

차별금지법 해외판례

젠더(gender)에 따른 화장실 사용을 허용한 휴스턴시 평등권조례

들어가며

성정체성(Gender Identity)을 차별금지사유로 포함하는 차별금지법이 제정된 외국의 입법례를 보면, 젠더(gender)를 매우 포괄적으로 정의한다. 예를 들어, 뉴욕시인권조례(The New York City Human Rights Law)의 제8-102조(정의) 제23항은 “젠더(-gender)는 실제의 또는 인식된 성을 포함하고, 사람의 젠더 정체성, 자기 형상, 외모, 행위 또는 표현을 또한 포함하는데, 젠더 정체성, 자기 형상, 외모, 행위 또는 표현이 출생시에 그 사람에게 부여된 법적인 성별과 전통적으로 연관된 그것과 다른지 여부를 불문한다.” 고 규정한다. 또한, 뉴욕시 인권 위원회의 ‘성(젠더)정체성 또는 표현에 관한 법집행 가이드라인(New York City Commission on Human Rights Legal Enforcement Guideline on Discrimination on the Basis of Gender Identity or Expression)’에 따르면 성(젠더)정체성은 ‘출생시에 부여된 성별(sex)과 같거나 다를 수 있는 사람이 내면에 깊이 가지고 있는 젠더(gender)에 대한 감각’이라고 한다. 이와 같은 의미의 성정체 성개념의 도입은 곧 성염색체와 생식기 등 생물학적 성별과 관계없이 자신이 스스로 결정한 젠더를 의미한다는 측면에서 생물학적 성별(sex)에 근거한 남녀 구분법의 폐지를 의미하는 것이다.

더욱이 이러한 성정체성 개념이 차별금지법상의 공공편의시설(화장실, 락커, 공중목욕탕 등) 사용 차별금지와 결합되면, 스스로를 여성으로 생각하는 남성이 여성 화장실, 락커룸을 사용하는 것이 법적으

로 허용된다. 오바마 전 미국 대통령은 전국 공립학교가 성정체성에 따라 화장실을 개방하도록 지시하였고, 빌 드블라지오 뉴욕시장은 뉴욕시 정부의 모든 건물 물에서 자신이 선택한 성에 맞는 화장실을 이용할 수 있도록 허용하는 행정명령을 내렸다.

그러나, 이러한 성(젠더)평등 정책과 차별금지법에 따르면 성전환 수술이 젠더(gender) 변경 또는 선택의 필수적 요건이 아니기 때문에 젠더에 관한 내심의 진의를 객관적으로 판단하는 것은 불가능하고, 이를 악용한 성범죄를 증가시킬 수 밖에 없다. 뿐만 아니라, 남성의 생물학적 신체구조를 가진 여성과 여성의 생물학적 신체를 가진 남성을 인정해야만 하기 때문에, 결과적으로 남성과 여성의 성별 2분법 체제는 붕괴되고, 더 나아가 제3의 성인 수십 가지 젠더의 도입에 까지 이르게 된다. 이렇게 되면, 스스로를 여성이라고 주장하는 남성이 여성 화장실에 들어가는 것을 막거나 또는 처벌할 수도 없게 되는 것이다.

미국 텍사스주 휴스턴시에서 제정된 평등권(차별금지)조례는 성정체성을 이유로 한 화장실 사용 차별을 금지하였는데, 이 조례를 폐지하려는 주민들과 유지하려는 시 당국간의 치열한 법정 공방이 벌어져 전 미국인들의 주목을 받은 바 있다. 이하에서는 주민 조례폐 지청구와 관련된 Woodfill v. Parker 소송의 진행 과정과 판결 내용을 소개하고자 한다.

