



제10회

학봉상 시상식

법학논문부문
우수상 수상작

헌법의 의미 구하기 : 헌법 제36조 제1항은 동성혼 금지 규범인가

하흔수

성균관대학교 법학전문대학원 석사과정

헌법의 의미 구하기 : 헌법 제36조 제1항은 동성혼 금지 규범인가

하훈수

초록

이 연구는 대한민국 헌법 제36조 제1항이 동성혼을 금지하는 규정으로 해석될 수 없다는 점을 헌법해석론의 관점에서 논증한다. 일부 견해는 해당 조항이 혼인을 양성 결함으로 한정하거나 제정 당시 동성혼 허용 의도가 없었다는 이유로 동성혼 금지 규정으로 본다. 그러나 이러한 해석은 헌법의 의미가 고정되어 있다는 경직된 전제에 기초하며, 다른 해석 방법을 차단하는 문제를 갖는다.

따라서 먼저 제36조 제1항의 연혁을 통해 동 조항이 성평등 구현을 위한 기본권 규정임을 확인하고, 동성혼 금지설의 공통된 전제인 헌법 의미의 고정성을 분석한다. 이어서 미국의 원의주의 해석론을 검토하여 그 출현 배경, 논리적 구조, 그리고 *Bostock v. Clayton County* 사건 등을 통한 실제 적용과 한계를 살펴본다. 나아가 캐나다의 '살아있는 나무' 이론과 일본 각급 법원의 동성혼 소송 판결을 분석하여 헌법의 문언과 취지를 균형있게 고려하는 해석 방법을 제시한다.

동성혼 금지설의 의도주의적 접근은 해석자의 의사가 투영된 가정적 의사에 의존하며 문의주의적 접근은 문언의 다의성을 간과한다는 한계가 드러났다. 또한 우리 헌법의 전체적 체계와 기본권 보장 이념, 개방적 성격에 비추어 볼 때 제36조 제1항은 동성혼을 헌법상 금지하는 규정으로 해석되어서는 안 된다. 이는 헌법의 민주성과 개방성을 훼손하지 않으면서도 성평등과 개인의 존엄을 실현하는 방향의 해석이 요구됨을 의미한다.

I. 서론

대한민국 헌법은 동성혼을 금지하는가? 대한민국 헌법 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다” 정한다. 일부 견해는 이 조항이 혼인의 개념을 양성의 결합으로 한정하고 있다는 이유 또는 이 조항 제정 당시 헌법 제개정권력에게 동성혼을 허용할 의도가 없었다는 이유로 동성혼을 금지하는 규정이라 본다(이하 ‘동성혼 금지설’). 이러한 해석에 입각한다면, 최고규범인 헌법이 동성혼을 금지하는 이상 법률의 제개정이나 헌법재판소의 위헌심사, 대법원의 판례 변경 등으로는 동성혼을 도입할 수 없다. 오직 헌법 개정만이 동성혼을 도입하는 유일한 방법이 된다.

그러나 헌법 제36조 제1항의 해석으로 동성혼 금지를 도출하기는 어렵다. 동성혼 금지설은 헌법해석론의 관점에서, 헌법의 의미가 고정되어 있고 자신들만이 규범의 유일하고 진정한 의미임을 획득하였음을 전제한다. 이는 다른 해석 방법을 차단하는 경직된 견해이다. 하지만 이러한 해석론 역시, 해석 작업 이전에 해석자의 주관 이 개입된 것으로, 당초의 기획과 달리 유일하고 진정한 객관적 의미를 담보하지 않는다. 오히려 세계 각국 최고법원의 해석론이나 우리 법원 및 헌법재판소가 발전 시킨 헌법 해석의 일반적 방법에 비추어 본다면, 이러한 견해는 설득력이 크지 않다.

이 논문은 헌법 제36조 제1항이 동성혼을 금지하는 규정으로 해석될 수 없다는 점을 논증하여, 해당 규범의 의미를 구하고자 한다. 이를 위해 먼저 제36조 제1항의 연혁과 의의를 제시하고, 동성혼 금지설의 논거를 살펴 헌법의 고정된 의미를 전제한다는 공통점이 있음을 확인한다(II). 다음으로 이와 유사한 미국의 원의주의 해석론을 개괄한다. 원의주의의 출현과 전개, 논리를 구체적 판례와 함께 검토한다(III). 이어서 원의주의 해석에 경도되자 않고 헌법의 문언과 의미를 고려한 캐나다와 일본의 판례를 소개한다(IV). 다음으로 위 논의를 토대로 동성혼 금지설의 해석방식은 원의주의 관점에서도 수용되기 어렵고, 우리 헌법의 일반적 해석방식으로도 받아들여질 수 없음을 논증한다(V). 끝으로 동성혼 관련 사건에서 사법부의 과제와 역할을 강조하며 글을 마무리한다(VI).

II. 헌법 제36조 제1항의 규범적 의미

1. 제헌헌법 제20조의 제정과 그 뿌리
- 2.

헌법 제36조 제1항은 제헌헌법부터 뿌리를 확인할 수 있는 유서깊은 규정이다. 제헌헌법 제20조는 “혼인은 남녀동권을 기본으로 하며 혼인의 순결과 가족의 건강은 국가의 특별한 보호를 받는다”고 규정하였다. 이후 5·16 군사정변으로 수립된 제3공화국의 1962년 제5차 개정 헌법은 제31조로 “모든 국민은 혼인의 순결과 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다” 규정하였는데, 이는 남녀동권을 삭제하고 주어를 ‘국

민'으로 바꾼 것이다. 1980년 제8차 개정 헌법 제34조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 한다”고 정하여 양성의 평등과 가족의 문언이 다시 등장하였다. 현행 1987년 제9차 개정 헌법의 제36조 제1항은 국가의 보호에 관한 내용을 추가하는 한편, 동조 제2항을 신설하여 보전에 관한 조항을 별도로 규정하고, 제3항에서는 최초로 모성보호에 대한 국가의 의무를 명시하였다.

법제사의 측면에서 위 규정을 살핀다. 제헌국회에 제출된 최초의 헌법 제정안은 성평등 내지 가족에 관한 규정을 두지 않았다. 제헌헌법 제20조의 초안은 제헌의회 헌법안심의 제2독회(제24차회의, 1948. 7. 7.)에서 권태의 의원 외 38인의 발의로 추가된 것이다. 권태의 의원은 제안 설명에서 이 조항이 혼인과 가족제도의 보장이 아닌 남녀평등의 구체화를 위한 것이며, 독일·미국·벨기에·그리스·일본·폴란드의 헌법을 참조하였다 밝혔다. 장면 의원과 조현영 의원도 독회에서 남녀평등이 헌법이 해결해야 할 핵심 과제임을 강조하였다.¹⁾

오늘날 세계인권선언은 혼인과 가족에 관한 규정을 두고 있고²⁾, 세계 헌법의 86%가 그 가운데 가족의 존중·보호에 관하여 규정하고 있는 것으로 알려져 있다. 그런데 미국 헌법의 권리 장전이나 1789년 프랑스 인간과 시민의 권리선언과 같은 근대 헌법은 혼인과 가족에 관하여 별도로 규정하지 않았다. 그러나 20세기에 들어 바이마르 공화국 헌법(1919)³⁾을 필두로, 제2차세계대전 이후 작성된 독일연방공화국 기본법 제6조(1949), 이탈리아 공화국 제헌 헌법 제29조(1948), 일본국 헌법 제24조(1946), 프랑스 제4공화국 헌법 전문 제10항(1946)은 유사한 내용의 혼인 또는 가족에 관한 규정을 기본권 조항의 일부로 두었다. 이 가운데 혼인과 가족에 관한 규정의 원형적인 독일과, 우리 헌법과 문언 체계가 유사한 일본의 제정 경위를 본다.

바이마르 공화국 헌법 제119조⁴⁾는 그 중도적, 타협적 문언에서부터 제정 경위를 엿볼 수 있다. 바이마르 공화국 헌법은 사회적 기본권을 체계적으로 명시한 최초의 헌법으로서 제119조는 (2)다자녀 가족과 산모를 국가의 부조 및 보호를 구할 주체로 규정하였다. 동시에 (1)혼인의 성격에 관한 규정을 두어, 그 1문은 혼인이 받는 특별한 헌법상 보호의 근거를 ‘가족생활 및 민족보존과 증식의 기초’로 명시하여 전통적 가족질서에 입각한 입장을 반영하고 있으나, 2문은 혼인은 성평등에 기초한다 선언하고 있다. 제119조의 제정을 직접적으로 추동한 것은 1917년 러시아 혁명으로, 독일 내 정치세력은 소련의 가족 구성과 이혼에 관한 혁명적 입법을 사회주의적 가족 해체로 경계하는 위기의식을 공유하였다⁵⁾. 따라서 바이마르 공화국 헌법 제119

1) 한상희, "헌법상 혼인제도와 동성혼", 입법학연구 제20집 제2호, 한국입법학회(2023), 296-297면.

2) 세계인권선언 제16조

3) 바이마르 공화국 헌법은 양성평등과 혼인·가족의 보호(제119조), 자녀 교육(제120조), 비혼출생자의 보호(제121조), 아동의 보호(제122조)를 규정하였다. 1949년 서독 기본법 제6조 각항의 규정은 바이마르 헌법의 위 조항들을 계승한 것이다.

4) (1) 혼인은 가정생활 및 국민의 유지와 증대의 기초로서 헌법의 특별한 보호를 받는다. 혼인은 양성의 평등권을 기초로 한다. (이하 생략)

5) Irene Gerlach, "Familienpolitik: Geschichte und Leitbilder" 2009. 3. 20. <https://www.bpb.de/shop/zeitschriften/izpb/familie-und-familienpolitik-301/8047/familienpo>

조는 그 제정 경위와 문언 모든 측면에서 이중적, 중도적 성격을 갖는다 볼 수 있다⁶⁾.

일본국 헌법 제24조의 제정 경위는 더욱 극적이다. 일본 헌법 제24조 제1항은 맥아더 초안 제23조를 수용하여 탄생한 조항인데, 일본 헌법학계는 1970년대 이후부터 연합군 최고사령부(GHQ) 민정국에 근무하던 22세 여성인 베아테 시로타 고든(Beate Sirota Gordon, 일본 연구에서는 일본 호칭법에 따라 ‘베아테’로 통칭됨)이 제24조 작성에 결정적인 역할을 한 것을 일반적으로 인정하고 있다⁷⁾.

연합군 최고사령관 맥아더(Douglas MacArthur)는 1946년 마츠모토 조지 국무대신 주도로 작성한 일본 헌법 초안이 공개되자 그것이 전전 메이지 헌법과 크게 다를 것이 없다 판단하고는 일본측에 제시할 견본 헌법 초안 작성에 착수하였다. 인권소위원회 위원으로 임명된 베아테는 1946년 2월 4일부터 12일까지 바이마르 공화국과 소련, 미국, 핀란드 헌법 등을 참조하여 헌법의 문언을 작성해 맥아더에게 전달하였고, 맥아더는 검토를 거쳐 13일 GHQ 초안으로 불리는 안을 일본 정부측에 전달하였다.

일본 정부는 3월 2일 GHQ 초안을 토대로 새로 헌법 초안을 작성하였는데, 혼인에 관한 조항은 그 표현을 보다 간명하게 고치고, 가족에 관한 내용을 삭제하며, 헌법에 부합하지 않는 법률을 폐지한다는 부분도 다른 규정으로 충분히 달성될 수 있다 하여 제외하였다. 다만 이후 3월 6일 발표된 헌법 초안 요강에서는 현행 헌법 제24조 제2항에 해당하는 결혼과 가족과 관련된 각종 사안을 개인의 존엄과 양성의 평등에 입각해서 처리해야 한다는 규정이 복구되었는데, 이는 GHQ의 요구에 의한 것으로 추측된다⁸⁾. 헌법 시행이 1947년 5월로 예정된 가운데, 같은 해 4월 19일 “일본국헌법의 시행에 따른 민법의 응급적 조치에 관한 법률”이 제정되었다. 그 핵심은 호주, 가족 기타 이에(家)에 관한 규정은 이를 적용하지 아니한다(제3조)는 것이었고, 1948년 1월 1일 호주와 이에 제도를 폐지하는 개정 민법과 호적법이 시행됨에 따라 베아테의 구상과 같이 일본 헌법은 불합리한 가족법을 직접 폐지시키는 결과를 가져왔다.⁹⁾

GHQ 초안과 3월 2일 일본 초안, 현행 헌법의 내용은 아래와 같다¹⁰⁾.

[litik-geschichte-und-leitbilder/](#) (2025. 8. 30. 최종접속)

- 6) 한편, 프랑스와 이탈리아에서는 제2차 세계대전 종전 이후 나치 독일이 수립한 괴뢰 정부가 패망하고, 공산당부터 우익 세력까지 포괄하는 거국내각이 신정부를 구성하여 신 헌법 제정을 추진하였다. 따라서 프랑스와 이탈리아의 구체적 헌법 제정 과정에서는 가톨릭 교회 등 전통주의 세력, 자유주의자, 사회주의자 등이 대립과 타협을 통하여 그 절충안으로 기본권 조항으로서 혼인과 가족에 관한 조항을 마련하였음이 보다 직접적으로 확인된다. 프랑스 제4공화국 헌법 전문에 관하여는 한동훈, "1946년 프랑스 제4공화국 헌법 전문에 관한 연구", 비교헌법연구 2024-B-4(2024), 6-25면 참조.
- 7) 長谷部 恭男(대표저자, 편집), 注釈日本国憲法(2) -- 10条~24条 (有斐閣コンメンタル), 有斐閣, 2017, 497면.
- 8) 이은경, “일본국 헌법 제24조와 ‘가족보호’- 현대 일본 보수·우익의 헌법개정 움직임에 즈음하여 -.” 日本思想 제44권(2023), 139-168면.
- 9) 그 구체적 내용 및 한국 제정 민법과의 비교에 관하여는 김은경, “한국과 일본의 가족법에서 처의 지위와 여성의 ‘권리’(1945~1960)”, 여성과 역사 제29호(2018), 340면 이하 참조.
- 10) GHQ 초안(영어 원문만 작성됨)과 3월 2일 일본 초안의 번역은 이은경(주8), 153면, 157면을 옮겼고, 현행헌법의 번역은 국회도서관 의회법률정보포털 외국법률번역DB의 번역을 따랐다. 일본국 헌법,

<GHQ 초안 (1946.2.13.)> - 가족은 인류사회의 기저로서, 그 전통은 좋은 나쁜 국민에 침투한다. 혼인은 남녀 양성의 법률상 및 사회상 논쟁의 여지 없는 평등 위에 존재한다. 양친의 강요 대신 상호의 동의에 기초하고, 또한 남성의 지배 대신에 협력에 의해 유지되어야 한다.
 - 그러한 원칙에 반하는 법률은 폐지되고, 배우자의 선택, 재산권, 상속, 주소의 선정, 이혼과 혼인 및 가족에 관한 기타의 사항을 개인의 위엄 및 양성의 본질에 입각하는 다른 법률로써 이에 대신해야 한다.

<일본안(1946.3.2.)> 혼인은 남녀 상호의 합의에 의해서만 성립하고 또한 부부가 동등한 권리를 갖는 것을 기본으로 하며, 상호 협력에 의해 유지되어야 한다.

<일본국 헌법(1946.11.3. 공포)> 제24조 ① 혼인은 양성의 합의를 기초로 성립되고 부부가 동등한 권리를 가지는 것을 기본으로 하여 상호 협력에 의하여 유지되어야 한다.

② 법률은 배우자의 선택, 재산권, 상속, 주거의 선정, 이혼 및 혼인, 가족에 관한 그 밖의 사항에 관하여 개인의 존엄과 양성의 본질적 평등에 입각하여 제정되어야 한다

2. 현행 헌법 제36조 제1항으로 변화

제헌헌법 제20조는 제4차 개정 헌법(1960. 11. 29. 개정)까지 그 규정이 그대로 유지되었다. 그 와중인 1950년대 후반, 민법전 제정 과정에서 가족법을 둘러싼 논쟁이 전개되었다. 여성계와 정일형 의원을 중심으로 헌법 정신에 부합하도록 새로 제정되는 가족법은 호주제와 동성동본 금혼 규정 폐지, 친권 공동 행사 등 근본적 개편이 이루어져야 한다는 주장이 제기되었다. 그러나 민법편찬위원장을 역임한 김병로와 국회 법제사법위원회 민법 기초위원 장경근은 종래 관습의 우위 및 존중에 기초하여야 한다는 입장을 유지하였다. 결과적으로 제정 민법은 호주제를 채택하는 등 관습존중의 성격이 두드러졌다. 정작 우리나라에 가족법 제도로써 호주제를 이식한 일본이, 헌법 제정 직후 이에 제도를 즉각적으로 폐지한 것에 비교한다면 다소 미진한 변화이다¹¹⁾. 그러나 당시 우리 국민이 제헌헌법 제20조를 가정에서 남녀평등을 요구하는 근거 규정으로 파악하고, 가족법을 통해 그 정신을 구체화하고자 하였으며 목적을 일정 부분 달성하였다는 점이 명확한 이상 그 지향과 의의는 일본과 다르지 않다.

