

발 간 등 록 번 호

33-9750040-000290-01

비교헌법연구

2021-B-2

독일에서의 동성혼에 관한 헌법적 연구



Constitutional Research Institute



헌법재판소
헌법재판연구원



독일에서의 동성혼에 관한 헌법적 연구

연구책임자 : 이 지 효 책임연구관(비교헌법연구팀)

목 차

I. 서론 / 1

- 1. 연구의 배경과 필요성 1
- 2. 연구의 범위와 구성 4

II. 독일에서의 동성혼 도입 배경 / 6

- 1. 동성혼 도입 이전의 법적 상황 6
 - 가. 등록 생활동반자제도 6
 - 나. 생활동반자법의 입법취지 7
 - 다. 생활동반자법의 내용 8
 - (1) 생활동반자관계의 성립요건 8
 - (2) 생활동반자관계 성립의 효과 10
 - (가) 일반적 효과 10
 - (나) 재산적 효과 10
 - (3) 생활동반자의 자녀에 대한 관계 11
 - (4) 생활동반자관계의 해소 12
 - (가) 해소의 요건 12
 - (나) 해소의 효과 12
- 2. 혼인개방법의 입법과정 및 입법취지 13
 - 가. 혼인개방법의 입법과정 13
 - 나. 혼인개방법의 입법취지 14

III. 사회변화에 따른 혼인개념의 변화와 헌법적 대응 / 17

1. 혼인개념의 통시적 변화	17
가. 기본법 제정 이전의 혼인	17
나. 독일 기본법 제정과 혼인	18
2. 혼인의 성격	19
가. 일반론	19
나. 제도보장으로서의 혼인	20
3. 헌법상 혼인제도의 개념 및 구조원리에 대한 논의	22
가. 혼인의 구조적 요소 규명에 관한 연방헌법재판소의 태도	23
나. 혼인개념 규명에 관한 학계의 입장	26
4. 사회변화를 반영하는 혼인개념의 규명 시도	27
가. 독일 기본법의 제정사적 관점	27
나. 제도보장과 헌법변천의 관점	27
다. 동성 파트너십 인정으로 인한 사회변화	31
라. 연방헌법재판소의 판례를 통한 사회변화	31
(1) 혼인과 생활동반자제도 간의 관계	31
(2) 혼인과 생활동반자제도 간의 동등취급 의무	34
(가) 연금수급권 결정	37
(나) 증여상속세법 관련 결정	40
(다) 공무원의 가족수당 결정	41
(라) 토지취득세 결정	45
(마) 순차입양 결정	46
(바) 배우자 합산분할과세 결정	47
(3) 트랜스젠더의 배우자 지위에 관한 판례	49
마. 소결	49

IV. 우리나라와의 비교 / 51

V. 결론과 시사점 / 55

■ 참고문헌	57
■ 부 록	62

초 록

독일에서는 2017년에 이른바 혼인개방법을 통해 동성 간 혼인할 권리가 도입되었다. 혼인은 객관적 차원에서 제도의 핵심내용을 보호해야 하는 제도보장적 성격을 갖는다. 즉, 혼인의 추상적인 존속뿐만 아니라 본질적인 구조적 특징도 제도로서 보장되어야 한다. 이는 입법자에 의해 형성되어야 하므로 헌법해석에 있어서 사회적 현실이 큰 영향을 미칠 수밖에 없다. 혼인제도의 핵심 중에 이성 간의 결합이 포함되는지 여부는 논란이 있어 왔다. 혼인의 개념을 규명하기 위해서는 헌법해석을 거쳐야 한다. 즉, 역사적 해석과 전통적·사회적 관점에 따른 해석, 헌법의 안정성과 역동성에 관한 문제, 제도보장의 내용과 연관성 및 헌법변천의 개념과도 연결된다. 독일 연방헌법재판소는 이성 간 결합이 혼인제도의 핵심적 요소라고 꾸준히 실시해 왔지만, 혼인의 제도보장적 측면이 사회 구성원의 인식의 변화에 따라 변화할 수 있다는 가능성 역시 배제하지 않았다. 동성 파트너십은 사회적 인정뿐만 아니라 생활동반자제도 도입과 혼인개방법을 통해 법적 인정까지 받게 되었다. 생활동반자제도가 지속되고 점차 혼인과 유사한 모습으로 변화할 수 있었던 배경에는 연방헌법재판소의 판례가 중요한 역할을 했다. 연방헌법재판소는 특히 일반적 평등원칙을 적용하여 성적 지향에 따른 차별을 철폐하려는 태도를 보였다. 이에 따라 혼인과 생활동반자관계의 차별을 정당화하는 데 엄격한 심사기준을 적용하였다. 이러한 판례는 사회인식의 변화를 불러옴과 더불어 2017년 혼인개방법의 입법을 촉구하는 촉매제가 되었다.

우리나라에서 동성 간 결합은 혼인제도에 대한 헌법해석을 통해서 인정될 가능성이 있지만, 사회적 현실의 장벽은 높은 편이다. 독일의 생활동반자제도처럼 완충지대의 역할을 하는 중간제도를 도입하고 사법적 판단을 축적하는 사례는 우리에게도 유용성을 발휘할 수 있을 것이다.

주제어: 독일 동성혼, 혼인제도, 혼인개념, 생활동반자제도, 동성 간 결합

I. 서론

1. 연구의 배경과 필요성

동성 간의 관계에 관한 논의가 우리나라에서 전혀 없다고는 할 수 없지만, 법제화된 보호장치는 거의 전무하다고 볼 수 있다. 2014년 진선미 의원이 성별과 무관한 생활동반자관계법안을 준비하였으나 발의조차 되지 못하였다.¹⁾ 그렇지만 고용,²⁾ 재화 및 서비스의 이용³⁾에서 성적 지향을 이유로 한 차별이 존재하며, 동성애자를 비롯한 성소수자들이 혐오표현⁴⁾·괴롭힘과 폭행,⁵⁾ 혐오범죄에 노출되어 있다.⁶⁾ 또한 사회보장제도에 있어서 동성 간의 혼인이나 파트너십과 같은 법적 지위를 인정하지 않음으로 인해 법률혼이나 사실혼 배우자에게 적용되는 권리와 혜택이 동성 커플에게 배제되고 있는 상황이다. 가령 동성 파트너는 건강보험에서 피부양자로 인정받지 못하여서 결과적으로 동일한 상황의 혼인한 부부나 사실혼 관계에 있는 사람들보다 보험료를 더 많이 내야 한다.⁷⁾ 또한 동성 파트너 중 한 명이 사망하게 되면 유족 지위를 인정받지 못하여 장례 절차에서부터 상속이나 유족 연금수급에서도 배제되는 실정이다. 동성혼 도입이 사회적 공감을 얻기까

-
- 1) 진선미 의원실에서 주관하고 국회성평등정책연구포럼에서 주최한 ‘생활동반자에 관한 법률’ 토론회가 2014. 7. 3.에 열렸으나 이후 법안으로 발의되지는 못하였다.
 - 2) 2019년 6월, ‘동성애자는 정중히 사양합니다’라고 명시한 채용공고가 고용노동부 서울북부고용센터 및 <워크넷>에 게재되었다. <워크넷>은 고용노동부와 한국고용정보원이 운영하는 채용정보 사이트이다. 이후 다른 구인구직 사이트에도 이같은 차별적 채용공고가 그대로 게시되었다.
http://www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0002632345 2020. 12. 9. 최종 방문
 - 3) 일례로 2017년 동대문구 시설관리공단이 ‘퀴어여성 생활체육대회’를 위한 체육관 대관을 취소한 것이 성적지향을 이유로 하는 차별에 해당한다고 판단한 국가위원회의 결정(국가인권위원회 2019. 4. 10.자 17진정0935400 결정).
 - 4) 2018년 전국지방선거에 출마한 김문수 당시 서울시장 후보는 “동성애는 담배보다 유해하다”, “동성애로 에이즈가 늘어난다”는 혐오발언을 반복하였다. 2019년 5월, 황교안 당시 자유한국당 대표는 ‘세종탑과의 간담회’ 행사에서 “동성애에 대해서 반대”한다는 발언을 반복하였다.
 - 5) 2018년 ‘제1회 인천퀴어문화축제’ 현장에서 축제 참가자를 상대로 폭언과 폭행, 성추행 불법촬영을 자행한 반성소수자 단체 및 기독교계 단체의 대표들에게 불기소 처분이 내려졌다.
http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201905231403001 2020. 12. 9. 최종 방문.
 - 6) 이에 대해 자세히는 김지혜 외, 한국 LGBTI 인권현황 2019, SOGI 법정정책연구회, 2020 참고.
 - 7) 8개월 동안 건강보험 직장가입자와 피부양자로 인정되었던 동성 커플에 대해 ‘피부양자 인정 조건 미충족’이라는 사유로 피부양자 자격을 박탈한 사례로 <https://www.yna.co.kr/view/AKR20201111150700004> 2020. 12. 9. 최종 방문.

지 시간과 노력이 필요한 것은 주지의 사실이다. 그렇지만 최소한의 법적 보호장치가 없는 상황에서 사회의 인식이 개선되기를 기다리는 것만으로는 당사자들이 받게 되는 피해와 불이익이 너무나도 크다.

다른 국가들의 경우에는 1989년에 최초로 동성 간의 시민결합을 인정한 덴마크를 필두로 많은 국가들이 이성(異姓) 뿐 아니라 동성(同姓) 간의 결합에도 혼인이나 혼인과 유사한 동반자제도를 마련하여 권리와 의무를 보장하고 있다. 세부적으로 살펴보면, 생물학적 성별이 서로 같은 두 사람이 결합하여 가족을 구성하는 동성혼(同姓婚)을 도입한 국가,⁸⁾ 혼인에 준하는 동성 간의 시민결합/파트너십을 인정하는 국가,⁹⁾ 국가 전체는 아니더라도 지방자치단체 차원에서 동성 간의 결합을 인정하는 경우,¹⁰⁾ 자국민의 해외에서의 동성 결혼을 인정하는 경우¹¹⁾ 등 다양한 방식으로 동성 간의 결합을 인정하고 보장하고 있다. 이처럼 세계적인 추세가 동성혼이나 그에 준하는 동성 간의 결합을 인정하고 있으며, 이러한 국가들과의 인적·물적 교류 속에서 외국인의 국내 지위 및 내국인과의 차별이 문제될 수 있다.¹²⁾

세계 각국에서 동성혼은 입법 혹은 사법적 방법 또는 예외적으로 국민투표(아일랜드)를 통해 도입되었다. 비교적 최근의 도입 사례를 살펴보면, 독일과 이웃한 나라인 오스트리아의 경우, 혼인은 이성에게만 한정되고, 동성은 등록된 동반자관계(Eingetragene Partnerschaft)를 통해서 혼인 유사적 권리와 의무를 갖고 있었다. 그러나 2017년 오스트리아 헌법재판소는 일반민법전의 ‘이성’과 등록된 동반자법에서의 ‘동성’이라는 문언을 위헌으로 보고 이를 폐지하였다.¹³⁾ 제도의 이원화가 필연적으로 성적 지향을 이유로 하

8) 네덜란드(2001), 벨기에(2003), 스페인(2005), 캐나다(2005), 남아프리카공화국(2006), 노르웨이(2009), 스웨덴(2009), 포르투갈(2010), 아르헨티나(2010), 아이슬란드(2010), 덴마크(2012), 뉴질랜드(2013), 우루과이(2013), 프랑스(2013), 브라질(2013), 아일랜드(2015), 룩셈부르크(2015), 미국(2015), 콜롬비아(2016), 핀란드(2017), 몰타(2017), 독일(2017), 호주(2017), 오스트리아(2019), 대만(2019), 에콰도르(2019), 영국(2020), 코스타리카(2020), 태국(2020).

9) 대체로 성별과 무관한 시민결합을 인정하는 국가로서 네덜란드, 프랑스, 벨기에, 룩셈부르크, 안도라, 뉴질랜드, 체코, 슬로베니아, 스위스, 우루과이, 헝가리, 오스트리아, 리히텐슈타인, 몰타, 크로아티아, 칠레, 키프로스, 그리스, 에스토니아, 이탈리아, 북아일랜드, 산마리노, 모나코 등이 있다.

10) 멕시코, 일본

11) 이스라엘, 에스토니아, 아르메니아

12) 우리 정부는 한국 주재 외국 외교관의 동성 배우자를 법적 배우자로 인정한 바 있다. 주한 외교관의 신분관련 규정인 「대한민국 주재 외국 공관원 등을 위한 신분증 발급과 관리에 관한 규칙」은 “주한 공관원의 동반 가족으로 인정받으려면 법적 혼인관계의 배우자여야 한다”고 명시하고 있는데, 외국에서 법적으로 결혼한 동성 배우자에게도 이 규정을 적용한 것이다. 이에 따라 2019. 12. 18. 청와대 녹지원에서 열린 주한외교단 리셉션 행사에 주한 뉴질랜드 대사과 그의 동성 배우자가 동반 참석하였다.

13) 2017. 12. 4. G 258-259/2017-9. 이 결정에 대한 간략한 요약 번역은 (오스트리아) 혼인과 등록된 동반

는 차별을 낳기 때문이다. 이에 따라 혼인과 등록된 동반자관계 모두 이성결합과 동성결합 모두에게 가능해졌다. 아시아 최초로 동성혼을 허용한 대만의 경우, 대만 최고사법기관인 사법원이 2017. 5. 24. 동성혼을 허용하지 않는 민법 규정이 위헌이라고 판단하고 입법자의 결단을 촉구함으로써 혼인을 개방하였다.

대만처럼 혼인과 유사한 동성 간의 결합을 인정하는 제도를 거치지 않고 바로 동성혼을 도입하기에 앞서 우리나라에서는 사회적 인식 변화가 선행되어야 할 것이다. 예컨대 2014년에 동성간 혼인신고를 수리해달라는 소송을 내었던 영화감독 김조광수씨의 가족관계등록부 정정 신청을 각하한 법원은 별도의 입법적 조치가 없는 한 동성 간의 결합을 법률상 혼인으로 인정할 수는 없다고 하였다.¹⁴⁾ 해당 결정의 결정요지에서는 “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”고 하였다.

동성 간의 결합을 인정하는 제도적 장치가 없는 이상 앞으로도 이러한 사례는 반복될 수밖에 없을 것이다. 또한 관련하여 헌법소송이 제기될 가능성 역시 배제할 수 없다. 가령 동성 간의 혼인신고에 대한 불수리처분을 행정소송으로 다투게 되고 여기서도 패소할 경우에 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 위헌법률심판을 통해 민법이나 가족관계법에서 혼인을 남성과 여성 간의 결합이라고 해석하는 한 위헌이라는 요지의 한정위헌심판청구를 제기할 가능성이 있다. 또한 동성 간의 결합을 법제도를 통해서 보장하지 않는 현재의 상황을 일종의 (부진정) 입법부작위로 파악하고 헌법소원심판을 제기할 수도 있다. 만약에 동성혼을 인정하거나 혼인에 준하는 동성 간의 관계를 법제화하여 보장하는 경우에도 이에 대한 위헌 논란이 제기될 수 있다는 점 역시 간과해서는 안 될 것이다.

자관계의 구분으로 인한 차별금지 위반, 세계헌법재판동향 2018년 제2호, 25-28면 참조.

14) 서울서부지방법원 2016. 5. 25.자 2014호파1842결정 [등록부정정(가족관계등록공무원의 처분에 대한 불복신청)]

이에 동성 간의 생활동반자제도를 혼인 개방의 중간 단계로 두고 2017년에 소위 ‘모두를 위한 결혼(Ehe für Alle)’을 도입하여 동성끼리도 혼인을 가능하게 한 독일의 사례에 주목해 볼 필요가 있다. 독일의 경우 1994년에 폐지되기까지 형법에 남성 간의 동성애를 처벌하는 규정이 있을 정도로 동성 간의 관계에 배타적이었다. 그렇지만 2001년에 동성 커플을 위한 등록된 생활동반자제도를 도입하고 이후 연방헌법재판소의 판례를 통해 법률 개정을 촉구함으로써 이성 간의 혼인과의 차이를 점차 줄여나갔다.

독일에서 동성 커플의 권리보호가 입법과 헌법재판에서 어떻게 전개되었으며, 특히 평등심사에서 성적 지향에 따른 차별이 어떠한 방향으로 발전되었는지를 살펴본다면 향후 우리에게 제기될 수 있는 헌법재판에 대비하거나 동성 간에 혼인과 유사한 제도를 도입할 경우에 제기될 수 있는 헌법적 문제를 기능해 볼 수 있는 기회가 될 수 있으리라 본다. 또한, 우리 헌법 제36조 제1항¹⁵⁾과 유사한 구조를 보이는 독일 기본법 제6조 제1항¹⁶⁾의 해석을 통해 동성혼의 도입과 관련된 헌법적 쟁점에 대해 알아보고자 한다. 동성 간의 결합에 관한 논의는 어떤 의미에서는 헌법재판에서 사회적 소수자의 보호가 어떻게 이루어질 수 있는지에 관한 논의로도 확대될 수 있다. 나아가 독일 연방헌법재판소의 관련 판례를 면밀히 검토함으로써 우리 헌법재판소에 유사한 사건이 접수될 경우에 비교법적 참고자료로서 기능할 수 있도록 하고자 한다.

2. 연구의 범위와 구성

이 연구보고서에서는 우선 독일에서 동성 간의 관계가 법적으로 인정되기까지 어떠한 변모를 거쳐 왔는지에 대해 알아보고자 한다. 또한 혼인이 동성관계에도 개방될 수 있었던 배경 및 이와 관련된 헌법적 논의의 전개 양상에 집중하려 한다.¹⁷⁾ 나아가 이와 연관된 연방헌법재판소의 판례를 소개하고 분석하여 혼인개방에 있어서 연방헌법재판소가 어떠한 역할을 하였는지를 살펴보고자 한다.

15) [헌법 제36조 제1항]

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

16) [독일 기본법 제6조 제1항]

혼인과 가족은 국가질서의 특별한 보호를 받는다.

17) 국내 논의에 대해서는 이재희, 혼인의 헌법적 보장 -헌법 제36조 제1항을 중심으로-, 헌법재판연구원 2017 참조.

먼저 II.장에서 동성혼이 도입되기 이전의 상황과 중간적 제도였던 생활동반자제도의 입법취지 및 그 내용을 살펴보고, 동성혼 도입의 입법과정과 입법취지에 대해 알아보겠다. 이어서 III.장에서 사회변화에 따른 혼인개념의 변화와 이와 관련된 헌법적 논의가 어떻게 전개되어 왔는지에 대해 학계와 연방헌법재판소의 태도를 통해 알아보겠다. 특히 혼인 및 생활동반자제도와 관련된 연방헌법재판소의 판례를 쟁점별로 소개하고 분석하여 살펴보고자 한다. 나아가 IV.장에서는 우리나라와의 비교를 통해 독일에서 얻을 수 있는 시사점의 기반을 알아보려 한다. 마지막으로 V.장에서 독일의 사례를 통해 우리가 얻을 수 있는 교훈을 찾고자 한다.

II. 독일에서의 동성혼 도입 배경

1. 동성혼 도입 이전의 법적 상황

동성 간의 혼인할 권리를 도입하는 법률¹⁸⁾(이하 혼인가방법)이 효력을 발하기 전까지는 혼인은 서로 다른 성별 간에만 이루어질 수 있었다. 독일 기본법이나 다른 법률에는 이를 명시적으로 규정한 내용은 없다. 독일 민법 제1353조 제1항 제1문의 문언은 “혼인은 평생 동안 성립한다”라고만 하고 있다. 그렇지만 일반적인 혼인에 대한 이해는 해당 제도가 이성 간에만 성립한다고 보았다.¹⁹⁾ 이러한 관점은 혼인의 대안적 제도인 등록된 생활동반자제도를 도입하면서도 반영되었다.²⁰⁾ 이에 따라 이성 간에만 성립할 수 있으며 국가의 특별한 보호를 받는 혼인과는 별도의 고유한 제도로서 동성 간의 등록 생활동반자제도가 법제화되었다.

가. 등록 생활동반자제도

2001년 2월에 결의되고 같은 해 8월 1일부터 시행된 ‘동성 간 공동체의 차별을 종식시키기 위한 법률’²¹⁾(이하 생활동반자법)은 동성 간에도 평생에 걸친 파트너십을 가능하게 하였다. 해당 법률은 등록된 생활동반자관계의 형성과 법률상 효과 및 해소에 관한 규정을 담고 있다.²²⁾ 대부분의 규정은 민법상의 혼인과 가족법 관련 규정을 준용하는 내

18) Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts (Eheöffnungsgesetz), 2017. 6. 20., BGBl. I, S. 2787.

19) Maunz/Dürig/Herzog/Badura, Grundgesetz, Art. 6 Rn. 4.

20) Roth, in: MüKo-BGB, § 1353, Rn. 4; Wapler, FamRZ 2017, S. 602.

21) Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft (Lebenspartnerschaftsgesetz).

22) 2000년 7월 사민당과 녹색당의 연립정부는 동성 간 생활동반자관계의 등록제도에 관한 법률안을 연방의회에 제출하였고, 제1독회의 심사를 거쳐 법률안은 소관 상임위원회에 회부되었다. 2000년 11월 연방의회 법사위원회는 자유민주당의 법안을 철회하고, 연립정부의 안을 받아들여 법률 의결 절차에서 보수적 성향이 주류를 이루던 연방참사원의 동의를 얻지 못하는 상황을 우려하여 법률안을 둘로 나눌 것을 권고하였다. 즉, 연방참사원의 동의를 요구되지 않는 사항을 내용으로 하는 조문은 「동성 간 공동체의 차별을 종식시키기 위한 법률: 생활동반자관계 및 그와 연관된 중대한 법적 효과」에 두면서, 원래의 법률안에 있던 내용 중 연방참사원의 동이가 필요한 사항은 「생활동반자관계법의 보안을 위한 법률」로 따로 나누어 제출하게 하였다. 전자는 생활동반자의 창설과 그 법적 효과를, 후자는 법령을 실행하는 절차적 규정을 주된 내용으로 하였다. 연방의회는 2000년 11월 10일 두 법안을 가결하였으나, 예상했던 바

용이었지만, 생활동반자관계에만 적용되는 규정도 존재하였다. 입법자는 수차례의 개정을 통해 등록된 생활동반자제도를 통해 보장되는 권리와 의무를 혼인과 유사하게 하였다. 가령 2005년의 개정으로 인해 부부 간의 재산권에 관한 규정에 준하는 내용과 부양권, 관계의 해소, 연금의 배분 및 의붓자녀의 입양에 관한 내용이 추가되었다. 또한 이후로도 유족연금, 양도세와 상속세, 공무원의 가족수당, 토지취득세, 순차입양 및 배우자 합산분할과세에 관한 규정에서 혼인과의 차이를 없애는 방향으로 개정이 이루어졌다. 이러한 개정의 배경에는 독일 연방헌법재판소의 일련의 판례가 있었다. 혼인개방법이 시행된 이후로는 새로운 생활동반자관계 창설은 불가능해졌지만 기존에 생활동반자로 등록하고 나서 혼인관계로 전환하지 않은 이들에게는 여전히 생활동반자법이 적용된다.

나. 생활동반자법의 입법취지

생활동반자법은 동성 커플에 대한 차별을 철폐하고 동성 파트너십에 법적인 형식을 부여하기 위해 제정되었다.²³⁾ 생활동반자법의 입법취지²⁴⁾²⁵⁾에서는 동성 커플을 위한 고유의 가족법적 제도, 즉 ‘등록 생활동반자제도’를 창설하는 것을 제안하고 있다. 그 헌법적 근거로서 동성 간 생활공동체도 독일 기본법 제2조 제1항²⁶⁾의 보호를 받는다는 점을 들고 있다. 또한 유럽의회(Europäisches Parlament)가 이미 1994년 2월에 유럽 연합의 회원국들로 하여금 동성을 지향하는 사람을 법규정 및 행정규정에서 차별하지 말 것을 촉구하였다는 점을 부각하며, 이미 유럽의 여러 국가에서 동성 커플의 법적 지위를 규정하는 법률 규정을 도입하였다는 점을 강조하고 있다. 특히 동성 파트너십을 공적으로 등록함으로써 특정한 법적 효력을 이끌어내는 법률 규정이 존재하며, 동성뿐만 아니라 이성 간에도 생활공동체 진입을 가능하게 하는 나라도 있다고 하였다.

대로 연방참사원은 후자의 법안에 동의하지 않았다. 독일의 입법과정에 대한 보다 일반적이고 세부적인 내용은 차진아, 독일의 입법절차에 관한 비교법적 고찰, 의정연구 제14권 제1호, 141면 이하 참고

23) BT Drucksache 14/3751, S. 1.

24) 법률안을 입안하는 기관(가령 연방정부나 연방의회 등)이 해당 법률의 개별 사항을 설명하거나 추후 법률 규정을 명확하게 적용할 수 있도록 법률안에 첨부하는 텍스트를 입법취지(amtliche Begründung)라고 한다. 일반적으로 법원이 법률을 해석하면서 입법자의 의사를 파악하기 위해 입법취지를 참조한다.

25) 생활동반자법의 입법취지 번역은 이 보고서의 [부록] 참조.

26) [독일 기본법 제2조 제1항]

모든 사람은, 다른 사람의 권리를 침해하지 않고 헌법질서나 도덕률에 반하지 않는 한, 자신의 인격을 자유로이 실현할 권리를 갖는다.

