원고에 대하여 2020. 11. 23.자 이 사건 보험료부과처분을 하면서 원고가 지역가입자였던 2020. 3. 5.자부터 8개월(202. 3. ~ 2020. 10.)분의 건강보험료 및 장기요양보험료 합계 115,560원을 납입할 것을 고지하였던 것이다.

3. 하자 있는 행정행위를 바로 잡은 "원고의 지역가입자 통보"가 행정청의 처분에 해당하는지 여부

가. 서울고등법원 제1-3 행정부의 판단

5) 장태주, 「행정법개론」 현암사, 중보판 235면, 2005

서울고등법원 제1-3 행정부는 위와 같은 행정행위 효력의 발생 여부에 대해서는 아무런 법적 검토를 거치지 아니한 채, 단순히 “이 사건 원고에 대하여 피고가 이 사건 신고를 수리하고 원고를 피부양자로 등록하였다가 자격변경 통보로 피부양자 자격을 상실시킨 것은 원고의 권익을 제한하는 공권력의 행사로서 처분에 해당한다.”고 판단하였다.

나. 하자 있는 행정행위에 대한 조치와 취소소송의 대상 인정 여부

(1) 취소소송의 의의와 대상

취소소송은 행정청의 위법한 처분 등을 취소 또는 변경하는 소송이다⁶⁾. 따라서 취소소송의 대상은 행정청이 하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그밖에 이에 준하는 행정작용 및 행정심판에 대한 재결이다⁷⁾. 이에 대법원도 항고소송의 대상이 되는 행정처분은 ① 행정청의 공법상의 행위라야 한다는 것(공권력성), ② 국민에 대하여 특정사항에 대하여 법규에 의한 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나 기타 법률상 효과를 발생하게 하는 것(외부의 법효과성), ③ 국민의 권리·의무에 직접 관계가 있는 행위, 즉 행정의사를 구체화하기 위한 일련의 행정과정을 구성하는 행위 중에서 최종적으로 직접효과를 발생하는 행위단계여야 한다는 것(사건의 성숙성)을 가리키는 것이고, ④ 상대방 또는 기타 관계자들의 법률상 지위에 직접적인 법률적 변동을 일으키지 아니하는 행위 등은 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 아니다.”라는 것이 기본입장이다(대법원 1995. 3. 14. 선고 94누9962 판결 등 참조).

(2) 건강보험 직장가입자의 피부양자 자격 취득 ‘신고’의 법적 성격

행정법상 ‘신고’란 행정청에 대하여 일정한 사항을 알리는 행위를 말하고, 신고에는 수리를 요하지 않는 ‘자기완결적 신고’와 신고의 수리를 요하는 ‘변형적 신고’가 있다. 그 중 수리를 요하는 ‘변형적 신고’의 경우에 요건 미비의 부적합한 신고임에도 불구하고 행정청이 이를 수리하였다면 위법한 신고의 수리행위가 되고, 그 하자가 중대하고 명백하다면 무효로서 수리하지 않은 신고가 되어 신고의 효력이 발생하지 않을 것이며, 만일 단순 취소사유라면 관계행정청이 취소하기 전까지는 신고의 효과가 발생하게 된다⁸⁾.

6) 행정소송법 제4조 제1호

7) 행정소송법 제2조 제1항 1호

8) 장태주, 「행정법개론」 현암사, 증보판 452면, 2005

이 사건 취소소송의 대상이 된 ‘건강보험 직장가입자의 피부양자 자격 취득 신고’는 국민건강보험법 제5조 및 시행규칙 제2조 등을 종합적으로 살펴보면, 법정요건을 갖춘 신고로서 당연히 법령에 규정된 시기에 그 자격을 취득 또는 상실하는 것이므로 ‘자기완결적 신고’에 해당할 가능성이 높다. 가사 이를 수리를 요하는 ‘변형적 신고’로 평가한다고 하더라도, 부적합한 신고 수리는 위법한 신고 수리행위가 되고 신고의 효과가 발생하지 않는다.

(3) 동성결합 상대방을 ‘사실혼 배우자’로 신고한 행위의 법적 효력

이 사건 건강보험 직장가입자인 B는 동성결합 상대방인 이 사건 원고를 ‘사실혼 배우자’관계로 표시하고 인우보증서를 첨부서류로 하여 건강보험 직장가입자의 피부양자 자격 취득 신고를 하였다. 그러나 이러한 신고는 국민건강보험법 제5조 제2항 피부양자 자격(법률혼 배우자 또는 사실혼 배우자) 요건을 갖추지 못한 부적합한 신고이고, 따라서 피고 공단의 담당 직원이 중대한 착오로 비록 이를 그대로 수리하여 등록했다고 하더라도, 행정의 법률적합성 원칙에 반하고, 중대 명백한 착오로 행해진 의사결정에 흠결이 존재하는 부적합한 신고 수리행위이므로, 건강보험 직장가입자의 피부양자 자격 취득 신고는 무효로서 수리하지 않은 신고가 되어 신고의 효과가 발생하지 않거나 행정청의 취소가 가능한 사유에 해당한다.

그러므로, 이 사건 원고는 처음부터 ‘직장가입자의 피부양자 자격을 취득’한 사실 자체가 없거나 등록됐더라도 이는 하자 있는 행정행위로서 행정청의 취소가 가능한 행정행위이다.

