

제2회 **SOGI** 콜로키움
Sexual Orientation
Gender Identity

동성 결합 제도화의 의미와 법적 쟁점



일시 2013년 8월 20일 (화) 19시-21시

장소 인권중심 사람

주최 성적지향.성별정체성 법정책연구회

Korean Society of Law and Policy on

Sexual Orientation and Gender Identity

목 차

제1발제_동성결합의 법적 쟁점과 제도화 가능성	2
공익인권변호사모임 희망을만드는법	
류민희 변호사	

제2발제_동성결합의 제도화의 의미와 과제	18
부산대학교 법학전문대학원	
오정진 교수	

동성결합의 법적 쟁점과 제도화 가능성

공익인권변호사모임 희망을만드는법

변호사 류 민 희

목 차

I. 머리말	III. 한국에서의 동성결합에 관한 법적 논의
II. 동성결합의 제도화 동향	1. 헌법상 쟁점
1. 성적지향 법제와 동성결합	2. 민법상 쟁점
2. 동성결합 제도의 동향	IV. 동성결합 제도화에 대한 방법론
3. 국제인권법적 동향 - 자유권 위원회	1. '어떤 상황에서 동성결혼이 먼저 도착하는가'
	2. 입법적 방법론
	3. 소송적 방법론
	V. 결 론

I. 머리말

많은 사람들은 자신의 삶에 있어서 어느 타인과 친밀관계(intimate partnership)¹⁾를 맺고 살아가기를 원하고, 실제로 그렇게 살고 있는 경우도 많다. 주로 이러한 관계들을 국내법 중 가족법이 주로 규율하지만, 공법, 사법의 다른 규정과도 깊은 연관을 맺기도 한다.²⁾ 20세기까지 각 국에서 소도미 법(sodomy law) 같은 형법적 처벌가능성을 내포하는 차별적인 법제가 철폐된 이후에도 동성애자들은 오랫동안 이 가족법의 바깥에 존재하며 친밀관계에 대한 국가의 승인을 통한 권리와 혜택으로부터 배제되어 왔다.

1) 친밀관계란 사람마다 다른 의미로 다가올 수 있다. 서로를 사랑하기, 돌보기, 같은 주거에 거주하기, 성적 관계를 맺기, 함께 자녀를 양육하기, 관계를 평생 유지하기, 물건을 공동 소유하기 등등. 이 중 어느 특징도 보편적으로 결혼이나 다른 종류의 친밀관계에 대한 필수적인 요건은 된다고 말하기는 힘들다. 결국 이 논의에서 말하는 친밀관계는 위의 몇 가지 특징을 가지는 넓은 범위의 친밀관계들을 의미한다.

2) 예를 들면, 가족법에서의 배우자, 동거인의 범위에 따라서 공법인 형법에서의 가정폭력의 규율을 받을 수도 있고, 사법 상의 임대차의 승계권을 받을 수도 있는 것이다.

미 연방대법원 앞에서 ‘결혼보호법’ 위헌 판결을 자축하는 동성커플들의 환호의 광경을 목도 하며 동성결합에 대한 입법의 활로가 오랫동안 막혀온 한국에서는 묘한 감정이 들 수밖에 없다. 이렇게 동성결합은 언뜻 생각하면 오직 외국에서 먼저 발생하여 한국에 수입되어온 논의 같지만, 한국에서도 보다 넓은 틀의 가족구성권의 논의를 포함하여 동성애자 운동 진영과 헌법, 민법 학계에서 꾸준한 담론의 전개가 있어 왔다.³⁾ 학계에서는 동성결합이 거부할 수 없는 흐름이며, 법적·정책적으로 미리 준비를 해야 한다는 판단도 있었던 것 같다. 이러한 논의들에 비하여 정부와 국회 안에서는 상대적으로 눈에 띄는 흐름을 찾기 어려웠다.

오는 2013년 9월, 김승환(레인보우팩토리 대표), 김조광수(영화감독, 청년필름 대표) 동성커플의 공개결혼 ‘당연한 결혼식’ 이후 동성결합에 대한 본격적인 입법적·소송적인 접근으로의 운동이 예상되고 있다. 이 글에서는 국외적인 동성결합 제도화의 동향을 먼저 제II장에서 본 후, 제III장에서 한국법 안에서의 논의 몇 가지를 살펴보고, 제IV장에서 구체적 방법론을 살펴보고 마지막으로 제V장에서 맺는다.⁴⁾

II. 동성결합 제도화의 동향

1. 성적지향 관련 법제와 동성결합

Sandra Fredman(2011)에 의하면, 성적지향과 관련된 법제의 역사는 크게 세 가지 차원으로 나누어 볼 수 있다. 첫 번째는 비범죄화(decriminalization), 차별적이고 실질적인 법적 장애를 제거하는 방식의 법 앞에서의 형식적 평등(formal equality)이다. 두 번째는 동성 파트너십의 동등한 인정이다. 세 번째는 괴롭힘과 범죄를 포함한 모든 종류의 차별로부터의 보호이다.⁵⁾

Kees Waaldijk(2001)도 유럽 국가에서의 성적지향 관련 법제의 역사를 순서적으로 보아, 첫 번째 단계를 비범죄화와 그에 이은 동의 연령(age of consent)의 평등, 두 번째 단계를 차별금지법제의 도입, 세 번째 단계를 동성 파트너십과 양육의 권리 법제의 도입으로 보고 있다. Waaldijk은 이러한 순서는 두 가지 함의가 있는데 첫째, 항상 그런 것은 아니지만 일반적으로 전의 단계의 상황이 발생하여야 후의 단계가 가능해진다는 것이다. 예를 들면, 동성 간의 성행위에 대한 형법적 처벌가능성을 그대로 둔 채로 성적 지향에 기반한 고용 차별을 금지하는 것

3) 예를 들면, 2004. 6. 25. 퀴어문화축제 중 ‘한국에서 동성 결혼은 가능한가’ 토론회, 2006. 9. 23. ‘동성애자의 가족구성권 토론회’, 2007. 6. 11. ‘다양한 가족형태에 따른 차별해소와 가족구성권 보장을 위한 연구모임(이하 가족구성권 연구모임)’의 워크샵 ‘가족에 관한 발칙한 이야기 - 가족구성권 보장을 위한 새로운 길 찾기’ 와 최근 2013. 7. 12. 가족구성권 연구모임의 ‘가족 패러다임의 변화와 동성결합의 의미’ 워크샵 등이 있다.

