

## 동성 커플을 법적으로 인정하고 보호할 국가의 의무<sup>1)</sup>

### I. 사건개요

이번 사건은 러시아 연방(이하 “피청구국”)을 상대로 6명의 러시아 국민(이하 “청구인들”)이 각각 2010년 7월 20일, 2014년 4월 5일, 2014년 5월 17일에 제기한 3개의 청구에서 비롯되어 병합된 것이다. 청구인들은 피청구국이 동성 커플이 혼인하는 것을 허용하지 않고, 동성 커플을 법적으로 인정 및 보호하지 않기 때문에 자신들의 권리가 침해되었다고 주장하였다.

청구인들은 세 쌍의 동성 커플로 각자 등기소의 지역 사무소에서 혼인 신고를 했다. 하지만 이들의 혼인 신고는 등기소에 의해 거부당했다. 피청구국 당국은 혼인을 ‘남자와 여자 사이의 자발적인 부부 결합’이라고 규정한 러시아 가족법 제1조<sup>2)</sup>에 의거하였다. 즉 청구인들 커플이 남자와 여자로 이루어지지 않았기 때문에 혼인 신고를 받아들일 수 없다고 판단하였다. 청구인들은 국내법원에 당국의 이러한 결정을 다투는 소송을 제기하였다.

#### (1) Fedotova와 Shipiko 커플의 국내 소송 절차

청구인들 중 Fedotova와 Shipiko 커플은 모스크바의 Tverskoy 지방법원에 혼인 신고의 거부를 다투는 소송을 제기했다. 그들은 혼인 신고가 가족법에 명시된 요건을 충족하였지만 당국이 혼인 신고의 수리를 거부한 것이 러시아 헌법 및 유럽인권협약(이하 “협약”) 제8조<sup>3)</sup>와 제12조<sup>4)</sup>가 보호하는 권리

---

1) Fedotova and Others v. Russia [GC], nos. 40792/10, 30538/14 and 43439/14, 17 January 2023.

2) 러시아 가족법 제1조 (가족법의 기본 원칙)

(1) 가족, 모성(motherhood), 부성(fatherhood), 자녀는 국가에 의해 보호된다.

...

(3) 가족관계에 대한 규정은 남자와 여자 사이의 자발적인 부부 결합의 원칙과 가족 내 부부의 권리 평등 원칙을 기반으로 한다.

(4) 어떠한 형태로든 사회적, 인종적, 민족적, 언어적 및 종교적인 이유로 개인의 결혼할 권리를 제한하는 것은 금지된다.

3) 유럽인권협약 제8조 (사생활 및 가족생활을 존중받을 권리)

(1) 모든 사람은 그의 사생활과 가족생활, 주거 및 통신을 존중받을 권리를 가진다.

(2) 공권력은 국가 안보, 공공의 안전, 국가의 경제적 복리를 위해, 무질서 또는 범죄의 방지를 위

를 침해하는 것이라고 주장했다.

2009년 10월 6일, Tverskoy 지방법원은 그들의 청구를 기각하고, 이 커플에 남자가 포함되어 있지 않기 때문에 ‘남자와 여자 사이의 자발적인 부부 결합’이라는 가족법의 혼인 요건을 충족시키지 못했다고 판단했다. 이 법원은 국제법과 헌법이 정부에 동성혼을 장려하거나 옹호할 의무를 부과하지 않았다고 보았다. 마지막으로, 이 법원은 혼인 신고 양식이 ‘남자’와 ‘여자’ 두 개의 공란을 포함하고 있음을 지적했고, 이로 인해 동성 커플은 이를 이용할 수 없다고 보았다.

이 커플은 가족법이 동성 간의 혼인을 금지한 것이 아니라고 주장하며 항소했다. 그들은 가족법 제14조<sup>5)</sup>의 혼인에 대한 제한 규정에 동성 커플이 명시되어 있지 않다는 것을 근거로 들었다.

2010년 1월 21일, 모스크바 항소법원은 지방법원의 판결이유를 옹호하며 원심 판결을 유지했다. 추가적으로, 위 항소법원은 동성혼에 대한 명시적인 금지조항이 없다는 것이 국가가 동성혼을 허용하는 것으로 해석될 수 없다고 판단했다.

## (2) Chunosov와 Yevtushenko 커플의 국내 소송 절차

청구인들 중 Chunosov와 Yevtushenko 커플은 혼인 신고가 거부된 것에 대해 Gryazi 지방법원에 소송을 제기했다. 그들은 가족법이 동성 커플의 혼인할 권리를 제한하지 않는다고 주장했다. 그들은 또한 협약을 포함한 다양한 국제 합의들이 성적 지향을 기반으로 하는 차별 등 모든 차별을 금지하고, 협약의 체약국에 사생활과 가족생활을 보호할 의무를 부과한다고 주장했다. 그들은 협약 제8조, 제12조 및 제14조<sup>6)</sup>에 의거하였다.

---

해, 보건 또는 도덕의 보호를 위해, 또는 타인의 권리와 자유를 보호하기 위해 민주사회에서 필요하고 법에 따라 이루어지는 경우를 제외하고는 이 권리의 행사를 제한할 수 없다.

### 4) 유럽인권협약 제12조 (혼인할 권리)

혼인 적령기의 남자와 여자는 이 권리 행사에 관한 국내법에 따라 혼인을 하고 가정을 구성할 권리를 가진다.

### 5) 러시아 가족법 제14조 (혼인의 제한)

다음의 경우, 혼인은 인정될 수 없다.

- 둘 중 한명이라도 이미 혼인한 상태인 경우;
- 가까운 친척, 형제자매 또는 의붓형제자매인 경우;
- 양부모와 그들의 양자인 경우; 또는
- 둘 중 한명이 정신적 질환으로 인해 법원에 의해 법적 능력을 상실한 경우.

2013년 8월 2일, Gryazi 지방법원은, 러시아 법에 따르면 혼인 신고에 대한 심사가 의무적이기 때문에, 등기소가 혼인 신고를 심사하지 않고 거부한 것은 위법하다고 판단했다. 하지만 위 지방법원은 동성혼의 거부에 관해서는 헌법재판소가 헌법이나 법률이 동성 커플에 혼인할 권리를 부여하지 않았다고 판단한 결정을 인용하면서, 동성혼이 국가와 종교의 전통, 남자와 여자 사이의 생물학적 결합이라는 결혼에 대한 이해, 가족을 보호하려는 국가의 정책, 부모와 자녀의 본질적인 성격, 그리고 동성애에 대한 금지에 반한다고 덧붙였다. 또한 위 지방법원은 협약이 체약국에 동성혼을 허용할 의무를 부과하지 않았다고 언급했다.

이 커플은 러시아 법이 혼인을 이성 간 결합으로 정의하지 않았고, 가족법이 동성혼을 금지하지 않았다고 주장하며 항소했다. 2013년 10월 7일 Lipetsk 항소법원은 그들의 항소를 기각했다. 위 항소법원은 그들의 주장이 가족법과 국가 전통을 잘못 해석하여 생긴 개인적인 의견에 불과하다고 언급했다. 2014년 3월 12일, 위 항소법원은 그들의 상고를 불허했다.

### (3) Shaykhrznova와 Yakovleva 커플의 국내 소송 절차

청구인들 중 Shaykhrznova와 Yakovleva 커플은 혼인 신고가 거부된 것에 대해 다른 커플들과 같은 주장을 하며 Gryazi 지방법원에 소송을 제기했다. 그들은 협약 제8조, 제12조 및 제14조에 의거하였다.