사실관계

2014년에 미국 텍사스주 휴스턴시 시의회는 ‘휴스턴시 평등권 조례’를 제정하였는데, 이 조례는 성별, 인종, 종교, 성적 지향 그리고 성적체성을 포함하는 15개 사유에 의한 차별을 금지하였다. 그런데, 이 조례는 성적체성을 “남성 또는 여성으로서의 개인의 내심의 정체성, 외모, 표현 또는 행위를 의미하는 것으로, 개인의 신체 또는 출생시에 부여된 젠더(성)와 일치하지 않을 수도 있다.”고 정의하였다. 또한, 이 조례는 공공편의시설 사용에 있어 차별을 금지하는데, 성적체성을 이유로 한 공공편의시설 사용 차별금지의 경우, 생물학적 성별과 상관없이 자신을 반대의 젠더(성)로 인식하는 남성과 여성이 이성(異性)의 공중 화장실과 탈의실을 이용하도록 허용한다. 즉, 남성이 여성이라고 주장하면서 여성 화장실과 탈의실에 들어가더라도 처벌을 할 수 없기 때문에 이 조례는 ‘화장실 조례’라는 별칭이 붙여졌고, 큰 논란을 불러 일으켰다.

그러자, 몇몇 목사들을 포함한 휴스턴시 주민들은 시의회가 평등권 조례를 폐지하거나 주민투표에 회부하도록 요구하는 조례폐지청구 서명운동을 시작하였다. 주민들은 휴스턴시 조례로 정하는 수 이상의 서명으로 3차례나 적법한 청구서를 제출하였고, 시의 사무총장은 이 청구가 법적 요건을 충족하였다고 판단하였다. 그럼에도, 동성애자인 애니스 파커 휴스턴시 시장과 시의 담당 변호사는 조례폐지청구가 적법한 요건을 갖추지 못하였다고 주장하며 이행을 거부하였고, 주민들은 2014년 8월에 시장을 상대로 텍사스주 지방법원에 조례의 효력을 정지시키고, 같은 해 11월에 조례 폐지를 위한 주민투표의 개최를 청구하는 소송(Woodfill v. Parker)을 제기하였다. 원고는 주민 약 55,000명의 서명을 수집하여 시당국에 제출하였는데, 이 중 31,000명이 유권자로 등록이 되어 있다는 점과 휴스턴시 사무총장도 조례

폐지청구에 필요한 최소 서명수인 17,269를 초과하는 17,846명의 유효한 서명을 이미 확인하였다는 점을 주장하였다. 또한, 시장과 시의 변호사가 이 청구를 수용하여야 할 의무가 있음에도 불법적으로 이를 거부하고 있다고 덧붙였다. 반면에 파커 시장과 펠드만 변호사는 청구서의 5,200 페이지가 위조되었기 때문에 유효하지 않고, 따라서 약 16,000명의 서명은 무효라는 주장을 하였다. 또한, 이 청구는 기망에 의한 부정행위라고도 주장을 하였다.

이 소송과 별도로 원고들은 같은 달에 제14 고등법원에 직무집행명령(a writ of mandamus¹⁾)을 청구하였는데, 고등법원은 현재 진행 중인 소송에서 지방법원이 원고 패소 판결을 내리더라도 항소를 통해 적법한 구제조치가 내려지는 것이 가능하다는 이유로 이 청구를 기각하였다. 이에 즉시, 원고는 예비적 청구로 주 지방법원에 직무집행명령을 재청구하였다. 또한, 추가적으로 원고들은 텍사스주 대법원에도 시를 상대로 한 직무집행명령을 청구하였다.

한편, 이 소송에 맞서 시 소속 펠드만 변호사는 평등권 조례에 반대하거나 시의회의 행위를 비판하는자를 파악하기 위해, 휴스턴시의 목사들에게 예배 설교문과 교인들에게 보낸 이메일, 문자 메시지, 기타 대화 내역을 모두 제출하라는 명령을 내렸다. 이러한 명령을 받은 목사들 중에는 조례폐지청구와 관련되지 않은 자들도 포함되었다. 이 문서제출명령서에서 가장 논란이 되었던 문구는 ‘당신이 준비했거나, 운반했거나, 수정했거나, 승인했거나 또는 가지고 있는 휴스턴시 평등권 조례, 애니스 파커 시장, 동성애 또는 성적체성과 관련된 모든 언급, 발표 또는 설교문’ 부분이었다.

