

동성애와 법학

동성애, 규범 충돌을 일으키다

복합 개념으로서 동성애

예로부터 동성애는 어디서나 뜨거운 이슈였다. 한편으로는 뜨거운 유행불 심판의 대상으로 여겨졌고, 다른 한편으로는 자칭 “괴짜 축제^{queer festival}”의 대상으로 인식되고 있다. 그래서 동성애는 관점에 따라 치열할 정도로 상반된 평가를 받고 있다. 동성애 문제는 법과 도덕의 관계, 인간의 본질에 대한 근본적인 인식의 차이, 인권과 정치의 결합 등과 맞물려서 수많은 논점을 포함하고 있다. 이 문제는 인간의 가장 기본적인 욕망인 성욕을 대상으로, 의학·심리학·철학·사회학·여성학 등 다양한 학문적 논의를 바탕으로 전개되는 종교규범·도덕규범·법규범의 긴장 또는 갈등 관계를 다루고 있다. 이런 까닭에 동성애 문제는 자칭 『규범공동체의 내전 상태』를 가져올 가능성이 매우 크다.

이 글에서는 동성애 주장의 기저(基底)에 흐르는 사상적 고찰과 그 사회적 추세에 대한 분석은 논외로 하고, 법적 현상(legal-phenomenon)으로 나타난 동성애에 관한 법적 논의를 개략적으로 살펴보고자 한다. 법적 논의에서는 무엇보다도 용어의 의미를 명확히 할 필요가 있다. 법적 규율(허용, 금지 또는 처벌)의 대상으로서 동성애 및 이와 관련한 용어의 의미를 명백히 하는 것은 법의 집행과 적용에 매우 중요하기 때문이다.

오늘날 한국에서 동성애를 둘러싼 숱한 논의에는 매우 다양한 개념이 등장하고 있다. 성 정체성^{gender identity}, 성적 지향^{sexual orientation}, 성소수자, 성평등^{gender equality} 등 애매하고도 모호한 개념이 자리 잡고 있다.

현행 법체계에서 동성애라는 문구를 발견하기 어렵다. 그 대신 동성애와 관련한 용어로서 ‘성적 지향,’ ‘성소수자’와 ‘성평등’이라는 용어가 현행법에서 사용되고 있다. 법제처 국가법령정





보센터 홈페이지(<http://www.law.go.kr>)에 따르면, '성적 지향'을 담고 있는 법률이 3건([국가인권위원회법] 제2조, [형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률] 제5조, [군에서의 형의 집행 및 군수용자의 처우에 관한 법률] 제6조)이며, 조례는 [서울특별시 어린이·청소년 인권조례] 등 12건이 있다. '성소수자'를 규정하고 있는 조례는 3건([서울특별시 어린이·청소년 인권조례], [서울특별시 학생인권 조례], [거제시 소셜미디어 운영 조례])이다. 한편, '성평등'을 본문에 담고 있는 주요 법률로는 [양성평등기본법], [성별영향평가법], [국가재정법], [국제개발협력기본법] 등이 있으며, 성평등을 명칭의 일부로 포함하는 조례는 [서울특별시 성평등 기본조례], [광주광역시 성평등 기본조례], [경기도 성평등 기본조례] 등이 있다. 대부분 지방자치단체가 [양성평등 기본조례]의 명칭을 취하고 있으나 일부 소수의 지방자치단체가 [성평등 기본조례]의 명칭을 택하고 있다.

이상과 같이, 현행 법령 및 자치법규에서 '성적 지향'은 차별 금지사유로서, '성소수자'는 차별로부터 보호받는 대상으로서, '성평등'은 입법의 목적(취지)으로 인식되고 있다. 이처럼 동성애가 다양한 관점에서 파악되고 규율되고 있기 때문에 관련 용어의 개념적 정리가 필요하다.