4) 혼인/결합과 배우자/파트너의 개념을 가지지 않는 ‘가족’에 대한 논의는 여기서 담기에는 역부족으로 판단되고, 제외하기로 한다.

5) Sandra Fredman, *Discrimination Law* (Oxford University Press, 2011), p. 86.

은 논리적으로 이상하다. 둘째, 매 단계는 다음 단계에 대한 촉진적인 작용을 한다는 것이다. 예를 들면, 일단 입법부가 성적지향에 기반하여 사람에게 다른 대우를 하는 것은 부당하다는 것을 전제하고 나면, 예를 들면 가족법이라던지 다른 법률에서 다른 대우를 하는 것이 설득력이 낮아지는 것이다.⁶⁾

2. 동성결합 제도의 동향

2013년 8월 현재 15개 국가(아르헨티나, 벨기에, 브라질, 캐나다, 덴마크, 프랑스, 아이슬란드, 네덜란드, 뉴질랜드, 노르웨이, 포르투갈, 스페인, 남아프리카 공화국, 스웨덴, 우루과이)와 2개 국가(멕시코, 미국)의 일부 지역이 동성 결혼 제도를 두고 있다. 동성결합 제도를 크게 나누자면 ① 동성간 특유의 결합을 인정하는 독일의 예, ② 동성결합에 이성 사실혼 기준의 혜택을 적용하는 예 ③ 이성간 또는 동성 간 모두 적용가능한 형태의 결합방식인 프랑스의 예를 들 수 있겠다.⁷⁾

동성 결합과 동성 결혼의 논의는 단순히 동성애자만의 이슈가 아니라 사람 간의 결합 관계를 어떻게 구성할 것인지에 대한 큰 흐름의 일부이다. 전통적인 “결혼 아니면 무(無)” 식의 규율, 결혼과 가족법제의 경직성은 제도에 진입하지 않기를 선택하는 개인을 늘게 만들고, 결혼제도의 고사를 낳는다는 지적도 많다.

최근에는 네덜란드나 프랑스 같은 국가는 아래 표와 같이 관계에서 예정, 요구되는 의무의 정도에 따라 친밀관계의 선택지를 제공하는 ‘선택 가능한 메뉴’ 개념의 친밀관계 제도를 제공하고 있다. 직장보험 혜택만 받을 수 있는 관계부터, 미국 일부 주의 서약 혼인(covenant marriage)까지, 물론 권리와 의무가 강할수록 관계의 진입과 해소는 어려워진다. 이러한 담론과 법제화는 개인과 결합의 생활상, 욕구에 따라 최근 국제적으로 특히 빠르게 변화하고 있다.

6) Kees Waaldijk, *Small Change: How the Road to Same-Sex Marriage Got Paved in the Netherlands*, p. 440

7) 보다 자세한 논의는 오정진, 동성혼으로 말해 온 것과 말해야 할 것, 가족법연구 제23권 1호 통권 제34호 (2009년 3월) pp.187-212

A Menu of Partnership Recognition Options

	Domestic Partners	Cohabitation	Cohabitation Plus	Civil Unions	Marriage	Covenant Marriage
Employee Health Benefits, etc.	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Joint Property Ownership		✓	✓	✓	✓	✓
Mutual Support		✓	✓	✓	✓	✓
Family Leave		(✓)	✓	✓	✓	✓
Social Security Benefits			✓	✓	✓	✓
Surrogate Decisionmaking Capacity			✓	✓	✓	✓
Inheritance Rights			✓	✓	✓	✓
Joint Parental Rights/Adoption			(✓)	✓	✓	✓
Taxation			(✓)	✓	✓	✓
Fidelity Requirement				✓	✓	✓
Dissolution Thru Judicial Proceeding				✓	✓	✓
Interstate Portability				(✓)	✓	✓
Symbolic Tie to Traditional Marriage					✓	✓
Counseling Before Dissolution						✓
Fault-Based Dissolution						✓

Source: William N. Eskridge, Jr., *Equality Practice: Civil Unions and the Future of Gay Rights* 125 (2002) (Table 3.3).

3. 국제인권법적 동향 - 자유권 위원회

동성결합과 관련된 자유권위원회 결정례로는 2003년 Young v. Australia 사건⁸⁾과 2007년 X v. Colombia 사건⁹⁾이 있다.¹⁰⁾ 이 두 사건에서는 각각 20년 이상 관계를 유지한 동성커플에 대해 국가가 법률로써 연금지급을 거부한 것이 쟁점이 되었다.¹¹⁾ 각각의 사건에서 호주와 콜롬비아는 사실혼 관계의 커플에게도 결혼 관계의 커플과 동일하게 연금을 지급한다는 규정을 가지고 있었다. 그러나 호주는 명문으로써, 콜롬비아는 법원의 해석으로써, 이 규정의 적용을 이성애

8) Young v. Australia, Communication No. 941/2000, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/941/2000 (2003).

9) X v. Colombia, Communication no. 1361/2005, U.N. Doc. CCPR/C/89/D/1361/2005 (2007).

10) 이 문단은, 김지혜, 성적지향과 성별정체성에 관한 국제인권법 동향과 그 국내적 적용, 법조 제61권 제11호 통권 제674호 (2012년 11월), pp.181-222를 참조하였다.

11) 호주 사건의 청구인은 사망한 파트너와 38년 동안 관계를 유지하였고 파트너의 사망 전 수 년 동안 간호를 하였다. 콜롬비아 사건의 청구인은 파트너와 22년 동안 관계를 유지하였고 7년의 동거기간이 있었다.

커플만으로 한정하였다. 청구인들은 이 규정이 성적지향을 이유로 한 차별로서 자유권규약 제26조에서 보장하는 ‘법 앞에서의 평등’에 위반된다고 주장하였고, 자유권위원회는 이를 인용하였다. 자유권위원회 결정문에서, 비혼 커플과 결혼한 커플 사이에 차별을 두는 것은 결혼에 대한 선택의 결과이기 때문에 합리적이나, 비혼 커플 가운데 이성커플과 동성커플 사이에 차별을 두는 것은 명백한 차별이라고 실시하였다.

하지만 위와 같은 결정은 동성이 포함될 수 있는 동거관계(cohabitation)가 인정된 국가에서 동성커플과 이성커플에 대한 직접차별로 접근한 사건이다. 동성커플이 접근할 수 있는 결합관계가 전혀 없는 국가에서는, 이러한 배제가 이성커플, 동성커플 모두에게 적용된다고 하더라도 간접 차별이 될 수 있다는 논리가 가능하다.

