2021년도 연구용역보고서

발간등록번호 : 11-1620000-000866-01

국가인권위원회
humanrights.go.kr

성소수자 차별 관련 해외 입법동향 및 사례연구

국가인권위원회

국가인권위원회
humanrights.go.kr

발간물등록번호
11-1620000-000866-01

2021년도 연구용역보고서

성소수자 차별 관련 해외 입법동향 및 사례연구

국가인권위원회

국가인권위원회
humanrights.go.kr

이 보고서는 연구용역수행기관의 결과물로서
국가인권위원회의 입장과 다를 수 있습니다

국가인권위원회
humanrights.go.kr

성소수자 차별 관련 해외 입법동향 및 사례연구

2021년 국가인권위원회 연구용역보고서를 제출합니다.

2021. 12.

연구수행기관 **강릉원주대학교 산학협력단**
연구책임자 **김지혜** (강릉원주대학교)
공동연구자 **구미영** (한국여성정책연구원)
김정혜 (한국여성정책연구원)
김지림 (공익인권법재단 공감)
류다솔 (민주사회를 위한 변호사모임)
류민희 (공익인권변호사모임 희망을만드는법)
박한희 (공익인권변호사모임 희망을만드는법)
송지은 (청소년성소수자위기지원센터 띵동)
신유정 (법무법인 지향)
전수윤 (소수자난민인권네트워크)
조혜인 (공익인권변호사모임 희망을만드는법)

국가인권위원회
humanrights.go.kr

목차

제1장 서론 ····· 013
I. 연구배경 및 목적 ····· 015
II. 연구방법 ····· 020
III. 보고서의 구성 ····· 021
IV. 주요 용어 해설 ····· 022

제2장 성소수자 차별의 역사와 인권의 발전 ····· 029
I. 성소수자 차별의 역사 ····· 031
1. 성소수자 차별의 세계사적 맥락 ····· 031
2. 한국 성소수자 차별의 역사 개관 ····· 042
II. 성소수자에 관한 각국 차별금지법리의 발전 ····· 048
1. 개관 ····· 048
2. 헌법 차원의 성소수자 차별금지 ····· 050
3. 각국 법률 차원의 성소수자 차별금지원칙 ····· 057
4. 기타 차별금지 관련 주요 법리 ····· 064
III. 국제인권규범과 성소수자 차별금지 법리의 발전 ····· 072
1. 개관 ····· 072
2. 국제인권조약에서의 성소수자 차별금지 법리 발전 ····· 074
3. 유엔 총회 및 인권이사회 결의안과 보고서 ····· 078
4. 욕야카르타 원칙 ····· 080
5. 그 외 국제기구 문서 ····· 081
6. 한국정부에 대한 국제인권기구의 권고 ····· 082

제3장 고용영역에서의 차별 ····· 091
I. 개관 ····· 093
II. 주요 쟁점 및 사례 ····· 093
1. 입법현황 ····· 093
2. 성소수자에 대한 고용차별의 판단 근거 ····· 100
3. 성소수자에 대한 고용차별 사례 ····· 110
III. 요약과 함의 ····· 127

국가인권위원회
humanrights.go.kr

제4장 재화·용역 및 시설에서의 차별 ····· 131
I. 개관 ····· 133
II. 주요 쟁점 및 사례 ····· 134
1. 재화·용역 및 시설에서의 차별금지 일반 ····· 134
2. 단일성별시설의 문제와 차별 없이 시설을 이용할 권리 ····· 139
III. 요약과 함의 ····· 162

제5장 교육 영역 및 청소년 성소수자의 권리 ····· 165
I. 개관 ····· 167
II. 주요 쟁점 및 사례 ····· 169
1. 교육 영역에서의 차별 ····· 169
2. 홈리스·위탁양육 청소년 성소수자의 권리 ····· 202
III. 요약과 함의 ····· 209
1. 성소수자에게 안전한 학교 만들기 ····· 210
2. 홈리스 청소년 성소수자에 대한 인식 및 주거권 보장 ····· 212

제6장 표현·집회·결사의 자유와 혐오표현 ····· 217
I. 개관 ····· 219
II. 주요 쟁점 및 사례 ····· 221
1. 표현의 자유 침해 ····· 221
2. 집회의 자유 침해 ····· 222
3. 결사의 자유 침해 ····· 225
4. 혐오표현 ····· 230
III. 요약과 함의 ····· 253

제7장 신체의 자유 및 안전에 대한 권리 ····· 259
I. 개관 ····· 261
II. 주요 쟁점 및 사례 ····· 261
1. 피의자·피고인으로서의 권리 ····· 261
2. 구금시설에서의 처우 ····· 268
3. 증오범죄 ····· 281
III. 요약과 함의 ····· 284

국가인권위원회
humanrights.go.kr

제8장 성별정체성의 법적 인정 ····· 289
I. 개관 ····· 291
II. 주요 쟁점 및 사례 ····· 293
1. 법적 성별변경 ····· 293
2. 제3의 성의 법적 인정 ····· 321
3. 자녀와의 관계에서의 법적 성별인정 ····· 325
4. 보론: 성별정보의 수집·표시 제한 ····· 328
III. 요약과 함의 ····· 330

제9장 건강권 ····· 335
I. 개관 ····· 337
II. 주요 쟁점 및 사례 ····· 338
1. 성적지향·성별정체성에 대한 의학 논의 ····· 338
2. 의료영역에서의 차별 금지 및 성소수자의 의료접근성 ····· 344
3. 소위 전환치료(Conversion Therapy) 금지 및 처벌 ····· 356
III. 요약과 함의 ····· 366
1. 한국의 성소수자 건강권 보장 실태 ····· 366
2. 해외사례의 함의와 개선과제 ····· 368

제10장 동성커플의 평등권 및 혼인에 대한 권리 ····· 371
I. 개관 ····· 373
II. 주요 쟁점 및 사례 ····· 375
1. 동성커플의 법적 결합 관계 보호 ····· 375
2. 이성 배우자와 동성 파트너의 동등한 법적 권리 보호 ····· 403
III. 요약과 함의 ····· 412

제11장 양육자가 될 권리 ····· 421
I. 개관 ····· 423
II. 주요 쟁점 및 사례 ····· 424
1. 아동의 복리에 관한 주요 쟁점 ····· 424
2. 동성커플의 입양 ····· 433
III. 요약과 함의 ····· 440

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

제12장 군복무에서의 차별 ····· 445
I. 개관 ····· 447
II. 주요 쟁점 및 사례 ····· 448
1. 성적지향에 따른 군복무 제한 ····· 448
2. 성별정체성에 따른 군복무 제한 ····· 478
3. 군 내 성소수자 관련 정책 등 ····· 487
III. 요약과 함의 ····· 489
1. 한국 내 성소수자의 군복무 ····· 490
2. 결론 ····· 501

제13장 성소수자 난민·이주민의 권리 ····· 511
I. 개관 ····· 513
II. 주요 쟁점 및 사례 ····· 514
1. 성소수자 난민 인정 심사 ····· 514
2. 외국인 동성 파트너·배우자의 권리 ····· 528
III. 요약과 함의 ····· 533

제14장 종교의 자유와 성소수자 차별금지 ····· 539
I. 개관 ····· 541
1. 차별금지법에 대한 종교면제 주장의 제기 ····· 541
2. 차별금지원칙과 종교의 자유 충돌의 심사 기준: 국제인권법 ····· 543
3. 차별금지원칙과 종교의 자유 충돌에 대한 해외 법제 개관 ····· 546
4. 중요한 쟁점: 차별금지법제에 의한 종교의 자유 제한은 실재하는가? ····· 549
5. 최근 동향과 우려할 점: 종교면제를 주장하는 주체의 확대 ····· 553
II. 주요 쟁점 및 사례 ····· 554
1. 일반적 판단 기준 ····· 554
2. 고용 ····· 560
3. 재화·서비스 제공 ····· 568
4. 공적 서비스 제공 ····· 579
III. 요약과 함의 ····· 582

부록 욕야카르타 원칙(+10 통합본) ····· 585

국가인권위원회
humanrights.go.kr

국가별 주요 판례 목차

* 아래 판례는 본문 상자에 소개된 판례의 목록입니다(국가/기구별 가나다순).

남아프리카공화국

- 평등법원 Strydom v. Nederduitse Gereformeerde Gemeente Moreleta Park (26926/05) [2008] ZAGPHC 269 ····· 561
- 헌법재판소 Du Toit and Another v Minister of Welfare and Population Development and Others (CCT40/01) [2002] 2003 (2) SA 198 (CC) ····· 437
- 헌법재판소 National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister for Home Affairs (1999) ····· 528

대만

- 사법원 釋字第748號 (2017. 5. 24.) ····· 056, 390
- 타이페이 고등법원 臺北高等行政法院109年度訴字第275號原告江君(代稱)與被告桃園市大溪區戶政事務所間戶政事件 (2021. 9. 23.) ····· 305

독일

- 연방헌법재판소 1 BvL 1/11 (2013. 2. 19.) ····· 426
- 연방헌법재판소 1 BvL 10/05 (2008. 5. 27.) ····· 309
- 연방헌법재판소 1 BvR 1164/07 (2009. 7. 7.) ····· 055, 405
- 연방헌법재판소 1 BvR 2019/16 (2017. 10. 10.) ····· 052, 324
- 연방헌법재판소 1 BvR 3295/07 (2011. 1. 11.) ····· 300
- 연방헌법재판소 1 BvR 983/81 (1982. 3. 16.) ····· 318
- 연방헌법재판소 2 BvR 909/06 (2013. 5. 7.) ····· 055

미국

- D.C. 연방항소법원 Matlovich v. Secretary of Air Force, 591 F.2d 852 (D.C. Cir. 1978) ····· 464
- 고용기회평등위원회 Broussard & EEOC v. First Tower Loan LLC, ED La., Civ. No. 2:15-cv-01161(2:15-cv-02500로 통합), (2015. 9. 17. 고용기회평등위원회의 중재 신청을 법원이 승인, 2017. 10. 5. 종료) ····· 122
- 고용기회평등위원회 EEOC v. A&E Tire, Inc., D. Colo., No. 1:17-cv-02362 (2017. 9. 29. 진정, 2019. 4. 5. 재판상 화해) ····· 119
- 고용기회평등위원회 EEOC v. Apple-Metro, Inc. and Hawthorne Apple, LLC, S.D.N.Y. No. 1:17-cv-04333 (2017. 6. 8. 진정 제기, 2018. 10. 25. 재판상 화해) ····· 116
- 고용기회평등위원회 EEOC v. Mejia Corporation d/b/a El Tio Gainesville, E.D. Va., No. 1:18-cv-01226 (2018. 9. 26. 제출, 2019. 8. 8. 해결) ····· 117

- 고용기회평등위원회 EEOC v. R.G. & G.R. Harris Funeral Homes, Inc., E.D. Mich., No. 2:14-cv-13710 (2014. 9. 25. 제출, 2020. 11. 30. 해결) ····· 125
- 고용기회평등위원회 Thomasina B. v. Dep't of Defense (Defense Logistics Agency), EEOC Appeal No. 0120141298, 2021 WL 674725 (2021. 2. 9.) ····· 109
- 고용기회평등위원회 Phyllis F. v. Dep't of Homeland Security (Transp. Security Admin.), EEOC Appeal No. 0120150799, 2021 WL 871245 (2021. 2. 16) ····· 109
- 뉴멕시코주 대법원 Elane Photography, LLC v. Willock, 309 P.3d 53 (N.M. 2013) ····· 573
- 뉴욕 동부 연방지방법원 Sunderland v. Medical Staff at Suffolk County Correctional Facility, No. 2:13-cv-04838 (2018. 10. 23.) ····· 279
- 뉴욕 항소법원 Mirella Salemi v. Gloria's Tribeca Inc., etc., et al., v. Gloria Tribecamex Inc., et al., 115 A.D.3d 569 (N.Y. App. Div. 2014) ····· 567
- 뉴욕주 뉴욕카운티법원 Matter of D.F. v. Gladys Carrion, 43 Misc.3d 746 (Sup. Ct. N.Y. Cnty. 2014) ····· 207
- 뉴저지주 몬머스카운티법원 Wadington v. Holmdel Township Board of Education (2008) ····· 171
- 매사추세츠주 대법원 In re Adoption of Tammy, 619 N.E.2d 315 (Mass. 1993) ····· 434
- 사우스캐롤라이나 지방법원 Gender and Sexuality Alliance v. Spearman, No. 20-cv-00847-DCN (D.S.C. 2020) ····· 181
- 알래스카 지방법원 Fletcher v. State of Alaska, 443 F. Supp. 3d 1024 (D. Alaska 2020) ····· 353
- 연방군사항소법원 U.S. v. Marcum, 60 M.J. 198 (C.A.A.F. 2004) ····· 472
- 연방대법원 Bostock v. Clayton County, 140 S.Ct. 1731 (2020) ····· 106
- 연방대법원 Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith, 494 U.S. 872 (1990) ····· 557
- 연방대법원 Obergefell v. Hodges, 576 U.S. __ (2015. 6. 26.) ····· 382
- 연방대법원 R.G. & G.R. Harris Funeral Homes Inc. v. Equal Employment Opportunity Commission, 590 U.S. _ (2020) ····· 565
- 연방항소법원 Hively v. Ivy Tech Community College, 853 F.3d 339 (7th Cir. 2017) ····· 106
- 워싱턴주 대법원 State v. Arlene's Flowers, Inc., 441 P.3d 1203 (Wash. 2019) ····· 579
- 일리노이 남부 연방지방법원 Hampton v. Baldwin, Case No. 3:18-CV-550-NJR-RJD (2018. 11. 7.) ····· 274
- 제7연방항소법원 Nabozny v. Podlesny, 92 F.3d 446 (7th Cir. 1996) ····· 171
- 제9연방항소법원 Parents for Privacy v. Dallas School District, No. 18-35708 (9th Cir. 2020) ··· 192
- 제9연방항소법원 Watkins v. United States Army, 875 F.2d 699 (9th Cir. 1989) ····· 467
- 제9연방항소법원 Witt v. Department of the Air Force, 527 F.3d 806 (9th Cir. 2008) ····· 473
- 캘리포니아주 대법원 Morrison v. State Board of Education, 461 P.2d 375 (1969) ····· 120
- 플로리다 중부 지방 법원 Hatcher v. DeSoto County Board of Education, et al., No. 2:2013cv00138

국가인권위원회
humanrights.go.kr

(M.D. Fla. 2013) ····· 172

스웨덴

• 예테보리행정법원 Case no. 6186-14 (2015. 10. 5) ····· 327

스페인

• 헌법재판소 Sentencia 198/2012 (2012. 11. 6.) ····· 386
• 헌법재판소 STC 99/2019 (2019. 7. 18.) ····· 319

아르헨티나

• 대법원 Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual v. Inspección General de Justicia (2006. 11. 21.) ····· 228

영국

• 고등법원 AB, R (on the application of) v Secretary of State for Justice & Anor (2009. 9. 4.) ····· 276
• 고등법원 Birmingham City Council v Afsar & Ors, EWHC 3217 (QB) (2019. 11. 26.) ····· 245
• 고용심판소 Lisboa v Realpubs Ltd & Ors, UKEAT/0224/10/RN (2011) ····· 123
• 고용심판소 Mrs E Hegarty v The Edge (Soho) Ltd, Case 2200027/05 (4887/106) (2005) ····· 065
• 대법원 Bull and another v Hall and another [2013] UKSC 73 ····· 574
• 대법원 HJ(Iran) and HT(Cameroon) v. Secretary of State for the Home Department (2003) ····· 519
• 북아일랜드 고등법원 NI Judicial Review 'JR111' [2021] NIQB 48 (2021. 5. 13.) ····· 307
• 잉글랜드 및 웨일즈 항소법원 English v Thomas Sanderson Ltd [2008] EWCA Civ 1421 (2008. 12. 19.) ····· 070
• 항소법원 Regina v. Ministry of Defence Ex p. Smith, [1996] QB 517 (1995. 11. 3.) ····· 450

오스트리아

• 헌법재판소 G258/2017 (2017. 12. 4.) ····· 384

우간다

• 고등법원 Mukasa and Oyo v. Attorney General (2008. 12. 22.) ····· 266

유럽사법재판소

• A, B & C v. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie (Netherlands), C-148/13 to C-150/13 (2014) ····· 523
• F v. Bevandorlasi es Menekultugyi Hivatal (Hungary), C-473/16 (2017) ····· 526

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

• I.R. v. J.Q. C-68/17 (2018) 564
• NH v. Associazione Avvocatura per I Diritti LGBTI-Rete Lenford, C-507/17 (2020. 4. 23.) 110
• P. v. S. and Cornwall County Council, Case C-13/94 (1996. 4. 30.) 058
• Vera Egenberger v Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung, C-414/16 (2018) 562
• X, Y and Z v. Minister voor Immigratie en Asiel (Netherlands), C-199/12 to C-201/12 (2013) 521

유럽인권재판소

• A.P., Garcon, and Nicot v. France, Application nos. 79885/12 52471/13 and 52596/13 (2017. 4. 6.) 303
• Bączkowski and Others v. Poland, Application no. 1543/06 (2007. 5. 3.) 224
• Beizaras and Levickas v. Lithuania, Application no. 41288/15 (2020. 1. 14) 242
• E.B. v. France, Application no. 43546/02 (2008. 1. 22.) 432
• Identoba and Others v. Georgia, Application no. 73235112 (2015. 5. 12.) 248
• Kozak v. Poland, Application no. 13102/02 (2010. 3. 2.) 410
• Ladele v The United Kingdom, Application no. 51671/10 (2013) 580
• Lustig-Prean and Beckett v. United Kingdom, Application nos. 1417/96 and 32377/96 (1999. 9. 27.) 452
• Oliari & Others v. Italy, Application nos. 18766/11 & 36030/11 (2015. 7. 21.) 380
• Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal, Application no. 33290/96 (1999. 12. 21.) 429
• Smith and Grady v. United Kingdom, Application nos. 33985/96 and 33986/96 (1999. 9. 27.) 451
• Vallianatos & Others v. Greece, Application nos. 29381/09 & 32684/09 (2013. 11. 7.) 378
• Vejdeland and Others v. Sweden, Application no. 1813/07 (2012. 9. 5.) 237
• X and Others v Austria, Application no. 19010/07 (2013. 2. 19.) 430
• X v Turkey, Application no. 24626/09 (2012. 10. 9.) 271
• Zhdanov and Others v. Russia, Application no. 12200/08, 35949/11 and 58282/12 (2019. 7. 16.) 226

유엔 자유권위원회

• G v. Australia, Communication no. 2172/2012 (2017. 6. 28.) 313
• Toonen v. Australia, CCPR/C/50/D/488/1992 (1994. 3. 31.) 074

이탈리아

• 헌법재판소 Sentenza 170/2014 (2014. 6. 11.) 311

국가인권위원회
humanrights.go.kr

인도

• 대법원 National Legal Services Authority (NALSA) v. Union of India (2014. 4. 15.) ····· 322
• 대법원 Navtej Singh Johar et al v. Union of India and Others (2018. 9. 6.) ····· 265
• 델리 고등법원 Naz Foundation v. Government of NCT of Delhi and Others (2009. 7. 2.) ····· 263
• 마드라스 고등법원 S Sushma v. Commissioner of Police, W.P. NO. 7284 of 2021 (2021) ····· 365

일본

• 損害賠償事件 東京地裁平成3年(ワ)1557号 平成6年3月30日民事17部判決 ····· 061
• 損害賠償請求控訴事件 東京高裁平成6年(ネ)1580号 平成9年9月16日第4民事部判決 ····· 061
• 静岡地裁浜松支部判平成26年9月8日(平成24年(ワ)627号)判例時報2243号67頁 ····· 062
• 東京高裁平成27年(ネ)5258号 平成27年7月1日判決 ····· 062

캐나다

• 대법원 Egan v Canada, [1995] 2 SCR 513 ····· 053
• 대법원 Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott, 2013 SCC 11 (2013. 2. 27.) ····· 240
• 브리티시컬럼비아 인권재판소 Sheridan v. Sanctuary Investments, 1999 BCHRT 4 ····· 146
• 브리티시컬럼비아 인권재판소 Smith and Chymyshyn v Knights of Columbus and others, BCHRT 544 (2005) ····· 571
• 브리티시컬럼비아 항소법원 North Vancouver School District No. 44 v. Jubran (2005), 39 B.C.L.R. (4th) 153 (B.C.C.A.) ····· 068
• 인권재판소 Kavanagh v. Canada (Attorney General), 2001 CanLII 8496 (2001. 8. 31.) ····· 280

콜롬비아

• 헌법재판소 SU-214/16 (2016. 4. 28.) ····· 388

프랑스

• 헌법재판소 Decision no. 2013-669 DC (2013. 5. 17.) ····· 439

호주

• 대법원 Appellant S395/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs (2003) ····· 517
• 빅토리아주 항소법원 Christian Youth Camps Ltd v. Cobaw Community Health Services Ltd, 308 ALR 615 (2014) ····· 570

국가인권위원회
humanrights.go.kr

1

서론

국가인권위원회
humanrights.go.kr

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

I. 연구배경 및 목적

2001년 '성적지향'을 포함해 19가지 차별금지사유를 명시하고 '등'으로 기타 사유까지 포함해 차별을 금지한 국가인권위원회법이 제정되었다. 지금부터 20년 전에 국내법에서 처음으로 성소수자의 평등 및 차별금지에 대한 권리를 명시적으로 보장하는 법률이 등장한 것이다. 국가인권위원회법 제정을 계기로 성소수자에 대한 차별행위가 공식적으로 진정사건으로 받아들여지고 국가인권위원회의 권고로 차별을 시정할 수 있는 통로가 마련되었다. 이후 '형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률'과 '군에서의 형의 집행 및 군수용자의 처우에 관한 법률'에서 성적지향을 차별금지사유로 포함하고, 경기도 학생인권조례, 광주광역시 학생인권 보장 및 증진에 관한 조례, 서울시 학생인권조례 등 일부 지방자치단체의 조례에서 성소수자에 대한 차별금지조항을 포함하는 등 일부 법제도적 발전이 있었다. 대법원은 2006년 트랜스젠더의 성별변경을 허용하는 첫 판결을 내리고 곧이어 예규를 마련했다.

하지만 국가인권위원회법 제정 이후 20년이란 짧지 않은 시간을 생각할 때 대한민국에서의 성소수자 인권 관련 법제도적 발전은 세계적인 속도에 비해 매우 뒤떨어지는 수준으로 평가된다. 그 사이 국제적으로는 성소수자의 인권에 관해 많은 변화가 있었다. 과거 동성 간 성행위나 비전통적인 성별 표현을 범죄화했던 국가들이 기존의 반인권적 법제를 폐기하는 데서 나아가, 성소수자가 존엄한 인간으로서 동등하게 권리를 향유하도록 법제도를 개선해 왔다. 성소수자에 대한 차별과 폭력을 금지하는 법제를 마련하고, 표현의 자유와 집회 · 결사의 자유를 제한하는 법규를 폐기하며, 법적 인정, 가족구성권 등 기존에 배제되었던 권리를 회복하도록 제도적 한계와 공백을 해소하는 법적 제 · 개정이 이어졌다.

주요하게, 1996년 남아프리카공화국 헌법을 시작으로 12개국이 헌법에서 '성적지향' 또는 '성별정체성'을 차별금지사유로 포함했고, 1980년대 노르웨이가 성적지향을 이유로 한 차별을 금지하는 법을 채택한 것을 시작으로 57개국이 성소수자를 보호하는 차별금지법을 도입했다(2020년 기준).[1] 트랜스젠더가 법적으로 성별정체성을 인정받도록 보장하기 위해 성별변경제도를 마련하는 것에서 나아가, 이제 호주, 벨기에, 브라질, 프랑스 등 9개 국가는 강제적 수술이나 호르몬요법 등 신체적 온전성을 훼손하는 요건 없이 자기결정권에 입각하여 공식적으로 성별정체성을 인정하게 되었다.[2] 동성애자와 트랜스젠더 등 성소수자가 가족을 구성

1 강달천, "동성애자의 권리보호", 법제연구 제23호 (2002), 89; ILGA World, "State-Sponsored Homophobia: Global Legislation Overview Update", ILGA (2020), 185-215.

2 ILGA World, "Trans Legal Mapping Report: Recognition Before the Law", ILGA (2019), 8.

국가인권위원회 humanrights.go.kr

할 권리를 보장하기 위한 혼인제도나 입양제도의 확장도 이루어졌다. 2001년 4월 네덜란드에서 처음 인정된 동성혼은 2021년 12월 현재 대만을 포함해 전 세계 29개국에서 인정하고 있고, 스위스는 2022년 7월부터 동성혼이 인정될 예정이다.[3]

유엔 차원에서도 성소수자에 대한 차별과 폭력을 철폐하기 위한 노력이 적극적으로 전개되었다. 유엔인권이사회(UN Human Rights Council)는 2011년 "인권, 성적지향과 성별정체성" 결의문을 채택하여, "모든 사람이 자유롭고 존엄과 권리에 있어 동등하게 태어났으며 누구나 어떠한 차별도 없이 세계인권선언에 나열된 모든 권리와 자유를 향유할 자격이 있다"는 점을 확인하였다.[4] "성적지향과 성별정체성을 이유로 개인들에 대해 전 세계적으로 자행되는 폭력과 차별에 심각한 우려를 표명"하며, 국제인권법에 따라 이 문제를 해결하기 위한 과정에 착수했다. 이후 2014년 결의문에서 전 세계적인 성소수자 인권상황과 대응방안을 검토하도록 한 뒤,[5] 2016년 결의문을 통해 '유엔 성적지향 및 성별정체성을 기반으로 한 폭력 및 차별로부터의 보호에 관한 독립전문가'(이하 '유엔 성적지향 · 성별정체성 독립전문가')를 임명토록 했다.[6]

한편, 국가가 성소수자를 차별과 폭력으로부터 보호해야 하는 국제인권법상의 의무를 다하지 않고, 오히려 차별과 폭력의 주체가 되는 경우도 여전히 많다. 2020년 기준 67개 유엔 회원국이 동성 간 동의한 성행위를 법적으로 범죄화하고 있고, 브룬디, 이란, 마우리타니아, 나이지리아, 사우디아라비아, 예멘 등에서는 법정형으로 사형을 규정하고 있다.[7] 젠더규범에서 벗어난 성별표현을 처벌하는 소위 "크로스드레싱법(cross dressing laws)"을 가진 국가로 감비아, 말라위, 나이지리아, 남수단 등이 있고, 그 밖에 공공질서를 위배했다는 이유 등으로 간접적으로 처벌하는 국가도 다수다.[8] 또 젠더나 섹슈얼리티의 다양성 이슈를 표현하지 못하도록 제한하고 검열하는 법령이 중국, 러시아 등 최소 42개 유엔 회원국에서 발견된다.[9] 성소수자 관련 활동을 하는 단체의 등록을 거부하는 등 결사의 자유를 제한하는 법적 장벽은 탄자니아 등 최소 51개 유엔 회원국에서 발견된다.[10]

이와 같이 세계적으로 성소수자의 인권이 극적으로 갈리는 스펙트럼에서 한국정부는 어

---

3 ILGA World, "State-Sponsored Homophobia", 277 (유엔회원국 28개국과 대만); "스위스, '동성결혼' 합법화…국민투표 64% 찬성", 한겨레 (2021. 9. 27.).

4 UN Human Rights Council, "Human Rights, Sexual Orientation and Gender Identity", UN 문서 A/HRC/RES/17/19 (2011).

5 UN Human Rights Council, "Human Rights, Sexual Orientation and Gender Identity", UN문서 A/HRC/RES/27/32 (2014).

6 UN Human Rights Council, "Protection against Violence and Discrimination Based on Sexual Orientation and Gender Identity", UN 문서 A/HRC/RES/32/2 (2016). 유엔 성적지향 · 성별정체성 독립전문가는 영문으로 'Independent Expert on Protection Against Violence and Discrimination Based on Sexual Orientation and Gender Identity'이다.

7 ILGA World, "State-Sponsored Homophobia", 25.

8 ILGA World, "Trans Legal Mapping Report", 11, 14-15.

9 ILGA World, "State-Sponsored Homophobia", 25.

10 ILGA World, "State-Sponsored Homophobia", 25-26.

국가인권위원회 humanrights.go.kr

느 수준에 있을까? 대외적으로 한국정부는 유엔인권이사회의 이사국으로서 유엔인권이사회에서 채택된 성소수자 인권 관련 2011년, 2014년, 2016년 결의문에서 모두 '찬성' 의견을 표명했다. 하지만 이렇게 국외에서 드러내는 '결의'와는 달리, 국내에서 한국정부가 성소수자에 대한 차별과 폭력을 철폐하기 위해 의미 있는 조치를 취했다고 평가할 요소는 별로 없다. 2007년 처음 발의되었던 차별금지법안에서 차별금지사유에 '성적지향'을 포함해서는 안 된다는 일각의 주장이 제기되자 법무부는 '성적지향'을 제외한 법안을 국회에 제출했다.[11] 이후 정부와 국회는 차별금지법을 발의하지 않거나, 성소수자에 대한 차별과 혐오를 선동하는 주장에 굴복해 법안을 철회하거나 폐기되도록 두었다. 아울러 정부는 동성애자나 트랜스젠더 등 성소수자에 대한 언급을 금기시하고 통제하며, 모든 정책에서 성소수자를 비가시화하는 방식을 취하였다.

즉, 한국정부는 최근까지도 정책에서 성소수자 관련 표현과 정보를 억제하고, 성소수자의 결사와 활동을 제한하며, 성소수자 혐오의 선전을 방조하거나 돕고, 군대 내 동성애를 범죄화하며, 트랜스젠더의 신체의 온전성을 침해하는 법제를 정당화하는 등 인권침해에 관여했다. 교육부는 2015년 성교육 표준안과 2017년 수정안에서 모두 성소수자 관련 언급을 제외했고,[12] 법무부는 2014년 성소수자 단체의 법인등록을 거부했으며,[13] 서울시는 2021년 성소수자 단체의 비영리법인 등록을 거부했다.[14] 매해 각지에서 열리는 퀴어문화축제, 체육대회나 각종 모임에 대해 지방자치단체가 시설사용을 거부하는 일이 반복되었고,[15] 2016년 선거관리위원회는 "에이즈(HIV 감염) 유발하는 동성애 반대"라고 적은 선전물을 선거 공보물로 승인하여 전국에 배포했다.[16] 헌법재판소는 동의한 성인의 성관계를 처벌하는 군형법 제92조의6에 대해 2002년, 2011년, 2016년 세 차례나 합헌이라고 판단했다.[17] 트랜스젠더의 성별변경은 불임수술과 정신과 진단 등의 요건을 둔 2006년 대법원 예규에서 거의 변화가 없으며 입법은 이루어지지 않았다.[18]

---

11 당시 입법예고했던 법안에서 '성적지향'이 주요하게 보수 기독교 단체의 공격대상이 되었으며, 법무부가 이후 법안을 수정하는 과정에서 성적지향 외에 병력, 출신국가, 언어, 가족형태 또는 가족상황, 범죄 및 보호처분의 전력, 학력이 함께 삭제되어 국회에 발의되었다. "차별금지법이 사람 차별하네", 한겨레21 (2007. 11. 8.), http://h21.hani.co.kr/arti/reader/together/21089.html (2021. 9. 28.확인)

12 "한국, 성교육에 대해 퇴행적 행보 보여", Human Rights Watch (2017. 2. 17.), https://www.hrw.org/ko/news/2017/02/17/300240 (2021. 9. 28. 확인); 성소수자 배제한 교육부 성교육 표준안 폐기하라", 한겨레 (2017. 2. 8.).

13 "법무부, 성소수자 인권재단 허가해야", 법률신문 (2017. 3. 20); "한국 대법원, LGBT 성소수자 권리 확인해: 정부기관에 LGBT 재단의 자선단체 등록 신청을 허가하라는 판결 내려", Human Rights Watch (2018. 8. 4.), https://www.hrw.org/ko/news/2017/08/04/307563 (2021. 9. 28. 확인).

14 "서울시, 기사 엉터리로 인용해 퀴어축제조직위 법인 신청 불허해", 한겨레 (2021. 8. 27.).

15 "'미풍양속, 도민 정서에 반해서…' 성소수자 행사는 어디로", 한국일보 (2017. 10. 20.).

16 민주사회를 위한 변호사모임, "공직선거에서의 혐오표현 대응에 관한 의견서" (2019), 4.

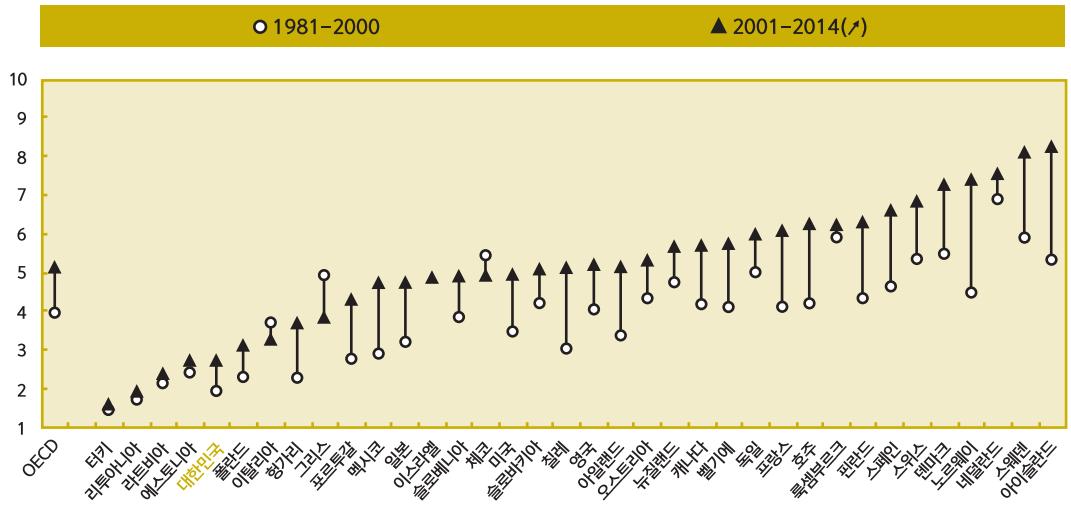
17 "'군대 내 동성애 처벌 군형법' 법원의 위헌제청 또 나왔다", 경향신문 (2020. 2. 20).

18 박한희, "트랜스젠더의 법적 성별정정제도에 대한 입법적 제안", 인권과정의 제498호 (2021), 41-60.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

그러는 사이 성소수자의 인권과 관련해 한국과 다른 선진국의 차이는 급격하게 벌어지게 되었다. 2019년 OECD 보고서에 의하면, 2001년부터 2014년 사이 동성애에 대한 한국의 수용률은 OECD 36개 국가 가운데 33위로 매우 낮았다.[19] 동성애를 받아들이는 정도를 1점(결코 받아들일 수 없음)부터 10점(언제나 받아들임)까지의 수치로 응답하도록 질문한 조사에서, 한국은 2.8점으로 아이슬란드 8.3점, 스웨덴 8.1점, 네덜란드 7.6점, 프랑스 6.1점, 독일 6점, 캐나다 5.7점, 미국 5점, 일본 4.8점 등에 비해 현저히 낮았다.[20] OECD 평균은 5.1점이었고, 한국보다 동성애 수용률이 낮은 OECD 회원국은 라트비아(2.4점), 리투아니아(2점), 터키(1.6점)뿐이었다. 법제도적으로 보아도 OECD 국가 중 동성혼을 법제화한 국가가 20개국으로 56%에 이른다.[21] OECD 국가 중 15개국이 국가통계기구나 기타 공공기관에서 실시하는 설문에 성적지향에 관한 자가응답 질문을 포함하여 조사하며, 이중 14개국 자료에 의하면 이들 국가에서 레즈비언, 게이, 바이섹슈얼의 인구규모는 평균 2.7%로 추정된다.[22]

〈그림 1.1〉 OECD 국가의 동성애 수용도 변화: 1981~2000과 2001~2014



주: 1-10 척도로 측정되었으며, 1은 동성애를 '결코 받아들일 수 없다'이고 10은 '언제나 받아들일 수 있다'임.
출처: OECD, "Society at a Glance 2019: OECD Social Indicators", OECD (2019), 22.

19 OECD, "Society at a Glance 2019: OECD Social Indicators", OECD (2019).

20 OECD, Compare your country: Social Indicators, A snapshot of LGBT people in OECD countries, https://www.compareyourcountry.org/social-indicators/en/0/all/default (2021. 9. 28. 확인).

21 OECD 국가 중 동성혼을 인정하는 국가는, 호주, 오스트리아, 벨기에, 캐나다, 덴마크, 핀란드, 프랑스, 독일, 아이스란드, 아일랜드, 룩셈부르크, 멕시코, 네덜란드, 뉴질랜드, 노르웨이, 포르투갈, 스페인, 스웨덴, 영국, 미국 등이다.

22 OECD, "Society at a Glance 2019: OECD Social Indicators", 15-16. 성소수자 인구조사를 하는 국가는 호주, 캐나다, 칠레, 덴마크, 프랑스, 독일, 아이슬란드, 아일랜드, 이탈리아, 멕시코, 뉴질랜드, 노르웨이, 스웨덴, 영국, 미국 등이다.

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

한국의 국가인권위원회는 그 동안 2005년, 2014년, 2020년 세 차례 성소수자 인권에 관한 연구용역을 실시했으며, 세 번의 조사 모두에서 성소수자에 대한 차별이 인권의 거의 모든 영역에 걸쳐 광범위하게 발생하고 있음을 밝혔다.[23] 청소년 성소수자의 경우 학교와 가정에서 혐오성 발언과 폭력에 노출되어 있다.[24] 고용영역에서 성소수자는 만연한 차별로 인해 정체성을 숨겨야 하는 압박을 받고 구직을 포기하거나, 정체성이 표출되는 경우 승진 등 고용상의 불이익을 받으며, 트랜스젠더의 경우 차별과 괴롭힘의 피해는 더욱 두드러지게 드러난다.[25] 또 성소수자는 공공시설, 교육기관, 의료기관, 공중화장실, 금융기관 등에서 일상적으로 차별을 겪고, 군대, 구금시설, 형사절차, 사법절차, 미디어 등에서 모욕을 당한다.[26] 성소수자의 혼인 등 가족구성권 보장, 트랜스젠더의 의료보장 및 성별정체성 인정, 성소수자를 포함하는 교육, 노동, 보건, 복지, 가족 등 정책수립, 성소수자 인권옹호자의 보호, 성소수자 대상 증오(혐오)범죄와 차별선동으로부터의 보호 등 2005년 연구부터 반복적으로 제기된 쟁점은 2021년 현재까지 별다른 진전 없이 거의 그대로 남아 있다.

이에 본 연구는 한국에서 2001년 국가인권위원회법 제정 이후 성소수자의 인권이 국가 정책에서 외면되었던 현실을 직시하며, 그 사이 발전을 이루어 온 국제인권규범과 해외사례를 비교법적으로 살펴보고자 한다. 한국정부가 성소수자에 대한 차별과 폭력에 대응하고 인권을 보장하기 위한 의미 있는 변화를 만들어내지 못하는 사이, 과거 성소수자를 처벌하는 조항을 가지고 있던 유럽 국가를 비롯해 미국, 캐나다, 호주 등 선진국들은 인권의 각 영역에 광범위하게 존재하는 차별들을 입법, 행정, 사법적인 과정을 통해 점차적으로 폐기해 나갔다. 본 연구에서는 이렇게 세계적으로 많은 국가들이 성소수자와 관련하여 비범죄화하는 것에서 나아가, 고용, 의료, 주거, 교육, 공공시설, 군복무 등에서 차별피해를 구제 · 예방하는 제도를 만들고, 표현 · 집회 · 결사의 자유, 성별정체성의 법적 인정, 건강권, 혼인과 입양 등 가족구성에 대한 권리, 이주민 · 난민으로서의 권리 등을 보장하도록 제도적 개선을 이룬 내용과 그 과정을 살펴본다.

본 연구는 성소수자 인권의 주요 영역별로 의미 있는 법제도적인 개선이 있었던 주요 국가들의 법령, 판례, 결정례, 각종 정책 등을 조사하고 분석함으로써, 한국에 적용 가능한 비교법 · 정책적 함의를 도출하고자 한다. 해외사례를 통해 성소수자 인권 관련 주요 쟁점을 분석

---

23 조여울 외, "국가인권정책기본계획 수립을 위한 성적소수자 인권 기초현황조사", 국가인권위원회 (2005), 장서연 외, "성적지향 · 성별정체성에 따른 차별실태조사", 국가인권위원회 (2014); 홍성수 외, "트랜스젠더 혐오차별 실태조사", 국가인권위원회 (2020).

24 장서연 외, 위의 글, 13–52.

25 장서연 외, 앞의 글, 90–165; 홍성수 외, 앞의 글, 207–218.

26 장서연 외, 앞의 글, 166–220; 홍성수 외, 앞의 글, 182–249.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

하고, 인권 규범이 논쟁 속에서 발전하고 확립된 맥락을 제시함으로써, 한국사회에서 성소수자 인권을 보장하기 위한 변화의 방향을 안내하려는 것이다. 한국과 마찬가지로 성소수자 혐오의 관념을 가지고 있다가 차별을 철폐해 온 역사를 가진 국가들의 법령과 판례 등 사례는, 직접적으로 국가인권위원회, 법원 등 사법기관 및 각종 준사법기관과 행정기관에 유용한 판단기준과 구제방법을 제시할 뿐만 아니라, 중앙정부와 지방정부가 정책을 입안하고 국회와 지방의회가 성소수자의 인권 보장을 위한 법의 제 · 개정 추진의 내용과 전략을 세우는 데 도움이 되는 아이디어를 제공할 것이다.

II. 연구방법

본 연구는 성소수자 인권에 관한 국제인권규범 및 해외의 법제, 판례, 정책 등의 조사와 분석을 바탕으로 한다. 성소수자 차별과 관련된 전반적인 국제인권규범과 해외 법제의 발전을 검토한 뒤, 주요 영역 · 주제별로 관련 해외 사례를 심층적으로 조사하여 그 내용을 제시하였다. 성소수자에 대한 차별을 철폐하고 인권을 증진하는 발전 과정에서 중요한 의미가 있는 해외의 법제, 판례, 정책 등을 발굴하여 안내함으로써, 한국사회에 주는 함의를 도출하고자 하였다.

일차적으로 성소수자 인권과 관련된 국내외 단행본, 논문, 보고서 등 성소수자 차별 관련 선행 연구의 검토를 통해 영역 또는 주제별로 주요한 현황과 사례의 목록을 뽑았다. 이후 연구진 회의를 통해 영역 · 주제별 중복되거나 누락된 내용을 검토하여 조정하는 과정을 거쳐 집필을 시작하였다. 집필단계에서는 해당 법령과 판례 등에 관한 더욱 심층적인 조사와 분석을 통해 주요 쟁점에 관한 법리를 기술하고 모범이 되는 사례를 자세히 기술하도록 작업하였다.

이렇게 완성된 초안을 바탕으로 해당 영역별 전문가인 연구자, 활동가, 변호사 11명을 자문위원으로 하여 온라인 자문회의를 실시하고 영역 · 주제별로 연구진의 상호 검토를 실시하였다. 자문회의에서는 내용의 검토와 함께 해당 해외 법제가 한국사회에 주는 함의를 도출하고자 하였다. 자문회의를 토대로 연구진은 내용을 보완하고 함의에 관한 내용을 보충하였다. 마지막으로 연구진 전체 회의를 통해 전체 보고서의 내용을 검토하고 보완하여 마무리하였다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

III. 보고서의 구성

보고서는 총 14개의 장과 부록으로 구성된다. 제1장과 제2장은 도입부에 해당한다. 제1장은 연구의 배경 및 목적, 연구방법과 주요 용어해설을 제시한다. 제2장은 성소수자에 대한 인권침해의 역사와 인권의 발전에 관하여 전반적인 이해를 돕기 위해, 먼저 성소수자 차별의 세계사적 맥락과 국내 역사를 개관하여 보고, 해외에서 성소수자에 대한 차별금지를 헌법, 법률, 판례 등을 통해 발전시켜 온 사례와, 국제인권규범에서 성소수자에 대한 차별금지를 명확하게 확립시켜 온 과정을 개괄적으로 살펴본다.

제3장부터 제14장까지는 성소수자 차별과 관련하여 주요하게 쟁점이 되는 주제와 영역에 따라 세분화하여 내용을 다룬다. 각장에서는 해당 주제 또는 영역과 관련하여 현행 해외 법제를 개관하고 주요 쟁점에 관하여 사례를 소개한 후, 요약과 함의를 통해 해당 주제와 관련된 현행 국내 법제와 정책 및 쟁점에 관해 논의하고 성소수자의 인권증진을 위한 국내적 함의를 도출하도록 구성하였다.

먼저 제3장은 고용영역에서의 차별로, 성소수자에 대한 고용차별을 성차별로 규율하는 법제, 고용과 관련된 차별적 발언과 괴롭힘, 채용상 차별과 해고, 복리후생 등의 쟁점에 관한 해외 사례를 다룬다. 제4장은 재화 · 용역 및 시설에서의 차별을 규율하는 해외 차별금지법제와 관련 판례 · 결정례를 살피고, 화장실로 대표되는 성별분리시설 이용에 관한 법제와 정책을 주요하게 검토한다. 제5장은 교육 영역 및 청소년 성소수자의 권리에 관하여, 교육영역의 주요 쟁점인 괴롭힘 및 차별금지, 포괄적 성교육, 트랜스젠더 청소년의 학교시설이용, 대학 입학에서의 차별 등과, 홈리스 · 위탁양육 청소년 성소수자에 대한 차별금지 및 지원을 위한 주요 국가의 법과 정책을 소개한다.

제6장은 표현 · 집회 · 결사의 자유와 혐오표현에 관하여, 국가가 성소수자의 표현 · 집회 · 결사의 자유를 침해하는 경우와, 사회적으로 개인 또는 집단이 혐오표현(hate speech)의 형태로 성소수자의 인권을 침해하는 경우 국가의 대응에 대한 해외의 정책과 판례를 다룬다. 제7장 신체의 자유 및 안전에 대한 권리에서는 성소수자의 피의자 · 피고인으로서의 권리, 구금시설에서의 처우와, 성소수자에 대한 증오범죄(혐오범죄, hate crime)를 중심으로 주요 법제와 판례를 다룬다.

제8장은 성별정체성의 법적 인정에 관하여 법적 성별변경에 관한 입법례와 성확정수술, 정신과 진단, 혼인여부, 자녀유무, 연령 등 관련 요건에 관한 주요 판례를 살펴보고, 제3의 성을 법적으로 인정하는 국가의 사례와 자녀와의 관계에서 법적 성별인정에 관한 법리를 검

국가인권위원회
humanrights.go.kr

토한다. 제9장 건강권에서는 성적지향과 성별정체성에 대한 의학적 논의를 개관한 후, 의료 영역에서의 차별금지와 성소수자의 의료접근성, 소위 '전환치료'의 금지 등의 쟁점과 관련된 해외 법제 및 정책을 살펴본다.

제10장 동성커플의 평등권 및 혼인에 대한 권리에서는 혼인을 이성 관계에 한정하지 않고 동성 관계에도 인정하면서 제기된 주요 쟁점에 관한 사법적 판단과, 동반자관계 등록법을 도입하거나 혼인 관련 규정을 개정하는 등 동성커플의 법적 결합을 인정한 입법례를 다루고, 동성파트너에 대해 연금수급권, 세금감면, 임차권 승계, 건강보험 등에서 평등권을 인정한 주요 판례를 검토한다. 제11장은 양육자가 될 권리에 관하여 동성애자 또는 동성커플의 양육자로서의 적합성 판단에서의 차별을 해소하고 아동의 복리를 위해 입양을 허용한 법리의 발달을 다룬다.

제12장에서는 군복무에서의 성소수자 차별의 쟁점으로서, 성적지향 또는 성별정체성을 이유로 한 군복무 제한에 관하여 이를 해소해 온 해외의 법제와 정책의 발전과정과 군 내 성소수자의 인권을 증진하기 위한 정책들을 살펴본다. 제13장 성소수자 난민 · 이주민의 권리에 관해서는 성소수자의 난민인정절차와 판단에서 제기되는 주요 쟁점과 외국인 동성파트너의 인정과 관련된 법제와 판례를 안내한다. 제14장은 종교의 자유와 성소수자에 대한 차별금지를 둘러싼 쟁점과 관련하여, 종교적 영역에 대하여 차별금지법제의 적용을 제외하자는 주장의 한계에 관한 해외 법제 및 판례를 살펴본다.

마지막으로 부록에서 욕야카르타 원칙(Yogyakarta Principles) 통합본을 번역하여 수록하였다. 욕야카르타 원칙은 2006년에 발표된 후 2017년 '욕야카르타 원칙 플러스 10'(Yogyakarta Principles plus 10)으로 그 내용이 추가되었다. 이 보고서에서는 상기 두 문서의 내용을 통합하여 제공한다.

IV. 주요 용어 해설

다음은 성소수자와 관련된 주요 용어에 대한 해설이다.

젠더(성별, gender): 남성이거나 여성이거나 중성적인 상태를 말한다. 성(sex)이 보통 남성성 또는 여성성의 생물학적인 측면을 지칭하는 반면, 젠더(성별)는 남성 또는 여성임을 구

국가인권위원회 humanrights.go.kr

성하는 심리적, 행동적, 사회적, 문화적 측면을 의미한다.[27]

섹슈얼리티(sexuality): 생애에 걸쳐 인간으로서 존재하게끔 하는 핵심적인 측면으로서, 성별, 성별정체성, 성역할, 성적지향, 에로티시즘, 쾌락, 친밀감, 재생산을 포함한다. 섹슈얼리티는 생물학적, 심리적, 사회적, 경제적, 정치적, 문화적, 법적, 역사적, 종교적, 영적 요소들의 상호작용에 의해 영향을 받는다.[28]

성적지향(sexual orientation): 다른 사람에 대한 신체적이고 로맨틱하고 정서적인 끌림을 말한다. 성적지향은 성별정체성과는 다르다. 성적지향은 성적 끌림, 성적 행위, 성적 정체성의 세 가지 요소로 구성된다. 대개 자신과 다른 성별을 가진 사람에 대한 끌림을 이성애(heterosexuality)라는 용어로 정의하고, 자신과 같은 성별을 가진 사람에 대한 끌림을 동성애(homosexuality)라는 용어로 정의한다. 여성으로서 같은 성별 또는 성별정체성의 상대에 끌리는 사람을 레즈비언(lesbian), 남성으로서 같은 성별 또는 성별정체성의 상대에 끌리는 사람을 게이(gay)라고 한다. 끌리는 상대의 성별 또는 성별정체성이 자신과 같을 수도 있고 다를 수도 있는 사람을 바이섹슈얼(양성애자, bisexual)이라고 한다. 서구에서는 역사적으로 호모섹슈얼(homosexual)이란 용어가 이성애의 지향을 갖지 않은 사람을 정신질환으로 병리화하는 데 잘못 사용되었기 때문에 지금은 사용되지 않는다.[29]

성별정체성(gender identity): 자신의 성별(젠더)에 대해 깊이 느끼는 내적이고 개인적인 경험으로서, 태어날 때 지정된 성별과 일치할 수도 있고 일치하지 않을 수도 있다. 여기에는 자신의 신체에 대한 감각(자유롭게 선택한 경우라면, 신체의 외양이나 기능을 의료적, 외과적 또는 기타 방법으로 변경하는 경우가 포함될 수 있음), 복장, 언어, 태도 등을 포함한 젠더의 표현이 포함된다. 성별정체성은 스펙트럼으로 존재한다. 이 말은 개인의 성별정체성이 완전히 남성이거나 완전히 여성으로 한정된 것은 아니라는 뜻이다. 성별정체성이 지정된 성별과 다른 경우, 일반적으로 트랜스젠더(transgender), 젠더플루이드(gender fluid), 젠더퀴어

---

27 American Psychological Association (APA), "Gender", Dictionary of Psychology, https://dictionary.apa.org/gender (2021. 9. 24. 확인).

28 World Health Organization (WHO), Defining Sexual Health, Geneva: WHO (2006), 5, https://www.who.int/reproductivehealth/publications/sexual_health/defining_sexual_health.pdf?ua=1 (2021. 9. 24. 확인); World Health Organization (WHO), FAQ on Health and Sexual Diversity: An Introduction to Key Concepts, Geneva: WHO (2016), 2, https://www.who.int/gender-equity-rights/news/20170329-health-and-sexual-diversity-faq.pdf (2021. 9. 24. 확인).

29 WHO, 앞의 글(FAQ on Health and Sexual Diversity), 1, 3.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

(gender queer) 등으로 부른다. 반면 개인의 성별정체성이 지정된 성별과 일치하는 경우 일반적으로 시스젠더(cisgender)라고 부른다.[30]

성별표현(젠더표현, gender expression): 성별정체성이 자신의 성별(젠더)에 대한 내적인 경험과 이해를 의미한다면, 성별표현(젠더표현)은 자신의 성별을 외적으로 드러내는 방식을 말한다. 성별의 표현은 통상 복장을 선택하는 방식을 통해 드러난다. 성별에 관한 우리의 감각은 대개 남성적 또는 여성적이라고 사회가 구성한 이분법적인 표현 형태에 맞추어져 있다. 개인이 성별을 표현하는 방식을 통해 그의 성별정체성을 언제나 알 수 있는 것은 아니다.[31]

성징(성특징, sex characteristics): 성별과 관련된 신체적 특징을 의미하며, 여기에는 생식기, 기타 재생산과 관련된 해부학적 구조, 염색체, 호르몬, 사춘기부터 나타나는 2차 신체 특징이 포함된다. 신체적 또는 생물학적 성징이 전통적인 정의에서 말하는 남성 또는 여성에 맞지 않는 사람을 인터섹스(intersex)라고 한다. 이러한 특성이 태어날 때부터 뚜렷한 사람이 있고 살면서 나중에(주로 사춘기에) 나타나는 사람이 있다.[32]

트랜스젠더(transgender): 넓은 범위의 정체성을 포괄하는 용어로서, 자신을 제3의 성별로 정체화한 사람, 외양이나 특성이 젠더 정형성에서 벗어난 사람, 젠더에 대한 감각이 태어날 때 지정된 성별과 다른 사람 등을 포함한다. 트랜스여성은 태어날 때 남성으로 지정되었으나 여성으로서 정체성을 가진 사람을 말하고, 트랜스남성은 태어날 때 여성으로 지정되었으나 남성으로서 정체성을 가진 사람을 말한다. 트랜스젠더 중에서는 자신의 성별정체성과 신체가 일치하도록 수술이나 호르몬요법을 받는 사람이 있고 그렇지 않은 사람이 있다.[33]

트랜지션(transition): 트랜스젠더가 출생 시 지정된 성별의 외모, 신체 특징, 성역할 등을

---

30 WHO, 앞의 글(FAQ on Health and Sexual Diversity), 1.

31 WHO, 앞의 글(FAQ on Health and Sexual Diversity), 1.

32 Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR), Born Free and Equal: Sexual Orientation, Gender Identity and Sex Characteristics in International Human Rights Law (2nd Edition), OHCHR (2019), 3, https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Born_Free_and_Equal_WEB.pdf (2021. 9. 8. 확인), 5-6; WHO, 앞의 글(FAQ on Health and Sexual Diversity).

33 WHO, 앞의 글(FAQ on Health and Sexual Diversity), 3.

KOR 국가인권위원회 humanrights.go.kr

자신의 성별정체성에 맞추어 변화시키는 과정을 말한다. 여기에는 외모, 복장 등의 변화로부터 개명, 법적 성별변경, 수술 등 의료적 조치가 모두 포함되며, 어떤 과정을 어떤 형태로 이행할지는 개인에 따라 다르다.[34]

성확정수술(gender reassignment surgery, gender affirming surgery): 트랜스젠더가 자신의 성별정체성에 맞게 신체외관과 성특징을 변화시키는 수술. 모든 트랜스젠더가 성확정수술을 원하는 것은 아니지만, 이를 원하는 트랜스젠더에게 성확정수술은 성별위화감을 완화시키는 데 중요한 역할을 한다.[35] 한국에서는 주로 성전환수술이라는 용어를 사용하는데 성전환이라는 용어가 트랜스젠더의 성별정체성보다는 출생 시 지정성별을 기준으로 한다는 점에서 비판이 있어 성확정수술, 성별재지정수술, 성별적합수술 등이 대안으로 제시된다. 본 보고서에서는 성확정수술이라는 용어를 사용한다.

성소수자(sexual and gender minority): 성별, 성징(성특징), 성적지향, 성별정체성, 성별표현이 주류의 규범과 다른 사람들을 지칭한다. 성소수자는 레즈비언, 게이, 바이섹슈얼, 트랜스젠더, 인터섹스, 자신을 트랜스젠더라고 생각하지는 않지만 젠더규범에 부합하지 않는 사람 등 다양한 정체성과 행위를 포괄하는 용어로 사용된다.[36] 국제적으로는 성소수자를 가리키는 일반용어로 레즈비언, 게이, 바이섹슈얼, 트랜스젠더, 인터섹스의 영문 첫 글자를 딴 용어로 LGBTI가 사용되고 있다. 이 외에 다양한 정체성을 나타내기 위해 무성애자(asexual), 정체성을 탐색중인 사람(questioning)을 더해 LGBTAIQ라 하거나, 보다 다양한 정체성을 포괄하는 의미에서 끝에 '+'를 붙이기도 한다.[37]

퀴어(queer): 레즈비언, 게이, 바이섹슈얼, 트랜스젠더와 그밖에 주류 문화의 가장자리에 있는 사람과 문화를 지칭하는 포괄적인 용어다. 역사적으로 이 용어는 성소수자를 비하하는 말로 사용되었으나, 최근에는 당사자들이 이 말을 전유하여 점차 자긍심을 표현하는 말로 사용하고 있다. 퀴어는 그 안에 속한 많은 집단이 겪는 이슈와 경험을 지칭하는 포함적

---

34 한국성소수자연구회, 무지개는 더 많은 빛깔을 원한다: 성소수자 혐오를 넘어 인권의 확장으로, 창비 (2019), 15.

35 World Professional Association for Transgender Health, Standards of Care for the Health of Transsexual, Transgender, and Gender Nonconforming People (7th Version) (2012), 8–10.

36 Jeffrey O'Malley et al., Sexual and gender minorities and the Sustainable Development Goals, United Nations Development Programme (2018), 10, https://www.undp.org/publications/sexual-and-gender-minorities (2021. 9. 24. 확인).

37 한국성소수자연구회, 앞의 글, 12.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

인 용어로 사용되곤 한다.[38]

이성애규범성(heteronormativity): 모든 사람이 이성애자라는 전제로서, 이성애가 다른 섹슈얼리티보다 우월하다는 생각을 말한다. 개인과 기관이 이런 생각을 가질 때, 다른 섹슈얼리티나 성별정체성을 가진 사람들을 비가시화하고 낙인찍는다. 이런 관념에는 사람의 정체성은 남성과 여성으로 정해져야 하고, 남자는 남성적이고 여자는 여성적이어야 한다는 젠더규범성과 성역할에 관한 생각이 포함된 경우가 많다.[39]

동성애혐오(homophobia): 성적지향 또는 성별정체성에 기반한 차별을 기술하는 용어로 종종 사용되며, 언어적 및 신체적 폭력을 포함할 수 있다. 더욱 포함적인 용어로 이성애중심주의(heterosexism)가 레즈비언, 게이, 바이섹슈얼의 성적지향을 포함하는 사람들에 대한 모든 형태의 차별을 기술하는 말로 사용되기도 한다.[40]

트랜스혐오(transphobia): 표현이나 정체성에 있어 전통적인 성별 관념에 부합하지 않고 지정된 성별과 동일시하지 않거나 지정된 성별을 표현하지 않는 사람들을 평가절하하고 차별적으로 대하는 것을 말한다. 트랜스혐오와 동성애혐오는 긴밀히 연결되어 있으면서도 서로 독립적이기도 하다. 모든 형태의 차별이 그러하듯, 트랜스혐오는 개인적이기도 하고 구조적이기도 하며, 고의성이 있기도 하고 없기도 하다.[41]

아우팅(outing): 타인이 성소수자 당사자의 의사에 반해 성적지향이나 성별정체성 등을 공개하는 행위를 말한다. 이에 비해 커밍아웃(coming out)은 성소수자가 자신의 성적지향이나 성별정체성 등을 스스로 드러내는 것으로, '벽장에서 나온다'(coming out of the closet)에서 유래된 말이다. 커밍아웃과 달리 아우팅은 본인의 의사에 반해 개인정보를 누설한다는 점에서 문제가 된다.[42]

성적 건강(sexual health): 성적 건강은 성과 관련한 신체적, 정서적, 정신적, 사회적 안녕

---

38 WHO, 앞의 글(FAQ on Health and Sexual Diversity), 3.
39 WHO, 앞의 글(FAQ on Health and Sexual Diversity), 4.
40 WHO, 앞의 글(FAQ on Health and Sexual Diversity), 4.
41 WHO, 앞의 글(FAQ on Health and Sexual Diversity), 4.
42 한국성소수자연구회, 앞의 글, 15.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

상태로서, 단순히 질병이나 기능이상, 병약함이 없는 상태를 말하는 것이 아니다. 성적 건강은 강압 없이 즐겁고 안전한 성적 경험을 할 수 있도록 하는 긍정적이고 존중하는 방식으로 접근해야 한다. 성적 건강을 획득하고 유지하려면, 모든 사람의 성적 권리가 존중되고, 보호되고, 실현되어야 한다.[43]

재생산 건강(reproductive health): 단순히 질병이나 약함이 없는 것만이 아니라 재생산체계와 그 기능 및 처리와 관련된 모든 측면에서 완전한 신체적, 정신적, 사회적 건강을 이룬 상태를 말한다. 따라서 재생산 건강은 사람들이 만족스럽고 안전한 성적 생활을 할 수 있고, 재생산을 할 능력과 함께 재생산을 할 것인지 여부, 시기, 빈도에 대해 결정할 자유가 있음을 의미한다. 재생산 건강은 재생산 권리의 한 요소다.[44]

재생산 권리(재생산권, reproductive rights): 국내법, 국제법, 국제인권문서, 기타 국제적으로 합의된 문서에서 이미 인정되는 인권들을 포함한다. 재생산 권리는 모든 커플과 개인이 자녀의 수, 간격, 시기를 자유롭고 책임 있게 결정할 기본적인 권리와, 최고의 수준으로 성적 및 재생산 건강상태를 가질 권리를 인정하는 것을 기본으로 한다. 또한 인권문서에 표현된 바와 같이, 차별과 강압과 폭력 없이 재생산에 관한 결정을 내릴 권리를 포함한다.[45]

---

43 WHO, 앞의 글(Defining Sexual Health), 5; WHO, 앞의 글(FAQ on Health and Sexual Diversity), 1.

44 United Nations Population Fund (UNFPA), The Danish Institute for Human Rights & Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR), Reproductive Rights are Human Rights: A Handbook for National Human Rights Institutions, United Nations (2014), 18, https://www.ohchr.org/documents/publications/nhrihandbook.pdf (2021. 9. 24. 확인).

45 위의 글, 19.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

참고문헌

- 강달천, “동성애자의 권리보호”, 법제연구 제23호 (2002).
- 박한희, “트랜스젠더의 법적 성별정정제도에 대한 입법적 제안”, 인권과정의 제498호 (2021).
- 장서연 외, “성적지향 · 성별정체성에 따른 차별실태조사”, 국가인권위원회 (2014).
- 조여울 외, “국가인권정책기본계획 수립을 위한 성적소수자 인권 기초현황조사”, 국가인권위원회 (2005).
- 한국성소수자연구회, 무지개는 더 많은 빛깔을 원한다: 성소수자 혐오를 넘어 인권의 확장으로, 창비 (2019).
- 홍성수 외, “트랜스젠더 혐오차별 실태조사”, 국가인권위원회 (2020).
- ILGA World, “State-Sponsored Homophobia: Global Legislation Overview Update”, ILGA (2020).
- ILGA World, “Trans Legal Mapping Report: Recognition before the Law”, ILGA (2019).
- Jeffrey O’Malley et al., Sexual and gender minorities and the Sustainable Development Goals, United Nations Development Programme (2018).
- OECD, “Society at a Glance 2019: OECD Social Indicators”, OECD (2019).
- Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR), Born Free and Equal: Sexual Orientation, Gender Identity and Sex Characteristics in International Human Rights Law (2nd Edition), OHCHR (2019).
- United Nations Population Fund (UNFPA), The Danish Institute for Human Rights & Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR), Reproductive Rights are Human Rights: A Handbook for National Human Rights Institutions, United Nations (2014).
- World Health Organization (WHO), Defining Sexual Health, Geneva: WHO (2006).
- World Health Organization (WHO), FAQ on Health and Sexual Diversity: An Introduction to Key Concepts. Geneva: WHO (2016).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

2

성소수자 차별의 역사와 인권의 발전

국가인권위원회
humanrights.go.kr

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

I. 성소수자 차별의 역사

1. 성소수자 차별의 세계사적 맥락

1) 동성 간 성행위의 범죄화

성소수자 차별의 역사는 종교적 기원을 가지고 있다. 고대 인도, 중국, 이집트, 그리스, 로마와 달리 동성애자에 대한 박해가 나타난 것은 유대교, 기독교, 이슬람교의 성장과 관련 있다. 소돔과 고모라에 관한 성경을 근거로 동성 간의 성적 행위를 범죄로 처벌하는 교회법이 등장했다. 동성 간 성행위를 처벌하는 교회법이 세속법으로 등장한 것은 1533년 영국의 항문성교법(Buggery Act)으로, "인간 또는 짐승과의 항문성교라는 혐오스럽고 불쾌한 악행"을 사형으로 처벌한다고 규정했다.[1] 이 법은 특정 집단을 지목하지 않고 모든 형태의 항문성교에 적용된 것으로, 실제 사형집행은 1835년에 마지막으로 이루어졌지만 1861년까지 사형에 처하는 범죄로 규정됐다.[2]

유럽의 다른 국가들도 성경을 근거로 "자연을 거스르는 범죄(crime against nature)"를 규정하기 시작했다. 15세기 이탈리아 일부 도시들, 16세기 스페인에서 항문성교를 금지하기 시작했고, 포르투갈은 화형, 재산몰수, 추방과 중노동으로 처벌할 수 있도록 했다.[3] 그리고 프랑스, 스페인, 네덜란드, 영국이 북미를 식민지화하면서 동성 간의 성행위를 금지하는 법제가 이 지역에 전파되었다.[4] 이들은 원주민을 "교화"한다는 논리로 유럽식의 성적 규범을 강제했고, 성별 규범에서 벗어나는 사람들을 처벌하면서 1690년대에는 매사추세츠에서 처음으로 크로스드레싱을 범죄화했다.[5]

특히 영국이 동성 간 성행위를 처벌하는 소도미법(sodomy law)을 전세계적으로 전파하는 데에 역할이 컸다. 영국은 피식민지 국가들에 대해 유럽식 '성적 도덕'을 강제하면서 형법에 소도미법을 포함한 모델법을 만들어 적용했고, 이에 따라 피식민지 국가에 소도미법이 이식

---

1 Laura A. Belmonte, The International LGBT Rights Movement: A History [Kindle Edition], Bloomsbury Academic (2020), 1장.

2 위의 글, 1장; Corinne Lennox & Matthew Waites, "Human Rights, Sexual Orientation and Gender Identity in the Commonwealth: From History and Law to Developing Activism and Transnational Dialogues", In Corinne Lennox & Matthew Waites (Eds.), Human Rights, Sexual Orientation and Gender Identity in The Commonwealth: Struggles for Decriminalisation and Change, Human Rights Consortium & Institute of Commonwealth Studies (2013), 14.

3 Belmonte, 앞의 글, 1장.

4 위의 글, 1장.

5 위의 글, 1장.

국가인권위원회 humanrights.go.kr

되었다.[6] 영국의 식민지배로 인해 소도미법을 도입했던 아시아 · 태평양 및 아프리카 지역의 국가들은 호주, 방글라데시, 인도, 말레이시아, 뉴질랜드, 파키스탄, 싱가포르, 보츠와나, 감비아, 우간다, 수단, 소말리아 등 39개국에 이른다.[7] 오늘날 동성 간 성행위를 범죄화하는 국가의 절반 이상이 영국의 식민지 시대에 그 처벌의 기원이 있을 만큼 그 영향은 넓고 깊게 남아있다.[8]

당시 가장 널리 적용된 모델은 영국의 토마스 바빙튼 매컬리(Thomas Babington Macaulay)가 주요하게 만든 1860년 인도형법 제377조로서, "남자, 여자 또는 동물과 자발적으로 자연의 질서에 반하는 성교를 한 자는 누구든지 종신형 구금 또는 10년 이하의 구금과 벌금으로 처형된다."는 규정이었다.[9] 이에 따라 성인인 동성 간의 동의한 사적 성관계가 강간이나 소아성애와 다름없이 처벌되었다. 인도의 경우 이 형법조항이 2018년 대법원에 의해 위헌판단을 받을 때까지 158년 동안 존속했다.[10]

한편, 18세기 후반 계몽주의 운동이 시작되고 개인의 자유와 권리가 강조되면서 소도미법에 대한 태도에 변화가 생겼다. 종교적인 이유가 아닌 세속적 이유로서, 동성 간 성관계가 성별 규범과 성적 규범을 무너뜨리면서 사회를 불안하게 만들기 때문에 규제해야 한다는 이유가 등장했다. 반대로, 동성 간의 성관계가 사생활의 일부로서 타인의 권리를 침해하지 않으므로 처벌되어서는 안 된다는 주장 역시 등장했다.[11]

이런 논쟁 속에서 미국에서는 1780년대 후반부터 펜실베이니아, 뉴욕, 매사추세츠 등 지역에서 소도미에 대한 형량을 사형에서 구금으로 낮추는 개정을 했다. 하지만 1848년 유럽혁명 이후 보수화되면서 성별 규범에서 벗어나는 행위를 규제하려는 경향이 나타났고, 미국의 도시들은 성별에 부합하지 않는 복장을 범죄화하는 조항을 채택하기도 했다.[12]

반면, 프랑스는 일찌감치 동성 간 성행위를 비범죄화했다. 프랑스는 개인의 권리를 강조하고 종교와 법을 분리해야 한다는 취지에 따라, 1791년 유럽에서 처음으로 성인 간에 사적으

---

6 "This Alien Legacy: The Origins of 'Sodomy' Laws in British Colonialism", Human Rights Watch (2009. 12. 17.), https://www.hrw.org/report/2008/12/17/alien-legacy/origins-sodomy-laws-british-colonialism (2021. 9. 28. 확인).

7 식민화를 통해 영국법상 소도미법을 포함하게 된 국가들은 아시아·태평양지역에서 호주, 방글라데시, 부탄, 브루나이, 피지, 홍콩, 인도, 키리바시, 말레이시아, 몰디브, 마셜제도, 미얀마, 나우루, 뉴질랜드, 파키스탄, 파푸아뉴기니, 싱가포르, 솔로몬제도, 스리랑카, 통가, 투발루, 서사모아 등이 있고, 아프리카지역에서 보츠와나, 감비아, 가나, 케냐, 레소토, 말라위, 모리셔스, 나이지리아, 세이셸, 시에라리온, 소말리아, 에스와티니(스와질란드), 수단, 탄자니아, 우간다, 잠비아, 짐바브웨 등이 있다.

8 "This Alien Legacy: The Origins of "Sodomy" Laws in British Colonialism", 앞의 글.

9 Belmonte, 앞의 글, 1장.

10 해당 인도대법원 판결은 Navtej Singh Johar & Ors. v. Union of India thr. Secretary Ministry of Law and Justice, W. P. (Crl.) No. 76 of 2016, India: Supreme Court (2018. 9. 6.) (성인 간의 동의한 사적인 성관계를 범죄화하는 것은 위헌임).

11 Belmonte, 앞의 글, 1장.

12 위의 글, 1장.

KOR 국가인권위원회 humanrights.go.kr

로 이루어지는 동의한 성관계를 형법에서 삭제하고 1810년 제정된 나폴레옹 형법전에서도 비범죄화했다.[13] 벨기에, 스페인, 포르투갈, 스칸디나비아도 프랑스의 개혁을 본받았다.[14]

프랑스의 법은 피식민지 국가와 다른 국가에도 영향을 미쳤다. 네덜란드는 1810년까지 소도미법을 가지고 있었는데 프랑스의 침략을 받으면서 폐기하게 되었고, 독립을 이룬 후에도 소도미법을 다시 제정하지 않았다.[15] 브라질, 멕시코 역시 프랑스법의 영향을 받아 소도미를 처벌하는 조항을 포함하지 않았다.[16] 일본의 경우 동성 간 성행위를 금기하는 문화가 없었는데 1868년 메이지 유신으로 근대화를 추진하며 기독교적 규범을 받아들여 1873년 남성 간의 성행위를 범죄화하였다가, 10년 후 프랑스 모델을 따라 법을 정비하면서 소도미법을 삭제하고 이후로 다시 제정하지 않았다. 하지만 서구와의 교류가 발전하면서 일본에서 동성 간의 친밀한 관계가 점차 금기시되는 효과가 있었다.[17]

19세기 후반에는 동성애를 정신질환으로 규정하는 이론이 제기되면서, 이를 근거로 동성애를 범죄화하는 국가들이 생겨났다. 정신의학자 리하르트 폰 크라프트-에빙(Richard von Krafft-Ebing)는 『성 정신병리(Psychopathia Sexualis)』(1886)에서 출산을 목적으로 하지 않는 모든 성행위를 비정상으로 보면서, 따라서 출산을 하지 못하는 동성애를 치료가 필요한 일탈적이고 병리적인 행위로 규정했다.[18] 크라프트-에빙 자신은 이후 동성애를 부도덕하고 병리적으로 보았던 초기 관점이 편향되었다고 인정하였으나, 전통적인 도덕성을 수호하려는 사람들은 그가 제기했던 초창기의 설명을 적극적으로 받아들였다.[19]

핀란드는 이전까지 동성애를 처벌하는 법이 없었다가 1889년 남성과 여성 각각의 동성 간 성행위를 모두 처벌하는 형법개정을 하였고, 브라질은 1889년 개정 형법에서 소도미를 비범죄화하되 공공장소에서 크로스드레싱을 하거나 화장을 하는 사람을 체포할 수 있도록 하였다.[20] 이탈리아도 1889년 형법에서 동성 간 성행위를 처벌하는 규정을 삭제하였는데, 하지만 브라질과 유사하게 성적 표현을 규제하는 규정을 포함시켰다.[21]

영국의 소도미법은 형량을 줄이는 개정을 거치긴 했지만 이후 오랫동안 유지되었다. 영

---

13 위의 글, 1장; Elwin Hofman, "The End of Sodomy: Law, Prosecution Patterns, and the Evanescent Will to Knowledge in Belgium, France, and the Netherlands, 1770-1830", Journal of Social history, Vol. 54, No. 2 (2020), 488.

14 Belmonte, 앞의 글, 1장.

15 위의 글, 1장; Hofman, 앞의 글, 489-491.

16 Belmonte, 앞의 글, 1장.

17 위의 글, 1장.

18 위의 글, 1장.

19 위의 글, 1장; Harry Oosterhuis, "Sexual Modernity in the Works of Richard von Krafft-Ebing and Albert Moll", Medical History, Vol. 56, No. 2 (2012), 137.

20 Belmonte, 앞의 글, 1장.

21 위의 글, 1장.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

국은 1836년 이후 소도미법에 대해 사형집행을 하지 않다가, 인도 형법을 제정한 다음해인 1861년에 대인범죄법(Offences against the Person Act)을 제정하면서 형량을 사형에서 10년 이상부터 종신형까지로 낮추었다.[22] 이후 1885년 개정형법(Criminal Law Amendment Act)에서 "중대 외설행위(gross indecency)"를 범죄로 규정하면서 여성 간의 성행위는 제외하는 한편, 구법과 달리 신체적인 삽입 외의 사적 성행위까지 넓게 규제하면서 2년 이하의 징역 또는 구금으로 처벌할 수 있게 했다.[23] 이 조항이 계속 유지되다가 1967년에 21세 이상 동의한 사적 관계가 비범죄화되고, 2003년에야 최종 폐기되었다.[24]

2) 성소수자의 병리화와 정치적 박해

20세기 초반 독일에서는 세계적으로 처음으로 동성애 해방을 위한 대중 운동이 시작되었다.[25] 독일의 경우 1871년 독일의 통일로 독일제국을 세우면서 형법 제175조에서 남성 간의 "비자연적(unnatural)" 성행위를 구금형에 처하도록 했다.[26] 마그누스 히르슈펠트(Magnus Hirschfeld)와 사회민주당원 몇몇은 1897년 성소수자 옹호 단체인 과학적 인도주의 위원회(Scientific Humanitarian Committee, SHC)를 결성했고, 이 단체가 1922년에 형법 제175조를 폐지하기 위한 운동을 펼쳤다.[27] 1921년에는 여러 국가의 참여로 성적 개혁을 위한 세계연맹(World League for Sexual Reform, WLSR)이 결성되었고, 동성애의 비범죄화, 낙태죄 폐지, 이혼의 합법화 등을 위한 옹호활동을 펼쳤다가 1935년에 해체하였다.[28]

동성애 해방 운동이 진행되면서 동성애 관련 표현물에 대한 정부의 검열이 주요한 쟁점이 되었다. 1919년 세계 최초로 게이를 긍정적으로 묘사한 영화 '다른 사람들과는 다른'(Anders als die Andern)이 발표되었고, 이어 카톨릭, 개신교, 우익단체들의 반대가 이어졌다. 당시 영상심의위원회는 이 영화가 '동성애에 관하여 어린 사람들에게 혼란을 준다'는 이유를 근거

---

22 위의 글, 1장.

23 위의 글, 1장. 1885년 개정형법 남성 간 외설죄는 (1) 공적 또는 사적으로 다른 남성과 중대 외설 행위를 하는 남성, (2) 그런 행위를 하는 사람의 대상이 된 남성, (3) 남성에 대해 그러한 행위를 하도록 유도하는 남성, (4) 유도하려고 시도를 규제대상으로 하였고, 노역을 동반하거나 하지 않는 2년 이하의 구금에 처하도록 하였다. 여성 동성 간 성행위에 대한 처벌을 명시하는 개정논의가 있었으나, 이러한 규정이 오히려 관심을 끄는 효과가 있고 여성이 성적으로 적극적으로 행동하게 만들 우려가 있다고 하여 제외되었다. British Library, The Criminal Law Amendment Act, 1885, https://www.bl.uk/collection-items/the-criminal-law-amendment-act-1885 (2021. 9. 28. 확인).

24 Peter Tatchell, "Don't Fall for the Myth that it's 50 Years Since We Decriminalised Homosexuality", The Guardian (2017. 5. 23.).

25 Belmonte, 앞의 글, 2장.

26 위의 글, 1장.

27 위의 글, 2장.

28 위의 글, 2장.

국가인권위원회 humanrights.go.kr

로 하여 결국 영화상영을 금지하도록 권고했다.[29] 1919년에는 칼 슐츠(Karl Schulz)가 동성애 해방 잡지인 『우정(Die Freundschaft)』을 발간하였는데, 이 잡지가 성적인 자극적인 내용으로 청소년을 유인한다는 이유로 처벌을 받게 되었다.[30] 영국에서는 레즈비언 소설인 래드클리프 홀(Radclyffe Hall)의 『고독의 우물(The Well of Loneliness)』이 음란물로 판매금지조치 되었고 1928년 시작된 소송에서 법원은 이러한 조치를 승인했다.[31]

이후 독일은 1933년 아돌프 히틀러의 나치가 등장하면서 "깨끗한 제국"을 만든다는 미명 아래 게이와 레즈비언에 대한 대대적인 탄압을 시작했다.[32] 성소수자 관련 출판물 발간을 금지시키고 불태웠고, 단체를 불법화하여 해체시켰으며, 클럽을 폐쇄시키고, 또 강제수용소로 보냈다. 1935년에는 남성 간의 신체적인 성행위만이 아니라 "비자연적인 부도덕 행위"와 "범죄적으로 외설적 행위"를 처벌하도록 형법 제175조를 확대 · 개정하였다. 이렇게 모호한 규정으로 키스나 단순한 욕망까지도 처벌할 수 있도록 하였고, 중앙정부에는 '동성애와 낙태 근절부'(Reich Office to Combat Homosexuality and Abortion)를 만들어 경찰이 동성애자의 명부를 작성해 제출하도록 하였다. 여성은 처벌대상에 포함되지 않았는데, 이는 여성을 "열등하고 성적으로 수동적인" 존재로 본 관점 때문으로 해석된다.[33]

포르투갈은 1926년 우익 정부가 들어서면서 소도미법을 다시 제정했고, 소련에서는 동성애를 "파시스트적 도착"이라며 8년 이하의 구금에 처하는 범죄로 규정하고 동성애를 파시즘과 연결하는 주장을 공산주의 국가들에 전파시켰다.[34] 나치가 침략한 국가에서도 소도미법이 다시 도입되었다. 폴란드는 1932년 소도미법을 폐지했다가 독일의 침략으로 독일 형법 제175조의 적용을 받게 되었고, 네덜란드도 나치가 점령하면서 남성 간 성행위를 금지하고 성소수자 옹호단체를 해산시켰다.[35] 일찌감치 소도미법을 폐지했던 프랑스는 나치의 점령에 따라 "도덕적 질서"를 세운다는 이유를 내세워 1942년에 "비자연적인" 성행위를 구분하는 법개정을 하였다.[36] 동성애 자체를 범죄화하지는 않았지만, 프랑스는 독립 후에 동성애에 대해 이성애 보다 동의연령을 더 높게 정하는 차별적인 규정을 채택하여 1982년까지 유지하였다.[37]

---

29 위의 글, 2장.

30 위의 글, 2장.

31 위의 글, 2장; "Gay Men Under the Nazi Regime", Holocausst Encyclopedia, https://encyclopedia.ushmm.org/content/en/article/gay-men-under-the-nazi-regime (2021. 9. 28. 확인).

32 Belmonte, 앞의 글, 2장.

33 위의 글, 2장.

34 위의 글, 2장; Régis Schlagdenhauffen, "Queer life in Europe during the Second World War", In Régis Schlagdenhauffen (Ed.), Queeer in Europe During the Second World War, Council of Europe (2018), 11-13.

35 Belmonte, 앞의 글, 2장.

36 위의 글, 2장; Schlagdenhauffen, 앞의 글, 12.

37 Belmonte, 앞의 글, 2장.

국가인권위원회 humanrights.go.kr KOR

미국에서는 1919년 소도미 행위를 이유로 10여명의 해군을 군사법원에 회부하여 최대 20년에 이르는 구금으로 처벌하는 사건이 있었다.[38] 1930년대에 성소수자 하위문화가 커지면서 이를 공중도덕에 대한 위협으로 보는 주장들이 제기되었고, 1934년 근본주의 개신교와 카톨릭 교회의 압력으로 할리우드는 영화에 동성애를 포함하지 못하도록 하는 규정을 도입했고, 이후 영화에서 동성애자를 "위협적이거나 우울하거나 불쌍하거나 유약한" 모습으로만 묘사하여 고정관념을 퍼뜨렸다.[39] 미국은 1940년대 동성애자의 군복무를 금지하는 정책을 채택했고, 이에 따라 군복무를 하다가 게이 또는 레즈비언으로 밝혀진 군인들이 불명예 전역되어 참전용사에 대한 혜택에서 배제되었다.[40]

동성애자에 대한 박해는 제2차 세계대전 이후에도 계속되었다. 독일의 제175조는 나치의 퇴장 후에도 유효한 법으로 집행되어, 강제수용소에 있던 게이들은 연합군의 구금시설로 보내지고 미군이 독일을 점령한 시기에도 체포가 계속되었으며, 보상대상에서도 제외되었다.[41] 전쟁 후에 전통적 성역할, 핵가족, 출산, 기독교 도덕성 등이 강조되면서, 동성애 처벌은 오히려 더 강화되었다. 독일은 제175조를 유지하면서 1953년 '청소년을 위협하는 저작물의 배포금지법'(Law against the Distribution of Written Material Endangering Youth)을 제정하여 동성애 관련 출판물의 배포를 금지했다. 제175조의 위헌성을 주장하는 소송이 제기되었으나 1951년 연방고등법원과 1957년 연방헌법재판소는 이 주장을 거부했으며, 당시 유럽인권재판소 역시 "건강과 도덕성"을 이유로 동성애에 대한 처벌이 정당화된다고 판단했다.[42]

1950년대 미국에서는 동성애를 병리적으로 보면서 다른 사람에게 위협이 되고 특히 청소년을 유린하는 존재로 보는 정형화가 계속되었다. 구금시설이나 정신병동에 있는 동성애자를 대상으로 수행된 연구를 기반으로 일반화가 이루어졌고, 1952년 미국정신의학회는 진단 및 통계 매뉴얼에 인격장애의 하나로 동성애를 추가했다.[43]

한편 동성애와 트랜스젠더에 관한 연구가 더욱 본격적으로 이루어지기도 했다. 윌리엄 메닝거(William Meninger) 박사는 대부분의 게이 군인들이 정체성을 감춘 채 아무런 문제없이 군복무를 했던 사실에 대한 연구를 통해 병리적 관점을 반박했다. 1948년부터 1953년 사이에 실시된 알프레드 킨제이(Alfred Kinsey)의 연구는 동성애적 행위가 생각보다 광범위하게 경험

---

38 위의 글, 2장.
39 위의 글, 2장.
40 위의 글, 2장.
41 위의 글, 3장.
42 위의 글, 3장; Nicole LaViolette & Sandra Whitworth, "No Safe Heaven: Sexuality as a Universal Human Right and Gay and Lesbian Activism in International Politics", Millennium: Journal of Intenrational Studies, Vol. 23, No. 3 (1994), 567.
43 Belmonte, 앞의 글, 3장; Jack Drescher, "Out of DSM: Depathologizing Homosexuality", Behavior Science, Vol. 5, No. 4 (2015), 569.

국가인권위원회 humanrights.go.kr

된다는 사실을 밝히며 반향을 불러일으켰다.[44] 캘리포니아 대학교 샌프란시스코(University of California at San Francisco)에는 성별정체성과 트랜스섹슈얼리티를 연구하는 연구소가 세워지기도 했다.[45]

하지만 냉전시대의 분위기 속에서 미국은 동성애자를 주요한 박해 대상으로 삼았다. 동성애자를 공산주의와 엮어 전방위적으로 솎아내고 억압하는 라벤다 공포(Lavender Scare)가 미국사회를 휩쓸었다. 1950년 미국상원위원회에서는 연방정부에 고용된 동성애자를 조사하는 보고서를 발표해 동성애자가 외세의 협박에 취약하여 국가안보를 위협한다고 주장했다. 이에 따라 FBI와 경찰이 동성애자로 의심되는 사람들의 명부를 만들고, 1953년에는 아이젠하워 대통령이 명령 10450호를 발표해 수천 명의 연방직원을 조사하여 동성애 성향을 가졌다는 이유로 해고하였다.[46] 미국은 유엔도 마찬가지로 동성애자를 해고하도록 압박을 가했다.[47]

이러한 미국의 동성애자 탄압 정책이 영국, 호주, 캐나다에도 영향을 미쳤다. 캐나다에서는 1952년 동성애자의 방문이나 이주를 금지하는 이민법이 통과되고, 이 법이 1977년까지 유지되었다. 미국의 1952년 이민 · 국적법(Immigration and Nationality Act)에서도 "정신병적 인격"을 보이는 사람을 추방할 수 있도록 하였고, 여기에 동성애자를 포함하는 것으로 해석했다.[48] 캐나다 역시 동성애자를 "도덕적 결함"이 있고 "성격적 취약성"이 있어 안보에 위협이 된다는 이유로 공무원과 군인에서 내몰았다. 동성애자로 보이거나 인정한 사람에게 해고, 강등, 연금박탈 등의 불이익을 주고, 고용을 유지하는 대신 강제로 정신과 치료를 받게 했다.[49]

영국에서는 1950년대 집권당이 동성애자를 "다른 사람에게 위협이 되는 사람, 특히 어린아이에게"라고 묘사하면서, '동성애자로부터 대중을 보호한다'는 논리로 광범위하게 동성애자에 대한 체포와 기소를 행했다.[50] 하지만 다른 한편으로 1957년 울펜덴위원회가 '동성애 범죄 및 성매매에 관한 정부위원회의 보고서'(Report of the Departmental Committee on Homosexual Offences and Prostitution, 이하 '울펜덴보고서')를 발표하면서 동성애의 비범죄화에 대한 공식적인 논의가 제기되었다. 경찰, 종교지도자, 정신의학자, 보호관찰관 등 관련 전문가들 200여 명의 인터뷰를 통해 작성된 이 보고서에서는, 동성애는 질병이 아니며, 동의한 성인 동성 간

---

44 Drescher, 앞의 글, 569–570.

45 Belmonte, 앞의 글, 3장.

46 Belmonte, 앞의 글, 3장 (이 수치는 공산주의자로 의심되거나 동조하는 것으로 확인되어 해고된 사람의 2배가량이었음).

47 위의 글, 3장.

48 위의 글, 3장. 연방대법원은 Boutilier v. INS, 387 U.S. 118 (1967)에서, 동성애로 체포된 적이 있다고 말한 사람에 대해 1952년 이민법에 근거하여 시민권을 거부할 뿐만 아니라 추방을 명령한 결정을 승인하였다. 이후 1965년 미국의 이민·국적법에서는 "성적 비행"을 가진 외국인을 추방할 수 있도록 명시하였고, 이 조항은 1990년 이민법에서 삭제되었다.

49 Belmonte, 앞의 글, 3장.

50 위의 글, 3장. 대표적으로 앨런 튜링(Alan Turing)이 1885년 제정된 형법상 중대외설죄에 의해 1952년 기소·처벌되었다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

에 사적으로 이루어진 행위는 사적인 영역으로 법에서 규율할 수 있는 것이 아니라는 결론을 제시했다.[51] 동성애를 사생활의 영역으로 인정한 이 보고서는 국제적으로 반향을 일으켰다.

3) 성소수자 인권의 발전

1957년 영국에서 울펜덴 보고서가 발표되고 4년 후인 1961년 미국 일리노이주의 입법자들은 보고서의 영향을 받아 미국에서 처음으로 소도미법을 폐기했다.[52] 동독, 캐나다, 서독에서도, 성인 간 동의한 성행위는 타인에게 해를 끼치지 않는 사적 행위로서 정부가 개입하여 도덕적 판단을 해서는 안 된다는 주장이 설득력을 얻으며 소도미법을 폐기했다. 동독에서는 1968년에 형법 제175조를 폐기하였고, 서독은 이어 1969년에 해당 조항을 폐기했다.[53] 캐나다에서도 동성애를 질병, 소아성범죄, 반역과 연결시키는 반대 주장을 이기고 1969년 성인의 동의한 동성 간 성행위를 사생활로 보호되는 영역이라 인정하며 합법화하였다.[54]

1970년대에는 단순히 정부의 개입을 제한하는 것이 아니라 성소수자로서의 정체성을 적극적으로 긍정하며 동등한 권리를 보장하려는 변화가 본격화되었다. 미국에서는 1969년 9월 스톤월 항쟁이 일어났고, 전 세계적으로 성소수자 해방운동이 활발히 전개되는 계기가 되었다. 1970년대 초반에 유럽 전역과 미국에 게이해방단체가 설립되고, 스톤월을 기념하는 게이 프라이드 행진과 페스티벌이 전세계적으로 개최되기 시작했다.[55] 1973년 미국정신의학회는 동성애를 정신질환 목록에서 제외하는 결정을 내렸다.[56] 1974년 미국연방정부는 동성애자 채용을 금지하던 조치를 철회하였다. 성적지향을 이유로 한 주거, 공공시설, 고용에서의 차별을 금지하는 정책이 보스톤, 로스앤젤레스, 샌프란시스코 등 10여개의 도시에서 등장했다.[57]

1981년 유럽인권재판소의 Dudgeon v. the United Kingdom 판결은 특히 동성애의 비범죄화에 중요한 영향을 미쳤다. 이 사건에서는 잉글랜드, 웨일즈, 노던아일랜드 지역에 적용되는 1885년 개정형법 제11조 소도미법을 다루었고, 유럽인권재판소는 이 법이 유럽인권협약에서 보장하는 사생활 존중에 대한 침해라고 판단했다.[58] 이 판결이 선례가 되어 Norris v.

51 위의 글, 3장.
52 위의 글, 3장.
53 위의 글, 4장.
54 위의 글, 4장; Ron Levy, "The 1969 Amendment and the (De)criminalization of Homosexuality", The Canadian Encyclopedia, (2019), https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/the-1969-amendment-and-the-de-criminalization-of-homosexuality (2021. 9. 28. 확인).
55 Belmonte, 앞의 글, 4장.
56 Drescher, 앞의 글, 570-571.
57 Belmonte, 앞의 글, 4장.
58 Dudgeon v. the United Kingdom, no. 7525/76, ECHR (1981).

국가인권위원회 humanrights.go.kr

Ireland (1988), Modinos v. Cyprus (1993) 사건에서 각각 아일랜드와 사이프러스의 소도미법에 대해 유럽인권협약 위반이라는 판결이 내려졌다.[59] 유엔 자유권위원회는 Toonen v. Australia (1994) 결정에서 호주 태즈메이니아주의 소도미법이 자유권 규약 위반이라고 판단하였으며,[60] 이후 2003년 미국은 연방대법원의 Lawrence v Texas 판결을 통해 모든 주의 소도미법을 폐기하게 되었다.[61]

이러한 가운데 많은 국가들이 동성애를 비범죄화하는 데 동참했다. 1970년대 초반 오스트리아, 코스타리카, 핀란드, 노르웨이 등이 소도미법을 폐지하고, 1980년대에 콜롬비아, 포르투갈, 뉴질랜드, 이스라엘 등이, 1990년대에 바하마, 에스토니아, 아일랜드, 러시아, 중국, 칠레 등이, 2000년대에 아르메니아, 네팔, 니카라구아 등이 동성애를 비범죄화했다.[62] 이중 인도의 형법 제377조는 1860년 영국 식민지시대에 도입되었던 소도미법으로 "자연의 질서를 거스르는" 성행위를 처벌하도록 한 규정이었는데, 2018년 인도 대법원의 판결을 통해 158년만에 폐기되었다.[63]

성소수자를 차별로부터 보호하기 위한 법제도 점차 확산되었다. 1977년 주 단위로는 최초로 캐나다 퀘벡이 성적지향에 기반한 차별을 금지했고, 1981년 국가 단위로는 노르웨이가 전세계에서 처음으로 성적지향에 기반한 차별을 금지했다.[64] 스웨덴은 1987년부터 성적지향을 이유로 한 차별금지를 법제화했고, 1990년대에 네덜란드, 뉴질랜드, 스페인, 아이슬란드, 캐나다 등이 마찬가지의 행보를 보였다.[65] 2000년대에는 멕시코, 우루과이, 이스라엘, 오스트리아, 벨기에, 불가리아, 프랑스, 독일, 아일랜드, 몰타, 포르투갈, 영국, 호주 등이 성적지향을 이유로 한 차별금지를 명시한 법제를 도입했고, 이후에 같은 조치를 취하는 국가가 더욱 많아졌다.[66] 1996년 남아프리카공화국 헌법, 2004년 포르투갈 헌법 등 성적지향을 차별금지 사유로 명시한 헌법도 등장하고 점차 확산했다.[67]

세계보건기구(WHO)는 1990년 동성애가 정신질환이 아니라고 공식적으로 선언하였고, 유럽연합의 유럽의회(European Parliament)는 1994년 회원국들이 동성애자 시민들에게 관계인

---

59 Norris v. Ireland, no. 7/1992/352/426, ECHR (1988); Modinos v. Cyprus, no. 15070/89, ECHR (1993).

60 Toonen v. Australia, Communication No. 488/1992, UN문서 CCPR/C/50/D/488/1992 (1994).

61 Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003).

62 ILGA World, "State-Sponsored Homophobia: Global Legislation Overview Update", ILGA (2020), 89-111.

63 Navtej Singh Johar & Ors. v. Union of India thr. Secretary Ministry of Law and Justice, W. P. (Crl.) No. 76 of 2016, India: Supreme Court (2018. 9. 6.)

64 Belmonte, 앞의 글, 4장.

65 ILGA World, "State-Sponsored Homophobia", 앞의 글, 193-215.

66 위의 글, 193-215.

67 위의 글, 185-191.

국가인권위원회 humanrights.go.kr

정, 입양, 사회보장, 주거, 상속에서 동등한 권리를 보장받도록 하라는 결의문을 채택했다.[68] 그리고 이어 2000년 유럽연합은 회원국들에게 구속력이 있는 고용평등지침을 채택하여 종교, 장애, 연령, 성적지향에 기반한 차별을 금지하는 법제를 마련하도록 함으로써, 유럽지역에서 성적지향을 이유로 한 차별금지 법제를 정착시키는 데 중요한 역할을 했다.[69]

이러한 가운데 동성결합을 법적으로 인정하고 이성혼과 동등하게 혼인을 인정하는 국가가 늘어났다. 1989년 덴마크를 시작으로 1990년대에 노르웨이, 스웨덴, 네덜란드, 프랑스, 벨기에 등이 동성커플의 관계를 인정하는 파트너십 제도를 두며 점차 제도가 확산되었다. 동성혼은 2001년 네덜란드가 처음으로 인정한 뒤로, 2000년대에 벨기에, 스페인, 캐나다, 남아프리카공화국, 노르웨이, 스웨덴이 동참하고, 2010년대에는 포르투갈, 아르헨티나, 덴마크, 프랑스, 브라질, 뉴질랜드, 영국, 미국, 콜롬비아, 독일, 호주 등으로 확대되면서 2019년에는 아시아 지역 최초로 대만까지 동성혼 인정국가에 포함되었다. 2021년 현재 29개국에서 인정되고 있고, 2022년 7월부터 스위스에서도 동성혼이 인정될 예정이다.[70]

트랜스젠더의 존재와 권리옹호활동이 더욱 가시화되면서 트랜스젠더를 병리화하던 과거의 접근에 대한 수정도 이루어졌다. 1980년 미국정신의학회가 정신장애 진단 및 통계편람에 트랜스젠더를 정신장애의 하나로 분류하고 1990년 세계보건기구가 국제질병분류에서 마찬가지로 인격 및 행동장애 범주로 넣었던 것을, 2013년 미국정신의학회가 성별위화감(Gender Dysphoria)으로 개정하고 이어 2019년 세계보건기구가 성주체성장애, 성전환증 진단명을 삭제하여 트랜스젠더 정체성을 비병리화하였다.[71] 1993년에는 인터섹스 조직으로는 최초로 북미 인터섹스 소사이어티(Intesex Society of North America)가 만들어지며, 인터섹스의 존재와 이슈도 더욱 가시화되기 시작했다.[72]

법적 성별변경과 관련하여, 2012년 아르헨티나는 의료적 조치나 정신과적 진단 없이도 공적문서에서 성별표시를 변경할 수 있도록 허용하는 법률을 제정했다. 유럽에서는 2017년 유럽인권재판소의 A.P., Garçon and Nicot v France 판결 이후, 의료적인 조치 없이도 성별변경을 할 수 있도록 하는 법제가 벨기에, 프랑스, 그리스, 룩셈부르크, 포르투갈 등으로 확대되었다.[73] 남미 지역에서도 의료적 조치나 정신과적 진단, 이혼이나 자녀가 없을 것 등의 요

---

68 Belmonte, 앞의 글, 5장.

69 Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 Establishing a General Framework for Equal Treatment in Employment and Occupation (2000).

70 ILGA World, "State-Sponsored Homophobia", 앞의 글, 277-306 (28개 유엔회원국과 대만); "스위스, '동성결혼' 합법화…국민투표 64% 찬성", 한겨레 (2021. 9. 27.).

71 홍성수 외, "트랜스젠더 혐오차별 실태조사", 국가인권위원회 (2020), 17-18.

72 Belmonte, 앞의 글, 5장

73 A.P., Garçon and Nicot v France, application nos. 79885/12, 52471/13 and 52596/13, ECHR (2017); ILGA World, "Trans Legal

KOR 국가인권위원회 humanrights.go.kr

구조건을 두지 않고 개인의 성별을 본인이 결정하도록 하는 자기결정권 모델이 브라질, 칠레, 코스타리카 등에서 적용되고 있다.[74] 파키스탄은 2018년 트랜스젠더법을 제정해 트랜스젠더의 정체성을 인정하는가 하면, 호주의 빅토리아주, 코스타리카, 캐나다 대부분의 주들은 아예 공문서에서 성별표식을 삭제할 수 있도록 하고 있다.[75]

오늘날 세계가 과거의 성소수자에 대한 박해와 차별을 반성하고 평등과 인권보장을 위해 나아가고 있는 것이 사실이지만, 한편으로 과거의 차별적인 법제를 유지 · 확대하거나 역사적으로 반복된 혐오의 레퍼토리를 이용한 선동으로 오히려 성소수자를 범죄화하고 차별하도록 법제화하는 국가들도 있다. 브룬디는 이전까지 동성 간 성관계를 범죄화한 적이 없다가 2009년부터 동성관계를 범죄화하기 시작했다.[76] 러시아는 2013년 "비전통적 성관계"를 미성년자에게 촉진하는 "선전(프로파간다)"의 전파를 범죄화하는 법을 제정하여, 성소수자와 관련된 각종 표현물, 집회, 발간물 등을 금지시켰다.[77] 나이지리아는 2014년 동성혼 금지법을 통과시켰다.[78] 터키에서는 2003년 이래 매년 프라이드 퍼레이드 행사를 열었는데, 2015년 이후부터 이를 금지시키며 축제에 참가한 사람들에게 물대포, 최루가스를 사용하고 체포하였다.[79]

성소수자에 대한 박해와 차별은 일부 종교의 교리를 국가가 집행한 것에서 시작해 제국주의를 통해 세계적으로 전파되었고, 성소수자를 병리화하는 관점에 의해 정당화되었으며, 성소수자를 사회적으로 위험한 존재로 만드는 정치적 논리 속에서 이용되었다. 반대로 국가가 더 이상 종교적 교리에 의해 지배되지 않고, 다양한 성적지향, 성별정체성, 성별표현이 질병이 아니라 인간의 다양성임을 발견하며, 소수자에 대한 공포를 정치적 도구로 사용하는 비합리성과 비인간성에 대한 경각심을 가지게 되면서 성소수자에 대한 차별과의 싸움이 시작되었다. 아이러니하게도 성소수자에 대한 박해를 시작하고 세계적으로 전파한 유럽의 국가들은 이제 성소수자에 대한 차별 철폐에 앞장서는 국가로 나아가고 있는 반면, 그 역사 속에서

Mapping Report: Recognition Before the Law", ILGA (2019), 9.

74 ILGA World, "Trans Legal Mapping Report", 앞의 글, 9.

75 위의 글, 8–9.

76 Belmonte, 앞의 글, 6장.

77 Belmonte, 앞의 글, 6장; "No Support: Russia's "Gay Propaganda" Law Imperils LGBT Youth", Human Rights Watch (2018. 12. 11.), https://www.hrw.org/report/2018/12/12/no-support/russias-gay-propaganda-law-imperils-lgbt-youth (2021. 9. 28. 확인).

78 "Tell Me Where I Can Be Safe": The Impact of Nigeria's Same Sex Marriage (Prohibition) Act, Human Rights Watch (2016. 10. 20), hrw.org/report/2016/10/20/tell-me-where-i-can-be-safe/impact-nigerias-same-sex-marriage-prohibition-act (2021. 12. 10. 확인).

79 "Turkish Police Break up Pride Parade with Tear Gas", Washington Post (2021. 6. 26.); "Turkish Police Fire Tear Gas at Crowds Gathered for Banned Istanbul Pride March", Independent (2019. 7. 1.). 2020년 이후에는 코로나-19로 인해 온라인으로 행사가 개최됨.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

만들어져온 혐오의 레퍼토리는 끈질기게 남아 여전히 세계 곳곳에서 성소수자 박해를 추동하고 있다.

2. 한국 성소수자 차별의 역사 개관

1) 성소수자의 범죄화와 억압의 시대

한국의 소도미법은 1962년 제정된 군형법상 추행죄로 등장해 2021년 12월 현재까지 유지되고 있다. '계간'과 '기타 추행'이라고 하여 군인의 경우 동성 간 성행위에 대해 1년 이하의 징역에 처하도록 한 조항이었다.[80] 이 조항은 미군정시기에 도입된 것으로서, 1948년 군정법률로 제정된 국방경비법과 해안경비법에 포함되어 있던 '계간'에 대한 처벌규정을 군형법을 제정하면서 포함한 것이었다.[81] 미국에서는 1920년 개정 전시법(Articles of War)에서 소도미 행위를 범죄로 명시했고, 이것이 1950년 제정된 미국군사통일재판법(the Uniform Code of Military Justice) 제125조로 삽입되어 2013년까지 유지되었다.[82] 유럽에서 시작된 소도미법의 이식이 한국의 경우 미국을 경유해 이루어진 것이다.

1950년대 한국에서는 '여장남자' 또는 '남장여자'가 출연하는 문화가 가시화되었으나, 이후 성별 규범에 대한 국가적 통제가 심해졌다.[83] 당시에는 병역법에 따라 병역기피를 단속하기 위한 불심검문이나 징병검사를 빌미로 개인의 사생활을 감시하였고, 이때 여성의 복장을 한 남성이 병역법 위반으로 단속대상이 되었다.[84] 경범죄처벌법은 '풍기단속'을 한다는 미명아래 복장과 신체를 단속했으며, 1973년 개정법에서는 한국의 크로스드레서법이라고 할 수 있는 "성별을 알아볼 수 없을 정도로 장발을 한 남자 또는 미풍양속을 해하는 저속한 옷차림을 하거나 장식물을 달고 다니는 자"[85]에 대한 처벌규정을 도입했다.

---

80 군형법 추행죄는 1962년 군형법 제정 당시 포함되었고, 이후 두 차례의 개정이 있었다. 최초의 조문은 1962년 제정된 군형법 제92조로, "계간 기타 추행을 한 자는 1년 이하의 징역에 처한다."고 하였고, 2009년 개정법에서 법정형을 2년 이하의 징역으로 상향하였으며, 2013년 개정에서 군형법 제92조의6으로 이동하면서 "제1조 제1항부터 제3항까지에 규정된 사람에 대하여 항문성교나 그 밖의 추행을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다."고 하여 현행까지 유지되고 있다.

81 1948년 제정된 국방경비법 제50조와 해안경비법 제13호에서 계간을 범한 자에 대해 군법회의 판결에 의하여 처벌한다고 규정하였다.

82 Jeremy J. Gray, "The Military's Ban on Consensual Sodomy in a Post-Lawrence World", Washington University Journal of Law & Policy, Vol. 21 (2006), 386; Ian S. Thompson,, VICTORY! Military Ban on Consensual Intimacy Ends, ACLU, https://www.aclu.org/blog/national-security/victory-military-ban-consensual-intimacy-ends (2021. 10. 2. 확인).

83 허윤, "1950년대 퀴어 장과 법적 규제의 접속: 「병역법」·「경범법」을 통한 섹슈얼리티의 통제", 법과사회 제51호 (2016), 241-243.

84 위의 글, 235-237.

85 구 경범죄처벌법 (1973. 2. 8. 법률 제2504호로 일부개정된 것) 제1조 제49호.

KOR 국가인권위원회 humanrights.go.kr

1980년대 군사정부의 국민의 탈정치화를 위한 3S(Screen, Sex, Sports) 정책 속에서 성적 표현이 어느 정도 자유로워졌지만, 동성애는 주로 "외부에서 기인한 것"이자 "타락하고 탐욕스러운 비도덕적"인 사람들로 묘사되며 이상하고 흥미롭고 자극적인 소재로 소비되었다.[86] 특히 1980년대 HIV 감염의 발생으로 동성애자를 감염원으로 인식하는 공포가 확산되었고, 그러는 동안 동성애자들은 더욱 비가시화되어 살았다.[87]

2) 성소수자 존재의 가시화와 인권규범의 제도화 시작

민주화 이후 1990년대에 성소수자 인권단체가 등장하고 대학에서도 모임이 활성화되면서 성소수자의 존재가 가시화되기 시작했다. 2000년 9월 게이인 배우 홍석천의 커밍아웃과 그로 인한 방송활동에서의 강제적 퇴출, 2001년 트랜스젠더인 가수 하리수의 등장은 대중적으로 성소수자의 존재가 알려진 계기가 된 동시에 차별이 노골적으로 표출되는 주요한 사건이었다.

2000년대에는 법제도적으로도 성소수자 이슈가 본격적으로 가시화되기 시작했다. 주요 사건의 하나로 엑스존 사이트 사건이 있다. 이 사건은 동성애자의 모임인 인터넷 사이트를 2000년 당시 정보통신윤리위원회가 청소년보호법상 청소년 유해매체물로 지정하면서 불거졌다. 구 청소년보호법 시행령 별표1 심의기준에서 동성애를 '사회통념상 허용되지 아니한 성관계'로서 청소년에게 유해한 행위로 나열한 것이었다.[88] 당시 법원과 헌법재판소는 이러한 조치와 해당 조항이 동성애자의 기본권 침해라는 주장을 받아들이지 않았다.[89] 하지만 2003년 국가인권위원회가 해당 심의기준에 대해 차별적인 규정으로서 동성애자의 평등권, 행복추구권, 표현의 자유 등을 침해했다고 결정했고, 2004년 청소년보호법 시행령 개정으로 심의기준에서 '동성애'를 삭제하게 되었다.[90]

2001년에는 성별 등과 함께 성적지향을 차별금지사유의 하나로 명시한 국가인권위원회법이 제정되면서, 최초로 성소수자의 평등권을 보장하는 법률이 등장했다. 국가인권위원회가 설립되면서 성소수자 관련 인권침해 및 차별사건이 진정되기 시작했다. 2006년 국가인권위

---

86 전원근, "1980년대 〈선데이서울〉에서 나타난 동성애 담론과 동성애자들의 경험", 젠더와 문화 제8권 제2호 (2015), 146–148.

87 위의 글, 151–163.

88 최유, "한국에서 성소수자의 법적 지위의 변화와 전망", 중앙법학 제16집 제3호 (2014), 62. 당시 구 청소년보호법 시행령에 따른 청소년 유해매체물의 심의기준에서, "수간을 묘사하거나 혼음, 근친상간, 동성애, 가학·피학성 음란증 등 변태성행위 기타 사회통념상 허용되지 아니한 성관계를 조장하는 것"에서 '동성애'를 포함한 것이 문제되었다.

89 위의 글, 63–69.

90 위의 글, 63; 구 청소년보호법 시행령 (2004. 4. 24. 대통령령 제18381호로 개정된 것) 별표1.

국가인권위원회 humanrights.go.kr

원회는 군대 내에서 동성애자를 아우팅하고 키스사진 제출을 요구하며 정신과 진료와 HIV 검사를 받게 하고 성희롱을 한 사건에서 인격권, 사생활의 자유, 평등권 등에 대한 침해가 있다고 판단하고 군대 내에서 성희롱 예방교육을 실시하고 동성애자 사병에 대한 인권보호지침을 수립하도록 권고하였다.[91]

2002년에는 부산지방법원이 최초로 트랜스젠더에 대해 성별을 변경하도록 허가하는 결정을 내렸다.[92] 이전까지 인간의 성에서 "염색체의 구성이 가장 중요한 기준"이라고 하던 법원의 태도와 달라진 것이었다.[93] 2006년 대법원은 트랜스젠더의 인간 존엄성과 행복추구권, 인간다운 생활을 할 권리를 인정하며 호적상 성별 기재의 정정을 허용하는 결정을 내렸다.[94] 다만 이때, 반대의 성으로서의 역할 수행, 외부 성기를 포함한 반대의 성의 신체 외관, 정신과 진단, 정신과 치료나 호르몬요법, 성확정수술 등의 요건을 두었다.

이어서 2006년 대법원 예규로 '성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침'이 만들어졌다. 이 예규에서는 성기수술, 성인, 무자녀, 미혼, 병역이행 또는 면제, 반대의 성으로 성공적인 삶, 범죄나 탈법의 의도나 목적 없음, 부모동의서 등을 요건으로 하였는데, 국가인권위원회는 2008년 결정에서 이러한 요건의 인권침해적 요소를 지적하며 폐지 또는 개정을 권고하였다.[95] 또 성별변경에 관한 입법노력으로 2002년 김홍신 전 국회의원과 2006년 노회찬 전 국회의원이 특별법안을 발의한 바 있으나 모두 임기만료로 폐기되었다.[96] 국가인권위원회는 위의 2008년 결정문에서 특별법 제정을 권고하는 내용을 포함해 국회에 제출한 바 있다.

3) 성소수자 혐오의 확산과 법제도 발전의 정체

2007년에는 법무부가 준비한 차별금지법안에서 '성적지향'을 포함한 7가지 차별금지사유[97]가 삭제되어 발의되었다가 결국 폐기되었고, 이후 보수 기독교계가 성소수자를 이유로 차별금지법 제정에 반대하는 정치적 구도가 반복되고 강화되었다. 차별금지에 관한 2008년 노회찬 의원안, 2011년 박은수 의원안과 권영길 의원안, 2012년 김재연 의원안이 모두 제대로 논

---

91 국가인권위원회 2006. 6. 26.자 06진차87 결정.

92 부산지방법원 가정지원 2002. 7. 3.자 2001호나997, 998 결정.

93 최유, 앞의 글, 88.

94 대법원 2006. 6. 22.자 2004스42 결정.

95 국가인권위원회 2008. 8. 25.자 06진차525·06진차673(병합) 결정. 이 권고에 따라 대법원 예규에서 일부 수정이 이루어졌다.

96 노회찬 의원 등 12인, 성전환자의 성별변경 등에 관한 특별법안, 의안번호 175155 (2006. 10. 12); 김홍신 의원 등 20인, 성전환자의성별변경에관한특례법안, 의안번호 161934 (2002. 11. 4).

97 당시 삭제된 차별금지사유는 성적지향, 병력, 출신국가, 언어, 가족형태 또는 가족상황, 범죄 및 보호처분의 전력, 학력 등이다.

의되지 못한 채 임기만료로 폐기되었고, 2013년 김한길 의원안과 최원식 의원안은 보수 기독교계의 거센 반발로 인해 발의 후 두 달 만에 철회되었다.[98]

2000년대 초반부터 시작된 보수 기독교계 중심의 반동성애 운동은 차별금지법 제정에 반대하는 운동을 거치며 점점 더 크게 정치 세력화되었다. 동성애에 대해 '동성애는 죄'라는 종교적 관점, '소아성애나 수간과 같은 변태행위', '에이즈의 원인'이라는 등의 병리화의 관점, '청소년을 유인하고 해를 끼친다', '가정과 사회를 무너뜨린다', '종북집단으로 안보를 위협한다'는 등 사회질서와 국가안보 논리 등 서구에서 19세기와 20세기를 거치면서 제기되었다가 기각된 혐오의 레퍼토리들이 한국사회에 한꺼번에 쏟아졌다. 유엔은 한국에 성소수자에 대한 차별을 철폐하도록 촉구하고, 차별금지사유에 '성적지향'을 포함한 포괄적 차별금지법을 제정하라고 수차례 권고하였으나, 국회와 정부는 이러한 국내외의 요구에 무시와 회피로 대응했다.[99]

군형법상 추행죄를 폐기하려는 시도는 2000년대를 지나 2010년대에도 실패했다. 2001년 처음으로 군형법 추행죄에 대한 위헌여부심판제청신청이 이루어졌으나, 헌법재판소는 2002년 동성애를 "성적으로 문란한 행위"라고 규정하고 "군의 전투력보존에 직접적인 위해"를 끼친다는 이유로 합헌결정을 하였다.[100] 헌법재판소는 이후 2011년과 2016년에도 군형법상 추행죄에 대해 위헌심사를 하였으나 거의 동일한 논리로 다시 합헌결정을 하였다.[101] 정작 그 기원인 미국에서는 2003년 Lawrence v. Texas 판결로 소도미법을 폐기하고, 2004년 군법원도 같은 판단을 내리고, 2010년 의회가 군복무를 하되 커밍아웃을 하지 못하게 한 Don't Ask Don't Tell 정책을 폐지하는 법안을 통과시키고, 2013년 동의한 성관계를 처벌하지 않도록 군사통일재판법을 개정하는 동안,[102] 한국은 60여년째 소도미법을 유지하고 있다.

행정부와 국회가 성소수자 이슈에 침묵하고 의미 있는 역할을 하지 못하는 동안, 국가인권위원회가 성소수자 차별 및 인권침해 사건을 다루는 주요한 통로가 되었다. 2010년대 이후 제기된 주요 사건들로, 성소수자 문화제나 체육행사를 위한 시설이용의 불허,[103] 성소수자 인

98 국회, 의안정보시스템, https://likms.assembly.go.kr/bill/ (2021. 9. 24. 확인).

99 Jihye Kim and Sung Soo Hong, "Discovering Diversity: The Anti-discrimination Legislation Movement in South Korea", In Celeste L. Arrington & Patricia Goedde (Eds), Rights Claiming in South Korea, Cambridge University Press (2021), 253-255. 유엔 인권조약기구인 사회권위원회가 2009년과 2017년, 아동권리위원회가 2011년과 2019년, 여성차별철폐위원회가 2011년과 2018년, 인종차별철폐위원회가 2012년과 2019년, 자유권위원회가 2015년에 포괄적 차별금지법의 제정을 권고하는 최종견해를 발표했다.

100 헌법재판소 2002. 6. 27. 선고 2001헌바70 결정.

101 헌법재판소 2011. 3. 31. 선고 2008헌가21; 헌법재판소 2016. 7. 28. 선고 2012헌바258 결정.

102 Major Jayson L. Durden, "Where's the Sodomy? A Guide for Prosecuting Prejudicial Sexual Relationships After the Possible Repeal of Sodomy Law", The Army Lawyer, November (2013), 4-7.

103 국가인권위원회 2014. 4. 24.자 13진정0886700 결정; 국가인권위원회 2019. 4. 10.자 17진정0935400.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

권을 옹호하는 현수막의 게시 불허,[104] 화장실 이용에서 트랜스젠더 차별 및 인격권 침해,[105] 군복무 중 트랜스젠더 군인에 대한 복무배제와 전역처분,[106] 수용중인 트랜스젠더에 대한 불리한 처우,[107] 군에서의 성소수자 색출 및 수사로 인한 인권침해,[108] 성별표현을 이유로 고궁 무료관람 대상에서 제외[109] 등의 사건에서 국가인권위원회는 시정권고를 내렸다. 최근에는 성소수자에 대한 혐오표현과 관련하여 교과서, 방송사, 공무원, 정치인 등에 대해 개선을 권고하는 의견표명을 하였다.[110]

법원이 의미 있는 판결을 내리기도 하였다. 2013년 대법원은 게이를 다룬 영화에 대하여 청소년관람불가등급을 부여한 영상물등급위원회의 결정을 취소하라고 판결했다. 동성 간의 성적 행위를 보여준다는 사실만으로 청소년에게 유해하다고 볼 수 없다는 판단으로, "동성애를 유해한 것으로 취급하여 그에 관한 정보의 생산과 유포를 규제하는 경우 성적 소수자인 동성애자들의 인격권 · 행복추구권에 속하는 성적 자기결정권 및 알 권리, 표현의 자유, 평등권 등 헌법상 기본권을 지나치게 제한할 우려"있다고 판시했다.[111] 한편 같은 해 서울서부지방법원은 트랜스남성에 대해 외부성기성형이 없이도 성별변경을 인정하는 결정을 하였고,[112] 2017년에는 청주지방법원 영동지원에서 트랜스여성에 대해 같은 결정을 하였다.[113]

법원은 성소수자의 결사, 집회, 표현 등에 대한 권리를 회복시키기도 했지만, 난민사건에서는 국제기준에 부합하지 않는 판단을 내리기도 했다. 법원은 2016년 법무부가 성소수자 인권단체 비온뒤무지개재단에 대한 법인설립을 불허한 처분을 취소했고,[114] 2017년 지방자치단체가 퀴어문화축제를 위한 장소사용을 불허한 처분의 효력을 정지시켰으며,[115] 2018년 대학에서 성소수자를 옹호하는 무지개옷을 입은 학생들을 징계한 조치를 무효판결하였다.[116] 이에 비해, 대법원은 2017년 처음으로 성소수자 난민 사건을 다루면서 "출신국에서 이미 자신의 성적지향이 공개되고 그로 인하여 출신국에서 구체적인 박해를 받아 대한민국에 입국한

---

104 국가인권위원회 2020. 1. 22.자 19진정0204000 결정; 국가인권위원회 2012. 12. 26.자 12진정0485900 결정; 국가인권위원회 2013. 6. 13.자 12진정0909300 결정; 국가인권위원회 2014. 3. 26.자 13진정0886200 결정.

105 국가인권위원회 2019. 7. 24.자 19진정0021200 결정; 국가인권위원회 2021. 4. 1.자20진정0861400 결정.

106 국가인권위원회 2020. 12. 14.자 20진정0056500 결정.

107 국가인권위원회 2019. 3. 20.자 17진정0726700 결정.

108 국가인권위원회 2018. 4. 13.자 17진정0335700 외 243건(병합) 결정.

109 국가인권위원회 2019. 4. 10.자 17진정1162100·18진정0026700(병합) 결정.

110 국가인권위원회 2021. 7. 22.자 21진정0140600 결정; 국가인권위원회 2021. 7. 22.자 21진정0098000 결정; 국가인권위원회 2021. 7. 22.자 21진정0178600 결정.

111 대법원 2013.11.14. 선고 2011두11266 판결.

112 서울서부지방법원 2013. 11. 19.자 2013호파1406 결정.

113 청주지방법원 영동지원 2017. 2. 16.자 2015호기302 결정.

114 김지림 외, 한국 LGBTI 인권현황 2017, SOGI법정책연구회 (2018), 37.

115 위의 글, 37–38.

116 "채플서 '무지개옷' 입은 장신대 대학원생 징계무효", 경향신문 (2019. 7. 18.).

사람"이어야 한다고 하여, 출신국에서 성적지향과 성별정체성을 숨겨야 하는 억압 자체가 박해에 이른다고 보는 국제기준에 반하는 판단을 내리기도 했다.[117]

한편으로, 2010년대에 지방자치단체 조례제정을 통한 인권보장의 움직임이 일어났고 여기에 성소수자 관련 조항이 포함되기도 하였다. 2010년 제정된 경기도학생인권조례와 2011년 광주광역시 학생인권 보장 및 증진에 관한 조례에서 차별금지사유로 '성적지향'을 명시하고, 2012년 서울특별시 학생인권조례에서는 '성적지향'과 '성별정체성'을 차별금지사유로 명시하고 개인정보의 보호, 소수자 학생으로서의 권리보장 등에 관한 규정을 두었다.[118] 2013년 전라북도 학생인권조례에서는 차별금지조항과 관련하여 국가인권위원회법을 준용하는 한편, 성소수자 학생에 대한 편견과 차별을 해소하도록 명시했다.[119] 그 외에 다수의 소셜네트워크 운영 관련 조례에서 성소수자 등에 대한 차별과 혐오표현에 대해 댓글을 삭제 또는 차단할 수 있도록 하는 내용이 포함되었다.[120]

하지만 많은 지방자치단체에서 인권조례 및 관련 조례가 성소수자 혐오에 기반한 조직적인 반대운동으로 인해 무산, 개악 또는 폐지되기도 하였다.[121] 대표적으로 충청남도 도민 인권 증진에 관한 조례(이후 충청남도 인권기본조례로 다시 제정됨)가 2018년 폐지되었는데, 이때 보수 개신교회가 해당 조례에 대해 '동성애를 조장한다', '에이즈의 주범', '가정파괴의 주범' 등이라고 주장했고, 도의회는 "충남인권선언문에 담긴 성적지향과 성별정체성 등이 역차별을 낳을 수 있다. 도민 대표기관으로서 갈등을 불러일으키는 조례를 그냥 놔둘 수 없다"고 조례 폐지의 이유를 밝히기도 했다.[122] 이 외에도 여러 지방자치단체에서 교육이나 문화다양성 관련 조례가 성소수자 혐오를 바탕으로 한 반대운동의 영향으로 무산 · 개악 · 폐지된 것으로 조사되었다.[123]

이와 같이 성소수자 인권보장과 관련하여 국가인권위원회, 법원, 지방자치단체 수준에서 일부 진보가 있기는 하지만, 2000년대 초반 국가인권위원회법의 제정 이후 법제도적인 측면에서 주요한 발전이 있었다고 하기는 어렵다. 동성 간 성행위를 처벌하는 군형법 조항이 여

---

117 대법원 2017. 7. 11. 선고 2016두56080 판결; 이주은, "한국의 성소수자 난민 인정 현황 및 문제점: 성소수자 난민 불인정에 대한 비판을 중심으로", 공익과 인권 제18호 (2018), 312–313; 최계영, "성소수자의 난민인정요건: 대법원 2017. 7. 11. 선고 2016두56080 판결의 비판적 검토", 행정판례연구 제22권 제2호 (2017), 378–383.

118 2012년 제정된 서울특별시 어린이·청소년 인권조례에도 '성적지향'과 '성별정체성'이 차별금지사유로 명시되었다.

119 서울, 인천, 전라남도, 제주도, 충청남도, 충청북도 등에서 제정한 인권기본조례들은 차별금지조항에 관해 국가인권위원위원회법을 준용하도록 하며, 울산 북구, 울산 중구, 서울 은평구, 부산 연제구, 부산 남구, 대전 동구 등 기초지자체 단위에서는 성적지향을 차별금지사유로 명시하고 있다. 김지혜 외, 한국 LGBTI 인권현황 2019, SOGI법정책연구회 (2020), 67–70.

120 위의 글, 66.

121 시우, "성소수자 혐오에 따른 인권정책의 무력화: 인권조례를 중심으로", 비온뒤무지개재단 (2020).

122 "충남인권조례, 폐지하려는 자와 지켜내려는 자", 여성신문 (2018. 1. 29.).

123 시우, 앞의 글, 34–42.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

전히 존재하고, 성별변경을 위한 요건은 2006년 대법원 결정에서 크게 벗어나지 않은 채로 대부분 유지되고 있으며, 동성결합이나 동성혼에 대해서는 논의조차 시작하지 못하고 있다. 퀴어문화축제는 지방자치단체로부터 장소사용을 거부당하는 일을 반복적으로 겪어왔으며, 성소수자 단체가 법인설립을 거부당하는 일이 2021년에도 발생하고 있다.[124]

차별금지법 역시 여전히 난항 중이다. 2020년 장혜영 의원이 차별금지법을 발의하고, 2021년 이상민 의원, 박주민 의원, 권인숙 의원이 평등법(차별금지법)을 발의했으며, 2021년 6월에는 차별금지법 제정을 위한 국회 국민동의청원이 10만 명의 동의를 얻어 법제사법위원회에 회부되었다.[125] 하지만 여전히 많은 국회의원들이 보수 기독교계의 성소수자 혐오 레퍼토리를 두려워하며 법 제정을 기피하고 있다. 해외에서 오랜 성소수자 범죄화와 병리화의 역사 끝에, 소도미법을 폐기하고, 성소수자를 차별로부터 보호하는 법제를 만들며, 동성파트너십과 동성혼을 인정하고, 자기결정에 따라 성별을 인정하도록 빠르게 변화하는 동안, 한국은 아직 근대국가의 기본인 정교분리의 원칙조차 확립하지 못하고 국가가 특정 종교의 정치적 영향력에 좌우되고 있는 실정이다.

II. 성소수자에 관한 각국 차별금지법리의 발전

1. 개관[126]

1) 차별금지사유의 의미와 성격

차별금지법제의 차별금지사유는 특히 역사적 · 구조적으로 구분되어 차별을 받아온 집단들의 속성을 반영한다. 유엔 사회권위원회는 2009년 일반논평 20호에서 유엔 사회권규약 제2조 제2항의 '기타 지위(other status)' 해석과 관련하여 "차별의 속성은 맥락에 따라 다르고 시간이 지남에 따라 변화"한다고 하며, 따라서 새로운 차별을 포착하기 위해 '기타 지위'라는 사유에 대해 유연하게 접근해야 한다고 말한다. 이로써 "과거로부터 지금까지 주변화로 고통받

124 2021년 8월 서울시는 서울퀴어문화축제조직위원회에 대해 '공익을 저해할 요소가 있다'는 이유로 비영리법인 설립을 불허했다. "서울시, 퀴어문화축제 '비영리법인신청' 불허···"공익 저해한다"", 경향신문 (2021. 8. 26.).

125 "차별금지법 청원 10만 달성…여 '이준석 대표, 변화 기대'", 한겨레 (2021. 6. 14.).

126 이하 개관 부분은 조혜인, "차별금지법 제정논의 현황", 인권보고서 제32집, 대한변호사협회 (2018), 408-411면의 내용을 일부 수정하여 수록한 것이다.

국가인권위원회 humanrights.go.kr

아온 사회적 취약집단의 경험을 반영"[127]해야 한다는 것이다.

사회권위원회는 위 일반논평에서 그동안 일반논평 및 최종견해를 통해 인정해온 추가 사유의 하나로 '성적지향(sexual orientation)'과 '성별정체성(gender identity)'을 꼽고 있다. 이들은 '과거로부터 지금까지 주변화로 고통받아온 사회적 취약집단'인 동성애자, 양성애자, 트랜스젠더 집단의 경험을 반영하고 있는 차별금지사유다. 한편 이들 차별금지사유가 성소수자 집단에 1:1로 대응되거나 성소수자 집단만을 한정하여 지칭하고 있는 것은 아니다.[128] 성적지향과 성별정체성이라는 차별금지사유는 성소수자들의 경험을 통해 발견된 사람의 성과 관련된 다양한 정체성의 각 측면을 보편적으로 대변하는 대칭적(symmetrical) 성격의 용어로 차별금지법제에 사용되어 왔다.

2) 차별금지사유의 심화, 분화

'성별표현(gender expression)'과 '성징(성특징, sex characteristics)' 또한 사람의 성과 관련된 정체성의 다른 측면을 지칭하기 위한 개념들이며 최근에는 이를 별도의 차별금지사유로 명시하는 법제가 늘어나고 있다.

성별표현은 개개인이 복장, 헤어스타일, 액세서리, 화장 등을 포함한 신체적인 외양, 버릇, 말투, 행동양식, 이름 및 신상자료(personal references) 등을 통해 자신의 성별(gender)을 표현하는 것을 의미한다. 이러한 성별표현은 그 사람의 성별정체성과 일치할 수도 그렇지 않을 수도 있다.[129] 그동안 차별금지사유로서 '성별표현'은 넓은 의미의 '성별정체성'에 포함되는 것으로 해석에 의해 인정되었다. 그러나 정체성과 표현은 엄밀히 구분되는 개념이고 개개인의 성별표현이 반드시 성별정체성을 따르는 것은 아니라는 점에서[130] 최근 두 개념을 문언상 구분하면서 성별정체성과 성별표현 양자 모두를 차별금지사유로서 법률에 명시하는 법제가 점차 늘어나고 있다.[131]

성징은 성(sex)과 관련된 개개인의 신체적 특징을 의미하는 것으로, 생식기, 기타 성적 ·

---

127 유엔 사회권위원회 일반논평 20호(2009), 경제적·사회적·문화적 권리에 있어 차별금지(규약 제2조 2항), 27문단.

128 예컨대 성적지향은 동성애, 양성애, 무성애 뿐만 아니라 이성애도 포함하는 용어이다.

129 이상의 정의는 앞의 '욕야카르타 원칙+10(2017년)'의 전문(前文)에서 인용.

130 예를 들어 자신의 성(sex)과 성별정체성(gender identity)을 모두 '여성'으로 인식하면서도 옷차림, 말투, 태도 등의 성별표현(gender expression)이 사회에서 요구하는 '여성적인' 기준에 부합하지 않아 차별적인 대우를 받은 사람은 성별정체성이 아니라 성별표현에 근거한 차별을 겪는 것이다.

131 일례로 스웨덴 차별방지법(Diskrimineringslagen 2008)은 '성(sex)', '성별정체성 또는 표현(gender identity or expression)', '성적지향(sexual orientation)'을 모두 별개의 차별금지사유로 규정하고 있다(제1조). 캐나다 인권법(Canadian Human Rights Act 1977)은 2017년 개정을 통해 '성별정체성 또는 표현(gender identity or expression)'을 차별금지사유에 추가하였다(제3조 제1항).

국가인권위원회 humanrights.go.kr KOR

생식적 해부학 구조, 염색체, 호르몬 및 사춘기부터 나타나는 이차적인 신체적 특징들을 포함한다.[132] 차별금지사유로서 '성징'은 특히 인터섹스(간성, intersex)인 사람이 사회적으로 겪는 차별을 설명하기 위해 사용된다. 인터섹스는 남성 또는 여성이라는 전형적인 이분법적 개념에 딱 들어맞지 않는 성징을 가지고 태어난 사람을 의미한다.[133] 2006년 남아프리카공화국은 처음으로 인터섹스에 대한 차별을 명시적으로 금지하는 조항을 처음으로 법률에 도입하였는데, 이는 '평등촉진과 불공정한 차별방지법(Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act, 2000)'에 '(차별금지사유인) 성(sex)은 인터섹스를 포함한다'는 내용의 조항을 신설하는 형태로 이루어졌다.[134] 이어 2013년 호주는 '개정 성차별금지법[Sex Discrimination Amendment (Sexual Orientation, Gender Identity and Intersex Status) Act 2013]'에서 '인터섹스 지위(intersex status)'를 독립적인 차별금지사유로 도입하였다. 2015년 몰타는 인터섹스와 관련된 차별금지사유로서 '성징(sex characteristics)'을 처음으로 법에 제안하였다(Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act 2015). 2020년 기준 유럽 11개국이 '성징'을 법률상 차별금지사유로 명시하고 있다고 보고된다.[135]

이처럼 인간의 성적인 정체성을 설명하는 개념들이 심화 · 분화되고 차별금지법제에서 이를 적극 수용하고 있는 흐름은 인간의 섹슈얼리티에 대한 연구가 축적되고 이해가 깊어지면서 성과 관련한 차별의 문제를 다양한 측면에서 더욱 깊이 있게 다루게 된 최근의 상황을 보여준다.

2. 헌법 차원의 성소수자 차별금지

1) 성적지향 등이 차별금지사유로서 명시된 경우

2020년 기준 12개국의 헌법이 '성적지향'을 차별금지사유로 명시하고 있다. 해당 국가들의 헌법에 명시된 성과 관련된 차별금지사유들을 정리하면 다음과 같다.

---

132 이상의 정의는 앞의 '욕야카르타 원칙+10(2017년)'의 전문(前文)에서 인용.

133 "유엔 팩트시트 : 인터섹스 (UN Free & Equal, Factsheet : Intersex)" (2017). https://unfe.org/system/unfe-65-Intersex_Factsheet_ENGLISH.pdf (2021. 12. 10. 확인).

134 Judicial Matters Amendment Act, No. 22 of 2005 제17조.

135 '성징'을 법률상 차별금지사유로 명시한 유럽 국가들은 알바니아, 벨기에, 보스니아 헤르체고비나, 그리스, 핀란드, 아이슬란드, 몰타, 몬테네그로(intersex characteristics), 네델란드, 세르비아, 스페인(일부)이다. 이상의 목록은 ILGA유럽에서 운영하는 레인보우유럽 지도 사이트 참조 https://rainbow-europe.org/ (2021. 12. 10. 확인.)

〈표 2.1〉 헌법에서 성소수자 관련 차별금지사유를 명시한 국가

도입연도	국가	명시된 성 관련 차별금지사유 목록
1993	남아프리카공화국 헌법 8조 (현 9조(3))	성, 성별, 성적지향
1997	피지 헌법 38조(2)	성별, 성적지향
2013	피지 헌법 26조(3)	성, 성별, 성적지향, 성별정체성 및 성별표현
1998	에콰도르 헌법 11조(2)	성, 성적지향, 성별정체성
2004	포르투갈 헌법 13조(2)	성, 성적지향
2008	코소보 헌법 24조(2)	성별, 성적지향
2009	볼리비아 헌법 14조	성, 성적지향, 성별정체성
2011	스웨덴 헌법 제1장 2조	성별, 성적지향
2011	멕시코 헌법 1조	성별, 성적선호(sexual preferences)
2014	몰타 헌법 32조	성, 성적지향, 성별정체성
2015	네팔 헌법 18조(3)	성소수자(sexual minorities)
2019	쿠바 헌법 42조	성, 성별, 성적지향, 성별정체성
2019	산마리노 시민권 선언 1974 4조	성, 성적지향

주1: 위 표에서 sex는 '성'으로, gender는 '성별'로 표기함.
주2: 위 순서는 '성적지향'을 차별금지사유로 처음 명시한 헌법의 시행 연도를 기준으로 정리한 것임.

2) 성적지향 등이 차별금지사유로 명시되어 있지 않은 경우

일반적으로 각국 헌법의 평등권 조항은 차별금지사유를 열거하면서도 명시된 사유에 한정되지 않고 다양한 차별을 규율하는 열린 성격의 조항으로 이해되고 있다. 성적지향, 성별정체성 또한 별도의 명시적인 문구가 없는 경우에도 헌법상 평등권 조항에 따라 차별로부터 보호를 받는 사유로 인정되는 것이 일반적이다.

가. 성별정체성을 이유로 한 차별

특히 '성별정체성'이나 '성징'을 이유로 한 차별은 문언상 '성' 또는 '성별'을 이유로 한 차별에 해당한다는 것이 각국에서 일반적으로 받아들여지고 있는 해석이다. 독일 연방헌법재판소는 2019년 인터섹스인 청구인이 신분관계법에 대하여 제기한 헌법소원에서 '남성으로도 여성으로도 분류되지 않는 성'을 이유로 한 차별 역시 독일기본법상 성별을 이유로 한 차별

국가인권위원회
humanrights.go.kr

에 해당된다는 점을 명시적으로 확인하였다.

독일 연방헌법재판소

1 BvR 2019/16 (2017. 10. 10.)[136]

사건개요: 독일은 2013년 신분관계법을 개정하여 출생기록부에 아이의 성(性)을 기재하되, 남성 또는 여성으로 분류될 수 없는 경우에는 성을 기입하지 않도록 하는 조항을 두었다. 이 사건 청구인은 여성에도 남성에도 속하지 않는다는 자각을 지속적으로 가져왔던 사람으로(소위 터너증후군), 출생등록부에 기입되어 있던 성별인 "여성"을 삭제하고 "inter/diverse" 또는 "divers"로 성별 기입을 정정하고자 하였으나, 위 신분관계법 조항을 근거로 정정신청을 거부당했다. 청구인은 일반적 인격권, 평등권 침해를 이유로 헌법소원을 청구하였다.

쟁점: 독일기본법 제3조 제3항 제1문에 명시된 '성별'을 이유로 한 차별에는 '남성으로도 여성으로도 분류되지 않음'을 이유로 한 차별(성특징을 이유로 한 차별, 인터섹스에 대한 차별)이 포함되는가

판단: 독일 연방헌법재판소는 '누구라도 자신의 성별(Geschlecht), 혈통, 인종, 언어, 고향 및 출신, 신앙, 종교적 또는 정치적 신념을 이유로 불이익을 받거나 우대받지 아니한다'고 규정하고 있는 기본법 제3조 제3항 제1문의 해석과 관련하여, 기본법은 '성별(Geschlecht)'과 관련해 신분이 양성으로만 규율되길 요구하지 않으며, 남성과 여성을 넘어선 제3의 성에 대한 승인을 막지도 않는다고 판시하였다. 또 '남성과 여성은 동등한 권리를 가진다'는 기본법 제3조 제2항 제1문 규정으로부터 '성별'이 오직 여성과 남성만을 의미한다는 결론이 도출될 수는 없으며, 위 조항의 목적은 주로 성별에 따른 여성에 대한 차별을 없애기 위한 것이지 신분법에서 성별 분류를 고착시키거나 여성이나 남성 외의 다른 성별의 도입을 배제하기 위한 것이 아님을 강조하였다. 나아가 기본법 제3조 제3항 제1문은 어떠한 제한 없이 '성별'(Geschlecht)을 언급하고 있으므로 위 '성별'은 '남성과 여성이 아닌 다른 성별'도 포함한다고 보았다. 따라서 지속적으로 두 성별의 범주에 속하지 않는다고 여기는 이들이 받는 차별 역시도 완전히

136 판례의 자세한 내용에 대해서는 다음을 참조: 이보연, "'제3의 성'의 법적 인정 – 2017년 10월 10일 독일 연방헌법재판소 판결을 중심으로", 법학연구 제22권 제1호 (2019), 450–454.

남성이거나 여성이 아니기 때문에 비롯된 차별로서 위 제3조 제3항 제1문의 성별을 이유로 한 차별에 해당하여 기본법상의 보호를 받는다고 판시하였다.
연방헌법재판소는 또한 일반적 인격권은 개인의 인격을 구성하는 성적 정체성(sexuellen Identität)을 보호한다는 기존의 판시를 확인하며, 이러한 일반적 인격권은 여성으로도 남성으로도 분류되지 않은 사람들의 성적 정체성 또한 보호한다는 점을 명확히 하였다. 연반헌법재판소는 결국 신분관계법의 해당 규정이 지속적으로 자신이 남성도 여성도 아니라고 느끼는 사람에게 성별등록을 강제하면서 남성과 여성 외의 다른 성별의 기입을 배제하는 한, 일반적 인격권을 침해하고, 기본법 제3조 제3항 제1문에서 규정하는 성별을 이유로 한 차별금지 원칙에 위반되는 것이라고 판단하였다.

나. 성적지향을 이유로 한 차별

'성적지향'의 경우에도 헌법상 평등권의 보호를 받는 차별금지사유로 널리 인정되고 있다. 특히 많은 국가들에서 성적지향은 헌법에 명시된 차별금지사유와 유사한 성격의 인적 속성이거나 역사적으로 차별받아온 정치적 소수집단의 상황을 반영하고 있어 평등권 심사 시 엄격한 기준을 적용해야한다는 판례를 두고 있다. 이에 관한 캐나다, 독일, 대만의 판례를 본다.

캐나다 대법원

Egan v Canada, [1995] 2 SCR 513

사건개요: 짐 이건Jim Egan과 존 네스빗John Nesbit은 1948년부터 파트너로서 살아온 남성 커플이었다. 네스빗은 60세에 이르렀을 때 부부의 합산소득이 일정액 이하인 경우 연금수급자의 배우자가 배우자수당을 청구할 수 있도록 한 노년보장법(Old Age Security Act)에 따라 배우자수당을 청구했으나 동성배우자는 법이 정의하는 '배우자(spouse)'에 해당하지 않는다는 이유로 지급을 거부당했다. 법 제2조는 '반대의 성에 해당하는 사람(a person of the opposite sex)'이라는 문구를 사용하여 배우자를 정의하고 있었다. 이건과 네스빗은 노년보장법의 배우자 정의는 성적지향에 근거한 차별에 해당하는 내용으로서 캐나다 권리와 자유 헌장 제15조(1)를 위반하고 있다고 주장하며 소를 제기하였다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

관련 법조항: 캐나다 권리와 자유 헌장 제15조(1) 모든 사람은 법 앞에 그리고 법 아래 평등하며, 어떠한 차별도 없이, 특히 인종, 출신국가 또는 출신민족, 피부색, 종교, 성, 나이 또는 정신적·신체적 장애에 근거한 차별 없이 법의 동등한 보호와 동등한 혜택을 받을 권리가 있다.

쟁점: 성적지향은 캐나다 권리와 자유 헌장 제15조에 의해 보호받는 차별금지사유인가

판단내용: 캐나다 연방대법원은 '성적지향'이 캐나다 헌장 제15조의 보호를 받는 차별금지사유에 해당한다고 판단하였다. 다수의견은 "성적지향이 생물학 또는 생리학적 요인에 근거하는지 여부는 논란의 여지가 있을 수 있다 하더라도 그와 관계없이, 성적지향은 변하지 않는 혹은 받아들이기 어려운 개인적인 대가를 치러야만 변화할 수 있는 매우 개인적인 속성이므로 제15조에 열거된 사유들과 유사한 사유로서 제15조의 보호범위에 들어온다는 항소인들의 주장을 받아들이는데 어려움이 없다."고 판시하였다.
그러나 이 사건에서 법관들은 합헌의견 4인, 별개의견 1인, 위헌의견 4인으로 나뉘어 결과적으로 위헌결정을 내리지 못했다. 다수의견은 입법적 구분이 해당 입법 목적과 '관련성이 없는지(irrelevant)' 여부를 제15조 위반의 판단기준으로 제시하며, 대상조항이 동성커플을 배우자 정의조항에서 배제하고 있는 것은 '법률혼에 대한 지원과 보호'라는 노년보장법의 입법 목적과 관련성이 있으므로 헌장 제15조에 따른 차별이 인정되지 않는다고 판단하였다. 이러한 '관련성 없음' 접근법은 많은 비판을 받았다. 몇 년 뒤인 1999년 캐나다 연방대법원은 가족법(the Family Law Act)의 '배우자(spouse)' 조항에 대해 다음과 같은 판시를 통해 동성배우자를 배제하는 '배우자(spouse)' 조항이 헌장 제15조(1) 위반임을 확인하였다(M v H [1999] 2 S.C.R. 3).

> 법의 혜택에서 동성관계의 파트너를 배제하는 것은 원고 그리고 일반적으로 동성관계 안에 있는 개인들에 대해 인정과 보호를 받을 만한 가치가 별로 없다는 관점을 조장한다. 이성커플에 비해 이들은 경제적으로 서로 의존하는 친밀한 관계를 형성할 능력이 없다는 판단을 실제 상황과 무관하게 암시한다. 이러한 배제는 동성관계에 놓인 개인들이 겪는 불이익을 영구화하고 그들의 존재를 지우는데 기여한다.

독일 연방헌법재판소

㉠ 1 BvR 1164/07 (2009. 7. 7.) ㉡ 2 BvR 909/06 (2013. 5. 7.)

사건개요: ㉠ 공무원 직업연금제도에 따른 유족연금과 관련하여 법률상 혼인한 자(2009년 당시 이성혼에 한함)와 생활동반자로 등록한 동성커플을 구별하고 후자에 대해서는 보조연금을 지급하지 않는 보조연금청구규정이 기본법 제3조(1) 위반임을 주장한 사례, ㉡ 배우자 분리과세를 법률혼 관계에 대해서만 인정하고 생활동반자관계에서는 인정하지 않는 소득세법 규정에 대해 기본법 제3조(1) 위반임을 주장한 사례

쟁점: 기본법 제3조(3)에 성적지향이 차별금지사유로서 명시되어 있지 않은 상황에서 성적지향을 이유로 한 차별에 대한 평등권 심사 기준

판단내용: 인적 집단에 대한 불평등 대우는 그 집단의 속성이 기본법 제3조(3)의 인적 속성들과 유사할수록 차별에 대한 엄격한 심사가 요구되며, 성적지향은 그러한 속성에 해당한다고 보는 것이 독일 연방헌법재판소의 입장이다. 연방헌법재판소는 특히 이성 간 법률혼과 동성 간 생활동반자관계 사이의 차별을 다투는 사안들에서, 이들 사안은 성적지향과 연계된 불평등 대우의 문제로서 평등권에 관한 엄격한 심사를 요한다는 결정을 일관되게 내려왔다.[137]

2009년 판례 ㉠에서 연방헌법재판소는 누군가가 법률혼을 할 것인가, 생활동반자 관계를 맺을 것인가는 그의 성적지향과 불가분하게 연계되어 있으므로, 법률혼 관계에 있는 피보험자와 생활동반자 관계에 있는 피보험자를 불평등하게 대우하는 것은 성적지향과 연계된 사안으로서 차별에 대한 엄격한 심사의 대상이 된다고 판시하였다. 헌법재판소는 이 사건 대상조항에 법률혼과 생활동반자 관계를 다르게 대우할 만한 객관적인 이유가 존재하지 않으며 따라서 일반적인 평등원칙을 규정하고 있는 기본법 제3조(1) 위반임을 확인하였다. 2013년 판례 ㉡에서도 연방헌법재판소는 소득세법 분리과세 규정이 법률혼과 생활동반자 관계를 다르게 대우하는 것은 성적지향을 이유로 한 간접적 차별로 엄격한 비례 심사를 요하며, 심사

137 이에 관한 주요한 결정들에 대해서는 다음을 참조. 이보연, 독일 동성혼 인정 과정을 통해서 본 의회와 연방헌법재판소의 상호작용, 서울법학 제26권 제4호 (2019).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

결과 양자를 다르게 대우할 중요한 실제적인 근거를 찾을 수 없어 기본법 제3조(1)에 위반된다는 판단을 내렸다.

대만 사법원

釋字第748號 (2017. 5. 24.)

사건개요: 2017. 5. 24. 대만 사법원 대법관회의는 남성과 여성 간의 결혼만을 인정하는 대만 민법 규정의 위헌성에 대한 헌법해석결정을 내렸다.

쟁점: 대만 헌법 제7조에 성적지향이 차별금지사유로서 명시되어 있지 않은 상황에서 성적지향을 이유로 한 차별은 헌법상 금지되는가, 그 경우 평등권 심사 기준은 어떠한가

판단내용: 대만 사법원은 평등권을 규정하고 있는 헌법 제7조에 명시된 5개의 차별금지사유, 즉, 성(sex), 종교, 인종, 계급, 그리고 당적(party affiliation)은 예시일 뿐 열거되거나 한정된 목록이 아니며, 장애나 성적지향과 같은 다른 사유에 근거한 불평등한 대우 또한 본 조항에 따른 평등권의 적용을 받는다고 해석하였다. 사법원은 성적지향은 변화에 저항하는 불변의 특성이라고 지적하며, 동성애자들은 대만사회에서 오랫동안 사회적 전통과 관습에 의해 거부되어 다양한 형태의 사실상의 배제와 차별을 겪어왔다는 점, 인구구조상 사회에서 분리되고 고립된 소수집단이었으며 오랜 기간 정치권력의 부족으로 일반적인 민주적 절차를 통해 법적으로 불리한 지위를 뒤집는 것이 불가능하다는 점 등을 들어 성적지향을 이유로 한 불평등한 대우에 대해 헌법적 심사를 할 때에는 강화된 심사기준이 적용되어야 한다고 판시하였다.

사법원은 삶을 함께 영위해 나간다는 헌신적인 목적을 지닌 친밀하고 배타적인 성격의 영구적 결합을 동성인 두 사람에게는 허용하지 않고 있는 현행 민법이 결혼의 자유를 보장한 헌법 제22조와 평등권을 규정한 헌법 제7조에 위배된다고 판단하고, 해석서가 발행된 날로부터 2년 내에 해석서의 결정을 반영하여 관련 법률을 개정하거나 제정하라는 결정을 내렸다.

국가인권위원회 humanrights.go.kr

3. 각국 법률 차원의 성소수자 차별금지원칙

1) 성적지향 등이 차별금지사유로 명시된 경우

2020년 말 기준 유엔 회원국 중 고용, 교육, 재화용역 등의 포괄적 영역에서 성적지향을 차별금지사유로 명시한 법률을 가지고 있는 국가는 총 57개국으로 보고되고 있다. 차별금지영역을 고용으로 한정하는 경우 성적지향을 차별금지사유로 명시한 법률을 시행 중인 국가는 유엔회원국 중 총 81개국이다.[138] 2021년 OECD 회원국을 기준으로 하면 회원국 총 38개국 중 미국(연방), 일본, 터키를 제외한 35개국이 성적지향을 차별금지사유로 명시한 헌법 또는 법률을 시행하고 있다.[139]

'성별정체성'을 차별금지사유로 명시한 국가도 점차 늘어나고 있다. 특히 법을 새로 제정하거나 개정하는 경우에는 성별정체성이 반드시 별도의 사유로 명시되고 있는 추세이다. 별도의 사유로 명시하고 있지 않은 국가에서는 성별 차별에 해석상 포섭된다.[140]

각국에서 시행 중인 성적지향 등을 명시한 차별금지법은 일반적으로 공법과 민법의 중간적 성격을 지니는 법이지만, 일부 국가에서는 형사적 성격의 법률로 이들 차별을 규율하고 있기도 한다.[141]

2) 법률 해석을 통한 성적지향, 성별정체성 차별금지

가. 유럽연합 남녀평등대우지침의 성차별

1996년 유럽사법재판소는, 고용영역에서의 남녀평등대우원칙을 규정하고 있는 1976년 유럽연합 이사회지침 76/207/EEC[142]가 성별재지정을 이유로 한 차별에도 적용된다는 결정을

---

138 자세한 목록은 다음 보고서의 193–238면 참조. ILGA World: Lucas Ramon Mendos, Kellyn Botha, Rafael Carrano Lelis, Enrique López de la Peña, Ilia Savelev and Daron Tan, State-Sponsored Homophobia 2020: Global Legislation Overview Update, Geneva: ILGA, (December 2020).

139 현재 OECD 38개국은 다음과 같다: 오스트리아, 벨기에, 캐나다, 덴마크, 프랑스, 독일, 그리스, 아이슬란드, 아일랜드, 이탈리아, 룩셈부르크, 네덜란드, 노르웨이, 포르투갈, 스페인, 스웨덴, 스위스, 터키, 영국, 미국, 일본, 핀란드, 호주, 뉴질랜드, 멕시코, 체코, 헝가리, 폴란드, 한국, 슬로바키아, 칠레, 슬로베니아, 에스토니아, 이스라엘, 라트비아, 리투아니아, 콜롬비아, 코스타리카.

140 2019년 6월 기준 OECD 회원국의 성적지향, 성별정체성 등의 차별금지를 명시한 법률 분포 조사 결과에 대해서는 다음을 참조. OECD, Over the Rainbow? The Road to LGBTI Inclusion, Paris: OECD Publishing, (2020), 126. https://doi.org/10.1787/8d2fd1a8-en. (2021. 12. 10. 확인.) 스위스는 위 조사 이후인 2020년 형법을 개정하여 성적지향을 이유로 한 차별금지조항을 신설하였다.

141 일례로 프랑스는 형법 중 '사람의 존엄성에 대한 침해'의 장에 차별금지조항을 두어 성적지향, 성별정체성을 포함한 다양한 사유를 이유로 한 차별을 형사적으로 규율하는 동시에, 노동법에도 차별금지조항을 두어 노동법적인 규율을 하고 있다.

142 Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 on the Implementation of the Principle of Equal Treatment for Men and

국가인권위원회
humanrights.go.kr

내렸다.[143] 이로써 유럽에서는 성별재지정을 이유로 한 차별이 성을 이유로 한 차별금지조항에 따라 규율될 수 있다는 법리가 널리 확립되었다. 이 결정 이후 새로 개정된 유럽의회 및 이사회지침 2006/54/EC[144]는 서문 (3)항에서 "남성과 여성에 대한 평등대우원칙은 … 지침의 목적과 지침이 보호하고자 하는 권리의 성격을 고려하여볼 때 개인의 성별재지정으로부터 발생하는 차별에도 적용된다"는 점을 명시하고 있다.

유럽사법재판소

P. v. S. and Cornwall County Council, Case C-13/94 (1996. 4. 30.)

사건개요: P는 영국 콘월 카운티 의회가 운영하는 교육기관에서 관리인으로 일하는 사람이었다. P는 1991년 위 기관에 남성으로 입사하였으나, 1년 뒤인 1992년 4월 초 기관의 최고경영자인 S에게 성별재지정에 관한 의사를 알리고, 여성으로서의 삶을 영위해보는 생활 테스트(Life Test)를 시작했으며, 뒤이어 성별재지정을 위한 수술을 받았다. 이러한 수술 과정에서 P는 해고를 통지받았다. P는 성 차별을 이유로 소송을 제기하였고, 1995년 유럽사법재판소는 이 사건과 관련하여 고용 영역에서의 남녀평등대우원칙을 규정하고 있는 유럽연합 이사회지침 76/207/EEC[145]가 성별재지정을 이유로 한 해고에도 적용되는지 여부를 판단하게 되었다.

쟁점: 해고조건 등을 비롯한 근로조건에 있어 성에 근거한 차별 없이 동등한 조건을 보장할 것을 요구하는 남녀평등대우지침의 조항은 성별재지정을 이유로 한 트랜스젠더 해고에도 적용되는가

판단내용: 유럽사법재판소는 남녀평등대우지침이 단지 어떤 사람이 하나의 성 또는 다른 성에 속해있다는 사실을 기반으로 한 차별에만 국한하여 적용된다고 볼 수 없으며, 지침의

Women as Regards Access to Employment, Vocational Training and Promotion, and Working Conditions.

143 P v S and Cornwall County Council [1996] ECR I-2143 (C-13/94).

144 Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the Implementation of the Principle of Equal Opportunities and Equal Treatment of Men and Women in Matters of Employment and Occupation.

145 Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 on the Implementation of the Principle of Equal Treatment for Men and Women as Regards Access to Employment, Vocational Training and Promotion, and Working Conditions.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

목적과 지침을 통해 보호하고자 하는 권리의 성격을 고려할 때 성별재지정으로부터 발생하는 차별에도 적용되는 것이라고 보아야 한다고 결론내렸다. 재판소는 지침의 제목, 서문, 조항들에서 언급되고 있는 "남성과 여성에 대한" 평등대우원칙은 "성(sex)에 근거한 어떠한 차별도 있어서는 안 된다"는 것을 의미한다는 점, 따라서 지침은 공동체법의 근본원칙 중 하나인 평등 원칙에 대한 표현일 뿐이라는 점, 나아가 성을 이유로 차별받지 않을 권리는 법원이 보장할 책무를 지는 기본적인 인권 중 하나라는 점을 그 근거로 들었다. 재판소는 성별재지정을 이유로 한 차별은 이에 한정되는 것은 아니지만 본질적으로 관계된 사람의 성에 근거하여 발생하는 차별이며, 성별재지정을 하려 하거나 했다는 이유로 누군가가 해고를 당한다면 그 또는 그녀는 성별재지정 전에 속해있다고 간주되었던 성별의 사람과 비교하여 부당한 대우를 받은 것이라고 판시하였다. 그리고 그러한 차별을 용인하는 것은 누군가가 마땅히 받아야할 그리고 법원이 보호할 의무를 지는 존엄과 자유를 존중하지 않는 것이나 다름없다고 강조하였다.

나. 미국 민권법 제7편[146]

미국의 민권법 제7편(Title VII of the Civil Rights Act of 1964)은 차별금지사유로 '인종, 피부색, 종교, 성 또는 출신국(race, color, religion, sex, or national origin)'의 5가지 사유만을 명시하고 있으나, 이에 따라 규율되는 '성(sex)' 차별은 '성적지향', '성별정체성'을 이유로 한 차별을 포함한다는 것이 미국 고용기회평등위원회(Equal Employment Opportunity Commission, 이하 'EEOC')의 오랜 해석이었다. 성적지향 및 성별정체성을 이유로 한 차별은 "그 정의에 비추어(by definition)" 민권법 제7편의 '성을 이유로 한 차별(discriminate against any individual … because of such individual's … sex)'에 해당한다고 보고 민권법 제7편에 직접 근거하여 성적지향 및 성별정체성 차별을 규율하여 왔다.

먼저 성별정체성과 관련하여, EEOC는 2012년 Macy v. Department of Justice 결정[147]에서 성별정체성에 근거한 차별은 그 자체로 민권법상 성차별에 해당한다고 판시하였다. 이 사건은 채용단계에서 성별정체성을 이유로 차별을 받은 사건이다. 원고는 한 연방 기관과 채용 과정을 진행하면서 고용계약을 체결하기 직전 단계까지 갔으나, 자신이 이름과 성별을 남

146 이하 나. 미국 민권법 제7편의 내용은 조혜인, 앞의 글, 426-428면의 내용을 일부 수정하여 수록한 것이다.
147 Macy v. Department of Justice, EEOC Appeal No. 0120120821 (April 20, 2012)

국가인권위원회 humanrights.go.kr KOR

성에서 여성으로 전환하는 중이라는 사실을 상대 기관에 알리고 난 직후 갑자기 연방 예산 삭감 문제로 계약을 진행하지 않겠다는 통보를 받았다. 원고는 자신이 성, 성별정체성 및 성별 고정관념에 근거한 차별을 당했다고 주장하였다. EEOC는 이 결정에서 민권법 제7편에 의해 금지되는 성차별은 성(sex)과 성별(gender)에 기반한 차별 모두를 금지하는 것이고, 이때 성별(gender)은 개인의 생물학적인 성(sex) 뿐만 아니라 남성성, 여성성과 연관된 문화 · 사회적 측면도 포함하는 것이라고 설명하면서, 비록 지금까지 대부분의 법원들이 트랜스젠더인 사람들에게 민권법상 보호를 제공하기 위해 성별 고정관념 이론(a theory of gender stereotyping)을 원용해왔지만, 이러한 성별 고정관념 입증은 성차별을 입증하기 위한 하나의 수단일 뿐이고 핵심적인 질문은 '고용주의 (차별적인) 결정이 실제로는 피고용인의 성별(gender)을 근거로 한 것인가'라는 점을 강조한다. EEOC는 이러한 성차별을 입증하기 위해서는 문제된 기관이 원고를 남자라고 생각했을 때에는 고용할 의사가 있었다가 여자라는 사실을 알게 되면서 고용의사가 없어졌다는 점을 입증하면 되는 것이지 성별 고정관념에 근거한 차별인지를 입증할 필요는 없다고 설시하였다. EEOC는 결국 어떤 사람이 트랜스젠더임을 이유로 하는 차별은 "그 정의에 비추어(by definition)" 성을 이유로 한 차별에 해당하는 것이라고 보아 성별정체성 차별이 민권법 제7편의 성차별로서 규율된다는 결론을 내렸다.

EEOC는 나아가 2015년 Baldwin v. Department of Transportation 결정[148]에서 성적지향을 이유로 한 차별 또한 민권법 제7편의 성차별에 해당한다고 판단하였다. 이 사건 원고는 동성애자 남성으로 한 공항의 관리자로 근무하였는데 자신의 성적지향 때문에 승진이 거부되었다고 주장하였고, 승진 심사 담당이었던 책임자가 그동안 원고의 성적지향과 그의 동성 파트너에 대한 꾸준히 부정적인 발언을 했다는 증거를 제시하였다. 이 결정에서 EEOC는 크게 다음 두 가지 근거를 들어 성적지향을 이유로 한 차별은 민권법 제7편의 성차별로서 규율되어야 한다는 결론을 내렸다. 우선 피고용인에 대해 같은 성(sex)의 사람과 결혼을 했다는 이유로 또는 특정한 성(sex)의 사람과 개인적 관계를 맺고 있다는 이유로 차별을 하는 것은 "그 정의에 비추어(by definition)" 피고용인의 성(sex)을 이유로 차별을 하는 것이어서 민권법상 성차별에 해당한다는 것이고, 다른 한편으로 성적지향을 이유로 한 차별은 사람이라면 모두 자신과 반대되는 성(opposite sex)에 이끌려야 한다는 뿌리 깊은 성 고정관념, 규범 또는 기대에 근거한 것이어서 필연적으로 성별 고정관념에 기한 차별을 내포할 수밖에 없다는 것이다. EEOC는 이와 같이 성별정체성 또는 성적지향에 근거한 차별을 민권법 제7편의 성차별

148 Baldwin v. Department of Transportation, EEOC Appeal No. 0120133080 (July 15, 2015)

KOR 국가인권위원회 humanrights.go.kr

에 해당하는 것으로 보고 성차별에 관한 지침(Guidelines on Sex Discrimination)[149]의 내용에 포함시켜 적극적으로 규율해왔다.

2020년 미국 연방대법원의 판례는 동성애자 또는 트랜스젠더란 이유로 근로자를 해고하는 고용주는 문언적 해석에 비추어보았을 때 민권법 제7편의 성(sex)을 이유로 하는 차별금지 규정을 위반한 것이라고 판시함으로써 민권법 제7편 성차별과 성적지향, 성별정체성 차별의 관계를 명확하게 정리하였다.[150]

다. 일본의 법률해석과 차별금지정책[151]

일본의 경우 헌법상 평등조항에 따라 성적지향, 성별정체성을 이유로 차별받아서는 안 된다는 일반적인 법리가 법률 해석상 당연히 인정되는 것으로 받아들여지고 있다.

일본

(1심) 損害賠償事件 東京地裁平成3年(ワ)1557号 平成6年3月30日民事17部判決;
(2심) 損害賠償請求控訴事件 東京高裁平成6年(ネ)1580号 平成9年9月16日第4民事部判決

사건개요: 성적지향 차별을 다룬 일본의 대표적인 판결은 도쿄도 청년의 집 사건이다. 1990년 2월, '일하는 게이와 레즈비언 모임'은 도쿄도에서 운영하는 공공시설인 도쿄도 청년의 집에서 합숙하던 중 다른 이용자들에게 괴롭힘을 당하였다. 모임은 청년의 집에 대응을 요청하였으나 청년의 집으로부터 '도민의 합의가 없는 동성애자의 합숙 이용은 앞으로 거절하겠다'는 이야기를 들었다. 모임이 도쿄도 청년의 집에 다시 합숙 신청을 하였을 때 도쿄도 교육위원회는 도쿄도 청년의 집 이용조례 중 '남녀는 별실에 숙박해야 한다'는 조항을 들어 모임의 시설 이용을 불승인하였다. 청년의 집은 남녀가 함께 합숙하는 것을 엄격히 금지하고 있는데 동성애자는 서로 간에 성적 관심을 가질 수 있으므로 동성애자들의 합숙은 이성 남녀 간의 합숙과 마찬가지여서 조례의 취지에 따라 허용될 수 없다는 이유였다. 1991년 모임은 이러한 도쿄도의 불승인처분에 대해 헌법상 집회의 자유(21조)와 학습권(제26조)에 근거한

149 EEOC가 제정하는 성차별에 관한 지침(Guidelines on Sex Discrimination)은 원칙적으로 법적 구속력은 없으나, 미국법원의 판결이나 법적용, 법해석에 중요한 참고자료로 활용된다.

150 미국연방대법원 Bostock v. Clayton County, Georgia, 140 S.Ct. 1731 (2020). 이에 관한 자세한 소개는 본 보고서 제3장 고용영역에서의 차별 참조.

151 이하 다. 일본의 법률해석과 차별금지정책의 내용은 조혜인, 앞의 글, 429-433면의 내용을 일부 수정하여 수록한 것이다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

원고의 시설이용권을 침해하고 헌법상 평등원칙에 위배된 것으로서 위법한 처분이라고 주장하며 국가배상소송을 제기하였다.

판단내용: 이 사건 1심은 '동성애는 인간이 갖는 성적지향(sexual orientation)의 하나로서 성적 의식이 동성을 향하는 것이며, 이성애는 성적 의식이 이성에게 향하는 것'이라고 설시하여 동성애가 이성애와 마찬가지로 인간의 섹슈얼리티의 하나임을 인정하였다. 1심은 청년의 집에서 동성애자의 동실 투숙을 거부하는 경우 남녀 분리 숙박이 가능한 이성애자들와 달리 동성애자들은 합숙 시설 이용 자체가 금지되어 이성애자에 비해 현저하게 불이익을 겪게 되므로, 시설이용을 거부하려면 성적 행위의 일반적인 가능성을 넘어 해당 동성애자들 간의 성적 행위의 구체적인 가능성이 인정되어야 하는데 본건에서는 그러한 가능성이 인정되지 않는다고 보아 처분의 위법성을 인정하였다. 2심 또한 청년의 집 운영 시 남녀 별실 숙박의 원칙을 고려하는 것은 합당하다고 하더라도 이는 이성애자를 전제로 한 사회적 습관에 따라 만들어진 원칙이므로 동성애자의 사용 신청에 대해 그를 그대로 적용할 경우에 발생할 수 있는 중대한 불이익에 충분히 배려해야 하는데, 이 사건 불승인 처분은 성적 행위의 일반적인 가능성만을 중시하여 동성애자의 숙박 이용을 일절 거부한 것이고 보다 제한적이지 않은 방법으로 동성애자의 이용권과 조정을 도모하는 검토한 흔적도 찾아볼 수 없으므로 동성애자의 시설이용권을 부당하게 제한하고 결과적·실질적으로 부당한 차별적 취급을 한 것으로서 재량권의 범위를 일탈한 것이라고 판시하였다.

일본

(1심) 静岡地裁浜松支部判平成26年9月8日(平成24年(ワ)627号)判例時報2243号67頁;
(2심) 東京高裁平成27年(ネ)5258号 平成27年7月1日判決

사건개요: 성동일성장애인의 성별 취급 특례에 관한 법률[152] 제3조 제1항에 따라 여성으

152 일본은 2004년 7월 16일 '성동일성장애인의 성별취급특례에 관한 법률'이 제정·공포되어 이 법률에 따라 법적 성별변경이 이루어지고 있다. 일본에서는 '성별정체성' 대신 '성자인(性自認)'이라는 용어를 사용하고 있다.

로 성별변경을 마친 원고와 및 원고가 대표이사로 있는 회사가 주주회원제 골프장을 운영하는 회사와 골프장의 운영단체인 클럽에 대해 입회를 요청하였으나 성별변경을 이유로 입회가 거부되었다. 원고는 이러한 입회거부에 대해 불법행위를 이유로 한 손해배상을 청구하였다.

판단내용: 1심은 성별에 관한 자기인식을 신체적으로도 사회적으로도 실현하는 것은 원고의 인격의 본질적인 부분임에도 피고가 이를 부정하면서 입회를 거부한 것은 법 앞의 평등을 규정한 헌법 제14조의 취지에 비추어 사회적으로 용인할 수 있는 한계를 벗어난 행위라고 보아 원고 위자료 청구를 일부 인정하였다.
2심 또한 사인 간에도 질병을 이유로 불합리한 대우는 인정되지 않는데, 성동일성장해의 경우 이미 특례법이 시행된지 8년이 지나 그것이 의학적으로 질병이라는 것은 공지의 사실이므로 성동일성장해와 그 치료를 이유로 불합리한 대우를 하는 것은 다른 질병과 마찬가지로 허용되지 않는 것이고, 원고는 이 사건 가입 거부로 인격의 근간 부분에 관련된 정신적 고통을 받은 것으로 인정할 수 있다고 판시하였다.

일본은 각종 정부 부처를 통해 성적지향 및 성별정체성 차별금지를 비롯한 성소수자 인권 보장을 위한 국가정책들을 추진하고 있으며, 다양한 법률에 대한 지침의 형태로 차별금지원칙을 실현하고 있다. 일본 법무성은 수년에 걸쳐 인권옹호국의 역점사업에 '성적지향, 성자인(性自認)을 이유로 하는 편견과 차별을 없애자'를 포함시키고, 성적지향 및 성별정체성 인권에 관한 리플렛과 홍보동영상들을 만들어 배포하고, 국가공무원 및 지방공공단체 직원 등을 대상으로 한 성소수자 인권 교육을 실시하며, 전국법무국을 통해 성적지향 및 성별정체성 관련 인권 침해에 관한 상담 및 지원을 하는 등의 활동을 진행하고 있다.[153] 문부과학성은 2014년 '학교에서 성동일성장해에 관한 대응에 관한 상황 조사'를 실시하고, 2015년 그를 바탕으로 학교 내 성소수자 학생을 배려할 것을 요구하는 '성동일성장해에 관한 아동 학생에 대한 꼼꼼한 대응의 실시 등에 대해'라는 지침을 발표하였다.[154] 이어 2016년에는 이에 관한 상세한 안내를 담은 교직원용 책자를 만들어 배포하고, 2017년 3월에는 「왕따방지대책추진법(いじめ防止対策推進法)」에 근거하는 「집단 괴롭힘 방지 등을 위한 기본 방침(いじめの防止等

153 일본 법무성 인권옹호국의 계발활동 17개 역점사업 목록은 법무성 홈페이지 http://www.moj.go.jp/JINKEN/jinken04_00005.html, 성적지향 및 성자인 인권 사업 안내는 법무성 홈페이지 http://www.moj.go.jp/JINKEN/jinken04_00126.html 참조.
154 문부과학성 보도자료 http://www.mext.go.jp/b_menu/houdou/27/04/1357468 참조.

국가인권위원회 humanrights.go.kr

のための基本的な方針)」을 개정하여 성적지향 및 성자인을 이유로 한 괴롭힘에 관한 내용을 지침에 포함시키는 등 성소수자 학생들의 인권 보장을 위한 정책을 지속적으로 추진하고 있다. 한편 후생노동성은 2016년 「남녀고용기회균등법(男女雇用機会均等法)」에 따른 '성희롱 지침(セクハラ指針)'을 개정하여 '직장 내 성희롱에는 동성에 대한 것도 포함되는 것'이고 '피해를 받은 자의 성적지향 또는 성자인에 관계없이 해당자에 대한 직장에서의 성희롱도 본 지침의 대상이 되는 것'임을 명시하였고,[155] 인사원 또한 2016년 12월 성희롱에 관한 인사원규칙을 개정하여 '성적지향이나 성자인에 대한 편견에 근거한 성적 언동'이 성희롱에 포함된다는 문구를 삽입하는 등[156] 고용 영역에서의 성소수자 인권보장의 노력 또한 전개되고 있다.

일본의 지방자치단체 차원에서 추진되는 성소수자 주민들의 인권보장을 위한 노력 또한 주목할만하다. 2017년 8월 일본학술진흥원의 과학연구비지원사업으로 실시된 「전국자치단체의 성자인 · 성적지향 관련 시책조사(2016년 4월~7월 실시) 보고서」에 따르면[157] 2016년 기준 일본의 188개 지자체(도도부현 및 시정촌)의 235개 공공문서가 성적지향, 성별정체성에 따른 인권 보장에 관한 내용을 담고 있다. 이러한 문서들은 조례, 지침, 계획 등 다양한 형태로 나타나고 있는데, 예를 들어 도쿄도 분쿄구 「남녀평등참여추진조례」는 '누구든지 배우자 폭력, 성희롱, 성별에 기인하는 차별 취급(성적지향 또는 성자인에 기인한 차별 취급을 포함), 기타 성별로 인한 인권 침해를 행해서는 안 된다(제7조 제1항)'는 조항을 두어 성적지향 및 성별정체성 차별을 명시적으로 금지하고 있다.[158]

4. 기타 차별금지 관련 주요 법리

1) '이성애자'임을 이유로 한 차별

앞서 보았듯이 성소수자에 대한 차별 금지는 '성적지향', '성별정체성' 등과 같은 대칭적인

155 「事業主が職場における性的な言動に起因する問題に関して雇用管理上講ずべき措置についての指針」 2조 (1) 참조

156 人事院規則10−10 (セクシュアル・ハラスメントの防止等) の運用について (平成10年11月13日職福−442) (人事院事務総長発)

157 「日本におけるクィア・スタディーズの構築」研究グループ編{研究代表 河口 和也(広島修道大学)}, "全国自治体における 性自認・性的指向に関連する施策調査 (2016(平成 28)年 4月~7月実施) 報告書", 2017. 8. (보고서 전문은 다음 링크 참조. http://alpha.shudo−u.ac.jp/~kawaguch/ (최종 확인 일자)

158 그 외 후쿠오카현 「제4차 남녀공동참여계획」은 "성동일성장애나 성적지향을 이유로 곤란한 상황에 처하지 않도록 이해를 촉진하기 위한 대책이 필요하다"고 명시하고 있으며, 카나가와현 「인권시책추진지침」은 분야별 시책 방침으로 "성소수자(동성애자, 성동일성장애, 인터섹스)에 대한 편견, 차별의식 등 여러 인권문제에 대해 각각 대응하는 것"을 규정하는 등 조례, 지침, 계획 등 다양한 형태로 관련 정책을 진행하고 있다. 이러한 조례 등은 2003년에 「후쿠오카현 인권교육, 계발 지침」이 최초로 성소수자를 언급한 것을 시작으로 점차 여러 지자체에서 제정되어 왔으며, 특히 2010년대에 들어 그러한 제정 흐름이 가속화되어 2016년 한해에만 103개의 조례 등이 제정되는 등 전국적인 제정 움직임으로 나타나고 있다.

(symmetrical) 형태의 차별금지사유를 통해 법제화되어 왔다. 성적지향에는 '이성애'도 포함되므로, 이성애자라는 이유로 누군가를 차별하는 것 역시 성적지향을 이유로 한 차별에 해당한다. 성별정체성을 이유로 한 차별 역시 시스젠더임을 이유로 한 차별을 포함한다.

영국 고용심판소

Mrs E Hegarty v The Edge (Soho) Ltd, Case 2200027/05 (4887/106) (2005)

사건 개요: 원고는 게이 바에서 일하는 이성애자 여성이었다. 게이 바는 원고가 일하고 있는 피아노 바를 '재정비'하고 싶어했고 원고는 게이 바에서 '정리해고'를 당했다. 피아노 바는 두 달 후에 다시 문을 열었고, 그 후로는 남성 게이 바 직원들만이 고용되었다.

쟁점: 이성애자임을 이유로 한 차별도 성적지향을 이유로 한 차별에 해당하는가

판단: 법원은 성적지향을 이유로 한 차별금지조항이 이성애자에 대한 차별에도 적용된다는 것을 전제로, 이 사건 해고는 부당해고이자 성별과 성적지향을 이유로 하는 직접차별이라고 판시하였다. 성적지향 차별이 아니라는 것을 입증할 책임은 고용주에게 있었으나, 고용주는 이를 입증하지 못했다. 고용주는 원고에게 3천여 파운드에 달하는 손해배상액을 지급하였다.

2) 오인차별과 연계차별

나아가 성적지향, 성별정체성 등을 '이유로 한' 차별은 차별받는 사람이 문제되는 성적지향이나 성별정체성을 실제로 지니고 있어야만 성립할 수 있는 것이 아니다. 특정한 차별금지사유를 가지고 있지 않음에도 가지고 있다고 오인되어 차별받는 경우 또는 특정한 차별금지사유와 밀접하게 연관되어 있다는 이유로 차별받는 경우도 성적지향, 성별정체성 등을 '이유로 한(because of, on the ground of)' 차별이라고 볼 수 있기 때문이다.

가. 오인차별

오인차별(discrimination by perception)이란 실제로는 특정한 차별금지사유가 없음에도 그러

humanrights.go.kr KOR 국가인권위원회

한 사유가 있다는 오인(誤認)으로 불리한 대우를 받는 경우를 의미한다. 일부 법제의 경우 오인된 차별(perceived discrimination)의 경우에도 법의 적용을 받는다는 점을 명시적으로 표현하고 있다. 예를 들어 뉴욕주 인권법(New York State Human Rights Law)은 제27조에서 '성적지향'에 대해 '이성애, 동성애, 양성애, 무성애를 의미하며, 그것이 실제이든 오인된 것이든 불문한다'고 정의하고 있으며, 제35조 '성별정체성 또는 표현'에 대한 정의조항에서도 실제 뿐만 아니라 오인된 정체성을 포함한다고 명시하고 있다. 그러나 법에 명시적인 표현이 없는 경우에도, 특정한 차별금지사유가 존재한다고 오인하여 행해지는 차별은 그러한 사유를 이유로 한 직접차별에 포함된다고 보는 것이 많은 법제에서 널리 받아들여지고 있는 해석이다.

영국 평등법은 오인차별과 연계차별을 별도로 명시하지 않고 있으나, 영국정부가 작성한 법률해설서(Explanatory Notes)는 평등법 제13조의 직접차별에 오인차별과 연계차별이 포함된다는 점을 명확하게 설명하고 있다.[159] 영국 평등법에 관한 「고용 법적 시행강령」(Employment Statutory Code of Practice)은 이러한 오인차별의 예로 다음과 같은 사례를 제시하고 있다.[160]

> **예시:** 남성적인 외모의 여성이 영업 사원으로 지원한다. 영업관리자가 지원자의 외모를 보고 트랜스젠더라고 생각하여 그가 면접에서 가장 좋은 성적을 냈음에도 일자리를 제공하지 않는다면, 그 여성은 실제로 트랜스젠더가 아닌 경우에도 오인된 성별재지정을 이유로 한 직접차별이 있었다고 주장할 수 있다.

미국 EEOC 또한 2016년 발행한 「출신민족 차별에 관한 시행지침」(EEOC Enforcement Guidance on National Origin Discrimination)에서, 민권법 제7편은 '실제적인 또는 오인된 출신민족을 이유로 사람을 차별하는 목적이나 효과를 가진 고용주의 행위를 금지한다'고 해설하여, 민권법상 금지되는 종교, 출신민족이나 인종을 이유로 하는 차별에 오인차별이 포함된다는 점을 명시하였다. 다만 이러한 법리가 다른 차별금지사유에까지 공통적으로 적용된다고 보고 있는지는 명확하지 않다.

---

159 법률해설서는 평등법 제13조 직접차별의 예시로 다음과 같은 가상사례들을 들고 있다. 가령, 고용주가 지원자의 아프리카계 이름을 보고 백인 지원자를 흑인으로 오인하여 지원서를 반려하는 경우 이는 오인을 기반으로 한 직접적인 인종차별에 해당할 수 있다(오인차별). 이슬람 여성이 기독교도인과 결혼했다는 이유로 이슬람 가게로부터 차별을 받는 경우 이는 남편과의 연계성을 기반으로 한 직접적인 종교·신념 차별에 해당할 수 있다(연계차별).

160 Equality and Human Rights Commission, Employment : Statutory Code of Practice, (2011), 50.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

나. 연계차별

연계차별(discrimination by association)이란 특정한 차별금지사유를 가진 사람과 밀접한 관계 또는 연계를 가지고 있다는 이유로 불리한 대우를 받는 경우를 뜻한다. 영국 평등법에 관한 「서비스, 공적기능 및 협회 : 법적 시행강령」(Services, Public Functions and Associations : Statutory Code of Practice)은 연계차별의 예로 다음과 같은 사례들을 제시하고 있다.[161]

예시: 한 소년이 지역 축구 클럽에 가입하기를 원하지만 부모가 레즈비언 커플이라는 이유로 거부된다면, 이것은 소년이 부모와 맺는 관계로 인한 성적지향을 이유로 하는 연계에 의한 직접차별이다.

예시: 테니스 클럽의 임원들이 그 클럽에 속한 여성팀의 주장이 TV에 나와 트랜스젠더를 더 공정하게 대우하라는 캠페인을 펼치는 조직을 대표하여 연설하는 것을 보고 긴급 회의를 소집한다. 그들은 클럽의 명성을 유지하기 위해 그 여성을 팀의 주장에서 내보내기로 결정한다. 이러한 행위는 성별재지정을 이유로 한 직접차별에 해당한다.

3) 오인차별에서 더욱 확장된 해석

가. 캐나다

캐나다 온타리오 인권위원회가 발간한 「성적지향을 이유로 한 차별과 괴롭힘에 관한 정책」(Policy on Discrimination and Harassment Because of Sexual Orientation)은 오인차별에서 더 나아가 차별가해자가 실제로는 피해자를 성소수자로 오인하지 않았다는 주장을 하더라도 피해자가 당한 차별이나 괴롭힘이 동성애 혐오적인 성격을 갖는다면 온타리오 인권법에 따라 성적지향을 이유로 한 차별이나 괴롭힘에 대한 진정이 가능하다고 설명하고 있다. 이는 그러한 대우가 성적지향에 대한 편견에 기반하고, 차별의 성립을 판단하는 기반은 가해자의 의도나 믿음이 아니라 차별이나 괴롭힘의 효과에 있기 때문이다. 이는 아래 2005년 브리티시컬럼비아 항소법원 판례에서 확인된 법리이다.

---

161 Equality and Human Rights Commission, Services, Public Functions and Associations: Statutory Code of Practice, (2011), 58–59.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

캐나다 브리티시컬럼비아 항소법원

North Vancouver School District No. 44 v. Jubran (2005), 39 B.C.L.R. (4th) 153 (B.C.C.A.)

사건개요: 아즈미 저브런Azmi Jubran은 북밴쿠버에 있는 공립 중고등학교에 재학 중이던 5년 동안 다른 학생들로부터 지속적으로 동성애 혐오성 괴롭힘을 당하였다. 저브런은 반복적으로 "호모" 등의 동성애 혐오적인 호칭("homo", "faggot", "gay")으로 불렸고 욕설과 조롱, 폭행 등에 시달렸다. 학교는 괴롭힘 사건들을 조사한 후 몇몇 가해 학생을 징계하거나 정학 처분을 내리는 방식으로 사건에 대응하였으나 괴롭힘을 멈추는데 효과가 없었다. 징계 받은 학생들이 괴롭힘을 멈춘 경우에도 또다른 학생들이 저브런에게 동성애 혐오적인 호칭을 사용하며 그를 괴롭히는 일이 반복되었기 때문이다.

저브런은 1996년 브리티시컬럼비아(British Columbia, 이하 B.C.) 인권위원회에 학교 수탁기구 이사회를 대상으로 한 진정을 제기하였다. 저브런은 학교 이사회가 인권규약(Human Rights Code) 제8조를 위반하여 공중이 이용가능한 숙박, 서비스 및 시설과 관련하여 성적지향을 이유로 한 차별을 하였다고 주장하였다.

B.C.인권위원회와 B.C.인권재판소는 성적지향을 이유로 한 차별을 인정하였다. 재판과정에서 저브런은 자신이 동성애자가 아니라고 말했고, 그를 괴롭힌 학생들도 괴롭힘 당시 저브런을 실제 동성애자로 생각했던 것은 아니라고 진술했다. 그럼에도 B.C.인권재판소는 진정인이 실제로 동성애자인지, 괴롭힌 학생들이 진정인을 동성애자로 믿었는지 여부와 관계 없이 차별이 인정된다고 보았다. B.C.인권재판소는 학교 이사회가 차별과 괴롭힘이 없는 교육 환경을 제공해야할 의무를 다 하지 못하였다고 판단하고, 진정인에게 4500달러의 손해배상금을 지급할 것, 규약 위반 행위를 중지하며 재발을 방지할 것을 명하였다.

학교 이사회는 B.C.법원(B.C. Supreme Court)에 상소하였고, B.C.법원은 인권재판소의 결정을 뒤집었다. B.C.법원은 "특정인이나 집단의 성적지향을 이유로 한" 차별을 금지한다는 인권규약 제8조의 문구를 근거로, 진정인이 실제 동성애자이거나 동성애자로 오인받아 발생한 괴롭힘에 대해서만 인권규약이 적용된다고 판단하였다. 저브런의 상소로 사건은 B.C.항소법원(British Columbia Court of Appeal)에서 다시 다루어지게 되었다.

관련 법조항: B.C.인권규약(Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, c. 210 s. 8) 제8조(1)(b) 누구든 진실되고 합리적인 정당화 사유가 없는 한, 공중이 이용가능한 숙박, 서비스 및 시설과

관련하여 특정인이나 특정집단의 성적지향을 이유로 그를 차별해서는 안 된다.

쟁점: (1) B.C.인권규약 제8조에 따라 성적지향을 근거로 한 차별적 괴롭힘을 진정하기 위해서는 피해자가 실제로 동성애자이거나 괴롭힌 사람들이 그를 동성애자로 오인했어야 하는가, (2) 학생의 행위가 인권규약 위반인 경우 학교이사회가 그에 대해 책임을 지는가

판단내용: B.C.항소법원은 B.C.법원의 결정을 파기하고 B.C.인권재판소의 결정을 복구시켰다. 항소법원은 인권 관련 법률 해석 시에는 그 특수한 성격에 비추어 법이 달성코자 하는 목적을 진전시킬 수 있는 폭넓은 접근이 허용되어야 한다는 캐나다 대법원의 입장과 "인간의 존엄과 평등을 증진·육성하고, 규약에서 금지하는 차별을 예방하고, 금지된 차별과 연관되어 있는 반복되는 불평등 패턴을 규명하고 제거"하기 위한 인권규약의 목적을 검토하였다. 그리고 이러한 넓은 해석 접근법과 인권규약의 목적을 고려할 때, 성적지향에 근거한 차별을 규율하는 인권규약 제8조를 차별진정인이 스스로를 동성애자로 정체화하거나 괴롭힌 사람들이 그를 동성애자로 믿었을 것을 요구하는 것으로 볼 수 없다고 판단하였다.

항소법원은 인권규약 제8조에 오인된 차별을 포함시키는 이유는 그러한 차별이 피해자에게 미치는 영향이 그 속성을 실제로 가진 사람에 대한 차별과 다를 바 없기 때문이라는 기존 판례의 입장을 이 사건에도 연장하여 적용하였다. 즉, 괴롭히는 자의 의도나 신념이 아니라 괴롭힘의 효과에 초점을 두어 차별을 판단해야 한다고 할 때, 이 사건 괴롭힘 행위의 효과는 괴롭힌 자들이 저브런을 실제 동성애자로 인식했는지 아닌지와 관계 없이 동일하다는 것이다. 저브런을 향한 동성애혐오성 괴롭힘은 동성애자에게 부과되는 부정적인 인식, 미신, 고정관념을 그에게도 똑같이 부과하였다. 동성애에 연계시키는 부정적인 특성이 괴롭힘을 통해 저브런에게 동일하게 부과됨으로써, 저브런은 존엄성을 부정당하고 학교생활에 온전하게 참여하기 어려운 환경에 놓여지게 되었다.

항소법원은 또한 학교 이사회가 학생들에게 차별적 괴롭힘 없는 교육 환경을 제공해야할 의무가 있음에도 불구하고, 이 사건에서 몇몇 학생에 대한 징계를 넘어 학생들 사이에 널리 퍼져있는 동성애 혐오증이나 동성애 혐오성 괴롭힘 문제를 일반적으로 다루기 위해 아무것도 하지 않았고, 그러한 문제를 다루기 위해 고안된 프로그램도 시행하지 않았으며, 이와 관련된 분야의 전문가들이 존재함에도 도움을 구하지 않았다는 점 등을 들어 학교 이사회의 책임을 인정한 인권재판소의 결정이 타당하다고 확인하였다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

나. 영국

2008년 잉글랜드 및 웨일즈 항소법원은 「고용평등규정 (성적지향) 2003」에서 금지하는 '성적지향에 근거한 괴롭힘(harassment on grounds of sexual orientation)'의 해석과 관련하여 이러한 괴롭힘이 성립하기 위하여 피해자가 실제 성소수자이거나 성소수자로 오인되었을 필요는 없다고 판결하였다.

영국 잉글랜드 및 웨일즈 항소법원

English v Thomas Sanderson Ltd [2008] EWCA Civ 1421 (2008. 12. 19.)

사건개요: 청구인은 고용 기간 동안 동료 직원들의 괴롭힘에 시달렸다. 동료 직원들은 청구인이 기숙학교에 다녔고 브라이튼에 거주했다는 사실을 들어 청구인이 동성애자라고 암시하는 내용의 성적인 풍자를 계속 하였다. 청구인은 실제로는 동성애자가 아니라 결혼하여 세 아이를 둔 이성애자였고, 동료들도 청구인을 동성애자라고 인식하지는 않았다. 그럼에도 청구인은 이러한 동료들의 괴롭힘 때문에 직장을 그만둘 수밖에 없었다며, 이는 성적지향을 이유로 한 괴롭힘에 해당한다고 주장하였다.

쟁점: 피해자가 실제 동성애자가 아니고, 괴롭힌 자들도 피해자를 동성애자라고 인식하지는 않았던 사안에도 성적지향을 이유로 한 괴롭힘 금지 조항이 적용될 수 있는가

판단내용: 다수의견은 성적지향을 이유로 한 괴롭힘을 인정하였다. 세들리 판사Lord Justice Sedley는 다음과 같이 말했다.

> 그가 동성애자인지 아닌지는 중요하지 않다. 청구인의 실제 섹슈얼리티와 무관하게 그의 존엄에 가해졌던 모욕, 그리고 그 결과로 따라온 견딜 수 없는 노동환경만으로 이 사건은 성적지향을 이유로 하는 괴롭힘 조항의 적용범위에 충분히 들어온다.

특히 세들리 판사는 이 사건에서 적용 여부가 문제된 「고용평등규정(성적지향) 2003」(the Employment Equality (Sexual Orientation) Regulations 2003) 제5조의 "Harassment on Grounds of Sexual Orientation"의 해석과 관련하여, 조건법 테스트("but for" test)를 하는

국가인권위원회
humanrights.go.kr

경우에도 동료들이 청구인에게 귀속시키기로 한 성적지향 문제가 아니었더라면 그들은 청구인을 괴롭히지 않았을 것이고, 원인-결과 테스트(Cause-and-Effect Test)를 적용하는 경우에도 동료들은 이성애자로 알고 있는 청구인을 동성애자인 것처럼 조롱하는 것이 재미있다고 생각해 괴롭힌 것이므로 어느 쪽으로 접근하든 청구인은 성적지향을 이유로(on grounds of sexual orientation) 괴롭힘을 당한 것이라고 판시하였다.

그 후 제정된 영국 평등법(Equality Act 2010)은 괴롭힘의 정의 조항에서 기존의 '이유로 한(on the ground of)'이라는 문구 대신 '관련된(related to)'이란 문구를 사용함으로써 괴롭힘이 포괄하는 범위가 차별보다 넓다는 점을 보다 명확히 하였다.

영국 평등법

26 괴롭힘 (harassment)

(1) A가 B에 대해서 다음과 같은 행위를 한 경우 괴롭힘이 성립한다

(a) A가 해당되는 보호 속성과 관련된(related to a relevant protected characteristic) 원치 않는 행위에 관여했고,

(b) 그 행위가 다음의 목적 또는 효과를 갖는 경우

(i) B의 존엄성 침해 또는

(ii) B에 대한 위협적, 적대적, 비하적, 굴욕적, 공격적 환경 조성

영국 평등법에 관한 「서비스, 공적 기능 및 협회 법적 시행강령」(Services, public functions and associations Statutory Code of Practice)은 이러한 괴롭힘의 정의조항은 문제되는 행위가 차별금지사유(protected characteristic)와 어떠한 방식으로든 관련이 있는 경우를 널리 포괄한다고 지적하면서, 다음과 같이 차별금지사유를 가지고 있지 않은 사람의 경우에도 괴롭힘 소송을 직접 제기하는 청구인이 될 수 있다고 설명하고 있다.[162]

- 청구인이 차별금지사유를 가진 사람과 연계되어 있는 경우
- 청구인이 차별금지사유를 가지고 있다고 오인되는 경우

162 Equality and Human Rights Commission, Services, public functions and associations: Statutory Code of Practice (2011), 115-117.

국가인권위원회 humanrights.go.kr KOR

- 청구인이 실제로는 차별금지사유를 가지고 있지 않다는 사실이 알려져 있지만 그럼에도 불구하고 그러한 사유를 이유로 괴롭힘을 당하는 경우 (예: 한 패스트푸드의 직원이 가게에 들어오는 십대 소년을 '파키(Paki)'라고 부르는 사례. 직원은 그 소년이 영국에서 태어났고 그의 가족이 터키 출신이라는 것을 알고 있지만, 농담 삼아 그 이름을 부른다. 소년은 그만하라고 직원에게 이미 요구를 했었고, 자신이 가지고 있지 않은 사유로 모욕당하는 것이 두려워 친구들과 가게에 오는 것을 꺼려하고 있다.)
- 원치 않는 행위가 차별금지사유와 관련되어 있지만, 청구인이 아니라 다른 사람이나 불특정인을 대상으로 하고 있는 경우 (예: 가게 주인이 흑인 고객을 인종적으로 괴롭히는 경우. 백인 고객이 그러한 인종적 괴롭힘의 결과로 불쾌함을 느꼈다면 인종적 괴롭힘에 대한 소송을 제기할 수 있다.)
- 원치 않는 행위가 차별금지사유와 관련되어 있지만, 차별금지사유를 이유로 발생하지는 않은 경우 (예: 한 산악회의 여성 회원이 그 모임의 회장과 연인관계에 있다. 그런데 모임의 회장이 다른 남성 회원과 함께 있는 그 여성 회원의 모습을 보고 불륜을 의심하면서 다른 회원들 앞에서 여성 회원의 등반기술을 계속 비판하며 그를 힘들게 만든다면, 이러한 행동은 여성 회원의 성별을 이유로 한 것은 아니지만 그의 성별과 관련되어 있는 불륜의 의심 때문에 발생한 것이므로 성별과 관련된 괴롭힘에 해당할 수 있다.)

III. 국제인권규범과 성소수자 차별금지 법리의 발전

1. 개관

성적지향 · 성별정체성에 기반한 차별은 한 개인의 정체성과 행복의 핵심적인 부분에 대한 공격이자 개인의 존엄과 평등에 대한 심각한 부정이기에 중대한 인권문제로 다루어질 필요가 있다. 이와 관련한 국제인권규범과 국제기구 등의 활동은 수십 년간 지속적으로 진전해 왔다.

국제인권규범의 동향을 살펴보는 이유는 다음과 같다. 헌법에 의하여 체결 · 공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다(대한민국 헌법 제6조 제1항). 따라서 한국이 가입한 주요 인권조약과 관련 국제관습법은 국내에서 직접적인 법적 효력을 가진다. 국제인권규범은 국가 작용(입법, 사법, 행정)에 대한 법률적 근거, 기준일 뿐만 아니라 국내법을 해석하는데 보완적인 역할을 하기도 한다. 그밖에 국제기구들이 발표한 결의문이

나 문서들 역시 해당 권리의 보편적이고 현재적인 의미에 대한 해석으로서 국제인권규범의 중요한 부분을 구성한다.[163]

한편 국제인권규범의 근간이라 할 수 있는 1948년 세계인권선언에서 평등과 차별금지는 핵심 원칙이다. 세계인권선언은 제1조 1문에서 "모든 사람은 태어날 때부터 자유롭고, 존엄성과 권리에 있어서 평등하다"고 선언하면서 제2조에서 "인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 그 밖의 견해, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생, 기타 지위 등에 따른 어떠한 종류의 구별도 없다"는 차별금지원칙을 선언하였다. 이를 이어받아 1966년 제정된 시민적 · 정치적 권리에 관한 국제규약(이하 '자유권규약') 제2조 제1항과 경제적 · 사회적 · 문화적 권리에 관한 국제규약(이하 '사회권규약') 제2조 제2항은 "인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 그 밖의 견해, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타 지위 등에 의한 어떠한 종류의 차별도 없이 이 규약에서 인정되는 권리들을 존중하고 확보할 것"을 규정한다.

위 문서들은 모두 차별금지사유를 열거하면서도 '기타 지위(other status)'라는 예시적, 개방적 표현을 사용하여 당시에는 인식되지 못한 차별금지사유가 이후에 발견되고 확인될 수 있도록 하였다. 그렇게 하여 확인된 차별금지사유의 대표적인 사례가 '장애', '나이', '성적지향', '성별정체성' 등이다.