이후 5·16 군사정변으로 권력을 장악한 군부 세력은 최고통치기구로 국가재건최고회의를 설치하여 집권 수단으로 군정유지와 신 헌법 제정, 헌법 개정 등 여러 방안을 모색하다¹²⁾ 대내외적 압력에 따라 개헌을 통한 통치질서 수립에 착수하였다. 이에 따라 국가재건최고회의가 입안한 제5차 개헌안은, 종래의 헌법 제20조를 헌법 제31조로 대체하였는데, 그 주어에서 가족을 빼고 남녀동권을 삭제하는 등 여성과

<https://law.nanet.go.kr/foreignlaw/foreignIndex/foreignIndexView.do?countPerPage=10&cn=TLAW1201800435>, 2025. 8. 30. 최종접속.

11) 따라서 당시 가족법 제정 논쟁의 기본적 구도를 관습존중론과 헌법정신존중론, 점진적 개혁론 세 견해의 대립으로 파악하기도 한다. 그 구체적 쟁점과 전개에 관하여는 윤진수, “憲法이 家族法の 변화에 미친 영향”, 法學 45卷 1號 (130號) (2004.03) 233-243면 참조.

12) 박정희 국가재건최고회의의장은 최초 새로운 헌법을 제정할 뜻을 밝혔고, 제5차 개헌이 제2공화국 헌법이 정한 헌정절차에 따르지 않고 국민투표를 거쳐 개정된 것이며 전문 개정을 포함한 전부개정이라는 점에 주목하여 이를 헌법 제정으로 이해하려는 최근의 연구에 대하여는 김백유, “제3공화국- 제3공화국 헌정사(憲政史) -”, 도서출판한성 논문집, (2019), 2-4면, 17면.

가족에 관한 문언을 배제하는 변화가 있었다. 국가재건최고회의가 사회혼란의 수습을 표방하며 여론을 통제하고 주요 법제의 입법을 신속하게 단행한 만큼, 이같은 개정 역시 가족법 논쟁을 남녀평등 원칙의 적용을 배제하는 방향으로 일소하고자 하는 의도에서 이루어진 것으로 추측할 수 있다.

1980년 제8차 개정 헌법 제31조는 가족을 주어로 하고 양성평등을 혼인의 성격으로 규정하였다. 이로써 약 20년만에 여성과 가족이 헌법에서 부활하였다. 이는 현행 헌법 제36조 제1항의 직접적인 기원이다. 군사반란으로 권력을 장악한 신군부 세력은 정권 출범의 정당성을 갖추기 위하여 개헌을 단행함에 있어 기본권 보장을 강화하였는데, 제8차 개정 헌법 제31조 역시 그 일환으로서 여성차별 철폐를 요구하는 대내외적 압력을 수용한 것으로 볼 수 있다¹³⁾. 당시 대내적으로는 1973년 범여성가족법개정추진회 결성 등 1970년대부터 여성계의 가족법 개정 운동이 재개되어 1977년 가족법 개정이 이루어졌고, 대외적으로는 유엔 총회가 1979년 최초의 여성인권 규약인 여성차별철폐협약을 채택하였다.

제8차 개헌 과정을 둘러싼 논의와 사회적 여론을 면밀히 살펴본다면, 헌법 제31조의 개정은 성평등 규정으로서 성격을 변경·강화하는 취지임이 더욱 명백하다. 1979년 11월부터 이듬해 5월까지, 국회는 최규하 대통령으로부터 개헌의 주도권을 확보하기 위해 헌법개정심의특별위원회를 설치하고 여야합의에 기초한 개헌을 추진하였다. 개헌특위는 제7차 내지 제12차 회의를 공청회로 개최하며 사회 각계의 여론을 수렴하였는데 이때 남녀평등 규정에 관한 견해가 개진된 것이 확인된다¹⁴⁾. 민주공화당과 신민당은 2월 11일 제14차 회의에서 각각의 개헌안을 제출하였는데, 이 가운데 공화당안은 제31조로 “모든 국민은 혼인의 순결과 보전에 관하여 국가의 보호를 받는다. 남성과 여성의 지위는 평등하다.”는 규정을 두었다.

1980년 1월 17일 동아일보에 보도된 윤후정과 이태영 가정법률상담소장의 특별대담¹⁵⁾에서 윤후정은 제헌 헌법 제20조의 남녀동등권 조항이 개정으로 삭제된 것을 지적하였고, 이태영 역시 당시 현행 헌법이 제헌 헌법보다 여성 인권 명시라는 측면에서 후퇴하였다 하며 그 주장에 동의하였다. 윤후정이 헌법 제31조의 개정안으로, “혼인은 양성합의를 기초로 성립하고 부부는 동등한 권리를 가지고 있음을 기본으로 하여 상호협력하고 유지한다. 배우자선택·재산권·상속·주거의 선정·혼인·이혼·가족에 관한 사항은 개인의 존엄과 양성의 본질적 평등에 입각하여 법률이 제정되지 않으면 안 된다.”를 제안한 것 역시 확인된다. YWCA 연합회는 1980년 2월 2일 개헌 시안을 마련해 국회 개헌특위에 전달하였는데, 헌법 제31조에 관하여는 “‘배우자의 선택·친권·재산권·상속 등에 관한 법률은 개인의 존엄과

13) 박선영 외, “여성인권보장 및 차별해소를 위한 관련법제정비 연구 (1): 헌법상의 여성관련조항 개정 방안,” 한국여성정책연구원 2007 연구보고서-13-1, (2007), 27면.

14) 법제처, 각계개헌의견요약:1979.12.6. -1980.3.10. 현재 1980., 181-183면. 윤후정 이화여대 법정대학 학장은 1980년 1월 16일 서울 공청회에서 “여성의 평등권을 좀더 구체적으로 명문화하여야 함.”이라는 의견을 제시한 반면 헌법에 이미 남녀평등 규정이 있으므로 여성들의 주장과 달리 더 규정할 필요가 없다는 권영성 서울대학교 법과대학 교수의 주장도 확인된다.

15) 특별對談 “조용한외침,반영을…” 改憲과 女性의 人權, 동아일보, 1980.1.17.

양성의 본질적 평등에 입각하여 제정하지 않으면 안된다” 명시하고 보건권을 신설하는 것을 그 내용으로 하였다¹⁶⁾. 다만 5·17 내란에 따라 국회의 기능이 정지되고 비상입법기구로 설치된 국가보위비상대책위원회 상임위원장에 전두환 보안사령관이 스스로 취임한 뒤로, 개헌 논의는 전두환에 의하여 좌우되었고 공고 전까지 개헌안이 국민들에게 공개되지도 않았다.

이러한 법제사적 맥락을 살펴본다면, 현행 헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족 제도를 보호함과 동시에 성평등에 관한 기본권을 가정 내에서 특별히 보장하고 구체화하는 근거 규범으로 설계된 것이 명확하다. 현행 규정의 ‘국가는 보장한다’는 문언에 주목하여, 규범의 성격을 제도보장에 국한시킬 여지도 있다. 그러나 제도보장은 기본권 보장과 철저히 구분되는 것으로 최소한의 보장만 허용된다는 해석론은 오늘날 더 이상 받아들여지지 않고 있다¹⁷⁾¹⁸⁾. 따라서 문언과 체계, 연혁을 종합적으로 고려할 때, 제36조 제1항은 혼인 영역에서 국가의 차별 해소 과제를 설정하고 평등을 구체화하는 규범이자, 주관적 자유권 및 사회권의 근거규정으로 해석하는 것이 자연스럽다.

3. 판례의 입장

헌법재판소와 대법원의 판결례 중 헌법 제36조 제1항에 규정된 혼인의 의미를 남녀의 결합으로 이해하는 판시가 확인되는바, 헌법재판소와 대법원이 동성혼 금지설에서 있다는 주장이 제기된다. 최근 동성 동반자의 국민건강보험법에 따른 건강보험 피부양자 자격 취득이 문제된 대법원 전원합의체 사건¹⁹⁾에서, 별개의견은 건강보험법상 ‘배우자’의 개념은 이성 간의 결합을 본질로 하는 ‘혼인’을 전제로 하고, ‘동성 동반자’는 이에 해당하지 않는다 하여 실제적 하자를 인정할 수 없다는 취지로 다수의견과 견해를 달리하였다. 이때 별개의견은 헌법 제36조 제1항의 규정을 제시하고 혼인의 개념에 관한 대법원과 헌법재판소의 설시를 직접 인용하였다.

그러나 동성혼이 제36조 제1항에 따라 금지되는지 여부가 직접적인 쟁점이 된 사건은 현재까지 존재하지 않고, 혼인의 의미에 관한 판시 부분이 결론에 이르는 데 논리적 전제가 되었다 보기도 힘들다. 아래에서는 주론과 방론의 구별을 중심으로 혼인의 개념에 관한 역대 판례의 설시가 규범으로서 구속력이 있는지 검토한다.

헌법재판소는 일찍이 헌법 제36조 제1항이 국가에게 의무를 부과하는 규정임과 동시에 주관적 공권의 근거규정 및 재판규범으로서의 성질 또한 모두 함께 갖는 것으로

16) 여성 단체들도 改憲試案(개헌시안) 마련, 동아일보, 1980.2.4.

17) 구체적으로 현행 헌법의 ‘국가는 보장한다’는 부분은 위에서 본 바와 같이 현행 헌법에 이르러 비로소 도입된 것이다. 제36조 제1항이 제도보장의 성격만을 가지고, 제도보장에 대하여는 최소한의 보장만으로 족하다는 고전적 관점을 기계적으로 적용한다면, 성평등을 적극적으로 구현하고자 한 운동의 산물인 본 조항의 개정이 오히려 보장의 정도를 약화시키게 되었다는 모순적 결론에 이르게 된다.

18) 한상희, 앞의 논문(주1) 283-284면.

19) 대법원 2024. 7. 18. 선고 2023두36800 전원합의체 판결. 이하 ‘보험료 부과처분 취소 사건’.

로 파악하였다. 즉 “헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족생활을 스스로 결정하고 형성할 수 있는 자유를 기본권으로서 보장하고, 혼인과 가족에 대한 제도를 보장한다. 그리고 헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족에 관련되는 공법 및 사법의 모든 영역에 영향을 미치는 헌법원리 내지 원칙규범으로서의 성격도 가지는데, 이는 적극적으로는 적절한 조치를 통해서 혼인과 가족을 지원하고 제삼자에 의한 침해 앞에서 혼인과 가족을 보호해야 할 국가의 과제를 포함하며, 소극적으로는 불이익을 야기하는 제한조치를 통해서 혼인과 가족을 차별하는 것을 금지해야 할 국가의 의무를 포함한다.”²⁰⁾ 따라서 위 조항은 가족법 제도가 개인의 존엄과 양성평등에 반하는 경우 또는 가족 구성이 불이익이 되는 경우에 이를 헌법재판소에서 다룰 수 있는 근거 규정이 된다.

이같은 맥락에서 다수의 결정에서 제36조 제1항이 문제되는 사건에서, 혼인을 ‘1남 1녀의 정신적·육체적 결합’²¹⁾ 내지는 ‘근본적으로 애정과 신뢰를 기초로 하여 남녀가 결합하는 것’²²⁾ 등으로 정의한 후 논리를 전개한 것을 확인할 수 있다.

다만 이와 같은 정의는 이성부부 관계에 있어 혼인 관계 성립에 관한 자율적 결정권을 제한하는 법률 규정 내지는 양성을 다르게 대우하는 법률 규정의 위헌성이 문제된 사건에서, 주문에 이르는 헌법 논증의 전제로 제시된 것이다. 판결의 논증에 있어 주론(ratio decidendi)과 방론(obiter dicta)을 구분하고 방론에는 구속력을 인정하지 않는 전통적 이해에 비추어 본다면, 위의 혼인에 대한 정의는 이를 ‘이성 또는 동성 간의 결합’으로 대치하더라도 결론을 유지하는 데 지장이 없는바 방론에 해당한다. 우리 대법원이나 헌법재판소가 주론과 방론의 구별을 명시적으로 채택하고 있다 단언하기는 힘들더라도²³⁾, 위에서 적은 바와 같이 위 헌법재판소 판례는 모두 동성 간의 결합이 간접적으로나마 문제된 경우가 아니고, 정의에 관하여 논증 과정이 부재한 이상 상당한 규범력이 있다 단언하기는 힘들 것이다.

20) 헌법재판소 2002. 8. 29. 선고 2001헌바82 결정.

21) 헌법재판소 1997. 7. 16. 선고 95헌가6 결정. 동성동본금혼을 규정한 구민법 제809조 제1항(1958.2.22. 법률 제471호로 제정된 것)에 대한 헌법불합치 결정.

22) 헌법재판소 2011. 11. 24. 선고 2009헌바146 결정. 1세대 3주택 이상에 해당하는 주택에 대하여 양도소득세 중과세를 규정하고 있는 구 소득세법(2003. 12. 30. 법률 제7006호로 개정되고, 2009. 12. 31. 법률 제9897호로 개정되기 전의 것) 제104조 제1항 제2호의3 및 구소득세법(2009. 12. 31. 법률 제9897호로 개정된 것) 제104조 제1항 제4호에 대한 헌법불합치 결정.

23) 판례의 의미 및 규범력과, 주론과 방론의 구별이 문제된 우리 법원의 사건은 드물다. 다만 대법원은 민사소송법 제71조에 따른 참가적 효력에 관하여는 방론이라는 용어를 직접 사용한다. 이때 보조참가인에 대한 전소 확정판결의 참가적 효력은 이 부가적·보충적 판단이나 방론에 미치지 않는다 하고, 그 의미를 ‘전소 확정판결에 필수적인 요소가 아니어서 그 결론에 영향을 미칠 수 없는 것’으로 설시한다(대법원 1997. 9. 5. 선고 95다42133 판결 등). 참가적 효력이 문제되지 않는 사안에서 주론과 방론을 구분한 사례는 극히 드물다. 최근 대법원 2021. 12. 23. 선고 2017다257746 전원합의체 판결은 민사소송법 제186조 제1항, 제2항의 보충송달 방식이 제217조 제1항 제2호에서 정한 ‘적법한 송달’에 포함하는 것으로 보며 종전 대법원 판례를 변경하였는데, 대법관 1인의 별개의견은 ‘보충송달의 적법성’은 다수의견이 변경한 종전 판례의 직접적 쟁점이 아니었으므로 방론에 해당하여 엄밀한 의미의 판례가 아니고, 판례 변경이 불필요하다는 별개의견을 밝혔다. 그러나 다수의견과 보충의견은 주론과 방론의 구별을 채택하지 않았다. 주론과 방론의 구분 및 위 판결에 대한 평석으로는 윤진수, “한국법상 「판례」의 의미 - 대법원 2021. 12. 23. 선고 2017다257746 전원합의체 판결에 비추어 본 주론(主論)과 방론(傍論)의 구별”, 사법 통권 62호, (2022), 602면 이하.

헌법재판소가 방론에 얽매이지 않음을 보여주는 예시로 동성애에 대한 태도를 꼽을 수 있다. 서구 사회에서 동성애에 대한 법적 개입은 범죄화 단계, 비범죄화 단계, 정상화 단계로 발전한 것으로 이해된다. 법 제도가 성적지향 자체에 대하여 가치판단을 하고 동성애를 심신 내지는 행태장애로 분류하는 것은 범죄화와 비범죄화 단계²⁴⁾의 현상이다. 헌법재판소는 과거 간통죄 위헌성이 문제된 사건에서 반대의견이 ‘동성간의 성교는 수간 내지 근친상간과 동일하게 간통죄보다 선량한 풍속을 더 크게 해치고 혐오감이 더 큰 것’으로 보거나²⁵⁾ 균형법상 추행죄의 위헌성이 문제된 사건에서 그 법률 조항상 “기타 추행”의 의미를 ‘동성애 성행위 등’ 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 성적 만족 행위²⁶⁾라 판단하여 동성간의 성교 기타 성행위 자체는 자발적 합의에 기초하더라도 도덕관념에 반하는 것이라는 이해를 표명하였다. 그러나 이후로는 이와 같은 판례의 변경 없이 추행의 그 구체적인 적용범위는 사회적 변화에 따라 변동되는 동태적 성격을 가진다 전제하여, 동성 간 성교라는 사정만으로 추행에 해당하지는 않는다는 입장²⁷⁾으로 선회하였다.

대법원 역시 헌법재판소와 유사하게, 혼인을 이성 간의 결합으로 정의하는 판례가 드물지 않게 확인되나²⁸⁾, 모두 동성 간의 결합이 문제된 사안은 아니었다. 예외적으로 성전환자가 혼인 중에 있거나 미성년자인 자녀가 있는 경우 성별정정이 허가되지 않는다 판시한 대법원 2011. 9. 2.자 2009스117 전원합의체 결정은 “무릇 혼인이란 남녀 간의 육체적, 정신적 결합으로 성립하는 것으로서, 우리 민법은 이성(異性) 간의 혼인만을 허용하고 동성(同性) 간의 혼인은 허용하지 않는다” 보고, 이를 주요한 논거로 삼았다. 위 판례는 상술한 보험료부과처분사건에서 별개의견에 의해 직접 인용되기도 하였다. 다만 명시적으로 2009스117 전원합의체 결정을 변경하는 후속 전원합의체 판례가 있는 이상²⁹⁾, 혼인의 정의에 관한 판시 부분은 후속 판례의 취지와 배치되지 않는다는 별도의 논증 없이 이를 원용하는 것은 부적절해 보인다.

