美 동성결혼 및 동성부부의 권리에 대한 패러다임의 전환과 헌법학적 고찰

강 병 호(Kang, Byeongho)*

<目 次>

I. 배경
II. 동성결혼에 대한 패러다임의 전환
III. 동성결혼 및 동성부부의 권리에 대한 헌법학적 고찰
IV. 맺음말

Ⅰ. 배 경

지난 2015년 6월, 미국 연방대법원은 Obergefell v. Hodges 사건에서 찬성 5인, 반대 4인의 결정으로 동성결혼(Same-sex marriage)[1]에 대한 합헌 결정을 내린 바 있다.[2] 이로부터 약 9개월 후인 2016년 3월, 연방대법원은 V.L. v. E.L. 사건에서 소송 당사자인 동성부부의 친권 및 입양권을 인정하는 판결을 내렸다.[3] 물론, 이 판결이 미국 내 모든 동성부부의 입양 및 양육권을 인정하는 취지의 판결은 아니었지만[4], 동성결혼 자체의 합헌성을 넘어 이제는 동성부부의 양육권, 입양권, 자녀교섭권 등 구체적인 권리의 행사에 대한 쟁점으로 발전하였다는 점에서 의의가 있다고 생각된다. 이러한 배경을 바탕

* Emory University School of Law, J.D. 과정

1) 생물학적 및 사회적으로 동일한 성별을 가진 두 사람 사이에 법률상, 사회상으로 이루어지는 결혼을 지칭하며, 평등결혼(Marriage equality 또는 Equal marriage)으로도 호칭된다. [출처: 위키백과]

2) Obergefell v. Hodges, 135 S. Ct. 2584 (2015).

3) V.L. v. E.L,. 136 S. Ct. 701 (2016).

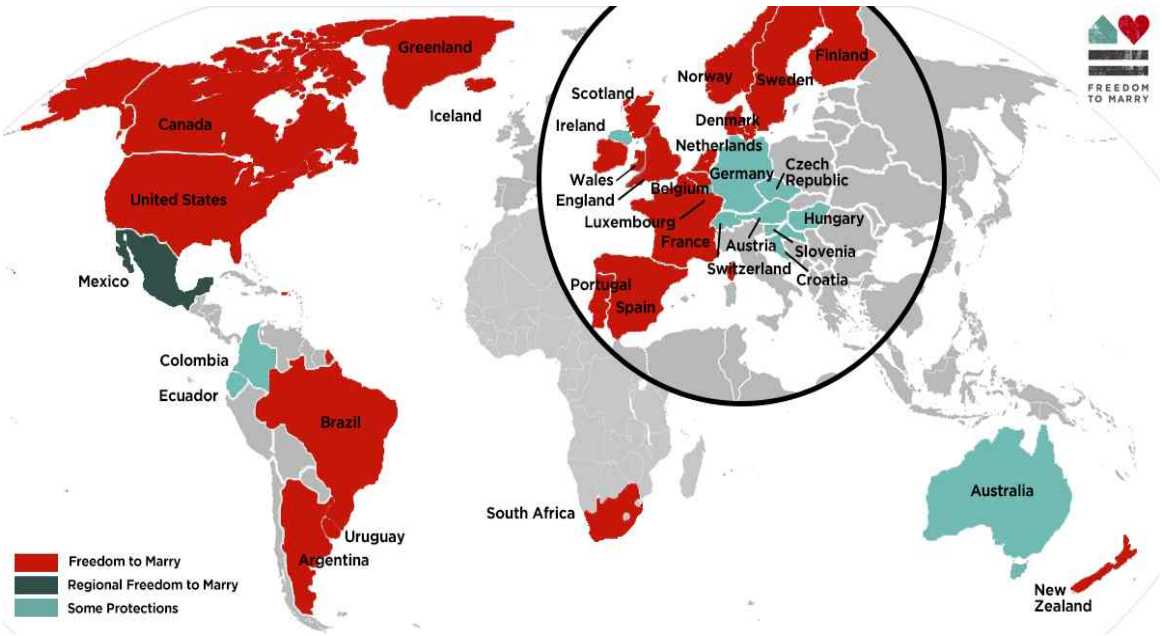
4) 본 사안은 동성부부의 입양권과 관련된 법률의 합헌성 여부에 초점이 맞춰지기 보다는 美 연방헌법 제4조의 완전신뢰 및 인정조항(Full Faith and Credit)에 근거하여 조지아주에서 합법적으로 당사자인 동성부부의 입양권을 인정했기 때문에 앨라배마주에서도 이러한 조지아주의 판결을 신뢰하여 입양권을 인정해야 한다는 내용이다. 즉, 조지아주에서 인정한 입양권이 앨라배마주에서는 유효하지 않다는 앨라배마주 대법원의 판결은 완전신뢰 및 인정조항에 반하는 것으로서 위헌이라는 판결을 내렸다.