그렇기에 유엔은 성적지향 · 성별정체성에 따른 차별로부터 보호받을 권리는 성소수자들을 위해 새롭게 창설되어야 하는 것이 아니라, 어떠한 차별도 없이 모든 권리를 향유해야 한다는 국제인권규범의 원칙에서 당연히 도출되는 것임을 분명히 하고 있다.[164] 즉, 각 유엔회원국은 국제인권규범을 준수할 의무에 따라 마땅히 성적지향 · 성별정체성에 따른 차별을 없애고 평등을 증진할 책무를 갖는 것이다.

이하에서는 이러한 국제인권규범 하에서 성적지향 · 성별정체성에 따른 차별금지와 평등원칙에 어떻게 구체화되었는지 살펴보고자 한다.

---

163 한국의 주요 인권조약 가입일과 발효일은 다음과 같다. ① 시민적·정치적 권리규약(자유권규약) 1990.4.10. 가입 1990.7.10. 발효, 제1선택의정서 1990.4.10. 가입 1990.7.10. 발효, 제2선택의정서(미가입), ② 경제적·사회적·문화적 권리규약(사회권규약) 1990.4.10. 가입 1990.7.10. 발효, ③ 인종차별철폐협약 1978.12.5. 가입 1979.1.4. 발효, ③ 여성차별철폐협약 1984.12.27. 가입 1985.1.26. 발효, 선택의정서 2006.10.18. 가입 2007.1.18 발효, ④ 고문방지협약 1995.1.9. 가입 1995.2.8. 발효, 선택의정서(미가입) ⑤ 아동권리협약 1991.11.20. 가입 1991.12.20. 발효, 아동의 무력충돌 참여 선택의정서 2004.9.24. 가입 2004.10.24 발효, 아동매매·성매매·음란물 선택의정서 2004.9.24. 가입 2004.10.24. 발효 ⑥ 장애인권리협약 2008.12.11. 가입 2009.1.10. 발효. 대한민국 외교부 홈페이지 https://www.mofa.go.kr/www/wpge/m_3996/contents.do (2021. 12. 6. 확인).

164 OHCHR, Born Free and Equal: Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law, UN (2012), 10.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

2. 국제인권조약에서의 성소수자 차별금지 법리 발전

1) 자유권규약

앞서 본 바와 같이 성적지향 · 성별정체성은 국제인권조약에 명문으로 포함되어 있지는 않으나 평등과 차별금지 조항에 대한 조약기구의 해석에 의해 여러 차례 그 권리가 인정되어 왔다. 그 첫 번째 사례가 1994년 유엔 자유권위원회의 Toonen v. Australia 사건이다. 이 사건은 호주 태즈메이니아 주에서 동성 간 합의된 성적 접촉을 처벌하는, 소위 '소도미법'에 대한 개인진정 사건이다. 이에 대해 자유권위원회는 자유권규약 제2조 제1항 및 제26조에 차별금지사유로 규정되어 있는 '성(sex)'은 '성적지향(sexual orientation)'을 포함하는 것이라고 밝히면서, 문제된 형법 조항은 규약 제17조 및 제2조 제1항에 위반된다고 판단(이에 따라 제26조 위반 여부는 살필 필요가 없다고 설시)하며 이를 폐기할 것을 권고하였다. 이후 호주는 해당 조항을 폐기하는 법률을 연방정부 차원에서 통과시켰다.

유엔 자유권위원회

Toonen v. Australia, CCPR/C/50/D/488/1992 (1994. 3. 31.)

사건개요 : 호주는 1788년부터 시작된 영국의 식민화 이후 동성 간의 합의된 성적접촉을 처벌하는 소도미법을 이어받았고, 이에 따라 태즈메이니아 형법은 성인 동성애자 남성 간의 사적으로 이루어진 성적 접촉을 범죄로 규정하였다. 호주의 6개 주 중 다른 주는 1970년대를 시작으로 1990년대 초반까지 이미 소도미법을 철폐하였기에, 태즈메이니아 주는 이러한 종류의 법을 가진 마지막 주였다. 1991년 9월 25일 호주는 개인진정제도를 규정한 자유권규약 제1선택의정서를 비준하였다. 의정서의 효력이 발생한 같은 해 12월 25일 태즈메이니아 지역 성소수자 활동가인 니콜라스 투넨(Nicholas Toonen)은 위 형법 조항에 대해 개인진정을 제기하였다.

쟁점 : 자유권규약은 성적지향을 이유로 한 차별을 금지하고 있는가. 그리고 동성 간 합의된 성적 접촉을 처벌하는 조항은 자유권규약에 위배되는가

판단내용: 개인진정의 적법성과 관련하여 자유권위원회는 직권으로 진정의 적법성을 심사하였다. 먼저 규약의 적용범위와 관련하여 위원회는 자유권규약은 당사국인 연방국가의 한 지역이 범한 규약 위반에도 적용되므로 태즈메이니아 형법의 규약 위반은 규약 당사국 호주의 책임 범위 안에 있다고 판단했다.[165] 한편 개인진정 사건의 진정인은 피해자여야 한다.[166] 하지만 문제의 조항은 1981년 이후 적용된 사례가 없었다. 이에 대해 위원회는 이 법이 미래에 집행되지 않는다는 보장이 없으므로 조항의 존재 자체가 해악을 끼친다는 진정인의 주장을 받아들였다.

본안 판단에서 태즈메이니아 당국은 이 조항이 사생활을 자의적으로 제한한다는 것에는 동의하나 HIV/AIDS의 확산 예방이라는 목적을 위해 정당화된다고 주장했다. 이에 대해 위원회는 해당 형법조항은 입법목적과 수단 사이에 합리적인 연관성이 인정되지 않는다고 판단했다. 즉, 이 조항 때문에 오히려 동성 간의 성행위가 더욱 비가시화되고 HIV/AIDS 감염 위험이 더 높아지므로, 오히려 입법의도에 반하는 결과를 초래한다는 것이었다. 따라서 위원회는 해당 조항이 규약 제17에서 보장하는 사생활에 대한 권리를 제2조의 차별금지원칙과 연결하여 침해한다고 판단하였다. 또한 규약 제2조 제1항 및 제26조에 차별금지사유로 규정되어 있는 '성(sex)'은 '성적지향(sexual orientation)'을 포함하는 것이라는 점도 설시하였다.

자유권위원회는 이후 2003년 Young v. Australia 사건,[167] 2007년 X v. Colombia 사건[168]에서도 위와 같은 해석을 반복하여 확인하였다. 위 두 사건은 각각 20년 이상 관계를 유지해온 동성커플이 국가로부터 연금지급을 거부당하자 제기한 개인진정 사건이다. 이에 대해 자유권위원회는 호주와 콜롬비아 모두 이성 사실혼 커플에게는 연금을 지급하면서 동성 커플에게만 연금 지급을 거부하는 것은 '성(sex) 또는 성적지향(sexual orientation)'을 이유로 한 차별로서 자유권규약 제26조를 위반하는 것이라고 설시하였다.

---

165 자유권규약 제50조 이 규약의 규정은 어떠한 제한이나 예외없이 연방국가의 모든 지역에 적용된다. 자유권규약 원문과 국문번역본은 국가인권위원회 웹페이지 (https://www.humanrights.go.kr/site/program/board/basicboard/view?menuid=001003007007&searchcategory=%EC%9E%90%EC%9C%A0%EA%B6%8C%EA%B7%9C%EC%95%BD&pagesize=10&boardtypeid=7065&boardid=7606997)에서 확인 가능하다.

166 자유권규약 선택의정서 제1조 이 의정서의 당사국이 된 규약당사국은 그 관할권에 속하는 자로서 그 국가에 의하여 규약에 규정된 권리가 침해된 희생자임을 주장하는 개인으로부터 통보를 접수하고 심리하는 이사회의 권한을 인정한다. 이사회는 이 의정서의 당사국이 아닌 규약당사국에 관한 어떠한 통보도 접수하지 않는다.

167 Human Rights Committee(HRC), Young v. Australia, Communication No. 941/2000, UN문서CCPR/C/78/D/941/2000, (2003).

168 HRC, X v. Colombia, Communication No. 1361/2005, UN 문서 CCPR/C/89/D/1361/2005 (2007).

국가인권위원회 humanrights.go.kr

개인진정 결정 외에 일반논평(General Comment)을 통해서도 자유권위원회는 성적지향 · 성별정체성에 따른 차별과 폭력이 자유권규약에 의해 금지됨을 분명히 하였다. 2014년 자유권위원회 일반논평 제35호는 "규약 제9조는 모든 사람의 (자유에 대한) 권리를 보장하는데, 이때 모든 사람에는 … 레즈비언, 게이, 바이섹슈얼, 트랜스젠더 … 가 포함"되고, "당사국은 … 성적지향이나 성별정체성에 근거한 개인에 대한 폭력에 … 적절하게 대응"해야할 의무를 지고 있다고 설시하고 있다.[169]

2) 사회권규약

사회권규약 제2조 제2항은 차별금지와 평등의 원칙을 규정하고 있고, 사회권위원회는 여러 차례 일반논평을 통해 사회권규약상의 권리는 성적지향 · 성별정체성에 따른 차별없이 보장받아야 함을 이야기하고 있다. 가령 사회권위원회는 2000년 일반논평 제14호 '도달 가능한 최고수준의 건강에 대한 권리'[170]에서 누구나 성적지향 등에 관계없이 동등하게 건강권을 누릴 수 있다고 하였고, 2002년 일반논평 제15호 '물에 대한 권리',[171] 2005년 일반논평 제18호 '노동권',[172] 2008년 일반논평 제19호 '사회보장에 대한 권리'[173]에서도 성적지향을 차별금지사유로서 이야기하고 있다.

특히 2009년 일반논평 제20호는 차별금지사유의 의미를 보다 상세하게 설명하고 있다.[174] 일반논평 제20호는 사회권규약 제2조 제2항에 열거된 차별금지사유의 의미에 관해 다음과 같이 이야기한다.

> "차별의 속성은 맥락에 따라 다르고 시간이 지남에 따라 변화한다. 따라서 합리적, 객관적으로 정당화될 수 없으며 제2조 2항에서 명시적으로 인정된 사유들에 필적할 만한 여타 형태의 차등대우를 포착하기 위해서는 '기타 지위(other status)'라는 금지사유에 대한 유연한 접근이 필요하다. 일반적으로, 과거로부터 지금까지 주변화로 고통받아온 사회적 취약집단의

169 HRC, General Comment No. 35 Article 9 (Liberty and security of person), UN 문서 CCPR/C/GC/35 (2014), paras 3, 9.

170 CESCR, General Comment No. 14:The Right to the Highest Attainable Standard of Health (art. 12 of Covenant). UN 문서 E/C. 12/2000/4 (2000. 8. 11.), para 18.

171 CESCR, General Comment No. 15:The Right to Water (art. 11 and 12 of Covenant). UN 문서 E/C. 12/2002/11 (2003. 1. 20), para 1.

172 CESCR, General Comment No. 18:The Right to the Work (art. 6 of Covenant), UN 문서 E/C. 12/GC/18 (2006. 2. 6.), para 12.

173 CESCR, General Comment No. 19:The Right to the Social Security (art. 9 of Covenant). UN 문서 E/C. 12/GC/19 (2008. 2. 4.), para 29.

174 CESCR, General Comment No. 20: Non-discrimination in Economic, Social and Cultural Rights (art. 2, para. 2, of the Covenant), UN 문서 E/C.12/GC/20 (2009. 7. 2.), para 32.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

경험을 반영하는 경우, 이는 추가적 금지사유로 인정된다."

나아가 다음 사항도 짚는다.

"제2조 제2항에서 규정한 '기타 지위'에는 성적지향이 포함된다. 국가는 개인의 성적지향이 유족연금에 대한 접근과 같은 규약 상 권리실현에 장애가 되지 않도록 보장할 의무가 있다. 또한 성별정체성 역시 차별금지 사유로 인정된다. 예를 들어 트랜스젠더, 트랜스섹슈얼 또는 인터섹스의 경우 종종 학교나 직장에서의 괴롭힘과 같은 종종 심각한 인권침해를 당한다."

즉, '기타 지위(other status)'에 성적지향과 성별정체성이 포함된다는 것을 분명히 한다.

3) 그 외 국제인권조약

양대 규약으로 이야기되는 자유권규약과 사회권규약 외의 국제인권조약에서도 조약기구들은 해석을 통해 성적지향 · 성별정체성에 따른 차별금지와 평등을 증진할 국가의 의무를 분명히 한다. 아동권리위원회는 2003년 일반논평 제4호를 통해 아동권리협약 제2조의 차별금지사유에는 '청소년들의 성적지향과 건강상태(HIV/AIDS와 정신보건상태를 포함)도 포함'되는 것이라고 명시하였다.[175] 고문방지위원회는 2008년 일반논평 제2호에서 "(고문방지협약의) 당사국들은 협약에 의해 발생한 의무들에 관하여, 해당 법들이…성적지향, 트랜스젠더 정체성 등과 상관없이 똑같이 적용되어야 한다"라고 설시하였다.[176] 여성차별철폐위원회는 2010년 일반권고 제28호에서 '교차성(Intersectionality)'이 여성차별철폐협약 제2조를 이해하는데 기본적인 개념임을 강조하며, "성(sex)과 성별(gender)에 기반한 여성 차별은 인종, 민족, 종교나 신념, 건강, 지위, 나이, 계층, 계급 및 성적지향과 성별정체성과 같이 여성에게 영향을 미치는 다른 요소들과 불가분하게 연결되어 있다"고 설시하였다.[177] 장애인권리위원회 역시 2016년 일반논평 제3호에서 나이, 장애, 성, 성적지향 및 성별정체성을 비롯한 다양한 차별사유들이 교차적으로 작용하여 발생하는 '교차 차별(intersectional discrimination)'을 장애 차별을 이해하기 위한 중요한 개념으로 상정하면서 국가가 이러한 교차 차별을 적극적으로 해결

175 CRC, General Comment No. 4, Adolescent Health and Development in the Context of the Convention on the Rights of the Child, UN 문서 CRC/GC/2003/4 (2003. 7. 1.), para. 6.

176 CAT, General Comment No. 2, Implementation of article 2 by States Parties, UN 문서 CAT/C/GC/2 (2008. 1. 24.), para. 21.

177 CEDAW, General Recommendation No. 28 on the Core Obligations of States Parties under Article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, UN 문서 CEDAW/C/GC/28 (2010. 12. 16.), para. 19.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

할 것을 촉구하고, 장애 여성은 동질적인 집단이 아니며 이에는 '레즈비언, 바이섹슈얼, 트랜스젠더 여성과 인터섹스인 사람'이 포함된다는 점을 강조하였다.[178]

이처럼 한국이 가입비준한 주요 국제인권조약의 기구들은 모두 성적지향 · 성별정체성에 따른 차별은 금지되며 국가는 성소수자의 평등을 증진할 책무를 진다고 강조하고 있다.

3. 유엔 총회 및 인권이사회 결의안과 보고서

위와 같은 조약기구의 해석과 더불어 유엔 총회 및 인권이사회는 여러 차례 결의안을 채택하고 국가별 상황을 조사한 보고서 작성 및 제출 등을 통해 성적지향 · 성별정체성에 따른 차별금지 원칙을 확인하고 있다. 가령 2003년 '비사법적, 약식 또는 자의적 처형(Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions)'에 관한 유엔총회 결의안은 '성적지향을 포함하여 차별적 동기로 이루어지는 살인 사건에 대해 국가가 신속하고 철저하게 조사할 것'을 촉구하고 있다.[179]

특히 유엔인권이사회는 2011년 6월 17일 제19차 회의에서 '인권, 성적지향과 성별정체성(Human Rights, Sexual Orientation and Gender Identity)' 결의안을 채택하였다.[180] 이는 성적지향 · 성별정체성을 이유로 한 인권침해에 초점을 둔 유엔 차원의 최초의 결의안이다. 인권이사회는 이 결의안에서 세계 곳곳에서 성적지향과 성별정체성을 이유로 개인에게 가해지고 있는 폭력적이고 차별적인 행위들에 대해 '깊은 우려(grave concern)'를 표명하면서, 유엔인권최고대표가 2011년 말까지 성적지향과 성별정체성을 이유로 한 세계의 차별실태를 조사하여 보고서를 마련할 것, 인권이사회는 이를 근거로 2012년 3월경에 있을 제19차 정기 회기에서 패널토론을 실시할 것 등을 결의하였다. 인권이사회는 이후 2014년 9월 27일 제27차 회의에서도 성적지향과 성별정체성을 이유로 한 차별과 폭력 금지에 관한 두 번째 결의안을 채택하였다.[181] 참고로 이 두 결의안에 한국은 인권이사회 이사국으로서 모두 찬성표를 던졌다.

그리고 유엔인권최고대표사무소에서는 위 인권이사회 2011년 결의안에 따라 2011년 12월에 보고서를 제출하였고,[182] 이를 갱신하여 2015년 제29차 유엔인권이사회에 다시 보고서

---

178 CRPD, General Comment No. 3 on Women and Girls with Disabilities, UN 문서 CRPD/C/GC/3 (2016), paras 5, 10.

179 UN General Assembly, Resolution Adopted by the General Assembly, UN 문서 57/214 (2003) para 6.

180 Human Rights Council, Human Rights, Sexual Orientation and Gender Identity, UN 문서 A/HRC/RES/17/19, (2011. 7. 14.).

181 Human Rights Council, Human Rights, Sexual Orientation and Gender Identity UN 문서 A/HRC/27/L.27/Rev.1, (2014. 9. 24.).

182 Human Rights Council, Discriminatory Laws and Practices and Acts of Violence Against Individuals Based on Their Sexual Orientation and Gender Identity – Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, UN 문서 A/HRC/19/41 (2011. 11. 17.)

를 제출하였다.[183] 이 보고서는 성적지향과 성별정체성을 이유로 하여 발생하는 각 국가의 차별적 관행들을 이야기하면서 "성소수자에 대한 차별적 법률 개정 · 폐지", "성적지향 · 성별정체성을 차별금지사유로서 명시하고 인터섹스를 차별로부터 보호하는 법률 제정", "합의하에 한 동성 성관계를 범죄화하는 법률의 폐지", "성별변경에 있어 수술요건의 폐지" 등을 회원국들에 권고하였다. 그밖에도 유엔인권최고대표사무소는 2013년부터 성소수자 혐오에 맞서기 위한 교육캠페인 'UN Free & Equal'을 실시하고 있으며,[184] 성적지향 · 성별정체성 인권 보장을 위한 각국의 핵심적인 5가지 법적 의무를 자세히 풀어쓴 책자를 발간하기도 하였다.[185] 최근에는 기업 내 성소수자의 인권보장을 위한 행동지침을 만들어 배포하기도 하는 등 성소수자의 인권이 국제인권규범상 보장된다는 점을 보다 분명하게 이야기하고 있다.[186]

나아가 유엔인권이사회는 2016년 제32차 회의에서 '유엔 성적지향 및 성별정체성을 기반으로 한 폭력 및 차별로부터의 보호에 관한 독립전문가'(Independent Expert on Protection Against Violence and Discrimination Based on Sexual Orientation and Gender Identity, 이하 '유엔 성적지향 · 성별정체성 독립전문가')를 설립하는 결의안을 통과시켰다.[187] [188] 이 결의안에는 47개의 이사국 중 23개국이 찬성을 하였고 한국 역시 이사국으로서 찬성을 하였다. 이에 따라 2016년 9월 태국의 비팃 문타본(Vitit Muntarbhorn) 교수가 초대 독립전문가로 임명되었고, 2018년 1월부터 두 번째 독립전문가로 코스타리카의 빅터 마드리갈-볼로즈(Victor Madrigal-Borloz) 변호사가 임명되어 활동하고 있다. 유엔 성적지향 · 성별정체성 독립전문가는 성적지향 · 성별정체성에 기한 폭력 및 차별 사례에 관해 각국에 긴급탄원서 또는 진정서 발송, 실태조사를 위한 국가방문, 유엔인권이사회 및 총회에 연례보고서 제출 등의 업무를 수행하며, 최근 2021년에는 젠더에 관한 보고서(Report on Gender)를 통해, 성별(gender)을 이유로 한 차별금지 원칙에 성별정체성과 성별표현 역시 포함된다는 점을 분명히 하였다.[189]

---

183 UN Human Rights Council, Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on Discrimination and Violence Against Individuals Based on Their Sexual Orientation and Gender Identity, UN 문서 A/HRC/29/23, (2015. 5. 4.).

184 UN Free & Equal, https://www.unfe.org/ (2021. 12. 6. 확인)

185 OHCHR, 앞 보고서.

186 OHCHR, Tackling Discrimination against Lesbian, Gay, Bi, Trans, & Intersex People – Standards Of Conduct For Business (2017).

187 유엔에는 임명절차에 따라 독립전문가(Independent Expert), 특별보고관(Special Rapporteur) 등 다양한 명칭이 부여되는 특별보고관(UN Special Rapporteurs) 제도가 존재하는데, 이러한 특별보고관들은 2017년 11월 현재 44개 주제별 수임사항, 12개 국가별 수임사항을 다루고 있다. 성적지향 및 성별정체성 인권은 위 특별보고관제도를 통해 특별히 중하게 다루어지고 있는 주제별 수임사항 44개 중의 1개에 해당하게 되었다.

188 Human Rights Council, Resolution Adopted by the Human Rights Council on 30 June 2016, UN 문서 A/HRC/RES/32/2 (2016. 7. 15.).

189 유엔 성적지향·성별정체성 독립전문가가 발행한 모든 보고서는 다음 페이지에서 확인 가능하다. OHCHR, "Independent Expert on sexual orientation and gender identity", https://www.ohchr.org/en/issues/sexualorientationgender/pages/index.aspx (2021. 12. 6. 확인).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

4. 욕야카르타 원칙

위와 같이 성적지향 · 성별정체성에 관한 국제인권규범의 법리가 발전한 배경에는 2006년 욕야카르타 원칙(Yogyakarta Principle)이 있다. 이 원칙은 성적지향 · 성별정체성 관련 인권의 원칙을 현존하는 국제인권규범에서 도출하여 29가지 원칙으로 명시한 것으로서, 2006년 11월 6일부터 9일까지 인도네시아 욕야카르타에서 있었던 회의에서 25개국의 국제인권법 관련 전문가들에 의해 채택 및 발표되었다. 이들 원칙은 "모든 인간은 성적지향이나 성별정체성을 이유로 한 차별 없이 모든 인권을 향유할 자격이 있다" (제2원칙), "다양한 성적지향과 성별정체성을 가진 사람들이 삶의 모든 측면에서 법적 권한을 향유할 수 있어야 한다" (제3원칙), "법원 명령에 의해서든 혹은 다른 것에 의해서든 성적지향이나 성별정체성에 기반하여 체포하거나 구금하는 것은 자의적이다" (제7원칙) 등과 같이 차별금지, 법 앞의 평등, 노동권, 표현의 자유 등 그 동안 성적지향 · 성별정체성과 관련하여 발달되어 온 국제인권규범의 원칙을 구체화하는 내용을 담고 있다.

작성에는 초대 유엔인권최고대표인 메리 로빈슨(Mary Robinson)을 비롯하여 유엔인권조약기구 위원, 유엔특별보고관, 전 세계 법학교수와 법관들이 참여하였다. 이후 2017년에는 이를 보완하는 내용으로서 '성적지향, 성별정체성, 성별표현 및 성징 관련 국제인권법의 적용에 있어 욕야카르타 원칙을 보완하는 추가원칙과 국가책무'를 담은 '욕야카르타 원칙+10(The Yogyakarta Principles plus 10)'이 발표되었다.[190]

욕야카르타 원칙 그 자체는 국제인권조약과 같은 위치에 있지는 않다. 그러나 이 원칙들은 현존하는 유엔 국제인권조약과 관련 법리들을 바탕으로 도출된 것들로서, 성적지향 · 성별정체성에 따른 차별을 방지할 국가의 책무에 대한 가이드라인을 제시한다 할 수 있다. 실제로도 욕야카르타원칙은 앞서 언급한 사회권위원회의 2009년 일반논평 제20호, 유엔인권최고대표의 보고서 등에서도 인용되고 우리나라 국가인권위원회의 결정문에도 인용되는 등[191] 국제인권기준으로서 상당한 지위를 인정받고 있다.[192]

---

190 욕야카르타 원칙 전문은 본 보고서에 부록으로 수록되어 있다.

191 국가인권위원회 2008. 8. 25.자 06진차525 · 06진차673병합 결정

192 Paula L. Ettelbrick and Alia Trabucco Zerán, Impact of the Yogyakarta Principles on International Human Rights Law Development, The Asia Pacific Forum of National Human Rights Institutions (2010).

KOR 국가인권위원회 humanrights.go.kr

5. 그 외 국제기구 문서

국제인권조약기구와 유엔인권이사회 외에도 유엔 산하의 국제기구들에서는 결의안, 권고문 등 문서를 통해 회원국들에게 성적지향, 성별정체성에 따른 차별을 방지할 책무를 이야기하고 있다. 이러한 국제기구의 문서들 역시 연성법(soft law)으로서 국제인권조약의 내용을 구체화하거나 보완해주는 역할을 수행하고 있다. 특히 유엔 산하 국제기구들은 공동성명을 통해 성소수자에 대한 차별과 폭력을 없앨 것을 강력하게 촉구하였다. 2015년 12개의 국제기구가[193] 낸 레즈비언, 게이, 바이섹슈얼, 트랜스젠더 및 인터섹스에 대한 차별과 폭력 종식을 위한 공동성명은 "전 세계에서 수백만의 성소수자 및 성소수자로 인지되는 사람들과 그들의 가족들이 겪는 인권침해에 심각한 우려를 표하면서", 각 국가에 "성소수자들을 폭력, 고문, 부당한 대우로부터 보호할 것, 차별적인 법률을 철폐할 것, 차별을 없애기 위한 법제도를 마련할 것" 등을 촉구했다.[194]

그 외에도 국제노동기구(ILO)는 2013년 성적지향 · 성별정체성을 이유로 한 차별에 관하여 예비조사를 시행했고, 2015년 5월 17일 국제성소수자혐오반대의 날을 맞아 사무총장 명의로 성소수자 노동자들이 직장에서 동등한 권리와 혜택을 누려야 한다는 성명을 발표했다.[195] 2014년 유엔개발계획(UNDP)은 트랜스젠더 건강과 인권에 관한 연구보고서를 발간하였으며, 유엔아동기금(UNISEF)은 성적지향 · 성별정체성을 이유로 한 아동과 부모에 대한 차별 근절을 위한 이슈보고서를 발간하였다.[196] 또한 유엔교육과학문화기구(UNESCO)는 2009년 국제성교육가이드를 발간하고 2018년에 개정판을 냈다. 해당 가이드는 성적 행동, 성적지향, 성별정체성, 건강 상태에 대한 판단 없이 모든 사람이 최상의 건강 및 복지 수준에 도달하기 위한 정확한 정보 및 서비스를 받을 권리가 있다는 원칙 아래 포괄적 성교육(Comprehensive Sexuality Education)에 대한 구체적인 지침을 제시한다.[197]

한편 유엔 산하 기구가 아닌 국제 비정부기구에서도 성적지향 · 성별정체성 인권에 관한

---

193 ILO, OHCHR, UNAIDS Secretariat, UNDP, UNESCO, UNFPA, UNHCR, UNICEF, UNODC, UN Women, WFP and WHO.

194 Joint UN statement on Ending Violence and Discrimination Against Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex People (2015), https://www.ohchr.org/EN/Issues/Discrimination/Pages/JointLGBTIstatement.aspx (2021. 12. 6. 확인).

195 LGBT Workers Entitled to Equal Rights and Benefits at the Workplace: Statement by ILO Director-General Guy Ryder on the occasion of the International Day against Homophobia and Transphobia (2015), https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/how-the-ilo-works/ilo-director-general/statements-and-speeches/WCMS_368652/lang--en/index.htm (2021. 12. 6. 확인).

196 Ending Violence and Other Human Rights Violations Based on Sexual Orientation and Gender Identity: A Joint Dialogue of the African Commission on Human and Peoples' Rights, Inter-American Commission on Human Rights and United Nations, Pretoria University Law Press (2016), 76.

197 UNESCO (아하!서울시립청소년성문화센터 번역), 국제성교육 가이드 2018 개정판 (2018).

humanrights.go.kr 국가인권위원회

문서들을 제공한다. 대표적인 기구가 국제올림픽위원회(IOC)이다. 2016년 IOC는 국제올림픽헌장 제6조 차별금지 조항에 '성적지향'을 차별금지 사유로 추가하였다.[198] 그리고 2021년에는 '성별정체성과 성적 차이에 기반한 공정, 포용 및 반차별 프레임워크'를 발표하였다. 트랜스젠더, 인터섹스 선수 등의 스포츠 참여와 관련하여 원칙을 제시한 이 문서에서, IOC는 "모든 사람은 성별정체성, 표현, 성적 차이에 상관없이 안전하고 편견없이 스포츠에 참여할 수 있어야 한다", "어떤 선수도 성적 차이, 신체외관, 트랜스젠더 지위로 인해 입증되지 않은 불공정한 기준에 따라 경기에서 제외되면 안 된다" 등의 원칙을 제시하고 있다.[199]

6. 한국정부에 대한 국제인권기구의 권고

이상과 같이 국제인권규범은 성적지향 · 성별정체성에 따른 차별을 없애고 성소수자를 포함해 모든 이들의 평등을 증진할 것을 국가의 책무로 분명히 규정하고 있다. 이에 따라 한국정부 역시 각 유엔회원국의 인권상황을 심사하는 절차인 유엔 조약기구 심의에서 여러 차례 성적지향 · 성별정체성 인권과 관련한 권고들을 받았다. 그 주요 내용을 정리하면 다음과 같다.

〈표 2.2〉 한국정부에 대한 성적지향·성별정체성 차별 관련 유엔 인권조약기구 권고

기구명 (UN 문서 번호)	연도	내용
사회권위원회 (E/C.12/KOR/CO/3)	2009	9. 위원회는 2007년 12월에 제17대 국회에 제출되었던 차별금지법안이 심의도 거치지 않고 폐기된 것에 따라 아직도 포괄적인 차별금지법이 채택되지 않았다는 점에 대하여 우려한다. 위원회는 이와 더불어 TF에 의하여 현재 검토되고 있는 방안이 … 원래의 법안에 규정되었던 국적과 성적지향 등은 배제하고 있는 것에 대하여 우려한다. (제2조) 위원회는 한국정부가 신속히 규약 제2.2조에 따르며 위원회의 일반논평 20호(경제적·사회적·문화적 권리의 차별금지 제2조 제2문단)와 부합하도록 모든 차별금지사유를 명확히 규정하고 있는 포괄적인 차별금지법을 채택할 것을 촉구한다.

198 올림픽 헌장 제6조 이 올림픽 헌장 상의 권리와 자유의 향유는 인종, 피부색, 성, 성적지향, 언어, 종교, 정치 또는 그밖의 견해, 출신국가 또는 출신사회, 재산, 출생 또는 기타 지위를 비롯하여 어떠한 이유로도 차별받지 않는다. IOC, Olymphic Charter(In force as from 8 August 2021), https://olympics.com/ioc/olympic-charter (2021. 12. 11. 확인).

199 International Olympic Committee (IOC), IOC Framework on Fairness, Inclusion and Non-Discrimination on the Basis of Gender Identity and Sex Variations (2021), https://stillmed.olympics.com/media/Documents/News/2021/11/IOC-Framework-Fairness-Inclusion-Non-discrimination-2021.pdf (2021. 12. 6. 확인).

여성차별 철폐위원회 (CEDAW/C/KOR/CO/7)	2011	15. 위원회는 당사국이 직·간접적 차별 등 모든 형태의 차별을 명백히 금지하는 내용을 포함하고 있는 협약 제1조 및 2조와 일반권고 28호(2010)에 따라, 그리고 성적지향에 근거한 차별을 금지하고 있는 국가인권위원회법 제2조 4항을 참조하여, 포괄적인 차별금지법을 제정하기 위한 시급한 조치를 취할 것을 요청한다.
아동권리위원회 (CRC/C/KOR/CO/3-4)	2011	28. 위원회는 2007년 12월에 당사국의 차별금지법안이 국회 논의를 거치지 못한 채 폐기된 것과 차별에 대한 입법적 정의가 성적지향이나 국적으로 인한 차별 금지를 명시하지 않은 것을 유감스럽게 여긴다. 29. 위원회는 당사국에게 다음과 같이 촉구한다. a) 협약 제2조를 충실히 따르는 법률을 채택할 것을 목적으로 차별금지법을 신속히 제정할 것.
자유권위원회 (CCPR/C/KOR/CO/4)	2015	15. 한국 정부는 소위 '전환치료'의 선전, 혐오발언, 그리고 성적지향 및 성별정체성을 이유로 한 폭력을 포함한 어떤 종류의 사회적 낙인과 차별도 용납하지 않는다는 것을 공식적인 형태로 분명하게 명시하여야 한다. 당사국은 성소수자 개개인을 보호할 수 있는 법률체계를 강화해야하며, 뿐만 아니라 군형법 제92조의6를 폐지하고, 민간단체의 소위 '전환치료' 행사에 공공건물을 사용하지 못하도록 막아야 하며, 학생들에게 섹슈얼리티와 다양한 성별정체성에 대해 포괄적이고 정확하며 연령에 적합한 정보를 제공하는 성교육 프로그램을 개발하고, 트랜스젠더 성별변경의 법적 인정을 용이하게 해야한다. 또한 성적지향 및 성별정체성의 다양성에 대한 감수성과 존중을 증진하기 위한 대중 캠페인과 공무원 교육을 개발하여 시행하여야 한다.
고문방지위원회 (CAT/C/KOR/CO/3-5)	2017	35. 위원회는 군대 내의 성적, 육체적, 언어적 학대를 포함한 폭력 사건의 높은 수에 대한 보도에 우려한다. … 또한 위원회는 동성 성인 간의 합의 하의 성적 관계를 범죄를 규정하는 군형법 제92의6조에 기반하여 동성애자 군인에 대한 반복된 색출에 대해 우려한다. 36. 당사국은 다음을 이행해야 한다. (f) 군형법 제92의6조를 폐지할 것을 고려하고 군대 내 성소수자에 대한 폭력적 행동을 처벌가능하게 하는 모든 조치를 취할 것
사회권위원회 (E/C.12/KOR/4)	2017	25. 위원회는 당사국이 성소수자에 대한 법적 및 사실적 차별을 제거하기 위하여 효과적인 조치를 취할 것을 권고한다. 위원회는 특별히 당사국에게 다음을 권고한다: (a) 동성 간의 관계를 범죄화하는 군형법의 조항을 폐지할 것; (b) 사회보장, 재생산 건강, 주택과 관련된 차별적이거나 차별적인 효과가 있는 법적 및 규제 조항들을 개정할 것; (c) 채택될 포괄적인 차별금지법이 성적지향과 성별정체성에 근거한 차별을 금지하도록 보장할 것; (d) 성소수자에 대한 편견에 맞서기 위해 인식 제고 캠페인을 시행할 것. 56. 위원회는 교육 및 노동에서의 과도한 스트레스, 노인 빈곤, 그리고 성소수자와 같은 특정 집단이 겪는 차별과 증오 발언 등 사회적 근본 원인을 다루는 것을 포함한 자살 예방 노력을 강화할 것을 권고한다.
여성차별 철폐위원회 (CEDAW/C/KOR/CO/8)	2018	14. 위원회는 이전의 최종 견해(CEDAW/C/KOR/CO/7, 15항)를 반복하면서, 당사국이 협약 제1조에 정의되어 있으며 제 2 조에 따른 당사국의 핵심 의무에 관한 일반 논평 28호 (2010)를 따라, 여성에 대한 직접, 간접, 그리고 인종, 종교 및 성적 소수자에 속하는 여성, 장애 여성, 난민 및 난민 신청자 여성, 무국적자 및 이주 여성, 농촌 여성, 비혼 여성, 여아, 여성 노인과 같은 소외 계층에 영향을 미치는 교차적인 차별을 금지하는 포괄적인 차별금지법을

국가인권위원회
humanrights.go.kr

여성차별 철폐위원회 (CEDAW/C/KOR/CO/8)	2018	채택할 것을 권고한다. 24. (b) 피해자와 그 가족의 안전 보장이 법의 주요 목적이 되도록 하고, 성적지향 혹은 성별정체성과 관계없이 모든 여성들 및 동성 커플, 가족에게도 법의 적용을 확대하도록 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법을 개정할 것; 41. 위원회는 당사국이 보건 법 및 정책을 반드시 검토하고 필요한 경우, 여성의 성, 재생산 건강 및 권리의 관점에서, 건강 영역에서 교차하는 차별을 겪는 모든 여성의 실질적 성평등을 촉진할 것을 특히 권고한다. 나아가 위원회는 당사국이 트랜스젠더가 건강보험을 포함한 의료서비스에 접근할 권리 및 인터섹스들이 의도하지 않은 의료개입을 피할 권리를 보장할 것을 권고한다.
아동권리위원회 (CRC/C/KOR/CO/5-6)	2019	17. … 위원회는 차별금지법을 신속하게 제정하고 해당법이 출신지, 성적지향 및 성별정체성에 근거한 차별을 금지할 것을 당사국에 촉구한다. 42.… 위원회는 다음과 같이 권고한다. (f) 청소년임신 및 HIV/AIDS 예방에 특별히 유의하고, 성적지향 및 성별정체성을 적절히 포괄하여 각 연령에 적합한 성교육을 제공할 것; 그리고 학교 성교육 표준안에서 차별적이고 성 고정관념을 드러내는 표현을 삭제할 것; 47. 위원회는 당사국에 다음을 촉구한다: (n) 법에 저촉된 모든 아동을 국적, 장애, 성적지향이나 성별정체성 등을 근거로 한 차별 없이 동등하게 대우하고 필요한 경우 합리적인 편의를 제공할 것.

유엔 특별보고관들 역시 한국 공식방문 후에 유엔 인권이사회와 총회에 제출한 보고서에서 한국의 성소수자 차별과 인권침해에 우려하며 제도개선을 권고한 바 있다.[200] 그 주요 내용은 다음과 같다.

〈표 2.3〉 성적지향·성별정체성 차별 관련 유엔 특별보고관 방한보고서

기구명 (UN 문서 번호)	연도	내용
평화로운 집회와 결사의 자유에 대한 권리에 관한 유엔 특별보고관 (A/ HRC/32/36/Add.2)	2016	45. 성소수자들도 집회에 참가하는데 있어 반대자들에 의해 위협을 받지 않아야 한다. 집회 반대자들도 집회를 할 권리는 있으나 다른 집회자들의 평화로운 집회를 할 권리를 저지해서는 안 된다. (A/HRC/20/27, 단락 30) 경찰은 이러한 상황에 적극적으로 개입하여야 한다. 49. 더 심각한 문제는 주무부처가 단체의 활동 범위가 해당 주무부처의 관할에 해당하지 않는다고 볼 때 법인격 신청 심사업무 자체를 회피할 수 있는 것이다. 가령 법무부는 '인권전반'에 관한 단체에 대해서만 법인설립허가 대상으로 하기 때문에, 성소수자의 인권문제만 다루는 LGBTI 단체인 비온뒤무지개재단은 법인설립이 불허하다는 명백한 이유를 밝혔다.

200 유엔 특별보고관의 국가 방문은 공식과 비공식으로 나뉜다. 공식방문은 정부의 초청을 받아 이루어지며, 그 방문결과는 보고서로 작성되어 유엔 인권이사회와 총회에 보고된다.

		평화적 집회의 자유 권리에 관한 권고 (e) 집회의 관리에 있어, 장애인, 아동청소년, 여성, 성소수자, 집회 감시단, 언론 등 모든 범주의 집회 참가자들의 권리가 옹호될 수 있도록 보장할 것.
적정 생활수준을 누리기 위한 권리의 요소로서 적정한 주거 및 해당 맥락에서 차별받지 않을 권리에 대한 유엔 특별보고관 (A/HRC/40/61/Add.1)	2019	97. (d) ii. 차별받지 않을 권리와 평등권에 따라 소득수준 등의 자격을 갖춘 성소수자, 외국인 거주자, 고정 주소가 없는 이들을 포함한 모든 이에게 사회보장과 주거급여를 보장해야 한다. (e) 청년, 성소수자, 이주민, 노인, 장애인 등 취약계층을 위한 주택의 적정한 공급을 보장하기 위해 정부는 주거약자 지원에 관한 법률을 개정하여 주거약자를 위해 할당된 주택 비율을 수요에 맞춰야 한다. (f) 공공임대주택과 사회보장 프로그램은 반드시 차별이 금지되어야 하며, 고정된 주소가 없는 자, 외국인 거주자, 이주민 그리고 성소수자 등이 이에 접근 가능토록 해야 한다. (l) 정부는 국제인권법에 맞춰 주거에 대한 차별로부터의 보호를 보장해야 한다. 이에는 다음의 내용이 포함된다. ⅰ. 주거 지원, 쉼터, 민간 임대 주거시설 등 모든 형태의 거처에 적용 가능한 차별금지법을 제정할 것. 여기에는 여성과 성소수자 파트너에 대한 상속권 및 재산권을 동등하게 보장하는 내용을 포함해야 한다. 해당 법안은 국가인권위원회에서 시행 및 감독하여야 하고, 권리를 주장할 수 있는 메커니즘을 포함해야 한다. ⅱ. 취약계층이 임대인으로부터 차별받지 않도록 여성, 특히 싱글맘과 성소수자가 겪는 사회적 낙인과 차별에 맞설 수 있는 교육 캠페인을 마련할 것. 이는 여성가족부가 시행할 수 있으며 이를 통해 여성가족부는 정책에 성소수자를 포함 시키는 방향으로 정책 포커스를 재정립 할 수 있다.
프라이버시 권리에 대한 유엔 특별보고관 (A/HRC/46/37/Add.6)	2021	64. 헌법재판소가 해당 사안에 대한 결정을 내리기 앞서 정부가 먼저 군형법 92조의6을 폐지해야 할 뿐만 아니라 (및 92조6과 관련된 조사 즉시 중지), 성적 다양성과 사생활에 관한 교육을 군대 내에서 실시하여 폭력이나 차별에 대한 공포 없이 성소수자가 국가에 봉사할 수 있도록 해야 한다.

마지막으로 국가별 정례인권검토(Universal Periodic Review, UPR)에서도 성적지향 · 성별정체성 인권 관련 다수의 권고가 이루어졌다. UPR은 2006년 3월 15일 유엔 인권위원회가 유엔 인권이사회로 격상되면서 새롭게 도입된 유엔 인권메커니즘으로 총 193개 유엔 회원국들의 전반적인 인권상황을 4년 6개월에 한 번씩 평가하는 제도이다. 한국의 경우 2008년에 1차 심사, 2012년에 2차 심사를 받았으며 2018년 제3차 심사를 받았다. 1차와 2차 심사에서는 총 5건의 성소수자 관련 권고를 받았다. 이 중 3건이 성적지향을 포함한 차별금지법 제정, 1건이 군형법 제92조의6 추행죄 폐지이다. 이에 비해 3차 심사에서는 총 29개국이 30개가 넘는 성소수자 관련 권고를 내렸다. 특히 포괄적 차별금지법에 대해서는 24개의 권고가, 군형법 제92조의6 폐지에 대해서는 6개의 권고가 나와 차별금지법 제정과 군형법 제92조의6 폐지가 국제적으로도 시급하게 요구되는 인권과제라는 점을 다시금 확인시켜 주었다. 그 외에 인식 제고 캠페인, 혐오표현 대책, 국회 건물에서의 소위 '전환치료' 행사 금지 등의 권고들이 이루

국가인권위원회
humanrights.go.kr

어졌다.[201]

한편 이러한 국제인권기구의 권고에 대해 한국정부의 이행은 제대로 이루어지지 않고 있다. 2018년 자유권위원회는 대한민국이 제출한 4차 심의 후속보고서 중 '성적지향 및 성별정체성을 이유로 한 차별' 부분에 대해 최하등급인 'E'를 주었고,[202] 한국정부는 UPR 3차 심사 218개 권고 중 성적지향 · 성별정체성 인권 권고를 포함해 97개 권고에 대해 불수용(noted) 의사를 밝혔다.[203] 또한 2019년 사회권위원회는 주요권고인 기업과 인권 실천 및 점검, 포괄적 차별금지법 제정, 노동조합에 대한 권리 보장의 이행사항에 대해 모두 "진전 불충분"으로 평가했다.[204]

---

201 Human Rights Council, Report of the Working Group on the Universal Periodic Review : The Republic of Korea, UN 문서 A/HRC/37/11 (2017).

202 HRC, Report on follow-up to the concluding observations of the Human Rights Committee, UN 문서 CCPR/C/124/2 (2018. 12. 6.).

203 참여연대, "[보도자료] 3차 UPR에 대한 한국 정부 최종 입장, 낮은 수용률, 이행 의지 보이지 않아" (2018. 3. 16.) https://www.peoplepower21.org/International/1554934 (2021. 12. 11. 확인).

204 "노동·인권단체 "정부, 유엔 사회권위원회 권고 이행 의지 없다"", 한겨레 (2019. 5. 14.) https://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/893829.html (2021. 12. 11. 확인).

참고문헌

- 김지림 외, 한국 LGBTI 인권현황 2017, SOGI법정책연구회 (2018).
- 김지혜 외, 한국 LGBTI 인권현황 2019, SOGI법정책연구회 (2020).
- 시우, "성소수자 혐오에 따른 인권정책의 무력화: 인권조례를 중심으로", 비온뒤무지개재단 (2020).
- 이보연, "'제3의 성'의 법적 인정 – 2017년 10월 10일 독일 연방헌법재판소 판결을 중심으로", 법학연구 제22권 제1호 (2019).
- 이보연, "독일 동성혼 인정 과정을 통해서 본 의회와 연방헌법재판소의 상호작용", 서울법학 제26권 제4호 (2019).
- 이주은, "한국의 성소수자 난민 인정 현황 및 문제점: 성소수자 난민 불인정에 대한 비판을 중심으로", 공익과 인권 제18호 (2018).
- 전원근, "1980년대 〈선데이서울〉에서 나타난 동성애 담론과 동성애자들의 경험", 젠더와 문화 제8권 제2호 (2015).
- 조혜인, "차별금지법 제정논의 현황", 인권보고서 제32집, 대한변호사협회 (2018).
- 최계영, "성소수자의 난민인정요건: 대법원 2017. 7. 11. 선고 2016두56080 판결의 비판적 검토", 행정판례연구 제22권 제2호 (2017).
- 최유, "한국에서 성소수자의 법적 지위의 변화와 전망", 중앙법학 제16집 제3호 (2014).
- 허윤, "1950년대 퀴어 장과 법적 규제의 접속: 「병역법」·「경범법」을 통한 섹슈얼리티의 통제", 법과사회 제51호 (2016).
- 홍성수 외, "트랜스젠더 혐오차별 실태조사", 국가인권위원회 (2020).
- Corinne Lennox & Matthew Waites, "Human Rights, Sexual Orientation and Gender Identity in the Commonwealth: From History and Law to Developing Activism and Transnational Dialogues", In Corinne Lennox & Matthew Waites (Eds.), Human Rights, Sexual Orientation and Gender Identity in The Commonwealth: Struggles for Decriminalisation and Change, Human Rights Consortium & Institute of Commonwealth Studies (2013).
- Elwin Hofman, "The End of Sodomy: Law, Prosecution Patterns, and the Evanescent Will to Knowledge in Belgium, France, and the Netherlands, 1770 – 1830", Journal of Social History, Vol. 54, No. 2 (2020).
- Ending Violence and Other Human Rights Violations Based on Sexual Orientation and

국가인권위원회
humanrights.go.kr

Gender Identity: A Joint Dialogue of the African Commission on Human and Peoples' Rights, Inter-American Commission on Human Rights and United Nations, Pretoria University Law Press (2016).

- Equality and Human Rights Commission, Employment: Statutory Code of Practice (2011).
- Equality and Human Rights Commission, Services, Public Functions and Associations: Statutory Code of Practice (2011).
- Harry Oosterhuis. "Sexual Modernity in the Works of Richard von Krafft-Ebing and Albert Moll", Medical History, Vol. 56, No. 2 (2012).
- ILGA World, "State-Sponsored Homophobia: Global Legislation Overview Update", ILGA (2020).
- ILGA World, "Trans Legal Mapping Report: Recognition before the law", ILGA (2019).
- Jack Drescher, "Out of DSM: Depathologizing Homosexuality", Behavior Science, Vol. 5, No. 4 (2015).
- Jeremy J. Gray, "The Military's Ban on Consensual Sodomy in a Post-Lawrence World", Washington University Journal of Law & Policy, Vol. 21 (2006).
- Jihye Kim and Sung Soo Hong, "Discovering Diversity: The Anti-discrimination Legislation Movement in South Korea", In Celeste L. Arrington & Patricia Goedde (Eds). Rights Claiming in South Korea, Cambridge University Press (2021).
- Laura A. Belmonte, The International LGBT Rights Movement: A History [Kindle Edition], Bloomsbury Academic (2020).
- Major Jayson L. Durden, "Where's the Sodomy? A Guide for Prosecuting Prejudicial Sexual Relationships After the Possible Repeal of Sodomy Law", The Army Lawyer, November (2013).
- Nicole LaViolette & Sandra Whitworth, "No Safe Heaven: Sexuality as a Universal Human Right and Gay and Lesbian Activism in International Politics", Millennium: Journal of Intenrational Studies, Vol. 23, No. 3 (1994).
- OECD, Over the Rainbow? The Road to LGBTI Inclusion, Paris: OECD Publishing (2020) https://www.oecd.org/social/over-the-rainbow-the-road-to-lgbti-inclusion-8d2fd1a8-en.htm (2021. 12. 11. 확인).
- OHCHR, Born free and equal: Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law, UN (2012).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

- OHCHR, Tackling Discrimination against Lesbian, Gay, Bi, Trans, & Intersex People – Standards of Conduct for Business (2017).
- Paula L. Ettelbrick and Alia Trabucco Zerán, Impact of the Yogyakarta Principles on International Human Rights Law Development, The Asia Pacific Forum of National Human Rights Institutions (2010).
- Régis Schlagdenhauffen, "Queer life in Europe during the Second World War", In Régis Schlagdenhauffen (Ed.), Queeer in Europe During the Second World War, Council of Europe (2018).
- UNESCO(아하!서울시립청소년성문화센터 번역), 국제성교육 가이드 2018 개정판 (2018).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

국가인권위원회
humanrights.go.kr

3

고용영역에서의 차별

국가인권위원회
humanrights.go.kr

국가인권위원회
humanrights.go.kr

I. 개관

고용은 시민이 경제적 자립을 이루고 사회적 관계를 유지하는 데 중요한 역할을 하기 때문에 차별금지법이 적용되는 주요한 영역이다. 이러한 중요성에도 불구하고 전세계에서 성소수자에 대한 고용차별은 모집, 채용 단계에서부터 만연하다. 면접 실험 연구(audit studies)를 수행한 결과 동성애자 지원자가 이성애자보다 면접 제안을 덜 받는 것으로 나타났다는 것으로 보고된다.[1] 또한 이력서에 트랜스젠더라고 밝힌 지원자들이 취업 지원에 대한 콜백을 받을 가능성이 더 낮다는 연구결과도 확인된다.[2]

이 장에서는 모집, 채용, 복리후생 및 근로조건, 근로관계 종료 등 포괄적 의미의 고용 영역에서의 성소수자 차별을 금지하는 입법례와 판결례를 검토하고 주요한 쟁점 관련한 논의가 어떻게 진행되었는지 정리한다. 또한 이러한 외국 사례들이 한국에 주는 법적 제도적 시사점을 제시한다.

II. 주요 쟁점 및 사례

1. 입법현황

1) 국제법

국제노동기구(International Labour Organization, 이하 'ILO') 등 고용 관련 국제기구 협약에서 성소수자 차별을 명시하는 경우는 많지 않다. 예컨대 ILO 제111호 협약은 대표적인 고용 차별 금지 관련 협약인데 이 조항에서는 인종, 피부색, 성별, 종교, 정치적 의견, 사회적 출신에 바탕한 차별을 금지한다고 규정할 뿐이다. 이는 이 협약이 채택된 시기가 1958년으로 성소수자 관련 논의가 활발하지 않았던 때로 당시 유엔 인권문서에서 보호 필요성을 언급하는 소수

1 Nicole Denier & Sean Waite, "Sexual Orientation at Work: Documenting and Understanding Wage Inequality", Sociology Compass, Vol. 13, No. 4 (2019).

2 Bretton Fosbrook et al, Transitioning Employers: A Survey of Policies and Practices for Trans Inclusive Workplaces (Rep.). Toronto, ON: Rotman Institute for Gender and the Economy and Pride at Work Canada (2020), 15.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

집단을 그대로 차용했기 때문이다.[3] 그럼에도 ILO 협약 · 권고적용 전문가 위원회(Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, CEACR)는 고용과 직업 영역에서 차별은 지속적으로 진화해왔고 차별의 복잡한 실태에 효과적으로 대응할 수 있는 조치가 취해져야 한다는 점을 강조한다. 또한 ILO 권고 중 비교적 근래에 통과된 민간직업소개기관권고나 HIV 및 AIDS 권고의 경우 성적지향에 근거한 차별을 금지하도록 규정한다는 것도 중요하다.[4]

ILO 민간직업소개기관 권고(제188호)

제9조 민간직업소개기관이 구인공고를 하거나 직업을 소개할 때 인종, 피부색, 성별, 연령, 종교, 정치적 의견, 출신 국가(national extraction), 사회적 출신, 민족적 출신, 장애, 혼인 및 가족 상 지위, 성적지향, 노동자 조직 회원 여부 등에 근거하여 직접적 또는 간접적으로 차별을 초래하는 방식은 금지되어야(또한 방지되어야)한다.

ILO HIV 및 AIDS 권고(제200호)

제14조 직장에서 HIV의 전파와 HIV의 영향을 줄이기 위해 아래와 같은 조치를 취해야 한다:

(a) 인권과 기본적 자유에 대한 존중의 보장
(b) 여성의 역량강화(empowerment)와 성평등 보장
(c) 직장 내 폭력과 괴롭힘의 예방과 금지를 위한 조치
(d) HIV 및 AIDS에 대한 대응에서 남성과 여성 모두의 적극적 참여를 촉진
(e) 성적지향 또는 취약집단인지 여부와 무관하게 모든 노동자의 참여와 임파워먼트를 촉진하는 것

그 밖에도 국제적 차원에서는 성소수자 차별 금지와 관련하여 욕야카르타 원칙을 비롯한

3 Constance Thomas and Catherine Weber, Information Paper on Protection against Sexual Orientation, Gender Identity and Expression and Sexual Characteristics (SOGIESC) Discrimination, ILO International Labour Standards Department (2019), 5–6.
4 Private Employment Agencies Recommendation, No. 188 (1997)과 HIV and AIDS Recommendation, No. 200 (2010).

KOR 국가인권위원회 humanrights.go.kr

상당수의 결의(resolution)가 채택되어 왔다.[5]

국제인권법 중 성소수자를 차별이 금지되는 집단으로 명시하는 것이 드물기는 하나 성소수자 차별도 포함하는 것이 일반적인 해석론이다. 유엔 자유권위원회가 '성(sex)에 근거한' 차별금지에 성소수자에 대한 차별금지가 포함된다는 해석론을 확립하였고, 유엔 사회권규약 등 국제인권조약에서 "기타 지위(other status)"에 성소수자가 포함된다고 해석하는 것 등이 대표적인 예다.[6] 예컨대 유엔 자유권위원회는 군인 유족연금을 동성인 파트너에게 지급하지 않는 것이 문제된 Young v. Australia 사건(2003)에 대해 "성별에 근거한 또는 성적지향에 근거한" 차별을 받지 않을 권리의 침해라고 판단하였다.[7] 또한 유엔 사회권위원회는 차별금지에 대한 제20호 일반논평에서 성소수자에 대한 보호는 사회권규약 제2조 2문의 "기타 지위"에 근거하는 것임을 명확히 하였고 욕야카르타 원칙을 인용하였다.[8] 유엔 사회권위원회는 2016년 노동조건에 대한 일반논평에서 성적지향, 성별정체성, 인터섹스 등을 이유로 한 차별과 괴롭힘이 금지되어야 한다고 하였다.[9] 여성차별철폐협약의 2010년 일반권고 제28호에서도 성별에 근거한 차별은 성적지향 및 성별정체성과 같은 다른 요인들과 불가분하게 연관되어 있다고 해석하였다.[10]

2) 국내법

고용영역에서의 차별은 성소수자의 경제적 자립과 생존, 사회적 활동을 위협한다는 점에서 차별금지법 등에서 주요하게 규율하는 사안이다. 그럼에도 성소수자도 고용차별금지법의 보호대상이라는 미국 연방대법원 판례가 나온 것이 2020년이고,[11] 영국에서도 구 성차별금지

---

5 Thomas & Weber, 앞의 글, 6.

6 Thomas & Weber, 앞의 글, 7.

7 UN Human Rights Committee, Young v. Australia, Communication No. 941/2000, CCPR/C/78/D/941/2000 (2003. 9. 18.).

8 UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 20: Nondiscrimination in economic, social and cultural rights (art. 2, para. 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), E/C.12/GC/20 (2009. 7. 2.).

9 UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General comment No. 23 (2016) on the right to just and favourable conditions of work (article 7 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), E/C.12/GC/23 (2016. 4. 7.).

10 Thomas & Weber, 앞의 글, 10; UN Committee on the Elimination of Discrimination Against Women (CEDAW), General Recommendation No. 28 on the Core Obligations of States Parties under Article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, CEDAW/C/GC/28 (2010. 12. 16.), para. 18.

11 다만 주 법률을 통해 성소수자 고용차별을 규율하는 입법례는 존재하고 있었다. 성소수자에 대한 주 및 지방 차원의 고용 차별이 34개 주, 2개 준주(territories), 그리고 워싱턴 D.C.(성적지향에 기반한 고용 차별 금지)에서 금지되고 있다. 이를 자세히 살펴보면, 2020년 현재 21개 주, 2개의 준주, 워싱턴 D.C.는 공공 및 민간기관에서 성적지향과 성별정체성에 기반한 차별을 금지하고 있는 반면 1개 주(위스콘신)은 성적지향에 대한 보호 수준으로 제한을 두고 있고, 12개 주는 공공기관으로 한정하고 있다. 이들 중 8개 주는 성적지향과 성별정체성 모두에 대한 보호를 제공하고 있는 반면 나머지 4개 주는 성적지향에 대해서만 보호를 제공한다. 또한 몇몇 주에서는 성적지향이

국가인권위원회
humanrights.go.kr

법이 성별재지정에 적용된다고 해석하는 판례가 1999년에야 형성되었다. 영국의 경우 2003년 제정된 「고용평등규정(성적지향) 2003」(The Employment Equality (Sexual Orientation) Regulations 2003)이 최초의 입법이다. 유럽연합(European Union, 이하 "EU") 회원국들은 2000년 제정된 '고용 및 직업에서의 평등대우를 위한 일반적 틀을 수립하는 지침'(Directive 2000/78/EC, 이하 "고용평등지침")에서 '성적지향'을 차별금지사유로 명시한 영향으로 2000년대 들어서 고용에서의 성소수자 차별을 규율하는 법률을 입법하는 경향을 보인다.[12] EU 회원국 중 성소수자에 대한 고용차별 금지 법률이 있는 국가는 대부분 아래 EU 고용평등지침과 유사하게 규정한다. EU 지침 중 성별정체성이나 성별표현, 성징(sexual characteristics)을 이유로 한 차별금지를 명시한 사례는 없는데, 유럽사법재판소는 성별재지정을 이유로 한 차별이 성차별에 해당한다고 해석하는 입장이다.

EU 고용평등지침 (Council Directive 2000/78/EC)

제1조 이 지침은 회원국이 평등대우원칙을 시행하도록 고용 및 직업과 관련하여 종교 또는 신념, 장애, 연령, 성적지향을 이유로 차별하는 것에 대항하기 위한 일반적인 틀을 만드는 것을 목적으로 한다.

제2조 차별의 개념

1. 이 지침의 목적을 위해, "평등대우원칙"이란 제1조에서 언급한 사유에 근거한 직접 또는 간접차별이 없어야 함을 의미한다.
2. 제1조의 목적을 위해:
   ⓐ 직접차별은 제1조에 언급된 사유에 근거하여, 유사한 상황에 있는 다른 사람이 대우받거나 받았거나 받을 것에 비해 덜 우호적인 대우를 받는 경우 발생한다.
   ⓑ 간접차별은 외견상 중립적인 조항, 기준 또는 관행이, 특정한 종교 또는 신념, 장애, 특

나 성별정체성에 기반하여 공공기업(기관)의 노동자를 차별하는 것을 금지하는 인사규정, 행정적 명령(administrative order)와 대통령령(executive order)을 시행하고 있다. 또한 많은 지자체에서는 성별정체성을 이유로 한 고용 차별 금지 조치를 제공하고 있다. 2017년 1월 28일 최소 225개 시·군에서는, 공공 및 민간 사용자가 성별정체성을 기반으로 차별하는 것을 금지하는 조례(ordinances)를 제정했다. William Besl, Larissa Johnson, James Rouchard, and Sonja Swanbeck, "Employment Discrimination Against LGBT Persons", The Georgetown Journal of Gender and The Law, Vol. 21 (2020).

12 Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 Establishing a General Framework for Equal Treatment in Employment and Occupation. 다만 EU 회원국 중에서도 폴란드, 헝가리처럼 성소수자에 대한 차별을 법률로 허용하는 국가 사례가 여전히 존재한다.

정 연령, 또는 특정 성적지향을 가진 사람에게 다른 사람보다 더 불이익을 주는 경우 발생한다. 다만 다음의 경우를 제외한다:

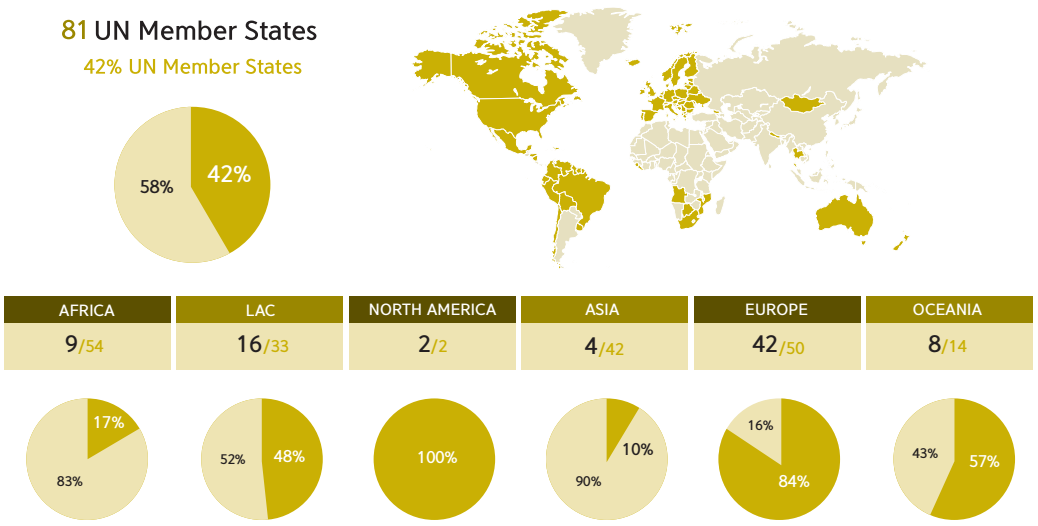
(i) 해당 조항, 기준 또는 관행의 목적의 정당성이 객관적으로 성립하고 그 목적을 달성하는 수단이 적절하고 필요한 경우, 또는

(ii) 특정 장애를 가진 사람에 관하여, 고용주 또는 이 지침이 적용되는 개인이나 단체가 그러한 조항, 기준 또는 관행에 의해 초래된 불이익을 철폐하기 위하여 제5조에 담긴 원칙에 부합하도록 적절한 조치를 취하도록 국내법에 따른 의무를 가진 경우.

3. 괴롭힘은 제1조에 해당하는 차별의 형태로 보며, 제1조에 언급된 사유에 관련된 원치 않는 행위가 그 사람의 존엄성을 해치거나 위협, 적의, 모멸감, 수치감, 불쾌감을 주는 환경을 조성하는 목적이나 효과를 가질 때를 말한다. 이 맥락에서, 괴롭힘의 개념은 회원국의 국내법과 관행에 따라 정의될 수 있다.

4. 제1조에 언급된 사유에 근거해 사람을 차별하도록 지시하는 것은 제1조에 해당하는 차별로 본다. (후략)

〈그림 3.1〉 고용영역에서 성적지향을 이유로 한 차별금지 입법현황 (2020. 12. 기준)



출처: ILGA World: Lucas Ramon Mendos, Kellyn Botha, Rafael Carrano Lelis, Enrique López de la Peña, Ilia Savelev and Daron Tan, State-Sponsored Homophobia 2020: Global Legislation Overview Update, Geneva: ILGA (2020), 217.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

고용상 성소수자 차별금지 입법현황을 살펴보면, 2020년 12월 기준 성적지향을 이유로 한 고용차별을 금지하는 국가는 북미 2개국, 라틴아메리카와 카리비안 16개국, 오세아니아 8개국, 아시아 4개국, 아프리카 9개국, 유럽 42개국 등이다.[13] 아메리카인권협약을 시행하는 라틴아메리카에서는 성적지향, 성별정체성, 성별표현 등을 차별금지의 근거로 포함하는 법률이 채택되는 경향을 보인다. 유럽에서는 벨기에, 보스니아 헤르체고비나, 핀란드, 프랑스, 그리스, 몬테네그로, 노르웨이, 우크라이나 등이 성적지향 외에도 성별정체성과 성별표현을 차별금지 사유로 명시한다. 호주의 차별금지법은 성적지향, 성별정체성, 인터섹스를 이유로 한 차별을 금지한다.[14]

〈그림 3.1〉에서 보듯 동아시아 국가 중 성소수자에 대한 고용차별금지법이 있는 국가는 대만을 제외하고는 찾아보기 어렵다. 한국은 「국가인권위원회법」을 제외하고는 성소수자에 대한 고용차별을 명시적으로 금지하는 법률이 없고, 일본은 행정가이드나 지자체 조례를 통한 규율 내지는 지원 정책이 존재할 뿐이다. 이에 비해 대만의 경우 아래와 같이 고용서비스법 제5조와 고용성평등법 제2장에서 성적지향을 이유로 한 고용차별을 금지한다.

대만 고용서비스법[15]

제5조 고용에서의 평등한 기회를 보장하기 위하여, 사용자는 인종, 계층, 언어, 사상, 종교, 정당, 출신국, 출생지, 성별, 성적지향, 연령, 혼인상태, 외모, 얼굴의 특징, 장애, 별자리, 혈액형, 노동조합 조합원 이력을 이유로 구직자 또는 노동자에게 차별하면 안 된다. (후략)

대만 고용성평등법[16]

제2장 성차별의 금지

제7조 사용자는 구직자 또는 노동자의 성별이나 성적지향을 이유로 채용, 선발, 고용, 배치,

13 ILGA World: Lucas Ramon Mendos, Kellyn Botha, Rafael Carrano Lelis, Enrique López de la Peña, Ilia Savelev and Daron Tan, State-Sponsored Homophobia 2020: Global Legislation Overview Update, Geneva: ILGA (2020), 217.

14 Thomas & Weber, 앞의 글, 25-27.

15 대만 법률정보사이트, Employment Service Act, https://law.moj.gov.tw/ENG/LawClass/LawAll.aspx?pcode=N0090001 (2021. 12. 13. 확인).

16 대만 법률정보사이트, Act of Gender Equality in Employment, https://law.moj.gov.tw/ENG/LawClass/LawAll.aspx?pcode=N0030014, (2021. 11. 30. 확인).

업무분장, 평가 및 승진의 과정에서 차별하여서는 안 된다. 다만 업무의 본질이 특정 성별에 대해서만 적합한 경우, 위 제한은 적용되지 아니한다.

제8조 사용자는 노동자의 성별이나 성적지향을 이유로 교육, 훈련 또는 기타 관련 활동을 개최하거나 제공할 때 차별하여서는 안 된다.

제9조 사용자는 노동자의 성별이나 성적지향을 이유로 다양한 복지 조치를 마련하거나 제공할 때 차별하여서는 안 된다.

제10조 사용자는 임금을 지불할 때 성별이나 성적지향을 이유로 차별하여서는 안 된다. (후략)

제11조 사용자는 은퇴, 퇴직, 해고, 종료에 있어 성별이나 성적지향을 이유로 차별하여서는 안 된다. (후략)

일본은 성소수자 고용차별 금지를 명시한 법령이 아직 존재하지 않는다. (한국의 근로기준법과 유사한) 일본 노동기준법에도 균등처우조항(제4조)이 있으나 이 조항이나 고용기회균등법에서 금지하는 성별을 이유로 하는 차별에 성적지향 차별 등이 포함되지 않는다는 것이 학계와 판례의 입장이었다. 이에 민법상 공서양속 위반이나 헌법 상 평등권 위반으로 성소수자에 대한 차별의 부당함을 주장할 수밖에 없는 상황이다. 그럼에도 후생노동성의 가이드를 통해 기업이 차별이나 괴롭힘 관련 정책을 시행하도록 계도하는 것은 한국보다 발전된 부분이다. 입법에 반영되지는 않았으나 정부 가이드에 포함되었기 때문에 성소수자 차별 금지 조항을 포함하는 취업규칙이 한국 기업에 비해서 더 많을 것으로 예상된다.

일본의 성소수자 고용차별 관련 가이드 현황[17]

- 후생노동성의 "공정한 채용 전형을 목표로 하여"에는, 기업의 대응 사례로서 LGBT 차별을 금지하고 공표', '성별 기입란이 없는 입사지원서 설정' 등의 예가 기재되어 있다. 그 이외에 'LGBT라는 이유만으로 혐오감을 나타내기보다 사람을 사람으로 보는 인권존중의 정신이 중요하다'라고 기재되어 있다.

17 이나경·최홍배, "일본 LGBT에 관한 노동 문제와 법 정책 과제", 노동법논총 제50집 (2020), 816-817, 819-823.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

- 2019년 3월 후생노동성이 발표한 취업규칙 모델에는 괴롭힘 금지 조항에 "성적지향이나 성별정체성에 관한 언동 등 직장에서 다른 노동자의 취업환경을 해치는 어떠한 괴롭힘도 해서는 안 된다"는 내용을 예시하고 있다.
- 후생노동성의 "사업주가 직장에서의 우월적인 관계를 배경으로 한 언동에서 비롯되는 문제에 관하여 고용관리를 위해 강구해야 하는 조치 등에 대한 지침"은 성적지향이나 성별정체성, 병력, 불임치료 등 민감한 개인정보에 대하여 해당 노동자의 양해를 얻지 않고 다른 노동자에게 폭로하는 것 등을 직장 괴롭힘의 구체적 예로 소개한다.
- 지자체 사례로는 오사카부 성적지향 및 성별정체성의 다양성에 관한 오사카부민의 이해증진에 관한 조례(2019년 오사카부 조례 제18호)가 있는데, "사업주는 기본이념에 따라 성적지향 및 성별정체성의 다양성에 관한 이해를 심화하고, 사업활동을 할 때는 성적지향 및 성별정체성의 다양성에 관한 이해 증진을 위해 노력하도록 한다"는 책무를 명기한다.

일본 사례를 보면, 한국에서도 입법 미비를 이유로 성소수자 차별 금지 정책을 공백상태로 두기보다는 고용노동부의 취업규칙 표준안이나 공정채용 가이드 등에 차별금지 방침을 포함시키는 정책적 방안을 고려할 수 있을 것이다.

성소수자를 차별금지 사유로 명시하는 법률이 있는 국가에서는 성소수자 차별을 허용할 수 있는 진정직업자격이나 합리적 이유가 어디까지 인정될 수 있는지가 주요 쟁점이다. 또한 성소수자에 대한 혐오발언이 특히 심각한 상황에서 성소수자를 채용하지 않겠다는 발언만으로 차별이 성립될 수 있는지 여부나 성소수자에 대한 차별적 괴롭힘의 판단기준도 많이 다뤄진다. 반면에 개별 법률이 없는 상황에서는, 성차별금지법으로 성소수자 차별을 포섭할 수 있는가, 헌법상 평등권, 사생활 보호 조항 등을 근거한 차별금지를 주장할 수 있는가 등이 주된 쟁점이 된다.

2. 성소수자에 대한 고용차별의 판단 근거

1) 헌법 상 기본권에 근거하여 고용차별을 판단한 사례

1998년 콜롬비아 헌법재판소가 결정한 Sentencia C-481/98는 평등권 침해와 자유권 침해

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

주장을 모두 보여주는 사례이다.[18] 성적지향을 이유로 교사를 해고할 수 있다는 법령의 위헌 여부가 다퉈진 사안에서, 콜롬비아 헌법재판소는 개인의 성적지향이 선천적인 것인지 아니면 개인적 선택의 문제인지를 고려하여, 전자의 경우라면 그것은 성(sex)에 가깝기 때문에 헌법 제13조의 차별 조항으로부터 보호받는 근거가 된다고 하였다. 만일 후자의 경우라면, 제16조에 따른 인격의 자유발달권에 의해 보호되는 자유권 문제라고 판단하였다. 성적지향에 따른 대우(treatment)의 차이는 선천적 또는 생물학적 특성으로서 가장 엄격한 사법 검토의 대상이었으며, 대우의 차이가 공공의 이익을 지키는 유일한 수단임을 보여줌으로써만 정당화될 수 있었다고 하였다. 개인의 자유권 침해로 여겨지는 경우에도 해당 법령은 위헌이라고 판단하였는데, 사생활의 권리와 인격의 자유로운 발달이 타인의 권리나 법적 질서에 지장을 주지 않는 한 개인의 자기 결정은 보호받기 때문이다. 헌법재판소는 또한 유엔 자유권위원회의 결정 Toonen v. Australia[19]을 선례로 언급하였는데, 이 결정은 자유권규약 제2조와 제26조에 따라 "성(sex)"에 성적지향이 포함된다고 해석한 바 있다.[20]

헌법에 근거하여 고용 차별을 규율하는 국가 사례[21]

- 성적지향에 근거한 차별금지를 헌법에 명시한 국가(볼리비아, 에콰도르, 피지, 코소보, 몰타, 멕시코, 네팔, 포르투갈, 남아프리카공화국, 스웨덴)
- 해석을 통해 차별로부터의 헌법상 보호 제공 가능하다고 판단한 국가(안도라, 벨리즈, 캐나다, 콜롬비아, 인도, 스위스, 태국, 터키).[22]
- 터키의 한 법원은 성적지향 때문에 축구 연맹에서 심판을 해임한 것은 일반적인 헌법상의 차별금지 조항을 위반하는 것이라고 판결하였다.[23]

---

18 Sentencia C–481/98, Constitutional Court of Colombia (9 September 1998).

19 Toonen v. Australia, Communication No. 488/1992, U.N. Doc CCPR/C/50/D/488/1992 (1994).

20 International Commission of Jurists, Sexual Orientation, Gender Identity and Justice: A Comparative Law Casebook (2011).

21 Thomas & Weber, 앞의 글, 21.

22 Amy Raub et al, "Protections of Equal Rights across Sexual Orientation and Gender Identity: An Analysis of 193 National Constitutions", Yale Journal of Law & Feminism, Vol. 28, Iss. 1 (2017); Thomas & Weber, 앞의 글에서 재인용.

23 Civil Court of First Instance in Istanbul, Dec (2015). 이는 민간부문에서 성적지향에 따른 고용 차별을 발견한 첫 번째 판결이며 성적지향에 따른 차별을 근거로 한 첫 배상사례이다. BBC 뉴스, "터키 축구 연맹, 동성애자 심판 해고로 벌금 부과" (2015. 12. 29.), https://www.bbc.co.uk/news/world–europe–35194359 (2021. 12. 10. 확인).

국가인권위원회 humanrights.go.kr

2) 성차별금지법을 성소수자 차별에 적용한 사례

가. 성별정체성 또는 성별재지정

성별정체성 또는 성별재지정(gender reassignment)은 성적지향에 비해 상대적으로 빠르게 성차별금지법의 적용대상으로 인정되는 경향을 보인다.

미국 연방하급심 판결인 Schroer v. Billington (2008)은 테러방지 연구 전문가로서의 채용 교섭을 진행 중이었는데, 예비 사용자에게 남성에서 여성으로 전환하겠다고 통보한 후 고용 제안이 철회되었다.[24] 사용자는 원고가 보안 허가를 받지 못할 수 있으며 트랜스젠더 여성은 군과의 접촉이나 의회 증언 시 신뢰도가 떨어질 수 있다고 주장했다. 워싱턴 D.C. 연방지방법원은 "타인의 실제적 또는 추정된 편견을 존중하는 것은 차별"이라는 이유로 사용자의 주장을 모두 기각했다. 법원은 원고가 성별 고정관념(남성적인 외모가 아니라는 점)과 성(sex) 자체 때문에 모두 차별을 받았다고 언급하면서 성별정체성에 따른 차별은 성차별의 한 형태라고 판시하였다. 여기서 법원은 성을 바꾸는 것을 개종에 비유하여, 종교 개종자에 대한 차별이 종교를 이유로 한 차별이라면, "성확정수술을 통해 해부학적 성을 바꿀 계획이라는 고지를 받고 원고를 고용하지 않은 것은 문자 그대로 '성(sex)으로 인한' 차별"이라고 판단하였다. Schroer v. Billington는 이전 미국의 판결들과 달리 성별정체성에 따른 차별 주장을 인정했다는 점에서 의의가 있다. 고용 성차별 사건인 Price Waterhouse v. Hopkins에서 미국 연방대법원은 여성스러운 옷차림과 태도를 보이지 않는다는 이유로 승진에서 불이익을 주는 것은 차별이라고 판시한 바 있다.[25] 이 판결은 이후 성별정체성 고용차별 사례에서 인용되었는데, 자신의 지정성별에 순응하지 않는 트랜스젠더에 대한 차별은 성별 고정관념에 순응하지 않는 여성(또는 남성)에 대한 차별과 동일하다는 것이다. 그럼에도 불구하고 미국 연방하급심은 "하나의 소수자 집단으로서 트랜스젠더"를 보호한 것이 아니라 성별에 비순응하는 자에 대한 차별이라는 관점에서 접근했다는 한계가 있었다. 이와 달리 위 Schroer 판결은 최초로 성별 고정관념에의 비순응뿐만 아니라 성별재지정으로 인한 차별을 포함하여 성차별로 인정했다는 점에서 의의가 있다.[26]

유럽사법재판소도 비슷한 경향을 보였는데, 1996년 P v. S and Cornwall County 판결이 대표적인 예이다.[27] 유럽사법재판소는 이 결정에서 트랜스젠더임을 이유로 한 차별은 1976년

---

24 Schroer v. Billington, 577 F. Supp. 2d 293 (D.D.C. 2008).

25 Price Waterhouse v. Hopkins, 490 U.S. 228 (1989).

26 International Commission of Jurists (2011).

27 P v S and Cornwall County Council [1996] ECR I–2143 (C–13/94).

국가인권위원회 humanrights.go.kr

EU '채용, 직업 훈련, 승진 및 근로 조건에 관한 남성과 여성의 평등대우 원칙의 이행에 관한 지침'(Directive 76/207/EEC)'[28]에 따라 금지된 성차별에 해당한다고 결론지었다. 이 지침의 범위가 "단순히 한 가지 또는 다른 성별이라는 사실에 근거한 차별에만 국한될 수 없고" 성별재지정을 선택한 사람에게도 적용된다고 하였다. 성별재지정을 하려고 하거나 했다는 이유로 한 개인이 해고된 경우, 그 또는 그녀는 성별재지정을 하기 전에 그 또는 그녀가 속한 것으로 간주되는 성별의 사람과 비교하여 불리한 대우를 받는다고 보았다. 그 후 2006년 '고용 및 직업에서 남성과 여성의 평등기회와 평등대우 원칙의 이행에 관한 지침'(Directive 2006/54/EC)에는 성별재지정도 차별금지 사유로 명시되었다.[29]

성차별금지법을 적용한 사례

- 룩셈부르크의 개정 노동법은 "성별변경에 따른 차별은 성별에 의한 차별과 동등한 것으로 간주되어야 한다"고 명시함.[30]
- 태국의 성평등법(Gender Equality Act)
  2015년 제정된 성평등법에서는 성차별(gender discrimination)을 "위법한 성차별이란" 남성 또는 여성이라는 이유로 또는 출생시에 기대되는 것과 다른 외모라는 이유로 분리, 차별, 권리나 혜택의 제한을 직접적 또는 간접적으로 초래하는 어떠한 행위 또는 부작위로 정당화 사유가 없는 경우를 뜻한다고 정의함. 이러한 정의는 성별정체성을 성차별 개념으로 포섭하는 입법으로 평가됨.
- 미국 고용기회평등위원회의 해석[31]
  고용기회평등위원회는 성별정체성, 성별재지정 등에 근거한 차별이 민권법 제7편 상 성차별의 근거로 인식될 수 있다고 결정했다. 고용기회평등위원회의 결정은 "성"이라는 용어가

---

28 Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 on the Implementation of the Principle of Equal Treatment for Men and Women as Regards Access to Employment, Vocational Training and Promotion, and Working Conditions.

29 Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the Implementation of the Principle of Equal Opportunities and Equal Treatment of Men and Women in Matters of Employment and Occupation.

30 Thomas & Weber, 앞의 글, 22.

31 EEOC, Preventing Discrimination against Lesbian, Gay, Bisexual or Transgender Workers. https://www.eeoc.gov/laws/guidance/preventing-employment-discrimination-against-lesbian-gay-bisexual-or-transgender (2021. 12. 5. 확인)

국가인권위원회 humanrights.go.kr

여성과 남성, 그리고 성별 사이의 생물학적 차이를 모두 포함하고 있음을 이해하는 데 근거한다.[32] 고용기회평등위원회는 트랜스젠더 개인에 대한 차별이 성별에 기초한 차별이라는 것을 인정한다는 연방지방법원 판결의 꾸준한 흐름을 언급했다. 고용기회평등위원회는 젠더는 한 개인의 생물학적 성별뿐만 아니라 남성성과 여성성과 관련된 문화적, 사회적 측면을 포함하기 때문에 성별이 젠더를 포괄한다는 것에 대한 이해의 중요성을 강조했다. 따라서 성차별은 사용자가 근로자를 성별에 기반한 기대나 규범에 부합하지 않는다고 하여 다르게 대우할 때에 발생한다고 인정하였다. 고용기회평등위원회는 민권법 제7편(Title Ⅶ)의 입안자들이 이 법의 초안을 작성할 때 트랜스젠더를 염두에 두지 않았을 것이라고 인정했지만, 그럼에도 불구하고 이 법의 조항이 모든 성별에 기반한 차별적 행위를 포괄하도록 확장되어야 한다고 결정했다.[33]

나. 성적지향

EU가 2000년대 들어 고용평등지침에서 성적지향 등을 차별금지 사유로 명시하였던 것과 달리, 미국의 연방 고용차별금지법인 민권법 제7편(Title VII of Civil Rights Act)은 성적지향 등을 명시하지 않았다. 따라서 민권법 제7편에서 금지하는 '성을 이유로 하는' 차별에 성적지향 차별도 포함되는지(성별재지정이나 성별정체성은 해석상 포함되는 것으로 정리됨) 관련된 논쟁이 계속되었는데 고용기회평등위원회는 성차별에 포함된다는 입장을 유지해왔다. 최종적으로 2020년 연방대법원의 Bostock 판결을 통해 성적지향에 근거한 차별도 성차별에 해당한다고 정리하며 해석상 다툼을 종결지었다. 이에 따라 별도의 입법 없이도 연방 고용 성차별금지법을 성적지향을 사유로 한 차별 사건에도 적용할 수 있게 되었다.

---

32 이와 관련하여 고용기회평등위원회는 미국연방대법원의 Price Waterhouse v. Hopkins, 490 U.S. 228, 239 (1989)를 인용했다. 이는 민권법 제7편이 "생물학적 성에 의한 차별뿐 아니라 성별 고정관념 즉, 성별로 정의된 기대치에 따라 행동하며 보이는 것에 실패하는 것"을 금지했다고 주장했다.

33 EEOC, Preventing Discrimination against Lesbian, Gay, Bisexual or Transgender Workers. 앞의 글. 고용기회평등위원회는 Bostock 판결 이전부터 이러한 해석론을 유지하여 왔다.

성적지향 관련 미국 고용기회평등위원회의 해석[34]

2015년 고용기회평등위원회는 성적지향에 기반한 차별이 민권법 제7편(Title Ⅶ)의 의미 안에서 성차별을 구성했는가에 대한 문제를 직접적으로 다뤘다.[35] 고용기회평등위원회는 성적지향이 본질적으로 "성 기반 고려 요소"이며, 따라서 성적지향에 기반한 차별의 주장은 필연적으로 민권법 제7편 하의 성차별 주장이라고 판단하였다. 고용기회평등위원회는 **성적지향에 기반한 차별은 성에 기반한 선호, 전제, 기대, 고정관념 또는 규범에 의해 전제된다고 추론했다. 따라서 하나의 개념으로서 "성적지향"은 성별에 대한 언급 없이 정의되거나 이해될 수 없다.** 고용기회평등위원회는 또한 성적지향 차별은 성별 연계차별(associational discrimination)과 성별 고정관념에 근거한 성차별과 같은 다양한 성차별의 형태를 취할 수 있다고 설명했다. 고용기회평등위원회는 민권법 제7편의 성적지향 차별 적용에 대한 자체적인 이해가 시간이 지남에 따라 발전했으며, 심지어 과거에는 일관성이 없었다고 지적했다. 미국 내에서도 주 단위의 결정은 위의 논리를 따랐고 당시 두 개의 연방항소법원은 민권법 제7편의 성 차별 금지가 성적지향 차별에 적용된다고 인정한 바 있다.[36] 당시 항소법원은 1980년대부터 성차별의 범위와 의미를 확장한 일련의 대법원 판결에 의존했는데, 이는 민권법 제7편의 입안자들이 생각하지 않았던 개념을 포함하기 위해서였다. 여기에는 적대적 환경 성희롱, 성별 고정관념에 기초한 성차별, 그리고 동성간 성적 차별이 포함된다.

아래의 Hively v. Ivy Tech Community College 판결은 연방항소심에서 최초로 성적지향 차별이 성차별로 포섭될 수 있다고 판시한 사례이다. Bostock 판결 이전에도 성적지향 차별에 민권법 제7편이 적용될 수 있다고 연방항소법원이 판단한 첫 사례라는 의의가 있다.

---

34 Thomas & Weber, 앞의 글, 23.

35 EEOC: Baldwin v. Foxx, Appeal No. 0120133080, Agency No. 2012-24738-FAA-03.

36 Hively v. Ivy Tech, 853 F.3d 339 (7th Cir. en banc, 2017) and Zarda v. Altitude Express, 883 F.3d 100 (2d Cir. en banc 2018).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

미국 연방항소법원

Hively v. Ivy Tech Community College, 853 F.3d 339 (7th Cir. 2017)[37]

사건개요: 원고-항소인 킴벌리 하이블리(Kimberly Hively)는 Ivy Tech Community College의 시간제 겸임교수였는데, 대학이 성적지향을 이유로 그녀를 승진시키지 않고 전일제 고용 허가를 거부했다고 주장하였다. 인디애나 북부지방법원은 청구를 진술하지 않았다는 이유로 그녀의 고소를 기각하였다. 고용기회평등위원회는 이 소송에서 민권법 제7편이 성적지향 차별을 금지한다고 판결할 것을 재판부에 촉구하였다.

쟁점: 고용 성차별금지법이 성적지향 차별에도 적용될 수 있는가

판단내용: 법원은 이 사건을 다시 심리하기로 했으며 2017년 4월 4일 성적지향 차별을 성차별의 한 형태로 금지한다는 획기적인 판결을 하였다. 이 결정으로 제7연방항소법원은 민권법 제7편에 따라 성적지향 차별을 규율한 최초의 연방항소법원이 되었다.

다음 Bostock v. Clayton County 판결은 연방대법원이 판례를 변경하여 성적지향을 이유로 한 차별이 성차별에 포섭되며 민권법 제7편에 따른 규율대상이라고 판시한 역사적인 판결이다.

미국 연방대법원

Bostock v. Clayton County, 140 S.Ct. 1731 (2020)[38]

사건개요: 클레이턴 카운티 소속 아동복지 부서에서 근무하던 제럴드 보스톡(Gerald Bostock)이 게이 야구동호회 리그에 참여하기 시작한 후 "부적절한 행동"을 하였다는 이유로 해

37 EEOC, Fact Sheet: Notable EEOC Litigation Regarding Title VII & Discrimination Based on Sexual Orientation and Gender Identity https://www.eeoc.gov/fact-sheet-notable-eeoc-litigation-regarding-title-vii-discrimination-based-sexual-orientation-and (2021.11.30. 확인)

38 이하 내용은 다음 논문에서 발췌한 부분과 필자가 보스톡 판결에서 발췌, 번역한 내용임. 김영진, "성소수자의 성적지향에 따른 고용차별: 미국 연방대법원 Bostock v. Clayton County 판결의 평석을 중심으로", 외법논집 제45권 제1호 (2021).

고되었다.[39]

쟁점: 성차별금지법을 성소수자에게 적용할 때 비교대상이 필요한가. 고용차별금지조항의 '성별'에 성적지향도 포함되는가.

판단내용: 사용자측은, 남녀 불문 동성애인 것을 이유로 해고했을 것이므로 성별을 이유로 한 차별이 아니라고 주장하였다. 이에 대법원은 남녀 집단 전체적으로 평등하게 대우한다는 것만으로는 차별의 성립을 부인할 수 없고, 집단 전체적으로는 같게 대우하더라도 특정 노동자를 성적지향을 이유로 차별한다면 여전히 차별 여부를 심사해야 한다고 판시하였다.
반대의견은 성적지향 차별은 그 자체로 성별에 의한 차별을 수반하지 않는다고 보았다. 노동자의 성별을 구분하지 않은 채 동성애자 차별 정책을 적용할 수 있기 때문이라는 것이다. 하지만 대법원은 **성적지향을 이유로 한 차별은 성별로 인한 차별을 필연적으로 수반한다고 판단하였다. 사용자는 노동자의 성별에 근거하여 해고 대상을 의도적으로 선별한 것으로 해당 성별이 아니었다면 해고되지 않았을 것(but-for cause)이라고 설시하였다.** 마찬가지로 출생시 남성으로 지정받았으나 현재 여성의 정체성인 트랜스젠더를 해고하는 케이스라면, 출생시의 성별이 남성이었기 때문에 해고를 당한 것이므로 성차별이라고 보았다.
또 피고측은 사회통념적으로 성별을 이유로 한 차별에는 성적지향이나 성별정체성 차별이 포함되지 않는다고 주장하였다. 이에 대해 대법원은 통상적인 대화의 맥락과 법률이 금지하는 차별의 대상이 무엇인가라는 해석은 별개의 문제라고 하였다.
한편 민권법 제7편 입법 연혁을 근거로 성적지향은 성별에 포함되지 않는다는 주장에 대하여, 대법원은 법령 상 문언의 의미가 모호하거나 불명확할 때 입법연혁을 참조할 필요가 있으나, **이 사안은 문언의 의미가 명확하여 굳이 연혁을 참고할 필요가 없다고 하였다.**

다. 미국의 연방정부정책 사례

미국은 2020년 연방대법원 Bostock 판결 이전까지는 연방 고용차별금지법이 성적지향을 이유로 한 차별에도 적용되지 않는다는 판례의 영향 아래에 있었다. 그런데 연방정부는 연방

39 이 대법원 판결은 Bostock 연방항소심 판결 외에도 민권법 제7편이 성적지향을 이유로 한 차별에도 적용될 수 있는가를 다툰 다른 하급심 판결들을 다 다룬 것임.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

정부 소속 노동자에 민권법 제7편을 적용하는 대통령령을 개정하여 1998년에는 성적지향을, 2014년에는 성별정체성을 추가하였다.[40] 대통령령 11478은 행정부 내 고용에서 성적지향과 성별정체성을 이유로 한 차별을 명시적으로 금지하고, 이 차별금지정책이 "법이 허용하는 한도 내에서 연방정부 직원을 고용, 개발, 승진 및 대우할 때 있어 인사 정책 및 관행의 모든 측면에서 필수적인 부분이어야 한다"고 명시한다. 성소수자인 연방정부 소속 노동자를 보호하는 법률로는 민권법 제7편, 1978년 공무원 개혁법 등이 있다.[41] 연방정부에서 민권법 제7편의 해석 및 집행을 담당하는 기관인 고용기회평등위원회가 성차별 금지에 성적지향 및 성별정체성 차별금지가 포함되어 있다고 해석하므로 이에 근거하여 대통령령 11478을 제정한 것으로 보인다.[42] 대통령령에 근거하여 연방기관들은 성소수자와 관련하여 다음의 책무를 진다.

> 미국 최대 고용주인 연방 정부는 다른 고용주들에게 성적지향이나 성별정체성에 따른 차별이 용납될 수 없음을 보여주는 모범이 되어야 한다. 레즈비언, 게이, 바이섹슈얼, 트랜스젠더를 포함한 모든 연방 근로자는 불법적인 차별 없이 직무를 수행할 수 있어야 한다.
> 공무원 및 관리자를 포함한 연방기관은 기존 연방법에 따라 성적지향 및 성별정체성에 따른 차별이 없는 근무환경을 조성을 위해 노력해야 한다. 기관은 직원에게 시정 방법을 알리고 차별 사례를 상사와 기관의 EEO(고용 기회 균등) 사무소에 보고하도록 권장해야 한다. 성적지향 또는 성별정체성 차별에 대한 모든 보고는 심각하게 받아들여 신속하고 적절하게 처리해야 한다.[43]

아래는 Bostock 판결 이전에도 고용기회균등위원회가 연방기관 소속 노동자에 대한 성적지향 차별을 민권법 제7편 위반의 위법한 차별로 인정한 사례들이다.

---

40 Federal Register: Executive Order 13087 of May 28, 1998. https://www.eeoc.gov/executive-order-13087 (2021. 12. 10. 확인). Executive Order -- Further Amendments to Executive Order 11478, Equal Employment Opportunity in the Federal Government, and Executive Order 11246, Equal Employment Opportunity", whitehouse.gov. Office of the Press Secretary. July 21, 2014. Retrieved July 21, 2014 – via National Archives. https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2014/07/21/executive-order-further-amendments-executive-order-11478-equal-employmen (2021. 12. 10. 확인)

41 1978년 공무원 개혁법 중 5 U.S.C. § 2302(b)(1)은 성별을 근거로 한 직장 차별에 대한 Title VII의 금지와 유사한 규정인데 고용기회평등위원회해석에 따라 성소수자 차별에도 적용된다고 해석한다. 또한 5 U.S.C. § 2302(b)(10)은 기관이 직무 수행에 부정적인 영향을 미치지 않는 행위를 근거로 직원을 차별하는 것을 금지합니다. 이 금지는 성적 성향과 성별정체성에 근거한 차별을 금지하는 것으로 오랫동안 인식되어 왔다. 개인이 성적지향이나 성별정체성을 근거로 금지된 인사 관행을 받았다고 생각하는 경우 특정 상황에서 미국 특별 법률 고문실(OSC) 및/또는 공로 시스템 보호 위원회(MSPB)에 도움을 요청할 수 있다. Office of Personnel Management, Addressing Sexual Orientation and Gender Identity Discrimination in Federal Civilian Employment: A Guide to Employment Rights, Protections, and Responsibilities (2015), 4.

42 Office of Personnel Management, 위의 글, 2.

43 Office of Personnel Management, 위의 글, 3.

미국 고용기회평등위원회

Phyllis F. v. Dep't of Homeland Security (Transp. Security Admin.),
EEOC Appeal No. 0120150799, 2021 WL 871245 (2021. 2. 16)

쟁점: 성적지향을 이유로 한 괴롭힘 및 보복조치의 성립 여부

사건개요 및 판단내용: 동료가 진정인에게 성적지향 관련하여 여러 가지 모욕적인 말(그녀의 삶에 남자가 필요하다고 하고 동성애와 동성혼을 승인하지 않는다는 발언 등)을 하는 방식으로 괴롭힘을 했다는 사실을 고용기회평등위원회가 인정하였다. 또한 진정인이 낮은 성과 등급을 받고 해고된 것도 괴롭힘 고충을 제기한 것에 대한 보복조치라고 판단하였다.

미국 고용기회평등위원회

Thomasina B. v. Dep't of Defense (Defense Logistics Agency),
EEOC Appeal No. 0120141298, 2021 WL 674725 (2021. 2. 9.)

동료들이, 진정인이 레즈비언이며 여성 동료와 데이트를 하고 있다고 소문을 퍼뜨리고 진정인에게 당신은 지옥에 갈 것이고 성적지향으로 인해 자녀에게 해를 입히고 있다고 말하는 등 괴롭혔다. 진정인은 진정 절차를 통해 직장 상사와 동료에게 2년 이상 차별적 괴롭힘을 당했음을 인정받았다.

Bostock 판결 이전에서부터 미국 법원은 공공부문 종사자인 성소수자에 대해 헌법 상 평등보호조항에 근거하여 고용차별로부터의 보호를 제공한다고 해석하였다. 공공기관인지 여부를 판단하기 위하여 해당 사업의 기능(functions)을 고려하는데, 예컨대 1979년 Gay Law Students Ass'n v. Pacific Telephone & Telegraph Co. 사건에서 캘리포니아주 대법원은 해당 사업에 대한 엄격한 규제라는 특성, 주정부로부터 관련 분야의 독점을 사실상 보장받는 점

humanrights.go.kr 국가인권위원회

등을 들어 순수한 민간 사용자이기 보다는 정부기관과 더 유사하다고 보았다.[44] 따라서 캘리포니아주 헌법의 평등보호 조항을 적용할 수 있다고 판단하였다. 또 1998년 Weaver v. Nebo School District 사건에서[45] 유타 연방지방법원은, 교사의 성적지향에 대한 지역 내 부정적 반응 때문에 교육청이 그녀가 배구 코치를 못하도록 결정한 것은 수정헌법 제14조 평등보호조항 위반이라고 판결했다. 법원은 "일부 공동체 구성원의 사적인 반감이 국가적 차별을 정당화 할 수 없다"고 강조하였다.[46]

미국의 이와 같은 사례는 국가 및 지방자치단체, 공공부문에서의 차별금지 관련 규정이나 인권경영지침에 우선적으로 성소수자 차별금지를 포함하는 보호정책의 가능성을 보여준다.

3. 성소수자에 대한 고용차별 사례

1) 성소수자를 고용하지 않겠다는 인터뷰 발언

아래 유럽사법재판소의 NH v. Associazione Avvocatura per I Diritti LGBTI – Rete Lenford 판결은 성소수자의 입사 지원을 막겠다는 차별적인 발언을 고용차별로 판단할 수 있는지 여부가 쟁점이 된 사례이다.

유럽사법재판소

NH v. Associazione Avvocatura per I Diritti LGBTI–Rete Lenford,
C–507/17 (2020. 4. 23.)[47]

사건개요: 한 라디오 프로그램에서 로펌의 한 선임 변호사(소송 절차에 따라 "NH"로 익명화됨)가 성소수자를 절대로 고용하지 않을 것이며 그런 사람에게 서비스를 받고 싶지도 않다고 말했다. 인터뷰 당시, NH의 로펌에는 채용 결원(job openings)이 없었다. 그럼에도 성소수자

44 Gay Law Students Ass'n v. Pacific Telephone & Telegraph Co., 24 Cal.3d 458 (1979).
45 Weaver v. Nebo School District 29 F. Supp. 2d 1279 (D. Utah 1998).
46 Besl et al, 앞의 글, 317–319.
47 이하의 내용은 다음을 발췌, 정리한 것임. Uladzislau Belavusau, "The NH Case: On the 'Wings of Words' in EU Anti–discrimination Law", European Papers, Vol. 5, No. 2 (2020), https://doi.org/10.15166/2499–8249/395 (2021. 11. 10. 확인).

권리옹호협회-렌포드네트워크(the Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI-Rete Lenford)(이하 "연합")라는 변호사 연합은 NH에 소송을 제기하였다. 연합이 입은 비물질적 손해에 대해 피해를 보상하고, 본인이 받은 명령의 일부를 전국 일간신문에 게재하고 로펌에서 차별을 철폐하기 위한 조치 계획 수립을 청구하는 소송이었다. 이탈리아 대법원은 유럽사법재판소에 EU 고용평등지침(Directive 2000/78)의 범위와 관련한 두 가지 질문에 대해 판단할 것을 요구했는데 첫째는, 연합은 손해배상 소송을 제기할 수 있는 당사자 적격이 있는가, 둘째는, 라디오 프로그램에서의 발언이 해당 시점에서 진행 중이거나 계획된 채용 절차와 아무 관련이 없더라도 고용평등지침의 적용범위에 해당하는가였다.

쟁점: (1) 성소수자 배제가 모집채용 기준에 명시되지 않았고 채용절차가 개시되지 않은 상황에서 경영진이 "성소수자를 채용하지 않겠다"라고 발언한 것만으로 성적지향을 이유로 한 직접차별이 성립할 수 있는지 여부, 면접관이 아닌 경영진이나 경영진에 영향력을 행사할 수 있는 사람이 채용과 무관한 자리에서 한 발언을 차별로 볼 수 있는지 여부, 모집채용 기준(selection criteria)과 구분되는 "고용에 대한 접근성(access to employment")의 의미.
(2) 실제 채용지원자가 아닌 성소수자 권익 보호단체에 피해구제 신청의 당사자 적격이 있는가

판단내용: 각 쟁점에 대해 유럽사법재판소는 다음과 같이 판단하였다.

(1) 모집 및 채용 절차가 개시되지 않은 상황에서 문제된 발언만으로 고용 차별이 성립할 수 있는지 등

고용평등지침 제3조는 차별금지가 적용되는 영역에 대해 규정하는데 이 조항의 1.a)항은 "선발기준, 모집조건, 승진을 포함한 고용, 자영업, 직업에의 접근 조건(필자 밑줄 표기)"에서의 차별이 금지된다고 하였다. 재판소는 인터뷰 발언을 할 당시 채용을 위한 어떤 절차도 진행 중이지 않았다는 사실만으로 고용평등지침의 적용대상이 아니라고 단정지을 수 없다고 판단하였다. 또한 그러한 진술이 고용평등지침의 실질적 적용 영역에 속하기 위해서는 그 발언이 "실제로 해당 사용자의 채용 정책에 관련될 수 있어야 하는데, 이는 그 발언과 고용 및 직업에 대한 접근 조건의 연관성이 가정적인 것이 아니어야 함"을 의미하였다. 유럽사법재판소는 i) 해당 발언을 한 사람의 지위와 구직자에게 미칠 수 있는 영향, ii) 해당 발언의 성격과 내용, 그리고 iii) 문제의 발언이 이루어진 맥락을 참고하여야 한다고 판시하였다. 이러한 논변

국가인권위원회
humanrights.go.kr

을 바탕으로 사용자 또는 채용 정책에 결정적인 영향을 행사할 능력이 있다고 인지되는 사람이 고용 및 직업과 관련하여 차별적 의견을 표명하는 것은 그 대상이 되는 개인들이 해당 직무에 지원하는 것을 단념시키기 쉽다는 점에서 고용에 대한 접근 조건 차원에서 불리하게 대우한 것으로 차별이라고 판단하였다.
사용자측의 표현의 자유 주장에 대해서는, 고용평등지침의 목적(고용 및 직업 상의 평등한 대우를 위한 원리와 높은 수준의 고용 및 사회적 보호의 달성)을 성취하기 위한 의도 안에서만 표현의 자유 주장이 적용될 수 있다고 하여 표현의 자유 주장의 한계를 언급하였다.

(2) 협회에 당사자 적격이 인정되는가

유럽사법재판소는 고용평등지침 제9조 2항에 대한 ACCEPT 연합 사건 판시[48]를 인용하며, 고용평등지침의 준수 여부에 정당한 이해관계를 지닌 연합, 조직(국내법에서 정한 기준에 부합하는) 회원국이 진정인을 대신하거나 진정인을 지지하여 이 지침 위반에 대한 구제절차를 개시하는 것을 보장해야 한다고 판단하였다. 따라서 국내법에서 정한 기준에 부합하는 한 이 사건 연합에 당사자적격이 인정될 수 있다고 하였다.

경영진의 성소수자 혐오발언을 고용차별로 포섭할 수 있는지는 EU에서 중요하게 논의되어 온 쟁점인데, 이 사건 판결을 계기로 고용차별로 인정할 수 있는 기준을 제시하였다는 점에서 의의가 있다. 이 사건 이전의 혐오발언 관련 판결로는 Feryn 판결과 ACCEPT 판결이 있는데, 모로코 출신을 채용하지 않겠다는 언론 인터뷰를 한 기업 임원 페린(Mr. Feryn)이 최종 의사 결정자임이 분명했었고 ACCEPT 사건에서는 성소수자 선수를 영입하지 않겠다고 발언한 베칼리(Mr. Becali)가 해당 축구클럽의 유력 후원자였다. 후자의 경우 발언자가 축구클럽의 인사권자 내지 경영진이 아닐지라도, 채용의 주체에 영향을 미치는 사람이기에 고용차별의 주체로 보아야 한다고 하였다. 따라서 유럽사법재판소는 축구클럽이 유력후원자의 차별적 언사로부터 거리를 둘 구체적인 의무가 있다고 판단한 것이다. 이러한 선례들에서 NH 판결이 더 진보한 것은 '실제로 채용 절차가 진행되지 않은 상태에서의 혐오발언도 고용차별금지 지침의 적용대상으로 인정'했다는 점이다.[49] NH 사건은 해당 로펌의 변호사가 인터뷰할 당시 채용을 위

48 Court of Justice, judgment of 25 April 2013, case C-81/12, Asociaţa Accept.
49 이 사건이 2021년 논란이 되었던 동아제약 면접관의 성차별적인 발언 사건과 구별되는 지점이다.

KOR 국가인권위원회 humanrights.go.kr

한 빈 자리가 없었음에도 '고용에의 접근성'과 관련하여 차별이 있었다고 인정했다는 점에서 의미가 있다. 채용에 영향을 미칠 수 있는 자의 발언으로 인하여 잠재적인 지원자들이 채용 자체를 포기할 수 있었다고 인정한 것이다. 실제 성소수자인 지원자가 채용에서 탈락하는 고용상 처분이 없었다 하더라도 경영진의 발언이라는 사실행위에 대해 차별임을 인정한 것이다.

여기에는 두 가지 의의가 있다. 채용 절차가 개시된 이후에서부터 채용차별을 논할 수 있고 채용 탈락 등 고용 상 처분에 대해 민권법 제7편 상의 차별 금지 규정이 적용될 수 있다고 보는 미국의 판례, 그리고 한국의 법해석과 다르다는 데 첫 번째 의의가 있다. 고용평등지침 제3조의 경우 "선발기준, 모집조건, 승진을 포함한 고용(자영업 포함) 및 직업에의 접근 조건"에서의 차별을 금지한다고 규정하기 때문에 가능한 해석으로 보인다. 이 소송에서 EU 법무심의관(Advocate General)이 제출한 의견서는 "고용 절차와의 최소한의 연계성도 존재하지 않는 단순한 의견의 진술은 표현의 자유에 의해 보호받는다"는 점을 확인하면서, 고용평등지침 제3조의 "고용에 대한 접근성이 취업을 위한 조건, 기준, 도구, 그리고 방법을 포괄"한다고 주장했다. 법무심의관은 "고용평등지침의 대상과 권리의 성격을 고려할 때, 그 개념의 범위는 제한적으로 정의될 수 없다는 점, 성소수자 등 보호되는 집단에 속하는 사람이 채용되지 않을 것이라는 공표는 명백히 특정 후보가 지원하는 것을 단념시키고 노동 시장에 대한 그들의 접근성을 방해하기 쉽다는 점, 채용 절차가 개시되었는지 여부는 관련 없다는 점, 성소수자인 진정인이 식별되지 않는다 하더라도 핵심은 사용자가 실제로 문제된 차별 발언으로부터 분명하게 거리를 두었는지 여부라는 점" 등을 강조하였다.[50] 한국의 「남녀고용평등과 일 · 가정 양립 지원에 관한 법률」(이하 "남녀고용평등법")은 성별 등의 사유로 합리적인 이유 없이 채용 또는 근로의 조건을 다르게 하거나 그 밖의 불리한 조치를 하는 경우 등을 차별로 정의하는데, 차별금지의 영역을 고용 상 처분으로 제한하여 해석하는 경향이 있다. 한국의 「국가인권위원회법」은 고용(모집, 채용, 교육, 배치, 승진, 임금 및 임금 외의 금품 지급, 자금의 융자, 정년, 퇴직, 해고 등을 포함)과 관련하여 특정한 사람을 우대 · 배제 · 구별하거나 불리하게 대우하는 행위를 차별로 정의하는데, 국가인권위원회 해석도 고용상 처분으로 한정하여 불리한 대우 여부를 인정하는 것으로 보인다. 그러나 NH사례는 고용상 처분이 아닌 사실행위에 대해서도 차별금지법상의 적용대상으로 볼 수 있음을 보여준다는 점에서 새로운 해석의 가능성을 열어준다. 생각해보건대 남녀고용평등법은 "모집하거나 채용할 때 ~ 차별하여서는 아니 된다", 「국가인권위원회법」은 "고용과 관련하여"라고 규정하므로 포괄적으로 규정했다고 볼 수 있는 문언이다. 고용 상 처분에 대해서만 차별을 금지하는 것으로 해석해야 할 문언인

50 Belavusau, 앞의 글, 1004.

국가인권위원회
humanrights.go.kr KOR

지 현재의 해석에 대한 비판적 검토가 필요하다.

또한 NH 판결에서는 차별 개념에서의 "불리하게 대우"의 의미를 해석함에 있어 잠재적으로 성소수자의 지원을 억제, 포기시킬 가능성도 불리한 대우에 포함된다고 보았다는 점에서 두 번째 의의가 있다. 이와 관련하여 EU 법무심의관은 차별적 발언이 차별의 영역으로 인정되려면, 해당 발언(및 발언자)이 실제 채용 절차와 긴밀하게 연계되어야 한다고 주장하였다. 즉, 순수하게 가정적인 연계성만으로는 충분하지 않고, i) 진술을 한 당사자의 지위와 역량이 실제 잠재적 고용주이거나, 법적 또는 실제적으로 잠재적 고용주의 채용 정책에 중대한 영향을 행사할 수 있는 사람이거나, 채용 관련 사항에서 고용주를 법적으로 구속할 수는 없을지라도 최소한 그러한 영향을 행사할 수 있다고 합리적으로 인지될 수 있는 사람이어야 한다. ii) 발언의 성격과 내용을 고려했을 때 발언자가 잠재적 고용주나 그들을 (고용주로) 만드는 사람 등의 활동영역 안에서 고용과 관련되어야 한다. iii) 발언의 맥락을 보았을 때 사적인 발언이었는지, 공적인 발언이었는지를 살펴보아야 한다. iv) 발언의 성격, 내용, 그리고 맥락이 보호된 집단에 속하는 사람들이 그 고용주에게 고용되기 위해 지원하는 것을 어느 정도로 좌절시킬 수 있는가를 고려해야 한다. 즉, "내가 변호사라면 절대로 내 로펌에 성소수자를 고용하지 않을 것이다"라고 선언했어도 로펌의 변호사 채용과 무관한 사람이라면 고용평등지침의 적용영역이 될 수 없다는 것이다.[51] 유럽사법재판소는 법무심의관의 이러한 요건을 상당부분 수용하여 i) 해당 진술을 한 사람의 지위와 그 또는 그녀가 인사결정권자에게 행할 수 있는 능력, ii) 해당 진술의 성격과 내용, 그리고 iii) 문제의 진술이 이루어진 맥락을 고려하여 문제된 진술이 고용에의 접근성과 연계되는지를 판단해야 한다고 하였다. 또한 발언을 한 선임변호사가 채용 결정에 영향을 미칠 수 있는지 불명확한 상황에서 그의 가정적인 지위를 고려하여 i)의 문제를 판단하였다. 현재 채용이 진행되지 않는 로펌이라 하더라도 그의 발언이 성소수자의 지원을 저해할 "가능성을 배제하지는 않기 때문"이라는 것이다.[52] 해당 발언을 한 사람이 로펌의 말단 행정직원이거나 정원사였다면 가능성을 배제할 수 있었을 것이라는 점에서 유럽사법재판소가 채용과 무관하지 않은 사람을 판단하는 기준을 유추할 수 있다.

이 판결은 성소수자 당사자가 아닌 성소수자 권리 옹호단체에 대해서도 당사자 적격을 인정할 수 있음을 확인했다는 의의가 있다. 유럽사법재판소의 이러한 판단은 이 판결 이전의 Feryn 판결과 ACCEPT 판결에서 이미 확인된 바 있으나, 다시 한 번 확인해준 사례이다. 이러한 판례는 성소수자 채용거절의사를 밝히는 발언 관련하여 식별가능한 피해자가 나타나지

51 Belavusau, 앞의 글, 1005–1006.
52 Belavusau, 앞의 글, 1012.

KOR 국가인권위원회 humanrights.go.kr

않더라도 구제절차를 진행할 수 있다는 점에서 중요한 의의가 있다. 이러한 판단은 고용평등지침 제9조가 고용차별 금지 옹호단체 등의 소 제기 권한을 인정하기 때문에 가능했던 것으로 보인다. 한국의 「국가인권위원회법」은 제3자 진정을 허용하나 활용도가 낮은 편이고 남녀고용평등법은 당사자에 의한 신고, 소송 제기만 허용한다. 고용평등지침 제9조와 유럽사법재판소의 해석은 고용평등 옹호 단체, 연합의 당사자 적격을 인정하고 이들과의 협업을 통해 보다 실효성 있게 성소수자의 권리를 보호할 수 있도록 규정했다는 점에서 의의가 있다. 향후 고용평등 옹호 단체의 당사자적격을 인정하는 입법을 할 때 참고해야 할 지점이다.

마지막으로 이 판결은 성적지향을 이유로 한 차별적 괴롭힘과 직접차별이 어떻게 구분될 수 있는가라는 쟁점을 제기하였다. 이 판결은 왜 해당 사안이 고용평등지침이 금지하는 차별적 괴롭힘이 아닌 차별인지에 대한 상술을 하지 않았다는 점에서 한계로 지적받는다. 이에 대해 "인종차별적 또는 동성애 혐오적 따돌림을 고용된 상태에서 경험하지는 않았지만, 채용주체와 관련된 어떤 사람의 발언으로 인해 그들의 고용이 좌절되었다"는 점 때문에 괴롭힘이 아닌 성소수자 차별로 인정된 것이라고 해석된다. 고용되거나 채용 절차에 응시하지 않은 상태이기 때문에 차별적 괴롭힘보다는 채용 응시를 억제하는 차별로 구성하는 것이 적절하다는 평가가 있다.[53]

2) 성소수자에 대한 차별적 괴롭힘

대부분의 국가에서는 차별금지법의 차별적 괴롭힘 금지 조항이 성소수자에 대해서도 적용되는데, 뉴질랜드의 경우 성적지향이나 성별정체성 관련해서는 적용되지 않는다고 한다.[54] 한국은 장애인차별금지법을 제외하고는 차별적인 괴롭힘을 명시적으로 금지하는 법률이 없어서 성소수자에 대한 차별적 괴롭힘 관련 규율의 사각지대가 있다.

가. 차별적 괴롭힘의 판단 기준

미국의 판례는 의도적인 정서적 괴롭힘을 차별과는 별개의 행위로 인정하고 있다. 차별적 괴롭힘을 입증하기 위해서 원고는 이러한 행위의 근본적 요소들을 일응 입증(소명)해야 한다. 그런데 사용자가 의도적으로 혹은 인지하지 못한 채 가한 괴롭힘의 수준이 어느 정도인지에 대한 명확한 기준이 없이는 성소수자인 원고에 유리하게 소송이 진행되기 어렵다고 한다.

---

53 Belavusau, 앞의 글, 1012–1014.

54 Thomas & Weber, 앞의 글, 28. 또한 영국은 성별재지정 관련해서는 간접차별 조항을 적용하지 않는다고 한다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

만약 가해진 괴롭힘이 근로자의 실제 혹은 추정된 성적지향 때문만으로 신고 된 경우, 법원은 차별적 괴롭힘을 인정하지 않는 경향을 보인다. 예를 들어, Moye v. Gary 사건[55]에서 뉴욕 남부 연방지방법원은, 원고를 레즈비언이라고 주장하며 그녀를 "fag(게이 남성을 지칭하는 비하적 표현)"라고 부른 상사에 대하여 고용주가 의도적으로 정서적 괴롭힘을 가했다는 원고의 주장을 기각했다. 법원은 이 발언이 정서적 괴롭힘에 해당할 만큼 터무니없는 행위는 아니며, 의도적 정서적 괴롭힘에 해당하기 위해서는 욕설, 모욕을 넘어서는 더 심한 행위가 필요하다고 판시했다. 이처럼 의도적 정서적 괴롭힘(Intentional Infliction of Emotional Distress)에 대한 법적 책임의 판단기준이 높아 이 법이 성소수자에 대한 차별적 괴롭힘을 효과적으로 규율하기는 어렵다고 평가된다.[56]

아래의 Apple-Metro 사건은 성소수자에 대한 어떤 차별적인 언행에 고용기회평등위원회가 사용자의 법적 책임을 인정하는지 보여준다.

미국 고용기회평등위원회

EEOC v. Apple-Metro, Inc. and Hawthorne Apple, LLC,
S.D.N.Y. No. 1:17-cv-04333 (2017. 6. 8. 진정 제기, 2018. 10. 25. 재판상 화해)[57]

사건개요: 고용기회평등위원회는 뉴욕시와 그 주변 교외에 있는 애플비(Applebee's) 레스토랑을 운영하는 피고인들이 트랜스젠더 여성인 진정인을 적대적인 업무 환경에 처하게 했다고 이 소송을 제기하였다. 그녀가 성별정체성을 이유로 괴롭힘을 당하였고 고충을 제기한 데에 대한 보복조치로 해고당하였다는 것이다. 직장 동료들은 그녀가 트랜스젠더임을 알게 되자 즉시 "트랜스젠더", "성기가 있는 병아리", 케이틀린 제너(Caitlyn Jenner)에 대한 언급인 "Caitlyn"이라고 부르며 매일 욕설을 퍼붓기 시작했다. 또한 진정인을 남성 대명사로 부르며 그녀의 이름 대신 다니엘이라고 부르고 진정인의 생식기에 대해 질문하였다. 진정인은 2011년 9월 15일부터 21일까지 수차례 이러한 언행을 목격한 관리자에게 괴롭힘을 당한다는 고충을 호소했고 바텐더도 진정인에 대한 처우에 대해 문제제기 하였다. 총지배인은 2011년 9

55 Moye v. Gary, 595 F. Supp. 738, 739 (S.D.N.Y. 1984).
56 Besl et al, 앞의 글, 323.
57 Fact Sheet: Notable EEOC Litigation Regarding Title VII & Discrimination Based on Sexual Orientation and Gender Identityhttps://www.eeoc.gov/fact-sheet-notable-eeoc-litigation-regarding-title-vii-discrimination-based-sexual-orientation-and (2021.12.1. 확인)

월 25일 능력이 없다는 이유로 진정인을 해고했지만 진정인은 그전까지 업무성과에 대해 경고나 부정적인 의견을 받은 적은 없었다.

쟁점: 직원들의 성소수자 대상 차별적 괴롭힘을 중지시키지 않은 사용자의 법적 책임

판단내용: 재판상 화해로 종결되었다. 화해결정문에는 진정인에게 $100,000를 제공할 것, 민권법 제7편에 반하는 차별 및 성별정체성 차별을 금지하는 반차별 정책을 게시하고 배포할 것, 해마다 성별 및 성별정체성에 근거한 차별과 괴롭힘에 관하여 고용기회평등위원회에서 승인받은 교육을 제공할 것 등이 포함되었다.

나. 성별정체성과 일치하지 않는 대명사나 이름으로 부르는 것이 문제된 경우

고용기회평등위원회는, 차별적 괴롭힘에는 성별정체성에 근거한 원치 않는 행동이 포함된다고 해석한다. 예컨대 Lusardi v. Dep't of the Army 결정에서 고용기회평등위원회는 트랜스젠더 직원이 선호하는 이름과 대명사의 우발적인 오용이 민권법 제7편 위반에 이를 정도는 아니라고 판단하면서도, 의도적으로 잘못된 이름과 대명사를 반복적으로 사용하면 차별적 괴롭힘이 될 수 있다고 설시하였다.[58]

아래는 성소수자 직원에 대한 괴롭힘이 민권법 제7편을 위반한 위법한 차별이라고 고용기회평등위원회가 소송을 제기한 사례이다.

미국 고용기회평등위원회

EEOC v. Mejia Corporation d/b/a El Tio Gainesville,
E.D. Va., No. 1:18-cv-01226 (2018. 9. 26. 제출, 2019. 8. 8. 해결)

고용기회평등위원회는 버지니아주 게인즈빌에 있는 Tex-Mex 레스토랑에서 일하는 진정인이 성적지향을 이유로 괴롭힘을 당했으며 두 명의 동료가 진정인을 지지한다는 이유로 적대

58 Protections Against Employment Discrimination Based on Sexual Orientation or Gender Identity, https://www.eeoc.gov/laws/guidance/protections-against-employment-discrimination-based-sexual-orientation-or-gender (2021.11.25. 확인)

국가인권위원회
humanrights.go.kr

적인 작업 환경에 노출되었다고 주장하면서 이 소송을 제기했다. 진정인은 2013년부터 서버로 일하기 시작했고 동료들은 즉시 그에게 신체적 위협을 가하고, 반동성애적인 비방, 욕설과 따돌림을 하였으며, 진정인의 버릇, 태도, 외모에 대한 조롱을 하였다. 진정인이 여성으로 분장한 채 여러 차례 드래그 쇼에 참가했다는 사실이 알려진 후 괴롭힘은 더욱 악화되었고 식당 주인과 총책임자가 성추행에 가담했다. 이러한 괴롭힘은 거듭 항의에도 계속됐고, 진정인의 동료 2명은 진정인을 옹호하거나 우호적이라는 이유로 비슷한 대우를 당했다. 이에 대해 법원은 진정인에게 $40,000를 제공하고 일터에서의 성희롱 및 보복을 금지, 영어와 스페인어로 된 차별 예방 및 성소수자 괴롭힘 금지에 대한 교육을 제공하도록 명령했다.

영국의 평등법도 성소수자임을 이유로 한 차별적 괴롭힘을 금지한다. 예컨대 Ditton v C P Publishing Ltd 사건에서 채용 면접 과정에서 진정인이 동성애자임을 알게 된 동료들이 동성애 혐오발언을 하였고 진정인은 8일 근무 후 해고당하였다.[59] 이 사건에서 고용심판소는 성적지향을 이유로 한 직접차별과 괴롭힘("명백한 악의와 경멸")을 인정하였고 정신적 피해에 대한 £10,000의 손해배상, 해고 기간 동안의 소급임금 등을 명하였다. 또한 해당 사용자가 진정인의 고충 제기에 아무런 조치를 취하지 않았기 때문에 배상 금액이 가산되었다.

성적지향 외에도 성별재지정 관련한 괴롭힘도 인정된 사례들이 있다. 여성으로 성별을 변경한 직원에 대하여 남성형 호칭으로 부르고, 여성형 호칭으로 불러달라는 요청에도 불구하고 그러한 언행을 계속하였으며, 성별재지정에 대한 혐오를 드러내는 발언을 동료들이 계속적으로 한 사례이다.[60] 이 사건에서 고용심판소는 사용자 대위책임을 인정하여 £25,000의 위자료 및 소급 임금 지급, 정해진 기한까지 성별재지정 관련 정책의 도입, 성평등 관련 직원 교육 내용에 성별정체성 차별 관련 내용을 포함할 것 등을 명령하였다.

3) 채용상 차별과 해고

가. 채용

다음 A&E Tire, Inc.사건은 성소수자에 대한 채용 단계의 차별이 문제되어 고용기회평등

59 Ditton v CP Publishing Ltd S/107918/05, Employment Tribunal Glasgow (2007).
60 Miss A de Souza E Souza v Primark Strores Ltd: 2206063/2017.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

위원회가 소송을 제기한 사례이다.

미국 고용기회평등위원회

EEOC v. A&E Tire, Inc., D. Colo.,
No. 1:17-cv-02362 (2017. 9. 29. 진정, 2019. 4. 5. 재판상 화해)[61]

사건개요: 고용기회평등위원회는 콜로라도의 5개 자동차 수리점을 운영하는 피고가 진정인의 성별정체성을 이유로 고용하지 않았다고 주장하는 소송을 제기하였다. 2014년 5월 서비스 관리자 직위에 지원한 진정인은 성별 작성란이 있는 사전동의서에 여성이라고 표시하였다. 매니저는 양식에 있는 '여성' 표기에 대해 확인 전화를 걸었고 진정인은 실수가 아니라고 대답하자 매니저는 "알겠다(That's all I need)"고 말하며 전화를 끊었다. 진정인은 해당 직위에 더 많은 자격을 갖춘 사람이 고용되었다는 소식을 들었다.

쟁점: 진정인의 채용탈락이 성별정체성 때문인가. 성소수자 고용차별에 대한 구제명령은 무엇이 가능한가.

판단내용: 재판상 화해 사건으로 성별정체성을 이유로 한 채용 탈락인지는 판단되지 않았다. 3년 동안 적용되는 화해결정문이 사용자에게 요구한 바에는 진정인에 대한 6만 달러의 소급임금 지급 및 손해배상과 사과의 편지가 포함되었다. 성별, 성별 고정관념, 성별정체성 등을 이유로 한 차별과 보복조치를 금지하면서 사용자측이 성별 고정관념과 성별정체성 이슈를 다루도록 정책을 개정할 것 등이 요구사항으로 포함되었다.

나. 해고

아래 캘리포니아주 대법원의 Morrison v. State Board of Education 사건은 성적지향 차별 관련 연방정부의 대통령령이 도입되기 이전으로 보인다. 성소수자에 대한 차별을 금지하는 개별 법령이 없는 상황에서 교육법 상의 '부도덕하고 비전문적인 행위'에 성소수자인 것이 포

61 Fact Sheet: Notable EEOC Litigation Regarding Title VII & Discrimination Based on Sexual Orientation and Gender Identity, U.S. Equal Employment Opportunity Commission, https://www.eeoc.gov/fact-sheet-notable-eeoc-litigation-regarding-title-vii-discrimination-based-sexual-orientation-and (2021.12.1. 확인).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

함되는지가 주된 쟁점으로 다루어졌다. 이에 대해 캘리포니아주 대법원은 성소수자라는 사실 그 자체만으로는 가르치는 직무와 관련된 부도덕하거나 비전문적인 행위가 있었음을 입증하는 것이 아니라고 판단하였다.

미국 캘리포니아주 대법원

Morrison v. State Board of Education, 461 P.2d 375 (1969)[62]

사건개요: 원고는 캘리포니아주의 교육위원회가 발급한 2개의 교원 졸업증을 소지하고 있었다. 그는 수 년간 교사로 일했고 그의 활동에 대해 불만이 접수되거나 비판이 제기된 적도 없었다. 1963년 원고는 한 남자 교사와 친구가 되었고 두 사람은 육체적인 관계를 맺었다. 1년 뒤 제3자가 학교 당국에 동성애를 신고했고 원고는 사임했다. 1965년, 주 교육위원회를 통해 원고의 교원 졸업증을 취소하는 절차가 시작되었다. 위원회는 청문회를 개최하였고 1966년 청문회 심사관의 권고에 따라 California Education Code 제13202조가 규정하는 '부도덕하고 비전문적인 행위'라고 판단하여 졸업증을 취소하였다. 이러한 취소는 원고가 주의 어느 공립학교에서도 교사로 취직할 수 없게 만들었다.

쟁점: 성적지향이 "부도덕하고 비전문적인 행위"에 해당했는지 여부에 따라 그의 교원 졸업증 취소의 정당성이 판단됨.

판단내용: California Education Code, Section 13202는 "주 교육위원회는 부도덕하고 비전문적인 행위... 또는 자격 문서 또는 갱신 신청의 거절사항을 보증하는 어떠한 이유로든, 또는 본 강령(code)에 따라 발급된 서비스, 종신 학위, 문서 또는 자격증의 명백한 부적합을 근거로 하여 취소 또는 보류할 수 있다." 이러한 문서의 거절사항을 보증하는 근거 중 하나는 "부도덕한 행동을 수반하는 모든 행동"을 범하는 것이라고 규정하였다.
법원은 용어를 보다 정확하게 정의하고, 이를 직무 부적합성에 대한 근본적인 문제와 연결하기 위해 부도덕하고 비전문적인 행위에 근거한 해임 건의 법리를 검토했다. 법원은 이 조항들이 실질적으로 중복된다고 지적했으며, "부도덕한 행동"으로 인한 변호사의 해임이나

62 International Commission of Jurists, Sexual Orientation, Gender Identity and Justice: A Comparative Law Casebook (2011), 73–75.

자격박탈과 관련된 징계 사건과 유사한 지점이 있음을 이끌어냈다. 법원 자체의 판단에 따르면, 특정 행동으로부터 변호사의 도덕적 성품이 특권을 남용하거나 의무를 등한시하도록 할 가능성을 정당하게 추론할 수 있지 않은 한, 그 행동은 자격박탈을 보장하는 "부도덕한 행동"을 포함하지 않는다고 판시하였다. 법원은 이러한 도덕, 습관, 사생활이 "변호사 활동에 대한 부적합성을 보여주거나 올바른 사법 행정에 악영향을 미치지 않는 한", 그것(그 행위) 자체로 "변호사의 도덕, 습관 또는 사생활을 규제할 기능이나 권리"가 있지 않다고 판시하였다.

다음으로 법원은 Jarvella v. Willoughby-Eastlake City School District와 Norton v. Macy를 분석했다. Jarvella 사건에서, 법원은 친구에게 보내는 사적인 편지에 사용된 저속한 언어만을 근거로 교사가 "부도덕함"으로 해고될 수 있는지의 문제를 다루었다. 법원은 "부도덕함"에 대한 해고를 허가하는 관련 조항이 교사의 해당 행위를 포괄하지 않으며, 따라서 그를 파면할 수 없다고 판단했다. 법원에 따르면 "비도덕적 행위"는 추상적으로 볼 것이 아니라 "일반 대중의 복지에 적대적인 행위나 학교 공동체의 복지에 적대적인 행위"로 여겨져야 했다.

법원은 교육 강령(Education Code)에 포함된 "부도덕하고 비전문적인 행위"라는 용어가 합리적 해석의 대상이 되어야 한다는 것을 입증하기 위해 이러한 이전 사례를 기반으로 하였다. 따라서,가르치는 역할에 부적합한 행위에 대해서만 다루었다. 그렇지 않으면 법령의 언어가 잠재적으로 불승인 될 수 있는 모든 행위를 수용할 수 있고 이는 자의적이고 차별적인 적용의 여지를 만들기 때문이었다.

법원은 제13202조의 의미 내에서 교육위원회는 가르치는 역할에 부적합한 행위만을 "부도덕하고 비전문적인 행위"로 규정할 수 있다고 판단했다.

법원은 원고가 제기한 모든 문제(적법절차의 권리, 사생활의 권리, 일할 권리의 침해)가 제13202조의 적절한 해석으로 해결됐다고 판단했다. 따라서 쟁점(issue)은 교육위원회가 원고에 대한 징계를 결정할 때 동일한 해석을 적용했는지의 여부였다. 법원은 기록을 검토해보았을 때 원고의 행위가 가르치기에 부적합함을 나타내는 증거는 없다고 결론지었다. 교육위원회는 원고의 행위가 가르치기에 적합하지 않다는 전문가들의 증언이나 증거를 제시하지 않았다. 재판부는 "위원회는 원고의 행위가 교사로서의 수행에 어떤 영향을 미쳤는지 보여주지 못했다"고 밝혔다.

아래 미국 고용기회평등위원회의 Broussard 사건은 트랜스젠더임을 이유로 한 해고라는

국가인권위원회
humanrights.go.kr

것에 거의 이견이 없던 전형적인 차별 사례이다.

미국 고용기회평등위원회

Broussard & EEOC v. First Tower Loan LLC, ED La., Civ. No. 2:15-cv-01161(2:15-cv-02500로 통합)
(2015. 9. 17. 고용기회평등위원회의 중재 신청을 법원이 승인, 2017. 10. 5. 종료)[63]

사건개요: 진정인 브루사드(Broussard)는 수습 매니저로 고용되었다. 채용 서류를 작성하는 동안 한 매니저가 '왜 신분 확인용으로 제출한 운전 면허증에 성별이 여성으로 표기되어 있는지' 질문을 하였다. 진정인은 자신이 트랜스젠더라고 설명하였다. 며칠 후 부사장은 진정인에게 고객에게 혼란을 주기 때문에 직장에서 여성처럼 옷을 입고 행동해야 한다고 알리면서, 채용 조건으로 이 회사에서 일하는 동안 여성으로 행동하고 대우하는 데 동의하는 진술서에 서명하도록 요구했다. 진정인이 이를 거부하자 해고하였다. 진정인은 '자신이 트랜스젠더이고 성별 고정관념에 순응하지 못하기 때문에 해고되었다'고 주장하였다. 2015년 9월 법원은 Broussard의 소송에 참여하겠다는 고용기회평등위원회의 요청을 승인했다.

쟁점: 성별정체성을 이유로 한 해고인가. 성소수자 고용차별에 대한 구제명령은 무엇이 가능한가.

판단내용: 진정인은 중재를 통해 $53,162에 First Tower와의 소송 건을 종료하였고, 고용기회평등위원회는 회사측에 18개월 동안 성별정체성, 트랜스젠더 또는 성별 고정관념에 근거한 차별을 금지할 것, 고용평등 정책을 개선하고 성별 고정관념, 성별정체성 및 트랜스젠더에 대한 교육을 제공할 것을 내용으로 재판상 화해하였다.

아래 Lisboa v Realpubs Ltd 사건은 영국 고용심판소 결정례로 게이 펍으로서의 성격을 제거하기 위한 조치들이 성소수자인 직원에게는 차별이 될 수 있음을 인정한 사례라는 점에서 의의가 있다.

63 Fact Sheet: Notable EEOC Litigation Regarding Title VII & Discrimination Based on Sexual Orientation and Gender Identity, U.S. Equal Employment Opportunity Commission, https://www.eeoc.gov/fact-sheet-notable-eeoc-litigation-regarding-title-vii-discrimination-based-sexual-orientation-and (2021. 12. 5. 확인).

영국 고용심판소

Lisboa v Realpubs Ltd & Ors, UKEAT/0224/10/RN (2011)

사건개요: 기존에 게이 펍 이미지가 강했던 곳을 리브랜드 하는 과정에서 사용자가 "이곳은 게이 펍이 아닙니다"와 같은 사인 보드를 놓는 등의 시도를 하던 사업장이었다. 해당 펍이 게이 고객에게 덜 친화적인 곳으로 만드는 정책에 순응하도록 압력을 받던 성소수자 직원이 사직한 후 자신의 사직이 성소수자 차별로 인한 의제해고라고 주장한 사건이었다.

쟁점: 게이 고객에게 덜 친화적인 곳으로 만드는 정책에 순응하도록 요구하는 사내 정책이 차별인가

판단내용: 고용심판소는 해당 사용자가 게이 고객에게 덜 친화적인 펍을 만들기 위해 구체적으로 무엇을 행하지 않았고, 사용자의 모욕적인 발언 때문이 아니라 해당 사업장이 동성애자에 적대적인 조직이라는 오해 때문에 성소수자 직원이 사직한 것이라고 판단하였다. 그러나 고용항소심판소는 의제해고를 인정하면서, 레스토랑을 재오픈하는 과정에서 성소수자인 단골고객들이 덜 우호적으로 대우받지 않았는지 검토하지 않은 점을 지적하였다. 단지 펍의 성격을 바꾸려는 사업전략이 합법적이라는 판단에 멈춰서는 안 되며 성소수자 고객들이 명백하게 덜 우호적인 대우를 받았고 이러한 변화가 진정인의 사직으로 이어졌음을 고려해야 했다고 판시하였다.

4) 복리후생

가. 공적/민간 보험, 연금

사회보험이나 기업에서 제공하는 민간보험에서 동성 파트너를 수급자에서 제외하는 것이 정당화될 수 있는지는 전통적인 쟁점이다. 성적지향 등을 이유로 한 배제임이 명백한 사건의 유형으로 이를 정당화할 수 있는지가 주되게 다뤄지는데, 외국에서는 성적지향 차별이 금지되는 경향과 함께 보험, 연금 등에서의 차별도 위법한 것으로 판단된다.

국가인권위원회 humanrights.go.kr

캐나다 대법원의 Egan v. Canada 사건[64]은 노령보장법(Old Age Social Security Act)상 '배우자' 정의에서 동성 파트너를 배제하여 연금수급을 제한한 조항의 위헌 여부가 다퉈진 사례이다. 캐나다 권리와 자유 헌장(the Canadian Charter of Right and Freedom) 제15조 제1항은 "모든 개인은 법 앞에 평등하며, 차별없이, 특히 인종, 출신국가 또는 출신민족, 피부색, 종교, 성, 나이, 정신적 또는 신체적 장애에 기반한 차별없이, 법의 동등한 보호와 동등한 혜택에 대한 권리를 가진다."고 정하는데, 이 사건에서는 헌장 제15조가 성적지향을 이유로 한 차별에 적용되는지가 문제되었다.

캐나다 대법원은 성소수자에 대한 차별금지가 평등권 조항에 명시되지 않았어도 헌장에 근거하여 금지된다고 판결했다. 다만 대법원은 성차별 금지를 이 사건 판단의 근거로 삼은 것처럼 추론을 이끌어 냈음에도, 판결의 근거가 성별이라는 것을 명시적으로 주장하지는 않았다. 대법원은 평등권 조항의 보호대상 구분은 개인적 특성에 의한 것이고, 성적지향도 그에 해당한다고 하면서, 성적지향은 평등권 조항에서 열거된 차별금지 사유와 유사하다고 판시하였다.[65]

그럼에도 결과적으로 캐나다 대법원이 이 사건에서 위헌결정을 내리지는 않았다(합헌의견 4인, 별개의견 1인, 위헌의견 4인). 동성 파트너를 '배우자' 정의조항에서 배제한 것이 '법률혼에 대한 지원과 보호'라는 노년보장법의 입법 목적과 관련있다는 이유였다. 하지만 캐나다 대법원은 4년 뒤 1999년 M v. H 판결[66]을 통해 사실혼 정의에서 동성 파트너를 배제하는 '배우자' 조항이 헌장 제15조 제1항 위반이라고 판단했고, 이후 캐나다 연금제도 개정을 통해 동성 파트너에게도 차별없이 연금을 지급하도록 하였다.[67]

한편, 민간기업의 사용자가 제공하는 보험과 연금 등 복리후생(benefits) 관련해서도 성소수자 차별이 금지되는지가 쟁점이 된다. 이 이슈는 주로 성적지향과 관련하여 다퉈지는데, 미국의 경우 몇몇 주 법률에서는 성적지향이나 혼인 여부에 따른 차별 금지가 민간기업이 제공하는 건강보험에는 적용되지 않는다고 규정하기도 한다(예: 1989 Mass. Acts 516, §19). 이러한 주 법률에도 불구하고 동성 파트너에게 복리후생이 제공되어야 하는지에 대해서는 연방법원에 따라 견해가 나뉘어져 있었다.[68] 그러나 Bostock 연방대법원 판결 이후 민권법 제7편이 민간기업 사용자에 대해서도 적용되고 이 법은 고용 상 처분 외에 각종 복리후생에도 적용되기

---

64 Egan v Canada, [1995] 2 SCR 513.

65 Thomas & Weber, 앞의 글, 23–24.

66 M. v H., [1999] 2 SCR 3.

67 동성커플의 연금수급권에 관한 자세한 내용은 본 보고서 제10장 동성커플의 평등권 및 혼인에 대한 권리 참조.

68 Barbara T. Lindemann et al, "Employment Discrimination Law", ABA Section of Labor and Employment Law (2012) 11–24.

때문에 동성 파트너에 대한 직장 보험 등의 배제는 위법한 차별로 여겨질 것이다.[69]

나. 출생시 지정 받은 성별의 유니폼을 입도록 요구하는 경우

유니폼이나 의복수당을 제공하는 사업장이라면 기업 내 복리후생으로 볼 수 있는데, 사용자가 특정 성별의 유니폼을 입지 않으면 유니폼을 아예 제공하지 않겠다고 하는 문제가 발생할 수 있다. 미국의 고용기회평등위원회는 유니폼이나 의복수당 관련한 거절도 성소수자 차별에 해당한다고 판단한다.

미국 고용기회평등위원회

EEOC v. R.G. & G.R. Harris Funeral Homes, Inc.,
E.D. Mich., No. 2:14-cv-13710 (2014. 9. 25. 제출, 2020. 11. 30. 해결)

고용기회평등위원회는 디트로이트 소재 장례식장 운영 회사인 피고가 진정인의 성별정체성을 이유로 진정인을 해고하고 직원에게 지급되는 의복 수당을 제공하지 않았다고 주장하면서 이 소송을 제기했다. 2007년 장의사/방부업자로 고용된 진정인이, 2013년 남성에서 여성으로 전환하고 직장에서 여성으로 옷을 입겠다고 통보한 지 2주 후, 사용자는 이를 용납할 수 없다고 말하며 진정인을 해고하였다. 위원회는 2014년 소송을 제기했고 2018년 3월 제6연방항소법원은 민권법 제7편의 성차별 조항이 트랜스젠더 개인을 보호하며 청구 당사자는 불법적으로 해고되었다고 판결했다. 2020년 6월 연방대법원은 이를 확정하였다.

5) 차별의 정당화 사유

성소수자 차별의 정당화 사유 관련하여 대부분의 국가에 신념에 근거한 예외가 존재하는데, 종교적 성격의 기관에서는 신념이나 회원자격 등에 의한 차별이 진정직업자격으로 정당화될 수 있다(모스크나 종교인 양성 교육기관에서의 자격 요건 사례 등). 캐나다에서는 이러한 경우를 종교 집단에 대한 합리적 수용(duty to accommodate) 개념으로 해석하여 예외적 정당화

69 LGBTQ Issues for Employee Benefit Plans in Light of Bostock, Warner Norcross + Judd LLP, https://www.wnj.com/Publications/LGBTQ-Issues-for-Employee-Benefit-Plans-in-Light-o (2021. 11. 20. 확인)

국가인권위원회 humanrights.go.kr

사유로 인정한다. 유럽인권재판소는 종교기관 또는 종교적 맥락을 제외하고는 성소수자에 대한 차별의 정당화 사유가 인정될 수 없다고 판시하였다.[70]

고객의 선호가 성소수자 차별의 정당화 사유가 될 수 있는지에 관해, 미국 연방대법원과 고용기회평등위원회는 민권법 제7편에서 금지하는 차별인 경우 고객의 선호를 정당화 사유로 인정하지 않기 때문에, 성소수자에 대한 고객의 선호 여부도 마찬가지로 허용되지 않는다고 볼 수 있다. 성적지향을 이유로 교사를 해고하고 자격을 정지한 것이 위법 무효하다고 판결한 Weaver v. Nebo School District 사건[71]이나 트랜스젠더 직원의 복장이 고객에게 혼란을 준다는 이유로 불리한 처우를 한 Broussard & EEOC v. First Tower Loan LLC[72] 사건에서 보듯, 성소수자 고용차별 사건에서도 고객의 선호만을 이유로 사용자측 항변이 인정되기 어려울 것이다.

한편, 특정 성적지향이 직무수행에 필수적인 경우를 고려할 수 있다. 영국 인권위원회의 안내 자료에서는 특정 성적지향이 해당 직무 수행에 필수적인 경우로서, 성소수자 청소년 지원 상담 활동가를 채용하려는 경우 성소수자를 채용 요건으로 하는 것이 정당화될 수 있다고 설명한다.[73]

6) 연계차별과 오인차별

국가에 따라 차별금지 관련 법에서 연계차별(discrimination by association)뿐만 아니라 오인차별(discrimination by perception)에 대한 보호를 포함한다(예: 영국의 2010년 평등법).[74] 이러한 조항은 오해, 낙인, 혐오로 인해 차별을 자주 경험하는 성소수자에게 중요한 보호를 제공한다.[75] 예컨대 영국 항소법원의 English v Thomas Sanderson Ltd 판결[76]에서 진정인은 게이가 아니었고 동료들도 그렇게 인식하지 않았으나 사업장 내 만연한 동성애혐오적인 발언들에 대해 차별적 괴롭힘 구제신청을 하여 인용된 바 있다.

---

70 Thomas & Weber, 앞의 글, 29. 자세한 내용은 본 보고서 제14장 종교의 자유와 성소수자 차별금지 참조.

71 Weaver v. Nebo School District 29 F. Supp. 2d 1279 (D. Utah 1998).

72 Broussard & EEOC v. First Tower Loan LLC, ED La., Civ. No. 2:15-cv-01161 (2017).

73 Sexual Orientation Discrimination, Equality and Human Rights Commission, https://www.equalityhumanrights.com/en/advice-and-guidance/sexual-orientation-discrimination#lawful (2021.12.1. 확인)

74 연계차별은 자폐증이 있는 자녀를 둔 사람에게 졸업식 참여 관련 안내를 하지 않는 경우처럼 가까운 사람의 장애, 성적지향 등을 이유로 누군가를 차별하는 경우를 뜻한다. 오인차별은 대상자가 성소수자인지 여부와 무관하게 성소수자라고 인식하여 차별하는 경우를 뜻한다.

75 Thomas & Weber, 앞의 글, 28.

76 English v Sanderson Blinds Ltd [2008] EWCA Civ 1421. 해당 판례에 대한 자세한 내용은 본 보고서 제2장 II. 성소수자에 관한 각국 차별금지법리의 발전 참조.

국가인권위원회 humanrights.go.kr

캐나다도 오인차별을 금지하는 국가인데, 차별적이거나 괴롭히는 행동의 대상이 실제로 열거된 대상 그룹의 구성원일 필요는 없다고 해석한다. 소송 당사자에게 차별적이거나 괴롭힘의 표적이 되는 그룹의 구성원임을 입증하도록 요구하는 것은 부적절하기 때문이다. 인권법은 구제를 목적으로 하는 법률이며 피해자가 실제로 대상 그룹의 구성원인지 여부에 관계없이 괴롭힘으로 인한 피해는 동일하다고 본다.[77]

미국의 고용기회평등위원회 역시 사용자가 노동자의 성적지향이나 성별정체성을 몰랐음이 분명하다 하더라도 성별 고정관념에 부합하지 않는 언행, 복장 등을 이유로 불리하게 대우하면 안 된다고 해석한다.[78]

III. 요약과 함의

고용 영역에서의 성소수자 차별금지 입법은 유럽과 북아메리카, 라틴아메리카를 중심으로 도입되는 추세이고 동아시아 지역은 대만을 제외하고는 입법이 되지 않는 경향을 보인다. 한편, 일본은 한국과 유사하게 성소수자 차별을 명시적으로 금지하는 법률이 부재한 상황이나 고용영역 관련해서는 공정채용 가이드나 직장 괴롭힘 방지 지침 등에 성적지향 관련 내용을 포함시키는 연성법(soft law) 방식의 접근을 취하고 있다. 고용 차별 관련 정부 정책(인권위 제외)에서 성소수자 관련 내용이 전무한 한국의 상황에서 참고할 필요가 있는 접근법이다.

외국의 사례를 보았을 때 성소수자에 대한 고용차별을 금지하는 개별 법률이 없는 경우 두 가지 방향에서의 접근이 가능하다. 공공부문 노동자에 대해서는 헌법상 평등권 침해를 주장하여 국가, 지자체, 공공기관의 고용 상 처분의 효력을 다투는 것이고, 민간기업 노동자에 대해서는 남녀고용평등법이나 근로기준법의 차별금지 조항에서 '남녀' 차별금지에 성적지향, 성별정체성을 이유로 한 차별금지가 포섭된다고 주장하는 것이다. 공무원이나 공공부문 노동자가 성소수자임을 이유로 고용이나 근로조건, 사회보험 관련 차별을 당할 경우 헌법상 평등권 침해를 주장하는 방안을 고려할 필요가 있다. 미국은 헌법 상 평등보호 조항 및 고용기회평등위원회의 해석에 근거하여 연방정부 소속 노동자에 대해서는 Bostock 판결 이전에도

---

77 James G. Knight and Brian P. MacDonald, Halsbury's Laws of Canada: Labour, LexisNexis (2020), 372.

78 Fact Sheet: Notable EEOC Litigation Regarding Title VII & Discrimination Based on Sexual Orientation and Gender Identity, U.S. Equal Employment Opportunity Commission, https://www.eeoc.gov/fact-sheet-notable-eeoc-litigation-regarding-title-vii-discrimination-based-sexual-orientation-and (2021. 12. 5. 확인).

국가인권위원회
humanrights.go.kr KOR

고용차별금지법이 적용된다는 대통령령을 적용하여 왔다. 차별금지법 제정 이전이라 하더라도 정부 부처나 공공기관에 성소수자에 대한 차별 금지를 명시할 가능성을 보여주는 사례이다. 또한 국가, 지자체, 공공기관의 관련 규칙, 인권(경영) 관련 지침 등에 성소수자 차별금지 관련 조항의 포함 여부에 대한 현황을 파악하고 개선할 필요성도 확인할 수 있다.

민간기업 노동자 관련해서는 「국가인권위원회법」을 제외하고는 성소수자 차별을 금지하는 법률이 없는 상황이다. 이와 관련하여 기존의 성차별금지법에서의 '성별'에 성별재지정이나 트랜스젠더가 포함된다고 해석한 EU의 판례 법리나, 미국의 Bostock 판결에서 민권법 제7편의 '성'에 성적지향도 포함된다고 한 해석 등을 참고할 필요가 있다. 그런데 외국의 고용 성차별금지법이 "성별 등을 이유로 한 차별을 금지"한다고 규정하는 것과 달리 한국의 남녀고용평등법은 "'차별'이란 사업주가 근로자에게 성별 … 등의 사유로 합리적인 이유 없이 채용 또는 근로의 조건을 다르게 하거나 그 밖의 불리한 조치를 하는 경우를 말한다."(제2조 제1호)고 정의한 후, 실제로 모집채용 등 고용차별을 금지하는 조항에서는 "남녀를 차별하여서는 아니 된다."(제7조 등)는 표현을 사용하는 점 때문에 문언상의 차이를 이유로 한 해석상 논쟁이 더 클 것으로 예상된다. 그러나 "성(sex)"이 아닌 "남녀"라는 표현이라고 해서 성소수자를 포섭할 수 없다고 단정할 사안인지는 검토가 필요하다.

민간기업 관련해서 참고할 수 있는 사례로는 일본이 있는데, 성소수자 차별을 금지하는 개별 법률이 부재하다는 점에서 한국과 비슷하나 행정지침을 통해 괴롭힘, 채용 등 관련하여 차별하지 않도록 기업을 지도하고 있다. 시정지도나 과태료 부과 방식이 아니기에 한국에서 현재도 충분히 시행할 수 있는 정책이다.

성소수자에 대해서는 명시적으로 차별하겠다는 의사를 드러내는 사용자나 동료들이 많은 것이 현실이다. 이로 인해 성소수자를 채용하지 않겠다는 발언만으로 채용차별이 성립할 수 있는지가 유럽을 중심으로 중요하게 다뤄졌다.[79] 유럽은 고용 결정에 영향을 미칠 수 있는 자가 한 발언일 경우라면 지원할 수도 있었던 성소수자의 응시를 포기시키는 효과가 예상되기 때문에 채용차별로 볼 수 있다는 판례를 확립하였다. 아직 채용 절차가 개시되지 않은 상황이기 때문에 실제 채용 응시자가 소송이나 진정을 제기하기 어려울 수밖에 없다. 이러한 문제점을 고용차별 소송이나 진정의 당사자적격을 입법과 해석론으로 확대함으로써 해결한 것도 유럽 사례의 중요한 지점이다.

성소수자에 대한 혐오발언이 사회적 이슈인 것처럼 직장 내에서의 차별적 괴롭힘도 중요한 이슈이고 유럽, 미국, 캐나다 등에 관련 결정례가 축적되어 있다. 차별적 괴롭힘 사건에서

---

79 미국은 채용에 실제로 지원하여 탈락하지 않으면 채용차별이 성립할 수 없다는 판례이다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

는 이를 예방, 사후조치 하지 않은 사용자에 대한 법적 책임이 중요한 쟁점인데, 성소수자에게 적대적 근무환경이 조성되었다고 보는 기준을 어떻게 설정하는지에 따라 판단결과가 달라질 수 있다. 외국의 사례들은 어떠한 언행이 성소수자에 대한 차별적 괴롭힘으로 인정되고, 어떠한 구제명령을 내릴 수 있는지 보여준다. 한국의 「국가인권위원회법」은 차별적 괴롭힘 관련 규정이 없어서 성소수자는 근로기준법 상 괴롭힘 금지조항을 제외하고는 차별적 괴롭힘으로부터 보호받을 법적 근거가 부족한 상황으로 개선이 필요하다.

현재 한국의 「국가인권위원회법」 및 남녀고용평등법 등 노동법의 차별금지조항은 사용자만을 수규대상으로 하는데, 외국의 차별금지법은 노동조합, 직업소개소 등도 포괄한다. 성소수자에 대한 괴롭힘 및 차별은 직장 동료 등이 행하는 경우가 많기 때문에 수규대상을 확대하는 입법이 필요하다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

참고문헌

- 김영진, "성소수자의 성적지향에 따른 고용차별: 미국 연방대법원 Bostock v. Clayton County 판결의 평석을 중심으로", 외법논집 제45권 제1호 (2021).
- 이나경 · 최홍배, "일본 LGBT에 관한 노동 문제와 법 정책 과제", 노동법논총 제50집 (2020).
- Amy Raub et al, "Protections of Equal Rights across Sexual Orientation and Gender Identity: An Analysis of 193 National Constitutions", Yale Journal of Law & Feminism, Vol. 28, Iss. 1 (2017).
- Barbara T. Lindemann et al, Employment Discrimination Law, ABA Section of Labor and Employment Law (2012).
- Bretton Fosbrook et al, Transitioning Employers: A Survey of Policies and Practices for Trans Inclusive Workplaces (Rep.). Toronto, ON: Rotman Institute for Gender and the Economy and Pride at Work Canada (2020).
- Constance Thomas and Catherine Weber, Information Paper on Protection against Sexual Orientation, Gender Identity and Expression and Sexual Characteristics (SOGIESC) Discrimination, ILO International Labour Standards Department (2019).
- International Commission of Jurists, Sexual Orientation, Gender Identity and Justice: A Comparative Law Casebook (2011).
- James G. Knight and Brian P. MacDonald, Halsbury's Laws of Canada: Labour, LexisNexis (2020).
- Nicole Denier & Sean Waite, "Sexual Orientation at Work: Documenting and Understanding Wage Inequality", Sociology Compass, Vol. 13, No. 4 (2019).
- Office of Personnel Management, Addressing Sexual Orientation and Gender Identity Discrimination in Federal Civilian Employment: A Guide to Employment Rights, Protections, and Responsibilities (2015).
- Uladzislau Belavusau, "The NH Case: On the 'Wings of Words' in EU Anti-discrimination Law", European Papers, Vol. 5, No. 2 (2020).
- William Besl, Larissa Johnson, James Rouchard and Sonja Swanbeck, "Employment Discrimination Against LGBT Persons", The Georgetown Journal of Gender and The Law, Vol. 21 (2020).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

4

재화·용역 및 시설에서의 차별

국가인권위원회
humanrights.go.kr

국가인권위원회
humanrights.go.kr

I. 개관

이 장은 재화 · 용역 및 시설을 제공하고 이용하는 영역에서 성소수자 차별을 금지하는 주요 법제와 판결례들을 검토한다. 재화 · 용역 및 시설의 범위는 매우 넓다. 영국 평등과 인권위원회(Equality and Human Rights Commission)는 상업 영역에서의 재화 · 용역 공급자를 ㄱ) 가게나 주유소와 같은 상품판매업, ㄴ) 은행 및 기타 금융서비스 제공자, ㄷ) 건축업자, 유사한 용역을 제공하는 기타 자영업자 및 회사, ㄹ) 부동산 중개업자, 임대업자 및 자산관리회사, ㅁ) 체육관, 헬스클럽 및 체육활동 제공자, ㅂ) 미용사, 이발사 및 미용실, ㅅ) 호텔, 식당, 카페 및 술집, ㅇ) 상품 디자이너 및 생산자, ㅈ) 극장 및 기타 오락시설 등으로 구분하여 각각에 대한 평등법 가이드라인을 제공하고 있는데, 이들이 재화 · 용역 및 시설 제공자의 예시가 될 수 있다.[1] 공적 기관이 운영하거나 제공하는 재화 · 용역 및 시설 또한 이 장의 범위에 속한다.

이러한 재화 · 용역 및 시설을 차별 없이 제공받고 이용할 수 있는가는 한 사람이 공적 존재로서 사회에 온전히 참여하여 살아갈 수 있는가를 좌우하는 중요한 문제이다. 재화 · 용역의 영역에서의 차별금지에 관한 법제는 고용 영역에 비하여 느리게 발전하였으나 현대사회에서 갈수록 그 중요성이 강조되고 있으며 차별을 시정해나가기 위해 다양한 법과 정책이 활발히 도입되고 있다. 이 장에서는 재화 · 용역 및 시설에서의 차별금지 일반 법제 상황과 사례들을 정리한 후, 특별히 검토해야할 쟁점으로서 단일성별시설(single-sex facilities)의 문제를 검토한다. 특히 화장실을 비롯한 단일성별시설을 차별 없이 이용할 권리에 대한 규범과 결정례를 확인하고, 시설의 차별 없는 이용을 보장하기 위한 각국 법률과 정책 사례들을 검토한다.

---

1 영국 평등과 인권위원회 홈페이지 참조. http://www.equalityhumanrights.com (2021. 12. 10. 확인).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

II. 주요 쟁점 및 사례

1. 재화·용역 및 시설에서의 차별금지 일반

1) 주요 법제

가. 유럽연합

현재 유럽연합에서 시행 중인 평등대우지침은 총 4개이며, 이 중 이사회지침 2004/113/EC는 재화 · 용역에의 접근 및 공급에 있어 성(sex)에 근거한 차별을 금지하는 지침으로, 공중(公衆)이 이용할 수 있는 재화 · 용역의 공급과 관련된 공공 및 민간부문에서의 직접차별, 간접차별, 괴롭힘 및 성적 괴롭힘을 금지한다.[2] 유럽인권재판소는 1994년 P v. S and Cornwall County Council 사건에서 성별재지정을 이유로 한 차별은 유럽연합 이사회지침 76/207/EEC[3]의 성차별에 해당한다고 판시했다.[4] 이러한 법리에 따라 재화 · 용역의 공급에서 성별 정체성을 이유로 한 차별은 성별에 근거한 차별로서 2004/113/EC 지침에 따라 규율된다.

한편 재화 · 용역의 공급에서 성적지향을 이유로 한 차별을 규율하는 평등대우지침은 아직 없다. 성적지향을 이유로 한 차별을 규율하는 평등대우지침은 현재 고용 및 직업훈련 영역에 한하여 제정되어 있다.[5] 유럽연합 집행위원회(European Commission)는 2008년 고용 외 영역에서 종교 또는 신념, 장애, 연령 또는 성적지향을 이유로 한 차별을 금지하는 소위 '수평지침(Horizontal Directive)'을 제안하였다.[6] 위 수평지침안은 사회적 보호(사회보장과 의료 포함), 사회적 혜택, 교육, 공중이 이용할 수 있는 재화 · 용역(주택 포함)에의 접근 및 공급과 관련된 공공 및 민간부문에서의 직접차별, 간접차별, 괴롭힘 및 합리적인 조정 거부를 금지하는 내용을 담았다. 수평지침안은 성적지향 등의 사유를 이유로 한 고용 외 영역에서의 차별을 금지함으로써 유럽연합 반차별법 체계를 완성하고자 하는 취지로 제안되었으나 유럽연합 이사

---

2 Council Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 Implementing the Principle of Equal Treatment Between Men and Women in the Access to and Supply of Goods and Services.

3 Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 on the Implementation of the Principle of Equal Treatment for Men and Women as Regards Access to Employment, Vocational Training and Promotion, and Working Conditions.

4 ECJ, P v S and Cornwall County Council, C–13/94 ECR I–2143, 1994

5 Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 Establishing a General Framework for Equal Treatment in Employment and Occupation. 이 지침은 고용 및 직업훈련 영역에서 종교 또는 신념, 장애, 연령, 성적지향을 이유로 한 차별을 규율한다.

6 European Commission, Proposal for a Council Directive on Implementing the Principle of Equal Treatment Between Persons Irrespective of Religion or Belief, Disability, Age or Sexual Orientation, Brussels, 2 July 2008, COM(2008) 426 final, 2008/0140 (CNS).

국가인권위원회 humanrights.go.kr

회 안에서 만장일치의 합의를 얻지 못해 아직 계류 중이다.

나. 유럽 개별국가

현재 유럽연합 27개국 중 재화 · 용역 및 시설의 이용 · 공급에서 성적지향을 이유로 한 차별을 명시적인 법률을 통해 규율하는 나라는 20개국, 성별정체성을 이유로 한 차별을 명시적인 법률을 통해 규율하는 나라는 18개국이다(2020년 기준).[7]

법률의 형태는 다양하다. 상당수의 국가는 공법과 사법의 중간 성격을 지닌 차별금지법제를 통해 이러한 차별을 규율하나, 일부 국가는 형사법을 통해 차별행위에 형사적 제재를 가하는 방식을 택하기도 한다. 예를 들어 독일은 일반평등대우법(AGG) 제19조 사법상 차별금지 조항에서 사법(私法)상 채권관계의 성립, 이행 및 종료에서의 차별금지를 규정하면서 이러한 차별이 발생하는 경우 그 피해자는 방해배제, 손해배상 등을 청구할 수 있도록 하고 있다. 이 때 법이 규율하는 사법상 채권관계란 전형적으로 거래당사자와 무관하게 균등한 조건으로 다수 이루어지는 거래 (대량거래) 또는 채권관계의 종류에 비추어 거래당사자의 고려가 별다른 의미가 없고 균등한 조건으로 다수 이루어지는 거래 및 사법상 보험을 의미한다. 주거임대와 관련하여서는 일시적 사용에 국한되거나 임대인이 합계 50채 이하의 주거를 임대하는 경우는 이에 해당하지 않는다는 제한 규정이 있다. 반면 프랑스는 형법(Code pénal) 제2권 2편 5장 1절에 차별에 관한 절(Section1. Des discriminations)을 별도로 편재하고, 제225−1조에서 성적지향, 성별정체성 등을 포함한 다양한 사유를 이유로 한 차별행위를 정의한 후 제225−2조 1항에서 이러한 차별을 통해 재화 · 용역의 공급을 거부하는 경우 3년의 징역형과 45,000유로의 벌금형에 처한다는 규정을 두고 있다.

한편 유럽연합 아닌 국가 중에 영국은 평등법(Equality Act 2010) 제3장 용역과 공적 기능(Services and Public Functions)에서 공중(또는 그 부문)에 대해 서비스를 제공하는 사람과 서비스를 제공하지 않지만 공적 기능을 수행하는 사람은 성적지향, 성별재지정을 이유로 차별, 괴롭힘,[8] 불이익조치 행위를 하여서는 안 된다고 규정한다. 제4장 부동산(Premises)에서는 부

---

7 성적지향 차별 규율: 오스트리아(일부지역 한정), 벨기에, 불가리아, 크로아티아, 체코공화국, 덴마크, 핀란드, 프랑스, 독일, 그리스, 헝가리, 아일랜드, 리투아니아, 룩셈부르크, 네덜란드, 루마니아, 슬로바키아, 슬로베니아, 스페인(일부 지역 한정), 스웨덴. 성별정체성 차별 규율 : 오스트리아, 벨기에, 불가리아, 크로아티아, 체코공화국, 덴마크, 에스토니아, 핀란드, 프랑스, 독일, 그리스, 헝가리, 룩셈부르크, 네덜란드, 슬로바키아, 슬로베니아, 스페인(일부 지역 한정), 스웨덴. 이상의 목록은 ILGA유럽에서 운영하는 레인보우유럽 지도 사이트 참조 https://rainbow-europe.org/ (2021. 12. 10. 확인.)

8 영국 평등법 제3, 4장은 성적지향을 이유로 한 차별을 금지하면서도, 괴롭힘으로부터 보호되는 속성에서는 성적지향을 배제하고 있다[29조(8), 33조(6) 참조]. 이는 영국 평등법 2010년 제정으로 7개 법률을 통합하기 전, 성적지향을 이유로 한 재화·용역 차별을 규율하고 있었던 법률인 '평등법(성적지향) 규정 2007[the Equality Act (Sexual Orientation) Regulations 2007]'의 내용을 평등법 2010년에 그대로 승계한 결과이다. 대신 평등법은 제212조(5)에서 성적지향을 이유로 한 괴롭힘 행위가 "손상(detriment)"에 해당하는 것으로 평가되는 경우에는 직접적인 차별로 포섭될 수 있다고 명시함으로써 규율의 공백을 줄이고자 하였다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

동산의 처분, 부동산의 처분에 대한 허가, 부동산의 관리와 관련하여 성적지향, 성별재지정을 이유로 한 차별, 괴롭힘, 불이익조치 행위를 금지한다.

다. 캐나다

캐나다 인권법(Canadian Human Rights Act) 제5조는 공중이 통상적으로 이용할 수 있는 재화, 용역, 편의 또는 시설 제공에서, 제6조는 상업용 부동산 또는 주거시설 제공에서 성적지향, 성별정체성 또는 표현을 이유로 차별하는 행위를 금지한다.

라. 미국[9]

① 공중시설(Public Accommodations): 미국 연방 민권법 제2편(Title II of the Civil Rights Act of 1964)은 공중시설에서의 차별금지를 규정하나 그 사유를 인종, 피부색, 국적, 종교에 한정하고 있으며, 연방 차원에서 공중시설에서의 성별이나 성적지향, 성별정체성 등의 차별을 명시적으로 규율하는 법률은 존재하지 않는다. 주 차원에서 공중시설에서의 성적지향과 성별정체성 차별을 명시적으로 금지한 법률을 가지고 있는 주는 21개 주와 D.C.이며, 1개 주는 성적지향만을 명시하고 있다. 이외에도 5개 주에서 연방대법원의 2020년 Bostock v. Clayton County 판결의 논리를 주법에 수용함으로써 성적지향 및 성별정체성 차별을 다룰 수 있게 되었다.

② 주거(Housing): 연방 공정주거법(Fair Housing Laws)은 주택 처분, 임대에서의 차별을 금지하고 있는 법이나, 성적지향과 성별정체성을 차별금지사유로 명시하고 있지 않다. 주 차원에서 주거와 관련하여 성적지향과 성별정체성 차별을 명시적으로 금지한 법률이 있는 주는 21개 주와 D.C.이며, 1개 주는 성적지향만을 명시하고 있다. 또한 7개 주에서 연방대법원의 Bostock 판결의 논리를 주법에 수용함으로써 성적지향 및 성별정체성 차별을 다룰 수 있게 되었다.

2) 재화·용역 및 시설 차별 사례[10]

성적지향 또는 성별정체성을 이유로 한 재화 · 용역 및 시설 이용 차별에 대해 법적으로 다

9 이 항목 중 미국 주법과 관련된 내용은 HRC, State Equality Index 2020의 내용(2021. 9. 업데이트)을 정리한 것이다. https://www.hrc.org/resources/state-equality-index (2021. 12. 10. 확인)

10 이 항의 사례들은 주로 다음 자료를 참고하여 정리하였다. Directorate-General for Justice and Consumers(European Commission), European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-discrimination, Sexual Orientation Discrimination Law Outside the Labour Market, European Commission, (2020), 66.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

투는 사례가 활발하게 보고되고 있지는 않다. 일부 보고된 국내법적 사례들을 내용별로 분류하여 보면 다음과 같다.[11]

가. 재화·용역 및 시설의 차별적 제공

- 루마니아 반차별기구 결정(2005):[12] 성 발렌타인 데이에 서로 반대 성별(the opposite sex)인 승객들에게만 특별한 혜택을 제공한 루마니아 국립항공사의 행위는 동성커플에게 명백히 불이익을 준 것으로 차별에 해당한다고 결정한 사례
- 네덜란드 지방법원 판결(2010):[13] 건설회사가 동성커플에게 용역 제공을 거부한 데 대해 형사책임을 물었고, 네덜란드 인권기구 또한 같은 사안에 대해 일반동등대우법 7조 1항 위반을 확인한 사례
- 프랑스 고등법원 판결(2012):[14] 동성커플에게 토지 매매를 거부한 사람에게 형사책임을 부과한 사례
- 리투아니아 옴부즈퍼슨 결정(2015):[15] 성소수자 단체에 프라이드 행사를 위한 차량을 대여하는 것을 거부한 버스 회사에 행정적 제재를 발령한 사례
- 라트비아 옴부즈만 결정(2018):[16] 미니버스 서비스업체가 미니버스 운전사 앞에서 커플이 키스하는 경우에 무료 승차를 제공하는 성 발렌타인 데이 프로모션을 진행하면서 동성커플을 이 혜택에서 명백하게 배제한 것은 차별이라고 결정한 사례
- 벨기에 민사법원(2018):[17] 요르단 여행을 원한 트랜스남성에게 여행업자가 1인실 추가 비용을 지불하는 것을 계약 조건으로 제시한 것은 성별정체성을 이유로 한 차별이라고 판결한 사례

나. 재화·용역 및 시설의 차별적 제공: 주거

- 네덜란드 인권기구 의견표명(2014):[18] 교회건물을 성소수자 단체에 임대하는 것을 거부

---

11 재화·용역 및 시설 제공과 관련한 차별 사례 중 상당수는 종교적 믿음을 이유로 한다. 이에 관한 주요한 결정과 법리에 대한 검토는 본 보고서의 제14장 종교의 자유와 성소수자 차별금지 참조.

12 Romania, National Council for Combating Discrimination, Decision 39/01.03.2005 ACCEPT v TAROM

13 Netherlands, District Court of Arnhem, ECLI:NL:RBARN:2010:BN8113 (23 September 2010).

14 France, Tribunal de Grande Instance of Bourges, No. 11089000031, (26 October 2012).

15 Lithuania, Equal Opportunities Ombudsperson, Decision No. (15)SN–136)SP–72, (14 May 2015) (Lygių galimybių kontrolieriaus pažyma dėl galimos diskriminacijos lytinės orientacijos pagrindu teikiant autobuso nuomos paslaugas)

16 Latvia, Ombudsman of the Republic of Latvia ATZINUMS pārbaudes lietā No.2016–3–26G (2016).

17 Civil Court in Antwerp, (31 May 2017), Nieuw Juridisch Weekblad, 2018, p. 450, with P. Borghs's Case Note.

18 Netherlands Institute for Human Rights, Opinions 2014–109 and 2014–110 (2014).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

한 것은 일반동등대우법 7조 1항 위반임을 확인한 사례

- 영국 평등법 해설서 예시 사례:[19] 세입자가 성별재지정 과정을 거치고 있다는 이유로 부동산 관리인이 그 세입자의 공동정원 사용 시간을 제한하는 반면 다른 세입자들은 정원 접근에 어떤 제한도 받지 않는다면, 이는 부동산 관리시의 직접 차별에 해당한다는 사례

다. 시설의 이용 거부: 호텔

- 프랑스 반차별청 결정(2005):[20] 동성커플이 호텔 숙박을 예약한 후 호텔에 도착하자, 주인이 성적지향을 사전에 고지했어야 한다고 지적하며 만약 동성커플임을 사전에 알았더라면 같은 방을 내주지 않았을 것이라고 이야기한 것은 형법 제225-1조 및 제225-2조 위반임을 확인한 사례
- 아일랜드 평등재판소 판결(2008):[21] 호텔의 주인이 동성애친화적인 행사에 반대하는 사람이었기 때문에 사교 행사를 취소한 사안에 대해 각 피해자에게 1500 유로를 배상할 것과 평등정책 및 적절한 교육을 이행할 것을 명령한 사례

라. 시설의 이용 거부: 술집, 스포츠클럽 등

- 아일랜드 평등재판소 판결(2005):[22] 여성인 청구인이 자신의 여자친구와 함께 술집에 갔다가 주인으로부터 "당신들 같은 사람들이 여기 있길 원하지 않는다"고 퇴거 요구를 받은 사안에 대해 1000유로를 배상할 것을 술집주인에게 명령한 사례
- 루마니아 반차별기구 결정(2014):[23] 스포츠클럽에서 회원에게 동성애혐오적인 발언을 하고 클럽의 규칙을 변경하여 그 회원이 남성탈의실에서 자신의 세 살배기 딸을 보조하지 못하도록 만든 사안에 대해 성적지향을 이유로 한 차별임을 확인하며 행정적인 경고를 발령한 사례
- 헝가리 평등대우청 결정(2018):[24] 성소수자 스포츠클럽이 지자체에서 운영하는 스포츠 복합단지의 수영장을 예약했으나 스포츠 단지 측에서 예약자가 성소수자 클럽임을 알게 되자 예약을 취소한 사안에 대해 성적지향 및 성별정체성을 이유로 하는 불법적인 차별

---

19 Equality Act 2010 Explanatory Notes para.133.

20 France, Haute Autorité de Lutte Contre les Discriminations, 2005-90, (19 December 2005).

21 Ireland, Equality Tribunal, McGufn and Harte v Eyre Square Hotel, DEC-S2008-051, (29 August 2008).

22 Ireland, Equality Tribunal, A Female v A Publican, DEC-S2005-026, (15 April 2005).

23 Romania, National Council for Combating Discrimination, Decision 680/12.11.2014 J.G. and ACCEPT v World Class Romania.

24 Hungary, Equal Treatment Authority, Decision No. EBH/199/2018, July 2018.

국가인권위원회 humanrights.go.kr

에 해당한다고 인정하면서 약 3000유로의 벌금을 부과하고 회사 및 지자체의 홈페이지에 이 결정을 게시할 것을 명령한 사례(이 행정명령은 이후 법원에서 효력이 다투어졌으나 중앙법원 판결을 통해 유효함이 확인되었다[25])

마. 시설 이용 관련 괴롭힘

- 스웨덴 지방법원 판결(2009):[26] 나이트클럽에서 여성 동성커플이 키스를 하자 키스를 중단하라고 요구한 경비원의 행위는 성적지향을 이유로 한 차별에 해당한다고 판시하며 약 930유로의 배상을 명령한 사례
- 헝가리 평등대우청 결정(2018):[27] 술집에서 남성 동성커플이 키스를 하자 키스를 중단할 것을 요구한 경비원의 행위는 섹슈얼리티를 동기로 한(sexuality-motivated) 괴롭힘에 해당함을 확인한 사례
- 아일랜드 평등재판소 판결(2011):[28] 호텔접수원이 고객의 성적지향과 관련하여 모욕적인 발언들을 최소 1회 이상 한 것이 인정되는 사안에서 1500유로의 배상을 명령한 사례
- 아일랜드 직장관계위원회(Workplace Relations Commission) 결정(2018):[29] 다른 고객들 앞에서 가게 종업원이 한 여성 고객에게 "(너는) 그래봤자 고작 레즈비언일 뿐"이라고 모두가 들을 수 있도록 말하며 공격적으로 군 행위는 괴롭힘에 해당한다고 확인하고 2000유로의 배상을 명령한 사례

2. 단일성별시설의 문제와 차별 없이 시설을 이용할 권리

1) 개관

전통적으로 많은 사회의 제도와 관행들이 이분법적인 성별에 따라 구성되어온 결과, 일터나 공공영역에서의 화장실과 같은 필수적인 시설 역시 성별이 분리된 형태로 만들어져 운용되어 왔다. 성별이 분리된 시설이나 단일한 성별에게만 제공되는 시설에서 트랜스젠더나 성

25 Hungary, Metropolitan Court, 11 July 2018.
26 Sweden, District Court, T 4652-07, 12 June 2009.
27 Hungary, Equal Treatment Authority, Decision No. EBH/362/2018, (5 November 2018).
28 Ireland, Equality Tribunal, A Hotel Guest v A Dublin Hotel, DEC-S2011-040, (19 September 2011).
29 Ireland, Workplace Relations Commission, A Complainant v A Respondent, ADJ-00014149, (29 November 2018).

국가인권위원회
humanrights.go.kr KOR

별비순응자(gender-nonconforming) 등은 다양한 차별과 불편을 겪게 된다. 따라서 성별정체성을 이유로 차별받지 않을 권리가 단일성별시설(single-sex facilities)과 어떻게 조화될 수 있는지 문제되며, 단일성별시설의 형태로 운영되는 시설들을 트랜스젠더를 포함한 모든 사람들이 차별 없이 이용하도록 보장하기 위한 법제도와 정책이 요구되고 있다.

성별정체성을 이유로 한 차별금지원칙의 관점에서 단일성별시설과 관련하여 제기되는 문제들을 개괄하여보면 다음과 같다. 첫째, 가장 먼저 단일성별시설 자체의 정당성이 문제된다. 어떠한 시설이 특정한 성별에만 제공되는 것이 성별을 이유로 한 차별에 해당하는 것은 아닌지 문제되기 때문이다. 이와 관련하여 각국 차별금지법제의 기본적인 입장은 단일성별시설은 성차별의 예외로서 허용된다는 것이다. 다만 성별을 이분법적으로 분리하여 운영하는 시설이 트랜스젠더, 성별비순응자, 다른 성별의 활동보조인이나 자녀를 동반하는 사람들과 같이 다양한 사람들에게 시설 이용의 장벽이 되고 있다는 점에서, 성별중립적인 형태의 공공시설을 권장하고 늘려가려는 세계적인 정책적 흐름이 존재한다.

둘째, 단일성별시설이 설치되어 운영되는 경우 트랜스젠더인 사람들이 차별받지 않고 시설을 이용할 권리가 문제된다. 성별정체성을 이유로 한 차별금지원칙에 따라 모든 사람은 자신의 성별정체성에 부합하는 시설을 이용할 권리를 갖는다. 차별금지법제와 판례들은 트랜스젠더인 사람이 성별정체성에 맞는 시설을 이용하는 것을 막거나 정당한 이유 없이 성별을 증명할 것을 요구하는 일이 부당한 차별에 해당한다는 점을 확인하고 있다.

마지막으로 차별금지법제들은 차별의 예외에 관한 규정들을 두고 있는데, 어떤 경우에 단일성별시설 이용을 제한하는 일이 차별의 예외로서 정당화될 수 있는지 문제된다. 이에 대한 각국 법률의 태도는 조금씩 다르지만, 예외의 요건이 매우 엄격하게 해석되어야 하며 다른 사람들의 불편한 감정이나 트랜스혐오적인 태도는 그러한 이용의 제한을 정당화하는 이유가 될 수 없다는 점은 공통적으로 확인되는 사항이다. 또한 일정한 제한이 인정되는 예외적인 경우에도 그 제한의 범위는 최소한에 그쳐야 하며, 이를 위해 사례별로 합리적인 편의(예를 들어 별도의 1인실 공간을 사용할 수 있도록 제공하는 방법)가 모색되고 제공되어야 한다는 점 역시 강조되고 있다.

이 절에서는 단일성별시설을 차별 없이 이용할 권리의 내용과 근거를 화장실 이용을 중심으로 검토한 후, 단일성별시설과 관련하여 성별정체성을 이유로 발생하는 차별을 없애고 넘어서기 위한 구체적인 규율과 정책 사례로 캐나다 온타리오주, 미국 워싱턴 D.C.의 사례를 살피고 성중립화장실 설치에 관한 사례들을 검토한다.

2) 단일성별시설을 차별 없이 이용할 권리 – 화장실을 중심으로[30]

가. 화장실 등의 위생시설을 이용할 권리에 대한 국제인권규범

화장실은 사람의 가장 기본적인 신체적 욕구를 해결하기 위해 필수적인 시설이다. 유엔은 화장실과 같은 위생시설을 차별 없이 이용할 권리를 중요한 인권 내용의 하나로 보고 있다. 2012년 안전한 식수와 위생 인권에 관한 유엔 특별보고관 보고서[31]는 성별규범을 거스른다고 여겨지는 이들이 성별 분리된 공중화장실의 이용에서 배제되고 접근을 거부당하며 언어적 괴롭힘과 신체적 폭행을 당하거나 트랜스젠더나 인터섹스의 경우에는 체포되는 일까지 있음을 지적하면서, "각국에 낙인찍힌 소수자그룹에 대한 조사와 분석을 통해서 낙인을 없애고 안전한 식수와 위생에 대한 권리를 최대한 보장하기 위한 조치를 취할 것"을 권고한 바 있다. 유엔 총회는 2015년 "안전한 식수와 위생에 대한 인권 결의안"[32]을 채택하였다. 위 결의안은 안전한 식수와 위생에 대한 인권이 생명권과 모든 인권을 완전히 향유하기 위해 필수적임을 강조한 2010년 유엔 총회 결의안 64/292[33]의 내용을 다시 확인하면서 "위생에 대한 인권은 모든 사람이 모든 삶의 영역에서 차별 없이 안전하고 위생적이며 보안이 지켜지고 사회적으로나 문화적으로 받아들여지며 프라이버시를 제공하고 존엄성을 보장하는 위생시설을 물리적이고 정당하게 이용할 수 있는 권리"임을 확인하였다.

욕야카르타 원칙 35: 위생에 대한 권리

모든 사람은 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징 등을 이유로 한 차별없이 인간의 존엄성을 지킬수 있는 환경에서 공평하고 적절하며 안전한 공중위생과 개인위생을 누릴 권리가 있다.

---

30 화장실 등 공공시설 이용에서의 차별을 방지하기 위한 국제규범과 국내외 법정책 사례들을 살펴본 선행연구로 트랜스젠더 한 홍성수 외, 트랜스젠더 혐오차별 실태조사, 국가인권위원회 (2020), 109-118 참조.

31 UN Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the Human Right to Safe Drinking Water and Sanitation, UN Doc. A/HRC/21/42 (2012.07.02.), paras. 40, 82.

32 UN General Assembly, The Human Rights to Safe Drinking Water and Sanitation, Resolution Adopted by the General Assembly on 17 December 2015, UN Doc. A/RES/70/169 (2016. 2. 22.).

33 UN General Assembly, The Human Rights to Safe Drinking Water and Sanitation, Resolution Adopted by the General Assembly , UN Doc. A/RES/64/292 (2010. 7. 28.).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

국가는:

A. 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징에 관계없이 모든 사람이 안전하게, 그리고 존엄성을 지키며 이용할 수 있는 적절한 공중 위생시설이 있도록 보장해야 한다.

B. 모든 학교와 그 밖의 공공시설 환경은 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 이유로 한 차별없이 직원, 학생, 방문객들에게 안전하게 위생시설을 이용할 수 있도록 보장해야 한다.

C. 공공과 민간부문 모두, 고용자가 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 이유로 한 차별없이 위생시설에 대한 안전한 접근을 제공하도록 해야 한다.

D. 대중에게 서비스를 제공하는 기업은 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징 등을 이유로 한 차별없이 적절한 위생시설을 제공하도록 해야 한다.

E. 구금장소에는 모든 수용자와 직원, 방문객이 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 이유로 한 차별없이 안전하고 존엄을 지키며 이용할 수 있는 적절한 위생시설이 마련되어 있도록 보장해야 한다.

나. 직장에서 화장실을 이용할 권리[34]

① 미국 고용기회평등위원회(Equal Employment Opportunity Commission, 이하 EEOC)의 입장

EEOC는 직장 내 화장실 등의 시설이 성별 분리된 형태로 설치되어 있는 경우, 자신의 성별정체성에 맞는 화장실을 이용하지 못하도록 하는 것은 민권법 제7편 위반에 해당함을 명확히 인정해왔다.[35] EEOC는 “성적지향 또는 성별정체성에 따른 고용 차별 방지”에 관한 안내문서에서 성별정체성에 맞는 성별분리시설(화장실, 탈의실, 샤워시설 등)을 사용할 노동자의 권리에 대해 다음과 같이 안내하고 있다.[36]

---

34 직장에서 화장실을 이용할 권리는 ‘제3장 고용영역에서의 차별’과 관련된 내용이나, 성별분리시설을 차별 없이 이용할 권리를 주요하게 다루는 이 장에서 함께 검토하였다.

35 Lusardi v. Dep't of the Army, EEOC Appeal No. 0120133395(2015. 4. 1.)는 고용주가 직원의 성별정체성에 해당하는 공동 화장실에 동등하게 접근하는 것을 거부하는 것은 민권법 제7편 위반에 해당한다는 점을 확인하였다.

36 “성적지향 또는 성별정체성에 따른 고용 차별 방지(2021. 6. 15. 업데이트)”, https://www.eeoc.gov/laws/guidance/protections-against-employment-discrimination-based-sexual-orientation-or-gender#_edn6 (2021. 12. 10. 확인).

성적지향 또는 성별정체성에 따른 고용 차별 방지

Protections Against Employment Discrimination Based on Sexual Orientation or Gender Identity

10. 고용주는 남성과 여성을 위해 분리되고 성별이 구분된 화장실, 탈의실 또는 샤워시설을 둘 권리가 있는가?

법원은 오래 전부터 고용주들이 남녀를 위한 분리된 화장실, 탈의실, 샤워 시설을 갖출 수도 있고, 아니면 남녀 공용 또는 1인용 화장실, 탈의실, 샤워시설을 선택할 수도 있다는 점을 인정해 왔다. 위원회는 노동자가 자신의 성별정체성에 맞는 화장실, 탈의실, 샤워시설에 동등하게 접근하는 것을 고용주가 거부할 수 없다는 입장을 취해왔다[Lusardi v. Department of the Army, EEOC Appeal No. 0120133395 (2015. 4. 1.)]. 다시 말해, 고용주가 분리된 화장실, 탈의실, 샤워시설을 마련한 경우, 모든 남성(트랜스젠더 남성 포함)은 남성 시설을, 모든 여성(트랜스젠더 여성 포함)은 여성 시설을 이용할 수 있어야 한다.

② 미국 직업안전 위생관리국 모범사례

미국 노동부 산하의 직업안전 위생관리국은 모든 노동자가 위생적이고 즉시 이용 가능한 화장실 시설을 불합리한 제한 없이 제공받는 것을 노동자의 중요한 권리로 명시하고 있다.[37] 이러한 원칙에 따라 직업안전 위생관리국이 2015년 1월 발행한 "모범사례: 트랜스젠더 노동자의 화장실 이용 지침"(US OSHA, Best Practices: A Guide to Restroom Access for Transgender Workers, 2015)은 트랜스젠더는 직장에서 자신의 성별정체성에 따라 화장실을 이용해야 한다고 명시한다.[38] 주요 내용은 다음과 같다.

37 "Restrooms and Sanitation Requirements", https://www.osha.gov/restrooms-sanitation (2021. 12. 10. 확인).

38 US OSHA, Best Practices: A Guide to Restroom Access for Transgender Workers (2015). (https://www.osha.gov/Publications/OSHA3795.pdf) (2021. 12. 10. 확인).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

모범사례: 트랜스젠더 노동자의 화장실 이용 지침

Best Practices: A Guide to Restroom Access for Transgender Workers

(생략) 이 정책의 핵심 이념은 모든 종업원은 자신의 성별정체성에 맞는 시설을 이용할 수 있어야 한다는 것이다. 가령 남성으로 정체화한 사람은 남성 화장실을 이용하고, 여성으로 정체화한 사람은 여성 화장실을 이용할 수 있어야 한다. (생략)

또한 모범적 정책은 종업원이 스스로 선택할 수 있는 추가적 선택지를 규정하는데, 다음과 같은 것들이 포함된다.
– 성중립적인 단독 화장실
– 개별 칸으로 구성된 다인용 성중립 화장실

(생략) 종업원은 성별에 따른 화장실 이용을 위해 자신의 성별정체성에 대한 어떠한 의학적/법적 서류도 제공할 의무가 없다. 나아가 어떠한 종업원도 성별정체성 또는 트랜스젠더인 것을 이유로 다른 종업원과 분리된 시설 이용을 요구받아서는 안 된다.

③ 호주 빅토리아주 인권위원회의 가이드라인

호주 빅토리아주 인권위원회의 트랜스젠더 노동자를 위한 가이드라인(Guideline : Transgender at Work)[39]은 노동자가 자신의 성별정체성에 따라 화장실을 이용할 권리에 관한 원칙들과 더불어 다른 노동자가 불만을 제기하는 경우 어떻게 대처해야 하는지에 대한 자세한 지침을 제시하고 있다.

39 Victorian Equal Opportunity & Human Right Commision, Guideline: Transgender People at Work – A Quick Guide for Employers (2014), 10–11.

트랜스젠더 노동자를 위한 가이드라인
Guideline : Transgender at Work

어떤 화장실을 이용해야 하는가?
종업원들은 화장실, 탈의실 기타 시설들을 자신이 확인한 성별에 맞게 이용할 수 있어야 한다.

만일 당신(사업주)이 다른 종업원들이 이러한 화장실 등 이용에 저항감을 느낀다는 사실을 마주한다면,
– 해당 종업원들을 만나 그들의 고민을 듣고 해결을 시도하라.
– 당신에게는 차별을 방지할 의무가 있고 여기에는 트랜스젠더 종업원이 적합한 시설을 이용할 수 있도록 하는 일이 포함된다는 점을 상기시켜라.

대부분의 경우 트랜스젠더 종업원이 자신의 성별정체성에 맞게 화장실을 이용하는 것은 직장 내 다른 사람에게 영향을 주지 않으며 이를 금지하는 것은 위법하다. 다만 경우에 따라 다른 종업원들의 특별한 욕구나 상황을 고려할 수는 있다.

일반적으로 트랜스젠더 종업원에게 장애인화장실을 이용하도록 요구하는 일은 적절하지 않다. 트랜스젠더가 장애에 해당한다는 오해를 줄 수 있기 때문이다. 다만 트랜스젠더 종업원 자신이 성별 구별 없는 장애인화장실의 이용을 선호하는 경우가 있을 수는 있다.

다. 공공영역에서의 공중화장실을 이용할 권리

재화 · 용역 및 시설의 공급과 관련하여 성별정체성을 이유로 한 차별을 받지 않을 권리는 공공시설로서 화장실을 차별 없이 이용할 권리, 자신의 성별정체성에 맞는 화장실을 이용할 권리를 포함한다. 캐나다 브리티시컬럼비아 인권재판소는 Sheridan v. Sanctuary Investments, 1999 BCHRT 4 판결에서 트랜스젠더 여성에게 나이트클럽 여자화장실을 사용하지 못하게 한 것은 재화 · 용역의 공급 관련 성별을 이유로 한 차별에 해당한다는 것을 확인하였다. 이 판결은 특히 다른 고객들의 항의는 트랜스젠더 여성의 화장실 이용을 제한하는 이유가 될 수 없다고 강조하였다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

캐나다 브리티시컬럼비아 인권재판소

Sheridan v. Sanctuary Investments, 1999 BCHRT 4

사건개요: 청구인은 트랜스젠더 여성으로 사건 당시 성확정수술을 받기 전이었다. 청구인은 트랜스젠더 관련 자료들을 통해 성확정수술을 받기 전에 먼저 자신의 성별정체성에 부합하는 성역할로 지속적인 생활을 해보는 일이 권장된다는 것을 알고 있었다. 그를 위해 청구인은 1995년 8월 초 여성적인 복장으로 동성애자 나이트클럽에 두 번 입장하였고 여자화장실을 문제없이 사용하였다. 8월 25일경 청구인은 여성 복장으로 피청구업소에 입장하여 맥주를 마신 후 여자화장실을 이용하였고 당시 화장실은 비어있었다. 청구인이 화장실에서 나왔을 때 피청구업소의 직원이 청구인에게 다가가 다시는 여자화장실을 사용하지 말 것을 요구하였고 그렇지 않으면 퇴거 요구를 당할 것이라고 이야기하였다. 이 판결에서는 이러한 화장실 이용 거부 행위가 브리티시컬럼비아의 인권규약 제8조를 위반한 것인지 문제되었다. 브리티시컬럼비아 인권규약 제8조는 성(sex) 등을 이유로 관행적으로 공중이 이용할 수 있는 숙박, 서비스 및 시설 이용을 거부하거나 차별적으로 제공하는 것을 금지하면서, 성에 기반한 차별의 예외 사유로 '공공의 품위 유지(the maintenance of public decency)'를 두고 있었다.

쟁점: (1) 트랜스젠더임을 이유로 한 차별은 규약에 명시된 차별금지사유인 "성(sex)"을 이유로 한 차별이라고 해석될 수 있는가. (2) 트랜스여성임을 밝혔음에도 여자화장실을 사용하지 못하도록 한 행위는 인권규약에 위반되는가

판단내용: 인권재판소는 캐나다 대법원이 강조해온 '공정하고 넓고 자유로운 해석' 원칙이 인권 법제에 적용되어야 한다는 점을 확인하면서, 트랜스젠더에 대한 차별은 성을 이유로 한 차별에 해당한다고 결론내렸다. 인권재판소는 트랜스젠더가 차별을 겪는 이유는 성을 결정하는 기준 사이의 불일치 때문이므로, 트랜스젠더를 대상으로 한 차별은 성을 이유로 한 차별이라고 볼 수 있다고 하였다. 나아가 "자신의 성별정체성에 맞는 성으로 이미 살아가고 있는 전환기의 트랜스젠더는 해당 성의 구성원으로 보아야 하는 것이 인권 법제의 취지"이며 "이러한 관점에서 청구인은 여성이었고 이에 따라 여자화장실을 선택한 것은 적절한 것이었다"고 판시하면서, 트랜스젠더 여성에게 여자화장실을 사용하지 못하게 한 것은 인권규약 제

국가인권위원회
humanrights.go.kr

8조를 위반한 것이라고 판시하였다.
이 사건에서 피청구인은 업소의 레즈비언 고객들로부터 남자가 여자화장실을 사용하고 있다는 항의를 받고 여자화장실 문을 열어보았더니 청구인이 있어서 남자화장실을 사용하라고 요구하게 된 것이라고 진술하였는데, 인권재판소는 기존 판례의 법리를 들어 '고객들의 선호(the preference of patrons)'가 차별을 정당화하는 항변으로 받아들여질 수 없음을 분명히 하였다. 또한 차별의 예외 사유인 '공공의 품위 유지'와 관련하여 인권 법제에 대한 법적 예외는 엄격하게 해석하는 것이 판례의 확립된 법리임을 지적하면서 피청구인은 트랜스젠더의 여자화장실 사용이 공공의 품위 유지를 방해한다는 점에 대해 어떠한 입증도 하지 못하였다고 판시하였다.[40]

3) 단일성별시설의 차별을 시정하기 위한 규율과 정책 사례

가. 캐나다 온타리오주의 사례

캐나다 온타리오 인권법(The Ontario Human Rights Code R.S.O. 1990, C. H.19)은 제1조에서 "모든 사람은 용역, 재화 및 시설과 관련하여 성별, 성적지향, 성별정체성, 성별표현 등을 이유로 한 차별 없이 동등한 대우를 받을 권리가 있다"고 규정하면서, 제20조(1)에서 "공공의 품위(public decency)를 이유로 용역 또는 시설의 이용을 동성(same sex)에게만 제한하는 경우에는, 제1조에 따라 성별을 이유로 한 차별 없이 용역 및 시설에 대해 동등한 대우를 받을 권리가 침해되지 않는다"고 하여 일정한 경우 단일성별시설이나 용역이 성차별의 예외로서 허용될 수 있음을 확인하고 있다.

온타리오 인권위원회(Ontario Human Rights Commission)는 인권법에 기반하여 2014년 성별정체성과 성별표현 차별의 예방에 관한 정책을 발간하였다. 정책은 화장실, 탈의실 및 쉼터 이용과 관련하여, 트랜스젠더인 사람들이 자신의 성별정체성에 맞는 시설을 이용할 권리, 시설들의 편의제공 의무, 모든 사람이 차별 없이 시설을 이용하도록 하기 위한 포용적인 설계의 필요성 등을 강조하고 있다. 이에 관한 주요 내용을 살피면 다음과 같다.

---

40 이 판결은 트랜스젠더 정체성을 정신장애의 하나로 분류한 미국 정신의학회의 입장(1994)을 근거로, 이 사건에서 트랜스젠더를 차별한 것은 성을 이유로 한 차별임과 동시에 장애를 이유로 한 차별에 해당한다고 보았다. 그러나 2019년 세계보건기구는 국제질병분류 제11판에서 성전환증과 성주체성장애를 삭제하였고, 트랜스젠더 정체성에 대한 이러한 병리화 관점은 현재 완전히 폐기되었다. 자세한 내용은 본 보고서 제9장 건강권 참조.

국가인권위원회
humanrights.go.kr KOR

온타리오 인권위원회, 성별정체성과 성별표현을 이유로 하는 차별 예방에 관한 정책 (Policy on preventing discrimination because of gender identity and gender expression, 2014)[41]

13. 차별 예방 및 대응

13.4 화장실 및 탈의실

13.4.1 살아가고 있는 성별정체성(lived gender identity)에 기반한 접근

화장실 이용은 모든 사람들에게 인간존엄의 핵심에 있는 기본적인 신체적 욕구이다. 그러나 화장실은 트랜스젠더들에게 심각한 장벽을 초래하며 트랜스젠더들이 가장 기피하는 공공장소의 하나에 해당한다.

인권법은 '공공의 품위'를 이유로 동성에게만 용역이나 시설을 제한하는 것을 허용한다. 화장실, 탈의실, 라커룸 등의 시설은 일반적으로 성별에 따라 분리되어 있다. 트랜스젠더인 사람들은 그들이 살아가는 성별정체성에 따라 이들 시설을 이용할 권리를 지닌다.

조직의 화장실 시설과 어떠한 관련된 정책도 트랜스젠더들에게 부정적 영향을 미쳐서는 안 된다. 남성으로 정체화하고 살아가는 트랜스젠더는 남자 화장실과 탈의실을 이용할 수 있어야 한다. 여성으로 정체화하고 살아가는 트랜스젠더는 여자 화장실과 탈의실을 이용할 수 있어야 한다.

트랜스젠더는 다른 사람들이 불편함을 표현하거나 "트랜스여성은 다른 여성을 위협한다"와 같이 트랜스혐오적인 태도를 보인다는 이유로 별도의 화장실이나 탈의실 이용을 요구받아서는 안 된다. 트랜스젠더들 그 자신이 이러한 시설들을 이용할 때 괴롭힘과 폭력의 위험에 놓여있다. 교육과 인식 제고가 이러한 고정관념을 해소하는 데 도움이 될 수 있을 것이다.

13.4.2 편의제공 및 포용적 디자인 (Accommodation and inclusive design)

트랜스젠더는 화장실을 사용하게 해달라고 "요구"할 필요가 없다. 그들은 살아가고 있는 성

41 Ontario, Ontario Human Rights Commission, Policy on preventing discrimination because of gender identity and gender expression (2014), 38–42.

