

# R E P O R T

동성훈 법제화에 관한 논의



학 과

한문학과

교수님

홍가혜

학 번

2015130618

이 름

이동준

제출일

2015.06.05



**고려대학교**  
KOREA UNIVERSITY

# 目次

## 0. 서론

### 1. 법과 정의의 측면에서의 동성혼 법제화

- ① 동성혼의 법적 인정 여부
- ② 법의 치밀화에 있어서의 동성혼 법제화
- ③ 사회적 약자의 투쟁도구의 법으로써의 동성혼 법제화
- ④ 사적 자치의 예외로서의 가족관계와 동성혼 법제화
- ⑤ 기타 헌법 조목과 동성혼 법제화
- ⑥ 소결론

### 2. 법의 도덕 개념적 측면에서의 동성혼 법제화

- ① 법의 윤리적 측면에서 동성혼 법제화
- ② 법의 도덕적 측면에서 동성혼 법제화
- ③ 법의 사회규범적 측면에서 동성혼 법제화
- ④ 소결론

### 3. 법의 정치적 측면에서의 동성혼 법제화

- ① 인식론적 지평의 정치 개념으로서 동성혼 법제화
- ② 사회적 지평의 정치 개념으로서 동성혼 법제화
- ③ 역사적 지평의 정치 개념으로서 동성혼 법제화
- ④ 소결론

### 4. 법정책의 방향성 측면에서의 동성혼 법제화

- ① 동성혼 법제화시 수반되는 개헌의 필요성
- ② 문화적 기본권의 충돌
- ③ 소결론

## 5. 결론

## 0. 서론

동성애는 우리 사회에서 그간 수많은 법적 규율을 받아왔다. 그러나 대한민국의 민주화는 우리 사회로 하여금 다원주의 사회 노선을 채택하게 하였고, 탈근대성의 패러다임 아래에 동성혼의 법제화 운동이 일어나고 있는 상황이다.

본 조사자는 동성혼의 법제화가 진정 필요한 것인지, 동성혼의 법제화가 가져올 사회문화적 결과로 어떤 것이 있는지, 그러한 결과들 중에 우리 사회에 위해를 가할 수 있는 심각한 갈등이 존재하는지, 존재한다면 동성혼 법 정책은 어떤 방향을 채택해야 하는지를 법리 중심으로 조사했다.

## 1. 법과 정의의 측면에서의 동성혼 법제화

### ① 동성혼(同性婚)의 법적 인정 여부

대한민국 헌법 제 36조 1항은 혼인을 다음과 같이 정의한다. “①혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.” 동성혼의 경우 양성의 평등이 아니라 동성의 평등을 기초로 성립, 유지되는 가족 구성이므로, 동성혼인의 가족 구성은 대한민국 헌법에 정면으로 위배된다.

그러나 엄밀히 말해 대한민국 헌법이 동성혼의 가족 구조를 불법으로 규정한다기보다, 헌법이 규정하는 혼인의 범주에 동성혼의 형태가 포함되어 있지 않다고 보는 것이 더 타당하다.

### ② 법의 치밀화에 있어서의 동성혼 법제화

고로 동성혼이 법제화는 법의 확장이라기보다 법의 치밀화에 가깝다. ‘가족 구성’은 이미 헌법 제 36조가 다루고 있는 내용이고, 다만 그 내용에 ‘동성혼 가족 구성’이라는 대안가족구성이 포함되어 있지 않은 것뿐이기 때문이다. 1)법의 치밀화에는 세 가지 형태가 있는데, 동성혼 법제화가 이루어진다면 헌법 제 36조 1항의 수정 및 내용추가가 불가피하고, 이는 동일한 법률이 계속 규율내용을 증가시켜가는 경우로 볼 수 있을 것이다.

### ③ 사회적 약자의 투쟁도구의 법으로써의 동성혼 법제화

현행법은 혼인의 범주에 동성혼을 포함시키지 않고 있다. 성소수자들은 동성혼의 보장이 되어 있지 않은 현실 속에서 이성애자 부부들과 비교했을 때 여러 차별

1) 나머지 두 가지 형태에 대해서는 이상돈, 로스쿨을 위한 법학입문, 법문사, 4p 참조

을 받고 있다.

