

## 독일의 「등록된 생활동반자관계에 관한 법률」의 제정과 주요 내용

### I. 서론

동성의 결합관계에 대한 법적 승인의 문제에 있어서 독일은 유럽의 다른 나라들에 비하면 늦은 출발을 한 셈이다. 이를 인정하는 모습에 있어서도 동성커플의 법적 결합은 결코 민법상 혼인일 수 없다고 하는 입장을 명백하게 취하는 입법을 하였고, 그 결과 가족법상의 생활공동체관계에는 양성간의 혼인과 동성간의 생활동반자관계(Lebenspartnerschaft)가 양립하게 되었다.

독일 사회 내에서의 격렬한 논란을 뒤로 한 채 2001년 8월 1일 ‘등록된 생활동반자관계’라는 새로운 법제도의 도입을 내용으로 하는 법률이 시행되었고,<sup>1)</sup> 동성커플들이 「등록된

생활동반자관계에 관한 법률」<sup>2)</sup>에 따라 생활동반자관계를 성립시킴으로써 ‘등록된 생활동반자관계’는 동성의 공동체관계를 위한 독자적인 제도로서 정착하게 되었다. 2006년에는 독일 연방통계청의 인구총조사 중 가족형태를 묻는 설문에서 ‘등록된 생활동반자관계’가 하나의 항목으로 등장하였으며, 이 때 12,000여의 등록된 생활동반자관계가 조사되었다.<sup>3)</sup> 2011년 인구총조사 결과에 따르면, 등록된 생활동반자관계는 34,000에 이르고, 5,700여의 생활동반자관계에서 자녀를 두고 있다.<sup>4)</sup>

과거 동성커플의 결합 내지 동성혼이 이를 인정할 것인가의 문제로 헌법상 인간의 존엄, 평등권 및 행복추구권의 범주에서 논의되어 왔다면, 독일을 포함한 유럽 및 미국, 캐나다 등

1) 2001년 2월 16일 연방의회에서 의결된 이 법률은 ‘동성간 공동체의 차별을 종식시키기 위한 법률: 생활동반자관계(Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften vom 16. Februar 2001, BGBl. I. 2001, S. 266)’이다. 이 법률은 ① 현행법이 된 ‘등록된 생활동반자관계에 관한 법률(Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft)’, ② 민법의 개정, ③ 기타 연방법의 개정의 세 부분으로 구성되어 있었다. 자세한 사항은 아래 입법과정에서 기술한다.

2) 「등록된 생활동반자관계에 관한 법률(Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft vom 16. Februar 2001)」을 ‘생활동반자법(Lebenspartnerschaftsgesetz, ‘LPartG’）」으로 약칭한다. 이하에서도 생활동반자법이라고 하며, 조문을 인용하는 경우 이 법의 조문을 의미한다.

3) 당시 독일 내의 동성커플의 수는 약 68,000여 정도에 이른다고 추산하였으나, 이 중 12,000여의 동성커플이 생활동반자관계에 있는 것으로 집계되었다. Statistische Bundesamt, Haushalte und Lebensformen der Bevölkerung – Ergebnisse des Mikrozensus 2006, S. 130, Tabelle 5.

4) 이를 전체 인구(약 8천 10만)중 가족형태에 따른 비율로 보면, 혼인관계 44%, 등록된 생활동반자관계 7%, 독신 43%, 편부편모가족 6%이다. 연방통계청의 2011년 인구총조사 결과에 대한 2011. 5. 9. 자 보도자료, <https://www.zensus2011.de>.

에서는 동성의 공동체관계가 가족의 다양한 모습의 하나의 형태라고 인식하기에 이른 사회의 변화에 발맞추어 이미 법제도로 정착한 이상 이제는 실정법상 해석의 문제가 되었다.

이하에서는 독일의 생활동반자법이 동성간의 생활동반자관계를 어떻게 규율하는지 정리하여 소개하고자 한다. 입법자는 등록된 생활동반자관계를 민법상의 혼인과는 다른 제도로 창설하려고 하였고, 이러한 입법자의 의도가 반영된 개별 조문이 법시행 이후 헌법적 판단의 대상이 되었다는 것은 필연적인 결과일 수밖에 없었다. 이 법의 시행 이후 14년이 경과한 현재까지 이미 여러 건의 헌법재판이 있었고, 연방헌법재판소의 결정에 의한 입법이 계속되어 왔으므로 이에 대하여도 논의하고자 한다. 생활동반자관계에 관한 연방헌법재판소의 첫 결정이 생활동반자법의 운명을 결정지었다고 할 수 있으므로 이로부터 시작하고자 한다.

## II. 법률에 대한 합헌성 판단 및 후속절차로서의 입법작업

연방국가의 구조적 특수성에 따른 양원제 의회제도를 두고 있는 독일의 입법절차는 우리의 그것과 다른 점이 많다. 특히, 생활동반자법의

입법과정에서는 두 합의체의 이원적 절차에 기인하는 입법과정의 위험을 최소화하기 위한 일종의 방편이 이용되었고, 이로 인하여 생활동반자법이 헌법적 판단의 대상이 되기에 이르렀으므로 이 법의 입법과정에 대하여 간단하게 서술한다.

