

# ISSUE BRIEFING

동성애/젠더  
(성)평등 법제화  
전개과정과  
대응방안



## I. 들어가는 말

서구에서 시작된 소위 성(性)혁명은 유엔과 국제인권기구를 통해 확산되고 있는 추세이다. 한국에서 언제부터 이러한 성(性)인권 운동이 시작되었는지는 명확하지 않다. 다만, 1990년대 말부터 2000년대 초반까지 국가인권위원회 설립을 위한 논의 과정에서 인권법제정 및 국가인권기구설치 민간단체 공동추진위원회(이하 ‘공추위’라 함)는 ‘정부 인권법안에 대한 민간단체의 의견서’에서 ‘성적 지향’이 차별금지사유로 포함되어야 한다는 의견을 제시하였고<sup>1</sup>, 인권운동사랑방의 배경내씨는 “‘인권의 이름’으로 ‘인권법’을 거부한다”는 글에서 법무부 법안을 비판하면서

인권위의 조사대상이 되는 차별행위에 ‘동성애자에 대한 차별’이 포함되어야 한다고 주장하였다.<sup>2</sup> 그리고, 이러한 공추위와 올바른 국가인권기구 실현을 위한 민간단체 공동대책위원회<sup>3</sup>의 제안대로, 2001년에 제정된 국가인권위원회법에는 제30조 제2항에 ‘성적 지향’을 이유로 한 차별금지가 포함되었다. 추론컨대, 국가인권위원회 설립을 위한 국가인권위원회법 제정 과정에서 국내의 성인권화 운동이 수면위로 올라오게 된 듯하다. 한 가지 명확한 것은 이러한 성인권 운동이 자

1 “법안은 차별금지사유를 15가지로 제한적으로 열거하고 있으며, 차별을 금지하는 영역도 고용관계, 재화, 용역 공급, 이용관계, 교육, 직업훈련 관계 등 사적인 영역에만 제한하고 있다. 이 경우 “사상” 또는 “정치적 견해”를 근거로 한 준법서약 제도 등 국가권력에 의한 차별문제는 전혀 포괄될 수 없다. 또한 차별금지사유로 행정기록(전과), 성적지향 등을 포함하고 있지 않아 다양한 차별행위를 포괄하지 못하고 있다.”(정부 인권법안에 대한 민간단체의 의견서, 인권법제정 및 국가인권기구설치 민간단체공동추진위원회 1999년 4월 19일)

2 “인권위의 조사대상이 되는 차별행위도 매우 제한적으로 규정하고 있다. 법안은 차별금지사유로서 성, 출신민족, 연령, 종교, 장애 등 15가지를 제한적으로 열거하고 있을 뿐만 아니라, 차별금지 영역도 고용, 재화·용역의 공급이나 이용 등 사적인 영역으로 국한시키고 있다. 이 경우 차별금지사유에 열거되지 않은 행정기록(전과)이나 성적지향 등을 이유로 한 차별행위, 혹은 “사상” 또는 “정치적 견해”를 근거로 한 준법서약 강요 등 국가권력에 의한 차별문제는 전혀 인권위의 조사와 규제대상에 포함되지 못한다. 이러한 제한적 규정은 외국의 입법례에서도 찾아보기 힘든 이례적인 것으로, 법무부가 인권위의 본래 목적을 잘못 이해하고 있기 때문에 나타난 결과로 해석될 수 있다. 인권위는 국제인권조약이 포괄하고 있는 광범위한 인권문제, 그리고 동성애자에 대한 차별 등 시대의 변화에 따라 등장하는 다양한 인권문제를 포괄할 수 있는 광범위한 관할범위를 부여 받아야 한다.”(‘인권의 이름’으로 ‘인권법’을 거부한다!, 배경내(인권운동 사랑방))

3 공추위가 재편된 단체, ‘공대위’라고 불림.

생적인 것이 아니라, 서구의 동성애/젠더(성)평등 법제화를 무비판적으로 수입한 것이라는 점이다.

한편, 국가인권위원회법 입법 당시에 ‘성적 지향’ 차별금지사유에 대한 국회 차원의 논의는 없었던 것으로 보인다. 2001년 4월에 국회 법제사법위원회는 국가인권위원회법에 대한 의원 발의 3안을 검토 후 법사위 대안을 통과시켰고, 이는 같은 달 30일에 국회 본회의에서 통과되었는데, 당시 국회 법사위와 본회의에서 평등권과 차별행위 금지에 대한 포괄적 논의만 있었을 뿐 ‘성적 지향’을 이유로 한 차별금지에 대한 별도의 논의는 없었다.<sup>4</sup> 국가인권위원회의 독립성과 권한이 주요 논의 대상이었을 뿐이었다. 당시에 ‘성적 지향’이 무슨 의미인지를 알았던 사람은 매우 적었고, ‘성적 지향’의 법제화에 대한 국민적 합의와 공감대가 있었다고 볼 수 없다.

그럼에도 불구하고, 그 이후부터 현재까지 국가인권위원회와 입법, 사법, 행정, 조례를 통해 전 방위로 동성애/젠더(성)평등 법제화가 빠른 속도로 전개되어 오고 있다. 약 50여년이 넘는 기간을 통해 단계별로 순차적인 진행이 되었던 서구의 동성애/젠더(성)평등 법제화 전개과정과는 달리, 한국에서의 전개는 각 단계가 동시다발적으로 혼재되어 진행이 되면서도 훨씬 더 빠른 속도로 이루어지고 있다는 특성을 지니고 있다.