으로 본 연구에서는 미국에 있어서 동성결혼과 관련된 사회 패러다임의 변천 과정을 살펴보는 한편, 동성결혼 및 동성부부의 권리를 바라보는 다양한 시각과 이를 둘러싼 헌법적 쟁점, 나아가 동성결혼 합법화라는 새로운 패러다임이 한국사회에 주는 시사점에 대해서 조망해 보고자 한다.

Ⅱ. 동성결혼에 대한 패러다임의 전환

1. 서구에서의 동성결혼 합법론 대두

남녀가 아닌 동성 간의 결혼이 이슈화 된 것은 20세기 후반이다. 특히, 성소수자에 대한 인권운동 이른바 'LGBT'[5]운동이 활발히 전개되면서 개인의 행복추구권과 평등권을 근거로 하는 동성결혼 합법론이 대두되었다. 마침내 2001년 네덜란드가 최초로 동성결혼을 허용하였고, 2003년 벨기에, 2005년 캐나다와 스페인을 거쳐, 2016년 현재 24개 국가에서 동성결혼을 인정하고 있다.[6]



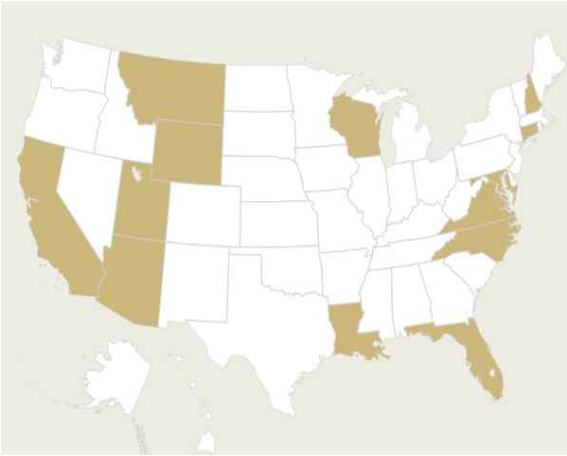
(동성결혼 인정국가 / 출처: http://www.whymarriagematters.org)

5) 레즈비언(Lesbian), 게이(Gay), 양성애자(Bisexual), 트랜스젠더(Transgender)를 통틀어 지칭하는 단어.
6) PewResearchCenter, www.pewforum.org/2015/06/26/gay-marriage-around-the-world

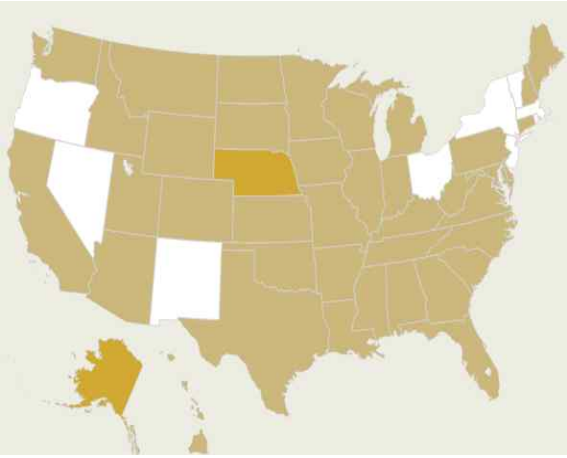
(LGBT의 상징기인 무지개기[7])

