혼인신고 불수리처분에 대한 불복신청서

신청인 1. 김광수

2. 김승환

신청인들 주소 서울시 서대문구

신청인의 대리인 법무법인 덕수 담당변호사 이석태, 이민종

법무법인 지향 담당변호사 김진, 이상희, 이은우,
김수정, 류신환, 박갑주,
김주혜, 신장식

법무법인(유한)한결 담당변호사 조숙현, 이지선, 문건영,
강을영

법무법인 해마루 담당변호사 장영석

법무법인(유한) 제이피 담당변호사 이주언, 우은혜

법무법인 참 담당 변호사 이정선

변호사 염형국, 황필규, 차혜령, 박영아, 장서연, 윤지영

변호사 서선영, 조혜인, 김동현, 류민희, 한가람,
김재왕, 이종희

변호사 김차연, 김연주

변호사 김상훈, 이선경, 이혜정, 김종보, 천지선,
신윤경, 김영주, 김주경

인 지 액 :

송 달 료 :

2014. 5. 21.

서울서부지방법원 귀 중

[신청이유 목차]

1. 신청인들의 결혼, 혼인신고와 피신청인의 불수리처분 ·····2

2. 이 사건 신청의 의미 ·····5

3. 당사자들의 지위 및 신청의 개요 ·····10

가. 신청인들의 지위 ·····10

나. 피신청인의 지위 ·····10

다. 신청의 절차법적 근거 ·····11

라. 신청의 요지 ·····12

4. 우리 민법과 혼인 ·····12

가. 신청인들의 혼인신고에 대한 피신청인의 불수리 근거 ·····12

나. 혼인의 성립요건 ·····15

다. 혼인법상 혼인의 본질 ·····16

1) 이 사건 불수리 처분의 위법·부당함 ·····16

2) 성별특징적인 문언의 해석 ·····17

3) 혼인의 '사전적인' 정의 ·····18

4) 법률혼의 본질 ·····19

라. 소결 ·····22

5. 혼인에 대한 합헌적 해석 ·····23

가. 혼인의 자유와 평등 ·····23

1) 헌법 제36조 제1항의 의미와 연혁 ·····23

2) 혼인에서의 평등권과 차별금지 ·····28

3) 본질적인 차별대우의 존재 ·····30

가) 들어가며 ·····30

나) 민법상 배우자의 권리와 의무로부터 배제 ·····30

다) 사회보장 및 세제혜택에서의 차별 ·····32

라) 주택 마련 과정에서의 차별 및 가족결합권의 침해 ·····33

마) 사회적 낙인과 소수자 스트레스 ·····33

4) 이러한 차등대우와 차별을 정당화하는 사유가 있는지 ·····34

가) 들어가며 ·····34

나) 동성혼, 성적지향, 동성애 ·····34

다) 생물학적 재생산(biological procreation) ·····35

라) 동성혼이 사회에 미치는 영향 ·····36

마) 동성혼과 전통 ·····37

바) 동성혼과 종교 ·····40

나. 소결 ·····40

6. 성적지향과 동성애에 관한 과학적 사실 ·····40

가. 성적지향에 관한 개관 ·····41

1) 성적지향의 의의 ·····41

2) 성적지향과 성적정체성의 형성 ·····43
3) 특정한 성적지향을 가지게 되는 원인 ·····47
나. 동성애적 성적지향에 관한 검토 ·····49
1) 동성애자의 인구비율은 2%에서 10% 정도로 추정됨 ·····49
2) 동성애적 성적지향은 질병이거나 전염되는 것이 아님 ·····52
3) 성적지향을 변경하는 치료는 비과학적이고 오히려 위험함 ·····54
4) 동성애는 반자연적(unnatural)이지 않음 ·····56
5) 동성애는 후천성면역결핍증후군의 원인이 아님 ·····57
다. 소결 ·····60

7. 비교법·국제법적 근거 ·····60

8. 결론 ·····62

혼인신고 불수리처분에 대한 불복신청서

신청인 1. 김광수

겸사건본인 2. 김승환

신청인(들)주소 서울 서대문구

송달받을 장소

신청대리인 변호사 (별지 기재)

서울 서대문구 서소문로

전화 02)364-1210, 팩스 02)364-1209

전자우편 hope@hopeandlaw.org

피신청인 서울특별시 서대문구청장 문석진

신 청 취 지

피신청인은 신청인들이 2013. 12. 13. 한 혼인신고를 수리한다.

라는 결정을 구합니다.

신 청 이 유

1. 신청인들의 결혼, 혼인신고와 피신청인의 불수리처분

가. 신청인 김광수는 1965년 울산에서 태어나 서울에서 유년 시절과 학창 시절을 보냈습니다. 신청인 김승환은 1984년 경남 창원에서 태어나 고등학교까지 줄곧 창원에서 지내다가 대학교를 진학하는 20세 무렵부터 서울에서 살고 있습니다. 두 사람은 성적지향[1]면에서 이성보다는 동성에 대하여 성적 호감과 공감 그리고 친밀감을 가지고 있는 성소수자[2]들입니다. 신청인 김광수는 영화감독으로서 퀴어 영화를 꾸준히 연출하며 영화를 통해 성소수자에 대한 잘못된 편견을 바로잡고자 노력하는 일을 해 왔고, 신청인 김승환은 영화사 '레인보우팩토리'를 설립하여 퀴어 영화를 전문적으로 수입, 제작하여 배급하는 일을 해 왔습니다.

나. 서로 다른 환경에서 자란 두 사람은 2005년 2월 한국게이인권단체 '친구사이' 사무실에서 처음 만났고, 보자마자 곧 서로 호감을 느껴 친밀한 관계를 갖게 되었습니다. 이후 두 사람은 19살 차이에도 불구하고 서로에게 헌신적이었을 뿐만 아니라, 긴 교제기간 동안 상대가 힘든 일이 있을 때도 늘

---

1) 성적지향(sexual orientation)은 심리학적으로 남성, 여성, 또는 양성에 대한 지속적인 감정적, 애정적, 성적 이끌림을 의미합니다(윤가현, 『동성애의 심리학』, 학지사, 1997, 33-34쪽 참조). 또한 성적지향은 그러한 이끌림, 관련한 행동들, 그리고 그러한 이끌림을 공유하는 사람들의 공동체에 기반한 개인의 정체성이라는 의미로도 정의됩니다(미국심리학회American Psychological Association 개요서Fact Sheet "Answers to Your Questions For a Better Understanding of Sexual Orientation & Homosexuality", 1쪽 참조).

2) 성소수자(sexual minority) 개념은 주로 한국에서는 동성애자, 양성애자, 트랜스젠더 등 성적지향과 성별정체성 면에서 다수와 다른 특성을 가진 사람들을 의미합니다. 영어권을 비롯한 전세계적으로는 엘지비티(LGBT, 레즈비언·게이·양성애자·트랜스젠더, Lesbian·Gay·Bisexual·Transgender)라는 약자가 더 많이 쓰입니다.

그 자리를 지키며 신뢰를 쌓았습니다. 예를 들면 신청인 김광수가 영화일이 잘 풀리지 않아 지치거나 힘들 때, 반대로 신청인 김승환이 가족들에게 이른바 자신의 성적지향[3]을 드러내는 '커밍아웃'의 어려운 과정을 겪을 때, 서로 힘이 되어주었습니다.

다. 이런 과정을 거쳐 두 사람은 서로가 하는 일에서나 상호 교제의 면에서 주변의 친구나 동료들뿐만 아니라 가족들에게도 폭 넓은 지지와 이해를 받아 왔습니다. 처음 커밍아웃을 하던 당시에는 어느 성소수자나 그렇듯이 사회적 선입견 때문에 어려움을 겪었지만 이 둘은 서두르지 않고 천천히 양가 부모와 가족들을 설득해서 결국 두 사람의 관계를 인정받게 되었던 것입니다.

그림 1 왼쪽부터 신청인 김광수, 김광수의 어머니, 신청인 김승환

라. 신청인 김광수는 2010년 4월 서울국제여성영화제 폐막식에서 '피치&캐치' 프로그램(영화의 기획개발과 제작지원에 대한 프로그램)의 수상자로 시상대에 올라 신청인 김승환에게 공개적인 청혼을 했습니다. 영화제 관계자와 수백 명의 관객들이 이 청혼과 그에 대한 신청인 김승환의 응락에 축하인사

를 보냈습니다. 그로부터 3년 뒤인 2013년 9월 7일 청계천 광통교 앞에서 신청인들은 공개적으로 결혼식을 올렸습니다. 양가 가족은 물론이고 2천여 명의 시민들이 그 결혼식에 참석해 뜨거운 축하를 보냈습니다.

마. 이후 두 사람은 (언론에서 그렇게 부르는 것처럼) '부부'로서 한 집에서 같이 살기 시작했습니다. 신청인들은 현재 서로 애정을 공유하는 보통의 남녀 부부와 똑같이 서로에 대한 깊은 신뢰와 진실성을 바탕으로 평등하게 권리와 의무를 나누는 일상을 영위하고 있습니다. 그리하여 자연스레 창원에 사는 신청인 김승환의 부모가 서울에 오는 경우 보통 두 사람이 살고 있는 서대문 집에서 머물다 가며, 양가의 가족들 모두 스스럼없이 서로의 대소사를 신청인들과 상의하고 있습니다.[4)]

바. 신청인들은 유엔이 정한 세계인권선언 기념일인 2013년 12월 10일 기자회견을 통해 당국에 혼인신고서를 제출할 것임을 밝혔습니다. 이는 결혼식 당일 2천여 명의 시민과 하객들 앞에서 한 혼인서약에서 두 사람이 공개적으로 다짐한 것을 이행하는 것이었습니다. 이에 따라 신청인들은 2013년 12월 11일 관계 법령에 따라 작성된 정식의 혼인신고서를 작성하여 피신청인에게 우편 제출하였으나, 피신청인은 충분한 법령의 검토도 거치지 않고 2013년 12월 13일 혼인신고불수리처분을 내렸습니다. 그러나 이는 관계 법령

4) 대표적으로, 2013년 9월 8일에는 신청인 김승환의 조카(누나의 딸)의 돌잔치에, 10월 19일에는 신청인 김승환의 모친의 친구 분 아들의 결혼식에 두 사람이 가족들과 함께 참석하기도 했습니다. 그 돌잔치와 결혼식에 참석한 사람들이 대부분 두 사람을 알아보았고 많은 사람들이 결혼 축하 인사를 건넸습니다. 그리고 2013년 10월 3일에 개막한 부산국제영화제에는 두 사람이 신청인 김광수의 모친과 여동생과 함께 여행을 겸해서 영화제에 참여 하였습니다. 양가의 가족들 모두 두 사람이 결혼을 통해 서로 좋은 가족이 되었다고 생각하며 화목한 생활을 하고 있습니다.

에 대한 오해이거나 위헌적 요소가 있는 잘못된 처분으로, 신청인들의 혼인신고는 수리되어야 할 것입니다. 신청인들은 이 사건 재판을 통해 혼인신고가 수리됨으로써, 다른 남녀 부부들처럼 법으로 보호 받을 수 있기를 희망하고 있습니다.

2. 이 사건 신청의 의미

가. 신청인들을 비롯한 성소수자들은 역사적으로 차별과 배제의 대상이 되어 왔습니다. 뒤에서도 보겠지만, 인류 역사 전체를 살펴 볼 때 이성이 아닌 동성에 대하여 성적 친밀감을 느끼는 감정이나 행위 등은 언제 어디서나 있어 왔고, 오히려 사회적 금기와 무관했던 기간이 더 길었던 것으로 알려지고 있습니다. 지역적 맥락에 따라 성소수자들에 대한 명칭 또한 각기 다르게 불리기도 하였습니다.

나. 하지만 성에 대한 엄숙주의, 자녀 출산과 결부되지 않은 성관계를 죄악시하던 중세 유대-기독교적 전통이 서구와 중동 등의 지배적 관념으로 자리잡게 됨에 따라 예를 들면 동성애적 행위에 성경 속의 죄악의 도시 소돔의 남색 행위(sodomy)라는 오명이 부여되었습니다. 이는 곧 형법적 처벌의 대상이 되었으며, 이러한 문화적 관행과 법률은 특히 서구의 팽창 정책으로 기독교와 함께 식민지에도 수출이 됩니다. 그리하여 아프리카와 아시아에도 서구의 법을 수계하여 이와 비슷하거나 동일한 내용의 동성애처벌법이 제정되게 되었습니다. 엄밀한 추론과 실험을 바탕으로 하는 과학도 이런 영향에서

벗어나지 못하여 상당 기간 동성애를 인간의 '정신질환'이자 '결함'으로 간주하고, 이를 바로 잡을 목적에서 동성애의 원인을 규명하고 교정하려는 오류들을 범해 왔습니다. 이와 같은 편견과 오류의 대표적인 희생자로 컴퓨터의 아버지라 불리는 천재 수학자 앨런 튜링이 있습니다. 그는 동성애자라는 이유로 화학적 거세형벌을 받은 후 42세의 한창 나이에 스스로 목숨을 끊었습니다.[5]

다. 그러나 합리적 이성의 발전을 추구하는 인류가 언제까지나 이런 오류와 편견을 유지할 수는 없는 것이므로 그에 대한 반성의 일환으로 19세기말부터 동성애자를 이성애자에 대한 성소수자로 보는 정체성 형성의 움직임이 일어났습니다. 이러한 성소수자 정체성 자각은 1960-70년대 이후 유럽의 다른 나라들과 미국 등에 영향을 미쳐 제2의 민권운동으로 불리 우는 동성애자 인권운동의 기반을 마련했습니다. 그리하여 여러 나라에서 동성애에 대한 차별적 법령이 폐지되거나 개정되었고, 동성애에 대한 편견 또한 마침내 학계에서 바로 잡히기 시작했습니다. 이제 누구나 다 아는 바와 같이, 동성애적 성향은 정신 질환이거나 특이한 성적 결함이 아님은 물론 오히려 적극적으로 법의 보호를 받아야 할 성소수자 정체성의 발현임이 밝혀졌으며, 유엔 반기문 사무총장도 성소수자에 대한 차별은 인권 침해임을 분명히 지적하고 있습니다.[6] 그럼에도 불구하고 우리나라에서 동성애적 성향은 여전히 차별과 배제의 대상임을 면하지 못하고 있는 실정입니다. 신청인들은 피신청인이 한

5) 엘리자베스 2세 여왕은 크리스 그레일링 영국 법무부 장관의 건의를 받아들여 사후 59년 만인 2013년 12월 24일 튜링의 동성애 죄를 사면하였습니다.

6) 반기문 유엔 사무총장, "국제인권법에 따라, 모든 국가는 성적지향과 성별정체성을 이유로 한 것을 포함하여 폭력과 차별로부터 국민-모든 국민-을 보호하기 위해 필요한 조치를 반드시 취해야 합니다", 성적 지향과 성별 정체성에 근거한 폭력과 차별 근절 행사에 보내는 반기문 사무총장의 메시지, 2011년 12월

이 사건 불수리 처분도 이와 같은 성소수자에 대한 몰이해를 바탕으로 하고 있다고 봅니다.