비록 동성혼이 법제화되어 있지 않지만 사실상 부부와 같은 형태로 사는 동성애자들이 많다. 동성부부 중 다수가 많은 이성애자 부부들과 같이 자녀 양육을 희망한다. 허나 대한민국의 입양법인 입양촉진및절차에관한특례법시행규칙 제 5조 1항의 규정 중 제 5호에서는 양친이 될 자가 갖추어야 할 세 가지 요건을 명시하고 있다. 이는 ①25세 이상으로서 양자 될 자와의 연령차이가 50세 미만일 것. 다만, 양친이 될 자가 대한민국 국민이 아닌 경우에는 25세 이상 45세 미만이어야 한다. ②자녀가 없거나 자녀의 수가 입양 아동을 포함하여 5명 이내일 것. ③혼인 중일 것. 이 세 번째 요건인 ‘혼인 중일 것’이 바로 동성부부들이 자녀를 입양하는 것을 규제하고 있다. 동성부부들이 자녀를 양육할 수 있는 또 다른 방법은 인공수정이다. 허나 동성부부의 가족 구성 자체를 인정하지 않는 현행법상 인공수정을 통해 자녀를 출산한다 할지라도 그들에게 양육권 및 친권은 주어지지 않는다. 동성혼의 법제화가 이뤄지지 않아 발생하는 차별은 이 뿐만이 아니다. 법적인 승인 없이 부부생활을 유지하던 동성부부가 있다고 하자. 이때 부부 중 한 사람이 유서를 남기지 못한 채 급사(急死)한다면 그의 재산은 부인/남편에게 가지 못하고 직계가족에게 상속된다. 이 뿐만 아니라 기타 결혼한 이성부부에게 주어지는 대부분의 혜택이 동성부부에게 주어지지 못하고 있다.

이러한 차별 속에서 동성애자들은 사회적 약자의 투쟁도구- 법의 도구화 -로서 동성혼 법제화를 주장하고 있다. 최근 국회에서 논의되다가 결국 통과되지 못한 포괄적 차별 금지 법 또한 동성애자 및 소수자들의 투쟁도구로서의 법의 모습을 여실히 보여주는 사례라고 할 수 있겠다.

많은 동성애자들은 ‘사랑’이라는 인간의 보편적 감정에 법이 간섭하는 것을 두고 자신들의 자유와 행복추구권이 침탈되었다고 주장한다. 그들의 이러한 주장을 법리적으로 검토해보도록 한다.

#### ④ 사적 자치의 예외로서의 가족관계와 동성혼 법제화

많은 동성애자들은 동성혼 법제화를 주장하면서 누군가를 사랑할 자유와 가족을 구성하고픈 자유가 엄연히 존재하므로 법이 자신들의 권리에 간섭하는 것은 자신들의 행복추구권에 대한 침탈이라 말한다.

법의 자신들에 대한 간섭(헌법 제 36조 1항)을 비판하면서 선택한 수단이 역시 법(동성혼 법제화)이라는 아이러니한 상황에 대한 언급은 차치하고서라도, 과연 법은 개인이 누군가와 가족을 구성하고픈 자유를 ‘침탈’하는 것인지 따져본다.

2)사적 자치(Privatautonomie)란 개인들 간의 사회적 관계의 내용을 그 개인들

의 자유의사에 따라 자율적으로 정하는 것을 말한다. 이는 상기한 동성애자들의 주장에 대한 법철학적 근거가 된다. 허나 사법 내에서도 가족법은 많은 경우 사적 자치의 예외를 두고 있다. 혼인과 같이 계약에 의해 성립되더라도 그러한 의사표시는 법률이 정한 방식에 따라 행해져야 하며, 그 효과도 법률이 정하고, 당사자의 자율에 일임하지 않는다.

따라서 법이 동성혼을 인정하지 않는 것은 동성애자들의 자유를 침탈했다고 보기 어렵다. 실제로 사적 자치는 사법의 많은 부분에서 인정되지 않고 있다. 단순히 사적 자치라는 논리 하나만으로 동성혼을 인정해야한다면, 다른 대안가족 - 예컨대 근친혼 - 또한 사적 자치의 일부로서 법제화 요구가 일어날 때 이를 허용하지 않을 논리가 존재하지 않게 된다.

