

동성애와 유엔

1. 국제환경의 변화와 인권규범의 등장
2. 유엔 내 동성애의 인권화 시도
3. 주권과 논쟁 중인 인권과의 갈등





● 이상현 교수

미국 골든게이트 대학교에
서 법학박사 학위를 받았고,
뉴욕주 변호사 자격을 취득
하였다. 현재 숭실대학교 국
제법무학과 교수로 재직 중
이다.

국민주권 기타 다른 인권과 논쟁중인 동성애

3. 주권과 논쟁중인 인권과의 갈등

(1) 주권: 민주국가의 국민주권

인권에 관한 법적 구속력이 있는 국제법 규범은 아니지만, 1948년 세계인권선언 Universal Declaration of Human Rights, UDHR은 두 차례의 세계대전을 경험한 인류가 보편적으로 승인된 인권을 보장하기 위해 유엔 United Nations, UN 회원국들을 중심으로 발표된 범지구적이자 문화초월적인 인권선언이다. 이러한 세계인권선언에 터잡아 시민적, 정치적 권리에 관한 국제규약 International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) (이하 자유권 규약)과 경제적, 사회적, 문화적 권리에 관한 국제규약 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) (이하 사회권 규약)이라는 두 가지 중요한 다자간 국제인권조약들이 탄생하게 되었음은 지난 호에 언급한 바 있다. 자유권 규약 또는(그리고) 사회권 규약에 가입한 국가들은 위 규약(들)에서 보장된 인권을 보호할 국가의 의무를 수용함으로써 스스로의 주권에 대한 일정한 제약을 수용하였다. 보편적으로 수용된 인권들을 침해하는 국가들이 통상 내세웠던 국가 주권 national sovereignty의 불가침이라는 주장에 대해 국제사회는 해당 국가가 자유권 또는(그리고) 사회권 규약에 가입하였기에 해당 규약에서 보장한 인권을 보장해야 할 법적 의무를 부담하는 것이 국제법상 인정된다는 논리를 펴 왔다. 하지만, 국가의 주권은 국제법상 보편적인 인권의 보장을 위한 제약의 대상일 뿐만 아니라 국민의 자기결정권 right to self-determination 그리고 국가 내의 문화, 도덕을 보호하는 기능에도 기여할 수 있는 다차원적 관점을 가진 개념이다.

전체주의 국가에서 주권은 인권의 침해를 정당화하는 데 기여할 수도 있지만, 민주주의 국가에서 주권은 국민의 자기결정권으로 그 자체가 중요한 인권의 하나로 보장될 필요가 있다. 즉 민주국가에서 주권은 국민주권 popular sovereignty으로 이해된다.¹ 그리고, 이러한 국민주권의 보장은 국민의 기본적 인권의 보장에 핵심적인 요소이며, 국민의 자기결정권은 민주국가의 중요한 인권의 행사로 외부의 부당한 간섭으로부터 보호될 필요가 있다. 유엔 헌장에서도 유엔의 목적이 '평등과 국민의 자기결정권에 대한 존중의 기초 위에 국가 간 우애관계를 발전시키는 것'임을 명확히 하고 있다.² 양도할 수 없는 국민의 자기결정권으로서의 국민 주권은 1960년 유엔 총회 결의를 통해 식민지 국가의 국민들에게 독립을 제공하는 주된 근거로 활용되었다.³ 나아가, 1986년 유엔 총회의 개발권에 관한 결의 Declaration on the Right to Development에도 중요한 근거였다.⁴ 이러한 맥락에서의 국민주권은 인권의 보장에 기여하거나 조화를 이룰 수 있다.

1) Father Robert Araujo, Sovereignty, Human Rights, and Self-Determination: The Meaning of International Law, Fordham International Law Journal, vol. 24 Iss. 5, 1477, 1479-1480 (2000)

2) UN Charter article 1, 2.