(4) 하자 있는 행정행위를 바로잡은 것이 ‘행정청의 처분’에 해당하는지 여부

이상과 같이 피고 공단의 이 사건 원고에 대한 ‘지역가입자’ 통보는 이 사건 원고가 동성결합 상대방에 해당하고, 헌법과 혼인법 규정상 ‘동성결합의 상대방은 사실혼 관계 배우자’에 해당할 수 없기 때문에 처음부터 ‘직장가입자의 배우자’라는 법정요건을 충족하지 못하였으며, 가사 담당 직원이 중대·명백한 착오로 이 사건 직장가입자 B의 부적합한 신고를 그대로 수리하여 이 사건 원고를 피부양자 자격 취득으로 등록하였다고 하더라도, 이는 그 자체로 무효인 행정행위에 해당하여 신고의 수리효과가 존재하지 아니하므로, 이 사건 원고는 처음부터 ‘직장가입자의 피부양자 자격을 취득’한 사실 자체가 없다.

따라서 피고 공단의 담당 직원이 이 사건 원고에 대해 뒤늦게 “직장가입자의 배우자”라는

피부양자 자격 요건을 흠결한 사실을 확인한 다음, 부적합한 행정행위를 바로잡기 위해 이 사건 원고에게 ‘지역가입자’라는 관념의 통지를 한 것은 원고의 법률상 지위에 직접적인 법률적 변동을 일으키지 아니하는 행위이고, 피고 공단이 원고의 피부양자 자격을 박탈하거나 자격에 대한 변경 처분을 한 사실이 없기 때문에 이는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하지 않는다.

4. 서울고등법원 제1-3 행정부의 절차적 판단의 위법성

그럼에도 서울고등법원 제1-3 행정부는 이 사건 보험료부과처분 취소소송의 대상 범위를 판단하면서 실제적 사실관계 및 법리오해를 통해 피고 공단의 담당 직원의 하자 있는 부적합한 신고 행위를 바로잡아 원고에게 ‘지역가입자 통보’를 한 것을 두고 ‘원고에 대한 자격변경 통보’라고 판단하였으며, 이를 공권력의 행사로서 행정처분에 해당한다고 판결한 것은 명백한 사실관계 오인과 법리오해에 기인한 위법한 판단이라고 할 것이다.

Ⅲ. 성적지향을 이유로 한 차별에 대하여 평등원칙에 위반된다는 실제적 판단의 위법성

1. 동성결합 상대방이 건강보험 직장가입자의 ‘배우자’에 해당하는지 여부

이 사건의 중요 쟁점은 이 사건 원고가 국민건강보험법 제5조 제2항 피부양자 자격 요건인 “직장가입자의 배우자” 즉 법률혼의 배우자 또는 적어도 ‘사실혼 관계 배우자’에 해당하는지 여부이다.

가. 동성 간의 ‘혼인’이 허용되는지 여부에 관한 판단

(1) 대법원은 그동안 “혼인은 남녀의 애정을 바탕으로 하여 일생의 공동생활을 목적으로 하는 도덕적, 풍속적으로 정당시되는 결합이다.”(대법원 2015. 2. 26. 선고 2014므4734, 4741 판결 등 참조)라고 하거나, “헌법 제36조 제1항은 ‘혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며 국가는 이를 보장한다’라고 선언하고 있는바, 무릇 혼인이란 남녀 간의 육체적, 정신적 결합으로 성립하는 것으로서, 우리 민법은 이성(이성) 간의 혼인만을 허용하고 동성(동성) 간의 혼인은 허용하지 않고 있다.”(대법원 2011. 9. 2.자 2009스117 전원합의체 결정)라고 하여, 여러 판결이나 결정의 이유에서 혼인을 ‘남녀 간의 결합’으로 정의하여 왔다.

(2) 헌법재판소도 결정 이유에서 “혼인이 1남 1녀의 정신적·육체적 결합이라는 점에 있어서는 변화가 없다.”(헌법재판소 1997. 7. 16. 선고 95헌가6 전원재판부 결정)라고 하거나, 혹은 “혼인은 근본적으로 애정과 신뢰를 기초로 하여 남녀가 결합하는 것”(헌법재판소 2011. 11. 24. 선고 2009헌바146 전원재판부 결정)이라고 판시하여, 혼인을 ‘남녀 간의 결합’으로 보고 있다.

(3) 동성간의 혼인이 허용되는지 여부

따라서 혼인제도가 다양하게 변천되어 왔지만 혼인이 기본적으로 남녀의 결합관계라는 본질에는 변화가 없고, 일반 국민들의 인식도 이와 다르지 않은 점, 혼인은 가족 구성의 기본 전제가 되고 다음 세대를 길러내는 기초가 되므로 사회나 국가제도에서 차지하는 역할이 큰 점, 우리 헌법이나 민법 등 관련법에서 구체적으로 성구별적 용어를 사용하여 그것이 당연한 전제인 것으로 상정하고 있는 점, 앞서 본 대법원과 헌법재판소의 판단이 모두 일치하여 혼인을 ‘남녀 간의 결합’으로 선언하고 있는 점 등의 여러 사정을 종합하여 보면, 헌법, 민법 및 가족관계등록법에 규정되어 있는 ‘혼인’은 ‘남녀의 애정을 바탕으로 일생의 공동생활을 목적으로 하는 도덕적, 풍속적으로 정당시 되는 결합’을 가리키는 것으로 해석되고, 이를 넘어 ‘당사자의 성별을 불문하고 두 사람의 애정을 바탕으로 일생의 공동생활을 목적으로 하는 결합’으로 함부로 확장하여 해석할 수는 없다.