덴마크, 노르웨이, 스웨덴의 경우는 동성 파트너십에만 적용되는 법률 내에서 혼인 체결과 연관되는 모든 법적 효력이 등록동반자제도에서도 원칙적으로 적용 가능하도록 하고 있지만, 독일에서 이 방식을 그대로 도입하기에는 헌법상 우려가 있다고 보았다. 독일 기본법 제6조 제1항이 혼인을 국가의 특별한 보호를 받는 남성과 여성 간의 생활공동체로서의 결합이라고 보고 있기 때문이다.²⁷⁾ 입법취지에서는 등록 동반자제도와 혼인 간의 근본적인 차이 외에도 이러한 헌법 규정으로 말미암아 혼인과 등록 생활동반자제도를 형식적으로 동등한 지위에 놓게 되면 이는 혼인의 특별한 보호에 합치되지 아니한다는 주장에 대해서도 언급하고 있다. 그럼에도 불구하고 동성끼리의 생활방식에 대한 차별을 철폐하고 동성 커플의 생활공동체에 안정적인 법적 형식을 부여하기 위해 고유한 가족법적 제도(등록 생활동반자제도)가 필요하므로 이를 창설하였다고 한다. 이를 통해 동반자가 상호 책임을 지며 이로부터 구속력 있는 권리와 의무가 생성됨과 동시에 공동의 삶의 계획이 무산될 경우의 어려움을 완화하고, 분쟁이 있는 때에는 국가의 도움을 받을 수 있게 되는 점을 강조하였다. 또한 공동체의 동반자와의 밀접하고 감정적인 결합이 인정되어 행정심판이나 사법소송에서의 증언거부권이 주어진다는 점도 언급하고 있다.

동성 생활동반자들로부터는 생물학적인 공동의 자녀가 태어날 수는 없다는 점이 이성 간의 결합과 근본적으로 구분되는 지점임을 지적하면서도, 오늘날 이미 동성 동반자관계 안에서 자녀들이 성장하고 있다는 점도 부각하였다. 이러한 자녀들의 복지를 고려하며 안정적인 관계를 보장하기 위해서는 예컨대 (이전의) 생활동반자와의 면접교섭권이나 소위 체류명령과 같은 적절한 규정이 필요하다고 하였다. 달리 말하자면 일상에서 생활동반자가 친권을 행사함에 있어서 함께 참여할 수 있도록 하는 것이 필요하다는 것이다.²⁸⁾

다. 생활동반자법의 내용

(1) 생활동반자관계의 성립요건

생활동반자관계가 성립하기 위해서는 혼인과 마찬가지로 당사자 사이에 평생 동반자로서 생활공동체를 형성하기로 하는 의사표시의 일치, 즉 합의가 있어야 한다. 합의의 당사자

27) 이처럼 생활동반자법 입법 당시만 하더라도 혼인과 생활동반자제도는 서로 다른 제도임을 강조하며, 혼인의 특별한 보호가 침해되지 않는다는 점을 부각하려고 하는 노력이 보인다.

28) BT Drucksache 14/3751, S. 33, 34.

는 모두 동성이어야 한다.²⁹⁾ 관할 관청인 호적청(가족관계등록청)에 이러한 의사를 표시하여 등록함으로써 ‘등록된 생활동반자관계’(eingetragene Lebenspartnerschaft)라는 용어가 나왔고, 이성 간의 혼인 외 관계, 즉 사실상의 공동체관계(faktische Lebensgemeinschaft, 사실혼관계)에는 주로 생활반려자(Lebensgefährte)라는 용어를 사용하게 되었다. 혼인과는 달리 미성년자는 예외 없이 등록된 생활동반자관계를 창설할 수 없으며, 이미 혼인한 자 또는 이미 타인과 등록된 생활동반자관계에 있는 자도 등록된 생활동반자관계를 창설할 수 없다. 즉, 단혼원칙(monogamisches Prinzip)이 동성 간의 관계에도 적용된다. 나아가 상호 직계 존속·비속인 자들, 그 밖에 전혈 또는 반혈의 형제/자매인 자들 간에 등록된 생활동반자관계를 창설할 수 없다. 또한 등록된 생활동반자관계를 창설하는 의사표시를 하였음에도 불구하고 이와 결부된 기본적 의무(생활동반자 서로를 돌보고 협조할 의무, 공동의 생활관계를 형성할 의무, 상호 책임을 질 의무)를 원하지 않는다³⁰⁾면 등록된 생활동반자관계는 유효하게 창설되지 않는다.

등록된 생활동반자제도는 혼인과 유사한 제도임에도 불구하고 혼인과는 구별되는 점이 분명하게 존재하였다. 생활동반자법 제1조³¹⁾를 위반하는 경우에는 전부 무효가 되어 하자 있는 생활동반자관계의 창설에 중혼과 같은 혼인의 취소에 관한 규정들을 유추 적용할 수는 없다. 등록된 생활동반자관계의 효과에 관한 문제는 생활동반자관계의 존재

29) 2017. 10. 1.부터 동성 간의 결합에도 혼인을 인정하는 혼인개방법이 시행됨에 따라 생활동반자법에 따른 생활동반자관계를 새로이 창설할 수는 없게 되었다. 현재의 생활동반자법 제1조 제1문은 혼인개방법 시행 이후 새로운 생활동반자관계 창설 불가를 규정하고 있고, 동조 제2문에서는 혼인개방법 이전에 창설된 생활동반자관계와 해외에서 창설한 생활동반자관계에 독일법이 적용되는 경우 생활동반자법이 적용된다고 규정하고 있다.

30) 소위 가장동반자관계(Scheinlebenspartnerschaft)로서 특히 외국인이 독일에서 체류허가를 취득할 목적으로 생활동반자관계를 악용하는 것을 막고자 생성된 규정이다.

31) 생활동반자법 제1조 [형식 및 요건]

(1) 동성인 두 사람이 평생 서로 동반자관계를 형성하기로 하는 의사를 가족관계 등록사무를 담당하는 공무원에 대해 직접, 그리고 두 사람(여성 생활동반자 또는 남성 생활동반자)이 동시에 참석하여 표시하면, 생활동반자관계가 성립한다. 이러한 의사표시는 조건이나 기한을 붙일 수 없으며, (제6조 제1항의) 재산상황에 관한 의사표시를 먼저 한 후에 표시하여야 한다.

(2) 가족관계 등록사무를 담당하는 공무원은 생활동반자에게 개별적으로 그가 생활동반자관계를 창설하려고 하는지 여부를 질의해야 한다. 생활동반자가 질의에 대해 긍정하면, 공무원은 생활동반자관계가 이제 성립되었다고 선언해야 한다. 생활동반자관계의 창설 현장에는 증인 두 명까지 참석할 수 있다.

(3) 가족관계 등록사무를 담당하는 공무원은 생활동반자관계 창설을 생활동반자관계등록부에 등록한다.

(4) 생활동반자관계는 (다음의 경우에) 효과적으로 창설될 수 없다.

1. 미성년자 또는 기혼자 또는 이미 다른 사람과 생활동반자관계에 있는 자
2. 직계 친족 간
3. 형제 간 및 이복형제 간

또는 부존재확인절차를 통하여 밝힐 수 있고, 이에 대해서는 가정법원이 관할한다.

(2) 생활동반자관계 성립의 효과

(가) 일반적 효과

생활동반자관계의 효과는 대부분 민법상 혼인의 효과에 관한 규정을 준용하는 방식으로 규율된다. 일반적 효과로서 생활동반자법 제2조에서는 상호 부양(Fürsorge) 의무 및 협조(Unterstützung) 의무, 공동의 생활관계를 형성해야 하는 의무 및 상호간 책임을 부담할 의무를 규정하였다. 생활동반자법 제5조에서는 생활동반자가 노동과 자신의 재산을 통해 생활동반자관계를 적절히 부양해야 할 의무가 있으며, 이에 대해 민법상의 혼인부양에 관한 규정을 준용할 것을 규정하고 있다. 따라서 생활동반자의 자녀가 함께 거주하는 경우에는 자녀도 부양하여야 한다. 생활동반자는 공동의 성(姓)을 사용할 수 있으며, 생활동반자관계 창설 시에 가족관계등록청 담당공무원에 대한 의사표시로서 생활동반자 일방의 출생 당시의 성이나 생활동반자성 지정 당시의 성을 생활동반자성으로 지정할 수 있다. 생활동반자는 상대 생활동반자의 가족구성원으로 간주되며, 생활동반자의 혈족은 상대 생활동반자의 인척으로 간주한다. 이에 따라 생활동반자의 경우에도 배우자나 약혼한 사람들처럼 소송법상의 증언거부권과 선서거부권을 행사할 수 있다.

(나) 재산적 효과

생활동반자의 재산관계에 대해서도 대부분 민법상 혼인의 재산관계 규정을 준용한다. 민법상 부부재산계약에 관한 규정을 준용하여 생활동반자관계의 재산관계를 규율하는 계약(Lebenspartnerschaftsvertrag)을 체결할 수 있다. 생활동반자관계에서 별도의 재산계약을 체결하지 않는 경우에는 혼인관계에서의 법정재산제인 잉여공동제(Zugewinnngemeinschaft)³²⁾에 의해 재산관계가 규율되며, 이에 대한 민법 규정이 준용된다.

채권관계에 있어서도 혼인관계와 동일하게 생활동반자 중 한 명이 점유하거나 둘 모두가 점유하는 동산은 채무자에게 속하는 것으로 추정된다. 또한 민법에서 규정하고 있는 부부의 일상가사대리권과 일상가사채무의 연대책임에 관한 규정(민법 제1357조)이 생활동반자관계에도 적용된다. 임대차계약에 있어서는, 임차인이었던 생활동반자가 사망하

32) Zugewinnngemeinschaft를 부가이익공동제라고 번역하는 경우도 있다.

는 경우에는 혼인에서의 배우자와 마찬가지로 상대 생활동반자가 입차인의 지위를 승계한다(구 민법 제569조 제1항 제2문, 현행 민법 제563조 제1항).

생활동반자법 제10조에서는 생활동반자의 상속에 관한 권리를 규정한다. 생활동반자 일방이 사망하는 경우 상대 생활동반자는 피상속인의 혈족상속인과 함께 공동상속인이 된다. 생활동반자는 1순위인 혈족상속인이 공동상속인인 경우에는 상속 재산의 1/4, 2순위인 혈족상속인이나 조부모와 공동상속인인 경우에는 상속재산의 1/2을 상속한다. 1순위나 2순위의 혈족 및 조부모가 없는 경우에는 생활동반자가 단독 상속한다. 유류분(Pflichtteil)에 대해서는 민법상의 배우자의 유류분에 관한 규정이 준용된다.

(3) 생활동반자의 자녀에 대한 관계

입법 당시 생활동반자법은 생활동반자에게 친생자가 있는 경우의 친생자와 상대 생활동반자 사이의 관계만을 규율하였고, 생활동반자 사이의 공동의 자녀를 예정하지 않았다. 생물학적으로 동성 사이에 자녀를 출산하는 것은 불가능하지만, 생식의학적 방법에 의한 출산 또는 입양에 의한 법정 친자관계가 고려되지 않은 것이다. 이후 2004년에 생활동반자법이 개정되면서 생활동반자 일방의 친생자녀를 상대방이 입양할 수 있게 되었다. 순차입양³³⁾ 또한 연방헌법재판소의 판결³⁴⁾ 이후 허용되었다.

생활동반자법 제9조 제1항은 생활동반자 일방의 생활동반자관계 성립 이전의 혼인관계에서 태어난 자녀에 대한 상대 생활동반자의 관계를 규정한다. 자녀의 친권자인 부모의 일방이 생활동반자관계에 있는 경우, 그의 상대 생활동반자는 친권자인 생활동반자의 동의를 받아 자녀의 일상생활에 관한 사항에 대해 공동으로 결정할 수 있는 권한을 행사한다. 나아가 급박한 경우에는 상대 생활동반자가 자녀의 복리를 위하여 필요한 모든 법적 권한을 행사할 수 있으며, 이를 친권자인 생활동반자에게 지체 없이 알려야 한다. 관련 민법 규정이 준용된다.

생활동반자법이 처음 입법되었을 때는 입양에 관한 규정을 포함하고 있지 않았다. 이후 2004년에 수정된 생활동반자법에서는 생활동반자 각자의 단독입양만을 규정하였다. 이는 혼인한 배우자의 공동입양이 생활동반자관계에서는 배제됨을 의미한다. 단독으로

33) 등록된 생활동반자관계에서는 생활동반자 중 일방만이 개별적으로 타인의 자녀를 입양할 수 있었고, 해당 자녀를 타방 생활동반자가 입양하는 순차입양(승계입양, 연속입양)이 불가하였다.

34) 2013. 2. 19. BVerfGE 133, 59 (연구보고서 III. 4. 라. (2) (마) 순차입양 결정 참조).

입양하는 경우에는 상대 생활동반자의 입양에 대한 동의가 필요하다. 상대 생활동반자의 친생자를 입양할 수 있는 조항도 2004년의 개정으로 도입되었다. 이후 순차입양을 허용하지 않는 생활동반자법 규정이 연방헌법재판소의 위헌법률심판의 대상이 되었고, 연방헌법재판소는 2013. 2. 19.에 혼인한 배우자와 생활동반자를 다르게 취급하는 것이 기본법 제3조 제1항의 일반적 평등원칙에 위배된다고 판시하였다(BVerfGE 133, 59).

(4) 생활동반자관계의 해소

생활동반자관계는 생활동반자 일방의 사망 또는 법원의 결정에 의해 해소된다. 입법자는 생활동반자관계의 효과 소멸을 해소(Aufhebung)로 규율하면서 혼인에서의 ‘이혼’(Scheidung)과는 다른 용어를 사용하였다.

(가) 해소의 요건

성립 당시 의사표시의 흠결(무의식 상태 또는 정신작용의 이행성 장애, 생활동반자관계의 중요성에 관한 무지, 기망, 강박)이 있는 경우 등록된 생활동반자관계는 혼인에 대한 규정(독일 민법 제1314조)을 준용하여 법원의 판결에 의해 해소된다.

유효하게 성립한 생활동반자관계는 일정 기간의 별거 후 당사자의 신청에 의해 법원의 판결을 통해서 해소된다. 동조 제2항에 규정된 요건을 자세히 살펴보면, 1년 이상 별거한 상태에서 생활동반자 쌍방이 생활동반자관계의 해소를 신청하였거나, 일방이 신청하고 상대방이 해소에 대해 동의하는 경우, 생활동반자가 1년 이상 별거한 상태에서 생활동반자관계가 회복될 수 있으리라고 기대할 수 없을 때, 생활동반자 일방이 해소를 신청하고 생활동반자가 3년 이상 별거한 상태일 때, 별거상태와는 무관하게 생활동반자관계를 지속하는 것이 해소를 신청하는 생활동반자의 타방에게 책임이 있는 이유로 해소를 신청하는 생활동반자에게 참을 수 없는 가혹함이 되는 때이다. 이 요건상의 별거는 생활동반자 간에 공동의 거주관계가 더 이상 존재하지 않고, 생활동반자 일방이 생활공동체를 거부하여 상대방이 이를 더 이상 회복하려 하지 않는 때를 의미한다.

(나) 해소의 효과

생활동반자관계 해소 후의 부양의무는 민법상 부양의무에 관한 규정이 준용된다. 2008년 1월부터 시행된 부양법 개정으로 인해 등록된 생활동반자의 부양의무에 관한 특별규정이 삭제되고, 이에 대해 민법 규정을 준용하게 되었다. 따라서 공동체관계 해소 후의

부양의무는 혼인관계와 생활동반자관계가 동일해졌다. 생활동반자 공동의 주택과 가재도 구 분할에 대해서도 배우자에게 적용되는 민법 규정이 적용된다. 생활동반자관계가 해소 되는 경우 연금청산에 관한 관계도 이혼하는 경우 연금청산에 관한 규정과 동일한 사항이 적용된다.

2. 혼인개방법의 입법과정 및 입법취지

가. 혼인개방법의 입법과정

제18대 연방의회(2013. 10. 22. ~ 2017. 10. 24.)에서는 야당과 연방참사원이 주도하는 동성혼 인정 노력이 지속되었다. 좌파당(Die Linke)이 2013년, 녹색당이 2015년에 동성혼 인정을 위한 법안을 각각 발의하였다. 연방참사원은 사민당, 녹색당, 좌파당이 이끄는 주들의 정부가 주도한 ‘동성 간 혼인권 보장을 위한 법률안’³⁵⁾을 2015년 9월에 의결하여 연방의회에 제출했다. 여당인 기민/기사당(CDU/CSU)이 동성혼 인정을 반대하고, 연정 파트너인 사민당도 논의가 더 필요하다는 이유로 법사위 회의가 계속 연기되자, 녹색당은 2017년 초 법사위가 해당 법안을 다룰 의무가 있으며 이를 가까운 시일 내에 강제할 것을 구하는 가명령을 연방헌법재판소에 신청하였다.³⁶⁾ 비록 연방헌법재판소가 이를 인용하지는 않았지만, 충선을 앞두고 해당 사안을 쟁점화하는 것에는 성공하였다. 당시 기민당의 대표였던 메르켈(Angela Merkel) 총리가 이 법안에 대해서 당론을 정하지 않고 의원의 양심에 따른 자유 투표에 맡기겠다고 밝히자 법안의 통과 가능성이 높아졌다. 연방참사원의 혼인개방법안³⁷⁾은 2017. 6. 30. 연방의회에서 찬성 393표, 반대 226표, 기권 4표로 원안대로 통과되었다.³⁸⁾ 2017. 7. 7. 연방참사원은 연방의회가 가결한 법안을 의결하였고, 같은 해 10월 1일부터 동성 간에도 혼인이 가능해졌다.³⁹⁾

35) BR-Drs. 273/15

36) BVerfGE 145, 348

37) Gesetzentwurf des Bundesrates – Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts, BT-Drs. 18/6665.

38) Eheöffnungsgesetz, BGBl I 2787

39) 2020년 3월에 이뤄진 연방의회의 연방정부에 대한 질의응답에 따르면 2017년 당시 생활동반자법에 따른 등록된 생활동반자의 수는 약 5만 3천 명(남성 3만 명/여성 2만 3천 명)이었고, 2018년에는 그 수가 약 3만 8천 명(남성 2만 2천 명/여성 1만 6천 명)으로 줄어든다. 2018년 동성 간 혼인한 사람의 수는 약 3만 7천 명(남성 2만 2천 명/여성 1만 5천 명)이고, 2018년까지 생활동반자관계에서 혼인관계로 변

혼인개방법은 민법, 생활동반자법, 가족관계법(Personenstandsgesetz)의 개정을 주된 내용으로 한다. 혼인개방법 제1조 제2호에 따라 독일 민법 제1353조 제1항 제1문은 “혼인은 평생 동안 성립한다”에서 “혼인은 이성 또는 동성의 두 사람 간에 평생 동안 성립한다”로 변경되었다. 이를 통해 동성 간의 혼인 또한 명시적으로 인정되게 되었다. 또한 생활동반자법에 새로운 조항(제20a조)을 추가함으로써 동성 커플이 가족관계 등록사무 공무원 앞에서 혼인 의사를 밝힐 경우 기존의 생활동반자관계가 혼인 관계로 전환될 수 있도록 하였다. 즉, 기존의 등록된 생활동반자관계가 자동으로 혼인 관계로 전환되지는 않으며, 동성 커플은 결혼으로의 전환 여부를 선택할 수 있게 되었다. 가족관계법에 새로이 추가된 제17a조에 따르면 생활동반자관계에 있던 동성 커플이 혼인 의사를 밝히면 소급효가 발생하게 되어, 생활동반자관계를 맺은 날 혼인을 한 것으로 여겨지는데, 이는 이성 부부와의 차별을 소급하여 없애기 위한 규정이다. 혼인개방법 제3조 제3항에 따라 등록된 생활동반자관계를 새로이 창설하는 것은 더 이상 가능하지 않게 되었다. 혼인과 생활동반자관계 간의 차이는 공동입양(독일 민법 제1741조 제2항)이 부부에게만 허용되는 것 외에는 거의 없다고 볼 수 있다.

나. 혼인개방법의 입법취지

혼인개방법 법률안의 입법취지에서는 동성 간의 혼인할 권리 도입의 필요성에 대해 설시하고 있다.⁴⁰⁾ 먼저, 혼인할 권리 도입을 위한 법률안이 이미 2013년에 결의되었으나 회기 만료로 폐기되었다는 점을 언급하고 있다. 다음으로 독일 기본법 제6조 제1항의 혼인 규정이 연방헌법재판소의 판례에 따르면 혼인을 제도로서 보장하고 있으며, 입법자가 제도로서의 혼인을 규정하는 본질적인 구조원리를 준수해야 한다고 강조한다. 이에 따르면 혼인은 추상적으로 보장되지는 않으며, 헌법이 주도하는 형태로서 지배적인 관점에 상응하는 법률 규정을 통해 표출된다.⁴¹⁾

입법취지에서는 혼인에 대한 전통적인 견해 및 동성 파트너십에 대한 관점이 역사의 흐름에 따라 변모하였다는 점을 소개한다. 바이마르 헌법에서는 혼인을 가족의 기초로

경한 사람의 수는 21,477명이다. 2019년 1월부터 11월까지의 4,479명이 변경하였다.

40) 혼인개방법의 입법취지 번역은 이 보고서의 부록 참조.

41) 이는 헌법이 추상적으로 정하는 혼인의 보호가 아니라 사회 내에서 통용되는 관점을 법률로서 반영하는 형태의 보호가 이루어짐을 의미한다. BVerfGE 31, 58 (82 f.) 참조.

보고 재생산 기능을 중시했지만, 독일 기본법에서는 혼인을 가족과 독립된 조력 및 책임 공동체로서 보호하고 있으므로 자녀를 두지 않는 혼인 역시 보호대상임을 강조한다. 전통적 의미에서의 혼인은 배우자의 성(性)이 서로 달라야 했고, 동성애는 풍속에 어긋나는 것으로 간주됨과 동시에 형사법상 금지되었다. 그렇지만 해당 조문을 삭제함으로써 법적 실무에 변화가 생겼고, 사회적 낙인효과 또한 점차 사라졌다고 한다. 이와 더불어 혼인에 대한 이해는 변화될 수 있는 개념이며, 혼인이 서로 다른 성별 간에만 이루어질 수 있는 점 또한 변화할 수 있다고 하였다.

전통적인 혼인의 이해에 근본적인 변화가 생겼으며, 이에 따라 입법자의 형성의 자유에 비추어 동성 간의 혼인할 권리 도입이 허용되었다는 근거로 크게 세 가지 사실을 들고 있다.

첫째, 생활동반자제도의 도입을 통해 혼인의 이해에 있어서 근본적인 변화가 이루어졌다. 국민들 사이에서 더 이상 혼인과 생활동반자관계를 구분하지 않는 언어적 변화가 감지되고 있으며, 여론조사에서는 동성 커플에게 혼인을 개방해야 한다는 의견이 압도적이라고 한다. 혼인과 등록 생활동반자관계 간에 차별을 두는 법률 규정에 대해 연방헌법재판소가 잇달아 이의를 제기하고, 입법자 역시 이에 상응하는 입법을 통해 혼인과 생활동반자관계 간의 차이를 좁혀나갔다.

둘째, 연방헌법재판소가 독일 기본법 제6조를 해석하면서 일반적인 사회 변화를 전적으로 수용하고 인지하는 점에 주목해야 한다고 한다. 특히 동성애자도 기본법상 부모의 권리를 갖는다는 결정에서 보이는 연방헌법재판소의 해석은 사회적 변화를 반영한 산물이라고 보았다.

마지막으로 다른 국가들에서 동성혼이 인정되는 실태를 언급하며 혼인 배우자가 이성이어야 한다는 개념이 추월되었다는 근거로 제시하고 있다. 해당 국가에서 동성 커플을 혼인으로부터 제외하는 것이 헌법 원리인 사적 자치에 대한 존중과 법 앞에서의 평등에 합치되지 않는다는 결론에 이르렀다는 것이다.

혼인개방법의 입법취지에서는 동성 간 혼인할 권리를 일반법을 통해 도입한다고 해서 기본법상 혼인의 제도보장이 침해되지 않는다고 주장한다.⁴²⁾ 독일 기본법 제6조의 객관적 기능이 다른 사람의 주관적 기본권을 도구화하거나 남용해서는 안 된다는 취지이다.

42) Gesetzentwurf des Bundesrates – Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts, BT-Drs. 18/6665, S. 7 ff.

사민당과 좌파당, 녹색당 및 연방정부가 이러한 입법취지에 찬성하는 입장이었다면, 기민/기사당 연합의 의견은 분열되어 있었다. 기민/기사당 연합의 원내교섭단체는 혼인이 남성과 여성의 결합에 한정되므로 기본법 개정이 필요함을 강조하며 경우에 따라서는 헌법 개정에 필요한 다수가 충족될 기회가 생길 수 있었을 것이라고 하였다.⁴³⁾ 요컨대 헌법상 혼인의 개념이 변화되었는지 및 이성 간의 결합이 헌법상 혼인의 본질적 요소에 해당하는지가 동성혼 도입의 쟁점이 된다. 아래에서는 헌법상 혼인의 개념이 무엇인지, 그리고 해당 개념이 사회의 변화에 따라 변화할 수 있는지 및 동성혼의 도입이 헌법개정 사안인지에 관하여 알아보려고 한다.

43) Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz vom 28.6.2017, BT-Drs. 18/12989, S. 6 f.

