혼인과 등록된 동반자관계의 구분으로 인한 차별금지 위반[1)]

1. 사실관계

두 명의 심판청구인은 2012년부터 등록된 동반자관계(Eingetragte Partnerschaft: EP, 이하 동반자관계)로 동거하고 있으며, 제3의 심판청구인은 이 관계 하에서 성장하고 있는 미성년자이다. 오스트리아에서 동성(同性)의 결합을 규율하는 등록된 동반자관계에 관한 법률(Eingetragte Partnerschaft-Gesetz: EPG, 이하 동반자법)은 2009년에 제정되어 2010년에 발효되었으며, 동반자관계에 있는 자 사이의 권리와 의무 및 이러한 관계의 등록과 해소를 내용으로 한다. 이 결정이 내려지기까지 등록된 동반자관계는 동성 사이에서만 가능하고 이성 사이에서는 이루어질 수 없었다.

이 사건 당사자가 혼인관계 창설허가 신청을 하였으나 비인(Wien)시 당국은 2015년 8월 25일자로 거부하였다. 이에 대해 비인 행정법원에 제기한 항고도 성공하지 못하였다.

헌법재판소는, 이러한 결정에 대한 헌법소원을 심리하면서 일반민법전 제44조의 "이성"이라는 문언과 동반자법의 합헌성에 의문을 갖게 되었고, 직권으로 해당 규정들의 합헌성을 심사하기로 2017년 10월 12일 결정하였다.

2. 심판대상조항

<u>일반민법전</u>

제44조

가족관계는 혼인계약을 통해 창설된다. 혼인계약에서 <u>이성(異性)인[2)]</u> 두 사

1) 2017년 12월 4일자 사건번호 G 258-259/2017-9. 이 결정으로써 오스트리아에서 동성혼이 허용되고, 부수적으로 이성 간에도 등록된 동반자관계의 설정이 가능하게 되었다.
2) 밑줄 표시는 헌법재판소

람이, 불가분의 공동체(in unzertrennlicher Gemeinschaft)로서, 자녀를 낳아 키우고, 서로 도울 것을 선언한다.

<u>등록된 동반자관계에 관한 법률</u>

제1조[3)]

본 법률은 동성의 짝(gleichgeschlechtliche Paare) 사이의 등록된 동반자관계의 창설과 효력, 해소를 규율한다.

3. 결정주문

(1) 일반민법전 제44조의 "이성"과 등록된 동반자법 제1조의 "동성의 짝", 제2조와 제5조 제1항 제1호의 "동성"이라는 문언이 위헌이므로 폐지한다. 그 폐지는 2018년 12월 31일이 경과하면 발효한다.

(2) 등록된 동반자관계에 관한 법률 자체는 위헌이 아니므로 폐지되지 않는다.

4. 결정이유

(1) 일반민법전 제44조에 의하면 혼인은 이성의 두 사람에게만 가능하다. 동성의 짝의 경우에는 동반자법에 따라 동반자관계가 규정되어 있다. 여기서 혼인과 동반자관계는 모두 동등한 두 사람이 상호 협력과 배려에 바탕을 두고 형성하는 포괄적이고 지속적인 생활공동체이다.

3) 동법 제2,5,8,19조 등도 동성의 짝을 전제로 등록된 동반자관계에 관해 규정하고 있으나 여기서는 생략함.

1) 동반자법의 입법자료와 연혁에서도 나타나듯이 동성의 짝에게 적절한 법적 지위를 부여하기 위한 법적 기반을 창출하던 당시에 법률제정자는 혼인과 구별되는 모델을 택하였다. 동반자관계가 그 효력에서 "간이혼(Ehe light)" 내지 "경량혼(Schmalspurehe)"이 되지 말아야 한다고 입법자료에 명시되어 있다. 그 동안 혼인과 동반자관계가 그 형성은 물론 법효과에서 전반적으로 일치하여, 두 제도의 차이는 현재 산발적으로 잔존할 뿐이다.

2) 최근에는 특히 동성의 짝에게도 공동의 양친성(兩親性 Elternschaft)이 허용되어, 공동으로 입양할 수 있고, 적법한 의료시술을 통한 생식(生殖 Fortpflanzung)도 동등하게 활용할 수 있게 되었다. 공동의 양친성이 가능하게 되면서, 혼인공동체의 형성과 해소 내지 이혼의 요건과 효과를 규율하는, 공동의 자녀에 관한 친자관계규정은 이제 동반자관계 및 그 자녀에게도 적용할 수 있게 되었다.

(2) 동반자법의 입법목적은 동성의 짝에 대해 그 관계를 법적으로 승인함으로써 차별을 저지한다는 것이다. 법률제정자가 이성과 동성의 짝에 대해 서로 다른 제도를 둔 배경은, 혼인은 "사회문화적인 맥락에 깊이 뿌리를 내린" 전래의 고정관념에 따라 최소한 양친이 될 가능성을 염두에 두고 있는데, 동성의 짝에게는 오랫동안 공동의 양친성이 불가능했다는 점이다.

(3) 그러나 이러한 제도적 이원화를 유지하려면, 필연적으로 성적 지향을 이유로 동성의 짝을 차별하게 된다. 법률제정자가 혼인과 동반자관계를 실정법에서 다른 제도로 규정함으로써, 양자가 법률관계와 법효과에서 유사하기는 하지만, 이원적인 제도 그 자체로 불평등하게 유형화되었다는 것이 다양한 생활관계에서 가시적으로 드러난다.

1) 최근까지 동성에 대한 성적 지향을 갖는 사람들이 법적이고도 사회적인

차별을 받았다는 점에 비추어보면, 개개인의 입장에서는 그 본질과 측면에서 기본적으로 동일한 관계임에도 이를 성적 지향에 따라 서로 다른 제도로 분리함으로써 차별의 효과가 발생한다. 이렇게 두 개의 제도로 분리한다는 것은, 동성에 대한 성적 지향성을 갖는 사람은 이성에 대한 성적 지향을 갖는 사람과 동등하지 않다는 표현인 것이다. 가족관계에서의 신분상태가 "기혼"대 "등록된 동반자관계"로 다르게 표시됨으로써, 동반자관계에 있는 사람으로서는 성적 지향이 전혀 의미가 없는 경우에도 이를 공개해야 하고, 특히 경험적으로 보자면 차별을 받을 위험에 노출된다는 점에서, 제도의 분리를 통해 차별의 결과가 야기된다. 이는 평등원칙의 본질적 내용을 이루는 연방헌법 제7조 제1항 제2문[4]이 명백히 금지하는 바이다.

2) 법률에서 동성과 이성의 관계를 두 개의 상이한 제도로 분리한다는 것은, 성적 지향과 같은 일신상의 표지를 사유로 하는 차별을 금지하는 평등원칙에 위반한다.

(4) 앞에서 적시한 헌법 위반을 제거하여 합헌적 상태에 이르기 위해서는 일반민법전 제44조의 "이성"과 동반자법에서 "동성"의 취지로 표현된 일련의 문언을 제거하는 것이 필요하고도 충분하다. 동성과 이성의 구별 없이 혼인과 동반자관계를 선택할 수 있고, 동반자법이 기존의 동반자관계를 위한 법적 틀로 남아있도록 하기 위하여, 동반자법의 나머지 부분은 전면적으로 개정하지 않고 유지해야 한다는 것이 본 헌법재판소의 입장이다.

---

4) 연방헌법 제7조 제1항 제2문
"출신과 성별, 신분 및 계급, 신앙에 따른 특권은 인정되지 않는다."