2013년 8월 12일 위 지방법원은 그들에게 불리한 판결을 내렸다. 위 지방법원은 혼인 신고가 심사되지 않은 채 거부된 것처럼 보이지만, 실제로는 심사되었다고 판단했다. 위 지방법원은 등기소가 신고를 적절히 심사하고 적법하게 거부했다고 보았다.

2013년 11월 18일과 2014년 3월 11일 Lipetsk 항소법원은 그들의 항소를 기각하고 상고를 불허했다.

---

### 6) 유럽인권협약 제14조 (차별의 금지)

성, 인종, 피부색, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 소수민족에의 소속, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등에 의한 어떠한 차별도 없이 본 협약에 규정된 권리와 자유의 향유가 확보되어야 한다.

## II. 쟁점 및 판단

이번 사건의 쟁점은 (1) 청구인들의 청구가 본 재판소의 관할에 속하는지 여부 및 (2) 피청구국이 동성 커플인 청구인들의 관계를 법적으로 인정 및 보호하지 않은 것이 협약 제8조에서 보호하는 청구인들의 사생활 및 가족생활의 권리를 침해하였는지 여부이다.

### 1. 법정의견

#### 가. 이번 사건에 대한 본 재판소의 관할권

피청구국은 2022년 3월 16일부로 유럽평의회의 회원국 자격을 상실했고, 2022년 9월 16일부로 협약의 당사국 지위를 상실했다.

이러한 상황에서, 비록 피청구국이 대재판부에 사건 이송을 요청하며 이 절차에 대해 이의를 제기하지는 않았지만, 본 재판소는 본 재판소가 이번 청구를 다룰 권한을 가지고 있는지 판단한다. 본 재판소의 관할권 범위는 구체적인 사건에 대한 당사자들의 신청이 아닌 협약 자체, 특히 제32조7)에 따라 결정되므로, 단순히 관할권에 대한 항변이 없었다고 하여 관할권을 확장시킬 수는 없다.<sup>8)</sup>

협약 제58조(폐기 통고)는 다음과 같이 명시하고 있다.

(1) 체약국은 당사국이 되고 5년이 경과된 이후, 그리고 유럽평의회 사무총장에게 폐기를 통고하고 6개월이 경과된 이후에만 이 협약을 폐기할 수 있고, 사무총장은 이 사실을 다른 체약국에게 알려야 한다.

(2) 폐기가 발효하기 전 의무 위반에 해당될 수 있어 체약국이 이행했어야 하는 행위에 대하여는, 폐기 통고가 체약국을 협약에 따른 의무로부터 면제시켜

---

#### 7) 유럽인권협약 제32조 (재판소의 관할권)

(1) 재판소의 관할권은 제33조, 제34조, 제46조, 제47조에 언급된 협약과 의정서의 해석과 적용에 관한 모든 사안들에 대해 적용된다.

(2) 재판소의 관할권과 관련하여 분쟁이 있는 경우, 재판소가 이를 결정한다.

8) *Blečić v. Croatia* [GC], no. 59532/00, § 67, ECHR 2006-III.

주는 것은 아니다.

(3) 유럽평의회 회원국 자격을 상실하는 체약국은 같은 조건하에서 이 협약의 당사국 지위를 상실한다.

협약 제58조, 특히 제2항과 제3항의 문언에 따라 유럽평의회 회원국 자격을 상실하였더라도, 그 국가는 협약의 당사국 지위를 상실한 날짜 이전에 행해진 행위에 대한 책임을 면제받지 않는다.

이번 사건에서, 청구인들이 협약 위반을 주장하는 사실관계는 2022년 9월 16일 이전에 발생했다. 청구들은 2010년과 2014년에 제기되었기 때문에, 본 재판소는 이 청구들을 다룰 관할권이 있다.

#### **나. 피청구국의 선결적 항변(preliminary objections)**

대재판부에서 피청구국은 두 가지의 선결적 항변을 하였다. 하나는 청구인들이 피해자로서의 지위를 상실하였다는 것이었고, 다른 하나는 청구인들이 국내의 법적 구제수단을 소진하지 않았다는 것이었다.

##### **(1) 청구인들의 피해자로서의 지위**

피청구국은 청구인들이 더 이상 협약 위반의 피해자가 아니라는 자료를 제출했다. 피청구국은 청구인들 중 Fedotova와 Shipiko 커플은 2009년 토론토에서 혼인했지만 이후 결별했다고 주장했다. 또한 청구인들 중 Chunosov는 2014년 다른 러시아인과 혼인하여 현재 독일에서 거주하고 있다는 것을 보여주었다. 마지막으로, Shaykhaznova와 Yakovleva 커플은 결별했고 그중 Shaykhaznova는 독일에서 거주하고 있다고 언급하였다. 이러한 이유로 피청구국은 청구인들이 피해자로서의 지위를 상실했고, 이번 청구에 소의 이익이 없다고 주장하였다.

이러한 경우, 본 재판소는 (1) 국가가 청구인이 주장한 위반 사항을 적어도 실질적으로는 인정했는지, 그리고 (2) 청구인에게 적절하고 충분한 구제를 제공했는지 판단해야 한다. 이번 사건에서, 청구인들은 피청구국에서 그들의 관계를 법적으로 인정받고 보호받을 기회가 없는 것이 그들의 사생활과 가

족생활에 대한 권리를 침해했고, 이는 성적 지향으로 인한 차별에 해당한다고 주장했다. 하지만 피청구국이 제출한 자료 중 어떠한 것도 피청구국이, 명시적으로든 실질적으로든, 청구인들이 주장한 위반 사항을 인정했다는 사실을 보여주지 않았다. 또한 청구인들에게 위반 사항에 대한 구제를 제공했다는 것도 보여주지 않았다. 오히려 피청구국은 본 재판소에서 청구인들의 혼인을 인정하지 않는 것이 협약에 합치한다고 주장했다.

상술한 바에 따라 본 재판소는 청구인들이 여전히 협약 위반의 피해자라고 판단한다. 같은 이유로, 본 재판소는 이 사건을 계속 조사하는 것이 타당하다고 본다.

#### (2) 국내 구제수단을 소진하지 않은 것

피청구국은 두 가지 이유를 들어 국내 구제수단이 소진되지 않았다고 이의를 제기했다. 먼저, 피청구국은 청구인들이 ‘2단계로 된’ 상고 절차에 따라 대법원에 상고했어야 한다고 주장했다. 두 번째로, 청구인들이 국내 법원에서 혼인할 권리만 주장할 것이 아니라, 그들의 관계를 법적으로 인정받지 못하는 것에 대해 명시적으로 다투었어야 한다고 보았다.

피청구국은 대재판부 이전 절차에서는 이에 대한 이의를 제기하지 않았고, 특히 피청구국이 본 청구의 적법요건과 본안에 관한 의견을 최초로 진술할 당시 이러한 이의를 제기할 수 없었던 사정이 있었다는 점을 밝히지 않았으므로, 유럽인권재판소 규칙 제55조<sup>9)</sup>에 따라 피청구국의 위와 같은 이의 제기는 허용되지 않는다.<sup>10)</sup>

상술한 바에 의하여 본 재판소는 국내 구제수단의 소진에 관한 피청구국의 두 번째 항변도 받아들이지 않는다.

### 다. 협약 제8조의 위반 여부에 대한 판단

9) 유럽인권재판소 규칙 제55조 (적법요건에 대한 항변)

적법요건에 대한 항변은, 항변의 특성과 상황이 허용하는 한, 제51조와 제54조에 따라 피청구 협약 국에 의해 청구의 적법요건에 관한 서면 또는 구두 의견을 통해 제기되어야 한다.

10) *Navalnyy v. Russia* [GC], nos. 29580/12 and 4 others, § 61, 15 November 2018; and *López Ribalda and Others v. Spain* [GC], nos. 1874/13 and 8567/13, § 83, 17 October 2019.