라. 그렇다면 법에 있어서 정의란 무엇인가를 심사하고 선언하는 사법부로서, 인류가 오랫동안 시행착오를 겪은 끝에 이제 비로소 올바른 목표점을 향하고 있다고 이해되는 성소수자 문제가 재판의 대상이 되는 경우, 법원이 성정체성과 연관된 지성사적 발전과정과 과학적 지식 등을 바르게 인식하고 그에 적합한 판단을 내리는 것은 그 존재 이유에 부합하는 것이라 하겠습니다. 즉 법원은 성적지향 문제를 둘러 싼 과거의 오류와 편견에서 벗어나 성소수자에게 가해지는 부당한 차별을 시정하는 한편 성소수자가 받아 마땅한 법적 보호 영역을 해석하고 발견해 내야 할 시대적 책무가 있습니다.

마. 신청인들은 후술하는 바의 여러 입법 예와 외국 판례 그리고 민법의 관련 규정과 해석 등에 따라 이 사건 혼인신고를 하였으나, 피신청인은 이를 수리하지 않았습니다. 신청인들이 보통의 남녀 부부와 같이 법적인 '부부'로 인정을 받고 그에 대한 법적 보호를 향유하는 것은 두말할 나위 없이 모든 것을 공유하는 신청인들의 삶에서 가장 중요한 문제입니다. 두 사람이 공개적인 결혼식을 통해 '부부'가 되었지만 법적으로 등록된 부부가 아니기 때문에 갖게 되는 불이익의 예를 몇 가지 들어 보면, 먼저 두 사람은 최근 함께 살고 있는 아파트의 전세 값이 크게 올라서 은행에 대출을 받아보려고 문의해 보았지만 "법적인 부부가 아니라서 어렵다"는 대답을 들어야 했습니다. 또 국민연금, 의료보험 등에 배우자로서 등재하지 못하고 있고, 결혼을 해서

함께 살고 있음에도 불구하고 주민세를 각자 따로 내고 있습니다. 보통의 남녀 부부였다면 당연히 받을 수 있는 배우자로서의 여러 보장제도에서 두 사람은 소외되어 있습니다. 혼인신고를 받아들이지 않음으로써 발생하는 이와 같은 명백한 법적 불이익이 존재함에도 불구하고 만일 피신청인의 불수리 처분이 적법한 것으로 유지된다면, 이는 한국에서 신청인들을 비롯한 성소수자들은 법 바깥에 있다는 잘못된 사실을 공언하는 것이며, 우리 사회에서 성소수자들은 공적으로 존재하지 않는 사람들이라는 것을 용인하는 결과가 됩니다.

바. “우리 사회의 사법부는 자신의 억울함을 어디에도 호소할 데가 없는 이들이 기댈 수 있는 수 있는 언덕”이어야 한다고 이용훈 전 대법원장은 퇴임사에서 밝혔습니다. 앞으로 살펴보게 될, 관련 입법이 아직 충분하지 않은 상태에서 동성혼을 사법적으로 해결하였던 미국 매사추세츠, 남아프리카공화국, 캐나다 등의 예는 신청인들의 이 사건에서도 중요하게 고려해야 할 교훈들입니다. 이 사건은 신청인들이 속해 있는 한국 성소수자 인권 발전사에서 가장 중요하고 의미 있는 사법 운동의 하나로 기억될 것입니다. 신청인들은 이 신청을 통해 최선을 다하여 신청인들이 한 이 사건 혼인신고가 수리되어야 함을 논증하고자 합니다. 신청인들은 법원 또한 사실의 정밀한 탐색과 아울러 관계 법령의 올바른 적용뿐만 아니라 신청인들을 비롯한 성소수자들의 목소리를 경청하고 존중해 줄 것을 요청합니다. 이 역할은 ‘다수결의 함정’과 이익집단의 압력에 따라 필요한 법령 마련을 입법부가 게을리 할 때 그로부터 독립적일 수 있는 사법부만이 할 수 있습니다.

사. 위에서 일부 인용한 바와 같이, 이 사건에는 많은 법률적·사회과학적 쟁점이 내재되어 있습니다. 따라서 신청인들은 이 사건의 쟁점을 분명히 하고 그에 대하여 올바른 결론이 내려질 수 있도록 향후 각종 서면 증거를 제출함과 아울러 전문가 증인 등을 신청할 예정입니다. 신청인들은 이들 증거조사 절차를 통해 이 사건 신청에 대한 최선의 판단이 법원에 의하여 선언될 것을 희망합니다.

동성혼(同性婚, Same-sex marriage)[7]의 문제는 현재 전세계적으로 법원을 통하여 헌법과 가족법의 변천과 발전을 놓고 합리적인 대화를 펼치고 있는 역사적으로 의미 있고 살아있는 주제입니다.[8] 하지만 본 신청이 근거하고 있는 가족관계의 등록 등에 관한 법률 제109조의 불복절차는 비송사건으로서 간이한 절차를 예정하고 있습니다. 이는 가족관계등록을 둘러싼 법적 분쟁이 복잡한 쟁점을 가지지 않을 것으로 예상하여 보다 신속한 구제를 위한 규율이라고 보입니다. 그러나 이 사건의 경우 이를 그대로 따를 경우 우리 사회에서 동성혼 문제가 가지는 중대성과 상응하지 않는 불충분한 심리가 있을 수 있습니다.

이 신청은 신청인들만의 사건이 아니라, 우리 사회의 성소수자 모두의 인권 문제에 연관되는 중요한 사건입니다. 신청인들은 이 사건 심리를 통해 우

7) 이 서면에서 동성혼은 다른 한자 병기가 없는 한, 같은 성별의 사람 사이의 혼인을 의미합니다.
8) 그동안 동성혼 관련 소송이 있었던 국가는 네덜란드, 대만, 독일, 미국, 멕시코, 벨기에, 칠레, 푸에르토리코, 프랑스 등입니다. 모두 소송의 결과와 상관없이 사회 안에서의 대화와 국회, 정부 안에서의 논의를 이끌어낸 공통점이 있습니다.

리 사회의 성소수자 문제에 대한 진전된 토론과 그에 대한 법원의 진지한 응답을 기대합니다.

3. 당사자들의 지위 및 신청의 개요

가. 신청인들의 지위

신청인 김광수, 김승환은 혼인의 예식을 마치고 혼인의 의사표시의 합치에 따라 혼인의 법률적 효과를 받을 목적으로 민법과 가족관계의 등록 등에 관한 법률 및 규칙에 근거한 혼인신고를 한 사람들입니다. 신청인들은 이 신고서를 2013년 12월 11일 우편으로 접수하였으나, 피신청인이 불수리를 결정하여 2013년 12월 13일 발송한 불수리처분서를 2013년 12월 16일 송달받았습니다. 신청인들은 위 불수리처분으로 인하여 혼인의 법률효과를 받지 못하고 있습니다.

나. 피신청인의 지위

피신청인 서울시 서대문구청장은 가족관계의 등록 등에 관한 법률에 따라 대법원이 관장하는 가족관계의 발생 및 변동사항에 관한 등록과 그 증명에 관한 사무의 처리에 관한 권한을 위임받았습니다(가족관계의 등록 등에 관한 법률 제2조, 제3조). 피신청인은 가족관계의 발생 및 변동사항의 등록에 관한 신고 등을 접수하거나 수리하는 권한에 근거하여 이 사건 불수리처분을 내

렸습니다.

다. 신청의 절차법적 근거

가족관계등록사건에 관하여 이해관계인은 시·읍·면의 장의 위법 또는 부당한 처분에 대하여 관할 가정법원에 불복의 신청을 할 수 있습니다(가족관계의 등록 등에 관한 법률 제109조). 위 신청인들도 이 절차에 기해 불복의 신청을 하고 있습니다.

우리 법원은 구 호적법 시행 당시, 호적사건에 관한 시·읍·면의 장의 호적에 관한 위법·부당한 처분에 대하여는 이를 일반 행정처분과 같이 행정소송의 대상으로 하는 것보다 호적사무를 감독하고 있는 관할 가정법원의 심판대상으로 하는 것이 그 분쟁을 보다 신속·적정하게 해결할 수 있다고 인정하여 위와 같이 그에 관한 특별불복절차를 규정하고 있는 것이라고 볼 것이어서 호적사건에 관한 시·읍·면의 장의 위법 또는 부당한 처분에 대한 불복방법으로는 위 호적법의 규정에 따른 불복신청만이 허용될 뿐 일반 행정소송의 제기는 허용되지 아니하는 것으로 봄이 상당하다고 판단한 바 있습니다(제적등본발급처분취소등 부산고등법원 1992.06.19. 선고 92구558 제1특별부 판결).

하지만 2장에서 전술하였듯이 이 사안은 신속성을 요구한다기보다는 자세한 증거조사와 심리를 요구하는 바, 사건의 중대성에 상응할 수 있도록 일반

의 소송절차에서 예정하는 기일을 통한 증거조사와 절차 진행을 요청드립니다.

라. 신청의 요지

신청인들은 혼인의 의사의 합치가 있어 혼인을 신고한 혼인의 양 당사자입니다. 이에 대한 피신청인의 불수리처분은 근거 법령을 오해하여 위법·부당하며 법령의 모호함에 대한 합헌적인 해석을 통하여 신청인들의 혼인신고는 수리되어야 합니다.

4. 우리 민법과 혼인

가. 신청인들의 혼인신고에 대한 피신청인의 불수리 근거

혼인신고 실무를 담당하는 가족관계등록공무원은 사실적 행위로서 당사자들의 혼인신고서를 접수하고, 그 요건에 대하여 실체법·절차법에 근거하여 형식적 심사를 한 후 요건을 갖춘 경우에는 그 수령을 인용하는 수리 처분을 내려야 합니다.

우리 민법은 혼인을 민법 친족·상속편의 제800조 내지 제843조(이하 이 조항들의 묶음을 '혼인법'이라 하겠습니다)에서 규율하고 있습니다. 혼인의 성립, 신고, 심사에 대한 규정은 아래와 같습니다.

제812조(혼인의 성립) ① 혼인은「가족관계의 등록 등에 관한 법률」에 정한 바에 의하여 신고함으로써 그 효력이 생긴다.

②전항의 신고는 당사자 쌍방과 성년자인 증인 2인의 연서한 서면으로 하여야 한다.

제813조(혼인신고의 심사) 혼인의 신고는 그 혼인이 **제807조 내지 제810조 및 제812조제2항의 규정 기타 법령에 위반함이 없는 때에는 이를 수리하여야 한다.**

제807조(혼인적령) 만 18세가 된 사람은 혼인할 수 있다.

제808조(동의가 필요한 혼인) ① 미성년자가 혼인을 하는 경우에는 부모의 동의를 받아야 하며, 부모 중 한쪽이 동의권을 행사할 수 없을 때에는 다른 한쪽의 동의를 받아야 하고, 부모가 모두 동의권을 행사할 수 없을 때에는 미성년후견인의 동의를 받아야 한다.

② 피성년후견인은 부모나 성년후견인의 동의를 받아 혼인할 수 있다.

제809조(근친혼 등의 금지) ① 8촌 이내의 혈족(친양자의 입양 전의 혈족을 포함한다) 사이에서는 혼인하지 못한다.

②6촌 이내의 혈족의 배우자, 배우자의 6촌 이내의 혈족, 배우자의 4촌 이내의 혈족의 배우자인 인척이거나 이러한 인척이었던 자 사이에서는 혼인하지 못한다.

③6촌 이내의 양부모계(養父母系)의 혈족이었던 자와 4촌 이내의 양부모계의 인척이었던 자 사이에서는 혼인하지 못한다.

제810조(중혼의 금지) 배우자 있는 자는 다시 혼인하지 못한다.

신청인들은 만 18세 이상의 혼인적령(민법 제807조)의 사람들이며, 이 혼인신고는 금지되는 근친혼(민법 제809조)이나 중혼(민법 제810조)에 해당하지 않습니다. 이 사건 혼인신고서는 당사자 쌍방인 신청인들 김광수, 김승환이 작성하여 서명하였고 성년자인 증인 이석태, 임보라 2인의 서명으로 완성되

어 제출되었습니다(제812조 제1항),(소갑제1호증 혼인신고서).

그럼에도 불구하고 피신청인은 기타 법령인 민법 제815조 제1호, 민법 제826조 내지 834조, 민법 제839조의3 내지 제840조를 불수리사유로 들며 불수리처분을 하였습니다[9](소갑제2호증 불수리처분서).

---

9) 각 조항들의 자세한 내용은 아래와 같습니다.

민법 제815조(혼인의 무효) 혼인은 다음 각 호의 어느 하나의 경우에는 무효로 한다.
1. 당사자간에 혼인의 합의가 없는 때
제826조(부부간의 의무) ① 부부는 동거하며 서로 부양하고 협조하여야 한다. 그러나 정당한 이유로 일시적으로 동거하지 아니하는 경우에는 서로 인용하여야 한다.
② 부부의 동거장소는 부부의 협의에 따라 정한다. 그러나 협의가 이루어지지 아니하는 경우에는 당사자의 청구에 의하여 가정법원이 이를 정한다.
제826조의2(성년의제) 미성년자가 혼인을 한 때에는 성년자로 본다.
제827조(부부간의 가사대리권) ① 부부는 일상의 가사에 관하여 서로 대리권이 있다.
②전항의 대리권에 가한 제한은 선의의 제삼자에게 대항하지 못한다.
제829조(부부재산의 약정과 그 변경) ① 부부가 혼인성립전에 그 재산에 관하여 따로 약정을 하지 아니한 때에는 그 재산관계는 본관중 다음 각조에 정하는 바에 의한다.
②부부가 혼인성립전에 그 재산에 관하여 약정한 때에는 혼인중 이를 변경하지 못한다. 그러나 정당한 사유가 있는 때에는 법원의 허가를 얻어 변경할 수 있다.
③전항의 약정에 의하여 부부의 일방이 다른 일방의 재산을 관리하는 경우에 부적당한 관리로 인하여 그 재산을 위태하게 한 때에는 다른 일방은 자기가 관리할 것을 법원에 청구할 수 있고 그 재산이 부부의 공유인 때에는 그 분할을 청구할 수 있다.
④부부가 그 재산에 관하여 따로 약정을 한 때에는 혼인성립까지에 그 등기를 하지 아니하면 이로써 부부의 승계인 또는 제삼자에게 대항하지 못한다.
⑤제2항, 제3항의 규정이나 약정에 의하여 관리자를 변경하거나 공유재산을 분할하였을 때에는 그 등기를 하지 아니하면 이로써 부부의 승계인 또는 제삼자에게 대항하지 못한다.
제830조(특유재산과 귀속불명재산) ① 부부의 일방이 혼인전부터 가진 고유재산과 혼인중 자기의 명의로 취득한 재산은 그 특유재산으로 한다.
②부부의 누구에게 속한 것인지 분명하지 아니한 재산은 부부의 공유로 추정한다.
제831조(특유재산의 관리 등) 부부는 그 특유재산을 각자 관리, 사용, 수익한다.
제832조(가사로 인한 채무의 연대책임) 부부의 일방이 일상의 가사에 관하여 제삼자와 법률행위를 한 때에는 다른 일방은 이로 인한 채무에 대하여 연대책임이 있다. 그러나 이미 제삼자에 대하여 다른 일방의 책임없음을 명시한 때에는 그러하지 아니하다.
제833조(생활비용) 부부의 공동생활에 필요한 비용은 당사자간에 특별한 약정이 없으면 부부가 공동으로 부담한.
제834조(협의상 이혼) 부부는 협의에 의하여 이혼할 수 있다.
제839조의3(재산분할청구권 보전을 위한 사해행위취소권) ① 부부의 일방이 다른 일방의 재산분할청구권 행사를 해함을 알면서도 재산권을 목적으로 하는 법률행위를 한 때에는 다른 일방은 제406조제1항을 준용하여 그 취소 및 원상회복을 가정법원에 청구할 수 있다.
② 제1항의 소는 제406조제2항의 기간 내에 제기하여야 한다.
제840조(재판상 이혼원인) 부부의 일방은 다음 각호의 사유가 있는 경우에는 가정법원에 이혼을 청구할 수 있다.
1. 배우자에 부정한 행위가 있었을 때
2. 배우자가 악의로 다른 일방을 유기한 때
3. 배우자 또는 그 직계존속으로부터 심히 부당한 대우를 받았을 때
4. 자기의 직계존속이 배우자로부터 심히 부당한 대우를 받았을 때
5. 배우자의 생사가 3년 이상 분명하지 아니한 때
6. 기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있을 때

나. 혼인의 성립요건

피신청인의 불수리사유서 그 자체만으로는 이 혼인이 성립을 하지 않았다는 것인지, 성립은 하였으나 무효하다는 것인지 명확하지 않습니다. 특히 불수리사유의 하나로 들고 있는 제815조 제1호의 '당사자간에 혼인의 합의가 없는 때'의 의미는 표제어의 문언("혼인의 무효")에도 불구하고 다른 해석의 여지가 있습니다.