이에 대해 1990년 *Danning v. the Netherlands* 사건¹²⁾의 논리를 보자. 네덜란드의 남성 Danning씨는 어떤 여성과 신고 안한 사실혼(common-law marriage) 관계였다. 어느 날 교통사고로 신체에 영구적 손상을 입었고 이에 대하여 장애인연금급여를 받을 수 있었는데 그 중 결혼한 커플과 달리 자신들에게는 주어지지 않는 급여가 존재하였다. 청구인은 자유권규약 26조(2조와 함께) 차별금지 위반을 주장하며 자유권위원회에 개인진정을 하였다 이에 대해 위원회는 기각하며 ‘네덜란드법이 결혼한 커플과 결혼하지 않은 커플을 다르게 대우하는 것은 합리적인 이유가 있는 것. 동거하고 있는 (이성)커플에게는 결혼관계에 진입하여 관련된 혜택과 의무, 책임을 받을 수 있는 선택이 존재한다’고 판시하였다.¹³⁾ 이 논리를 바꾸어 생각하면 다른 친밀관계 제도가 존재하지 않는 국가의 동성커플에게는 결혼관계에 진입할 선택이 없고 그래서 다른 비결혼커플과 똑같이 취급하는 것은 간접차별에 해당할 여지가 있다.

국제인권규약에 근거하여 동성결혼을 주장한 사건은 현재까지 2002년 *Joslin v. New Zealand* 사건¹⁴⁾가 유일하다. 이 사건은 레즈비언 커플 2쌍이 뉴질랜드 국내법원에 바로 동성결혼을 주장한 사례이다. 뉴질랜드 결혼법에는 ‘between men and women’이라는 문언이 있었는데, 뉴질랜드 대법원은 위 커플에 대한 신고 거부를 차별로 보지 않았다. 자유권위원회에 개인 진정하였음. 자유권위원회는 규약 23조의 결혼에 관한 권리¹⁵⁾는 다른 조항(‘모든 사람’)과 달리

12) L. G. Danning v. The Netherlands, Communication No. 180/1984, U.N. Doc. CCPR/C/OP/2 at 205 (1990)

13) 이 부분은 나중에 1994년 평등대우법 입법으로 사회보장급여에 대해서는 사보험을 제외하고 결혼커플과 동거커플(cohabitation)과의 차이가 없어져서 입법적으로 해결된다.

14) Ms. Juliet Joslin et al. v. New Zealand, Communication No. 902/1999, U.N. Doc. A/57/40 at 214 (2002)

15) International Covenant on Civil and Political Rights, Article 23

1. The family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State.
2. The right of men and women of marriageable age to marry and to found a family shall be recognized.
3. No marriage shall be entered into without the free and full consent of the intending spouses.
4. States Parties to the present Covenant shall take appropriate steps to ensure equality of rights and responsibilities of spouses as to marriage, during marriage and at its dissolution. In the case of dissolution, provision shall be made for the necessary protection of any children.

제23조

'men and women'이라는 표현을 쓰는 취지를 볼 때, 위 진정에 대해서 결혼에 관한 권리 침해와 차별금지 위반 모두 인정되지 않는다고 판시하였다.

자유권위원 Rajssoomer Lallah와 Martin Scheinin은 다수의견에 대한 추가적인 개인의견으로, '23조의 해석에 대한 결론에는 동의한다. 23조의 'men and women' 표현은, 이성 간의 결혼 인정에 대한 국가의 의무를 말하는 것이지, 그렇다고 해서 이 조항이 동성 간의 결혼이나 다른 비슷한 결합관계를 국가가 인정하는 것을 방해하지 않는다. 또한, 이 사건이 26조 차별금지 위반에 해당하지 않는다는 의견에 대해 몇 가지 추가하자면, 이번 건해가 결혼커플과 법에 의해 결혼이 배제된 동성커플에 대한 다른 대우가 언제나 차별금지 위반이 아니라는 이야기는 아니다. 오히려 반대로 위원회의 법리는 이것이 어떤 상황에서는 차별이라고 볼 수 있는 입장을 지지한다(Toonen 사건과 Danning 사건을 인용하며). 결혼한 커플과 결혼하지 않은 커플에 대한 차등 대우의 정당화는 결혼에 대한 선택이 커플에게 있기 때문이다. 동성커플에게 결혼 혹은 결합관계를 인정하지 않는 나라의 동성커플에게는 그러한 선택이 가능하지 않다. 따라서 합리적이고 객관적인 요건에 의해 정당화되지 않는다면, 동성커플에 대한 어떤 권리나 혜택의 배제는 차별일 수 있다.'고 밝혔다.

III. 한국에서의 동성결합에 관한 법적 논의

1. 헌법상 쟁점

가. 제36조 제1항

대한민국 헌법

제36조 ①혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.

법률에서 직접적으로 혼인을 한 명의 남자와 한 명의 여자간의 결합으로 규정하는 국가들도 존재한다. 하지만 한국에는 명문 규정 어디에도 혼인을 이와 같이 제한하는 규정은 없으나, 현행 헌법 하에서는 제36조 제1항의 해석에 따라 동성혼이 인정될 수 없다는 견해도 많다. 위 조항은 혼인이 양성 간의 결합임을 의미하므로 동성혼이 인정되기 위해서는 헌법 개정을 요한다는 견해¹⁶⁾, 우리 헌법이 예정하고 있는 혼인이란 양성의 결합을 의미하는 것으로 보이고 동성혼

1. 가정은 사회의 자연적이며 기초적인 단위이고, 사회와 국가의 보호를 받을 권리를 가진다.

2. 혼인적령의 남녀가 혼인을 하고, 가정을 구성할 권리가 인정된다.

3. 혼인은 양당사자의 자유롭고 완전한 합의 없이는 성립되지 아니한다.

4. 이 규약의 당사국은 혼인 기간 중 및 혼인 해소시에 혼인에 대한 배우자의 권리 및 책임의 평등을 확보하기 위하여 적절한 조치를 취한다. 혼인 해소의 경우에는 자녀에 대한 필요한 보호를 위한 조치를 취한다.