4 국회의회의록 16대 220회 7차 법제사법위원회 및 국회의회의록 16대 220회 11차 국회본회의.

본고에서는 한국의 동성애/젠더(성)평등 법제화 전개과정과 목표, 그리고 대응방안을 논의하고자 한다.

## II. 동성애/젠더(성)평등 법제화 전개과정

### 1. 역사

한국의 동성애/젠더(성)평등 법제화 전개과정의 역사를 간략히 살펴보면 다음과 같다.

(1) 2001년 국가인권위원회법 제정 및 균형법 계간죄 위헌 소송 제기

국내법에는 최초로 2001년에 제정된 국가인권위원회법에 ‘성적 지향’이 차별금지사유로 포함되었다. 같은 해 균형법상 동성애 처벌조항인 계간죄에 대한 첫 번째 위헌소송이 제기되었다.

(2) 2007년 포괄적 차별금지법안 최초 발의  
2007년 12월에 ‘성적 지향’과 ‘성별 정체성’이 차별금지사유로 포함된 차별금지법안이 정부안으로 최초 발의가 되었다. 이를 포함하여 현재까지 총 6번의 차별금지법안 발의가 이루어졌다. 모든 차별금지법안에는 공통적으로 ‘성적 지향’과 ‘성별 정체성’이 차별금지사유로 포함되어 있었다.

(3) 2008년 형의집행및수용자의처우에관한법률 시행

2007년에 구 행형법을 전부 개정하여 마련된 형의집행및수용자의처우에관한법률은

2008년에 시행이 되었는데, 이 개정법 제5조에 ‘성적 지향’을 이유로 한 차별금지가 포함되었다.

(4) 2012년 서울시 학생인권조례 제정 및 균형법 시행죄 위헌 소송 제기

2012년에 ‘성적 지향’과 ‘성별 정체성’이 차별금지사유로 포함된 서울시 학생인권조례가 제정되었다. 같은 해에 균형법상 동성애 차별조항인 시행죄에 대한 위헌소송이 또 다시 제기 되었다.

(5) 2014년 동성혼 합법화 소송 제기

남성 동성 커플이 결혼식을 한 후, 혼인신고를 하였으나 거부가 되자, 서대문구청을 상대로 혼인신고불수리처분에 대한 취소 소송을 제기하였다.

(6) 2015년 간통죄 위헌 판결

헌법재판소는 형법 간통죄가 성적자기결정권을 침해한다는 이유로 위헌 판결을 내렸다.

(7) 2017년 균형법 시행죄 위헌법률심판제청

균형법상 동성애 차별 조항인 제92조의6 시행죄에 대한 위헌법률심판이 다시 제기 되었다.

## 2. 국가인권위원회

현행 국가인권위원회법은 성별, 종교, 성적 지향 등 총 19가지 차별금지사유를 포함하고

있다. 국가인권위원회법에는 ‘성별’에 대한 법률적 정의가 규정되어 있지는 않으나, 국가인권위원회법 해설집은 ‘성별’의 국내외적 의미를 세 가지로 소개하고 있는데 “하나는 생물학적 의미의 성(sex), 두 번째는 사회·문화적인 성(gender) 그리고 세 번째는 성적인 의미의 성(sexuality)”이며, ‘남녀동등권’이란 “남성 또는 여성이 성과 관련하여 차별과 폭력, 소외를 당하지 않고 인간으로서의 존엄과 권리 및 자유를 동등하게 누릴 수 있는 인권”이며, ‘성차별’이란 “성별에 의한 차별로서 남성 또는 여성에 대하여 성(sex, gender, sexuality)과 관련하여 합리적 이유 없이 남녀평등권을 침해하여 불이익을 주는 행위”로 설명한다.<sup>5</sup> 인권위 해설집에 의한 ‘성별’의 의미 혹은 ‘성차별’에 대한 정의는 가장 포괄적인 해석이라고 할 수 있는데 이 해석에 따르면 성적 지향(sexual orientation), 성 정체성(sexual identity) 혹은 젠더 정체성(gender identity)도 전부 포함되어 차별행위의 범주에서 해석될 수 있는 사유가 된다.<sup>6</sup>

‘종교’를 이유로 한 차별금지와 관련해서 국가인권위원회는 이를 종교의 자유를 보장하는 측면이 아니라 오히려 종교의 자유를 침해하는 방향으로 해석, 적용하고 있다. 특히, ‘종교’를 이유로 한 차별금지가 ‘성적 지향’을 이유로 한 차별금지와 충돌하는 경우에는, ‘성적 지향’을 ‘종교’ 보다 우선시함으로써, 종교

5 국가인권위원회법 해설집, 국가인권위원회법 해설집 발간위원회, 277~278 페이지(2005, 12.).

6 젠더(gender) 관련 차별금지 입법 연구, 이숙진, 국회입법조사처, 6페이지(2010, 12.).