Ⅲ. 사회변화에 따른 혼인개념의 변화와 헌법적 대응

1. 혼인개념의 통시적 변화

가. 기본법 제정 이전의 혼인

혼인의 개념과 그 형태는 시대에 따라 변모해 왔다. 기원전에는 집단혼과 혈족 간의 합의에 의해 성립하는 일종의 계약혼이 존재했다.⁴⁴⁾ 그 밖에도 혼인 당사자들의 동의만으로 성립하는 혼인, 정식혼 외에도 부수적으로 첩과의 혼인을 인정하는 경우 등 다양한 방식의 혼인 형태가 있었으며, 이는 법적 제도라기보다는 사회적 삶의 한 형태로 이해되었다.⁴⁵⁾ 중세시대부터 혼인에 대한 기독교의 영향력이 점차 증가하였는데, 기독교적 이해에 따르면 혼인이란 창조주의 구상하에서 두 상대방의 합의를 바탕으로 둔, 근본적으로 해지불가능한 남성과 여성 간의 일부일처제 결합이다.⁴⁶⁾ 트리엔트 공의회⁴⁷⁾는 1563년에 혼인이 근본적으로 해지될 수 없는 삶의 형태라고 하며, 교회에서의 혼례를 필수적인 형식으로 강제하였고, 혼외 성적 결합을 금지하였다.⁴⁸⁾

17, 18세기에 들어서 교회의 통치권에 의문을 제기하는 경우가 많아졌고, 세속국가⁴⁹⁾의 형성권이 강조되면서 혼인은 점차 교회의 영향력으로부터 멀어지게 되었다. 계몽주의 속에서 발전한 자연법 및 이성법을 대변하는 푸펜도르프(Samuel von Pufendorf)와 같은 학자들이 기독교의 원칙인 일부일처제와 결혼 속 남성의 주도적 권한에 문제를 제기하였다. 혼인은 분리될 수 있는 계약관계로 이해되었다. 당시까지 기독교적 세계관에 의해 자녀를 생산하고 양육하며 사회를 유지하는 것에 주된 목적을 두었던 혼인은 후기 계몽주의와 낭만주의의 영향으로 18세기 중반부터 사적 자치와 내밀한 영역에 속하게 되었다. 1849년 파울교회 헌법(제150조 제1항)과 1850년의 프로이센헌법(제19조)이 제정되고 나

44) Frauke Brosius-Gersdorf, in: Dreier, Horst (Hrg.), Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl. Bd. I, Art. 6, Rn. 1.

45) Frauke Brosius-Gersdorf, in: Dreier, Horst (Hrg.), Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl. Bd. I, Art. 6, Rn. 1.

46) 혼인의 주도권(Ehegewalt)은 20세기 중반까지 남성에게 주어졌다.

47) 1545년부터 1563년까지 18년 동안 이탈리아 북부의 트리엔트(지금의 Trento)에서 개최된 종교회의로서 종교개혁에 맞서 가톨릭의 교리와 체계를 재정비하였다.

48) Frauke Brosius-Gersdorf, in: Dreier, Horst (Hrg.), Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl. Bd. I, Art. 6, Rn. 1.

49) 세속국가는 종교국가에 반대되는 개념으로서 공식적으로 종교 문제에 관하여 중립을 유지하는 국가를 의미한다.

서야 법률상의 민사혼(Zivilehe)이 필수적인 것으로 인정되었다. 민사혼은 호적청(가족관계등록청)에서 혼인명부에 등록을 함으로써 성립되었다.⁵⁰⁾

혼인의 보호에 관해 총체적으로 규정한 첫 독일 헌법은 바이마르공화국헌법이다. 그렇지만 바이마르공화국헌법 제119조⁵¹⁾는 독일 기본법의 제1조 제3항⁵²⁾에 상응하는 규정의 부재로 인해 직접적인 구속력을 가지는 법규를 형성하지는 않았으며 부분적으로 주관적인 권리만을 부여했다.⁵³⁾ 혼인과 가족을 서로 독립되고 분리된 제도로서 보장하는 기본법과 달리 바이마르공화국헌법은 혼인을 가족생활의 기초이자 재생산 기능을 수행하는 제도이므로 보호해야 한다고 보았다.⁵⁴⁾

나. 독일 기본법 제정과 혼인

독일 기본법 제6조 제1항⁵⁵⁾은 혼인을 국가의 특별한 보호하에 두고 있다. 독일 기본법 제정 당시 혼인이 남성과 여성 간의 결합이라는 점을 부각한 조문이 제안되었지만,⁵⁶⁾ 이를 축약하여 혼인의 개념 정의 없는 현재의 조문을 중국적으로 채택하였다. Böhm은 독일 기본법 제정자들이 전통적인 개념의 혼인을 염두에 두었다 하더라도 현재의 문언이 해석의 가능성을 열어주고, 역동적인 요소를 갖추고 있다는 견해를 피력하였다.⁵⁷⁾ 이는 헌법의 혼인제도 보호명령이 추상적인 것이 아니라 입법자에 의해 형성되어야 하는 것이기 때문이다.⁵⁸⁾ 그리하여 다른 기본권보다 헌법 해석에 있어서 사회적 현실이 큰 영향을

50) Frauke Brosius-Gersdorf, in: Dreier, Horst (Hrg.), Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl. Bd. I, Art. 6, Rn. 1.

51) [바이마르 헌법 제119조 제1항]

혼인은 가족생활의 기초이자 국가의 보존과 증식의 토대이므로 헌법의 특별한 보호를 받는다. 혼인은 양성(兩性)이 동등한 권리를 갖는 것에 기인한다.

“Die Ehe steht als Grundlage des Familienlebens und der Erhaltung und Vermehrung der Nation unter dem besonderen Schutz der Verfassung. Sie beruht auf der Gleichberechtigung der beiden Geschlechter.”

52) [독일 기본법 제1조 제3항]

이하의 기본권은 직접 효력을 가지는 법으로서, 입법과 집행 및 사법을 구속한다.

53) Frauke Brosius-Gersdorf, in: Dreier, Horst (Hrg.), Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl. Bd. I, Art. 6, Rn. 4.

54) Frauke Brosius-Gersdorf, in: Dreier, Horst (Hrg.), Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl. Bd. I, Art. 6, Rn. 5.

55) [독일 기본법 제6조 제1항]

혼인과 가족은 국가질서의 특별한 보호를 받는다.

56) Heuss 의원은 “남성과 여성 간의 지속적인 생활공동체로서의 법적 형태를 지니는 혼인과 그와 더불어 존재하는 가정”이라는 표현을 제안하였다, Parl. Rat V, S. 828.

57) Böhm, Monika, Dynamische Grundrechtsdogmatik von Ehe und Familie?, in: VVDStRL 73, S. 217.

58) BVerfGE 31, 58 (82 f.); BVerfGE 105, 313 (345).

미칠 수밖에 없다.⁵⁹⁾ 정치적 타협에 의해 많은 영향을 받는 가족법은 헌법에 새로운 내용을 도입하게 되고, 다시금 헌법에 의해 구속된다.⁶⁰⁾ 혼인제도는 기본법 제정 당시에는 원칙적으로 해지불가능한 생활공동체의 성격을 지녔으나, 추후 사회변화와 함께 ‘지속적인’ 결합의 성격으로 변화하였다. 또한 부부의 역할상도 사회가 변화함에 따라 변모하였다. 부부의 부양의무에 있어서 전통적으로 여성이 가사를 도맡고, 남성이 돈을 벌어드는 일을 통해 이를 충족하였다면,⁶¹⁾ 오늘날은 이러한 역할의 분배를 부부마다 달리하는 것이 일반적인 모습이 되었다.⁶²⁾

2. 혼인의 성격

가. 일반론

혼인은 사회적 현상이자 법질서 속의 법적 제도이다.⁶³⁾ 민사혼은 입법자에 의한 형성을 필요로 한다. 이에 따라 민법에서 혼인능력과 혼인 금지를 규정하고, 혼인관계에 있는 자의 의무와 권리를 규정하고 있다. 독일 기본법은 입법자에게 혼인과 관련된 규율을 정함에 있어서 백지위임을 하고 있지는 않으며, 제6조 제1항에서 혼인과 가족을 국가의 특별한 보호하에 두고 있다. 해당 조문은 개인의 주관적 권리를 명시적으로 규정하고 있지 않으며, 국가의 보호의무만을 규정하고 있다. 연방헌법재판소는 혼인과 가족은 모든 인간 공동체의 기본단위(Keimzelle)로서 다른 인적 결속과 비교될 수 없을 정도의 중요한 의미를 가지고, 국가질서의 특별한 보호하에 있다고 하였다.⁶⁴⁾ 혼인과 가족에 대한 이러한 특별한 보호는 바이마르공화국헌법 제119조에서 이어져 온 독일 헌법의 전통이라고 볼 수 있을 것이다. 연방헌법재판소의 판례에 따르면 독일 기본법 제6조 제1항은 제도보장(Institutsgarantie; Einrichtungsgarantie)과 총체적인 가치를 결정하는 원칙규범⁶⁵⁾

59) Böhm, Monika, Dynamische Grundrechtsdogmatik von Ehe und Familie?, in: VVDStRL 73, S. 223.

60) Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte, S. 338 ff.

61) BVerfGE 10, 59 (75).

62) BVerfGE 37, 217 (251); 53, 224 (246 ff.); 105, 1 (10 f.).

63) Gellermann, Grundrechte, S. 126 ff.; Zeidler, in: HdbVerfR, S. 555 (557).

64) BVerfGE 6, 55 (71).

65) 원칙규범은 혼인제도를 공법과 사법의 영역에서 소극적으로 보호하고, 나아가 이를 적극적으로 지원할 국가의 의무의 근거가 된다. 자유권(방어권)으로서 혼인의 주관적 권리가 보장되고, 제도를 보장함으로써

(wertentscheidende Grundsatznorm) 및 국가의 간섭을 방어하기 위한 전통적 기본권⁶⁶⁾ (klassisches Grundrecht zur Abwehr staatlicher Eingriffe)의 성격을 갖는다.⁶⁷⁾ 이 중 동성 혼 도입과 관련하여 가장 문제되는 것은 혼인의 제도보장적 성격이다.

나. 제도보장으로서의 혼인

독일 기본권이론에서 제도보장은 객관적 차원에서 사회의 특정한 제도나 규율영역의 핵심내용을 보호함으로써 기본권 보장을 실현함을 의미한다. 이러한 이해에 따르면 혼인과 같은 법제도는 추상적인 존속 뿐 아니라 본질적인 구조적 특징에 있어서도 제도로서 보장되어야 한다.⁶⁸⁾ 그러므로 입법자는 제도를 폐지하거나 본질적 내용을 수정할 수 없다. 재산권이나 상속권처럼 혼인도 국가의 법제도 없이는 기본권의 보호를 받는 것이 불가능하므로 규범을 통해 특징을 부여받는 기본권(normgeprägtes Grundrecht)의 성격을 지닌다.⁶⁹⁾ 따라서 국가의 보호는 법제도의 설치와 함께 시작되며, 독일 기본법 제6조 제1항은 혼인의 제도적 보장을 포함하게 된다. 입법자는 제도를 마련하여 혼인의 내용을 규정하면서 광범위한 형성의 여지를 갖지만, 혼인의 본질적인 구조적 특징을 간과해서는 안 된다.⁷⁰⁾ 혼인의 구조적 특징은 국가의 협력하에서 두 사람의 자발적이고 지속적인 공동생활을 포함한다.⁷¹⁾ 오늘날의 혼인의 구조적 특징에는 - 기본법 제정 초기와는 달리 - 공동의 개인적·경제적 삶의 태도를 동등하게 결정하는 것도 포함된다.⁷²⁾ 혼인의 제도보장은 또한 예를 들어 일부다처제나 일처다부제를 금지하고, 시한부 혼인이나 한 쪽 배우

씨 혼인제도의 본질적인 구조를 보장하게 되며, 원칙규범은 공법과 사법 영역에서 혼인에 대한 구속력 있는 가치판단 내지 가치결정을 내리게 되는 것이다(BVerfGE 6, 55 (72 f.)). 독일 기본법 제6조 제1항의 이러한 가치판단적 기능을 통해 입법자의 재량의 자유에 법적 한계가 도출되며, 객관적인 보호의 무 뿐 아니라 혼인제도를 장려할 의무도 도출된다.

66) 독일 기본법 제6조 제1항은 개인의 혼인을 할 자유 및 누구와 할 것인지를 국가의 간섭 없이 자유롭게 결정하는 것을 보장하며, 가족을 창설할 자유 또한 보장한다(BVerfGE 31, 58 (67)). 나아가 혼인한 부부의 공동생활 및 가족의 공동생활 또한 보장한다(BVerfGE 76, 1 (42)). 혼인의 자유는 또한 혼인의 내용을 형성할 자유를 보장한다.

67) BVerfGE 31, 58 (68); 80, 81 (92).

68) Ferdinand Wollenschläger/Dagmar Coester-Waltjen, Ehe für Alle, Mohr Siebeck, 2018, S. 18.

69) Volker Epping, Grundrechte, 8. Aufl., Berlin 2019, Rn. 505.

70) BVerfGE 105, 313 (345).

71) BVerfGE 105, 313 (345); 121, 175 (193).

72) BVerfG, NJW 2018, 3007 (3011).

자의 일방적인 지배를 허용하지 않는다. 혼인의 내용이 사회의 변화에 영향을 받더라도 이러한 근본적인 구조적 특징은 헌법상 최소한의 보장내용으로서 변하지 않는다.⁷³⁾

연방헌법재판소는 이미 1957년에 독일 기본법 제6조 제1항의 제도보장적 성격을 강조한 바 있다.

혼인과 가족에 관한 헌법 신조는 이 두 삶의 질서(Lebensordnung)를 보장하는 것, 즉 소위 제도보장(Institut- oder Einrichtungsgarantie)을 포함한다. 제도보장의 성격으로서 독일 기본법 제6조 제1항은 혼인과 가족의 근본적인 구조만을 수호함으로써 법현실에서의 (해당 조문의) 법적 효력이 혼인법과 가족법의 규범적 핵심을 헌법적으로 보장할 수 있도록 한다.⁷⁴⁾

이러한 연방헌법재판소의 입장은 오늘날까지 이어져왔다. 그리하여 연방헌법재판소가 생활동반자제도의 도입에 관한 2002년의 판결에서 제도보장은 입법자로 하여금 ‘혼인을 삶의 형태로서 제공하고 보호’⁷⁵⁾하는 것에 그치지 않고, ‘근본적인 구조로서의 혼인을 보장해야 한다’⁷⁶⁾고 강조하였다. 이처럼 이어져 온 제도보장에 관한 이해에 따르면 독일 기본법 제6조 제1항은 입법자에게 혼인을 법률로서 형성할 과제를 부여한다. 이와 동시에 입법자가 규율의 기초로 삼아야 하는 혼인의 구조원칙도 독일 기본법에서 규정하고 있다.⁷⁷⁾ 이처럼 연방헌법재판소는 입법자의 넓은 형성의 여지를 강조하면서도 헌법상 혼인개념으로부터 입법자의 한계를 도출하고 있다.

독일 기본법 자체는 혼인의 정의를 포함하고 있지 않으며, 이를 인간의 공동생활의 특수한 형태로서 상정하고 있다. 따라서 헌법적 보호를 실현하기 위해서는 어떤 생활공동체가 혼인으로서 헌법상의 보호를 받는지 형성하고 제한하는 법 규정을 필요로 한다. 입법자는 혼인의 형태와 내용을 규정하는 때에 광범위한 형성의 여지를 갖는다(BVerfGE 31, 58 [70]; 81, 1 [6 f.] 참조). 독일 기본법은 혼인제도를 추상적으로 보장하지 않으며, 법 규정 속에서 적절하게 표현되는 각각의 지배적인 관점에 상응하는 형태로 보장한다(BVerfGE 31, 58 [82 f.] 참조). 그렇지만 입법자는 혼인

73) BVerfGE 10, 59 (66).

74) BVerfGE 6, 55 (72).

75) BVerfGE 105, 313 (344).

76) BVerfGE 105, 313 (346).

77) BVerfGE 31, 58 (69 f.).

을 형성할 때 독일 기본법 제6조 제1항과 보장되는 기본권의 자유권적 특성 및 기타 헌법 규범과 관련하여 기존의 생활 방식과의 연관성에서 비롯된 본질적인 구조적 원칙을 준수해야 한다(BVerfGE 31, 58 [69] 참조). 사회 변화 및 이와 관련된 법 형태의 변화와 무관하게 보존되고 독일 기본법을 통해 형성된 혼인의 내용에는 혼인이 국가의 협력하에 한 남성과 한 여성의 결합으로서 장기적인 공동생활을 하며(BVerfGE 10, 59 [66]; 29, 166 [176]; 62, 323 [330] 참조), 그 안에서 남성과 여성이 동등한 동반자로서 상호 긴밀하게 협력하고(BVerfGE 37, 217 [249 ff.]; 103, 89 [101] 참조), 공동생활의 형태에 대해 자유롭게 결정할 수 있다는 점이 포함된다(BVerfGE 39, 169 [183]; 48, 327 [338]; 66, 84 [94] 참조).⁷⁸⁾

이러한 기본권의 제도보장적 측면은 동성 커플에게 혼인을 개방하는 것이 헌법에 합치되는지 여부에 중요한 의미를 갖는다. 아래에서는 이성 간의 결합이라는 특성이 헌법상 혼인의 구조원리에 해당하는 요소인지, 즉 헌법 개정 사안인지에 관하여 알아보겠다.

3. 헌법상 혼인제도의 개념 및 구조원리에 대한 논의

혼인제도의 핵심 중에 이성 간의 결합이 포함되는지 여부에 대해서는 논란이 있어 왔다. 그에 관한 명시적인 규정이 따로 없으므로 이는 독일 기본법 제6조 제1항의 해석과 관련된 사안이다. 혼인의 개념을 규명하기 위해서는 복잡하고 논쟁적인 헌법해석⁷⁹⁾(Verfassungsinterpretation)을 거쳐야 한다. 즉, 역사적 해석과 전통적·사회적 관점에 따른 해석, 헌법의 안정성과 역동성에 관한 문제, 제도보장의 내용과 연관성 및 헌법변천⁸⁰⁾

78) BVerfGE 105, 313 (345).

79) 독일 연방헌법재판소는 초기 판례부터 헌법제정자의 의도에 따라 헌법을 해석하는 것에서 결별하고 그 대신 규범의 ‘객관적인’ 의미에 초점을 맞추면서 헌법이 발전하고 진화할 수 있는 가능성을 열었다. 발생사는 규정을 해석할 때 다른 방법으로는 제거되지 않는 의문을 해소하기 위한 보충적인 의미 정도를 가질 뿐이라는 게 연방헌법재판소의 주장이었다. 이후의 결정에서도 헌법은 ‘성문의 개별 문장으로 구성되는 것이 아니라, 이 문장들을 연결하고 내부적으로 결속시켜 주는 보편적인 원칙과 핵심사상’으로 이루어지며, 이 원칙과 핵심사상은 특히 ‘헌법 이전의 전체 형상’을 통해 파악할 수 있다고 하였다. 헌법은 사회와 종교 및 도덕의 다양성에 대한 국가의 행위에 대한 기준이 되는 기본규정이자 자유로운 사회를 설립하기 위한 규정으로 기능하기 위해 타협안을 제시해야 한다. 헌법해석을 통해 헌법제정 당시에 고려되지 못하였던 사회적 상황의 변화에 대해 보다 유연하게 대처할 수 있게 된다. 이에 따라 헌법 제정 당시 혼인의 본질적 요소로서 고려되지 못하였던 내용, 가령 혼인관계 내에서 부부가 동등한 권리를 갖는다는 점이 헌법해석을 통해 도출될 수 있다.

80) 헌법변천은 헌법규범의 원래의 의미가 헌법 텍스트를 수정하지 않고도 변화됨을 의미한다. 헌법변천은

(Verfassungswandel)의 개념과도 연결된다.

혼인의 개념을 어떠한 방식으로 규명할 것인지를 명시적으로 설명한 연방헌법재판소의 판례는 존재하지 않는다. 아래에서는 혼인의 개념 규명에 관해 간접적으로나마 실시한 연방헌법재판소의 판례와 학계의 견해를 살펴보고, 이를 바탕으로 헌법상 혼인개념에 이성 간의 결합이 포함되는지를 알아보고자 한다.

가. 혼인의 구조적 요소 규명에 관한 연방헌법재판소의 태도

연방헌법재판소는 1971년부터 혼인의 구조원리가 “현존하면서도 이어져 내려오는 생활의 형태와 독일 기본법 제6조 제1항의 자유권적 성격 및 다른 헌법규범과 연계하여 도출된다”고 실시하였다.⁸¹⁾ 이 실시는 무엇보다도 혼인개념에 있어서 전통의 중요성을 전제로 한다. 독일의 경우 혼인의 전통은 기독교의 전통과 불가분의 관계에 있다. 그럼에도 불구하고 연방헌법재판소는 기독교의 혼인과 헌법상 혼인이 내용적으로 동일하지 않음을 강조하였다.⁸²⁾ 1971년의 결정에서 연방헌법재판소는 헌법이 ‘세속화된’(verweltlichten) 민법상의 혼인상을 기초로 한다고 실시하였다.⁸³⁾

이처럼 민법의 입법자를 통한 혼인상의 형성을 인정하면서도 동시에 그 한계로서 제도보장 또한 강조한다. “독일 기본법 제6조 제1항은 입법자가 중대한 근본원리의 수호하에 형상을 부여한 혼인을 보호한다.”⁸⁴⁾

연방헌법재판소는 1959년에 처음으로 헌법상 혼인개념에 관한 입장을 내어 놓았으며

조문의 의미내용 변화가 헌법해석의 한계를 넘는다는 점에서 헌법해석과 구별되고, 명시적인 헌법조문의 변경이 없다는 점에서 헌법조문 자체를 변경하는 헌법개정과 구별된다. 헌법변천을 허용해야 하는지 여부에 대해서는 논란이 있다. 허용하는 입장에서는 새로운 사회적 현실에 대한 규범력 부여가 헌법규범과 사회적 현실 사이의 긴장과 갈등을 해소하고 헌법의 규범력을 높여줄 수 있다고 한다. 하지만 이에 대한 반대 입장은, 헌법규범의 명문에 어긋나는 행위를 헌법변천을 통해 정당화할 수 없고, 헌법개정이 필요한 부분에서 헌법변천을 인정한다면 헌법해석자에 의해 암묵적인 헌법개정을 허용하게 되어 헌법의 안정성과 지속적 보장에 대한 위협이 될 것이라고 경고한다. 독일에서 혼인의 외연을 확장하여 이성 간의 결합만이 아닌 동성공동체에도 혼인을 허용하게 된 혼인개방법은 입법자가 헌법개정 없이 사회의 변화를 이유로 이러한 내용의 입법을 할 권한이 있었는지에 대해 많은 논란을 불러일으켰다.

81) BVerfGE 31, 58 (69); 36, 146 (162); 105, 313 (345); 115, 1 (18); 121, 175 (193).

82) BVerfGE 137, 273 (342).

83) BVerfGE 31, 58 (82).

84) BVerfGE 105, 313 (350).

이성 간의 결합이 혼인의 근본적인 요소라고 실시하였다.⁸⁵⁾ 이러한 입장은 이후의 판례에서도 계속 이어졌다.⁸⁶⁾

특히 주목할 만한 판례는 1993년에 있었던 지정재판부의 불회부 결정이다.⁸⁷⁾ 해당 사건의 사실관계를 살펴보면, 1992년 250명의 동성 커플들이 독일 전역의 가족관계등록청(Standesamt)에서 혼인신고를 하려는 캠페인(Aktion Standesamt)을 시도하였고, 혼인신고가 거부되자 법원에 혼인신고 수리에 상응하는 명령을 청구하고, 최종적으로 연방헌법재판소에 헌법소원을 제기하였다. 그렇지만 해당 사건은 연방헌법재판소법 제93a조⁸⁸⁾ 제2항에 따라 헌법소원에 원칙적인 헌법적 의미가 존재하지 않는다고 하며 심판에 회부되지 않았다.

연방헌법재판소는 불회부 결정에서 혼인은 이성 간의 결합이므로 동성 커플은 독일 기본법 제6조 제1항⁸⁹⁾에서 도출되는 권리의 향유자가 아니라고 실시⁹⁰⁾하였다. 헌법소원에서 판례를 새롭게 검토할 만한 근본적인 새로운 관점이 제시되지 않았다는 것이다. 특히 이성 간의 결합이 혼인의 이해에 있어서 더 이상 중요한 의미를 갖지 않는다는 점을 찾을 수 없다고 하였다. 혼인의 요건에 배우자의 생식능력 여부가 포함되지 않으며, 자녀 없는 혼인의 수도 늘어났고, 혼인 외 관계에서 출생하는 아이들의 수가 증가했다는 사실만으로는 헌법상 혼인의 특별한 보호를 반박할 근거가 되지 못한다고 하였다. 연방헌법재판소의 이러한 실시는 역설적으로 추후 ‘혼인의 이해에 있어서 서로 다른 성별이 더 이상 중요한 의미를 갖지 않게 되는 근본적인 변화가 생겼다는 근거가 있을 경우’ 판례가 변경될 수 있다는 여지를 남겼다.

연방헌법재판소는 또한, 동성 파트너 간의 혼인할 권리를 일반적 인격권이나 평등의

85) BVerfGE 10, 59 (66).

86) BVerfGE 25, 167 (196); 29, 166 (176); 31, 58 (69); 36, 146 (162); 49, 286 (300); 53, 224 (245); 62, 323 (330); 87, 234 (264); 115, 1 (19); 121, 175 (193); 128, 109 (125); 137, 273 (342).

87) 1 BvR 640/93 = NJW 1993, 3058.

88) [독일 연방헌법재판소법 제93a조]

(1) 헌법소원에 대해 결정하기 위해서는 심판에 회부할 필요가 있다.

(2) 헌법소원은 다음 각호의 경우에 심판에 회부하여야 한다.

a) 헌법소원에 원칙적인 헌법적 의미가 있는 경우

b) 제90조 제1항에 열거된 권리를 관철하기에 적절한 경우; 본안재판의 거절로 인하여 소원청구인에게 특별히 중대한 손실이 발생할 경우도 이에 해당한다.

89) [독일 기본법 제6조 제1항]

혼인과 가족은 국가질서의 특별한 보호를 받는다.