별정체성과 일치하는 화장실을 사용할 권리가 있다. 그러나 일부 사람들은 화장실, 탈의실이나 다른 종류의 성별분리시설을 이용하기 위해 임시적으로든 아니든 편의제공(accommodation)을 필요로 할 수 있다.

예시: 성전환 과정을 거치는 동안, 그리고 다른 사람들의 괴롭힘에 대한 우려 때문에, 트랜스젠더인 직원이 일반적으로는 장애인이 사용하도록 되어있는 1인용 성중립 화장실에 대한 이용을 요구하는 경우

고용주나 용역 제공자는 그러한 요구가 과도한 어려움(undue hardship)을 야기한다는 것에 대한 증거가 없는 이상 편의제공 요구를 수용할 의무가 있다.

온타리오 건축법규는 이미 1인용 성중립 화장실(어느 성별이든 사용할 수 있는 변기를 갖춘 화장실)과 유니버셜 화장실(세면대와 변기를 하나씩 갖추고 있는 장애인이 이용가능한 화장실)의 표준을 정하고 있다. (중략) 점점 더 많은 조직이 모든 사람을 위한 다양한 선택지를 두어 보다 포용적으로 시설을 설계하고 추가하고 바꾸기 위해 앞장서고 있다. 표준 건축 법규와 다른 모범 사례들을 빨리 도입할수록 개별적인 편의제공 요구의 필요성이 줄어들고 다양한 사람들에게 혜택이 돌아갈 수 있다. (하략)

13.6 쉼터 서비스

트랜스젠더인 사람들은 때때로 쉼터 서비스에 접근할 때 장벽과 차별적인 대우를 겪는다. 예를 들어 트랜스남성은 남성 보호소에서도 안전하지 않고 여성 보호소에서도 환영받지 못한다고 보고되고 있다. 일부 쉼터에서는 트랜스젠더의 성전환 상황에 대해 침습적인 질문을 하기도 한다. 쉼터 직원들은 트랜스젠더 관련한 이슈, 필요 및 용어에 대해 교육을 거의 받지 못할 수 있다. 일부 청소년들은 쉼터 서비스를 이용하기 위해 출생 시 지정성별에 따르도록 요구받거나 강요당한다고 느낀다.

인권법은 노숙인, 임시적인 청소년 쉼터 또는 학대받은 여성을 위한 쉼터 등의 단체가 동성인 사람들에게만 숙소나 서비스를 제공하는 것을 허용하는 예외조항을 두고 있다. 트랜스젠더는 현재 살아가고 있는 성별정체성과 일치하는 쉼터를 이용할 수 있어야 한다. 쉼터는 나

국가인권위원회
humanrights.go.kr

아가 자신들의 서비스를 트랜스젠더를 돕는 것으로 제한할 수도 있다. 쉼터는 성별정체성이나 성별표현을 이유로 사람을 차별할 수 없다.

예시: 한 청소년은 "남성"층과 "여성"층이 있는 청소년 쉼터에서 서비스를 받고자 한다. 청소년의 출생시 지정 성별은 남성이지만, 여성으로 정체화하고 있다. 그녀는 여성층에 있기를 요청했고 쉼터는 이에 동의했다. 쉼터는 쉼터의 이용자와 직원들에게 성별정체성과 인권에 관해 교육하는 단계를 밟는다.

쉼터 내 괴롭힘과 폭력으로부터의 안전은 쉼터를 이용하는 사람들에게 긴급한 관심사이다. 트랜스젠더들은 특히 취약하다.

예시: 트랜스남성은 남성 쉼터에서 안전하다고 느끼지 못할 수 있으며, 여성 쉼터의 이용이나 남성 또는 여성 쉼터 내에 있는 분리된 공간의 이용을 요청할 수 있다.

쉼터의 규칙과 요건은 트랜스젠더 이용자에게 부정적인 영향을 미치지 않도록 가능한 한 포용적이어야 한다. 또한 단체는 과도한 어려움을 초래하지 않는 이상 트랜스젠더 이용자가 필요로 할 수 있는 모든 편의(accommodation)를 제공해야할 의무가 있다. 이러한 편의에는 요건에 관한 정책, 관행이나 시스템을 바꾸는 것, 화장실, 탈의실, 수면실과 같은 시설, 신분기록이나 보안 절차 등을 변경하는 것 등이 포함될 수 있다. (하략)

나. 미국 워싱턴 D.C.의 사례

① D.C. 인권법 및 D.C. 조례

워싱턴 D.C. 인권법(the District of Columbia Human Rights Act of 1977)은 성별, 성적지향, 성별정체성 또는 성별표현 등을 이유로 공공시설(Public Accommodations)에서 재화, 서비스, 시설 등의 완전하고 평등한 향유를 거부하는 차별행위를 금지하고 있다(§2-1402.31(a)(1)). 또한 공공시설을 운영하는 자는 이러한 인권법의 내용과 진정 접수에 관한 정보 등을 시설 내 눈에 띄는 장소에 게시하여 안내하여야 한다(§ 2-1402.51). D.C.조례(D.C. Municipal Regulations)는 D.C.인권법과 관련한 세부적인 시행 규정들을 두고 있으며, 그 중 제4편 제8장은

성별정체성 또는 성별표현에 관련한 내용을 다루고 있다. 여기에는 성별 특정적 시설(gender-specific facilities)에서 성별정체성 또는 성별표현을 이유로 차별받지 않을 권리, 화장실이 1인용인 경우에는 성별중립적인 표식을 사용해야할 의무, 관습적으로 타인 앞에서 나체를 보이게 되는 성별 특정적 시설의 경우에는 성별정체성에 부합하는 시설 이용을 할 수 있도록 합리적인 편의를 제공할 의무 등에 대한 내용이 포함되어 있다.

D.C.조례 제4편 제8장 성별정체성 또는 성별표현에 관한 준수 규칙 및 규정

(Chapter 4-8. Complliance Rules and Regulations Regarding Gender Identity or Expression)

801. 성별정체성 또는 성별표현에 관한 차별금지 일반

801.1 D.C. 정부와 그 계약자를 포함하여 어떠한 개인이나 단체가 고용, 주거, 공공시설 또는 교육기관에서 실제적인 또는 오인된 성별정체성이나 성별표현을 근거로 누군가를 차별하는 것은 불법이다. 이러한 불법적인 차별행위에는 다음의 내용이 포함되며 이에 국한되지 않는다.

(c) 공공시설: 종류를 막론한 재화와 서비스의 제공 거부; 재화와 서비스의 차별적인 제공; 언어적 또는 신체적인 괴롭힘에 관여; 적대적인 환경의 조성; 그리고 소비자나 고객이 자신의 성별정체성 또는 성별표현에 부합하는 화장실 및 성별 특정적인 시설에 접근하는 것을 거부하는 일

801.2 인권법의 적용을 받는 자는 D.C.인권법 §2-1402.51이 요구하는 바에 따라 성별정체성 또는 성별표현 그리고 다른 보호되는 사유와 관련된 D.C.법의 내용을 모든 관리자, 근로자 및 자원활동가에게 분명하고 명시적인 형태로 알려야한다.

802. 화장실과 그 밖의 성별 특정적 시설(gender-specific facilities)

802.1 인권법의 적용을 받는 자는 성별을 특정하고 있는 화장실, 탈의실, 홈리스쉼터, 그룹홈 등의 시설을 자신의 성별정체성 또는 성별표현에 부합하는 바에 따라 이용할 개인의 권리를 보장하여야 한다.

802.2 인권법의 적용을 받는 자가 1인용 화장실(single-occupancy restroom facilities)을 두는 경우에는 성별중립적인 표식을 사용해야 한다(예를 들어 "남성" 또는 "여성"을 지칭하는 표식 대

국가인권위원회
humanrights.go.kr

신 “화장실”이라는 표식을 사용).

805. 관습적으로 타인 앞에서 나체를 보이게 되는 성별 특정적 시설(gender-specific facilities where nudity in the presence of other people is customary)

805.1 인권법의 적용을 받는 자는 성별분리시설에 대한 접근과 안전한 이용을 보장해야 한다.

805.2 인권법의 적용을 받는 자는, 관습적으로 타인 앞에서 나체를 보이게 되는 성별 특정적 시설과 관련하여, 개인이 자신의 성별정체성이나 성별표현에 부합하는 시설에 접근하고 이용할 수 있도록 합리적인 편의를 제공하여야 한다. 이는 그 사람이 자신의 성별정체성이나 성별표현에 관한 신분증이나 문서를 제공하였는지와 관계없이 이루어져야 한다.

805.3 사업상 또는 의료상 합리적인 목적에 따라 모든 사람에게 성별에 관한 문서나 증빙자료를 제출하도록 요구하는 경우가 아닌 이상, 개인의 성별에 관한 문서나 증빙자료 제출을 요구해서는 안 된다.

② 화장실 이용차별 관련 결정

2018년 D.C.에서 영업하는 한 대형레스토랑(Cuba Libre Rum Bar and Restaurant)의 직원이 트랜스여성의 여자화장실 이용을 막은 사건이 발생하였다. D.C. 법무실(Office of the Attorney General for the District of Columbia)은 이 사건에서 문제된 레스토랑이 아래와 같이 D.C.인권법 등을 위반하였다고 판단하였다.

워싱턴 D.C. 법무실

Assurance of Voluntary Compliance in the matter of Cuba Libre, LLC (2019. 1.)[42]

사건개요: 스스로를 여성으로 정체화한 트랜스젠더인 D.C.주민이 자신의 성별정체성에 따

42 Office of the Attoney General, Assurance of Voluntary Compliance in the matter of Cuba Libre, LLC (2019. 1.), https://oag.D.C..gov/release/ag-racine-announces-cuba-libre-restaurant (2021. 12. 10. 확인)

라 레스토랑의 여자화장실을 사용하고자 하였다. 그런데 레스토랑의 직원이 이를 막아서며 신분증의 제시를 요구하였다. 직원은 위 피해자가 스스로를 여성이라고 밝혔음에도 불구하고 신분증에 '여성(female)'이라고 적혀 있어야만 여자화장실을 사용할 수 있다고 주장하였다. 사건 조사 결과 레스토랑은 화장실 시설에 관한 D.C.법령 준수와 관련하여 문서화된 정책을 갖추고 있지 않았고 그 결과 일부 직원들은 신분증에 명시된 성별에 따라 화장실을 이용하도록 하는 것이 레스토랑의 정책이라고 오해하고 있었음이 드러났다. 레스토랑이 직원들에게 화장실 이용 등과 관련하여 인권법이 어떻게 적용되어야 하는지 이해시키기 위한 적절한 교육을 제공하지 않았다는 사실 또한 확인되었다.

판단내용: D.C. 법무실은 트랜스젠더 여성이 성별정체성에 부합하는 화장실을 사용하는 것을 막으려 한 레스토랑 직원의 행위와 레스토랑이 자신의 직원들에게 성별정체성 또는 성별표현에 관한 D.C.법령의 내용을 분명하고 명시적인 형태로 전달하지 않은 것이 모두 D.C. 인권법 및 조례 위반에 해당한다고 판단하였다.

이에 따라 레스토랑은 D.C. 법무실과 다음과 같은 내용의 합의(settlement)를 하였다. △성별정체성, 성별표현 및 그 밖의 차별금지와 관련된 D.C.법을 준수할 수 있도록 문서화된 정책을 수립하고 교육 프로그램을 만들어 직원들에게 제공할 것. △레스토랑 화장실에 누구나 D.C.법에 따라 자신의 성별정체성이나 성별표현에 부합하는 화장실을 사용할 수 있음을 명시적으로 안내하는 표지판을 부착할 것. △향후 2년 간 인권법 위반과 관련한 진정사항과 개선조치를 법무실에 보고할 것. △법 위반에 대한 벌금과 법률비용으로 D.C.에 7000달러를 지불할 것.

③ 성별중립적인 화장실 캠페인

D.C. 인권법의 적용을 받는 공공시설이 1인용 화장실을 두는 경우에는 화장실을 성별중립적으로 운영해야한다고 규정한 D.C. 조례 4. § 802.2와 관련하여, 워싱턴 D.C. 인권사무소는 법의 내용과 그 취지를 알리는 캠페인 페이지를 운영하고 있다. 일부 내용을 발췌하면 아래와 같다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

워싱턴 D.C 인권사무소 캠페인 – #안전한화장실 D.C. (#safebathroomD.C.)[43]

공중화장실이 절대 즐거운 곳이 아니지만, 트랜스젠더를 비롯한 많은 사람에게 공중화장실 사용은 엄청나게 긴장될 뿐만 아니라 위험하기까지 한 경험이 될 수 있다. D.C.에서는 관할 지역의 모든 공중화장실을 성별중립적으로 만들어 이러한 스트레스를 줄이고자 노력하고 있다.

왜 성별중립(gender-neutral)이 중요한가?

성별을 지정하지 않는 화장실은 성별화된 화장실에 접근할 때 불편하거나 부당한 대우를 겪게 되는 다양한 개인에게 도움을 준다. 이러한 도움에는 다음과 같은 내용이 포함된다:

트랜스젠더 및 성별비순응자

트랜스젠더와 성별비순응자는 자신에게 적합한 성별의 화장실을 이용할 때 스트레스, 불안, 부당한 대우를 받는 경우가 많다. 사적이고 성별중립적인 화장실칸이 제공되는 경우 이러한 부담이 줄어들거나 심지어 사라질 수 있다.

장애가 있거나 활동보조인을 동반하는 사람들

장애가 있거나 다른 성별의 활동보조인을 둔 사람들은 성별화된 화장실에 접근할 때 문제를 겪을 수 있다. 성별중립적인 화장실은 성별이 다른 두 사람에게 더 안락하고 편안한 환경을 제공할 수 있다.

자녀를 동반한 사람들

부모나 보호자가 성별이 다른 자녀와 함께 성별화된 화장실을 이용하는 경우 오해에 부딪힐 수 있다. 이러한 위험성은 성별중립적인 화장실을 통해 쉽게 해결될 수 있다.

모든 사람

우리 모두는 우리가 동일시하지 않는 성별의 화장실이 비어 있는 경우에도 붐비는 화장실 밖에서 차례를 기다려야했다. 성별중립적인 화장실은 더 효율적이며, 불필요하게 대기하는 일을 피할 수 있게 만들어준다.

---

43 "안전한 화장실 DC(Safe Bathrooms DC)", https://ohr.dc.gov/page/safe-bathrooms-dc (2021. 12. 10. 확인).

KOR 국가인권위원회 humanrights.go.kr

다. 단일성별시설을 넘어서는 성중립화장실 정책 사례

① 성중립화장실 활성화를 위한 법제도와 정책 마련

현재 각국에서는 법령에 성중립화장실 설치에 관한 근거법을 마련하여 공공영역에서 누구나 성별과 무관하게 화장실을 안전하게 사용할 수 있도록 하는 노력을 기울이고 있다.

국제규범위원회(International Code Council, ICC)에서 만든 국제배관코드(International Plumbing Code, IPC)는 미국 각 주의 공용화장실 설치규정의 모델이 되는 기준이다. 해당 코드 자체는 법적인 효력은 없으나 각 주의 공용화장실 설치규정안에서 이 기준을 채택하는 경우 법적 효력이 발생한다. 현재 미국 50개 주 중 37개 주가 이를 채택하고 있다. 한국의 건설기준(KDC) 역시 IPC를 토대로 하여 만들어져 한국에도 중요한 표준모델이 되고 있다. 2018년 의결되어 개정된 2021년판 IPC는 화장실과 관련하여 중요한 개정 내용을 담고 있다. 1인용 화장실(single-user bathrooms)의 경우 성별에 상관없이 이용가능하다는 표지를 달도록 하고(Section 403.1.2), 건물에 따라 다인용 성중립화장실(all-gender multiple-user facilities)을 설치할 수 있다고 규정한 것이다(Section 403.1.1).[44] 1인용 화장실은 변기와 세면대를 갖추고 격벽으로 구분된 완전히 독립적인 화장실을 말하고, 다인용 화장실은 하나의 세면대를 공유하는 여러 개의 방실로 구성된 화장실을 말한다.

미국 각 주에 따라서는 IPC와는 별도로 성중립화장실에 대한 건설기준을 운영하기도 하는데, 앞서 본 워싱턴 D.C.조례 4. §802.2가 대표적인 예이다. 뉴욕주의 경우에도 뉴욕시 배관규정(New York City Plumbing Code)과 이를 보충하는 지역법 제79호(local law of the city of New York for the year 2016, No. 79)를 제정하여 1인용 화장실에 관해 규율하고 있다. 이에 따르면 모든 1인용 화장실은 성별에 상관없이 이용 가능해야 하고 표지판, 비품 역시 성중립적으로 구성되어야 한다. 캘리포니아 법 제1732호(Assembly Bill No. 1732), 일리노이 공정화장실법(Equitable Restrooms Act) 또한 1인용 화장실은 성중립적으로 설치하도록 의무화하는 규정을 두고 있다.

호주의 경우 호주건축법(Building Code of Australia)의 위생 및 기타 시설 설치기준(F2: Sanitary and Other Facilities) 표 F2.3에 공중화장실 설치에 관련된 세부 규정을 두고 있는데, 이에 따르면 사무실, 상점, 학교 등의 건물은 종업원이 10명 이하일 경우 성중립화장실(Unisex Toilet)을 설치할 수 있다.

---

44 All-Gender Restrooms Now Comply with Code, Building.com (2019. 2. 4.) https://www.buildings.com/news/industry-news/articleid/21927/title/all-gender-restrooms-now-comply-with-code (2021. 12. 10. 확인)

국가인권위원회 humanrights.go.kr

많은 국가들에서는 이와 같은 법제도적 근거 만드는 노력 외에도 성중립화장실 설치에 대한 지침을 작성하여 배포하고 성중립화장실에 대한 교육과 홍보를 하는 등의 노력을 하고 있다. 예를 들어 뉴질랜드 교육부는 2017년 각 학교가 화장실을 신축하거나 개축할 때 성중립화장실을 재량에 따라 선택할 수 있도록 하는 가이드를 작성하여 배포하였다.[45]

② 대만의 성중립화장실 설치·운영 사례

마지막으로 성중립화장실에 관한 대만의 사례를 살펴보도록 한다. 국립대만대학 학생회에서는 성별 친화적인 대만대 캠퍼스를 만들기 위한 활동의 일환으로 교내 성중립화장실 설치를 추진하면서 2015년 성중립화장실 의제와 설치 현황 등에 대한 조사를 진행한 후 대만대에 교내 성중립화장실의 설치를 제안하였다. 2015년 6월 성중립화장실의 설치가 국립대만대학 교무회의에서 의결되었고 이러한 의결에 따라 대만대에서는 성중립화장실을 설치·운영하며 2017년 '성중립 화장실 설립준칙 핸드북'을 발간하였다.[46] 핸드북은 성중립화장실에 대한 소개, 성중립화장실의 설치준칙과 국립대만대학 안의 성중립화장실 설치 사례를 담고 있다.

핸드북은 성중립화장실을 소개하며 2011년부터 대만의 다양한 사회 영역에서 추진되어온 성중립화장실 설치 정책을 간략하게 소개하고 있는데, 그 중에서도 정부부처 등과 관련한 일부 내용을 살펴보면 다음과 같다.[47]

국립대만대학 성중립 화장실 설립준칙 1.4 현재의 성중립화장실 추세 분석

2011년 이후 정부부처는 성별평등 및 다양한 성별을 존중하는 교육에 호응하여 공공건물에 성중립화장실 설치를 추진하여 왔다. 최근에는 새롭게 개축된 성중립화장실 수도 대폭 증가하여, 타이페이시 정부 민정국이 2011년에 관내 호적사무소 및 구청사에 성중립화장실 설치를 추진하였다. 우선 난강 호적사무소 및 타이동 호적사무소에서 가족, 장애인 화장실을 남녀공용의 성중립화장실로 표시하였고, 2013년 12월 타이페이 시 중정구 호적사무소는 정식으로 남녀공용의 성중립화장실을 설치해 사용자의 프라이버시를 존중하였다. 이는 전국에서 트랜스젠더를 위한 공중화장실의 첫 사례이다. 2014년 11월 따안구청사 모든 변기에 칸

45 NZ Ministry of Education, Toilet Design: Requirements and Reference Design (2017).
46 國立臺灣大學校園規劃小組; 國立臺灣大學學生會性別工作坊, 國立臺灣大學性別友善則所設置準則及參考手册, 國立臺灣大學 (2017)
47 위의 글, 8-10.

막이가 설치되어 사생활을 보장하고, 채광, 환기, 화장공간 및 식물 배치 등을 통해 쾌적하고 친화적인 화장실 공간을 조성하였다. 2016년 신의구청사 성중립화장실은 마찬가지로 개별 칸막이를 둔 변기를 설치하였다. 2017년 까지 타이페이시에는 이미 9개의 호적사무소 및 12개 구청사에 모두 성중립화장실이 설치되어 공간상 설치할 수 없는 3곳을 제외하고는 모두 설치가 완료되었다. 그 외에 민정국 소속 커뮤니티 회관 및 장례식장에도 설치가 되었고 행정기관에는 가능한 한 성중립화장실을 두기로 했다.

2016년 타이페이시 정부교육국은 중학교에 성중립화장실 설치를 추진하여, 22개 학교에서 시행계획을 제출하였고, 같은 해 11월 민생초중등학교에서 성중립화장실 설치가 이루어져 전국에서 최초의 사례가 되었다. 남녀분리화장실을 성중립화장실로 개축하고, 남녀 화장실 간 벽을 허물고 소변기, 좌변기 모두 칸막이를 설치하였고 공간 개조와 교육 캠페인을 통해 교내에 타인을 존중하며 성평등한 문화를 확신시켰다. 타이페이시 부시장 陳景峻은 언론 인터뷰에서 성중립화장실은 화장실을 집의 화장실과 같이 기능 중심으로 되돌리는 것이며 생물학적 성별 간에 구분을 두지 않는 것이라고 이야기하였다.

2016년 6월 카오슝 시정부 민정국은 전국 최초로 동반자 등록을 실시하였고, 다양한 성별을 존중하는 의미에서 봉산구 제1 호적사무소에 성중립화장실을 설치하여, 성별 간의 경계를 허물고 성별구분 화장실을 다양한 성별을 지닌 사람이 모두 이용할 수 있도록 하였다. 그 외에 대만대 의원 지하1층 양식거리도 최근 새롭게 성중립화장실을 설치하고 트랜스젠더, 자녀를 동반한 부모, 신체가 불편한 이를 동반한 화장실 이용 환자와 가족들이 안심하고 사용할 수 있도록 하였다.

2012년 1월 1일 행정원은 조직개편을 실시하여 대만의 성평등 사업을 강화하고 국제적으로 성평등 의제를 중시하는 흐름에 부합하고자, 행정원 내 성평등처를 설치하고, 최초로 성평등 전문기구 및 '행정원 여권증진위원회'를 '행정원 성평등위원회'(성평위)로 확대하였다. 이를 통해 범부처간의 성평등 정책을 통합하고 중앙 각부처 및 지방정부의 성주류화 작업을 지도하도록 하였다. 성평위는 중앙부터 지방정부의 성중립화장실 설치 등 성주류화 사업을 추진한다. 가령 보건복지부의 성주류화실시계획은 신죽생병원구 병원설립계획, 생의학 관리센터, 위생대건물 건립사업 등을 포함하여 친화적인 공간을 조성하고, 지역성, 안전성, 편리성 및

국가인권위원회
humanrights.go.kr

성별차이 등을 고려하여 빌딩의 모든 화장실에 안전벨을 설치하고, 남녀화장실 비율을 분배하며, 성중립화장실, 독립적인 장애인화장실, 수유시설 등을 설치하고자 한다.

2015년 7월 내정부 영건서는 전국건축사협회에 정식으로 '유관 공공장소의 성중립화장실 설치 계획'을 지도·선전하였다. 이번 지도는 행정원 성평등처에 내정부건축연구소 및 연구부분을 설치한 것을 계기로 한 것으로, 공공장소에서 성중립화장실을 어떻게 설계할 것인지 연구를 진행하고, 내정부가 중화민국 전국 건축사협회를 통해 각 지역 회원들에게 전달하여, 건축설계 시에 의뢰인의 수요를 고려하여 각 직할시 현, 시정부에 다음과 같이 권고하고 있다 : ⑴ 공간수요 및 간이형 또는 복합형 성중립화장실 설치를 고려할 것, ⑵ 성중립화장실 및 장애인화장실 세면실은 공통적으로 한 화장실 내에 설치할 것, ⑶ 각 지역의 사정이 다르기 때문에 성중립화장실은 단계적으로 설치할 것. 첫 번째 단계로 각 직할시, 현, 시정부가 시범적으로 설치하고 사용 평가를 거쳐 개선을 하고 다음단계로 건축법규에 반영할 것. 내정부 영건서는 재차 2016년 12월 위탁사단법인 대만위욕문화협회에 의뢰하여 '성중립화장실 설치 매뉴얼 연구'를 실시하고 성중립화장실 설계의 구조 및 내용을 제시했으며, 디자인 원칙, 공간배치 형태, 칸막이 설계, 로고 및 색상설계를 포함하여 향후 국내 공공장소에 설치될 성중립화장실 설치를 위한 계획설계를 제공한다.

국립대만대학의 성중립화장실 설치는 이러한 사회적 변화를 반영한 것이나, 다른 한편으로는 대만대에서 1990년대부터 존재했던 성별친화적 공간을 만들기 위한 학생들의 활동을 배경으로 하고 있기도 하다. 1996년 대만대에서 일어난 여자화장실 운동은 근 20년간의 대만대 친화적 화장실 개혁발전의 시초로, 여자화장실 공간과 편의부족 문제를 지적하며, 정부에 법규 개정과 차별의 현실을 직시하고 개선할 것을 요구했다. 이러한 운동은 1999년 대만대 캠퍼스 공간 성별 전수검사로 이어졌고 2008년부터는 대만대 남자 기숙사 안에 성별구분 없는 화장실을 만들어 남녀 학생 모두가 시설을 이용할 수 있게 하는 등 성별친화적인 공간과 환경을 만들고자 하는 성별운동이 진행되었다. 이러한 성별운동은 2015년부터 성중립화장실 설치운동으로 이어지게 되었다. 이렇듯 여성들도 화장실을 차별 없이 사용하기 위해 시작된 운동으로 시작해 모든 사람의 차별없는 화장실 이용을 위한 성중립화장실 설치 운동으로 이어진 대만대의 성별운동 역사는 성중립화장실의 필요성에 대해 설명한 핸드북의 내용에 잘 반영되어있다. 핸드북은 성중립화장실이 트랜스젠더 등 비전통적 성별 특징을 지닌 사

humanrights.go.kr 국가인권위원회

람만이 아니라 여성을 비롯한 모든 사람을 위해서 필요하다는 점을 잘 설명한다.[48]

국립대만대학 성중립 화장실 설립준칙

1.1 성중립화장실이란?

성중립화장실은 무엇인가?

1. 성중립화장실(all gender restroom) 또는 무성별화장실(unisex restroom), 중성화장실(gender neutral restroom)이라고 불림
2. 정의: 사용자의 성별, 성별정체성에 상관없이 모두가 사용가능한 화장실
3. 만드는 법: 화장실 내 소변기, 양변기, 와변기를 설치, 개인의 사생활 보장을 위해 소변기 및 변기는 모두 완전히 칸막이를 설치

성중립화장실은 왜 필요한가?

1. 여자 화장실의 긴 대기시간 문제 해결 및 이용률 향상
2. 전통적인 성별 특징을 갖지 않은 사람들이 안심할 수 있는 환경 제공
3. 돌봄자와 피돌봄자(유아, 고령자 등)의 성별이 불일치할 시에도 안심할 수 있음
4. 성별 친화적 환경 증진
5. 성별 친화적 시설 확대

어떻게 설치하는가?

1. 기존 건축물: 우선 가장 많이 사용하는 층(통상 1 층)을 중심으로 원래의 화장실을 재설계하고 모든 변기에 칸막이를 설치, 완성 후 성과를 평가
2. 설계 중인 건축물: 캠퍼스 기획팀이 설계계획 내용을 심의하여 각 건물마다 최소 한 개의 성중립화장실을 설치, 공간의 포용성과 선택성을 강화

48 위의 글, 부록1 국립대만대학 성별친화적 공간 기록, 46–48

국가인권위원회
humanrights.go.kr

1.2 화장실 현황의 주요 문제

여자화장실에서의 오랜 대기시간 문제가 간과되고 있음

1. 더 긴 소요시간

   전통적인 성별에 따라 분리된 변기 배치는, 여자화장실 이용 시간을 증가시킨다. 소변기는 3단계만으로 사용 가능한 것에 비해, 좌변기의 이용은 위치 조정, 탈의, 청소 등 복잡한 단계를 거쳐야 해서 시간이 더 소요된다. 또한 생물학적 여성은 생리기간에 화장실에서 생리용품 등을 교환해야 하므로 이용시간이 현저히 증가한다. 임신 중이어서 행동이 불편한 경우에는 이용 시간이 훨씬 길어진다.

2. 공간 상 수요도 더욱 크다

   생물학적 여성은 소변 시에 생물학적 남성보다 더 많은 단계를 거쳐야 하며, 그밖에 자세 조정 및 탈의 등에 있어서도 남성보다 동작의 원활함과 쾌적한 화장실 이용을 위해 더 많은 공간을 필요로 한다.

공간이 낭비되고 있음

한정된 공간 하에서, 좌변기는 소변기에 비해 차지하는 공간이 크기에 전통적인 여자화장실의 변기수는 적고, 여기에 더해 생물학적 여성의 화장실 이용시간이 더 길어서, 매번 여자화장실에 긴 줄이 생긴다. 반대로 남자 화장실에서는 남성들이 좌변기를 이용하기보다는 소변기 앞에 줄을 서기를 원하여 공간이 낭비되고 있다. 사실상 전체적인 공간 계획과 배치가 더욱 잘 구성될 수 있는 것이다.

비전통적인 성별 특징을 지난 사람들의 수요를 만족시키지 못함

비전통적 성별특징을 지닌 사람(즉 생물학적 성별과 사회적 성별이 불일치하는)은 전통적인 성별 분리 화장실 이용 시 종종 어려움과 스트레스를 마주한다. 자신에게 적합한 화장실을 선택할 수 없는 어려움, 다른 사람들의 시선 및 스스로 받는 스트레스, 심지어 다른 이들로부터 반발 또는 차별을 받기도 한다. 다양한 성별 정체성을 지닌 사용자들에게 화장실 사용은 상당한 스트레스와 어려움을 불러오는 것이다.

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

돌봄/피돌봄자의 수요를 만족시키지 못함

부모가 아동을 동반하고 외출 시, 부모자녀간 성별이 불일치할 경우나 아동의 신체와 성별 정체성이 불일치할 경우, 남자/여자 어느 화장실을 이용하든 모두 어려움을 겪는다. 또한 대만은 고령사회로 나아가고 있는데, 만일 고령자와 고령자를 돌보는 사람 간에 성별이 다른 경우에도 전통적인 성별분리 화장실 이용에 어려움을 겪는다.

유니버설 디자인의 부족

유니버설 디자인은 현재 대두되는 디자인 개념으로 전통적인 양성분리 화장실을 이에 맞추려면, 각각의 기능을 지닌 화장실을 새로 설치해야 해서 공간상의 낭비와 불편을 초래한다. 배리어프리 화장실의 경우 대만대 캠퍼스 내 일부 학관 및 강의동에 공간이 부족하여 오직 남자화장실에만 배리어프리 화장실이 설치되어 있어 여성 장애인은 불편을 겪고 있다. 그렇다고 배리어프리 화장실을 남녀화장실마다 설치하면 공간이 압축되어 이용자들의 불편이 증가할 수 있다.

1.3 성중립화장실 설치로 해결할 수 있는 문제 (소제목만 소개)

전통적인 화장실 개념을 뒤엎고, 성별 고정관념을 약화시킬 수 있다
여자화장실 부족 문제를 해결하고 효용을 다할 수 있다
비전통적 성별특징을 지닌 사람의 수요를 만족시킨다
유니버설 디자인이 더욱 완성될 수 있다.

대만대에서는 위와 같이 성중립화장실을 시범운영한 후 2017년 4월 학내 성중립화장실 사용경험에 대한 설문을 진행했는데, 성중립화장실 설치로 기존 전통적 화장실에 비해 프라이버시가 향상되었다는 점에 응답자의 33.2%가 매우 그렇다, 19.1%가 그렇다고 답변하고, 16.6%는 이전과 비슷하다고 답변하여, 많은 학생들이 전반적으로 프라이버시가 향상되었다고 느끼고 있음이 드러났다. 핸드북은 일반적인 전통적 화장실에 비해 신축된 성중립화장실은 설계상 칸막이와 문 아래의 틈이 없으며, 칸막이 위에도 특수설계를 통해 훔쳐보기 등이 있을 경우 불빛을 통해 알려주어 프라이버시를 높이고 사용자에게 안심을 준다고 설명하고 있다. 또한 성중립화장실이 전통적인 화장실에 비해 안전한지를 묻는 질문에 설문 응답자의 38.8%가 성중립화장실이 더 안전하다고 했고, 25.5%가 중립이라고 답하는 등 성중립화장실

국가인권위원회
humanrights.go.kr

설치 전에 안전에 대한 우려가 있었던 것과는 달리 다수의 학생들이 안전위협을 느끼지 않는다는 점이 확인되었다.[49] 이러한 대만에서의 성중립화장실 설치·운영사례는 한국에도 좋은 참고가 될 것이다.

III. 요약과 함의

공중이나 불특정다수에게 열려있는 재화 · 용역 및 시설은 사회구성원이라면 누구나 동등하게 이용할 권리가 보장되어야 하는 영역이다. 이러한 영역에서의 차별을 규율하기 위한 외국의 법제와 사례가 지금 한국사회에 주는 함의를 간단하게 정리하여 본다.

첫째, 공중이나 불특정다수에게 열려있는 재화 · 용역 및 시설에서 성적지향 또는 성별정체성을 이유로 한 차별이 규율된다는 점에 대한 사회적 교육과 홍보가 필요하다. 국가인권위원회법은 재화 · 용역 및 시설의 공급이나 이용과 관련한 차별을 규율하고 있다(법 제2조 제3호 나목). 그러나 계속되는 노키즈존 논쟁에서 보듯이 사회적 인식은 여전히 재화 · 용역 및 시설을 제공하는 사람에게 특정한 고객이나 이용자를 고르거나 배제할 자유가 있고, 그것이 '영업의 자유'에 의해 무제한적으로 보장되어야 한다는 수준에 머물고 있다. 성소수자들이 가시화됨에 따라 재화 · 용역 및 시설 이용을 둘러싼 차별 사례는 갈수록 많아질 수밖에 없다. 차별금지원칙에 대한 사회적 인식을 높여 차별을 예방하고 불필요한 분쟁을 줄이는 일이 필요하다. 나아가 한국에서는 지자체나 공공기관에서 성적지향 및 성별정체성을 이유로 공공시설 이용·대관 등을 거부하는 사례가 계속하여 발생하고 있고 이러한 거부는 대부분 '주민들의 민원'을 배경으로 이루어지고 있다. 외국 법제와 사례에서 계속 확인되듯이 타인의 민원, 불쾌감 또는 선호(preference) 등은 재화 · 용역 및 시설 차별을 정당화하는 사유가 될 수 없다. 국가, 지자체와 공공기관의 구성원들은 대부분 차별금지책무를 직접적으로 지고 있는 수범자인바, 법령, 정책, 가이드라인, 교육 등을 통해 공공시설 운영 과정에서 성적지향 및 성별정체성에 관한 차별금지원칙이 지켜질 수 있도록 하여야 한다.

둘째, 성별분리시설 내지 단일성별시설에서 성별정체성 또는 성별표현을 이유로 한 차별 없이 시설을 이용할 수 있도록 하기 위한 다양한 정책이 필요하다. 많은 성소수자가 공중화장실 이용 시 차별과 괴롭힘을 당하고 있다는 사실이 지속적으로 보고되고 있다. 2014년 진

49 위의 글, 52–53.

KOR 국가인권위원회 humanrights.go.kr

행된 '성적지향, 성별정체성에 따른 차별 실태조사'에서는 트랜스젠더 응답자 중 44.2%가 공중화장실 이용 시 시설관리자나 다른 이용자들로부터 차별적 대우를 경험했다고 응답하였다. 모욕적인 발언을 듣거나(19.5%) 이용을 제지당했다(13.0%)는 응답 또한 높았다. 이러한 차별을 우려해서 공중화장실 이용을 포기한 적이 있다는 응답자는 41.1%에 달하였다. 2020년 진행된 '트랜스젠더 혐오차별 실태조사'에서도 '화장실 가는 걸 피하기 위해 음료나 음식을 먹지 않는다'는 응답이 39.2%, '화장실 이용을 포기한다'는 응답이 36%에 달하는 등 차별이 심각하다는 점이 재확인되었다.[50] 이러한 공중화장실 이용 차별은 스스로를 트랜스젠더로 정체화한 사람만이 겪는 차별이 아님이 확인되었다. 앞선 2014년 조사에서 동성애자, 양성애자 역시 응답자 중 12.9%가 공중화장실 이용 시 차별적 대우를 경험했다고 응답하였고, 성별과 성별표현이 불일치할수록 차별을 더욱 많이 경험한다고 응답했다는 조사 결과는, 다양한 사람들이 공중화장실 이용 시 성별정체성 또는 성별표현과 관련한 차별을 겪고 있음을 보여준다.[51] 화장실 뿐만 아니라 쉼터와 같이 성별을 분리하여 운영하고 있는 많은 시설에서도 트랜스젠더의 시설 이용과 관련한 적절한 정책을 세우지 못하고 있는 경우가 대다수이다. 성별정체성을 이유로 한 차별금지원칙에 따라 모든 사람은 자신의 성별정체성에 부합하는 시설을 이용할 권리가 있다는 점이 사회적으로 더욱 홍보되고 교육될 필요가 있다. 쉼터와 같이 지속적인 이용이 필요한 기관에서는 차별금지원칙을 반영한 포용적인 정책의 수립, 차별 없이 시설을 이용할 수 있도록 하기 위한 사례 연구 등이 필요하다.

마지막으로 성별분리시설을 넘어 성중립적인 시설을 늘려가기 위한 사회적 노력이 필요하다. 이미 많은 국가들에서 성중립화장실을 설치하고 누구든 장벽 없이 이용할 수 있는 형태의 공공시설을 만들려 노력하고 있다. 한국에서도 성중립화장실에 대한 사회적 논의가 시작되었지만, 성중립화장실의 의의와 취지가 제대로 알려지지 않아 많은 장벽에 부딪치고 있다.[52] 성별분리시설이 얼마나 많은 사람들을 배제하고 있는지, 성중립화장실과 같이 성별, 장애 유무와 관계없이 모든 사람이 장벽 없이 이용할 수 있는 시설을 만드는 노력이 어떠한 사회적 이점을 가져오는지에 대해 더 많은 교육과 홍보가 필요하다. 외국의 모범사례들을 소개하고 실제로 한국에서 성중립시설들을 만들어 운용해볼 때 이에 대한 사회적 이해는 크게 높아질 수 있다.[53]

---

50 홍성수 외, 앞의 글, 219.

51 장서연 외, 성적지향·성별정체성에 따른 차별 실태조사, 국가인권위원회 (2014. 12.), 176–181.

52 "첫 '성중립 화장실' 생길까…성공회대, 추진 난관", 서울신문 (2021. 10. 4.).

53 성중립화장실 내지 모두를 위한 화장실에 대한 자세한 소개는 박한희, "모두를 위한 화장실, 화장실의 평등", 여성이론 제42호 (2020) 참조.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

참고문헌

- 박한희, 모두를 위한 화장실, 화장실의 평등, 여성이론 제42호 (2020).
- 장서연 외, 성적지향 · 성별정체성에 따른 차별 실태조사, 국가인권위원회 (2014).
- 홍성수 외, 트랜스젠더 혐오차별 실태조사, 국가인권위원회 (2020).
- Directorate-General for Justice and Consumers(European Commission), European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-discrimination, Sexual Orientation Discrimination Law Outside the Labour Market, European Commission (2020).
- Equality and Human Rights Commission, Services, Public Functions and Associations: Statutory Code of Practice (2011).
- European Commission, Proposal for a Council Directive on Implementing the Principle of Equal Treatment Between Persons Irrespective of Religion or Belief, Disability, Age or Sexual Orientation, Brussels, 2 July 2008, COM(2008) 426 final, 2008/0140 (CNS).
- NZ Ministry of Education, Toilet Design: Requirements and Reference Design (2017).
- Ontario, Ontario Human Rights Commission, Policy on preventing discrimination because of gender identity and gender expression (2014),UN General Assembly, The Human Rights to Safe Drinking Water and Sanitation, Resolution Adopted by the General Assembly on 17 December 2015, UN Doc. A/RES/70/169, (2016.02.22.).
- UN Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the Human Right to Safe Drinking Water and Sanitation, UN Doc. A/HRC/21/42, (2012.07.02.).
- US OSHA, Best Practices: A Guide to Restroom Access for Transgender Workers (2015).
- Van den Brink M, Dunne P, Trans and intersex equality rights in Europe: A comparative analysis (2018).
- Victorian Equal Opportunity & Human Right Commision, Guideline: Transgender people at work - complying with the Equal Opportunity Act 2010 in employment (2014).
- 國立臺灣大學校園規劃小組; 國立臺灣大學學生會性別工作坊, 國立臺灣大學性別友善廁所設置準則及參考手冊, 國立臺灣大學 (2017).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

5

교육 영역 및 청소년 성소수자의 권리

국가인권위원회
humanrights.go.kr

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

I. 개관

영미권 국가에서는 청소년 성소수자에 대해 성소수자 일반과 별도로 중요한 영역으로 다루고 있으며, 현황조사, 연구, 가이드라인 개발이 활발히, 꾸준히 이루어지고 있다. 특히 학교 영역에서 성소수자 학생에 대한 차별 금지 및 특별한 배려는 매우 중요하게 다루고 있다. '유엔 성적지향 및 성별정체성을 기반으로 한 폭력 및 차별로부터의 보호에 관한 독립전문가'(이하 '유엔 성적지향 · 성별정체성 독립전문가') 및 유엔 교육권 특별보고관은 교육기관에서 성소수자에 대한 따돌림, 괴롭힘 및 배제는 상당수의 성소수자 학생이 직면한 전 세계적인 문제임을 확인하였다.[1]

아동 · 청소년기에 경험하는 혐오와 차별이 건강을 포함하여 일생에 영향을 미치는 중대한 인권 침해라는 점과, 특히 학교 등 교육 영역에서 청소년 성소수자에 대한 괴롭힘이 심각하다는 점에 대해서는 많은 국가에서 지속적으로 확인 · 보고되며,[2] 따라서 청소년 성소수자의 차별금지와 폭력으로부터 자유로울 권리는 국가별로 교육법, 차별금지법, 국가실행계획 등 다양한 형태로 점차 더 포괄적이고 세심한 보장안이 마련되고 있는 추세다.

교육부가 성소수자에 대한 반차별과 성소수자 학생을 위한 학교 내 캠페인을 주도하는 경우도 쉽게 찾아볼 수 있다. 프랑스는 교육부 차원에서 청소년 성소수자가 학교에서 성소수자 혐오성 폭력을 경험하는 지를 조사 · 발표하고 있으며, 프랑스 정부의 'LGBT+ 증오 및 차별에 대항하는, 평등을 위한 국가실행계획(2020-2023)(Plan national d'actions pour l'égalité, contre la haine et les discriminations anti-LGBT+ 2020-2023)'에 따라 교직원 교육, 학생 인식, 성소수자 학생 통합 등 통합 교육을 촉진하고 편견을 줄이기 위한 방법을 개발하고 있다.[3] 2021. 5. 17.에는 '고등교육 및 연구에서의 성소수자 증오 및 차별 퇴치 가이드'를 발간하고, 2021년 5월부터 트랜스젠더의 권리보장 및 국가 교육직원을 위한 지침 및 자료를 제작중이다.[4] 이스

---

1 Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR), "The Inclusion of LGBT People in Education Settings; of Paramount Importance to "Leaving No One Behind", https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25094&LangID=E (2021. 11. 27. 확인).

2 휴먼라이츠워치(Human Rights Watch)는 현재까지 미국, 일본, 러시아, 필리핀, 베트남 등의 국가의 청소년 성소수자들이 학교에서 경험하는 차별, 인권침해를 집중적으로 조사하여 보고서를 발간했으며, 2021년에는 한국의 학교에서 청소년 성소수자들이 겪고 있는 인권침해의 현실을 인터뷰 한 보고서 "'I Thought of Myself as Defective'-Neglecting the Rights of LGBT Youth in South Korean Schools"를 발표하였다(https://www.hrw.org/report/2021/09/14/i-thought-myself-defective/neglecting-rights-lgbt-youth-south-korean-schools). (2021. 11. 27. 확인).

3 프랑스 정부 홈페이지, Gation Interministèrielle À La Lutte Contre Le Racisme, L'antisèmitisme et La Haine Anti-LGBT (DILCRAH) (인종차별, 반유대주의 및 반LGBT 증오에 맞서 싸우기 위한 부처 간 대표단).

4 프랑스 정부 홈페이지, 2020-2023 반 LGBT+증오 및 차별에 반대하는 평등권을 위한 국가 행동 계획의 첫 번째 모니터링 위원회 회의,

국가인권위원회 humanrights.go.kr

라엘 역시 2009년에 교육부 장관이 성소수자 혐오에 반대하는 명시적인 정책을 제시하였고, 2011년에는 모든 학교의 교장들에게 국제 성소수자혐오 반대의 날을 기념하면서 교육부 상담서비스에서 제공하는 적절한 교육활동과 지원을 이용하고, NGO들과 협력하도록 요청하였다. 더 나아가 2014년에는 성적지향 및 성별정체성을 이유로 학교에서 학생들을 차별하는 것을 금지하는 법안(학생권리법 개정안 Pupils' Rights Law)이 통과되었다.[5] [6]

청소년 성소수자의 홈리스 문제는 교육에 못지않게 많은 국가에서 중요한 의제로 다뤄지고 있다. 청소년 성소수자가 가정 내에서 불화와 폭력을 경험하고, 가족으로부터 배척당해 홈리스 상황에 더 쉽게 놓인다는 것은 오래 전부터 각종 실태조사 등을 통해 확인되어 왔다. 논의의 흐름은 점차 이들을 위한 쉼터를 제공하는 데서, 청소년 성소수자의 주거권 및 국가의 보장 의무를 주장하는 목소리를 높이는 방향으로 나아가고 있다.[7]

또한 청소년 성소수자의 권리를 크게 침해하는 소위 '전환치료(Conversion Therapy)'가 영미국가에서 크게 유행하였던 만큼, 이들 국가를 중심으로 전환치료의 효과 없음을 알리고 심각한 인권침해를 막기 위한 노력이 계속되고 있다. 브라질, 에콰도르, 몰타, 캐나다, 독일, 뉴질랜드 등의 나라에서 전환치료를 '고문'의 일종으로 보아 형사 처벌의 대상으로 삼고 있으며, 특히 미성년자에게는 전면 금지하고 있다. 이에 대해서는 제9장 건강권에서 더 자세히 다룬다.

학교, 의료, 법률 등 삶의 전반에서 차별을 경험하는 트랜스젠더 청소년에 대한 인권보장의 흐름은 전 세계적으로 점점 발전된 논의가 진행 중이다. 미국의 법원들은 타이틀 9(Title IX)에 근거하여 지속적으로 트랜스젠더 청소년의 학교 화장실, 탈의실 이용에 있어 기존의 차별을 확인하는 판결을 내리고 있다. 최근에는 트랜스젠더 뿐 아니라 논바이너리, 성별 비순응(Gender Non-conforming) 청소년을 지원하기 위한 학교의 책무를 담은 가이드라인 연구도 인권옹

2021. 3. 16. https://www.gouvernement.fr/reunion-du-premier-comite-de-suivi-du-plan-national-d-actions-pour-l-egalite-des-droits-contre-la (2021. 11. 27. 확인).

5 GLAAD, "Israeli Parliament Bans Discrimination Against LGBT Youth in Schools", https://www.glaad.org/blog/israeli-parliament-bans-discrimination-against-lgbt-youth-schools. (2021. 11. 27. 확인).

6 제5조 차별금지

(a) 학군 교육 당국, 교육 기관 또는 그 직무를 대행하는 자는 다음 각 호 어느 하나에 해당하는 경우에 사회경제적 이유, 성적지향 및 성별정체성, 정치적 지향 등의 이유로 학생을 차별하여서는 아니 된다.

(1) 학생 등록, 교육 기관 입학 또는 퇴학

(2) 동일한 교육기관에 별도의 교육과정 또는 진학경로를 개설하는 행위

(3) 동일한 교육기관에서 별도의 수업을 여는 행위

(4) 징계 규칙 및 적용을 포함한 학생의 권리와 의무.

(b) 이 조의 규정을 위반하는 사람은 5737-1977 형법 61(a)(3)조에 따라 1년의 징역 또는 벌금형에 처할 수 있다.

7 OHCHR, "The Right to Housing of LGBT Youth: An Urgent Task in the SDG Agenda Setting", Statement by The Independent Expert on Protection Against Violence and Discrimination Based on Sexual Orientation and Gender Identity, Mr. Victor Madrigal-Borloz, and The Special Rapporteur on Adequate Housing as a Component on the Right to An Adequate Standard of Living, and on the Right to Non-Discrimination in This Context, Ms. Leilani Farha on International Youth Day (2019).

KOR 국가인권위원회 humanrights.go.kr

호단체를 중심으로 진행되고,[8] 그러한 자료를 교육부,[9] 아동부[10] 등의 국가기관의 홈페이지에 게시하는 등 적극적인 지지와 지원의 의지를 밝히고 있다. 미국 교육부에서 2021년 한 해(9월 현재까지) 성소수자 학생 지원을 주제로 공식적으로 공표한 연설, 통지, 행정명령, 편지, 가이드라인이 8건이며, 그 중 2건은 특히 트랜스젠더 학생을 지지하기 위한 것이었다.

그럼에도 미국의 경우 보수 정권, 지방정부 등에서 청소년 트랜스젠더의 권리를 침해하려는 시도가 계속되고 있기도 하다. 지난 트럼프 정부에서는 트랜스젠더 학생을 위해 교육부가 개발한 지침을 철회한다고 발표하기도 하였고, 2021년 4월에는 미국 아칸소 주에서 의사가 청소년에게 사춘기 차단제와 호르몬요법을 제공하는 것을 불법으로 하는 법안(HB1570 – To Create the Arkansas Save Adolescents From Experimentation (SAFE) Act)이 통과되기도 하였다. 이와 비슷하게 트랜스젠더 미성년자에 대한 성확정 관련 의료조치를 제한하거나 금지하는 법안이 18개 이상의 주에서 발의되었으나 아칸소 주를 제외한 모든 주에서는 통과되지 못하였다.

본 장에서는 교육 영역에서의 해외 성소수자 인권 보장의 추세를 괴롭힘 및 차별금지, 포괄적 성교육, 트랜스젠더 청소년의 학교시설이용, 대학에서의 차별과 관련한 쟁점을 중심으로 살펴본다. 더 나아가 청소년 성소수자가 마주하는 다양한 삶의 장면과 관련하여 해외의 인권보장 추세를 살펴보고자, 홈리스, 위탁양육 상황에 놓인 청소년 성소수자가 경험하는 차별상황에서의 해외 법정책 현황을 조사하였다.

II. 주요 쟁점 및 사례

1. 교육 영역에서의 차별

1) 학교에서의 성소수자 혐오성 괴롭힘

가. 미국

미국 각 주의 입법기관은 학교 내 괴롭힘이 개입할 가치가 있는 심각하고 광범위한 문제임

8 GLSEN, National Center for Transgender Equality, 'Model School District Policy on Transgender and Gender Non-conforming Students' (2018).

9 미국 교육부 홈페이지, Resources for LGBTQI+ Students, https://www2.ed.gov/about/offices/list/ocr/lgbt.html (2021. 11. 26. 확인).

10 미국 아동부 홈페이지, Schools, https://youth.gov/youth-topics/lgbtq-youth/school-experiences (2021. 11. 26. 확인).

국가인권위원회 humanrights.go.kr

을 일찌감치 인식하였고, 1999년 조지아 주에서 미국 최초의 학교 괴롭힘 방지법이 통과된 이래 2015년에는 미국의 모든 주에서 학교 내 괴롭힘에 관련된 법이 마련되었다. 성적지향과 성별정체성을 근거로 한 괴롭힘을 명시적으로 금지하는 괴롭힘 방지법은 2021년 현재 21개 주와 컬럼비아 특별구에 제정되어 시행되고 있다.[11] 연구에 따르면 성적지향과 성별정체성을 보호 근거로 열거하는 법률과 정책이 단순히 괴롭힘에 대한 일반적인 권고를 제공하는 법률과 정책보다 더 효과적이며, 성적지향과 성별정체성에 대한 명시적인 보호가 학생과 교직원에게 명확하게 전달되지 않으면 성소수자 학생에 대한 따돌림과 괴롭힘이 인지되기 어려운 경우가 많다.[12]

캘리포니아 주에서는 13세 게이 청소년인 '세스 월시(Seth Walsh)'가 수년간 학교에서 반동성애 괴롭힘을 경험하였음에도 학교 관리자들이 이를 사실상 무시하는 상황에서 2010년 스스로 목숨을 끊으면서, 학교 안 성소수자 학생에 대한 괴롭힘을 방지하고 성소수자 학생들을 지원하기 위한 교육법 개정안('안전한 학습장소법')이 2011년 통과되었다. 해당 법률에 따르면 지방 교육청은 성적지향 및 성별정체성, 성별표현 등의 특성을 가진 사람 또는 집단과 관련하여 차별, 괴롭힘, 위협 및 따돌림을 금지하는 정책 및 이에 대한 피해 구제 절차를 마련하여야 한다. 또한 학교에서 성소수자 학생을 지원하기 위하여 다양한 자원이 제공되어야 한다고 규정하면서, 그러한 자원에는 또래 지원 또는 동아리와 단체, 성소수자 학생을 위한 안전한 공간 및 상담 서비스, 성소수자 학생을 지원하기 위한 교육을 받은 지원자 또는 학생이 포함되어야 함을 명시하고 있다.[13]

미국에서 성소수자 학생에 대한 차별과 괴롭힘을 금지하고 있는 법과 제도가 있기 전에도 성소수자 학생들이 학교에서 받은 피해에 대해 이를 방임한 학교 관리자 및 교직원에 대한 손해배상 책임을 인정한 판례들은 아래 미국 뉴저지주 몬머스카운티법원 Wadington v. Holmdel Township Board of Education 사건과 미국 제7연방항소법원 Nabozny v. Podlesny 사건과 같이 꾸준히 있어왔다.

---

11 Movement Advancement Project, Equality Map/Safe School Laws, https://www.lgbtmap.org/equality-maps/safe_school_laws (2021. 11. 26. 확인).

12 Mark L. Hatzenbuehler and Katherine M. Keyes, "Inclusive Anti-Bullying Policies and Reduced Risk of Suicide Attempts in Lesbian and Gay Youth," Journal of Adolescent Health, Vol. 53 (2013); Melissa Wright, "Spelling Out LGBT: Enumerating Sexual Orientation in Virginia's Bullying Law," University of Richmond Law Review, Vol. 47 (2013); GLSEN, The 2013 National School Climate Survey: The Experiences of Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender Youth in Our Nation's Schools (2014).

13 Education Code – EDC, Article 5.5. Safe Place to Learn Act [234 – 234.5]

미국 뉴저지주 몬머스카운티법원

Wadington v. Holmdel Township Board of Education (2008)[14]

뉴저지 남부에 있는 고등학교를 다녔던 낸시 와딩턴은 11학년 중반까지 성소수자 혐오성 괴롭힘에 시달리다 결국 자신의 안전을 위해 학교를 그만둬야 했다. 미국의 성소수자 인권을 위한 비영리 법률가 단체 람다 리걸(Lamda Legal)이 와딩턴을 대리하여 학교 관계자들을 상대로 제기한 소송에서 와딩턴은 자신이 2년 반 동안 다른 학생들로부터 언어적, 신체적 공격을 받았다고 주장했다. 성소수자 혐오성 공격을 피하기 위해 그는 교실 밖을 나가지 않거나 학교 건물 밖을 돌아 수업장소로 이동해야 했고, 교내 화장실을 사용할 수 없어 수업 중 복통을 일으키기도 했다. 뉴저지의 차별금지법에 따라 차별적 괴롭힘에 대해 알고 있거나 알아야 하는 학교 관계자는 효과적인 구제 조치를 취해야 한다. 이 사건은 조정으로 해결되었고, 학교 관계자는 관리자, 교직원 및 교직원에 대한 의무 교육을 시행하고 와딩턴에게 손해배상금을 지불하기로 하였다.

미국 제7연방항소법원

Nabozny v. Podlesny, 92 F.3d 446 (7th Cir. 1996)[15]

4년 동안 제이미 나보즈니는 위스콘신 주 애쉬랜드에 있는 공립 고등학교에서 학생들에게 무자비한 언어 및 신체적 학대를 받았다. 학생들은 그에게 오줌을 쌌고 수업 시간에 강간하는 척했고 혼자 있는 것을 발견했을 때 배를 수차례 발로 차서 그는 수술을 받아야 했다. 학교 관계자들은 학대 사실을 알고 있었지만 나보즈니가 게이라면 그런 일을 감수해야 한다고 말하기도 했다. 나보즈니는 여러 번 자살을 시도하고 학교를 그만두었으며 가출하기에 이르렀다. 이후 나보즈니는 다른 학생들이 자신이 당한 일을 겪지 않기를 바라며 학교를 고소하였다. 1995년 10월 연방 지방법원 판사는 학교는 학생의 행동에 대해 책임을 지지 않는다고 판결하였다. 그러나 1996년 항소심에서 연방항소법원은 미국 역사상 최초로 공립학교가 성

14 Wadington v. Holmdel Township Board of Education, Lamda Legal, https://www.lambdalegal.org/in-court/cases/wadington-v-holmdel (2021. 11. 27. 확인)

15 Nabozny v. Podlesny, Lamda Legal, https://www.lambdalegal.org/in-court/cases/nabozny-v-podlesny (2021. 11. 27. 확인)

국가인권위원회
humanrights.go.kr

소수자에 대한 혐오폭력을 막지 않은 것에 대해 책임을 질 수 있다고 판결하면서, 모든 공립 학교의 헌법적 의무를 명시하였다. 파기환송심에서 배심원단은 학교 관계자들이 나보즈니에게 끼친 피해에 대해 책임이 있다고 평결했다.

한편 플로리다 중부 지방법원의 2013년 Hatcher v. DeSoto County Board of Education, et al. 사건은, 학교에서 성소수자 차별에 반대하는 캠페인의 일환으로 특정 티셔츠를 착용한 학생을 교장이 징계한 것에 대해 법원이 학교의 손해배상 책임을 인정한 사례이다. 플로리다는 주 교육법에서 성적지향 및 성별정체성에 대한 차별금지를 명시하지 않고 있지만, 법원이 표현의 자유를 보장하는 수정헌법 제1조를 들어 학교의 징계가 부당함을 인정한 것이다.

미국 플로리다 중부 지방법원

Hatcher v. DeSoto County Board of Education, et al., No. 2:2013cv00138 (M.D. Fla. 2013)

사건개요: 2012년 4월 앰버 해처는 GLSEN이 후원하는 학생 주도 행동의 날인 국가 침묵의 날(National Day of Silence)에 참여할 계획을 세웠다. 이 날은 학교에서 반(反)성소수자 따돌림과 괴롭힘에 대해 침묵하는 것이 어떤 영향을 미치는지 알리고 성소수자 지지를 표현하기 위해, 참여하는 학생들이 학교에서 하루동안 침묵을 하는 날이다. 그는 행사 한 달 전에 교장에게 허락을 구하고, 학생들에게 캠페인을 설명하는 정보를 제공했다. 교장은 해처가 행사에 참여할 경우 '큰일이 날 것'이라고 협박하였고, 해처는 이와 관련하여 직접 데소토 카운티 교육감에게 문의를 하였다. 그러자 교육감은 교장을 통해 해처의 요구를 허락할 수 없다고 밝혔다. 이후 교장은 반복해서 해처에게 참여를 하지 말 것을 요구했고, 심지어 그의 부모에게 전화를 걸어 학교에 보내지 말라고 제안하기도 했다. 2012. 4. 20. 해처는 'DOS April 20, 2012:Shhhh'[16]라는 메시지가 적힌 빨간 티셔츠를 입고 학교에 등교했고, 당일 정학을 받았다.

2013. 2. 26. 람다 리걸은 해당 고등학교가 수정헌법 제1조와 학생의 표현의 자유를 지지하

16 2012. 4. 20. 국가 침묵의 날(DOS)과 침묵을 요구하는 의성어 '쉿(Shhhh)'을 표기한 것임.

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

는 판례를 위반했다며 교장과 데소토 카운티 교육 위원회를 상대로 손해배상 청구 소송을 제기하며, 학교 관계자들이 2013. 4. 19. 있을 침묵의 날에 참여할 해처 및 학생들의 권리를 방해하지 말 것을 가처분 신청 하였다.

쟁점: 학교 내에서 성소수자를 지지하는 캠페인에 참여한 학생에 대해, 학교의 교장이 사전에 캠페인 참여를 금지하고, 참여 이후 학생을 징계한 것이 표현의 자유 등을 보장하는 수정헌법 제1조에 위배되는가

판단내용: 법원은 원고가 저속하지 않은 티셔츠를 입고 학교에서 침묵을 지켰으며, 이는 수정헌법 제1조에 따른 정당한 행위임에도 피고 교장은 원고를 수업에서 제외시키고 이후 징계를 하였으므로 원고에 대한 피고 교장 및 교육 위원회의 징계 행위가 수정헌법 제1조를 위반한다고 판시하였다. 다만 비성소수자 및 티셔츠를 입지 않은 학생과의 차별을 이유로 한 평등권 침해 주장에 대해서는 동일한 집단에 대한 다른 대우에 해당하지 않는다고 하여 받아들이지 않았다.

나. 캐나다

캐나다의 모든 주와 준주는 성적지향이나 성별정체성으로 인한 차별을 금지하는 인권법안을 시행하고 있다. 2012년 온타리오 정부는 교육법(Education Act)에 모든 학생들을 위한 안전한 학교 환경을 조성하고 폭력 문제에 대항하기 위한 조항을 추가하여(Bill 13, Accepting Schools Act)[17] 온타리오의 청소년 성소수자들이 '안전하고, 지원 받는, 편안한 학습 환경'을 누릴 권리가 있음을 명시하였다.

17 Canada Ontario, Accepting Schools Act, 2012, S.O. 2012, c. 5 – Bill 13

국가인권위원회
humanrights.go.kr

캐나다 온타리오주
따돌림 등에 관한 교육법 개정법률

2012년 6월 19일

전문

교육은 온타리오주의 젊은이들이 다양한 사회에서 생산적이고 기여하며 건설적인 시민으로 성장할 수 있도록 준비시키는 데 중요한 역할을 한다.

모든 학생들은 학교에서 안전함을 느끼고 인종, 혈통, 출신지, 피부색, 출신민족, 국적, 신념, 성, 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 나이, 혼인상태, 가족상태, 장애에 관계없이 포용적이고 수용적이고 긍정적인 학교 분위기를 누릴 자격이 있다.

모든 학생이 받아들여진다고 느끼는 건강하고 안전하며 포괄적인 학습 환경이 학생의 성공을 위한 필수 조건이다.

학생들이 불안하거나 위협을 느끼는 환경에서 잠재력을 최대한 발휘할 것으로 기대할 수는 없다.

학생들은 세상과 타인과 비판적으로 관계를 맺기 위해 지식, 기술, 태도 및 가치를 갖추어야 하며, 이는 LGBTTIQ(레즈비언, 게이, 바이섹슈얼, 트랜스젠더, 트랜스섹슈얼, 두 영혼, 인터섹스, 퀴어 및 퀘스처너리) 사람들을 포함한 모든 사람들에게 학교와 공동체를 보다 평등하고 포용적으로 만들기 위한 비판적 의식을 개발한다는 것을 의미한다.

학교 전체 차원에서 접근해야 한다. 정부, 교육자, 교직원, 학부모, 학생, 더 넓은 지역사회 등 모든 사람이 긍정적인 학교 분위기를 조성하고 따돌림, 성폭력, 젠더기반 폭력, 동성애 혐오, 트랜스 혐오 또는 양성애 혐오에 근거한 폭력 등과 같은 부적절한 행동을 예방하는 데 제 역할을 해야 한다.

교장, 교직원, 학부모 및 학생 간의 개방적이고 지속적인 대화가 모든 사람이 안전하고 존중받는다고 느끼는 긍정적인 학교 분위기를 조성하는 데 중요한 요소임을 인식한다.

모든 학교에서 안전하고 포용적인 환경을 조성하고, 부적절한 행동의 영향을 받은 학생과 부적절한 행동을 한 학생을 포함한 모든 학생을 지원하여 건강한 관계를 발전시키고, 좋은 선택을 하며, 학습을 지속하고 성공할 수 있도록 장려하기 위해 더 강력한 조치가 필요하다.

1. (1) 교육법 제1항(1)은 다음 정의를 추가하여 개정된다.

"따돌림"은 학생의 공격적이고 일반적으로 반복되는 행동을 의미한다.

(a) 학생이 다음과 같은 영향을 미치도록 의도한 행동 또는 학생이 다음과 같은 영향을 미칠 가능성이 있음을 알았던 행동

(i) 신체적, 심리적, 사회적 또는 학문적 피해, 개인의 명성에 대한 피해 또는 개인의 재산에 대한 피해를 포함하여 다른 개인에게 피해, 두려움 또는 고통을 야기하거나,

(ii) 학교에서 다른 개인에게 부정적인 환경을 조성하는 것

(b) 크기, 힘, 나이, 지능, 또래집단 권력, 경제적 지위, 사회적 지위, 종교, 출신민족, 성적지향, 가족 상황, 성별, 성별정체성, 성별표현, 인종, 장애 또는 특수 교육 수혜와 같은 요인에 따라 학생과 개인 사이에 실제 또는 인식된 권력 불균형이 있는 맥락에서 발생하는 행동; ("위협")

(중략)

3. (1) 법의 하위 섹션 169.1(1)은 다음 조항을 추가하여 개정된다.

(a.1) 모든 인종, 혈통, 출신지, 피부색, 출신민족, 국적, 신념, 성, 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 나이, 혼인상태, 가족상태 또는 장애를 포함한 모든 학생을 포용하고 수용하는 긍정적인 학교 분위기를 조성한다.

(a.2) 따돌림 방지를 촉진한다.

(중략)

6. 법은 다음 조항을 추가하여 개정된다.

목적

300.0.1 이 파트의 목적은 다음을 포함한다.

1. 온타리오주에 안전하고 포용적이며 모든 학생을 수용하는 학교를 만든다.
2. 긍정적인 학교 분위기를 장려하고 괴롭힘, 성폭행, 젠더 기반 폭력 및 동성애 혐오, 트랜스 혐오 또는 양성애 혐오에 근거한 폭력을 포함한 부적절한 행동을 방지한다.
3. 부적절한 학생 행동을 해결하고 조기 개입을 장려한다.
4. 다른 학생의 부적절한 행동으로 영향을 받은 학생을 지원한다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

5. 긍정적인 행동을 장려하는 징계 접근 방식을 수립하고 부적절한 행동을 다루기 위해 적절한 결과와 지원을 포함하는 조치를 사용한다.
6. 학생들에게 안전한 학습 환경을 제공한다.

다. 콜롬비아

2014년 콜롬비아 보고타 시내에서 16세 세르히오 우레고(Sergio Urrego)가 쇼핑몰 옥상에서 뛰어내려 숨진 채 발견되었고, 그의 자살이 동성애자라는 성적지향을 이유로 한 학교 교사의 부당한 징계 등의 차별행위에 의한 것임이 드러났다. 그의 부모가 학교 및 그 종사자들을 상대로 제기한 소송에서 콜롬비아 헌법재판소는 학교가 세르히오의 존엄, 교육, 평등, 차별 금지, 인격의 자유로운 발달, 사생활 및 적법 절차 및 명예에 대한 권리를 침해하는 '학교 괴롭힘의 형태'로 그의 죽음을 초래했다고 판결하였다.[18] 헌법재판소는 또 학교에 공개적인 사죄 및 배상명령을 내리고, 교육부에 1년 안에 '공존 매뉴얼(학생 자신과 교육 공동체의 다른 구성원 간의 관계에 관한 규칙)'을 검토하라고 명령함으로써 전국 모든 학교에서 '공존 매뉴얼'에 성적 지향이나 성별정체성을 이유로 아동을 차별하지 않도록 하는 규칙을 포함하게 하였다.[19]

라. 브라질

브라질은 2004년 보건복지부, 교육부의 실행계획으로 '동성애혐오 없는 브라질 프로그램(Brasil Sem Homophobia)'을 통해 국가지도자, 사회운동조직가들과 함께하는 지역회의, 수도권 학교 내 동성애혐오 상황에 대한 질적 조사, 학생과 교육전문가 대상 동성애혐오 관련 훈련도구 개발, 학교환경 내 동성애혐오 근절을 목적으로 하는 전국 조직을 통해 교사 결합 등을 추진하였고, 이후로도 성적 다양성과 젠더 다양성을 포함하도록 교과과정을 개선하는 등 교육자들이 새 교과과정을 가르치고 교실을 학생들에게 안전한 공간으로 관리할 수 있게 훈련하고 역량을 강화하는 노력을 계속하고 있다.[20] 2005년에는 교육부의 시행령을 통해 '동성애혐오 없는 브라질 프로그램'의 실행을 모니터링하는 실무그룹을 설립하였다.[21]

---

18 El Tiempo, "Corte Constitucional Deja en Firme Fallo a Favor de Sergio Urrego", https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16453251. (2021. 11. 26. 확인).

19 Republica de Colombia Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, Sentencia T-478 de 2015.

20 Ministério da Saúde/Conselho Nacional de Combate à Discriminação, Brasil Sem Homofobia – Programa de Combate à Violência e à Discriminaçãocontra GLTB e de Promoção da Cidadania Homossexual (2004).

21 Portaria nº 4032 de 24/11/2005 / ME – Ministério da Educação (D.O.U. 25/11/2005).

마. 필리핀

2012년 필리핀 교육부는 '아동 학대, 착취, 폭력, 차별, 따돌림 및 기타 형태의 학대 행위에 대한 무관용 정책'을 표명하는 아동 보호 정책을 채택했다. 이 정책에서 금지하는 행위에는 성적지향과 성별정체성을 근거로 한 모든 형태의 학교 내 따돌림과 차별이 포함된다. 정책은 모든 공립 및 사립 학교에 '아동 보호 위원회'를 설치하도록 요구하며, 위원회는 3년마다 검토할 학교 아동 보호 정책 초안을 작성하도록 되어 있다. 또한 학생을 보호하는 프로그램을 개발하고 학대 사례를 식별, 모니터링 및 회부하기 위한 시스템을 개발하며, 부모 및 정부 기관과 협력할 의무를 규정한다. 아동 보호 정책은 또한 따돌림 사건을 처리하기 위한 명확한 프로토콜을 자세히 설명하고 있으며 교직원의 조사와 교장 또는 학교 기관 교육감의 보고가 신속해야 한다고 명시한다.[22]

이러한 기조 하에 2013년 필리핀 의회는 '따돌림 방지법'을 통과시켰다. 이 법 시행규칙에서 '따돌림'에 '성별 기반 따돌림'을 포함하면서 성적지향 및 성별정체성을 근거로 한 괴롭힘을 금지하는 아시아-태평양 지역 최초의 국가가 되었다.

필리핀

모든 초등 및 중등 학교가 학교 내 따돌림 행위를 예방하고 해결하기 위한 정책을 채택하도록 요구하는 법 시행규칙[23]

규칙 I 예비 조항

제1조 짧은 제목. 이 규칙은 "2013년 따돌림 방지법 시행 규칙 및 규정"으로 부른다.

제2조 범위 및 적용 범위.

이 규칙은 모든 공립 및 사립 유치원, 초등학교 및 중고등학교 및 학습 센터에 적용된다.

규칙 II 용어정의

제3조 용어의 정의

(중략)

22 Human Rights Watch, "'Just Let Us Be' – Discrimination Against LGBT Students in the Philippines" (2017).

23 Philippine, Implementing Rules and Regulations of Republic Act No. 10627 (2013).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

b. 1. '따돌림'은 다음을 포함한다:

"사회적 따돌림" – 다른 사람에게 상처를 주거나 다른 개인이나 집단을 무시할 의도로 의도적이고 반복적이며 공격적으로 하는 사회적 행동.

"성별 기반 따돌림" – 오인된 또는 실제의(perceived or actual) 성적지향 및 성별정체성(SOGI)을 근거로 사람을 모욕하거나 배제하는 모든 행위를 의미한다.

규칙 III 따돌림 방지 정책

제4조 따돌림 방지 정책 채택

모든 공립 및 사립 유치원, 초등 및 중고등 학교는 해당 기관에서 따돌림을 해결하기 위한 정책을 채택해야 한다. 이러한 정책은 정기적으로 업데이트되어야 하며 최소한 금지된 행위, 예방 및 개입 프로그램, 메커니즘 및 절차에 대한 조항을 포함해야 한다.

(중략)

규칙 IV 금지된 행위

제5조 금지행위

법 제3조에 따라 따돌림 방지 정책은 다음을 금지한다.

1. 다음과 같은 곳에서의 따돌림 :
   a. 학교 운동장;
   b. 학교 운동장에 바로 인접한 장소;
   c. 학교가 후원하거나 학교와 관련된 활동, 행사 또는 프로그램(교내 또는 외부);
   d. 학교 버스 정류장;
   e. 학교에서 소유, 임대 또는 사용하는 학교 버스 또는 기타 차량;
   f. 학교 버스 또는 개인 소유이지만 학교에서 인증한 학교 서비스.
2. 학교에서 소유, 임대 또는 사용하는 기술, 전자 장치 또는 기타 형태의 미디어를 사용한 따돌림
3. 학교와 관련이 없는 장소, 활동, 행사 또는 프로그램에서 학교가 소유, 임대 또는 사용하지 않는 기술, 전자 장치 또는 기타 형태의 미디어를 사용하여 따돌리는 행위 그리고
4. 따돌림을 보고한 사람, 따돌림 조사 중에 정보를 제공한 사람, 따돌림에 대한 증인 또는 신뢰할 수 있는 정보를 가진 사람에 대한 보복.

국가인권위원회 humanrights.go.kr

바. 칠레

칠레는 2009년 교육일반법에 차별금지와 다양성 존중 원칙을 포함하고, 2013년에는 성적 지향 및 성별정체성을 이유로 학생을 차별하지 말 것을 명시하는 '학교 공생에 관한 절차규칙 핸드북'을 개정하면서 모든 학교에서 학교 공동체 구성원 간의 차별 행위를 제재하도록 하였다.

2016년 3월부터 시행된 학교입학법은 차별금지법을 언급하면서 성적지향 및 성별정체성에 따른 차별금지를 보장하고 있으며,[24] 2021년 제정된 고등 교육 분야의 성희롱, 성폭력 및 성차별을 규제하는 법률 21369는 성, 성별, 성적지향 및 성별정체성과 관계없이 모든 사람을 위한 성희롱, 성폭력 및 성차별 없는 안전한 환경을 조성하도록 규정하고 있다.[25]

2) 포괄적 성교육을 받을 권리

청소년 성소수자가 비성소수자 또래와 비슷한 건강상의 이점을 경험하려면 성교육 프로그램이 성소수자를 포함하여야만 한다. 포괄적 프로그램은 청소년들이 성별정체성 및 성적지향을 이해하도록 돕는 프로그램이며, 성소수자 개인, 관계 및 가족의 긍정적인 예를 포함하고, 모든 정체성의 사람을 위한 안전한 성관계의 필요성을 강조하고, 정체성과 행동에 대한 일반적인 통념과 근거없는 믿음을 불식시킨다.[26] 유엔 성적지향 · 성별정체성 독립전문가 Victor Madrigal-Borloz와 교육에 관한 특별보고관 Koumbou Boly Barry는 2018년 공동성명을 발표하며, 각국의 정부는 학생들에게 섹슈얼리티와 다양한 성별정체성에 관한 포괄적이고 정확한, 연령에 적합한 정보를 제공하는 성교육을 개발할 필요가 있다고 강조했다.[27]

미국, 영국, 대만 등의 국가에서는 포괄적 성교육을 법에 명시하고 있다. 대만은 '성별평등교육법(性別平等教育法)'의 시행규칙에서 성평등 교육 관련 과목의 예시를 들면서 '동성애 교육(同志教育)'을 명시하고 있었는데, 이에 대해 반대세력의 끊임없는 삭제 요구가 있어왔다. 그 결과 2018년 국민투표로 '동성애 교육'을 삭제하라는 요구가 통과되기까지 하였다.[28] 그러

---

24 칠레 교육부, Ley 20845, De Inclusion Escolar Que Regula la Admision de los y Las Estudiantes, Elimina el Financiamiento Compartito Compartido y Prohibe el Lucro en Establecimientos Educacionales Que Reciben Apirtes Del Estado.

25 칠레 교육부, Ley 21369 Regula el Acoso Sexual, La Violencia y La Discriminacion de Genero en el Ambito de La Educacion Superior (Única – 15-SEP-2021).

26 Advocates for Youth, A Call to Action: LGBTQ+ Youth Need Inclusive Sex Education (2021).

27 "The Inclusion of LGBT People in Education Settings; of Paramount Importance to 'Leaving No One Behind'", Statement by the Independent Expert on protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity, Mr. Victor Madrigal-Borloz, and the Special Rapporteur on the right to education, Ms. Koumbou Boly Barry (2018).

28 台灣伴侶權益推動聯盟, https://tapcpr.org/main-topics/marriage-equality/anti-gay-referendum (2021. 11. 27. 확인)

국가인권위원회 humanrights.go.kr

나 대만 교육부는 시행규칙 제13조를 개정하면서 성평등과 관련된 과목으로 '동성애 교육'을 삭제하는 대신 오히려 '성별, 성징(성특징), 성별정체성, 성적지향 교육'을 삽입하였고, 개정의 근거로 (1) 상위법인 성평등교육법에서 이미 성별정체성 및 성적지향 관련 교육을 포함해야 한다고 명시하고 있고, (2) 유엔아동권리협약에 따라 모든 청소년은 성적지향 및 성별정체성을 이유로 차별받지 않을 권리가 있음을 교육부 홈페이지에 게시하기도 하였다.[29]

한편 동성혼이나 차별금지법 등 성소수자 관련 법제가 마련되지 않았음에도 교육부 차원에서 성소수자 포용적인 성교육을 마련, 실시하고 있는 국가로 캄보디아,[30] 일본[31] 등이 있다.

가. 미국

미국의 29개 주 및 콜롬비아 특별구는 성교육을 법적으로 의무화 하고 있으며, 그 중 18개 주는 교육이 의학적으로 정확하기를 요구한다. 2021년 5월 기준, 캘리포니아, 콜로라도, 뉴저지, 오리건, 로드아일랜드, 워싱턴 등 7개 주와 콜롬비아 특별구는 청소년 성소수자 포용적인 성교육을 제공할 의무를 규정하고 있다.

미국 내에서 더 포용적인 성교육에 대한 요구와 필요성이 대두되고 있지만, 플로리다, 일리노이, 루이지애나, 미시시피, 노스캐롤라이나, 오클라호마, 텍사스 등 7개 주에서는 학교에서 성소수자 관련 교육을 명시적으로 제한하고 있어 이에 대한 개선운동이 계속되고 있다.

2020년 미국 사우스캐롤라이나 지방법원의 Gender and Sexuality Alliance v. Spearman 사례는 소수의 주에 여전히 남아 있는 반 성소수자 교과 과정 법률을 폐지한 최신 사례이다. 2019년 애리조나 주에서는 '동성애 생활 방식을 장려'하거나 '동성애를 긍정적인 대안 생활 방식으로 묘사'하거나 '일부 성행위가 안전하다고 제안'하는 교육을 금지하고 있는 반(反)성소수자 교육과정법이 미국 수정헌법 제14조에 위반된다고 주장하며 소송이 제기되었다. 소송이 제기되자마자 애리조나주 주지사는 해당 교과과정법을 폐지하는 수정법에 서명했으며, 공교육 교육감인 피고 역시 해당 법의 폐지를 지지하며 소송이 제기된 것을 환영하는 의사를 표시하였다. 2019. 5. 20. 주 교육 위원회가 "일부일처제적 이성혼의 명예를 증진하고 그에 대한 존중을 강화하기 위한 성교육이 필요하다"는 규정의 문구를 폐지함으로써 소송이 마무리 되었다.[32]

---

29 대만 교육부 홈페이지, https://www.edu.tw/News_Content.aspx?n=9E7AC85F1954DDA8&s=E72795F6A8EB207F (2021. 11. 27. 확인).

30 Reuters, "Cambodia to Teach LGBT+ Issues in Schools to Tackle Discrimination" https://www.reuters.com/article/us-cambodia-lgbt-education-idUSKBN1YE1RK (2021. 11. 27. 확인).

31 일본 문부과학성, 性同一性障害や性的指向·性自認に係る、児童生徒に対するきめ細かな対応等の実施について(教職員向け)

32 National Center For Lesbian Rights, "High School Must Teach LGBTQ-Inclusive Sex Education in England", https://www.nclrights.org/our-work/cases/equality-arizona-v-hoffman/ (2021. 11. 26. 확인)

미국 사우스캐롤라이나 지방법원

Gender and Sexuality Alliance v. Spearman, No. 20-cv-00847-DCN (D.S.C. 2020)

사건개요: 1988년 사우스 캐롤라이나주는 SC Code §§ 59-32-5 et se로 종합보건교육법을 제정하였다. 이 법에서 중고등학생을 위한 프로그램은 '성건강' 및 '성병'에 대한 지침을 포함하는 성교육을 제공하도록 되어 있다. 한편 해당 법에는 '동성애 관계(homosexual relationship)'에 대한 논의를 선별하고 제한하는 차별적 조항인 반성소수자(Anti-LGBTQ) 커리큘럼이 포함되어 있었다. 동법 SC Code § 59-32-30(A)은 "성병에 관한 교육을 제외하고는 동성애 관계 등 이성애 관계와 다른 성 생활 방식에 대한 논의를 포함하지 않을 수 있다"고 규정하고 있으며, SC Code § 59-32-80에서는 "이 장의 규정을 위반하거나 이 장의 규정에 따라 교육위원회에서 정한 커리큘럼을 준수하지 않는 교사는 해고될 수 있다"고 규정하고 있다. 원고는 이성애 관계에 대해서는 유사한 제한을 부과하지 않고 있음에도 성소수자(LGBTQ)에 대해서는 그들의 관계에 대한 건강 교육을 성병의 맥락을 제외하고는 금지함으로써 성적지향에 근거한 부당한 대우라고 주장하였다. 실제로 일부 교육자는 이 사건 법조항(SC Code § 59-32-30(A))을 적용하여 학교에서 트랜스젠더에 대한 토론을 금지하기도 하였다. 이에 원고들은 해당 법이 성적지향을 근거로 한 차별로서 미국 수정헌법 제14조 평등보호조항을 위반하였다고 주장하며 법 적용의 금지 및 구제를 청구하였다.

판단내용: 2020. 3. 11. 데이비드 노튼 판사는 동의 결정 및 판결(Consent Decree and Judgment)을 통해 다음과 같이 판단하였다. 이의신청 조항(SC Code § 59-32-30(A)(5))은 어떠한 합법적인 국가 이익과도 객관적으로 관련이 없는 성적지향에 근거하여 (성교육의 가능 여부를) 분류하고 있으므로, 평등보호조항에 따른 어떠한 수준의 사법 검토도 충족할 수 없어 평등보호조항을 위반한다. 피고 교육감은 법률에 따른 권한의 전폭적인 범위 내에서 이 사건 법조항에 관계없이 「포괄적 보건교육법」(Comprehensive Health Education Act)에 따른 지침이 설계되고 시행되도록 보장해야 한다. 여기에는 최소한 피고, 피고의 대리인 및 직원, 사우스캐롤라이나 교육부의 모든 향후 정책(규제, 관행, 지침, 커리큘럼, 공식 자료 등을 포함하되 이에 국한되지 않음)이 본 동의 결정 및 판결에 부합되어야 한다는 것이 포함된다. 본 동의 결정 및 판결 후 60일 이내에 교육감은 주 교육위원회의 모든 위원과 사우스캐롤라이나 주의 모든 공립 교육감에게 해당 사항을 공문으로 알려야 한다. 여기에는 최소한 1) 본 동의 결정 및

국가인권위원회
humanrights.go.kr

판결의 사본을 포함하며, 2) 이 사건 조항이 더 이상 지역 학군, 지역 학군 위원회, 공립학교 행정관 및 교사 등을 포함한 개인 또는 단체가 더 이상 이 사건 조항을 시행, 적용할 수 없으며, 3) 이 사건 조항을 제외한 「포괄적 보건교육법」에 따른 지침이 설계 및 시행되어야 함이 명시되어야 한다.

한편 2016년 유타주에서는 일명 '반 성소수자 교육과정법'을 통해 건강교육에 대한 교과과정 법률에서 모든 과정 또는 수업에서 '동성애를 지지하거나 결혼 외의 성행위를 옹호'하는 표현을 금지하도록 규정하고 있었다. 또한 일명 '반 성소수자 학생 클럽법'을 통해 '성교육에 관한 법률을 위반한 정보를 제시하거나', '법적으로 인정된 결혼에 반하거나 주법에 의해 금지된 성행위를 하는 것'을 금지하면서 이러한 클럽에 대해서는 클럽에 대한 승인 및 학교 시설 사용을 제한하거나 거부해야 한다고 규정하고 있었다. 성소수자 인권단체인 평등 유타 등의 원고들은 이에 대해 소송을 제기하였는데, 당사자 원고인 7세의 'John doe'(익명)는 종종 '여자'옷을 즐겨 입는 성별 비순응 아동(gender non-conforming boy)이었다. 원고는 공립 유치원에 다니기 시작한 지 얼마 되지 않아 자신의 성별 비순응성을 이유로 괴롭힘, 신체적 학대, 성적 위협을 당하였는데, 그의 부모가 수차례 요청하였음에도 유치원 교사 및 교장 등이 이러한 괴롭힘으로부터 그를 보호하기 위한 조치를 취하지 않았으며, 유치원을 다닌지 3개월 만에 학교는 원고를 학교에서 안전하게 지킬 수 없다고 말하며 홈스쿨링을 권하였다. 결국 원고는 유치원에서 다른 아이들이 할 수 있는 경험을 할 수 없게 되었으며, 유치원에서 겪은 트라우마의 영향에 계속 시달려야 했다. 이 소송에 대해 2017. 3. 8. 유타 주 의회는 문제의 법률을 폐지하는 법안을 통과시켰으며, 2017. 10. 소송은 마무리 되었다.[33]

나. 영국

영국은 2003년 국영 학교의 교육자들이 성소수자에 대해 가르치거나 자료를 출판하는 것을 금지하는 1988년 법안(섹션 28)을 폐지하였고, 2019년에 성소수자가 포함된 성교육을 의무화하는 지침이 영국 의회에서 538 대 21로 압도적 지지를 받아 통과됨으로써 2020년부터는 모든 고등학교에서 성소수자가 포함된 성교육이 의무화되었다.[34]

---

33 해당 사건은 Equality Utah, et al. v. Utah State Board of Education, et al. 2:16-CV-01081 (D. Utah 2017).

34 NBC News, "High schools must teach LGBTQ-inclusive sex education in England", https://www.nbcnews.com/feature/nbc-out/high-schools-must-teach-lgbtq-inclusive-sex-education-england-n1239514 (2021. 11. 26. 확인).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

영국 교육부

관계교육, 관계·성교육, 보건교육: 정부기관, 경영자, 교장, 학장, 팀 상급자, 교사들 등에 대한 법적 지침[35]

평등

27. 학교는 「평등법 2010」의 관련 요구 사항을 준수해야 한다. 더 많은 지침은 '평등법 2010과 학교'에서 얻을 수 있다. 학교들은 공공영역의 평등의무에 특별한 주의를 기울여야 한다.

28. 평등법 규정에 따라 학교는 나이, 성, 인종, 장애, 종교 또는 신념, 성별재지정, 임신 또는 출산, 결혼 또는 시민파트너십, 성적지향을 이유로 (이하 통칭하여 '보호되는 특성') 불법적인 차별을 해서는 안 된다. 학교는 이러한 주제에 대한 계획을 수립할 때에 불이익을 완화하고 SEND(특별한 교육이 필요한 학생과 장애학생, Pupils with special education need and disabilities) 실천 강령을 유의하며 합리적인 조정을 하여야 한다.

29. 평등법의 조항들은 학교가 보호되는 특성 때문에 한 집단에 영향을 미치는 특정한 불이익을 다루기 위해, 그것이 비례적이라는 것을 보여줄 수 있는 적극적인 조치를 취하도록 한다. 이는 관련 과목을 설계하고 가르칠 때 고려되어야 한다. 예를 들어, 학교는 여학생들이 성폭력이나 성희롱을 남학생에 비해 불균형하게 당하고 있다는 증거가 있다면 그들을 지원하기 위해 적극적인 조치를 취하는 것을 고려할 수 있다.

31. 학교는 일상적인 성차별, 여성혐오, 동성애 혐오와 성별 고정관념을 깨고 적극적인 실천을 통해 이런 것이 용납되지 않는 문화를 만들고, 어떤 사건이든 파악되고 다루어야 한다. 적극적인 실천으로 모범을 보이는 데 교직원의 역할이 크다. 학교의 지원과 행동정책은 모든 학생을 지원해야 한다.

35 영국 Department for Education (2020), Relationships Education, Relationships and Sex Education(RSE) and Health Education – Statutory Guidance for Governing Bodies, Proprietors, Head Teachers, Principals, Senior Leadership Teams, Teachers.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

레즈비언, 게이, 바이섹슈얼, 트랜스젠더(LGBT)

36. 관계교육과 관계·성교육을 시행할 때, 학교는 모든 학생의 요구가 적절하게 충족되고, 모든 학생이 평등과 존중의 중요성을 이해할 수 있도록 해야 한다. 「평등법 2010」은 성적지향 및 성별재지정을 보호되는 특성 중 하나로 포함하며, 학교는 관련 조항을 반드시 준수하여야 한다.

37. 학교는 모든 교육의 내용과 접근방식을 민감하고 연령에 적합하게 마련해야 한다. 학교가 그들의 학생들에게 성소수자에 대해 가르치는 것이 적절하다고 판단하면, 이 내용을 분리된 단원(unit)이나 수업(lesson)으로 전달하기 보다는 교과과정 상 해당 영역을 위한 수업 프로그램에 완전히 통합시켜야 한다. 학교는 자유롭게 이 방법에 대해 결정할 수 있고 우리는 모든 학생들이 교과 과정의 일부로서 적시에 성소수자에 대해 배우기를 기대한다.

다. 호주

호주 빅토리아주 정부 교육부에서는 성적지향 및 성별정체성을 포함한 다양성이 존중되는 성교육 프로그램을 강조하고 있으며, '오만과 편견'이라는 교사용 연수 자료를 제작 보급하여 학교 및 교사가 학교에서 성적 다양성을 다루는데 필요한 역할 및 정책을 제시한다. 또한 호주 교육부는 포괄적인 성교육이 청소년 발달과 관련된 지식 및 기술을 향상시키고, 건강한 선택, 회복력, 타인에 대한 존중과 수용을 촉진함으로써 자살 위험을 줄이는데 기여한다고 설명하며, 성소수자 혐오가 개인에게 미치는 영향 및 자살 위험에 대해서도 주의 깊게 다룬다.[36]

라. 브라질

브라질 연방대법원은 2018년 시립, 공립학교에서 젠더와 섹슈얼리티에 대한 교육을 거부한 팔마스 시법 제1조의 효력을 중단하는 판결을 내렸다. 브라질 교육부는 콘돔사용을 장려하고 젠더이념과 동성결합에 대한 토론을 권장하는 내용의 교과서를 보급하였는데, 2016년 팔마스 시는 성적 다양성을 언급한 교재의 사용을 거부하였다. 이에 대해 법원은 팔마스 시

36 호주 빅토리아주정부 교육훈련부. Sexuality teaching programs, https://www.education.vic.gov.au/school/teachers/teachingresources/discipline/physed/Pages/teachprog.aspx#link52. (2021. 11. 26. 확인).

법이 '교육의 지침 및 기초에 관한 법률'과 충돌한다고 판결했다.[37]

3) 트랜스젠더 청소년[38]을 위한 학교 환경

가. 미국 법무부 및 교육부의 지침 및 가이드라인 (2016)

2016년 5월 미국 법무부와 교육부는 공동으로 연방 지원을 받는 모든 학교에 대해 아래와 같은 지침을 발표하였다('트랜스젠더 학생과 관련하여 동료들에게 보내는 편지').[39] 또한 동시에 교육부는 트랜스젠더 학생을 학교에서 지원하기 위한 정책과 실제 예시들을 구체적으로 담은 가이드라인을 공표하였다('트랜스젠더 학생을 지원하기 위한 정책 및 실례').[40]

미국 법무부와 교육부
트랜스젠더 학생과 관련하여 동료들에게 보내는 편지 (2016)

동료 여러분,

미국 내 학교들은 어떤 학생도 배제되지 않는, 모두가 충분한 지원을 받고, 안전하며, 차별 없는 환경에서 지낼 수 있도록 노력하고 있습니다. 최근 몇 년간, 우리는 학부모, 교사, 학교 직원들로부터 트랜스젠더 학생의 시민권 보호와 관련하여 수많은 질문들을 받았습니다. 1972년 제정된 타이틀 9(Title IX)는 정부의 재정적 지원을 받는 교육기관 내 성차별을 금지하는 법입니다. 해당 법은 학생의 성별정체성(트렌스젠더 정체성 포함)에 기반한 차별도 금지하고 있습니다. 이 편지는 트랜스젠더 정체성 관련하여 학교가 지켜야 하는 타이틀 9의 조항들을 요약하는 동시에, 학교들이 이 조항을 얼마나 잘 지키고 있는지에 대한 미국 교육부와 법

37 EXAME, "Ministro Suspende Proibição Do Ensino Sobre Sexualidade Em Palmas" https://exame.com/brasil/ministro-suspende-proibicao-do-ensino-sobre-sexualidade-em-palmas/ (2021. 11. 26. 확인).

38 이하는 트랜스젠더, 젠더퀴어, 논바이너리 등 성별이분법을 가로지르는 모든 청소년 성소수자(국내 트랜스젠더 활동단체 등에서는 이를 '트랜스젠더퀴어'로 통칭하기도 한다)에 대한 내용을 포괄한다.

39 U.S. Department of Justice & U.S. Department of Education Civil Rights Division Office for Civil Rights, Dear Colleague Letter on Transgender Students (2016. 5. 13.), https://www.justice.gov/opa/file/850986/download (2021. 12. 11. 확인).

40 U.S. Department of Education, Office of Elementary and Secondary Education, Office of Safe and Healthy Students, Examples of Policies and Emerging Practices for Supporting Transgender Students (2016. 5.), https://www.justice.gov/opa/file/850991/download (2021. 12. 11. 확인).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

무부의 평가를 담고 있습니다.

미국 교육부와 법무부는 이 편지가 아주 중요한 지침과도 같다고 판단했습니다. 이 지침은 타이틀 9에 근거해 더 많은 요구사항을 담은 것은 아닙니다. 다만, 편지가 다루고 있는 학교들이 타이틀 9에 근거한 법적 의무를 잘 지키고 있는지를 평가하는 사례들을 담고 있습니다.

이 편지와 함께 동봉하는 것은 교육부의 초·중등교육과에서 만든 트랜스젠더 학생을 지지하기 위한 정책과 실천의 예시(Examples of Policies and Emerging Practices for Supporting Transgender Students) 문서입니다. 학교들은 타이틀 9의 요구사항을 충족할 수 있는 현실적인 방법들을 이 자료에서 찾을 수 있을 것입니다.

타이틀 9(Title IX)의 준수

정부의 재정적 지원을 받는 조건으로, 학교는 교육 프로그램이나 활동에서 어떤 사람도 성별에 따라 차별하거나 배제하지 않겠다는 데 동의한다. 여기서 '성별'이란 학생의 성별정체성을 뜻한다. 그러므로, 학교는 트랜스젠더 학생을 차별해서는 안 된다. 교육부와 법무부의 이러한 해석은 다른 법정이나 기관이 성차별을 금지하는 연방법을 해석하는 관점과 동일하다.

교육부와 법무부는 타이틀 9에 근거하여, 학생이나 학부모, 보호자가 학교 당국에 학생이 기존 학교 기록에 담긴 성별과 다른 성별로 살아가고자 한다고 고지했을 때, 학교가 학생이 정체화한 성별대로 대우할 의무가 있다고 판단한다. 타이틀 9에 따라, 학생이 자신의 성별정체성대로 대우받기 위해 따로 충족해야 할 의학적 진단이나 치료 조건은 없다. 트랜스젠더 학생은 자신의 성별정체성을 보여주는 신분 증명서를 얻기 어렵다(태어나거나 거주하는 곳의 주/지역의 법적 제한 때문 등). 그러므로 학생들에게 그러한 공식 문서를 요구하는 것은 당사자가 교육 프로그램이나 활동에 동등하게 접근할 기회를 박탈하고 제한하는 효과를 불러일으키며, 그렇기 때문에 타이틀 9를 위배하는 일이 된다.

학교 내 성별에 따른 차별 금지를 명시하는 타이틀 9의 규칙은, 다른 학생이나 학부모, 주민들이 반대나 우려의 표시를 내비쳐도 반드시 트랜스젠더 학생들의 동등한 교육 기회를 보장

해야 할 의무를 학교에게 부여한다. 여러 시민권 사례에서 계속 나타난 것과 같이, 타인의 불편함 해소라는 목적이 특정 집단의 학생들을 배제하거나 차별해야 하는 이유가 될 수는 없다.

1. 안전하고 차별 없는 환경 (Safe and Nondiscriminatory Environment)

학교는 트랜스젠더 학생을 포함한 모든 학생들에게 안전하고 차별 없는 환경을 제공할 의무가 있다. 성별정체성, 트랜스젠더 정체성, 트랜지션에 기반한 괴롭힘은 '성별'에 기반한 괴롭힘과도 같으며, 이는 타이틀 9를 집행할 이유가 된다. 이러한 괴롭힘이나 폭력 사건들로 인해 적대적인 환경이 조성된다면, 학교는 재빠르게 폭력 사건을 멈추고, 재발을 방지할 수 있는 계획과 대책을 효율적으로 세워나가야 하며, 가능하면 폭력 사건이 가져온 악영향까지 수습하고 개선하여야 한다.

2. 신분 증명서, 이름, 인칭대명사 (Identification Documents, Names, and Pronouns)

타이틀 9에 근거하여, 학교는 학생의 성별정체성을 존중하여 대우하여야 한다(학생 기록이나 신분 증명서에 명시된 성별과 다르더라도). 교육부와 법무부가 타이틀 9를 검토한 결과, 학교 직원들이 학생의 성별정체성에 맞는 인칭대명사와 이름을 써야 한다는 결론에 도달하였다.

3. 성별 분리된 활동과 시설 (Segregated Activities and Facilities)

타이틀 9의 시행규정은 학교가 특정 상황에서 단일 성별 수업뿐 아니라 성별 분리 화장실, 탈의실, 샤워시설, 주택 및 운동팀을 제공할 수 있도록 허용한다. 학교가 성별 분리 활동과 시설을 제공할 때, 트랜스젠더 학생은 성별정체성과 일치하는 시설에 접근하고, 활동에 참여할 수 있어야 한다.

- **화장실과 탈의실**

학교는 성별에 따라 분리된 시설을 제공할 수 있지만, 트랜스젠더 학생들이 자신이 정체화하는 성별정체성에 맞는 시설을 사용할 수 있도록 해야 한다. 물론 추가적인 사생활을 필요로 하는 학생에게는 개인시설을 사용할 수 있게 해주어야 한다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

• **운동부**

타이틀 9는 경쟁 스포츠나 몸이 닿는 스포츠에 한해, 학교가 성별 분리된 운동부를 운영하는 것을 승인하고 있다. 그러나 학교는 트랜스젠더 학생의 성별정체성과 같은 성별을 지닌 시스젠더 학생 간의 차이에 대해 흔히 알려져 있는 일반적 사고나 고정관념에 의지하여서는 안 된다.

• **단일 성별 학급**

성별 분리된 학급이나 활동은 일반적으로 금지되어 있지만, 비직업성 초등학교나 중등학교는 비직업성 단일 성별 학급이나 활동을 운영하는 경우도 있다. 이러한 경우에는 트랜스젠더 학생이 자신이 정체화한 성별정체성대로 참여할 수 있도록 해야 한다.

• **단일 성별 학교**

타이틀 9는 비직업성 초등 및 중등 학교, 사립 학부 대학을 포함한 특정 교육 기관의 입학 정책에는 적용되지 않는다. 따라서 이러한 학교는 타이틀 9에 따라 성별 기반 입학 정책을 설정할 수 있다. 타이틀 9의 어떤 내용도 원하는 경우 사립 여대에서 트랜스젠더 여성을 입학시키는 것을 금지하지 않는다.

• **남학생 사교클럽과 여학생 사교클럽**

타이틀 9는 남학생 및 여학생 사교클럽의 회원 관행에는 적용되지 않는다. 따라서 이러한 조직은 타이틀 9에 따라 구성원의 성별정체성을 포함한 성별에 관한 자체 정책을 설정할 수 있다. 타이틀 9의 어떤 내용도 남학생 사교클럽이 트랜스젠더 남성의 가입을 허용하거나, 여학생 사교클럽이 트랜스젠더 여성의 가입을 허용하는 것을 금지하지 않는다.

• **기숙사와 숙박시설**

타이틀9는 학교가 성별에 따라 별도의 숙소를 제공하는 것을 허용한다. 그러나 학교는 트랜스젠더 학생이 자신의 성별정체성과 일치하는 숙소를 이용할 수 있도록 해야 하며, 다른 학생에게는 요구되지 않는 1인실 숙박 시설에 머물게 하거나, 개인 정보를 공개하도록 할 수 없다. 타이틀 9의 어떤 내용도 학교가 원할 경우 1인실 조정에 대한 학생의 자발적 요청을 존중하는 것을 금지하지 않는다.

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

• **하나의 성별에 국한된 활동이나 규칙**

타이틀 9 및 그 시행 규정에서 명시적으로 승인하지 않는 한, 학교는 학교 활동이나 학교 규칙의 적용에서 성별정체성을 포함하여 성별에 따라 학생을 분리하거나 구별할 수 없다. 마찬가지로, 학교는 학생이 성별정체성과 일치하는 방식으로, 또는 남성다움/여성다움에 대한 고정관념을 따르지 않는 방식으로 나타내거나 행동한다는 이유로 학생을 징계하거나 활동 참여를 배제할 수 없다.

4. 프라이버시와 기록

트랜스젠더 학생의 사생활 보호는 매우 중요하다. 학교가 트랜스젠더 학생의 성별정체성이나 출생 성별에 대한 사생활을 보호하는 데 실패함으로써 학생의 교육 권리나 기회를 박탈한다면, 타이틀 9를 위배하는 일이 된다. 출생 성별이나 출생 이름과 같은 개인식별정보에 대한 합의 없는 노출은 트랜스젠더 학생의 사생활을 침해할뿐 아니라 학생에게 유해하다. 또한 가족 교육권 및 프라이버시 법(Family Educational Rights and Privacy Act, FERPA)을 위배하는 일이기도 하다. 학교는 이 정보들을 보관할 수는 있지만, 이 기록은 철저히 비밀리에 유지되어야 한다.

• **개인식별정보의 노출**

FERPA는 일반적으로 학생 기록으로부터 개인식별정보를 동의 없이 노출하는 것을 금지한다. 학생이 자신의 트랜스젠더 정체성을 학교 내 몇몇 일원들에게 밝혔을지라도, 학교는 학생의 개인식별정보를 학교의 다른 구성원에게 노출해서는 안 된다(그 정보에 대한 합법적인 교육적 이해관계가 있는 경우는 제외). 학생의 개인식별정보를 부적절하게 노출하는 경우 FERPA와 타이틀 9를 위배하는 일이 된다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

미국 교육부
트랜스젠더 학생을 지원하기 위한 정책 및 실례 (2016)

미국 교육부(U.S. Department of Education, DOE)는 기본적으로 모든 학생들이 안전하고, 지지 받고, 차별 없는 환경에서 학습할 수 있도록 하는 정보를 학교에 제공할 의무가 있다. 교육부의 이러한 기조 아래, 많은 트랜스젠더 학생들이 교육부의 관심 대상이 되었다. 많은 트랜스젠더 학생들이 학교에서 언어폭력과 신체폭력을 경험한다는 것이 발견되었으며, 트랜스젠더 학생들이 괴롭힘을 당할수록 그들의 학습 성과도 나빠진다는 것 역시 보고되었다. 학교 관리자, 교육자, 학생 및 학부모들은 교육부를 향해 트랜스젠더 학생들을 어떻게 지원할 수 있는지에 대한 방법 및 지침을 요청했으며, 교육부는 이에 대한 답변으로 2가지 문서를 개발한다:

1) 동료들에게 보내는 편지(Dear Colleague Letter, DCL): 미국 교육부 산하의 민권부(DOE's Office for Civil Rights)와 법무부 산하의 민권부(U.S. Department of Justice's Civil Rights Division)가 공동으로 발행한 문서. 1972년 제정된 타이틀 9에 근거하여 트랜스젠더 학생의 권리와 학교의 법적 의무를 담았다.

2) 정책과 실례의 적용 사례(Attached examples of policies and emerging practiceas): 미국 교육부 산하의 초·중등교육과가 실제로 트랜스젠더 학생들을 지원하는 학교의 정책(policies; 여기에서는 정책, 지침, 절차, 조정책, 자원 등을 모두 포함한다) 및 최근 생겨나고 있는 관행(emerging practices; 실제로 성공적이었던 방책들을 포함한다)들을 모아 편집한 문서다. 이 문서는 학교 기록, 사생활, 용어에 대한 이슈를 담았으며, 각 주와 학군 정책이 이러한 이슈에 어떻게 대처하고 있는지 안내한다.

모든 학생은 저마다 고유하다. 그러므로 트랜스젠더 학생들의 욕구도 매우 다양하다. 그러나 학교 정책은 교내 트랜스젠더 학생들을 지원하는 바탕이 되는 아주 '일반적인 원칙'을 담아야 하며, 이는 학생이나 교내 직원 사이의 불필요한 혼란이나 사생활 침해 등의 피해를 줄인다. (후략)

KOR 국가인권위원회 humanrights.go.kr

그 밖에도 다양한 판례가 타이틀 9(Title IX)이 트랜스젠더 학생에 대한 차별금지를 규율한다는 것을 확인해준다.

Whitaker v. Kenosha Unified School District, 858 F.3d 1034 (7th Cir. 2017) : 트랜스젠더 학생에 대한 차별은 1972년 교육 수정법 타이틀 9 및 미국 헌법상 평등보호조항에 따른 성차별에 해당한다고 판결.

Dodds v. US Dept. of Education, 845 F.3d 217 (6th Cir. 2016) : 트랜스젠더 학생에 대한 차별은 1972년 교육 수정법 타이틀 9 및 미국 헌법상 평등보호조항에 따라 성차별을 구성할 가능성이 높다는 판결.

Grimm v. Gloucester County School Board, 400 F.Supp.3d 444 (E.D. Va. 2019) : 트랜스젠더 소년이 자신의 성별과 일치하는 학교 화장실을 이용하지 못하도록 한 것은 타이틀 9 및 미국 헌법상 평등보호조항을 위반한 것이라는 판결.

A.H. v. Minersville Area School Dist., 408 F. Supp. 3d 536 (M.D. Pa. 2019) : 여학교 화장실에서 트랜스젠더 여성을 배제하는 것은 타이틀 9 및 헌법의 평등보호조항에 따른 성차별임을 명시함.

M.A.B v. Board of Education of Talbot County, et al., 286 F.Supp.3d 704 (D. Md. 2018) : 트랜스젠더 남성이 남성 탈의실을 이용하는 것을 금지하는 것은 타이틀 9의 성차별이자 성 고정관념임을 확인한 판례.

뿐만 아니라 아래 Parents for Privacy v. Dallas School District 판결을 비롯한 미국의 판례는 트랜스젠더 학생을 보호하는 것이 다른 학생들에 대한 차별을 구성하지 않는다고 일관되게 판단하고 있다.

Doe v. Boyertown Area School District, 897 F.3d 518 (3rd Cir. 2018) : 트랜스젠더 학생을 보호하는 학교 정책이 다른 학생의 권리를 침해했다는 주장을 기각함.

Parent for Privacy v. Barr, No.18-35708 (9th Cir. 2020) : 트랜스젠더 학생을 보호하는 학

국가인권위원회
humanrights.go.kr

교 정책이 다른 학생의 권리를 침해했다는 주장을 기각함.

미국 제9연방항소법원

Parents for Privacy v. Dallas School District, No. 18-35708 (9th Cir. 2020)

오리건 주 댈러스 학군은 트랜스젠더 학생의 성별정체성을 존중하는 정책을 오랫동안 유지해 왔다. 그러나 2017년에 반성소수자 조직이, 트랜스젠더 학생들이 자신의 성별정체성에 맞는 화장실과 라커룸을 사용함으로써 자신들의 프라이버시를 위협받고 있다고 주장하는 몇몇 비트랜스젠더 학생들을 대신하여 이 정책에 도전하는 소송을 제기했다. 소송에서 원고들은 행정절차법 위반,[41] 개인정보에 대한 기본권리 위반, 자녀의 교육 및 양육에 대한 부모의 기본적 권리 침해, 타이틀 9 위반,[42] 종교자유회복법 위반, 종교의 자유에 대한 수정헌법 제1조의 위반, 공공시설에서의 차별, 교육에서의 차별 등을 주장하였다.

2020년 2월 12일 제9연방항소법원은 원심의 기각 결정을 유지하면서, 1) '개인정보 보호의 권리'에는 비트랜스젠더가 트랜스젠더에게 밀접하게 노출될 위험을 모두 피할 수 있는 권리를 포함하지 않으며, 2) 자녀의 양육에 대한 부모의 권리에는 자녀가 다니는 학교의 화장실 시설 정책을 결정할 권리가 포함되지 않고, 3) 타이틀 9는 '연방 재정 지원을 받는 교육 프로그램이나 활동에 따라 성별을 이유로 참여에서 제외되거나 혜택을 받지 못하거나 차별을 받지 않아야 한다'는 규정으로서, 모든 학생에게 동등하게 적용되기 때문에 피고의 정책은 성별에 따른 차별이 아니며, 트랜스젠더 학생들이 화장실 시설을 사용하도록 설계된 것을 성희롱에 해당한다 할 수 없다고 판결하였다. 또한 4) 해당 정책이 트랜스젠더 학생에게 편의와 안전을 제공한다는 적법한 공공의 목적과 합리적으로 관련되어 있고, 부수적으로 종교행사에 부담을 주는 것은 종교의 자유에 대한 수정헌법 제1조를 위반하지 않는다고 판결하였다. 원고의 상소에 2020년 12월 7일 미국 대법원은 사건 심리를 거부하고 항소법원 판결을 그대로 유지했다.

41 달라스 주가 타이틀 9에서 '성별'이라는 용어를 재정의하여 '성별정체성'을 의미하거나, 최소한 포함하도록 재정의하는 새로운 입법 규칙을 공포하고 시행함으로써 행정절차법을 위반했다는 주장.

42 비트랜스젠더학생을 차별하고 성적으로 희롱하는 화장실 환경을 조성함으로써 이 정책이 타이틀 9를 위반한다는 주장.

국가인권위원회 humanrights.go.kr

나. 일본

일본 문부과학성은 2003년 「성동일성장애 특례법」에 의거하여 소위 "성동일성장애와 관련된 학생"에 관한 정책을 시행해왔다. 문부과학성은 2014년 전국 초등학교 및 중고등학교에서의 트랜스젠더 학생에 관한 대응 및 정책을 조사하여, 그 결과를 바탕으로 2015년에는 문부과학성 초등중등교육국 아동학생과장이 전국 도도부현, 지정도시 교육위원회 및 사립학교 등에게 트랜스젠더 학생에 대한 세심한 대응과 관련된 지침을 시달했다. 이 지침은 트랜스젠더 학생에 관한 교내외 조직적 대응의 필요성을 강조하고, 교내 지원위원회 및 교외 사례회의 등을 통해 지원할 것을 권고한다. 또한 학생 사생활 보호, 학교와 의료기관의 연계, 교직원 인권 교육, 트랜스젠더 및 성소수자 학생 전반에 대한 상담 체계의 필요성 등을 다룬다. 그 외에도 복장, 두발 규정, 탈의실 및 화장실 사용, 호칭, 수업 및 프로그램 등에 있어 학생의 성별정체성을 존중할 것을 권고한다. 2016년 문부과학성은 이 지침에 대한 Q&A형식의 교직원용 자료를 배포했다. 이 자료는 성별정체성 및 성적지향 등 개념을 설명하고, 교내외 지원 체계 설립, 성별정체성 및 성적지향을 포함한 인권교육, 학생의 성별정체성 관련 사생활 보호 등에 대한 지침을 제공한다.

다. 콜롬비아

2016년 콜롬비아의 트랜스젠더 남성 에리카 코마스 고메즈(Erika Comas Gómez)는 국가교육원(SENA)이 고메즈에 대하여 여자 교복을 착용하지 않으면 수업에 참석할 수 없고, 공식 학생증에 적힌 이름을 변경해야만 남자 교복을 입도록 허용하겠다고 한 것이 그의 교육받을 권리를 침해하는 것이라고 주장하며 소송을 제기하였다. 콜롬비아 헌법재판소는 T363/16 판결에서 콜롬비아 헌법 제67조와, 공공 서비스로서의 교육이 접근성, 적응성 및 수용 가능성의 보장을 준수해야 한다고 명시한 유엔 사회권위원회의 일반논평 13호를 인용하면서, 학생에게 신분증의 이름을 변경하도록 요구하는 국가교육원이 학생의 교육권에 대한 관심을 결여하였다고 판단하였다. 판례는 국가교육원이 학생의 성별정체성 표현에 제한을 가함으로써 평등조항, 특히 성별 등을 이유로 한 차별금지 규정을 위반하였고, 남학생이 자신의 성별정체성에 따른 교복을 입는 것을 금지함으로써 그의 교육권에 영향을 미쳤으므로 기관 내 개인의 포용, 평등 및 자유로운 발전을 촉진하기 위한 일반적인 조치를 포함하여 해당 권리를 보호하라는 명령을 내렸다.[43]

---

43 콜롬비아 헌법재판소, Sala Quinta de Revisión, julio 11, 2016, Sentencia T363/16, M.P: Gloria Stella Ortiz Delgado, Expediente T-5,442,396, (Colom.).

국가인권위원회 humanrights.go.kr KOR

또한 콜롬비아 헌법재판소는 2013년 T-562/13 판결에서 교육 기관이 교복 배정을 결정할 정당한 권리가 있다고 하면서도, 학생에게 본인의 성별정체성에 반하는 교복을 입게 하는 것은 교육 기회를 축소하고 당사자의 자유로운 발달 권리를 침해한다면서, 기관의 자율성은 접근성, 적응성 및 수용 가능성을 보장하는 공공 서비스로서의 교육을 받을 권리를 포함하는 학생의 기본 권리를 존중하는 틀 안으로 제한되어야 한다고 판단하였다.[44]

라. 인도

인도에서는 2014년 대법원 판결로 트랜스젠더를 '제3의 성'으로 인정했다. 이에 따라 트랜스젠더는 2009년 교육권법(Right to Education Act)에서 정한 경제적 취약집단인 '보호된 지위'에 속하게 되었다. 이는 트랜스젠더 학생이 성별정체성을 이유로 학교에서 배제되면 안 될 뿐만 아니라, 사립학교에서 각 학급의 최소 25%를 취약계층 아동에게 배정하도록 한 특별조치의 수혜를 받게 되었음을 의미한다.[45]

마. 칠레

칠레의 교육부는 2017년 4월 "교육 분야에서 소녀, 소년 및 트랜스젠더 학생의 권리"라는 제목의 장관 회람을 발행하여 전국의 학교 행정실에 배포하면서 해당 지침을 위반할 경우 제재가 있음을 명시하였다. 이 지침은 학교가 트랜스젠더 학생에 대한 따돌림과 괴롭힘을 용인하거나, 학생이 자신의 성별정체성과 일치하는 교복을 착용하거나 화장실을 사용하는 것을 못하게 하여 학생을 배제하는 경우 등, 성별정체성을 이유로 한 차별을 명시적으로 금지한다.[46]

4) 대학에서의 성소수자 차별금지

캐나다에서는 종교에 기반하여 성소수자 차별적 규정을 둔 대학에 대한 법원의 판단이 있었다. 캐나다의 트리니티웨스턴대학교(Trinity Western University, "TWU")는 학생과 교수진이 종교에 기반한 행동 강령인 공동체규약(Community Covenant Agreement)-"남자와 여자 사이

---

44 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], agosto, 23, 201, Sentencia T-562/13, M.P:Mauricio Gonzalez Cuervo, Expediente T3867025 (Colom.)

45 Right to Education, 'The Right to Education of Transgender People', 2017. 11. 17. https://www.right-to-education.org/news/right-education-transgender-people (2021. 11. 27. 확인).

46 위의 글.

국가인권위원회 humanrights.go.kr

의 결혼의 신성함을 어기는 성적 친밀함을 금지하는 것"-을 준수하도록 요구하는 로스쿨 개설을 목표로 하는 복음주의 기독교 고등교육 기관이다. 이 규약에 따르면 학생들은 혼외 성관계 또는 동성 성관계를 갖지 않겠다는 약속을 해야 했으며, 학생들이 교외에 있는 경우에도 로스쿨 3년 동안 이러한 행위가 금지되었다. 브리티시컬럼비아 법률 협회("LSBC")는 브리티시컬럼비아의 법조계 규제 기관으로, TWU가 제안한 로스쿨의 승인 문제에 대해 구성원들의 투표를 실시한 결과, 회원들은 TWU의 해당 규약을 이유로 로스쿨 인가를 거부해야 한다고 결정하였다. 이에 학교와 TWU에 진학하려는 V는 TWU 로스쿨의 인가를 거부한 브리티시컬럼비아 법률협회의 결정이 종교적 권리를 침해했다고 주장하면서 소송을 제기하였다.[47] 캐나다 대법원은 2018년 학생들의 동성애 성관계를 금지한 기독교 로스쿨(트리니티웨스턴대학교)의 인가를 거부하는 것이 타당하다는 판결을 내렸다. 대법원은 캐나다 법조계의 다양성을 지원하고 성소수자 학생들의 안전을 보호하기 위해 종교적 권리를 제한하는 것이 비례적이고 합리적이라고 판결하였다.[48] 또한 대법원은 "(브리티시컬럼비아 법률 협회는) 그 기능을 수행함에 있어 평등과 인권의 가치를 보호하는 데 가장 큰 관심을 갖고 있다"고 판결하면서 "직업에 대한 불공평한 장벽을 승인하거나 조장하는 것은 공익을 위해 규제할 수 있는 (법률 사회) 능력에 대한 대중의 신뢰를 약화시킬 수 있다"고 언급하였다.[49]

일본은 대표적인 국립여자대학인 오차노미즈여자대학에서 2020년부터 성별변경 전의 트랜스여성의 입학을 허용하고 있다. 이 대학은 입학뿐만 아니라 이들의 대학생활을 지원하기 위해 사전에 학생 본인과 협의해 여자용 화장실과 탈의실을 사용할지를 결정하고 있다. 대학 측은 이들을 위해 일반 학생들이 사용하는 화장실이 아니라 별도로 설치되어 있는 15개의 다목적 화장실을 사용할 수 있도록 배려하고 있다. 2021년 현재 오차노미즈여자대학 등 4개 여자대학이 성소수자들의 입학을 허용하고 있고, 일본여자대학은 2024년부터 입학을 허용할 방침이다. 2018년 4월 30일 메이지대학, 국제기독교대학 및 쓰다주쿠대학 학장은 공동으로 성적지향 및 성별정체성에 관한 개인의 존엄 및 다양성을 존중하는 대학을 만들어나가고, 성적지향 및 성별정체성을 이유로 하는 차별과 편견을 없애기 위해 관련 법제도 연구자 및 기관 그리고 타 대학과의 제휴를 도모한다고 선언했다.[50]

---

47 캐나다 대법원 Law Society of British Columbia v. Trinity Western University, 2018 SCC 32, [2018] 2 SCR 293.

48 CBC News, "Trinity Western Loses Fight for Christian Law School as Court Rules Limits on Religious Freedom 'reasonable'", https://www.cbc.ca/news/politics/trinity-western-supreme-court-decision-1.4707240 (2021. 11. 26. 확인).

49 BBC News, "Canada's Supreme Court Rules LGBT Rights Trump Religious Freedom", https://www.bbc.com/news/world-us-canada-44501139, (2021. 11. 26. 확인).

50 트랜스젠더 차별 실태조사에서 재인용, SOGI(성적지향·성별정체성) 다양성에 관한 총장 공동선언(SOGI(性的指向·性自認)の多様性に関する学長共同宣言), 2018.04.30. LGBT法連合会(J-ALL) 언론보도 참조: (https://lgbtetc.jp/news/1207/).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

트랜스젠더 학생 입학에 관한 대응 가이드라인[51]

오차노미즈여자대학
2019. 4. 1. 제정

기본이념

오차노미즈여자대학은 자신의 성별 인식에 기반해 여자대학에서 공부하는 것을 희망하는 사람(호적 또는 여권상 남성이더라도 성별 인식이 여성인 트랜스젠더 학생)이 입학할 수 있도록 결정하였습니다.

이것은 '배움에 대한 의욕이 있는 모든 여성에게 있어 진지한 꿈을 실현하는 장소로서 존재한다'고 하는 국립대학법인으로서의 본 대학의 미션(2004년 제정)에 기반하여 판단한 것입니다.

본 대학은 이 결정을 '다양성을 포용하는 여자대학과 사회'의 창출을 향한 방안으로 삼고, 앞으로 고정적인 성별의식에 구애받지 않고, 한명 한명이 인간으로서 그 개성과 능력을 충분히 발휘하여 '다양한 여성'이 모든 분야에 참여할 수 있는 사회의 실현으로 이어갈 것을 기대하고 있습니다.

본 대학은 이 기본이념에 근거해 이 가이드라인에 따라 트랜스젠더 학생의 입학이나 지원을 실시합니다. 트랜스젠더로 불리는 학생의 신체, 외견, 복장, 의식, 사고, 행동은 다양합니다. 학생 한 명 한 명의 개성이 다른 것과 같습니다. 교직원도 학생도 트랜스젠더 학생을 다른 학생과 마찬가지로 대하는 것이 가이드라인의 기본적인 사고방식입니다.

1. 입학위원회와 상담창구

1.1 트랜스젠더 학생입학위원회와 트랜스젠더 학생대응위원회

입학위원회 또는 그 아래 설치된 대응위원회가 트랜스젠더 학생의 원서접수 전의 사전상담과 접수자격의 확인(입학신청서에 기반한 성별인식이 여성인 것을 확인)을 합니다. 또, 입학후의 수학, 학생생활 상의 대응조치가 필요한 경우는 대응위원회가 당사자와 협의하여 대응합니

51 お茶の水女子大学, 「トランスジェンダー学生受入れに関する対応ガイドライン」 (2019), https://www.ocha.ac.jp/news/20190528.html (2021. 11. 26. 확인).

다. 입학위원회 및 대응위원회는 당사자의 개인정보를 엄중하게 보장하고, 관리합니다.

1.2 상담창구

대응위원회의 산하에 상담창구를 설치할 수 있습니다. 상담은 카운슬링을 전문으로 하고 비밀보장의무를 갖는 교원이나 상담원이 담당합니다. 당사자뿐 아니라 학생, 교직원이 트랜스젠더(LGBT등)에 관한 상담이 가능합니다.

또, 학생상담실이나 보건관리센터에서도 상담이 가능합니다.

2. 이름과 성별 정보에 관하여

2.1 학무상, 학생생활상의 이름

학적부상의 기재에 따라 각종 서류(학생증, 이수자명부, 성적증명서, 졸업증명서, 학위 등)가 작성, 발생됩니다. 학적부는 호적상 이름이 원칙이지만 본인의 신청에 의해 학적부를 포함한 각종 서류에 통칭명을 사용하는 것이 가능합니다.

과외활동에 따른 이름도 마찬가지입니다. (학내 공인 서클 명부, 시설 이용신청 등). 단, 교직면허나 관리영양사 등의 국가 자격의 신청에서는 호적상의 성명 기재가 요구되어지는 서류가 있고, 이것의 기재는 제출처의 규정에 따르게 되어 있습니다.

대학내의 업무에 고용되어 급여나 아르바이트 시급을 받는 경우에 학내의 지급 서류는 상기의 통칭명을 사용하는 것이 가능합니다만, 원천징수나 은행계좌의 구좌는 호적(주민표)상 이름이 됩니다.

통칭명을 사용하는 경우 당사자가 소정의 통칭명사용신청서를 제출합니다. 또 통칭명을 사용하는 것에 따라 불이익이 발생하는 경우에는 본인의 책임으로 대응하는 것으로 합니다. (졸업후의 호적등의 서류와 본 대학의 증명서류의 불일치 등)

2.2 정보관리

대응위원회가 당해 정보를 엄중하게 관리하며 수업이나 학생생활 상에 대응이나 조치를 필요로 하는 경우에는 본인의 승낙에 따라 관계되는 교직원에게 알립니다. 단, 긴급을 요하는 경우 등에는 대학의 판단으로 정보를 제공할 수 있습니다. 정보를 받은 교직원은 이것을 발설하지 않고 외부에 정보가 누설되지 않도록 주의합니다.

대상이 되는 예:

국가인권위원회
humanrights.go.kr

2.2.1 수업 스포츠 건강실습, 숙박을 필요로 하는 실습과목, 인턴십 과목(학교 외의 단체에 신고)
2.2.2 학외기관에의 실습 개호체험실습(교직), 대학원에 따른 공인심리사실습, 유전카운슬링 실습 등
2.2.3 과외활동 숙박을 필요로 하는 경우(합숙 등)

2.3 성별기재

학내 서류에서는 기본적으로 성별기재를 하지 않습니다. 학외에 제출하는 것으로 성별기재가 있는 서류에서는 본인이 성별을 선택하여 기재합니다. 접수처 등(개호체험, 인턴십 등)이 호적상의 여성을 요건으로 하는 경우에는 개별적으로 상담, 교섭하게 됩니다.

2.4 졸업까지의 대응

본인이 입학후에 남성으로서 성별 인식이 변한 경우에도 학칙이나 학생징계규정 등에 반하지 않는 한 퇴학되지 않습니다.

3. 수업이나 학수에 관하여

이수자명부에는 성별기재가 없습니다.
수업을 담당하는 교원에게 트랜스젠더에 관련된 정보를 알릴 필요가 있는 경우에는 본인의 희망이나 승낙에 따라 당해 교원에게만 알립니다.

3.1 스포츠 건강실습 (필수, 2단위)

1년차의 필수과목으로 학부, 학과별로 클래스가 편성됩니다. 한편, 희망에 따라 선택과목 클래스를 이수하는 것도 가능합니다.

3.2 학교외의 실습 (수업과목)

교육실습은 기본적으로 대학부속학교(초중고)에서 실시됩니다. (초중고에는 다목적 화장실 있음). 필요에 따라 화장실이나 편의시설에 관하여 사전에 시설의 상황을 조사해 대응합니다.
관리영양사나 공인심리사, 유전카운슬러(대학원) 등의 자격취득에 대해서도 학외기관에서의 실습이 있습니다. 실습처의 화장실이나 편의시설 등에 관하여 필요에 따라 사전에 시설의 상황을 조사하여 실습처와 상담을 합니다.

숙박이 필요한 학외실습에서는 필요에 따라 사전에 시설의 상황을 조사하여 개인실(샤워 또는 목욕탕이 포함된) 사용을 포함하여 개별로 대응합니다.

3.3 유학

입학하는 대학에 따라 트랜스젠더 학생을 받지 않는 경우(여권이나 호적상 여성에 한하는 경우)는 입학하려는 대학에 따르게 됩니다. (입학 불가가 되는 경우가 있습니다)

4. 학교생활에 대하여

4.1 정기건강검진

매년 4월에 실시됩니다. 본인의 희망에 따라 개별로 검진받는 것이 가능합니다.

4.2 학생기숙사의 입사

계획중인 신학생기숙사가 완성된 후에 입사를 개시합니다. (2022년도 예정)

4.3 화장실

화장실 사용은 일상적으로 절실한 문제입니다. 트랜스젠더 학생의 신체, 외견, 복장, 의식은 다양하기 때문에 당사자의 입시사전상담 때에 대학의 시설이나 설비의 상황을 설명하여 어떻게 할 것인지를 상담하여 결정하게 됩니다. 또, 학생생활이 시작되고 상황을 봐서 변경하는 경우도 있습니다.

학내에서는 남녀 구별 없이 누구든 사용할 수 있는 '누구든 화장실'(다목적 화장실, 장애인 포함)이 주요한 건물에 설치되어 이 화장실을 누구라도 이용하는 것이 가능합니다. 당사자 또는 주위의 상황이 여성 화장실을 사용하는 것이 적절하다면 이를 사용하는 것이 가능합니다.

'누구든 화장실'이 있는 건물 (총 15개소)

학생센터동, 보건관리센터, 부속도서관, 공통강의동1호관, 공통강의동3호관, 이학부1호관, 이학부2호관, 대학본관, 생활과학부본관2, 종합연구동, 인간문화창성과학연구과·전학공용연구동, 문교육학부1,2호관, Student Commons(학생회관), 국제교류유학생플라자

국가인권위원회
humanrights.go.kr

4.4 편의실

스포츠건강실습 등에서 탈의를 하는 경우 공용편의실(체육관, 개인실 사용 있음)이나 '누구든 화장실'을 사용하는 것이 가능합니다.

4.5 과외활동

서클 활동에 있어 합숙등의 특별한 대응이 필요한 경우는 학생, 커리어지원과에 상담해주십시오. 당사자의 경우는 입부에 있어 어떤 활동이 이루어지는 지 설명을 듣고 어떤 지장이나 대응필요가 있을지 스스로 다시한번 검토한 후에 입부하는 것이 좋습니다. 대외시합(특히 공식전)에 있어, 여성으로 참가 가능한지는 당해경기나 당해경기단체의 규정에 따르게 됩니다. 또, 서클에 있어서는 인터컬리지(공학 학교와 합동으로, 합동으로 활동하는) 서클도 있습니다.

5. 취직활동, 커리어지원에 대하여

LGBT 등의 취직(채용)에 대해서는 행정상의 차별해소 대응이 이루어져 '제4차남녀공동참가 기본계획'에서 성적지향이나 성별정체성에의 대응이 지시되어(2015. 12.), 지방자치단체에서도 '도쿄도 올림픽 헌장에 명문화된 인권존중의 이념 실현을 목표로 하는 조례' (2018.10) '분쿄구 남녀평등참가추진조례' (2013. 11. 시행) 등 LGBT에 관한 조례 등이 제정되어 있습니다.
산업계에서는 경제단체연합회가 '다이버시티 인클루젼 사회의 실현을 향해'(LGBT에의 대응, 2017. 5)를 공표하였습니다. 또, LGBT등의 취직(채용)에 호의적인 기업(LGBT프랜들리)은 그것을 공개하거나, 혹은 2016년에 임의단체 work with pride에 의해 책정된 기업의 평가지표에 따라 수상한 기업이나 단체가 웹사이트에 공표되어 있습니다.
학생, 커리어지원센터 등이 실시하는 커리어 교육, 인턴십, 커리어지원행사에 참가하는 것에 있어 특별한 대응이 필요한 경우에는 대응위원회나 당해 센터에 상담해 주십시오. 대학을 통해 접수처(기업 등)에 대응을 상담할 수 있습니다.

6. 주위의 대응에 대해

6.1 커밍아웃

주위에 알리지 않거나 알려지지 않은 개인의 성, 성별정체성 및 성적지향에 관하여 타인에게 알리는 것을 '커밍아웃'이라고 합니다. 이것은 학교나 직장 등의 사회생활의 필요에 따라 이루어지는 경우도 있고, 주위의 친한 사람에게 자신을 숨기지 않고 알리고 싶은 아이덴티티

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

와 관련한 것입니다. 커밍아웃은 주위의 모든 사람에 대해 일률적으로 이루어지는 것이 아니라, 누구에게는 어느 범위까지라는 식으로 개별적으로 판단하는 경우도 있습니다. 커밍아웃을 하지 않는 사람도 있습니다.

커밍아웃을 할지 말지, 어느 범위의 사람들에게 알릴지 등은 본인의 판단에 맡겨져 있습니다. 대학에서는 수업이나 학생생활 상에 대응이나 조치가 필요한 경우에는 본인의 희망이나 승낙에 근거해 관계된 교직원에게 알릴 수 있습니다. 정보를 받은 교직원은 이것을 발설하지 않고, 다른 정보가 누설되지 않도록 충분히 주의합니다.

당사자로부터 개인적으로 커밍아웃을 받은 경우: 커밍아웃은 그것을 받은 개인에 대해서만 이루어진 것으로, 당사자의 동의없이 타인에게 말해서는 안됩니다. 또, 커밍아웃을 받은 것에 대해 상담이 필요한 경우 상담창구나 학생상담실에 와서 상담하는 것이 가능합니다 (상담창구 및 학생상담실은 둘 모두의 비밀을 지킵니다).

커밍아웃을 받거나 받지 않더라도 그 사람을 특별하게 보지 않고 학생(동료)의 한 사람으로서 만나는 것이 중요합니다.

6.2 아우팅

아우팅(Outing:폭로행위)은, 타인의 비밀을 폭로하는 것을 의미하며, 특히 타인의 섹슈얼리티를 폭로하는 경우에 사용됩니다. 예를 들어 성소수자라는 커밍아웃을 받은 경우 당사자 본인의 허락을 받지 않고, 공개적으로 밝히지 않은 성별정체성이나 성적지향 등의 비밀을 본인이 특정되는 상황에서 제3자에게 폭로하면 아우팅에 해당합니다.

아우팅이 발생하면 아우팅을 받은 당사자도 또, 아우팅에 해당하는 행위를 한 쪽도 그 것에 대해 고민하고, 책임을 느껴야 합니다.

아우팅은 예기치 못한 형태의 커밍아웃을 받은 때의 당혹스러움의 결과인 경우도 적지 않기 때문에, 커밍아웃을 받는 방법에 대해 학습할 수 있는 기회를 마련합니다. 또 필요에 따라 상담창구 등에 상담을 받으러 오십시오.

6.3 성(성별이나 성지향성)에 관한 대화에 대해

아무렇지 않은 대화가 트랜스젠더 등의 사람에게 있어 고통이 될 수 있습니다. 서로 불쾌하지 않도록 상황에 따른 배려가 필요합니다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

2. 홈리스·위탁양육 청소년 성소수자의 권리

1) 홈리스 청소년 성소수자

영어권 국가에서는 탈가정 청소년을 가리킬 때 홈리스(homeless), 탈가정(runaway), 탈가정 및 홈리스 청소년(Runaway and Homeless Youth, RHY) 등의 용어를 사용하며, 쉼터 등 시설에 거주하는 아동청소년도 '불안정 주거'를 경험하는 이들로서 홈리스 개념 안에 포함하고 있다. 또한 청소년 성소수자의 탈가정 경험에 대해서도 상대적으로 많은 이론적 논의와 경험 연구를 실시해 왔다.[52] 연구들에 따르면 탈가정 및 홈리스 청소년 가운데 성소수자 청소년의 비율이 높게 나타난다. 미국의 경우 전체 청소년 홈리스 중 20~40%가 성소수자인 것으로 나타난다. 아프리카계 미국인과 아메리카 원주민 청소년은 성소수자 홈리스 청소년 중 더 높은 비율을 차지한다.[53]

캐나다에서 진행된 연구 결과, 캐나다 홈리스 청소년의 25~40%가 성소수자(LGBTQ2S)로 보고되는데, 토론토 소재 홈리스 보호소에 있는 청소년 중에는 21%가 성소수자인 것으로 나타났다.[54] 청소년 성소수자는 홈리스 청소년 인구에서는 과도하게 대표되지만 보호소에서는 과소 대표되는 것이다. 청소년 성소수자들은 쉼터(보호소)에서, 집을 찾는 동안, 그리고 거리에서 성적지향 및 성별정체성, 성별표현 등의 결과로 또래 및 보호소 직원으로부터 괴롭힘, 낙인, 학대와 같은 외상적 경험을 겪는다.[55] 그 결과 청소년 성소수자들은 이성애자 청소년보다 거리에서 살 가능성이 더 높으며, 차별경험과 주거의 불안정성으로 인해 높은 비율로 외상후 스트레스 장애 및 자살행동을 경험하게 된다.

가. 유엔 성적지향·성별정체성 독립전문가 빅토르 마드리갈-볼로즈(Victor Madrigal-Borloz) 및 적정한 주거권 특별보고관 레일라니 파라(Leilani Farha)의 2019년 8월 12일 성명

유엔 성적지향 · 성별정체성 독립전문가 빅토르 마드리갈–볼로즈 및 적정한 주거권 특별

52 정용림 외, 청소년 성소수자의 탈가정 경험 및 고민 기초조사, 청소년성소수자위기지원센터 띵동 (2021).

53 Youth.gov, Homelessness and Housing, https://youth.gov/youth-topics/lgbtq-youth/homelessness#_ftn, (2021. 11. 26. 확인).

54 The 519, LGBTQ2S Youth Homelessness in Canada, https://www.the519.org/education-training/lgbtq2s-youth-homelessness-in-canada/in-canada (2021. 11. 26. 확인).

55 Rachael R. Kenney et al., "Addressing the Needs of LGBT Youth Who are Homeless." In S. K. Fisher, J. M. Poirier, & G. M., Blau (Eds.), Improving Emotional & Behavioral Outcomes for LGBT youth: A Guide for Professional, Baltimore, MD: Brookes Publishing, (2012).

보고관 레일라니 파라는, 2019년 국제 청소년의 날을 맞아 '매일 노숙을 겪고 있는 청소년들의 상황에 깊은 우려를 표하며 각국이 이 재앙을 예방하고 종식시키기 위한 조치를 시급히 채택할 것'을 요청하였다. 또한 '성소수자 청소년의 경우 홈리스를 예방하고 궁극적으로 근절하기 위한 조치로 성적지향 및 성별정체성에 기반한 부정, 범죄화, 낙인 현상을 해결하는 것이 포함되어야 함을 인식하고 권고'하였다. 더 나아가 '국제 인권법 및 지속 가능한 개발 목표에 따라 국가는 홈리스 상태를 효과적으로 해결할 즉각적인 의무가 있으며 2030년까지 홈리스의 근본적인 구조적 원인을 우선적으로 해결하기 위한 즉각적인 조치를 취해야 한다'고 말하며, 이러한 맥락에서, '국가 및 지방 정부가 채택한 조치는 성소수자 청소년이 홈리스가 되는 것을 방지하고, 주택 정책 및 프로그램에 성소수자를 포함하며, 성소수자 청소년의 요구를 해결해야 한다'고 권고하고 있다. 또한 '차별금지법은 성적지향과 성별정체성을 근거로 한 폭력과 차별로부터 모든 사람을 명시적으로 보호해야 한다. 주거지 자체가 차별금지 사유가 되어야 하며, 성적지향과 성별정체성을 이유로 한 차별의 결과 적정주거권을 침해한 행위자는 책임을 져야 한다'고 하며, 'SDG 목표 11.1을 달성하기 위한 진행 상황을 추적하기 위해 국가는 성소수자 청소년을 비롯한 성소수자를 위한 적절하고 안전하며 저렴한 주택에 대한 접근에 대한 지속적인 모니터링 및 데이터 수집을 보장해야 한다. (…) 이러한 전략은 부문을 초월해야 하며 모든 수준에서 정부의 책임을 명확하게 할당 및 조정해야 하며 성소수자 청소년의 요구에 특화된 사항을 포함하여 홈리스의 구조적 원인을 해결해야' 한다고 제시하였다.[56]

나. 미국의 탈가정 및 홈리스 청소년 정책

미국은 2017년부터 개정 시행하고 있는「탈가정 및 홈리스 청소년법」(Runaway and Homeless Youth Act) 및 그 시행규칙에서 청소년 성소수자에 대한 지원을 강화했다. 개정된 법령에 따르면 탈가정 및 홈리스 청소년들을 지원하는 종사자는 성적지향 및 성별정체성, 성별표현 등과 관련한 지식과 기술을 습득하여야 하며, 홈리스 지원과 관련한 정부 보조금을 받는 기관에서 모든 사회적 정체성(인종, 민족, 국적, 연령, 종교, 성적지향 및 성별정체성, 성별표현 등)에 근거한 차별을 금지하고, 서비스 제공 및 종합적인 직원 교육은 언어, 성별(남성, 여성, 트랜스젠더 청소년의 다양한 경험에 민감하고, 참여 청소년의 성별정체성과 일치하는 개입), 문화적으로 민감하고 복잡한 청소년의 사회적 정체성을 존중하는 것이어야 한다. 또한 정부의 탈가정 및 홈리스 청소년 프로그램의 보조금은 타인의 성적지향 및 성별정체성, 성별표현을 변경하는 것

56 OHCHR, "The Right to Housing of LGBT Youth: An Urgent Task in the SDG Agenda Setting" (2019. 8. 12.).

국가인권위원회 humanrights.go.kr

을 목표로 하는 치료(전환치료) 또는 치료에 대한 의뢰에 사용할 수 없도록 명시하고 있다.[57]

뉴욕시의 '탈가정 및 홈리스 청소년 위기 서비스 프로그램에 대한 규정'에서도 다음과 같이 차별없는 대우를 규정하고 있다.

> "각 프로그램은 프로그램 의사결정 과정 또는 이용 가능한 서비스에서 청소년이 불법적인 차별 대우를 받지 않도록 설계된 정책과 절차를 채택해야 한다. 프로그램 스태프 및 자원봉사자는 인종, 신념, 피부색, 출신국가, 나이, 성, 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 혼인 상태, 종교 또는 장애에 근거하여 차별이나 괴롭힘에 관여하거나 묵인해서는 안 된다. 각 프로그램은 안전한 환경을 조성 및 유지하고, 청소년 차별과 괴롭힘을 방지하기 위한 합리적인 조치를 취하고, 직원, 자원봉사자, 청소년에 의한 차별과 괴롭힘 사건을 신속히 조사하며, 해당 사건이 발생했을 때 합리적이고 적절하게 시정하고 징계조치 해야 한다. 이 절에서 성별정체성 혹은 성별표현이란 어떤 성별정체성, 자아 이미지, 외모, 행동, 표현 등을 가지고 있거나 가지고 있다고 여겨지는 경우를 가리킨다. 이는 성별정체성, 자아 이미지, 외모, 행동, 표현 등이 해당인이 출생 시 부여받은 성(sex)과 결부된다고 통상적으로 인식되는 바와 같은지 다른지와는 무관하다. 성별정체성은 남성, 여성, 성별없음 또는 다른 성별로서 개인의 내적 자아의식을 말하며, 성별표현은 옷, 외모, 행동, 말투 또는 다른 수단을 통해 자신의 성별을 표현하는 방식을 말한다."[58]

정부 웹사이트인 youth.gov를 통하여 성소수자 홈리스 청소년을 지원하기 위한 국가의 정책 및 서비스, 민간단체 지원 등의 정보를 찾아볼 수 있다.

2) 위탁양육

2021년 미국에서 시행된 연구에 따르면, 10살에서 20살까지의 아동 청소년 및 후기 청소년이 위탁양육(foster care)을 받고 있고, 그 중 성소수자의 수는 다양한 연구에서 약 30%로 추산되어 과대 대표되고 있다.[59] 캘리포니아는 「복지 및 기관법」(Welfare and Institutions Code) 하의

---

57 youth collaboratory, https://www.youthcollaboratory.org/summary-hhs-final-rule-regarding-runaway-homeless-youth-programs (2021. 11. 26. 확인).

58 미국 뉴욕, 9 CRR-NY 182-1.5 General Requirements for Runaway and Homeless Youth Crisis Services Programs, g(1).

59 Marlene Matarese et al., The Cuyahoga Youth Count: A Report on LGBTQ+ Youth's Experience in Foster Care, Baltimore, MD: The Institute for Innovation & Implementation, University of Maryland School of Social Work (2021), https://theinstitute.umaryland.edu/our-work/national/lgbtq/cuyahoga-youth-count/ (2021. 12. 11. 확인).

위탁양육 배치[60]와 관련하여 성소수자 아동청소년에 대한 차별금지 및 특별한 대우를 상세히 규정하고 있다.

캘리포니아주 복지 및 기관법

16001.9. (a) 자발적으로 또는 제300조, 제601조 또는 제602조에 따라 소년법원의 피후견인 또는 피부양자로 판결을 받은 후 위탁 양육에 배치된 모든 아동은 이 조항에 명시된 권리를 갖는다. 이러한 권리는 성인 피부양자가 성인으로서 모든 법적 의사결정 권한을 보유하는 것과 충돌하는 경우를 제외하고 위탁 양육에 있는 성인 피부양자에게도 적용된다. 권리는 다음과 같다.

(1) 안전하고 건강하고 편안한 가정에서 존중받으며 살 권리. 인디언(주: 원주민) 아동인 경우 가족, 사회적, 정치적 유대를 비롯하여 인디언 커뮤니티의 일반적인 사회적, 문화적 표준을 유지하는 가정에서 생활할 권리.

(2) 신체적, 성적, 정서적 또는 기타 학대 및 체벌, 착취에서 자유로울 권리

(3) 적절하고 건강한 음식, 적절한 의복, 몸단장 및 위생용품, 연령에 맞는 용돈을 받을 권리. 의복, 몸단장 및 위생용품은 아동의 문화, 민족, 성별정체성 및 성별표현을 존중해야 한다.

(4) 법원이 달리 명령하지 않는 한 나이, 신체 건강, 정신 건강, 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 소년법원 기록, 임신 또는 양육 중인 청소년의 지위와 관계없이 가능한 가장 제한이 적은 곳에 배치되어야 한다.

(중략)

(16) 과외의, 문화적, 인종적, 민족적, 개인적 능력 함양 및 사회 활동에 참여할 권리. 컴퓨터 기술 및 인터넷에 대한 접근을 비롯하여 아동의 나이, 성숙도, 발달 수준, 성적지향, 성별정체성 및 성별표현과 일맥상통하는 다양한 활동이 여기에 포함된다.

---

60 미국 캘리포니아, Welfare and Institutions Code – WIC Division 9. Public Social Services [10000 – 18999.98] (Division 9 added by Stats. 1965, Ch. 1784.) Part 4. Services For The Care of Childern [16000 – 16589] Chapter 1. Foster Care Placement [16000 – 16014]

국가인권위원회
humanrights.go.kr

(17) 실제 또는 오인된 인종, 민족적 집단정체성, 혈통, 출신국가, 피부색, 종교, 성, 성적지향, 성별정체성 및 성별표현, 정신적 또는 신체적 장애, HIV 감염상태에 근거한 차별, 괴롭힘을 당하지 않고, 이용 가능한 모든 서비스, 보살핌, 치료 및 혜택에 공정하고 평등하게 접근할 권리.

(18) 성적지향, 성별정체성, 성별표현과 관련된 문화적 역량과 민감성 그리고 가정 외 보육을 제공받는 레즈비언, 게이, 바이섹슈얼 및 트랜스젠더 아동을 적절히 돌보는 모범사례에 대한 교육을 받은 양육자, 아동복지사, 보호관찰사를 배정받을 권리.

(중략)

(37) 배치 결정 및 장기 보호 계획을 포함하여 본인 사례의 전반적 계획 과정에 관여할 권리. 사례 계획이란 아동의 성별정체성을 고려한 배치 및 성확정을 위한 의료조치와 관련된 사안을 비롯한 여러 요소를 아우른다. (후략)

미국의 이러한 변화는 차별사례에 대한 법적 대응이 거듭되며 이루어졌다. 2006년 Mariah L. v. Administration for Children's Services 사건에서, 10살 때부터 뉴욕시 아동 서비스 관리국(ACS)의 관리를 받은 머라이어(Mariah)는 그가 18세 때 트랜지션이 필요하다는 전문가 진단을 받았다. 그럼에도 ACS는 필요한 치료를 연기하려는 명백한 시도로 머라이어가 21살이 될 때까지 반복적으로 의학적 진단을 받도록 하였다. 이에 대해 가정법원은 ACS에게 필요한 치료를 제공하라고 판결하였으나 ACS는 이를 항소하면서 트랜지션이 '실험적'이며 '의학적 필요가 없다'고 주장했다.[61] 이후 2014년 Matter of D.F. v. Gladys Carrion 사건[62]에서도 유사한 쟁점이 문제가 되었다. 이 사건에서 미국 뉴욕주 법원은 위탁아동의 트랜지션 및 성확정을 위한 의료지원을 제공해야 한다고 판단했다.

61 이후 항소법원은 ACS가 보호 중인 모든 아동에게 필요한 의료 및 외과 치료를 제공해야 함을 확인하면서도, 가정법원이 ACS가 머라이어의 수술을 포함하여 특정 치료를 제공하라고 판결할 권한이 없다고 판결하였다. In re Brian (aka Mariah) L. v. The Admin. for Children's Servs., 51 A.D.3d 488 (N.Y. App. Div. 2008).

62 Matter of D.F. v. Gladys Carrion, 43 Misc.3d 746 (Sup. Ct. N.Y. Cnty. 2014).

미국 뉴욕주 뉴욕카운티법원

Matter of D.F. v. Gladys Carrion, 43 Misc.3d 746 (Sup. Ct. N.Y. Cnty. 2014)

사건개요: 원고는 트랜스여성으로서, 성적지향 및 성별정체성을 이유로 부모에게 학대를 당하여 2009년 위탁양육 시설(LGBTQ 청소년을 위한 그룹홈 Green Chimneys Gramercy Residence)에 들어가게 되었다. 원고는 그룹홈에서 트랜지션 및 성별변경에 관한 도움을 받았으며, 2013년에는 그룹홈의 심리상담가의 도움을 받아 뉴욕시 아동 서비스 관리국(Administration for Children's Services, 이하 'ACS')에 성확정 관련 의료조치(완전한 성확정수술, 안면 여성화, 유방 확대술, 레이저 제모 등)를 신청하는 서류를 제출하였다.

ACS는 사회서비스법에 따라 위탁 양육에 있는 모든 아동에게 필요한 의료 또는 외과 치료를 제공해야 하는데, 메디케이드 규정에 따라 저소득층 및 장애인으로서 국가의 의료비 지원을 받을 수 있는 아동 청소년의 경우에는 메디케이드 규정에 의거해 지원을 제공하도록 하고 있다. 한편 뉴욕주 메디케이드는 트랜지션 치료, 서비스, 약품 또는 그러한 치료를 촉진하기 위한 치료, 서비스, 약품과 관련한 비용의 보장을 제외하고 있는데, In Matter of Brian L. v Administration for Children's Servs. (51 A.D.3d 488, lv denied 11 N.Y.3d 703 [2008]) 사건에서 법원은 메디케이드로 보장되지 않는 경우 ACS가 필요한 의료 서비스를 제공하고 필요한 경우 해당 치료 비용을 지불해야 할 의무가 있다고 결정하였다. 이에 2010년 ACS는 메디케이드에서 보장하지 않는 의학적으로 필요한 치료에 대한 지불 요청 검토 절차를 마련하는 NMR정책(NMR Guidance for Trans-Related Healthcare)을 제정하였다.

원고의 신청서는 ACS 건강 검토위원회에 제출되었으며, 요청 전체가 승인되었다. 그러나 ACS의 부국장 베니타 밀러는 원고가 지속적인 정신과 치료를 받지 않았고 그룹홈의 프로그램에 자주 결석했던 점을 들어 신청을 거부하는 결정을 내렸다. 비슷한 취지의 두 번째 신청에 대해서 ACS는 트랜스젠더 건강 프로그램의 주치의인 존 스티버 박사에게 원고의 건강기록과 위탁양육기록을 검토 요청했다. 스티버 박사는 오직 원고의 기록에만 의존한 판단으로, 원고의 요청을 미루는 것이 원고에게 최선의 이익이라고 결론지었다. 원고가 그동안 자주 결석하고 시설의 규칙을 따르지 않은 것에 비추어 수술 이후 관리에 관한 지시를 따르지 않을 수 있으며, 이는 잠재적으로 감염, 흉터 등의 문제를 초래할 수 있기 때문에 원고가 추구하는 절차가 '본질상 긴급하지 않은' 것이라는 의견을 밝혔다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

쟁점: 위탁양육 시설에 거주하는 트랜스여성이 사회서비스법에 따라 뉴욕시에 트랜지션에 필요한 의료적 비용을 청구한 경우, 이를 거부한 처분은 적법한가

판단내용: ACS가 자신의 보호를 받는 사람들에 대한 트랜스젠더 관련 의료 서비스를 거부한 경우, 그 거부가 자의적이며 임의적인 것인지 여부를 판단해야 한다. 이때 ACS의 거부가 원고의 성별위화감 진단에 대한 논쟁에 근거하지 않았고, 수술이 성별위화감을 치료하는 의학적으로 허용된 수단이라는 점을 분명히 해야 한다. 모든 트랜스젠더가 자신의 외모를 성별정체성에 더 가깝게 맞추려고 수술을 하는 것은 아니지만 성별위화감이 있는 사람들을 위한 다양한 수술은 확립된 치료법이다. 뉴욕 법원은 그러한 치료가 선택적 성형 수술과 동등하지 않다는 것을 오랫동안 이해해 왔다. (Davidson v Aetna Life & Cas. Ins., 101 Misc 2d 1 (Sup. Ct., NY County 1979) 참조) 또한 ACS의 거부는 원고가 '과정 중에 있다'며 돌이킬 수 없는 성확정수술을 원하는 현재의 마음을 바꿀지도 모른다는 추측에 근거하지 않는다.

ACS의 거부는, 원고가 신청한 트랜지션을 모두 마친 뒤, 회복과정에 필요한 단계를 따를 능력이 "현재" 없을 수 있다는 스티버 박사의 평가에 근거한다. 이러한 결정은 여러 가지 이유로 자의적이고 임의적이다. ACS는 원고가 만성적으로 그룹홈에서의 프로그램에 참여하지 않고 결석을 하였던 것이 트랜지션 이후 필요한 처치를 하지 않을 것이라는 지표라고 주장하지만, 원고의 신청에 도움을 준 정신건강 전문가들은 모두 원고의 반복되는 결석을 알고 있었음에도 트랜지션 조치가 필요하다고 하였다. 또한 원고의 의료 기록은 원고가 자신의 건강관리를 위해 노력하였음을 보여준다. 기관이 기록에 의해 뒷받침되지 않는 결정을 내리는 것은 자의적이고 임의적이다.

또한 ACS는 결정을 내리기 위한 자체 절차를 따르지 않았으므로 그 결정은 자의적이고 변덕스러운 것이다. ACS가 NMR정책 및 지침에서 따르겠다고 주장하는 세계트랜스젠더보건의료전문가협회(WPATH) 치료표준에는 "성기 및 유방/흉부 수술은 성별위화감에 대한 의학적으로 필요한 치료로서 자격을 갖춘 정신건강전문가에 의해 환자의 평가를 받은 후 시행되어야 한다"고 규정하고 있다. 원고는 이미 정신건강전문가에게 평가를 받았고 해당 전문가는 원고가 수술을 받아야 한다는 데 동의했다. 그런데 ACS는 정신건강전문가도 아니고 원고를 만난 적도 없는 스티버 박사의 판단에 따랐다. 게다가 ACS는 원고의 두 번째 신청에 대해 건강검토위원회에 회부하는 절차를 따르지 않았다.

마지막으로 NMR 정책 및 지침은 중요한 경제적 요인을 전혀 다루지 않는 문제가 있다. 위

국가인권위원회
humanrights.go.kr

에서 논의한 바와 같이, 스티버 박사는 원고가 수술 후 필요한 처치를 이행하지 않을 수 있기 때문에 "현재" 치료할 필요가 없다고 판단했다. 부국장은 이에 따라 원고가 나중에 수술 후 조치를 따를 수 있을 때, 그 때 수술할 수 있다며 원고의 요청을 거부하였다. 그러나 "현재" 요청된 수술 및 절차에 대한 ACS의 거부는 또 다른 요소를 완전히 무시한다. 즉, 원고가 이후 이러한 수술 및 절차 비용을 지불할 능력이 거의 없다는 것이다. 일단 위탁 양육에서 벗어나면 원고가 이러한 비용을 지불하는 데 필요한 돈을 모을 가능성은 없는 것으로 보인다. 그녀는 가족과 멀어졌으며 고용, 주택, 기타 기회와 자원의 분배에서 트랜스젠더를 차별하는 트랜스혐오적 사회에 직면해 있다. 일부 관할 지역에서는 법령, 법원 결정 및 행정 명령을 통해 트랜스젠더에 대한 법적 보호가 증가하고 있지만, 대부분 지역에 트랜스젠더를 명시적으로 보호하는 차별금지법이 없다.

위탁보호 이후 트랜지션 수술에 대한 비용을 지불할 수 없는 것이 임상적 요인보다 우선해야 하는 요인은 아니지만 ACS의 의사 결정에서 누락되어서는 안 된다. 필요한 의료 절차에 대해 ACS가 비용을 지원하는 것은 위탁보호를 받고 있는 트랜스젠더 청소년이 자신의 성별정체성에 따라 신체적 외양을 일치시킬 수 있는 유일한 기회일 수 있다. 따라서 ACS가 NMR 정책 및 지침에서 이 요소를 생략한 것은 자의적이며 임의적인 것이다.

이상에서 명시된 이유로 2013. 10. 15. 자로 피고 ACS의 결정을 취소한다. ACS는 2013. 7. 18. 자 원고의 신청서에 명시된 절차의 비용을 지불하는 데 필요한 모든 조치를 취해야 한다.

III. 요약과 함의

아동청소년기에 경험하는 차별과 배제의 경험이 한 사람의 일생에 미치는 영향이 매우 크며, 특히 성소수자에 대한 사회의 차별과 배제는 우울증과 스트레스나 자살 행동 등 청소년 성소수자의 건강에 부정적인 영향을 미친다.[63] 성소수자 인구에 대한 파악과 법정책적 고려가 국가 차원에서 이루어지고 있는 국가들의 경우, 일찌감치 성소수자 아동 및 청소년에 대

63 청소년성소수자위기지원센터 띵동, 레인보우 내비게이션: 청소년 성소수자의 탈가정 경험 및 욕구조사 (2019).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

한 가정, 학교 안팎에서의 권리보장과 건강에 대한 연구 및 가이드라인이 해를 거듭할수록 세분화되어 업데이트 되고 있다.[64]

1. 성소수자에게 안전한 학교 만들기

학교에서 청소년 성소수자들이 겪는 괴롭힘은 전 세계적으로 심각한 문제로 보고되고 있었고,[65] 미국이나 콜롬비아 등의 국가에서는 성소수자 혐오성 괴롭힘으로 청소년 성소수자가 목숨을 잃은 사건을 계기로 교육법이 개정되거나 반차별 가이드라인이 마련되기도 했다.

한국에서도 학교는 청소년 성소수자에게 안전하지 못한 공간이다. 2014년 국가인권위원회의 「성적지향 성별정체성에 따른 차별 실태조사」 연구결과에 따르면 응답자의 80%가 교사로부터, 92%가 또래 학생으로부터 성소수자 혐오표현을 들었다고 응답했다. 또한 응답자의 54%는 성소수자라는 이유로, 성별에 맞지 않는 외모나 행동을 한다는 이유로, 동성을 사랑한다는 이유로 다른 학생들로부터 괴롭힘을 당한 것으로 조사되었다.[66] 연구에 의하면 일상적으로 차별에 노출되어 있는 청소년 성소수자들은 또래보다 심각하게 자살을 고려하고, 자살 계획을 세우고, 시도할 가능성이 비성소수자에 비해 높은 것으로 보고되고 있다.[67]

실제로, 2013년 한 청소년이 성소수자라는 이유로 학교에서 집단 괴롭힘을 당한 후 스스로 목숨을 끊은 사건이 있었다. 이에 대해 부산지방법원은 2012년 7월 1심에서 "교사로서 학생들에게 사회적 소수자에 대한 이해와 관용을 교육해야 할 지위에 있음에도 A군과 반 학생들 사이에 마찰이 일어난 경우 A군의 예민함과 동성애적 성향에 원인이 있다고 생각하고 A군을 변화시키는 방향으로 해결을 모색하려고 했던 점", 괴롭힘이 일어난 휴식시간도 교사의 보고 감독의무 범위에 속한다는 점 등을 들어 담임교사의 고용주인 부산광역시에 손해배상 책임

---

64 일례로 미국의 교육부, 보건복지부, 법무부 등 22개 연방 기관의 대표로 구성된 청소년 프로그램에 관한 기관 간 실무그룹(IWGYP)은, youth.gov 웹사이트를 통해 성소수자 아동 청소년을 위한 건강, 복지, 가족, 주거, 소년법, 학교, 성인기로의 전환 등의 영역과 관련한 최신 연구, 자원 등을 게시하고 있다(https://youth.gov/youth-topics/lgbt). 또한 미국 질병통제예방센터는 청소년 성소수자의 건강격차를 줄이기 위해 다양한 연구 및 행동제안을 홈페이지에 게시하고 있다(https://www.cdc.gov/healthyyouth/disparities/health-considerations-lgbtq-youth.htm). (2021. 11. 26. 확인).

65 휴먼라이츠워치는 꾸준히 여러 국가의 학교에서의 성소수자 인권 현황을 인터뷰, 조사하여 보고서로 발간하고 있다.

66 장서연 외, 성적지향·성별정체성에 따른 차별 실태조사, 국가인권위원회 (2014).

67 Michelle M. Johns et al. "Transgender Identity and Experiences of Violence Victimization, Substance Use, Suicide Risk, and Sexual Risk Behaviors Among High School Student-19 States and Large Urban School Districts, 2017", Morbidity and Mortality Weekly Report, Vol. 68, No. 3 (2019); Michelle M Johns et al. "Trends in Violence Victimization and Suicide Risk by Sexual Identity Among High School Students: Youth Risk Behavior Survey, United States, 2015-2019", Morbidity and Mortality Weekly Report, Vol. 69, No. 1 (2020).

국가인권위원회 humanrights.go.kr

을 부과했다.[68]

그러나 이후 대법원은 이 괴롭힘이 "통상 발생할 수 있다고 하는" "예측" 범위 내에 있지 않다고 보았다. 판결문은 "반 학생들의 조롱, 비난, 장난, 소외" 등 행위가 "아주 빈번하지는 않았던 것으로 보이고" "행위의 양태도 폭력적인 방법이 아닌 조롱, 비난 등에 의한 것이 주된 것이었던 점 등을 비추어" "사회 통념상 허용될 수 없는 악질, 중대한 집단괴롭힘에 이를 정도라고 보기 어려우며"라고 적시했다. 따라서 "사고 발생 당시 담임교사에게 망인의 자살에 대한 예견 가능성이 있었다고 인정하기 어렵다고 할 것이다"라고 판결한 것이다.[69] 비슷한 시기인 2014년 콜롬비아 헌법재판소가, '학교가 세르히오의 존엄, 교육, 평등, 차별 금지, 인격의 자유로운 발달, 사생활 및 적법 절차 및 명예에 대한 권리를 침해한 학교 괴롭힘의 형태로 그의 죽음을 초래했다'고 판결한 것과 매우 대조적이다.

한국의 「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률」은 2004년에 제정되었는데 2012년 개정 때에야 '따돌림'을 학교폭력의 범위에 추가하고, '학교 내외에서 2명 이상의 학생들이 특정인이나 특정집단의 학생들을 대상으로 지속적이거나 반복적으로 신체적 또는 심리적 공격을 가하여 상대방이 고통을 느끼도록 하는 모든 행위'로 정의하였다. 또한 2021년 현재 6개 지역에서 학생인권 보장을 위한 조례를 제정, 시행하고 있으며 그 내용으로 차별받지 않을 권리[70]를 명시하고 있으나 상위법인 「초중등교육법」에는 차별금지에 관한 조항이 없다.[71] 2013년의 대법원 판결과, 여전히 많은 성소수자 학생들이 학교에서 성소수자 혐오성 괴롭힘을 경험하고 있다는 조사 결과를 볼 때, 학교폭력예방법 상 '따돌림'의 정의에 성소수자 정체성을 이유로 한 신체, 언어, 정신적 괴롭힘이 모두 포함될 수 있도록 개정하는 것이 필요해 보이며, 「초중등교육법」에 차별금지조항 및 관련 구제절차를 추가하여 학생인권조례가 없는 지역의 청소년 성소수자 인권보장을 도모해야 한다. 이때 따돌림의 정의와 관련하여 캐나다 온타리오주, 필리핀의 관련 법률을 참고할 수 있을 것이다.

한편 교육영역은 성소수자 인권보장과 관련하여 성소수자 혐오집단으로부터 집요한 반대에 부딪치는 영역이다. 2010년 제정된 경기도 학생인권조례 이후 10년이 넘는 기간 동안 여러 지역에서 학생인권조례 제정이 시도되었으나 성소수자 혐오집단의 반대로 무산되었던 것과, 2021년 서울특별시교육청에서 2021−2023년도 학생인권종합계획 상에 '성소수자 학생

---

68 부산지방법원 2012. 7. 12. 선고 2011가합24176 판결.

69 〈한겨레21〉이 뽑은 올해의 판결 '30%의 책임도 지울 수 없다', 한겨레21 (2013. 12. 26.); 대법원 2013. 7. 26. 선고 2013다203215 판결.

70 차별금지사유로 '성적지향', '성별정체성'을 포함한 지역은 서울, 충청남도, '성적지향'만 포함한 지역은 경기도, 광주, 전라북도이며, 제주도는 둘 다 포함하지 않고 있다.

71 2021. 11. 3. 더불어민주당 박주민의원의 대표발의로 '초중등교육법' 개정안이 발의되어 심의중이다(2021. 11. 27. 현재). 해당 개정안은 제17조의2(학생인권 침해행위의 금지)에서 '성적지향'을 이유로 한 차별행위를 금지하고 있다.

국가인권위원회 humanrights.go.kr

보호 및 지원'을 명시한 것에 대해 집단적인 민원제기 및 혐오가 이어졌던 사건이 대표적인 예이다. 대만에서도 한국과 비슷하게 성평등교육법 시행규칙상의 '동성애 교육'에 대해 청소년들에게 동성애 교육을 시킬 수 없다며 이를 삭제하라는 요구가 국민투표로 통과되기도 하였다. 그러나 대만 교육부가 이러한 성소수자 혐오를 수용하지 않고, 오히려 유엔아동권리협약상의 차별금지원칙을 들며 학교 성교육에 '성별, 성징(성특징), 성별정체성, 성적지향 교육'을 포함하도록 결단한 것은 특기할 만 하다.

트랜스젠더 청소년에 대한 특별한 관심과 권리보장을 위한 노력들도 시사하는 바가 크다. 미국은 트랜스젠더 청소년 포용적인 학교 환경을 만들기 위해 시민단체, 교사집단 등 다양한 곳에서 학생, 교사, 보호자를 위한 실용적인 가이드라인을 수시로 업데이트 하며 제작, 배포하고 있고, 일본도 대학을 중심으로 매우 세심한 가이드라인을 마련하는 등, 트랜스젠더 학생에 대해 적극적인 포용정책으로 나아가고 있다. 반면 2020년 한국에서는 여자대학교에 합격한 트랜스젠더 여성에 대한 차별적이고 혐오적인 반대의 목소리가 높아져, 당사자가 학교 입학을 포기하는 일이 있었다.[72] 모든 사람에게 보장되어야 하는 교육받을 권리를 침해당한 이 사건을 통해, 성소수자에게 포용적인 학교를 만들기 위한 학교와 정부의 노력과 실천이 시급히 이루어져야 하는 과제임을 다시한번 확인하게 된다.

트랜스젠더의 경우 혐오성 괴롭힘 외에도 트랜스젠더를 배제하는 학교시설 등 물리적 환경으로 인해 탈학교 하는 경우가 많은데, 콜롬비아 헌법재판소가 2013년 판결에서, '기관의 자율성은 접근성, 적응성 및 수용 가능성을 보장하는 공공 서비스로서의 교육을 받을 권리를 비롯한 학생의 기본 권리를 존중하기 위해 제한될 수 있다'고 판단한 것을 참고하여 트랜스젠더의 교육받을 권리를 보장하기 위한 방법을 강구해야 한다.

2. 홈리스 청소년 성소수자에 대한 인식 및 주거권 보장

해외에서는 홈리스 청소년 중 성소수자의 비율이 유의미하게 높은 것을 전국적 통계를 통해 확인하고 있고, 그 원인을 분석하고 해결방법을 찾기 위한 노력을 하고 있다.[73] 이러한 연

---

72 "숙대 트랜스젠더 합격생 결국 입학 포기 '신상유출 등 무서움 컸다'", 한겨레 (2020. 2. 7.), https://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/927386.html#csidxee444b37bf13af9a1633ff9b837515f (2021. 12. 10. 확인).

73 영국 Albert Kennedy Trust(AKT)에서 2015년과 2021년에 진행한 실태조사(The LGBTQ+ Youth Homelessness Report), 미국 보건복지부에서 2011년 발행한 홈리스 청소년 성소수자에 대한 지원 프로그램 가이드(Learning From The Field: Programs Serving Youth Who Are LGBTQI2-S And Experiencing Homelessness), 캐나다 앨버타주정부에서 2017년 발행한 청소년 성소수자 주거 및 쉼터 가이드라인 등(LGBTQ2S Youth Housing and Shelter Guidelines).

KOR 국가인권위원회 humanrights.go.kr

구에서는 가족이 성소수자 청소년을 거부하는 문제를 지적한다. 한국사회의 경우에도 기본적으로 대부분의 청소년 성소수자의 가족들은 성소수자 이슈에 대해 무지하고, 상당수는 청소년 성소수자의 커밍아웃을 받을 준비가 되어 있지 않다.[74] 국내 청소년 성소수자 탈가정 연구에 의하면 청소년 성소수자들이 탈가정을 결정 또는 계획하게 된 이유로는 가족의 성소수자에 대한 무지와 혐오(54.2%)를 비롯해 가족과의 말다툼(60.8%) 등이 있었고, 탈가정 경험이 있는 청소년 중 신체, 정서적 폭력과 방임, 전환치료 등 폭력을 탈가정 이유로 꼽은 비율은 전체의 85.5%에 이른 것으로 나타났다.[75]

현실이 이런 가운데 한국 내 청소년 성소수자의 인구는 물론 홈리스 청소년[76] 중 성소수자의 비율은 전혀 파악되지 못하고 있다.[77] 또한 한국에서 홈리스 청소년을 위해 제공하는 주거지원은 '청소년 쉼터'가 거의 유일한데, 청소년복지지원법 시행령에 따른 청소년 쉼터의 설치기준 및 여성가족부의 지침에 따르면 청소년 쉼터는 '반드시 남 · 여용 쉼터를 분리 운영하여야' 한다고 명시하고 있다. 결국 성별이분법적 시설에 입소하기 어려운 트랜스젠더 청소년의 주거권 보장은 국가차원에서 전혀 이루어지지 않고 있는 것이다.

대부분 어린 나이부터 오랜 기간 생활하게 되는 위탁양육시설 또한 성별이분적으로 구분되어 있는데, 청소년이 자신의 성별정체성을 탐색하여 반대의 성별 또는 논바이너리 등으로 정체화하였을 때 자신의 성별에 맞는 위탁양육시설로 이동하는 것이 가능한지, 트랜지션을 위한 의료조치를 지원받을 수 있는지에 대해 국내에서는 전혀 확인된 바가 없다. 이를 당사자가 요구하였을 때, 시설종사자 등이 성소수자에 대한 지식과 인권감수성을 가지고 당사자를 위한 지원을 제공할 수 있도록 종사자 교육의 기회나 매뉴얼 등이 마련되어 있지도 않다. 미국에서 차별 사례에 대한 법적 대응이 거듭되며, 아동복지법 등의 법령에서 성소수자 아동청소년에 대한 차별금지 및 특별한 대우에 대해 상세히 규정되기에 이르렀고, 위탁양육시설에서 아동에게 당연히 제공해야 하는 필요한 의료 지원의 범위에 성확정 수술이 포함된다는 대법원의 판결이 나오기도 하였다는 점은 앞으로 한국의 위탁양육시설에서의 청소년 성소수자 인권보장에 있어 의미 있는 이정표가 되어줄 것이다.

---

74 김지혜 외, 청소년 성소수자 인권 친화적 환경 구축을 위한 기초조사 보고서 Q로 만드는 울타리, 청소년성소수자위기지원센터 띵동(2017).

75 정용림 외, 앞의 글.

76 2018년 기준 한국의 '가출청소년' 수는 27만명 정도로 추산되는데(여성가족부 보도자료, 2017. 10. 23.), 1년간 약 3만 명의 아동·청소년만이 청소년 쉼터를 이용하고 있다.

77 정용림 외, 앞의 글.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

참고문헌

- 김지혜 외, 청소년 성소수자 인권 친화적 환경 구축을 위한 기초조사 보고서 Q로 만드는 울타리, 청소년성소수자위기지원센터 띵동 (2017).
- 장서연 외, 성적지향 · 성별정체성에 따른 차별 실태조사, 국가인권위원회 (2014).
- 정용림 외, 청소년 성소수자의 탈가정 경험 및 고민 기초조사, 청소년성소수자위기지원센터 띵동 (2021).
- 청소년성소수자위기지원센터 띵동, 레인보우 내비게이션: 청소년 성소수자의 탈가정 경험 및 욕구조사 (2019).
- 홍성수 외, 트랜스젠더 혐오차별 실태조사 보고서, 국가인권위원회 (2020).
- Advocates for Youth, A Call to Action: LGBTQ+ Youth Need Inclusive Sex Education (2021).
- GLSEN, National Center for Transgender Equality, Model School District Policy on Transgender and Gender Nonconforming Students (2018).
- GLSEN, The 2013 National School Climate Survey: The Experiences of Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender Youth in Our Nation's Schools (2014).
- Human Rights Watch, "Just Let Us Be" – Discrimination Against LGBT Students in the Philippines (2017).
- Human Rights Watch, "내가 문제라고 생각했어요" – 성소수자 학생의 권리를 도외시하는 한국의 학교들 (2021).
- Mark L. Hatzenbuehler and Katherine M. Keyes, "Inclusive Anti–Bullying Policies and Reduced Risk of Suicide Attempts in Lesbian and Gay Youth," Journal of Adolescent Health, Vol. 53 (2013).
- Marlene Matarese et al., The Cuyahoga Youth Count: A Report on LGBTQ+ Youth's Experience in Foster Care. Baltimore, MD: The Institute for Innovation & Implementation, University of Maryland School of Social Work (2021).
- Melissa Wright, "Spelling Out LGBT: Enumerating Sexual Orientation in Virginia's Bullying Law," University of Richmond Law Review, Vol. 47 (2013); GLSEN, The 2013 National School Climate Survey: The Experiences of Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender Youth in Our Nation's Schools (2014).
- Michelle M Johns et al. "Trends in Violence Victimization and Suicide Risk by Sexu-

국가인권위원회 humanrights.go.kr

al Identity Among High School Students: Youth Risk Behavior Survey, United States, 2015–2019", Morbidity and Mortality Weekly Report, Vol. 69, No. 1 (2020).

- Michelle M. Johns et al. "Transgender Identity and Experiences of Violence Victimization, Substance Use, Suicide Risk, and Sexual Risk Behaviors Among High School Student–19 States and Large Urban School Districts, 2017", Morbidity and Mortality Weekly Report, Vol. 68, No. 3 (2019).
- Ministério da Saúde/Conselho Nacional de Combate à Discriminação, Brasil Sem Homofobia – Programa de Combate à Violência e à Discriminaçãocontra GLTB e de Promoção da Cidadania Homossexual (2004).
- Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR), "The Inclusion of LGBT People in Education Settings; of Paramount Importance to "Leaving No One Behind" (2019).
- Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR), "The Right to Housing of LGBT Youth: An Urgent Task in The SDG Agenda Setting" (2020).
- Rachael R. Kenney et al., "Addressing the Needs of LGBT Youth Who are Homeless." In S. K. Fisher, J. M. Poirier, & G. M., Blau (Eds.), Improving Emotional & Behavioral Outcomes for LGBT youth: A Guide for Professional, Baltimore, MD: Brookes Publishing. (2012).
- UK Department for Education, Relationships Education, Relationships and Sex Education (RSE) and Health Education: Statutory Guidance for Governing Bodies, Proprietors, Head Teachers, Principals, Senior Leadership Teams, Teachers, (2020).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

국가인권위원회
humanrights.go.kr

6

표현·집회·결사의 자유와 혐오표현

국가인권위원회
humanrights.go.kr

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

I. 개관

표현 · 집회 · 결사의 자유는 시민이 모이고 단체를 형성하여 다양한 견해를 표현할 수 있도록 보장한다. 시민 개개인이 자신의 인격을 발전하고 표현할 수 있도록 함과 동시에 시민들의 요구가 정치적인 의사결정에 영향을 줄 수 있도록 한다는 점에서, 표현 · 집회 · 결사의 자유는 민주사회를 구현하는 데 있어서도 중요한 의미를 갖는 기본권이다. 인구수 또는 사회구조적으로 열세의 지위에 있어 다수결의 원칙에 의해 정치적 의사를 전달하기 어려운 성소수자 등 사회적 소수자에게 있어 표현 · 집회 · 결사의 자유는 더욱 중요한 의미를 지닌다. 이러한 표현 · 집회 · 결사의 자유는 당연히 성적지향 · 성별정체성을 비롯해 어떠한 사유로 인한 차별도 없이 보장되어야 한다. 특히 사회의 혐오와 차별, 낙인으로 인해 자신을 드러내기 어려운 성소수자의 경우 프라이드 행진과 같은 행사를 통해 비로소 성소수자로서 이 사회를 살아가고 있음을 이야기하고 이를 통해 자긍심을 얻는 경우도 많다. 그렇기에 성소수자에게 표현 · 집회 · 결사의 자유를 보장하는 것은 성소수자가 자신의 성적지향 · 성별정체성을 드러내고 실천할 수 있게 한다는 점에서도 중요하다. 이에 대해 욕야카르타 원칙은 다음과 같이 이야기한다.

욕야카르타 원칙

제19원칙. 의견과 표현의 자유에 대한 권리

모든 사람은 성적지향이나 성별정체성에 상관없이 의견과 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 여기에는 국경에 관계없이 어떤 매체를 통해서라도 인권, 성적지향, 성별정체성에 관한 것 등 모든 종류의 정보와 사상을 추구하고 얻으며 전달할 자유뿐만 아니라, 발언이나 행동, 복장, 신체 특성, 이름 선택, 또는 그 밖의 수단을 통해 정체성과 개성을 표현하는 것이 포함된다.

제20원칙. 평화로운 집회와 결사의 자유에 대한 권리

모든 사람은 성적지향이나 성별정체성에 상관없이, 평화적 시위가 목적인 경우를 포함하여, 평화로운 집회와 결사의 자유에 대한 권리를 가진다. 개인들은 성적지향이나 성별정체성에

국가인권위원회
humanrights.go.kr

기반한 단체, 다양한 성적지향과 성별정체성을 가진 사람들에게 정보를 제공하는 단체, 그들에 대해 알리는 단체, 그들 사이의 원활한 소통을 돕는 단체, 그들의 권리를 옹호하는 단체를 차별 없이 조직할 수 있고 인정받을 수 있다.

그럼에도 전 세계적으로 성소수자는 여러 이유로 표현 · 집회 · 결사의 자유를 침해당한다. 국가기관은 성소수자의 표현 · 집회 · 결사의 자유를 침해하는 주요한 주체다. 국가가 공중도덕, 보건 등을 이유로 성소수자의 표현을 검열, 차단하거나 프라이드 행진(Pride Parade)[1]과 같은 성소수자 집회를 금지하거나 성소수자 단체의 등록을 거부하거나, 활동을 방해하는 등의 행위가 이에 해당한다. 국제성소수자협회(The International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association, ILGA)가 2020년 낸 보고서에 따르면 2020년 12월을 기준으로 유엔회원국 중 최소 42개의 국가에서 성적지향 · 성별정체성에 따른 표현의 자유를 제한하는 법제도가 있고, 51개의 국가에서 성적지향 · 성별정체성 관련 활동을 하는 시민단체의 결성이나 운영을 방해하는 법제도가 있다.[2]

다른 한편으로 성소수자에 대한 혐오표현(hate speech)에 관해서도 살펴볼 필요가 있다. 국가는 성소수자의 표현 · 집회 · 결사의 자유를 제한하면서 성소수자에 대한 혐오표현은 방치함으로써, 이중적으로 성소수자에 대한 억압과 차별을 강화하곤 한다. 성적지향 · 성별정체성에 대한 편견과 증오에 기반하여 성소수자에 대한 폭력과 차별을 선동하는 혐오표현은 전 세계적으로 문제가 되고 있으며, 이는 차별금지법이 있고 국가적으로는 표현 · 집회 · 결사의 자유를 보장하는 경우에도 역시 문제가 되곤 한다. 이러한 혐오표현의 해악은 단지 그 표현이 가해지는 상대방에만 미치지 않는다. 성소수자에 대한 혐오표현이 만연하고 이에 대한 국가 차원의 제대로 된 대처가 이루어지지 않을 때, 성소수자는 사회 속에서 동등한 구성원으로 존중받지 못한다고 느끼고 이로 인해 자신을 드러내고 사회에 참여하기를 회피하게 된다. 그렇기에 성적지향 · 성별정체성에 따른 혐오표현에 국가가 제대로 대처하고 혐오표현을 예방 · 근절하기 위해 정책을 마련하는 것은 성소수자의 존엄성과 평등권의 보장을 위해서뿐만

1 프라이드 행진은 현재 전 세계 곳곳에서 이루어지는 성소수자와 지지자들의 행진을 말한다. 그 시초는 1969년 6월 28일 발생한 스톤월 항쟁을 기념하기 위해 1970년 6월 28일 미국 뉴욕에서 이루어진 행진이다. Pride March, Pride Festival, 퀴어퍼레이드(Queer Parade)라고도 불리며, 한국에서도 2000년 서울 퀴어문화축제와 퍼레이드를 시작으로 서울, 대구, 인천, 제주, 부산, 전주, 광주, 창원, 춘천 등 여러 도시에서 개최되고 있다.

2 ILGA World: Lucas Ramon Mendos, Kellyn Botha, Rafael Carrano Lelis, Enrique López de la Peña, Ilia Savelev and Daron Tan, State-Sponsored Homophobia 2020: Global Legislation Overview Update (Geneva: ILGA, December 2020), 25–26.

KOR 국가인권위원회 humanrights.go.kr

아니라 표현 · 집회 · 결사의 자유를 보장하기 위해서도 필요한 책무라 할 것이다.

이 장에서는 국가가 성소수자의 표현의 자유, 집회의 자유, 결사의 자유를 침해하는 경우와, 사회적으로 개인 또는 집단이 혐오표현으로써 성소수자의 인권을 침해하는 경우 국가의 대응에 관해 주요 쟁점과 해외의 사례를 살펴보고자 한다.

II. 주요 쟁점 및 사례

1. 표현의 자유 침해

앞서 본 바와 같이 최소 42개의 국가에서 성소수자의 표현의 자유를 제한하는 법제도를 두고 있다. 이러한 대표적인 사례가 러시아가 2013년 제정한 이른바 '동성애 선전 금지법(gay propaganda law)'이다. 이 법은 전통적 가치를 보호한다는 명목 하에 미성년자에게 비전통적 성관계를 선전하는 것을 금지한다. 이 법을 이유로 러시아는 성소수자 인권활동가를 체포하거나 프라이드 행진을 금지하는 등의 조치를 함으로써 국제사회의 지속적인 비판을 받아 왔다.

이에 대해 유럽인권재판소는 2017년 Bayev and Others v. Russia 사건에서 러시아의 동성애 선전 금지법은 유럽인권협약에 위반된다고 판결하였다. 이 사건은 3명의 성소수자 인권운동가가 제기한 청구이다. 이들은 동성애 선전 금지법에 항의하기 위해 2009년과 2012년 시위를 진행했고 그 결과 법률 위반으로 행정벌과 벌금을 부과받았다. 이에 대해 유럽인권재판소는 해당 법률의 주된 목적이 미성년자 보호라고 하더라도 이 법에 의해 제한되는 대상이 분명하게 규정되어 있지 않고 그 적용 역시 임의적이라고 지적했다. 나아가 이 법의 진정한 목적과 청구인들의 사건에 적용되는 양태를 보면 이 법이 어떠한 정당한 공적 이익을 추구하고 있지 않다고도 지적하였다. 실제로 해당 법률을 통해 러시아 당국은 단지 편견과 낙인을 증가시키고 동성애 혐오를 부추기고 있을 뿐이며 이는 민주사회의 가치에 부합하지 않는다고도 법원은 판시하였다.[3] 이렇게 유럽인권재판소에서 명백하게 해당 법률이 위법하다는 판결이 나왔지만 이후로도 러시아는 동성애 선전 금지법에 따라 계속해서 성소수자의 표현의 자유를 침해하고 있다. 그 결과 관련된 사건들이 계속해서 유럽인권재판소에 계류되어 있으

3 Bayev and Others v. Russia, nos. 67667/09, 44092/12 and 56717/12, ECHR (2017. 6. 20.).

국가인권위원회 humanrights.go.kr

며 해당 법률의 위법성에 대한 판단들도 이어질 것으로 예상된다.

유엔자유권위원회 개인진정 Fedotova v. Russian Federation[4]과 Nepomnyaschiy v. Russian Federation[5] 역시 러시아의 동성애 선전 금지법으로 인해 표현의 자유를 침해당한 사건이다. Fedotova v. Russian Federation 사건은 한 레즈비언 여성이 중학교 건물에 '동성애는 정상이다', '나는 나의 섹슈얼리티가 자랑스럽다'고 붙인 것을 이유로 처벌된 사건이다. 이에 대해 자유권위원회는 국가의 조치가 자유권규약 제19조(표현의 자유)를 침해했다고 판결했다. 위원회는 러시아가 미성년자에게 이성애나 다른 섹슈얼리티가 아닌 오직 동성애 선전만을 금지하는 정당한 이유를 제시하지 못하고 있다고 지적하며 다음과 같이 판시했다. "진정인이 한 행위는 특정 성적행위나 성적지향에 관한 공적인 액션이 아니다. 그녀는 단지 자신의 성적 정체성(sexual identity)을 드러내고 이것에 대한 이해를 구하였을 뿐이다."

Nepomnyaschiy v. Russian Federation 사건은 이란 대사관 앞에서 '이란에서의 동성애자 살해를 멈춰라'는 피켓을 들고 있다는 이유로 처벌을 받은 사건이다. 이에 대해 위원회는 국가의 조치는 자유권규약 제19조, 제26조(평등권) 침해라고 판단하였다. 특히 이 사건은 성적 지향만이 아닌 성별정체성을 이유로 한 차별이라고 판단하여 위원회는 다음과 같이 이야기했다. "해당 법률(동성애 선전 금지법)은 성적지향 · 성별정체성을 이유로 하여 개인에 대한 부정적인 고정관념을 강화하고 규약에 따라 보장받아야 하는 권리들에 대한 비례적이지 않은 제한을 가져 온다."

2. 집회의 자유 침해

집회의 자유는 다수의 사람이 모이고 자신들의 목소리를 드러내며 정치적인 의견을 전달할 자유로, 특히 성소수자와 같은 사회적 소수자에게 중요한 의미를 갖는다. 이와 관련해 대한민국 헌법재판소는 2003년 외교기관 100m 이내의 집회를 금지하는 「집회 및 시위에 관한 법률」 제11조에 대한 위헌결정을 내리며 다음과 같이 이야기했다.

"집회의 자유는 집권세력에 대한 정치적 반대의사를 공동으로 표명하는 효과적인 수단으로서 현대사회에서 언론매체에 접근할 수 없는 소수집단에게 그들의 권익과 주장을 옹호하기

4 HRCtee, "Communication No. 1932/2010 of 10 February 2010", UN 문서 CCPR/C/106/D/1932/2010 (2010).
5 HRCtee, "Communication No. 2318/2013 of 5 October 2013", UN 문서 CCPR/C/123/D/2318/2013 (2013).

KOR 국가인권위원회 humanrights.go.kr

위한 적절한 수단을 제공한다는 점에서, 소수의견을 국정에 반영하는 창구로서 그 중요성을 더해 가고 있다. 이러한 의미에서 집회의 자유는 소수의 보호를 위한 중요한 기본권인 것이다. 소수가 공동체의 정치적 의사형성과정에 영향을 미칠 수 있는 가능성이 보장될 때, 다수결에 의한 공동체의 의사결정은 보다 정당성을 가지며 다수에 의하여 압도당한 소수에 의하여 수용될 수 있는 것이다. 헌법이 집회의 자유를 보장한 것은 관용과 다양한 견해가 공존하는 다원적인 '열린 사회'에 대한 헌법적 결단인 것이다."[6]

그럼에도 전 세계 여러 국가와 지역에서 성소수자들은 집회의 자유가 침해되는 상황을 마주한다. 이렇게 집회의 자유가 침해당하는 많은 사례는 프라이드 행진에 대해 국가나 지자체가 불허하는 경우이다. 프라이드 행진이 성소수자가 1년에 한 번이라도 차별에 대한 두려움 없이 자신을 드러내고 자긍심을 얻기 위한 행사임을 고려하면, 이러한 프라이드 행진에 대한 국가의 방해는 성소수자의 집회의 자유에 대한 침해이자 존엄성에 대한 심각한 침해이기도 하다.

유럽인권재판소의 Alekseyev v. Russia 결정[7]은 이렇게 국가가 프라이드 행진을 허가하지 않은 것이 집회의 자유를 침해한 것이라고 본 결정이다. 이 사건은 청구인들이 2006, 2007, 2008년, 3년에 걸쳐 성소수자 차별의 현실을 알리고 러시아 사회의 관용을 촉진하기 위한 행진을 기획했으나 모스크바 시장으로부터 거부를 당하여 제소한 것이다. 이에 대해 재판소는 협약 제11조는 비폭력적 시위를 보장하며 시위대와 가치를 공유하지 않는 사람들을 성가시게 하거나 불쾌하게 하는 경우도 역시 집회의 자유로 보장된다고 이야기했다. 또한 단지 반대자들에 의해 갈등이 생길 가능성이 있다는 이유만으로는 시위를 금지해서는 안 됨에도, 모스크바시는 참가자들이 어떻게 안전과 공공질서를 위협하는지 제대로 제시하지 못하고 있음을 지적했다. 나아가 모스크바시가 해당 시위를 금지한 진짜 이유는 안전이 아닌 공중도덕을 이유로 한 것이며 이렇게 다수의 견해를 이유로 한 시위의 제한은 협약의 가치에 부합하지 않는다는 점도 지적했다. 이에 따라 재판소는 모스크바시의 프라이드 행진 제한은 유럽인권협약 제11조, 제13조, 제14조를 위반하였다고 결정했다.

한편 유럽인권재판소 Bączkowski and Others v. Poland 결정은 결과적으로 집회 · 시위가 이루어졌다 하더라도 그 과정에서 국가의 방해가 있었다면 그것만으로 협약상 기본권이 침해되었다고 판단한 것이다. 2005년 폴란드 성소수자 단체가 바르샤바에서 행진을 기획하고

---

6 헌법재판소 2003. 10. 30. 선고 2000헌바 67 결정.

7 Alekseyev v. Russia, no. 4916/07, 25924/08, 14599/09, ECHR (2010).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

이를 신고했으나, 바르샤바 시장은 교통 소통 계획을 제출하지 않았다면서 신고를 반려했다. 이에 비해 같은 날 여성차별 반대 행진이나 동성부부의 입양반대 시위 등은 이러한 조건 없이 허가가 되었다. 이후 해당 행진은 허가 없이 계획된 날짜에 개최가 되기는 했다. 이에 대해 유럽인권재판소는 지자체의 허가가 이루어지지 않은 상황에서 청구인들은 금지를 당할 위험을 안고 행진을 해야 했고 이는 그 자체로 유럽인권협약 제11조 위반이라고 판단했다. 또한 같은 날 다른 행진에 대해서는 허가하면서 이 사건 행진만을 불허한 것은 협약 제14조를 위반하는 차별행위라고도 판단하였다.

유럽인권재판소

Bączkowski and Others v. Poland, Application no. 1543/06 (2007. 5. 3.)

사건개요: 이 사건의 청구인들은 폴란드에서 활동하는 동성애자 인권 단체의 구성원이다. 청구인들은 2005년 평등절이라는 캠페인을 시행하고 바르샤바에서 행진을 조직하면서, 바르샤바시에 행진 허가를 신청했다. 그러나 바르샤바 시장은 청구인들이 '교통계획'을 제출하지 않았다는 이유로 이를 기각했다. 이에 비해 같은 날 계획된 여성차별 반대 행진, 파트너십 캠페인 반대 시위, 동성부부 입양 반대 시위는 그대로 허가되었다. 한편 청구인들은 시장의 불허에도 해당 행진을 진행했고 당일 3,000여명이 참가하여 경찰의 보호 아래 행진이 이루어졌다.

쟁점: 지자체에 의해 불허된 성소수자들의 행진이 그대로 개최된 경우에도 유럽인권협약 제11조(집회의 자유), 제14조(차별금지) 침해가 되는가.

판단내용: 재판소는 먼저 다원성, 관용, 열린마음의 중요성을 강조했다. 그러면서 결사 및 집회의 자유를 진실되고 충분히 보장할 국가의 적극적 의무는 특히 다수와 다른 견해를 갖고 있거나 소수자 집단에 속한 이들에게 중요하다고 강조했다. 그러면서 재판소는 비록 이 사건 행진이 계획된 날짜에 이루어졌지만 청구인들은 강제적으로 금지를 당할지도 모른다는 우려를 안고 행진을 진행해야 했고, 이로 인해 반대 시위로부터 제대로 보호받지 못할 수도 있다는 두려움으로 청구인 및 다른 이들이 집회에 참여하는 것을 망설이게 만들었음을 지적했다. 그리고 이미 행진이 종료되었기에 청구인들이 이에 대한 효과적인 보상도 받을 수 없

다는 점 역시 지적하면서, 결론적으로 청구인들은 협약 제11조의 권리를 침해받았다고 판단했다.

또한 재판소는 바르샤바시가 교통계획을 이유로 거부를 한 것은 기술적인 측면에 초점을 두고 있기에 명백한 차별이라고 볼 수는 없지만, 다른 행진 주최자들은 비슷한 요구를 받지 않았음을 지적했다. 특히 시 당국은 반대시위에 의한 충돌 역시 거부사유로 주장했지만 같은 날 반대시위가 열리는 다른 시위는 금지하지 않았다는 점, 또한 시장이 언론사와의 인터뷰에서 동성애 캠페인에 대한 강한 거부감을 내비친 점에 비추어, 청구인들이 행진허가를 거부당한 것은 집회의 자유의 권리를 차별적으로 침해당한 것이며, 따라서 협약 제14조에 위반된다고 판단하였다.

3. 결사의 자유 침해

결사의 자유는 지속성이 있는 단체(결사)를 구성하고 단체의 명의 아래 공동의 의사를 형성하고 활동함으로써 집단적 의사를 표현하는 행위를 보장하는 기본권이다. 여기에는 단체를 결성할 자유, 단체에 가입하거나 탈퇴할 자유, 단체 활동 및 유형을 선택할 자유가 포함된다.

결사의 자유 역시 성적지향 · 성별정체성을 이유로 차별을 받아서는 당연히 안 된다. 유럽평의회 성적지향 · 성별정체성실(Sexual Orientation and Gender Identity Unit)은 유럽인권협약 제11조에 따라 결사의 자유는 성적지향이나 성별정체성을 이유로 차별되어서는 아니됨을 명확히 하고 있으며, 특히 성소수자가 단체를 결성하여 등록하거나 활동하는 것에 대하여 과도한 설립 · 활동의 요건을 요구하는 등 행정절차적으로 차별화하는 것을 금지하고 있다. 그리고 이러한 요건의 내용에 공공보건이라든가 공중도덕 혹은 사회질서(public health, public morality and public order) 등을 이유로 하는 제한사유를 설정하는 것도 금지함을 분명히 하고 있다.[8]

그럼에도 여전히 많은 국가에서 성소수자들의 단체활동을 금지하는 사례들이 발생하고 있다. 이들 국가가 내세우는 사유는 주로 이성애, 시스젠더 정체성 외에 다양한 성적지향 · 성

8 "Freedom of association", Council of Europe Sexual Orientation and Gender Identity Unit, https://www.coe.int/en/web/sogi/freedom-of-association (2021. 11. 30. 확인).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

별정체성을 옹호하는 것은 사회의 전통적 가치를 파괴하여 무질서를 가져온다는 것이다. 때에 따라서는 이러한 사회갈등으로부터 성소수자 활동가들을 보호한다는 것을 거부의 명목으로 내세우기도 한다. 이에 대해 유럽인권재판소 Zhdanov and Others v. Russia는 성소수자 단체의 결사의 자유 침해를 정당화할 수 있는 조건을 분명히 한 판결이다. 해당 판결은 러시아 당국이 성소수자 단체들의 등록에 대해 사회 가치를 파괴한다는 이유로 거부한 사안에 대한 것으로, 이에 대해 재판소는 도덕, 국가 안보 등은 집회의 자유 제한의 정당한 목적이 될 수 없고 증오와 반복의 방지를 위한 것일 때에만 그러한 제한이 정당화된다고 보았다. 또한 성소수자 단체들이 타인으로부터 폭력을 당할 우려가 있어 등록을 거부하였다는 주장에 대해서는 이러한 갈등으로부터 소수자를 보호하고 관용을 증진할 국가의 의무를 다하지 않았다고 들어 배척하였다. 결론적으로 재판소는 러시아 당국의 단체등록거부는 유럽인권협약 제11조, 제14조 위반이라고 판단했다.

유럽인권재판소

Zhdanov and Others v. Russia, Application no. 12200/08, 35949/11 and 58282/12 (2019. 7. 16.)