즉, 혼인이라는 신분행위도 당사자의 의사표시를 요소로 하는 법률행위이기 때문에 혼인의 의사표시의 합의가 없다고 주장하는 것은 법률행위 자체가 존재하지 않다고 주장하는 것과 같습니다. 따라서 제815조 제1호는 법률행위의 의사표시에서의 하자로 인하여 효력을 인정할 수 없는 경우를 상정한 것에 불과하다고 보아야 하고, '혼인의 합의' 그 자체는 성립요건에 해당합니다.[10)]

따라서, 논의의 진전을 위하여 피신청인이 신청인들의 혼인이 성립하지 않았다고 주장하는 것으로 선해하여 논지를 전개하도록 하겠습니다. 우리 혼인법의 규정과 법률행위의 성립에 대한 일반론을 비추어볼 때 혼인의 성립요건은 아래로 판단됩니다.

10) 박희호, "혼인의 성립요건에 대한 소고" , 가족법연구 제25권 1호 통권 제40호. 2011년

혼인의 성립요건	
형식적 요건	혼인신고
실질적 요건	혼인의사의 합치
	혼인장애사유 부존재

4. 가. 장에서 적시했듯이 신청인들의 신고에는 다른 성립요건은 문제가 되지 않습니다. 그럼에도 불구하고 피신청인은 이 신고에는 혼인의사의 합치가 없다고 주장하고 있는데, 분명 혼인이라고 하는 법률행위의 효과를 발생시키고자 하는 당사자 간의 의사의 합치는 존재했습니다. 결국 피신청인은 '신청인들의 혼인의 의사는 민법상 혼인의 의사라고 볼 수 없기 때문에 혼인의사의 합치가 없다' 즉, '이 혼인은 혼인이 아니니까 혼인이 아니다'는 순환오류적인 주장을 펴고 있는 것으로 보입니다.

다. 혼인법상 혼인의 본질

1) 이 사건 불수리 처분의 위법·부당함

피신청인의 처분에는 여러 가지 문제가 있습니다. 먼저 피신청인은 혼인의 성립이나 효력요건이 아닌 혼인의 효과와 이혼에 관한 조항에서의 당사자들에 대한 표현인 '부부'에서 불수리 근거를 찾고 있습니다.

우리 혼인법상 혼인의 성립요건 어디에서도 혼인 상대방의 성별에 의한 금지 혹은 제한을 찾아볼 수 없습니다. 혼인의 전 단계로 여겨지는 약혼 관련

규정(제800조 내지 제806조)에도 마찬가지로 오직 '당사자'라는 표현만 등장합니다.

이러한 한국의 규율은 일부 국가의 혼인법에서 "혼인은 남성과 여성 사이에 관한 것이다 (Marriage is between men and women.)"라고 정의와 성립에 관한 규정을 두는 태도와 분명히 구분됩니다.[11] 이러한 표현들은 문언의 의미에서 명시적으로 그리고 적극적으로 동성혼을 배척하고 있다고 평가됩니다. 그러나 우리 혼인법은 문언 상 그러한 태도를 보이지 않고 있습니다.

따라서 단지 혼인법상의 성립요건 규정도 아닌 효력을 설명하는 규정의 '부부'라는 단어에서 피신청인의 처분 같은 결론을 도출하는 것은 또한 다음과 같은 측면에서 타당하지 않습니다.

2) 성별특징적인 문언의 해석

'부부'라는 단어는 어원적으로는 성별 특정적인 단어(gender-specific terms, gendered terms)일 수 있습니다. 하지만 이런 이성혼 전통의 잔재는 현재 혼인법을 합헌적이고 통일적인 의미에서 해석하는 것을 방해하지 않습니다. 신청인과 같은 동성 간 커플들은 이미 서로에 대한 배우자(spouses)라는 의미로 '부부' 라는 단어를 쓰고 있습니다.

원래 결혼을 호칭하는 웨드(wed)라는 영어 단어는 앵글로 색슨족 사이에

11) 일례로 영국 舊 Matrimonial Causes Act 1973, §11. 현재는 개정되었습니다.

신랑이 신부를 데려 오며 신부의 아버지에게 주었던 돈이라는 뜻에서 유래한 말입니다. 그렇다고 해서 우리가 근대 혼인의 요건에 지참금이 필수적이라고 해석하지 않습니다. 혼인에 관하여 국어·외국어상 존재하는 많은 말들의 어원은 성별특징적인 특성을 보입니다. 이는 당연합니다. 혼인은 과거에는 동등한 당사자 사이의 결합이었다기보다는 매우 성별특징적이고 성차별적인 제도(gendered institution)였기 때문이었습니다. 하지만 근대의 혼인법은 가부장제와 성별에 의한 차별을 철폐하려는 방향으로 제정되고 진화하고 있고 그것이 헌법의 요청이기도 합니다.

혼인법을 합헌적이고 통일적으로 해석할 때 혼인을 성별중립적인 제도로 볼 수 있다면, 혼인과 관련된 표현들의 언어적 기원은 그 해석에 장애가 되지 않습니다.

3) 혼인의 '사전적인' 정의

한편 혼인의 '사전적인' 정의를 통해 '혼인이 남자와 여자의 결합'이므로 동성 간의 혼인은 이 안에 포섭될 수 없다고 주장도 발견됩니다. 이는 미국 1970년대의 동성혼에 관한 소송들[12]에서도 드러나는 의견입니다. 하지만 옥스퍼드 영어 사전은 2001년, 미리암 웹스터 사전은 2003년부터 혼인의 정의를 동성 간의 관계로 포함하는 것으로 조정하였습니다. 많은 인구학, 가족학 사전들도 이러한 경향을 보입니다.

---

12) Baker v. Nelson, 291 Minn. 310 (1971), Jones v. Hallahan, 501 S.W.2d 588 (Ky. 1973), Singer v. Hara 11 Wn.App. 247, 522 P.2d 1187 (1974)

당연하게도 사전적인 정의는 법률 해석의 전부일 수는 없습니다. 양자는 항상 일치하는 것이 아니기 때문입니다.

대법원은 폭력행위등처벌에관한법률에서 규정한 '위험한 물건의 휴대'에 관한 해석(대법원 1997. 5. 30. 선고, 97도597)에서 동법 제3조가 흉기기타 위험한 물건을 휴대하여 폭행 등의 범죄를 범한 자에 대해 가중처벌을 하려 한다는 취지를 이해하고, '휴대'라는 말의 일상적 의미인 손에 들거나 몸에 지닌다는 문언적 의미해석의 범주를 벗어나서, 위험한 물건과 관련하여 휴대한 소지 뿐만 아니라 널리 이를 이용하여 폭행하는 경우도 해당된다는 목적론적 해석을 바탕으로 승용차를 운전하여 폭력행위를 한 경우도 이에 해당된다고 판단하였습니다. 분명 '휴대'는 사전적으로 '손에 들거나 몸에 지니고 다님'이라는 의미를 가지고 있습니다. 이처럼 법적 판단은 단어의 좁은 사전적 의미에 구속되지 않습니다.

이와 같이 사전에 의존하는 것으로는 혼인의 본질에 대한 어떠한 실질적 정의도 내리지 못합니다. 따라서 우리 혼인법의 내용을 비추어 봤을 때 혼인의 본질이 무엇인지를 살펴보아야 합니다.

4) 법률혼의 본질

혼인은 우리 헌법상 다른 관계에 비해서 특별한 보호를 받습니다. 혼인 관

계가 수행하는 공적·사적 기능이 사회에 기여하는 바가 크다고 보기 때문입니다. 이러한 혼인의 본질과 기능이 무엇인지는 우리 혼인법의 조항들을 통해 도출할 수 있습니다.

제4절 혼인의 효력

제1관 일반적 효력

제826조(부부간의 의무) ① 부부는 동거하며 서로 부양하고 협조하여야 한다. 그러나 정당한 이유로 일시적으로 동거하지 아니하는 경우에는 서로 인용하여야 한다.

②부부의 동거장소는 부부의 협의에 따라 정한다. 그러나 협의가 이루어지지 아니하는 경우에는 당사자의 청구에 의하여 가정법원이 이를 정한다.

제827조(부부간의 가사대리권) ① 부부는 일상의 가사에 관하여 서로 대리권이 있다. ②전항의 대리권에 가한 제한은 선의의 제삼자에게 대항하지 못한다.

제840조(재판상 이혼원인) 부부의 일방은 다음 각호의 사유가 있는 경우에는 가정법원에 이혼을 청구할 수 있다.

1. 배우자에 부정한 행위가 있었을 때

2. 배우자가 악의로 다른 일방을 유기한 때

3. 배우자 또는 그 직계존속으로부터 심히 부당한 대우를 받았을 때

4. 자기의 직계존속이 배우자로부터 심히 부당한 대우를 받았을 때

5. 배우자의 생사가 3년 이상 분명하지 아니한 때

6. 기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있을 때

위 조항들을 통해 알 수 있듯이 부부는 동거하고 서로 부양하고 협조하여야 하며, 서로에게 부정(不貞)하지 않아야 하고 다른 일방을 유기해서는 안 됩니다. 국가가 혼인에 특별한 지위를 부여하며 권리와 혜택을 수여하는 이유는 서로를 돌볼 것을 약속하는 혼인이 당사자들에게도 유익할 뿐만 아니라 우리 사회에도 유익하기 때문입니다. 결국 혼인의 본질은 서로의 삶에 대한 '상호책임과 의무'입니다.

역사학자인 낸시 코트(Nancy Cott)는 미국 캘리포니아주의 주민발의8에 대한 소송에서 증언하면서 결혼의 공립화와 결혼을 인정하고 통제하는 데 있어서의 국가의 이해관계에 관하여, 혼인이란 한 커플이 함께 살면서 서로에게 헌신하고, 서로에 대한 감정에 기초한 가정을 형성하겠다는 선택과, 경제적 동반자 관계가 되어 인생의 물질적 필요에 있어서 서로를 지지해 줄 것에 대한 동의라고 설명했습니다. 또한, 혼인이란 사회적으로 용인된 성적 결합 및 정서적인 관계를 포함하며, 국가에게는 안정된 가정 및 사적 부양의 의무의 기초를 형성하는 것이라고도 하였습니다.[13)]

이 사건 신청인들은 평생 돌보고 아낄 것을 서로에게 약속하고 이를 가족과 친지 앞에 선언했습니다. 이 약속은 곧 혼인이라고 하는 법률행위의 법률효과인 권리와 의무를 발생하게 하겠다는 혼인의 의사의 합치입니다.

---

13)혼인 제도에 대한 동지의 의견으로 United States Of America, V. Edith Windsor 사건 중 역사학자, 미국역사학회, 학자들의 (Historians • American Historical Association • Peter W. Bardaglio • Norma Basch • George Chauncey • Stephanie Coontz • Nancy F. Cott • Toby L. Ditz • Ariela Dubler • Laura F. Edwards • Estelle B. Freedman • Sarah Barringer Gordon • Michael Grossberg • Hendrik Hartog • Ellen Herman • Martha Hodes • Linda K. Kerber • Alice Kessler-Harris • Elaine Tyler May • Steven Mintz • Elizabeth H. Pleck • Carole Shammas • Mary L. Shanley • Amy Dru Stanley • Barbara Young Welke) 상고에 대한 참고인 의견서(Brief On The Merits For Amici Curiae) 참조

라. 소결

구체적인 사건에 추상적인 규범을 적용하기 위하여 해당 법을 해석하는 데 있어서 그 법령의 의미가 항상 명확하게 특정된 것은 아닙니다. 이번 사건도 있는 그대로의 문언, 입법부의 본래 의도, 현행 법적 및 사회적 상황의 관점을 종합적이고 입체적으로 해석할 필요가 있습니다.

입법자는 구 호적법 제120조의 호적정정 제도를 성전환자의 성별변경을 예정하고 입법한 것은 아니었을 것입니다. 그러나 우리 대법원은 종전 염색체 결정설에 의존하던 성별의 결정에 대하여 현재적이고 새로운 과학적 해석인 종합적 고려설을 받아들이고, 진정한 신분관계가 호적에 기재되어야 한다는 호적법 정정제도의 취지에 맞추어 성전환자의 성별변경을 허용하였습니다. 이것이 과거의 법률에 대한 현재 해석자의 대화일 것입니다.

현행 호적법에는 출생시 호적에 기재된 성별란의 기재를 위와 같이 전환된 성에 따라 수정하기 위한 절차 규정이 따로 마련되어 있지 않다. 그러나 진정한 신분관계가 호적에 기재되어야 한다는 호적의 기본원칙과 아울러, 첫째 성전환자도 인간으로서의 존엄과 가치를 향유하며 행복을 추구할 권리와 인간다운 생활을 할 권리가 있고 이러한 권리들은 질서유지나 공공복리에 반하지 아니하는 한 마땅히 보호받아야 한다는 점, 둘째 호적법이 성전환자의 호적상 성별란 기재를 수정하는 절차규정을 두지 않은 이유는 입법자가 이를 허용하지 않기 때문이 아니라 입법 당시에는 미처 그 가능성과 필요성을 상정하지 못하였기 때문이라는 점, 셋째 호적법 제120조에 의한 호적정정사유 중 호적의 기재가 법률상 허용될 수 없는 경우를 해석함에 있어서 호적 기재 후의 법령의 변경 등 사정의 변경에 의하여 법률상 허용될 수 없음이 명백하게 된 경우를 반드시 배제하여야 할 필요가 있다고 보기 어려울 뿐 아니라, 호적법 제120조에 의한 호적

정정 절차를 둔 근본적인 취지가 호적의 기재가 부적법하거나 진실에 반하는 것이 명백한 경우에 그 기재 내용을 판결에 의하지 아니하고 간이한 절차에 의하여 사실에 부합하도록 수정할 수 있도록 함에 있다는 점을 함께 참작하여 볼 때, 구체적인 사안을 심리한 결과 성전환자에 해당함이 명백하다고 증명되는 경우에는 호적법 제120조의 절차 에 따라 그 전환된 성과 호적의 성별란 기재를 일치시킴으로써 호적기재가 진정한 신분관계를 반영할 수 있도록 하는 것이 호적법 제120조의 입법 취지에 합치되는 합리적인 해석이라는 점을 종합하여 보면...(중략)...