### 1. 입법과정

1989년 덴마크에서 동성커플의 등록제도를 최초로 도입하면서 유럽에서는 동성간 결합관계의 법적 인정에 대한 문제가 사회적으로 큰 이슈가 되었다.<sup>5)</sup> 이러한 분위기 속에서 1993년 독일 내 200여의 동성커플이 전국 각지의 가족관계 등록사무 담당관청(Standesamt)에서 혼인신고절차를 포함한 관청에서의 혼인을 신청하였으나 관청에서 이를 받아들이지 않자, 연방헌법재판소에 헌법소원심판을 청구하였으나 이들 중 대부분은 기각되었다.<sup>6)</sup>

1998년 독일의 정권교체 이후 동성간 결합 내지 동성혼을 인정하려는 취지의 법률안이 대거 제출되었다.<sup>7)</sup> 2000년 7월 사민당-녹색당의 연립정부는 동성간 생활동반자관계의 등록제도에 관한 법률안을 연방의회(Bundestag)에 제출하였고, 제1독회의 심사를 거친 법률안은 소관상임위원회에 회부되었다.

5) Wacke, FamRZ 1990, 347 ff.

6) BVerfG, Beschluss vom 4. 10. 1993, NJW 1993, 3058; 이 중 30여의 헌법소원심판 청구는 각하되었다. Wacke, in Münch-Komm, LPartG Vor § 1 Rn. 1.

7) 각 법안의 개관에 대하여는 Stüber, in Bruns/Kemper, Einl. Rn. 6 ff. 참조.

이후의 법률의결절차에서 독일 각 주의 지방정부의 각료로 구성되는 연방참의원(Bundesrat)의 동의를 얻지 못하거나<sup>8)</sup> 이의제기에 부딪치게 될 것을<sup>9)</sup> 우려하여 법사위원회의 주도로 법률안을 둘로 나누어 연방참의원의 동의를 회피하는 방법을 사용하였다. 즉, 연방참의원의 동의를 요구되지 않는 사항을 내용으로 하는 조문은 ‘동성간 공동체의 차별을 종식시키기 위한 법률: 생활동반자관계’<sup>10)</sup>에 두면서, 원래의 법률안에 있었던 내용 중 연방참의원의 동의를 필수적인 사항은 「생활동반자관계법의 보완을 위한 법률(Lebenspartnerschaftsgesetzergänzungsgesetz)」에 두었고, 이 법률안에는 생활동반자관계의 관할기관, 성립 및 등록 등의 절차에 대한 규정을 두고 있었다.<sup>11)</sup> 그리고 예상했던 바와 같이 후자는 연방참의원의 동의를 얻지 못하였고, 양원합동회의(Vermittlungsausschuss)에서도 합의에 이르지 못하여 결국 폐기되었다. 그리하여 2001년 8월 1일 ‘동성간 공동체의 차별을 종식시키기 위한 법률’이 시행되면서 그 중의 「등록된 생활동반자관계에 관한 법률」이 효

력을 가지게 되었으나, 종래 정부의 입법예고 당시의 법률안<sup>12)</sup>의 내용 중 일부만이 시행되게 된 것이다.

## 2. 연방헌법재판소의 합헌결정 및 입법작용에 의한 반영

가톨릭의 전통 및 정치적 보수성향이 짙은 바이에른주와 작센주는 독일연방헌법재판소에 생활동반자법에 대한 위헌법률심판을 청구하면서 이에 대한 결정이 있을 때까지 이 법의 효력을 발생하지 않도록 하는 가명령(einstweilige Anordnung)의 발령을 신청하였으나, 연방헌법재판소는 가명령에 대한 청구를 기각하였다.<sup>13)</sup> 뒤이어 튀링겐주까지 포함하여 세 개의 주가 생활동반자법이 기본법 제6조 제1항·제2항, 제3조 제1항, 제2조 제1항, 제14조 제1항에 위반하여 기본법에 합치하지 않는다는 취지의 위헌법률심판을 청구하였다.<sup>14)</sup> 이에 대하여 연방헌법재판소는 생활동반자법이 기본법 제6조 및 제3조에 위반하지 않는다고 하면서, 기본법 제6조 제1항<sup>15)</sup>

8) 기본법 제77조 제2항.

9) 기본법 제77조 제3항.

10) 위 각주 1) 참조.

11) BT-Drucks. 14/4545, S. 69. 관할기관 및 등록 절차 등에 대하여는 2011년에 이르러서야 주법의 입법으로 해결되었다. 아래 각주22), 23) 참조.

12) BT-Drucks. 14/3751.

13) BVerfG, Urteil vom 18. 7. 2001, NJW 2001, 2457.

14) BVerfGE vom 17. 7. 2002 (1 BvF 1/01, 1 BvF 2/01), BVerfGE 105, 313 ff.

15) B기본법 제6조 제1항. 혼인과 가족은 국가 질서의 특별한 보호를 받는다.

의 ‘혼인과 가족의 특별한 보호’가 생활동반자관계 등록제도의 창설에 의하여 혼인과 동일하거나 이에 유사한 권리의무관계를 예정하려고 하는 입법자의 의도를 저지하여야 하는 것을 의미하는 것은 아니라고 하였다. 특히, 근본규범인 제6조 제1항으로부터 “혼인을 삶의 형태의 하나로서 특별히 보호하여야 하는 의무가 도출되기는 하지만, 다른 공동체관계에 불이익을 주거나, 혼인과는 다른 범주의 공동체관계를 형성하게 하거나 이러한 공동체관계에 보다 적은 권리를 규정해서는 안 될 의무 또한 도출된다”고 판시하였다.<sup>16)</sup>

이와 같은 연방헌법재판소의 합헌 결정이 있게 되자 뒤이어 생활동반자법의 후속조치를 위한 입법이 착수되었다.<sup>17)</sup> 이는 무엇보다 일부분으로만 입법이 단행된 한계를 신속하게 극복하고자 한 것이었다. 한편, 개정작업이 진행됨에 따라 입법 당시 등록된 생활동반자관계가 혼인과 유사한 형태를 갖게 되는 것을 되도록 피하고자 하였던 입법자의 노력의 흔적이 대부분 사라지게 되었고, 법률의 내용적인 측면에서도 - 특히 재산관계 및 동반자관계의 해소에 있어서 - 혼인과 거의 유사하게 규율되기에 이르렀다. 자녀와의 관계에 있

어서도 계자입양이 인정되었다. 이에 대하여는 아래 Ⅲ의 해당되는 부분에서 자세하게 다루고자 한다.