1) 직무집행명령(a writ of mandamus)은 행정부가 법에 의해 특정 행위를 할 의무가 있음에도 이행을 하지 않는 경우에, 사법부가 행정부에게 해당 의무를 이행하도록 명령을 내리는 조치를 말한다.

설교가 유권자를 설득하는 선거운동에 해당하는 경우에는 소송의 대상이 될 수도 있겠지만, 동성애와 성정체성에 대한 모든 설교문을 제출하라고 한 이 명령은 적법한 범위를 일탈하였고 목사의 표현의 자유를 억압하기 위한 시도였다. 특히, 시 공무원들이 설교가 정치적으로 용납 가능한 한도 내에 있는지 여부를 판단하기 위해 설교를 검열할 권한이 있다고 생각했다는 것은 매우 우려가 되는 부분이다. 또한, 동성애와 같은 주제에 대해 아예 언급을 하지 못하도록 목사들을 위협하기 위해 공권력을 사용했다는 점도 문제가 되었다.

이러한 설교문 강제 제출명령에 대해 표현의 자유와 종교의 자유 침해로 논란이 일어났으나, 파커 시장은 명령을 철회하지 않았고, 급기야 미국 연방민권위원회 위원장까지 나서서 시장에게 설교문 제출명령을 철회할 것을 요구하였다. 큰 파문이 일자, 결국 시장은 명령을 철회할 수 밖에 없었다.

이 가운데 계속 진행이 된 조례폐지청구 소송에서, 2015년 2월에 배심원은 54,000명의 서명 중 2,500개의 서명이 위조되었으나, 기망은 없었다는 평결을 내렸다. 같은 해 4월에, 1심 법원은 조례폐지청구에 필요한 최소 유효 서명수를 충족하지 못했다고, 원고 패소 판결을 내렸다. 이에, 원고들은 제14 고등법원에 항소하였다.

법원의 결정

조례폐지청구에 대한 항소심이 진행 중인 상태에서, 텍사스주 대법원은 직무집행명령청구에 대해 7-0 전 원일치 판결로 휴스턴시 시의회에게 평등권 조례를 폐지할 것과 만약 2015년 8월 24일까지 폐지하지 않을 경우, 주민투표에 회부하라는 직무집행명령을 내렸다(IN RE JARED WOODFILL ET AL., RELATORS). 대법원은 공무원의 행정 의무 이행을 강제하기 위해 직무집행명령을 내릴 수 있는 관할권이 있음을 전제한 후, 주민들의 조례폐지청구는 법이 정하는 청구권자 수 이상의 유효한 서명으로 적법하게 이루어졌음에도 불구하고, 시의 공무원들이 불법적으로 이를 이행하지 않았다고 판결하였다.

휴스턴시 조례에 따르면 조례폐지청구를 위해서는 서명자의 이름, 주소, 서명일자 및 생년월일 또는 유권자 등록 번호를 기재한 후 서명을 해야 한다. 또한, 추가적으로 서명지를 돌리고 회수하는 자가 자신도 청구서에 서명을 하였음과 수집한 서명이 진정한 것임을 공증을 받아야 한다. 그리고, 최소 17,296명의 유효한 유권자들의 서명이 필요하고, 이러한 청구가 이루어지면 시의회는 스스로 조례를 폐지하거나 주민 투표에 회부하여야 한다. 이 사건에서 실제로 약 50,000명 이상의 유효한 서명이 제출되었는데, 시 소속 변호사는 청구를 무효화하기 위해, 청구서를 수거한 자가 유권자가 아니고, 청구서에 청구서를 수거한 자의 서명이 없다는 등의 기술적인 문제를 제기하여, 필요한 17,269명의 서명에서 2,022명의 서명이 부족하다는 주장을 하였다.