#### ⑤기타 헌법 조항과 동성혼 법제화

비록 헌법 제 36조 1항은 혼인의 범주에 동성혼을 포함시키진 않지만, 37조 1항은 ‘국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.’ 라고 밝히고 있다. 국민들의 권리는 헌법에 명시됨으로서 만들어진 것이 아니라 헌법 이전에 이미 존재한다는 의미다.

따라서 동성혼이 헌법 제 36조 1항에서 밝힌 혼인의 범위에 속하지는 않지만, 동성애자들의 권리를 위해 동성혼 법제화 혹은 이에 준하는 정책의 필요성은 분명 존재한다. 또한 헌법 제 10조 행복추구권 - 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다. - 도 동성혼 혹은 이에 준하는 제도의 필요성을 시사한다. 현행법상 혼인의 정의는 이성애자들의 문화적 권리만을 반영한 것이며 이는 이성애자와 동성애자 사이의 행복추구권 보장 불균형이기 때문이다.

#### ⑥소결론

법의 임무는 정의의 실현이다. 시민의 평등한 권리, 자유 보장은 법이 실현해야 할 정의의 일부분이다. 3) 그러나 정의판단기준이 다원화 되면서 법적 정의와 사회적 합리성 사이에 괴리가 발생하는 경우가 왕왕 발생한다. 동성혼의 법제화가 그 대표적 사례다. 분명 동성애자들도 시민의 권리를 보장받아야 하나 다른 법리들과의 충돌 - 사적 자치의 예외로서의 가족관계 - 과 현실적 문제로 1-③에서 언급한

2) 이상돈, 로스쿨을 위한 법학입문, 법문사, 236-237pp

3) 같은 책, 13p

차별들을 해결하지 못하고 있다. 그러나 분명 헌법은 동성애자들의 권리 신장을 주문하고 있으며, 이에 동성혼에 준하는 제도의 필요성이 분명 존재한다.

## 2. 법의 도덕 개념적 측면에서의 동성혼 법제화

### ① 법의 윤리적 측면에서의 동성혼 법제화

유교 문화권인 우리나라에서 동성혼은 다른 대부분의 전통적 문화권 국가들처럼 동성혼을 터부(taboo)시켰다. 법의 윤리적 측면에서의 동성혼 법제화를 논하자면 다른 사안과는 달리 재미있는 특징이 관찰된다.

보통 법은 사회문화적 전통과 충돌하며 그 기능의 최소화 요구에 직면한다. 허나 동성혼과 관련해서는 사회문화적 전통과 합치하는 경향을 보인다는 점이 특이한 현상이라고 할 수 있다. 유교 윤리뿐만이 아니라 기독교 윤리 또한 현행법상 혼인의 정의에 찬성하고 있다. 이렇듯 한국 사회의 주류 윤리인 유교 윤리와 기독교 윤리의 동성결혼 반대는 대한민국 국민 절반 이상이 동성결혼에 반대하는 현실을 잘 보여주고 있다. 4) 최신 여론조사에 의하면 대한민국 국민의 약 58%가 동성결혼 법제화에 반대, 33%는 찬성, 8%는 응답을 유보했다.

비록 국민 절반 이상이 동성혼 법제화에 반대하고 한국 사회의 주류 윤리 또한 동성혼에 반대한다고 할지라도 이를 근거로 동성혼 법제화를 반대하는 것은 문제가 있다. 우리 사회는 민주주의 체제로 다원주의를 지향하는 사회다. 유교 문화, 기독교 문화가 우리 사회의 보편적 윤리라고 할 수 없으며 5) 애초에 보편적 윤리라는 것 또한 전근대적 사회에서나 존재하는 것이다. 특히 일부 기독교 신자들이 자신들의 종교적 윤리를 근거로 동성혼 법제화를 반대하는 것은 윤리가 법에 대해 우위를 점하려는 시도의 일환이라 해석할 수 있다. 허나 앞서 언급했듯 기독교 윤리만이 우리 사회 구성원들의 윤리가 아니며 법은 다원주의 사회를 지향해야 하므로 일부 기독교 신자들의 행태는 우려할 일이 아닐 수 없다.