### Ⅲ. 「등록된 생활동반자관계에 관한 법률」에 따른 생활동반자관계의 규율

#### 1. 주요 개념

##### (1) 생활동반자

이 법 제1조 제1항 1문<sup>18)</sup>에 따르면, 동성의 두 사람이 생활공동체관계를 형성하기로 합의하고 이에 대한 의사표시를 관청에 제출하면 두 사람 사이에는 생활동반자관계(Lebenspartnerschaft)가 성립한다. 이 때 생활동반자관계를 성립시키는 동성의 두 사람을 가리켜 각각 여성의 생활동반자(Lebenspartnerinnen) 및 남성의 생활동반자(Lebenspartner)라고 지칭한다는 점을 법문에 괄호를 추가하여 설명하고

16) 각주 14), BverfGE 105, 313, 348 ff.

17) ‘생활동반자법의 개정을 위한 법률(Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts vom 15. 12. 2004, BGBl. I S. 3396).’ 이하에서는 2004년 개정법(LPartÜG)이라고 한다.

18) 제1조 방식 및 요건 ① 동성인 두 사람이 평생 서로 동반자관계를 형성하기로 하는 의사를 가족관계 등록사무를 담당하는 공무원에 대하여 직접 그리고 두 사람이 동시에 참석하여 표시하면(여성의 생활동반자 또는 남성의 생활동반자), 생활동반자관계가 성립한다. 이 때 그 의사표시에는 조건이나 기한을 붙일 수 없다.

있다.<sup>19)</sup>

이 법 시행 이전에 생활동반자(Lebenspartner)라고 하는 용어는 지속적 생활공동체관계에 있는 두 사람 사이의 관계를 의미하는 것으로, 혼인으로 성립한 배우자뿐만 아니라 혼인 외의 공동체 관계에 있는 - 동성 및 양성 모두의 - 사람들을 말하는 것으로 법률용어는 아니었다. 입법자는 등록된 생활동반자관계가 혼인과 다른 별개의 제도임을 명확히 하는 한편, 생활동반자관계는 전적으로 동성간의 관계만을 의미한다는 태도도 분명히 하였다. 그리하여 종래 생활동반자가 배우자 및 양성·동성의 사실혼관계에 있는 커플을 포함하는 포괄적 개념이었다면, 이 법의 시행으로 생활동반자는 생활동반자관계에 있는 동성의 커플만을 의미하게 되었다.<sup>20)</sup>

한편, 이 법에 따른 생활공동체관계의 성립 요건에 있어서는 동성의 결합만을 요구하며, 생활동반자의 성적 지향, 즉 동성애의 문제는 언급되지 않고 있다. 이에 대하여 논의하기 위하여서는 동성애의 정의 및 동성애자의 결합과

동성의 결합이 구별되는지 여부 및 어떤 점에서 구별되는지 등의 문제를 살펴보아야 할 것이나, 여기에서는 이 법의 입법태도만을 간단하게 언급하고자 한다. 이 법에서는 혼인에서도 이성애를 전제로 한 양성의 결합으로부터 출발하는 점, 생활동반자법에서 성적 권리·의무 등을 명문의 규정으로 두고 있지 않은 점에 비추어 동성과 동성애를 차별적으로 다루지 않고 유사한 개념으로 파악한 것으로 평가되며, 동성간의 생활공동체관계는 동성애를 전제로 한 것으로 보아야 할 것이다.

정리하면, ‘생활동반자’란 등록된 생활동반자관계에 있는 동성의 두 사람을 말하며, 이 법의 개별 규정에서 여성 내지 남성을 별도로 구별한 내용은 보이지 않으므로 여성의 생활동반자, 남성의 생활동반자를 포함한 중립적 개념으로 보아야 할 것이다.<sup>21)</sup>

## 2) 생활동반자관계

‘생활동반자관계(Lebenspartnerschaft)’란

19) 위 각주 18) 참조.

20) ‘사실상의 공동체관계(Faktische Lebensgemeinschaft)’라고 하는 법률혼이 아닌 이른바 사실혼관계는 법률혼주의의 원칙상 법률혼과 동일하게 다루어지지 않는다. 그럼에도 ‘혼인에 의한 생활공동체관계(Eheliche Lebensgemeinschaft)’와 ‘사실상의 생활공동체관계’를 ‘생활공동체관계’라고 하는 공통의 범주에 두고, 이와는 다른 범주에서 생활동반자관계를 규율하려고 한 것으로 보여진다. 즉, 입법자는 등록된 생활동반자관계를 법률혼과 완전히 다른 제도로 다루는 한편, 양성간의 생활공동체관계와 동성간의 생활동반자관계도 각기 다른 범주에서 다루어져야 한다고 하는 입장에서 있음을 볼 수 있다. 생활동반자법 시행 이후 이 법의 의미에서의 생활동반자와 구별하기 위하여 양성의 사실혼 관계에 있는 커플을 ‘Lebensgefährte’라고 지칭하기도 한다.