청구인들은 피청구국에서 그들의 커플로서의 관계가 법적으로 인정되고 보호받는 것이 불가능하다고 이의를 제기했다. 청구인들의 입장에서 이는 협약 제8조가 보호하는 사생활과 가족생활에 대한 권리를 침해당한 것이었다.

(1) 협약 제8조의 적용 여부

본 재판소는 먼저 피청구국이 협약 제8조에서 말하는 ‘사생활’ 부분과 ‘가족생활’ 부분이 모두 이번 사건의 사실관계에 적용된다는 것에 대해 반박하지 않았다는 것에 주목한다. 본 재판소는 다음과 같은 이유로 이 쟁점에 있어서 당사자들의 입장을 따른다.

‘사생활’ 부분과 관련하여, 본 재판소는 협약 제8조에서 말하는 ‘사생활’ 개념이 엄밀하게 정의하기 어려운 포괄적인 개념이며, 인격이나 개인의 자율성 측면에서<sup>11)</sup> 자기 개발의 권리를 포함한다는 것<sup>12)</sup>을 강조한다. 이는 협약 제8조의 해석에 근본이 되는 중요한 원칙이다.<sup>13)</sup>

성적 지향은 협약 제8조가 보호하는 사생활의 영역에 포함된다.<sup>14)</sup> 게다가 본 재판소는 사생활의 개념을 개인의 삶의 가장 은밀한(intimate) 부분에만 한정하는 것이 과도한 제한이라고 보았다.<sup>15)</sup> 따라서 제8조는 ‘개인의 사회생활’을 영위할 권리, 즉 개인이 자신의 사회적 정체성을 발달시킬 가능성을 포함하는 넓은 의미에서의 ‘사생활’에 대한 권리를 보호한다. 이와 관련하여, 이 권리는 타인과의 관계를 맺기 위해 타인에게 접근할 가능성을 보장한다.<sup>16)</sup> 따라서, 개인의 ‘사생활’은 개인의 사회적 정체성의 여러 측면을 포괄한다.<sup>17)</sup>

이번 사건에서 본 재판소는 동성 커플을 인정하고 보호하는 제도가 미비된 것이, 법에 의해 인정되고 보호받길 바라는 동성애자로서의 청구인의 개인적

11) *Bensaid v. the United Kingdom*, no. 44599/98, § 47, ECHR 2001-I; and *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], no. 28957/95, § 90, ECHR 2002-VI.

12) *K.A. and A.D. v. Belgium*, nos. 42758/98 and 45558/99, § 83, 17 February 2005.

13) *Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, § 61, ECHR 2002-III.

14) *Dudgeon v. the United Kingdom*, 22 October 1981, § 41, Series A no. 45; *E.B. v. France* [GC], no. 43546/02, § 43, 22 January 2008; and *Gas and Dubois v. France*, no. 25951/07, § 37, ECHR 2012.

15) *Niemietz v. Germany*, 16 December 1992, § 29, Series A no. 251-B.

16) *Bărbulescu v. Romania* [GC], no. 61496/08, § 70, 5 September 2017.

17) *López Ribalda and Others v. Spain* [GC], nos. 1874/13 and 8567/13, § 83, 17 October 2019.

정체성과 사회적 정체성에 영향을 미쳤다는 것을 인정한다. 따라서 제8조의 ‘사생활’ 부분은 이번 사건에 적용된다.

‘가족생활’과 관련하여, 협약 제8조에서 말하는 ‘가족생활’의 개념은 본질적으로 가까운 인간관계의 존재에 따라 결정되는 문제이다.<sup>18)</sup> 제8조에서 말하는 ‘가족’의 개념은 결혼을 기반으로 한 관계뿐만 아니라 다른 실질적 가족 관계와도 관련이 있다.<sup>19)</sup>

동성 관계와 관련하여, 본 재판소는 Schalk and Kopf v. Austria 결정<sup>20)</sup>에서 상당수의 유럽평의회 회원국이 동성 커플을 법적으로 인정하며 추세가 급속하게 변화하고 있다고 보았다. 이 추세를 근거로, 동성 커플이 이성 커플과는 다르게 제8조의 ‘가족생활’을 누릴 수 없다는 입장을 유지하는 것이 잘못되었다고 판단했다. 이에 따라 본 재판소는 사실상(*de facto*) 파트너로서 동거하던 그 사건 청구인들의 관계가 같은 상황의 이성 커플 간 관계처럼 ‘가족생활’의 개념에 포함된다고 판단했다.<sup>21)</sup>

이번 사건에서 청구인들이 처음 피청구국 당국에 혼인 신고를 할 당시 인정되고 헌신적인 관계를 형성하고 있었다는 사실에 대하여는 다툼이 없다. 따라서 본 재판소는 협약 제8조의 ‘사생활’ 부분과 ‘가족생활’ 부분이 이번 사건에 적용된다고 결론을 내린다.

## (2) 협약 제8조의 위반 여부

① 동성 커플을 법적으로 인정하고 보호할 피청구국의 적극적인 의무에 대한 검토

협약 제8조의 근본적인 목적은 공권력의 독단적인 침해에 맞서 개인의 권리를 보호하는 것이지만, 위 조항은 개인의 권리를 효과적으로 보장하기 위해 국가에 적극적인 의무를 부과할 수도 있다.<sup>22)</sup> 이번 사건에서 협약 제8조

18) Marckx v. Belgium, 13 June 1979, § 31, Series A no. 31; and K. and T. v. Finland [GC], no. 25702/94, § 150, ECHR 2001-VII.

19) Johnston and Others v. Ireland, 18 December 1986, § 55, Series A no. 112; Keegan v. Ireland, 26 May 1994, § 44, Series A no. 290; and Paradiso and Campanelli v. Italy [GC], no. 25358/12, § 140, 24 January 2017.

20) Schalk and Kopf v. Austria, no. 30141/04, ECHR 2010.

21) Schalk and Kopf v. Austria, no. 30141/04, § 94, ECHR 2010.

22) Odièvre v. France [GC], no. 42326/98, § 40, ECHR 2003-III; Hämäläinen v. Finland [GC], no. 37359/09, § 62, ECHR 2014; and Bărbulescu v. Romania [GC], no. 61496/08, § 108, 5



는 동성 커플이 그들의 관계에 있어 법적인 인정과 보호를 받을 수 있도록 보장할 적극적인 의무가 당사국에 있는지에 대한 쟁점을 제기한다. 러시아 법체계에서는 형식과 관계없이 동성 커플이 법적으로 인정받을 가능성이 전혀 없다.

협약 제8조에 따라 동성애자에게 부여되는 보호에 관한 본 재판소의 선례는 점차 중요해지며 계속해서 발전해 왔다. 본 재판소가 초기에는 동성 커플의 사생활의 가장 내밀한 부분에 영향을 미치는 침해에 대해 심사했다면,<sup>23)</sup> 이제는 점차 동성 커플에 대한 보호의 부재나 미비와 관련된 청구를 다루게 되었다.<sup>24)</sup>

예를 들어, *Schalk and Kopf* 결정<sup>25)</sup>에서 그 사건의 청구인들은 그들이 동성 커플이어서 혼인 또는 그 이외의 방식으로 그들의 관계를 법적으로 인정받을 수 없었다는 이유로 차별을 당했다고 주장했다. 본 재판소는 협약 제8조와 결합한 제14조하에 한정하여 청구를 심사하면서, 그 사건의 청구인들이 관계에 대한 인정과 보호 측면에서 이성 커플과 비슷한 상황에 있다는 것을 확인했다. 다음으로, 본 재판소는 혼인 이외에는 법적 인정을 위한 다른 수단이 없다는 점을 다루는 청구를 심사하면서, 오스트리아 의회가 그 청구가 제기된 후 동반자등록법(*Registered Partnership Act*)을 통과시켰다는 것에 주목했다. 이러한 상황에서 쟁점은 동성 커플에 대한 법적 인정의 결여가 협약 제8조와 결합한 협약 제14조를 위반하는지가 아니라, 오스트리아가 법적 인정을 위한 대안을 더 일찍 마련했어야 하는지였다. 이와 관련하여, 본 재판소는 2010년부터 동성 커플에게 혼인 관계와 유사한 법적 지위를 부여한 오스트리아가 협약 제8조와 결합한 제14조를 위반하지 않았다고 판단했다.