에 대한 역차별을 야기하고 있다. ‘성적 지향’은 선천적이고 생애적인 특성이 아니라 개인이 선택한 것이기 때문에 차별금지사유로 보기 어렵다는 점에서, 이러한 인권위의 해석과 법적용은 문제의 소지가 크다.

국가인권위원회의 결정례에는 이러한 해석과 법적용이 그대로 반영되어 있다. 인권위는 2008년에 트랜스젠더 성별 정정시 성전환 수술을 요건으로 하는 현행 대법원 규칙에서 성전환수술 요건을 폐지하라고 결정을 내렸는데<sup>7</sup>, 서구 사례와 같이 성별 결정에 있어 생물학적 요소를 배제하고 오직 심리적 요소에 의해서만 결정해야 한다는 입장을 반영한 것으로 보인다.

또한, 인권위는 숭실대학교와 한동대학교 등 기독교를 건학이념으로 설립된 종립학교가 교수, 교사와 교직원 채용시 지원자격을 기독교 세례교인으로 제한한 것은 ‘종교’를 이유로 한 고용상의 차별이라고 결정(05진차345 결정, 05진차494 결정, 07진차1012 결정 등)하였는데, 이는 종립사학의 종교교육의 자유를 침해하는 방향으로 ‘종교’를 이유로 한 차별금지를 해석, 적용한 결과이다.

더 나아가, 2018년 11월에 인권위는 학내에서 성매매와 동성애 관련 페미니즘 강연회를 불법 주최한 이유로 관련 학생들에게 징계를 내린 한동대에는 “징계 처분 취소”를 [18진정0052400·18진정0065100·18진정

0074000(병합)], 학내 동성혼 인권영화제 개최를 이유로 장소 대관을 불허한 숭실대에는 “성적 지향을 이유로 한 차별”이라며 “대관을 허용하라”고 결정(15진정0917300·16진정0398000(병합)]하였다.

인권위가 이러한 결정을 통해 궁극적으로 이루고자 하는 지향점이 무엇인지는 2017년 헌법 개정 과정에서 인권위가 국회에 제출한 인권위 헌법 개정안을 보면 명확히 알 수 있다. 인권위 개헌안 제15조 제2항은 평등권 조항에 ‘성적 지향’을 차별금지사유로 명시하였다. 최고 규범인 헌법에 ‘성적 지향’을 명문화함으로써 차별금지법보다 배나 더욱 강력한 동성애 법제화를 하겠다는 것이다. 또한, 동 개헌안 제32조 제1항은 현행 헌법의 혼인과 가족생활 조항에 있는 ‘양성의 평등’에서 ‘양성’을 삭제하여 동성혼의 합헌화를 주장하였다. 이것이 인권위가 동성애/젠더(성)평등 법제화를 통해 궁극적으로 이루고자 하는 목표인 것이다.

### 3. 입법

입법에 있어서의 동성애/젠더(성)평등 법제화는 포괄적 차별금지법의 제정을 시도하는 방법으로 전개되어 왔다. 2007년 정부 발의안, 2008년 노회찬 의원 발의안, 2011년 권영길 의원 발의안, 2012년 김재연 의원 발의안, 2013년 김한길 의원 발의안과 최원식 의원 발의안 등 현재까지 총 6회의 포괄적 차별금지법안 발의가 이루어졌다. 모든 차별금지

7 국가인권위원회 결정 06진차525 06진차673병합 성전환자 성별 변경 시 인권침해(2008).

법안의 공통점은 ‘성적 지향’과 ‘성별 정체성’을 포함하고 있다는 것이다. 뿐만 아니라, 보복행위의 형사처벌, 인권위의 소송지원, 법원의 적극적 조치, 징벌적 손해배상, 인권위의 시정명령권 등 강력한 법적 강제력을 포함하고 있다. 현행 국가인권위원회법은 ‘성적 지향’을 포함하고 있지만, 인권위의 결정이 ‘권고’에 지나지 않아 법적 강제력이 상대적으로 약하기 때문에, 이보다 더욱 강력한 포괄적 차별금지법의 입법이 필요하다는 의미인 것이다.

그러나, 동성간 성행위/성전환의 ‘합법화’를 넘어서서 이를 ‘법제화’할 경우, 청소년의 동성애와 에이즈 증가, 트랜스젠더<sup>8</sup>의 화장실 사용과 병역(또는 직업군인 선택) 문제, 운동경기 출전 자격과 경기의 공정성 문제, 그리고 종교단체, 종립학교, 종립기업의 채용·시설 사용·서비스 제공 등과 관련된 여러 가지 기본권 침해, 보건적 유해성 증가 및 공공질서 파괴가 발생하게 된다. 또한, 차별금지법은 동성간 성행위와 동성혼에 대한 건전한 비판과 토론을 금지시키고, 혐오표현으로 규정하여 처벌하기 때문에 표현의 자유와 종교의 자유를 심각하게 침해한다. 뿐만 아니라, 동성애자와 트랜스젠더에 대한 회복적 상담과 치료행위가 원천적으로 봉쇄되고 불법행위가 된다. 더 나아가, 동성혼과 난혼, 잡혼이 허용됨으로 건전한 혼인·가족제도가 붕괴되고, 제3의 성이 도입됨으로 남녀 성별2

분법 제도가 폐지된다. 이와 같은 이유로, 포괄적 차별금지법의 제정은 결코 허용되어서는 안 되는 것이다.