'성적 지향'은, 미국심리학회의 설명에 의하면, [남성, 여성 또는 양성애에 대한 지속적인 정서적, 낭만적, 성적인 끌림^{attraction}의 유형]을 의미하고 또한 [그러한 끌림이나 이와 연관된 행위 등에 기초한 자신의 정체성에 대한 자각]을 의미한다. 이러한 개념정의는 대체로 통용되고 있다. 그런데 성적 지향은 개인의 성향에 따라 다양하게 분류된다. 반대 성에 이끌림을 뜻하는 이성애(異性愛), 같은 성에 이끌림을 뜻하는 동성애(同性愛), 두 성 모두 또는 때에 따라 둘 중 한 성에 이끌림을 뜻하는 양성애(兩性愛), 이분법적인 남성과 여성 외에도 모든 성에 이끌릴 수 있음을 뜻하는 범성애(凡性愛), 성적 이끌림이 없음을 뜻하는 무성애(無性愛) 등으로 분류된다. 그런데 흔히 논란의 주된 대상이 동성애인 까닭에 '성적 지향 = 동성애'로 인식되는 경향이 있다. 그런 점에서 보통 동성애에 대한 언급은 다른 성적 지향에 대해서도 동일하게 적용된다고 보아도 무방하다.

그런데 법적 규율의 대상이 되는 동성애가 단순히 내면(內面)에 그치는 심리적 경향(끌림)을 의미하는 것이 아님을 주의하여야 한다. 내면의 경향에 해당하는 끌림(성적 선호, sexual p-

reference)이 심리학·의학의 관심대상임에 반하여, 입법의 대상 또는 규율의 대상으로서 동성애는 동성간 성행위를 의미한다. 그 대표적인 성행위로는 항문성교 기타 이와 유사한 행위이다. 이러한 동성간 성행위가 균형법의 규율대상이 되는 동성애 개념에 해당한다. 이처럼 법은 구체적인 형태로 외적으로 드러난 동성간 성행위를 동성애로 파악하고자 한다. 왜냐하면 내면의 의식, 인지, 의지 자체만으로는 법적 규율의 대상이 되지 않기 때문이다.

‘성소수자’라는 용어는 종래 사회적 기반을 이루었던 다수의 이성애자에 대응하여 동성애자^{Lesbian/Gay}, 양성애자^{Bisexual}, 트랜스젠더^{Transgender}를 가리키는 말이다. 이는 언뜻 가치중립적인 표현으로 인식되기 쉬우나, 사실은 숫자(사회세력)의 차원에서 소수자 지위에 있음을 강조하는 개념이다. 그래서 이 용어는 의도적이든 아니든 간에 민주체제에서 성소수자가 당연히 보호되어야 할 대상(즉 ‘소수’)이라는 연상작용^{association}을 일으킨다. 그러한 점에서 성소수자라는 용어 대신에 그들 스스로가 사용하는 ‘젠더 퀴어^{gender queer}’ 또는 간단히 ‘퀴어^{queer}’라는 용어를 사용할 수 있다고 본다.

또한 현행 법체계에서 성평등이 양성평등과 구별되는 개념임을 주의하여야 한다. 양성평등과 성평등이 일반용어 또는

학술용어로서, 심지어 법규정에서도 혼용되는 까닭에 서로 동일한 것으로 이해되기도 한다. 그런데 여성의 권리 보장의 필요성이 강조되는 동시에 동성애자·성전환자 등 젠더 퀴어의 평등요구가 사회적 이슈로 부각되면서 양성평등과 성평등이 법적으로 동일한 개념이 아님이 드러나게 되었다. 처음에는 성역할^{gender role}의 차이에도 불구하고 여성과 남성이 평등하다는 의미로 gender equality(성평등)라는 용어가 사용되었다고 하더라도, 오늘날 사회적 성^{gender}이 개인의 선택에 따라 달라질 수 있다고 보는 견해가 강조되면서 성평등은 양성평등 이상으로 수많은 성의 평등을 포함하는 것으로 이해되고 있다.

