



제1부 사랑할 자유

3. 사랑 사용설명서(하)

Part 01.

사랑 vs. 평등

사랑은 자연인인 인간만이 느끼는 감정이다. 그리고 인간은 사랑과 법 앞에 평등하다. 이 중 인간이 법 앞에 평등하다는 명제는 헌법을 설명하기 위해 차치해 두기로 하고, 이 부분에서 사랑에 방점을 두고 설명하면 '사랑은 평등해야 하다'는 명제 앞에서 돈, 권력, 국경, 나이, 외모 등은 무의미하다. 이미 개강 때 예시로 설명했던 영국의 유명인 시인부부인 엘리자베스 벅넷과 로버트 브라우닝의 나이를 초월한 사랑이나, 심슨부인과의 사랑을 위해 왕위라는 권좌를 내려놓은 에드워드8세(원자공)의 이야기 등은 사랑 앞에는 나이나 권력 등이 무의미하다는 방증이다.

사회 속에서의 평등에 대해 생각을 해보면, 지난 20여 년간 대한민국 사회를 이끌어 온 달궂던 주요화두 중 하나가 남녀의 평등이다. 그리고 지난 20년 전과 현재를 비교해보면, 헌법 제11조제1항¹⁾과 제36조제1항²⁾에 근거한 양성 평등의 가치가 구헌에 높은 2014년의 현 사회는 규범이 실효성을 갖고 현실화되어가고 있는 보기 좋은 예 중 하나라 할 수 있을 정도다. 그럼에도 불구하고 '남성과 여성이 평등하다고? 아직 아니다. 직업에서의 인정, 지위, 보수에서 여전히 고집스레 나타나는 불평등은 제쳐 두고라도 견딜 수 없는 또 다른 형태의 불평등이 있는데, 그것은 사랑에서의 불평등이다. 확실히 여성은 해방되었다. 그렇지만 사랑에서도 해방되었을까? 물론 여성은 아버지와 남편의 권위로부터 해방되면서 엄청난 도약을 하였다.'³⁾ 그리고 이러한 남성의 권위로부터의 여성 해방에 방점을 찍은 2005년 호주제 폐지 현재결정⁴⁾은 "과거 전통적으로 남녀의 생활관계가 일정한 형태로 형성되어

- 1) 헌법 제11조 ① 모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.
- 2) 헌법 제36조 ① 혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.
- 3) 윤리계가 가잘래 저/ 김주경 역, 『철학적으로 읽는 사랑해』, 랜덤북스, 204면 참조.
- 4) 헌재 2005. 2. 3. 2001헌가9 등, 판례집 17-1, 1

왔다는 사실이나 관념에 기인하는 차별, 즉 성역할에 관한 고정관념에 기초한 차별은 허용되지 않"음을 헌법 제36조제1항의 해석을 통해 결정함으로써, 더 이상 관습이나 전통이라는 굴레로 성차별이 정당화될 수 없음을 대한민국 사회에 고하였다. 이후 민법 등의 개정을 통해, 사회 곳곳의 성차별적 요소가 개선되었지만 아직도 '사랑'을 화두로 하는 여러 매체가 쏟아내는 작품들에서는 남성과 여성의 차별적 요소가 존재하며, 사회적 시각 자체가 변모되지 아니한 현실에서도 다분히 성차별적 요소는 내재하고 있다. 일례로 한류바람을 타고 한국드라마가 세계 여러 나라에 방송이 되고 있지만, 남성주도의 사랑표현이나 사랑확인 방법이 서구의 여성들에게는 이해가 가지 않는다는 뉴스기사⁵⁾는 한국사회에 내재되어 있는 사랑에 관한 성차별의 보고서를 할 수 있다.

Q1. 사랑하는 사람의 조건 중 이것만은 양보할 수 있다는 한계는 어디까지인가?(인간은 모두 평등하다는 잔재 하에 자신의 생각을 장려해보자)

Q2. 사랑 앞에 폭력도 정당화 될 수 있는가?(자신의 생각을 장려해보자)

Part 02.

소유, 지배, 폭력적 사랑

사랑은 소유할 수 있는가? 이를 위해 '소유'의 개념을 살펴봐야 한다. '소유(所有)'를 어떤 그대로 해석하면, 물건을 전면적·일반적으로 지배하는 일로, 우리나 현실에서 무언가를 소유할 수 있다는 것은 차를 소유한다든가 집을 소유한다든가 하는 말처럼 '사물'을 소유한다는 개념으로 이해 할 수 있다. 그렇다면 '사랑'은 사물인가? 아니다. '사랑'은 추상적 개념이다. 소유한다는 것은 지배를 의미한다. 따라서 진정한 사랑은 '사랑'의 대상을 소유하고 지배하고 제한하는 것이 아닌, 존중하고 이해하고, 배려하는 것이다. 그러나 사랑을 소유하고 지배하기 위해 사랑의 감정이 변이된 소유욕과 지배욕, 더 나아가 폭력적 사랑이 진정한 사랑인양 자리매김하는 경