개명・호적정정 대법원 2006.6.22, 자, 2004스42, 전원합의체 결정

이처럼 이 사건에서도 혼인의 본질에 대한 종합적인 해석을 해야 함에도 불구하고, 피신청인은 혼인제도의 일부 성별특징적 어원과 신청인들 사이의 혼인의사의 불합치를 그 이유로 들어 불수리처분을 내렸습니다. 이는 우리 혼인법을 오해한 위법・부당한 처분입니다.

만일 이러한 해석을 그대로 관철하고자 한다면 다음 장에서와 같이 헌법적 문제가 발생합니다.

5. 혼인에 대한 합헌적 해석

가. 혼인의 자유와 평등

1) 헌법 제36조 제1항의 의미와 연혁

헌법 제36조 제1항 제1항에서 ‘혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.’라고 한

문언을 근거로 헌법적으로 동성혼이 배제된다는 주장을 제기하는 사람들도 있습니다. 그러나 이러한 해석은 위 조항에서 '양성의 평등'은 '혼인' 뿐만 아니라 '가족생활'의 기초되는 가치를 공통적으로 선언하는 것이므로 문리해석상 동성간을 배제하는 뜻으로 해석될 수 없다는 점을 간과하고 있습니다(위 학자들과 같이 해석하게 되면 부자, 모녀와 같이 동성만으로 이루어진 가족 또한 성립할 여지가 없게 되는 기이한 결론을 낳기 때문입니다). 이와 같은 취지에서 헌법제정자는 동성 간의 혼인에 대해 어떠한 가치판단도 하지 않았으며 혼인의 개념에 대한 헌법해석의 문제라는 견해[14]가 유력합니다.

따라서 '양성의 평등' 문언의 존재 때문에 우리 헌법상 동성혼이 배제된다는 이러한 주장은 근본적으로 헌법상 혼인 조항의 연혁과 '양성의 평등' 문언이 포함된 맥락에 대한 오해에 근거한 것으로 보입니다.

	헌법규정
건 국 헌 법 (1948)	제20조 혼인은 남녀동권(男女同權)을 기본으로 하며 혼인의 순결과 가족의 건강은 국가의 특별한 보호를 받는다.
제1차 개헌 (1952)	위와 같음
제2차 개헌 (1954)	위와 같음
제3차 개헌 (1960)	위와 같음
제4차 개헌 (1960)	위와 같음
제5차 개헌 (1962)	제31조 모든 국민은 혼인의 순결과 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다
제6차 개헌	위와 같음

14) 이준일, 헌법상 혼인의 개념-동성간 혼인의 헌법적 허용가능성, 한국공법학회, (2009년 2월), 187

(1969)	
제7차 개헌 (1972)	위와 같음
제8차 개헌 (1980)	제34조 제1항 혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 한다.
제9차 개헌 (1987)	제36조 제1항 혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.

한국 헌법사에서 혼인 조항은 위와 같은 변천을 겪었습니다.

비교헌법적으로 헌법에 '혼인'에 관한 조항이 들어간 예는 오래된 전통이 아니었습니다. 미국과 프랑스의 어떠한 고전 헌법에도 '혼인'과 '가족'이 들어가 있지 않으며 이는 1849년 독일 헌법, 1850년 프러시아 헌법에도 마찬가지입니다.

독일에서는 1919년 바이마르공화국 헌법 제119조[15]에 처음에 혼인에 대한 규정이 등장하고, 이를 계수한 현재 독일 기본법 제6조에서 혼인에 대한 내용을 담고 있습니다. 한국 헌법은 이에 영향을 받은 것으로 보입니다.

한국 헌법 제36조	독일 기본법 제6조
① 혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.	① 혼인과 가족은 국가의 특별한 보호를 받는다. ② 자녀의 양육과 교육은 부모의 자연적 권리인 동시에 그들에게 최우선적으로

15) 바이마르 공화국 헌법
제119조 제1항 혼인은 가족 생활, 재생산, 국가의 보존의 기반으로서 헌법의 특별한 보호를 받는다.
제2항 가족의 순수성, 회복력, 사회적 진보를 보호하고 증진시키는 것은 국가의 의무이다. 많은 아이를 가지고 있는 가족은 응당하는 사회복지를 주장할 수 있다.
제3항 모성은 국가의 보호와 돌봄을 받아야 한다.

	주어진 의무이다. 그들의 실행에 대하여 국가공동체는 감시한다.
②국가는 모성의 보호를 위하여 노력하여야 한다.	③ 교육권자가 의무를 해태하거나 그 자녀가 기타의 이유로 방치될 위험이 있을 때에는 오직 법률에 근거하여 교육권자의 의사에 반하여 가족으로부터 자녀를 격리할 수 있다.
③모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다.	④ 어머니는 누구든지 공동체의 보호와 구조를 받을 권리를 가진다.
	⑤ 혼인 외의 자녀에게는 입법을 통하여 그 신체적 및 정신적 성장과 사회에서의 지위에 대하여 혼인 중의 자녀와 동등한 조건이 마련되어야 한다.

독일기본법은 독일사회가 나치와 제3제국의 참상을 목도하였던 경험으로부터 영향을 받았고 제6조도 예외가 아닙니다. 나치는 “인종적으로 건강한” 아이들을 재생산하기 위해 사적인 영역인 혼인과 성행위를 적극적으로 제한하였고, 제6조는 혼인과 가족생활에 대한 이러한 국가의 부당한 개입을 막기 위하여 등장하였습니다. 따라서 제6조는 주로 혼인과 가족생활 안에서의 개인의 자기결정권을 표상하는 조항이며, 이를 계수한 우리 헌법 제36조 제1항도 혼인과 가족생활은 개인의 존엄을 기초로 성립된다고 하고 있습니다. 이러한 혼인의 자유와 자기결정권은 헌법 제10조와 함께 혼인에 있어서 상대방을 결정할 수 있는 자유를 포함합니다.

헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고

이를 보장할 의무를 진다" 고 규정함으로써 모든 기본권의 종국적 목적(기본이념)이라 할 수 있고 인간의 본질이며 고유한 가치인 개인의 인격권과 행복추구권을 보장하고 있다. 그리고 이러한 개인의 인격권·행복추구권은 개인의 자기운명결정권을 그 전제로 하고 있으며, 이 자기운명결정권에는 성적(性的)자기결정권 특히 혼인의 자유와 혼인에 있어서 상대방을 결정할 수 있는 자유가 포함되어 있다

헌법재판소 1990. 9. 10. 선고, 89헌마82 결정 참조

한편 한국의 가족법은 중국 종법질서와 구미의 가족법을 수계하며 많은 전근대적인 잔재를 품으면서 불완전하게 제정되었습니다. 헌법 제36조 제1항에서 말하는 '양성의 평등' 은 이러한 전통적인 남존여비사상과 가부장적사고를 부정하며, 성별에 의한 차별을 금지하는 헌법 제11조 후문이 혼인과 가족의 영역에서 구체화된 특별 규정입니다.[16]

헌법은 국가사회의 최고규범이므로 가족제도가 비록 역사적·사회적 산물이라는 특성을 지니고 있다 하더라도 헌법의 우위로부터 벗어날 수 없으며, 가족법이 헌법이념의 실현에 장애를 초래하고, 헌법규범과 현실과의 괴리를 고착시키는데 일조하고 있다면 그러한 가족법은 수정되어야 한다. 우리 헌법은 제정당시부터 특별히 혼인의 남녀동권을 헌법적 혼인질서의 기초로 선언함으로써 우리 사회 전래의 가부장적인 봉건적 혼인질서를 더 이상 용인하지 않겠다는 헌법적 결단을 표현하였으며, 현행 헌법에 이르러 양성평등과 개인의 존엄은 혼인과 가족제도에 관한 최고의 가치규범으로 확고히 자리잡았다. 한편, 헌법 전문과 헌법 제9조에서 말하는 "전통", "전통문화"란 역사성과 시대성을 띤 개념으로서 헌법의 가치질서, 인류의 보편가치, 정의와 인도정신등을 고려하여 오늘날의 의미로 포착하여야 하며, 가족제도에 관한 전통·전통문화란 적어도 그것이 가족제도에 관한 헌법이념인 개인의 존엄과 양성의 평등에 반하는 것이어서는 안 된다는 한계가 도출되므로, 전래의 어떤 가족제도가 헌법 제36조 제1항이 요구하는 개인의 존엄과 양성평등에 반한다면 헌법 제9조를 근거로 그 헌법적 정당성을 주장할 수는 없다.

헌법재판소 2005. 2. 3. 2001헌가9

16) 한수웅, 헌법학 제3판, (2013년 2월), 1047.

따라서 한국 헌법과 법률의 일부 조항에서 잔재로 남아있는 ‘양성의 평등’이라는 표현은 요즘의 성 평등(gender equality)의 원형적인 표현으로 보아야 합니다. 그보다 더 오래된 표현으로는 ‘남녀동권’도 존재합니다.

여성 권리 운동의 영향으로 많은 전후 신생 헌법과 70년대 이후 헌법에는 ‘성 평등’ 조항이 등장합니다. 특히 한국 헌법 혼인에서의 양성 평등은 가부장제와 여성차별의 잔재가 있는 한국 가족제도와 가족법에 대한 헌법상 평등의 요청이라고 보입니다. 이 ‘혼인과 가족생활에서의 양성의 평등’ 원칙이 있었기에 전근대의 관습가족법의 잔재와 차별적이고 위헌적이었던 가족법의 일부 조항들에 대한 여러 번의 개정과 위헌심사를 통한 발전이 있었던 것입니다.

따라서 동성혼에 대한 해석은 헌법 제36조 제1항에 근거한 평등 원칙에 따라 해석되어야 합니다.

2) 혼인에서의 평등권과 차별금지

가) 들어가며

평등은 모든 것을 평등하게 대우하라는 ‘절대적’ 평등이 아니라, 같은 것은 평등하게 대우하고 다른 것은 불평등하게 대우하라는 ‘상대적’ 평등으로 이해됩니다. 이러한 상대적 평등에 있어서 무엇이 같고 다른지 2개 이상의 사실관계나 인적 집단 사이의 비교가 필요합니다. 여기서의 비교집단은

동성 간 혼인을 하려는 사람들과 이성 간 혼인을 하려는 사람들이 됩니다.

나) 성별 차별과 성적지향 차별

우리 헌법은 제11조를 통하여 누구든지 성별에 의하여 차별을 받지 아니한다고 천명하고 있고, 혼인에 대한 평등권이 구체화된 제36조 제1항에서도 성평등의 원칙을 제시하고 있습니다.

신청인 김광수의 입장에서 보았을 때 혼인하고자 하는 상대방인 김승환의 성별이 남성이 아닌 여성이었다면 이러한 배제를 겪지 않았을 것이고, 이는 김승환의 입장에서도 마찬가지입니다. 이러한 법리[17]는 많은 외국 판례에도 등장합니다.[18]

> (중략) 우리가 밝힌 바와 같이, 하와이개정법령(HRS) 제572-1조는 일견적으로 그리고 적용될 때 혼인의 지위와 그에 관련된 혜택과 권리에의 접근을 신고인의 성별에 따라 제한하고 있다. 따라서 HRS 제572-1조는 성적차별에 해당한다. (중략)
>
> 미국 하와이 주 Baehr v. Lewin, 852 P.2d 44 (Haw. 1993)

성별에 의한 차별은 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니되는 기준을 제시하거나 차별을 특히 금지하고 있는 영역에 해당하는 바, 혼인에 대한 성별 차별적인 해석은 위헌적입니다.

---

17) Koppelman, A. (1994). Why discrimination against lesbians and gay men is sex discrimination. Northwestern University School of Law, Law and Economics Series, (13-12).

18) Baehr v. Lewin, 852 P.2d 44 (Haw. 1993)

또한 이러한 해석은 성적지향에 기반한 차별에도 해당합니다. 동성혼을 배제하는 해석은 일견 사람의 성별에 의해서만 배제한다고 보여지나, 이로 인하여 주로 배제되는 집단은 당연히 비이성애적 성적지향을 가진 사람들이 될 것입니다.

성적지향에 기반한 차별은 헌법 제11조를 통하여 금지되며 이는 헌법 평등권 조항을 구체화하여 평등권 침해 행위에 대한 조사와 구제절차를 예정한 국가인권위원회법 제2조 제3호의 명시적 차별금지사유에 포함되어 있는 '성적지향' 문언을 통해서도 증명됩니다.

3) 본질적인 차별대우의 존재

가) 들어가며

혼인법상 동성혼을 배제하는 해석을 한다면 그것 자체로 다른 대우에 해당하는 것임이 자명합니다. 하지만 혼인이라는 단순한 지위의 차이로 인하여 두 집단 사이에 얼마나 많은 차이가 발생하는지 그 중 일부만이라도 살펴보겠습니다.

나) 민법상 배우자의 권리와 의무로부터 배제

민법은 법률상 부부에게 동거·부양·협조의무(제826조, 제974조), 부부간의

가사대리권(제827조 제1항), 가사로 인한 채무의 연대책임(제832조), 생활비용 공동부담(제833조) 등 공동생활에 따르는 신분적·재산적 권리와 의무를 부여하고 있습니다. 일방이 사망할 경우 배우자로서 상속순위(제1003조)와 법정상속분(제1009조 제2항), 유류분(제1012조)을 보장하고 있고, 이혼을 할 경우 재산분할청구권(제834조, 제839조의2)을 인정하고 있습니다.

신청인들은 서로에게 가장 친밀하고 중요한 사람임에도 불구하고, 이 사건 불수리처분으로 인하여 법적으로 아무런 관계도 인정받지 못하기 때문에, 만약 신청인들 중 일방이 질병으로 입원이나 수술 등 치료를 받아야 하는 경우에 의료과정의 중요한 의사결정에서 소외당할 수도 있고, 일방이 사망하게 될 경우에도 장례절차나 상속문제에 있어서 배우자로 인정받지 못하여 심각한 차별과 고통을 겪을 수도 있습니다.

이는 신청인들에게만 해당하는 일이 아닙니다. 2013년 10월에는 부산에서 40년 동안 동거해온 두 여성의 비극적 죽음이 언론에 보도된 바 있습니다. 두 여성은 고등학교 졸업 이후 40년간 동거하였음에도 불구하고, 일방이 암 질병으로 입원하고 치료를 받게 되자, 법률상 가족이 아닌 일방은 상대방 조카와의 갈등으로 인하여 간병도 못하게 되었고, 함께 살던 아파트에서 쫓겨나고, 절도죄로 고발당하는 등 온갖 수모를 당했습니다. 결국 60대 여성은 평생 동거해 온 상대방의 임종도 지켜보지 못한 채 지내다가 뒤늦게 상대방의 사망소식을 접하고, 자신이 살던 아파트로 돌아가 스스로 목숨을 끊는 사건이 있었습니다. 언론은 두 여성의 관계를 '여고동창' 관계라고 명명하였지

만, 40년 동안 동고동락해온 두 여성의 동반자적 관계에 대하여 아무런 법적 보호가 없어서 발생한 비극적 사건이었습니다.[19]

다) 사회보장 및 세제혜택에서의 차별

현대국가는 사회의 기초단위인 가족단위에 광범위한 사회적 권리와 혜택을 부여하고 있습니다. 신청인들은 이 사건 불수리 처분으로 인하여 서로에게 국민건강보험법상 직장가입자의 피부양자(제5조)가 될 수 없고, 고용평등과 일·가정 양립 지원법 제22조의2(근로자의 가족 돌봄 등을 위한 지원)에 의한 가족 간호를 위한 휴직이나 업무시간 조정 등의 조치를 고용주에게 요구할 수 없으며, 근로자가 사망할 때 받는 근로기준법상 유족보상(제82조)을 받을 수 없으며, 국민연금법상 수급권자가 사망한 경우 그 배우자에게 지급되는 미지급급여(제55조)이나, 분할연금 수급권(제64조), 유족연금의 수급권(제72조, 제73조)을 받을 수가 없습니다.

