

동성애와 법학



한국에서 ‘성적 지향’이 차별금지사유로 타당한가?

▣ 차별금지사유로 국가인권위원회 법에 처음 도입된 성적 지향

동성애자·양성애자·트랜스젠더 등에 대한 차별과 관련하여, 한국 법체계에서 ‘성적 지향(sexual orientation)’이라는 용어가 사용되고 있다. 2019년 2월 현재, 성적 지향을 명시하고 있는 법률은 3건으로 국가인권위원회법(“인권위법”), 형의 집행 및 수용자의 처우에 관

한 법률(“형집행법”), 군에서의 형의 집행 및 군수용자의 처우에 관한 법률(“군형집행법”)이다. 행정규칙은 5건(인권보호수사준칙 등)이고, 조례는 11건(서울특별시 어린이·청소년 인권조례, 서울특별시 학생인권조례 등)이다.

1990년대 들어서면서 동성애자의 평등권을 보호하려는 의도로 성적 지향을 차별금지사유로 법제화하려는 시도가



● 음선필 교수

서울대에서 법학박사학위를 취득하였고, 한국입법학회 회장, 한국헌법학회 부회장, 한국공법학회 부회장을 역임하였다. 현재 홍익대 법대 학장으로 봉사하면서 중앙선거관리위원회 선거전문위원, 국회 입법지원위원으로 있다.

여러 나라에서 이뤄졌다. 이에 영향을 받아 2001년 5월 24일 제정된 인권위법은 ‘평등권침해 차별행위’의 사유에 성적 지향을 포함하였다. 한국에서 최초로 성적 지향을 차별금지사유로 명시한 것이다. 그 뒤를 이어 형집행법(2007.12.21. 전부개정), 균형집행법(2009.11.2. 전부개정)이 성적 지향을 차별금지사유로 규정하였으며, 또한 동일한 내용을 포함한 조례가 다수 제정되었다. 이런 연혁적 이유에서 인권위법이 동성애자를 보호하는 대표적인 법률로 인식되고 있다.

이를 근거로 인권위는 동성애에 대한 차별을 막기 위해 많은 시도를 하였다. 2003년 4월 인권위는, 한국여성성적소수자인권운동모임 ‘끼리끼리’의 대표자와 동성애자인권연대 대표자가 각각 2002년 10월과 12월 “청소년보호법시행령에 ‘동성애’가 청소년유해매체물 개별 심의기준으로 규정된 것은 성적지향에 의한 인권침해”라며 청소년보호위원회 위원장을 상대로 낸 진정사건에 대해, 동성애를 차별적으로 명시한 것은 헌법 제10조(행복추구권) 제11조(평등권) 제21조(표현의 자유) 등을 침해한 행위라고 판단하고 청소년보호위원회 위원장에게 청소년보호법시행령 제7조 ‘개별 심의기준’ 중 ‘동성애’를 삭제할 것을 권고하였다. 청소년보호위원회가 이를 받아들임으로써 마침내 2004년 3월 30일 발효된 청소년보호법시행령의 청소년유해 매체물 심의기준에서 동성애 조항이 삭제되기에 이르렀다.

이후에도 동성애자를 위한 인권위의 노력

은 입법, 사법, 언론 등 다방면에서 이뤄졌다. 성적 지향에 기인한 차별금지법안의 제정을 권고하였고(2006.7.24.), 동성애를 금지한 균형법의 폐지의견서를 헌법재판소에 제출하였으며(2010.10.5.), 동성애와 에이즈문제 등에 관한 보도를 사실상 제한하는 ‘인권보도준칙’을 한국기자협회와 협약하였다(2011.9.23.). 이러한 인권위 활동은 사회 각 영역에 지속적으로 영향을 끼쳤다. 특히 차별금지법의 제정 시도가 그러하였다.