2. 미국에서의 동성결혼 패러다임의 변화

미국의 경우, 1980년대 후반까지 동성 간의 사랑은 일종의 정신병의 징후로 파악되었다. 1987년 미국 정신의학회가 이를 정신병의 등재 목록에서 삭제하였지만, 각 주들은 주에서 제정한 헌법 또는 법령으로 동성 간의 결혼을 금지하였다. 아래의 그림 1은 1995년 미국의 상황을 나타낸 것이다. 하얀색 부분은 동성결혼에 대해서 찬반의 입장을 표명하지 않은 주를, 어두운색 부분은 동성결혼을 주법으로 금지시킨 주를 나타낸다.[8] 하얀색 부분의 주가 상대적으로 많은 것으로 보아 이 시기에는 아직 동성결혼의 합헌성 논쟁이 크지는 않았던 것으로 추정된다.



[그림 1. 1995년 / 출처: PewResearchCenter]

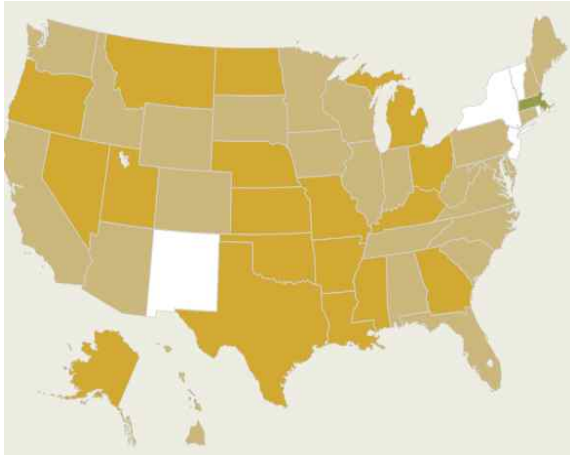


[그림 2. 2000년]

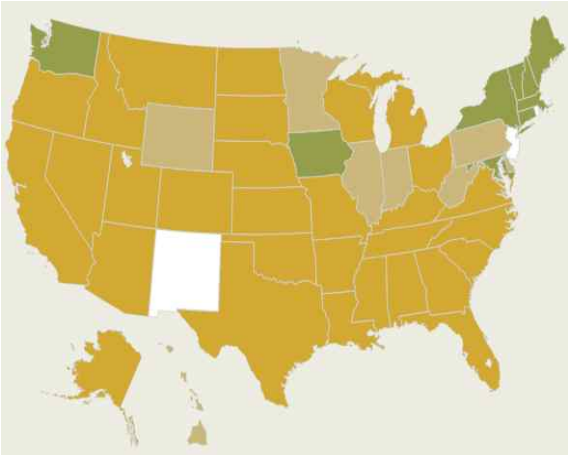
그림 2는 2000년의 상황을 나타낸 것이다. 어두운 색 부분이 크게 증가한

7) 다양한 성 정체성을 포괄한다는 의미에서 무지개의 6색을 차용하였다.
8) 1995년 유타주가 결혼의 대상을 남녀 간으로 한정하는 결혼보호법(Defense of Marriage Act, DOMA)을 제정함으로써 미국 내 최초로 동성결혼을 법률적으로 금지하였다.

