

동성 결합

합법화, 무엇이
문제인가?

음선필 (홍익대) | 강봉석(홍익대) | 현숙경(침신대)

CLC

동성결합 합법화,
무엇이 문제인가?

CONTENTS

추천사
머릿글

1

서론

I 연구의 필요성 및 목적	7
1. 연구의 필요성	9
2. 연구의 목적	10
II 연구의 내용 및 방법	9

2

한국에서 동성결합 합법화의 흐름과 현황

I 동성애주의자의 요구로서 동성결합 합법화	7
II 동성결합 합법화 시도의 현황	9
1. 성적 지향을 차별금지사유로 명문화하려는 입법 시도	9
2. 동성결혼을 수용하려는 헌법개정 의 시도	10
3. 동성결합 합법화로 이어지는 건강가정기본법 개정 시도	11
4. 이른바 가족구성권 3법의 발의	14
5. 젠더이념에 충실한 인권교육의 강조	15
III 결어	16

3

다양한 가족 개념의 국제적 흐름

I 서설	7
II 페미니즘 및 젠더 이데올로기의 등장과 가족의 와해	9
1. 페미니즘과 여성해방을 통한 전통 가족의 와해	9
2. 젠더 이데올로기와 성별 구분의 해체를 통한 가족의 와해	25
III 유엔을 통한 (여)성해방, 그리고 가족 개념의 변질	16
1. 1990년대 유엔의 패러다임 전환	20
2. 1993년 비엔나 세계인권대회	21
3. 1994년 카이로 국제인구개발회의	20
4. 1995년 북경 제4차 세계여성대회와 여성가족부	21
IV 결어	26

4

동성결합 관련 사법부 판단의 문제점

I 서	7
II 동성결합의 합법성을 부정한 법원 판단	9
1. 동성결합의 사실혼 관계를 부정한 판결	9
2. 동성결혼 수리거부를 합법으로 판단한 결정	10
III 동성커플의 건강보험 피부양자 자격을 인정한 판결	16
1. 서	9
2. 국민건강보험 피부양자 자격요건	10
3. 사실혼 배우자에 동성커플도 포함되는가?	11
4. 사실혼 배우자와 동성커플을 달리 취급하는 것이 평등원칙 위반인가?	14
5. 이 판결에 대한 평가 및 전망	14
IV 대법원의 「성전환자의 성별정정 허가신청 사건 등 사무처리지침」	16
1. 젠더전환에 따른 법적 문제	9
2. 대법원 2006결정과 사무처리지침	10
3. 사무처리지침 관련 입법론	11

5

동성결합 관련 법률안의 문제점

I 동성혼 합법화 3 법률안	7
II 동성혼 합법화 3 법률안의 제안배경 및 주요내용	9
1. 생활동반자법률안	9
2. 민법개정안	10
3. 모자보건법개정안	10
III 동성혼 합법화 3 법률안의 문제점	16
1. 생활동반자법률안의 문제점	9
2. 민법개정안의 문제점	10
3. 모자보건법개정안의 문제점	11
IV 동성혼의 허용여부	16
1. 젠더전환에 따른 법적 문제	9
2. 대법원 2006결정과 사무처리지침	10
3. 사무처리지침 관련 입법론	11
4. 대법원 2006결정과 사무처리지침	10
5. 사무처리지침 관련 입법론	11
V 결어	16

6

결론

1 정리	9
2 제안: 동성결합 합법화 저지 방안	10
참고문헌	16



1

서론

I 연구의 필요성 및 목적

1. 연구의 필요성

2. 연구의 목적

II 연구의 내용 및 방법

I 연구의 필요성 및 목적

1. 연구의 필요성

한국에서 동성결합¹⁾(동성 간 생활동반자관계 및 동성결혼)을 합법화하려는 움직임이 더욱 두드러지고 있다. 종래 단체나 기관의 운동 차원에서 동성결합을 정당화하는 주장이 이제는 학교 교육 과정에 수용되고, 심지어 국가 정책과 사법부의 판결에도 반영되고 있다. 지난 2023년 2월에는 동성커플을 국민건강보험 피부양자로 인정한 서울고등법원 판결(2022누32797)이 내려진 바 있다.

그뿐 아니라, 국회에서 동성결합을 법제화하려는 「생활동반자관계에 관한 법률안」(생활동반자법), 「민법 개정안」(혼인평등법), 「모자보건법 개정안」(비혼출산지원법)이 이른바 「가족구성권 3법」이라는 이름으로 발의된 바 있다. 생활동반자법이란 2023년 4월 26일 용혜인 의원이 대표발의한 「생활동반자관계에 관한 법률안」과 2023년 5월 31일 장혜영 의원이 대표발의한 「생활동반자관계에 관한 법률안」을 가리킨다. 혼인평등법이라는 이름으로 불리는 법안은 「민법 일부개정법률안」(민법 개정안)으로서 장혜영 의원이 2023년 5월 31일 발의한 것이다. 이는 이성 간 혼인과 동성 간 혼

1 이 글에서는 ‘동성(결)혼’ 용어보다는 ‘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. 참고로, 동성커플을 국민건강보험 피부양자로 인정한 서울고등법원 판결에서도 사실혼 배우자와 동성커플을 분명히 구별하였다. 재판부는 원고를 ‘동성결합 상대방’이라 지칭하고, 판결 직후 기사들에 대하여 ‘동성부부’, ‘동성배우자’, ‘법적 지위 인정’ 등의 용어를 사용하지 않도록 공지하기도 하였다.

인을 동등하게 대우하려는 취지로 발의되었다. 비혼출산지원법이란 장혜영 의원이 발의한 「모자보건법 일부개정법률안」의 별칭으로서, 그 주된 내용은 보조생식술의 지원대상을 혼인 여부와 관계 없이 임신 및 출산을 원하는 사람에게 확대하려는 것이다.

이러한 입법 움직임은 이전과는 다른 매우 극적인 상황 변화를 의미한다. 종래 차별금지법 제정이나 건강가정기본법 개정 등으로 동성결합을 간접적으로 합법화하려는 차원을 뛰어넘어, 이제는 동성결합을 직접 뒷받침하고 지원하는 법률을 만들려고 하기 때문이다.

위와 같이 국가의 정책, 법원의 판결, 국회의 입법 그리고 학교 교육을 통하여 다양한 가족의 개념이 보편화되고 동성결합이 법제화될 가능성이 커짐에 따라, 그 현황 및 문제점에 대한 분명한 인식과 대응방안의 강구가 요청되고 있다.² 법체계는 국가별로 전통적인 규범체계와 규범의식을 바탕으로 상이하게 형성·유지된다. 따라서 동성결합의 법적 수용 여부는 헌법을 비롯한 한국 법체계와 전통적 사회질서 그리고 국민의 법의식에 입각하여 검토할 필요가 있다.

이같이 동성결합의 문제점을 우려하는 것은 동성결합이 단지 동성 개인 간의 차원에 그치는 것이 아니기 때문이다. 동성결합이

2 저출산·고령화·1인 가구의 증가 등 시대 상황이 급속도로 변화하고, 가족법에 대한 헌법재판소의 헌법불합치 판결[2022. 10. 「민법」 근친혼 무효조항 헌법불합치(개정시한 2024.12.31.), 2023. 3. 「가족관계등록법」 혼외자 출생신고 관련조항 헌법불합치(개정시한 2025.5.31.) 등]과 국제사회의 개선 권고 등으로 가족법에 대한 개정이 요청됨에 따라, 2023년 10월 13일 법무부 가족법 특별위원회가 출범하였다(<https://www.moj.go.kr/bbs/moj/182/576109/artclView.do>). 그런데 이 위원회에 동성결합의 합법화를 주장하는 위원들이 포함됨에 따라 동성결혼이 합법화되는 것이 아닌가 하는 우려가 제기되고 있다.

문자적으로는 동성간 결합으로 이해되나, 동성애라는 성적 지향을 인정하는 것은 바로 양성애나 범성애도 인정하는 것이 되기 때문에, 동성결합의 인정은 단지 동성간 결합으로 그치는 것이 아님을 주의하여야 한다. 동성결합의 합법화는 동성과 이성을 막론하고 그 결합의 범위를 얼마든지 확장하는 계기가 될 수 있다. 즉, 1+1+1, 1+2, 2+2 등의 결합을 의미하는 일부다처, 일처다부, 난혼[亂婚, 잡혼(雜婚), promiscuity]으로 연결될 수도 있다.³ 아울러 동성결합이 혼인의 한 형태(즉, 동성결혼)로 인정된다면, 동성결합을 형성한 자들에게 자녀를 입양할 수 있는 권리도 인정하는 등 혼인의 포괄적 지위를 보장하게 될 것이다. 그런 점에서 동성결합의 인정은 동성커플 2인만의 문제에 그치는 것이 아니라, 1부1처제를 근간으로 하는 전통적인 혼인제도와 부-모-자녀를 중심으로 하는 가족제도의 근본적인 변화를 의미한다.

한편, 지금까지 동성결합과 관련한 법학 분야의 학술연구가 꾸준히 이뤄졌다.⁴ 여기서는 특히 개인의 혼인의 자유와 혼인제도의 헌법적 의미 등이 주요 논점으로 제기되었다. 그런데 관련 연구의 성향을 보면, 동성결합을 정당화하거나 법제화하려는 시도에 대

3 이와 관련하여, 2017년 3인 남성의 결합을 가족으로 인정한 콜럼비아의 대법원 판결과 2022년 임대차 퇴거소송에서 동거하는 성인 3인이 남녀로 구성된 한 쌍의 부부와 동일한 권리를 가진다는 미국 뉴욕주 하급심 판결을 주목할 필요가 있다. 각 판결에 대하여는 Kelly McLaughlin, I do, I do, and I do! Colombia's first THREE-man marriage between a 'polyamorous family' is legally recognised, June 14th, 2017, Mail ONLINE, available at <https://www.dailymail.co.uk/>; Julia Musto, NYC judge rules in favor of polyamorous relationships, Oct. 8th, 2022, available at <https://nypost.com> 참조.

해 대체로 우호적인 논조였다. 보편적 인권 및 윤리의식에 입각하
기보다는 성혁명, 젠더주의적 페미니즘, 젠더이데올로기를 지지하
는 이론적 토대 위에서 동성결합의 권리 및 자유를 강조하는 입장
의 연구가 많이 이뤄진 것이다.

- 4 이덕연, “혼인과 동성간의 생활공동체”, 『헌법판례연구』, 제5권, 2003; 고보혜, “헌법상 국가의 혼인과 가족 보호의무와 그 실현방안에 관한 연구”, 전남대 박사학위논문, 2011; 정문식, “헌법상 혼인과 가족생활의 보호 의미와 변화”, 『한양법학』, 제28권 제3집, 2017; 고시면, “한국에서 동성혼의 금지(同姓婚의禁止)에 대한 기존의 합헌론과 약 20개 국가에서 위헌화의 새로운 물결 [동성애 등 II]”, 『사법행정』, 제59권 제9호, 한국사법행정학회, 2015; 김민중, “동성(同性) 간의 결합에 대한 법적 보호”, 『동북아법연구』, 제10권 제1호, 동북아법연구소, 2016; 김병록, “혼인 및 가족제도에 관한 연구- 동성결혼 및 동성가족을 중심으로 -”, 『법조』, 제58권 제4호, 법조협회, 2009; 김병록, “헌법적 존속보호 대상으로서 혼인과 가족”, 『법학논총』, 제22권 제2호, 2015; 김수정, “유럽에서의 동성혼 합법화 경향-특히 영국과 프랑스를 중심으로-”, 『가족법연구』, 제29권 제1호(통권52호), 한국가족법학회, 2015; 신옥주, “헌법상 혼인과 가족제도에 관한 고찰”, 『아주법학』, 제9권 제3호, 2015; 신은주, “우리나라에 있어서 동성혼의 법적 수용에 관한 고찰”, 『원광법학』, 제35집 제1호, 원광대학교 법학연구소, 2019; 오승진, “동성결혼의 권리 -미국의 사례와 국제인권법의 동향-”, 『법학논총』, 제39권 제3권, 법학연구소, 2015; 이준일, “헌법상 혼인의 개념”, 『공법연구』 제37집 제3호, 제37집 제3호, 한국공법학회, 2009; 차선자, “동성 간의 생활공동체에 대한 법적 지원 방안 검토”, 『법학논집』, 제22권 1호, 법학연구소, 2017; 공자영, “외국법의 인생동반자제도 등록자에 대한 헌법적 고찰 - 헌법 제36조 제1항 혼인 개념을 중심으로 -”, 『법학연구』, 제28권 제2호, 연세대학교 법학연구원, 2018; 권혁남, “미국 동성 간 혼인 합헌 판결에 대한 비판적 고찰”, 『인문사회』 21, 제6권 제2호, (사)아시아문화학술원, 2015; 김강, “동성혼의 무효사유에 대한 비판적 검토- 「민법」 제815조 제1호의 '혼인의 합의'에 관한 해석을 중심으로(서울서부지방법원 2016.5.25. 선고 2014호파1842 결정에 부처)”, 『공익과 인권』, 제17권, 서울대학교 공익인권법센터, 2017; 김승권, “다양한 가족의 출현과 사회적 지원체계 구축 방안”, 『연구보고서』, 한국보건사회연구원, 2004; 김중서, “자료 : 동성혼을 부인하는 연방 혼인방어법에 대한 미국 연방대법원의 위헌판결”, 『민주법학』, 제53권, 민주주의법학연구회, 2013; 김지혜, “동성혼에 관한 미국 판례의 전개”, 『법과 사회』, 제46권, 법과사회이론학회, 2014; 박해영, “동성결혼과 입양, 대리모 허용에 관한 헌법적 연구”, 『법학연구』, 제23권 제3호,

2. 연구의 목적

본 연구의 일차적 목적은, 동성결합의 합법화를 둘러싼 논의가 사실상 문화전쟁임을 알고, 한국 헌법에 충실한 혼인 및 가족제도를 지키고 한국의 지속가능한 발전을 위해 동성결합의 합법화의 현황과 문제점을 정확히 인식하며 널리 확산하고, 그 대응방안을 수립하고자 한다.

무엇보다도, 현재 한국에서 대두되고 있는 남녀 혼인 위주의 가족법제에 대한 도전과 극복방안을 제시하고자 한다. 저출산 문제를 해결하기 위한 공여지책으로 제시된 동거 장려나 비혼출산 허

경상대학교 법학연구소, 2015; 유성진, “동성결혼 합법화는 어떻게 가능하였는가?: 여론과 정당정치 그리고 연방주의”, 『한국과국제정치(KWP)』, 제31권 제4호, 경남대학교 극동문제연구소, 2015; 윤진숙, “동성혼인에 대한 자유주의 이론에 관한 논의”, 『법학논총』, 제42권 제3호, 단국대학교 법학연구소, 2018; 음선필, “동성애·동성혼의 헌법적 수용에 대한 비판”, 『홍익법학』, 제18권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2017; 이소영, “동성애혼인에 대한 법적 개입의 딜레마와 가족이데올로기 해체”, 『법철학연구』, 제10권 제1호, 한국법철학회, 2007; 이희규, “동성혼인에 관한 법적 고찰 - 각국의 입법 기술을 중심으로 -”, 『중앙법학』, 제7권 제4호, 중앙법학회, 2005; 정기하, “인권위 결정 회고 : 동성애와 동성결혼이 이야기되는 자리를 바라며 - 국가인권위원회 2014. 04. 24.자 13진정 0886700 결정을 중심으로”, 『공익과 인권』, 제15권, 서울대학교 공익인권법센터, 2015; 정영화, “동성혼 도입을 위한 헌법개정의 위헌성 -미국 연방대법원 ‘동성혼’ 판례의 ‘인간존엄’ 해석의 분석-”, 『홍익법학』, 제18권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2017; 정태윤, “프랑스에서의 동성혼”, 『중앙법학』, 제14권 제2호, 중앙법학회, 2012; 조홍석, “새로운 형태의 가족: 헌법적 가능성과 한계”, 『공법학연구』, 제8권 제4호, 한국비교공법학회, 2008; 최경호, “미연방대법원 최근 판결(United States v. Windsor, Hollingsworth v. Perry)을 통하여 살펴본 미국에서 동성혼 관련 헌법적 논의”, 『법학논총』, 제31권 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2014; 최대권, “개헌이 재앙의 초대장일 수는 없다-동성애·동성혼 개헌의 정당성 결여를 중심으로-”, 『홍익법학』, 제18권 제4호, 홍익대학교 법학연구소, 2017; 하정훈/박범/최고야/김민수, “미국의 동성결혼 판결 소개 - United States v. Windsor 판결 및 Perry v. Schwarzenegger 판결을 중심으로 -”, 『공익과 인권』, 제14권, 서울대학교 공익인권법센터, 2014 등.

용과 맞물려서 주장되는 동성결합의 제도적 수용의 부당성을 밝히고자 한다. 또한 이성간 혼인 관계 중에 법적 성별의 변경을 수용하는 것이 사실상 동성혼인을 허용하는 결과로 이어질 수 있음을 밝히고자 한다. 이를 바탕으로 동성결합 합법화에 따른 헌법적 가치질서의 혼란과 사회질서의 붕괴 위험성을 밝히고자 한다.

나아가 본 연구의 궁극적 목적은, 현재 한국 사법부와 입법부에 영향을 미치고 있는 네오마르크시즘적 주장(성혁명, 유물론적 젠더주의에 입각한 페미니즘, 젠더이데올로기)의 문제점을 지적하면서, 이에 반대하는 입장의 논거를 마련하고자 한다. 그래서 동성결합과 관련한 사법부의 판단과 입법 활동에 원용(援用)될 수 있는 논리를 개발하고자 한다. 또한 향후 입법과정에 영향을 미칠 수 있는 시민단체나 종교단체의 역량을 강화할 수 있는 계기를 마련하고자 한다.

부수적으로, 본 연구는 동성결합 관련 정책·판결·입법에 관한 자료를 조사·분석함으로써 향후 후속 연구를 위한 데이터베이스를 구축하고자 한다. 또한 동성결합의 문제점 및 대응방안에 관한 전문가 그룹의 네트워킹을 구축함으로써 이 분야의 연구역량을 강화하고자 한다.

II 연구의 내용 및 방법

본격적인 연구에 앞서, 지금까지 한국에서 진행되어 온 동성결합 합법화의 흐름과 현황을 파악한다. 이를 통해, 동성애주의가

개념적으로 동성결합의 합법화와 구별되지만, 현실적으로 양자가 병행해 왔음을 확인할 수 있을 것이다. 또한 동성결합의 합법화는 젠더평등의 법제화라는 거대한 흐름 가운데 있는 하나의 의제(agenda)임을 알 수 있다.

동성결합이 다양한 가족의 한 유형으로 소개되곤 한다는 점에서, 동성결합을 이론적으로 뒷받침해온 「다양한 가족」 개념의 형성과 흐름을 살펴볼 필요가 있다. 의도적으로 만들어진 다양한 가족 개념이 국제적으로 어떻게 영향을 미치게 되었는지를 통시적(通時的)으로 정리하고 그 위험성을 분석하고자 한다. 그리고 이미 현실적으로 존재하게 된 동성결합의 입법례를 개략적이거나 살펴본다. 즉 세계의 동성결합 관련 입법 상황을 소개하고 그 시사점을 도출한다.

위와 같은 통시적·비교적 연구를 바탕으로, 한국에서 현재 법적 쟁점으로 부각된 동성결합 관련 사안들을 구체적으로 살펴본다. 먼저 법적 쟁점으로 제기된 사안들은 사법부 판결·결정과 규칙이다. 동성커플의 사실혼 인정 및 혼인신고 수리, 동성커플의 국민건강보험 피부양자 자격 인정에 관한 법원 판결을 살펴보고, 대법원이 법적 성별 정정을 위한 지침으로 제정한 「성전환자의 성별 정정 허가신청 사건 등 사무처리지침」을 비판적으로 분석한다.

또한 제21대 국회에 발의된 동성결합 관련 법률안 중에 이른바 가족구성권 3법을 비판적으로 분석하고 이를 바탕으로 대안을 제시한다. 이러한 내용의 법안은 앞으로도 계속 발의될 것으로 예상할 수 있으므로, 이에 대한 분명한 입법대응이 필요하다고 본다.

마지막으로, 한국에서 동성결합 합법화를 지속적·체계적으로 막을 수 있는 방안을 모색한다.

구체적인 연구내용 및 범위는 아래와 같다.

- 서론
- 한국에서 동성결합 합법화의 흐름과 현황
 - － 동성애주의자들의 요구로서 동성결합 합법화
 - － 동성결합 합법화 시도의 현황
- 다양한 가족 개념의 국제적 흐름
 - － 다양한 가족 개념의 형성과 흐름
 - － 다양한 가족 개념의 문제점
 - － 외국의 동성결합 관련 입법 현황
- 동성결합 관련 사법부 판단의 문제점
 - － 동성결합 관련 판결
 - － 「성전환자의 성별정정 허가신청 사건 등 사무처리지침」
- 동성결합 관련 법률안의 문제점
 - － 역대 국회에 발의된 관련 법률안
 - － 생활동반자법 제정안
 - － 민법 개정안
 - － 모자보건법 개정안
- 결론
 - － 정리
 - － 제언: 한국에서 동성결합 합법화 저지 방안

위 연구를 위해 한국에서 동성결합과 관련한 정책·판결·입법에 관한 자료를 조사하고 분석할 것이다. 또한 다양한 가족 개념을 수용한 주요 외국의 입법례를 수집하고 분석할 것이다. 그리고 대응방안에 관한 전문가 논의를 통하여 실효적인 대응방안을 모색할 것이다.



2

한국에서 동성결합 합법화의 흐름과 현황

I 동성애주의자의 요구로서 동성결합 합법화

II 동성결합 합법화 시도의 현황

1. 성적 지향을 차별금지사유로 명문화하려는 입법 시도
2. 동성결혼을 수용하려는 헌법개정의 시도
3. 동성결합 합법화로 이어지는 건강가정기본법 개정 시도
4. 이른바 가족구성권 3법의 발의
5. 젠더이념에 충실한 인권교육의 강조

III 결어

I 동성애주의자의 요구로서 동성결합 합법화

한국에서 동성결합을 수용하는 움직임의 저변(底邊)에는 동성애 등의 성적 지향을 존중할 것을 요구하는 사회적 흐름이 있다. 한국에서 동성애자 모임이 최초로 드러나기 시작한 것은 1990년대 초로 알려져 있다. 그 이후 동성애주의자 활동가들은 정치, 경제, 사회, 문화, 교육 등 모든 영역에서 전방위적으로 자신들의 요구를 점차 더욱 강하게 주장하였다. 이들이 강조해 온 핵심 사항은 동성간 성행위의 비범죄화, 재화 및 서비스 등 여러 영역에서 성적 지향을 이유로 한 차별의 금지, 동성결합의 제도화, 젠더이념을 기반으로 한 인권교육 등이다.⁵

동성애를 비롯한 성적 지향을 차별금지사유로 명문화함으로써 사실상 동성애를 합법화하는 것은 결국 동성혼의 인정으로 나아가게 된다. 물론 동성애가 동성혼과 개념적으로 구별되며, 동성애

5 성적 지향 관련 법제의 역사는 크게 세 가지 차원으로 설명된다. 첫째는 비범죄화(decriminalization)와, 차별적이고 실질적인 법적 장애를 제거하는 방식의 법 앞에서의 형식적 평등(formal equality)이다. 둘째는 동성 파트너십의 동등한 인정이다. 셋째는 괴롭힘과 범죄를 포함한 모든 종류의 차별로부터의 보호이다. Sandra Fredman, *Discrimination Law* (Oxford University Press, 2011), p. 86. 한편, Kees Waaldijk는 유럽 국가에서 성적 지향 관련 법제의 역사를 다음 순서로 설명한다. 제1단계: 비범죄화와 그에 이은 성교 합의 연령(age of consent)의 평등, 제2단계: 차별금지법제의 도입, 제3단계: 동성 파트너십과 양육의 권리 법제의 도입, Kees Waaldijk, "Small Change: How the Road to Same-Sex Marriage Got Paved in the Netherlands", in: Wintemute R., Andenaes M., *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships – A Study of National, European and International Law*, 2001, pp. 437–464

가 반드시 필연적으로 동성혼으로 이어지는 것은 아니다. 왜냐하면 동성애 지지자들의 이론과 실천이 결혼 제도 자체를 부정하는 데서 출발하였기 때문이다. 그런 이유에서 동성애 지지자 중에는 동성결혼의 도입을 거부하는 입장을 취하기도 한다.⁶ 하지만 동성애의 인정이 동성결혼 내지 동성결합의 논리적 전제가 되는 것은 사실이다. 그런 이유에서 동성결합 지지자들은 동성애를 먼저 합법화하는 것을 아주 효과적인 전략이라고 여긴다. 그런 점에서 성적 지향을 차별의 금지사유로 명시하려는 시도는 사실상 동성혼의 허용을 요구하는 것으로 보아도 무방하다고 하겠다.

동성애주의자들은 동성결합을 합법화하기 위하여 다양한 경로를 취하고 있다. 첫째, 가장 효과적인 방식으로, 동성결합을 입법이나 정책으로 제도화하는 것이다. 동성결합을 뒷받침하는 생활 동반자관계 또는 동성결혼을 인정하는 입법을 추진하거나 이를 구체화하는 정책을 수립하는 것이다. 또한 성적 지향을 차별금지 사유로 명문화하는 각종 법규범을 제정하고자 한다. 그런데 이러한 직접적인 방식이 가장 효과적이기는 하나, 이를 가능하게 하기 위해서는 정치세력 내지 사회세력의 충분한 지지를 확보하여야 한다.

둘째, 동성결합을 제도화할 수 있을 정도의 여건이 갖춰지지 않을 경우, 소수의 인권을 보장한다는 명분으로 사법절차를 활용하는 방식이다.⁷

한국에서 동성결합의 합법화 요구가 주목받게 된 것은 2013년 9월 동성커플 김조광수-김승환의 혼인과 관련한 소송을 준비하

6 마이클 브라운, 자유와인권연구소 역, 「성공할 수 없는 동성애 혁명」, 쿤란출판사, 2017, 382면.

면서 소송을 위한 변호인단을 구성하고 이른바 성소수자 단체 간의 결속이 진행되면서부터였다. 2013년 12월 10일 「성소수자 가족구성권 보장을 위한 네트워크(가구넷)」⁸이 발족되었다. 바로 다음날 김조광수-김승환의 혼인신고서가 제출되었다. 2014년에는 새정치민주연합 진선미 의원이 「생활동반자에 관한 법률」 초안을 만들어 발의하려고 준비한 적이 있었다.⁹ 2017년 7월 정의당·녹색당·민주사회를 위한 변호사모임·참여연대 등은 가구넷과 「직장 내 ‘성소수자 가족’ 친화적 정책 만들기」 협약식을 맺은 바 있다. 이들은 동성 배우자 지위 인정 등 다양한 직장 내 정책을 도입하기 위한 작업을 진행하고자 한다.

동성결합의 제도화는 동성커플에 대하여 사회보장(보험금 및

-
- 7 최근 한국 법원은 성적 지향, 성별(젠더)정체성을 이유로 한 차별에 대해 적극적인 입장을 보이고 있다. 예컨대, 트랜스젠더 여성의 여자화장실 이용을 제한한 것을 성별정체성을 이유로 한 차별로 보거나(서울행정법원 2021.6.10. 2019구합 89043 판결), 이를 이유로 손해배상책임을 인정하거나(대구지방법원 포항지원 2021.10.27. 2019가소12475 판결), 여성 동성애자 생활체육대회에 대해 체육관 대관을 취소한 지자체와 공단의 행위를 성적 지향을 이유로 한 차별로 보아 손해배상책임을 인정한 바 있다(서울서부지방법원 2022.5.13. 2021나47810 판결).
- 8 성소수자 가족구성권 보장을 위한 네트워크(‘가구넷’)의 홈페이지 설명에 의하면, 이 조직은 한국 성소수자들의 다양한 가족을 인정하는 법제도적 변화를 이끌어내기 위해 결성된 단체 및 개인의 연대로 소개되고 있다. 가구넷은 성소수자 가족의 권리를 실현하는 여러 제도적 방안과 캠페인을 함께 추진하고 있다. 동성결혼 법제화 및 파트너십 법안 입법과 같은 포괄적인 권리보장 방안을 요구하면서 동시에 성소수자 가족에 시급한 공동생활관계의 인정, 의료결정권, (입양, 출산) 양육과 같은 개별적인 권리와 혜택을 추구한다. 가구넷은 한국 성소수자 및 사회 일반의 인식 제고와 지지를 바탕으로 사법적 심사와 입법, 정책제안 등의 방법을 통해 평등하고 다양한 성소수자 가족구성권을 실현하고자 한다고 주장한다.
- 9 진선미 의원실, 「생활동반자에 관한 법률」 토론회 - 새로운 가족, 제도의 모색, 국회성평등정책포럼, 2014.

연금 수령 등), 재생산, 건강, 주택과 관련하여 차별적이거나 차별적인 효과가 있는 법 및 규제 조항을 폐지하는 것을 포함한다.

이하에서는 한국에서 지금까지 동성결합을 합법화하려는 주요 시도를 살펴본다.

II 동성결합 합법화 시도의 현황

1. 성적 지향을 차별금지사유로 명문화하려는 입법 시도

현재 진행되는 동성결합 합법화의 대표적인 입법 시도는 지금까지 수차례 진행되었던 차별금지법의 제정 시도이다. 차별금지법의 핵심 사항에 해당하는 차별금지사유에 성적 지향·성정체성 등이 포함되면서 차별금지법은 동성애와 동성결합을 옹호하는 대표적인 법률로 인식되고 있다.¹⁰

10 성적 지향과 젠더 정체성을 명시한 차별금지법 제정 여부를 둘러싸고 많은 논의가 이뤄졌다. 김명수, “소수자보호와 차별금지법”, 『홍익법학』, 제15권 제3호, 법학연구소, 2014; 김정혜, “고용상 성적지향 차별 및 괴롭힘 연구 —여성 성소수자의 경험을 중심으로—”, 『민주법학』, 통권70호, 민주주의법학연구회, 2019; 김중우, “인권 담론의 유형과 제도의 변동: 차별금지법을 중심으로”, 『민주주의와 인권』, 제17권 제4호, 5.18연구소, 2017; 김중우, “포괄적 차별금지법과 인권 담론 : 쟁점으로서의 성적지향과 그 이면”, 『한국사회학회 사회학대회 논문집』 2018년 정기사회학대회, 한국사회학회, 2018; 박신욱, “차별금지에 관한 일반법 도입을 위한 허용되는 차별대우 연구”, 『비교사법』, 제22권 제3호, 한국비교사법학회, 2015; 신옥주, “유럽연합의 반차별지침(Anti-Diskriminierungsrichtlinie) 고찰”, 『공법학연구』, 제9권 제2호, 한국비교공법학회, 2008; 신옥주, “유럽연합에서 차별금지법제의 통합에 관한 연구”, 『토

한국에서 포괄적 차별금지법 제정 시도는 2006년 7월 25일 국가인권위원회가 국무총리에 차별금지법안을 권고하면서 비롯하였다. 2007년 4월부터 차별시정위원회, 법무부, 노동부, 국가인권위원회 등으로 구성된 “차별금지법 제정추진기획단”에서 국가인권위원회 권고법안을 기초로 조정안을 마련하였으며, 2007년 7월부터 차별금지법 제정추진업무가 법무부로 이관되어 입법예고, 규제심사 등을 거쳐 2007년 12월 12일 국회에 제출된 바 있다. 제17대, 제18대, 제19대 국회에서 차별금지법안은 꾸준히 발의되었다.

차별금지법 제정을 요구하는 시민단체들의 연대체로 2017년 3월 23일 재출범한 차별금지법제정연대를 위시한 단체들이 국가인권위 및 일부 국회의원들과 연합하여 입법활동을 펼쳤다. 국외에서는 유엔 인권기구인 여성차별철폐위원회가 2018년 3월에, 인종차별철폐위원회는 2018년 12월에 포괄적인 차별금지법의 제정을 각각 권고하였다. 특히 2018년 9월에 새로이 취임한 인권위원장은 차별금지법 제정을 자신의 책무로 선언하기도 하였다.

또한 지방자치단체 차원에서 성적 지향 및 젠더 정체성을 차별

지공법연구 제58집, 제58집, 한국토지공법학회, 2012; 이상현, “성적지향을 포함한 차별금지법안에 대한 비판적 접근: 영미법제 연구를 중심으로”, 『법학논총』, 제39권, 숭실대학교 법학연구소, 2017; 이지현, “한국에서 차별금지법 제정에 있어서 성적지향을 둘러싼 갈등과 전망”, 『중앙법학』, 2014; 최수연, “차별금지법을 통해 본 ‘성차별’의 의미와 ‘여성’ 범주에 대한 연구”, 이화여자대학교 대학원 학위논문, 2009; 홍관표, “영국 평등인권위원회의 차별금지 직무와 그 시사점”, 『유럽헌법연구』, 제25호, 유럽헌법학회, 2017; Song, Hyun-Jung, “The Application of the American Experience on the Decriminalization of Homosexuality to South Korea”, 『법학논고』, 제53권, 경북대학교 법학연구원, 2016

금지사유로 하는 각종 조례의 제정 및 개정 시도가 수차례 이뤄졌다. 2018년만 하더라도 충남, 부산 등에서 조례 제·개정을 둘러싼 찬반 대립이 발생하였다. 지방자치단체 중 특히 서울특별시가 젠더 쿼어에 대한 인권정책을 강조하였다. 2018년 2월 서울특별시는 2018년부터 2022년까지 5개년에 걸친 「제2차 인권정책 기본계획」을 발표하였다. 37개 추진과제 중 하나로서 ‘성소수자 차별 개선 및 인권증진’은 별도의 담당부서가 있는 다른 소수자 집단(여성, 장애인, 노인 등)과 달리 관련 정책 추진 체계가 미흡한 성소수자 인권정책을 위해 그 추진 체계를 구축하고, 서울시 및 출자·출연기관 직원을 대상으로 연 1회 이상 의무적으로 실시하는 인권교육에 성소수자에 대한 차별적 인식개선의 내용을 강화하기로 하였다. 또한 10대 중점 과제 중에 ‘다양성 증진 및 사회적 약자에 대한 혐오·편견 해소’가 포함되었는데, 여기에서는 성소수자를 포함한 사회적 소수자에 대한 차별예방 공무원 가이드라인 마련, 다양성과 포용의 가치 확산을 위한 대시민 캠페인 등을 세부사업으로 두었다.

2. 동성결혼을 수용하려는 헌법개정의 시도

심지어 헌법개정을 통하여 동성혼을 허용하자는 주장이 등장하기도 하였다. 지금까지 제시된 여러 단체나 기관의 개헌안 중에서 동성혼을 허용하는 근거로 활용될 수 있는 안으로는 2014년 국회 헌법개정자문위 안(제16조 제2항), 2016년 대화문화아카데미 새 헌법안(제38조 제1항), 2017년 국가인권위 개헌안(제32조 제1항)을 들 수 있다. 국회 헌법개정자문위와 대화문화아카데미가 제시한 안에서는 “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 동성혼을 허용하는 근거가 될 수 있다.

또한 인권위 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, 동성간의 평등한 혼인을 당연히 인정하는 것이다. 인권위 개헌안은 동성애자 등 성소수자들을 위한 성평등 보장의 결정판이라 할 수 있는 동성혼을 분명히 보장하고 있다.

3. 동성결합 합법화로 이어지는 건강가정기본법 개정 시도¹¹

(1) 서

「건강가정기본법」은 “건강가정 구현에 기여하는 것”을 목적으로 하는 법이다. 그런데 이를 근본적으로 변경하려는 시도가 제19대, 제20대 국회에 이어 제21대 국회에서도 이뤄졌다. 2020년 9월 1일 남인순 의원이 대표발의하고 정춘숙 의원 등이 공동발의한 건강가정기본법 일부개정법률안(이하 “남인순 안”)과 2020년 11월 2일 정춘숙 의원이 대표발의하고 남인순 의원 등이 공동발의한 건

¹¹ 이하는 음선필, “건강가정기본법 개정안에 대한 입법평가”, 홍익법학, 제22권 제2호, 2021에서 일부를 발췌하여 정리한 것임.

강가정기본법 일부개정법률안(이하 “정춘숙 안”)이 그러하다.

인권위는 2022년 4월 6일 국회의장에게 실재하는 다양한 가족 형태와 가족에 대한 인식의 변화를 수용하고 성소수자에 대한 편견과 차별을 예방하기 위하여 국회 계류 중인 「건강가정기본법 일부개정법률안」을 조속히 심의·의결하여 개정할 것을 권고한 바 있다.¹²

(2) 전통적 가족 대신 다양한 유형의 가족을 수용하려는 건강가정기본법 개정안

건강가정기본법 제3조의 「건강가정」은 “가족구성원의 욕구가 충족되고 인간다운 삶이 보장되는 가정”을 말한다.¹³ 그런데 남인순 안과 정춘숙 안은 공통적으로 「건강가정」 개념을 삭제하려고 한다.

12 인권위는 가족의 다양성을 인정하는 한편, 필요한 정책을 적극 개발하는 방향으로의 전환이 필요한바, 제21대 국회에 계류 중인 「건강가정기본법 일부개정법률안」에 대하여 다양한 가족 및 가족형태를 수용하고 이들에 대한 편견이나 차별을 예방하고 개선할 수 있는 방향으로 조속히 개정할 것을 권고하였다. 인권위 보도자료, “인권위, 다양한 가족구성권 보장 위한 정책 권고”, 2022.4.13, <https://www.humanrights.go.kr/site/program/board/basicboard/view?boardtypeid=24&boardid=7607860&menuid=001004002001>.

13 건강가정 개념은 건강가정기본법 제정을 위해 반드시 필요한 초석(礎石)이었다. 우리나라에서 건강가정 개념에 관한 연구는 1990년대 초반부터 본격화되었다. 건강가족의 개념적 요소와 가정의 건강성을 측정하기 위한 척도개발이 주된 연구주제였다. 그러한 연구로 어은주·유영주, “가족의 건강도 측정을 위한 척도개발에 관한 연구”, 『한국가정관리학회지』, 제13권 제1호, 1995, 145-156쪽; 유계숙, “건강가족의 요소에 관한 연구 : 가족체계와 건강성을 중심으로”, 『한국가족관계학회지』, 제9권 제2호, 2004, 25-42쪽; 박민자, “행복가족의 요소와 의미”, 『가족과 문화』, 제18권 제4호, 2006, 183-205쪽.

도대체 왜 「건강가정」 용어를 혐오하는가? 건강가정기본법 제정 당시 보건복지부 장관의 증언¹⁴에 의하면, 건강가정기본법은 이혼과 가정해체를 예방하고 다양한 형태의 가정이 그 건강상태를 향상시켜 행복한 가정생활을 영위하도록 국가가 뒷받침해야 할 법적 토대로서 제정되었다고 한다.

이에 반하여 건강가정 용어의 반대론자들은, 건강가정이라는 개념이 이미 존재하는 다양한 가족을 포괄하지 못한다는 점과 건강가정 시책이 가족 돌봄의 지원 등 변화하는 가족의 욕구를 포괄하지 못한다는 점 등을 반대이유로 제시해 왔다.¹⁵

이들은 「건강가정」이라는 용어가 「건강하지 않은 가정」이라는 개념을 이끌어냄으로써 한부모가족, 재혼가족 등에게 아픔을 주며 위화감을 갖게 한다고 주장한다. 그 논거로 인권위 결정을 제시한다. 2005년 10월 10일 인권위는 건강가정이 정상가족 이데올로기를 강화시킬 수 있다는 점, 가정에 속한 국민과 그렇지 않은 국민으로 차별할 수 있다는 점을 들면서 건강가정기본법의 명칭 변경

14 김화중, “건강가정기본법 개정 반대한다”, 한겨레신문, 2006.12.25. <https://www.hani.co.kr/arti/opinion/column/180355.html>(검색일 2023.4.15.)