---

September 2017.

23) *Dudgeon v. the United Kingdom*, 22 October 1981, Series A no. 45; *Norris v. Ireland*, 26 October 1988, Series A no. 142; *Modinos v. Cyprus*, 22 April 1993, Series A no. 259; *Smith and Grady v. the United Kingdom*, nos. 33985/96 and 33986/96, ECHR 1999-VI; and *Lustig-Prean and Beckett v. the United Kingdom*, nos. 31417/96 and 32377/96, 27 September 1999.

24) *Karner v. Austria*, no. 40016/98, ECHR 2003-IX; *Kozak v. Poland*, no. 13102/02, 2 March 2010; *Gas and Dubois v. France*, no. 25951/07, ECHR 2012; *Taddeucci and McCall v. Italy*, no. 51362/09, 30 June 2016; and *Pajić v. Croatia*, no. 68453/13, 23 February 2016.

25) *Schalk and Kopf v. Austria*, no. 30141/04, ECHR 2010.

Vallianatos and Others 결정<sup>26)</sup>은 다른 쟁점에 관한 것이었다. 그 사건의 청구인들은 그리스에 도입한 ‘시민 결합(civil union)’ 제도가 이성 커플만을 위한 제도라고 주장했다. 본 재판소는 혼인의 대안으로 법에 따라 공식적으로 인정된 시민 결합 제도가, 그 사건의 청구인들에게 주는 법적 효과와 관계없이 그리고 그 범위의 좁고 넓음에 관계없이 본질적인 가치를 지닌다고 보았다. 본 재판소는 삶을 공유하는 동성 커플이 이성 커플과 마찬가지로 상호간의 지지와 지원을 필요로 한다는 점을 강조했다. 결과적으로, 동성 커플에게 시민 결합 관계를 맺는 것은 이성 커플의 경우와는 달리 그리스 법상 그들의 관계를 인정받을 수 있는 유일한 수단이라는 점에서 특히 중요한 이해관계가 있다. 하지만 그리스 정부는 동성 커플을 시민 결합 제도에서 배제한 것을 정당화할 만한 설득력 있는 근거를 제시하지 못했기 때문에, 본 재판소는 그리스 정부가 협약 제8조와 결합한 제14조를 위반했다고 결정했다.

Schalk and Kopf 결정과 Vallianatos and Others 결정에서 본 재판소가 협약 제8조만을 근거로 하는 결정을 내린 것은 아니다. 하지만 이후 본 재판소는 다른 사건들에서 동성 커플에 대한 법적 인정과 보호의 부재에 직접적으로 연관된, 협약 제8조의 위반만을 주장하는 청구를 심사했다.

Oliari and Others 결정<sup>27)</sup>에서 본 재판소는 이탈리아가 동성 커플에 대한 인정과 보호를 보장하는 법적 체도를 통해 그들의 사생활과 가족생활을 보호해야 한다고 판단하였다. 본 재판소는 동성 커플이 이성 커플처럼 안정되고 헌신적인 관계를 맺을 수 있어야 하고, 이성 커플과 마찬가지로 그들의 관계에 대한 법적 인정 및 보호를 필요로 한다고 강조했다. 그리고 본 재판소는 동성 커플의 특정한 권리와 의무를 법적으로 인정하고 보호해야 한다고 한 이탈리아 헌법재판소의 입장에 주목했다. 본 재판소는 이러한 입장이 이탈리아 국민 다수의 정서를 반영하는 것이라고 보았다. 본 재판소는 그 사건의 청구인들의 이익을 고려한 뒤, 그 사건의 청구인들의 이익보다 더 우위에 있는 공동체의 이익이 없다면, 이탈리아가 동성 커플에 대한 인정과 보호

---

26) Vallianatos and Others v. Greece [GC], nos. 29381/09 and 32684/09, ECHR 2013.

27) Oliari and Others v. Italy, nos. 18766/11 and 36060/11, 21 July 2015.

를 제공할 법적 제도를 보장해야 할 적극적인 의무를 충족하지 못한 것이라고 판단했다.

본 재판소의 선례들을 살펴보면, 협약 제8조는 이미 당사국이 ‘구체적인 제도’를 통해 동성 커플을 법적으로 인정하고 보호하도록 요구하고 있다고 해석되어 왔다.<sup>28)</sup> 하지만 아직까지는 협약 제8조가 당사국에 동성 커플이 혼인할 수 있도록 하는 적극적 의무를 부과하는 것으로는 해석되지 않고 있다. 결과적으로 본 재판소는 협약 제8조와 결합한 제12조하에서 국가가 동성 커플이 혼인을 할 수 없도록 제한하는 것은 가능하도록 남겨두었다.<sup>29)</sup>

동성 커플에게 법적 인정과 보호를 제공할 적극적인 의무를 부과한, 협약 제8조에 대한 본 재판소의 선례들은 현재 진행 중인 국내법과 국제법의 실질적인 추세를 따라가고 있다. 협약은 현재의 상황과 민주국가의 이념에 따라 해석되어야 하는 살아있는 문서다.<sup>30)</sup> 협약은 인권을 보호하는 가장 중요한 체계이기 때문에, 본 재판소는 계약국들의 변화하는 상황에 관심을 가지고 변화하는 기준에 대응해야 한다.<sup>31)</sup>

자료에 따르면, 30개의 당사국이 현재 동성 커플이 법적으로 인정받을 수 있도록 하고 있다. 그중 18개의 당사국은 동성 커플의 혼인을 승인했고, 12개의 당사국은 혼인을 대체하는 수단을 도입했다.

본 재판소는 선례와 유럽평의회의 회원국들에서 명백하게 진행 중인 추세를 함께 고려하여, 협약 제8조하의 적극적 의무에 따라 유럽평의회 회원국들이 동성 커플에게 그들의 관계를 인정하고 보호할 법적 제도를 도입해야 한다는 것을 재확인한다.

## ② 국가의 재량의 여지(margin of appreciation)

28) Oliari and Others v. Italy, nos. 18766/11 and 36060/11, § 185, 21 July 2015; and Orlandi and Others v. Italy, nos. 26431/12 and 3 others, § 210, 14 December 2017.

29) Schalk and Kopf v. Austria, no. 30141/04, §§ 101 and 108; ECHR 2010; Gas and Dubois v. France, no. 25951/07, § 66, ECHR 2012; Chapin and Charpentier v. France, no. 40183/07, § 48, 9 June 2016.

30) Tyrer v. the United Kingdom, 25 April 1978, § 31, Series A no. 26; Marckx v. Belgium, 13 June 1979, § 41, Series A no. 31; and Christine Goodwin v. the United Kingdom [GC], no. 28957/95, ECHR 2002-VI.

31) Stafford v. the United Kingdom [GC], no. 46295/99, § 68, ECHR 2002-IV; Scoppola v. Italy (no. 2) [GC], no. 10249/03, § 104, 17 September 2009; and Bayatyan v. Armenia [GC], no. 23459/03, § 102, ECHR 2011.