3) UN GA Res. 1514, 15th Sess. (1960)

4) UN GA Res. 41/128 Art. 5 (1986)

(2) 주권과 논쟁중인 인권과의 충돌

그런데, 민주국가의 정당한 국민주권의 행사는 한두 번으로 끝나는 단회적 사건이 아니며, 지속되는 것이거나 현재 진행형인 것이 일반적이다.⁵ 이러한 주권의 행사의 결과로 나타는 입법을 제약하려는 노력이나 시도는 광범위한 영역의 인권 보호와 행사에 부정적 영향을 야기할 수 있다. 특정한 주권국가는 그 공동체적인 자기결정의 결과인 특정한 부분을 형성하는 인간존엄성에 관한 공유된 가치를 행사하는 사람들의 공동체이다. 이렇게 공유된 가치에 관한 공동체의 결정 또는 입법은 구속력 있는 국제인권법에 위반되지 않는 한도에서 보호될 필요가 있다.

민주국가의 공유된 가치를 담고 있는 입법 또는 공동체적 자기결정의 결과에 대해 구속력 있는 국제인권법규에 속하지 않는 종류의, 국가의 문화적, 종교적 가치와 충돌의 여지가 있는 논쟁의 대상인 권리를 보편적인 인권으로 주장하면서 간섭하려는 시도는 국민주권의 침해에 해당할 수 있다. 국민 주권 행사를 근간에서 저해하는 이 같은 시도는 자유권 규약 및 사회권 규약의 전체적 취지에 비추어 자기결정권을 포함하는 국제인권의 가장 기본적인 부분에 대한 위협이 된다.⁶

전술한 바, 자유권 규약 또는 사회권 규약과 같은 다자간 체결된 국제인권조약의 경우, 가입국이 특정한 인권 조항에 대한 가입 유보를 표시하는 경우를 제외하면, 그 조약에 규정된 조항들을 준수하고 그 조항에서 보호하는 인권을 보장할 국제법적 의무를 지니게 된다. 그러한 의무의 범위 내에서 국가의 주권은 유보^{reservation}될 수 있다. 다자간 국제인권조약에 가입하지 않더라도 보편적으로 승인된 국제 인권, 소위 국제관습법상의 인권에 대해서도 국가 주권의 유보는 인정될 수 있다. 하지만, 이러한 국제조약상의 인권이나 국제관습법상의 인권이 아닌 다른 권리의 경우 국가주권의 유보를 요구하는 것은 국제법상 부당한 주권 침해가 될 수 있음을 유의해야 한다.

소위 글로벌 스탠더드^{global standard}로서의 인권을 강조하는 상황에서도 강조의 대상인 인권과 주권의 균형을 우선적으로 의미해야 한다. 주권에 대한 인권의 극단적인 우위를 의미해서는 안 된다. 인권의 보편성만을 근거로 인권 우선을 주장하는 논리도 인권의 극단적 우위로 인한 주권 침해, 나아가 국민의 자의사결정권이나 다른 인권의 침해라는 부당한 결과를 야기할 수 있다. 한 예로 임신부의 낙태를 보편적 인권이라고 주장하며 이를 수용하지 않는 민주국가의 법제에 간섭하는 경우 이는 한 국가의 국민의 공동체적 의사 결정에 부당한 간섭을 통한 주권 침해를 자행하는 것임과 동시에 나아가 태아의 생명이라는 보편적 인권을 침해하는 결과를 야기하는 것이다. 이는 인권 실현을 명목으로 행해지는 또 다른 압제와 폭력으로 해석될 수 있다.⁷

5) Araujo, 앞의 논문, p.1500.

6) Araujo, 앞의 논문, p.1486.