24) 이소영 "동성애혼인에 대한 법적 개입의 딜레마와 가족이데올로기 해체" 법철학연구 제10권 제1호 (2007): 376-386면.

25) 헌법재판소 1990. 9. 10. 선고 89헌마82 전원재판부. 이후 헌법재판소 2015. 2. 26. 선고 2009헌바17 등 전원재판부 사건에서 최종적으로 간통죄가 헌법에 위반된다는 결정이 있기 이전의 선례 중에서도 수 차례 위헌의견이 제기되었는데(헌법재판소 2008. 10. 30. 선고 2007헌가17등 결정), 2015년 최종 결정에서 재판관 김이수의 위헌의견과 2008년 결정에서 위헌의견은 모두 다른 부도덕한 성적 일탈행위를 처벌하지 않는 것과 형평 차원에서 의문을 제기하는 1990년 사건의 재판관 이시윤의 위헌의견을 그대로 차용하면서도 그 예시로 수간, 혼음, 근친상간 등을 들어 동성 간 성행위만을 삭제하였다.

26) 헌법재판소 2011. 3. 31.자 2008헌가21 전원재판부 결정

27) 헌법재판소 2016. 7. 28. 선고 2012헌바258 전원재판부 결정; 헌법재판소 2023. 10. 26. 선고 2017헌가16 전원재판부 결정. 후자의 판례는 합헌 취지의 다수의견과 위헌 취지의 반대의견 모두 사적 장소에서의 합의에 의한 동성 군인 간의 성적 행위에는 적용되지 아니한다는 대법원 2022. 4. 21. 선고 2019도3047 전원합의체 판결을 수용하였다.

28) 대표적으로 대법원 1999. 2. 12. 선고 97므612 판결, 대법원 2015. 2. 26. 선고 2014므4734, 4741 판결 등.

29) 대법원 2022. 11. 24.자 2020스616 전원합의체 결정

동성혼의 인정은 다른 기본적 권리 및 소수자 문제와 비교하여 보더라도, 특히 사법부의 적극적인 법 해석이 논의를 주도하고, 이때 적극적인 국제규범 참조가 이루어지고 있는 것이 세계적 흐름이다³⁰⁾. 대법원의 2024년 보험금부과처분취소 사건 역시 이 같은 맥락에서 이해할 수 있다. 이 사건의 다수의견은 국민건강보험법상 피부양자의 지위 인정 여부는 민법 내지 가족법상 배우자의 범위를 고려하는 것과 별개의 국면임을 밝히면서, 차별처우의 위법성이 보다 폭넓게 인정될 수 있는 사회보장제도의 특수성을 기초로 동성동반자를 피부양자로 분류할 수 있다 판시하였다. 이는 ‘성적 지향을 이유로 하는 차별’을 인정한 최초의 최고 사법기관 판결일 뿐만 아니라, 동성혼이 법제화된 많은 나라에서 동성혼 법제화³¹⁾ 직전 동성 파트너 관계에서 사회보장과 조세의 차별취급을 인정할 수 없다는 취지의 판결³²⁾이 있었음을 고려할 때 이는 동성혼 법제화에 대하여도 긍정적인 신호로 평가할 수 있다. 다만 이 사건 다수의견과 확정된 원심이 논의 전제의 기초로 사회보장제도와 혼인을 엄격히 구분한 점, 별개의견이 차별취급에 해당하지 않는다는 논거로 헌법 제36조 제1항을 들고 있는 점을 고려할 때 제36조 제1항의 해석론은 여전히 가장 기본적인 과제이다.

요컨대 우리 사법기관은 헌법 제36조 제1항이 제도보장과 원칙규정, 주관적 권리 규정 등의 성격을 모두 가지고 있음을 인정하고 이를 재판규범으로 적극적으로 원용하면서, 구체적 논증에 있어 ‘혼인’이 이성 간의 결합임을 자연스럽게 전제하고 있음이 위의 판결례를 통해 확인된다. 그러나 위 판결례 가운데 하급심 결정례인 혼인신고 불수리처분 불복신청 사건을 제외하고, 그러한 의미를 도출한 과정을 구체적 논증으로 실시한 경우는 없다. 나아가 제36조 제1항에서 혼인이 동성혼을 포함하는지 여부가 직접 해석과 적용의 대상이 된 사건 또한 찾아보기 어렵다. 따라서 헌법 제36조 제1항이라는 규범의 의미를 밝히는 것은 여전히 해석의 여지가 열려있는 동시에 사법기관에 남겨진 과제라 할 수 있다.

4. 동성혼 금지에 관한 견해 대립

다수의 헌법학자들은 혼인이 1남 1녀의 결합이라는 정의를 수용하는바³³⁾ 동성혼

30) 위 보험금부과처분취소 사건의 다수의견에 대한 별개의견 또한 각 나라 별 역사, 문화, 제도 등의 상이함을 감안하더라도 이 문제에 관한 외국의 법과 운영을 참고할 필요가 있음을 주장하며 국제법규 등의 취지와 의미를 제시한 바 있다.

31) 미국 연방대법원의 Obergefell v. Hodges 576 U.S. 644 (2015) 판결(이하 ‘Obergefell’ 판결)과 독일의 혼인개방법(Eheöffnungsgesetz, BGBl I 2787) 제정으로 불리는 2017년 민법·생활동반자법·가족관계법 개정 등.

32) 미국 연방대법원의 United States v. Windsor, 570 U.S. 744(2013)과 독일 연방헌법재판소의 2009. 7. 7. BVerfGE 124, 199 등.

33) 김학성·최희수 헌법학원론, 전정 7판, 피앤씨미디어, 2023, 758면; 성낙인, 헌법학, 24판, 법문사, 2024, 1532면; 정재황, 헌법학(제2판), 박영사, 2022, 1217면; 한수웅, 헌법학, 제13판, 법문사, 2024, 1092면 등. 김학성·최희수의 저서만이 동성혼이 자연법 질서를 파괴한다는 취지로 근거를 제시한다. 한편 일본의 헌법주석서 長谷部 恭男(주7), 499면은 종래 일본 헌법 제24조 제1항의 문언에 입각하여 혼인을 남녀의 결합으로 이해하였으나, 최근 그 제정경위를 중시한 해석으로 당시 문제로 인식되

금지설이 헌법학계의 다수 견해라 이야기되곤 한다. 다만 그 근거를 별달리 논증하지는 않는데, 구체적으로 동성혼 금지설의 근거를 제시하는 연구를 종합한다면 아래와 같이 분류할 수 있다.

i) 대표적으로 전헌법적(前憲法的)인 도덕률을 반영하여 동성애 자체가 허용될 수 없다는 견해가 있다. 이같은 입장은 제도로서 동성혼의 성격을 파악하는 대신, 동성애에 대한 도덕적 판단을 그대로 동성혼에 투영한다. 따라서 이는 엄밀한 의미에서 헌법 제36조 제1항의 해석론에 관한 주장이라 보기 어렵다³⁴⁾. 대표적으로 미국 Obergefell 사건을 소개하며 우리법에 그런 변화가 수용될 수 없다 주장하는 연구는³⁵⁾ 도덕 판단에 기초한 주장을 잘 나타낸다. 위 연구는 “ ‘동성혼(동성애)’ 은 인류 문명사의 근원을 통째로 부정하는 것이므로, 동성애를 차별금지 사유로 하는 헌법 개정도 인간존엄성에 위반되고 반생명 문화를 확산시키는바 위헌적” 이라 결론짓는다.

ii) 헌법 제·개정 권력의 의사를 근거로 하는 견해 또한 확인된다³⁶⁾. 위 견해에 의하면, 헌법 제36조 제1항은 역사적으로 혼인은 남자와 여자의 결합이라는 인식에 기초하여 제정된 것이다. 실제 제36조 제1항 제정 당시 혼인관계를 양성 간으로 한정하려는 의도가 없었다는 주장에 대해서는, 문언을 강조하는 동시에 제헌헌법 제정과 헌법 개정 당시 동성혼의 존재를 알았더라면 이를 더 확실하게 배척하였으리라는 점이 불문가지(不問可知)라 반박한다.

iii) 다만 헌법 제·개정 권력의 의사가 동성혼 허용 여부에 관하여 규범력을 가지고 있다 보면서도, 입법을 통한 해결은 열려있다 보는 견해³⁷⁾도 있다. 위 연구에 의하면 헌법 제정자는 제36조 제1항을 제정하며 동성혼을 전혀 의도하지 않았고, 독일의 헌법의 변천(Verfassungswandel) 내지 미국의 살아있는 헌법(living constitution) 등 사회변화를 참조하는 해석론에 의하더라도 국내에 규범력을 변경할만한 법적 확신 내지 국민적 합의가 있다 보기 힘들다. 남아프리카공화국, 미국, 대만 등 헌법재판을 통해 동성혼을 혼인으로 인정하지 않는 것이 평등 원칙에 반한다 본 사례가 있으나, 이 나라들은 헌법에서 혼인에 관하여 정의하지 않으므로 우리나라와 본질적 차이가 있다 본다. 다만 헌법 제정자가 동성혼을 고려하지 않았다 하더라도, 중요한 근거가 발생한다면 헌법 핵심 내용의 재해석이 허용된다는 관점에서, 법률 제

지 않은 동성혼을 배제하는 취지의 규정은 아니라고 보는 입장도 균형있게 소개하고 있다.

34) 제도로서 동성혼이 아닌 동성애 및 성적지향의 성격을 검토하는 것은 이 글의 주제에서 다소 벗어나 있다. 다만 세계보건기구와 미국 정신의학학회는 각국제질병분류와 정신질환편람에서 동성애를 완전히 삭제하였고, 국가인권위원회법 및 국제연합의 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights), 국제연합 인권이사회 결의안 32/2호(A/HRC/RES/32/2 Protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity) 등 국내법과 국제인권법은 성적 지향에 의한 차별은 허용될 수 없다 명시하며 성적지향의 차이 자체는 교정 또는 찬반의 대상이 될 수 없음이 논의의 전제가 된다.

35) 정영화. “‘동성혼’ 도입을 위한 헌법개정의 위헌성 -미국 연방대법원 ‘동성혼’ 판례의 ‘인간존엄’ 해석의 분석-”. *홍익법학* 제18권 3호, (2017), 137면 이하.

36) 음선필 “동성애·동성혼의 헌법적 수용에 대한 비판” *홍익법학* 제18권 3호, (2017), 109-110면.

37) 윤진수 “유럽에서의 동성혼인 및 동성결합에 관한 최근의 동향” *가족법연구* 제35권 2호, (2021), 31-38면.

정으로 동성혼을 허용하는 시도도 위헌적이라 할 수는 없다는 결론으로 나아간다. 따라서 동성혼의 허용을 국민과 그 대표자에게 맡겨진 문제로 보는 것이다.

iv) 헌법 제36조 제1항의 문언의 의미와 그 해석의 한계에 대해 탐구하는 연구 또한 확인된다³⁸⁾. 위 연구는 제36조 제1항의 양성평등의 문언을 성평등으로 해석한다면 그 개념적 본질에서 벗어나는 것으로서 헌법해석으로 헌법의 제·개정권을 침해하는 것이라 본다. 따라서 동성혼은 헌법상 혼인의 의미에서 벗어난 것이고, 헌법 개정 없이는 동성혼을 인정할 수 없다.

반면 제36조 제1항이 동성혼을 금지하지 않는 것으로 보는 입장은, 헌법상 혼인의 의미를 규명하는 데 주목한다는 특징이 있다. 대표적으로 민사법상 혼인과 구분되는 ‘헌법상 보장되는 혼인’의 독자적 의미 및 보호범위에 주목하는 연구³⁹⁾를 찾을 수 있다. 헌법입법자들이 동성간 결합을 배제하고자 했다는 명백한 의사가 확인될 수 없으므로 동성혼의 인정여부는 헌법 해석으로 보충하여야 할 ‘흠결’에 해당한다. 제36조 제1항은 ‘남녀’ 또는 ‘양성’에 기초한 혼인이 아닌 남녀 ‘동권’ 내지 양성 ‘평등’에 기초한 혼인을 보장하겠다는 의미로, 해석에 있어서도 존엄과 평등을 지향점으로 하는 헌법적 가치결단을 고려하여야 한다. 그렇다면 헌법상 혼인의 의미는 좁은 범위의 법률혼 내지 민사법상 혼인에 국한되는 것이 아니라, 인생동반자관계 의사로 결성되는 사적 결합으로 넓게 이해할 수 있다. 이 같은 실질적 기능 중심의 개방적 이해에 입각한다면, 동성간 혼인도 충분히 헌법상 혼인에 포함될 수 있다.

이상의 논의를 종합하면, 동성혼 금지설은 크게 두 가지 해석론에 근거하고 그같은 해석론을 필연적이고 유일한 독해로 전제하고 있음을 확인할 수 있다. 첫째는 헌법제정자의 의도 내지를 중시하는 접근으로(이하 ‘의도주의’), 이들이 제헌 및 개헌 당시 동성혼의 존재를 알았더라면 이를 명시적으로 배제했을 것이라는 가정적 의사까지 포함한다. 둘째는 문언 자체의 의미가 확정되어 해석으로 변경할 수 없다 보는 입장(이하 ‘문의주의’)이다. 이는 다시 헌법 제36조 제1항을 각 구문의 문언 해석한 결과로써 ‘혼인’이 ‘양성’의 결합임을 정의하는 규정으로 이해하는 입장과 ‘혼인’이라는 문언 자체가 필연적으로 이성 간의 결합이라는 객관적 의미를 가진다고 보는 입장으로 나누어 볼 수 있다.

이러한 해석론은 법의 고정된 의미를 전제하고, 그것을 찾는 것을 법해석의 원칙으로 파악하는 미국의 원의주의(originalism) 해석론과 유사한 면모를 보인다. 특히 오늘날 원의주의가 미국 연방법원의 주된 해석방법론으로 정착하였다는 점에서, 미국의 사례를 연구하는 것은 위같은 해석론의 이론적 근거와 구체적 적용, 그리고 한계를 파악하는 데 풍부한 자료를 제공할 수 있다.

38) 이동훈. "동성혼의 헌법적 쟁점 - 헌법해석의 한계 -". 공법학연구, 제20권 2호, (2019), 159면 이하

39) 이재희. "헌법 제36조 제1항을 중심으로 한 혼인의 헌법적 보장에 대한 검토". 헌법학연구, 제24권 4호, (2018), 72-82면, 85-91면, 100-102면.

III. 미국의 원의주의 해석론

1. 원의주의 해석론 개관

원의주의는 현재 미국에서 가장 맹위를 떨치는 헌법 해석론이라 할 수 있다. 원의주의는 Warren 및 초기 Burger 대법원장 시기 연방대법원의 적극적이고 진보적인 판결에 대한 반동을 계기로 출현하였다. Brown v. Board of Education(1954)⁴⁰ 판결은 미국 연방헌법 수정조항 제14조(Amendment XIV)의 해석에 있어 공교육에서의 ‘분리하되 평등’의 원칙(the Doctrine of Separate but Equal)을 폐기하였다. 위 판결은 헌법의 의미를 밝히는 논증에 많은 분량을 할애하는 대신, 분리 자체가 해로운 영향을 준다는 사회과학적 분석 및 공교육의 위상이 60년 전⁴¹에 비하여 높아졌다는 사회 변화를 실시하였다. 이 시기 대법원은 실체적 적법절차(substantive due process)가 반영된 권리를 만들어낼 수 있다 보고⁴², 이를 이론적 기초로 헌법이 낙태에 대한 보호를 제공한다는 법리를 적극적으로 수용하였다⁴³.

원의주의는 이같은 사법부의 ‘일탈’을 헌법으로 제어하기 위하여 고안되었다. 원의주의의 출발점은 헌법을 견고한 규범으로 이해하는 것이다. 초기에는 헌법 해석은 헌법기초자의 의도(original intent)에 구속되어야 한다는 시각⁴⁴이 강했으나, 이 같은 견해는 이윽고 의도 확정 의 어려움과 경직성, 헌법 입안자만을 강조하는 비민주성에 대하여 비판이 제기되자 효과적으로 대응하지 못하고 퇴조한 것으로 여겨진다.

이때 원의주의 사법철학을 오늘날의 의미로 정리하고 법원의 해석론으로 정착시키는 데 지대한 기여를 한 인물이 스칼리아(Antonin Scalia) 대법관이다. 그는 원의의 근거를 문언(text)에서 나타나는 원래의 의미(original meaning)에서 찾는 견해를 집대성하였고, 그가 집필한 판결문은 이론적 근거를 제공하는 등 실천적 면모를 보여주었다⁴⁵. 스칼리아의 원의주의는 원의의 개념과 도출에 관한 입장을 밝히는 것으

40) Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954)

41) Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896)

42) Griswold v. Connecticut | 381 U.S. 479 (1965).

43) Roe v. Wade | 410 U.S. 113 (1973). 이 사건의 주심 블랙먼 대법관(Harry A. Blackmun)은 대법관 취임 이전 의료 변호사로 오래 활동했고, 이 판결에도 그의 전문지식이 반영된 것으로 여겨진다. 린다 그린하우스 지음 ; 안기순 옮김, 블랙먼,판사가 되다, 청림출판, 2025, 114-182면.은 블랙먼 대법관이 남긴 문서를 토대로 작성된 전기이며, 특히 Roe v. Wade 다수의견 작성에 영향을 미친 그의 사법철학과 인생을 상세히 분석한다.