나. 동성결합 상대방이 ‘사실혼 관계 배우자’에 해당하는지 여부

(1) 사실혼이란 당사자 사이에서 주관적으로 혼인의 의사가 있고 객관적으로도 사회관념상 가족질서적인 면에서 부부공동생활을 인정할 만한 혼인생활의 실체가 있는 경우를 의미한다는 것이 대법원 판결이다(대법원 2001. 4. 13. 선고 2000다52943 판결 참조).

(2) 이에 서울고등법원 제1-3부 행정부 판사들도 “헌행법상 ‘혼인’에 대한 위와 같은 판례 등에 비추어 보면 사실혼 관계의 성립요건인 혼인의사 또는 혼인생활에서의 ‘혼인’ 역시 남녀의 애정을 바탕으로 하여 일생의 공동생활을 목적으로 하는 도덕적·풍속적으로 정당시 되는 결합으로 해석하는 것이 타당하므로, 동성결합 상대방은 사실혼 관계 배우자에 해당하지 않는다.”는 점을 분명히 하였다.

2. 서울고등법원 제1-3 행정부의 모순적 판결

이 사건 원고는 동성결합의 상대방에 해당하고, 동성결합은 주관적으로 혼인의 의사를 인정할

수 없으며, 객관적으로도 사회관념상 가족질서적인 면에서 부부공동생활을 인정할 만한 혼인생활의 실체가 있다고 볼 수 없으므로 사실혼 관계 배우자에도 해당하지 않는다. 따라서 이 사건 원고는 국민건강보험법 제5조 제2항 피부양자 자격요건인 “직장가입자의 (사실혼)배우자”에 해당하지 않으므로, 당연히 지역가입자로서 건강보험의 적용을 받게 된다.

그럼에도 불구하고 서울고등법원 제1-3 행정부는 사실혼 관계 판단과 모순되게 “이성간의 사실혼 관계 배우자와 동성결합 상대방은 혼인인사와 혼인생활 공동체 형태가 유사하여 본질적으로 동일한 집단”이라고 평가한 다음 “행정청인 피고가 이성 관계인 사실혼 배우자 집단에 대해서만 피부양자 자격을 인정하고 동성 관계인 동성결합 상대방 집단에 대해서는 피부양자 자격을 인정하지 않는 것은 성적지향을 이유로 본질적으로 동일한 집단에 대하여 차별대우를 한 경우에 해당하여 평등의 원칙을 위반했다”고 판시하면서 결과적으로 이 사건 원고는 직장가입자 B의 배우자로서 피부양자 자격이 인정된다는 취지의 판결을 선고하였다.

이 사건 서울고등법원의 판결은 법리적으로 보나 일반 국민의 상식적 입장으로 보아도 도무지 이해가 되지 않는다. 왜냐하면 앞에서는 동성결합 상대방은 사실혼 관계 배우자에 해당하지 않는다고 분명히 판결하였음에도 불구하고, 뒤에서는 사실혼 관계 배우자와 본질적으로 동일하다는 모순적 판단을 하고 있기 때문이다.

3. ‘성적지향’을 이유로 한 개념과 ‘배우자’ 개념의 본질적 동질성 여부

가. ‘성적지향’의 법적 개념

(1) 현행법 내에서는 ‘성적지향’이 정확하게 어떤 개념인지에 대해 이를 정의하고 있는 법률 규정은 없다. 그러나 일반 국민은 물론이고 법률전문가조차도 도대체 ‘성적지향’을 이유로 한 차별이 무엇인지 정확하게 그 의미를 알 수가 없다. 그런데도 서울고등법원 제1-3 행정부는 ‘성적지향’ 개념이 무엇인지 주석으로조차 그 개념을 밝히지 아니한 채, 막연히 피고 공단이 이 사건 원고를 피부양자 자격요건인 ‘직장가입자의 배우자’로 인정하지 않은 것은 ‘성적지향’을 이유로 한 차별이고 평등의 원칙을 위반한 것이라는 단정적 판단을 하였다.

그러나 이는 명백한 법리오해이다. 왜냐하면 아래에서 보는 것처럼 ‘성적지향’은 성적자기결정권을 전제로 누구와 성적인 관계를 맺을 것인가 등에 대한 ‘성행위 대상’과 관련된 개념인 반면 ‘배우자’는 혼인 관계를 전제로 법적인 권리 의무와 관련된 법적 개념이기 때문이다.

(2) 이를 좀 더 풀어 설명하자면, ‘성적지향’ 개념은 정의당 장혜영 의원이 발의한 ‘차별금지법 제2조(정의) 제4호⁹⁾에서 간접적으로 추론해 볼 수 있다. 즉, “성적지향이란 이성애, 동성애, 양성애 등 감정적·호의적·성적으로 깊이 이끌릴 수 있고 친밀하고 성적인 관계를 맺거나 맺지 않을 수 있는 개인의 가능성을 말한다.”고 정의하고 있다.