사건개요: 이 사건의 청구인은 4명의 러시아인과 3개의 단체(Rainbow House, Movement for Marriage Equality, Sochi Pride House)이다. 개인 청구인들은 위 단체의 설립자 또는 대표이며, 3개의 단체는 모두 성소수자 인권과 관련된 활동을 하고 있다. 2006년에서 2011년 사이에 이들 단체는 모두 등록을 시도했으나 행정당국으로부터 거부당했고, 법원 역시 이들의 청구를 기각했다. 등록 거부의 이유는 이들 단체가 성소수자 인권 증진을 목표로 하고 있고 이는 '사회의 도덕적 가치를 파괴하고, 인구를 감소시킬 위험이 있다는 것'이었다. 이에 청구인들은 유럽인권재판소에 소를 제기했다.

쟁점: 성소수자 인권을 지지하는 단체에 대해 도덕적 가치를 파괴한다는 이유로 단체 등록을 거부한 것은 유럽인권협약에 위배되는가

판단내용: 재판소는 청구인 중 1인(Nikolay Alekseyev)의 청구에 대해서는 그가 재판과 관련하여 한 여러 폭력적인 행동을 이유로 권리남용이라 판단하여 각하했다. 하지만 다른 청

국가인권위원회
humanrights.go.kr

구인들의 청구에 대해서는 유럽인권협약 제11조(결사의 자유), 제14조(차별금지)에 위배된다고 판단하였다.

협약 제11조 결사의 자유 침해 여부와 관련하여 재판소는 단체 등록을 거부한 러시아 법원의 결정은 청구인들의 결사의 자유를 침해한 것이라고 판단했다. 특히 해당 결정에 따라 Movement for Marriage Equality는 단체 결성조차 할 수 없었는데, 러시아 법에 따르면 비영리 단체는 국가에 등록하지 않고는 설립할 수 없기 때문이다. Rainbow House와 Sochi Pride House는 공적 협회로서 등록 없이 존속은 가능하나 등록거부로 인해 법인 지위를 얻을 수 없고 이에 따른 권리도 보장받지 못한다.

재판소는 단체의 등록을 거부할 수 있는 정당한 목적으로 도덕, 국가 안보, 공중 안전, 타인의 권리와 자유를 고려할 수 있다는 정부의 주장을 배척했다. 국가가 개입할 수 있는 유일한 합법적인 목적은 무질서를 초래할 수 있는 증오와 반목의 방지뿐이다. 이에 대해 러시아 당국은 다수의 러시아인이 동성애를 거부하고 있고 따라서 청구인들이 폭력의 피해자가 될 것이라고 주장했다. 그러나 재판소는 그런 상황에서 국가의 역할은 단체 갈등의 원인을 제거하는 것이 아니라 대립하는 집단이 서로를 관용할 수 있도록 보장하는 것임을 강조했다. 나아가 청구인들과 같은 단체가 물리적 폭력에 대한 두려움 없이 활동을 할 수 있도록 보장하는 것도 국가의 역할임을 이야기했다. 그럼에도 국가가 이러한 조치를 취했다는 증거가 없고, 대신에 국가는 단지 청구인들의 결사의 자유를 제한함으로써 무질서의 위험을 회피하는 결정을 내렸을 뿐이므로, 러시아 당국의 단체등록 거부는 '민주사회를 위한 필요성'이 인정되지 않고 협약 제11조를 위반한다고 판단했다.

협약 제14조 위반에 관하여, 재판소는 오직 성적지향을 이유로 한 차별은 유럽협약에 위배됨을 강조했다. 이 사건에서 러시아 법원의 등록거부 결정이 청구인들이 성소수자 인권 활동을 하기 때문임은 명백하다. 러시아 당국은 신청서류의 미비를 주장했으나 이는 사소한 것에 불과하고 근본적인 거부 이유는 성적지향 때문임을 재판소는 강조했다. 따라서 재판소는 청구인들은 성적지향을 이유로 한 차별을 받았고 이는 협약 제11조와 결합한 협약 제14조를 침해한 것이라고 판단했다.

성소수자는 소수의 인구집단이므로 성소수자 인권단체의 목적이 사회의 보편적 인권이 아닌 특정 집단의 문제만을 다룬다는 것도 성소수자 단체의 등록을 거부하는 명목이 되곤 한다. 이에 대해 아르헨티나 대법원은 Asociación Lucha por la Identidad Travesti–Transexual

국가인권위원회
humanrights.go.kr

v. Inspección General de Justicia에서 그러한 주장의 문제점을 상세히 판시했다. 이 사건은 아르헨티나 트랜스젠더 단체가 '보편적 가치'가 아닌 단체 구성원들의 이익에만 기여한다는 이유로 법인 등록을 거부당한 사건이다. 이에 대해 대법원은 보편적 가치는 다수가 좋다고 생각하는 가치를 말하는 것이 아니고, 차별과 폭력으로 주변화되는 성소수자의 현실에 비추어보았을 때 성소수자 인권을 증진하는 것은 보편적 가치를 추구하는 것에 부합한다고 판단했다. 이에 따라 국가의 법인등록 거부는 위법하다고 판결하였다.

아르헨티나 대법원

Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual v.
Inspección General de Justicia (2006. 11. 21.)

사건개요: 이 사건의 원고는 트랜스젠더 단체로서 법인 등록을 신청했으나 거부당하였다. 행정당국은 거부이유에 대해 원고가 '보편적 가치'를 추구하는 것이 아니라 오직 단체 구성원과 그들이 공유하는 가치에만 기여하고 있기에 민법 제33조의 조건을 충족하지 못한다고 주장했다. 이에 원고는 소를 제기했으나 민사항소법원은 청구를 기각했다.

쟁점: 보편적 가치를 추구하지 않는다는 이유로 성소수자 인권 단체의 법인 등록을 거부한 것이 합리적인 근거가 되는가

판단내용: 대법원은 먼저 행정당국의 결정은 결사의 자유 침해라고 판단했다. 법원은 헌법에 의해 보장되는 결사의 자유는 표현의 자유와 인간존엄성 보장을 위한 필수요소임을 강조했다. 이러한 권리의 제한은 특정 사회적 집단을 고립시켜 사회에 충분히 통합되기 어렵게 만들기 때문이다.

따라서 인간 존엄의 보장을 위협하거나 무시하는 견해를 퍼뜨리는 경우에만 결사의 자유가 제한될 수 있다. 다양성과 관용의 원칙은 결사의 자유가 언제나 유용하다고 간주한다. 왜냐하면 이를 통해 타인의 견해를 존중하고 시민들이 민주사회에 참여하게 하며 사회적 통합을 증진하기 때문이다. 따라서 '보편적 가치'를 다수가 좋다고 생각하는 것으로 이해하는 것은 잘못이라고 법원은 판시하였다.

이어서 법원은 성소수자, 특히 트랜스젠더에 대한 편견이 만연하고 이로 인해 이들이 사회적

차별과 부당한 대우, 폭력의 피해를 받고 있음을 주목했다. 성소수자들은 종종 주변화되고 열악한 생활조건과 건강상태에 놓일 수 있고, 따라서 이러한 주변화를 없애고 성소수자들의 생활조건을 향상시키는 것이 보편적 가치 추구임이 분명함을 강조했다.
이에 비해 항소법원은 사회발전에 유용하지 않은 단체를 승인할 국제법상의 의무가 없다면서 원고의 청구를 기각했는데, 이는 합리적인 근거가 있다기보다는 판사 개인의 트랜스젠더에 대한 편견에 의해 이루어진 것이라고 대법원은 이야기했다. 따라서 이는 헌법에 위반되며, 원고에 대한 차별적 취급이 국가의 정당한 목적과 아무런 연관이 없으므로 항소법원의 판결을 취소한다고 대법원은 판결하였다.

한편 동성간 성관계가 불법으로 규정되어 있더라도 이러한 법률을 개정하기 위한 단체를 설립하는 것은 결사의 자유에 의해 보장된다고 본 판결도 있다. 2016년 보츠와나 대법원은 성소수자 인권단체 레가비보가 단체 등록을 거부당한 후 제기한 소송에서 단체 등록을 명하는 판결을 했다. 당시 보츠와나에서 동성간 성관계는 불법이고 따라서 보츠와나 등록청은 성소수자는 불법적인 존재이므로 법에 의한 보호를 받을 수 없다며 등록을 거부했다. 이에 대해 대법원은 다음과 같이 판시하며 등록거부가 위법하다고 판결하였다.

> "레가비보의 설립 목적이 보츠와나 LGBTI의 인권과 복지를 증진하는 데 있으며, 법 개정을 제창하는 것은 그 자체로는 불법이 아니다. 법에 대해 의견을 표명하는 것은 모든 시민의 민주적인 권리이며 논리적으로 보아, 어느 단체가 임신중지나 사형이나 동성 간 성관계에 대한 법을 개정하자고 제창한다고 하여도 해당 단체나 단체 성원이 임신중지, 살인, 동성 간 성관계에 관여하는 것은 아니다."[9]

9 비온뒤무지개재단, "성소수자 단체 설립, 보츠와나 법원도 허락했다", 오마이뉴스 (2016. 4. 20.), http://www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0002202730 (2021. 11. 30. 확인).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

4. 혐오표현

1) 혐오표현의 의미

혐오표현(Hate Speech)이 무엇인지에 대해서 국제인권규범과 각 국의 법제를 관통하는 통일적인 정의는 없다. 다만 주로 한국에서 논의되는 바에 따르면 혐오표현은 성별, 장애, 종교, 나이, 출신지역, 인종, 성적지향 등을 이유로 개인 · 집단에게 모욕, 비하, 멸시, 위협 또는 차별 · 폭력의 선전과 선동을 함으로써 차별을 정당화 · 조장 · 강화하는 표현이라 할 수 있다.[10]

이러한 혐오표현은 언어를 통해 이루어지기도 하고 그림이나 영상, 몸짓 등을 통해 이루어지기도 한다. 또한 그 정도에 따라 특정 개인이나 집단에게 편견이나 부정적인 고정관념을 조장하는 표현, 사회적 소수자를 멸시 · 모욕하여 수치심 · 두려움 등을 안겨주는 표현, 직접적인 차별이나 폭력을 선동하는 표현 등이 있을 수 있다. 이와 관련하여 국가인권위원회의 혐오표현 실태조사 및 규제방안 연구에서는 혐오표현의 유형을 크게 4가지로 나누어 제시한 바 있다.[11]

〈표 6.1〉 혐오표현의 유형

유형	내용
차별적 괴롭힘	차별적 속성을 이유로 소수자(개인/집단)에게 수치심, 모욕감, 두려움 등 정신적 고통을 주는 행위
차별표시	차별·혐오를 의도·암시하는 내용의 표현행위
공개적인 멸시·모욕·위협	공개적으로 소수자(개인/집단)를 멸시·모욕·위협하여 인간존엄성을 침해하는 표현행위
증오선동	소수자 집단에 대한 차별, 적의 또는 폭력을 조장·선동하는 증오 고취 행위

출처: 홍성수 외, 혐오표현 실태조사 및 규제방안 연구, 국가인권위원회 (2016), 26.

그 표현방식과 정도가 어떠하든 혐오표현은 근본적으로 소수자 개인 또는 집단에 대한 차별에 기반해 있으며 이들에 대한 편견을 강화하여 결과적으로 소수자들의 고립 · 소외 · 무력

10 혐오표현 리포트 작성팀, "혐오표현 리포트", 국가인권위원회 (2020), 11.
11 홍성수 외, "혐오표현 실태조사 및 규제방안 연구", 국가인권위원회 (2016), 26.

국가인권위원회 humanrights.go.kr

감을 심화시켜 지속적인 해악을 만든다는 점에서 사회적인 대응이 요구된다.

2) 성적지향·성별정체성을 이유로 한 혐오표현 대응

가. 국제인권규범

성적지향 · 성별정체성과 같은 차별금지사유를 이유로 한 혐오표현에 대한 국가적 대응을 요구하는 근거는 세계인권선언 제1조를 비롯하여 국제인권규약이 기본적인 원칙으로 두고 있는 차별금지와 법 앞의 평등한 보호라 할 수 있다. 성적지향과 성별정체성은 현재 국제인권규약에 명시적인 차별금지사유로 규정되어 있지는 않으나 예시적 · 개방적인 차별금지사유의 속성상 당연히 성적지향 · 성별정체성을 이유로 한 차별 역시 금지되며, 이러한 원칙들은 유엔 자유권위원회 Toonen v. Australia (1994), 사회권위원회 일반논평 등을 통해 확립되어 있다.[12]

보다 직접적으로 국제인권조약들은 국가가 혐오표현에 대응할 의무를 부과하고 있다. 자유권규약 제20조 제2항은 "차별, 적의 또는 폭력의 선동이 될 민족적, 인종적 또는 종교적 증오의 고취는 법률에 의하여 금지된다"고 하여 증오(혐오)의 고취를 금지하는 법률의 도입을 당사국의 의무로서 부과하고, 인종차별철폐협약 제4조는 "인종적 우월성이나 증오, 인종차별에 대한 고무에 근거를 둔 모든 관념의 보급 그리고 피부색 또는 종족의 기원이 상이한 인종 또는 인간의 집단에 대한 폭력행위나 폭력행위에 대한 고무를 의법처벌해야 하는 범죄로 선언"해야 한다고 규정한다.

또한 유엔인권이사회가 2011년과 2014년 각각 발표한 성적지향과 성별정체성으로 인한 차별과 폭력 금지에 관한 결의안과,[13][14] 이에 따라 유엔인권최고대표사무소가 제출한 보고서 '성적지향과 성별정체성을 근거로 한 차별적인 법과 관행 그리고 폭력'[15] 역시 세계 곳곳의 성소수자 폭력과 차별적 관행에 우려를 표하며 다음과 같이 성적지향 · 성별정체성을 이유로 한 증오선동을 금지할 의무를 국가에 부과한다.

---

12 이와 관련한 자세한 내용은 본 보고서 제2장의 III. 성소수자에 관한 국제인권규범의 발전 참조.

13 Human Rights Council, "Human rights, Sexual Orientation and Gender Identity", UN 문서 A/HRC/RES/17/19 (2011. 7. 14.).

14 Human Rightss Council, "Human rights, Sexual Orientation and Gender Identity", UN 문서. A/HRC/27/L.27/Rev.1, (2014. 9. 24.).

15 UN Human Rights Council, "Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on Discrimination and Violence Against Individuals Based on Their Sexual Orientation and Gender Identity", UN 문서 A/HRC/29/23 (2015. 5. 4.).

국가인권위원회 humanrights.go.kr KOR

유엔인권최고대표사무소 보고서 (UN 문서 A/HRC/29/23)

33. 조약기구와 특별절차는 지속적으로 동성애혐오와 트랜스혐오, 증오, 관련된 폭력을 선동하는 수사들에 우려를 표명해 왔다. 이러한 말들은 특히 선거기간에 일부 정치 또는 커뮤니티 리더들에 의해 사용되어 특정 개인들에 대한 부정적인 고정관념을 촉진하고, 편견을 강화하며 괴롭힘을 야기한다. 최고대표는 벨라루스, 감비아, 온두라스의 선동적인 수사에 우려를 표한다. 아동권리위원회는 교황청이 동성커플에 의해 키워진 성소수자 청소년을 향한 낙인과 폭력 생성에 기여하는 것에 비판 성명을 냈고, 스위스에서 성소수자 성인과 아동을 향한 혐오표현의 부정적 영향에 대해서도 성명을 냈다.

78. 최고대표는 국가가 폭력에 대항하기 위해 다음과 같이 하기를 권고한다
(d) 성적지향, 성별정체성을 이유로 증오와 폭력을 선동하는 것을 금지하고 관련 혐오표현 행위자에게 책임을 물을 것

욕야카르타 원칙 역시 제2원칙에서 "국가는 특정 성적지향이나 성별정체성, 성별표현이 열등하다거나 우월하다는 생각과 관련된 편견이나 차별적인 태도 또는 행동을 없애기 위해, 교육과 훈련 프로그램을 실시하는 등 모든 적절한 조치를 취해야 한다"고 하고, 제19원칙은 "국가는 의견과 표현의 자유가 다양한 성적지향과 성별정체성을 가진 사람들의 권리와 자유를 침해하지 않도록 해야 한다"고 하여 혐오표현에 대응해야 할 국가의 의무를 강조하고 있다.

지역인권규범의 경우를 보면, 혐오표현에 대한 법적 규제에 관해 상대적으로 더 많은 논의를 발전시켜 온 유럽에서는 성소수자 혐오표현에 대해서도 여러 논의가 이루어졌다. EU 산하의 유럽의회(European Parliament)는 2006년 결의안에서 각 회원국이 성소수자들을 동성애혐오적인 발언이나 폭력으로부터 보호할 책무를 지며, 이러한 책무에는 혐오표현이나 증오, 폭력 선동에 대한 분명한 규탄, 학교 및 미디어에서 동성애혐오 캠페인 등 교육 실시, 행정적 · 사법적 · 입법적 조치 등이 포함된다고 선언하였다.[16] 나아가 유럽의회는 2007년에는 폴란드 정당인 폴란드가족연맹(League of Polish Families)과 부총리, 교육부 장관 등 정치인들이

16 European Parliament Resolution on Homophobia in Europe, P6_TA(2006)0018 (2006. 1. 18.)

국가인권위원회
humanrights.go.kr

성소수자 혐오표현을 하는 것을 규탄하며 이에 대해 폴란드 정부가 조치하지 않은 것은 EU 협약 제6조 위반이라고 지적하기도 했다.[17]

나. 주요 입법례

혐오표현 중 특히 소수자 개인 또는 집단에 대해 차별, 폭력, 증오를 조장 · 선동하는 증오선동의 경우 그 해악성이 심각하기에 많은 국가들에서 이를 형법상 범죄로 규율하거나 차별금지법을 통해 금지하고 있다. ILGA 보고서에 따르면 2020년 12월을 기준으로 전 세계 유엔 회원국 중 45개 국가(아프리카 2, 중남미 9, 북미 1, 유럽 32, 오세아니아 1)에서 성적지향 · 성별정체성을 이유로 한 증오선동을 금지 또는 처벌하는 법률을 갖췄거나, 또는 사법 해석을 통해 성적지향 · 성별정체성을 이유로 한 증오선동을 금지한다. 그 주요 내용을 정리해보면 다음과 같다.[18]

〈표 6.2〉 성적지향·성별정체성을 이유로 한 증오선동을 금지·처벌하는 국가들

지역	국가	법제	내용
아프리카	앙골라	형법(2021)	성적지향을 이유로 차별을 하기 위해 이루어진 증오선도 처벌
	남아프리카 공화국	차별금지법(2000)	성적지향에 의한 부당한 차별과 혐오표현, 괴롭힘 금지
중남미	볼리비아	형법(2000)	성적지향을 이유로 한 증오의 선동, 전파 처벌
	브라질	사법해석	2019 연방 대법원은 인종을 이유로 한 혐오표현을 처벌하는 Law No. 7,716 (1989)의 적용 대상에 성적지향을 이유로 한 혐오표현도 포함된다고 판결함
	콜롬비아	형법(2011)	성적지향을 이유로 한 도덕적, 신체적 해악을 초래하기 위한 괴롭힘 선동 처벌
	에콰도르	형법(2014) 통신조직법 (2013)	성적지향에 근거한 공적 증오선동 처벌; 미디어에서 성적지향을 이유로 한 증오선동 컨텐츠 금지
	온두라스	형법(2013, 2020)	성적지향을 이유로 한 차별, 증오선동 처벌
	멕시코	차별금지법(2003)	폭력 선동을 금지하고, 성적선호를 차별금지사유로 명시
	페루	형법(2017)	성적지향을 이유로 한 차별, 차별 선동 처벌

17 European Parliament Resolution on Homophobia in Europe, P6_TA(2007)0167, (2007. 4. 26.)

18 아래 내용은 주로 ILGA World, 앞 보고서, 251–262를 참조하고, 다음 자료를 통해 보충하였다. Natalie Alkiviadou,, Jacob Mchangama and Raghav Mendiratta, "Global Handbook on Hate Speech Laws", The Future of Free Speech (2020).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

지역	국가	법제	내용
중남미	수리남	형법(2015)	2015년 형법개정으로 증오선동죄 차별금지사유에 성적지향 추가
	우루과이	형법(2003)	성적지향을 이유로 한 차별 또는 모든 폭력 처벌
북미	캐나다	형법(2004, 2017)	1985년 제정된 형법에서 '인식가능한 집단'을 대상으로 한 증오선동 처벌, 2004년 개정으로 인식가능한 집단의 정의에 성적지향이 추가되었고, 2017년 성별정체성 추가됨
유럽	알바니아	형법(2013)	성적지향을 이유로 한 증오선동 처벌
	오스트리아	형법(2011)	2011년 형법 개정으로 폭력선동죄 보호사유에 성적지향 추가
	벨기에	차별금지법(2003)	성적지향에 근거한 차별, 혐오, 폭력선동 처벌
	불가리	차별금지법(2004)	성적지향을 이유로 한 차별선동 금지
	크로아티아	형법(2006, 2013)	성적지향, 성별정체성을 이유로 한 증오선동 처벌
	키프로스	형법(2015)	성적지향, 성별정체성을 이유로 한 폭력, 증오선동 처벌
	덴마크	형법(1987)	1987년 개정으로 모욕, 위협, 멸시로부터 보호되는 집단에 성적지향 추가
	에스토니아	전자통신법(2006)	벌칙조항에서 성적지향을 이유로 한 증오, 폭력, 차별선동 처벌
	핀란드	형법(2011)	성적지향을 이유로 특정 집단이 모욕, 위협, 멸시받게 하는 공적 의사표현 처벌
	프랑스	형법(2005) 언론자유법(205)	2005년 개정으로 폭력, 차별, 증오선동 금지되는 사유에 성적지향, 성별정체성 추가
	그리스	인종차별금지법(2014)	2014년 성적지향, 성별정체성을 이유로 한 증오선동도 함께 금지
	헝가리	형법(2013)	성적지향을 이유로 공중을 향한 증오선동 처벌
	아이슬란드	형법(1996)	성적지향, 성별정체성을 이유로 한 조롱, 비하, 위협 처벌
	아일랜드	증오선동금지법(1989)	성적지향을 이유로 한 증오선동 처벌
	리히텐슈타인	미디어법(2013)	성적지향을 이유로 증오를 선동하는 미디어컨텐츠와 광고를 처벌
	리투아니아	형법(2009)	성적지향을 이유로 한 증오, 폭력 선동 처벌
	룩셈부르크	형법(2006)	성적지향, 성별정체성을 이유로 한 증오, 폭력 선동 처벌

지역	국가	법제	내용
유럽	몰타	형법(2012)	2012 개정으로 성적지향을 증오선동죄 보호사유에 추가
	몰도바	시청각미디어법(2019)	제1조에서 혐오표현 정의에 성적지향 명시; 제63조에서 성적지향을 이유로 한 차별적 광고, 차별선동 금지
	모나코	형법(2019)	성적지향을 이유로 한 모욕, 명예훼손 처벌
	몬테네그로	형법(2013)	성적지향을 이유로 한 증오, 불관용 선전 처벌
	네덜란드	동등대우법(1994)	이성애 또는 동성애 지향을 이유로 한 증오, 폭력, 차별선동 처벌
	노르웨이	형법(2008, 2021)	2008년 형법개정으로 '동성애 지향'을 이유로 한 증오선동 처벌, 2021년 개정으로 성적지향과 성별정체성 증오선동 처벌
	포트투갈	형법(2007)	성적지향을 이유로 한 증오, 폭력 선동 처벌
	산마리노	형법(2008)	성적지향을 이유로 한 증오, 폭력 선동 처벌
	세르비아	차별금지법(2013)	심각한 형태의 차별을 처벌, 여기에는 성적지향 증오선동 포함
	슬로바키아	형법(2017)	실제 또는 간주된 성적지향을 이유로 한 증오선동 처벌
	슬로베니아	형법(2008)	성적지향을 이유로 한 증오, 불관용을 야기하는 공적표현 처벌
	스페인	형법(1996) Organic Law No. 1 (2015)	성적지향을 이유로 한 증오선동 처벌
	스웨덴	형법(2003)	성적지향, 트랜스젠더 정체성을 이유로 한 위협, 혐오표현 처벌
	스위스	형법(2020)	2020년 국민투표를 통해 증오선동죄에 성적지향 포함
	영국	형사사법 및 이민법 (2008)	성적지향을 이유로 한 증오선동 처벌
오세아니아	호주	각 주별 법 방송서비스법(1993)	주차원의 증오선동 금지법은 없으나 수도준주, 뉴사우스웨일즈, 퀸즈랜드, 타즈매니아주 증오선동 금지법 있음 방송서비스법에서 어떤 사람이나 집단에 대해 증오심을 유발하거나 비방할 우려가 있는 사안의 묘사'에 대한 특정 실천강령을 성적지향에 근거하여 고려하여야 한다고 규정

국가인권위원회 humanrights.go.kr

이처럼 유럽과 남미 상당수의 국가들에서 형법이나 차별금지법을 통해 성적지향 · 성별정체성을 이유로 한 증오, 폭력, 차별선동을 금지하고 처벌한다. 이에 비해 아시아 지역에서는 아직 성적지향 · 성별정체성을 이유로 한 증오선동을 명시적으로 금지하는 법률은 전무하여 더 많은 논의가 필요하다.

한편 미국은 수정헌법 제1조에 의해 표현의 자유를 보장하고 있어 폭력을 일으킬 명백하고 임박한 위험이 있는 선동이라는 매우 좁은 범위의 증오선동만을 규제하고, 연방차원의 혐오표현과 관련한 법률도 존재하지 않는다. 하지만 그렇다고 해서 미국이 혐오표현에 대해 어떠한 대응도 하지 않는 것은 아니다. 미국은 혐오표현이 실질적 차별로 변질되면 평등 이론에 입각하여 민권법, 장애인법, 고용상 연령금지법 등 여러 차별금지법제에 의거해 징벌적 손해배상을 부과하는 등 유럽보다 더 강력하게 규제하는 방법을 채택했다.[19] 또한 미국 22개 주와 워싱턴 D.C는 주법에 의해 성적지향 · 성별정체성 차별을 명시적으로 금지하고 9개 주는 해석을 통해 성적지향 · 성별정체성 차별을 금지하고 있어, 각 주 역시 이러한 주법에 근거해 성적지향 · 성별정체성을 이유로 한 혐오표현에 대응하고 있다.[20]

3) 혐오표현 관련 주요 쟁점

가. 국가의 혐오표현 규제의 정당성과 한계

유럽인권재판소의 2012년 Vejdeland and Others v. Sweden 판결은 성소수자 혐오표현 규제에서 중대한 의미를 갖는 판결이다. 동성애와 HIV에 대한 증오를 조장하는 전단지를 고등학교에 배포한 단체에 대해 스웨덴 법원이 내린 유죄판결이 타당한지가 쟁점이 되었다. 이에 대해 유럽인권재판소는 스웨덴 당국이 청구인들의 표현의 자유를 제한한 것이 정당화되려면 그 제한이 '민주 사회에서 필요한 것이어야 하며', '긴급한 필요성', '비례성', '적절성과 충분성'을 기준으로 이를 판단해야 한다고 보았다. 그리고 이러한 기준에 따라 사안을 살펴보았을 때 결론적으로 청구인들이 배포한 전단지가 직접적으로 성소수자에 대한 증오범죄를 행하도록 선동하지는 않더라도 특정 집단에 가해지는 모욕, 조롱, 명예훼손과 같은 공격에 국가는 대응할 의무가 있으며, 해당 전단지의 내용과 배포 방식 등을 보았을 때 청구인들에 대한 유죄판결은 타당하다고 판단하였다.

---

19 송현정 외, "혐오 표현의 판단 기준에 관한 비교법적 연구", 사법정책연구원 (2020), 61.

20 Movement Advancement Project, "Equality Maps: State Nondiscrimination Laws," https://www.lgbtmap.org/equality-maps/non_discrimination_laws (2021. 11. 30. 확인).

유럽인권재판소

Vejdeland and Others v. Sweden, Application no. 1813/07 (2012. 9. 5.)

사건개요: 이 사건은 재판소가 동성애자들에게 모욕적이라고 판단한 약 100장의 전단지를 고등학교에 배포한 청구인들의 유죄 판결에 관한 사건이다. 청구인들은 'National Youth'라는 단체가 만든 전단을 학생들의 사물함 안에 넣어두거나 위에 올려두었다. 특히 전단 속 성명은 동성애는 "일탈적 성적 성향"이고 "사회의 본질에 도덕적으로 파괴적 영향을 미쳤으며 HIV와 에이즈의 확장에 책임이 있다"고 주장하였다. 청구인들은 동성애자를 하나의 집단으로 경멸할 의도는 없었다고 주장했으며 자신들의 활동은 스웨덴 학교 교육의 객관성 결여에 대한 논쟁을 시작하기 위한 것이었다고 진술하였다.

쟁점: 성소수자에 대한 혐오표현을 이유로 '국가 혹은 민족집단 선동죄'의 유죄판결을 내린 스웨덴 법원의 판단은 유럽인권협약 제11조 표현의 자유를 침해하는가

판단내용:

50. 재판소는 그 제한이 "민주 사회에서 필요한" 것이었는지 여부를 판단해야 한다.

51. 재판소는 "민주 사회에서의 필요성" 심사를 통해 심판 대상이 되는 그 제한이 "긴박한 사회적 필요"에 부합하는지 여부를 결정하여야 한다. 회원국은 그러한 필요가 존재하는지 여부를 평가하는 데 재량의 여지를 갖지만 그것은 유럽인권체제의 감독과 함께 이뤄져야 한다. 이는 그러한 감독이 적용된 법적 규범과 결정 모두를 수용하는 것을 의미한다. 그것이 독립된 법원의 결정이라 할지라도 말이다. 그러므로 재판소는 "제한"이 협약 제10조가 보호하는 표현의 자유와 조화될 수 있는지에 대해 최종 판결을 내릴 권한을 갖는다.

52. 국가기관이 재량 범위 내에서 취한 결정들을 재판소가 협약 제10조에 의거하여 심사할 때 재판소는 청구인들의 발언 내용과 그러한 발언이 나온 맥락을 포함한 사건 전체를 고려하여, 쟁점이 되는 제한이 정당한 목적에 "비례하는지" 여부와 정부가 그 제한을 정당화하기 위하여 제시하는 이유가 "적절하고 충분한지" 여부를 결정하여야한다.

53. 나아가 재판소는 표현의 자유가 우호적으로 수용되거나 거슬리지 않는 혹은 무관심의 대상으로 간주되는 "정보" 혹은 "견해"에만 적용되는 것이 아니라 불쾌하고, 충격적이거

국가인권위원회
humanrights.go.kr

나 혼란을 일으키는 "정보" 혹은 "견해"에도 적용된다는 점을 강조한다. 제10조가 명시하듯 표현의 자유에도 예외가 있기는 하지만 이는 엄격하게 해석되어야한다. 그리고 제한에 대한 필요성이 충분히 인정되어야 한다.

54. 재판소는 청구인들이 스웨덴 학교 교육의 객관성 결여에 대하여 토론을 시작하기 위한 목적으로 전단지를 배포하였다는 점을 알고 있다. 재판소는 비록 그러한 목적이 수용 가능한 것이라 할지라도 전단지의 문구에 주목하여야 한다는 스웨덴 대법원의 의견에 동의한다. 전단지에는 동성애는 "일탈적인 성적 성향"으로 "사회의 본질에 도덕적으로 파괴적인 효과"를 갖는다는 내용이 담겨 있고, 또한 동성애가 HIV와 에이즈가 퍼지게 된 주된 이유 중의 하나이며 "동성애 로비"가 소아성애를 경시하려 하고 있다는 주장도 포함되었다. 재판소는 이러한 진술들이 개인들에게 직접적으로 증오범죄를 저지르도록 권하지는 않지만 심각하고 해로운 주장이라고 판단한다.

55. 이에 더하여 재판소는 증오선동이 필연적으로 폭력 또는 기타 범죄행위를 수반하지는 않는다는 점을 강조한다. 특정 집단에 대한 모욕, 조롱, 명예훼손을 통해 행해지는 공격은 표현의 자유가 무책임한 방식으로 행사된 상황에서 당국이 인종차별적 발언에 맞서 싸울 수 있는 충분한 이유가 된다. 이러한 점에서 재판소는 성적지향에 근거한 차별이 "인종, 출신, 피부색"에 근거한 차별과 마찬가지로 심각하다는 점을 강조한다.

56. 재판소는 전단지가 외부의 영향을 쉽게 받고 민감한 연령대에 있는 젊은이들이 사용하는 사물함에 놓여 있었으며 그로 인해 전단지 수령을 거부할 가능성이 없었다는 점 또한 고려하였다. 나아가 이 전단지 배포가 일어난 곳은 학교로, 청구인들 중 누구도 그 학교에 다니고 있지 않았고 그 곳에 자유롭게 드나들 수도 없었다.

57. "긴박한 사회적 필요"가 존재했는지 여부를 결정하기 위해 국내 법원의 접근 방식과 국가 당국이 제한을 정당화하기 위해 제출한 이유들을 고려하는 과정에서 재판소는 다음과 같은 내용들을 알게 되었다. 대법원은 청구인들에게 자신들의 생각을 표현할 권리가 있음을 인정하는 동시에 자유와 권리에는 의무가 동반됨을 강조하였다. 그러한 의무 중 하나는 용인할 수 없을 정도로 타인에게 폭력적이어서 그 사람의 권리에 대한 공격에 해당하는 진술은 최대한 피해야 한다는 것이다. 그리고 나서 대법원은 전단지에 담긴 내용이 불필요하게 공격적이라고 판단했다. 대법원은 또한 청구인들이 전단지를 학생들의 사물함 안에 넣거나 또는 그 위에 놓음으로써 학생들에게 강제하였다는 점 역시 강조하였다. 관련 고려 사항들을 비교형량한 뒤 대법원은 형법상 관련 조항들을 적용하지 않을 이유

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

가 없다고 판단했다.

58. 마지막으로 표현의 자유 제한에 대한 비례성 심사시 고려해야 할 중요한 요소는 청구인들에게 부과된 형벌의 성질 및 형량이 가혹한지 여부이다. 재판소는 청구인들이 유죄 판결을 받은 범죄의 법정형이 2년 이하의 징역형임에도 청구인들에게 징역형이 선고되지 않았음을 지적한다. 대신에 청구인들 중 세 명은 약 200유로에서 2,000유로 사이의 벌금형과 함께 선고 유예를 받았고 나머지 한 명은 집행유예를 선고받았다. 재판소는 이러한 형벌이 정황상 과도하지 않다고 판단한다.

59. 이상의 사정을 고려하였을 때 재판소는 청구인들에 대한 유죄 선고 및 청구인들에게 부과된 형벌은 정당한 목적에 비추어 비례적이고 스웨덴 대법원이 이 조치들을 정당화하면서 제시한 이유는 적절하고 충분하였다고 판단한다. 그러므로 스웨덴 당국이 청구인들의 표현의 자유 행사를 제한한 것은 타인의 명예와 권리를 보호하기 위해 민주 사회에서 충분히 필요한 것이었다.

캐나다 대법원의 Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott 사건은 성소수자 혐오표현을 처벌하는 것이 표현의 자유, 종교의 자유에 대한 침해인지 여부 및 국가가 법률을 통해 혐오표현을 제한할 수 있는 범위가 어디까지인지가 쟁점이 된 사건이다. 이 사건의 피고인 윌리엄 와콧(William Whatcott)은 기독교 신실 활동가(Christian Truth Activists)라는 이름으로 서스캐처원과 레지나 주 지역 우편함에 성소수자에 대한 증오선동을 담은 유인물을 무작위로 배포하였다. 이에 대해 서스캐처원 인권위원회가 진정을 받아 와콧을 인권법 위반으로 고발했다. 재판 과정에서 인권법상 혐오표현 처벌조항의 합헌성이 문제되었고, 결국 대법원까지 간 끝에 캐나다 대법원은 혐오표현을 금지하고 처벌하는 인권법 조항의 목적의 정당성을 인정하고 혐오표현 제한의 필요성에 대해서도 긍정하였다. 다만 혐오표현의 제한은 특정 집단을 주변화하고 증오를 초래하는 매우 좁은 범위에서만 이루어져야 한다는 이유에서, 인권법상 일부 조항에 대해서는 위헌을 선언했고 와콧의 유인물 4종 중 2종만이 혐오표현에 해당한다고 판단하였다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

캐나다 대법원

Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott, 2013 SCC 11 (2013. 2. 27.)

사건개요: 윌리엄 와콧은 기독교 신실 활동가라는 이름으로 서스캐처원과 레지나 주 지역 우편함에 4종의 유인물을 배포했다. 해당 유인물에는 "동성애자를 서스캐처원 공립학교에서 몰아내자", "서스캐처원 공립학교 내 소돔인들" 등의 문구를 담았고, 동성애자들을 취약한 어린이들을 착취하여 이른 나이에 죽음을 야기하는 병을 옮기는 사람(carriers of disease), 섹스 중독자(sex addicts), 소아성애자(pedophiles)라 묘사하였다.
이에 대해 서스캐처원 인권위원회는 와콧을 서스캐처원 인권법이 금지하는 성적지향을 이유로 한 증오선동이라 보아 고발하였다. 이에 대해 1심에서는 유죄가 선고됐으나 2심에서는 무죄판결이 이루어졌고, 이에 서스캐처원 인권위는 대법원에 상고를 제기했다.

쟁점: 성소수자에 대한 증오선동을 처벌하는 서스캐처원 인권법은 캐나다 권리와 자유 헌장(Canadian Charter of Rights and Freedoms)에 합치하는가. 또한 성경구절을 인용한 문구가 이러한 처벌 대상인 혐오표현에 해당하는가.

판단내용: 문제가 된 서스캐처원 인권법은 다음과 같은 행위를 금지한다: "차별금지사유를 근거로 어떤 개인이나 집단을 증오하거나 조롱하거나 모욕하거나 기타 존엄성을 침해하는 것을 드러내거나 드러내는 경향."
법정 다수의견은 인권법에서 혐오표현을 금지하는 것은 헌장이 보장하는 표현을 제한하는 것이라는 점에는 동의했다. 헌장이 보장하는 표현에는 폭력적이지 않은 표현만이 아니라 폭력을 선동하는 표현 역시 포함되기 때문이다. 그러나 법원은 해당 법률이 합리적인 제한을 하고 있고 따라서 헌장 제1조에 따라 정당화된다고 판단했다.
이어서 법원은 혐오표현의 핵심은 특정 집단에 소속되어 있다는 이유로 개인을 주변화하고 다수인의 관점에서 그들을 비합법적 존재로 만들며, 그들의 사회적 지위와 수용을 깎아내리려는 노력이라고 정의했다. 혐오표현은 특정 집단을 '열등하고, 하등하며, 불법적인' 존재로 여기게 하며 결과적으로 해당 집단과 그 구성원의 동등한 권리와 지위를 배제하는 것을 정당화한다. 혐오표현은 또한 표적이 된 개인이 민주사회에 참여하기 어렵게 만드는데 왜냐하면 당사자에게 '자신의 기본적 인간성'을 증명할 것을 요구하도록 하고 공적 이슈에 참여하기

에 앞서 혐오표현에 대처하도록 만들기 때문이다. 따라서 대상 법률은 '차별금지사유에 의해 보호되는 집단에 대해 차별적 취급을 선동 또는 고취할 수 있는 극단적 표현을 제거'하기 위해 긴급하고 본질적인 목적을 지닌다고 법원은 판시했다.

법원은 또한 대상 법률이 혐오표현의 효과에 주목하지 내용을 목표로 하는 것이 아니라는 점도 강조했다. 혐오표현의 법적 규제는 '사상의 검열이나 타인의 생각을 바로잡는 것'이 아니고 대상법률은 표현의 자유의 제한을 가능한 최소화하려 하고 있다. 따라서 혐오표현에 맞서는 유효한 법률은 '차별이나 다른 해로운 영향을 초래할 우려가 있는 혐오, 비합법화, 배제를 선동하는, 차별금지사유에 근거한 혐오 및 비방의 극단적 표현'이라는 한정된 좁은 범위의 표현만을 대상으로 한다.

나아가 법원은 표현의 제한에 대한 추가적인 기준도 제시했다. 첫째, 표현은 개인을 불쾌하게 하는 것을 넘어 집단을 주변화하려 할 때 비로소 제한된다. 둘째, 공적 표현이어야 한다. 사적인 표현은 이것이 설사 정서적으로 해악을 주더라도 특정 집단을 주변화하지는 않기 때문이다. 셋째, 혐오표현은 불쾌하지만 증오를 유발하지는 않는, 공격적이거나 상처를 주는 표현, 공격적 농담, 조롱, 모욕은 포함되지 않는다. 특히 이러한 혐오표현의 모든 제한은 "사람들은 취약한 집단의 권리나 특성에 대해 자유롭게 토론할 수 있지만 해당 집단에 대한 증오나 해로운 영향을 주는 방식으로 토론을 해서는 안 된다"는 원칙하에 이루어져야 한다. 법원은 또한 단지 혐오표현을 그대로 보도한 것에 대해서는 제한되지 않는다는 점 역시 분명히 했다.

이러한 혐오표현 제한 법제의 좁은 합헌성에 기초하여, 법원은 서스캐처원 인권법 규정 중 '모욕, 비하, 기타 존엄성의 침해'를 금지하는 부분은 헌장 제1조에 반하여 효력이 없다고 판단했다.

이 사건 사실관계에 대해서는 4종의 유인물 중 2종은 혐오표현으로 제한되어야 한다고 판단했다. 이 유인물들은 동성애자를 질병, 성중독자, 소아성애자, 포식자와 동일시함으로써 타인의 안전과 복지에 위협이 되는 존재로 묘사했다. 이에 비해 다른 2종의 유인물은 지역의 가장 큰 게이잡지가 남학생들이 다른 남성들을 찾는 광고를 한다는 내용을 담고 있는데, 이는 동성애자들을 불법적 존재로 내모는 모욕이나 비하가 아니라고 판단했다.

나. 혐오표현 피해에 대한 국가의 보호 및 조사 의무

앞서의 두 판결은 국가의 혐오표현 규제가 정당한지가 쟁점이 된 것이라면 유럽인권재판소 Beizaras and Levickas v. Lithuania 판결은 국가가 혐오표현 규제에 보다 적극적으로 나서

국가인권위원회
humanrights.go.kr

야 할 책임을 인정한 것이다. 이 사건은 성소수자 인권단체가 페이스북상의 혐오댓글을 고발한 것에 대해 검찰이 수사를 거부한 것이 유럽인권협약을 위반했는지 여부가 쟁점이 된 사건이다. 이에 대해 유럽인권재판소는 국가는 소수자집단이 협약 하에서 보장된 권리와 의무를 누릴 수 있도록 하기 위해 적극적인 의무를 부담하고 여기에는 혐오표현 및 동성애 증오범죄에 형법을 적용하여 대응하는 것 역시 포함된다고 보았다. 따라서 리투아니아 당국이 피해자를 차별과 사생활 침해로부터 보호해야 할 긍정적인 의무를 이행하지 않았기 때문에 유럽인권협약 제8조(사생활의 권리), 제14조(차별금지)와 제13조(실효적인 구제를 받을 권리)를 위반하였다고 판단하였다.

유럽인권재판소

Beizaras and Levickas v. Lithuania, Application no. 41288/15 (2020. 1. 14)

사건개요: 2015년 한 동성애자 남성이 자신의 배우자와 키스하는 장면을 페이스북에 게시했다. 이에 대해 800개가 넘는 댓글이 달렸는데 대부분이 성소수자에 대한 혐오가 담긴 내용이었고 그 중에는 게시자를 직접 위협하거나, '동성애자들을 거세하고 불태워야 한다', '모든 호모새끼(fagot)들은 총살해야 한다'와 같은 폭력을 선동하는 글도 있었다. 이에 게시자는 성소수자 인권단체 리투아니아 게이 리그(Lithuanian Gay League, LGL)에 해당 글들을 고발해줄 것을 요청했고, LGL은 정도가 심한 31개의 댓글을 검찰에 고발했다. 그러나 검찰은 이러한 댓글이 저속하기는 하지만 범죄가 아니며 원 게시글인 동성 간 키스 사진 자체가 사회 결속에 방해되므로 수사도 하지 않겠다는 입장을 보였고 법원에서도 마찬가지의 태도를 보였다.

쟁점: 성소수자에 대한 혐오표현에 대해 국가가 정당한 조사를 하지 않는 것은 유럽인권협약 위반인가.

판단내용: 이 사건에서 재판소는 이 사건 댓글들이 피해자들(키스 사진을 올린 동성애자 부부)의 정신적 안녕과 존엄에 영향을 주었고, 이것이 협약 제8조에서 보장하는 사생활의 영역에 해당함은 의심의 여지가 없다고 보았다. 그리고 몇몇 표현들이 피해자들의 성적지향을 언급하는 것에 비추어보면 리투아니아 국내 법원이 이들 부부가 성적지향을 드러내는 것을 승

인하지 않은 것이 재판 전 수사조차 거부된 원인 중 하나임도 분명하다고 판시했다. 따라서 재판소는 피해자들이 리투아니아 당국의 태도가 그들의 '성적지향' 때문임을 충분히 보여주었다고 판단했다.

이어서 재판소는 리투아니아 당국이 한 공격적이고 증오가 담긴 댓글들이 증오범죄를 구성하는 정도는 아니라는 주장에 동의하지 않았다. 이 사건 댓글들은 혐오표현이자 폭력선동에 해당하며, 따라서 명백하게 불법적이고 원칙적으로 국가는 적극적인 의무를 취해야 한다고 재판소는 설시했다. 나아가 증오선동은 반드시 폭력행동이나 다른 범죄행위를 요청하는 것에만 한정되지 않는다(Vejdeland a.o. v. Sweden, IRIS 2012-5/2 참조)고 보았다. 재판소는 만일 이 사건 댓글들이 성적지향을 이유로 한 증오는 물론 폭력 선동조차 아니라고 본다면, 어떠한 표현들이 그에 해당하는지 상상하기 힘들다고 설시했다. 사회구성원 대다수 사이에 일정 기간 만연한 태도나 고정관념이 개인에 대한 오직 성적지향에 근거한 차별을 정당화하지 못한다고도 설시하였다. 따라서 리투아니아 당국이 주장한 재판 전 수사 거부 근거들은 민주국가의 법치주의 원리에 부합하지 않는다.

재판소는 또한 리투아니아 당국의 이 사건 댓글은 대다수가 각각 다른 사람들에 의해 이루어진 것이어서 '시스템적 특성'을 보이지 않는다는 주장에 대해서도 동의하지 않았다. 재판소는 성소수자에 대한 폭력을 선동하는 혐오댓글이 오직 하나만 페이스북에 게시되었더라도, 그것만으로 심각성은 충분히 있고, 나아가 실제 상황은 단지 댓글 하나 이상의 문제였다고 설시했다. 실제로 이 사진은 온라인에 퍼졌고 800개 이상의 댓글이 달렸다. 또한 재판소는 유럽위원회(ECRI)가 작성한 리투아니아의 인종차별과 불관용에 대한 보고서를 인용하면서, 리투아니아가 이러한 영역에서 문제점을 갖고 있고, 대다수의 혐오표현은 인터넷과 소셜네트워크에서 이루어지고 있다는 점도 지적했다.

마지막으로 재판소는 폭력 선동을 포함해 가장 심각한 혐오표현을 한 개인에 대한 형사적 제재는 정당하고 심지어 필요하며, 이는 개인의 성적지향과 성생활을 대상으로 한 혐오표현에도 적용된다고 이야기하였다. 그럼에도 리투아니아 당국의 차별적 태도로 인하여, 리투아니아의 관련 형법조항이 이 사건에 적용되지 않았고 피해자들에게 응당한 보호가 주어지지 않았다.

이러한 이유에서 재판소는 다음과 같이 판결했다. 첫째, 청구인과 동성애 공동체 일반을 향해 개인들이 자행한 폭력선동을 포함한 혐오댓글들은 성소수자들에 대한 적대적 태도에 의해 이루어진 것이다. 둘째, 리투아니아 당국이 이 사건 댓글이 증오, 폭력 선동에 해당하는지 여부에 대해 제대로 조사할 의무를 방기한 것의 근저에는 차별적 의도가 깔려 있다. 따라

국가인권위원회
humanrights.go.kr

서 재판소는 리투아니아 당국이 피해자를 차별로부터 보호할 적극적 의무(협약 14조)와 그들의 사생활의 권리(협약 8조)를 충족하지 못했기에 유럽인권협약을 위반했다고 판단했다. 또한 재판소는 리투아니아가 청구인의 성적지향을 이유로 한 차별 진정에 제대로 대응하지 못했고 이는 협약 제13조(효과적인 보상을 받을 권리)를 위반한다고 보았다. 이에 따라 피해자들의 보상을 위해 총 15,000유로의 배상을 명하였다.

다. 집회·결사를 통한 조직적 혐오표현에 대한 대응

혐오표현이 일부 개인이 아니라 조직화된 단체의 행동이나 집회를 통해 이루어지는 경우도 있다. 유럽, 미국 등에서 극우단체가 인종차별을 슬로건으로 하는 집회를 하거나 일본 극우단체가 혐한집회를 하는 일들이 그러하다. 성적지향 · 성별정체성에 관해서도 보수개신교 등 반성소수자 단체에서 성소수자에 대한 차별, 폭력을 선동하는 구호를 외치며 집회가 이루어지곤 하며, 이는 한국에서도 종종 목격되는 장면이다.

이렇게 성적지향 · 성별정체성을 이유로 증오를 선동하는 집회가 이루어질 때 국가가 이를 금지할 수 있는지가 쟁점이 된다. 집회의 자유는 표현의 자유와 더불어 민주국가에서 중요하게 보장되는 기본권이고 따라서 집회에 대한 금지는 어디까지나 최후의 수단이어야 하기 때문이다. 또한 특정 집회가 문제적인 내용이 있다고 해서 금지를 할 경우에는 반대로 성소수자 등 사회적 소수자가 하는 집회 역시 국가가 그 내용을 이유로 금지를 할 우려도 있다.

미국의 스코키(Skokie) 사건은 이렇게 집회를 통한 증오선동을 규제할 수 있는지가 쟁점이 된 사안이다. 해당 사건은 1977년 유대계 주민이 다수 거주하는 일리노이 주 스코키 마을에서 국가사회당이라는 네오나치 단체가 "백인의 표현의 자유" 보장을 요구하는 시위를 계획하면서 시작되었다. 이에 대해 주 순회법원이 나치마크 게양, 군복착용, 인종 · 종교적 증오선동 표현물 배포를 금지하였고, 마을에서도 이러한 취지로 혐오집회를 금지하는 조례를 제정하자 국가사회당은 위헌소송을 제기했다. 그리고 주 대법원은 나치마크가 수정헌법 제1조에서 보장하는 정치적 언론이고 청중의 폭력반응이 야기된다는 점만을 이유로 한 사전억제는 허용되지 않기에, 주 순회법원의 금지명령은 위헌이라고 판단했다. 또한 제7연방항소법원은 비슷한 취지에서 마을의 집회금지조례는 위헌이라 판단했다. 이에 대해 마을에서는 연방대법원에 재량항소를 요청했으나 대법원은 수리를 하지 않았다.[21]

---

21 박용숙, "미국에서의 증오표현행위의 규제에 관한 판례경향", 강원법학 제41권 (2014). 478-482.

미국의 경우 이처럼 네오나치 단체의 표현 · 집회에 대해 수정헌법 제1조에서 보장되는 표현이라고 인정한 반면, 유럽 쪽에서는 이에 대해 더 엄격하게 판단을 내리고 있다. 2020년 핀란드 대법원은 네오나치 단체 Nordic Resistance Movement(NRM)의 활동을 금지해야 한다고 판결했다. 해당 단체는 북유럽 국가에서 활동하는 단체로 지속적으로 이주민, 성소수자, 유대인에 대한 혐오표현을 전파하고 노르웨이 내에서 여러 폭력사건을 일으켰다. 이에 2017년 국가정책위원회는 이들의 행동이 핀란드 결사법(association law)에 위반된다고 보아 소를 제기했고, 하급심 법원과 대법원 모두 청구를 인용하였다. 판결에서 법원은 NRM의 목적이 불법적이고 이들이 소수자들에 대한 선동과 회원들의 폭력행위를 지지하여 이는 핀란드 법과 국제인권법에 모두 위반되는 바라고 지적하며, 핀란드 내 NRM의 활동을 모두 금지하였다.[22]

이렇게 미국과 핀란드에서 다른 판단이 나온 것은 네오나치 단체의 활동에 대해 가지는 역사적 경험 차이도 있겠지만 무엇보다 후자의 경우 그 활동이 갖는 해악이 보다 분명하고 직접적인 측면도 있었다고 판단된다. 영국 고등법원의 Birmingham City Council v Afsar & Ors 사건 역시 성소수자 혐오에 기반한 시위의 직접적인 해악이 문제가 된 사례이다. 이 사건은 영국 버밍엄 초 · 중등학교에서 성소수자 관련 교육을 한다는 이유로 지속적인 항의시위가 있자 학교 측이 이에 대해 금지명령(injunction)을 신청한 사건이다. 이에 대해 법원은 영국의 평등법에 기반하여 금지명령이 가능하며 이것은 시위 주최자인 피신청인들에 대한 차별이 되지 않는다고 판단했다. 다만 이러한 시위 금지는 오직 집회의 방식만을 제한할 뿐 내용을 제한하기는 어렵다고 판시하며, 그 제한 구역, 시간, 방식 역시 합리적인 수준이어야 한다는 한계를 제시했다.

영국 고등법원

Birmingham City Council v Afsar & Ors, EWHC 3217 (QB) (2019. 11. 26.)

사건개요: 이 사건은 영국 버밍엄의 Anderton Park Infant and Junior School에서 성소수자 관련 교육을 한다는 이유로 지속적인 항의시위가 이루어지자, 버밍엄 시의회가 금지명령을 청구한 사건이다. 학부모와 이슬람 종교인 등으로 구성된 해당 시위대는 학교의 성소수자

22 Daniel Sallamaa & Tommi Kotonen, "The Case Against the Nordic Resistance Movement in Finland: An Overview and Some Explanations", University of Oslo (2020), https://www.sv.uio.no/c-rex/english/news-and-events/right-now/2020/the-case-against-the-nordic-resistance-movement.html (2021. 11. 30. 확인).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

교육이 이슬람 교리에 부합하지 않고 아이들의 나이대에 적합하지 않다고 주장하며 2019년 5월 중순부터 6월까지 지속적으로 시위를 했다. 이에 대해 버밍햄 시의회는 법원에 해당 시위에 대한 금지와 시위대가 소셜미디어를 통해 교사들을 공격하지 못하도록 할 것을 구하였다.

쟁점: 성소수자에 대한 증오를 선동하는 집회에 대해 금지를 구할 수 있는가, 그 한계는 무엇인가

판단내용: 법원은 이 사건의 쟁점을 다음과 같이 정리했다.

(1) 시의회의 주장이 법률에 근거한 것인지 여부

(2) 시의회의 주장이 하나 이상의 합법적 목적을 추구하는 것인지, 아니면 학교가 가르치는 내용이 평등법에 반하는 윤리와 종교를 차별하는 내용이므로 금지명령을 내리는 것이 잘못된 것인지 여부

(3) 만일 시의회의 주장이 법에 근거하고 합법적 목적을 추구한다 해도, 민주사회에서 괴롭힘을 유발하거나 공공에 폐를 끼치거나 하는 항의나 비판을 금지할 수 있는지 여부

법원은 또한 이 사건이 사생활과 가족생활의 권리, 사상·양심·종교의 자유, 표현의 자유, 평화적 집회, 결사의 자유 등 다양한 권리와 연관되어 있다고도 판시했다. 이러한 점들을 고려하여 법원은 다음과 같이 판결했다.

> 시의회가 근거로 드는 법률은 법원으로 하여금 이러한 청구에 대해 금지명령을 가능하도록 하고 있다. 청구는 무질서를 막고 명예와 타인의 권리를 보호하기 위한다는 점에서 정당한 목적이 인정된다. 이러한 목적을 추구하는 한에서 금지명령의 허용은 평등법(Equality Act 2010)에 반하지 않는다. 다만 반사회적 행동, 공중 소란, 도로교통 방해는 이러한 정당한 목적이 되지 않는다. 대조적으로 피신청인들이 교육과정의 내용에 관련하여 문제제기하는 부분은 평등법의 범위를 벗어난다. 따라서 이러한 예비적 금지명령은 위법한 차별이 되지 않는다. 법원은 어떠한 경우에도 이것이 차별이라고 생각하지 않는다. 피신청인들은 항의의 정당성을 주장하며 학교의 교육에 대해 잘못 이해하고 잘못 해석한 허위의 내용을 유포하고 있다. 실제 이루어지는 교육 내용은 제한적이며 적법하다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

비록 교육내용에 대해 허위 사실 유포가 이루어지고는 있으나, 시의회는 항의자들의 표현 내용 자체를 규제할 수는 없고 표현이 이루어지는 방식의 규제만을 구할 수 있을 뿐이다. 이러한 제한들이 거리 시위자들에 대해 이루어지는 것은 전술한 바와 같이 민주사회에 있어 필요하고 비례적이며 정당하다. 개연성에 대한 균형을 고려했을 때 피신청인들은 학교 교육에 대해 극단적인 반대를 표명한 것에 대해 책임을 져야 한다. 하지만 설령 이들의 행동이 잘못됐더라도 배제해야 하는 구역과 제한의 빈도 및 시간, 확성기 사용 등은 시위자들의 표현의 자유에 비추어 합리적인 개입이 되어야 한다.

하지만 시위자들이 소셜미디어에 하는 표현들에 대해서는 규제가 부과되어야 한다고 볼 증거가 없다. 따라서 법원은 원고 1, 2, 3과 성명불상인에 대한 금지명령을 인용한다. 소셜미디어 상에서의 표현에 대한 제한은 인용하지 않는다.

라. 혐오에 기반한 반대집회로 원집회가 방해받을 때 국가의 역할

어떠한 집회에 대해 해당 집회에서 이야기하는 주장을 반대하는 반대집회를 개최하는 것은 집회의 자유에 의해 보장되는 행위이다. 다만 이러한 반대집회에 있어서도 그 한계는 있다. 바로 원집회의 집회의 자유를 침해해서는 안 된다는 것이다. 이와 관련하여 유엔 집회 및 결사의 자유 특별보고관과 비사법적, 약식 또는 자의적 처형 특별보고관은 2016년 공동보고서에서 "반대시위가 적법하게 모인 타인의 권리를 방해할 의도로 조직된 경우에는 평화적 집회의 권리 보호가 적용되지 않는다"고 하였다.[23] 유럽인권재판소 역시 1988년 Plattform 'Ärzte für das Leben' v. Austria 사건에서 "반대시위를 할 권리는 시위를 할 권리를 금지하는 데까지 확장될 수 없다"고 판시했다.[24]

따라서 성소수자 집회에 대해 성소수자 혐오에 기반한 반대집회가 개최되는 것 자체를 바로 금지할 수는 없더라도 만일 이러한 반대집회가 원집회 자체를 방해할 목적에서 이루어지거나 실제로 원집회를 폭력적으로 방해한다면 이에 대해서는 제지가 가능하다. 그리고 이러한 경우에 요구되는 것이 국가기관의 적절한 개입이다. 유엔 자유권위원회 역시 2020년 평화

23 Human Rights Council, "Joint Report of the Special Rapporteur on the Rights to Freedom of Peaceful Assembly and of Association and the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions on the Proper Management of Assemblies" UN 문서 A/HRC/31/66 (2016. 2. 4.)

24 10126/82, A/139, [1988] ECHR 15

국가인권위원회
humanrights.go.kr KOR

적 집회의 권리에 관한 일반논평 제37호에서 국가가 집회 참가자를 반대 집회 등의 폭력으로부터 보호하는 것을 포함해 평화적 집회를 촉진할 책임이 있고, 때로는 국가가 특별한 조치, 가령 거리를 차단하거나, 교통을 재배치하거나, 경비를 하는 등의 조치를 할 수 있다고 설시했다.[25]

그럼에도 프라이드 행진 등 성소수자 집회가 반대집회에 의해 방해받을 때 경찰 등 국가기관이 적절히 개입하지 못하여 피해가 발생하는 사례가 종종 발생하곤 한다. 유럽인권재판소 Identoba and Others v. Georgia 사건은 바로 이렇게 경찰이 성소수자 혐오에 기반한 집회방해에 적절히 대응하지 않은 것에 대해 국가의 책임을 인정한 판결이다. 이 사건은 2012년 조지아에서 이루어진 성소수자 행진이 반대집회에 의해 방해받았음에도 현장에서 제대로 대처하지 않은 경찰을 상대로 행진 주최단체가 청구한 사건이다. 이에 대해 유럽인권재판소는 앞서 Plattform 'Ärzte für das Leben' v. Austria 사건에서 언급한 반대집회의 한계를 이야기하면서, 유럽인권협약 제11조 집회 및 결사의 자유에는 국가가 집회에 간섭하지 않을 소극적 의무와 더불어 평화로운 집회를 보장할 적극적 의무도 포함된다고 판시하였다. 그렇기에 재판소는 국가기관이 반대집회의 폭력적인 집회 방해를 인정하지 못한 것은 집회 주최자 및 참가자들의 고문 또는 비인도적 처우를 받지 않을 권리, 집회의 자유, 평등권을 침해하였다고 판단하고, 각 4,000~1,500유로의 손해배상책임을 인정하였다.

유럽인권재판소

Identoba and Others v. Georgia, Application no. 73235112 (2015. 5. 12.)

사건개요 : 이 사건의 청구인은 조지아의 성소수자단체 Identoba와 13명의 개인들이다. Identoba는 2012년 5월 17일 국제성소수자혐오반대의날을 기념해 조지아 수도 트빌리시에서 행진을 기획했다. 당시 조지아는 성소수자에 대한 혐오가 극심하였기에 Identoba는 행진을 앞두고 정부와 지자체에 특별히 보호를 요청하였다.

그러나 당일 행진이 시작되자마자 두 종교단체가 이에 맞서 반대시위를 개최하며 행진을 가로막았다. 반대시위자들은 행진참가자들을 '변태', '죄인', '호모새끼' 등이라 부르며 혐오표현

25 Human Rights Committee, "General comment No. 37 – Article 21: Right of Peaceful Assembly", UN 문서 CCPR/C/GC/37 (2020. 7. 27.)

을 내뱉었고, 급기야는 행진참가자들이 들고 있는 피켓을 빼앗아 부수고 앞 열의 참가자들을 밀치고 발로 차는 등 폭력을 행사했다.

조지아 경찰은 이러한 집회방해에 제대로 대처하지 않았다. 처음 반대시위자들이 혐오표현을 할 당시 소수의 순찰대원들만이 현장에 있었고 개입을 거부했다. 행진 참가자들이 반대시위자에게 폭력을 당할 때서야 경찰이 개입했으나 그 과정에서도 반대시위자들이 계속해서 혐오표현을 하는 것에 대해서는 어떠한 제지도 없었다. 심지어 경찰들은 자신들에게 항의하는 행진참가자들을 오히려 구금하기도 했다.

사건 이튿날인 5월 18일 Identoba와 행진참가자들은 반대시위자들을 검찰에 고소했다. 그러나 수사당국은 반대시위자 중 단 2명에 대해서만 공공질서법 위반으로 과태료처분을 내렸고 나머지에 대해서는 불기소하거나 3년이 지나도록 어떠한 조사도 실시하지 않았다.

쟁점 : 소수자에 대한 혐오에 기반한 반대집회의 한계는 무엇인가. 반대집회에 의해 원집회 참가자들의 집회의 자유가 제한될 때 국가의 역할은 무엇인가

판단내용: 유럽인권재판소는 조지아 정부가 반대시위로부터 행진참가자들을 보호하지 않은 것이 유럽인권협약 제3조(고문의 금지), 제11조(집회 및 결사의 자유), 제14조(차별의 금지)를 위반한 것이라고 판단했다.

먼저 협약 제3조, 제14조 위반과 관련하여 이 사건에서 청구인들이 당한 폭력과 혐오표현 등이 협약 제3조 고문 및 비인도적 대우를 받지 않을 권리의 침해인지가 문제되었다. 이에 대해 재판소는 "협약 제3조는 사인에 의해 행해지는 부당한 대우도 포함하며", 특히 "인간 존엄성을 훼손할 정도의 심각성을 갖고 행해진 차별적 처우도 원칙적으로 제3조에 포섭됨"을 강조하였다. 또한 이러한 부당한 대우에 대한 조사를 할 때 국가는 가능한 차별적 동기를 밝히기 위한 모든 조사를 하여야 하며, "차별적 의도에서 행해진 폭력과 만행을 다룸에 있어, 이러한 동기가 없는 사건과 동일하게 취급하는 것은 기본권을 특히 파괴하는 이러한 행위의 특수한 본질에 눈을 감는 것"이며, 이는 협약 제14조 차별금지원칙을 위반한 것임을 강조했다.

위와 같은 원칙에 비추어 재판소는 청구인들이 당한 폭력과 혐오표현은 성소수자에 대한 차별적 동기에서 이루어졌으며, 이는 인간 존엄성에 비추어 용납할 수 없다는 점에서 (협약 제14조와 결합하여) 협약 제3조가 금지한 고문, 비인도적인 행위에 해당한다 보았다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

그럼에도 재판소는 국가가 청구인들에 대해 적절한 보호를 제공하지 않았다고 인정했다. 특히 Identoba가 사전에 예상되는 폭력에 대해 보호를 요청했음에도 행진 초기 소수의 경찰관만이 배치되었고 혐오표현에 대한 어떠한 경고도 하지 않음으로써 사태를 더 악화시켰다는 점에 재판소는 주목했다. 나아가 사건 이후에도 당국은 차별적 동기에 대한 어떠한 조사도 하지 않았고 사건을 개별적 문제로 축소시켜 오직 2명에 대해서만 과태료 처분을 내렸다. 이에 대해 재판소는 이러한 소극적 조사와 행정처분은 협약 제3조에 따른 국가의 절차적 의무를 위반한 것으로 판단했다. 그러면서 다음과 같이 강조했다.

> "법집행 기관이 이처럼 엄격하게 접근하지 않으면, 편견에 기반한 범죄는 함축된 의미를 상실하고 다른 일반적인 케이스랑 동일하게 다뤄질 수밖에 없고, 결과적으로 그러한 무관심은 증오범죄에 대한 묵인, 심지어 동조와 다를 바 없다고 본다."

결과적으로 재판소는 이 사건에서 국가가 협약 제14조와 결합한 협약 제3조에 따른 적극적 의무를 위반하였다 판단하였다.

다음으로 협약 제11조, 제14조 위반과 관련하여, 조지아 정부는 이 사건으로 청구인들의 집회의 자유가 침해되었다는 주장에 대해 비록 경찰의 대처가 조금 지연된 사실은 인정하나, 국가기관은 집회 보호 수단에 대한 광범위한 재량이 존재하며 이 사건에서 재량을 일탈하지 않았다 주장하였다.

이에 대해 재판소는 민주주의, 집회의 자유의 의의, 반대집회의 한계에 대한 의미 깊은 판시를 하며 정부의 주장을 기각했다. 먼저 재판소는 "민주사회의 특질은 다원주의, 관용, 넓은 마음이며, 국가는 이러한 요소에 대한 최종 보증인이어야 함"을 강조했다. 이어서 "진정으로 유효한 평화적 집회의 자유는 단지 국가가 이를 방해하지 않을 의무로 축소될 수 없으며, 협약 제11조를 보장하기 위해서는 적극적인 조치가 취해질 것 역시 요구되고", "이는 특히 대중적이지 않은 견해를 갖고 있거나 소수자 집단에 속한 사람에게 중요한데, 이들은 피해를 받기 취약한 위치에 있기 때문이다"고 설시하였다.

그러면서 앞서 Plattform 'Ärzte für das Leben' v. Austria 사건에서도 이야기한 "민주주의에서 반대시위의 권리는 시위를 할 권리를 금지하는 데까지 확장될 수 없다"는 원칙을 재차 강조했다. 또한 협약 제14조의 차별금지에는 '성적지향·성별정체성에 따른 차별금지' 역시 포함된다는 사실도 설시하였다.

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

위와 같은 원칙에 비추어 재판소는 조지아 당국이 청구인들의 집회의 자유를 침해하였다 보면서 다음과 같이 판시하였다.

> "재판소는 당국이 5월 17일 행진을 한다는 사실을 5월 8일에 알고 있었음에도, 9일의 기간 동안 세심한 준비과정을 하지 않았음을 재차 강조한다. 성소수자에 대한 조지아 사회의 태도를 보았을 때, 당국은 국제성소수자혐오반대의날에 진정단체의 거리행진과 관련된 긴장의 위험을 알고 있었어야 한다. 따라서 당국은 가능한 모든 수단을 사용할 의무가 있었다. 예를 들어 잠재적 법 위반자에게 가능한 제재의 유형을 경고하거나, 시위에 앞서 단호하게 관용과 화해의 입장을 공개성명으로 선언할 수 있었다. 나아가 성소수자 행진의 결과로 보아 시위 현장에 배치된 경찰인력이 부족했음이 분명하고, 당국은 충돌가능성에 대비해 더 많은 경찰인력을 배치하거나 폭동진압반을 동원하는 것이 필요했다."

위와 같이 재판소는 조지아 당국이 협약 제3조, 제11조, 제14조에 의거한 청구인들의 권리를 침해하였음을 인정하였다. 이에 따라 재판소는 조지아 당국에 협약 제41조에 따른 정당한 구제조치로서 청구인들에게 각 4,000 ~ 1,500 유로의 손해배상을 하도록 명하였다.

마. 미디어 자율규제를 통한 혐오표현 대응

앞서 살펴본 혐오표현에 대한 대응은 주로 증오선동을 처벌하는 형법이나 차별금지법 등 법률에 근거해 혐오표현 행위자를 처벌하거나 이러한 혐오표현 피해에 대해 조사할 국가의 의무를 규정한 사례이다. 그러나 현실에서 일어나는 혐오표현의 유형과 양상은 다양하고 이 모든 것들을 법으로 규율하기에는 한계가 있다. 특히 형법을 통한 규제는 국가 형벌권이라는 엄격히 제한된 수단을 사용하기에 기본적으로 증오, 폭력, 차별을 선동하는 경우에만 적용되는 경우가 많고, 이보다 정도가 약한, 하지만 해악은 분명한 편견, 고정관념의 전파는 처벌되지 않고 공백으로 남아 있기도 한다.

이러한 상황에서 필요한 것이 법률이 아닌 여러 행정기구를 통한 자율적 규제이다. 여기에는 선거관리위원회의 선거기간 혐오표현 대응, 방송통신심의위원회의 방송에서의 혐오표현 규제 등이 포함된다. 나아가 사회 전반의 평등에 관한 인식을 높이는 캠페인 등도 혐오표현을 예방하기 위한 행정적 방법이라 할 것이다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

특히 방송 등 미디어를 통한 혐오표현의 경우 그 전파력과 영향력이 상당하기에 증오선동법을 두고 있는 유럽국가들에서는 동시에 미디어 관련 법률이나 감독기구를 통해 미디어에서의 혐오표현에 대응하고 있다. 대표적으로 영국은 커뮤니케이션법(Communication Act 2003)에 근거하여 방송통신통합규제기구로 오프콤(Ofcom)을 두고 있는데, 오프콤 방송규정은 혐오표현을 담은 표현물은 텔레비전, 라디오, BBC ODPS에서 금지된다고 명시하고 있으며, 혐오표현의 정의를 '장애, 민족, 성, 성별재지정, 국적, 인종, 종교, 성적지향 등에 대한 불관용을 통해 적대감을 확산, 선동, 증진 또는 정당화하는 모든 형태의 표현'으로 설명하고 있다.[26]

영국 오프콤 방송규정 (Ofcom Broad Cast Code)

2.3. 일반기준을 적용함에 있어 방송사업자는 불쾌감을 유발할 수 있는 요소가 맥락에 의해 정당화되도록 보장해야 한다. 이러한 요소에는 공격적 언어, 폭력, 성, 성폭력, 모욕, 고통, 인간존엄성 침해, 차별적인 취급이나 언어사용(예를 들어 연령, 장애, 성별재지정, 임신 또는 출산, 인종, 종교 또는 신념, 성과 성적지향, 결혼 및 시민 결합에 근거한), 그리고 프로그램에 참여한 것으로 인해 상당한 해악을 받을 위험에 놓인 개인에 대한 처우 등이 포함된다. 방송은 또한 불쾌감을 최소화하기 위해 적절한 정보를 제공해야 한다.

3.1. 범죄행위나 무질서를 선동하는 요소는 텔레비전, 라디오서비스, BBC ODPS에서 금지된다.

메모: 여기서 요소에는 직간접적으로 범죄행위나 무질서를 촉구하는 컨텐츠, 테러리즘이나 그밖의 범죄행위, 무질서를 부추기는 요소, 범죄행위나 무질서를 부추길 우려가 있는 혐오표현이 포함된다.

혐오표현의 의미: 장애, 민족적 출신, 사회적 출신, 젠더, 성, 성별재지정, 국적, 인종, 종교

26 한국언론법학회, "2019년도 해외언론법제연구보고서 : 해외 각국의 혐오표현 관련 미디어 규제 현황과 법제 연구", 언론중재위원회 (2019), 61-62.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

또는 신념, 성적지향, 피부색, 유전형태, 언어, 정치적 또는 기타 견해, 소수민족 정체성, 가난, 출생 또는 연령을 이유로 한 불관용에 기반하여 증오를 전파, 선동, 촉진, 정당화하는 모든 형태의 표현

영국 외에도 유럽 국가들의 미디어 관련 기구들은 성적지향 · 성별정체성을 이유로 한 혐오표현을 금지하는 규정 등을 두고 있다. 오스트리아의 언론 위원회 규정은 "나이, 장애, 성별, 기타 민족적, 국적, 종교적, 성적, 사상적 근거에 기반한 차별은 금지된다"고 규정하고 있고, 벨라루스 언론인 조합은 2006년 언론윤리원칙을 선언했는데 여기에는 인종, 국적, 종교, 성, 성적지향, 정치적 또는 다른 견해가 보호되는 사유로 규정된다.[27] 또한 호주의 방송서비스법(Broadcasting Services Act 1992) 123조는 라디오 및 텔레비전 산업체는 방송 운영에 있어 적용할 행동강령을 제정해야 하고, 이러한 행동강령을 제정할 때 프로그램의 묘사가 민족, 국적, 인종, 성별, 성적지향, 연령, 종교, 정신적 · 신체적 장애를 이유로 특정 개인이나 집단에 대한 증오를 선동하지 않도록 하는 것을 고려해야 한다고 규정한다.

III. 요약과 함의

헌법 제21조는 표현 · 집회 · 결사의 자유를 보장하고, 이는 헌법 제11조와 결합하여 당연히 성적지향 · 성별정체성을 이유로 한 차별없이 누구에게나 동등하게 보장되어야 한다. 그럼에도 한국에서 성소수자 개인과 단체는 지자체에 현수막 게시를 거부당하거나 경찰로부터 퀴어퍼레이드에 대한 금지통고를 받거나 공공기관에서 단체 행사를 위한 대관을 거부당하는 등의 차별을 겪고 있다. 또한 성소수자 단체가 법인설립을 불허당하는 결사의 자유 침해도 계속해서 발생하고 있다. 지금까지 일어난 주요 차별사례를 정리해보면 다음과 같다.

---

27 Article 19, Addressing 'Hate Speech' Through Media Self-Regulation: Belarusian Practice in European Perspective (2019), 12-13.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

국가/공공기관의 성소수자 표현/집회/결사의 자유 침해 사례

- 2013년 서울 마포구청, 성소수자차별반대 무지개행동에 대해 홍대 앞 걷고싶은거리의 나무무대 사용 신청 거부
- 2014년 서울 서대문구청, 제15회 퀴어문화축제 퍼레이드 장소 사용 승인 취소
- 2015년 서울지방경찰청 및 서울남대문경찰서, 제16회 퀴어문화축제 퀴어퍼레이드에 대한 옥외집회금지통고
- 2015년 대구 중구청, 제7회 대구퀴어문화축제 퀴어퍼레이드에 대해 동성로 야외무대 사용 불허
- 2015년 대구지방경찰청 및 대구중부경찰서, 제7회 대구퀴어문화축제 퀴어퍼레이드에 대한 옥외집회금지통고
- 2015년 법무부, 비온뒤무지개재단 사단법인 설립 신청 거부
- 2015년 방송통신심의위원회, 여고생 간의 키스장면을 방영한 JTBC 드라마에 대해 '경고' 징계를 내림
- 2017년 동대문구시설관리공단, 퀴어여성생활체육대회에 대한 동대문구체육관 대관 취소
- 2018년 인천 동구청, 인천퀴어문화축제에 대한 동인천역 북광장 사용 협조 거부
- 2017–2019년 부산 해운대구청, 부산퀴어문화축제에 대한 도로점용불허
- 2015–2019년 서울시, 서울퀴어문화축제의 서울광장 사용신고를 부당하게 지연처리 해옴
- 2020년 서울교통공사, "성소수자는 당신의 일상 속에 있습니다"는 내용의 지하철 광고 게시 불승인
- 2021년 서울시, 서울퀴어문회축제조직위원회의 법인 설립 거부

이렇게 반복적으로 이루어지는 표현 · 집회 · 결사의 자유의 침해 양상을 보면 그 거부 사유가 점차 교묘해진다는 특징이 있다. 2013년 마포구청이 성소수자차별반대 무지개행동의 무대사용을 거부했을 때 이야기한 사유는 "주민화합에 지장을 초래하고, 어린 학생들도 통행하는 장소이므로 승인할 수 없다"는 것이었다. 명백하게 성소수자에 대한 차별과 편견을 드러낸 것이다. 이에 비해 2017년 동대문구시설관리공단이 퀴어여성생활체육대회의 체육관대관을 취소한 것은 실제로는 성소수자 행사라는 이유로 혐오에 기반한 민원이 제기되었기 때문임에도, 공단이 이야기한 표면적인 사유는 천장공사가 예정되어 있다는 것이었다. 결사의

자유 침해의 경우에도 2017년 법무부가 비온뒤무지개재단의 법인설립을 거부했을 때 이야기한 사유는 해당 단체가 보편적 인권을 다루지 않는다는 것이었다. 그러나 이것이 대법원까지 가서 위법함이 인정되자, 2021년 서울시는 서울퀴어문화축제 조직위의 법인설립을 거부하면서 축제 참가자의 위법행위와 같은 다른 이유를 내세웠다.

이처럼 국가, 지자체, 공공기관이 드러내놓고 성적지향 · 성별정체성을 이유로 표현 · 집회 · 결사의 자유를 제한한다고 이야기하지 못하는 이유는 이러한 차별이 헌법과 법률에 위반됨이 너무나도 명백하기 때문이다. 그렇기에 성소수자의 표현 · 집회 · 결사의 자유 침해문제는 단지 법률을 제정하는 문제라기보다는 관련 공무원 및 공공기관 직원들의 인권의식을 제고하는 방식으로도 대응이 이루어져야 한다. 유럽인권재판소가 관련 판결에서 반복적으로 강조한 "민주사회의 특질은 다원주의, 관용, 넓은 마음이며, 국가는 이러한 요소에 대한 최종 보증인이어야 하고," "이는 특히 대중적이지 않은 견해를 갖고 있거나 소수자 집단에 속한 사람에게 중요한데, 이들은 피해를 받기 취약한 위치에 있기 때문이다"는 원칙이 한국 사회에서도 확고한 원칙으로 자리잡기 위해서는 국가 차원의 교육, 홍보, 캠페인 등 지속적인 정책들이 마련되어야 한다. 한편으로 이러한 정책을 실현할 수 있는 근거를 마련하고, 또한 은폐된 차별의도를 입증책임의 배분을 통해 보다 쉽게 인정받을 수 있도록 하는 장치로서 포괄적 차별금지법 제정이 절실한 과제라 할 것이다.

한편 혐오표현과 관련한 여러 연구들은 성소수자들이 혐오표현의 대표적인 대상이 됨을 보여주고 있다. 2016년 국가인권위원회의 '혐오표현 실태조사 및 규제방안 연구'에 따르면, 성소수자의 92.2%가 오프라인에서 성소수자에 대한 혐오표현을 경험한 것으로 나타나 장애인, 이주민, 비성소수자 남성, 여성에 비해서도 높은 수치를 보였다. 나아가 온라인에서는 성소수자에 대한 혐오표현을 경험했다는 응답이 98%에 달하였다.[28] 서울시의 '2020년도 청년 인권의식 및 혐오표현 실태조사'에서도 자주 보거나 들었던 혐오표현 대상을 묻는 질문에 성소수자'(53.8%), '장애인'(50.6%), '성별'(43.9%), '사상이나 정치적 입장'(33.1%), '종교'(28.9%) 등의 순으로 응답이 이루어졌다.[29]

성소수자가 겪는 혐오표현은 다양한 형태로 이루어진다. 가령 '동성애는 어릴 때의 잘못된 경험으로 인한 것이다', '성정체성은 치료될 수 있는 것이다'와 같은 편견을 드러내거나 '더럽다', '똥꼬충', '정신병자'와 같은 성소수자 집단을 비하하는 멸칭으로 이루어지기도 한다. 때로는 극단적인 폭력성과 적대성을 드러내는 경우도 있는데, 퀴어퍼레이드를 둘러싸고 직장

28 홍성수 외, 앞 보고서, 94, 115.
29 박진우 외, "2020년도 청년 인권의식 및 혐오표현 실태조사", 서울특별시 (2020), 89–90.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

에서 이야기를 하던 중 한 직장동료가 "만약 내 옆에 '저런 것들'이 있으면 다 때려죽이겠다"는 말을 하는 것을 들은 사례도 있다.[30]

이러한 성소수자에 대한 혐오표현은 미디어나 정치인 등 공적으로 영향력이 있는 이들에 의해서 이루어지기도 한다. 특히 정치인들이 공공연히 성소수자에 대한 혐오를 드러내는 것이 수년 전부터 선거기간 때마다 반복된 문제이다. 최근 이루어진 2021년 4월 7일 서울시장 부산시장 보궐선거를 앞두고 안철수 서울시장 후보가 "퀴어퍼레이드에 대해 거부할 권리가 있다"고 이야기하거나, 21대 국회의원 선거 당시 미래통합당 후보들이 소셜미디어 등에 "사회가 동성애를 당연한 것으로 받아들이는 풍토에 빠지는 것을 막겠다"는 이야기를 한 일 등이 그러하다. 실제 21대 국회의원 선거운동 과정에서 이루어진 혐오표현을 모니터링한 보고서에 따르면, 혐오표현 대상별로 건수를 집계했을 때 성소수자를 대상으로 한 혐오표현이 25건으로 가장 많은 것으로 나타났다.[31] 한편 미디어에서의 혐오표현도 빈번하게 이루어진다. 2020년 국가인권위원회의 '트랜스젠더 혐오차별 실태조사'에 따르면 트랜스젠더 응답자의 590명 중 515명(87.3%)이 12개월 동안 언론(방송, 신문사, 인터넷 뉴스 등)에서의 트랜스젠더 혐오표현을 접한 경험이 있다고 답하였다.[32]

또한 퀴어문화축제 등 성소수자 집회에 대해 혐오에 기반한 조직적인 반대집회가 이루어지고 이로 인해 참가자들이 심각한 피해를 받는 일도 발생하고 있다. 2018년 제1회 인천퀴어문화축제 당시 이루어진 조직적인 집회방해와 증오범죄는 성소수자가 겪는 혐오의 현실에 경종을 울린 사건이다. 2018년 동인천역 북광장에서 제1회 인천퀴어문화축제가 개최될 예정이었으나, 보수개신교 단체 등 반동성애세력이 천명이 넘게 몰려와 참가자들을 에워싸고 각종 증오범죄를 자행했다. 참가자들을 대상으로 한 조사에 따르면 참가자 305명 중 32.5%가 신체적 폭력과 물건훼손/파손을 당했으며, 51.8%가 성적인 모욕, 희롱, 위협을 당한 것으로 나타났다. 그리고 이러한 증오범죄의 결과 참가자들의 73.1%가 우울증상을 보이는 것으로도 나타났다.[33]

그럼에도 아직 한국에는 혐오표현을 규제하는 법은커녕 성적지향 · 성별정체성을 이유로 한 차별금지법 역시 제정되지 못하고 있는 상황이다. 이러한 가운데 국가의 보호를 받지 못한 채 성소수자들이 겪어야 하는 혐오표현의 피해는 계속해서 커질 수밖에 없다. 그렇기에

---

30 홍성수 외, 앞 보고서, 94, 170.

31 장애인차별금지추진연대, "제21대 국회의원 선거운동 혐오표현 모니터링 보고서", 국가인권위원회, (2020), 38.

32 홍성수 외, 트랜스젠더 혐오차별 실태조사, 국가인권위원회 (2020), 249.

33 주승섭, "축제 참가자들의 증오범죄 피해와 공중보건적 함의", 한국사회 증오범죄 진단과 대안 : 제2018 인천퀴어문화축제 현장을 중심으로 토론회 자료집 (2018), 26-37.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

이제는 국제인권규범과 외국의 사례들을 참조로 하여 혐오표현에 대응하는 국가의 의무를 제대로 확인하고 이에 맞는 법제도를 개선해야 한다. 여기에는 유럽과 같이 증오선동에 대해서 처벌하는 법규의 제 · 개정, 공직선거법, 방송심의규정 등에서 혐오표현에 대한 정의 조항과 선거관리위원회나 방송통신심의위원회가 혐오표현에 대응할 의무를 규정하는 것 등이 있다. 한편 혐오표현이 일어나는 원인인 차별과 혐오에 대응할 국가의 의무를 규정하는 차별금지법 제정 역시 성소수자들이 겪는 혐오표현 피해를 막기 위해 시급히 요구된다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

참고문헌

- 박용숙, “미국에서의 증오표현행위의 규제에 관한 판례경향”, 강원법학 제41권 (2014).
- 박진우 외, “2020년도 청년 인권의식 및 혐오표현 실태조사”, 서울특별시 (2020).
- 송현정 외, “혐오 표현의 판단 기준에 관한 비교법적 연구”, 사법정책연구원 (2020).
- 장애인차별금지추진연대, “제21대 국회의원 선거운동 혐오표현 모니터링 보고서”, 국가인권위원회, (2020).
- 주승섭, “축제 참가자들의 증오범죄 피해와 공중보건적 함의”, 한국사회 증오범죄 진단과 대안 : 제2018 인천퀴어문화축제 현장을 중심으로 토론회 자료집 (2018).
- 한국언론법학회, “2019년도 해외언론법제연구보고서: 해외 각국의 혐오표현 관련 미디어 규제 현황과 법제 연구”, 언론중재위원회 (2019).
- 혐오표현 리포트 작성팀, “혐오표현 리포트”, 국가인권위원회 (2020).
- 홍성수 외, “혐오표현 실태조사 및 규제방안 연구”, 국가인권위원회 (2016).
- 홍성수 외, 트랜스젠더 혐오차별 실태조사, 국가인권위원회 (2020).
- Article 19, Addressing ‘Hate Speech’ Through Media Self-Regulation: Belarusian Practice in European Perspective (2019).
- Daniel Sallamaa & Tommi Kotonen, “The Case Against the Nordic Resistance Movement in Finland: An Overview and Some Explanations”, University of Oslo (2020).
- ILGA World: Lucas Ramon Mendos, Kellyn Botha, Rafael Carrano Lelis, Enrique López de la Peña, Ilia Savelev and Daron Tan, State-Sponsored Homophobia 2020: Global Legislation Overview Update (Geneva: ILGA, December 2020).
- Natalie Alkiviadou,, Jacob Mchangama and Raghav Mendiratta, “Global Handbook on Hate Speech Laws”, The Future of Free Speech (2020).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

7

신체의 자유 및 안전에 대한 권리

국가인권위원회
humanrights.go.kr

국가인권위원회
humanrights.go.kr

I. 개관

성소수자들은 자신의 성적지향 및 성별정체성으로 인해 형사사법절차 전반에 걸쳐 인권 침해에 더욱 취약한 상황에 놓인다.[1] 누구든지 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 체포 · 구속 · 압수 · 수색 또는 심문이나 처벌 등을 받지 않아야 함에도, 성소수자라는 이유로 국가의 공권력에 의한 체포나 구속 등 자유의 박탈이 적법한 절차에 반하여 이루어지는 경우가 발생한다. 국가 공권력뿐만 아니라 함께 구금된 다른 수용자 등 개인간의 사적인 관계에서 위협이 발생하기도 한다. 이에 국제사회는 성소수자의 신체의 자유 및 안전을 보장하기 위한 법 · 규범상의 안전망을 구축하고 있다. 이하에서는 주요 쟁점과 사례를 중심으로 성소수자에게 발생하는 신체의 자유 및 안전에 대한 위협과 그에 관한 국제 사법기구 및 준사법기구의 판단과 정책 등에 대해 살펴본다.

II. 주요 쟁점 및 사례

1. 피의자·피고인으로서의 권리

성소수자는 자신의 성적지향 및 성별정체성을 이유로 부당하게 형사 사건의 피의자 또는 피고인이 되는 경우가 발생하거나 피의자나 피고인으로서의 권리를 보장받지 못하는 경우가 있다. 대한민국의 경우 군형법 제92조의6이 "항문성교나 그 밖의 추행을 한 사람"에 대해 2년 이하의 징역형을 내리도록 규정하여 어떠한 예외도 없이 남성 간의 성행위를 처벌하므로 남성 동성애자인 군인은 얼마든지 형사 사건의 피고인이 될 수 있다.[2] 이러한 차별적 법률은 프랑스나 영국의 식민 사법 제도나 샤리아나 이슬람법에 대한 특정한 해석에서 비롯된 것으로, 그 자체로 국제법에 반한다.[3] 인도에서는 영국 식민지 시대부터 150년 이상 "남성, 여성,

1 Report of the Special Rapporteur on the Question of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, UN General Assembly, (3 July 2001), A/56/156, para.23.

2 군형법 제92조의6(추행) 제1조 제1항부터 제3항까지에 규정된 사람에 대하여 항문성교나 그 밖의 추행을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다.

3 Report of the Independent Expert on Protection against Violence and Discrimination Based on Sexual Orientation and Gender Identity, UN Human Rights Council, (11 May 2018), A/HRC/38/43, para. 52.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

또는 동물과 자연의 질서에 반하는 방식으로 성관계를 가진 자"에 대해 최대 무기징역을 선고하는 형법 제377조가 존재하였다.[4]

2009년 인도 델리 고등법원은 Naz Foundation v. Government of NCT OF Delhi and Others 사건에서 사생활에 대한 미국과 호주, 유럽 등 해외 법원의 법리와 욕야카르타 원칙, 유엔 총회와 국가 에이즈 통제 기구의 진술서 등 여러 문서와 연구를 고려하여 성행위가 사생활뿐만 아니라 정체성을 구성한다고 보았다. 또한 인도 형법 제377조가 "성적인 이유만으로 개인의 존엄성을 부정하고 핵심 신분을 범죄화"하고 "동성애자의 성적지향만을 이유로 오명을 씌우거나 범죄로 규정하는 것은 헌법적 도덕성에 위배"된다는 등의 이유로 위헌 결정을 내렸다. 위 결정에 따라 형법 제377조는 폐지되었는데, 이후 각종 정치, 종교, 사회 단체 등의 반대 탄원이 이어졌다. 인도 대법원은 2013년 위 결정을 뒤집고 동 조항을 복원시켰다.[5]

제377조의 폐지를 위해 싸워온 이들은 2016년 다시 한 번 위헌 심판을 청구하였고, 인도 대법원은 2018년 9월 Navtej Singh Johar et al v. Union of India and Others 사건[6]에서 동성 간 성관계가 더는 범죄 행위가 아니라는 취지의 일부 위헌 판결을 선고하였다. 인도 대법원은 위 사건에서 형법 제377조가 개인을 성적지향 및 성별정체성에 근거하여 차별하고 있으며, 이는 헌법 제14조 평등권과 제15조 비차별의 보장을 위반하였으며, 제21조가 보장하는 생명, 존엄 및 개인 선택의 자율에 대한 권리와 제19조(1)(a)의 표현의 자유를 침해한다고 판단하였다. 법원은 "헌법이 개인의 성적지향이나 성별정체성과 무관하게 모든 시민의 기본권을 보장"하며 "대중적 도덕성이 아닌 헌법적 도덕성"을 보장하여야 한다고 설시하면서 2013년 대법원의 판단을 뒤집었다. 이 판결로 인해 인도의 성소수자들은 비로소 자신의 성적지향과 성별정체성을 이유로 형사 범죄의 피고인이 되지 않게 되었다.

---

4 인도 형법 제337조: 비자연적 범죄: 남성, 여성 또는 동물과 자발적으로 자연의 질서에 반하는 성교를 한 자는 무기 또는 10년 이하의 징역 및 벌금에 처한다. 설명: 삽입은 이 조항 범죄에 필요한 육체적 성교를 구성하기에 충분하다.

5 Suresh Kumar Koushal and Another v NAZ Foundation and Others, Civil Appeal No. 10972 of 2013, The Supreme Court of India, (11 December 2013).

6 Naz Foundation v. Government of NCT of Delhi and Others, The High Court of Delhi at New Delhi, India (2 July 2009), ICJ, SOGI Casebook, https://www.icj.org/sogicasebook/naz-foundation-v-government-of-nct-of-delhi-and-others-the-high-court-of-delhi-at-new-delhi-india-2-july-2009/ (2021. 12. 11. 확인).

인도 델리 고등법원

Naz Foundation v. Government of NCT of Delhi and Others (2009. 7. 2.)

사건개요: 2001년 공공 보건 분야 NGO인 나즈(Naz) 재단은 "남자, 여자 또는 동물과 자발적으로 자연의 질서에 반하는 성교를 한 자"를 최대 무기징역에 처하는 인도 형법 제377조에 대한 위헌 심판을 청구하였다. 2004년 델리 고등법원은 법률의 합헌성에 대한 학문적 도전을 들을 수 없다는 이유로 청구를 기각했다. 나즈 재단은 대법원에 상고했고 대법원은 이 문제를 다시 심리하라는 취지로 사건을 고등법원으로 파기환송했다. 아동, 여성, 성소수자 존재의 인권을 대표하는 연합체인 보이스 어게인스트 377(Voice Against 377)이 청구인을 지원하기 위해 개입했다. 피청구인인 인도 정부는 내무부와 보건가족복지부가 대표하였다. 그러나 정부의 입장은 나뉘었고 보건가족복지부는 청구인측에서 주장을 펼쳤다.

쟁점: 인도 형법 제377조가 인도 헌법에 보장된 기본권을 침해하는지 여부

판단내용: 법원은 우선 존엄성, 자율성, 사생활 보호에 대해 논의했다. 헌법에 특별한 사생활 보호 조항은 없지만, 그 권리가 제21조에 명시되어 있다고 판단했다. 법원은 판결문에서 미국 연방대법원의 1965년 Griswold v. State of Connecticut 사건부터 2003년 Lawrence v. Texas 사건까지 사생활에 대한 미국의 법리를 검토했다. 법원은 2003년 남아프리카공화국 헌법재판소의 National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice 사건에서의 애커만(Ackermann) 재판관의 말을 참조하여, 개인이 자신의 성(sexuality)을 표현하고 성적인 관계를 형성하는 것은 "사적인 친밀감의 핵심적인 영역"이라고 보았다.
법원은 성행위가 사생활뿐만 아니라 정체성에 관한 것임을 인정했다. 법원은 욕야카르타 원칙을 포함한 다양한 출처에 근거하여 "성별과 성적지향에 대한 의식은 개인에게 깊이 내재되어 있어서 어디를 가든 이를 자신의 정체성의 측면으로 지닌다"고 언급했다. 법원은 제377조가 "성적인 이유만으로 개인의 존엄성을 부정하고 정체성의 핵심을 범죄화한다"고 결론지었다. 이러한 정체성의 범죄화는 제21조에 따른 삶의 개념에서 "동성애자에게 내재된 완전한 인격에 대한 권리"를 부정한다고 보았다.
법원은 제377조가 사문화되었을 때에도 발생할 수 있는 낙인 효과에 대해 우려를 표했다. 법원은 성소수자들이 야만적인 대우를 받고 괴롭힘을 당하는데 제377조가 이용되었음을 보

국가인권위원회
humanrights.go.kr

여주는 증거들을 제시하였다. 또한 이러한 정체성의 범죄화를 1871년 범죄자종족법에 비교하면서, “이 공동체들과 종족들은 그들의 정체성에 의해 범죄자로 간주되었고, 단지 그 공동체의 일원이라는 이유만으로 범죄자가 되었다”고 판시하였다.

2018년 Navtej Singh Johar et al v. Union of India and Others 사건에서 인도 대법원은, 내무부의 공중보건 보호 주장을 검토하기 위해 유엔에이즈계획(UNAIDS)과 유엔 총회 특별회의의 진술서와, 국가 에이즈 통제 기구(NACO)를 통해 보건가족복지부가 제출한 진술서를 참조했다. NACO의 진술서는 “인도 형법 제377조는 게이와, 남성과 성관계를 하는 남성(MSM)을 지하에 밀어넣고, 그들을 경찰의 괴롭힘에 취약하게 만들고, HIV/AIDS 예방 자원과 치료에 접근할 수 없게 만든다”고 명시하였다. 내무부는 제377조가 합의된 성인 간 성행위에는 사실상 거의 적용되지 않는다고 주장했는데, 법원은 1994년 유엔 자유권위원회의 Toonen v. Australia 사건을 참조하여 (형법 제377조의 입법 목적인) 도덕성이나 공중보건의 보호가 필수적이라고 여겨질 수 없으며 따라서 사실상 적용되지 않는다는 것만으로는 합리성 심사를 충족할 수 없다고 판단하였다.

법원은 공중도덕의 강제라는 입법 목적은 성인들이 합의 하에 사적인 공간에서 성관계를 가질 사생활권을 침해하는 것을 정당화할 만한 국가적 이익에 미치지 않는다고 보았다. 법원은 헌법이 다양성을 인정하고 보호하며 “대중적 도덕성은 헌법 가치에서 도출되는 헌법적 도덕성과 구별되는 것으로서 옳고 그름에 대한 변하기 쉬운 관념에 기반한다. 국가적 이익의 심사를 충족할 만한 도덕성은 대중적 도덕성이 아닌 헌법적 도덕성일 것”이라고 하면서, “성적지향만을 이유로 동성애자를 낙인 찍거나 형사처벌하는 것은 헌법적 도덕성에 반한다”고 판시하였다.

나아가 법원은 입법적 분류가 합헌적이려면 그 분류가 “식별가능한 차이점에 근거”하여야 하고 추구하는 목적과 합리적인 관련이 있어야 한다고 하면서, 형법 제377조는 그 입법목적이 부당하고, 부정의하며 불공평하다고 판시하였다. 법원은 사적인 차별 행위를 금지하는 헌법 제15조에서 규정하는 보호 사유인 “성(sex)”과 “성적지향”이 비등하다고 하면서, 성적지향을 이유로 한 차별은 허용될 수 없다고 판단하였다.

인도 대법원

Navtej Singh Johar et al v. Union of India and Others (2018. 9. 6.)[7]

사건개요: 2016년 인도의 유명 안무가 겸 작곡가 조하르 등 5명은 대법원에 인도 형법 제377조의 위헌 심판을 청구하였다. 이들은 동성의 개인들이 상호 합의 하에 갖는 성관계를 형사처벌하는 것은 헌법에 위반된다고 주장하였다.

쟁점: 인도 형법 제377조가 성소수자 커뮤니티 구성원들의 성별표현을 형사처벌함으로써 표현의 자유를 침해하였는지 여부, 2013년 인도 대법원의 Suresh Kaushal 사건에서 도덕성(morality)을 사회적 도덕으로 이해한 논리가 적절한지 여부, "성적지향"과 "성별정체성"을 근거로 한 차별을 허용하는 것이 헌법 제14조(평등권) 및 제15조(차별금지)를 위반하는지 여부, 동성 사인간의 합의 하에 이루어지는 행위를 형사처벌함으로써 인간 존엄성과 자율성에 대한 권리를 침해하였는지 여부

판단내용: 2018년 9월 대법원은 동성애를 비롯하여 사적으로 합의된 성인 간의 성행위를 형사처벌하는 것은 헌법에 위반된다고 판단하며 형법 제377조에 대해 일부 위헌 판결을 내렸다. 대법원은 2014년 트렌스젠더에 대해 "제3의 성"을 인정한 인도 대법원의 National Legal Services Authority v. Union of India 판결 내용을 참조하며 성별정체성은 개인의 고유한 개성이며 이를 부정하는 것은 그의 존엄성을 침해하는 것이라는 점을 강조하였다. 또한 대법원은 성소수자 커뮤니티가 인구의 소수를 구성한다는 이유로 이들의 사생활권을 부정하는 것은 이들의 기본권을 침해하는 것이라고 보았고, 합의 하에 이루어지는 사적인 성관계는 공중도덕을 전혀 해치지 않으므로 형법 제377조는 표현의 자유에 대한 과도한 제한이라고 판단하였다. 나아가 대법원은 "동성 성인들의 합의된 성관계는 국가의 정당한 관심 범위를 넘어선다"며 소도미법이 성적지향을 이유로 특정 인구 집단의 평등권과 차별금지에 대한 권리를 침해한다고 판단하였다. 또한 대법원은 2018년 인도 대법원의 Shafin Jahan v. Asokan K.M. 판결과 2018년 인도 대법원의 Shakti Vahini v. Union of India 판결을 인

7 Columbia University, Columbia Global Freedom of Expression, Navtej Singh Johar v. Union of India, https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/navtej-singh-johar-v-union-india/ (2021. 12. 11. 확인).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

용하며, 성인이 "자신의 선택으로 인생의 동반자를 선택할" 권리는 개인의 자유의 범위에 속한다는 점을 재확인하였다.

피의자 또는 피고인의 성적지향이나 성별정체성을 이유로 수사기관 등 국가 공권력이 인권 침해를 자행하기도 한다. 특히 성소수자의 성별을 확인한다는 명목으로 무분별한 성폭행을 가하거나 성소수자라는 이유만으로 수색하고 자유를 박탈하는 등 형사 절차가 적법 절차를 거치지 않은 채 이루어지기도 한다. 특히 트랜스여성과 젠더비순응자는 범죄와 연관된 부정적 편견과 고정관념으로 인해 사법기관의 표적이 되는 경우가 많다. 당사자의 성적지향과 성별정체성이 사법기관의 공정성에 영향을 미치기도 한다.[8] 우간다의 저명한 성소수자 인권활동가 빅터 줄리엣 무카사(Victor Juliet Mukasa)는 그가 성소수자라는 이유로 공무원들이 영장 없이 가택을 수색하였다. 당시 집에 있던 동거인 이본 오요(Yvonne Oyo)는 강제로 굴욕적인 신체 수색 등을 당했다. 우간다 고등법원은 위 사건에서 무카사와 오요가 인간 존엄성, 비인간적 대우로부터 보호받을 권리, 신체의 자유와 사생활권, 자택과 재산권 등을 침해당하였다고 판단하면서 이에 대한 손해배상 지급을 명하였다.[9]

우간다 고등법원

Mukasa and Oyo v. Attorney General (2008. 12. 22.)[10]

사건개요: 청구인1은 저명한 성소수자 인권 운동가였다. 어느 날 밤, 두 명의 정부 관리가 청구인1의 집을 급습했다. 그들은 수색 영장을 가지고 있지 않았지만, 청구인1의 활동과 관련된 여러 서류를 압수했다. 공무원들은 또한 청구인1의 집에 있던 청구인2를 불법적으로 체포했다. 청구인1은 당시 집에 없었다. 경찰은 서에서 성별 판단을 하겠다는 명목으로 청구

8 Report of the Independent Expert on Protection against Violence and Discrimination Based on Sexual Orientation and Gender Identity, UN Human Rights Council, 11 May 2018, A/HRC/38/43, para. 33.

9 Mukasa and Oyo v. Attorney General, High Court of Uganda at Kampala (22 December 2008).

10 Mukasa and Oyo v. Attorney General, High Court of Uganda at Kampala (22 December 2008), ICJ, SOGI Casebook, https://www.icj.org/sogicasebook/mukasa-and-oyo-v-attorney-general-high-court-of-uganda-at-kampala-22-december-2008/ (2021. 12. 11. 확인).

인2의 옷을 강제로 벗기고 청구인2를 "어루만지는" 등 굴욕적으로 대우했다. 청구인2는 혐의 없음으로 풀려났지만 다음날 청구인1과 함께 다시 오라는 명령을 받았다. 다음날, 두 청구인은 경찰서를 다시 방문했다. 경찰은 그들에 대한 미결 혐의는 없으며 청구인1이 서류를 돌려받을 수 있다고 말했다. 하지만, 집에 돌아온 청구인1은 경찰이 그의 서류 중 일부를 돌려주지 않았다는 걸 알게 되었다.

쟁점: 청구인들의 개인적 자유, 인간 존엄성, 비인간적 대우로부터의 보호받을 권리, 개인, 가정 및 기타 재산권 및 사생활에 대한 권리가 침해되었는지 여부

판단내용: 청구인들은 경찰과 공무원의 행위가 헌법상의 권리를 침해했다고 주장했다. 구체적으로, 영장 없이 청구인1의 자택을 수색한 것은 청구인1의 사생활권을 침해한 것이고, 청구인2를 구속한 것은 개인의 자유를 침해한 것이라고 주장했다. 이들은 또 청구인2가 성희롱과 강제추행으로 인해 명예훼손을 당하였다고 주장했다.

피청구인들은 청구인들이 제시한 모든 혐의를 부인했다. 청구인2의 검거를 담당했던 경찰관은 구속과 성추행, 재산 압류 사실을 부인했다. 공무원 중 한 명은 청구인2가 청구인1의 집에서 체포되었다는 사실을 부인했다. 공무원은 청구인2가 청구인1에게 공개적으로 키스하고 있던 술집에서 체포되었다고 주장했다. 이 공무원은 청구인들의 행동에 충격을 받은 주민들이 청구인들을 잔인하게 폭행하려고 해서 그들을 구하기 위해 체포했다고 증언했다. 그는 청구인1의 집에 들어가거나 청구인2를 모욕한 사실이 없다고 주장했다. 하지만 법원은 제시된 증거에 근거하여 "술집 사건"은 없었고 청구인들이 진실을 말하고 있다고 결론지었다.

법원은 경찰과 정부 관계자들의 행동이 "원고의 헌법상 보장되는 권리의 위반이자 우간다가 당사국인 국제인권규범의 위반에 해당한다"고 판단했다.

첫째, 청구인1의 집은 수색 영장 없이 강제로 개방되고 수색되었다. 정부 관료들은 그러한 조치를 취할 권한이 없었고, 따라서 이는 불법이었다. 하지만 이러한 행위에 대한 피고(법무장관)의 책임은 인정되지 않았다. 다만 경찰의 행동에 대하여는 법무장관의 책임이 인정되었다. 경찰은 공개석상에서 청구인2의 옷을 강제로 벗기고 가슴을 만지는 등 굴욕감을 주었고 이는 굴욕적 처우를 금지하는 헌법 조항의 위반이라는 것이었다.

나아가 법원은 경찰의 행동이 모든 인간에게 동등한 존엄성과 권리를 보장하는 세계인권선언 제1조를 포함한 여러 인권 조약의 조항을 위반했다고 보았다. 여성차별철폐협약 제3조 위

국가인권위원회
humanrights.go.kr

반도 인정되었다. 이 조항은 무엇보다도 개인의 자유와 안전에 대한 권리, 법 앞의 평등한 보호, 고문 및 기타 잔인하고 비인간적이거나 모멸적인 대우로부터의 자유를 보장한다.
또한, 법원은 경찰이 청구인1의 서류를 제대로 처리하지 않았다고 보았다. 따라서 개인, 주택 및 기타 재산에 대한 청구인1의 권리로서의 사생활에 대한 권리가 침해되었다고 판단했다.
법원은 청구인들이 인간 존엄성, 비인간적 대우로부터 보호받을 권리, 신체의 자유와 사생활권, 자택과 재산권 등을 침해당하였다고 판단하면서 이에 대한 손해배상 지급을 명하였다.

2. 구금시설에서의 처우

1) 구금시설에서의 처우에 관한 국제인권규범

욕야카르타 원칙의 제9원칙은 "구금상태에서 인간적인 대우를 받을 권리"를 규정하며 "성적지향과 성별정체성은 각 개인의 존엄성에 없어서는 안 될 요소"이고 "자유를 박탈당한 사람은 누구든지 인간적인 대우를 받아야 하며, 인간의 고유한 존엄성이 존중되는 대우를 받아야 한다"고 말한다. 모든 수용자에 대한 처우를 규정하고 있는 유엔 자유권규약,[11] 유엔 피구금자 처우에 관한 최저기준규칙(넬슨만델라규칙)[12]은 수용자 처우에서의 존엄성과 차별금지의 원칙을 명시하고 있는바, 이는 성소수자 수용자에게도 당연히 적용된다. 한편, 대부분의 국가는 이분법적 성별 체계에 따라 수용시설을 나누어 운영하는데, 이로 인해 특히 트랜스젠더 수용자와 관련한 인권 침해 문제가 대두된다. 아래에서는 성소수자 전반의 구금시설에서의 처우와 관련한 문제를 우선 살펴보고 다음으로 트랜스젠더 수용자와 관련한 사안을 살펴본 뒤 마지막으로 구금시설에서의 의료적 처우에 대해 알아본다.

11 자유권규약 제2조 제1항, 제10조 제1항 및 제26조 참조.
12 유엔 피구금자 처우에 관한 최저기준규칙 제2조 제1항, 제50조 참조.

KOR 국가인권위원회 humanrights.go.kr

2) 성소수자 수용자

유엔 고문 및 기타 비인도적, 굴욕적 처우 및 형벌에 관한 특별보고관(UN Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 이하 "유엔 고문 특별보고관")은 2013년 보고서에서 자유를 박탈당한 모든 사람들이 방임과 학대에 취약하지만, 레즈비언, 게이, 바이섹슈얼, 트랜스젠더 및 인터섹스, HIV/AIDS를 가지고 살아가는 자 등의 집단은 특히 취약성이 높은 집단임을 강조하였다.[13] 특별보고관은 수용자 간의 폭력 사건은 모든 수용소에서 정기적으로 발생한다면서도, 여성과 장애인, 레즈비언, 게이, 바이섹슈얼, 트랜스젠더와 인터섹스 수용자 등 취약집단은 더욱 심각한 폭력의 위험에 시달릴 수 있으며 이에 대한 특별한 고려가 필요하다고 지적하였다. 나아가 수용자 중 성소수자 등 취약집단에 속하는 이들의 특수한 보건의료상 필요에 맞춘 조치가 취해져야 한다는 점도 강조하였다. 또한 이러한 취약집단 수용자들에 대한 특별한 처우가 이들을 다른 수용자들로부터 분리함으로써 더욱 소외되게 한다거나 더 높은 고문이나 학대의 위험에 노출되게 하지 않도록 각별한 주의를 기울여야 한다는 점을 분명히 하였다.

유엔 고문 특별보고관의 지적과 같이 성소수자 수용자가 자신의 성적지향을 이유로 다른 수용자로부터 폭행을 당하는 경우가 있다. 다만 이 경우 폭행은 개인들 사이에 발생한 것으로 여겨져 해외 인권재판소 등은 가해자에 대한 형사처벌을 우선적으로 고려하고, 국가는 해당 구금시설의 수용자를 보호하기 위한 최소한의 조치를 행하였는지를 확인하는 경향을 보인다. 유럽인권재판소는 2011년 Stasi v. France 사건에서 청구인이 동성애자라는 이유로 수감 기간 동안 다른 수감자들에게 학대를 당한 사실은 인정되나 이에 대한 경찰의 조사가 진행 중이고 프랑스 국내법상 청구인의 피해에 대한 충분한 보호가 제공될 것이라는 이유로 유럽인권협약에 반하지 않는다고 결정하였다.[14]

각국의 법제와 관련 지침들을 살펴보면, 성소수자 수용자에 대해서는 입소 과정에서부터 각별한 주의를 기울이고 상담을 통해 성별정체성을 확인한 뒤 이에 맞는 처우를 하여야 한다. 미국의 교도소강간근절법 국가기준(Prison Rape Elimination Act National Standards, 28 C.F.R.) 제115장에 따르면 모든 수용자에 대한 입소 심사는 통상 시설에 도착한 후 72시간 내에 객관적인 심사 도구를 통해 이뤄져야 하며, 수용자가 게이, 레즈비언, 바이섹슈얼, 트랜스젠더, 인터섹스나 젠더 비순응(gender nonconforming)인지 여부 및 성적 피해를 당한 경험이

13 Interim Report of the Special Rapporteur of the Human Rights Council on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, A/68/295, (9 August 2013).

14 Stasi v. France, European Court of Human Rights, application no. 25001/07 (20 October 2011).

국가인권위원회 humanrights.go.kr

있는지 여부 등을 고려하여 심사하여야 한다.[15] 또한 동법은 수용자가 위 사항에 대해 답변을 거부하거나 충분한 정보를 제공하지 않았다는 이유로 징계를 하여서는 안 된다고 규정하고 있다.

성소수자 권리 보장의 모범 국가로 일컬어지는 몰타의 트랜스젠더, 다양한 젠더 및 인터섹스 수용자 정책(Trans, Gender Variant & Intersex Inmates Policy)은 교정 서비스가 인권과 수용자 다양성을 존중해야 한다는 대원칙에 따라, 존엄과 자기결정권, 공정함, 사회정의, 다양성 원칙을 기반으로 한다는 점을 기본으로 삼고 있다.[16] 몰타는 트랜스젠더의 자기결정권에 기반한 성별변경을 보장하고 있는바,[17] 공문서 상의 성별에 따라 수용자를 배치하되, 수용자가 출생 시 지정된 성별이 아닌 다른 성별로 영구히 살기를 희망할 경우에는 새로운 성별에 따라 시설배치를 하도록 한다. 이때 트랜스젠더라는 이유만으로 잠재적 성적 가해자로 간주되거나 다른 수용자와의 소통을 제한당하지 않는다. 신체수색은 생물학적 성징이 아닌 성별표시에 따라 이루어져야 하고, 수용자의 1차 성징에 따라 수색할 교도관의 성별이 결정되어서는 안 된다. 수용자는 자신의 성별정체성 등에 따라 의복, 속옷, 면도용품 등 물건을 제공받아야 하고, 이는 '특별한 취급'이 아닌 합리적인 편의제공의 한 형태라는 점을 분명히 한다. 또한 외부 전문가를 통해 모든 교정 직원들이 성별, 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성특징에 의한 괴롭힘과 차별 등에 대해 전문적인 훈련을 받는다.

유럽인권재판소는 2012년 X v. Turkey 사건[18]에서, 구금시설에서 수용자의 성적지향이나 성별정체성을 이유로 독방에 구금하는 것은 수용자의 정신적, 육체적 고통을 초래하고 존엄성을 박탈하므로 유럽인권협약 제3조에서 금지하는 "비인간적이거나 모멸적인 대우"에 해당한다고 판단하였다. 나아가 재판소는 국가가 성별이나 성적지향에 따라 다른 처우를 할 경우에는 이를 정당화할 매우 강력한 이유가 뒷받침되어야 하고 이에 관한 국가의 재량 범위 또한 매우 협소하다고 지적하며, 성소수자에 대한 독방 구금은 차별금지를 규정한 유럽인권협약 제14조에 반한다고도 판시하였다.

---

15 Prison Rape Elimination Act National Standards, 28 C.F.R. §115 제41조.

16 Trans, Gender Variant & Intersex Inmates Policy, Ministry for Home Affairs and National Security of Malta, (2016. 8.), https://homeaffairs.gov.mt/en/media/Policies-Documents/Pages/-Trans-Gender-Variant--Intersex-Inmates-Policy.aspx (2021. 12. 11. 확인).

17 「성별정체성, 성별표현 및 성징 법(Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristic Act)」(2015)

18 X v Turkey, Application no. 24626/09, ECHR (2012. 10. 9.).

유럽인권재판소

X v Turkey, Application no. 24626/09 (2012. 10. 9.)

사건개요: 이 사건은 1989년 터키 이즈미르에서 태어나 현재 에스키셰히르 교도소에 수감 중인 동성애자 남성이 문제를 제기한 것이다.

2008년 10월 24일, 청구인은 경찰서에 가서 자신이 위조, 속임수, 신용카드 사기 등 여러 가지 범죄를 저질렀다고 자수했다. 그는 재판 전 이성애자 수용자들과 함께 수용소에 수감되었다. 2009년 2월 5일, 청구인은 그가 동성애자라는 이유로 동료 수용자들이 차별적인 공격, 협박, 괴롭힘 등을 가한다면서 독방으로 이감해줄 것을 요청했고, 이는 받아들여졌다. 하지만, 청구인에 따르면, 그의 독방은 세탁 시설이 부족했고 매우 더럽고 거의 불이 들어오지 않았다. 그는 이런 유형의 감방은 보통 징계 조치로서 독방에 감금되거나 소아성애나 강간으로 기소된 수감자들에게 사용되었다고 주장했다. 청구인은 다른 수감자들과 어떠한 교류도 할 수 없었고 사회 활동도 거부당했다. 그는 야외 운동을 할 수 없었고 변호사를 만나거나 공판에 출석하는 경우에만 밖으로 나갈 수 있었다. 정부는 해당 독방이 일상생활에 필요한 모든 것을 갖추고 있다고 말하긴 하였으나, 청구인이 주장한 사실에 대해서는 다툼이 없었다. 또한 정부는 청구인이 수용소에 또 다른 동성애자가 수용되기 전까지만 혼자 있는 것이라고 주장했다.

2009년 4월, 청구인은 자신의 처우에 대해 문제를 제기했고, 그러한 처우에 대한 법적 근거가 없으므로 독방 구금을 중단해야 한다고 주장했다. 그는 자신에 대한 처우가 오로지 자신의 성적지향에 근거한 것이며 이는 자신에게 부정적인 심리적 영향을 미치고 있다고 말했다. 그는 다른 수감자들과 마찬가지로 야외에 나가고 사회 활동에도 참여할 수 있는 등 동등하게 대우받기를 원했다. 2009년 5월 25일, 그의 청구에 대해 1심 법원은 재판 전 구금된 수용자에 대하여는 수용 조건에 대해 규정하는 법률이 적용되지 않는다는 이유로 사건을 각하하였다. 청구인은 2009년 5월 29일 이 결정에 불복하여 항소하였으나 항소도 기각되었다.

2009년 7월, 청구인은 정신병원으로 이송되었다. 그는 우울증을 앓고 있다는 진단을 받고 한 달 동안 병원에 입원한 뒤 돌아와 복역했다. 그는 돌아오자마자 또 다른 동성애자 수감자와 함께 감방에 수감되었다가 2009년 11월부터 2010년 2월까지 독방에 수감되었고, 이후 다른 교도소로 이송되어 정상적인 조건에서 혼거실에 수용되었다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

쟁점: 청구인에 대한 구금시설에서의 처우가 고문에 해당하는지와 청구인의 성적지향에 기한 차별인지의 여부

판단내용:

(1) 유럽인권협약 제3조 고문 관련

법원은 청구인의 입원 기간과 다른 수감자와 감방을 공유한 기간 등을 고려해 총 8개월 18일 동안 격리 수용된 것으로 계산했다. 법원은, 구금 조건을 고려할 때, 누적 영향과 수용자의 혐의를 모두 고려할 필요가 있으며 구금 기간은 특히 관련하여 고려할 사항이라고 판단했다. 법원은, 구금 당시 청구인이 비폭력 범죄로 기소되었다고 언급했다. 그는 자수하여 경찰서에서 잘못을 시인했다. 법원은 또한 구금 시설과 관련된 증거들을 받아들였고 정부는 그 감방이 불이 잘 켜지지 않고 매우 더럽고 쥐들이 드나들었다는 사실에 이의를 제기하지 않았다. 법원은 청구인의 구금 조건 중 특정 측면이 종신형으로 복역하는 수감자들에 대해 터키에서 적용된 규율보다 더 엄격했다고 지적했다.

재판부는 독방감금 조치가 유럽인권협약 제3조에 위반되는지 여부를 평가할 때 사건의 특정 조건, 심각성, 구금 기간, 의도된 목적 및 구금자에 미치는 영향을 고려할 필요가 있다고 설명했다(유럽인권재판소 Rohde v Denmark 사건). 구금 기간과 관련하여, 다른 대안과 비교하여 정당성, 필요성 및 비례성 뿐만 아니라 독방 구금 기간 동안 수용자의 신체적, 정신적 행복을 보존하기 위해 취해진 조치들을 충분히 검토할 필요가 있다.

법원은 교도소 당국이 청구인의 안전을 고려하려고 노력한 것은 인정하지만, 당국이 취한 조치들은 부적절했다고 보았다. 교도소 생활에서 청구인을 완전히 배제하고 야외에서 운동하거나 적어도 다른 수감자들과의 제한된 접촉을 가질 수 있는 기회마저 거부한 것은 정당화될 수 없다고 보았다. 게다가, 그의 모든 요청과 항소가 어떠한 실질적인 분석 없이 거부되었다는 사실은 특히 이 조치의 중요성을 고려할 때 불만족스럽다고 지적했다.

이에 따라 법원은 독방 감금 조건이 청구인에게 정신적 육체적 고통과 존엄성을 박탈당하고 있다는 강한 감정을 유발시켰다고 판단했다. 효과적인 구제책의 부족으로 악화되는 이러한 조건들은 제3조의 위반에 해당하는 "비인간적이거나 모멸적인 대우"라고 보았다.

(2) 유럽인권협약 제3조에 연계한 제14조 차별 관련

법원은 협약 제14조가 성적지향을 이유로 한 차별로부터 사람들을 보호한다고 거듭 강조했

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

다. 법원은 대우의 차이가 사생활의 친밀하고 취약한 측면과 관련될 때, 매우 강력한 주장만이 그 차이를 정당화할 것이라고 언급했다. 성별이나 성적지향에 따라 다른 처우를 할 때, 문제되는 사안에 대한 국가의 재량범위는 매우 작다. 비례성의 원칙은 의도된 목적을 고려하여 적절한 조치가 취해지고 그러한 조치가 문제의 상황 상 필요한 것이라고 인정되기를 요구한다. 법원은 이 사건의 처우가 협약 제3조를 위반할 정도로 가혹하다고 보았다.

법원은 또한 당국이 제14조와 제3조를 결합하여 청구인에 대한 차별적 태도가 교도소 활동에서 완전히 배제되는 데 역할을 했는지 여부를 입증하기 위해 가능한 모든 조치를 취할 의무가 있다고 언급했다(유럽인권재판소 B.S. v. Spain 사건 참조).

재판부는 교도소 당국이 실태를 제대로 파악하지 못했다며 청구인의 신체적 온전성을 보호하기 위한 것이 아니라 청구인의 성적지향 때문에 취해진 조치라고 판단했다. 일련의 판단에 근거하여 법원은 교도소 당국이 협약 제3조와 함께 제14조를 위반했음을 인정하였다.

3) 트랜스젠더 수용자

대부분의 구금시설은 수용자를 남성과 여성의 양성으로 구분하여 구금한다. 이러한 이분법적 구금시설 운영은 성소수자 수용자 중 트랜스젠더 수용자가 더욱 취약한 상황을 맞닥뜨리도록 한다. 유엔 마약 범죄 사무소는 "특별한 요구가 필요한 수용자에 대한 편람(Handbook on Prisoners with Special Needs)"[19]에서 성소수자 수용자의 특별한 요구와 어려움을 개괄하면서 "트랜스젠더 수용자를 출생 성별에 따라 수용하는 것을 적절하다 여기지 말고, 수용자와 상담을 하고 개별적 상황을 고려"할 것과, "호르몬요법, 성확정수술 등 특별한 보건의료의 필요성을 충족시킬 것" 등의 개선권고를 내렸다. 미국 일리노이 남부 연방지방법원은 2018년 Hampton v. Baldwin 사건[20]에서 성확정수술을 받지 않은 트랜스젠더 여성 수용자가 어떠한 보호조치도 없이 남성 교도소에 수용된 문제에 대하여, 자신의 성별정체성에 따라 여성 교도소에 수용되기를 원하는 청구인을 교도소 측에서 남성 교도소에 수용한 것은 그녀의 성기에 근거한 것이며 이는 교정시설의 보안과 본질적으로 관련된 것이 아닌 이상 성차별에 해당한다고 판단하였다.

---

19 United Nations Office on Drugs and Crime, Handbook on Prisoners with Special Needs (2009).

20 United States District Court for the Southern District of Illinois, Hampton v. Baldwin, Decided Nov 7, 2018, Case No. 3:18-CV-550-NJR-RJD.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

미국 일리노이 남부 연방지방법원

Hampton v. Baldwin, Case No. 3:18-CV-550-NJR-RJD (2018. 11. 7.)

사건개요: 이 사건 원고는 판결 당시 27세의 트랜스젠더 여성으로 2016년부터 호르몬요법을 받고 여성으로서 생활하였으나 성확정수술을 받지 않은 사람이다. 원고는 2016년경부터 남성 교도소에 수용되었고 그 안에서 매일같이 다른 수용자들로부터 성희롱, 성추행을 경험하였으며, 이러한 피해 사실을 교도소측에 신고했음에도 어떠한 보호조치도 받지 못하였다. 또한 트랜스젠더 보호위원회는 '그녀가 지나치게 공격적'이라는 이유로 여성 교도소로 이감하는 것이 적합하지 않다고 판단하였다. 이에 원고는 법원에 이감을 위한 예비적 강제명령을 청구하였다.

쟁점: 성확정수술을 받지 않은 트랜스젠더 여성인 원고가 어떠한 보호조치도 없이 남성교도소에 수용된 것이 차별에 해당하는지 여부

판단내용: 법원은 원고가 성별정체성에 따라 여성 교도소에 수용되기를 원함에도 교도소측에서 남성 교도소에 수용한 것은 그녀의 성기에 근거한 것이며 따라서 이러한 처우가 교정시설의 보안과 본질적으로 관련된 것이 아닌 이상 성차별에 해당한다고 판단하였다.

법원은 주정부가 트랜스젠더 수용자가 시스젠더 수용자에 비해 보안상 더 큰 위험이 있다는 어떠한 증거도 제시하지 못했음을 지적하면서, 특히 "일반적인 보안 우려만으로는 주정부가 성차별을 정당화하기 위해 요구되는 부담을 충족하지 못한다"고 판시하였다. 또한 공격적인 시스젠더 여성 수용자는 남성 교도소에 수용되지 않으므로 원고가 '공격적'이라는 점은 원고를 남성 교도소에 수용하는 데 이유가 될 수 없다고 보았다.

법원은 예비적 강제명령으로서 14일 이내에 (1) 모든 교정 직원들에게 트랜스젠더에 대한 교육을 실시할 것, (2) 원고가 격리되어 있는 동안 트랜스젠더 지지 그룹과 교류할 수 있도록 할 것, (3) 트랜스젠더 보호 위원회가 그녀를 여성 교도소로 이감할 수 있는지에 대해 철저히 검토하도록 명하였다.[21]

21 이후 원고는 여성교도소로 이감되어 형기를 마쳤다. Hampton v. Illinois Department of Corrections, Roderick & Solange MacArthur Justice Center, https://www.macarthurjustice.org/case/hampton-v-idoc/ (2021. 12. 11. 확인).

KOR 국가인권위원회 humanrights.go.kr

북미 지역에서 가장 선진적인 트랜스젠더 수용자 정책을 펼치는 지역 중 하나인 캐나다 온타리오주의 트랜스젠더 수용자 관리 정책(Transgender Inmates Management Policy)에 따르면, 트랜스젠더 수용자는 어느 교정 직원(남성 또는 여성)에게 수색을 받고자 하는지 선택할 수 있어야 하고, 수색 과정에서 인공생식기관 등을 포함한 수용자의 사적 영역이 보장되어야 한다. 트랜스젠더 수용자의 성별정체성은 기본적으로 자기 정체화를 고려하고, 교정 직원은 트랜스젠더 수용자의 성별정체성이나 성별변경 기록과 관련된 모든 정보를 기밀로 유지하여 수용자의 사생활이 최대한으로 보장되도록 한다.[22] 트렌스젠더 수용자는 건강이나 안전상의 문제가 있지 않은 한 직접 정체화한 성별이나 수용 선호에 따른 시설에 수용되어야 하며, 속옷, 겉옷 등의 의복 역시 트랜스젠더 수용자의 선호에 따라 제공되어야 한다. 교정 직원은 안전과 사생활을 위해 트랜스젠더 수용자에게 개별 샤워실 및 화장실을 사용할 수 있도록 제공하여야 한다.

미국의 많은 주(州)에서는 표준화된 설문양식을 마련하여 트랜스젠더 수용자가 자신의 정체성을 드러내고 처우 상 필요한 요구들을 밝힐 수 있도록 한다.[23] 표준화된 양식은 교정공무원이 자의적으로 성소수자 여부 등을 판단하는 것을 막고 트랜스젠더 수용자가 자신의 요구를 파악하고 배치나 의료와 같은 사안에 관한 결정을 내릴 수 있도록 한다.

트랜스젠더 개인의 처우와 관리에 관한 영국의 정책(The Care and Management of Individuals who are Transgender)은 신체검사가 성별을 결정하기 위한 목적에서 이루어져서는 안 되고, 성별 변경을 하지 못한 경우라도 당사자가 어떤 성별의 직원에게 검사 받기를 원하는지가 가장 먼저 고려되어야 한다고 정하고 있다.[24] 나아가 수용자와의 협의가 이루어지지 않는 경우에는 지역의 정신과 전문의, 평등 책임자, 트랜스젠더 사건위원회 등의 자문을 구하도록 하였다.

일본의 경우 현재 트랜스젠더 수용자와 관련된 구체적 규정은 마련되어 있지 않다. 그러나 2015년 법무성은 트랜스젠더 여성 수용자가 수술을 받은 경우 호적상 성별이 남성이어도 입욕, 신체검사 등에서 여성으로 대우하도록 하였다.[25]

---

22 Transgender inmate management policy, Ministry of the Solicitor General, Government of Ontario, https://www.ontario.ca/page/transgender-inmate-management-policy (2021. 12. 11. 확인).

23 미국 각 주의 질문양식에 대해서는 다음을 참조. National Center for Transgender Equality, Policies to Increase Safety and Respect for Transgender Prisoners: A guide for Agencies and Advocates, (2018), 68-76, https://nicic.gov/policies-increase-safety-and-respect-transgender-prisoners (2021. 12. 11. 확인).

24 UK Ministry of Justice and Her Majesty's Prison and Probation Service, Guidance overview: The care and management of individuals who are transgender, 27 January 2020.

25 産経ニュース, "LGBTに厳しい塀の向こう側 個々の事情に対応進まぬ拘置所·刑務所", (2016. 1. 3.) https://www.sankei.com/premium/news/160103/prm1601030029-n2.html (2021. 12. 11. 확인).

국가인권위원회 humanrights.go.kr

영국 고등법원은 2009년 AB, R v. Secretary of State for Justice & Anor 사건[26]에서, 성확정수술을 받기 위한 요건을 충족하기 위해 트랜스젠더 여성 수용자가 청구한 여성 교도소로의 이감을 영국 교정당국이 거부하고 남성교도소에 계속해서 구금한 것은 수용자의 사생활권을 침해한다고 판단하였다. 고등법원은 유럽인권협약 제8조에서 규정하는 사생활의 권리에 "성확정수술을 받을 권리까지는 포함되지 않더라도, 이 사건의 쟁점은 원고가 그러한 수술을 받을 자격이 있는지 여부가 아니고, 원고를 남성교도소에 두는 것이 원고로 하여금 수술을 받을 수 있는 조건을 충족하는 것 자체를 불가능하게 한다는 점"이라고 지적하였다. 나아가 이 사건 쟁점은 수형자의 정체성과 밀접한 사안으로 그 권리 침해를 정당화하기 위해서는 자원 분배에 관한 비례성 문제가 명확하고 중대해야 한다고 기준을 제시하면서, 원고를 계속해서 남성교도소에 구금하는 것은 원고의 공격적인 행동과 성별위화감(gender dysphoria), 수술 신청 기회 박탈로 인해 발생할 심각한 좌절 등의 사이의 명확한 연관성과 자원적 함의 등을 고려하지 못한 결정으로 비례성을 충족하지 못하여 유럽인권협약 제8조에 위반된다고 판단하였다.

영국 고등법원

AB, R (on the application of) v Secretary of State for Justice & Anor (2009. 9. 4.)

사건개요: 원고는 성확정수술을 받지 않은 트랜스젠더 여성으로 남성교도소 내 특별방에 수용되어 여성 의류를 입고 화장도 할 수 있는 등 교도소 내에서 여성으로 대우받았다. 원고는 출소 후 성별정체성 클리닉(Gender Identity Clinic)에서 성확정수술을 받고자 하였다. 그런데 성별정체성 클리닉에서는 원고가 성확정수술 전까지 여성교도소에서 일정 기간 동안 여성으로서의 삶을 살지 않아 수술이 불가능하다고 하였다. 이를 알게 된 원고는 교정당국에 여성교도소로의 이감을 요구하였으나 교도소 측은 이를 거부하였다. 이에 원고는 교도소의 이감 거부가 유럽인권협약상 사생활권 등을 침해하였다고 주장하며 이 사건 청구에 이르렀다.

쟁점: 성확정수술을 받지 않은 트랜스젠더 여성인 원고가 성확정수술을 위한 요건을 충족

26 AB, R (on the application of) v Secretary of State for Justice & Anor [2009] EWHC 2220 (4 September 2009).

하기 위해 여성교도소로의 이감을 요구했을 때 이를 거부한 교정당국의 결정이 원고의 사생활에 대한 권리를 침해하는지 여부

판단내용: 법원은 유럽인권협약 제8조 사생활의 권리와 관련하여 "영국과 유럽인권재판소 모두에서 트랜스젠더의 권리가 수많은 판례에서 고려되었으며, 이들의 자율성과 인간존엄성에 대해 협약이 부여하는 인정과 보호에 대하여는 더 이상 논쟁의 여지가 없다"는 점을 지적하였다.

법원은 이 사건과 유럽인권협약 제8조의 관련성과 관련하여 "이 사건 청구의 본질이 원고가 남성교도소에 계속 구금되어 완전한 성별재지정 절차를 진행할 수 있도록 하는 데 대한 방해(interference)"라는 점에 주목하면서, 원고의 자율성에 대한 이 사건 방해가 중대하고 사적이라는 점을 인정하였다. 또한 법원은 협약 제8조의 권리에 성확정수술을 받을 권리까지는 포함되지 않는다는 교도소 측의 주장에 대해 "이러한 주장이 맞더라도, 이 사건의 쟁점은 원고가 그러한 수술을 받을 자격이 있는지 여부가 아니고, 원고를 남성교도소에 두는 것이 원고로 하여금 수술을 받을 수 있는 조건을 충족하는 것 자체를 불가능하게 한다는 점"이라고 설시하였다.

법원은 국무장관(Secretary of State)이 원고와 동일한 위험을 지닌 생물학적 여성 수형자를 여성교도소에 구금하고 있는 바, 원고를 여성교도소로 이감하지 않는 이유는 본질적인 자원에 관한 문제가 아닌 한 정당화될 수 없다고 보았다. 법원은 "이 사건과 같이 수형자의 정체성과 밀접하고 당사자의 개인적 자율성을 매우 세심하게 고려해야 하는 사안의 경우에는 그 권리 침해가 비례적으로 정당하려면 자원의 분배가 명확하고 중대해야 한다"고 설시하였다.

법원은 국무장관이 이 사건 원고를 남성교도소에서 계속해서 구금하면서 원고의 공격적인 행동과 성별위화감, 수술 신청 기회 박탈로 인해 발생할 심각한 좌절 등의 사이의 명확한 연관성과 자원적 함의 등을 고려하지 못했다고 판단했다. 국무장관이 오로지 원고를 여성교도소에 이감할 경우 다른 여성 수용자들로부터 원고를 격리하는데 소요될 비용만을 고려하였다고 보면서, 원고를 남성교도소에 계속하여 구속하는 것은 비례성을 충족하지 못하여 유럽인권협약 제8조 위반을 구성한다고 판단하였다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

4) 의료적 처우

몰타의 경우 수용자가 수용 전에 받던 호르몬요법을 구금시설 내에서도 동일하게 받을 수 있도록 보장한다. 교도소 내에서 호르몬, 제모, 음성교정, 수술 등 성확정 관련 의료적 조치를 받는 경우, 구금되지 않는 사람과 마찬가지 원칙에 따라 의사의 상담을 받아 진행하도록 하며, 이러한 서비스에의 접근은 법적 성별에 무관하게 보장되도록 규정한다.[27]

영국의 경우 성별위화감 진단을 받은 트랜스젠더 수용자가 상담, 수술 전 및 수술 후 치료, 지속적인 호르몬요법 등 구금 이전과 동일한 수준의 진료를 NHS(National Health Service)로부터 받을 수 있도록 보장할 것을 명시한다.[28] (기결이든 미결이든) 트랜스젠더 수용자가 호르몬요법을 시작하길 원한다면, 보건의료팀은 NHS에 수용자의 요구를 전달하고 필요한 연락처를 요청해야 한다. 더불어 수용자가 성확정수술을 신청하는 경우, 교정시설 내 의료진은 모든 신청을 성별위화감 전문가에게 연계하도록 한다.

미국의 경우 연방교도소 관리국은 "호르몬 또는 기타 필수적 의료적 조치는 시설 내 의료인력의 개별적인 검토를 거쳐 제공될 수 있으며, 이때 의료인력은 정신의학 전문의의 자문을 받아야 한다"고 규정하고 있다.[29] 2018년에는 교도소에 수용되기 전부터 받아온 호르몬요법을 거부당한 트랜스젠더 수용자가 교도소 의료진을 상대로 손해배상을 청구한 Sunderland v. Medical Staff at Suffolk County Correctional Facility 사건[30]에서 배심원단은 호르몬요법은 의학적으로 필수적일 뿐만 아니라 이를 의도적으로 거부하는 것은 트랜스젠더의 건강에 중대한 해악을 미친다는 점을 고려하여 만장일치로 의료진의 호르몬요법 거부가 수용자의 헌법상 권리를 침해했다고 보았고 의료진에게 손해배상을 하도록 판결하였다.[31]

---

27 Trans, Gender Variant & Intersex Inmates Policy, Ministry for Home Affairs and National Security of Malta, (2016. 8.), https://homeaffairs.gov.mt/en/media/Policies-Documents/Pages/-Trans-Gender-Variant--Intersex-Inmates-Policy.aspx (2021. 12. 11. 확인).

28 UK Ministry of Justice and Her Majesty's Prison and Probation Service, Guidance overview: The care and management of individuals who are transgender, (27 January 2020).

29 U.S. Department of Justice- Federal Bureau of Prisons, Transgender Offender Manual, 5200.04 CN-1, (11 May 2018).

30 Sunderland v. Medical Staff at Suffolk County Correctional Facility et al, No. 2:2013cv04838 - Document 84 (E.D.N.Y. 2016).

31 J. Leland, "How a Trans Soldier Took On the Jail That Denied Her Medication, and Won," New York Times, (15 February 2019), https://www.nytimes.com/2019/02/15/nyregion/transgender-jail-hormone-therapy.html (2021. 12. 11. 확인).

미국 뉴욕 동부 연방지방법원

Sunderland v. Medical Staff at Suffolk County Correctional Facility,
No. 2:13-cv-04838 (2018. 10. 23.)

사건개요: 이 사건은 교도소에 수용된 동안 기존에 받던 호르몬요법을 거부당한 트랜스젠더 수용자가 교도소 의료진을 상대로 손해배상을 청구한 것이다. 구금 전 2년간 호르몬요법을 받아온 원고는 교도소에서 호르몬요법을 지속하고자 하였으나 교도소 측은 "의무기록을 확인해야 한다", "외부 전문가와 상의해야 한다"는 등의 이유를 들어 어떠한 의료적 조치도 제공하지 않았다. 그 결과 원고는 지난 2년간의 트랜지션이 모두 원상복귀되는 공포를 느꼈다.

쟁점: 교도소 의료진의 호르몬요법 거부가 원고의 헌법상 권리를 침해하는지 여부

판단내용: 배심원단은 이 사건에서 "호르몬요법이 의학적으로 필수적이라는 점뿐만 아니라, 이를 의도적으로 거부하는 것이 트랜스젠더의 건강에 얼마나 해악을 미치는지"를 고려하여 만장일치로 의료진의 호르몬요법 거부가 그녀의 헌법상 권리를 침해하였으므로 의료진이 원고에게 35만 5천불(약 4억 원)의 손해배상을 하라는 평결을 내렸다.

프랑스의 경우, 구금장소에 대한 총감독관(General Supervisor of place of detention)이 2010년 발행한 보고서에서 트랜스젠더 수용자가 적절한 의료적 조치를 받지 못하는 문제를 지적하면서, '양질의 지속적인 치료를 다른 사람과 동등하게 수용자에게 보장'하는 「2009 교정법」 제46조가 트랜스젠더 수용자에게도 마찬가지로 적용된다고 명시하였다.[32]

캐나다의 경우 과거에는 미국과 같이 수용 중에 호르몬요법 등 의료적 조치를 금지했는데, 2001년 캐나다 인권재판소가 Kavanagh v. Canada(Attorney General) 사건[33]에서 트랜스젠더 여성 수용자에 대한 교도소 내에서의 호르몬요법 등 의료적 처우 거부가 성별, 장애를 이유로 한 차별이라는 결정을 내렸다. 이에 따라 현재 캐나다의 트랜스젠더 수용자는 교도소에서 호르몬요

32 TGEU, Coiming Out, ILGA-Euroup, EPATH, Written Comments Submitted Jointly for Bogdanova v. Russia (European Court of Human Right), (2015), 5.

33 CHRT, Synthia Kavanagh and Canadian Human Rights Commission v. Attorney General of Canada, 31 August 2001, confirmed on appeal before the Federal Court of Canada – Attorney General of Canada v Canadian Human Rights Commission, 2003 FCT 89, §182.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

법, 성확정수술 등의 의료적 조치를 받을 수 있고, 이 경우 캐나다 교정국이 비용을 부담한다.[34]

캐나다 인권재판소

Kavanagh v. Canada (Attorney General), 2001 CanLII 8496 (2001. 8. 31.)

사건개요: 이 사건은 트랜스젠더 여성이 교도소 내에서 호르몬요법, 성확정수술과 여성수용동 배치를 거부당한 데 대해 캐나다 인권재판소에 소를 제기한 것이다.

쟁점: 교도소 내에서의 호르몬요법과 성확정수술을 허용하지 않는 것이 청구인의 권리를 침해하는지 여부

판단내용: 캐나다 인권재판소는 먼저 성전환증(Transsexualism)[35]을 이유로 한 차별은 캐나다 인권법이 금지하는 성별, 장애를 이유로 한 차별에 해당한다고 보았다. 그리고 교정본부의 규정이 이러한 차별에 해당하는지에 대해서는 교정본부가 서비스를 제공하지 않는 것에 현실적으로 정당한 이유(bona fide justification)가 있음을 스스로 입증해야 하는데 그러지 못하였다고 판단했다.

재판소는 비수술 트랜스젠더 여성을 남성수용소에 배치하는 규정은 "트랜스젠더 수용자가 가진 특별한 취약성을 인지하지 못한 조치"이며, "취약집단을 위한 정책 수립에 있어 차별적 효과가 없도록 해야 할 필요성"을 간과한 것이라 보았다. 이를 바탕으로 재판소는 교정본부에 "트랜스젠더 수용자의 안전을 위해 보다 개별화된 정책을 마련할 필요성을 강조"하며 개선을 명하였다.

모든 전문가들이 성확정수술은 "적절한 사람들의 경우, 성전환증을 위한 적법하고, 의학적으로 인정된 치료"라는 점을 인정하고 있음에도 교정본부가 이를 무조건적으로 금지하는 것은 결코 정당화될 수 없고, "실생활 검사의 경우 제한된 구역에서 조금씩 변경하고자 하는 성별로 살아보는 방식이 있음에도" 이를 고려하지 않는 것은 위법하다고 보았다. 나아가 이것이 '필수적'인 치료인 한 교정본부가 그 비용을 부담해야 한다고 판단하였다.

34 TGEU, 앞의 글, 6.

35 성전환증은 당시 의학계에서 트랜스젠더 정체성을 질환의 하나로 분류하여 사용한 진단명으로서, 현재 의학계는 병리화 관점을 폐기하여 2019년 국제질병분류 제11판에서 성전환증과 성주체성장애를 삭제하였다. 자세한 내용은 본 보고서 제9장 건강권 참조.

KOR 국가인권위원회 humanrights.go.kr

3. 증오범죄

매년 세계 각지에서 성적지향 및 성별정체성에 기반한 폭력 등 범죄(hate crime, 이하 '증오범죄')로 인해 수백만 명의 피해자가 발생하고 있으며, 그 유형은 일상에서의 배제부터 고문과 자의적 살인까지 다양하다.[36] 증오범죄는 제대로 신고되거나 조사되지 않고, 유죄 판결이 잘 나지 않는다. 증오범죄는 이렇게 사법 체계에서 벗어나 구조적인 비처벌(impunity)의 상황에 놓인다.[37] 증오범죄는 피해자가 바꿀 수 없는 개인의 기본적 정체성에 기반하여 발생하기 때문에 다른 범죄보다 피해자의 신체적, 정신적 건강에 미치는 부정적 영향이 심각하며, 그와 같은 특성을 가진 집단의 구성원 및 사회 전반에까지 악영향을 미치므로 증오범죄를 별도의 범죄유형으로 규정하여 현황을 파악하고 정책적 대응방안을 마련할 필요가 있다.[38] 레즈비언, 게이, 바이섹슈얼, 트랜스젠더 등 성소수자에 대한 데이터가 부족할수록 정책 입안자와 정부 담당자가 성소수자 커뮤니티를 보지 못하게 되고, 부정적인 견해의 반복과 비이성적인 국가 정책이 도입되는 것을 강화할 뿐이다.[39]

이런 이유로 많은 국가들은 성적지향 등이 동기가 된 범죄를 별도의 범죄로 규정하거나, 이를 형량 가중의 사유로 고려하도록 규정하는 "증오범죄법(hate crime law)"을 채택하였다. 2020년 기준 전 세계 49개국이 성적지향을 이유로 한 증오범죄법을 도입하고 있다. 해당 국가는 북미 2개국(캐나다, 미국), 아시아 2개국(동티모르, 몽골), 아프리카 4개국(앙골라, 카보베르데, 차드, 상투메 프린시페), 오세아니아 2개국(뉴질랜드, 사모아), 유럽 28개국(알바니아, 안도라, 오스트리아, 벨기에, 보스니아 헤르체고비나, 크로아티아, 사이프러스, 덴마크, 핀란드, 프랑스, 조지아, 그리스, 헝가리, 코소보, 리투아니아, 몰타, 모나코, 몬테네그로, 북마케도니아, 노르웨이, 포르투갈, 루마니아, 산마리노, 세르비아, 슬로바키아, 스페인, 스웨덴, 영국), 라틴아메리카와 카리브지역 11개국(아르헨티나, 볼리비아, 브라질, 칠레, 콜롬비아, 에콰도르, 엘살바도르, 온두라스, 니카라

---

36 Report of the Independent Expert on Protection against Violence and Discrimination Based on Sexual Orientation and Gender Identity, UN Human Rights Council, (11 May 2018), A/HRC/38/43.

37 위의 글, para. 33.

38 Paul Iganski, "Hate Crimes Hurt More," American Behavioral Scientist, 45(4), (2001), 626–638; Jack McDevitt et al., "Consequences for Victims: A Comparison of Bias–and Non–Bias–Motivated Assaults," American Behavioral Scientist, 45(4), (2001), 697–713; Doug Meyer, "Evaluating the Severity of Hate–Motivated Violence: Intersectional Differences Among LGBT Hate Crime Victims," Sociology, 44(5), (2010), 980–995; Frank S. Pezzella and Matthew D. Fetzer, "The Likelihood of Injury Among Bias Crimes: An Analysis of General and Specific Bias Types," Journal of Interpersonal Violence, 32(5), (2017), 703–729.

39 Data Collection and Management as a Means to Create Heightened Awareness of Violence and Discrimination Based on Sexual Orientation and Gender Identity, Report of the Independent Expert on Protection Against Violence and Discrimination Based on Sexual Orientation and Gender Identity, UN Human Rights Council, (14 May 2019), A/HRC/41/45, para. 20.

국가인권위원회 humanrights.go.kr

과, 페루, 우루과이) 등이다.[40]

각국에서 증오범죄를 규정하면서 증오범죄에 대한 통계수집도 이루어지고 있다. 미국에서는 1990년 인종, 성별 및 성별정체성, 종교, 장애, 성적지향 및 민족 등에 기반한 편견으로 발생하는 증오범죄의 정보를 수집하기 위해 「증오범죄통계법(Hate Crime Statistics Act)」이 제정되었다.[41] 위 법이 미 의회를 통과한 이후 연방사법기관은 의무적으로, 그리고 수천 개의 각 지역, 대학, 주(州)의 법집행기관은 자발적으로 성별 및 성별정체성, 성적지향 등에 기반한 편견을 동기로 하는 범죄 관련 정보를 미국 연방수사국(Federal Bureau of Investigation, FBI)의 표준범죄보고(Uniform Crime Reporting, UCR) 증오범죄통계데이터수집(Hate Crime Statistics Data Collection)에 보고한다.[42] 위 표준범죄보고에는 사건별로 편견의 동기(Bias Motivation), 피해자(Victims), 가해자(Offenders), 장소 형태(Location Type), 관할(Jurisdiction)에 대한 정보가 축적된다. 2019년에는 성적지향과 성별정체성을 이유로 한 증오범죄가 1,393건으로 전체 증오범죄의 약 5분의 1을 차지했다.[43]

캐나다는 캐나다 인권법 제2조 및 제3조 제1항에서 '성적지향'과 '성별정체성'을 차별금지 사유로 규정하고 있으며, 증오선전(hate propaganda)에 관한 형법 제318조 제4항은 '성적지향'과 '성별정체성'을 각 '인식가능한 집단(identifiable group)'의 표지로, 또 양형 기준에 관한 제718조 제2항(a)(i)는 형량 가중 사유로 각 규정하고 있다. 캐나다 사법 및 지역사회 안전 통계센터(Canadian Centre for Justice and Community Safety Statistics)와 경찰은 2004년부터 표준범죄보고조사(Uniform Crime Reporting Survey)에 따라 경찰에 신고된 증오범죄의 각 사건별 내용과 가해자, 피해자 정보 등 현황을 수집하고 있으며,[44] 이는 캐나다 통계청을 통해 공개된다. 캐나다에서는 2019년 1,946건의 증오범죄가 발생하였고 이 중 263건이 성적지향에 근거한 증오범죄였는데, 이는 전년도 186건 대비 41% 증가한 수치이다.[45]

---

40 ILGA World, "State-Sponsored Homophobia: Global Legislation Overview Update", ILGA (2020), 239-250.

41 28 U.S.C. § 534 (a)(1). 미국은 실제 또는 오인된 성적지향이 동기가 된 범죄를 가중처벌하도록 연방법으로 규정하고 있고(18 U.S.C. § 249(a)(2)), 그 외에도 34개 주가 성적지향 또는 성별정체성에 기반한 증오범죄법을 두고 있다. Movement Advancement Project, Hate Crime Laws, https://www.lgbtmap.org/img/maps/citations-hate-crime.pdf (2021. 12. 11. 확인).

42 Hate Crime Statistics, FBI, https://www.fbi.gov/services/cjis/ucr/hate-crime (2021. 12. 11. 확인).

43 Table 1. Incidents, Offenses, Victims, and Known Offenders by Bias Motivation, 2019, Hate Crime Statistics 2019, Criminal Justice Information Services Division, FBI, https://ucr.fbi.gov/hate-crime/2019/topic-pages/tables/table-1.xls (2021. 12. 11. 확인).

44 How Hate Crime Data is Collected in Canada, OSCE ODIHR Hate Crime Reporting, OSCE, https://hatecrime.osce.org/canada (2021. 12. 11. 확인).

45 Canadian Centre for Justice and Community Safety Statistics, Police-Reported Hate Crime in Canada, 2019, Statistics Canada, Mar. 2021, https://www150.statcan.gc.ca/n1/pub/85-002-x/2021001/article/00002-eng.htm (2021. 12. 5. 확인).

KOR 국가인권위원회 humanrights.go.kr

독일은 증오범죄법을 도입하지 않았으면서도 2001년 우익 극단주의자들의 범죄가 극에 달하자 경찰 데이터 수집 시스템을 개혁하면서 외국인혐오(xenophobic)와 반유대주의(antisemitic), 성적지향(sexual orientation), 장애(disability) 등에 기초한 증오범죄를 '정치적 동기로 유발된 범죄(politically motivated offences)'로 분류하기 시작하였다.[46] 증오범죄는 2016년 3,598건에서 2018년에는 8,113건, 2020년에는 10,240건으로 계속해서 증가하는 추세를 보이며, 2020년 성소수자에 대한 증오범죄는 578건이 보고되었다.[47] 다만 독일 형사법상 증오범죄를 형벌의 가중사유로 규정하고 있지는 않아 법원에서 형사 사건의 양형사유로 참작하는 경향이 있고, 성소수자나 장애인 등에 대한 증오범죄의 가해자에게 '정치적 동기'가 명확하지 않은 경우에는 해당 범죄가 '정치적 동기로 유발된 범죄'의 유형으로 포섭되기 어려운 측면이 있다.[48]

개인이 성적지향과 성별정체성 등 자신의 특성으로 인해 폭력과 차별을 당하는 현실을 파악하는 것은 인권침해를 예방하고 처벌할 국가의 의무를 이행하는 데 필수적이다. 그럼에도 한국을 포함한 여러 지역에서는 아직도 국내 성소수자 인구나 증오범죄에 관한 국가적 통계가 전무하다.[49] 증오범죄에서 자유로운 사회는 없다는 사실이 다수의 연구와 통계를 통해 알려져 있음에도 국내적 통계가 존재하지 않는다거나 정책입안자 개개인의 개인적 편견 때문에 증오범죄가 형사제도 및 정책을 구상하는 데에 고려되지 않는 문제가 발생한다.[50] 앞서 살펴보다시피 이미 다수의 국가는 증오범죄의 통계를 파악하고 있으며, 이를 바탕으로 증오와 혐오, 차별 사회에 대항할 정책을 수립하고 피해자를 지원하며 사회의 안전과 화합을 도모하고 있다. 현실을 반영한 형사정책적 발전을 위해 수사 · 사법기관은 국내 상황과 맥락을 고려하여 국가 차원에서 증오범죄의 법적 개념을 정립하고 증오범죄에 대한 통계를 수집 · 공표하며 이에 대한 형량 가중의 필요성을 검토할 필요가 있다.

---

46 Mario Peucker, "The Hate Crime Concept in Germany and How to Improve the Knowledge on the Extent of Hate Crimes", Bamberg: europäisches forum für migrationsstudien (efms) Institut an der Universität Bamberg (2006); Alke Glet, "The German Hate Crime Concept: An Account of the Classification and Registration of Bias-Motivated Offences and the Implementation of the Hate-Crime-Model into Germany's Law Enforcement System", Internet Journal of Criminology (2009).

47 Germany hate crime data, OSCE ODIHR Hate Crime Reporting, https://hatecrime.osce.org/germany?year=2020 (2021. 12. 11. 확인).

48 Human Rights Watch, Briefing Paper: The State Response to "Hate Crimes" in Germany, (9 December 2011), https://www.hrw.org/news/2011/12/09/state-response-hate-crimes-germany (2021. 12. 11. 확인).

49 김중곤, "증오범죄에 대한 형사 정책적 대응: 주요쟁점 및 선결과제", 경찰학연구 제18권 제2호(통권 54호) (2018), 210.

50 Report of the Independent Expert on Protection against Violence and Discrimination Based on Sexual Orientation and Gender Identity, UN Human Rights Council, (11 May 2018), A/HRC/38/43, para. 71.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

III. 요약과 함의

성소수자는 형사사법절차에서 피고인의 지위나 자유가 박탈된 상황에서 오는 취약성에 더해 개인의 가장 내밀하고 핵심적인 영역 중 하나인 성적지향과 성별정체성으로 인해 더욱 취약한 상황에 처해왔다. 위에서 살펴본 바와 같이 유엔 등 국제인권기구뿐만 아니라 미국, 영국, 캐나다, 몰타 등 개별 국가들은 위와 같은 특수성을 고려하여 성소수자 수용자의 인권 보장을 위한 법률을 정비하거나 인권 중심적인 절차 규정을 만들거나 개정해나가고 있다.

국내의 경우에는 '성소수자 수용처우 및 관리방안'이라는 법무부 지침이 존재하며, 법무부 훈령 등을 통해 성소수자와 관련된 부분이 포함되어 있다. 그러나 이러한 지침은 법률에 근거하여 마련된 것이 아닐 뿐만 아니라 2021년 7월 중앙행정심판위원회가 '성소수자차별반대 무지개행동'이 법무부를 상대로 제기한 '성소수자 수용처우 및 관리 방안(수정)'에 대한 정보공개 거부처분 취소청구의 소를 인용한 이후에야 그 내용이 공개된 바 있다.[51] 성소수자 수용자에 대한 명확하고 체계적인 권리 보장을 위해서는 성소수자 수용자의 권리 보장에 대한 법률상 근거를 마련할 필요가 있다.

나아가 법무부의 위 '성소수자 수용처우 및 관리방안' 제39조 제3항에 따르면 성소수자 수용자 독거수용을 원칙으로 삼고 있는데, 이는 국제인권규범에 위배될 뿐만 아니라 해외 법률 동향과도 배치된다. 앞서 살펴본 바와 같이 몰타는 성소수자라는 이유로 다른 수용자와의 소통을 제한하여서는 안 된다는 정책적 원칙을 제시하고 있으며, 유럽인권재판소는 2012년 X v. Turkey 사건에서 성적지향이나 성별정체성을 이유로 수용자를 독방에 구금하는 것은 수용자의 정신적, 육체적 고통을 일으키고 인간존엄성을 박탈하므로 인권 침해에 해당한다고 판단한 바 있다. 국제인권기준에 따라 성소수자 수용자가 주간에는 교육이나 직업훈련, 작업 등의 활동을 통해 다른 수용자들과 소통하고 야간에는 독거실로 돌아갈 수 있도록 정책을 추진할 필요가 있다.

또한 캐나다 인권재판소의 2001년 판례를 눈여겨 볼 필요가 있다. 캐나다 인권재판소는 트랜스젠더 수용자에 대한 호르몬요법 등이 "필수적"인 의료조치인 경우에는 국가가 해당 치료비용을 부담해야 한다고 명시한다. 국내 교정시설의 경우에는 소내에서 의료적 치료를 받을 경우에는 국가비용으로 치료가 이루어지나 외부 병원의 치료를 받을 경우에는 사비로 치료

51 성소수자차별반대 무지개행동, 법무부 성소수자 수용처우 및 관리방안(수정)에 대한 논평 (2021. 8. 26.), https://lgbtqact.org/statement_210826/ (2021. 12. 11. 확인).

국가인권위원회 humanrights.go.kr

를 받도록 하고 있다. 만약 트랜스젠더 수용자 등에게 호르몬요법이나 성확정수술 등이 필수적으로 이루어져야 하나 소내에서 그러한 치료를 진행하기 불가능한 경우에는 외부 의료시설을 이용할 때에도 국가가 해당 수용자의 건강을 보장하기 위해 치료비용을 부담해야 할 필요가 있다고 할 것이다.

욕야카르타 원칙은 성소수자 수용자에 대하여 배우자 방문 등 가족구성원과의 만남이 보장될 것을 규정하고 있는데, 이 부분에 대하여도 향후 교정당국에서 추가적인 검토가 이루어져야 할 것이다. 국내 교정시설에서는 수용자의 사회 복귀를 위한 프로그램으로 '가족사랑캠프' 등 가족관계회복 지원 프로그램을 진행하면서 이에 참여하기 위해서는 가족관계증명서 등 공공기관에서 발행한 서류로 가족관계를 증명하도록 하고 있다.[52] 동성혼이 인정되지 않는 국내 현실에서 성소수자 수용자는 구금시설에서 자유를 박탈당할 뿐만 아니라 배우자나 자녀와 가족으로서 경험해야 할 사회적 관계의 단절을 겪을 수 밖에 없다. 이는 수용자 개인뿐만 아니라 그 가족, 그리고 사회 전반에 부정적인 영향을 미치므로, 성소수자 수용자의 권리 보장과 인권 신장의 측면에서 성소수자 수용자의 가족결합권과 관계에 대한 권리(right to relate)를 고려하여 수용처우를 개선해 나가야 할 것이다.[53]

마지막으로 성소수자는 증오범죄의 대상이 된다는 점이 각종 연구와 데이터를 통해 알려져 있음에도 국내에는 증오범죄를 처벌하는 법률이 존재하지 않을 뿐만 아니라 증오범죄의 개념도 법적으로 정립되어 있지 않다. 모든 사회 구성원이 안전하고 존엄한 삶을 살아갈 수 있는 형사법정책을 구현하기 위해 국가 차원에서 증오범죄에 대한 법적 개념을 정립하고 통계를 수집하여 공개할 필요가 있다. 나아가 증오범죄에 대한 면죄부를 없애고 사회의 뿌리 깊은 편견과 차별을 개선하기 위해 증오범죄에 대한 가중처벌의 필요성을 검토할 필요가 있다.

---

52 법무부, 수용자 사회복귀지원 등에 관한 지침(법무부예규 제1261호, 2020. 9. 3. 일부개정) 제6조.

53 Kees Waaldijk, "The Right to Relate: A Lecture on the Importance of 'Orientation' in Comparative Sexual Orientation Law", Duke Journal of Comparative & International Law Vol. 24 (2013).

국가인권위원회
humanrights.go.kr KOR

참고문헌

- 김중곤, "증오범죄에 대한 형사 정책적 대응: 주요쟁점 및 선결과제", 경찰학연구 제18권 제2호(통권 54호) (2018).
- 법무부, 성소수자 수용처우 및 관리방안(수정) (2020. 4. 29.).
- Alke Glet, "The German Hate Crime Concept: An Account of the Classification and Registration of Bias-Motivated Offences and the Implementation of the Hate-Crime-Model into Germany's Law Enforcement System", Internet Journal of Criminology (2009).
- Doug Meyer, "Evaluating the Severity of Hate-Motivated Violence: Intersectional Differences Among LGBT Hate Crime Victims," Sociology, 44(5), (2010).
- FBI, Hate Crime Data Collection Guidelines and Training Manual, Criminal Justice Information Services(CJIS) Division, Uniform Crime Reporting Program (2015).
- Frank S. Pezzella and Matthew D. Fetzer, "The Likelihood of Injury Among Bias Crimes: An Analysis of General and Specific Bias Types," Journal of Interpersonal Violence, 32(5), (2017).
- ILGA World, "State-Sponsored Homophobia: Global Legislation Overview Update", ILGA (2020).
- Interim Report of the Special Rapporteur of the Human Rights Council on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, A/68/295, (9 August 2013).
- Jack McDevitt et al., "Consequences for Victims: A Comparison of Bias-and Non-Bias-Motivated Assaults," American Behavioral Scientist, 45(4), (2001).
- Kees Waaldijk, "The Right to Relate: A Lecture on the Importance of 'Orientation' in Comparative Sexual Orientation Law", Duke Journal of Comparative & International Law Vol. 24 (2013).
- Mario Peucker, "The Hate Crime Concept in Germany and How to Improve the Knowledge on the Extent of Hate Crimes", Bamberg: europäisches forum für migrationsstudien (efms) Institut an der Universität Bamberg (2006).
- National Center for Transgender Equality, Policies to Increase Safety and Respect for Transgender Prisoners: A Guide for Agencies and Advocates (2018).
- Paul Iganski, "Hate Crimes Hurt More," American Behavioral Scientist, 45(4), (2001).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

• Report of the Independent Expert on Protection against Violence and Discrimination Based on Sexual Orientation and Gender Identity, UN Human Rights Council, (11 May 2018), A/HRC/38/43.
• Report of the Independent Expert on Protection against Violence and Discrimination Based on Sexual Orientation and Gender Identity, UN Human Rights Council, (14 May 2019), A/HRC/41/45.
• Report of the Special Rapporteur on the Question of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, UN General Assembly, (3 July 2001), A/56/156.
• TGEU, Coiming Out, ILGA-Euroup, EPATH, Written Comments Submitted Jointly for Bogdanova v. Russia (European Court of Human Right) (2015).
• U.S. Department of Justice- Federal Bureau of Prisons, Transgender Offender Manual, 5200.04 CN-1, (11 May 2018).
• UK Ministry of Justice and Her Majesty's Prison and Probation Service, Guidance Overview: The care and management of individuals who are transgender, (27 January 2020).
• United Nations Office on Drugs and Crime, Handbook on Prisoners with Special Needs (2009).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

국가인권위원회
humanrights.go.kr

8

성별정체성의 법적 인정

국가인권위원회
humanrights.go.kr

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

I. 개관

출생 시에 지정된 성별과 다른 성별정체성을 지닌 트랜스젠더, 생물학적 성징이 남/여의 이분법적 특성과 다른 인터섹스는 역사적으로 항상 인구의 일부분으로 존재해 왔다. 그러던 것이 19세기 말 성과학이 발전하고 1900년대에 들어 생식능력제거 및 외부성기수술, 즉 성확정수술을 통해 신체적인 전환이 가능해짐에 따라 트랜스젠더, 인터섹스 등 성별이분법에서 벗어난 존재들이 보다 더 가시화되고 이들에 대한 사회적 논의가 이루어지기 시작했다.

동시에 법적인 관점에서 이러한 트랜스젠더, 인터섹스와 같이 출생 시 지정된 성별과 다른 성별정체성을 지니고 살아가는 사람들의 성별을 어떻게 평가할 것인가의 문제가 제기되기 시작했다. 이와 관련하여 이루어진 최초의 법적 판단은 1931년 스위스 법원에서 이루어진 성별변경 결정이다. 이어서 1972년 스위스는 세계 최초로 법적 성별변경에 관한 법률을 제정했고, 뒤이어 1980년 독일에서도 마찬가지로 법률을 통해 성별변경을 인정하였다.[1] 그러나 두 국가 모두 혼인중이 아닐 것, 일정한 나이 이상일 것, 생식능력 제거를 포함해 성확정수술을 받았을 것 등 제한된 조건 하에서만 트랜스젠더의 전환된 성별을 인정하였다. 이러한 두 국가의 법률은 다른 나라들에도 영향을 주어 이후 관련된 법제도를 만든 국가들 역시 비슷하게 성별변경에 있어 여러 가지 제한적인 조건을 두었다. 특히 대다수의 국가들에서 성확정수술을 필수로 요구하였다.

그러한 상황에 변화를 가져온 것이 2002년 유럽인권재판소의 Godwin and I. v. UK 결정이다.[2] 해당 결정에서 유럽인권재판소는 영국정부가 성별변경에 대한 제도를 마련하지 않은 것을 유럽인권협약 제8조, 제12조를 위반한 차별행위라고 판단하면서 "결혼에 대한 사회적 인식의 변화로 더 이상 남녀는 생물학적 요소에 의해서만 결정되지 않으며, 염색체가 트랜스젠더의 성별정체성 판단 기준이 될 수 없다"고 하여, 생물학적 요소가 성별을 판단함에 있어 절대적 기준이 아니라고 이야기했다. 그리고 이 판결에 따라 영국이 2004년 제정한 성별인정법(Gender Recognition Act 2004)은 성확정수술 없이 정신과 진단만으로 성별변경이 가능하도록 하였다. 이후 독일 연방헌법재판소는 2008년 혼인 상태의 트랜스젠더가 성별변경을 하기 위해 이혼할 것을 요구하는 트랜스섹슈얼법 규정에 헌법불합치 결정을 내렸고,[3] 2011년에는

1 Friedemann Pfäfflin, "Transgenderism and Transsexuality: Medical and Psychological Viewpoints". In J. Scherpe (Ed.), The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons (pp. 11–24). Intersentia (2015), 12–14.

2 Goodwin and I. v. United Kingdom, no. 28957/95, ECHR–2002.

3 1 BvL 10/05, 2008.

국가인권위원회 humanrights.go.kr

성별변경에 성확정수술을 요구하는 것은 성적자기결정권과 신체온전성에 대한 권리의 침해라 하여 헌법불합치 결정을 내렸다.[4] 또한 2013년 스웨덴은 법을 개정하여 성별변경의 요건에서 혼인 중이 아닐 것, 스웨덴 국적일 것, 생식능력을 제거했을 것을 삭제하였다.[5] 이렇게 최초로 성별변경 관련 법률을 만든 스웨덴과 독일에서도 그 요건이 완화된 것은 다른 여러 국가들에도 영향을 주었다. 그 결과 2021년 5월을 기준으로 유럽평의회 소속 47개국 중 39개국에서 성별변경이 가능하며, 그 중 영국, 프랑스, 독일을 비롯하여 27개국이 성확정수술을 요구하지 않고 있다.[6]

2012년 아르헨티나의 성별정체성법(Ley de identidad de género)의 제정은 성별변경에 관한 논의에 더욱 획기적인 변화를 가져 왔다. 이 법은 개인이 성별정체성을 인식하고 그에 따라 인격을 발전시키고 공적 기록을 포함해 사회적으로 성별정체성에 맞게 대우받아야 하는 것을 권리로 보장하였으며, 성별변경에 있어 모든 요건을 삭제하고 오직 당사자의 자기결정(self-determination)에 따른 신청으로만 변경이 가능하도록 하였다. 이후 덴마크, 아일랜드 등 여러 국가와 지역에서도 유사한 형태의 법제도들이 마련되고 있다.

한편 앞서의 성별변경에 관한 대부분의 논의들은 이분법적인 성별 구분 하에서 법적 성별을 남에서 여로, 여에서 남으로 변경하는 것에 초점이 맞춰져 있다. 이에 대해 비이분법적 트랜스젠더(non-binary transgender)나 인터섹스의 성별정체성을 존중하여 남녀의 이분법이 아닌 제3의 성별을 법적인 성별로 인정하는 국가들도 점차 증가하고 있다. 일례로 2018년 독일의 신분관계법은 출생신고 시 아이의 성별로 '여성', '남성' 외에 '미기재'나 '다양'란을 선택할 수 있도록 개정되었다.[7] 이는 2017년 연방헌법재판소의 헌법불합치결정에 따른 것이다. 독일 외에도 캐나다, 오스트레일리아, 뉴질랜드, 미국 오리건, 뉴욕, 캘리포니아 등의 주, 인도, 파키스탄, 몰타, 네팔 등 다양한 국가와 지방정부들이 신분증명서와 여권 등에 여성, 남성 외에 제3의 성을 표시하고 있다.[8]

한편 트랜스젠더가 자녀를 낳은 경우 자녀의 신분서류 상에 그 관계를 어떻게 표시해야 하

---

4 1 BvR 3295/07, 2011.

5 Government office of sweden, "Chronological overview of LGBT persons rights in Sweden" (2018) https://www.government.se/articles/2018/07/chronological-overview-of-lgbt-persons-rights-in-sweden/ (2021. 11. 28. 확인).

6 Transgender Europe, "Trans Rights Map 2021 documents alarming loss in trans rights" (2021. 5. 17.) https://tgeu.org/trans-rights-map-2021/ (2021. 11. 28. 확인).

7 이보연, "제3의 성의 법적 인정", 법학연구 제22권 제1호 (2019), 456-457. 독일은 이에 앞서 2013년 자녀가 여성 또는 남성에 속하지 않는 경우에는(intersexuell, 즉 양성의 특징을 다 가지고 있는 경우) 자녀의 성을 표시하지 않고 출생등록부를 작성하도록 개정한 바 있다(독일 신분등록법 제22조 제3항, 2013년 11월 1일 시행). Sieberichs, Das unbestimmte Geschlecht, FamRZ 2013, 1180ff.(김상용, "가족관계등록부 공시방법 개선방안", 법무부 용역과제 보고서(2014), 28에서 재인용)

8 TGEU, "Third gender marker options in Europe and beyond" (2017. 11. 09.) https://tgeu.org/third-gender-marker-options-in-europe-and-beyond/ (2021. 11. 28. 확인).

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

는지, 즉 트랜스젠더 남성이 자녀를 낳은 경우 생물학적 관계에 따라 어머니로 표시할지 성별정체성을 존중하여 아버지로 표시해야 할지에 대해서도 여러 논의들이 있는데, 이 역시 성별정체성의 법적 인정과 관련하여 제기되는 쟁점이라 할 수 있다.

II. 주요 쟁점 및 사례

1. 법적 성별변경

1) 국제인권규범

출생 시 지정된 법적 성별을 성별정체성에 맞게 변경하는 데 요구되는 요건에 대해 국제적인 논의는 트랜스젠더/인터섹스가 자신의 성별정체성을 법적으로 인정받는 것이 법 앞의 평등, 자기결정권 등에 따라 인정되는 권리라는 전제 하에서 그 요건과 절차를 간소화하는 방향으로 나아가고 있다. 특히 국제/지역인권규범의 경우 자기결정에 기반한 신속, 명료, 접근가능한 성별인정 절차(quick, transparent, accessible legal gender recognition procedure based on self-determination)을 마련하라는 것이 확고한 원칙으로 자리잡았다. 이를 가장 구체적이고 분명하게 이야기하는 것이 2018년 '유엔 성적지향 및 성별정체성을 기반으로 한 폭력 및 차별로부터의 보호에 관한 독립전문가'(이하 '유엔 성적지향 · 성별정체성 독립전문가')가 유엔총회에 제출한 보고서이다.[9] 해당 보고서에서 유엔 성적지향 · 성별정체성 독립전문가는 "법 앞에 동등하게 인정받을 권리는 다른 권리나 자유의 핵심원칙이다"고 강조하면서 각 국가에 성별변경에 있어 전제가 되는 모든 강제적인 요건을 삭제하고 자기결정에 기반한 신속, 명료, 접근가능한 성별변경 절차를 마련할 것을 권고했다.

9 Independent Expert on protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity, "Protection Against Violence and Discrimination Based on Sexual Orientation and Gender Identity", UN 문서 A/73/152. (2018).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

유엔 성적지향 및 성별정체성을 기반으로 한 폭력 및 차별로부터의 보호에 관한 독립전문가 보고서 (UN 문서 A/73/152, 2018)

81. 독립전문가는 국가가 모든 가능하고 적절한 수단을 통해 다음과 같이 할 것을 권고한다.

(b) 개명, 성별변경에 있어 전제조건이 되는 가혹한 요건을 삭제하라. 여기에는 강압, 강제, 비자발적인 생식능력제거; 수술, 호르몬 등 성확정 관련 의료적 조치; 의학적 진단, 심리평가 혹은 다른 의학적, 심리학적 절차나 조치; 경제적 상황 관련 요건; 건강; 혼인, 가족, 부모 상황; 제3자 의견 등을 포함한다. 전과, 이주 상황 또는 기타 지위가 또한 개명, 성별변경을 가로막지 않도록 하여야 한다.

(d) 트랜스젠더의 권리와 관련하여 개명 및 신분증명서 성별표시 변경 절차를 제정하라. 이러한 절차는 충분히 정보를 제공 받아 자유롭게 한 선택(free and informed consent)과 신체온전성을 존중해야 한다. 특히 모범사례들을 참조했을 때, 해당 절차는

(i) 신청자의 자기 결정에 기반해야 한다.

(ii) 간단한 행정적 절차여야 한다.

(iii) 비밀보장이 되어야 한다.

(iv) 의료적/심리학적 내지 불합리하거나 병리적인 다른 증명서에 대한 요구 없이 신청자가 충분히 정보를 제공 받아 자유롭게 한 선택에만 기반해야 한다.

(v) 남성, 여성이 아닌 비이분법적 정체성을 인정하고 성별표시 선택지를 다양하게 해야 한다.

(vi) 접근가능하고 비용이 들지 않아야 한다.

2015년 유럽평의회 역시 트랜스젠더가 겪는 차별에 초점을 둔 결의안을 통해 유엔과 마찬가지로 자기결정에 기반한 성별변경 절차를 마련할 것을 다음과 같이 권고하였다.

"6.2. 성별의 법적 인정과 관련하여, 6.2.1. 트랜스젠더가 출생증명서, 신분증, 여권, 교육 증명서 및 이와 유사한 다른 서류들 상의 이름과 지정 받은 성별을 변경하는 데, 자기결정에 기반한, 신속하고 명료하며 접근성이 보장되는 절차를 마련하라. 이러한 절차는 나이, 의료적 상황, 경제적 상황 또는 전과에 무관하게 원하는 모든 사람이 이용할 수 있어야 한다.

KOR 국가인권위원회 humanrights.go.kr

6.2.2. 생식능력제거, 정신과진단을 포함한 모든 강제적 의료적 조치를 개명과 성별변경의 필수적 법적 요건으로 하여서는 안 된다."[10]

2018년 미주인권재판소(The Inter-American Court) 또한 성별정체성과 동성 파트너십과 관련하여 코스타리카 정부가 요청한 자문에 답하면서 다음과 같이 설시하였다.

"…국가는 따라서 (협약 제1조 제1항과 제24조의) 평등과 반차별의 권리를 준수하기 위해 적합한 공적 기록 수정 절차를 인식, 규제, 제정할 의무가 있다. 특히 법원은 이러한 절차가 다음과 같아야 한다고 강조한다. a) 신청자가 스스로 인식한 성별정체성을 전인적으로(holistically) 반영해야 한다. b) 오직 신청자가 충분히 정보를 제공 받아 자유롭게 한 선택에 기반해야 하고, 의학적 또는 심리학적 증명이나 경찰보고서와 같은 불합리하고 병리적인 요건을 두지 않아야 한다. c) 비밀이 보장되어야 한다. d) 빠르고 저렴해야 한다. e) 수술 또는 호르몬요법을 증거로 요구하지 않아야 한다."[11]

이와 같이 성별변경에 있어 외과적 수술, 이혼 등 강제적인 요건을 모두 없애고 당사자의 자기결정에 기반한 제도를 만들기를 요구하는 것은 국제/지역인권기구들에 의해 이미 확립된 규범이다. 이하에서는 이러한 국제인권규범에 근거하여 각 국가에서 성별변경과 관련하여 어떠한 논의들이 이루어지고 있는지 법제와 판례를 살펴보겠다.

2) 외국 입법례

성별변경에 대한 각 국가의 법제는 매우 다양하여 성별변경 자체가 금지되어 있는 국가부터 오로지 자기결정에 따른 신청만으로 성별을 변경할 수 있는 국가까지 넓은 스펙트럼이 존재한다. 이때 성별변경이 가능한 국가들에서 흔히 가장 쟁점이 되곤 하는 정신과 진단, 호르몬요법, 성확정 수술 등 의료적 조치를 요구하는 정도를 기준으로 몇 가지 그룹을 나눠보면 다음과 같다.

첫째 그룹은 국제인권규범에 부합하여 의료적 조치를 비롯하여 어떠한 강제적 요건 없이

---

10 Parliamentary Assembly of The Council of Europe, "Resolution 2048 : Discrimination against transgender people in Europe" (2015. 4. 22) para 6.2.

11 Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion on Gender Identity, Equality, and Non-Discrimination of Same-Sex Couples, (2017), OC-24 / 17

국가인권위원회
humanrights.go.kr

오직 당사자의 자기결정에 의한 신청만으로 성별을 변경할 수 있는 국가들이다. 이는 앞서 살펴본 바와 같이 2012년 아르헨티나가 최초이다. 아르헨티나의 성별정체성법은 제1조에서 '모든 사람들은 성별정체성에 대한 인식, 성별정체성에 따른 인격의 자유로운 발달, 자신의 성별정체성에 따른 대우, 특히 서류에 기록된 이름, 사진, 성별 등에 있어 정체성에 따라 식별되는 것에 대한 권리를 지닌다'고 규정하고, 제4조에서 성별변경의 요건을 규정하며 "어떠한 경우에도 전부 혹은 일부의 성기 재지정 수술, 호르몬요법 혹은 다른 정신적 혹은 의료적인 조치가 취해졌다는 것을 증명할 필요가 없다"고 하고 있다.[12] 이에 따라 아르헨티나에서의 성별변경은 18세 이상의 성인인 경우에는 신청만으로, 18세 미만의 미성년자는 법정대리인의 동의 또는 이에 갈음하는 법원의 결정을 통해 성별을 변경할 수 있다.

이후로도 덴마크(2014, 이하 제정 또는 개정연도), 몰타(2015), 콜롬비아(2015), 아일랜드(2015), 노르웨이(2016), 벨기에(2017), 우루과이(2018), 파키스탄(2018), 포르투갈(2018), 룩셈부르크(2019), 스위스(2020), 미국 캘리포니아주(2017), 미국 워싱턴주(2018), 호주 태즈메이니아주(2019) 등 각 국가와 지역들에서 마찬가지로 자기결정에 의한 성별변경을 보장하고 있다.[13] [14]

두 번째 그룹은 의료적 조치를 요구하지는 않으나 전환된 성으로 살아가고 있음을 증명하도록 하거나 또는 혼인 중이 아닐 것을 요구하는 등 사회생활, 신분관계에 있어서 별도의 조건을 부과하는 국가들이다. 가령 프랑스의 21세기 정의법[15]은 시민등록상의 성별을 변경함에 있어 '의학적 조치, 수술, 생식능력 제거 등은 장벽이 되지 않는다'고 정의하면서도, 변경을 신청하는 사람은 자신이 인식하는 성별로 살아가고 있으며 이것이 가족이나 지인들에게도 알려져 있다는 사실을 증명할 것을 요구하고 있다. 그리스의 성별변경법은 의료적 조치는 요구되지 않고 당사자가 자신의 신체와 외모에 대한 감각에 기반하여 성별을 변경할 수 있지만 이는 혼인 중이 아닌 경우에만 가능하다.[16]

세 번째 그룹은 생식능력제거 및 성기수술과 같은 외과적 수술은 요구하지 않지만 성별위화감(gender dysphoria), 성전환증(transsexualism), 성주체성장애(gender identity disorder)와 같은

12 Ley de identidad de género, 영문번역본 출처: GATE(Global Action for Trans* Equality) https://tgeu.org/argentina-gender-identity-law/ (2021. 12. 11. 확인).

13 국가별 상황은 다음 자료를 참고하였다. Directorate-General for Justice and Consumers (European Commission)/ICF, "Legal gender recognition in the EU: the journeys of trans people towards full equality", European Union(2020); Zhan Chiam et al, "Trans Legal Mapping Report 2019: Recognition before the law", ILGA World(2020); National Center for Transgender Equality, "ID Documents Center" https://transequality.org/documents (2021. 11. 28. 확인).

14 다만 각 국가별로 미세하게 차이는 존재한다. 가령 덴마크, 벨기에는 각각 6개월, 3개월간의 숙려기간을 두고 있다. 또한 미성년자의 성별변경 가능 연령도 국가마다 상이하다.

15 La loi sur la justice au XX1eme siècle.

16 Legal Recognition of Gender Identity Law 4491/2017.

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

정신과적 진단이나 호르몬요법 등 일정한 의료적 조치를 요구하는 국가들이다. 영국이 대표적인 사례로 2004년 제정된 영국의 성별인정법은 수술을 요구하지는 않으나 정신과 진단과 2년 이상 전환하고자 하는 성별로 산 경우에 성별변경을 가능하도록 하고 있다. 독일 역시 2011년 연방헌법재판소가 성별변경에 수술을 요구하는 것을 위헌으로 판결함에 따라 현재는 정신과 진단을 받아 성별변경이 가능하다.

네 번째 그룹은 생식능력제거, 외부성기수술 등 외과적 수술을 요구하는 국가들이다. 가령 일본의 경우 2004년 제정된 성동일성장애인의 성별취급의 특례에 관한 법률은 다음과 같이 5가지의 성별변경 요건을 규정하고 있다: 20세 이상일 것, 현재 혼인 중이 아닐 것, 현재 미성년 자녀가 없을 것, 생식선이 없거나 생식선의 능력을 영구적으로 상실하였을 것, 신체에 대하여 다른 성별의 신체의 성기부분과 근사(近似)한 외관을 갖고 있을 것.[17] 대만 역시 내정부령에 의해 성별변경의 요건을 규정하고 있는데 생식능력이 없을 것을 그 조건으로 두고 있다.[18]

〈표 8.1〉 의료적 조치 요구의 정도에 따른 성별변경 입법례 구분

그룹	내용	국가
1	자기결정에 기반한 성별변경 (간단한 신청서만 요구)	아르헨티나, 몰타, 아일랜드, 파키스탄 등
2	의료적 조치는 요구되지 않으나 주변인들의 승인, 혼인 중이 아닐 것 등 사회적인 조건을 요구	프랑스, 그리스 등
3	외과적 수술은 요구되지 않으나 정신과 진단 요구	영국, 독일, 네덜란드, 헝가리 등
4	생식능력제거 등 외과적 수술요구	핀란드, 체코, 대만, 일본, 한국 등

한편 의료적 조치 외에도 혼인 중이거나 자녀를 둔 트랜스젠더의 성별변경 가능 여부 및 성별변경이 가능한 연령에 대해서도 각 국가들마다 상이하게 규정하고 있다. 아래에서는 이러한 성별변경의 요건 중 ① 외과 수술 ② 정신과 진단 ③ 혼인여부 ④ 자녀의 유무 ⑤ 연령제한과 관련된 각 국가의 입법례 및 판례를 살펴보고자 한다.

17 性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律(平成15年法律第111号)
18 內政部令中 內授中戶字第0970066240號, 華民國97年11月3日

국가인권위원회
humanrights.go.kr

3) 생식능력제거를 포함한 성확정수술 요건

법적 성별변경에 있어 생식능력제거를 포함한 성확정수술의 요구는 트랜스젠더에게 가장 부담이 되는 요건이라 할 수 있다. 모든 트랜스젠더가 성확정수술을 원하는 것은 아님에도 성별정체성을 법적으로 인정받기 위해 원치 않는 침습적인 수술을 강제받기 때문이다. 성확정수술을 원하는 트랜스젠더의 경우에도 수술요건으로 인해 수술의 시기와 방법 등을 자유롭게 선택할 수 없다는 점에서 부담이 되는 것은 마찬가지이다. 한편으로 생식능력제거 요건은 성별변경을 위해 강제불임을 요구하는 것으로서 트랜스젠더의 재생산권에 대한 침해이기도 하다.

그렇기 때문에 2013년 유엔 고문특별보고관은 트랜스젠더에 대한 강제적 불임 요구가 고문에 해당한다고 판단하였다. 즉, "정당한 이유 없이 심각한 고통을 주는 의료는 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌이며, 국가가 이에 개입되어 있고 특별한 의도를 가지고 있다면, 그것은 고문에 해당하고 … (동성애자, 바이섹슈얼, 트랜스젠더, 인터섹스에) 언어적 폭력과 공개적인 수치를 가하며 의료적 조치를 거부하거나, 정신 감정을 하거나, 불임상태로 만들거나 … 이러한 행위를 가능하게 하는 모든 법률을 폐지"[19]하도록 권고하였다. 2016년에도 고문특별보고관은 "이러한 관행은 성적지향과 성별정체성에 기반한 차별에 뿌리를 두고 있으며 신체온전성과 자기 결정권을 비롯해 부당한 처우와 고문을 받지 않을 권리를 침해하고 있다"[20]고 재차 강조하였다.

또한 2014년 유엔인권최고대표사무소(OHCHR), 유엔여성기구(UN Women), 유엔에이즈계획(UNAIDS), 유엔개발계획(UNDP), 유엔인구활동기금(UNFPA), 유엔아동기금(UNICEF) 및 세계보건기구(WHO)는 '강제되거나 강압적이거나 기타 비자발적인 불임의 근절에 관한 공동성명서'를 발표하고 "국제 및 지역기구, 일부 국가의 헌법재판소 및 최근의 법 개정을 통하여 트랜스젠더와 인터섹스인 사람에 대하여 법적 성별변경을 위하여 불임을 요구하는 것은 신체온전성, 자기 결정권, 인간존엄성에 대한 존중에 위배되며 트랜스젠더와 인터섹스에 대한 차별을 야기하고 영속시킨다."[21]고 지적하였다.

비교법적으로 보아도 성별변경에 있어 생식능력제거 및 성기수술을 더 이상 요구하지 않

---

19 Human Rights Council, "Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment", UN 문서 A/HRC/22/53 (2013.02.01.), paras. 39, 76, 88.

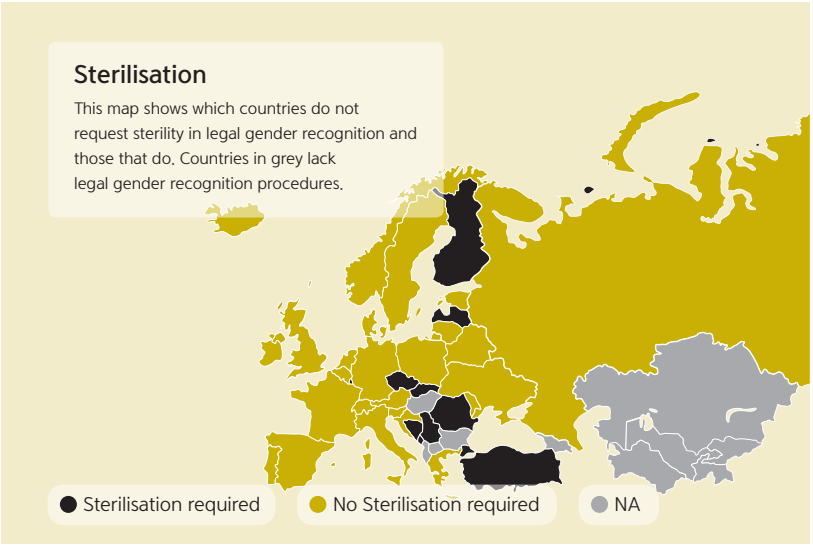
20 Human Rights Council, "Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment", UN 문서 A/HRC/31/57 (2016.01.05.), para. 49.

21 "Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization: an interagency statement", OHCHR, UN Women, UNAIDS, UNDP, UNFPA, UNICEF and WHO (2014).

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

는 국가들이 점점 더 많아지는 추세이다. 국제 트랜스젠더 인권단체 트랜스젠더 유럽(TGEU)에서 조사한 바에 의하면 유럽 및 중앙아시아 국가들 중 다음 그림과 같이 상당수가 성별변경에 있어 생식능력제거를 요구하지 않는다.

〈그림 8.1〉 유럽 및 중앙아시아의 성별변경 요건 지도 (2021년 12월 기준)



주: 노란색이 생식능력제거를 요구하지 않는 국가, 검정색이 생식능력제거를 요구하는 국가이며, 회색은 성별인정절차가 없는 국가임.
출처: TGEU, Trans Rights Map: Europe & Central Asia 2021, https://transrightsmap.tgeu.org/ (2021. 12. 11. 확인).

한편 수술요건을 좀 더 구체적으로 살펴보면 고환적출, 자궁난소적출과 같이 생식능력을 제거하는 수술을 요구하는 것과 음경, 질 형성 등 외부성기수술을 요구하는 것으로 나누어볼 수 있다. 이 중 생식능력은 제거했지만 외부성기수술은 하지 않은 경우에 성별변경을 허용할 것인지에 대해, 2010년 브라질 리오 데 자네이루 법원은 호르몬요법과 가슴제거수술, 난소자궁적출수술을 받은 트랜스젠더 남성의 성별변경을 인정하였다.[22] 이 사건에서 법원은 성기성형수술은 위험성이 높고 또 사건본인은 이미 가슴이 없고 수염과 깊은 목소리 같은 남성성별 특징을 갖추고 있는데도 성별변경을 인정하지 않는 것은 사건본인을 매일 일상에서의 차별에 노출시키는 것이라고 판단하였다.

생식능력제거를 포함한 성확정수술 전체에 관해서는 2011년 독일 연방헌법재판소 판결이 가장 대표적인 사례라 할 것이다. 독일은 1980년 트랜스섹슈얼법(Transsexuals Act; Transsexuellengesetz)을 제정하여 성별변경 절차를 규정하였는데, 해당법은 생식능력이 없을 것과 외

22 In re Gesa Case No. 0162607, Tribunal of Justice of Rio de Janeiro, Brazil. (2010. 8. 4.)

국가인권위원회
humanrights.go.kr

부의 성적특징을 변경하는 수술, 즉 성확정수술이 요구되었다. 이에 대해 연방헌법재판소는 이러한 성확정수술은 개인의 신체온전성에 심각한 손상을 주며, 트랜스젠더가 인지하는 성별의 불가역성은 외부성기의 형태로 측정가능한 것이 아니기에 수술요구가 바람직하지 않다고 보았다. 또한 생식능력제거에 있어서도 성별변경을 한 트랜스젠더가 아이를 낳을 경우 성별의 개념에 혼란을 가져온다는 입법 목적은 개인의 기본권 침해를 정당화할 수 없고 트랜스젠더의 인구비율을 보았을 때 이러한 일들은 희귀하게 일어날 것이므로 생식능력제거수술의 요구는 독일 기본법상의 성적 자기결정권과 신체온전성을 침해하여 위헌이라고 판결하였다. 이에 따라 해당 판결 이후로 독일에서는 외과적 수술 없이 정신과 진단만으로 성별변경이 가능하다.

독일 연방헌법재판소

1 BvR 3295/07 (2011. 1. 11.)

사건개요: 1980년 제정된 독일의 트랜스섹슈얼법에 따르면 성별정체성이 신분법 상으로 인정받기 위해서는 법 제8조 제1항 제3호와 제4호가 정하는 바와 같이 개인의 생식능력이 영구적으로 제거되고(제3호), 외부성적특징(external sexual characteristics)을 바꾸는 수술을 받아 다른 성별의 외양과 분명히 가까워진 상태가 되었을 것(제4호)이 요구되었다.
이 사건의 청구인은 62세의 트랜스젠더 여성으로 성확정수술은 받지 않은 사람이었다. 청구인은 한 여성과 동반자관계로 생활하면서 파트너와 함께 시민동반자 등록을 신청했으나 담당청으로부터 거부당했다. 당시의 시민동반자 등록은 동성 간에만 가능한데 청구인은 수술을 하지 않아 신분법상 여성으로 인정할 수 없다는 것이 이유였다. 이에 청구인은 주법원에 이의를 제기했으나 기각이 되었고 고등법원을 거쳐 헌법재판소에 청구를 하였다.

쟁점: 트랜스젠더의 법적 성별변경에 있어 생식능력제거, 외부성기수술 등 성확정수술을 요구하는 것은 독일 기본법에 위반되는가

판단내용: 헌법재판소는 성별변경에 있어 성확정수술을 요구하는 트랜스섹슈얼법 제8조 제1항 제3호와 제4호는 헌법에 위반된다고 판단하며, 그 주요 근거를 다음과 같이 설시하였다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

현행 법에 따르면 동성애 성적지향을 지닌 트랜스젠더가 법적으로 이성인 파트너와 동반자 관계를 맺기 위해서는 (이성 커플로서) 결혼을 하거나, 아니면 생식능력을 제거하는 성확정수술을 거쳐 성별변경을 한 후에야 (동성 커플로서) 시민동반자 등록을 할 수 있다. 즉, 성확정수술을 원하지 않는 트랜스젠더는 법적으로 동반자관계를 인정받을 수 없는 것으로, 이는 기본법 제2조 제1항과 기본법 제1조 제1항에서 보장하는 성적 자기결정권을 포함한 일반적 인격권의 위반이다. 입법자는 트랜스젠더가 다른 성별로 인지하고 살아가는 것이 안정적이고 불가역적이라는 증거로서 트랜스섹슈얼법 제1조 제1항에 규정된 전제요건 이상의 요구를 정할 수도 있다. 하지만 트랜스섹슈얼법 제8조 제1항 제3호와 제4호는 이들에게 성기를 변형하고 생식무능력을 초래하는 수술을 하도록 무조건적으로 예외 없이 요구함으로써, 입법자는 해당되는 개인들의 기대에 비추어 불합리한 증거를 과도하게 요구하는 것이다.

성확정수술은 기본법 제2조 제2항에서 보호하는 신체적 온전성에 심각한 손상을 끼치는 것으로, 해당되는 개인의 건강에 중대한 위험과 부작용을 초래한다. 그러나 현재의 과학적 지식수준에 따르면, 트랜스섹슈얼리티로 상당 수준 확실하게 진단을 받은 경우조차도 이것이 항상 바람직한 것은 아니다. 트랜스젠더가 인지하는 성별의 영구적인 성질과 불가역성은, 외부 성기의 외과적 적응의 수준으로 측정가능한 것이 아니라, 오히려 자신이 인지한 성별로서 살아온 일관성으로 측정가능하다. 트랜스섹슈얼법 제8조 제1항의 제4호에 따라 무조건적으로 성확정수술을 전제조건으로 요구하는 것은, 결국 해당 사건에서 수술이 바람직하지 않고 트랜스섹슈얼리티의 영구적 성질을 확인하기 위해 필요하지 않은 경우조차 트랜스젠더에게 수술을 받도록 하고 건강상의 문제를 감수하도록 요구하는 것으로서, 과도한 요구에 해당한다.

신분법 상에서 인정을 받기 위해서는 트랜스섹슈얼법 제8조 제1항 제3호에 따라 영구적 생식능력제거가 요구되는 것에 대해서도, 그 영구적 성질이 수술을 전제로 한다고 하는 한 마찬가지 법리가 적용된다. 이 전제요건을 통하여 입법자는 스스로 인정하듯이, 법적으로 남성으로서의 성별을 가진 사람들이 아이를 낳거나 법적으로 여성으로서의 성별을 가진 사람들이 아이를 만드는 것에 대하여 이것이 성별의 개념과 모순되며 법적 질서를 벗어나는 결과를 초래할 것이라는 이유로 금지한다는 정당한 목적을 추구하고 있다. 그러나 이에 요구되는 비교형량을 할 때, 해당되는 사람들의 기본권에 초래되는 중대한 손상을 이러한 이유들로써 정당화할 수 없다. 트랜스젠더가 가지는 성적 자기결정권과 이로부터 보호되는 신체온전성에 대한 권리가 더욱 중요하기 때문이다. 이 사건에서, 트랜스젠더 집단이 작다는 사실을 볼

국가인권위원회
humanrights.go.kr

때, 자녀를 생산하거나 임신을 하는 역할과 법적인 성별이 서로 일치하지 않는 사건들은 아주 희귀하게 일어날 것임을 고려해야 한다. 뿐만 아니라, 이런 상황은 주로 이미 존재하는 아동과 그 부모의 관계에서 영향을 미친다. 하지만 이런 맥락에서 해당 아동이 부 또는 모의 법적 성별변경에도 불구하고 항상 법적으로 양육자를 가지도록 법으로써 정할 수 있다. 트랜스섹슈얼법 제11조에서는 트랜스젠더의 법적 인정으로 인해 그와 자녀 사이의 관계에 영향이 없도록 규정하고 있다. 부나 모의 신분법 상 성별변경 이후에 태어난 아동에 대해서도 이 조항이 적용되는 것으로 해석할 수 있다.