을 인정하지 않는다고 하여 그것이 바로 평등원칙에 어긋난다고 말하기는 어려우나 일반적 행동자유권이나 성적자기결정권에 의해서 동성 간 결합은 인정할 수 있다는 견해¹⁷⁾ 등이 그것이다. 한편 이에 대해, 헌법제정자는 동성 간의 혼인에 대해 어떠한 가치판단도 하지 않았으며 혼인의 개념에 대한 헌법해석의 문제라는 견해¹⁸⁾도 존재한다. 하지만, 이 조항은 혼인과 가족생활에 개인의 존엄과 양성의 평등을 침해하는 것을 배격하는 원칙을 천명한 것으로, 혼인의 전제가 양성이어야 한다는 것으로 해석되는 것은 체계상 맞지 않으며, 가족이 성립되는 계기가 되는 입양의 경우, 입양의 조건으로 양성일 것을 요구하지 않는 점을 볼 때, 혼인의 경우에도 양성일 것이 성립의 기초로 제한되는 것으로 해석해서는 안 된다는 견해도 있다.¹⁹⁾²⁰⁾ 이와 같이 헌법학에서 동성혼에 대한 논의는 대부분 제34조 제1항의 해석을 둘러싸고 전개된다.

제한헌법	제20조 혼인은 남녀동권을 기본으로 하며 혼인의 순결과 가족의 건강은 국가의 특별한 보호를 받는다.
1963년 헌법	제31조 모든 국민은 혼인의 순결과 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다.
1980년 헌법	제34조 ①혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 한다.

사건으로는 “양성의 평등”이라는 문언이 동성혼을 혼인에서 적극적으로 배제하고 있다고 보이지는 않는다. 위 문구가 헌법에 등장한 맥락은 전근대와 근대가 혼재되고 가부장제와 여성차별의 잔재가 있는 한국 가족제도와 가족법에 대한 헌법상의 평등의 요청, 성평등(gender equality)의 규범화라고 보여진다. 따라서 제36조 제1항은 동성혼을 인정하는 것에 장애가 될 수 없고 성평등에 대한 해석에 따라 오히려 동성결혼을 적극적으로 도출할 수 있는 근거조항이라고 판단된다. 비교법적으로 법률에 혼인의 정의를 두는 제한된 경우 중 ‘marriage is between men and women’이라는 표현을 쓰는 경우는 해석의 폭이 좁을 수밖에 없지만, 한국 헌법은 혼인의 당사자에 대해서 이야기하지 않고 결혼 제도 내에서 평등을 이야기하고 있다.

헌법재판소는 평등권 침해 유무의 심사기준으로 ‘자의 금지 원칙’과 ‘비례의 원칙’을 제시하고 있는데, 특히 ‘제대군인 공무원채용시험 가산제도’에 대한 위헌 결정에서 엄격한 심사기준을 제시한 이래, ① 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우, ② 기본권 침해가 중대한 경우에 엄격한 심사기준을 적용하고 있다. 동성혼인에 대한 차별을, 남성과 여성의 혼인과 여성과 여성, 남성과 남성의 혼인의 차별로 보아 헌법 제11조의 평등권의 침해로서 “성별에 따른 차별”로 볼 수 있고, 엄격한 기준에 의해서 평등권 침해 여부를 판단하게 될 것이므로 합리적인 근거 없이

16) 정종섭, 헌법학원론, 박영사, p.216

17) 윤진수, 혼인의 자유, 한국법학 50년-과거, 현재, 미래, 한국법학교수회, 1998, p.73

18) 이준일, 헌법상 혼인의 개념-동성간 혼인의 헌법적 허용가능성, 한국공법학회, 2009.2., p.187

19) 2006년 입양촉진 및 절차에 관한 특별법 시행규칙 개정으로 ‘혼인중일 것’ 자격요건이 삭제되었다.

20) 이은우, 동성혼과 가족제도, 동성애자 가족구성권 자료집, 친구사이, p.72

동성혼을 금지하는 것은 위헌의 소지가 있다는 견해도 존재한다.²¹⁾

한편, ‘국제인권법 동향’에서 밝힌 바와 같이, 동성커플에게 일체의 결혼 혹은 결합관계를 인정하지 않는 상황에서 모든 비혼커플에 대한 어떤 권리나 혜택의 배제는 동성커플에 대한 간접차별의 논리로 구성하는 것도 가능하다. 헌법재판소는 ‘제대군인 공무원채용시험 가산제도’에서 명시적으로 밝히지는 않았지만 논지 전개상 간접차별로 보이는 법리를 도입한 바 있다.

나. 상대방을 자유로이 선택할 자유

제36조 제1항에 대해서 헌법재판소는 1997년 동성동본금혼 사건에서 “혼인이 1남 1녀의 정신적·육체적 결합이라는 점에서는 변화가 없다고 할지라도 (중략) ‘인격 대 인격의 결합’이라는 관념으로 바뀌었고”라고 혼인의 변화상에 대해 판시하면서, “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 있다. 따라서 혼인에 있어서도 개인의 존엄과 양성의 본질적 평등의 바탕위에서 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.”라고 하며 상대방을 자유로이 선택할 자유가 헌법 제36조 제1항에 의해서 도출된다고 하였다.²²⁾

다. 차등 대우의 합리성, 정당성

모든 차등 대우가 차별이며 평등권 침해인 것은 아니고, 합리적 이유가 있다면 정당화된다. 그동안 각국의 법원에 대한 동성결혼 사건 중 기각된 예를 보면 ‘동성 커플은 생식(procreation)이 불가능하다’는 논리가 차등 대우를 정당화하였는데, 이제 이 논리는 차츰 설득력을 잃어가는 것으로 보인다. 결혼 제도는 당사자들의 임신, 불임 여부와 상관없이 공개되었고, 불임이 되었다고 해서 결혼 신고가 취소되지 않으며, 이미 생식과 결혼은 분리되었다는 것이 미국 가족법 교수들의 주장이다.²³⁾

‘전통’ 논리에 관해서는, 최근 수십 년간 결혼과 관련한 가족법적 동향은 결혼 밖 관계에 대한 법률적 규제에서 벗어남, 개인화, 해소의 유연화(no-fault divorce) 등에서 빠른 변화가 있었듯이, 결혼이란 것은 고정된 제도인 적이 없었다는 점이 주요 근거로 등장한다.

21) 서중희, 한국에서의 호모사케르 : 동성혼, 원광법학 제26권 제2호 (2010년 6월) p.117

22) 헌법재판소 1997. 7. 16. 95헌가6내지13(병합)

23) Amicus Brief of Monroe Inker and Charles Kindregan, Goodridge 등

그 외 ‘도덕’, ‘종교’의 논리에 대해서는 보다 심도 깊은 논증이 필요하나 잠시 간략히 서술하자면, 근대의 결혼은 종교와 분리된 법률적인 문제였고, 결혼 제도의 핵심은 당사자 간의 의사의 합치에 따른 계약이며, Goodridge 판결에서는 모든 도덕 논리를 기각하며 매사추세츠 헌법과 “우리의 의무는 우리의 자유를 규정하는 것이지, 우리의 도덕률을 정하는 것이 아니라”고 하였다.