▣ 차별금지법 제정을 위한 지속적인 시도

인권위법이 제정된 이래, 동성애자에 대한 차별행위의 제재수단이 미흡하다는 주장이 꾸준히 제기되었다. 수사의뢰, 조정, 고발 및 징계권고 결정만으로는 차별행위를 억제하기에 부족하다는 것이다. 그래서 성적 지향을 차별금지사유로 삼으면서 이에 기인한 차별행위자에게 보다 강력한 제재를 가할 수 있는 포괄적 차별금지법을 별도로 제정하려는 움직임이 있었다.¹ 지난 제17대 국회(2004-2008) 이래, 성 정체성·성적 지향을 차별금지사유로 포함하여 젠더 퀴어(gender queer, 성소수자)에 대한 차별을 금지하는 내용의 포괄적 차별금지법을 제정하려는 시도가 여러 차례 이뤄졌다.

2006.7. 국가인권위원회가 국무총리에 차별금지법안을 권고하였다. 2007. 4.부터 차별

1 법령에 차별금지법을 포함하고 있는 현행 법률은 ‘장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률’과 ‘고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률’이다. 한편 제20대 국회에 들어 정보소외계층과 학력·학교에 대한 차별금지를 각각 목표로 하는 법률안이 몇 건 계류되어 있다.

시정위원회·법무부·노동부·국가인권위원회 등으로 구성된 ‘차별금지법 제정추진기획단’에서 국가인권위원회 권고법안을 기초로 조정안을 마련하였다. 2007. 7.부터 차별금지법 제정추진업무가 법무부로 이관되어, 마침내 2007.12.12. 차별금지법안이 국회에 제출되었다. 제17대 국회에서 「차별금지법안」은 정부제출안(2007.12.12.)과 노회찬의원 대표발의안(2008.1.28.)이 있었으나, 둘 다 심사 중 임기만으로 폐기되었다.

제18대 국회에서는 박은수의원이 대표발의한 「차별금지기본법안」(2011.9.15.)과 권영길의원이 대표발의한 「차별금지법안」(2011.12.2.)이 있었으나, 역시 심사 중 임기만으로 폐기되었다.

제19대 국회에서는 김재연의원이 대표발의한 차별금지법안 (2012.11.6.), 김한길의원이 대표발의한 차별금지법안 (2013.2.12.)과 최원식의원이 대표발의한 차별금지법안 (2013.2.20.)이 있었다. 김재연의원의 법안은 심사 중 임기만으로 폐기되었고, 나머지 법안은 철회되었다.

위 차별금지법안 중 김재연의원의 법안에 따르면 고용, 재화·용역 등의 공급이나 이용, 교육기관의 교육 및 직업훈련, 법령·정책의 집행 영역에서 성적 지향을 포함한 23개 차별금지사유에 따른 차별이 금지된다. 이러한 차별에는 직접차별뿐 아니라 간접차별, 괴롭힘, 차별광고도 포함된다. 그리고 차별피해자에 대한 구제수단 외에 가해자에게 징벌적

손해배상책임을 부과하며, 보복행위의 경우에는 형사처벌까지 규정하는 등 강력한 제재수단을 마련하였다. 이러한 까닭에 포괄적 차별금지법의 제정은 동성애자를 강력하게 보호하는 법적 수단의 쟁취로 간주되고 있다.

그런데 제20대 국회에 들어와서는 차별금지법의 제정 움직임이 별로 없었다. 왜냐하면 차별금지법 제정 대신에 개헌이라는 새로운 논의의 장(場)이 열리게 되었기 때문이다. 즉 법률 제정 아닌 헌법의 개정으로 그 장을 옮기게 되었다.

▣ 성적 지향을 평등조항의 차별금지사유로 명시하려는 개헌 시도

젠더 퀴어의 입장에서 보면, 성적 지향을 ‘성별’(sex)과 대등한 차별금지사유로 규정하는 것은 성평등(gender equality)의 완벽한 보장을 뒷받침하는 결정적 계기가 된다. 그래서 최근 개헌 논의 과정에서 헌법상 평등조항에 성적 지향을 차별금지사유로 추가하려는 시도가 있었다.