이처럼 성평등은 양성평등을 의미하는 것 이상으로, 성적 지향과 성 정체성에 기인한 차별금지를 포함하는 것으로 이해된다. 그래서 성평등은 성별에 의한 차별을 금지하여 여성과 남성을 동등하게 대우하는 것처럼, 동성애자·양성애자·트랜스젠더^{LGBT} 등을 비롯한 젠더 퀴어들도 동등하게 대우할 것을 요구한다. 즉 생물학적 성과 사회적 성의 구별을 전제로 하여, 자신의 태생적인 생물학적 성 아닌 사회적 성에 따라 행하는 것을 차별하지 말라는 요구이다. 달리 말하면, 성평등은 누구든지 자신의 성적 지향 또는 성 정체성대로 선택한 사회적 성과 이에 따라 행동하는 것을 동등하게 취급(대우)하라는 요구이다.





오늘날 한국에서 양성평등과 성평등의 결정적인 차이는 이론적으로는 양성 외 다양한 성의 존재를 인정하느냐 여부이며, 실천적으로는 젠더 쿼어의 생활양식을 법적으로 동등하게 존중(인정)하느냐 여부이다.

동성애와 관련한 법적 쟁점

동성애자들은 개인의 자유·권리 및 성평등을 내세워서 동성애의 허용(즉 처벌금지), 동성애자에 대한 차별금지, 동성결혼의 합법화 등을 요구한다. 이러한 요구는 처음에 기존 법해석의 변경을 법원에게 요구하는 소송의 형태로 나타났으며, 나아가서는 기존 법령의 위헌성을 다투는 헌법소송으로 나타났다. 이러한 소송은 동성애의 규범적 정당성을 획득하기 위한 노력의 일환으로 이뤄졌다. 동성애주의자들이 사법부를 대상으로 이러한 노력을 기울이는 것은 동성애를 옹호하는 사회세력이 상대적으로 미약한 때에 나타나는 전형적인 양상이다.

소송과정에서 나타난 법적 쟁점은 동성애의 허용(합법화), 동성애를 처벌하는 법률의 위헌성 인정, 성전환자의 법적 지위

인정(성별 및 성명의 변경), 성전환자의 병역 면제, 군복무 등 영역에서 동성애자에 대한 차별금지, 동성결혼의 합법화 및 동성배우자의 법적 지위 인정, 동성결혼자의 입양 및 대리출산 허용 등이다. 이러한 법적 쟁점으로 알 수 있는 것은 동성애의 허용 여부가 개인 간의 사적 영역에만 국한되는 것이 아니라, 사회 및 국가의 기본제도인 병역제도·결혼제도·가족제도 등에 광범위하게 영향을 미친다는 사실이다.

성적 지향으로서 동성애를 합법화하는 것은 결국 동성혼의 인정으로 나아가게 된다. 물론 동성애가 동성혼과 개념적으로 구별되며, 동성애가 반드시 필연적으로 동성혼으로 이어지는 것은 아니다. 왜냐하면 동성애 지지자들의 이론과 실천이 결혼 제도 자체를 부정하는 데서 출발하였기 때문이다. 그런 이유에서 동성애 지지자 중에는 동성혼의 도입을 거부하는 입장을 취하기도 한다. 그렇지만 동성애가 동성혼의 논리적 전제가 되는 것은 사실이라고 하겠다. 그런 까닭에 동성혼 지지자들은 동성애를 먼저 합법화시키는 것이 아주 효과적인 입법전략이라고 여긴다. 그런 점에서 성적 지향을 차별의 금지 사유로 삼으려는 시도는 마침내 동성혼의 허용을 요구하는 사전 정지작업으로 보아도 무방하다고 하겠다.

