

# 동성결합 상대방을 국민건강보험 피부양자로 인정할 것인가?

음선필 홍익대 교수

## I. 들어가며

### 1. 동성결합의 법적 지위를 인정한 법원 판결의 등장

2023.2.21. 서울고등법원 제1-3행정부는 동성결합의 상대방(동성커플)<sup>1)</sup>이라는 이유로 국민건강보험 피부양자의 자격을 부인하고 박탈한 국민건강보험공단의 처분이 부당하다는 판결(2022 누32797)을 내렸다. 이는 국민건강보험 피부양자인 '배우자'의 의미를 "사실혼의 성립요건이 되는 '혼인의사' 또는 '혼인생활'에서의 '혼인'은 그 자체로서 '남녀의 애정을 바탕으로 일생의 공동생활을 목적으로 하는 도덕적·풍속적으로 정당시 되는 결합'으로 해석될 뿐이고, 이를 '동성 간의 결합'에까지 확장하여 해석할 만한 근거가 없다"는 제1심 법원의 판결(서울행정법원 2022.1.7. 2021구합 55456판결)을 뒤집은 것이다. '혼인은 남녀의 결합'이므로 동성결합 상대방에게 피부양자 자격을 인정할 수 없다는 제1심 판결이, 동성결합 상대방의 피부양자 자격 미인정이 '성적 지향을 이유로 한 차별대우'에 해당한다는 이유로 제2심 판결에서 번복된 것이다.

이에 대하여 동성애주의자들은 기다렸다는 듯이 매우 환영하였다.<sup>2)</sup> 이 판결이 사실혼 관계의 부부(夫婦)가 누리는 권리 일부를 동성애자들에게도 인정한 최초 사례라고 치켜세우면서, 이들은 '혼인관계에서 누릴 수 있는 권리 중 한 가지를 얻은 것'이라고 주장하고 있다. 나아가 이 판결을 "동성혼 합법화의 첫걸음"으로 평가하고 있다.<sup>3)</sup> 한편 이를 반대하는 입장에서는 이것이 피부양자 자격인정이라는 단순한 문제를 넘어 동성결합을 법적으로 인정할 것인가라는 근본적인 문제로 보고 있다.

### 2. 쟁점

- 1) 이 글에서는 '동성(결)혼' 용어를 사용하지 않고 '동성결합'(동성 간의 결합)이라는 용어를 사용하고자 한다. 동성(결)혼이라는 용어 자체가 이미 결혼의 한 유형임을 밝히기 때문이다. 그런 점에서 동성결합의 상대방을 '동성부부'로 표현하는 것은 적절하지 않다고 본다. 이 글에서는 동성결합 상대방을 편의상 '동성커플'이라는 용어와 혼용하고자 한다.
- 2) 정의당 국회의원들은 서울고등법원의 판결을 환영하는 토론회를 개최한 바 있다. 「동성부부 건강보험 피부양자 자격 인정 2심 판결 의미와 향후 입법과제 모색 토론회」, 2023.3.9.(목), 국회의원회관 대회의실
- 3) 이들은 이제 생활동반자법 및 차별금지법의 제정, 건강가정기본법의 개정 등에 힘써야 함을 강조한다.

이 글에서는 2023.2.21. 서울고등법원 제1-3행정부 판결(이하, “이 판결”이라 한다)을 일차적인 분석대상으로 삼는다. 이 판결의 표면적 쟁점은 동성커플이 사실혼 배우자에 해당하여 국민건강보험 피부양자로서 인정되는가 여부와, 사실혼 배우자 집단과 동성커플 집단이 본질적으로 동일한가 여부이다 그러나 보다 근본적인 실질적 쟁점은 동성결합의 법적 수용 여부이다. 이와 관련하여 동성결합을 법적으로 수용하는 것의 문제점을 살펴볼 필요가 있다.

지금까지 동성커플은 혼인관계의 부부와의 동등한 대우를 요구해왔다. 예컨대, 의료현장에서 수술 동의나 진단서·처방전 수령, 장례 관련 연고자로서의 인정, 이혼 이후 자녀 양육비 보호, 근로자 가족에 대한 복지, 건강보험 적용, 주택 관련 법적 보호 대상자로서의 인정, 기초생활보장 관련 부양의무 자로서의 인정 등에서 동등하게 대우해 달라는 것이다. 그래서 부부가 함께 누리는 모든 자격, 특권, 의무나 혜택이 모든 형태의 동성결합 당사자에게도 동등하게 허용될 것을 요구한다.

이 판결은 동성결합한 두 남자가 혼인신고를 통해 법적인 부부로 인정되었다면 아예 생겨나지도 않았을 것이다. 그런 까닭에 이 판결을 통하여 동성커플이 원하는 것은 동성결합의 법적 수용인 것이다. 그런 점에서 이 판결은 동성결합 합법화의 확실한 우회로(迂廻路)를 열어준 셈이 되었다. 이 판결을 계기로 삼아 사실혼 배우자를 보호 범위에 포함하고 있는 다른 영역에서도 동성커플의 보호를 주장할 것이다.

이하에서는 먼저 국민건강보험 피부양자 자격요건을 살펴보고(II), 사실혼 배우자에 동성커플도 포함되는가를 검토하고(III), 사실혼 배우자와 동성커플을 달리 취급하는 것이 평등원칙 위반인가를 따져보기로 한다(IV).