예컨대 인권위가 제시한 헌법개정안 제15조 제2항은 “누구든지 모든 영역에서 성별, 종교, 인종, 언어, 출신지역, 장애, 나이, **성적 지향**, 학력, 사상, 정치적 의견, 사회적 신분 등 어떠한 이유로도 부당한 차별을 받지 아니한다.”라고 하였다. 대화문화아카데미 2016년 헌법안 제10조 제2항은 “모든 사람은 성, 종교, 종족, 연령, 신체적 조건이나 정신적 장애, 출신, **성적 지향** 또는 사회적 신분 등에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생

활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”라고 하였다.

도대체 무엇 때문에 성적 지향을 헌법상 차별금지사유로 명시하려고 그토록 애를 쓰는 것일까? 무엇보다도 명문화된 차별금지사유는 별다른 해석이 필요 없이 그대로 법적 구속력을 갖기 때문이다. 헌법에서 성적 지향을 차별금지사유로 명시하는 경우, 이를 포함한 차별금지법의 제정은 바로 그 다음 수순이 될 것이다. 지금까지 성적 지향을 포함한 차별금지법의 제정이 국민의 강한 반대에 부딪쳐 무산됨에 따라, 그 입법의 헌법적 근거를 마련하기 위해 개헌이 시도된 것이다.

또한 헌법상 차별금지사유로 명시되는 경우는 그렇지 않은 경우에 비하여 더 강력한 보호를 받게 된다. 공권력의 행사로 말미암은 차별이 위헌인가의 여부를 심사함에 있어서, 차별금지사유로 명시된 사항은 보다 엄격한 심사의 대상이 되기 때문에 결과적으로 더 강한 보호를 받게 된다. 그 뿐 아니라, 헌법상 명시된 차별금지사유에 해당되느냐 여부에 따라 차별의 위헌성에 대한 입증책임이 달라진다. 헌법 제11조 제1항 제1문(“모든 국민은 법 앞에 평등하다”)이 적용되는 경우, 즉 헌법 제11조 제1항 제2문에 명시된 차별금지사유(성별, 종교, 사회적 신분)에 해당하지 않은 경우, 차별의 위헌성을 주장하는 자가 그 차별의 합리성이 없음을 입증하여야 한다. 반면에 헌법상 차별금지사유에 기인한 차별의 경우, 입증책임이 전환되어 합헌성의 주장자가 차별의 부재에 대해 입증책임을 진다. 이

는 헌법소송실무에서 매우 중요한 차이를 가져온다.

위와 같은 이유에서 차별금지사유로 명문화되느냐 여부는 현실적으로 매우 민감한 사안이다. 그러므로 헌법상 평등조항에 새로이 추가하려는 차별금지사유는 반드시 국민적 합의가 확인된 사항으로 제한할 필요가 있다. 특히 헌법상 차별금지사유를 ‘예시’가 아니라 ‘제한적 열거’라고 보는 입장에서는 더욱 국민적 합의를 요구한다.

요컨대 국민적 합의가 이뤄지지 않은 한, 성적 지향을 차별금지사유로 추가할 수 없다고 보아야 한다. 이러한 이유에서, 2018년 1월 국회 개헌특위 자문위원회 보고서는 차별금지사유의 확대에 공감하면서도 추가할 차별금지사유로 ‘인종·언어·연령·장애·지역·고용형태 등’을 제시함에 그쳤다. 이에 반하여 성적 지향을 차별금지사유로 주장하는 견해는 소수의견에 불과하였다. 2018년 3월 대통령령이 제출한 개헌안에서도 ‘장애·연령·인종·지역’을 차별금지사유로 추가하였지만, 성적 지향은 포함하지 않았다. 후문(後聞)에 의하면, 성적 지향을 추가할 경우에 나타날 국민의 반발을 정책적으로 고려하였다고 한다.

□ 한국에서 성적 지향은 차별금지사유로 타당하지 않다

앞에서 살펴본 바와 같이, 성평등주의자들은 차별금지법의 제정이나 헌법 평등조항의 개정을 통하여 성적 지향을 헌법상 차별금지사

유인 성별, 종교, 사회적 신분과 동등한 차별금지사유로 명시하려고 한다. 그런데 성적 지향이 과연 성별, 종교, 사회적 신분과 동등한 수준의 차별금지사유에 해당하느냐에 대하여는 근본적인 의문이 제기된다. 그 이유는 아래와 같다.