또한 신청인들은 이 사건 불수리 처분으로 인하여 상속세 및 증여세법상 배우자 상속공제(제19조), 배우자로부터 증여를 받는 경우 증여세 과세가액에서 공제(제53조 제1호) 혜택을 받을 수 없습니다. 소득세법에 의한 근로소득세의 경우 배우자 및 부양가족에 대한 공제 혜택(제50조 제1항 제2호, 제3호)도 받을 수 없습니다.

---

19) '40년 동거한 여고동창생의 비극적인 죽음', 연합뉴스 2013.10.31.자, http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=102&oid=001&aid=0006570622

라) 주택 마련 과정에서의 차별 및 가족결합권의 침해

신청인들은 주택전세자금 마련을 위한 대출과정에서도 법률상 부부가 아니라는 이유로 대출을 받지 못하기도 하였습니다. 한국주택금융공사의 전세자금보증의 요건은 부양가족이 있어야 하는데, 배우자가 아닌 자는 부양가족으로 인정이 되지 않고, 국민임대주택 입주자 선정시 배점 기준에서도 부양가족의 수에 따라 점수를 부여하고 있는데, 배우자가 아닌 경우는 부양가족으로 인정되지 않고 있습니다(주택공급에 관한 규칙 제32조).

한편, 외국인과 혼인한 이성 부부의 경우에는 출입국관리법상의 결혼이민사증(F-6)을 발급받아 국내에 체류하면서 함께 살 수 있지만, 만약 동성 부부의 경우에 법률상 혼인을 인정하지 않는다면, 결혼이민사증을 발급받지 못하게 되어 가족결합권에 심각한 침해를 받게 됩니다.

마) 사회적 낙인과 소수자 스트레스

한편 심리학자 마이어(Meyer)는 소수자 스트레스라는 개념을 통하여 혼인이 주는 법률적 권리와 혜택의 배제뿐만 아니라, 이 배제가 주는 사회적 낙인이 당사자들에게 끼치는 심리적 영향에 대해서도 말하고 있습니다.[20]

---

20) Ilan H. Meyer, PhD, Expert on Minority Stress, Testifies in Landmark California Proposition 8 Constitutional Challenge Case, <Columbia University>, 2010년 2월 3일
http://www.mailman.columbia.edu/news/ilan-h-meyer-phd-testifies-landmark-california-proposition-8-constitutional-challenge-case
자세한 증언 내용은 인터넷 링크 http://www.afer.org/blog/witness-testimony-ilan-meyer/

동성혼이라는 이유로 혼인제도에서 배제되는 것은 배제된 집단에게 정당한 사유 없이 열등한 존재라는 인식을 심어주며 사회의 편견을 강화시키는 역할을 한다고 합니다. 따라서 학자들은 혼인 정책의 영향을 이해하기 위해서는 그 정책들이 시민의 보건과 정신건강에 미치는 영향을 반드시 생각해야 한다고 하고 있습니다.[21]

4) 이러한 차등대우와 차별을 정당화하는 사유가 있는지

가) 들어가며

본질적으로 같은 것을 다르게 취급하였다고 하여 그것이 곧 평등권에 위반하는 것은 아닙니다. 차별대우가 헌법적인 정당성을 갖지 못할 때에야 비로소 평등권에 위반됩니다. 여기서는 이러한 차등대우와 차별을 정당화하는 사유가 있는지를 살펴보겠습니다.

나) 동성혼, 성적지향, 동성애

이 사건의 경우 평등권 심사에서 문제되는 사실들은 양 집단에 대한 모든 사실들이 아니라 혼인의 본질과 기능을 수행하는데 있어서 양 집단에서 보이는 차이가 있는지 여부입니다.[22] 그 중 성적지향과 동성애의 특질에서 오

---

21) Riggle, E. D., Thomas, J. D., & Rostosky, S. S. (2005). The marriage debate and minority stress. Political Science and Politics, 38(02), 221-224.

22) 예를 들면 미국 Perry v. Schwarzenegger, 704 F.Supp.2d 921 (N.D.Cal. 2010) 판결문 중 동성 커플에 대한 특질에 내용 "48. Same-sex couples are identical to opposite-sex couples in the characteristics relevant to the ability to form successful marital unions. Like opposite-sex couples, same-sex couples have happy, satisfying relationships and form deep emotional bonds and strong commitments to their partners. Standardized measures of relationship satisfaction, relationship adjustment and love do not differ depending on whether a couple is same-sex or opposite-sex."

는 차이가 있는지 여부에 관해서는 별도로 독립된 6장을 통하여 살펴보고 여기서는 혼인과 직접적으로 관련된 논점에 대해 다루겠습니다.

다) 생물학적 재생산(biological procreation)

① 혼인의 권리는 '전통적인' 가족 질서 하에서 자녀를 출산하고 양육하는 권리들에 대한 전제(前提)가 되는 권리이며, ② 자녀를 가질 수 있는 능력은 혼인의 본질이고, ③ 따라서 혼인은 개념적으로 이성 간의 결합이기 때문에 차등대우가 합리된다는 주장이 있습니다.

이 주장은 혼인의 권리가 임신·출산과 분리하여 그 자체로 독립적인 권리가 될 수는 없다는 취지로 보입니다. 하지만 이 주장은 우리 판례의 태도와도 맞지 않으며 비논리적입니다.[23]

먼저, 자녀는 혼인의 필수요소도 아니고 충분요소도 아닙니다. 혼인한 부부도 자녀를 가질 수 없거나 가지지 않기를 택할 수 있고, 혼인하지 않은 사람도 자녀를 가질 수 있고 그 권리는 보장됩니다.

출산과 양육이 불가능하다고 하여 행정청이 불임 부부와 노령 부부의 혼인신고를 불수리하거나 입법부가 혼인을 금지하는 법률을 입법하는 것은 상상하기도 어렵습니다. 이러한 처분과 법률은 아주 낮은 위헌심사도 통과하지 못할 것입니다. 우리 법원도 아내가 불임수술을 했다거나 출산불능 상태에

23) Gerstmann, E. (2004). *Same-sex Marriage and the Constitution*. Cambridge University Press.

있다는 점만으로는 이혼사유가 될 수 없다고 보았습니다. 자녀출산은 부부공동생활의 결과일 뿐 혼인의 본질이자 목적이 될 수 없다는 취지입니다(이혼 서울가정법원 2011.6.22.자 선고 2009드단112360 판결).

이 점에 있어서 동성 부부는 불임 부부 또는 노령 부부와 다른 점이 없습니다. 따라서 동성 부부의 혼인권에서는 혼인의 본질도 아닌 생물학적인 재생산 가능성이 문제가 되어야 할 타당한 이유가 없습니다.

만일 혼인과 재생산의 결부가 헌법의 요청이었다면 노인 부부, 불임 부부, 출산을 원치 않는 부부에 대한 혼인신고를 금지하는 법률이 존재하여도 이상한 일이 아니었을 것입니다. 하지만 직관적으로만 생각해보아도 이러한 법률은 위헌성을 피하기 어렵습니다.

따라서 재생산은 혼인에서 예상되는 효과이지 혼인의 본질이라고는 할 수 없습니다. 이는 혼인 중 혹은 혼외 자녀출산율 등 가족관계에 대한 통계에서도 확인되는 부분입니다.

한편 동성 부부의 혼인을 막는다고 하여 이성 부부의 혼인율이 증가하거나 인구가 증가되지는 않습니다. 따라서 설사 인구 정책적인 목적의 정당성이 인정된다 하더라도 그에 따른 수단의 적합성도 성립되지 않습니다.

라) 동성혼이 사회에 미치는 영향

동성 부부에게 법률혼이 가능해진다고 하더라도 기존 결혼제도의 법적 틀은 변하지 않습니다. 이성 부부의 의무도 그대로이며 동성 부부도 그와 같은 의무를 갖게 되는 것일 뿐입니다. 따라서 기존 혼인 제도를 보존하기 위해서라는 주장은 설득력이 낮습니다.

'결혼제도의 붕괴'를 우려하는 일부 반대론자들의 논리와 달리 1989년 이후 동성결혼 혹은 결혼 유사제도를 도입한 스칸디나비아 국가와 네덜란드 등에 대한 연구결과들에 의하면, 동성결합 제도의 도입이 이성 간의 결혼율, 이혼율, 혼외 출생률의 증감에 어떠한 의미 있는 변화도 주지 못한 것으로 밝혀지고 있습니다.[24] 또한 미국에서는 동성결혼의 도입으로 주 예산과 경제에 미칠 긍정적 영향에 대한 연구 결과들도 등장하고 있습니다.[25]

마) 동성혼과 전통

혼인할 권리의 성질과 범위가 대하여 전통적으로 이성혼 위주로 관찰되었지만 세계 지역과 시기에 따라 동성혼의 역사도 엄연히 존재하였습니다. 한편, 다수의 '전통'이 항상 법의 의미와 범위를 결정하는 적절한 지침은 아닙니다. 관습에 일차적 법원을 둔다면 기성질서를 유지하게 됨으로써 소수자 보호와는 거리가 멀어질 우려가 있다는 견해도 있습니다.[26]

---

24) Eskridge, William N. Jr. and Spedale, Darren R. (2006) Gay Marriage: for better or for worse?. What we've learned from the evidence. Oxford University Press, New York.

25) 예를 들면, 동성결혼으로 인한 상속세 감소와 사회보험 비용의 발생으로 인한 부정적 효과를 판매세와 관련 산업에 미칠 긍정적 효과가 상쇄하여 매릴랜드 주 예산에 320만 달러의 증가 효과가 있다는 연구결과로 Badgett et al, The Impact on Maryland's Budget of Allowing Same-Sex Couples to Marry, University of Maryland Law Journal of Race, Religion, Gender and Class, Volume 7, Issue 2, 2007

혼인은 일반적으로 한 쌍의 남녀가 결합하여 하나의 가족공동체를 형성하는 것이라고 인식되어 왔고, 동성간의 결합은 혼인으로 인정되지 못하였으며, 이러한 경향은 오늘날까지도 계속되어 왔으나, 외국은 물론 우리 사회의 일각에서도 다양한 가족형태의 인정에 대한 요구가 끊임없이 제기되고 있으며, 이러한 요구를 받아들이는 나라가 점차 증가하고 있는 것이 현실입니다.[27]

한국 사회에서 지난 40여 년에 걸쳐 나타나고 있는 가족구조의 중요한 변화는 가족구조의 다양성. 가부장적 직계가족 혹은 핵가족에서 벗어나 부부가족, 한부모가족, 독신 가구, 이혼율 및 재혼율의 증가, 사실혼・동성애 커플의 증가 등이 포착됩니다. 친밀성 및 개인의 존중에 기반을 둔 근대적 의미의 가족은 능동적으로 변화를 시도하기도 하고 혹은 나름대로의 삶을 살아가는 과정에서 수동적인 방식으로나마 모색되기도 합니다. 다양한 가족형태들은 이제 새로운 가족의 가치관을 받아들여야만 하게 되었습니다. 가족의 변화에 따라 가족 관련법이 변화하는 것은 세계적인 추세입니다.[28]

법률은 증가하는 다양한 가족형태를 수용할 필요성이 있습니다. 동거관계 내지 동거파트너십은 세금・복지・상속 등에서 법률적 문제를 낳기에 사실관계인 파트너십 보호가 필요하다는 견해도 있습니다.[29] 현대사회에서 가족

---

26) 윤진수, 헌법재판에서의 傳統에 대한 심사, 제49회 헌법실무연구회 발표문 중 (2004년 10월 1일)
27) 김주수·김상용(2011), 친족·상속법 -가족법- 제10판, 71쪽
28) 변화순(2007), 가족사회학적 관점에서 본 가족법의 변화와 전망, 법학연구, 연세대학교 법과대학 법학연구소, 225쪽
29) 양현아, 한국 가족법 읽기, 46쪽

의 의미가 개인주의화되고 정서 위주로 변함에 따라 법률혼의 의미도 변해야 합니다. 가족다양성의 인정은 동성혼, 비혈연 가구 등 혼인과 혈통이 아닌 ‘관계’ 내지 ‘파트너십’으로서의 가족의 인정을 말합니다.[30]

한국 가족법의 역사는 진화하고 있는 역사이며 1957년 민법이 제정된 이후 가족법의 진화는 멈춘 적이 없었습니다. 이에 대하여 가족법의 변화를 반대하는 이들은 이런 변화를 “사회적 불화와 민족 분열의 선동”으로 비판하기도 하였고, 동성동본 금혼법 수호 대전시민 궐기대회에서 “우리는 여성지위 향상을 적극 찬동하되 이를 빙자한 미풍양속을 저해하는 여하한 행위도 단호히 배격한다”는 결의문을 채택하기도 하였습니다[31]. 그러나 개정 찬성론자들은 가부장적 가족제도를 없애고 모든 가족구성원의 의사를 존중하고 권리를 동등하게 인정하는 민주주의적 가족제도를 실현하자는 의견이었습니다.[32] 결과적으로 헌법재판소에서 동성동본금혼제와 호주제는 헌법불합치 결정을 받게 되었습니다.

헌법재판소는 호주제 위헌사건에서 가족법과 헌법의 관계에 대해서 다음과 같이 판시하였습니다.

> “가족제도는 역사적·사회적 산물이라는 특성을 지니고 있기는 하나, 그렇다고 하여 가족제도나 가족법이 헌법의 우위로부터 벗어날 수 없는 특권을 누릴 수 없다. 만약 이것이 허용된다면 민법의 친족상속편에 관한 한 입법권은 헌법에 기속되지 않으며, 가족관계의 가치질서는 헌법의 가치체계로부터 분리될 수 있다는 결론에 이르게 되는데 이것이 입헌민주주의에서 용납될 수는 없다”
> “전통이란 과거와 현재를 다 포함하고 있는 문화적 개념이다”

30) 양현아, 한국 가족법 읽기,, 527쪽
31) 양현아, 한국 가족법 읽기, 293쪽
32) 양현아, 한국 가족법 읽기, 297쪽

위에서 본 것처럼, ‘관찰된’ 전통은 법률을 해석하는 유일한 근거가 될 수 없으며, 오히려 전통은 과거와 현재를 모두 포함하고 있는 개념입니다. 이렇게 근대 혼인은 성별에 기초하여 분리되거나 차별적인 관습에서 성 평등한 제도로 끊임없이 이행하여 왔고, 이것이 현재의 전통이라고 보입니다.