15 건강가정기본법 제정 이래로 논란이 지속된 것의 하나가 바로 「건강가정」을 둘러싼 담론이었다. 가족 및 건강가정 담론에 관한 흥미로운 분석으로는 김인숙, “건강가정기본법 제정과정에 나타난 가족 및 가족정책 담론”, 『한국사회복지학』, 제59권 제3호, 2007, 특히 260-274쪽, 한편 2003년 건강가정기본법 제정 과정에서 담론 공동체의 역할을 비판적으로 분석한 글로는 정재훈, “건강가정담론 전개 과정에서 담론 공동체의 역할 연구— 2003년 건강가정기본법 제정 과정을 중심으로—”, 『한국가족복지학』, 제30호, 2010.12., 5-40쪽. 정책형성을 담론의 실천성이 권력화과정을 거쳐 제도화되는 것이라고 보는 시각은 입법과정에서 작용하는 사회세력 및 정치세력의 역학관계를 분석대상으로 삼는 법사회학의 연구방법과 연결된다고 하겠다. 이러한 관점에서 건강가정기본법의 개정논의를 분석하는 것은 매우 흥미로운 연구과제가 될 것이다.

을 권고한 바 있다.

그런데 이러한 논의가 사실혼 등 다양한 가족형태를 전통적인 가족형태(즉, 혼인·혈연·입양을 통한 가족형태)와 동등하게 여기고 차별하지 말아야 한다는 주장과 맞물려 있음을 알아야 한다.

남인순 안은 제3조에서 가족과 건강가정의 정의규정을 삭제하였으며,¹⁶ 정춘숙 안은 현행 건강가정기본법의 모든 정의규정을 아예 삭제하였다. 일찍이 남인순의 2014년 개정안에서도 가족의 개념을 변경하려 하였다. 즉, 혼인·혈연·입양만이 아니라 「사실혼 그 밖에 대통령령으로 정하는 관계로 이루어진 사회의 기본단위」로 변경하려고 한 것이다. 그런데 이번 개정안의 숨은 의도는 가족 개념을 법률 아닌 대통령령으로 정하거나, 아니면 향후 법률 개정으로 가족 개념을 다시 추가하면서 그 내용을 재정립하려는 것으로 추정된다. 아니면 가족 개념을 여성가족부나 법원의 해석에 맡기려는 것으로 보인다.

개정안은 모든 형태의 가족생활을 동등하게 취급할 것을 요청한다. 즉, “누구든지 가족의 형태를 이유로 차별받지 아니하며”, “가족형태를 고려하여야 한다”(남인순 안 제2조 및 제5조 제1항)¹⁷는 규정으로 두고 있다.

16 남인순 안은 가족과 건강가정의 정의규정은 삭제하면서도 「가정」의 정의규정은 그대로 두었다. 이는 가족의 정의규정을 없앴기 때문에 가정의 정의규정만은 부득이 남겨둔 것이라고 볼 수 밖에 없다. 그런데 다른 조항들에서 가정을 굳이 가족으로 바꾸는 것에 집착하였음에도 불구하고 정작 가정의 정의규정을 남겨둔 것은 대단히 의아(疑訝)하다. 상식적으로 볼 때, 가정을 가족으로 바꾸려 한다면 오히려 가정의 정의규정을 없애고 가족의 정의규정을 남겨두는 것이 타당하지 않은가? 가정 정의는 두었지만 정작 「가정」 용어를 모든 규정에서 삭제함으로 말미암아 결과적으로 가정 개념을 삭제한 셈이 되었다. 여하튼 이번 개정안은 여러 모로 입법 상식에 맞지 않다고 본다.

하지만, 현행 건강가정기본법은 다양한 가족형태로서 한부모가족, 노인단독가정, 미혼모가정, 공동생활가정, 자활공동체 등을 이미 열거하고 있다(제21조 제4항). 그렇다면, 현행법에 포함되지 않아 법률 개정으로 반드시 포함해야 할 생활공동체란 과연 무엇인가?

그런데 개정안이 가족의 정의를 두고 있지 않다. 따라서 하위법령의 규정이나 해석론에 의하여 “사회적 보호를 필요로 하는 가족”의 범위가 확대될 가능성이 매우 크다. 경우에 따라서는 비혼 동거커플 또는 동성커플도 가족의 한 형태로 해석될 수 있다고 본다.

무엇보다도 「가족형태의 다양성(diversity of family forms)」이라는 개념은 동성커플의 법적 보호를 주장하는 입장의 핵심어임을 알아야 한다. 동성애자와 젠더전환자 등을 위한 마그나 카르타라고 불리는 「욕야카르타 지침(Yogyakarta Principles)」¹⁸의 지침 24에서는 「가족형성권」을 강조하고 있다.¹⁹

또한 개정안에는 해석론에 따라 언제든지 동성결합 및 동성결

17 현재 전국적으로 소재하는 건강가정지원센터에서 한부모가족, 조손가족, 다문화가족, 1인가구뿐 아니라 수감자가족이나 교통사고 유가족 등 위기가족 등도 보호와 지원을 받고 있다.

18 욕야카르타 지침에 관한 상세한 분석과 비판으로는 음선필, “욕야카르타원칙에 대한 비판적 고찰”, 『홍익법학』, 제20권 제4호, 2019, 119-154쪽.

19 욕야카르타 지침 24(가족형성권)는 가족이 다양한 형태로 존재함을 강조하면서, 성적 지향이나 젠더 정체성에 관계없이 누구든지 입양이나 보조생식술(정자제공을 포함)의 도움을 포함해서 가족을 형성할 권리를 누릴 수 있도록 국가가 입법이나 행정 등의 조치를 취할 것을 요구하고 있다. 또한 혼인으로 규정되지 않은 가족형태를 포함한 가족형태의 다양성을 입법과 정책으로 인정하고, 구성원의 성적 지향이나 젠더 정체성을 이유로 모든 가족이 차별받지 않도록 국가가 입법 및 행정적 조치를 취할 것을 요구하고 있다.

혼의 법적 근거로 원용될 수 있는 규정이 있다. 예컨대 남인순 안 제2조(기본이념)의 “누구든지 가족의 형태를 이유로 차별받지 아니하며”는 동성커플도 가족의 한 형태이므로 이를 이유로 차별하지 말 것을 주장할 수 있다. 서구의 많은 나라에서 동성커플의 사실혼 관계를 '동성 동반자(same-sex partnership)' 또는 '시민결합(civil union)'이라는 이름으로 인정하고 있다. 이에 따라 동성커플을 가족형태의 하나로 인정하려는 해석론을 충분히 예상할 수 있다.²⁰

남인순 안 제2조의 “가족구성원이 서로 존중하고 부양·양육·가사노동 등에 함께 참여함으로써 민주적이고 평등한 가족관계”에서 「양성평등한」 아닌 「평등한」이라는 표현에 주목할 필요가 있다. 이 규정은 동성커플에도 그대로 적용될 수 있다고 본다. 안 제4조(국민의 권리와 의무)의 “민주적이고 평등한 가족”도 또한 동성커플을 인정하는 근거가 될 수 있다.

한편 정춘숙 안은 “민주적이고 평등한 가족”을 더욱 강조하고 있다. 제2조(기본이념), 제12조(가족의 달과 가족의 날), 제32조(가족교육 등)에서 “민주적이고 평등한 가족”이라는 표현을 반복적으

20 2014년 진선미 의원은 「1명과 동거하며 부양하고 협조하는 관계를 맺고 있는 성인」을 위한 「생활동반자관계에 관한 법률」안을 발의하려다 실패한 적이 있다. 이 법률안은 동성커플에게 혼인에 준하는 지위를 부여하려는 것으로서, 미국이나 유럽 일부 국가의 「파트너십」과 프랑스의 「시민결합」을 우리나라에 도입하려는 것이었다. https://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/661926.html(검색일 2023.4.15.) 그런데 외국의 사례에서 확인할 수 있듯이, 시민결합제도는 얼마 가지 않아 동성결혼의 합법화로 이어지게 된다. 한편, 영국에서는 당초 동성간 결합을 의미하는 시민결합에 이성간 결합도 포함시켜야 한다는 주장이 제기됨에 따라 이성커플과 동성커플을 전혀 차별하지 않아야 한다는 논리마저 등장하고 있다.

로 사용하고 있다. 또한 「양성평등」을 의도적으로 「평등」으로 대체하고 있다(제15조 제2호, 제26조 제명, 제28조 제2항 제2호).²¹

현행법의 「양성평등」을 일부러 「평등」으로 변경하는 것을 생각할 때, “민주적이고 평등한 가족”에 동성커플이 포함되는 것으로 보는 것은 충분히 합리적인 의심이라고 하겠다. 이같이 평등한 가족관계를 해석함에 있어서 “동성”간 평등도 포함될 것으로 예상된다.

가족의 정의규정 부재는 사실혼 가족, 비혼동거커플이나 동성커플도 가족의 한 형태로 해석될 수 있게 한다. 비혼동거커플이나 동성커플을 가족의 한 유형으로 법정화하여 국가적 보호 대상으로 삼는 것은 합당하지 않다. 왜냐하면 헌법에서 혼인 및 가족생활에 대한 국가적 보호의무를 규정한 것은 국가공동체에서 차지하는 혼인 및 가족생활의 사회적 기능 내지 공동선 때문임을 알아야 한다.

(3) 소결

개정안과 같이, 가족 개념을 삭제하면 일반사법인 민법의 가족 질서를 부정하는 결과를 가져와 전체 법질서가 혼란스럽게 될 것이다. 사실혼이나 혼인의사 없는 비혼동거를 가족의 한 유형으로 인정하면 당장 법률혼제도가 무너지게 된다.

또한 개정안은 결국 동성결합 내지 동성결혼을 합법화하는 근

21 그런데 정춘숙 안 제5조 제3항에서는 “양성평등한 가족가치실현”, 제26조 제1항에서는 “민주적이고 양성평등한 가족관계”라는 표현을 남겨두고 있다. 이것이 의도적인 유보인지 아니면 단순한 입법상의 실수로 남겨진 것인지는 향후 입법과정에서 드러날 것이다.

거가 될 것이다. “가족형태를 이유로 차별받지 아니”함을 기본이념으로 하는 개정안은 결과적으로 가족형태를 이유로 차별을 금지하는 하나의 차별금지법이 될 것이다. 비록 동성결합 및 동성결혼을 명시적으로 허용하는 규정이 없더라도 당사자 간의 “평등”한 가족관계를 강조하기 때문에, 개정안은 동성커플을 「사실혼」의 새로운 유형으로 내세우고 동성간 결합에 대한 사회적 편견과 차별을 거부하는 근거로 활용될 것이다.

4. 이른바 가족구성권 3법의 발의

2022년 4월 6일 인권위는 국회의장에게 성소수자의 기본권 보장을 위하여 주거, 의료, 재산분할 등 성소수자의 생활공동체 유지에 필요한 보호기능 등이 포함된 법률을 제정할 것을 권고한 바 있다.²² 인권위의 보도자료에 따르면, “인권위 차별시정위원회는 새롭고 다양한 가족형태가 출현하고 그 비중이 날로 증가하고 있음에도 현행 법·제도는 여전히 기존의 전통적 가족 개념을 근거로 하고 있어 실재하는 다양한 생활공동체가 실질적인 보호를 받지 못하고 오히려 차별을 받고 있으며, 다양한 유형의 생활공동체를 법적으로 보호하는 방향으로 바뀌고 있는 여러 나라의 흐름에 비추어 보더라도 국내 법과 제도는 개선이 필요하다고 보았다.” 그래서 인권위는 가칭 「생활동반자법」과 같이 혼인·혈연 외의 사유로 발생하는 새로운 형태의 동반자 관계의 성립과 효력 및 등록 등에 관한 사항을 규정하는 법률을 마련할 필요가 있다고 판단하였다.

²² 이러한 권고의 근거로서 인권위는 차별위원회 결정[19진정0871500·20진정0356300(병합), 성소수자 가족구성권 보장을 위한 제도개선]을 제시하였다.

이러한 인권위의 교시(?)에 충실하게 일부 국회의원에 의한 가족구성권 3법이 발의되었다. 2023년 4월과 5월에 걸쳐 동성결합을 법제화하는 「생활동반자관계에 관한 법률안」(생활동반자법), 「민법 개정안」(혼인평등법), 「모자보건법 개정안」(비혼출산지원법)이 발의된 것이다. 생활동반자법이란 2023년 4월 26일 용혜인 의원이 대표발의한 「생활동반자관계에 관한 법률안」과 2023년 5월 31일 장혜영 의원이 대표발의한 「생활동반자관계에 관한 법률안」을 가리킨다. 혼인평등법이라는 이름으로 불리는 법안은 「민법 일부개정법률안」(민법 개정안)으로서 장혜영 의원이 2023년 5월 31일 발의한 것이다. 이는 이성 간 혼인과 동성 간 혼인을 동등하게 대우하려는 취지로 발의되었다. 비혼출산지원법이란 장혜영 의원이 발의한 「모자보건법 일부개정법률안」의 별칭으로서, 그 주된 내용은 보조생식술의 지원대상을 혼인 유무를 불문하고 임신 및 출산을 원하는 사람에게 확대하려는 것이다.

위 가족구성권 3법에 관한 상세한 분석은 제5장에서 다룰 것이다.

5. 젠더이념에 충실한 인권교육의 강조

학교교육은 미래세대를 선점하는 매우 효과적인 통로가 된다. 젠더 평등을 뿌리 깊게 자리잡게 하도록 학생들을 대상으로 젠더 이데올로기를 경험하고 주입하기 위한 시도가 이뤄지고 있다. 무엇보다도, 동성애에 반대하는 내용의 수업을 금지하고 있다. 예컨대 2017년 5월 서울특별시교육청 학생인권교육센터는 수업시간에 학생들에게 젠더 쿼어에 대한 혐오표현과 함께 차별을 선동하였다는 이유로 서울 소재 중학교 국어교사에게 학생들에게 사과할

것을 권고했다. 당해 교사는 “남성 간 성교를 막지 않으면 에이즈가 증가한다. 수간도 성소수자의 종류에 포함된다” 등의 내용으로 말했다고 한다. 이 일은 수업을 들은 학생이 서울특별시교육청 학생인권교육센터에 제보함으로써 알려졌다.

또한 다양한 명칭의 각종 학생인권조례의 제정과 성소수자 학생을 대상으로 한 교육방법론이 강조되고 있다. 전국적으로 성적 지향을 차별금지사유로 포함하는 각종 조례의 제·개정을 둘러싸고 치열한 다툼이 벌어지고 있다. 최근의 대표적인 예로, 2018년 경상남도 교육청은 「인권친화적 학교문화조성을 위한 경상남도 학생인권 조례」를 제정하고자 하였다. 이 조례안은 차별금지조항을 두어 성적 지향, 젠더 정체성을 이유로 차별받지 않을 권리를 규정하였다. 한편 2018년 7월 「인권교육을 위한 교사모임 샘」 소속 교사들과 「청소년 성소수자 위지원센터 땀뚱이」 학교 현장에서 성소수자 학생의 인권보호를 위한 지침서로 활용될 수 있는 「학교에서 무지개길 찾기 가이드북」을 발간하였다. 이 책자에는 성소수자 혐오에 교사로서 대처하는 방법, 성소수자 학생을 지지한다는 것을 드러내는 방법 등이 제시되어 있다.

III 결어

동성결합을 대하는 사회적 태도는 적대, 무시, 관심, 사회적 합의, 법적 승인의 다섯 가지로 구분될 수 있다.²³ 현재 우리나라는 기껏해야 ‘관심’ 정도의 단계이고, ‘사회적 합의’는 아직 없다고 할

수 있다. 하지만 동성결혼을 합법화 나라들을 살펴보면 반드시 사회적 합의를 전제로 한 것만은 아니다. 그 대표적인 예로 미국 연방대법원의 동성결혼 합헌판결은 미국 내에서도 큰 파장을 일으켰으며, 이에 대해 반대하는 견해도 아직도 강력하다.²⁴ 이는 동성결혼의 합법화가 반드시 사회적 합의나 법감정의 변화를 통해 자연스럽게 이루어지기보다는, 혼인 개념의 새로운 설정과 소수자의 보호라는 결단(판결 또는 입법)의 산물일 수 있음을 잘 보여 준다.²⁵

그리고 동성결합의 유형으로서 민사결합, 시민연대 또는 생활동반자관계와 동성결혼 간의 관계가 명확히 구별되지 않음을 알아야 한다. 왜냐하면 영국, 프랑스, 독일의 동성결혼 합법화 과정에서 보듯이, 민사결합 또는 생활동반자관계에 관한 입법은 법률혼과의 차이를 점점 좁혀가면서 결국 동성혼을 합법화하는 통로가 되었기 때문이다.

따라서 동성결합에 대한 관점을 명확히 할 필요가 있다. 동성결합 내지 동성결혼에 대한 전체적인 판단을 위해서는, 이를 개인의 자유의 관점에서만 바라볼 것이 아니라 혼인 및 가족제도의 헌법상 의의 및 가치(공익적 관점), 인간으로서의 존엄 및 가치(인권 존중의 관점)의 측면에서 볼 수 있어야 한다. 동성결혼을 혼인의 한

23 김민중, “동성 간의 결합에 대한 법적 보호”, 동북아법연구 제10권 1호, 2016, 234면.

24 권혁남, “미국 동성 간 혼인 합헌 판결에 대한 비판적 고찰”, 인문사회 21, 제6권 2호, 2015, 237면 이하; 정영화, “동성혼 도입을 위한 헌법개정의 위헌성”, 홍익법학, 제8권 3호 2017, 121면 이하 참조

25 자세한 손명지, “동성혼에 대한 재고”, 가족법연구 제33권 제3호, 2019, 1-32면.

유형으로 인정하려 한다면 무엇보다 혼인의 헌법상 의의와 가치를 제대로 이해하여야 할 것이다. 오늘날 헌법이 국가로 하여금 자유의사에 따른 계약으로서 또한 사회제도로써 혼인을 보호하도록 하는 것은 혼인의 공적 기능 때문임을 명심해야 할 것이다.

이런 관점에서 볼 때, 동성결혼은 인간의 존엄성을 고양(高揚)하는 가치나, 공익에 봉사하는 기여가 대단히 미흡한 행위양식이라 하지 않을 수 없으므로 헌법상 혼인조항의 보호대상이라고 볼 수 없다.

A close-up photograph of a hand, likely a woman's, with a ring on the ring finger. The ring has a black band with three red horizontal stripes. A large, white, sans-serif number '3' is superimposed over the center of the image, partially covering the hand and the ring. The background is a solid, muted orange color.

3

다양한 가족 개념의 국제적 흐름

I 서설

II 페미니즘 및 젠더 이데올로기의 등장과 가족의 와해

1. 페미니즘과 여성해방을 통한 전통 가족의 와해
2. 젠더 이데올로기와 성별 구분의 해체를 통한 가족의 와해

III 유엔을 통한 (여)성해방, 그리고 가족 개념의 변질

1. 1990년대 유엔의 패러다임 전환
2. 1993년 비엔나 세계인권대회
3. 1994년 카이로 국제인구개발회의
4. 1995년 북경 제4차 세계여성대회와 여성가족부

IV 결어

I 서설

‘다양한 가족’ 개념은 2020년 「건강가정기본법」 개정법률안과 제4차 건강가정기본계획(2021-2025)에 등장한다. 또한, 이 용어는 2022년 초중고 교육과정 개정 시안 실과(기술·가정)에 ‘건강 가족 신화에서 벗어나 다양한 가족’을 용인하도록 교육하라는 내용 속에 등장하면서 큰 논란을 불러일으켰다.²⁶ 이런 논란으로 인해 결과적으로 ‘건강 가족 신화에서 벗어나’라는 표현은 삭제되었지만 ‘다양한 가족’은 여전히 남아있다. ‘다양한 가족’개념이 논란이 되는 이유는 대가족, 핵가족, 한부모가족 등 기존의 혼인과 출산을 기반으로 하는 가족의 형태가 아닌 서로의 삶을 공유하는 공동체를 느슨하게 아우르는 확장적인 개념으로서, 보편적인 가족의 의미를 넘어서는 위험한 개념이기 때문이다.

「건강가정기본법」에 따르면 가족이란 혼인, 혈연, 입양까지의 단위를 의미한다. 그러나, 가족의 정의규정이 삭제되고 다양한 형태의 가족을 용인하기 위한 취지로 개정하려는 「건강가정기본법 개정안」을 둘러싼 정황을 통해서 짐작할 수 있듯이, ‘다양한 형태의 가족’ 개념의 등장은 기존 가족의 개념을 무너뜨리고 가족에 대한 새로운 정의를 시도하려는 의도라고 볼 수 있다.²⁷ 이러한 시도는 유엔의 여러 회의 및 문서로 거슬러 올라가는데, 이러한 가족의 재정의 시도는 결국 동성결합 정당화를 위한 초석 마련의 의도가 깔려가 있음을 확인할 수 있다.

26 교육부, 「2022 개정 교육과정 시안 실과(기술·가정)」, (2022.10), 22면.

27 「건강가정기본법 일부개정법률안」, 남인순의원 대표발의, 2020. 09. 01.

‘다양한 가족’을 둘러싼 논란은 우리나라에서는 최근에 불거졌지만, 본격적인 논란의 시작은 90년대 유엔의 국제무대로 거슬러 올라간다. 본 장에서는 다양한 가족의 등장의 근원과 흐름을 국제적인 맥락과 연관지어 짚어보고자 한다. 구체적으로 본 장은 다음 네 가지를 살펴보고자 한다: 1) 페미니즘과 젠더 이데올로기의 등장과 가족의 와해, 2) 유엔을 통한 페미니즘과 젠더 이데올로기의 확산, 3) 유엔 주재의 국제대회, 각종 회의 및 문서를 통한 ‘다양한 가족’ 개념의 등장 및 확장, 그리고, 4) 우리나라 법과 정책, 그리고 교육의 영역에 등장한 ‘다양한 가족’개념을 통한 동성결합 정당화 시도.

II 페미니즘 및 젠더 이데올로기의 등장과 가족의 와해

1. 페미니즘과 여성해방을 통한 전통 가족의 와해

(1) 페미니즘과 여성의 해방

1960년대 북미에서 시작한 페미니즘(2세대 페미니즘)은 가부장제를 불평등한 사회구조의 근원이라고 여겼으며 가부장제 타파를 통한 남녀의 실질적인 평등을 궁극적인 목표로 삼았다. 이 시기의 페미니즘은 생물학적인 차이(섹스)에서 성불평등의 원인을 찾았고 이러한 생물학적인 차이로 인해서 여성은 사회 문화 속에서 지속적인 불평등을 겪으며 여성으로서의 특정한 행동과 성향을 요

구 받는다고(젠더) 주장했다. 결국, 타고난 성(섹스)으로 인해서 젠더가 결정된다는 것이다. 그래서 여성들이 타고난 성을 거부할 때 비로소 남성중심적 젠더 규범에서 해방될 수 있다고 주장했다.²⁸

(2) 페미니즘과 가족의 파괴 시도

미국의 대표 페미니스트이며 ‘여성 해방의 모택동’(the Mao Tse-Tung of Women’s Liberation)이라고 불리는 케이트 밀렛(Kate Millett)은 미국 최대여성단체인 북미여성단체(NOW)를 결성하고 1970년대 미국 대학 내에 여성학을 시작한 인물로서 유명하다. 그런데 그녀의 동생이자 현재 미국의 pro-life, pro-family 운동에 앞장서고 있는 맬로리 밀렛(Mallory Millett)이 2018년에 본인의 언니 케이트를 중심으로 시작된 페미니즘이 어떻게 가족 파괴를 시도하고 있는지에 대한 인터뷰 및 글들이 대중에게 알려져 큰 화제가 되었다. 맬로리 밀렛이 1960년 당시 케이트가 이끄는 지하 여성조직 모임에 참석해서 경험한 충격적인 사건을 아래와 같이 묘사했다:

Kate: “우리가 오늘 왜 여기 모였지?”

Others: “혁명을 하기 위해”

Kate: “어떤 종류의 혁명이?”

Others: “문화대혁명”이라고 외쳤다.

Kate: “그러면 우리는 어떻게 문화 혁명을 만들까?”

Others: “미국 가족을 파괴함으로써!”

28 현숙경, 『페미니즘의 민낯: 그럴듯한 가면 뒤에 숨겨진 페미니즘의 실체』, 바른북스, 2022, 32면.

Kate: “우리가 어떻게 가족을 파괴하지?”

Others: “미국의 가부장제를 파괴함으로써”

Kate: “그러면 어떻게 미국의 가부장제를 파괴할 수 있을까?”

Others: “일부일처제를 파괴함으로써!”라고 그들은 외쳤다.

Kate: “우리가 어떻게 일부일처제를 파괴할 수 있을까?”

Others: “문란함, 에로티시즘, 매춘, 동성애, 다자성애, 수간,

사탄숭배, 소아성애 등 모든 금기를 꺾으로써!”²⁹

위의 글을 통해 알 수 있듯이 페미니즘은 단순한 여성해방을 넘어서 사회·문화의 모든 금기를 꺾으로써 가족을 파괴하기 위해 그럴듯하게 포장된 위험한 이데올로기에 불과하다.

(3) 페미니즘과 미국 가정의 붕괴

결국 페미니즘의 등장은 가정의 근간을 흔드는 위험한 결과를 초래했다. 1960년대까지만 해도 1000 커플 중 2.2 커플이 이혼했으나 1969년 무책 이혼법의 통과와 함께 이혼이 급증하여 1980년대에는 1000 커플당 5 커플이 이혼을 경험했다.³⁰ 또한, 혼인율은

29 Kate Millett, “My Sister Kate: The Destructive Feminist Legacy of Kate Millett: A Conversation with the Feminist Icon’s Sister,” Interview, Front Page Magazine, last modified Feb. 7, 2018, <<https://www.frontpagemag.com/my-sister-kate-destructive-feminist-legacy-kate-mark-tapson/>>.

30 Esteban Ortiz-Ospina and Max Roser, “Marriages and Divorces,” OurworldinData.org, last visited Dec. 16, 2023, <<https://ourworldindata.org/marriages-and-divorces#divorce-rates-increased-after-1970-in-recent-decades-the-trends-very-much-differ-between-countries>>.

1970년대 1,000명 중 10.6명대에서 2018년 6.5명으로 감소했고³¹ 출산율은 1957년 3.7명대에서 1980년대에 1.84명대로 하락했다.³² 혼인의 감소는 비혼과 동거의 증가로 이어졌고³³ 이로 인해 미혼모가 급증³⁴하는 부작용을 초래했다. 또한, 미혼모의 증가는 사회문제로 직결되었는데, 연구 결과에 의하면 미혼모에 의해 길러진 아이들이 청소년 살인의 72%, 강간의 60%, 10대 출산의 70%, 자살의 70%, 고등학교 중퇴의 70%를 차지한다는 것이다.³⁵ 이 이외에도 미혼모의 자녀들은 낮은 자존감, 무단결석, 갯단 가입, 약물남용, 노숙자(출가 아동의 90%는 아버지가 없음), 그리고 40배 더 높은 성적 학대의 위험에 노출되었다.³⁶

이렇듯 가정에서의 해방, 성의 해방, 출산으로부터의 해방, 직장에서의 탈출을 통한 가부장제 타파의 외침은 결국 수많은 가정과

-
- 31 Sally C, Curtin and Paul D. Sutton, "Marriage rates in the United States, 1900–2018," Health E-Stats, April, 2020, p.4.
 - 32 Brady E. Hamilton, "QuickStats: Expected number of births over a woman's lifetime—National Vital Statistics system, United States, 1940–2018," Morbidity and Mortality Weekly Report, Vol.69, No.1(2020), p.20.
 - 33 Gurrentz Benjamin, "For Young Adults, Cohabitation is Up, Marriage is Down", United States Census Bureau, last modified Nov. 11, 2018, <<https://www.census.gov/library/stories/2018/11/cohabitation-is-up-marriage-is-down-for-young-adults.html>>.
 - 34 Sara McLanahan and Christopher Jencks, "Was Moynihan Right? What Happens to Children of Unmarried Mothers," Education Next, Vol.15, No.2(2015), pp.14–20.
 - 35 Fix Family Courts, "Fatherless Single Mother Home Statistics," last modified March 20, 2017, <<https://www.fixfamilycourts.com/single-mother-home-statistics/>>.
 - 36 Phyllis Schlafly, Who Killed the American Family?, WND Books, 2016, p.26.

사회를 병들게 했으며 무질서와 혼란을 초래했다. 이러한 가정의 와해는 1969년 무책이혼법 제정, 1973년 미국의 낙태 일부 합법화(Roe vs. Wade) 등의 법제화를 통해 더욱 가속화되었다. 그리고 이러한 페미니즘으로 인한 가족 해체의 움직임은 60년대 후반에 시작하여 70년대부터 본격적으로 유엔을 통해 전 세계적으로 확산되었다. 그런 가운데 학계는 포스트모더니즘의 영향으로 기존의 모든 보편적 질서와 전통에 의문을 던지기 시작했으며, 그런 흐름 속에서 90년대에 남녀의 당연한 구분을 해체하는 시도가 등장했는데, 이 시기를 젠더 이데올로기의 시대라고 할 수 있다.

2. 젠더 이데올로기와 성별 구분의 해체를 통한 가족의 와해

(1) 젠더 이데올로기와 주디스 버틀러(Judith Butler)

미국의 철학자, 젠더 이론가, 그리고 레즈비언인 주디스 버틀러가 1990년에 「젠더 트러블」(Gender Trouble)을 통해 페미니즘의 이분법적인 젠더의 문제점을 지적하면서 확장적인 젠더 개념을 선보였는데, 이 때부터 젠더 이데올로기의 시대가 본격적으로 도래했다고 볼 수 있다.

버틀러는 「젠더 트러블」의 1999년 서문에 본 저서의 목적이 이분법적 젠더 개념을 해체하는 것임을 명시하고 있다:

나는 어떤 특정한 형태의 젠더 표현을 거짓된 것, 혹은 파생된 것으로 규정하고, 그 외의 다른 형태의 젠더 표현을 진리(truth), 혹은 원래의 형태(original)로 것으로 규정해버리는 진리의 체제들에 반대했다... 본 저서의 목적은 특정한 형태의 젠더만 실제 가능해야 한다고 요구하려는 것이 아니라 젠더에

대한 가능성의 영역을 여는 것이었다. 본 저서는 또한 소수의 (비이성애적) 젠더 관행과 성적 관행을 불법화하기 위해 진리라는 담론의 권력을 휘두르려는 모든 노력을 약화시키려 했다.³⁷

위에서 말하는 “특정한 형태의 젠더”란 남성과 여성이라는 이성애적 의미의 젠더를 의미한다. 그러나 그녀는 그 의미에서 벗어나 “젠더에 대한 가능성의 영역”을 열고자 한다. 다시 말하면, “소수의(비이성애적) 젠더 관행과 성적 관행”의 영역까지를 확장시키고자 한다. 이성애 중심의 사회를 진리로 규정짓는 것은 단지 이 사회의 담론에 불과하며 그 “진리라는 담론의 권력”이 비이성애자들의 규범에서 벗어나는 성적 행위를 불법화해 버렸다고 비판한다. 이렇듯 버틀러는 이성애 중심 사회체제에 지속적인 의문을 제기하며 그 체제를 허물려는 시도를 한다.

여기에서 버틀러의 젠더 개념과 페미니즘(2세대)에서 의미하는 젠더의 차이를 짚어볼 필요가 있다. 60년대부터 본격적으로 시작된 2세대 페미니즘은 가부장제를 불평등한 사회구조의 근원이라고 여겼으며 가부장제 해체를 통한 남녀평등을 궁극적 목표로 삼았다. 여성은 남성에게 의해서 지속적으로 억압과 착취를 당하는데 그 원인은 결국 남녀의 생물학적인 차이 때문이며, 그 차이는 바로 임신과 출산 여부로 귀결된다는 것이다. 결국 여성의 몸(섹스)은 임신과 출산, 양육(모우수유)를 통해서 가부장제에 순응하는 여성이 되도록(젠더) 강요받았다는 것이다. 이것이 바로 페미니스트의 대모인 시몬 드 보부아르의 “여성은 태어나는 것이 아니라

³⁷ Judith Butler, *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*. (Routledge, 1999), p.viii.

만들어지는 것이다”가 의미하는 바이다.³⁸

요컨대, 2세대 페미니즘은 생물학적인 차이(섹스)에서 성불평등의 원인을 찾았고 이러한 생물학적인 차이로 인해서 여성은 사회 문화 속에서 지속적인 불평등을 겪으며 여성으로서의 특정한 행동과 성향을 요구 받는다고(젠더) 주장한다. 결국, 타고난 성(섹스)으로 인해서 젠더가 결정되는 것이다. 그래서 여성들이 타고난 성을 거부할 때 비로소 젠더 규범에서 해방될 수 있다고 주장했다.

그러나 버틀러는 페미니즘의 이분법적인 젠더의 패러다임을 완전히 뒤바꿔 놓는다. 「젠더 트러블」의 제목에서도 나타나듯이 페미니즘적 젠더 개념에 트러블이 있음을 선언했다. 우선, 버틀러도 가부장제를 매우 비판적으로 보는데 그 이유는 가부장제가 결국 남성과 여성만을 포함시키기 때문이다. 기존의 가부장제는 이성애 중심적인 개념이며 그 이분법에 포함되지 않는 자들을 배제해 버리는, 즉 “젠더 규범의 폭력”(the violence of gender norms)을 행세하고 있다고 비판한다.³⁹

(2) 생물학적인 성을 철저히 배제하는 버틀러의 젠더 수행성 개념

버틀러의 핵심 개념 중 하나는 바로 ‘젠더 수행성(gender performativity)’이다. 이는 ‘행위’ 부분에 더 중점을 두는 개념으로서 생물학적인 성을 철저히 배제한다.⁴⁰ 그녀에 의하면, 애초에 젠더 정체성이란 없고 이 정체성도 ‘표현’ 혹은 행위를 통해서 구성된다는 것이다. 즉, 버틀러에게 있어서 섹스는 전혀 고려의 대상

38 시몬 드 보브아르, 「제 2의 성」, (을유 문화사, 2019(1949)), 상 392면.

39 Ibid., p.xix.

40 앞의 각주 12)번, 33면.

이 아니다. 그녀에게 생물학적인 성은 의미가 부여되지 않은 몸(물질)에 불과하고 단지 반복적인 행위와 표현을 하는 매개체에 불과하다. 물질에 불과한 몸이 어떠한 반복적인 행위를 하고 기능을 할 때에 비로소 그 몸이 젠더의 의미를 갖게 되는 것이다. 그런 의미에서 타고난 성별(sex)은 전혀 아무 의미가 없다.

그런데 반복적인 성적 수행과 표현의 결과로서 젠더 정체성이 만들어진다는 그녀의 논리에 따르면, 이성애적인 규범에서 벗어나는 성적 행위와 표현을 반복적으로 함으로써 젠더 정체성도 바뀔 수 있다는 위험한 결론에 도달하게 된다. 그렇다. 반복적인 비이성애적 성적 표현 또는 행위를 통해서 기존의 이성애적 젠더 규범을 허물고자 하는 것이 버틀러를 비롯한 젠더 이데올로기 주창자들의 궁극적인 목표이다.

버틀러는 사회문화적 구성물인 젠더만 의미 있는 것이고 실제 존재하는 생물학적인 성은 무의미한 것으로 치부한다. 생물학적인 성, 즉 물질화된 몸은 아무 의미가 부여되지 않은 한낱 껍데기에 불과하다는 것이다. 이렇게 버틀러는 기존 페미니즘이 의미하는 젠더 개념의 패러다임을 완전히 바꾸면서 ‘퀴어 이론’을 탄생시켰다. 이로써 버틀러를 기점으로 페미니즘은 90년대에 새로운 국면을 맞이하게 되었는데, 이 시기를 성별 구분의 해체를 통한 다양한 성 정체성의 가능성을 열은 젠더 이데올로기의 시대라고 부른다.

(3) 정상 규범의 해체로 인한 모든 일탈적 성행위의 정당화

이성애 중심 규범을 해체하고자 하는 버틀러의 논리는 비이성애적 성적 지향을 정당화하는 근거로 사용된다. 버틀러는 그녀의 레즈비언적 성적 지향을 정당화하기 위해 후기구조주의자(자크 데리

다, 미셸 푸코, 줄리아 크리스테바 등), 정신분석학자(지그문트 프로이트, 자크 라캉 등), 페미니스트(게일 루빈, 모니크 위티그, 루스 이리저레이, 엘레인 식수 등)들이 각자 그들만의 전통적 규범의 해체 논리를 이용하여 자신만의 퀴어 이론을 정립하였다.

그러나 그녀의 퀴어 이론의 문제점은 단순히 동성애적 성적 지향만을 포함하는 데서 그치지 않는다. 결국, 퀴어라는 것은 정상 범주에서 벗어나는 모든 행태를 아우르는 표현으로서 이미 정상적인 이성애적 규범을 허물어 버린 그녀의 논리에 의하면 결국 모든 형태의 비정상적 성적 행위가 용인된다.

실제로 동성애는 물론이고 양성애⁴¹, 다자성애⁴², 근친상간⁴³, 소아성애, 수간⁴⁴, 시체성애⁴⁵ 등 비정상적이고 불법적인 행태를 분

-
- 41 April S. Callis, "Playing with Butler and Foucault: Bisexuality and Queer Theory," *Journal of Bisexuality*, Vol.9, No.3-4(2008), pp.213-233. 본 논문의 저자는 버틀러와 푸코를 근거로 본인의 양성애에 주장을 강화하고 있다.
- 42 Ann Tweedy, "Polyamory as a Sexual Orientation," *University of Cincinnati Law Review*, Vol.79, No.4(2011), pp.1461-1515. 이 논문에서 엔트위디는 다자성애(polyamory)도 성적 지향 중 하나라고 주장하면서 주디스 버틀러와 미셸 푸코의 성에 대한 개념을 주된 논거로 삼고 있다.
- 43 Jane Kilby, "Judith Butler, Incest, and the Question of Child's Love," *Feminist Theory*, Vol.11, No.3(2010), pp.255-265.
- 44 Carmen Dell-Aversano, "The Love whose Name Cannot be Spoken: Queering the Human-Animal Bond," *Journal for Critical Animal Studies*, Vol.8, No.1/2(2010), pp.73-125. 본 논문의 저자는 수간의 정당화 주장의 근거로 버틀러를 언급하고 있다.
- 45 Anna Chiara Corradino, "Performing Necrophilia: forms of female dominance in *Kissed* by Lynne Stopkewich, *Nekromantik* and *Nekromantik 2* by Jörg Buttgerit," *A Transdisciplinary Journal of Queer Theories and Studies*, Vol.3(2020), pp.373-400. 이 논문은 세 작품 속에 나타나는 여성의 시체성애를 성우월주의를 은폐하기 위한 행위의 표현으로 주장하면서 버틀러의 젠더 수행성 개념을 지속적으로 인용하고 있다.