7) 김소연, 글로벌시대 주권과 인권에 대한 이해의 변화와 양자의 관계 정립, 공법학연구 18(3), p.152-153 (2017, 8)

(3) 동성애/성정체성에 관한 인권 논란

국제법상 각국에 법적 의무를 부과하지 않는 세계인권선언뿐만 아니라 가입국에 법적 의무를 부과하는 인권에 관한 다자간 조약으로서의 자유권규약과 사회권규약에는 성적지향^{sexual orientation}, 성정체성^{gender identity}, 동성애^{homosexual}, 성소수자^{sexual minority} 등의 표현이 전혀 언급되어 있지 않다. 하지만, 성폭력^{sexual violence}을 포함한다는 젠더폭력^{gender violence}의 금지가 국제인권회의를 통해 결의, 선언되고, 그 개념 안에 동성애, 트랜스젠더에 대한 폭력, 차별 금지를 포함시키면서, 동성애 인권론이 국제인권법학의 논의 안에 들어오게 된 것으로 보인다. 동성애 옹호 진영에서는 세계인권선언 제2조 ‘모든 사람은 인종, 피부색, **성별^{sex}**, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 **기타의 신분**과 같은 어떠한 종류의 차별 없이 이 선언에 규정된 모든 권리와 자유를 향유할 권리가 있다’는 선언, 시민권규약 제2조 제1항 ‘이 규약의 당사국은 자국의 영토내에 있으며, 그 관할권 하에 있는 모든 개인에 대하여 인종, 피부색, **성별**, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 **기타의 신분** 등에 의한 어떠한 종류의 차별도 없이 이 규약에서 인정되는 권리들을 존중하고 확보할 것을 약속한다’는 규정에서 ‘성적지향’, ‘성정체성’에 따른 차별 금지가 해석상 도출된다고 주장한다. 구체적으로 시민권규약 제26조 ‘법률은 모든 차별을 금지하고 인종, 피부색, **성별**, (중략 제2조와 동일) **기타의 신분** 등의 어떠한 이유에 의한 차별에 대하여도 평등하고 효과적인 보호를 모든 사람에게 보장한다’는 규정을 근거로 든다. 또한, 시민권규약 제17조

의 사생활의 권리도 동성애의 인권화를 위한 국제법적 근거라고 주장한다. 소수의

전문가로 구성된 자유권규약위원회^{Committee of Covenant on Civil and Political Rights(CPCR)}의 세 차례 권고들⁸에서도 이러한 주장을 수용하였고, 사회권규약 위원회의 일반의견(‘기타의 신분’은 성적지향을 포함)에서도 유사한 주장을 수용하는 모습을 통해 동성애 인권화 주장에 힘을 실어주고 있다.

그러나, 시민권규약 제2조 제1항의 **성별^{sex}**은 생물학적인 성별을 의미하는 것으로 생물학적 성별과 같은 성별에 대한 **성적취향^{sexual preference}**, 성적지향, 성정체성^{gender identity}을 포함하는 것으로 합리적 이유 없이 해석할 수 없다. 성별 이외에 평등의 사유로 열거되어 있는 기준인 인종, 피부색, 언어, 종교, 재산, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적·사회적 출신, 출생·기타의 신분은 인류 역사를 통해 그 차별로 인한 심각한 피해의 경험을 공유하여 그 도덕성에 관해 이견이 거의 없거나 합의가 도출된 사유들이다. 이에 비해, 성적취향, 성적지향, 성정체성은 일부 국가를 제외하면 인류 사회에서 그 차별의 심각한 피해의 경험을 공유했다고 보기 어렵고, 항문 염증손상, AIDS HIV 기타 성병 감염과 같은 질병, 정신질환과 관련(현재까지 국제보건기구^{World Health Organization}는 정신질환에 아이질적 성적지향, 성정체성 장애의 병명 유지)되어 있을 뿐만 아니라, 개별 국가의 윤리적, 성도덕적, 종교적, 문화적 상황과 충돌하여 평등권의 사유로 해석상으로도 수용되기 어렵다. 즉, ‘기타 신분’이나 ‘기타 사유’에도 포함되기 어려운 속성을 가진다.