바) 동성혼과 종교

근대의 혼인은 종교혼이 아니며 세속적인 법률혼으로 규율하고 있습니다. 헌법상 정교분리주의와 혼인법상 법률혼주의를 채택하고 있는 우리나라에서도 혼인은 철저하게 법률의 문제입니다. 그렇지만 동성혼을 인정하는 종교들이 계속 늘고 있는 것 또한 사실입니다. 세계의 많은 종교들(캐나다 성공회, 루터계기독교, 퀘이커 등) 이 현재 동성혼을 종교 의식으로 주재하고 있으며 동성혼을 한 사제도 허용하고 있습니다.

나. 소결

위에서 본 바와 같이 우리 헌법상 동성간 혼인을 차별적으로 대우하는 해석은 헌법 제36조 제1항상의 혼인의 평등과 자유의 원칙에 비추어 볼 때 정당화되기 어렵습니다.

6. 성적지향과 동성애에 관한 과학적 사실

가. 성적지향에 관한 개관

1) 성적지향의 의의

심리학적으로 '성적지향(sexual orientation)'은 남성, 여성, 또는 양성에 대한 지속적인 감정적, 애정적, 성적 이끌림을 의미합니다.[33] 국제인권법적으로도 '성적지향'은 "이성, 동성 혹은 양성 모두에게 감정적, 호의적, 성적으로 깊이 끌릴 수 있고 친밀하고 성적인 관계를 맺을 수 있는 개개인의 가능성"을 의미한다고 하고 있습니다.[34] 이러한 성적지향은 생물학적인 성(sex), 자신이 남성·여성 또는 그 밖의 성별이라는 개인의 내면적 인식을 의미하는 성별정체성(gender identity), 그리고 성별화된 태도나 행동을 의미하는 성역할(gender role) 등과 같은 인간의 성과 관련한 여러 특질 중의 하나입니다.

수십 년간의 심리학적 연구에 따르면 성적지향은 극단적으로 다른 성별에 대한 이끌림과 극단적으로 같은 성별에 대한 이끌림 사이의 연속적인 분포

33) 윤가현, 『동성애의 심리학』, 학지사, 1997, 33-34쪽 ; 미국심리학회(The American Psychological Association), 개요서(Fact sheet) 「성적지향과 동성애에 대한 보다 넓은 이해를 위하여(*For a Better Understanding of Sexual Orientation & Homosexuality*)」, 1쪽 ; 미국소아과학회(American Academy of Pediatrics) 외, 『성적지향과 청소년에 관한 사실 - 교장, 교사, 교직원을 위한 입문서(*Just The Facts About Sexual Orientation and Youth* - A Primer for Principals, Educators, and School Personnel)』, 2008, 3쪽 참조.

34) "요그야카르타 원칙: 성적지향과 성별정체성 관련 국제인권법의 적용 원칙(The Yogyakarta Principles-Principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity)" 전문(前文) 참조. 위 원칙은 국제인권단체와 국제인권법 전문가들이 성적지향과 성별정체성과 관련하여 현존하는 국제인권법에서 도출한 29가지 원칙으로서, 전 유엔인권최고대표, 현직 유엔특별보고관 등의 승인을 받았으며, 유엔 경제적·사회적·문화적 권리 위원회의 일반논평 20, 유엔인권최고대표의 보고서, 국가인권위원회의 결정문 등에 인용되는 등 국제인권규약에 대한 해석기준으로 그 권위를 인정받고 있습니다.

로 나타납니다. 그러나 성적지향은 보통 이성애(자신과 다른 성별에 대한 감정적, 애정적, 성적 이끌림)와 동성애(자신과 같은 성별에 대한 감정적, 애정적, 성적 이끌림), 그리고 양성애(남성과 여성 모두에 대한 감정적, 애정적, 성적 이끌림)이라는 세 가지 영역으로 나누어 논의되고 있습니다.[35] 여기서 양성애는 양성과 동시에 관계를 만든다는 의미가 아니라, 이성에 대해서도 사랑에 빠질 수 있고 동성에 대해서도 사랑에 빠질 수 있는 성적지향을 의미합니다.[36]

성적지향은 성행위 상대자의 성별과 일치하지 않을 수도 있습니다. 즉, 성적 행동(sexual behavior)과 성적지향은 반드시 일치하는 것은 아닙니다. 이성애적 성적지향을 가진 사람 역시도 동성과 성적 행위를 하기도 하고, 동성애적 성적지향을 가진 사람이 동성과의 성적 접촉을 가지지 않거나 이성과 성관계를 가지기도 합니다.[37] 어떤 사람들은 이성과 성적 경험을 가지더라도 그 자신이 이성애자라고 생각하지 않고, 다른 어떤 사람들은 동성과 성적 경험을 가지더라도 그 자신이 동성애자나 양성애자라고 생각하지는 않습니다.[38]

따라서 성적 행동과 성적지향은 구분되는 것으로서, 성적지향을 오로지 성적 행동만으로는 설명할 수 없고, 그 본래의 의미대로 감정적, 애정적, 성적, 호의적 이끌림, 즉 본인이 느끼는 사랑의 감정을 통하여 그 사랑의 대상이

35) 미국심리학회, 앞의 글, 1쪽 참조
36) 강병철 외, ≪청소년 성소수자의 생활실태 조사≫, 한국청소년개발원, 2006, 9쪽 참조
37) 윤가현, 앞의 책, 34-35쪽 참조
38) 미국소아과학회 외, 앞의 책, 3쪽 참조

동성인지, 이성인지, 또는 양성 모두인지에 따라서 구분되는 개념입니다.

이처럼 이성애, 양성애, 동성애 등 성적지향은 인간이 가지는 일반적인 사랑의 감정, 그리고 성과 관련한 특성으로서, 개인의 정체성을 구성하는 요소이자 인간의 근본적인 욕구와 관련한 요소입니다. 이러한 성적지향은 누구와 애정과 유대, 친밀감을 나누며 살아갈 것인지, 어떠한 관계망을 형성하고 어떠한 집단에 소속감을 가지며 살아갈 것인지, 어떠한 미래를 계획할 것인지 등에 영향을 미친다는 점에서 사람에게 중요한 개인적·사회적 의미를 갖습니다. 따라서 동성애든 이성애든 성적지향은 "개인의 존재 그 자체를 구성하는 것으로서(대법원 2011. 9. 2.자 2009스117 전원합의체 결정 대법관 양창수, 대법관 이인복 의견 참조)" 커다란 의미를 가진다 할 것입니다.

2) 성적지향과 성적정체성의 형성

현재의 과학적이고 전문적인 연구에 따르면, 성인기 성적지향의 기반이 되는 핵심적 이끌림은 전형적으로 아동기 중기와 청소년기 초기 사이에 나타납니다. 또한 성적지향은 **어떠한 성적 경험 없이도** 형성될 수 있습니다.[39] 그러나 이러한 성적지향의 형성을 일률적으로 말하기는 어렵고, 어떠한 사람은 아주 어린 시기부터 특정한 성적지향을 보이기도 하고, 사춘기에 이르러 어떠한 성적지향을 보이기도 하며, 성인기에 다다라서야 특정한 성적지향을 나타내기도 합니다.[40] 즉, 한 개인의 성적지향이 나타나거나, 인식되거나, 표현되는 시기는 개인마다 다릅니다.[41]

39) 미국심리학회, 앞의 글, 1-2쪽 참조
40) 윤가현, 앞의 책, 34쪽 참조

자신의 성적지향을 인식해 가는 과정 역시 개인들마다 매우 다른 양상을 보입니다. 어떤 사람들은 실질적으로 이성이든 동성이든 타인과의 관계 형성을 해 나가기 아주 오래 전부터 자신의 성적지향을 알게 되기도 하지만, 어떤 사람들은 이성간 또는 동성간의 실질적인 성적 행동을 통해서 자신의 성적지향을 확인하게 되기도 합니다. 다만 이성애자의 경우와 달리, 동성애자나 양성애자는 편견과 차별, 정보의 부족 등으로 인해 많은 경우 스스로의 성적지향을 인식하는 과정이 좀 더 늦게 이루어질 수 있습니다.[42]

성적정체성(sexual identity) 중 동성애자 정체성의 형성과정에 대해서는 몇 가지 발달모델들이 제시되어 왔습니다. 트로이덴(Troiden)은 동성애자 정체성의 형성과정을 낙인의 인식과 내재화를 극복하여 자아통합을 이루어가는 과정으로서 4단계의 발달모델을 제시하였는데, 이를 살펴보면 다음과 같습니다.[43]

제1단계는 민감화(sensitization) 단계로, 자신이 다른 이들과 성적 관심이 다르다는 것을 느끼고 인식하는 단계입니다. 아동기에는 일반적으로 오직 이성애적 모델에만 노출되어 성장하지만, 늦어도 청소년 후기나 성인 초기에는 자신의 성을 이해하는 결정적인 시기를 겪게 됩니다. 동성애자는 사춘기에 접어들면서 이성과의 교제에서 어색함을 느끼면서 자신의 정체성을 의심하

41) 미국소아과학회 외, 앞의 글, 3쪽 참조
42) 미국심리학회, 앞의 글, 1-2쪽 참조
43) 이하의 정체성 발달모델에 대해서는 강병철, 앞의 책, 15-17쪽 참조

게 됩니다.

제2단계는 정체성 혼란(identity confusion) 단계로서, 이성애자 정체성으로 가정되었던 것을 동성애자 정체성으로 바꾸어 가지게 되는 과정에서 스트레스와 혼란을 경험하게 됩니다. 이러한 혼란은 자아에 대한 인식의 변화, 동성애적 경험, 동성애에 대한 낙인 등으로 인해 발생합니다. 트로이덴은 이 단계에서 많은 청소년 동성애자들이 고립과 혼란을 경험하며 자살의 위험성이 매우 높아진다고 보았습니다.

자신이 성소수자라는 인식을 하게 되면 그렇지 않은 사람들보다 심리적으로 더 번민하게 됩니다. 청소년 동성애자들은 동성애적 감정을 지니고 있는 자신이 과연 옳은지, 또는 다른 사람들이 그 사실을 알게 되면 자신을 거부하지 않을지 등으로 고민합니다. 이에 따라 동성에게 매력을 느낀 청소년들은 부모나 가족, 학교, 지역사회 등에 만연한 동성애공포(혐오)증(homophobia)으로 인해 스스로를 이성애적 틀에 맞추려고 노력하면서 살아갑니다. 따라서 이들은 심리적인 고통을 벗어나기 위해 자신의 생활을 과도기라고 해석하거나, 애써 이성과 데이트를 하려고 노력하거나, 사회교제를 줄여 컴퓨터나 미술, 음악 등에 심취해 보려고 노력합니다.

제3단계는 정체성 가정(identity assumption) 단계로서, 동성애자 정체성이 자신에 대한 통합된 정의로 형성되어 가며 그것이 종종 다른 동성애자 등 타인에게도 드러나는 단계입니다. 이 시기가 되면 자신의 성적지향이 동성에

게 향한다는 것을 부정하지 않게 되며, 그것을 바꾸는 것도 불가능하다는 것을 깨닫게 됩니다. 그리고 자신과 같은 사람들을 찾기도 합니다.

마지막 제4단계는 몰입(commitment) 단계로서, 동성애자 정체성을 받아들이고 동성애자로서의 삶을 살아가는 단계입니다. 이 단계에서는 흔히 자신의 가족이나 친구에게도 자신의 정체감을 드러내면서 점차로 사회적 정체성으로서도 통합해 갑니다.

이를 정리하면 아래 표와 같습니다.

동성애자 정체성 형성단계	
1단계 민감화	사춘기 이전에, 아동은 중성적(gender-neutral)이거나 특정 성역할을 따르지 않는다는 측면에서 자신이 친구들과 무엇인가 '다르다'는 것을 느끼게 된다. 그러나 12세 이전에 자신을 성적으로 다른 사람이라고 보는 아동은 거의 없다.
2단계 정체성 혼란	사춘기 이후 청소년들은 점차 동성을 향한 생각과 감정을 깨닫게 된다. 그러나 동성애에 대한 부정적 고정관념이 인지적 부조화와 혼란으로 이끌고, 청소년들은 자신의 정체성을 통합하기 위해 노력한다. 동성애에 대한 정보 부족과 긍정적 역할 모델이 없어서 고립과 혼란은 더욱 증가한다. 그래서 청소년들은 대처행동을 발달시키고 자신의 성적 정체성을 숨기거나 자신이 양성애자라고 생각한다.
3단계 정체성 가	청소년 후기나 성인 초기가 되면, 청소년들은 자기 정체성을 만들고 다른 동성애자에게 커밍아웃한다. 시간이 지남에 따라 그들은 동성애자 친구들을 사귀고, 자아존중감을 높이는 긍정적 경험을 하고, 부정적 고정관념을 없앤다. 동성애자 커뮤니티에서 사회화와 관계를 발달시키

정	고 긍적적 역할 모델을 찾는다. 그리고 낙인이 가해지는 정체성을 관리하기 위해 다양한 전략을 배운다.
4단계 몰입	보통 성인이 되면 삶의 모든 측면에서 성정체성을 통합하여 자기수용이 최고조에 이른다. 그래서 성적정체성을 이성애자 친구와 가까운 가족에게도 알린다. 그러나 모든 동성애자들이 정체성을 통합하는 것은 아니다. 그것은 지지체계, 긍정적 역할 모델, 강점과 약점, 차별 경험 등에 달려 있다.

* 자료: Troiden(1989)

3) 특정한 성적지향을 가지게 되는 원인

19세기 후반 무렵 서구에서는 동성애를 하나의 질환 내지는 성도착으로 바라보기 시작하면서, 그 원인을 찾고자 하는 다양한 시도가 이루어졌습니다. 초기 심리학자들은 남성 동성애자들은 체격이나 문화적 취향 등에 있어서 여성적이고 여성 동성애자들은 성욕이 과하고 거칠어 남성적이라고 바라보기도 하였고, 남성이 '여성의 영혼'을 가지거나 여성이 '남성의 영혼'을 가짐으로써 동성애자가 된다고 여기기도 하였습니다. 프로이트 학파의 경우 남성 동성애가 과잉보호적인 어머니와 나약하거나 부재하는 아버지 사이에서 비롯되는 것이라고 보기도 하였고, 오이디푸스 콤플렉스 단계에서 지체된 것이 원인이라고 보기도 하였습니다.[44] 현재에도 뇌의 구조나 호르몬, 태아 때 모체 내의 영향 등에 대한 통계를 바탕으로 동성애의 원인을 찾으려는 시도가 이어지고 있습니다.