당사국은 협약 제8조를 준수하기 위해 적극적인 의무를 이행하는 과정에서, 여러 요소에 따라 다양한 수준으로 재량의 여지를 가진다. 개인의 존재나 정체성에 있어서 중요하거나 본질적인 부분이 관련되어 있다면, 국가에 허용되는 재량의 여지는 한정적일 것이다.<sup>32)</sup> 반면, 유럽평의회 회원국 간에 쟁점이 된 가치의 상대적 중요성이나 이를 보호할 최고의 수단에 대한 공감대가 형성되지 않았고, 특히 민감한 도덕적 또는 윤리적 쟁점과 관련된 사안에 대한 것이라면, 이 재량의 여지는 더 넓어질 수 있다.<sup>33)</sup>

이번 사건에서 제기된 쟁점과 관련하여, 본 재판소는 동성 커플의 법적 인정과 보호에 대한 필요성이 그들에게 특히 중요한 개인적이고 사회적인 정체성과 관련된 것이라고 본다. 또한 공감대의 존재에 관하여, 본 재판소는 이미 동성 커플의 법적 인정과 보호에 대하여 유럽 차원에서 진행 중인 추세가 있다고 판단하였다. 즉, 개인적이고 사회적인 정체성의 중요한 측면이 문제가 되고, 유럽평의회 회원국들 사이에서 분명히 진행 중인 추세가 있다는 것을 고려했을 때, 본 재판소는 동성 커플에게 법적 인정과 보호의 수단을 제공하는 부분에 있어서 당사국의 재량 범위가 매우 좁다고 본다.

### ③ 피청구국의 적극적 의무 준수 여부

상술한 바에 따라, 본 재판소는 피청구국이 청구인들을 위해 법적인 인정과 보호를 보장했는지 확인해야 한다. 이를 위해 본 재판소는 피청구국에 주어진 재량의 여지를 고려하여, 피청구국이 스스로 근거로 삼은 이익과 청구인들이 주장한 이익을 공정하게 비교형량했는지 확인해야 한다.<sup>34)</sup>

청구인들이 당국에 법적인 인정을 요청하였을 당시 러시아 법이 동성 커플을 법적으로 인정하는 제도를 두고 있지 않았다는 것은 자명하다. 청구인들

---

32) *Dudgeon v. the United Kingdom*, 22 October 1981, § 60, Series A no. 45; *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], no. 28957/95, § 90, ECHR 2002-VI; and *Mennesson v. France*, no. 65192/11, § 80, ECHR 2014 (extracts).

33) *S.H. and Others v. Austria* [GC], no. 57813/00, § 97, ECHR 2011; *Paradiso and Campanelli v. Italy* [GC], no. 25358/12, §§ 194-95, 24 January 2017; and *Dubská and Krejzová v. the Czech Republic* [GC], nos. 28859/11 and 28473/12, §§ 182-84, 15 November 2016.

34) *Hämäläinen v. Finland* [GC], no. 37359/09, § 65, ECHR 2014; *Oliari and Others v. Italy*, nos. 18766/11 and 36060/11, § 175, 21 July 2015; and *Orlandi and Others v. Italy*, nos. 26431/12 and 3 others, § 198, 14 December 2017.

이 청구를 제기한 이후에도 러시아 법이 개정되지 않았다는 것 또한 명백하다. 본 재판소는 피청구국이 동성 커플을 공식적으로 인정하고 보호하는 제도를 마련하겠다는 계획을 밝힌 바 없다는 것에 주목한다. 오히려 피청구국은 동성 커플이 법적 인정과 보호를 받을 수 없다는 사실이 협약 제8조와 합치하며, 이는 청구인들의 이익보다 우위에 있는 이익을 보호하기 때문에 정당화된다고 주장했다. 이와 관련하여, 피청구국은 2020년 헌법 개정을 통해 남자와 여자의 결합을 기반으로 한 전통적인 가족에 대한 보호를 강화했다. 따라서 피청구국의 상황은 동성 커플의 사생활과 가족생활의 보호를 보장하기 위해 국내법을 개정했던 대다수 당사국들의 상황과는 매우 다르다.

청구인들은 그들을 커플로서 인정하지 않는 법적 공백으로 인해 법적인 보호를 받지 못하고 일상에서 많은 어려움과 마주한다고 주장했다. 청구인들은 동성 커플로서 주택 지원과 가족들을 위한 재정적 지원을 받을 수 없었고, 사망한 파트너로부터 유산을 상속받을 수 없었으며 이혼이나 사망으로 인한 보조금을 지급받지 못했다. 청구인들은 또한 파트너의 질병으로 인한 휴가를 받을 수 없었고, 병원 치료에 관한 중요한 결정을 내릴 권리 또한 없었다. 그리고 청구인들은 형사 절차에서 동성 파트너에 불리한 증언을 하지 않을 권리조차 인정받지 못했고, 수감된 파트너를 면회할 권리도 자유롭게 주어지지 않았다.

본 재판소는 청구인들이 관계에 대한 공식적인 인정을 받는 것이 그들에게 본질적으로 중요한 것임을 인정한다. 공식적인 인정은 협약 제8조가 보장하는 개인적이고 사회적인 정체성을 발달시키는 한 부분이다. 본 재판소는 이미 혼인에 대한 공식적인 대안으로 인정되는 동반자관계(partnership)가 동성 커플에게 본질적으로 중요하다고 판단한 바 있다.

본 재판소는 러시아 법이 동성 커플을 공식적으로 인정하지 않는 상황에서, 동성 커플이 사실상의(*de facto*) 결합에 불과하다고 결론내릴 수밖에 없다. 상술한 바에 따라, 피청구국의 법체계는 동성 커플을 안정적이고 헌신적인 관계로 인정하고 보호하는 데 핵심적인 요소를 청구인들에게 제공하지

못했다.<sup>35)</sup> 따라서 본 재판소는 피청구국이 법적 인정과 보호의 부재를 정당화하기 위해 제시한 근거들을 검토해 보아야 한다.

먼저, 피청구국은 헌법에서 보호하는 사회의 근본적인 가치인 전통적인 결혼과 가족 제도를 보호해야 한다고 주장했다. 본 재판소는 전통적인 가족을 옹호하는 것이 그 자체로 정당하고 훌륭하다고 보았다.<sup>36)</sup> 하지만 전통적인 의미의 가족을 보호하려는 목적은 추상적인 것이고 이를 실현할 수 있는 많은 수단들이 있다.<sup>37)</sup> 게다가 가족의 개념은 협약이 채택된 이래로 변화해 온 것처럼 필연적으로 변화한다. 협약이 오늘의 상황에 맞춰 해석되어야 하는 살아있는 문서임을 감안하면, 국가는 가족을 보호하고 가족생활의 존중을 보장하기 위한 수단을 선택할 때 사회의 발전과 사회 및 시민적 지위의 문제, 그리고 관계에 대한 인식의 변화를 반드시 고려해야 한다.<sup>38)</sup>

이번 사건에서 안정적이고 헌신적인 관계에 있는 동성 커플에게 법적 인정과 보호를 제공하는 것이 그 자체로 전통적인 방식으로 구성된 가족에게 해를 주거나 가족의 미래나 온전성을 저해했다고 볼 수 없다.<sup>39)</sup> 동성 커플을 인정하는 것은 이성 커플이 혼인하거나 자신들의 생각에 맞게 가족을 구성하는 것을 방해하지 않는다. 보다 일반적으로, 동성 커플의 권리를 보호하는 것은 그 자체로 타인이나 다른 커플의 권리를 약화시키지 않는다. 따라서 본 재판소는 전통적인 가족을 보호한다는 목적이 동성 커플에 대한 법적 인정과 보호의 부존재를 정당화할 수 없다고 본다.

