

# 동성애와 법학



## 한국 헌법은 동성결혼을 거부한다

### 동성결혼의 위험한 결과들

인류가 이 땅에 존재한 이래, 최초의 제도는 결혼이었다. 결혼은 가족제도 및 친족제도의 시발점(始發點)이 된다. 결혼은 개인의 삶을 온전하게 하고 가족공동체를 형성하며 나아가 국가의 존속을 가능하게 한다. 그래서 국가의 강력한 보호 대상이 되어 왔다. 오랜 기간에 걸쳐 결혼에 관한 분명한 법원칙과 법질서가 확립된 것은 자연스러운 일이었다. 결혼에 관한 가장 중요한 원칙으로 일부일처제(一夫一妻制)를 들 수 있다. 이것이 가족공동체 모두의 평화와 행복을

위한 가장 기본적인 전제임은 인류 역사를 통하여 확증된 사실이다.

오늘날 결혼제도에 대한 강력한 도전 가운데 가장 위협적인 것이 바로 ‘동성결혼 합법화’ 주장이다. 동성간 결합을 법적 보호의 대상이 되는 결혼의 한 유형으로 인정하자는 것이다. 그런데 동성애에 대하여 사실상 묵인의 태도를 취하는 사람들조차도 동성결혼에 대하여는 보다 엄격한 입장을 취하는 편이다. 왜냐하면 동성결혼이 동성애보다 더 위험한 결과를 초래함을 잘 알기 때문이다. 동성결혼은 전통적으로 보호 대상이 되었던



● 음선필 교수

서울대에서 법학박사학위를 취득하였고, 한국입법학회 회장, 한국헌법학회 부회장, 한국공법학회 부회장을 역임하였다. 현재 홍익대 법대 학장으로 봉직하면서 중앙선거관리위원회 선거전문위원, 국회 입법지원위원으로 있다.

남녀 간 결혼제도를 부정할 뿐 아니라, 경우에 따라서는 양성애의 허용을 통하여 1+1+1, 2+1, 2+2 등의 결합도 가능하다고 주장한다. 이는 전통적인 일부일처제에 대한 심각한 도전을 의미한다.

동성결혼에 수반되는 문제는 동성커플에게만 국한되지 않는다. 동성커플에게 입양권을 인정하는 경우, 입양된 아동에게는 부모로부터 균형 있게 양육 받을 권리가 심각하게 침해될 위험성이 있다. 나아가 동성커플에게 대리출산을 허용하는 경우, 근친상간의 개념조차도 부정되는 결과가 나타날 수 있다. 2019년 4월, 미국 네브래스카주 오마하에 사는 어느 60대 여성이 스스로 아들의 대리모가 되어 아들의 딸, 즉 자신의 손녀를 직접 출산한 일이 발생하였다. 아들 동성커플의 여동생이 제공한 난자와 아들의 정자를 인공수정하게 한 후 이를 자신이 임신하여 출산한 것이다. 이렇게 태어난 아이에게 어머니는 도대체 누구인가? 지금까지 인류에게 자연스럽고 친숙하였던 가족 및 친족의 개념이 전적으로 부정되는 상황이 출현한 것이다.

이처럼, 개인의 자유라는 명분으로 주장되는 동성결혼의 이면(裏面)에는 전통적인 가족제도와 친족제도의 근본적인 해체라는 치명적인 사실이 숨겨져 있다. 문제는, 이러한 결과를 의도하고 있는 동성결혼의 합법화가 의기양양하게(?) 전 세계적으로 진행되고 있다는 사실이다.

1 <https://www.bbc.com/korean/news-47796918>.

## 동성결혼 허용을 둘러싼 세계적 논의

오늘날 동성 간 결합을 법 테두리 안에서 보호 대상이 되는 결혼으로 인정할 것인가를 둘러싸고 전 세계적으로 다양한 논의가 이뤄지고 있다. 2000년 12월 세계 최초로 네덜란드가 동성결혼을 합법화한 이래, 유럽과 아메리카 등에서 여러 차례 합법화가 이뤄졌다. 2019년 4월 현재, 24개 국가가 동성결혼을 일반적으로 허용하는 법률을 제정하였다.<sup>2</sup> 이러한 추세는 2010년 이후에 더욱 두드러졌다.