21) Sickert, Die Lebenspartnerschaftliche Familie –Das Lebenspartnerschaftsgesetz und Art. 6 Abs. 1 GG-, 2005, S. 55 f. 이에 따르면, 이성애의 성향인 동성만의 결합은 두 사람 사이에 생활동반자관계를 형성하고자 하는 합의가 없다고 보아 생활동반자관계가 성립할 수 없다고 한다.

이 법 제1조 제1항에 따라 유효하게 성립한, 동성인 두 사람 사이의 공동생활관계를 말한다. 입법자는 동성커플의 공동체관계를 등록이라는 절차를 통하여 법적 테두리 안으로 진입시킴으로써 동성커플에 대한 차별을 철폐하려는 취지에서 「등록된 생활동반자관계에 관한 법률」로 명명하였음에도, 거의 대부분의 조문에서는 ‘등록된 생활동반자관계’ 보다는 ‘생활동반자관계’라는 용어를 사용하고 있다. 그리하여 이 법 및 이 법 시행 이후 생활동반자관계를 언급하는 개별 법률에서 ‘생활동반자관계’라고 하는 경우, 이는 이 법에 따른 성립요건을 갖추어 유효하게 성립한 ‘등록된 생활동반자관계’를 의미하는 것으로 이해하여야 한다.

## 2. 생활동반자관계의 성립

제1조는 생활동반자관계의 성립요건 및 방식(제1항·제2항), 성립에 있어서의 장애사유(제3항)에 관하여 규정한다.

### 1) 성립요건 및 방식

생활동반자관계가 성립하려면 혼인에서와

마찬가지로 당사자 사이에 ‘평생 동반자로서 생활공동체를 형성’하기로 하는 의사표시의 일치, 즉 합의가 있어야 한다. 그 합의를 하는 당사자는 모두 동성이어야 한다(제1조 제1항 1문). 나아가 의사표시와 그것들의 일치인 합의를 함에 있어서 일정한 방식이 요구된다. 즉, 가족관계 등록사무를 담당하는 공무원(Standesbeamte)<sup>22)</sup>이 당사자에게 각각 생활동반자관계 성립의 의사를 확인하며, 두 사람 모두에게서 의사가 확인되면 생활동반자관계가 성립하였음을 선언한다. 이 때 증인 2인이 동석하여야 한다(제2항). 이 때 생활동반자관계가 성립하였음을 선언함으로써 효력이 발생하며, 등록이 되어야 효력이 발생하는 것은 아니다. 생활동반자관계의 관할관청 및 등록절차에 대하여는 앞에서 본 바와 같이 연방참의원의 동의를 얻지 못하여 입법이 진행되지 못하였다. 이 부분에 관하여는 후에 주별로 규율할 수 있음을 정하는 제23조를 둠으로써 해결에 이르렀다.<sup>23)</sup>

### 2) 생활동반자관계 성립에 있어서의 장애사유

제1조 제3항은 다음의 사유가 있는 경우에는

22) 생활동반자관계 등록의 관할기관을 혼인신고의 관할기관과 동일한 기관으로 정할 것인가의 문제가 폐기된 법률안에 있었다. 이후 생활동반자법에 추가된 제23조에서 제1조, 제3조, 제9조의 내용은 주에 따라 다르게 규정할 수 있다고 정한다. 이에 따라 일부 주에서는 가족관계등록담당관청이 아닌 다른 기관, 예컨대 공증인(바이에른주)에게 생활동반자관계 성립의 의사표시를 할 것을 정하고 있다. Dethloff, Familienrecht, 29. Aufl., 2009, S. 236, Fn. 15.

23) 앞의 각주 22) 참조. 튀링겐 주는 2011년 1월 1일, 바덴뷔르템베르크주는 2012년 1월 1일 가족관계 등록사무 담당관청으로 정하였다.

생활동반자관계가 성립할 수 없다고 규정한다.

① 당사자 일방이 미성년자인 경우(1호): 생활동반자관계를 성립하려는 사람 중 1인이 라도 미성년자이면 생활동반자관계는 성립할 수 없다.

② 당사자 일방이 혼인 또는 등록된 생활동반자관계에 있는 경우(1호)

③ 당사자가 직계혈족관계에 있거나 형제자매(이성동복·동성이복 포함)인 경우(2호)

④ 생활동반자관계의 성립과정에서 생활동반자관계로부터 발생하는 의무<sup>24)</sup>를 발생시키지 않으려는 데에 당사자 사이의 합의가 있는 경우(4호): 이는 생활동반자 서로를 돌보고 협조하여야 할 의무, 공동의 생활관계를 형성하여야 할 의무, 상호 책임을 질 의무를 부담하지 않기로 합의하는 경우로, 이른바 가장동반자관계(Scheinpartnerschaft)이다. 이는 특히 외국인이 독일에서 체류허가만을 취득할 목적으로 생활동반자관계가 이용되는 것을 막고자 한 규정이다.

⑤ 흠있는 의사표시: 2004년 개정법(LPartÜG)에서 흠이 있는 의사표시에 의하여 생활동반자관계를 성립시키는 경우(민법 제1415조 제2항 1호 내지 4호의 요건으로 의사능력이 없거나 제한능력자의 경우, 착오·사

기·강박에 의한 의사표시를 한 때)에는 법원이 생활동반자관계를 해소할 수 있는 것으로 규정하는 흠있는 의사표시의 효과에 관한 특별 규정을 두었다(제15조 제2항 제2문).