## II. 국민건강보험 피부양자 자격요건

### 1. 국민건강보험 및 피부양자 제도

#### (1) 사회보험으로서 국민건강보험

국민건강보험은 사회국가원리에서 국가의 의무로 요구하는 사회보험의 하나이다. 사회보험은 사회연대의 원칙에 기초하여 동일위험집단에 속한 국민에게 법률로써 가입을 강제하고 소득재분배를 하기에 적합한 방식으로 보험료를 부과함으로써, 국민 개개인에게 절실히 필요한 보험을 제공하고 보험가입자 간의 소득재분배 효과를 거두고자 하는 것이다.<sup>4)</sup> 사회보험은 사회보장제도의 하나로서 헌법 제34조 제2항(“국가는 사회보장·사회복지의 증진에 노력할 의무를 진다”)에 따라 사회적 안전을 확보하기 위한 국가적 보호 및 지원의 대상이다.

4) 헌법재판소 2000.6.29. 99헌마289 결정.

이러한 국민건강보험은 그 가입이 국가에 의해 강제되며, 그 가입자격 및 보험료 등의 구체적인 내용은 입법자의 입법재량으로 결정된다.

## (2) 피부양자 제도

국민건강보험 가입자는 크게 직장가입자와 피부양자, 지역가입자 등 3개 그룹으로 나뉜다.<sup>5)</sup> 이 가운데 피부양자의 자격 문제는 주요 논란거리였다. 왜냐하면 피부양자는 직장에 다니는 가입자에게 주로 생계를 의존하는 사람으로서 보험료를 내지 않으면서 의료보장 혜택을 누리는, 사실상 '무임승차자'이기 때문이다. 보험제도의 속성상 보험을 제공받는 수익자가 보험료를 부담하는 것이 원칙이나, 국민건강보험에서는 보험료를 부담하지 않으면서 보험혜택을 누리는 피부양자 제도를 예외적으로 인정하고 있다. 그런 점에서 피부양자는 아주 예외적인 국가적 보호의 대상에 해당한다. 이러한 피부양자제도의 주된 취지는, 후술하는 피부양자의 자격요건에서 알 수 있듯이, 질병·부상에 대한 예방·진단·치료·재활·출산 등에 대하여 보험금여를 지급함으로써 가족의 건강을 증진하고 가족공동체의 존속을 유지하기 위함이라고 본다.

국민건강보험제도는 국민들로부터 강제 징수되는 보험료와 국가가 부담하는 재원에 의해 운영되는 공적 제도이므로 재정건전성 등 공익적 요소를 고려하여 피부양자의 범위를 명확히 할 필요가 있다. 그래서 피부양자 자격요건은 꾸준히 강화되어왔다. 이처럼 피부양자 자격요건은 국민의 권리·의무에 관한 사항으로서 법정사항이며, 그 자격요건에 관한 해석은 공익적 성격을 고려해서 엄격하게 이뤄져야 한다.

## 2. 국민건강보험법의 피부양자 자격요건

국민건강보험 피부양자의 자격은 국민건강보험법 제5조에서 규정하고 있다. 동조 제2항 제1호에 의하면, 피부양자는 직장가입자의 배우자, 직장가입자의 직계존속(배우자의 직계존속 포함), 직장가입자의 직계비속(배우자의 직계비속 포함) 및 그 배우자, 직장가입자의 형제·자매 중 직장가입자에게 주로 생계를 의존하는 사람으로서 소득 및 재산이 보건복지부령으로 정하는 기준 이하에 해당하는 사람이다.<sup>6)</sup>

이에 따르면, 피부양자 자격은 크게 두 가지이다. 첫째는 직장가입자의 가족<sup>7)</sup>이며, 둘째는 그에게

5) 건강보험공단의 「2021년 건강보험 주요 통계」에 따르면 피부양자는 건강보험 전체 가입자(5천141만명)의 35.2%(1천809만명)를 차지한다. 직장가입자 1천909만명(37.1%)보다는 적지만, 지역가입자 1천423만명(27.7%)보다는 많다.

6) 참고로, 1997.12.31. 제정된 국민의료보험법 제4조 제7호에 따르면, “피부양자”라 함은 공무원·교직원 피보험자의 배우자·직계존속(配偶者의直系尊屬을 포함한다)·직계비속·직계비속의 배우자 또는 형제·자매중 그 피보험자에 의하여 생계를 주로 유지하는 자로서 보건복지부장관이 정하는 기준에 해당하는 자를 말한다.

주로 생계를 의존하는 경제적 상황에 있는 사람이라 할 수 있다. 즉 피부양자는 원칙적으로 가족생활 공동체의 일원인 동시에 경제공동체의 일원이라 할 수 있다. 이처럼 피부양자제도는 역사적으로 직장가입자(근로자)가 부양하는 가족에게 혜택을 주는 제도로서<sup>8)</sup> 일차적으로 가족공동체를 기반으로 하되, 부양 의무의 수준에 상응하여 그 범위를 한정하고 있다. 피부양자제도는 질병·부상에 대한 예방·진단·치료·재활·출산 등에 대하여 보험금여를 지급함으로써 가족의 건강을 증진하고 가족공동체의 존속을 유지하기 위함이라고 볼 수 있다. 이러한 이유에서 건강보험에서 피부양자로 인정되는 것은 법적으로 보호되는 생활공동체로 간주되는 효과가 있다. 바로 이 점이 동성애주의자들이 기대하는 바이다.