것으로 보아 동성결혼을 주법으로 금지시킨 주가 월등히 증가한 것을 알 수 있다. 특히, 황금색 부분은 주 헌법을 개정함으로써 동성결혼을 금지시킨 주를 나타낸다.[9] 2001년도 조사자료에 의하면 전체 미국인 중 약 57%가 동성결혼에 반대한다는 결과가 도출되기도 하였다.[10] 그러나, 2000년 이후 LGBT 등 성소수자 인권운동의 영향으로 동성 간의 사랑이 반사회적 정신질환이 아닌 성적 기호가 다른 사람들 사이의 행동인 것으로 서서히 인식되기 시작하였다. 마침내 2003년 메사추세츠주가 게이와 레즈비언 커플에게도 결혼할 권리(right to marry)를 인정함으로써 미국 최초로 동성결혼을 합법화하게 된다.



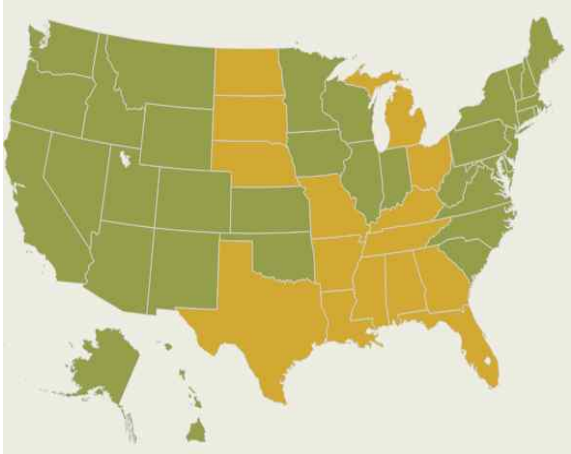
[그림 3. 2005년]



[그림 4. 2012년]

그림 3은 2005년의 상황을 나타낸 것이다. 녹색부분의 메사추세츠주를 제외한 대다수의 주가 여전히 헌법 또는 법령으로 동성결혼을 금지하고 있는 것을 볼 수 있다. 2000년에 비해서 주 헌법으로 동성결혼을 금지하는 주가 증가하였으며, 하얀색 부분의 주는 5개에 불과한 것을 알 수 있다. 그림 4는 2012년의 상황으로 녹색부분이 크게 증가한 것을 볼 수 있다. 특히, 오바마 행정부가 성소수자 차별금지 법안 및 동성결혼의 지지를 공식적으로 표명한 이후에 메인, 메릴랜드, 워싱턴주가 주민투표를 통해서 동성결혼을 합법화하였다.

9) 2000년 네브라스카주는 주민투표를 통해서 주헌법을 개정함으로써 동성결혼을 금지하였다.
10) PewResearchCenter, www.pewforum.org/2015/06/26/same-sex-marriage-state-by-state



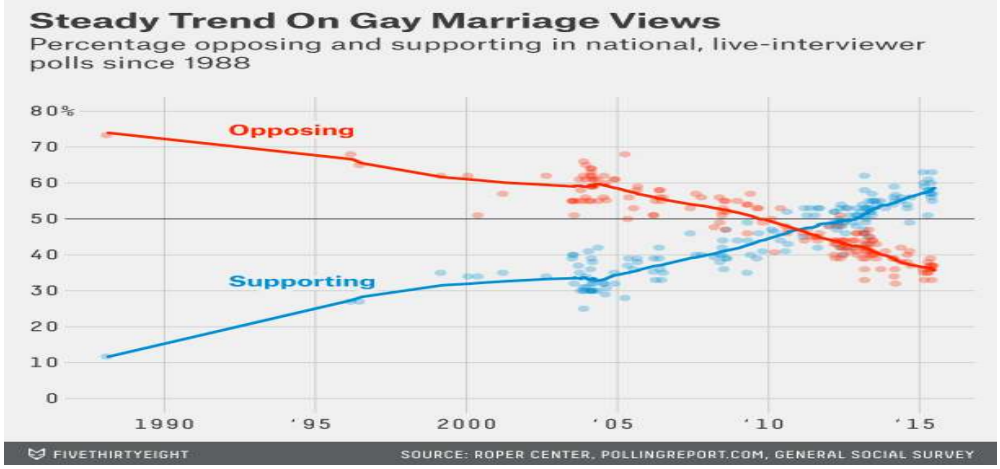
[그림 5. 2014년]