다만 동성혼 법제화에 반대하는 윤리를 가진 공동체 또한 문화적 기본권이 있으므로, 다원주의의 지향 과정에서 그러한 윤리를 가진 공동체와 여집합 사이에서 갈등이 생성될 수 있다는 점은 짚고 넘어가야 할 점이다. 이는 3-①에서 더욱 자세히 논하도록 하겠다.

4) 한국갤럽, 2014.12.12, 전국 만 19세 이상 1005명 대상, 휴대전화 RDD 표본, 표본오차 ±3.1%p, 신뢰수준 95%

5) 이상돈, 로스쿨을 위한 법학입문, 법문사, 170p

## ② 법의 도덕적 측면에서의 동성혼 법제화

도덕은 윤리와는 엄연히 다른 개념이다. <sup>6)</sup>도덕은 윤리와는 달리 '이성적'으로 올바른 것에 대한 (한 사회를 지배하고 있는) 공적인 견해를 말한다.

기존 우리 사회의 도덕 - 공적인 견해 - 은 동성혼을 옳지 않은 일이라 여겼다. 노동력이 중요했던 전근대 사회에서 혼인이란 새로운 노동력 발생의 첫 단추였다. 동성 간의 혼인은 노동력 생산에 전혀 기여하는 바가 없었고 대부분의 문화권에서 동성혼은 과거부터 금지되어왔다. 동성애와 관련된 묘사나 기록이 옛 유물이나 문헌에서 발견되는 것은 사실이나, 대부분은 노동이 필요 없는 왕족 혹은 귀족들의 문화라고 할 수 있다. 즉 과거 우리 사회의 도덕은 이성적(理性的)으로 동성혼을 인정하지 않았다.

그러나 근대 이후 노동 생산성의 획기적인 발전으로 인해 그러한 도덕 판단의 근거가 점차 흔들리게 되고 칸트 철학이 법철학에 지대한 영향을 끼치며 동성혼에 대한 기존의 도덕적 판단은 동성혼 법제화 요구와 충돌하게 된다.

특히 칸트의 정언명령은 법의 도덕적 측면에서 동성혼 법제화를 찬성하는 중요한 논거를 제공한다. 정언명령을 법철학에 적용해보자면 '가' 모든 인간의 실존이 가능하기 위한 조건이 바로 법이라고 할 수 있다. 예컨대 모든 사람이 약속을 지키지 않는다면, 공동체가 존립하기가 어렵다. 따라서 도덕적으로 '약속은 성실히 이행하여야 한다.'라는 규범이 성립하는 것이다.

그러나 '동성혼을 허용해야 한다.'라는 규범을 <sup>8)</sup>입법한다고 하더라도 사회 모든 구성원들이 동성혼을 하여 인구가 제로로 치달는 파국이 일어나지는 않는다. 그 이유로는 ① 애초에 동성애자들의 숫자가 극히 제한적이며, ② 그러한 규범이 없다고 하더라도 동성애자들이 이성애자들과 결혼하여 출산하는 경우 역시 제한적이기 때문이다. 즉 그러한 규범이 없다고 해서 동성애자들이 출산을 더 많이 하는 것도 아니다.

'약속은 성실히 이행하지 않아도 좋다.'라는 도덕규범이 입법되는 경우 사회 구성원들이 약속을 지키지 않을 가능성은 현저히 높아지지만 '결혼은 동성과 하여도 좋다.'라는 도덕규범은 입법이 되더라도 사회 구성원 중 유의미한 숫자가 동성혼을 할 가능성은 여전히 희박하다.

따라서 법의 도덕적 측면에서 동성혼의 법제화는 과거의 보수적 관점에서 현재의 관점으로 변화해왔으며, 시민 사회에서의 논쟁 속에서 더욱 변화할 여지가 충분하다 하겠다.

6) 같은 책, 171p

7) 이상돈, 로스쿨을 위한 법학입문, 법문사, 172p

8) 여기서 입법은 국회에서의 입법을 말하는 것이 아닌 도덕법칙의 내면적 입법을 말하는 것이다.



### ③ 법의 사회 규범적 측면에서의 동성혼 법제화

사회 규범의 가장 큰 특징으로는 규범이 준수되었다는 사실 자체만 중요하고 그 동기는 중요하지 않다는 점이다. 이 점이 바로 사회 규범과 도덕의 분기점이라 할 수 있다. 사회규범은 타율적이다.