44) 이를 舊원의주의(old originalism) 내지는 고전적 원의주의, 의도주의(intentionalism)라 한다. 보크(Robert H. Bork)가 그 대표적인 이론가로 꼽힌다. 버거의 후임인 레퀴스트(William H. Rehnquist) 대법원장의 살아있는 헌법(living constitution) 해석론 비판(Rehnquist, W. H. "The notion of living constitution", Harvard Journal of Law & Public Policy, 29권 2호, (2006), 405-408면) 역시 이와 같은 견해에 입각한 것으로 평가된다.

45) 이를 新원의주의(new originalism) 내지 문언주의(textualism)라 한다. 특히 국내에는 ‘원의주의’를 고전적 원의주의에 국한시키고 신원의주의를 문언주의로 완전히 대체하여 쓰는 경우도 있으나(대표적으로 박종현 "미연방대법원에서 문언주의 전통의 균열 - 닐 고서치 대법관과 브렛 캐버노 대법관의 문언주의 논의의 의의와 한계 -" 미국헌법연구 33권 1호, (2022), 161-175면.), 스칼리아 대법관이 자신의 법철학을 집대성한 저서를 직접 *originalism: the lesser evil(1988)*이라 명명한 이상 굳이

로 출발한다. 그에게 원의는 의도를 밝히는 것이 아니라 원래의 이해(original understanding)를 의미하는 것이고, 이는 곧 객관적인 의미(objective meaning)로서 법의 제정을 전후해 일반인들에게 이해된 바(public understanding)를 통하여 밝힐 수 있다는 것이다. 이로써 추출된 법의 일반적 의미는 제정 당시를 기준으로 고정된 것으로 변화를 허용하지 않으며 동시에 어디에도 적용될 수 있는 추상적 의미를 갖는다. 이러한 접근은 원의주의의 기본적인 틀을 유지하되, 해석 과정에서 다양한 자료의 참조를 정당화하고 다양한 사안에 적용하는 지침을 준다는 점에서, 실용적이고 유연한 원의주의로 평가된다. 스칼리아의 이론은 원의주의의 전범으로 자리매김하여 학계는 물론 동료 토마스(Clarence Thomas) 대법관에게 영향을 주었고, 트럼프 대통령에 의해 임명된 고서치(Neil Gorsuch), 캐버노(Brett Kavanaugh), 배럿(Amy Coney Barrett) 세 대법관은 모두 사법철학에 있어 그의 후계자로 평가된다⁴⁶⁾.

원의주의의 원칙은 통치구조론을 규율하는 미국 헌법 본문에도 적용된다. 사실 통치구조에 대한 강조 자체가 원의주의의 이론적 원천이라 볼 수 있다. 원의주의가 당시 미국의 법현실에 내리는 진단의 핵심은 ‘제정 법치주의(Rule of law as a law of rules)’이다. 헌법을 비롯하여 제정된 성문법⁴⁷⁾은 입법권이 행사된 영역이므로, 형편 없는 법이라 하여 법원에게 이를 개정할 권한은 없다. 커먼로 전통은 법원에게 강력한 자의성을 보장하고, 미국에는 법의 정신(spirit)을 법문(letters)보다 우선시하는 경향이 팽배하나, 법원이 구체적 타당성을 이유로 제정법 영역에서 법형성을 시도한다면 이는 권한 찬탈이 된다. 도덕적 당위에 기초해 논란이 있는 영역에서 헌법적 권리를 도출하는 것은, 헌법의 지배가 아닌 헌법을 참칭하는 비선출직 법관의 지배(이른바 ‘The Imperial Judiciary’)에 지나지 않다⁴⁸⁾.

순수한 이론적 관점에서, 원의주의 자체는 객관적인 해석(물론, 제정 당시의 ‘객관적 의미’에 기초하는)을 표방하므로 정치적으로 진보적인 해석도 보수적인 해석도 아니다. 그러나 원의주의자들의 출발점은 진보적 판결들은 ‘전복’하는 것이고, 궁극적으로 원의주의자들이 장악한 최근의 연방대법원은 급진적 변화를 주로 헌법상 보장되는 권리의 인정범위 축소하는 방향으로 주도하였다. 낙태에 관한 Roe v. Wade와 후속 판결인 Planned Parenthood v. Casey를 파기하였고⁴⁹⁾, 법률이 불분명

‘어휘의 엄격한 구분’에 구애될 필요는 없다 생각된다.

46) 김문현. "헌법해석방법으로서 원의주의에 대한 검토- 미국에서의 논의를 중심으로 -". 헌법재판연구 3권 2호, (2016), 138-145면. 및 박종현. "미연방헌법 수정조항 제6조의 원의주의 해석에 대한 검토 - 형사배심 유죄평결에서 비(非) 만장일치제 인정 여부 논의를 중심으로 -". 세계헌법연구 28권 1호, (2022), 195-204면.

47) 특히 원의주의의 관점은 커먼로의 불문법 전통에도 불구하고 성문헌법을 제정한 것이 의미를 규정하고 고정된 국민의 중대한 결단으로 강조한다. Stephen E. Sachs, Constitutional Backdrops, 80 George Washington Law Review, (2012), 1829-1833면.

48) 최용범. "스칼리아 원본주의 법해석방법론 연구 - 드워킨과의 논쟁을 중심으로" 서울대학교 석사학위논문, (2017) 36-44면.

49) Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, 597 U.S. 215 (2022). 특히 로버츠 대법원장은 Roe와 Cassey 판결의 폐기에는 반대하는 별개의견을 냈으나 아무런 동조자도 얻지 못하였고, 헌법해석 논쟁의 질적 수준을 이유로 한 선례변경을 제시한 것이 커먼로의 선례구속 원칙을 위협한다는

한 경우 행정청의 재량을 인정하는 원칙을 폐기하였으며⁵⁰⁾ 행정권이 온전히 대통령에게 속한다는 명제 하에 대통령의 인사권에 관한 제한을 철폐하였다⁵¹⁾. 과연 이같은 급진적인 흐름이 커먼로 체계의 근간인 선례 구속에 부합하는지, 이 역시 다른 형태의 법관의 지배에 불과한 것이 아닌지, 객관적 의미를 도출하는 과정에서 정치적 의도에 의한 선별이 이루어지는 것은 아닌지, 궁극적으로 의미를 제정 당시로 고정하여 현실의 변화를 수용하지 않는 헌법 해석론 자체가 헌법에 부합하는 것으로 볼 수 있는지⁵²⁾에 대해서는 여전히 의문이 제기된다.

이어서 구문의 해석이 문제된 경우에, 원의주의 해석론이 보여주는 전형적인 논증 사례를 짧게 살핀다. 무기 소지의 권리에 관한 수정 제2조는 다음과 같이 규정하고 있다. “잘 정비된 민병대는 자유로운 주의 안보에 필요하므로, 무기를 소유하고 휴대할 국민의 권리는 침해되어서는 안된다.”⁵³⁾ 이처럼 수정 제2조는 전문(prefatory clause)과 본문(operative clause)의 구조로 구성되며, 권리의 주체를 개인으로 인정하는 해석론과 집단적 권리 내지는 주의 권리로 이해하는 해석론의 대립이 있었다. 종래 연방대법원은 민병대의 육성에 합리적으로 연결되지 않는 무기 소지는 수정 제2조의 보호대상이 아니라고 판시하여 무기소지권을 사실상 주정부의 민병대 운영과 연관된 권리로 이해하였다⁵⁴⁾.

워싱턴, D.C.는 권총 등록 자체를 금지하는 전국에서 가장 엄격한 총기규제법을 운영하였는데, 그것이 수정헌법 제2조에 어긋나는지 문제된 사건⁵⁵⁾에서 스칼리아 대법관이 작성한 다수의견은 개인적 권리설을 천명하며 총기소지권을 실질적으로 부활시켰다. 그 주된 근거는 비준 당시 수정헌법 제2조가 가지는 원래의 의미이다.

수정헌법 제2조는 전문과 본문으로 구분되며, 전문은 목적을 설명하는 부분이고 본문이 그 법적 효력을 발생시키는 부분으로 해석되어야 한다. 본문의 내용이 전문에 의하여 제한되거나 확장되지 않는다. 수정 헌법 제2조는 커먼로상 저항권의 수단으로 인정되던 무기소지권을 수용한 것으로, 국민의 권리(right of the People)의 형태로 권리를 명시한 것은 권리장전의 다른 조항들과 동일하며, 1791년 당시의 당

지적이 제기되었다. 이에 관하여는 박종현, "헌법해석 논증의 질적 수준을 이유로 한 선례변경의 문제 - 2022년 미연방대법원의 Dobbs 판결에 대한 비교헌법적 검토를 중심으로 -," 미국헌법연구 34권 1호, (2023), 132-140면. 참조.

50) Loper Bright Enterprises v. Raimondo, 603 U.S. ___ (2024)는 Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837 (1984)으로 확립된 이른바 세브론 존중 원칙을 폐기하였다.

51) Seila Law LLC v. Consumer Financial Protection Bureau, 591 U.S. 197 (2020)

52) 특히 세대적 정의에 입각하여 원의주의 관점에 의문을 제기하는 이들은 죽은 자에 의한 구속('the dead hand of the past')과 같은 표현을 사용하며 비판한다. Brest, Paul, "The Misconceived Quest for the Original Understanding", 60 B.U.L REV, (1980), 225면. 김민배, "헌법해석과 원의주의의 쟁점" 헌법논총 27권, (2016), 100-106면.

53) "A well regulated Militia being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed."

54) United States v. Miller | 307 U.S. 174 (1939) 위 판결은 수정헌법 제2조의 내용과 범위를 직접적으로 규정한 사실상 최초의 선례이자, Heller 판결 이전 유일한 선례이다. US v. Miller 선례가 무기소지권을 집단적 권리로 명시하였다 보기는 힘드나, 민병대와 무관한 무기소지에 대해서는 규제당국의 사실상 무제한적인 규제를 허용한 것으로 이해된다.

55) District of Columbia v. Heller, 554 U.S. 570 (2008). 이하 Heller 판결.

시 법률문서, 신문, 팜플렛과 오늘날의 사전을 보더라도 무기의 소유(keep arms)와 휴대(bear arms)를 민병대 참여와 관련된 권리로 한정하여 해석할 수 없다. 민병대 중심의 해석은 수정헌법 제2조의 실질적 의미를 형해화할 우려가 있다. 따라서 헌법 비준 당시 보편적으로 사용된 무기의 개인 소지를 금지하는 규제는 허용되지 않는다⁵⁶⁾.

Heller 판결은 연방법원이 개인의 총기소지권을 실질적으로 보장한 최초의 판결이면서, 원의주의적 해석의 전형으로 여겨진다. 그러나 이에 대하여는 원의주의에 대한 전통적인 비판과 함께, 원의주의의 취지 자체를 퇴색시킨 것이라는 지적 또한 상존한다.

다수의견은 자신의 해석론이 조문의 객관적 의미에 부합한다 주장하며, 그 근거로 다양한 시기의 자료들이 동일하게 해석하고 있음을 제시한다. 다수의견은 그러나 매디슨의 초안⁵⁷⁾ 등 부합하지 않는 사료는 적극적으로 배제하였다. 스티븐스 대법관(John Paul Stevens)의 반대의견은 스칼리아의 다수의견과 유사한 문언 중심 접근과 역사 자료의 참조를 통해⁵⁸⁾, 정반대의 결론에 이르렀다는 것은 객관적 의미 자체에 대한 회의를 불러일으킨다. 이는 원의주의가 추구하는 일반인의 이해에 부합하는 법의 원의가, 실제로는 법관 개인이 갖는 견해를 뒷받침하는 자료만을 취사선택한 결과물은 아닌지 의심을 불러일으킨다. 나아가 다수의견은 그 해석론이 종래의 해석과 충돌할 수 있음을 인정하면서도, 자신의 접근만이 ‘수백 만 미국인의 염원’에 부합한다는 주장을 편다. 그러나 이는 스칼리아 대법관이 평소 비판하는 살아있는 헌법 이론 내지는 대중적 헌법주의(popular constitutionalism)에 유사하고, 문화전쟁에 직접 참가하여 총기 소지 운동의 편을 들어준 것과 다르지 않다는 비판이 있다⁵⁹⁾.

이와 같은 비판은, 과연 원의주의의 방법론에 기초한 판결이 사법기능의 본질인 권위 있는 법 해석과 법적 안정성을 제공할 수 있는지 근본적 의문을 불러일으킨다.

2. Bostock v. Clayton County (2020)⁶⁰⁾: 성적지향에 기초한 차별과 원의주의

56) 임지봉 "미국 수정헌법 제2조의 무기소지권과 총기규제", 헌법학연구 제28권 제2호, (2022), 448-455면.

57) 매디슨의 초안은 다음과 같다. "The right of the people to keep and bear arms shall not be infringed; a well armed and well regulated militia being the best security of a free country: but no person religiously scrupulous of bearing arms shall be compelled to render military service in person." 양심적 병역거부에 관하여 명시함과 함께, 집단적 성격이 보다 강조되는 것으로 여겨진다. 박종현, "미국 연방헌법 수정조항 제2조의 무기소지권과 총기규제에 대한 연방대법원의 논의 : 2022년 New York State Rifle and Pistol Association v. Bruen 판결에 대한 검토를 중심으로", 공법학연구 제24권 제1호, (2023), 63-69면.

58) 스티븐스 대법관은 수정헌법 제2조에서 전문이 그 목적에 해당하는 점, 전문의 잘 규율된(well regulated), 본문의 국민들(people)이라는 문언, 이와 비슷한 시기에 개별 주들의 권리장전의 문언에 비추어 집단적 권리를 의미함이 명백하다 보았다. District of Columbia v. Heller, 2824-31, 2847. Jusitce Stevens, dissenting.

59) 대표적으로 Siegel, Reva B. "Dead or Alive: Originalism as Popular Constitutionalism in Heller" Harvard Law Review 122(1) 236-245면 (2008).

60) Bostock v. Clayton County, 590 U.S. 644 (2020). 이하 Bostock 판결,

원의주의가 추구하는 법관의 이상은 정치와는 무관하고 법의 객관적 의미에 따라서 법을 적용하는 판사이다. 그러나 원의주의 흐름 자체가 진보적 판결에 대한 반발로 나타난 것인바, 보수주의 정치운동의 슬로건과 친밀한 이 해석론이 과연 진정으로 객관적 의미를 도출하는 것이 맞는가에 대한 의문이 제기됨은 상술한 바와 같다. 이때 1964년 민권법 제7편의 성(sex)에 근거한 고용 영역에서의 차별 금지를 규정한 조항이 성적 지향에 의한 차별에 대하여도 적용된다 판단한 *Bostock v. Clayton County* 사건의 해석론은 원의주의의 작용 양상의 일례와 함께 그 한계를 제공한다.

(1) 사실관계 및 사건개요

동성애자인 보스톡(Gerald Bostock)은 조지아 주 클레이턴 카운티의 아동복지 서비스 코디네이터로 근무하던 중, 2013년 동성애자 소프트볼 리그 참여 이후 직장 내 비난의 대상이 되었다. 카운티는 프로그램 자금 유용을 이유로 보스톡을 해고하였으나, 보스톡은 실제로는 자신의 성적 지향을 이유로 한 해고로서 민권법 제7편을 위반한 차별이라 주장하며 소송을 제기하였다. 연방지방법원과 제11항소법원은 성적 지향에 따른 차별이 민권법 제7편의 규제대상이 아니라고 판단하며 청구를 기각하였다.

한편 동성애자임을 밝혔다가 해고된 스카이다이빙 교관 자르더(Donald Zarda)와 성전환 계획을 알린 후 해고된 트랜스여성 스테판스(Aimee Stephens)도 유사한 소송을 제기하였다. 이들 사건을 심리한 제2항소법원과 제6항소법원은 성적 지향이나 성적 정체성에 기한 차별이 민권법 제7편이 금지하는 '성을 이유로 하는 차별'에 해당한다고 보아 제11항소법원과 상반된 판단을 내렸다. 이에 연방대법원은 세 사건을 병합심리하였다⁶¹⁾.

(2) 다수의견의 요지

고서치 대법관이 작성하고, 로버츠(John Roberts) 대법원장과 긴즈버그, 소토마요르(Sonia Sotomayor), 케이건 대법관이 가담한 다수의견은 동성애자나 성전환자에 대한 차별도 성차별에 해당한다 주장하였다. 다수의견은 먼저 '성을 이유로 하는 차별'에 해당하는지 여부는 법문의 의미를 규명하는 작업이고, 이는 1964년 당시 일반인들에게 이해된 바를 확인하는 과정임을 확인하였다. 구체적으로 '성'은 남성과 여성의 생물학적 구분을, '~이유로(because of)'는 영미법상 인과관계론의 조건설을 의미하는 것으로 보고, 고용인의 해고가 성별에 따른 차별대우인지 판단하였다.

구체적인 논리 전개는 다음과 같다. 남성 동성애자에 대한 차별은 여성에게 허용되는 남성에게 끌리는 특성을 이유로, 트랜스젠더 여성에 대한 차별은 출생시 여성의 정체성을 가진 자에게 허용되는 특성을 이유로 차별대우를 하는 것이다. 따라서 성적 지향이나 성적 정체성에 따른 차별은 성차별을 반드시 수반하므로, 고용주의 해

61) 박종현(주45), 152면.