8) Toonen v. Australia, Communication No.488/1992, U.N.Doc CCPR/C/50/D/488/1992 (1994) (같은 성별의 성인 간 합의된 성적접촉을 처벌하는 주 형법 규정이 평등권과 사생활의 자유 위반이라고 권고); Young v. Australia, Communication No.941/2000, U.N.Doc.CCPR/C/78/D/941/2000(2003)(비혼 커플에게 혼인부와 동일한 연금을 지급하는 규정을 동성커플에게 적용하지 않는 것은 성적지향을 이유로 한 차별임을 권고); X v. Columbia, Communication No.1361/2005, U.N.Doc.CCPR/C/89/D/1361/2005 (2007) (Young 사건과 같음)

그리고, 자유권규약위원회나 사회권규약 위원회는 유엔의 공식기구가 아니며, 소수의 전문가들이 제시하는 해석론이 자유권규약 또는 사회권규약의 법적 구속력 있는 해석도 아니다. 규약위원회의 해석과 다른 국내법적 해석, 법률을 유지하고 있는 선진국가들의 예들도 상당수가 존재한다.⁹ 유엔 인권이사회도 격론 끝에 성적지

향에 대한 차별, 폭력 금지를 결의를 세 차례 하였는데, 법적 구속력이 없는 이 결의에 반대 국가와 기권 국가의 수를 합치면 찬성 국가의 수와 같거나 비슷한 수치이다. 포괄적 차별금지법제의 경우에도 이를 도입하고 있는 국가들의 수보다 그렇지 않은 국가들(장애인차별금지법과 같은 개별 사유별 차별금지법 제정)의 수가 훨씬 많은 것으로 알려져 있다. 심지어 동성 간 혼인을 수용하고 있는 국가들의 수는 27개국으로 유엔 회원국 196개국 14%에 미치지 못하고 있다(2018년 9월 기준). 오히려 대다수의 국가들은 남녀 간의 이성혼인만을 인정하고 있고 심지어 동성결혼 금지규정을 포함한 헌법을 갖고 있는 국가의 수도 28개국에 이른다고 알려져 있다. 이러한 상황은 성적지향과 성정체성에 따른 차별 금지가 국제사회에서 논의되고 있는 수준임은 보여주고 있으나, 성별^{sex}과 동일하거나 이에 준하는 보편적 평등권의 사유로 도입하라는 주장이, 적어도 현재의 상황에서는, 수용되기 어려운 무리한 주장임을 잘 보여준다.

9) 이란인 난민 신청자에 자유권 규약위원회의 권고에 반해 케냐는 추방명령을 내렸다(Ahani v. Canada (A.G.) (2002), 156 O.A.C. 37 (CA), 특별형사재판소에서 재판받는 것이 평등권 위반이라는 규약위 권고를 아일랜드 대법원은 인정하지 않았다. Kavanagh (Joseph) v. Governor of Mountjoy Prison and Attorney General, Appeal Decision [2002] IESC 13, [2002] 3 IR 97, (2002) ILRM 81, ILDC 488 (IE 2002), Mar. 1st, 2002, Ireland, Supreme Court.

(4) 논란 중인 인권의 출현과 기존 인권 의 갈등

모든 사람은 인간으로서 인류 사회의 일원이자 국가의 구성원으로서 일정한 권리를 인정받을 수 있으며 이것이 인권으로 승인된 권리이다. 하지만, 이 권리는 다른 사람의 권리를 침해하지 않는 한도 내에서 국가의 안보, 공중도덕과 사회 윤리의 범위 내에서 승인 또는 행사되어야 한다. 인권 개념도 변화할 수 있으나, 그 권리의 행사에 일정한 제한이 수반될 수밖에 없음을 상호 인정해야 할 부분이다. 국제사회에서도 보편적으로 수용될 수 있는 인권에 대해 인류의 역사적 경험을 통해서 오랜 시간을 통해 합의를 도출해 왔다. 이러한 합의에는 인권의 행사도 국가 안보, 도덕과 타인의 권리 침해를 하지 않는다는 제한도 포함되어 있다. 그런데, 차별금지 영역 또는 국가가 보장해야 할 (보편적) 인권의 범위에 성적 행위에 대한 권리를 포함하는 것에 대해서는 전통 혼인 또는 가족의 자녀에 대한 교육, 양육보호의 권리, 공동체의 도덕, 사회의 성윤리를 침해하는 것이라는 주장¹⁰이 설득력 있게 제기되고 있다.