[그림 6. 2015년]

그림 5는 2014년도 상황을 나타내고 있다. 특히, 2013년 연방대법원이 결혼의 대상을 남녀 간으로 한정시킨 결혼보호법에 대해서 부분 위헌판결[11]을 내린 이후로 연방 및 주 법원의 판결 또는 주 의회의 입법 등으로 캘리포니아, 일리노이, 버지니아, 하와이, 알래스카 등 다수의 주에서 동성결혼을 합법화하였다. 그러나, 미국 내에서 전통적으로 보수적 성향이 강한 남부지역, 예컨대 앨라배마, 텍사스, 미시시피, 루이지애나 등은 동성결혼을 금지하는 입장을 여전히 유지하고 있었다. 한편, 2014년도 설문조사 결과에 의하면 전체 미국인의 과반수가 넘는 52%가 동성결혼에 찬성한다는 결과가 도출되었다.[12]

마침내, 2015년 6월 연방대법원이 Obergefell v. Hodges 사건에서 동성결혼을 금지하는 주의 모든 행위는 위헌이라고 결정함으로써 그림 6에 나타난 것처럼 미국의 모든 주에서 동성결혼이 합법화 되었다. 전문가들에 의하면, 다른 사회 패러다임의 변화와는 달리 정신병 또는 입에 올릴 수 없는 반사회적 행위로 간주되었던 동성결혼이 합법화되기까지는 상대적으로 오랜 시간이 걸리지는 않았다고 한다. 오바마 행정부의 적극적인 지지 외에도 성소수자들의 지속적이고 설득력 있는 외침, 소수자의 인권을 사회적으로 공론화하는데 기여한 대중매체와 미국인들의 의식 변화, 나아가 사회 패러다임의 변화에 따른 헌법적 논리의 진화의 결과라고 보여진다.

11) United States v. Windsor, 133 S. Ct. 2675 (2013).
12) PewResearchCenter, www.pewforum.org/2015/06/26/changing-attitudes-on-gay-marriage



(미국 동성결혼 지지 및 반대율 변화 / 출처: Roper Center, www.pollingreport.com)

Ⅲ. 동성결혼 및 동성부부의 권리에 대한 헌법학적 고찰

1. 동성결혼 지지론 및 헌법상의 기본권인 결혼할 권리

동성결혼 지지에 대한 주요 논거는 동성커플 또한 이성커플과 마찬가지로 기본권인 결혼할 권리(fundamental right to marry)를 가진다는 것이다. 특히, 연방대법원에 따르면 결혼할 권리는 수정헌법 제14조에서 규정하는 적법절차 및 평등보호조항(Due Process and Equal Protection Clauses[13])에서 파생된 것으로서, 동성커플에게도 동일하게 적용된다고 본다.[14] 즉, 이성커플과 동성커플은 혼인 및 결혼생활에 있어서 동등한 기본권을 향유한다고 본다. 나아가, 동성커플은 이러한 자신들의 기본권을 모든 주에서 향유할 수 있으며, 주정부가 동성결혼을 부인하는 법을 제정하는 것은 동성커플의 헌법상 기본권을 부당하게 침해하는 행위로서 수정헌법 제14조의 평등보호조항 내지 적법절차에 위배되는 것으로 판단하였다.[15]

한편, 전형적으로 연방대법원은 헌법상 보장되는 평등권 침해여부 심사에 있어서 차별을 받는 대상의 분류(classifications)에 따라 3가지의 차등된 심사기

13) The Equal Protection Clause of the 14th Amendment declares that "No State… shall deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws."
14) Obergefell v. Hodges, 135 S. Ct. 2584, 2598-2599 (2015).
15) Id. at 2604.