첫째, 차별금지사유의 명문화는 역사적 배경과 당위적 요구에 기초하여야 한다. 현행 헌법에 성별, 종교, 사회적 신분이 차별금지사유로 특별히 명시된 것은 그만한 역사적 배경과, 사회적 공감에 따른 당위적 요청이 있기 때문이다. 실제 각국마다 차별금지사유가 다른 것은 차별의 대상과 기준이 상이한 역사적 배경에 기인한다. 따라서 그러한 배경과 요청이 없는 사항을 차별금지사유로 명시하는 것은 결코 타당하다고 볼 수 없다.

한국의 경험으로 볼 때, 동성애에 대한 법적 차별은 거의 문제되지 않았다고 볼 수 있다. 현행 균형법에 의하여 동성 간의 성행위를 제한하는 것 외에, 동성애에 대한 처벌규정은 존재하지 않았다. 비록 도덕적·윤리적·종교적 차원에서 동성애에 대한 부정적 인식은 존재하였더라도, 이로 인하여 곧장 법적 제재를 가하는 것은 아니었다. 우리의 역사적 배경은 동성애적 성행위를 일반적으로 처벌하거나 심지어 동성애자를 거세(去勢)하여 수용하고 처형하였던 외국의 경우와 다르다. 그래서 우리는 과거에 대한 반발로써 동성애자의 평등권을 규범적으로 보호하려는 외국의 법제사와 전혀 다른 배경을 가지고 있다.

또한 한국의 현실을 보더라도 성적 지향은 차별금지사유로 인정될 만한 차별의 기준이라고 볼 수 없다. 국가인권위원회의 「2016년 12월말 현재 사건처리 현황」²에 따르면, 국가인권위원회 설립일인 2001년 11월 25일부터 2016년 12월 31일까지 15년 여 동안 성적 지향에 따른 차별로 접수된 진정사건은 81건이었다. 이는 성별·임신·인종·종교 등을 이유로 제기된 전체 차별행위 진정사건 총 2만 3,407건 중 0.3%에 불과한 수치이다. 그나마 44건은 차별행위에 해당되지 않아 각하됐고, 18건은 기각됐다. 정작 차별행위에 해당된 11건에 대해서는 모두 권고결정이 내려졌다. 한편 명확한 차별행위가 발생했을 때 국가인권위원회가 내리는 수사의뢰나 조정, 고발 및 징계권고 결정은 단 1건도 없었다.

2017년 사유별 차별행위 진정 처리결과³에 의하면, 성적 지향을 이유로 한 차별행위로 진정된 사건이 12건이었는데, 모두 차별행위로 인용되지 않았다. 그 중 5건은 각하, 7건은 기각이었다.

이러한 통계자료는 한국에서 성적 지향에 기인한 차별이 별로 발생하지 않음을 단적으로 잘 보여준다. 따라서 성적 지향을 차별금지사유로 명시할 필연성이 없다고 할 것이다.

둘째, 헌법상 명시된 차별금지사유가 도덕

2 <https://www.humanrights.go.kr/site/program/board/basicboard/view?menuid=001003004&pagesize=10&boardtypeid=20&boardid=617177>.

3 국가인권위원회, 2017 국가인권위원회 통계, 2018.7. 99면 (<https://www.humanrights.go.kr/site/program/board/basicboard/view?currentpage=1&menuid=001003004&pagesize=10&boardtypeid=20&boardid=7602957>)

적 판단의 대상이 아님을 주의하여야 한다. 성별과 사회적 신분은 도덕적으로 무관하며 (amoral, nonmoral), 종교는 도덕 이상의 (beyond moral) 사유이다. 일반적으로 차별금지사유는 개인이 선택할 수 없는 상태에서 ‘주어진 것’(所與, das Gegebene)이거나, 내면의 자아(自我)와 동일시할 정도로 개인의 정체성(正體性)과 매우 긴밀한 것으로 이해된다. 즉, 개인의 귀책(歸責)으로 돌릴 수 없는 사유이거나 다른 선택을 요구할 수 없는 사유인 것이다. 그러므로 이러한 사유로 차별하는 것은 개인의 책임능력 범위를 벗어나는 까닭에 부당하다고 볼 수 밖에 없다.