2. 민법상 쟁점

가. 현행 가족법상 수리 가능 여부

케이커플 혼인신고불수리 사건은 2004년 이상철 박종근씨가 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 사건이다. 그 이후 법률적 대응에 관해서는 알려지지 않았다.

나. 사실혼 관계의 인정 여부

현재까지 알려진 동성결합에 대한 한국에서의 소송적 접근은 ‘레즈비언 사실혼 파탄’에 대한 인천지방법원 사건²⁴⁾이 유일하다. 이 사건에서 원고의 주장은, 원고와 피고는 동성으로서 1980. 5. 2.부터 2001. 3. 19.까지 20여 년간 혼인 유사 생활을 같이 해온 사이로, 폭행 등 피고의 책임 있는 사유로 원 피고 간의 사실혼 관계가 파탄되었으므로 사실혼 부당과기로 인한 위자료 및 사실혼해소로 인한 재산분할을 구하였다.

재판부는 “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 간에 사실혼 유사의 동거관계를 사실혼으로 인정하여 법률혼에 준하는 보호를 할 수는 없다.”고 하며 원고의 청구를 모두 기각하였다. 한편 서울고등법원은 강제조정에서, 오랜 기간 동안 두 사람의 동거가 인정되는만큼 피고 명의의 재산 일부에 대해서 원고도 권리도 있다는 판단을 내렸으나 정식판결이 아닌만큼 정

24) 인천지법 2004. 7. 23. 선고 2003드합292 판결 【사실혼관계해소로 인한 재산분할 및 위자료】

확한 논리는 알기 어렵다.²⁵⁾

한국에서 사실혼 제도는 판례법상, 일반적인 법 바깥의 혼인유사관계를 말하는 것이 아니라 신고만 걸여된 준혼(準婚)으로 규율한다. 이는 한국의 사실혼 제도가 종래 조선의 의식혼 제도에서 신고혼주의로 전환하며, 무지, 법적 관념의 부재 등으로 미신고커플들이 존재하자 이 관계를 보호하고자 하는 취지에서 도입한 법리임에 기인한다.

한편, 현재까지 판례는 혼인의 의사가 있어야 함을 요구하므로, 의식적으로 결혼을 하지 않으려는 관계 등을 포함한 결혼 바깥의 관계를 전혀 보호할 수 없고, 이러한 경직된 사실혼 제도의 운용에 대해서는 여러 비판이 제기된 바 있다.

따라서 사실혼 법리의 확장 혹은 다른 결합관계의 인정이 있기 전까지는 사실혼도 결국 법률혼의 기능을 전제로 하게 되는 것이다. 하지만, 개별법(예, 주택임대차보호법 제9조)에 따라 그 도입취지를 선해하여 동성애관계를 포함하는 것으로 해석을 확장하는 가능성도 모색해 볼 수도 있을 것이다.²⁶⁾

IV. 동성결합 제도화에 대한 방법론

1. ‘어떤 상황에서 동성결혼이 먼저 도착하는가?’²⁷⁾

Glass, Kubasek, Kiester는 유럽의 모델을 비교법적으로 관찰하며, 어떤 상황에서 동성결혼의 제도화가 가능해지는가, 에 대한 가설을 제시한 바 있다. ① 전반적인 결혼 제도의 해체 내지는 유연화 이행과정에서 온다는 결혼제도의 몰락 가설에 대하여, 스칸디나비아 반도 국가들과 달리 스페인처럼 동거율이 낮은 국가에는 적용되지 않는다. 결혼율의 감소, 결혼제도의 약화가 동성결합에의 진행을 꼭 설명해주는 것은 아니다. 모두가 균질한 결혼제도와 변화를 겪고 있지는 않다. ② 정치과정에서의 소수자 권리의 확장 가설은, LGBT 운동 세력이 상대적으로 약하고 반대 세력이 강했던 스페인에는 적용되지 않는다. ③ 기댈 수 있는 국제적 모델의 존재 가설은 미국을 설명해줄 수 없다. ④ 마지막으로, 정책 진화 가설은, 가장 유력한데, 네덜란드처럼 단계별로 변화를 이끌어 낸 국가를 잘 설명하지만, 선행제도가 없이 갑자기 동성결혼제도가 도입된 스페인을 설명하지 못한다. 그들이 내린 결론은, 하나같이 진보적인 정부의 집권시기에 동성결혼이 추진력을 가지고 제도화되었다는 것이다. 그러나 이 이론은 최근 카메론 정부의 영국을 설명하지 못한다.

25) 김민중, 동성애관계의 법적 보호에 관한 시론적 검토, 인권과 정의, 2004년 5월, p.143

26) 위의 글, p.141

27) 주로 Christy M. Glass, Nancy Kubasek, and Elizabeth Kiester, Toward a European Model of Same-Sex Marriage Rights: A Viable Pathway for the U.S., 29 Berkeley J. Int'l Law. 132 (2011). 를 참조하였다.

이처럼 어느 한 가지 요인으로만은 쉽게 설명되지 않는다. 이렇게 추상화된 가설에서 놓칠 수 있는 것은 국지적인 정치적 사회적 맥락들일 것이다. 수년 동안 한국의 차별금지법 제정의 난관도 한 마디로 간단하게 설명되지 않는 것처럼. 그럼 구체적인 예를 보면서 그 맥락을 파악해보자.