텍사스주 대법원은 휴스턴시 조례는 시의 사무총장에게 조례폐지청구 요건의 충족여부에 대한 심사 권한이 있다고 규정하고 있고, 시의 소속 변호사는 법적인 자문을 할 수는 있지만 사무총장의 권한을 대신 행사할 수는 없다고 판시하였다. 또한, 사무총장의 보고서에는 변호사의 의견이 포함되어 있었지만, 사무총장은 청구에 필요한 수의 유효한 서명이 있었다고 명시적으로 판단을 했을 뿐, 변호사의 의견을 수용하지는 않았다는 점도 강조하였다.

그리고, 시가 주장한 위조된 서명과 공증 하자 등의 쟁점에 대해서 대법원은 사무총장이 이러한 위조와 하자에 대한 문제 제기를 전혀 하지 않았음에도 불구하고, 시의회가 자의적으로 사무총장의 판단을 무시하였다고 판단하였다. 조례는 ‘시의회’에게 조례폐지 청구의 적법성 요건을 심사할 권한을 부여하지 않았기 때문에, ‘사무총장’의 심사 결과에 따라 시의회가 즉시 조치를 취할 의무가 발생하였다고 실시하였다.

따라서, 휴스턴시 시의회는 사무총장의 심사결과를 존중해야 하고, “사무총장이 주민들의 청구가 적법 요건을 충족한다고 판단했기 때문에, 시의회에게는 재심의를 통해 조례를 폐지하거나 주민투표에 회부하여야 할 법적 의무가 발생하였다. 휴스턴시 주민들의 입법권이 침해 되었다.” 고 판결하였다.

휴스턴시가 주민투표에 부칠 문구에 대해서도 또 다른 소송이 제기되었는데, 텍사스주 대법원이 원문구를 수정하라고 내린 명령에 따라, 휴스턴시는 아래와 같이 질문의 문구를 수정 하였다.


“당신은 시 정부의 채용, 용역, 정부 계약, 공공편의시설, 민간 채용 및 주거 임대에서 있어 개인의 성별, 인종, 유색 여부, 민족, 국적, 연령, 가족 상태, 혼인 여부, 군복무 여부, 종교, 장애, 성적 지향, 유전 정보, 성적체성 또는 임신 여부를 이유로 한 차별을 금지하는 휴스턴시평등권조례 제2014-530호에 찬성하십니까?”

이 질문에 대해, 2015년 11월 3일에 주민투표가 실시되었고, 반대 61% 대 찬성 39%의 투표 결과에 따라 평등권 조례는 폐지되었다. 그리고, 그 동안 진행되었던 관련 소송도 모두 마무리가 되었다.

나가며

성정체성^{Gender Identity}을 이유로 한 차별금지법 제정은 단순히 트랜스젠더의 인권 보호 차원의 문제가 아니라 성염색체와 생식기에 근거한 성별결정기준, 더 나아가 남성과 여성의 성별 2분법 제도 자체를 폐지시킨다. 다시 말해, 현행법에서 치료가 불가능한 성전환증^{transsexualism} 환자를 위해 성전환수술 등 엄격한 요건 하에 제한적으로 허용되는 성별정정, 즉 성전환^{transsex}의 차원을 넘어서서, 스스로가 임의로 선택하는 성(젠더)에 따라 자유롭게 성을 변경하는 트랜스젠더^{transgender}를 인정하게 하는 것이다. 따라서, 스스로를 여성으로 인식하는 남성이, 비록 그의 신체 외모와 생식기가 완전한 남성이라 할지라도 여성 화장실과 탈의실을 사용하도록 허용하게 된다.

뿐만 아니라, 남성에서 여성으로 트랜스젠더를 했다가, 다시 여성에서 남성으로 트랜스젠더를 하는 것도 제한 없이 자유롭게 할 수 있고, 남성도 여성도 아닌 제3의 성으로 트랜스젠더를 할 수도 있게 된다. 자신의 성적체성^{Gender Identity}을 스스로가 내심의 결정으로 정하기 때문에 진정한 의사를 확인할 방법이 없다. 숙고 끝에 결정을 했다 하더라도, 추후에 얼마든지 변경이 가능하고, 아직 확정이 안 된 탐색(?) 중에 있는 경우도 있고, 수차례 반복하는 것도 가능하다. 성범죄의 고의를 가진 남성이 여성 화장실에 들어갔다 하더라도 그 사람이 트랜스젠더임을 주장하면 물증이 없는 한 처벌이 어렵다. 그렇다고, 전국의 모든 화장실에 경찰관을 상시 배치할 수도 없는 노릇이다.