90) 1 BvR 640/93

원칙으로부터 도출할 수 있는지에 대해서도 원칙적인 헌법적 의미가 존재하지 않는다고 하였다. 그럼에도 불구하고 심판청구인들이 혼인한 배우자에 비해 사적 삶을 형성함에 있어서 많은 어려움과 불이익을 받고 있다고 한다면, 이와 관련된 문제들은 현행법과 독일 기본법 제2조 제1항⁹¹⁾과 결부된 기본법 제1조 제1항⁹²⁾ 및 제3조 제1항⁹³⁾에 합치되는지 여부가 원칙적인 의미를 가질 수 있다고 하였다. 특히 입법자가 동성 파트너에게 법적으로 보장되는 생활공동체를 가능하게 할 의무가 있는지의 문제나 최소한 다양한 법적 영역에서의 개별 규정을 수정할 필요가 있는지의 문제는 원칙적인 의미를 가질 수 있다고 하였다. 그렇지만 해당 심판에서 이 문제들은 심사 대상이 아니었으므로 이러한 문제들은 헌법소원의 원칙적인 의미를 가질 수 없었다. 헌법소원심판이 청구된 사건에서는 가족관계등록청 공무원이 혼인신고를 접수하고 이를 수리하여 혼인을 성사시킬 의무가 있는지 여부만을 다루었기 때문이다.

이러한 연방헌법재판소의 전통적인 혼인개념에 관한 관점은 등록된 생활동반자관계에 관한 판례에서도 지속되었다. 생활동반자제도의 도입이 헌법에 합치되는지 여부에 관한 2002년의 판결⁹⁴⁾과 이후 이어진 혼인과 생활동반자관계의 차이를 해소할 것을 촉구한 결정들에서 연방헌법재판소는 혼인이 이성 간의 결합이라는 입장을 견지하였다.⁹⁵⁾ 연방헌법재판소는 근래의 판례에서도 이성 간의 결합이 ‘사회 변화 및 이와 관련된 법형태의 변화와 무관하게 보존되고 독일 기본법을 통해 형성된’ 혼인의 내용이라고 강조하였다.⁹⁶⁾ 2013년의 순차입양 판결에서 연방헌법재판소는 사회 변화에 따라 동성 생활동반자도 독일 기본법 제6조 제2항 제1문에 따른 부모로서의 권리를 가지며, 동성의 부모와 자녀가 독일 기본법 제6조 제1항상의 가족이 될 수 있다고 실시하면서도 기존의 혼인개념은 고수하는 태도를 보였다.⁹⁷⁾

연방헌법재판소는 1959년에 독일 기본법 제6조 제1항과 병행하여 헌법의 가치결정

91) [독일 기본법 제2조 제1항]

모든 사람은, 다른 사람의 권리를 침해하지 않고 헌법질서나 도덕률에 반하지 않는 한, 자신의 인격을 자유로이 실현할 권리를 갖는다.

92) [독일 기본법 제1조 제1항]

인간의 존엄성은 훼손될 수 없다. 이를 존중하고 보호하는 것은 모든 국가권력의 의무이다.

93) [독일 기본법 제3조 제1항]

모든 사람은 법 앞에 평등하다.

94) BVerfGE 105, 313 (342, 344, 345).

95) BVerfGE 131, 239 (259); 133, 59 (83 f.); 133, 377 (409).

96) BVerfGE 105, 313 (345); 115, 1 (18); 121, 175 (193); 137, 273 (342).

97) BVerfGE 133, 59 (83 f.).

(Wertentscheidungen der Verfassung)이 혼인개념을 형성한다고 실시하면서 체계적 해석(systematische Interpretation)이 합당하다고 하였다.

그럼에도 불구하고 독일 기본법 제6조 제1항의 제도적 내용은 여기에만 국한되지 않는다. 독일 기본법의 특별한 가치결정들로부터 다른 중요한 요소들이 추론될 수 있다. 그 중 무엇보다도 독일 기본법 제3조 제2항과 제3항의 포괄적인 동등취급의 명령이 참작된다. 독일 기본법의 제정권자는 독일 기본법 제6조와 제3조 제2항이 합치됨을 전제로 하였다. 연방헌법재판소는 이미 독일 기본법 제6조 제1항에 대해 이러한 실시를 한 바 있다. 이에 따라 혼인과 가족 안에서 남성과 여성은 동등한 권리를 갖는다.⁹⁸⁾

독일 기본법 제6조 제1항상의 혼인의 자유권적 성격과 관련한 혼인개념의 핵심적 내용에 관해 연방헌법재판소가 자세히 설명한 판례는 아직 없다.

나. 혼인개념 규명에 관한 학계의 입장

혼인의 보장에 관한 학계의 견해도 매우 다양하다. 연방헌법재판소의 입장과 달리 제도보장이 기본권 도그마틱의 범주 안에서 인정되는지 여부와 관련한 논쟁부터, 이를 인정하는 경우에 그 해석에 있어서 어떤 원칙을 따라야 하는지도 문제된다. 주관적·역사적 해석의 문제라는 견해⁹⁹⁾와 혼인개념의 역동성에 주목하고 사회에 만연한 관점과 상관관계를 찾는 견해¹⁰⁰⁾도 충돌한다. 전자의 극명한 예시로서 “이성 간의 결합이 독일 기본법 제6조 제1항의 제정사적으로 확립된 요소에 해당하며, 이는 혼인의 제도보장의 내용으로서 (……) 헌법변천으로 인해 수정되지 않는 이상 입법자가 처분할 수 없는 영역에 해당한다.”¹⁰¹⁾는 주장을 들 수 있다. 헌법변천을 인정하는 척도는 다시금 사회의 관점에 달려 있으며, 비교법적 조사를 통해 간접적인 영향을 파악할 수 있다. 헌법의 규범성을 중시하

98) BVerfGE 10, 59 (66 f.).

99) 예컨대 F. Hufen, Staatsrecht II, § 16, Rn. 45; J. Ipsen, NVwZ 2017, S. 1096f. C. Schmidt, NJW 2017, S. 2225 (2226 ff.).

100) 예컨대 Blome, Thomas, die Geschlechterverschiedenheit der Ehegatten – Kerngehalt der Ehe nach Art. 6 I GG?, in: NVwZ 2017, S. 1658 ff.; Bäumerich, Maik, Einfachrechtliche Öffnung der Ehe - ein Verfassungsverstoß?, in: DVBl 2017, 1457 ff.

101) Windhorst, in: GG-Studienkommentar, Art. 6, Rn. 15.

는 관점은 이러한 헌법변천을 인정하지 않으며, 독일 기본법 제79조¹⁰²⁾에 따라 헌법개정¹⁰³⁾(Verfassungsänderung)이 이루어져야 하는 사안이라고 한다.¹⁰⁴⁾

아래에서는 학계의 다양한 견해와 연방헌법재판소의 판례를 바탕으로 혼인개념이 사회변화에 따라 어떻게 변모하는지 규명하여 보고자 한다.

4. 사회변화를 반영하는 혼인개념의 규명 시도

가. 독일 기본법의 제정사적 관점

헌법제정위원회의 1948년까지의 헌법안에는 혼인과 가족에 관한 규정이 등장하지 않는다. 이러한 규정이 최초로 등장한 시기는 1948년 9월에서 1949년 5월 사이이다. 처음 제안된 문언에서는 혼인이 ‘남성과 여성의 지속적인 생활공동체’라는 점을 명시하였으나, 이후 채택된 최종 문언에서는 혼인의 개념을 별도로 정의하지 않고, 언어를 단순화하려는 편집상의 이유로 현재의 조문이 확정되었다.¹⁰⁵⁾

나. 제도보장과 헌법변천의 관점

헌법제정자가 혼인의 개념을 정의하지는 않았지만, 혼인제도가 전통적으로 이성 간의 결합이었다는 이해를 바탕으로 하여 조문을 제정하였다. 그러므로 동성에게도 혼인을 개

102) [독일 기본법 제79조]

(1) 기본법의 개정은 기본법의 규정을 명시적으로 변경 또는 보충하는 법률에 의하여야 한다. 강화조약, 강화조약의 준비 또는 점령법적 질서의 폐지를 대상으로 하거나 연방공화국의 방위를 위한 국제법적 조약의 경우, 기본법의 조항들이 그러한 조약의 체결과 발효에 장애가 되지 않는다는 점을 해명하기 위해서는, 그러한 해명에 국한되는 기본법의 조문을 보충하는 것으로 충분하다.

(2) 이러한 법률은 연방의회 재적위원의 3분의 2의 찬성과 연방참사원 의원 투표의 3분의 2의 찬성을 필요로 한다.

(3) 연방이 주들로 편성되는 것과 입법에 있어 주의 원칙적인 협력, 그리고 제1조 및 제20조의 기본원칙을 침해하는 기본법 개정은 허용되지 아니한다.

103) 독일 기본법 제79조 제1항에서는 기본법의 개정은 이를 명시적으로 개정하고 보완하는 법률에 의해서만 가능하다고 규정하고 있다. 이는 과거 바이마르 제국헌법에서 명시적인 법문의 수정 없이 가중다수 표결만으로 헌법과 배치되는 일반법이 가능했기에 현행 헌법의 온전한 형상을 확인할 수 없었던 교훈에 비추어 도입된 규정이다.

104) Kloepfer, in: HGR II, § 4., Rn. 35.

105) Brosius-Gersdorf, in: Dreier, Art. 6, Rn. 19.

방함에 있어서 전통에 대한 주관적·역사적 해석이 어떠한 역할을 하는지와 헌법해석을 통해 전통적인 혼인개념이 수정될 수 있는지가 중요하다. 이는 혼인의 개념에 관한 논란을 넘어 헌법의 안정성과 역동성 간의 관계에 대한 논란이기도 하다.

연방헌법재판소는 1957년부터 “혼인과 가족에 관한 확실한 헌법 신조는 이 두 삶의 질서(Lebensordnung)를 보장하는 것, 즉 소위 제도보장(Institutus- oder Einrichtungsgarantie)을 포함한다. 제도보장의 성격으로서 독일 기본법 제6조 제1항은 혼인과 가족의 근본적인 구조만을 수호함으로써 법현실에서의 (해당 조문의) 법적 효력이 혼인법과 가족법의 규범적 핵심을 헌법적으로 보장될 수 있도록 한다”¹⁰⁶⁾고 실시하면서 독일 기본법 제6조 제1항의 제도보장적 성격을 강조하였다. 1971년에 이르러 연방헌법재판소는 혼인제도가 입법자에 의해 형성될 필요성을 강조하면서도 이에 대한 헌법상 한계에 관해서 실시하였다.

그럼에도 불구하고 혼인할 자유는 혼인 체결의 형태와 그에 대한 객관적 요건에 관한 법률 규정을 허용할 뿐만 아니라 이를 바로 상정하고 있다. 이는 기본권과 제도보장 간의 불가분의 연결에서 도출되며, 필연적으로 법질서를 요구한다. 독일 기본법 제6조 제1항의 가치결정의 실현은 일반적인 가족법적 규정을 필요로 하며, 이로써 남성과 여성 간의 생활공동체가 혼인으로서 헌법의 보호를 받게 됨을 법적으로 규정하고 구분짓게 된다(BVerfGE 28, 324 [361] 참조). 이러한 규율은 하지만 혼인제도를 규정하는 근본적인 구조원리를 고려해야만 한다. 이 구조원리는 현존하면서도 이어져 내려오는 생활의 형태와 독일 기본법 제6조 제1항의 자유권적 성격 및 다른 헌법규범과 연계하여 도출되는 것 - 가령 단혼 원칙 - 이다(BVerfGE 10, 59 [66 f.]; 29, 166 [176] 참조). 관습 민법이 이러한 구조원리와 일치할 수도 있겠지만 역으로 제도보장의 내용을 일반법으로부터 도출할 수는 없다. (...) 오히려 독일 기본법 제6조 제1항은 민법의 개별 규정에 대해 상위의 근본원리를 포함하는 지도적 규범으로 평가되어야 할 것이다(BVerfGE 10, 59 [66]; 24, 104 [109] 참조). 이 때 물론 입법자에게는 가령 혼인체결의 형태, 혼인이 가능한 연령 및 해소의 요건을 규율하는 것에 있어서 넓은 형성의 여지가 주어진다. 그럼에도 불구하고 혼인 체결의 객관적 요건이나 형식 요건을 너무 엄격하게 하거나 느슨하게 한다면 혼인 체결의 자유 또는 헌법에서 도출되는 혼인의 다른 구조원리와 합치하지 않을 것이다. 마찬가지로 개별 사례에서의 법률 규정 적용이 이에 위배되거나 비례의 원칙과 같은 일반적 헌법원리에 위배될 수 있을 것이다.¹⁰⁷⁾

106) BVerfGE 6, 55 (72).

107) BVerfGE 31, 58 (69 f.).

제도보장에 관한 이러한 연방헌법재판소의 이해는 이후의 판례에서도 계속되었다.¹⁰⁸⁾ 연방헌법재판소는 생활동반자관계에 관한 판례에서도 제도보장을 강조하였다. 2002년 생활동반자법의 위헌법률심판(추상적 규범통제)에서도 연방헌법재판소는 이와 같은 견해를 견지하였다.¹⁰⁹⁾

학계의 일부 의견은 제도보장이 별다른 역할을 하지 않는다고 보고 핵심영역 규명에 관한 헌법해석에 있어서 일반적인 원칙을 사용한다.¹¹⁰⁾ 이러한 견해에 따르면 헌법제정자의 의도는 상대적으로 덜 중요해진다. 독일 연방헌법재판소도 초기 판례부터 헌법제정자의 의도에 따라 헌법을 해석하는 것에서 결별하고 그 대신 규범의 ‘객관적인’ 의미에 초점을 맞추면서 헌법이 발전하고 진화할 수 있는 가능성을 열었다.¹¹¹⁾ 발생사는 규정을 해석할 때 다른 방법으로는 제거되지 않는 의문을 해소하기 위한 보충적인 의미 정도를 가질 뿐이라는 게 연방헌법재판소의 주장이었다.¹¹²⁾ 이후의 결정에서도 헌법은 ‘성문의 개별 문장으로 구성되는 것이 아니라, 이 문장들을 연결하고 내부적으로 결속시켜 주는 보편적인 원칙과 핵심사상’으로 이루어지며, 이 원칙과 핵심사상은 특히 ‘헌법 이전의 전체 형상’을 통해 파악할 수 있다고 하였다.¹¹³⁾ 헌법은 사회와 종교 및 도덕의 다양성에 대한 국가의 행위에 대한 기준이 되는 기본규정이자 자유로운 사회를 설립하기 위한 규정으로 기능하기 위해 타협안을 제시해야 한다.¹¹⁴⁾ 이처럼 헌법해석을 통해 헌법제정 당시에 고려되지 못하였던 사회적 상황의 변화에 대해 보다 유연하게 대처할 수 있게 된다. 제도 또한 사회변화에 열려 있어야 하므로 이러한 해석은 제도보장에도 적용할 수 있다는 것이 일부 학계의 주장이다.¹¹⁵⁾

108) BVerfGE 36, 146 (161 f.); 53, 224 (245); 62, 323 (330); 115, 1 (18 f.); 121, 175 (193).

109) BVerfGE 105, 313 (345).

110) 가령 Brosius-Gersdorf, in: Dreier, Art. 6, Rn. 78; Sanders, Ehebild, S. 351 (366); Hwang, KritV 2014, S. 133 (134, 144 ff.).

111) Uwe Volkmann, Verfassungsänderung und Verfassungswandel - Beobachtungen zum Verhältnis von Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 헌법재판연구 제5권 제1호(2018), 154.

112) BVerfGE 1, 299.

113) BVerfGE 2, 380.

114) Christoph Gröpl/Yves Georg, Die Begriffe “Eltern” und “Familie” in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aus methodischer und verfassungstheoretischer Sicht, in: AöR Bd. 139 (2014), S. 125 (131 f.).

115) Beck/Tometten, DÖV 2016, S. 581 (586 f.); Berning, Eingetragene Lebenspartnerschaft, S. 167 (194); Kingreen/Poscher, Grundrechte, Rn. 777; Sanders, NJW 2013, S. 2236 (2239); Böhm, VVDStRL 73, S. 211 (222 ff.); Brosius-Gersdorf, NJW 2015, S. 3557 (3560 f.); Coester-Waltjen, in: v.

학계의 다른 한편에서는 제도보장이 입법자로 하여금 혼인개념의 구조적 요소를 처분하는 것을 막고 형성의 여지가 지엽적인 영역에 제한되므로 규범을 지속하게 하는 작용을 한다고 본다.¹¹⁶⁾ 이때 혼인개념의 핵심은 ‘오늘날까지 심사의 기준이 되는 해석의 길잡이인 헌법 제정 당시 일반이 공유하는 전통적인 혼인법으로부터 차용한 문언적 이해’에 고정적으로 규정된다.¹¹⁷⁾ 달리 말하자면, 혼인의 구조원리는 전통적 핵심, 즉 헌법 제정 당시에 기초로 삼은 상으로부터 나오게 된다.¹¹⁸⁾

앞서 소개한 두 극단적인 견해 외에도 중도적 입장을 취하는 견해가 존재한다.¹¹⁹⁾ 여기에 따르면 혼인의 개념을 헌법제정 당시의 역사적 개념 이해에만 내맡길 경우, 이로 인하여 헌법해석은 경시되고 헌법제정자의 의도가 절대화되는 위험이 있다. 또한 현재의 전개 양상과 과제에 비추어 헌법을 해석하는 것이 불가능해진다. 반면에 헌법의 규범성은 극심한 변화에 대한 의문뿐만 아니라 너무 경직되고 역동성을 배제하는 헌법적 이해에도 의문을 제기한다. 연방헌법재판소도 개념의 이해가 변화될 수 있음을 인정하였다. 혼인의 개념이 변화될 수 있다는 점을 최소한 시사하였고,¹²⁰⁾ 부모와 가족 개념의 변화는 이미 인정하였다.¹²¹⁾ 새로운 해석의 가능성은 학계에서도 널리 인정하고 있다.¹²²⁾ 다른 한편으로는 구조적 요소를 헌법해석을 통해 수정하는 견해도 자체가 요구된다. 구조적 요소 중 지엽적인 영역에 해당하는 부분은 입법자에 의해 일반법으로 형성될 수 있겠지만 핵심적 요소가 문제되는 경우에는 헌법개정이 요청된다. 나아가 제도보장은 보존적인 성격을 갖기 때문에 필연적으로 구체적이고 존속적인 내용을 포함한다.¹²³⁾

Münch/Kunig, Art. 6, Rn. 3, 9.

116) Seiler, in: BK, Art. 6 Abs. 1, Rn. 56.

117) Seiler, in: BK, Art. 6 Abs. 1, Rn. 56, 66, 71, 108; Coelln, in: Sachs, Art. 6 Rn. 3, 6; Friauf, NJW 1986, S. 2595 (2601 f.); Christoph Gröpl/Yves Georg, Die Begriffe “Eltern” und “Familie” in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aus methodischer und verfassungstheoretischer Sicht, in: AöR Bd. 139 (2014), S. 125 (135 ff.).

118) Kramer, Wandlungsfähigkeit, S. 174.

119) Ferdinand Wollenschläger, Rechtsgutachten für die Bayerische Staatsregierung zur Frage der verfassungsrechtlichen Bewertung des Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts, 2018, S. 67 ff.; Steiger, VVDStRL 45, S. 55 (75 ff.); Stern, Staatsrecht, § 100 (S. 422 f.); Zeidler, in: HdbVerfR, S. 555 (558); Zuleeg, NVwZ 1986, S. 800 (801).

120) BVerfG (K), NJW 1993, S. 3058.

121) BVerfGE 133, 59 (77 ff., 82.).

122) Beck/Tometten, DÖV 2016, S. 581 (586 f.); Berning, Eingetragene Lebenspartnerschaft, S. 167 (194); Kingreen/Poscher, Grundrechte, Rn. 777; Sanders, NJW 2013, S. 2236 (2239); Böhm, VVDStRL 73, S. 211 (222 ff.); Brosius-Gersdorf, NJW 2015, S. 3557 (3560 f.); Coester-Waltjen, in: v. Münch/Kunig, Art. 6, Rn. 3, 9.

123) Badura, in: Maunz/Dürig, Art. 6, Rn. 38; Friauf, NJW 1986, S. 2595 (2600); Kingreen/Poscher,

이러한 이해의 헌법 도그마적인 결론은 주관적·역사적인 제도 이해가 헌법해석에 있어서 중대한 역할을 담당한다는 것이다. 이러한 이해를 헌법 실무에서 적용하면 연원적인 논거를 강화하게 된다. 그럼에도 불구하고 제도보장이 역동적인 헌법에 대한 이해를 포함하므로 연원적 논거가 절대적이지는 않게 된다. 제도의 변화를 주장하기 위해서는 전적으로 강화된 요청이 필요하다.¹²⁴⁾

다. 동성 파트너십 인정으로 인한 사회변화

이에 따라 제도의 변화를 주장할 수 있을 정도로 동성 파트너십의 인정이 사회를 변화시켰는지에 대해 검토해 볼 필요성이 있다. 동성 파트너십은 사회적 인정뿐만 아니라 생활동반자제도 도입과 혼인개방법을 통해 법적 인정까지 받게 되었다. 혼인개방법의 입법 취지에서는 국민들 사이에서 이성 간의 혼인과 동성 생활동반자관계 사이에 언어적으로 구별을 짓지 않고 ‘결혼’이라는 단어를 사용하고 있다는 점을 부각하고 있다. 또한 여론 조사에서도 동성혼을 찬성하는 비율이 훨씬 높음을 강조한다. 이처럼 사회적 인정을 받기까지는 동성 간 성행위의 형사법상 처벌 규정 폐지와 생활동반자제도의 도입이 큰 역할을 하였다.

라. 연방헌법재판소의 판례를 통한 사회변화

동성 간의 파트너십은 입법자가 법률을 통해 제도화하여 의무와 권리를 부여하였지만, 생활동반자제도가 지속되고 점차 혼인과 유사한 모습으로 변화할 수 있었던 배경으로 연방헌법재판소의 판례를 논하지 않을 수 없다.

(1) 혼인과 생활동반자제도 간의 관계

연방헌법재판소는 2002년 생활동반자법의 위헌법률심판¹²⁵⁾(추상적 규범통제) 사건에

Grundrechte, Rn. 777; Zuleeg, NVwZ 1986, S. 800 f.

124) Coester-Waltjen, in: v. Münch/Kunig, Art. 6, Rn. 3, 9; Erbarth, NZFam 2016, S. 536 (537 f.); Kingreen/Poscher, Grundrechte, Rn. 777; Stern, Staatsrecht, § 100 (S. 422 f.); Zuleeg, NVwZ 1986, S. 800 (801).

125) BVerfGE 105, 313 ff.

서 혼인의 보호가 혼인관계에 있는 사람과 생활동반자관계에 있는 사람 간의 법적 지위를 동등하게 함을 금지하지 않는다고 실시하였다. 이는 독일 기본법 제6조 제1항의 모든 측면, 즉 제도보장과 방어적 권리 및 보호와 장려명령에 해당한다. 연방헌법재판소는 혼인의 특별한 보호가 생활동반자에 비해 혼인에 전반적인 혜택을 주는 것을 의미하지 않는다고 실시하였다. 생활동반자법이 독일 기본법 제6조 제1항에 합치하는지 여부는 5 : 3, 독일 기본법 제3조 제1항에 합치하는지 여부는 7 : 1, 그 밖에는 만장일치로 결정되었다. 다수의견은 생활동반자법이 독일 기본법 제6조 및 제3조에 위반되지 않는다고 하면서, 독일 기본법 제6조 제1항의 ‘혼인과 가족의 특별한 보호’가 생활동반자관계 등록제도의 창설에 의해 혼인과 동일하거나 이에 유사한 권리의무관계를 예정하려고 하는 입법자의 의도를 저지해야 함을 의미하는 것은 아니라고 하였다. 특히, 독일 기본법 제6조 제1항은 가치를 결정하는 원칙규범(wertentscheidende Grundsatznorm)으로서 혼인을 삶의 한 형태로서 특별히 보호해야 하는 의무가 도출되기는 하지만, 다른 공동체 관계에 불이익을 주거나, 혼인과 다른 범주의 공동체관계를 형성하거나 이러한 공동체관계에 보다 적은 권리를 규정해서는 안 될 의무 또한 도출된다고 하였다.¹²⁶⁾ 또한 연방헌법재판소는 평등원칙의 위반 역시 인정하지 않았는데, 생활동반자법이 동성 커플에게만 생활동반자관계를 인정하는 것이 성별에 대한 차별이라는 주장에 대해 독일 기본법 제3조 제3항¹²⁷⁾의 권리와 의무가 성별과 관련된 것이 아니라고 판시하였다.¹²⁸⁾ 다른 생활공동체와의 차별이라 독일 기본법 제3조 제1항의 평등권 위반이라는 주장에 대해서도 다르기 때문에 다르게 대우하는 것은 정당화된다고 배척하였다.¹²⁹⁾

1987년만 하더라도 연방헌법재판소는 혼인의 제도보장적 측면이 간접적으로도 침해될 수 있다고 보았다.

독일 기본법 제6조의 제도보장은 혼인과 가족법의 핵심을 구성하는 민법 규정이 근본적으로 변형되거나 폐지되는 경우에만 침해되는 것은 아니다. 오히려 헌법의 근저에 자리한 혼인과 가족의 상을 규정하는 요소가 간접적으로 제한되는 경우에도

126) BVerfGE 105, 313 (348 ff.).

127) [독일 기본법 제3조 제3항]

누구도 성별, 혈통, 인종, 언어, 고향과 출신, 신앙, 종교관 또는 정치관을 이유로 불이익을 받아서는 안 된다. 누구도 장애를 이유로 불이익을 받아서는 안 된다.

128) BVerfGE 105, 313 (351).

129) BVerfGE 105, 313 (352).