2. 입법적 방법론 - 네덜란드의 예²⁸⁾

네덜란드는 1979년 이후부터 동거커플에서 결혼커플에 준하는 권리와 혜택을 도입하기 시작했다. 임대차, 사회보장, 소득세, 이민, 연금 등의 개별법에는 동성동거와 이성동거를 구분하지 않았다. 양육에 관해서는 1970년대부터 동성애나 비혼커플이 위탁보호하는 것이 가능해졌고, 동성에 성적 지향을 가진 것이 더 이상 이혼 이후 접견권을 박탈당하는 이유가 되지 않는 등의 진전이 있었다. 네덜란드의 동성애자 커뮤니티는 1990년대 초 결혼에 대한 욕구가 없어서 ("남은 제도" "기존 질서") 운동단체에서 큰 관심을 표하지 않을 정도였다.²⁹⁾

소송적 방식의 접근으로는 1980년대 공동 양육, 입양, 파트너 이민, 유족급여, 세금 혜택 등 개별 권리와 혜택들을 주장한 많은 사건들과, 결혼을 직접적으로 요구한 형태의 1990년 두 개 (게이 커플, 레즈비언 커플)의 사건이 존재하였는데, 이 사건은 동성애자 운동단체와 관련이 없는 시민권 변호사들과 한 게이 잡지의 프로젝트였다. 이 사건 중 레즈비언 커플 사건에 대해 대법원은 기각하며 방론으로 입법부에 동성커플의 배제에 대하여 정당화할 것을 요구하였다.³⁰⁾ 이 의견 이후 네덜란드 의회 내에 입법에 대한 자문위원회가 만들어진 후 1992년 덴마크 모델을 따르는 형태의 입법에 대한 권고 의견을 도출하였다. 그 결과로 1994년 의회에 첫 동반자등록법 안이 상정되고 그 후 많은 수정 후 1997년에 통과되어, 1998년부터 시행되었다. 이 동반자등록법은 거의 결혼과 흡사한 모델이었지만 양육, 외국인, 연금에 대해서는 예외를 두었다.

차츰 이 괴리는 추가 입법을 통하여 메꾸어지고 나중에는 이름을 제외하면 동반자 등록과 결혼은 거의 차이가 없었다. 한편 동반자 등록은 이성애자 커플에게도 인기가 있었는데 그 이유는 '전통제도로서의 결혼에 대한 반감'과 '결혼보다 덜 구속적인 동반자관계에 대한 매력', 적은 비용과 시간으로 등록할 수 있는 점 등이 포함되었다. 분명 동성애자들에게 동반자 등록과 동성결혼은 차이가 있었고 완전한 평등이라고 느껴지지 않았다. 따라서 이에 멈추지 않고 동성결혼 법제화를 추진하여 세계 최초의 동성결혼 인정 국가가 되었다.

28) 이 장은 주로 Kees Waaldijk, Small Change: How the Road to Same-Sex Marriage Got Paved in the Netherlands를 참조하였다.

29) Christy M. Glass, Nancy Kubasek, and Elizabeth Kiester, Toward a European Model of Same-Sex Marriage Rights: A Viable Pathway for the U.S., 29 Berkeley J. Int'l Law. 132 (2011), p. 144.

30) Hoge Raad der Nederlanden, 19 oktober 1990

<http://www.vrouwenrecht.nl/1990/10/19/instantie-hoge-raad-der-nederlanden-19-oktober-1990/>

이렇게 네덜란드의 동성결혼은 동성애자에게 결혼을 개방하기 위한 문제를 점진적으로 소거해나가는 방식으로 진행되었고, 다른 나라에서 존재하는 이슈들 - 교회의 입장, 세수(稅收), 사회보장의 부담, 외국인의 유입, 유족연금의 부담, 자녀의 양육, 입양자의 어려움 - 등과 관계없이 제도를 만들어나갈 수 있었다는 것이다.

한편, Waaldijk은 네덜란드를 세계에서 첫 번째 동성결혼 인정국가로 만든 점진적 변화를 네덜란드의 사회적 특수성에 기인한다고도 설명한다. 네덜란드는 상대적으로 종교인구가 적은 세속적인(secular) 국가이고, 소수자에 대한 보호 전통이 있으며, 직접민주주의 요소가 적고 따라서 포퓰리즘의 위험이 없는 민주주의 시스템(레퍼런덤이 없고, 지역에 기반한 선거가 없다)을 가지고 있다는 점 등이다.

3. 소송적 방법론 - 미국, 특히 코네티컷 주의 예

동성결합에도 미국예외주의(American Exceptionalism)가 적용되는 것일까. 50개주 만큼이나 미국의 양상은 특이하다.³¹⁾ 하와이를 시작으로 몇 개 주에서 입법·사법적으로 동성결합이나 동성혼이 인정된 이후, 주마다 결혼 정의에 대한 헌법 개정 운동 등 엄청난 역풍이 몰아쳤고 연방 결혼보호법(DOMA)도 그 역풍의 하나였다. 특히 이러한 역풍이 주민발의 등 직접민주주의 방식으로 이루어졌다는 것은 소수자 보호가 과연 'popular vote'로 결정될 수 있는 성질의 것인지가 되물게 만든다.³²⁾ 이러한 양상은 연방대법원 결정 이후 물론 새로운 전개를 맞고 있지만, 아직까지는 주 단위의 싸움으로 전개되고 있다.

미국 동성애자 진영이 1990년대 초까지 동성결혼에 대한 대세적이고 정리된 입장을 가졌다고 보기는 힘들다. 1989년 람다 리걸(Lambda Legal)의 두 상근 변호사가 완전히 다른 입장을 취하는 기고를 한 저널에 실을 정도로 정리된 입장이 없었다.³³⁾ 따라서 초기 하와이 주 Baehr 소송에는 람다 리걸이 참여를 고사하여 일반 변호사에 의해 소송이 시작된다(후에 Evan Wolfson에 의해 단체의 입장이 정리된 후, 하와이 주 소송에 중간부터 합류하게 된다). 그러다가 위 소송의 승리 이후, 주마다 동성결합/결혼의 싸움이 시작되었고 많은 단체들이 이 이슈에 자의·타의로 몰입하게 된다.

이 기세를 몰아 2003년 미국 코네티컷 주에서는 하와이 주와 버몬트 주의 소송의 논리를 기

31) 어떻게 미국에서 동성애자 권리 담론이 결혼으로 수렴되었는지 1980년대 AIDS 위기 등 역사적 맥락에 대해서는, George Chauncey, *Why Marriage: The History Shaping Today's Debate Over Gay Equality*를 참조.

32) 이에 관하여는 이상진, *직접민주주의와 소수자 차별: 2004년 미국 대선과 미국의 동성결혼 금지법 주민(州民)투표를 중심으로*, 한국정치연구 제18집 제2호 (2009년 6월) pp.189-213를 참조.

33) *Out/Look* 매거진의 1989년 가을호에서 있었던 일이다. Paula L. Ettlbrick, *Since When is Marriage a Path to Liberation?* 와 Thomas B. Stoddard, *Why Gay People Should Seek the Right the Marry*.

반으로 하여 Hillary Goodridge와 Julie Goodridge를 대표원고로 하는 동성커플 7쌍의 소송이 시작되었다.