### 3) 장애사유가 있는 경우의 생활동반자관계의 효력

이 법에서는 위에서 열거한 장애사유 중 ①, ④가 있는 경우의 효과에 대하여는 규정을 두고 있지 않다. 흠이 있는 의사표시에 의하여 성립한 생활동반자관계는 법원의 결정으로 해소된다고 하는 규정을 추가로 도입하면서도 제1조 제2항의 규정에 위반한 경우의 효과에 대하여는 여전히 규정되지 않은 상태이다. 이에 대하여는 다툼이 있으나, 소급적 무효라고 보는 견해가 다수설이다.<sup>25)</sup>

### 3. 생활동반자관계의 효과

생활동반자관계의 효과는 대부분 민법상 혼인의 효과에 관한 규정을 준용하는 방식으로 규율된다. 이를 일반적 효과와 재산적 효과, 생활동반자의 자녀와의 관계로 나누어 차례로 검토한다.

24) 제2조 동반자의 생활공동체: 생활동반자는 서로를 돌보며 협조하여야 하고, 공동의 생활 관계를 형성하여야 한다. 생활동반자는 서로에 대하여 책임을 져야 한다.

25) Schwab, Familienrecht, 21. Aufl., 2013, Rn. 1018, Dethloff (각주 22), Rn. 17; Erman/Kaiser, § 1 LPartG Rn. 10; 이에 대하여 비판적인 견해로는 Wellenhofer, NJW 2005, 705, 705 f.

## 1) 일반적 효과

### (1) 생활동반자의 생활공동체의 형성

이 법 제2조는 생활동반자에 대하여 서로를 돌보고 협조하여야 할 의무, 공동의 생활관계를 형성하여야 할 의무 및 상호 간에 - 재산관계에서의 책임을 포함한 - 책임을 부담할 의무를 규정하고 있다. 이는 혼인성립의 효과에 관한 일반규정과 같은 내용이나, 입법자는 혼인의 규율에서와는 다른 용어를 사용하려는 태도를 보이기도 하고, 실질적으로도 의무의 범위를 축소하는 방식으로 혼인과는 다른 효과를 발생시키고자 하였다.<sup>26)</sup>

### (2) 생활동반자의 부양 의무

제5조는 제1항에서 생활동반자는 그의 노동을 통하여 그리고 그의 재산을 가지고 생활동반자 관계를 적절하게 부양하여야 할 의무가 있음을 확인하고, 제2항에서 이에 대하여는 민법의 혼인부양에 관한 규정을 준용할 것을 규정하고 있다. 그리하여 생활동반자의 자녀가 함께 거주하는 경우에는 자녀 또한 부양하여야 한다. 이 규정은 헌법재판소의 합헌 판결 이후 2004년 개정법(LPartÜG)에서 생활동반자 관계를 혼인과 유사하게 규율하려는 노력에 의한 것이다.

### (3) 생활동반자의 성(姓)

생활동반자는 공동의 성(생활동반자성)을 사용할 수 있다(제3조 제1항 제1문). 생활동반자관계의 성립 시 가족관계 등록사무 담당공무원에 대한 의사표시로서 생활동반자 일방의 출생당시의 성이나 생활동반자성 지정 당시의 성을 생활동반자성으로 지정할 수 있다(제3조 제1항 제2문 · 제3문).

생활동반자성을 사용하는 경우에도 혼인성의 사용에서 논의되는 문제, 예컨대 혼인성의 지정으로 인하여 다른 배우자의 성이 혼인관계, 나아가 자녀와의 관계에서 불평등하게 취급된다는 등의 문제가 있을 수 있으며, 이 역시 민법의 혼인성에 관한 규율에 따라 해결하게 된다(제3조 제2항 · 제3항).

### (4) 기타의 효과

생활동반자는 상대 생활동반자의 가족구성원으로 간주하며(제11조 제1항),<sup>27)</sup> 생활동반자의 혈족은 상대 생활동반자의 인척으로 간주한다(제2항 제1문).

또한, 생활동반자는 상대 생활동반자의 가족구성원으로 간주하므로 배우자나 약혼한 사람들과 마찬가지로 소송법상의 증언거부권과 선서거부권을 행사할 수 있다.

26) Wacke (각주 6), § 2 Rn. 1.

27) 기본법 제6조 제1항에서의 가족이란 배우자와 그들의 자녀이다. 이에 따라 배우자만인 경우에도 가족이 아니고, 생활동반자 역시 가족은 아니며 가족구성원(Familienangehörige)으로 본다.

## 2) 재산적 효과

재산관계에 관한 사항은 대부분 민법의 혼인의 재산관계에 관한 규정을 준용한다.

### (1) 생활동반자관계 재산계약

생활동반자관계의 재산관계를 규율하는 계약(생활동반자관계 재산계약(Lebenspartnerschaftsvertrag))을 체결할 수 있으며, 여기에는 민법의 부부재산계약에 관한 규정<sup>28)</sup>이 준용된다(제7조).

### (2) 법정재산제

동반자관계 재산계약을 체결하지 않는 경우에는 혼인관계에서의 법정재산제인 부가이익공동체(Zugewinnngemeinschaft)에 의하여 재산관계를 규율하게 되며, 부가이익공동체에 관한 민법의 규정<sup>29)</sup>이 준용된다(제6조).