9) 많은 동성애자들이 여러 가지 이유로 이성애자와 결혼한다. 몇몇 동성애자들은 결혼하는 것을 당연히 해야 하는 일로 배워왔기에 결혼하기도 한다. 우리 문화는 이성애자의 결혼 관계를 중심으로 돌아가고 있다. 이성애자들과 마찬가지로 동성애자들은 거기에 속하길 원하고, '해야 할 일'을 하고 싶어 한다. 어떤 이들은 가족이나 직장에서의 기대에 부응하기 위해 위장으로 결혼하기도 한다. 심지어는 자신이 동성애를 '극복'할 수 있다는 기대감으로 이성과 결혼하는 동성애자들도 존재한다.

성적 지향성이 바뀌는 경우는 굉장히 드물고, 당연히 동성애자들은 이성이 아닌 동성과 가족을 구성하고 싶을 것이다. 그런데도 불구하고 동성애자들이 이성애자와 결혼하는 이유는 혼인의 사회 규범적 측면 때문이라고 볼 수 있다. 사회 규범은 도덕이나 윤리와는 달리 '타율적'으로 준수되는 것이기 때문이다. 여기서 혼인의 사회 규범은 현행법상 혼인의 정의와 일치한다고 볼 수 있다.

따라서 동성혼의 법제화는 사회 규범과의 충돌을 피할 수 없다. 게다가 사회 규범의 경우 다른 도덕 개념들과는 달리 판단 기관이 10)'직관'이기에 설사 동성혼 법제화가 이뤄진다고 해도 법이 사회 규범의 변화를 견인하기에는 현실적 어려움이 존재한다. 그러므로 사회 규범적 측면에서 동성혼의 법제화는 그 논의가 장기적으로 필요하다.

### ④ 소결론

동성혼의 법제화는 법의 도덕화 경향에서 관찰할 때 주목할 만한 특징이 있다고 2-①에서 밝혔다. 법의 이중적 구조가 동성혼의 법제화에서는 특이하게 발생한다는 점이다.

다른 사안의 경우 법의 이중적 구조는 사회문화적으로 법의 윤리화/도덕화가 계승되면서 법이 최소화되는 경향을 보이고 사회경제적 현실로부터 나오는 법의 기능 확대가 법의 최대화를 요구하면서 발생한다. 그러나 동성혼의 법제화는 이와는 반대로 사회문화적으로 계승된 법의 윤리가 더욱 강력한 동성혼의 억제를 요구하고 사회경제적 현실은 법적으로 인정받지 못한 동성혼 가정을 위해 동성혼을 억제

9) 에릭 마커스, 동성애에 관한 300가지 질문, 박영률 출판사, 114p

10) 이상돈, 로스쿨을 위한 법학입문, 법문사, 173p



하고 있는 현행법의 최소화를 요구하고 있다.

분명한 사실은 동성혼 법제화에 반대하는 도덕적 근거들은 법리적으로 합리성을 결여하고 있는 것이 대다수이며 동성혼 법제화에 있어서 사회 규범과의 충돌을 제외하고는 법제화를 우려할 논거가 신통치 않다는 점이다. 그러나 동성혼의 법제화를 두고 서로 다른 윤리관을 지닌 공동체 사이에서 벌어질 문화적 권리 충돌 위험이 항상 상존한다는 사실은 동성혼 법제화에 대한 신중하고도 타협적인 접근을 유도한다.

### 3. 법의 정치적 측면에서의 동성혼 법제화

#### ① 인식론적 지평의 정치 개념으로서 동성혼 법제화

인식론적 지평은 모든 일을 정치적이라고 보는 관점이다. 동성혼을 둘러싼 논쟁은 인식론적 지평 개념의 좋은 사례다. 11)인식론적 지평에서 정치란 희망하는 상태(욕망, 이익, 권리)의 성취다. 현행법은 분명 동성애자들의 문화적 권리보다는 이성애자들의 문화적 권리에 더 무게를 두고 설계되었다. 이러한 현실 속에서 동성혼 법제화에 찬성하는 공동체와 반대하는 공동체는 자신들의 희망 상태 성취를 위해 투쟁한다. 인식론적 지평에서 동성혼 법제화를 두고 일어나는 논쟁들은 궁극적으로 자신들의 희망하는 상태를 향한 투쟁이다.