매사추세츠 주를 중심으로 한 동부 지역의 LGBT 법률운동단체 GLAD(Gay & Lesbian Advocates & Defenders)의 상근 변호사 Mary Bonauto는 10년 이상의 준비에 대해 아래와 같이 전한다.³⁴⁾

Goodridge 판결을 마치 아직 받아들일 준비가 안 된 LGBT집단에 대해 진보적인 판사들이 던진 판결로 보는 것은 캐리커처에 불과하고, 우리는 10년 이상 여러 가지 방식으로 소송적 입법적 대응을 하였다. 우리에게 Goodridge 소 제기는 논리적이고 당연한 다음 단계였다.

동성결혼소송으로 오기까지 법적, 정치적, 문화적 맥락에서 매사추세츠 주에서는 수십년간 어떤 흐름이 있었다.

성적지향과 관련된 법제화의 흐름으로는, 1976년부터 일부 지역(군, 시) 조례에 성적지향에 대한 차별금지가 등장하기 시작했다. 17년간의 고려 끝에 1989년에 성적지향 차별금지법이 통과되었다. 1992년 주지사가 동성애 청소년 위원회를 설치하고 자살율에 대한 연구를 실시했고, 학생들의 입법운동이 있었다. 결국 1993년 학교에 적용가능한 차별금지법에 성적지향이 포함되었다. 1996년 혐오범죄법에 성적지향이 포함되었다.

가족법적인 동향으로는, 1987년 세 아이가 게이커플의 아동위탁보호(foster care)를 받고 있다는 언론 기사 이후, 주 정부가 행정규칙으로 동성애 커플을 foster care에서 제외시켰는데 이에 대한 소 제기 이후 1990년 합의로 결국 그러한 규칙이 삭제되었다. 1993년 공동 입양(레즈비언 커플 중 한 사람의 전 결혼에서의 자녀를 입양) 사건에서도 법률문구 'person'의 해석이 문제가 되었는데, 레즈비언 커플이라 해서 배제되지 않는다는 판결을 얻어냈다. 1999년 주 대법원은 동성커플의 해소 이후 한 쪽의 접견권에 대해 사실상의 부모(de facto parent)라는 새로운 해석을 하였다. 그 외 비결혼 이성커플에 대한 판례들도 속속 등장하였고, 회사마다 커플에 대한 혜택을 확장하는 등의 흐름이 있었다. 그러나 하와이 Baehr 사건 이후 1999년부터 반-동성애자 법들이 발의되기 시작하였고, 공-사기업에서 제공하는 결혼바깥의 혜택들을 적극적으로 배제하려는 시도가 시작되었다.

내가 GLAD에서 일한 1990년부터 결혼소송을 해보고 싶다는 전화는 자주 있었다. 하

34) 이하는 Mary Bonauto, Goodridge in Context, Harv. CR-CLL Rev., 2005 와 Yvonne Abraham, 10 years' work led to historic win in court, 11/23/2003, Boston Globe 의 내용을 정리한 것이다.

지만 그때마다 거절했다. 때가 되지 않았다고 생각했기 때문이다. 도대체 동성결혼소송 언제 할거냐는 이야기를 듣기도 했다. GLAD는 일단 side-door적 방법론으로 비결혼적 소송(non-marriage litigation)을 통해 권리와 혜택을 확장해나갔다. 그것이 위에서 본바와 같이 입양, ‘사실상 부모’ 사건 등이다. 하지만 동시에 우리는 이렇게 우회적으로 결혼 차별 소송을 하는 것에 매우 신중해야 했다. 배우자 보장(직장의료보험 등)에 대한 전국의 다른 소송들에서 몇몇 법원은 이렇게 아니라 결혼법을 바꿔야 한다는 결정을 하고 있었고, 혜택의 배제의 정당성에 대한 해로운 부수적 의견(dicta)이 종종 나오고 있었다. GLAD는 1995년 심지어 한 행정심판은 불복하지 않기로 결정도 했었다. 1995년 나는 매사추세츠에서 우리가 직접적으로든 간접적으로든 결혼소송에 대해서 준비가 되지 않았다고 생각했다.

우리는 하와이 주와 버몬트 주의 승리에 발판을 삼았고, 매사추세츠 주 헌법에서 기본권의 광범위한 보장과 가족법에서의 최근 경향 등이 다른 주보다 유리한 요소라고 생각했다. 드디어 2000년 8월, 20여명의 커뮤니티 리더들을 모아놓고 이제 GLAD에서 소송할 준비가 되었다고 설명회를 열었다. 그들의 찬성 이후 소 제기 작업에 착수하였다. 2001년 4월, 소 제기 기자회견을 열었다. 자원자가 너무 많아서 원고를 줄이는 과정을 거쳤다. 진짜 사람들의 진짜 이야기를 들려주고 싶었고, 지역적 다양성 등 여러 가지를 고려하여 7커플을 선정했다.

우리는 시민적 결합을 위하여 소송을 하는 방법도 고려했었으나, 반대자는 그 양쪽을 분리하여 생각하지 않았기에 결국 그 생각은 기각하고 동성결혼 소송으로 추진하였다. 우리는 성적지향에 관한 차별사건의 평등권 심사 기준이 엄격심사가 되어야 한다고 생각은 했지만, 합리성 심사에 맞춰서 서면을 작성했다. 우리는 합리성 심사에서 이길 자신이 없었다면 소를 제기하지 않았을 것이다.

정치적 맥락에서 소송으로 가는 타이밍을 당긴 하나의 요소는 곧 2004년에 있을지도 모르는 매사추세츠 헌법 개정 캠페인이었다. 하와이와 버몬트 이후 동성결혼 반대자들은 조직화되어서 주마다 주민발의 움직임에 벌였다. 어차피 2004년 캠페인에서 동성결혼반대자들의 주민발의에 대하여 방어를 해야 하는 상황이었으므로 가장 좋은 방어는 긍정적으로 결혼 이슈를 제기하는 것이라고 생각했다.

우리 소송에서는 가족법, 역사학(결혼의 역사) 등 저명한 교수들이 의견서(amicus brief)를 써준 것이 큰 도움이 되었다. ‘재생산과 결혼은 관계가 없다’고 유명 가족법 교수들이 써주었다. 의견서 양쪽을 비교만 해도 누가 주류적인 주장인지 판단이 되었다. 매사추세츠 주에서 가장 큰 두 개의 변호사협회인 매사추세츠변호사협회, 보스턴변호사협회가 우리 쪽의 의견서를 작성하여 제출하였다. 의견서를 써준 단체나 교수들(사회복

지, 역사학, 사회과학, 인권단체)의 명단을 보면 우리 쪽이 오히려 ‘지극히 평범’했고, 저 쪽은 단체들 이름이 ‘도덕적 가치’나 ‘종교’가 들어갔다.