그런데 동성혼이 문자적 의미로는 동성간 결합으로 이해되거나, 현실적으로는 동성간 결합으로 그치는 것이 아님을 주의하여야 한다. 동성애를 인정하는 것은 곧 양성애도 인정하는 것이 되기 때문에, 동성혼은 결국 동성과 이성을 막론하고 1+1, 1+2, 2+2 등의 결합을 의미하는 일부다처, 일처다부, 난혼(亂婚, 잡혼(雜婚))으로 연결될 수 있다. 아울러 동성혼이 혼인의 한 형태로 인정된다면, 동성혼을 형성한 자들에게 자녀를 입양할 수 있는 권리도 인정되는 등 혼인의 포괄적 지위를 보장받게 될 것이다. 그런 점에서 동성혼의 인정은 동성 커플 두 사람만의 문제에 그치는 것이 아니라, 1부1처제를 근간으로 하는 전통적인 혼인제도의 근본적인 변화를 의미하는 것이다.

따라서 동성애 문제는 개인의 자유 내지 인권 차원에서만 검토할 사안이 아니라, 사회공동체의 재구성 및 국가적 기본제도의 변혁과 관련하여 폭넓게 고려하여야 할 사안임을 직시하여야 한다.

성평등을 구현하려는 시도들

오늘날 한국에서 동성애를 지지하는 성평등의 주장이 자유 및 인권과 결부되면서 매우 강력한 정치적 의제로 등장하고 있다. 특히 현재 문재인 정부가 [국정운영 5개년 계획]에서 100대 국정과제의 하나로 “실질적 성평등 사회 실현”을 제시하며 성평등정책 기본계획 수립 및 이행, 성평등 교육 강화, 성인지 교육 실시 등을 구체적으로 실천하고자 함에 따라 성평등을 주창하는 물결이 거세게 일고 있다. 이러한 배경 하에서 성평등을 구현하려는 시도가 입법(개헌, 법령 및 조례의 제·개정)뿐 아니라 정책결정(양성평등정책 기본계획, 국가인권정책 기본계획 등)의 차원에서 이뤄진 바 있다. 동성애 옹호세력이 점차 정치적 힘을 얻게 되면서, 한편으로는 동성애 관련 정책의 법적 근거를 마련하기 위해 입법과정에 참여하고, 다른 한편으로는 이를 구현하기 위해 행정부의 정책수립과정에 관여하고자 한다.