(3) 국가인권위원회가 발표한 ‘성적지향 성별정체성에 따른 차별 실태조사보고서¹⁰⁾에도 ‘성적지향’이란 “성적으로 또는 정서적으로 어떤 성별에 이끌리는지를 지칭하는 개념이다. 성적지향에 따른 정체성 범주는 같은 성별에 이끌리는 동성애자(게이, 레즈비언), 다른 성별에 이끌리는 이성애자, 남녀 두 성별에 대해 이끌리는 양성애자(바이섹슈얼)로 통상 분류한다.”라고 해석하여 위 차별금지법 제2조 제4호에서 정의하고 있는 것과 동일하게 해석하고 있다.

(4) 이처럼 “성적지향” 개념은 정의 규정에서 “이성애, 동성애, 양성애 등”이라고 표현하고 있듯 불확정개념으로서 그 범위가 계속 확대될 수밖에 없고, 성적지향이 극단적 성적자기결정권과 결합되면 심지어 소아성애, 수간(獸姦) 등도 배제할 수 없는 개념이 된다. 나아가 동성애 인정은 결국 동성결혼 합법화로, 양성애 인정은 1+1+1을 허용함으로써 일부일처제 붕괴로 이어질 것이기 때문에 우리나라 가족법질서에 반하여 도저히 혼인법적으로는 수용이 불가능한 개념이다.

나. ‘성적지향’ 개념과 ‘사실혼 배우자’ 개념의 동질성 여부

(1) 서울고등법원 제1-3 행정부는 ‘성적지향’ 개념에 대한 아무런 법리 검토 없이 단지 원고 대리인이 주장하는 대로 “사실혼 배우자 집단과 동성결합 상대방 집단은 그들이 ‘성적지향’에 따라 선택한 생활공동체의 상대방인 직장가입자가 그들과 이성인지 동성인지만 달리할 뿐 본질적으로 동일한 집단으로 평가할 수 있다”는 내용을 인용하면서 “행정청인 피고가 이성 관계인 사실혼 배우자 집단에 대해서만 피부양자 자격을 인정하고 동성 관계인 동성결합 상대방 집단에 대해서는 피부양자 자격을 인정하지 않는 것은 성적지향을 이유로 본질적으로 동일한 집단에 대하여 차별대우를 한 경우에 해당하여 평등의 원칙을 위반했다”고 판단하고 있다.

(2) 그러나 동성결합은 헌법과 혼인법 질서 등에 본질적으로 반하여 법률혼은 물론 사실혼 관계조

9) 정의당 장혜영 의원이 대표 발의한 ‘차별금지법안’은 법안의 위헌성 등의 문제 제기여 따라 아직 국회 법제사법위원회 의결도 거치지 못한 상태입니다.

10) 국가인권위원회, 성적지향·성별정체성에 따른 차별 실태조사, 2014

차 인정될 수 없고, 따라서 혼인의 일반적 효력인 민법 제826조(부부간의 의무) 등 혼인의 법률적 효력이 전혀 발생할 여지가 없으므로, 이성간의 사실혼 배우자 집단과 동성결합 상대방 집단은 본질적으로 동일한 집단으로 평가될 수 없다. 따라서 '성적지향'을 이유로 한 차별금지과 법적인 (사실혼)배우자 개념은 동일시하거나 비교 집단으로 대비될 가능성이 전혀 없다.

4. 직장가입자의 '배우자'에 '사실혼 배우자'를 포함하는 문제와 직장가입자의 배우자에 대한 피부양자 자격 요건을 인정하는 문제의 법적 성질이 같은 것인지 여부

가. 직장가입자의 '배우자'에 사실혼 배우자를 포함하는 것이 재량권 행사의 결과인지 여부

(1) 재량심사 척도로서의 평등의 원칙

헌법에 근거한 평등의 원칙, 비례의 원칙, 신뢰보호의 원칙 등은 행정법질서의 기초를 이루는 행정법의 일반원칙이다. 이는 주로 재량의 영역에서 재량권의 일탈·남용 여부를 판단하는 재량심사의 척도가 된다. 그리고 행정법상 평등의 원칙은 절대적 평등이 아니라 '같은 것을 같게 다른 것을 다르게' 취급한다는 상대적 의미의 평등을 의미한다. 따라서 재량권의 행사를 통하여 차별취급의 결과가 발생한 경우라도 차별취급이 자의적이 아니라 합리성이 있으면 평등의 원칙 위반이 아니다.

(2) 행정의 자기구속의 원칙

서울고등법원 제1-3 행정부는 현행 국민건강보험법 제5조 제2항 피부양자 자격요건인 '직장가입자의 배우자' 규정은 법률의 변경 과정을 살펴볼 때, 입법자의 제정 의도는 '법률혼의 배우자'에 한정된다고 판단하였다. 그럼에도 불구하고 피고 공단이 그동안 업무지침을 통해 이 규정을 확장하여 직장가입자의 '사실혼 관계 배우자'에게도 피부양자 자격을 인정해왔으므로, 이는 행정청의 재량권 행사의 결과라고 판단하였다. 그렇다면 이러한 행정청의 재량권 행사 결과에는 행정의 자기구속의 원칙이 적용된다.