### (3) 기타의 효과

생활동반자 일방의 채권자와의 관계에 있어서는 생활동반자 1인이 점유하거나 모두가 점유하는 동산은 채무자에게 속하는 것으로 추정된다(제8조 제1항). 또한 민법에서 정하는 부부의 일상가사대리권과 일상가사채무의 연대책임에 관한 독일 민법 제1357조의 규정이 생활

동반자관계에도 적용된다(제8조 제2항).

나아가, 임대차계약의 임차인이었던 생활동반자가 사망하는 경우에는 혼인에서의 배우자와 마찬가지로 상대 생활동반자가 임차인의 지위를 승계한다(민법 제563조 제1항 제2문).

마지막으로, 사회보장에 관한 법률에서도 등록된 생활동반자관계는 혼인과 동일하게 다룬다(사회법 제6법전 제46조 제4항).

### (4) 상속법상의 효과

제10조는 생활동반자의 상속에 관한 권리를 규정한다. 생활동반자 일방이 사망한 경우 상대 생활동반자는 피상속인의 혈족상속인과 함께 공동상속인이 된다. 생활동반자는 제1순위인 혈족상속인이 공동상속인인 경우에는 상속재산의 1/4, 제2순위인 혈족상속인 또는 조부모와 공동상속인인 경우에는 상속재산의 1/2을 상속한다. 그리고 제1순위 및 제2순위의 혈족 및 조부모가 없는 경우에는 생활동반자가 단독상속인이 된다(제1항·제2항). 유류분권도 가지며, 이에 대하여는 민법의 유류분에 관한 규정이 준용된다(제6항).

### (3) 생활동반자의 자녀에 관한 관계

입법 당시의 생활동반자법은 생활동반자에게 친생자가 있는 경우의 친생자와 상대 생활동반자 사이의 관계만을 규율할 뿐, 생활동반

28) 민법 제1409조 내지 제1563조.

29) 민법 제1363조 제2항 및 제1363조 내지 제1390조.

자 사이의 공동의 자녀는 예정하지 않았다. 생물학적으로는 동성 사이의 자녀를 출산하는 것이 불가능하지만, 생식의학적 방법에 의한 자녀출산의 가능성이나 입양에 의한 법정 친자 관계를 전혀 고려하지 않은 것이다. 이후 2004년 개정법(LPartÜG)에서 계자입양이 인정되었고, 최근 헌법재판소의 결정에 의하여 민법상의 연속입양도 인정되기에 이르렀다.

### 1) 생활동반자 일방의 자녀에 대한 관계

제9조 제1항은 생활동반자 일방의 생활동반자관계 성립 이전의 혼인관계에서 태어난 자녀에 대한 상대 생활동반자의 관계를 규정한다. 자녀의 친권자로 정하여진 부모의 일방이 생활동반자관계에 있는 경우, 그의 상대 생활동반자는 친권자인 생활동반자의 동의를 받아 자녀의 일상생활에 관한 사항에 관하여 공동으로 결정할 수 있는 권한을 행사한다. 나아가 자녀의 복리를 위하여 필요한 경우 사안이 급박한 때에는 생활동반자는 대리권을 행사할 수 있으며, 이 때 친권자인 생활동반자에 대하여 이를 즉시 알려야 한다. 이에 관하여는 친권자로서의 부모의 책임을 계부모 내지 양부모에게 위임할 수 있는 가능성을 주는 이른바 작은 친권(kleines Sorgerecht)을 생활동반자에게도 인정하는 것으로, 이에 대하여는 민법 제1678조의b 규정이 준용된다.

### 2) 생활동반자 일방의 자녀의 성(姓)

부모 중 일방이 혼인하지 않은 자녀에 대하여 단독으로 또는 다른 부모의 일방과 공동으로 친권을 행사하는 경우, 자녀가 부모의 생활동반자관계에서 공동의 거소에서 생활하는 때에는 그 자녀는 가족관계등록관청에 의사표시를 함으로써 그들의 생활동반자성(姓)을 따를 수 있다. 여기에는 민법 제749조 제1항 제2문 및 제3문, 제3항의 규정이 적용된다.

### 3) 생활동반자관계에서의 입양

생활동반자법의 입법 당시에는 단독입양만을 예정하고 있었다. 이는 독일 입양법에서 원칙적인 모습으로 상정하고 있는 혼인한 배우자의 공동입양은 생활동반자관계에서는 전적으로 배제됨을 의미한다. 단독으로 입양하는 경우에는 혼인에서와 마찬가지로 상대 생활동반자의 입양에 대한 동의가 있어야 한다(제9조 제6항).

2004년 개정법에서 상대 생활동반자의 친생자를 입양하는 이른바 계자입양에는 상대 생활동반자의 입양에 대한 동의없이 단독으로 입양할 수 있는 규정을 신설하였고(제9조 제7항), 이른바 작은 친권도 인정하였다. 그리고 이에 민법의 단독입양에 관한 규정<sup>30)</sup>을 준용하는 것으로 규정하였다. 그러나 민법 규정

30) 제1743조 제1문, 제1751조 제2항 및 제4항 제2문, 제1754조 제1항 및 제3항, 제1755조 제2항, 제1756조 제2항, 제1757조 제2항 제1문, 제1772조 제1항 제1문의 c.