역사적으로 또한 기능적으로, 국민건강보험법의 피부양자제도는 헌법이 국가의 의무로 요구하는 보건에 대한 보호(제36조 제3항), 사회보장 증진(제34조 제2항), 가족생활에 대한 보장(제36조 제1항) 등을 두루 달성하기 위한 제도라 할 수 있다. 그런 점에서, “국민건강보험은 국가의 계획적이고 체계적인 조정에 의하여 국민의 건강을 보장하는 사회보험으로 소득이나 재산 없이 피보험자에 의해 생계를 유지하는 사람을 피부양자로 인정하여 건강보험의 수급권을 인정해야 할 필요성이 있고, 여기에 피부양자 제도의 존재이유가 있다.”라고 좁게 판단한 이 판결에 동의할 수 없다.

그런데 피부양자 자격을 인정함에 있어서 세부규정인 국민건강보험법 시행규칙 제2조 제1항 제1호 [별표 1] 및 내부준칙(「자격관리 업무지침」)에서는 그 범위에 약간의 조정이 이뤄지고 있다. 그 주된 이유는 재혼가정이 증가하는 사회적 현실을 고려하여 피부양자의 범위를 다소 신축적으로 정하고 있기 때문이라고 본다.

### 3. 국민건강보험법상 배우자에 사실혼 배우자가 포함되는가?

국민건강보험법에서는 ‘배우자’의 의미에 관하여는 별도로 정의 규정을 두고 있지 않다. 즉 국민건강보험법의 배우자에 사실혼의 배우자가 포함되느냐를 해석론에 남겨두고 있다.

참고로, 사회보장에 관련한 각종 특별법인 공무원연금법(제3조 제1항 제2호 가목), 군인연금법(제3조 제1항 제4호 가목), 사립학교교직원연금법(제2조 제1항 제2호 가목), 산업재해보상보험법(제5조 제3호), 국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률(제5조 제2항), 근로기준법 시행령(제48조 제1항 제1호) 등에서는 배우자의 의미에 관하여 사실혼 배우자를 포함하는 정의 규정을 두고 있다.

7) 민법은 가족의 범위를 ① 배우자, 직계혈족 및 형제자매 ② 직계혈족의 배우자, 배우자의 직계혈족 및 배우자의 형제자매로 정하되, ②는 생계를 같이 하는 경우로 한정하고 있다.

8) 1963.12.16. 한국에서 건강보험 또는 의료보험에 관하여 처음 제정된 의료보험법은 근로자와 그 부양가족의 질병·부상·사망 또는 분만에 관한 보험금여를 목적으로 하였다. 동법 제2조 제1호에서는 부양가족을 근로자인 피보험자의 남자 60세이상, 여자 55세이상인 직계존속·배우자(事實上 婚姻관계에 있는 者를 포함한다) 및 미성년인 자녀로서 주로 그 근로자의 수입에 의하여 생계를 유지하는 자라고 규정하였다.

그런데 국민건강보험공단에서는 실제 혼인생활을 하고 있으나 혼인신고를 할 수 없었던 사실혼 부부들을 보호할 현실적 필요에 따라<sup>9)</sup> 내부 행정규칙인 「자격관리 업무지침」을 마련하여 사실혼 배우자의 경우에도 인우보증서를 첨부하여 신고하면 피부양자로 인정하여 왔다.

요컨대, 국민건강보험법상 직장가입자의 배우자에 사실혼 배우자가 포함되는 것으로 해석되고 있는바, 이 역시 사회보장 차원에서 가족관계의 최소한으로 사실혼 배우자가 포함된다고 본다면 피부양자제도의 취지에 부합한다고 본다.

### III. 사실혼 배우자에 동성커플도 포함되는가?

#### 1. 사실혼의 성립요건

사실혼이 성립하기 위해서는 당사자 사이에 주관적으로는 혼인의사의 합치가 있고, 객관적으로는 부부공동생활이라고 인정할 만한 혼인생활의 실체가 존재하여야 한다.<sup>10)</sup>

여기서 정작 중요한 것은 ‘혼인’의 법적 의미이다. 혼인이 계약인가 또는 제도인가에 관하여는 많은 논의가 있어왔지만, 현행 법체계에서 혼인은 당사자 간의 계약 이상으로 사회질서를 유지하는 중요한 제도로 보장되고 있다.

헌법 제36조 제1항은 ‘혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성(兩性)의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다’고 규정하고 있다. 헌법상 혼인은 양성, 즉 남자와 여자의 결합을 전제로 하고 있다. 민법 역시 양성의 구별과 그 결합을 전제로 혼인한 당사자를 부부(夫婦), 혹은 부(夫) 또는 처(妻), 남편과 아내라는 용어로(민법 제826조, 제827조, 제847조, 제848조, 제850조, 제851조 등) 지칭하고 있다. 또한 자녀에 대응하는 개념으로 부모(父母)라는 용어를 사용하고 있다(민법 제772조, 제781조 등).

이러한 현행 법체계에 따라 사법부도 동일한 입장을 취하고 있다. 대법원은 일관되게 혼인의 본질을 이성(異性)인 남녀 간의 결합으로 보고 있다. 즉 “혼인은 남녀의 애정을 바탕으로 하여 일생의 공동생활을 목적으로 하는 도덕적·풍속적으로 정당시 되는 결합이다”<sup>11)</sup>, “헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다고 선언하고 있는바, 혼인이란 남녀 간의 육체적·정신적 결합으로 성립하는 것으로서, 우리 민법은 이성(異性) 간의 혼인만을 허용하고 동성(同性) 간의 혼인은 허용하지 않고 있다”<sup>12)</sup>라

9) 주된 대상은 과거 동성동본 금혼 조항 등에 따라 혼인신고를 할 수 없었던 사실혼 부부였다.

10) 대법원 2001. 1. 30. 선고 2000도4942 판결, 대법원 2001.4. 13. 선고 2000다52943 판결 등 참조.