행정청의 자기구속의 원칙이란 헌법상 평등의 원칙이 구체적으로 행정절차에 적용된 결과로서 '행정청이 상대방에 대하여 동종의 사안에 있어서 제3자에게 행한 결정과 동일한 결정을 하도록 스스로 구속당하는 원리'를 의미한다¹¹⁾. 건강보험 적용과 관련해서는 피고 공단이 직장가입자의 배우자 범위에 법률혼의 배우자뿐만 아니라 '사실혼 배우자'를 직장가입자의 배우자에 포함시켜

11) 홍정선, 행정법특강 제5판, 2006. 박영사 제35쪽

왔으므로, 동종 사실혼 배우자를 직장가입자의 배우자 개념에서 배제할 수 없다는 것을 의미한다.

따라서 피고 공단은 직장가입자가 사실혼 배우자를 피부양자로 등록해달라는 신고서를 제출했을 때, 국민건강보험법 제5조 제2항 직장가입자의 배우자는 법률혼 배우자에 한정된다고 판단하면서 사실혼 배우자를 배제하는 행정행위를 할 수 없다는 것이 행정의 자기구속의 원칙을 적용한 재량권 행사의 결과이다.

그럼에도 불구하고 서울고등법원 제1-3 행정부는 이러한 ‘행정의 자기구속의 원칙’적용에 대한 판단을 전혀 하지 않았다. 왜냐하면 동성결합 상대방은 아예 사실혼 배우자에도 해당할 수 없기 때문이다.

나. 직장가입자의 ‘배우자’에 ‘사실혼 배우자’를 포함하는 문제와 직장가입자의 배우자에 대한 피부양자 자격 요건을 인정하는 문제는 법적 성질이 다르다.

(1) 피고 공단이 그동안 업무지침을 통해 직장가입자의 배우자 규정을 확장하여 직장가입자의 ‘사실혼 관계 배우자’에게도 피부양자 자격을 인정해왔으므로 이는 행정청의 재량권 행사의 결과이고, 여기에는 행정의 자기구속의 원칙이 적용되며, 따라서 만일 이 사건 원고가 이성간 사실혼 관계 배우자에 해당한다면 이 사건 원고를 직장가입자의 배우자 범위에서 배제하는 행위는 합리적 이유 없는 차별행위에 해당하여 평등의 원칙 위반이다.

(2) 그러나 법정요건을 갖춘 ‘직장가입자의 배우자에 대한 피부양자 자격 취득 인정’은 이와 전혀 별개의 문제이다. 즉 ‘직장가입자의 배우자에 대한 피부양자 자격 취득 인정’여부는 국민건강보험법 제5조 제2항 및 동법 시행규칙 제2조(피부양자 자격의 인정기준 등) 규정에 따라 피고 공단이 재량의 여지없이 직장가입자의 피부양자 자격요건을 충족하는 경우에는 법령에 규정된 시기에 따라 그 자격을 취득하거나 상실하도록 규정하고 있으므로, 이는 피고 공단의 재량행위에 해당한다고 볼 수 없다.

(3) 소결

따라서 직장가입자의 ‘배우자’ 범위에 법률혼 배우자뿐만 아니라 ‘사실혼’ 배우자까지 포함하는 것은 피고 행정청이 그동안 업무지침을 통해 재량권을 행사해 온 결과이고 따라서 행정의 자기구속의 원칙이 적용되는 경우이지만, 법정요건을 갖춘 직장가입자의 배우자에 대해 피부양자 자격 취득을 인정하는 문제는 행정청의 재량이 개입될 여지가 전혀 없이 법령에 규정된 시기에 따라

그 자격을 취득하거나 상실하도록 규정되어 있으므로 양자의 문제는 전혀 법적 성질이 다른 문제이다.

다. 서울고등법원 제1-3 행정부의 위법적 판단

이처럼 직장가입자의 '배우자' 범위에 '사실혼 배우자'를 포함하는 문제와 피부양자 자격 요건 취득 인정 문제는 그 법적 성질이 전혀 다른 문제임에도 불구하고, 서울고등법원 제1-3 행정부는 아무런 법적 검토 없이 단순히 피고 공단은 그동안 업무지침을 통해 이 규정을 확장하여 직장가입자의 '사실혼 관계 배우자'에게도 피부양자 자격을 인정해왔으므로, 이는 행정청의 재량권 행사의 결과이고, 직장가입자의 배우자에 대한 피부양자 자격요건 인정 역시 재량행위에 해당한다고 판단함으로써 중대한 법리오해에 따른 위법적 판단을 하였다.

5. 국민건강보험법 제5조 제2항 피부양자 자격요건인 '직장가입자의 배우자' 규정을 적용하면서 이성간 사실혼 배우자와 동성결합 상대방을 다르게 취급하는 것이 평등의 원칙 위반인지 여부

가. 건강보험 피부양자 자격 인정요건인 '사실혼 배우자' 와 '동성결합 상대방'이 본질적으로 동일한 관계인지 여부

(1) 서울고등법원 제1-3 행정부는 "사실혼의 경우에도 동거, 부양, 협조, 정조의무는 법률에 규정되어 있는 것이 아니라 사실혼 당사자의 의사에 기초하여 법률혼에 관한 규정들을 유추적용한 결과일 뿐이다."라고 판시하면서 "사실혼과 비교의 대상이 되는 동성결합은 동거, 부양, 협조, 정조의무에 대한 상호간 의사의 합치 및 사실혼과 동일한 정도로 밀접한 정서적, 경제적 생활공동체 관계를 전제로 하는 것이므로 결국 사실혼과 동성결합에 의하여 발생하는 권리 의무의 내용은 본질적으로 이를 다르다고 할 수 없다."고 판단하였다.