#### 4. 행정

동성애/젠더(성)평등 법제화는 행정부에 의해서도 지속적으로 전개되어 오고 있다. 2017년에 마련된 여성가족부의 제2차 양성평등정책기본계획에는 많은 국민과 시민단체의 반대에도 불구하고, ‘성평등’용어가 혼용되어 사용되었다. 2018년에 국무회의를 통과한 법무부의 제3차 국가인권정책기본계획에도 ‘성적 지향’과 ‘성정체성’ 차별금지의 필요성이 명시적으로 언급되어 있고, 차별 관련 국내 법·제도 개선 방안과 포괄적인 차별금지에 관한 기본법 제정 방안 마련이 포함되어 있으며, 구체적인 ‘성평등’ 이행 계획과 조치가 20개 이상 포함되어 있다.

무척 우려가 되는 것은 젠더평등(성평등)을 이해하는 정부의 시각이 올바르지 않다는 것이다. 동성애 동성혼 개헌 반대 국민연합은 2018년 5월 10일자로 법무부에 제출한 성명서에서 ‘양성평등’이 아닌 ‘성평등’ 용어를 국가인권정책기본계획에서 사용하지 않도록 요청하였다. 그러나, 법무부는 이에 대한 회신에서 “‘양성평등’과 ‘성평등’의 용어는 모두 영어 ‘gender equality’의 번역으로서 정부는 이를 양성평등기본법에 따라 혼용하고 있다”는 납득하기 어려운 답변을 하였다. 법무부의 답변대로라면 성평등에 반대하는 것은

8 트랜스젠더에는 성전환 수술을 하지 않고 스스로를 여성으로 인식하는 남성도 포함한다.

곧 양성평등에도 반대하는 것이 되는데, 이는 성평등에 반대하는 자들을 마치 남녀차별주의자로 몰아세우려 하는 것처럼 보인다.

양성평등기본법 제1조는 “이 법은 「대한민국 헌법」의 양성평등 이념을 실현하기 위한 국가와 지방자치단체의 책무 등에 관한 기본적인 사항을 규정함으로써 정치·경제·사회·문화의 모든 영역에서 양성평등을 실현하는 것을 목적으로 한다.”고 하여 ‘성평등’이 아닌 헌법의 ‘양성평등’<sup>9</sup> 이념을 실현하는 것을 분명히 하고 있다.

주디스 버틀러가 젠더에는 섹스, 젠더, 섹슈얼리티가 모두 포함된다는 주장을 담은 ‘젠더 트러블’이라는 책을 출간한 때가 1990년 이고, 여성과 남성을 구별하는 용어를 지금까지 사용해온 섹스(sex) 대신 젠더(gender)로 바꿔 쓰기로 하는 결정을 내린 베이징 세계 여성회의는 1995년에 열렸다.<sup>10</sup> 그러나, 우리 헌법에 “혼인과 가정생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 한다”는 조항(제36조 1항)이 신설되어 ‘양성평등’이라는 용어가 헌법에 최초로 쓰인 것은 이보다 앞선 1980년의 제8차 헌법 개정 때이다.<sup>11</sup> 법무부의 주장대로라면 젠더라

는 용어를 사용하자는 여성회의의 결정이 있기 15년이나 앞서서, 우리 헌법에 ‘gender equality’를 ‘양성평등’이라는 용어로 번역하여 신설하였다는 것인데, 이러한 주장은 근거가 없어 보인다.

더욱이, 세계인권선언, 시민적, 정치적 권리에 관한 국제협약, 경제적, 사회적, 문화적 권리에 관한 국제협약 등 주요 국제인권규약에는 ‘성별(sex)’의 용어만 사용되었고, ‘젠더(gender)’라는 용어는 단 한 군데도 사용되어 있지 않다. 다시 말해, ‘gender equality’라는 용어가 쓰인 국제인권규약은 없다. 또한, 젠더(gender) 개념이 아직까지 학문적이며 법률적으로는 일치된 개념정의가 존재하지 않기에 젠더를 법률용어로 사용할 수는 없는 일이다. 따라서, 우리 헌법의 ‘양성평등’이라는 용어를 ‘gender equality’로 볼 수는 없다. 우리 헌법의 ‘양성평등’이 어느 법률문서 또는 국제인권규약에 쓰인 ‘gender equality’를 수용하여 번역한 것이라는 출처도 밝히지 않고, 그냥 ‘gender equality’를 번역한 것이라고 주장하는 것은 근거가 없다. ‘양성평등’은 말 그대로 ‘equality between women and men’으로 보아야 한다. 여성계에서도 gender equality는 성별/들 간의 평등이거나 성별 제도로 인한 차별 시정을 뜻하기 때문에 양성 간의 평등이 아니라는 견해가 있다.<sup>12</sup>

또한, 법무부의 주장대로, 양성평등=성평등

9 양성평등기본법 제3조 제1호는 ‘양성평등’을 “성별에 따른 차별, 편견, 비하 및 폭력 없이 인권을 동등하게 보장받고 모든 영역에 동등하게 참여하고 대우받는 것을 말한다.”고 정의하고 있다.

10 95 베이징 세계 여성회의/성 표현 섹스 대신 젠더 결정, 조선일보, 1995년 9월 7일.