거기에 더하여, 금지되는 ‘차별’의 의미가 **혜택의 배제, 불리한 취급, 물리적 괴롭힘에 그치지 않고 ‘언어적 괴롭힘,’ ‘불쾌한 언행’에서 나아가 ‘동성애적 성적 행위의 보건적 위험성에 대한 공개적 경고,’ ‘포괄적 차별금지법에 대한 공개적 반대’와 ‘종교적 신념, 윤리에 따른 동성에 반대의 표현’까지를 포함한다고 확대하게 되면 문제는 심각해진다.** 민주 사회의 핵심적 가치인 표현의 자유, 종교의 자유, 양심과 사상의 자유에 대한 침해로 이어질 수 있기 때문이다. 실제로 포괄적

차별금지법안(징벌적 손해배상, 형사처벌 포함)은 언어적 차별을 개념 안에 포함시키고 있으며, 유사 법안인 혐오표현 금지법안(징벌적 손해배상, 형사처벌 포함)도 성적지향에 따른 성행위에 대한 위험성 고지나 동성애에 대한 반대를 혐오표현으로 해석하는 근거가 되어 반대 논의 자체를 위축시켜 민주사회의 핵심인 공론영역의 토론을 파괴시킬 수 있기 때문이다. 군대 내 군인 간 항문성교 기타 추행을 폭행, 협박의 입증 없이도 형사처벌하는 군형법 제92조의 6에 대한 헌법재판소의 합헌 결정을 ‘혐오’로 규정짓는 연구 논문들¹¹도 같은 맥락에서 이해될 수 있다. 동성 간 성행위 반대를 혐오로 파악하고 있는 것이다.

이를 토대로 국제인권규범의 확립에 절대적으로 요구되는 설득과 협력, 조화의 시간을 슬기롭게 사용하는 지혜가 필요하다. 논란 중인 권리를 지나치게 성급하게 압박하여 개별 국가의 주권을 침해하거나 문화, 가치의 독자성을 저해하는 움직임은 적절하지 않음에도 이를 기존의 국제인권규범과 동등하게 국내적으로 도입, 적용하려는 시도는 많은 인권 침해와 저항을 야기할 수 있음을 명심해야 한다. 민주사회에서 이성적 토론과 상호 입장의 논의와 설득의 작동을 통한 국민의 자기결정권 행사는 존중되어야 한다.¹² 이러한 국민 주권에 대한 존중의 바탕 위에 국제사회는 논란 중인 인권에 대한 지속적 검증, 기존의 인권 보호 및 대립하는 진영 간의 합의 도출에 노력을 기울일 필요가 있다.

11) 김지혜, 혐오와 처벌- 군형법 추행죄에 대한 헌법재판소 결정 비판, 공법연구 vol.46 no.3, 27-50 (2018); 한가람, 군형법상 추행죄와 제도화된 동성에 혐오/공포 대상결정- 헌법재판소 2016.7.28.선고 2012헌바258 결정을 중심으로, 공익과 인권 vol.17, p.397-428 (2017).

12) Araujo, 앞의 논문, p.1500.

10) Araujo, 앞의 논문, p.1500-1531; 심동섭, 유엔에서의 동성애 국제인권화 운동의 현황과 대응, 기독교동성애대책 아카데미, 2017년 자료집, p.193-199.