2017년 A.P., Garcon, and Nicot v. France 판결은 유럽인권재판소가 최초로 성별변경에서의 수술요건에 대해 내린 결정이다. 이 사건은 3명의 프랑스 트랜스젠더 여성이 정부에 성별변경을 요청했으나 이것이 기각되자 각각 유럽인권재판소에 제소한 사건이다. 이 중 첫 번째 청구인은 태국에서 성확정수술을 받아 수술확인서를 제출했으나 프랑스 법원에서 그 효력을 인정하지 않아 성별변경이 거부되었고, 두 번째 청구인은 성확정수술을 받지 않았다. 그리고 세 번째 청구인은 정신과 진단이나 호르몬요법 등 의료적 조치를 받지 않았다.

이에 대해 유럽인권재판소는 유럽인권협약 제8조(사생활의 권리)에는 개인이 자신의 성별 정체성을 자유롭게 규정할 권리 역시 포함되며, 성별변경에 있어 외과적 수술을 요구하는 것은 협약 제8조 및 제3조가 보장하는 신체온전성을 포기할 수밖에 없도록 하는 것으로서, 프랑스 당국은 이에 대해 공익과 개인의 기본권 침해 간에 균형을 이루지 못하였다고 판단하였다. 이에 따라 협약 제14조(평등권)를 침해하는지 여부를 볼 것도 없이 프랑스 정부의 성별변경 거부는 협약 제8조 위반으로서 위법하다고 보았다. 다만 재판소는 세 번째 청구인이 제기한 정신과 진단 요구가 유럽인권협약 위반이라는 주장에 대해서는 인정하지 않았다.

이후 유럽인권재판소는 2021년 X and Y v. Romania 사건에서도 위 판결의 논리를 재차 인용하며 성별변경에 있어 외과적 수술을 요구하는 루마니아 당국의 조치는 협약 제8조를 위반한 것이라고 판결하였다.[23]

23 X and Y v. Romania, no. 2145/16 and 20607/16, ECHR (2021. 1. 19.)

유럽인권재판소

A.P., Garcon, and Nicot v. France, Application nos. 79885/12 52471/13 and 52596/13 (2017. 4. 6.)

사건개요: 프랑스인 3명의 트랜스젠더 여성이 각각 프랑스 정부를 상대로 성별변경을 청구한 사건이다. 당시 프랑스는 법률이 제정되어 있지 않고 판례를 통해 성별변경의 요건을 정하고 있었는데 성전환증 진단과 더불어 비가역적인 외관상 변화가 요구되었다. 유럽인권재판소의 심리가 진행되던 중 2016년 12월 프랑스는 성별변경에 관한 법률을 제정하였는데 해당 법은 정신과 진단과 외관상 변화를 모두 요구하지 않는 내용을 담고 있었다. 그렇게 하여 입법적으로는 해결이 된 사안이라고도 할 수 있으나 유럽인권재판소에는 사안이 갖는 중요성을 고려하여 그대로 심리를 진행하여 결정을 내렸다.

쟁점: 트랜스젠더의 법적 성별변경에 있어 생식능력제거를 요구하는 것은 유럽인권협약에 위배되는가

판단내용: 재판소는 먼저 프랑스 판례가 요구하는 '신체 외관의 비가역적 변경'이 어떤 의미인지에 대해 판단하였다. 이와 관련해 프랑스정부는 비가역성 요건이 반드시 외과적 수술이나 생식능력제거를 의미하는 것은 아니라고 주장하였으나, 재판소는 이것이 사실상 수술 또는 호르몬을 통한 생식능력제거를 의미한다고 판단하였다.

다음으로 재판소는 유럽인권협약 제8조에 따라 당사자가 원하지 않는 조건을 따를 필요가 없도록 성별변경 절차를 마련함으로써 트랜스젠더의 사생활을 존중할 국가의 적극적 의무를 인정했다. 특히, 재판소는 협약 제8조는 개인의 자율성을 포함하며, 여기에는 개인이 자신의 성적정체성을 자유롭게 규정하는 것이 핵심적인 내용임을 지적했다. 이에 따라 국가는 공공의 이익과 청구인의 권리 간에 조화를 이루어서 재량을 행사하였음을 입증하여야 한다. 그리고 재판소는 이 사건에서 국가의 재량이 제한된다고 보았다. 비록 성별변경에 있어 생식능력제거 요건에 대한 유럽의 합의는 아직 없고 쟁점이 개인의 공적인 시민 기록과 관련되어 있으며 복잡한 윤리적 문제가 있지만, 그럼에도 이는 개인의 정체성, 심지어 존재가 문제되는 것이기 때문이다. 재판소는 또한 성별변경에 있어 생식능력제거 요건을 없애고 있는 국제적인 경향과 2016년 10월 프랑스 역시 이러한 흐름에 동참하였음에 주목했다. 결론적

국가인권위원회
humanrights.go.kr

으로 재판소는 개인이 원치 않는 생식능력제거수술을 성별변경의 요건으로 하는 것은, 당사자가 협약 제8조의 사생활의 권리를 실현하기 위해 협약 제8조 및 제3조가 보장하는 신체온전성을 포기할 수밖에 없도록 만들고 있다고 판단하였다. 따라서 비록 신분제도에 있어 신뢰성, 일관성이라는 공익이 중요하더라도 국가는 이 사건에서 이러한 공익과 개인의 권리 보장 사이에 조화를 이루지 못하였고 따라서 협약 제8조를 위반했다고 판단했다.
그럼에도 불구하고 재판소는 '성전환증'을 갖고 있음을 성별변경의 요건으로 하고 국가가 이를 위해 의학 전문가를 통한 조사를 하는 것은 국가의 재량범위 내이며 개인의 이익에 보다 적은 영향을 준다고 판단했다. 특히 재판소는 생식능력제거와 달리 정신과 진단에 있어서는 유럽 및 국제사회의 공고한 합의가 없음에 주목했다. 또한 이러한 정신과 진단 요건이 사회적인 낙인을 가져온다는 점을 인정하면서도, 재판소는 이를 통해 실수로 성별을 변경하지 않도록 방지해 준다고 판단했고, 따라서 정신과 진단 요건은 협약에 위반되지 않는다고 보았다.

한편 유럽국가 외에도 각국 법원들에서 성별변경에 있어 수술요구는 위헌, 위법하다는 판결이 이루어졌다. 캐나다 알버타주 고등법원은 2014년 성확정수술을 받지 않은 23세의 트랜스젠더가 인구동태통계(Vital Statistics) 위원회로부터 성별변경을 거부당한 후 제기한 소송에서, 출생증명서 상의 성별을 변경하기 위해서는 해부학적인 성 구조(anatomical sex structure), 즉 생식기관을 바꿀 것을 요구하는 인구동태통계법(Vital Statistics Act, SA 2007, c. V-4.1)이 캐나다 인권헌장 제15조 제1항(법 앞에서의 평등)[24]에 위배되므로 법적 효력을 상실하였다고 판단하였다.[25]

호주 최고법원은 2011년 서호주의 성별재지정법(Gender Reassignment Act)에서 요구하는 '전환하고자 하는 성별의 성적 특징(gender characteristics)을 갖춤'의 의미에 관하여, "입법자의 취지는 사건본인이 사회적으로 인식되는 외부적 신체적 특징을 갖추고 있는지를 묻는 것인데, 한 사람의 성별의 사회적 인식은 그 사람의 남아있는 생식기에 대한 지식을 요구하지 않는다"고 설시하면서, 호르몬요법와 가슴제거 수술을 한 사건본인들은 (생식기에 대한 외과적 수술 없이도) 그러한 성적 특징을 갖추고 있다고 보아 남성으로의 성별변경을 승인하였다. 또

24 Section 15(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms – Equality before and under law and equal protection and benefit of law (캐나다 인권자유헌장 제15조 제1항 – 법 앞에서의 평등과 법의 동등한 보호 및 혜택) 모든 개인은 법 앞에 평등하며, 차별없이, 특히 인종, 출신국가 또는 출신민족, 피부색, 종교, 성, 나이, 정신적 또는 신체적 장애에 기반한 차별없이, 법의 동등한 보호와 동등한 혜택에 대한 권리를 가진다.

25 C.F. v. Alberta (Vital Statistics), 2014 ABQB 237 (CanLII) (2014. 4. 22)

국가인권위원회
humanrights.go.kr

한 동법에 따르면 '성기와 다른 성별 특징을 변환하는(alter the genitals and other gender characteristics)' 의료적 외과적 조치가 있었어야 하는데, 호르몬요법만으로 이미 이러한 성기변환이 이루어졌다고도 판단했다.[26]

그리고 2021년 대만 타이페이 고등법원은 성별변경에 있어 생식능력제거를 요구하는 내정부령은 법률유보원칙, 비례원칙 및 평등원칙에 위배된다고 판단했다. 이는 아시아에서 생식능력제거요건이 위헌이라고 판단한 첫 판결이다. 해당 판결은 이후 피고인 정부측의 항소포기로 확정되었다.

대만 타이페이 고등법원

臺北高等行政法院109年度訴字第275號原告江君
(代稱)與被告桃園市大溪區戶政事務所間戶政事件 (2021. 9. 23.)

사건개요: 이 사건의 원고는 출생시 지정성별이 남성인 트랜스젠더 여성으로 성확정수술은 받지 않았다. 원고는 민국 108년(2019년) 10월 23일 신청서를 갖추어, 피고에게 성별을 여성의 호적신분등기로 변경해 달라고 신청하였다.
대만의 경우 내정부령 제0970066240호에 의해 성별변경의 요건과 절차를 규정하고 있는데 이에 따르면 '남성에서 여성으로의 트랜스젠더의 신청은, 2인의 자격 있는 의료기관의 및 자격 있는 의료기관이 고환, 음경을 포함한 남성성기 적출수술이 완료되었다고 명시한 진단서를 지참'해야 한다. 이에 따라 호적사무소는 원고가 수술확인서를 제출하지 않았다는 이유로 신청을 불허하였고, 그러자 원고는 신청의 수리를 구하며 소송을 제기했다.

쟁점: 트랜스젠더의 법적 성별변경에 있어 생식능력제거를 요구하는 내정부령은 대만 헌법에 합치하는가

판단내용: 사법원 대법관의 기존 헌법해석에 따르면, 인간의 존엄 및 인격의 자유로운 발전과 유지, 인격권, 신체권, 건강권 및 프라이버시권(자료 기재 오기 정정 청구권을 포함하여) 등은 모두 헌법이 보장하는 기본적인 권리로서, 국가가 이를 제한하기 위해서는 법률유보원칙,

26 AB v Western Australia, AH v Western Australia [2011] HCA 42 P15/2011 & P16/2011 (2011. 10. 6.)

국가인권위원회
humanrights.go.kr

비례원칙 및 평등원칙에 부합해야만 한다.

헌법이 보장하는 인간의 존엄, 인격의 자유로운 발전 및 성별자기결정권의 취지에 비추어 보았을 때, 개인의 성별귀속은 출생 시 외부성징에 따라서만 인정되어 변경이 불가능해서는 아니 되며, 사후에 이루어지는 성별자기결정권의 외적인 발전과 실천에 따라 변경할 수 있어야 하며, 또한 프라이버시권에 따라 성별등기의 정정을 청구할 수 있어야 한다.

개인의 성별 판정과 등기는 출생 시 신체의 외부성징을 기초로 인정되고 기록되는 것이지만, 외부성징을 판정하기 어려운 경우도 있으며, 또한 외부성징이 명확한 사람의 경우라도 성장과정에서 유전, 가정, 교육, 사회, 문화 등의 요인에 복합적인 영향을 받고, 이에 따라 개인이 자신의 성별귀속에 대해 심리적으로 인지하고 스스로 나타내는 외부적인 성별표현이 항상 출생 시 생물학적 성징과 일치하는 것은 아니다. 이러한 현상은 인간의 존엄 및 인격의 자유로운 발전을 보장하는 민주헌정질서 하에서 질병이나 정상에서 벗어난 이상한 것으로 보아서는 아니되고 법률규범상 이를 적절히 수용하고, 개인의 자기결정에 따라 드러나는 성별 인격의 본연의 모습을 인정해야만이 모든 사람들의 신체적, 정신적으로 사회 속에서 편안하고 평화롭게 지낼 수 있다.

따라서 개인의 성별귀속에 관한 신분상태는 출생 시의 외부성징에 따라 고정되고 불변의 것이어서는 아니되고 법질서 안정이라는 전제하에서 개인의 내재적인 자아성별귀속에 대한 인식과 이에 따른 성별표현을 균형있게 고려하여, 이것이 상당기간 지속되고 안정적이어서 법질서에 따라 존중, 인정해야 한다고 평가되는 경우라면, 개인이 성별자기결정권에 따라 외부적으로 발현하고 실천하는 성별귀속의 변경을 인정해야 한다. 또한 프라이버시권에서 파생되는 개인정보자기결정권에 따라 공공기관이 보유한 성별기록의 변경을 청구할 수 있다. 장미소년의 안타까운 사망사건을 통한 변화는 단지 사회적인 배려나 성평등교육법제의 창설에 그치지 말고 헌법이 자유민주법치국가의 원칙에 따라 개인의 성적자기결정권을 보호하는 헌정질서를 수립하는 것이 되어야 한다.

원처분의 근거인 내정부 97년 11월 3일 내원중호자 제0970066240호 행정규칙(이하 '이 사건 명령'이라 한다) 제2항은, 아직 법적 인정을 받지 않은 남성에서 여성으로의 트랜스젠더는 자비로 정신감정 및 성확정수술을 실시하여 정신감정증명 및 수술증명서를 취득한 후에 성별변경 신청을 할 수 있다고 하고 있는데, 이는 법률유보원칙에 위배되고 또한 성확정수술의 요구는 비례원칙 및 평등원칙에 반하여 당사자의 신체, 건강의 온전성 및 인간의 존엄, 인격권을 중대하게 침해하므로, 본 법원은 이러한 위헌적인 행정규칙에 기속을 받지 않는다.

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

4) 정신과 진단 요건

트랜스젠더 정체성은 오랜 기간 성주체성장애, 성전환증과 같이 정신장애로 분류되어 왔다. 이러한 정신장애 분류는 트랜스젠더 정체성이 정상에서 벗어난 것이라는 사회적 낙인을 씌울 뿐만 아니라 성별이분법적인 진단기준에 부합하는 트랜스젠더 서사를 사회적으로 강요한다는 비판들이 제기되어 왔다.[27] 이에 따라 2013년 미국정신의학회는 정신질환 진단 및 통계편람 제5판(DSM-V)에서 성주체성장애를 성별위화감(Gender Dysphoria)으로 변경하였다. 그리고 2019년 세계보건기구는 국제질병분류 제11판(ICD-11)에서 성전환증과 성주체성장애를 완전히 삭제하고 성별불일치(Gender Incongruence)라는 진단명을 신설하여 트랜스젠더 정체성이 더 이상 질병이 아님을 분명히 하였다.

이렇게 트랜스젠더 정체성의 비병리화가 이루어짐에 따라 성별변경에 있어서 정신과진단의 요구도 삭제해야 한다는 논의들이 이루어지고 있다. 이와 관련하여 앞서 보았듯 2017년 유럽인권재판소 A.P., Garcon, and Nicot v. France 결정은 성별변경에 있어 의학적 진단을 요구하는 것 자체는 유럽인권협약 위반이 아니라고 보았다. 그리고 2021년 북아일랜드 고등법원은 위 결정과 마찬가지로 영국의 성별인정법이 성별변경에 있어 진단서를 요구하는 것 자체는 위헌이 아니라고 판단하였다. 그러나 한편으로 법원은 의학적으로 트랜스젠더 정체성이 질병이 아님에도 성별변경을 하기 위해 청구인에게 자신이 '질병(disorder)'을 갖고 있음을 증명하도록 요구하는 것은 '사람의 존엄성에 대한 불필요한 모욕'이라고 판단하였다. 즉, 의학적 진단 자체가 요구되는 것은 입법재량이라 하더라도 그 진단명은 국제의학계가 공인하는 비병리화에 따라 이루어져야 한다는 점을 강조한 것이다.

영국 북아일랜드 고등법원

NI Judicial Review 'JR111' [2021] NIQB 48 (2021. 5. 13.)

사건개요: 이 사건은 북아일랜드에 거주하는 트랜스젠더 여성이 법원에 영국의 성별인정법에 대해 사법심사를 요청한 사건이다. 원고는 성별인정법이 성별변경을 위해 의학적 진단서를 요구하고, 어떠한 진단을 받아야 하는지 규정한 것은 유럽인권협약 제8조와 제14조 위

27 이와 관련된 자세한 내용은 본 보고서의 제9장 건강권 참조.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

반이라고 주장하였다.

쟁점: 성별변경에 있어 정신과 진단서 요구는 유럽인권협약 위반인가

판단내용: 법원은 유럽인권재판소의 A.P., Garcon, and Nicot v. France 판결을 상기하면서 성별인정법이 성별변경에 의학적 진단을 요구하는 것은 국가의 재량 범위 내에서 조화가 이루어진 것이라고 판단했다. 의학적 진단 요건은 신청인과 그 이익을 위한 안전장치로 작동하며 성별변경을 위한 최선의 장치를 고안하는 것은 법원의 역할이 아니라고도 판단하였다.
그러나 한편 법원은 법적 절차를 신청하기 위해 당사자가 자신이 질병을 갖고 있음을 증명하도록 하는 것은 "개인의 존엄성에 불필요한 모욕을 주는 것"이라고 판시했다. 특히 정부 역시 공개적인 문서에서 트랜스젠더 정체성이 질병이라고 주장한 점이 없다는 점에서 더욱 그러하다. 그러면서 법원은 다음과 같이 판시했다. "트랜스젠더들은 성별변경을 하기 위해, 2004년 성별인정법이 원칙적으로는 그 정당성을 입증할 수 있도록 고안한 정체성을 폄하해야만 한다". 또한 법원은 의료현장에서는 성전환증을 사용하면서 법률에서는 성별불일치 용어를 사용할 경우 혼란이 올 수 있다는 정부의 주장에 대해서는 이는 실무적으로 충분히 대처할 수 있는 문제라면서 받아들이지 않았다.

입법적으로는 몰타, 프랑스, 아일랜드, 노르웨이, 아르헨티나 등의 국가에서 정신과 진단 없이 성별변경이 가능하도록 하고 있다. 특히 몰타의 경우 세계보건기구의 비병리화 결정 이전부터 법으로 트랜스젠더 정체성이 정신질환이 아님을 분명히 하고 이에 따라 정신과 진단을 포함한 의료적 조치가 요구되지 않음을 명시하고 있다. 몰타의 성별정체성, 성별표현 및 성특징 법[28]은 제3조 제4항에서 "개인은 성별정체성에 관한 권리에 있어 전부 혹은 일부의 성기 변경, 호르몬요법 혹은 다른 정신적, 심리적 혹은 의료적 조치가 취해졌다는 것에 대한 증명을 요구받지 않는다"고 규정하고 있고, 제15조에서 "국제질병분류 또는 이와 유사한 분류에서 규정한 성적지향, 성별정체성, 성별표현에 대한 어떠한 병리화도 몰타에서는 무효로 한다"고 규정하고 있다.

28 Gender Identity Gender Expression and Sex Characteristics Act, Act XI of 2015.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

5) 혼인 중인 트랜스젠더의 성별변경 제한

성확정수술에 대한 요구와 더불어서 현재 혼인 중이 아닐 것, 즉 이혼을 요구하는 것 역시 성별정체성을 법 앞에 인정받을 권리를 침해하는 요건 중 하나이다. 여러 국가들에서 성별변경에 있어 혼인 중이 아닐 것을 요구해온 이유는 트랜스젠더가 혼인하고 있는 상황에서 성별을 변경할 경우 법적으로는 동성혼의 외관을 갖기 때문이다. 따라서 동성혼이 법제화된 국가의 경우 혼인 요건은 더 이상 문제되지 않는다. 실제로 영국의 경우 2004년 제정된 성별인정법에서 혼인 중이 아닐 것을 요구했으나 2013년 동성혼이 법제화됨에 따라 해당 요건은 폐지되었다.

그러나 동성혼을 법적으로 인정하는 것과는 별개로 이미 혼인의 의사를 갖고 결합하고 있는 두 사람의 관계를 성별변경을 이유로 파탄을 요구하는 것은 당사자에게 불가능한 양자택일을 요구하는 것이다. 그렇기에 동성혼이 법제화되기 이전부터 혼인한 트랜스젠더의 성별변경을 허가해야 한다는 논의들이 이루어졌다. 그 대표적인 사례는 독일이다.

독일 트랜스섹슈얼법은 성별변경 요건으로 수술과 더불어 '혼인 상태가 아닐 것'을 포함하고 있었다(제8조 제1항 2호). 이에 대해 2008년 독일 연방헌법재판소는 결혼한 트랜스젠더의 성별변경을 허용하지 않는 것이 트랜스젠더에게 받아들일 수 없는 부담을 지게 하며 혼인에 대한 국가의 보호를 포기하는 것이라고 하였다. 국가는 혼인을 지속적 책임공동체이자 국가의 개입으로부터 자유로운 사생활 영역으로서 보호하는데, 결혼한 트랜스젠더의 성별변경 금지는 이성혼이라는 전통적 혼인제도를 유지하고자 하는 입법적 이익을 우위에 둠으로써, 인간의 존엄성 및 혼인과 가족생활의 보호 조항과의 관계에서 자유로운 인격 실현권을 침해한다는 것이 재판소가 설시한 주된 이유였다.

독일 연방헌법재판소

1 BvL 10/05 (2008. 5. 27.)

사건개요: 청구인은 출생성별이 남성인 트랜스젠더 여성이다. 청구인은 여성과 혼인하였고 자녀가 있는 상태에서 2001년 여성 이름으로 개명하고 2002년 성확정수술을 받은 뒤 성별변경을 하고자 하였으나 거부되었다. 당시 독일의 트랜스섹슈얼법은 성별변경의 요건 중 하나로 '혼인 상태가 아닐 것'을 요구하였기 때문이다(제8조 제1항 2호). 청구인은 아내가 이혼을

국가인권위원회
humanrights.go.kr

거부하고 있다는 점을 들면서 이혼을 기대하기 어려우므로 성별변경을 허가하여야 한다고 주장하며 헌법재판소에 위헌 소송을 제기하였다. 독일에서는 2001년부터 동성 간의 생활동반자 관계가 인정되어 동성커플의 법적 결합을 등록할 수 있었지만 생활동반자 관계는 혼인과는 구별되는 것이었고 혼인은 이성커플에게만 허용되었다. 기혼자가 성별변경을 하기 위해서는 먼저 이혼을 해야 했다.

쟁점: 성별변경의 요건으로 '혼인 상태가 아닐 것'을 요구하는 것이 독일 기본법에 위반되는가

판단내용: 연방헌법재판소는 헌법 제6조 제1항이 특별히 보호하는 혼인이 이성 간의 결합이고 결혼한 트랜스젠더의 성별변경을 허용하면 동성 간의 혼인이 성립하게 된다고 하면서도, 트랜스섹슈얼법 제8조 제1항 2호에 의해 혼인을 유지하고 있는 트랜스젠더는 받아들일 수 없는 부담을 떠안게 된다고 보았다. 기혼자가 성별변경을 하려면 먼저 이혼을 해야 하므로 기존 혼인상태의 유지와 법적 성별의 변경을 모두 원하더라도 둘 중 하나만을 선택하도록 강제된다. 그런데 이혼은 당사자들이 영구적으로 헤어지겠다는 의사가 있을 때라야 가능하기 때문에, 성별변경을 하려는 기혼자는 결국 거짓으로 혼인 유지의 의사가 없다는 입증을 해야 한다는 것이다. 더구나 성별변경을 원하는 기혼자의 배우자도 자신의 배우자가 성별정체성을 법적으로 인정받지 못하도록 하거나 아니면 본인의 의사에 반하여 이혼을 하여야 하는 상황이 되는 등 권리를 침해당하게 된다. 국가는 혼인을 책임공동체로서 보호하고 국가의 개입으로부터 자유로운 사생활 영역으로서 보장하는데, 이혼을 요구함으로써 혼인에 대한 보호를 포기하는 것이다. 연방헌법재판소는 혼인을 이성 간의 결합으로 제한하고 전통적 형태의 혼인제도를 유지하고자 하는 입법적 이익은 본인들의 의사에 반하여 국가에 의해 해소되지 않는 지속적 책임공동체를 유지하고자 하는 신뢰를 보호하는 것보다 더 중요하지도 덜 중요하지도 않다고 하였다. 이에 따라 연방헌법재판소는 성별변경의 요건으로 '혼인 상태가 아닐 것'을 요구하는 트랜스섹슈얼법 제8조 제1항 2호가 인간의 존엄성(제1조 제1항) 및 혼인과 가족생활의 보호(제6조 제1항)의 관계에서 자유로운 인격 실현권(제2조 제1항)을 침해하는 것이라고 결정하고, 입법부에 2009년 8월 1일까지 위헌 상태를 해소할 것을 촉구하면서 새로운 규정이 시행될 때까지 트랜스섹슈얼법 제8조 제1항 2호의 적용을 중단하도록 하였다.

이성혼이라는 전통적인 혼인의 형태를 보호한다는 국가의 이익과 안정적 공동체를 유지하

국가인권위원회
humanrights.go.kr

고자 하는 개인의 이익 간의 형량은 이탈리아 헌법재판소의 2014년 결정에서도 나타난다. 성별변경이 된 경우 혼인의 민사상 효력을 자동 소멸시키는 규정의 위헌 여부가 쟁점이 된 사건에서, 이탈리아 헌법재판소는 독일의 1 BvL 10/05 결정과 유사하게, 두 이익 중에 국가는 전자만을 보호하고 있어 헌법 제2조가 보호하는 개인의 불가침의 권리에 위배된다고 판시하였다. 헌법재판소는 헌법상 혼인권은 이성혼을 전제로 하는 것이므로 심판대상조항은 혼인권과 무관하지만, 이 사건 커플은 자유로운 인격 발현을 가능하게 하는 "공동체의 형태"로 보호받아야 한다고 확인하고, 입법자에게 동성커플이 커플 관계를 지속할 수 있도록 혼인의 대안적 형태를 도입할 것을 촉구하였다. 이후 이탈리아는 2016년 5월 20일 제76호 법률(Legge 20 maggio 2016, n. 76, Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze)을 통하여 동성커플에 대하여 민사결합 관계를 인정하였다.

이탈리아 헌법재판소

Sentenza 170/2014 (2014. 6. 11.)

사건개요: 혼인한 트랜스젠더가 성별변경을 신청하자 담당 공무원이 혼인증명서에 혼인관계의 민사상 효력이 소멸되었다고 기재하여 삭제를 요청하였다. 청구인은 1심에서 승소하였으나 고등법원에서 패소하였다. 파기원은 1982년 4월 14일 제164호 법률, 성별 귀속의 정정에 관한 규범(Legge 14 aprile 1982, n. 164, Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso)에서 성별변경 판결이 혼인의 민사상 효력을 소멸시킨다고 규정한 제4조 등의 위헌성 판단을 위하여 헌법재판소에 위헌법률심판을 제기하였다.

쟁점: 성별변경 판결이 혼인의 민사상 효력을 별도의 판결 없이 자동으로 소멸시키도록 하는 규정이 이탈리아 헌법에 위배되는가

판단내용: 헌법재판소는 헌법 제정 당시의 혼인 개념은 이성 간의 관계를 전제로 한 것이기 때문에 이 사건이 혼인의 권리와는 무관하다고 한 다음 헌법 제2조의 침해 여부를 판단하였다. 헌법 제2조는 "사회 집단 구성원으로서" 개인의 불가침의 권리를 보장하도록 하고 있는데, 이에 따라 보호되는 사회 집단에는 동성 간의 안정적인 동거를 의미하는 민사결합도 포함된다는 것이다. 헌법재판소는 이성 간의 혼인이라는 모델을 유지하려는 국가의 이익

국가인권위원회
humanrights.go.kr

과, 성별변경 후에도 커플 관계를 유지하기를 원하는 개인의 이익을 모두 고려해야 하는데 심판대상조항은 전자만을 보호하고 있다고 하면서, 이 사건 커플은 "생활관계에서 자유로운 인격 발현이 가능하고 그것을 용이하게 하는 데 적절한" "공동체의 형태"로 보호받아야 한다고 보아 심판대상조항이 헌법 제2조에 위배된다고 판시하였다. 다만 이는 자동 이혼을 신청에 따른 이혼으로 변경하라는 의미는 아니라고 하였다. 신청에 따른 이혼으로 변경할 경우 당사자들이 이혼 신청을 하지 않으면 혼인 상태를 지속하는 것이 가능하게 되어 동성혼이 성립되는 것이기 때문이다. 그 대신 입법자에게 동성커플 당사자들을 보호하는 혼인의 대안적 형태를 도입함으로써 커플 관계를 지속할 수 있도록 할 것을 요청하였다.

유럽인권재판소의 2014년 Hämäläinen v. Finland 결정은 이성커플에게는 혼인, 동성커플에게는 동반자관계만이 허용되는 핀란드에서 혼인 또는 등록동반자 관계가 아닌 경우에만 성별변경을 허용하는 조항이 유럽인권협약에 위배되는지 여부에 관하여, 사생활 및 가족생활을 존중받을 권리(제8조)의 측면에서 판단한 사례이다. 유럽인권재판소는 유럽 각국의 공통의 합의 부재를 들면서 이 문제가 도덕적, 윤리적 문제라고 보고 국가의 재량을 넓게 인정하고자 하였고, 핀란드가 동성커플의 동반자등록을 가능하도록 하고 있고 혼인과 동반자관계가 법적 지위에서 차등이 있는 것도 아니라는 점을 들어 사생활권 및 가족생활을 존중받을 권리를 부당하게 침해한 것이 아니라고 보았다.

그러나 3명의 판사는 반대의견을 내어 핀란드법이 협약 제8조를 침해하였다고 하였다. 반대의견은 다수의견이 유럽평의회 회원국들의 공통된 합의의 부재를 과도하게 강조했다고 비판했다. 전통적 가족이라는 도덕의 보호를 정당화하기 위해서는 기본권 제한이 긴급한 사회적 필요에 따라 정당화되어야 하고 추구하는 정당한 목적에 비례적이어야 하는데, 청구인과 같은 상황에서 혼인을 유지하고자 하는 부부는 소수일 것이어서 그로 인해 이성혼 제도가 위험에 처하지는 않을 것이므로 기본권 제한의 긴급한 필요가 인정되지 않고, 청구인 커플은 이미 혼인한 동성커플로 인식되고 있어서 법적 성별변경이 사회도덕에 추가적인 영향을 미칠 것이라고 보기도 어려워 제8조의 권리 침해가 정당화될 수 없다고 반대의견은 이야기하였다. 반대의견은 차별금지 조항 위반 여부에 대한 다수의견에도 문제를 제기하였다. 다수의견은 청구인과 시스젠더의 지위가 비교대상이 될 만큼 충분히 유사하지 않다면서 평등권을 침해한 것으로 볼 수 없다고 하였으나, 반대의견은 청구인 커플이 시스젠더 이성커플 및 동성커플과 다른 대우를 받았으므로 성적지향에 따른 차별에 해당한다고 판단했다.

2017년 G v. Australia 사건에 대한 유엔 자유권위원회의 결정[29]은 Hämäläinen v. Finland 사건의 반대의견에 가깝다. 이 사건에서 자유권위원회는 호주의 경우 신분 증명의 기본 문서인 출생등록부의 성별변경에는 혼인하지 않은 상태일 것이 요청되면서 보조적 문서인 여권, 운전면허증 등의 성별과 이름의 정정은 그와 같은 요건을 두지 않고 유연하게 허용하는 점, 주별로 혼인 여부 요건을 달리 할 수 있도록 하는 점으로 인해 광범위한 일관성의 결여가 나타났다는 것을 중요한 근거로 고려하였다. 이에 따라 자유권위원회는 기혼자의 출생등록부 성별변경 거부가 혼인 여부 및 성별정체성에 따른 차등 대우로서 합리성, 필요성, 비례성을 모두 충족하지 않는 것이어서 자유권규약상 사생활 및 가족생활의 권리, 평등권을 침해한다고 보고 호주 정부에 성별과 일치하는 출생등록부를 제공할 것, 향후 유사한 권리 침해를 방지하기 위하여 법을 개정할 것을 권고하였다.

유엔 자유권위원회

G v. Australia, Communication no. 2172/2012 (2017. 6. 28.)

사건개요: 이 사건의 진정인은 1974년 호주 뉴사우스웨일주 주에서 출생한 트랜스젠더 여성으로 2005년에 한 여성과 결혼을 올렸고, 이후 성확정수술을 받았다. 그리고 1995년에 제정되고 1996년 개정된 뉴사우스웨일즈주의 Transgender (Anti-Discrimination and Other Acts) Amendment는 18세 이상의 성확정수술을 받았고 혼인하지 않은 트랜스젠더는 출생증명서 상의 성별을 변경할 수 있었다. 이에 진정인은 행정 당국에 여성으로의 성별변경을 신청했으나 현재 혼인 중이라는 이유로 거부를 당했다. 이에 진정인은 자유권위원회에 개인진정을 제기했다.

쟁점: 혼인 중인 트랜스젠더가 이혼하지 않으면 출생등록부의 성별변경을 거부하는 것이 유엔 자유권규약을 침해하는가

판단내용: 자유권위원회는 제17조 위반 여부를 판단하면서 제한의 필요성과 비례성 문제를 제기하였다. 호주 정부는 출생등록부의 성별변경이 이성 간의 혼인만을 허용하는 법과의

29 해당 사건은 현재 트랜스젠더의 성별변경과 관련하여 유일하게 이루어진 유엔조약기구의 결정이다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

일관성을 해한다고 주장하였으나 여권의 성별변경은 왜 혼인법과의 일관성 문제가 없이 허용되는 것인지, 실제 개인의 상황에 부합하지 않는 신분증명서를 발급하는 것이 어떻게 당사국의 이익에 부합하는지, 혼인법과의 일관성을 위해서라면 모든 지역에서 기혼인 트랜스젠더의 성별변경이 불가능하도록 해야 마땅할 것인데 기혼 트랜스젠더의 성별변경 허용 여부를 각 주에서 결정하도록 하는 이유가 무엇인지 등에 의문을 표하면서 기혼을 이유로 출생등록부의 성별변경을 거부하는 것이 사생활과 가족생활의 권리를 침해하는 것이라고 보았다.
또한 위원회는 자유권규약 제26조의 차별금지는 자유권위원회 일반논평 제18호에 따라 혼인 여부 및 성별정체성에 따른 차별금지를 포함하므로 성별변경에서 기혼자와 미혼자 간의 차별대우가 합리적인지, 목적이 정당하며 객관적으로 타당한지를 판단하여야 한다고 이야기했다. 이에 대해 호주 정부는 국가가 법적으로 성별재지정을 인정하고 있고 트랜스젠더에 대한 차별을 금지하고 있기 때문에 차별에 대한 보호 조치를 두고 있다고 주장하였고 위원회 역시 이를 인정하였다. 그럼에도 기혼인 트랜스젠더에 대하여 미혼인 트랜스젠더와 달리 출생등록부에 자신의 성별을 정확히 표기하는 것을 거부하는 것은 평등보호의무를 위반한 것이고, 필요성, 비례성이 인정되지 않는 혼인 상태 및 트랜스젠더 지위에 따른 차별로서 제26조를 침해한다고 위원회는 판단하였다. 이에 따라 위원회는 당사국이 진정인에게 효과적인 구제수단을 제공할 의무가 있으므로, 성별과 일치하는 출생등록부를 제공할 것, 향후 유사한 위반을 방지하기 위해 규약을 준수하도록 법을 개정할 것을 권고하였다.

6) 자녀의 유무에 따른 제한

성별변경을 하지 않은 트랜스젠더가 자녀를 낳은 경우 성별변경을 제한하는 국가로는 현재는 한국을 제외하고는 일본이 유일하다. 일본은 2004년 성동일성장애인의 성별취급의 특례에 관한 법률을 통해 성별변경의 요건과 절차를 규정하였는데 그 요건 중 하나로 '자녀가 없을 것'을 규정하였다. 이에 대해 2007년 일본 최고재판소는 두 건의 판결을 통해 이러한 요건이 헌법에 위반되지 않는다고 하였다. 최고재판소는 그 이유로 "자녀가 없을 것을 요구하는 것은 현재 자녀가 있는 자에 대하여 성별취급의 변경을 인정하는 경우에 가족질서에 혼란을 가져오고 자녀의 복지 관점에서도 문제를 일으키지 않으려는 등의 배려에 기한 것으로서 합리성을 결여하였다고는 할 수 없으므로 국회의 재량권 범위를 일탈하였다고 할 수는 없고

humanrights.go.kr 국가인권위원회

헌법 제13조, 제14조 1항에 위반되지 않는다"고 판시하였다.[30]

이후 일본은 2008년 위 특례법을 개정하여 '현재 자녀가 없을 것'을 '현재 미성년 자녀가 없을 것'으로 변경하였다. 이는 자녀를 가진 트랜스젠더의 성별변경을 영원히 막는 것에 비해서는 나아진 것이나 자녀가 성년이 될 때까지 기다려야만 한다는 점에서 여전히 트랜스젠더의 기본권을 침해한다 할 것이다. 이에 대해 2021. 11. 30. 일본 최고재판소는 미성년자녀를 둔 트랜스젠더 여성의 성별변경 신청에 대해 특례법상의 미성년자녀 요건은 합헌이라고 보아 성별변경을 불허했다. 판결에서 다수의견은 별다른 판시 없이 2007년에 이루어진 기존의 판례 등에 비추어 원고의 주장은 이유가 없다고 판시했다.

그러나 5명의 재판관 중 우가(宇賀) 재판관은 반대의견을 통해 미성년자녀 요건은 헌법 제13조(기본적 인권의 존중, 행복추구권)에 위반된다고 판단하였다. 우가 재판관은 국가가 정신적 · 신체적으로 여성인 사람에 대해 남성으로서의 법률상 지위를 강제하는 것은 '자기동일성을 유지할 권리'에 대한 침해로서 헌법 제13조 위반이며, 이러한 권리는 생래적인 여성만이 아니라 의료적 조치에 의해 신체적으로 여성이 된 사람에게도 마찬가지로 보장된다고 설시하였다. 그러면서 ① 자녀가 부모의 트랜스젠더 정체성을 알고 혼란을 겪더라도 이는 이미 호르몬요법이나 수술 등을 통환 외관의 변화를 통해 경험하는 것이지 그 이후에 부모의 호적상 성별표기만을 변경시키는 것은 자녀에게 추가적인 영향을 주지 않고, ② 부모의 정체성을 받아들인 자녀의 경우 오히려 자신으로 인해 부모의 성별변경이 허가되지 않는다는 것에 괴로움을 느낄 수 있으며, ③ 부모가 성별을 변경하더라도 자식과의 법적 관계는 변화가 없고 소수의 트랜스젠더로 인해 사회 · 가족질서에 혼란이 초래될 가능성도 적다는 점에서, 미성년자녀 요건은 헌법 제13조에 위배된다고 판단했다.[31] [32]

한국, 일본 외 미성년자녀 요건을 두었던 국가로는 우크라이나가 있다. 우크라이나 보건복지부 행정명령 60호는 18세 미만의 자녀를 둔 트랜스젠더의 성별변경을 불허하였고, 이에 대해 키에브 행정법원은 2015년 이러한 요건이 개인의 사생활뿐만 아니라 가족생활에도 제한을 가하는 것으로서 우크라이나 헌법과 국제인권법에 위반된다고 판단하였다.[33] 그 후 우크라이나는 2016년 새롭게 성별변경 제도를 마련하면서 해당 요건을 폐지하였다.

한편 홍콩에서는 2014년 성별인정에 대한 부처 간 워킹그룹(The Inter-departmental Working

---

30 윤진수, "미성년 자녀를 둔 성전환자의 성별정정", 서울대학교 법학 제61권 제3호 (2020), 9.

31 最高裁判所 令和2年(ク)第638号 性別の取扱いの変更申立て却下審判に対する抗告棄却 決定に対する特別抗告事件 (2021. 11 30.).

32 이러한 반대의견의 주요 논지는 이미 일본 내 학계에서 주장된 내용들이다. 윤진수, 앞의 글, 10-11.

33 Kiev Appeal Administrative Court, Case N° 826/16044/14 (2015. 6. 30.) 판결원문: https://reyestr.court.gov.ua/Review/42383297?fbclid=IwAR2K-6JIHhNr0K-FDMqW_q7KKtx2uhts7uI8ffWlwOOdTSKu87auHWBLCs4 (2021. 12. 11. 확인).

국가인권위원회 humanrights.go.kr

Group on Gender Recognition)을 구성하여 성별변경 관련 법안 마련을 위한 조사를 하고 이를 위해 각계에 의견을 물었는데, 이 중 미성년자녀가 없을 것을 요건으로 할 것인지도 포함되었다. 이에 대해 홍콩변호사협회는 이러한 요건이 트랜스젠더는 자녀를 가지거나 길러서는 안 된다는 정당화될 수 없는 관점을 영속화할 것이라고 하면서 자녀의 의견을 확인하고 이를 고려하는 절차가 있어야 할지의 문제를 고려하여야 한다고 주장하였다. 이후 결국 홍콩에서 성별변경에 관한 법률은 마련되지 않았다.[34]

그 외의 국가들의 경우에는 애초에 자녀의 유무가 성별변경에 문제가 되지 않았기에 이에 관련된 논의도 존재하지 않는다. 즉, 그만큼 미성년자녀가 없을 것을 요구하는 것이 예외적인 사례임을 알 수 있다.

7) 연령에 대한 제한

많은 트랜스젠더들은 2차 성징이 이루어지는 사춘기에 자신의 정체성을 인식하곤 하며 때로는 그보다도 어린 나이에 정체성을 인식하기도 한다. 가령 트랜스젠더 280여명을 대상으로 한 국내 연구에 따르면 참여자들이 자신이 트랜스젠더임을 인지한 나이의 평균은 12세였다.[35] 그럼에도 많은 국가들에서는 일정 연령, 주로 성인에 대해서만 성별변경을 허가하며, 이는 자기결정에 따라 성별변경을 허가하는 국가들에서도 마찬가지이다. 가령 덴마크는 성별변경에 의료적 조치 등 요건을 두지 않으나 이는 18세 이상의 성인에게만 허용된다.

입법적으로 보면 연령제한은 다음과 같은 형태로 이루어진다. 첫째는 성별변경을 신청할 수 있는 연령을 전혀 제한하지 않는 국가로 몰타, 룩셈부르크 등이 있다. 다만 이 경우에도 일정 연령(몰타는 16세, 룩셈부르크는 5세) 미만인 경우에는 법원을 통한 절차를 거치도록 하는 등 안전장치를 두고 있다.[36] 두 번째는 미성년자의 성별변경을 허용하지만 일정한 연령 제한을 두는 국가이다. 가령 노르웨이의 경우 6세 이상부터 성별변경 신청이 가능하며 아일랜드는 16세 이상부터 가능하다.[37] 세 번째 그룹은 미성년자의 성별변경을 전부 허용하지 않는 국가들로 영국, 덴마크, 핀란드, 일본, 한국 등이 있다.

이렇게 성별변경에 있어 연령을 제한하는 측에서는 판단력이 미숙한 미성년자를 보호하기 위한 것이라고 주장한다. 그러나 앞서 본 바와 같이 성별정체성은 어릴 때부터 형성되는 경

34 윤진수, 앞의 글, 13–15.
35 김승섭 외, 오롯한 당신, 숨쉬는 책공장 (2018), 78.
36 Richard, Köhler, "Legal Gender Recognition and the Best Interest of the Child", TGEU Policy Paper(2018), 4.
37 위의 글, 5.

우가 많고 미성년자라 하더라도 성별정체성에 따라 살아가고 대우받을 권리는 차별없이 보장받아야 한다는 점에서 무조건적인 연령 제한은 타당한 근거를 갖기가 어렵다. 이에 대해 유엔 성적지향 · 성별정체성 독립전문가는 2018년 보고서에서 다음과 같이 이야기하였다.[38]

유엔 성적지향 및 성별정체성을 기반으로 한 폭력 및 차별로부터의 보호에 관한 독립전문가 보고서 (UN 문서 A/73/152)

81. 독립전문가는 국가가 모든 가능하고 적절한 수단을 통해 다음과 같이 할 것을 권고한다. (a) 트랜스 및 다양한 성별을 지닌 아동의 성별정체성 인정제도를 수립하라. 이는 아동의 최상의 이익을 1차적으로 고려하고 나이와 성숙도에 따라 자신의 의견을 표현할 수 있는 아동의 권리를 존중해야 하며, 아동권리협약(3조 1항, 12항 및 일반논평 12, 14호)에 부합해야 한다. 특히 아동권리협약 제19조에 따라 보호장치(safeguard)를 둠에 있어 다른 영역에서 특정연령대의 아동의 자율성과 결정권을 인정하기 위한 보호장치에 비해 과도하거나 차별적이지 않도록 해야 한다. 국가는 또한 아동의 생존과 발달을 최대한 보장해야 하는 의무(협약 6조 및 일반논평 5호)를 준수하고 인간 존엄성이 보장되는 환경을 형성해야 한다.

이와 관련하여 역시 사례들을 살펴보면 1980년 제정된 독일의 트랜스섹슈얼법은 25세 이상이라는 상당히 높은 연령을 성별변경의 요건으로 규정하였다. 이에 대해 1982년 독일 연방헌법재판소는 이러한 나이제한을 위헌이라고 선언하였다. 재판소는 성별변경에 연령제한을 부가하는 것 자체가 독일 기본법 상 인격의 자유로운 발현권을 침해하지는 않는다고 보았지만, 25세 미만에게 성확정수술을 허용하면서도 성별변경에만 연령제한을 두는 것은 평등원칙에 위배된다고 판단하였다.[39]

---

38 Independent Expert on protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity, 앞 보고서
39 이준일, 섹슈얼리티와 법, 세창출판사 (2009), 50

국가인권위원회
humanrights.go.kr

독일 연방헌법재판소

1 BvR 983/81 (1982. 3. 16.)

사건개요: 이 사건의 청구인은 1960년생 트랜스젠더 여성으로 1980년과 1981년 두 차례에 걸쳐 성확정수술을 받았다. 이후 청구인은 25세 미만의 트랜스젠더에게 이름과 성별변경을 허용하지 않는 트랜스섹슈얼법에 대해 헌법소원을 청구하였다.

쟁점: 성별변경에 있어 25세라는 연령제한을 두는 것은 독일 기본법에 합치하는가

판단내용: 독일 연방헌법재판소는 먼저 25세 연령제한의 목적에 대해 너무 어린 나이에 성확정수술을 받아 다시 원래의 성별로 돌아가지 못하게 될 가능성을 방지하려는 데 있다고 보았다. 이는 국민의 자유로운 인격의 발현권을 제약하는 것이기는 하지만 입법자에게는 국민이 자신에게 더 큰 해악을 끼치는 것을 막을 권한이 부여되어 있기에, 재판소는 이러한 제한이 인격의 자유로운 발현권을 침해하는 것은 아니라고 보았다.
그러나 재판소는 입법자가 25세 미만의 성확정수술은 금지하지 않으면서 성별변경에 대해서만 금지하는 것은 차별이라고 보았다. 즉, 25세 이전에 성확정수술을 받고 법률상의 다른 요건을 모두 충족했음에도 연령을 이유로 성별변경을 허용하지 않는 것은 헌법상의 평등원칙에 반하며, 이에 대해서는 입법재량이 없다고 판단하였다.

2019년 스페인 헌법재판소 STC 99/2019 결정은 위 독일 연방헌법재판소와 달리 미성년자의 성별변경을 허용하지 않는 것은 인격의 자유로운 발현권을 침해한다고 본 판결이다. 해당 결정에서 스페인 헌법재판소는 법률에 따라 성별등록을 변경할 수 있는 권리는 헌법상 인격의 자유로운 발현권을 실현하는 것이며, 이는 미성년자에게도 보호된다고 보았다. 따라서 미성년자를 특별히 보호해야 할 헌법상 이익이 있다 하더라도 충분히 성숙하고 안정적인 성전환 상태에 있는 미성년자에게까지 성별변경을 허용하지 않는 것은 오히려 미성년자의 사생활의 권리와 자신의 정체성을 형성할 수 있는 인격의 자유로운 발현을 침해하는 것이어서 위헌이라고 판단하였다.[40]

40 한글 번역은 헌법재판연구원, "성년자에게만 성별변경을 신청할 수 있도록 한 조항의 위헌성", 세계최신헌법판례 (2019. 12. 26.) https://ri.ccourt.go.kr/cckri/cri/world/selectTrendConstitutionCaseList.do (2021. 11. 30. 확인)를 참조하였다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

스페인 헌법재판소

STC 99/2019 (2019. 7. 18.)

사건개요: 이 사건은 미성년자인 트랜스젠더를 대리하여 부모가 성별변경을 등록소, 우에스카(Huesca) 지방법원, 고등법원에 제기했지만 미성년자임을 이유로 모두 기각이 되자 대법원에 상고하였고, 대법원에서 직권으로 '사람의 성별에 관한 표시 변경의 등록을 규정하는 법'('성별표시변경법')에 대해 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청한 사건이다.

심판대상 조문은 다음과 같다.
제1조 ① 스페인 국적의 성년이고, 이를 위한 충분한 자격을 가진 모든 이는 성별 표시 등록의 변경을 신청할 수 있다.
성별변경은 자신의 성별 등록과 불일치되지 않도록 해당 개인의 이름 변경을 수반한다.

쟁점: 성년자에게만 성별변경을 허가하는 것은 헌법에 합치하는가

판단내용: 심판대상조문에 의해 트랜스젠더인 성년자는 성별 등록을 변경할 수 있고 그에 따라 이름을 변경할 수 있고, 이 새로운 조건에 내재되어 있는 모든 권리를 행사할 수 있다. 이를 통해 해당 개인은 자신의 정체성에 관해 법적 효력이 있는 결정을 내릴 수 있다. 이름, 성별과 같은 측면을 담고 있는 고유의 정체성은 인간의 주요 특성에 해당한다. 고유의 정체성을 확립하는(establecer la propia identidad) 것은, 주체로 하여금 자신의 인격을 발현시킬 수 있게 한다는 점에서, 개인의 또 다른 행위가 아닌 필수불가결한 결정(decisión vital)이다. 누구든지 자신의 고유한 것이 아닌 다른 정체성을 가지고 법에 따라 살도록 강제된다면, 자신의 인격을 형성하고 다른 사람과의 관계를 실현하는 데 있어 상당한 제약을 받을 수밖에 없기 때문이다.
성별표시변경법 제정이유에도 언급되어 있듯이, 성별표시변경법을 통해 성별 등록을 변경할 수 있는 권리를 가지는 것은 인격의 자유로운 발현의 실현을 목표로 한다. 그러나 심판대상조문과 같이 대상을 성년자로만 한정하고 연령을 충족하지 못한 자들을 이 권리의 보호대상 밖에 둔다면, 자신의 정체성을 결정하는 것에 관해 이들에게는 인격의 자유로운 발현의 헌법원칙을 보장하지 않는 것이다. 따라서 심판대상조문이 연령을 충족하지 못한 자들이 자신

국가인권위원회
humanrights.go.kr

의 정체성의 본질에 대해 자율적으로 정하는 것을 허용하지 않는 것은 헌법 제10조 제1항의 인격의 자유로운 발현의 효과를 제한한다고 볼 수 있다.

또한, 심판대상조문은 트랜스젠더인 미성년자의 사생활권(헌법 제18조 제1항)에 영향을 미치는데, 법원의 판결에서도 확인되었듯이 미성년자가 학교, 공공행정과 관련해서 자신을 식별할 때마다 자신이 트랜스젠더임을 드러내야 하기 때문이다. 실제로 트랜스젠더인 미성년자에 대해 성별변경과 개명을 허가하지 않는 것은, 해당 미성년자가 공식문서에 나타나있는 성별 및 이름과 외관 등이 다른 경우에 신분관계를 식별해야 하는 모든 행위에 있어 제약을 받도록 만든다.

헌법재판소는 출생 시 등록된 성별과 개인이 자신의 성으로 인식하는 성별의 불일치는 타인의 인식으로부터 보호할 필요가 있는 특히 중요한 상황 중의 하나라고 고려한다. 상기와 같은 이유로 심판대상조문은 사람의 가장 내밀한 부분과 관련한 기본권에 대한 심각한 간섭(profundaintromisión)에 해당되는 것이어서 헌법 제18조 제1항이 규정하는 개인의 사생활에 영향을 미친다.

심판대상조문에 따른 법적 제한은 특정 기본권과 헌법상의 원칙에 난점이 될 뿐만 아니라, 다른 한편으로 헌법적으로 다른 이익에 대한 중요한 보호를 수반하는데 이는 헌법 제39조에서 도출되는 미성년자를 특별히 보호하여야 할 이익이다. 헌법재판소가 존중하여야 하는 이러한 이익은 두 가지 이유로 성년으로 향할수록 점차적으로 상대화되어 나타난다. 우선, 미성년자는 나이를 먹으면서 보다 높은 이해력을 가지게 되므로 미성년자의 후견 해제에 관한 민법 규정(민법 제314조 이하)에서 볼 수 있듯이 특별한 보호의 필요성이 감소된다. 또한, 법원의 판결에서도 언급되고 있듯이, 성년이 될수록 성전환을 표명하려는 주장의 위험 부담이 줄어든다.

결과적으로, 헌법재판소는 충분히 성숙하고 안정적인 성전환 상태에 있는 미성년자에게 심판대상조문에 따른 법적 제한을 적용하는 것이, 입법자가 추구하는 미성년자의 최선의 이익에 있어서 가장 낮은 만족도(un grado de satisfacción más reducido)가 된다고 판단한다. 오히려 이러한 경우 미성년자의 사생활권과 자신의 정체성을 형성할 수 있는 인격의 자유로운 발현에 있어 피해가 크게 증대된다.

따라서 심판대상조문은 충분히 성숙하고 안정적인 성전환 상태에 있는 미성년자에 대한 세부적인 보완 조치를 제공하고 있지 않아 미성년자의 기본권과 헌법원칙을 과도하게 제한하는 법적 수단이 된다. 이로 인해 발생하는 피해는 미성년자에 대한 특별한 보호의 필요 정도를 명백히 넘는 것이어서, 심판대상조문을 위헌으로 선고하는 것이 타당하다.

국가인권위원회 humanrights.go.kr

2. 제3의 성의 법적 인정

아직 많은 국가들에서 법적 성별은 여성과 남성 두 가지로만 구성되고 따라서 법적 성별변경 역시 여성에서 남성으로, 또는 남성에서 여성으로만 이루어진다. 그러나 개인의 성별정체성은 남성과 여성 두 가지가 아닌 다양한 스펙트럼을 지닌다. 특히 남/여의 이분법적 특성과 다른 성적 특징을 지닌 인터섹스나 비이분법적인 성별정체성을 지닌 논바이너리 트랜스젠더의 경우 제3의 성별을 법적 성별로 인정하는 것이 곧 성별정체성의 법적 인정으로 이어지곤 한다.

국제인권규범 역시 법적 성별을 이분법적이지 않고 다양하게 둘 것을 규정하고 있다. 유엔 성적지향 · 성별정체성 독립전문가는 2018년 보고서에서 '남성, 여성이 아닌 비이분법적 정체성을 인정하고 성별표시 선택지를 다양하게 해야 한다'고 이야기하였다. 욕야카르타 제31원칙 역시 '국가는 다양한 성별 표시 선택지를 사용할 수 있도록 한다'고 규정하고 있다.

각국의 법제도를 살펴보면 제3의 성별의 법적 인정이 최초로 알려진 사례는 2003년 호주의 인터섹스 알렉스 맥팔레인(Alex MacFarlane)이 여권 성별란에 'X' 마크를 표시한 사례이다.[41] 이후 2011년 호주 외교통상부는 규정을 개정하여 트랜스젠더, 인터섹스가 의사 소견서를 제출하여 X가 표시된 여권을 발급받을 수 있도록 하였다. 유럽에서는 2014년 덴마크가 성별변경 제도를 개선하면서 국제여권에 X 표시가 가능하도록 하였으며, 2017년에는 몰타도 동일하게 제3의 성을 인정하였다. 그밖에도 캐나다, 오스트레일리아, 뉴질랜드, 미국 오리건, 뉴욕, 캘리포니아 등의 주, 인도, 파키스탄, 몰타 등 다양한 국가와 지방정부들에서도 신분증명서와 여권 등에 여성, 남성 외에 제3의 선택지를 두고 있다.[42] 최근에는 미 국무부가 X 표기가 된 여권을 최초로 발급하였다.[43]

이 중 판결을 통해 제3의 성을 인정한 사례는 인도가 대표적이다. 인도 대법원은 2014년 히즈라, 트랜스젠더를 제3의 성으로 인정하고 이들의 교육 및 직업의 권리를 보장해야 한다고 판결하였다. 특히 대법원은 "트랜스젠더를 제3의 성으로 인정하는 것은 사회적, 의학적 문제가 아니라 인권의 문제"라고 판시하며, 헌법과 법률에 따라 트랜스젠더의 권리를 보장하기 위해 남/여 이분법적 성별 외에 트랜스젠더를 제3의 성으로 인정해야 한다고 판결하였다.

---

41 Intersex Human Rights Australia, "Ten years of 'X' passports, and no protection from discrimination" (2013. 1. 12.) https://ihra.org.au/21597/ten-years-of-x-passports-and-no-protection-from-discrimination/ (2021. 11. 30. 확인)

42 TGEU, "Third gender marker options in Europe and beyond", (2017.11.09.) https://tgeu.org/third-gender-marker-options-in-europe-and-beyond/ (2021. 11. 30. 확인)

43 "미국, 여성·남성 아닌 제3의 성 'X' 표기 여권 첫 발급", 여성신문(2021. 10. 28.) http://www.womennews.co.kr/news/articleView.html?idxno=217095 (2021. 11. 30. 확인)

국가인권위원회
humanrights.go.kr

또한 인도 헌법에서 규정한 성별에 따른 차별금지에서 '성별'이라는 단어는 "남녀라는 생물학적 성별에 한정되는 것이 아니라 남성도 여성도 아닌 사람들을 포함할 의도에서 제정된 것"이라고도 판시하였다.

인도 대법원

National Legal Services Authority (NALSA) v. Union of India (2014. 4. 15.)

사건개요: 이 사건의 원고는 사회적 약자에 대해 법률구조를 하는 국가법률서비스당국(NALSA)이다. NALSA는 트랜스젠더 커뮤니티를 대변하는 시민단체 및 히즈라 당사자들과 함께 대법원에 진정을 제기했다. 히즈라는 남아시아에서 트랜스젠더 커뮤니티를 가리키는 말로 여기에는 트랜스섹슈얼만이 아니라 인터섹스, 크로스드레서 등 비이분법적인 성별특성을 지닌 사람들이 광범위하게 포함된다. 이들은 사회에서는 남성도 여성도 아닌 존재로 여겨지지만 인도에서는 제3의 성이 법적으로 인정되지 않기에 법적으로 어떠한 보호도 받지 못하였다. 이러한 이유에서 히즈라, 트랜스젠더를 제3의 성으로 인정하라는 진정을 제기한 것이다.

쟁점: 제3의 성을 법적으로 인정하지 않는 것이 인도 헌법 제14조(법 앞의 평등), 제15조(차별금지)에 반하는가

판단내용: 대법원은 인도에서의 트랜스젠더에 대한 역사적 배경을 논의한 후에 다음과 같이 판시했다. "각 개인이 스스로 결정한 성적지향 및 성별정체성은 그 인격에 있어 필수불가결한 것이자 자기결정, 존엄, 자유의 가장 기본적인 요소이며, 누구도 성별정체성의 법적 인정 요건으로 의료적 조치를 강제할 수 없다." 나아가 대법원은 욕야카르타 원칙을 비롯해 국제인권규범을 인용하며 다음과 같이 이야기했다. "모든 성적지향 및 성별정체성을 지닌 개인은 모든 인권을 최대한 향유할 수 있어야 한다."
대법원은 다른 국가들의 판례, 가령 영국, 호주, 뉴질랜드, 미국 등이 트랜스젠더의 기본권을 보장하고 있는 사례에 대해 논의하고, 인도가 트랜스젠더 커뮤니티 구성원들의 권리를 보장하기 위해 적합한 법률이 없는 국가로서 국제인권조약과 원칙을 따를 필요가 있다고 하였다. 그리고 대법원은 인도 헌법을 인권 조약 및 원칙에 비추어 해석하였다. 제14조에 따라 '국가

국가인권위원회
humanrights.go.kr

는 인도 영토 내에서 누구나 법 앞에 평등하고 평등한 보호를 받는다는 사실을 부정해서는 안 되고', '남성도 여성도 아닌 트랜스젠더는 사람이기에 고용, 보건의료, 교육 등 국가작용의 모든 영역에서 법적 보호를 받고 다른 시민들과 마찬가지로 동등한 시민권을 보장받아야 한다'고 판시했다. 또한 제15조 및 제16조가 금지하는 성별을 이유로 한 차별금지는 트랜스젠더에게도 적용된다고도 하였다. 대법원에 따르면 해당 조문의 '성별'이라는 단어는 "남녀라는 생물학적 성별에 한정되는 것이 아니라 남성도 여성도 아닌 사람들을 포함할 의도에서 제정된 것"이다.

대법원은 또한 헌법 제19조 제1항이 표현의 자유를 보호하고 있고 여기에는 '스스로 인식한 성별을 표현할 권리가 포함'되며, 제19조 제2항의 예외에도 불구하고 '개인의 외모나 옷차림에 대해 규제할 수는 없'다. 결론적으로 트랜스젠더의 인격은 당사자의 행동과 태도로 표현되며 정부는 내면의 인격을 반영한 그러한 인격적 표현을 금지, 제한, 간섭할 수 없다.

마지막으로 "누구도 법에 규정된 절차가 아닌 한 생명이나 자유를 박탈당할 수 없다"고 규정한 헌법 제21조를 인용하며, 해당 조항은 '개인의 인생을 의미있게 만드는 인생의 요소들' 역시 보호하고, 여기에는 개인이 속하는 성별을 스스로 결정할 권리 역시 포함된다고 하였다. 따라서 대법원은 '히즈라는 헌법과 법률에 따라 이분법적 성별과 동등하게 제3의 성별로 인정된다'고 판시하였다.

이러한 판단에 기초하여 대법원은 트랜스젠더는 이분법적 성별 외에 헌법 제3절과 의회가 제정한 법률에 따른 권리를 보장받기 위해 '제3의 성'으로 여겨질 수 있고, 정부는 트랜스젠더의 성별정체성을 남성, 여성, 또는 제3의 성으로 인정해야 한다고 명령하였다.

2017년 독일 연방헌법재판소 역시 위 인도 대법원과 마찬가지로 남녀 외에 제3의 성별을 인정받을 권리가 인격권으로서 보장된다고 판단하였다. 독일의 경우 2013년 자녀가 여성 또는 남성에 속하지 않는 경우에는(intersexuell. 즉 양성의 특징을 다 가지고 있는 경우) 자녀의 성을 표시하지 않고 출생등록부를 작성하도록 제도를 마련했다. 그러나 이는 자녀가 성인이 되어서는 결국 남/여 중에 성별을 선택해야 하는 한계가 있었다. 이에 인터섹스인 청구인이 자신의 법적 성별을 제3의 성으로 표시해 달라며 헌법소원을 청구했다. 이에 대해 독일 연방헌법재판소는 기본법상의 일반적 인격권은 성별정체성 역시 보호하며, 남성에도 속하지 않고 여성에도 속하지 않는 사람의 성별정체성 역시 보호된다고 판시하였다. 그렇기에 제3의 성에 대해 어떠한 신분법적 인정도 하지 않는 것은 헌법적으로 정당화되지 못하며 개인의 자기 결

국가인권위원회
humanrights.go.kr

정적 인격발전을 위협한다고 판단하였다. 이후 독일은 신분법을 개정하여 제3의 성을 법적으로 인정했다. 다만 이렇게 개정된 법률은 그 대상을 인터섹스로 한정하고 있으며, 절차적으로도 의학적 증명을 요구한다는 점에서 한계가 있다.[44]

독일 연방헌법재판소

1 BvR 2019/16 (2017. 10. 10.)

사건개요: 이 사건의 청구인은 출생 시 지정성별은 여성이나, 터너증후군에 따라 비전형적인 성염색체를 갖고 있으며 본인의 성별정체성 역시 남성도 여성도 아니라는 인식을 갖고 있었다. 이에 청구인은 신분 사무소에 기존에 등록된 자신의 성별인 여성(weiblich)을 삭제하고 '간/다(inter/divers)'로 등록하거나 '다양(divers)'으로 등록해달라고 청구했다. 이에 대해 신분 사무소는 신분법 제21조 제1항 제3호, 제22조 제3항에 따라 이러한 기입은 허용되지 않는다며 신청을 거부했다. 이에 청구인은 출생등록부 변경신청 거부와 관련해 지방법원, 지방고등법원, 연방대법원에 잇따라 소송을 제기했으나 받아들여지지 않자 헌법소원을 청구했다.

심판대상이 된 신분법(Personenstandsgesetzes) 조항은 다음과 같다.
제21조 출생등록부 기입
(1) 출생등록부의 기재사항은 다음과 같다.
3. 출생자의 성
제22조 누락된 정보(Fehlende Angaben)
(3) 출생자가 여성으로도 남성으로도 분류될 수 없는 경우 성에 관한 정보를 기재하지 않고 출생등록부에 등록한다.

쟁점: 신분관계법상 남녀 이외에 제3의 성을 등록할 수 있는가

판단내용: 일반적 인격권은 원칙적으로 각자의 인격을 구성하는 요소인 성별정체성 역시 보호한다. 한 개인이 어떤 성별에 속하는가는 그의 정체성에 각별한 의미를 갖는다. 이는 한

44 이보연, 앞의 글, 456-457

국가인권위원회
humanrights.go.kr

사람이 스스로 자기를 어떻게 생각하고 다른 사람이 그를 어떻게 여길지의 출발점이 된다. 여기서, 남성에도 속하지 않고 여성에도 속하지 않는 사람의 성별정체성 역시 보호되어야 한다. 실정 신분관계법에 의하면 이 인격권이 침해된다. 신분관계법은 성의 등록을 요구하지만, 지속적으로 남성에도 여성에도 속하지 않는 청구인에게는 그의 성별정체성에 해당하는 등록을 할 가능성을 주지 않는다. 법률에 따라 공란으로 하는 변수를 선택하더라도, 청구인 스스로 무성이 아니고, 남 또는 여와 다른 성을 갖고 있다고 생각한다는 점이 반영되지 않는다. 이를 통해 자기 스스로 결정하여 인격을 발전시키고 유지하는 데에 위협을 받기 마련이다. 신분관계는 사소한 문제가 아니고, 법률적으로 "인격이 법질서 속에서 갖는 위치"인 것이다. 신분관계는 하나의 인격이 갖는 정체성의 법적 핵심을 표현한다. 따라서 성별정체성성에 대한 신분법적 인정을 거부한다면, 이는 그 자체로 자기 결정적 인격발전을 위협한다.

이러한 기본권의 제한은 헌법적으로 정당화되지 못한다. 기본법은 성에 관한 신분관계를 이원적으로만 결정하도록 명하지 않으며, 여성과 남성 외의 또 다른 성별정체성의 인정을 저지하지 않는다. 실정 신분관계법에 제3의 성을 적극적으로 등록할 수 있는 방법이 없다는 점은 제3자의 이익으로써도 정당화할 수 없다. 또 다른 성의 등록가능성을 열어놓는다 해도, 누구에 대해서도 이러한 또 다른 성에 속하도록 강제하지 않는다. 또 다른 성의 등록을 가능하게 한다면, 남자나 여자라 할 수 없게 성적 발현이 이루어지는 사람에 대해 지금까지 법적으로 인정되어온 방식에 더하여 추가적으로 그들의 선택가능성이 넓어진다. 현재의 규율체계에서 여성이나 남성으로 등록하거나 성을 기록하지 않고 등록할 가능성은 유지되어야 하는 것이다.

제3의 성을 적극적으로 등록할 수 있도록 함으로써 과도기에 행정적 및 재정적 소모가 있다 하더라도, 고유의 성별정체성이 법을 통해 무시되는 기본권 침해에 비하면, 이러한 추가적인 소모는 감수되어야 할 것이다. 이에 반해 청구인이 신청한 것과 같이 성에 관한 임의적인 정체성 표지를 특정하여 신분관계법상 등록하겠다는 청구권은 일반적 인격권에서 도출되지 않는다.

3. 자녀와의 관계에서의 법적 성별인정

앞서 이야기한 법적 성별변경과 제3의 성의 법적 인정은 트랜스젠더, 인터섹스 당사자의

국가인권위원회
humanrights.go.kr

신분서류에 성별정체성을 법적으로 인정하는 문제와 연관된다. 이에 더해서 트랜스젠더, 인터섹스 등이 자녀를 낳은 경우 그 자녀의 출생증명서 등 신분서류에 부모로서 어떻게 법적으로 표시되는지 역시 성별정체성의 법적 인정과 관련하여 제기되는 문제이다. 가령 법적으로도 남성인 트랜스젠더 남성이 자녀를 출산한 경우 자녀의 출생증명서에 '아버지', '어머니' 중 어느 쪽으로 기재될지가 문제되는 것이다. 이 때 생물학적 관계만을 기준으로 어머니로 표시한다면 이는 자녀를 낳은 트랜스젠더의 성별정체성을 부정하는 것이다. 나아가 당사자의 법적 성별과 자녀와의 관계에서 표시되는 법적 성별의 불일치로 당사자는 신분 증명에 어려움을 겪을 수 있고 이는 결국 자녀의 불이익으로도 이어진다. 독일의 자녀를 둔 한 트랜스젠더 남성은 이러한 문제에 대해 다음과 같이 증언하기도 했다.

> "나는 아이와 외국 여행을 가지 않으며 특히 비행기를 타지 않는다. 그 이유는 현재 국제적으로 자녀와의 관계를 증명할 신분 서류가 없기 때문이다. 나는 법적 성별변경 이후에 아이를 낳았고 그 결과 아이의 출생증명서에 나는 엄마, 그리고 내 이전의 여성 이름으로 등록되어 있다. 반면 내 개인 서류에는 나는 남성이며, 개명한 남성 이름으로 등록되어 있다. 독일의 아동들은 자신의 여권을 갖고 있고 부모의 여권에 등록되어 있지 않기에, 양육관계를 증명할 유일한 증거는 내 이전 이름이 기재된 출생증명서이다 … 따라서 나는 외국에서 돌아올 때 내가 아이의 부모임을 인정받지 못할까봐 비행기를 타지 않는다. 이는 나만 아니라 아이에게도 고통이다."[45]

이와 관련하여 2018년 유럽평의회는 최초로 동성커플 및 성소수자 가족에 대한 결의안을 채택했다. 해당 결의안은 트랜스젠더, 인터섹스의 법적 성별 인정과 관련하여 다음과 같이 이야기했다.

"4.6. 평의회가 채택한 결의 2048(2015)과 결의 2191(2017)에서 이야기한 트랜스젠더 및 인터섹스의 법적 성별 인정이 그들의 시민결합이나 결혼, 그리고 배우자 및 자녀에 대한 권리에 있어서도 계속 보장되어야 한다는 점에 더해서, 트랜스젠더 부모의 성별정체성이 자녀의 출생증명서에 제대로 기재되고, 남성도 여성도 아닌 법적 성별을 가진 사람도 차별없이 배우자 및 자녀와의 관계를 인정받아야 한다."[46]

즉, 트랜스젠더 부모는 자녀와의 관계에서 성별정체성에 따라 아버지 또는 어머니로 표시

---

45 TGEU, "Council of Europe recognises trans parents" (2018. 10. 30.) https://tgeu.org/council-of-europe-recognises-trans-parents/ (2021. 11. 30. 확인)

46 Council of Europe, Private and family life: achieving equality regardless of sexual orientation, Resolution 2239 (2018).

되어야 하며, 다양한 성별정체성이 차별없이 인정되기 위해서는 성중립적인 호칭(예: 양육자)을 사용하는 것이 바람직하다는 것이다.

이러한 원칙은 위 결의안에 앞서 2015년 두 건의 스웨덴 판결에서도 확인된 바 있다. 스웨덴 예테보리 행정법원 Case no. 6186-14(2015. 10. 5.)과 스톡홀롬 행정법원 Case no. 3201-14(2015. 7. 9.)가 그것이다. 예테보리 행정법원 판결의 경우 자녀를 출산한 트랜스젠더 남성이 자신을 '생물학적 어머니'라고 표시한 조세국에 표시를 변경해줄 것을 요청했으나 거부당하여 제기한 소송이다. 이에 대해 법원은 유럽인권재판소 판결을 통해 확인된 성별정체성을 공적으로 인정받아야 한다는 원칙은 모든 법적 영역에 적용되며, 따라서 원고를 생물학적 어머니라고 표시한 것은 그의 법적 성별을 남성으로 인정한 결정과 배치되므로 유럽인권협약 제8조 위반이라고 보았다. 스톡홀롬 행정법원 역시 비슷한 취지에서 트랜스젠더가 성별정체성에 따라 자녀와의 관계를 인정받아야 한다고 판단했다. 이후 2017년 스웨덴은 트랜스젠더의 부모로서의 권리를 보장하는 법률[47]을 제정하였다(시행은 2019. 1. 1.). 해당 법은 양육자 한 쪽 또는 양 쪽이 성별을 변경한 후 아이를 기르는 것에 대한 특별 규칙을 두고 있고, 이에 따르면 아이를 낳는 트랜스젠더 남성은 아버지로 인정되고 정자를 제공하는 트랜스젠더 여성은 어머니로 인정된다.

스웨덴 예테보리행정법원

Case no. 6186-14 (2015. 10. 5.)

사건개요: 이 사건의 원고는 트랜스젠더 남성으로 자녀를 낳을 당시에는 법적으로 여성이었으나 출산 후 12년 뒤에 남성으로 성별을 변경했다. 이에 따라 조세국에 '생물학적 어머니'라는 표시를 변경할 것을 요청했으나 거부당하였다. 조세국은 자녀를 낳은 사람은 언제나 어머니로 간주되며, 법률에 따라 원고를 아버지로 인정할 근거가 없고, 원고가 출생 당시에는 여성이었기에 기록의 연속성이 유지되어야 한다고 주장했다. 이에 원고가 조세국을 상대로 소송을 제기한 것이다.

47 Government office of Sweden, "Modernare regler om assisterad befruktning och föräldraskap" (2017) https://www.regeringen.se/rattsliga-dokument/proposition/2018/03/prop.-201718155/ (2021. 11. 30. 확인)

국가인권위원회
humanrights.go.kr

쟁점: 트랜스젠더의 법적 성별변경이 자녀와의 관계에 있어서도 인정되어야 하며, 이를 거부하는 것은 유럽인권협약 위반인가

판단내용: 법원은 먼저 유럽인권재판소 판례가 이야기하는 성별정체성을 공적으로 인정받아야 한다는 원칙은 모든 법률적 목적에 적용되어야 하며, 이는 아동권리협약이 규정하는 '아동의 최선의 이익'이라는 원칙과 동등하게 존중받는다고 설시했다. 그리고 스웨덴 법에 따라 "획득한 성별에 따라 개인의 권리와 의무를 인정해야 한다는 원칙은 심오하고 근본적인 의미를 갖는다"고 강조했다. 법원은 또한 2013년 스웨덴 법이 생식능력제거 요건을 철폐했기 때문에 부모자식간의 관계를 포함하여 몇 가지 법률적으로 모호한 부분이 남아있고, 따라서 기존의 규칙은 트랜스젠더 부모가 자녀를 낳음에 따라 발생하는 새로운 상황에 적용되기에는 부적절하다고 판단하였다.

법원은 친족법이 이 사건과 같은 경우를 규정하고 있지 않기에, 원고와 그 자녀와의 관계는 스웨덴 법과 국제조약에서 도출되는 의무에 따라 인정되어야 한다고 보았다. 그렇다면 원고를 '생물학적 어머니'로 등록하는 것은 그의 성별을 남성으로 인정한 결정에 반하며 비밀유지 원칙에 위반될 우려가 있고 따라서 유럽인권협약 제8조 사생활의 권리를 침해하는 것이라고 판단했다. 비록 원고가 법적 성별변경 전에 출산을 했더라도 그의 법적 성별을 최대한 인정해야 한다는 원칙은, 자녀의 사생활 보호와 더불어 '생물학적 어머니'로 표시함으로써 얻어지는 공익보다 훨씬 큰 이익을 갖는다. 법원은 또한 이미 두 명의 여성이 자녀와의 관계에서 '어머니'와 '양육자(parent)'로 등록된 사례도 있어 반드시 '생물학적' 어머니와 아버지가 등록될 필요도 없다는 점 역시 지적하였다. 따라서 법원은 조세국 기록에서 원고를 '아버지'로 등록할 것을 명하였다.

4. 보론: 성별정보의 수집·표시 제한

한편 법적 성별변경을 자유롭게 하거나 제3의 성별을 인정하는 것과 더불어 트랜스젠더, 인터섹스 등 비이분법적 성별을 지닌 사람들의 인권을 보장하기 위해 법적으로 성별정보를 수집하지 않거나 표시하지 않아야 한다는 논의들도 이루어져 있다. 신분 관계를 구성함에 있어 인종정보를 별도로 수집하거나 표시하지 않는 것과 마찬가지로 성별에 대해서도 그럴 필

국가인권위원회
humanrights.go.kr

요가 없다는 것이다.

이와 관련하여 욕야카르타 원칙은 다음과 같이 이야기한다.

욕야카르타 원칙 31: 법적으로 인정받을 권리(The Right to Legal Recognition)

모든 사람은 성별이나 젠더, 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 지정하거나 공개하도록 요구받지 않고 그러한 요소들에 대한 고려없이 법적으로 인정받을 권리가 있다. 모든 사람은 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징에 관계없이 출생 증명서를 포함한 신분 증명서를 받을 권리가 있다. 이러한 서류에 성별 정보가 담겨 있다면 누구나 해당 문서에서 성별 정보를 변경할 권리가 있다.

국가는: A. 공식적인 신분증명서류에는 정당한 목적을 위해 법적으로 요구되는 적절하고 합리적이고 필요한 개인 정보만을 포함하도록 해야 하며, 이에 따라 출생증명서, 신분증, 여권, 운전면허증과 같은 신분증명서류에, 법적 인격의 일부로서 개인의 성별과 젠더를 등록하는 것을 폐지해야 한다.

이와 관련하여 호주는 정부가이드라인을 통해 "성별정보를 수집하는 모든 부서와 기구는 그 부서의 기능이나 활동에 필요하거나 직접적으로 관련된 것이 아닌 성별정보는 수집해서는 안 된다"고 규정하고 있다.[48] 여기서 부서의 기능이나 활동을 위해 성별정보 수집이 필요한 경우는 성별에 따른 통계작성, 성차별 해소를 위한 적극적 조치, 의료적 조치를 위한 생물학적 성별정보 확인 등이 있을 것이다. 즉, 행정상 반드시 필요한 경우나 차별해소를 위한 경우를 제외하고는 성별정보를 수집하지 말라는 것이다.

한편 필요에 따라 성별정보를 수집하더라도 이를 신분증 등 공적서류에 반드시 표시할 필요는 없다. 수집한 정보를 행정기관 내부에서만 기록하고 처리하면 되는 것이기 때문이다. 이에 대해 2013년 몰타에서 개최된 제3차 세계 인터섹스 포럼(International Intersex Forum)에서는 '미래에는 인종이나 종교와 마찬가지로, 성별(sex or gender) 또한 누구에게든 출생증명

48 Australian Government, "Australian Government Guidelines on the Recognition of Sex and Gender" (2013)

국가인권위원회
humanrights.go.kr

서나 신분증에 표시되는 범주가 되어서는 안 될 것'이라고 촉구 성명이 나왔다.[49]

미국 의학협회(American Medical Association) 역시 "출생증명서에서 이분법적 성별을 할당하고 공개하는 것은 의학적으로 다양한 스펙트럼을 지닌 성별정체성을 인식하지 못하게 만든다"며 출생증명서에서 성별란을 삭제할 것을 권고하였다.[50] 그리고 네덜란드의 경우 2014년 성별표시의 문제점에 대해 연구를 진행했고, 이를 바탕으로 2024년부터 신분증에서 성별표시를 모두 없애기로 결정했다.[51] 일본의 경우 지자체에서 관리하는 서류에 대해 인권단체들의 요청에 따라 성별정보를 삭제하는 작업들이 활발히 이루어지고 있다. 이는 지자체가 관리하는 서류를 전수조사하여 성별을 표시하는 것이 필요하지 않은 서류는 성별란을 삭제하고, 설령 필요한 서류(통계나 의료적 목적을 위해)라 하더라도 성별란을 뒷면에 배치하거나 본인이 기술하게 하는 방식으로 개선을 하고 있다.[52]

III. 요약과 함의

트랜스젠더에 대한 의학적인 논의가 이루어지고 성확정수술이 가능해진 이래 트랜스젠더에 대한 논의는 트랜스젠더를 표준에서 벗어난 장애이자 의료전문가의 진단과 성확정수술이라는 치료를 받아야 하는 존재로 보는 이른바 '의료적 모델(medical model)'에 근거해서 이루어졌다.[53] 이에 따라 법적 성별변경도 생식능력제거와 외부성기수술을 포함한 성확정수술을 필수로 요구하고, 그밖에도 혼인중이 아닐 것, 미성년자가 아닐 것 등 사회에 큰 영향을 주지 않는, 기존의 사회와 동화될 수 있는 트랜스젠더만 그 성별정체성을 법적으로 인정하는 것이 초창기의 흐름이었다.

그러나 다양한 트랜스젠더가 저마다의 목소리를 내기 시작하고, 의학적인 논의에 있어서도 트랜스젠더가 더 이상 정상에서 벗어난 존재가 아니라 다양한 성별정체성을 지닌 인간 존

49 Ilga Europe, "Public Statement by the Third International Intersex Forum" (2013) https://ilga-europe.org/what-we-do/our-advocacy-work/trans-and-intersex/intersex/events/3rd-international-intersex-forum (2021. 11. 30. 확인)

50 "American Medical Association says sex should be removed from birth certificates", LGBTQNation (2021. 8. 6.) https://www.lgbtqnation.com/2021/08/american-medical-association-says-sex-removed-birth-certificates/ (2021. 11. 30. 확인)

51 "[국제] 네덜란드, 신분증에서 성별정보 삭제 예정", YTN (2020.7.6.) https://www.ytn.co.kr/_ln/0104_202007060553537201 (2021. 11. 30. 확인)

52 "性別欄廃止も 千葉県の自治体,LGBT配慮広がる", 日本經濟新聞 (2018. 4. 18.) https://www.nikkei.com/article/DGXMZO29544990Y8A410C1L71000/ (2021. 11. 30. 확인)

53 Jonathan L. Koenig, "Distributive consequences of the medical model", Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review Vol 46 (2011) 623-625.

KOR 국가인권위원회 humanrights.go.kr

재의 일부일 뿐이며, 이들의 성별정체성이 동등하게 존중받아야 한다는 인권 기반 관점이 발전하기 시작했다. 이에 따라 2000년대 이후로 각 국가의 법적 성별변경 요건은 지속적으로 완화되고 있으며, 특히 생식능력제거를 포함한 성확정수술을 강제하는 것은 개인의 신체를 침해하며 자기결정권, 신체온전성, 재생산권에 대한 침해임이 분명하게 인정되고 있다. 나아가 아르헨티나의 2012년 성별정체성법을 시작으로 자기결정권에 기반한 성별변경 모델은 확고한 국제적 표준이자 나아가야 할 방향이 되고 있다.

한편 인터섹스 역시 과거에는 성발달장애, 유전적 이상 등 질병을 가진 존재로 간주되었으나 의료적 논의의 발전에 따라 그저 다른 생물학적 성징을 가진 사람들로 여겨지고 이에 따라 인터섹스, 그리고 논바이너리 트랜스젠더가 갖는 남/여 이분법으로 나눌 수 없는 성별정체성 역시 법적인 성별로 인정이 되고 있다.

한국에서는 2006년 대법원이 전원합의체 결정[54]으로 법적 성별변경을 허가한 이래 일부 변화가 있기는 하지만 여전히 엄격한 의료적 모델에 기반한 낡은 관념에 기초하여 성별변경이 이루어지고 있다. 대법원은 2006년 위 전원합의체 결정 이후 대법원 예규 「성전환자의 성별정정 허가신청사건 등 사무처리지침」을 제정하여 성별변경의 요건과 절차를 규정하였다. 이후 대법원은 2009년에 혼인 중인 트랜스젠더의 성별변경을 불허하는 결정을 내렸고,[55] 이러한 결정들을 바탕으로 예규도 조금씩 개정되어 왔다. 그러나 기본적으로 대법원 판례와 예규는 성별변경을 위해 ① 성전환증 정신과 진단, ② 생식능력이 없으며 회복될 가능성이 없을 것, ③ 외부성기를 포함해 신체외관이 반대의 성으로 바뀌었을 것, ④ 혼인 중이 아닐 것, ⑤ 미성년 자녀가 없을 것, ⑥ 미성년자가 아닐 것, ⑦ 일상 및 사회생활에서 전환된 성으로 인정받을 것, ⑧ 성별을 변경해도 신분관계나 사회질서에 부정적인 영향을 주지 않을 것 등 지나치게 엄격한 기준을 요구하고 있다.

특히 생식능력제거와 외부성기수술의 요구는 트랜스젠더에게 큰 부담으로 다가온다. 이러한 수술 요구는 신체에 대한 강제적인 침습으로서 트랜스젠더의 신체온전성을 해치고 건강에 부정적인 영향을 줄 뿐만 아니라, 현재 성확정수술에 국민건강보험이 적용되지 않는 이유로 수천만 원에 이르는 수술비를 당사자가 부담해야 하는 판국이다. 그러다 보니 2020년 국가인권위원회가 실시한 트랜스젠더혐오차별실태조사에 따르면 591명의 트랜스젠더 응답자 중에 오직 8.0%만이 성별변경을 완료하였다고 응답하였고, 성별변경을 시도하지 않은 508명 중 58.9%가 '성전환 관련 의료적 조치에 드는 비용 때문에' 성별변경을 하지 못하였다고 응답

54 대법원 2006. 6. 22.자 2004스42 결정.
55 대법원 2011. 9. 2.자 2009스117 결정.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

했다.[56] 앞서 본 바와 같이 성확정수술의 요구가 국제인권규범 및 지역인권규범에 위반된다는 점에 대해서는 확고한 입장이 세워져 있고 비교법적으로도 유럽 대다수의 국가가 수술을 요구하지 않는다는 점에서 성별변경에 있어 외과수술 요구는 폐지되어야 한다.

혼인 중이 아닐 것을 요구하는 것에 대해서는 대법원은 2009스117 결정에서 "혼인 중에 있는 성전환자에 대하여 성별정정을 허용할 경우 법이 허용하지 않는 동성혼의 외관을 현출시켜 결과적으로 동성혼을 인정하는 셈이 되고, 이는 상대방 배우자의 신분관계 등 법적 · 사회적 지위에 중대한 영향을 미치게 된다"고 하였다. 그러나 동성혼을 인정하지 않는 것 자체가 차별임은 별론으로 하더라도, 이미 혼인 관계에 있는 두 사람에게 성별변경을 이유로 이혼을 강제하는 것은 사생활에 대한 지나친 간섭이며 혼인과 가족생활을 보장해야 할 국가의 의무에도 부합하지 않는다. 따라서 혼인 중이 아닐 것을 요구하는 기준 역시 폐지되어야 할 것이다.

미성년자녀가 없을 것을 요구하는 것은 현재 한국을 제외하고는 일본뿐이다. 그만큼 이러한 기준 자체가 국제적인 합의와 동떨어지고 낡은 것임을 보여준다 할 것이다. 이에 대해서는 미성년자녀를 둔 트랜스젠더의 성별변경을 불허한 대법원 2009스117결정에서 반대의견이 지적한 "다수의견의 견해는, 성별정정을 통해 인간으로서의 최소한의 기본적 권리를 보호받고자 하는 성전환자들에게, 사회 구성원 다수의 인식에 비추어 관용하고 수용할 만한 경우에만 성별정정을 허용하겠다는 것과 다르지 않으며, 우리 사회 구성원의 다수가 성적 소수자를 충분히 이해하거나 포용하는 입장으로 돌아서지 않는 한, 성전환자로 하여금 법률적으로 성전환 전의 다른 성으로 살아가도록 강요하는 것에 지나지 않는다"는 부분을 염두에 두어야 할 것이며, 결론적으로 미성년자녀 요건 역시 폐지해야 한다.

그밖에 정신과 진단이나 사회적 승인 등을 요구하는 것에 있어서도 트랜스젠더의 성별변경을 위해 자기결정에 기반한 신속, 명료, 접근가능한 절차를 마련해야 한다는 국제인권규범에 따른다면 궁극적으로는 아르헨티나 등과 같이 자기결정에 따른 신청만으로 성별변경이 이루어지도록 하는 제도가 마련되어야 할 것이다.

한편 제3의 성별의 법적 인정에 대한 논의는 전무하여 주민등록번호에서 성별을 삭제하는 것에 대해서도 정부의 무지와 몰이해로 논의가 이루어지지 못하고 있는 상황이다. 그 결과 2020년 행정안전부는 45년 만에 주민등록번호 부여체계를 개편하여 뒤 6자리를 임의번호화 했으나 성별번호만은 그대로 남겨두었다.[57] 주민등록번호와 연관된 신분서류 외에도 각 기관

---

56 홍성수 외, "트랜스젠더 혐오차별 실태조사", 국가인권위원회(2020), 182-183.

57 주민번호 뒷자리 지역표시번호 10월부터 폐지…45년만에 개편, 연합뉴스(2020. 5. 25.) https://www.yna.co.kr/view/AKR20200525055900530 (2021. 11. 30. 확인).

국가인권위원회 humanrights.go.kr

의 회원가입, 신청서 등 양식에서 불필요하게 성별 정보를 수집하고 있어 이는 성별이분법에서 벗어난 트랜스젠더, 인터섹스 등에게 부담으로 다가오고 있다. 국가인권위원회가 신청서란에서 성별란을 공란으로 하고 국립중앙도서관이 회원 가입 시 성별을 표기하지 않고 '동의 안함'을 선택할 수 있도록 일부 변화는 있으나 아직까지 많은 공공기관, 민간기업들에서 이분법적인 성별정보를 요구하고 있다.[58] 따라서 제3의 성별 인정에 대한 본격적인 논의와 더불어 필요 최소한으로 성별정보를 수집하고 공시하는 것에 대해서도 논의들이 이루어질 필요가 있다.

결론적으로 법 앞에 인정받을 권리, 신체의 온전성, 차별금지 등 헌법의 원칙은 누구에게나 동등하게 인정되어야 함에도 단지 주류와 성별정체성이 다르다는 이유만으로 트랜스젠더, 인터섹스 등이 성별정체성에 따라 살아가고 인정될 권리가 박탈당하는 지금의 상황은 분명히 문제적이며, 이에 대해서 개선이 요구된다 할 것이다.

58 "'남' '여'… 꼭 밝혀야 하나요", 서울신문(2020. 7. 9.) https://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20200710009006 (2021. 11. 30. 확인).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

참고문헌

- 김승섭 외, 오롯한 당신, 숨쉬는 책공장 (2018).
- 윤진수, "미성년 자녀를 둔 성전환자의 성별정정", 서울대학교 법학 제61권 제3호 (2020).
- 이보연, "제3의 성의 법적 인정", 법학연구 제22권 제1호 (2019).
- 이준일, 섹슈얼리티와 법, 세창출판사 (2009).
- 홍성수 외, "트랜스젠더 혐오차별 실태조사", 국가인권위원회 (2020).
- Directorate-General for Justice and Consumers (European Commission)/ICF, "Legal gender recognition in the EU: the journeys of trans people towards full equality", European Union (2020).
- Friedemann Pfäfflin, "Transgenderism and Transsexuality: Medical and Psychological Viewpoints". In J. Scherpe (Ed.), The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons (pp. 11-24). Intersentia (2015).
- Jonathan L. Koenig, "Distributive consequences of the medical model", Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review Vol 46 (2011).
- Richard, Köhler, "legal Gender Recognition and the Best Interest of the Child", TGEU Policy Paper (2018).
- Zhan Chiam et al, "Trans Legal Mapping Report 2019: Recognition before the law", ILGA World (2020).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

9

건강권

국가인권위원회
humanrights.go.kr

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

I. 개관

세계보건기구(World Health Organization, WHO) 헌장[1]은 "건강은 단지 질병에 걸리지 않거나 허약하지 않은 상태뿐만 아니라, 육체적, 정신적, 사회적으로 온전히 행복한 상태를 말한다"고 규정하고 있으며, 어떠한 차별도 없이 최상의 건강 수준을 유지하는 것이 인간이 누려야 할 기본권의 하나라고 명시한다. 유엔 사회권규약 제12조 역시 "모든 사람은 도달 가능한 최고 수준의 신체적 · 정신적 건강을 향유할 권리를 가진다"고 규정하며, 특히 건강권에 대한 일반논평 제14호[2]에서는 "모든 사람이 보건의료와 기초적 건강 결정요인 등에 대한 접근성에서 성별, 성적지향, 기타 지위에 따른 어떠한 차별 없이 동등하게 누릴 수 있어야 한다"고 규정한다.

따라서 성소수자 역시 성적지향 · 성별정체성에 따른 차별 없이 도달 가능한 최상의 건강을 누릴 수 있어야 한다. 하지만 많은 국가들에서 성소수자는 신체적으로 정신적으로 취약한 상황에 놓이곤 한다. 이는 성소수자의 성적지향 · 성별정체성 때문이 아니라 이들에게 가해지는 사회적 차별과 혐오, 낙인 때문이다.

특히 19세기말 성과학이 발전하고 성소수자에 대한 논의가 종교에서 의학의 영역으로 옮겨가면서 동성애, 트랜스젠더 정체성은 정신장애로 간주되기 시작했다. 이러한 병리화의 낙인은 성소수자를 사회의 표준에서 벗어난 비정상적인 존재로 여기게 만들어 차별과 혐오를 정당화하는 근거가 되었고, 나아가 성적지향 · 성별정체성을 강제로 교정하려는 소위 전환치료가 실시되기도 했다. 이후 1973년 미국정신의학회가 동성애가 정신장애가 아님을 선언하고, 2019년 세계보건기구가 트랜스젠더 정체성을 국제질병분류 상 정신장애 범주에서 제외하였으며, 세계 각국에서 '전환치료' 금지법이 시행되는 등 긍정적인 변화들도 있긴 하나, 여전히 많은 국가에서 성소수자는 비정상적과 질병의 낙인을 받고 이로 인해 건강권을 침해당한다.

한편 성소수자 가운데 특히 트랜스젠더는 자신의 성별정체성에 맞게 신체외관을 전환하는 트랜지션 관련 의료(transition related care)를 필요로 하는 경우가 많다. 그러나 의료전문가조차 성소수자에 대한 편견을 갖고 있거나 관련된 의료적 조치에 대한 지식이 없는 경우가 많아

---

1 WHO, Constitution of The Health Organization (1946).

2 CESCR, "General comment No. 14:The Right to the Highest Attainable Standard of Health (art. 12 of Covenant)", UN 문서 12/2000/4 (2000. 8. 11.).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

의료기관 이용에서 또 다른 차별이 발생하기도 한다. 또한 많은 국가들에서 이러한 트랜지션 관련 의료에 대해 건강보험이 적용되지 않아 높은 의료적 비용에 대한 부담으로 이를 포기하는 경우도 있다.

동성 간 성관계를 한 동성애자에게 차별적으로 적용되는 헌혈 규정 역시 대표적인 차별 사례라 할 것이다. 이는 1980년대 AIDS가 발견된 이래 HIV/AIDS에 대한 무지와 편견, 동성애에 대한 혐오가 복합적으로 작용한 결과이며 이러한 차별적 조치를 없애야 한다는 것에도 여러 논의가 이루어지고 있다.

이 장에서는 이처럼 성소수자들이 성적지향 · 성별정체성 차별로 인하여 건강권을 침해당하는 사례와 이와 관련된 외국에서의 대응 및 관련 쟁점을 살펴본다. 주로 다루는 내용은 다음과 같다. 성적지향 · 성별정체성에 대한 비병리화, 성소수자의 의료접근성 보장, 남성과 성관계하는 남성(MSM)에 대한 헌혈에서의 차별철폐, 트랜스젠더의 트랜지션 의료 보장, '전환치료'의 금지 및 처벌 등이다.

II. 주요 쟁점 및 사례

1. 성적지향·성별정체성에 대한 의학 논의

1) 성적지향에 대한 의학적 논의

19세기 말 의학 · 과학 · 심리학의 발전은 서구사회에서 주로 기독교의 영향 아래 종교적인 죄악으로 간주되던 동성애에 대한 논의를 의학 · 과학의 영역으로 이전시켰다. 이에 따라 동성애에 대해서는 크게 세 가지의 병인론(etiological theory)이 대두되었다.[3]

그 중 첫째는 1900년 초부터 발달한 성과학의 관점으로 동성애자는 정상적인 인구집단에서 벗어난 병리현상이라는 것이다. 이를 가장 잘 드러낸 것이 성과학의 창시자 중 한명인 성과학자 리하르트 폰 크라프트 에빙(Richard von Krafft– Ebing)이 1886년 발간한 저서 「성 정신병리: 역전된 성 감각을 중심으로–의료 · 법의학 연구」다. 여기서 에빙은 동성애, 소아성애,

3 Jack Dresher, "Queer Diagnoses: Parallels and Contrasts in the History of Homosexuality, Gender Variance, and the Diagnostic and Statistical Manual," Archives of Sexual Behavior, Vol. 39, No. 2 (2010), 431.

KOR 국가인권위원회 humanrights.go.kr

사디즘, 마조히즘을 묶어 '뇌신경증에 의한 성감각 이상'으로 분류하였다.[4] 둘째는 정신분석학의 창시자인 지그문트 프로이트(Sigmund Freud)의 견해로, 동성애는 병리적인 현상은 아니나 발달과정에서의 문제로 발육이 지체되어 나타나는 현상이라고 보는 것이다. 이에 따라 프로이트는 "동성애는 성심리 발달 과정에서 부모와의 갈등 등 후천적 문제로 발생한다"고 이야기하였다. 마지막은 동성애자는 왼손잡이와 같이 선천적으로 다르게 태어난 사람이며 병리적인 존재도 미성숙한 존재도 아닌 정상적인 인간변이의 하나라는 것이다. 따라서 정신의학의 영역에서 동성애를 다룰 필요가 없다는 주장이었다.[5]

세 가지 이론 중 최종적으로 다수의 지지를 얻은 것은 병리론이었다. 이에 따라 동성애는 '치료'가능한 질병으로 간주되었고 실제로 동성애를 치료하려는 소위 전환치료(conversion therapy)[6]가 행해지기 시작했다. 여기에는 뇌엽절리술, 전기충격, 최면혐오요법 등 다양한 인권침해적인 의료행위들이 포함되었다.[7] '전환치료'가 성적지향 · 성별정체성을 변화시키는데 아무런 효과가 없다는 결과들은 종종 무시되었고, 미국 정신의학회는 1952년 펴낸 「정신질환 진단 및 통계편람(Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, DSM)」 제1판에서 '동성애(homosexuality)를 '성적 일탈(sexual deviation)'의 범주 아래 포함시켰다.[8] 공식적인 의료 기록에서 동성애를 정신장애로 분류한 것이다.

그러나 미국의 동물학자 알프레드 킨제이(Alfred Charles Kinsey) 등이 1948년과 1953년 각각 펴낸 두 권의 보고서, 이른바 '킨제이 보고서'와 같이 동성애를 정신장애로 분류하는 것이 타당하지 않다는 근거들도 계속해서 제출되었다.[9] 미국 성인남성 중 10%의 사람이 동성애를 경험하며 4%가 평생을 동성애자로 살아간다는 해당 보고서의 내용은 동성애는 일탈적인 행동이며 동성애자는 일반 인구 대비 매우 소수에 불과하다는 당시의 정신의학계의 주장에 정면으로 반하는 것이었다.[10]

한편으로 1969년 스톤월 항쟁을 분수령으로 가시화된 성소수자 운동은 지속적으로 성소수자의 정체성이 질병이 아니며 병리화가 성소수자에 대한 낙인을 가져온다며 동성애를 정

---

4 김학이, "나치즘과 동성애", 문학과 지성사 (2013), 29–33.

5 Jack Dresher, 앞의 글, 431–432.

6 동성애를 질병으로 보고 치료할 수 있다는 측에서는 이를 '전환치료'라고 부르고 있으나 실제로는 이를 통해 성적지향과 성별정체성을 전환시키지도 않으며 의학적 의미의 치료도 아니다. 그렇기에 이를 가리킬 때는 '소위'를 붙이거나, 단어 자체에 작은따옴표를 둘러 '전환치료'라고 표기한다.

7 자세한 내용은 다음 참조. 켄지 요시노, "커버링", 민음사(2017), 55–70.

8 American Psychiatric Association, Diagnostic and Statistical Manual Mental Disorders (1952), 39.

9 Alfred C. Kinsey, Wardell B. Pomeroy, & Clyde E. Martin, "Sexual Behavior in the Human Male", W.B. Saunders (1948); Alfred C. Kinsey, Wardell B. Pomeroy, Clyde E. Martin, and Paul H. Gebhard, "Sexual Behavior in the Human Female", Philadelphia: W. B. Saunders, W.B. Saunders (1953).

10 Jack Dresher, 앞의 글, 433.

국가인권위원회
humanrights.go.kr KOR

신장애 분류에서 제외할 것을 요구했다. 이러한 운동의 요구와 동성애자라는 것만으로 정신적인 능력에 어떠한 부정적인 영향이 있는게 아니라는 연구가 계속 이루어짐에 따라 미국정신의학회는 1973년 마침내 다음과 같이 이야기하며 DSM−II에서 동성애를 삭제하기로 결정하였다.[11]

> 동성애가 그 자체로 판단력, 안정성, 신뢰성, 또는 직업 능력에 결함이 있음을 의미하지 않으므로, 미국정신의학회는 고용, 주택, 공공장소, 자격증 등의 영역에서 동성애자에 가해지는 모든 공적 및 사적 차별에 개탄하며, 판단력, 능력, 신뢰성을 입증해야 하는 부담을 다른 사람들에 비해 동성애자에게 더 많이 지워서는 안 된다고 선언하는 결의안을 채택한다. 나아가 미국정신의학회는 지방, 주, 연방 수준에서 동성애자인 시민들이 다른 사람들에게 보장되는 수준으로 동일한 보호를 받도록 보장하는 민권법이 제정되는 것을 지지하고 촉구한다. 또한 미국정신의학회는 서로 합의한 성인들 사이에 사적으로 행해지는 성행위를 형사처벌하는 모든 법률을 철폐할 것을 지지하고 촉구한다.

그러나 이를 통해 동성애에 대한 병리화가 모두 중단된 것은 아니었다. 미정신의학회는 1974년 DSM−II에서 동성애 자체는 삭제하면서도 '성적지향장애(sexual orientation disturbance)'라는 진단명을 신설했다. 이는 동성애 그 자체는 질병이 아니지만 어떤 개인이 동성에게 끌리는 스트레스를 받고 전환을 원한다면 질병으로 진단될 수 있다는 것이다. 이후 1980년 발간된 DSM−III에서는 이를 대체해 '자아이질적 동성애(Ego Dystonic Homosexuality)'라는 진단명이 신설되었다. 이러한 진단명들은 모두 동성애에 대한 소위 전환치료를 정당화하는 근거로 이루어진다는 점에서 역시 동성애자에 대한 낙인으로 작동했다. '자아이질적 동성애'는 미정신의학회가 동성애를 정상적인 변이로 완전히 수용한 1987년 DSM−III−R에서야 비로소 삭제되었다.[12]

한편으로 세계보건기구의 국제질병분류(The International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems, ICD) 역시 1977년 발행한 제9판에 동성애를 정신장애의 하나로 분류하였다. 이는 1990년 ICD−10에서 삭제되었지만 DSM과 마찬가지로 '성적성숙장애'(sexual maturation disorder)'라는 별도의 진단명이 등재되었다. 불확실한 성적지향으로 인해 발생하는 우울증 또는 불안증을 질병으로 간주하는 해당 진단명 역시 동성애자를 병리화하

11 American Psychiatric Association, "Homosexuality and Civil Rights: Position Statement" (1973).
12 Jack Dresher. 앞의 글, 435.

국가인권위원회 humanrights.go.kr

고 불필요한 낙인을 찍는 것이었다. 결국 2019년 ICD-11에서 성적성숙장애가 삭제됨으로써 동성애에 대한 병리화의 역사는 종식되었다.

2) 성별정체성에 대한 의학적 논의

앞서 언급한 크라프트-에빙은 동성애자와 트랜스젠더를 구분하지 못하였고 그 결과 이러한 성적 변이를 보이는 사람들 중 신체변형의 욕구가 큰 경우를 통틀어 성적변형 편집증(metamorphosis sexualis paranoica)이라고 명명하기도 했다.[13] 의학적인 측면에서 동성애자와 트랜스젠더의 구분은 독일의 성과학자 마그누스 히르슈펠트(Magnus Hirschfeld)에 의해 이루어졌다. 그는 트랜스베스타이트(transvestite)[14]라는 용어를 사용하여 동성애와는 구분되는 트랜스젠더의 개념을 제시하였다.[15] 한편 1900년대 초부터 최초로 성확정수술이 이루어짐에 따라 점차 트랜스젠더에 대한 의료적인 논의가 활발히 이루어졌다. 그러나 이러한 논의들은 기본적으로 트랜스젠더를 정상적인 집단에서 벗어난 병리적인 존재로 보는 것이었고 그 중에는 트랜스젠더의 성별정체성 자체를 부정하고 단지 '정신과적 치료를 요하는' 신경증이나 망상증 환자로 보는 견해도 있었다.[16]

이런 가운데 미국정신의학회는 이러한 주장을 받아들여 1980년 정신장애 진단 및 통계편람 제3판에 성전환증(Transsexualism)과 아동의 성주체성장애(Gender Identity Disorder of Childhood)를 추가하였다. 이는 앞서의 동성애의 병리화와는 다소 맥락이 다르다. 동성애를 질병으로 분류하는 것이 이성애에 비해 동성애를 문제적인 것으로 보기 때문이었다면 트랜스젠더에 대한 병리화는 트랜스젠더의 성별정체성을 어느 정도 인정하면서 이에 대한 호르몬요법, 성확정수술 등 의료적 조치를 하기 위한 근거로 삼고자 이루어진 것이었다.[17]

그러나 의도와는 달리 트랜스젠더 정체성에 대한 질병분류는 결과적으로 동성애와 마찬가지로 트랜스젠더에 대한 낙인과 차별을 불러왔으며 트랜스젠더란 정상에서 벗어난 존재이므로 성확정수술이라는 치료를 받아야만 사회에 통합될 수 있다는 차별적인 인식을 강화시키

---

13 수잔 스트라이커(제이·루인 옮김), 트랜스젠더의 역사, 이매진 (2016), 72.

14 히르슈펠트가 사용한 트랜스베스타이트는 순수한 남성, 여성이 아닌 성적 중간자를 모두 지칭하는 용어로, 현대에서 말하는 넓은 의미의 트랜스젠더(transgender umbrellar)에 가까운 개념이다. 그러나 이러한 사람들을 가리키는 말로 트랜스젠더(transgender)가 널리 쓰임에 따라 현재 트랜스베스타이트는 크로스드레서(cross dresser), 즉 이성의 옷차림을 하지만 자신의 성별정체성을 지정된 성별과 다르게 느끼지 않는 사람과 가까운 의미로 사용되고 있다

15 수잔 스트라이커, 앞의 책, 74.

16 Jack Dresher, 앞의 글, 460.

17 박한희, "'트랜스젠더 정체성'의 비병리화 담론의 전개와 인권적 의의: 국제질병분류 제11판의 개정을 앞두고", 인권연구 제1권 제1호 (2018), 159-160.

국가인권위원회 humanrights.go.kr

는데 기여했다. 이를 대표적으로 보여주는 것이 일본이다. 일본의 성별변경 법률[18]은 트랜스젠더 또는 성전환자가 '성동일성장애인(性同一性障害者)'이라는 정신장애 분류에서 비롯한 명칭을 법률용어로 규정한다. 이에 1990년대부터 본격적으로 성장한 트랜스젠더 인권운동은 앞서의 동성애자 인권운동과 마찬가지로 비병리화를 주된 의제로 삼고 트랜스젠더 정체성의 정신장애 분류를 삭제할 것을 지속적으로 요구해왔다.[19] 이렇게 운동 차원의 요구가 이어지고 트랜스젠더 정체성 자체가 우울이나 불안을 가져오는 것이 아니라 사회적 차별이 문제라는 연구결과 등이 이루어짐에 따라, 미국정신의학회는 2013년 DSM-V에서 성주체성장애를 성별위화감(Gender Dysphoria)으로 명칭을 변경하였다. DSM-V는 성별위화감에 대해 다음과 같이 설명한다.

> 중요한 것은 젠더 비순응(Gender Nonconformity)은 그 자체로는 정신 질환이 아니라는 것이다. 성별위화감의 핵심 요소는 젠더 비순응 상태와 관련하여 받는 임상적으로 유의미한 스트레스다.[20]

그리고 세계보건기구는 2019년 성주체성장애, 성전환증 진단명을 모두 삭제한 ICD-11을 세계보건총회에서 승인함으로써 트랜스젠더 정체성을 전면적으로 비병리화 하였다. 세계보건기구는 이러한 ICD-11 개정에 대해 "트랜스 및 다양한 성별정체성이 정신질환 건강의 문제가 아니며, 이러한 분류가 막대한 낙인을 가져온다는 점을 반영한 것"이라고 설명했다.[21] 이 결정은 1990년 ICD-10에서 트랜스젠더 정체성을 정신장애로 분류한 이래 30여년 만에 이루어진 것으로, 더 이상 트랜스젠더를 잘못된 존재로 간주하지 않겠다는 선언이었다. 나아가 트랜스젠더에 대해 기존에 적용되던 의료적 모델이 폐기되었음을 의미하기도 했다. 다만 트랜스젠더와 관련된 진단명은 동성애의 경우와 달리 전면 삭제된 것은 아니고 ICD-11에서 성건강 관련 상태 아래 성별불일치(Gender Incongruence)라는 새로운 진단명으로 남았다. 이는 의학적 진단을 모두 삭제할 경우 트랜스젠더의 트랜지션 관련 의료를 시행할 근거가 없어지는 또 다른 문제가 생길 수 있기 때문이다.[22]

---

18 성동일성장애인의 성별취급의 특례에 관한 법률(性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法).

19 박한희, 앞의 글, 164.

20 American Psychiatric Association, "DSM-5 Fact Sheet : Gender Dysphoria" (2013), https://www.psychiatry.org/psychiatrists/practice/dsm/educational-resources/dsm-5-fact-sheets (2021. 11. 30. 확인).

21 WHO Europe, "WHO/Europe Brief - Transgender Health In The Context Of ICD-11" https://www.euro.who.int/en/health-topics/health-determinants/gender/gender-definitions/whoeurope-brief-transgender-health-in-the-context-of-icd-11 (2021. 11. 30. 확인).

22 이와 관련한 자세한 논의는 박한희, 앞의 글, 151-200 참조.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

3) 소결

이상과 같이 성적지향 · 성별정체성에 대한 의료적 논의는 당초 병리적, 미성숙한 존재로 성소수자를 바라보던 관점에서 탈피하여 비병리화라는 확고한 인식을 수립한지 오래이다. 이를 잘 보여주는 것 중 하나가 2018년 세계정신의학협회(World Psychiatric Association, WPA)의 성명서이다.

> 사회적 낙인과 차별을 영속시킨 불행한 역사에도 불구하고, 현대의학이 동성을 대상으로 한 성적지향과 행동을 병리화하기를 그만둔 지는 이미 수십 년이 지났다. 세계보건기구는 동성을 대상으로 한 성적지향을 인간 섹슈얼리티의 정상적인 형태로 인정한다(WHO 1992). 유엔 인권이사회(2012)는 레즈비언, 게이, 바이섹슈얼, 트랜스젠더(LGBT)의 인권을 존중한다. 두 주요 진단 및 분류체계(ICD-10, DSM-5)에서는 동성에 대한 성적지향, 끌림, 행동, 그리고 성별정체성을 병리현상으로 보지 않는다.
>
> 세계정신의학협회는 근거에 바탕을 둔 치료를 강력히 신뢰한다. 선천적인 성적지향이 바뀔 수 있다는 어떠한 타당한 과학적 근거도 없다. 더 나아가, 이른바 동성애 치료라는 것은 편견과 차별이 확산되는 환경을 조성하며, 잠재적으로 해롭다. 질환이 아닌 것을 '치료'한다고 주장하면서 제공하는 모든 개입(intervention)은 전적으로 비윤리적이다.[23]

이렇게 동성애, 트랜스젠더 정체성에 대한 정신장애 분류가 삭제되었다고 해서 성소수자의 병리화와 관련된 논의가 모두 종결된 것은 아니다. 대표적으로 현재도 계속 논의가 이루어지는 것이 아동의 성별불일치와 인터섹스에 대한 비병리화이다.

아동의 성별불일치의 경우 ICD-11에서 성별불일치와 함께 신설된 진단명인데, 이에 대해서는 트랜지션 관련 의료를 필요로 하지 않는 사춘기 이전 아동의 경우에는 의학적 조치의 근거를 위해 굳이 진단명을 둘 필요가 없고 이러한 진단을 통해 트랜스젠더 아동에 대한 차별과 낙인을 조장한다는 비판이 있다. 이에 대해 의료적 욕구가 있는 트랜스젠더 아동과 그 가족들에게 가이드라인을 마련하는 근거가 된다는 점에서 아동의 성별불일치가 유지되어야 한다는 입장도 있다. 이에 2018년 '유엔 성적지향 및 성별정체성을 기반으로 한 폭력 및 차별로부터의 보호에 관한 독립전문가'(이하 '유엔 성적지향 · 성별정체성 독립전문가')는 각 국가에

---

23 World Psychiatric Association, "WPA Position Statement on Gender Identity and Same-Sex Orientation, Attraction, and Behaviours" (2017) https://www.wpanet.org/position-statements (2021. 11. 30. 확인).

국가인권위원회 humanrights.go.kr

"아동의 성별정체성의 권리와 자율성 등을 보장하기 위해 ICD-11의 아동의 성별불일치 진단과 관련된 증거들을 분석할 것"을 권고했다.[24]

인터섹스의 경우 세계보건기구에서는 ICD-11에서 인터섹스의 범주에 들어가는 다양한 신체적 특징, 즉 남녀 이분법에 맞지 않는 성적 특징을 포괄하여 성발달장애(disorders of sex development, DSD)라고 명명하였다. 그러나 이 DSD라는 용어는 인터섹스에 대한 낙인을 가져오고 당사자들이 의료적 조치를 제대로 받지 못하게 한다는 점에서 인터섹스 운동에서 비판을 해온 용어이다. 그렇기에 DSD에 대한 대안적 용어로서 '선천적 성적 특징 변이(congenital variations of sex characteristics)', '성발달차이(differences of sex development)' 등이 제안되기도 한다.[25] 인터섹스를 포괄하면서도 병리화의 낙인을 씌우지 않는 용어에 대해서는 향후 ICD 개정 등에서 계속 논의될 것으로 예상된다.

2. 의료영역에서의 차별 금지 및 성소수자의 의료접근성

1) 성소수자 건강권 증진에 대한 국가적 노력

미국은 'Healthy Pepople'이라는 제목으로 1980년 이후 매 10년 단위로 국가적인 공중보건 및 건강증진 계획으로서 건강증진사업의 목표를 설정하고, 이를 달성하기 위한 주요 중점과제 설정 및 모니터링에 대한 계획을 수립하고 있다.[26] 2020년 수립, 발표된 'Healthy People 2030'은 총 355개의 핵심적인 측정가능 목표와 개발 및 연구 목표를 담고 있다. '인구'집단에 성소수자를 포함시키고 있으며 '레즈비언, 게이, 바이섹슈얼 및 트랜스젠더의 건강, 안전 및 웰빙을 개선'하는 것을 목표로 한다. 특히 'Healthy People 2030'에서는 성소수자 건강 문제에 대한 데이터를 수집하고, 청소년 성소수자의 건강을 개선하는 데 중점을 두고 있다.[27] 세부 목표는 다음과 같다.

---

24 Independent Expert on Protection Against Violence and Discrimination Based on Sexual Orientation and Gender Identity, "Protection Against Violence and Discrimination Based on Sexual Orientation and Gender Identity", UN 문서 A/73/152. (2018).

25 Morgan Carpenter, "Intersex Variations, Human Rights, and the International Classification of Diseases", Health and Human Rights Journal, Vol. 20, No. 2 (2019), 205-214.

26 김동진, "미국 Healthy People 2020의 내용 및 우리나라에의 시사점", 보건복지포럼 통권 제172호 (2011), 94-108.

27 U.S. Department of Health and Human Services, "Goal: Improve the Health, Safety, and Well-being of Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender People" https://health.gov/healthypeople/objectives-and-data/browse-objectives/lgbt (2021. 11. 30. 확인).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

• 청소년
– 레즈비언, 게이 또는 바이섹슈얼 고등학생에 대한 괴롭힘 줄이기
– 트랜스젠더 학생에 대한 괴롭힘 줄이기

• 약물 및 알콜 사용
– 불법 약물을 사용하는 레즈비언, 게이 또는 바이섹슈얼 고등학생의 비율 줄이기
– 불법 약물을 사용하는 트랜스젠더 고등학생의 비율 줄이기

• 정신 건강 및 정신장애
– 레즈비언, 게이 또는 바이섹슈얼 고등학생의 자살충동 줄이기
– 트랜스젠더 학생의 자살충동 줄이기

• 공중 보건 인프라
– 레즈비언, 게이, 바이섹슈얼 인구에 대한 데이터를 수집하는 전국 설문조사의 수 늘리기
– 트랜스젠더 인구에 대한 데이터를 수집하는 전국 설문조사의 수 늘리기
– 행동 위험 요소 감시 시스템(BRFSS)에서 성적지향 및 성별정체성에 대한 질문을 포함하는 주(States, Territories and DC) 확대
– 행동 위험 요소 감시 시스템(BRFSS)에서 성적지향 및 성별정체성에 대한 표준 모듈을 사용하는 주 늘리기

• 성병 감염
– 남성과 성관계를 가진 남성의 성병 발병률 줄이기
– 새로운 HIV 감염 수 줄이기
– HIV 상태에 대한 지식 쌓기
– 새로운 HIV 진단 수 줄이기
– HIV 의료와의 연계성 늘리기
– 바이러스 억제하기

2) 의료 영역에서의 성소수자 차별 금지

차별 경험은 성소수자의 심리적, 신체적 건강은 물론 직업 기회 및 소득에도 부정적 영향

국가인권위원회
humanrights.go.kr

을 미친다. 많은 성소수자에게 실업과 빈곤은 돌봄에 대한 다른 장벽과 결합하여 특정 유형의 돌봄을 사실상 해낼 수 없게 한다.[28] 2015년 미국 트랜스젠더 설문조사의 데이터에 따르면 트랜스젠더 응답자의 15%는 실업 상태이고 29%는 빈곤상태로 나타났다. 직업이 없는 개인은 보험을 유지하고 건강을 관리하기 어렵다. 2017년 조사 결과 트랜스젠더의 약 25%가 보험에 가입하지 않은 것으로 나타났다.[29] 이는 의료적 필요가 높음에도 성소수자가 의료서비스에 접근하게 어렵다는 의미이다. 성소수자들은 자신의 의료적 필요에 대해 잘 아는 의료인을 찾는데 어려움을 겪거나, 보험사 또는 의료인으로부터 차별을 당하거나, 치료 방법에 대한 우려로 치료를 지연하거나 포기한다. 미국 전역의 18세 이상 LGBTQ 1,528명이 인터뷰 한 미국진보센터(Center for American Progress)의 2020년 LGBT 커뮤니티 현황 조사에 따르면, 성소수자 3명 중 1명(트랜스젠더의 경우 5명 중 3명) 이상이 한 해 동안 차별 경험이 있다고 밝혔고, 성소수자 10명 중 3명(트랜스젠더의 경우 10명중 5명) 이상이 비용 문제로 인해 필요한 의료 서비스를 받는데 어려움을 겪었으며, 응답자 15%(트랜스젠더의 경우 10명중 3명)가 차별로 인해 치료를 연기하거나 기피하는 것으로 나타났다. 뿐만 아니라 트랜스젠더 개인은 적절한 치료를 받기 위해 의사에게 트랜스젠더에 대해 가르쳐야 하는 등 의료 서비스에 접근할 때 특수한 어려움을 직면하여야 했다고 응답했다.[30]

한편 미국의사협회(The American Medical Association)는 성소수자 친화적인 의료환경을 만들기 위해, 성소수자 환자를 위한 맞춤형 접수 양식, 성소수자 건강 문제에 대한 브로셔 및 교육 자료를 비치하는 등 성소수자 친화적인 장소라는 시각적 신호 제공하기 등의 다양한 실천방안을 제시하고 있으며, 미국의 Human Rights Campaign이라는 단체는 매년 '건강관리 평등 인덱스(Healthcare Equality Index)'를 통해 성소수자 환자, 방문자 및 직원의 평등 및 포함(inclusion)과 관련된 건강관리 시설의 정책과 관행을 평가하는 전국적인 도구를 공개했으며, 2020년에는 전국적으로 1,700개 의료 시설을 평가하였다.[31]

---

28 Human Rights Watch, "You Don't Want Second Best" Anti-LGBT Discrimination in US Health Care (2018), https://www.hrw.org/report/2018/07/23/you-dont-want-second-best/anti-lgbt-discrimination-us-health-care#_ftn11 (2021. 11. 30. 확인).

29 "Repealing the Affordable Care Act Would Have Devastating Impacts on LGBTQ People", Center for American Progress (2020. 10. 15.) https://americanprogress.org/article/repealing-affordable-care-act-devastating-impacts-lgbtq-people/ (2021. 11. 30. 확인).

30 "The State of the LGBTQ Community in 2020", Center for American Progress (2020. 10. 6.) https://www.americanprogress.org/issues/lgbtq-rights/reports/2020/10/06/491052/state-lgbtq-community-2020/#Ca=10 (2021. 11. 30. 확인).

31 Human Rights Watch, Healthcare Equality Index 2020 (2020), https://www.hrc.org/resources/healthcare-equality-index (2021. 11. 30. 확인).

국가인권위원회 humanrights.go.kr

가. 미국의 Affordable Care Act 시행규칙의 변화 및 관련 판례

미국은 오바마–트럼프–바이든 행정부로의 이행에 따라 성소수자 차별금지 원칙이 공표–철회–재공표 되었는데, '환자 보호와 부담적정보험법(Patient Protection and Affordable Care Act)'을 다루는 연방법 섹션 1557 역시 영향을 받았다. 부담적정보험법(Affordable Care Act ,이하 'ACA')은 1964년 민권법 제7편(Title VII)에서 금지하고 있는 사유(인종, 피부색, 종교, 성, 출신국가)에 따라 혜택이 거부되거나 차별을 받지 않도록 규정하고 있었는데, 2016년 오바마 행정부는 ACA의 시행규칙을 발표하면서 '성 차별'에 성별정체성과 임신중지에 대한 차별을 포함한다고 밝혔다. 이후 이 시행규칙은 다양한 소송을 불러일으켰는데, 2016년에는 종교 관련 의료기관인 Franciscan Alliance가 보건복지부를 상대로 2016년 시행규칙을 적용하지 못하도록 하는 가처분 신청(Franciscan Alliance v. Burwell)을 제기했고 텍사스 연방재판소의 리드 오코너(Reed O'Connor) 판사는 가처분 신청을 받아들였다. 이후 이어진 항소심 절차에서 원고는 더 나아가 오바마 행정부의 모든 규정을 무효화할 것을 주장하였는데, 2021년 8월 환송에 의해 다시 사건을 심리하게 된 오코너 판사는 이 사건 시행규칙이 행정절차법 및 종교자유회복법(Religious Freedom Restoration Act, 이하 'RFRA')을 위반하였다며, 성차별의 정의에 성별정체성과 임신중지를 포함하는 것은 의회가 보건복지부(Health and Human Services, HHS)에 위임한 권한을 초과한 것으로 간주하여 이를 무효로 하는 결정을 내렸다.

Franciscan Alliance 사건과는 대조적으로, 다른 연방 법원은 섹션 1557에 의하여 성 정체성에 근거한 차별을 주장하는 개인들의 청구를 인용하였다. 연방 지방 법원은 의회에 의해 제정된 법령에 따라 위스콘신 메디케이드(Medicaid) 프로그램의 보장에서 성별 확정 진료를 보장 범주에서 배제하는 것을 영구적으로 금지하도록 명령하였다.[32] 또 다른 연방 지방법원은 정신과 입원 치료를 위해 입원한 동안 병원 직원이 반복적으로 그를 '여자 아이'로 언급하는 '극도의 고통'을 겪은 후 자살한 트랜스젠더 남성을 대신하여 제기된 소송에서, 성 차별을 금지하는 1557조는 성별정체성에 기초한 차별을 포함한다고 판결하면서 정서적 고통 피해에 대한 손해배상 청구를 인용하기도 하였다.[33]

이러한 상황 속에서 트럼프 행정부 보건복지부는 2020년 6월 섹션 1557에 대한 최종 시행규칙을 발표하면서 "법적 우려를 해소하고, 비용과 규제 부담을 완화하며, 혼란을 줄이기 위

---

32 Flack v. Wisc. Dep't of Health Servs., no. 18–cv–309–wmc, Opin. and Order (W.D. Wisc. Aug. 16, 2019), https://www.relmanlaw.com/media/cases/501_Flack%20–%20Summary%20Judgment%20Decision%20_8–16–19_.pdf. (2021. 11. 30. 확인).

33 Prescott v. Rady Children's Hospital – San Diego, 265 F. Supp. 3d 1090 (S.D. Cal. 2017), https://affordablecareactlitigation.files.wordpress.com/2018/09/prescott–2017–09–28–dkt–22–order–granting–in–part–and–denying–in–part–defs–mtd–and–denying–mts–1.pdf. (2021. 11. 30. 확인).

국가인권위원회 humanrights.go.kr KOR

해" 개정이 필요하다고 지적하며, Franciscan Alliance의 결정을 인용하였다.[34] 트럼프 행정부는 성별정체성 및 성별 고정관념에 근거한 차별 금지 해석과 트랜스젠더에 특정 건강보험을 보장하는 규정을 철폐하고, 민권법 제7편에 따라 성차별에 임신, 임신중지 및 회복, 출산 등과 관련한 의학적 상태를 근거로 한 차별이 포함된다고 보았던 기존 정의를 삭제하여, 종교적 신념을 이유로 한 의료제공자의 임신중지 거부에 대해 면제권이 발동되도록 허용하였다. 연방 의료 차별금지 보호의 철회와 의료 제공자에 대한 종교적 면제 확대는 성소수자 및 여성의 의료 서비스 접근권에 큰 제한이 될 것이라는 비판이 이어졌다.[35]

이후 2021년 집권한 바이든 행정부는 섹션 1557이 규정하는 '성차별 금지'를 해석하고 시행함에 있어 성적지향 및 성별정체성이 포함될 것이라고 발표하였다. 트럼프 행정부의 정책을 역전시키고 오바마 행정부의 정책을 확장한 것인데, 그동안 '성차별'의 정의는 성별정체성과 성별 고정관념만이 포함되었지만 바이든 행정부의 발표에서는 성적지향이 포함된 것이다. 이에 따라 트럼프 행정부의 최종 시행규칙에 이의를 제기하는 여러 소송이 바이든 정부가 기존 규제 및 정책 검토를 완료하기를 기다리며 법원에 계류 중이다.[36]

나. 남성과 성관계 하는 남성(MSM)의 헌혈 가부에 있어서의 차별

남성과 성관계 하는 남성(men who have sex with men, MSM, 이하 'MSM')의 헌혈을 금지하는 규정은 후천성면역결핍증(Acquired Immune Deficiency Syndrome, AIDS, 이하 'AIDS')의 존재가 널리 알려진 1980년대에 여러 나라에서 제정되어 시행되어 왔다. 당시에는 아직 AIDS에 대한 무지와 공포가 만연한 가운데 이 증상이 주로 남성 동성애자들에게 발견된다는 이유만으로 MSM의 헌혈 금지가 정당화되었다. 경우에 따라서는 영구적으로 헌혈이 금지되기도 했다. 그러나 의학 · 과학 연구가 발전함에 따라 AIDS의 원인이 인간면역결핍바이러스(Human Immunodeficiency Virus, HIV, 이하 'HIV') 감염에 의한 것이며, HIV 감염은 남성 간의 성관계가 아니라 '안전하지 않은 성관계'로 인한 것임이 알려졌다. 또한 검사 기술의 발달에 따라 HIV 등에 노출된 이후부터 감염을 확인하는데 걸리는 기간[37]도 크게 단축되었다. 이에 따라

---

34 "Section 1557 of the Patient Protection and Affordable Care Act", U.S. Department of Health & Human Services (2021. 10. 27.), https://www.hhs.gov/civil-rights/for-individuals/section-1557/index.html (2021. 11. 30. 확인).

35 Human Rights Watch, 앞의 글("You Don't Want Second Best").

36 MaryBeth Musumeci et al., "Issue Brief : The Trump Administration's Final Rule on Section 1557 Non-Discrimination Regulations Under the ACA and Current Status", Kaiser Family Foundation (2020), https://www.kff.org/racial-equity-and-health-policy/issue-brief/the-trump-administrations-final-rule-on-section-1557-non-discrimination-regulations-under-the-aca-and-current-status/ (2021. 11. 30. 확인).

37 이러한 기간을 미검출 기간(Window Period)라 한다. 세계적으로 사용되는 핵산증폭검사(nucleic acid amplification test, NAT)를 이용할 경우 미검출 기간은 B형 간염은 30일, C형 간염은 4일, HIV는 9일 정도이다. 이에 따라 많은 국가들에서는 미검출 기간의 약 2-3배 정도로 헌혈 금지 기간을 설정하고 있다.

국가인권위원회 humanrights.go.kr

외국에서는 MSM만을 특정해서 헌혈을 금지하지 않거나 설령 금지하더라도 그 기간을 최소화하는 국가들이 점차 늘어나고 있다.

이와 관련하여 2015년 유럽사법재판소(European Court of Justice)는 프랑스의 MSM 헌혈 금지에 대해, 이러한 금지는 ① 현재의 의학적, 과학적, 역학적 지식에 기반하고, ② 비례 원칙에 따라 감염병을 검사할 다른 유효한 기술이 없거나 건강 보호를 위한 더 부담되는 수단이 없는 경우에만 정당화된다고 판시하였다.[38]

MSM의 헌혈과 관련해서 외국의 규정들은 크게 ① 성별을 특정한 헌혈 금지 조항이 없는 경우, ② MSM의 헌혈을 금지하나 그 기간이 1년 미만인 경우, ③ 1년 이상의 금지 기간을 두는 경우로 나뉜다. 이 중 한국의 경우보다 금지가 완화된 ①, ②의 경우를 위주로 살펴보면 다음과 같다.[39]

① 성별을 특정한 헌혈 금지 조항이 없는 경우

이탈리아의 경우 성별에 상관없이 개별 성행위에 따라 헌혈 금지 유무가 정해진다. 채혈에 앞서 채혈자는 외과의와 인터뷰를 가지며 이를 통해 개개인의 위험도와 적격 여부를 판단받는다. 「혈액 및 혈액 성분의 품질과 안전 요건 관련 규정(Disposizioni relative ai requisiti di qualità e sicurezza del sangue e degli emocomponenti)」[40]에 따르면 다음과 같이 위험한 성행위를 한 사람은 4개월간 헌혈이 금지된다.

U.K. SaBTO, Donor Selection Criteria Report(2017) Version 2 (2017), 56. https://www.gov.uk/government/publications/blood-tissue-and-cell-donor-selection-criteria-report-2017 (2021. 11. 30. 확인).

38 European Court of Justice, ECJ 2015/05, Geoffrey Léger v. Ministre des Affaires Sociales, de la Santé et des Droits des Femmes, Établissement Français du Sang, 29 April 2015 (c-528/13). 판결 요지는 http://www.nibp.kr/xe/index.php?mid=news2&document_srl=37790&sort_index=key&order_type=desc (2021. 11. 30. 확인).

39 각 국가들의 주요 규정 등은 다음 자료들 및 개별 국가 규정들을 참조하였음: Mindy Goldman et al., "Donor Deferral Policies for Men Who Have Sex With Men: Past, Present and Future", Vox Sanguinis, Vol. 113, No. 2 (2018), 95-103; Christopher McAdam & Logan Parker, "An Antiquated Perspective: Lifetime Ban for MSM Blood Donations No Longer Global Norm", DePaul Journal of Health Care Law, Vol. 16, No. 1 (2014); U.S. FDA, Blood Products Advisory Committee March 20-21, "2019 Meeting Issue Summary – Topic 3: Blood Donation Policies Regarding Men Who Have Sex with Men (MSM)" (2019).

40 Associazione Volontari Italiani Sangue, "Criteri per la selezione del donatore di sangue ed emocomponenti" https://bologna.avisemiliaromagna.it/criteri-la-selezione-del-donatore-sangue-ed-emocomponenti-2/ (2021. 11. 30. 확인).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

이탈리아 혈액 및 혈액 성분의 품질과 안전 요건 관련 규정

B. 임시 혈액 기증자 배제 기준

위험한 성행위: 다음의 이성애/동성애/양성애 관계로, 한 가지 이상에 해당되는 위험한 조건에 노출된 때로부터 4개월.

- B형 간염, C형간염, AIDS 양성이거나 또는 그럴 위험이 있는 파트너와 관계함
- 이전에 위험한 성행위를 하였거나 성적 습관을 모르는 사람에게 혈액기증을 받은 파트너와 관계함
- 간헐적 파트너와 관계함
- 복수의 파트너와 관계함
- 약물 중독인 사람과 관계함
- 돈과 약물의 대가를 지불하고 관계함
- 혈청학적 상태가 알려져 있지 않거나 AIDS가 확산된 외국에서 태어났거나 외국에서 온 파트너와 관계함

스페인 역시 이탈리아와 마찬가지로 채혈에 앞서 개별 성행위의 위험도를 측정하고 이에 따라 당사자 헌혈 가능 여부를 정한다. 남아프리카 공화국은 인구의 약 11%가 HIV 감염자일 정도로 HIV 감염이 확산된 국가인데, 그럼에도 남아프리카 공화국은 이탈리아나 스페인과 같이 성별에 상관없이 개별 채혈자의 위험도에 따라 헌혈 가능 유무를 판단한다. 관련 규정에 따르면 헌혈을 위해서는 '안전한 생활방식(safe lifestyle)'이 요구되는데, "6개월 이내에 약물을 했거나, 복수의 상대와 성관계를 가졌거나, 문신이나 피어싱을 한 경우 등"이 안전하지 않은 것으로 판단[41]된다.

영국의 경우 1985년 관련 규정이 만들어졌을 당시에는 MSM의 헌혈을 영구히 금지하였다. 2017년 혈액, 조직, 기관 안전 자문위원회(The Advisory Committee on the Safety of Blood, Tissues and Organs, SaBTO)는 위 규정에 대해 연구를 진행했고, B형 간염, C형 간염, HIV의 미검출 기간을 고려했을 때, 금지 기간을 3개월로 단축하는 것이 타당하다는 결론을 내렸다. 이에 따라 영국은 3개월 이내 다른 남성과 항문 또는 구강성교를 한 남성의 헌혈을 금지하였

41 The Western Cape Blood Service, https://www.wcbs.org.za/?q=aboutdonation/becoming-donor/who-can-donate (2021. 11. 30. 확인).

국가인권위원회 humanrights.go.kr

다. 이후 2019년 이탈리아, 스페인처럼 개별 위험 평가 방식으로 정책을 개선할 수 있을지 영국 혈액 서비스, 노팅엄 대학, 성소수자 인권 단체 등이 공동으로 워킹 그룹을 구성해 연구를 진행했고, 그 결과 2021년 MSM에 대한 일률적인 헌혈 금지 정책을 폐지하였다.[42]

② 1년 미만의 MSM 헌혈 금지 조항을 둔 경우

프랑스의 경우 1983년 관련 규정을 만들어 MSM의 헌혈을 영구 금지했으나, 이후 MSM에 대한 헌혈 금지는 제한적으로만 정당화된다는 유럽사법재판소의 판결이 나옴에 따라, 2016년부터 금지 기간이 12개월로 단축되었다. 또한 혈장 성분 헌혈의 경우에는 MSM이라 해서 특별한 제한을 두지 않았다. 한편 프랑스는 이성 간의 경우 4개월 이내 복수의 상대와 성행위를 한 경우에만 헌혈을 금지하고 있어, 성소수자 단체들을 위주로 차별이라는 지적들이 제기되었는데, 이에 따라 프랑스 보건 장관은 관련 연구들을 바탕으로 2020년 4월부터 MSM의 헌혈 금지 기간을 4개월로 단축하였고,[43] 나아가 2022년부터는 성별에 상관없이 4개월 이내에 복수의 상대와 성행위를 한 경우 헌혈을 금지하는 것으로 규정을 개선하기로 하였다.[44]

미국은 식품의약국(Food and Drug Adminstration, FDA, 이하 'FDA')이 1985년부터 MSM의 헌혈을 영구 금지하는 규정을 도입했고, 이후 관련연구를 거쳐 2015년 금지 기간을 12개월로 단축했다. 이에 대해 미국적십자사가 2019년 성명을 통해 "헌혈 적격 여부가 성적지향을 기준으로 판단되어서는 안 된다"고 강조하며, "금지 기간을 3개월로 단축할 것"을 요구하는 등[45] 개선의 필요성이 계속 지적되어 왔다. 한편으로 최근 코로나19 확산에 따라 혈액공급이 부족해지자 2020년 4월 FDA는 MSM의 헌혈 금지 기간을 3개월로 단축하는 새로운 규정[46]을 발표하였는데, 이러한 기간 단축은 코로나19 확산 기간 동안 잠정적으로 적용된다. 한편 FDA는 현행과 같이 기간을 기준으로 한 일률적 금지가 아닌 개별 위험 평가를 통한 금지가 가능할지에 대해 계속해서 연구해 나가겠다는 입장을 밝혔다.

---

42 "영국, 동성애 남성 헌혈 규제 완화… '공정하고 포용적 정책'", 연합뉴스 (2021. 6. 15.) https://www.yna.co.kr/view/AKR20210615023400009 (2021. 11. 30. 확인).

43 Etablissement Francais Du Sang, https://dondesang.efs.sante.fr/qui-peut-donner-les-contre-indications/tout-savoir-sur-les-contre-indications (2021. 11. 30. 확인).

44 Pillonel J et al, "The Evolving Blood Donor Deferral Policy for Men Who Have Sex With Men: Impact on the Risk of HIV Transmission by Transfusion in France", Transfusion, Vol. 60, No. 3 (2020), 525-534.

45 "American Red Cross Statement on FDA MSM Deferral Policy", American Red Cross Statement (2019. 11. 21.) https://www.redcross.org/about-us/news-and-events/press-release/american-red-cross-statement-on-fda-msm-deferral-policy.html (2021. 11. 30. 확인).

46 U.S. Department of Health and Human Services; Food and Drug Administration; Center for Biologics Evaluation and Research, Revised Recommendations for Reducing the Risk of Human Immunodeficiency Virus Transmission by Blood and Blood Products (2020).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

3) 트랜스젠더의 의료접근성

가. 성확정 관련 보건의료 건강보험 보장

2014년의 연구에 따르면 전 세계 118개국 중 43개국에서 국가건강보험 내지는 공적보험으로 성확정 보건의료(호르몬요법과 외과적 수술을 모두 보장하는 나라는 32개국)를 보장하고 있다.[47] 이들 국가들은 대부분 유럽과 북미지역 국가들인데, 2007년 유럽연합 내 2천여 명의 트랜스젠더를 대상으로 한 조사 결과에 의하면 각 82%, 83% 이상의 응답자가 호르몬요법 및 외과적 수술에 대한 보장을 거부당한 경험이 있었다.[48] 미국에서는 트럼프 정부를 거치면서 ACA에서 성차별에 대한 오바마 정부의 해석이 철회되었고, 법원에서 종교 관련 의료기관이 '진실한 종교적 신념'에 근거해 트랜지션 및 임신중지 수술에 대해 차별하는 것을 허용하는 취지로 판결하기도 했다(Franciscan Alliance v. Burwell).

하지만 트랜지션 의료는 의학적 측면에서는 물론 트랜스젠더의 건강권, 사회보장 수급권 등 기본적 인권보장의 측면에서도 그 필요성이 인정되고 있으며,[49] 다양한 판례 및 정책을 통해 그 보장의 범위가 점차 넓어지고 있다. 미국은 콜롬비아 특별구를 포함한 24개 주에서 민간 건강보험 서비스 범위에서 트랜스젠더를 배제하지 못하도록 금지 정책을 두고 있고,[50] 메디케어(Medicare, 65세 이상을 대상으로 하는 공공의료보장체계)의 경우 의학적으로 필요성이 인정된 호르몬요법과 성확정수술을 보장하며, 일상적 예방치료도 성별정체성과 무관하게 보장한다.[51] 또한 콜롬비아 특별구를 포함한 23개 주가 메디케이드(Medicaid, 65세 이하 저소득층과 장애인을 대상으로 하는 공공의료보장체계) 정책에서 트랜스젠더의 트랜지션과 관련된 의료를 명시한다.[52]

한편 Fletcher v. State of Alaska 사건에서 법원은 고용상 보상, 특권 등에서 성별에 따른 차별을 금지하는 민권법 제7편에 근거하여 트랜스여성의 성확정수술에 대한 건강보험 적용을 거부한 것은 위법하다고 판단하였다. 이 판결의 특이한 점은 민권법 제7편의 차별금지사유인 '성'에 성별정체성이 포함되는지 여부 이전에, 법적 성별이 남성이기 때문에 여성으로의 성확정수술에 대해 건강보험 적용을 거부한 것이 위법하다고 판단했다는 점이다.

---

47 이호림 외, "한국 트랜스젠더 의료접근성에 대한 시론", 보건사회연구 제35권 제4호 (2015), 79–80.

48 위의 글, 80.

49 박한희, "트랜스젠더 트랜지션 의료의 건강보험 보장에 대한 소고", 공익과 인권 제18호 (2018), 205–208.

50 Movement Advancement Project (MAP), "Equality Maps: Healthcare Laws and Policies" https://www.lgbtmap.org/equality-maps/healthcare_laws_and_policies/medicaid (2021. 11. 30. 확인).

51 박한희, 앞의 글, 215.

52 MAP, 앞의 글.

미국 알래스카 지방법원

Fletcher v. State of Alaska, 443 F. Supp. 3d 1024 (D. Alaska 2020)

사건개요: 알래스카에 거주하며 입법부의 사서로 일하고 있는 트랜스여성이 알래스카 주 정부를 상대로 제기한 소송. 원고 제니퍼 플레처(Jennifer Flecher)는 알래스카의 건강보장플랜(Health Care Plan)인 알래스카 케어(Alaska Care)에 가입되어 있었는데, 알래스카 케어는 그 보장범위에서 외과적 트랜지션("신체의 모양이나 기능을 변경하기 위한 외과적 시술", "보철 장치")을 제외하고 있었다. 이에 플레처가 2017년 태국에서 성확정수술로 질 성형술과 유방 성형술을 받고, 알래스카 케어의 규정이 민권법 제7편을 위반하는 성차별임을 주장하며 권리 침해를 확인하고 손해배상을 청구한 사안이다.

쟁점: 트랜스여성의 성확정 관련 수술을 보험 보장 범위에서 제외하고 있는 피고의 규정이 '성'에 따른 차별에 해당하는지 여부

판단내용: 피고는 원고의 성확정 관련 수술에 대한 보장 거부가 원고의 성별에 의한 것이 아니라고 주장하면서, 성확정 수술에 대한 알래스카 케어의 전면적 배제는 제도적으로 차별적인 정책이 아니라 오히려 제도적으로 중립적인 정책이기 때문에 차별적 동기는 찾아볼 수 없다고 주장하였다. 즉, 피고는 성확정 관련 수술에 대한 배제가 남성과 여성 모두에게 동등하게 적용된다고 주장하였다.

그러나 법원은 "보험 및 부수적인 혜택들은 '고용상 보상, 조건, 특권'에 해당하며, '개인의 인종, 피부색, 종교, 성, 출신국가로 인해 고용상 보상, 조건, 특권과 관련하여 차별하는 것은 위법'이라고 규정한 민권법 제7편에 따르면 이 사건의 초점은 알래스카 케어의 조항에 따라 원고가 어떻게 대우받았나에 있다"고 하였다. 알래스카 케어의 규정에 따르면 원고는 출생시 성별이 남성이기 때문에 질 성형수술을 받을 자격이 주어지지 않은 것임을 확인하고, 만약 원고의 출생시 지정성별이 여성이었고 선천적인 결함의 교정을 위해 질 성형수술이 의학적으로 필요했다면 알래스카 케어 하에서 보험 적용이 가능했을 것이나, 원고의 출생시 지정성별이 남성이고 여성으로 성별을 변경하려고 하고 있었기 때문에 보험 적용이 가능하지 않았다고 판시했다. 즉 법원은 피고는 "성"에 성별정체성이 포함되는지 여부와 관계없이 성별 때문에 건강 보장 면에서 원고를 명백히 다르게 대했다고 판단한 것이다.

국가인권위원회 humanrights.go.kr

나. 구금시설에서의 성확정 보건의료 보장[53]

미국 수정헌법 제8조는 잔인하고 비정상적인 처벌(cruel and unusual punishment)을 금지한다. 1976년 미국 대법원은 구금시설이 수감자에게 발전된 품위 기준에 부합하는 감금 조건(conditions of confinement that comport with evolving standards of decency)을 제공해야 한다고 하면서 수감자가 심각한 의료적 필요가 있을 때 구금시설 당국에 적절한 의료서비스를 요구할 수 있다고 판시하였다. 이후 트랜스젠더 수감자들은 트랜스젠더가 경험하는 성별위화감이 심각한 의료적 필요이며, 숙박시설, 의복과 성별표현,[54] 호르몬요법[55]과 성확정수술 등을 보장하지 않는 것은 잔인하고 비정상적인 처벌에 해당한다고 주장하며 소송을 제기하였다.[56] 미국 제1항소법원은 2014년 트랜스여성 미셸 코실렉(Michelle Kosilek)에 대해 성확정수술을 제공하지 않은 매사추세츠 교정국의 처분이 합헌이라고 판결하였는데, 이때 트랜스젠더가 겪는 성별위화감이 심각한 의학적 필요에 해당하는 것은 인정하나, 성확정 수술이 코실렉의 성별위화감의 해결에 의학적으로 필요하지 않다고 판단하였다(객관적 요건). 또한 매사추세츠 교정국이 코실렉에게 성확정 수술이 유일하고 적절한 치료법이라는 사실을 알지 못하였거나 알 필요가 없었다고 추정하면서, 매사추세츠 교정국의 처분이 당사자를 고의적으로 무시(indifferent)한 것이 아니므로 위헌성 여부를 판단하는 주관적 요건도 충족하지 못하였다고 판단하였다. 코실렉 판결 이후 성확정수술에 대한 전면적 금지의 합헌성에 대해 판결들이 엇갈리기 시작했는데, 성별위화감이 심각한 의료적 필요를 구성한다는 점은 일관되게 인정하면서도, 그 해결방법으로 성확정수술이 필요한지에 대해 견해가 나뉘었다.

이후 트랜스여성 바네사 린 깁슨(Vanessa Lynn Gibson)이 텍사스 형사사법부를 상대로 한 소송에서 제5연방항소법원은 깁슨의 성별위화감이 심각한 의학적 필요를 구성하나(성확정수술이 그 해결방법인지 여부는 적시하지 않음), 의료계가 성확정수술을 성별위화감에 대한 치료로 보편적으로 수용하지 않는 한 텍사스 주가 그러한 치료를 제공하지 않는 것이 고의적인 무시에 해당할 수 없으므로 수정헌법 제8조 위반이 아니라고 결론지었다. 또한 법원은 수정헌법 제8조 위반 여부를 판단할 때에 '발전된 품위 기준'을 식별하는 것이 법원의 임무이며, 당시

---

53 이하 내용은 다음 논문에 정리된 내용을 번역해서 서술하였다. Marissa Luchs, "Transgender Immates' Right to Gender Confirmation Surgery", Fordham Law Review, Vol. 89, No. 6 (2021).

54 Keohane v. Fla. Dep't of Corr. Sec'y, 952 F.3d 1257, 1263 (11th Cir. 2020).

55 Fields v. Smith, 653 F.3d 550, 555 (7th Cir. 2011).

56 Edmo v. Corizon, Inc., 935 F.3d 757, 767 (9th Cir. 2019) (per curiam), reh&g denied, 949 F.3d 489 (9th Cir. 2020), stay denied sub nom. Idaho Dep&t of Corr. v. Edmo, 140 S. Ct. 2800 (2020) (Kagan, J., in chambers), and cert. denied, No. 19-1280, 2020 WL 6037411 (U.S. Oct. 13, 2020); Gibson v. Collier, 920 F.3d 212, 218 (5th Cir. 2019); Kosilek v. Spencer, 774 F.3d 63, 69 (1st Cir. 2014).

미국 내 한 개 주에서만 수감자에게 성확정수술을 제공하는 상황에서 성확정수술의 필요성에 대한 국가적 합의가 이루어졌다고는 볼 수 없다고 판시하였다.

한편 2020년 트랜스여성 수감자 어드리 이드모Adree Edmo와 아이다호 교정국 간의 재판에서 제9연방항소법원은 제5연방항소법원의 위 판단을 거부하고 사례별 분석을 통해 성확정수술의 거부가 잔인하고 비정상적인 처벌에 해당하는지 여부를 결정해야 한다고 판단하면서 이드모에게 성확정수술을 제공하도록 한 가처분을 유예해달라는 아이다호주의 신청을 기각하였다. 아이다호 교정국 정책에 따라 담당의사가 필요하다고 판단하는 경우 수감자에 대한 성확정수술이 허용되었으나, 이드모에 대하여는 성확정수술이 불필요하다는 판단이 있었고 이에 이드모는 아이다호 교정국이 자신의 성별불쾌감에 대해 고의적으로 무관심하였다고 주장하였다. 법원은 우선 이드모의 성별불쾌감이 충분히 심각한 의학적 필요를 구성한다고 인정하며, 세계트랜스젠더건강전문협회(WPATH)의 관리기준(Standards of Care)을 적용하여 이드모에게 성확정수술이 필요하다고 주장하는 전문가의 의견을 받아들였다. 또한 주관적으로도 아이다호 교정국이 이드모의 심각한 의학적 필요에 대해 알면서도 고의적으로 무시하였다고 판단하였다. 더 나아가 법원은 '발전된 품위 기준'이 수정헌법 제8조 위배 여부의 해석에서 중요한 역할을 한다는 것을 인정하면서, 트랜스젠더 의료에 대한 '사회적 인식의 증가'가 이 사건 판결의 근거가 되며, 해당 판결이 의학 연구의 새로운 결과, 성별위화감이 있는 사람을 다루는 의료계의 경험 증대, 어떤 치료법이 성별위화감 치료에 안전하고 효과적인지에 대한 의료계의 이해 변화와 일치한다고 언급하기도 하였다.

다. 트랜스젠더의 성과 재생산 권리

2021년 6월 24일 유럽의회는 여성 건강 프레임에서 'EU의 성과 재생산 건강과 권리에 관한 결의안(Resolution on the Situation of Sexual and Reproductive Health and Rights in the EU)'을 채택하였다. 해당 보고서에는 트랜스젠더에게도 성 건강과 재생산 권리가 필요하다는 사실을 강력하게 지적하며, 불임 정보 및 치료, 임신 및 출산 관련 조치, 포괄적 성교육, 생식보조기술 등이 트랜스젠더 및 논바이너리인 사람들에게 중요하다고 짚는다. 또한 유럽의회는 성 건강과 재생산권 서비스의 차별에 대항하고, 여성과 소녀(트랜스젠더와 시스젠더 모두), 논바이너리, 레즈비언, 바이섹슈얼 및 인터섹스 여성이 성 건강과 재생산권 서비스 및 권리에 동등하게 접근할 수 있도록 교차 접근 방식을 사용할 것을 촉구하였다.

이 보고서는 이 분야에서 발생하는 특정 형태의 트랜스혐오에 기반한 폭력과 차별을 다루며 교차 대응을 주문한다. 또한 트랜스젠더 의료가 공공건강보험제도에 의해 접근 가능하고 보상받을 수 있어야 함을 분명히 한다. 또한 EU 회원국들에 대하여 "법적 성별 인정 절차에

국가인권위원회 humanrights.go.kr KOR

서 불임 요건을 없애고 트랜스젠더 개인의 자기 결정권을 보호할 것"을 요구한다.[57]

3. 소위 전환치료(Conversion Therapy) 금지 및 처벌

1) '전환치료'의 정의 및 유형

성적지향 또는 성별정체성 변화 노력(change effort)으로도 알려진 '전환치료'는 LGBT가 비정상적이라는 믿음에 근거하여 사람의 성적지향 또는 성별정체성, 성별표현을 바꾸려는 관행이다. '젠더 비판적 치료(Gender critical therapy)', '회복 치료(Reparative therapy)', '전(前)동성애자 사역(ex-gay ministries)' 등으로 표현되기도 한다.

'전환치료'는 한 세기 넘게 미국 등 국가에서 시행되어 왔다. 학술 문헌에는 1890년대부터 사용되어 현재까지 계속되는 '전환치료'의 사례가 기록되어 있으며, '전환치료'의 역사를 통틀어 사람들의 성적지향이나 성별정체성을 바꾸려는 의료 전문가와 종교인이 있었고, 다양한 기술을 사용해 왔다. 여전히 일부 '전환치료' 실시자는 "메스꺼움, 구토 또는 마비를 유발하는 것과 같은 혐오치료, 감전시키기" 등의 고통을 가하여 혐오를 유발하는 등의 방법을 사용하지만, 더욱 최근에는 "대화요법"이라고 하여 "욕구를 재구성하거나 생각을 전환하거나 최면을 사용하여 사고 패턴을 변경"하려고 시도한다.[58] 그들은 한 사람의 성적지향이나 성별정체성이 학대와 어린 시절의 트라우마, 또는 그 사람의 환경과 양육의 결과라는 주장을 하기도 한다. 이러한 '전환치료'의 방식은 매우 다양한데, 이는 현대 과학이 그 관행을 철저히 거부했기 때문이다. 즉, 개인의 성적지향이나 성별정체성을 '바꾸는 것'에 대한 공인교육이 존재하지 않고, 또한 그렇게 하는 것에 대한 윤리적 기준이 없다는 것을 의미한다.[59]

2) '전환치료'에 대한 의학계의 입장

'전환치료'에 대한 의학 전문가들의 입장은 확고하다. '전환치료'는 어떠한 효과도 입증되지

---

57 European Parliament, The Situation of Sexual and Reproductive Health and Rights in the EU, in the Frame of Women's Health (https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0314_EN.html (2021. 11. 30. 확인).

58 Christy Mallory et al., "Conversion Therapy and LGBT Youth Update", Williams Institute (2019), 2. https://williamsinstitute.law.ucla.edu/publications/conversion-therapy-and-lgbt-youth/ (2021. 11. 30. 확인).

59 The TREVOR Project, https://www.thetrevorproject.org/get-involved/trevor-advocacy/50-bills-50-states/about-conversion-therapy/ (2021. 11. 30. 확인).

KOR 국가인권위원회 humanrights.go.kr

않았고 의학을 빙자한 사기행위라는 것이다. 2008년 미국심리학회는 '성적지향에 대한 올바른 치료적 대응(Appropriate Therapeutic Responses to Sexual Orientation)'이라는 보고서를 출간했다. 해당 보고서는 그동안 학술지에 영어로 출판된 동성애 전환치료 논문 83편을 체계적으로 검토하고 정리하여, 학회 차원에서 다음과 같이 동성애 전환치료에 대한 결론을 내렸다.

> 현재 효과가 입증된 동성애 전환치료는 존재하지 않는다. 성적지향을 억지로 바꾸려는 치료는 치료대상자의 우울, 불안, 자살시도 등을 증가시킨다. 전환치료가 오히려 동성애자의 정신건강을 악화시키는 것이다.[60]

미국심리학회가 내린 결론은 다른 의학 전문가 단체들도 공유하고 있다. 이에 따라 미국의학협회(American Medical Association), 미국심리학회(American Psychological Association), 미국소아과학회(American Academy of Pediatrics)를 비롯한 다수의 저명한 전국 전문 건강 협회는 '전환치료'가 유해하고 비효과적이므로 사용에 반대한다는 공개 성명을 발표하였다. 이러한 협회 중 일부는 의회와 주의회에 '전환치료'를 금지하는 법률을 통과시킬 것을 촉구하기도 했다. 전미학교심리학자협회(National Association of School Psychologists), 미국정신분석협회(American Psychoanalytic Association), 미국상담협회(American Counseling Association) 및 미국소아과학회(American Academy of Pediatrics)를 비롯한 여러 전문 건강 협회 역시 '전환치료'의 관행을 금지하는 연방 법안인 '치료 사기 방지법(Therapeutic Fraud Prevention Act)'을 승인했다.[61]

3) '전환치료'에 대한 국제인권기구의 입장

유엔 성적지향 · 성별정체성 독립전문가는 2020년 5월 1일 소위 전환치료 관행에 대한 보고서를 유엔인권이사회 제44차 세션에 제출했다. 해당 보고서에서 독립전문가는 '전환치료'는 신체의 자율성, 건강, 성적지향 및 성별정체성의 자유로운 표현에 대한 권리를 심각하게 침해하며, 강제 전환치료는 고문과 부당대우 금지에 대한 위반이기도 하다"고 강조하였다.[62]

---

60 김승섭, "동성애, 전환치료, 그리고 HIV/AIDS", 기독교사상 통권 제692호 (2016), 35-36.

61 Mallory et al., 앞의 글, 2.

62 Independent Expert on Protection Against Violence and Discrimination Based on Sexual Orientation and Gender Identity, "Practices of so-called 'Conversion Therapy'", UN 문서 A/HRC/44/53 (2020. 5. 11.).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

유엔 성적지향 및 성별정체성을 기반으로 한 폭력 및 차별로부터의 보호에 관한 독립전문가 보고서 (UN Doc. A/HRC/44/53)

63. 독립전문가는 모든 소위 '전환치료' 관행은 다양한 섹슈얼리티와 젠더를 지닌 사람들이 이성애자나 시스젠더에 비해 어딘가 열등하다는(도덕적, 영적, 또는 신체적으로) 믿음과 이러한 열등함을 해결하기 위해 그들의 지향이나 정체성을 수정해야 한다는 믿음에서 출발한 것이라고 본다. 국제인권법에 의해 지지되는 반대 견해는 레즈비언, 게이, 바이섹슈얼, 트랜스젠더 및 다양한 성별을 지는 개인들은 타인과 동등하며, 그들의 성적지향 및 성별정체성은 인격 발달의 자유로운 한 부분이고, 그들의 도덕적 지위, 정신적 또는 신체적 건강 또는 영성을 통해 성취해 내는 데 어떠한 흠결도 없다는 것이다. 이러한 인식은 모든 인간은 타고난 동등한 가치를 타고난다는 존엄성의 기본 원칙이다.

64. 따라서, 레즈비언, 게이, 바이섹슈얼, 트랜스젠더 및 다양한 성별을 가지는 개인들을 열등한 인간 존재로 대우하는 수단과 체계란 문자 그대로 '모멸적(degrading)'인 것이다. 독립전문가는 성적지향 및 성별정체성은 개인의 온전성의 핵심 요소이며 개인이 인생계획을 발전시키고 행복을 추구하는 데 중요한 요소라고 본다. 모든 소위 전환치료 관행은 성적지향, 성별정체성을 이질적이고 벗어날 수 있는(축출해서나 치료해서 갱생시킬 수 있는) 무언가로 간주한다. 이는 인간 존재에 대한 가장 비인간적인 이해방식이다. (생략)

65. 독립전문가는 소위 '전환치료' 관행은 본질적으로 모멸적, 비인간적, 잔혹한 처우로서, 고문을 자행하게 할 우려가 있다고 보았다. '전환치료'가 실시되고 있다는 구체적인 주장이 있을 경우 즉시 조사해야 하며, 만일 그렇다고(전환치료라고) 판명이 된 경우에는 고문, 잔혹, 비인간적, 모멸적인 처우 또는 처벌을 금지하는 국제인권규범에 따라 실시 주체를 기소, 처벌해야만 한다고 지적한다. 이러한 사건들은 여기서 규정한 요건에 따라 국가가 국제적 약속으로서 책임을 져야 하는 일들이라는 것이다.

4) '전환치료'의 해악

이렇게 '전환치료'가 효과가 없고 오히려 해로우며, 고문 및 그밖의 잔혹한, 비인도적인 또

국가인권위원회 humanrights.go.kr

는 굴욕적 대우나 처벌을 금지하는 국제인권규범에 위반된다는 입장이 확고하게 이루어져 있음에도, 2019년 기준 미국에서만 약 698,000명의 성소수자가 면허가 있는 전문가나 종교인 또는 둘 다로부터 '전환치료'를 받은 것으로 추정된다. 이 중 350,000여 명은 청소년기에 '전환치료'를 받았다고 응답했다.[63]

'전환치료'는 특히 주로 미성년자에 대한 부모 및 보호자의 강요로 이루어지며, 청소년 성소수자가 이미 경험하고 있는 수치심과 낙인을 증폭시킴으로써 아동청소년의 인권을 심각하게 침해한다. 미국의 청소년 성소수자 인권단체 트레버 프로젝트(The Trevor Project)가 수행한 2020년 전미 청소년 성소수자 정신건강조사에 따르면 청소년 성소수자의 10%가 '전환치료'를 받았으며, 78%는 18세 미만일 때 '전환치료'를 경험했다고 응답했다. 또한 이들은 지난 1년 동안 자살을 시도한 적이 있다고 응답했다.[64]

Family Acceptance Project의 2018년 연구에 따르면 양육자가 성적지향을 바꾸려고 시도한 청소년 성소수자의 자살 시도 비율은 '전환치료' 경험이 없다고 보고한 청소년 성소수자(22%)의 두 배 이상(48%)이었고, 가족 내 양육자 외에도 상담가나 종교지도자가 성적지향을 바꾸려는 개입을 한 경우 청소년 성소수자의 자살 시도는 거의 세 배(63%)에 달했다. 또한 양육자가 성적지향을 바꾸려고 시도한 성소수자 청소년의 우울 수준은 '전환치료' 경험이 없다고 보고한 사람(16%)에 비해 두 배 이상(33%)이었고, 양육자 외에도 상담가나 종교지도자가 성적지향을 바꾸려는 개입을 한 경우 세 배 이상(52%)의 높은 우울 수준을 나타냈다.[65]

5) '전환치료'에 대한 대응

가. 입법·행정적 대응

'전환치료'가 가져오는 해악이 이처럼 중대하기에 많은 국가가 법률을 통해 '전환치료'를 금지하고 있다. 특히 미성년자의 경우 그 해악이 특히 중대하여 특별히 법률을 제정하여 금지하는 국가도 있으며, 나아가 형법상 고문범죄로 규정한 국가들도 있다. 그 중 주요 내용을 살펴보면 다음과 같다.[66]

---

63 Mallory et al., 앞의 글, 1.

64 The Trevor Project, National Survey on LGBTQ Youth Mental Health 2020 (2020), https://www.thetrevorproject.org/survey-2020/ (2021. 12. 11. 확인).

65 Family Acceptance Project, First Study Shows Pivotal Role of Parents in Conversion Efforts to Change LGBT Adolescents' Sexual Orientation (2018. 11. 8.), https://familyproject.sfsu.edu/conversion-therapy-begins-at-home (2021. 12. 11. 확인).

66 아래 내용은 다음을 참조. ILGA World: Lucas Ramon Mendos, Curbing Deception: A World Survey on Legal Regulation of so-called "Conversion Therapies" (Geneva: ILGA World, 2020).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

〈표 9.1〉 '전환치료'를 금지하는 국가들

브라질	1999년 연방심리학위원회(연방법 및 행정명령에 의해 노동부 소속 자치 공공기관으로서 해당 국가에서 면허를 소지한 심리학자의 전문적 활동을 규제할 권한이 있음)의 결의안(1/99호): 미성년 및 동의한 성인에게 '전환치료'를 실행하는 것을 금지, '전환치료'의 광고 및 홍보를 금지.
에콰도르	2012년 공중보건부가 '전환치료'를 금지하는 장관협정(no.767) 발행 2014년 형법 개정안 151조에 따라 '전환치료'를 고문범죄에 추가하고 개인의 성적 지향 및 성별정체성을 변경할 의도로 범죄를 저지른 경우 형이 가중된다고 규정하였음.
몰타	2016년 '성적지향, 성별정체성 및 성별표현에 관한 법률'(Act No. LV of 2016): 유럽국가 중 최초로 '전환치료'를 법으로 금지함, 전문가 및 비전문가의 수행을 모두 금지. 16세 미만의 미성년자 및 성인에 대한 강제 '전환치료' 실행 금지, 광고 및 홍보 금지
캐나다	2021년 연방정부에서 '전환치료'를 불법화하는 형법 개정안이 통과(Bill C-6). 해당 법률은 1) 미성년자에 대한 '전환치료' 실행시 최대 5년, 2) 미성년자에 대해 해외에서 '전환치료'를 실행할 경우 최대 5년, 3) 자신의 의지에 반하여 '전환치료'를 받도록 하는 경우 최대 5년, 4) '전환치료'를 제공하여 이익을 얻은 경우 최대 2년, 5) '전환치료'를 광고하는 경우 최대 2년의 형벌에 처하도록 규정함.[67] – 온타리오(2015, bill 77): 18세 미만자에 대한 '전환치료' 금지 – 노바스코샤(2018, 성적지향 및 성정체성 보호법): 19세 미만자에 대한 동의없는 '전환치료' 금지, '전환치료'를 위해 주정부의 공적 자금을 지출하는 것이 금지됨 – 프린스 에드워드 아일랜드(2019, 의료법의 성적지향 및 성정체성 보호법, 2019년 법안 24호): 16세 미만 미성년자는 '전환치료'에 동의할 수 없으며, 18세 미만에 대한 '전환치료' 제공 금지 – 밴쿠버(2018, '전환치료'에 관한 사업금지 조례): 모든 사람의 성적지향이나 성별정체성을 변경하려는 서비스에 대해 수수료를 부과하는 것을 금지. – 에드먼턴(2019, 시 조례19061): '전환치료'에 관련된 모든 사업을 금지하는 조례

67 캐나다 법무부 https://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/pl/ct-tc/index.html (2021. 11. 30. 확인).

칠레	2021년 정신건강에 관한 권리인식 및 보호에 관한 법률 21.331. 7조[68] "어떤 경우에도 정신건강 분야의 진단은 성적지향 및 성별정체성을 근거로 내려질 수 없다"
스페인	마드리드(2016), 무르시아(2016), 발렌시아(2018), 아라곤(2018)에서 폭넓은 '전환치료' 금지를 규정한 성소수자 보호법 제정
아르헨티나	2010년 국가 정신건강법 제3조 c항[69] "어떤 경우에도 성적지향 및 성별정체성을 근거로 정신건강 분야의 진단이 내려지면 안 된다."
미국	2020년 1월 기준 19개 주, 콜롬비아 특별구 및 푸에르토리코에서 '전환치료'에 대한 금지법이 발효한 상태. 특히 많은 법률에서 '성적지향을 변경하려는 노력(SOCE)'이라는 포괄적 용어를 사용하고 있고, 여기에는 성별정체성을 변경하기 위한 노력이 포함됨. 한편 미국은 해당 법률의 적용범위가 면허가 있는 전문가(제공자), 미성년자(수혜자)로 제한되어 있고, '전환치료'의 광고를 전면 금지하지는 않고 있음. – 캘리포니아(2012, Bill SB–1172): 정신건강제공자는 어떤 경우에도 18세 미만의 환자의 성적지향을 변경하려는 노력에 관여해서는 안 된다. 그러한 모든 시도는 '비전문적 행위'에 해당됨. – 뉴저지(2014, Conversion Therapy for Minors Prohibition Amendment Act of 2014 (D.C. Act 20–530): 뉴저지에서 전문적인 상담을 제공하기 위한 자격이 있는 사람에 의한 18세 미만인 사람의 '성적지향을 변경하려는 노력'의 제공을 금지함. – 오리건(2015,123 House Bill 2307)): 정신건강 관리 또는 사회 건강 전문가가 18세 미만인 사람에게 '전환치료'를 시행할 수 없음. – 일리노이(2015, 청소년정신건강보호법): 정신건강 제공자는 어떤 경우에도 18세 미만인 사람의 성적지향을 변경하려는 노력에 관여해서는 안 된다. 광고 및 허위 진술을 규제하는 조항이 있으며, 정신질환으로서의 동성애를 정신질환으로 나타내는 '전환치료' 서비스 광고를 제한하고 있음. – 버몬트(2016, 130 Act No. 138.): 정신건강의학과가 미성년자에게 전환치료를 제공하지 못하도록 하고 있음.

68 칠레, Del Reconocimiento y Proteccion de Los Derechos de Las Personas en La Atencion de Salud Mental, https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1159383, (2021. 11. 30. 확인).

69 아르헨티나, Ley Nacional de Salud Mental, http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/175000–179999/175977/norma.htm (2021. 11. 30. 확인).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

미국	– 코네티컷(2017, 131 Public Act No. 17–5, 섹션2): 18세 미만인 사람에게 '전환치료' 제공을 금지함. 다른법에서 제정된 이전 금지의 범위를 확대하여 어린이에게 유료로 '전환치료'를 제공하는 사람들을 '불공정하거나 기만적인 거래관행'에 해당한다고 보아 불법으로 규정함. – 네바다(2017, 136 Nevada Revised Statutes §629.600, Section 1): 18세 미만인 사람에게 '전환치료'를 제공하는 것은 심리치료사 또는 그 부모, 법적 보호자가 그러한 치료를 승인할 의사가 있는지 여부와 상관없이 금지됨. – 뉴멕시코(2017, 상원 법안 121호, 2017년 통일 면허법 개정안): 면허가 있는 전문가가 18세 미만인 사람에게 '전환치료'를 제공하는 것을 금지함. – 로드아일랜드(2017, 140H 5277 (Substitute A), Prevention of Conversion Therapy 6 for Children Act): 법에서 "레즈비언, 게이, 바이섹슈얼 또는 트랜스젠더는 인간 정체성의 자연스러운 스펙트럼의 일부이며 질병, 장애 또는 질병이 아니다"라고 규정하며, '전환치료'에 대한 여러 전문 협회의 공식 입장 및 이러한 관행으로 인해 발생하는 피해의 증거를 다룸. 면허가 있는 전문가가 18세 미만의 환자에 대해 광고하거나 '전환치료' 노력에 참여하는 것을 금지하며, 이를 비전문적 행위이자 보건부의 징계 대상으로 봄. 징계에는 전문 면허 정지 및 취소가 포함될 수 있다고 규정함. 개정된 법률은 또한 국가 기금 또는 국가에 속한 기금의 사용을 금지하고 있음. – 델라웨어(2018, Bill 65): '전환치료'를 금지하고 그러한 행위를 '비전문적'이라 규정함. – 하와이(2018, 143Senate Bill 270, A bill for an act relating to minors (2018)): 전문 면허가 있는 사람이 미성년자에 대한 성적지향 변경 노력에 참여, 시도, 광고하는 것을 금지함. 법안에서 성적지향, 성별정체성, 성별표현 등에 관한 상담을 원하는 미성년자를 위해 '성적지향 상담 대책 본부'를 설립할 것을 규정함. – 메릴랜드(2018, Senate Bill No. 1028): 특정 정신건강 또는 보육 종사자가 미성년자를 상대로 '전환치료'를 실행하는 것을 금지함. '전환치료'는 비전문적으로 간주되며 관련 자격에 대한 징계 대상이 됨. 또한 '전환치료'를 받거나, '전환치료'를 제공할 목적으로 주 기금을 사용하지 못하도록 명시함. – 뉴햄프셔(2019, House Bill No. 587–FN): 전문 면허가 있는 사람이 18세 미만의 사람에게 '전환치료'를 행하는 것을 금지함. 시행 중인 법률 중 유일하게 이 장의 어떠한 내용도 종교의 자유로운 행사와 같은 헌법상의 권리에 대한 침해로 해석되어서는 안 된다고 명시하고 있음.

미국	– 뉴욕(2019, 152S 20146/A 576): 정신건강 전문가가 18세 미만인 사람의 성적지향을 변경하는 노력에 관여하는 것은 '직업적 위법 행위'에 해당함. 성소수자 정체성은 질병, 장애, 결핍, 결점 등이 아님을 명시적으로 선언. 미성년자에 대한 '전환치료'에 보험을 적용하는 것을 금지하고, 메디케이드 보장에서 (모든 사람을 대상으로) 전환치료 항목을 제외하도록 하며, 국가 시설에서 '전환치료'를 제공하지 않도록 규정. – 푸에르토리코(2019, 168 Orden Ejecutiva OE–2019–016): 보건 장관은 보건 시설(공공 또는 민간)이 운영 허가를 발급받거나 갱신하고자 할 때 해당 시설에서 전환치료가 제공되지 않을 것임을 명시하도록 해야 함. '전환치료'를 직간접적 제안하는 시설에 대해서는 과학, 병원 또는 의료 분야의 활동, 서비스 및 투자에 대한 경제적 인센티브 부여를 하지 않도록 함.
호주	2019년 퀸즐랜드,[70] 2020년 호주 수도 준주,[71] 2021년 빅토리아[72]에서 '전환치료'를 금지하는 법률을 제정, 시행중임. 법은 '전환치료'를 시행한 경우 벌금과 징역형을 부과할 수 있도록 규정.
독일	2019년 보건부장관이 모든 미성년자에 대한 '전환치료'를 금지하고 이에 대한 광고를 금지하는 법안을 발의하여 2020년 의회를 통과하였음. 해당 법은 성인이 강제, 사기 또는 압력에 의해 '전환치료'를 받는 것도 금지.
피지	2010년 '정신건강법 2010'[73]에 의해 '전환치료'가 금지됨.
우루과이	2017년 '정신건강법'에 따라 전국적으로 '전환치료'가 금지됨.[74]
멕시코	2018년 멕시코시티의 형법 개정을 통해 금지되는 '고문'에 '전환치료'를 추가함.[75]

70 호주 퀸즐랜드, Health Legislation Amendment Bill 2019, https://www.legislation.qld.gov.au/view/pdf/bill.first/bill-2019-069 (2021. 11. 30. 확인).

71 호주 수도 준주, Sexuality and Gender Identity Conversion Practices Act 2020, https://www.legislation.act.gov.au/View/a/2020-49/current/PDF/2020-49.PDF (2021. 11. 30. 확인).

72 호주 빅토리아, 'Change or Suppression(Conversion) Practices Prohibition Bill 2020, https://content.legislation.vic.gov.au/sites/default/files/2020-12/591143bab1.pdf (2021. 11. 30. 확인).

73 피지, Mental Health Decree 2010, https://www.health.gov.fj/wp-content/uploads/2014/09/15_Mental-Health-Decree-2010.pdf (2021. 11. 30. 확인).

74 우루과이, Ley De Salud Mental(2017), https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19529-2017, (2021. 11. 30. 확인).

75 268 Gaceta Parlamentaria (Congreso de la Ciudad de México), Iniciativa con proyecto de decreto que reforma el artículo 206 bis del código penal de la Ciudad de México (VI Legislatura / No. 08), 44.):

국가인권위원회 humanrights.go.kr

대만	2018년 보건복지부는 모든 지방 보건당국에 '전환치료'를 사실상 금지하는 내용의 서한을 발행함.[76] 서한에서 보건복지부는 '전환치료'는 합법적인 의료행위가 아니며, 이를 수행한 개인은 형법 및 아동청소년보호법에 따라 처벌될 수 있음을 명시.

나. 주요 판례

미국 뉴저지주 법원의 Ferguson v. JONAH 사건[77]은 재판관 만장일치로 '전환치료'가 소비자 사기행위라고 판단한 것으로, 미국 성소수자 인권에 있어 중요한 의미를 갖는 판결이다. 이 사건에서 원고들은 Jews Offering New Alternatives for Healing (JONAH)로부터 '전환치료'를 받은 개인들로서 JONAH의 사업이 뉴저지 소비자 사기법을 위반하였다며 손해배상을 청구했다. 이에 대해 뉴저지주 법원은 2015년 재판관 만장일치로 JONAH가 '동성애 성적지향을 유의미하게 줄이거나 제거할 수 있다며 서비스를 제공한 것이 사기행위라고 판단하고, 이에 따라 원고들에게 JONAH의 서비스를 위해 지출한 비용 및 피해를 회복하기 위해 받은 정신건강 상담 비용 총 $72,400를 지급하라고 명하였다. 2015년 12월 법원은 JONAH가 '전환치료'를 더 이상 시행해서는 안 된다는 영구적 금지명령을 내렸고, 2018년에는 JONAH가 JIFGA(Jewish Institute for Global Awareness)라고 이름을 바꿔서 같은 사업을 하는 것 역시 위 금지명령을 어긴 것으로 보고 위 단체로 하여금 주 내 조세 면제 법인의 이사 또는 임원으로 부임하는 것을 금지시켰다.

2021년 인도 마드라스 고등법원의 S Sushma v. Commissioner of Police 판결은 법원이 인도 내 '전환치료'의 금지를 명령한 기념비적인 사례이다. 이 사건은 직접적으로 '전환치료'가 문제된 것은 아니고 한 레즈비언 커플이 가족의 반대에 직면하자 함께 집을 떠난 것에 대해 경찰이 두 사람을 심문하자, 마드라스 고등법원에 경찰의 괴롭힘을 중단시키고 가족으로부터 보호해줄 것을 청원한 사건이다. 법원은 경찰이 두 사람의 관계가 합의된 것임을 확인한 이상 개입을 중단해야 한다고 보았다. 그러면서 유사사건들이 반복될 우려가 있으므로 추가적인 지침을 내려달라는 청원인 측의 요청을 받아 성소수자의 인권보장을 위한 지침을 내렸는데 여기에 "성적지향 또는 성별정체성을 의학적으로 '치료'하려는 시도를 중단할 것"이 포함되었다. 다만 해당 판결은 의학적인 방식에 의한 '전환치료'에만 적용이 되고 종교단체의 '전환치료'에는 적용되지 않는다는 한계가 있다.

---

76 衛生福利部, 民間機構投訴「性傾向扭轉(迴轉)治療」, 2018. 2. https://www.laws.taipei.gov.tw/lawsystem/wfLaw_Interpretation_Content.aspx?SOID=182409 (2021. 11. 30. 확인).

77 Ferguson v. JONAH, No. L-5473-12 (N.J. Super. Ct. Law Div. 2015).

인도 마드라스 고등법원

S Sushma v. Commissioner of Police, W.P. NO. 7284 of 2021 (2021)

사건개요: 이 사건의 청원인은 레즈비언 커플로서 가족들이 두 사람의 만남을 반대하자, 가족들을 피해 첸나이 지방으로 이주하였다. 이에 대해 가족들이 실종신고를 냈고 경찰은 청원인들의 주소지를 찾아가 심문을 실시하려 했다. 이에 대해 청원인들은 마드라스 고등법원에 경찰의 괴롭힘과 가족들로부터의 보호를 구하여 청원을 제기했다. 이처럼 이 사건의 1차적이 쟁점은 법원이 경찰에게 심문 중지를 명할 수 있는지 여부였으나, 청원인 측 변호인은 법원에 유사한 사건들에 대한 추가적인 지침을 마련하기를 요청했고, 이에 따라 법원은 성소수자 인권 보장을 위한 지침들을 내렸다.

쟁점: 성소수자의 인권은 헌법 제14조(법 앞의 평등)에 의해 보장되는가. 그리고 이에 따라 '전환치료'는 금지되는가

판단내용: 법원은 성소수자 커뮤니티가 헌법 14조에 따라 동등한 권리를 지닌다고 판단했다. 또한 헌법 제15조(차별금지)는 종교, 인종, 카스트, 성별, 출생 지역 또는 이중 하나에 의한 차별을 금지한다고 하고 있으나, 해당 조항에 의해 금지되는 차별은 열거된 사유에 한정되지 않으며, 성적지향과 성별정체성 역시 차별금지사유에 포함된다고 보았다. 나아가 법원은 이렇게 판시하였다. "금지사유들은 단지 차별을 발견하고 제거하며 나아가 중단시키기 위한 수단일 뿐이다"

또한 법원은 헌법 제21조(자유, 존엄, 자기결정권, 사생활)가 성적 자기결정권 역시 보장한다 고 판시했다. 성소수자 커뮤니티는 '취약한 환경'에 남겨져서는 안되고 법원이 지침을 냄으로써 격차를 메워야 한다고 판결하였다.

이러한 원칙에 기초하여 법원은 두 당사자가 합의된 관계임을 확인한 순간 실종 신고 건을 종결해야 한다고 판단했다.

또한 법원은 사회정의 및 역량강화 장관에게 성소수자 커뮤니티의 사람들을 도울 수 있는 NGO들을 모집하고 공표하기를 요청했다. 또한 커뮤니티 사람들이 필요한 경우 쉴 수 있는 쉼터를 현재의 정부 단기체류 주택에 만들도록 명하였다. 나아가 성소수자에게 헌법과 2019년 트랜스젠더(권리보장)법이 정하는 권리를 보장하기 위한 감수성 있는 프로그램을 개발하도록 명하였다. 이러한 프로그램은 경찰, 법률 서비스 당국, 하급 법원, 보건의료 전문가, 교

국가인권위원회
humanrights.go.kr

육기관, 공공 및 민간 기업, 성소수자 부모 등 다양한 이해관계자가 참여해야 한다고도 이야기했다.

그밖에 유의미한 지침들은 다음과 같다.

- 성적지향, 성별정체성에 대한 어떠한 의학적인 '치료' 시도도 금지한다
- 성소수자에 대한 학생들의 이해를 높이기 위해 교육과정을 개선하라
- 성소수자 커뮤니티를 포용하는 고용정책을 마련하고 복지혜택을 증진하라
- 성소수자 커뮤니티를 위해 무료 법률 구조를 보장해라

III. 요약과 함의

1. 한국의 성소수자 건강권 보장 실태

한국의 성소수자 건강을 조사한 연구에 의하면 건강불평등이 심각한 수준이다. 2016년 조사에서 성인 동성애자/양성애자 모두 요통, 상지통, 하지통 등 근골격계 통증 빈도가 통계적으로 유의미하게 높았고, 우울증상의 경우 남성 동성애자와 양성애자가 각각 33.9%와 36.4%, 여성 동성애자와 양성애자가 각각 47.2%와 59.2%로 성인 일반인구 남성 5.6%과 여성 7.3%에 비해 매우 높았다.[78] 지난 1년간 자살을 생각한 비율은 남성 동성애자와 양성애자가 각각 25.7%와 28.7%, 여성 동성애자와 양성애자가 각각 34.6%와 47.6%로, 성인 일반 인구의 유병률 남성 3.5%와 여성 5.0%에 비해 현저히 높았다.[79] 트랜스젠더의 경우, 2017년 조사에서 지난 1년간 자살생각을 했다는 응답이 52.2%, 자살시도가 15.0%로 크게 심각한 수준이었다.[80]

이렇게 성소수자가 신체적으로나 정신적으로 건강을 위협받는 것은 성소수자라는 점 그 자체 때문이 아니라 사회적인 차별로 인한 스트레스, 그리고 의료기관에서의 차별 때문이

78 이호림 외, "한국 동성애자·양성애자의 건강불평등: 레인보우 커넥션 프로젝트 I", Epidemiology and Health Vol. 39 (2017).

79 위의 글.

80 Hyemin Lee et al, "Internalized Transphobia and Mental Health among Transgender Adults: A Nationwide Cross-sectional Survey in South Korea", International journal of Transgender Health, Vol. 21, No. 2 (2020).

국가인권위원회 humanrights.go.kr

다. 특히 사회적인 차별과 혐오로 건강에 부정적인 영향을 받은 성소수자는 치료를 위한 의료기관을 이용하고자 할 때 또 다시 차별을 받곤 한다. 2014년 국가인권위원회의 조사에 따르면 최근 5년간 의료기관을 이용한 동성애자/양성애자 중 14.2%가 의료기관에서 차별을 경험했다. 여기에는 의료인의 고정관념으로 적절한 치료를 받지 못한 경우, 부적절한 질문이나 모욕을 들은 경우 등이 포함된다. 특히 의료인 등이 정체성을 알고 있거나 의심하는 경우는 55%가 이러한 차별을 경험했다. 같은 조사에서 트랜스젠더는 35.9%가 의료기관에서 차별을 경험한 것으로 나타났다. 여기에는 법적 성별과 외관이 불일치하여 본인임을 의심받거나 조롱, 모욕을 당한 경우, 성별정체성에 맞지 않는 입원실의 배정, 성확정 관련 의료서비스를 거부당한 경우 등이 있다.[81]

사정이 이러함에도 성소수자 건강권 보장을 위한 정책은 전무한 상황이다. 의대 등 의학교육에도 성소수자에 대한 교육과정은 전혀 포함되어 있지 않다. 몇몇 의학대학에서 특별 강좌로 개설하고 있을 뿐이다. 트랜스젠더는 호르몬요법, 성확정수술 등 트랜지션을 위한 의료를 필요로 하지만 이들 의료는 모두 국민건강보험 비급여로 분류되어 있어 모든 비용을 본인이 감당해야 한다. 이로 인해 수술비용을 마련하지 못해 성확정수술을 받지 못하고, 성확정수술을 받지 못하니 그것을 요구하는 법원의 기준을 충족하지 못해 성별변경이 안되며, 성별변경이 안되니 안정적인 직업을 얻지 못하므로 낮은 사회경제적 상황에 놓이는 악순환이 계속된다. 이는 트랜스젠더의 건강에 더욱 부정적인 영향을 준다.

한편 소위 전환치료 역시 의료인, 상담가, 종교인에 의해 광범위하게 이루어지고 있다. 2020년 국가인권위원회의 '트랜스젠더 혐오차별 실태조사'에 따르면 응답자 591명 중 11.5%(68명)이 '전환치료 목적의 상담 또는 치료를 받았으며', 이러한 치료를 실시한 사람은 의료인(64.7%), 상담사(57.4%), 종교인(17.7%)으로 나타났다.[82] 정부가 운영하는 청소년상담전화 상담사가 성소수자 청소년에게 "아직 청소년이니까 치료를 받는 게 좋겠다"고 이야기하는 일도 있었다.[83] 그럼에도 이러한 '전환치료'의 해악에 대한 사회적인 논의는 거의 이루어지지 않고 있다. 최근 2021년 11월 25일에는 여당인 더불어민주당 정책위의장이 주최한 평등법(차별금지법) 토론회에서 '탈동성애'와 '전환치료'를 선전한 인사가 토론자로 초청되기까지 했다.

결론적으로 한국의 성소수자는 사회적인 차별과 낙인, 나아가 의료기관의 차별로 건강권을 심각하게 침해받고 있다. 이에 대한 제도적인 장치가 거의 마련되지 않은 상황에 대한 개선이 요구된다.

---

81 장서연 외, "성적지향·성별정체성에 따른 차별실태조사", 국가인권위원회 (2014).

82 홍성수 외, "트랜스젠더 혐오차별실태조사", 국가인권위원회 (2020), 198–199.

83 "청소년전화 1388 "동성애는 치료를…" 황당한 상담", 일다 (2016. 10. 18.) https://blogs.ildaro.com/2749 (2021. 11. 30. 확인).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

2. 해외사례의 함의와 개선과제

이러한 한국의 실태와 앞서 다양한 방식으로 성소수자의 건강권을 보장하고 있는 해외사례들을 비교하면 개선 과제들은 다음과 같다.

- 성소수자 비병리화 및 '전환치료' 금지, 특히 미성년자를 대상으로 한 '전환치료'는 법률로 분명하게 금지하고 필요시에는 처벌규정까지 마련할 필요가 있음.
- 트랜스젠더의 정신과진단, 호르몬요법, 성확정수술 등 트랜지션 관련 의료적 조치를 국민건강보험으로 보장할 것. 이를 위해 건강보험 보장성의 단계적 확대를 위한 연구 및 전문가 의견수렴을 실시할 것.
- 의학대학 교육과정 및 보건의료인을 대상으로 한 교육에 성소수자 인권에 대한 내용을 포함시켜 의료기관에서 성소수자 차별이 일어나지 않도록 보장할 것. 보건복지부 차원에서 성소수자 친화적 의료 환경 조성을 위한 가이드라인을 작성하여 배포할 것.
- 헌혈기록카드 문진 사항에서 "최근 1년 이내에 불특정 이성과의 성접촉 또는 남성의 경우 다른 남성과 성접촉"한 경우라는 항목을 두어 동성 간의 성접촉을 차별하고 있는 내용을 삭제할 것.
- '국민보건의료실태조사'나 연도별 '환자조사', '국민건강영양조사', '근로환경조사' 등과 같은 전반적 보건의료 실태 조사 및 정책연구에서 성적지향과 성별정체성을 고려한 통계와 정보를 수집하여 정책에 반영할 것.

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

참고문헌

- 김동진, “미국 Healthy People 2020의 내용 및 우리나라에의 시사점”, 보건복지포럼 2011년 2월 통권 제172호 (2011).
- 김승섭, “동성애, 전환치료, 그리고 HIV/AIDS”, 기독교사상 통권 제692호 (2016).
- 김학이, “나치즘과 동성애”, 문학과 지성사 (2013).
- 박한희, “‘트랜스젠더 정체성’의 비병리화 담론의 전개와 인권적 의의: 국제질병분류 제11판의 개정을 앞두고.”, 인권연구 제1권 제1호 (2018).
- 박한희, “트랜스젠더 트랜지션 의료의 건강보험 보장에 대한 소고”, 공익과 인권 제18호 (2018).
- 수잔 스트라이커(제이 · 루인 옮김), “트랜스젠더의 역사”(2016).
- 이호림 외, “한국 동성애자 · 양성애자의 건강불평등: 레인보우 커넥션 프로젝트 I”, Epidemiology and Health Vol. 39 (2017).
- 이호림 외, “한국 트랜스젠더 의료접근성에 대한 시론”, 보건사회연구 제35권 제4호 (2015).
- 장서연 외, “성적지향 · 성별정체성에 따른 차별실태조사”, 국가인권위원회 (2014).
- 켄지요시노, “커버링”, 민음사 (2017).
- 홍성수 외, “트랜스젠더 혐오차별실태조사”, 국가인권위원회 (2020).
- Christopher McAdam & Logan Parker, “An Antiquated Perspective: Lifetime Ban for MSM Blood Donations No Longer Global Norm”, DePaul Journal of Health Care Law, Vol. 16, No. 1 (2014).
- Christy Mallory; Taylor N.T. Brown & Kerith J. Conron, “Conversion Therapy and LGBT Youth Update”, Williams Institute (2019).
- Human Rights Watch, “You Don’t Want Second Best” Anti-LGBT Discrimination in US Health Care (2018).
- ILGA World: Lucas Ramon Mendos, Curbing Deception: A World Survey on Legal Regulation of so-called “Conversion Therapies” (Geneva: ILGA World, 2020).
- Jack Dresher, “Queer Diagnoses: Parallels and Contrasts in the History of Homosexuality, Gender Variance, and the Diagnostic and Statistical Manual.” Archives of Sexual Behavior, Vol. 39, No. 2 (2010).
- Marissa Luchs, “Transgender Immates‘ Right to Gender Confirmation Surgery”, Fordham

국가인권위원회
humanrights.go.kr

Law Review, Vol. 89, No. 6 (2021).

• MaryBeth Musumeci et al., "Issue Brief: The Trump Administration's Final Rule on Section 1557 Non-Discrimination Regulations Under the ACA and Current Status", Kaiser Family Foundation (2020).

• Mindy Goldman et al., "Donor Deferral Policies for Men Who Have Sex With Men: Past, Present and Future", Vox Sanguinis, Vol. 113, No. 2 (2018).

• Morgan Carpenter, "Intersex Variations, Human Rights, and the International Classification of Diseases", Health and Human Rights Journal, Vol. 20, No. 2 (2019).

• Pillonel J et al, "The Evolving Blood Donor Deferral Policy for Men Who Have Sex With Men: Impact on the Risk of HIV Transmission by Transfusion in France", Transfusion, Vol. 60, No. 3 (2020).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

10

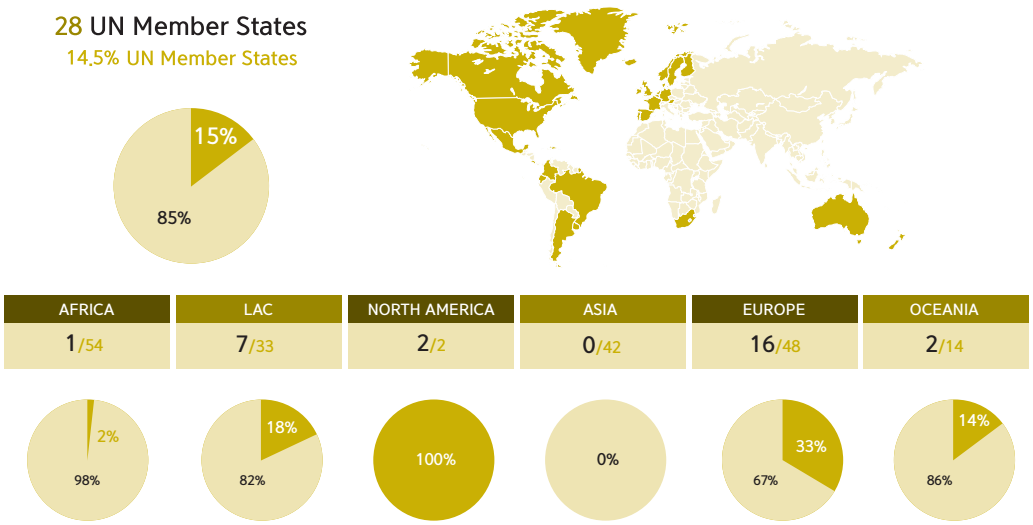
동성커플의 평등권 및 혼인에 대한 권리

국가인권위원회
humanrights.go.kr

I. 개관

동성커플의 평등한 권리 보장은 혼인권을 비롯한 커플 관계의 법적 지위 인정과, 혼인한 이성 배우자와 동성 파트너 간의 차등 대우가 정당화될 수 있는지의 문제가 중심이 되었다. 1989년 덴마크에서 처음으로 동성 간의 동반자관계 등록제도가 시작되고 2001년 네덜란드에서 동성 간의 혼인이 인정된 이후 동성커플의 동반자관계 또는 동성혼을 인정하는 국가가 점차 증가하고 있다. 2020년 현재 유엔 회원국 중 28개 국가에서 동성혼을, 34개 국가에서 동성 간 동반자관계를 인정하는 제도를 두고 있다.[1]

〈그림 10.1〉 유엔 회원국 중 동성혼 인정 국가 현황



출처: ILGA World: Lucas Ramon Mendos, Kellyn Botha, Rafael Carrano Lelis, Enrique López de la Peña, Ilia Savelev and Daron Tan, State-Sponsored Homophobia 2020: Global Legislation Overview Update, Geneva: ILGA (2020), 277.

혼인과 구분되는 동성커플 등록 제도들은 민사결합(civil union), 생활동반자(Lebenspartnerschaft), 민사적 동반자관계(civil partnership), 동거계약(Pacte Civil de Solidarite) 등 다양한 용어를 사용하며,[2] 동성 간 관계에만 적용되기도 하고 동성커플과 이성커플을 포괄하기도 한다.

1 ILGA World: Lucas Ramon Mendos, Kellyn Botha, Rafael Carrano Lelis, Enrique López de la Peña, Ilia Savelev and Daron Tan, State-Sponsored Homophobia 2020: Global Legislation Overview Update, Geneva: ILGA (2020), 277, 291. 비회원국 중에서는 대만이 동성혼을 인정하고 있다.

2 이 글에서는 여러 국가의 동성커플 등록 제도를 통칭하거나 일반화하여 표현할 때 '동반자관계'라는 용어를 사용할 것이다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

국가마다 차이는 있지만 동반자관계는 혼인 지위와 구분되며 대체로 혼인에 비하여 권리와 의무의 수준이 약하고 주로 동성 간의 관계에 적용되는 제도로 고안되었다. 동성 간의 동반자관계 인정은 동성 간의 결합을 이성 간의 결합과 차등을 두어 구별하고자 하는 의미가 강했다.

그러나 2010년대에 접어들면서 동반자관계에 대한 법적 보호의 수준을 혼인과 동일하게 하여 사실상의 차등을 없애거나 혼인제도에 동성커플을 포함하여 동성 간 혼인을 인정하는 입법례가 빠른 속도로 늘고 있다. 동성혼을 도입한 국가들의 입법례는 동성혼을 인정하면서 동반자관계 등록 제도를 폐지하고 혼인으로 통합하는 정책을 채택하는 유형(덴마크, 아이슬란드, 아일랜드, 대만, 독일, 핀란드, 노르웨이 등), 동반자관계를 그대로 두어 동성커플은 혼인이나 동반자관계 중 하나를 선택할 수 있도록 하는 유형(포르투갈 등), 동반자관계를 이성커플에까지 확대하여 동성커플과 이성커플 모두 혼인 또는 동반자관계를 선택할 수 있도록 하는 유형(네덜란드, 잉글랜드와 웨일즈, 뉴질랜드, 오스트리아, 프랑스 등) 등으로 구분된다.

동성커플의 혼인을 법제화하는 방법으로는 혼인 당사자의 성별을 명시한 표현을 삭제하고 성별중립적으로 바꾸거나(핀란드, 몰타, 오스트리아 등), '이성 또는 동성 간의 2인의 계약'과 같이 혼인의 정의에 동성커플이 포함됨을 명시하는 방법(네덜란드, 벨기에, 노르웨이, 독일 등), 성별과 상관없이 혼인이 허용된다고 표현하는 방법(뉴질랜드, 아일랜드 등), 또는 동성 간의 혼인을 인정한다는 조항을 별도로 두는 방법(대만 등) 등으로 다양하다.