침해될 수 있다.¹³⁰⁾

생활동반자제도에 관한 판례에서 이와 같은 견해는 더 이상 발견되지 않는다. 오히려 혼인과 생활동반자제도의 동화(Angleichung)는, 생활동반자제도가 혼인과 별개의 제도 (Aliud zur Ehe)로서 구상되었기 때문에 제도보장에 위배되지 않는다고 하였다.

입법자는 생활동반자법을 통해 등록 생활동반자제도를 도입하면서 혼인을 삶의 형태로 제공하고 이를 보호하라는 독일 기본법 제6조 제1항의 헌법적 명령(제도보장)에 어긋나게 행동하지 않았다. 해당 법률의 규율 대상은 혼인이 아니라(...)¹³¹⁾

제도로서의 혼인은 그 헌법상 구조원리와 형태에 있어서 생활동반자법의 입법자를 통해 제한되지 않았다. 혼인의 법적 근거에는 변화가 없다. 혼인에 법적인 틀을 부여하고 제도에 법적 귀결을 마련해 주는 전체 규정은 이전과 다름 없이 존재한다. 제도보장은 혼인에만 관련되므로 이로부터 동성 커플에게 법적으로 유사하게 형성된 파트너십을 개방하는 가능성의 금지를 도출해 낼 수는 없다.¹³²⁾

재판관 Papier는 별개의견을 통해 다수의견은 혼인의 제도보장을 잘못 이해하고 있다고 비판하면서, 제도보장의 의미는 입법자로 하여금 특정한 구조원리(여기서는 이성 간의 혼인)에 구속되도록 하는 것이라고 하였다.¹³³⁾

이러한 [이성 간의 결합을 요건으로 하는 헌법상 혼인개념이라는] 배경하에서 새롭게 창설된 생활동반자라는 법적 형태가 다른 명칭을 쓴다고 해서 독일 기본법 제6조 제1항의 제도보장과 관계가 없다고 볼 수는 없다. 왜냐하면 독일 기본법 제6조 제1항이 보장하는 혼인제도는 명칭만 보호되는 것이 아니라 구조를 형성하는 요소를 입법자가 임의로 처분하는 것으로부터도 보호하기 때문이다. 입법자가 다른 명칭의 법적 형태로 혼인의 권리와 의무에 상응하는 두 사람의 동성 간의 파트너십을 창설한다면, 이를 통해 독일 기본법 제6조 제1항이 상정하는 구조원리를 경시하게 된다.¹³⁴⁾

재판관 Haas도 별개의견에서 독일 기본법 제6조 제1항의 제도보장의 의미와 다수의견

130) BVerfGE 76, 1 (49).

131) BVerfGE 105, 313 (344 f.).

132) BVerfGE 105, 313 (346).

133) BVerfGE 105, 313 (359).

134) BVerfGE 105, 313 (358).

의 합헌결정 이유가 합치되지 않는다고 비판하였다.¹³⁵⁾ 또한 형제·자매와 직계 존속, 비속 간에 등록된 생활동반자관계를 맺는 것을 금지한 생활동반자법 규정이 독일 기본법 제3조 제1항에 위배되지 않는다고 판시한 다수의견에 대해 명확하지 않은 심사척도를 사용하고 있다고 비판하였다.¹³⁶⁾

제도보장으로서 독일 기본법 제6조 제1항은 일반법 규정을 형성하는 입법자를 구속한다. 입법자에게는 혼인제도를 규정하는 근본적인 구조원리를 고려해야 하는 의무가 있다. 혼인제도의 근본적인 구조원리에는 배우자가 서로 다른 성별이어야 함이 포함된다. (...)

다수의견은 등록 생활동반자제도 마련으로 인해 혼인이 피해를 입지 않는다는 점에만 주목하면서 이러한 제도보장의 의미를 간과하고 있다. 제도보장은 혼인에 대한 정당화될 수 없는 제한을 방어하는 목적 - 이는 독일 기본법 제6조 제1항의 방어권적 기능에 해당 - 을 우선하지 않는다. 제도보장의 의미는 오히려 입법자가 혼인의 형성에 있어서 근본적인 구조원리(이성 배우자)에 구속된다는 것에 있다. 동성 간에 혼인에 상응하는 형태의 제도를 허용하게 되면, 이성 간에만 혼인을 할 수 있다는 헌법적 명령에 반하게 된다.(...)

다수의견은 이와 같은 소수의견에 대해 생활동반자제도가 혼인과 명백히 구분되므로 명칭만 바꾼 혼인이 아니라 별개의 제도라는 점을 강조하였다. 또한 입법자가 법적 효력에 있어서 혼인을 참조하여 생활동반자제도를 만들었다고 해서 혼인이나 배우자가 불이익을 받거나 생활동반자제도가 생활동반자에 의해 피해를 입지는 않는다고 하였다.¹³⁷⁾ 또한 혼인에 대한 장려명령에 위배되지도 않는다고 하였다. 단지 다른 형태의 생활공동체를 법적으로 보호할 뿐이고 그에 대한 권리와 의무를 부여할 뿐이라는 것이다.¹³⁸⁾

(2) 혼인과 생활동반자제도 간의 동등취급 의무

생활동반자제도가 도입된 이후에도 생활동반자와 혼인관계에 있는 사람 사이에는 차이가 존재했다. 연방헌법재판소는 이러한 차이를 일반적 평등원칙에 따라 위헌이라고 선언하였다. 특정한 차등표지를 차별이라고 명명하거나,¹³⁹⁾ 특정 영역에만 적용되는 개별

135) BVerfGE 105, 313 (360 f.).

136) BVerfGE 105, 313 (363 f.).

137) BVerfGE 105, 313 (347).

138) BVerfGE 105, 313 (347).

139) 가령 독일 기본법 제3조 제2항에서는 여성과 남성이 동등한 권리를 가진다고 규정하고 있으며, 동조

평등규정¹⁴⁰⁾에서는 차별이 중대한 기본적 제한으로 이어지는 특정한 표지들을 헌법에서 명시적으로 규정하고 있기 때문에 그 효력범위 안에서는 입법자의 입법형성권이 명백히 제한된다. 개별 평등규정이 적용되지 않거나 개별적 평등규정에 위배되는 사항이 없는 경우에 흠결 없는 평등보호를 위해 독일 기본법 제3조 제1항에서 일반적 평등원칙을 규정하고 있다.¹⁴¹⁾ “모든 사람은 법 앞에 평등하다”는 일반적 평등원칙은 주관적 공권의 헌법적 근거이자 객관적 평등대우명령 및 차별금지 조항으로서 작용한다. 평등심사는 구체적 상황에서 비교집단에 대한 특정 국가의 행위가 같은 것은 같게, 다른 것은 다르게 취급하고 있는지를 파악하여 해당 국가행위의 헌법 위배 여부를 판단하는 작용이다. 즉, 동일한 사안들에 대해 다르게 대해서는 안 되고, 서로 다른 사안들에 대해 동일하게 대해서는 안 된다는 내용이다. 그렇지만 그러한 다르게 대하기 내지 동일하게 대하기가 객관적으로 정당화되는 경우는 허용된다. 이를 통해 평등의 원칙을 심사하는 체계가 수립된다. 첫째, 동등대우 또는 차별대우가 있어야 하고, 둘째, 해당 사안의 동등함과 서로 다른 점을 구성하는 요소를 수집해야 하며, 셋째, 그러한 동일한 사안 내지 서로 다른 사안에 대한 동등 내지 차별대우가 정당화될 수 있는지가 문제된다.¹⁴²⁾ 일반적 평등원칙에서 이러한 정당화 심사의 내용은 이른바 구공식(alte Formel)이라고 불리는 자의금지심사와 신공식(neue Formel)으로 부르는 비례성에 따른 평등심사의 두 가지로 나뉜다. 자의금지심사에 따르면 법률 규정이 자의적이라고 판단될 때 평등원칙이 침해된다. 비례성심사는 차별 내지 동등취급의 목적에 주목한다. 차별/동등취급의 목적이 이유 있는 표지로 인정되는 경우에만 그러한 취급이 정당화될 수 있다. 차별의 표지는 목적에 부합하고(geeignet), 필요하며(notwendig), 적절해야(angemessen) 한다.¹⁴³⁾ 비례성 심사를 도입한 초기의 연방 헌법재판소 결정에서는 인적 집단 간의 차등취급과 사안 내지 행위 관련 차등취급을 서로 구분하여 인적 집단 간 차별취급에 보다 엄격한 정당화를 요구하는 서로 다른 심사기준을 적용하였으나, 사안의 차등취급이 간접적으로 인적 집단 간의 차등취급을 초래할

제3항에서는 ‘성별, 혈통, 인종, 언어, 고향과 출신, 신앙, 종교관 또는 정치관을 이유로 불이익을 받거나 특혜를 받아서는 안 된다. 누구도 장애를 이유로 불이익을 받아서는 안 된다’는 개별 표지에 따른 차별금지와 장애인에 대한 차별금지를 규정하고 있다. 동법 제6조 제5항은 혼인 외 출생자와 혼인 중 출생자 간의 동등한 대우를 명시적으로 규정하고 있다.

140) 예컨대 독일 기본법 제33조 제1항에서는 ‘모든 독일인은 모든 주에서 국민으로서 동등한 권리와 의무를 갖는다’고 함으로써 독일 국민의 권리와 의무의 평등에 관해 규정하고 있다.

141) 김문현 외, 기본권 영역별 위헌심사의 기준과 방법, 헌법재판연구 제19권, 헌법재판소, 2008, 236.

142) 이지효, 독일 연방헌법재판소의 일반적 평등원칙 심사 -최근의 판례 변화를 중심으로-, 헌법재판연구원, 2019, 8면.

143) Sachs, Michael (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 8. Aufl., Art. 3 Rn. 14 ff.

수 있다¹⁴⁴⁾는 점을 고려하여 인적 집단 간의 간접차별에도 보다 엄격한 심사기준을 적용하게 되었다. 동시에 엄격한 심사를 요구하는 범주가 크게 세 가지로 세분화되었다. 즉, 심사강도를 결정짓는 요인은 법적 차별의 표지들이 독일 기본법 제3조 제3항에 근접할수록, 차등대우가 자유권과 관련될수록, 그리고 수범자가 차별의 표지에 영향력을 미칠 수 있는지 여부로 나누어질 수 있다. 이 밖에도 차등취급의 비중을 결정짓는 다른 요인을 상정해 볼 수 있지만, 보다 엄격한 심사기준을 적용해야 하는 표지를 명확히 규정짓기는 어렵다. 모든 차등취급에 엄격한 심사기준을 들이댄다면 심사기준을 엄격하게 만드는 표지가 그 차별성을 잃고, 입법자의 형성의 여지 또한 과도하게 제한될 우려가 있기 때문에 그러한 표지를 상정함에 있어서 자제가 요구된다.¹⁴⁵⁾

연방헌법재판소는 성적 지향(sexuelle Orientierung)이라는 인적 관련 차별 표지에 대해 “인적 표지가 독일 기본법 제3조 제3항에 언급된 표지와 비견될 수 있어서 소수자의 차별로 이어질 위험이 클수록 인적 집단끼리 다르게 취급하는 것에 대한 정당화의 요구는 더욱 엄격해진다.”¹⁴⁶⁾고 실시하였다. 또한 혼인관계에 있는 사람들과 등록된 생활동반자 관계에 있는 사람들을 다르게 취급하는 것은 성적 지향이라는 인적 관련 차별 표지에 해당하기 때문에 더욱 엄격한 정당화가 요구된다고 하였다. 이는 유럽의 기본권 발전 방향이라는 배경과도 관련이 있다.

성적 지향에 따른 차별대우에 더 엄격한 심사척도가 적용되어야 함은 유럽법의 전개양상에도 부합한다. 유럽공동체 설립을 위한 조약¹⁴⁷⁾(Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, EGV) 제13조¹⁴⁸⁾ 및 유럽연합 기본권 헌장 제21조 제1항¹⁴⁹⁾은 성적 지향을 차별금지의 범주에 포함하고 있다. 유럽인권재판소(EGMR)의

144) BVerfGE 88, 87 (96).

145) 이지효, 독일 연방헌법재판소의 일반적 평등원칙 심사 -최근의 판례 변화를 중심으로-, 헌법재판연구원, 2019, 23면.

146) BVerfGE 88, 87 (96); 97, 169 (181).

147) 유럽공동체 설립을 위한 조약은 이후 2009년 12월부터 리스본 조약에 의해 유럽연합의 기능에 관한 조약(Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, AEUV)으로 바뀌었다. 유럽공동체 설립을 위한 조약 제13조는 유럽연합의 기능에 관한 조약 제19조에 해당한다.

148) [유럽공동체 설립을 위한 조약 제13조]

(1) 이 조약의 다른 규정과는 관계없이 조약을 통해 유럽공동체에 양도된 관할 범위 안에서 위원회의 제안과 유럽의회의 청문 이후에 유럽이사회는 만장일치로 성별, 종족, 인종 출신, 종교 또는 세계관, 장애, 연령 또는 성적 지향에 따른 차별에 대항하기 위한 적절한 조치를 취할 수 있다.

(2) (생략).

149) [유럽연합 기본권 헌장 제21조]

판례 또한 성적 지향에 따른 차별을 성별에 따른 차별과 마찬가지로 정당화에 있어서 ‘중대한 이유’(ernstliche Gründe)를 요구하였다.¹⁵⁰⁾¹⁵¹⁾

연방헌법재판소는 2007년 9월의 지정재판부 결정에서만 해도 독일 기본법 제3조 제3항 제1문의 해석에서 성적 지향을 포함하는 광의의 해석을 지양하였다.¹⁵²⁾ 그렇지만 유럽연합에서의 기본권 발전이라는 배경을 염두에 두면서 성적 지향에 따른 차별도 포함하게 되었다. 이에 따라 혼인과 생활동반자제도 간에 차별을 두었던 법률규정에 대한 일련의 위헌 결정이 이어졌다. 아래에서는 개별 판례를 세부적으로 살펴보고자 한다.

(가) 연금수급권 결정

공무원인 청구인은 연방주정부연금기금으로부터 생활동반자관계의 생존자에게는 가입자 사망시 생존 배우자에게 지급되는 유족연금이 지급되지 않는다는 고지를 받고 소송을 제기하였고, 최종심인 연방민사법원에서 소송이 기각¹⁵³⁾되자 연방헌법재판소에 재판소원을 제기하였다. 독일 연방헌법재판소는 2009. 7. 7. 해당 규정과 관련하여 혼인과 등록된 생활동반자를 다르게 대우할 이유가 존재하지 않으므로 등록된 생활동반자에 대한 불평등한 대우는 일반적 평등원칙에 위배된다고 판단하였다.¹⁵⁴⁾

혼인한 자와 등록된 생활동반자관계에 있는 자를 다르게 대우하는 규정의 심사에는 엄격한 척도가 적용된다.¹⁵⁵⁾ 일반적 평등원칙으로부터 규율 대상과 차별의 표지에 따라 입법자에게 다양한 한계가 도출되는데, 이 한계는 단순한 자의금지에 그치는 완화된 구속부터 엄격한 비례성의 요구에까지 이를 수 있다.¹⁵⁶⁾ 이 사안에서는 인적 집단을 다르게 취급하는 것에 대한 정당화의 요구가 문제된다. 혼인관계에 있는 사람들과 등록된 생활동반자관계에 있는 사람들을 다르게 취급하는 것은 성적

차별 금지

(1) 성별, 인종, 피부색, 종족 또는 사회적 신분, 유전적 특징 언어, 종교 또는 세계관, 정치적 또는 여타의 견해, 소수 민족에의 소속, 재산, 출생, 장애, 연령, 성적 지향을 근거로 어떠한 차별도 금지되어야 한다.

(2) (생략).

150) EGMR, 2003. 7. 24. - Nr. 40.016/98 - Karner 대 오스트리아.

151) BVerfGE 124, 199 (220).

152) BVerfG (K), NJW 2008, S. 209 (210).

153) 2007. 2. 14. - IV ZR 267/04.

154) BVerfGE 124, 199 - 235 (1 BvR 1164/07).

155) BVerfGE 124, 199 (219).

156) BVerfGE 88, 87 (96); 110, 274 (291); 117, 1 (30).

지향이라는 인적 관련 차별 표지에 해당하기 때문에 더욱 엄격한 정당화가 요구된다. 인적 표지가 독일 기본법 제3조 제3항¹⁵⁷⁾에 언급된 표지와 비견될 수 있어서 소수자의 차별로 이어질 위험이 클수록 인적 집단끼리 다르게 취급하는 것에 대한 정당화의 요구는 더욱 엄격해진다.¹⁵⁸⁾ 성적 지향의 경우가 이에 해당한다. 성적 지향에 따른 차별대우에 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 함은 유럽법의 전개양상에도 부합한다. 유럽공동체 설립을 위한 조약¹⁵⁹⁾(Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, EGV) 제13조¹⁶⁰⁾ 및 유럽연합 기본권 헌장 제21조 제1항¹⁶¹⁾은 성적 지향을 차별금지의 범주에 포함하고 있다. 유럽인권재판소(EGMR)의 판례 또한 성적 지향에 따른 차별을 성별에 따른 차별과 마찬가지로 정당화에 있어서 ‘중대한 이유’(ernstliche Gründe)를 요구하였다.¹⁶²⁾ 따라서 이 사안에서 문제된 규정이 혼인관계에 있는 보험가입자와 등록된 생활동반자관계에 있는 보험가입자를 다르게 취급하는 것은 성적 지향이라는 인적 표지에 따른 차별이므로 엄격한 심사가 요구된다. 혼인 또는 등록된 동반자관계를 선택하는 개인의 결정은 성적 지향과 거의 불가분한 관계에 있기 때문이다.¹⁶³⁾

연방헌법재판소는 본 사안에서 문제된 연방민사법원(BGHZ)의 판결에서 차별의 범주를 형성하는 당사자의 가족관계가 성적 지향과 무관하게 이루어질 수 있다고 본 설시는 너무 형식적이고 실생활에 부합하지 않는다고 하였다. 물론, 이성애자인 동성 간에 등록

157) [독일 기본법 제3조 제3항]

누구도 성별, 혈통, 인종, 언어, 고향과 출신, 신앙, 종교관 또는 정치관을 이유로 불이익을 받아서는 안 된다. 누구도 장애를 이유로 불이익을 받아서는 안 된다.

158) BVerfGE 88, 87 (96); 97, 169 (181).

159) 유럽공동체 설립을 위한 조약은 이후 2009년 12월부터 리스본 조약에 의해 유럽연합의 기능에 관한 조약(Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, AEUV)으로 바뀌었다. 유럽공동체 설립을 위한 조약 제13조는 유럽연합의 기능에 관한 조약 제19조에 해당한다.

160) [유럽공동체 설립을 위한 조약 제13조]

(1) 이 조약의 다른 규정과는 관계없이 조약을 통해 유럽공동체에 양도된 관할 범위 안에서 위원회의 제안과 유럽의회의 청문 이후에 유럽이사회는 만장일치로 성별, 종족, 인종 출신, 종교 또는 세계관, 장애, 연령 또는 성적 지향에 따른 차별에 대항하기 위한 적절한 조치를 취할 수 있다.

(2) (생략).

161) [유럽연합 기본권 헌장 제21조]

차별 금지

(1) 성별, 인종, 피부색, 종족 또는 사회적 신분, 유전적 특징 언어, 종교 또는 세계관, 정치적 또는 여타의 견해, 소수 민족에의 소속, 재산, 출생, 장애, 연령, 성적 지향을 근거로 어떠한 차별도 금지되어야 한다.

(2) (생략).

162) EGMR, 2003. 7. 24. - Nr. 40.016/98 - Karner 대 오스트리아.

163) BVerfGE 124, 199 (221).

된 생활동반자관계를 맺거나 동성애자들이 이성과 혼인하는 것은 법적으로 허용 가능할 것이다. 그렇지만 입법자가 당사자의 내밀한 영역의 존중을 이유로 성적(性的) 공동체 (Geschlechtsgemeinschaft)를 요건으로 함을 포기하고, 혼인이나 등록된 생활동반자관계를 맺기 전에 개별적으로 성적 지향 심사를 하지 않는다고 해서 등록된 생활동반자관계라는 제도가 동성에게 끌리는 사람들을 대상으로 하고, 입법자의 의도에 따라 실생활에서 이들이 법적으로 보호받는 지속적인 커플 관계를 이루기 위해 사용된다는 점에는 영향을 미치지 않는다고 하였다.¹⁶⁴⁾ 생활동반자법의 이러한 목표설정은 이미 동법의 정식 명칭(동성 공동체의 차별을 종식시키기 위한 법률, Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften)으로부터 알 수 있으며, 해당 법률의 법안 발의 이유에서도 여기에 상응하는 목표설정을 제시하고 있다는 점을 강조하였다.¹⁶⁵⁾ 연방헌법재판소는 특히 입법자의 의도인 동성애자들의 권리를 최초로 인정함으로써 이들이 자신의 인격을 더욱 발현할 수 있도록 돕고, 오랫동안 받아온 차별을 종식시키고자 함에 주목하였다.¹⁶⁶⁾ 입법자가 법안발의의 취지에서 유럽의회의 요청에 부응하여 동성 지향의 사람들을 차별대우하는 것을 막고, 이러한 과제를 생활동반자관계법을 통해 ‘동성 생활공동체로 실현’할 것이라고 하고 있으며,¹⁶⁷⁾ 따라서 혼인 뿐 아니라 등록된 생활동반자관계도 입법자의 생각에 따르면 전형적인 성적(性的) 공동체임을 부각하였다. 일정한 친척관계 내에서 혼인을 금지하는 민법 규정이 등록된 생활동반자관계에도 준용되는 점¹⁶⁸⁾ 역시 이를 뒷받침한다고 했다.

그리하여 등록된 생활동반자의 권리를 규정하는 조문은 전형적으로 동성애자를 포섭하고, 배우자의 권리를 규정하는 조문은 이성애자를 포섭하게 된다. 유족연금과 관련하여 혼인과 생활동반자관계가 서로 다르게 취급된다면, 이로 인해 성적 지향에 따른 차별대우가 일어나게 된다.¹⁶⁹⁾ 문제된 연금기금의 정관이 초래하는 혼인한 자와 등록된 생활동반자관계에 있는 자 간의 차별은 성적 지향이라는 접점을 포함하고 있으므로 이러한 구체적인 차별을 정당화하기 위해서는 두 삶의 형태 사이에

164) BVerfGE 124, 199 (221).

165) “동성 커플의 차별은 철폐되어야 한다.”, BTDrucks 14/3751, S. 1.

166) BVerfGE 104, 51 (60); 105, 313 (314).

167) BTDrucks 14/3751, S. 33.

168) BVerfGE 124, 199 (222).

169) 성적 지향으로 인한 차별대우에 관한 유럽연합의 판례로 EuGH, 2008. 4. 1. - Maruko - C-267/06 - ABIEU 2008, Nr. C 128, 6 참조.

현저한 차이가 요구된다.¹⁷⁰⁾ 혼인과 등록된 생활동반자관계 간의 차별대우는 이러한 요구에 입각하여 정당화될 수 없다. 객관적인 차별의 이유는 확인되지 않는다. 단순한 혼인의 보호만으로는 이러한 차별이 정당화되지 않는다. 독일 기본법은 제6조 제1항에서 혼인과 가족이 국가질서의 특별한 보호하에 있다고 하고 있다. 이를 통해 헌법은 혼인이라는 제도의 보장 뿐 아니라 혼인과 가족의 전체 영역에 해당하는 사적·공적 권리에 대한 구속력 있는 가치결정으로서 국가질서를 통한 특별한 보호를 제공한다.¹⁷¹⁾ 이러한 보호의무를 충족하기 위해 국가는 혼인에 위해를 가하거나 여타 피해를 주는 행동을 하지 않고, 적절한 조치를 통해 혼인을 장려해야 하는 과제를 갖는다.¹⁷²⁾ 헌법상 혼인의 보호로 인해 입법자는 원칙적으로 다른 삶의 형태에 비해 혼인에 혜택을 주는 것이 가능하다.¹⁷³⁾ 그리하여 연방헌법재판소는 부부가 인공수정을 하는 경우에 사회보장법상 재정정보조를 지원하는 것이 혼인이 법적으로 보장된 안정적인 책임관계임을 고려할 때 정당화될 수 있다고 보았다.¹⁷⁴⁾ 하지만 혼인의 특혜가 규정된 사실관계와 규범이 추구하는 목적이 혼인에 비견될 수 있는 다른 삶의 형태에 대한 불이익으로 이어진다면, 단순한 혼인의 보호를 내세워서 차별을 정당화할 수 없다. 혼인에 대한 특별한 보호로부터 혼인과 동떨어진 형태로 다른 생활공동체를 형성하고, 그에 대해 혼인보다 더 적은 권리를 부여하는 근거를 도출할 수는 없다.¹⁷⁵⁾

혼인에 대한 특별한 보호에 다른 형태의 삶에 대한 차별이 수반된다면 단순히 독일 기본법 제6조 제1항의 언급만으로 이를 정당화할 수는 없다고 한 연방헌법재판소의 설시는 이후 다른 결정들에서도 이어졌다.

(나) 증여상속세법 관련 결정

증여상속세법(Erbchaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz)은 배우자에 대해 광범위한 공제와 낮은 세율을 적용하는데 비해 생활동반자에게는 별다른 혜택을 부여하지 않았다. 이와 관련한 헌법소원 청구에서 2010년 7월 연방헌법재판소는 증여상속세법에서 혼인 배우자와 등록된 생활동반자를 차별대우하는 것은 독일 기본법 제3조 제1항에 합치되지

170) BVerfGE 124, 199 (222).

171) BVerfGE 6, 55 (72); 55, 114 (126); 105, 313 (346).

172) BVerfGE 6, 55 (76); 28, 104 (113); 53, 224 (248); 76, 1 (41); 80, 81 (92 f.); 99, 216 (231 f.).

173) BVerfGE 6, 55 (76 f.); 105, 313 (348).

174) BVerfGE 117, 316 (328 f.).

175) BVerfGE 105, 313 (348).