11 가정생활, 양성평등이 기초다. 여성신문, 2014년 4월 30일, <http://www.womennews.co.kr/news/articleView.html?idxno=70601>. / 5. 양성평등 또는 여성의 권익보호 규정 강화 여부, 국민과 함께하는 개헌, 국회 헌법개정특별위원회, <http://www.n-opinion.kr/?p=1661>.

12 양성평등에 반대한다, 정희진 엮음, 교양인, 49 페이지 (2017).

=gender equality이라면, 헌법에 ‘성평등’ 조항을 굳이 신설해야 한다는 주장은 논리적으로 타당하지가 않다. 만약, 어떤 특별한 이유로 신설이 필요하다면 ‘성평등’이 아닌 ‘양성평등’ 조항을 신설하면 된다. 그러나, 국회 개헌특위 자문위원회와 참여연대, 더불어민주당 정춘숙 의원 등은 헌법에 ‘양성평등’이 아닌 ‘성평등’ 조항 신설이 반드시 필요하다고 주장하였다. 이는 ‘성평등’이 ‘양성평등’과는 다른 것임을 반증하는 것이다.

### 5. 사법

기획 소송을 통한 동성애/젠더(성)평등 법제화 시도는 지속적이고 조직적으로 이루어져 왔다. 균형법상 동성간 성행위 처벌 조항에 대한 위헌소송이 2001년에 최초로 제기되어, 2002년에 합헌 결정을 받았으나, 이후 재차 제기 되어 2016년에 다시 합헌 결정이 내려졌다. 그러나, 2017년에 또 다시 위헌 소송이 제기 되어 현재 진행 중이다.

2014년에는 혼인신고가 거부된 남성 동성커플이 서대문구청을 상대로 혼인신고불수리 처분에 대한 취소소송을 제기하여 사법부의 판결을 통한 동성혼 합법화를 시도하였다. 이 소송 진행 중, 2015년에 미국 연방대법원이 동성혼 합법화 판결을 내림에 따라 국내 판결에 미칠 파장이 우려 되었으나, 다행히 서부지방법원은 2016년에 원고 패소 판결을 내렸고, 이에 불복하여 제기된 항소심에서도 항소가 기각되었다.

2015년에는 병역 면제를 받은 후 성전환 수술을 하지 않은 트랜스젠더에게 병역면제를 취소한 것은 위법하다는 판결이 나왔다 (2014구합63152). 이 판결이 직접적으로 성별 정정의 요건을 다루지는 않았지만, 향후 이 쟁점에 대한 소송에서 간접적인 영향을 미칠 것으로 보인다.

한편, 2018년에 서울북부지방법원은 현역 동성 장교간의 성행위에 대해 현행 균형법을 무시하고 무죄 판결을 선고하였다. 이는 사법적극주의를 신봉하는 사법부에 의한 동성애/젠더(성)평등 법제화의 위험성을 여실히 보여주는 사례이다.

### 6. 조례

동성애/트랜스젠더 인권화를 지지하는 측에서는 국회에서의 차별금지법 입법 시도가 좌절되자, 지방자치단체의 조례 제정을 통한 동성애/젠더(성)평등 법제화 전략을 채택하였다. 2017년 4월 기준 약 40%가 넘는 광역 및 기초자치단체에서 인권조례가 제정 되었다.<sup>13</sup> 광역자치단체 4곳에서는 학생인권조례도 제정이 되었다. 이러한 지자체 인권조례에는 ‘성적 지향’과 ‘성정체성’이 차별금지사유로 명시적으로 직접 규정된 경우도 있고, 해당 조례에서 ‘인권’의 정의를 국가인권위원회법상의 정의를 따르는 방법으로 간접적으로 규정된 경우도 있다. 인권조례는 ‘인권’이

13 지자체 10곳 중 4곳에 ‘작은 차별금지법’ 이미 존재, 크리스천투데이 2017년 4월 5일.

라는 국가사무를 침해한다는 법리적 논란이 있고, 교사의 교권과 중립학교의 종교교육의 자유를 침해한다는 주장도 대두되고 있다. 아울러, 조례가 법률의 위임이 없이 주민의 권리 제한 또는 의무 부과를 하지 못하도록 금지하는 지방자치법 제22조에 대한 위반 소지도 문제가 되고 있다.

예를 들어, 서울시 학생인권조례 제5조는 차별금지사유에 ‘임신 또는 출산’, ‘성적 지향’, ‘성별 정체성’을 포함하고 있어, 학교와 교사가 동성간 성행위와 트랜스젠더, 혼전 성행위에 대한 윤리적 입장 및 보건의적 유해성을 교육하는 것을 실질적으로 불가능하게 하고 있다. 또한, 제29조에서는 학생인권교육을 의무화하고 있는데, 학생인권교육이라는 이름으로 동성애·동성혼·트랜스젠더는 정상이라는 교육을 해야 하는 것이다. 또한, 제16조에서는 학교와 교직원이 학생의 종교의 자유를 침해하지 못하도록 규정하면서, 종교적 행사의 참여와 종교적 행위의 강요 및 특정 종교과목의 수강 강요를 금지하고 있다. 이로 인해 중립학교의 종교교육이 사실상 불가능하게 되는 것이다. 더구나, 제28조에서는 성소수자 학생의 권리 보장을 의무화하고 있어, 동성애 성향의 학생이나 성정체성 혼란을 겪는 학생에 대한 회복적 상담이나 치료행위가 성소수자 학생의 권리 침해로 간주될 수 있다.