신분관계의 인정 외에 이성 배우자와 동성 파트너 간의 동등한 권리 보장과 관련해서는 주로 배우자의 연금 수급권, 세금 감면, 일방 사망 후 생존 배우자의 공동 주거에 대한 임차권 승계, 건강보험 피부양자 지위 등 배우자의 재산권, 주거권, 사회보장 등의 분야에서 동성커플의 권리가 문제되었다. 재산권 등 영역에서 동성 파트너의 평등한 권리를 인정한 판례가 민사적 동반자관계 또는 동성혼 제도의 신설을 촉진하고, 반대로 민사적 동반자관계 또는 동성혼 제도가 도입됨에 따라 동성 파트너의 권리가 인정되게 되면서, 동성커플의 법적 지위 인정과 신분관계 외 영역의 평등한 권리의 보장은 상호작용하고 있다. 이 장에서는 동성커플의 동반자관계 및 혼인의 인정, 재산권 및 사회보장 등에서 이성 배우자와 동성 파트너 간의 동등한 대우와 관련된 판례 및 입법례를 검토하고 한국에 주는 시사점을 도출하도록 한다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

II. 주요 쟁점 및 사례

1. 동성커플의 법적 결합 관계 보호

1) 동성커플의 법적 결합의 권리에 대한 사법적 판단

가. '남성과 여성의 결합'으로서의 혼인

유엔 자유권규약, 유럽인권협약 등 인권으로서 혼인 및 가족 구성의 권리를 인정한 국제인권문서들은 '남성과 여성'을 혼인할 권리의 주체로 명시하고 있다. 구체적으로는 '혼인 적령의 남성과 여성이 혼인할 권리를 갖는다'는 문구로, 혼인권의 주체가 혼인 적령의 남성, 여성이라는 것이지 '혼인은 남성과 여성 간의 결합이다'와 같이 혼인이 이성 간에만 허용된다고 직접적으로 표현하는 방식은 아니다. 그러나 혼인권의 문언 해석에서 국제인권기구들은 혼인의 정의에 이미 동성 간의 결합이 제외되어 있다고 보고, 동성혼을 인정하지 않는 것이 인권 침해인지 여부를 판단할 때에는 혼인의 권리보다 평등권을 침해하였는지를 주로 검토하는 경향이다.

과거에는 혼인이 이성혼을 의미한다는 점을 들어 동성커플의 법적 지위를 인정하지 않는 것이 차별이 아니라고 판시하였으나, 2000년대 이후에는 이성커플과 동성커플의 차등 대우가 정당화될 수 없으며 성적지향에 따른 차별을 정당화하려면 비례성 원칙을 충족하여야 한다고 본다. 다만 혼인권 조항은 이성 간의 혼인에 적용되고 차별금지 조항으로부터 동성혼 합법화 의무가 도출되지는 않는다고 보기 때문에 혼인과 구별되더라도 동성 간의 법적 결합을 인정하는 제도가 마련되어 있다면 규약 또는 협약의 침해는 아니라고 판단하는 편이다.

2002년 Joslin v. New Zealand[3] 사건의 판단에서 유엔 자유권위원회는 자유권규약 제23조 제2항의 혼인권(right to marry) 및 가족구성권(right to found a family)이 "혼인 적령의 남성과 여성(men and women of marriageable age)"에게 인정된다고 하면서, 자유권규약의 다른 조항들은 "모든 사람(every human being, everyone, all persons)"이라는 일반적인 용어를 사용하는데 혼인권 조항에서만큼은 "남성과 여성"이라는 용어를 사용하는 것이 남성과 여성 간의 결합만을 혼인으로 본다는 의미라는 해석에 따라, 이성커플에게만 혼인을 허용하는 것이 동성커플의 혼인권과 평등권 침해가 아니라고 결정하였다.

---

3 Joslin v. New Zealand, Communication no. 902/1999 (2002. 7. 30.).

국가인권위원회 humanrights.go.kr

유럽인권재판소의 Schalk & Kopf v. Austria[4] 사건에서도 유사한 논리가 적용되었다. 2002년 오스트리아의 게이 커플이 혼인신고를 하려 하였으나 민법상 혼인이 이성 간의 결합이라는 이유로 거부되자 동성혼을 인정하지 않는 것이 유럽인권협약 위반이라며 헌법소원을 제기하여 기각된 후 2004년 유럽인권재판소에 제소한 사례이다.

유럽인권협약의 혼인권 조항인 제12조는 자유권규약 제23조와 동일하게 "남성과 여성"의 혼인할 권리를 보장한다고 하고 있다. 유럽인권재판소는 제12조의 "남성과 여성"이 협약 제정 당시의 전통적 결혼관에 기초한 것으로서 현대적 관점에서 재해석할 필요는 있지만, 아직 동성혼이 합법화된 국가가 많지 않고, 유럽인권협약 제12조의 혼인에 동성혼을 포함할 것인지에 대하여 합의가 이루어지지 않았다는 이유로, 동성혼의 인정여부는 각국의 법률에 맡길 문제라고 보았다. 제12조의 문구 자체는 동성 간의 혼인을 배제하지 않는 것으로 해석될 수 있지만, 다른 조항들처럼 '누구나'와 같은 표현을 사용하지 않은 점은 의도적인 것으로 간주되어야 하고, 협약이 채택된 1950년대에는 혼인이 이성 간 결합이라는 전통적 의미로 이해되었다는 역사적 맥락에 유의하여야 한다는 것이다.

또한 협약 제14조의 차별금지에 위배되는가와 관련하여 유럽인권재판소는, 적어도 문제된 사안이 협약상의 권리나 자유와 관련되어야 하는데 동성커플은 협약 제8조의 사생활 및 가족생활의 보호 범위에 포함되어 차별금지의 영역이기는 하지만, 이 역시 회원국들의 합의가 이루어지지 않은 사안에 대하여 제12조에 따른 동성혼 합법화 의무를 인정할 수 없음에도 불구하고 더 일반적인 차별금지 조항을 통해 동성혼 합법화 의무를 인정하는 것은 타당하지 않다고 하였다. 재판소는 동성커플의 법적 인정에 대하여 유럽의 공감대가 빠르게 형성되고 있다는 점에 주목하지만 오스트리아에서도 소송이 진행 중인 2010년 1월에 「등록 동반자관계법」이 시행되었고 이 법을 더 일찍 도입하지 않았다고 하여 비난할 수는 없다고 덧붙였다. 결론적으로는 협약 위반이 인정되지 않았지만 이는 재판관들의 일치된 의견은 아니었다. 오스트리아법이 협약 제12조 위반이 아니라는 점에는 재판관들이 만장일치로 동의했다. 그러나 제14조 위반 여부에 대해서는 7명 중 3명의 재판관이 반대의견을 제출하였다.

위의 두 사건은 혼인을 이성커플에게만 허용하는 것이 혼인권의 침해가 아니라고 결론 내렸지만 각각 보충의견과 반대의견에서 평등권 침해 문제가 제기되었다. 먼저 Joslin v. New Zealand 사건에서 Rajsoomer Lallah, Martin Scheinin 2명의 위원은 보충의견으로, 위원회의 결정이 동성커플에 대한 차등 대우를 허용하는 것으로 확대해석되어서는 안 된다는 점을 명확히 하였다. 보충의견은 혼인권이 남성과 여성의 결합이라는 해석에는 동의한다고 하면서

4 Schalk & Kopf v. Austria, Application no. 30141/04 (2010. 6. 24.).

국가인권위원회 humanrights.go.kr

도, 규약이 인정하지 않은 권리를 당사국이 인정하는 것을 금하지 않는다는 자유권규약 제5조 제2항에 따라, 혼인권 조항은 아동 결혼이나 강제 결혼같이 인간의 존엄을 침해하는 관행에 적용될 수는 없겠지만 당사국이 혼인이든 다른 형태이든 동성 간의 결합을 인정하는 것을 금지하지는 않는다고 하였다. 이는 보호의 범위를 설정하는 것이 그 외의 영역에 대한 보호를 금지한다는 의미가 아니라는 2016년 콜롬비아 헌법재판소의 SU-214/16 결정[5]의 논거와 일치한다. 또한 보충의견은 동성혼을 인정하지 않는 것이 법앞의 평등(제26조) 침해가 아니라는 위원회의 결론을 혼인한 부부와 동성커플 간의 차등 대우가 평등 위반이 아니라는 일반적 진술로 해석해서는 안 된다고 하면서, 제26조에서 "성(sex)"에 따른 차별 금지는 성적지향에 따른 차별에도 적용된다는 것이 자유권위원회의 입장이고 동성커플에게 특정한 권리나 혜택을 부인하는 것이 합리적이고 객관적인 기준으로 정당화될 수 없다면 제26조가 금지하는 차별에 해당함을 강조하였다.

Schalk & Kopf v. Austria 판결의 반대의견은 동성커플 관계를 혼인 대신 가족생활의 범위에서 판단하고자 하였다. Rozakis, Spielmann, Jebens 세 명의 재판관은 유럽인권재판소가 동성커플이 이성커플처럼 안정적이고 헌신적인 관계를 형성할 수 있고 이 사건 동성커플의 관계가 "가족생활"의 개념에 포함된다고 판단하였음에도 불구하고 국가에 동성커플의 권리 보장에 대한 적극적 의무를 부과하지 않은 점은 모순적이라고 비판하였다. 오늘날 동성커플이 안정된 관계를 맺는 것이 널리 인정되고 있고, 동성커플에게 적어도 어느 정도까지는 혼인과 동일한 권리를 제공하는 법적 조치를 하지 않았다면 이는 강력한 정당화가 필요한 문제라는 것이다. 이에 따라 3명의 재판관은 가족생활의 권리(제8조)와의 관계에서 차별금지(제14조)의 부당한 침해가 있었다는 의견을 남겼다.

나. 사생활 및 가족생활의 평등

앞선 판결들이 혼인권이 보호하는 혼인의 범위 내에서 동성 간의 결합을 배제하는 해석을 함으로써 동성혼을 인정하지 않는 법이 평등한 혼인권 보장의 문제가 아니라고 보았던 반면, 다음 판결들은 동성커플과 이성커플의 법적 보호에 차등을 두는 데 대하여 성적지향 차별의 측면에서 접근하면서 차별을 정당화할 근거가 없으므로 위헌임을 확인하였다.

먼저 유럽인권재판소의 다음 두 사례는 동성커플의 권리를 혼인권 대신 사생활 및 가족생활을 존중받을 권리의 평등한 보호(제14조) 침해로 보았다. Vallianatos & Others v. Greece 사건은 혼인이 아닌 동반자관계 등록에서의 차등 대우가 문제된 사안이었기 때문에 다른 사

5 SU-214/16 결정의 자세한 내용은 후술한다.

국가인권위원회 humanrights.go.kr

례들과 달리 혼인의 정의가 쟁점이 될 필요가 없었다. 그리스는 이성커플에게만 허용되는 민사결합(civil union)을 도입하였다. 이에 따라 이성커플은 민사결합과 혼인 중에서 선택할 수 있었지만 동성커플은 혼인뿐 아니라 민사결합도 체결할 수 없었다. 청구인들은 민사결합에서 동성커플을 배제하는 것이 유럽인권협약상 사생활 및 가족생활을 존중받을 권리의 평등한 보장에 위배된다며 유럽인권재판소에 제소하였다.

2010년 Schalk & Kopf v. Austria 사건에서 반대의견의 비판은 2013년 Vallianatos & Others v. Greece 판결에서 다수의견이 되었다. 유럽인권재판소는 청구인들의 관계가 유럽인권협약이 보호하는 "사생활" 및 "가족생활"에 포함되고, 동성커플을 민사결합에서 배제하는 것이 성적지향을 이유로 한 정당한 근거 없는 차별임을 인정하였다. 성적지향에 따른 차별은 성차별과 같이 "특별히 설득력 있고 중대한 사유"로 정당화되어야 하는데, 그리스 정부는 이를 입증하는 데 실패하였다고 했다. 판결 이후 그리스에서는 2015년 민사결합을 성별중립적인 제도로 변경하여 동성커플도 민사결합을 체결할 수 있도록 하였다.[6]

유럽인권재판소

Vallianatos & Others v. Greece, Application nos. 29381/09 & 32684/09 (2013. 11. 7.)

사건개요: 그리스는 2008년 「제3719/2008호 법률(Law no. 3719/2008)」을 통하여 혼인과 법적 지위를 달리 하는 민사결합을 도입하였는데, 혼인과 마찬가지로 이성커플만 민사결합을 체결할 수 있었다. 동성커플들이 이 법에 의한 권리 침해를 주장하며 유럽인권재판소에 제소하였다.

쟁점: 민사결합을 이성커플에게만 허용하는 것이 유럽인권협약의 사생활 및 가족생활을 존중받을 권리(제8조) 및 차별금지(제14조)를 침해하는가

판단내용: 유럽인권재판소는 동성커플의 관계가 협약이 보호하는 가족생활에 포함된다고 보고, 성적지향에 따른 차별은 성차별과 마찬가지로 "특별히 설득력 있고 중대한 사유(particularly convincing and weighty reasons)"가 있어야 정당화될 수 있다면서 비례성을 충족

6 ILGA World, 앞의 글, 300.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

할 것을 요구하였다. 그리스 정부는 민사결합이 청구인들에게 적용되더라도 재산 관계 등 이미 일반 계약법에 따라 가능한 권리와 의무를 갖게 될 것이고, 문제된 법률은 혼외 출생 자녀의 법적 지위를 강화하고 혼인의 의무 없이 자녀를 양육할 수 있도록 하는 등의 목적 달성을 위하여 만들어진 것인데 동성커플은 자녀를 가질 수 없어 이성커플과 구별된다고 주장했다. 유럽인권재판소는 전통적 의미의 가족 보호가 차등 대우를 정당화할 수 있는 중대하고 정당한 사유가 될 수 있지만 이 사건에서 비례성 원칙이 충족되었는지는 확인되지 않았다고 하였다. 혼인은 외부의 제약이나 자녀를 가질지의 가능성과 무관하게 결정되어야 하는 것이고, 그리스 정부의 주장은 오로지 자녀가 있는 이성커플의 상황에만 적용되는 것으로, 입법부는 혼외 자녀에 대한 조항을 두면서도 동성커플이 민사결합을 체결할 수 있도록 할 수 있었다는 것이다. 또한 이성커플은 이미 법률혼과 사실혼이 가능했지만 동성커플은 민사결합이 관계를 인정받을 수 있는 유일한 수단을 제공하는 것이어서 동성커플이 민사결합의 체결에 특별한 이해관계를 갖는다고 하였다. 유럽평의회 회원국들 간에 동성커플의 법적 인정에 대한 합의가 이루어진 것은 아니지만 관련 제도를 도입하는 경향이 나타나고 있는데 등록동반자 관계를 도입한 국가 중 이성커플에게만 등록을 허용한 사례는 19개국 중 리투아니아와 그리스밖에 없다는 점을 들기도 했다. 결국 유럽인권재판소는 동성커플을 민사결합에서 배제하는 법이 정당화될 만한 설득력 있고 중대한 이유를 제시하지 못하였다고 하면서 그리스 법이 협약 제8조와 관련하여 제14조를 위반하였다고 판결하였다.

Oliari & Others v. Italy 판결은 혼인과 민사결합 모두에 대하여 성적지향에 따른 차별을 주장한 사례이다. 이 사례에서 유럽인권재판소는 Schalk & Kopf v. Austria 판결에서 언급했던 유럽 각국의 합의와 국가의 재량이라는 차원에서, 이탈리아 내부의 상황을 구체적으로 살폈다. 그동안 이탈리아 대법원과 헌법재판소가 동성커플의 권리 보호에 대해 긍정적인 판결을 선고하였고 입법부에 동성커플에게 적용할 수 있는 혼인을 대체하는 제도를 만들 것을 요청한 바 있으며 이탈리아에서 실시된 설문조사에서도 동성커플의 인정과 보호를 지지하는 의견이 우세하였다는 점이 중요하게 고려되었다. 이에 따라 유럽인권재판소는 사생활 및 가족생활을 존중받을 권리 침해를 확인하고, 이탈리아 정부가 동성커플의 법적 지위를 인정하고 보호하는 법률을 마련해야 할 적극적 의무가 있다고 하였다. 청구인들은 혼인권(제12조)의 침해도 주장하였으나, 혼인권과 관련해서는 동성혼을 인정하는 국가가 점진적으로 증가하고 있기는 하지만 사회의 요구를 평가하고 이에 대응하는 데 최적의 위치에 있는 것은 각국이므

국가인권위원회
humanrights.go.kr

로 재판소가 서두르지 않는 것이 적절하다면서 협약 제12조가 동성혼 허용 의무를 부과하지 않는다는 이전의 판례를 유지하였다.

유럽인권재판소

Oliari & Others v. Italy, Application nos. 18766/11 & 36030/11 (2015. 7. 21.)

사건개요: 동성인 상대방과의 혼인 절차를 진행하려다가 거부당한 Oliari 커플을 포함하여, 이탈리아인 6명이 이탈리아 정부가 동성커플에게 혼인이나 민사결합을 허용하지 않아 성적지향에 따른 차별을 받았다고 주장하며 2011년 유럽인권재판소에 제소하였다.

쟁점: 동성 간의 혼인 또는 민사결합을 허용하지 않는 것이 유럽인권협약의 사생활 및 가족생활을 존중받을 권리(제8조), 혼인권(제12조) 및 차별금지(제14조)를 침해하는가

판단내용: 이 사례에서 유럽인권재판소는 이탈리아 내의 여론과 사법부의 견해를 중요한 판단 근거로 원용하였다. 이탈리아 대법원은 안정적인 관계에서 함께 살고 있는 동성커플은 유럽인권협약 제8조에 따른 사생활 및 가족생활을 존중받을 권리를 누리므로 혼인한 커플과 동일한 법적 대우를 주장하기 위해 법원에 소를 제기할 수 있다고 판시한 바 있고,[7] 이탈리아 헌법재판소는 동성커플에게 혼인을 대체하는 제도를 마련할 의무가 입법자에게 있음을 여러 차례에 걸쳐서 확인하였으며, 이탈리아에서 실시된 설문조사 결과에서도 동성커플의 인정과 보호에 대한 대중적 지지가 존재하는 것으로 나타났다는 점이 결정문에 상세히 서술되었다. 유럽인권재판소는 이와 같은 국내적 상황에도 불구하고 이탈리아 의회가 30년간 관련 법률을 제정하지 못하였고 이탈리아 정부는 청구인들이 동성커플을 인정하고 보호하는 구체적인 법체계를 보장하여야 할 적극적 의무를 이행하지 못하였다고 지적하면서 협약 제8조 위반이라고 판결했다.[8]

7 Sentenza 4184/2012, Court of Cassation, Italy (2012. 3. 15.).
8 제8조와 관련한 제14조 위반 여부는 검토하지 않았다.

국가인권위원회 humanrights.go.kr

다. 성적지향에 따른 차별

이탈리아 법에 대한 유럽인권재판소의 결정이 혼인에 동성커플을 포함해야 한다는 데까지 나아가지 못한 반면, 미국과 오스트리아는 동성커플이 혼인 제도에서 배제되는 것이 차별로서 위헌임을 적극적으로 인정하였다.

미국에서는 연방과 주에서 동성커플의 혼인권에 대한 여러 건의 소송이 진행되며 입법적 변화와 법리 발전이 이루어졌다. 법률상 혼인권의 보호에서 성별을 아예 언급하지 않거나 이성혼만을 전제로 하여 조문을 구성하였던 다른 국가들과 달리 미국은 동성커플을 배제할 목적의 법률을 제정하였다가 법원의 판결을 통해 평등 보호 위반을 확인하였다는 특징이 있다. 1993년 하와이주 대법원에서 동성혼을 제한하는 법률이 성별에 따른 차별로서 엄격심사 대상이 된다고 판단하자, 동성혼의 도입을 우려한 몇몇 주에서 혼인이 이성 간의 결합임을 명시하는 입법을 하게 되었고, 연방에서는 1996년, 혼인을 '한 남성과 한 여성 간의 법적 결합'으로 명시한 「혼인보호법(Defense of Marriage Act)」을 연방법으로 제정하였다.[9] 이 법률은 혼인에서 동성커플을 제외하는 법적 근거로 기능하다가 2013년과 2015년 각각 연방대법원에서 위헌 선언되었다.

2013년 U.S. v. Windsor[10] 판결은 「혼인보호법」 제3조가 수정헌법 제5조 위반임을 인정한 사례이다. 레즈비언 커플 중 한 명이 사망하면서 동성 배우자에게 유산을 상속하였는데, 「혼인보호법」이 혼인과 배우자의 정의를 이성 간 관계로 제한하고 있어 배우자로서 상속세를 면제받지 못하였다. 원고는 평등보호원칙 위반을 주장하며 상속세 환급 소송을 제기하였다. 소송 도중 법무부장관은 「혼인보호법」의 집행은 계속 할 것이지만 합헌성은 방어하지 않겠다는 입장을 내놓았고, 하원의 양당 법률자문단(Bipartisan Legal Advisory Group)에서 소송에 참가하여 합헌성을 주장하였다.[11] 1심, 2심 법원에서 「혼인보호법」 제3조가 위헌이라고 결정한 데 이어, 연방대법원은 수정헌법 제5조의 적법절차원칙, 평등보호원칙 위반을 확인하며 5:4로 위헌 결정을 내렸다.

다만 이 결정은 이미 주에서 동성커플의 혼인을 인정하고 있음에도 불구하고 연방법으로 인하여 동성 배우자가 혜택을 받지 못하게 된다면 차별이라는 의미이지, 동성커플에게 혼인할 권리가 있음을 확인한 것은 아니었다. 따라서 연방대법원 결정으로 인하여 각 주에서 동성커플의 혼인을 인정하여야 할 적극적 의무가 발생하지는 않았다.

---

9 김지혜, "동성혼에 관한 미국 판례의 전개", 법과사회 제46권 (2014), 270-271, 273; Obergefell v. Hodges, 576 U.S. __ (2015).

10 U.S. v. Windsor, 570 U.S. 744 (2013).

11 정연, "동성혼인에 대한 국제적 동향: 미국 및 유럽국가의 판례검토", 동성결혼과 소수자의 인권보호, 헌법재판연구원·충북대학교 법학연구소 (2016), 35.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

동성커플의 혼인할 권리가 확인된 것은 「혼인보호법」의 위헌 결정으로부터 2년 뒤인 2015년 6월, 연방대법원의 Obergefell v. Hodges 판결에서였다. 2013년 판결에도 불구하고 여전히 50개 주 중 13개 주에서 동성혼이 불가능했다.[12] Obergefell v. Hodges 판결에서 연방대법원이 혼인을 이성 간의 관계로 제한하는 주법들이 수정헌법 제14조 적법절차원칙 및 평등보호원칙을 위반하는 것이고, 동성커플은 혼인할 권리를 행사해야 한다고 판결함으로써 미국의 모든 주에서 동성혼이 합법화되었다.

미국 연방대법원

Obergefell v. Hodges, 576 U.S. __ (2015. 6. 26.)

사건개요: 혼인을 "한 남성과 한 여성의 결합"으로 규정한 미시건, 켄터키, 오하이오, 테네시주의 동성커플들이 혼인할 권리 또는 동성혼을 인정하는 주에서 성립된 혼인을 유지할 권리를 주장하며 소를 제기하였다. 원고들은 각 주의 연방지방법원에서 승소하였으나 연방항소법원에서 패소하여 상고하면서 연방대법원에서 병합 심리하게 되었다.

쟁점: 수정헌법 제14조에 따라 주는 동성 간 혼인을 허가하여야 하는가. 수정헌법 제14조에 따라 주는 다른 주에서 허가된 동성혼을 인정해야 하는가

판단내용: 연방대법원은 먼저, 헌법이 보장하는 자유에는 합법적 영역 내에서 자신의 정체성을 정의하고 표현할 자유가 포함되며, 원고들은 동성 파트너와 혼인하고 그 혼인이 이성혼과 동등하게 적법한 것으로 인정받음으로써 그러한 자유를 얻고자 하는 것이라고 서술한 뒤, 원고들은 혼인을 동성커플에게로 확대함으로써 혼인제도를 모욕하고자 하는 것이 아니라 오히려 혼인의 특권과 책임에 대한 존중과 필요성으로 혼인을 추구하는 것이라는 점, 혼인이 부모들의 합의에서 당사자 간의 자발적 계약으로 변화하고 기혼여성에게 소유 또는 계약의 권한을 박탈하였던 제도가 소멸하는 등 혼인제도는 시간이 흐름에 따라 진화하였으며, 이러한 변화는 새로운 세대에게 새로운 차원의 자유를 명백히 하며 혼인제도를 약화시키는 것이 아니라 도리어 강화시켰다는 점, 동성애를 정신장애로 분류하고 차별과 처벌을 하던 과

12 ILGA World, 앞의 글, 284.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

거를 지나 이제 법원은 성적지향에 따른 차별을 폐지하는 결정을 축적하고 있다는 점 등을 전제한 뒤 심판대상 법률의 위헌 여부를 판단하였다.

먼저 수정헌법 제14조 적법절차 조항과 관련하여서는, ① 개인의 자율성 개념에 혼인에 대한 개인의 선택권이 내재되어 있다는 점, ② 혼인할 권리는 다른 어떤 결합 관계보다도 중요한 2인의 결합을 지지하기 때문에 기본적인 권리인바, 동성커플은 단지 동성 간 친밀성을 처벌하는 법으로부터의 자유를 넘어, 친밀한 결합 관계를 향유할 권리를 이성커플과 동일하게 향유한다는 점, ③ 혼인권은 자녀와 가족을 보호함으로써 육아, 출산, 교육의 권리와 관련하여 유의미한데, 많은 동성커플들이 자녀를 양육하고 있는 상황에서 동성커플의 혼인을 부정하는 것은 동성커플의 자녀에게 해를 끼친다는 점, ④ 혼인은 국가의 사회질서의 핵심임에도 동성커플은 혼인으로써 보장되는 혜택에서 제외되고 이성커플과 달리 불안정한 상태에 놓인다는 점을 지적하면서, 혼인을 이성커플로 제한하는 것이 혼인권의 중심적 의미와 양립 불가능하다고 하였다.

다음으로 수정헌법 제14조 평등보호와 관련하여서는, 심판대상 법률들은 이성커플에게 부여하는 혜택에서 동성커플을 제외함으로써 동성커플의 기본권 행사를 부인하는 것이어서 본질적으로 불평등하며, 특히 동성커플 관계를 부정해왔던 오랜 역사를 볼 때, 이러한 부인은 동성애자에게 중대하고 지속적인 해를 끼쳐 동성애자를 무시하고 종속시키는 데 기여한다고 하였다.

결론적으로 연방대법원은 혼인권이 개인의 자유에 내재된 기본권으로서, 수정헌법 제14조의 적법절차 및 평등보호 원칙에 따라 동성커플 또한 혼인할 권리와 자유를 박탈당해서는 안 되고, 동성커플은 혼인할 기본권을 행사할 수 있으므로, 심판대상 법률은 동성커플을 민법상 혼인에서 배제하는 한 무효가 된다고 판시하였다. 이에 따라 모든 주에서 동성커플이 혼인의 기본권을 행사할 수 있으므로, 다른 주에서 성립된 동성 간 혼인의 인정을 거부할 합법적 근거가 없다고 하였다.

오스트리아는 동성커플의 동반자관계를 등록할 수 있도록 하는 제도를 먼저 도입하였다가 헌법재판소에서 2017년 혼인과 구별되는 등록 동반자 제도가 차별임을 확인한 이후 2019년 1월부터 동성혼이 가능해졌다. 오스트리아에서는 2010년 「등록 동반자관계법(Eingetragene Partnerschaft-Gesetz)」이 시행되면서 동성커플의 동반자관계 등록이 가능하게 되었으나 여전히 혼인과는 구분되는 제도였다. 동반자관계 등록 제도 도입 이후로 동성커플의 공동 입양이

국가인권위원회
humanrights.go.kr

가능하게 된 것을 비롯하여 동반자관계와 혼인에 부여되는 권한의 차이는 점차 줄어들었지만, 제도 자체는 구분되는 것으로 유지되었다. 「일반민법(Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch)」은 혼인을 이성인 두 사람 사이에서의 계약으로 명시하고(제44조), 「등록 동반자관계법」은 동성 간에만 등록 동반자관계를 맺을 수 있도록 하는 것이었다.

오스트리아 헌법재판소

G258/2017 (2017. 12. 4.)

사건개요: 등록 동반자관계로 동거 중인 청구인이 혼인관계 창설 허가를 신청하였다가 거부당한 뒤 행정법원에 항고하였으나 패소하여 헌법소원을 제기하였다. 헌법재판소는 이 결정의 헌법소원을 심리하면서 직권으로, 「일반민법」이 혼인을 이성 간의 관계로 제한하는 것과, 「등록 동반자관계법」이 동반자관계를 동성 간 관계로 제한하는 것의 합헌성을 심사하게 되었다.

쟁점: 혼인을 이성커플에게만 가능하도록 하고 동반자관계는 동성커플에게만 가능하도록 한 법이 평등원칙에 반하는가

판단내용: 헌법재판소는 혼인과 등록 동반자관계 제도를 이원화한 것이 동성애자와 이성애자가 동등하지 않음을 표현하는 것이고, 제도의 이원화로 신분 상태가 다르게 표기되어 동반자관계에 있는 사람은 별다른 이유 없이 성적지향을 드러내야 하는 상황에 처하게 되어 등록 동반자 제도를 도입한 의도와 달리 차별적인 결과를 낳는다고 하면서, "이성 간 관계인지 동성 간 관계인지에 따라 서로 다른 법제도를 적용하는 것은 성적지향과 같은 개인적 특성을 이유로 개인을 차별해서는 안 된다는 평등 대우의 원칙에 위배"된다고 판시하였다.[13] 헌법재판소는 「일반민법」 제44조 혼인의 개념 조항에서 "이성", 「등록 동반자관계법」에서 "동성"이라는 문구를 위헌으로 폐지하기로 하고 그 시점을 2018년 12월 31일로 정하였다. 다만 「등록 동반자관계법」 자체는 위헌이 아니므로 폐지하지 않기로 하였다.

13 Constitutional Court of Austria, "Distinction between Marriage and Registered Partnership Violates Ban on Discrimination", (2017. 12. 5.), https://www.vfgh.gv.at/medien/Ehe_fuer_gleichgeschlechtliche_Paare.en.php, (2021. 9. 24. 확인).

KOR 국가인권위원회 humanrights.go.kr

G258/2017 결정에 따라 오스트리아에서는 2019년 1월 1일부터 동성커플과 이성커플 모두 혼인과 등록 동반자제도의 선택이 가능하게 되었다. 이성혼을 명시하였던 민법 제44조는 "이성의 두 사람"에서 "이성의(verschiedenen Geschlechtes)"를 삭제하고 "두 사람"이라고만 하고 있다.

라. 이성혼의 보호와 동성혼 인정의 양립가능성

미국과 오스트리아는 헌법에 혼인에 관한 규정을 두고 있지 않아[14] 동성커플의 혼인권 판단에서 평등권이나 적법절차의 원칙이 주로 쟁점이 되었지만, 헌법상 혼인권이 명시되어 있고 "남성과 여성"이라는 표현이 사용되는 국가에서는 혼인의 범위에서 동성커플을 배제하는 것이 혼인 보호에 부합한다는 주장에 맞닥뜨렸다. 앞에서 소개한 판례들은 동성커플 관계를 혼인이 아닌 가족생활이나 사생활의 영역으로 보거나 성적지향에 따른 차별에 해당하는지를 주로 판단함으로써 혼인권 외의 권리를 원용하였던 반면, 다음 사례들은 헌법상 보호되는 혼인의 본질과 동성혼의 관계를 직접 다루었다. 스페인과 콜롬비아 헌법재판소는 공통적으로 헌법이 보호하는 혼인이 이성 간의 혼인이라 하더라도 혼인을 동성 간의 혼인으로 확장하는 것이 금지된다고 볼 수 없고, 동성혼을 허용한다고 하여 이성혼에 영향을 끼치는 것도 아니어서 혼인의 본질적인 내용이 변화하게 되는 것은 아니라는 점을 들어 이성혼을 전제로 한 혼인권 조항과 동성혼의 인정이 양립가능하다고 판단하였다. 또한 대만은 헌법에서 이성 간의 혼인에 대한 명시적 규정을 두지는 않았지만 헌법재판소의 판결에서 동성혼의 허용이 이성혼을 전제로 하는 기본적 윤리 질서를 침해한다는 주장을 정면으로 반박하면서 헌법이 이성애자만이 아니라 동성애자의 혼인의 자유 또한 보호한다는 점을 명확히 하였다.

스페인은 2005년 민법 개정으로 동성 간의 혼인을 허용하였다. 혼인할 권리를 규정한 스페인 민법 제44조는 2문에서 혼인은 양당사자가 "동성이든 이성이든 같은 요건과 효과를 갖는다"고 함으로써 동성커플에게도 이성커플과 동등한 보호를 명시하였다. 개정법이 시행된 직후 우파 정당인 인민당(People's Party) 의원들이 이 조항에 대하여 헌법소원 심판을 청구하였고, 7년에 걸친 심리 끝에 2012년 스페인 헌법재판소가 헌법소원을 기각함으로써 동성혼의 합헌성을 확인하였다.[15] 198/2012 판결에서 헌법재판소는 남성과 여성의 혼인에서의 평등을 규정한 헌법 제32조가 동성혼을 포함한다고 보기는 어렵지만, 이는 헌법 제정 당시 혼인이 이성 간의 결합으로 간주되었기 때문이고, 헌법재판소는 시대 변화를 반영하여 "발전적 해석"을 해야 한다고 하였다. 헌법이 이성 간의 혼인 규정을 두었다는 점이 동성혼을 금지한다

14 오스트리아는 헌법에 혼인에 관한 규정이 없지만 헌법적 지위를 갖는 유럽인권협약 제12조의 혼인권이 적용될 수 있다. 윤진수, "유럽에서의 동성혼인 및 동성결합에 관한 최근의 동향", 가족법연구 제35권 제2호 (2021), 22.

15 Sentencia 198/2012 (2012).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

는 의미가 아니고, 동성혼의 허용은 혼인제도의 변질이나 이성혼의 변화를 야기하지 않으면서 동성커플의 권리를 확대하는, 시대의 변화에 따른 혼인제도의 발전이라고 보아 개정 민법은 헌법에 부합하는 것이라고 결론내렸다.

스페인 헌법재판소

Sentencia 198/2012 (2012. 11. 6.)

사건개요: 우파 정당인 인민당 의원들이 동성 간의 혼인을 인정한 개정 민법에 대하여 헌법소원 심판을 청구하였다. 스페인 헌법은 혼인에서의 평등 조항(제32조)에서 "남성과 여성(el hombre y la mujer)"이 법률상 평등하게 혼인할 권리를 갖는다고 규정하고 있다. 청구인들은 헌법이 보호하는 혼인에 동성혼은 포함되지 않으며, 개정 민법이 동성혼과 이성혼을 동일하게 취급함으로써 평등 원칙(제14조)을 위반하였다는 등의 이유를 들었다.

쟁점: 동성혼을 인정한 민법 제44조 2문이 헌법상 혼인에서의 평등(제32조)에 위배되는가

판단내용: 헌법재판소는 헌법 제32조가 동성혼을 포함하는 의미라고 보기는 어렵지만 그렇다고 하여 동성혼을 배제하는 것도 아니라고 보았다. 1978년 헌법 제32조 제정 당시에는 혼인이 남성과 여성 간의 결합으로 간주되었고 동성 간의 혼인은 쟁점이 되지 않았으며, 헌법재판소는 시대의 변화에 따른 발전적 해석을 하여야 하는데 동성혼을 허용하는 국가는 증가하고 있고 혼인의 개념 또한 다양화되는 추세에서 개정 민법은 변화한 스페인의 법문화를 반영하여 혼인 제도를 발전시킨 것이라고 평가했다. 결국 헌법재판소는 개정 민법이 혼인권의 본질적 내용에 반하지 않는다고 판단했다. 혼인에 동성커플을 편입한다고 하여 혼인제도가 변질되거나 이성커플의 혼인 요건이나 효과가 달라지는 것도 아니고 이성커플은 법 개정 전과 동일한 권리를 누리며 다만 동성커플에게 권리를 확대하는 것이므로 혼인권의 본질적인 내용에서의 변화 없이 인간의 존엄과 인격권의 보장이 진일보하는 계기를 마련하였다는 것이다. 이에 따라 헌법재판소는 개정 민법에 대한 헌법소원 청구를 기각하였다.[16]

16 3명의 반대의견이 있었다. Ramón Rodríguez Arribas, Andrés Ollero Tassara, Juan José González Rivas 재판관은 헌법에서 "남성과 여성"이 혼인할 권리를 갖는다고 하였으므로 동성커플을 혼인에 포함하는 것은 혼인제도의 본질을 훼손하는 것이고, 동성혼을 허용하려면 민법이 아닌 헌법을 개정해야 하는 사안이라고 보았다.

KOR 국가인권위원회 humanrights.go.kr

콜롬비아에서도 혼인의 본질에 대한 논의가 행해졌다. 콜롬비아 헌법은 "남성과 여성의 자유로운 결정으로 혼인"을 한다고 규정하고(제42조), 민법에서는 혼인의 정의에 "남성과 여성"이 하는 계약이라고 명시하고 있었다(제113조). 헌법재판소는 2011년 C-577/11[17] 결정에서 민법이 혼인을 "남성과 여성"의 결합으로 정한 것은 합헌이라고 판시하면서도 동성커플에 대한 "보호의 결여를 해소하기 위하여 체계적이고 조직적인 방식으로 동성커플의 권리에 관한 입법을 할 것"을 권고하였다. 입법 시한은 판결 선고일로부터 약 2년 뒤인 2013년 6월 20일로 정하였으며, 기한까지 입법을 하지 않으면 동성커플은 공증인 또는 판사 앞에서 계약 관계를 공식화하고 엄수할 수 있다고 판시하였다. 판결 이후 동성 간의 혼인을 인정하는 법안과 민사결합을 도입하는 법안들이 제출되었지만 의회를 통과하지 못한 채 입법 시한을 넘기게 되었다. 입법 시한이 지나 동성커플의 계약이 가능해지자 지방법원에서 동성커플의 혼인을 공인하거나[18] 공증인이 혼인 확인을 거부하는 등 일관성 없는 사례들이 나타났고, 동성 간 혼인을 비롯하여 동성커플 관계의 계약과 관련된 여러 건의 소송이 제기되어 헌법재판소에서 병합 심리하게 되었다.

2016년 콜롬비아 헌법재판소는 SU-214/16 판결을 통해 동성커플의 혼인권을 확인하였다. 헌법재판소는 혼인이 지속적으로 변화해온 "진화론적 개념"이라고 하면서, 혼인의 목적은 "가족을 형성할 수 있도록 하는 의지 또는 공존의 유대를 공고하게 하는 것"이지 출산이 아니라고 하였다. 만약 출산이 목적이라면 출산하지 않거나 출산할 수 없는 이성커플의 혼인도 거부되어야 하는데 이성커플은 출산 여부와 무관하게 혼인할 수 있다. 또한 헌법이 이성혼을 전제로 한다는 점이 곧 동성혼의 금지를 의미하는 것도 아니며, 혼인에서 이성커플과 동성커플의 차등 대우는 성적지향에 따른 의심스러운 차별로서 엄격심사 대상인데 엄격심사를 통과할 수 없다고 하면서 동성커플의 혼인권을 보장하기 위하여 C-577/11 결정의 입법 시한인 2013년 6월 20일 이후의 모든 동성커플의 혼인이 완전한 법적 효력을 갖는다고 선언하였다.

---

17 Sentencia C-577/11 (2011).

18 RCN Radio, "Carlos y Gonzalo, la primera pareja gay "civilmente casada", pero sin matrimonio", (2013. 7. 24.) https://www.rcnradio.com/colombia/jueza-toma-decision-historica-declara-civilmente-casados-primera-pareja-gay-79665, (2021. 9. 24. 확인).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

콜롬비아 헌법재판소

SU-214/16 (2016. 4. 28.)

사건개요: 이 사건에는 총 6개의 재판소원 사건이 병합되었다. 병합된 사건은 출생성별이 여성으로 기재된 트랜스남성의 여성과의 혼인이 무효로 결정된 데 대한 재판소원, 시법원에서 동성커플의 혼인을 공인한 데 대하여 공직감찰원이 제기한 재판소원, 공증인이 동성커플의 혼인 확인을 거부한 데 대한 재판소원, 등기소에서 동성커플의 혼인 신고를 불수리한 데 대한 재판소원 등이었다.

쟁점: 동성 간 혼인을 허용하는 것이 헌법상 가족 보호(제42조)에 위배되는가

판단내용: 헌법 제42조 가족의 보호 조항은 "남성과 여성의 자유로운 결정으로 혼인"한다고 하였고 민법 제113조는 혼인을 "남성과 여성이 함께 살고, 출산하고, 상호부조하기 위하여 결합하는 엄숙한 계약"으로 정의하였다. 헌법재판소는 혼인이 오랜 시간에 걸쳐 변화해 온 진화론적 개념이라고 하면서 혼인의 목적은 섹슈얼리티나 출산이 아니라 가족을 형성할 수 있도록 하는 의지 또는 공존의 유대를 공고하게 하는 것이며 만일 출산이 혼인의 목적이라면 자녀를 갖지 않기로 하거나 자녀를 가질 수 없는 커플도 혼인에서 배제되었을 것이라고 보았다. 그동안의 헌법재판소 결정에서 동성애자는 전통적으로 차별받는 집단이었지만 성적지향에 따른 차등 대우는 합헌성의 엄격한 통제를 받아야 하는 영역으로 인간 존엄, 자유, 평등 원칙의 침해가 추정되고, 그간 헌법재판소는 자녀 입양 등 몇몇 결정을 통해 동성커플의 보호 결여를 일부나마 보완하고자 해왔다고 하였다. 또한 헌법재판소는 인간 존엄, 자유, 평등의 원칙에 따라 모든 인간이 자신의 성적지향에 따라 혼인할 수 있다고 확인하고, 사회, 민족, 인종, 국가 또는 성적 정체성에 따른 구별 없이 혼인 계약을 맺을 수 있는 자율성은 인간존엄에 입각한 것이라고 하면서, 만일 이성커플은 사실상의 결합과 법률혼이 모두 가능한데 동성커플은 사실상의 결합만 가능하다면 그것은 성적지향에 따른 의심스러운 차별로서 엄격심사를 통과하지 못할 것이라고 판단했다. 그리고 헌법은 금지의 언어로 쓰인 규범이 아니라 가치, 원칙, 기본권의 언어로 구성된 최고 규범으로, 체계적 해석을 통해 본질적 내용이 확정되어야 하는 것이라는 점에서 보면, 어떤 범주를 명시하는 것이 다른 것의 존재를 배제하는 것은 아니므로 헌법 제42조는 이성애자의 입장에서 규정된 것이기는 하지만 남성과

국가인권위원회
humanrights.go.kr

여성이 서로 혼인할 수 있다는 규정이 곧 동성 간의 결합이 불가능하다는 것을 의미하지는 않는다고 하였다.
이상을 종합하여, 헌법재판소는 재판관 9인 중 찬성 6인, 반대 3인으로 동성커플의 혼인권을 인정하였다. 헌법재판소는 C-577 결정에서 확인하였던 동성커플 보호 결여를 극복하고 혼인권을 보장하며 개인의 시민적 지위에 관한 법적 확실성 원칙을 유지하기 위하여, 2013년 6월 20일 이후 혼인 등록을 하려 시도하였다가 거부당하였거나 이후 혼인을 하고자 하는 모든 동성커플에게 이 결정의 효력을 확대한다고 판시하고, 2013년 6월 20일 이후의 모든 동성커플의 혼인은 완전한 법적 효력을 갖는다고 선언하였다.

대만은 사법원 제748호 결정을 통하여 동성혼의 합헌성을 확인하였다. 혼인신고를 거부당한 동성커플이 이성 간의 혼인만을 허용하는 민법의 위헌 여부 심사를 요청하면서 혼인의 자유와 평등권(제7조) 침해를 주장하였다. 대만의 경우 헌법에 혼인 또는 가족의 권리에 대한 명시적인 규정은 없기 때문에 기본권 보장의 일반 조항인 헌법 제22조로부터 혼인의 자유를 도출하였다. 헌법 제22조는 헌법 제7조에서 제18조까지 나열된 자유와 권리 이외의 자유와 권리를 보장한다. 제748호 결정은 헌법이 보호하는 혼인의 범위를 이성혼으로 제한하지 않았다. 사법원은 혼인 여부 및 혼인 상대방을 결정할 혼인의 자유가 인격의 건전한 발전과 인간의 존엄성 보호에 필수적인 것으로서 헌법 제22조는 동성애자와 이성애자 모두에게 혼인의 자유를 보장한다고 해석하였다. 이에 따라 민법이 "친밀하고 배타적인 영구적 결합"을 동성커플에게 허용하지 않은 것이 "심각한 입법적 결함"이라고 하였다. 기존의 혼인 제도가 이성혼에 기반을 두고 있고 이성혼 제도에 기초한 사회적 윤리 질서를 지키기 위해 동성혼을 허용해서는 안 된다는 주장에 대해서는, 동성커플에게 "친밀하고 배타적인 영구적 결합" 관계를 인정한다고 하여 기존의 이성혼 제도에 영향을 주거나 이성커플의 혼인에 변화를 야기하는 것도 아니고 오히려 동성혼을 인정하는 것이 안정된 사회를 위한 기반을 제공하는 것이라고 하였다. 또한 위 SU-214/16 판결의 콜롬비아 헌법재판소와 같이, 동성커플이 출산할 수 없다고 하여 혼인을 허용하지 않는 것은, 이성커플에게도 출산 능력을 요구하지 않는다는 점을 보더라도 "명백한 이성적 근거가 없는 차등 대우"에 해당한다고 판단하였다. 이에 따라 사법원은 동성커플을 혼인에서 배제하는 것이 헌법 제22조가 보호하는 혼인의 자유와 헌법 제7조 평등권을 침해한다고 결론 내리고 2년 내에 판결의 취지에 따라 관련 법률을 제정하거나 개정할 것을 주문하였다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

대만 사법원

釋字第748號 (2017. 5. 24.)[19]

사건개요: 동성커플이 혼인신고를 거부당하여 행정소송을 제기하였다가 기각되자 사법원에 헌법 해석을 요청하였다.

쟁점: 동성 간 혼인을 허용하지 않는 민법이 헌법 제22조에 따라 보장되는 혼인의 자유와 평등권(제7조)을 침해하는가

판단내용: 먼저 혼인의 자유와 관련하여, 사법원은 배우자가 없는 사람은 혼인할지 여부와 혼인 상대방을 포함하여 혼인의 자유를 가지며, 이러한 결정의 자유는 인격의 건전한 발전과 인간 존엄 보호에 필수적인 것이어서 동성애자와 이성애자 모두에게 보장되어야 하고, 헌법 제22조는 두 형태를 모두 보호하는 것이라고 하면서 민법상 '혼인'의 장이 친밀하고 배타적인 영구적 결합을 동성의 2인에게 허용하지 않는 것이 명백히 심각한 입법적 결함이라고 하였다. 또한 동성의 2인에게 친밀하고 배타적인 영구적 결합을 인정하는 것이 이성커플에게 '혼인'의 장을 적용하는 데 영향을 주지 않으며, 기존의 이성혼에 기반을 둔 사회 질서를 바꾸지도 않을 것이고, 동성혼의 인정은 이성혼과 더불어 안정된 사회를 위한 집단적 기반이 된다고 덧붙였다.

다음으로 제7조 평등권의 침해에 대해서는, 헌법 제7조가 "남녀, 종교, 종족, 계급, 당파"에 관계없는 법률상 평등을 보장한다고 하고 있지만 5가지 사유는 예시일 뿐이므로 성적지향에 따른 차등 대우도 평등권 조항에 따른다고 하면서, 성적지향은 변하지 않는 특성이고 동성애는 질병이 아님에도 오랫동안 동성애자들이 차별을 겪었고 법적으로 약자의 지위에 있었기 때문에 성적지향에 따른 차등 대우의 합헌성 판단은 강화된 기준을 적용하여야 한다고 전제한 다음, '혼인'의 장에서는 이성혼의 요건으로 출산할 수 있는 능력을 요구하지 않고 출산할 수 없다고 하여 혼인이 무효가 되거나 이혼이 명령되는 것도 아니어서 동성의 2인이 출산할 수 없다는 이유로 혼인을 허용하지 않는 것은 명백한 이성적인 근거가 없는 차등 대우

19 Constitutional Court Republic of China (Taiwan), "Press Release On the Same-Sex Marriage Case", (2017. 5. 24.), http://jirs.judicial.gov.tw/GNNWS/NNWSS002.asp?id=267570, (2021. 9. 24. 확인).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

이고, 동성 간의 혼인을 허용하더라도 기존의 이성혼 제도에 기초한 기본적 윤리 질서는 영향을 받지 않을 것이어서 기본적 윤리 질서를 지키기 위하여 동성 간의 혼인을 허용하지 않는 것도 명백한 이성적인 근거가 없는 차등 대우로서, 이러한 차등 대우는 헌법 제7조가 보호하는 평등권에 위배된다고 판시하였다.

사법원은 2년 내로 판결에 따라 관련 법률을 제정 또는 개정하여야 하며 2년 내로 법률을 제·개정하지 않을 때에는 동성의 2인은 2인 이상의 증인이 서명한 문서를 제출하여 혼인신고를 함으로써 민법상 '혼인'의 장에 따른 친밀하고 배타적인 영구적 결합 관계를 맺을 수 있도록 하였다. 법률의 형식은 입법 재량에 맡겼다.

2) 동성커플의 법적 결합 인정 입법례

가. 프랑스

1960~1975년 기간에 행해진 가족법 개혁에서 자유, 평등, 다원주의가 프랑스 가족법의 기본원리로 설정된 이래로 현재까지도 세 가지 원리는 가족법의 방향성을 제시하고 있다.[20] 이에 따라 프랑스에서는 가족 형태의 결정에서도 개인의 선택을 존중하도록 한다. 현재 프랑스에서 커플의 결합 관계는 동성커플과 이성커플 모두에게 혼인, 동거계약, 사실혼이 인정된다.

동거계약은 1999년 프랑스 「민법(Code civil)」의 개정으로 성별에 무관한 제도로 도입되었으며, 이후 2013년에 동성혼이 법제화되었다. 동거계약(Pacte Civil de Solidarite, PaCS)이란 "이성 또는 동성의 성년인 두 자연인이 공동생활을 영위할 목적으로 체결하는 계약"(제515-1조)을 의미한다. 당사자들은 성년이어야 하고, 직계존속, 직계비속, 직계인척, 3촌 이내의 방계혈족 관계여서는 안 되며, 2인 중 1인이 이미 혼인중이거나 동거계약 중인 경우에도 동거계약은 무효가 되도록 하여(제515-2조) 혼인과 같이 중혼금지가 적용된다. 동거계약 당사자는 물질적 조력과 상호부조의 의무, 공동생활을 영위할 의무, 일상가사채무의 연대책임을 진다(제515-4조). 동거계약은 일방의 사망이나 혼인, 또는 당사자들의 혼인, 일방의 결정이나 당사자들의 종료 합의에 따른 신고로 해소된다(제515-7조). 이는 혼인 해소를 위하여 거쳐야 하는 복잡한 이혼 절차에 비하여 매우 간소한 것이다. 동거계약은 동성커플의 결합관계에 대한 법

20 이상욱, "프랑스 가족법의 동향", 가족법연구 제32권 제2호 (2018), 201-203.

humanrights.go.kr 국가인권위원회

적 보호를 목적으로 도입된 것이지만 동성커플과 이성커플 모두에게 열린 제도로 만들어졌으며, 이성커플도 혼인보다 자유로운 동거계약을 널리 활용하는 것으로 알려져 있다.[21]

사실혼(concubinage)은 동거계약과 별개로 인정된다. 사실혼은 "커플로서 살고자 하는 이성 또는 동성의 2인 간의 안정적이고 지속적인 공동생활을 특징으로 하는 사실상의 결합"을 의미한다(제515-8조). 민법에 사실혼 조항을 둔 것은 혼인이나 동거계약의 등록 없는 사실상의 공동생활 관계에 대해서도 어느 정도의 법적 보호를 하기 위한 것이라 할 수 있다. 동거계약 커플의 권리와 의무는 혼인 관계에 근접할 정도로 확대되어, 사실혼에 비하여 보호의 수준이 높다.[22] 프랑스는 파트너에 의한 폭력이 발생했을 때 피해자에 대한 보호조치명령을 「민법」에서 규정하는데, 혼인, 동거계약, 사실혼 관계의 파트너를 모두 포함한다(제515-9조).

나. 독일

입법적으로 독일에서 동성커플의 법적 결합은 2001년 8월 1일 「등록된 생활동반자관계에 대한 법률(Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft, 이하 '생활동반자법')」이 시행되면서 처음으로 인정되었다. 독일 「기본법(Grundgesetz)」의 혼인 보호 조항은 "혼인과 가족은 국가의 특별한 보호를 받는다"(제6조 제1항)고 하여 혼인 당사자의 성별을 드러내는 표현을 포함하지 않고 있다. 동성혼이 도입되기 전의 「민법(Bürgerliches Gesetzbuch)」에서도 마찬가지였다. 다만 연방헌법재판소는 여러 판례에서 이성 간의 혼인을 전통적 혼인제도의 핵심으로 해석하고 있었기 때문에[23] 「생활동반자법」의 입안 당시에도 생활동반자 제도는 「기본법」이 보호하는 혼인과 구별되는 제도로 설계되었다. 그러나 당시 법안의 입법 취지를 보면, 유럽의회가 이미 1994년에 동성애자에 대한 차별 금지를 촉구하였고 유럽의 여러 국가들에 동성커플의 법적 지위를 인정하는 입법이 존재한다는 점을 들면서 동성커플과 이성커플 사이의 생활에 대한 차별을 해소하고 동성커플의 생활공동체에 안정적인 법적 지위를 부여하여 상호 책임과 권리, 의무를 창설하고 이미 동성커플 사이에서 성장하고 있는 자녀의 복지를 보장하기 위한 제도를 마련하여야 할 필요성을 제기함으로써, 혼인과는 구별하되 성적지향에 따른 차별은 폐지하고자 하는 의도를 확인할 수 있다.[24]

이후 판례의 변화와 여러 차례의 법 개정을 거치면서 혼인과 생활동반자 제도의 차이는 점차 줄어들었다. 생활동반자 관계는 동성인 성인 2인의 의사 합치에 따른 법적 결합으로,

---

21 정애령, "동성 간 생활공동체의 법적 보장을 통한 현행 헌법상 혼인제도의 보완", 헌법학연구 제26권 제2호 (2020), 169; 송민영, "비혼 동거 커플의 증가와 프랑스의 시민연대계약(PACS)", 글로벌사회정책브리프 제13호 (2016), 2.

22 송민영, 앞의 글, 2-3.

23 1 BvR 205, 332, 333, 367/58, 1 BvL 27, 100/58 (1959. 7. 29.), 1 BvR 409/67 (1970. 10. 7.), 1 BvF 1, 2/01 (2002. 7. 17.) 등.

24 이지효, "독일에서의 동성혼에 관한 헌법적 연구", 헌법재판소 헌법재판연구원 (2021), 63-64.

국가인권위원회 humanrights.go.kr

생활동반자 관계를 맺은 사람은 상호 부양 의무가 있고(제2조, 제5조), 공동의 성(姓)을 사용할 수 있으며(제3조), 생활동반자의 가족과 가족 관계가 성립된다(제11조 제1항). 생활동반자의 자녀를 단독으로 입양할 수 있고(제9조 제7항), 생활동반자의 자녀의 일상생활과 관련된 문제에 대해 생활동반자와 협의하여 결정에 참여할 수 있다(제9조 제1항). 생활동반자와 재산 계약을 체결할 수 있으나(제7조) 별도의 재산 계약을 체결하지 않으면 민법상 부부재산제도의 적용을 받는다(제6조). 생활동반자의 사망 시에는 상속권이 인정되며(제10조) 별거 및 관계 해소 시 양육비 및 부양 요구와 관련된 조항도 마련되었다(제12조, 제16조). 생활동반자 관계의 해소는 일방 또는 양방의 신청에 의해 법원의 결정으로 한다(제15조). 생활동반자 관계 해소 이후 공동주택 및 가정용품의 처리는 「민법」상 배우자에게 적용되는 조항을 준용한다(제17조).[25]

「생활동반자법」이 공포되자 바이에른, 작센, 튀링엔 주정부가 연방헌법재판소에 이 법의 위헌성을 주장하였다. 연방헌법재판소는 혼인할 수 없는 동성 간에만 가능한 생활동반자 관계의 도입이 이성커플의 혼인의 자유에 직접적, 간접적 영향을 주지 않고, 혼인이 남성과 여성의 결합이라는 기존의 연방헌법재판소 판례와도 충돌하지 않으며 헌법상의 혼인제도 보호(제6조 제1항)에 위반되지도 않는다면서 합헌 결정을 내렸다.[26] 평등권 침해 주장 또한 기각하였다.

「생활동반자법」 시행 이후 동성 간의 혼인을 합법화하기 위한 시도가 지속되었다. 2013년에는 좌파당이, 2015년에는 녹색당에서 동성 간의 혼인할 권리 보장을 위한 법률을 발의하였으나 여당인 기독민주당/기독사회당(CDU/CSU) 연합과 사회민주당의 반대로 법사위원회 회의가 지연되자 녹색당은 2017년 초 법사위원회에서 법안을 다루도록 강제하는 가처분을 연방헌법재판소에 신청하였다.[27] 연방헌법재판소는 법안 논의가 중단된 상태가 아니라며 신청을 기각하였지만[28] 녹색당의 가처분 신청은 총선을 앞둔 상황에서 동성혼을 쟁점화하는 데 성공하였다고 평가된다.[29] 법사위원회가 연방참사원의 법안을 좌파당, 녹색당 법안의 대안으로 채택하여 2017년 6월 30일 표결에 부쳐졌다. 법안은 찬성 393표, 반대 226표, 기권 4표로 원안 통과되어,[30] 2017년 10월부터 독일에서 동성 간의 혼인이 가능해졌다. 반대표 중 무

---

25 이 단락의 내용은 현행법을 기준으로 한 것이다.

26 1 BvF 1, 2/01 (2002. 7. 17.).

27 이보연, "독일 동성혼 인정 과정을 통해서 본 의회와 연방헌법재판소의 상호작용", 서울법학 제26권 제4호 (2019), 71.

28 2 BvQ 29/17 (2017. 6. 14.).

29 이보연, 앞의 글, 71.

30 독일주재관, "동성결혼제도 도입을 위한 민법 개정", 국회사무처, 2 (2017. 7. 14.), https://nas.na.go.kr/nas/info/diplomacy_active02.do?mode=view&articleNo=383015, (2021. 9. 17. 확인).

국가인권위원회 humanrights.go.kr KOR

소속 1표를 제외한 225표가 모두 기독민주당/기독사회당에서 나왔다. 기독민주당/기독사회당의 연정 파트너였던 사회민주당은 법안 논의 과정에서는 논의가 더 필요하다며 유보적 입장을 보였으나, 법안 투표에서는 투표에 참여하지 않은 1표를 제외하고 모두 찬성표를 던졌다.[31] 좌파당과 녹색당 의원들의 유효 투표는 모두 찬성 의견이었고, 기독민주당/기독사회당 연합 소속 의원들도 1/4이 법안에 찬성하였다.[32]

「동성 혼인 권리 도입에 관한 법률(Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts), 이하 '혼인개방법(Eheöffungsgesetz)'」[33]에 따라 「민법」 제1353조 제1항 1문이 "혼인은 일생 동안의 결합이다"에서 "혼인은 2명의 이성 또는 동성 간의 일생 동안의 결합이다"로 수정됨으로써 혼인의 개념에 동성 간의 결합을 명시적으로 포함하게 되었다. 동성커플이 혼인을 할 수 있게 되면서 동성 간의 생활동반자 관계는 사실상 혼인으로 대체되었지만, 완전한 대체는 아니다. 동성 간의 혼인이 도입된 이후에는 새로운 생활동반자 관계를 체결할 수 없으나 동성혼이 가능해진 2017년 10월 1일 이전에 체결된 생활동반자 관계, 독일법이 적용되지 않는 외국에서 체결된 생활동반자 관계에는 「생활동반자법」이 적용된다(「생활동반자법」 제1조). 생활동반자는 당사자의 합의에 따라 혼인 관계로 전환할 수 있다(「생활동반자법」 제20a조).

다. 영국

영국에서는 동성커플의 혼인권 도입에 앞서 성적지향에 따른 차별을 제거하는 정치적, 법 · 정책적 변화가 꾸준히 진행되었다. 1997년 총선에서는 동성애 증오범죄의 처벌, 동성애자에 대한 차별 금지법이 공약으로 제시되었고 블레어 정부는 지방정부에 동성애자 차별 시정을 위하여 일자리를 확보하고 건강 정책을 만들 것을 요청하였으며, 동성애자의 평등권 확보를 위한 법안을 만들었다.[34] 2002년에는 「2002 입양 및 아동법(Adoption and Children Act 2002)」이 통과되어 동성커플의 파트너십 인정에 앞서 동성커플이 입양할 수 있는 권리가 먼저 인정되었다. 이러한 배경에서 동성커플에게 동반자관계를 인정하고 혼인과 유사한 법적 권리를 부여하는 법안이 의회를 통과하게 되었다. 법안에 대해 노동당과 자유민주당은 압도적인 지지를 표하였고, 보수당은 의견이 갈렸지만 더 많은 수가 찬성표를 던졌다. 보수당 지도자 마이클 하워드(Michael Howard)는 잇따른 선거 패배 이후 보수당의 이미지를 쇄신하기

31 독일주재관, 위의 글, 2.
32 독일주재관, 위의 글, 2.
33 입법취지 번역본은 이지효, 앞의 글, 64 이하를 참조할 것.
34 정희라, "영국 의회와 동성결혼 논쟁: 2013년 동성결혼법을 중심으로", 통합유럽연구 제7권 제2집 (2016), 124.

KOR 국가인권위원회 humanrights.go.kr

위한 방편으로, 노동당의 민사적 동반자관계법안에 대해 보수당 의원들의 자유 투표를 허용하더라도 자신은 개인적으로 법안을 지지한다는 의사를 명확히 밝혔다.[35] 기권 30명을 제외하고, 표결에 참여한 보수당 의원 중 반대가 37표였던 데 반하여 67명이 법안에 찬성함으로써[36] 영국에서 동성커플의 법적 인정이 시작되었다.

「2004 민사적 동반자관계법(Civil Partnership Act 2004)」의 제정에 따라 2005년 12월부터 동성 간에 민사적 동반자관계(Civil Partnership)의 등록이 가능하게 되었다. 동성커플은 혼인에서는 제외하되 민사적 동반자관계 등록만이 가능하도록 하고, 동반자관계는 이성커플을 제외한 동성커플만의 결합 관계로 구별하는 것이었다. 등록된 동반자관계에는 상속권, 사회보장, 연금, 주택 임차권, 동반자의 자녀에 대한 책임 등에서 혼인과 유사한 권리와 의무가 부여되었다.[37]

동성 간 동반자관계가 도입된 지 약 10년 뒤 「2013 동성혼인법(Marriage (Same Sex Couples) Act 2013)」을 통하여 혼인제도에 동성커플을 편입함으로써 동성커플의 혼인이 가능해졌다. 혼인이 허용되면서 동성 간의 민사적 동반자관계는 혼인으로 전환할 수 있게 되었다(제9조 제1항). 동반자관계법이 노동당 정부에 의해 추진되었다면, 동성혼인법은 보수당과 자유민주당의 연립정부에서 제출되었다. 정권이 교체된 총선 이듬해인 2011년 보수당과 자유민주당 연립정부가 동성혼인법 입법을 준비하겠다고 발표한 뒤 2013년 1월 여성 · 평등부 장관이 동성혼인법을 하원에 제출하였다.[38]

주요 정당들이 당론 없이 당원들의 자유 투표에 맡긴 결과 하원 2독회에서 노동당과 자유민주당 의원들은 대부분 법안에 찬성하였지만 보수당에서는 136명의 반대, 127명의 찬성, 36명의 기권으로 반대가 다소 많았다.[39] 전체적으로는 400명이 찬성, 175명이 반대표를 던져 유효표의 70%가 법안에 찬성하는 의견을 냈다.[40] 반대 의견을 피력한 의원들은 민사적 동반자관계 제도로 이미 평등권이 보장된 것이고,[41] 동성혼의 인정이 전통적 혼인 제도를 약화시키며 자녀 양육에 부정적이라고 주장했다.[42] 또한 성경을 들어 종교적인 이유에서 반대 의견을 제시했다.[43] 이에 대하여 찬성하는 측에서는 동성애자의 평등권과 자유권 보장의 차

35 Andrew Hindmoor, Twelve Days that Made Modern Britain, Oxford University Press (2019), 212–213.
36 Andrew Hindmoor, 위의 글, 213.
37 정희라, 앞의 글, 125.
38 정희라, 앞의 글, 126.
39 정희라, 앞의 글, 126–127.
40 정희라, 앞의 글, 126.
41 정희라, 앞의 글, 130.
42 정희라, 앞의 글, 132–133.
43 정희라, 앞의 글, 134.

국가인권위원회 humanrights.go.kr

원에서 법안을 옹호하였다. 노동당의 데이비드 라미(David Lammy) 의원은 민사적 동반자관계가 혼인 평등이라는 주장에 대하여 "분리하지만 평등한(separate but equal)" 것은 평등이 아니라고 반박하였다.[44] 법안은 2013년 6월 상원 투표에서 찬성 390표, 반대 148표로 통과되었다.[45]

「2013 동성혼인법」 시행 당시 영국 정부 평등청(Government Equalities Office)에서 배포한 동성혼인법 안내문에서는 "정부는 모든 커플에게 혼인을 허용하는 것이 섹슈얼리티에 관계없이 모든 개인에 대한 사회의 존중을 보여줌으로써 우리 사회가 모든 구성원에 대하여 더 공정하고 포용적인 사회가 되도록 할 수 있다고 믿는다. 이러한 변화는 혼인이라는 중요한 제도를 강화하고 혼인이 현대 사회의 필수적인 구성 요소로 남도록 한다"[46]고 하여, 동성 간 혼인의 인정이 모두의 권리를 확대할 뿐 아니라 혼인을 강화하는 데에도 긍정적이라는 메시지를 전달하고자 하였다. 동시에 종교적 입장에서 동성혼에 반대하는 태도를 의식한 부분도 엿보인다. 안내문은 많은 부분을 동성혼인법이 종교의 자유를 침해하지 않는다는 설명에 할애하였다. 동성혼인법은 어떠한 종교 단체나 대표도 동성혼인에 참여할 것을 강제당하지 않도록 보장하며,[47] 혼인이 남성과 여성 간에 이루어져야 한다는 종교적, 철학적 신념은 유럽인권협약 제9조에 따라 보호되고, 이러한 신념을 가졌다는 이유로 차별한다면 「2010 평등법(Equality Act 2010)」 위반에 해당한다는 해설을 덧붙였다.[48]

「2013 동성혼인법」으로 동성 간에도 혼인이 가능해졌지만 민사적 동반자관계가 폐지되지는 않음으로써, 혼인과 민사적 동반자관계의 차이가 무엇인지, 이성 간의 민사적 동반자관계는 왜 불가능한지의 문제가 제기되었다. 이제 논의는 동성커플의 평등한 권리 확보에서 가부장적 혼인 제도에 대한 문제 제기로 확장되었다. 민사적 동반자관계에서 평등권 소송은 이성커플에 의해 제기되었다. 자녀를 둔 이성커플이 혼인 제도의 성차별성을 주장하며 이성커플에게도 민사적 동반자관계를 인정하라는 소를 제기하였다. 2017년 상소법원에서는 패소하였지만, 2018년 대법원은 R v. Secretary of State for International Development[49] 판결을 통해 민사적 동반자관계에서 이성커플을 제외하는 것이 유럽인권협약에 위배된다며 차별을 인정하고, 법을 개정해야 한다는 판결을 선고하였다.

---

44 정희라, 앞의 글, 127.

45 정희라, 앞의 글, 127.

46 Government Equalities Office, "Marriage (Same Sex Couples) Act: A Factsheet" (2014), 1.

47 Government Equalities Office, 앞의 글, 1.

48 Government Equalities Office, 앞의 글, 3.

49 R (on the application of Steinfeld and Keidan) v. Secretary of State for International Development (in substitution for the Home Secretary and the Education Secretary) [2018] UKSC 32.

국가인권위원회 humanrights.go.kr

이에 따라 정부에서 개정안을 준비하였고, 「2019 이성커플의 동반자관계 규칙(The Civil Partnership (Opposite-sex Couples) Regulations 2019)」을 통해 "동성인 두 사람 간의 관계"라는 민사적 동반자관계의 정의에서 '동성'을 삭제함으로써 2019년부터 잉글랜드와 웨일즈 지역에서 이성커플 관계에서도 혼인과 민사적 동반자관계가 모두 가능하게 되었다. 동성커플과 달리 이성 간 민사적 동반자관계는 혼인으로 전환할 권리가 인정되지 않는다.[50]

민사적 동반자관계가 이성커플에게까지 확대되면서 잉글랜드와 웨일즈 지역을 기준으로 영국에서 파트너십은 동성혼, 이성혼, 동성 간 동반자관계, 이성 간 동반자관계의 네 유형이 존재하게 되었다.(〈표 10.1〉) 혼인과 동반자관계 등록의 자격은 동일하다. 동성 혹은 이성의 2인이 만 16세 이상이라야 체결할 수 있고 만 18세 미만인 경우에는 부모 등의 동의가 필요하다. 네 유형 모두 중혼금지가 적용되어, 다른 동반자관계나 법률혼 관계를 맺고 있지 않은 상태여야 하고, 두 사람은 근친 관계가 아니어야 한다. 영국에서 혼인은 민사적 계약만이 아니라 종교적 결합으로서의 의미를 갖는다. 반면 민사적 동반자관계는 전적으로 민사적인 것이며 혼인서약의 의무도 없다.

동성 혹은 이성 간의 혼인과 민사적 동반자관계 성립은 공통적으로 ① 일방이 혼인/민사적 동반자관계의 형성에 유효한 동의를 하지 않은 경우, ② 일방이 유효한 동의 능력은 있지만 혼인/민사적 동반자관계에 부적합할 정도의 정신장애를 가진 경우, ③ 상대방이 혼인/민사적 동반자관계 형성 당시 다른 사람과의 관계에서 임신 중이었던 경우, ④ 혼인/민사적 동반자관계 형성 이후 일방에게 임시 성별인정 인증서(gender recognition certificate)가 발급된 경우, ⑤ 혼인/민사적 동반자관계 형성 당시 상대방이 「2004 성별인정법(Gender Recognition Act 2004)」에 따라 성별변경을 한 상태인 경우에 무효가 될 수 있다(「1973 혼인사건법(Matrimonial Causes Act 1973)」 제12조 제1항, 「2004 민사적 동반자관계법」 제50조). 혼인의 무효에는 성적 결합과 관련된 사유들이 추가되어 있다. 동성혼 및 이성혼은 혼인 당시 상대방이 전염가능한 형태의 성병을 가진 경우, 이성혼은 일방의 무능력이나 상대방의 고의의 거부로 성관계가 없었던(not been consummated) 경우 무효로 할 수 있도록 한다(「1973 혼인사건법」 제12조 제1항, 제2항).

관계의 해소는 동성커플과 이성커플 간의 차이는 없고 혼인과 민사적 동반자관계 사이에서 절차와 사유를 달리 한다. 혼인은 이혼 판결로써, 민사적 동반자관계는 해소 명령으로써 종결된다. 혼인 또는 민사적 동반자관계 해소의 사유로서 혼인 또는 민사적 동반자관계가 돌

50 UK Office for National Statistics, "Civil partnerships in England and Wales: 2019", https://www.ons.gov.uk/peoplepopulationandcommunity/birthsdeathsandmarriages/marriagecohabitationandcivilpartnerships/bulletins/civilpartnershipsinenglandandwales/2019, (2021. 9. 17. 확인).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

이킬 수 없는 파탄에 이르렀다고 볼 수 있는 경우는 ① 신청인이 상대방과 함께 살 것을 합리적으로 기대할 수 없는 방식으로 상대방이 행동한 때, ② 2년간의 유기, ③ 2년간의 별거와 상대방의 이혼/관계 해소 동의, ④ 5년간의 별거이다(「1973 혼인사건법」 제1조 제2항, 「2004 민사적 동반자관계법」 제44조 제5항). 5년간 별거한 때에는 이혼이나 동반자관계 해소에 대한 상대방의 동의가 필요하지 않다. 혼인의 파탄을 인정하는 하나의 사유가 더 있는데, 상대방의 간통으로 신청인이 상대방과 함께 사는 것을 견딜 수 없다고 판단했을 때이다. 그런데 간통은 상대방과 이성인 사람 사이에서의 성관계를 의미하는 것이어서(「1973 혼인사건법」 제1조 제6항), 동성혼 커플 중 일방이 배우자가 아닌 동성과 성관계를 한 때에는 간통 사유가 아닌 다른 사유에 해당하여야 한다.

무효, 취소 및 관계의 해소 사유에서 각 파트너십의 차이를 살펴보면 이성혼에서 성적 결합은 필수적인 것으로 다루어지고 동성혼에서도 성적 결합이 전제된 사유를 둔 반면 민사적 동반자관계에서는 동성 간이든 이성 간이든 성적 결합과 관련된 사유가 배제된 것을 볼 수 있다. 다음 표는 동성혼, 이성혼, 동성 간 민사적 동반자관계, 이성 간 민사적 동반자관계를 비교한 것이다.

〈표 10.1〉 영국의 네 가지 파트너십 비교

<table>
<tr><th>구분</th><th>동성혼</th><th>이성혼</th><th>동성 간 민사적
동반자관계</th><th>이성 간 민사적
동반자관계</th></tr>
<tr><td rowspan="2">근거법</td><td>「1949 혼인법
(Marriage Act
1949)」
「1973 혼인사건법」
「2013 동성혼인법」</td><td>「1949 혼인법」
「1973 혼인사건법」</td><td>「2004 민사적
동반자관계법」</td><td>「2004 민사적
동반자관계법」
「2019 이성커플의
동반자관계 규칙」</td></tr>
<tr><td colspan="2">혼인한 커플은 법적인 목적에서 그들 자신을 민사적 동반자라 칭할 수 없다.</td><td colspan="2">민사적 동반자는 법적인 목적에서 그들 자신을 기혼이라 칭할 수 없다.</td></tr>
<tr><td rowspan="2">자격</td><td>동성의 2인은 다음에 해당하는 경우 혼인할 수 있다.</td><td>이성의 2인은 다음에 해당하는 경우 혼인할 수 있다.</td><td>동성의 2인은 다음에 해당하는 경우 민사적 동반자관계를 형성할 수 있다.</td><td>이성의 2인은 다음에 해당하는 경우 민사적 동반자관계를 형성할 수 있다.</td></tr>
<tr><td colspan="4">• 16세 이상 (18세 미만일 경우 부모 등의 허락이 있을 것)
• 미혼이거나 민사적 동반자 관계에 있지 않음
• 근친관계가 아님</td></tr>
</table>

국가인권위원회
humanrights.go.kr

<table>
<tr><td rowspan="3">무효/취소</td><td colspan="2">동성혼은 다음의 사유로 무효가 될 수 있다.</td><td>이성혼은 다음의 사유로 무효가 될 수 있다.</td><td>민사적 동반자관계는 다음의 사유로 무효가 될 수 있다.</td></tr>
<tr><td colspan="2">• 일방이 혼인에 유효한 동의를 하지 않은 경우
• 일방이 유효한 동의 능력은 있지만 혼인에 부적합할 정도의 정신장애를 가진 경우
• 상대방이 혼인 당시 다른 사람과의 관계에서 임신 중이었던 경우
• 혼인 이후 일방에게 임시 성별인정 인증서가 발급된 경우
• 혼인 당시 상대방이 「2004 성별인정법」에 따라 성별변경을 한 상태인 경우
• 혼인 당시 상대방이 전염가능한 형태의 성병을 가진 경우</td><td>• 일방이 민사적 동반자 관계 형성에 유효한 동의를 하지 않은 경우
• 일방이 유효한 동의 능력은 있지만 민사적 동반자 관계에 부적합할 정도의 정신장애를 가진 경우
• 상대방이 민사적 동반자관계 형성 당시 다른 사람과의 관계에서 임신 중이었던 경우
• 민사적 동반자 관계 형성 이후 일방에게 임시 성별인정 인증서가 발급된 경우
• 민사적 동반자관계 형성 당시 상대방이 「2004 성별인정법」에 따라 성별변경을 한 상태인 경우</td></tr>
<tr><td></td><td>• 일방의 무능력으로 성관계가 없었던 경우
• 상대방의 고의의 거부로 성관계가 없었던 경우</td><td></td></tr>
<tr><td rowspan="3">이혼/해소</td><td colspan="2">이혼 판결로 종료</td><td colspan="2">해소 명령으로 종료</td></tr>
<tr><td colspan="2">혼인은 다음 중 하나 이상의 사유로 돌이킬 수 없는 파탄에 이르렀을 때 종료될 수 있다.</td><td colspan="2">민사적 동반자관계는 다음 중 하나 이상의 사유로 돌이킬 수 없는 파탄에 이르렀을 때 종료될 수 있다.</td></tr>
<tr><td colspan="2">• 신청인이 상대방과 함께 살 것을 합리적으로 기대할 수 없는 방식으로 상대방이 행동한 때
• 2년간의 유기
• 2년간의 별거와 상대방의 이혼 동의
• 5년간의 별거
• 상대방의 간통(이성 간의 혼외 성교)으로 신청인이 상대방과 함께 사는 것을 견딜 수 없다고 판단했을 때</td><td colspan="2">• 신청인이 상대방과 함께 살 것을 합리적으로 기대할 수 없는 방식으로 상대방이 행동한 때
• 2년간의 유기
• 2년간의 별거와 상대방의 관계 해소 동의
• 5년간의 별거</td></tr>
</table>

출처: Government Equalities Office, "Marriage and civil partnership in England and Wales" (2019); 「Matrimonial Causes Act 1973」; 「Civil Partnership Act 2004」

2019년 한 해 동안, 잉글랜드 및 웨일즈 지역에서 동성 간의 민사적 동반자관계 등록이 994건, 해소가 916건 이루어졌다.[51] 동성 간의 민사적 동반자관계를 등록하는 평균연령은 상승하는 추세로, 남성 49.4세, 여성 49.3세이다.[52] 이성 간 민사적 동반자관계는 잉글랜드 및 웨일즈 지역에서 관계 등록이 가능해진 2019년 12월 31일 하루 동안, 소송을 제기한 스타인

51 UK Office for National Statistics, 앞의 글.

52 박대한, "英서 오늘부터 이성애자 커플도 '시빌 파트너십' 선택 가능", 연합뉴스, (2019. 12. 31.), https://www.yna.co.kr/view/AKR20191231140400085, (2021. 9. 26. 확인).; UK Office for National Statistics, 앞의 글.

국가인권위원회 humanrights.go.kr

펠드(Steinfeld)와 케이단(Keidan) 커플을 포함하여 167 커플이 등록을 신청하였다.[53]

라. 대만

2019년 5월 17일, 대만 의회에서 「사법원 제748호 해석 시행법(司法院釋字第七四八號解釋施行法)」을 통과시키면서 아시아 최초로 동성혼이 인정되었다. 이전에도 동성커플의 등록을 허용하는 제도가 자치정부 수준에서 시행되고 있었다. 동성혼 합법화 당시 대만 인구의 80% 이상이 동성커플 등록이 가능한 지역에서 살고 있었다.[54] 그러나 각 지역에서 시행하고 있는 등록제는 동성커플의 법적 지위를 보장하기보다는 사실적인 관계의 증명에 도움이 되는 수준이었던 것으로 평가된다.[55]

동성혼을 도입한 「사법원 제748호 해석 시행법」은 2017년 5월 24일 대만 최고법원인 사법원(司法院)에서 「민법」 제4편 중 '혼인' 장이 동성커플에 대한 차별로 위헌임을 확인한 데 따른 것이다. 1986년 성소수자 인권운동가인 치자웨이(祁家威)가 법원에 동성혼의 공증을 신청했다가 거부당한 뒤 2013년 다시 혼인 등기를 신청하였고, 혼인 등기 신청 거부에 대하여 행정소송을 제기하였다가 기각되자 2015년 사법원에 헌법 해석을 요청함으로써 2017년 위헌 판결이 나오게 되었다.[56] 당시 타이베이 시정부에서도 「민법」의 위헌성을 주장하며 헌법 해석을 요청하였다.[57] 제748호 결정[58]에서 사법원은 동성 간의 혼인을 허용하지 않는 「민법」상 '혼인' 장이 헌법 제22조에 따라 보호되는 혼인의 자유와 평등권(제7조)을 침해하여 위헌임을 확인하면서 2년 내로 판결에 부합하도록 관련 법률을 제정 또는 개정할 것을 요청하였다. 2년 내로 법률을 제 · 개정하지 않은 때에는 동성커플이 혼인신고를 하고 「민법」상 혼인을 할 수 있도록 하였다. 「민법」상 '혼인'의 장을 개정할 것인지, 「민법」에 별도의 장을 추가할 것인지, 특별법을 제정할 것인지 또는 다른 형식을 취할 것인지는 입법 재량에 따르도록 하였다.[59]

사법원의 위헌 결정 이후 기독교 단체들과 전통적 가족을 지지하는 세력의 청원으로 혼인을 "한 남성과 한 여성의 결합"으로 제한하는 데 대하여 찬반을 묻는 국민투표가 실시되었

53 박대한, 앞의 글; UK Office for National Statistics, 앞의 글.

54 ILGA World, 앞의 글, 298.

55 Olivia Yang (Bing-sheng Lee 번역), "All Taiwan Municipalities To Recognize Same-Sex Relationships", TNL Media Group, (2016. 3. 7.), https://international.thenewslens.com/article/37637, (2021. 9. 26. 확인).

56 김외현, "대만, 아시아 최초 동성결혼 합법화…'인권 큰 걸음'", 한겨레, (2017. 5. 24.), http://hani.co.kr/arti/international/china/796099.html, (2021. 9. 26. 확인).

57 jennifer pai, "타이완의 동성혼인 합법화 과정", Radio Taiwan International, (2019. 5. 17.), https://kr.rti.org.tw/news/view/id/175, (2021. 9. 26. 확인).

58 司法院, 釋字第748號 (2017. 5. 24.).

59 Constitutional Court Republic of China (Taiwan), 앞의 글.

국가인권위원회 humanrights.go.kr

다.[60] 2018년 11월 24일에 실시된 투표 결과 과반수가 동성혼 법제화에 반대하는 표를 던졌다.[61] 이 투표는 법적 효력이 없는 것이었기 때문에 사법원의 결정을 무효화할 수는 없었지만 투표 결과가 의회에 영향을 주어 동성커플의 결합 제도가 혼인이 아닌 다른 형태로 도입되거나 동성커플에 대한 법적 보호의 수준이 낮아질 수 있다는 우려가 제기되기도 했다.[62]

대만 정부는 사법원의 결정에 따라 동성혼을 합법화하는 특별법안을 제출하였다. 「민법」상 '혼인'의 장을 개정하는 대신 동성혼을 인정하는 특별법을 제정하는 형태였다. 당시 보수 성향 의원들이 혼인이 아닌 동거관계 또는 동반자관계의 형태를 도입하는 법안을 국회에 제출하였지만 최종적으로 혼인을 인정하는 법률이 채택되었다.[63]

「사법원 제748호 해석 시행법」은 "동성의 2인은 공동생활을 영위한다는 목적으로 배타성과 친밀성을 갖는 영구적 결합 관계를 맺을 수 있다"(제2조)고 하여 동성혼 제도를 「민법」상의 혼인과 별도로 규정하면서 「민법」의 주요 규정을 준용하는 방식으로 입법하였다. 그러나 동성혼 관계를 지칭할 때에는 "제2조의 관계(第二條關係)"라고 쓰고, 혼인신고와 관련하여 "결혼등기(結婚登記)"라는 표현을 사용한 것 외에는 「민법」과 달리 "결혼(結婚)"이나 "혼인(婚姻)"이라는 표현은 사용하지 않았다.

제2조의 관계를 맺은 당사자들은 정당한 이유가 없으면 동거 의무가 있고(제11조) 거주지는 상호 합의에 따라 정하되 합의할 수 없는 때에는 법원이 결정한다(제12조). 상호부양의무(제22조)와 일상가사대리권(제13조)이 있고, 생활비는 분담하고 일상가사와 관련된 부채는 연대책임을 부담하며(제14조), 재산 제도는 민법의 부부재산제 규정을 준용하고(제15조), 상속권(제23조)이 인정된다. 상대방의 자녀를 입양하는 때에는 민법의 입양에 관한 조항을 준용한다(제20조). 관계의 무효와 취소도 민법을 준용하며(제10조), 관계는 상호 합의에 따라 2인 이상의 증인의 서명을 얻어 서면으로 해소할 수 있고(제16조), 중혼, 학대, 유기, 실종을 비롯하여 제16조에 규정된 사유가 있는 경우에는 법원에 해소를 청구할 수 있다(제17조). 관계가 해소된 때에는 양육 및 후견의 결정, 손해배상, 위자료, 재산분할 등은 민법을 준용한다(제19조). 또한 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 민법 총칙과 다른 법률에서 "부부", "배우자", "결혼", "혼인" 등의 규정에 동성혼 관계를 포함하여 해석한다(제24조).

---

60 Ralph Jennings, "대만 국민투표에서 동성결혼 법제화가 부결된 것은 어떤 의미인가", 허핑턴포스트코리아, (2018. 11. 26.), https://www.huffingtonpost.kr/entry/story_kr_5bfb7804e4b0eb6d93102060, (2021. 9. 26. 확인).

61 Ralph Jennings, 위의 글.

62 BBC News 코리아, "대만 동성결혼 합법화: 동성 결혼 찬반 국민투표 '반대파' 승리", (2018. 11. 25.), https://www.bbc.com/korean/international-46333489, (2021. 9. 26. 확인).

63 애니 황, "대만, 아시아 최초로 동성결혼 합법화", Amnesty International, (2019. 5. 24.), https://amnesty.or.kr/28941, (2021. 9. 26. 확인).

국가인권위원회 humanrights.go.kr

마. 아일랜드

아일랜드는 국민의 대다수가 가톨릭 신자로 가톨릭 전통이 강한 국가임에도 국민투표를 통하여 동성혼을 도입하였고, 다른 국가들과 달리 법률이 아닌 헌법에 동성 간의 혼인이 가능함을 명시하였다는 특징이 있다. 동성혼 도입에 앞서 2010년 동성커플에게 민사적 동반자관계가 인정되었으나, 동반자관계는 혼인과 구별되는 제도로서 헌법적 보호를 받지는 못하였다.[64] 2013년 중도 성향의 정부가 헌법검토위원회를 구성하여 개헌안을 논의하면서 혼인에 동성커플을 포함하는 내용을 헌법에 추가하는 사항을 검토하였고, 위원회에서 국민투표를 권고하게 되었다.[65]

2015년 5월, 헌법에 "혼인은 법률에 따라 성별에 따른 구분 없이 두 사람이 체결할 수 있다"는 문구를 추가할 것인지에 대하여 국민투표를 실시하였다. 당시 가톨릭교회는 동성혼 허용에 반대 입장을 표하였지만 보수성향의 정당도 동성혼 합법화를 찬성하는 입장을 표명하였다.[66] 유권자의 60% 이상이 투표하였고, 62.1%가 찬성하여 개헌안이 통과되었다.[67] 투표 결과에 따라 「2015 제34차 헌법 개정 (혼인평등)법(Thirty-fourth Amendment of the Constitution (Marriage Equality) Act 2015)」을 통해 헌법 제41조 제4항에 위 조항이 신설되었다.

헌법이 개정되자 동성커플 관계를 각 법률에 편입하기 위해 관련된 법률을 수정하는 「2015 혼인법(Marriage Act 2015)」이 마련되었다. 「2015 혼인법」을 통하여 「2004 주민등록법(Civil Registration Act 2004)」에 따라 당사자가 동성인 경우 혼인할 수 없도록 하는 조항(제2조 제2항 e호)이 폐지되고 민사적 동반자관계에서 혼인으로의 전환 등 민사적 동반자관계와 혼인의 관계에 대한 조항이 보강되었다. 또한 「2015 혼인법」은 「1957 기혼여성지위법(Married Women's Status Act 1957)」을 비롯한 여러 법률들에서 성별을 제한하는 용어인 "남편", "아내"를 "배우자"로 변경하거나 "배우자"를 추가하고[68] 「1964 유아보호법(Guardianship of Infants Act 1964)」에서 "유아의 부모가 공동으로 보호자가 되어야 한다"(제6조 제1항)를 "자녀의 부모가, 또는 혼인한 동성커플이 입양 명령에 따라 자녀를 공동 입양한 경우에는 혼인한 커플 각자가 공동으로 자녀의 보호자가 되어야 한다"로 변경하는 등 혼인한 동성커플의 배우자 및 보호자로서의 지위를 보장하기 위한 개정을 실시하였다.

---

64 반종빈, "아일랜드, 국민투표로 동성결혼 합법화…찬성 62%", 연합뉴스 (2015. 5. 24.), https://www.yna.co.kr/view/AKR20150523050551085, (2021. 7. 31. 확인).

65 반종빈, 위의 글.

66 반종빈, 앞의 글.

67 반종빈, 앞의 글.

68 예를 들어 "남편과 아내는 공동으로 재산을 취득, 보유, 처분할 수 있어야 한다"는 조항을 "서로의 배우자는 공동으로 재산을 취득, 보유, 처분할 수 있어야 한다"로 변경하는 것이다.

국가인권위원회 humanrights.go.kr

2. 이성 배우자와 동성 파트너[69]의 동등한 법적 권리 보호

유족연금 등 배우자 연금 수급권, 세금 감면, 공동 주거의 임차권 승계, 건강보험 피부양자 지위 등을 비롯하여 재산권 행사 및 기타 생활의 광범위한 영역의 권한에서 이성혼 관계의 배우자에게 적용되는 조항을 동성 파트너에게 적용하지 않는 데 대해 인권규약 및 각국의 헌법 위반 여부가 문제되었다.

1) 연금 수급권

이성혼 배우자에게 인정되는 유족연금 수급권이 동성 파트너에게 인정되지 않아 차별이 문제된 사안에서 유럽인권재판소는 국가의 재량 범위를 넓게 인정하는 편이다. Mata Estevez v. Spain[70] 사건은 10년 이상 동거하며 수입과 지출을 공동으로 관리하였던 게이 커플 중 한 명이 사망한 뒤, 혼인 관계가 아니기 때문에 법적으로 생존 배우자로 간주될 수 없다는 이유로 유족연금 지급이 거부된 데 대하여 차별을 주장한 사례이다. 2001년 결정된 이 사례에서 유럽인권재판소는 2인의 남성 간의 장기간의 동성애 관계는 협약 제8조가 보호하는 "가족생활"을 존중받을 권리에 포함되지 않고, 유럽 여러 국가에서 동성커플의 법적 지위를 인정하는 경향이 확대되고 있지만 체약국들 간 공통점은 거의 없고 각국이 폭넓은 평가의 여지를 갖는 영역이라고 하였다. 청구인의 정서적, 성적 관계는 협약이 보호하는 "사생활"의 영역에 포함되기는 하지만 유족연금 미지급이 사생활 존중의 침해라고 하더라도 협약 제8조 제2항 하에서 권리의 제한이 정당화된다고 하였다. 유럽인권재판소는 혼인 관계에만 유족연금을 지급하는 제도에는 혼인에 기초한 가족의 보호라는 정당한 목적이 있고, 차등 대우는 국가의 평가의 여지 내에 있으므로 청구인의 사생활에 대한 부당한 침해라고 볼 수 없다는 이유로 청구를 각하하였다.

이러한 판단은 Manenc v. France[71] 사건의 판단에서도 유지되었다. 이 사건에서는 생존자 연금 수급을 위해 법률혼 관계일 것을 요구함으로써 동거계약 관계를 배제하는 법률이 문제되었다. 유럽인권재판소는 혼인과 동거계약이 차이가 있고 특히 일방의 사망 시 동거계약은 혼인과 달리 공동의 재정적 책임을 수반하지 않는다는 점을 볼 때, 생존자 연금 지급을 법률

---

69 앞서 동반자관계 등록 제도를 설명할 때에는 'partnership'을 '동반자관계'로 번역하였으나, 이하에서는 등록 동반자관계와의 혼동을 피하기 위하여, 커플 관계의 등록 여부나 혼인 여부와 무관하게 동성커플의 일방을 동성 '파트너'로 칭하였다.

70 Mata Estevez v. Spain, Application no. 56501/00 (2001. 5. 10.).

71 Manenc v. France, Application no. 66686/09 (2010. 9. 21.).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

혼 관계로 제한하는 프랑스법은 혼인에 기초한 가족의 보호라는 정당한 목적을 위한 것이고, 같은 조건에 있는 이성의 동거계약 커플도 마찬가지의 대우를 받았을 것이어서 성적지향에 따라 차등 대우를 한 것은 아니라면서 Mata Estevez v. Spain 사건의 판단을 유지하고 각하 결정을 내렸다.

또한 스페인에서 동성혼이 합법화된 이후 선고된 Aldeguer Tomás v. Spain[72] 사건에서, 청구인은 사실상 혼인관계에 있었던 동성 파트너가 동성혼이 합법화되기 3년 전에 사망하여 혼인을 할 수 없었고 그로 인해 유족연금도 받지 못한 것이 성적지향에 따른 차별이라고 주장하였다. 유럽인권재판소는 동성커플의 법적 인정이 "확립된 합의가 없는 진화하는 권리 중 하나"로, 법적 인정을 도입하는 시기는 각국에서 여지를 갖는 사항이라는 점을 들어, 유럽인권협약 제8조 사생활 및 가족생활의 존중, 유럽인권협약 제1의정서 제1조 재산의 보호와 관련하여 유럽인권협약 제14조 차별금지를 위반하지 않았다고 보았다.

동성 파트너에 대한 유족연금 지급 여부를 국가의 재량 영역으로 본 유럽인권재판소와 달리 유엔 자유권위원회는 동성 파트너를 배제하는 국가법이 평등에 위반된다는 판단을 해왔다. Young v. Australia[73] 사건은 피부양자 연금 지급 대상이 되기 위해서는 사망한 재향군인의 이성 파트너일 것을 요구하는 호주의 「재향군인권리법(Veteran's Entitlement Act)」이 자유권규약 위반인지가 문제된 사례이다. 38년간 동성커플 관계를 유지하였던 청구인은 참전 군인이었던 동성 파트너의 사망 이후 「재향군인권리법」에 따른 피부양자 연금을 청구하였으나 법률상의 피부양자에 포함되지 않는다는 이유로 거부당하였다. 호주의 「재향군인권리법」은 피부양자를 이성커플로 제한하는 규정을 두고 있었다. 청구인은 성적지향을 이유로 연금 지급을 거부하는 것이 자유권규약 제26조 법앞의 평등에 위배된다고 주장하였다.

자유권위원회는 이전의 결정에서 법앞의 평등 조항이 성적지향에 따른 차별을 포함한다고 판단했으며, 차등 대우는 합리적이고 객관적인 기준에 근거를 둔다면 금지된 차별에 해당하지 않지만, 호주 정부는 동성 파트너를 연금 혜택에서 배제하면서 혼인하지 않은 이성커플은 포함하는 차등 대우가 합리적, 객관적임을 입증하지 못하였다고 하면서, 호주 정부는 성별 또는 성적지향을 이유로 연금 지급을 거부한 것으로서 규약 제26조 위반이라고 판단하고, 호주 정부에 대하여 청구인에게 실효적 구제책을 제공하고 향후 유사한 위반이 발생하지 않도록 할 의무가 있음을 확인하였다.

---

72 Aldeguer Tomás v. Spain, Application no. 35214/09 (2016. 6. 14.).

73 Young v. Australia, Communication no. 941/2000 (2003. 8. 6.).

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

2007년 X v. Colombia[74] 사건에서도 동성 파트너에 대한 연금 지급 거부에 차별이 인정되었다. 콜롬비아에서 22년간 동거한 동성 파트너가 사망한 이후 정부에 연금을 청구하였으나 거부당하였다. 자유권위원회는 이성커플에만 연금에 대한 권리를 부여한 법률과 판결에 대하여, 이성커플은 혼인하지 않은 경우에도 연금 혜택을 주는데 동성커플은 혼인을 할 수 없게 하면서도 연금 혜택을 거부하는 합리적인 이유가 없다고 판단하였다. 자유권위원회는 콜롬비아법이 성적지향을 이유로 한 차별로서 자유권규약 제26조 위반이라고 결정하였다.

Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen[75] 사건은 독일에서 생활동반자 관계에 있는 동성 파트너에게 직장연금을 지급하지 않는 것이 EU지침 위반인지 여부가 문제된 사례이다. 독일법에 따라 생활동반자관계를 맺은 동성 파트너가, 단체협약에 따라 의무적으로 가입하여 고용주와 피고용인이 기여금을 납부하고 정부기관이 관리하는 직장연금에서, 생활동반자 등록을 한 파트너에 대한 유족연금 지급 조항이 없다는 이유로 연금 지급을 거부당하였다. 유럽사법재판소는 해당 연금이 고용 관계를 이유로 지급되는 일종의 "급여"에 해당하는 것이므로 「고용과 직업의 평등조치를 위한 일반 체제 설립에 대한 이사회 지침 2000(Council Directive 2000/78/EC)」의 적용을 받는다고 보고, 배우자와 생활동반자를 달리 취급하는 것이 금지된다고 판결하였다.

유럽사법재판소의 결정 이듬해인 2009년 독일 연방헌법재판소는 정부연금에서 생활동반자를 배제하는 것이 위헌이라고 결정하였다. 1 BvR 1164/07 사건에서 독일 연방헌법재판소는 배우자와 생활동반자의 차등 대우가 성적지향에 따른 차등 대우로서 엄격심사 대상인데 이 사례에서는 차등 대우를 정당화할 수 있는 근거를 발견할 수 없다고 결론내렸다.

독일 연방헌법재판소

1 BvR 1164/07 (2009. 7. 7.)

사건개요: 연방주정부연금기금에 가입한 공무원이, 혼인한 배우자에게 지급되는 연금이 생활동반자에게는 지급되지 않는다는 데 대하여 소를 제기한 뒤 기각되자 연방헌법재판소에 재판소원을 제기하였다.

---

74 X v. Colombia, Communication no. 1361/2005 (2007. 3. 30.).

75 Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen, C-267/06 (2008).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

쟁점: 공무원 연금을 혼인한 배우자에게는 지급하면서 생활동반자에게는 지급하지 않는 것이 기본법상 일반적 평등 조항에 위배되는가

판단내용: 연방헌법재판소는 혼인한 배우자와 생활동반자 간의 차등대우가 성적지향에 따른 차별이므로 엄격심사가 적용된다고 보았다. 차별금지 조항인 독일「기본법」제3조 3항은 차별 금지 사유를 나열하고 있고, 사유 중 하나로 성별을 포함한다. 연방헌법재판소는「기본법」에 나열된 차별 사유들과 유사하게 소수자의 차별로 이어질 위험이 큰 차등 대우는 엄격한 심사를 해야 할 것이고, 성적지향은 그 중 하나이며,「유럽연합 기본권 헌장(Charter of Fundamental Rights of the European Union)」의 성적지향에 따른 차별 금지(제21조 제1항), 유럽인권재판소의 판례 동향 등을 보더라도 성적지향에 따른 차등 대우를 정당화하려면 엄격심사를 통과해야 한다고 하였다. 그런데 혼인과 동반자관계 등록의 선택은 성적지향과 불가분의 관계에 있는 것이어서 이 사안은 엄격심사 대상이며, 연금 지급에서 혼인한 배우자와 생활동반자를 다르게 대우하는 차등 대우의 정당화 근거가 없어 일반적 평등 조항 위반으로서 위헌이라고 판단하였다.

2) 연금 수급권 기간 제한

동성 간 동반자관계 등록 제도가 도입되거나 동성혼이 인정된 이후 또는 그 이전에 배우자 연금을 동성커플에게 확대하는 입법을 하였던 각국에서는 일정 시점 이전으로 소급하여 적용하지 않는 예외 조항을 두어 소송이 제기되었다.

캐나다에서 동성혼이 인정되기 약 10년 전인 1995년에 선고된 Egan v. Canada[76] 사건에서는 캐나다 연금의 배우자수당에서 동성 파트너를 제외하는 것이 합헌으로 결정되었다.「노령보장법(Old Age Security Act)」에 따라 연금에 합산하여 지급되는 배우자수당에 대하여, 동성커플이 "배우자"의 정의에 동성은 포함되지 않는다는 이유로 수당 지급을 거부당하자 제소하였으나 캐나다 대법원은 5대 4로 해당 법률의 배우자 정의가 합헌이라고 판결하였다. 그 후 사실혼 배우자를 이성커플로 제한하여 동성커플을 배제한 주법이 캐나다 대법원에서 위헌으로

76 Egan v. Canada, [1995] 2 SCR 513.

국가인권위원회 humanrights.go.kr

결정[77]된 뒤 정부는 2000년 캐나다 연금 제도(Canada Pension Plan)를 수정하여 동성 파트너도 "배우자"의 정의에 포함하고 유족연금을 지급하도록 하였다. 다만 동성 파트너가 1998년 1월 1일 이후에 사망한 경우에만 적용하도록 하는 제한규정을 두었다. Canada (Attorney General) v. Hislop[78] 사건은 캐나다 연금 제도에서 동성 배우자에 대한 유족연금을 인정하면서도 사망 시점에 따른 제한을 둔 것의 위헌성을 다툰 사례이다. 캐나다 대법원은 해당 조항들이 헌법상 법앞의 평등(제15조 제1항) 위반으로 성적지향을 이유로 한 차별이라고 판단하였다.

스페인 헌법재판소의 92/2014[79] 결정은 동성커플에게 배우자연금을 지급하지 않는 법률의 합헌성이 문제된 사례이다. 스페인에서는 2005년 민법 개정으로 동성혼을 인정하였지만 민법 개정 이전에 혼인할 수 없었던 동성커플에게 배우자연금을 지급하지 않는 것이 성별에 따른 차별인지 여부에 대해 판단하게 되었다. 스페인 헌법재판소는 2012년 11월 6일 해당 개정조항이 합헌이라고 결정한 선례가 있었으며, 민법 개정 이후 배우자연금 신청을 소급적으로 허용한 것을 비롯하여 연금 제도를 확대하는 법 개정을 하기도 했다. 2005년 동성혼이 도입된 이후 살아있는 동성배우자도 배우자연금을 신청할 수 있게 되었고, 2007년 「사회보장법(Ley 40/2007)」 개정으로 이성커플과 동성커플을 포함하여 일정한 요건을 갖춘 사실혼 커플에게 배우자연금을 확대하였다.[80] 부칙으로 예외를 두어 원인 사건이 개정법 시행 전에 발생하였으면서 다음 요건을 충족하는 경우에 연금권을 소급하여 인정하도록 한 것이다. 요건은 ① 가입자 사망 시 가입 및 납입 요건을 충족하며 배우자연금을 받지 못하였을 것, ② 수익자가 가입자 사망 전 6년 이상 가입자와 사실혼 파트너로서 지속적 동거를 유지하였을 것, ③ 가입자와 수익자에게 공동의 자녀가 있을 것, ④ 수익자가 기여형 사회보장연금의 권리를 갖고 있지 않을 것, ⑤ 개정법 시행으로부터 12개월 이내에 연금을 신청하였을 것이다. 헌법재판소는 이와 같은 법 개정이 "정치적인 입법적 결정"으로서 합당하다고 보고, 입법자에게 사회적 변화에 따라 배우자연금의 요건과 범위를 언제 확대할 것인지 결정할 수 있는 재량이 있음을 확인하면서 다시 한 번 합헌 판단을 내렸다.[81]

영국은 「2004 민사적 동반자관계법」과 「2013 동성혼인법」에 따라 동성커플의 동반자관계 등록과 혼인이 가능하게 되면서 정부 및 직장 연금에서도 동성 배우자가 이성 배우자와 동등한 권리를 획득하게 되었다. 단 「2010 평등법」 부칙에 예외 조항(Schedule 9 제18조)을 두어,

---

77 M. v. H., [1999] 2 SCR 3.

78 Canada (Attorney General) v. Hislop, [2007] 1 SCR 429.

79 Sentencia 92/2014 (2014).

80 헌법재판소 헌법재판연구원, "동성커플에게 거부된 배우자연금의 위헌성" (2015), 5.

81 헌법재판소 헌법재판연구원, 앞의 글, 5.

국가인권위원회 humanrights.go.kr

「2004 민사적 동반자관계법」이 시행된 2005년 12월 5일 이전에 발생한 혜택을 성적지향과 관련하여 제한하는 것이 합법적이라고 규정하였다. Walker v. Innospec Limited and others[82] 사건은 동반자관계법 시행 이전에 발생한 직장 유족 연금 지급이 제한되자 지급 제한을 허용하는 「2010 평등법」의 부칙 조항이 차별인지 여부가 문제된 사례이다.

존 워커(John Walker)는 이노스펙(Innospec Ltd)에서 1980년부터 2003년까지 근무하면서 직장 연금을 납부하였다. 그는 동성 파트너와 1993년부터 함께 살기 시작하여 2006년 1월 민사적 동반자관계를 맺고, 대법원 판결 당시에는 혼인한 상태였다. 2006년, 워커는 이노스펙에 자신이 사망할 경우 동반자에게 배우자연금을 지급할 것인지 여부를 확인해줄 것을 요청하였는데 이노스펙은 그의 가입 기간이 「2004 민사적 동반자관계법」이 시행된 2005년 12월 5일 이전이라는 이유로 배우자연금을 지급할 수 없다고 회신하였다. 워커가 이성과 혼인하였다면 연간 약 45,700파운드를 배우자연금으로 받을 자격이 있었겠지만 배우자가 동성이기 때문에 연간 약 1,000파운드밖에 받지 못하게 된 것이었다.

대법원은 만장일치로 「2010 평등법」 부칙이 성적지향을 포함하여 다양한 사유에 따른 고용 및 직업상 차별을 금지하는 EU법 「고용과 직업의 평등조치를 위한 일반 체제 설립에 대한 이사회 지침 2000(Council Directive 2000/78/EC)」에 위배되어 무효라고 판시하면서, 워커의 사망 시 혼인 상태를 유지할 경우 그의 남편은 EU 지침에 따라 워커의 전체 근무 기간을 기준으로 계산된 배우자연금을 받을 자격이 있음을 확인하였다.

3) 세금 감면

2001년에 「생활동반자법」이 시행된 이후에도 이성 배우자에 대한 세금 감면이 동성의 생활동반자에게 적용되지 않는 데 대하여 독일 연방헌법재판소는 평등 위반을 인정한 바 있다. 2010년 판결[83]에서는 증여 및 상속세법에서, 2012년 판결[84]에서는 토지취득세에서 세금 감면 대상에 배우자만 포함하고 생활동반자는 포함하지 않는 것이 문제되어 각각 연방헌법재판소에서 판단하게 되었다. 2012년 판결은 「부동산취득세법(Grunderwerbsteuergesetzes)」상 토지 소유자의 배우자가 토지를 취득하는 경우 세금이 면제되지만 생활동반자 관계에서는 세금 면제가 적용되지 않도록 한 조항의 위헌성이 쟁점이 되었다. 원고는 생활동반자와 별거 중에

82 Walker v. Innospec Limited and others [2017] UKSC 47.
83 1 BvR 611, 2464/07 (2010. 7. 21.).
84 1 BvL 16/11 (2012. 7. 18.).

국가인권위원회 humanrights.go.kr

재산 관계를 별산제로 변경하면서 부동산 지분을 양도받게 되어 양도세가 부과되자 차별을 주장하며 소를 제기하였고, 법원은 연방헌법재판소에 해당 법률의 위헌 여부를 가리는 심판을 청구하였다.

두 사건에서 연방헌법재판소는 혼인 보호와 동성커플의 차등 대우에 관하여 같은 논리를 적용했다. 「기본법」이 혼인을 특별히 보호하도록 하고 있고 국가는 혼인을 보호할 의무가 있으므로 입법부가 다른 형태의 관계에 비하여 혼인에 혜택을 부여하는 것이 금지되는 것은 아니지만, 혼인의 보호가 다른 형태의 관계를 불리하게 대우한다면 혼인 보호 조항만으로는 차별을 정당화하기 어렵고, 불리한 대우를 받는 제3자는 평등 대우를 주장할 수 있다고 하였다. 이때에는 평등 원칙(제3조 제1항)을 적용하여 판단하여야 하고, 배우자와 생활동반자 간의 차등 대우가 엄격심사 사항인데 차등 대우를 정당화할 근거가 없어 두 사건 법률 모두 평등 원칙을 위반하였다고 판단하였다.

4) 임차권 승계

동성 파트너의 사망 이후 사망한 파트너의 명의로 되어 있던 주택 임차권을 생존 파트너가 승계하지 못하는 것이 성적지향에 따른 차별인지 여부가 문제되었다. 다음 두 사례에서 유럽인권재판소는 사생활 및 가족생활을 존중받을 권리(제8조) 및 차별금지(제14조)를 침해하였다고 판시하였다.

Karner v. Austria[85] 판결에서 오스트리아의 「임대차법(Mietrechtsgesetz)」 제14조 제3항은 임차인 사망시 임차권을 승계할 수 있는 자격으로 "배우자, 생활동반자"를 포함하였는데, 이때 생활동반자란 "임차인이 사망할 때까지 3년 이상 임차인과 동거하면서 혼인과 같은 경제적 기반 위에서 가사를 공유한 사람"을 의미하는 것이었다. 이 사건의 국내 소송에서 대법원은 임차권 승계 자격을 이성커플에게 제한한 중요한 이유가 있다고는 하지 않았고, 다만 이 법 제정 시 동성커플의 보호를 포함하는 것이 입법자의 의도가 아니었다고 하였다. 오스트리아 정부는 「임대차법」의 해당 조항의 목적이 전통적 가족의 보호였기 때문에 차등 대우가 객관적이고 합리적인 정당성을 가진다고 주장했다. 유럽인권재판소는 "전통적 의미에서의 가족의 보호가 원칙적으로 차등 대우를 정당화할 수 있는 중대하고 정당한 이유라고 인정할 수 있"지만 비례성 원칙은 여전히 충족되어야 한다고 하였다. 이에 따라 유럽인권재판소는 성적지향에 따른 차별은 수단이 목적 달성에 적합할 뿐 아니라 목적을 달성하기 위해 필요한 것

85 Karner v. Austria, Application no. 40016/98 (2003. 7. 24.).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

이었음을 입증하여야 하는데, 「임대차법」 제14조 제3항에서 동성커플의 생존 파트너를 제외하는 것이 목적 달성에 필요하다는 점을 입증할 만한 "설득력 있고 중대한 사유"를 오스트리아 정부가 제시하지 못하였다고 하면서 사생활 및 가족생활을 존중받을 권리(제8조)와의 관계에서 차별금지(제14조)의 위반이 있었다고 결론 내렸다.

공공임대주택의 임차권 승계를 규정한 폴란드법에 대해서도 유럽인권재판소는 위와 마찬가지로 판단하였다. Kozak v. Poland 결정에서 유럽인권재판소는 사망한 임차인과 동성인 생존 파트너가 임차권을 승계할 자격을 갖지 못하도록 한 폴란드법은 성적지향에 따라 차등대우를 한 것이어서 비례성 원칙을 충족해야 하지만 수단의 적합성을 인정할 수 없어 차별금지 조항을 위반한 것이라고 보았다.

유럽인권재판소

Kozak v. Poland, Application no. 13102/02 (2010. 3. 2.)

사건개요: 동성 파트너의 사망 이후 공공임대주택의 임차권 승계가 거부되어 지방자치단체를 상대로 소송을 제기하였으나 폴란드 법원이 임차권 승계 요건을 충족하지 못하였다면서 청구를 기각하자 유럽인권재판소에 제소하였다.

쟁점: 동성 파트너의 공공임대주택 임차권 승계를 불가능하게 하는 법이 사생활 및 가족생활을 존중받을 권리(제8조)와의 관계에서 차별금지(제14조)에 위배되는가

판단내용: 폴란드 법원은 「주택임대차법(ustawa o najmie lokali mieszkalnych i dodatkach mieszkaniowych)」 제8조 제1항에 따라 임차권을 승계하려면 사망한 임차인과 "직계존비속, 성인 형제자매, 양부모, 입양자녀, 그밖에 임대인과 사실상 혼인적 동거(de facto marital cohabitation) 관계"에 있었어야 하는데, 폴란드의 「가족 및 양육법(Kodeks rodzinny i opiekuńczy)」상 혼인은 "한 남성과 한 여성이" 하는 것으로 규정되어 있으므로 사실혼도 이성관계에서만 가능하다는 근거를 들었다.

유럽인권재판소는 입법 목적의 정당성은 인정하였으나 목적을 달성하기 위한 수단이 부적절하다고 보았다. "전통적 가족 보호"라는 목적은 중요한 것이지만, 그 목적을 보호하기 위한 수단을 선택할 때 국가는 가족생활과 사생활의 영역에서 "단 한 가지 방법이나 한 가지 선택

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

만 있는 것은 아니라는 사실을 포함하여, 사회의 발전과 사회적, 민사적 지위 및 관계적 문제에 대한 인식의 변화를 반드시 고려하여야" 한다는 것이다. 선례에 따라 성적지향에 따른 차등 대우를 정당화하기 위해서는 비례성 원칙이 적용되고, 차등 대우가 전적으로 성적지향에 근거한 것이라면 협약 위반에 해당한다.

폴란드 법원에서의 소송 진행 도중에 「주택임대차법」이 폐지되고 임차권 승계에 대한 내용은 「민법(Kodeks cywilny)」에 편입되었는데, 「민법」의 새로운 조항에서 임차권 승계 자격은 "사망한 임차인의 배우자, 자녀, 배우자의 자녀, 그밖에 임차인이 부양 의무가 있었던 사람, 임차인과 사실상 동거(de facto cohabitation)를 하였던 사람"으로 수정됨으로써 "혼인(marital)"이라는 표현이 삭제되고 사실상의 부양 관계 개념을 포함하도록 확대되었다. 유럽인권재판소는 이와 같은 법 개정을 보더라도 "혼인(marital)"을 포함하였던 구법 조항에 "설득력 있고 중대한 사유"가 없었음을 확인할 수 있다고 하면서, 심판대상 법률이 비례성 원칙을 충족하지 못하여 사생활 및 가족생활을 존중받을 권리와 관련하여 제14조 차별금지를 위반한 것이라고 판단하였다.

5) 기타

유럽인권재판소의 P.B. & J.S. v. Austria[86] 사건은 오스트리아법이 질병보험의 피부양자로 동성 파트너를 배제한 것이 유럽인권협약을 위반하는지 여부가 문제된 사례이다. 오스트리아법은 피보험자의 가까운 친척이나 이성의 동거인만 피부양자로 인정하다가 2007년 7월 법률 개정을 통하여 동성커플과 이성커플 모두 양육하는 자녀가 있거나 돌봄노동을 하는 경우에 피부양자가 되도록 중립적으로 법을 개정하였다. 유럽인권재판소는 2007년 7월 이후의 법은 협약 위반이 아니지만 개정 전 오스트리아법은 유럽인권협약 제14조(차별금지)와 제8조(사생활과 가족생활에 대한 존중) 위반이라고 판단하였다.

콜롬비아 헌법재판소의 C-075/07[87] 결정은 민사결합을 규정한 「1990 법률 제54호(Law 54 of 1990)」에 따른 경제적 보호에서 동성커플을 배제하는 것의 합헌성 여부를 다툰 사례이다. 「1990 법률 제54호」는 민사결합 관계에서 이혼수당, 재산분할, 사망 시 상속 보험 등의 권리

86 P.B. & J.S. v. Austria, Application no. 18984/02 (2010. 7. 22.).
87 Sentencia C-075/07 (2007).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

를 인정하였는데, 민사결합은 혼인과 같이 남성과 여성 간에만 인정되는 관계였기 때문에 동성커플은 이러한 권리를 향유할 수 없었다.[88] 헌법재판소는 헌법이 개인의 자율성과 관련하여 성적 다양성을 보호하며 성적지향에 따른 차별은 엄격심사 대상으로서 위헌으로 간주되는 것이고, 「1990 법률 제54호」는 관계가 종료되었을 때 여성과 가족을 보호할 필요성에 따른 규정을 둔 것으로 오늘날 동성커플 관계에서도 마찬가지의 보호가 필요하다고 하면서, 이성커플에게만 보호 체계를 갖추고 동성커플은 배제하는 것이 부당한 차별임을 인정하고 「1990 법률 제54호」의 보호가 동성커플에게도 적용된다고 판시하였다.

그러나 민사결합에 동성커플을 포함한다고 하여 동성커플이 민사결합 관계에 보장되는 권리를 모두 향유할 수 있는 것은 아니었다. 민사결합 관계에서의 혜택과 관련된 여러 법률들이 '남성과 여성', '배우자' 같은 표현을 사용함으로써 이성커플을 전제로 하고 있었기 때문이다.[89] '배우자'라는 용어 자체는 성별을 표시하지 않는 표현이지만, 당시 콜롬비아 법은 동성혼을 인정하지 않았기 때문에 '배우자'는 곧 이성 배우자를 의미하는 것이었다. 콜롬비아 헌법재판소는 C-029/09[90] 결정에서 차별을 인정하고, 혼인에서의 민사적 권리, 이민에서의 혜택, 증언 특권, 후견, 실종 또는 납치 시 파트너에 대한 민사적 보호, 의료, 퇴직 및 연금, 가족수당 등 이성 간의 민사결합 관계에만 인정되었던 권리들을 동성 간의 민사결합에도 적용하고, 각 법률에서 성별을 특정한 용어를 성별중립적 용어로 변경하라고 판시함으로써 재산권 영역뿐 아니라 일상생활에서 동성 파트너의 법적 지위를 인정하도록 하였다.[91]

III. 요약과 함의

유엔 자유권위원회, 유럽인권재판소 등 국제인권기구는 동성 간 혼인을 인정하는 제도의 부재가 사생활 및 가족생활 보호의 침해이며 성적지향에 따른 차별임을 인정한다. 그러나 유엔 자유권위원회는 혼인의 권리를 이성커플에게만 허용하는 것이 혼인권과 평등권의 침해가 아니라는 입장을 유지하고 있고 유럽인권재판소 또한 유럽인권협약 제12조 혼인권 조항으로부터 동성혼을 인정해야 할 회원국의 적극적인 의무가 도출되지는 않는다고 보고 있다. 아직

88 International Commission of Jurists, Sexual Orientation, Gender Identity and Justice: A Comparative Law Casebook (2011), 326.
89 International Commission of Jurists, 앞의 글, 328.
90 Sentencia C-029/09 (2009).
91 International Commission of Jurists, 앞의 글 330.

국가인권위원회 humanrights.go.kr

동성혼을 도입한 국가가 많지 않고 혼인권에 동성혼을 포함할지 여부에 대한 합의가 이루어지지 않아 동성혼 허용 여부는 각국의 법률에 맡길 문제라는 것이다.

그러나 유럽인권협약 제12조는 "혼인 적령의 남성과 여성"이 혼인하고 가족을 구성할 권리를 갖는다고 규정한다. 이 문구는 혼인의 개념이 이성 간의 결합이라는 의미가 아니라, 아동기의 소년, 소녀를 지나 혼인이 허용되는 나이의 남성과 여성에게 혼인할 권리를 보장한다는 것으로 해석할 수 있다. 즉 국내법에 따라 혼인이 허용되는 나이의 남성과 여성이 혼인할 권리를 갖는다는 것으로 혼인 상대방이 이성인지 동성인지는 제한을 두지 않은 것으로 볼 수도 있다. 유럽인권재판소는 Schalk & Kopf v. Austria 사건에서 이와 같은 해석이 가능하다고 지적하였다. 다만 협약의 다른 조항들이 '모든 사람'을 주어로 하는 것과 달리 '남성과 여성'을 주어로 한 것은 특별한 의도가 있는 것이고, 협약 체결 당시의 역사적 맥락을 볼 때 이는 남성과 여성의 결합을 의미하고자 하였던 것이라고 제한적으로 해석하였으나, 또한 유럽인권재판소가 인정하듯 협약은 체결 당시의 개념에 고정되어 있는 것이 아니라 시대의 흐름에 맞추어 해석하여야 하는 것이다.

Hämäläinen v. Finland[92] 판결의 반대의견이 정확히 지적하였듯이, 국가들의 합의 정도에 따라 결정하겠다는 것은 그 시대의 가장 최저 수준을 선택하겠다는 결정에 다름 아니다. 이는 인권재판소의 역할에도 부합하지 않는다. 더구나 Oliari & Others v. Italy 판결에서 나타났듯, 국가의 재량에 맡긴다는 것이 각국에서 성소수자를 '차별할지 말지'를 전적으로 결정하라는 의미로 이해할 수는 없다. 국제인권기구들은 성적지향에 따른 차등 대우가 성별에 따른 차별 금지에 해당하는 것으로서 엄격심사의 대상이라는 점을 명확히 하고 있고, 동성혼 인정에 대한 각국의 공감대가 빠른 속도로 형성되고 있다는 점에 주목한다. 동성혼 인정의 적극적 의무를 부과할 수 없다고 하여 동성커플과 이성커플의 차별을 정당화하지는 않으며 동성커플의 관계는 설령 혼인권의 범위에 포섭되지는 않더라도 협약이 보호하는 "가족생활"에 포함된다고 해석한다. 즉 국가는 동성커플의 가족생활의 권리를 평등하게 보장할 의무가 있다. 나아가 각국의 상황이 숙성되었음에도 불구하고 평등을 실현하기 위한 조치를 취하지 않았다면, 명백히 권리 침해에 해당하게 된다.

욕야카르타원칙 중 제24원칙은 성적지향 및 성별정체성을 이유로 한 차별 없는 가족구성권 보장을 위하여 필요한 모든 입법적, 행정적, 기타 조치를 취하고, 혼인, 혈연 외의 다양한 가족 결합을 법, 정책으로써 인정할 것을 각국에 요청한다. 개별 국가의 사법심사에서는 국

92 유럽인권재판소, Hämäläinen v. Finland, Application no. 37359/09 (2014. 7. 16.). 판례의 설명은 제8장 성별정체성의 법적 인정을 참조할 것.

국가인권위원회 humanrights.go.kr

제인권규범과 헌법의 해석을 통하여 적극적으로 동성커플의 평등한 권리를 확인하는 판결들이 나오고 있고, 이에 따라 동성 간 동반자관계를 인정하거나 동성혼을 도입하는 등 동성커플의 법적 지위를 보장하기 위한 제도를 마련하고 있다. 각국의 판례들은 헌법 제정 당시의 관념에 따라 혼인을 이성간의 관계로 제한한 것으로 보인다고 하더라도 혼인은 "진화론적 개념"[93]으로서 시대 변화에 따라 "발전적인 해석"[94]이 요청된다는 점, 그동안 혼인 제도는 차별을 제거하는 방향으로 상당히 진화해왔다[95]는 점을 지적한다. 전통적 혼인 보호의 필요성, '출산과 양육이 혼인의 본질'이라는 주장 등이 동성혼 법제화의 반대 근거로 제시되어왔으나, 각 법원들은 설령 헌법의 혼인권이 이성 간의 관계를 의미하는 것이라 하더라도 이성혼을 헌법에서 보장한다는 것 자체가 동성 간의 혼인 금지를 의미하는 것이 아니고 동성커플의 법적 지위를 인정한다고 하여 혼인 제도가 변질되거나 이성혼의 성립 요건, 효과 등에 변화를 일으키거나 영향을 주는 것도 아니며,[96] 혼인은 출산 가능성과 무관하고[97] 출산하지 않거나 출산할 수 없는 이성커플의 혼인을 금지하지 않는 것을 볼 때 동성커플이 출산할 수 없다는 이유로 혼인을 허용하지 않는 것은 오히려 차별일 뿐 아니라[98] 혼인의 목적은 출산이 아닌 가족의 "유대를 공고하게 하는 것"[99]이라는 등의 논거를 들어 반박하고 있다. 오히려 출산 및 양육과 관련하여서는, 많은 동성커플이 자녀를 양육하고 있는 상황에서 자녀의 복지가 동성커플의 법적 지위를 인정해야 하는 근거로서 제시된다.[100]

국제인권기구가 동성커플의 관계를 가족생활 또는 사생활의 권리 차원에서나마 인정하고 이성 배우자와 동성 파트너 간의 평등권 보장을 요청하고 있으며, 동성커플의 법적 지위를 인정하는 제도를 마련하는 국가가 빠르게 증가하는 추세를 보면, 한국이 동성커플 관계의 등록 제도나 동성커플의 평등한 법적 지위를 인정하는 제도를 전혀 마련하지 않은 점은 이성커플과 동성커플을 정당한 이유 없이 차별하는 것으로 볼 수 있다.

일찍이 헌법재판소는 동성동본금혼 조항의 헌법불합치를 선고하면서, 헌법 제36조 제1항 혼인과 가족생활의 권리 조항이 "혼인제도와 가족제도에 관한 헌법원리를 규정한 것으로서 혼인제도와 가족제도는 인간의 존엄성 존중과 민주주의의 원리에 따라 규정되어야 함을 천

---

93 콜롬비아 헌법재판소, SU-214/16 (2016. 4. 28.).

94 스페인 헌법재판소, Sentencia 198/2012 (2012. 11. 6.).

95 미국 연방대법원, Obergefell v. Hodges, 576 U.S. __ (2015. 6. 26.).

96 스페인 헌법재판소, Sentencia 198/2012 (2012. 11. 6.); 콜롬비아 헌법재판소, SU-214/16 (2016. 4. 28.).

97 유럽인권재판소, Vallianatos & Others v. Greece, Application nos. 29381/09 & 32684/09 (2013. 11. 7.).

98 콜롬비아 헌법재판소, SU-214/16 (2016. 4. 28.); 대만 사법원, 釋字第748號 (2017. 5. 24.).

99 콜롬비아 헌법재판소, SU-214/16 (2016. 4. 28.).

100 미국 연방대법원, Obergefell v. Hodges, 576 U.S. __ (2015. 6. 26.). 독일의 「생활동반자법」 입법 취지에서도 이와 같은 필요성이 제기되었다.

KOR 국가인권위원회 humanrights.go.kr

명한 것"이므로 "혼인에 있어서도 개인의 존엄과 양성의 본질적 평등의 바탕 위에서 모든 국민은 스스로 혼인을 할 것인가 하지 않을 것인가를 결정할 수 있고 혼인을 함에 있어서도 그 시기는 물론 상대방을 자유로이 선택할 수 있는 것이며, 이러한 결정에 따라 혼인과 가족생활을 유지할 수 있고, 국가는 이를 보장해야" 한다고 판단한 바 있다.[101] 여러 국제인권규범, 「대한민국헌법」과 「국가인권위원회법」은 성적지향에 따른 차별을 금지한다. 그렇다면 혼인 상대방에 대한 자유로운 선택에서 성적지향에 따른 동성 파트너의 선택을 배제하여야 할 이유가 없다.[102] 대만 사법원은 혼인 여부 및 혼인 상대방을 포함한 혼인의 자유가 인격의 건전한 발전과 인간의 존엄 보호에 필수적인 것으로 이성애자만이 아니라 동성애자에게도 보장되어야 한다고 하면서 동성 간의 혼인을 허용하지 않는 민법이 명백히 심각한 입법적 결함임을 확인하였다.[103]

헌법 제36조 제1항에서 혼인과 가족생활이 "양성의 평등"을 기초로 성립, 유지되어야 한다고 한 점은 혼인을 이성 사이의 관계로 본다는 "간접적인 근거"[104]가 될 수는 있을지는 몰라도, "양성"이 혼인을 정의하는 문구가 아님은 명확하다.[105] 미국의 「혼인보호법」처럼 혼인을 이성 간의 결합으로 제한하기 위하여 "양성"이라는 표현을 사용하였다기보다는 혼인을 당연히 이성 간의 결합이라고 간주하여 동성 간의 결합 관계 성립에 대한 판단을 전혀 하지 않은 결과로 보는 것이 더 타당할 것이다. 헌법상 혼인제도의 보호는 이성 간의 결합을 동성 간의 결합에 비하여 특별히 보호한다는 의미가 아니라 혼인 외의 다른 형태의 결합 관계와 비교하여 혼인 관계를 특별히 보호하겠다는 의미로 해석할 수 있다.[106] 그렇다면 혼인의 권리에서 동성커플을 배제하여야 할 이유를 찾기는 어렵다. 더구나 혼인 개념이 시대에 따라 변화한다는 점을 감안하면, 헌법 제정 당시에 혼인을 이성혼으로 간주하였을 것이라는 추정이 혼인권에서 혼인의 범위를 영구적으로 제한해야 하는 근거가 될 수 없다. 동성혼을 도입하기 위하여 개헌까지 한 사례는 극히 드물다. 아일랜드의 경우 국민투표를 거쳐 헌법에 "성별에 따른 구별 없이" 두 사람이 혼인 계약을 맺을 수 있다고 명시하였지만, 대부분의 국가는 헌법의 혼인권에서 "남성과 여성"이라는 표현을 사용하더라도 법률 개정을 통해 동성혼을 도입하였고, 스페인과 같이 동성혼을 도입한 개정 민법에 대하여 위헌 소송이 제기된 국가에서도 오히려

---

101 헌법재판소 1997. 7. 16. 선고 95헌가6 내지 13(병합) 결정.

102 김지혜, 앞의 글, 292–293.

103 대만 사법원, 釋字第748號 (2017. 5. 24.).

104 윤진수, 앞의 글, 32.

105 김지혜, 앞의 글, 292. 반면 헌법이 혼인을 이성 간의 결합으로 보고 있어 동성혼 법제화를 위해서는 헌법 개정이 필요하다는 입장으로는 정애령, 앞의 글, 171쪽.

106 이준일, "헌법상 혼인의 개념: 동성간 혼인의 헌법적 허용가능성", 공법연구 제37집 제3호 (2009), 187.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

"남성과 여성"이라는 표현을 사용하는 헌법 하에서 개정 민법이 합헌임을 인정하였다.

동성혼을 허용하지 않는 것이 설령 헌법상 혼인권의 침해가 아니라고 가정하더라도 현행 헌법 하에서 혼인을 동성커플에게 확대하는 입법이 위헌이라고 할 수도 없다.[107] 더구나 가족생활의 권리 차원에서는 동성커플에게 가족 구성을 불가능하게 하고 이성 배우자에게 보장되는 권리를 동성 파트너에게도 인정하는 제도를 전혀 두지 않는 것이 차별이라는 점은 자명하다. 또한 성별과 무관하게 자신이 선택한 상대방과의 혼인의 자유는 콜롬비아 헌법재판소와 미국 연방대법원이 명확히 지적하였던 인간의 존엄과 행복추구권, 성과 재생산의 권리 차원에서도 요청되는 것이다.

동성 간 또는 성별과 무관한 동반자 등록 제도를 둠으로써 동성커플의 법적 지위 인정 및 법적 보호를 어느 정도 달성할 수는 있을 것이다. 그러나 이는 평등한 혼인권의 보장은 아니다. 영국의 동성혼인법 논쟁에서도 언급되었듯, "분리하되 평등"은 평등이 아니라 차별이다. 오스트리아 헌법재판소는 이성커플에게 혼인을, 동성커플에게 동반자 등록만을 허용하면서 제도를 이원화하는 것 자체가 동성애자와 이성애자가 동등하지 않다는 표현이며 동반자관계의 신분 상태를 드러내는 것만으로도 불필요하게 성적지향이 노출되어 차별을 겪게 될 수 있다는 점 등을 들면서 이성 간 혼인과 동성 간 동반자관계의 구분이 성적지향에 따른 차별이라고 판시하였다.[108]

다른 한편 혼인제도의 가부장성과 경직성, 가족 형태의 다양화 추세 등으로 인하여 혼인 외의 다양한 가족 형태 또는 공동체 구성의 권리를 보장해야 할 필요도 제기된다. 동성 간의 민사적 동반자관계와 동성혼이 순차적으로 도입된 이후 영국에서는 성차별적 혼인제도를 거부하며 이성 간에도 민사적 동반자관계를 인정해달라는 소송이 제기되었고 현재는 동성커플과 이성커플 모두 혼인과 민사적 동반자관계를 선택할 수 있게 되었다. 프랑스에서도 혼인보다 자유로운 동거계약이 동성커플과 이성커플 모두에게 널리 활용되고 있다. 성적지향을 이유로 혼인을 제한하는 것은 기본권의 침해이지만, 동시에 혼인제도 자체가 가지고 있는 한계 또한 제기될 필요가 있고 혼인 외의 가족 형태에 대한 인정은 동성커플의 법적 지위 보장 필요성과 더불어 논의될 수 있을 것이다.

한국에서 동성커플의 법적 지위 보장은 법리적인 문제보다도 사회적, 정치적인 문제 해결이 선행되어야 하는 것처럼 이해되기도 한다. 이보연(2019)에서는 소수자의 기본권 보장은 헌법재판소의 결정에 따라 입법부가 위헌적 상황을 시정하는 입법을 하는 방식으로 이루어

---

107 윤진수, 앞의 글, 36.
108 오스트리아 헌법재판소, G258/2017 (2017. 12. 4.).

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

지는 것이 통상적이지만, 독일에서 동성혼의 도입 과정은 연방헌법재판소와 입법부의 여러 차례에 걸친 상호작용의 결과였다고 평가한다.[109] 독일 연방헌법재판소는 혼인에 대해 보수적인 해석을 하였지만, 의회에서 먼저 「생활동반자법」을 제정한 뒤에는 연방헌법재판소에서 「생활동반자법」의 합헌성을 확인하였고 그에 힘입어 동성혼 입법이 추진되었으며, 연방헌법재판소에서 여러 차례에 걸쳐 혼인한 배우자와 생활동반자 간의 차등 대우에 평등 원칙 위반이라는 결정을 내리면서 동성혼 인정의 당위성에 힘이 실려 의회가 「혼인개방법」을 제정하기에 이르렀다는 것이다.[110]

다른 나라들의 사례를 보더라도 동성커플의 법적 지위 인정에 대한 사회의 '충분한 합의' 달성 이후에 입법이 이루어진 것은 아니다. 법원의 판단과 입법 추진 과정에서 종교적 교리 또는 전통적 가족의 보호를 내세운 상당한 반발이 있었다. 동성혼 또는 동성 간 동반자관계를 인정하는 입법 이후에도 재차 이에 대한 위헌 소송이 제기되어 헌법재판소가 다시 합헌성을 확인해야 하는 상황에 직면하였고,[111] 판결 이후의 국민투표에서 동성혼 법제화 반대 의견이 우세한 결과가 나오기도 했다.[112] 사법심사를 통하여 동성커플의 평등한 권리를 보장하지 않는 것이 위헌이라는 결정이 선고되었다고 하여 사회적인 '합의'에 극적으로 도달하게 된다거나 수월하게 입법을 진행할 수 있는 토양이 갑자기 만들어지는 것은 아니다. 그보다는 헌법과 인권규범상 성적지향을 이유로 한 차별이 허용될 수 없다는 평등 원칙에 따라, 반발이나 유보적 태도의 존재에도 불구하고 의회와 정부에서 평등을 실현하기 위한 입법을 추진하고, 법원은 지속적으로 성적지향을 이유로 한 차별을 인정하면서 한 걸음씩 나아간 것으로 볼 수 있다. 뒤이어 법과 제도의 인정이 성소수자의 가시화와 사회적인 인정을 촉진시키고 사회적인 인정은 또 다른 변화를 가능하게 하는 것이다.

---

109 이보연, 앞의 글, 74.

110 이보연, 앞의 글, 74–75.

111 스페인 헌법재판소, Sentencia 198/2012 (2012. 11. 6.); 독일 연방헌법재판소, 1 BvF 1, 2/01 (2002. 7. 17.).

112 국민투표 직후 대만 정부는 투표 결과에도 불구하고 법원의 명령에 따라 법 개정을 추진하겠다고 밝혔고, 6개월 뒤 동성혼을 법제화하였다. BBC News 코리아, 앞의 글. 자세한 내용은 '2) 동성커플의 법적 결합 인정 입법례' 중 '라. 대만'을 참고할 것.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

참고문헌

- 김지혜, “동성혼에 관한 미국 판례의 전개”, 법과사회 제46권 (2014).
- 독일주재관, “동성결혼제도 도입을 위한 민법 개정”, 국회사무처 (2017. 7. 14.), https://nas.na.go.kr/nas/info/diplomacy_active02.do?mode=view&articleNo=383015, (2021. 9. 17. 확인).
- 송민영, “비혼 동거 커플의 증가와 프랑스의 시민연대계약(PACS)”, 글로벌사회정책브리프 제13호 (2016).
- 윤진수, “유럽에서의 동성혼인 및 동성결합에 관한 최근의 동향”, 가족법연구 제35권 제2호 (2021).
- 이보연, “독일 동성혼 인정 과정을 통해서 본 의회와 연방헌법재판소의 상호작용”, 서울법학 제26권 제4호 (2019).
- 이상욱, “프랑스 가족법의 동향”, 가족법연구 제32권 제2호 (2018).
- 이준일, “헌법상 혼인의 개념: 동성간 혼인의 헌법적 허용가능성”, 공법연구 제37집 제3호 (2009).
- 이지효, “독일에서의 동성혼에 관한 헌법적 연구”, 헌법재판소 헌법재판연구원 (2021).
- 정애령, “동성 간 생활공동체의 법적 보장을 통한 현행 헌법상 혼인제도의 보완”, 헌법학연구 제26권 제2호 (2020).
- 정연, “동성혼인에 대한 국제적 동향: 미국 및 유럽국가의 판례검토”, 동성결혼과 소수자의 인권보호, 헌법재판연구원 · 충북대학교 법학연구소 (2016).
- 정희라, “영국 의회와 동성결혼 논쟁: 2013년 동성결혼법을 중심으로”, 통합유럽연구 제7권 제2집 (2016).
- 헌법재판소 헌법재판연구원, “동성커플에게 거부된 배우자연금의 위헌성” (2015).
- Andrew Hindmoor, Twelve Days that Made Modern Britain, Oxford University Press (2019).
- Government Equalities Office, “Marriage (Same Sex Couples) Act: A factsheet” (2014).
- Government Equalities Office, “Marriage and civil partnership in England and Wales” (2019), https://www.gov.uk/government/publications/marriage-and-civil-partnership-in-england-and-wales, (2021. 9. 24. 확인).
- ILGA World: Lucas Ramon Mendos, Kellyn Botha, Rafael Carrano Lelis, Enrique López de la Peña, Ilia Savelev and Daron Tan, State-Sponsored Homophobia 2020: Global Leg-

국가인권위원회
humanrights.go.kr

islation Overview Update, Geneva: ILGA (2020).

- International Commission of Jurists, Sexual Orientation, Gender Identity and Justice: A Comparative Law Casebook (2011).
- UK Office for National Statistics, "Civil partnerships in England and Wales: 2019", https://www.ons.gov.uk/peoplepopulationandcommunity/birthsdeathsandmarriages/marriagecohabitationandcivilpartnerships/bulletins/civilpartnershipsinenglandandwales/2019, (2021. 9. 17. 확인).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

국가인권위원회
humanrights.go.kr

11

양육자가 될 권리

국가인권위원회
humanrights.go.kr

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

I. 개관

동성애를 범죄로 여기고 부도덕하게 보았던 오랜 동성애혐오 속에서 동성애자는 아동의 양육자로서 부적합할 것이라는 의심이 형성되었다. 아동이 동성애에 노출되는 것만으로도 해롭다고 여긴 것이다. 다른 한편으로는 이성간 결합으로 구성된 가족만을 정상화하고 규범화하여 온 가족제도의 공고함 속에서 이런 관념이 존재했다. 아동은 남성과 여성 모두로 구성된 양육자의 모델을 접할 때 가장 바람직하게 성장한다는 생각이다. 이런 초기의 관념에서 벗어나 많은 국가가 동성애자에 대해 단독으로 또는 공동으로 양육자로서 인정을 하게 되기까지는, 동성애에 대한 차별적 인식을 해소하는 동시에 가족의 본질을 형식이 아닌 관계로 보는 변화과정이 있었다.

과거에는 동성애자라는 사실 자체로 아동에게 부정적인 영향을 미친다고 판단하여 양육권을 거부하기도 했다. 하지만 오늘날 유럽 국가와 미국 등 많은 국가에서는 성적지향이 그 자체로 양육자로서의 적합성을 결정하는 사유가 될 수 없다는 법리가 확립되었다. 단지 동성애자라는 이유로 양육에서 절대적으로 배제하는 것은 불합리한 차별이며, 개별적으로 해당 개인 또는 커플이 아동의 발달에 필요한 정서적이고 물리적인 환경을 제공하는지 살펴보고 판단해야 한다는 것이다.

나아가 많은 국가에서 아동의 복리를 위해서도 동성커플에 대해 양육자로서 이성커플과 동등한 법적 지위를 인정할 필요가 있음을 인정했다. 2002년 남아프리카공화국 헌법재판소의 Du Toit v. Minister for Welfare and Population Development Case 판결[1]과 2013년 독일 연방헌법재판소의 1BvL 1/11 판결[2] 등 후술하는 여러 판례들에서, 동성커플에 대해 그 양육자의 법적 지위를 제한할 때 아동에게 초래되는 불이익에 주목했다. 동성커플이 아동 양육의 법적 책임을 갖도록 함으로써 아동에게 경제적, 법적, 심리적으로 안정된 가정환경을 제공하고, 다른 형태의 가족에 비해 자신의 가족이 열등하다는 관념을 갖지 않게 한다는 것이다.

동성커플의 입양은 국가별로 동성 간 혼인의 인정에 따라 이루어지기도 하고 시민결합을 통해 인정되기도 했다. 2020년 기준 유엔회원국 28개국에서 공동입양(joint adoption)을 인정하고 있으며, 도입 연도순으로 캐나다(1996–2011), 네덜란드(2001), 남아프리카공화국(2002), 호주(2002–2018), 스웨덴(2003), 스페인(2005), 영국(2005–2013), 벨기에(2006), 아이슬란드

1 Du Toit and Another v Minister of Welfare and Population Development and Others (CCT40/01) [2002] 2003 (2) SA 198 (CC).
2 BVerfG, 1 BvL 1/11, 2013 (헌법재판소 제1부, 2013. 2. 19. 선고).

국가인권위원회 humanrights.go.kr

(2006), 이스라엘(2008), 노르웨이(2009), 우루과이(2009), 브라질(2010), 아르헨티나(2010), 덴마크(2010), 프랑스(2013), 뉴질랜드(2013), 안도라(2014), 몰타(2014), 아일랜드(2015), 룩셈부르크(2015), 미국(2015), 콜롬비아(2015), 오스트리아(2016), 포르투갈(2016), 핀란드(2017), 독일(2017), 코스타리카(2020) 등이고,[3] 추가로 스위스는 2022년부터 시행예정이다.[4]

한편 동성커플이 파트너의 자녀를 공동으로 입양하는 이차양육자입양(second-parent adoption)[5]을 인정하는 국가는 2020년 기준 유엔회원국 32개국으로 공동입양을 인정하는 위 28개국과 에스토니아, 슬로베니아, 산마리노, 스위스이며, 유엔 비회원국인 대만 역시 2019년부터 이차양육자입양을 인정하고 있다.[6]

이 장에서는 동성애자 개인 또는 동성으로 구성된 커플의 아동양육에 관하여 다루며, 트랜스젠더의 자녀와 관련해서는 제8장에서 다룬다. 다음에서는 먼저 동성애자의 양육자로서의 권리를 부정한 주요 논리로 제기되었던 아동의 복리 쟁점과 관련해 양육자로서의 적합성, 전통적 가족 보호, 이성의 부와 모의 필요성 등에 대한 주장이 어떻게 배격되었는지 살펴보고, 이어서 동성커플의 양육 형태로서 파트너 일방의 친생자나 양자를 입양하는 이차양육자입양과 두 사람이 공동으로 입양하는 공동입양에 관한 논의를 해외의 주요 판례를 중심으로 살펴본다.

II. 주요 쟁점 및 사례

1. 아동의 복리에 관한 주요 쟁점

1) 양육자로서의 적합성

동성애를 범죄화하던 시대에는 동성애자에 대해 양육자로서 적합하지 않다고 판단한 판

---

3 ILGA World, "State-Sponsored Homophobia: Global Legislation Overview Update", ILGA (2020), 307-315.

4 스위스는 2021년 9월 동성커플의 혼인과 입양에 대한 권리를 인정하는 법안이 통과되어 2022년부터 시행될 예정이다. "스위스, '동성결혼' 합법화…국민의 3분의 2가지지", 경향신문 (2021. 9. 27), https://m.khan.co.kr/world/europe-russia/article/202109271211001#c2b (2021. 11. 6. 확인).

5 이차양육자입양은 혼인하지 않은 파트너의 자녀를 입양하는 경우로서, 혼인한 배우자의 자녀를 입양하는 계자입양(step-parent adoption)과 구분된다.

6 ILGA World, 앞의 글, 317-324.

KOR 국가인권위원회 humanrights.go.kr

례들이 존재했다. 동성커플의 양육능력이 이성커플에 비해 부족하다는 실질적인 증거가 없음에도 불구하고, 동성애를 범죄로 취급한 법이 존재한다는 이유 자체만으로 양육자로서의 지위와 권한을 제한하였다.[7] 동성애를 비범죄화하면서 동성애자라는 사실 자체로 양육권을 부정하는 경향은 점차 사라졌지만, 이후에는 동성애자에 대한 사회적 차별이 아동에게 부정적인 효과를 미친다고 하면서, 결과적으로 동성애자에 대해 양육권을 부정하는 태도가 계속되었다.[8]

실제로 미국, 영국 등의 과거 판례에서는 동성애자에 대한 사회적인 차별을 이유로 하여 아동 양육권을 부정하는 경우가 있었다. 예컨대, 미국 버지니아주 대법원의 Roe v Roe, 324 SE 2d, 691 (1985) 판결에서는, 당시 버지니아주에서 동성 간 성관계가 불법인 상황에서 아버지의 동성애 관계를 아동에게 노출시키는 것이 그 자체로 양육자로서 부적합하다고 말하며, 게다가 "아동에게 따라붙는 사회적 비난이 또래와 지역사회와의 관계를 필연적으로 손상시키므로 견디기 어려운 짐을 부과"하는 것으로서 아동의 복리에 부합하지 않아 양육권을 인정할 수 없다고 판단했다. 영국에서도 1990년대 중반까지 동성애자인 부모로 인해 아동이 수치심과 낙인을 겪게 된다고 하며, 따라서 아동에 대한 양육권을 부정하는 판례가 등장했다.[9]

양육자로서의 적합성에 대한 의심은 아동이 이성의 부와 모로 구성된 전통적 가족환경에서 생활하지 못한다는 점에서 더욱 본격적으로 제기되었다. 하지만 1990년대 후반부터 유럽인권재판소는 성적지향을 이유로 한 차별금지원칙에 따라 양육자가 동성애자라는 이유로 추측되는 추상적인 효과를 근거로 양육권을 전면 배제하는 것은 합리적이지 않다고 명시했다. 이에 동성애자의 양육자로서의 적합성은 이성애자와 다르게 취급될 수 없으며, 성적지향과 무관하게 개별 사례에 대한 평가를 통해 판단되어야 한다는 원칙이 확립되었다. 미국도 2005년 워싱턴주대법원의 In re Parentage of L.B. 판결[10]과 같이, 양육과 관련하여 아동의 최선의 이익을 판단할 때 "성과 성역할은 양육자를 가리는 적합한 기준이 될 수 없다"는 법리를 확립했다.

나아가 동성애자라는 이유로 양육자로서의 적합성을 부정하는 것이 단지 성소수자에 대한 차별일 뿐만 아니라 아동의 권리를 침해한다는 쟁점도 주요하게 제기되었다. 독일의 경우, 독일 연방헌법재판소는 2013년 1BvL 1/11 판결[11]에서 아동이 동등하게 대우받을 권리를 보

---

7 Angioletta Sperti, Constitutional Courts, Gay Rights and Sexual Orientation Equality [Kindle Edition], Bloomsbury Publishing (2019), 339.

8 위의 글.

9 Arthur S. Leonard & Patricia A. Cain, Sexuality Law(3rd ed.) [Kindle Edition], Carolina Academic Press (2019), 340.

10 In re Parentage of L.B., 122 P.3d 161 (Wash. 2005).

11 BVerfG, 1 BvL 1/11, 2013 (헌법재판소 제1부, 2013. 2. 19. 선고).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

장하기 위해 동성커플의 입양을 인정할 필요성이 있음을 분명히 밝혔다. 이 사건에서는 생활동반자관계의 파트너가 입양한 아동을 다른 파트너가 후속입양할 수 없도록 한 규정이 문제가 되었다.

독일 연방헌법재판소는 이 규정이 생활동반자관계를 맺은 파트너에게 입양된 아동에 대한 차별로서 위헌이라고 판결했다. 온전한 법적 책임을 갖는 양육자를 한 명 더 가질 기회를 박탈할 뿐만 아니라, 다른 형태의 가족에 입양되는 아동과 비교해 불리하게 대우함으로써 자신의 가족관계가 덜 가치있다고 느끼게 만들어 아동의 발달에 부정적인 영향을 준다고 보았다. 양육자로서 동성커플이 아동에게 해롭다는 주장에 대해서는 전문가의 증언을 토대로 기각하고, 오히려 입양을 허용함으로써 아동의 심리적 발달, 법적 지위의 향상, 경제적 안정 등의 면에서 아동의 복리에 부합한다고 보았다.

독일 연방헌법재판소

1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09 (2013. 2. 19.)

사건개요: 이 사건 청구인들은 생활동반자관계에 있는 사람들로, 파트너가 입양한 아동에 대해 공동양육자로서 인정받기 위해 입양을 하고자 했다. 당시 독일법에서는 혼인관계에서 배우자가 입양한 아동을 입양하거나 생활동반자의 친생자를 입양하는 것은 허용되지만, 생활동반자관계에서 파트너가 입양한 아동을 입양하는 후속입양(successive adoption)이 허용되지 않았다.

쟁점: 생활동반자관계에서 파트너가 입양한 아동을 상대방파트너가 공동양육자로서 후속입양할 수 없도록 제한한 것이 동등한 대우를 받아야 할 아동의 권리를 침해하는가

판단내용: 국가는 아동의 최선의 이익을 위해 부모의 의무가 이행되도록 보장해야 할 의무가 있고, 이는 생물학적인 부모가 부모의 기능을 하지 못할 때 다른 사람이 부모의 책임을 맡을 수 있도록 법적 기틀을 제공해야 할 의무를 포함한다. 후속입양을 배제하는 것은 아동이 통상 한 사람만 법적 양육자로 가지게 된다는 뜻이며, 생활동반자가 입양한 아동은 두 명의 양육자를 갖지 못하게 되는 결과를 초래한다.
이러한 상황은 동등한 대우를 받아야 할 아동의 권리를 침해하여 위헌이다. 생활동반자관계

국가인권위원회
humanrights.go.kr

의 파트너에게 입양된 아동은 혼인관계의 배우자에게 입양된 아동이나 생활동반자의 친생자와 비교해 불리한 대우를 받는다. 후속양육을 허용하지 않음으로 해서 아동의 양육에 관해 온전한 법적 책임을 갖는 양육자를 한 명 더 가지지 못하게 되기 때문이다. 또, 아동발달에 중요한 가족을 안정화하는 효과면에서도 영향을 미쳐, 아동에게 자신의 가족관계가 "혼인한 양육자의 입양아동이나 생활동반자관계를 맺은 양육자의 친생자인 입양아동의 가족관계에 비해 덜 가치 있다는 인상을 줄 수 있다."

생활동반자관계와 혼인 사이의 차이는 입양의 전면배제를 정당화할 질적인 차이가 아니며, 후속입양은 아동이 다른 가족으로 보내지는 것이 아니고 기존의 가족을 유지하는 것으로서 아동의 이익에 부합한다. 동성커플인 양육자에게서 자라는 것이 아동에게 해롭다는 주장에 관해 상당수의 전문가가 이러한 우려를 부인하는 의견을 제시했고, 오히려 후속입양을 허용함으로써 아동의 심리적 발달을 안정시키고 생활동반자관계가 해소될 때 아동의 법적 지위를 향상시키며 경제적으로도 더욱 안정시키게 되므로, 후속입양이 아동에게 이롭다고 판단한다.

남아프리카공화국 헌법재판소의 Du Toit v. Minister for Welfare and Population Development Case (2002) 판결[12]에서도 헌법상 아동의 권리조항이 주요하게 작용했다. 남아프리카공화국 헌법 제28조 제2항은 "아동의 최선의 이익은 아동에 관련된 모든 사안에서 가장 중요하다."고 정하고 있다. 그런데 양육자로서의 적합성을 갖추고 아동에게 필요한 안정성, 헌신, 사랑, 지지를 제공하는 사람에 대해 성적지향을 이유로 입양제도에서 배제하는 것은, 아동의 최선의 이익을 가장 중요하게 여겨야 한다는 헌법적 명령에 위배된다는 것이었다. 양육권과 관련하여 아동의 복리가 가장 중요한 기준이 되어야 하는 만큼, 단순히 성적지향을 이유로 가족관계를 불인정하여 아동의 이익에 반하는 결정을 해서는 안 된다는 것이다.

이러한 법리의 발전에 따라 동성커플이 헤어지면서 파트너 일방이 양육에 대한 책임을 회피하는 경우에도 양육자로서 책임을 지도록 하는 판례가 나타나고 있다. 2005년 미국 캘리포니아주 대법원의 Elisa B. v. Superior Court of El Dorado County 판결[13]에서는, 「통합양육법(Uniform Parentage Act)」에서 말하는 '자연적 양육자'(natural parent)에 아동과 생물학적 관계

12 Du Toit and Another v Minister of Welfare and Population Development and Others (CCT40/01) [2002] 2003 (2) SA 198 (CC). 자세한 내용은 본 절의 2. 2) 공동입양 참조.

13 Elisa B. v. Superior Court of El Dorado County, 117 P.3d 660 (Cal. 2005).

국가인권위원회 humanrights.go.kr

가 없는 사람이 포함될 수 있으며, 양육자가 모두 동성일 수 있다고 해석했다. 따라서 동성파트너가 인공수정을 통해 아동을 출산한 경우, 출산하지 않은 여성파트너도 양육비를 지급할 의무를 진다고 판단했다. 두 사람은 공동양육자로서 아동을 출산하고 양육하였으므로, 두 사람의 관계가 해소되었다고 하여 아동에 대한 의무가 사라지지 않는다는 것이었다.

2) 전통적 가족의 보호

동성애자에 대해 양육권을 부정하는 주요 주장의 하나는 '정상적' 또는 '전통적'인 가족을 가질 아동의 기회를 빼앗는다는 것이었다. 아동은 이성커플인 양육자에게 자라는 것이 가장 좋다는 '최상의 양육 논리'(optimal parenting rationale)로서, 이성커플이 적절한 역할모델이 되는 것이 바람직하고, 단독입양이나 동성커플의 입양은 양육의 관점에서 적합하지 않다는 주장이다.[14] 유럽에서 이러한 주장에 기초하여 동성애자 또는 동성커플의 양육권을 부정하는 사건들이 유럽인권재판소에 주요하게 제기되어 검토되었고 결과적으로 기각되었다. 가족의 본질은 전통의 형식이 아니라 관계에 있으며, 양육에 관한 사항은 아동과 양육자와의 개별적인 관계를 보아 결정되어야 한다는 논리였다.

1999년 유럽인권재판소의 Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal 판결[15]은 전통적 가족을 고수하는 전제 자체가 성적지향을 이유로 한 차별임을 밝혔다. 이 사건의 청구인은 이성혼 관계에 있다가 이혼한 남성으로서, 그가 다른 남성과 살고 있다는 이유로 아동에 대한 양육권을 인정받지 못했다. 포르투갈 법원은 청구인의 아동에 대한 사랑이나 돌봄 능력에 대한 의심이 없다고 하면서도, "아동은 전통적인 포르투갈 가족에서 살아야 한다"고 전제하고 부의 상황을 "비정상"이라고 하며 모에게만 양육권을 인정하는 것이 아동의 이익에 부합한다고 판단했다. 이에 유럽인권재판소는 포르투갈 법원이 부의 동성애를 양육권에 관한 판단에서 결정적인 이유로 삼은 것은 성적지향을 이유로 한 차별로서 유럽인권협약 제14조 차별금지 및 제8조 사생활과 가족생활에 대한 존중의 권리를 위반한 것이라고 보았다.

---

14 Sperti, 앞의 글, 331.

15 Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal, no. 33290/96, ECHR 1999.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

유럽인권재판소

Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal, Application no. 33290/96 (1999. 12. 21.)

사건개요: 청구인(Salguerio da Silva Mouta)은 이성혼관계에서 출생한 딸이 있는 남성으로, 배우자와 헤어진 후 남성과 살고 있었다. 포르투갈 법원은 청구인에 대해 "딸에 대한 아버지의 사랑이나 아동을 돌볼 능력에 대한 의심은 없다"고 하면서도, 청구인이 동성애자이며 동성연인과 동거하고 있어 아동이 살기에 적합한 "전통적 가족" 환경이 아니라는 이유로 이혼소송에서 양육권을 거부했다.

쟁점: 부가 동성애자이거나 동성연인과 동거한다는 사실이 아동에 대한 양육권 거부의 정당한 사유가 될 수 있는가

판단내용: 포르투갈 정부는 법원의 결정이 성적지향을 이유로 한 것이 아니라 오로지 아동의 건강과 권리의 보호를 위한 결정이었다고 주장하였다. 하지만 유럽인권재판소는 포르투갈 법원의 판단에서 청구인의 성적지향이 결정적이 요소로서 작용했음을 확인했다. 포르투갈 법원은 판결문에서, "아동은 가족환경, 즉 전통적인 포르투갈 가정에서 살아야 하는데, 청구인은 마치 남편과 아내처럼 다른 남성과 살고 있으므로 그런 환경을 마련하지 못하고 있다."며 이는 "비정상"이고 "아동은 비정상적 상황의 그늘에서 자라서는 안 된다."는 이유로 양육권을 거부하였기 때문이다. 유럽인권재판소는 이러한 성적지향에 근거한 차등대우가 유럽인권협약에서 용인될 수 없다고 하였다. 포르투갈 법원이 단순히 부의 동성애를 판단의 근거로 삼은 것은 차별적인 처우로써 가족생활을 존중받을 권리를 침해한 것으로, 유럽인권협약 제8조(가족생활의 존중) 및 제14조(차별금지)의 위반이라고 판단하였다.

유럽인권재판소는 2013년 X and Others v Austria 판결[16]에서도 전통적인 의미의 가족을 보호한다는 이유로 동성애자의 입양을 금지하는 논리를 기각하였다. 이 사건에서는 사실상 가족으로 생활하고 있는 여성 동성커플이 아동과 법적으로 가족관계를 인정받기 위해 파트너 일방의 친생자를 상대방파트너가 입양하려고 하였다. 하지만 당시 오스트리아 법에서 비

16 X and Others v Austria [GC], no. 19010/07, ECHR 2013.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

혼 동성커플의 입양을 전면배제하는 것이 문제되었다. 이에 비해 비혼 이성커플의 입양은 허용하였는데, 이에 관해 '전통적인 가족을 보호'하기 위한 제도라는 주장이 제기되었다.

이 사건에서 유럽인권재판소는 유럽인권협약이 '살아있는 규범'으로서 유럽인권협약 제8조에서 보호하는 '가족' 역시 사회의 발달과 관점의 변화를 고려해야 한다고 밝혔다. 그리고 '어떤 사람이 어떻게 가족 또는 사생활을 꾸리는지에 관해서는 하나의 방식이나 하나의 선택이 있지 않다는 사실'을 인정하였다. 중요한 것은 이 사건 청구인들처럼 사실상의 가족생활을 인정하는 것으로서, 동성커플이 양육자로서 부적합하다는 주장은 근거가 없고, 아동입양에 관해 동성커플은 이성커플과 마찬가지로 개별적으로 적합하거나 부적합할 수 있으므로, 동성커플이라는 이유로 입양을 절대적으로 금지할 것이 아니라 개별적으로 심사해야 한다는 것이었다.

유럽인권재판소

X and Others v Austria, Application no. 19010/07 (2013. 2. 19.)

사건개요: 안정적 관계를 맺고 있는 여성커플과 그 중 한 명이 출산한 아동이 가족으로 인정받고자 입양을 신청한 사건이다. 세 사람은 같은 거주지에서 생활하고 있고, 아동이 5세인 무렵부터 해당 커플이 공동으로 그를 양육해 왔다. 아동은 혼외 출생하였고 부가 인지하였으나 양육권은 모가 단독으로 가지고 있었다.
당시 오스트리아 법에서는 이성커플의 경우 혼인여부와 무관하게 파트너의 친생자를 입양하는 이차양육자입양이 허용되지만 동성커플의 경우는 해당되지 않는 것으로 해석되었다. 이에 대해 오스트리아 대법원은 "미성년 아동이 잘 살기 위해, 이성의 부모 모두, 즉 여성(모)와 남성(부) 양육자 모두와 개인적인 관계를 가지는 것이 매우 바람직하다는 것이 논쟁의 여지없이 인정되었다"며, 동성커플의 입양을 허용하지 않는 해당 조항의 위헌성을 인정하지 않았다.

쟁점: 비혼의 이성커플과 달리 비혼의 동성커플에 대해 전면적으로 입양을 금지하는 것이 전통적 의미의 가족을 보호한다는 이유로 정당화될 수 있는가

판단내용: 오스트리아법에 따르면 비혼의 이성커플은 이차양육자입양이 가능하다. 그런

데 유사한 상황에 있는 비혼의 동성커플에 대해서는 이차양육자입양을 제한하는 것은 차등적인 처우로서 정당한 목적과 비례성을 갖추었는지 살펴야 한다. 이에 유럽인권재판소는 전통적 의미의 가족을 보호하는 것이나 아동의 이익을 보호하는 것이 모두 입양제도의 정당한 목적이라고 하면서도, 협약에서 보호하는 '가족'이 변화하는 개념임을 아래와 같이 밝혔다.

> "전통적인 의미의 가족을 보호한다는 목적은 추상적이고, 이를 수행하기 위해 넓고 다양한 구체적인 수단이 집행될 수 있다. 협약이 살아있는 문서로서 오늘날의 조건에서 해석되어야 함을 생각할 때, 회원국은 협약 제8조의 요구에 따라 가족을 보호하고 가족생활에 대한 존중을 지키기 위해 고안된 수단들을 선택할 때 사회의 발전과 사회, 시민지위, 관계적 쟁점의 관점에서의 변화를 반드시 고려해야 한다. 이때 어떤 사람이 어떻게 가족 또는 사생활을 꾸리는지에 관하여 오로지 하나의 방식이나 하나의 선택이 있는 것이 아니라는 사실을 고려해야 한다."

이 사건에서 오스트리아 정부는 동성커플이 양육자로서 어떤 경우에도 절대로 아동을 적절히 돌볼 수 없다는 어떠한 증거도 제시하지 못하였으며, 오히려 이성커플과 마찬가지로 동성커플도 개별적으로 적합하거나 적합하지 않을 수 있음을 인정하였다. 따라서 유럽인권재판소는 비혼의 이성커플과 달리 비혼의 동성커플에 대해서는 절대적으로 입양을 금지하는 것이 합리성이 없으며, 개별적인 사례에 따라 판단하는 것이 아동의 최선의 이익을 지키려는 목적에도 더욱 부합한다고 보았다. 그러므로 오스트리아 정부가 파트너의 자녀를 입양하기를 바라는 비혼의 동성커플에게 입양을 거부한 것이 유럽인권협약 제8조(가족생활의 존중) 및 제14조(차별금지) 위반이라고 판단하였다.

3) 이성의 부와 모의 필요성

동성애자가 단독으로 또는 커플로 입양하려는 경우, 이성의 부와 모가 존재하지 않는 가족환경이 아동의 복리에 부합하는지의 쟁점이 주요하게 제기되었다. 유럽인권재판소는 프랑스 법원이 동성애자의 단독입양을 거부한 것이 사생활 및 가족생활에 대한 권리 위반이 아니라

국가인권위원회 humanrights.go.kr KOR

고 한 바 있었다. 2002년 Fretté v France 사건[17]에서, 프랑스의 입양신청인인 게이 남성의 개인적 및 지적 품성과 적합성에 의심이 없음에도 불구하고 그가 동성애자라는 이유로 거부당한 것에 대해, 동성애자의 입양이 아동에게 미치는 효과에 관해 학계의 의견이 갈려 있다는 이유로 해당 프랑스 법원의 결정을 협약 위반이 아니라고 판단한 것이었다.

하지만 유럽인권재판소는 이후 2008년 EB v. France 판결[18]에서 선례를 뒤집는다. 단순히 아동에 대한 효과를 알 수 없다는 불확실한 사실에 기반해 결정하는 것이 아니라, 청구인의 양육능력이 확인된 상황에서 단순히 동성애자라는 이유로 입양을 거부할 수 없다는 원칙을 확인하는 결정이었다. 이 사건에서 청구인은 당시 프랑스법에 따라 단독입양을 신청했다가 "부모의 역할모델"이 존재하지 않고 그의 "라이프스타일"이 양육에 적합하지 않다는 이유로 거부당했다. 이에 유럽인권재판소는 프랑스 정부가 청구인의 "개인적인 성품과 아동양육의 능력은 의심할 바 없다"고 하면서도 '부모의 역할모델'이나 '라이프스타일'을 이유로 거부한 것이, 암묵적으로 청구인의 성적지향을 이유로 구분하여 달리 취급한 것으로서 유럽인권협약 제8조 및 제14조 위반이라고 판단했다.

유럽인권재판소

E.B. v. France, Application no. 43546/02 (2008. 1. 22.)

사건개요: 프랑스 국적의 여성 E.B.(청구인)은 어린이집 교사로서 심리학자인 여성 R과 1990년부터 안정적인 관계를 맺고 있었다. 청구인은 사회서비스국에 입양을 신청하면서 이때 자신의 성적지향과 파트너와의 관계를 언급했다. 당시 프랑스법에서는 독신입양을 허용하고 있었다. 하지만 청구인의 입양신청은 거부되었는데, 주요 이유는 "부모의 역할모델 또는 관계"가 결여되고 청구인의 "라이프스타일"이 아동을 입양하기에 적합하지 않다는 것이었다. 프랑스 법원은 "개인적인 성품과 아동양육의 능력은 의심할 바 없으나, 그의 라이프스타일을 고려할 때 가족, 아동양육, 심리적 관점에서 아동을 입양하기 위해 요구되는 보호조치를 제공하지 않는다."고 하였다.

17 Fretté v. France, no. 36515/97, ECHR 2002–I.
18 E.B. v. France, no. 43546/02, ECHR 2008.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

쟁점: 아동에게 "부모의 역할모델"이 없다는 것은 동성애자의 입양을 거부하는 정당한 사유가 될 수 있는가

판단내용: 프랑스가 청구인의 입양신청을 거부한 사유로서 부모의 역할모델이 결여되었다고 한 이유에 대해, 유럽인권재판소는 이러한 논리가 독신자의 입양신청에 대한 권리를 무효화할 수 있는 것이며 동성애를 이유로 신청을 거부하는 핑계가 될 수 있다고 보았다. 입양신청에 대한 결정과정에서 성적지향이 결정적인 이유가 아니었다고 하더라도 청구인의 동성애 사실이 광범위하게 고려되었다는 사실은 중요하며, 청구인의 "라이프스타일"에 관한 결정은 해당 결정이 청구인이 동성애자라는 점 그리고 때로는 비혼이라는 점이 결정적으로 작용했음을 보여준다고 하였다.
따라서 유럽인권재판소는 입양절차에서 청구인이 동성애자라는 사실이 명시적이지 않더라도 최소한 암묵적으로 고려되었으며 입양신청을 거부하는 데 결정적인 요인이었다고 보고, 이와 같이 성적지향에 근거한 차등대우는 유럽인권협약에서 허용되지 않는다고 판시했다. 게다가 정부는 청구인에 대해 "개인적인 성품과 아동양육의 능력은 의심할 바 없"다고 하였고 이는 분명 아동의 최선의 이익에 관한 사항이었다. 따라서 유럽인권재판소는, 프랑스 정부가 입양의 적합성에 관하여 전체적으로 판단해야지 부모의 역할모델이 없다는 것과 같은 하나의 사유로 전체를 판단해서는 안 되는데, 그럼에도 불합리한 절차로 입양을 거부한 것은 유럽인권협약 제8조(사생활의 존중) 및 제14조(차별금지)의 위반이라고 판결하였다.

2. 동성커플의 입양

1) 이차양육자입양

이차양육자입양(second-parent adoption)은 파트너 일방의 친생자나 양자에 대해 그 관계를 유지한 채로 상대방파트너가 아동과 양자 관계를 맺는 것을 말한다. 미국의 경우 Obergefell v. Hodges (2015) 판결[19]로 전국적으로 동성혼이 인정되면서 입양에 대해 동성커플이 이성

19 Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644 (2015).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

커플과 동등한 권리를 가지게 되었지만, 그 전까지는 혼인을 하지 못하는 동성커플에 대해 입양을 허용할 것인지에 대한 태도가 주마다 차이가 있었다. 그 중 버몬트주 대법원의 In re Adoption of BLVB (1993) 판결[20]과 매사추세츠주 대법원의 In re Adoption of Tammy (1993) 판결[21] 등은, 혼인관계가 아니더라도 동성파트너가 공동양육자로서 실질적인 가족관계를 형성하고 있다면 이차양육자입양을 인정하는 것이 아동의 복리에 부합한다고 판단한 초기 판결로서 의미가 있다.

구체적으로, 아래에서 소개하는 1993년 미국 매사추세츠주 대법원의 In re Adoption of Tammy 사건은, 레즈비언 커플 중 한 명이 인공수정으로 출산한 아동을, 함께 양육하고 있는 다른 파트너의 자녀로도 인정받기 위해 공동입양을 신청한 사건이었다. 당시 법이 동성커플을 염두에 두지 않았으므로 해석의 모호성이 있었으나, 매사추세츠주 대법원은 해당 가족이 "건강하고, 행복하고, 안정된 가족"으로서 입양에 적합하고, 장기적으로 심리적, 경제적, 법적 안정감을 증진시키므로 아동의 이익에 부합한다고 판단했다.

미국 매사추세츠주 대법원

In re Adoption of Tammy, 619 N.E.2d 315 (Mass. 1993)

사건개요: 비혼인 여성커플 두 사람 중 수잔이 인공수정을 통해 태미를 출산했고, 헬렌은 태미에 대해 양육자로서 인정받기 위해 수잔과 공동으로 입양을 신청했다. 두 사람은 성공적인 의사로서 10년 이상 안정적인 관계를 유지해 왔다. 두 사람은 출산준비교실에 함께 참석하고, 출산 당시 함께 있었으며, 두 사람의 성(姓)을 이은 성을 태미에게 부여했고, 태미가 태어나서부터 지금까지 함께 살며 공동으로 양육했다. 태미는 두 여성을 '엄마'라고 부르며 강한 정서적·심리적 유대를 가지고 있다.

쟁점: 다른 입양의 요건을 만족한다면, 동성커플인 파트너 중 한 명의 자녀에 대해 상대방 파트너가 공동양육자로서의 법적 지위를 인정받을 수 있는가

20 In re Adoptions of B.L.V.B. & E.L.V.B., 682 A.2d 1271 (Vt. 1993).
21 In re Adoption of Tammy, 619 N.E.2d 315 (Mass 1993).

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

판단내용: 법에서 비혼의 동거하는 사람에게 입양을 금지하고 있지 않고, 두 사람은 입양에서 요구되는 요건을 모두 충족했다. 정신건강전문가, 교사, 동료, 이웃, 친척 등 10여명의 증인들이 헬렌, 수잔, 태미의 관계에 대해 "건강하고, 행복하고, 안정된 가족"이라고 증언했고, 사회서비스국은 조사 결과 이 가족이 태미를 적절하게 양육하기에 적합하다고 판단했다. 아동이 "비표준적" 가족에게서 자라는 사실의 영향에 관해, 레즈비언 커플이 키운 아동이 다를바없이 성장한다는 결과가 관련 연구문헌으로 지지된다는 전문가의 보고가 있었다. 태미가 입양으로 인해 일상에 직접적인 변화를 겪지 않고, 오히려 미래에 중요한 법적 관계를 갖게 되며, 이로써 헬렌의 가족 재산과 유산을 상속받을 자격을 갖게 된다. 만일 입양을 인정하지 않는다면, 커플이 헤어지거나 한 명이 사망한 경우, 태미는 법적으로 불안한 상태에 놓이게 될 수 있다. 입양으로써 기존 양육자와 아동의 관계가 종료되는 것은 해당 양육자가 입양신청의 당사자가 아닌 경우에만 적용된다고 해석하는 것이 타당하다. 따라서 입양에 관한 두 사람의 신청을 허가한다.

한편 2012년 유럽인권재판소는 Gas and Dubois v. France 판결[22]에서 시민결합 커플에게 이차양육자입양을 거부한 프랑스 규정이 유럽인권협약 위반이 아니라고 판단하기도 했다. 이 사건에서는 시민결합 관계에 있는 여성 동성커플이 인공수정으로 아동을 출산하였는데, 출산한 모만 양육자로 인정하고 파트너에 대해 공동양육자로서 입양을 인정하지 않은 것이 문제되었다. 당시 프랑스법에서는 혼인한 커플에 대해서만 공동양육자로서 인정하였다. 이에 대해 유럽인권재판소는 프랑스가 동성커플에게 혼인을 인정할 의무는 없으며, 혼인의 지위는 특별한 것이고, 시민결합으로 인정된 청구인의 법적 지위는 혼인한 커플에 비견될 수 없으므로, 이는 성적지향을 이유로 한 차별이 아니라고 하였다. 하지만 프랑스는 다음 해인 2013년 동성 간 혼인을 인정하면서 입양에 대해서도 완전한 권리를 인정하게 되었다.

반면 유럽인권재판소는 비혼인 이성커플에 대해 공동입양을 허용하는 경우에는 비혼인 동성커플에게도 마찬가지로 입양을 허용해야 한다고 보았다. 전술한 2013년 X and Others v Austria 판결[23]에서 유럽인권재판소는, 동성커플관계에서 파트너 일방의 친생자에 대한 상대방파트너의 이차양육자입양을 제한하는 오스트리아 법이 유럽인권협약 위반이라고 판단했

22 Gas and Dubois v. France, no. 25951/07, ECHR 2012.
23 X and Others v Austria [GC], no. 19010/07, ECHR 2013.

국가인권위원회 humanrights.go.kr

다. 이때 핵심 쟁점은 비혼의 이성커플과 비혼의 동성커플을 다르게 취급하는 것의 정당성이었다. 이 사건에서 유럽인권재판소는 두 집단을 유사한 상황의 집단이라고 인정하였고, 그런데 이성커플에게 이차양육자입양을 허용하는 것과 달리 동성커플에 대해서만 절대적으로 입양을 배제하고 있으므로 차별이라고 본 것이었다. 이성커플과 마찬가지로 동성커플에 대해서도 개별적인 사례에 따라 판단하는 것이 아동의 복리에 부합한다는 판단이었다.

한편 전술한 독일 연방헌법재판소의 2013년 1BvL 1/11 판결[24]은 동성파트너의 친생자만이 아니라 동성파트너가 입양한 아동에 대해서도 상대방파트너가 후속입양(successive adoption)을 하도록 허용한 사례였다. 당시 독일에서는 혼인관계에서 배우자가 입양한 아동을 입양하거나 생활동반자의 친생자를 입양하는 것은 허용하면서도, 생활동반자관계에서 후속입양을 허용하지 않았다. 이에 대해 독일 연방헌법재판소는, 생활동반자 가족과 혼인 가족이라는 가족형태에 따라 아동이 두 명의 양육자를 가질 기회에 차등을 둔 것이, 입양된 아동의 동등하게 대우받을 권리를 침해하여 위헌이라고 판단한 것이었다. 이차양육자입양은 이미 존재하는 가족관계에 더욱 안정적이고 법적으로 보호되는 양육환경을 제공한다는 점에서, 가족형태와 무관하게 적극적으로 인정된다고 할 수 있다.

2) 공동입양

동성커플이 생물학적 관계가 없는 아동의 양육자가 되는 공동입양(joint adoption)의 경우, 친생자에 대한 양육권 쟁점이나 파트너의 친생자에 대한 이차양육자입양에 비해 입법자의 재량이 좀 더 인정될 여지가 있다. 이런 이유로 유럽의 국가들에서 공동입양에 대한 권리는 주로 동성혼과 관련하여 논의되었고, 동성혼의 인정과 함께 공동입양에 대한 권리도 인정되는 경향을 보였다.[25] 하지만 남아프리카공화국의 사례와 같이 동성혼이 인정되기 이전에 동성커플에 대해 공동입양의 권리를 인정한 경우가 있다. 남아프리카공화국은 2005년 헌법재판소의 판결과 2006년 의회의 입법을 통해 동성혼을 인정하기 시작했는데,[26] 그 이전인 2002년 사건에서 생활동반자 관계에 있는 동성커플에 대해 공동입양을 인정하지 않는 것이 헌법상 아동의 권리, 차별금지 및 인간존엄성에 위배된다고 판결하였다.

구체적으로, 남아프리카공화국 헌법재판소는 Du Toit v. Minister for Welfare and Popula-

24 BVerfG, 1 BvL 1/11, 2013 (헌법재판소 제1부, 2013년 2월 19일 선고).

25 Sperti, 앞의 글, 351.

26 남아프리카공화국은 2005년 헌법재판소의 Minister of Home Affairs v Fourie [2005] 2006 (1) SA 524 (CC) 판결에서 혼인의 정의에서 동성배우자를 배제하는 것은 헌법상 성적지향을 이유로 한 차별로서 위헌이라고 판단하고, 입법자가 이에 부합하도록 혼인 관련 법을 개정하도록 하였다. 이에 의회가 2006년 시민결합법을 통과시켜 동성혼을 합법화하였다.

국가인권위원회 humanrights.go.kr

tion Development Case (2002) 판결[27]을 통해 동성커플에 대해 입양을 허용했다. 당시 남아프리카공화국에서는 단독입양을 인정하여, 이 사건에서는 파트너 한명이 아동을 입양하였지만 커플이 공동입양을 할 수 없었다. 이에 헌법재판소는 동성커플의 공동입양을 부정하는 것이 성적지향을 이유로 한 차별이자, 생활동반자 가족에서 사랑받으며 안정적으로 살 수 있는 아동의 기회를 박탈한 것으로서 아동의 최선의 이익에 반한다고 보았다. 또 실질적으로 양육자로서 역할을 하고 있는 사람에게 단순히 "엄마 한 명과 아빠 한 명의 모델에 근거한 가족 동질성의 허구 또는 신화"에 기대어 입양을 거부하는 것은 헌법이 보호하는 존엄성에 반하는 것이라고 설시했다. 이 판결에 따라 남아프리카공화국은 생활동반자관계의 커플에 대해 이차양육자입양과 공동입양을 모두 허용하도록 해당 조항을 개정하였다.

남아프리카공화국 헌법재판소

Du Toit and Another v Minister of Welfare and Population Development and Others (CCT40/01) [2002] 2003 (2) SA 198 (CC)

사건개요: 청구인들은 1989년 이래 생활동반자로서 함께 살고 있으며, 목사 주재의 결혼식을 통해 혼인한 관계로 공식화했다. 공동으로 재산을 소유하고 재정을 함께 사용했으며, 서로에게 유산을 상속한다고 공동유서를 작성한 상태이다. 두 사람은 자신들의 관계를 밝힌 상태에서 1994년 입양을 신청하였고 심사절차를 거쳐 자매를 입양하도록 당국으로부터 허가를 받고 그 이후로 자매를 돌보며 함께 살았다. 하지만 1995년 법원은 커플이 모두 적합한 양육자라는 소견에도 불구하고 공동입양신청을 허가하지 않고, 커플 중 한명에게만 입양을 허가했다. 당시 입양법에서는 혼인한 커플의 공동입양은 인정하지만 동성의 생활동반자커플의 공동입양을 허용하는 규정이 없었기 때문이었다.

쟁점: 공동입양을 혼인한 사람에만 허용하고 동성의 생활동반자관계의 사람은 배제하는 것이 헌법상 아동의 권리, 차별금지 및 인간존엄성에 위배되는가

판단내용: 아동의 발달을 위해 중요한 안정성, 헌신, 사랑, 지지를 제공한다는 입양의 본

27 Du Toit and Another v Minister of Welfare and Population Development and Others (CCT40/01) [2002] 2003 (2) SA 198 (CC).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

질적인 목적을 생각할 때, 양육자로서의 적합성을 충족하는 생활동반자커플을 공동입양에서 배제하는 것은 아동의 최선의 이익을 최우선으로 한다는 헌법 제28조 제2항에 위배된다. 입양제도에서 혼인한 부부와 동성 생활동반자커플을 달리 취급하는 것은 "성적지향과 불가분하게 연결"되어 있으므로, 성적지향을 이유로 한 차별을 금지한 헌법 제9조 제3항에 위배된다. 나아가 파트너가 가족으로서 공동으로 아동을 양육하고 있음에도 두 사람 중 한 명만을 양육자로 인정하고 나머지 한 명은 인정하지 않는 것은 후자에 대해 양육자로서의 가치와 자격을 법적으로 인정하지 않는 모멸적인 것으로서, 인간 존엄성에 대한 권리를 제한하는 것이다. 따라서 입양법에서 생활동반자관계에 있는 두 사람에 의한 공동입양에 관한 내용이 없는 입법부작위에 대해 위헌으로서 무효라고 선고하며, 해당 내용이 포함되도록 해석하도록 선고한다.

한편 입법에 의해 공동입양이 인정된 경우, 이에 반대하는 주장이 제기되면서 사법적 판단이 이루어지기도 했다. 프랑스의 경우 2013년 법 개정을 통해 동성커플의 혼인과 공동입양에 대한 권리가 인정되었는데, 이러한 개정법을 반대하는 여론과 함께 헌법재판소에 헌법소원이 제기된 바 있다. 당시 동성커플의 입양에 반대하는 청구인들은 모든 아동이 서로 다른 성별을 가진 두 사람의 양육자와 관계를 형성할 헌법상 권리가 있다고 하며, 동성커플에게 아동을 입양할 기회를 주는 것이 정상적인 가족생활을 누릴 권리와 최선의 이익을 보호받을 권리를 침해한다고 주장했다.

이에 프랑스 헌법재판소(Conseil constitutionnel)는 Decision no. 2013-669 DC 판결[28]을 통해 '입양을 통한 양육관계가 반드시 생물학적으로 형성된 양육관계를 재현해야 한다는 헌법적 요구가 없다'고 하며, 양육자가 이성커플인지 동성커플인지와 상관없이 양육자로서의 적합성을 판단하는 동등한 절차에 의하여 아동은 동등한 보호를 받는다고 판단했다. 이성으로 구성된 부모가 '최적의 양육자'라는 전제를 분명하게 기각한 판결이었다. 동시에 동성커플에게 자녀를 가질 권리가 있다고 인정한 것이 아니라 이성커플과 마찬가지로 양육자로서의 적합성을 입증하는 규정에 따라 판단 받도록 한다는 것으로서, 이것이 입법자의 재량권 하에 있다고 본 것이었다.

---

28 Conseil constitutionnel, 17 mai 2013, Decision no. 2013-669 DC (2013).

프랑스 헌법재판소

Decision no. 2013-669 DC (2013. 5. 17.)

사건개요: 프랑스 의회가 관련 법의 개정으로 동성커플의 혼인과 입양을 합법화하자, 이 결정에 반대하는 의회구성원들이 헌법소원을 제기했다. 제기된 쟁점 중 동성커플의 입양과 관련하여, 이들은 "성적 다름에 기초한 이분법적 자식관계"를 상정한 헌법을 위반한 것이며, 부와 모 모두와 자식관계를 맺을 아동의 헌법상 권리를 박탈한다고 주장하였다. 동성커플에 의한 입양은 아동이 "정상적인 가족생활"을 누릴 권리와 아동의 최상의 이익을 보호해야 할 권리를 침해한다는 주장이었다.

쟁점: 동성커플의 입양을 합법화한 개정법이 헌법상 아동의 "정상적인 가족생활"을 누릴 권리와 아동의 최상의 이익을 보호해야 할 권리를 침해하는가

판단내용: 개정법에서 동성혼을 인정하는 것이 결혼을 남성과 여성의 결합으로 인정하는 기본적 원칙을 위반한다고 주장하지만, 이 규칙이 헌법상의 근본원칙에 이른다고 할 수 없다. 입양하는 부모의 성별은 입양을 통한 자식관계의 유대 형성에 그 자체로 방해물이 되지 않으며, 완전하게 입양된 아동은 평등의 원칙에 따라 입양가족 안에서 동등한 권리를 누려야 하고, 입양을 통해 형성되는 양육자와의 유대가 반드시 생물학적 자식관계의 유대를 재현해야 한다는 헌법적인 요구는 없다.
해당 개정법은 동성커플에 대해 자녀를 가질 권리를 인정하는 목적과 효과를 주는 것이 아니라, 이성커플과 마찬가지로 입양에 필요한 규칙의 적용을 받으며 아동에게 가정을 제공할 역량을 갖추고 있는지 살피는 절차에 따라 허가를 받도록 하는 것이다. 입양은 양육자가 동성커플이든 이성커플이든 관계없이 법적으로 규정된 조건에 따라 아동의 최선의 이익에 부합하는 경우에만 인정될 것이므로, 헌법상 아동의 권리를 침해하지 않는다.

유사하게 2010년 멕시코에서도 동성커플의 혼인과 입양을 허용하는 민법 개정의 위헌성을 다투는 사건이 제기되었고, 멕시코 대법원은 Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 판결에서 이 주장을 기각했다. 이 사건 원고인 법무부는 동성커플에게 입양을 허용할 경우 입양아동에게 심리 · 정서적으로 부정적인 영향을 끼쳐 아동의 최선의 이익에 반한다고 주장했다.

국가인권위원회 humanrights.go.kr

하지만 멕시코 대법원은, "이성애가 아동의 발달을 위한 최상의 조건을 보장하지 않으며, 이는 이성애-동성애와 상관이 없다. 모든 가족모델은 장점과 단점이 있고, 모든 가족은 통계적 관점이 아니라 개별사안으로 분석되어야 한다."고 판단했다. 어떤 커플의 성적지향을 이유로 입양에 대한 권리를 부정하는 것은 마치 인종이나 민족을 이유로 특정 집단을 배제하는 것과 마찬가지로 차별에 해당한다고 보았다.[29]

한편, 국내에서 동성커플의 공동입양이 인정되지는 않지만, 해외에서 인정된 공동입양을 국내에서 인정한 경우가 있다. 2010년 슬로베니아 대법원의 In re Foreign Adoption 사건은, 슬로베니아와 미국의 복수국적을 가진 동성커플이 미국의 뉴저지 주에서 시민결합등록을 하고 공동입양을 한 아동에 대하여 슬로베니아에서도 입양을 인정하도록 신청한 사건이었다. 슬로베니아 당국은 동성커플의 공동입양을 인정한 해외의 사법적 결정이 슬로베니아의 "공공질서"에 반하여 인정할 수 없다고 주장했다. 하지만 슬로베니아 대법원은 "공공질서"란 국제법을 포함한 규범을 의미하는 개념으로서, 동성커플의 공동입양이 국제적 공공질서에 반하지 않고 따라서 해외에서 이루어진 입양의 효력을 부정할 근거가 될 수 없다고 판단했다.[30]

III. 요약과 함의

초기에 유럽과 미국 등의 국가에서는 동성애를 범죄화 · 병리화하였던 시기에 형성된 관념에 의하여 동성애자 또는 동성커플에 대해 양육자로서의 적합성을 의심하였다. 하지만 이후 성적지향을 이유로 한 차별금지의 법리가 확립되고, 동성커플이 양육한 아동이 이성커플이 양육한 아동에 비해 차이가 없다는 연구결과가 뒷받침되면서[31] 점차 입법례와 판례를 통해 양육자로서의 동등한 권리를 인정하기 시작했다. 동성애 또는 동성커플의 관계 자체를 부정적으로 여기거나 동성애자에 대한 사회적 차별을 이유로 양육자로서의 적합성을 의심하는 것은 그 자체로 성적지향을 이유로 한 차별로서 합리성이 부정되었다.

---

29 Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, Mexican Supreme Court of Justice (2010. 10. 10.), https://www.icj.org/sogicasebook/accion-de-inconstitucionalidad-22010-mexican-supreme-court-of-justice-10-august-2010/ (2021. 11. 6. 확인).

30 Recognition of a foreign judicial decision: adoption of a child by same-sex partners, Supreme Court of the Republic of Slovenia, II Ips 462/2009 (2010. 1. 28.), https://www.icj.org/wp-content/uploads/2012/07/In-re-Foreign-Adoption-Supreme-Court-of-the-Republic-of-Slovenia-English.pdf (2021. 11. 6. 확인); International Commission of Jurist, Sexual Orientation, Gender Identity and Justice: A Comparative Law Casebook, International Commission of Jurist (2011), 274-277.

31 안소영, "재입양의 허용에 관한 고찰", 가족법연구 제29권 제3호 (2015), 356.

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

이후에는 동성애자 또는 동성커플의 자녀양육에 대한 적합성을 부정하는 이유로, 아동이 반드시 남성과 여성의 역할모델이 있는 가족에서 자라야 바람직하다는 주장이나 전통적인 의미의 가족을 보호해야 한다는 주장이 제기되었다. 하지만 본문에서 보듯 유럽인권재판소, 독일 연방헌법재판소, 남아프리카공화국 헌법재판소, 프랑스 헌법재판소, 멕시코 대법원 등 여러 사법부가 이러한 주장을 기각했다. 중요한 것은 양육자와 자녀의 유대관계로서, 양육자의 성별이나 성적지향을 이유로 아동이 양육자를 가질 기회를 절대적으로 배제해서는 안 되고 개별적으로 판단해야 한다는 것이었다.

동성커플의 입양은 많은 국가에서 동성혼과 함께 인정되기도 했지만, 국가에 따라서는 동성혼을 인정하지 않더라도 아동의 복리를 위해 양육자와의 관계를 인정하기도 하였다. 본문에서 살펴본 바와 같이 독일 연방헌법재판소와 남아프리카공화국 헌법재판소의 경우 동성혼이 인정되기 이전의 판결에서, 동성커플의 입양을 배제하는 것이 아동이 두 명의 양육자를 갖지 못하게 하는 불이익을 초래한다는 점에 주목하여 위헌판결을 내렸다. 이러한 논의과정을 거쳐 성적지향과 무관하게 적합성을 갖춘 양육자를 인정하는 것이 성적지향을 이유로 한 차별을 해소하는 것이자 동시에 다른 가족과 동등하게 존중되는 가족을 모든 아동에게 보장하는 방안임을 이해하게 되었다.

한국의 경우 민법상 일반입양이나 입양특례법상 입양의 경우 단독입양이 가능하고, 민법상 친양자입양은 혼인한 커플만 가능하다.[32] 따라서 민법상 일반입양이나 입양특례법상 입양에 대해서는 동성애자의 단독입양이 가능하다. 동성파트너 일방의 친생자나 양자를 상대방 파트너가 입양하는 것도 현행법상 허용된다고 볼 수 있으므로, 동성커플의 공동양육도 불가능한 것은 아니라고 해석된다.[33] 다만, 대법원 판례상 공동입양은 법률상 부부에게만 인정되어,[34] 혼인이 인정되지 않는 이상 동성커플은 양자와 각각 법정혈족관계를 맺을 뿐 공동의 가

32 입양의 종류 가운데 민법상 일반입양은 친생부모와의 관계가 친권을 제외하고 유지되는 반면, 민법상 친양자입양과 요보호 아동에 대한 입양특례법에 따른 입양은 친생부모와의 관계가 종료된다. 일반입양과 입양특례법상 입양에 관해 혼인에 관한 자격규정은 없다. 일반입양의 경우 성년이 된 사람은 입양을 할 수 있고, 양자가 미성년인 경우 가정법원이 자의 복리를 위하여 그 양육 상황, 입양의 동기, 양부모의 양육능력, 그 밖의 사정을 고려하여 허가여부를 판단하게 된다(민법 제866조 및 제867조 제2항). 입양특례법에 따른 입양의 경우 양친이 될 사람은 양자를 부양하기에 충분한 재산이 있을 것, 양자에 대하여 종교의 자유를 인정하고 사회의 구성원으로서 그에 상응하는 양육과 교육을 할 수 있을 것, 아동학대·가정폭력·성폭력·마약 등의 범죄나 알코올 등 약물중독의 경력이 없을 것, 양친이 될 사람이 대한민국 국민이 아닌 경우 해당 국가의 법에 따라 양친이 될 수 있는 자격이 있을 것과 그 밖에 양자가 될 사람의 복지를 위하여 보건복지부령으로 정하는 필요한 요건을 갖추어야 하고, 그 외에 양자가 될 아동의 복리에 반하는 직업이나 그 밖에 인권침해의 우려가 있는 직업에의 종사를 할 수 없고 소정의 교육을 마쳐야 한다(입양특례법 제10조). 이에 비해 친양자입양의 경우 민법 제908조의2에서 "3년 이상 혼인 중인 부부로서 공동으로 입양할 것. 다만, 1년 이상 혼인 중인 부부의 한쪽이 그 배우자의 친생자를 친양자로 하는 경우에는 그러하지 아니하다."고 하여 혼인한 커플에로 입양자격을 한정하고 있다.

33 오병철, "동성결합과 이중입양", 인권과 정의 제479권 (2019), 56–62.

34 대법원 2014. 7. 24. 선고 2012므806 판결.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

족관계를 형성하는 효과는 없다는 한계가 있다.[35]

대법원은 2014년 선고한 2012므806 판결[36]에서 동성애자라는 사실이 그 자체로 입양의 불허사유가 될 수 없음을 밝혔다. 이 사건에서는 여성 동성파트너 중 일방이 입양의 의사로 아동을 친생자로 출생신고하여 양친자관계가 성립하였고, 이들 커플이 함께 생활하며 아동을 양육하던 중 상대방파트너가 아동을 양자로 입양하였다. 이에 관해 대법원은 "단지 동성애자로서 동성과 동거하면서 자신의 성과 다른 성 역할을 하는 사람이라는 이유만으로는 그 입양이 선량한 풍속에 반하여 무효라고 할 수 없"다고 하여, 당시 민법 규정에 따라 적법하게 입양신고를 마친 이상 양육자의 성적지향이 그 자체로 입양을 불허할 사유가 될 수 없음을 명시했다.

이 사건에서 주요 쟁점은 상대방파트너의 입양으로 인해 그 전의 파트너와 아동의 친양자관계가 종료하는지 여부였다. 이에 대해 대법원은 상대방파트너의 입양으로 인해 그 전의 양친자관계가 해소되는 것은 아니라고 판단했다. 이는 재입양을 통해 아동이 이중의 양육자를 가질 수 있다는 의미로 해석될 수 있지만, 대법원이 뒤에 이루어진 입양의 효력이 문제될 수 있다는 언급을 하여 해석상의 모호함을 남겨두었다.[37] 또 대법원은 이 입양이 사실상 배우자의 양자를 입양한 것과 다름없다고 본 원심의 판결을 부정함으로써, 동성파트너 일방의 양자 입양을 배우자의 양자 입양과 동일시할 수 없다고 밝혔다.[38]

그렇다면 한국에서 현행 법리에서 최소한 동성애자라는 사실만으로 양육자로서의 자격이 부정되지는 않음은 분명하다고 할 수 있다. 하지만 그럼에도 개별 사안에서 법원이나 관련 당국이 양육자가 동성애자라는 사실 자체나 이로 인해 사회적 차별의 대상이 된다는 사실을 이유로 삼아, 아동의 복리에 위험을 끼친다고 판단할 가능성이 있다.[39] 그런 점에서 양육자의 성적지향을 이유로 양육자로서의 적합성을 부정하는 판단 자체가 성소수자에 대한 차별이며, 나아가 심리적 · 사회적 · 경제적 안정을 제공하는 가족을 가질 아동의 권리를 침해하는 것이라는 해외 사법부의 판단을 주의 깊게 들을 필요가 있다.

입양과 관련하여 성적지향을 이유로 한 차별을 철폐하기 위해서는 궁극적으로 이성커플에게 적용되는 규정이 동성커플에도 동등하게 적용되어야 한다. 따라서 민법상 일반입양과 입양특례법상 입양에서 동성커플의 공동입양을 인정하고, 동성커플의 친양자입양도 가능케 하

35 오병철, 앞의 글, 63.
36 대법원 2014. 7. 24. 선고 2012므806 판결.
37 안소영, 앞의 글, 345; 오병철, 앞의 글, 61.
38 오병철, 앞의 글, 61.
39 예컨대 안소영, 앞의 글, 355-356; 오병철, 앞의 글, 58 등에서 이러한 우려에 대해 언급하고 있다.

KOR 국가인권위원회 humanrights.go.kr

도록 법제를 개선할 필요가 있다. 동성혼이 인정된다면 이로써 법률상 부부로서 입양에 대한 동등한 권리를 얻게 되겠지만, 혼인이 인정되지 않더라도 아동의 최선의 이익을 위해 안정되고 평등한 가족환경을 제공해야 할 국가의 의무에 비추어, 단순히 동성으로 구성된 양육자라는 이유로 입양의 가능성을 전면적으로 차단해서는 안 된다.