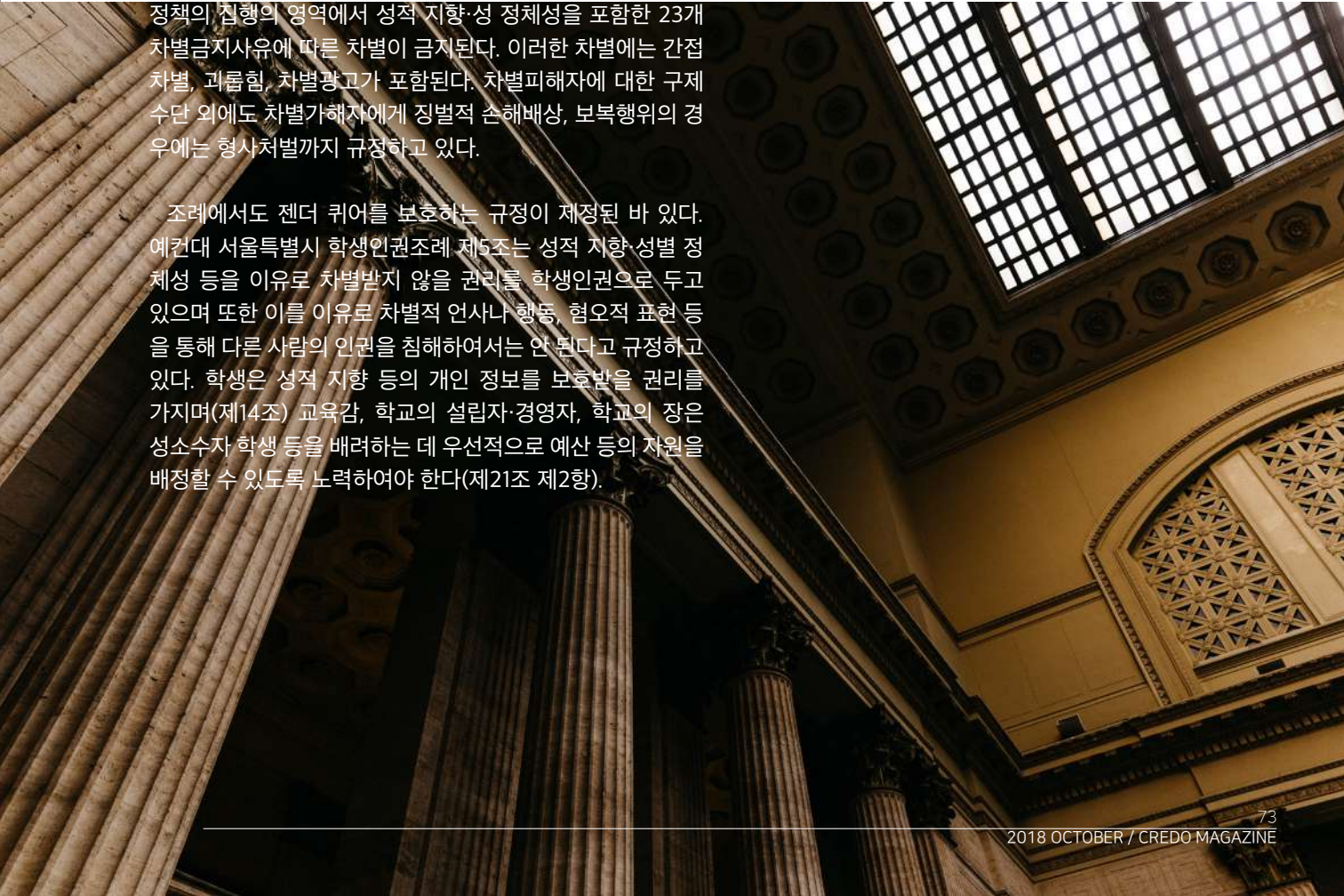
이와 관련하여 특히 주목할 것은 최근 강하게 추진되었던 개헌의 시도이다. 성평등을 성별·성적 지향·성 정체성에 기인한 차별의 금지와 젠더 쿼어에 대한 평등을 포함하는 개념으로 이해하면서, 이를 뒷받침하는 헌법적 근거를 마련하려고 하였다. 예컨대 8개월 동안 수차례 논의를 통하여 정리하여 발표한 헌법개정여성연대 개헌안은 젠더 쿼어들의 시민적 권리를 보장하는 취지에서 혼인 및 가족생활의 주체를 남성과 여성에서



개인으로 전환하였다. 여성계 지도자들의 의견을 적극 반영하였음을 밝힌 [2016년 대화문화아카데미 새헌법안]도 성평등의 적극적인 실현을 국가적 목표로 제시하면서, 성적 지향을 차별금지사유로 명시하고 또한 동성간의 결혼을 인정하기 위하여 혼인과 가족생활이 개인의 존엄과 '성평등'을 기초로 성립·유지되어야 함을 명시한 바 있다. 또한 국가인권위원회 개헌안 제32조 제1항은 “모든 사람은 존엄과 평등에 기초하여 혼인하고 가족을 구성할 권리가 있다. 혼인과 가족은 국가의 특별한 보호를 받는다.”라고 하여, 혼인의 주체를 남녀(양성)가 아닌 “모든 사람”으로 변경하고, 사람들의 “평등”에 기초하여 혼인이 성립됨을 규정하고 있다. 이는 남녀 양성의 평등한 혼인만이 아니라, 동성간의 평등한 혼인을 당연히 인정하려는 것이다.