44) 윤가현, 앞의 책, 제5장 '동성애 원인론' ; 김학이, 『나치즘과 동성애』, 문학과지성사, 2013 ; Arthur Lipkin, Beyond Diversity Day: A Q & A on Gay and Lesbian Issues in Schools, Curriculum, Cultures, and (Homo) Sexualities Ser. (London, Boulder, New York, Toronto, Oxford: Rowman and Littlefield Publishers, Inc.) 2004, 11쪽 등 참조

그러나 이러한 접근은 사람이 특정한 성적지향을 가지게 되는 원인을 규명하고자 하기보다는 동성애적 성적지향만을 연구의 대상으로 삼고 이성애적 성적지향이 형성되는 것은 과학적 탐구의 대상이 아닌 자연적인 것으로 보는 전제 위에서 이루어지고 있다는 점에서, 이러한 접근방법 자체가 비과학적이고 차별적이라는 지적 역시도 널리 제기되고 있습니다. 특히 일부 연구는 동성애적 성적지향을 이성애적 성적지향으로 바꾸거나 동성애적 성적지향을 방지하기 위한 시각에서 이루어지기도 합니다. 이러한 점들 때문에 연구에 영향을 미칠 가능성이 있는 이성애중심적인 편향성은 의문의 대상이 되지 않는다는 비판이 제기됩니다.[45)]

이처럼 동성애 원인론에 관한 다양한 이론이 있지만, 개인이 어떠한 원인으로 이성애, 동성애, 또는 양성애적 성적지향을 가지게 되는지에 대해서는 아직 과학적 차원에서 명확하게 밝혀진 바가 없습니다. 많은 과학적 연구들에서 유전적, 호르몬적, 발달적, 사회적, 문화적 효과들이 개인의 성적지향에 영향을 미칠 수 있다는 가능성이 제기되었지만, 어떠한 특정한 요소 또는 복수의 요소들이 결정적으로 성적지향에 영향을 미친다는 결론은 내리지 못하고 있습니다. 이에 따라 현재 많은 과학자들은 선천적인 요인과 후천적인 요인이 복합적으로 작용하여 성적지향이 형성된다고 보고 있습니다.[46)] 즉, 한 개인의 성적지향의 결정은 생물학적, 문화적, 역사적, 사회심리학적 영향 등 복합적인 상호작용에 의한 결과일 수 있다는 것이 현재의 합의의 수준이라

45) Arthur Lipkin, 앞의 책, 17-18쪽 참조
46) 윤가현, 앞의 책, 제5장 '동성애 원인론' ; 미국심리학회, 앞의 글, 2쪽 참조

할 수 있습니다.[47]

그렇다면 성적지향이 개인의 선택적 여부인지도 문제될 수 있습니다. 그러나 연구에 따르면 사람들은 자신의 이성애적 성적지향이나 동성애적 성적지향 등을 선택하여 형성할 수 있는 가능성은 거의 없거나 전혀 없다고 합니다.[48] 이성애자가 이성에게 이끌리는 감정을 선택할 수 없듯, 동성애자가 동성에게 이끌리는 감정이나 양성애자가 동성과 양성 모두에게 사랑을 느끼는 감정을 선택할 수 없다는 것입니다.

나. 동성애적 성적지향에 관한 검토

1) 동성애자의 인구비율은 2%에서 10% 정도로 추정됨

전체 인구에서 이성애와 동성애를 경험하는 비율이나 빈도에 대해서는 정확하게 조사하기가 쉽지 않습니다. 그 이유로는 이성애와 동성애를 성적 정체성의 차원으로 조사할 것인지 아니면 성행동을 토대로 파악할 것인지 또는 성적 이끌림의 강도로 규정할 것인지 등 이를 어떻게 정의하는가에 따라 통계치가 달라진다는 점, 표집이 어디에서 어떻게 이루어지는지에 따라서 통계치가 상당히 다를 수 있다는 점, 무엇보다도 동성애에 관한 낙인이나 편견 때문에 동성애자들이 자신의 상태를 정확하게 표현하지 않는다는 점 등이 꼽히고 있습니다.[49]

47) 윤가현, 앞의 책, 34쪽 참조
48) 미국심리학회, 앞의 글, 2쪽 참조
49) 윤가현, 앞의 책, 45-46쪽 참조

동성애에 대한 빈도 연구에서 획기적인 전환을 가져온 연구는 1940년대 후반과 1950년대에 미국에서 발표된 킨제이(Kinsey) 등의 보고서입니다. 여기에서는 이성 또는 동성과만 성행동을 한다는 이분법적 사고를 넘어 전적인 이성애를 0으로 하고 전적인 동성애를 6으로 하여 7등급의 동성애-이성애 척도를 만들어 연구를 진행하였습니다. 이에 따르면 남성의 경우 약 37%가 사춘기 이후로 적어도 한 차례 정도 동성과의 성관계를 통해 오르가즘을 경험했고 13%는 동성과의 성행위를 경험하지는 않았지만 그러한 충동을 가진 바가 있었고, 위의 킨제이 척도에서 5나 6에 응답한 비율은 약 10%, 6으로 응답한 비율은 약 4%로 나타났습니다. 여성의 경우에는 응답자의 13% 정도가 여성과의 성적인 관계를 통해 오르가즘을 적어도 한 번 정도 경험하였다고 하였으며 킨제이 척도에서 5이나 6에 해당하는 사람은 3%, 6으로만 답한 경우는 2%였습니다.[50]

그러나 킨제이의 연구는 표집방법에 문제가 있었다는 등의 이유로 이후에 수치가 과장되었다는 비판을 받았습니다. 그 후 여러 연구결과들을 종합하여 볼 때, 현재까지는 한 사회 내에서 전체 인구 중 동성애자의 비율은 2%에서 10% 사이로 추론되고 있습니다.[51]

최근 미국 캘리포니아대학교 로스앤젤레스캠퍼스(UCLA) 로스쿨의 윌리엄스 연구소(Williams Institute)에서 미국 국내외의 실증적 조사들을 검토하고

50) 위의 책, 46-49쪽 참조
51) 위의 책, 50쪽 ; 같은 책, 335-337쪽 ; 강병철, 앞의 책, 12쪽 참조

종합하여 내놓은 보고서에 따르면 미국 성인의 3.5%(여성의 3.4%, 남성의 3.6%)가 자신을 동성애자 또는 양성애자로 정체화하고 있고, 8.2%가 동성 간 성적 행위를 경험한 바 있으며, 11%가 동성에 대한 성적 이끌림을 경험한 것으로 추정하고 있습니다.[52]

한국에서의 1995년의 연구에 따르면 지난 6개월간 동성과의 신체적 접촉을 5차례 이상 경험하였다고 답한 사람의 비율은 남성의 4.5%와 여성의 2.6%로 나타난 바 있습니다.[53] 한편, 청소년의 경우 다양한 조사가 이루어진 바 있는데, 2003년 2,200여 명의 청소년을 대상으로 한 연구에서는 동성애 성향에 관한 고민을 한 비율이 11%였고,[54] 역시 2003년에 이루어진 또 다른 연구에서는 '나는 동성애자가 아닐까'라는 고민을 한 적이 있느냐는 질문에 대하여 '있다'고 대답한 비율이 6.3%, '없다'고 답한 비율이 92.3%로 나타났으며,[55] 2006년의 광범위한 연구에서는 학생, 청소년들이 자신의 성정체성에 대해서 90.6%가 이성애자라고 답했으며 동성애자는 3.6%, 양성애자는 4.7%, 성전환자는 1.1%로 응답하였고,[56] 2007년의 연구에서는 '동성친구에게 설레는 감정을 느낀 적이 있다'라고 응답한 비율이 여성의 7.6%, 남성의 5.2%였고 '동성과 스킨십을 하고 싶다'라고 응답한 비율은 여성의 4.5%, 남성의 4.2%로 나타난 바 있습니다.[57]

---

52) Gary J. Gates, *How many people are lesbian, gay, bisexual, and transgender?*, The Williams Institute, UCLA School of Law, April 2011
53) 윤가현, 앞의 책, 51쪽 참조
54) 장재홍 외, 「청소년의 동성애에 대한 생각 및 현황 분석」, 『청소년의 고민 : 내가 동성애자인가요?』, 한국청소년상담원, 2003, 32쪽 참조
55) 김영란, 「상담을 통해 본 청소년의 동성애 실태 및 태도」, 『<동성애, 표현의 자유와 청소년>에 관한 토론회』, 청소년보호위원회, 2003, 19쪽 참조
56) 김경준 외 『청소년 유형별 복지욕구 실태와 지원방안』, 한국청소년개발원, 2006, 76쪽 참조
57) 김백애라 외, 『십대 청소년의 성경험 및 성태도에 관한 실태조사』, 아하!청소년성문화센터, 2007, 35쪽 참조

이와 같은 연구를 종합하여 본다면 한국의 경우 역시도 다른 나라에서처럼 2%에서 10% 사이 정도의 비율로 동성애 혹은 양성애적 성적지향을 가지고 있다고 추정할 수 있을 것으로 보입니다.

2) 동성애적 성적지향은 질병이거나 전염되는 것이 아님

정신의학계 및 심리학계에서는 공식적으로 동성애적 성적지향을 질병 내지 질환으로 보지 않고 있고, 전염되는 것이라고 보고 있지도 않습니다.

미국 정신의학회는 세계적으로 통용되는 <정신장애 진단 및 통계 편람(DSM)>을 발간하고 있는데, 이 학회에서는 1973년 동성애를 정신질환목록에서 삭제하였습니다. 이 학회는 이를 삭제하면서 "동성애는 판단력이나 안정성, 신뢰성, 기타 일반적인 사회적 또는 직업적 능력의 손상을 의미하지 않는다(Homosexuality per se implies no impairment in judgment, stability, reliability, or general social or vocational capabilities)" 라고 밝힌 바 있습니다.[58] 또한 세계보건기구(WHO)의 국제표준질환분류(International Classification of Diseases, ICD)에서도 1990년 동성애를 정신질환에서 삭제한 이후 동성애를 질환으로 보고 있지 않습니다.

미국 정신의학회 등은 2007년 미국 캘리포니아주의 가족법에 결혼을 남성

58) 미국 정신의학회(The American Psychiatric Association), 「동성애와 시민권에 관한 입장성명(Position Statement on Homosexuality and Civil Rights)」, 1973 참조

과 여성의 결합으로 정의한다는 내용의 주민발의안 22호에 관한 캘리포니아 대법원 사건(In re Marriage Cases)에 관한 법률 의견서(Amicus Brief)에서, 동성애를 정신질환으로 규정하였던 것은 편견에 사로잡혀 검증된 과학적 근거 없이 이루어진 것이라면서 다음과 같이 스스로 오류를 밝히고 있습니다.

B. 동성애는 인간 섹슈얼리티의 정상적인 표현입니다.

1952년 미국 정신의학회에서 첫 번째 <정신장애 진단 및 통계 편람>을 편찬하면서 동성애를 정신장애(disorder)로 편입시켰습니다. 그러나 이후 곧바로 이러한 질병분류는 미국 국립정신보건연구소가 지원한 연구에서 엄밀한 검증의 대상이 되었습니다. 이 연구 및 이에 뒤이은 연구들은 일관적으로 동성애를 정신장애나 비정상으로 간주할 실증적이고 과학적인 어떠한 근거도 찾아내지 못하였고, 오히려 동성애가 정상적이고 건강한 성적지향의 하나라고 파악하게 되었습니다. 이러한 연구들이 축적된 결과, 의료, 정신건강, 행동 및 사회 과학 전문가들은 동성애를 정신장애로 분류하는 것은 틀렸고, 위 「정신장애 진단 및 통계편람」의 분류는 한때 널리 퍼져 있던 사회규범 및 치료를 원하는 환자들과 범죄를 저지른 개인들로 구성된 부적절한 표본으로부터 받은 의학적 인상에 근거한 검증되지 않은 가설을 반영한 것이었다는 결론을 내렸습니다.[59)60)]

---

59) B. Homosexuality Is a Normal Expression of Human Sexuality.
In 1952, when the American Psychiatric Association published its first Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, homosexuality was included as a disorder. Almost immediately, however, that classification began to be subjected to critical scrutiny in research funded by the National Institute of Mental Health. That study and subsequent research consistently failed to produce any empirical or scientific basis for regarding homosexuality as a disorder or abnormality, rather than a normal and healthy sexual orientation. As results from such research accumulated, professionals in medicine, mental health, and the behavioral and social sciences reached the conclusion that it was inaccurate to classify homosexuality as a mental disorder and that the DSM classification reflected untested assumptions based on once-prevalent social norms and clinical impressions from unrepresentative samples comprising patients seeking therapy and individuals

이처럼 정신의학과 심리학계에서는 수십 년간의 방대한 연구를 바탕으로 동성애적 성적지향이 질병이 아님을 명확하게 하고 있고, 전문가들은 동성애가 도덕적 타락도 아니고 사회에 기여할 능력에 영향을 미치는 것도 아니며, 선택적인 것 역시 아니라는 점을 공식적으로 인정하고 강조하고 있습니다.

3) 성적지향을 변경하는 치료는 비과학적이고 오히려 위험함

정신건강기관들은 성적지향을 변경시키는 치료에 대해 공식적으로 우려를 표명하고 이것이 불가능하다는 것을 인정하고 있습니다. 이러한 치료는 동성애가 사람이 자연스럽게 가지게 되는 성적지향 중의 하나일 뿐이라는 정신의학적, 심리학적 사실을 인정하지 않는 입장에서 시도되나, 그 효과가 있다거나 안전하다는 과학적 증거는 없습니다.[61]

480,000여명의 정신의학 전문가를 대표하는 미국소아과학회(the American Academy of Pediatrics), 미국상담협회(the American Counseling Association), 미국정신의학회(the American Psychiatric Association), 미국심리학회(the American Psychological Association), 국립 학교심리학자협회(the National Association of School Psychologists), 국립사회사업협회(the National Association of Social Workers) 등은 모두 동성애는 정신질환이 아니므로

---

whose conduct brought them into the criminal justice system.

60) 미국심리학회/캘리포니아심리학회/미국정신의학회 외, 「미 캘리포니아 대법원 In re Marriage Cases에 관한 법률 의견서(Amicus Brief)」, 2007, 8-9쪽

61) 미국심리학회, 앞의 글, 3쪽 참조

“치료”가 필요하지 않다는 입장을 다음과 같이 표명하고 있습니다.[62]

미국소아과학회(The American Academy of Pediatrics)는 정신상담이 성정체성으로 혼란을 겪는 사람들에게 도움이 될 수 있다고 권고한다. 그러나 개인의 성적지향을 바꿀 수 있다고 주장하는 치료법이나 동성애를 질환으로 바라보는 치료법은 어떠한 것이라도 피해야 한다고 하고 있다.

미국정신상담협회(The American Counseling Association)는 1998년 채택한 결의문에서 성적지향을 이유로 레즈비언, 게이, 양성애자 청소년 및 성인을 정신질환자로 묘사하는 것에 반대하고, 성적지향과 정신건강에 관한 정확한 정보를 보급하는 것과 동성애적 성적지향에 대한 무지하고 근거 없는 믿음에 바탕을 둔 편견을 없애기 위한 개입을 지지한다고 표명하였다. 더 나아가, 1999년에는 동성애자에 대한 “치료”로서의 “교정 요법(reparative therapy)”에 대해 반대하는 입장을 채택하였다.

미국정신의학회(The American Psychiatric Association)는 2000년에 발표한 <성적지향의 변경을 위한 “교정” 요법에 관한 입장 성명>에서 다음과 같은 입장을 표명하였다.

“동성애를 전환시키거나 “교정”하는 정신의학적 양식은 과학적 타당성이 의심스러운 발달이론에 근거하고 있다. 더 나아가 동성애를 “치료”하였다는 일화의 보고는 심리학적 피해에 관한 일화의 주장에 의해 상쇄될 뿐이다. 지난 40년간, 동성애를 “교정한다는” 임상의료사들은 그들이 동성애를 치료

62) 미국소아과학회 외, 앞의 책, 6-8쪽 참조

하였다는 주장에 대한 실증적인 엄밀한 과학적 연구를 전혀 제시하지 못하고 있다. 그러한 연구결과가 활용가능할 때까지, [미국정신의학회는] 직업윤리를 가지는 개업의들에게 개인의 성적지향을 변경하려는 시도를 삼가고, 학회의 공식 견해를 가장 우선시하도록 명심하면서, 해를 입히지 않도록 권고한다.