(2) 그러나 대법원과 사회보장법 등에서 법률혼이 아닌 '사실혼 배우자'에 대해서도 법률혼 배우자와 동일한 법적, 제도적 보호를 위한 규정을 두거나 이를 인정하는 판결을 해 온 이유는 단지 '사실혼' 관계가 '동성결합'의 관계처럼 당사자 간의 동거, 부양, 협조, 정조의무 등에 관한 약속(계약)이나 합의에 의해 성립했기 때문은 전혀 아니다. 오히려 '사실혼' 관계는 법률혼에 관한 규정을 유추적용할 수 있을 정도의 명확한 주관적 혼인의사와 부부 공동생활을 인정할 수 있는 혼인생활의 실체라는 객관적 요건이 존재하기 때문이다. 따라서 '사실혼' 관계는 '동성결합'과 본질적으로 같다고 평가할 수 없다.

(3) '사실혼' 관계는 '동성결합'과 본질적으로 다르다.

'사실혼' 관계는 '동성결합'과 본질적으로 다르다. 즉 ① '사실혼' 관계는 법률혼의 성립요건인 당사자 사이에서 주관적으로 혼인의 의사가 있고 객관적으로도 사회관념상 가족질서적인 면에서 부부공동생활을 인정할 만한 혼인생활의 실체가 있다는 요건을 모두 갖춘 경우인 반면, '동성결합'은 법률혼의 성립요건을 전혀 갖추지 못한 채, 단지 당사자 간 합의(계약)에 기초하여 유지되는 관계라는 점에서 본질적으로 다르다.

그 결과 ② '사실혼'과 '사실혼 배우자'에게는 법률혼에 관한 규정을 유추적용 적용할 수 있고, 기타 사회보장법 규정들이 직접 적용될 수 있지만, '동성결합'과 '동성결합 상대방'에게는 법률혼에 관한 규정을 전혀 유추적용할 수 없다.

제도적으로도 ③ '사실혼' 관계는 법원을 통해 사실혼 관계에 있던 당사자 일방이 사망하고 난 후 과거의 사실혼관계 존부확인청구를 하는 경우에 동 청구가 신분관계 존부확인청구의 일종이라는 점에서 친생자관계 존부확인청구에 관한 민법 제865조와 인지청구에 관한 민법 제863조의 규정을 유추적용될 수 있다는 것이 대법원 판례이고, '사실혼 존재 확인 판결' 등을 통해 당사자 일방이 직접 혼인신고를 할 수 있으며, 만일 사실혼 관계가 파탄나거나 이혼하려는 경우에는 법원을 통해 사실혼 해소 및 재산분할청구소송을 제기할 수 있고, 연금 등의 적용을 받고 있던 사실혼 배우자가 사망한 경우에 남은 사실혼 배우자는 유족연금 청구 등의 법적 권리가 발생한다.

그러나 '동성결합'과 '동성결합 상대방'은 법적, 제도적으로 위와 같은 권리가 전혀 인정될 여지가 없는바, 이는 사실혼과 동성결합이 본질적으로 동일할 수 없기 때문이다.

나. 이성간 사실혼 배우자와 동성결합 상대방을 다르게 취급하는 것이 평등의 원칙 위반인지 여부

가사 피고 공단이 업무지침을 통해 직장가입자의 배우자에 사실혼 관계 배우자를 포함시켜 온 것이 재량권의 행사에 해당하여 행정의 자기구속의 원칙이 적용된다고 하더라도, 이성간의 사실혼 관계 배우자와 달리 동성결합 상대방은 처음부터 사실혼 관계 배우자에 해당하지 않기 때문에 양자는 본질적으로 다른 것이며, 이에 피고 공단은 본질적으로 다른 동성결합 상대방에 대해 사실혼 관계 배우자에 해당하지 않는 것으로 취급하여 건강보험 피부양자 자격 요건인 직장가입자의 배우자

에 해당하지 않는다고 다르게 취급한 것이다. 따라서 동성결합 상대방과 이성간 사실혼 배우자를 다르게 취급한 것은 자의적인 것이 아니며 그 차별에 합리성이 인정되고, 행정의 자기 구속의 원칙에도 반하지 않으며, 직장가입자의 배우자에 동성결합 상대방을 인정하지 않는 것이 재량권의 일탈·남용의 위법을 행사한 것이라고 판단할 수도 없다.

6. 사법부가 일반 법원칙인 평등의 원칙을 확장 적용하여 새로운 입법적 판결을 할 수 있는지 여부

가. 서울고등법원 제1-3 행정부의 위헌적 판결

서울고등법원 제1-3 행정부는 동성결합 상대방인 이 사건 원고에 대해 국민건강보험법 제5조 제2항 피부양자 자격요건인 ‘직장가입자의 배우자’ 규정을 적용하면서 ① 이 규정에 대한 법률의 변경 과정을 살펴볼 때, 입법자의 제정 의도는 ‘법률혼 배우자’에 한정하여 적용하려는 것인데, ② 행정청인 피고 공단이 이를 내부 준칙인 업무지침을 통해 ‘사실혼 배우자’에게까지 확장하여 적용해 왔고, ③ 동성결합 상대방은 혼인의사와 혼인의 생활공동체를 인정할 수 없어 사실혼 배우자에 해당하지 않지만, 사실혼 배우자와 동성결합 상대방은 성적지향이 다를 뿐 본질적으로 동일한 관계에 있다고 평가하면서 성적지향을 이유로 차별하는 것은 평등의 원칙에 위반되므로 동성결합 상대방인 이 사건 원고에게 직장가입자의 배우자 규정이 적용된다고 판결하였다.