- 5) 이세미기자, 동아일보, "한국 드라마... 손목 잡아주기 - 벽 밀치기, 오 마이 갓!-서구 여성팬들이 가장 불편해하는 장면은...해의 불로거 글 '불편한 핸드' 화제", 기사작성일:2014년7월10일, <http://news.donga.com/3/all/20140710/65071552/1>

우가 종종 발생한다. 그리고 이러한 소유욕과 지배욕 더 나아가 폭력적 사랑을 행사한 자는 '사랑하니까...'라는 궤변으로 자신을 포장하고 정당화 시킨다.

유명 연예인이 연인을 폭행했다는 뉴스기사나 데이트 폭력이 증가하여 사회문제가 된다는 뉴스기사(6)가 이러한 변이된 사랑의 현주소를 적나라하게 보여주고 있다.

Part 03. 판례 속에 빠진 '사랑'

<혼인빙자간음죄 위험사건>

(1) **사건개요:** 청구인 임모씨 등은 혼인빙자간음죄로 기소되어 재판이 진행 중인 자들로, 그 소송계속 중에 혼인빙자간음죄를 처벌하는 형법 제304조가 헌법상 사생활의 비밀과 자유를 침해하고 평등원칙에 위반된다는 등의 이유로 대법원에 위헌심판 제청신청 하였음.

(2) **결정요지:** 이 사건 법률조항의 경우 입법목적에 정당성이 인정되지 않는다. 첫째, 남성이 위력이나 폭력 등 해악적 방법을 수반하지 않고서 여성을 애정행위의 상대방으로 선택하는 문제는 그 행위의 성질상 국가의 개입이 자제되어야 할 사적인 내밀한 영역인데다 또 그 속성상 과장이 수반되게 마련이어서 우리 형법이 혼전 성관계를 처벌대상으로 하지 않고 있으므로 혼전 성관계의 과정에서 이루어지는 통상적 유도행위 또한 처벌해야 할 이유가 없다. 다음 여성이 혼전 성관계를 요구하는 상대방 남자와 성관계를 가질 것인가의 여부를 스스로 결정한 후 자신의 결정이 착오에 의한 것이라고 주장하면서 상대방 남성의 처벌을 요구하는 것은 여성 스스로가 자신의 성적자기결정권을 부인하는 행위이다. 또한 혼인빙자간음죄가 다수의 남성과 성관계를 맺는 여성 일체를 '음행의 상습 있는 부녀'로 낙인찍어 보호의 대상에서 제외시키고 보호대상을 '음행의 상습없는 부녀'로 한정함으로써 여성에 대한 남성우월적 정조관념에 기초한 가부장적·도덕주의적 성 이데올로기를 강요하는 셈이 된다. 결국 이 사건 법률조항은 남녀 평등의 사회를 지향하고 실현해야 할 국가의 헌법적 의무(헌법 제36조 제1항)에 반하는 것이자, 여성을 유아시(幼兒視)함으로써 여성을 보호한다는 미명 아래 사실상 국가 스스로가 여성의 성적자기결정권을 부인하는 것이 되므로, 이 사건 법률조항이 보호하고자 하는 여성의 성적자기결정권은 여성의 존엄과 가치에 역행하는 것이다.

결혼과 성에 관한 국민의 법의식에 많은 변화가 생겨나 여성의 착오에 의한 혼전 성관계를 형사법률이 적극적으로 보호해야 할 필요성은 이미 미미해졌고, 성인이 어떤 종류의 성행위와 사랑을 하건, 그것은 원칙적으로 개인의 자유 영역에 속하고, 다만 그것이 외부에 표출되어 명백히 사회에 해악을 끼칠 때에만 법률이 이를 규제하든 충분하며, 사생활에 대한

비범죄화 경향이 현대 형법의 추세이고, 세계적으로도 혼인빙자간음죄를 폐지해 가는 추세이며 일본, 독일, 프랑스 등에도 혼인빙자간음죄에 대한 처벌규정이 없는 점, 기타 국가 형벌로서의 처단기능의 약화, 형사처벌로 인한 부작용 대두의 점 등을 고려하면, 그 목적을 달성하기 위하여 혼인빙자간음행위를 형사처벌하는 것은 수단의 적절성과 피해의 최소성을 갖추지 못하였다. 이 사건 법률조항은 개인의 내밀한 성생활의 영역을 형사처벌의 대상으로 삼음으로써 남성의 성적자기결정권과 사생활의 비밀과 자유라는 기본권을 지나치게 제한하는 것인 반면, 이로 인하여 추구되는 공익은 오늘날 보호의 실효성이 현저히 저하된 음행의 상습없는 부녀들만의 '성행위 동기의 착오의 보호'로서 그것이 침해되는 기본권보다 중대하다고는 볼 수 없으므로, 법익의 균형성도 상실하였다. 결국 이 사건 법률조항은 목적의 정당성, 수단의 적절성 및 피해최소성을 갖추지 못하였고 법익의 균형성도 이루지 못하였으므로, 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙을 위반하여 남성의 성적자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 과잉제한하는 것으로 헌법에 위반된다.