이상과 같이 GLAD는 치밀하게 준비하여 소송을 승리로 이끈다. 물론 주지할 점은, Goodridge는 다음 단계를 위한 징검다리적 소송이라기보다는, 승소를 목적으로 하여 전략적으로 시기를 고려한 소송이라는 점이다. 주심 변호사는 시민적 결합의 입법으로 귀결된 버몬트 주의 경우처럼 되지 않도록 권리나 혜택이 아닌 결혼이라는 지위(status)에 중점을 두고 논지를 전개하였고 그 과정에서 ‘동성커플이 이성커플과 다른 대우를 받아야 할 합리적 이유가 없음’에 대한 사회과학적 발견이 제시되었다. 이것을 쿼어의 정상화(‘normalizing’)라고 부를 수도 있겠지만 평등권 논증에 있어서는 필수적인 부분이다.

V. 결론

물론 실제 소송실무적으로 접근한다면 좀 더 많은 숙고가 필요하겠지만, 이미 상당히 누적되어 온 국내외의 다양한 판례와 법리에서 현재 일부 견해에서 주장하는 동성결합에 대한 법적인 장애에 대해 극복할 수 있는 법리와 사회과학적 발견을 도출할 수 있다. 현행 헌법 하에서 동성결혼이 인정 가능하다는 주장들도 점점 등장하는 추세이지만, 동성결혼에 대해 인정할 수 없다는 견해들도, 동성결합에 대해서는 평등권 차원에서 인정해야 한다는 방향으로 이미 합의에 이른 것으로 보인다. 한편, 어떠한 방법론을 통하여 동성결합을 제도화할 수 있을지 네덜란드와 미국 매사추세츠 주의 경험을 살펴보았다. 이를 종합하여 볼 때, 결국 동성결합의 문제는 어떠한 제도를 꿈꾸며, 어떠한 수단을 쓸 것인가 하는 선택과 전략의 문제라고 판단된다.

좁은 목적으로서의 동성결혼과 동성결합은 가족법과 결합관계에 대한 법적 승인에 대한 오직 한 방향만으로서의 진화(배우자/파트너의 성별)를 의미한다는 점, 방법론으로서의 소송이라는 형태는 목적하는 소 내용을 이루기 위해 제한된 논점에 집중하여 법정 안에서 이야기를 풀어낼 수 밖에 없다는 한계도 있다. 동성결합제도로 과대대표되는 운동방식, 전략과 시기가 충분히 고려되지 않은 소송방식의 접근의 위험성에 대해서는 더 적합한 글이 많을 것이다.

어떤 접근법을 선택하든 국회와 법원 안에서의 제도화는 하루 아침에 오지 않을 것이며, 그 과정에서 길을 잃지 않도록 동성결합이 놓여져 있는 더 큰 틀의 사회적 담론을 잊지 말아야 할 것 같다. 한편으로 곧 때가 멀지 않았음을 예감하며(?) 줄고를 마친다.

“I support gay marriage. I believe they have a right to be as miserable as the rest of us.”

Kinky Friedman

동성결합 제도화의 의미와 과제

2013.8.20. 제2회 SOGI 콜로키움
오정진(부산대 법학전문대학원)

동성결합 제도화 과정의 특성과 (우려되는) 효과

- 동성'애' 에 대한 인정->동성'결합' 에 대한 인정
- '법의 이름으로'(J. Lacan) 허용
- 존재("우린 서로 사랑해요.")와 욕망("계속 사랑하고 싶어요.")을 요청("사랑하며 살게 해 주세요.")으로 변환
- 과잉대변되는 결혼/수단화된 결혼제도: '평등하게 결혼할 권리'에 요구사항 몰아넣기
- 친밀성 양식의 혼인제도로의 수렴: 동성애->(동성Partnership)->동성혼
- 거름'장치'(M. Foucault; G. Agamben)로서의 결혼: 골 넣었으니 (정치적) 논쟁은 이제 그만
- 상상력과 역사성의 몰락, 체념의 상식화: "(결혼해서) 사는 게 다 그렇죠."

2

동성결합 제도화 과정에서 한 것

평등의 추구

- (좌절된) 특수성으로 (소위) 보편성에 의문 제기
- 사람/사랑/권리의 평등 주창
- 그에 대한 사회적 *인정을 요구*
- “우리도 법으로 대응”
- 법률혼을 *허하라!*

그 결과

- 보편성의 허구/폭력 노출
- 평등한 존재의 다양성 인식
- “남들처럼”(실은 ‘이성애자처럼’)
- “결혼해서”(->) 같이 살
- 권리(어쩌면 trap/cage) 획득중.

3

동성결합 제도화에 깔린 전제와 계산

- “사랑도 떳떳해야 한다.”
- “그러려면 법적으로 결혼하는 것이 유일한 방법이다.”
- “관계의 불안으로부터 벗어나기 위해서라도 결혼은 해야 한다.”

- “(국가로서도) 동성혼은 손해만은 아니다.”
 - 결혼과 가족제도는 그쯤은 흡수해서 적응시킨다(N. Luhmann: autopoiesis)
 - 결혼제도 안에 있는 한, 사는 방식 자체도 뛰어봤자 벼룩이다
 - 관계 규율이 용이하다: 어쨌든 둘씩 묶어 유동성(G. Deleuze)/복잡성 감축시키기
 - 면책도 한결 수월하다: 그 안에서 웬만한 복지는 해결

4

동성결합 제도화 과정에서 하지 않았거나 더 했으면 하는 것

- 질문하기: 왜 '함께 함'의 양식으로 결혼, 그것도 '법률혼'?
- 평등을 요청하기보다는 말하기(J. Rancière)
- 평등뿐만 아니라 자유에 근거해 말하기: 자기답게 사랑하고 살 자유
- 권리를 말하더라도 가족제도를 둘러싼 개별적 권리만이 아니라 시민권/'권리를 가질 권리'(H. Arendt)에 근거하기
- 친밀성의 다른 양식들 수행하기(J. Butler): 자신들의 방식으로 같이 지내기
- 법에 의해 호명된 주체(L. Althusser) 너머로 살기(J. Derrida)
- 원하는 것을 원하기(S. Žižek)