다음으로, 피청구국은 본 재판소가 *Oliari and Others* 결정에서 채택했던 접근법을 따라야 하고, 이 사건에서 러시아 국민의 정서, 즉 동성 관계에 대하여 널리 퍼져 있는 반감을 고려해야 한다고 주장했다. 본 재판소는 먼저 *Oliari and Others* 결정에서 이탈리아 국민들의 정서를 고려했지만, 그것이

---

35) *Oliari and Others v. Italy*, nos. 18766/11 and 36060/11, § 172, 21 July 2015.

36) *Marckx v. Belgium*, 13 June 1979, § 40, Series A no. 31.

37) *Karner v. Austria*, no. 40016/98, § 41, ECHR 2003-IX; *Kozak v. Poland*, no. 13102/02, § 98, 2 March 2010; and *Vallianatos and Others v. Greece [GC]*, nos. 29381/09 and 32684/09, § 139, ECHR 2013.

38) *Vallianatos and Others v. Greece [GC]*, nos. 29381/09 and 32684/09, § 94, ECHR 2013.

39) *Bayev and Others v. Russia*, nos. 67667/09 and 2 others, § 67, 20 June 2017.

결정적인 판단이유는 아니었다는 것을 밝힌다.

또한, 본 재판소는 민주주의가 단지 다수의 의견이 항상 옳은 것을 의미하지는 않는다고 반복해서 판단해 왔다. 소수를 공정하고 적절하게 대우하며 지배적인 위치의 남용을 피할 수 있도록 이익형량이 이루어져야 한다.<sup>40)</sup> 본 재판소는 소수의 동성애자에 대한 다수의 이성애자의 편견이 내재된 정책과 결정들에 일관되게 반대해 왔다.<sup>41)</sup> 본 재판소는 또한 협약 제14조하에서 특정 국가에서의 전통, 고정관념, 우세한 사회적 분위기가 성적 지향을 기반으로 하는 차별을 정당화할 수 없다고 판단해 왔다.<sup>42)</sup>

마지막으로, 소재판부의 절차에서 피청구국은 동성 커플을 공식적으로 인정하는 것이 동성애를 조장하는 것으로부터 미성년자를 보호해야 한다는 중요한 원칙에 위배된다고 주장했다. 피청구국은 이것이 미성년자의 건강과 도덕성을 해치고 ‘전통적인 혼인 관계와 그렇지 않은 혼인 관계의 사회적 평등에 관한 왜곡된 이미지’를 심어줄 수 있다고 주장했다.

이에 대하여, 본 재판소는 이미 *Bayev v. Others* 결정<sup>43)</sup>에서 해당 결정에서 문제된 조항이 ‘소수인 동성애자에 대한 이성애자의 편견을 내포하고 있다’고 판단했다. 그리고 본 재판소는 ‘민주주의에 내재된 평등, 다원주의 및 관용성의 개념과 합치하지 않는 규범을 채택함으로써, 정부가 낙인과 편견을 강화하고 동성애 혐오를 조장했다.’라는 결론을 내렸다.

따라서 본 재판소는 피청구국이 제기한 공익적 근거들 중 어느 것도, 청구인들의 관계가 법적으로 인정되고 보호될 때 얻어질 청구인들의 이익보다 우위에 있지 않다고 본다. 본 재판소는 피청구국이 재량의 여지를 벗어났고 사생활과 가족생활에 대한 청구인의 권리를 보장할 적극적 의무를 충족하지

---

40) *Young, James and Webster v. the United Kingdom*, 13 August 1981, § 63, Series A no. 44; *Chassagnou and Others v. France* [GC], nos. 25088/94 and 2 others, § 112, ECHR 1999-III; *Gorzelik and Others v. Poland* [GC], no. 44158/98, § 90, ECHR 2004-I; and *İzzettin Doğan and Others v. Turkey* [GC], no. 62649/10, § 109, 26 April 2016.

41) *Bayev and Others v. Russia*, nos. 67667/09 and 2 others, § 68, 20 June 2017; *Smith and Grady v. the United Kingdom*, nos. 33985/96 and 33986/96, § 97, ECHR 1999-VI; *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, no. 33290/96, §§ 34-36, ECHR 1999-IX; and *L. and V. v. Austria*, nos. 39392/98 and 39829/98, § 52, ECHR 2003-I.

42) *Khamtokhu and Aksenchik v. Russia* [GC], nos. 60367/08 and 961/11, § 78, 24 January 2017.

43) *Bayev and Others v. Russia*, nos. 67667/09 and 2 others, 20 June 2017.

못했다고 판단한다.

#### 라. 협약 제8조와 결합한 협약 제14조의 위반 여부에 대한 판단

청구인들은 그들의 관계에 대한 법적 인정을 혼인의 대체 수단을 통해 보장받지 못한 것이 성적 지향을 근거로 한 차별에 해당한다고 주장했다. 그들은 협약 제8조와 결합한 협약 제14조에 의거했다.

협약 제8조에 따라 내려진 결론을 고려할 때, 본 재판소는 협약 제8조와 결합한 협약 제14조의 위반 여부에 대해서는 따로 다를 필요가 없다고 본다.

#### 마. 소결

따라서 본 재판소는,

만장일치로, 2022년 9월 16일 이전의 사실관계에 한하여 본 재판소가 청구인들의 청구를 판단할 권한이 있다고 결정한다.

14대 3의 표결로, 협약 제8조가 위반되었다고 결정한다.

13대 4의 표결로, 협약 제8조와 결합한 협약 제14조의 위반 여부를 다투는 청구를 별도로 검토할 필요가 없다고 결정한다.

## 2. PAVLI, MOTOC 재판관의 일부 반대의견

이번 사건에서 협약 제8조가 위반되었다는 법정의견에 아무런 거리낌 없이 동의한다. 본 재판소는 이번 결정을 통해 유럽 전역의 성 소수자들을 가리고 있던 진실을 밝혔다.

하지만 협약 제8조와 결합한 제14조의 위반 여부를 다투는 청구를 따로 검토할 필요가 없다는 법정의견에는 동의할 수 없다. 이번 청구는 혼인을 대체할 수단을 통해 청구인들에게 법적 인정을 보장해주지 않은 것이 성적 지향에 따른 차별이라는 주장을 기반으로 하고 있다. 법정의견은 불평등한 처우를 받는 것에 기인한 청구가 ‘사건의 근본적인 부분’을 구성하지 않는다는 것을 시사한다.<sup>44)</sup> 나는 이에 동의하지 않는다.



협약 제14조 관련 청구에 대한 법정의견의 약식 처분(summary disposal)은, 많은 선례들에서 보여준, 평등을 근거로 본 재판소가 협약 제8조하에서 한 많은 분석과 대비된다. 본 재판소의 확립된 입장은 동성 커플이 ‘그들의 관계에 대한 인정과 보호의 필요성 측면에서 이성 커플과 거의 비슷한 상황에 있다.’라는 기본적인 이해를 기초로 한다. 다시 말하면, 동성 커플을 법적으로 보호할 가치가 덜하다고 할 수 없고, 특히 ‘그들의 개인 및 사회적 정체성의 중요한 부분’에 있어서는 더 그렇다.