(3) **주변:** 형법 제304조(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정되고, 1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 중 “혼인을 빙자하여 음행의 상습없는 부녀를 기망하여 간음한 자” 부분은 헌법에 위반된다.

Part 04. '사랑' 앞에 당당하기 위한 단계별 코치!

《Step 03》 '그의 머릿속에 나를 각인시켜라'

1. 나의 진짜 모습과 남들에게 보이는 나의 모습의 거리를 좁혀라!
2. 친밀감 있는 사람이 되어라!
3. 자신의 삶을 책임지고 행복하게 가꿀 수 있는 자신만의 가치관을 가져라!

Part 05. 헌법 속에 빠진 '사랑'

헌법 제11조 제1항은 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 차별을 받지 아니한다.” 라고 하여, 근대헌법의 기본원칙인 평등의 원칙과 개인을 위한 주관적 공권으로서의 평등권을 규정하고 있다. 또한 제11조 제2항에서는 사회적 특수계급의 금지를, 동조 제3항에서는 영전일대의 원칙을 규정하여 헌법을 통해 법적용의 대상이 되는 모든 인간을 원칙적으로 공평하게 다루고자 하는 원칙을 실현하고 있다. 이외에도 헌법은 제31조의 교육의 기회균등, 제32조 제4항의

6) 데이트 폭력, 심각 수준---피해자 보호 장치 전무, SBS뉴스, 2014년 9월 4일, http://news.sbs.co.kr/news/endPage.do?news_id=N1002566405

7) 필 맥코 지음/서현정 옮김, 『특별하게 사랑하라』, 시공사, 2012. 106면~127면 참조.

근로관계에 있어서의 여성의 차별금지, 제36조 제1항의 혼인과 가족생활에 있어서의 양성평등, 제41조 제1항과 제67조 제1항 및 제116조 제1항의 평등선거권 및 선거운동에서의 기회균등을 규정하고 있으며, 제119조 제2항은 균형 있는 국민경제의 성장을, 제123조 제2항은 지역 간의 균형 있는 발전을 규정하여 평등의 원칙을 실현하고 있다. 헌법 제11조를 근거로 해서 실현되고 있는 평등과 관련하여 평등의 원칙과 기본권으로서의 평등권에 대해 살펴보고, 법 앞의 평등의 의미는 무엇이며, 오랜 법인인 '같은 것은 같게, 다른 것은 다르게' 대할 경우에 합리적 차별의 판단 기준은 무엇인지에 대해서도 살펴보고자 한다. 더불어 실질적 평등, 결과적 평등을 실현하기 위한 적극적 평등의 실현조치에 대해서도 살펴보고자 한다.

※ 잠깐! **평등의 원칙** 100배 이해하기!

1. 평등의 원칙의 의의

평등의 원칙이라 함은 법적용의 대상이 되는 모든 인간을 원칙적으로 공평하게 다루어야 한다는 법원칙을 말하며, 그 중심내용은 '기회균등(機會均等)'과 '자의(恣意)의 금지'임. 평등의 원칙은 "동일한 것은 평등하게, 상이한 것은 불평등하게" 다름으로써 사회정의의 실현하려는 원리⁸⁾ 따라서 평등하게 다루어야 할 것을 불평등하게 다루거나 불평등하게 다루어야 할 것을 평등하게 다루는 것은 정의에 반하여 평등의 원칙에도 위배된다 할 것임.

2. 평등의 원칙의 규범적 성격⁹⁾

- 최고의 헌법원리: 기본권보장을 위한(기능) 기본권보장에 관한 방법을 제시함.
- 법원칙: 공동체의 생활관계에서 모든 구성원을 부당하게 차별하여서는 아니된다는 법원칙
- 민주국가의 법질서 구성요소: 민주국가의 법질서를 구성하는 요소
- 헌법해석의 지침과 공권력발동의 기준: 평등의 원칙은 헌법해석의 지침인 동시에 입법, 집행, 사법 등 모든 공권력발동의 기준이 됨.
- 개정금지사항: 최고의 헌법원리이기에 헌법개정에 의해서도 폐지할 수 없음.(통설)

3. 평등의 원칙의 내용

(1) 법의 의미: 성문·불문의 모든 법규범. 불법 앞의 평등은 인정되지 않음.