11) 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.

12) 대법원 2011. 9. 2.자 2009스117 전원합의체 결정.

고 판시하였다. 헌법재판소 역시 동일한 입장이다. “혼인이 1남 1녀의 정신적·육체적 결합이라는 점에 있어서는 변화가 없다.”<sup>13)</sup> “혼인은 근본적으로 애정과 신뢰를 기초로 하여 남녀가 결합하는 것”<sup>14)</sup>이라고 판시하였다.

## 2. 동성커플은 사실혼 배우자에 포함되지 않는다

위에서 살펴본 바와 같이, 사실혼은 남녀의 정신적·육체적 결합이기 때문에 동성결합은 그 범주에 포함되지 않는다.

혹자는 인간다운 생활을 보장하고자 하는 사회보장 영역에서는 특히 보호 범위 확대 등을 위하여 사실혼의 개념을 민법에서 인정하는 것보다 넓게 보아야 한다고 하며, 동성결합을 사실혼의 하나로 주장하려고 한다. 그래서 국민건강보험법의 피부양자로서 배우자에 사실혼 배우자에 포함될 뿐 아니라, 더 나아가 동성커플도 사실혼 배우자로 포함되는 것으로 확대해석하려고 한다.

그러나 이러한 확대해석은 법리적으로도, 정책적으로도 근거가 없다. 동성결합이 혼인의 법적 개념에 포함되지 않는다는 법리적 이유에서도, 또한 국민건강보험법의 피부양자 제도의 취지에도 맞지 않는다는 정책적 이유에서도 동성커플을 사실혼 배우자로 확대해석할 수 없다. 국민건강 향상 및 사회보장 증진이라는 국민건강보험법의 목적을 함께 고려하더라도, 사회질서의 근간을 이루는 기존 혼인법질서의 유지라는 공익적 요청을 배제할 수는 없다. 따라서 국민건강보험 영역에서 사실혼의 개념을 일반사법인 민법 등에서와 달리 동성결합에까지 확대하여야 할 만한 근거도, 필요성도 없다고 본다.

## 3. 소결

동성애주의자들은 동성결합이 일종의 사실혼으로 간주되기를 원한다. 이러한 주장이 받아들여지면, 예외적이거나 사실혼의 법적 보호를 통하여, 동성결합의 법적 인정이 쉽게 수용될 수 있기 때문이다.<sup>15)</sup>

그러나 현행법 체계상 ‘혼인’은 그 자체로서 ‘남녀의 애정을 바탕으로 일생의 공동생활을 목적으로 하는 도덕적·풍속적으로 정당시 되는 결합’으로 해석될 뿐이고, 이를 ‘동성 간의 결합’에까지 확장하여 해석할 만한 근거가 없다고 판시한 제1심의 판결은 매우 타당하다. 이러한 제1심의 판단은

13) 헌법재판소 1997. 7. 16. 선고 95헌가6 결정.

14) 헌법재판소 2011. 11. 24. 선고 2009헌바146 결정.

15) 그러한 점에서 동성애주의자들은 이 판결에서 동성결합이 사실혼으로 인정받지 못함을 대단히 아쉬워하고 있다.

제2심에서도 여전히 유지되고 있다.

동성결합을 사실혼의 하나로 간주하려는 전략이 통하지 않게 되자, 동성애주의자들은 동성결합과 사실혼을 달리 취급하는 것을 주된 쟁점으로 삼은 것으로 보인다.

#### IV. 사실혼 배우자와 동성커플을 달리 취급하는 것이 평등원칙 위반인가?

##### 1. 서

앞에서 살펴본 바와 같이, 국민건강보험법은 원칙적으로 피부양자 범위를 가족으로 정하고 있다. 그런 점에서, 동성커플을 피부양자로 인정하지 않은 것은 사실상 가족으로 간주하지 않음을 의미한다. 반면에 국민건강보험법의 해석상 사실혼 배우자를 가족으로 준하여 취급하는 것은 예외적으로 그만큼 보호가치가 있다고 보기 때문이다.

여기서 동성커플과 사실혼 배우자를 달리 취급하는 것이 평등원칙 위반인가라는 문제가 제기된다. 이는 동성커플과 사실혼 배우자를 달리 취급할 수 있는 헌법적 근거가 무엇인가의 문제이기도 하다. 이와 관련한 질문은 다음과 같다. 사실혼과 동성결합은 가족의 다양한 유형으로서 동등한 법적 취급을 받아야 하는가? 사실혼 배우자 집단과 동성결합 상대방 집단은 본질적으로 동일한가?

이를 살펴보기 위해서는 먼저 헌법이 혼인 및 가족생활을 보호하고 지원하는 이유가 무엇인가를 명확히 할 필요가 있다.

##### 2. 혼인 및 가족생활에 대한 헌법상 보호

헌법은 국가공동체의 존속을 ‘전제’로 하는 동시에 ‘과제’로 삼고 있다. 인간생활의 가장 근본적인 사적 영역에 속하는 혼인과 가족생활을 국가의 특별한 보호 대상으로 삼는 것은 1919년 독일 바이마르헌법에서 처음 수용되었다. 우리 헌법도 혼인과 가족생활에 관한 기본원칙을 제시하고 이에 대한 국가적 보호를 명시하고 있다.