법을 차원에서 성평등을 추구하려는 입법시도가 있었다. 성적 지향, 성 정체성을 차별금지사유로 포함하여 젠더 쿼어에 대한 차별을 금지하는 내용의 포괄적 차별금지법을 제정하려는 시도가 여러 차례 이뤄졌다. 예컨대 2012.11.6. 김재연 의원이 대표발의하였던 차별금지법안에 의하면 고용, 재화·용역 등의 공급이나 이용, 교육기관의 교육 및 직업훈련, 법령과 정책의 집행의 영역에서 성적 지향·성 정체성을 포함한 23개 차별금지사유에 따른 차별이 금지된다. 이러한 차별에는 간접 차별, 괴롭힘, 차별광고가 포함된다. 차별피해자에 대한 구제 수단 외에도 차별가해자에게 징벌적 손해배상, 보복행위의 경우에는 형사처벌까지 규정하고 있다.

조례에서도 젠더 쿼어를 보호하는 규정이 제정된 바 있다. 예컨대 서울특별시 학생인권조례 제5조는 성적 지향·성별 정체성 등을 이유로 차별받지 않을 권리를 학생인권으로 두고 있으며 또한 이를 이유로 차별적 언사나 행동, 혐오적 표현 등을 통해 다른 사람의 인권을 침해하여서는 안 된다고 규정하고 있다. 학생은 성적 지향 등의 개인 정보를 보호받을 권리를 가지며(제14조) 교육감, 학교의 설립자·경영자, 학교의 장은 성소수자 학생 등을 배려하는 데 우선적으로 예산 등의 자원을 배정할 수 있도록 노력하여야 한다(제21조 제2항).





이뿐 아니라 동성애자 등을 보호하기 위한 정책 형성이 시도되었다. 2017년 여성가족부는 제2차 양성평등정책 기본계획(2018-2022)을 수립함에 있어서 제1차 기본계획의 비전인 “여성·남성이 함께 만드는 양성평등 사회”를 “함께하는 성평등, 지속가능한 민주사회”로 내세운 바 있었다. 그런데 이에 대한 국민의 강력한 반발로 말미암아 제2차 양성평등정책 기본계획은 비전을 “여성과 남성이 함께 만드는 평등하고 지속가능한 민주사회”으로 확정하였으며, ‘성평등’ 용어 대신에 ‘양성평등’ 용어를 원칙적으로 사용하게 되었다. 한편 2018년 8월 법무부가 주관하는 제3차 국가인권정책 기본계획(2018-2022)이 국무회의를 통과하였는데, 이 계획에는 젠더 쿼어의 보호를 위한 법적 근거로 활용될 수 있는 포괄적 차별금지법의 제정 등 우려되는 사항이 포함되어 있다.

여전히 진행 중인 법적 투쟁의 대상으로서 동성애 문제

위에서 살펴본 바와 같이, 한국에서 동성애 문제는 개인 차원의 소송을 뛰어넘은 국가적 의제로 등장하여 각 차원에서 치열한 법적 투쟁의 대상이 되고 있다. 동성애를 옹호하는 세력이 정치적 힘을 얻게 되면서 그러한 양상은 더욱 두드러지게 나타나고 있다. 그런 까닭에 현재 논의되거나 시도되고 있는 동성애자 등을 위한 입법이나 정책이 과연 현행 법체계 내에서 어느 정도 정당화될 수 있는가를 근본적으로 검토할 필요가 있다.

또한 소수자인 젠더 퀴어도 역시 국민으로서의 일정한 보호를 받아야 할 경우 어떠한 방식으로 할 것인가를 고민하되, 그 방식을 정하는 법령과 정책이 현행 법체계와 부합하는가를 검토하여야 할 것이다.

이들 모두는 계속 불꽃같은 눈으로 주시(注視)하며 해결해야 할 법적 문제들이다.



음선필 교수

음선필 교수는 서울대에서 법학 박사학위를 취득하였고, 한국입법학회장을 역임하였다.

현재는 국회입법지원위원, 한국제도·경제학회 총무이사 겸 홍익대학교 법과대학 학장이다.