최근 비슷한 상황에서 언급했던 것처럼 법은 도덕적인 차원을 가지고, 사회의 도덕적 관점을 형성하는 데 기여한다. 법은 사람들에게 성 소수자들이 보이지 않는 존재가 아니라, 차이와 상관없이 사회의 동등한 구성원으로 인정받는다는 것을 알려준다. 반면, 허용되지 않는 근거를 가지고 차별하는 법은 그 반대를 야기한다. 그러한 법은 편견과 사회 분열을 강화하고 협약 제8조의 개인의 권리에 대한 침해를 야기한다. 따라서 ‘권리의 평등한 향유’ 원칙을 확립하는 본 재판소의 결정은 그 자체로 큰 가치를 지닌다.

이번 결정은 동성 커플을 법적으로 인정하고 보호하는 법적 제도를 제공하여야 한다는 점에 있어서는 재량의 범위가 상당히 좁아졌음을 확실히 하였으나, 국가가 관련 법적 제도를 정하는 과정에서 법적 인정의 형식과 보호의 내용 측면에서 가지는 재량의 범위는 넓다는 점을 분명히 하였다. 나는 재량의 여지에 대한 위와 같은 설명에는 반대하지 않는다. 하지만 나는 법정의견이 이러한 보호가 적절하여야 한다는 단순한 지시에서 한 걸음 더 나아가, 동성 커플에게 제공되어야 하는 법적 보호에 관한 재량의 한계를 대략적으로라도 정해주었으면 더 좋았을 것이라고 생각한다.

### 3. WOJTYCZEK 재판관의 반대의견

나는 이번 사건에서 협약 제8조가 위반되었다는 결정에 반대한다. 이번 사

---

44) *Dudgeon v. the United Kingdom*, 22 October 1981, § 67, Series A no. 45; *Chassagnou and Others v. France* [GC], nos. 25088/94 and 2 others, § 89, ECHR 1999-III; *Timishev v. Russia*, nos. 55762/00 and 55974/00, § 53, ECHR 2005-XII; and *A.K. and L. v. Croatia*, no. 37956/11, § 92, 8 January 2013.

건은 본 재판소의 역할의 본질과 협약의 해석에 대한 근본적인 쟁점을 제기한다. 이 반대의견은 이 두 가지 쟁점에 대한 법정의견의 접근법에 관한 것이다.

### 가. 본 재판소의 역할

이번 사건은 본 재판소의 역할에 대한 확인으로부터 시작한다. 협약 제19조45)는 본 재판소의 역할을 ‘협약 및 그 의정서의 체약국이 동의한 약속의 준수를 보장하기 위’한 것이라고 정의한다. 체약국이 동의한 약속은 정립된 내용에 따라 그리고 공동의 유산에 속한, 명확하게 정의된 권리를 보호하는 것이다. 체약국은, 명확한 동의 없이 내용이 변하고 동의 없이 조정되는 권리를 보호하는 것에는 동의하지 않았다.

협약 제1의정서 제3조는 다음을 보장한다.

“체약국은 의회 의원 선거를 통해 시민의 자유로운 의견 표현을 보장하며, 합리적인 시기마다 비밀투표에 의한 자유로운 선거를 실시할 것을 약속한다.”

입법 권한, 즉 본질적인 사회 문제에 대한 법 규범을 제정할 권한은 선출된 의회에 부여되어야 한다. 다시 말하면, 협약은 선출된 법 제정 기관이 아닌 기관들이 구속력 있는 법적 규칙을 정하는 것으로부터의 자유를 보장한다. 기본적인 법 규범들은 법률 또는 의회가 승인한 국제 조약의 형태로 채택되어야 한다. 근본적인 사회 문제와 관련된 규범을 제정할 권한은 사법 기관, 즉 유럽인권재판소에 의해서는 행사될 수 없다.

본 재판소의 역할은 적용되는 조약 해석 원칙을 준수하며 기존의 조약을 적용하고 해석하는 것에 한정되고 조약을 조정하거나 개정할 수는 없다. 조약을 조정하거나 개정할 권한은 체약국들이 독점적으로 가지고 있는 것이다.

### 나. 역동적 해석(dynamic interpretation)의 문제

---

45) 유럽인권협약 제19조(재판소의 설립)

협약 및 그 의정서의 체약국이 동의한 약속의 준수를 보장하기 위하여 유럽인권재판소를 설립한다. 본 재판소는 상설적으로 활동한다.

법정의견은 협약을 역동적으로 해석하고 이번 결정을 정당화했다. 이 접근법은 본 재판소의 선례에 의해 정립되어 있지만, 그럼에도 불구하고 이에 동의하기는 어렵다. 협약은 분명 역동적인 문서이고, 본 재판소는 이를 새로운 상황에 적용하고 새로운 맥락에서 조항에 의미를 부여해야 한다. 본 재판소는, 협약이 가지고 있는 기존의 추상적이면서 가끔은 모호한 형식에 구체적인 의미를 부여하는 범위에서, 법을 만드는 역할을 한다. 하지만 상술한 바와 같이, 이에 관한 본 재판소의 역할은 한정적이고, 본 재판소가 규범을 만드는 권한은 부수적인 것이다. 협약에 대한 해석은 반드시 문언과 침범되어서는 안 될 한계 내에서 행해져야 한다.

#### 다. 인권 보호 패러다임의 근본적인 변화

협약은 세계 인권 선언(Universal Declaration of Human Rights; 이하 “선언”)에 비추어 해석되어야 한다. 선언 제16조<sup>46)</sup>에 따르면 가족은 남자와 여자의 혼인에 의해 형성된다. 이렇게 형성된 가족은 사회의 본질적이고 기본적인 공동체 요소이며 사회와 국가의 보호를 받는다. 선언은 다른 어떠한 유형의 가족 구성에 대해서도 언급하고 있지 않다.

이러한 상황에서 국가에 동성 커플을 법적으로 인정하고 보호할 적극적인 의무를 부과하는 것은 가족법 분야에서 인권 보호 패러다임을 근본적으로 변화시키는 것이다. 이는 협약 승인 당시 피청구국이 예측할 수 없던 것이었다. 만약 피청구국이 그들의 의무에 관한 이 중대한 변화를 알았다면 협약을 승인하지 않았을 것이다. 하지만 본 재판소는 법정의견이 제시한 방안을 채택하여 그 권한을 초과하고 있다.

#### 라. 결정의 효과

만일 본 재판소가 협약을 통해 권리와 가치의 보호에 관한 일반 원칙들을

---

46) 세계인권선언 제16조

성인이 된 남녀는 인종이나, 국적, 종교에 따른 어떠한 제약도 받지 않고, 결혼할 수 있는 권리 그리고 가정을 이룰 권리가 있다.

도출한다면, 이는 보편적인 효력을 가진다. 하지만 이 원칙들은, 본 재판소가 모든 관련 이익들과 유럽 내 가치관을 세심하게 비교형량했을 경우에만 보편적 효력을 가질 수 있다. 특히, 모든 국가에 적용되는 원칙을 정립하기 위해서는 모든 유럽 국가의 공통된 이익과 관련된 가치를 규정하고 설명해야 한다.

이번 결정은 매우 특수한 국제적 상황에서 이루어졌다. 2022년 3월 16일 러시아 연방은 유럽평의회에서 추방되었다. 2022년 9월 16일부로 피청구국은 실질적으로 협약이 보호하는 권리를 보호할 의무를 지지 않는다. 따라서 이번 사건은 실질적으로 피청구국 내부의 법적 체제의 변화에 영향을 미치지 않는다.

#### 마. 소결

본 재판소가 민주주의만이 협약이 인정하는 유일한 정치체제이고 협약에 합치한다는 견해를 확립함에 따라, 협약 해석에 관한 어떠한 이론이 민주주의에 합치하는지가 중요한 문제가 되었다. 법정의견이 이번 사건에서 선택한 방식은 체약국으로 하여금 민주적 절차를 거치지 않았음은 물론 그들이 동의한 바 없는 새로운 국제적인 약속을 이행하도록 한다. 결과적으로 이는 법의 지배 원칙을 약화시키는 것이다.