텍사스주에서는 트랜스젠더의 화장실 사용과 관련하여, 2017년에 출생 시에 부여된 생물학적 성별에 따라 공중화장실을 사용하도록 하는 법안이 주의회에서 발의되었으나, 통과되지는 못했다. 지금도 계속 여성과 아동의 프라이버시권과 트랜스젠더의 인권에 대한 치열한 논쟁이 벌어지고 있다. 이러한 논쟁은 텍사스주 뿐만 아니라, 미국 전역에서 벌어지고 있다. 노스캐롤라이나주에서는 출생시에 부여된 생물학적 성별에 따라 공중화장실을 사용하도록 하는 법률이 진통 끝에 제정이 되었지만, 이 주 법이 트랜스젠더의 인권을 침해한다고 하여 연방법원에 소송이 제기되어 현재 재판이 진행 중이다.

미국 버지니아주에서는 여성에서 남성으로 트랜스젠더를 한 공립학교 고등학생 가빈 그림이 학교에서 남자 화장실을 사용하게 해 줄 것을 요구했고, 학교가 이를 허용을 하였으나 학부모들의 항의로 인해 학교는 그 학생에게 1인용 화장실을 사용하도록 다시 조치를 했다. 그러자, 이 학생은 학교를 상대로 차별 소송을 제기하였고, 이 사건이 미국 연방 대법원까지 진행이 되었다. 트럼프 대통령이 취임 후에 오바마 전 대통령의 성정체성에 따른 학교 화장실 사용 행정명령을 폐기하자, 연방 대법원은 학생 손을 들어준 연방 순회(고등)법원 판결을 파기, 환송을 하였다(G.G. v. Gloucester County School Board), 그런데, 4년여에 걸친 소송 후, 결국 다시 되돌아간 연방 지방 법원에서 트랜스젠더 학생이 다시 승소를 하였다. 트랜스젠더 학생에 대한 학교의 남자 화장실 사용 금지가 성별에 의한 차별이라는 법원의 판결에 대해 학부모들은 망연자실 하였고, 학교 측은 이 판결에 대해 항소를 할지 여부를 아직 결정하지 않은 상태이다.

한편, 현행 우리나라 지방자치법에 따르면 일정 주민 수 이상의 연서로 조례의 개정·폐지를 청구할 수는 있으나, 구속력이 없기 때문에 지방의회가 이를 부결할 수 있다. 주민에 의한 주민투표 청구도 가능은 하지만, 주민투표법 제7조 제1항에 의해 주민에게 과도한 부담을 주거나 중대한 영향을 미치는 지방자치단체의 주요결정사항으로서 해당 지방자치단체의 조례로 정하는 사항에 대해서만 주민투표에 부칠 수 있게 되어 있어 한계가 있다. 휴스턴시 평등권 조례와 같이 주민들의 기본권을 침해하는 인권(차별금지)조례가 제정될 경우, 주민들이 투표를 통해 그러한 조례의 폐지를 직접 결정할 수 있도록, 주민투표권을 실질적으로 보장하기 위한 법 개정이 시급히 필요하다.

전윤성 미국변호사

전윤성 미국 뉴욕주 변호사는 한동대학교 국제
법률대학원에서 미국법을 전공하였고, 미국 아
메리칸대학교 로스쿨에서 국제법으로
법학석사 학위를 취득하였다 LG 전자와
BASF Korea 에서 사내변호사로 근무하였고,
현재 사단법인 크레도에서 상근 미국변호사로
근무하고 있다.