헌법에서 가족생활(가정)을 개인의 자유 영역에만 남겨두지 않고 국가의 보호 대상으로 삼는 이유는 그 사회적 기능(共同善) 때문이다.<sup>16)</sup> 이 땅에 인간이 존재한 이래, 개인의 성장(生長)과 인류의 보존은 가족을 통해 이뤄져 왔다. 가족생활을 통해 구성원의 신체적·정서적·경제적 필요를

---

16) 이처럼 가족생활이 매우 중요한 사회적 기능을 수행하기 때문에, 각 국가는 가족생활을 제도화하여 특별한 보호의 대상으로 삼고 있다. 참고로, 세계인권선언 제16조 제3항은 “가족은 사회의 자연적이며 기초적인 구성단위이며, 사회와 국가의 보호를 받을 권리를 가진다.”라고 규정하고 있다.

채우며, 자녀를 양육하여 사회구성원으로 자라게 함으로써 인류공동체는 지금까지 존속해 왔던 것이다.

가족의 존립 기반인 가정은 사회·국가의 존속과 발전을 위해 사회구성원을 지속적으로 재생산하고, 자녀를 보호·양육하여 사회구성원으로 육성하며, 근친상간 등 반사회적 성행위를 규제하고, 구성원들의 경제적 수요를 해결하며, 구성원들의 정서적 만족을 충족시키는 기능 등을 하고 있다.<sup>17)</sup>

그러한 까닭에 헌법 제36조 제1항은 가족을 단순한 계약 이상의 사회적 제도로 규정하고, 가족생활을 해치는 범죄에 대하여 제재를 가하는 것 이상으로 다양한 정책과 입법을 통하여 적극 지원·보호할 것을 명하고 있다.

그리고 헌법은 가족생활을 구성하는 원리를 명확히 제시하고 있다. 헌법 제36조 제1항에 따르면, 양성의 결합을 전제로 하여, 혼인과 가족생활(가족관계 및 가정)이 개인의 존엄과 양성평등을 기초로 성립되고 유지되어야 한다. 우리 헌법에서 규정하는 혼인이란, 남성과 여성 간의 자유로운 합의에 기초하여 법이 정한 형식에 따라 결합되고 원칙적으로 평생 지속되는 생활공동체를 말한다.<sup>18)</sup> 또한 우리 헌법상 혼인과 가족생활은 양성평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하므로, 부(夫)와 부(婦)의 평등한 결합을 의미하는 일부일처제는 당연히 국가적 보호의 대상이 된다.<sup>19)</sup> 이처럼 우리 법체계는 양성결혼과 1부1처제를 가족제도의 기본질서로 하고 있다.

### 3. 다양한 가족의 유형으로 사실혼과 동성결혼은 동등하게 취급되어야 하는가?

#### (1) 포괄적 개념으로서 ‘다양한 가족’

이 판결에서는 여러 이유를 들어 사실혼 배우자와 동성결합 상대방을 본질적으로 동일하다고 본다. “사실혼 배우자와 동성결합 상대방은 모두 법률적인 의미의 가족관계나 부양 의무의 대상에는 포함되지 않는 정서적 경제적 생활공동체라는 점에서 양자가 다르다고 할 수 없다.”, “이 사건 비교집단인 사실혼 배우자 집단과 동성결합 상대방 집단은 그들이 ‘성적 지향(性的指向, sexual orientation)에 따라 선택한 생활공동체의 상대방인 직장가입자가 그들과 이성(異性)인지 동성(同性)인지만 달리할 뿐 본질적으로 동일한 집단으로 평가할 수 있다.”

왜 이런 시각을 가지게 된 것일까? 이 판결이 취하는 기본입장은 피부양자제도를 설명함에 있어서 “시대상황의 변화에 따라 사회보장 차원에서 보호의 대상이 되어야 할 생활공동체 개념이 기존의 가족 개념과 달라지고 있다는 점을 고려”한다는 부분에 잘 나타나 있다.<sup>20)</sup> 즉 기존의 가족 개념과

17) 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2010, 278면.

18) 한수웅, 『헌법학』, 법문사, 2015, 1059면. 그래서 한교수는 당사자의 자유의사의 합치, 법질서에 의한 형식화된 결혼(법적인 혼인), ‘남성과 여성의 공동체’ 및 ‘원칙적으로 평생 지속되는 혼인기간’이 헌법에 의하여 보장되는 혼인의 기본구조에 속한다고 본다. 한수웅, 위의 책, 1059면.

19) 헌재 2014.7.24. 2011헌바275.



달라지는 생활공동체 개념이 등장하고 있음을 강조하고 있는 것이다.

이와 관련하여 오늘날 전통적인 가족 개념의 테두리를 흐릿하게 만들려는 의도로 사용하는 이른바 ‘다양한 가족’ 개념을 주목할 필요가 있다. 이는 종래 혼인이나 혈통에 의하여 정의되던 전통적 가족에 대항하기 위하여 의도적으로 사용되는 하나의 ‘항의적’ 개념이며, 또한 가족 유형의 범주를 새롭게 규정한다는 점에서 하나의 ‘집합’ 개념이라 할 수 있다.

세계적인 추세와 더불어 한국에서도 단기간에 걸친 산업화, 도시화, 서구화의 영향으로 가족에 대한 인식이 변화하였다. 특히 개인주의적 가치관의 변화, 가족구조의 축소 및 변화, 성역할의 변화, 여성의 사회활동 증대 등이 가족변화의 주요 요인으로 설명되고 있다.<sup>21)</sup> 이러한 가족변화는 한부모가족, 재혼가족, 조손가족, 다문화가족 등 다양한 유형의 인적 구성으로 나타났다. 이에 더 나아가 가족유형을 탈근대적 측면에서 파악하려는 입장에서는 미혼독신가족, 동거가족, 공동체가족 뿐 아니라 동성애가족도 가족의 한 유형으로 본다.<sup>22)</sup> 다른 어떤 것보다도 동성애가족, 즉 동성결합은 전통적 가족 개념을 정면으로 부정한다.