## 7. 최근 전개과정

최근 들어, 이러한 동성애/젠더(성)평등 법제화 전개는 급속하고 광범위하게 이루어지고 있는 추세이다. 2018년 한 해 동안에도 이러한 시도는 과거와 비교하여 매우 급진적이고, 급격한 방향으로 이루어졌다.

2018년에 발의된 법률안과 조례안의 예를 들어보면, 먼저 국회에서 발의된 혐오표현규제법안은 동성간 성행위와 트랜스젠더 등에 대한 혐오표현을 한 자를 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있고, 사회복지사업법 개정안은 종교단체가 설립한 사회복지법인이라도 종교행위를 강제하면 벌금 300만원을 부과하도록 하고 있다. 또한, 인권교육지원법안은 어린이집, 유치원, 초, 중, 고등학교, 대학, 군대, 공공기관 등에서 동성애와 트랜스젠더를 포함하는 인권교육을 의무적으로 시행하도록 하였고, 건강가정기본법 개정안은 ‘가족’의 법적 정의를 변경하여 동성애 커플과 동거 커플을 가족에 포함 시키도록 하고 있다. 이 밖에도 ‘인권’의 내용에 국가인권위원회법상의 인권 개념을 포함한 용인시 인권보장및증진에관한조례안이 발의 되었고, 성정체성, 성적 지향, 임신·출산 등을 이유로 한 차별금지, 성소수자 학생의 권리 보장, 성관계 경험 학생에 대한 편견 금지, 성인권 교육 실시 등을 포함하고 있는 경남학생인권조례안도 발의 되었다.

### III. 동성애/젠더(성)평등 법제화의 목표

동성애 법제화의 목표는 크게 3가지로 요약할 수 있다. 첫째는 성적 지향을 포함하는 포괄적 차별금지법의 제정이다. 둘째는 동성커플에게 혼인과 유사한 법적 지위를 부여하는 생활동반자법의 제정이고, 이후 동성애에 대한 비판, 문제 제기를 혐오표현으로 몰아세워 규제한 뒤 동성혼 합법화를 이루는 것이다. 셋째는 잡혼, 중혼, 난혼을 성행시킴으로 가족제도를 완전히 파괴하는 것이다.

젠더(성)평등 법제화의 목표도 크게 3가지이다. 첫째는 젠더(성)정체성(gender identity)을 포함한 포괄적 차별금지법의 입법이다. 둘째는 성별 결정 기준에서 생물학적 요소를 완전히 배제하여 오직 심리적 성결정 기준만을 따르도록 변경함으로써, 성별 변경시 성전환 수술 요건을 폐지하는 것이다. 셋째는 남녀 성별 2분법 제도를 폐지하고, 제3의 성(젠더)을 법적으로 도입하는 것이다.

이 목표들은 동성애/젠더(성)평등 법제화가 이루어진 외국에서 이미 달성이 되었다. 2004년에 영국에서 제정된 젠더승인법(Gender Recognition Act)은 성별 변경을 위해 성전환 수술을 할 것을 요구하고 있지 않다. 2016년에 뉴욕시 인권위원회는 31개의 젠더를 승인하였고, 2018년에 뉴욕시는 제3의 성을 공식적으로 인정하여, 2019년 1월 1일부터 출생증명서에 F(여성), M(남성)과 함께 X를 선택할 수 있게 하였다.

### IV. 동성애/젠더(성)평등 법제화에 대한 대응방안

동성애/젠더(성)평등 법제화에 대한 효과적인 대응책은 자유권과 사회제도의 수호라 할 수 있다. 표현의 자유, 양심의 자유, 종교의 자유에 대한 보장 강화가 필요하고, 혼인·가족·교육 제도와 같은 사회 제도를 지켜내야 한다.

소극적인 방어 차원의 동성애/젠더(성)평등 법제화에 대한 무조건적인 반대는 효과적이지 않고, 대중적 지지를 얻기 어렵다. 적극적 입법으로의 방향 전환이 필요하다.

#### 1, 표현의 자유 수호 입법

동성애/젠더(성)평등 법제화를 시도하는 측에서는 혐오표현규제법을 입법하여 동성간 성행위와 트랜스젠더에 대한 윤리적, 보건적, 사회적 문제 제기와 논의 자체를 금지하고자 한다. 예를 들어, 영국의 동성애/젠더(성)평등 법제화 전개과정을 보면, 2010년 제2차 평등법(포괄적 차별금지법)을 입법하기 2년 전인 2008년에 공공질서법(Public Order Act)을 개정하여 성적 지향에 대한 증오표현 범죄를 신설하였고, 효과적으로 동성애에 대한 비판적 논의와 의견 제시, 표현 자체를 불법화하였다. 이후 포괄적 차별금지법의 입법과 동성혼의 합법화는 순조롭게 마무리 될 수 있었다.