않는다고 판단하였다. 연방헌법재판소는 이 사안에서 배우자와 생활동반자 사이의 차별이 평등원칙에 위배되는지 판단하기 위해서는 엄격한 심사의 원칙이 적용되어야 하는데, 생활동반자에 대한 중대한 차별을 정당화할 만한 사정이 보이지 않는다고 실시하였다.¹⁷⁶⁾ 해당 결정에서도 연방헌법재판소는 독일 기본법 제6조 제1항에 따른 혼인의 특별 보호만으로는 생활동반자관계에 있는 사람과의 차별을 정당화할 수 없다고 보았다.¹⁷⁷⁾

(다) 공무원의 가족수당 결정

기혼 공무원에게 가족수당을 지급하는 연방임금법(Bundesbesoldungsgesetz) 규정이 생활동반자관계에 있는 공무원에게는 해당되지 않는 것은 평등원칙과 직업공무원제도에 위배된다는 헌법소원이 제기되었다. 생활동반자법 제정 당시 연방임금법을 개정하는 규정도 포함되었으나 연방참사원의 동의를 얻지 못해 입법이 이루어지지 못한 부분이다. 연방헌법재판소는 기혼자와 생활동반자 간에 가족수당 수급 여부에 차별을 두는 것은 독일 기본법 제3조 제1항의 일반적 평등원칙에 위배된다고 보았다.¹⁷⁸⁾

일반적 평등원칙은 법 앞에서 모든 사람을 동등하게 취급하며, 근본적으로 같은 것은 같게, 근본적으로 다른 것은 다르게 취급할 것을 요청한다.¹⁷⁹⁾ 따라서 특정 인적 집단에게만 수혜를 보장하고, 이를 다른 인적 집단에는 주지 않는 것은 평등에 위배되는 것으로 금지된다.¹⁸⁰⁾ 규율의 대상과 차별의 표지에 따라 단순한 자의금지부터 보다 엄격한 비례의 원칙의 요구를 충족시키는 것에 이르는 차등적인 제한이 독일 기본법 제3조 제1항으로부터 도출된다.¹⁸¹⁾ 개별 사건에서 어떠한 요건하에서 자의금지원칙이나 비례적인 동등대우에의 요청이 입법자에 의해 침해되었는지에 대한 보다 정확한 심사기준과 표지는 추상적이고 일반적으로 규정되지 않고, 개별적으로 당면한 각기 다른 사안영역 및 규정영역에 따라 결정된다.¹⁸²⁾ 인적 집단에 대한 차별대우의 경우 일반적으로 입법자는 비례의 원칙에의 요구라는 엄격한 구속하에 놓인다.

이는 사안에서의 차별대우가 간접적으로(만) 인적 집단 간의 차별 효과를 가져오

176) 2010. 7. 21. BVerfGE 126, 400.

177) 2010. 7. 21. BVerfGE 126, 400 (423 ff.).

178) 2012. 6. 19. BVerfGE 131, 239 (256).

179) BVerfGE 79, 1 (17); 126, 400 (416).

180) BVerfGE 110, 412 (431); 112, 164 (174); 116, 164 (180); 124, 199 (218); 126, 400 (416).

181) BVerfGE 88, 87 (96); 117, 1 (30); 124, 199 (219); 126, 400 (416).

182) BVerfGE 75, 108 (157); 101, 275 (291); 103, 310 (318); 105, 73 (111); 110, 412 (432); 121, 108 (119); 126, 400 (416).

는 경우에도 그러하다.¹⁸³⁾ 이에 따라 특정 집단의 규범 수범자와 다른 집단의 규범 수범자를 특정 규범을 통해 차별대우하고, 두 수범자 집단 간에 그러한 차별대우를 정당화할 만한 특이할 만한 종류와 비중의 차이점이 없는 경우, 해당 규범은 일반적인 평등원칙을 침해하게 된다.¹⁸⁴⁾ 인적 집단 간의 차별대우를 정당화하기 위한 요청은 그러한 차별로 이끄는 인적 관련 표지가 독일 기본법 제3조 제3항¹⁸⁵⁾에 열거된 표지와 가까울수록, 즉 연관된 차별대우가 소수자의 차별로 이어질 위험이 클수록 더욱 엄격해진다.¹⁸⁶⁾ 이는 성적 지향에 따른 차별에도 해당된다.¹⁸⁷⁾

연방헌법재판소는 헌법을 개정하면서 성적 지향을 독일 기본법 제3조 제3항에 포함시키지 않은 결정이 이에 따른 차별에 대한 엄격한 정당화의 요구에 부합하지 않는다는 비판¹⁸⁸⁾에 대해서도 언급하고 있다. 성적 지향에 따른 차별을 소수자에 대한 차별로 간주하지 않겠다는 헌법개정자의 의지는 확인할 수 없다는 것이다. 1993년 통일 이후 공동헌법위원회가 독일 기본법 제3조 제3항의 범위를 (하위 범주로서 성적 지향을 포함하는) 성정체성의 지표에까지 확장하기를 거부한 것은 사실이다. 하지만 그 이유로 독일 기본법 제3조 제3항을 더욱 세분화하게 되면 파편화(Atomisierung)를 초래할 수 있으므로 피해야 한다는 점을 들었다.¹⁸⁹⁾ 성적 지향이라는 표지의 추가¹⁹⁰⁾가 연방의회에서 거절되었지만 그 이유는 성적 지향이 보호대상이 아니라는 것은 아니다. 성정체성에 기인한 차별에 대해서는 연방헌법재판소의 판례에서 독일 기본법 제3조 제1항을 통해 동법 제3조 제3항에 상응하게 보호되고 있으며, 그러므로 독일 기본법 제3조 제3항의 범위 확장은 (불필요한) ‘상징적 정치¹⁹¹⁾’(Symbolpolitik)를 표출할 뿐이므로 그러한 확장은 필요하지 않

183) BVerfGE 75, 108 (157); 101, 54 (101); 103, 310 (319); 110, 274 (291).

184) BVerfGE 55, 72 (88); 84, 197 (199); 100, 195 (205); 107, 205 (213); 109, 96 (123); 110, 274 (291); 124, 199 (219 f.); 126, 400 (418).

185) [독일 기본법 제3조 제3항]

누구도 성별, 혈통, 인종, 언어, 고향과 출신, 신앙, 종교관 또는 정치관을 이유로 불이익을 받아서는 안 된다. 누구도 장애를 이유로 불이익을 받아서는 안 된다.

186) BVerfGE 88, 87 (96); 97, 169 (181); 124, 199 (220).

187) BVerfGE 124, 199 (220); 126, 400 (419).

188) Krings, in: Festgabe für Friauf, 2011, S. 269 (273); Kischel, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher Onlinekommentar GG, Art. 3 Rn. 42.1f. (2012. 4. 1.); Uhle, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher Onlinekommentar GG, Art. 6 Rn. 36.2 (2012. 4. 1.); Hofmann, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, 12. Aufl. 2011, Art. 6 Rn. 22a; Hillgruber, JZ 2010, S. 41 (43).

189) BTDrucks 12/600, S. 54.

190) 야당 원내교섭단체의 입법안 BTDrcks 17/88, 17/254, 17/472.

191) 구체적인 해결책이 아닌 제스처에 의존하여 특정한 반응을 이끌어내려 하는 정치를 의미한다.

다는 이유에서이다.¹⁹²⁾

이와 같은 정당화의 척도는 본 사안에서의 차별대우가 공무원의 급여와 관련된 것이라고 해서 수정되지 않으며, 입법자는 공무원의 급여 분야에서 광의의 정치적 재량을 갖고 있다고 하였다. 연방헌법재판소는 원칙적으로 입법자가 가장 정당하며, 목적에 부합하고 합리적인 해결책을 선택하였는지를 심사하지 않으며, 단지 입법부의 행동이 헌법 자체의 가치와 충돌하지 않는 한, 사실관계의 구분에 관한 법률 조문이 명백히 부적절하다고 판명되는 극단적인 한계를 초과했다고 지적할 따름이라고 하였다.¹⁹³⁾

연방임금법에서 혼인한 공무원과 등록된 생활동반자관계에 있는 공무원을 다르게 대우하는 것은 독일 기본법 제3조 제1항의 일반적 평등원칙에 따라 심사되는 성적 지향에 따른 간접적 차별대우에 해당한다. 가족수당의 지급 여부가 해당 조문에서 성적 지향에 따라 결정된다고 명시적으로 표현되고 있지는 않고, 개별 공무원의 가족관계(Familienstand)에 따라 결정된다고 하고 있지만, 이를 통해 간접적으로 성적 지향이 관계된다.¹⁹⁴⁾ 가족수당의 지급을 결정짓는 기준이 성적 지향과는 무관하게 해당 공무원의 가족관계에 따라 결정된다고 해도, 개인에게 있어서 혼인을 택할 것인지, 아니면 등록된 생활동반자관계를 택할 것인지를 결정은 당사자의 성적 지향과 거의 분리될 수 없기 때문이다.¹⁹⁵⁾ 등록된 생활동반자의 권리를 규정하는 법규는 전형적으로 동성애자를 포섭하고, 혼인한 자의 권리를 규정하는 법규는 전형적으로 이성애자를 포섭한다.¹⁹⁶⁾

이처럼 연방헌법재판소는 연방임금법 규정이 생활동반자관계에 있는 공무원을 간접적으로 차별한다고 보았으며 그러한 차별은 기본법 제6조 제1항의 혼인에 대한 특별보호를 통해서 정당화될 수 없다고 보았다.

(이러한 차별은) 성적 지향에 따른 차별이므로 엄격한 심사가 요구된다. 독일 기본법은 제6조 제1항에서 혼인과 가정을 국가 질서의 특별한 보호하에 두고 있다. 헌법은 혼인이라는 제도를 보장하는 것 뿐 만 아니라, 구속력 있는 가치결정으로서 혼인과 가정의 전체 영역에 해당하는 사적·공적 권리에 국가 질서를 통한 특별한

192) BTDrucks 17/4775, S. 5.

193) BVerfGE 65, 141 (148 f.); 103, 310 (319 f.), 117, 330 (353).

194) BVerfGE 131, 239 (258).

195) BVerfGE 124, 199 (221); 126, 400 (419).

196) BVerfGE 124, 199 (221 f.); 126, 400 (419); BVerfGK 12, 169 (176).

보호를 제공한다.¹⁹⁷⁾ 혼인은 남성과 여성 간의 결합에만 예정된 제도¹⁹⁸⁾로서 독일 기본법 제6조 제1항을 통해 독자적인 헌법상의 보호를 받는다. 이러한 보호의무를 충족하기 위해 국가는 혼인을 손상시키거나 다른 피해를 받을 수 있는 행위를 중단해야 하며, 적절한 조치를 통해 혼인을 장려해야 한다.¹⁹⁹⁾ 헌법상의 보호 및 장려의 무로 인해 입법자는 다른 삶의 방식에 비해 혼인을 장려할 수 있다. 하지만 혼인에 특권을 부여함으로써 다른 형태의, 혼인에 비견될 만한 목적을 지니고, 법적으로 구속력 있는 삶의 형태에 불이익을 주게 된다면, 그러한 차별은 혼인의 보호의무를 단순히 언급하는 것만으로는 정당화될 수 없다.²⁰⁰⁾ 다른 삶의 형태에 불이익을 주는 것을 정당화할 수 있으려면 그 개별 규율의 대상과 목적에 있어서 충분히 중대한 객관적 근거를 요한다.²⁰¹⁾ 독일 기본법 제6조 제1항상의 혼인에 대한 특별한 보호는 혼인을 특별한 책임관계(besondere Verantwortungsbeziehung)로 간주하고, 구속되지 않는 다른 파트너관계에 비해 혼인에 혜택을 주는 것을 정당화한다.²⁰²⁾ 하지만 법으로 규정되고 당사자들이 동성이라는 점에서 혼인과 구별되는, 이러한 구분으로 인해 혼인과 경쟁관계에 있지 않으며 혼인이라는 제도에 피해를 주지 않는, 동성이기 때문에 혼인할 수 없는 사람들을 위해 근본적으로 비슷한 제도적으로 확립된 책임관계를 맺을 수 있도록 마련된 관계까지 혼인에 비해 혜택을 덜 받는 것이 간단히 정당화될 수는 없다.²⁰³⁾

연방헌법재판소는 나아가 연방임금법의 문제된 규정의 규범목적을 통해서도 혼인한자와 생활동반자관계에 있는 자를 달리 대우하는 것을 정당화할 수 없다고 설시하였다. 배우자가 있는 공무원에게 가족수당을 주는 것은 ‘사회적인 분배기능, 즉 가족과 관계된 분배기능’에 부합하며, 이를 통해 기혼 직업공무원과 법관의 독립이 기할 수 있도록 하는 역할을 한다.²⁰⁴⁾ 가족수당을 통해 기혼 공무원에게 가족수당을 보장함으로써 비혼 공무원에 비해 추가 수요가 발생하는 점을 조정하는 것이다. 이러한 입법목적은 등록된 생활동반자관계에 있는 공무원에 비해 기혼 공무원에게 특혜를 주는 것을 정당화할 수는

197) BVerfGE 6, 55 (72); 55, 114 (126); 105, 313 (346).

198) BVerfGE 105, 313 (345).

199) BVerfGE 6, 55 (76); 28, 104 (113); 53, 224 (248); 76, 1 (41); 80, 81 (92 f.); 99, 216 (231 f.).

200) BVerfGE 124, 199 (226); 126, 400 (420).

201) BVerfGE 124, 199 (226).

202) 법률혼 관계가 아닌 사실혼관계(사실상의 공동체 관계, faktische Lebensgemeinschaft)는 법률혼과 동일한 선상에서 다루지 않음을 의미한다.

203) BVerfGE 131, 239 (260 f.).

204) BVerfGE 71, 39 (62).

없다는 것이다. 연방임금법을 통해 조정되어야 할 추가수요가 생활동반자관계에 있는 공무원에게도 명백히 존재하기 때문이다. 연방헌법재판소는 특히 주거비용이나 부양의무에 있어서 두 관계 간에 명백한 차이를 찾을 수 없다고 하였다.²⁰⁵⁾

문제된 조문에 대해 연방헌법재판소는 헌법불합치 결정을 내리고, 입법자로 하여금 등록된 생활동반자관계에 있는 공무원의 가족수당 청구권을 생활동반자법이 시행된 2001년 8월 1일부터 소급하여 적용할 수 있는 법적 근거를 마련하도록 하였다.

(라) 토지취득세 결정

2010년 12월 14일에 발효된 연간세법²⁰⁶⁾(Jahressteuergesetz 2010)에서 입법자는 등록된 생활동반자와 혼인한 부부 모두에게 토지취득세의 면제를 허용하였다. 하지만 이 토지취득세법은 소급 적용되지는 않고, 2010년 12월 13일 이후의 취득에만 적용된다. 해당 시점 전까지 적용되는 1997년 토지취득세법(Gründerwerbsteuergesetz)은 등록된 생활동반자관계를 혼인관계에 있는 자와 달리 토지취득 과세의 예외 대상으로 보지 않았으므로, 생활동반자법이 발효된 2001년 8월 1일 시점으로 2010년의 세법이 소급 적용되지 않는다. 구 세법의 기준에 따르면 양도인 부부에 의한 토지취득은 면세되었다. 양도인 부부가 이혼하는 경우에 재산분할청구의 대상이 되는 토지를 분할하여 부부 중 일방이 이를 취득하게 되면, 이 토지의 취득은 과세가 되지 않았다. 따라서 생활동반자법이 발효된 2001년 8월 1일부터 등록된 생활동반자에게도 토지취득세의 면제를 허용하는 세법이 발효된 2010년 12월 14일까지 혼인한 부부가 이혼하는 경우 재산분할로 취득한 토지취득세를 면제하고, 등록된 생활동반자관계의 해소에 따른 재산분할의 경우에는 과세한 것이다. 이에 대해 연방헌법재판소는 평등원칙에 위배되어 위헌이라고 하였다.²⁰⁷⁾

연방헌법재판소는 토지취득세의 면제에 있어서 혼인한 부부와 등록된 생활동반자의 차별대우를 정당화하기 위해서는 보다 엄격한 비례의 원칙이 적용되어야 하는데, 이는 세법이 혼인과 등록된 생활동반자관계를 세분화하는 근거가 성적 지향과 관련되어 있기

205) BVerfGE 131, 239 (262 f.).

206) 독일에서는 세법상의 개정이 개별 조세법을 마다 임시로 이루어지기 때문에 전체 세법을 일목요연하게 개관하는 것이 어려웠다. 이를 개선하기 위해 1995년부터 매년 연간세법(Jahressteuergesetz)을 마련하여 해당 연도의 조세조치를 총 망라하고자 하였다. 연간세법은 법률과 판례의 조정, 조세 수입 보장을 위한 조치 및 과세절차의 단순화 조치를 내용으로 한다.

(<https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/jahressteuergesetz-38545/version-261966> 2020. 11. 6. 최종 방문)

207) 2012. 7. 18. BVerfGE 132, 179.

때문이라고 하였다. 1997년 토지취득세법상 생활동반자에 대한 불이익 처분을 정당화할 수 있는 혼인과 등록된 생활동반자관계 사이의 중대한 차이는 존재하지 않으며, 나아가 생활동반자에 대한 혼인한 자의 기득권은 가족법과 상속법적 관점에서도 정당화될 수 없다고 하였다.

즉, 동성 간의 결합인 생활동반자관계를 이성 간의 결합인 혼인과 차별하는 것은 성적 지향과 관련된 차별이므로 심사에 있어서 더욱 엄격한 비례의 원칙이 요구된다. 이 원칙을 엄격히 적용하게 되면, 결론적으로 혼인한 부부에 비하여 등록된 생활동반자관계에 있는 사람들에게 불이익 처분을 하는 것을 정당화하는 사유는 존재하지 않는다는 것이다. 더욱이 혼인과 생활동반자관계를 분화하여 차이를 두거나 불이익 처분을 하는 것은 가족법과 상속법적 관점에서 정당화될 수 없다고 보았다.

(마) 순차입양 결정

독일 민법상 혼인한 부부는 반드시 공동으로 자녀를 입양하여야 한다.²⁰⁸⁾ 그런데 등록된 생활동반자법에는 이에 상응하는 규정이 없어서 생활동반자에 대해서는 공동입양의 원칙이 적용되지 않았다. 이에 따라 생활동반자는 독일 민법 제1742조 제1항의 배우자 없는 자에 해당되어 혼외 생활공동체에서와 마찬가지로 개별입양(Einzeladoption)의 원칙이 적용되었다. 그리하여 등록된 생활동반자관계에서는 생활동반자 중 일방만이 개별적으로 타인의 자녀를 입양할 수 있었고, 해당 자녀를 타방 생활동반자가 입양²⁰⁹⁾하는 것은 불가능하였다.

연방헌법재판소는 부부 중 일방이 입양한 자녀를 타방이 입양하는 것과 등록된 생활동반자의 친생자를 타방이 입양하는 것이 허용됨에 비해 생활동반자의 일방이 타방이 입양한 자녀를 이어서 입양하는 것을 불가능하게 하는 생활동반자법 제9조 제7항은 독일 기본법 제3조 제1항에 합치되지 않는다고 하였다.²¹⁰⁾ 이 경우에는 단순한 자의금지보다 더 명확하고 엄격한 심사기준이 적용된다. 자녀의 차별대우라는 관점에서 본질적으로 자녀의 인격의 자유로운 발현(Persönlichkeitsentfaltung)에 영향을 미치게 되며, 자녀의 기본권 중 특히 부모의 보살핌을 보장받을 권리(독일 기본법 제2조 제1항²¹¹⁾)과 연계한 독일

208) 독일 민법 제1741조 제2항 제2문.

209) 이를 Sukzessivadoption이라고 하는데 우리나라에서는 순차입양, 승계입양 또는 연속입양이라는 용어로 번역되고 있다.

210) 2013. 2. 19. BVerfGE 133, 59.

211) [독일 기본법 제2조 제1항]

기본법 제6조 제2항 제1문²¹²⁾)가 관계되기 때문이다.²¹³⁾

연방헌법재판소는 문제된 생활동반자법 제9조 제7항이 등록된 생활동반자를 혼인한 자에 비해 차별하고 있으므로 독일 기본법 제3조 제1항에 위배된다고 하였다. 혼인한 자와 등록된 생활동반자 간의 차별대우는 성적 정체성(sexuelle Identität)과 관련되기 때문에 이를 정당화하기 위해 더 고차원적인 헌법적 요구가 필요하다고 보았다.²¹⁴⁾ 연방헌법재판소는 차별적인 입양기회를 정당화할 수 있는 혼인과 등록된 생활동반자관계 간의 차이는 존재하지 않으며, 두 동반자관계 모두 지속성을 바탕으로 법적으로 확립된 관계라는 점을 고려하면 더욱 그러하다고 하였다.²¹⁵⁾

이처럼 순차입양은 자녀의 복리라는 관점에서 허용되어야 한다는 연방헌법재판소의 판결을 통해 혼인한 부부 뿐만 아니라 등록된 생활동반자에게도 순차입양이 허용되게 되었다.

(바) 배우자 합산분할과세 결정

연방헌법재판소는 소득세법상 배우자 합산분할과세를 혼인관계에만 인정하고 등록된 생활동반자관계에 인정하지 않는 것은 평등원칙에 위배된다고 판시하였다.²¹⁶⁾ 생활동반자에게는 적용되지 않는 소득법상 부부합산분할과세에 관한 조항은 혼인과 생활동반자관계를 불평등하게 취급하는 것에 대한 중요한 근거가 부족하기 때문이다. 이 결정은 6:2로 선고되었다.

다수의견은 합산분할과세 규정에서 기혼자와 생활동반자관계에 있는 사람 간의 차별대우는 성적 지향에 따른 간접차별이므로 독일 기본법 제3조 제1항의 일반적 평등원칙에 따라 심사되어야 한다고 하였다. 즉, 규정 자체가 혼인관계와 관련되었을지라도, 혼인 또는 생활동반자에 관한 판단은 성별에 근거한 차별과 거의 분리될 수 없이 결합되어 있고, 인적 집단 간의 차별대우 사례는 일반적으로 비례의 원칙에 따른 심사와 입법자의 강한 구속력이 존재한다고 보았다. 인적으로 결합된 특징이 독일 기본법 제3조 제3항과

모든 사람은, 다른 사람의 권리를 침해하지 않고 헌법질서나 도덕률에 반하지 않는 한, 자신의 인격을 자유로이 실현할 권리를 갖는다.

212) [독일 기본법 제6조 제2항 제1문]

자녀의 부양과 교육은 부모의 자연적 권리이며 일차적으로 부모에게 부과된 의무이다.

213) 2013. 2. 19. BVerfGE 133, 87.

214) 2013. 2. 19. BVerfGE 133, 98.

215) 2013. 2. 19. BVerfGE 133, 98.

216) 2013. 5. 7. BVerfGE 133, 377.

의 관련성에 더욱 가까울수록 이를 정당화할 사유에 대한 요구는 더욱 커지는데, 이는 결국 차별대우가 소수자의 차별이라는 것에 근접할수록 그 위험이 더욱 커지게 되고, 성별에 근거한 차별은 이에 대한 전형적인 예시라는 것이다.

또한 이 결정에서도 혼인과 가족의 특별한 보호를 규정하는 독일 기본법 제6조 제1항 만으로는 혼인과 생활동반자관계의 차별대우가 정당화될 수 없다고 하였다. 입법자는 처음부터 혼인과 비견되는 방식으로 생활공동체를 포괄적으로 제도화된 책임공동체로서 파악했고, 나아가 혼인과 이 생활공동체 사이에 존재하는 차이 내지 차별을 계속적으로 해체해 나가고 있다고 하였다.

등록된 생활동반자관계도 수입과 지출의 공동체로서 형성될 수 있고, 이미 2001년 생활동반자법이 처음 시행된 이후로 생활동반자관계는 본질적인 특성에 있어서 혼인과 비교될 수 있다. 즉, 생필품 충족을 위한 행위에 있어서 상호 의무가 존재하고, 고유 재산의 제한된 처분능력이 양 제도에서 동일하게 규율되었으며, 2001년 이후 생활동반자는 혼인계약과 유사한 성적 정체성(sexuelle Identität)과 관련되기 때문에 생활동반자계약을 체결하지 않는 경우에는 청산공동체(Ausgleichsgemeinschaft)가 되어야 하고, 혼인시의 법정재산제인 잉여공동체(Zugewinnngemeinschaft) 규정을 등록된 생활동반자관계에 준용하고 있다. 2004년 법 개정예 의해 2005년 1월부터 도입된 이 규정은 잉여공동체를 생활동반자관계의 법정재산제로서 명시하고 있으며, 더 나아가 연금청산제도도 생활동반자관계의 해소시에 확장 적용되었다.

혼인의 경우, 자녀가 이미 있거나 혼인한 동안 배우자가 공동의 자녀를 낳게 될 가능성이 혼인의 성립 여부에 영향을 미치지 않는다. 생활동반자관계에서는 점차 자녀가 양육되고 있고, 생활동반자 중 일방이 중점적으로 자녀의 양육을 도맡는 것이 관례가 되고 있어서 혼인과 유사성을 띠고 있으며, 혼인과 마찬가지로 생활동반자는 구속력 없는 파트너 관계나 인척 간의 법률관계와 구분된다.