동성결혼의 합법화가 이뤄진 계기는 사법부의 판결, 의회의 입법 또는 국민투표이다. 법원 판결에 의하여 동성결혼이 허용된 대표적인 사례가 미국이다. 미국에서는 오랜 기간에 걸쳐 동성결혼에 관한 연방대법원 판결이 내려졌다. 최근 대표적인 판결로는 남녀 간 결합만을 혼인으로 인정한 혼인보호법(The Defence of Marriage Act, DOMA) 제3조가 위헌이라고 판단한 미국 대 원저(United States v. Windsor, 2013) 판결과, 각 주는 동성결혼을 금지할 수 없다고 판단한 오버거펠 대 호지스(Obergefell v. Hodges, 2015) 판결이 있다. 2017년 5월, 대만 사법부도 아시아 최초로 동성결혼을 허용하는 판결을 내렸다.<sup>3</sup> 한편 국민투표에 의

2 24개 국가 외에 스코틀랜드와 그린란드를 포함하면 26개이다. 이 중 19개가 2010년 이후 동성애를 합법화하였다. <http://www.pewforum.org/2017/08/08/gay-marriage-around-the-world-2013/> (2019. 4. 20. 검색)

3 그런데 이 판결에 반대하는 국민들의 요구에 따라, 동성도 이성과 평등하게 결혼이라는 권리를 누릴 수 있어야 한다는 '동성평권(同性平權)'에 대한 국민투표가 2018년 11월 24일 실시되었다. 이 국민투표에서 민법 개정을 통한 동성결혼의 허용이 부결되었다. 그러나 2017년 5월 24일 대만의 헌법재판소인 사법원이 '남성과 여성 사이에서만 혼인이 가능하도록 규정한 현행 민법은 인간의 자유와 평등

하여 동성결혼을 수용한 나라는 아일랜드이다(2015. 5. 22.). 나머지 대다수 국가는 의회 입법에 의하여 동성결혼을 합법화하였다.

동성결혼 허용 여부를 판단하는 방식 중에 가장 논란이 되는 것이 사법부 판결이다. 왜냐하면 민주적 정당성이 결여된 극소수 법관이 매우 민감한 도덕적 쟁점인 동성결혼의 허용을 결정하고, 이에 대하여 규범적 효력을 인정하기 때문이다. 동성결혼의 허용을 초래한 2015년 미국 연방대법원의 오버게펠 대 호지스(Obergefell v. Hodges) 판결에서도 이러한 문제점이 중요한 논점이었다. 간단히 말해서, 입법부가 판단해야 할 사항을 왜 사법부가 판단하느냐가 위 판결 소수(반대)의견의 핵심주장이었다. 이러한 이유 때문에 동성결혼 지지자들은 힘들고 어려운 입법과정을 거치기보다 사법부 재판절차를 활용하여 자신들의 목적을 달성하려는 전략을 취하기도 한다.

### 한국에서 동성결혼 합법화를 위한 시도들

한국에서 동성결혼 합법화 논쟁을 본격적으로 촉발하게 된 사건은 2013년 어느 영화감독 동성커플의 혼인신고 거부 사건이었다. 이들은 동년 9월 서울 청계천에서 야외결혼식을 하고 12월에 서대문구청에 혼인신고서를 제출하였다. 예상대로(?) 혼인신고서가 수리되지 않자, 이들은 법원에 소송을 제기하였

다. 그러나 법원은 “헌법이나 민법 등 관련법에서 명문으로 혼인이 남녀 간의 결합이라고 규정하지는 않았지만, 혼인은 ‘남녀의 애정을 바탕으로 하는 결합’이라고 해석된다.”고 보아, 이를 받아들이지 않았다.

이러한 배경 가운데 헌법개정을 통하여 동성결혼을 허용하자는 주장들이 더욱 강하게 제기되었다. 2014년 국회 헌법개정자문위 안(제16조 제2항)과 2016년 대화문화아카데미 새헌법안(제38조 제1항)은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 성평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.”라고 규정하고 있다. 성평등은 양성평등 이상으로 다양한 성적 지향을 가진 자들의 평등을 포함하고 있기 때문에, 동조항들은 동성결혼을 허용하는 훌륭한(?) 근거가 될 수 있다.