그러나, 미국에서는 소위 혐오표현일지라도

규제할 수 없다는 것이 확립된 법리이고, 진보와 보수를 떠나 연방 대법원 대법관들의 일치된 견해이다. 혐오표현으로 낙인을 찍어 규제를 시작하게 되면, 민주사회 유지를 위한 필수불가결한 요소인 표현의 자유가 훼손된다는 것이다. 다시 말해, 정부 정책에 대한 반대 의견이나 소수 의견을 손쉽게 혐오표현으로 몰아 탄압할 수 있는 위험성이 있다는 것이다. 예를 들어, 혐오표현규제법이 입법이 되면, 정부의 다문화 정책에 반대하는 의견에 대해 외국인 혐오표현으로 몰아 처벌하는 것도 가능하게 된다. 따라서, 이러한 혐오표현 규제 시도에 대해서는 표현의 자유 수호를 위해 강력히 대응하여야 한다.

또 한편으로는, 표현의 자유를 확대하기 위한 일환으로 ‘강요된 표현으로부터의 자유(freedom from compelled expression)’ 법리를 도입하여야 한다. 영국 대법원의 Lee v. Ashers Baking Company Ltd. 판결에서도 이 법리가 사용되었는데, 동성 웨딩 케이크를 주문하면서 ‘동성애를 지지한다’라는 문구를 케이크에 새겨 달라는 요구를 거부한 제과점이 차별금지법 위반으로 처벌을 받았지만, 제과점은 소송을 제기했고, 영국 대법원은 강요된 표현으로부터의 자유를 침해하였다는 이유로 제과점에 대한 최종 승소 판결을 내렸다.

최근 한동대학교에 대한 인권위 결정 사건<sup>14</sup>에 대해서도 이 법리를 활용할 수 있다. 한

동대학교는 표현의 자유를 가지고 있기 때문에, 인권위가 건학이념에 반하는 학내 강연회를 개최하도록 강요하는 것은 한동대학교의 강요된 표현으로부터의 자유를 침해하는 것이다. 미국 연방대법원의 Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston [GLIB] 515 U.S. 557 (1995) 판결에서도 같은 법리가 사용되었다. 미국 보스톤시 St. Patrick’s Day 퍼레이드는 South Boston Allied War Veterans Council이라는 민간단체가 주관하여 기획·진행하고 시민이 참여하는 지역의 대표적인 연례행사인데, GLIB라는 동성애자 단체가 자신들을 알리는 현수막을 들고 퍼레이드에 참여하도록 허가해 달라는 신청을 했고, 주관단체는 동성애자들을 제외시키기 위함이 아니라 퍼레이드가 전달할 표현의 내용이 GLIB의 참여로 인해 달라진다는 근거에서 신청을 거부하였다. GLIB는 공공편의시설에서 ‘성적 지향’에 의한 차별을 금지하는 주(州) 차별금지법에 근거하여 소송을 제기했으나, 연방대법원은 해당 주법을 주관단체에게 적용하여 GLIB의 참여를 강제하는 것은 미국연방헌법 수정 제1조가 보장하는 표현의 자유를 위반하는 행위이며 **민간단체는 강요된 표현으로부터 보호 받아야 한다고 판결하였다.**

## 2, 종교의 자유 수호 입법

권리 위에 잠자는 자는 보호받지 못한다는 법언이 있다. 법이 보장하는 권리가 있더라도

14 18진정0052400 18진정0065100 18진정0074000(병합)

이를 주장하고 요구하지 않고 침묵한다면 법의 보호를 받기 어려워진다는 의미이다. 이제까지 국내 학계와 종교계, 입법부에서는 종교의 자유 보장을 강화하기 위한 입법의 필요성이 제대로 논의 되어 오지 않았다. 여러 가지 이유가 있었겠지만, 과거에 종교계가 종교의 자유 보장을 주장할 필요성을 크게 느끼지 못했었기 때문일 것이다.

그러나, 최근 몇 년 동안, 숭실대학교의 동성결혼 인권영화제 개최 사건과 한동대학교 ‘들꽃’ 강연회 사건에 대한 국가인권위원회의 결정, 장신대학교의 예배 중 동성애 혐오 반대행사와 징계 무효 소송 제기, 종립대학 교수와 교직원 채용시 세례 교인 요건에 대한 국가인권위원회의 ‘종교’ 차별 결정, 신학대학교 학생 입학시 ‘종교’ 요건에 대한 한국대학교육협의회의 불허 결정 등이 발생하면서, 종교교육의 자유와 신앙실행의 자유 등 종교의 자유와 관련한 격변기를 맞이하고 있다. 국가인권위원회와 입법, 사법, 행정, 조례의 전방위에서 종교의 자유에 대한 심각한 위기가 도래하고 있다.