다른 한편으로는 아직까지 한국사회에서 '자녀의 복리'가 동성혼의 정당성을 부정하는 근거로 언급되는 현실에 대해 정책적으로 단호하게 대응할 필요가 있다. '동성애자가 부모로서 부적합하다', '아동에게 동성애를 가르쳐 아동의 복리를 해친다'는 등의 아동을 이유로 한 반대논거들은 근본적으로 동성애 혐오를 바탕으로 한 것으로서 합리성이 없다는 사실이 판례를 통해 확인되어 왔다.[40]

실증적으로도 이미 20여 년 전부터 많은 국가에서 동성애자 또는 동성커플의 자녀양육이 이루어져왔기 때문에, 그 효과에 대해 많은 연구가 축적되어왔다. 그 결과 70여개 이상의 논문에서 동성애자 양육자가 자녀의 복리에 해를 미친다는 증거를 찾을 수 없음을 밝혔다.[41] 이런 결과는 대표성 있는 대규모 데이터를 기반으로 한 분석을 통해서도 나타났다. 한 예로 2000년 미국 인구센서스 데이터를 이용해 게이 또는 레즈비언 커플과 5년 이상 생활한 아동 3,502명을 다른 가족유형의 아동과 비교하여 분석한 연구에서, 동성커플의 자녀가 이성커플과 마찬가지로 학교를 통해 다를바없이 성장하고 있음을 밝힌 바 있다.[42]

결국 양육에서 일차적으로 중요한 것은 아동의 권리보장이며 그의 가족과 관련하여 성적 지향을 이유로 한 차별을 해소할 때 아동의 최선의 이익을 도모할 수 있다는 사실이다. 혈연중심의 가족 형식이 아니라 실질적으로 돌봄을 주고받는 관계로서 안정감을 주고 행복한 삶과 성장을 가능케 하는 단위로서 가족을 인정하고 발전시키기 위한 적극적인 법 · 정책적 변화가 필요하다.

---

40 Courtney G. Joslin, Searching for Harm: Same-Sex Marriage and the Well-Being of Children, Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, Vol. 46 (2011), 95-100.

41 What We Know Project, Cornell University, "What Does the Scholarly Research Say about the Well-Being of Children with Gay or Lesbian Parents?" (online literature review), 2015, https://whatweknow.inequality.cornell.edu/topics/lgbt-equality/what-does-the-scholarly-research-say-about-the-wellbeing-of-children-with-gay-or-lesbian-parents/ (해당 연구논문의 목록을 사이트에서 찾을 수 있음).

42 Rosenfeld, M. J. "Nontraditional Families and Childhood Progress Through School," Demography, Vol. 47, No. 3 (2010), 755-775.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

참고문헌

- 안소영, “재입양의 허용에 관한 고찰”, 가족법연구 제29권 제3호 (2015).
- 오병철, “동성결합과 이중입양”, 인권과 정의 제479권 (2019).
- Angioletta Sperti, Constitutional Courts, Gay Rights and Sexual Orientation Equality [Kindle Edition], Bloomsbury Publishing (2019).
- Arthur S. Leonard & Patricia A. Cain, Sexuality Law(3rd ed.) [Kindle Edition], Carolina Academic Press (2019).
- Courtney G. Joslin, “Searching for Harm: Same-Sex Marriage and the Well-Being of Children”, Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, Vol. 46 (2011).
- ILGA World, “State-Sponsored Homophobia: Global Legislation Overview Update”, ILGA (2020).
- International Commission of Jurist, Sexual Orientation, Gender Identity and Justice: A Comparative Law Casebook, International Commission of Jurist (2011).
- Michael J. Rosenfeld, “Nontraditional Families and Childhood Progress Through School,” Demography, Vol. 47, No. 3 (2010).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

12

군복무에서의 차별

국가인권위원회
humanrights.go.kr

국가인권위원회
humanrights.go.kr

I. 개관

군대라는 공간에서의 성소수자는 군대의 특수성, 즉, 폐쇄적이고 위계적이며, 이성애중심적이고 비성소수자 남성중심적인 규범에 따라 규율된다는 특성과 맞물려 다양한 차별과 폭력에 노출되기 쉽다.[1] 하지만 이는 군대 내 성소수자의 부재를 의미하지는 않으며, 오히려 후술할 기존 연구들은 다양한 성적지향, 성별정체성, 성별표현 그리고 성특징을 지닌 성소수자가 역사적으로 그리고 현재에도 군요원으로서[2] 복무해왔음을 강조한다. 제12장에서는 이러한 맥락에서 타 국가와 군대가 성소수자에 대한 차별과 폭력에 어떠한 방식으로 대응했는지, 그 정책 변화와 사법적 논의를 살펴본다.[3] 한국에는 성소수자에게 안전하지 않은 공간인 군대에서 1) 법적성별 남성이 의무적으로 군복무를 하며 차별과 폭력에 노출되는 현실과 2) 직업군인이 군복무에서 배제당하는 현실 두 가지가 공존한다. 각국 군대의 상이한 구조와 안보 맥락에도 불구하고, 후술할 해외 사례가 지적하는 공통적인 지점은 군대 내 성소수자 또한 보편적 인권에 따른 보호를 받을 가치가 있는 집단이며, 정부에게는 이러한 보호를 제공할 도덕적 그리고 법적 의무가 있다는 것이다.

기존 연구를 통해 유추했을 때 성소수자의 군복무를 허용 혹은 용인하는 국가는 약 25개국에서 44개국 정도로 파악되나,[4] 군이 성소수자의 군복무에 관한 명시적인 정책을 보유하거나 공개하지 않는 경우, 또는 성적지향에 관한 정책과 성별정체성, 성별표현 및 성특징에 관한 정책이 상이한 경우 등으로 인해 이를 정확한 숫자라고 보기는 어렵다. 특히 다양한 성별

---

1 후술할 관련 국내 논의에 관하여는 전반적으로 다음 참조: 권인숙, "군대 섹슈얼리티 분석: 성욕, 남성성, 동성애 등을 중심으로", 경제와 사회 통권 제82호 (2009); 추지현, ""강간"과 '계간' 사이: 군형법상 '강간과 추행의 죄'의 법담론", 한국여성학 제29권 제3호 (2013); 정성조·이나영, "보이지 않는 군인들: 한국 군대 내 동성애 혐오와 성소수자 정체성", 문화와 사회 제26권 제3호 (2018).

2 한국의 군법은 장교, 준사관, 부사관 (간부) 및 병(兵, 병사)을 포함한 "군인"이나 "장병" 등의 용어를 사용하며, 본 보고서에서는 해외 사례의 상이한 용례 또한 고려하여 군에서 복무하는 인원 전반을 "군요원(service member, service personnel 혹은 military personnel 등)"으로 통일하여 표기한다.

3 군대 내 성소수자의 수용을 통한 핑크워싱(pinkwashing), 나아가 기존 사회 질서에 성소수자(특히 동성애자)를 포섭함으로써 주권을 확고히 하는 방식으로 작동하는 호모내셔널리즘(homonationalism)에 관한 논의 또한 성소수자의 군복무에 있어 유의미한 논의이지만, 본 보고서의 범위에서는 벗어나기 때문에 간략하게만 후술한다. 전반적인 내용은 다음 참조, Jasbir K. Puar, Terrorist Assemblages: Homonationalism in Queer Times, Duke University Press (2007); Jasbir K. Puar, "Rethinking Homonationalism", International Journal of Middle East Studies, Vol.45 No.2 (2013).

4 동성애자의 군복무를 허용 혹은 용인하는 국가는 다음과 같다. 모병제 국가: 남아프리카, 네덜란드, 뉴질랜드, 독일, 룩셈부르크, 몰타, 미국, 바하마, 벨기에, 세르비아, 스페인, 슬로베니아, 아르헨티나, 아일랜드, 알바니아, 영국, 우루과이, 이탈리아, 일본, 체코, 캐나다, 크로아티아, 프랑스, 필리핀, 호주 (25개국); 징병제 국가: 그리스, 노르웨이, 대만, 덴마크, 러시아, 리투아니아, 볼리비아, 브라질, 스웨덴, 스위스, 싱가포르, 에스토니아, 오스트리아, 이스라엘, 칠레, 콜롬비아, 태국, 페루, 핀란드 (19개국). 정성조·이나영 (2018), 앞의 글, 102-103 주석 8; 트랜스젠더 군복무: 네덜란드, 노르웨이, 뉴질랜드, 덴마크, 독일, 벨기에, 볼리비아, 스웨덴, 스페인, 에스토니아, 영국, 오스트리아, 이스라엘, 체코 공화국, 캐나다, 프랑스, 핀란드, 호주 (18개국), Joshua Polchar, et al, "LGBT Military Personnel: A Strategic Vision for Inclusion", Hague Centre for Strategic Studies (2014) [이하 "HCSS (2014)"].

국가인권위원회
humanrights.go.kr

정체성, 성별표현 및 성특징을 지닌 군요원의 복무에 관하여는 그 수가 더 적은 것으로 파악된다.[5]

II. 주요 쟁점 및 사례

1. 성적지향에 따른 군복무 제한

성적지향에 따른 군복무 제한을 정당화하는 주장은 크게 두 가지로 분류할 수 있다. 첫 번째 정당화 주장은 성적행동에 대한 제한으로, 군형법 혹은 내부 윤리규정에서 소도미죄, 군요원 사이의 부적절한 관계 금지 등의 형태로 규율되었다. 이는 동성간 성적행동의 금지뿐만 아니라 정체성으로서의 성적지향에 따른 군복무 제한 또한 포함했다. 두 번째 정당화 주장은 군 기강(discipline), 사기(morale), 결속력(cohesion) 등 군 운용효율(operational effectiveness)을 이유로 한 특정 성적지향의 군복무 배제였다. 이는 "성소수자는 군복무에 적합하지 않다"는 군복무 능력에 관한 측면과 "성소수자에 대한 비성소수자 군요원의 혐오, 불쾌감 등으로 인한 결속력 저하 혹은 성소수자 상관에 대한 불복종 등" 즉, 군요원 간의 관계적인 측면을 모두 포함했다.

전자는 소도미죄가 폐지되고 나아가 성소수자[6]에 대한 편견과 혐오가 차별금지의 맥락에서 다뤄지며 일정 부분 해소되었다. 후자의 경우, 성소수자가 군복무에 부적합하며 군 내 존재가 결속력에 악영향을 미친다는 주장을 입증할 사실을 근거로 한 통계적 자료의 부재로 인해 점진적으로 타파되었다. 특히 군 운용효율의 경우 군 내 다양성이 오히려 군에 이득이 된다는 관점도 있다.

---

5 예를 들어 2010년 연구는 동성애자의 군복무를 허용하는 국가를 25개국으로 파악했으나 이는 명시적인 정책이 없거나 군대 내 성소수자의 존재 자체를 인정하지 않는 경우 등을 고려한 숫자였다. Nathaniel Frank, et al., "Gays in Foreign Militaries 2010: A Global Primer", Palm Center (2010), 137; 103개국 군의 성소수자 정책을 분석한 2014년 HCSS(Hague Centre for Strategic Studies) 연구는 30여 개국이 군대 내 성소수자의 복무를 허용하거나 용인한다고 파악했다. HCSS (2014), 앞의 글; 이 두 연구를 재구성한 정성조·이나영 (2018) 연구는 동성애자 군복무를 허용하는 국가를 44개국으로 파악했다. 정성조·이나영, 앞의 글.

6 국가별 사례 논의에서 언급되는 과거의 "동성애자(homosexual)"란 단어의 정의는 현재 기준으로는 정확하지는 않을 수 있다. 이는 역사적/시대적 배경에 따른 성적지향에 대한 이해 부족 때문일 수 있으며, 그 정의는 동성간 성적행동으로 인해 혹은 동성애자에 관한 편견(비규범적인 성별표현 등)에 따라 동성애자로 여겨진, 즉 오인된 성적지향(perceived/attributed sexual orientation) 또한 포함한다고 볼 수 있다. 즉, 군복무를 제한받은 당사자의 실제 성적지향이 어떠했는지는 알 수 없는 사건 또한 존재했다. 다만 후술할 국가별 사례 논의에서 과거 정책에 관련해서는 편의 및 번역의 정확성을 위해 "동성애자"를 "성소수자"와 구분하여 표기했다.

국가인권위원회 humanrights.go.kr

1) 영국

영국군(U.K. Armed Forces)의 성적지향에 따른 군복무 금지 해소는 동성간 성적행동의 비범죄화와 깊은 연관이 있다.[7] 1967년 이전에는 동성간 성적행동이 항문성교죄(buggery)로 규정되었고,[8] 민간에서의 범죄를 군법으로 처벌하는 군법에[9] 따라 규율되었다.[10] 이는 사실상 다양한 성적지향을 지닌 군요원에 대한 군복무 제한으로 작용했다. 동성간 성적행동의 부분적 비범죄화는 1967년 성범죄법(Sexual Offences Act)의 시행으로 이루어졌다. 해당 법은 21세 이상인 두 남성의 상호합의에 따른 사적인 공간에서의 동성간 성적행동을 비범죄화했으나 군법상 처벌에는 예외조항을 두었기 때문에 성적지향에 따른 군복무 제한은 계속되었다.[11] 예외조항은 1994년 형사사법 및 공공질서법(Criminal Justice and Public Order Act)의 시행으로 폐지되었으나[12] 동성간 성적행동은 민간에서의 범죄를 군법이 처벌하는 것과 별개로 여전히 군법상 전역(dismissal) 사유에 해당했다. 나아가 군법과 별개로 동성애자, 즉, 동성간 성적행동을 하거나 성적지향을 드러내는 군요원은 행정적으로 전역 처분하는 것이 군 내부 정책이었다.[13]

이 정책에 대한 재고는 5년마다 군법과 관련 정책을 개정하는 군법률안(Armed Forces Bill)의 논의에서 지속적으로 이루어졌다. 예를 들어 1991년 6월 17일 하원(House of Commons)에서 군법률안 특별위원회(Select Committee)는 1967년 성범죄법에 따라 비범죄화된 사적인 동성간 성적행동을 군법이 처벌하는 것에 대한 시정을 권고했으며, 이와 관련하여 성적지향에 따른 군복무 금지가 논의된 바 있다.[14] 마찬가지로 1996년 5월 9일 하원에서 발의된 1996년

---

7 관련 주요 판례로 European Court of Human Rights, Case of Dudgeon v. the United Kingdom, App. No.7525/76 (1981. 10. 22.) 참조. 유럽인권재판소는 동성간 성적행동의 범죄화를 근본적으로 개개인의 사생활 침해(제8조)의 문제로 보았다.

8 U.K. Offences Against the Persons Act 1861, 24 & 25 Vict c 100, sec.61 Buggery (Sodomy and Bestiality); U.K. Criminal Law Amendment Act 1885, 48 & 49 Vict. c. 69; U.K. Sexual Offences Act 1956, 1956 c. 69, sec.12 & 13.

9 삼군을 규율하는 1955년 육군법(Army Act 1955), 1955년 공군법(Air Force Act 1955), 1957년 해군징계법(Naval Discipline Act 1957)을 의미했다. 해당 군법은 2006년 국군법(Armed Forces Act 2006)으로 통합되었다.

10 예를 들어 육군의 경우, 군법을 적용을 받는 자가 영국 혹은 국외에서 민간에서의 범죄(civilian offence)를 저지른 경우 해당 조항에 의해 처벌받았다. U.K. Army Act 1955, sec.70(1).

11 U.K. Sexual Offences Act 1967, 1967 c. 60, sec.1(1), (5).

12 U.K. Criminal Justice and Public Order Act 1994, 1994 c. 33, sec.146–148

13 Mark Oakes, "The Armed Forces Bill: Bill 4 of 2000/2001", House of Commons Library, Research Paper 01/03 (2001. 1. 8), 32–33.

14 U.K. House of Commons, Commons Sitting of 17 June 1991, Hansard Series 6, Vol.193, cc90–119 (1991. 6. 17.), 92. https://api.parliament.uk/historic-hansard/commons/1991/jun/17/armed-forces-discipline#S6CV0193P0_19910617_HOC_408 (2021. 11. 확인); 같은 해 7월 24일, 상원에서도 이와 관련한 개정안이 발의되었으나 논의 끝에 철회되었다. U.K. House of Lords, Lords Sitting of 24 July 1991, Hansard Series 5, Vol.531, cc805–20 (1991. 7. 24.) https://api.parliament.uk/historic-hansard/lords/1991/jul/24/armed-forces-bill-1 (2021. 11. 확인); 1994년 형사사법 및 공공질서법(Criminal Justice and Public Order Act)가 발의되기 전까지도 수차례 논의가 있었다.

국가인권위원회 humanrights.go.kr

군법률안도 군의 성적지향에 따른 차별을 금지하고자 하였다.[15]

이러한 정책적 변화와 정치적 시도에도 성적지향을 이유로 한 행정적 전역 처분은 계속되었다. 특히 1994년 11월부터 1995년 1월 사이, 4명의 군요원이 성적지향을 이유로 전역 처분을 받았고 이에 대한 법적 대응이 이어졌다. 영국 고등법원(High Court)은 관련 판결에서 성적지향을 이유로 한 군복무 전면금지는 편견에 근거한다고 보았으나, 정책이 수립된 배경과 지속적인 논의를 고려할 때 비합리적이라고 보기는 어렵다고 판단했다.[16] 다만 국제인권법적 측면에서는 유럽인권협약의 "살아있는 문서 원칙(living instrument doctrine)"에 따라 비판을 피하지 못할 것이며 정부가 해당 정책을 재고할 것을 권고했다.[17] 영국 항소법원(Court of Appeal) 또한 원심과 유사한 판결을 내렸다.

영국 항소법원

Regina v. Ministry of Defence Ex p. Smith, [1996] QB 517 (1995. 11. 3.)

사건개요: 영국 왕립공군(Royal Air Force) 및 왕립해군(Royal Navy)에서 군요원 4명이 성적지향을 이유로 사생활을 조사받고 행정적 전역 처분을 받아, 그 행정 처분에 관해 소를 제기했다.

쟁점: 성적지향에 따른 군복무 전면금지 정책이 비합리적이며, 사생활 및 가족생활에 대한 존중권을 위반하는가

판단내용: 법원은 군 내 동성애자의 존재가 군 운용효율이나 기강에 영향을 미친다는 증거가 없으며 동성간 성폭력(특히 미성년인 군요원에 대한 위계에 따른 성폭력)에 관한 우려 또한

15 "(2) 군법의 적용을 받는 어떠한 자도 그가 이성애자, 동성애자, 양성애자 혹은 레즈비언인지와 무관하게, 성적지향만을 이유로 수사, 징계 절차 혹은 전역 처분 등을 받아서는 안 된다." 결과적으로 해당 법안은 찬성 120표 반대 188표로 통과되지 않았다. 주목할 만한 지점은 동성애자의 군복무 금지를 비용 문제와 비효율의 문제로 접근했다는 것이다. 이는 동성애자의 색출과 전역 처분을 받은 군요원을 대체할 때 들어가는 인력과 비용 문제에 대한 지적이었다. U.K. House of Commons, Commons Sitting of 9 May 1996, Hansard Series 6, Vol.277, cc481–512 (1996. 5. 9.), 482, https://api.parliament.uk/historic-hansard/commons/1996/may/09/sexual-conduct-to-prejudice-of-good-1 (2021. 11. 확인).

16 U.K. Court of Appeal, R. v Ministry of Defence Ex p. Smith, [1996] Q.B. 517 (1996), 541–542.

17 원문은 다음과 같다: "I for my part strongly suspect that so far as this country's international obligations are concerned, the days of this policy are numbered" Ex p. Smith (1996), 542; 살아있는 문서 원칙이란 유럽인권협약의 조항은 현재를 기준으로 해석되어야 한다는 유럽인권재판소 원칙이다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

증거가 없다는 원고의 주장을 받아들였다.[18] 다만 법원은 중대한 군 정책의 변화에 사법부가 개입하기 위해서는 결정권자의 결정이 비합리적(unreasonable)이라는 높은 기준이 필요하며, 인권침해가 심각할수록 해당 결정의 합리성 증명요건이 엄격해진다고 강조했다. 관련 논의가 의회에서 (군법률안 논의 등) 지속적으로 이루어지고 있으며, 정책 결정 당시에 이에 대해 충분한 고려가 있었기 때문에 이를 비합리적이라고 보기는 어렵다고 법원은 판단했다.
한편 법원은 사적인 "성적기호"를 이유로 행정적인 전역 처분을 내리고 당사자의 사적인 성적 행동에 관해 수사 및 심문하는 것은 사생활 및 가족생활의 존중권에 어긋난다고 보았으나, 이에 대한 사법적 판단은 유럽인권재판소의 책무이며 관련 절차가 이미 진행 중이기 때문에 관련 판결은 유보했다.

이에 따라 4명의 원고는 유럽인권재판소의 절차를 진행했고, 이는 1999년 주요 판례인 Smith and Grady 그리고 Lustig-Prean and Beckett 판결로 이어졌다. 두 판결 모두에서 유럽인권재판소는 동성애자에 대한 군복무 금지를 정당화하기 위해 영국 정부가 그 정책에 특별히 상당한 이유가 있음을 실질적이고 명확한 증거를 통해 입증해야 한다고 강조했다. 이에 따라 법원은 동성애자에 대한 군복무의 전면금지가 오로지 동성애자에 대한 편견만을 이유로 하며 사생활 및 가족생활 존중권을 침해한다고 판단했다.

유럽인권재판소

Smith and Grady v. United Kingdom, Application nos. 33985/96 and 33986/96 (1999. 9. 27.)

사건개요: 영국 공군에서 군요원이 성적지향을 이유로 사생활을 조사받고 행정적 전역 처분을 받았다. 이에 대한 항소를 영국 법원에서 진행하였으나 이는 기각되었다.

18 법원은 원심 절차 및 1991년 군법률안 특별위원회에서 군이 펼친 주장에 특정한 예시가 전무하다는 점을 지적했다 (원문은 "the complete absence of illustration and substantiation by specific examples"). Ex p. Smith (1996), 567.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

쟁점: 성적지향에 따른 군복무 전면금지가 유럽인권협약 제8조의 사생활 및 가족생활에 대한 존중권을 침해하는가. 해당 사건에 대한 국내 사법체계에는 원고에게 효과적인 구제책을 제공했는가

판단내용: 법원은 동성애자의 군복무가 군 전투력(fighting power)과 운용효율을 위협한다는 전제가 동성애적 성적지향에 대한 부정적인 태도만을 이유로 한다고 보았다. 나아가 동성애자 군요원이 군 기강과 전투력을 저해한다는 주장을 뒷받침하는 실질적인 증거가 없음 또한 강조했다. 이에 따라 법원은 동성애자의 전면적인 군복무 금지에 적법한 목적이 없다고 결론지었다. 영국군에 의한 원고의 성적지향과 사생활에 대한 수사 그리고 동성애자에 대한 전면적인 군복무 금지 정책 모두 유럽인권협약 제8조의 사생활 및 가족생활에 대한 존중권 위반이라고 판단했다.

또한, 법원은 영국 고등법원 및 항소법원이 국방부 정책이 비합리적이라고 판단하는 기준을 지나치게 높이 설정하였기에 사건의 중심에 있는 원고의 사생활 및 가족생활에 대한 존중권에 관한 침해가 정당화될 수 있었는지에 관한 판단을 배제했다고 보았다. 이러한 이유로 원고의 사법 절차가 국내 법원에 고려되었을지라도 이는 효과적인 구제책이 아니며, 따라서 유럽인권협약 제13조를 위반했다고 법원은 판단했다.

유럽인권재판소

Lustig-Prean and Beckett v. United Kingdom, Application nos. 1417/96 and 32377/96 (1999. 9. 27.)

사건개요: 영국 해군에서 군요원이 성적지향을 이유로 사생활을 조사받고 행정적 전역 처분을 받았다. 이에 대한 항소를 영국 법원에서 진행하였으나 이는 기각되었다.

쟁점: 성적지향에 따른 군복무 전면금지가 유럽인권협약 제8조의 사생활 및 가족생활에 대한 존중권을 침해하는가

판단내용: "개인의 사생활에 가장 사적인 부분"인 성적지향과 성적행동에 대한 국가의 제한과 간섭이 정당화되기 위해서는 "특별히 상당한 이유"가 필요하다. 나아가 정부가 주장하는 동성애자 군인의 존재가 군 운용효율에 해가 된다는 정책 정당화의 이유는 "명확한 예시로 입증되어야" 한다. 기강과 전투력에 악영향을 미친다는 정부의 주장은 구체적인 증거가 없다. 또한, 동성애자의 군복무를 허가하는 다른 국가의 법정책 및 사회적 변화 또한 무시할 수 없다. 따라서 동성애자에 대한 전면적인 금지는 정당화될 수 없으며, 이는 유럽인권협약 제8조의 사생활 및 가족생활에 대한 존중권을 위반했다.

이러한 유럽인권재판소의 판결에 따라[19] 2000년 1월 12일, 제프리 훈(Geoffrey Hoon) 국방부 장관은 하원에서 다음과 같이 발언했다. "유럽인권재판소의 판결은 동성애에 관한 군 정책이 반드시 바뀌어야 한다고 명확히 밝혔다. 모든 군요원의 개인행동은 삼군 내 군 운용효율을 유지하기 위한 목적의 행동강령이 규율할 것이므로, 동성애자의 군대 내 직업 기회를 불허할 이유가 없다."[20] 이에 따라 성적지향을 이유로 한 군복무 전면금지가 해제되었다. 해당 행동강령 군복무규율(Code of Social Conduct)은[21] "성별(gender), 성적지향, 계급 및 지위에 무관하게 모든 군요원에게 적용"되며, 부적절한 성적 관심을 보이는 언행, 남을 불쾌하게 할 수 있는 애정표현, 하급자에 대한 성적 착취 등을 금지했다.[22]

2) 캐나다

캐나다의 경우, 1969년 형법 개정으로[23] 항문성교죄(buggery)에 관해 사적인 공간에서 상호

---

19 유럽인권재판소는 이후에도 유사한 사건에서 Smith and Grady 및 Lustig-Prean and Beckett 판례를 인용하며 동일한 해석을 유지했다. European Court of Human Rights, Case of Perkins and R. v. United Kingdoms, App. Nos. 43208/98 & 44875/98, Judgment (2002. 10. 22.) (해군에서 성적지향을 이유로 조사를 받고 전역 처분받은 군요원 사건); European Court of Human Rights, Case of Beck, Copp and Bazeley v. United Kingdoms, Apps. Nos. 48535/99, 48536/99 and 48537/99, Judgment (2002. 10. 22.) (공군에서 성적지향을 이유로 조사를 받고 전역 처분받은 군요원 사건).

20 U.K. House of Commons, Commons Sitting of 12 January 2000, Hansard Series 6, Vol.342, cc287-301. (2000. 1. 12.), 288 https://api.parliament.uk/historic-hansard/commons/2000/jan/12/armed-forces-echr (2021. 11. 확인).

21 현재 JSP(Joint Service Publication) 887에 포함되어 있다. U.K. Ministry of Defence, JSP 887: Diversity Inclusion & Social Conduct (2004. 11.).

22 당시 군복무규율은 다음 문서에서 확인할 수 있다. Mark Oakes (2001), 앞의 글, Appendix II.

23 Canada Criminal Code 1969, S.C.1953-54, c.51, s.149A (amended by Criminal Law Amendment Act, 1968-69, S.C.1968-1969, c.38, s.7) https://www.constancebackhouse.ca/fileadmin/website/1969.htm#18 (2021. 11. 확인).

국가인권위원회 humanrights.go.kr

합의한 동성간 성적행동은 처벌하지 않는다는 예외조항을 추가했으나,[24] 성소수자에 대한 형법적 처벌은 실질적으로 계속되었다.[25] 캐나다군(Canadian Armed Forces) 또한 최소한 1967년부터 1976년 사이에는 내부 규정 CFAO(Canadian Force Administrative Order, 캐나다군 행정명령)[26] 19-20을 통해 성적 일탈자(sexual deviate)를 수사 및 전역 처분했으며, 이때 형법상 항문성교죄 및 중대외설죄 기소 여부를 고려했던 것으로 파악된다. 해당 정책은 1976년, 동성애자 및 성적 이상(sexual abnormality)을 규율하는 것으로 수정되었으며 "군복무 정책은 동성애자 군요원 혹은 성적 이상을 지닌 군요원이 캐나다군에서 복무하도록 허가하지 않는다"고 명시했다.[27]

이러한 동성애자의 군복무 금지는 1987년 캐나다 인권법(Canadian Human Rights Act)[28] 및 1982년 캐나다 권리자유헌장(Canadian Charter of Rights and Freedom), 특히 1985년 발효한 헌장 제15조의 차별금지조항에 따라 변화하기 시작했다.[29] 당시 법은 성적지향을 이유로 한 차별을 명시적으로 금지하지 않았으나 법의 해석에서 성적지향을 헌법적으로 금지된 차별 사유로 보았다.[30] 예를 들어 하원 평등권 분과위원회(House of Commons Sub-Committee of Equality Rights)는 1985년 보고서에서 군대 내에서의 성적지향을 이유로 한 차별을 관찰하며, 고용 대우의 관행을 시정할 것을 권고했다.[31] 하지만 군은 1986년 내부 설문조사를 토대로 한

---

24 이에는 1967년, 사회적으로 논란이 되었던 캐나다 대법원 판례 Kilppert 사건 (형법 제149조 중대외설죄(gross indecency)로 기소당한 원고가 "위험한 성범죄자(dangerous sexual offender)"라는 선언의 적법성이 쟁점이 된 대법원 판례. 3 대 2로 원고의 상고가 기각당했다) 그리고 영국의 1967년 형법 개정 등의 배경이 존재했다. Canada Supreme Court, Klippert v. the Queen, [1967] SCR 822 (1967); Tom Hooper, "Queering '69: The Recriminalization of Homosexuality in Canada", The Canadian Historical Review, Vol.100, No.2 (2019), 258-261.

25 Hooper, 앞의 글, 263-264; Patrizia Gentile, et al., "Another Limited Bill: Gay and Lesbian Historians on C-75", submission to Standing Committee on Justice and Human Rights (2018. 6. 11.).

26 DAOD(Defence Administrative Orders and Directives)로 대체되었다.

27 1976년 정책은 동성애자를 "본인과 같은 성별에 대한 성적 경향(propensity)을 지닌 자"로, 성적 이상은 "인정받는 도덕 기준에 순응하지 않거나 혹은 캐나다 형법하에 범죄로 성립하는, 예를 들어 관음증, 노출증, 중대외설, 수간 등 모든 성적행동"으로 정의했다. Canada Department of National Defence, CFAO 19-20, "Homosexuality - Sexual Abnormality Investigation, Medical Examination and Disposal", AL 28/76 (1976. 7. 9.), (LGBT Purge Fund 제공) http://lgbtpurge.com/wp-content/uploads/2018/02/CFAO-19-20-English-and-French.pdf (2021. 11. 확인).

28 해당 법에 따라 1977년 캐나다 인권위원회가 설치되었다. Canada, Canadian Human Rights Act, R.S.C. 1985, c. H-6. (S.C. 1976-77, c. 33, s. 1).

29 Canada, Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part 1 of the Constitution Act, 1982, Schedule B to U.K., Canada Act 1982, 1982 c. 11; 제15조의 경우 제32조 2항의 예외조항에 따라 권리자유헌장 시행 3년 후부터 효력이 발생했다.

30 권리자유헌장의 경우, 차별금지조항인 제15조에 "성적지향"을 금지된 차별 사유로 포함시킬지에 관한 논의가 1981년 의회에서 진행되었다. 하지만 차별금지조항의 목적이 모든 금지된 차별 사유를 나열하는 것은 아니며, 당시 법제에서 성적지향을 금지된 차별 사유로 명시하는 것은 흔치 않은 일이었기 때문에 이는 결국 제15조에 포함되지 않았다. Robert Wintermute, "Sexual Orientation and the Charter: The Achievement of Formal Legal Equality (1985-2005) and Its Limits", McGill Law Journal Vol.49 No.4 (2004), 1146-7.

31 보고서는 또한 캐나다 권리자유헌장 제15조가 성적지향을 포함하는 것으로 해석된다고 결론짓고, 캐나다 인권법 또한 성적지향을 명시하는 방식으로 개정할 것을 권고했다. Canada House of Commons, Sub-Committee on Equality Rights, Equality for All: Report of the Parliamentary Committee on Equality Rights, 33rd Parliament, 1st Session (1985. 10.), 29-31 https://parl.canadiana.ca/view/oop.com_HOC_3301_24_4 (2021. 11. 확인).

국가인권위원회 humanrights.go.kr

연구를 근거로 동성애자 군복무 금지 정책을 유지할 것이라고 선언했다.[32]

이 정책에 의해 1989년 8월, 캐나다왕립공군(Royan Canadian Air Force)의 미셸 더글라스(Michelle Douglas) 중위는 동성애자라는 이유로 전역 처분을 받았으며, 이 사건은 대대적인 정책 검토로 이어졌다.[33] 해당 사건이 연방법원에서 진행되던 중 캐나다군은 동성애자 군복무 금지를 정당화할 입증책임을 충족할 수 없다고 판단해 더글라스 중위와 합의를 맺었다. 이에 따라 국방부는 1992년 10월 27일, 모든 캐나다인이 성적지향에 무관하게 제한 없이 군복무할 수 있다고 선언했다.[34] 연방법원 또한 합의 내용의 일부로 피고가 캐나다 권리자유헌장 제15조 1항에 따른 원고의 권리를 침해했으며, 군의 동성애자 군복무 관련 정책이 권리자유헌장을 위배한다고 선언했다.[35] 더글라스 중위와 비슷한 시기에 성적지향을 이유로 진급, 배치 및 훈련을 제한받고 이내 전역 처분을 받은 공군 조슈아 버치(Joshua Birch) 대위의 사건 또한 온타리오주 항소법원(Court of Appeal for Ontario)에서 캐나다 인권법의 제3조 또한 권리자유헌장 제15조와 마찬가지로 성적지향을 금지된 차별 사유로 해석해야 한다는 취지의 유사한 판결을 받은 바 있다.[36]

따라서 1992년 12월, 국방부는 기존 동성애자 군복무 금지 정책인 CFAO 19-20을 삭제하고 대신 성적지향에 무관하게 모든 군요원에게 적용되는 성적 위법행위(sexual misconduct) 관련 정책을 시행했다.[37] 나아가 1996년, 법무부의 캐나다 인권법 개정안이 통과되며 제2조와 제3조가 성적지향을 명시하도록 개정되어[38] 이에 따라 군대 내 인권침해 및 차별을 규율하는 정책 CFAO 19-40 및 관련 절차 또한 성적지향에 따른 괴롭힘과 차별을 다루도록 그 범위가

---

32 관련 역사적 배경은 다음 참조. Aaron Belkin & Jason McNichol, "Homosexual Personnel Policy in the Canadian Forces: Did Lifting the Gay Ban Undermine Military Performance?", International Journal Vol.56 No.1 (2001), 75-76; 다만 군의 1986년 연구는 방법론적인 측면과 정당성에 있어서 비판을 받았다. Franklin C. Pinch, "Perspectives on Organizational Change in the Canadian Forces", U.S. Army Research Institute for the Behavioral and Social Sciences, Research Report 1657 (1994), 21-38.

33 Michelle Douglas, "A Battle Won for LGBTQ+ Rights", Canadian Issue, Hope in a Time of Pandemic — Selected Presentations from the Stories of Hope: A Celebration of Canada Conference (2020).

34 Wintermute, 앞의 글, 1150; Belkin & McNichol, 앞의 글, 76.

35 Canada Federal Court (Trial Division), Douglas v. Canada, [1993] 1 FC 264 (1992).

36 Canada Court of Appeal for Ontario, Haig v. Canada, [1992] OJ 1609 (1992).

37 Canada Department of National Defence, CFAO Change 26/92 (1992. 12. 18.) (LGBT Purge Fund 제공) http://lgbtpurge.com/wp-content/uploads/2018/02/CFAO-19-20-English-and-French.pdf (2021. 11. 확인); Canada Department of National Defence, CFAO 19-36, "Sexual Misconduct", Ch 26/92 (1992. 12. 18.) in Bernard D. Rostker, et al., "Sexual Orientation and U.S. Military Personnel Policy: Options and Assessment", RAND Corp. (1993), Appendix E; CFAO 19-36은 2008년 DAOD 5019-5로 개정, 이는 2020년, DAOD 9005-1로 또다시 변경되었다. Canada Department of National Defence, DAOD 9005-1, "Sexual Misconduct Response" (2020. 11. 18.) https://www.canada.ca/en/department-national-defence/corporate/policies-standards/defence-administrative-orders-directives/9000-series/9005/9005-1-sexual-misconduct-response.html (2021. 11. 확인).

38 Canada House of Commons, Bill C-33, An Act to amend the Canadian Human Rights Act, 35th Parliament, 2nd Session, S.C.1996, c.14 (1996); Canada Library of Parliament, Parliamentary Information and Research Service, Sexual Orientation and Legal Rights (2005. 7. 28. 수정), 25.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

확대되었다.[39]

3) 호주

호주 국방군(Australian Defence Force)[40] 내 성소수자, 특히 군대 내 동성애에 관한 기록은 제1차 세계대전 시기까지 거슬러 올라가지만[41] 관련 정책은 전반적으로 모호하거나 그 시행이 비일관적이었던 것으로 보고된다.[42] 예를 들어 1972년 호주 왕립해군의 내부 지침은 "비정상적인 성적행동(abnormal sexual behaviour)"을 규율하며, 그러한 "자연에 반하는 행위(unnatural behaviour)"의 의심이 있을 시 이를 적극적으로 수사하고 "동성애 행위를 자행하는 것이 확인된 개인"을 전역 처분하도록 명령했다.[43] 이는 1973년, 호주 여성왕립공군(Women's Royal Australian Air Force)에서 군요원이 성적지향을 이유로 심문, 가택수사 등을 받은 사건으로 군 내 성소수자의 존재가 조명되었고, 1974년 국방부는 "호주 국방군의 동성애에 관한 정책은 군요원이 동성애적 행동에 연루되었다고 인정하거나 혹은 이 사실이 증명된 경우 해당 군요원의 복무 중지를 고려하는 것이다"는 요지의 정책을 발표했다.[44] 이 정책에 따라 1974년부터 1992년 사이 군요원이 성적지향을 이유로 수사 및 전역 처분을 받았다. 특히 수사 과정에서 헌병대의 지나치게 긴 수사, 성생활에 관한 노골적인 질문, 동성애자가 아님을 증명하기 위한 성관계 요구 등 인권침해가 있었으며, 1980년대에 들어서서는 동성애자로 의심되는 군요

---

39 Canada Department of National Defence, CFAO 19-40, "Human Rights - Discrimination" (1989. 8. 4.) https://web.archive.org/web/20120113095223/http://www.admfincs.forces.gc.ca/cfa-oaf/019-40-eng.asp (2021. 11. 확인); Canada Department of National Defence, Judge Advocate General, Military Administrative Law Manual, A-LG-007-000/AF-010 (2008. 10. 1.), 15-1, 22-3, 37-1; DAOD 5516으로 변경되었고, 성적지향, 성별정체성, 성별표현을 금지된 차별 사유로 명시한다. Canada Department of National Defence, DAOD 5516-0, "Human Rights" https://www.canada.ca/en/department-national-defence/corporate/policies-standards/defence-administrative-orders-directives/5000-series/5516.html (2021. 11. 확인).

40 호주의 경우, 1901년 연방 설립 후 육군, 왕립해군과 왕립공군이 별도의 지휘계통을 유지했으나 1976년, 삼군을 국방군으로 통합했다. 본 보고서에서는 편의를 위해 호주 국방군 혹은 호주군으로 표기한다. Australia Defence Act 1903, No. 20, 1903, Compilation No. 78 (2021. 9. 1.).

41 예를 들어 해군은 1916년부터 1945년 사이 9명의 군요원을 소도미, 중대외설(acts of gross indecency), 강제추행(indecent assault) 등의 죄목으로 처벌하였으며, 1939년 보고서는 동성애자임을 고백한 군요원에 관한 우려를 언급했다. 전반적으로 Noah Riseman & Shirleene Robinson, Pride In Defense: the Australian Military & LGBTI Service Since 1945, Melbourne University Press (2020) 참조.

42 Noah Riseman, "Hunting Gays and Lesbians in the Australian Defence Force, 1974-1992", Journal of the History of Sexuality, Vol.28 No.3 (2019), 333-335.

43 강제추행죄로 기소되었는지, 혹은 동성애자임을 자발적으로 선언했는지 등에 따라 전역의 방법은 달라졌다. 예를 들어 강제추행죄로 기소된 경우에는 강제전역 처분이 내려졌으나, 이로 기소되었고 증거도 확실하나 법적인 이유로 유죄 판결을 받지 않았다면 "SNLR(Service No Longer Required, 더 그 군복무가 필요치 않음, 불명예제대 사유)" 사유로 전역 판정을 받았다. 관련 정책은 또한 동성애자임을 판명하기 위한 소위 "의학적인" 검사에 대해 명시했다. 해당 문서는 호주 성소수자 인권 단체인 CAMP(Campaign Against Moral Persecution)에 의해 공개되었다. Lex Watson, "Royal Australian Navy Orders", CAMP Ink, Vol.3 No.7 (1993-1994), 4-6.

44 해당 정책은 1974년부터 1992년 사이 여러 차례 개정되었으나 그 기본 골자는 동일했다. Riseman (2019), 앞의 글, 337.

humanrights.go.kr 국가인권위원회

원을 24시간 감시하는 행태가 보고된 바 있다.[45]

한편 1982년에 제정된 국방군징계법(Defence Force Discipline Act)은 실질적으로 호주 수도 특별구(Australia Capital Territory)의 형법을 군요원에게 적용하도록 규정했는데,[46] 이는 동성애자 군요원의 처우를 국방군의 내부 정책이 아닌 호주 수도 특별구의 법규를 통해 규율하려고 하는 시도였다고 볼 수 있다.[47] 하지만 국방군징계법이 발효한 1985년, 호주 수도 특별구는 형법을 개정하며 항문성교죄를 폐지했다.[48] 이에 따라 국방부는 1986년 9월, 동성애자 군복무 금지 정책을 유지하겠다고 발표했다.[49]

나아가 1990년,[50] 해군 군요원 아니타 밴더미어(Anita Van der Meer)가 성적지향을 이유로 전역을 위협받아 이를 인권평등기회위원회(Human Rights and Equal Opportunity Commission)에[51] 진정한 사건이 주목할만하다.[52] 특히 위원회는 1989년 규칙을 통해 "차별"의 정의가 실제 혹은 오인된(imputed) "성적기호(sexual preference)"를 이유로 한 차별 또한 포함한다고 해석

---

45 왕립공군에서 복무했던 한 간호사는 1980년에 동성애자 색출이 급증한 이유에는 그 시대의 HIV/AIDS에 관한 배경과 연관이 있을지 모른다고 증언했다. 실제로 1987년경에는 동성애를 이유로 한 전역 처분이 급증한 바 있다. 또한, 1980년대와 90년대에 군 내 HIV 감염인/AIDS 환자는 전반적으로 전역 처분을 받거나 군복무에 제한을 받았다. Riseman (2019), 앞의 글, 338–346.

46 군요원 혹은 국방민간인력의 행위 혹은 부작위가 호주 수도 특별구의 법규에 따라 범죄로 성립한다면 국방군징계법 제61조에 따라 처벌받는다. Australia Defence Force Discipline Act 1982, No. 152 of 1982, Sec.3 "Territory offence" 및 Sec.61 "Other offences"; Matthew Groves, "The Civilianisation of Australian Military Law", University of New South Wales Law Journal, Vol.28 No.2 (2005), 382.

47 Australia Senate Hansard, 15 November 1992, p.3596, Defence Force Discipline Bill 1992, Second Readings (1991. 12. 15.) https://parlinfo.aph.gov.au/parlInfo/search/display/display.w3p;query=Id%3A%22chamber%2Fhansards%2F1982–12–15%2F0182%22 (2021. 11. 확인).

48 호주의 동성간 성적행동 금지는 전반적으로 19세기 영국법의 영향을 받았으며, 호주 수도 특별구의 경우 항문성교죄를 처벌하는 뉴사우스웨일즈의 1900년 형법(Crimes Act)을 적용해왔다. 다만 특별구는 이미 1975년, 상호합의한 사적인 공간에서의 성적행동을 비범죄화한 바 있다 (다만 동성간 성적행동의 경우, 합법적인 합의를 하기 위한 나이 제한이 이성간 성적행동(16세)에 비해 높은 18세였다). Australia, Australian Capital Territory, An Ordinance to Reform the Law of the Territory relating to Sexual Behaviour, No. 55 of 1976 (1976. 11. 4.); 1985년 개정은 항문성교죄를 폐지하며, 성적지향에 무관하게 성적행동의 합의를 위한 나이 제한을 16세로 규정했다. Australia, Australian Capital Territory, Crimes (Amendment) Ordinance (No. 5) 1985, No. 62 of 1985 (1985. 11. 21.); 전반적으로 다음 참조. Graham Carbery, "Towards Homosexual Equaliy in Austarlian Criminal Law – A Brief History", Australian Queer Archives (2014).

49 그 정당화로 군은 지휘계통의 혼란, 사기 저하, 국가안보, 의료, 미성년자 보호 등을 이유로 들었다. 1986년부터 1992년 사이의 해당 정책은 다음 참조. Gary Brown, "Homosexuality and the Australian Defence Force; the Issues", Australia Parliamentary Research Service, Background Paper No. 16 (1992), Annex A "Homosexual Behaviour in the Australian Defence Force".

50 그 전에도 동성애자 군복무 금지에 관한 이의제기는 존재했으나 (예를 들어 1982년 왕립공군사관학교(RAAF Academy) 동성애자 생도 색출 사건 등) 이는 법적인 논의로 이어지지는 않았던 것으로 파악된다. Riseman (2019), 앞의 글, 346–351.

51 현 호주 인권위원회(Australian Human Rights Commission). 1986년 설립된 호주 국가인권위원회로 국제노동기구 1958년 제111호 차별(고용과 직업) 협약, 자유권규약 등의 국제인권기준 및 국내 인권법의 적용, 인권침해와 차별 사건의 조사 및 분쟁 조정, 관련 연구 등을 담당한다. Australia Human Rights and Equal Opportunity Commission Act 1986, No. 125 of 1986 (1986); Australia, Australian Human Rights Commission Act 1986, No. 125 of 1986, amended by Act No. 98, 2021, Compilation No. 50 (2021).

52 Suzzane B. Goldberg, "Open Service and Our Allies: A Report on the Inclusion of Openly Gay and Lesbian Servicemembers in U.S. Allies' Armed Forces", William & Mary Journal of Race, Gender, and Social Justice, Vol.17 Iss.3 (2011), 552–553; Noah Riseman, "Outmanoeuvring Defence: The Australian Debates over Gay and Lesbian Military Service, 1992", Australian Journal of Politics and History, Vol.6 No.4 (2015), 563–564.

국가인권위원회 humanrights.go.kr

했기 때문에,[53] 위원회는 동성애자 군복무 금지에 대해 전반적으로 조사해 국방부와 관련 논의를 진행해 성적지향에 대하여 중립적인 성적행동 규율 정책을 제작하기에 이른다.[54] 그러나 1992년 6월, 국방부는 동성애 군복무 금지 정책을 유지하겠다고 발표해 논란이 일었으며, 정부 측에서는 인권평등기회위원회뿐만 아니라 법무부(Attorney-General's Department) 또한 동성애 군복무 금지가 자유권규약을 위반한다고 주장했다. 호주는 1991년 9월 자유권규약 제1선택의정서에 가입했으며 자유권위원회에서 Toonen 사건이 진행 중이었기에[55] 이 주장은 당시 호주의 사회적 배경과도 깊게 맞닿아 있었다.[56] 이에 따라 1992년, 폴 키팅(Paul Keating) 총리는 군 내 동성애 정책을 위한 간부회의 실무진을 조직했다.[57]

한편 인권평등기회위원회는 동성애자 군복무 금지가 국제노동기구(ILO) 제111호 협약과 자유권규약 위반이라는 취지의 보고서를 발표해 군의 주장에 반박하며, "기회의 평등, 차별 금지와 인권에 관한 호주의 국제법적 의무는 편견 그 자체를 해결하기보다 단순히 편견의 대상이 되는 개인을 배제하는 정책을 금한다"고 강조했다. 세부적으로 위원회는 자유권규약 제17조(사생활 보호권), 제25조(공적 서비스 접근권) 및 제26조(법 앞에서의 평등권)의 위반을 주장했다. 특히 사생활 권리에 관하여 위원회는 성적기호와 성적행동에 관한 정보의 수집 및 사용이 제17조의 전반적인 사적인 정보의 보호에 반할 뿐만 아니라 사생활에의 자의적인 간섭으로 자유권규약의 위반이라고 보았다.[58]

결국 1992년 11월 23일, 내각의 결정에 따라 키팅 총리는 동성애자를 차별하는 호주 국방군 정책을 폐지한다는 성명서를 발표해 호주 동성애자 군복무 금지는 공식적으로 폐기된다. 성명서에서 총리는 이 결정이 군 사기 및 결속력에 악영향을 미치지 않을 것이며, 우려 중 하나인 성폭력 등의 문제는 성적지향에 무관하게 적용되는 성적행동 관련 정책을 통해 다뤄질 것이라고 강조했다.[59]

---

53 Australia Human Rights and Equal Opportunity Commission Regulations, Statutory Rule 1989 No. 407 (1989); 2019년 개정으로 성적기호는 성적지향으로 변경되었다. Australia, Australian Human Rights Commission Regulations 2019, F2019L01188 (2019).

54 "Unacceptable Sexual Behaviour by Members of the ADF", Brown (1992), 앞의 글, Annex B.

55 UN Human Rights Committee, Toonen v. Australia, Communication No. 488/1992, UN Doc. CCPR/C/50/D/488/1992 (1994).

56 특히 당시 법무부 장관인 마이클 더피(Michael Duffy)는 호주가 자유권규약에 가입한 이상 그 국제인권 의무를 전면적으로 이행해야 하며, 동성애자 군복무에 관하여도 Toonen 사건처럼 자유권위원회에서 공개적인 절차를 진행하는 것보다 국내에서 해결하는 것이 최선이라고 보았다. Riseman (2015), 앞의 글, 564-565, 567.

57 해당 실무진 설립 배경과 연구조사의 보고서 내용에 관하여는 전반적으로 Riseman (2015), 앞의 글, 567-571 참조.

58 Australian Human Rights and Equal Opportunity Commission, Report of the Human Rights and Equal Opportunity Commission on Australian Defence Force Policy on Homosexuality, Parliamentary Paper, 1992, No. 246 (1992), 14-19.

59 Australia Department of the Prime Minister and Cabinet, "Statement by the Prime Minister, the Hon P J Keating, MP, Australian Defence Force Policy on Homosexuality" (1992. 11. 23.) https://pmtranscripts.pmc.gov.au/release/transcript-8740 (2021. 11. 확인); 내각 결정 과정의 논의에 관하여는 Riseman (2015), 앞의 글, 571-574 참조.

국가인권위원회 humanrights.go.kr

4) 이스라엘

이스라엘은 1948년 독립 이후 1949년 군복무법(Defense Service Law)에 따라 18세 이상의 남성과 여성 국민이 이스라엘 방위군(Israel Defense Forces)에서 의무적으로 복무하도록 하고 있다.[60] 직업군인의 경우 우선 의무 군복무를 마쳐야 한다.[61] 이스라엘 방위군은 성소수자의 군복무를 명시적으로 금지하는 정책을 보유하지는 않았으나 1980년대 이전에는 동성애자로 밝혀진 군요원은 전역 조치하는 것이 정책이었다. 1983년 시행된 정책은 처음 동성애자를 명시적으로 언급하였다. 이는 성적지향에 따른 군복무 그 자체를 금지하지는 않았으나, 동성애자로 의심되는 군요원이 심리검사를 통해 보안상 위험과 군복무 적합성을 평가받도록 의무화했으며 최고 기밀 정보를 다루거나 첩보 관련 직위에서 일하는 것은 금지했다.[62]

한편 이스라엘은 1992년, 인간존엄과 자유에 관한 기본법(Basic Law: Human Dignity and Liberty)과 직업 선택의 자유에 관한 기본법(Basic Law: Freedom of Occupation)을 제정하여 인권의 헌법적 지위를 인정했다.[63] 인간존엄과 자유에 관한 기본법은 모든 개인의 생명, 신체와 존엄의 자유와 사생활의 권리 등을 보장하며, 특히 이스라엘 방위군에 복무하는 자의 권리는 법령에 의해 규정된, 군복무의 성질과 특성에 따라 필요한 제약이 아니면 제한할 수 없다고 명시했다.[64] 이에 따라 1988년 고용기회평등법(Equal Employment Opportunity Act) 또한 1992년 1월 2일 성적지향을 고용상 차별금지의 이유로 포함하도록 개정되었다.[65]

이러한 맥락에서 1993년 2월 2일, 텔아비브 대학의 우지 이븐(Uzi Even) 교수가 1981년, 본

---

60 Israel Defence Service Law (Consolidated Version), 5746–1986 (1986. 1. 30.) (Israel Ministry of Foreign Affairs 공개) https://www.mfa.gov.il/mfa/mfa-archive/1980-1989/pages/defence%20service%20law%20-consolidated%20version--%205746-1.aspx (2021. 11. 확인); 전반적으로 다음 참조. Ruth Levush, "Israel: Military Draft Law and Enforcement", U.S. Law Library of Congress (2019).

61 의무 군복무를 면제받을 수 있는 경우도 존재하나 (임신한 여성, 종교적 소수자, 심각한 장애 등) 이는 매우 제한적인 편이라고 보고된다. Ruth Levush, 2-6; Bernard D. Rostker, et al., Sexual Orientation and U.S. Military Personnel Policy: Options and Assessment, RAND Corp. (1993) ["이하 RAND (1993)"] 85-86.

62 이스라엘 방위군 정책은 군 내 성적행동을 성적지향에 무관하게 일괄적으로 금지했다. Aaron Belkin & Melissa Levitt, "Homosexuality and the Israel Defense Forces: Did Lifting the Gay Ban Undermine Military Performance?" Armed Forces & Society, Vol.27 No.4 (2001) 542-543; 이스라엘의 남성간 성적행동의 비범죄화는 1988년에 이루어졌다. Alon Harel, "Gay Rights in Israel: A New Era", International Journal of Discrimination and the Law, Vol.1, No.3 (1996), 264-265.

63 전 대법원장 아하론 바락(Aharon Barak)은 1992년 두 기본법의 제정을 "헌법적 혁명"이라고 명명하며 인권이 이스라엘 법체계에서 헌법적, 초입법적(super-legislative) 지위를 가진다고 보았다. Aharon Barak, "Human Rights in Israel", Israel Law Review, Vol.39, No.2 (2006), 18.

64 Israel Basic Law: Human Dignity and Liberty (1992. 3. 17.) (Israel Ministry of Foreign Affairs 공개) https://mfa.gov.il/MFA/MFA-Archive/1992/Pages/Basic%20Law-%20Human%20Dignity%20and%20Liberty-.aspx (2021. 11. 확인).

65 다음 영문 번역의 경우 "성적 성향(sexual tendencies)"이라고 번역했다. Israel Employment (Equal Opportunities) Law, 5748-1988 (1988) (International Labour Organization 공개) https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/36155/97933/F1175607179/ISR36155.pdf (2021. 11. 확인); 그러나 이는 명백히 성직지향을 이유로 한 성소수자에 대한 차별금지로 해석된다. 그 해석에 관하여는 다음 판례 참조. Israel Supreme Court, El-Al Israel Airlines v. Danielowitz, HCJ 721/94 (1994. 11. 30.) (영문 번역) [1992-4] Israel Law Reports 478, 7, 13-14.

humanrights.go.kr 국가인권위원회

인의 성적지향을 이유로 보안상 위험으로 여겨져 이스라엘 방위군에서 해고당했다고 의회(Knesset)에서 발언하여 동성애자에 대한 군복무 제한이 사회적으로 대두되었다.[66] 이 사건을 계기로 그리고 당시 총리의 공개적인 지지에 따라 군은 1993년 6월, 성적지향에 따른 군복무 제한을 해제하도록 기존 정책을 개정했다.[67] 다만 이 정책은 1998년 폐지되었는데, 이는 이스라엘 방위군이 동성애자의 군복무에 대한 제한이 전부 해제되었기 때문에, 군요원의 전문성과 무관한 성적지향을 언급하는 군 정책이 불필요하다고 판단했기 때문이다. 따라서 군은 공식적으로는 군요원에게 성적지향에 관한 질문을 하지 않는다.[68] 비슷한 맥락에서 이스라엘 방위군은 동성애자 군요원에 대한 법적, 의료적 및 사회적 지원을 제공하지는 않는 것으로 파악된다.[69] 1990년대 및 2000년대에 진행된 연구에 의하면 군복무 제한의 폐지는 동성애자 군인의 개인적 경험에 큰 영향을 미치지는 못했으며, 대부분의 군요원은 차별, 부정적 반응, 전역 처분 등에 대한 두려움으로 성적지향을 밝히기를 꺼렸다고 보고된다.[70]

5) 미국

가. 1970년대 이전

미국에서 군대 내 성소수자, 특히 동성애자에 대한 처벌은 20세기에 끊임없이 증가했으며, 성적지향 및 성적행동에 따른 강제전역은 성적 일탈(deviance) 즉, 이성애규범, 일부일처제, 상호합의의 범위에서 벗어난 성적행동에 관한 제재의 일환이었다.[71] 기록에 의하면 1778

---

66 Amir Sumaka'i Fink, Independence Park: The Lives of Gay Men in Israel, Stanford University Press (1999), 11; 한편 비슷한 시기인 1993년 텔아비브 프라이드 행사에서 공개적으로 커밍아웃 했다는 이유로 전역 처분을 받은 요시 마카이튼(Yossi Macaiton)의 사건은 조명받지 못했다. Aeyal Gross, "The Politics of LGBT Rights in Israel and Beyond: Nationality, Normativity, and Queer Politics", Columbia Human Rights Law Review, Vol.46, No.2 (2015), 145.

67 Belkin & Levitt, 앞의 글, 543–544; Nathaniel Frank (2010), 앞의 글, 21–22.

68 공식적 정책의 부재는 한편으로는 방위군이 군 내 성소수자에 관한 연구를 진행하지 않는다는 의미이기도 하다. Bernard D. Rostker, et al., "Sexual Orientation and U.S. Military Personnel Policy, An Update of RAND's 1993 Study", RAND Corp. (2010) [이하 "RAND (2010)"] 292–293.

69 성소수자 단체가 인권 관련 훈련 진행에 참여하는 정도의 정책은 보유하고 있는 것으로 보인다. Danny Kaplan & Amir Rosenmann, "Unit Social Cohesion in the Israeli Military as a Case Study of 'Don't Ask, Don't Tell'", Political Psychology, Vol.33, No.4 (2012), 423–424; 한편 이는 이스라엘 정부가 성소수자의 군복무를 핑크워싱 전략으로 사용한다는 점과 배치된다.

70 위의 글, Danny Kaplan & Amir Rosenmann, 424; 이스라엘 방위군 내 동성애자 군요원의 경험에 관하여는 다음 참조. Danny Kaplan & Eyal Ben–Ari, "Brothers and Others in Arms: Managing Gay Identites in Combat Units of the Israel Army", Journal of Contemporary Ethnography, Vol.29, No.4 (2000).

71 Kellie Wilson–Buford, "From Exclusion to Acceptance: A Case History of Homosexuality in the U.S. Court of Military Appeals", in (James E. Parco & David A. Levy eds.) Evolution of Government Policy Towards Homosexuality in the U.S. Military: The Rise and Fall of DADT, Taylor and Francis (2013), 113–115; 이는 나아가 1950년대의 냉전 배경 및 이에 따른 국가안보위기감에서 기인하는 소위 "라벤더색 공포(lavender scare)", 즉, 동성애자가 국가안보에 위협이 된다는 논리에 따른 동성애자 색출과 탄압의 일환이었다고 볼 수 있다. 당시 연방정부 공무원에게 또한 성적지향을 이유로 한 제한이 존재했다. Allan Berube & John D'Emilio, "The Military and Lesbians during the McCarthy Years", Signs Vol.9 No.4 (1984); Gregory B. Lewis, "Lifting the Ban on Gays in the Civil Service:

KOR 국가인권위원회 humanrights.go.kr

년 3월 10일, 프리데릭 갓홀드 엔슬린(Frederick Gotthold Enslin) 부관이 미군에서 최초로 소도미 미수를 이유로 군에서 축출당한 군요원이라고 보고된다.[72] 미군은 군법상 소도미죄에 따른 처벌과 군인사 관련 규정을 통해 동성애자의 군복무를 금지했다. 전자의 예시로는 소도미를 명시적으로 금지한 1920년 전시법(Articles of War) 제93조가 있으며, 후자로는 1949년 10월 11일 국방부가 발표한 "동성애자 군요원은 성별에 무관하게 군에서 복무하도록 허용할 수 없다"고 명시하며 즉각적인 전역 처분을 의무화하는 각서를 볼 수 있다.[73]

다만 1981년 이전에는 성적지향에 따라 입대 그 자체를 제한하거나 금지하지는 않았으며, 대신 군 내부에서 성적지향이 드러나면 행정적 전역 처분을 내리거나, 동성간 성적행동 적발 시 소도미죄에 따른 처벌이 존재했다. 특히 1951년 군사통일재판법(Uniform Code of Military Justice) 제125조가 소도미를 금지했으며,[74] 그 외에도 제133조(부적절한 처신) 및 134조(일반 규정)의 불명확한 규정 또한 동성애자 군요원의 군복무를 제한하는 방식으로 사용되었다.[75] 비슷한 시기, 해군(1949년 12월 10일),[76] 육군(1950년 1월 12일),[77] 공군(1951년 1월 12일)[78] 또한 동성애자 군복무를 제한하는 인사 정책을 시행했다. 이 정책은 군 내 동성애자를 3등급으로 나눠서 분류했다.[79] 이 중 2급과 3급 동성애자의 정의는 "동성애적 성향(homosexual tendencies)" 및 그 성향이 어떻게 표출되는지 그 기준이 불분명하여 문제가 되었다.[80] 잇따른 1959년 국방부 지침 또한 "부적격(unfitness)" 사유로 "성적 도착(sexual perversion)"을 명시했으며 이에 동성애 행위와 소도미를 포함했다.[81]

다만 군대 내에서 소도미죄를 이유로 전역 처분을 받은 군요원은 군대 내 항소 체계를 통

Federal Policy toward Gay and Lesbian, Employees since the Cold War", Public Administration Review, Vol.57, No.5 (1997).

72 U.S. National Archives and Records Administration, "Amending America: LGBTQ Human and Civil Rights" (2016. 8. 15. 갱신) https://www.archives.gov/amending-america/explore/lgbtq-human-and-civil-rights-transcript.html (2021. 11. 확인).

73 U.S. Library of Congress, Revision of the Articles of War 1912-1920, Vol.2, The Articles of War, Approved June 4, 1920 [이하 "Articles of War (1920)"] Art.93; RAND (1993), 앞의 글, 6.

74 U.S. Library of Congress, Uniform Code of Military Justice: Text, References and Commentary Based on the Report of the Committee on a Uniform Code of Military Justice to the Secretary of Defense (1949) [이하 "UCMJ (1950)"], Art.125 (현 10 U.S.C. § 925). 해당 조항은 2013년, 2014년 두 차례 강제적 소도미(forcible sodomy)만 금지하는 것으로 개정되었고, 2016년에는 폐지되었다.

75 제134조에 따르면 군사통일재판법이 규정하지 않는 범죄 또한 군 질서와 기강에 해가 된다면 처벌이 가능하다. UCMJ (1950), Arts.133-134 (현 10 U.S.C. §933-934).

76 U.S. Court of Military Appeals, U.S. v. Betts, 30 C.M.R. 214 (1961), 216에서 언급.

77 U.S. Army Board of Review, U.S. v. Goins, 23 C.M.R. 542 (1956), 543-544에서 언급.

78 U.S. Air Force Board of Review, U.S. v. Adams, 21 C.M.R. 733 (1956), 739-740에서 언급.

79 U.S. v. Goins, footnote 1. 1급: 동성애 행위로 타인의 권리 침해 (폭행 혹은 강제, 상호합의 없는 경우) 및 16세 이하 아동과의 동성애 행위. 2급: "명백하고 확인된 동성애자(overt, confirmed homosexuals)"의 "능동적 혹은 수동적" 동성애 행위 및 그 제안, 유도, 시도 등. 3급: 동성애 행위를 하지 않은 "명백하고 확인된 동성애자" 혹은 "군복무에 부적합할 정도인 동성애적 성향을 가진 자(Individuals who possess homosexual tendencies to such a degree as to render them unsuitable for military service)". 동성애 성향을 지니기만 한 군요원은 군복무 가능했으며, 통제할 수 없고 부도덕한 성향(uncontrollable, perverse tendency)일 경우만 부적합하다고 판정했다.

80 Kellie Wilson-Buford, 앞의 글, 117.

81 RAND (1993), 앞의 글, 7.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

해 목적, 합법성, 적법성 및 효율성에 대해 이의를 제기할 수 있었고, 이는 1990년대 및 2010년에 점진적인 정책적 변화의 기반을 형성했다. 군사항소법원(Court of Military Appeals)이 1951년 군사통일재판법의 해석 및 집행을 맡는 최고 군사법원으로 설치되었고[82] 이는 소도미 죄 혹은 여타 규정에 따라 기소된 군요원이 항소할 수 있는 적법한 절차(due process)로 사용되기도 하였다. 특히 당시 군 내부의 정책이 명확하지 않았기 때문에 동성애자에 대한 비합리적이고 부정적인 시각에 의존하여 내려진 군법회의(court-martial) 판결이 다수 존재했는데, 각군 심의위원회(Board of Review)[83] 및 군사항소법원은 피고의 공정하고 공평한 재판을 받을 권리(right to fair and impartial trial) 보호를 위해 이러한 판결을 뒤집는 행보를 보였다.[84] 세부적으로는 편견을 기반으로 하며 불공정한 증거와 증언,[85] 유죄를 확정한 것 같은 심문과 빈정거림,[86] 상관의 압력,[87] 정부의 함정수사,[88] 비합리적인 수색[89] 등을 금지했다. 이는 성적지향 및 성적 자기결정권의 보호가 아닌, 헌법적 권리에 대한 보호의 형태였다. 예를 들어 U.S. v. Hillan 사건에서 해군 심의위원회는 대법원 판례 Burns v. Wilson을 인용하며[90] 헌법상 군요원의 사생활을 보호받을 권리, 즉, 비합리적인 체포와 압수로부터 자유로울 권리와 이를 보호할 군사법원의 책무를 강조했다.[91]

1970년대에 이르러서는 소도미죄 그 자체에 대한 의문 또한 제기되었다. 군요원이 동성간

---

82 UCMJ (1950), Art. 67. 3명의 민간인 연방법원 판사로 구성되며, 군법회의 및 심의위원회의 판결에 대한 항소법원이다; 1994년 명칭이 연방군사항소법원(U.S. Court of Appeals for the Armed Forces, CAAF)로 변경. 현 90 U.S.C. §867 및 군사통일재판법 Subchapter XII이 그 구성을 규율한다. U.S., National Defense Authorization Act for Fiscal Year 1995, P.L.103-337 (1994. 10. 5.).

83 Articles of War (1920), Art.50½에 의해 설립된 위원회로 군법회의(court-martial) 판결에 관한 검토를 진행하며, 각군 법무감실의 법무관 혹은 민간인 연방법원 판사 3명으로 구성된다. Military Justice Act of 1968, P.L.90-632 (1968. 10. 24.)에서 명칭이 군재심법원(Court of Military Review)으로 변경. National Defense Authorization Act for Fiscal Year 1995, P.L.103-337 (1994. 10. 5.) 다시 그 명칭이 각군 형사항소법원(Court of Criminal Appeals)으로 변경되었다. 현 90 U.S.C. §866.

84 예를 들어 고등군법회의(General court-martial)에서 소도미죄로 기소받은 피고가 항소한 U.S. v. Adkins 사건에 대하여 군사항소법원은 군법회의가 일관성이 부족한 증인과 검증되지 않은 전문가 증인에만 의존해 유죄 판결을 내린 것이 피고의 공정하고 공평한 재판을 권리를 침해했다고 결정했다. U.S. Court of Military Appeals, U.S. v. Adkins, 18 C.M.R. 116 (1955).

85 U.S. Court of Military Appeals, U.S. v. Warren, 20 C.M.R. 135 (1955).

86 U.S. Army Board of Review, U.S. v. Bird, 24 C.M.R. 447 (1957).

87 U.S. Army Board of Review, U.S. v. Lackey, 22 C.M.R. 384 (1956); U.S. Court of Military Appeals, U.S. v. Kennedy, 24 C.M.R. 61 (1957).

88 U.S. Air Force Board of Review, U.S. v. Haynes, 24 C.M.R. 881 (1957); U.S. Court of Military Appeals, U.S. v. Haynes, 27 C.M.R. 60 (1958).

89 U.S. Navy Board of Review, U.S. v. Hillan, 26 C.M.R. 771 (1957); U.S. Court of Military Appeals, U.S. v. Battista, 33 C.M.R. 282 (1963).

90 Burns v. Wilson 판례에서 대법원은 군사통일재판법 입법 및 군사항소법원 설립의 목적이 제2차 세계대전 이후 제기된 군법회의 절차에 관한 이의 및 비판을 수용하기 위함임에 집중하며 "군사법원 또한 주법원과 마찬가지로 개인을 헌법적 권리의 침해로부터 보호해야 하는 연방법원의 책무를 동등하게 진다"고 판단한 바 있다. U.S. Supreme Court, Burns v. Wilson, 346 U.S. 137 (1953), 141-142.

91 U.S. v. Hillan (1957), 804. 타이슨(Tyson) 판사 보충의견: "권리장전(Bill of Rights)을 이루는 이 권리와 특권이야말로 이 위대한 국가의 시민과 오늘날의 세계가 모르지 않는 현상인 경찰국가 사이에 서있는 유일한 방벽이다. 법원의 가장 위대하고 중요하며 근엄한 의무는 이 권리를 보호하고 유지하는 것이다." 805.

KOR 국가인권위원회 humanrights.go.kr

성적행동으로 군사통일재판법 제134조에[92] 의해 기소된 U.S. v. Ortega 사건에서 육군재심법원(Army Court of Military Review)의 보충의견은 다음과 같이 판단했다. "군사항소법원은 간음(fornication)이 가중사유가 없는 한 (예를 들어 사적인 장소에서 일어나지 않은 행위 등) 군법상 범죄가 아니라고 판결하며 제134조의 목적이 '개개인의 전적으로 사적인 도덕적 행동을 규율'하는 의도가 아니라고 명시한 바 있다 … 따라서 동성애적 행위 또한 가중사유가 없는 한 군에서의 형사범죄가 아니라는 결론은 논리적이며, 이는 어쩌면 법적으로 필요한 결론일지 모른다."[93]

동성애자의 군복무 금지 정책에 대한 재고 또한 1950년대부터 군 내부에서 제기된 바 있다. 특히 1957년 해군장관(Secretary of the Navy)이 요청하여 진행된 연구인 소위 "크리텐덴 보고서(Crittenden Report)"[94]는 "가시적인 뒷받침하는 증거 없이 유지되는 관념 중 하나는 … 동성애자 개인 및 동성애적 행위를 행하는 자가 군복무에 적합하지 않다는 의견"이라고 지적했으며,[95] 나아가 이미 "많은 동성애자가 각군의 모든 영역에서 명예롭게 복무"했고 "동성애자가 국가안보에 위협을 끼친다는 관념은 충분한 사실적 자료로 뒷받침되지 않는다"고 결론지었다.[96] 다만 해당 보고서는 32년 후인 1989년, 연방법원이 그 공개를 명령하기 전까지 대중에 공개되지 않았다.[97]

나. 1970년대~1990년대

1970년대에 들어서면서 성적지향 및 성적행동에 따른 군복무 제한의 비일관적인 정책이 사회적으로 대두되기 시작했다. 특히 1975년, 공군의 레너드 마틀로비치(Leonard Matlovich) 전문하사가 상관에게 커밍아웃하여[98] 전역 처분을 받은 사건은 세간의 주목을 받았다.[99] 마

---

92 현 90 U.S.C. §934에 수록. 이는 군사통일재판법이 명시하지는 않았으나, 군 질서와 기강에 해를 끼치는 모든 행동을 처벌한다.

93 U.S. Army Court of Military Review, U.S. v. Ortega, 45 C.M.R. 576 (1972), 579. 호지(Hodge) 수석판사 보충의견.

94 U.S., Report of the Board Appointed to Prepare and Submit Recommendations to the Secretary of the Navy for the Revision of Policies, Procedures and Directives Dealing with Homosexuals (submitted to the Secretary of the Navy on 1957. 03. 15.).

95 위의 글, 5.

96 위의 글, 11–12. 다만 보고서는 동성애자의 군복무 제한의 전제 그 자체에 대하여는 이의를 제기하지 않았다; U.S. General Accounting Office, "Defense Force Management: DOD's Policy on Homosexuality", Report to Congressional Requesters (1992) [이하 "GAO (1992)"], 29–30.

97 Kellie Wilson-Buford, 앞의 글, 123.

98 1975년 3월 6일, 마틀로비치 전문하사가 상관 및 공군장관(Secretary of the Air Force)에게 전달한 편지는 "나는 동성애자이며 군복무를 계속할 온전한 자격이 있다고 생각한다(I consider myself to be a homosexual and fully qualified for further military service)"라고 결론짓는다. 편지 전문은 다음 참조. Lily Rothman, "How a Closeted Air Force Sergeant Became the Face of Gay Rights", Time (2015. 9. 8.) https://time.com/4019076/40-years-leonard-matlovich/ (2021. 11. 확인).

99 Lesley Oelsner, "Homosexual Is Fighting Military Ouster", The New York Times (1975. 5. 26.), https://www.nytimes.com/1975/05/26/archives/homosexual-is-fighting-military-ouster.html (2021. 11. 확인); 마틀로비치 전문하사 인터뷰 "Armed Forces: Homosexual Sergeant", TIME, Vol.105 No.24 (1975. 6. 9.), 18–19; 같은 해 9월 8일 자 Time의 표지에 오르기도 했다. "The Sergeant v. The Air Force", TIME Vol.106 No.10 (1975. 9. 8.), 34; 베트남전 참전 군인이며 퍼플 하트(Purple Heart) 훈장을 받는 등 12년간 모범적인 군복무를 해온 마틀로비치 전문하사는 동성애자의 군복무 제한 정책에 대응하기에 그야말로 "이상적인" 사례였다고 회

국가인권위원회
humanrights.go.kr

틀로비치 전문하사는 공군 군사기록 정정위원회(Air Force Board for the Correction of Military Records)에 이의를 제기해 전역의 취소와 복직을 요구했으나 이는 기각되었고, 결국 연방지방법원에서 소송을 제기했다. 지방법원은 약식 판결에서 "동성애 행위를 행할 헌법적 권리는 없다"고[100] 언급하며 공군의 정책에 군사 준비태세를 위한 적법한 사유가 있다고 판단했다.[101] 반면 D.C. 연방항소법원은 적법한 절차와 그 공정성에 집중하며 하급심 판결을 파기환송했다. 파기환송심에서 지방법원은 마틀로비치 전문하사의 전역 처분을 취소하고 복직을 명령했다.[102]

미국 D.C. 연방항소법원

Matlovich v. Secretary of Air Force, 591 F.2d 852 (D.C. Cir. 1978)

사건개요: 미국 공군에서 동성애자로 커밍아웃한 전문하사가 이를 이유로 행정적 전역 처분을 받아 항소했다.

쟁점: 성적지향에 따른 전역 처분과 그 근거가 되는 공군 정책이 적법한가

판단내용: 법원은 공군의 동성애 관련 정책이 "가장 예외적인 상황이 존재하며 군요원의 군복무 능력이 손상되지 않은 경우" 군복무를 계속할 수 있는 예외사항을 두고 있으나, 이 예외적 상황의 기준이 불명확하다는 점에 집중했다. "명백한 기준, 정책 및 고려사항의 부재와 현 사건에 관한 논리정연한 설명의 부재는 이 사건에서 재량권의 남용이 있었는지 혹은

고된다. Lawrence J. Korb & Alexander Rothman, "Formalizing the Ban: My Experience in the Reagan Administration" in (James E. Parco & David A. Levy eds.) Evolution of Government Policy Towards Homosexuality in the U.S. Military: The Rise and Fall of DADT, Taylor and Francis (2013), 138–139.

100 U.S. District Court (E.D. Virginia), Doe v. Commonwealth's Attorney for City of Richmond, 403 F.Supp. 1199 (1975) 인용. 해당 판례는 버지니아 주법의 상호합의한 성인의 사적인 공간에서의 동성간 성적행동 처벌이 합헌이라고 판단했다; 이와 같은 논리는 후술할 1986년 대법원 판례 Bowers v. Hardwick에서 반복되며, 2003년 Lawrence v. Texas에서 뒤집히기 전까지 계속되었다. U.S. Supreme Court, Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986).

101 한편 판사는 동성애에 대한 사회적 인식 변화와 포용적 태도를 가리키며 군이 동성애 정책을 재고할 것을 강조했다. U.S. District Court (D.C.), Matlovich v. Secretary of the Air Force, Not Reported in F.Supp. (Civil Action No. 75–1750) (1976).

102 (환송심) U.S. District Court (D.C.), Matlovich v. Secretary of the Air Force, Not Reported in F.Supp. (Civil Action No. 75–1750) (1980); 하지만 공군은 복직 대신 마틀로비치 전문하사가 소를 취하하는 조건으로 합의금을 지불하는 방식을 택했다. Korb & Rothman, 앞의 글, 138–139.

국가인권위원회 humanrights.go.kr

부당한 요인이 그 결정에 주요한 역할을 했는지 판단할 수 없도록 만든다"고 법원은 관찰했다.[103] 따라서 공군은 그 재량권에 따른 결정이 자의적, 비일관적 혹은 불법적이었는지 법원이 판단할 수 있도록 결정의 이유를 설명해야 한다고 판단했다.

유사한 사례로 육군 미리엄 벤샬롬(Miriam Ben-Shalom) 하사는 기자에게 본인이 동성애자임을 시인한 것을 이유로 1976년 12월, 전역 처분을 받았다.[104] 벤샬롬 하사는 연방지방법원에 소를 제기, 육군의 전역 처분이 수정헌법 제1조, 제5조 및 제9조를 위반했다고 주장하며 본인의 복직을 요구했다. 지방법원은 해당 전역 처분과 그 근거인 정책이 벤샬롬 하사의 표현 및 결사의 자유, 사생활의 권리 및 적법한 절차에의 권리를 침해했다고 판단했다. 특히 법원은 "원고의 성적기호는 그의 성별 혹은 피부색만큼이나 그의 군인으로서의 능력과 관련이 없다"고 보며 "본 법원은 군이 실제 일탈적 행위의 증명 및 성적기호와 군요원의 군인으로서의 능력 사이의 관련성 증명 없이 군요원의 성적기호를 통제하려고 하는 시도를 따를 의사가 없다"고 강조했다. 원고의 군요원으로서의 모범적인 기록을 고려할 때 동성애자 정체성과 군복무의 적합성 사이에는 관련성이 없으며, 따라서 육군의 전역 결정은 자의적이고 비일관적이며 비합리적이라고 판단했다.[105]

하지만 1970년대의 사회적 인식 변화와 판례에 대한 국방부의 대응은 동성애의 군복무 금지를 더욱 확고히 하는 것이었다.[106] 1981년 국방부 지침(DoD Directive) 1332.14는 "동성애는 군복무와 양립할 수 없다"고 강조하며 "동성애 행위를 행하거나, 시도하거나 혹은 다른 이에게 이를 유도한 자" 및 "본인이 동성애자 혹은 양성애자라고 진술한 자"의 행정적 전역 처분을 의무화했다.[107] 이는 명문상으로는 정체성과 무관하게 소도미죄(동성애 행위)만을 처벌하

---

103 법원은 극단적인 예를 들어, 공군의 결정에 관한 구체적인 설명이 거의 전무하기 때문에 마틀로비치 전문하사가 언론에서 공개적으로 커밍아웃한 사실과 해당 사건에 대한 언론의 관심 등이 결정에 영향을 미쳤을 가능성이 제기될지도 모른다고 경고했다. Matlovich v. Secretary of the Air Force (1978), 856.

104 Korb & Rothman, 앞의 글, 139; "Lesbian Struggles to Serve in Army", The New York Times (1989. 8. 10.) https://www.nytimes.com/1989/08/10/us/lesbian-struggles-to-serve-in-army.html (2021. 11. 확인).

105 하지만 법원은 벤샬롬 하사가 동성애적 행동을 했다는 사실이 증명되지 않았다는 점에 초점을 맞췄으며, 군이 성적행동을 규율하는 것, 즉, 소도미법 그 자체는 문제 삼지 않았다. U.S. District Court (E.D. Wisconsin), Ben-Shalom v. Secretary of Army, 489 F.Supp. 964 (1980), 973-974, 976-977.

106 RAND (1993), 앞의 글, 7; Korb & Rothman, 앞의 글, 139-140.

107 원문은 "homosexuality is incompatible with military service". U.S. Department of Defense, Directive 1332.14 (1991. 1. 15.); Rhonda L. Evans, "U.S Military Policies Concerning Homosexuals: Development, Implementations and Outcomes", Tulane Journal of Law & Sexuality, Vol.11 (2002), 123.

humanrights.go.kr 국가인권위원회

는 군사통일재판법 제125조보다도 넓은 범위의 성적지향 그 자체를 전역 사유로 삼은 더 포괄적인 군복무 금지였다.[108] 나아가 1986년, Bowers 판례에서 대법원이 "헌법은 동성애자에게 소도미를 행할 권리를 부여하지는 않는다"고 판단했고[109] 군은 이를 인용해 동성애자의 군복무 금지를 정당화하고자 했다. 예를 들어서 앞서 언급한 벤샬롬 하사는 1988년 재입대를 시도했으나, 육군은 1981년 국방부 지침을 기반으로 한 육군 정책을 이유로 이를 거부했다. 이에 따른 소송에서 제7연방항소법원은 Bowers 판례를 인용, 동성애자의 군복무 금지 정책이 수정헌법의 평등보호조항(Equal Protection Clause)을 위반했다는 취지의 하급심 판결을 파기환송했다.[110]

한편 같은 시기의 Watkins 판례는 다른 양상을 보였다. 육군 페리 J. 왓킨스(Perry J. Watkins) 병장은 1967년 처음 입대했을 때부터 본인의 성적지향을 밝혔고, 육군은 이에 대해 몇 차례 문제를 제기했지만, 결과적으로 왓킨스 병장은 군복무를 14년간 계속할 수 있었다. 특히 그는 1975년 전역 처분에 관한 장교위원회(board of officers)에서 동료와 상관의 지지를 받았으며, 위원회는 만장일치로 "그의 언행이 부대의 성과, 사기 혹은 기강 또는 본인의 업무 능력을 저해한다고 제시하는 증거가 없다"고 보며 그가 군복무에 적합하다고 판단했다.[111] 그러나 1981년 정책의 변화에 따라 재입대가 거부되었고, 이에 따른 소송에서 제9연방항소법원은 금반언(estoppel) 원칙에 따라 군이 재입대를 금지해서는 안 된다고 판단했다.[112] 더욱이 보충의견에서 노리스(William A. Norris) 판사는 군 정책이 성적지향을 이유로 동성애자를 차별하기 때문에 수정헌법의 평등보호조항을 위반한다고 보았으며, 왓킨스 병장의 성적지향이 그의 군복무에 영향을 미치지 않는다고 강조했다.

---

108 RAND (1993), 앞의 글, 9–10.

109 원문은 "The Constitution does not confer a fundamental right upon homosexuals to engage in sodomy." Bowers v. Hardwick (1986), 조지아주의 소도미 처벌법의 합헌성에 관한 판례이며, 해당 원문은 후술할 Lawrence v. Texas 판례 이전까지 소도미법을 정당화하는 논리에서 자주 인용되었다. 하지만 이는 오해의 소지가 있다. 대법원은 수정헌법의 적법절차조항(Due Process Clause)에 따른 생명, 자유와 재산에 대한 국가의 자의적인 간섭 제한이 "동성애자가 소도미를 행할 권리"를 의미하지는 않는다는 취지로 이러한 결정을 내렸다. 대법원은 오히려 "이 사건은 상호합의에 따른 두 성인, 특히 동성애자 사이의 소도미가 현명하거나 바람직한지에 관한 판결을 필요로 하지 않는다. 이는 주가 입법적 혹은 사법적 결정에 따라 동성간 소도미를 범죄화하는 법을 폐지하거나, 이러한 법을 주헌법에 따라 무효화할 권리 혹은 그 적절성에 대한 질문을 제기하지 않는다"고 명시했다. 190. 즉, 이는 동성애에 대한 도덕적 판단이 아닌 주법의 적법성에 관한 절차적 판단이었다. 또한, 다수의견은 피고가 수정헌법의 평등보호조항에 따른 주장을 제기하지 않았기 때문에 이를 판단할 필요가 없다고 보았는데 (각주 8), 반대의견은 이에 동의하지 않았으며 이 사건이 근본적으로 사생활을 보호받을 권리에 관한다고 보았다.

110 U.S. District Court (E.D. Wisconsin), BenShalom v. Marsh, 703 F.Supp. 1372 (1989); U.S. Court of Appeals (7th Cir.), Ben–Shalom v. Marsh, 881 F.2d 454 (1989).

111 U.S. Court of Appeals (9th Cir.), Watkins v. U.S. Army, 875 F.2d 699 (1989), 702.

112 위의 글, 707–708, 710–711.

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

미국 제9연방항소법원

Watkins v. United States Army, 875 F.2d 699 (9th Cir. 1989)

사건개요: 원고 육군 왓킨스 병장은 1967년 처음 입대했을 때부터 본인이 동성애자임을 밝혔고, 몇 차례 동성애자임을 이유로 전역 처분 절차를 거쳤으나 군의 결정에 따라 14년간 군복무를 계속해왔다. 하지만 1981년, 동성애자 군복무 정책이 바뀜에 따라 전역 처분을 받고 재입대를 거부당했다.

쟁점: 육군이 금반언의 원칙에 따라 원고의 재입대를 거부해서는 안 되는가 (군의 동성애자 군복무 금지 원칙이 수정헌법의 평등보호조항을 위반하는가)

판단내용: [다수의견] 군은 원고의 14년 동안의 군복무 중 지속적으로 그의 재입대 적합성에 대해 거짓된 정보를 제공했으며 그 과정에서 군이 스스로 육군 정책을 어겨왔기 때문에 이는 군의 적극적 위법행위(affirmative misconduct)로 성립한다. 특히 원고가 군에서 보인 높은 성과와 군복무 능력을 고려했을 때, 그의 재입대를 거부하는 것은 큰 손실이며 원고의 성적지향이 군복무 능력을 저해하지 않는다는 사실은 군 내부에서도 인정된 바 있다. 이를 고려할 때 금반언 원칙이 성립하며, 군은 원고의 재입대를 거부해서는 안 된다.
[보충의견(William A. Norris)] 동성애자에 대한 군복무 금지 정책은 명백히 성적지향을 대상으로 한 차별이다. 군은 이를 성적행동(소도미)에 대한 제한이라고 주장하지만, 이는 실질적으로 정체성과 신분(status)에 관한 제한이다. 동성애자는 역사적으로 차별받아 왔으며, "그 성적행동이 주류 사회에서 전통적으로 받아들여지지 않았다는 이유만으로 동성애자가 차별받아 마땅한 것은 아니다."[113] 따라서 동성애자 또한 수정헌법의 평등보호조항의 적용을 받으며, 군 정책이 정당화되기 위해서는 이 정책이 "중요한 정부의 이익을 위해 반드시 필요하다"는 사실이 증명되어야 한다. 군은 동성애자의 군복무가 군요원 사이의 감정적 관계가 발생할 수 있도록 하여 군 사기와 기강에 영향을 미칠 것이라고 주장하지만, 이는 이성애자도 마찬가지이다. 군은 또한 동성애자 군요원은 정체성을 빌미로 협박받을 수 있어 보안상 문제

113 원문은 "In any case, homosexuals do not become "fair game" for discrimination simply because their sexual practices are not considered part of our mainstream traditions." 위의 글, 719.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

가 있다고 주장하나, 이는 동성애자가 본인의 성적지향을 숨길 경우에만 성립하며, 군 정책은 여타 협박 가능성이 있는 문제는 금지하고 있지 않다. 즉, 군의 동성애자 군복무 금지 정책은 정부의 중요한 이익을 보호하기 위해 필수적이지 않다. 따라서 전면적인 동성애자 군복무 금지는 수정헌법의 평등보호조항을 위반한다.

비슷한 시기, 정책적으로도 1981년 군복무 금지에 관한 의심은 계속되었다. 1985년에 발생한 정부 보안 사건과 관련해 국방부가 진행한 연구 중 1988년 완료된 "비규범적 성적지향과 군대 적합성" 보고서는, 군이 주장하는 동성애자의 보안 문제에 대해 의심을 제기했으며 대부분의 동성애자 군요원이 이미 군에서 문제없이 복무하고 있다고 강조했다.[114] 나아가 보고서는 법원 혹은 의회가 곧 군이 성소수자의 입대와 복무 관련 정책 및 관행을 재고하라고 요구할 것이라 결론지었다.[115] 하지만 보고서 발표 당시 조지 H. W. 부시 정권하의 국방부는 이를 초안으로 치부하고 그 내용을 수용하지 않았다.[116]

다. 1990년대: DADT

1992년, 당시 대선 후보였던 빌 클린턴은 공약으로 동성애자 군복무 금지를 폐지하겠다고 언급했다. 나아가 1993년 1월 29일, 클린턴 대통령은 국방부 장관에게 "성적지향(sexual orientation)을 이유로 한 군복무에서의 차별을 철폐하기 위한 행정명령 초안을 제출할 것"을 명령해[117] 소위 "Don't Ask, Don't Tell" 정책(묻지도 말하지도 말라, 이하 "DADT 정책")이 의회와 국방부에서 논의되기 시작했다.[118] 이는 국방부가 잠재적인 군요원에게 성적지향에 관련

114 보고서는 1981년부터 1987년 사이 동성애를 이유로 전역 처분받은 남성 군요원 4,914명 중 육군 소속 40%, 공군 소속 50%가 기밀 혹은 최고 기밀 보안등급을 가지고 있었다는 점을 지적했으며, 나아가 총 군요원 중 동성애로 인한 전역 처분 비율이 0.01%에서 0.33% 정도로 매우 극소수인 점 또한 강조했다. Theodore R. Sarbin & Kenneth E. Karols, "Nonconforming Sexual Orientations in the Military and Society" (DRAFT), Defense Personnel Security Research and Education Center (1988. 12.), 22.

115 위의 글, 33.

116 Lawrence J. Korb & Alexander Rothman, 앞의 글, 142; Elaine Sciolino, "Report Urging End Of Homosexual Ban Rejected by Military", The New York Times (1989. 10. 22.) https://www.nytimes.com/1989/10/22/us/report-urging-end-of-homosexual-ban-rejected-by-military.html?pagewanted=all&src=pm (2021. 10. 확인).

117 William J. Clinton, Memorandum for the Secretary of Defense, Memorandum on Ending Discrimination in the Armed Forces (1993. 1. 29.) in U.S. Office of the Federal Register, Public Papers of the Presidents of the United States: William J. Clinton (1993, Book I), 23.

118 이와 관련하여 진행된 연구는 다음과 같다: 국방부가 사립연구기관인 RAND에 의뢰해 진행된 연구, RAND (1993), 앞의 글; 유사한 시기에 회계감사원(General Accounting Office)에서 진행한 1992년 국방부 동성애 관련 정책 연구 및 1993년 해외 정책 및 관행 연구, GAO (1992); U.S. General Accounting Office, "Homosexuals in the Military: Polices and Practices of Foreign Countries" (1993. 6.).

KOR 국가인권위원회 humanrights.go.kr

한 질문을 하지 않되, 군요원은 본인의 성적지향을 밝히지 않아야 하며 성적지향이 드러난다면 전역 처분을 받거나 입대를 거부당할 수 있다는 구조였다.[119] 같은 해 7월 19일, 클린턴 대통령은 새로운 정책을 발표해 다음과 같은 요소를 강조했다. 1) 모든 군요원을 성적지향이 아닌 그 행동을 기준으로 판단한다; 2) 입대 시 성적지향을 묻지 않는다; 3) 본인이 동성애자라는 선언은 금지된 행동(동성간 성적행동)을 행할 것이라는 선언으로 간주할 수 있지만, 해당 군요원에게 이 간주에 대해 반박할 기회가 주어져야 한다; 4) 군사통일재판법의 모든 조항은 이성애자 및 동성애자 모두에게 공평한 방식(even-handed manner)로 적용된다.[120] 이에 따라 1993년 11월 30일, DADT 정책이 법률로 제정되었으나 법문 자체는 1981년 군복무 금지 정책과 전반적으로 유사한 구조였다.[121]

국방부 또한 1994년, 입대 및 전역 정책을 시행했으며 "개인의 성적지향은 개인적이고 사적인 문제로, 동성애적 행위로 나타나지 않는 한 입대와 지속적인 군복무 금지의 이유가 되지 않는다"고 강조했으며, 입대 지원자에게 본인이 이성애자, 동성애자 혹은 양성애자인지, 그리고 동성애적 행동을 행한 적 있는지 질문하거나 이를 밝히도록 요구해서는 안 된다고 명시했다.[122] 성적지향(sexual orientation)은 "성적행동을 할 경향 혹은 의도와는 별개로 특정한 성을 지닌 사람에 대한 추상적인 성적기호"로 정의했다.[123] 이 정책은 성적지향(군복무 금지의 이유가 되지 않는 정체성 혹은 신분)과 성적행동(군법 및 정책에 의해 금지된 행위)을 구분하고자 시도했으나, DADT 정책과의 차이 그리고 규정의 불명확함 등으로 인해 실질적으로는 동성애자와 양성애자 등 성소수자의 군복무 금지로 작용했다.[124]

---

119 이 정책은 "Don't Ask, Don't Tell, Don't Pursue" 정책이라고도 불렸으며, 세 번째 요소인 "Don't Pursue(쫓지 말라)"는 개인의 성적지향을 조사 및 색출(witch hunt)해서는 안 된다는 의미였다. 관련 자세한 논의는 다음을 참조. David F. Burrelli, "'Don't Ask, Don't Tell': The Law and Military Policy on Same-Sex Behavior", U.S. Congressional Research Service (2010. 10. 14.), 1-4.

120 동시에 클린턴 대통령은 다음과 같은 사실을 강조했다: 1) 금지에도 불구하고 이미 군에서 훌륭히 복무하는 동성애자 군요원이 존재한다; 2) 동성애자가 이성애자에 비해 군복무 능력이 부족하거나, 위법행위를 저지를 가능성이 크다는 증거는 없다; 3) 군 내 위법행위에 관한 규정은 이미 존재하며 이는 이성애자 군요원에게도 동일하게 적용된다; 4) 동성애자 복무 금지를 폐지한 다른 국가 그리고 미국의 경찰과 소방국의 사례를 보면 결속력과 직무 수행 능력에 대한 부정적인 영향을 볼 수 없다; 5) 군복무 금지가 폐지되어도 모든 동성애자가 성적지향을 공개적으로 선언하지는 않을 것이다. William J. Clinton, Remarks Announcing the New Policy on Homosexuals in the Military (1993. 7. 19.) in U.S. Office of the Federal Register, Public Papers of the Presidents of the United States: William J. Clinton (1993, Book I), 1109-1112.

121 동성애를 "높은 기준의 사기, 질서와 기강, 결속력에 대한 위험"으로 보았으며, 동성애적 행위 (근무 중이 아닐 때, 부대 외부에서도 포함), 동성애자 혹은 양성애자라는 선언, 동성과 혼인했거나 혼인하려고 시도한 경우 전역 처분을 받는다고 명시했다. U.S. National Defense Authorization Act for Fiscal Year 1994, P.L.103-160 (1993. 11. 30.), §571. 이후 10 U.S.C. §654에 표기되었다.

122 U.S. Department of Defense, Directive 1304.26 Qualification Standards for Enlistment, Appointment, and Induction (1993. 12. 21; Incorporating Change 1, 1994. 3. 4.), E.1.2.8.

123 원문은 "An abstract sexual preference for persons of a particular sex, as distinct from a propensity or intent to engage in sexual acts." U.S. Department of Defense, Directive 1332.14 Enlisted Administrative Separations (1993. 12. 21.; Incorporating Change 1, 1994. 3. 4.), E2.1.15.

124 Rhonda L. Evans, 앞의 글, 128-129; DADT 정책 시행 10년간 군 내 실태에 관하여는 DADT 정책에 따른 성소수자 차별 관련 법률 조력 및 감시 단체인 SLDN(Servicemembers Legal Defense Network, 2021년 기준 Modern Military Association of America와

국가인권위원회 humanrights.go.kr

마찬가지로 DADT 정책 시행의 초기에는 정체성과 행위를 구분하려 시도가 있었다. 예를 들어 1992년 ABC 뉴스에서 본인이 동성애자임을 시인한 해군 볼커 키스 마인홀드(Volker Keith Meinhold) 일등상사의 사건에서 제9연방항소법원은 성적지향에 의한 군복무 정책이 위헌이라는 하급심 판결을 뒤집으며[125] 군 정책은 군이 문제적이라고 판단하는 성적행동과 이에 관련한 발언을 규율하기 때문에 헌법적 문제는 아니라고 판단했다. 다만 군이 원고가 한 본인이 동성애자라는 선언만을 이유로, 원고의 구체적이고 명시적인 의사표시 없이 그가 동성애적 행동을 할 것이라 간주한 것이 자의적이며, 정당한 이유가 없다고 판결했다.[126] 같은 시기, 해군 마리아 조 더닝(Maria Zoe Dunning) 부관과[127] 육군 마거리트 캐머마이어(Margarethe Cammermeyer) 연대장의[128] 사건 또한 유사한 양상을 보였다.

이에 따라 국방부는 1995년, 본인이 동성애자나 양성애자라는 혹은 그런 취지의 진술이 성적지향에 관한 선언일 뿐이라는 주장은 동성애적 행동의 경향 혹은 의도의 간주를 반박하지 않는다는 정책 각서를 발표해 DADT 정책의 시행을 강화했다.[129] 마찬가지로 1996년 제4연방항소법원 Thomasson 판례에 이르러서는 본인이 동성애자라고 선언한 자는 동성애적 행동을 할 경향(propensity)이 있다고 간주할 수 있다는 취지의 판결이 내려져 DADT 정책이 공고해졌다.[130] SLDN의 통계에 의하면 2001년 전까지 연간 DADT로 인해 전역 처분받은 인원

통합)의 연간보고서 참조. Servicemembers Legal Defense Network (SLDN), "Conduct Unbecoming: the 10th Annual Report on 'Don't Ask, Don't Tell, Don't Pursue, Don't Harass'" (2004).

125 하급심인 캘리포니아 연방지방법원은 성적지향을 이유로 한 군복무 금지가 수정헌법의 평등보호조항을 위반한다고 판단했다. "게이와 레즈비언의 군복무 금지에 대한 국방부의 정당화는 근거 없는 문화적인 믿음과 잘못된 고정관념을 기반으로 둔다. 이러한 정당화에는 근거가 없으며, 1940년대의 군 내 인종 분리를 유지하기 위해 내세우던 이유와 매우 유사하다." U.S. District Court (C.D. California), Meinhold v. U.S. Department of Defense, 808 F.Supp. 1455 (1993), 1458.

126 U.S. Court of Appeals (9th Cir.), Meinhold v. U.S. Department of Defense, 34 F.3d 1469 (1994), 1479–80.

127 1993년 1월 16일, 클린턴 대통령이 동성애자 군복무 금지 폐지 공약을 지킬 것을 요구한 집회에서 스스로 동성애자임을 밝혀 전역 관련 행정절차에 회부되었다. 절차 진행 중 DADT 정책이 시행되고, 1994년 11월 행정심의에서 더닝 부관의 동성애자 선언은 성적지향에 관한 선언이며 성적행동에 관한 시인이 아니라는 이유로 전역 처분을 받지 않았다. Rhonda L. Evans, 앞의 글, 162–164; SLDN (2004), 앞의 글, 17.

128 육군참모대학교 면접에서 본인이 동성애자라고 시인했다는 이유로 전역 처분을 받은 사건. 연방지방법원은 수정헌법 평등보호조항에 따라 1981년도 동성애자 군복무 금지 정책에 합리적인 이유가 있어야 한다고 보았으며, 관련 연구와 증거들을 고려할 때 해당 정책은 편견만을 이유로 하고 따라서 위헌이라고 판단했다. U.S. District Court (W.D. Washington), Cammermeyer v. Aspin, 850 F.Supp. 910 (1994), 922–926; 군은 이 결정에 대해 항소했지만, DADT 정책의 시행에 따라 1981년 육군 정책이 변경되어 항소가 사실상 무의미(moot)해졌기에 기각당했다. U.S. Court of Appeals (9th Cir.), Cammermeyer v. Perry, 97 F.3d 1235 (1996).

129 이는 해군 더닝 부관의 사건에 대한 국방부의 반발로 보인다. RAND (2010), 앞의 글, 50.

130 연방항소법원은 또한 DADT 정책이 합리적인 정부의 이익을 반영한다고 판단했다. 반면 법원의 반대의견은 DADT 정책이 "동성애자인 것(being)"과 "동성애자임을 선언하는 것(saying)"을 구분하여 후자를 이유로 전역 처분을 내리는데, 이는 동성애자인 것에 대한 외부의 반응, 즉, 동성애자에 대한 편견을 반영한다고 보았다. 나아가 반대의견은 개인의 정체성에 따른 위법행위의 간주는 (동성애자는 군의 규율을 어길 것이라는 간주) 적법한 절차와 어긋난다고 지적했다. U.S. Court of Appeals (4th Cir.), Thomasson v. Perry, 80 F.3d 915 (1996); U.S. District Court (W.D. Washington), Watson v. Perry, 918 F.Supp. 1403 (1996); U.S. Court of Appeals (8th Cir.), Richenberg v. Perry, 97 F.3d 256 (1996); U.S. Court of Appeals (9th Cir.), Holmes v. California Army National Guard, 124 F.3d 1126 (1997).

국가인권위원회 humanrights.go.kr

의 수는 지속적으로 증가했다.[131]

라. 2000년~2010년대: Lawrence v. Texas 판결과 DADT의 폐지

한편 2000년대에 들어서서는 동성간 성적행동의 제한에 대한 정당화가 일정 부분 약화되기 시작했다. 그 가장 큰 이유 중 하나는 2003년 대법원 판례인 Lawrence v. Texas였다. 해당 사건에서 대법원은 법에 따른 동성애적 행동의 범죄화는 이러한 선언 그 자체로 동성애자에 대한 공적 및 사적 영역에서의 차별을 불러온다고 강조했다. 나아가 법원은 1986년 Bowers 판례를 뒤집으며, 사적인 공간에서 상호합의한 두 성인의 성적행동을 금지하는 법은 수정헌법의 적법절차조항(Due Process Clause)에 따른 사생활 존중의 권리를 침해한다고 판단했다.[132] 이 판례는 미국 내 성소수자 인권뿐만 아니라 동성애자 군복무와 DADT 정책의 변화에 영향을 미쳤다.

이에 따라 연방군사항소법원(CAAF)은 2004년 Marcum 판례에서 Lawrence 판례를 군사통일재판법 제125조에 적용하는 기준을 설립했다.[133] 이 기준에 따라 법원은 부대 외 공간에서 사적으로 행해진 비강제적 소도미(non-forcible/consensual sodomy)는 Lawrence 판례가 보호하는 자유에의 권리에 포함된다고 판단했다. 동시에 법원은 그 자유에의 권리에 대해 Lawrence 판례가 명시한 전반적인 예외사항과[134] 군대의 특수한 상황에 관한 예외를 명시했다.[135]

---

131 반면 2001년 9/11 사건 이후로 동성애자 군요원의 전역 처분이 29% 감소했는데, 이에 따라 몇몇 학자는 군이 전시에 (제2차 세계대전, 베트남전쟁 등) 인력 필요에 따라 성소수자 군복무 제한을 느슨하게 적용한다고 주장했다. SLDN (2004), 앞의 글, 18, 22.; Rhonda L. Evans, 앞의 글, 133-138; 그 주장이 사실인가와는 별개로 동성애자 군요원의 전역 처분이 감소한 것은 사실이다. RAND (2010), 앞의 글, 61; Burrelli, 앞의 글, 12-13.

132 "원고는 사생활을 존중받을 권리가 있다. 국가는 원고의 사적인 성적행동을 범죄로 규정하여 원고의 존재를 비하하거나 그 운명을 통제할 수 없다. 적법절차조항하의 자유에의 권리는 정부의 개입 없이 행동할 수 있는 온전한 권리를 제공한다." U.S. Supreme Court, Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003), 575, 578.

133 즉, 군형법의 소도미죄에 따른 기소와 전역에 적용되었다. DADT 정책에 (동성애자 정체성이 드러날 경우 행정적 전역 처분) 관한 판례의 경우 민간법원에서 주로 판시하였다.

134 미성년자가 관계된 경우, 당사자가 상해를 입거나 강압을 받은 경우, 혹은 합의를 쉽사리 거절할 수 없는 관계에 있는 경우, 해당 행위가 공개적이었던 경우 혹은 성매매와 관련된 경우. Lawrence v. Texas, 578.

135 U.S. Court of Appeals for the Armed Forces, U.S. v. Marcum, 60 M.J. 198 (2004), 206-207; Joel P. Cummings, "Is Article 125, Sodomy a Dead Letter in Light of Lawrence v. Texas and the New Article 120?", The Army Lawyer, Department of the Army Pamphlet 27-50-428 (2009), 5-6.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

미국 연방군사항소법원

U.S. v. Marcum, 60 M.J. 198 (C.A.A.F. 2004)

사건개요: 피고 공군 에릭 P. 말컴(Eric P. Marcum) 전문하사는 비강제적 소도미를 포함한 군사통일재판법 위반으로 기소되어, 2000년 5월 비강제적 소도미 유죄를 선고받았다. 이에 대한 항소가 공군형사항소법원에서 진행된 후 2003년 대법원에서 Lawrence v. Texas 사건이 진행되기 시작하여 관련 논의가 이 사건에서도 진행되었다.

쟁점: 군사통일재판법 제125조에 따른 상호합의된 소도미의 유죄 선고가 대법원 Lawrence v. Texas 판례에 따라 무효가 되는가

판단내용: 대법원과 군사법원은 헌법의 명문 혹은 그 범위가 군대에 적용될 수 없는 명시적인 예외를 제외하면, 군요원 또한 헌법적 권리의 보호를 받는다고 일관되게 판단해왔다. 따라서 Lawrence v. Texas 판례 또한 군요원의 행위에 적용될 수 있으며, 이는 다음 3개의 기준을 따른다. 1) 피고가 기소당한 행위가 그 성질에 있어 Lawrence 판례에서 대법원이 정의하는 자유에의 권리에 포함되는가? 2) 그 행위가 대법원이 Lawrence 판례의 바깥에 있다고 규정한 행동 혹은 요소를 포함하는가? 3) Lawrence 판례하의 자유에의 권리의 성질 및 범위에 영향을 미치는, 오직 군대 환경에서만 유의미한 추가적인 요소가 있는가?
해당 사건에서 동성간 성적행동은 부대 외 공간에서 (피고의 사택) 사적으로 행해졌기 때문에 Lawrence 판례의 적용을 받는다. 다만 군 내 지휘계통에서 하급자와의 성관계는 하급자가 이를 강요받거나 혹은 합의를 할 수 없는 관계에 있어 공군 내부 규정으로 금지되며, Lawrence 판례에서 대법원이 보호하고자 한 사생활의 권리 보호 바깥에 있다고 볼 수 있다. 따라서 이 사건의 피고에 대한 군사통일재판법 제125조에 따른 유죄 선고는 유효하다.

다만 Marcum 판례가 설립한 기준은 DADT 정책 및 동성애자 군복무 금지 자체에 대해서는 의문을 제기하지 않았으며, 뒤이은 판례 또한 소도미죄에 관해 Marcum 판례와 유사한 판단을 내렸다.[136] 이는 Lawrence 대법원 판례가 "사적이고 상호합의된 동성간 성적행동을 행

136 Jody Feder, "'Don't Ask, Don't Tell': A Legal Analysis", U.S. Congressional Research Service (2013. 8. 6.), 9–10; U.S. Court of

국가인권위원회 humanrights.go.kr

할 근본적 권리"를 명시적으로 인정하지는 않았다고 여겨졌고, 따라서 Marcum 기준을 통한 군 내 Lawrence 판례의 적용 또한 제한되었기 때문이라 볼 수 있다.[137]

Lawrence 판례가 DADT 정책에 미친 영향은 연방법원 판례에서 찾아볼 수 있다. 제9연방항소법원 Witt 판례에서 공군 마거릿 위트(Margaret Witt) 대대장은 민간인 동성 파트너와의 관계를 이유로 전역 처분을 받아 연방법원에 소를 제기했다. 이에 따른 항소심에서 연방항소법원은 Lawrence 판례가 텍사스주 소도미법의 정당화에 실질적으로 높은 심사기준(heightened scrutiny)을 적용했다고 해석해 위트 대대장에 대한 DADT 정책 적용의 정당화에도 높은 심사기준을 적용해야 한다고 판단했다. 따라서 법원은 위트 대대장의 전역 처분이 실제로 정부의 이익을 실현하며 그 목적에 필수적이었는지 판단하기 위해 원심을 파기환송했다.[138]

미국 제9연방항소법원

Witt v. Department of the Air Force, 527 F.3d 806 (9th Cir. 2008)

사건개요: 원고 위트 대대장은 2004년 7월, 민간인 동성 파트너와의 교제를 이유로 수사를 받아 2007년 10월, 공군에서 행정적 전역 처분을 받았다.

쟁점: DADT 정책이 원고의 헌법상 적법절차조항과 평등보호조항이 보장하는 권리를 침해하는가

판단내용: Lawrence 판례 및 그 군대 내 적용에 관한 판례는 (예를 들어 Marcum 판례) 소도미법의 정당화에 관련하여 실질적으로는 높은 심사기준(heightened scrutiny)을 적용했다.

Appeals for the Armed Forces, U.S. v. Stirewalt, 60 M.J. 297 (2004) (사적인 상호합의에 따른 이성간 소도미 그 자체는 Lawrence 판례의 보호를 받으나 (Marcum 기준 1), 소형 쾌속정 내에서의 성관계를 금하는 미국 해안경비대 규정, 즉, 군대 환경에서만 유의한 요소에 따라 (Marcum 기준 3) Lawrence 판례의 바깥에 있다고 판단); U.S. Court of Federal Claims, Loomis v. U.S., 68 Fed.Cl. 503 (2005) (부대 외 공간에서의 사적인 동성간 성적행동는 Lawrence의 보호를 받지만 (Marcum 기준 1) 상급자와 하급자 사이의 성관계에서는 합의가 성립하기 어려워 (Marcum 기준 2) Lawrence 판례의 보호 바깥에 있다고 판단); U.S. Navy–Marine Corps Court of Criminal Appeals, U.S. v. Barrera, Not Reported in M.J. (NMCCA 200400371) (2006) (부대 내 제삼자가 보지 못하도록 문을 잠근 방에서의 동성간 성적행동은 사적이라 볼 수 있으며, 따라서 상호합의한 소도미는 Lawrence 판례의 보호를 받는다 (Marcum 기준 1). 하지만 해외 주둔 중인 부대 내에서 군요원간의 성행위는 명시적으로 금지되었을 뿐만 아니라 군기강과 규율의 위반이라 (Marcum 기준 3) 볼 수 있다).

137 Jody Feder, 앞의 글, 10.; Joel P. Cummings, 앞의 글, 13.

138 U.S. Court of Appeals (9th Cir.), Witt v. Department of Air Force, 527 F.3d 806 (2008), 819.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

이 기준에 따라 정부가 개인적 및 사적 생활에 대한 동성애자의 권리를 침해함을 정당화하기 위해서는 정부의 그 행위가 1) 중요한 정부의 이익(important governmental interest)에 관련 있고; 2) 개인의 권리에 대한 침해가 실제로 그 이익을 실현하고; 3) 그 침해가 정부의 이익 실현에 필수적이어야, 즉, 덜 침해적인 방법으로는 정부의 이익을 상당히 실현할 수 없어야 한다.

DADT 정책이 정부의 중요한 이익인 군 운용효율과 관련 있음은 명확하다. 하지만 원고는 모범적인 군요원이었으며, 실제로 원고의 (부대에서 수백 킬로미터 바깥에서 행해진) 성적행동은 DADT 정책에 따른 전역 절차 이전에는 그의 부대에 악영향을 끼치지 않았다. 부대 결속력에 대한 악영향의 원인 또한 원고의 정체성이 아닌 DADT 정책에 따른 원고의 정직이었다. 따라서 이 정책의 원고에 대한 적용이 실제로 부대 결속력을 실현하는지는 불확실하다.

파기환송심에서 연방지방법원은 이 기준을 위트 대대장의 사건에 적용해 그의 전역 처분이 부대 결속력 및 사기, 즉, 정부의 이익을 실현하지 않을뿐더러 이를 오히려 해친다고 관찰했다. 나아가 법원은 특정 군요원의 성적지향이 해당 부대의 성과, 헌신 및 열의에 악영향을 미친다는 증거가 없으며, 미군은 역사적으로 다양성을 수용해왔으며 이는 군의 능력을 해치지 않았다는 점을 강조했다. 결론적으로 법원은 위트 대대장에 대한 DADT 정책의 적용은 위헌이라고 판단하며 그의 복직을 명령했다.[139] 다만 Witt 판례는 DADT 정책 그 자체에 관한(facial challenge) 판단은 피하면서, 위트 대대장의 사건에 관해서만(as-applied challenge) 결정을 내렸다. 해당 판례는 연방법원이 DADT 정책의 정당성 판단에 대해 기존에 비해 엄격한 심사기준을 적용했다는 점에서 의미가 있다.[140]

한편 2009년, 대선 공약으로 동성애자에 대한 군복무에서의 차별금지를 내세웠던 버락 오바마 정권이[141] 들어서며 DADT 정책 폐지의 기대 또한 커졌다.[142] 특히 2009년 3월, 방송에

139 U.S. District Court (W.D. Washington), Witt v. U.S. Department of the Air Force, 739 F.Supp.2d 1308 (2010), 1315-6.

140 Jody Feder, 앞의 글, 12; 한편 같은 시기의 Cook v. Gates 판례에서 DADT 정책에 관하여 제1연방항소법원은 Lawrence 판례가 보호하는 상호합의한 성인 사이의 사적인 성적행동은 모든 성적행동을 보호하지는 않으며, 군요원의 성적행동은 Lawrence 판례의 예외라고 해석했다. U.S. Court of Appeals (1st Cir.), Cook v. Gates, 528 F.3d 42 (2008).

141 Associated Press, "Obama: Repeal of 'don't ask, don't tell' possible", NBC News (2008. 4. 10.) https://www.nbcnews.com/id/wbna24046489 (2021. 10. 확인); Kerry Eleveld, "Obama Talks All Things LGBT With The Advocate", the Advocate (2008. 12. 23.) https://www.advocate.com/news/2008/12/23/obama-talks-all-things-lgbt-the%C2%A0advocate (2021. 10. 확인).

142 DADT 정책의 폐지 직전인 2009년부터 2010년까지의 자세한 사항에 관하여는 Nathaniel Frank, "The President's Pleasant Surprise: How LGBT Advocates Ended Don't Ask, Don't Tell" in (James E. Parco & David A. Levy eds.) Evolution of Government Policy Towards Homosexuality in the U.S. Military: The Rise and Fall of DADT, Taylor and Francis (2013) 참조.

국가인권위원회 humanrights.go.kr

서 공개적으로 커밍아웃한 육군 대니얼 최(Daniel Choi) 병장의 사건으로 대대적인 사회적 논의가 진행되기 시작했다.[143] 일각에서는 오바마 대통령의 적극적인 행동이 필요하다는 의견도 있었으나, 당시 백악관 대변인은 대통령이 DADT 정책 폐지에 찬성하며 이를 위한 합리적인 방안을 모색 중이지만, 의회가 DADT 정책을 폐지하는 법안을 통과시키기 전까지 행정부는 계속해서 DADT 정책을 변호할 것이라 언론에서 밝혔다.[144] 같은 해 6월 22일, 앨시 L. 헤이스팅스(Alcee L. Hastings) 및 하원의원 76명이 오바마 대통령이 군에게 군요원의 성적지향에 대한 조사를 멈출 것을 명령할 것을 촉구하는 성명을 내며, DADT 폐지를 위해 행정부와 의회 양측에서의 절차가 필요함을 강조했다.[145] 이에 따라 국방부는 6월 30일, DADT 정책을 완화할 계획을 2010년 봄에 공개하겠다고 밝히는 등 DADT 정책에 대한 대대적인 비판을 의식하는 면모를 보였다.[146]

2010년 1월 27일, 오바마 대통령은 국정연설(State of the Union Address)에서 DADT 정책 폐지를 위해 의회 및 군과 협력하겠다고 공식적으로 선언했다.[147] 이에 따라 2월 2일, 상원 군사위원회(Senate Armed Services Committee)에서 로버트 게이츠(Robert Gates) 국방부 장관은 대통령의 결정을 지지하며, DADT 정책 폐지를 준비하기 위해 고위직 실무진을 구성했으며 1993년 진행됐던 사립연구기관 RAND의 연구의[148] 갱신을 요청할 것이라고 밝혔다.[149] 다만 정책적 변화를 대비하기 위해 충분한 기간이 필요하다는 것이 국방부 입장이었다.[150]

---

143 대니얼 최 병장은 이후에도 DADT 정책 폐지를 위해 적극적으로 활동했다. 위의 글, 47; Christina Caron, "Dan Choi Explains 'Why I Cannot Stay Quiet'", ABC News (2009. 5. 13.) https://abcnews.go.com/US/story?id=7568742&page=1 (2021. 10. 확인); Daniel Choi, "Open Letter to President Obama and Every Member of Congress", ABC News (2009. 5. 13.) https://abcnews.go.com/US/story?id=7569476&page=1 (2021. 10. 확인).

144 Jess Bravin & Laura Meckler, "Obama Avoids Test on Gays in Military", the Wall Street Journal (2009. 5. 19.) https://www.wsj.com/articles/SB124268952606832391 (2021. 10. 확인).

145 Alcee L. Hastings, "Hastings and 76 Members of Congress Urge President Obama to Suspend 'Don't Ask, Don't Tell' and Initiate Bilateral Repeal Process" (2009. 6. 22.) https://web.archive.org/web/20090804233411/http://www.alceehastings.house.gov/index.php?option=com_content&task=view&id=336&Itemid=98 (archived) (2021. 10. 확인).

146 국방부 내부자 증언에 의하면 이는 군에 대한 비판을 잠재우기 위한 목적이었다. 당시 국방부는 DADT 정책이 실제로 폐지될 것이라고 믿지는 않았으나 어떠한 변화가 필요하다는 압박은 느꼈다고 한다. Nathaniel Frank (2013), 앞의 글, 36.

147 오바마 대통령은 DADT 정책 폐지가 "옳은 일(the right thing to do)"이라고 언급했다. U.S. White House, Office of the Press Secretary, Remarks by the President in State of the Union Address (2010. 1. 27.) https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/remarks-president-state-union-address (2021. 11. 확인).

148 RAND (1993), 앞의 글; RAND (2010), 앞의 글.

149 마찬가지로 17대 합동참모의장(Chairman of the Joint Chiefs of Staff) 마이클 멀렌(Michael Mullen) 제독 또한 합동참모본부의 입장을 대변하며 DADT 정책 폐지에 적극적으로 찬성하는 견해를 표했다. U.S. Senate Armed Services Committee, Hearing of the Senate Armed Services Committee: Defense Authorization Request For Fiscal Year 2011; The Future Years Defense Program; The 2011 Quadrennial Defense Review (QDR); The 2011 Ballistic Missile Defense Review (BMDR); The "Don't Ask, Don't Tell" Policy, Washington D.C. (2010. 2. 2.), 45-48.

150 게이츠 장관은 하원 군사위원회(House Armed Services Committee)에 보낸 서신에서 "입법적 조치 이전에 정책적 변화에 관한 철저하고 객관적이며 체계적인 평가를 진행할 기회가 국방부에 주어져야 한다"고 강조했다. 일각에서는 국방부가 DADT 정책 폐지를 지연한다고 비판했다. Nathaniel Frank (2013), 앞의 글, 50-51; Adam Levine, "Gates against changing 'don't ask don't tell' until review",

국가인권위원회 humanrights.go.kr

폐지 방법 자체에 관해 장관은 의회의 역할을 강조했는데[151] 2010년 이전에 눈여겨볼 만한 DADT 정책 폐지를 위한 입법적 시도로는 2005년, 2007년 및 2009년 하원에서 발의된 군사준비태세강화법(Military Readiness Enhancement Act) 법안이 있었다. 이는 "군대 내 성적지향을 이유로 한 차별금지의 정책을 도입"을 목적으로 하며 DADT 정책 폐지 및 성적지향을 이유로 전역 처분을 받은 자의 재입대 등 조항을 포함했다.[152] 상원에서도 같은 법안이 2010년 3월 발의되어 상원 군사위원회에 회부되었다.[153] 2010년 4월, 낸시 펠로시(Nancy Pelosi) 하원 의장이 2009년 군사준비태세강화법을 기반으로 하되 지연된 시행을 허용하는 방식의 법안을 하원에서 통과시키겠다는 의향을 밝혔고,[154] 5월 27일, 하원에서 국방수권법(National Defense Authorization Act)[155] 수정안의 형태로 통과되어 DADT 정책 폐지의 기한이 정해졌다.[156]

한편 2010년 9월, 캘리포니아 연방지방법원 사건인 Log Cabin Republicans 판례는 DADT 정책이 위헌이라고 적극적으로 판단했다. 해당 사건에서 미국 공화당 내 성소수자 비영리단체인 로그캐빈리퍼블리칸(Log Cabin Republicans)은 DADT 정책으로 전역 처분을 당한 군요원을 대표해 DADT 정책의 위헌성을 주장했다. 법원은 군요원 당사자의 증언, 기존 연구와 정부 보고서, 전문가 의견, 오바마 대통령의 선언 등을 고려하며, Witt 판례의 기준에 따라 "해당 법이 군사 준비태세 혹은 부대 결속력에 관한 정부의 중요한 이익을 상당히 실현하지 않으며, 이러한 이익을 실현함에 필수적이지도 않다"고 판단했다. 나아가 DADT 정책이 군 내 동성애자가 사적인 관계에서 "친밀한 행위"를 향유할 권리뿐만 아니라 친밀한 관계를 유지하는 자와 소통할 권리 또한 제한하기 때문에 군요원의 헌법적 권리를 침해한다

CNN (2010. 5. 1.) http://edition.cnn.com/2010/POLITICS/04/30/gates.gays.military/index.html (2021. 10. 확인); Lawrence J. Korb & Laura Conley, "We Can't Wait on 'Don't Ask, Don't Tell'", Center for American Progress (2010. 5. 5.) https://www.americanprogress.org/issues/security/news/2010/05/05/7793/we-cant-wait-on-dont-ask-dont-tell/ (2021. 10. 확인).

151 "우리는 이 문제가 의회에 달려있다는 점을 인정하며, 솔직히 개인적으로는 이 사안을 의회에서 투표로 해결하는 것이 중요하다고 본다(We obviously recognize that this is up to Congress, and my view is, frankly, that it's critical that this matter be settled by a vote of the Congress.)" U.S. Senate Armed Service Committee (2010), 50-51.

152 해당 법안의 (성적지향을 이유로 한 금지의 명시를 제외한) 골자는 후에 발의된 DADT 폐지법 법안에 영향을 미쳤다. U.S. House of Representatives, Military Readiness Enhancement Act of 2005, H.R.1059, 109th Cong. (2005. 3. 2.); Military Readiness Enhancement Act of 2007, H.R.1246, 110th Cong. (2007. 2. 28.); Military Readiness Enhancement Act of 2009, H.R.1283, 111th Cong. (2009. 3. 3.).

153 U.S. Senate, Military Readiness Enhancement Act of 2010, S.3065, 111th Cong. (2010. 3. 3.).

154 Nathaniel Frank (2013), 앞의 글, 49.

155 미군의 연간 예산과 비용을 책정하는 연방법이나, 군 정책에 관한 조항 또한 포함한다.

156 이는 (1) DADT 폐지의 영향과 관련 권고에 관한 국방부 검토보고서가 발표되고; (2) DADT 정책 폐지가 군사 준비태세, 운용효율, 부대 결속력, 신병 모집의 목적과 일치하며 국방부가 폐지에 필요한 정책 및 규정을 준비했다는 취지의 국방부 장관, 합동참모의장과 대통령의 인증(certification)이 선행되어야 한다고 명시했다. 찬성 234 대 반대 194표로 통과되었다. U.S. House of Representatives, H.Amdt.672 to H.R.5136, 111th Cong. (2010. 5. 27.) in U.S. House of Representatives, Congressional Record Vol.156 No.82 (2010. 5. 27.) H4055-H4056.

KOR 국가인권위원회 humanrights.go.kr

고 보았다.[157]

Log Cabin Republicans 사건의 항소가 진행되던 중, 2010년 11월 30일, 국방부 실무진은 DADT 정책 폐지의 영향에 관한 검토보고서를 발표했다. 실무진은 설문조사에 응한 군요원의 과반수가 DADT 정책 폐지가 군에 부정적인 영향을 끼치지 않을 것이라 답했다고 보고하며, "DADT 정책 폐지로 인한 군의 전반적 운용효율에 대한 위험은 낮다"라고 결론지었다.[158] 나아가 실무진은 DADT 정책 폐지 후 군의 동등한 기회(Equal Opportunity) 정책의 원칙을 동성애자 군요원에게도 적용하고, 군사통일재판법 제125조의 소도미 조항을 폐지하거나 개정할 것을 권고했다.[159] 오바마 대통령은 보고서 발간을 축하하며 2010년 내로 DADT 정책을 폐지할 수 있도록 상원이 조속히 조치할 것을 촉구했다.[160] 게이츠 국방부 장관 또한 상원 군사위원회에서 해당 보고서에 관해 증언하며, DADT 정책에 관한 사법부의 위헌 판결이 확정되기 전에 상원이 DADT 폐지 법안을 통과시킬 것을 촉구했다.[161] 하지만 12월 9일, DADT 폐지를 포함한 국방수권법 수정안이 상원에서 통과되지 않자[162] 같은 날, 조 리버먼(Joe Lieberman) 및 수전 콜린스(Susan Collins) 상원의원은 별도의 DADT 정책 폐지법(Don't Ask, Don't Tell Repeal Act of 2010) 법안을 발의했다.[163] 동시에 하원에서는 12월 14일 동일한 법안이 패트릭 머피(Patrick Murphy)와 스테니 호이어(Steny Hoyer) 하원의원에 의해 발의되

---

157 법원은 특히 2001년 이후 아프가니스탄 및 이라크 전쟁 발발 이후 DADT 정책에 의한 전역이 급격히 감소한 점, 그리고 전투지대에 배치된 동성애자 군요원에 대하여는 DADT 정책의 이행을 지연한 점을 지적하며, 동성애자 군요원이 군사 준비태세와 부대 결속력에 위협이 된다는 정부의 주장을 기각했다. U.S. District Court (C.D. California), Log Cabin Republicans v. U.S., 716 F.Supp.2d 884 (2010), 956–958.

158 실무진은 115,052명의 군요원에게 설문조사를 진행해 이를 분석했다. U.S. Department of Defense, Comprehensive Review Working Group, Report of the Comprehensive Review of the Issues Associated with a Repeal of "Don't Ask, Don't Tell" (2010. 11. 30.).

159 이외에도 행동강령, 성적지향 관련 정보수집, 사생활 및 공동생활, 복지, 의료 등에 관련하여 권고를 내렸다. 위의 글, Chapter XIII, Our Recommendations 참조.

160 U.S. White House, Office of the Press Secretary, Statement by President Obama on DOD Report on Don't Ask, Don't Tell (2010. 11. 30.) https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2010/11/30/statement-president-obama-dod-report-don-t-ask-don-t-tell (2021. 10. 확인).

161 U.S. Department of Defense, Statements by Robert Gates in "Senate Armed Services Committee: Report on Repeal of 'Don't Ask, Don't Tell'", C-SPAN (2010. 10. 2.) https://www.c-span.org/video/?296855-1/ask-policy (2021. 10. 확인).

162 Nathaniel Frank (2013), 앞의 글, 58; Ed O'Keefe & Craig Whitlock, "Senate delivers potentially fatal blow to 'don't ask, don't tell' repeal efforts" Washington Post (2010. 12. 10.) https://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2010/12/09/AR2010120906555.html?sid=ST2010120906631 (2021. 10. 확인).

163 이는 국방수권법 수정안에서 DADT 정책 폐지 조항만을 가져온 구조로, 내용상으로는 군사준비태세강화법과도 유사하나 성적지향에 의한 차별금지를 명시하지는 않았다. U.S. Senate, Don't Ask, Don't Tell Repeal Act of 2010, S.4022, 111th Cong. (2010. 12. 9.) 및 Don't Ask, Don't Tell Repeal Act of 2010, S.4043, 111th Cong. (2010. 12. 10.); Ed O'Keefe & Craig Whitlock, "New bill introduced to end 'don't ask, don't tell'", Washington Post (2010. 12. 11.) https://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2010/12/10/AR2010121007163.html (2021. 10. 확인).

국가인권위원회 humanrights.go.kr

어,[164] 15일 하원에서 250 대 175표로, 18일 상원에서는 65 대 31표로 통과되었다.[165] 12월 22일, 오마바 대통령이 DADT 정책 폐지법에 서명해 DADT 정책이 법적으로 폐지되었다.[166]

이에 따라 2011년 1월 28일, 국방부가 DADT 정책 폐지를 위한 3단계 계획을 발표했다.[167] 동시에 국방부 차관은 DADT 정책에 의한 군요원 전역 처분과 관련 수사 등 행정절차를 중지하고, DADT 정책에 의해 전역 처분을 받은 기존 군요원의 재입대를 허가하는 지침을 시달했다. 해당 지침은 또한 "성적지향은 개인적이고 사적인 문제"라고 선언하여, 군 지원자와 군요원의 성적지향에 관한 정보를 수집해서는 안 된다고 명시했다.[168] 같은 해 7월 22일, 오바마 대통령이 DADT 정책 폐지법에 따라 국방부가 준비되었다는 인증을 제출해[169] 2011년 9월 20일, 공식적으로 성적지향에 따른 군복무 제한이 폐지되었다.[170]

2. 성별정체성에 따른 군복무 제한

과거의 성적지향 관련 정책과 마찬가지로, 성별정체성에 따른 군복무 제한 또한 기강, 결속력 등 군 운용효율을 그 정당화의 이유로 주장했었다. 다만 성별정체성을 이유로 한, 특

---

164 U.S. House of Representatives, Don't Ask, Don't Tell Repeal Act of 2010, H.R.6520, 111th Cong. (2010. 12. 14.) 후에 H.R.2965로 수정되었다.

165 U.S. House of Representatives, Don't Ask, Don't Tell Repeal Act of 2010, H.R.2965, 111th Cong. (2010. 12. 15.).

166 U.S. White House, Office of the Press Secretary, Remarks by the President and Vice President at Signing of the Don't Ask, Don't Tell Repeal Act of 2010 (2010. 12. 22.) https://obamawhitehouse.archives.gov/photos-and-video/video/2010/12/22/president-obama-signs-repeal-don-t-ask-don-t-tell (2021. 10. 확인).

167 U.S. Department of Defense, Statements by Clifford Stanley & James Cartwright in "Don't Ask, Don't Tell Repeal Implementation", C-SPAN (2011. 1. 28.) https://www.c-span.org/video/?297744-1/ask-repeal-implementation (2021. 10. 확인).

168 그 외에도 성적지향에 무관하게 모든 군요원에게 적용되는 행동강령, 성적지향에 무관하게 적용되는 동등한 기회 원칙과 성적지향을 이유로 한 괴롭힘과 학대 금지, 사생활, 복지 및 의료서비스 정책에 대해서도 간략히 언급했다. U.S. Department of Defense, Under Secretary of Defense Memorandum: Repeal of Don't Ask Don't Tell and Future Impact on Policy (2011. 1. 28.); 하지만 이 지침은 DADT 정책 폐지 이전에 전역 처분으로 인해 퇴직금의 반액을 받았던 군요원에 대한 소급적 지급은 거부했는데 이와 관련하여 ACLU(American Civil Liberties Union)가 집단소송을 진행, 2013년 합의를 통해 퇴직금 전액을 받아냈다. ACLU, "Defense Department Says It Will Deny Full Separation Pay for Gay and Lesbian Service Members Honorably Discharged Under 'Don't Ask, Don't Tell'" (2011. 1. 29.) https://www.aclu.org/press-releases/defense-department-says-it-will-deny-full-separation-pay-gay-and-lesbian-service (2021. 10. 확인); ACLU, "Collins v. United States – Class Action for Military Separation Pay" (2010. 11. 8.) https://www.aclu.org/cases/collins-v-united-states-class-action-military-separation-pay (2021. 10. 확인); U.S. Court of Federal Claims, Collins v. U.S., Case No.10-778C, Settlement Agreement (2013. 1. 7.) https://www.aclu.org/legal-document/collins-v-united-states-settlement-agreement (2021. 10. 확인).

169 U.S. White House, Office of the Press Secretary, Statement by the President on Certification of Repeal of Don't Ask, Don't Tell (2010. 7. 22.) https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2011/07/22/statement-president-certification-repeal-dont-ask-dont-tell (2021. 10. 확인).

170 전반적으로 다음을 참조: Nathan S. Lowrey, "Repealing Don't Ask, Don't Tell: A Historical Perspective from the Joint Chief of Staff", U.S. Office of the Chairman of the Joint Chiefs of Staff, Joint History and Research Office, Special Historical Study 15 (2021).

국가인권위원회 humanrights.go.kr

히 트랜스젠더에 대한 군복무 금지는 비규범적 성별정체성의 병리화 맥락과 맞닿아 있었기 때문에, 이러한 제한은 소위 "의학적인 근거"인 병역기준, 신체검사 등의 형태로 존재했다. 특히 트랜스젠더의 경우 트랜지션 완료 여부를 기준으로 군복무 적합성을 판단하는 경향이 존재했다. 이 또한 성소수자의 정체성과 인권에 대한 논의가 진행되고, 차별금지 원칙의 발전에 따라 일부 해소되었다. 본 보고서에서 조사한 국가의 경우 성별정체성에 따른 군복무 제한은 성적지향에 따른 군복무 제한이 폐지됨과 동시에, 혹은 그 이후에 폐지되는 경향을 보였다.

전반적으로 성별표현 및 성특징, 그리고 인터섹스 관련 군의 정책은 해외에서도 논의가 부족한 것으로 보인다. 후술할 연구는 트랜스젠더 군요원의 복무를 중심으로 살펴본다.

1) 영국

1999년 이전 즉, 유럽인권재판소 Smith and Grady 판례 이전에는 트랜스젠더의 군복무 또한 동성애자 군복무 금지의 일환으로 금지되었던 것으로 파악된다.[171] 이 또한 Smith and Grady 판례로 2000년 1월, 동성애자 군복무 금지가 폐지되며 함께 어느 정도 해소된 것으로 보인다. 이때 제정된 행동강령인 군복무규율(Code of Social Conduct)은 성별(gender)을 언급하나, 당시 규정이 성별정체성까지 고려하였는지는 불분명하다.[172] 영국 공군에서 복무한 트랜스젠더 당사자 캐롤라인 페이지(Caroline Paige)는, 2005년 이전에는 트랜스젠더 군요원 관련 정책이 모범관행 지침에 언급되어있는 정도였으며 2009년 군 내부 문서 DIN(Defence Instruction and Notice, 국방지침 및 공지)으로 시행되었으나 그 관리와 시행이 제대로 이루어지지 않았다고 증언한다.[173]

2009년 정책은 전반적으로 1975년 성차별금지법(Sex Discrimination Act)의 차별금지[174] 및

---

171 Nathaniel Frank, et al., (2010), 앞의 글, 13.

172 Mark Oakes, 앞의 글, Appendix II; 현행 규정에서는 "성별재지정(gender reassignment)"이 명시된다. U.K. Ministry of Defence, JSP 887: Diversity Inclusion & Social Conduct (2014. 11.); "성별재지정"이란 "본인의 성에 있어 생리적 혹은 다른 측면을 재지정하기 위한 과정을 진행할 의도가 있거나, 진행 중이거나 이미 완료한" 모든 트랜스젠더 당사자를 포함하는 용어로, 영국 평등법 등의 맥락에서 사용된다. U.K. Equality Act 2010, 2010 c. 15. Chapter 1, Section 7, Explanatory Notes; 다만 해당 용어와 영국의 성별변경 제도는 트랜스젠더 정체성을 의료화/병리화하는 접근법을 택하며, 성별변경 절차가 지나치게 침해적이며 부담스럽다는 비판을 받아왔다.

173 U.K. House of Commons, Women and Equalities Committee, "Transgender Equality", First Report Session 2015–16 HC 390 (2016. 1. 14.), Written Evidence Submitted by Caroline Paige to the Transgender Equality Inquiry (2015. 8. 21.) http://data.parliament.uk/writtenevidence/committeeevidence.svc/evidencedocument/women-and-equalities-committee/transgender-equality/written/19534.pdf (2021. 11. 확인).

174 1999년 개정으로 직장 내 성별재지정을 이유로 한 차별을 금지했다. U.K. Sex Discrimination Act 1975, 1975 c. 65; U.K. Sex Discrimination (Gender Reassignment) Regulations 1999, 1999 No. 1102; 현재는 평등법으로 대체되었다. U.K. Equality Act 2010, 2010 c. 15.

국가인권위원회 humanrights.go.kr

2004년 성별인정법(Gender Recognition Act)의 성별변경[175] 등의 관련법을 군대 내에 명시적으로 적용하는 내용이었다. 이는 특히 트랜스젠더 당사자의 입대 및 트랜스젠더 군요원의 군대 내 트랜지션을 다뤘으며, 트랜지션 진행 및 완료 여부를 기준으로 군복무 적합성을 판단했다. 이때 전제조건은 트랜스젠더라는 이유만으로 입대 지원을 제한하거나, 군대 내 트랜지션만을 이유로 전역 처분을 내리는 것은 위법하다는 것이었다.[176] 해당 정책은 2021년 11월 기준, 합동군공개문서 JSP 889에 일부 개정되어 수록되었다.[177]

2) 캐나다

1985년 발효된 캐나다 권리자유헌장(Canadian Charter of Rights and Freedom)은 군대의 성적 지향에 따른 군복무 제한을 어느 정도 해소했으며, 1992년 관련 정책이 공식적으로 폐지되었다. 그러나 트랜스젠더의 군복무에 관한 논의는 1998년에야 다뤄지기 시작했다. 캐나다군은 1998년부터 성확정수술을 "성주체성장애(gender identity disorder)"에 대한 적절한 치료로 인정했고, 군 내부의 의료적 지원에 이를 포함하기 시작했다. 2010년 군 내부 정책 지침은 트랜스젠더 군요원의 공식문서상 성별정체성에 적합한 성별 표기, 성별정체성에 맞는 군복 지급, 신체검사 기준 등을 제공했다.[178] 나아가 2012년 2월, 군은 트랜스젠더 군요원의 트랜지션이 군에게 과도한 어려움을 부과하거나 당사자가 여타 군요원에게 적용되는 기준을 충족하지 못하게 하지 않는 한 이를 지원해야 한다는 인사 관련 지침을 발표했다.[179] 이 정책은 성별정체성을 이유로 한 차별과 괴롭힘을 방지하는 것을 목적으로 했으나, 외과적 수술을 진행하고자 하거나 진행한 트랜스젠더 군요원에게만 집중하기 때문에 트랜지션을 진행하지 않은 트랜스젠더뿐만 아니라 논바이너리 및 젠더플루이드(gender fluid) 당사자 등에 대한 고려가 부족하다는 비판을 받았다.[180]

---

175 U.K. Gender Recognition Act 2004, 2004 c. 7.

176 당시 정책은 트랜스섹슈얼(transsexual)이라는 용어를 사용하며 이를 "성별재지정을 진행할 의사가 있거나, 진행 중이거나 혹은 진행한 사람"으로 정의했다. 트랜스젠더의 경우 "성별정체성과 성별표현이 출생 시 지정성별과 다른 사람"을 가리키는 포괄적인 용어로 구분했다. U.K. Ministry of Defence, Policy for the Recruitment and Management of Transsexual Personnel in the Armed Forces (2009) (Gender Identity Research & Education Society 공개) https://www.gires.org.uk/wp-content/uploads/2014/09/MOD-policy.pdf (2021. 11. 확인).

177 U.K. Ministry of Defence, JSP 889: Policy for the Recruitment and Management of Transgender Personnel in the Armed Forces, Pt. 1 (2019. 8.).

178 Alan Okros & Denise Scott, "Gender Identity in the Canadian Forces: A Review of Possible Impacts on Operational Effectiveness", Armed Forces & Society Vol.41 No.2 (2015), 244-245.

179 해당 정책인 Military Personnel Instruction 01/11은 위의 글, 246.

180 Donna Allen, "Beyond the Gender Binary: Tackling Non-Binary and Transgender Issues in the Canadian Armed Forces", Canadian Forces College, JCSP 41 DL (2016), 72-80.

국가인권위원회 humanrights.go.kr

한편 2017년 6월 19일, 캐나다 인권법(Canadian Human Rights Act)의 차별금지조항 및 형법(Criminal Code)의 증오범죄 및 혐오표현 금지가 성별정체성을 명시하도록 개정되어[181] 군 정책 또한 변화가 있었던 것으로 파악된다. 대표적으로 캐나다 국방부 행정 지침인 DAOD(Defence Administrative Orders and Directives) 5516-0은 캐나다 인권법에 따라 군대 내에서 성별정체성 및 성별표현에 의한 차별 및 괴롭힘을 상품, 서비스, 시설, 지원 등의 제공, 고용, 직장 내 승진, 훈련, 인사이동 등의 영역에서 금지한다.[182] DAOD 5516-1은 군요원에 대한 인권침해 (캐나다 인권법 위반) 발생 시 캐나다 인권위원회에 이를 진정할 수 있도록 하며 군과 피진정인의 책임소재를 명확히 밝히고 있다.[183]

3) 호주

호주 국방군은 1992년 동성애자 군복무를 허용한 것과는 별개로, 2000년 이전에는 트랜스젠더 군요원에 대한 공식적인 정책을 보유하고 있지 않았다. 하지만 1996년 섹슈얼리티 차별금지법안(Sexuality Discrimination Bill)이 상원에서[184] 논의되던 중, 트랜지션을 마친 트랜스젠더 당사자는 성별정체성에 따른 복무를 허용할 의향이 있다고 밝힌 바는 있다.[185] 그러나 2000년, 호주군은 트랜지션을 진행 중이거나 이를 원하는 자는 "의료적 조치의 필요성과 정신과적 장애"를 이유로 군복무에 부적합하다고 주장하며, 외과적 수술을 마친 경우에만 성별정체성을 기준으로 복무할 수 있다는 취지의 지침을 발표했다.

이에 관하여 2009년에 군대 내에서 커밍아웃한 육군 브리짓 클린치(Bridget Clinch) 대위가 2010년 2월 트랜지션을 이유로 전역 처분을 받은 사건이 사회적으로 가시화되었다.[186] 클린

---

181 Canada, An Act to Amend the Canadian Human Rights Act and the Criminal Code, S.C. 2017, c. 13 (2017. 6. 19.); Canada, Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 2-3; Canada Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 318, 718.2.

182 Canada Department of National Defence, DAOD 5516-0, Human Rights (2018. 7. 30. 개정).

183 Canada Department of National Defence, DAOD 5516-1, Human Rights Complaints (2017. 11. 23. 개정).

184 1995년 11월 민주당(Australia Democrats) 시드 스핀들러(Sid Spindler) 상원의원 발의. 성적지향 및 트랜스젠더 정체성 등을 이유로 하는 차별 철폐를 목적으로, 고용, 교육, 재화, 서비스 및 시설, 스포츠 등 영역에서의 차별을 금지하고자 했다. 상원에서 통과되지는 않았으나, 호주 최초로 트랜스젠더 인권 보호를 명시한 법안이었다. Australia Senate Hansard, 29 November 1995, p.4126, Sexuality Discrimination Bill 1995 (1995. 11. 29.) https://parlinfo.aph.gov.au/parlInfo/search/display/display.w3p;query=Id%3A%22chamber%2Fhansards%2F1995-11-29%2F0031%22 (2021. 11. 확인); Australia Senate, Sexuality Discrimination Bill 1995; Noah Riseman, "Transgender Inclusion and Australia's Failed Sexuality Discrimination Bill", Australian Journal of Politics and History, Vol.65 No.2 (2019).

185 호주군은 "독립적, 검증 가능한, 객관적인 검사(independent, verifiable, objective test)" 없이 자기정체화(self-identification)만을 따른 성별정체성이 군 운용효율, 결속력 등에 미칠 영향에 대해 우려를 표했다. Australia Parliament Senate Legal and Constitutional References Committee, Sexuality Discrimination Inquiry (1996. 8. 6.) https://parlinfo.aph.gov.au/parlInfo/search/display/display.w3p;query=Id%3A%22committees%2Fcommsen%2Frcomw960806a_slc.out%2F0005%22 (2021. 11. 확인).

186 Maris Beck, "Sex-change soldier forces army to scrap transgender policy", Sydney Morning Herald (2010. 12. 5.) https://www.smh.com.au/national/sex-change-soldier-forces-army-to-scrap-transgender-policy-20101204-18ks9.html (2021. 11. 확인).

국가인권위원회 humanrights.go.kr

치 대위는 해당 사건을 호주 인권위원회에 진정했으며, 이에 2010년 7월, 호주군은 전역 처분을 취소했다. 한편 군대 내에서 아웃팅 당한 후 해당 정책에 대해 이의를 제기한 호주왕립공군 소속 에이미 햄블린(Amy Hamblin)의 사건 또한 당시 진행 중이었다. 결국 호주군은 2010년 9월 2일, 트랜스젠더 군복무 제한을 폐지하였다.[187] 다만 기존 지침을 대체하는 공식적인 정책 의료지침(Health Directive) 234는 2015년 4월에야 시행되었다.[188]

2010년부터 2015년 사이의 정책적 공백기에는 트랜스젠더 군요원의 군복무 및 군 내 트랜지션이 사례별 상황에 따라 다뤄진 것으로 파악된다.[189] 해당 시기에 발표된 지침으로는 2011년 8월 자 국방부 군대 내 트랜지션에 관한 지침이 있다. 지침은 트랜지션, 성별정체성에 따른 복무, 개인정보 변경 및 처우 등을 다루며, 의료적 지원에 관하여는 개별 사례에 따라 그리고 당사자의 의료조치 필요성에 따라 결정한다고 언급했다.[190] 호주왕립공군의 2013년 트랜지션 다양성 편람은 관련 정책뿐만 아니라 트랜스젠더 당사자를 위한 트랜지션 및 커밍아웃 로드맵, 상급자와 관리자의 업무처리 안내 등을 포함하나, 전반적인 기조는 당사자의 특수한 상황에 따라 대응해야 한다는 내용이었다.[191]

2015년 시행된 의료지침은 성별위화감 관련 검사 및 호르몬요법 등은 지원하도록 명시하나, 외과적 수술의 경우 호주 공공 의료보험(Medicare)이 적용 가능한 범위까지만 제공한다.[192] 또한, 2019년까지의 자료를 추가 및 갱신한 호주왕립공군 트랜스젠더 및 성별인정(gender affirmation) 지침은 관련 정책과 함께 성별위화감, 트랜지션 및 성별인정이 호주군 의료지침의 적용을 받으며, 군은 트랜스젠더 군요원이 적절한 의료적 지원을 받을 수 있도록 보장해야 한다고 명시한다.[193]

4) 이스라엘

이스라엘은 징병제를 도입하고 있어 18세 이상의 국민은 성별 불문 의무적으로 군에 복무해야 한다. 그러나 이스라엘 방위군 내 성적지향 정책과 달리 성별정체성 및 트랜스젠더에

187 Noah Riseman & Shirleene Robinson, 앞의 글, Chapter 6 참조.

188 현재는 DHM(Defence Health Manual) Vol.2, Part.9, Chapter 13에 기재되어 있다. Rachelle Warner, et al., "Does Current Policy Support Reproductive Health of Australian Defence Force Veterans? A Review of Australian Defence Force Policy", Journal of Military and Veterans' Health, Vol.27 No.3 (2019), 29–30.

189 Noah Riseman & Shirleene Robinson, Chapter 6; Noah Riseman, "Transgender Policy in the Australian Defence Force: Medicalization and its Discontents", International Journal of Transgenderism, Vol.17 Iss.3–4 (2016).

190 Australia Department of Defence, Understanding Transitioning Gender in the Workplace (2011. 11. 9. 개정).

191 Australia Royal Australian Air Force, Air Force Diversity Handbook: Transitioning Gender in Air Force (2013. 4.).

192 Noah Riseman (2016), 앞의 글; Rachelle Warner, et al. (2019), 앞의 글.

193 Australia Royal Australian Air Force, Air Force Transgender and Gender Affirmation Guide (undated) 8.

국가인권위원회 humanrights.go.kr

관하여는 정보가 부족한 편이다. 증언에 의하면 한 트랜스젠더 당사자는 1998년에 정체성을 밝힌 상태에서 복무하였다고 한다.[194] 또한, 2012년 여군에 입대했으나 트랜스젠더로 커밍아웃한 트랜스젠더 남성 군요원 샤칼 에레즈(Shachar Erez)의 사례가 군대 내에서 처음으로 성별정체성을 밝히고 복무한 트랜스젠더의 사례로 언론에 보도된 바 있다.[195]

그러나 트랜스젠더 군복무에 관한 공식적인 정책은 2014년 이전에는 없었던 것으로 파악된다. 2013년, 트랜스젠더 여성이 여성으로 입대하고자 한 사례를 계기로 군 상부에서 논의가 진행되었다. 기존에는 트랜스젠더 당사자가 공문서상 성별표기를 기준으로 복무했어야 하나, 2014년부터는 당사자의 성별정체성을 고려하는 정책이 도입되었다. 이에 따라 당사자의 부대편성과 성별정체성에 따른 병역기준 판정, 성별정체성에 따른 군복 지급, 호르몬요법 등 트랜지션 관련 의료적 지원 등을 포함한다.[196]

5) 미국

2011년 DADT 정책의[197] 폐지로 미국에서 성적지향을 이유로 한 군복무 금지는 해소되었으나, 군 정책은 여전히 트랜스젠더 군요원의 군복무를 배제했다. 2011년 당시, 국방부 지침은 "성전환증(transsexualism)"을 성심리적 질환으로 보아 신체적 그리고 정신적으로 군복무에 부적합하다고 보았기 때문에, 트랜지션을 진행한 트랜스젠더 당사자는 군복무를 할 수 없었다. 성별표현 또한 크게 제한되었는데, 군사통일재판법(UCMJ) 제134조는 성별비순응적(gender non-conforming) 행동을 군 질서와 기강에 해를 끼치는 모든 행동으로 보아 처벌했

---

194 공식적인 정책의 부재로 군대 내 트랜스젠더가 가시화된 시기는 명확하지 않다. 트랜스젠더 군인의 처우는 사례별로 필요에 따라서(ad-hoc) 결정되었다고 한다. 이 정보는 이스라엘군에 복무했던 트랜스젠더 당사자의 증언에서 발췌한 것이다. Anne Speckhard & Reuven Paz, "Transgender Service in the Israel Defense Forces: A Polar Opposite Stance to the U.S. Military Policy of Barring Transgender Soldiers from Service", unpublished research paper (2014).

195 Israel Ministry of Foreign Affairs, "Lt. Shachar – First openly transgender IDF officer" (2015. 5. 27.) https://mfa.gov.il/MFA/IsraelExperience/Lifestyle/Pages/lt-shachar-first-openly-transgender-idf-officer.aspx (2021. 11. 확인); Julie Compton, "Israel's First Openly Transgender Soldier Paves the Way for Others", NBC News (2017. 4. 5.) https://www.nbcnews.com/feature/nbc-out/israel-s-first-openly-transgender-soldier-paves-way-others-n742876 (2021. 11. 확인).

196 이외에도 샤워 시설, 숙소 등에 있어서도 성별정체성에 대한 지원이 제공되기도 한다. Palm Center, "Open Service by Transgender Members of Israel Defense Forces" (2015); Israel Defense Forces, "4 Things You Have to Hear from the First Openly Transgender IDF Officer" (2015. 5. 17.) https://www.idf.il/en/minisites/our-soldiers/4-things-you-have-to-hear-from-the-first-openly-transgender-idf-officer/ (2021. 11. 확인).

197 DADT 정책은 트랜스젠더 당사자에게도 영향을 미쳤다. 2008년 미국 트랜스젠더퇴역군인협회(Transgender American Veterans Association)가 진행한 설문조사에 의하면 약 800명의 응답자 중 38%가 동성애자로 의심받았으며, 14%가 성적지향에 관해 간부의 질문을 받은 적이 있다고 답했다. Karl Bryant & Kristen Schlit, "Transgender Military Service in the U.S. Military: Summary and Analysis of the 2008 Transgender American Veterans Association Survey", Palm Center (2008), 7.

국가인권위원회 humanrights.go.kr

다.[198] 트랜스젠더의 군복무 판례 또한 상당히 제한적이다. 이는 대부분 트랜스젠더 여성에 관한 사건이며, 주로 군복무 금지를 정당화하는 식의 판결이었던 것으로 파악된다.[199] 다만 1991년 군사항소법원(CMA) Guerrero 판례는 크로스드레싱(cross-dressing) 그 자체가 군 질서와 기강에 악영향을 미치지는 않으며, 이를 판단할 때 개인적인 공포, 혐오, 편향, 편견 등만을 이유로 해서는 안 된다고 판단하기도 했다.[200]

하지만 군복무 금지에도 불구하고, 미국 트랜스젠더평등센터(National Center for Transgender Equality)에서 2008년 미국 전역의 다양한 성별정체성 및 성별표현을 지닌 당사자 약 7,000명을 대상으로 진행한 설문조사에 의하면 응답자 6,377명 중 약 20%가 군에서 복무한 적이 있거나 복무 중이라고 답했으며, 이는 미국 시민 전체의 군복무 비율보다 2배가량 높았다.[201] 트랜스젠더평등센터가 2015년 진행한 후속 설문조사에서도 약 18%가 군복무 경험이 있다고 답했다.[202] 2014년 윌리엄스 연구소에서 진행한 연구에 의하면, 당시 미군 내 약 15,500명의 트랜스젠더 군요원이 복무 중이었다고 보고된다.[203]

DADT 정책 폐지 후 2015년 7월, 당시 애슈턴 카터(Ashton Carter) 국방부 장관이 트랜스젠더 군복무 허가의 영향에 관한 연구를[204] 위한 실무진을 구성하겠다고 발표하는 등 정책적 변화의 조짐이 보이기 시작했다. 이윽고 2016년 6월 30일, 국방부는 트랜스젠더 군요원의 복무에 관한 지침을 시달해 성별정체성만을 이유로 원치 않는 제대 및 전역 처분을 받거나, 재입대 및 군복무를 거절당해서는 안 된다고 명시했다. 해당 지침은 또한 트랜스젠더 군요원에 대한 동등한 처우, 동등한 기회, 차별 및 괴롭힘으로부터 자유로울 권리, 성별정체성과 관련한 의료적 지원 제공 등에 관해 규정했다. 이를 위해 국방부가 성별위화감, 트랜지션 및 성확정수술 등에 대한 군복무 부적격 요건 완화, 군대 내 트랜지션 지원, 트랜스젠더 군요원 관련

198 Matthew F. Kerrigan, "Transgender Discrimination in the Military: The New Don't Ask, Don't Tell", Psychology, Public Policy and Law, Vol.18 No.3 (2012), 506-511.

199 위의 글; 공군에서 8년 이상 복무한 트랜스젠더 여성이 외과적 트랜지션을 진행하고 육군예비군(Army Reserve)에 입대하려 했으나 트랜지션을 이유로 부적합 판정을 받았다. 법원은 트랜스젠더 당사자가 군에 복무할 수 있는 헌법적 권리는 없다고 보아 트랜스젠더 군복무 금지를 정당화했다. U.S. District Court (D. Minnesota), Doe v. Alexander, 510 F.Supp. 900 (1981); 트랜지션을 이유로 전역 처분을 받은 군요원의 사건. 트랜스젠더가 의학적으로 군복무에 부적합하는 취지의 판결을 내렸다. U.S. Court of Appeals (9th Cir.), Leyland v. Orr, 828 F.2d 584 (1987).

200 U.S. Court of Military Appeals, U.S. v. Guerrero, 33 M.J. 295 (1991).

201 응답자의 정체성은 트랜스젠더, 트랜스섹슈얼, 성별비순응자(gender-nonforming), 젠더퀴어, 인터섹스, 드랙아티스트(drag performer) 등 다양했다. Jaime M. Grant, et al., "Injustice at Every Turn: A Report of the National Transgender Discrimination Survey", National Center for Transgender Equality and National Gay and Lesbian Task Force (2011), 30.

202 Sandy E. James, et al., "The Report of the 2015 U.S. Transgender Survey", National Center for Transgender Equality (2016), Chapter 12.

203 Gary J. Gates & Jody Herman, "Transgender Military Service in the United States", UCLA, Williams Institute (2014. 5. 1.).

204 Agnes Gereben Schaefer, et al., "Assessing the Implications of Allowing Transgender Personnel to Serve Openly", RAND Corp. (2016).

국가인권위원회 humanrights.go.kr

편람 및 지침 제작 등 정책을 시행할 것이라는 계획을 밝혔다.[205] 이에 따라 국방부는 군대 내 트랜지션 지침인 DoDI 1300.28[206] 및 트랜스젠더 군복무 편람을 작성 및 배포했다.[207]

그러나 2017년, 도널드 트럼프 정권이 들어서면서 성별정체성을 이유로 군복무를 다시 금지하려는 시도가 있었다. 특히 2017년 8월 25일[208] 및 2018년 3월 23일 자 대통령 각서(Presidential Memorandum)는 성별위화감을 겪은 기록이 있거나 트랜지션을 진행한 트랜스젠더의 입대를 제한하고 군요원의 소위 "생물학적 성별(biological sex)"을 기준으로 한 복무를 의무화하는 등 트랜스젠더 배제적 정책을 명령했다.[209] 이 대통령 각서에 대한 소송이 진행되었으며, 소송이 진행되는 동안 해당 정책의 시행에 금지명령(injunction)이 내려졌으나,[210] 2019년 1월 22일 대법원이 5 대 4로 이 금지명령을 취소했다.[211] 국방부는 이에 따라 2019년 4월부터 본격적으로 트랜스젠더의 군복무를 제한했다. 이는 대통령 각서가 명령한 정책뿐만 아니라 군 문서상 성별표기 변경 금지와 트랜스젠더 배제적인 병역판정 기준 도입 등을 포함했다.[212]

주목할 만한 지점은 정계와 의학계뿐만 아니라 군 내부에서도 반대가 격렬했다는 것이다.[213] 각군 참모총장과 해병대 사령관은 트랜스젠더의 군복무가 결속력, 기강, 사기 등에 악영향을 미치지 않는다고 공식적으로 성명했으며,[214] 전 의무감(Surgeon General) 6인 또한 "트랜스젠더 군인은 비트랜스젠더인 군인과 마찬가지로 의학적으로 군복무에 적합하며, 이들

---

205 U.S. Department of Defense, Directive-Type Memorandum(DTM) 16-005, Military Service of Transgender Service Member (2016. 6. 30.).

206 U.S. Department of Defense, DoD Instruction 1300.28: In-Service Transition for Transgender Service Members (2016. 6. 30.).

207 U.S. Department of Defense, Transgender Service in the U.S. Military: An Implementation Handbook (2016).

208 트랜스젠더 군요원의 복무와 트랜지션 지원을 금지했다. 이에 따라 2017년 8월부터 이 각서의 이행을 막기 위한 소송이 진행되었다. 해당 각서는 잇따른 2018년 각서로 인해 취소되었다. U.S. Presidential Memorandum on Military Service by Transgender Individuals, 82 FR 41319 (2017. 8. 25.).

209 2017년 대통령 각서를 취소했으나 그 내용은 기존과 실질적으로 동일했다. U.S. Presidential Memorandum on Military Service by Transgender Individuals, 83 FR 13367 (2018. 3. 23.)

210 U.S. District Court (D.C.), Doe 1 v. Trump, 275 F.Supp.3d 167 (2017); U.S. District Court (D. Maryland), Stone v. Trump, 280 F.Supp.3d 747 (2017); U.S. District Court (W.D. Washington), Karnoski v. Trump, Not Reported in F.Supp. (Case No. C17-1297-MJP) (2017. 12. 11.); U.S. District Court (C.D. California), Stockman v. Trump, Not Reported in F.Supp. (Case No. EDCV 17-1799 JGB (KKx)) (2017. 12. 22.).

211 U.S. Supreme Court, Order List: 586 U.S. (2019. 1. 22.).

212 트랜지션을 진행하지 않을 경우에만 복무 가능, 성별위화감 진단을 받은 기록이 있는 자는 36개월간 "생물학적 성"에 따라 안정적으로 생활했다는 정신과 진단 등이 있는 경우 예외적으로 입대 가능, 호르몬요법이나 성확정수술 등을 받았으면 부적격으로 판정. U.S. Department of Defense, DTM-19-004, Military Service by Transgender Persons and Persons with Gender Dysphoria (2019. 3. 12.); U.S. Department of Defense, DoD Instruction 1300.28: Military Service by Transgender Persons and Persons with Gender Dysphoria (2020. 9. 4. 개정).

213 Palm Center, "DoD's Rationale for Reinstating the Transgender Ban Is Contradicted by Evidence" (2018. 5. 4.); Palm Center, "DoD's Transgender Ban Has Harmed Military Readiness" (2020).

214 Tara Copp, "All 4 service chiefs on record: No Harm to units from transgender service", Military Times (2018. 4. 24.) https://www.militarytimes.com/news/your-military/2018/04/24/all-4-service-chiefs-on-record-no-harm-to-unit-from-transgender-service/ (2021. 11. 확인).

국가인권위원회 humanrights.go.kr

을 군복무로부터 배제하거나 혹은 의학적으로 필수적인 의료서비스 접근을 제한할 의학적으로 타당한 이유는 (성별위화감의 진단을 포함하더라도) 없다"고 성명했다.[215] 미국심리학회 및 미국의사협회 또한 트랜스젠더 배제의 비과학적이고 비의학적인 근거에 우려를 표하며 군복무 금지 정책에 반대했다.[216] 미국 의회의 상원 및 하원에서는 2017년, 복무 중인 트랜스젠더 군요원에 대한 성별정체성만을 이유로 하는 전역 및 재입대 제한을 금지하는 양당(bipartisan) 법안이 발의되기도 했다.[217] 또한, 하원은 2019년 3월, 군대 내 트랜스젠더에 대한 차별적 배제를 반대하고, 그 근거로 사용되는 비과학적 및 비의학적 주장을 거부하며 나아가 국방부가 기존 트랜스젠더 수용적 정책을 유지할 것을 촉구하는 결의안을 찬성 238표, 반대 185표, 기권 8표로 통과시켰다.[218]

그리고 2020년 11월 대선에서 트랜스젠더 군복무 제한의 폐지를 공약 중 하나로 냈던 조 바이든이[219] 승리하면서 정책은 또다시 바뀌었다. 2021년 1월 25일 자 행정명령(Executive Order)에서 바이든 대통령은 "군복무에 적격한 모든 미국인은 미합중국 군대에 복무할 수 있어야" 하고 "성별정체성이 병역의 장벽이 되어서는 안 된다"고 강조했으며, "군복무를 희망하며 적절한 병역판정기준을 충족하는 모든 트랜스젠더 개인은 본인의 정체성을 밝히고 차별로부터 자유롭게 복무할 수 있어야 한다"는 정책을 공표했다. 이 행정명령은 이전 정권의 대통령 각서를 취소하고, 트랜스젠더 군복무 및 군 내 트랜지션에 관한 국방부 정책 및 지침을 시정할 것을 촉구했다.[220]

---

215 성명에 참여한 6인 중 머피(Vivek H. Murphy)는 21대 의료감(2021년 기준 현 의료감)이기도 하다. Palm Center, "Former Surgeons General Debunk Pentagon Assertions about Medical Fitness of Transgender Troops" (2018. 3. 28.) https://www.palmcenter.org/former-surgeons-general-debunk-pentagon-assertions-about-medical-fitness-of-transgender-troops/ (2021. 11. 확인); Palm Center, "Six Former Surgeons General Rebut Pentagon Assertions About Medical Fitness of Transgender Troops" (2018. 4. 25.) https://www.palmcenter.org/six-former-surgeons-general-%E2%80%8Brebut-pentagon-assertions-about-medical-fitness-of-transgender-troops/ (2021. 11. 확인).

216 American Psychological Association, Press Release, "APA Statement Regarding Transgender Individuals Serving in Military" (2018. 3. 26.) https://www.apa.org/news/press/releases/2018/03/transgender-military (2021. 11. 확인); American Medical Association, Press Release, "AMA Statement on Pentagon's Ban on Transgender in Military" (2019. 4. 11.) https://www.ama-assn.org/press-center/ama-statements/ama-statement-pentagons-ban-transgender-military (2021. 11. 확인).

217 U.S. Senate, A Bill to Provide for the Retention and Service of Transgender Members of the Armed Forces, S.1820, 115th Cong. (2017. 9. 14.); U.S. House of Representatives, To Provide for the Retention and Service of Transgender Members of the Armed Forces, H.R.4041, 115th Cong. (2017. 10. 12.).

218 U.S. House of Representatives, Expressing Opposition to Banning Service in the Armed Forces by Openly Transgender Individuals, H.Res.124, 116th Cong. (2019. 2. 11.).

219 Joe Biden, The Biden Plan to Advance LGBTQ+ Equality in America and Around the World, https://joebiden.com/lgbtq-policy/ (2021. 11. 확인); Jeff Taylor, "Biden talked a big game on LGBTQ rights. Here's what his agenda may look like", NBC News (2020. 11. 12.) https://www.nbcnews.com/feature/nbc-out/biden-talked-big-game-lgbtq-rights-here-s-what-his-n1247451 (2021. 11. 확인).

220 U.S. Executive Order 14004 of January 25, 2021, Enabling All Qualified Americans To Serve Their Country in Uniform, 86 FR 7471 (2021. 1. 28.); U.S. Office of the Federal Register, Remarks on Signing an Executive Order on Enabling All Qualified Americans To Serve Their Country in Uniform, Compilation of Presidential Documents, DCPD-202100082 (2021. 1. 25.); 비슷

국가인권위원회 humanrights.go.kr

이에 따라 국방부는[221] 의학적 병역기준(Medical Standards for Military Service)에서 소위 "생물학적 성별"에 따라 생활할 것을 요구하는 문항 및 성별위화감 진단과 호르몬요법 등 트랜지션을 부적격 처리하는 문항을 삭제 및 수정했다.[222] 마찬가지로 군 내 트랜지션 지침에서도 "생물학적 성별" 관련 문항이 삭제되었고, 트랜지션이 의료적으로 필요한 경우 이를 지원하며, 트랜지션 후에는 군 문서상 성별표기를 변경하고 본인의 성별정체성에 따라 복무할 수 있도록 하는 등 2017년 이전의 트랜스젠더 수용적 정책이 복원되었다.[223]

3. 군 내 성소수자 관련 정책 등

영국은 포괄적 차별금지법인 2010년 평등법에서 성적지향 및 성별재지정을 보호받는 정체성으로 규정하며 이를 이유로 하는 차별을 금지하고 있다.[224] 다만 평등법의 고용 및 공적 기능에서의 성별 및 성별정체성을 이유로 하는 차별금지 조항은 군대의 전투효율성(combat effectiveness)을 보장하기 위한 적절한(proportional) 조치에 관하여는 예외조항을 두고 있다.[225] 그러나 국방부는 적극적으로 군 내 다양성을 강조하고 있으며, 예외조항 또한 제한적으로 적용하고 있는 것으로 보인다.[226] 국방부는 다양성과 소수자 포용 정책 계획을 공식적으로 발표한 바 있다.[227] 각군 행동강령 및 지침은 성적지향, 성별정체성 등을 이유로 한 차별을 금지하

한 시기의 행정명령 13988 또한 성별정체성 혹은 성적지향을 이유로 하는 차별을 방지 및 철폐하고, 이러한 차별을 금지하는 법을 적극 시행하기 위해 현존하는 명령, 규정, 지침, 정책, 프로그램 등을 검토 및 시정할 것을 명령했다. U.S. Executive Order 13988 of January 20, 2021, Preventing and Combating Discrimination on the Basis of Gender Identity or Sexual Orientation, 86 FR 7023 (2021. 1. 25.).

221 U.S. Department of Defense, Secretary of Defense Memorandum for Secretaries of the Military Departments, Military Service by Transgender Persons and Persons with Gender Dysphoria (2021. 1. 29.).

222 성별위화감 진단 후 혹은 호르몬요법을 받은 후 18개월간 안정한 생활을 했다는 의료서비스 제공자의 증명이 있다면 병역기준을 충족한다고 판단한다. U.S. Department of Defense, DoD Instruction 6130.03-V1: Medical Standards for Military Service: Appointment, Enlistment, or Induction (2021. 4. 30. 개정).

223 U.S. Department of Defense, DoD Instruction 1300.28: In-Service Transition for Transgender Service Members (2021. 4. 30. 개정).

224 U.K. Equality Act 2010, 2010 c. 15, Section 4; 앞서 언급하였듯 성별재지정은 "본인의 성에 있어 생리적 혹은 다른 측면을 재지정하기 위한 과정을 진행할 의도가 있거나, 진행 중이거나 이미 완료한" 모든 트랜스젠더 당사자를 포함하는 의미이다. U.K. Equality Act 2010, Chapter 1, Section 7, Explanatory Notes.

225 U.K. Equality Act 2010, 2010 c. 15, Schedule 3, Section 4.

226 예를 들어 군은 여성 및 트랜스젠더 군요원의 최전방 배치를 금지했으나, 이 정책은 2016년 폐지되었다. U.K. Ministry of Defence, "Ban on women in ground close combat roles lifted" (2016. 7. 8.) https://www.gov.uk/government/news/ban-on-women-in-ground-close-combat-roles-lifted (2021. 11. 확인); Jamie Grierson, "Transgender soldier is first female to serve on British army frontline", The Guardian (2016. 9. 17.) https://www.theguardian.com/society/2016/sep/17/transgender-soldier-is-first-female-to-serve-on-the-front-line (2021. 11. 확인).

227 U.K. Ministry of Defence, A Force for Inclusion: Defence Diversity and Inclusion Strategy 2018-2030 (2018. 10. 11.).

국가인권위원회 humanrights.go.kr

고 있으며,[228] 관련 불링(bullying)과 괴롭힘(harassment) 또한 금지하고 있다.[229] 특히 국방부는 "다양성은 현재와 미래의 운용효율에 필수적"이라고 명시하며, 2010년 평등법에 따라 주기적으로 군대 내 정책의 평등분석(Equality Analysis)을 진행하고 있다.[230]

호주군의 전반적인 정책 또한 다양성과 포용을 표방하고 있다. 이러한 변화에는 기존 성차별금지법(Sex Discrimination Act)을[231] 성적지향, 성별정체성 및 인터섹스 정체성 또한 보호하고 이를 이유로 한 차별을 금지하도록 한 2013년 개정의 영향이 있었다.[232] 이와 관련하여 호주 정부는 공문서상 성별변경과 F(여성), M(남성) 외 X(특정되지 않음) 성별표기, 성별 관련 정보수집 및 개인정보보호 등에 관한 모든 부서 및 기관에 적용되는 지침을 발표한 바 있다.[233] 국방부 또한 다양한 성별정체성 및 성특징을 포용하는 다양성 전략을 강조해오고 있다.[234]

캐나다군의 경우, 1996년 국방부가 시행한 괴롭힘 및 인종차별 방지 기준(Standard for Harassment and Racism Prevention) 훈련에 성적지향과 관련한 차별과 괴롭힘이 포함되도록 변경된 것을 시작으로 관련 복지 등 정책이 시작되었다. 특히 1996년 6월, 인권재판소(Human Rights Tribunal)에서 연방공무원의 동성 커플에게 이성 커플과 동등한 복지를 제공하지 않는 것은 1982년 캐나다 권리자유헌장 및 1987년 캐나다 인권법의 위반이라고 판단하여,[235] 국방부 또한 같은 해 12월부터 동성 커플에게도 휴가, 해외 복무, 재배치 관련 복지 및 부양가족 의료보험 등을 제공하기 시작했다.[236] 국방부는 2017년 발표한 정책에서 다양성과 포용을 국방부의 핵심 가치로 두고, 여성, 캐나다 토착민(indigenous people) 등을 포함한 소수자 집단의 모집 및 유지에 집중할 계획을 밝혔으며[237] 해당 정책의 적용과 운용에 대한 2018–2023년 국방부 계획은 군 내부의 성소수자(LGBTQ2S)에 대한 태도와 다양성 관련 연구를 진행할 것이

---

228 U.K. British Army, Values and Standards of the British Army (2018. 09. 10.); U.K. Royal Air Force, Ethos, Core Values and Standards (2020. 7. 3.); U.K. Royal Navy, BRd(Naval Book of Reference) 3(1): Naval Personnel Management (2020. 2.).

229 개인의 성적지향 및 성별정체성을 이유로 하는 조롱과 모욕, 성별에 대한 편견 및 소수자 집단에 대한 부정적 편견 조장, 차별적 괴롭힘 등을 포함한다. U.K. Ministry of Defence, JSP 763: the MOD Bullying and Harassment Complaints Procedures (2013. 7. 1.).

230 이는 공공기관 내 정책의 의도치 않은 차별적 영향을 최소화하고 차별 관행을 파악해 제거하는 기관 내 평가이다. U.K. Ministry of Defence, JSP 887: Diversity Inclusion & Social Conduct (2014. 11.).

231 여성차별철폐협약의 국내 적용과 성을 이유로 한 차별의 철폐, 성적괴롭힘(sexual harassment)과 성평등 증진을 목적으로 제정되었다. Australia Sex Discrimination Act 1984, No.4 1984 (1984. 3. 21.).

232 Australia Sex Discrimination Amendment (Sexual Orientation, Gender Identity and Intersex Status) Act 2013, No.98 2013 (2013. 6. 28.).

233 Australia, Australian Government Guideline on the Recognition of Sex and Gender (2013. 7.).

234 Australia Department of Defence, Pathway to Change: Evolving Defence Culture, A Strategy for Cultural Change and Reinforcement (2012); Australia Department of Defence, Diversity and Inclusion Strategy 2012–2017 (2014. 7.); Australia Department of Defence, Inclusive by Instinct: Diversity and Inclusion Strategy 2018–2025 (2018).

235 Canada Human Rights Tribunal, Moore v. Canada (Treasury Board), 25 CHRR 351 (1996).

236 Belkin & McNichol, 앞의 글, 77–79.

237 Canada Department of National Defence, Strong, Secure, Engaged: Canada's Defence Policy (2017), 23.

국가인권위원회 humanrights.go.kr

라 밝히고, 특히 군의 성소수자 관련 정책과 지원의 필요성을 강조했다.[238]

한편 캐나다군과 관련하여 주목할 만한 사건으로는 2016년부터 2017년 사이, 캐나다 연방정부, 국방부 및 캐나다군을 상대로 진행된 집단소송과 그 합의를 살펴볼 수 있다. 1955년 12월 1일부터 1996년 6월 20일 사이 성적지향, 성별정체성 및 성별표현을 이유로 처벌 위협을 받았거나, 수사받았거나 처벌을 받은 연방공무원 및 군요원은 해당 소송에 참여하여 과거 차별에 대한 금전적 보상과 공식 사과문을[239] 받았다.[240] 유사한 사례인 국방부 및 캐나다군에서 성, 성별, 성적지향 및 성별정체성을 이유로 한 성적 괴롭힘, 성폭력 및 차별을 겪은 피해자의 집단소송 또한 유사한 합의에 이르렀다.[241]

이스라엘군의 경우 참모본부(General Staff)에 젠더자문관(Gender Affairs Advisor)[242]을 두어 모든 군요원이 성별, 성별정체성 및 성적지향에 무관하게 안전하고 정체성을 존중받는 환경을 위한 정책을 담당하도록 하고 있다.[243]

III. 요약과 함의

성소수자의 군복무에서의 차별과 그 대응에 관한 해외 사례를 통해 파악할 수 있는 논의의 핵심은 다음과 같이 요약할 수 있다:

---

238 이는 레즈비언, 게이, 바이섹슈얼, 트랜스젠더, 퀴어뿐만 아니라, 캐나다 토착민(indigenous people)의 성별, 성적 그리고 영적(spiritual) 정체성을 가리키는 용어인 "투스피릿(두 개의 영혼, two-spirit)" 또한 포함한다. Canada Department of National Defence, Defence Plan 2018-2023 (2018), 16(l).

239 그 내용은 쥐스탱 트뤼도(Justin Trudeau) 총리가 2017년 11월 28일, 하원에서 캐나다 내 제도적이고 조직적인 성소수자 차별과 억압에 대하여 공식적으로 사과한 전문과 동일하다. Canada Office of the Prime Minister, "Prime Minister delivers apology to LGBTQ2 Canadians" (2017. 11. 28.) https://pm.gc.ca/en/videos/2017/11/28/prime-minister-delivers-apology-lgbtq2-canadians (2021. 11. 확인).

240 Canada Federal Court, Ross, Roy & Satalic v. Queen, Court File No. T-370-17 (2018. 3. 28); 자세한 사항은 다음 LGBT Purge 웹사이트 참조 https://lgbtpurge.com/ (2021. 11. 확인).

241 Canada Federal Court, Heyder, Graham, Schultz-Nielsen & Beattie v. Attorney General of Canada, Court File Nos. T-2111-16 & T-460-17 (2019. 7. 10.); CAF-DND Sexual Misconudct Class Action Settlement, https://www.caf-dndsexualmisconductclassaction.ca/ (2021. 11. 확인).

242 2014년 기존 여성자문관(Women's Affairs Advisor)에서 젠더자문관으로 명칭과 권한이 변경되었다. Israel Defense Forces, "The 6 Most Important Changes in the Past Year" (2016. 9. 26.) (https://www.idf.il/en/minisites/our-soldiers/the-6-most-important-changes-in-the-past-year/).

243 Israel Defense Forces, Remarks by the Gender Affairs Advisor (https://www.idf.il/%D7%90%D7%AA%D7%A8%D7%99%D7%9D/%D7%99%D7%95%D7%94%D7%9C%D7%9D/%D7%99%D7%95%D7%94%D7%9C%D7%9D/%D7%93%D7%91%D7%A8-%D7%94%D7%99%D7%95%D7%94%D7%9C%D7%9D/) (히브리어) (2021. 11. 확인).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

- 군요원은 군대 내에서 성적지향, 성별정체성, 성별표현 및 성특징 등 성소수자 정체성을 이유로 한 차별을 받아서는 안 된다. 이러한 차별에 대한 보호는 동등한 법의 보호, 적법한 절차에의 권리, 나아가 (직업군인의 경우) 동등기회의 원칙 등을 포함한다.
- 상호합의한 성인 사이의 사적인 (특히 부대 외 공간에서의) 성적행동을 금지하는 소도미법은 사생활 존중권과 근본적인 인간 존엄의 침해이다.
- 군대 내 성소수자의 존재가 군 운용효율(기강, 사기, 결속력 등)을 저해한다는 실질적인 증거는 없다.

제12장의 결론에서는 이러한 핵심이 한국 사회의 맥락에서 지니는 함의와 이에 따른 정책적 개선방안을 논할 것이다.

1. 한국 내 성소수자의 군복무

한국의 경우 (1) 법적성별 남성이[244] 징집으로 인해 성소수자에게 안전하지 않은 공간인 군대에서 의무적으로 복무해야 하는 현실과 (2) 군대에서 복무하고자 하는 직업군인이 동등기회의 원칙에 따른 보호를 받지 못하며 배제당하는 현실, 일견 상반되어 보이는 두 가지 맥락이 공존한다. 두 맥락 모두 그 원인이 성소수자에 대한 혐오와 차별이기에 한국에서의 성소수자 인권 논의에 유의미하나, 정책적 접근법에 차이가 있을 수 있으므로 일부 분리하여 서술한다. 나아가 군형법 제92조6 및 성소수자에 대한 혐오, 차별과 폭력으로부터의 보호 부재로 성소수자에게 안전하지 않은 공간인 군대에 관하여도 논할 것이다.

1) 병역의무

한국에서 성소수자는 병역의무와 그 면제와 관련된 사안에서부터 혐오와 차별을 경험한다. 이는 특히 병역의무가 법적성별을 기준으로 부과되기 때문에 트랜스젠더 당사자에게 영향을 미친다.

병역의무에 따라 법적성별 남성은 19세가 되는 해에 군복무 적합성을 확인하기 위해 병역

244 이는 다양한 성적지향을 지닌 법적성별 남성뿐만 아니라 법적 성별변경을 하지 않은 트랜스젠더 여성 및 법적 성별변경을 한 트랜스젠더 남성, 나아가 법적성별이 남성인 논바이너리(non-binary) 및 인터섹스 당사자 등 또한 포함한다. 한국에서의 군복무와 성별정체성에 관하여는 후술한다.

국가인권위원회 humanrights.go.kr

판정검사를 받아야 한다.[245] 한국군의 경우 앞서 언급한 해외 사례와 같은 성소수자에 대한 전면적인 군복무 금지를 시행하고 있지는 않다. 따라서 성소수자 당사자 또한 법적성별이 남성이라면 우선 병역판정검사를 받는다. 이때 어떤 기준이 적용되는지는 당사자의 정체성 그리고 트랜스젠더의 경우 트랜지션와 법적 성별변경 여부 등에 따라 달라진다. 병역신체검사 규칙에서 성소수자에 관련한 정신의학적 항목의 변천사는 다음 표와 같다.

〈표 12.1〉 병역신체검사규칙상 성소수자 관련 정신의학적 항목의 변천

구 징병 신체검사 등 검사규칙, 국방부령 제306호, 1978. 12. 7., 일부개정 [별표]	신체 각 병명별 장애의 정도 및 평가기준, 72호 "성격장애 및 성도착증"
구 징병 신체검사 등 검사규칙, 국방부령 제493호, 1999. 1. 30., 일부개정 [별표 2]	질병 심신장애의 정도 및 평가기준, 99호 "인격장애 및 행태장애(인격장애, 습관 및 충동장애, 성주체성장애, 성적 선호장애등)"
구 병역판정 신체검사 등 검사규칙, 국방부령 제950호, 2018. 2. 1., 일부개정 [별표 3]	질병·심신장애의 정도 및 평가기준, 102의2호 "성주체성장애 및 성선호장애"
구 병역판정 신체검사 등 검사규칙, 국방부령 제968호, 2018. 9. 17., 일부개정 [별표 3]	질병·심신장애의 정도 및 평가기준, 102의3호. "성주체성장애 및 성선호장애"
구 병역판정 신체검사 등 검사규칙, 국방부령 제1043호, 2021. 2. 1., 일부개정 [별표 3]	질병·심신장애의 정도 및 평가기준, 102의3호 성별불일치(gender incongruence)[246]

성적지향의 경우 2000년대 중후반에는 병역판정 기준 중 성도착증이나 "성선호장애"로 분류했던 것으로 보이며,[247] 2010년대에는 심리검사 중 "남성/동성에게 매력을 느끼는가?"라는 질문이 있었으며, 이러한 질문에 긍정하면 "관심병사"로 취급해 관리했다고 보고된다.[248] 그러나 한국에서 의무 군복무 여부는 군대 외에서도 구직 등 전반적인 사회생활에 영향을 미칠 수 있기 때문에[249] 법적성별 남성인 동성애자, 양성애자, 범성애자는 (그리고 트랜스젠더, 논바

245 대한민국헌법 제39조. "모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국방의 의무를 진다."; 병역법 제3조. "대한민국 국민인 남성은 대한민국헌법과 이 법에서 정하는 바에 따라 병역의무를 성실히 수행하여야 한다. 여성은 지원에 의하여 현역 및 예비역으로만 복무할 수 있다."; 병역법 제11조.

246 해당 항목에 달린 주석은 다음과 같다. "생활기록부, 정밀심리검사결과 등의 자료와 정신건강의학과적 평가 등으로 성별불일치 상태가 확인된 사람 가운데 사회적 변화나 신체적 변화로 인한 군 복무의 적응가능성을 판단한다."

247 정욜, "군대 내 동성애자 인권침해 현실과 '병영 내 동성애자 관리지침' 의 문제점 – 차별당사자의 입장에서", 금기와 침묵을 넘어: 동성애자 차별의 성역 '군대'를 말한다', 군대 내 동성애자 차별 철폐 토론회 자료집 (2006. 5. 9.), 4–7.

248 2015년 개정으로 인해 현재는 "도움·배려장병"으로 명칭이 변경되었으나, 군요원 사이에서는 여전히 관심병사라는 용어가 사용된다고 한다. 전반적으로 다음 참조. 국제엠네스티, 침묵 속의 복무: 한국 군대의 LGBTI (2019), 15, 25–40.

249 위의 글, 국제엠네스티 (2019), 15; 양심적 병역거부자의 경우 병역거부를 이유로 구직에 어려움을 겪을 수 있다. 국제엠네스티, 감옥이 되어버린 삶: 한국의 양심에 따른 병역거부자 (2015); 국가인권위원회, 공단 직원 채용 시 양심적 병역거부 전력을 이유로 한 합격 취소, 2012. 10. 17. 자 12진정0166200 결정; 한국의 기업 대다수는 입사지원 양식에 병적증명서 제출을 요구하거나, 병역 관련 정보를 수집하기 때문에, 정신질환으로 인해 대체복무를 한 경우에도 병력이 드러나 구직 시 차별을 겪을 수 있다. 국가인권위원회, 병적증명제도 개

국가인권위원회
humanrights.go.kr

이너리 당사자 또한) 정체성을 숨기고 군에서 복무한다.[250] 다양한 성적지향을 지닌 당사자가 군대 내에서 겪게 되는 고난에 관하여는 후술한다.

성별정체성에 대하여는 당사자의 법적 성별변경 그리고 트랜지션 여부에 따라 그 처우가 상이하다. 트랜스젠더 남성의 경우, 2006년 대법원 예규에 따라 성별변경이 가능해진 후 신체검사를 받아야 했으며, 고환결손이나 성주체성장애 등을 사유로 면제를 받았던 것으로 보인다. 특히 2006년, 성별변경을 했으나 외과적 트랜지션은 진행하지 않은 트랜스젠더 남성이 신체검사 중 하체 부위를 노출하도록 요구받은 사건에서, 국가인권위원회는 이러한 검사가 헌법 제10조의 인격권을 침해한다고 보아 관련 규칙을 개정할 것을 병무청에 권고했다.[251] 이후 2009년 병역법 시행령 개정으로, 법적성별을 정정한 트랜스젠더 남성은 별도의 검사 없이 전시근로역(5급)으로 분류된다.[252]

한편 법적성별이 남성인 트랜스젠더 여성의 경우, 외과적 트랜지션을 진행했다면 현행 병역판정검사 기준의 384호 "고환결손 또는 위축" 및 394호 "음경절단"의 기준에 따라 병역면제를 받을 수 있다.[253] 외과적 수술을 받지 않고 호르몬요법만을 받거나, 의료적 트랜지션을 진행하지 않은 트랜스젠더 여성은 위 표에서 언급한 정신의학적 기준에 따르는데,[254] 병무청은 2010년을 전후로 병역기피를 이유로 규정의 변화 없이 판정을 엄격히 진행한 것으로 파악된다. 특히 신체검사 중 "돌이킬 수 없는 액션(생식기 관련 외과수술)을 취하고 와라", "가슴 수술을 한 경우에도 보형물을 빼고 군대를 가면 된다" 등 모욕적인 발언을 듣거나, 병역면제를 위해 고환적출수술(orchiectomy)을 받아야 하는 경우도 존재했다. 특히 후자는 당사자의 신체 자기결정권을 침해할 뿐만 아니라 당사자에게 신체적, 정신적 고통을 줄 수 있어 이러한 수술을 요구하는 관행은 심히 인권침해적이다.[255]

나아가 2010년대에 병무청이 트랜스젠더 여성의 성별정체성 진위를 의심해 병역기피자로

선 권고, 병적증명의 병력유출로 인한 채용차별, 2016. 9. 12. 자 16진정0169300·16진정0366900(병합) 결정; 이는 트랜스젠더 당사자에게도 마찬가지다. 박한희, "트랜스젠더의 병역 관련 제도 변천과 현황", 제13회 성소수자 인권포럼 자료집 (2021), 80-81.

250 정성조·이나영, 앞의 글, 104; 한가람, "군대와 동성애: 로맨스, 폭력, 범죄화, 그리고 시민권", 진보평론 제60호 (2014).

251 국가인권위원회, 인격권 침해, 2007. 7. 20. 자 07진인533 결정.

252 병역법 시행령, 제136조 제1항 제2호 바목.

253 병역판정 신체검사 등 검사규칙, 국방부령 제1061호, 2021. 7. 29., 일부개정 [별표 3] 질병·심신장애의 정도 및 평가기준.

254 병역판정 신체검사 등 검사규칙, 102의3호. 기존 트랜스젠더 병리화적 용어인 성주체성장애에서 WHO가 채택한 성별불일치로 용어를 변경한 것은 긍정적인 변화라고 볼 수 있다. 2021년 7월 개정 기준으로 증상에 따라 경도 현역(3급), 중등도 보충역(4급), 고도 전시근로(5급)로 분류하고 있다.

255 박한희 (2021), 앞의 글, 75; 조영빈, "'병무청, 트랜스젠더에 고환적출 수술 강요'…인권 논란", 뉴스1 (2015. 9. 13.) https://www.news1.kr/articles/?2419888 (2021. 11. 확인); SOGI법정책연구회, 한국 LGBTI 인권현황 2015 (2016), 51; Horim Yi & Timothy Gitzen, "Sex/Gender Insecurities: Trans Bodies and the South Korean Military" Transgender Studies Quarterly, Vol.5 No.3 (2018), 385-386; 이와 관련하여 국가인권위원회 진정 또한 진행되었으나, 위원회는 "진정 원인이 된 사실이 1년 이상 경과하여 진정한 경우에 해당"한다는 이유로 이를 각하했다. SOGI법정책연구회, 한국 LGBTI 인권현황 2016 (2017), 42.

KOR 국가인권위원회 humanrights.go.kr

고발하는 행태 또한 문제적이었다. 예를 들어 병무청은 2011년에서 2012년 사이, "성주체성장애"와 호르몬요법을 이유로 병역면제를[256] 받은 트랜스젠더 여성이 "병역의무를 감면받을 목적으로 트랜스젠더가 아님에도 고의로 트랜스젠더로 행세"하여 병역법을 위반했다는 취지로 소를 제기한 바 있다. 해당 사건은 대법원에서 병무청의 상고를 기각하며 무죄 판결을 받았다.[257] 마찬가지로 2014년, 병무청은 2005년 신체검사에서 5급 전시근로역으로 판정받은 트랜스젠더 여성에 대해 병역처분을 취소하여 신체검사를 다시 받으라고 요구했다. 이 사건 또한 서울행정법원에서 병무청 병역처분취소의 위법성을 인정해 이를 취소했다.[258] 2015년 및 2016년에도 트랜스젠더 여성을 병역법 위반으로 기소하는 사건이 발생했다.[259] 2014년, 트랜스젠더 여성에 대해 외과적 트랜지션을 진행하지 않았다는 이유로 현역 판정을 내린 신체검사 결과에 대해, 2015년 서울행정법원에서 이를 취소한 사건 또한 눈여겨볼 수 있다.[260]

위와 같은 맥락에서, 후술할 군대 내 성소수자에 대한 혐오, 차별 및 폭력에 대한 보호 제공 외에도 병역의무의 부과와 군복무 적합성 판정 과정에서 성소수자가 겪을 수 있는 위해, 사생활 침해와 아우팅(outing), 성소수자 정체성 관련 정보 보호 등에 관한 고려가 필요할 것이다. 최근 2021년, 병역신체검사규칙 개정을 통해 "성주체성장애 및 성선호장애"를 "성별불일치"로 대체한 것은 긍정적인 변화이지만,[261] 병역의무 부과 기준과 병역신체검사로 인해 발생할 수 있는 성소수자 인권침해에 대해 관련 정책의 점검은 여전히 필요하다.

또한, 정책적 개선은 의무적 군복무와 군대 내 성소수자 혐오, 차별 및 폭력이 맞물린다는 점 또한 고려해야 한다. 법적성별을 기준으로 병역의무를 부과하는 제도를 통해 드러나는 군대의 이분법적 성별/젠더 도식은 성소수자, 특히 다양한 성별정체성, 성별표현 및 성특징을 지닌 당사자에게 특수한 위해로 작용한다. 이는 한국에서 군대라는 공간이 가지는 특수성 즉, 소위 "정상적인 남성성"을 이성애중심적 그리고 성별이분법적 규범 속에서 생산하는 맥락에서 탈규범적인 성소수자의 존재에 대한 폭력으로 이해할 수 있다.[262] 한국 출신의 성소수

256 신체검사 5급의 경우 전시근로역(제2국민역)이나 부대 생활이나 대체복무를 하지 않기 때문에 실질적으로는 면제라고 보는 경우가 많다.

257 대전지방법원 2013. 10. 11 선고 2012고단3896 판결; 대전지방법원 2014. 7. 9. 선고 2013노2652 판결; 대법원 2014. 12. 11. 선고 2014도9826 판결.

258 서울행정법원 2015. 1. 29 선고 2014구합63152 판결.

259 SOGI법정책연구회 2015, 앞의 글, 51–53; SOGI법정책연구회 2016, 앞의 글, 42–43.

260 서울행정법원 2015. 11. 19 선고 2015구합50900 판결; 이는 서울고등법원에서 확정되었다. 서울고등법원 2016. 9. 28 선고 2015누70807 판결.

261 성주체성장애(gender identity disorder) 및 성선호장애(disoder of sexual preference, 성도착증이라고도 번역한다)는 성소수자 정체성을 병리화하는 표현으로 여겨진다. 성별불일치 요건이 질병·심신장애로 분류되고 있는 것에 대하여는 추가 논의가 필요할 것이다.

262 Horim Yi & Timothy Gitzen, 앞의 글, 387–390; 정성조·이나영, 앞의 글, 104; 권인숙, 앞의 글, 42, 47.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

자가 해외에서 난민 인정을 받는 사례[263] 중 병역의무가 그 요소 중 하나로 언급되는 것이 그 방증이라고 할 수 있다.[264] 국제난민법 및 국가 관행은 성소수자가 정체성을 "은폐"하고 살아가야 하는 상황 자체가 박해로 성립한다고 관찰한 바 있다.[265] 이 맥락에서 정책적 개선은 성소수자의 의무적 군복무가 그 자체로 성소수자에게 위험할 수 있다는 점을 주지하며, 동시에 군이 재생산하는 성별/젠더, 성적지향, 성별정체성뿐만 아니라 신체의 정상성에 관하여 고민해야 할 것이다.

2) 직업군인

직업군인은 군의 특성에 따른 권리의 일부 제한을 제외하고는 고용상 평등 원칙의 보호를 받는다. 그러나 한국군 내 성소수자 직업군인의 경우, 성소수자 정체성에 따른 군복무 중 차별을 경험할 수 있다.

성적지향을 이유로 한 군복무의 경우, 2006년경에는 병역신체검사규칙의 "성선호장애" 사유 및 군인사법 시행규칙 제56조 제2항 제4호에서 규정하는 "변태적 성벽자" 등 성소수자에 대한 혐오를 반영하는[266] 정책에 따라 직업군인 또한 전역 처분을 받을 수 있었던 것으로 파악된다.[267] 2006년 정책 변경 이후 군은 부대관리훈령에서 "동성애자 장병"에 관련한 규정을 두고 있으며, "동성애 사유만으로는 현역복무부적합처리를 할 수 없다"고 명시하고는 있다.[268] 하지만 이는 당사자를 소위 "관심병사"로[269] 분류하여 관리하는 동성애자를 문제적으로 바라보는 관점을 반영한다는 명백한 한계가 있다. 특히, 후술할 소도미법인 군형법 제92

---

263 이경미, "'양심적 병역거부' 캐나다서 난민 인정" 한겨레 (2011. 12. 15.) https://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/510429.html (2021. 11. 확인); 박현정, "'한국은 내게 스트레스…'헬조선' 청년은 또다시 난민이 됐다" 한겨레 (2017. 7. 8.) https://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/801967.html (2021. 11. 확인).

264 캐나다 이민난민위원회는 난민 신청에서 한국의 성소수자 인권과 관련하여 군복무와 관련된 부분을 조사한 바 있다. Canada, Immigration and Refugee Board of Canada, Research Directorate, Responses to Information Requests, "Policy on military service by homosexuals" (2004. 11. 8.) https://www.ecoi.net/en/document/1300436.html (2021. 11. 확인) 및 "South Korea: treatment of transgender people by society and authorities", KOR105460.E (2016. 3. 24.) https://irb-cisr.gc.ca/en/country-information/rir/Pages/index.aspx?doc=456451 (2021. 11. 확인) 등.

265 유엔난민기구, 국제적 보호에 관한 지침 제9호: 성적지향 또는 성 정체성에 기반한 난민지위신청, HCR/GIP/12/09 (2012. 10. 23.) (유엔난민기구 한국대표부 번역, 2014. 9.) 30-33항; 자세한 사항은 본 보고서 제13장 성소수자 난민·이주민의 권리 참조.

266 국가인권위원회, 2007-2011 국가인권정책기본계획 권고안 (2006. 1.), 69.

267 당시 전역절차 중 군요원은 본인의 성적지향을 증명할 것을 요구받고 정신과 진료 등을 강요받았다고 한다. 정욜, 앞의 글, 4; 당시 동성애자 군요원의 국가인권위원회 진정 사건에 관하여는 후술한다.

268 제4편 제7장이 전반적으로 "동성애자 장병" 관련 조항을 명시한다. 부대관리훈령, 국방부훈령 제2468호, 2020. 10. 15., 일부개정, 제253조 제4항; 또한 최근 2021년 개정에서 병역신체검사기준 중 성선호장애는 삭제되었다.

269 이는 사고유발 가능성이 있거나 높은 인원, 상담이나 치료가 필요한 인원 등을 기준으로 판단한다. 부대관리훈령 [별표 2의1] 장병 병영생활 도움제도 분류기준.