2018년 국회헌법개정특별위원회 자문위원회 보고서의 조문시안 제15조 제3항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.”라고 하여 ‘양성평등’을 ‘평등’으로 변경하였다. 또한 국가인권위원회 개헌안 제32조 제1항은 “모든 사람은 존엄과 평등에 기초하여 혼인하고 가족을 구성할 권리가 있다. 혼인과 가족은 국가의 특별한 보호를 받는다.”라고 하여, 혼인의 주체를 남녀(양성)가 아닌 “모든 사람”으로 변경하고, 사람들의 “평등”에 기초하여 혼인이 성립됨을 규정하고 있다. 그리고 이러한 혼인은 국가의 특별한 보호를 받음을 강조하고 있다. 이는 남녀 양성의 평등한 혼인만이 아니라, 동성 간의 평

권을 침해한다.’는 결정을 내리면서 ‘동성 혼인을 할 수 있는 법적 근거를 2년 안에 만들라’고 결정했기 때문에, 특별법 제정 등 다른 방법을 찾을 것으로 보인다.

등한 혼인을 당당히 인정하는 것이다. 이처럼 인권위 개헌안은 동성애자 등 성소수자들을 위한 성평등 보장의 결정판이라 할 수 있는 동성결혼을 분명히 보장하고 있다.

이처럼 헌법개정을 통하여 동성결혼을 수용하려는 시도, 즉 동성결혼의 헌법화 (constitutionalization)는 세계적으로 그 유례가 없을 정도로 대담한(?) 시도라고 할 것이다.

한편, 법률 차원에서 동성결혼을 수용하려는 시도가 이뤄지기도 한다. 예컨대 양성평등을 명문으로 내세운 건강가정기본법을 개정하여 ‘양성평등’이라는 용어를 ‘평등’으로 대체하고, 가족형태의 다양성을 강조하며, 사실혼을 가족 형성의 사유로 명시함으로써 동성결혼 허용의 해석론적 근거를 마련하려고 한다. 그러나 이러한 시도에 대하여 한국 헌법은 동성결혼을 거부하는 명백한 입장을 취하고 있다고 본다.

### 동성결혼에 대한 한국 헌법의 입장

결혼 및 가족생활은 사회와 국가의 발전을 위한 공적 기능을 수행하고 있다. 가족생활의 터전인 가정은 사회의 존속과 발전을 위해 사회구성원을 지속적으로 재생산하고, 자녀를 보호·양육하여 사회구성원으로 육성하며, 근친상간이나 혼외 성관계를 금지함으로써 반사회적인 성행위를 규제하고, 구성원의 경제적 수요를 해결하며, 구성원들의 정서적

만족을 충족시킨다. 따라서 각 국가와 사회는 오랜 역사를 통하여 결혼 및 가족생활을 제도화하여 특별한 보호의 대상으로 삼아왔다.

이러한 제도적 요청은 국제인권법으로도 확인되었다. 양차대전으로 인구의 감소와 인간의 존엄성 파괴를 겪은 인류는 국제인권법의 시발점이 된 세계인권선언에서 한 남자와 한 여자의 결합을 전제로 하는 ‘자연적 가족’ 보호의 중요성을 명시하였다. 세계인권선언 제 16조 (3)항은, “가족은 사회의 자연적이며 기초적인 구성단위(natural and fundamental group unit of society)이며, 사회와 국가의 보호를 받을 권리를 가진다.”고 규정하고 있다.

한국 헌법도 혼인 및 가족생활의 공적 역할에 대한 합리적 판단에 근거하여, 혼인이 남자와 여자의 결합이라는 인식을 견고하게 유지하여 왔다. 1948년헌법 제20조는 “혼인은 남녀동권을 기본으로 하며 혼인의 순결과 가족의 건강은 국가의 특별한 보호를 받는다.”라고 규정하였으며, 1980년헌법 제34조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 한다.”라고 규정하였다. 이를 이어받아 현행 1987년헌법 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.”라고 규정하고 있다.<sup>4</sup>