현재 미국에서는 차별금지법으로 인한 종교의 자유 침해 문제로 치열한 입법전쟁이 벌어지고 있다. 2017년 3월 기준 미국에서는 뉴욕주, 캘리포니아주, 매사추세츠주, 미네소타주를 포함한 19개 주와 워싱턴 DC에서 성적 지향과 성정체성을 포함하는 차별금지법이 제정되었다.<sup>15</sup> 반면에, 2017년 5월 기

준 버지니아주, 플로리다주, 텍사스주, 일리노이주 등 21개 주에서는 종교의자유회복법(RFRA, Religious Freedom Restoration Act)이 입법되었다.<sup>16</sup>

미국 연방대법원 판결에 의해 동성혼이 합법화되었던 2015년 한 해 동안에만 무려 16개 주에서 종교의자유회복법안이 발의되었다.<sup>17</sup> 동성혼 합법화와 동성애/젠더(성)평등 법제화가 가져올 종교의 자유 침해에 대한 큰 우려로 인한 현상이었다. 우리나라에서도 차별금지법 제정으로 야기될 종교의 자유 침해 문제와 관련하여 종교의 자유를 보호하기 위한 장치로서 속히 종교의자유회복법 입법을 추진하여야 한다. 종교계와 법조계를 중심으로 이 법의 제정을 위한 활발한 논의와 입법운동이 일어나야 할 것이다.

### 3, 혼인·가족·교육 제도의 수호

동성애/젠더(성)평등 법제화로 직격탄을 맞을 대상은 바로 가족과 다음세대이다. 그렇기 때문에, 일부일처제의 혼인 제도를 수호하기 위한 국민 대각성 운동이 필요하다. 미국에서 연방법으로 제정되었던 혼인보호법(Defense of Marriage Act)도 일부일처제

this-map-shows-which-states-protect-lgbt-people-from-di-1793305575.

16 State Religious Freedom Restoration Acts, National Conference of State Legislatures, 2017.5.4., <http://www.ncsl.org/research/civil-and-criminal-justice/state-rfra-statutes.aspx>.

17 State Religious Freedom Restoration Acts, Wikipedia, [https://en.wikipedia.org/wiki/State\\_Religious\\_Freedom\\_Restoration\\_Acts](https://en.wikipedia.org/wiki/State_Religious_Freedom_Restoration_Acts).

15 This Map Shows Which States Protect LGBT People From Discrimination, Lifehacker, 2017.3.15., <https://lifehacker.com/>

의 혼인 제도를 수호하기 위한 노력 중 하나였다. 국내에서도 이러한 입법과 더불어, 전통적 결혼의 소중함과 가족의 가치를 알리는 대국민 캠페인이 필요하다.

그리고, 최근 우리나라 중학교와 고등학교 교과서에 급진적인 ‘젠더(gender)’가 포함되어 있는 것으로 드러나 충격을 주고 있다. 젠더는 서구에서 수입된 용어로서 표준국어대사전에도 등재되어 있지 않고, 학문적으로도 매우 난해한 개념이며, 다양한 의견 대립이 있는 불명확성을 가지고 있다. 여성계에서도 첨예한 논쟁의 대상이 되고 있고, 법률적으로도 일치된 개념 정의가 존재하지 않는다. 또한, 그 개념이 계속 확장되어 가고 있는데, 단순한 사회적·문화적 성 차원을 넘어서 성적 쾌락, 성적 지향(동성애와 양성애), 트랜스젠더, 제3의 성을 포괄하는 의미로 변화하고 있다. 따라서, 우리 청소년들에게 교육하기에 적절한 주제라고 볼 수 없다. 특히, 젠더라는 개념이 평등과 결합하여 젠더평등이 만들어졌고, 무엇이 젠더평등인지에 대하여 의견의 일치가 없음에도 불구하고, 이를 법제화하려는 시도가 진행되어 왔다. 그런데, 동성애/젠더(성)평등 법제화가 아직 완성되기도 전에, 다음세대 청소년들은 교과서를 통해 이미 이를 배우고 있었다는 것이다!

청소년들이 올바른 성윤리 교육을 통해 건강한 가정을 이루고, 민주사회의 성숙한 시민으로 성장할 수 있게 하는 교과서 내용이 되어야 한다. 학교가 성별 결정 기준을 변경하고, 남녀 성별 2분법 체제를 폐지하며, 제3의

성을 도입하려는 젠더 인권운동의 실험장이 되어서는 안 된다. 현행 헌법과 법률에 따른 양성평등에 기초한 혼인과 가족제도가 교과서에서 정확히 설명 되어야 한다. 전 국민적인 교과서 개정운동이 반드시 일어나야 한다.

## V. 나가는 말

서구에서 차별금지법이 제정이 되고 나서, 입법 전에는 예상하지 못했던 부정적인 결과들이 나타나고 있다. 뒤늦게 후회하고 있지만, 안타깝게도 한번 만들어진 법을 되돌리기는 거의 불가능하다. 그러나, 우리나라에는 아직 기회가 있다. 동성애/젠더(성)평등 법제화가 진행 중이기는 하나, 아직은 돌이킬 수 있는 단계이다. 특히, 우리에게 동성애/젠더(성)평등 법제화를 겪은 외국의 사례를 돌아볼 수 있는 기회가 주어졌다. 동성애/젠더(성)평등 법제화로 일어날 현상을 미리 예측해 볼 수 있다는 의미이다.

남들이 값비싼 대가를 치루고 얻은 교훈을 우리는 거저 얻을 수 있고, 그러한 대가를 피해갈 수 있다. 전 세계적인 대세라고 하거나, 국제적 수준의 인권보호라는 사실에 근거하지 않은 말에 현혹되지 않고, 진실을 볼 수 있는 눈이 있다면 승산이 있다. 하늘은 스스로 노력하는 자를 돕는다(Heaven helps those who help themselves.)는 격언을 기억하자.