석 혹은 정당화하는 논문들이 지속적으로 출판되고 있는데 이들은 하나도 빠짐없이 버틀러의 비이성애적 젠더 개념, 혹은 젠더 수행성 개념을 근거로 제시하고 있다. 남녀의 관계만을 ‘정상적’인 범주로 용인하는 사회제도 자체를 비판함으로써 ‘정상’이라는 틀을 허물어버리는 버틀러는 이성애적 관계를 벗어나는 모든 형태의 비정상적이고 일탈적 관계도 다 용인될 수 있는 학술적 근거를 마련해주는 결과를 가져온 것이다.

III 유엔을 통한 (여)성해방, 그리고 가족 개념의 변질

1960년대부터 90년대에 이르기까지 북미에서 시작한 페미니즘과 젠더 이데올로기는 시민활동, 정치 로비, 학계의 장악 등 전 영역에 걸쳐 그 영향력이 확장되었으며 국제무대로까지 침투해 들어갔다. 페미니스트들은 1970년대 본격적으로 유엔에 비정부기구로 등록하여 정치적 로비 활동을 하면서 각종 국제대회와 협약에 페미니스트 어젠다를 실행하기 시작했다. 마가렛 피터스(Marguerite Peeters)는 이 시기를 ‘NGO-유엔 관계 강화’(intensification of the NGOs-UN relationship)의 시기라고

46 Marguerite A. Peeters, *The Emergence of Global Governance as a Political Revolution: New Political Paradigms and the Shift to Postmodern Politics(1945-1996)*, Dissertation, Cardinal Stefan Wyszyński University, June 29, 2022, p.46.

부른다.⁴⁶ 그리고 1990년에 들어서서 젠더 이데올로기를 통한 성혁명의 시도가 본격화되면서 유엔 설립 당시 선언했던 천부적 인권보호와 보편적 가족의 보호의 목적과 방향성에 변화가 생기기 시작했다. 이러한 변화는 우리나라의 정책의 방향과 법 제정에 실질적인 영향을 끼쳤는데, 유엔의 패러다임 전환의 흐름이 우리나라 법과 정책에 영향을 끼친 경위를 짚어보도록 하겠다.

1. 1990년대 유엔의 패러다임 전환

세계평화와 인간의 존엄성을 보호하기 위해 1945년 설립된 유엔은 보편적 인권을 존중하고 국가간 우호관계를 증진시키고자 했으며, 이와 함께 사회와 국가의 근간이 되는 가족이 보호받아야 함을 명확히 하였다. 이러한 유엔의 방향성은 1948년 발표된 「세계인권선언문」의 제16조에 명확히 드러난다:

제1항 성인 남녀는 인종, 국적 또는 종교에 따른 어떠한 제한도 없이 혼인하고 가정을 이룰 권리를 가진다. 그들은 혼인에 대하여, 혼인 기간 중 그리고 혼인 해소 시에 동등한 권리를 향유할 자격이 있다.

제3항 가정은 사회의 자연적이고 기초적인 단위이며, 사회와 국가의 보호를 받을 권리가 있다.⁴⁷

그러나 회원국들을 중심으로 보편적 인권보호와 전통 가족의

⁴⁷ “Universal Declaration of Human Rights,” United Nations, last visited March 10, 2023, <<https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>>.

보호에 앞장서던 유엔은 사회변혁을 꿈꾸는 비정부기구(NGO), 학자, 전문가, 민간기업가, 씽크탱크 등에게 활동의 무대를 열어주기 시작했다. 1945년 유엔이 설립되면서 San Francisco에서 유엔헌장이 작성되던 당시 이미 1,500개의 비정부기구가 참여하였고, 그 결과 유엔 헌장 제71조에 명시되어 있듯이 “경제사회이사회(ECOSOC)는 그 권한 내에 있는 사항과 관련이 있는 비정부기구와의 협의를 위하여 적절한 약정을 체결할 수 있”는 가능성의 문을 열어두었다.⁴⁷ 타샤나 카라와니스(Tatiana Carayannis)와 토마스 와이스(Thomas G. Weiss)는 이들을 “제3의 유엔”(The Third UN)이라고 지칭하며 이들이 유엔 정책의 방향을 결정하는데 큰 역할을 한다고 지적하고 있다.⁴⁹

이러한 비정부 단체들의 활동은 유엔이 1990년 본격적인 패러다임 전환의 시기를 맞으면서 활발해지기 시작했다. 1989년 독일 베를린 장벽의 붕괴와 1991년 소련 붕괴와 함께 공산주의가 몰락하면서 유엔은 세계를 하나로 묶었던 주요 어젠다 하나를 상실하게 됐다. 이 틈을 타 포스트모더니즘에 경도된 비정부 기구들, 학자들, 로비스트, 성해방론자들을 중심으로 ‘인권,’ ‘평등,’ ‘다양성,’ ‘포

47 “Universal Declaration of Human Rights,” United Nations, last visited March 10, 2023, <<https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>>.

48 “국제연합헌장 및 국제사법재판소규정,” 제71조, 발효일 1991.9.18, <<http://www.law.go.kr/조약/국제연합헌장%20및%20국제사법재판소규정>>.

49 Tatiana Carayannis and Thomas G. Weiss, The “Third” United Nations: How a Knowledge Ecology Helps the UN Think, (Oxford, 2021), p.15. 여기에서 제1의 유엔은 회원국, 제2의 유엔은 유엔기구에서 종사하는 직원들을 지칭한다. 그는 제1의 유엔과 제2의 유엔이 유엔 내에서 실질적인 역할을 하는 것처럼 보이지만 실제로는 ‘보이지 않는’ 제3의 유엔의 역할이 유엔의 향방을 결정하는 데 결정적인 역할을 하고 있음을 지적한다.

용성'등의 새로운 글로벌 윤리가 출현했는데, 이는 기존 서구의 유대기독교 가치관에 근거한 보편적 윤리와 철저히 대립되는 개념이다.

그리고 90년대부터 새로운 윤리를 기반으로 모든 유엔 회원국을 하나로 묶기 위한 방안으로 국제대회가 매년 개최되었는데, 이 대회들은 새로운 어젠다를 등장시키고 모든 회원국들에게 관찰시킴으로써 기존 유엔의 패러다임을 바꾸는 장(場)으로서의 역할을 했다. 여기에서 패러다임 전환에 영향력을 끼친 세력은 다름 아닌 비정부기구(NGO)들과 초국가적 민간기업들을 포함한 “제3의 유엔”인 것이다. 이들은 실질적으로 국제대회 개최부터 어젠다 설정, 행동계획 작성에 이르는 전반적인 작업을 진행하는데, 이러한 비정부 조직 및 소위 전문가들의 네트워크를 중심으로 한 정책의 방향 설정 및 운영을 글로벌 거버넌스(global governance)라고 한다.⁵⁰ 결국, 유엔을 통한 글로벌 거버넌스는 새로운(포스트모던적, 혹은 포스트막시즘적) 어젠다를 각 회원국들에게 관찰시킴으로써 각 회원국들의 주권과 정체성을 무너뜨리는 결과를 가져오게 되었다.

90년대 유엔의 패러다임 전환에 있어서 대표적인 회의 중 몇 개를 꼽자면 바로 1993년 비엔나 세계인권대회, 1994년 카이로 국제인구개발회의, 그리고 1995년 베이징 제4차 세계여성대회이다. 1993년 비엔나 세계인권대회가 기존의 보편적인 ‘인권’의 개념을 특정 집단—즉, 사회적 약자—을 위한 것으로 재해석한 대회라고 한다면, 1994년 국제인구개발회의는 국가적 인구 통제를 개인

⁵⁰ Michael Zürn, *A Theory of Global Governance: Authority, Legitimacy, and Contestation*, (Oxford, 2018), p. 263.

의 결정권으로 전환시킨 회의이며, 1995년 제4차 세계여성대회는 NGO 페미니스트 및 성해방론자들에 의해 성적 자기 결정권과 재생산권이 여성의 인권으로 둔갑시킨 회의이다. 위 국제대회는 공통적으로 가족의 개념을 변질시키는 촉매제 역할을 하였다. 또한, 이 대회들은 실제 우리나라의 법과 정책 제정 및 개정에 부정적인 영향을 끼쳤는데, 각 대회가 전통 가족을 와해시키고 결국 동성결합 정당화의 가능성을 열어주게 된 경위를 살펴보고자 하겠다.

2. 1993년 비엔나 세계인권대회

(1) 비엔나 세계인권대회와 국가인권위원회 설립

각 회원국의 독립된 국가인권기구 설립 필요성에 대한 논의의 시작은 1948년 세계인권선언이 유엔총회에서 선언되기 2년 전인 1946년 경제사회이사회(ECOSOC)의 제2차 회기로 거슬러 올라간다.⁵¹ 그리고 1978년 제네바에서 열린 ‘인권증진과 보호를 위한 국가인권기구에 관한 세미나’(Seminar on National and Local Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights)에서 ‘국가인권기구의 조직 및 기능에 관한 가이드라인’(Guidelines for the Structure and Functioning of National Institutions)이 채택되었다. 그리고 1991년 파리에서 열린 ‘국가인권기구에 관한 국제 워크숍’(International Workshop on National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights)을 통해서 ‘국가인권기구의 지위에 관한 원칙’(Principles Relating to the Status of National

51 ECOSOC Resolution 2/9 of 21 June 1946, sect. 5.

Institutions: Paris Principles), 혹은 ‘파리원칙’이 발표되었다. 이 원칙은 1992년 인권위원회와 1993년 유엔총회에서 인준을 받았고, 최종적으로 1993년 비엔나 세계인권대회를 통해서 국가인권기구 설치와 관련된 기본준칙이 되었다.⁵²

1993년 비엔나 세계인권대회는 보편적 인권이 아닌 특정 집단의 인권을 부각시킨 대회로서 이 대회를 기점으로 인권의 개념이 철저히 왜곡 해석되기 시작했다. 또한, 이 대회가 중요한 이유는 이 대회에서 발표된 행동계획을 각 회원국들에게 이행하도록 함으로써 모든 회원국들에게 편향된 인권 개념을 강요하기 시작했다는 점이다. 이 대회에서 발표된 행동계획 내용 중 문제의 소지가 많은 내용 세 가지를 요약하면 다음과 같다.

첫 번째, 각 회원국들은 모든 인권 사안을 공정하고 균등하게 다뤄야 한다는 것이다. 그러나, 국가별로 문화와 전통이 다르기 때문에 모든 국가들이 ‘균등’하게 인권 문제를 다룰 수 없다. 각 국가별 상황에 맞게 인권 문제가 다뤄져야 마땅한데, 이 내용은 국가, 지역, 및 문화적 특수성을 무시하는 내용으로서 전체주의적으로 흘러갈 소지가 다분하다.

두 번째, 비엔나 행동계획은 보편적 인권이 아닌 특정 집단의 인권을 특별히 보호할 것을 강조하고 있다. 인종, 여성, 소수자, 장애인, 이주노동자, 아동 등에 대한 인권을 각 영역별로 서술하고 있는데, 서론에 보편적인 인권의 중요성을 언급하고 있긴 하나 이는 소위 사회적 ‘약자’ 집단의 인권을 은근슬쩍 내세우기 위한 전략에 불과하다.

⁵² 박찬운, “국제인권법으로 본 국가인권위원회의 의의와 독립성,” 『법학논총』, 제26권 제3호(국민대학교 법학연구소, 2009), 91면.

그리고 세 번째, 모든 회원국은 비엔나 행동계획을 이행하도록 권고하고 있다. 즉, 위의 특정 집단의 인권을 모든 국가가 공정하고 ‘균등’하게 다룰 수 있도록 관련 법과 제도를 수립하고, 이를 이행할 수 있는 기관을 설립하며, 인권 관련 교육을 진행하라고 구체적으로 명시하고 있다.⁵³

1993년 세계인권대회에 참석한 우리나라는 회원국으로서 비엔나 행동계획을 국내적으로 이행하기 위해 ‘파리원칙’을 기준으로 2001년에 국가인권위원회(이하 인권위)를 설립하였고, 비엔나 행동계획의 내용을 수행하기 위한 방안으로 2007년 제1차 국가인권정책기본계획(National Action Plan, NAP)을 수립하여 이를 이행하기 시작했다. 또한, 이와 관련하여 유엔 인권이사회는 우리나라가 비엔나 행동계획을 잘 이행하고 있는지 주기적으로 심의를 하고 있으며, 인권위는 심의 결과를 NAP에 반영하여 우리나라 법 제·개정 및 다양한 통로의 교육을 통해서 국민들에게 왜곡된 인권을 강요하고 있다. 그중에서도 유엔인권이사회는 인권위가 설립된 후 인권위를 통해서 포괄적 차별금지법 제정을 우리나라에 지속적으로 압박하고 있다. 결국, 인권위는 유엔의 인권규범을 국내에서 실현하도록 권고하고 국내 법집행기구의 행위를 국제인권법을 근거로 모니터링하는 역할을 하는 “준국제기구”라고 볼 수 있다.⁵⁴

53 The World Conference on Human Rights in Vienna, “Vienna Declaration and Programme of Action,” last modified June 25, 1993. <<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/vienna-declaration-and-programme-action>>.

54 앞의 각주 52)의 논문, 86-88면.

(2) 「건강가정기본법」에 ‘다양한 가족’ 삽입을 요구하는 인권위 가족이 건강하게 유지되도록 보호하기 위해 2003년 제정된 「건강가정기본법」이 지속적인 개정의 위기에 놓여있었다. 인권위는 2005년 10월 “다양한 가족 및 가정의 형태를 인정해야 한다”고 주장하며 「건강가정기본법」 개정 권고를 내놓았다. 「건강가정기본법」은 “혼인·혈연·입양으로 형성된 공동체”를 가족으로 정의하고 있는데, 인권위는 가족의 정의를 한정하게 되면 그에 해당하지 않는 공동체가 건강하지 않은 가정이라는 편견을 초래할 수 있다는 것이다. 또한, “「건강가정기본법」이라는 이름이 ‘건강하지 않은 가정’을 떠올리게 해 일부 가정에 대한 차별과 편견을 유발할 수 있으므로 중립적인 법률명으로 수정해야 한다”고 주장했다.⁵⁵ 이 당시 “다양한 가족”의 개념에 동성결합이 명시되지는 않았지만, 기존 가족의 기준이 허물어질 경우 동성결합이 용인될 수 있는 여지가 있다는 점은 충분히 생각해 볼 수 있다.

2006년 제17대 국회에서는 인권위의 권고를 받아 「가족정책기본법」으로 법명을 변경하고 가족 정의를 확대하는 등의 시도를 했으나 법제사법위원회에서 계류하다가 국회임기 만료로 폐기되었다. 그러다가 2014년 남인순 의원은 「건강가정기본법」 개정안 두 번째 발의를 통해 가족의 개념을 변경하려는 시도를 했다. 가족의 정의를 “혼인·사실혼·혈연·입양 그 밖에 대통령령으로 정하는 관계로 이루어진 사회의 기본단위”로 범위를 넓혔다. 변경 이유는 종전과 같이 현행법이 다양한 형태의 가족에 대한 편견과 차별을

55 국가인권위원회. 보도자료. 2005.10.27. “다양한 가족 및 가정의 형태를 인정해야” <https://www.humanrights.go.kr/site/program/board/basicboard/view?&boardtypeid=24&menuid=001004002001&boardid=554996>

조장하기 때문이라는 것이다.⁵⁶

그리고 2020년 9월과 11월에 「건강가정기본법률안 일부개정안」이 남인숙, 정춘숙 의원에 의해서 각각 발의되었을 때 인권위는 다시 한번 법률 개정을 강력히 권고했다. 2020년 개정안 역시 “누구든지 가족의 형태를 이유로 차별받지 아니하며” 모든 형태의 가족생활을 동등하게 취급해야 한다는 내용을 포함시켰다.⁵⁷

그러나 「건강가정기본법 일부개정안」에 담긴 위험한 요소에 대한 반대의 목소리가 지속되면서 논쟁이 계속되는 가운데 현재 국회에서 계류 상태이다. 그러자 2022년 4월 인권위는 “다양한 가족형태와 가족구성권 보장을 위해 법률안을 개정할 것을 강력히 권고하였다. 기존 권고문과는 달리 이 권고문에는 가족의 정의를 확대하여 다양한 가족 형태를 수용해야한다고 중용하고 있는데, 그들의 의도가 결국 “성소수자의 기본권 보장”을 위한 것이었음이 명확히 드러났다. 이와 함께, 다양한 유형의 생활공동체를 법적으로 보호하기 위해 「생활동반자법」과 같이 혼인·혈연 외에 발생하는 새로운 형태의 동반자 관계를 둘러싼 사항을 규정하는 법률을 마련해야 한다고 권고하였다.”⁵⁸

결국, 인권위가 다양한 가족의 형태를 보장하려는 취지의 「건강가정기본법」 개정을 지속적으로 권고한 의도는 많은 이들이 우려하던 동성결합 합법화를 위한 근거를 마련하기 위함임을 확인할

56 이하나. “해묵은 ‘건강가정기본법’ 논란, 6월 끝나나.” 『여성신문』, 2014.05.14. <https://www.womennews.co.kr/news/articleView.html?idxno=71318>

57 「건강가정기본법 일부개정법률안」, 남인숙의원 대표발의, 2020. 09. 01.

58 국가인권위원회, 보도자료 2022.04.13. “인권위, 다양한 가족구성권 보장 위한 정책 권고: 국회의장에게 성소수자의 기본권 보장을 위한 법률 제정과 「건강가정기본법 일부개정법률안」 개정 권고.”

수 있다.

(3) 2017년 헌법개정을 통해 동성결합 정당화 근거 마련 시도했던 인권위

인권위는 2017년 “기본권 보장을 강화하고 인권보호 체계 확립을 위한” 헌법개정을 위한 논의를 진행했다. 인권위는 국회에서 진행되고 있는 개헌 논의에 발맞추어 헌법개정안을 국회에 보내고자 했는데, 개정 시도했던 내용 중 동성결합 정당화의 근거가 될 수 있는 내용 몇 가지만 간단히 살펴보면 다음과 같다.

우선적으로, 제15조 제2항 차별 금지의 영역에 성적 지향을 포함시켰다: “누구든지 모든 영역에서 성별, 종교, 인종, 언어, 출신 지역, 장애, 나이, 성적 지향, 학력, 사상, 정치적 의견, 사회적 신분 등 어떠한 이유로도 부당한 차별을 받지 아니한다.”⁵⁹

그리고 현행법 제32조 제1항의 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다”는 문구를 “모든 사람은 존엄과 평등에 기초하여 혼인하고 가족을 구성할 권리가 있다. 혼인과 가족은 국가의 특별한 보호를 받는다”로 수정되었다. 현행법에 명시된 “양성의 평등”에서 “양성”의 문구가 삭제하고 “존엄과 평등”으로 수정된 것은 양성 이외의 성별도 용인될 수 있을 뿐 아니라, 동성결혼이 법적으로 허용될 수 있는 근거를 마련하기 위한 사전 작업으로 충분히 해석될 수 있다.⁶⁰

59 정책교육국(인권정책과), 「기본권 보장 강화 헌법개정(안) 공개 토론회」, 회의 자료, 2017.6.

60 앞의 각주 34)의 자료집, 21면.

그리고 무엇보다도, 헌법개정을 통해 인권위의 헌법기관화를 시도했다는 점을 주목할 필요가 있다. 인권위 구성과 조직, 직무의 독립성, 인권위의 활동을 다루는 조항(제0001조~제003조)이 삽입되었는데, 이를 통해서 인권위를 법률상 독립기관으로서 인권 보호 실현 기관으로 법적인 지위를 보상받고자 한 것이다. 이와 관련해서 당시 인권위에서 진행했던 헌법개정안 공개 토론회에서 이준일 고려대 법학전문대학원 교수는 인권위의 헌법기관화는 국민적 신뢰와 합의가 선행되어야 하기 때문에 아직은 시기상조라는 의견을 냈으며, 박진 다산인권센터 상임활동가 역시 인권위의 헌법기관화가 인권증진의 해결책인지의 여부에 대해서 부정적인 시각을 보이기도 했다.⁶¹

결국, 인권위는 1993년 비엔나 세계인권대회에서 발표된 특정집단의 인권에 집중한, 상당히 왜곡된 인권개념을 근거로 발표된 비엔나 행동계획을 근거로 설립된 기구로서, 각종 법과 정책에 관여하면서 우리나라 고유의 정체성과 근본을 뒤흔들고 있다.

(4) 해외 동성결합 합법화 현황

인권위는 또한 다양한 가족형태가 증가하고 있음에도 불구하고 현행법과 제도로는 다양한 생활공동체가 실질적인 보호를 받고 있지 못하고 있다고 주장하며, 이와 연계하여 전세계 30개국에서 동성혼이 합법화되어 있고, 30여개 국가에서 동성결합을 인정하는 제도를 두고 있다고 보고했다.⁶² 이러한 인권위의 보고는 결국

61 앞의 각주 34)의 자료집, 43면.

62 국가인권위원회, 차별시정위원회 결정, “성소수자 가족구성권 보장을 위한 제도 개선,” 19진정0871500·20진정0356300(병합), 2021.12.23.

국제적인 흐름에 맞춰 우리나라의 동성결합 합법화의 필요성을 피력하려는 시도인 것이다.

그러나 실제, 동성결합이 합법화된 국가는 많지 않으며, 오히려 불허하는 국가가 대다수이다. 동성결혼 혹은 시민결합 제도를 시행함으로써 동성 커플의 법적 지위를 보장하는 국가는 총 44개의 국가이며, 동성결혼을 허용하는 국가는 2024년 현재 36개국이다.⁶³ 동성결합이 합법화된 해외 주요 국가들을 살펴보면 다음과 같다. 독일은 2001년 8월 「생활동반자법」이 시행되면서 동성결합이 처음으로 인정되었고, 이후 2017년 「혼인개방법」이 통과되면서 동성결혼이 가능해졌는데, 이는 혼인 관련 조항에 “혼인은 2명의 이성 또는 동성 간의 일생 동안의 결합”이라는 문구가 동성결혼 합법화의 근거가 되기 때문이다. 프랑스는 1999년 11월 시민연대계약(Pacte Civil de Solidarité, PaCS)이 시행되었는데, 이는 두 이성 또는 동성 간의 시민 결합 제도이며, 동성 커플에게도 법적 지위를 주기 위해 만들어진 제도이다. 그리고 결국 2013년 동성결혼이 법제화되었다.

영국은 2004년 시민동반자법이 제정되면서 동성커플에게 혼인과 유사한 권리와 의무가 부여되었다. 그리고 2013년 동성혼인법

63 동성결혼 합법화된 국가를 순서별로 나열하면 다음과 같다: 네덜란드(2001), 벨기에(2003), 스페인(2005), 캐나다(2005), 남아프리카공화국(2006), 노르웨이(2009), 스웨덴(2009), 포르투갈(2010), 아이슬란드(2010), 아르헨티나(2010), 덴마크(2012), 브라질(2013), 프랑스(2013), 우루과이(2013), 뉴질랜드(2013), 룩셈부르크(2015), 미국(2015), 아일랜드(2015), 콜롬비아(2016), 핀란드(2017), 몰타(2017), 독일(2017), 오스트레일리아(2017), 오스트리아(2019), 중화민국(2019), 에콰도르(2019), 영국(2020), 코스타리카(2020), 칠레(2022), 스위스(2022), 슬로베니아(2022), 쿠바(2022), 멕시코(2022), 안도라(2023), 네팔(2023), 에스토니아(2024)

이 통과되면서 동성결혼이 합법화 되었다. 미국에서는 2015년 수정헌법 제14조의 평등보호원칙에 따라 동성커플의 혼인권을 행사할 수 있도록 동성혼이 합법화되었다. 대만의 경우 동성결혼은 2000년대 초반부터 사회 주요 담론으로 부상하였다. 2017년에 대만 사법원은 동성결혼을 금지하는 현재의 민법이 위헌이라며 「사법원 석자 제748호 해석시행법」이 통과되면서 아시아 최초 동성결혼을 인정한 국가가 되었다.

위에서 간단히 확인했듯이 동성결혼을 허용하는 국가는 36개국에 불과하다. 이는 유엔의 195개 회원국 중 18% 정도에 해당하는 매우 적은 숫자이다. 그리고 나머지 82%의 국가는 동성결합을 법적으로 허용하지 않는다. 동성결혼은 고사하고 동성애에 대한 차별금지법이 없는 국가는 유엔의 195개 회원국 중 130개국에 해당한다. 그리고 모든 영역에서 동성애 포함 포괄적 차별금지법이 있는 국가는 35개국에 불과하다. 반면에 동성애를 처벌하는 법이 있는 국가는 66개국이나 된다.⁶⁴ 결국, 동성애를 반대하거나 불법화하는 국가는 동성혼 합법화한 국가의 두 배에 가까운 수치이다.

(5) 교과서 내 ‘가족’ 개념 수정 강요하는 인권위

인권위는 법과 정책을 넘어 초중고 교육과정에도까지 관여하고 있다. 2001년에 설립된 이후 2002년부터 초중고 교과서에 나타나는 인권침해적인 내용, 혐오 및 차별적 표현 등을 수정하도록 권고하기 시작했는데, 수정 권고 내용 중 하나가 바로 ‘가족’ 개념이다.

⁶⁴ “List of 66 countries where homosexuality is illegal,” Last modified, 2023.10, <<https://76crimes.com/76-countries-where-homosexuality-is-illegal/#LISTANCHOR>>.

2002년 지학사에서 출판된 중1 기술·가정은 가족을 다음과 같이 정의하고 있다:

나와 가족관계

가족(결혼으로 맺어진 부부와 그들 사이에서 태어난 자녀로 이루어진 집단)은… 가족관계의 특징은… 첫째, 애정과 혈연을 바탕으로 이루어진 부부와 그 자녀로 구성되어… 부모 자녀관계는 혈연으로 맺어져 조건 없는 애정을 주고 받는…

이에 대해 인권위는 아래와 같이 가족 개념을 수정하도록 권고했다:

상기에 적시된 부분은 가족의 정의를 매우 협소하게 한정하고 있을 뿐만 아니라, 근래의 가족관계 특징을 반영하고 있지 못하므로… 다양한 가족형태를 감안하여 서술하는 것이 바람직함… 우리 사회에서 일반적으로 생각하는 가족형태가 절대적이며 고정불변하는 것이 아니라는 인식을 가지도록 하는 것이 바람직함.⁶⁵

이러한 인권위의 권고를 반영하여 그 이후 교육과정에 보편적 가족이 아닌 ‘다양한 가족’ 개념이 삽입되기 시작했다. 2013년 미래엔에서 출판된 고등학교 「사회·문화」 교과서는 ‘현대 사회의 다양한 가족’ 제목으로 ‘비혼, 동성 커플, 비혈연’ 등을 포함시키고

65 국가인권위원회, 정책및대회협력소위원회, 「초중고교 제7차 교육과정 교과서 인 권내용관련 직권 수정 권고」, 2002.10.28.

있다. 또한, 2015년 YBM에서 출판한 초등 보건교과서는 다양한 가족의 형태에 ‘동성애 가족’을 포함시키고 있다.

3. 1994년 카이로 국제인구개발회의

(1) ‘재생산권’과 ‘다양한 가족’ 개념의 등장

1993년 비엔나 세계인권대회가 소위 ‘사회적 소수자’에 치중된 인권에 집중함으로써 보편적 인권을 와해시키고 동성애를 용인할 수 있는 발판을 마련한 회의였다면, 1994년 카이로 국제인구개발회의는 그동안 인구 조절의 문제를 국가 차원의 산아제한 정책에서 개인의 ‘권리’와 ‘건강’의 문제로 패러다임을 전환시킨 위험한 회의이다. 이 회의의 주요 키워드 중 하나는 ‘재생산권(reproductive rights)’ 즉, 여성의 생식 건강과 관련된 권리 보호에 대한 것이었다. “자녀의 수와 간격을 자유롭고 책임감 있게 결정할 수 있는 권리”를 의미하는 재생산권은 여성의 권리를 보호하기 위한 것처럼 포장되었지만, 실제로 낙태를 여성의 인권으로 전환하기 위한 대회라고 해석할 수 있다.⁶⁶

재생산권 개념이 1994년 인구개발회의에 처음 등장한 것은 아니었다. 1968년 테헤란 제1차 유엔 세계인권회의에 처음 등장한 이후 1969년 유엔 사회진보발전선언과 1979년 여성차별철폐협약에 재생산권이 등장했다. 이 등장은 NGO 페미니스트들의 유엔 내 활동의 확장과 시기적으로 일치한다. 그 당시 냉전과 인구 조절 등 유엔 내의 큰 어젠다에 비해 여성 관련 문제는 큰 영향을

66 UNFPA, “Program of Action: Adopted at the International Conference on Population and Development, Cairo, 5–13 September 1994,” p.46.

끼치지 못했으므로 재생산권은 논의의 중심에 서지 못했다. 그러다가 90년대에 유엔이 사회적 약자의 인권에 대해 집중하기 시작하면서 페미니스트들이 주장하는 여성의 인권에 대한 논의가 힘을 받기 시작했다. 그 대표적인 회의 중 하나가 바로 1994년 국제 인구개발회의이다.

출산과 관련된 결정은 여성 개인의 권리라는 ‘재생산권’ 개념의 재등장은 당시 국가 차원에서 진행되는 인구 통제에 불만과 피로도를 느낀 회원국들에게 신선한 개념으로 받아들여졌으며, 실제 많은 회원국들은 이러한 패러다임 전환을 기꺼이 환영했다. 그리고, 이러한 논의의 맥락에서 등장한 새로운 개념이 바로 ‘다양한 가족(various forms of family)’이다.

물론, ‘재생산권’ 및 ‘다양한 가족’이 논의되던 당시 이 개념에 동의하지 않는 회원국들이 적지 않았다. 특히 다양한 가족에 대해 반대하던 회원국들은 대부분 비서구권의 가톨릭 및 남미 국가들이었는데, 이들은 공통적으로 생명의 소중함과 전통 가족의 중요성을 자국의 헌법 및 각종 법에서 보호하고 있음을 명시하면서 ‘다양한 가족’에 대한 반대 의견을 표명하였다. 몇 국가의 의견을 정리하면 다음과 같다.⁶⁷

- 라틴 아메리카: 가족은 남자와 여자의 결합이다.
- 온두라스: 카이로 행동강령에 언급된 types of families, different types of families, other unions의 표현에 동성의 결합이 포함되는 것을 인정할 수

67 United Nations, “Report of the International Conference on Population and Development,” Cairo, 5–13 September 1994, A/CONF.171/13/Rev.1.

없다.

•니카라과: 다양한 가족이 있을 수는 있지만 어떤 경우에도
본질(남녀의 결합)을 바꿀 수는 없다.

•파라과이: 우리나라 헌법은 남자와 여자의 결합만을 가족
로 인정하며, 그 관점에서만 다양한 형태의 가족
(various forms of the family)을 인정하겠다.

•아르헨티나: 다양한 가족이 존재할 수 있지만, 가족의 결합
은 자녀 생산이 가능한 남자와 여자의 결합으로
만 가능하다.

이 외에 과테말라, 바티칸 시국, 몰타 등 20여 개국이 ‘다양한 가족’ 개념에 유보적 입장을 취했다. 물론, 당시 회의 때 다양한 가족에 동성결합이 포함된다는 내용이 공식적으로 논의되지는 않았지만, ‘다양한 가족’ 개념에 반대하는 위 회원국들은 공통적으로 ‘다양한 가족’이 동성결합의 발판으로 사용될 수 있는 위험한 개념임을 인정한 것이다. 그런데, 역시 그들의 우려가 현실이 되었다.

(2) ‘다양한 가족’에 대한 유엔 내 본격적 논쟁의 시작

‘다양한 가족’ 개념이 1994년 카이로 회의를 기점으로 유엔 회의에 수차례 등장하기 시작했고, 우려했던 대로 ‘다양한 가족’ 개념의 등장은 동성결합을 자연스럽게 포함시키기 위한 전략이었음이 드러났다. 그 중 대표적인 회의가 2014년 유엔 인권이사회 26차 회의이다. ‘국제 가족의 해’ 20주년을 맞이하여 유엔인권이사회는 가족 보호를 위한 결의안을 채택했는데(여기에서 의미하는 가족이란 세계인권선언에 근거한 전통적 가족이다), 46개 이사국 중

전통가족 보호에 대한 결의안에 찬성한 국가는 26개국, 이에 반대
한 국가는 14개국, 그리고 기권은 6개국이었다.⁶⁸ 전통가족의 보호
에 반대표를 던진 14개 국가들은 우리나라와 일본을 포함한 서유
럽과 북미 국가를 중심으로 ‘다양한 가족’을 주창하는 국가들로서
그들 배후에는 LGBT 및 성혁명 로비스트가 포진되어 있었다.

결의안 채택 과정에서 유엔 인권이사회는 유엔 인권고등판무관
실(UN OHCHR)에 ‘가족 보호 문제’에 대한 보고서 작성을 담당
시키면서, 보고서 작성을 위해 회원국들과 NGO 단체, 그리고 유
엔 전문 기구들을 대상으로 ‘가족’에 대한 의견 제출을 요청했다.
이에 24개국과 81개 NGO 단체, 그리고 유엔 일부 기구가 가족에
대한 의견을 제출했는데, 역시 예상대로 ‘전통 가족(family)’을 보
호해야 한다’는 의견과 ‘다양한 가족(various forms of families)’
을 보호해야 한다는 의견으로 극명하게 나뉘었다.⁶⁹

‘다양한 가족’ 옹호에 대한 의견을 제출한 NGO 단체 중 국제 엠
네스티(Amnesty International)의 의견을 소개하면 아래와 같
다:

다양한 형태의 가족이 모든 맥락에서 존재한다. 국가는 대가
족, 한부모가족, 핵가족, 소년소녀가장 가족, 공동가족, 동성
가족, 무자녀가족, 일부다처 가족, 다세대 가족 등을 포함한

68 Human Rights Council, “Resolution adopted by the Human Rights Council: 26/11 Protection of the family.” July 16, 2014. <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/086/78/PDF/G1408678.pdf?OpenElement>>.

69 United Nations Human Rights Council, “Protection of the Family,” last visited Dec. 16, 2023, <<https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/protection-family>>.

다양한 형태의 가족에 속하는 모든 개별 구성원의 인권을 존중하고 보호하고 이행할 의무가 있다.⁷⁰

국제 앰네스티의 의견을 통해 알 수 있듯이 ‘다양한 가족’이란 남녀의 결합과 출산으로 이루어진 자연적인 가족이 아닌 동성커플, 일부다처 같은 보편타당한 가족의 영역을 벗어난 연합을 의미함을 충분히 알 수 있다. 유엔 인권고등판무관실은 ‘가족 보호’ 관련한 여러 의견을 취합하여 2016년 1월 유엔총회에서 ‘가족 보호’ 연례 보고서를 제출했는데, 보고서 내용 중 일부를 소개하면 아래와 같다:

27. 국제기구들은… 국가들에게 특정한 형태의 가족을 보호할 것을 요청해 왔다… 같은 맥락에서 유엔의 경제·사회·문화 권리 위원회도 각 국가에 동성 커플을 법적으로 인정해줄 것을 요청해 왔다.⁷¹

결국, 유엔 인권고등판무관실은 철저히 ‘다양한 가족’을 용인하는 입장만을 대변하면서 동성 커플을 인정하는 ‘다양한 가족’

70 Amnesty International, “Human Rights Council report on the protection of the family and the contribution of families in realizing the right to an adequate standard of living,” last modified October 28, 2015, <<https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/protection-family>>.

71 Human Rights Council, “Protection of the family: contribution of the family to the realization of the right to an adequate standard of living for its members, particularly through its role in poverty eradication and achieving sustainable development,” last visited Dec. 16, 2023, <<https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/protection-family>>.

이 유엔 차원에서 허용되어야 한다고 주장했다. 이 보고서가 공개되자, 이 내용에 동의하지 않는 몇 유엔 자문 프로-패밀리(pro-family) NGO 단체들은 보고서 내용의 편향성과 거짓을 지적하면서 그다음 달인 2016년 2월 아래 내용이 포함된 대응 진술서를 제출했다:

유엔 위원회의 논평은 자칭 전문가 소그룹에 의해 발표된 것이며, 유엔 회원국들의 합의를 반영하지 않는다. 실제로 많은 유엔 회원국(112개국)들은... 성적 지향과 성 정체성 문제를 진전시키려는 시도가 이루어질 때마다 주기적으로 이의를 제기하고 있다. ...‘다양한 가족’은 결코 합의되지 않은 개념이다... 요약하면, ‘가족(다양한 형태의 가족도 아니고 동성결혼이나 커플이 이끄는 단위도 아닌)’만이 국제법(즉, 구속력 있는 조약)에 의해 강력하게 보호되고 지지받는 유일한 사회의 기본 단위이다.⁷²

(3) 유엔 내 성해방론자들의 보편적 가족 해체 의도

이처럼 ‘다양한 가족’은 유엔 내에서 논란의 중심에 있는 개념으로서 이에 대한 마찰이 여전히 지속되고 있다. 그럼 왜 이토록 전통적 가족 개념을 무너뜨리려는 시도가 끊이지 않고 있는가?

90년부터 일부 비정부 성해방론자들과 LGBT 로비스트들은 유엔 무대를 통해서 성을 둘러싼 개념을 인권으로 둔갑시키려는 노

72 Global Helping to Advance Women and Children, “Joint NGO Submission Addressing UN OHCHR Report on Protection of the Family Resolution 29/22,” Feb. 15, 2016, Human Rights Council, United Nations General Assembly, A/HRC/31/NGO/155.

력을 끊임없이 해왔다. 페미니스트를 중심으로 한 성해방 세력들은 성과 재생산 건강 및 권리(Sexual and Reproductive Health and Right: SRHR), 즉 성적 자유(성권리=성적 자기 결정권)와 낙태의 자유(재생산권)를 인권으로, LGBT 로비스트들은 성적 지향과 젠더 정체성을 인권으로 규정하려는 노력이 지속되었다. 그런데 이들이 주장하는 권리가 인권으로 보장되기 위해서는 이들이 속한 공동체가 ‘가족’으로 재정의되어야 하는 것이다. 즉, 전통적인 한 남자와 한 여자의 결합으로 이루어진 가족이 해체되지 않는 한, 그들이 앞세우는 성 관련 인권은 온전히 받아들여질 수 없기 때문이다.

LGBT+ 운동가이자 저널리스트인 미켈란젤로 시뇨릴(Michelangelo Signorile)은 동성결혼과 전통가족제도에 대해 다음과 같이 말했다:

동성 파트너들은 사회의 도덕률을 고수하기 위해서가 아니라 가족의 신화를 폭로하고 낡은 제도를 근본적으로 바꾸기 위해 결혼할 권리를 요구해야 한다... 그들은 동성 결혼과 그 혜택을 위해 싸워야 하고, 일단 허락되면 결혼제도를 완전히 재정 의해야 한다. 왜냐하면, 레즈비언과 게이 남성이 취할 수 있는 가장 전복적인 행동은 ‘가족’이라는 개념을 완전히 바꾸는 것이기 때문이다.⁷³

73 Robert P. George and Sherif Girgis and Ryan T. Anderson, “Gay Marriage, then Group Marriage?” CNN Opinion, last modified March 21, 2013, <<https://edition.cnn.com/2013/03/20/opinion/george-gay-marriage/index.html>>.