고조치에 다른 요인이 개입하였더라도 성이 한 요인이므로 성을 이유로 하는 차별에 해당한다.

1964년 입법 당시 입법자들이 성소수자를 보호하는 의도를 갖지 않았음은 중요하지 않다. 법의 해석은 법의 명확한 문언에 의한 것이고, 예상치 못한 사안에 적용된다 하여 효력이 제한되는 것은 아니다⁶²⁾.

(3) 반대의견의 요지

알리토(Samuel Alito) 대법관이 집필하고 토머스 대법관이 가담한 반대의견은, 다수의견이 사법 판단의 형식을 취했으나 실질적으로는 입법을 수행하였다 비판하였다. 특히 민권법 제정 당시에는 성적 지향이나 성 정체성 개념이 보편화되지 않았으므로, 이를 법문상 성별에 포섭하는 해석은 법의 일상적 의미를 넘어서는 반문언주의적 해석이라 지적하였다. 또한 1975년 이후 성적 지향을 차별금지 사유에 추가하려는 법률안이 계속 제출되었으나 통과되지 못했다는 입법사는 이들이 성별과는 구별되는 개념임을 보여준다고 보았다. 반대의견은 또한 확대 해석이 가져올 사회적 파급효를 우려하였다. 기존의 양성에 기초한 각종 조치들에 대한 문제 제기가 잇따르면서, 개인의 프라이버시권과 종교의 자유, 언론의 자유 등이 위협받을 수 있다고 경고하였다.

캐버노 대법관의 반대의견 또한 알리토의 반대의견과 논거가 유사하며 해석론에 대한 비판이 보다 두드러진다. 반대의견은 다수의견이 성적 지향이나 성 정체성에 기한 차별을 금지할지 여부는 의회가 결정할 입법의 영역이며, 법관이 정책적 견해로 이를 대신하는 것은 법치주의의 위협이라 비판한다. 나아가 그는 다수의견의 해석방식이 문언주의가 아닌 단순한 문자주의적 해석(literalism)에 그친다고 지적하였다. 진정한 문언주의는 법문의 일상적 의미를 따라야 하는데, 성별의 일상적 의미에는 성적 지향이나 성 정체성이 포함되지 않으며 이는 연방법률, 행정명령, 연방규정, 주법 등에서 이들 용어를 구분하여 사용하는 입법례를 통해서도 확인된다는 것이다⁶³⁾.

(4) 평가

Bostock 판결은 의견상 원의주의의 우세와 그 객관성을 증명하는 것처럼 보인다. 그러나 다수의견은 물론이거니와, 반대의견들 모두 각자가 진정한 문언주의를 자처하고 있는 국면은 원의주의의 분화와 함께 원의주의가 내재한 난맥상을 표출한다.

스칼리아의 원의주의는 법문을 법원으로 삼되 지나친 문자주의를 경계하며 동시에 문맥도 고려해야 한다는 복합적인 방법론이다. 그러나 구체적 국면에서 문언(text)과 맥락(context) 중 어디에 비중을 둘 것인지는 결국 법관의 재량이 된다. 고서치는 법문의 단어가 갖는 의미를 개별적으로 분석하여 조합하는 접근을, 캐버노는 문언이 사용되는 체계적 맥락과 사회적 용례를 고려하는 방법을 택하였다. 이는 문언의 의미 파악을 위해 독자마다 다른 자료를 참조하고, 결론이 달라질 수 있어 원의주의

62) 전계논문, 153-155면.

63) 전계논문, 156-157면.

해석이 독자 중심의 주관적 해석일 수 있음을 시사한다는 것이 국내 연구의 분석이다⁶⁴⁾.

나아가 얼리토의 반대의견은 문언주의와 사회적 파급효를 동시에 논거로 삼는다. 그러나 원의주의적 관점에서 정책 전문가가 아닌 법관의 정책적 고려야말로 법의 지배를 위하여 배척되어야 할 대상이므로, 이는 양립할 수 있는 성질의 것이 아니다. 결과적으로 얼리토의 반대의견은 다수의견의 해석이 원의주의 방법에 어긋나 입법에 이르렀다 꾸짖으면서도, 그 스스로도 원의주의 해석론에 일탈하여 원하는 결론을 뒷받침하는 논거라면 분별 없이 취하는 모순을 보여주는 것이라 평할 수 있다.

IV. 캐나다와 일본의 판결례

1. 캐나다의 살아있는 나무 이론과 동성혼

헌법의 문의를 고려하되, 원의주의에 정도되지 않는 해석은 일견 모순되어 보인다. 이하에서는 헌법의 문언과 취지를 함께 고려한 캐나다와 일본의 판례를 소개한다. 살아있는 나무(living tree) 이론은 캐나다 헌법해석에서 등장한 헌법해석방법론으로, 1929년 *Edwards v. Canada* 사건에 대한 추밀원 사법위원회(Judicial Committee of the Privy Council)의 판결에서, 판결문을 작성한 John Sankey경에 의해 처음 주창되었다. 대상 판결은 “1867년 헌법은 캐나다에 자연적 한계 내에서 성장과 확장이 가능한 ‘살아있는 나무(living tree)’ 를 심었다. 헌법의 해석을 좁고 기술적인 의도에 따라 축소하는 것이 아니라 자유롭고 넓게 해석을 해야 한다.”⁶⁵⁾는 헌법 해석 방법을 제안하였고, 이는 이후 캐나다의 대표적인 헌법 해석 방법으로 자리잡았다⁶⁶⁾.

이론의 요지는 다음과 같다. 헌법은 미래를 내다보고 기초된 것이며, 기초자가 상정하지 않은 새로운 사회적, 정치적 현실과 만날 때마다 성장하고 발전해야 한다. 헌법제정자나 기초자의 의도나 확립된 판례에 구속되지 않으며, 재판관은 헌법 문언에 대해 좁고 전문적인 해석이 아니라 넓고 자유로운 해석을 해야 한다. 그 이론적 근거는 헌법이 사회의 변화하는 요구에 부응하기 위한 항구적인 문서라는 이념에 있다⁶⁷⁾.

살아있는 나무 이론이 제시된 *Edwards v. Canada* 사건은 persons case라고 통칭된다. 위 판결의 쟁점이 1867년 영국령 북미헌법 제24조는 총독이 상원에 소환할 수 있는 “유자격자(qualified Persons)” 개념에 여성이 포함되는지 여부였기 때문이다.

64) 전개논문, 169-182면.

65) ([1930] AC 124 at 106-107);

66) 김민배, "캐나다 헌법에서 사람(Persons)의 해석과 살아있는 나무이론의 기원 -Edwards v. Canada 판례를 중심으로-", 헌법재판연구, 7권 1호, (2020), 352면.

67) 전개논문, 367-370면.

Henrietta Muir Edwards 등 5명의 여성이 상원의원 임명 자격에 관한 헌법 해석을 구한 것이었기 때문이다. 캐나다 연방대법원은 1928년 여성은 상원에 소환될 자격이 없다고 판결하였는데, 이는 고전적 원의주의에 가까운 접근을 취한 것으로 평가된다. 대법원장 Anglin은 제24조의 Persons에 여성을 포함한다면, 동조는 1867년부터 여성을 포함하고 있었다는 것이 되는데 ‘1867년 헌법이 제정된 당시에 확립된 자격의 범위를 넘어서는 대상’은 Persons에 포함되지 않는다고 판단했다. 그렇다면 1867년 여성은 공직을 맡을 수 없고, 헌법 문언에도 근거를 찾을 수 없기 때문이다⁶⁸⁾.

당시 캐나다의 최고 사법기관이었던 추밀원 사법위원회는 1929년 캐나다 대법원의 결정에 반대하고, 유자격자에 여성을 포함하는 것으로 해석하였다. 추밀원 사법위원회는 상원에 여성을 소환할 수 있는냐는 문제에 대해서, 1867년 헌법 제24조가 규정하는 person이란 문언의 의미론적 의미의 탐구를 시행해야 한다고 하고, 그 판단은 사건 이전 법률이나 판례와 같은 외적 증거와 법 그 자체의 내적 증거, 동조의 사람이란 문언의 의미론적 의미를 판단하기로 했다. 그 결론은 다음과 같았다. 첫째, 1867년 헌법의 목적은 책임 있고 발전하는 국가인 캐나다에 헌법을 제공하는 것이다. 둘째, person이라는 단어는 모호하며 양성을 포함할 수 있다는 것이다. 셋째, 캐나다 헌법에는 person에 여성을 포함해야 한다는 것을 보여주는 조항들이 있다는 것이다. 넷째, 일부 조항에서 ‘남성(male)’에게 국한시키고자 할 경우 남성을 명시적으로 사용하고 있다는 것이다. 만약 의회가 제24조의 persons이라는 문언을 남자로 그 제한을 해야 할 의도가 있었을 경우에는 그렇게 한정하는 표현에 의해서 확실히 그 의도를 분명히 하였을 것이다. 즉, 추밀원 사법위원회는 헌법 조문의 의미가 제정자의 의도나 사법 해석에 의해서 보편적으로 고착되는 해석은 없다는 것을 확인하였다⁶⁹⁾.

현재 캐나다는 1982년 헌법으로 ‘권리 및 자유에 관한 캐나다 헌장’을 도입하였고, 캐나다 연방대법원에 최고사법기관의 지위를 부여하여 상고심과 권고의견을 그 관할로 설정하였다. 캐나다 연방대법원은 2004년 동성결혼에 관한 조희 사건⁷⁰⁾에서도 살아있는 나무 이론을 명시적으로 적용하였다. 이 사건은 2003년 7월 16일 연방정부가 연방대법원법 제53조에 근거하여 동성혼을 허용하는 법률을 제정하는 것이 헌법에 합치되는지 대해 조희한 것으로 시작되었다⁷¹⁾. 캐나다 연방대법원은 법원은 캐나다 헌법이 “진보적인 해석의 방법에 의해 현대 생활의 현실을 받아들이고, 또

68) 전개논문, 336-351면.

69) 전개논문, 363-365면.

70) Reference Re Same-Sex Marriage [2004] 3 S.C.R. 698, 2004 SCC 79

71) 구체적인 질문과 대법원의 권고의견은 다음과 같았다. 질문: 1. 이 법안의 제안이 의회의 권한 범위 내에 있는가? 그렇지 않다면, 어느 정도까지인가? 2. 만약 그렇다면, 제안된 법안의 제1조가 헌장과 일치하는가? 그렇지 않다면, 어느 정도까지인가? 3. 종교의 자유를 보장하는 헌장 제2조 (a)항이 동성결혼을 믿지 않는 종교 관계자들을 보호하는가? (부가적 질문으로) 4. 관습법과 퀘벡 법에서 확립된 이성간 결혼 요건이 헌장과 일치하는가? 그렇지 않다면, 어느 정도까지인가?

답변: 1. 첫 번째 질문에 대해: 예. 두 번째 질문에 대해: 아니오. 2. 예. 3. 예. 4. 법원은 이 질문에 대해 답변하지 않을 재량권을 행사한다.

는 그 현실에 대처하는 살아있는 나무“라고 밝히며, “넓고 자유로운 또는 진보적인 해석이야말로 캐나다 헌법문서를 해석하는데 타당성과 정통성을 보장하는 것“이라 판시하였다.

캐나다 연방대법원은 1867년 과거 선례로 확립된 결혼과 종교를 불가분의 것으로 보는 커먼로상의 혼인 정의는 다원적 사회인 현재의 캐나다에서는 타당하지 않으며, 이러한 정의를 고수하려는 개념의 동결은 캐나다 헌법해석의 가장 근본적인 원칙에 반한다고 판시했다. 또한 동성혼의 권리는 잠재적으로 종교의 자유와 충돌할 가능성이 있지만, 그 권리의 충돌은 헌장과 충돌이 아니라 오히려 헌장 내부 균형과 서술에 의해 해결되기 때문에 헌장 제2조 a호를 침해하지 않는다고 판단하였다⁷²⁾.

2. 일본의 동성혼 소송과 각급 법원의 판단

일본의 카토 타케하루(加藤文晴) 등 인권과 변호사들은 2019. 1. 22. 일반재단법인 ‘Marriage For All Japan - 結婚の自由をすべての人に(결혼의 자유를 모든 사람에게)’⁷³⁾를 설립한 후, 전국 각지에 거주하는 동성커플을 대리하여 각급 법원에 국가를 상대로 동성혼을 인정하지 않는 위헌적인 민법 및 호적법 규정을 개정하지 않은 입법부작위를 원인으로 하는 국가배상 소송을 제기하였다⁷⁴⁾. 2019년 도쿄·오사카·나고야·삿포로·후쿠오카에 제기된 다섯 사건은 결론과 이유를 달리하였으나, 2024-2025년 다섯 개 고등재판소에서 선고된 그 항소심 판결은 모두 민법과 호적법에 대한 위헌 판결 및 국가배상청구 기각으로 결론을 같이 하였다. 현재 각 항소심 사건의 당사자들이 상고를 제기함에 따라, 최고재판소의 판결을 앞두고 있다. 원고측이 주장한 위헌사유는 ①일본국 헌법(이하 IV. 2.에서 ‘헌법’으로 표기) 제13조 행복추구권 ②헌법 제14조 제1항 법 아래 평등 ③헌법 제24조 제1항 혼인의 자유 ④헌법 제24조 제2항 혼인과 가족제의 각 위반이었다. 각급 법원의 구체적 판단은 아래와 같다.

72) 전계논문, 368-369면.

73) 현재는 공익재단법인으로 변경되었다. 사이트 홈페이지를 통해 판결문과 소장, 준비서면 등 소송 자료를 공개하고 있다. (<https://www.marriageforall.jp/>)

74) 전유상, "일본의 동성혼 소송 진행 경과 : ‘결혼의 자유를 모든 사람에게’" 해외사법소식 152권, 79면. 한편, 도쿄지재에 제2차 소송이 제기되었고, 현재 도쿄고재에서 항소심 재판이 진행 중이다.

同性婚訴訟における憲法判断	○...合憲状態 △...違憲状態 ×...違憲判断なし -...判断なし	幸福追求権	憲法13条	法の下の平等	14条1項	基ついて成立	婚姻は同性の合意のみに	24条1項	平等	個人の尊厳と	24条2項
		裁判所	札幌	東京	名古屋	大阪	福岡	札幌	東京	名古屋	大阪
※東京第2次訴訟は東京高裁に係属中	札幌	○	×	○	○						
	東京 第1次	-	○	○	○					△	
	東京 第2次	-	-	-	-					-	
	名古屋	-	×	○	○					×	
	大阪	○	○	○	○					○	
	福岡	○	○	○	○					△	
	札幌	○	×	×	×					×	
	東京 第1次	-	×	-	-					×	
	東京 第2次	-	×	-	-					×	
	名古屋	-	×	-	-					×	
	大阪	○	×	-	-					×	
	福岡	×	×	-	-					×	

<표 1 - 동성혼소송에 대한 헌법판단>⁷⁵⁾

헌법 제24조는 물론, 헌법 제14조 제1항의 평등원칙에 관하여도 헌법상 혼인의 정의에 관한 견해대립이 나타났다. 원고 측은 혼인의 자유가 동성 커플에게도 보장되어야 하고, 동성혼을 인정하지 않는 현행 혼인 제도가 헌법에 어긋나며, 이는 합리적 이유 없는 차별에 해당한다 주장하였다. 반면 피고 측은 헌법 제24조 제1항에 기초하여 헌법이 동성혼을 부정하고 있거나 적어도 가정하지 않았으므로 동성혼을 법률로 정하지 않은 것은 헌법 위반이 아니고, 마찬가지로 헌법이 동성혼을 상정하지 않았기 때문에 이성커플과 동성커플 사이에 사실상 차이가 발생하는 것은 당연한 것으로서 부당한 차별이라고 할 수 없다는 입장을 밝혔다⁷⁶⁾.

일본 헌법 제24조는 우리 헌법과 달리 오로지 혼인에 관한 조항이고, 혼인만을 주어로 하는 “혼인은 양성의 합의를 기초로 성립” 한다는 규정을 두고 있다. 이하에서는 각급 법원의 판결 중 헌법 위반을 전혀 인정하지 않아 가장 보수적인 해석을 취하였다 볼 수 있는 오사카 지재의 판결⁷⁷⁾과, 제24조 제1항 위반을 인정한 삿포르고재의 유일한 판결⁷⁸⁾에서 헌법 제24조 제1항의 의미를 제시하고 논증한 부분을 발췌하였다.

2 본 사건 각 규정이 헌법 제24조, 제13조에 위반되는지에 관하여 (쟁점(1))⁷⁹⁾
 (중략)
 (2) 본 사건 각 규정이 헌법 제24조 제1항 또는 제13조에 위반되는지에 관하여가 헌법 제24조 제1항에 위반되는지에 관하여
 (나) 원고들은 혼인을 하는 데 관한 자유는 헌법 제24조 제1항에 기초하여 이성 간뿐만 아니라 동성 간의 혼인에 대해서도 보장되고 있으므로, 혼인제도에서 동성 간의 혼인을 배제하고 있는 본 사건 각 규정이 동향에 위반된다는 취지로 주장한다. 그러므로 먼저 동향에서 말하는 “혼인”에 동성 간의 혼인이 포함되어 있는지를 검토한다.
 헌법 제24조 제1항에서는 혼인은 “양성의 합의”에만 기초하여 성립한다는 취지가 규정되고, 혼인

75) <https://www.okinawatimes.co.jp/articles/-/1566128> 2025. 8. 31. 최종접속

76) 전유상(주73), 80면.