4 일본국헌법 제24조도 이와 동일한 입장에 있다. “① 혼인은 양성의 합의에 의해서만 성립하고 부부가 동등한 권리를 가지는 것을 기본으로 하여 상호협력에 의하여 유지되어야 한다. ② 배우자의 선택, 재산권, 상속, 주거의 선정, 이혼과 혼인 및 가족에 관한 그 밖의 사항에 관해서 법률은 개인의 존엄과 양성의 본질적 평등

이에 따라 헌법재판소는, 헌법 제36조 제1항은 인간의 존엄과 양성의 평등이 가족생활에서도 보장되어야 한다는 요청에서 기본권의 성격을 갖는 동시에 혼인과 가족생활에 관한 제도적 보장을 역시 규정한다고 판단하였다(헌재 2002. 3. 28. 2000헌바53; 헌재 2011. 2. 24. 2009헌바89등 참조). 그리고 제도보장으로서의 혼인은 일반적인 법에 의한 폐지나 제도 본질의 침해를 금지한다는 의미의 최소보장의 원칙이 적용되는 대상으로서 혼인 제도의 규범적 핵심을 의미하고(헌재 1994. 4. 28. 91헌바15등), 여기에는 당연히 일부 일처제가 포함된다고 판단한 바 있다(헌재 2014. 7. 24. 2011헌바275).

한편, 헌법 제36조 제1항이 존엄과 양성의 평등을 강조하는 것은 혼인과 가족관계에서 종래의 가부장적이고 봉건적인 질서를 용인하지 않겠다는 의미이지, 혼인관계를 양성 간에만 한정하는 의도를 가진 것으로 보기는 어렵다는 견해가 있다. 이에 따르면, 현행법상 혼인 상대를 선택할 권리에 대해서 법적으로 규율하고 있지 않기 때문에, 동성결혼도 가능하다고 본다. 이 논리에 따르면, 동성결혼을 허용하기 위해 굳이 개헌할 필요가 없게 된다.

과연 이러한 해석이 타당한가? 1948년헌법에서 ‘혼인이 남녀동권을 기본으로 함’을 규정한 것은 당시 동성결혼의 존재를 인식하지 않았기 때문이라고 보는 이 견해는 단순한 추측에 근거하고 있다. 만약 1948년헌법 제정

당시 동성결혼의 존재를 알았다더라면, 당시 국민의 법의식을 고려할 때, 이를 더 확실하게 배척하였으리라고 믿는다. 또한 “양성의 평등을 기초로 성립”되는 혼인에서 그 주체가 남성과 여성이라는 지극히 상식적인 이해를 의도적으로 거부하는 이러한 견해는 도저히 받아들일 수 없다고 하겠다.<sup>5</sup>

### 헌법상 혼인조항의 본질과 동성결혼

동성결혼 허용 여부는 개인의 자유 관점에서만 바라볼 것이 아니라, 혼인 및 가족제도의 헌법상 가치(공익적 관점), 인간으로서의 존엄 및 가치(인권 존중의 관점)의 측면에서도 볼 수 있어야 한다.

남녀 간 애정관계의 형성 및 유지가 개인적 차원의 관심사라고 한다면, 남녀의 결합으로서 혼인은 사회적 차원의 관심사라고 할 것이다. 혼인은 자연스럽게 임신·출산·양육을 통하여 부모로서의 본성을 함양하고, 가족공동체를 형성하며 나아가 국가를 존속시킨다. 그래서 혼인은 헌법적 보호의 대상이 된다.

이러한 점에서 볼 때, 동성결혼은 헌법의 혼인조항이 예정한 바가 아니다. 동성 간 결합을 일반적 행동자유권, 성적 자기결정권, 생활의 자유 등에 근거하여 주장하기도 하나,

5 동성결혼을 인정하는 입장은 대다수 국민의 의사와 명백히 배치(背馳)하는 것이다. 2017년 실시된 여론조사에 의하면, 대다수 국민은 동성결혼을 부정적으로 인식하고 있다. 2017. 5. 30~6. 1에 걸친 한국갤럽의 동성결혼, 동성애에 대한 여론조사에 의하면, 찬성 34%, 반대 58%, 모름/응답 없음 8%였다. [http://www.gallup.co.kr/gallupdb/report\\_Content.asp?seqNo=837](http://www.gallup.co.kr/gallupdb/report_Content.asp?seqNo=837) (2017. 8. 30. 검색)

에 입각하여 제정되어야 한다.”