이처럼 다양한 가족은 그 자체가 불명확하며 폭넓은 확장성이 있다. 다양한 가족 개념은 동성결합을 가족의 한 유형으로 포섭함으로써 전통적인 가족 개념을 전제로 한 법체계의 근간을 흔들고 있다.

## (2) 동성결합의 전거로서 욕야카르타 지침

이를 잘 보여주는 것이 바로 욕야카르타 지침(Yogyakarta Principles)이다. 동성애자, 트랜스젠더 등의 마그나 카르타로 불리는 욕야카르타 지침<sup>23)</sup>은 가족과 관련하여 제24지침을 두고 있다. 이 지침은 다양한 가족 형태가 인정되기 위한 전제를 밝히며, 다양한 가족 형태의 법적 수용에 따라 어떠한 요구가 권리로 주장될 수 있는가를 보여준다.

20) 동성애주의자들도 이 판결의 부분을 중시하고 있다. 김순남, “사회권과 삶의 결정권을 구축하기 위한 가족을 구성할 권리-더 포괄적이고 더 근본적인 변화를 만들기 위해”, 「동성부부 건강보험 피부양자 자격 인정 2심 판결 의미와 향후 입법과제 모색 토론회」 자료집, 21면.

21) 김승권 외, 『다양한 가족의 출현과 사회적 지원체계 구축방안』, 연구보고서 2004-13, 한국보건사회연구원, 2004.136-182면. 이 연구에서는 가족변화에 영향을 준 요인으로 크게 가치관적 요인, 사회적 요인, 인구학적 요인, 개인적 및 가족 요인 네 가지를 들고 있다.

22) 김승권 외, 위 연구보고서, 328-332면.

23) 동성애자와 젠더전환자에 대한 보호를 강조하는 욕야카르타 지침은 정치혁명에서 문화혁명으로 초점을 옮긴 문화마르크시즘에 기초하고 있다. 문화마르크시즘은 종래 서구 사회질서의 근간이었던 성규범과 가족제도를 근본적으로 무너뜨리려고 한다. 욕야카르타 지침에 대한 비판으로는 음선필, “욕야카르타 원칙에 대한 비판적 고찰”, 『홍익법학』, 제20권 제4호, 2019, 119-154면.

<제24지침: 가족을 형성할 권리>

누구나 성적 지향이나 젠더 정체성에 관계없이 가족을 형성할 권리가 있다. 가족은 다양한 형태로 존재한다. 어떠한 가족도 각 구성원의 성적 지향 또는 젠더 정체성에 따라 차별을 받아서는 아니 된다.

국가는

A. 성적 지향 또는 젠더 정체성에 따른 차별 없이 가족을 형성할 권리를 보장하기 위해, 입양이나 보조 생식(인공수정 포함) 등을 포함하여, 필요한 모든 입법, 행정 및 기타 조치를 취하여야 한다.

B. 혈통이나 혼인에 의해 정의되지 않는 가족을 포함하여 다양한 가족 형태(the diversity of family forms)를 법과 정책으로 인정하여야 하며, 가족 관련 사회복지 및 기타 공적 연금, 고용, 이민과 관련하여 어떠한 가족도 각 구성원의 성적 지향이나 젠더 정체성에 따라 차별을 받지 않도록 하기 위해 필요한 모든 입법, 행정 및 기타 조치를 취하여야 한다.

C. D. (생략)

E. 동성결혼이나 동성 간 동반자등록제도를 인정하는 국가에서는 이성 배우자나 동반자가 누리는 모든 자격, 특권, 의무나 혜택이 동성 배우자나 동반자에게도 동등하게 허용되도록 필요한 모든 입법, 행정 및 기타 조치를 취하여야 한다.

F. 이성 비혼 동반자(unmarried partners)가 누리는 모든 자격, 특권, 의무나 혜택이 동성 동반자에게도 동등하게 허용되도록 필요한 모든 입법, 행정 및 기타 조치를 취하여야 한다.

G. 결혼 및 기타 법적으로 인정된 파트너십은 배우자 또는 파트너가 되고자 하는 자의 자유롭고 완전한 동의를 얻는 것만으로 시작할 수 있도록 필요한 모든 입법, 행정 및 기타 조치를 취하여야 한다.

동성결합을 가족의 한 유형으로 포함하는 다양한 가족 개념은 그 전제로 「가족을 형성할 권리」를 상정하고 있다.

다양한 가족 개념은, 비록 전통적 가족에 해당하지 않더라도 가족이라는 범주 속에 모든 공동생활 형태가 포함되기 때문에, “가족 형태를 이유로” 차별하지 말 것을 요구한다. 즉 차별금지사유로 가족 형태를 내세우며, 그 차별금지영역을 광범위하게 설정하고자 한다. 역사적으로 보더라도, 다양한 가족 개념은 일차적으로 차별금지 차원에서 주창되었다. 그래서 다양한 가족 형태(the diversity of family forms)를 법과 정책으로 인정하며, 가족 관련 사회복지 및 기타 공적 연금, 고용, 이민과 관련하여 어떠한 가족도 각 구성원의 성적 지향이나 젠더 정체성에 따라 차별을 받지 않도록 할 것을 요구한다(B).