77) 大阪地方裁判所 平成31年(ワ)第1258号 令和4年6月20日 判決(이하 ‘오사카지재 판결’)

78) 札幌高等裁判所 令和3年(ネ)第194号 令和6年3月14日 判決(이하 ‘삿포르고재 판결’).

삿포르고재판결에 대하여는 전유상(주73), 84-86면과 서누리, “삿포르고재판소의 동성혼 입법부작위에 대한 위헌 판단”, 세계헌법재판 조사연구보고서 통권 제68호, (2024), 147-155면, 158면이 상세하게 소개하고 있다.

한 당사자에 대해서는 “부부”라는 문언이 사용되고 있으며, 동조 제2항에서도 “양성의 본질적 평등”이라는 문언이 사용되고 있다. 이와 같은 “양성”이나 “부부”의 문언은 혼인이 남녀로부터 이루어짐을 의미하는 것으로 해석하는 것이 통상의 해석이며, 위 조문 중에 이들이 동성의 개념을 포함하는 의미로 사용되고 있음을 엿볼 수 있는 문언은 찾아볼 수 없다. 헌법 기타 법령에서 위의 문언을 동성을 포함하는 의미로 사용되고 있는 예도 찾아볼 수 없다.

그리고 우리나라에서는 메이지 민법에서 처음 법률혼으로서의 혼인이 제도화되었으나, 그 기초 과정에서는 혼인에 대해서는 기본적으로 종래의 관습을 답습하는 것으로 되었고, 그 의의에 대해서도 종생의 공동생활을 목적으로 하는 남녀 간의 생존결합을 법률에 의해 공인한 것으로 되어 있었다는 점에 비추어보면, 혼인은 이성 간에 하는 것이라는 것이 당시부터 당연한 전제로 되어 있었으며, 동성 간에 혼인을 할 수 없다는 것은 굳이 민법에 규정을 두지 않아도 되는 것으로 생각되었다는 것이 인정된다 (인정사실(2)나(가)).

더욱이 쇼와 22년에 헌법이 제정되어, 개인의 존엄과 양성의 본질적 평등에 입각한 혼인제도를 확립하기 위해 헌법 제24조가 정해졌으나, 동조의 기초 과정에서 “both sexes”를 번역하여 “남녀 양성”이나 “남녀”라는 문언이 사용되었다는 점 등에 비추어보면, 이 시점에서도 혼인은 남녀 간의 것이라는 것이 당연한 전제가 되어 있었다고 생각된다 (인정사실(2)나(나)). 또한 동조의 요청을 받은 쇼와 22년 민법 개정에서도 그 기초 과정에서 동성 간의 혼인에 대해 논의된 형적은 없다 (인정사실(2)나(다)).

위와 같은 헌법 제24조의 문리나 제정 경위 등에 비추어보면, 동조 제1항의 “혼인”은 이성 간의 혼인만을 가리키며, 동성 간의 혼인을 포함하는 것이 아니라고 인정하는 것이 상당하다.

그렇다면 헌법 제24조 제1항이 동성 간의 혼인에 대해 규정하고 있지 않은 이상, 동조에 의해 사회제도로써 설치할 것이 요구되고 있는 혼인은 이성 간의 것만이라고 할 수 있으며, 동항에서 도출되는 혼인을 하는 데 관한 자유도 이성 간에 대해서만 미치는 것으로 해석된다.

이상에 의하면, 본 사건 각 규정이 헌법 제24조 제1항에 위반된다고 할 수는 없다고 해야 할 것이다. 또한 원고들은 헌법의 취지에 더하여 혼인이나 가족의 있는 방식에 대한 근시에서의 사회적 인식, 사회상황의 변화가 있다는 점을 고려하면, 동항에서 말하는 “양성”이란 “양당사자”라는 의미라는 취지로 주장하나, 그러한 사회적인 인식의 변화 등이 있다고 하더라도, 위에서 말한 문리나 제정 경위 등에 비추어보면, 그것만으로 헌법 제24조 제1항이 동성 간의 혼인제도를 설치할 것을 요청하고 있다고 해석할 수는 없다.) .

(다) 다만, 헌법 제24조 제1항이 양성의 합의에만 기초하여 혼인이 성립한다는 취지로 규정하고 있는 취지는, 혼인의 요건으로서 호주 등의 동의를 구하는 메이지 민법의 종래의 봉건적인 이에 제도를 부정하고, 개인의 존엄의 관점에서 혼인이 당사자 간의 자유롭고 평등한 의사결정인 합의에만 맡겨지는 것을 명백히 하는 점에 있었던 것으로 해석된다.

그렇다면 “양성”이라는 문언이 있는 이상, 헌법 제24조 제1항이 이성 간의 혼인을 대상으로 하고 있다는 것은 부정할 수 없다고 하더라도, 이것을 가지고 바로 동항이 동성 간의 혼인을 적극적으로 금지하는 의미를 포함하는 것이라고 해석해야 한다고까지는 할 수 없다. 오히려 혼인의 본질은 영속적인 정신적 및 육체적 결합을 목적으로 하여 공적 승인을 얻어 공동생활을 영위하는 것에 있으며, 누구와 혼인할 것인지의 선택은 바로 개인의 자아실현 그 자체라는 점에 비추어보면, 동성애와 이성애가 단순한 성적 지향의 차이에 불과하다는 것이 의학적으로도 명백해지고 있는 현재 (인정사실(1)), 동성애자에게도 이성애자와 동일한 혼인 또는 이에 준하는 제도를 인정하는 것은 헌법의 보편적 가치인 개인의 존엄이나 다양한 사람들의 공생의 이념에 부합하는 것이기는 하지만, 이에 저촉되는 것은 아니라고 할 수 있다. 더욱이 최근의 각종 조사 결과로부터는 우리나라에서도 동성애에 대한 이해가 진전되어, 동성 커플에게 어떠한 법적 보호를 부여해야 한다는 견해를 가진 국민이 상당한 정도의 수까지 증가하고 있다는 것이 엿보인다.

이상에 의하면, 헌법 제24조 제1항이 이성 간의 혼인만을 정하고 있다고 하여, 동성 간의 혼인 또는 이에 준하는 제도를 구축하는 것을 금지하는 취지라고까지 해석해야 하는 것은 아니다. 그러

므로 본 사건 각 규정에 대해서는 헌법 제24조 제1항에 위반하지 않는다고 하더라도, 동항의 위 해석을 전제로 하여, 동조 제2항 적합성을 검토하는 것이 상당하다.

(2)⁸⁰⁾ 헌법 제24조 제1항은 “혼인은 양성의 합의에 의해서만 성립하고 부부가 동등한 권리를 가지는 것을 기본으로 하여 상호협력에 의하여 유지되어야 한다.” 고 규정하고 있는데, 이것은 양성 간 즉, 남녀 간에 혼인할지 안 할지, 언제 누구와 혼인할지를 당사자 사이의 자유롭고 평등한 의사결정에 맡겨야 한다는 것을 명확히 정한 것으로 해석된다.

본 건 규정은 헌법 제24조에 입각하여 양성 즉 이성 간의 혼인을 정한 것으로 해석되고 있다. 본 건 규정이 헌법 제24조 제1항의 취지에 거스르는 것이라 평가할 수 없다. 혼인 및 가족에 관한 법제도의 내용을 정하는 국회의 입법재량의 한계는 넘었는지를 검토할 때 어떠한 법제도의 내용으로 인해 혼인의 자유가 제약되고 있는지 고려되어야 한다고 생각한다.

헌법 제24조 제2항은 “배우자의 선택, 재산권, 상속, 주거의 선정, 이혼과 혼인 및 가족에 관한 그 밖의 사항에 관하여 법률은 개인의 존중과 양성의 본질적 평등에 입각하여 제정되어야 한다.” 고 규정하고 있다. 혼인 및 가족에 관한 사항은 관련 법제도를 통해 구체적인 내용이 정해지는 것이므로 그 법제도의 설계가 중요한 의미를 지닌다. 헌법 제24조 제2항은 그 구체적인 제도의 구축을 제1차적으로는 국회의 합리적인 입법재량에 맡기면서도 그 입법을 함에 있어 동조 제1항을 전제로 하는 동시에 개인의 존엄과 양성의 본질적 평등에 입각해야 한다고 하는 요청을 나타내어 의해 입법재량에 한계를 설정하는 것이라 할 수 있다. 입법작용이란 본질적으로 다양한 요소를 검토해서 행해지는 것인데도 헌법 제24조가 굳이 입법에 대해 요청 내지 지침을 명시하고 있다면, 그 요청 내지 지침은 단순히 헌법상 권리인 인격권을 부당하게 침해하지 말 것에 그치는 것이 아니라 양성의 형식적 평등이 유지되도록 충분히 배려하는 법률을 제정할 것을 구하는 것이므로, 여기에서 입법재량을 헌법 제24조가 이성 간의 혼인뿐만 아니라 동성 간의 혼인까지도 보장하고 있는 것인지를 검토한다.

동조는 그 문언상 이성 간의 혼인을 정한 것으로, 제정 당시에도 동성 간의 혼인까지는 상정하고 있지 않았다고 생각된다. 혼인과 가족제도에서 구 헌법의 이(家)제도에 따른 제약을 개정하여 대등한 당사자 간의 자유로운 의사에 근거한 혼인을 정하자는 취지에서 양성이라는 문언이 채택되었다고 해석된다. 또한 그 당시 동성애를 질환이나 장애라고 인식해 온 사정도 있었다고 생각된다. 그러나 법령을 해석하는 경우에는 문언과 표현만이 아니라 그 목적하는 바에 입각하여 해석하는 것이 일반적으로 행해지고 있다. 이러한 해석방법은 법인이나 외국인의 인권이 문제가 된 경우에 처음으로 행해졌다. 이것은 헌법해석에 있어서도 다르지 않다고 생각된다. 게다가 가령 입법 당시에는 상정되지 않았다고 하더라도 사회상황의 변화에 따라 입법이 목적하는 바에 맞추어 다시 변화된 사회생활에 적합하게 해석하는 것도 행해지고 있다. 따라서 헌법 제24조에 대해서도 오로지 그 문언에만 구애될 필요 없이 개인의 존중을 보다 더 명확하게 인식하게 되었다는 배경에 입각하여 해석하는 것이 상당하다. 오늘날에 이르러 성적 지향 및 동성 간의 혼인할 자유는 헌법 제13조에 근거한 인격권의 내용 중 하나로 구성될 가능성이 있고 충분히 존중되어야 할 중요한 법적 이익으로 해석된다는 것은 앞서 서술한 바와 같다. 헌법 제24조 제1항은 혼인 여부와 언제 누구와 혼인할지를 당사자 사이의 자유롭고 평등한 의사결정에 맡겨야 한다는 취지를 명확히 한 것으로 해석되므로 이와 같은 혼인의 자유는 동항의 규정에 비추어 충분히 존중할 가치가 있는 것으로 해석할 수 있다. 그리고 헌법 제24조 제2항은 혼인 및 가족에 관한 사항의 입법이 개인의 존엄과 양성의 본질적 평등에 입각해야 한다고 규정하고 있다. 그렇다고 하면 성적 지향 및 동성 간의 혼인할 자유는 개인의 존중 및 이와 관련된 중요한 법적 이익으로서, 헌법 제24조 제1항은 인간과 인간 사이의 자유로운 연결로서의 혼인을 정하는 취지를 포함하는 것이므로, 동성 간의 혼인도 이성 간의 경우와 같은 정도로 보장된다고 생각하는 것이 상당하다.

즉 헌법 제24조 제1항은 그 문언이 이성혼만을 상정한 것이고, 동성혼은 당시 고

79) 오사카 지재 판결 74-85면.

80) 삿포로고재 판결, 44-74면.

려 대상이 되지 않았으며 그 제정 목적이 당대의 여성차별적 가족 제도를 타파하는데 있었다는 점은 두 판결이 공유하는 전제이다. 또한 두 판결은 동성 결합에 대한 사회적 변화를 고려하며, 입법취지에 따라 혼인의 본질을 이성애에서 찾지 않고, 헌법 제24조 제1항이 동성 간의 혼인 또는 이에 준하는 제도를 금지하는 것은 아니라는 판단으로 나아갔다. 다만 오사카지재 판결은 헌법 제24조 제1항에 근거한 혼인의 자유는 그 문언상 이성혼에 대하여만 적용될 수 있다 하여 제24조 제2항에 따른 심사를 진행한다. 반면 삿포로고재 판결은 헌법 제24조 제1항의 제정 취지를 강조하며, 성적 지향이 헌법상 인격권으로 보호되는 것과 결합하여 이해하여야 한다 본다. 따라서 제24조 제1항은 동성 간의 혼인할 자유를 개인의 존중 및 이와 관련된 중요한 법적 이익으로 보장하는 것이다. 한편 삿포로고재판결은 문언에 구애되지 않는 해석의 예로 외국인과 법인의 기본권 주체성을 인정하는 최고재판소 판결을 인용하는데, 우리 헌법재판소 역시 유사한 판단을 한 바 있다⁸¹⁾.

결국 문언의 명백한 의미와 제정 당시의 상황을 아울러 고려하여 해석하고, 일용 혼인의 범위를 한정하는 문언이 있더라도 추가적인 논증으로 나아가는 것이 일본 판결의 특징적인 구조라 볼 수 있다.

V. 헌법 제36조 제1항의 원의와 동성혼 금지

1. 의도주의 접근 비판

가. 가정적 의도 논증의 한계

이제 헌법 제36조 제1항의 해석으로부터 동성혼을 금지하는 결론이 도출될 수 있는지 살핀다. 먼저 헌법 제정자 내지 개정자들이 동성혼을 허용할 의도를 갖지 않았으므로, 동성혼이 허용되지 않는다는 의도주의 접근에 관하여 본다. 의도주의 접근의 가장 큰 이점은 간명함이다. 문언주의와 비교할 때, 의도주의 관점은 문언의 의미를 파악하기 위하여 문언의 가능한 의미의 범주를 살피고, 어떠한 의미가 가장 객관적인 것인지 증명할 부담을 지지 않는다. 그러나 제헌 당시, 그리고 9차 개헌 당시 헌법 제·개정 권력은 동성혼이라는 제도를 알지 못했다. 그러므로 의도주의 논증이 제36조 제1항에 적용되기 위해서는 ‘헌법 제·개정 권력이 동성혼을 알았다면 금지하였을 것’, ‘그러한 가정적 의사를 명백한 의도와 동등하게 볼 수 있을 것’이라는 두 조건이 추가로 전제되어야 한다.

역사적으로 동성애와 동성성교는 시간과 공간을 망라하여 확인된다⁸²⁾. 그러나 ‘동성혼’은 동성 동반자가 자유로운 의사의 합치로 생활 공동체를 형성할 것을

81) 最高裁昭和41年(オ)第444号同45年6月24日大法廷判決・民集24卷6号625頁; 最高裁昭和50年(行ツ)第120号同53年10月4日大法廷判決・民集32卷7号1223頁等参照; 헌법재판소 2011. 9. 29. 선고 2007헌마1083,2009헌마230,352(병합) 전원재판부; 헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2009헌가27 전원재판부.

82) 물론 다수의 동성애 문화는 소년에 대한 성적 착취 형태로 나타났으므로 이를 오늘날의 성적자기결정권에 기초한 자유연애로 보기는 힘들다. 다만 연애와 가족의 의미 변화는 전통적 의미의 혼인과 가족에서도 나타나는 것이다.

개념 요소로 한다. 제도로써 동성혼의 핵심은 동성부부가 그들의 생물학적 성별 이외에는 이성혼과 차이를 찾을 수 없으므로, 기존의 결혼제도에 편입되는 동등한 대우의 요청이다. 그렇다면 동성혼 제도는 2001년 네덜란드에서 처음으로 출현한 새로운 제도이다.

동성 동반자가 혼인으로 나타나는 기존의 가족관계에 편입되어야 한다는 여론은 우리나라에서 1980년대 이후부터 확인되는 것으로 보인다. 따라서 헌법의 제정자나 개정자는 헌법에 혼인에 관한 규정을 두면서 동성 간의 혼인이 있을 것이라고는 전혀 예상하지 못하였고, 이를 금지할 생각은 하지 않았으나, 동성혼은 헌법은 물론 우리 법 체계 전체에서 무관심 또는 무시의 대상이라 보는 것이 합리적이다⁸³⁾. 그러나 법의 흠결 또는 무지로부터 곧장 금지가 도출된다 볼 수는 없다. 법의 흠결은 보충을 거쳐 비로소 의미를 도출할 수 있다. 그런데 헌법에 고정된 의미가 있다 전제하면서, 그 근거로 반사실적 가정인 가정적 의사를 내세우는 정합적이라 보기는 어렵다.