준(scrutiny)을 적용한다.[16] 보다 구체적으로, 엄격심사(strict scrutiny), 중간단계의 심사(intermediate scrutiny), 마지막으로 가장 완화된 심사기준인 합리성 심사(rational-basis scrutiny)의 3가지 심사기준을 가지고 차별을 야기한 법의 위헌성 여부를 판단한다. 특히, 기본권(fundamental rights)[17]에 대한 차별 또는 인종(race), 민족적 기원(national origin), 외국인의 지위(alienage) 등 위헌성의 여지가 크다고 분류되는 대상(suspect classification)에 대한 차별의 평등권 침해여부 심사에는 엄격심사를 적용한다. 동성결혼에 대한 차별의 경우 헌법상의 기본권인 결혼할 권리에 대한 침해로서 엄격심사가 적용되는 사안이다.

엄격심사의 대상이 되는 법률의 경우 합헌성을 인정받기가 상당히 어렵다. 그 이유는 첫째, 엄격심사의 경우 차별을 야기한 법이 정부의 긴절한 목적(compelling governmental interest)의 달성을 위해서 필요하다는 것을 정부가 입증하여야 한다. 즉, 합리성 심사의 경우 청구인이 해당 법률의 위헌성을 입증해야 하는 반면, 엄격심사의 경우 입증책임이 정부 측으로 전환되어 정부가 해당 법률의 합헌성을 입증하지 못할 경우에는 해당 법률은 위헌이 되므로 합헌성 인정이 쉽지 않다. 둘째, 정부의 목적달성에 있어서 차별을 야기한 법이 기본권을 가장 최소한으로 제한하는 방법(least restrictive means)이어야 한다. 즉, 기본권을 더 적게 제한하면서도 동일한 목적을 달성할 수 있는 다른 대안이 존재해서는 안 된다는 것이다. 따라서, 만약 결혼생활에 있어 인정되는 다양한 권리, 예컨대 친권, 입양권, 자녀교섭권, 자녀교육권, 배우자로서의 갖는 재산적 권리 등을 동성부부에게는 차별을 두어 인정하지 않는 법률이 있다면, 엄격심사가 적용되어 연방대법원의 평등권 심사를 통과하기는 어려울 것으로 판단된다.[18]

---

16) NINTH ANNUAL REVIEW OF GENDER AND SEXUALITY LAW: CONSTITUTIONAL LAW CHAPTER: EQUAL PROTECTION, 9 Geo. J. Gender & L. 495, 498.

17) 연방대법원에 의하면 fundamental rights는 Bill of Rights(권리장전)에 열거된 대부분의 권리, 예컨대 언론·출판의 자유(freedom of speech or press), 영장주의, 적법절차, 일사부재리 원칙, 배심원제도, 공정한 재판을 받을 권리 등을 포함한다. 그러나, 권리장전에 명시된 기본권 외에도 연방대법원은 헌법 해석에 의해서 기본권의 범위를 확장시키기도 한다. 예컨대, 결혼할 권리(right to marry), 프라이버시권(right to privacy), 주간(州間) 이전의 자유(right to interstate travel) 등이 그러한 예이다.

18) 연방대법은 Obergefell v. Hodges 판결에서, 결혼할 권리는 자녀의 양육, 출산, 교육 등의 관련된 권리와 밀접한 관계가 있으며, 이 권리들을 통합된 하나의 권리로 볼 수 있다는 점을 시사하였다. Obergefell v. Hodges, 135 S. Ct. 2584, 2600 (2015). 따라서, 동성부부의 친권, 입양권 등도 헌법상 보장되는 기본권

(평등권을 근거로 동성결혼의 합헌을 주장하는 대중들 / 출처: www.wnd.com, Brandon J Sutton)