나아가 다양한 가족 개념은 차별금지 이상으로, 가족 형태의 차이에도 불구하고, 동등한 대우를 요구한다. 여기서 동등한 대우는 적극적 측면을 지니고 있다. 그래서 ‘동성결혼’이나 ‘동성 동반자’ 나아가 ‘비혼 동성 동반자’에게도 이성커플이 누리는 모든 자격, 특권, 의무나 혜택이 동등하게

허용될 것을 요구한다(E, F).

이처럼 다양한 가족 개념은 자연스럽게 가족 개념의 확장을 포함할 것인바, 이는 사실혼, 혼인의사 없는 비혼동거, 나아가 사실상 중혼이나 동성결합(동성결혼, 동성동반자 등)의 허용으로 이어지게 될 것이다.

### (3) 우리 법체계에서 사실혼과 동성결합은 동등하지 않다

우리 법체계에서 사실혼과 동성결합은 결코 동일한 범주에 포함되지 아니한다. 우리 법체계에서 예외적으로 사실혼을 보호대상으로 보는 경우에도 사실혼은 양성결혼과 1부1처제를 거스릴 수 없다. 그렇지 않다면 우리 법체계에서 보호받을 수 없기 때문이다. 법률혼주의를 유지하기 위하여 사실혼이 법률혼에 비하여 가족관계의 권리의무가 제한적으로 적용되기는 하나, 기본적으로 가족생활이 동등하게 유지된다는 점에서 국가적 보호의 대상이 된다. 사실혼 상태의 가족관계는 혼인신고의 형식적 요건을 갖추거나 친생자 인지제도에 의하여 언제든지 법률혼 상태로 전환될 수 있다.

반면에 동성결합은 우리 헌법상 혼인조항이 예정한 바가 아니다. 동성결합에 대한 종교적·도덕적 판단은 별론으로 하더라도, 또한 동성결합이 개인의 사적인 영역에 속한다는 사실은 별론으로 하더라도, 동성결합이 법체계상 국가적 지원과 보호의 대상이 될 수 없음을 분명하다. 왜냐하면 동성결합은 가족생활에 대한 헌법적(기대)가치인 사회·국가의 존속과 발전을 위한 사회구성원의 지속적인 재생산, 사회구성원으로 육성하기 위한 자녀의 보호·양육, 도덕적으로 수용할 수 없는 성행위의 규제 등과는 거리가 멀기 때문이다.

이와 관련하여 동성결합으로 파생되는 현실적 문제를 직시하여야 한다. 인위적 가족형성권을 충족하기 위해 동원되는 보조생식술이나 대리모의 윤리적 문제점<sup>24)</sup>, 동성결합에 입양된 자녀가 겪는 권리침해의 법적 문제점<sup>25)</sup>, 동성간 성행위에 따른 보건의학적 문제점<sup>26)</sup>을 명확히 알아야 한다. 단지 법률적 관점에서 사실혼 배우자와 동성커플의 권리·의무가 별로 다르지 않다는 이유로 또는 경제적 관점에서 공히 생활공동체를 영위한다는 이유로 양자를 동일한 집단으로 보는 것은 부분적인 이해에 불과함을 알아야 한다. 종교규범 및 도덕규범의 관점은 별론으로 하더라도 윤리학적·가족학적·아동학적·의학적 관점에서 볼 때, 사실혼 배우자 집단과 동성결합 상대방 집단은 본질적으로 동일하지 않음을 알아야 한다.

## 4. 소결

24) 명재진, “건강가정기본법 개정논의에 대한 헌법적 고찰”, 『교회와 법』, 제8권 제1호, 2021, 133면.

25) 자세히는 케이티 파우스트/스테이시 매닝(하선희 역), 『아이들은 정말 괜찮을까?』, 콜슨, 2021.

26) 자세히는 김지연, 『덜으려는 자 펼치려는 자: 동성애, homo+sexuality 그것을 덮고 있는 장막에 대한 이야기』, 사람, 2019; 민성길, “인권, 차별금지법 그리고 LGBT의학”, 『육아카르타 원칙의 위험성과 부당성』 (2020.11.24. 복음법률가회 주최 세미나 자료집)

오늘날 다양한 형태의 생활공동체가 등장함에 따라 이에 대한 적절한 국가적 보호와 지원이 필요하다고 하더라도, 이를 모두 가족의 유형으로 보는 것은 결코 합당치 않다. 무엇보다도 동성결합은 헌법상 혼인조항이 예정한 바가 아니다. 혼인 및 가족제도를 보호하는 헌법조항의 취지에 비춰볼 때, 동성결합과 남녀 간 결합이 결코 동등한 가치를 갖는 것이 아니다.

헌법 제11조의 평등원칙은 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게 취급함을 금지하는 것인데, 동성 간의 결합이 남녀 간의 결합 즉 혼인과 본질적으로 같다고 볼 수는 없으므로, 양자를 구분하여 달리 취급하는 것이 헌법상 평등원칙에 위배되거나 평등권을 침해한다고 볼 수 없다.

그런 점에서 “비교집단인 사실혼 배우자 집단과 동성결합 상대방 집단은, 그들이 ‘성적 지향(性的指向, sexual orientation)에 따라 선택한 생활공동체의 상대방인 직장가입자가 그들과 이성(異性)인지 동성(同性)인지만 달리할 뿐, 본질적으로 동일한 집단으로 평가할 수 있다.”고 판단한 제2심 판결은 전적으로 그릇된 것이다. 국가적 보호대상으로서 이성 간 결합과 동성 간 결합은 본질적으로 동일하지 않기 때문이다.