(2) 법 앞의 의의: 집행작용과 사법작용 외에 입법작용도 포함. 종래 입법자비구속설(법적용평등설)이 주장되었으나, 오늘날 실질적 법치주의의 실현으로 인해 입법자를 구속하는 것으로 파악(법내용평등설)하는 것이 통설판례(헌재 89헌가37, 2003헌가8 등)

(3) 평등의 의미

1) **평등의 본질**: 절대적 평등과 상대적 평등으로 구분할 수 있음.

-**평균적 정의론에 입각한 절대적 평등설**: 모든 인간을 모든 점에서 무차별 또는 균등하게 다루어야 한다는 무제한적 절대평등설과 평등의 적용범위를 신분적 사항에 국한시켜 신분을 이유로 한 차별만이 절대로 금지된다는 제한적 절대평등설로 나뉨.

-**내본적 정의론에 입각한 상대적 평등설**: 모든 인간을 평등하게 처우하되 상당한 이유가 있거나 합리적 근거가 있는 차별 내지 불평등은 허용된다고 함.

2) **학설 및 판례**: 평등의 이념=자의금지=사회정의 ∴ 상대적 평등을 이해(통설, 판례)

but 정치적 영역에 있어서는 절대적 평등이 중시되고, 사회적경제적 영역에 있어서는 상대적 평등이 중시(평등의 의미의 변용가능성 내포)

<헌법재판소> "헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙은 결코 일체의 자발적 대우를 부정하는

절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 법의 적용이나 입법에 있어서 불합리한 조건에 의한 차별을 아예서는 안 된다는 상대적·실질적 평등을 뜻하는 것이므로 합리적 근거 없이 차별하는 경우에 안하여 평등의 원칙에 반한다." 라고 판시하여 상대적 평등설의 입장을 취하고 있음.

(4) 불합리한 차별의 금지(합리적 차별 여부 판단기준)¹⁰⁾

1) 판단기준에 관한 학설

- 인간존엄성설: 차별이 인간의 존엄과 가치라는 인격주의의 이념에 반하는가 반하지 않는가를 합리적 차별여부의 판단기준으로 해야 한다고 함.(독일연방헌법재판소의 입장)
- 입법목적설: 차별이 정당한 입법목적을 달성하기 위하여 불가피하고 또 그것이 사회통념상 적절한 것인가 아닌가를 합리적 차별 여부의 판단기준을 해야 한다고 함.(미국의 헌법판례, 일본의 헌법판례)
- 절충설: 인간의 존엄과 가치를 판단기준으로 하면서, 동시에 입법목적의 달성도 판단의 기준으로 삼고자 함.

2) 헌법재판소

"평등권의 침해 여부에 대한 심사는 그 심사기준에 따라 자의금지원칙에 의한 심사와 비례의 원칙에 의한 심사로 나누어 볼 수 있다." 는 입장임.

3) 합리적 차별여부의 판단(자의금지원칙의 위반에 대한 심사요건)

- 인간의존엄성존중(헌법 최고원리)
- 정당한 입법목적(공공복리 등) 달성
- 수단의 적정성

인간의 존엄성존중의 원리에 반하지 아니하면서 입법목적이 공공복리의 실현에 있는 것이고 입법목적달성을 위한 수단도 적절한 것이면 합리적 차별이고, 이러한 요건을 충족하지 아니한 차별은 자의적 차별이라고 할 것임.¹¹⁾

<사량과 헌법 Q&A> 혼인결정의 자유는 무제한인데, 자유가 제한되는 이유는 무엇 때문인가요?

☞ 자유는 국가가 최대한 보장하고자 하나, 헌법 제37조제2항에 따라 국가안전보장, 질서유지, 공공복리를 위해 제한이 가능합니다. 때문에, 혼인결정의 자유를 보장하지만, 미성년자가 혼인하는 경우 부모의 동의를 얻도록 하고 있거나(민법 제808조제1항), 중혼을 금지하는 것(민법 제810조), 동성의 근친혼에 대한 제약(민법 제809조제1항, 제2항) 등이 이러한 제한규정에 해당됩니다. 다만, 과거 헌법재판소는 혈족 사이의 혼인을 그 혼수의 원인에 관계없이 금지하는 동성동본의 금지에 대해서는 화면에 보시는 바와 같이 가족제도에 반하여 위헌이라 판시한 바 있습니다.

8) 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2009, 387면 이하 참조. 평등권의 설명과 관련해서 권교수님은 평등의 원칙과 평등권을 구별하여 설명하고 있음. 이에 따라 평등의 원칙을 따로 분류하여 간단히 개요를 파악하고자 함.

9) 권영성, 전제서, 387면 이하 참조.

10) 권영성, 전제서, 389면 참조.

11) 권영성, 전제서, 390면 참조.