그러나 이는 법리적으로나 논리적으로 전혀 타당하지 않다. 서울고등법원 제1-3 행정부는 스스로 헌법 및 혼인법 규정과 대법원 판례 등에 따라 동성결합 상대방은 사실혼 배우자에 해당하지 않는다고 판단했으면, 행정청이 국민건강보험법 제5조 제2항 규정에 사실혼 배우자까지 확장하여 적용을 해왔고 여기에 행정의 자기구속의 원칙이 적용된다고 하더라도, 동성결합 상대방은 피부양자 자격요건을 충족할 수 없다고 판결했어야 한다.

그럼에도 서울고등법원 제1-3 행정부는 법리적으로나 논리적으로 도저히 동일한 평가를 받을 수 없는 성적자기결정권을 전제로 하는 ‘성적지향’이라는 ‘성행위 대상’과 관련된 차별금지사유를 근거로 법률혼의 성립요건을 갖추고 있는 ‘사실혼 배우자’와 동성결합 상대방을 법적으로 동일하다고 평가하였다.

결국 이러한 판결 논리는 법률혼에 준하는 ‘사실혼’ 관계를 단순히 당사자의 합의하에 성적으로 정조 의무와 부양 의무를 부담하기로 약속하면서 ‘동거하는 관계’에까지 이를 확장시킨 것과 다름없는

것이어서 헌법과 혼인법 질서에 대한 파괴이며 기존 대법원 판례를 폐기하는 것이라고 할 것이다.

나. 삼권분립의 원칙 위반의 판결

법을 규정의 해석에 있어서는 법률에 정하여진 문구의 문리적 의미가 해석의 출발점이고, 법문의 가능한 의미를 벗어나 그 의미를 새롭게 창출하는 것, 특히 그 확장 내지 유추해석으로 인하여 사회에 새로운 제도를 창설하거나 개인의 권리의무에 커다란 변경을 초래하는 것은 신중하여야 한다.

사법부가 사법적극주의의 입장에서 입법 목적에 충실한 결과를 이룰 수 있도록 목적론적인 해석을 하여야 할 경우도 있지만, 유추해석 등에는 입법에 의하여 설정된 한계를 넘어설 수 없다는 기본적인 한계가 있으며, 만약 이와 같은 한계를 넘는다면 이는 법해석이 아니라 새로운 법률의 형성으로서 헌법상의 입법권 침해 문제를 야기하게 된다.

가사 “일정한 법적인 문제를 해결하기 위하여 목적론적인 해석이 필요한 경우에도 그 해석이 문제의 해결을 위하여 유효적절하고 법체계상 아무런 문제점이 없어서 만일 입법자가 그와 같은 문제를 인식하였다면 그와 같은 해석과 궤를 같이 하는 입법을 하였으리라고 상정할 수 있는 경우에 한하여 유추해석 등을 하게 되는 것이고, 그 해석이 문제해결에 유효적절한 수단이 되지 못하고 오히려 다른 문제점을 낳을 우려마저 있다면, 위와 같은 유추해석 등은 허용되지 아니한다”는 것이 대법원 판례이다(대법원 2006. 6. 22.자 2004스42 전원합의체 결정의 반대의견 참조).

따라서 법률혼주의를 채택하고 있는 현행 우리 법제에서 목적론적 해석론만으로 사회적 제도인 혼인제도로서 동성 간에 혼인할 권리까지 인정할 수는 없다. 법관은 헌법과 법률에 따라 판단만 할 수 있을 뿐, 입법자의 의도와 행정청의 재량권 행사 범위를 넘어서서 평등의 원칙이라는 일반 법원칙을 확장 적용하는 방식으로 현행 법규정을 재해석할 수는 없기 때문이다.

IV. 결어

법관은 개인의 가치관이나 신념을 실현시키는 수단으로 사법권을 함부로 남용해서는 안 된다. 동성결합 상대방은 법률혼의 성립요건인 당사자 사이에서 주관적 혼인의 의사를 인정할 수 없고, 객관적으로도 사회관념상 가족질서적인 면에서 부부공동생활을 인정할 만한 혼인생활의 실체를 인정할 수 없기 때문에 사실혼 관계도 인정될 수 없음이 명백하다. 따라서 비록 피고 공단이 건강보험 피부양자 자격 요건인 ‘직장가입자의 배우자’ 범위를 확장하여 여기에 사실혼 관계 배우자를 포함시

켜 왔다고 하더라도, 이는 행정의 자기구속의 원칙이 적용되어 동종 사실혼 관계 배우자를 배제할 수 없다는 것일 뿐, 본질적으로 다른 동성결합 상대방과 이성간 사실혼 배우자를 달리 취급하는 것은 평등의 원칙 위반이 아니다.