조세 등의 집행을 위하여 몰수된 부동산의 환매 기간에서 군 복무 기간을 포함하지 않는다 규정한 군인 및 선원의 민사 구제법(Soldiers' and Sailors' Civil Relief Act of 1940) 제525조의 해석이 문제된 사건에서, 스칼리아 대법관이 작성한 보충의견은 입법자의 가정적 의사를 고려하는 접근을 배격하여야 한다는 문언주의 논증을 전개하는바, 이를 소개한다. “입법연혁을 참조하는 것은 헌법상 입법과정에서 나온 법률 조문과 동등한 정당성을 가진 것으로 다른 자료들을 취급하는 것인데, 이는 극히 반민주적인 개념이다.” “우리는 입법자들의 의도가 아니라 법률에 의해 지배받는다. 법원이 1844년에 말한 바와 같다: ‘통과된 법률은 양원 과반수의 의사이며, 그러한 의사가 표현되는 유일한 방식은 법률 자체에 있다.’”⁸⁴⁾ 즉 입법연혁을 통해 입법자의 의사를 참조하고 유추하는 접근은 정당성과 명확성을 결여한다는 것이 그의 지적이다.

나. 헌법 제·개정 권력의 실제 의사

현행 헌법 제36조 제1항 및 제헌 헌법 제20조의 경우에, 회의록과 전후사정 등을 통하여 입법의 의도를 파악하는 데 큰 어려움이 없다. 앞서 본 바와 같이 제헌 헌법 제20조는 당시 사회에 만연한 여성차별을 가족관계에서도 타파하기 위하여 도입된 조항이고, 5차 개헌에서 남녀동권의 취지를 없애고 권리로서의 성격을 퇴색시키는 변화가 있었으나, 8차개헌과 현행 헌법에 이르러서는 다시 차별 철폐 운동의 성과로 남녀 평등의 문언을 쟁취한 것이다.

한편 동성혼을 알았다면 수용하지 않았을 것이라는 점이, 동성혼의 금지를 헌법 차원에서 수용하였을 것을 의미하지는 않는다. 이는 특히 헌법 제·개정 시기를 전

83) 동성혼이 최근에 출현한 제도라는 점을 상징적으로 나타나는 사건으로, 미국 연방대법원이 동성혼을 금지한 캘리포니아 주 헌법 조항의 위헌성을 다루는 사건에서, 당해 헌법 개정안 주민투표의 후원자라는 이유만으로 원고 적격이 인정되지 않는다 판단한 *Hollingsworth v. Perry*, 570 US 693 (2013)가 있다. 변론 절차에서 얼리토 대법관은 청구인 측에게 “휴대폰이나 인터넷보다 더 최신의 것인 이 제도의 판단을 요구하는가?”라고 질문한 바 있다. 한상희, 앞의 논문(주1) 308면

84) *Conroy v. Aniskoff*, 507 U.S. 511 (1993) 519-520 Justice Scalia, concurring

후한 실증적 자료를 통하여 간접적으로 추단할 수 있다. 위에 언급된 바와 같이, 제헌 헌법 제20조를 처음 제안한 이들은 미국과 일본 등 해외의 입법례를 검토하였음을 명시적으로 밝혔다. 그런데 당시 미국은 헌법에서 여성의 권리나 혼인과 가정에서의 성평등을 규정하지 않았고 대다수의 주에서 동성성교를 처벌하는 규정을 두었다. 앞서 본 바와 같이 일본 헌법 제24조는 혼인의 정의를 규정하였다. 그렇다면 헌법 제개정권력은 이러한 입법례를 살펴 혼인의 정의를 명백히 정할 수도 있었을 것인데 그렇지 않았다는 점에서, 최소한 혼인의 개념을 한정할 목적이 없었다는 추측도 가능하다.

한편 19세기 말을 전후하여 유럽에서는 남성 간의 성교를 전형적인 범죄의 유형으로 정하는 소도미법(sodomy law)을 두었고, 대표적으로 독일은 1871년 제정 제국형법전제175조에서 자연에 반하는 외설이라 하여 남성 간의 성행위를 범죄화하였다. 이는 바이마르 공화국 시기에도 유지되었고, 나치 시기에 이르러서는 그 법정형을 향상하고 가중처벌 조항(제175조a)을 도입하는 처벌의 강화와 함께 대대적인 체포와 수용소 수감이 단행되었다. 나치독일의 멸망 이후 연합군 점령 시기에도 제175조조는 효력을 유지하였고, 특히 일부 점령 지역에서는 해방된 동성애자 수용자를 다시 수감하는 일이 발생하기도 하였다. 서독 건국 이후에도 위 규정이 적용되어 약 5만 명이 유죄 판결을 받았고, 연방헌법재판소는 1957년 위 규정은 국가사회주의에 영향을 받은 제도가 아니며 동성애 성행위가 도덕률에 반한다는 이유로 합헌 결정을 내렸다⁸⁵⁾.

우리 형법은 1953년 임시수도 부산에서 제정되었는데, 의용형법을 토대로 하되 독일형법초안의 영향을 받은 1941년 일본형법가안 등을 참조하여 직간접적으로 독일의 영향을 받았다. 나아가 형법학의 발달에 따라 독일 형법학의 논의를 직접 수용하는 과정을 거쳤다. 그러나 독일형법 제175조에 관하여는 국회나 형법학계에서 그 수용을 검토한 논의를 전혀 찾을 수 없다.

한편 미국의 군법을 계수한 국방경비법은 1948년부터 반공법과 국가보안법 제정까지 동안 사회에 광범위하게 적용되었는데, 일본군형법과 달리 남성 간 동성성교(‘계간’)를 처벌하는 규정을 두었다⁸⁶⁾⁸⁷⁾. 그러나 마찬가지로 이를 일반 형법전으로 수용하려 한 시도는 확인되지 않는다. 따라서 동성성교를 처벌하는 소도미 법의 존재에 대하여 당시 입법자들은 충분히 인지하였으나, 이를 적극적으로 도입하는 의사는 없었다는 결론에 다다를 수 있다. 물론 동성 간 성행위의 처벌 여부와, 동성

85) 나치 시기를 전후한 성소수자 탄압과 전후 형법 제175조, 제175a조에 따른 유죄판결을 받은 자들에 대한 최근 독일 연방의회의 배상에 관하여는 Kathrin Braun, Biopolitics and Historic Justice - Coming to Terms with the Injuries of Normality, transcript Verlag, 77-98면. 참조.

86) 국방경비법 제50조(기타 각종의 범죄) 여하한 군법피적용자든지 자해, 방화, 야도, 가택침입, 강도, 절도, 횡령, 위증, 문서 위조, 계간 중죄를 범할 목적으로 행한 폭행, 위협 흉기, 기구 기타 물건으로 신체 상해의 목적으로 행한 폭행 또는 신체 상해의 목적으로 행한 폭행 또는 사기 혹은 공갈을 범하는 자는 군법회의 판결에 의하여 처벌함.

87) 국방경비법의 성립 경위에 관한 미군정청의 공식 자료는 현재까지 발견되지 않았고, 미국인 고문의 회고로 계간죄의 도입 여부에 관한 논쟁 일화가 전해지고 있는데, 이는 화류병을 오기한 것이라는 주장이 제기된다. 문준영, "일반 : 미군정 법령체제와 국방경비법," 민주법학 34권, (2007), 105-114면.

혼의 헌법적 금지 여부는 층위를 달리하는 문제이다. 그러나 적어도 동성혼의 존재를 헌법제정자와 헌법개정자가 인지하였고, 그것이 허용되지 않는다 보더라도 이를 헌법으로 금지할 정도의 열의를 보이지는 않았을 것이라는 추측을 제기하는 것은 큰 무리가 없어 보인다. 즉 헌법 입법자의 의사가 동성혼을 금지하는 것이었다는 주장이 현실에 부합한다 보기 어렵고 오히려 막연한 추측이나 자신의 입장을 반영한 것이라 할 수 있다.

2. 문의주의 접근 비판

가. ‘문언의 고정’의 불확정성

헌법 제36조 제1항의 문언 그 자체가 동성혼을 금지한다는 해석론은, 문언을 ‘혼인(과 가족생활은 개인의 존엄과) 양성의 평등을 기초로 성립되므로,,,’로 해석하여 문언이 혼인의 개념을 한정하고 있다는 견해와 혼인 자체가 이성혼만을 의미하는 견해로 나누어 볼 수 있다. 물론, 이 모든 접근은 문언의 의미가 헌법 개정을 전후하여 고정되고 더 이상 변하지 않았다는 점을 전제한다.

상술한 바와 같이, 문의주의는 쉽게 받아들여지기 어려운 완고한 전제를 수용하여야 하고, 문언의 객관적 의미를 도출하는 수고스러운 작업을 요한다. 그러나 이를 통해 얻어지는 문의는 추상성과 개방성을 가지고, 동시에 시대를 초월하여 자의적인 법해석을 제약할 수 있는 기회를 제공한다.

그러나 민권법의 입법자가 검토하지 않은 성적지향에 따른 차별을 성에 근거한 차별로 포섭한 것에 대하여 견해가 대립한 Bostock 판결과 같이, 문의주의는 구체적인 문언 해석의 과정에서 해석자에게 재량이 인정되며, 허용되는 해석의 범주가 결코 좁다 볼 수 없다. 해당 판결과 같은 논리로, 헌법 제36조 제1항과 제11조 제1항을 성소수자에게 우호적으로 해석하는 것 역시 불가능하다 볼 수 없다. 예컨대 이성혼과 달리 동성혼을 국가가 규율하지 않는 것은, 여성에 대한 성적 끌림을 느끼는 여성(동성애자)과 여성에 대해 끌림을 느끼는 남성(이성애자) 사이의 차이는 생물학적 성에 불과한 데도 혼인 제도에 편입될 수 없다는 심대한 차별을 주는 것으로, 혼인과 가족생활이 ‘양성의 평등’을 기초로 하여야 한다는 제36조 제1항의 요청에 위반된다는 주장도 문의적 의미에서 불가능하지 않다.

이같은 해석론⁸⁸⁾에 대하여 9차 개헌 당시 통상적 의미에 반한다거나, 문구의 의미를 자의적으로 해석하는 기교라는 비판이 제기되는 것은 자연스럽다. 그러나 마찬가지로, 그와 같은 ‘자의적인 독자’에 대한 비판은 제36조 제1항을 ‘혼인(과 가족생활은 개인의 존엄과) 양성의 평등을 기초로 성립’된다고 보는 해석에도 제기될 수 있다.

88) 민법은 ‘부부(夫婦)’라는 용어를 사용하고 남녀 내지는 이성을 명시하지 않으므로 법률해석으로 동성혼이 허용될 수 있다는 견해와 유사하다. 김강, "동성혼의 무효사유에 대한 비판적 검토 - 「민법」 제815조 제1호의 ‘혼인의 합의’에 관한 해석을 중심으로(서울서부지방법원 2016. 5. 25. 선고 2014호파1842 결정에 부쳐)". 공익과 인권 제17호, (2017) 385-391면.

헌법 제36조 제1항의 주어는 ‘혼인과 가족생활’, 서술절은 ‘개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며’이다. 그렇다면 위 조문의 의미는 확일적이지 않고, 문언상 나타나는 혼인과 가족생활, 개인의 존엄과 양성의 평등 간의 관계에 대하여 규명이 있을 때에 비로소 확정된다. 그렇다면 혼인과 가족 생활 내에서 개인의 존엄과 양성의 평등을 보장하여, 호주제나 법정상속분의 남녀 차등과 같은 차별을 배제하여야 한다는 의미로 위 조항을 해석할 수도 있다. 특히 위 조항의 원형이 제8차 개정헌법 제34조 제1항이고, 문언의 핵심을 구성하는 가족생활과 개인의 존엄, 양성의 평등이 8차 개헌 때에 비로소 등장한 맥락을 고려한다면 이러한 해석이 혼인의 의미를 정하고 있다는 해석보다 자연스럽게 문언의 통상적 의미에 부합한다.

더욱이 제7차 개정 헌법 제31조는 ‘모든 국민은 혼인의 순결과 보전에 관하여 국가의 보호를 받는다.’ 정하여, 성별에 대하여 아무런 규정을 하고 있지 않았다. 즉 제7차 개정헌법에서는 헌법이 혼인을 정의하고 있지 않으니, 위와 같은 이유로 동성혼이 금지된다 볼 수 없다. 그러나 남녀평등을 구현하기 위한 국내의 운동이 반영되어, 8차 개헌을 통해 비로소 헌법이 양성평등의 문언을 획득한 것인데, 그 문언이 혼인의 범위를 제한하는 의미를 갖는다고 보기는 어렵다.

나아가 앞서 전문과 본문의 형식으로 규정된 미국 수정헌법 제2조의 해석이 문제된 Heller 판결에 관하여 살펴보면 문언의 의미를 획득하는 것이 결코 객관적 작업이 아님을 확인한바 있다. 즉, 다의적으로 해석할 수 있는 문언의 의미를 두고 견해 대립이 존재할 수 있고 이때 자신의 해석을 강화하기 위해 보충적 수단을 동원하게 되며, 이는 취사 및 주관과 무관할 수 없다.

한편 ‘혼인’의 의미가 본질적으로 남녀의 결합을 의미한다 단언하는 관점에서는 사전적 의미와 민법의 규정을 근거로 한다. 그런데 동성애에 대한 인식이 개선된 2012.10. 국립국어원은 표준국어대사전에서 ‘사랑’의 의미를 동성애까지 포함하는 중립적인 것으로 규정하였다가, 2014. 11.에는 다시 이성애적 의미로 환원하였다⁸⁹⁾. 이처럼 사전적 의미가 오히려 사회변화를 뒤늦게 의식하는 경우는 드물지 않다.

나아가 사전적 의미보다 중요한 것은, 일상어가 아닌 법문의 문언이 갖는 의미는 법의 전체적 체계와도 무관할 수 없다는 것이다. 헌법은 한 국가의 최고규범이고, 가치규범으로서도 사회 전반에 대한 지침의 역할을 수행한다. 그렇다면 헌법상 ‘혼인’의 개념에 대하여도, 그 자체적인 의미를 규명하는 과정이 필요한 것으로 사료된다. 이 같은 관점에서 볼 때 헌법 해석으로 도출되는 가치질서를 구현하기 위하여, 적극적으로 입법형성을 시도하는 것은 오히려 바람직하다.

반대로 헌법상 개념을 해석하는 데 있어 헌법 개정 당시 민법의 규율이나 사회의 통념에 당연히 구속되어야 한다는 주장은 오히려 헌법 제·개정 권력이 갖는 정당성에 의구심을 제기하는 것일 수 있다. 특히 제헌헌법 제20조와 현행 헌법 제36조 제1항이 사회에 만연한 여성차별의 현실을 타파하기 위한 적극적인 선언으로 제정

89) 한상희, 앞의 논문(주1) 292-295면.

되어 실제로 그 근거로 기능하였음을 고려할 필요가 있다. 제9차 개헌 당시 시행중이었던 호주제의 위헌성에 대하여, 헌법의 우위를 천명한 헌법재판소 선례⁹⁰⁾의 존재를 고려한다면 문언 해석의 전제로서 헌법우위의 원칙과 헌법의 개방성이 더욱 강조될 필요가 있다.

나. 헌법의 전체적 체계와 제6조 제1항 문언의 의미

헌법 제36조 제1항은 헌법 제2장 국민의 권리와 의무를 구성하는 조항으로, 기본권 및 제도의 보장 성격이 있는 것으로 이해된다. 헌법은 전문과 각 개별조항이 서로 밀접한 관련을 맺으면서 하나의 통일된 가치 체계를 이루고 있는 것으로서, 헌법 개별 규정의 해석에 있어 헌법상의 제규정을 가치통일적으로 조화롭게 해석·적용할 수 있다는 헌법재판소의 입장⁹¹⁾과 헌법 해석에서는 통일성 원칙이 강조된다 보는 통설적 이해⁹²⁾에 의하면, 제36조 제1항의 의미는 전체적인 체계와 다른 조항의 규정 형식을 고려할 때 비로소 얻어질 수 있다 볼 것이다.

그렇다면 헌법의 전체적 체계를 고려한다면, 특정한 제도와 기본권을 보장하는 성격의 조항이 예컨대 헌법의 기본권 조항 중 예외적으로 국민의 기본권을 제한하는 경우에는 명문의 단서를 두고 있는 것을 확인할 수 있다. 그 예시로는 ‘언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다’ 정한 헌법 제21조 제4항이나, 군인 등의 국가배상청구권을 제한하는 헌법 제29조 제2항을 꼽을 수 있다. 또한 이와 같은 규정들은 모두 권리 자체에 관한 규정은 제한 헌법에서도 확인되나(제한 헌법 제13조, 제27조), 권리의 한계를 설정하는 내용의 조항은 헌법 제정 당시에는 존재하지 않았고, 각 제5차 개헌과 제7차 개헌으로 추후에 삽입된 것이다. 그렇다면 우리 헌법은 기본권 조항에서 기본권의 범위를 설정하거나 이를 제한하는 경우는 드물고, 그 경우에는 명문의 규정을 두는 방식을 취하고 있다 볼 수 있다.

한편 헌법이 일응 기본권을 제한하는 것처럼 보이는 규정 형식을 취하더라도, 입법형성권도 배제하는 절대적 제한으로 해석하는 경우는 찾아보기 어렵다. 사형제의 허용 여부가 문제된 헌법재판소 사건⁹³⁾에서, 법정의견은 사형을 선고한 경우에는 비상계엄하의 군사재판이라도 단심으로 할 수 없다는 헌법 제110조 제4항을 군사재판과 민간재판에서 사형의 선고를 용인하는 근거 조항으로 파악하였다. 그러나 동시에 사형제나 개별적 사형 조항의 존치 또는 폐지 여부를 결정하는 입법자의 정책적인 판단의 영역으로 인정하였다. 이에 대하여 헌법 제110조 제4항 단서의 규정은 그 도입 배경이나 규정의 맥락을 고려할 때 법률상 존재하는 사형의 선고를 억제하

90) 헌법재판소 2005. 2. 3. 선고 2001헌가9,10,11,12,13,14,15,2004헌가5(병합) 전원재판부 “전통은 역사성과 시대성을 띤 개념으로, 오늘의 헌법이념에 반하는 것은 헌법 전문에서 타파의 대상으로 선언한 사회적 폐습이 될 수 있을지언정 헌법 제9조가 ‘계승·발전’시키라고 한 전통문화에는 해당하지 않는다.”