의 준용에 있어서 혼인한 배우자와 생활동반자를 다르게 취급한다고 하는 것이 문제가 되어 생활동반자법 제9조 제7항이 기본법 제3조의 평등권에 위반한다고 하는 위헌법률심판의 대상이 되었다. 연방헌법재판소는 등록된 생활동반자관계의 생활동반자가 그 일방의 친생자녀 또는 양자녀와 함께 생활하는 경우, 이는 기본법 제6조 제1항에서 보호하는 가족을 형성한다고 하면서, 생활동반자 일방이 입양한 자녀를 상대 생활동반자가 입양하는 이른바 연속입양(Sukzessivadoption)을 허용하지 않는 것은 혼인배우자의 양자녀의 입양의 가능성 및 생활동반자의 친자의 입양의 가능성과 비교하여 보면, 자녀뿐만 아니라 생활동반자를 평등하게 다루지 않은 데에 기본법 제3조 제1항의 평등권 침해가 있다고 하였다.<sup>31)</sup>

연방헌법재판소의 위헌결정이 있자 입법조치가 뒤따랐고, 2014년 6월 20일 의결된 ‘생활동반자에 의한 연속입양에 관한 연방헌법재판소 결정에 의한 입법을 위한 법률’에 의하여 생활동반자법 제9조 제1항 제2문에서의 민법의 입양에 관한 준용규정에 연속입양을 규정하는 민법 제1742조가 추가되었다. 이에 따라 생활동반자에 의한 연속입양도 가능하게 되었다.

#### 4. 생활동반자관계의 해소

생활동반자관계는 생활동반자 일방의 사망

이나 법원의 결정에 의하여 해소된다. 입법자는 생활동반자관계의 효과의 소멸을 ‘해소(Aufhebung)’로서 규율하면서 혼인의 해소의 원인 중 하나인 ‘이혼’과는 달리 규율하려고 하였다.

##### 1) 생활동반자관계 해소의 요건

생활동반자관계의 해소는 성립 당시 흠있는 의사표시를 이유로 한 해소(위 III.2.(2),(3))와 유효하게 성립한 생활동반자관계가 일정 기간의 별거 후 당사자의 신청에 의한 해소로 나누어진다. 후자의 생활동반자관계 해소의 요건을 정하고 있는 제15조 제2항에 따르면 다음과 같다.

① 생활동반자가 1년 이상 별거한 상태에서 생활동반자 쌍방이 생활동반자관계의 해소를 신청하였거나, 일방이 신청한 경우에 상대방이 해소에 대하여 동의할 것(제1문 1호의 a)

② 생활동반자가 1년 이상 별거한 상태에서 생활동반자관계가 회복될 수 있을 것으로 기대할 수 없을 것(제1문 1호의 b). 이는 이혼에 있어서 실질적 파탄심사요건을 규정하는 민법 제1565조 제1항의 규정에 해당한다.

③ 생활동반자 일방이 해소를 신청하였고, 생활동반자가 3년 이상 별거한 상태일 것(제1문 2호). 이는 혼인의 파탄을 추정하는 요소로 3년 이상의 별거를 규정하는 민법 제1566조 제2항의 규정에 해당한다.

④ 별거상태의 여부와 관계없이 생활동반자관

31) BVerfG, Urt. v. 19. 2. 2013, NJW 2013, 847 ff.

계를 계속하는 것이 해소를 신청하는 생활동반자의 상대방에게 해소에 책임이 있는 이유로 해소를 신청하는 생활동반자에게 참을 수 없는 고통이 될 것(제1항 3호). 민법 제1565조 제2항의 규정에 해당한다.

위 요건에서의 별거란 생활동반자간에 공동의 거주관계가 더 이상 존재하지 않고, 생활동반자 일방이 생활공동체를 거부하여 상대방이 이를 더 이상 회복하려고 하지 않는 상태를 의미한다(제15조 제5항).

한편, 2004년 개정법에서 도입된 제15조 제3항의 이른바 ‘가혹조항’에 따라 3년간의 별거 상태가 계속되었음에도 특별한 요건이 성립하는 경우에는 생활동반자관계가 유지될 수 있도록 하고 있다. 이는 이혼청구권을 인정하되 이혼이 상대방에게 심히 가혹한 결과를 초래하는 경우에는 이혼청구를 기각할 수 있도록 하는 민법 제1568조의 규정의 입법취지가 생활동반자관계에도 어느 정도 반영된 규정이다.

## 2) 해소의 효과

### (1) 부양의무

생활동반자관계 해소 후의 부양의무에 관하여는 민법의 부양의무에 관한 규정(제1570조 내지 제1586조의b, 제1609조)이 준용된다(제16조 제2문).

2008년 1월 1일 시행된 부양법의 개정으로 인하여 등록된 생활동반자의 부양 의무에 대한 특별규정이었던 생활동반자법 제16조 제2항의

규정은 삭제되었고, 이에 대하여 민법의 규정을 준용함으로써 공동체관계 해소 후의 부양의무에 관하여서는 혼인의 배우자와 생활동반자가 동등하게 다루어진다.

### (2) 주택과 가재도구 분할

생활동반자 공동의 주택과 가재도구 분할에 대하여는 배우자에 적용되는 민법 제1568조의 a, 1568조의b 규정이 적용된다(제17조).

### (3) 연금청산

제20조는 생활동반자관계의 해소 시 연금청산에 관한 관계를 규율한다. 제1항에서는 연금청산법(Versorgungsausgleichsgesetz)상의 규정을 생활동반자관계에도 준용하는 것으로 정함으로써 이혼 시 연금청산에 관한 규정과 동일한 사항이 적용된다. 또한 연금청산법 제6조 내지 제8조에 따라 생활동반자의 연금청산에 대한 권리를 약정으로 배제하는 것도 가능하다(제20조 제3항).