동성간 결합은 결코 헌법상 혼인조항으로 보호되는 대상이 아니다. 유럽인권재판소(The European Court of Human Rights)는 동성애자 결합이 유럽인권협약의 혼인할 권리에 포함되지 않으며, 이를 허용하지 않는 것이 사생활 및 가족생활의 존중받을 권리, 혼인하고 가족을 구성할 권리에 위배되지 않는다고 판시한 바 있다(2016. 6. 9.).<sup>6</sup>

혼인 및 가족제도를 보호하는 혼인조항의 본질에 비춰볼 때, 동성결혼과 남녀 간 혼인은 매우 다른 가치를 가진다. 미국에서 동성애자들이 동성결혼에 이르는 중요한 이유로 사랑, 반려자 의식 등을 들기도 하지만, 일반적인 부부에 비하여 법적 보호와 혜택(legal rights and benefits)에 대한 기대감이 두 배나 많다는 점은 동성결혼의 실제적인 동기가 무엇인가를 보여준다.<sup>7</sup> 미국 동성애자 대부분은 경제력이 약한 남자 동성애자들인바, 이들은 동성결혼을 유지함으로써 상속권, 입양권, 육아수당 등 사회보장제도에 따른 경제적 이익 등의 법적 보호와 혜택을 누리는 것에 큰 기대를 갖는다고 한다.<sup>8</sup> 따라서 동성결혼을 남녀 간 혼인과 달리 취급하여도, 이는 평등권을 침해하거나 평등원칙에 위배되

는 것은 아니라고 본다.<sup>9</sup>

### 세계사 기로(岐路)에 선 우리의 선택은?

오늘날 동성애를 허용하고 동성결혼을 인정하려는 움직임이 전 세계에서 일어나고 있다. 이런 시점에 동성결혼에 대해 분명한 입장을 취하는 것은, 우리가 원치 않음에도 불구하고, '세계사적 일'이 되고 있다. 종래 이른바 선진국들의 법제를 모방하였던 우리가 이러한 시대적 흐름에 따라가야 할 것인가, 아니면 우리의 도덕적 가치·이성적 판단에 따라 우리 자신의 길을 선택할 것인가라는 중대한 기로(岐路)에 서있다고 본다.<sup>10</sup>

현재의 선택을 지혜롭게 하기 위해서는, 미래의 시점에서 지금을 바라보며 어떠한 평가를 내릴 것인가라는 '사후 소급적인(ex post facto)' 사고(思考)를 취할 필요가 있다. 그런 점에서, 지금 동성결혼에 관한 우리의 선택이 과연 지혜로운 것이었다고 훗날 후손들이 판단할 것인가를 항상 자문해보아야 할 것이다.

6 <https://eclj.org/marriage/the-echr-unanimously-confirms-the-non-existence-of-a-right-to-gay-marriage> (2019. 4. 20. 검색). 이 판결은 동성애자의 결합에 관한 기존의 판결을 다시 확정하는 의미를 지닌 것으로 평가되고 있다.

7 David Masci et al, 5 facts about same-sex marriage(<http://www.pewresearch.org/fact-tank/2017/06/26/same-sex-marriage/>), p.3.

8 동성결혼을 통하여 얻게 될 법적 혜택에 관한 설명으로는 <https://www.liveabout.com/the-benefits-of-gay-marriage-1411846> (2019. 4. 20. 검색)

9 미국의 판결들은, 동성결혼을 인정하지 않는 것이 '성별' 또는 '성적 지향'을 이유로 한 차별이므로 평등권을 침해하거나 평등원칙에 위배된다고 보았다. 그러나 이러한 논리가 우리에게는 그대로 들어맞지 않는다고 본다. 왜냐하면 미국의 헌법과 달리, 우리 헌법에는 혼인 및 가족생활의 기본권 및 제도적 보장을 규정하는 혼인조항이 있기 때문이다.

10 참고로, 형가리는 2011년 헌법개정을 통하여 결혼을 한 남자와 한 여자의 결합으로 명시하였다.