#### ② 사회적 지평의 정치개념으로서 동성혼 법제화

인식론적 지평에서 발생하는 정치적 투쟁은 특정 사안에 대한 두 진영 간의 투쟁 양상으로 이어진다. 즉 12)인식론적 지평에서 정치적 행동은 당파성, 즉 개인이나 그 개인이 속한 집단을 이롭게 하면서 다른 개인이나 집단은 해롭게 하거나 불리하게 만드는 속성을 띠게 된다.

현행법은 동성혼 법제화에 반대하는 공동체의 문화적 권리에 더 무게를 두고 만들어졌다. 그런 상황은 두 진영 간의 정치적 투쟁으로 이어졌다. 고로 동성혼이 법제화가 된다면, 다시 말해 동성혼 법제화에 찬성하는 쪽에 무게를 두는 방향으로 법이 개정된다면 이는 또 다른 투쟁을 불러 올 것이 명백하다.

따라서 인식론적/사회적 지평의 정치 개념으로서 동성혼의 법제화는 타협적 방향으로 진행되어야만 할 것이다.

11) 이상돈, 로스쿨을 위한 법학입문, 법문사, 190p

12) 같은 책, 191p

### ③ 역사적 지평의 정치 개념으로서 동성혼 법제화

탈근대성의 관점에서 소수자보호가 진행되고 있고, 동성혼 법제화와 관련한 입법 투쟁은 그러한 움직임의 일종으로 볼 수 있다. 동성혼 법제화와 관련된 논쟁은 역사적 지평의 정치 개념에서 볼 때 체제이데올로기 패러다임보다 포스트모더니즘의 패러다임에서 이뤄지는 것이라 볼 수 있다. 다만 현재 대한민국 헌법이 추구하는 정치적 체제이데올로기와 동성혼을 인정하지 않는 법 실정 사이에 존재하는 간극을 해결해야한다는 관점에서 동성혼 법제화 논의는 더욱 필요하다 하겠다.

### ④ 소결론

법의 정치적 측면 - 인식론적 지평, 사회적 지평, 그리고 역사적 지평 -에서 동성혼 법제화에 대해 논해보았다. 역사적 지평에서 탈근대성 패러다임은 동성애자들의 인권 신장을 위한 입법을 요구하고 있다. 그러나 인식론적 지평과 사회적 지평에서 동성혼의 법제화는 또 다른 정치 투쟁의 발생을 암시한다. 물론 민주주의 사회에서 정치 투쟁이란 단점보다는 장점으로 작용한다. 정치 투쟁이 과격한 행동으로 발현되지 않는 이상 토론과 심의를 통한 정치 투쟁은 더 나은 사회 건설에 이바지하기 때문이다. 허나 현재 대한민국에서 이뤄지는 동성혼 법제화 관련 정치 투쟁은 순기능보다 역기능이 더 많다고 할 수 있다. 현재 동성혼 법제화와 관련한 두 진영 -동성혼 찬성 진영과 그 반대 진영- 사이의 투쟁은 서로에 대한 과학적 근거가 없는 오해와 반목만을 낳고 있다. 따라서 인식론/사회적 지평에서 동성혼 관련 정책 입안은 역시 두 진영 모두 수긍할 수 있는 타협적 정책 입안이 되어야 할 것이다.

## 4. 법 정책의 방향성 측면에서의 동성혼 법제화

### ① 동성혼 법제화시 수반되는 개헌의 필요성

현행 헌법은 동성혼을 인정하지 않고 있다. 헌법 36조 1항은 혼인을 양성간의 관계로 정의하고 있다. 따라서 동성혼을 법제화하는 데에는 우선 개헌이 필요하다. 동성혼의 법제화가 민법뿐만이 아니라 헌법의 수정까지 필요로 하기에, 동성혼 법제화는 다음과 같은 문제점을 필수적으로 수반한다.

## ② 문화적 기본권의 충돌

개헌은 국민투표를 실시해야만 가능하다. 동성혼 법제화가 가능한 방향으로 개정된 헌법을 국민투표로 부친다면 극렬한 문화적 기본권의 충돌이 발생할 것이다.