동성애를 고치겠다는 치료의 잠재적인 위험은 심각한데, 동성애에 대한 사회적 편견으로 일관한 임상치료사가 환자가 이미 경험한 바 있는 자기혐오를 강화시킴으로써, 우울증, 불안과 자기 파괴적 행동을 동반하게 한다. (중략)

따라서 미국정신의학회는 동성애 자체가 정신장애라는 가정이나 동성애자가 자신의 동성애적 성적지향을 변경해야 한다는 선험적인 가정에 근거한 '교정 치료'나 '전환 치료'에 반대한다."

위와 같이 전문적인 주요 의료, 보건, 정신건강 기관들은 명확하게 성적지향을 치료로써 변경하려는 시도에 반대하고 그러한 시도가 지니는 잠재적·실질적 위험에 대해 심각한 우려를 제기하고 있습니다.

4) 동성애는 반자연적(unnatural)이지 않음

일부에서는 동성애가 동물들에게는 일어나지 않고 인간들 사이에서만 특별히 나타나는 현상으로서, 동성애가 자연적이지 않은 성적지향이라는 주장이 제기되기도 합니다. 그러나 인간에게만 나타난다고 하여 반자연적이라고 할 수 있는지는 별론으로 하더라도, 다양한 생물학적 연구에 따르면 동성애와 양성애는 다양한 동물의 종에서 관찰되고 생태계에 광범위하게 존재합니다.

성기 접촉을 비롯한 동성에 대한 구애 등 동성애적 행동들은 다양한 종에서 발견됩니다. 생물학적 연구에서는 여러 파충류, 조류, 그리고 양, 영양, 소, 사슴, 기린, 말, 코끼리, 사자, 늑대, 곰, 캥거루, 다람쥐, 돌고래, 고래, 바다표범, 바다사자 등 100종 이상의 포유류에서 동성애 행동이 보고되고 있습니다.[63]

펭귄의 경우에도 동성커플 관계가 자주 목격되는데, 뉴욕시 센트럴 파크 동물원에서 수정란을 부화시켜 새끼를 키운 수컷 펭귄 두 마리의 실화는 잘 알려져 그림책으로 그려진 바가 있고,[64] 이 그림책은 한국에도 번역된 바 있습니다.[65]

특히 영장류에서도 동성애는 두드러지게 나타는 현상으로서, 인간과 가장 가까운 종인 보노보 침팬지의 경우 동성애가 광범위하게 발견되고, 다양한 영장류에서 동성애 관계가 보고되고 있습니다.[66]

이처럼 동성애는 생태계에서 일반적으로 나타나는 현상으로서 이를 두고 반자연적이라고 하기는 어렵습니다. 오히려 위에서 살펴본 바에 따르면 이는 생태계의 다양한 성적 양식의 한 부분으로서 자연스럽게 존재하고 있습니다.

5) 동성애는 후천성면역결핍증후군의 원인이 아님

63) 조안 러프가든, 노태복 옮김, 『진화의 무지개』, 뿌리와이파리, 2010, 193-211쪽 참조
64) 이경원, <펭귄 그림책에 동성애 내용(?)>, 연합뉴스 2006. 11. 17.자
65) 저스틴 리처드슨·피터 파넬 글, 헨리 콜 그림, 『사랑해 너무나 너무나』, 담푸스, 2013
66) 위의 책, 212-228쪽 참조

인간면역결핍바이러스(Human Immunodeficiency Virus, HIV, 이하 ‘에이치아이브이’라 합니다)는 후천성면역결핍증(AIDS, 이하 ‘에이즈’라고 합니다)을 일으키는 원인 병원체를 말하는 것으로, 주된 감염경로는 감염인과 콘돔을 사용하지 않고 안전하지 않은 성관계를 가진 경우, 감염인이 사용한 주사기나 주사바늘을 같이 사용할 경우, 감염된 혈액을 수혈 받을 경우, 감염된 산모의 임신이나 분만 도중 또는 감염인이 모유를 수유하는 경우, 의료행위 중의 사고(오염된 주사바늘에 찔리기 등)가 있는 경우입니다.[67] 또한 에이치아이브이 감염인은 체내에 위 바이러스를 갖고 있는 사람을 말하며, 에이즈 환자는 감염 후 면역체계가 약화되어 2차적인 감염증이나 악성종양이 나타난 경우를 말합니다.[68]

한때 에이즈는 동성애자들만의 질병이라는 오해가 널리 퍼져 있었습니다. 그러나 에이치아이브이는 이에 감염된 사람의 체액에 노출된 사람이면 누구에게나 전파될 가능성이 있으므로, 에이치아이브이 감염은 그 사람의 성적정체성, 나이, 직업 등과 무관하게 누구에게나 일어날 수 있습니다.[69] 이러한 사실이 밝혀지면서 위와 같은 주장은 적어도 합리적인 토론의 장에서는 사라졌다고 할 수가 있습니다.[70]

위와 같이 에이즈는 동성애 때문에 발생하거나 전염되는 것이라고 할 수

67) 대한에이즈예방협회 홈페이지 자료 참조, http://www.aids.or.kr/library/?p_url=library_1_3 ; http://www.aids.or.kr/library/?p_url=library_1_6
68) 위 홈페이지 자료 참조, http://www.aids.or.kr/library/?p_url=library_1_9
69) 위 홈페이지 자료 참조, http://www.aids.or.kr/library/?p_url=library_1_6
70) 김두식, 『불편해도 괜찮아』, 창비, 2010, 72쪽 참조

없습니다. 동성애자 사이의 성관계로 바이러스가 자생적으로 형성될 수 없음은 물론이고, 동성 간의 성행위로만 에이치아이브이가 전염되는 것 역시 아닙니다. 에이치아이브이는 이성 간의 성행위로도 전염되고 있고, 수혈 등 성적 행위가 아닌 경로를 통해 감염되기도 하며, 여성 간의 성행위로는 에이치아이브이 감염 위험이 극도로 낮습니다.

한편, 동성애자 인구수에 비해 에이치아이브이 감염인 중 동성애자 비율이 높다는 것 역시도 사실이 아닙니다. 특히 전 세계적인 측면에서는 사하라 이남 아프리카에 감염인이 집중되어 있는데(2012년 기준 약 69%[71]) 이는 동성 간의 성행위로 인한 감염이 아닌 경우가 대부분입니다.

오히려 동성애와 에이즈에 대한 낙인과 차별이 에이즈의 예방과 치료를 어렵게 하고 있다는 것이 유엔에이즈(UNAIDS)를 비롯한 많은 에이즈 예방 및 감염인 인권을 위한 기관의 공식적인 입장입니다. 에이치아이브이/에이즈가 동성애자의 문제라는 인식으로 인해 자신이 동성애자가 아닐 경우 예방이나 검사 등에 소홀히 하여 예방이나 치료에 소극적인 경향이 있기 때문입니다.[72] 유엔 자유권위원회 역시 이러한 시각에서 동성애에 대한 차별은 오히려 동성애적 성적지향과 에이즈를 숨어들게 함으로써 오히려 감염위험에 노출시키는 결과를 낳게 된다고 지적한 바 있습니다.[73] 이런 측면에서 유엔에이즈와 같은 국제기구는 동성애에 대한 차별방지가 에이즈 예방에 도움이

71) Joint United Nations Programme on HIV/AIDS (UNAIDS), *UNAIDS Report on the Global AIDS Epidemic 2012*, 8쪽 참조
72) 대한에이즈예방협회 홈페이지 자료, http://www.aids.or.kr/library/?p_url=library_1_6 (2)012. 12. 방문)
73) Toonen v. Australia, Communication No. 488/1992, U.N. Doc CCPR/C/50/D/488/1992 (1994)

되고, 감염인에 대한 낙인과 차별을 철폐하는 것이 예방 정책으로서 효과가 있다고 강조하고 있습니다.

이처럼 에이즈와 동성애를 연결하여 다루는 것은 오히려 에이즈 예방과 감염인 인권에 있어서 위험한 결과를 초래하는 것으로서, 동성애가 에이즈의 발병이나 확산의 원인이라고 하기는 어렵습니다.

다. 소결

동성애에 대한 위의 증거를 볼 때, 피신청인이 동성 간의 혼인을 다른 혼인과 다른 혼인과 다르게 대우해야 할 어떠한 증거도 찾을 수가 없습니다.

7. 비교법·국제법적 근거

가. 비교법례가 시사하는 점

평등권은 단순히 국내적, 종교적, 문화적인 문제가 아닙니다. 외국의 비교법례는 국내법의 해석과 적용에 있어서 세계적 흐름에 대한 중요한 징후이자 판단자료로 사용됩니다. 미국 연방대법원도 텍사스 주의 남색법(sodomy law)를 위헌적이라고 판단한 로렌스 대 텍사스 판결[74]에서 1981년 유럽인권재판소 Dudgeon v United Kingdom 판결의 주요 내용을 인용하기도 했습니

74) Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003)

다. 따라서 평등권과 기본권을 국내적 문제로 상대화시키는 해석과 적용은 이러한 흐름들과 맞지 않습니다.

그러므로 지난 20여년간 전세계적으로 동성 커플에 혼인을 인정하지 않는 것은 평등권 위반으로 위헌적이라는 최고법원의 판단들 - 미국 하와이 주의 Baehr v. Lewin (1993), 버몬트 주의 Baker v. Vermont (1999), 매사추세츠 주의 Goodridge v. Department of Public Health (2003), 캘리포니아 주의 In re Marriage Cases (2008), 코네티컷 주의 Kerrigan v. Commissioner of Public Health (2008), 아이오와 주의 Varnum v. Brien (2009), 캐나다의 Halpern v. Canada (2003), 남아프리카공화국의 Minister of Home Affairs v Fourie (2005) 등 - 을 통해 이제 평등권, 차별금지, 혼인에 대한 보편적인 해석이 무엇인지 생각해볼 필요가 있습니다.

> ...(중략)... 즉, 보통법상 혼인의 정의는 '두 사람 간의 평생에 걸친 배타적이고 자발적인 결합(the voluntary union for life of two persons to the exclusion of all others)에 해당한다. ...(중략)...
> 캐나다 Halpern v. Canada 판결 (2003), 65. O. R. (3d) 161

> 결론 내리자면, 일반법과 혼인법이 동성커플들에게 이성 커플들이 혼인으로부터 부여받는 지위, 권리 및 의무를 동등하게 누릴 수 있도록 하는 방안을 제공하는데 실패한 것은, 곧 헌법 9조 1항하에서 평등 보호 받을 그들의 권리, 헌법 9조 3항하에서 불공정하게 차별받지 않을 권리를 침해하는 것이다. 또한, Home Affairs 판례의 논증에 근거해, 이 실패는 헌법 10조의 존엄권을 부당하게 침해하고 있는 것으로 볼 수 있다. 그 사건에서 헌법재판소가 판결했듯이, 존엄과 평등권은 매우 밀접하게 관련 있다. 동성커플들이 겪고 있는 소외는, 사회 구성원으로써 그들의 존엄에 명백히 영향을 미치고 있다.
> 남아프리카공화국 Minister of Home Affairs and Another v. Fourie and Another; Lesbian and Gay Equality Project and Eighteen Others v. Minister of Home Affairs

and Others, 남아프리카공화국 헌법재판소 (2005년 12월 1일)

나. 동성혼 인정 국가

현재 세계적으로 동성혼을 인정하는 국가는 네덜란드(2001), 벨기에(2003), 스페인(2005), 캐나다(2005), 남아프리카공화국(2006), 노르웨이(2009), 스웨덴(2009), 포르투갈(2010), 아이슬랜드(2010), 아르헨티나(2010), 덴마크(2012), 브라질(2013), 프랑스(2013), 우루과이(2013), 뉴질랜드(2013), 영국(2013) 등 16개국입니다. 멕시코는 몇몇 지역에서만 결혼이 가능하나 이 결혼은 31개 주에서 모두 인정됩니다. 미국의 경우 2014년 5월 21일 현재 동성간 혼인이 승인되는 지역은 캘리포니아, 코네티컷, 델라웨어, 하와이, 일리노이, 아이오와, 메인, 메릴랜드, 매사추세츠, 미네소타, 뉴햄프셔, 뉴저지, 뉴욕, 오레곤, 펜실베니아, 로드아일랜드, 버몬트, 워싱턴 등 19개주 및 컬럼비아 특별구(워싱턴 D.C.) 등입니다. 이 중에서 많은 경우가 법원에 의한 사법적인 해결로 동성혼이 가능해졌습니다.

다. 소결

이와 같이 가족제도에서 동성파트너십을 포함한 동성혼의 수용은 비교법례와 국제적 기준에 비추어 볼 때 올바른 변화의 흐름이라고 보입니다.

8. 결론

합리적 이유 없이 혼인을 특정 개인과 집단에게 배제하는 것은 정당화될 수 없습니다. 오랫동안 타인종 간의 결혼을 금지해온 버지니아 주 인종간결혼금지법을 위헌으로 판결했던 1967년 미국 연방대법원의 러빙 대 버지니아 주 사건[75]은 특정 집단에 대한 근거 없는 혐오, 두려움에 기반한 배제와 차별이 당사자에게 얼마나 고통을 줄 수 있는지 알려줍니다.

신청인들은 위와 같은 근거에 의하여 신청취지와 같은 결정을 구하기 위하여 이 신청에 이른 것입니다. 우리 민법과 가족 제도 안에서의 평등을 외치는 이 역사적인 사건에서 신청인들의 용기 있는 질문에 대하여 법원은 성실한 답변을 하여주시기를 바랍니다.

마지막으로, 51년간 함께 공동생활을 영위하다가 2004년 2월에서야 샌프란시스코 시청에서 혼인신고가 수리된 두 명의 여성, 델 마틴(Del Martin)과 필리스 리온(Phyllis Lyon) 부부의 이야기 중에서 필리스 리온의 진술서를 인용하면서 마치고자 합니다.

75) Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967)

Chronicle / Liz Mangelsdorf

필리스 리온의 진술

...중략...

4. 델과 나는 2월 12일 "사랑, 돌봄, 존경으로, 우리가 아플 때나 건강할 때나, 풍족할 때나 가난할 때에도, 우리가 이 땅에서 사는 날까지 당신에게 충실할 것"을 약속했습니다. 우리는 사는 동안 이 약속을 지켜오며 살았습니다. 캘리포니아 주가 우리의 삶 그대로 인정하고 존경을 표하는 것은 이미 훨씬 시간이 지나버렸다고 생각했습니다. 우리는 우리 생애에 혼인할 수 있을 것이라고는 생각하지 못했습니다. 하지만 이번 2월에 우리의 51주년을 기념하면서 그것이 가능하게 되었습니다 - 그 아주 간단하고, 공적이고, 법률적인 승인 말입니다.

<Woo v. Lockyer (2005) 사건 기록 중 인용>

첨부서류

1. 신청서 부본

1. 혼인신고서

1. 불수리처분서

1. 위임장

2014. 5. 21.

서울서부지방법원 귀 중