2. 동성결혼 반대론 및 아동 최선의 이익 원칙

동성결혼을 반대하는 사람들은 동성결혼이 동성부부의 자녀에게 불리하다는 점을 지적한다. 유전적으로 남성성과 여성성에 차이가 존재하기 때문에 자녀교육에 있어서 기대되는 남성과 여성의 역할이 명확하게 존재하며, 아이의 성장과정에서 남성과 여성이 각각 채워주어야 할 부분이 있다는 것이다. 즉, 이성부부 사이에서 자라난 아이들에 비해서 동성부부의 자녀들은 성적 정체성 혼란을 겪거나 동성 혹은 양성애적인 행동을 보일 확률이 크다는 점을 지적한다. 미국 가족법에 있어서 중요한 판단기준인 아동 최선의 이익 원칙(best interests of the child)[19]에 비추어 보건대, 자녀에게 미칠 부정적인 영향이 크다면 반대론자들의 주장도 설득력이 있다고 판단된다. 다만, 부정적인 영향을 입증할만한 신빙성 있는 근거자료가 필요하다고 생각된다.

(아동최선의 이익을 위해 동성결혼을 반대하는 대중들 /
출처: http://ssmcommunityissue.weebly.com, http://www.cnsnews.com)

(fundamental right)으로 보아 엄격심사의 대상이 될 여지가 크다고 생각된다.

19) 아동에게 영향을 미치는 사항을 결정할 때는 아동의 이익을 최우선적으로 고려하여야 한다는 원칙.

Ⅳ. 맺음말

연방대법원의 동성결혼 합헌결정 이후에도 이에 대한 헌법적 논쟁은 계속되고 있다. 이번 앨라배마주 대법원의 동성부부의 입양권 인정 거부에 대한 연방대법원의 위헌판결도 이러한 일면을 보여준다고 볼 수 있다. 한편, 동성결혼은 종교계에서도 의견이 분분하다. 동성커플도 이성커플과 동등한 권리를 누려야 한다는 교단도 있는 반면, 혼인은 남녀 간의 신성한 결합이며, 동성 간의 애정행위는 비성경적인 행위라는 입장을 가진 교단도 있다.

또한, 동성 간의 사랑에 대한 문제는 정치적으로도 큰 이슈이다. 미국의 양대 정당 중 하나이며 보수주의 입장을 취하는 공화당은 동성결혼에 대해서 반대의 목소리를 내고 있으며, 공화당이 강세인 일부 주에서는 종교적 신념에 따라서 동성부부에게 서비스를 거부하는 것을 인정하는 종교자유법을 주 의회에 상정하기도 하였다. 공화당의 대선후보인 트럼프는 자신이 당선된다면 동성결혼 합헌결정을 뒤집을 것이라는 의견을 표명하기도 하였다. 한편, 민주당은 동성결혼 합헌결정에 대한 연방법원의 판결을 지지하는 입장이다. 2016년도 민주당 정강(platform)을 보면 동성결혼지지, 동성커플에 대한 차별금지 및 LGBT의 인권증진을 위해 싸울 것을 강조하고 있다.

성소수자에 대한 인권신장의 목소리와 더불어 법조계, 종교계, 정치계 등 사회 각계의 다양한 견해가 대립되는 분위기에서 한국에서도 동성결혼이 점차 사회적으로 이슈화되고 있다. 특히, 올해 5월에는 혼인신고 불수리처분에 대한 불복소송에 대해서 국내 첫 법원의 판결이 나오기도 하였다.[20] 시대적 상황 등이 다소 변경되기는 하였으나 아직은 동성 간의 결합을 혼인으로 인정하기는 어렵다고 보아 각하결정을 내렸지만, 향후 동성결혼과 관련된 헌법소원의 가능성도 충분하다고 보여진다. 성소수자에 대한 패러다임의 변화 속에서 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 평등권 등 대한민국 헌법상의 원칙이 성소수자들의 인권을 어느 선까지 인정할 것인지 귀추가 주목된다.

---

20) 서울서부지방법원 2016. 5. 25. 선고 2014호파1842 결정.