#### 4. POLÁČKOVÁ 재판관의 반대의견

2022년 10월 12일에 평의한 대재판부가 협약에 따라 구성되지 않았기 때문에 절차적 측면에서 법정의견에 동의할 수 없다. 피청구국은 2022년 3월 16일 유럽평의회 회원국 자격을 상실했고, 2022년 9월 16일 협약의 체약국 지위를 상실했다.

협약 제20조<sup>47)</sup>에 따르면, 본 재판소는 체약국과 같은 수의 재판관들로 구성되어야 한다. 이 조항의 규정은 본질적인 성격을 지니며, 본 재판소의 재

---

47) 유럽인권협약 제20조 (재판관의 수)

재판소는 체약국 수와 같은 수의 재판관으로 구성된다.

판관 수가 협약의 체약국 숫자를 초과하면 안 된다는 협약의 정신에서 비롯된 것이다. 또한 이 규정은 한 국가가 체약국 지위를 상실하면, 그 국가를 대표하여 선출된 재판관에게는 이미 진행 중인 사건을 계속할 권한이 없다는 것을 시사한다.

피청구국 출신의 전 재판관이 2022년 10월 12일 -2022년 9월 16일 이후- 두 번째 평의에 참여한 것은 이번 사건의 대재판부를 협약 제20조하에서 ‘법에 따라 설치되지 않은 재판소’로 만들었다. 이로 인하여 이번 사건에서 대재판부가 내린 모든 결정은 무효가 되어야 한다.

## 5. LOBOV 재판관의 반대의견

이번 사건에서 협약 제8조가 위반되었다는 결정에 반대한다. 선례의 상황과 이번 사건에 대한 유럽 내 합의가 없다는 것을 고려해 보았을 때, 협약은 동성 커플을 법적으로 인정하도록 하는 적극적 의무를 부과하고 있지 않다. 동성 커플을 법적으로 인정해야 할 적극적 의무를 옹호하는 법정의견의 입장은, 이전에 개인의 권리에 영향을 미치는 명확한 상황에서만 위반 사항을 발견해 왔던 입장과는 달라 보인다. 이전에는 동성 간 성적 행위를 범죄화한 사건, 특정 직업에서 동성애자를 고용하기를 거부한 사건, 임대권의 승계를 거부한 사건 등에서 위반 사항을 발견해 왔다.

하지만 이번 결정은 매우 다른 목적을 지니고 있다. 청구인들은 시민적 권리, 세금, 사회 복지 등 분야에서의 구체적인 피해를 주장하는 대신, 실존하지 않는 권리인 동성 커플의 혼인할 권리를 주장하며 소송을 제기한 것이다.

본 재판소는 구체적인 위반 사항을 근거로 하여 명확하고 세분화된 입장을 취해 왔지만, 이에 대한 주목할 만한 예외가 있었다. 이는 *Vallianatos and Others* 결정과 *Oliari and Other* 결정 및 *Orlandi and Others* 결정<sup>48)</sup>으로, 그 결정의 피청구국들은 동성 커플을 승인할 적극적 의무를 위반했다는 판단을 받았다. 하지만 이번 사건은 그 사건들과 법적, 사실적인 측면에서 매우 다

---

48) *Orlandi and Others v. Italy*, nos. 26431/12 and 3 others, 14 December 2017.

르다.

Vallianatos and Others 결정에서는 시민 결합 제도의 차별적인 대우가 문제가 되었다. 하지만 피청구국에서는 시민 결합 제도나 그와 유사한 제도가 없었기 때문에, 이를 근거로 한 차별이 존재하지 않는다. Oliari and Others 결정과 Orlandi and Others 결정은 매우 특정하고 예외적인 맥락에서 소재 판부에서 결정된 것으로, 이는 피청구국이나 동성 커플을 법적으로 인정하지 않는 유럽의 다른 16개 국가의 상황과는 관련이 없는 것이다.

법정의견은 동성 커플에 대한 법적인 인정에 관한 유럽 내 합의가 없다는 점을 ‘명백한 진행 중인 추세’라는 개념을 사용해 극복하려 했다. 하지만 이 ‘추세’를 형성하고 있는 30개 국가는 체약국의 3분의 2에도 이르지 못한다는 것을 기억해야 한다. 오히려 17개의 ‘소수’ 국가들의 인구가 유럽평의회 회원국 인구의 거의 절반을 차지한다는 것을 유념해야 한다. 법정의견은, 성 소수자의 권리를 옹호하며, ‘추세’에 편승할 준비가 되지 않은 거대한 소수의 국가들 내의 민감한 문제와 사회적 제한을 무시했다.

따라서 이번 결정은 피청구국의 상황과 그들의 헌법재판소의 상이한 입장에도 불구하고, 동성 커플을 법적으로 인정하도록 요구하며, 피청구국에 대하여는 그러한 법적 인정의 형태에 관한 좁은 범위의 재량만을 남겨두고 있다. 하지만 이와 같이 도덕과 윤리와 관련된 민감한 문제를 다루는 조치는 국가의 입법자가 입법적 권한을 통해 결정해야 할 문제이다.

### III. 결정의 의의

이번 결정은 유럽인권재판소가 동성애자의 권리를 확장시켜 온 최근의 흐름 속에서 내린 것이다. 러시아에서는 동성 커플의 혼인이 인정되지 않아, 동성 커플은 법적인 인정이나 보호를 받을 수 없는 상태에 있었다. 이에 세쌍의 동성 커플이었던 청구인들은 협약 제8조를 근거로 하여 유럽인권재판소에 청구를 제기하였다. 법정의견은 피청구국인 러시아가 동성 커플의 혼인

을 인정하지 않으며 혼인을 대체하는 다른 제도 또한 마련하지 않은 것이 청구인들의 사생활에 대한 권리와 가족생활에 대한 권리를 침해하는 것이라고 결정했다. 그러면서 러시아가 동성 커플의 혼인을 법적으로 인정하지는 않더라도, 이를 대체할 제도는 마련해야 한다고 실시했다. 이에 대하여 WOJTYCZEK 재판관은 반대의견을 통해 유럽인권재판소가 법을 해석하고 적용하는 범위를 넘어 실질적으로 법을 제정하려 하고 있다고 비판하였다. 또한 동성 커플에 대한 국가의 법적 인정 및 보호는 해당 국가의 입법기관에 의해 결정될 문제라고 언급하였다.

한편, 우리 헌법 제36조 제1항은 ‘혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.’라고 규정하고 있다. 이 조항은 혼인에 대한 개념을 직접 정의하고 있지는 않지만 ‘양성의 평등’이라는 문언을 통해 혼인이 기본적으로 남녀 간의 결합이라는 것을 시사한다고 볼 여지가 있다. 우리 헌법재판소는 현재 1997. 7. 16. 95헌가 6등 결정에서 ‘혼인이 1남 1녀의 정신적·육체적 결합이라는 점에 있어서는 변화가 없다.’라고 판시하며 현재까지는 동성혼을 인정하지 않는 태도를 유지하고 있는 것으로 보인다. 하지만 헌법 제·개정 당시 ‘양성의 평등’이라는 문언이 동성혼을 금지하기 위한 목적에서 쓰여졌다고 단정하기는 어렵다는 점에서, 추후 헌법재판소가 위 문언의 의미를 다르게 해석할 가능성도 있다. 그러므로 이번 유럽인권재판소 결정을 포함하여 세계 각국에서 동성 커플에 대한 법적 보호를 인정하고 있는 추세에 관심을 가져볼 만하다.