91) 헌법재판소 1995. 12. 28. 선고 95헌바3 전원재판부

92) 한수웅(주33), 56-57면 등. “따라서 개별 헌법규범은 별개로 고립되어 해석되어서는 안 되고, 헌법이 하나의 통일체를 구성한다는 관점에서 해석되어야 한다.”

93) 헌법재판소 2010. 2. 25. 선고 2008헌가23 전원재판부

여 최소한의 인권을 존중하기 위하여 규정된 것이므로 간접적으로도 헌법상 사형제도를 인정하는 근거 규정이라고 보기 어렵다는 위헌의견을 비롯한 3건의 소수의견이 개진되었다.

따라서 헌법 제2장의 전체적인 규정체계와, 제36조 제1항에 명시적 제한 규정 내지는 일본 헌법과 같은 개념을 정하는 내용을 직접적으로 취하지 않은 점으로 미루어 볼 때 제36조 제1항의 문언이 동성혼을 헌법상 금지하는 취지로 해석되어야 한다는 주장은 받아들여지기 어려울 것이다.

3. 우리 헌법 해석론으로서 원의주의의 적정성

끝으로 우리 헌법 해석을 두고 원의주의를 기계적으로 수용하는 자세에 대하여 의문을 제기하고자 한다. 미국 원의주의의 문제의식은 선출되지 않은 법관의 자의적 지배를 배격하고 그 역할을 법의 기계적 적용에 국한시킴으로써 국민이 관여한 제정법에 의한 지배를 구현하는 것이다. 원의주의는 이러한 신념에 입각해 헌법에 존재하지 않는 권리를 사회적 논란 속에서도 생산하는 시각을 독단으로 비판하고, 나아가 원의주의 내에서도 헌법 제정자인 소수 엘리트의 관점에 천착하기보다는 일반인의 이해를 강조하는 방향으로 발전한 것이다. 문언의 일탈은 법관의 자의적 권한 행사가 될 수 있으므로, 이를 제어할 기준을 마련하여야 한다는 문제의식은 물론 설득력이 크다.

그러나 이와 같은 관점이 우리 헌법에 그대로 적용될 수 있는지는 의문이다. 먼저 원의주의의 발상지 미국은 법관의 법 형성을 인정하는 커먼로 체계에서 성문 헌법과 다수의 성문 법률을 제정하였다는 특징이 있다. 원의주의자들은 성문헌법의 제정 자체가 판례법의 재량을 통제하고, 민주적 성문 헌법에 의미를 부여하여 그대로 고정하는 시도였음을 강조한다. 한편 커먼로 체계와 함께 또다시 주목할 수 있는 것은 미국 헌법의 원리로서 연방주의이다. 미국 헌법은 제정 당시 권리장전을 포함하지 않았고, 권리장전의 마지막 부분인 수정헌법 제10조는 “본 헌법에 의하여 미국 연방에 위임되지 아니하였거나, 각 주에게 금지되지 아니한 권한은 각 주나 국민이 보유한다.” 정한다. 따라서 연방 헌법에 명시되지 않은 권리를 사법부가 발견할 것이 아니라 각 주의 헌법과 법률로 정하는 것이 적절하다는 것이 원의주의자들의 발상이다⁹⁴⁾.

그런데 우리 헌법은 개방적·추상적인 형태의 최고 규범이고, 그러한 규정방식을 택하고 있는 것은 유구한 세대를 거쳐 다양한 생활관계에 타당한 헌법해석의 여지를 주기 위함이라는 것이 헌법재판소⁹⁵⁾와 헌법학자들⁹⁶⁾의 일반적 견해이다. 따라서

94) 낙태권을 부정한 *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* 사건의 판시 역시 연방 헌법이 낙태에 관한 권리를 부여하지 않았으므로 종래의 선례를 파기하는 부분과 낙태 규제에 대한 권한은 국민과 그들의 선출된 대표들에게 돌아간다는 부분으로 구성되어 있다.

95) 헌법재판소 2002. 4. 25. 선고 98헌마425, 99헌마170·498(병합) 반대의견.

96) 대표적으로 한수웅(주33), 50-52면. 문리적 해석과 역사적 해석에 관하여 “헌법규범의 경우에도 법문을 문리적으로 해석한 결과가 헌법의 기본가치에 명백하게 위반된다면, 법문의 객관적 문의로부터

헌법재판소는 헌법에 열거되지 않은 기본권을 미국과 같이 엄격하게 인정하는 것도 아니고, 선례가 있는 사안에서도 헌법의 개방성과 사회의 변화를 고려하여 선례를 변경하기도 한다. 수정증보의 형식만을 취했을 뿐, 한 번도 전면적 개정이 이루어지지 않은 미국과 달리 9차례 개정이 이루어진 것과 연방제를 채택하지 않아 주의 권한 경계를 고려할 필요가 없다는 것도 상이한 점이다. 미국과 그 법적 환경이 현저히 차이가 있고, 이미 헌법재판소가 원의주의의 접근법에 구애되지 않는 이상 굳이 그와 같은 해석론을 차용할 필요성이 크지 않다.

한편 미국 헌법의 본문과 수정조항은 제안과 비준 과정의 정치적·사회적 논의에 참여하는 것이 많은 국민들에게 개방되었고, 그 과정을 구체적으로 살펴볼 수 있는 풍부한 자료가 있다. 예컨대 헌법 제정을 설득하기 위하여 배포된 <연방주의자 논고>나 비준 과정의 공개적 논쟁들은 당시 헌법 문언이 일반적으로 받아들여진 의미(original public meaning)를 파악할 수 있는 단서가 된다.

그러나 우리 헌법은 근시일까지도 자의적인 권력 찬탈을 정당화하는 수단으로 이용돼 헌법 개정 과정에서 민주적 논의가 배제된 경우가 많고⁹⁷⁾, 그렇지 않다 하더라도 해방이나 분단, 전쟁, 민주화 등 역사적 질곡 속에서 급작스럽게 이루어진 경우가 대부분이다. 따라서 당시 일반인들에게 이해된 바를 토대로 객관적 의미를 도출하기에는 그 자료가 충분하지 않고, 나아가 일반인들의 이해만을 객관적이고 유일한 기준인 것으로 확정한다면, 헌법 제·개정 과정에서 목소리를 내지 못한 소수자를 배제하고 헌법의 권리보장적 의미를 퇴색하게 할 우려가 있음을 불식시키기 어렵다.

나아가 헌법에서 선언적 성격의 규정을 담고, 국가의 과제를 설정하는 것 역시 우리 헌법 규정의 특징 중 하나로, 대법원과 헌법재판소는 그에 부합하는 해석을 전개하였다. 일찍이 대한민국 임시정부 임시헌장은 국토회복과 국회 소집, 국제평화 공헌을 위한 국제연맹 등을 국가적 목표로 명시하는 동시에(제7조, 제10조) 공창제의 전부 폐지(제10조)를 선언하였다. 일본이 국토를 지배하던 당시 그 실현은 요원하였지만, 식민지배의 종식 이후, 헌법이 제정되기도 전인 1946년 10월 조선과도입법의원은 공창폐지법을 통과시켰고 이에 따라 미군정청은 공창폐지령을 제정·공포하였다.

대법원 역시 헌법 제정 이전에, 행위능력을 제한하는 일본 민법 제14조 제1항의 적용을 거부함으로써(일종의 헌법 제정 전 위헌심사) 헌법정신의 구현을 중대한 목표로 삼았음이 확인된다. 그 구체적 판시는 다음과 같은데, 당해 사건에 한정하지 않고 민주주의 정신을 이유로 그에 부합하지 않는 구제도의 적용을 일반적으로 배제한 것이 나타난다. “즉 민법 제14조 제1항은 주로 夫에 대하여 우월적 지배권을

벗어나는 것이 가능할 뿐만 아니라 나아가 요청될 수 있다.” 및 “오늘날 유효한 헌법규범은 현대의 시대적 상황에 비추어, 무엇보다도 현행 헌법을 지탱하고 지배하는 근본적 가치결정(인간의 존엄성 보장)에 비추어 새롭게 해석되어야 한다.”는 평가를 덧붙인다.

97) 9차례의 개헌 가운데 유신 헌법에 따라 입법부의 표결 없이 국민투표에 부친 제8차 개헌을 제외하면, 당시 헌법이 정한 헌법 개정 절차를 준수한 개헌은 제3차, 제4차, 제9차 개헌 세 건에 불과하다.

부여한 것인데, 우리나라가 1945. 8. 15. 일본으로부터 해방되어 법률, 정치, 경제문화 등 모든 제도를 민주주의 이념으로써 건설할 것은 현하의 국시라고 한다. 그러므로 만민은 모름지기 평등할 것이고, 성의 구별로 인하여 생긴 차별적 제도는 민주주의 추세에 적응한 변화를 본 바로서, 여성이 남자와 동등한 공권을 향유하고 있으므로 여성의 사권에 있어서도 마찬가지로야 한다고 한다. 그리하여 남녀 평등을 부인하던 구제도로서 그 차별을 가장 현저히 한 민법 제14조는 우리 사회상태에 적합하지 않으므로 대법원은 사회의 진전과 법률의 해석을 조정함에 의하여 비로소 심판의 타당을 기할 수 있음에 감하여 동조에 의한 처의 능력제한을 인정하지 않겠다⁹⁸⁾.”

헌법재판소 역시 미국 판례⁹⁹⁾와 달리, 초기 판례부터 헌법 전문을 최고의 가치규범으로 보아 규범력을 명시적으로 인정하고 이를 해석의 기준이자 위헌심사의 기준으로 인정하는 입장¹⁰⁰⁾에 있다.

결국 우리 헌법의 제·개정 경위와 특성에 비추어, 헌법의 객관적인 원의를 전제하고 그것을 유일한 해석 기준으로 상정하는 해석론은 받아들여지기 어렵고, 헌법의 기본권 보장 이념에도 부합한다 보기도 어렵다.

VI. 결어

‘동성혼 금지설’이 취하는 해석은, 원래의 의도 내지는 의미에 충실한 권위 있는 해석임을 자임한다. 그러나 이 같은 원의주의는 그 자체로 또다른 주관적 해석을 투사하는 것에 그치고, 헌법이 예정하는 변화와 개방성, 민주성에 반하는 것은 아닌지 의심스럽다. 우리 사법부가 제36조 제1항의 동성혼 금지 여부에 대하여 명백한 해석을 제기하였다고 보기는 힘드나, 그간의 판례를 감안할 때 그 근거가 모호한 이른바 원의에 천착하는 대신 충실한 논증을 보여줄 것이라 기대된다.

한편 보험금부과처분 사건에서, 대법관 권영준은 별개의견에 대한 보충의견으로 ‘동성동반자’가 ‘배우자’로 해석될 여지를 배제하지 않으면서 아직 동성 동반자의 법적 지위는 국회나 헌법재판소가 아닌, 법원이 결정하기에는 적합한 문제가 아니라 주장하였다. 이 견해에 대한 타당성을 차치하더라도, 사법부는 선출된 권력이 아니며 정책 분야의 전문가가 아니라는 전제는 자명하다. 그러나 국민이 사법기관에 처분 기타 공권력의 행사·불행사가 위법·위헌적이라 주장하며 권리의 구제를 요청하고 주장과 증명을 성실히 하였다면, 사법부는 법이 무엇인지 선언하여야 한다. 그것이 헌법이 사법부에게 부여한 권한이자 의무이다.

2025년 현재 11쌍의 동성부부가 동성혼 법제화 기획소송의 일환으로, 자치단체장의 혼인신고불수리처분에 대해 다투는 불복소송과 위헌법률심판, 헌법소원 청구를

98) 양창수, “우리나라 最初の 憲法裁判論議”, 민법연구 제6권, 박영사, 2001, 37-41면. 특히 판결의 인용 부분은 그 39-40면을 직접인용한 것임.

99) Jacobson v. Massachusetts, 197 U.S. 11 (1905)

100) 헌법재판소 1989. 9. 8. 선고 88헌가6 전원재판부

진행하고 있다(이른바 ‘혼인평등소송’)¹⁰¹⁾. 그 결과를 단언할 수는 없으나, 어떠한 방향이든 사법기관의 충실한 논증을 기대한다. 특히, 만약 사법기관이 구체적인 논증 없이 양성평등을 선언하는 헌법 제36조 제1항의 문언을 기계적으로 인용한다면 이는 헌법이 요구하는 의무를 외면하는 것에 다름없다는 점을 함께 밝히며 논의를 마무리한다.

101) 한국 동성부부 11쌍이 모였다... '동성혼 법제화' 가능할까? 2024. 10. 10. (2025. 8. 29. 최종접속)
<https://www.bbc.com/korean/articles/c0jw6e9ee2eo>

참고문헌

I. 국내문헌

단행본

김학성 · 최희수 헌법학원론, 전정 7판, 피앤씨미디어, 2023

한수웅, 헌법학, 제13판, 법문사, 2024.

논문

김민배, “캐나다 헌법에서 사람(Persons)의 해석과 살아있는 나무이론의 기원 -Edwards v. Canada 판례를 중심으로- 헌법재판연구 제7권 제1호”, 헌법재판연구원(2020).

김지영, “미국의 헌법해석론 : 이론과 연방대법원의 적용례를 중심으로”, 비교헌법연구, 헌법재판소 헌법재판연구원(2018).

박선영 외, “여성인권보장 및 차별해소를 위한 관련법제정비 연구 (1): 헌법상의 여성관련조항 개정방안,” 한국여성정책연구원 2007 연구보고서-13-1, 한국여성정책연구원(2007),

박종현. “미연방대법원에서 문언주의 전통의 균열 — 닐 고서치 대법관과 브렛 캐버노 대법관의 문언주의 논의의 의의와 한계 —”. 미국헌법연구 33권 1호, 미국헌법학회(2022).

박종현. 미국 연방헌법 수정조항 제2조의 무기소지권과 총기규제에 대한 연방대법원의 논의: 2022년 New York State Rifle and Pistol Association v. Bruen 판결에 대한 검토를 중심으로. 공법학연구 제24권 제1호, 한국비교공법학회(2023).

윤진수, “유럽에서의 동성혼인 및 동성결합에 관한 최근의 동향” 가족법연구, 35권 2호, 한국가족법학회(2021).

— “한국법상 「판례」의 의미 - 대법원 2021. 12. 23. 선고 2017다257746 전원합의체 판결에 비추어 본 주론(主論)과 방론(傍論)의 구별”, 사법 통권 62호, 사법발전재단(2022)

— “憲法이 家族法の 변화에 미친 영향”, 法學 45卷 1號 (130號)(2004.03)

음선필 “동성애·동성혼의 헌법적 수용에 대한 비판” 홍익법학 제18권 3호, 홍익대학교법학연구소(2017).

이동훈. “동성혼의 헌법적 쟁점 - 헌법해석의 한계 -”. 공법학연구, 제20권 제2호. 한국비교공법학회(2019).

이은경, “일본국 헌법 제24조와 ‘가족보호’ — 현대 일본 보수우익의 헌법개정 움직임에 즈음하여 —.” 日本思想 제44권, 한국일본사상사학회(2023),

이재희. “헌법 제36조 제1항을 중심으로 한 혼인의 헌법적 보장에 대한 검토“. 헌법학연구 제24권 제4호, 한국헌법학회(2018).

전유상, “일본의 동성혼 소송 진행 경과 : ‘결혼의 자유를 모든 사람에게’ “. 해외사법소식 152권, 법원행정처(2024).

정영화. “ ‘동성혼’ 도입을 위한 헌법개정의 위헌성 -미국 연방대법원 ‘동성혼’ 판례의 ‘인간존엄’ 해석의 분석-“. 홍익법학 제18권 3호, 홍익대학교법학연구소(2017).

최용범, “스칼리아 원본주의 법해석방법론 연구 - 드워킨과의 논쟁을 중심으로“. 서울대학교 석사학위논문(2017).

한상희, “헌법상 혼인제도와 동성혼“, 입법학연구 제20집 제2호, 한국입법학회(2023).

II. 해외문헌

단행본

長谷部 恭男(대표저자, 편집), 注釈日本国憲法(2) -- 10条~24条 (有斐閣コンメンタール), 有斐閣, 2017,

논문

Stephen E. Sachs, Constitutional Backdrops, 80 George Washington Law Review, (2012)

Siegel, Reva B. “Dead or Alive: Originalism as Popular Constitutionalism in Heller“. Harvard Law Review 122(1) (2008).

웹사이트

The ” Freedom of Marriage for All” lawsuit,

[https://www.call4.jp/search.php?type=material&run=true&items_id_PAL\[\]=match+comp&items_id=i0000031](https://www.call4.jp/search.php?type=material&run=true&items_id_PAL[]=match+comp&items_id=i0000031) (2025. 8. 31. 최종접속)