재판관 Landau와 Kessal-Wulf는 반대의견을 내고, 혼인과 등록된 생활동반자관계의 차별 내지 구별에 대한 이유를 제시하였다. 이 견해에서는 2001년 입법 당시와 2004년의 법 개정시의 입법자의 의도가 명확히 다르므로, 2004년 법 개정예 의한 법률효과를 소급하여 입법 이후 개정 전까지의 등록된 생활동반자관계에 적용하는 것은 잘못되었다고 지적한다. 따라서 2004년 법 개정 이후에는 혼인과 등록된 생활동반자 사이에 법률상 차별대우의 근거가 전혀 없다고 한다. 2001년 등록된 생활동반자법을 입법할 당시의 입법자

의 의도는 생활동반자관계와 혼인을 엄격히 구별하고, 가족정책적인 목적에 따라 혼인에 더 많은 이익을 제공함으로써 혼인을 보호하고 강화하고자 한 것이었기 때문이라는 이유에서다. 여기서 입법자는 자녀의 양육을 혼인과 생활동반자관계의 차별 근거로 하지 않았고, 단지 혼인의 존재만을 근거로 했다고 하였다.

(3) 트랜스젠더의 배우자 지위에 관한 판례

혼인개방법을 통해 동성혼이 정식으로 입법되기 전에 사실상의 동성혼이 존재할 수 있게 한 트랜스젠더의 배우자 지위에 관한 연방헌법재판소의 결정이 있었다.²¹⁷⁾ 기혼자인 트랜스젠더가 호적사항 변경을 원할 경우에 그가 먼저 이혼을 하여야만 허용하는 트랜스젠더법의 규정(구 트랜스젠더법 제8조 제1항 제2호)이 독일 기본법 제2조 제1항의 일반적 인격권과 연계한 독일 기본법 제1조 제1항의 인간의 존엄 및 독일 기본법 제6조 제1항에 합치되지 않는다는 결정이다. 연방헌법재판소는 생물학적으로 이성이었던 때에 혼인한 사람이 이후에 성전환수술을 받고 자신의 등록된 성별을 변경하고자 한다면 먼저 이혼을 하거나, 아니면 성별 등록 없이 혼인관계를 유지하는 선택지만이 주어지게 되므로 그와 같은 상황이 모순되었다는 점을 지적하였다. 이에 대한 반응으로 입법자가 해당 규정을 대체하는 규정 없이 삭제²¹⁸⁾하였으므로 혼인개방법이 발효되기 전에 사실상 동성혼이 존재하였다고 볼 수 있다.

마. 소결

지금까지는 독일 기본법 제6조 제1항에서 도출되는 입법자의 형성의무의 한계와 관련하여 혼인개념에 이성 간의 결합이 핵심적 요소인지를 독일 연방헌법재판소가 판단할 필요성이 존재하지 않았다. 그럼에도 불구하고 간접적으로 관련된 판례는 존재한다. 이 판례들은 언뜻 상반되는(ambivalent) 모습을 보인다. 연방헌법재판소는 수십 년 동안 독일 기본법 제6조 제1항의 헌법상 혼인개념에 있어서 이성 간의 결합이 핵심적 요소라고 설시해 왔다. 이는 제도보장의 측면에서 입법자가 일반법을 제정할 때에도 이러한 핵심적

217) 2008. 5. 27. BVerfGE 121, 175.

218) 2009. 7. 17. Gesetz zur Änderung des Transsexuellengesetzes, BGBl. I, S. 1978.

요소를 이탈하여서는 안 된다는 결론으로 이어지게 된다.

다른 한편으로 연방헌법재판소는 판례를 통해 (동성 간의) 등록된 생활동반자관계와 독일 기본법 제6조 제1항을 통해 특별한 보호를 받는 (이성 간의) 혼인 간의 격차를 점진적으로 좁혀왔다. 특히 혼인의 특별한 보호를 통해 다른 생활형태를 차별해서는 안 된다는 주장을 펼치며 일반적 평등원칙을 적용하는 심사를 통해 성적 지향에 따른 차별을 철폐하려는 태도를 보였다는 점에 주목할 필요성이 있다. 연방헌법재판소는 일반적 평등원칙을 적용하면서 혼인과 생활동반자관계의 차등취급을 정당화함에 있어서 엄격한 심사 기준을 적용하였다. 이는 혼인과 생활동반자관계 간의 차등취급을 성적 지향에 따른 차별, 즉 인적 집단에 근거한 차별로 규정하고, 독일 기본법 제3조 제3항에 열거된 인적 관련 표지와 유사성을 인정한 귀결로 보인다. 결국 이처럼 축적된 판례는 사회인식의 변화를 불러옴과 더불어 입법자의 입법을 간접적으로 촉구하는 촉매제가 되었다고 할 수 있을 것이다.

IV. 우리나라와의 비교

우리 헌법 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다”고 규정하고 있다. 헌법이 혼인의 개념을 직접 정의하고 있지는 않지만 ‘양성의 평등’이라는 문언에 비추어 헌법재판소²¹⁹⁾220)를 포함한 여러 학자들은 혼인을 남성과 여성 간의 결합이라고 보고 있다.²²¹⁾ 그렇지만 해당 규정은 양성의 평등이라고만 되어 있고 ‘남녀’의 결합이나 ‘남녀 간의 평등’이라는 문언이 아니므로 이 규정만으로 혼인을 이성 간의 결합에만 한정지을 수 없다는 견해도 있다. 헌법제정사적 관점에서 살펴보면 ‘양성의 평등’이라는 문구는 제헌헌법의 ‘남녀동권’ 규정에서 연유한다. 양자는 모두 유교적·가부장적 종법제도에 기반한 우리의 전통적 혼인제도에 대한 수정을 명한 것이라고 볼 수 있다.²²²⁾ 이를 기본권 내지 평등권의 영역으로 가져와서 그 내용과 효과를 기본권 실현이라는 관점에서 본다면, 기본권의 최대보장이라는 헌법 제10조의 명령에 따라 혼인을 양성의 관계에만 제한해서는 안 될 것이다.

한편 우리 헌법의 ‘양성평등’이라는 단어는 1980년 헌법에서부터야 등장하는데, 이를 일본 1946년 헌법에서 유래한다고 보는 견해도 있다.²²³⁾ 1946년 일본헌법 제24조는 제1항에서 “혼인은 양성의 합의만을 기초로 성립하고 부부가 동등한 권리를 갖는 것을 기본으로 하여 상호의 협력에 의하여 유지되어야 한다.”고 규정하고 있고, 제2항에서는 “배우자의 선택, 재산권, 상속, 주거의 선정, 이혼과 혼인 및 가족에 관한 기타사항에 관해서

219) ① 헌재 1997. 7. 16. 95헌가6 등, 판례집 9-2, 1, 14; “혼인이 1남 1녀의 정신적·육체적 결합이라는 점에 있어서는 변화가 없다”, ② 헌재 2005. 2. 3. 2001헌가9 등, 판례집 17-1, 1, 2; “우리 헌법은 제정 당시부터 특별히 혼인의 남녀동권을 헌법적 혼인질서의 기초로 선언함으로써 우리 사회 전래의 가부장적인 봉건적 혼인질서를 더 이상 용인하지 않겠다는 헌법적 결단을 표현하였으며, 현행 헌법에 이르러 양성평등과 개인의 존엄은 혼인과 가족제도에 관한 최고의 가치규범으로 확고히 자리잡았다.”

220) 그렇지만 헌법재판소 결정에서 혼인에 대해 ‘1남 1녀의 정신적·육체적 결합’이라는 표현을 사용한 것은 해당 사건의 법판단에 영향을 미치지 않는 방론(obiter dictum)이므로 선례로서의 구속력을 갖는다고 보기 어렵다.

221) 가령 계획열, 헌법학(中), 박영사, 2007, 812면 - 813; 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010, 278면.

222) 제헌헌법 제20조의 “혼인은 남녀동권을 기본으로 하며 혼인의 순결과 가족의 건강은 국가의 특별한 보호를 받는다.”라는 조항이 삽입된 역사적 배경을 보면, 당시 축첩제도의 폐단을 방지하고 혼인 속 여성차별을 해소하기 위한 이유였음을 알 수 있다.

223) 류민희, ‘동성 간 결합에 대한 승인의 부재’라는 중대한 인권침해의 구제, 화우공익재단 제5회 공익세미나 동성혼 합법화에 대한 법적 논쟁과 전망, 2017, 105면.

법률은 개인의 존엄과 양성의 본질적 평등에 입각하여 제정되어야 한다.”고 규정하고 있다. 제1항은 일본 근세의 가족에 의한 강제혼 습속에 대한 개인의 자기결정권 보장을, 제2항은 혼인과 가족 안에서의 평등을 내용으로 한다. 이는 2차 세계대전 이후 일본 헌법 제정 당시 연합군사령부가 통역사 출신의 여성 고든(Beate Sirota Gordon)에게 여성의 권리에 관한 헌법 기초작업에 참여하도록 요청한 것에서 비롯된다. 고든은 법률전문가는 아니었지만 성평등을 중요하게 생각하여 당시 세계 각국의 헌법들을 참고하여 헌법 제24조라는 선진적인 조문을 만들게 되었다.²²⁴⁾ 이러한 일본 헌법을 새로운 헌법에 반영하고자 한 여성운동계의 제안이 1980년에 있었고, 이는 개헌 과정에서 일부 수용되어 1980년 8차 개헌에서 제34조 제1항에 ‘양성의 평등’이라는 문구가 처음 등장하게 되었다. 따라서 헌법제정사적 관점에서 볼 때도, 양성의 평등은 동성 간의 결합을 배제하기 위한 의도가 아니라 성평등, 특히 혼인 내에서 부부가 동등한 권리를 갖고 있음을 강조하기 위한 문언이었다는 것을 알 수 있다.

물론 헌법 제·개정 입법자가 인식하는 “양성”의 의미는 ‘서로 다른 두 성’을 의미하는 것으로 사용된 것이 사실이나, 현재는 제·개정 입법 당시와는 사회적 환경이 급격히 변하였다고 평가할 수 있을 것이다. 그 당시에는 가정 내에서 열악한 지위에 처해 있던 여성에 대한 차별을 철폐하고 혼인관계 형성에 있어서 잘못된 전통과의 결별을 추구하고자 “양성”이라는 문구가 포함된 것으로 보아야 한다. 무엇보다 제·개정 입법 당시에는 동성 간의 결합이 사회현상으로서 드러나지 않았기 때문에, 헌법 입법자가 동성 간의 결합에 대한 고려를 하도록 특별히 요청되지 않았던 반면 현재는 동성 결합관계가 실재하여 사회적으로 그 존재감을 뚜렷이 드러내고 있다.²²⁵⁾ 이러한 존재감 발현의 일환으로 근래에 ‘생활동반자관계에 관한 법률안’이 논의되었던 것으로 볼 수 있다.²²⁶⁾

독일 기본법 제6조 제1항과 비교해 볼 때, 우리 헌법 제36조 제1항은 단순하게 혼인의 보호를 규정한 것이 아니라 ‘개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 하는 혼인’의 보호를 규정하고 있다. “혼인과 가족은 국가질서의 특별한 보호를 받는다”고 규정한 독일 기본법 제6조 제1항과 비교해 볼 때, 우리 헌법은 혼인에 대하여 ‘존엄’과 ‘평등’이라는 핵심적 가치를 지향점으로써 명백하게 제시하고 있다는 점에서 차이가 있다.²²⁷⁾ 따라서 독일

224) 소은영, 일본 헌법상의 개인의 권리론과 젠더 평등, 이화젠더법학 제1권 제2호(2010), 118-119면.

225) 이재희, 혼인의 헌법적 보장 -헌법 제36조 제1항을 중심으로-, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2017, 91면.

226) 국회성평등정책연구포럼 주최 2014. 7. 3. “생활동반자에 관한 법률” 토론회 자료 참조.

227) 이재희, 혼인의 헌법적 보장 -헌법 제36조 제1항을 중심으로-, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2017,

기본법 제6조 제1항에 대한 해석을 참고삼아 우리 헌법상 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 하는 혼인이 과연 무엇인지에 대한 보다 적극적인 해석과 속고가 필요할 것으로 보인다.

한편으로 헌법 제10조에서 도출되는 인격권 및 행복추구권은 자기운명결정권을 전제하고 있는데 여기에는 혼인의 자유와 혼인에 있어 상대방을 결정할 수 있는 자유가 포함되어 있고,²²⁸⁾ 헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족생활을 스스로 결정하고 형성할 수 있는 자유를 기본권으로 보장하고 있다.²²⁹⁾ 우리 헌법 제36조 제1항이 제시하는 “개인의 존엄과 양성의 평등”은 기본권의 실체적·형식적 내용으로서 혼인과 가족생활에서 ‘개인의 존엄’이 보장되어야 하며, 이를 위해서는 ‘양성의 평등’이 전제되어야 한다고도 해석할 수 있을 것이다. 즉, 헌법 제36조 제1항의 개인의 존엄은 헌법 제10조에 규정된 인간으로서의 존엄과 가치를 혼인의 당사자들에게 투영한 것이라고 볼 수도 있을 것이다. 즉, 헌법 제36조 제1항은 혼인이 개인의 존엄을 기초로 성립·유지되어야 한다고 정하고 있는데, 이는 혼인공동체를 구성하는 각 개인이 그 고유한 정체성²³⁰⁾ 및 지향성을 지킬 수 있도록 보장하는 것이라고 해석할 수도 있을 것이다. 행복추구권에서 도출되는 성적자기결정권과 헌법 제17조에 따른 자신의 사적 생활을 구성하고 영위할 수 있는 사생활의 비밀과 자유 또한 혼인의 자유와 혼인의 상대방을 결정할 자유를 포함하는 것으로 볼 수 있을 것이다.²³¹⁾

또한 “양성”이라는 문언에 관해서도, 헌법 제36조 제1항의 문구상, 헌법으로 보장하고 있는 혼인은 ‘양성’을 기초로 성립·유지되는 혼인이라고 해석하기 보다는 양성의 ‘평등’을 기초로 성립·유지되는 혼인으로 보아야 한다는 의견에 귀를 기울일 필요가 있다. “양성”이라는 문언이 포함된 취지는, 과거에는 불평등하게 형성된 혼인관계에서 상대적 약자에 속했던 여성의 평등한 지위를 보호하겠다는 것이었으나 다양한 결합형태가 등장한 현재의 헌법현실을 반영하여 해석을 확장한다면 혼인관계 내에서 상대적 약자의 지위에

88-89면.

228) 헌재 1997. 7. 16. 95헌가6 등, 판례집 9-2, 1, 17.

229) 헌재 2013. 9. 26. 2011헌가42, 판례집 25-2상, 610, 619.

230) 계희열, 헌법상 인간의 존엄과 가치, 법학논집, 제32권(1996), 고려대학교 법학연구원, 307-312면.

231) 헌법재판소는 2011. 3. 31. 2008헌가21 사건에서 균형법상 계간 조항이 합헌이라고 판단하면서 “이 사건 법률조항은 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 위반하여 군인들의 성적자기결정권이나 사생활의 비밀과 자유를 침해하지 아니한다.”고 하였다. 즉, 성적자기결정권의 보호영역 안에서 동성 간의 성적 행위를 할 자유를 포함하는 것으로 보고 있다.

있는 ‘혼인구성원의 평등한 지위 보호’로 해석을 확장하는 것도 가능할 것으로 보인다. 나아가 만약 “양성”이라는 문구가 함께 규정되어 있기 때문에 혼인은 이성 간 결합에 한하여 보장되고 동성 간의 결합은 헌법적 혼인의 보장의 적용 범위에 포함되지 않는다고 본다면, 동성 간 결합의 경우에는 ‘평등’한 관계이지 않아도 된다는 것인지, 과연 이러한 해석이 헌법상 취지에 부합하는 것인지 의문을 제기할 수도 있을 것이다.²³²⁾ “남녀동권” 내지 “양성의 평등”이 실현하고자 하는 바는 결국 차별의 해소이다. 차별은 생물학적 성별만이 아닌 권력관계를 중심으로 이루어진다. 헌법 제36조 제1항은 혼인생활이나 가족생활에서 억압받고 배제되는 사람들이 개인의 존엄에 따라 혼인과 가족생활의 주체로서 살아갈 수 있도록 명하는 규범으로 해석되어야 할 것이다.

232) 이재희, 혼인의 헌법적 보장 -헌법 제36조 제1항을 중심으로-, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2017, 91면, 94면.

V. 결론과 시사점

앞서 살펴보았듯이 우리나라에서 동성 간의 결합은 혼인제도에 대한 헌법해석을 통해서 인정될 가능성이 없지 않다. 그렇지만 현행 행정과 사법실무에 비추어 볼 때 동성 간 혼인신고가 수리되어 동성혼이 성립하는 것은 아직까지는 실질적으로 요원해 보인다. 이에 독일에서 동성혼 도입 이전에 완충지대로서 생활동반자제도를 도입하여 동성혼에 대한 사회적 거부감을 줄이고 사법적 판단을 축적하여 점차적으로 혼인과의 차이를 좁혀나간 사례는 우리나라에도 유용성을 발휘할 수 있을 것으로 판단된다. 이를 위해서는 동성혼 논의를 둘러싼 사회적 배경의 정비가 우선되어야 할 것이다. 독일에서 점진적이고도 꾸준한 사회적 인정을 통해 자연스럽게 법적 인정의 과정을 거쳐 제도화를 이룩하였듯이, 입법적 상황이나 배경의 정비가 선행되어야 할 것이다. 동성에 자체를 혐오하는 사회적 분위기와 범죄로 규율하는 제도적 상황²³³⁾에서는 동성혼에 대한 합법화 내지 합헌적 해석의 논의가 자칫 무의미해질 수 있기 때문이다.²³⁴⁾

사법부의 역할과 관련하여, 다양한 소수자 집단에 대한 법적인 보호를 의회의 입법을 통해서만 이루려고 하고 사법부는 자제하는 입장을 취하게 되면, 결과적으로 소수자 보호를 외면하는 결과로 이어지게 될 가능성이 있다. 입법부와 행정부는 다수의 의사에 따른 민주주의 원리에 의해 조직되고 운영되는 것이 일반적이므로 소수자의 목소리보다는 다수의 의사를 대변하는 경향이 있기 때문이다. 반면에 사법부는 법의 해석과 적용을 통해서 소수자를 보호할 수 있으므로 소수자 보호에 있어서 입법을 통하는 것보다 더 직접적이고 구체적이고 즉각적으로 대응할 수 있다. 앞서 소개한 독일 연방헌법재판소의 혼인과 생활동반자관계 간의 동등 취급 의무에 관한 판례는 혼인과 생활동반자관계 간의 차별의 간극을 직접적이고 구체적으로 좁혀나가는 노력의 일환으로 보인다. 특히 두 제도 간의 차별을 성적 지향에 대한 차별로 보고 일반적 평등원칙의 심사에서 엄격한 심사기준을 적용한 점은 향후 제기될 헌법심판에서 우리가 참고할 수 있는 부분이 될 것이다.

나아가 독일의 입법부와 연방헌법재판소가 상호작용을 통해 사회변화에 맞는 법규범(생활동반자제도 및 혼인개방법)을 만들어낸 사례는 한국에 시사하는 바가 크다고 할 것

233) 예컨대 군형법 제92조의6상의 '추행죄' 폐지가 선행되어야 할 것이다.

234) 정문식, 헌법상 혼인과 가족생활의 보호 의미의 변화 -독일헌법상 혼인과 가족생활의 보호에 관한 논의를 중심으로-, 한양법학, 제28권 제3호(2017), 257면.

이다.²³⁵⁾ 동성 간의 결합을 혼인이 아니더라도 유사한 제도를 통해 보장하고, 헌법재판소를 비롯한 사법부의 적극적인 역할과 국회의 노력을 통해 이 제도를 개선해 나아감으로써 사회적 인식을 개선하는 방안은 우리의 상황에 적절할 것으로 보인다. 특히 변화하는 사회상에 맞추어 가족개념의 재구성을 통해 ‘가족’의 법적 외연을 확대할 필요성이 절실한 현행 상황에서는 전통적인 혈연 중심의 가족제도와 더불어 타인과의 관계 형성에 있어서 개인의 선택권을 더 보장하는 방식의 제도 확충이 있어야 할 것이다. 이를 통하여 우선적으로 최소한의 법적 지위가 인정되면, 사회 시스템 안에서 법률적 보호와 정책적 배려 및 행정적 편의를 제공받을 수 있을 것이다.

독일 연방헌법재판소는 이성 간의 결합이 혼인제도의 핵심적 요소라고 꾸준히 실시해 왔지만, 혼인의 제도보장적 측면이 사회 구성원의 인식의 변화에 따라 변화할 수 있다는 가능성 역시 배제하지 않았다. 독일 연방의회에서 혼인개방법이 통과될 수 있었던 점 또한 사회적 인식의 변화를 반영하여 동성혼의 입법이 가능하다는 바탕하에서 이루어진 것으로 보인다. 독일의 생활동반자법은 성중립적인 등록 동거제도인 프랑스의 파스²³⁶⁾(PACS)와는 달리 이성 간 생활공동체가 포함되지 않는 오로지 동성 간의 지속적인 결합을 보장하는 제도이다. 그렇지만 바로 이러한 이성 간의 혼인과는 ‘분리되지만 동등(separate but equal)’하다는 점이 ‘2등 국민’이라는 낙인효과를 주어 오히려 혼인에 대한 갈망을 부추겼고, 상징적 차별(symbolische Diskriminierung)을 철폐하려는 움직임으로 이어졌다.²³⁷⁾

2019년 우리나라에서 실시된 여론조사에서 동성 커플에게 합법적으로 결혼할 권리를 주는 것에 관하여 35%가 찬성, 56%가 반대, 10%가 의견을 유보하였다고 한다. 눈여겨볼 것은 20대의 경우 62%(반대 29%), 30대의 경우 49%(반대 45%)가 동성혼 합법화에 찬성하여 반대의견보다 더 높았다는 점이다.²³⁸⁾ 이처럼 동성혼에 대한 국민들의 의식도 변하고 있으므로, 이러한 사회적 의식의 변화도 헌법해석에 있어서 유연성을 가질 수 있게 하는 요소로 작용할 수 있을 것으로 보인다.

235) 이보연, 독일 동성혼 인정 과정을 통해서 본 의회와 연방헌법재판소의 상호작용, 서울법학, 제26권 제4호(2019), 75면.

236) 파스를 비롯한 프랑스에서의 동성혼에 관하여 더욱 상세한 내용은 전 영, 프랑스에서의 혼인과 가족 생활 보호에 관한 연구 -파스제도와 동성혼을 중심으로-, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2017 참고.

237) 독일 연방헌법재판소 재판관인 베어(Susanne Baer)는 동성혼이 인정되기 전 한 인터뷰에서 상징적·문화적 측면에서 등록된 생활동반자관계가 결혼에 비해 2등적 지위라고 인정한 바 있다. http://h21.hani.co.kr/arti/society/society_general/38163.html (2021. 2. 6. 최종방문).

238) 한국갤럽이 2019. 5. 전국 성인 1,002명을 상대로 실시한 여론조사. 이에 따르면, 찬성의견이 2001년에는 17%, 2013년에는 25%, 2014년경에는 35%로 높아졌으며 그 이후로는 비슷한 수치를 유지하고 있다.

참 고 문 헌

[단행본]

계희열, 헌법학(中), 박영사, 2007.

권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010.

김문현 외, 기본권 영역별 위헌심사의 기준과 방법, 헌법재판연구 제19권, 헌법재판소, 2008.

김일수, 성소수자의 권리 논쟁, 세창출판사, 2015.

김지영, 미국 헌법상 성소수자 권리보호와 성적 지향에 대한 평등심사, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2016.

김지혜 외, 한국 LGBTI 인권현황 2019, SOGI 법정책연구회, 2020.

김환학, 독일 헌법상 연방참사원에 관한 연구, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2016.

이재희, 혼인의 헌법적 보장 -헌법 제36조 제1항을 중심으로-, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2017.

이준일, 섹슈얼리티와 법, 세창출판사, 2009.

_____, 차별 없는 세상과 법, 홍문사, 2012.

이지효, 독일 연방헌법재판소의 일반적 평등원칙 심사 -최근의 판례 변화를 중심으로-, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2019.

전 영, 프랑스에서의 혼인과 가족생활 보호에 관한 연구 -팍스제도와 동성혼을 중심으로-, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2017.

황두영, 외롭지 않을 권리 혼자도 결혼도 아닌 생활동반자, (주)참언론 시사HN북, 2020.

Badgett, Lee (리 배지트), 김현경, 한빛나 옮김, 류민희 감수, 동성결혼은 사회를 어떻게 바꾸는가, 민음사, 2016.

Badura, Peter, Staatsrecht, 6. Aufl., C.H.Beck München 2015.

Boele-Woelki, Katharina/Fuchs, Angelika (eds), Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe, 2nd edition, 2012 Intersentia.

Braun, Johann, Ehe und Familie am Scheideweg, Regensburg 2002.

- Dreier, Horst (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band I Präambel, Art. 1-19, 3. Aufl., Tübingen 2013.
- _____, Grundgesetz Kommentar, Bd. II, 3. Aufl. 2015.
- Epping, Volker, Grundrechte, 8. Aufl., Berlin 2019.
- Helms, Tobias, Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen, Gutachten F zum 71. Deutschen Juristentag, 2016.
- Ipsen, Jörn, Staatsrecht II Grundrechte, 22. Aufl., München 2019.
- Kahl, Wolfgang/Waldhoff, Christian/Walter, Christian (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Ordner 4, C.F. Müller, 168. Aktualisierung 2014.
- Kingreen, Thorsten/Poscher, Ralf, Grundrechte Staatsrecht II, 33. Aufl., Heidelberg 2017.
- Koffeman, Nelleke, Morally Sensitive Issues and Cross-Border Movement in the EU - The cases of reproductive matters and legal recognition of same-sex relationships, Intersentia, 2015.
- Schulz, Werner/Hauß, Jörn, Familienrecht Handkommentar, 3. Aufl, Nomos Baden-Baden 2018.
- Sickert, Ariane, Die lebenspartnerschaftliche Familie, Berlin 2005.
- Stern, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band IV Die einzelnen Grundrechte 1. Halbband, der Schutz und die freiheitliche Entfaltung des Individuums, München 2006.
- Wollenschläger, Ferdinand, Rechtsgutachten für die Bayerische Staatsregierung zur Frage der verfassungsrechtlichen Bewertung des Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts, 2018.
- Wollenschläger, Ferdinand/Coester-Waltjen, Dagmar, Ehe für Alle, Mohr Siebeck, 2018.