같은 맥락에서, 유엔 여성위원회는 2017년에 출간한 「국제인권법에서 ‘가족’에 대한 현대적 관점과 지속 가능한 개발목표(SDGs)에 대한 시사점」에서, “인권의 의미는 시대에 맞게 진화(evolve)하는데, 가족 개념은 현재의 진화하는 인권(어떠한 차별도 받지 않을 권리)과 사회적 흐름을 반영하지 않는, 시대착오적인 개념으로써 재해석이 필요하다”고 주장하고 있다.⁷⁴

성해방의 중심에 있는 유엔 전문기구 중 유네스코(UNESCO)도 다양한 가족을 밀어붙이는 데 여념이 없다. 미성년자 대상으로 성적 자기 결정권 및 재생산권을 조장하는 「국제 성교육 가이드」(International Guide to Sexual Education)가 제시하는 가족은 성혁명 세력이 의미하는 가족의 의미와 일치하는데, 결국 전통적인 가족이 아닌 ‘다양한 가족’만을 다루고 있다:

〈표 1〉 UNESCO 「국제 성교육 가이드」에 명시된 가족의 개념

2009년 버전 ⁷⁵	2018년 버전 ⁷⁶
학습 목표(5~8세) 핵심 내용: 다양한 예를 사용하여 ‘가족’의 개념을 정의한다. 전 세계적으로 많은 다양한 형태의 가족(many different kinds of families)이 존재한다(두 부모, 한 부모, 소년소녀가장, 대가족, 핵가족, 동성커플 부모 등).	학습 목표(5~8세) 핵심 내용: 가족의 형태는 매우 다양하다. 다양한 형태의 가족(different kinds of families: 보호자-후견인 가족, 확대가족, 핵가족, 비전통적 가족)을 설명할 수 있다(지식). 다른 형태의 가족에 대한 존중을 표현할 수 있다(태도). 다른 형태의 가족을 존중하는 방법을 보여줄 수 있다(기술).

74 Magdalena Sepúlveda Carmona, “A Contemporary View of ‘Family’ in International Human Rights Law and Implications for the Sustainable Development Goals(SDGs),” UN Women, 2017.

두 버전 어디에도 보편적 가족에 대한 정의는 없으며 ‘다양한 가족’에 대한 언급만 있을 뿐이다. 그리고 위 내용에서 볼 수 있듯이, 다양한 가족에 ‘동성 커플’을 비롯한 ‘비전통적’ 형태의 모든 공동체가 다 포함되어 있다.

4. 1995년 북경 제4차 세계여성대회와 여성가족부

1995년 유엔 주재 북경에서 열린 4차 세계여성대회 역시 여성해방론자들이 전략적으로 장악한 회의로서 여성주의 이념에 기반한 정책이 모든 회원국들에게 확산될 수 있는 근거를 마련했다. 이 대회의 키워드는 ‘여성의 인권(women's rights)’이었으며, 이 대회는 ‘여성의 권리’를 ‘보편적 인권’과 동일시하는 데 중점을 두었다.⁷⁷ 또한 “성과 재생산권”(sexual and reproductive rights)을 여성의 권리로 규정지은 이 여성대회는 결국 “성과 재생산권”을 “분열할 수 없고 보편적이며 양도할 수 없는 인권”으로 둔갑시켰다.⁷⁸ 결국 이 여성대회는 재생산권(자녀를 낳을 수와 간격을 자유롭게 조절할 권리)과 성적 자기결정권(sexual rights)을 여성의 인권으로

75 UNESCO, International Guidelines on Sexuality Education: An Evidence informed Approach to Effective Sex, Relationships and HIV/STI Education, June, 2009. p.30.

76 UNESCO, International Technical Guidance on Sexuality Education: An Evidence-informed Approach. Revised Edition, 2018, p.38.

77 Hillary Rodham Clinton, “First Lady Hillary Rodham Clinton Remarks for the United Nations Fourth World Conference on Women.” The Fourth World Conference on Women, Sept. 5, 1995. <<https://www.un.org/esa/gopher-data/conf/fwcw/conf/gov/950905175653.txt>>.

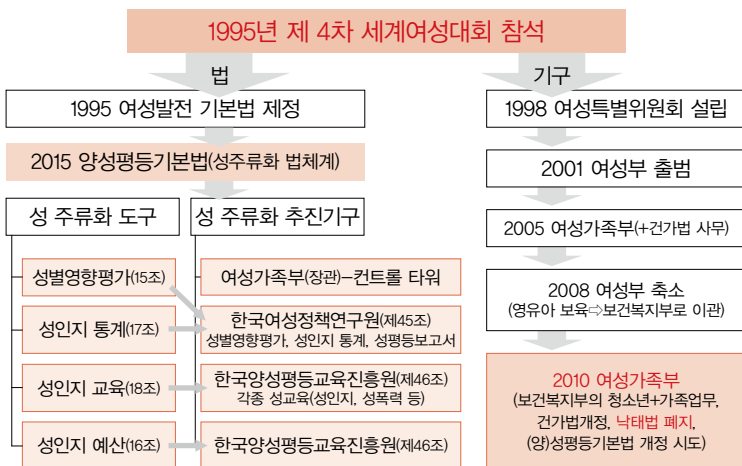
78 Charlotte Bunch and Susana Fried. "Beijing '95: Moving Women's Human Rights from Margin to Center." Signs: Journal of Women in Culture and Society 22,1(1996), pp.200-4.

선언함으로써 서구의 페미니즘의 성해방 사상을 전 세계에 확산시키는 공식적 발판 역할을 했다. 페미니즘 사상을 기반으로 채택된 북경 행동강령의 핵심 논제를 세 가지로 요약하면 다음과 같다: 1) 성 주류화 전략 실행 권고, 2) 성적 자기결정권과 재생산권(sexual and reproductive rights)을 여성의 인권으로 선포, 그리고 3) 젠더 용어 공식적 사용 결의이다.

우리나라는 1995년 북경 세계여성대회 참석 이후 「여성발전기본법」(1995) 제정을 시작으로 본격적으로 여성정책을 정비하기 시작했고, 2000년대 이후 유엔이 결의한 성 주류화 전략을 여과 없이 수용하면서 국제사회의 흐름과 같이했다. 2001년도에는 여성부가 설립되었고 그런 흐름 속에서 그리고 2015년 「여성발전기본법」을 「양성평등기본법」으로 전면 개정되면서 성 주류화의 법체계가 정비됐으며, 여성가족부(2010년 여성부에서 여성가족부로 개편)는 성주류화 정책 시행의 컨트롤타워 역할을 하게 됐다.

1995년 제4차 세계여성대회가 우리나라 법과 기구에 영향을 끼친 흐름을 다음 도표로 간단히 정리해 볼 수 있다.

〈표 1〉 UNESCO 「국제 성교육 가이드」에 명시된 가족의 개념



간단히 말해서 성주류화의 체계적 시행을 위해 「여성발전기본법」에서 개정된 「양성평등기본법」은 성별영향평가 및 성인지 통계를 통해서 남녀의 불평등을 수치화시킴으로써 성별 불평등을 더욱 부각시켰으며, 성별 불평등과 차별을 인지하도록 교육시키는 성인지 교육은 결국 성차별에 대한 인식을 강화시킴으로써 남녀의 갈등을 더 악화시키는 결과를 초래했다.

또한, 여성의 사회적 보호와 배려의 필요성에 의해 설립된 여성가족부(설립 당시는 여성부)는 시간이 흐름에 따라 페미니즘 실현의 장으로 전락하게 되었다. 2010년 여성부가 여성가족부로 확대 개편되면서 보건복지부 관할 업무였던 청소년 및 가족 업무를 이관받았다. 그러나 2018년 낙태 관련 법 개정의 필요성이 논의되던 당시 낙태죄 전면 폐지를 외치는 유일한 정부 부처로서 여성과 가족을 보호하는 부처가 아닌 오히려 가족을 와해시키고 여성의 건강은 안중에도 없는, 방향성을 상실한 부처임을 증명해 보였다.⁷⁹ 또한 「건강가정기본법」 개정안이 발의되었을 당시 가족 개념의 삭제 및 다양한 가족 형태의 보호에 대한 조항 삽입을 강력히 촉구한 바 있다.⁸⁰ 이를 통해서 알 수 있듯이 여성가족부는 페미니즘에 정도되어 보편타당한 가족 해체를 초래하는 부처이다.

79 민병무. “여가부 ‘여성건강권 침해 낙태죄 폐지’ 정부부처 첫 목소리 냈다.” 「여성경제신문」. 2018.05.24. <<https://www.womaneconomy.co.kr/news/articleView.html?idxno=61987>>.

80 여성가족부. “가족 변화에 맞추어 건강가정기본법 개정 필요: 4월13일(화), 〈가족 관련 법령 개선을 위한 전문가 간담회〉 개최.” 2021.04.13. <http://www.mogef.go.kr/nw/enw/nw_enw_s001d.do?mid=mda700&bbsSn=709231>.

IV 결어

지금까지 유엔을 통한 ‘다양한 가족’ 개념의 등장 및 확산의 경위와 이로 인한 동성결합 정당화의 위기를 살펴보았다. 1960년대에 페미니즘이 등장하면서 남녀갈등이 악화되었고, 1990년대부터는 젠더 이데올로기의 등장과 함께 양성의 구분을 넘어서 모든 성별 구분 자체가 무의미화 되면서 동성애가 용인될 수 있는 이론적 근거가 마련되었다. 이러한 흐름은 유엔이라는 국제무대를 통해 전 세계적으로 확산되었는데, 1990년대에 성적 지향과 젠더 정체성에 기반한 권리가 인권으로 전면에 등장하면서 가족 개념을 왜곡시키려는 시도가 포착되었다. 이러한 국제적인 흐름은 세계 30여개의 나라에 시민적 결합, 동성결혼 합법화 등 다양한 법적인 형태의 동성결합 합법화를 이끌어냈다. 우리나라의 경우 유엔의 국제대회를 계기로 설립된 인권위와 여성가족부를 통해서 우리나라에 본격적으로 유입되었는데, 이들 기구 역시 유엔과 흐름을 같이 하며 기존의 보편적 인권 및 자연권과 상충되는 편향적 인권만을 강조하고 있다. 무엇보다도 차별금지법 및 생활동반자법 제정을 통해 동성애 혹은 동성결합을 합법화하려는 시도를 끊임없이 하고 있는데, 법제화 뿐 아니라 ‘다양한 가족’이라는 그럴듯한 포장으로 가족의 개념을 재해석함으로써 동성결합이 자연스럽게 용인되도록 하고 있다.

그러나 가족이라는 공동체는 수천 년간 우리 사회의 근간을 유지시켜 주는 중요한 사회 안정의 기본 단위로서 특정한 이데올로기에 근거하여 쉽게 왜곡되거나 재해석될 수 있는 성질의 것이 아

니다. 가족은 혼인과 혈연으로 이루어진 공동체로서 다음 세대에 전통적 가치와 이념을 전승하는 매우 중요한 기능을 지니고 있다. 가족을 성차별의 근원지라는 이유로, 혹은 비이성애자들의 인권을 침해한다는 이유로 모든 문화에 역사에 걸쳐 존재하는 가장 근원적인 공동체인 가족을 와해시키고 임의적으로 새로운 형태의 공동체를 만들어 가족이라고 명명하는 것은 인간의 기본 질서의 근간인 가족의 진정한 의미를 간과하는 것이다.

76

사회가 무질서와 혼돈으로 치닫고 있는 이 때에 가족의 중요성은 더욱더 강조되어야 한다. 혼인과 혈연을 기반으로 배려와 사랑, 헌신과 책임으로 안정감을 제공하고 보호의 든든한 울타리가 되어주는 가족이 어느 때보다 더 절실히 요구되는 상황이며 이러한 사회적인 안전망이 결코 편향적인 이데올로기의 실현 및 개인의 이기적인 권리 주장으로 인해 왜곡되거나 변질되어서는 안된다.

A close-up photograph of a hand, likely a woman's, wearing a ring with a red gemstone. The hand is positioned with fingers slightly curled. A large, bold, white number '4' is superimposed over the center of the image, partially obscuring the hand and the ring. The background is a solid, warm orange color. A thin white horizontal line is visible at the bottom of the frame.

4

동성결합 관련 사법부 판단의 문제점

I 서

II 동성결합의 합법성을 부정한 법원 판단

1. 동성결합의 사실혼 관계를 부정한 판결
2. 동성결혼 수리거부를 합법으로 판단한 결정

III 동성커플의 건강보험 피부양자 자격을 인정한 판결

1. 서
2. 국민건강보험 피부양자 자격요건
3. 사실혼 배우자에 동성커플도 포함되는가?
4. 1사실혼 배우자와 동성커플을 달리 취급하는 것이
평등원칙 위반인가?
5. 이 판결에 대한 평가 및 전망

IV 대법원의 「성전환자의 성별정정 허가신청 사건 등 사무처리지침」

1. 젠더전환에 따른 법적 문제
2. 대법원 2006결정과 사무처리지침
3. 사무처리지침 관련 입법론

동성결합 특히 동성결혼을 허용하게 된 계기는 사법부의 판결, 의회의 입법, 국민투표이다. 법원의 판결에 의하여 동성결혼이 허용된 대표적인 사례가 미국이다.⁸¹ 그리고 아시아에서 최초로 동성결혼을 허용한 대만도 2017년 5월 법원의 판결에 의해서였다. 이에 비하여 다수의 국가는 의회의 입법에 의하여 동성결혼을 합법화하였다. 한편 국민투표에 의하여 동성결혼을 결정한 나라로 아일랜드(2015.5.22.)를 들 수 있다.

- 81 미국에서는 오랜 기간에 걸쳐 동성혼에 관한 판결이 내려졌다. 최근 대표적인 판결로는 남녀간의 결합만을 혼인으로 인정한 혼인보호법(The Defence of Marriage Act, DOMA) 제3조가 위헌이라고 판단한 *United States v. Windsor*, 133 S. Ct. 2693 (2013)와, 각 주는 동성혼을 금지할 수 없다고 판단한 *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 2015가 있다. 미국의 동성혼 관련 판례에 관한 연구로는 김응규, “미국연방대법원의 동성결혼 합헌판결에 대한 헌법적 고찰”, 「법학연구」, 제27권 제1호, 충북대학교 법학연구소, 2016; 박승호, “미국헌법상 동성애자의 권리: *Romer* 사건과 *Lawrence* 사건 검토를 중심으로”, 「미국헌법연구」, 제22권 제2호, 미국헌법학회, 2011; 성중탁, 동성혼에 관한 최신 미연방대법원 *Obergefell et al. v. Hodges* 사건 판례와 그 시사점, 「법학논고」 제53집, 경북대학교 법학연구원, 2016; 최경호, “미연방대법원 최근 판결(*United States v. Windsor*, *Hollingsworth v. Perry*)을 통하여 살펴본 미국에서 동성혼 관련 헌법적 논의”, 「법학논총」, 제31권 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2014; 하정훈 외, “미국의 동성결혼 판결 소개- *United States v. Windsor* 판결 및 *Perry v. Schwarzenegger* 판결을 중심으로-”, 「공익과 인권」, 제14권, 서울대학교 공익인권법센터, 2014; 최희경, “동성애자권리에 대한 로렌스 판결의 의미와 영향”, 「세계헌법연구」, 제17권 제2호, 2011; 김지혜, “동성혼에 대한 미국 판례의 전개”, 「법과 사회」, 제46호, 2014; 권혁남, “미국 동성간 결혼 합헌 판결에 대한 비판적 고찰”, 「인문사회」, 아시아문화학술원, 6권 2호, 2015; 류성진, “동성애에 대한 미국 연방대법원의 최근 결정과 시사점: *United States v. Windsor*(2013)의 분석과 의미”, 「공법학연구」, 제14권 제4호, 2013.

동성결혼의 합법화 여부를 판단하는 방식 중에 가장 논란이 되는 것은 사법부의 판결이다. 왜냐하면 민주적 정당성이 결여된 극소수의 법관이 가장 도덕적 쟁점이 되는 동성결혼의 허용 여부를 판단하고 이에 규범적 효력을 인정하기 때문이다. 동성결혼의 허용을 초래한 미국 연방대법원의 Obergefell v. Hodges 판결에서도 이러한 문제점이 중요한 논점이었다. 간단히 말해서, 입법부가 판단해야 할 사항을 왜 사법부가 판단하느냐가 위 판결의 소수(반대) 의견의 핵심주장이었다.⁸² 바로 이러한 이유 때문에 동성결합 지지자들은 힘들고 어려운 입법과정을 거치기보다는 사법부의 재판절차를 활용하여 자신들의 목적을 달성하려는 전략을 취하기도 한다.

한국에서 법원이 동성결합과 관련하여 법적 쟁점으로 직접 다룬 사안은 ① 동성 간 동거관계가 사실혼 관계로 인정될 수 있는가, ② 현행 가족관계법상 혼인신고 수리가 가능한가, 그리고 ③ 동성커플에게 건강보험 피부양자 자격이 인정되는가이다. 지금까지 법원은 ①, ②와 관련하여 동성커플의 주장을 받아들이지 않고 있으나, ③과 관련해서는 2022년과 2023년에 걸쳐 제1심 법원과 제2심 법원이 서로 어긋나는 판단을 내린 바 있다.

한편, 2006년 9월 6일 대법원 호적예규 제716호로 제정된 「성

82 인도 대법원은 동성결혼의 합법화를 요구하는 20개의 탄원서를 심리한 후, 2023년 10월 17일 동성결혼을 법적으로 인정하지 않는다고 밝혔다. 그 이유로, “퀴어 커뮤니티의 결혼 가능 여부를 결정하는 것은 입법부의 영역에 있는 일”이며 “사법부는 이를 판단한 권한이 없다”고 설명하였다. <https://www.bbc.com/news/world-asia-india-65525980>.

전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침」은 줄곧 성별정정 허가의 절차 및 기준의 근거가 되었다. 이 지침은 관련 법률의 제·개정과 대법원 결정 등에 따라 수차례 개정되었는데, 점차 성별정정의 절차 및 기준이 완화되는 방향으로 개정되었다.

II 동성결합의 합법성을 부정한 법원 판단

1. 동성결합의 사실혼 관계를 부정한 판결

2004년 인천지방법원은 여성 동성애자가 배우자와의 사실혼해소로 인하여 재산분할 및 위자료를 청구한 사건에서 “동성(同性) 간에 사실혼 유사의 동거관계를 사실혼으로 인정하여 법률혼에 준하는 보호를 할 수는 없다고 봄이 상당하다”는 이유에서 기각 판결(인천지방법원 2004.7.23. 선고 2003드합292 판결)을 내린 적이 있다. 이 판결은 동성 간 사실혼 유사의 동거관계를 사실혼으로 인정하여 법률혼에 준하는 보호를 할 수 없음을 천명한 것이다.

이 사건의 원고와 피고는 동성으로서 1980년 5월 2일부터 2001년 3월 19일까지 20여 년간 혼인 유사 생활을 같이해 온 사이였는바, 원고는 폭행 등 피고의 책임 있는 사유로 당사자 간 사실혼 관계가 파탄되었음을 이유로 사실혼 부당파기로 인한 위자료 및 사실혼 해소로 인한 재산분할을 구하였다.

이 판결 중에서 동성결합을 사실혼으로 인정할 수 없음을 밝힌 부분을 소개하면 아래와 같다.

“헌법 제36조 제1항은 "혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다."고 규정하고 있는바, 이는 혼인제도와 가족제도에 관한 헌법원리를 규정한 것으로서 혼인제도와 가족제도는 인간의 존엄성 존중과 민주주의의 원리에 따라 규정되어야 함을 천명한 것이라 볼 수 있고, 따라서 혼인에 있어서도 개인의 존엄과 양성의 본질적 평등의 바탕 위에서 모든 국민은 스스로 혼인을 할 것인가 하지 않을 것인가를 결정할 수 있고 혼인을 함에 있어서도 그 시기는 물론 상대방을 자유로이 선택할 수 있는 것이며, 이러한 결정에 따라 혼인과 가족생활을 유지할 수 있고, 국가는 이를 보장해야 하는 것이다(헌법재판소 1997.7.16. 선고 95헌가6 내지 13 전원재판부 결정 참조). 다만 혼인제도가 역사적으로 형성되어 온 배경과 우리 헌법 및 민법이 예정하고 있는 혼인제도를 감안하면 혼인의 당사자는 남녀간을 의미하는 것이라고 보아야 할 것이고, 비록 혼인제도의 의미가 만고불변의 진리는 아니고 시대의 윤리나 도덕관념의 변화에 따라 변화할 수는 있으나 현재 우리 사회의 혼인 및 가족관념에 의하면 혼인이라 함은 일부일처제(一夫一妻制)를 전제로 하는 남녀의 정신적·육체적 결합을 의미하고, 아직 그 의미에 있어서 변화를 찾을 수 없다고 할 것이다.

앞서 본 바와 같이, 사실혼이 성립하기 위하여는, 주관적으로 당사자 사이에 혼인의 의사가 있고, 객관적으로 사회관념상 가족질서적인 면에서 부부공동생활을 인정할 만한 혼인생활의

실체가 있어야 하는 것인바, 이러한 혼인의 의사라 함은 사회적·실질적으로 부부로서의 공동생활을 영위할 의사를 말하고, 당사자 사이에 혼인의 의사가 있다고 함은 쌍방 간에 혼인 의사의 합치가 있음을 의미하므로, 동성(同性) 간에 사실혼 유사의 동거관계를 유지하여 왔다고 하더라도 그 의사를 부부로서의 공동생활을 영위할 의사였다고 보기는 어렵고, 또한 이러한 동거관계는 객관적으로 부부공동생활을 인정할 만한 혼인생활의 실체가 있었다고 보기도 어려울 뿐만 아니라 사회관념상 가족질서적인 면에서도 용인될 수 없는 것이어서, 동성(同性) 간에 사실혼 유사의 동거관계를 사실혼으로 인정하여 법률혼에 준하는 보호를 할 수는 없다고 봄이 상당하다.”

위의 판결은, 혼인제도와 가족제도에 관한 헌법원리와 현재 우리 사회의 혼인 및 가족관념에 충실하게, 혼인의 개념을 일부일처제(一夫一妻制)를 전제로 하는 남녀의 정신적·육체적 결합으로 파악하고 있다.

2. 동성결혼 수리거부를 합법으로 판단한 결정

최초의 공개적인 동성혼 소송은 동성커플 김조광수-김승환의 혼인신고불수리 불복소송이었다.⁸³ 영화감독 김조광수와 그의 동성 동반자인 김승환이 관할 구청장으로부터 동성 간 혼인신고불

83 한국 최초의 동성애자 혼인신고불수리 사건은 2004년 이상철-박종근의 사례로 알려져 있다. 이는, 앞의 동성커플이 공개결혼식을 올리고 서울 은평구청에 찾아가 혼인신고서를 냈으나 “법원의 유권해석을 받아 본 결과, 우리나라에서 혼인신고는 남녀간 결혼을 전제로 하기 때문에 적법한 혼인신고로 수리할 수 없다”고 하며 ‘수리할 수 없다’는 통지를 받은 사건이었다.

수리 통보를 받은 것에 불복하여, 2014년 5월 서울서부지법에 소를 제기하였으나, 그 2년 만인 2016년 5월에 동 법원은 “가족관계의 등록 등에 관한 법률” 제111조(불복신청에 대한 법원의 결정) 제1항 “가정법원은 신청이 이유 없는 때에는 각하하고 이유 있는 때에는 시·읍·면의 장에게 상당한 처분을 명하여야 한다.”에 따라 각하하였다(서울서부지방법원 2016.5.25. 2014호파1842 결정). 이 소송은 항소심까지 갔으나 기각되었다(서울서부지방법원 2016.12.5. 2016브6 결정).

제1심은 현행법의 통상적인 해석으로는 동성인 신청인들의 합의를 혼인의 합이라고 할 수 없고 합의에 따른 신고를 적법한 혼인신고라고 할 수 없다고 판단하였다. 그 판단 근거는 다음과 같다.

“혼인제도가 다양하게 변천되어 왔지만 혼인이 기본적으로 남녀의 결합관계라는 본질에는 변화가 없었고, 아직까지는 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 명문으로 혼인이 남녀 간의 결합이라고 규정하지는 않았지만 구체적으로 성구별적 용어를 사용하여 그것이 당연한 전제인 것으로 상정하고 있는 점, 앞서 본 대법원과 헌법재판소의 판단이 비록 동성 간의 혼인이 허용될 수 있는지 여부에 관한 쟁점을 직접 다루고 있는 것은 아니지만 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 정당시되는 결합’을 가

리키는 것으로 해석되고, 이를 넘어 ‘당사자의 성별을 불문하고 두 사람의 애정을 바탕으로 일생의 공동생활을 목적으로 하는 결합’으로 확장하여 해석할 수는 없다.”

이 결정은 현행법상 내재하는 ‘혼인’에 대한 해석과 민법 제815조 제1호의 ‘혼인의 합의’에 대한 해석을 동성혼신고 불수리의 주된 근거로 하고 있다. 이 결정에서 법원은 혼인을 남녀간의 결합으로 판단한 대법원 판결⁸⁴과 헌법재판소 결정⁸⁵을 원용하였다. 이처럼 한국의 사법부는 동성결합 특히 동성결혼을 헌법을 비롯한 법체계에서 수용할 수 없음을 명확히 하고 있다.

84 대법원은 “혼인은 남녀의 애정을 바탕으로 하여 일생의 공동생활을 목적으로 하는 도덕적, 풍속적으로 정당시되는 결합이다.”(대법원 1982. 7. 13. 선고 82므4 판결, 대법원 1999. 2. 12. 선고 97므612 판결, 대법원 2000. 4. 21. 선고 99므2261 판결, 대법원 2003. 5. 13. 선고 2003므248 판결, 대법원 2015. 2. 26. 선고 2014므4734, 4741 판결 등 참조)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 비록 방론이라 할지라도 혼인을 ‘남녀 간의 결합’으로 정의하고 있다.

85 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.

III 동성커플의 건강보험 피부양자 자격을 인정한 판결⁸⁶

1. 서

(1) 동성결합의 법적 지위를 인정한 법원 판결의 등장

2023년 2월 21일 서울고등법원 제1-3행정부는 동성결합 상대방(동성커플)이라는 이유로 국민건강보험 피부양자의 자격을 부인하고 박탈한 국민건강보험공단의 처분이 부당하다는 판결(2022누32797)을 하였다. 그 주된 이유로, 동성결합 상대방에 대한 피부양자 자격 미인정은 '성적 지향을 이유로 한 차별대우'에 해당한다는 점을 들었다. '혼인은 남녀의 결합'이므로 동성결합 상대방에게 피부양자 자격을 인정할 수 없다는 제1심 법원의 판결(서울행정법원 2022.1.7. 2021구합 55456판결)을 서울고등법원 재판부가 뒤집은 것이다. 제1심 재판부는, 사실혼의 성립요건이 되는 '혼인의 사' 또는 '혼인생활'에서의 '혼인'은 그 자체로서 '남녀의 애정을 바탕으로 일생의 공동생활을 목적으로 하는 도덕적·풍속적으로 정당시 되는 결합'으로 해석될 뿐이므로, 국민건강보험 피부양자인 '배우자'의 의미를 '동성 간의 결합'으로까지 확장하여 해석할 만한 근거가 없다고 판단하였다.

서울고등법원의 판결에 대하여 동성애주의자들은 기다렸다는 듯이 적극 환영하였다.⁸⁷ 이 판결이 사실혼 관계의 부부(夫婦)가

⁸⁶ 이하는 음선필, “동성커플과 국민건강보험”, 교회와법, 제10권 제1호, 143-167면을 거의 전제한 것임.

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.⁸⁷ 한편 이를 반대하는 입장에서는 이 판결이 피부양자 자격인정이라는 단순한 문제를 넘어, 동성결합의 법적 수용이라는 중대한 문제를 포함하고 있다고 본다.⁸⁹

(2) 쟁점

이 글에서는 2023년 2월 21일 서울고등법원 제1-3행정부 판결(이하, “이 판결”이라 한다)을 주로 살펴보고자 한다. 이 판결에서 다룬 표면적 쟁점은 크게 두 가지로서, ① 동성커플이 사실혼 배우자에 해당하여 국민건강보험 피부양자로서 인정되는가 여부, ② 사실혼 배우자 집단과 동성커플 집단이 본질적으로 동일한가 여부이다.

그런데 이 판결에서 근본적인 실질적 쟁점은 동성결합의 법적 수용 여부이다. 표면상으로는 국민건강보험 피부양자 자격요건에 관한 실정법의 해석 문제로 나타나지만, 근본적으로는 실정법의 취지와 그 적용에 따른 파급효과를 어떻게 볼 것인가라는 도덕적 관점의 문제임을 알아야 한다. 주지하다시피, 법과 도덕은 개념적

⁸⁷ 동성애와 동성결합을 적극 지지해온 정의당 국회의원들은 서울고등법원의 판결을 환영하는 토론회를 개최한 바 있다. 「동성부부 건강보험 피부양자 자격 인정 2심 판결 의미와 향후 입법과제 모색 토론회」, 2023.3.9., 국회의원회관 대회의실.

⁸⁸ 이들은 이제 동성혼 법제화, 생활동반자법 및 차별금지법 제정, 건강가정기본법 개정 등에 힘써야 함을 강조한다.

⁸⁹ 논란이 되는 서울고등법원의 판결에 대한 비판적 입장으로는 「동성결합의 건강보험 피부양자 자격 인정 2심 판결의 문제점 토론회」(이익채 의원실·복음법률사회 주최), 2023.4.24., 국회도서관 지하1층 소회의실.

으로나 형식적·효력적으로도 구별된다. 하지만 사회규범체계에서 도덕은 법의 내용을 이끄는, 그런 점에서 법을 향도하는 '은밀한 지시자'라 할 수 있다. 따라서 사실의 영역을 넘어 규범의 영역에서 동성결합을 인정(공인, 수용)하려 한다면, 이에 대한 과학적 판단의 기초 위에서 도덕적·법적 판단을 종합적으로 고려하여야 할 것이다.

지금까지 동성커플은 혼인관계의 부부와 동등하게 대우받을 것을 요구해 왔다. 예컨대, 의료현장에서 수술 동의나 진단서·처방전 수령, 장례 관련 연고자로서의 인정, 이혼 이후 자녀 양육비 보호, 근로자 가족에 대한 복지 및 건강보험의 적용, 주택 관련 법적 보호 대상자로서의 인정, 기초생활보장 관련 부양의무자로서의 인정 등에서 동등하게 대우해 달라는 것이다. 그래서 혼인관계의 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. 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 판결은 사실혼 배우자를 보호하는 다른 영역에서도 동성커플의 보호를 주장하는 전거로 활용될 것이다.

이하에서는 먼저 국민건강보험 피부양자 자격요건을 살펴보고, 사실혼 배우자에 동성커플이 포함되는가를 검토하고, 사실혼 배우자와 동성커플을 달리 취급하는 것이 과연 평등원칙 위반인가를 따져보기로 한다.

2. 국민건강보험 피부양자 자격요건

(1) 국민건강보험 및 피부양자 제도

1) 사회보험으로서 국민건강보험

국민건강보험은 사회보험의 하나로서 헌법상 사회국가원리에서 비롯한 국가의 의무사항이다. 사회보험은 사회연대의 원칙에 기초하여 동일위험집단에 속한 국민에게 법률로써 가입을 강제하며, 소득재분배를 하기에 적합한 방식으로 보험료를 부과한다. 이로 말미암아 국민 개개인에게 절실히 필요한 보험을 제공하고 보험가입자 간의 소득재분배 효과를 거두고자 한다.⁹⁰ 이같은 사회보험은 사회보장제도의 하나로서 헌법 제34조 제2항(“국가는 사회보장·사회복지의 증진에 노력할 의무를 진다”)에 따라 사회적 안전을 확보하기 위한 국가적 보호 및 지원의 대상이다.

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

2) 피부양자 제도

국민건강보험 가입자는 크게 ① 직장가입자, ② 피부양자, ③ 지역가입자 세 유형으로 나뉜다. 이 가운데 피부양자의 자격 문제는 주요 논란거리였다. 왜냐하면 피부양자는 직장가입자에게 주로 생계를 의존하는 사람으로서 보험료를 내지 않으면서도 의료보장 혜택을 누리는, 사실상 '무임승차자'이기 때문이다.⁹¹ 보험제도

90 헌법재판소 2000.6.29. 99헌마289 결정.

의 속성상 보험 혜택을 받는 수익자가 보험료를 부담하는 것이 원칙이나, 예외적으로 국민건강보험에서는 보험료를 부담하지 않으면서 보험 혜택을 누리는 피부양자 제도를 인정하고 있다. 그런 점에서 피부양자는 아주 특별한 국가적 보호 대상이라 할 수 있다. 이러한 피부양자제도의 주된 취지는, 후술하는 피부양자의 자격요건에서 알 수 있듯이, 질병·부상의 예방·진단·치료·재활·출산 등에 대하여 보험급여를 지급함으로써 가족의 건강을 증진하고 가족공동체의 존속을 유지하기 위함이다.

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 강화되어 왔다. 이처럼 피부양자 자격요건은 국민의 권리·의무에 관한 사항이기에 법정 사항이며, 이에 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 사

91 건강보험공단의 「2021년 건강보험 주요 통계」에 따르면, 피부양자는 건강보험 전체 가입자(5천141만 명)의 35.2%(1천809만 명)를 차지한다. 이 수치는 직장가입자 1천909만 명(37.1%)보다는 약간 적지만, 지역가입자 1천423만 명(27.7%)보다는 훨씬 많다.

람으로서 소득 및 재산이 보건복지부령으로 정하는 기준 이하에 해당하는 사람이다.⁹²

이에 따르면, 피부양자 자격요건은 두 가지로 구성된다. 첫째는 직장가입자의 가족⁹³이며, 둘째는 그에게 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 제도⁹⁴로서 일차적으로 가족공동체를 기반으로 하되, 부양의무의 수준에 상응하여 그 범위를 한정하고 있다. 피부양자제도는 질병·부상에 대한 예방·진단·치료·재활·출산 등에 대하여 보험급여를 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.

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

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

94 1963.12.16. 한국에서 건강보험 또는 의료보험에 관하여 처음 제정된 의료보험법은 근로자와 그 부양가족의 질병·부상·사망 또는 분만에 관한 보험급여를 목적으로 하였다. 동법 제2조 제1호에서는 부양가족을 근로자인 피보험자의 남자 60세이상, 여자 55세이상인 직계존속·배우자(事實上 婚姻관계에 있는 자를 포함한다) 및 미성년인 자녀로서 주로 그 근로자의 수입에 의하여 생계를 유지하는 자라고 규정하였다.

역사적으로나 기능적으로, 국민건강보험법의 피부양자제도는 헌법이 국가적 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 하여 피부양자 제도의 취지를 좁게 판단한 이 판결에 동의할 수 없다.

그런데 실무상 피부양자 자격을 인정하는 근거가 되는 세부규정인 국민건강보험법 시행규칙 제2조 제1항 제1호 [별표 1] 및 내부준칙(「자격관리 업무지침」)에서는 그 범위에 약간의 조정이 이뤄지고 있다. 이는 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 정의규정을 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.

그런데 국민건강보험공단에서는 실제 혼인생활을 하고 있으나 혼인신고를 할 수 없었던 사실혼 부부들을 보호할 현실적 필요에 따라⁹⁵ 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, 사회보장 차원에서 사실혼 배우자가 가족관계의 최소한으로(달리 말하면, 예외적으로) 포함된다고 볼 것이므로, 이러한 해석은 피부양자제도의 취지에 부합한다고 본다. 문제는, 피부양자로서 사실혼 배우자에 동성커플도 포함되느냐이다.

3. 사실혼 배우자에 동성커플도 포함되는가?

(1) 사실혼의 성립요건

대법원 판례에 의하면, 사실혼이 성립하기 위해서는 당사자 사이에 주관적으로는 혼인의사의 합치가 있고, 객관적으로는 부부 공동생활이라고 인정할 만한 혼인생활의 실체가 존재하여야 한다.⁹⁶

여기서 정작 중요한 것은 '혼인'의 법적 의미이다. 혼인이 계약인가 또는 제도인가에 관하여는 많은 논의가 있지만⁹⁷, 현행 법체계

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

96 대법원 2001.1.30. 선고 2000도4942 판결, 대법원 2001.4.13. 선고 2000다52943 판결 등 참조.

에서 혼인은 당사자 간의 계약 이상으로 사회질서를 유지하는 중요한 제도로 보장되고 있다.⁹⁸

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.⁹⁹ 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 있

97 독일 법철학자 라트브루흐는 혼인이 원래 매우 복잡하여 여러 측면을 보여주기 때문에 법은 이를 매우 다양한 견지에서 규제할 수 있다고 본다. 그에 따르면, 혼인판은 크게 개인주의적 견해와 초개인주의적 견해로 분류된다. 전자는 부부 상호 간에 맺는 계약관계라는 형상을 가지고 혼인을 고찰하는 반면에, 후자는 혼인 당사자가 취득하는 부부의 신분이라고 하는 개념을 가지고 혼인을 고찰한다. G. 라트브루흐, 최종고(역), 『법철학』, 삼영사, 1981, 205-206면.

98 헌법 제36조 제1항(혼인 및 가족에 관한 규정)의 법적 성격에 관하여 여러 견해가 있지만, 원칙규범의 성격, 제도보장의 성격, 자유권 및 생존권의 성격을 모두 지녔다고 볼 것이다(동지: 김학성, 『헌법학원론』, 피앤씨미디어, 2019, 752면). 헌법재판소도 동일한 입장이다(헌재 1990.9.10. 89헌마82; 헌재 1997.3.27. 95헌가14; 헌재 2002.3.28. 2000헌바53 등)

99 헌법학계의 정설이다. 성낙인 교수는 “혼인이란 사회적·법적으로 승인된 남편과 아내의 결합 즉 남녀가 부부관계를 맺는 행위 또는 부부관계에 있는 상태”(성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2023, 1580면), 정영화 교수는 “혼인의 정의는 1부1처제에 근거하여 남녀 각자의 의사합치에 따라 부부로서 공동생활을 영위하는 것을 말한다.”라고 설명한다(정영화, 『헌법학』, 이스트그룹, 2023, 465면). 그러므로 동성혼인을 인정하려면 헌법 제36조의 개정이 필요하다(정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2015, 250면).

다. 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”¹⁰⁰, “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”¹⁰¹라고 판시하였다. 헌법재판소 역시 동일한 입장이다. “혼인이 1남 1녀의 정신적·육체적 결합이라는 점에 있어서는 변화가 없다.”¹⁰² “혼인은 근본적으로 애정과 신뢰를 기초로 하여 남녀가 결합하는 것”¹⁰³이라고 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 사실혼 개념을 민법에서 인정하는 것보다 넓게 보아야 한다고 하며, 동성결합을 사실혼의 하나로 주장하려고 한다. 그래서 국민건강보험법의 피부양자인 '배우

100 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.

101 대법원 2011.9.2.자 2009스117 전원합의체 결정.

102 헌법재판소 1997.7.16. 선고 95헌가6 결정.

103 헌법재판소 2011.11.24. 선고 2009헌바146 결정.

자에 사실혼 배우자가 포함되며, 더 나아가 동성커플도 사실혼 배우자에 포함되는 것으로 확대해석하려고 한다.

그러나 이러한 확대해석은 법리적으로나 정책적으로 근거가 없다. 동성결합이 혼인의 법적 개념에 포함되지 않는다는 법리적 이유에서, 또한 국민건강보험법의 피부양자 제도의 취지에도 맞지 않는다는 정책적 이유에서도 동성커플을 사실혼 배우자로 확대해석할 수 없다. 국민건강 향상 및 사회보장 증진이라는 국민건강보험법의 목적을 고려하더라도, 사회질서의 근간을 이루는 기존 혼인법질서의 유지라는 공익적 요청을 배제할 수는 없다. 따라서 국민건강보험 영역에서 사실혼의 개념을 동성결합에까지 확대하여야 할 만한 근거가 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.¹⁰⁴

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 제2심에서도 여전히 유지되고 있다.