반면에 도덕적 판단은 도덕적 행위의 선택가능성을 전제로 하기 때문에, 그러한 행위의 선택 여부에 대하여는 도덕적 판단이 가능하다고 본다. 일반적인 차별금지사유(성별, 종교, 사회적 신분, 연령, 언어, 인종, 출신지역, 신체적 장애, 정치적 신념)와는 달리, 성적 지향은 도덕적 판단의 대상이 되는 까닭에 언제든지 차별(달리 취급하는 것)의 기준이 될 수 있다고 본다. 오늘날 동성애가 부득이한 선천적 소인(素因)의 결과로서 치유 불가능한 것이라고 보는 견해가 타당성을 잃게 됨에 따라⁴ 동성애에 기인한 구별 또는 상이한 대우(취급)가 반드시 부당하다고 볼 수 없다.

상이한 대우(취급)을 의미하는 차별 자체는 가치중립적인 표현이다. 동기·목적·방식·

정도·결과 등에 따라 차별은 ‘타당한 것’ 또는 ‘부당한 것’으로 평가된다. 동성애에 기인한 차별이 공익을 목적으로 하거나 동성애자의 치유 또는 사회복귀를 돕고자 한다면, 그러한 차별은 필요할 뿐만 아니라 유익하다고 할 것이다.

셋째, 성적 지향의 개념이 불명확한 까닭에 차별금지사유로 부적절하다. 인권위법은 성적 지향에 관한 정의규정을 두고 있지 않다. 논자에 따라서는 성적 지향을 “이성애, 동성애, 양성애 등 개인의 성적인 취향” 또는 “다른 사람을 향한 지속적인 정서적·낭만적·성적·감정적 끌림”으로 보는 입장도 있고, 그 이상으로 “성적 관계를 맺는 개인의 성향”도 포함하는 입장도 있다. 즉 성적 취향(선호) 뿐 아니라 성행위도 포함하기도 한다. 인권위는 더 나아가 성적 지향을 성적 취향뿐 아니라 성정체성까지 포함하는 개념으로 실무상 이해하고 있다. 차별금지사유는 개념적으로 선명해야 법적 판단의 기준으로 작용할 수 있다. 애매한 개념은 주관적 해석과 자의적(恣意的) 집행을 가져올 수 밖에 없음을 명심하여야 한다.

넷째, 성적 지향을 차별금지사유로 범규범화 하는 경우에 발생할 수 있는 현실적인 문제점을 고민하여야 한다. 성적 지향을 차별금지사유로 정한 인권위법에 의거하여 동성애가 청소년유해 매체물 개별 심의기준에서 제외된 것과 청소년 에이즈 환자의 급증 간에 매우 밀접한 관계가 있음을 주목하여야 한다. 또한 동성애와 에이즈문제 등에 관한 보

4 이에 관하여는 김원평 외, 동성애 과연 타고 나는 것일까?, 아른누리, 2014.

도를 사실상 제한하는 인권보도준칙으로 말미암아 이에 관한 정확한 정보의 전달이 크게 제약되고 있음을 알아야 한다.

성적 지향이 헌법상 차별금지사유로 추가되면, 이를 근거로 하여 차별금지법이 제정될 수 있다. 이러한 차별금지법이 제정되면, 도덕적·종교적 판단에 따른 언행이 성적 지향에 대한 차별(예컨대, “혐오표현”)로 간주되어 규제 또는 처벌의 대상이 될 수 있다.⁵ 이로 말미암아 젠더 쿼어는 보호되는 측면이 있으나, 일반 다수의 표현·학문·종교의 자유가 침해되는 측면이 나타난다. 이러한 현상은 포괄적 차별금지법을 도입한 나라에서 이미 많이 나타났으며, 심각한 사회문제로 대두되고 있다.⁶ 따라서 차별적 언행이 동성애자 개인에 대한 명예훼손이나 모욕이 아닌 한, 즉 민사상의 불법행위나 형사상의 범죄행위에 해당되지 않는 한, 동성애 자체에 대한 윤리적·법적·학문적·종교적 표현은 허용되어야 할 것이다.