그리고 투표를 통한 법제화는 궁극적으로 ‘합의에 의한 법제화’가 아닌 ‘법제화를 통한 승복’이기에 투표로 동성혼을 합법화하는 헌법이 통과된다고 하더라도 그 이후 국민들이 동성혼을 인정하기까지는 상당한 진통이 예상된다. 그러므로 동성혼 법제화 이전에 충분한 심의 및 국민적 합의가 있어야 할 것이다. 국민적 합의를 위해서는 동성혼을 이성혼과 같은 위치로 격상시키는 내용의 법 개정보다, 동성애자들에게 가해지는 실질적 차별을 해소하면서도 동시에 동성혼 법제화에 반대하는 이들도 수긍할 수 있는 법 개정이 필요하다 하겠다.

## ③ 소결론

동성혼의 법제화는 헌법 제 36조 1항을 수정해야만 가능한 것이므로 개헌을 수반하게 된다. 이 과정에서 국민투표가 진행된다. 이때 투표로 인한 동성혼 법제화는 합의를 통한 법제화가 아닌 숫자에 의한 승복에 불과하기에 투표 결과가 국민들에게 수용되기까지는 많은 어려움이 따른다. 투표 결과에 승복하지 못하는 집단이 생길 우려도 충분히 존재한다.

따라서 동성혼을 이성혼과 같은 위치로 격상시키는 수준의 법제화보다도, 동성애자들이 혼인이나 가족 구성에 있어서 받게 되는 실질적 차별을 줄이면서도 동성혼 법제화 반대론자들이 충분히 수긍할 수 있는 타협적 법 정책 방향으로 동성혼 법제화가 이루어져야 할 것이다.

## 5. 결론

지금껏 동성혼 법제화를 법리의 다양한 각도로 고찰해보았다. 정의, 도덕, 정치, 그리고 정책의 방향성 측면에서 동성혼의 법제화를 논한 결과, 네 가지의 소결론에서 우리는 공통점을 얻을 수 있었다.

그것은 동성혼 자체의 법제화 보다는, 이에 준하는 제도의 법제화를 통해 동성애자들에게 가해지는 차별의 실질적 해소와 전통적 가족제도 문화를 지지하는 사람들의 문화권 보장을 동시에 해결하는 것이다.

유럽과 북미의 여러 국가들과 같이 시민연대를 법제화하는 것도 방안은 방안이겠으나, 이보다는 - 굳이 동성애자가 아니더라도 - 혼인을 하지 않았다는 이유로 가해지는 여러 차별들을 철폐하는 정책의 법제화가 더 적절한 방안이라고 하겠다.

현재 입양촉진및절차에관한특례법시행규칙 제 5조 1항은 혼인을 한 경우에만 입양을 허가하고 있다. 따라서 이 규정을 '혼인하지 않은 자에게도 일정한 수준의 경제력을 갖추고 자녀를 양육하는데 정신적 문제가 없다면 입양을 허락한다.'와 같이 수정한다면, - 입양의 권리가 동성애자들에게만 주어지는 것이 아니라 - (동성애자가 아닌) 독신주의자, 이혼 상태에 있는 사람 등 다른 형태의 가족을 구성한 자도 자녀를 양육할 수 있게 되므로 전통적 가족문화를 지지하는 사람들이 수정을 반대할 명분은 위축된다.

동시에 동성부부 중 한 명이 급사(急死)하는 경우에도 그 재산이 가족에게 모두 상속되는 것이 아니라 주민등록등본상 주거지를 공유하는 자에게도 재산이 공평하게 상속될 수 있도록 법을 수정한다.

13) 독신 상태 이혼여성들의 사회보장급부의 상호적 수혜권을 인정하는 것도 그러한 방안의 일환이라고 할 수 있다.

즉 입법자들은 동성애자들이 받는 차별의 실질적 해소와 전통적 가족문화를 지지하는 자들의 문화적 권리 충족을 동시에 해결 할 수 있도록 골몰해야 할 것이다.

### <참고문헌>

이상돈, 로스쿨을 위한 법학입문, 법문사, 2009.11.20.

13) 이상돈, 로스쿨을 위한 법학입문, 법문사, 14p