104 대법원 1999.2.12. 선고 97므612 판결; 대법원 2000.4.21. 선고 99므2261 판결;

이처럼 동성결합을 사실혼의 하나로 간주하려는 전략이 통하지 않게 되자, 동성애주의자들은 동성결합과 사실혼을 달리 취급하는 것을 주된 쟁점으로 삼게 되었다.

4. 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 그만한 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 무엇인가라는 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. 혼인 및 가족생활의 헌법적 가치가 판단의 준거로 원용되기 때문이다.

(2) 혼인 및 가족생활에 대한 헌법상 보호

헌법은 국가공동체의 존속을 '전제'로 하는 동시에 '과제'로 삼고 있다. 인간생활에서 가장 근본적인 사적 영역에 속하는 혼인과 가족생활을 국가의 특별한 보호 대상으로 삼는 입법례는 1919년 독일 바이마르헌법을 들 수 있다.¹⁰⁵ 우리 헌법도 혼인과 가족생활에 관한 기본원칙을 제시하고, 이에 대한 국가적 보호를 명시하고 있다.

헌법이 가족생활(가정)을 개인의 자유 영역에만 남겨두지 않고 국가의 보호 대상으로 삼는 이유는 그 사회적 기능(共同善) 때문이다.¹⁰⁶ 이 땅에 인간이 존재한 이래, 개인의 성장(生長)과 인류의 보존은 가족을 통해 이뤄져 왔다. 가족생활을 통해 구성원의 신체적·정서적·경제적 필요를 채우며, 자녀를 양육하여 사회구성원으로 자라게 함으로써 인류공동체는 지금까지 존속해 왔다. 가족의 존립 기반인 가정은 사회 및 국가의 존속과 발전을 위해 그 구성원을 지속적으로 재생산하고, 자녀를 보호·양육하여 사회구성원으로 육성하며, 근친상간 등 반사회적 성행위를 규제하고, 구성원들의 경제적 수요를 해결하며, 구성원들의 정서적 만족을 충족시키는 기능 등을 하고 있다.¹⁰⁷

그러한 까닭에 헌법 제36조 제1항은 혼인 및 가족생활을 단순한 계약 이상의 사회적 제도로 규정하여 가족생활을 해치는 범죄

105 독일 바이마르공화국 헌법 제119조 제1항: 혼인은 가족생활과 민족의 보존 및 증식의 기초로서 헌법의 특별한 보호를 받는다. 혼인은 양성의 동등한 권리를 기본으로 한다.

106 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.

107 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2010, 278면.

에 대하여 제재를 가할 뿐 아니라, 나아가 다양한 정책과 입법을 통하여 적극 지원·보호할 것을 명하고 있다.

헌법은 가족생활을 구성하는 원리를 명확히 제시하고 있다. 헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족생활(가족관계 및 가정)이 개인의 존엄과 양성평등을 기초로 성립되고 유지되어야 한다고 규정함으로써 혼인이 양성의 결합을 전제로 함을 명확히 하고 있다. 그래서 우리 헌법에서 규정하는 혼인이란, 남성과 여성 간의 자유로운 합의에 기초하여 법이 정한 형식에 따라 결합되고 원칙적으로 평생 지속되는 생활공동체를 말한다.¹⁰⁸ 또한 혼인과 가족생활은 양성평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하므로, 부(夫)와 부(婦)의 평등한 결합을 의미하는 일부일처제는 당연히 국가적 보호의 대상이 된다.¹⁰⁹ 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 부양의무의 대상에

¹⁰⁸ 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.

¹⁰⁹ 헌재 2014.7.24. 2011헌바275.

는 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 나타나 있다.¹¹⁰ 즉, 기존 가족 개념과 달라진 생활공동체 개념이 등장하고 있음을 강조하고 있다.

이와 관련하여, 오늘날 전통적인 가족 개념¹¹¹의 테두리를 흐릿하게 만들려는 의도로 사용하는 이른바 ‘다양한 가족’ 개념에 주목할 필요가 있다.¹¹² ‘다양한 가족’은 종래 혼인이나 혈통에 의하여 정의되던 전통적 가족에 대항하기 위하여 의도적으로 사용되

110 동성애주의자들도 이 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.

111 전통적 개념으로서 가족은 “사회의 자연적이며 기초적인 구성단위(the natural and fundamental group unit of society)”(세계인권선언 제16조 제3항)로서 혼인·혈연·입양으로 이뤄지는 사회의 기본단위이다(건강가정기본법 제3조 제1호).

112 오늘날 이른바 ‘다양한 가족’ 또는 ‘가족의 다양성’이라는 용어가 일상적으로 사용되고 있다. 이러한 용어는 종래 전통적인 가족이 아닌 의미로서, 다양한 가족 형태를 포괄적으로 표현하려는 의도로 사용되는 것이다. 다양한 가족이라는 용어에 특별한 의미를 부여하는 입장에서는 이를 일상적인 용어 이상으로 학술용어, 나아가 법률용어로도 사용하려고 한다. 다양한 가족을 법률용어로 삼으려

는 '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.¹¹³ 이러한 가족변화는 한부모가족, 재혼가족, 조손가족, 다문화가족 등 다양한 유형의 인적 구성으로 나타났다. 이에 더 나아가 가족유형을 탈근대적 측면에서 파악하려는 입장에서는 미혼독신가족, 동거가족, 공동체가족뿐 아니라 동성애가족도 가족의 한 유형으로 본다.¹¹⁴ 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.¹¹⁵

는 대표적인 예로 제21대 국회에 발의된 건강가정기본법 개정안을 들 수 있다. 이에 대한 비판으로는 음선희, “건강가정기본법 개정안에 대한 입법평가”, 『홍익법학』 제22권 제2호, 2021, 1-26면. 한편 다양한 가족 유형이 대두됨에 따라 이에 대한 법적 대응이 필요하다는 주장이 꾸준히 제기되고 있다. 예컨대 김민지, “다양한 가족 유형의 확산에 따른 「민법」의 개선 과제 검토”, 『가족법연구』 제34권 제1호, 2020; 박광동, 「다양한 가족형태의 법적 수용과 보호에 관한 연구」, 한국법제연구원, 2022.

113 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.

114 김승권 외, 위 연구보고서, 328-332면.

2) 동성결합의 전거(典據)로서 욕야카르타 지침

동성결합을 다양한 가족의 한 유형으로 보려는 입장이 잘 드러난 것이 바로 욕야카르타 지침(Yogyakarta Principles)¹¹⁶이다. 동성애자, 트랜스젠더 등의 마그나 카르타로 불리는 욕야카르타 지침은 가족과 관련하여 제24지침을 두고 있다. 이 지침은 다양한 가족 형태를 인정하기 위한 전제로서 「가족을 형성할 권리」를 주장하며, 다양한 가족 형태의 법적 수용에 따라 어떠한 요구가 권리로 주장될 수 있는가를 보여준다.

〈제24지침: 가족을 형성할 권리〉

누구나 성적 지향이나 젠더 정체성에 관계없이 가족을 형성할

115 법률용어로서 가족의 개념은 엄밀해야 한다. 왜냐하면 가족은 권리의무 귀속주체가 되기 때문이다. 민법을 비롯한 신분 관계, 소득세법을 비롯한 세금 관계, 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」을 비롯한 보훈 관계, 형법을 비롯한 형사 관계 등에서 어떠한 권리를 가지며 어떠한 의무 및 책임을 지는가를 결정함에 있어서 가족 개념이 매우 중요하다. 많은 법률에서 가족의 개념과 범위는 그 입법목적에 맞추어 다양하게 규정되고 있다(이에 관하여 자세한 박광동 외, 「다양한 가족형태의 법적 수용과 보호에 관한 연구」, 연구보고서 22-13, 한국법제연구원, 2022, 45-70면). 그뿐 아니라 건강가정기본법에 의하여 가정정책을 수립함에 있어서 가족의 개념에 따라 정책의 대상과 세부 내용이 결정된다. 이처럼 가족의 형태(유형)는 단순한 사회현상의 하나로 파악될 수 있는 것이 아니라, 국가 법체계의 핵심 개념으로서 정확히 규정되어야 한다. 그런 점에서 가족 개념을 불분명하게 하는 것은 매우 위험하다. 음선필, “다양한 가족 개념의 위험성과 위험성”, 바른인권여성연합, 「다양한 가족, 그 신화를 논하다」(2023.2.17., 서울시 민청 워크숍) 세미나 자료집, 26면-34면 참조.

116 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.

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 조치

를 취하여야 한다.

동성결합을 가족의 한 유형으로 포함하는 다양한 가족 개념은 그 전제로 「가족을 형성할 권리」(가족형성권, 가족구성권)를 상정하고 있다.

비록 전통적 가족에 해당하지 않더라도 가족이라는 범주 속에 모든 공동생활형태가 포함되기 때문에, 다양한 가족 개념은 “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 동반자에게도 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 동등하게 취급받을 수 없다. 우리 법체계에서 예외적으로 사실혼을 보호대상으로 보는 경우에도, 사실혼은 양성결혼과 1부1처제의 범주 내에 포함되어야만 한다. 그렇지 않다면 우리 법체계에서 보호받는 생활공동체로서의 자격을 상실하기 때문이다. 법률혼주의를 유지하기 위하여 가족관계의 권리의무가 사실혼의 경우에 제한적으로 적용되기는 하나, 사회보장의 차원에서는 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.¹¹⁷ 동성결합에 대한 종교적·도덕적 판단은 논외로 하고 또한 동성결합이 개인의 사적인 영역에 속한다는 사실은 별론으로 하더라도, 동성결합이 법체계상 남녀 간의 혼인과 동등하게 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.

이외에도 동성결합으로 파생되는 현실적 문제를 직시하여야 한다. 인위적인 가족형성권을 충족하기 위해 동원되는 보조생식술이나 대리모의 윤리적 문제점¹¹⁸, 동성커플의 인위적인 가족형성

117 동성결합의 법적 보호를 주장하는 입장에서는 그 헌법적 근거로 인간존엄권, 행복추구권, 성적 자기결정권, 사생활의 보호 등을 내세운다. 하지만 동성결합의 헌법적 근거로 헌법상 혼인 및 가족조항(제36조 제1항)을 내세울 수는 없다.

에 따른 친족관계 내지 가족제도의 혼란¹¹⁹, 동성커플에 입양된 자녀가 겪는 권리침해의 법적 문제점¹²⁰, 동성간 성행위에 따른 보건·의학적 문제점¹²¹을 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 동성결합에 대한 불완전한 이해에 기인함을 알아야 한다. 종교규범 및 도덕규범의 관점뿐 아니라, 윤리학적·가족학적·아동학적·의학적 관점에서도 볼 때, 사실혼 배우자 집단과 동성결합 상대방 집단은 속성상 본질적으로 동일하지 않음을 알아야 한다.

(4) 소결

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 우리 헌법상 혼인조항이 예정한 바가 아니다.¹²² 혼인 및 가족제도를 보호하는 헌법조항의 취지에 비춰볼 때, 동성결합과 남녀 간

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

119 자세히는 전운성, “혼인 및 가족 보호법 제정의 필요성”, 『동성혼 합법화 3법안의 문제점 토론회』(이종성 의원실·복음법률가회 주최, 2023.6.21. 국회도서관 지하 1층 소회의실) 자료집, 42-45면.

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

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

결합이 결코 동등한 가치를 갖는 것이 아니다. 여기서 가치의 동등 여부는 일차적으로는 헌법가치체계에서의 우열에 따라, 궁극적으로는 사회도덕의 가치체계에 따라 판단하게 된다.

헌법 제11조의 평등원칙은 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게 취급함을 금지하는 것인데, 동성결합이 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 보호의 차원에서 볼 때, 이성 간 결합과 동성 간 결합은 본질적으로 동일하지 않기 때문이다.

5. 이 판결에 대한 평가 및 전망

(1) 이 판결의 기본시각에 대한 평가

이 판결은, 국민건강보험의 피부양자제도 취지가 근본적으로 의료보험을 통한 가족공동체의 건강한 존속이라기보다는 주로 경제적 이유로 한 건강보험의 수급권 보장이라고 보는 관점에서 출발한다. 그리고 사회보장 차원에서 보호 대상이 되는 생활공동체 개념이 기존의 가족 개념과 달라지고 있음을 강조하면서, 사실혼 배

우자와 동성커플이 동등한 지위에 있다고 보는 시야를 취하고 있다. 그래서 사실혼 배우자와 달리 동성커플에 대해 피부양자 자격을 인정하지 않는 것이 평등원칙에 위배되는 것으로 보았다.

그런데 이 판결의 기본시각의 배경에 “성적 지향을 이유로 한 차별이 금지되어야 한다”는 신념이 자리잡고 있음을 알아야 한다. 그리고 이 판결은 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.¹²³ 그럼에도 불구하고 이를 법적 논증에서 당연한 전제로 간주하는 것은 대단히 비논리적이다.

사실혼이 남녀 간 결합인 까닭에 예외적으로 혼인의 범주에 포함되어 특별히 보호됨에도 불구하고, 동성결합을 사실혼과 동등한 것으로 파악하려는 것은 우리 헌법이 혼인 및 가족생활을 국가적 보호대상으로 삼은 이유에 대한 이해의 부족에 기인한다고 본다. 이러한 인식은 우리 헌법 아닌 욕야카르타 지침에 더 충실하려는 태도에 기인한 것이다.

(2) 또다시 촉발된 입법전쟁

동성커플을 국민건강보험의 피부양자로 인정하라는 소송은 철저히 기획된 소송이다. 단지 건강보험료 부담을 해소하려는 경제적 문제가 아니다. 동성결합의 합법화로 이어지는 우회로를 확보

123 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.

하기 위해 사법부의 판결을 얻어내고, 나아가 다른 영역에서 이와 유사한 사례를 축적함으로써 장차 거부할 수 없는 입법 명분을 쌓으려는 것이다. 이를 바탕으로 동성결합을 법제화하기 위하여 민법상 혼인 관련 규정을 개정하고 시민동반자(생활동반자)법이나 차별금지법을 제정하려는 움직임이 더욱 거세질 것이며¹²⁴, 현재 가정(가족)정책의 근간이 되는 건강가정기본법을 더 강력하게 흔들어 댈 것이다.

그러나 주지하다시피 헌법과 법률을 포함한 법체계에서 가족 개념은 사회적 합의의 산물이다.¹²⁵ 가족생활이 국가 보호를 받는 것은 그만큼 중요성이 있다고 보는 사회적 합의 때문이다. 따라서 법적 제도로써 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. 이는 동성결합의 합법화가 사법부 아닌 입법부에 의하여 결정되어야 함을 의미한다.

124 2023년 5월 정의당 의원들을 중심으로 동성결합을 법제화하는 민법 일부개정안(혼인평등법), 생활동반자관계에 관한 법률안(생활동반자법), 모자보건법 일부개정안(비혼출산지원법)이 발의되었다. 이에 대한 비판으로 「동성혼 합법화 3법안의 문제점 토론회」(이종성 의원실·복음법률가회 주최, 2023.6.21, 국회도서관 지하1층 소회의실)가 개최되었다.

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

IV 대법원의 「성전환자의 성별정정 허가신청 사건 등 사무처리지침」¹²⁶

1. 젠더전환에 따른 법적 문제

오늘날 성전환(젠더전환)이 중요한 법적 쟁점이 되고 있다. 통상 젠더전환을 위해서는 젠더전환수술을 요구하고 있다. 그런데 젠더전환수술은 가슴 형성(변형)수술, 안면 남성화·여성화 수술, 생식능력 제거수술, 외부성기 형성(변형)수술 등을 포함하고 있다.¹²⁷ 원래 젠더전환수술은 주로 외부성기 형성수술을 의미하였기에 통상 「성전환수술」 또는 「성재지정수술」로 불렸던 것이다. 그런데 오늘날 외부성기 형성수술을 거부하는 분위기가 형성되면서¹²⁸ 젠더전환수술도 외부성기 형성수술을 의미하는 「협의의 젠더전환수술」과 이 외의 수술까지 포함하는 「광의의 젠더전환수술」로 구분할 필요가 있다.¹²⁹ 그래서 오늘날 트랜스젠더 개념에는 협의의 젠

¹²⁶ 이하는 음선필, “젠더전환수술과 성별 변경”, 홍익법학, 제21권 제2호, 2020, 153-189면에서 일부 발췌하고 수정한 것임.

¹²⁷ 젠더전환과 관련한 의료적 조치에는 젠더전환수술 외에 호르몬대체요법이 있다. 이를 포괄하여 「젠더재지정치료법」(gender reassignment therapy)라고 한다. 이에 관하여는 The World Professional Association for Transgender Health(WPATH), Standards of Care for the Health of Transsexual, Transgender, and Gender Nonconforming People, 7 ver., 2012.7. 참조.

¹²⁸ 인권위는, 성별정정 신청자 개인의 성전환수술이나 생식 능력제거 수술의 필요성 및 위험성 등을 고려하지 않은 채, 특정 비가역적인 수술을 하게 하는 것은 헌법이 보장한 신체의 온전성에 대한 권리, 자기 운명 결정권 및 성적 자기결정권에 중대한 침해해 초래하는 행위라고 보고 있다. 그래서 인권위는 대법원장에게 사무지침의 개정을 권고한 바 있다. 인권위 보도자료, “트랜스젠더 성별정정 관련 대법원 예규 중 수술요건 등 인권침해 소지 조항 개선 권고”, 2023.5.25.

터전환수술을 받은 자 외에도 외부성기 형성수술과 생식능력 제거수술을 받지 않고 가슴변형 또는 안면 남(여)성화 수술을 받은 자가 포함되어 있다. 이뿐 아니라 외과적 침습을 가하는 의료적 조치를 아예 거부한 채 호르몬요법만을 받은 자, 심지어 단지 복장이나 목소리의 변화를 나타내는 자 등도 모두 포함되고 있다.¹³⁰

젠더전환 관련 법적 쟁점으로서, 일차적으로 문제되는 것은 법적 성(legal sex)¹³¹의 변경이다. 왜냐하면 통상 젠더전환의 최종 단계는 법적 성의 변경이기 때문이다.¹³² 현행 가족관계등록부의

129 2002년 김홍신 의원이 대표발의한 「성전환자의성별변경에관한특례법안」 제2조에서 정의한 성전환수술이란, 성전환자(출생시 확인된 신체의 성이 자신의 진정한 성이 아니라고 확인하면서, 적어도 2년 이상 다른 성의 역할을 수행함과 아울러 외부성기로 표현된 신체의 성을 혐오하여 이를 제거하거나 변형하는 등의 방법으로 상대 성정을 얻으려는 강한 심리적 상태에 놓여있는 자)가 지닌 고통의 경감을 위하여 의료법 제2조에 정한 의사가 성전환자의 외부 성기 등을 제거·변형하여 반대되는 성으로 전환할 의도로 외과적 침습을 가하는 의학상의 조치를 말하였다. 이 법안이 말하는 전환수술은 혐의의 의미였다.

130 이처럼 트랜스젠더가 넓은 의미로 사용됨에 따라 젠더전환수술을 받거나 받으려는 자를 「트랜스섹슈얼」(transsexual)이라고 부르며, 이를 트랜스젠더와 구별되는 개념으로 파악하기도 한다. 그런 점에서 트랜스섹슈얼은 트랜스젠더에 비하면 상대적으로 오래된 개념이라고 한다. <https://www.psychologytoday.com/us/basics/transgender>; <https://en.wikipedia.org/wiki/Transsexual>.

131 개인의 신원을 표시하는 여러 가지(이름, 생년월일, 출생지, 성 등) 중에서 가장 고유하면서도 불변한 것이 바로 성이라 하겠다. 그런데 이 성은 출생시에 확인된 생물학적, 신체적 성으로 기재될 수 밖에 없다. 출생시 생물학적 성은 사회화 과정을 거치면서 자연스럽게 사회적 성(젠더)으로 이어지게 된다. 그런데 신체적 성, 사회적 성과 구별된 또 다른 개념으로 법적 성을 생각할 필요가 있다. 법적 성은 사회생활에서 개인의 신원을 공시하는 핵심요소이자 나아가 법의 적용대상을 결정하는 표지(標識)가 된다. 젠더전환에서 인권을 논하는 것은 결국 이와 관련되어 있음을 알아야 한다. 예컨대 여성으로의 전환을 이야기 할 때 여성은 생물학적·신체적 성으로서 여성이 아니라 법적 성으로서의 여성을 가리킨다. 그래서 전환수술을 함으로써 생식능력을 갖지 못한 여성으로 전환된 자는 분명히 생물학적 여성이 아니지만 법적으로는 여성으로 간주된다.

성별란에 기록된 출생 당시의 성을 전환된 성으로 변경하기 위해서는 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」 제104조에 따라 등록부 정정허가신청을 하여야 한다. 즉 법적 성의 「변경」을 위하여 성별 「정정」을 하는 것이다. 그래서 실무상으로는 「성별정정」이라는 용어를 사용한다. 그렇지만 젠더전환수술에 의하여 법적 성을 바꾸는 것은, 엄밀한 말하자면, 「틀린 것을 고쳐 바로잡음」을 의미하는 「정정(訂正)」이 아니라 「변경」이라고 보아야 한다. 그런 점에서, 보다 정확히 말하자면, 공부상 성별란에 기재된 사항(“남” 또는 “여”)의 변경 문제이다.

이와 관련하여 주목할 것은 젠더전환수술로 인하여 성별 변경을 허용하는 경우에 전통적인 가족제도가 심각하게 훼손될 수 있다는 사실이다. 무엇보다도 여성과 남성의 평등한 결합을 전제로 하는 현행 헌법상 가족제도의 근간을 흔드는 동성결혼이 가능하게 된다.¹³² 트랜스젠더 중에는 이성애자, 동성애자 및 양성애자도 있는데, 이로 말미암아 사실상 동성결혼이 합법화가 될 수 있음을 주의하여야 한다. 특히 외부성기 형성수술을 제외한 광의의 젠더전환수술을 받은 경우, 호르몬치료만을 받은 경우, 그리고 반대 성에 맞게 젠더 표현만을 하는 경우에도 성별 변경이 이뤄진다면

132 법적 성의 변경이 반드시 출생기록부의 성별 변경과 동일하지 않음을 주의할 필요가 있다. 입법례에 따라서는 법적 성을 변경하더라도 출생기록부의 성별 변경을 허용하지 않는 경우도 있기 때문이다. 법적 성의 변경이 허용되는 61개 국가 중에서 출생기록부의 성별 변경을 허용하는 국가는 36개이다. <https://transrespect.org/en/map/pathologization-requirement/?submap=change-of-birth-certificate-possible> 참조.

133 대법원 2011.9.2.자 2009스119 전원합의체 결정의 다수의견은, 혼인 중인 젠더전환자의 성별 정정을 허가할 경우 우리나라가 허용하지 않는 동성결혼의 결과를 초래할 수 있으므로, 이를 허용할 수 없다는 것을 주된 근거로 제시하였다

사실상 동성결혼이 매우 용이하게 이뤄질 수 있음을 주의하여야 한다.

그 결과, 경우에 따라서는 가족관계에 엄청난 혼란을 가져올 수도 있다. 자궁절제술을 받지 않은 트랜스남성이 아이를 출산한 후 자녀의 출생증명서에 본인을 「어머니」 아닌 「아버지」 또는 「부모」로 표기할 것을 주장하는 사례가 영국에서 발생한 바 있다.¹³⁴

현재 우리나라에서는 젠더전환수술에 따른 성별 변경을 규율하는 법률이 없다.¹³⁵ 단지 2006년 9월 6일 대법원규칙(가족관계등록예규 제256호)으로 제정된 「성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침」(이하, “사무처리지침”)이 있을 따름이다. 사무처리지침이 있기 전에는 각 법원이 각자의 판단에 따라 성별정정신청을 거부하거나¹³⁶, 때로는 받아들여¹³⁷ 하였다. 이는 젠더전환

134 생물학적 여성인 프레디 맥코넬은 젠더전환을 하기 위해 남성호르몬을 복용하고 유방절제술을 받았으나 자궁절제술은 받지 않았다. 나중에 출산계획을 세운 후 남성호르몬 복용을 중단하고 정자를 기증받아 체외수정법으로 임신하게 되었다. 2019년 아이를 출산한 후, 자녀의 출생증명서에 「어머니」 아닌 「아버지」 또는 「부모」로 기재해 줄 것을 요구하였으나 거절당하였다. 그는 자신의 자녀가 법적으로 어머니 없이 태어난 최초의 아이가 될 것이라고 주장하며 이를 관철하기 위해 법적 소송을 제기하기에 이르렀다. 이에 관한 소개로는 <https://www.bbc.com/news/uk-england-kent-51759203>.

135 아직까지도 다수 국가에서 젠더전환에 대하여 무관심하거나 이를 법적으로 인정하지 않고 있으나, 적잖은 수의 국가에서 이를 입법적으로 허용하고 있다. 처음으로 스웨덴이 1972년에, 독일은 1980년에, 네덜란드는 1985년에, 터키는 1988년에 이를 규율하는 법률을 제정하였다.

136 서울가정법원 1987.10.12. 87호파3275 결정; 수원지법 여주지원 1990.6.7. 90호파98 결정; 서울지법 북부지원 1990.6.29. 90호파451 결정; 광주지법 1995.10.5. 95브10 결정; 대구지법 가정지원 2001.4.24. 2001호파643 결정; 대전지법 2004.12.4. 2004브32 결정 등.

에 대한 명문규정이 없는 상황에서 이뤄진 부득이한 대응이었다.

위 사무처리지침 제정의 근거가 된 2006년 대법원 전원합의체 결정¹³⁷(이하, “대법원 2006년 결정”) 이래, 젠더전환수술에 따른 성별 변경을 허용하는 결정들이 다수 축적되기에 이르렀다. 이 과정에서 사무처리지침의 허가요건에 대한 비판이 가해지면서 그 개정을 요구하는 목소리가 높아져 왔다. 이와 관련하여 젠더전환수술이 반드시 필요한가, 그 수준은 어느 정도이어야 하는가, 특히 반대 성으로서 귀속감과 안정감을 느끼는 데 본인이 필요하다고 생각하는 수준 이상으로(즉, 성별 기준에 대한 사회적 합의에 따라) 외부성기 성형을 반드시 해야 하는가에 관하여 논쟁이 치열하게 이뤄지고 있다.

이러한 논쟁을 더 가열시킨 것은 2020년 2월 21일 개정된 사무처리지침이다. 이에 따르면 외부성기 형성수술을 하지 않은 상태

137 대전지법 천안지원 1990.4.19. 90호파71 결정; 부산지법 가정지원 2002.7.3. 2001호파997·998 결정; 전주지법 정읍지원 2003.2.27. 2002호파288·289 결정; 광주지법 가정지원 2003.7.31. 2003호파708·709 결정; 광주지법 2004.12.15. 2003브20 결정; 대구지법 2005.2.17. 2004브3 결정 등.

138 대법 2006.6.20. 2004스42 전원합의체 결정. 호적상 여성으로 등재되어 있으나, 성장기부터 여성에 대한 불일치감과 남성으로의 귀속감을 나타내면서 성인이 된 후에는 오랜 기간 남성으로서 살다가 젠더전환수술을 받아 남성의 외부 성기와 신체 외관을 갖춘 사람이 호적정정 및 개명 신청을 한 사안에서, 사회통념상 남성으로 평가될 수 있는 젠더전환자에 해당함이 명백하므로 호적정정 및 개명을 허가할 여지가 충분히 있다고 본 최초의 대법원 결정이다. 이에 관한 평석으로는 김민규, “성전환(중)자에 대한 법학과 의학의 가교”, 법과 사회, 31호, 2006, 307-344면; 민유숙, “성전환자에 대한 호적정정의 가부”, 대법원판례해설 60호, 대법원도서관, 2006.12. 559-618면; 민유숙, “성전환자에 대한 호적정정”, 헌법판례해설(1), 사법발전재단, 2010, 131-137면; 한지영, “우리나라 '성별' 정정기준에 대한 비판적 검토: 대법원 2006.6.22. 2004스42 전원합의체 결정”, 이화젠더법학, 제1권 제2호, 2010, 139-166면 등.

로도 성별 변경이 가능할 수 있기 때문이다. 개정된 사무처리지침은 사실상 개별 법원에게 성별 변경을 허용하는 재량을 크게 넓혀줌으로써 법원결정의 통일성과 일관성을 크게 해칠 수 있다는 우려를 낳고 있다.

2. 대법원 2006년 결정과 사무처리지침

(1) 대법원 2006년 결정

젠더전환수술에 따른 성별 변경을 허용하는 최초의 대법원 결정인 대법원 2006년 결정은 “성의 결정에 있어 생물학적 요소와 정신적·사회적 요소를 종합적으로 고려하여야 한다.”라고 하면서, 생물학적인 성에 대한 불일치감 및 위화감·혐오감을 갖고 생물학적 성별과 다른 성별에 귀속감을 느끼면서 개인적인 영역 및 직업 등 사회적인 영역에서 전환된 성으로서의 역할을 수행하는 등의 사정이 있다면 젠더전환자의 성별 변경을 허용할 수 있다고 판단하였다.

이 결정에서 대법원이 실시한 성별 변경의 요건은 아래 다섯 가지였다.

첫째, 출생 당시의 생물학적인 성에 대한 불일치감과 반대의 성에 대한 귀속감을 느끼고, 일상생활에서 반대의 성을 가진 사람으로 행동하고, 자신의 신체(성기 포함) 역시 반대의 성으로 만들고자 원할 것.

둘째, 정신과적으로 성전환증의 진단을 받고 정신과적 치료나 호르몬 치료 등을 실시하여도 위 증세가 호전되지 않을 것.

셋째, 의학적 기준에 맞추어 전환수술을 받아 반대 성으로서의

외부 성기를 비롯한 신체를 갖출 것.

넷째, 자신을 바뀐 성을 가진 사람으로 인식하고 외관과 성관계, 직업 등도 그 바뀐 성에 따라 활동하여 주위사람들도 바뀐 성으로 인식하고 있을 것.

다섯째, 전환된 성을 그 사람의 성으로 보더라도 다른 사람과의 신분관계에 중대한 변동을 초래하거나 사회에 부정적인 영향을 주지 않을 것.

위의 첫째에서 넷째까지는 사회통념상 전환된 성으로 보아 성별변경을 인정할 수 있는 적극적 요건에 해당하고, 다섯째는 성별변경을 인정할 수 없는 소극적 요건에 해당한다.

(2) 사무처리지침

대법원 2006 결정에 따라 2006년 9월 6일 대법원 호적예규 제 716호로서 「성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침」이 제정되었다. 이후부터 사무처리지침은 성별정정 허가의 절차 및 기준의 근거가 되었다. 이 지침은 2007년 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」의 제정, 2008년 국가인권위원회의 권고,¹³⁹ 2011년 성년 기준을 19세로 하향한 민법의 개정, 2011년 대법원 전원합의체 결정¹⁴⁰(이하, “대법원 2011년 결정”) 등에 따라 수차례 개정되었다.¹⁴¹ 개정은 성별정정의 절차 및 기준이 점차 완화되는 방향으로

139 국가인권위원회 2008.8.25.자 06진차525·06진차673 병합결정

140 대법원 2011.9.2.자 2009스119 전원합의체 결정. 이 결정은 미성년 자녀가 있는 젠더전환자의 성별 변경을 허용할 것인가에 관한 사안에서, 미성년 자녀가 있는 경우 성별 변경이 허용되지 않는다고 판단하였다. 이 결정에서 혼인중이거나 미성년 자녀가 있으면 성별 변경이 되지 않는다는 소극적 요건이 명시되었다.

이뤄졌다.

대법원 2011년 결정에 따라 2011년 12월 5일 개정된 사무처리 지침은 성별 변경의 소극적 요건으로 과거에 혼인하였는지는 따지지 않고 현재 혼인 중인지 여부만을 따지는 것으로, 그리고 과거에 자녀가 있으면 성별 변경을 불허한 것을 변경하여 미성년인 자녀가 있는 경우에만 불허하는 것으로 규정하였다. 특히 제6조의 명칭을 「성별정정의 허가기준」에서 「조사사항」으로 변경하면서, “법원은 심리결과 신청인에게 다음 각 호의 사유가 있음을 인정한 경우에는 성별정정을 허가할 수 있다.”라는 규정을 “법원은 성별정정 허가신청사건의 심리를 위하여 신청인에 대한 다음 각 호의 사유를 조사한다.”로 개정하였다. 이는 성별정정 여부가 기본적으로 법원의 허가사항이 아니라 확인사항이라는 점을 강조하기 위함이었다. 그래서 성별정정의 허가 여부를 판단함에 있어서 법관으로 하여금 사무처리지침에 엄격하게 매이기보다는 판단의 재량을 더 넓게 갖도록 하는 결과를 가져왔다.

2019년 8월 19일에 개정된 사무처리지침(가족관계등록예규 제537호)은 신청서에 필수적으로 첨부하여야 할 서류에서 부모의 동의서를 제외하여, 부모의 동의 여부는 개별 사건에서 법원이 재량으로 고려하도록 하였다. 성인이 된 신청자에게 성별 변경을 위해 부모의 동의가 사실상 불필요하다고 본 것이다. 그만큼 성별

141 2006.09.06. 호적예규 제716호로 제정된 사무처리지침은 2007.12.10 가족관계등록예규 제256호로 다시 제정된 이래, 2009.01.20 가족관계등록예규 제293호, 2011.11.10 가족관계등록예규 제339호, 2011.12.05 가족관계등록예규 제346호, 2013.06.07 가족관계등록예규 제385호, 2015.01.08 가족관계등록예규 제435호, 2019.08.19 가족관계등록예규 제537호, 2020.02.21 가족관계등록예규 제550호로 개정되었다.

변경에 대한 본인의 결정권을 더 우선하는 결과가 되었다.

위와 같은 사무처리지침을 통하여 전국의 법원에서 트랜스젠더가 법적 성을 변경하게 되었다. 그런데 점차 시간이 흐름에 따라 성별 변경을 허용하는 기준(요건)에 대한 이견(異見)이 나타나기 시작하였다. 특히 2013년부터 외부성기가 반대의 성으로 형성되지 않았음에도 성별 정정을 허용하는 하급심 판례가 쌓이기 시작하였다. 음경(陰莖)을 만드는 수술을 받지 않은 트랜스남성의 경우 2013년 3월부터 일부 법원에서 성별정정이 인정되었으며, 질(膣)을 만드는 수술을 받지 않은 트랜스여성의 경우 2017년 2월에는 청주지방법원 영동지원에서 성별정정 허가를 받았다. 문제는, 이러한 결정들이 젠더전환수술을 통해 외부성기를 포함한 신체의 관이 반대의 성으로 바뀌었을 것을 요구하는 대법원 결정 및 사무처리지침에 위배되었다는 사실이다.

이러한 비난에 봉착하게 되자, 대법원은 2020년 2월 21일 사무처리지침을 개정하였다(가족관계등록예규 제550호). 그 핵심취지는 법원으로 하여금 사무처리지침의 구속력으로부터 사실상 아예 벗어나게 하려는 것이었다. 개정된 사무처리지침 제3조에 따르면, 기존에 성별정정신청서에 필수적이었던 첨부서류가 반드시 제출할 필요가 없는 단순한 참고서면으로 변경되었다. 제6조에 따르면, 성별정정의 여부를 판단함에 필요한 사항의 조사는 법원의 재량 사항이 되었다.

(3) 소결: 자의적인 사법적극주의에 따른 혼란은 정리되어야 한다

현재 성별 변경을 받기 위해 어느 수준의 젠더전환수술을 받아야 하는지에 관하여 명확한 법적 기준이 없는 상태이다. 서부지법의 2013년 결정과 달리, 예컨대 2015년 부산가정법원은 외부성기

가 반대의 성으로 형성되지 않은 젠더전환자의 성별 정정을 불허하는 결정이 내린 바 있다.¹⁴² 이러한 사실은 젠더전환수술에 따른 성별 변경에 관하여 통일된 판단을 내릴 수 있는 입법이 필요함을 보여준다.

그런데 젠더전환자의 성별정정 요건이 법령으로 규정되지 않음으로써 오히려 법원이 개별 사안에서 구체적 타당성을 도모하기 위한 결정을 할 수 있었다는 평가¹⁴³가 있다. 지금까지 대법원이 성별정정 결정을 내린 후 이를 근거로 성별정정 요건을 스스로 규정하였는데, 하급심 법원들이 점진적으로 그 요건을 완화하는 해석을 해왔다. 마침내 성별정정을 위해 외부성기를 반대의 성으로 형성할 것을 요구하였던 관행마저 무시하는 결과가 나타나게 되었다. 입법의 부재를 틈타 이른바 「사법적극주의」가 작동하게 되었는데, 이로 말미암아 법원의 자의적인 법해석과 적용이 가능하게 된 것이다.

문제는, 최근 2020년 2월 개정된 사무처리지침이 이러한 사법적극주의를 더욱 강화하게 되었다는 사실이다. 개정의 핵심내용은 “젠더전환수술을 받아 외부성기가 반대의 성으로 바뀌었는지 여부”를 「조사사항」이 아닌 단순한 「참고사항」으로 하고, 이에 대해 “조사한다”를 “조사할 수 있다”로 개정하면서, 젠더전환 시술 의사의 소견서도 필수적인 「첨부서류」가 아닌 「참고서면」으로 변경한 것이다. 일찍이 대법원은 2006년 결정과 2011년 결정을 통해 성별정정을 허가하기 위해서 「젠더전환자의 외부성기의 형성」을 요

142 부산가정법원 2015.4.22.자 2015호파2133 결정과 그 항고심인 부산가정법원 2015브11 결정 참조.

143 하정훈, 앞의 글, 18면.

건(기준)으로 하였으며, 이에 따라 사무처리지침도 동일하게 「젠더 전환자의 외부성기의 형성」을 허가 요건(기준)으로 하였다. 그런데 이번 개정은 기존의 대법원 결정을 무력화시키면서, 외부성기 형성수술이 없이도 성별정정을 허용하는 결정이 가능하도록 외부성기 형성수술의 조사 여부를 하급심에게 폭넓은 재량에 맡겨버렸다. 심지어 전문의사의 진단서나 감정서를 2인 이상이 아니라 단지 1인에게서 받는 것으로 충분하게 하였으며, 법원의 판단에 따라서는 아예 이를 제출하지 않아도 되는 것으로 만들었다. 또한 신청인의 성장환경진술서 및 인우인의 보증서의 기재사항도 극히 개략적으로 서술할 수 있게 함으로써 신청인의 젠더정체성의 진정성을 뒷받침하는 사실관계를 중시하지 않도록 하였다. 그만큼 젠더전환에 관한 신청인의 의사를 더 중시한 것이다. 이에 따라 젠더전환자의성별정정 여부가 재판부의 폭넓은 재량으로 결정될 수 있게 되었다. 아래 표를 보면, 개별 법원에게 허용한 재량의 폭이 얼마나 큰 것인가를 알 수 있다.