이상의 논의를 종합해 볼 때, 한국에서 동성애 내지 성적 지향을 차별금지사유로 명시하는 것은 타당하지 않다고 본다.

5 예컨대 지난 2012년과 2013년 민주통합과 통합진보당에서 각 발의한 차별금지법안은 국가인권위원회법 제2조 제3호 성적지향 문구를 근거로 동성애 및 동성애 성행위에 대하여 비판 내지 반대활동을 하면 징벌적 손해배상을 포함한 민사손해배상 및 형사처벌 등 강제적 제재를 부과하고 있다.

6 이에 관한 사례에 관하여는 Christian Concern, Gospel Freedom 웹사이트 (http://www.christianconcern.com/sites/default/files/CCO3023_Gospel_Freedom_Booklet.pdf) 참조.

□ 차별금지법 논쟁은 여전한 현재진행형

그렇다면 동성애자 등 젠더 쿼어에 대해서는 평등한 대우를 하지 않아도 된다는 것인가? 그럴 수는 없다. 젠더 쿼어를 비롯한 모든 국민이 법 앞에 평등하다는 것은 그 누구도 부인할 수 없는 헌법적 명령(constitutional imperative)이다. 젠더 쿼어에 대한 평등을 의미하는 성평등과 관련하여, 현행 헌법은 불리한 차별을 금지하거나 유리한 대우를 허용하는 특별규정을 두고 있지 아니하다. 따라서 젠더 쿼어의 평등에 대하여는 헌법 제11조 제1항 제1문의 일반적 평등권 내지 평등원칙이 적용된다. 이에 따라 젠더 쿼어는 정치·경제·사회·문화 각 영역에서 부당한 차별을 받아서는 아니 된다.

그러나 이에 근거하여 성적 지향을 차별금지사유로 명문화할 것은 아니라고 본다. 앞에서도 언급한 바와 같이, 성적 지향이 성별·종교·사회적 신분과 동등한 수준의 차별금지사유에 해당하느냐에 대하여는 근본적인 의문이 제기되고 있다. 왜냐하면 한국 사회에서 성적 지향에 따른 차별이 성별·종교·사회적 신분에 따른 차별처럼 심각하게 여겨질 역사적 당위성이나 사회적 요구가 없고, 이에 대한 국민적 합의가 이뤄지지 않았기 때문이다. 또한 성적 지향을 차별금지사유로 포함한 차별금지법의 제정에 따른 부작용을 냉철하게 보아야 한다. 이미 차별금지사유로 정하고 있는 인권위법을 집행하고 있는 인권위의 실무관행을 볼 때, 차별금지법이 제정된 이후 인권위 활동영역이 단지 동성애에 대한 차별

의 금지에 머무르는 것이 아니라 동성애를 옹호·조장하는 것으로 나아가리라고 쉽게 예상할 수 있다.

여하튼 젠더 퀴어의 입장에서 보면, 성적 지향을 성별과 대등한 차별금지사유로 규정하는 것은 성평등의 완벽한 보장을 뒷받침하는 결정적 계기가 된다. 2018년 8월 확정된 제3차 국가인권정책 기본계획(2018-2022)에 따르면, 차별금지법 제정은 법무부가 추진하여야 할 향후 과제이다. 그런 까닭에 성적 지향을 차별금지사유로 삼고 이에 기인한 차별행위를 처벌하는 차별금지법의 제정 시도는 앞으로도 계속될 것이다. 이러한 입법전쟁은 여전히 현재 진행 중이다. 다수의 국민이 이를 알든 모르든 간에.