그럼에도 불구하고, 서울고등법원 제1-3 행정부는 ① 직장가입자의 배우자 범위에 사실혼 배우자를 포함하는 문제와 이미 법정 요건을 갖춘 직장가입자의 배우자에게 피부양자 자격을 인정하는 문제를 전혀 구별하지 못한 채, 동일한 성질의 행정행위로 평가한 위법이 있고, ② 동성결합의 상대방은 사실혼 관계 배우자에 해당하지 아니하여 법정요건을 충족하고 있지 못함에도 피고 공단의 담당 직원이 중대 명백한 착오로 이 사건 원고를 직장가입자의 배우자로 등록한 행위의 법적 효력이 발생하는 것인지 여부에 대한 아무런 법률적 판단 없이 이를 당연한 전제로 판단한 위법이 있으며, ③ 이 사건 원고는 처음부터 건강보험 피부양자 자격을 취득한 사실이 없음에도 불구하고 사실관계를 오인하여 원고의 피부양자 자격이 박탈되고 지역가입자로 변경된 것처럼 법리를 오해한 위법이 있고, ④ 하자 있는 행정행위를 바로 잡은 행정청의 단순한 관념의 통지를 행정청의 공권력 행사라고 판단한 절차적 위법이 존재한다.

또 서울고등법원 제1-3 행정부는 본질적으로 다른 동성결합 상대방과 법률혼의 성립요건을 모두 갖추어 법률혼에 준하는 법적 효력을 인정받는 사실혼 배우자를 본질적으로 동일하다고 평가하는 위법적 판단을 하였고, 성적자기결정권을 전제로 성행위 대상을 누구로 할 것인지에 대한 불확정적 개념인 '성적지향' 개념을 끌어들이 동성결합과 법률혼에 준하는 혼인관계를 전제로 하는 '배우자'를 동일하게 취급해야 한다는 비법률적 판단을 한 위법이 존재한다. 따라서 우리나라 가족제도와 혼인법 질서를 붕괴시키고 실질적으로 동성결합 상대방을 배우자로 인정하는 듯한 판결을 선고한 서울고등법원 제1-3 행정부의 이 사건 제2심 판결은 대법원에서 당연히 파기되어야 할 것이다.

[참고문헌]

장태주, 『행정법개론』 현암사, 증보판, 2005

홍정선, 『행정법특강』 박영사, 제5판, 2006

김학성, 헌법학원론, 2020, P&C Media

음선필, 차별금지법안에 대한 입법평가—헌법의 관점에서—, 토론회 발제문 1, 제17면, 2020. 10. 20.

국가법령정보센터, <<http://www.law.go.kr>>, (2023. 4. 12. 최종방문)

서울행정법원 2022. 1. 7. 선고, 2021구합55456 보험료부과처분취소 판결

서울고등법원 2023. 2. 21. 선고, 2022누32797 보험료부과처분취소 판결

국문초록

본 논문은 최근 동성결합을 법률상 혼인관계로 인정받기 위한 젠더이데올로기에 따른 여러 입법적 시도와 아직 법적 근거가 없는 상태에서 사법부가 왜곡된 인권에 터잡아 헌법과 혼인법 질서에 반하는 판결을 통해 실질적으로 동성결합을 혼인관계에 준하는 지위로 인정하는 판결을 내놓음으로써 새로운 사회적 갈등이 초래되는 상황에 대해 법적인 차원에서 이를 검토하고자 한다. 다만, 연구 대상으로 삼은 2023. 2. 21. 선고, 서울고등법원 2022누32797 보험료부과처분취소 2심 판결문은 아직 확정판결이 아니고, 절차적 실체적 하자가 명백하므로 이에 대한 법률적 분석을 통해 이를 대법원에서 바로잡고, 올바른 인권과 가족법질서가 더욱 유지 발전되도록 함에 있다.

동성결합 상대방은 법률혼의 성립요건인 당사자 사이에서 주관적 혼인의 의사를 인정할 수 없고, 객관적으로도 사회관념상 가족질서적인 면에서 부부공동생활을 인정할 만한 혼인생활의 실체를 인정할 수 없기 때문에 사실혼 관계도 인정될 수 없음이 명백하다. 따라서 비록 피고 건강보험공단이 건강보험 피부양자 자격 요건인 '직장가입자의 배우자' 범위를 확장하여 여기에 사실혼 관계 배우자를 포함시켜 왔다고 하더라도, 이는 행정의 자기구속의 원리가 적용되어 동종 사실혼 관계 배우자를 배제할 수 없다는 것일 뿐, 본질적으로 다른 동성결합 상대방과 이성간 사실혼 배우자를 달리 취급하는 것은 평등의 원칙 위반이 아니다. 그럼에도 서울고등법원 제1-3 행정부는 성적자기 결정권을 전제로 성행위 대상을 누구로 할 것인지에 대한 불확정적 개념인 '성적지향' 개념을 끌어들이 동성결합과 법률혼에 준하는 혼인관계를 전제로 하는 '배우자'를 동일하게 취급해야 한다는 비법률적 판단을 한 위법이 존재한다. 따라서 우리나라 가족제도와 혼인법 질서를 붕괴시키고 실질적으로 동성결합 상대방을 배우자로 인정하는 듯한 판결을 선고한 서울고등법원 제1-3 행정부의 이 사건 제2심 판결은 대법원에서 당연히 파기되어야 할 것이다.

주제어

동성결합, 건강보험, 피부양자 자격, 배우자, 성적지향, 사실혼, 평등의 원칙