## V. 맺는 말

### 1. 이 판결의 기본시각에 대한 평가

이 판결은 국민건강보험의 피부양자제도가 근본적으로 의료보험을 통한 가족공동체의 건강한 존속이라기보다는 주로 경제적 이유로 한 건강보험의 수급권의 보장이라고 보는 관점에서 출발한다. 그리고 사회보장 차원에서 보호의 대상이 되는 생활공동체 개념이 기존의 가족 개념과 달라지고 있음을 강조하면서 사실혼 배우자와 동성커플이 동등한 지위에 있다고 보는 시야를 취하고 있다. 그래서 동성커플에 대해 피부양자 자격을 인정하지 않는 것이 평등원칙에 위배하는 것으로 보았다.

그런데 이 판결의 기본시각의 배경에는 성적 지향을 이유로 한 차별은 금지되어야 한다는 신념이 자리잡고 있음을 알아야 한다. 그리고 그 전제로 “성적 지향은 선택이 아닌 타고난 본성”이라는 인식을 가지고 있다. 그러나 이 전제는 과학적 검증을 필요로 한다. 오늘날 성적 지향이 타고난 본성이라는 주장은 이미 많은 과학적 검증에 의하여 사실상 폐기된 것이다.<sup>27)</sup> 그럼에도 불구하고 이를 법적 논증에서 당연한 전제로 간주하는 것은 대단히 비논리적이다.

사실혼이 남녀 간 결합으로서 혼인의 범주에 포함됨에도 불구하고, 사실혼을 동성결합과 법적으로 동등한 것으로 파악하는 것은 우리 헌법에서 혼인 및 가족생활을 국가적 보호대상으로 삼은 이유에 대한 이해의 부족에 기인한다고 본다. 이러한 인식은 우리 헌법 아닌 욕아카르타 지침에 더 충실하려

27) 예컨대 김원평·민성길·류현모, 『동성애는 유전이 아니다: 동성애와 젠더에 대한 오해와 진실』, 국민일보, 2022; 김원평 외, 『동성애 과연 타고나는 것일까? 동성애 유발요인에 대한 과학적 탐구』, 라온누리, 2014.

는 태도에 기인한 것이라고 본다.

## 2. 또다시 촉발된 입법전쟁

동성커플을 국민건강보험의 피부양자로 인정하라는 소송은 철저히 기획된 소송이다. 단지 건강보험료 부담을 해소하려는 경제적 문제가 아니다. 동성결합의 합법화로 이어지는 우회로를 확보하기 위해 사법부의 판결을 얻어내고, 나아가 다른 영역에서 이와 유사한 사례를 축적함으로써 장차 거부할 수 없는 입법 명분을 쌓으려는 것이다. 조만간 시민동반자(생활동반자)법이나 차별금지법 제정 운동이 더욱 거세질 것이며, 건강가정기본법을 더 강력하게 흔들어야 할 것이다.

그러나 주지하다시피 헌법과 법률을 포함한 법체계에서 가족 개념은 사회적 합의의 산물이다.<sup>28)</sup> 가족생활이 국가 보호를 받는 것은 그만큼 중요성이 있다고 보는 사회적 합의 때문이다. 따라서 법적 제도로서 가족은 일시적이거나 부분적으로 영위되는 공동생활 형태와는 구별되어야 한다.

오늘날 사회적, 경제적, 문화적 이유로 다양한 공동생활체가 등장하고 이에 대하여 적절한 법적 보호와 지원이 필요한 것은 사실이다. 그래서 필요하다면 가족에 준하여 국가 보호와 지원이 필요한 생활형태를 인정할 수 있다. 하지만, 이는 반드시 사회적 합의에 기초하여야 한다.

### [참고문헌]

권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2010.

길원평 외, 『동성애 과연 타고나는 것일까? 동성애 유발요인에 대한 과학적 탐구』, 라온누리, 2014.

길원평·민성길·류현모, 『동성애는 유전이 아니다: 동성애와 젠더에 대한 오해와 진실』, 국민일보, 2022.

김순남, “사회권과 삶의 결정권을 구축하기 위한 가족을 구성할 권리-더 포괄적이고 더 근본적인 변화를 만들기 위해”, 「동성부부 건강보험 피부양자 자격 인정 2심 판결 의미와 향후 입법과제 모색 토론회」(2023.3.9.(목), 국회의원회관 대회의실) 자료집.

김승권 외, 『다양한 가족의 출현과 사회적 지원체계 구축방안』, 연구보고서 2004-13, 한국보건사회연구원, 2004.

---

28) 국가마다 동성결합의 법적 수용은 다르다. 혼인제도는 각 국가의 역사적·사회적·문화적 산물인바, 동성결합의 인정 여부는 사회적 합의에 따라 결정될 일로서 개별 국가의 입법사항이다.

- 김지연, 『덮으려는 자 펼치려는 자: 동성애, homo+sexuality 그것을 덮고 있는 장막에 대한 이야기』, 사람, 2019.
- 명재진, “건강가정기본법 개정논의에 대한 헌법적 고찰”, 『교회와 법』, 제8권 제1호, 2021,.
- 민성길, “인권, 차별금지법 그리고 LGBT의학”, 『욕아카르타 원칙의 위험성과 부당성』(2020.11.24. 복음법률가회 주최 세미나 자료집).
- 음선필, “욕아카르타 원칙에 대한 비판적 고찰”, 『홍익법학』, 제20권 제4호, 2019.
- 케이티 파우스트/스테이시 매닝(하선희 역), 『아이들은 정말 괜찮을까?』, 콜슨, 2021.
- 한수웅, 『헌법학』, 법문사, 2015.