[논문]

- 강승목, 동성혼의 합법화 여부와 입법모델에 관한 연구, 한양법학 제29권 제3집, 2018, 287-314면.

- 고보혜, 헌법상 국가의 혼인과 가족 보호의무와 그 실현방안에 관한 연구, 박사학위논문, 전남대학교, 2011.
- 류민희, ‘동성 간 결합에 대한 승인의 부재’라는 중대한 인권침해의 구제, 화우공익재단 제5회 공익세미나 동성혼 합법화에 대한 법적 논쟁과 전망, 2017, 89-129면.
- 김선화, 동성혼의 법제화에 관한 고찰, 이화젠더법학 제7권 제3호, 2015, 31-63면.
- 김송옥, 사적 영역에서 동성애자의 평등권 보장을 둘러싼 헌법적 쟁점 -차별금지법 제정을 중심으로-, 헌법재판연구 제7권 제1호, 2020, 207-246면.
- 김수정, 유럽에서의 동성혼 합법화 경향 -특히 영국과 프랑스를 중심으로-, 가족법연구 제29권 1호, 2015, 201-264면.
- 김지현, 혼인·가족 형태의 다양화와 헌법적 대응, 석사학위논문, 고려대학교, 2010.
- 백승흠, 동성간의 결합과 혼인으로서의 동화 -독일 LPartG의 혼인으로서의 동화과정을 중심으로-, 재산법연구 제30권 제4호, 2014, 241-268면.
- 서정현, 성소수자의 인권보호에 관한 연구, 석사학위논문, 한국방송통신대학교, 2019.
- 성중탁, 동성(同姓)혼에 관한 법적 쟁점과 전망 -미국에서의 동성혼 합법화 결정 이후의 논의를 포함하여-, 가족법연구 제31권 제1호, 2017, 229-252면.
- 소은영, 일본 헌법상의 개인의 권리론과 젠더 평등, 이화젠더법학 제1권 제2호, 2010, 103-138면.
- 신옥주, 헌법상 혼인과 가족제도에 관한 고찰, 아주법학 제9권 제3호, 2015, 151-179면
- 이동진, 혼인관념, 인적 혼인의무 및 그 위반에 대한 제재, 서울대학교 법학 제53권 제3호, 2012, 483-531면.
- 이동훈, 동성혼의 헌법적 쟁점 -헌법해석의 한계-, 공법학연구 제20권 제2호, 2019, 155-182면.
- 이보연, 독일 동성혼 인정 과정을 통해서 본 의회와 연방헌법재판소의 상호작용, 서울법학 제26권 제4호, 2019, 47-80면.
- 이정훈, 동성혼과 생활동반자법에 관한 연구 -동성생활동반자의 혼인신고 불수리처분에 대한 불복신청 사건(서울서부지방법원 2014호파 1842)을 중심으로-, 원광법학 제32권 제2호, 2016, 71-98면.
- 이준일, 헌법상 혼인의 개념 -동성간 혼인의 헌법적 허용가능성-, 공법연구 제37집 제3호, 2009, 165-194면.

정문식, 헌법상 혼인과 가족생활의 보호의미와 변화 -독일헌법상 혼인과 가족생활의 보호에 관한 논의를 중심으로-, 한양법학, 제28권 제3호, 한양법학회, 2017, 229-260면.

정애령, 동성 간 생활공동체의 법적 보장을 통한 현행 헌법상 혼인제도의 보완, 헌법학연구 제26권 제2호, 2020, 143-177면.

차선자, 동성 간의 생활공동체에 대한 법적 지원 방안 검토, 이화여자대학교 법학논집 제22권 제1호, 2017, 91-118면.

차진아, 독일의 입법절차에 관한 비교법적 고찰, 의정연구 제14권 제1호, 2008, 131-175면.

채형복, 프랑스 동성결혼법 - 모두를 위한 어떤 결혼인가?, 강원법학 54권, 2018, 41-69면.

홍윤선, 독일의 「등록된 생활동반자관계에 관한 법률」의 제정과 주요 내용, 최신외국법 제정보 2014년 제7호, 70-83면.

Bäcker, Carsten, Begrenzter Wandel, in: AöR Bd. 143 (2018), S. 339-392.

Bäumerich, Maik, Einfachrechtliche Öffnung der Ehe - ein Verfassungsverstoß?, in: DVBl 2017, S. 1457.

Beck, Volker, Gleichstellung durch Öffnung der Ehe, in: FPR 2010, S. 220-226.

_____, Die verfassungsrechtliche Begründung der Eingetragenen Lebenspartnerschaft, in: NJW 2001, S. 1894-1901.

Blome, Thomas, die Geschlechterverschiedenheit der Ehegatten - Kerngehalt der Ehe nach Art. 6 I GG?, in: NVwZ 2017, S. 1658-1663.

Böhm, Monika, Dynamische Grundrechtsdogmatik von Ehe und Familie?, in: VVDStRL 73, S. 211-255.

Braun, Johann, Das Lebenspartnerschaftsgesetz auf dem Prüfstand - BVerfG, NJW 2002, 2543, in: Jus 2003, S. 21-26.

Germann, Michael, Dynamische Grundrechtsdogmatik von Ehe und Familie?, in: VVDStRL 73, S. 257-295.

Gröpl, Christoph/Georg, Yves, Die Begriffe "Eltern" und "Familie" in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aus methodischer und verfassungstheoretischer Sicht, in: AöR Bd. 139 (2014), S. 125-151.

- Haydn-Quindeau, Sina, Die „Ehe für alle“ – ein Verstoß gegen die Institutsgarantie des Art. 6 I GG?, in: NVwZ 2018, S. 206-207.
- Hecker, Wolfgang, “Ehe für alle” - Zur aktuellen Entscheidung des österreichischen Verfassungsgerichtshofs und der Rechtslage in Deutschland, in: NVwZ 2018, S. 621-624.
- Hillgruber, Christian, Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit, VVDStRL 67 (2008).
- Ipsen, Jörn, Ehe für alle – verfassungswidrig?, in: NVwZ 2017, S. 1096-1099.
- Knoop, Martina, Die Ehe für alle, in: NJW-Spezial 2017, S. 580-581.
- Ludwigs, Markus/Kuhn, Daniel, Referendarexamenklausur - Öffentliches Recht: Grundrechte – Ehe für alle, in: Jus 2018, S. 629-635.
- Schaeffer, Jan Philipp, Die “Ehe für alle” und die Grenzen der Verfassungsfortbildung, in: AöR Bd. 143 (2018), S. 393-436.
- Schmidt, Christopher, “Ehe für alle” - Ende der Diskriminierung oder Verfassungsbruch?, in: NJW 2017, S. 2225-2228.
- Volkman, Uwe, Verfassungsänderung und Verfassungswandel - Beobachtungen zum Verhältnis von Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 헌법재판연구 제5권 제1호(2018).

부 록

1. 생활동반자법의 입법취지

독일에서 동성 파트너십은 지금까지 차별받아 왔다. 이 차별은 철폐되어야 하며, 동성 커플의 파트너십에 법적인 형식을 부여할 수 있는 가능성이 주어져야 한다. 이 법안에서는 동성 커플을 위한 고유의 가족법적 제도, 즉 ‘등록 생활동반자제도’를 창설하는 것을 제안하고 있다. 특히 두 동성의 사람이 동성 관계를 고려하여 생활 공동체를 꾸리려는 결정은 헌법적 보호(독일 기본법 제2조 제1항)를 받으므로, 이를 통해 동성의 정체성을 고려하는 장기적인 동반생활에 대한 안정적인 법적 형식을 갖출 수 있을 것이다.

유럽의회(Europäisches Parlament)는 이미 1994년 2월 8일에 승인된 결의를 통해 유럽 연합의 회원국들로 하여금 동성을 지향하는 사람을 법규정 및 행정규정에서 차별하지 말 것을 촉구한 바 있다(Drucksache 12/7069). 이에 따라 사민당과 동맹 90/녹색당 연합은 공동의 합의를 통해 1998년 10월 20일에 차별 반대 및 동등취급 장려 (특히 권리와 의무를 갖는 등록 생활동반자제도의 도입을 포함하는) 법률을 제정할 것을 약속하였다. “등록 생활동반자제도”에 관한 법률안을 통해 동성 생활 공동체에 관한 이 합의를 이행하려 한다.

유럽의 다른 국가(스웨덴, 덴마크, 노르웨이, 아이슬란드, 벨기에, 프랑스, 네덜란드, 스페인의 몇몇 지방)에는 이미 동성 커플의 법적 지위를 규정하는 법률 규정이 존재한다. 해당 규정은 동성 파트너십을 공적으로 등록할 수 있도록 하고 있으며 이러한 등록을 통해 특정한 법적 효력을 이끌어낸다.

이 중 여러 국가들(벨기에, 프랑스, 네덜란드 및 스페인의 몇몇 지방)은 등록 동반자제도를 - 이 법률안과는 달리 - 동성 파트너십에만 한정하지 않고 이성 간의 생활공동체도 진입할 수 있도록 하고 있다. 그리하여 이러한 국가들에서 이성 커플에게는 세 가지 선택권이 주어진다. 혼인하거나, - 특정한 법적 효력을 초래하는 -

동반자제도에 등록하거나, 또는 그 어떠한 형식에도 구애받지 않고 살아갈 수 있다.

유럽의 몇몇 국가들(덴마크, 노르웨이, 스웨덴)은 동성 파트너십에만 적용되는 ‘동반자법률’ 내에서 혼인 체결과 연관되는 모든 법적 효력이 등록 동반자제도에도 원칙적으로 적용될 수 있도록 하고 있다. 개별 영역 - 특히 자녀와 관련된 권리 - 에 있어서는 예외규정이 적용된다.

이러한 방식에 대해 독일에서는 헌법상 많은 우려가 있다고 보았다. 왜냐하면 독일 기본법 제6조 제1항이 혼인을 국가의 특별한 보호를 받는 남성과 여성 간의 생활공동체로서의 결합이라고 보고 있기 때문이다(연방헌법재판소 판례 BVerfGE 10, 59 [66]; 49, 286 [300]; 53, 224 [245]; 62, 323 [330]; 87, 234 [264]). 등록 동반자제도와 혼인 간의 근본적인 차이 외에도 이러한 헌법 규정으로 말미암아 혼인과 등록 생활동반자제도를 형식적으로 동등한 지위에 놓게 되면 이는 혼인의 특별한 보호에 합치되지 아니한다는 주장이 있었다.

동성끼리의 생활방식에 대한 차별을 철폐하고 동성 커플의 생활공동체에 안정적인 법적 형식을 부여하기 위해 고유한 가족법적 제도(등록 생활동반자제도)를 창설하였다. 이를 통해 동반자가 상호 책임을 지며 이로부터 구속력 있는 권리와 의무가 생성된다. 동시에 이러한 공동의 삶의 계획이 무산될 경우에 어려움을 완화하고, 분쟁이 있는 때에는 국가의 도움을 받을 수 있게 된다. 종국적으로 공동체의 동반자와의 밀접하고 감정적인 결합이 인정되어 행정심판이나 사법소송에서의 증거거부권이 주어진다. 이러한 동반자관계에서는 다른 동반자에게 부정적으로 비취질 수 있는 정황이나 부담을 주는 정황을 국가가 강제로 공표하게 하는 것은 지나친 요구가 되기 때문이다. 다른 한편으로 생활동반자가 공무를 수행하면서 다른 동반자의 사무와 관여될 경우에는 제척사유가 된다.

동성 생활동반자들로부터는 생물학적인 공동의 자녀가 태어날 수는 없다. 이 점으로 인해 이성 간의 결합과 근본적으로 구분된다. 그렇지만 오늘날 이미 동성 동반자관계 안에서 자녀들이 성장하고 있다. 이러한 자녀들의 복지를 고려하며 안정적인 관계를 보장하기 위해서는 예컨대 (이전의) 생활동반자와의 면접교섭권이나 소위 체류명령과 같은 적절한 규정이 필요하다. 달리 말하자면 일상에서 생활동반자가 친권을 행사함에 있어서 함께 참여할 수 있도록 하는 것이 필요하다.²³⁹⁾

239) BT Drucksache 14/3751, S. 33, 34.

2. 혼인개방방법의 입법취지

연방참사원은 이미 2013. 3. 22.에 동성 간의 혼인할 권리 도입을 위한 법률안을 결의하였고 독일 연방의회에 상정하였다(BR-Drucksache 193/13). 그렇지만 해당 법률안은 회기만료로 폐기되었다.

독일 기본법 제6조 제1항은 “혼인과 가족은 국가질서의 특별한 보호를 받는다”라고 규정하고 있다. 연방헌법재판소의 판례에 따르면 이 규정은 무엇보다도 혼인을 제도로서 보장하고 있다. 따라서 입법자는 제도로서의 혼인을 규정하는 본질적인 구조원리를 준수하여야 한다. 이 구조원리는 현존하면서도 이어져 내려오는 생활의 형태와 독일 기본법 제6조 제1항의 자유권적 성격 및 다른 헌법규범과 연계하여 연방헌법재판소가 도출해 낸 것이다. 그렇지만 혼인은 독일 기본법 제6조 제1항을 통해 추상적으로 보장되지는 않으며, 헌법이 주도하는 형태로서 지배적인 관점에 상응하는 법률 규정을 통해 표출된다.

이에 따르면 독일 기본법은 - 혼인을 가족의 기초로 이해하고 재생산 기능을 강조했던 바이마르 헌법과는 달리 - 혼인을 가족과 독립된 조력 및 책임공동체로서 보호하고 있다. 따라서 독일 기본법 제6조의 보호범위에는 자녀를 두지 않는 혼인도 해당된다.

혼인에 대한 전통적인 견해에서는 배우자의 성(性)이 서로 달라야 함에 큰 의미를 두었다. 이러한 이해는 오랫동안 독일 기본법 제6조 제1항상의 혼인의 필수적인 요건이 되어서 동성 파트너십은 혼인의 개념에서 제외되었다.²⁴⁰⁾ 독일 기본법 제정 당시 동성애는 풍속에 어긋나는 것으로 간주되었고 형법 제175조 이하에서 형사법적으로 금지되었다. 동성애자를 독일 기본법을 통해 차별로부터 보호하거나 동성 커플을 인정하는 것은 당시로서는 당파를 막론하고 상상할 수 없는 일이었다. 1969년에 이르러 남성 간의 동성애를 형법에서 전면적으로 금지하는 것을 완화하면서부터 법적 실무에 변화가 생겼고, 사회적 낙인효과 또한 점차 사라지게 되었다.

240) BVerfG Beschluss vom 4. 10. 1993 (1 BvR 640/93), BVerfGE 105, 313 (345 f.); BVerwGE 100, 287 (294) 참조.

1993년의 지정재판부 결정에서 연방헌법재판소는 “혼인의 이해에 있어서 서로 다른 성별이 더 이상 중요한 의미를 갖지 않게 되는 근본적인 변화가 생겼다는 근거”가 제시되지 않았다고 확인하였다. 따라서 연방헌법재판소는 동성애자에게 혼인을 헌법상 개방하는 것을 거부하고 동성 커플의 법적 인정을 위한 단계 마련을 입법자에게 맡겼다. 혼인의 이해가 추후에 변화하여 동성 파트너십에도 혼인 개방이 앞으로 허용될 수 있으리라는 전망은 배제되지 않았다.

근래 들어서 전통적인 혼인의 이해에 근본적인 변화가 생겼다는 충분한 근거가 존재하고, 이로써 입법자의 형성의 자유에 비추어 동성 간의 혼인할 권리 도입이 헌법상 허용될 수 있게 되었다. 연방헌법재판소의 판례는 법률 규정이 포섭하지 못하는 새로운 사실관계가 등장하거나 사실관계가 전체적인 발전의 분류를 통해 변화하였을 경우에 의미의 변화(Bedeutungswandel)를 허용하고 있다.²⁴¹⁾ 결과적으로 헌법규범의 의미는 텍스트를 수정하지 않고도 변화될 수 있다. 하지만 그 한계는 헌법규범의 의미와 목적에 있으며, 독일 기본법 제6조 제1항의 경우에는 현저한 가치 변화를 허용하고 있다.

첫째, 혼인의 이해에 있어서 근본적인 변화는 생활동반자제도의 도입을 통해 이루어졌다. 오늘날 국민들 사이에서 혼인과 생활동반자관계는 더 이상 구분되지 않고 있다. 혼인을 하거나 생활동반자관계를 창설하는 일은 구분 없이 ‘결혼한다’는 표현을 쓴다. 더 이상 ‘기혼’과 ‘파트너가 있는 상태’ 사이에 구분을 짓지도 않으며, 배우자가 있거나 생활동반자가 있는 경우에 자신이 ‘결혼했다’고 말한다. 국민들은 배우자나 생활동반자가 당연히 동일한 의무와 권리를 갖는다고 생각한다. 실제로는 의무에 있어서만 동일하다. 동성 커플에게 혼인을 개방해야 하는지에 관한 최근의 여론조사에서는 찬성하는 의견이 압도적이었다.

생활동반자법을 통해 의도된 생활동반자관계에 있는 사람과 혼인상태에 있는 사람 간의 법적 지위를 동등화하는 일은 대부분 실행되었다. 그럼에도 불구하고 연방헌법재판소는 잔존하는 차별 제거를 촉구하였다. 연방헌법재판소는 2013. 5. 7. 소득세법상 부부합산분할과세가 생활동반자와 부부에게 차별적으로 적용되는 점²⁴²⁾이,

241) BVerfGE 2, 380 (401); BVerfGE 45, 1 (33) 참조.

242) 2 BvR 909/06, 1981/06, 288/07 참조.

2013. 2. 19.에는 생활동반자 일방이 입양한 자녀를 다른 생활동반자가 순차적으로 입양할 수 없는 점²⁴³⁾이 독일 기본법과 합치되지 않는다고 선언하였다. 이 결정들은 등록된 생활동반자관계와 혼인 간에 차별을 둔 법률 규정에 연방헌법재판소가 이의를 제기한 일련의 판례를 뒤잇는다(유족연금에 관한 연방헌법재판소 2009. 7. 7. 결정, 1 BvR 1164/07, 상속세와 양도세에 관한 연방헌법재판소 2010. 7. 21. 결정, 1 BvR 611/07, 1 BvR 2464/07, 공무원법상 가족수당에 관한 연방헌법재판소 2012. 6. 19. 결정, 2 BvR 1397/09, 토지취득세에 관한 연방헌법재판소 2012. 6. 18. 결정, 1 BvL 16/11).

이러한 혼인의 이해 변화에 입법자는 2009. 7. 17. ‘트랜스젠더법 개정을 위한 법률’(BGBl. I, S. 1978)을 통해 힘을 보탤다. 해당 법률을 통해 트랜스젠더법 제8조 제1항 제2호는 삭제되었다. 연방헌법재판소가 해당 규정이 무효라고 선언하였기 때문이다(BVerfGE 121, 175 참조). 문제된 규정은 기혼자인 트랜스젠더가 호적사항 변경을 원할 경우에 그가 먼저 이혼을 하여야만 허용하고 있었다. 연방헌법재판소의 판결에 대해 입법자는 다른 방식으로 대응할 수도 있었을 것이다. 연방헌법재판소는 ‘혼인’으로서 성립한 법적 관계의 권리와 의무는 그대로 두고 다른 표제하에서 이를 지속해나갈 규정을 마련할 가능성을 명시하였다. 이를 통해 입법자는 혼인이 서로 다른 성의 결합이라는 점을 엄격히 고수할 수 있었을 것이다. 이러한 관점에 대해 입법자는 결정적인 의미를 두지 않았고, 트랜스젠더법 제8조 제1항 제2호를 삭제함으로써 동성혼을 허용하였다. 그로 인해 독일에서는 이미 합법적인 동성혼이 존재하게 되었다.

나아가 연방헌법재판소가 독일 기본법 제6조를 해석하면서 일반적인 사회적 변화를 전적으로 수용하고 인지하고 있다는 점에 주목해야 한다. 연방헌법재판소는 슈바이نف르트(Schweinfurt) 구법원의 제청을 각하한 바 있다(2009. 8. 10. 연방헌법재판소 결정 1 BvL 15/09). 해당 제청에서 구법원은 동성 생활동반자가 독일 기본법 제6조 제2항 제1문²⁴⁴⁾상의 부모가 될 수 없다고 하였다. 그 이유는 해당 조문이 부모의 ‘자연적’ 권리를 규정하고 있으며, 이는 제청법원의 견해에 따르면 동성애자에게 명백히 부여되지 않은 것이기 때문이다. 이에 대해 연방헌법재판소는 짧은

243) 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09 참조.

244) [독일 기본법 제6조 제2항 제1문]

자녀의 부양과 교육은 부모의 자연적 권리이며 일차적으로 부모에게 부과된 의무이다.

답변을 하였다. “부모의 권리에 관해 독일 기본법 제6조의 제정사나 그로부터 이끌어 낼 수 있는 귀납적 추론 또는 독일 기본법 제6조의 해석에 영향을 줄 수 있는 부모라는 신분에 대한 법적 이해의 변화를 제청법원이 거론하지 않은 것은 논외로 하더라도, 제청법원은 누가 부모의 권리를 갖는지에 대한 연방헌법재판소의 판례와 학계에서 주장되는 의견을 충분히 분석하지 않았다.” 그리고 나서 연방헌법재판소는 친생 부모가 법률상·사회가정상 부모에 대해 우위를 갖지 않는다고 한 판례를 제시하였다. 이 또한 - 입법자가 내린 결정을 포함하여 - 사회적 변화가 독일 기본법 제6조를 해석하는 것에 미치는 영향을 보여준다. 19세기였다면 슈바인푸르트 구법원의 해석을 지지하는 사람을 확실히 찾을 수 있었겠지만 오늘날에는 더 이상 그러하지 않다.

종국적으로 다른 국가들의 법질서가 혼인 배우자가 이성이어야 한다는 개념이 추월되었다는 또 다른 근거로서 제시될 수 있다. 최근에는 아일랜드공화국이 동성 커플에게 혼인을 개방하였다. 벨기에, 네덜란드, 프랑스, 룩셈부르크, 핀란드, 캐나다, 남아프리카공화국, 스페인, 노르웨이, 스웨덴, 포르투갈, 아이슬란드, 덴마크, 아르헨티나, 브라질, 우루과이, 뉴질랜드, 스코틀랜드, 잉글랜드와 웨일즈, 미합중국의 41개 연방주와 워싱턴 D.C. 및 멕시코의 두 개 연방주와 수도에서 동성 간의 민사혼이 도입되었다. 나아가 이스라엘에서는 동성혼이 인정되었다.

또한 위에서 언급한 미합중국의 여러 연방주와 캐나다의 주들 및 남아프리카공화국의 헌법재판소들은 입법자의 결정에 맞서서 차별 방지를 위해 동성 간에도 혼인을 개방할 것을 강조하였다. 이 헌법재판소들 또한 - 연방헌법재판소의 판례에서도 보여지듯 - 역사적으로 모든 서구 국가들에서 혼인이 이성 간에 이루어졌다는 점을 인지하고 있었다. 그럼에도 불구하고 헌법재판소들은 동성 커플을 혼인으로부터 제외하는 것이 헌법 원리인 사적 자치에 대한 존중과 법 앞에서의 평등에 합치되지 않는다는 결론에 이르렀다. 예를 들면 매서추세츠 주의 최고법원은 수십, 수백 년 동안 미합중국의 특정 지역에서 백인과 흑인 간에 법적인 혼인이 불가능했다는 점을 언급하며 이러한 상황을 대비시켜 보건데 두 상황 간에 차이를 둘만 한 객관적 근거가 없다고 하였다.

유럽 국가들에서도 동성 커플에게 혼인을 개방하면서 비슷한 반대주장에 부딪혔

다. 혼인은 남성과 여성의 결합이며, 과거에 그러하였듯이 미래에도 그러할 것이라는 주장이다. 혼인 개방에 찬성하는 쪽에서는 혼인이 - 가족과 마찬가지로 - 역동적인 사회적 범주를 표현한다고 보며, 과거에는 예를 들어 카톨릭 신자와 개신교 신자 간의 혼인도 금지되었으며, 혼인의 해지불가능성 또한 혼인을 구성하는 원리에 속했다는 점을 상기시킨다.

변화하는 가족법 제도의 구조원리 수호에 대한 이론적 우려를 제외하면, 동성 간 혼인할 권리를 일반법으로 도입한다고 해서 독일 기본법 제6조 제1항에 내재한 제도보장이 침해되지는 않는다. 독일 기본법 제6조의 객관적 기능을 통해 다른 이들의 주관적 기본권을 도구화하거나 남용해서는 안 된다.

동성 커플에게 혼인을 개방함으로써 생활동반자제도에 새로 등록을 가능하게 할 필요성은 사라졌다. 생활동반자제도가 혼인과 동일한 의무를 규정하였으나 온전한 권리(예컨대 입양권)를 포함하고 있지 않았다는 점에 비추어 보면 더욱 그러하다. 따라서 생활동반자제도의 신규 등록은 더 이상 가능하지 않도록 해야 할 것이다. 그렇지만 이미 등록된 생활동반자관계는 혼인으로 전환하지 않는 이상 계속 유지되어야 할 것이다.²⁴⁵⁾

245) Gesetzentwurf des Bundesrates - Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts, BT-Drs. 18/6665, S. 7 ff.

독일에서의 동성혼에 관한
헌법적 연구

2021年 3月 10日 印刷

2021年 3月 15日 發行

발 행 : 헌 법 재 판 소
헌법재판연구원

인 쇄 : 성문인쇄사(02·2272·7553)

<비매품>

* 본 보고서의 내용은 본원의 공식견해가 아닙니다.