2019. 8. 19. 개정 사무처리지침 (가족관계등록예규 제537호)	2020. 2. 21. 개정 사무처리지침 (가족관계등록예규 제550호)
제3조 (첨부서류) ① 신청인은 「비송사건절차법」 제9조제1항의 신청서에 다음 각 호의 서면을 첨부하여야 한다. 1. 가족관계등록부의 기본증명서, 가족관계증명서 및 주민등록표등(초)본 2. 신청인이 성전환증 환자임을 진단한 <u>2명 이상의 정신과 전문의사의 진단서나 감정서</u>	제3조 (참고서면) ① 법원은 심리를 위하여 필요한 경우에는 신청인에게 다음 각 호의 서면을 제출하게 할 수 있다. 1. 가족관계등록부의 기본증명서, 가족관계증명서 및 주민등록표등(초)본 2. 신청인이 성전환증 환자임을 진단한 <u>정신과 전문의사의 진단서나 감정서</u>

4. 신청인에게 현재 생식능력
이 없고, 향후에도 생식능력
이 발생하거나 회복될 가능성
이 없음을 확인하는 전문의
사 명의의 진단서나 감정서

5. 신청인의 성장환경진술서
및 인우인의 보증서

성전환수술을 받기 전부터 일정기간 이상 지속적으로 생물학적인 성과는 반대되는 성적 주체성과 자아를 가지고 생활하였으며, 그러한 성적 주체성 내지는 자아의 발로로 성전환수술을 받았고, 신청인이 성전환수술을 받은 이후부터 현재까지 확립된 성적 주체성과 자아에 지극히 만족하면서 사회생활을 하고 있다는 취지의 진술이 기재되어야 한다)

6. 삭제(2019.08.19 제537호)

② 신청서를 접수하거나 재판에 참여하는 법원사무관 등은 제1항 각 호의 서면이 첨부되었는지 유무를 면밀히 검토하여야 하며, 제1항 각 호의 서면이 첨부되지 아니하였음을 발견한 때에는 신속히 신청인에게 서류의 보완을 위하여 필요한 사항을 지적하고 그 보정을 권고하여야 한다.

6. 삭제(2019.08.19 제537호)

② 삭제(2020.02.21 제550호)

제6조 (조사사항) 법원은 성별정정허가신청사건의 심리를 위하여 신청인에 대한 다음 각 호의 사유를 조사한다.

1. 신청인이 대한민국 국적자로서 19세 이상의 행위능력자인지, 현재 혼인중인지, 신청인

제6조 (참고사항) 법원은 성별정정허가신청사건의 심리를 위하여 신청인에 대한 다음 각 호의 사유를 조사할 수 있다.

1. 신청인이 대한민국 국적자로서 19세 이상의 행위능력자인지, 현재 혼인중인지, 신청인

에게 미성년인 자녀가 있는지 여부

2. 신청인이 성전환증으로 인하여 성장기부터 지속적으로 선천적인 생물학적 성과 자기 의식의 불일치로 인하여 고통을 받고 오히려 반대의 성에 대하여 귀속감을 느껴왔는지 여부

3. 신청인에게 상당기간 정신과적 치료나 호르몬요법에 의한 치료 등을 실시하였으나 신청인이 여전히 수술적 처치를 희망하여, 자격있는 의사의 판단과 책임 아래 성전환 수술을 받아 외부성기를 포함한 신체외관이 반대의 성으로 바뀌었는지 여부

4. 성전환수술의 결과 신청인이 생식능력을 상실하였고, 향후 종전의 성으로 재 전환할 개연성이 없거나 극히 희박한지 여부

5. 신청인에게 범죄 또는 탈법행위에 이용할 의도나 목적으로 성별정정허가신청을 하였다는 등의 특별한 사정이 있는지 여부

에게 미성년인 자녀가 있는지 여부

2. 신청인이 성전환증으로 인하여 성장기부터 지속적으로 선천적인 생물학적 성과 자기 의식의 불일치로 인하여 고통을 받고 오히려 반대의 성에 대하여 귀속감을 느껴왔는지 여부

3. 신청인에게 상당기간 정신과적 치료나 호르몬요법에 의한 치료 등을 실시하였으나 신청인이 여전히 수술적 처치를 희망하여, 자격있는 의사의 판단과 책임 아래 성전환 수술을 받아 외부성기를 포함한 신체외관이 반대의 성으로 바뀌었는지 여부

4. 성전환수술의 결과 신청인이 생식능력을 상실하였고, 향후 종전의 성으로 재 전환할 개연성이 없거나 극히 희박한지 여부

5. 신청인에게 범죄 또는 탈법행위에 이용할 의도나 목적으로 성별정정허가신청을 하였다는 등의 특별한 사정이 있는지 여부

제7조 (성별정정의 허가과 그 효력)

② 성전환증을 이유로 한 성별정정허가의 효력은 법원이 그 결정을 고지한 때로부터 장래에 향하여 발생하며, 다른 법률에

제7조 (주문례)

② 삭제(2020.02.21 제550호)

별도의 규정이 있는 경우를
제외하고는 기존의 법률관계
에는 영향을 미치지 아니한
다.

이처럼 성별 변경 허가신청에 필요한 사유의 조사와 그 근거서류의 제출을 모두 임의규정으로 개정함으로써 젠더전환수술에 따른 성별 변경 여부를 개별 법원의 재량에 맡겨두고 있다.

이에 따라 각급 법원에서 외부성기를 변형·형성하거나 생식능력을 제거하는 젠더전환수술을 받지 않는 트랜스젠더의 성별정정을 허가하는 결정을 내리고 있다. 2013년 이래 외부성기 형성수술은 받지 않더라도 생식능력 제거수술을 요건으로 하였으나, 이제 법원이 어떠한 젠더전환수술을 받지 않더라도 성별정정을 허가하는 사례가 발생한 것이다. 2021년 10월 항고심인 수원가정법원은 유방절제술을 받고 남성 호르몬요법을 거쳤으나 생식능력 제거수술(자궁적출술)과 외부성기 형성수술을 받지 않은 트랜스남성에게 성별정정을 허가하였다. 2023년 3월 항고심인 서울서부지방법원 제2-3민사부는 호르몬요법을 받은 트랜스여성에게 수술 없이 성별정정을 허가하였다.

이러한 상황에서 인권위는 2023년 5월 11일 대법원장에게 사무처리지침 제6조 제3호 및 제4호를 포함하여 사무처리지침을 전반적으로 개정할 것을 권고하였다.¹⁴⁴ 이러한 권고에 따라 대법원은 해당 규정의 개정을 시도한 바 있다.¹⁴⁵

3. 사무처리지침 관련 입법론

(1) 사무처리지침 법형식의 문제점

법적 성의 변경을 의미하는 성별정정은 법적인 신분관계에 변동을 주는 것으로서 국민의 권리·의무에 직접 관련된 사항이다. 국민의 권리·의무에 관한 사항은 본질적으로 입법사항인바, 성별정정은 다음과 같은 이유에서 법률로 규율되어야 한다.

첫째, 국민의 신원을 공시하는 가족관계등록부나 주민등록표는 성별을 가장 기본적인 요소로 담고 있다. 우리나라는 출생시 확인된 성(性) 외양, 즉 외부 성기에 따라 신고된 성이 공적 신분장부의 기초가 되는 가족관계등록부에 기재되고 있다. 이를 토대로 주민등록증이 작성되는데, 여기에는 남 또는 여를 알려주는 주민등록번호가 기재되어있다. 그리고 신분 및 권리를 나타내는 각종 문서에 성명과 함께 주민등록번호가 병기됨으로써 성별에 대한 노출이 언제나 드러나게 된다. 그러한 까닭에 젠더전환수술을 마친 자가 성별표시를 변경하지 않는 한, 국가의 신원표시제도인 가족

144 인권위 차별시정위원회는 성별정정허가신청사건에서 「성별정정사무처리지침」 제6조를 허가 여부의 판단기준으로 적용하는 것은, 성별정정 신청자 개개인의 성전환수술이나 생식 능력제거 수술의 필요성 및 위험성 등을 고려하지 않은 채, 특정 비가역적인 수술을 하게 함으로써, 헌법이 보장한 신체의 온전성에 대한 권리, 자기 운명 결정권 및 성적 자기결정권 등에 중대한 침해를 초래하는 행위라고 보았다. 또한 성별정정을 위한 수술은 트랜스젠더의 권리와 신체에 부과되는 위험이나 피해 정도에 비해, 그로부터 얻는 신분제도의 안정이라는 사회적 이익이나 공익 실현이 크지 않아 비례성 원칙에도 반한다고 보았다. 더불어, 호르몬요법 같은 의료적 차선 수단이 있음에도 개별 상황을 평가하지 않고 외과적 처치를 정정요건으로 삼는 것은 침해 최소의 원칙에도 반하는 조치라고 판단하였다.

145 법률신문, “대법원, ‘트랜스젠더 성별정정에 수술 확인서’ 지침 폐지 검토”, 2024.1.8. (<https://www.lawtimes.co.kr/news/194745>).

관계등록부와 주민등록증에 의하여 젠더전환수술자의 자유로운 생활의 영위가 제약될 수 있음을 의미한다. 가족관계등록부와 주민등록표가 일종의 공시제도로써 존속되지 않을 수 없기 때문에, 여하튼 성별 변경은 법률 차원의 문제가 된다.

둘째, 법질서 유지와 관련하여 성을 확인(확정)하는 것은 국가의 권한이자 책임이다. 우리 법질서는 남·여성의 구별을 전제로 하고 있으며 또한 이에 따라 구체적인 법적용이 이뤄지고 있다. 예컨대, 병역법 상의 징병, 형사소송법 상 신체수색, 행형법 상의 격리 수용, 근로기준법 상 야간작업·유해·위험작업 금지 등이 대표적인 사례이다.

이같이 법적 성별의 변경은 국가 신원제도의 핵심내용과 법적용의 대상을 변경하는 것이므로 법률로 규율되어야 한다. 그런데 사무처리지침은 법형식으로 볼 때 대법원규칙에 해당한다. 여기서, 「법체계 적합성」의 관점에서 볼 때, 법적 성의 변경을 과연 법률 아닌 대법원규칙으로 정하는 것이 타당하느냐가 문제된다. 한편 대법원규칙인 사무처리지침은 내용상 법규명령에 해당하다고 볼 것이다. 대법원이 법률의 위임 없이 새로운 입법사항을 정하였다는 점에서 현행 사무처리지침은 위헌이라고 볼 수 밖에 없다.¹⁴⁶ 따라서 법적 성별 변경의 요건과 절차를 반드시 마련하여야 한다면 법률로 직접 정하거나 그 근거를 마련하여야 한다.

(2) 가족공동체 관련 요건의 엄격화

젠더전환에 따른 파급효과가 가장 크게 직접적으로 미친 곳은

¹⁴⁶ 김준권, “성전환자의 성별정정허가신청등사무처리지침의 문제점”, 법률신문 제 3492호, 2006.9.25.

가족공동체이다. 젠더전환이 간편할수록 가정의 해체가 쉽사리 이뤄지고 전통적 가족제도가 붕괴될 수 있다. 그러므로 이와 관련한 법적 성별 변경 요건을 살펴볼 필요가 있다.

1) 젠더전환의 사회성

젠더전환은 지극히 개인적인 문제이면서도 그 도덕적 함의 때문에 사회적 문제일 수 밖에 없는 이중적 속성을 지니고 있다. 젠더전환은 선천적 성에 맞추어서 자기의 젠더역할을 일치시키는 것이 아니라, 여하튼 자기에게 친숙해진 사회적 젠더역할에 자신의 선천적 성을 인위적으로 일치시키려는 것이다. 그래서 젠더전환은 생래적인 성에 따른 젠더정체성의 형성에 부적응한 자가 그동안 익숙해진 반대의 젠더역할을 위하여 지금까지의 사회적·법적 관계를 근본적으로 변경하는 것을 의미한다. 이처럼 젠더전환은 정체성(正體性)의 본질적인 변경을 의미하기 때문에, 인간관계와 사회생활에서의 대우·취급과 관련하여 본인뿐 아니라 가족을 비롯한 생활공동체의 구성원에게 미치는 파급효과가 크다. 그러한 이유에서도 젠더전환은 단순한 개인의 사적인 문제를 넘어서서 사회적인 문제가 될 수밖에 없다. 이처럼 가족의 인식도 존중되어야 한다는 점에서, 그리고 젠더전환자에 대한 가족공동체의 포용이 필요하다는 점에서 젠더전환에 관하여 가족의 의견을 들어보는 것이 필요하다고 본다. 그렇지 않을 경우, 가족공동체의 파괴라는 심각한 상황을 초래할 수 있다.

그러므로 반대 성의 외관을 갖추는 것만으로 법적 성의 변경을 허용해서는 아니 된다. 부득이하게 성별 변경을 허용하더라도, 이로 인하여 파생되는 문제점을 최소화하기 위해서 추가요건이 필요하다. 즉 혼인 중이거나 미성년 자녀가 있는 경우에는 성별 변경

을 결코 허용하여서는 아니 될 것이다.

2) 비혼인 상태 요건

성별 변경 신청자는 현재 혼인 중이지 않아야 한다. 대법원 2011년 결정 다수의견은 혼인 중인 젠더전환자의 성별 정정을 허가할 경우 우리나라가 허용하지 않는 동성결혼의 결과를 초래할 수 있으므로 이를 허용할 수 없다는 것을 주된 근거로 제시하였다.¹⁴⁷ 이러한 결정은 동성결혼을 인정하지 않은 현행 법체계에서 타당하다고 본다. 그리고 생물학적 성과 반대의 성으로 귀속감을 느끼던 사람이 반대의 성으로 생활하기로 결심하고 이를 위한 의학적 조치를 받는 정도에 이르면 대부분 혼인관계는 사실상 파탄 및 이혼에 이른다는 점에서, 혼인 중에 있는 자에게 성별 변경을 허용하는 것은 바람직하지 않다고 본다.¹⁴⁸

이에 대하여 혼인 중이라는 이유만으로 성별 변경이 불허되어서

¹⁴⁷ 대법원 2011. 9. 2.자 2009스117 전원합의체 결정: 「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(異性) 간의 혼인만을 허용하고 동성(同性) 간의 혼인은 허용하지 않고 있다. 그런데 만약 현재 혼인 중에 있는 성전환자에 대하여 성별정정을 허용할 경우 법이 허용하지 않는 동성혼의 외관을 현출시켜 결과적으로 동성혼을 인정하는 셈이 되고, 이는 상대방 배우자의 신분관계 등 법적·사회적 지위에 중대한 영향을 미치게 된다. 따라서 현행 민법 규정과 오늘날의 사회통념상 현재 혼인 중에 있는 성전환자는 전환된 성을 법률적으로 그 사람의 성이라고 평가할 수 없고, 그 결과 가족관계등록부의 성별 정정도 허용되지 아니한다고 할 것이다. 다만 현재 혼인 중이 아니라면 과거 혼인한 사실이 있다고 하더라도 위와 같은 혼란을 야기하거나 사회에 부정적인 영향을 미칠 우려가 크지 않으므로 성별정정을 불허할 사유가 되지 아니한다.” 결과적으로, 이 결정은 우리나라에서 동성혼이 허용되지 않음을 간접적으로 판단한 결정제가 되었다.

는 안 된다는 견해¹⁴⁹도 있다. 가족관계등록부상 성별 정정 신청을 하는 자라면 기존의 혼인관계가 사실상 파탄났거나 또는 장애에 이혼할 것이므로, 이와 같은 경우에 성별 정정을 하더라도 동성결혼을 용인하는 것처럼 신분질서에 중대한 변화가 초래되는 것이 아니므로 성별 정정이 허용되어야 한다는 취지이다. 그러나 현행법상 이혼 사유에 있어 유책주의를 삼고 있기 때문에 젠더전환자의 배우자가 이혼에 동의하지 않는다면 젠더전환자가 제기한 이혼청구는 받아들여질 수 없어서 젠더전환자로서는 원하지 않는 혼인생활을 계속해야 하는 결과가 발생하게 되며, 여전히 성별 변경도 이뤄지지 않게 되는 결과가 나타날 수 있다는 점에서, 이러한 주장은 타당하지 않다고 본다.

한편 성별이 정정되어 동성 사이의 혼인의 결과가 발생한다면 그 혼인에 대하여 무효선언을 구하는 절차를 거치는 방법으로 동성결혼의 발생을 충분히 피할 수 있다고 보는 견해¹⁵⁰도 있다. 그러나 현행법상 혼인의 무효는 원시적 사유로만 선언될 수 있으므로 성별 정정과 같은 후발적 사유로 혼인의 무효를 주장할 수 없다고 보아야 한다.

148 성별 기재의 정정을 위해 현재 혼인 중이지 않을 것을 요구하는 국가는 이스라엘, 일본 등이 있고, 미국도 대체로 이혼을 요구한다고 한다. 영국은 혼인한 젠더전환자의 경우 성별 변경을 승인하되, 혼인이 해소된 후에 그 효력이 발생하도록 한다. 독일에서 미혼일 것을 요구하였던 규정은 2008.5.27. 연방헌법재판소에 의해 헌법불합치로 결정되었다. 각국의 입법례에 관해서는 김선일, “미성년자인 자녀를 둔 성전환자의 성별정정신청을 허용할 것인지 여부”, 사법논집, 제19호, 2012, 179-189면 참조.

149 예컨대 대법원 2011년 결정의 반대의견 중 박시환, 김지형, 전수안 대법관의 견해이다.

150 하정훈, 앞의 글, 11면.

3) 미성년 자녀 부재 요건

신청인에게는 미성년인 자녀가 없어야 한다. 대법원 2011년 결정에서 다수의견은, 미성년 자녀가 있는 젠더전환자의 성별 정정을 허용할 경우 미성년 자녀가 “정신적 혼란과 충격”에 노출되고, 가족관계증명서를 제출할 때에 “사회적 차별과 편견에 무방비하게 노출되도록 방치”된다는 점을 주요 근거로 제시하였다. 미성년 자녀의 경우, 자신의 부 또는 모가 젠더전환을 하게 됨으로써 겪게 될 충격과 혼란은 충분히 예측된다는 점에서 매우 타당한 요건이라고 본다. 성년이라고 하더라도 그러한 어려움이 예상되는데, 미성년 자녀에게는 더욱 그러하리라고 본다.

그런데 대법원 2022.11.24.자 2020스616 전원합의체 결정(이하, “대법원 2022 결정”)에서는, 대법원 2011년 결정을 변경하여, 단지 성전환자에게 미성년 자녀가 있다는 사정만을 이유로 성별정정을 불허하여서는 아니 된다고 판단하였다. 성별정정은 성전환을 마친 성전환자의 실제 상황을 받아들인 것일 뿐, 성전환자인 부 또는 모와 그 미성년 자녀 사이의 신분관계에 새로운 변화를 가져오거나 권리의무의 내용에 영향을 미치는 것이 아니라는 취지에서다. 그래서 대법원은 “성전환자와 그의 미성년 자녀는 성별정정 전후를 가리지 않고 개인적·사회적·법률적으로 친자관계에 있다는 점은 달라지지 않는다.”고 했다.

대법원 2022년 결정의 판단 이유는 다음과 같다.

- i. 성전환자도 우리 사회의 동등한 구성원으로서 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리와 인간다운 생활을 할 권리가 있고 이러한 권리는 마땅히 보호받아야

하므로, 성전환자의 성별정정 허가 여부를 판단할 때에도 성전환자의 이러한 인간으로서의 기본권이 최대한 보장될 수 있도록 하여야 한다.

ii. 미성년 자녀를 둔 성전환자의 성별정정을 허가하는 것이 그의 가족관계에 변화를 가져오는 부분도 없지 않지만, 이는 부 또는 모의 성전환이라는 사실의 발생에 따라 부모의 권리와 의무가 실현되는 모습이 그에 맞게 변화하는 자연스러운 과정일 따름이다. 이렇게 형성되는 부모자녀 관계와 가족질서 또한 전체 법질서 내에서 똑같이 존중받고 보호되어야 한다. 성전환자가 이혼하여 혼인 중에 있지 않거나 가족관계등록부상 성별정정이 이루어진다고 하여 이러한 점이 달라지지 않는다. 미성년 자녀를 둔 성전환자도 여전히 그의 부 또는 모로서 그에 따르는 권리를 행사하고 의무를 수행하여야 하며 이를 할 수 있다.

iii. 미성년 자녀가 있는 성전환자의 성별정정을 허가하는 것이 그 자체로 친권자와 미성년 자녀 사이의 신분관계에 중대한 변동을 초래하거나 자녀의 복리에 현저하게 반한다거나 미성년 자녀를 사회적인 편견과 차별에 무방비 상태로 노출되도록 방치하는 것이라고 일률적으로 단정하는 것은 옳지 않다.

iv. 미성년 자녀를 둔 성전환자의 성별정정을 허가할 경우 성별정정된 가족관계등록부의 제출이나 공개 등으로 미성년 자녀가 사회적 차별과 편견에 무방비 상태로 노출되어 방

치된다거나 생활상 어려움에 처하게 된다고 단정할 수도 없다. 설령 가족관계등록부의 노출로 미성년 자녀가 사회적 편견과 차별을 당할 우려가 있다고 하더라도, 이는 국가가 성전환자와 미성년 자녀의 기본권 보장 및 생활보호를 위하여 위와 같은 노출을 차단하기 위한 조치를 취해 미성년 자녀를 보호해야 하는 것이지, 이를 미성년 자녀를 둔 성전환자의 성별정정을 허가하지 않을 이유로 삼는 것은 옳지 않다.

위와 같은 이유에서, 대법원은 “미성년 자녀를 둔 성전환자의 성별정정을 허가할지 여부를 판단할 때에는 성전환자 본인의 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권, 평등권 등 헌법상 기본권을 최대한 보장함과 동시에 미성년 자녀가 갖는 보호와 배려를 받을 권리 등 자녀의 복리를 염두에 두어야 한다. 따라서 이때에는 성전환자의 성별정정에 필요한 일반적인 허가 기준을 충족하였는지 외에도 미성년 자녀의 연령 및 신체적·정신적 상태, 부 또는 모의 성별정정에 대한 미성년 자녀의 동의나 이해의 정도, 미성년 자녀에 대한 보호와 양육의 형태 등 성전환자가 부 또는 모로서 역할을 수행하는 모습, 성전환자가 미성년 자녀를 비롯한 다른 가족들과 형성·유지하고 있는 관계 및 유대감, 기타 가정환경 등 제반 사정을 고려하여 성전환자의 성별정정 허가 여부가 미성년 자녀의 복리에 미치는 영향을 살펴 성별정정을 허가할 것인지를 판단하여야 한다.” 라고 판시하였다.

그러나, 대법원 2022년 결정이 주장하듯이, 부 또는 모의 성별변경으로 인하여 미성년 자녀가 받게 되는 정신적·사회적 충격과 영향의 넓이, 깊이와 길이를 과연 법원이 개별적으로 충분히 헤

아려 그들의 복리를 제대로 보장할 수 있을까? 성전환자인 부 또는 모의 행복을 추구할 권리와 인간다운 생활을 할 권리를 위해, 미성년 자녀의 행복을 추구할 권리와 인간다운 생활을 할 권리를 근본적으로 침해하는 것은 아닌가? 이미 대법원 2006년 결정에서 성전환자의 성별정정을 허용하기 위해서는 “다른 사람들과의 신분관계에 중대한 변동을 초래하거나 사회에 부정적인 영향을 주지 아니하여 사회적으로 허용될 수 있어야 한다.”라는 기본적인 원칙이 제시된 바 있다. 미성년 자녀의 경우, 부 또는 모의 성별변경만큼이나 신분관계에 중대한 변동이 있는지에 대하여 대법원은 답하여야 할 것이다.

(3) 소결

젠더전환은 젠더전환증자의 최후의 보충적 구제수단이 되면서도 자칫 가족공동체의 파괴가능성, 특히 미성년가족의 극심한 정신적 충격과 혼란을 야기할 수 있으며, 또한 사실상 동성애자간의 결혼과 같은 행위를 합법화하는 수단 등으로 이용될 여지가 있음을 주의하여야 한다.

특히 외부성기 형성수술과 생식능력 제거수술을 하지 않은 채 법적 성을 변경하는 것은 여러 사회적 문제가 있다. 광의의 젠더 전환수술에 따른 광의의 젠더전환은 필연적으로 남성-여성의 젠더이분법(gender binary)을 부정하면서 「제3의 젠더」 이상의 다양한 젠더의 제도화로 이어지게 된다.¹⁵¹ 이는 혐의의 젠더전환과

¹⁵¹ 2020년 현재 네팔과 파키스탄은 젠더전환자에게 제3의 젠더만을 인정한다. 한편 호주, 인도, 뉴질랜드는 세 개의 젠더를 모두 인정하고 있다. <https://transrespect.org/en/map/pathologization-requirement/?submap=more-than-two-gender-options>.

는 전혀 다른 차원으로 국가신원제도의 근본적인 혼돈과 법질서의 엄청난 혼란을 가져올 수 있다고 본다. 따라서 법적 성의 변경은 젠더이분법을 전제로 하여 협의의 젠더전환수술에 따른 협의의 젠더전환의 경우에만 제한적으로 허용되어야 한다.



5

동성결합 관련 법률안의 문제점

- I 동성혼 합법화 3 법률안
- II 동성혼 합법화 3 법률안의 제안배경 및 주요내용
 - 1. 생활동반자법률안
 - 2. 민법개정안
 - 3. 모자보건법개정안
- III 동성혼 합법화 3 법률안의 문제점
 - 1. 생활동반자법률안의 문제점
 - 2. 민법개정안의 문제점
 - 3. 모자보건법개정안의 문제점
- IV 동성혼의 허용여부
 - 1. 젠더전환에 따른 법적 문제
 - 2. 대법원 2006결정과 사무처리지침
 - 3. 사무처리지침 관련 입법론
 - 4. 대법원 2006결정과 사무처리지침
 - 5. 사무처리지침 관련 입법론
- V 결어

I 동성혼 합법화 3법률안

138

동성혼 합법화 3법률안

전세계적으로 동성혼을 인정하는 나라들이 늘어나고 있으며 다양한 가족 개념에 대한 사회적 인식이 변화되고 있음을 이유로, 우리나라에서도 동성혼을 인정하려는 시도들이 거듭해서 이루어지고 있다. 최근 그러한 시도의 일환으로 동성혼을 인정하는 전단계로서, 동성커플이 생활동반자관계를 맺고 신고하면 혼인에 준하는 보호를 받을 수 있는 내용의 생활동반자관계법이 발의되었다. 즉 2023.4.26. 용혜인 의원이 대표발의한 생활동반자관계에 관한 법률안(이하 “생활동반자법률안”이라 함)¹⁵²과 2023.5.31. 장혜영 의원이 대표발의한 생활동반자관계에 관한 법률안¹⁵³이 그것이다. 나아가 장혜영 의원은 같은 날 동성간의 혼인을 허용하고 “부부” 및 “부모”에 동성 부부 및 동성부모가 포함되도록 하는 내용의 민법 일부개정법률안(이하 “민법개정안”이라 함)¹⁵⁴과 보조생식술의 지원대상을 혼인 유무를 불문하고 임신 및 출산을 원하는 사람에게 확대하는 내용의 모자보건법 일부개정법률안(이하 “모자보건법개정안”이라 함)¹⁵⁵를 대표발의하였다.

이 3개의 법률안은 동성커플이 생활동반자관계를 맺고 신고한 경우 혼인에 준하는 보호를 부여하거나 동성간의 결혼을 직접 허용하고 동성커플이 보조생식술을 통하여 자녀를 출산할 수 있도록 지원하는 내용으로서, 동성혼 내지 동성결합을 합법화하고 지

¹⁵² 의안번호 2121647.

¹⁵³ 의안번호 2122404.

¹⁵⁴ 의안번호 2122396.

¹⁵⁵ 의안번호 2122394.

원하려고 있다는 점에서 밀접한 관련성이 있다(이하 3개의 법률안을 총칭할 때는 “동성혼 합법화 3법률안”이라 함).

이하에서는 동성혼 합법화 3법률안이 어떠한 사회적 배경하에 제안되었는지 그리고 법안의 주요내용이 어떠한지를 살펴보고(II), 동성혼 합법화 3법률안이 우리나라의 현실에서 수용가능한 법안인지 그리고 법적인 측면에서 법안이 어떠한 문제점이 있는지 검토하고(III), 우리나라의 법체계하에서 동성혼을 인정하는 것이 가능할 것 있는지에 관하여 살펴보고(IV) 결론을 맺고자 한다.

II 동성혼 합법화 3법률안의 제안배경 및 주요내용

1. 생활동반자법률안

(1) 제안배경

1980년대 후반 이후 유럽의 여러 나라들은 동성혼을 인정하기 이전의 과도기적인 상황에서 동성커플을 위한 혼인 대체제도로 생활동반자법을 도입하였고¹⁵⁶, 그 이후 동성혼을 허용하는 입법을 하는 과정을 밟아 왔다. 생활동반자제도는 기존에 혼인과 혈연에 기초한 가족에게 부여되어왔던 여러 제도적 혜택을 동성 간의

¹⁵² 유럽의 생활동반자관계제도에 관하여는 김상용/안문희, “등록동반자관계는 혼인 제도의 대안이 될 수 있는가?”, 중앙법학, 제24집 제3호(2022), 7쪽 이하 참조.

결합을 비롯한 다양화된 가족 형태에도 보장해 주고 있다. 초기에는 생활동반자제도가 동성혼에 대한 대안으로서의 성격을 지니고 있기 때문에 동성 간에만 생활동반자관계가 허용되었지만, 그 후 이성 커플을 포함하여 혼인 외의 독자적인 파트너십 제도로 변모해 가고 있다.¹⁵⁷

우리나라에서도 생활동반자법 제정을 위한 시도가 있어 왔다. 즉 2014년에 진선미 의원의 주도로 ‘생활동반자관계에 관한 법률안’이 준비되었으나, 극심한 반대에 부딪혀 발의되지 못하였다.¹⁵⁸ 그러다가 2022년 4월 국가인권위원회는 다양한 가족구성권의 보장을 위한 정책 권고를 하면서, 국회에 「생활동반자법」 제정을 권고하였다.¹⁵⁹ 이와 같은 상황에서 최근(2023.2.21.) 서울고등법원이 동성커플의 상대방을 사실혼 배우자에 준해서 건강보험법상 피부양자 자격을 인정하는 내용의 판결¹⁶⁰을 내린 것이 생활동반자법률안이 발의되게 된 직접적인 계기가 된 것으로 보인다.

이번에 발의된 두 의원의 생활동반자법률안은 혼인·혈연과 무관하게 생계와 주거를 공유하고 있는 사람들이 협소하게 정의된 현행법의 가족개념으로 인하여 차별을 받으며 법적 보호의 사각지대가 발생하므로 이들을 법률적으로 보호하기 위하여 제안하는 것이라고 하고 있다. 아울러 독일, 덴마크, 스웨덴, 프랑스의 예를 통해서 볼 수 있듯이 혼인과 혈연을 뛰어넘은 개인과 개인의 다양한 관계를 인정하고 지원하는 제도들이 출산율을 높이는데 유의

157 예컨대 1989년 생활동반자관계를 최초로 도입한 덴마크의 경우에도 동성간에만 생활동반자관계를 허용하였다. 김상용/안문희, 앞의 논문, 8쪽.

158 조은희, “생활동반자법 제정을 위한 소고”, 법과 정책, 제28집 제3호(2022), 154쪽.

159 [https://theindigo.co.kr/archives/31984\(2023.6.10 검색\)](https://theindigo.co.kr/archives/31984(2023.6.10%20검색)).

160 서울고법 2023.2.21.선고 2022누32797 판결.

미한 역할을 해왔음이 이미 증명되었다고 하면서, 생활동반자법의 제정이 저출생 대책의 첫 단추가 될 것이라고 하고 있다.¹⁶¹

(2) 주요내용

한 달 간격으로 발의된 두 생활동반자법률안은 용혜인 의원과 장혜영 의원이 모두 참여한 것으로 내용 면에서 대동소이한 것으로 판단되는데, 이는 향후 입법과정에서 상호 보완 또는 협력하려는 의도로 보인다. 양 법률안을 비교해 보면 용혜인 의원의 법률안에 대한 전문가들과 시민단체의 의견과 비판을 고려하여 장혜영 의원의 법률안이 마련된 것으로 추정된다. 이하에서는 장혜영 의원의 생활동반자법률안을 중심으로 그 주요내용을 살펴보고자 한다.

생활동반자법률안은 혼인·혈연과 무관하게 생계와 주거를 공유하고 있는 사람들을 생활동반자관계라고 정의하고 생활동반자관계의 성립, 해소 및 효력에 관하여 규율하고 있다. 먼저 생활동반자관계를 맺을 수 있는 주체에 관하여 대한민국 국적을 가진 성인 이기만 하면 당사자 간의 합의에 의하여 생활동반자관계를 형성할 수 있으며 이를 신고함으로써 효력이 생긴다고 하고 있다(안 제5조 및 제7조). 생활동반자관계가 해소된 경우 당사자 간에 재산 분할청구권을 인정하고, 생활동반자관계의 해소에 정당한 이유가 없는 경우에 생활동반자관계를 해소한 당사자 일방은 과실 있는 다른 일방에 대하여 그로 인한 손해의 배상을 청구할 수 있도록 하고 있다(안 제17조 및 제19조). 이러한 사항들은 혼인의 성립과

¹⁶¹ 용혜인, “「생활동반자관계에 관한 법률안」 입법 취지와 주요 내용”, 생활동반자법 제정을 위한 국회토론집(2023.5.15), 32쪽.

해소에 관한 민법의 규정 내용과 동일하다. 다만 법률안은 생활동반자관계가 해소되는 사유로 i) 생활동반자관계 당사자 쌍방이 해소에 합의를 하는 경우, ii) 생활동반자관계 당사자 일방이 해소를 원하는 경우, iii) 생활동반자관계 당사자가 사망한 경우, iv) 생활동반자관계 당사자가 다른 사람과 혼인한 경우 또는 v) 생활동반자관계 당사자 간 혼인이 성립한 경우를 열거하고 있다(안 제14조).¹⁶²

생활동반자관계의 효력으로 당사자 간에 일상가사대리권(안 제20조), 가사로 인한 채무의 연대책임(안 제24조), 재산의 약정 및 약정이 없는 경우의 법정재산제(안 제21조부터 제23조) 및 공동생활에 필요한 비용의 공동부담 원칙(안 제25조)을 인정하고 있는데 이는 혼인을 한 당사자에게 인정되는 효과와 완전히 동일하다.¹⁶³ 또한 생활동반자관계 당사자에게 사회보험, 공공부조, 사회서비스, 출산휴가, 인적공제, 가정폭력방지 등의 제도에서 혈연·혼인에 의한 가족과 동등한 권리와 의무를 부여하고 있다(안 부칙 제2조 제2항부터 제25항까지).

생활동반자관계 당사자 간에 인정되는 이러한 효과들은, 사실혼관계가 성립한 경우에 일반적으로 인정되는 효과들이다.¹⁶⁴ 이러

162 생활동반자관계가 해소되는 사유 중 가장 문제가 되는 것은, 생활동반자관계 당사자 일방이 타방의 의사와 상관없이 일방적으로 생활동반자관계를 해소할 수 있다는 점이다. 이에 관한 문제점은 III.1.(2)에서 다룬다.

163 다만 법률안 자체가 밝힌 주요내용에는 생활동반자관계 당사자에게 '동거 및 부양·협조의 의무'가 있음을 밝히고 있으나, 이에 관한 법률조항은 별도로 없는 상태이다. 아마도 급하게 법률안을 발의하는 과정에서 생긴 누락으로 판단된다.

164 사실혼관계는 그 성립과 해소에 신고를 요하지 않으므로 사실혼관계가 성립하면 혼인의 효과 가운데 신고를 전제로 하는 효과를 제외하고는 모두 인정된다고 보는 것이 일반적이다. 송덕수, 친족상속법, 박영사(2020), 127쪽.

한 점에서 생활동반자법률안은 그 성립과 해소에 신고를 요한다는 점을 제외하고는, 사실혼관계를 성문화하는 법안이라고도 할 수 있을 것이다(사실혼관계의 성문화). 다만 생활동반자법률안은 생활동반자관계를 형성하는 주체로 이성 간임을 요하지 않고 성년이 된 사람이기만 하면 된다는 점에서, 이성 간에만 인정되는 사실혼관계와는 근본적으로 다르다고 할 것이다.¹⁶⁵

2. 민법개정안

(1) 제안배경

용혜인 의원의 생활동반자법률안이 발의되고 나서 여러 보수적인 사회단체들에 의하여 비판이 잇따름에도 불구하고, 장혜영 의원은 한걸음 더 나아가 민법전에 직접 동성 간의 혼인을 허용하는 대담한 내용의 민법개정안을 대표발의하였다. 아마 민법개정안이 국회에서 당장 통과될 것이라고 기대했다기 보다는 반복적으로 동성혼 합법화 법안을 제출하였다는 이력을 만들고 이를 통해 사법부를 압박하려는 의도도 있는 것으로 보인다.

민법개정안은 그 제안의 배경을 다음과 같이 설명하고 있다. 즉 2001년 네덜란드를 시초로 하여 2024년 2월 기준 총 37개 국가가 동성혼을 법제화하였으며 아시아에서도 대만(2019년)과 태국(2024년)이 동성화 합법화 법안을 통과시키는 등 동성혼의 법제화가 세계적인 추세이며 각종 매체나 미디어를 통해 동성커플 및

¹⁶⁵ 더불어민주당 일각에서는 생활동반자법률안이 동성혼을 인정하기 위한 전단계 법이라는 비판이 있으므로, 이성간에만 생활동반자관계가 형성될 수 있는 것으로 법률안을 수정해야 한다는 주장이 있다.

동성부부의 일상이 자연스럽게 다뤄지고 있고, 여론조사의 결과도 20~30대를 중심으로 동성혼 찬성 비율이 높아지는 변화를 현행법이 반영하지 못하고 있다고 한다.¹⁶⁶ 또한 현행 민법상 동성 간의 혼인을 금지한다는 명문의 조항이 없음에도 불구하고 동성 간 혼인이 제한되는 것은 동성커플에 대한 혼인제도상 제도적 차별이라고 한다.

(2) 주요내용

민법개정안은 이성 또는 동성의 당사자 쌍방의 신고에 따라 혼인이 성립하는 것으로 규정하고 “부부” 및 “부모”에 동성 부부 및 동성부모가 포함되도록 하는 내용으로 되어 있다. 즉 민법 제812조(혼인의 성립)를 개정하여 동성의 당사자 쌍방도 혼인신고를 할 수 있도록 하여, 동성 간의 혼인을 정면으로 인정하려고 하고 있다(안 제812조). 또한 민법 제767조는 현재 친족의 개념만을 정의하고 있었는데, 동조를 개정하여 “부부”와 “부모”의 개념도 정의하려고 하고 있다. 즉 종전에는 이성 간에 혼인을 한 경우에만 “부부”로 인정받았으나 동성의 쌍방이 혼인한 경우에도 “부부”라고 정의하고 있다(안 제767조 제2항). 또한 “부모”의 개념도 새롭게 정의하고 있는데, 동성의 부부가 i) 부부로서 공동입양한 경우, ii) 부부 일방의 자녀를 배우자가 입양한 경우 또는 iii) 혼인 중 일방이 보조생식술을 통해 자녀를 출산한 경우에 동성의 부부를 부모의 개념에 포함시키고 있다(안 제767조 제3항). 특히 위 iii)의 경우 제844조 제1항을 적용한다는 규정을 두어, 혼인 중 일방이 보조생식술을 통해 자녀를 출산한 경우에 그 자녀를 타방의 친생자

166 장혜영 의원이 대표발의한 민법 일부개정법률안의 제안이유(2023.5.31).

로 추정하는 규정을 두고 있다(안 제767조 제3항 제3호 2문).