## IV. 헌법적 판단에 의한 혼인과 생활동반자관계의 동등 취급

위 생활동반자관계 성립의 효과 중 자녀에 대한 관계에서 연속입양에 관한 연방헌법재판소의 결정을 소개한 바 있다. 생활동반자법 외에 개별법에서 생활동반자관계와 혼인이 동등하

게 다루어지지 않는다고 하는 점에 대하여 헌법적 판단을 받은 주요 사례가 있어 이에 대하여 간단하게 언급하고자 한다.

먼저, 공무원연금에 가입하였던 생활동반자가 자신의 과세기준이 비혼자에 적용되는 기준으로 책정되어 있었고, 사망 시 그의 생활동반자가 유족연금을 받을 수 없다는 점을 문제삼았다. 이 사안에서 연방헌법재판소는 공공기관의 근로자의 유족연금에 있어서 혼인과 생활동반자관계를 차별적으로 다루는 것은 기본법 제3조 제1항에 합치하지 않는다고 판시하였다.<sup>32)</sup> 그리고 이는 공무원의 가족수당에서도 마찬가지로 차별이 존재한다고 하는 사안에 영향을 미쳤고, 연방헌법재판소는 배우자수당과 자녀수당으로 구별되어 있는 가족수당의 수령에는 혼인과 생활동반자관계를 달리 취급할 이유가 없다고 판단하였다.<sup>33)</sup> 그리하여 공무원임금법의 관련 규정이 개정되었다.

또한, 증여세 및 상속세, 부동산취득세에 관한 각 법률에서 배우자와 생활동반자를 차별적으로 다루었다고 하는 부분에서도 기본법 제3조 제1항에 위반한다고 하였으며,<sup>34)</sup> 소득세법에 의한 부부합산 분할과세제도(Ehegattensplitting)에 관한 규정에서 배우자와 생활동반자를 불평등하게 다루었다고 하면서 이는 기본법 제3조 제1항의 평등의 원칙에 위반한다고 하였다.<sup>35)</sup>

## V. 결 어

생활동반자법의 시행 당시에 있었던 이를 둘러싼 독일 사회 내의 격렬한 논란은 이 법이 헌법에서 정하는 근본가치에 합치한다는 판단에 의하여 종결되었다. 법시행 이래 14년의 기간 동안 생활동반자법 및 생활동반자관계에 관한 규율을 포함하는 개별법령의 규정이 차례차례 합헌성 판단을 받고 있다. 그리고 위헌으로 선언된 규정에 대한 개정작업으로 생활동반자관계가 혼인과 다르지 않은 지위에 있음이 확인되고 있는 상황이다. 나아가 혼인제도를 양성에 대하여만 인정하는 배타적 태도에 대하여 개방을 요구하는 논의도 있다.

우리는 헌법 제36조 제1항에서 법적 근거를 찾는 양성의 혼인만을 인정하고 있다. 최근 양성·동성의 문제를 차치하고 법률혼이 아닌 상태로 생활공동체관계를 형성한 경우에도 일정한 정도의 법적 보호를 보장해 주어야 한다는 주장도 있고, 동성혼의 혼인신고 불수리에 대하여 헌법소원을 준비하고 있다는 소식도 들린다. 이러한 사회상의 변화에 직면하여 동성의 생활공동체라는 실재하는 현상을 법적으로 규율하여야 할 필요성은 있는 것으로 보인다. 이를 혼인이라고 하는 완전한 법적 제도 내에서 규율하기에는 사회적 합의가 아직은 부족할 수

32) BVerfGE 124, 199, 218.

33) BVerfGE 131, 239, 263 f.

34) BVerfGE 126, 400 ff.

35) BVerfG, EuGRZ 2013, 316 ff.

있으나, 다른 형태의 제도 내에서 동성커플이라고 하는 사회적 소수자를 일단 법적 보호의 대상으로 삼으면, 이후에는 동성의 생활공동체를 혼인과 동일하게 다루게 되든지 아니면 더 나아가 이를 혼인제도 내로 포섭하게 되는 것은 사회구성원의 몫으로 남겨지게 된다고 생각된다. 이러한 과정에서 독일의 생활동반자법은

입법 및 규율에 있어서 충분한 시사점을 준다고 본다.

홍 윤 선

(이화여자대학교 법학과 강사)

## 참고문헌

Bruns, Manfred/Kemper, Rainer, Lebenspartnerschaftsrecht, Handkommentar, 2005.

Dethloff, Nina, Familienrecht, 29. Aufl., 2009.

Dieter Schwab, Familienrecht, 21. Aufl., 2013.

Entwurf eines Gesetzes zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften, BT-Drucks. 14/3751.

Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Rechtsverhältnisse eingetragener Lebenspartnerschaften, BT-Drucks. 14/1259.

Entwurf eines Gesetzes zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts, BT-Drucks. 15/3445.

Koschmieder, Norman, JA 2014, 566.

MünchKommBGB/Wacke, LPartG, 2010.

Sickert, Ariane, Die Lebenspartnerschaftliche Familie – Das Lebenspartnerschaftsgesetz und Art. 6 Abs. 1 GG, 2005.

Wacke, Andreas, FamRZ 1990, 347 ff.

Wellenhofer, Marina, NJW 2005, 705.