3. 모자보건법개정안

(1) 제안배경

장혜영 의원은 모자보건법개정안도 발의하였는데, 종전에 난임 부부에게만 허용되었던 보조생식술을 혼인 여부와 상관없이 임신과 출산을 원하는 모든 사람에게 확대하여 비혼 출산을 법적으로 보호하겠다는 것이다. 이러한 내용의 개정안을 제안한 이유로 ‘결혼하지 않고도 자녀를 가질 수 있다’라는 사회 인식 변화에 대하여 한 연구보고서에 따르면 57%가 긍정적으로 인식하고 있으며 이러한 인식은 20~30대 비혼여성의 경우 더 긍정적인 것으로 나타나고 있으며, 응답자의 47.9%가 우리 사회가 비혼 출산을 더 포용해야 한다고 응답하는 등 사회적 인식이 변화함에 따라 비혼 출산에 대한 국가적 지원을 위함이라고 하고 있다. 또한 저출생 사회 해소를 위해서 비혼 출산의 법적 보호를 시작으로 인구정책의 근본적 변화를 모색해야 한다면서, 비혼 출산의 보호가 출산율을 높이는 방안이 될 수 있을 것이라고 한다.¹⁶⁷

(2) 주요내용

모자보건법개정안은 난임부부에게만 허용되었던 보조생식술을 혼인 여부와 상관없이 임신과 출산을 원하는 사람에게 확대하기 위하여 “난임(難妊)”의 정의 규정을 삭제하고(안 제2조 제11호), 혼인 여부와 관계없이 임신과 출산을 원하는 사람에 대하여 보조생

¹⁶⁷ 장혜영 의원이 대표발의한 모자보건법 일부개정법률안의 제안이유(2023.5.31).

식술 등 출산 지원과 그 밖에 필요한 조치를 하여야 할 의무를 국가와 지방자치단체의 책무로 명시하였다(안 제3조제3항 신설). 또한 난임 등 생식건강 문제의 극복이 아니라 임신을 원하는 사람에 대한 지원으로 개정(안 제11조제1항)하고, 난임시술을 보조생식술 시술로, 난임전문상담센터를 임신지원상담센터로 바꾸었다(안 제11조의2부터 안 제11조의4까지).

모자보건법개정안은 동성혼 합법화와 직접적인 관련성은 없지만, 비혼 출산에는 독신여성이 자녀를 출산하는 경우뿐만이 아니라 동성커플이 자녀를 출산하는 경우도 포함되므로¹⁶⁸ 이들이 자녀를 갖기 원하는 경우에 보조생식술을 통하여 자녀를 가질 수 있도록 함으로써 동성커플로 이루어진 가정의 기반을 다진다는 측면이 있으므로 간접적으로 동성혼 합법화 법안과 관련이 있다 할 것이다.

III 동성혼 합법화 3법률안의 문제점

1. 생활동반자법률안의 문제점

(1) 프랑스민법상 PACS의 문제점

생활동반자법률안은 프랑스민법에 도입된 시민연대협약

¹⁶⁸ 여성동성커플이 보조생식술을 이용하여 출산하는 경우가 일반적이겠지만, 남성 동성커플도 대리모를 통하면 보조생식술을 이용한 출산이 가능할 것이다.

(PACS)¹⁶⁹과 독일의 등록된 생활동반자관계제도¹⁷⁰ 중에서 PACS를 모델로 하여 우리나라의 법제도에 맞도록 변형한 것으로 보인다. 양 제도를 비교해 보면, 생활동반자관계를 보호하는 수준이 독일의 경우가 더 높은 편이다. 즉 독일의 등록생활동반자법에 의하면 동성 간에만 생활동반자관계의 형성이 가능하며(법 제1조 제1항) 생활동반자의 친족은 상대 생활동반자의 인척으로 간주되며(법 제11조 제2항), 생활동반자 일방이 사망한 경우 상대 생활동반자는 피상속인의 혈족상속인과 함께 공동상속을 받을 수 있으며 유류분권도 인정되는(법 제10조)¹⁷¹ 등 거의 혼인을 한 것과 동일한 효력이 인정되고 있다.¹⁷² 이에 반하여 프랑스의 경우에는 i) PACS를 형성하는 주체로 동성 간이든 이성 간이든 묻지 않으며 ii) PACS의 효과로 친족관계의 발생이나 상속권을 인정하지 않고 있으며, iii) 당사자 일방의 의사에 의해서 언제든지 PACS를 해소할 수 있도록 하고 있다.¹⁷³ 이러한 점에서 볼 때 이번에 발의된 생활동반자법률안은 프랑스의 PACS를 모델로 한 것으로 보인다.¹⁷⁴

프랑스민법의 PACS는 주로 동성 간의 결합을 인정하기 위한 제

169 pacte civil de solidarité(1999).

170 Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft vom 16.02.2001.

171 독일의 생활동반자관계가 성립한 경우의 효과에 관하여는, 김상용/안문희, 앞의 논문, 11쪽 이하; 조은희, 앞의 논문, 178쪽 이하; 홍윤선, “독일의 「등록된 생활동반자관계에 관한 법률」의 제정과 주요 내용”, 외국법제동향(2014.7), 76쪽 이하 참조.

172 독일의 경우에는 2017년 10월 1일부터 동성혼이 허용되면서 동성부부의 법률상의 지위는 이성간의 부부관계와 동일하게 되어, 동성간의 혼인이 가능해지면서 원칙적으로 더 이상 생활동반자관계의 성립은 허용되지 않고 있다. 반면 프랑스의 경우에는 혼인과 PACS간의 효과에 차이가 존재하므로 양자는 병존하고 있다. 이에 관하여 김상용/안문희, 앞의 논문, 10쪽 이하 참조.

173 이것들은 생활동반자법률안의 내용과 동일하다.

도로 출발하였지만, 도입 이후 혼인율은 점차 감소하고 있는데 반하여 PACS건수는 점점 증가하고 있다.¹⁷⁵ 즉 2008년을 기준으로 혼인신고와 PACS 신고의 비율이 2:1, 2010년에는 4:3이었다가, 현재는 혼인건수와 PACS 신고건수가 거의 비슷하게 되었다. 2021년에 혼인은 218,819건이고 PACS는 209,461건이며, 2022년에 혼인은 244,000건이고 PACS는 192,500건이다(아래 <표1> 프랑스의 혼인 및 PACS 통계 참조). 특이한 점은 1999년에 PACS 신고건수의 약 42%가 동성 간의 PACS 신고였으나¹⁷⁶ 점차 동성 간의 PACS 신고건수의 비율이 줄어들어서, 2022년에는 그 비율이 약 5%에 불과하였다는 점이다.¹⁷⁷

즉 동성 간의 결합을 보호하기 위한 제도로 출발한 PACS가 실제로는 약 5%에 불과한 동성커플만이 PACS를 이용하고, 오히려 주로 이성커플들이 혼인 이외의 결합제도로 전용하고 있는 것이다. 이는 PACS의 자유로운 해소 가능성 때문으로 보인다. PACS와 혼인의 차이점은, 그 효력에 있어서도 차이가 있지만 근본적으로 해소의 방법이 다르다는 점이다. 즉 혼인을 해소하기 위해서는 당사자 쌍방이 합의하거나 합의가 이루어지지 않는 경우 재판을 통한 이혼이라는 절차를 거쳐야 하지만, PACS는 당사자 일방이 해소를 원하는 경우 일방적으로 해소할 수 있다는 점에서 커다란

174 PACS로 인한 효과에 관하여는 박준혁, “프랑스의 PACS에 관한 연구”, 법학논총, 제34권 제3호(2022), 128쪽 이하; 안문희, “PACS, 연대의무협약에 관한 연구”, 법과사회, 제42호(2012), 201쪽 이하; 이상욱, “프랑스 민법상의 PACS(동거계약)”, 한국가정법률상담소(2019), 10쪽 이하; 조은희, 앞의 논문, 168쪽 이하 참조.

175 안문희, 앞의 논문, 204쪽.

176 총 PACS 총 신고수 6,151건 중 동성 간의 PACS 신고수 2,600건.

177 총 PACS 총 신고수 192,500건 중 동성 간의 PACS 신고수 10,000건.

연 도	혼 인			PACS		
	이성간	동성간	합(건수)	이성간	동성간	합(건수)
1999			293,544	3,551	2,600	6,151
2000			305,234	16,859	5,412	22,271
2002			286,169	21,683	3,622	25,305
2004			278,439	35,057	5,023	40,080
2006			273,914	72,276	5,071	77,347
2008			278,439	137,766	8,194	145,960
2010			251,654	196,405	9,145	205,550
2012			251,654	153,715	6,975	160,690
2013	231,225	7,367	238,592	162,609	6,083	168,692
2014	230,770	10,522	241,292	167,469	6,262	173,731
2016	225,612	7,113	236,725	184,425	7,112	191,537
2018	228,349	6,386	243,735	200,282	8,589	208,871
2020	149,983	4,598	154,581	165,911	7,983	173,894
2021	212,413	6,406	218,819	199,651	9,810	209,461
2022	237,000	7,000	244,000	182,000	10,000	192,500

〈표 1〉 프랑스의 혼인 및 PACS 통계: 1999-2022¹⁷⁸

178 Mariages et Pacs, Données annuelles de 1990 à 2022, L'Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE); [https://www.insee.fr/fr/statistiques/2381498#tableau-figure1\(2023,6,13.검색\)](https://www.insee.fr/fr/statistiques/2381498#tableau-figure1(2023,6,13.검색)).

차이가 있다.¹⁷⁹ 이러한 점 때문에 이성 간에서도 혼인을 택하지 않고 언제든지 일방적인 해소가 가능한 PACS를 통한 결합을 선택하고 있으며, 그 수가 거의 혼인건수에 육박하고 있다. 결론적으로 프랑스 민법상의 PACS는 동성커플을 보호한다는 입법 당시의 목적과는 달리, 혼인에 비하여 당사자의 권리의무가 간결하고 간략한 해소 절차 등으로 인하여 오늘날 프랑스의 젊은이들이 선호하는 혼인 외의 또 하나의 결합제도의 하나로 자리매김하고 있다는 것이다.¹⁸⁰

(2) 생활동반자법률안의 문제점

우리나라의 생활동반자법률안이 프랑스민법상 PACS를 모델로 한 것이어서, 생활동반자법이 제정되면 프랑스와 거의 비슷한 현상이 발생할 것으로 생각한다. 특히 생활동반자법률안의 가장 큰 문제점은 생활동반자관계 당사자 일방이 타방의 의사와 상관없이 일방적으로 생활동반자관계를 해소할 수 있다는 점이다(생활동반자법률안 제14조 제2호). 즉 혼인을 해소하기 위해서는 당사자 간의 이혼의 합의 또는 법원의 재판을 요하는 데 반하여, 생활동반자관계의 경우에는 당사자 일방이 타방에 대한 애정이 식는 등의 이유만으로도 상대방의 의사와는 상관없이 일방적으로 생활동반자관계를 해소할 수 있는 것이다. 이러한 생활동반자관계의 자유로운 해소가능성으로 인하여 혼인에 따르는 엄격한 구속을 받기 싫어하는 우리나라의 젊은이들이 프랑스의 경우처럼 혼인보다는 생활동반자제도를 선택하려고 할 것이므로,¹⁸¹ 결과적으로 혼인을

179 박준혁, 앞의 논문, 127쪽.

180 이상욱, 앞의 논문, 13쪽.

이 감소할 것이라고 판단된다. 그리고 생활동반자관계가 언제 해소될지 모른다는 불안감으로 인하여 생활동반자관계 당사자들이 자녀 출산을 꺼리게 될 것이므로, 출산율에도 부정적인 영향을 미치게 될 것이다. 또한 생활동반자관계의 자유로운 해소가능성으로 인하여 생활동반자관계의 해소율이 이혼율보다 더 높게 형성될 가능성이 크며, 그로 인한 가정의 해체로 그 가정에서 태어나고 자라나는 자녀들의 심리적 안정감과 복리에 문제가 생길 소지가 크다고 할 것이다.¹⁸²

그리고 중요한 점은 동성혼 내지 생활동반자관계 형성을 통한 동성 간의 결합을 법적 테두리 내로 포섭하는 것에 대하여 우리나라 대부분의 사람들이 부정적인 인식을 가지고 있다는 것이다. 2022년 문화체육관광부가 한국갤럽에 의뢰하여 만 19세~79세의 성인남녀 5100명을 대상으로 일대일 개별면접의 방식으로 조사한 결과를 정리한 「2022년 한국인의 의식·가치관 조사 결과보고서」를 보면, 조사항목 중에 “동성혼을 허용해야 한다”는 의견에 ‘공감/긍정 응답’(매우 그렇다 + 대체로 그렇다)의 비율은 2019년 대비 1%p 증가하여 21.1%로 나타나고 있다.¹⁸³ 설문조사의 결과는

181 윤진수 facebook 글, https://www.facebook.com/permalink.php?story_fbid=pfbid028MQxJFp5UzXQQrnXUozpUhiBuVWVGLHVAwsgmSkdMjJFJS7WnXTH5Dgk8SAGpu2Ll&id=100009681697280(2023.6.13. 검색).

182 김상용/안문희, 앞의 논문, 40쪽.

183 문화체육관광부, 2022년 한국인의 의식·가치관 조사 결과보고서(2022.12); 동성혼의 허용성에 대한 또 다른 한국갤럽의 설문조사를 보면, 2014년에 찬성 35%, 반대 56%, 2017년에 찬성 34%, 반대 58%, 2019년에 찬성 35%, 반대 56%, 2021년에 찬성 38%, 반대 52%, 2023년에는 찬성 40%, 반대 51%로 전체적으로 볼 때 동성혼을 찬성하는 비율이 상승하고 있는 상태이다(유권자 약 1000명을 대상으로 하는 전화조사라는 점에서 그 대표성과 조사방법에 차이가 있어서 정확성에 의문이 간다). 폴리뉴스 기사, “동성혼 법제화에 ‘찬성 40%-반대 51%’, 찬반 격차 줄어드는 추세(2023.5.26.).

동성혼에 대한 것이었지만, 동성 간의 생활동반자관계의 허용 여부에 관하여 설문조사를 하더라도 별반 다르지 않은 결과가 나올 것으로 판단된다.¹⁸⁴

2. 민법개정안의 문제점

장혜영 의원은 생활동반자법률안과 함께 동성혼을 허용하는 내용의 민법개정안도 대표발의하였는데, 생활동반자법률안의 통과 여부도 불투명한 시점에서 보다 큰 비판을 받을 수 있는 민법개정안을 발의한 것은, 21대 국회에서 동성화 합법화 법률안들이 통과될 것이라고 기대하기 보다는 아마도 동성혼 합법화 법률안들이 계속적으로 발의되었다고 하는 명분을 쌓기 위한 것으로 보인다.

민법개정안은 두 가지 내용의 규정을 두고 있는데, 동성의 당사자 쌍방에 의해서도 혼인이 성립한다는 규정과 부부와 부모의 개념을 새롭게 정의하면서 혼인한 동성의 당사자 쌍방이 부부에 포함되며 동성의 부부가 입양하거나 보조생식술을 자녀를 출산한 경우에 부모가 된다는 규정이다. 장혜영 의원은 이와 같은 내용의 두 조항만 개정하면 동성혼의 합법화가 완성되는 것으로 생각한 것 같다. 그러나 현행 민법에 대한 철저한 분석과 검토 없이 민법개정안을 준비한 것으로 보인다.

먼저 입법기술상의 문제로, 민법개정안 제767조 제2항은 “본법에서 부부라 함은”이라고 하면서 부부의 개념을 정의하고 있는데, 민법에서 “부부”라는 단어는 친족편에서 처음 나오는 것이 아니라

184 두 법률안의 제안이유를 보면, 혼인과 혈연관계가 아니더라도 주거와 생계를 공유한다면 가족으로 인정될 수 있도록 한다는 생활동반자법률안의 필요성을 말하고 있는데, 생활동반자법률안이 가장 중요하게 보호하고자 하는 것은 동성커플에 의한 생활동반자관계임을 말할 필요가 없을 것이다.

총칙편에 이미 나오는 단어이다. 즉 민법 제180조는 “‘부부’ 중 한 쪽이 다른 쪽에 대하여 가지는 권리”라고 하면서 “부부”라는 단어를 사용하고 있다. 따라서 “본법에서 부부라 함은”이란 표현은 민법 제180조에 두거나 아니면 다른 법률의 경우처럼 민법의 초반부에 두어야 할 것이다.

그리고 민법전 여러 곳에는 “부부(夫婦)”¹⁸⁵, “아내”와 “남편”¹⁸⁶, “어머니”, “아버지”¹⁸⁷, “부모”¹⁸⁸ 등 남성과 여성을 구분하는 성구별적 용어가 사용되고 있다. 따라서 만약 동성혼이 허용되는 경우에 동성커플 중에 누가 아내 또는 남편이 될 것인가가 불분명하고, 동성커플에게 자녀가 있는 경우에 누가 어머니 또는 아버지가 될 것인가가 정하여지지 않은 상태에서 민법의 해당 법조항들을 적용하기가 어렵다 할 것이다. 그러므로 민법개정안에 단지 “부부”와 “부모”의 개념에 동성의 당사자 쌍방이 포함된다는 것만으로는 불충분한 입법으로 판단된다. 입법적으로는 성구별적 단어들이 존재하는 민법에 동성혼을 인정하는 규정을 두는 것은 적절하지 않아 보인다. 또한 현행법에 의하면 이성 부부가 자녀를 입양하는 경우 양부모가 되어 민법상 양자는 입양한 때부터 양부모의 친생자와 같은 지위를 가지게 되는 데, 이에 반하여 민법개정안에 의하면 동성 부부는 입양에 의하여 바로 부모가 된다는 것은 현행법의 구조상 맞지 않는다고 할 것이다.¹⁸⁹

185 제826조, 제827조, 제829조 등 30여 차례.

186 제844조, 제848조, 제854조의2.

187 제180조, 제854조의2, 제856조, 제908조의4

188 제772조, 제781조, 제801조 등 90여 차례.

189 현행법에 의하면 입양의 경우에는 특별한 사유를 이유로 하여 파양이 가능한데 반하여, 민법개정안에 의하면 동성부부가 양부모가 아니라 부모가 되므로 어찌

또한 민법개정안에 의하면 동성커플이 공동입양을 하는 경우, 부부 일방의 자녀를 타방이 입양한 경우 혹은 보조생식술을 통하여 자녀를 출산한 경우 “부모”가 되는데, 이 경우 자녀들의 부모에 대한 호칭이 어떻게 될 것인지도 문제된다. 이와 관련하여 최근 프랑스의 경우 동성부모가 있는 아이들에 대한 차별을 막기 위하여 학생들의 서류에 ‘아버지’, ‘어머니’라는 용어 대신에 ‘부모1’, ‘부모2’라는 용어를 사용하도록 하는 내용의 법안이 통과되었고,¹⁹⁰ 영국의 경우에도 동성부부와 성전환자의 요구를 받아들여 여권신청서 부모의 인적 사항을 적는 칸에 ‘아버지’, ‘어머니’ 대신에 ‘부모1’, ‘부모2’라는 용어를 사용하도록 의무화시켰다.¹⁹¹ 만약 우리나라에서 동성혼이 인정되면 외국의 경우처럼 부모에 대한 호칭변화의 요구가 있게 될 것이다. 또한 동성혼이 인정되면, 동성커플이 자녀를 갖기 원하는 경우에 입양을 통한 방법뿐만이 아니라 출산을 통한 방법도 가능할 것인데, 레즈비언커플의 경우 보조생식술을 통한 자녀출산의 합법화를 요구할 것이며 게이커플의 경우에도 대리모를 통한 자녀출산을 위하여 향후 대리모계약의 합법화를 요구할 것으로 예상된다.¹⁹²

그뿐만 아니라 앞에서 살펴본 동성혼의 허용성에 대한 한국갤럽의 여론조사 결과에서 볼 수 있듯이, 동성혼에 대하여 반대하

한 경우에도 파양이 불가능해지는 문제가 발생한다.

190 동아일보 기사, “엄마·아빠 대신 부모1·부모2”(2019.2.15.), <https://www.donga.com/news/Inter/article/all/20190215/94124429/1>(2023.6.13. 검색).

191 중앙일보 기사, “아버지·어머니 대신 '부모1' '부모2'”(2011.10.3.), <https://news.koreadaily.com/2011/10/03/life/leisure/1272232.html>(2023.6.13. 검색).

192 모자보건법개정안이 이러한 경우를 고려하고 대비하기 위하여 준비된 법률안이 라 할 것이다.

는 비율이 찬성하는 비율보다 더 높은 현실에서 가족개념의 다양성과 성소수자를 보호해야 한다는 이유만으로 동성혼을 인정하려고 하는 것은, 사회적 현실과 국민의 감정에 적합하지 않다고 할 것이다.

3. 모자보건법개정안의 문제점

국내에서 보조생식술을 통한 비혼 출산이 가능할 것인지 문제 되는데, 현재 이를 규제하는 법률은 없으며 단지 「대한산부인과 학회 보조생식술 윤리지침」(이하 “윤리지침”이라 함)이 있을 뿐이다. 윤리지침에 따르면 보조생식술은 원칙적으로 법률적 혼인관계에 있는 부부만을 대상으로 시행한다고 규정되어 있다가, 2021년 사실상 혼인관계에 있는 부부를 포함시키는 것으로 개정되었다.¹⁹³ 따라서 윤리지침에 따르면 현재 배우자가 없는 비혼 여성에게는 보조생식술이 불허되고 있는 실정이다.¹⁹⁴ 그런데 2022.5. 국가인권위원회가 대한산부인과학회장에게 비혼여성에 대한 보조생식술을 제한하고 있는 윤리지침의 개정을 권고하였지만, 대한산부인과 학회장은 윤리지침을 현행과 같이 유지하겠다고 권고를 수용하지 않겠다는 입장을 밝혔다. 대한산부인과학회장은 불수용의 근거로, 제3자의 생식능력을 이용하여 보조생식술로 출산하는 것은 정자 기증자 및 출생아의 권리 보호를 포함하여 논의해야 하는 중대한 문제이므로, 이에 대한 사회적 합의와 관련 법률의 개정이

193 대한산부인과학회 보조생식술위원회, 「대한산부인과학회 보조생식술 윤리지침」(2021.1.1.), 7쪽.

194 병원 현장을 보면 산부인과병원들이 보조생식술 윤리지침을 위반하면서까지 보조생식술을 하지는 않고 있다고 한다. 윤석찬, “비혼여성 보조생식술의 국내법상 허용에 관한 고찰”, 재산법연구, 제39집 제4호(2023), 293쪽.

우선되어야 하며, 그 합의에는 비혼 여성뿐만 아니라 동성 커플의 보조생식술 허용에 대한 사회적 합의도 선행되어야 한다는 점 등을 들고 있다.¹⁹⁵

모자보건법개정안은 혼인 여부와 상관없이 임신을 원하는 사람에 대해 보조생식술을 통한 비혼 출산을 할 수 있도록 하고 있는데(안 제11조 제1항), 향후 개정안이 통과된다면 이 규정에 근거하여 보조생식술을 통한 출산이 가능한 경우는 국내에서 연예인으로 활동하는 일본인 사 유리씨의 경우처럼 독신여성에 한하지 않을 것이다. 즉 혼인 여부와 상관없이 임신을 원하는 사람이라면 보조생식술 등의 지원을 받을 수 있으므로 아이를 가지기 원하는 동성커플의 경우에도 보조생식술을 통한 출산이 가능해 질 것이다. 그리고 레즈비언커플이 타인으로부터 정자제공을 받아 보조생식술의 도움으로 자녀를 출산하는 것이 보통의 경우이겠지만, 나아가 게이커플의 경우에도 난자를 제공받아 보조생식술에 의해 수정란을 만들고 그것을 대리모의 자궁에 착상시켜 자녀를 출산하는 경우도 불가능하지 않을 것이다. 이는 모자보건법개정안 제11조 제1항이 보조생식술 시술의 지원대상으로 임신을 원하는 여성이라고 표현하지 않고 임신을 원하는 “사람”이라고 표현하고 있으므로 보조생식술을 통한 게이커플의 출산가능성이 열려 있다고 할 것이다. 만약 모자보건법개정안이 통과된다면 곧바로 대리모 계약을 합법화시키고 정자은행을 운영할 수 있도록 하는 내용의 법률을 제정하라는 요구가 빗발칠 것이다.

195 국가인권위원회 보도자료, <https://www.humanrights.go.kr/site/program/board/basicboard/view?menuid=001004002001&boardtypeid=24&boardid=7608373>(2023.6.13. 검색).

장혜영 의원은 비혼 출산에 대한 사회적 인식이 긍정적으로 변화하고 있으며, 비혼 출산을 법적으로 보호하는 것이 저출산 사회의 해소방안 중의 하나가 될 것이라고 하고 있으나, 통계청의 2022년 사회조사 결과에 따르면 전국의 만 13세 이상 3만 6000명을 대상으로 한 조사에서 ‘결혼하지 않고도 자녀를 가질 수 있다’라는 항목에 대하여 반대하는 답변의 비율이 65.3%로 동의하는 답변의 비율(34.7%)보다 훨씬 더 높은 실정이다.¹⁹⁶ 다만 우리나라의 2021년 기준 혼인 외 출생자녀의 비율은 2.9%로 전세계적으로 아주 낮은 상태에 있는데, 만약 비혼 출산을 법적으로 인정하고 국가적 지원을 하게 되면 외국의 경우처럼 혼인 외 출산율이 급격하게 높아지게 될 가능성이 크며,¹⁹⁷ 그로 인하여 사회적 불안정이 높아지며 혼인 외 출산아동의 복리에 저해가 될 가능성이 크다 할 것이다. 비혼 출산의 인정 여부는 단지 혼인과 관계없이 임신과 출산을 할 수 있는 여성의 권리의 측면에서만 바라볼 것이 아니라, 혼외 출생아동의 정서적 안정감과 복리의 측면도 함께 고려되어야 할 것이다.

¹⁹⁶ 통계청, 2022년 사회조사 결과, 보도자료(2022.11.16.), 14쪽: 특이한 점은 반대하는 답변 중 남녀의 비율을 보면 남자(63.7%)보다 오히려 여자(66.9%)의 비율이 더 높다는 사실이다.

¹⁹⁷ 2018년 기준 OECD회원국의 평균 비혼 출생율은 40.7%이며, 프랑스의 경우는 60.4%라고 한다. <https://www.joongang.co.kr/article/25120149>(2023.6.13 검색).

IV 동성혼의 허용여부

1. 서

동성혼을 법적으로 인정하고 있는 대부분의 국가들은 헌법에 혼인에 관한 규정을 대부분 두고 있지 않으며, 혼인에 관한 규정이 있더라도 양성 평등을 기초로 혼인이 성립되어야 한다는 취지의 내용은 없는 상태이다.¹⁹⁸ 따라서 그러한 국가들의 경우에는 평등권이나 성적 자기결정권 등에 기초하여 의회의 입법이나 법원의 판결 등을 통하여 동성혼을 인정하는 것이 가능하였다. 그런데 우리나라의 법률체계하에서 국회의 입법 등을 통하여 동성혼을 인정하는 것이 가능할 것인지 의문시된다.¹⁹⁹ 이는 특히 헌법 제36조 제1항의 해석상 동성혼이 인정될 수 있는지 여부에 달려 있다 할 것이다. 이와 관련하여 우리 민법이 동성혼에 대하여 어떤 입장을 가지고 있는지도 함께 살펴볼 필요가 있다.

2. 동성혼에 관한 헌법과 민법의 입장

우리 헌법 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다”라고 규정하고 있는바, 여기에서의 “혼인”에 동성혼이 포함될 수 있을 것인지 여부가 문제되는데, 이는 동조의 “양성의 평등”

¹⁹⁸ 다만 스페인과 콜롬비아의 경우에는 헌법에 이성간의 혼인이 규정되어 있음에도 불구하고 헌법해석 내지 입법을 통하여 동성간의 혼인을 인정한 경우도 존재한다. 이에 관하여는 이재희, “헌법 제36조 제1항을 중심으로 한 혼인의 헌법적 보장에 대한 검토”, 헌법학연구, 제24권 제4호(2018), 80쪽.

¹⁹⁹ 이동훈, “동성혼의 헌법적 쟁점”, 공법학연구, 제20권 제2호(2019), 158쪽.

을 어떻게 이해하는지에 달려 있다.

이에 관하여 헌법 제36조 제1항의 “양성의 평등”이 혼인의 성립 내지 개념요건을 제시한 것이 아니라 혼인의 당사자 사이에 차별이 문제되는 경우에 양성평등이 지켜져야 한다는 의미로 해석하여야 하며, 동성혼과 이성혼을 다르게 취급하는 것은 헌법에 보장된 평등권을 침해하는 것이므로 헌법 제36조 제1항이 이성혼만을 전제한다고 볼 수 없다는 견해가 있다.²⁰⁰ 또한 우리 민법에 동성혼을 금지한다는 내용의 명문 규정을 두고 있지는 않으며, 동성혼을 혼인의 무효사유나 혼인의 취소사유로 규정하고 있지 않다고 한다. 또한 혼인의 성립요건으로 요구되는 혼인의사를 민법상 혼인의 효과를 의욕하는 것으로 이해하여, 두 사람의 혼인의사의 합치만 있으면 혼인이 성립하므로 혼인에 합의하는 두 사람은 이성이어야만 하는 것이 아니라 동성이라도 가능하다고 해석하는 입장도 있다.²⁰¹

이와 달리 다수의 입장은 혼인을 1남 1녀가 부부로서의 생활공동체를 형성하기로 하는 합의라고 이해하고 헌법 제36조 제1항의 “양성의 평등”을 문언에 충실하게 남녀평등으로 해석하여 현행 헌법질서하에서 동성혼은 허용되지 않는다고 해석하고 있다.²⁰² 그리고 우리 민법 제826조(부부간의 동거의무), 제827조(부부간의

²⁰⁰ 손명지, “동성혼에 대한 재고-헌행법상 해석론을 중심으로-”, 가족법연구, 제33권 제3호(2019), 10쪽; 정문식, “헌법상 혼인과 가족생활의 보호의미와 변화”, 한양법학, 제28권 제3집(2017), 255쪽.

²⁰¹ 강승묵, “동성혼의 합법화 여부와 입법모델에 관한 연구”, 한양법학, 제29권 제3호(2018), 308쪽; 손명지, 앞의 논문, 15쪽 이하.

²⁰² 권영성, 헌법학원론, 법문사(2010), 278쪽; 김철수, 헌법학개론, 박영사(2005), 869쪽; 김학성, 헌법학원론, 피앤씨미디어(2017), 733쪽; 성낙인, 헌법학, 법문사(2018), 1440쪽; 이동훈, 앞의 논문, 172쪽.

가사대리권), 제829조(부부재산의 약정과 그 변경) 등에서 혼인한 당사자를 지칭하면서 부부(夫婦), 夫 또는 妻, 남편과 아내라는 성구별적 용어가 사용되고 있다는 점에서 민법의 해석상으로도 혼인에는 이성혼만이 포함된다고 할 것이라고 한다. 즉 민법은 혼인이 당연히 남녀의 결합임을 전제로 하고 있는 것이라 하고 있다.²⁰³ 따라서 현행 민법하에서 만약 동성커플이 혼인의 합의를 한 경우에, 이 합의는 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 내용의 법률행위에 해당되므로 동성혼의 합의는 혼인을 무효로 만드는 사유에 해당한다고 할 것이다.²⁰⁴

이처럼 헌법 제36조 제1항의 “양성의 평등”의 해석을 두고 견해가 대립하고 있으나, 혼인은 일부일처제를 바탕으로 하여 1남 1녀가 부부로서의 생활공동체를 형성하는 것으로서 동성혼을 허용하지 않는 것이 헌법을 제정할 당시 헌법제정권력자들의 혼인제도에 대한 근본적인 결단이라고 할 것이다. 만약 헌법에 제36조 제1항이 존재하지 않는다면 인간의 존엄과 가치, 성적 자기결정권, 평등권 등의 기본권을 근거로 동성혼도 허용될 수 있다고 해석할 여지가 있겠지만,²⁰⁵ 헌법 제36조 제1항의 양성평등을 성평등으로 해석하여 동성혼을 허용하는 것은 사실상 헌법해석을 통하여 헌법

203 송덕수, 친족상속법, 박영사(2020), 32쪽; 신은주, “우리나라에 있어서 동성혼의 법적 수용에 관한 고찰”, 원광법학, 제35권 제1호(2019), 25쪽; 윤진수, 친족상속법강의, 박영사(2018), 30쪽; 지원림, 민법강의, 홍문사(2021), 1929쪽.

204 이러한 점에서 동성의 두 남성의 혼인신고를 적법한 혼인신고라 할 수 없으므로 혼인신고를 불수리한 구청장의 행위가 적법하다고 판단한 서울서부지법의 결정(서울서부지법 2016. 5. 25.자 2014호파1842 결정)은 적절한 것으로 판단한다.

205 사건으로는 혼인을 남녀의 결합으로 보는 것은, 성문법 이전에 자연법의 요청이라고 할 것이다. 이러한 사건에 의하면 헌법의 개정을 통해서도 동성혼은 허용되지 않는다고 해석할 것이다.

제36조 제1항의 양성평등을 성평등으로 개정하는 것이 되어 헌법 개정권이 침해되는 것이라 할 것이다.²⁰⁶ 이러한 헌법제정권력자의 근본적인 결단을 바탕으로 하여 민법 역시 이성혼을 당연하고 자명한 것으로 전제하였기 때문에 굳이 동성혼을 금지한다는 규정을 두고 있지 않으며, 따라서 동성혼을 혼인의 무효사유나 취소사유로 규정하고 있지 않다고 할 것이다.

3. 헌법재판소와 법원의 입장

동성혼에 대한 헌법과 민법의 태도에 관하여 헌법재판소나 법원이 어떻게 보고 있는지 살펴보면, 먼저 헌법재판소는 동성 간의 혼인 가능 여부에 관하여 직접 판단한 예는 없지만, 지속적으로 혼인을 1남 1녀의 정신적·육체적 결합으로 정의하고 있다. 예를 들어 헌법재판소는 1997년 “혼인이 1남 1녀의 정신적·육체적 결합이라는 점에 있어서는 변화가 없다”²⁰⁷, 2005년 “우리 헌법은 제정 당시부터 특별히 혼인의 남녀동권을 헌법적 혼인질서의 기초로 선언함으로써...”²⁰⁸, 2011년 “혼인은 근본적으로 애정과 신뢰를 기초로 하여 남녀가 결합하는 것”²⁰⁹이라고 판시하여 혼인을 남녀 간의 결합으로 보고 있다.

대법원도 혼인을 남녀 간의 결합으로 보고 이성혼만을 인정하고 있다. 즉 대법원은 “혼인은 남녀가 일생의 공동생활을 목적으로 하여 도덕 및 풍속상 정당시되는 결합을 이루는 법률상, 사회생

206 이동훈, 앞의 논문, 176쪽.

207 헌재 1997.7.16. 95헌가6.

208 권헌재 2005.2.3. 2001헌가9.

209 헌재 2011. 11. 24. 2009헌바146.

활상 중요한 의미를 가지는 신분상의 계약”이라 하였다.²¹⁰ 특히 대법원은 현재 혼인 중에 있는 성전환자의 성별정정을 허용하지 않고 있는데, 그 이유로 “만약 현재 혼인 중에 있는 성전환자에 대하여 성별정정을 허용할 경우 법이 허용하지 않는 동성혼의 외관을 현출시켜 결과적으로 동성혼을 인정하는 셈”이 되기 때문이라고 하였다.²¹¹ 또한 비록 하급심이지만 동성커플의 혼인신고 불수리 처분사건에서 서울서부지법은 “혼인제도가 다양하게 변천되어 왔지만 혼인이 기본적으로 남녀의 결합관계라는 본질에는 변화가 없었고, 아직까지는 일반 국민들의 인식도 이와 다르지 않은 점 등의 여러 사정을 종합하면 헌법, 민법 및 가족관계의 등록 등에 관한 법률에 규정되어 있는 ‘혼인’은 ‘남녀의 애정을 바탕으로 일생의 공동생활을 목적으로 하는 도덕적, 풍속적으로 정당시되는 결합’을 가리키는 것으로 해석되고, 이를 넘어 ‘당사자의 성별을 불문하고 두 사람의 애정을 바탕으로 일생의 공동생활을 목적으로 하는 결합’으로 확장하여 해석할 수 없으므로, 현행법의 통상적인 해석으로는 동성인 신청인들의 합의를 혼인의 합이라고 할 수 없고 합의에 따른 신고를 적법한 혼인신고라고 할 수 없다”²¹²고 판시하였다.

4. 동성혼을 수용하기 위한 헌법개정 시도

“양성의 평등”을 기초로 혼인이 성립되고 유지되어야 한다는 내용의 헌법 제36조 제1항은 혼인이 남녀 양성의 결합을 의미하는

210 대판 2015.2.26. 2014므4734,4741.

211 대결(전) 2011.9.2. 2009스117.

212 서울서부지법 2016. 5. 25.자 2014호파1842 결정.

것으로 해석되므로, 우리나라에서 동성혼을 인정하기 위해서는 동성혼을 인정하는 내용의 법률을 제정하거나 개정하는 방식이 아니라 헌법을 개정하는 것이 필요할 것이다. 그리하여 지금까지 헌법개정을 통하여 동성혼 허용의 기초를 삼고자 하는 시도들이 여러 차례 행해졌다. 그러한 헌법개정안으로 2014년 국회 헌법개정자문위 안은 헌법 제36조 제1항의 ‘양성의 평등’을 ‘성평등’으로 개정하고자 하였으며²¹³, 2017년 국가인권위원회가 제시한 기본권 보장 강화 헌법개정안도 헌법 제36조 제1항에서 ‘양성’이란 용어를 삭제하였고²¹⁴ 2018년 국회헌법개정특별위원회 자문위원회 보고서²¹⁵도 헌법 제36조 제1항의 ‘양성의 평등’에서 ‘양성의’ 부분을 삭제한 개헌안을 제시하였다.²¹⁶

이러한 내용의 헌법개정안은 현행 헌법 제36조 제1항이 동성혼을 인정하는데 가장 큰 걸림돌이 된다는 것을 동성혼 허용론자들이 잘 알고 있기 때문에, 헌법 제36조 제1항의 ‘양성의 평등’을 성평등 내지 평등으로 개정하려는 시도를 여러 차례 한 것으로 보인다. 이는 역설적으로 동성혼 허용론자들이 헌법의 개정 없이는 동성혼이 인정되기 어렵다는 것을 자인하는 것으로 보인다.

5. 동성혼 합법화 3법률안의 위헌성

따라서 민법의 개정이나 특별법의 제정을 통하여 동성혼을 허용

213 음선필, 앞의 논문, 108쪽 참조.

214 국가인권위원회, 기본권 보장 강화 헌법개정안(연구포럼안, 2017), 17쪽.

215 국회헌법개정특별위원회 자문위원회, 국회헌법개정특별위원회 자문위원회 보고서(2018.1), 61쪽 이하.

216 헌법개정안의 상세한 내용은 강승묵, “동아시아 국가의 동성혼 합법화와 입법방식에 관한 연구”, 가천법학, 제15권 제2호(2022), 110쪽 이하 참조.

하는 규정을 두는 것은, 동성혼을 인정하지 않는 헌법의 입장에 위배되는 위헌법률이 될 것이다. 따라서 민법의 개정을 통하여 동성혼을 인정하려는 민법개정안은 위헌적인 입법시도로서 철회되거나 부결되어야 할 것이다. 비록 국회의 표결을 통하여 민법개정안이 통과되는 일이 발생하더라도 곧 헌법재판소에 의하여 위헌결정이 내려질 것이다. 또한 생활동반자법률안도 동성 간의 결합을 법테두리 내로 수용하고 혼인에 준하는 보호를 해주는 내용임으로 일부일처제에 근거한 혼인제도를 형해화시키는 위헌적인 법률이라 할 것이다. 나아가 모자보건법개정안도 비혼 출산을 허용하여 헌법이 보호하고자 하는 전통적인 가족질서를 깨뜨릴 수 있다는 점에서 위헌의 소지가 있는 법률이라 할 것이다.

V 결어

다양한 가족의 형태를 인정하고 성소수자에게 법적 권리를 부여한다는 취지의 동성화 합법화 3법률안이 통과되면, 혼인율이 감소할 것이며 해소가 자유로운 동거나 생활동반자관계를 맺는 경우들이 증가하고 혼외 출산아동의 비율이 높아지게 될 것이다. 또한 생활동반자관계나 동성커플관계의 자유로운 해소가능성으로 인하여 그들 자녀들의 심리적 불안정성이 높아질 수 있고, 전통적인 가족의 해체가 가속화되며 그로 인한 사회적 불안정이 심화될 것으로 판단된다. 그리고 동성화 합법화 3법률안이 도입되면 출산율이 제고될 것이라고 하지만, 기존의 혼인제도 하에서도 출

산을 꺼리는 현재의 사회적 현실에서, 생활동반자관계 당사자 또는 동성커플을 통하여 출산율이 높아지기를 기대하는 것은 헛된 기대가 될 뿐일 것이다.

우리 헌법 제36조 제1항은 “양성의 평등” 즉 “남녀의 평등”에 기초하여 혼인이 성립되어야 한다고 규정하고 있으므로, 혼인은 1남 1녀의 정신적·육체적 결합으로 이해되어야 하며, 따라서 우리 헌법상 동성혼은 인정될 수 없다 할 것이다. 따라서 동성혼 합법화 3법률안은 혼인과 혈연에 의하여 구성되는 가족제도의 바탕을 근본적으로 변경하고자 하는 법안으로서, 실질적으로는 법률의 형식으로 헌법을 개정하려는 시도라고 할 수 있을 것이다. 결론적으로 동성간에 생활동반자관계를 맺거나 동성혼을 인정하고 동성커플의 자녀 출산을 보장해 주려는 내용의 동성화 합법화 3법률안은 위헌적 법률안이라 할 것이다.



6

결론

1. 정리

2. 제언: 동성결합 합법화 저지 방안

참고문헌

I 정리

168

비오전환자의 합법화하기 전후의 법적 변화

지금까지 한국에서 진행되어 온 동성결합을 합법화하기 위한 다양한 흐름과 현황들을 살펴보았다. 종래 단체나 기관 등의 차원에서 동성결합을 정당화하려는 주장이 학교 현장에서 교육과정에 수용되거나 국가의 정책과 사법부의 일부 판결에 반영된다든가 국회에서 정면으로 동성결합을 합법화하려는 법률개정안이 발의되거나 이를 위하여 헌법을 개정하려는 여러 차례의 시도들까지 있음을 보았다.

또한 동성결합을 정당화하기 위한 초석을 마련하기 위해서 전통적인 가정의 개념을 재정의하기 위한 의도로 ‘다양한 가족’ 개념이 등장하였는데, 1960년대 페미니즘 등장과 1990년대 젠더 이데올로기가 확산된 것이 그 배경이 되었으며, 유엔 주재의 여러 국제대회로부터 영향을 받아 다양한 가족 개념과 동성결합 합법화가 전 세계적으로 급속하게 확장되어 30여 개 국가에서 동성결합이 법적인 형태로 합법화되어 왔음을 살펴보았으며 이에 영향을 받아 우리나라도 국가인권위원회와 여성가족부를 중심으로 차별금지법과 동성결합을 용인하려는 시도들이 있었음을 보았다.

최근 동성커플의 건강보험 피부양자 자격을 인정한 고등법원의 판결은 사실혼 배우자와 동성커플을 동등한 지위에 있다고 봄으로써 사회적 합의의 산물인 헌법과 법률을 포함한 법체계에서의 가족 개념을 도외시한 결정으로 판단되며, 2020년에 「성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침」이 외부성기 형성수술을 하지 않은 상태로도 성별 변경이 가능할 수 있도록 개정되어 실제 법원이 젠더전환수술을 받지 않더라도 성별정정을 허가하는 사례

들이 발생하였는데, 이는 근본적으로 법률로 규율되어야 할 성별의 변경을 대법원규칙에 불과한 사무처리지침으로 정한다는 점에서 위헌이라고 볼 것이다.

최근에 발의된 동성화 합법화 3법률안(생활동반자법률안, 민법 개정법률안, 모자보건법개정안)은 동성 간에 생활동반자관계를 맺거나 동성결합을 인정하려고 하고 동성커플의 자녀 출산을 보장하려는 내용으로 혼인과 혈연에 의하여 구성되는 가족제도의 바탕을 근본적으로 변경하고자 하는 법안으로서, 실질적으로는 법률의 형식으로 헌법을 개정하려는 시도라 할 것이며, 따라서 위헌적인 법률안이라 할 것이다.

이처럼 한국에서 동성결합을 합법화하기 위하여 다방면에 걸친 전방위적인 다양한 시도와 노력이 있음을 살펴보았다.

II 제안: 동성결합 합법화 저지 방안

동성결합 합법화는 전 세계적인 흐름으로 볼 수 있는 측면이 있지만, 그렇다고 해서 그 흐름이 옳은 방향인 것은 아니다. 즉 동성결합 합법화는 다양한 가족 개념을 앞세워 결과적으로 혼인과 혈연으로 이루어진 전통적인 가족공동체를 와해시키는 역할을 하게 될 수 밖에 없다. 가족공동체는 수천 년간 우리 사회의 근간을 유지시켜 주는 중요한 사회 안정의 기본 단위로서 사회 및 국가의 존속과 발전을 위해 그 구성원을 지속적으로 재생산하고, 자녀를 보호·양육하여 사회구성원으로 육성하며, 구성원들의 경제적 수

요를 해결하며, 구성원들의 정서적 만족을 충족시키는 기능 등을 하고 있다. 그리하여 우리 헌법은 혼인을 남성과 여성 간의 자유로운 합의에 기초하여 법이 정한 형식에 따라 결합되고 원칙적으로 평생 지속되는 생활공동체를 의미하는 것으로 보고, 혼인 및 가족생활을 다양한 정책과 입법을 통하여 적극 지원·보호할 것을 명하고 있다. 이러한 측면에서 동성결혼 합법화 시도는 위헌적인 발상이며 우리 사회의 전통적인 가치관을 파괴하며 사회를 해체하려는 시도라 할 것이므로, 이를 적극적으로 저지하여야 할 것이다.

지금까지 살펴본 바와 같이, 동성결합 합법화 시도는 사회의 어느 한 방향에서만 일어나는 흐름이 아니라 전 세계에서 전방위적으로 일어나는 현상이므로, 이에 대한 전방위적인 대처가 요구된다.

(1) 동성결합의 문제점에 대한 일반 국민의 진지한 토론

일반 국민에게 동성결합의 실상을 정확히 알리고, 동성결합 법 제화가 가져올 결과와 부작용에 대하여 진지하게 토론하는 장을 만들어야 한다. 다시 말하면, 동성결합을 인정하는 것이 과연 바람직한 것인지, 아니면 문제가 되는 것인지 등에 대해 논의하는 것이다. 그런데 이러한 토론을 하기에 앞서, 먼저 정확한 지식을 편견이 없이 일반 국민이 가질 수 있도록 만들어주어야 한다. 일반인들이 언론이나 문화 등을 통하여 편파적이며 왜곡된 지식과 내용을 알고 있으면, 올바른 판단을 할 수 없다. 그러기에 한쪽으로 치우치지 않도록 언론이나 문화 등에서 국민이 정확하게 판단할 수 있는 환경을 만들어주어야 한다. 그러기에, 이러한 논의를

하기 전에 선제적으로 이루어져야 할 부분은, 한쪽 의견을 무조건 혐오 또는 차별로 몰아붙여서 말도 못하게 만들려는 언론 풍토를 바꾸어야 한다. 이는 민주주의 사회에서 있어서는 안 되는 언론 자세이기에, 지식인들과 정치인들이 함께 바꾸려고 노력하여야 한다. 자유로운 토론이 합리적인 결론에 도달하는 필수적인 요소이기 때문이다.

(2) 동성결합 법제화에 대한 전문가들의 진지한 논의

일반인들의 토론보다 더 중요한 것은 동성결합 법제화에 대한 전문가들의 진지한 논의와 토론이라고 할 것이다. 전문가들의 치열한 토론을 보면서, 일반인들도 올바른 지식과 방향을 알게 될 것이다. 이러한 전문가들의 다양한 토론이 진행될 수 있도록 관련 프로그램들을 정치인들과 언론계에서 마련해 주는 것이 필요할 것이다. 한쪽 의견을 혐오라는 프레임을 걸어서 말하지 못하게 하는 것은 민주주의 국가에서는 절대 있어서는 안 될 것이다.

한국 사회가 올바른 방향으로 갈 수 있도록, 누구든지 두려움 없이 자유롭게 토론하도록 허용해야 하며, 많은 국민이 그러한 토론을 보면서 합리적인 판단을 할 수 있도록 해야 할 것이다. 서구 사회의 입법례가 반드시 옳은 것은 아니기에, 문화적 사대주의적 사고방식으로 무비판적인 수용을 주장하면 안 된다. 무엇이 인류 사회에 발전적인 해답을 제시하는지를 진지하게 고민하는 세미나와 포럼이 많이 열려야 할 것이다. 다음 세대와 가정에 지대한 영향을 미칠 동성결합 법제화가 이루어지기 전에, 반드시 전문가들의 치열한 논쟁과 토론이 있어야 할 것이다.

(3) 전방위적인 국민의 여론 수렴

동성결합 합법화는 잘못된 시대의 흐름이라는 점을 이념적으로 확고하게 논리를 정립하여 이를 널리 국민들에게 확산시키는 노력이 있어야 할 것이며, 청소년들이 교육을 받는 학교현장에서 그리고 영화, 드라마, 매스컴 등 문화의 현장에서 가족의 중요성과 소중함이 강조되는 사회분위기를 조성할 수 있도록 노력하여야 할 것이다. 이처럼 국민에게 충분하게 동성결합 합법화와 관련된 사실을 알린 후에, 한국 사회가 나아가야 할 방향에 대해서 국민의 의견을 수렴하면서 진행하는 것이 좋을 것이다. 동성결합이 실제로 법제화가 되었을 때의 영향은 모든 국민에게 미치기 때문에, 당사자인 국민의 의견이 매우 중요하므로 전문가들의 의견만으로 정책이나 법을 정하면 안 될 것이다. 언론은 무조건 서구의 것이 좋다는 의견을 제시하도록 유도하지 말고, 한국의 상황에 맞추어 무엇이 한국 사회에 가장 바람직한 길인지를 국민이 진지하게 생각하도록 유도하면서 동성결혼 법제화 문제가 검토되어야 할 것이다.

(4) 동성결합이 정책이나 입법으로 제도화되지 않도록 하는 노력

동성결합 합법화를 저지하기 위해서는 동성결합이 정책이나 입법으로 제도화되지 않도록 하는 것이 무엇보다 중요할 것이다. 이를 위하여는 정치세력 내지 사회세력의 충분한 지지가 요청되므로, 현명한 유권자로서 행동하여야 할 것이며 동성결합 합법화 시도가 있는 경우 이를 저지하기 위한 시민행동이나 적극적인 입법 저지 활동을 하는 것도 필수적이라 할 것이다. 즉 경우에 따라서는 소수의 사람들이 자신들의 뜻을 관철하기 위하여 적극적으로 자신들의 목소리를 내고 오히려 사회의 다수는 자신의 목소리를

적극적으로 내지 않는 경우가 많은데, 동성결합 합법화가 가져오
게 될 사회적인 부작용이 지대할 것이므로 이에 대한 경각심을 지
니고 보다 적극적인 활동과 목소리를 내는 것이 요구된다고 할 것
이다.

- 가브리엘 쿠비, 『글로벌 성혁명』, 정소영 옮김, 밝은 생각, 2018.
- 강봉석, “동성혼 합법화 3법안의 문제점”, *교회와법*, 제10권 제1호, 2023.
- 강승묵, “동성혼의 합법화 여부와 입법모델에 관한 연구”, *한양법학*, 제29권 제3호, 2018.
- 강승묵, “동아시아 국가의 동성혼 합법화와 입법방식에 관한 연구”, *가천법학*, 제15권 제2호, 2022.
- 고시면, “한국에서 ‘동성혼의 금지’ (同姓婚의 禁止)에 대한 기존의 합헌론과 약 20개 국가에서 위헌화의 새로운 물결 [동성에 등 II]”, 『사법행정』, 제59권 제9호, 한국사법행정학회, 2015.
- 교육부, “2022 개정 교육과정 시안 실과(기술·가정).” 2022.10.
- 공자영, “외국법의 인생동반자제도 등록자에 대한 헌법적 고찰 — 헌법 제36조 제1항 혼인 개념을 중심으로 —”, 『법학연구』, 제28권 제2호, 연세대학교 법학연구원, 2018.
- 국가인권위원회, “인권위, 다양한 가족구성권 보장 위한 정책 권고: 국회 의장에게 성소수자의 기본권 보장을 위한 법률 제정과 「건강가정기본법 일부개정법률안」 개정 권고.” 보도자료, 2022.04.13.
- 국가인권위원회, “다양한 가족 및 가정의 형태를 인정해야” 보도자료,

- 2005.10.27.
- 국가인권위원회, 정책및대회협력소위원회, 「초중고교 제7차 교육과정 교과서 인권내용관련 직권 수정 권고」, 2002.10.28.
- 권혁남, “미국 동성 간 혼인 합헌 판결에 대한 비판적 고찰”, 『인문사회 21』, 제6권 제2호, (사)아시아문화학술원, 2015.
- 김강, “동성혼의 무효사유에 대한 비판적 검토- 「민법」 제815조 제1호의 '혼인의 합의'에 관한 해석을 중심으로(서울서부지방법원 2016. 5. 25. 선고 2014호파1842 결정에 부쳐)”, 『공익과 인권』, 제17권, 서울대학교 공익인권법센터, 2017.
- 김계순, “혼인의사와 혼인무효에 대한 재고”, 『중앙법학』, 제9권 제4호, 중앙법학회, 2007.
- 김명수, “소수자보호와 차별금지법”, 『홍익법학』, 제15권 제3호, 법학연구소, 2014.
- 김민규, “성정체성장애(GID)로 인한 성별변경과 비배우자간의 인공수정(AID) 자녀에 대한 친자추정 법리”, 『한국의료법학회지』, 제26권 제1호, 한국의료법학회, 2018.
- 김민중, “동성(同性) 간의 결합에 대한 법적 보호”, 『동북아법연구』, 제10권 제1호, 동북아법연구소, 2016.
- 김병록, “혼인 및 가족제도에 관한 연구- 동성결혼 및 동성가족을 중심으로 -”, 『법조』, 제58권 제4호, 법조협회, 2009.
- 김상수, “트랜스젠더의 성별변경에 관한 연구”, 『청주법학』, 제27권, 청주대학교 법학과, 2006.
- 김상용/안문희, “등록동반자관계는 혼인제도의 대안이 될 수 있는가?”, 중앙법학, 제24집 제3호, 2022.
- 김소연, “글로벌시대 주권과 인권에 대한 이해의 변화와 양자의 관계 정립”, 공법학연구 제18권 제3호, 2017.8.
- 김수정, “유럽에서의 동성혼 합법화 경향-특히 영국과 프랑스를 중심으로-”, 『가족법연구』, 제29권 제1호(통권52호), 한국

- 가족법학회, 2015.
- 김승권, “다양한 가족의 출현과 사회적 지원체계 구축 방안”, 『연구 보고서』, 한국보건사회연구원, 2004.
- 김중서, “자료 : 동성혼을 부인하는 연방 혼인방어법에 대한 미국 연방대법원의 위헌판결”, 『민주법학』, 제53권, 민주주의법학연구회, 2013.
- 김지영, “미국 헌법상 성소수자 권리보호와 성적 지향에 대한 평등 심사”, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2016.
- 김지혜, “동성혼에 관한 미국 판례의 전개”, 『법과 사회』, 제46권, 법과사회이론학회, 2014.
- 김지혜, “성적지향과 성별정체성에 관한 국제인권법 동향과 그 국내적 적용”, 『법조』, 제61권 제11호, 법조협회, 2012.
- 김지혜, “성적지향에 대한 평등권 심사기준과 배제금지원칙”, 『헌법학연구』, 제19권 제3호, 한국헌법학회, 2013.
- 김학태, “성전환자의 법적 지위에 관한 연구 -판례 분석과 입법을 위한 제안-”, 『외법논집』, 제39권 제3호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2015.
- 드 보브아르, 시몬. 『제 2의 성』, 을유 문화사, 2019(1949). 상 392면.
- 문화체육관광부, 2022년 한국인의 의식·가치관 조사 결과보고서, 2022.12.
- 류민희 외, 『트랜스젠더 성별정정 절차개선을 위한 성별정정 경험조사』, 서울지방변호사회 제2회 공익·인권분야 연구결과 보고서, 2018.6.22.
- 류성진, “동성애에 대한 미국 연방대법원의 최근 결정과 시사점 : United States v. Windsor(2013)의 분석과 의미”, 『공법학연구』, 제14권 제4호, 한국비교공법학회, 2013.
- 민병무, “여가부 ‘여성건강권 침해 낙태죄 폐지’ 정부부처 첫 목소리 냈다.” 『여성경제신문』, 2018.05.24.
- 박승호, “미국헌법상 동성애자의 권리 : Romer사건과 Lawrence

- 사건 검토를 중심으로”, 『미국헌법연구』, 제22권 제2호, 미국헌법학회, 2011.
- 박준혁, “프랑스의 PACS에 관한 연구”, 법학논총, 제34권 제3호, 2022.
- 박찬운, 「국제인권법으로 본 국가인권위원회의 의의와 독립성」, 『법학논총』 제26권 제3호, 2009.
- 박해영, “동성결혼과 입양, 대리모 허용에 관한 헌법적 연구”, 『법학연구』, 제23권 제3호, 경성대학교 법학연구소, 2015.
- 변화순, “가족사회학적 관점에서 본 가족법의 변화와 전망”, 『법학연구』, 제17권 제3호, 연세대학교 법학연구원, 2007.
- 손명지, “동성혼에 대한 재고-헌행법상 해석론을 중심으로-”, 가족법연구, 제33권 제3호, 2019.
- 손영수, “성 결정에 관한 법리적 담론 -최근 트랜스젠더 판례와 관련하여-”, 『법철학연구』, 제15권 제1호, 한국법철학회, 2012.
- 신옥주, “유럽연합에서 차별금지법제의 통합에 관한 연구”, 『토지공법연구』, 제58집, 토지공법학회, 2012.
- 신옥주, “ 유 럽 연 합 의 반 차 별 지 침 (A n t i - Diskriminierungsrichtlinie) 고찰”, 『공법학연구』, 제9권 제2호, 한국비교공법학회, 2008.
- 신은주, “우리나라에 있어서 동성혼의 법적 수용에 관한 고찰”, 『원광법학』, 제35집 제1호, 원광대학교 법학연구소, 2019.
- 심동섭, “유엔에서의 동성에 국제인권화 운동의 현황과 대응”, 기독교 동성에 대책 아카데미, 2017년 자료집.
- 안문희, “PACS, 연대의무협약에 관한 연구”, 법과 사회, 제42호, 2012.
- 여성가족부, “가족 변화에 맞추어 건강가정기본법 개정 필요: 4월13일 (화), 〈가족 관련 법령 개선을 위한 전문가 간담회〉 개최.”

2021.04.13.

- 오승진, “동성결혼의 권리 -미국의 사례와 국제인권법의 동향-”, 『법학논총』, 제39권 제3권, 법학연구소, 2015.
- 용혜인, “「생활동반자관계에 관한 법률안」 입법 취지와 주요 내용”, 생활동반자법 제정을 위한 국회토론집, 2023.5.15.
- 유성진, “동성결혼 합법화는 어떻게 가능하였는가?: 여론과 정당정치 그리고 연방주의”, 『한국과국제정치(KWP)』, 제31권 제4호, 경남대학교 극동문제연구소, 2015.
- 유은혜, “한국인의 동성애에 대한 인권의식 변화”, 『사회과학연구』, 제44권 제3호, 경희대학교 사회과학연구원, 2018.
- 윤석찬, “비혼여성 보조생식술의 국내법상 허용에 관한 고찰”, 재산법연구, 제39집 제4호, 2023.
- 윤진숙, “동성혼인에 대한 자유주의 이론에 관한 논의”, 『법학논총』, 제42권 제3호, 단국대학교 법학연구소, 2018.
- 음선희, “동성애·동성혼의 헌법적 수용에 대한 비판”, 『홍익법학』, 제18권 제3호, 2017.
- 음선희, “여성가족부 「제2차 양성평등정책 기본계획」은 적법한가?”, 「여성가족부 성평등정책 적법한가?」 포럼(동성애 동성혼 개헌반대 전국교수연합 주최, 2017.12.14., 국회의원회관 제9간담회실) 자료집.
- 음선희, “동성애·동성혼의 헌법적 수용에 대한 비판”, 『홍익법학』, 제18권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2017.
- 음선희, “여성가족부 「제2차 양성평등정책 기본계획」은 적법한가?”, 「여성가족부 성평등정책 적법한가?」 포럼(동성애 동성혼 개헌반대 전국교수연합 주최, 2017.12.14., 국회의원회관 제9간담회실) 자료집.
- 음선희, “2018-2022 제3차 국가인권정책 기본계획의 법적 문제점”, 「법무부 제3차 국가인권정책기본계획(NAP)의 차별금

- 지법을 중심으로 한 문제점과 기독교 윤리적 성찰」(장신대 Pharos Forum, 2018,10,11.) 자료집.
- 음선희, “대한민국 헌법과 법률은 양성평등 이념에 기반하고 있다”, 「성평등정책의 문제점」(동성애 동성혼 개헌반대 국민연합 주최, 2018,7,27, 국회헌정기념관 대강당) 자료집.
- 음선희, “젠더전환수술과 성별 변경”, 홍익법학, 제21권 제2호, 2020.
- 음선희, “건강가정기본법 개정안에 대한 입법평가”, 홍익법학, 제22권 제2호, 2021.
- 음선희, “동성커플과 국민건강보험”, 교회와법, 제10권 제1호, 2023.
- 이동훈, “동성혼의 헌법적 쟁점”, 공법학연구, 제20권 제2호, 2019.
- 이상욱, “프랑스 민법상의 PACS(동거계약)”, 한국가정법률상담소, 2019.
- 이소영, “동성애혼인에 대한 법적 개입의 딜레마와 가족이데올로기 해체”, 『법철학연구』, 제10권 제1호, 한국법철학회, 2007.
- 이재희, “헌법 제36조 제1항을 중심으로 한 혼인의 헌법적 보장에 대한 검토”, 헌법학연구, 제24권 제4호, 2018.
- 이준일, “트랜스젠더(transgender)의 헌법적 문제”, 『고려법학』, 제50호, 법학연구원, 2008.
- 이준일, “헌법상 혼인의 개념”, 『공법연구 제37집 제3호』, 제37집 제3호, 한국공법학회, 2009.
- 이하나, “해묵은 ‘건강가정기본법’ 논란, 6월 끝나나.” 여성신문, 2014,05,14.
- 이희규, “동성혼인에 관한 법적 고찰 - 각 국의 입법 기술을 중심으로 -”, 『중앙법학』, 제7권 제4호, 중앙법학회, 2005.
- 정기하, “인권위 결정 회고 : 동성애와 동성결혼이 이야기되는 자리를 바라며 - 국가인권위원회 2014. 04. 24.자 13진정

- 0886700 결정을 중심으로”, 『공익과 인권』, 제15권, 서울대학교 공익인권법센터, 2015.
- 정문식, “헌법상 혼인과 가족생활의 보호의미와 변화”, 한양법학, 제28권 제3집(2017)
- 정영화, “동성혼 도입을 위한 헌법개정의 위헌성 -미국 연방대법원 ‘동성혼’ 판례의 ‘인간존엄’ 해석의 분석-”, 『홍익법학』, 제18권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2017.
- 정태윤, “프랑스에서의 동성혼”, 『중앙법학』, 제14권 제2호, 중앙법학회, 2012.
- 정희라, “영국의회와 동성결혼(Same-Sex Marriage) 논쟁”, 『통합유럽연구』, 제7권 제2집, 서강대학교 국제지역문화원, 2016.
- 조은희, “가족관련법의 입법적 동향에 대한 검토”, 『고려법학』, 제49권, 고려대학교 법학연구원, 2007.
- 조은희, “생활동반자법 제정을 위한 소고”, 법과 정책, 제28집 제3호, 2022.
- 조흥석, “새로운 형태의 가족: 헌법적 가능성과 한계”, 『공법학연구』, 제8권 제4호, 한국비교공법학회, 2008.
- 차선자, “동성 간의 생활공동체에 대한 법적 지원 방안 검토”, 『법학논집』, 제22권 1호, 법학연구소, 2017.
- 채형복, “유럽인권협약 제8조의 “사생활을 존중할 권리”에 의거한 동성애자들의 “자기결정권”: 유럽인권재판소의 판례를 통한 법해석의 문제”, 『홍익법학』, 제15권 제4호, 홍익대학교 법학연구소, 2014.
- 최경호, “미연방대법원 최근 판결(United States v. Windsor, Hollingsworth v. Perry)을 통하여 살펴본 미국에서 동성혼 관련 헌법적 논의”, 『법학논총』, 제31권 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2014.

- 최대권, “개헌이 재앙의 초대장일 수는 없다 -동성애·동성혼 개헌의 정당성 결여를 중심으로-”, 『홍익법학』, 제18권 제4호, 홍익대학교 법학연구소, 2017.
- 통계청, 2022년 사회조사 결과, 보도자료, 2022.11.16.
- 하정훈, 박범, “미국의 동성결혼 판결 소개 - United States v. Windsor 판결 및 Perry v. Schwarzenegger 판결을 중심으로 -”, 『공익과 인권』, 제14권, 서울대학교 공익인권법센터, 2014.
- 현숙경, 「페미니즘의 민낯: 그럴듯한 가면 뒤에 숨겨진 페미니즘의 실체」, 바른북스, 2022.
- 홍윤선, “독일의 「등록된 생활동반자관계에 관한 법률」의 제정과 주요 내용”, 외국법제동향2014.7.
- SOGI법정책연구회, 「한국 LGBTI 인권 현황 2018」, 2019.5.

An Activists' Guide to the Yogyakarta Principles, Section 3 The Yogyakarta Principles in Action, <http://ypinaction.org/wp-content/uploads/2016/10/Activists_Guide_English_nov_14_2010.pdf>.

Ambrosino, Brandon, Uganda's anti-gay legislation, explained. (last modified Aug. 4, 2014), <<https://www.vox.com>>.

Amnesty International, *Human Rights Council report on the protection of the family and the contribution of families in realizing the right to an adequate standard of living*, October 28, 2015.

Browning, Don and Elizabeth Marquardt, *What About the Children? Liberal Cautions on Same-Sex Marriage*, in: Robert P. George and Jean Bethke Elshtain(eds.), *The Meaning fo Marriage: Family, State,*

Market, and Morals, Spence Pub, 2006.

Bunch, Charlotte and Susana Fried, "Beijing '95: Moving Women's Human Rights from Margin to Center." *Signs: Journal of Women in Culture and Society* 22,1(1996), pp.200–4.

Butler, Judith, *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*. Routledge: New York, 1999. viii.

Callis, April S. "Playing with Butler and Foucault: Bisexuality and Queer Theory." *Journal of Bisexuality* 9,3–4(2008), pp.213–233.

Cameron, Paul and Kirk Cameron, *Homosexual Parents*, 31 Adolescence 757, 1996.

Carmona, Magdalena Sepúlveda, *A Contemporary View of 'Family' in International Human Rights Law and Implications for the Sustainable Development Goals(SDGs)*. UN Women, 2017.

Carayannis, Tatiana, and Thomas G. Weiss. The "Third" United Nations: How a Knowledge Ecology Helps the UN Think, Oxford: Oxford UP, 2021. p.15.

CBN News, Mental Problems More Likely for Kids of Gay Parents, (last modified Feb. 16, 2015), <<https://www1.cbn.com/cbnnews/healthscience/2015/february/mental-problems-more-likely-for-kids-with-gay-parents>>.

Chiara, Corradino Anna, *Performing Necrophilia: forms of female*

dominance in *Kissed* by Lynne Stopkewich, *Nekromantik* and *Nekromantik 2* by Jörg Buttgereit." A Transdisciplinary Journal of Queer Theories and Studies 3, 2020.

Clinton, Hillary Rodham. "First Lady Hillary Rodham Clinton Remarks for the United Nations Fourth World Conference on Women." The Fourth World Conference on Women, Sept. 5, 1995. <<https://www.un.org/esa/gopher-data/conf/fwcw/conf/gov/950905175653.txt>>.

Committee against Torture, General Comment No.2, Implementation of Article 2 by State Parties, CAT/C/GC/2, 24 January 2008.

Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No.20: article 2(2), E/C.12/GC/20, 2 July 2009.

Council Directive 2000/78/EC of 27 Nov. 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, OJ [2000]L 303/16.

Curtin, Sally C., and Paul D. Sutton, *Marriage rates in the United States, 1900–2018*. Health E-Stats, April, 2020.

Dell-Aversano, Carmen, *The Love whose Name Cannot be Spoken: Queering the Human–Animal Bond*. Journal for Critical Animal Studies 8,1/2, 2010.

Eighteenth Sess. Report of CEDAW, A/53/38 (Part I) (May 14, 1998), para. 108 (Croatia).

Elliott, Josh K., *What's next for the Liberal Party after its historic Ontario election defeat?* (last modified Jun. 7th, 2018) <<https://globalnews.ca/news/4260426/ontario-liberal-party-kathleen-wynne-election-loss-next-leader/>>.

Ettelbrick, Paula L. Esq. and Alia Trabucco Zern, *The Impact of the Yogyakarta Principles on International Human Rights Law Development: A Study of November 2007—June 2010 Final Report*, last modified Sept. 10th, 2010, <http://ypinaction.org/wp-content/uploads/2016/10/Yogyakarta_Principles_Impact_Tracking_Report.pdf>.

Father Robert Araujo, *Sovereignty, Human Rights, and Self-Determination: The Meaning of International Law*, Fordham International Law Journal, vol.24 Iss.5, 1477, 1479–1480, 2000.

Fix Family Courts, *Fatherless Single Mother Home Statistics*, (last updated March 20, 2017), <<https://www.fixfamilycourts.com/single-mother-home-statistics/>>.

George, Robert P., Sherif Girgis and Ryan T. Anderson, *Gay Marriage, then Group Marriage?* CNN Opinion, (Last updated March 21, 2013), <<https://edition.cnn.com/2013/03/20/opinion/george-gay-marriage/index.html>>.

Gerber, Paula and Joel Gory, *The UN Human Right Committee and LGBT Rights: What is it doing—What could it be doing*, 14 Hum.Rts. L.Rev.403, 440 (2014).

Global Helping to Advance Women and Children. "Joint NGO Submission Addressing UN OHCHR Report on Protection of the Family Resolution 29/22," Feb. 15, 2016. *Human Rights Council*, United Nations General Assembly. A/HRC/31/NGO/155.

Goldberg, Abbie E. and Julianna Z. Smith, Stigma, *Social Context and Mental Health: Lesbian and Gay Couples Across the Transition to Adaptive Parenthood*, J. Couns. Psychol, 2011 Jan, 58 (1).

Gurrentz, Benjamin. "For Young Adults, Cohabitation is Up, Marriage is Down", *United States Census Bureau*, last updated Nov. 11, 2018, <<https://www.census.gov/library/stories/2018/11/cohabitation-is-up-marriage-is-down-for-young-adults.html>>.

Hamilton, Brady E. "QuickStats: Expected number of births over a woman's lifetime—National Vital Statistics system, United States, 1940–2018," *Morbidity and Mortality Weekly Report* 69,1, 2020.

Hassen, Peter, New York City Lets You Choose from 31 Different Gender Identities, *The Daily Caller*, last modified May 24th, 2016, [<http://dailycaller.com>].

Human Rights Campaign, *State Maps of Law and Policies* (accessed Apr. 24, 2019) <<http://www.hrc.org/state-maps>>. .

Human Rights Council, *Protection of the family: contribution of the family to the realization of the right to an adequate standard of living for its members, particularly through its role in poverty*

eradication and achieving sustainable development. (accessed Dec. 16, 2023) <<https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/protection-family>>.

Human Rights Council, *Resolution adopted by the Human Rights Council: 26/11 Protection of the family*. July 16, 2014, <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/086/78/PDF/G1408678.pdf?OpenElement>>.

ISHR, Expert views on the Vienna Declaration & Programme of Action + 20, Feb. 13th, 2013, (accessed Aug. 21, 2018) <<https://www.ishr.ch>>.

Neely, Judge Ruth, Wyoming Commission on Judicial Conduct and Ethics, 390 P.3d 728 (Wyo. 2017)

Kilby, Jane, *Judith Butler, Incest, and the Question of Child's Love*, Feminist Theory, 11,3 (2010).

Legal Information Institute, Wex Legal Dictionary, Free Exercise Clause. <<https://www.law.conrenell.edu/wex>>.

McLanahan, Sara, and Christopher Jencks, *Was Moynihan Right? What Happens to Children of Unmarried Mothers*, Education Next 15,2(2015), pp.14–20.

Millett, Kate. My Sister Kate: *The Destructive Feminist Legacy of Kate Millett: A Conversation with the Feminist Icon's Sister*.

Interview, Front Page Magazine, Feb. 7, 2018. <<https://www.frontpagemag.com/my-sister-kate-destructive-feminist-legacy-kate-mark-tapson/>>.

Narrain, Arvind, *The Yogyakarta Principles on Sexual Orientation and Gender Identity: Six Conceptual Advances enabled by the Principles*, <<http://arc-international.net/research-and-publications/new-arc-reports/the-yogyakarta-principles-on-sexual-orientation-and-gender-identity-six-conceptual-advances-enabled-by-the-principles/>>.

Ortiz-Ospina, Esteban, and Max Roser. *Marriages and Divorces*, OurworldinData.org. (accessed Dec. 16, 2023), <<https://ourworldindata.org/marriages-and-divorces#divorce-rates-increased-after-1970-in-recent-decades-the-trends-very-much-differ-between-countries>>.

Peeters, Marguerite A. *The Emergence of Global Governance as a Political Revolution: New Political Paradigms and the Shift to Postmodern Politics(1945-1996)*. Dissertation, Cardinal Stefan Wyszyński University. June 29, 2022. p.46.

Tozzi, Piero A., *Six Problems with the Yogyakarta Principles*, Catholic Family & Human Rights Institute, International Organization Research Group Briefing Paper No. 1. (last modified April 2, 2007), <https://c-fam.org/briefing_paper/six-problems-with-the-yogyakarta-principles-1/>.

Pooja Patel and Arvind Narrain, “The Yogyakarta Principles on Sexual Orientation and Gender Identity: Establishing the Universality of Human Rights”, <<http://ypinaction.org/yogyakarta-principles-10/the-yogyakarta-principles-on-sexual-orientation-and-gender-identity-establishing-the-universality-of-human-rights/>>.

Pooja Patel and Arvind Narrain, *The Yogyakarta Principles: Looking Back, Looking Forward*, Arrow for Change, vol. 23 no. 2, 2017, <<http://ypinaction.org/wp-content/uploads/2017/08/only-article.pdf>>.

Reckers, George and Mark Kilgus, *Studies of Homosexual Parenting: A Critical View*, 14 Regent University Law Review 343, 2002.

Richard Wilkins, International Law, Social Change, and the Family, Presented Paper, (The Federalist Society for Law and Public Policy Studies), 2002.

Sarah Knapton, Being homosexual is only partly due to gay gene, research finds, The Telegraph, (last modified Feb. 13, 2014), <<http://www.telegraph.co.uk>>.

Schlafly, Phyllis. *Who Killed the American Family?* WND Books, 2016.

Shalby, Colleen, *Controversial sex education framework for California approved despite protest*, LA Times, last modified May. 10, 2019, <<https://www.latimes.com/local/lanow/la-me-sex-education->

california-20190510-story.html>.

Steven L. Nock, Marriage in Men's Lives 11(1998), Linda J. Waite, Does Marriage Matter?, 32 Demography 483, 494 (1995),

Maria Sophia Aguirre, Family, Economics and the Information Society: How are They Affecting Each other?, paper presented at the World Congress of Families II, Geneva, Switzerland (1999).

The World Conference on Human Rights in Vienna. "Vienna Declaration and Programme of Action." June 25, 1993. <<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/vienna-declaration-and-programme-action>>.

Toonen v. Australia, Communication No.488/1992, U.N.Doc CCPR/C/50/D/488/1992 (1994)

Tweedy, Ann. *Polyamory as a Sexual Orientation*, University of Cincinnati Law Review 79.4, 2011.

UN General Assembly(GA) resolution, Extrajudicial, summary or arbitrary executions, fifty-ninth sess, A/Res/59/197.

United Nations. "Report of the International Conference on Population and Development." Cairo, 5-13 September 1994. A/CONF.171/13/Rev.1.

UNFPA, "Program of Action: Adopted at the International Conference

on Population and Development, Cairo, 5–13 September 1994.”

UNESCO, *International Guidelines on Sexuality Education: An Evidence informed Approach to Effective Sex, Relationships and HIV/STI Education*, June, 2009.

UNESCO, *International Technical Guidance on Sexuality Education: An Evidence-informed Approach*, Revised Edition, 2018.

United Nations Human Rights Council, “Protection of the Family,” (last accessed Dec. 16, 2023), <<https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/protection-family>>.

Universal Declaration of Human Rights, United Nations, (last accessed March 10, 2023, <<https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>>

Wood, James Jr., *The Religious Freedom Restoration*, 33 J.Church & St. 673, 673–678 (1991)

Zürn, Michael, *A Theory of Global Governance: Authority, Legitimacy, and Contestation*, Oxford: Oxford University Press, 2018.

<http://ypinaction.org/wp-content/uploads/2017/08/arvind-and-pooja-article-arrow.pdf>.

<http://www.becketfund.org/index.php/case/93.html?PHPSESSID=c1324d0ad95ef409ea3f010819e060cf>.

<http://yogyakartaprinciples.org/principles-en/about-the-yogyakarta-principles/> (accessed Jul. 8, 2019)

<https://arc-international.net/the-yogyakarta-principles-five-things-every-activist-should-know>(accessed Jul. 8,2019)

<https://arc-international.net/the-yogyakarta-principles-five-things-every-activist-should-know/> (accessed Jul. 8 2019)

<https://web.archive.org/web/20090106032001/http://www.ukgaynews.org.uk/Archive/07/Oct/2702.htm>, (accessed Jul. 8, 2019)

https://www.asiapacificforum.net/media/resource_file/APF_UNDP_YP10_Conference_Report.pdf.

<https://www.hrw.org/news/2007/11/05/letter-exclusion-undermines-landmark-bill>.

<https://www.youtube.com/watch?v=VGJfdMqTI2A>.

<https://www.moj.go.kr/bbs/moj/182/576109/artclView.do>.

<https://www.bbc.com/news/world-asia-india-65525980>.