KOR 국가인권위원회 humanrights.go.kr

조6의 존재 및 2017년 성소수자 색출 사건을 고려할 때, 그 실효성과 실질적인 준수 여부 또한 상당히 의심스럽다.[270]

한편 성별정체성과 관련하여는 상당한 군복무 제한이 존재한다. 앞서 언급한 기준과 유사하게, 성별변경을 진행한 트랜스젠더 남성의 경우 신체조건과 무관하게 군복무 부적합 판정을 받을 수 있어 군대에서 일괄적으로 배제된다.[271] 트랜스젠더 여성이 군대에서 커밍아웃할 때 어떤 상황이 발생하는지는 최근 고 변희수 하사의 사건이 여실히 보여준다. 육군에서 복무하던 변 하사는 본인의 성별정체성을 군에 밝힌 후 2019년에서 2020년 사이 외과적 트랜지션을 진행했고, 2020년 2월 법적 성별변경을 진행했다. 이에 군은 변 하사가 음경상실과 고환결손에 따른 심신장애를 고의로 초래했으며,[272] 남군과 여군의 선별을 구분하고 육군 규정에 따라 성전환자 임관을 제한하는 점 등을 주장하여 변 하사의 전역 처분을 결정했다.[273] 이에 대하여 유엔 인권이사회 특별절차의 인권전문가가 한국 정부에 서한을 보내 성별다양성을 질병으로 규정하는 것은 국제질병분류 제11판(ICD-11)과 어긋나며, 변 하사의 강제전역은 국제인권법상 일할 권리와 성별정체성을 이유로 한 차별금지에 반한다고 강조하였다.[274]

관련 국가인권위원회 진정에서 위원회는 "자신의 신체와 성정체성의 일치를 목적으로 성전환수술을 실시한 사람을 심신장애인에 해당한다고 볼 근거는 어디에서도 찾을 수 없다"고 판단하며,[275] 군이 "명확한 법률적 근거 없이 자의적으로 성전환 수술을 심신장애의 요건으로 해석하여 피해자를 전역 처분"했다고 보았다. 또한, 위원회는 군이 변 하사 현역 복무에 적합하지 않다는 주장에 대해 "피해자가 성전환 수술로 인해 현역으로 복무하지 못할 정도의 전투력이 상실되었음을 전혀 증명하지 못하고 있다"고 관찰했으며, 남군과 여군의 분리 또한 전역 처분의 고려사항은 될 수 없다고 강조했다. 따라서 위원회는 해당 사건이 헌법 제10조의 행복추구권 및 제15조의 직업 수행의 자유를 침해했다고 결정, 군인사법과 관련 규정을 "소수자를 사회적 편견과 차별로부터 보호하는 방향으로 개정"할 것을 권고했다.[276]

---

270 정성조·이나영, 앞의 글, 101-104; 한가람, 앞의 글, 264, 주석 49; 권인숙, 앞의 글, 56; 홍성수 외, 트랜스젠더 혐오차별 실태조사, 국가인권위원회 (2020), 144-145.

271 박한희 (2021), 앞의 글, 77.

272 군인사법 제53조 제3항 제1호, [별표 1] 심신장애 등급표(제51조 및 제53조 제1항 관련).

273 사실관계는 국가인권위원회, 군 복무 중 성전환 군인에 대한 부당한 전역 처분, 2020. 12. 14. 자 20진정0056500 결정; 군인권센터, 보도자료 "한국군 최초의 성전환 수술, 트랜스젠더 부사관의 탄생을 환영한다" (2020. 1. 16.) https://mhrk.org/notice/press-view?id=2211 (2021. 11. 확인).

274 UN Human Rights Council, Special Procedures Communication, "Information received concerning the dismissal of a soldier, Staff Sergeant Byun Hui-Su, following surgery to affirm her gender identity", AL KOR 4/2020 (2020. 7. 29.) https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownLoadPublicCommunicationFile?gId=25445 (2021. 11. 확인).

275 위원회는 또한 2017년부터 2019년 사이 변희수 하사와 같은 심신장애 3급 이상으로 판정된 194건 사례 중 전역이 결정된 30건 모두 본인이 희망하여 전역한 사례라고 강조했다. 국가인권위원회 2020. 12. 14. 자 결정.

276 위의 글, 국가인권위원회.

humanrights.go.kr 국가인권위원회

한편 국방부는 전역 처분이 적법한 행정절차였다고 주장하며, 제도개선의 여지가 있는지 검토하겠다고 답신하였으나 구체적인 이행계획을 포함하지 않아 국가인권위원회는 국방부가 권고를 불수용했다고 판단했다.[277] 전역 처분 취소소송 또한 진행되었으며, 2021년 3월 3일 변희수 하사 사망 후에는 유가족이 소송수계해 절차를 계속했다.[278] 2021년 10월 7일 대전지방법원은, 전역 처분 당시 변 하사의 성별은 여성이었기 때문에, 남성의 성징을 기준으로 한 음경상실, 고환결손 상태를 군인사법상 심신장애 사유에 해당함을 전제로 한 전역 처분은 위법하다고 판단했다. 나아가 법원은 이러한 위법한 처분이 반복될 가능성이 있음을 강조하며, 국가 차원에서 입법적, 정책적인 결정이 필요하다고 덧붙였다.[279] 이에 대하여 국방부는 항소 의지를 보였으나[280] 10월 22일 법무부에서 육군참모총장에게 항소 포기를 지휘해 26일 판결이 확정되었다. 다만 법무부는 "이 사건 판결은 성전환자의 군복무를 인정하여야 한다는 취지가 아니"며 "군의 특수성 및 병력 운용" 등을 고려해 결정되어야 한다고 입장을 밝혔다.[281]

고 변희수 하사의 사건을 통해 한국군의 트랜스젠더, 나아가 성소수자 전반에 대한 이해 부족과 정책적 미비를 확인할 수 있다. 군인사법 제2조의2는 기본원칙으로 평등대우와 차별금지를 명시하고[282] 2016년 시행된 군인복무기본법 제10조 또한 군요원의 헌법상 기본권 보장을 강조하지만,[283] 군의 현행 정책이 성소수자의 권리를 실질적으로 보호하지 못하고 있음은 명백하다. 직업군인으로서 차별받지 않고 일할 권리는 응당 성적지향, 성별정체성, 성별표현 및 성특징 등 성소수자 정체성과 관련하여도 적용되어야 한다.

군인복무기본법 제10조 제2항은 "군사적 직무의 필요성 범위에서 제한될 수 있다"고 언급하지만, 성소수자 정체성이 군복무 능력에 영향을 미친다는 주장에 과학적 증거가 부족하다는 것은 앞서 설명한 해외 사례에서 충분히 확인할 수 있으며, 관련 연구 또한 가장 이르게는

277 국가인권위원회, 보도자료, "군 복무 중 성전환 군인에 대한 부당한 전역 처분 관련 권고, 육군·국방부 불수용" (2021. 5. 11.).

278 군인권센터, 보도자료, "'변희수 하사의 복직과 명예회복을 위한 공동대책위원회' 활동 계획 및 복직 소송 진행 계획 발표 기자회견" (2021. 3. 15.) https://mhrk.org/notice/press-view?id=2723 (2021. 11. 확인).

279 유가족의 소송수계와 관련된 사항도 쟁점이 되었으나 법원은 급여청구권은 원고가 상속할 수 있는 대상이며, 성별불일치로 트랜지션을 진행하는 자에 대한 위법한 처분이 반복될 위험이 있어 "행정의 적법성 확보, 그에 대한 사법통제, 국민의 권리구제 확대 등의 측면에서 필요"하다고 보았고, 나아가 이 사건에서 위법한 처분을 취소하는 것이 원고의 권리구제에 적절하고 신속한 재판을 받을 권리에도 부합한다고 강조했다. 대전지방법원 2021. 10. 7 선고 2020구합104810 판결.

280 권희철, "국방부 '변희수 하사 '부당 전역' 판결 항소…청와대 부정적 기류", 한겨레 (2021. 10. 20.) https://www.hani.co.kr/arti/politics/defense/1015962.html (2021. 11. 확인).

281 군인권센터, 보도자료, "법무부의 '변하사 강제전역 취소소송' 항소포기 지휘를 환영한다" (2021. 10. 22.) https://mhrk.org/notice/press-view?id=3662 (2021. 11. 확인); 조성은, "법무부, 육군에 항소 포기 지휘…변희수 '정상 전역'으로 바뀐다", 프레시안 (2021. 10. 23.)https://www.pressian.com/pages/articles/2021102319440868895 (2021. 11. 확인).

282 군인사법, 제2조의2.

283 군인복무기본법, 제10조 제1항.

KOR 국가인권위원회 humanrights.go.kr

1950년대부터 진행되어왔다. 본 보고서에서 성소수자 직업군인이 정체성을 밝히고 복무할 수 있도록 허용한 국가 중 군 운용효율이 저해되었다고 보고하는 국가는 찾을 수 없었다.

한국군의 특수한 상황 또한 성소수자 직업군인의 군복무를 제한하는 근거로써 큰 의미가 없다. 한국군에는 이미 성소수자 직업군인이 복무하고 있기 때문이다. 2019년 진행된 연구에서 여군 37.8%, 간부(남군) 21.9%가 성소수자 군요원과 복무한 경험이 있다고 답했다.[284] 성소수자 군요원의 군대 내 부적응의 이유에 대하여도 여군 32.4%, 간부(남군) 37.2%는 "성소수자에 대한 군 내부의 부정적 이미지"를 꼽았다.[285] 해외 사례에서도 확인할 수 있듯이, 성소수자에 대한 비성소수자 군요원의 부정적 인식은 성소수자 군요원의 권리를 제한할 수 있는 합리적 사유는 아니며, 오히려 이는 군대 내 인권 교육과 소수자 보호 정책의 내실화로 개선해나가야 할 점일 것이다.[286] 변 하사의 사건에서 그의 부대는 오히려 그를 지지했다는 점 또한 군의 결속력 측면에서 눈여겨볼 만하다. 기존 성소수자 군복무 관련 연구에서 강조하였듯이, 군 결속력에서 중요한 측면은 업무 결속력(task cohesion, 임무 혹은 업무적 목적을 위해 공유하는 결속력)이지, 사회적 결속력(social cohesion, 감정적, 개인적 교감 등)이 아니며, 성소수자 정체성은 업무 결속력에 영향을 미치지 않는다.[287]

이러한 맥락에서 성소수자의 군복무를 군의 특수한 상황과 군 운용효율을 들어 허용할 수 없다는 주장은 비과학적일뿐더러 선택적 무지에 불과하다. 따라서 국방부와 한국군은 성소수자 직업군인의 군복무 관련 정책 재정비와 개선에서 군대의 기존 이성애중심적, 남성중심적 및 성별이분법적 체계를 전복시키는 성소수자의 존재를 무조건 배제할 것이 아니라, 군대 내 다양성을 어떻게 포용할 것인가의 문제로 접근해야 한다. 이를 위해 필요한 것은 성적지향, 성별정체성, 성별표현 및 성특징 등을 명시적으로 보호하는 군복무 및 관련 복지 정책의 시행, 성소수자 관련 인권 교육과 인권침해 시 적절한 구제책 등의 마련이다.

3) 군대 내 혐오, 차별 및 폭력

한국군의 의무 군복무 병(兵)과 직업군인 등 성소수자 군요원 전반은 군대 내 만연한 성소수자에 대한 혐오, 차별 및 폭력에 노출되기 쉽다. 이는 군형법 제92조의 소도미죄와 관련한

---

284 나달숙 외, 군대 내 인권상황 실태조사, 국가인권위원회 (2019), 232 [그림 3-116].

285 그 다음으로 높은 이유는 "성소수자 스스로 고립되는 상황", "군 조직 자체에 형성된 성소수자에 대한 편견" 등이었다. 위의 글, 236 [그림 3-122], 408 [그림 4-30].

286 위의 글, 516-517.

287 HCSS (2014), 앞의 글, 30-32.

humanrights.go.kr KOR 국가인권위원회

사생활 침해, 아우팅, 신체적 및 성적 폭력, 괴롭힘, 격리조치 등의 형태로 나타난다.[288] 이러한 행태는 2005년, 군대 내에서 성적지향을 밝힌 한 군요원이 전역심사를 위해 성관계 사진을 제출할 것을 요구받고, 강제로 AIDS 검사를 받은 사건으로 가시화되기 시작했다.[289] 이에 따라 군은 병영 내 동성애자 관리지침을 제정했고,[290] 이 지침은 후에 부대관리훈령에 통합되었으나 앞서 언급한 바와 같이 이는 동성애자만을 명시하며, 전반적으로 동성애자를 관리 대상으로 본다는 한계가 있다.[291] 이는 특히 군형법 제92조의 적용과 관련하여 성소수자(동성애자)의 인권은 보장하지만 성소수자(동성애자)의 모든 성적행위는 불인정한다는 군대의 모순적 규범을 반영한다.[292]

현행 군형법 제92조의6의 추행죄는 "항문성교나 그 밖의 추행"을 2년 이하의 징역형에 처하도록 규정하고 있는[293] 한국의 소도미법이며, 동성간 성적행동 나아가 특정 성적지향을 실질적으로 범죄화하고 있다.[294] 해당 조항은 기존에는 "계간 기타 추행"을 처벌했고,[295] "계간"이라는 용어는 군형법이 대체한 국방경비법 및 해안경비법에도 규정되어 있었으며,[296] 사회통상적으로는 남성간 성적행위를 의미하는 것으로 이해된다. "기타 추행"의 경우, 대법원은 이를 "계간(항문 성교)에 이르지 아니한 동성애 성행위 등 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 성적 만족 행위로서 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 침해하는 것"이라고 정의했다.[297] 2013년 개정에서 계간이 "항문성교"로 변경되었으나,[298] 이는 여전히 동성간 성적행동, 특히 남성간 성적행동을 가리키는 방식으로 해석되고 있다.[299] 군형법 "추행"죄에 대한 헌법 소원은 2002년, 2011년, 2016년 세 차례 제기되었으며, 모두 합헌 결정을 내렸다.[300] 헌법재판소는 "군이라는 공동사회의 건전한 생활과

---

288 국제엠네스티, 침묵 속의 복무, 앞의 글, 25.

289 해당 사건의 국가인권위 진정은 다음 참조. 국가인권위원회, 군대 내 동성애자 사병에 대한 인권침해 및 차별, 2006. 6. 26. 자 06진차87 결정.

290 금기와 침묵을 넘어: 동성애자 차별의 성역 '군대를 말한다', 군대 내 동성애자 차별 철폐 토론회 자료집 (2006. 5. 9.), 자료 2, 2006년 4월 1일 국방부 시행 '병영 내 동성애자 관리지침', 35.

291 정성조·이나영, 앞의 글, 101–102.

292 한가람, 앞의 글, 264, 주석 49.

293 군형법은 현역 군요원(장교, 준사관, 부사관 및 병(兵))뿐만 아니라 소집되어 복무하고 있는 예비역, 보충역 및 전시근로역에게도 적용될 수 있다. 군형법, 제92조의6.

294 한가람, 앞의 글, 264–267.

295 구 군형법, 법률 제1003호, 1962. 1. 20., 제정, 제92조.

296 이경환, "군대 내 동성애 처벌 행위에 대하여", 공익과인권, 제5권 제1호 (2008), 71–72.

297 대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도2222 판결.

298 구 군형법, 법률 제11734호, 2013. 4. 5., 일부개정, 제92조의6.

299 추지현, 앞의 글, 160–161; 한가람, 앞의 글, 256.

300 헌법재판소 2002. 6. 27. 자 2001헌바70 결정; 헌법재판소 2011. 3. 31. 자 2008헌가21 결정; 헌법재판소 2016. 7. 28. 자 2012헌바258 결정.

KOR 국가인권위원회 humanrights.go.kr

군기의 확립", "군의 특수성과 전투력 보존" 등을 그 이유로 들었는데, 문제는 해당 조항이 장소적 및 시간적 범위 그리고 강제성을 규정하지 않아 합의하의 사적인(군영 밖에서의) 성적 행동에도 적용될 가능성이 존재한다는 것이다.[301]

군형법에 따른 성소수자에 대한 차별이 실제로 일어난 것은 2017년 육군에 의한 성소수자 색출 사건이라고 볼 수 있다.[302] 이는 현역 군요원 사이의 성관계 영상이 SNS상에 게시되어 육군 중앙수사단이 진행한 수사가 동성애자 군요원을 식별하고 군형법에 따라 기소한 사건이었다. 해당 사건의 당사자를 지원한 군인권센터는 군에서 군요원이 동성애자라는 이유만으로 수사를 진행했으며 데이팅앱을 이용한 함정수사, 아우팅 등 위법행위와 인권침해가 발생했다고 보고했다.[303] 이에 따라 기소된 사건 중 하나로 보도된 "A대위"의 경우, 휴가 중 사적인 공간에서 일어난 성적행동임에도 군사법원은 유죄를 선고했다.[304] 다만 2018년 서울북부지방법원은 유사한 사건에 대해 군형법 제92조의6은 위계나 위력을 이용한 상대방의 의사에 반한 행위를 한 경우에 적용되며, 의사에 반하지 않는 성적행동의 처벌은 성적 자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 침해하는 위헌적 해석이라고 보아 무죄 판결을 내렸다.[305]

이와 관련한 국가인권위원회 진정에서 위원회는 수사 과정에서 성적지향과 성적 호감의 유형, 선호 체위 등 사생활에 관해 질문한 것은 인격권과 사생활의 비밀과 자유 침해라고 판단했다. 진정 사항 중에는 군형법 제92조의6 위헌성 또한 있었으나, 이는 국가인권위원회법에 따른 조사사항에 해당하지 않아 각하되었다. 다만 위원회는 2008년 위헌법률심판에서 구 군형법 제92조가 평등권 및 성적 자기결정권, 사생활의 비밀과 자유를 침해하고 죄형법정주의에 어긋난다는 의견을 제출한 점을 강조했다.[306] 국가인권위원회는 제1차, 제2차 및 제3차 국가인권정책기본계획 권고안에서 구 군형법 제92조 정비 나아가 현 군형법 제92조의6 폐지

---

301 위의 글; 추지현, 앞의 글, 158-159; 조국, "군형법 제92조의5 '계간 그 밖의 추행죄' 비판", 형사법연구 제23권 제4호 (2011), 293; 김희동·김희철, "군형법 제92조의6의 개정검토", 법학연구 제31권 제3호 (2020), 210-215.

302 유사한 사건으로 2018년 말부터 해군에서 성적지향을 이유로 조사받은 사례가 있다. 군인권센터, 보도자료, "다시 시작된 성소수자 군인 색출 – 해군 성소수자 군인 색출, 수사 중" (2019. 3. 12.) https://mhrk.org/notice/press-view?id=854 (2021. 11. 확인).

303 군인권센터, 보도자료, "장준규 육참총장, 동성애자 군인 색출 및 처벌 지시 관련 긴급 기자회견" (2017. 4. 13.) https://mhrk.org/notice/press-view?id=439 (2021. 11. 확인); 군인권센터, 보도자료, "육군 동성애자 군인 색출 및 처벌 증거 자료공개 브리핑" (2017. 4. 17.) https://mhrk.org/notice/press-view?id=761 (2021. 11. 확인); 이와 관련한 유엔 특별절차의 성명은 다음 참조. UN Human Rights Council, Special Procedures Communication, "Information received in connection with the recent cases of arrests interrogations, detentions and prosecutions of soldiers and military personnel perceived to be gay, under the Republic of Korea's Military Criminal Act", UA KOR 2/2017 (2017. 8. 16.) https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownLoadPublicCommunicationFile?gId=23282 (2021. 11. 확인).

304 최가영, "동성애 A대위 처벌, 누군가의 세상은 오늘 무너진다" (2017. 5. 24.) https://www.ytn.co.kr/_ln/0103_201705241814561708 (2021. 11. 확인); 그 후로도 3명이 추가로 유죄 판결을 받았다. 군인권센터, 논평, "법원, 성소수자 군인 색출 사건 피해자 무죄 선고" (2018. 2. 22.) https://mhrk.org/notice/press-view?id=803 (2021. 11. 확인).

305 서울북부지방법원 2018. 2. 22 선고 2017고단3010 판결; 다만 이에 대한 항소가 진행 중인 것으로 파악된다.

306 국가인권위원회, 육군의 군형법에 의한 성적소수자 색출 및 부당수사 등, 2018. 4. 13. 자 결정, 17진정0335700 외 243건(병합).

국가인권위원회 humanrights.go.kr

를 권고한 바 있다.[307]

한편 성소수자 여군의 경우, 자원에 의해서만 복무할 수 있으며 그 숫자가 남군보다 현저히 적고,[308] 한국군의 남성중심적이고 이성애중심적인 환경을 고려할 때 가시화가 상대적으로 부족한 것으로 보인다.[309] 다만 2018년, 해군 상관에 의한 성소수자 여군에 대한 상습적인 성폭력 사건에서 고등군사법원이 무죄 선고를 내린 사건이 사회적으로 논란이 되었다.[310] 정황에 의하면 이는 성소수자 여성에 대한 "교정강간"이기도 했던 것으로 보인다.[311] 군검찰은 상고를 진행했으나 대법원에서 2년 이상 계류되어, 2021년 3월 21일 해군 상관에 의한 성소수자 여군 성폭력 사건 공동대책위원회는 이를 유엔 특별절차에 진정했다.[312]

이처럼 한국군 내 성소수자는 혐오, 차별 및 폭력에 노출되며, 이에 대한 보호 체계는 미비하거나 전무한 상황이다. 흥미로운 지점은 군형법 제92조의6에 의한 성소수자 정체성의 범죄화에 관한 논의 그리고 한국군이 이를 정당화하기 위해 펼치는 논리가 해외 사례의 과거 양상과 극히 유사하다는 것이다. 특히 군형법은 성적지향이 아닌 성적행동을 규율한다는 주장은 군대 내 성소수자 색출 등 사건을 미루어 볼 때 설득력이 없다. "추행"죄가 그 용어 사용에서부터 근본적으로 성소수자 혐오적인 시각을 반영한다는 점을 차치하더라도, 이는 실질적으로 성소수자의 정체성에 대한 처벌로 작동하고 있다. 사적인 공간에서 이뤄진 상호합의한 성인 사이의 동성간 성적행동을 처벌하는 것은 명백히 성적지향을 이유로 한 차별이며, 인격권과 사생활의 자유에 대한 권리의 침해이다. 따라서 군형법 제92조의6은 하루빨리 폐지되어야 한다. 한국은 이미 국제사회에서 군형법 제92조의6을 폐지할 것을 수차례 권고받은 바 있다.[313] 해외 사례에서 확인할 수 있듯이, 위계 및 위력에 의한 동성간 성폭력은 성별

---

307 국가인권위원회, 2007-2011 국가인권정책기본계획 권고안 (2006. 1.), 67-69; 국가인권위원회, 2012-2016 국가인권정책기본계획 권고안 (2012. 1.), 81-85; 국가인권위원회, 2017-2021 국가인권정책기본계획 권고안 (2016. 7.), 85-88.

308 2020년 6월 30일 기준 여군은 삼군을 합쳐 13,449명으로 여군 군간부는 7.3%이다. 나달숙, "여군 인권의 실태조사 분석 연구 – 여군의 인권전반과 차별의 인식 및 실태를 중심으로", 법과인권교육연구, 제13권 제3호 (2020).

309 여군 중 성소수자 병사와 근무한 경험이 있는 비율은 37.8%이나, 이것이 꼭 성소수자 여군이 많다는 것을 의미하지는 않는다. 나달숙 외, 406; 2014년 진행된 성적지향 및 성별정체성에 따른 차별 실태조사 중 "여군이 되고 싶었지만 군 내 동성애자 처벌 때문에 할 수 없다"고 답한 여성의 기록이 남아있다. 장서연 외, 성적지향·성별정체성에 따른 차별 실태조사, 국가인권위원회 (2014), 117.

310 해당 사건의 가해자에 대한 엄벌을 요구하는 청와대 국민청원은 20만명 이상의 동의를 얻기도 했다. 청와대 국민청원, "부하 여군을 강간한 두 명의 해군 간부를 처벌해주십시오." https://www1.president.go.kr/petitions/436901 (2021. 11. 확인).

311 SOGI법정책연구회, 한국 LGBTI 인권현황 2018 (2019) 35-36; 한국여성단체연합, "해군 간부에 의한 성소수자 여군 성폭력 사건 무죄판결 규탄 기자회견" http://women21.or.kr/rights/12401 (2021. 11. 확인).

312 군인권센터, 보도자료, "해군 성소수자 여군 성폭력 사건, UN 인권이사회 특별절차 진정 제출" (2021. 3. 22.) https://www.mhrk.org/notice/press-view?id=2742 (2021. 11. 확인).

313 UN Human Rights Committee, Concluding observations on the fourth periodic report of the Republic of Korea, UN Doc. CCPR/C/KOR/CO/4 (2015. 12. 3.), 14-15; UN Committee against Torture, Concluding observations on the combined third to fifth periodic reports of the Republic of Korea, UN Doc. CAT/C/KOR/CO/3-5 (2017. 5. 30.), 35-36; UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Concluding observations on the fourth periodic report of the Republic of Korea, UN Doc. E/C.12/KOR/CO/4 (2017. 10. 19.), 24-25; 국가별 정례인권검토에서 프랑스, 아일랜드, 영국, 캐나다, 코스타리카, 네덜란드, 덴

KOR 국가인권위원회 humanrights.go.kr

이나 성적지향과는 무관한 성폭력 관련 규정으로 충분히 규율할 수 있다. 2017년 4월 11일 인천지방법원 및 2020년 2월 19일 수원지방법원이 군형법 위헌법률심판을 제청하여 헌법재판소에 계류 중이기에[314] 위헌 판결을 기대해볼 수도 있으나, 그 외에도 군형법 개정, 성소수자 정체성을 명시하는 포괄적 차별금지법 제정, 성소수자 정체성을 명시하는 군대 내 인권 정책과 효과적인 구제책 마련, 군요원에 대한 성소수자 인권 교육 등 다방면에서 입법적 및 정책적 시도를 상상해볼 수 있다.

나아가 모든 정책적 변화는 군대 내 다양한 성소수자를 포용할 수 있어야 한다. 이를 위해 성소수자 여군, 트랜스젠더, 논바이너리, 인터섹스 당사자 등 다양한 성적지향, 성별정체성, 성별표현 및 성특징을 지닌 군요원이 겪을 수 있는 혐오, 차별과 폭력을 인식하는 것이 선행되어야 한다. 특히 소수자 정체성의 교차를 통해 발생하는, 예를 들어 성소수자이며 동시에 여성이기에 겪는 폭력과 이에 대한 불처벌(impunity) 등의 상황과 관련하여 교차성(intersectionality)을 고려한 정책이 개발되어야 할 것이다. 따라서 현행 정책에 다양한 성소수자 정체성을 보호 대상으로 명시하고, 그 시행이 실질적으로 성소수자에 대한 보호를 제공하는지 감시할 수 있도록 정비되어야 한다.

2. 결론

제12장에서는 군대 내 성소수자에 관한 타 국가의 법과 정책 발전을 역사적 및 사회적 맥락에서 살펴보고, 한국의 현행법과 정책이 어떻게 개선될 수 있는지 논의하였다. 결론적으로, 군대뿐만 아니라 사회 전반에 대한 인권 의식 함양과 교육, 그리고 성소수자의 인권을 효과적으로 보호할 수 있는 법체계가 시급하다. 앞서 언급한 조치 외에도 성적지향, 성별정체성, 성별표현 및 성특징을 차별금지 사유로 (혹은 보호받는 특성으로) 명시하는 차별금지법 또는 평등법의 제정이 필요하다. 이를 위한 정부의 역할은 사회적 합의를 기다리는 것이 아닌, 차별금지를 위한 사회의 공감대 형성을 위한 주도적이고 효과적인 조치를 취하는 것이며 이는 정부의 국제인권법상 인권의 존중, 보호 및 실현 의무와 깊게 맞닿아있다.[315]

마크는 군형법 제92조의6 폐지를 권고했다. UN Human Rights Council, Report of the Working Group on the Universal Periodic Review (3rd Cycle), UN Doc. A/HRC/37/11 (2017. 12. 27.).

314 인천지방법원 2017. 2. 17. 자 2016고단4070 결정; 군관련 성소수자 인권침해·차별신고 및 지원을 위한 네트워크, "수원지방법원의 군형법 제92조의6 위헌제청 환영 성명" (2020. 2. 21.).

315 UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Concluding Observation (4th), 앞의 글, 22–23.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

끝으로, 군대가 향후 성소수자 인권과 다양성을 수용하는 조직으로 변모할 수 있는지 그 가능성은 차치하더라도, 핑크워싱(pinkwashing)에 관하여 간략하게나마 언급하지 않을 수 없다. 소위 "서구권" (유럽, 북미 등) 그리고 또한 이스라엘 군대의 성소수자 (나아가 인권 및 다양성) 친화적 정책은 사회의 관심을 각국 군대의 반인륜적 행위로부터 돌리고, 성소수자 인권이 보장되지 않는 국가를 타자화하여 군사 개입을 정당화하는 방식으로 사용된다는 즉, 핑크워싱이라는 비판을 받아왔다.[316] 이런 식으로 성소수자 인권을 정치적으로 이용하는 전략이 한국 사회에서는 어떻게 작동할 것인가와[317] 성소수자 군복무에 갖는 함의는 무엇인가 등에 관하여는 앞으로 더 논의가 필요할 것이다.

---

316 이는 또한 인종차별, 특히 이슬람혐오적인 맥락과 분리될 수 없다. Jasbir K. Puar, Terrorist Assemblages (2007), 앞의 글; Jasbir K. Puar, "Rethinking Homonationalism" (2013), 앞의 글; Katherine Browne & Catherine J. Nash, "Resisting LGBT Rights 'Where We Have Won': Canada and Great Britain", Journal of Human Rights, Vol.13 Iss.3 (2014); Aeyal Gross (2015), 앞의 글, 136; Aeyal Gross, "Gay Governance: A Queer Critique" in (Janet Jalley, et al., eds.) Governance Feminism: Notes from the Field, University of Minnesota Press (2019).

317 Woori Han, "Proud of Myself as LGBTQ: The Seoul Pride Parade, Homonationalism, and Queer Developmental Citizenship" Korea Journal, Vol.58 No.2 (2018).

참고문헌

- 국가인권위원회, 2007–2011 국가인권정책기본계획 권고안 (2006. 1.).
- 국가인권위원회, 2012–2016 국가인권정책기본계획 권고안 (2012. 1.).
- 국가인권위원회, 2017–2021 국가인권정책기본계획 권고안 (2016. 7.).
- 국제엠네스티, 감옥이 되어버린 삶: 한국의 양심에 따른 병역거부자 (2015).
- 국제엠네스티, 침묵 속의 복무: 한국 군대의 LGBTI (2019).
- 권인숙, “군대 섹슈얼리티 분석: 성욕, 남성성, 동성애 등을 중심으로”, 경제와사회 통권 제82호 (2009).
- 금기와 침묵을 넘어: 동성애자 차별의 성역 ‘군대를 말한다’, 군대 내 동성애자 차별 철폐 토론회 자료집 (2006. 5. 9.).
- 김희동 · 김희철, “군형법 제92조의6의 개정검토”, 법학연구 제31권 제3호 (2020).
- 나달숙 외, 군대 내 인권상황 실태조사, 국가인권위원회 (2019).
- 나달숙, “여군 인권의 실태조사 분석 연구 – 여군의 인권전반과 차별의 인식 및 실태를 중심으로”, 법과인권교육연구, 제13권 제3호 (2020).
- 박한희, “트랜스젠더의 병역 관련 제도 변천과 현황”, 제13회 성소수자 인권포럼 자료집 (2021).
- 유엔난민기구, 국제적 보호에 관한 지침 제9호: 성적지향 또는 성 정체성에 기반한 난민지위신청, HCR/GIP/12/09 (2012. 10. 23.) (유엔난민기구 한국대표부 번역, 2014. 9.).
- 이경환, “군대 내 동성애 처벌 행위에 대하여”, 공익과인권, 제5권 제1호 (2008).
- 장서연 외, 성적지향 · 성별정체성에 따른 차별 실태조사, 국가인권위원회 (2014).
- 정성조 · 이나영, “보이지 않는 군인들: 한국 군대 내 동성애 혐오와 성소수자 정체성”, 문화와 사회 제26권 제3호 (2018).
- 정욜, “군대 내 동성애자 인권침해 현실과 ‘병영 내 동성애자 관리지침’ 의 문제점 – 차별 당사자의 입장에서”, 금기와 침묵을 넘어: 동성애자 차별의 성역 ‘군대를 말한다’, 군대 내 동성애자 차별 철폐 토론회 자료집 (2006. 5. 9.).
- 조국, “군형법 제92조의5 ‘계간 그 밖의 추행죄’ 비판”, 형사법연구 제23권 제4호 (2011).
- 추지현, “‘강간’과 ‘계간’ 사이: 군형법상 ‘강간과 추행의 죄’의 법담론”, 한국여성학 제29권 제3호 (2013).
- 한가람, “군대와 동성애: 로맨스, 폭력, 범죄화, 그리고 시민권”, 진보평론 제60호 (2014).
- 홍성수 외, 트랜스젠더 혐오차별 실태조사, 국가인권위원회 (2020).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

- Aaron Belkin & Jason McNichol, "Homosexual Personnel Policy in the Canadian Forces: Did Lifting the Gay Ban Undermine Military Performance?", International Journal, Vol.56, No.1 (2001).
- Aaron Belkin & Melissa Levitt, "Homosexuality and the Israel Defense Forces: Did Lifting the Gay Ban Undermine Military Performance?" Armed Forces & Society, Vol.27, No.4 (2001).
- Aeyal Gross, "Gay Governance: A Queer Critique" in (Janet Jalley, et al., eds.) Governance Feminism: Notes from the Field, University of Minnesota Press (2019).
- Aeyal Gross, "The Politics of LGBT Rights in Israel and Beyond: Nationality, Normativity, and Queer Politics", Columbia Human Rights Law Review, Vol.46, No.2 (2015).
- Agnes Gereben Schaefer, et al., "Assessing the Implications of Allowing Transgender Personnel to Serve Openly", RAND Corp. (2016).
- Aharon Barak, "Human Rights in Israel", Israel Law Review, Vol.39, No.2 (2006).
- Alan Okros & Denise Scott, "Gender Identity in the Canadian Forces: A Review of Possible Impacts on Operational Effectiveness", Armed Forces & Society, Vol.41, No.2 (2015).
- Allan Berube & John D'Emilio, "The Military and Lesbians during the McCarthy Years", Signs, Vol.9, No.4 (1984).
- Alon Harel, "Gay Rights in Israel: A New Era", International Journal of Discrimination and the Law, Vol.1, No.3 (1996).
- Amir Sumaka'i Fink, Independence Park: The Lives of Gay Men in Israel, Stanford University Press (1999).
- Anne Speckhard & Reuven Paz, "Transgender Service in the Israel Defense Forces: A Polar Opposite Stance to the U.S. Military Policy of Barring Transgender Soldiers from Service", unpublished research paper (2014).
- Australia Department of Defence, Diversity and Inclusion Strategy 2012–2017 (2014. 7.).
- Australia Department of Defence, Inclusive by Instinct: Diversity and Inclusion Strategy 2018–2025 (2018).
- Australia Department of Defence, Pathway to Change: Evolving Defence Culture, A Strategy for Cultural Change and Reinforcement (2012).
- Australia Department of Defence, Understanding Transitioning Gender in the Workplace (2011. 11. 9. 개정).

국가인권위원회 humanrights.go.kr

- Australia Royal Australian Air Force, Air Force Diversity Handbook: Transitioning Gender in Air Force (2013. 4.).
- Australia Royal Australian Air Force, Air Force Transgender and Gender Affirmation Guide (undated).
- Australia, Australian Government Guideline on the Recognition of Sex and Gender (2013. 7.).
- Australian Human Rights and Equal Opportunity Commission, Report of the Human Rights and Equal Opportunity Commission on Australian Defence Force Policy on Homosexuality, Parliamentary Paper, 1992, No. 246 (1992).
- Bernard D. Rostker, et al., "Sexual Orientation and U.S. Military Personnel Policy, An Update of RAND's 1993 Study", RAND Corp. (2010).
- Bernard D. Rostker, et al., "Sexual Orientation and U.S. Military Personnel Policy: Options and Assessment", RAND Corp. (1993).
- Canada Department of National Defence, Defence Plan 2018–2023 (2018).
- Canada Department of National Defence, Strong, Secure, Engaged: Canada's Defence Policy (2017).
- Canada House of Commons, Sub–Committee on Equality Rights, Equality for All: Report of the Parliamentary Committee on Equality Rights, 33rd Parliament, 1st Session (1985. 10.) https://parl.canadiana.ca/view/oop.com_HOC_3301_24_4 (2021. 11. 확인).
- Canada Library of Parliament, Parliamentary Information and Research Service, Sexual Orientation and Legal Rights (2005. 7. 28. 수정).
- Danny Kaplan & Amir Rosenmann, "Unit Social Cohesion in the Israeli Military as a Case Study of 'Don't Ask, Don't Tell'", Political Psychology, Vol.33, No.4 (2012).
- Danny Kaplan & Eyal Ben–Ari, "Brothers and Others in Arms: Managing Gay Identites in Combat Units of the Israel Army", Journal of Contemporary Ethnography, Vol.29, No.4 (2000).
- David F. Burrelli, "'Don't Ask, Don't Tell': The Law and Military Policy on Same–Sex Behavior", U.S. Congressional Research Service (2010. 10. 14.).
- Donna Allen, "Beyond the Gender Binary: Tackling Non–Binary and Transgender Issues in the Canadian Armed Forces", Canadian Forces College, JCSP 41 DL (2016).
- Franklin C. Pinch, "Perspectives on Organizational Change in the Canadian Forces", U.S.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

Army Research Institute for the Behavioral and Social Sciences, Research Report 1657 (1994).

• Gary Brown, "Homosexuality and the Australian Defence Force; the Issues", Australia Parliamentary Research Service, Background Paper No. 16 (1992).

• Gary J. Gates & Jody Herman, "Transgender Military Service in the United States", UCLA, Williams Institute (2014. 5. 1.).

• Graham Carbery, "Towards Homosexual Equaliy in Austarlian Criminal Law – A Brief History", Australian Queer Archives (2014).

• Gregory B. Lewis, "Lifting the Ban on Gays in the Civil Service: Federal Policy toward Gay and Lesbian, Employees since the Cold War", Public Administration Review, Vol.57, No.5 (1997).

• Horim Yi & Timothy Gitzen, "Sex/Gender Insecurities: Trans Bodies and the South Korean Military" Transgender Studies Quarterly, Vol.5, No.3 (2018).

• Jaime M. Grant, et al., "Injustice at Every Turn: A Report of the National Transgender Discrimination Survey", National Center for Transgender Equality and National Gay and Lesbian Task Force (2011).

• Jasbir K. Puar, "Rethinking Homonationalism", International Journal of Middle East Studies, Vol.45, No.2 (2013).

• Jasbir K. Puar, Terrorist Assemblages: Homonationalism in Queer Times, Duke University Press (2007).

• Jody Feder, "'Don't Ask, Don't Tell': A Legal Analysis", U.S. Congressional Research Service (2013. 8. 6).

• Joel P. Cummings, "Is Article 125, Sodomy a Dead Letter in Light of Lawrence v. Texas and the New Article 120?", The Army Lawyer, Department of the Army Pamphlet 27-50-428, 1-29 (2009).

• Joshua Polchar, et al., "LGBT Military Personnel: A Strategic Vision for Inclusion", Hague Centre for Strategic Studies (2014).

• Karl Bryant & Kristen Schlit, "Transgender Military Service in the U.S. Military: Summary and Analysis of the 2008 Transgender American Veterans Association Survey", Palm Center (2008).

• Katherine Browne & Catherine J. Nash, "Resisting LGBT Rights Where "We Have Won":

KOR 국가인권위원회 humanrights.go.kr

Canada and Great Britain", Journal of Human Rights, Vol.13, Iss.3 (2014).

- Kellie Wilson-Buford, "From Exclusion to Acceptance: A Case History of Homosexuality in the U.S. Court of Military Appeals", in (James E. Parco & David A. Levy eds.) Evolution of Government Policy Towards Homosexuality in the U.S. Military: The Rise and Fall of DADT, Taylor and Francis (2013).
- Lawrence J. Korb & Alexander Rothman, "Formalizing the Ban: My Experience in the Reagan Administration" in (James E. Parco & David A. Levy eds.) Evolution of Government Policy Towards Homosexuality in the U.S. Military: The Rise and Fall of DADT, Taylor and Francis (2013).
- Mark Oakes, "The Armed Forces Bill: Bill 4 of 2000/2001", House of Commons Library, Research Paper 01/03 (2001. 1. 8).
- Matthew F. Kerrigan, "Transgender Discrimination in the Military: The New Don't Ask, Don't Tell", Psychology, Public Policy and Law, Vol.18, No.3 (2012).
- Matthew Groves, "The Civilianisation of Australian Military Law", University of New South Wales Law Journal, Vol.28, No.2 (2005).
- Michelle Douglas, "A Battle Won for LGBTQ+ Rights", Canadian Issue, Hope in a Time of Pandemic — Selected Presentations from the Stories of Hope: A Celebration of Canada Conference (2020).
- Nathan S. Lowrey, "Repealing Don't Ask, Don't Tell: A Historical Perspective from the Joint Chief of Staff", U.S. Office of the Chairman of the Joint Chiefs of Staff, Joint History and Research Office, Special Historical Study 15 (2021).
- Nathaniel Frank, "The President's Pleasant Surprise: How LGBT Advocates Ended Don't Ask, Don't Tell" in (James E. Parco & David A. Levy eds.) Evolution of Government Policy Towards Homosexuality in the U.S. Military: The Rise and Fall of DADT, Taylor and Francis (2013).
- Nathaniel Frank, et al., "Gays in Foreign Militaries 2010: A Global Primer", Palm Center (2010).
- Noah Riseman & Shirleene Robinson, Pride In Defense: the Australian Military & LGBTI Service Since 1945, Melbourne University Press (2020).
- Noah Riseman, "Hunting Gays and Lesbians in the Australian Defence Force, 1974-1992", Journal of the History of Sexuality, Vol.28, No.3 (2019).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

• Noah Riseman, "Outmanoeuvring Defence: The Australian Debates over Gay and Lesbian Military Service, 1992", Australian Journal of Politics and History, Vol.6, No.4 (2015).
• Noah Riseman, "Transgender Inclusion and Australia's Failed Sexuality Discrimination Bill", Australian Journal of Politics and History, Vol.65, No.2 (2019).
• Noah Riseman, "Transgender Policy in the Australian Defence Force: Medicalization and its Discontents", International Journal of Transgenderism, Vol.17, Iss.3–4 (2016).
• Palm Center, "DoD's Rationale for Reinstating the Transgender Ban Is Contradicted by Evidence" (2018. 5. 4.).
• Palm Center, "DoD's Transgender Ban Has Harmed Military Readiness" (2020).
• Palm Center, "Open Service by Transgender Members of Israel Defense Forces" (2015).
• Patrizia Gentile, et al., "Another Limited Bill: Gay and Lesbian Historians on C–75," submission to Standing Committee on Justice and Human Rights (2018. 6. 11.).
• Rachelle Warner, et al., "Does Current Policy Support Reproductive Health of Australian Defence Force Veterans? A Review of Australian Defence Force Policy", Journal of Military and Veterans' Health, Vol.27, No.3 (2019).
• Rhonda L. Evans, "U.S Military Policies Concerning Homosexuals: Development, Implementations and Outcomes", Tulane Journal of Law & Sexuality, Vol.11 (2002).
• Robert Wintermute, "Sexual Orientation and the Charter: The Achievement of Formal Legal Equality (1985–2005) and Its Limits", McGill Law Journal, Vol.49, No.4 (2004).
• Ruth Levush, "Israel: Military Draft Law and Enforcement", U.S. Law Library of Congress (2019).
• Sandy E. James, et al. "The Report of the 2015 U.S. Transgender Survey", National Center for Transgender Equality (2016. 12.).
• Servicemembers Legal Defense Network (SLDN), "Conduct Unbecoming: the 10th Annual Report on 'Don't Ask, Don't Tell, Don't Pursue, Don't Harass'" (2004).
• SOGI법정책연구회, 한국 LGBTI 인권현황 2015 (2016).
• SOGI법정책연구회, 한국 LGBTI 인권현황 2016 (2017).
• SOGI법정책연구회, 한국 LGBTI 인권현황 2018 (2019).
• Suzzane B. Goldberg, "Open Service and Our Allies: A Report on the Inclusion of Openly Gay and Lesbian Servicemembers in U.S. Allies' Armed Forces", William & Mary Journal of Race, Gender, and Social Justice, Vol.17, Iss.3 (2011).

국가인권위원회 humanrights.go.kr

- Theodore R. Sarbin & Kenneth E. Karols, "Nonconforming Sexual Orientations in the Military and Society" (DRAFT), Defense Personnel Security Research and Education Center (1988. 12.).
- Tom Hooper, "Queering '69: The Recriminalization of Homosexuality in Canada", The Canadian Historical Review, Vol.100, No.2 (2019).
- U.K. British Army, Values and Standards of the British Army (2018. 09. 10.).
- U.K. House of Commons Women and Equalities Committee, "Transgender Equality", First Report Session 2015–16 HC 390 (2016. 1. 14.).
- U.K. Ministry of Defence, A Force for Inclusion: Defence Diversity and Inclusion Strategy 2018–2030 (2018. 10. 11.).
- U.K. Royal Air Force, Ethos, Core Values and Standards (2020. 7. 3.).
- U.S. Department of Defense, Comprehensive Review Working Group, Report of the Comprehensive Review of the Issues Associated with a Repeal of "Don't Ask, Don't Tell" (2010. 11. 30.).
- U.S. Department of Defense, Transgender Service in the U.S. Military: An Implementation Handbook (2016).
- U.S. Department of Defense, Under Secretary of Defense Memorandum: Repeal of Don't Ask Don't Tell and Future Impact on Policy (2011. 1. 28.).
- U.S. General Accounting Office, "Defense Force Management: DOD's Policy on Homosexuality", Report to Congressional Requesters (1992).
- U.S. General Accounting Office, "Homosexuals in the Military: Polices and Practices of Foreign Countries" (1993. 6.).
- U.S. Office of the Federal Register, Remarks on Signing an Executive Order on Enabling All Qualified Americans To Serve Their Country in Uniform, Compilation of Presidential Documents, DCPD–202100082 (2021. 1. 25.).
- U.S., Report of the Board Appointed to Prepare and Submit Recommendations to the Secretary of the Navy for the Revision of Policies, Procedures and Directives Dealing with Homosexuals (submitted to the Secretary of the Navy on 1957. 03. 15.).
- Woori Han, "Proud of Myself as LGBTQ: The Seoul Pride Parade, Homonationalism, and Queer Developmental Citizenship" Korea Journal, Vol.58, No.2 (2018).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

humanrights.go.kr KOR 국가인권위원회

13

성소수자 난민·이주민의 권리

국가인권위원회
humanrights.go.kr

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

I. 개관

국제이주기구(International Organization for Migration, IOM)의 최근 통계에 따르면, 2020년 말 기준으로 전 세계 인구의 3.6%인 2억 8천만 명이 국제 이주를 한 상태이며, 약 2천 6백만 명이 난민으로서 타국에서 비호를 요청한 상태이다.[1] 결혼, 취업, 학업 등 다양한 이유로 본국을 떠난 이주민과 안전을 위해 비자발적으로 본국을 떠난 난민 모두 새로운 나라에서 다른 언어, 문화 등으로 인해 다양한 어려움을 마주한다. 외국인이 타국에서 갖는 본질적인 소수자성 이외에도 여성, 아동, 장애인, 성소수자 등 이중의 소수자성을 가진 이들에 대한 추가적인 논의와 보호의 필요성이 일찌감치 대두되었으나, 한국에서는 최근에 이르러서야 이들의 존재를 인식하고 논의를 시작하는 단계에 이르렀다.

성소수자 난민의 경우, 2020년 12월 기준으로, 동성 간 합의된 성행위에 대하여 전 세계 11개국이 사형을, 27개국이 10년 이상 무기 징역을, 30개국이 8년 이하의 징역을 선고하고 있다.[2] 이렇듯 성소수자를 처벌하는 법조항이 명문화되어 공식적으로 성소수자를 박해하는 국가뿐만 아니라, 동성애를 사실상 범죄화하는 방식으로 성소수자를 박해하는 나라들이 존재하기 때문에, 출신국에서의 박해를 피해 타국에서 국제적 보호를 요청하는 성소수자들이 존재한다.

욕야카르타 제23원칙은 아래와 같이 성적지향 및 성별정체성과 관련된 박해를 피해 비호를 구하고 향유할 권리에 대해 아래와 같이 선언하였으며, 유엔난민기구는 2012년 난민 지위에 관해 발표한 "국제적 보호에 관한 지침 제9호"(이하 "유엔난민기구 지침"이라 함)에서 이를 인용하고 있다.

> 모든 사람은 박해를 피해 타국에서 비호를 구하고 향유할 권리가 있다. 이때 박해에는 성적지향이나 성별정체성과 관련된 박해도 포함된다. 국가는 개인이 어떤 국가에서 성적지향이나 성별정체성을 이유로 한 고문, 박해 혹은 다른 형태의 잔인하거나 비인도적이거나 굴욕적인 대우나 처벌을 받을 충분히 근거가 있는 공포에 직면할 가능성이 있다면, 그 개인을 해당 국가로 이주, 추방, 송환해서는 안 된다.

---

1 International Organization for Migration (IOM), World Migration Report 2022 (2021), 3–4.

2 전 세계 성적지향 관련 법 지도, ILGA (The International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association), Sexual Orientation Laws in the World (2020. 12.), https://ilga.org/sites/default/files/downloads/ENG_ILGA_World_map_sexual_orientation_laws_dec2020.png (2021. 12. 11. 확인).

국가인권위원회
humanrights.go.kr KOR

성적지향이나 성별정체성에 근거한 난민신청은 각 나라에 따라 심사절차, 심사기관, 심사기준 그리고 특히 정치적 사회적 문화적 배경이 다르기 때문에 국가별로 문제되는 쟁점 역시 상이하다. 아래에서는 성소수자난민심사의 기본이 되는 유엔난민기구 지침을 기준으로 하여 각 쟁점에 대한 참고할 만한 해외 주요 판례들을 소개하고자 한다.

성소수자 이주민의 경우, 각 국가의 성소수자 이주민에 대한 고려는 '해당 국가의 국적자의 외국국적의 동성 파트너에 대하여 체류 허가를 부여할 것인가'의 논의가 주를 이룬다. 대부분의 국가에서 해당 국가의 국적자의 외국 국적의 이성 파트너에 대하여 체류 허가를 부여할 지에 대하여는 이미 논의가 진행되어 제도로서 정립되어 있는 반면, 외국 국적의 동성 파트너에 대한 체류 허가 부여는 성소수자에 대한 사회적 인식의 변화의 흐름과 속도가 느림에 따라 뒤늦게 논의되었음을 알 수 있다.

외국 국적의 동성 파트너에 대한 체류 허가를 부여하는 국가들의 판례와 법 정책을 살펴보면 크게 두 가지 경우로 나뉜다. 첫 번째는 해당 국가에 동성혼이 합법화되어 기존 이성 파트너에게 부여되는 배우자로서의 제반 권리가 동성 배우자에게도 자연스럽게 인정된 경우다. 두 번째는 해당 국가에 아직 동성혼이 합법화되기 전 (혹은 지금도 동성 결혼은 합법화되지 않았으나) 동성 파트너를 보호하기 위한 제도적 장치가 별도로 마련된 경우이다.

아래에서는 2021년 현재를 기준으로 이미 동성혼이 합법화되었으나 그러한 법적 변화 이전에 이미 외국 국적의 동성 파트너에게 체류를 보장할 수 있는 제도적 장치를 마련해 둔 국가, 혹은 현재도 동성혼이 금지되어 있으나 예외적으로 성소수자 이주민을 위한 제도를 마련한 국가의 예시를 살펴보아 현재 동성혼이 합법화되지 않은 한국의 경우에 참고하고자 한다.

II. 주요 쟁점 및 사례

1. 성소수자 난민 인정 심사

1) 성적지향이나 성별정체성에 의한 난민신청 인정

유엔 1951 난민의 지위에 관한 협약은 인종, 종교, 국적/민족, 특정 사회집단의 구성원 신분, 정치적 의견을 박해 사유로 정하고 있다. 모든 난민이 반드시 하나의 사유에 의해서만 박해를 받는 것은 아니므로, 다섯 가지 박해사유는 상호 배타적이지 않고 중첩될 수 있다. 일반

적으로 성적지향 또는 성별정체성에 근거한 난민신청은 일반적으로 '특정 사회집단의 구성원 신분'으로서 인정되고 있다.

유엔난민기구는 특정 사회집단을 다음과 같이 정의한다.

> 박해를 받을 수 있다는 우려 이외에 다른 공통된 특성이 있거나, 사회에서 하나의 집단으로 인식되는 개인들의 집단. 여기서 말하는 특성이란 대개 내재적이며, 불변적이거나 정체성, 양심 또는 인권행사의 기초가 되는 것을 가리킨다.[3]

> 성적지향 또는 성별정체성은 선천적이고 불변하는 특성 혹은 인간 존엄에 있어 매우 근본적이어서 포기하도록 강요받아서는 안 되는 특성으로 여겨진다.[4]

이와 관련하여 대한민국 법원 역시 "특정 사회집단이란 한 집단의 구성원들이 선천적인 특성, 바뀔 수 없는 공통적인 역사, 개인의 정체성 및 양심의 핵심을 구성하는 특성 또는 신앙으로서 이를 포기하도록 요구하여서는 아니 될 부분을 공유하고 있고, 이들이 사회 환경 속에서 다른 집단과 다르다고 인식되는 것" 이라고 정의하면서, 성적지향에 근거한 난민신청에 대하여 "동성애라는 성적지향이 난민신청자의 출신국 사회의 도덕 규범이나 법규범에 어긋나 그것이 외부로 드러날 경우 그로 인해 박해에 노출되기 쉬우며, 이에 대해 출신국 정부에서 보호를 거부하거나 보호가 불가능한 경우에는 특정 사회집단에 해당한다고 볼 수 있다"고 판단하고 있으므로, 성적지향 혹은 성별정체성에 근거한 난민신청을 인정하고 있으며, 이를 '특정 사회집단의 구성원 신분'으로서 인정하고 있음에는 이견이 없다.[5]

---

3 UNHCR, Guidelines on International Protection No. 2: "Membership of a Particular Social group" within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees (2002), para 11.

4 UNHCR, Guidelines on International Protection No. 9: Claims to Refugee Status based on Sexual Orientation and/or Gender Identity within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees (2012), para 47. 유엔난민기구의 한국어 번역본에는 gender identity를 '성 정체성'이라고 번역하였는데, 본 보고서에서는 '성별정체성'으로 수정하여 표기한다.

5 대법원 2017. 7. 11. 선고 2016두56080 판결. 다만 지금까지 판단의 기준이 되고 있는 해당 판례는 동성애자 난민의 경우 ① 출신국에서 이미 성적지향이 공개되고 ② 공개된 성적지향으로 인해 출신국에서 구체적인 박해를 받은 경험이 있어야 출신국 귀환 시 박해가능성이 인정될 수 있다는 임의적인 요건을 추가적으로 제시하고 있어 비판의 여지가 존재한다.

국가인권위원회 humanrights.go.kr

2) 심사의 기준에 관한 쟁점

가. 성소수자성 은폐

대한민국 법원을 비롯한 여러 국가의 법원이 성소수자성의 은폐와 관련한 요건을 추가하여 성적지향 및 성별정체성에 근거한 난민신청을 판단하고 있다. 대표적인 판단의 요건은 바로 '과거에 본국에서 신청자의 성소수자성이 드러나(혹은 발각되어) 타인에 의해 인지된 경험의 유무' 및 '본국으로 귀환하여 성소수자성을 은폐하고 살아갈 수 있는 가능성'이다. 이러한 판단은 진정한 성소수자라면 과거 본국에서 성소수자성이 드러나 어떤 방식으로든 박해를 경험했을 것이며, 만약 과거에서 신청자의 성소수자성이 드러나지 않았다면 미래에도 이를 숨기고 박해를 피해 살아갈 수 있지 않겠냐는 논리에 근거한 것으로 보인다.

이와 관련하여 유엔난민기구는 아래와 같은 판단의 기준을 제시하고 있다

> 신청인이 본인의 성적지향 또는 성별정체성을 은폐하거나 조심함으로써 박해를 피할 수 있거나 과거에 그렇게 해왔다 하더라도 이것이 난민지위를 인정하지 않는 정당한 이유가 될 수는 없다. 다양한 국가의 수많은 판례에서 확인할 수 있듯이 박해를 피하기 위해 본인의 정체성, 의견, 성격을 바꾸거나 은폐하지 않았다고 해서 이들의 난민지위를 거부할 수는 없다. 성소수자들은 다른 이들과 마찬가지로 표현과 결사의 자유가 있다. [6]

> 문제는 신청인이 출신국에서 자신의 정체성이 드러나지 않도록 조심함으로써 부정적인 결과를 초래하지 않고 살 수 있는가가 아니다. (중략) 성소수자들이 본인의 성적지향이나 성별정체성을 숨긴다 하더라도 사회적 규범(가령 결혼해서 자녀를 두는 일 등)을 따르지 않음으로 인해 그 사실이 드러나고 그에 따른 피해로부터 완전히 자유롭지 못할 수 있음을 인지하는 것이 중요하다.[7]

국제법률가위원회(International Commission of Jurists, ICJ)[8]는 2016년 발간한 '성적지향 및 성별정체성에 근거한 난민신청: 실무자 가이드'에서 성적지향 및 성별정체성의 은폐와 관련하여 다음과 같이 해석한 바 있다.

---

6 UNHCR, Guidelines on International Protection No. 9, 앞의 글, para 31.

7 UNHCR, 위의 글, para 32.

8 1952년 설립된 이래 현재 전 세계 70여 개국에 지부를 두고 약 60여 명의 판사와 변호사 위원으로 구성되어 각종 인권문제에 대한 법적 해석 및 접근 기준을 제시함으로써 유엔 인권이사회 등 국제기구에 결정적인 영향을 미치고 있는 대표적인 국제 법률가 단체.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

어떤 용어를 차용하든지 간에 핵심은, 은폐는 성적지향이나 성별정체성, 그리고 그 표현과 같은 개인의 정체성의 근본적인 부분에 대한 억압을 요구한다는 점이다. 이러한 상황 속에서 개인이 스스로 성적지향이나 성별정체성을 은폐한다는 것은 자발적으로 완전하고 자유롭게 동의를 얻어 이루어지는 행위라고 할 수 없다. 오히려 전형적으로 은폐는 박해에 상응하는 국가 혹은 비국가 행위자에 의한 신체적 정신적으로 적대적인 상황에 대한 공포에 의한 것이다. **그러므로, 은폐는 강요된 것이다.** 사실 은폐는 박해에 대한 충분한 근거 있는 공포에 상응하는 전형적인 반응이며, 실상 그 자체로서 신청자의 공포가 충분이 근거 있다는 증거라고 할 수 있다.[9]

성적지향에 근거한 난민신청에 있어 성소수자성의 은폐와 관련한 대표적인 두 판례를 차례로 살펴볼 것이다. 먼저 호주 대법원(High Court)은 성적지향에 근거한 난민신청에 대하여 성소수자가 박해를 피하기 위해 귀국 시에도 성소수자성을 은폐할 것을 요구하는 것이 난민협약 상의 보호목적에 부합하지 않는다는 취지의 판결을 하였으며, 영국 대법원은 신청자가 국적국에 돌아가 성소수자임을 숨기고 사는 것이 합리적인 관점에서 볼 때 수인할 수 있다면 박해가능성이 없다는 논리의 기존의 '합리적 수인가능성'을 폐기하고 새로운 판단기준인 'IF and WHY 테스트'를 제시하였다.

호주 대법원

Appellant S395/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs (2003)[10]

사건개요: 1999년 호주에 입국한 방글라데시 국적의 신청자들이 호주의 이민다문화부(Minister for Immigration and Multicultural Affairs)에 동성애자로서의 박해가능성을 주장하며 난민신청을 하였다. 신청이 기각된 후 당사자들은 호주 난민심판소(Refugee Review Tribunal)에 불복신청하였으나 이 역시 기각되자 호주 대법원에 다시 불복신청을 하였고, 호주 대법원은 4:2로 신청자들의 청구를 인용하였다.

9 International Commission of Jurists, Refugee Status Claims Based on Sexual Orientation and Gender Identity: A Practitioner's Guide (2016), 86.

10 Appellant S395/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs [2003] HCA 71

국가인권위원회
humanrights.go.kr

쟁점: 호주 난민심판소는 신청자들이 방글라데시에 있는 동안 동성애를 이유로 심각한 위해를 받은 경험이 없다는 점, 본국에서 조심스럽게 행동했기 때문에 귀국하여 과거와 같이 조심스럽게 행동하리라고 예상하지 않을 이유가 없다는 점을 이유로 신청자들의 신청을 기각하였다. 따라서 호주 대법원에서는 성소수자가 박해를 피하기 위해 귀국 시에도 성소수자성을 은폐할 것을 요구하는 것이 난민협약 상의 보호목적에 부합하는지를 중점적으로 판단하였다.

판단내용: 호주 대법원은 난민협약의 목적은 개인을 협약상의 박해사유로부터 보호하는 것이며, 박해를 받은 자가 국적국안에서 그러한 위해를 피하기 위한 행위를 하여 이를 피할 수 있다하더라도 이는 여전히 협약 상의 보호대상인 박해에 해당한다고 판단하였다. 그런데 호주 난민심판소는 박해를 받는 자가 이를 피하기 위해 특정 행위를 하는 것이 합리적이라는 생각 때문에 만약 당사자가 국적국으로 돌아갈 경우 정말 박해를 받을 가능성이 있는지에 대한 판단을 하지 못했다는 것이다.

> 신청인이 특정 국적국에서 환영받지 못하는 정치적 혹은 종교적 믿음을 가지고 있는 경우, 만약 신청인이 국적국으로 돌아가 관련 믿음을 가진 것에 대하여 관심을 끈다면 그에게 적대적인 상황이 발생할 가능성은 증가한다. 하지만 그렇다고 해서 신청인에게 박해 상황을 피하기 위해 문제되는 그 믿음을 숨기라고 하는 것이 신청인의 난민신청에 대한 답은 아닐 것이다.
>
> 그렇다면 신청인에게 이러한 문제에 대하여 "조심스럽게" 행동하라고 말하는 것 역시 같은 의미를 좀 더 상냥하게 말하는 것에 불과하다. 따라서 박해에 대한 신청인의 두려움이 충분한 근거가 있는지에 대해 판단하기 위해 고려해야 할 것은 바로 그 신청인이 국적국으로 돌아갔을 때 어떤 일이 발생할 것인지이지, 신청인이 적대적인 상황을 야기하지 않고 그 나라에서 살 수 있을지가 아니다. (80)

이러한 논리에 의하여 호주 대법원은, 호주 난민심판소가 해당 사안의 신청자들이 심각한 위해의 위험 때문에 행동에 영향을 받았는지, 그 위해 때문에 조심스럽게 행동한 것은 아닌지, 그렇다면 그 자체가 박해를 구성하는지를 살펴보았어야 하며, 만약 신청자들이 조심스럽게 행동한 것이 방글라데시에서 동성애자로 자유롭게 살아가는 것이 불가능하기 때문이었던 것이었다면 이들을 난민으로 인정했어야 한다고 판단하였다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

영국 대법원

HJ(Iran) and HT(Cameroon) v. Secretary of State for the Home Department (2003)[11]

사건개요: 이란국적의 HJ, 카메룬 국적의 HT는 각각 동성애자로서 본국으로 귀환 시 박해를 받을 것이라 주장하며 영국 내무부(The Secretary of State for Home Department)에 난민 신청을 하였으나 이는 기각되었고, 난민이민심판소(Asylum and Immigration Tribunal)에 이의 신청 하였으나 기각되고 항소법원에 의해서도 기각되었다. 이에 신청자들이 대법원에 상고하였는데, 영국 대법원은 만장일치로 신청자들의 사건을 난민이민심판소에 환송하는 결정을 하였다.

쟁점: 영국 항소법원은 HJ의 난민신청에 대하여, 신청자가 국적국에 돌아가 성소수자임을 숨기고 사는 것이 합리적인 관점에서 볼 때 수인할 수 있다면 박해가능성이 없다는 논리의 '합리적 수인가능성(Reasonable Tolerability) 기준'을 적용하였다. HT의 난민신청에 대해서는 신청자가 국적국으로 돌아가 성적지향을 숨기고 살 것이므로 박해가능성이 없다고 판단하였다. 따라서 대법원에서는 '합리적 수인가능성' 기준과 '성소수자성의 은폐'가 적절한지를 중점적으로 판단하였다.

판단내용: 성소수자성의 은폐와 관련하여 대법원은, 국가는 개인이 어떠한 박해도 받지 않고 누구나 박해의 두려움 없이 공개적으로 자유롭게 살 수 있도록 보호해야 하며, 국적국이 이러한 보호를 제공하지 못한다면 비호국이 이러한 보호를 제공하는 것이 협약의 목적에 부합한다고 판단하였다.

> 협약의 추진 근거는 사람들이 예를 들어 흑인, 이전 독재자의 자손 혹은 동성애자라는 이유로 일정 기간 동안 일정 강도로 해를 입을 수 있다는 두려움 없이 자유롭게 살아야 한다는 것이다. 이와 상반된 다른 설명이 있지 않은 이상, 이는 박해에 대한 공포 없이 당당히 자유롭게 살아야 함을 의미한다. 비호국은 이들을 두려움 없이 당당하게 살 수 있게 하여 고국에서 마땅히 받았어야 할 보호를 대신 제공한다.(53)

11 HJ(Iran) and HT(Cameroon) v. Secretary of State for the Home Department [2003] UKSC 31.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

또한 영국 대법원은 '합리적 수인가능성 기준'은 신청자에게 자신의 정체성을 억누르도록 강요하는 것이므로, 난민협약에 반한다고 보면서, 이후 심사기관이 참고할 수 있는 새로운 심사 기준인 'IF and WHY' 테스트를 제안하였다.[12]

1. 신청인은 동성애자인가? 또는 출신국의 잠재적 박해자에 의해 동성애자로 취급될 것인가?
2. 만약(if) 그렇다면, 신청인이 출신국으로 돌아간다면 어떻게 행동할 것인가?
3. 만약(if) 신청인이 자유롭게 생활하여 박해의 실제적인 위험에 노출될 것이라면, 박해를 받을 충분한 근거 있는 공포가 인정된다. 이는 신청인이 성적지향을 숨기고 살면 위험을 피할 수 있더라도 마찬가지이다.
   만약(if) 반대로 신청인이 성적지향을 숨기고 생활하여 박해를 피할 것이라면, 신청인이 왜(why) 그렇게 행동할 것인지 살펴보아야 한다.
4. 만약(if) 신청인이 성적지향을 숨기고 살기로 결정한 것이 단지 그렇게 살기를 원했기 때문이거나 사회적 압력, 예를 들어 가족이나 친구 때문이라면, 난민신청은 거부되어야 한다. 그러한 사회적 압력은 박해에 해당하지 않기 때문이다.
   만약(if) 반대로 신청인이 성적지향을 숨기고 사는 실질적인 이유가 동성애자로서 자유롭게 살 경우 따르게 될 박해의 공포 때문이라면, 다른 요건이 충족되는 한, 난민신청은 인용되어야 한다. (중략) 성적지향을 숨기고 살면 박해를 피할 수 있다는 이유로 난민신청을 거부한다면, 이는 난민협약이 보호하고자 하는 권리, 즉 동성애자가 박해의 공포 없이 자유롭게 살 수 있는 권리를 무력화하는 것이다.

성소수자성 은폐에 대한 유엔난민기구의 해석, 그리고 관련 대표적 판례들을 종합하여 판단컨대, 특정사회집단의 특성을 이루는 성적지향은 인간 존엄성의 본질적인 부분으로서 이를 은폐하고 살아갈 것을 요구받아서는 안 되며, 더불어 그러한 은폐의 가부나 지속여부는 개인의 의지에 의해 통제되는 것이 아니기 때문에 과거 은폐 경험과 미래 은폐 가부를 기준으로 박해가능성을 판단하는 것은 특정사회집단에 대한 보호를 부정하는 것으로서 난민협약의 보호목적에 부합하지 않는다.

---

12 해당부분은 해당 대법원 판례의 83절을 번역한 것으로서 최계영의 "성소수자의 난민인정요건. 대법원 2017. 7. 11. 선고 2016두56080 판결의 비판적 검토"(행정판례연구 제22권 제2호, 2017)에 실린 번역을 인용하였음.

국가인권위원회 humanrights.go.kr

나. 동성애 금지법

위에서 이미 살펴보았듯, 2020년 12월 기준으로, 동성 간 합의된 성행위에 대하여 전 세계 11개국이 사형을, 27개국이 10년 이상 무기 징역을, 30개국이 8년 이하의 징역을 선고하고 있다.[13] 유엔난민기구는 합의에 의한 동성애 관계를 처벌하는 형사법은 차별적이며 만약 이들이 사형, 징역이나 매질을 포함한 가혹한 태형 등의 박해나 처벌을 받을 가능성이 있다면 이는 더더욱 박해에 해당한다고 명시하고 있다. 실무적으로는, 국가정황정보검색 결과 합의하의 동성애 관계를 처벌하는 법이 존재하지만 실제 해당 법률로 인해 처벌되는 사람의 수가 많지 않을 경우가 문제된다. 이러한 경우와 관련하여 유엔난민기구는 아래와 같이 판단하고 있어 참고할 필요가 있다.

> 동성애 관계를 금지하는 형사법이 일관성 없이 시행되거나 드물게, 혹은 실제로는 전혀 시행되지 않는다고 해도 그러한 형사법의 존재는 레즈비언, 게이, 바이섹슈얼인 사람들에게 박해에 준하는 견딜 수 없는 난관이 될 수 있다. 해당 국가의 상황에 따라 동성애 관계를 금지하는 것은 불관용적이고 억압적인 분위기를 낳고, 동성애 관계로 인해 기소당할 수 있다는 위협을 발생시킬 수 있다.[14]

유럽사법재판소는 출신국에 동성애자를 처벌하는 법이 존재하고 시행되는 경우 이를 성적 지향으로 인한 난민신청 사안에서 어떻게 고려해야 하는지에 대한 판단을 하였다.

유럽사법재판소

X, Y and Z v. Minister voor Immigratie en Asiel (Netherlands), C-199/12 to C-201/12 (2013)[15]

사건개요: 시에라리온 국적의 X, 우간다 국적의 Y, 세네갈 국적의 Z가 네덜란드에 성적

13 전 세계 성적지향 관련 법 지도, ILGA (The International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association), Sexual Orientation Laws in the World (2020. 12.), https://ilga.org/sites/default/files/downloads/ENG_ILGA_World_map_sexual_orientation_laws_dec2020.png (2021. 12. 11. 확인).

14 UNHCR, Guidelines on International Protection No. 9, 앞의 글, para 26-27.

15 X, Y and Z v. Minister voor Immigratie en Asiel(Netherlands), C-199/12 to C-201/12 (2013). 해당 사안에서는 동성애처벌법 이외에도, 동성애자인 외국국적자에게 박해를 피하기 위해 출신국에서 성적지향을 숨길 것은 기대할 수 있는지, 기대할 수 없다면, 동성애자인 외국 국적자에게 성적지향의 표현을 자제할 것을 기대할 수 있는지, 동성애자는 이성애자보다 더 자제해야 하는지 여부 역시 주요 쟁점으로 논의되었다. 이에 대하여 법원은 "난민지위를 심사할 때, 관련 기관은 신청자가 박해의 위험을 피하기 위해 출신국에서 그의 동성애적 성적지향을 숨기거나 그의 성적지향의 표현을 자제할 것을 기대할 수 없다."고 판단하였다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

지향으로 인한 박해를 이유로 난민 신청을 한 사안에서, X와 Y의 난민신청은 법원단계에서 받아 들여졌으나 Z는 패소하였다. 이에 행정청과 Z가 각각 최고행정법원인 국사원(Raad Van State)에 항소하자, 국사원이 유럽사법재판소에 판단을 의뢰하였다.

쟁점: 동성애자인 외국국적자가 난민심사에서의 '특정사회집단' 구성원에 해당하는지와 함께 남성 동성애자를 처벌하는 형법의 존재가 난민신청사안에서 어떻게 고려되어야 하는지가 쟁점이 되었다.

판단내용: 유럽사법재판소는, 남성 동성애자를 대상으로 하는 형법의 존재는 이들이 특정사회집단을 형성하는 것으로서 고려되어야 한다는 사실을 보강하는 것으로서 고려되어야 하며, 동성애적 행위에 대한 범죄화가 그 자체로서 박해를 구성한다고 볼 수는 없지만, 동성애적 행위를 처벌하고 그러한 법제가 출신국에서 실제로 채택되어 적용되는 경우에 구금이라는 수단은 불균형적이고 차별적이며 박해를 구성한다고 보아야 한다고 판단하였다.
이는 동성애를 처벌하는 법의 존재만으로도 성소수자에게는 박해에 준하는 난관이 될 수 있다고 한 유엔난민기구의 입장에는 미치지 못할 수 있으나, 동성애처벌법이 존재하더라도 신청자가 이러한 법의 처벌대상이 된 적이 없으며 (적은 기소율로 인해) 대상이 될 가능성이 없다는 이유로 간단히 그 위험을 부정해 버리는 일부 판례에 비해 전향적인 해석이라 할 수 있다.

3) 심사 방법에 관한 쟁점

가. 증거의 요구

난민 심사의 경우 신청인의 증언이 일차적이며, 때로는 유일한 증거일 때가 많다. 특히 가족이나 지역사회가 '명예'라는 미명 하에 심각한 신체적 폭력이나 살인 협박을 행하고 이에 대하여 국가가 마땅한 보호를 제공하지 못할 경우 이 역시 난민협약 상의 보호대상에 해당하는데, 이처럼 사인(私人)에 의한 박해의 경우 신청자의 증언만이 유일한 증거일 수 있다.

난민신청인이 그의 진술을 입증하고자 성실히 노력했음에도 일부 진술에 관하여서는 이를 뒷받침할 증거가 부족할 수 있다. 난민이 주장 사실 모두를 "입증"한다는 것은 거의 불가능하고, 만약 이를 요구하면 대다수의 난민이 난민으로 인정받을 수 없을 것이다. 따라서, 종종

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

"의심스러운 경우에는 신청인에게 유리하게"의 원칙으로 해석해야 할 필요가 있다.[16]

성적지향 및 성별정체성에 근거한 난민신청의 경우, '박해에 대한 충분한 근거있는 공포' 이외에도 '본인의 성소수자성'에 대한 증거를 요구하는 관행이 존재한다. 한편, 면접만으로도 신청인의 이야기를 뒷받침하기에 충분해야 하며, 신청인에게 지극히 사적인 행위에 대한 기록이나 사진 증거물을 제출하도록 기대하거나 요청해서는 안 된다는 것이 유엔난민기구의 입장이다.[17] 아래 유럽사법재판소의 판결은, 성적지향에 근거한 난민신청 사안에서 신청자의 개별적 상황을 모두 고려해야한다는 전제하에 동성간 성행위에 대한 구체적인 질문을 금지하고, 성행위 동영상 제출을 제한하는 등 심사과정에서 참고해야 할 신빙성 평가원칙을 제시하고 있어 주목할 만하다.

유럽사법재판소

A, B & C v. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie (Netherlands),
C-148/13 to C-150/13 (2014)

사건개요: 각기 다른 국적의 A, B, C 가 네덜란드 법무·치안부 정무장관(State Secretary for Security and Justice, 이하 '정무장관')에게 난민신청을 하였다. A의 경우 1차 신청이 기각되자 2차 신청을 하면서 동성애자임을 입증할 수 있는 테스트를 할 준비가 되어 있으며 이를 입증하기 위해 동성과의 성행위를 할 의향이 있다고 주장하자 정무장관은 '성적지향의 신빙성에 대한 어떠한 심사 없이 오로지 신청자에 의해 선언된 성적지향에만 근거하여 판단을 하는 것은 적절하지 않다'는 취지로 1차 신청을 기각하였다.

B의 경우 정무장관은, 'B의 동성애와 관련된 진술이 모호하고 형식적'이라는 이유로 1차 신청을 기각하였다.

C의 경우 1차 신청에서 성적지향에 대한 주장을 하지 않다가 2차 신청에서 이를 주장하였으며 동성과의 내밀한 행위장면이 담긴 비디오를 제출하였고, 정무장관은 '1차 신청 시 성적지향에 대하여 언급했었어야 한다'는 고려 하에 동성애 관련 그의 진술을 신뢰할 수 없다는 이유로 C의 2차 신청을 기각하였다. 이에 A B C 가 각각의 결정에 대하여 헤이그 지방법원에

16 UNHCR, Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees (1979), para 203.

17 UNHCR, Guidelines on International Protection No. 9, 앞의 글, para 64.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

소를 제기하였으나 기각되어 국사원(Raad Van State)에 항소, 국사원[18]이 유럽사법재판소에 해석을 의뢰하였다.

쟁점: 신청자에 의해 선언된 성적지향의 신빙성을 평가하는 방법에 어떤 제한이 있으며, 그러한 제한이 다른 박해 주장의 신빙성 평가에 적용되는 제한과 다른지가 쟁점이 되었다. 구체적으로는 동성애자 권리 단체에 대한 질문 등 편견에 의한 질문과 그에 대한 답이 당사자 진술의 신빙성 평가의 기준이 될 수 있는지, 성행위와 관련된 질문이나 자료 제출을 요구할 수 있는지, 성소수자 신청자는 반드시 1차 신청 때부터 본인의 성적지향을 밝혀야 신빙성이 인정되는지 여부가 문제된다.

판단내용: 재판소는, 판단 기관의 평가는 개별적 접근이어야 하며, 신청인이 처해 있었거나 처할 수 있는 상황이 박해에 이르는지를 판단하기 위해서는 배경, 성별, 나이와 신청자 개인의 개인적 상황과 정황을 모두 고려해야 한다는 전제 하에 아래와 같이 판단하였다.

1) 성적지향에 근거한 박해를 주장하는 난민신청의 경우, 신청을 위해 제공된 신청자의 진술이나 문서 등 다른 증거가 관련 기관에 의해 오로지 동성애자와 관련된 정형화된 개념에 근거한 질문들에 의해 평가의 대상이 되어서는 안 된다.
2) 유럽연합 지침에 의해, 국내 관련기관은 난민신청자에게 성행위와 관련된 구체적인 질문을 해서는 안 된다.
3) 진술의 신빙성 평가 시, 동성간 성행위 등 동성애를 확인시키기 위한 테스트의 제출, 동성간 성행위의 영상 제작의 제출은 제한되어야 한다.
4) 진술의 신빙성 평가 맥락에서, 1차 신청에서 성적지향을 공개하지 않았다는 이유로 신빙성이 부족하다 판단해서는 안 된다.

동성애자 권리 단체나 그 단체의 구체적인 활동에 대한 질문은 동성애자의 행동에 대한 정형화된 편견에 근거한 것이지 각 난민신청자의 개별적이고 구체적인 상황에 근거한 것이 아니기 때문에, 설사 이러한 질문에 답하지 못했다고 해서 그 신청자의

18 행정사건에 대해 판단하는 최고법원.

진술의 신빙성이 떨어진다고 판단하는 것은 적절하지 않다.

또한, 국가기관이 필요한 경우에 신청자에 의해 선언된 성적지향과 관련한 사실관계나 정황을 판단하기 위해 인터뷰를 수행할 수는 있지만 신청자의 구체적인 성행위에 대한 질문을 하는 것은 유엔헌장에서 보장되는 기본적인 권리를 위반하는 것이다.

마지막으로 심사 과정에서 동성애적 행위를 보여준다거나, 동성애를 입증할 수 있는 테스트를 제출한다거나, 내밀한 행위의 동영상을 제작하여 제출하는 것을 허용하는 것에 대하여, 그러한 증거들이 증거적 가치를 가질 수 없는 것과 별개로 그러한 증거들은 그 자체로 인간존엄성의 침해에 해당한다.

성적지향이나 성별정체성은 개인의 가장 사적이고 내밀한 부분인 성(性)에 대한 것이므로, 다른 박해사유(예를 들어 정치적 의견, 국적, 인종 등)에 비해 객관적인 입증이 어려울 수 있다. 따라서 그러한 객관적인 증거의 존재만으로 난민신청을 인정 혹은 부정하는 것이 아니라 본인의 성적지향, 성별정체성을 깨달은 계기 혹은 시기, 파트너와의 관계 등에 대한 원고의 일관되고 구체적인 진술을 종합적으로 검토하고, 국가정황정보 등을 통해 해당 국가의 성소수자에 대한 처우를 파악하는 것이 필요하다.

나. 전문가 심리 테스트

위 '가. 증거의 요구'에서 본 바와 같이 성적지향 및 성별정체성에 근거한 난민신청의 경우 성소수자성 자체에 대한 증거제출을 요구하는 경우가 존재하며, 같은 맥락에서 관계기관의 요청 하에 혹은 자발적으로 전문가의 심리 테스트 등을 통해 신청인의 성적지향, 성별정체성 입증을 시도하는 경우가 있다.[19]

성확정 관련 수술, 호르몬요법 등 신청자의 진술을 뒷받침하는 의학적 증거자료를 참고할 수는 있지만, 신청인의 성적지향을 의학적으로 '검사'하는 것은 기본권 침해이므로 결코 행해

19 Organization for Refuge, Asylum & Migration (ORAM), Testing Sexual Orientation: A Scientific and Legal Analysis of Plethysmography in Asylum and Refugee Status Proceedings (2011. 12.). 과거 동유럽 특정 국가에서는 성소수자로서 난민신청을 하는 경우 동성이 출연하는 성인물에 대한 반응을 통해 성적지향을 확인하는 방식의 검사에 의무적으로 응해야 했으며, 이를 거절할 경우 난민신청 역시 기각된 관행이 존재하였다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

져서는 안 된다.[20] 유럽사법재판소는 F v. Bevandorlasi es Menekultugyi Hivatal (Hungary) 사안에서 성적지향에 근거한 난민신청에서 심리학자에 의한 성적지향 감정은 부적절하다는 취지의 판결을 내리고 있다.

유럽사법재판소

F v. Bevandorlasi es Menekultugyi Hivatal (Hungary), C-473/16 (2017)

사건개요: 2015년 나이지리아 국적의 F는 성적지향으로 인한 박해를 주장하며 헝가리 이민·시민권 사무소(Office for Immigration and Citizenship)에 난민신청을 하였다. 이에 대해 헝가리 이민·시민권 사무소는 같은 해 10월 심리학자에 의한 전문가 보고서에 근거하여 신빙성이 부족하다는 이유로 F의 난민신청을 거부하고 F를 강제송환할 수 있다는 취지의 결정을 내렸다.
해당 전문가 보고서는 '빗속의 사람 그리기(Draw a Person In the Rain)'라는 성격테스트인 실험 심사를 수반하였으며, 'F의 성적지향을 판단할 수 없다'는 취지로 결론을 내렸다. F가 해당 테스트를 문제 삼자 헝가리 행정노동법원이 유럽사법재판소에 사안을 의뢰하였다.

쟁점: 성소수자 난민신청자 사안에서 법의학 심리학자의 투사적 성격테스트에 근거한 전문가 의견은 배제되지 않는 것인지, 그 의견을 공식화하기 위해 난민신청자의 성적 습관에 대해 질문하지 않아야 하는지, 신청자가 신체검사 대상이 되어서는 안 되는지 여부 등이 쟁점이 되었다.

판단내용: 유럽사법재판소는 아래와 같이 판단하였다.

1) 전문가 보고서를 준비하거나 사용하는 과정에 수반되는 사생활 침해의 중대성을 인식하여야 하며, 그러한 임무를 담당할 적절한 인력이 있어야 한다. 또한 서증이나 다른 종류의 증거에 의해 입증되지 않은 성적지향 관련 신청자의 진술은 일관성이나 개연성이라는 조건을 충족하였을 경우에는 결코 '확인'될 필요가 없다.

20 UNHCR, Guidelines on International Protection No. 9, 앞의 글, para 65.

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

2) 성적지향으로 인한 박해를 이유로 한 난민신청자의 사안에서, 신청자의 진술은 사실관계와 정황을 심사하기 위한 시작점일 뿐이다. 성적지향은 사회에서 다르다고 인식되는 특질로서 입증할 수 있는 것이지만 그러한 특질은 박해 행위자에 의해 전가된 것이므로 실제로 신청자가 그러한 특질을 가지고 있는지는 중요하지 않다. 따라서 성적지향의 신빙성을 항상 사실이나 정황에 대한 평가로서만 판단할 필요는 없다.

물론 신청자에 대한 국제적인 보호의 필요를 판단하기 위해 사실관계나 정황을 평가하는 과정에서 전문가의 보고서를 사용할 수 있고 때로는 그러한 보고서가 유용하고 도움이 될 수 있다. 다만 이는 첫째, 관련 국가 기관이 해당 심사가 신청에 대한 적절한 심사일 수 있도록 책임져야 하며, 둘째, 신청에 대하여 국가정황과 관련된 모든 관련 정보 및 신청자 개인의 지위와 개인적 상황에 대해 제공된 진술과 문서를 모두 고려한 개별적 평가가 포함되어야 한다는 것을 전제로 한다. 그리고 무엇보다 법원이나 심사 기관은 오로지 해당 보고서에 의해서만 성적지향에 대한 신청자의 진술을 평가해서는 안 된다.

> 국제적 보호를 위한 심사 기관이나 기관의 결정에 대해 심사하는 법원은 신청자가 선언한 성적지향과 관련된 사실관계나 정황을 심사하고자 하는 맥락에서 전문가의 보고서를 명할 수 있다. 다만 이는 그러한 보고서를 위한 절차가 유럽연합 기본권 헌장에서 보장하는 기본권과 일치하며, 관련 기관이나 법원이 신청자의 성적지향을 판단함에 있어 그들의 결정을 오로지 전문가의 보고서에만 의존하지 않고, 보고서의 결론에 반드시 구속되지 않는다는 가정 하에 가능하다.

> 성적지향에 근거하여 국제적 보호를 요청하는 난민신청자의 주장의 신빙성을 판단하기 위하여, 해당 사안에서 문제되는 것과 같이 투사 성격 테스트를 근거로 신청자의 성적지향을 표시하기 위한 용도로 심리학자의 전문가 보고서를 사용해서는 안 된다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

2. 외국인 동성 파트너·배우자의 권리

1) 남아프리카 공화국

남아프리카공화국(이하 '남아공'이라 함)에서는 2006년 11월 동성혼이 합법화되었다. 아래 남아공 헌법재판소의 National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister for Home Affairs 사안은, 그 이전인 1999년 남아공 헌법재판소가 이성 외국인 배우자에 대해서만 체류를 허가하는 당시 남아공 이민법 조항에 대한 직접적인 위헌 판단 및 동성 외국인 배우자 보호의 필요성을 상세히 설시한 성소수자 이주민 관련 대표적 판결이다.

남아프리카공화국 헌법재판소

National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister for Home Affairs (1999)[21]

사건개요: 남아프리카공화국(이하 '남아공') 영주권자의 '이성' 외국인배우자에 대해서만 체류를 허가해주는 남아공이민법(Section 25(5) of the Aliens Control Act 96 of 1991) 규정에 의해 체류 취득 혹은 연장이 거부된 남아공 영주권자의 '동성' 외국인배우자인 신청자들이 남아공 내무부를 상대로 처분의 취소를 구한 사안에서, 남아공 고등법원(The High Court)은 해당 이민법이 헌법에 위배되는 소지가 있다고 판단하였다. 신청자들이 남아공 헌법재판소에 해당 결정의 확인을 구하였고, 헌법재판소는 만장일치로 해당 이민법이 영구적인 동성 파트너들에게 '배우자'에게 주어지는 혜택을 주지 않는 것은 성적지향 및 혼인 지위를 이유로 한 차별로서 위헌이라는 판단을 하였다.

쟁점: 해당 사안에서는 남아공 이민법 제25조 5항이 '배우자'로 칭해지는 대상에게 제공하는 혜택을 남아공 영주권자의 동성 파트너에게 제공하지 않는 것이 불공정하고 위헌적으로서 이들을 차별하는 것인지에 대한 해석이 주요 쟁점이 되었다.

21 National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister for Home Affairs, [1999] ZACC 17; 2000 (2) SA 1; 2000 (1) BCLR 39.

판단내용: 헌법재판소는 '동성혼이 인정되어야 하는지'에 대한 판단을 유보한 채, 남아공 이민법 제25조 5항이 '배우자'로 칭해지는 대상에게 제공하는 혜택을 남아공 영주권자의 동성 파트너에게 제공하지 않는 것이 불공정하고 위헌적으로 이들을 차별하는 것인지에 대한 해석에 집중하였다.

헌법재판소는 동성파트너십에 대한 사회적 인정의 정도가 높아졌다 할지라도 여전히 (1999년 당시) 동성혼은 합법적으로 허용되지 않은 상태였으므로, 동성의 파트너들은 혼인이라는 선택지를 가진 이성의 미혼 파트너들과 근본적으로 다른 상황에 있다고 판단하였다.

남아공 헌법 제9조는 국가가 성적지향이나 혼인 지위에 따라 개인을 차별하지 않도록 하고 있다. 해당 이민법 조항을 통해 이민 혜택을 취득하기 위해서는 혼인이 전제인데, 동성 파트너들의 경우 근본적으로 전제를 충족할 수 없어 그 혜택에서 제외되므로, 헌법재판소는 해당 이민법 조항은 불공정하게 성적지향에 대하여 차별적인 조항이라고 할 수 있으므로 위헌이라고 판단하였다.

또한 헌법재판소는 해당 이민법 조항은 '고유한 존엄성' 을 규정하고 있는 남아공 헌법 제10조에 비추어 볼 때, 조항 자체가 동성 커플을 배제함으로써 사회에 '게이와 레즈비언은 존중되고 보호받는 가족과 가족생활을 영위할 고유한 존엄성이 없다'는 메시지를 보내는 것과 다름없다고 판단하였다. 해당 이민법 조항을 동성 커플에게 적용되는 것으로 해석한다고 해도 이것이 현존하는 배우자의 권리를 제한하는 것이 아니며, 혼인의 보호가 동성 파트너의 지속적인 배제를 정당화할 수 없다고 판단하였다.

따라서 헌법재판소는 해당 이민법 조항의 '배우자'라는 문구에 '혹은 영구적 동성 생활동반 관계에 있는 파트너'가 추가되는 것으로 읽혀야 한다고 결정하였다.

> (남아공 국적의) 게이와 레즈비언이 그들의 외국국적의 동성 파트너와 이루고자하는 가족과 가족생활은 '배우자'들이 이루고자 하는 가족과 가족생활과 모든 의미있는 측면에서 같으며, '배우자'들에게 그러한 생활이 중요한 만큼이나 게이와 레즈비언에게도 가족과 가족생활은 중요한 의미를 갖는다.
>
> 친밀한 인간적 관계를 형성하고 유지하는 것은 많은 사람들에게 있어 그들의 자아 이해 및 그들의 성격의 충분한 형성과 표현을 위해 필수적이다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

2) 호주

호주의 경우 2017년 12월 동성혼이 합법화 되었다. 하지만 호주는 그 이전인 1995년부터 "상호의존 비자(interdependency visa)"라는 별도의 비자를 마련하여 호주 시민권자 혹은 영주권자의 동성의 외국국적 파트너에게 호주에 체류할 수 있는 자격을 부여해왔다. 해당 비자는 동성혼이 합법화된 이후 현재까지도 유지되어, 혼인하지 않았으나 지속적 관계를 유지하는 동성 파트너의 체류를 보장하고 있다. 해당 비자를 신청하기 위해서는 양 당사자가 최소 18세여야 하며 호주 시민권자 혹은 영주권자와 12개월 이상 관계를 유지했으며 향후에도 함께 거주하는 등 최소한의 기준을 충족해야 한다.[22]

3) 영국

영국의 경우 2014년 3월 동성혼이 합법화 되었다. 하지만 영국은 그 이전인 1997년부터 완전한 동성혼 합법화가 이루어지기까지 점진적으로 동성 커플에 대한 보호를 확대하여 왔고, 이 과정에서 영국국적자의 외국 국적 동성 파트너에 대한 보호도 점진적으로 확대된 과정이 존재한다.

먼저 1997년 영국 이민부(Minister of Immigration of the United Kingdom)는 '미혼파트너를 위한 이민규정 외의 양해(Concession Outside the Immigration Rules for Unmarried Partners)'를 발표하며 영국 국적자의 혼인하지 않은 이성 외국인 파트너에 대하여 이민권을 부여하였다. 이때 법조문 상으로는 동성 파트너에 대한 언급이 부재함에도 불구하고 영국 이민부는 영국 국적자의 동성 외국인 파트너에게도 제한적으로 이민권을 부여하기 시작하였다. 이후 2004년에 이르러서는 '시민동반자법(Civil Partnership Act)'이 제정되어 영국 국적자의 파트너는 성별에 관계없이 동일한 조건으로 영국 이민권을 제공받게 되었다. 이와 같은 법제도의 마련으로, 동성혼이 합법화되기 전에 이미 동성 커플에 대한 법적 보호의 단초가 마련되었다. 해당 법들 중 관련 부분은 아래와 같다.

---

22 호주비자안내사이트, https://workpermit.com/immigration/australia/interdependent-partner-visa (2021. 9. 24. 확인)

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

영국, 미혼파트너를 위한 이민규정 외의 양해, 1997[23]

1. 영국에 거주하고 정착했거나 혹은 정착이 승인된 사람의 미혼파트너로서 정착하기 위해 영국에 입국하는 경우 충족해야 하는 요건
   (i) 당사자가 영국에 거주하고 정착했거나 혹은 정착이 승인된 사람의 미혼파트너여야 하고,
   (ii) 파트너 중 한 사람의 이전 결혼이(또는 유사한 관계가) 청산된 상태여야 하고,
   (iii) 당사자가 영국법에 따라 법적으로 결혼할 수 없는 경우(혈연 관계 또는 연령을 이유로 한 경우 제외)에 해당하여야 하며,
   (iv) 당사자가 4년 이상 지속된 혼인과 유사한 관계로 동거하고 있는 경우여야 하며,
   (v) 당사자나 그 피부양자가 그들이 소유하거나 독점적으로 점유하는 장소에서 공적 자금에 의존하지 않고 적절하게 숙박할 수 있어야 하며,
   (vi) 당사자는 공적 자금에 의존하지 않고 자신과 피부양자의 생활을 적절하게 유지할 수 있어야 하며,
   (vii) 당사자가 영구적으로 동거할 의사가 있어야 하며,
   (viii) 당사자는 이 자격으로 입국하기 위한 어떠한 제한도 없어야 한다.

4) 캐나다

캐나다의 경우 2005년, 세계에서 4번째로 동성혼을 합법화하여 일찌감치 동성 커플에 대한 보호를 법제화하였다. 그리고 캐나다 국적자의 외국국적의 동성 파트너와의 관계는 동성혼이 합법화되기 전인 2002년에 이미 현재 적용되는 형태의 법제화가 완료되어 보호되어 왔다.

먼저 2001년 2월, 자신이 살던 곳을 떠나 박해를 받거나 위험에 처한 난민을 보호하는 법안인 C-11 법안이 제정되었다.[24] 이민의 절차, 예외, 행정적 세부 사항에 대한 원칙과 구성요소를 규정하여 현 캐나다 이민법(Immigration and Refugee Protection Act, IRPA, 이하 '캐나다

23 Concession Outside the Immigration Rules for Unmarried Partners, Minister of Immigration of the United Kingdom, 13 October 1997.

24 An Act Respecting Immigration to Canada and the Granting of Refugee Protection to Persons Who are Displaced, Persecuted or in Danger, 37th Parl., 2001 (as passed by the House of Commons 13 June 2001) [Bill C-11].

국가인권위원회
humanrights.go.kr

이민법')의 초석을 마련한 C-11 법안은 "캐나다 국적자 혹은 영주권자는 가족 관계인 외국 국적 사람을 후원할 수 있다"고 규정하여 가족결합권을 보장하였다. 이때 '가족'이란 배우자, 사실혼 배우자, 자녀, 부모 등 다른 가족 구성원을 의미하며, 동성 커플은 사실혼 배우자로서 가족 결합을 할 수 있게 되었다.

잇따른 2001년 법안은 사실혼 배우자가 가족 구성원으로 지원을 받을 수 있는 조항을 도입하며, "사실혼 배우자"(common-law partner)를 사실상 혼인관계로 함께 거주하며 최소 1년 이상 동거한 개인으로 정의했다. 동거 요건의 유일한 예외는 박해나 어떠한 형태의 형사상의 이유로 함께 살 수 없는 커플을 위한 것이었다. 하지만 C-11 법안이나 2001년 법안 모두 동성 파트너가 사실혼 배우자에 포함된다고 명시하지 않았고, 또한 이민의 맥락에서 다른 국적의 동성 커플은 보통 본국에서의 박해와 형사상 통제뿐 아니라 문화, 사회, 경제, 종교 및 다른 요인으로 인해 함께 살 수 없는 경우가 많다는 점을 간과하였다는 비판을 받았다. 1년 동거 요건을 충족하기 어려운 커플이 많아 인도적 사유가 관습으로 남을 것이라는 우려도 제기됐다.

결국 2002년, 동성 커플을 포함할 뿐 아니라 동성 커플이 함께 살 수 없는 국가의 상황을 고려한 2002년 규정이 새롭게 마련되었다. 동거 규정에 대한 우려를 해소하기 위해 '사실혼 배우자' 범주 외에 "동반파트너"(conjugal partner)라는 범주를 규정에 추가하여, 통제불능한 상황으로 인해 1년 동거 요건을 충족할 수 없는 동성 커플이 파트너를 초청할 수 있게 했다. 이후 2002년 6월 현 캐나다이민법이 발표되었다. 현 캐나다 이민법규정은 캐나다에 이민하거나 캐나다 영주권 획득을 위해 후원자(Sponsor)를 둘 수 있는 개인의 범주를 확대했다.

새로운 이민법은 성소수자에 대한 캐나다 정책의 큰 변화를 상징한다. 성소수자는 이민법의 가족 결합 조항에 의해 공식적으로 자신의 파트너를 후원할 수 있게 되었으며, 동성 파트너와 결합하는 절차는 더욱 체계화되었다.

5) 이스라엘

이스라엘은 2021년 현재 동성혼을 합법화하지 않은 나라이다. 그럼에도 불구하고 2000년 이스라엘 내무부는 유대인과 그의 외국국적의 동성의 파트너의 이민을 인정하기로 하였는데, 그들의 관계가 진실하며 함께 가정을 꾸리고 있다는 점을 입증하게 되면 외국국적자는 1년 취업 허가를 받아 입국하고, 1년 후 재심사를 거쳐 임시체류자격을 취득할 수 있으며, 변동사항이 없는 경우 매년 갱신되어 7년 후에 영주권자가 될 수 있도록 하였다.

이후 2014년 이스라엘 내무부는 이스라엘 귀환법(the Law of Return, 5710-1950)을 수정하여

국가인권위원회
humanrights.go.kr

귀환법에 의해 이스라엘로 입국할 수 있는 자격을 가진 유대인의 비유대인 배우자에 대하여 유대인 배우자와 같은 이민 관련 권리를 제공하도록 하면서, 이러한 권리는 이스라엘로 입국하는 유대인의 동성 배우자에 대하여도 똑같이 적용될 것이라고 발표하였다. 이어서 2017년에는 정부는 이스라엘 국적자와 해외에서 결혼한 동성 배우자의 귀화절차를 이성 배우자의 귀화절차와 일치시키는 조치를 취하기도 하였다.[25]

이는 이스라엘이 국내에서 동성혼을 합법화하고 있지 않은 반면, 동성혼이 합법인 해외 국가에서 이루어진 동성혼은 인정하고 있고 국내 성소수자에 대한 인식이 다소 개선되어 사회적 분위기가 변화하는 과정에서 일어난 일련의 변화로, 특히 현재 동성혼이 합법화되지 않은 한국이 참고할 수 있는 사례일 것이다.

III. 요약과 함의

극우화되는 정치사회적 분위기, 코로나 19 감염병 예방을 위한 봉쇄 등의 조치로 집안에 머무르는 시간이 늘어남에 따라 가족이 가하는 폭력에 노출되기 쉬운 분위기 등으로 인하여 성소수자들은 더 나은, 더 안전한 환경을 찾아 계속해서 국경을 넘고 있다.

성소수자 난민, 성소수자 이주민이 타국에서 살아가기 위해서는 무엇보다 '안정적인 체류'가 전제가 되어야 교육, 취업, 의료, 주거 등 생애주기에 따른 다양한 필요를 논의할 수 있다. 유엔 인종차별철폐위원회는 각 국가는 참정권과 같은 특수한 경우를 제외하고는 외국인이 국민과의 관계에서 평등하게 시민적, 정치적, 경제적, 문화적, 사회적 권리를 향유할 권리를 국제법이 인정하는 범위까지 보장하여야 할 의무가 있다고 선언하고 있다.[26] 본 연구에서는 앞서 각 영역에서 살펴 본 성소수자의 권리 일반이 이주민, 난민 성소수자에 대하여도 동일

---

25 Israel Library of Congress, Israel: Naturalization Procedures for Gay and Non-Gay Partners to Be Harmonized, https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2016-12-09/israel-naturalization-procedures-for-gay-and-non-gay-partners-to-be-harmonized/ (2021. 9. 24. 확인).
이스라엘 국적자가 동성혼이 허용되는 외국국가에서 동성의 외국인과 결혼을 한 경우 이스라엘에서 해당 결혼을 인정하기는 하지만, 그 외국국적자가 이스라엘 국적으로 귀화를 원하는 경우 이성의 외국국적 파트너(4년)에 비해 상대적으로 긴 시간의 대기기간(7년)이 요건이었다. 따라서 이스라엘의 시민단체인 Israeli Gay Fathers Association (GFA)는 국가가 해외에서 외국인과 결혼하는 게이 이스라엘인의 귀화와 관련하여 차별적 대우를 적용했다는 이유로 이스라엘 항소법원the High Court of Justice)에 청원을 제기하였다. 해당 발표는 이러한 청원에 대한 정부 측의 조치로서 이행되었다.

26 UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD), CERD General Recommendation XXX on Discrimination Against Non Citizens, 1 October 2002, para 3

국가인권위원회 humanrights.go.kr

하게 적용되어야 한다는 전제 하에, 최소한이자 근본적인 조건인 난민과 이주민의 체류와 관련하여 별도로 논의를 한 것이다.

우리나라의 경우 1994년 유엔 1951 난민의 지위에 관한 협약에 가입하고 2013년 난민법을 시행한 이래 지금까지 71,042건의 난민신청에 대하여 심사를 하였다.[27] 이 중 성소수자로서 난민신청을 한 자들에 대한 법무부 심사례 및 법원의 판례가 축적되고 있으나 우리 대법원은 성적지향 및 성별정체성에 근거한 난민신청에 대하여 '특정사회집단의 구성원'으로서의 난민신청으로 인정하면서도 동시에 '① 출신국에서 이미 성적지향이 공개되고 ② 공개된 성적지향으로 인해 출신국에서 구체적인 박해를 받은 경험이 있어야 출신국 귀환 시 박해가능성이 인정될 수 있다'는 취지의 추가적인 요건을 제시하고 있다.[28]

'그 나라가 동성애자를 박해한다는 객관적 정황이 있다하더라도 동성애적 성적지향을 가지고 있는 당사자가 과거에 이를 공개하지 않아 박해를 받은 경험이 없다면, 본국으로 귀환하더라도 박해의 대상이 될 가능성이 없다'는 취지의 이러한 대법원의 판단 기준은 사실상 성적지향이 개인의 정체성의 핵심을 구성하는 특성이라는 점을 인정하면서도 난민신청자에게 박해를 피하기 위해 그 특성을 은폐하고 살아갈 것을 종용하는 것이므로 그 자체로 모순될 뿐만 아니라, 과거 박해 여부와 무관하게 결정 당시에 출신국에서 박해를 받을 수 있는 위험이 있는 이들을 보호하는 난민협약의 취지에 위배된다.

그럼에도 해당 판례가 성소수자 난민과 관련하여 대법원에 의해 제시된 유일한 판단 기준이다 보니 최근까지도 하위 법원 및 한국에서 1차 난민심사를 담당하는 법무부에 의해 인용, 참고, 정립되고 있다. 이외에도 심사기관들은 동성애 등의 성소수자성에 대한 몰이해에 기반하여 성소수자성의 은폐, 성소수자성의 입증 등의 쟁점에 대한 국제적인 해석기준에 어긋나

---

27 난민인권센터, [통계] 국내 난민현황 (2020. 12. 31. 기준), https://nancen.org/2166?category=118980 (2021. 11. 26. 확인).

28 대법원 2017. 7. 11. 선고 2016두56080 판결.

> 동성애라는 성적지향이 난민신청자의 출신국 사회의 도덕 규범이나 법규범에 어긋나 그것이 외부로 드러날 경우 그로 인해 박해에 노출되기 쉬우며, 이에 대해 출신국 정부에서 보호를 거부하거나 보호가 불가능한 경우에는 특정 사회집단에 해당한다고 볼수 있다.
> …중략…
> 동성애자들이 난민으로 인정받기 위해서는, 출신국에서 이미 자신의 성적지향이 공개되고 그로 인하여 출신국에서 구체적인 박해를 받아 대한민국에 입국한 사람으로서 출신국으로 돌아갈 경우 그 사회의특정 세력이나 정부 등으로부터 박해를 받을 우려가 있다는 충분한 근거 있는 공포를 가진 사람에 해당하여야 하고, 박해를 받을 '충분한 근거 있는 공포'가 있음은 난민 인정 신청을 하는 외국인이 증명하여야 한다.
> …중략…
> 원심이 인정한 xx국의 객관적 정황에 의하면 동성애자라는 것이 외부에 알려지면 처벌받을 가능성이 있는데, 원고의 진술 자체에 의하더라도 원고가 자신의 성적지향을 외부에 공개하지 않았고 동성애 활동을 적극적으로 하지 않았다는 것이고, xx국에서 2011. 경 동성 간 교제관계를 끝냈고 그 후 2014. 대한민국에 입국할 때까지 약 2년 6개월의 기간 동안 동성애 교제를 하거나 동성애 관련 활동을 하지 않았으며 동성애로 인한 구체적인 박해를 받은 사실이 없다는 것이므로, 원고가 단순히 동성애라는 성적지향을 가지고 있다는 이유만으로 xx국 정부나 xx당 등의 주목을 받아 박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포를 가지고 있다고 판단하기 어렵다.

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

는 판단을 지속적으로 내리고 있다.

한국에서 문제되는 쟁점들과 관련하여 이상 살펴본 해외의 판례, 연구결과를 요약하자면, '성소수자성의 은폐'와 관련하여 유엔난민기구, 국제법률가위원회 등 국제기관들은 '과거에 신청인이 본인의 성적지향 혹은 성별정체성을 은폐하였다는 것은 오히려 해당 국가의 성소수자에 대한 박해가능성을 반증하는 것'이며, '성적지향, 성별정체성이란 인간의 존엄에 근본적인 요소로서 이를 표현하는 것을 포기하도록 강요되어서는 안된다'는 취지로 판단하고 있다.

대표적으로 호주 대법원은 '박해상황을 피하기 위해 성적지향 등을 숨기고 조심스럽게 살아갈 수 있는가'가 심사의 대상이 되어서는 안되며 '신청자가 성적지향을 은폐할 수밖에 없었던 사유, 은폐가 가지는 의미 등을 구체적으로 고려하여 박해가능성을 따져야 한다'는 취지의 판단을 하고 있다.

또한 난민심사 절차상 성소수자 난민의 경우 개인의 내밀한 부분인 '성소수자성'에 대한 입증이 요구되는 것과 관련하여 유럽사법재판소는 각기 다른 두개의 사안에서 '성소수자와 관련한 정형화된 편견에 근거한 질문들(특히 성행위와 관련된 질문)을 피해야 하며, 성소수자의 박해와 관련한 사실관계를 파악하기 위해 전문가의 도움을 받을 수는 있으나 그것이 성소수자의 성적지향, 성별정체성을 감별하는 기준이 될 수 없음'을 분명히 하였다.

성소수자 이주민의 경우 현재 한국에는 이성간의 법률혼 혹은 사실혼으로서의 결합 이외에 동성혼 및 동성파트너십 등 다른 형태의 파트너십을 보호하는 제도적 장치가 거의 없는 상황이다. 예외적으로 동성혼이 합법인 국가에서 결혼을 한 외국인이 외국 공관원으로 주재할 경우, 외교공관에 주재하는 외교(A-1), 공무(A-2) 및 협정(A-3) 사증 해당자의 동성 배우자는 1년 이하의 방문동거(F-1, 그 중에서도 외교동거 F-1-3)의 체류자격을 부여받고 있다. 하지만 그외 다른 체류자격의 경우에는 별도 규정이 없어 동성 파트너의 체류가 보장받지 못하는 상황이다.[29]

이러한 상황에서 한국 국적자와 삶을 함께 하고 있는 외국 국적의 동성 배우자는 한국 국적자와 결혼한 이성 결혼이민자에게 부여되는 체류, 취업 등의 혜택의 대상이 아니기 때문에, 외국 국적의 동성 배우자가 애초에 한국에 입국하기 위해 부여받은 비자 등이 만료되는 경우 당장 체류의 문제에 직면하게 된다.

외국 국적의 동성 배우자에게 주어지는 이민 혜택과 관련하여 이상 살펴본 주요 사례들은 각 나라가 동성혼을 합법화하기 전에, 혹은 아직도 합법화되지 않은 상황에서 외국 국적의

29 민지원, "'가족'사증제도와 가족(재)결합에 관한 연구", 이민정책연구원 (2019), 54.

국가인권위원회
humanrights.go.kr KOR

동성 파트너에게 체류를 보장할 수 있는 제도적 장치를 마련한 사례들이므로 현재 동성혼이 합법화되지 않은 한국의 경우 이러한 사례들을 주목할 필요가 있다.

남아공의 경우 동성혼이 합법화되기 전인 1999년, 헌법재판소가 '성소수자 역시 존중되고 보호받는 가족과 가족생활을 영위할 고유한 존엄성이 있다'는 전제 하에, 이성 외국인 배우자에 대해서만 체류를 허가하는 당시 남아공 이민법 조항은 동성 외국인 배우자를 배제하고 있으므로, 성적지향 및 혼인지위에 따른 차별을 금지하고 개개인의 고유한 존엄성을 보장할 것을 규정하는 남아공 헌법에 반한다는 판결을 하였다.

호주의 경우 동성혼 합법화 이전부터 동성의 외국국적 파트너에게 체류자격을 부여하는 별도의 비자를 마련하여 체류를 보장해왔으며, 영국의 경우에도 동성혼 합법화 이전에 이미 미혼의 외국 국적 파트너에게 체류를 보장하는 정책을 마련하여 동성 파트너에게도 이를 적용하였으며, 또한 '시민동반자법'이라는 별도의 법을 제정하여 동성 커플에 대한 법적 보호를 제공하였다.

현재도 동성혼을 법적으로 인정하고 있지 않은 이스라엘의 경우 외국국적의 동성 파트너의 체류를 인정할 수 있는 제도가 존재했다. 또한 동성혼 합법화의 세계적 흐름에 맞추어 동성혼이 합법인 국가에서 이루어진 동성혼 관계는 최대한 인정한다는 원칙하에 외국국적의 동성 파트너에 대한 체류 및 귀화절차에서의 평등을 보장하기 위한 정책을 마련하고 있다.

이처럼 세계 각국은 국내에서 동성혼이 합법화되기 이전에 이미 해당 관계를 입증할 수 있는 요건들이 충족되는 경우에는 외국국적의 동성 파트너에 대해 동반자로서 체류할 수 있는 길을 마련해 놓았으며, '이성간의 혼인' 이외에 다양한 파트너십을 논의하는 과정에서 국내 동성 커플을 보호하는 틀을 외국 국적자에 대한 보호까지 확대하는 양상을 보이고 있다.

2019년 국가인권위원회는 한국 국적의 남성과 영국 국적의 남성이 동성혼이 합법인 국가에서 결혼한 뒤 한국에서 결혼이민비자(F-6)를 거부당하여 제기한 진정 사안에 대해 '민법의 혼인의 성립 및 부부의 정의에 대한 사법적 해석의 변경 및 사회적 합의가 필요'하다는 이유로 각하 결정을 내린 바 있다. 그러면서도 국가인권위원회가 동성혼에 대한 사회적 합의 및 정책적 검토를 제안하였다는 점에서 의미 있으나, 동성혼을 합법화하는 나라가 늘어나면서 결혼이민자로 인정받지 못하고 차별을 겪는 성소수자 이주민 역시 늘어날 것임을 감안하였을 때 아쉬운 결정이다.

국가인권위원회는 2019년 '제2차 이주 인권 가이드라인'을 발표하여 정부 각 부처가 국내에서 인종차별을 금지하고 이주민이 평등하게 존중받을 권리 및 공정하고 우호적인 조건에서 노동할 권리를 보장받도록 관련 정책을 수립하고 시행할 것을 권고한 바 있다. 하지만 이 논의 속 외국인이 타국에서 갖는 본질적인 소수자성 이외에도 성적지향 및 성별정체성으로

국가인권위원회
humanrights.go.kr

인한 이중의 소수자성을 가진 성소수자 난민, 성소수자 이주민과 관련된 논의는 부재하다. 이들의 존재를 인식하는 것부터 시작하여, 이들에 대한 특별한 보호의 필요성을 논의해야 할 때이다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

참고문헌

- 민지원, "'가족'사증제도와 가족(재)결합에 관한 연구", 이민정책연구원 (2019).
- 최계영, "성소수자의 난민인정요건. 대법원 2017. 7. 11. 선고 2016두56080 판결의 비판적 검토", 행정판례연구 제22권 제2호 (2017).
- International Commission of Jurists, Refugee Status Claims Based on Sexual Orientation and Gender Identity: A Practitioner's Guide (2016).
- International Organization for Migration (IOM), World Migration Report 2022 (2021).
- ORAM, Testing Sexual Orientation: A Scientific and Legal Analysis of Plethysmography in Asylum and Refugee Status Proceedings (2011. 12.).
- UNHCR, Guidelines on International Protection No. 9: Claims to Refugee Status based on Sexual Orientation and/or Gender Identity within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees (2012).
- UNHCR, Guidelines on International Protection No. 2: "Membership of a Particular Social group" within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees (2002).
- UNHCR, Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees (1979).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

14

종교의 자유와 성소수자 차별금지

국가인권위원회
humanrights.go.kr

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

I. 개관

1. 차별금지법에 대한 종교면제 주장의 제기

본 보고서 제3장 및 제4장에서 설명한 바와 같이 2021년 현재 주요 국가마다 성소수자가 고용이나 일반 대중에 대한 재화와 용역의 공급 등에서 정당한 이유 없이 불리한 차등대우를 받지 않도록 하는 법적 근거를 갖추고 있다. 미국에서는 수정헌법 제14조 및 민권법상 성차별 금지 조항이 성적지향 및 성별정체성에 따른 차별에도 적용된다는 판례에 의해,[1] EU(European Union, 유럽연합)에서는 유럽인권협약 제14조와 고용평등지침을 위시한 EU법 및 유럽사법재판소와 유럽인권재판소의 판례에 따라 성적지향 및 성별정체성에 근거해 차별받지 않을 권리가 보호된다. 모든 EU 회원국이 국내 차별금지법에 성적지향 및 성별정체성을 차별금지사유로 명시한 것은 아니나,[2] EU 회원국의 국내 법원은 EU법에 합치하도록 국내법을 해석하고, 그럴 수 없는 경우 국내법을 적용하지 않을 의무를 지므로 EU 모든 회원국이 성소수자에 대한 차별금지의무를 진다고 볼 수 있다.[3] 영미권 및 커먼웰스 국가에서도 성소수자를 보호하는 차별금지법제를 갖추고 있다. 미국에서는 수정헌법 14조 및 민권법 등에 명시된 차별금지사유인 '성별'에 대한 법원의 확립된 해석으로 성소수자가 고용, 교육, 재화와 서비스 공급 등에서 차별받지 않을 법적 권리가 인정된다. (이러한 성문법 및 불문법을 통칭하여 이하 "성소수자 차별금지법제"라고 함.)

각국에서는 성소수자 차별금지법제의 도입 단계에서부터 종교적 교리를 이유로 한 반대운동이 공통적으로 나타났다. 성소수자 차별금지법제가 법률로서의 지위를 획득하기 이전에는, 보수적 종교세력이 가족 등 전통적 가치, 주류의 가치를 수호를 주장하는 양상이 주를 이루었다.

그러나 성소수자의 차별받지 않을 권리가 국제인권법과 국내법에서 공히 법적 권위를 확립한 2021년 현재에 이르러서는, 오히려 보수적 종교세력은 이전에 사회적 소수자가 주장하

---

1 연방법인 민권법(Civil Rights Act)에 따른 성차별 금지 조항이 성적지향 및 성별정체성에 따른 차별에 대해서도 적용된다는 판례에 대해서는 Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc. 판례, Price Waterhouse v. Hopkins 판례, Bostock v. Clayton County 판례 참조. 주법으로는 현재 고용에 대해서는 23개주와 워싱턴 D.C.에서, 재화 및 서비스 제공에 대해서는 21개주와 워싱턴 D.C에서 명시적으로 성적지향 및 성별정체성을 차별금지사유로 명시하고 있음. (https://www.lgbtmap.org/equality-maps/non_discrimination_laws/public-accommodations)

2 구체적 현황에 대해서는 European Commission, "A comparative analysis of non-discrimination law in Europe 2020" (2021), 30-31. 참조.

3 유럽사법재판소 Vera Egenberger v Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung 판례 참조.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

던 법리를 전용하고 있다. 국가가 성소수자 차별금지법제를 집행함으로써 개인의 표현의 자유 및 종교의 자유를 침해한다는 것이다. 그러므로 종교 법인 등에 차별금지의무의 예외를 인정하여야 한다고 주장한다(religious exemption, 이하 '종교면제'라 함). '공공기관이나 민간기업에 종사하는 개인이 종교적 믿음에 반하는 직무를 거부할 수 있어야 한다', 즉 고용주의 합리적 편의제공(reasonable accommodation)이 이루어져야 한다는 주장 역시 동일한 맥락이다.

이러한 항변의 구조는 이민자, 장애인 등 사회적 소수자(minority)가 주장해 오던 법리를 교회가 전용한 것이다. 일반적으로 적용되는 정책으로부터 예외를 인정하는 "종교면제"는 국가 및 사인(私人)으로부터 인구학적으로 소수집단인 종교인의 권리를 보호하기 위해 논의되기 시작하였다. 서유럽 국가에서 일하는 이슬람교도 이주민 보호 필요성이 그 예이다. 또한 "합리적 편의제공"은 대중에게 제공되는 재화 및 서비스(public accommodation)에 대한 장애인의 동등한 접근권을 보장하기 위해 입법된 제도이다.[4]

종전에 차별금지원칙을 강화하기 위한 목적으로 구성된 법리를, 서구 사회에서 주류(majority)의 전통을 수호해 온 개신교 또는 가톨릭 교인이 차별금지법을 회피하는 법리로 전용한 것이다.[5] 국가인권기구 또는 사법부가 종교면제 항변을 심사할 때는 이 같은 맥락에 유의할 필요가 있다.

이러한 전용의 정당성에 대한 비판이 있음에도 불구하고 종교면제 항변은 미국 등에서 단순히 일부 극우 교인의 주장을 넘어 정치적 논쟁의 장으로 옮겨 가고 있다. 이러한 논의에 대하여 법원과 법률이 어떻게 대응하는지 살필 필요가 있다. 현재 대한민국에서는 차별금지법안이 국회에 발의되어 있고, 이에 대한 반대세력의 정치적 활동 역시 가시화되어 있다. 사법부와 국가인권위원회는 향후 발생하는 분쟁 사례에 대응할 때에 이 같은 분쟁을 먼저 겪어 온 해외 국가들의 사례를 참고할 수 있을 것이다.

본 장에서는 성소수자 차별금지법을 전복하기 위해 종교적 자유를 이유로 드는 분쟁 사례가 다수 축적된 미국과 유럽을 중심으로 논의한다. 미국과 EU를 중심으로 하는 이유는 (1) 2021년 12월 현재 성소수자 차별금지법제가 성문법 또는 불문법을 통해 확립되어 있는 동시에 (2) 역사적으로 개신교 또는 가톨릭 교회가 중요한 지위를 점해 왔다는 특성이 있어 관련 사례가 다수 축적되었기 때문이다.

이 같은 분쟁은 현재진행형인 만큼, 각국 국내 법원의 판례들이 서로 충돌하는 듯한 외관

---

4 예컨대 유럽연합 고용평등지침 제5조.

5 종교면제 항변에 대한 분석은 다음을 참조함. Douglas NeJaime and Reva B. Siegl, "Religious Accommodation, and Its Limits, in a Pluralist Society"; William N. Eskridge Jr, Robin Fretwell Wilson, Religious Freedom, LGBT Rights and the Prospects for Common Ground, Cambridge University Press (2019).

KOR 국가인권위원회 humanrights.go.kr

이 나타나 독자에게 일견 혼란을 초래할 수 있다. 따라서 국제인권법에 따른 국가의 인권보호의무에 근거할 때 어떤 판단기준이 적용됨이 적절한지도 함께 살핀다.

2. 차별금지원칙과 종교의 자유 충돌의 심사 기준: 국제인권법

종교면제 항변의 요지는 국가가 차별금지법을 통해 자신이 죄(sin)에 해당한다고 믿는 행위를 공모(complicit)하라고 강요함으로써(공모항변, complicity claim) 국제인권법과 각 국가의 법률이 보호하는 표현의 자유(freedom of expression), 종교적 자유(religious liberty), 양심의 자유(freedom of conscience) 등을 침해하였다는 것이다. 이는 국제인권법을 기준으로 하면 유엔 자유권규약 제18조 제1항 및 제3항이 보장하는 종교적 신념을 표현할 자유(right to manifest religious belief)를 인용하는 것이다.[6]

그런데 자유권규약 제18조 제3항의 권리는 국가가 일정 요건 아래 제한할 수 있다. 자유권규약 제18조 제1항의 권리(종교적 신념을 가질 권리)는 내적 신념에 관한 권리이므로 국제인권법에서 특별한 보호를 받지만, 제18조 제3항의 권리(종교적 신념을 표현할 자유)는 구체적 행위(conduct)로 인한 제3자에 대한 침해를 야기할 수 있어 타인의 권리와 충돌할 경우 제약이 불가피하다.

성소수자 차별 사례의 경우, 성소수자에 대한 차등대우는 그 자체로 제18조 제1항이 아닌 제3항의 표현(manifest) 행위라는 데에 거의 이견이 없다. 따라서 **차별금지법제가 정당한 목적(legitimate aim)을 갖고 비례성 요건(proportionality test)을 만족하는 이상 종교의 자유를 일정 부분 제한하는 것은 국제인권법상 허용되는 제한에 속한다.**

성소수자 차별금지법제가 정당한 목적을 가진 국가작용이라는 점이 부인되기는 어렵다. 주지하다시피, 성소수자 차별금지법제의 목적은 성소수자의 차별받지 않을 권리(평등권) 및 법 앞의 평등에 대한 권리를 보호하는 데 있다. 이는 국제인권협약에 의해 보호되는 기본적

---

6 제18조

1. 모든 사람은 사상, 양심 및 종교의 자유에 대한 권리를 가진다. 이러한 권리는 스스로 선택하는 종교나 신념을 가지거나 받아들일 자유와 단독으로 또는 다른 사람과 공동으로, 공적 또는 사적으로 예배, 의식, 행사 및 선교에 의하여 그의 종교나 신념을 표명하는 자유를 포함한다.
2. 어느 누구도 스스로 선택하는 종교나 신념을 가지거나 받아들일 자유를 침해하게 될 강제를 받지 아니한다.
3. 자신의 종교나 신념을 표명하는 자유는, 법률에 규정되고 공공의 안전, 질서, 공중보건, 도덕 또는 타인의 기본적 권리 및 자유를 보호하기 위하여 필요한 경우에만 제한받을 수 있다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr KOR

권리이며[7] 국가는 이를 사적 주체의 침해로부터 보장할 적극적 의무를 진다.[8]

성소수자 차별금지법제의 목적과 종교의 자유 제한 사이의 비례성 심사에서는, 평등에 대한 국가의 의무 이행이라는 성소수자 차별금지법제의 목적이 중대한 공익임을 형량할 필요가 있다. 국제인권메커니즘은 소외받아 온 사회적 소수자(disadvantaged and marginalized groups and individuals)의 시민적, 정치적, 경제적, 사회적, 문화적 권리를 보장할 의무를 국가의 핵심적 의무로 강조해 왔다.

예컨대 유엔 사회권위원회는 일반논평 제18호에서 "고용에 대한 접근권 보장, 특히 소외된 개인과 집단에 존엄한 삶을 살 수 있도록 하는 것"은 규약에 따른 국가의 핵심 의무(core obligation)라고 명시한 바 있다. 나아가 특별히 종교지도자 및 종교단체 등에 의한 차별과 폭력으로부터 성소수자를 보호할 국가의 의무에 대해서는 유엔 인권이사회가 2016년 임명한 '유엔 성적지향 및 성별정체성을 기반으로 한 폭력 및 차별로부터의 보호에 관한 독립전문가'(Independent Expert on protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity, 이하 '유엔 성적지향 · 성별정체성 독립전문가'라 함)가 관련 내용을 포함한 보고서를 유엔총회와 유엔인권이사회에 수 회 제출한 바 있다.

종교지도자 등에 의한 차별과 혐오로부터 성소수자를 보호할 국가의 의무

– 유엔 성적지향 및 성별정체성을 기반으로 한 폭력 및 차별로부터의 보호에 관한 독립전문가 보고서

"국가는 **종교 권위자, 지도자, 대리인 등이 혐오 발언을 포함한 폭력과 차별을 통해 성소수자의 권리를 침해할 때 단호한 조치를 취해야 한다.** 한편 종교 및 신앙에 기반을 둔 단체들과 성소수자 단체들 사이에 적극적인 대화 촉진은 사회적 포용을 가속하는 데에 중요한 역할을 해 왔다."

– 2019년 제74차 유엔총회 제출 보고서(A/74/181): 성소수자의 사회문화적 및 경제적 포용 (Report on Socio-Cultural and Economic Inclusion of LGBT people)

---

7 자유권규약 제2조 제1항(차별금지원칙) 및 제26조(법 앞의 평등), 사회권규약 제2조, 아동권리협약 제2조 및 자유권위원회 일반논평 18호, 사회권규약 일반논평 제20호 등 참조.

8 "국제인권협약 당사국이 사인이나 사적 단체에 의한 행위에 의해 야기된 위해를 허용하거나, 예방, 처벌, 조사 또는 시정하기 위해 조치를 하지 못하는 경우 이는 당사국에 의한 해당 권리의 침해를 구성할 수 있음" (자유권위원회 일반논평 제31호) 이에 따라 국가는 종교인이나 종교단체가 성소수자의 평등권을 침해하지 않도록 할 주의의무가 있다 할 것임.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

"국가는 **(비정부기구, 성소수자 단체 및 개인을 비롯한) 인권옹호자 활동과 시민사회 영역을** 국제 인권규범에 반하여 움직이는 국가 행위자나 비국가 행위자가 자행하는 **공격과 보복으로부터 더욱 효과적으로 보호해야 한다.** 국제인권법을 기초로 비즈니스 부문, 의료/과학 부문, 종교 및 신앙 단체, 소셜네트워크서비스를 포함한 각종 매체 등 다양한 행위자와의 협력이 촉진되어야 한다."

– 2017년 제72차 유엔총회 제출 보고서(A/72/172): 성별정체성과 성적지향에 근거한 차별과 폭력으로부터의 보호 (Protection Against Violence and Discrimination Based on Sexual Orientation and Gender Identity)

"각 국가가 **성적지향이나 성별정체성을 이유로 한 혐오표현에 대한 법률을 채택하고 정치나 종교 지도자를 포함하여 책임이 있는 사람들에게 책임을 묻도록 장려한다.**"

– 2018년 유엔총회 제출 보고서(A/HRC/38/43): 성적지향과 성별정체성에 근거한 차별과 폭력 개관 (Overview of Violence and Discrimination Based on Sexual Orientation and Gender Identity)

다만 국제인권협약기구가 종교적 신념을 가진 사인에 의한 차별이 부당하다고 판단한 결정례는 2021년 6월 현재 확인되지 않는다.[9] 그러나 유사한 사례로서 **유엔 고문방지위원회가 공공 도덕(public morality)을 차등대우를 정당화하는 사유로 주장하는 것은 "편견과 차별적 태도와 결합되어 (…) 판사에게 (성소수자) 집단의 권리 침해로 이어질 수 있는 재량권을 부여할 수 있다."고 한 사례,**[10] 유엔 자유권위원회가 동성 배우자에게 이성 배우자와 동일한 연금 혜택을 부여하지 않는 것은 자유권규약을 위반한 차별이라고 판단한 사례[11] 등을 참고할 수 있다.

결론적으로 성소수자를 차별로부터 보호하기 위해 종교의 자유를 일정부분 제한하는 입법은 합리적이고 객관적인(reasonable and objective) 사유를 갖추었다. 또 구체적 사안에서 다른 기본적 인권의 침해가 인정되지 않는 한 비례성 심사를 통과할 가능성도 높다.

---

9 국제인권협약이 일차적으로 국가의 인권보호의무를 규정하는 문서인 만큼 사인에 의한 차별 문제를 해결하는 방법으로 선호되지 않은 것으로 판단된다. 다만 사인에 의한 차별이더라도 국가의 인권보호의무 위반을 주장하며 개인통보를 제기하는 것이 이론적으로 불가능한 것은 아니다.

10 CAT/C/CRI/CO/2.

11 CCPR/C/89/D/1361/2005.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

3. 차별금지원칙과 종교의 자유 충돌에 대한 해외 법제 개관

EU 회원국, 영국, 커먼웰스 국가(호주, 남아프리카공화국 등)들은 차별금지원칙에 대한 종교 면제 항변이 있는 경우 비례성 원칙에 따라 타당성을 심사한다. 이는 유엔 자유권규약 제18조 제3항과 부합한다. 대한민국 헌법재판소에서도 기본권 제한 문제에 대해 일부 특별한 사유를 제외하고는 비례성 원칙을 기준으로 합헌성을 판단한다. 만약 국내에서도 유사한 분쟁이 발생할 경우 비례성 원칙이 적용될 공산이 크다.

반면 미국의 경우 서로 다른 이익을 가진 주가 연방을 형성하는 특수한 역사를 거쳐 건국되었다. 이러한 고유한 배경 때문에 미국 사회에서는 국가작용이 개인의 자유(종교의 자유를 포함한다)를 함부로 제한해서는 안 된다는 이념이 강력한 원칙으로 작동한다. 따라서 성소수자 차별금지법제가 종교의 자유를 "최소침해"하는지 여부를 엄격하게 검증하는 특수한 경향을 드러낸다.

법률적 측면을 살펴보면, 유럽 대륙은 가톨릭 또는 개신교 교회가 경제, 사회, 문화적 주류를 점한 역사를 가지고 있다. 이에 따라 종교단체에게 차별금지법의 예외를 허용하는 이른바 "종교 예외" 조항이 몇몇 국가의 차별금지법에 규정된 사례가 나타났다.[12] 이는 최근 대한민국 국회에서의 차별금지법안 논의 과정에서 일부 종교 세력이 차별금지법의 적용 예외를 요구하는 근거가 되기도 했다.[13] **그러나 최근 유럽 판례법을 살펴보면, 유럽사법재판소 및 국내법원은 구체적 사례를 심사함에 있어 평등권을 보호할 필요에 보다 무게를 두고 있다. 즉, 종교 예외 조항에 근거한 종교면제 주장이 허용되는 범위를 엄격하게 해석한다는 것이다.**

예컨대 EU법 차원에서는 2000년 제정된 고용평등지침(Employment Equality Directive)에 종교 예외 조항이 포함되었다.[14] 그런데 프랑스, 포르투갈, 핀란드 등 상당수 회원국이 이를 국내법에 채택하지 않았다.[15] 더불어 유럽사법재판소는 해당 조항이 종교 외 **다른 사유에 근거**

---

12 EU 고용평등지침, 독일 일반평등대우법(Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz), 호주 성차별금지법 (Sex Discrimination Act 1984 amended by Act No. 98 of 2013) 등.

13 "민주당 '차별금지법안', 종교기관은 예외?", 프레시안 (2020. 12. 23.) 등 참조.

14 Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 Establishing a General Framework For Equal Treatment in Employment and Occupation Article 4(2) **교회 또는 종교나 믿음에 정신적 기반(ethos)을 둔 공적 또는 민간 단체에서의 직업활동**의 경우, 이러한 직업활동의 본질적 성격이나 활동이 수행되는 맥락에 따라 **개인의 종교 또는 믿음이 단체의 정신적 기반(ethos)을 고려하여 진정되고 합법적이며 정당한 직업자격을 구성할 때** 개인의 종교나 믿음에 기반한 대우의 차이가 차별을 구성하지 않으며, 이와 관련하여 회원국은 이 지침의 채택일에 유효한 국내법을 유지하거나 이 지침의 채택일에 존재하는 국내 관행을 통합하는 법안을 미래에 채택할 수 있다. **이러한 대우의 차이는 회원국의 헌법 조항과 원칙, 공동체법의 일반 원칙을 고려하여 시행되어야 하며 다른 이유에 따른 차별을 정당화할 수 없다.**

15 Directorate-General for Justice and Consumers (European Commission) , European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-discrimination, A Comparative Analysis of Non-discrimination Law in Europe 2020 - The 27 EU Member States, Albania, Iceland, Liechtenstein, Montenegro, North Macedonia, Norway, Serbia, Turkey and the United Kingdom Compared, European Commission, 2021. 2. page. 68

KOR 국가인권위원회 humanrights.go.kr

한 차별을 정당화하는 데에 사용될 수 없음을 명확하게 하였다.[16]

독일 역시 차별금지에 대한 기본법인 일반평등대우법에 종교 예외 조항이 있다. 그런데 유럽사법재판소는 2018년 **독일 법원이 일반평등대우법의 종교 예외 조항을 EU법에 부합하도록 해석하거나, 이것이 불가능할 경우 해당 조항의 적용을 배제하여야 한다고 판결한 바 있다.** 독일 법원 역시 이러한 유럽사법재판소의 입장을 받아들였다. **즉 일반평등대우법상 종교 예외 조항을 넓은 범위에서 성소수자 차별을 용인하는 근거로 들 수 없다**는 것이다. (해당 사례의 자세한 내용은 II.에서 소개함.)

EU에서 종교면제 주장이 인용되기 위해서는, EU법인 고용평등지침에 따라 아래와 같은 요건이 필요하다. **(1) 종교적 믿음에 정신적 기반(ethos)을 둔 단체일 것 (2) 차별 당사자의 직업활동의 본질적 성격이나 활동이 수행되는 맥락을 살필 때 종교적 믿음이 진정직업자격을 구성할 것 (3) 차별의 사유가 합리적이고 객관적이며 비례성을 갖추었을 것.** 이에 대한 구체적 사례와 해석은 'II. 주요 쟁점 및 사례'에서 소개한다.

한편 미국에서는 다른 나라와 달리 수정헌법 제1조와 연방 종교자유회복법(Religious Freedom Restoration Act, 이하 RFRA)에 따라 **국가가 종교의 자유에 부담을 지우는(burden) 법률 또는 정책을 마련하려면 엄격한 심사(strict scrutiny) 기준을 만족하여야 한다.**[17]

이 같은 제도는 미연방의 특수한 역사에서 유래하였다. 미국에서 종교면제 항변의 중요한 근거가 되는 수정헌법 제1조는 미국 건국 초기인 1791년 권리장전을 통해 도입되었다. 당시 각각 상이한 종교적, 정치문화적 특징을 가졌던 각 주는 연방 가입 서명을 하는 대신 독립적 지위를 보장받고자 했고, 이는 정교분리원칙을 명확히 하는 동시에 종교 활동과 종교 표현의 자유에 특별한 지위를 부여하는 수정헌법 제1조 성안으로 이어졌다.[18]

이로 인해 미국에서는 종교적 자유에 근거해 일반적으로 적용되는 법률(차별금지법 포함)에 대한 면제를 주장할 수 있는 특수한 제도적 근거가 생겨났다. 이에 대하여 "(일반적으로 적용되는 법률에 대한 종교면제)를 허용하는 것은 종교 신앙의 공언된 교리를 그 나라의 법보다 우월하게 만들고, 사실상 모든 시민으로 하여금 자기 자신이 곧 법이 되는 것을 허용하는 것"이라며 기존 법리를 뒤집는 연방대법원 판례도 등장했지만(이른바 '스미스 판례'(Employment Division v. Smith), 자세한 내용은 제II절에서 소개) 1993년 RFRA가 입법되면서 미국에서 종교의 자유가 누리는 특수한 지위는 현재까지 대체로 유지되고 있다.

---

16 유럽사법재판소 Vera Egenberger v Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung 판례, C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257.

17 (1) 중대한 국가적 이익(compelling governmental interst)을 달성하기 위해 필요한 조치이며 (2) 가능한 한 최소침해적 조치일 것(least restrictive)을 국가가 증명하여야 함.

18 미국 수정헌법 제1조: 의회는 종교를 국교로 하거나, 자유로운 종교 활동을 금지하거나, 종교 표현의 자유를 저해하거나, 언론의 자유, 평화로운 집회의 권리, 그리고 정부에 탄원할 수 있는 권리를 제한하는 어떠한 법률도 만들 수 없다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

이는 미국에서 문화전쟁(Culture War)이라는 비유가 일반적으로 사용될 만큼 종교의 자유와 성소수자의 차별받지 않을 권리를 둘러싼 격렬한 정치적, 사회적 논쟁을 촉발하는 원인 중 하나다. 특히 문화전쟁이 미국 정치의 양당제와 결합하면서, 종교에 근거해 성소수자 차별을 정당화하려는 움직임이 정치적 로비 및 캠페인으로 번지는 경향도 지적된다.[19]

이는 보수정당이 국가의 성소수자에 대한 보호의무를 강조하는 국제인권법과 반대 방향으로 제도화를 추진할 동력을 제공했다. 예컨대 트럼프 정부는 2017년 RFRA에 근거하여 연방정부의 재정적 지원을 받는 종교단체도 종교적 표현을 자유롭게 할 수 있고, 같은 종교를 가진 사람만 채용할 자유가 허용되며, 이러한 차등대우가 "해당 종교의 중심적 교리와 상관없는 경우에도" 적용 가능하다는 행정명령을 발령하였으며[20] 2020년에는 이른바 '오바마케어' 규정에서 성적지향에 근거한 차별을 금지하는 조항을 삭제하는 규정을[21] 발령하여 인권옹호단체의 광범위한 비판을 받았다.[22]

한편 최근 미국 의회에서는 보다 국제인권법에 부합하는 방향으로 차별금지법제를 강화하고자 하는 움직임이 관찰된다. 미국 하원은 2021. 2. 4. 평등법(The Equality Act)안을 통과시켰는데, 이 법안은 미국의 차별금지법 역할을 하는 민권법(Civil Rights Act of 1964) 각 장에 (1) 성적지향과 성별정체성을 명시적인 차별금지 사유로 포함하고, (2)민권법의 집행에 대해 항변하기 위한 목적으로 RFRA를 이용하는 것을 금지하는 내용을 담고 있다.[23] 더불어 바이든 대통령은 이미 후보 시절에 평등법 제정을 취임 100일 내 추진 과제로 발표한 바 있어, 상원에서의 논의 결과에 따라 미국에서 종교의 자유와 성소수자 차별금지법제가 충돌하는 양상이 극적으로 변화할 수 있다. 만일 평등법이 최종적으로 시행된다면, 미국의 성소수자 차별금지법제가 국제인권법에 부합하도록 변화하는 중대한 계기가 될 것이다.

요약하면 미국 법원이 "종교의 자유에 국가가 간섭할 수 없다"는 원칙 아래 예외적으로 성소수자 보호를 위한 종교의 제한 가부를 판단한다면, 유럽사법재판소 및 EU 국가 법원은 차별금지가 중대한 공익이라는 전제 아래 비례성을 심사한다고 할 수 있다. 이 중 보다 국제인권법에 부합하는 심사 기준은 후자라고 할 것이다.

---

19 Andrew Koppelmana, Gay Rights, Religious Accomodations, and the Purposes of Antidiscrimination law, Southern California Law Review(2015)

20 Executive Order 13798, Presidential Executive Order Promoting Free Speech and Religious Liberty, 82 Fed. Reg. 21,675 (May 9, 2017)

21 "Nondiscrimination in Health and Health Education Programs or Activities, Delegation of Authority", A Rule by the Centers for Medicare & Medicaid Services, 2020. 6. 19.

22 "Equal Protection Fight Against LGBTQ 'Rollback Rule' Proceeds", Bloomberg Law (2021. 8. 20.), "Proposed Trump Executive Order Could Curtail LGBT Rights" ABC news (2017. 2. 2.)

23 The Committee on the Judiciary, Report Together with Dissenting Views to Accompany H.R.5., (2019. 5. 10.)

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

4. 중요한 쟁점: 차별금지법제에 의한 종교의 자유 제한은 실재하는가?

이상의 논의는 독자가 기존의 분쟁 사례들을 이해할 수 있도록, 성소수자 차별금지법제가 종교의 자유를 제한한다는 주장이 최소한의 합리성을 갖춘 것으로 전제하고 법률과 법원의 객관적 심사 기준을 제시한 것이다.

그러나 실제로 성소수자 차별금지법제가 종교의 자유를 제한하는가? 이에 대해서는 동일한 종교를 믿는 교인 및 신학자 내에서도 이견이 있다. 따라서 실제 사례에 대하여 심사할 때에는 당사자의 주장이나 특정 교단 교회법의 형식적 문안에 종속되기보다, **"과연 원고(진정인)이 믿는 종교의 교리가 성소수자를 차별할 것을 객관적으로 지시하는가"**에 대하여 충분히 살펴야 한다. 대한민국은 정교분리 국가이므로 세속법의 기준에 의하더라도 **종교의 자유에 대한 제한이 존재한다고 객관적으로 인정될 때에야 비로소 비례성 심사가 쟁점이 될 수 있다.** 그렇지 않고 성소수자를 지지하는 어떤 행위가 "죄"를 구성한다는 것이 단지 개인의 주관적 해석에 지나지 않는다면 종교의 자유 제한에 관한 비례성 심사를 할 이익이 없다.[24]

유럽사법재판소는 종교적 사유로 고용상 차별의 예외를 인정받기 위해서는 **"고용주가 부과한 직업자격과 종교적 믿음 사이의 직접적인 연관성이 객관적으로 검증 가능"**할 것, **"종교적 믿음이나 자율권 행사에 해를 끼칠 것으로 추정되는 위험이 개연성 있고 상당"**할 것을 요구한다.[25] 즉, **종교적 믿음과 문제된 차등대우 사이에 정당하고 합리적인 연관성이 있는지를 면밀하게 살필 필요가 있다는 것이다.**

이러한 관점에서, 성소수자에 대한 차별을 반대하고, 차별금지법제에 포용적 입장을 취하는 해외 교단의 사례를 살피면 다음과 같은 시사점을 얻을 수 있다.

(1) 목사, 사제, 그 밖에 종교적 단체의 종사자 채용에서 반드시 성소수자를 제외하여야 하는 것이 아니고, 오히려 미국과 유럽의 교단에서는 게이, 레즈비언, 트랜스젠더 목사의 안수까지 허용하는 사례가 다수 있는 점

(2) 이웃을 사랑하고 환대하라는 기독교 교리가 성소수자에 대한 차별을 금지하라는 교리로 해석될 수 있는 점

(3) 동성혼을 돕거나 지지하는 행위가 반드시 기독교의 교리에 어긋나는 행위가 아니고, 오히려 교단 차원에서 동성혼을 지지하는 사례도 발견되는 점

---

24 물론 이 경우에도 최소한 양심의 자유는 문제될 것이나, 전술하였다시피 내심의 자유가 아니라 제3자에게 손해를 끼치는 형태로 표현(manifest)되는 형태의 양심의 자유는 일정 요건 아래 제한될 수 있다 (자유권규약 제18조 제3항)

25 유럽사법재판소 Vera Egenberger v Evangelisches Werk fur Diakonie und Entwicklung 판례. 자세한 내용은 II.에서 소개함.

humanrights.go.kr KOR 국가인권위원회

다만 본 보고서의 목적은 세속법의 차원에서 성소수자 차별금지법제를 연구하는 것이므로, 종교 교리에 대한 심화적 분석은 해외 교단의 사례를 인용함으로써 갈음한다. 다만 향후 사회적 논의의 장에서 실제로 성소수자에 대한 차별금지가 종교의 자유를 제한하는지에 대한 심도 깊은 토의가 이루어질 필요가 있다.

[참고자료] 성소수자 차별을 반대하는 입장을 취하는 해외 교단의 사례[26]

■ **캐나다 연합교회 (United Church of Canada)**

캐나다 연합교회는 3000개 이상의 교회(congregation)가 속해 있는 **캐나다에서 가장 큰 개신교 교회** 중 하나다. **1981년 한 여성이 성적지향으로 인해 안수를 받지 못하는 사건**이 발생하였고, 이로 인해 교단 내 성적지향에 대한 논의가 시작되었다.

1980년까지만 하더라도 연합교회 내 연구보고서("하나님의 이미지–남자와 여자:인간 성에 대한 고찰")은 동성애에 대해 적대적 결과를 담고 있었다. 그러나 **1982년 교회 내에서 동성애자 모임(Affirm)**이 만들어지고, **1984년 이들을 지지하는 "Affirm의 친구들"모임이 만들어졌으며, 1994년 이들 단체가 합쳐 "Affirm United"가 결성되는 등의 움직임이 있었다.**

1998년 연합교회는 32번째 교무 총회에서 성적지향과 그에 따른 교인 자격, 목회자 자격에 대한 두 가지 성명을 냈다. **"캐나다 연합교회는 성적지향에 구애받지 않고, 예수에 대한 믿음과 헌신을 공언한 모든 사람들을 교인으로 환영한다"**는 성명과, "캐나다 연합교회의 모든 교인들은 목회자로서 안수 받을 수 있다"는 성명이다.

이어 **2000년 연합교회는 동성 결혼에 대한 지지를 공식적으로 선언하였다. 이는 캐나다에서 동성혼이 법제화되기 이전이다.** 이 때로부터 일부 목사들이 동성 커플에 대한 언약식을 주관하기 시작하였다. 2003년 연합교회는 동성혼 합법화 캠페인에 참여하였다. **2015년에는 동성결혼을 한 여성이 교무 총회 의장으로 선출되었다.**[27]

---

26 이 부분은 2018. 5. 17. NCCK 정의평화위원회, NCCK 여성위원회, NCCK 인권센터, 한국기독교사회문제연구원, 한국 YMCA 전국연맹이 공동주최한 "함께하는 여정: 포용과 환대의 공동체를 향하여" 행사의 자료집을 발췌, 정리한 것임.

27 성적지향에 대한 캐나다 연합교회의 입장 변화 경과는 캐나다 연합교회가 발간한 "캐나다 연합교회에서의 성적지향과 성별정체성(Sexual Orientation and Gender Identity in The United Church of Canada)"문서에 보다 자세히 소개되어 있음. http://affirmunited.ause.ca/wp-content/pdf/SexualOrientationandGenderIdentityUCC.pdf (2021. 12. 9. 확인)

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

■ **영국감리교회 (Methodist Church in Britain)**

영국감리교회는 감리교의 창시자인 존 웨슬리가 18세기에 세운 교단이며, 오늘날에는 영국 전역에 걸쳐 약 20만명 가량의 회원을 두고 있다.
영국감리교회 교단은 1993년 성소수자 안건을 처음으로 다루었으며, 이때 교단은 하나의 입장으로 합의하지는 못했다. 다만 동성애자 교인들이 목회와 사역에 참여하고 있는 등, 감리교회 교인들의 경험을 확인하고 환대하는 결의를 채택했다. 결의의 내용은 다음과 같다.

1. 총회는, 인간의 성은 하나님께서 부여한 선물이자, 하나님의 은총 안에 모든 존재가 거하는 곳으로서, 우리 모두는 이러한 인식을 해야 할 책임을 가진다. **따라서 감리교회는 성소수자 문제를 심도 있게 다루며, 함께 기도해 나갈 것이다.**
2. 총회는 성을 비하하거나 착취하는 어떤 잘못된 성행위든 받아들이지 않을 것이며, 성의 비하나 착취는 모든 인간의 성을 위한 하나님의 계획하심과 모순된 일임을 밝힌다.
3. **총회의 구성원을 성적지향을 근거로 차별해서는 안 된다.**
4. 총회는 인간의 성에 대한 교회의 전통적 가르침을 다시 상기한다. 즉 다시 말해 혼전 혼후에 대한 순결성과 책임감을 가져야 한다. 총회는 이러한 방침이 교회와 기관의 회원 자격을 갖춘 모든 후보자들에게 명확하게 적용되도록 지도하고 우리 교회의 기존 절차가 이러한 모든 과정을 적절하게 다루기를 명시한다.
5. 총회는 **성소수자 정책에 대한 결정이 어떤 교회 구성원에게도 징계조치의 근거로서 사용되어서는 안 되며, 이전에 발생한 일에 대한 혐의를 감시하는 측면에서 총회 정책 규율을 적용해서도 안 된다는 것을 밝힌다.**
6. 총회는 **레즈비언과 게이가 교회 사역에 참여하는 것을 인정하고 환대한다.** 본 총회는 모든 감리교인에게 차별과 억압을 넘어서 참된 신앙의 순례를 시작하고, 정의와 인권을 위해 일하며, 상대방의 성별정체성이 무엇이던 간에 서로 존중하고 가치를 부여할 것을 촉구한다.

현재 영국감리교회 내에는 레즈비언, 게이, 트랜스젠더 목사가 복무하고 있다. 영국감리교회는 교회 안에서 동성혼을 공식적으로 허용하지는 않고 있으나, **위 결의안과 같이 성소수자를 포용하는 목회활동은 목사를 징계할 근거가 될 수 없다.**

국가인권위원회
humanrights.go.kr

■ **미국연합그리스도교회 (United Church of Christ)**

미국연합그리스도교회는 "미국 프로테스탄트 교회의 일곱 자매들"이라고 불리는 미국의 7개 주류 기독교 교단(mainline church) 중 하나로, 5,600개 이상의 교회(congregation)와 120만 명 이상의 교인을 두고 있다.[28] 미국연합그리스도교회는 1973년 주류 교단으로서는 최초로 남성 동성애자 목사를 안수하였고, 1975년 다음과 같은 선언을 발표하였다.

> 애정 또는 성적 선호가 그녀/그의 시민권적 자유를 부정하는 법적 근거가 아니라는 사실을 인식하며, 연합그리스도교회 제10차 총회는 모든 사람들이 법 아래에서 완전한 시민권적 자유와 동등한 보호를 받을 자격이 있다는 기독교적 확신을 선포한다.[29]

미국연합그리스도교회는 이후 33년간 "Open and affirm(개방하고 긍정하기)" 캠페인을 진행, 확대하여 왔다. 나아가 2003년에는 Open and affirm 운동에 성별정체성을 추가하는 결의안을, 2005년에는 평등한 결혼을 지지하는 결의안을 채택하였다.
2018년 미국연합그리스도교회 간부 Michael Schuenemeyer는 한국을 방문한 자리에서 성소수자를 포용하려는 미국연합그리스도교회의 노력을 설명하면서 아래와 같이 성서의 내용을 인용하였다.

> 베드로는 이방인 고르넬리오의 가정에 3일 동안 머물고 그들과 함께함으로 인해, 그리고 그들이 세례를 요청함으로 인해 율법 규율을 위반할 위험에 처했습니다. 그러나 그는 고르넬리오와 그 가정과의 만남에서 목격한 하나님의 영과 포용적 비전을 신뢰했고 세례를 통해 그들을 믿음의 가정으로 받아들였습니다. 이는 엄청난 위험이었고 많은 저항이 일어났지만, 하나님의 은혜가 널리 퍼졌습니다.

---

28 브리태니커백과사전 '미국연합그리스도교회(United Church of Christ) 항목. https://www.britannica.com/topic/United-Church-of-Christ (2021. 12. 9. 확인)

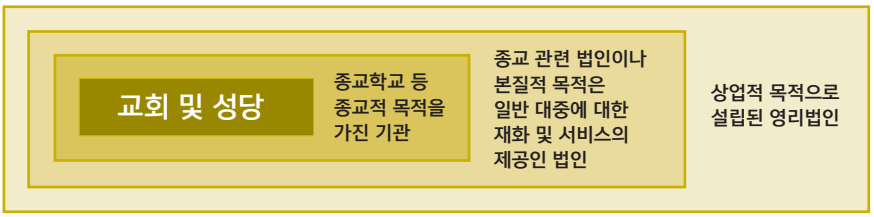
29 UCC 총회(1975년 6월 27일-7월 2일, 미네소타 주 미니애폴리스)에서 채택된 "애정 또는 성적 선호로 인한 차별이 없는 시민권적 자유에 관한 선언".

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

5. 최근 동향과 우려할 점: 종교면제를 주장하는 주체의 확대

성소수자의 차별받지 않을 권리와 종교의 자유 간 긴장은 전통적으로 교회, 종교학교와 같이 온전히 종교적 목적으로 설립된 기관에서 주로 발생하였다. 그러나 최근 **일반 대중을 고객으로 이윤을 창출하고자 하는 상업적 목적으로 운영되는 영리법인에서까지 종교면제를 주장**하는 사례가 확대되고 있다. 국내에서도 차별금지법이 제정될 경우 이와 유사한 유형의 사건들이 국가인권위원회 및 법원에서 다루어질 것으로 추정된다.

〈그림 14.1〉 종교면제 항변 주체의 확대



종교면제 주장 중 가장 일반적인 유형은 종교적 목적으로 설립된 기관이 성소수자를 배제하는 유형이다. 성소수자를 목사나 종교교사로 고용할 수 없다는 사례가 대표적이다. 그런데 교회뿐 아니라 일반 영리법인에서까지 사업주 개인의 종교적 믿음을 내세워, 일반 대중(public)이 접근가능한 재화 및 서비스로부터 성소수자를 배제할 수 있다고 볼 경우, 성소수자의 **사회적 낙인을 방지하고 존엄을 보장한다는 성소수자 차별금지법제의 근본적 목적이 흔들릴 수 있다.**[30] 이러한 흐름이 계속될 경우, 의료, 주거 등 생존에 필수적인 영역에서까지 종교면제 주장이 가능하게 될 것이라는 우려도 제기된다.[31]

미국 시민권위원회(US Commission on Civil Rights)도 2016년 보고서에서 **"인종, 성적지향(…중략…) 등의 분류에 근거한 시민권의 보호로부터 종교면제가 허용 가능해질 경우, 시민권을 중대하게 침해"**하며, "차별금지법 및 정책에 대한 종교면제는 (…중략…) 종교적 행동(conduct)이 아니라 신념(belief)을 보호한다는 원칙에[32] 따라 이루어져야 한다"고 한 바 있다.[33]

---

30 Douglas NeJaime and Reva B. Siegel, Religious Accomodation, and Its Limits, in a Pluralist Society, 69 William N. Eskridge Jr, Robin Fretwell Wilson, Religious Freedom, LGBT Rights and the Prospects for Common Ground, Cambridge University Press(2019)

31 Richard J. D'Amato, A "Very Specific" Holding: Analyzing the Effect of Hobby Lobby on Religious Liberty Challenges to Housing Discrimination Laws, Columbia Law Review (2016).

32 자유권규약 제18조 제1항과 동조 제3항의 구분과 동일한 취지임.

33 US Commission on Civil Rights, Peaceful Coexistence: Reconciling Nondiscrimination Principles With Civil Liberties (2016).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

II. 주요 쟁점 및 사례

1. 일반적 판단 기준

1) EU국가 등

EU 회원국, 영국, 커먼웰스 국가 등은(이하 "EU국가등"이라고 함) 종교면제 항변을 심사함에 있어 비례성 심사 기준, 또는 유럽사법재판소의 판시에 따르면 '객관적 정당화 심사' 기준을 적용한다. 유럽인권재판소는 여러 사례에서 "비교적 유사한 상황에 있는 사람들의 대우에 있어서의 차이는 객관적이고 합리적인 정당화 사유가 없으면, 달리 말해 그것이 정당한 목적을 추구하거나 채용된 수단과 실현을 위하여 추구되는 목표 사이에 합리적인 비례성의 관계가 없으면 차별에 해당한다"고 밝힌 바 있다.[34]

따라서 구체적 사건에서 **차별을 한 종교단체 또는 개인이 성소수자 차별금지법제의 예외를 인정받기 위해서는 차별에 정당한 사유가 있었고, 합리적 비례성을 갖추었음을 증명하여야 한다.** 판례에서는 구체적 사건의 사실관계를 심사하여 해당 사건에서 성소수자 차별의 정도가 얼마나 중대한지, 그러한 차등대우의 목적인 종교의 자유에 미치는 영향이 과연 차별을 정당화할 수 있을 정도로 중대한지 형량하는 과정에서 쟁점이 드러나게 된다.

이러한 형량과 관련하여 유럽인권재판소는 인종, 출신민족과 같이 **인간 존엄성의 핵심에 있는 것으로 여겨지는 문제들과 관련한 차등대우는 정당화하기가 더 어렵고,** 국가의 재량(margin of appreciation) 여지가 좁고, **성소수자의 차별받지 않을 권리를 저해하는 법률에는 아주 무거운(weighty) 공익적 이유가 필요한 점**[35] 등을 판시한 바 있다.

추가적으로, **고용 영역에 한하여** "진정직업자격"이라는 특수한 요건을 만족할 경우 고용분야의 차등대우가 허용되는 예외가 있다. 이 경우 고용평등지침 제4조 제1항의 **진정작업자격 해당 여부가 쟁점이 된다.** 만일 차별 주체가 종교단체인 경우에는 동조 제2항이 적용된다.

EU 차별금지법은 유럽인권협약 외 고용평등지침(2000/78/EC), 인종평등지침(2000/43/EC), 성평등 재화 서비스 지침(2004/113/EC) 등 영역 및 차별금지사유에 따른 개별 법률로 구성되

34 Burden v. the United Kingdom [GC], No. 13378/05, 29 April 2008, para. 60 등.
35 Salgueiro da Silva Motta v. Portugal, No. 33290/96, 1999.

국가인권위원회 humanrights.go.kr

어 있으며 고용평등지침은 이 중 고용/노동 분야의 차별금지법으로서 기능한다. 종교면제와 관련성이 가장 높은 규정은 고용평등지침 제4조인데, 제1항에서는 일반적인 기업 등에서 차등대우를 정당화할 수 있는 진정작업자격의 요건을, 제2항에서는 "종교 또는 믿음이 단체의 정신적 기반(ethos)을 둔 단체"에 대해서 적용될 수 있는 정당한 차등대우의 요건을 규정한다. 이를 요약하면 아래 표와 같다.

〈표 14.1〉 EU 고용평등지침상 진정직업자격

주체	차별행위 유형	차별 정당화 요건
일반적 사업주 (제4조 제1항)	고용 또는 직장 내 불리한 차등대우	(1) 특정 직업활동의 본질 및 수행 배경에 따라 차별근거사유가 실질적이고 결정적인 직업적 요건을 구성 (2) 차별 목적이 합리적 (3) 차별행위가 비례성 충족
교회 및 종교단체 (제4조 제2항)	특정한 종교적 신앙을 사유로 고용 또는 직장 내 불리한 차등대우	(1) 특정 직업활동의 본질 및 수행 배경에 따라 특정한 종교 또는 믿음이 진정하고 합법적이며 정당한 직업자격을 구성[36] (2) 비례성 충족
교회 및 종교단체 (제4조 제2항)	직원에게 종교적 신앙에 대한 충성 및 믿음에 부합하는 행동 요구	(1) 차별주체: 교회이거나 종교/믿음에 정신적 기반(ethos)를 둔 단체일 것 (2) 국가의 헌법과 법률을 준수함 (3) 비례성 충족

2) 미국

반면 미국의 경우 종교의 자유에 부여된 특수한 법적 지위로 인해 **차별금지법에 "최소합리성심사 기준(minimum scrutiny/rational basis review)"을 적용할 것인지, "엄격심사기준(strict scrutiny)"을 적용할 것인지가 논쟁 대상이다.**

양 쪽 모두 전술한 국제인권법(자유권규약 제18조 제3항)과는 다른 기준이고 국내 헌법재판

36 유럽사법재판소의 판례에 따르면 "진정성", "합법성", "정당성" "비례성"은 각각 아래와 같은 의미가 있음. 자세한 사례는 후술함.

요건	의미
진정성	교회 및 단체의 정신적 기반(ethos) 또는 자율권 행사에 있어 해당 직무가 중요하기 때문에 직업자격을 요구하는 것이 필요하다고 인정됨
합법성	고용주가 부과한 직업자격과 종교적 믿음 사이의 직접적인 연관성이 객관적으로 검증 가능함
정당성	직업자격을 부과하지 않는 경우 교회 및 단체의 정신적 기반(ethos)이나 자율권에 해를 끼칠 것으로 추정되는 위험이 개연성 있고 상당함
비례성*	해당 직업자격이 적절하고, 추구하는 목적을 달성하는 데에 필요한 범위를 초과하지 않음

국가인권위원회 humanrights.go.kr

소의 심리방식과도 상이하다.[37] 따라서 **미국 연방대법원이 선고한 판결의 법리는 국내 사례에 그대로 이식하기 어려우므로 참고자료로 사용할 때에 주의할 필요가 있다.**

후자의 **엄격심사기준**은 미국에서 종교의 자유를 제한하는 법률에 적용되는 헌법적 심사기준이다. 종교의 자유를 제한하는 법률에 대해서는 **국가가 해당 법률이 중대한 공익(compelling government interest)에 기초함을 증명**하여야 하며(증명책임의 전환), **제한의 정도가 더 경미한 다른 가능한 대안(less burdensome alternative available)이 있어서는 안 된다.** 국가에게 증명책임이 전환될 뿐 아니라 국가가 개인의 자유를 침해하는 것이 아닌지에 대한 의심(suspect)에 근거하여 사법부의 심리가 진행되므로, EU와 같이 일반적인 비례성 원칙을 적용하는 경우보다 개인의 종교적 자유가 유리한 구조다.

반면 전자의 **"최소합리성심사 기준"**에 따르면 법률의 부당함을 주장하는 사람(이 경우 종교단체 또는 교인)이 법률의 위헌성을 입증하여야 한다. 증명 대상은 (1) 그러한 법/정책을 추진할 정당한 공익(legitimate government interest)이 없고 (2) 문제된 법과 공익 사이에 합리적인 관련성이 없다는 것인데, 이러한 기준에 의한다면 **성소수자 차별금지법제의 공익적 목적은 부정하기 어려운 만큼 종교면제의 인정 범위가 상대적으로 좁아진다.**

가. 최소합리성심사 기준: 연방대법원 스미스(Smith) 판례 (1990) – 정교분리의 강조

미국 연방대법원의 1990년 Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith 판례는 성소수자 차별금지법제에 대해서 종교면제를 주장할 경우 어떤 기준을 적용할지에 대해 중요한 이정표가 되었다(이하 '스미스 판례'라고 함). 이 사건 사실관계 자체는 성소수자와 아무런 관련이 없다. 그러나 이 판례는 **"일반적으로 적용 가능한 법"에 대해서는 종교의 자유를 이유로 엄격심사기준을 적용할 수 없다고 판단**하였기 때문에, 이후 분쟁 사례에서 차별금지법제의 적용을 주장하는 성소수자 피해자들에게 유리한 판례로 인용되고 있다.

이 사건에서 연방대법원은 심사대상 법률이나 정책이 일반적으로 적용되고(generally applicable) 중립적이라면, 해당 법률이 종교단체나 개인에게 불리한 영향을 미치더라도 적법하다고 설시하였다. 즉, 개인의 종교적 자유 행사에 부담을 준다는 이유로 일반적으로 적용 가능한 중립적 법률로부터 예외를 구할 수는 없다는 것이다. 따라서 엄격심사기준은 더 이상 적용되지 않고, 훨씬 완화된 수준의 최소합리성심사 기준이 적용된다.

---

37 우리 헌법재판소도 평등위반여부를 심사함에 있어서 엄격한 심사척도와 완화된 심사척도를 구분하나, 엄격한 심사척도에 의할 때에 비례성원칙에 따른 심사를 적용함

미국 연방대법원

Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith, 494 U.S. 872 (1990)

사건개요: 앨프리드 리오 스미스와 게일런 블랙은 아메리카 원주민 교회 구성원이자 약물 재활 클리닉의 상담원이다. 이들은 아메리카 원주민 교회 종교 의식의 일환으로 마약성 물질인 '페요테'를 섭취했다는 이유로 직장에서 해고되었다. 고의적으로 페요테를 소지하는 행위는 당시 오리건 주 법에 따른 범죄에 해당하였다.

쟁점: 일반적으로 적용되는(generally applicable) 법률에 대하여 종교의 자유를 이유로 예외를 구할 수 있는가

판단내용: **수정헌법 제1조의 종교의 "자유로운 활동"에 대한 보호[38]는 개인이 일반적으로 적용되는 법률을 준수하지 않을 이유로 종교적 동기를 이용하는 것을 허용하지 않는다.** 이 사건 페요테 소지 금지 조항은 종교적인 행위를 규제하는 법률이 아니라, 어떤 이유에서든 페요테를 소유할 수 있는 **모든 사람에게 적용되는 "일반적 적용가능한 중립적 규제"이고, Smith 등의 종교면제 항변은 형사처벌을 면탈하기 위해 종교적 동기를 사용하려는 시도이므로 부당하다.**

특이사항: 이 사건의 주심은 보수 성향으로 잘 알려진 대법관 앤터닌 스칼리아(Antonin Scalia)였는데, 아래와 같이 정교분리 국가에서 **종교의 자유가 일반적으로 적용되는 법 위에 있어서는 안 되는 이유를 설시하였다.**

> **"(일반적으로 적용되는 법률에 대한 종교면제)를 허용하는 것은 종교 신앙의 공언된 교리를 그 나라의 법보다 우월하게 만드는 것이며, 사실상 모든 시민으로 하여금 자기 자신이 곧 법이 되는 것을 허용하는 것이다."**

38 미국 수정헌법 제1조: 의회는 종교를 국교로 하거나, 자유로운 종교 활동을 금지하거나, 종교 표현의 자유를 저해하거나, 언론의 자유, 평화로운 집회의 권리, 그리고 정부에 탄원할 수 있는 권리를 제한하는 어떠한 법률도 만들 수 없다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

"일반적으로 적용되는 법을 무시할 사적 권리는 헌법상의 변칙을 초래한다. 원고의 주장은 거의 모든 종류의 시민 의무로부터 헌법상 요구되는 종교적 면제의 가능성을 열어줄 것이다. 의무적인 병역, 아동노동 금지, 의무적 예방접종법, 마약법, (…) 기회 균등을 위한 법률과 같은 사회복지법까지 확장될 수 있다."

나. 엄격심사 기준: RFRA (1993) – 보수 세력의 반격

종교단체 및 보수적 정치세력은 스미스 판례에 대하여 적대적으로 반응하였고, 1993년 미국 의회는 연방 종교자유회복법(RFRA)을 제정하였다. RFRA에 따르면 자유로운 종교활동(free exercise)에 대하여 실질적 부담(substantial burden)을 지우는 연방법에 대해서는 종교면제 청구권이 인정된다. 종교면제 청구가 있으면, 법관은 문제된 연방법이 "중대한 공익(compelling government interest)을 실현하기 위한 최소침해적 수단(the least restrictive means)"에 해당할 때에 한하여, 즉 스미스 판례 이전의 엄격심사 기준을 만족할 때에만 종교면제 청구를 기각할 수 있다.[39]

따라서 이 법은 사실상 스미스 판례를 전복하기 위해 구성된 것이다. **RFRA는 특히 동성혼을 인정한 미국 연방대법원 Obergefell v. Hodges 판결 이후 미국 교회와 종교단체가 성소수자 차별금지법제에 대한 광범위한 면제를 주장하는 수단으로 사용되었다.[40] 그럼에도 불구하고 미국 연방대법원은 2021. 11. 현재까지 스미스 판례를 뒤집은 바 없다.**

다. 그 밖의 쟁점: 종교기관에서의 고용상 차별의 예외적 허용

미국에서도 교회와 같은 종교기관의 고용에 관련해서는 유럽 고용평등지침과 유사하게 일정한 예외를 인정하고 있다.

미국 연방 민권법(Civil Rights Act) 중 고용 분야에서의 차별금지를 다루는 제7편(Title VII)은 종교조직에 대하여 일반적으로 적용되는 고용상의 차별금지규정에 대한 예외조항을 포함하고 있다.[41] 이 조항은 그 **"목적과 성격이 주로 종교적인" 단체, 결사 등에 적용되며, 같은**

---

39 494 U.S. 872, 883–884 (1990)

40 대표적인 사례로 미국 연방대법원 판례 중 Fulton et al. v. City of Philadelphia, Pennsylvania, et al. No. 19–123, (2021). 해당 사례의 자세한 내용은 뒤에서 설명함.

41 첫째, 그 목적과 내용 등으로 보아 회사, 법인 또는 결사가 종교적인 성격을 가진 경우, 둘째, 교육기관이 종교단체에 의하여 전부 또는 중요한 부분에서 통제되는 경우, 셋째, 선교 목적으로 설립된 교육기관의 경우와 넷째, 종교가 일정한 직업수행을 위한 필수적 요건이 되는 경우에 종교를 차별의 근거로 할 수 있다.

국가인권위원회 humanrights.go.kr

신앙을 가진 사람들로 그 고용을 제한할 수 있도록 한다. 이 같은 규정의 구조는 EU 고용평등지침 제4조 제2항과 유사하다.

또한 미 연방 대법원은 수정헌법 제1조를 근거로 종교 조직의 고용 관행에 대한 '성직자 예외'(ministerial exception)를 인정해 왔다.[42] 이에 따라 **신앙을 가르치거나 전수하는 직업에 대해서는 사용자와 동일한 신앙을 가진 사람만 채용하는 것도 허용된다.** 이러한 예외는 공식적인 성직자 직위를 갖는 노동자들뿐만 아니라, 신학 교수들 및 교회 음악감독에 이르기까지 광범위한 노동자에 대해 적용되어 왔다. 그러나 순전히 **행정(administrative), 감독(custodial), 관리(janitorial) 역할만을 수행하는 노동자와 관련해서는 적용될 수 없다.**

한편 위 2개 법리는 당연히 교회 등 목적과 성격이 종교적인 단체에만 적용되는 것이고, 영리 목적으로 설립된 법인 등에는 적용되지 않는다. 나아가 **위 법리들은 교회가 목사 등을 채용할 때 "같은 종교적 믿음"을 가지고 있을 것을 요구하도록 허용할 뿐이지, "성적지향 및 성별정체성"에 의한 차별을 정당화하는 것이 아니라는 점도 새겨야 한다.** 전술한 바와 같이 미국 기독교 주류 교단에서 자발적으로 이미 성소수자의 목사 안수를 인정하고 있는 사례도 있다. 즉 **위와 같은 법제가 존재하는 것과, 성소수자를 목사나 사제로 채용하는 것이 실제로 해당 교단의 종교적 믿음과 어긋나 종교의 자유 제한이 발생하는 사안인지는 별개로 논의해야 할 사안이다.**

라. 소결

미국에서는 수정헌법 제14조, 연방 법률(1964년 민권법), 주정부의 법령(주별 차별금지법), 법원의 결정 및 행정청의 해석(민권법상 '성차별'에 성적지향 및 성적 정체성을 이유로 하는 차별이 포함됨)이 성소수자에게 법적 보호를 제공한다. 스미스 판례는 판례법으로서의 지위를 유지하고 있으므로, "일반적으로 적용가능한 법률"인 성소수자 차별금지법제에 대하여 종교의 자유 침해를 주장할 경우 엄격한 기준(최소합리성심사기준)이 적용된다는 스미스 판례의 취지는 아직 유효하다. 다만 사실상 모든 연방법 및 주법에 대해 종교면제 항변을 가능케 하는 법률(RFRA)의 존재와 트럼프 정부 이후 보수화된 연방 대법원의 구성은, 아직도 많은 성소수자를 예측하기 어렵고 차별에 취약한 상황에 놓이게 하고 있다.

---

42 Hosanna–Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. Equal Employment Opportunity Commission, 565 U.S. 171 (2012).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

2. 고용

아래에서는 종교적 자유를 이유로 한 성소수자 차별이 주로 발생하는 분야별로 구체적 사례를 살피고, EU국가 등과 미국 법원의 판례를 비교하며 국내에서 유사 사례 발생시 적용가능한 법리를 모색한다.

1) 사제/목사의 채용

고용 분야는 진정직업자격이라는 예외사유가 인정되는 특수성이 있다. 상기한 바와 같이 EU법과 미국법에서 모두 진정직업자격이 차별금지의 예외 사유로 인정된다. 그런데 종교적 믿음의 전파 자체가 직무의 본질적 내용인 **목사, 신부 등 교회의 사제의 경우 해당 종교의 믿음을 공유하고, 신앙에 충실한 자를 채용하는 것이 종교의 자유 보호를 위해 필요한 진정직업자격이라는 데에 이견이 있기 어렵다.**

다만 차등대우가 허용됨과 별개로, **해당 종교의 믿음이 특정한 성적지향이나 성별정체성과 객관적으로 양립불가능한지는 별도의 쟁점이다.** 전술하다시피 외국의 기독교 교단에서는 이미 성소수자의 목사 안수가 허용된 사례가 있다. 따라서 실제로 사제/목사의 채용과 관련하여 성소수자 고용차별에 대한 분쟁 사례가 발생할 경우에는, 해당 교단의 믿음이 객관적으로 성소수자를 목사/사제로 하는 것을 금하는지, 즉 특정한 성적지향이 진정직업자격을 구성하는지 여부가 쟁점이 될 것이다.

2) 종교단체의 고용

종교단체에는 목사나 신부 이외에도 다양한 노동자들이 존재한다. 교회를 관리하는 경비가 대표적 예이다. 또 현대 사회에서는 교회가 학교 등 다른 법인을 설립하는 일도 드물지 않으므로, 종교학교 교사나 종교자선단체의 마케터 등도 종교단체의 노동자에 해당한다. 이처럼 **종교단체에서 목사/사제가 아닌 직무를 수행하는 노동자에 대하여, "노동자의 성적지향 또는 성별정체성이 기관의 신앙과 양립할 수 없다"는 이유로 고용상 차별을 정당화할 수 있는지 문제된다.**

위 쟁점에 대해서는 남아프리카공화국 평등법원이 2008년 리딩 케이스를 제시하였다. 해당 직의 '교회 공동체 및 신앙'에 대한 영향력을 기준으로 비례성 평가(balancing test)를 한다는 것이다. 따라서 목사와 달리 **교회 신앙에 영향력이 미미한 노동자는 그의 성적지향이 종교의**

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

자유에 미치는 영향이 거의 없으므로, 교회의 종교적 자유가 성적지향에 따른 차별을 정당화할 수 없다.

남아프리카공화국 평등법원

Strydom v. Nederduitse Gereformeerde Gemeente Moreleta Park (26926/05) [2008] ZAGPHC 269

사건개요: Nederduitse Gereformeerde Gemeente Moreleta Park는 개신교 종파 교회로(이하 '교회'라 함) 사립 종교학교를 수 개 운영하고 있었다. 스트리덤(Strydom)은 그 중 한 학교에서 음악교사로 근무하던 중 동성인 남성과 약혼하였다. 교회는 동성애자는 학생들에게 긍정적인 신앙의 롤모델이 될 수 없다는 이유로 고용 계약을 해지하였다.

쟁점: 종교학교 음악 교사가 성소수자일 경우, 교회의 종교의 자유가 차별의 "정당한 사유"에 해당한다고 볼 수 있는가

- 교회는 동성애자가 학교에서 근무할 경우 종교의 교리를 효과적으로 가르칠 학교의 사명을 저해하므로 남아프리카공화국 헌법 제15조가 보장하는 종교의 자유에 근거하여 차등대우의 '정당한 사유'가 있다고 주장함.
- 스트리덤은 남아프리카공화국 차별금지법(Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act of 2000)에 근거하여 자신의 해고가 부당한 차별에 해당한다고 주장함.

판단내용: 차별금지 요건이 종교의 자유에 대한 과도한 부담(excessive burden)이 되는지 판단하려면 **비례성에 대한 판단(balancing test)이 필요하다.** 구체적으로, 법원은 종교적 원칙을 직접 가르치는 고위 교회 간부나 목사의 경우 교회가 요구하는 특정한 라이프스타일을 따르는 사람을 고용할 필요가 인정될 가능성이 있다고 하면서도, **'영적 사명'(spiritual responstibility)이 없는 말단(low-level) 사원이나 학교의 운영 업무를 맡은 자, 계약직 노동자 등은 목사와 달리 교회 공동체와 신앙에 대한 영향력이 거의 없으므로, 교회의 종교적 자유가 이들의 성적지향에 따른 차별을 받지 않을 권리에 우선할 수 없다**고 판시하였다.

이 사건에서 **스트리덤은 종교와 상관없는 음악 교사였고,** 어린이가 아닌 성인이나 고학년 청

국가인권위원회
humanrights.go.kr

소년을 가르쳤으며, 계약직 노동자였고, 교회 신자도 아니었으므로 교회의 영적 가르침에 거의 영향력이 없었다. **따라서 이 사건 해고는 부당한 차별에 해당하다고 판단했다.**

이 사례는 이후 미국 연방대법원의 판례에도 영향을 미쳤다고 추정된다. 2012년 미국 연방대법원은 종교학교 교사를 다룬 Hosanna－Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. EEOC 사례에서 성직자 예외(miniterial exception)에 의해 고용상 차별이 정당화되려면 4개 요소가 인정되어야 한다면서, **"교사의 직함, 성직자로서의 훈련 여부, 교사 스스로가 자신을 성직자로 여겼는지 여부, 직무에 '중요한 종교적 기능(important religious function)'이 포함되었는지 여부"**를 기준으로 제시한 바 있다.

또한 미국 법원은 히브리 사원의 시설 관리자에 대하여 **"(원고의 주요 직무였던) 행정, 경비, 관리 업무는 전적으로 세속적"**이라며, 그가 부차적으로 종교교사 업무를 수행했다고 하더라도 성직자 예외의 대상이 될 수 없다고 판단한 사례가 있다.[43] 나아가 **가톨릭 학교의 기술관리자는 성직자 예외의 대상이 될 수 없다**고 판단하기도 했다.[44]

유럽사법재판소는 아직 종교기관이 성소수자를 고용상 차별한 사례에 대하여 판단한 바 없다. 다만 종교기관의 고용상 차별이 어떤 때에 정당화될 수 있고, 어떤 때에 부당한지에 대해서는 아래 유럽사법재판소 판례(Vera Egenberger v Evangelisches Werk)가 2008년 남아프리카 공화국 판례보다 좀 더 구체적인 기준을 제시한다. **종교적 이유에 의한 고용차별이 정당화되려면 고용주가 종교적 신앙이 '진정하고 합법적이며 정당한 직업 요건'에 해당하는 사실, 해당 차별이 비례성을 준수한 사실을 증명해야 한다는 것이다.** 아래 사건의 사실관계 자체는 성소수자와 직접적 관련이 없지만, 법리는 성소수자에 대한 차별 사건에도 적용된다.

유럽사법재판소

Vera Egenberger v Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung, C-414/16 (2018)

사건개요: Vera Egenberger는 독일 개신교 교회 단체 Evangelisches Werk(이하 '단체')의

43 Davis v. Baltimore Hebrew Congregation 판례, 985 F. Supp. 2d 701, 711 (D. Md. 2013)
44 Dias v. Archdiocese of Cincinnati 판례, NO: 1:11-CV-00251 (S.D. Ohio Mar. 29, 2012)

채용공고에 지원하였다. 채용대상 업무는 유엔 인종차별철폐협약 샤도우 리포트를 작성하는 것이었는데, 채용공고에는 지원자가 해당 종파 신자여야 한다는 요건이 명시되어 있었다.

판단내용: 유럽사법재판소는 고용평등지침 제4조 제2항의 목적은 교회나 종교단체의 자율권과 노동자가 종교나 신념을 이유로 차별받지 않을 권리 간의 균형을 보장하는 데에 있다고 하면서, **종교적 정신(religious ethos)을 가진 고용주가 차별을 정당화하기 위해서는 해당 사건에서 종교적 신앙이 '진정하고 합법적이며 정당한 직업 요건'에 해당하며 비례성을 준수하는 사실을 증명해야 한다고 하였다.** 이 때 각 요건의 의미는 아래와 같다.

요건	의미
진정성	교회 및 단체의 정신적 기반(ethos) 또는 자율권 행사에 있어 해당 직무가 중요하기 때문에 직업자격을 요구하는 것이 필요하다고 인정됨
합법성	고용주가 부과한 직업자격과 종교적 믿음 사이의 직접적인 연관성이 객관적으로 검증 가능함
정당성	직업자격을 부과하지 않는 경우 교회 및 단체의 정신적 기반(ethos)이나 자율권에 해를 끼칠 것으로 추정되는 위험이 개연성 있고 상당함
비례성*	해당 직업자격이 적절하고, 추구하는 목적을 달성하는 데에 필요한 범위를 초과하지 않음

* 비례성은 고용평등지침 제4조 제2항이 명시적으로 요구하는 요건은 아니지만 EU법의 일반 원칙으로서 유럽사법재판소의 심사 기준에 포함됨.

3) 영리법인의 고용

한편 상업적 목적을 추구하는 영리법인에서 사업주 개인의 종교의 자유를 이유로 성소수자에 대한 고용상 차별을 할 수 있는지 문제된다. 이러한 차별은 성소수자에게 사회적 낙인과 소외감을 느끼게 함으로써 존엄을 훼손할 가능성이 높기 때문에 성소수자 차별금지법제가 존재하는 국가에서는 원칙적으로 금지된다.

EU의 경우 사업주가 성적지향 또는 성별정체성을 차별 사유로 할 경우 앞서 살핀 고용평등지침에 따라 **(1) 해당 직업활동의 본질 및 수행 배경에 따라 성적지향 또는 성별정체성이**

국가인권위원회
humanrights.go.kr

실질적이고 결정적인 직업적 요건을 구성한다고 볼 수 있는지, (2) 차별 목적이 합리적인지, (3) 차별의 정도가 목적을 달성하는 데에 필요한 범위를 초과하지 않는지(비례성)를 증명하여야 한다.

그런데 **민간 영리회사에서 단순히 사업주가 개인적 신념상 특정한 성적지향이나 성별정체성을 부정한다는 이유만으로 어떤 직무의 실질적이고 결정적인 직업자격이 좌우된다는 것은 상상하기 어렵고, 이러한 차별행위의 목적이 합리적이라고 인정되기도 어려우므로 예외가 인정될 가능성이 낮다.**

실제로 유럽사법재판소는 로마가톨릭교회가 설립한 민간병원이 이혼한 직원을 해고하려 한 사례에서 해당 병원이 민간 유한회사로 등록되어 있고, **직원이 종교적 믿음과 상관 없는 직무를 수행하는 이상, 해당 직원이 사생활에서 로마가톨릭교회의 믿음과 어긋나는 행위를 하였더라도 해고는 부당한 차별이라고 판시한 바 있다.**

유럽사법재판소

I.R. v. J.Q. C-68/17 (2018)

사건개요: 독일 일반평등대우법은 차별금지원칙의 예외로서 종교단체에 종속된 기관은 고용인에게 "신의성실(good faith)과 충실(loyalty)을 요구"할 수 있다고 규정한다. J.Q.는 로마가톨릭 교회가 설립한 민간 병원(I.R.)에서 약품팀장으로 일했는데, 로마가톨릭 결혼 관행을 준수하지 않고 이혼에 이어 재혼을 함으로써 "신의성실과 충실의무를 어겼다"는 이유로 해고되었다.

쟁점: 민간 회사 노동자가 사생활에서 교회의 믿음과 어긋나는 행위를 했다는 이유로, 회사가 해당 노동자를 고용상 차별할 수 있는가

판단 내용: 유럽사법재판소는 비록 독일법이 종교기관의 노동자 차등대우에 있어 신의성실 및 충실의무에 따른 예외를 허용한다고 하더라도, "직업활동의 본질적 성격이나 활동이 수행되는 맥락에 따라 개인의 종교 또는 믿음이 단체의 정신적 기반을 고려하여 진정되고 합법적이며 정당한 직업자격을 구성할 때"라는 요건을 만족할 때에만 차등대우가 합법적이

고 정당하다고 판시하였다.[45]

유럽사법재판소는 이 사건에서 J.Q.는 의학적인 조언과 진료를 제공하는 업무를 수행하였기에 이러한 **업무수행에 "종교 결혼의 신성한 본질"을 지지하는지 여부는 불필요했다는 점을 지적하였다. 따라서 이 사건이 EU법상 진정직업요건을 구성한다고 보기 어려우므로 병원이 부당한 차별을 하였다고 판단했다.** 독일 법원은 이러한 판시를 받아들여 J.Q.의 청구를 인용하였다.

미국에서도 일반 영리법인은 민권법 제7편의 적용을 받는다. 민권법 제7편은 성차별을 금지하고, 미국 연방대법원이 성적지향 및 성별정체성에 근거한 차별은 민권법상 성차별 규정을 위반하는 것이라고 해석하고 있다. 따라서 미국에서도 일반 영리법인은 성적지향 및 성별정체성에 근거한 고용상 차별을 할 수 없다.

그러나 미국에서는 RFRA라는 특수한 법이 존재하기 때문에 쟁점이 발생한다. RFRA는 종교적 자유를 특별히 더 강하게 보호하는 법률이기 때문이다.

그런데 연방대법원은 최근 **종교적 이유를 들어 트랜스젠더를 해고한 사건에서(R.G. & G.R. Harris Funeral Homes Inc. v. EEOC) RFRA는 성소수자에 대한 고용상 차별을 금하는 민권법에 대한 항변이 될 수 없다고 보았다. 성별정체성 및 성적지향에 근거한 고용 차별 근절은 분명히 "중대한 공공 이익"이고, 이에 대해서는 차별금지법제를 집행하는 것 이외에 덜 "제한적 수단"이 없다는 것이다.**

미국 연방대법원

R.G. & G.R. Harris Funeral Homes Inc. v. Equal Employment Opportunity Commission, 590 U.S. __ (2020)

사건개요: 장례식장 직원인 에이미 스티븐스(Aimee Stephens)가 2013년 고용주 토머스 로스트(Thomas Rost)에게 자신이 성확정수술을 받을 것이며, 이후 자신의 성별정체성에 부합

45 독일 법원은 EU법과 합치하게 국내법을 해석할 의무가 있고, 만약 국내법을 EU법과 합치하도록 해석하는 것이 불가능하다면 국내법을 적용하지 않을 의무가 있음.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

하는 여성용 의복을 입고 일하고자 한다는 편지를 쓰고, 그 직후 해고된 사건이다. 미국 고용기회평등위원회(EEOC)는 스티븐스의 진정을 받아들여 장례식장에 대한 소를 제기하였다. 지방법원은 장례식장의 손을 들어 주었지만, 항소심에서 제6연방항소법원은 RFRA가 성소수자 직원에 대한 차별을 정당화할 수 없음을 명확히 하며 장례식장이 민권법 제7편을 위반했다고 판단했고, 연방대법원은 이 판단에 동의했다.

이 사건에 대한 연방대법원 판례는 민권법 제7편이 금지하는 성차별이 성별정체성에 따른 차별에도 적용된다는 것을 명백히 하였다는 역사적 의의가 있다. 그러나 연방대법원에서는 민권법 제7편의 해석이 주요 쟁점이 되고, 종교면제 주장은 거의 다루어지지 않았다. 따라서 아래에서는 종교면제 주장에 대한 제6연방항소법원의 판단을 중심으로 살핀다.[46]

쟁점:

(1) 성별정체성을 이유로 노동자를 해고할 수 없도록 한다면 로스트의 "종교적 활동의 자유"에 대한 "실질적 부담"을 야기하는가

(2) 성별정체성을 이유로 노동자를 해고할 수 없도록 하는 법령이 "중대한 공공 이익의 확대"를 위한 "최소한의 제한적 수단"이라는 RFRA의 엄격심사기준을 만족하는가

판단내용: 전술하다시피 RFRA가 종교면제의 근거가 되려면 "종교적 활동의 자유"에 "실질적 부담"이 있음이 우선 증명되어야 한다. 또한 정부가 성소수자 차별금지법제가 "중대한 공공 이익의 확대"를 위한 "최소한의 제한적 수단"임을 증명하여야 한다.

(1) 성별정체성을 이유로 한 해고 금지는 "종교적 자유에 대한 실질적 부담"인가

장례식장 측은 트랜스젠더 직원의 존재가 (1) 유가족에게 불편을 끼칠 수 있고 (2) 사업주가 트랜스젠더와 함께 일하는 것은 종교적 신념에 대한 침해이기 때문에 사업주가 업계를 떠나도록 강요하므로 '상당한 부담'에 해당한다고 주장했다.

그러나 제6연방항소법원은 고용주들이 **고객들의 "가정된 편견"을 주장하는 것만으로는 민권법 제7편을 면탈할 수 없다**고 하였다. 또한 "스티븐스의 **성(sex)과 성별정체성(gender identi-**

46 해당 제6연방항소법원 판례는 EEOC v. R.G. &. G.R. Harris Funeral Homes, 884 F.3d 560 (6th Cir. 2018).

ty)에 대한 인식을 관용(tolerate)하는 것은 그것을 지지(support)하는 것과 같지 않"으며, 이 사건에서 스티븐스가 어떤 식으로든 사업주에게 자신의 트랜지션 과정을 지지하거나 도와줄 것을 요청하지 않았고 단지 고용 유지를 바랐을 뿐임을 지적했다. 따라서 **단순히 성별정체성을 근거로 한 해고를 금지하는 것은 (개인의 양심과 다른 표현을 강요하는 것과 성질을 달리하므로) 로스트의 종교적 믿음에 '실질적 부담을 주지 않는다'고 보았다.**

(2) 성소수자 차별금지법제는 "중대한 공공이익의 확대를 위한 최소침해수단"인가

나아가 만일 민권법 제7편이 로스트의 종교적 신념에 "실질적 부담"을 부과한다 할지라도, 제6연방항소법원은 **성별정체성 및 성적지향에 근거한 고용 차별 근절은 분명히 '중대한 공공이익'**이라고 인정하였다. 나아가 **이에 대해서는 차별금지법제를 집행하는 것 이외에 덜 "제한적 수단"이 없**으므로 RFRA에 따른 엄격심사기준을 통과한다고 보았다. **"그렇지 않으면 모든 현대적 인권법은 의문의 대상일 수밖에 없"기 때문이다(all modern civil rights law would be called into question).**

고용상 차별의 양상은 해고 외에도 다양하다. 미국 뉴욕 항소법원은 고용주가 성소수자 직원에게 "지옥에 갈 것" 이라며 폭언을 하고 지속적으로 괴롭힌 사건(Mirella Salemi v. Gloria's Tribeca Inc.)에서, 고용주가 뉴욕시 인권법(New York City Human Rights Law)을 위반한 차별을 하였다고 보고, 160만 달러의 징벌적 손해배상책임을 인정하였다.

미국 뉴욕 항소법원

Mirella Salemi v. Gloria's Tribeca Inc., etc., et al., v. Gloria Tribecamex Inc., et al.,
115 A.D.3d 569 (N.Y. App. Div. 2014)

글로리아의 트라이브케이멕스(Gloria's Tribecamex)라는 식당을 운영하는 에드워드 글로보카(Edward Globokar)는 식당 직원이던 미렐라 세일레미(Mirella Salemi)에게 지속적으로 동성애에 대한 비난을 퍼부었다. 글로보카는 주간 기도모임을 열어, 동성애는 "죄"이며 "게이들은

국가인권위원회
humanrights.go.kr

지옥에 갈 것"이라고 반복적으로 말하면서 종교와 성적지향에 대한 차별적 발언을 반복적으로 했다. 글로리아의 트라이브케이멕스 직원들은 해당 기도모임에 참석하지 않으면 해고의 위협을 느꼈다고 진술했다. 세일레미는 글로보카의 모욕적 발언에 반대하거나, 기도 모임 참석을 거부하거나, 다른 노동자를 성적지향을 이유로 해고하라는 글로보카의 지시를 거부한 적이 있는데, 글로보카는 이에 대한 보복으로서 세일레미의 성적지향에 대한 모욕적 행위를 계속하였다.

배심원들은 글로보카에게는 자신의 종교적 신념을 표현할 권리가 있지만, 이러한 권리 행사는 종교 및 성적지향에 따라 직원을 차별하지 않는 한도 내에서 이루어져야 한다며, 이 사건에서 위법한 고용상 차별이 발생했다고 보았다. 원심 판결은 글로보카에게 세일레미의 정신적 피해에 대한 위자료 40만 달러, 징벌적 손해배상 120만 달러 등 총 160만 달러의 손해배상을 하도록 판결하였는데, 항소법원은 이러한 원심 판결을 유지하였다.

3. 재화·서비스 제공

1) 개요

성소수자 차별금지법제는 일반 대중에게 판매 또는 제공되는 재화 및 서비스 영역에서 부당한 차별을 규제한다.

그러므로 재화 및 서비스가 본질적으로 사적인 경우, 예컨대 교회 신자에게만 제공되는 서비스나 특정한 동호회 회원만 구입할 수 있는 재화는 성소수자 차별금지법제가 규율하는 영역에 해당하지 않는다.

문제는 **일반 대중을 상대로는 얼마든지 재화 및 서비스를 제공하면서도 성소수자에 대해서는 제공을 거부하는 경우다.** 이러한 사례는 특히 미국에서 동성혼이 법제화된 이후, 웨딩 관련 비즈니스에서 주로 나타났다. 사업주 자신이 죄에 해당한다고 믿는 행위에 대하여 공모하라고 강요당했기 때문에 표현의 자유, 종교의 자유, 양심의 자유 등을 침해당했다는 주장이다(공모항변, complicity claim). 아래에서는 이러한 주장을 하는 주체별로 외국 법원의 판단 사례를 살핀다.

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

2) 종교 관련 시설

가. 판단 원칙: 일반 대중에게 재화 및 서비스를 제공할 경우 종교적 단체라 할지라도 성소수자에 대한 차별을 할 수 없음

오늘날 교회는 여러 가지 형태의 영리 또는 비영리 사업으로 활동 범위를 확장하였다. 교회가 별도 법인을 설립하여 숙박업, 공간대여업, 카운슬링 등 일부 수익창출사업을 전개하는 일은 더 이상 낯설지 않다. 이처럼 전적으로 종교적 목적을 위해 운영된다고는 볼 수 없지만, 법인의 상호, 운영 원칙 등에서 일부 종교적 색채를 띠는 법인들이 존재한다. 이러한 법인들이 성소수자에게 재화나 서비스를 제공하기를 거부하면서 종교면제 항변을 할 경우, 정당하고 합리적이라고 볼 수 있는지 여부가 문제된다.

이 경우, **일단 법인의 목적이 종교적 활동을 하는 데에 있지 않고, 영리적/세속적 서비스를 제공하는 데에 있는 이상 종교의 자유 제한은 문제되지 않는다.**

법인의 종교적 목적이 인정된다 할지라도, 신자가 아닌 일반 대중에게도 차별없이 재화와 서비스를 판매하고 있다면 차별의 정당성을 인정하기 곤란하다. 일반 대중을 대상으로 재화, 서비스를 제공하는 이상(public accommodation) 성소수자에게만 이러한 재화와 서비스 제공을 거부하는 것을 정당화할 합리적이고 비례적인 이유가 있다고 인정하기는 매우 어렵기 때문이다.[47]

아래 2개 판례는 모두 교회와 관련된 서비스 제공 업체가 성소수자에게 서비스 제공을 거부한 것은 차별이라고 본 사례다. 호주에서는 기독교 교회가 설립한 숙박시설이 성소수자 청소년들의 숙박 요청을 거절할 수 없다는 판결이 있었다(Christian Youth Camps Ltd v. Cobaw Community Health Services Ltd). 캐나다에서도 가톨릭 교회가 운영하는 홀을 레즈비언 부부에게 대여해 주지 않는 행위는 차별이라는 판결이 있었다(Smith and Chymyshyn v Knights of Columbus and others).

---

47 Kent Greenawalt, Mutual Tolerance and Sensible Exemptions, William N. Eskridge Jr, Robin Fretwell Wilson, Religious Freedom, LGBT Rights, and the Prospects for Common Ground, Cambridge University Press (2019)

국가인권위원회
humanrights.go.kr

호주 빅토리아주 대법원

Christian Youth Camps Ltd v. Cobaw Community Health Services Ltd, 308 ALR 615 (2014)

사건개요: 호주의 청소년 자살 예방 관련 단체인 **Cobaw가 기독교 청소년 캠프(Christian Youth Camps , "CYC")가 운영하는 캠핑 리조트를 빌려 성소수자 청년들이 참석하는 주말 캠프를 열고자 하자, CYC가 Cobaw의 숙박 요청을 거절한 사건이다.** CYC는 기독교 교회(Christian Brethren Church)에 의해 설립되었고, 종교적인 이유로 동성애 활동에 반대한다고 밝혔다.

1심 법원인 빅토리아주 민사 및 행정 재판소(Victorian Civil and Administrative Tribunal, 이하 "재판소")는 이 사건이 성적지향에 근거한 불법적 차별에 해당한다고 판단하였고, 빅토리아주 대법원도 동일한 취지로 판단하였다. 이는 빅토리아주 차별금지법이 **종교 예외 조항을 규정하고 있음에도 불구하고, 세속적 서비스를 제공하는 업소에서 성소수자 차별이 정당하다고 주장하지 못한다는 사실을 확인한 것이어서 특히 의미가 있다.** 빅토리아주 차별금지법인 기회균등법(The Equality Opprtunity Act)은 "진정한 종교적 신념이나 원칙에 따르기 위해 필요한" 차등대우는 정당화될 수 있다는 규정을 두고 있지만, 이 사례는 그러한 사례가 아니라는 것이다.[48]

쟁점: 종교단체와 관련이 있지만, 일반 대중을 상대로 영리 서비스를 제공하기 위해 설립된 법인이 종교면제를 주장할 수 있는가

판단내용: CYC는 청소년 수용 거부가 "종교적 신념과 원칙을 따르기 위해 필요"하다고 주장했으나, 빅토리아주 대법원은 **CYC가 종교적 목적을 위해 설립된 단체가 아니기 때문에 이 규정을 적용할 수 없다고 보았다.** 비록 CYC가 기독교 교회에 의해 설립되었지만, **CYC의 목적과 활동은 종교적이지 않다는 점** 때문이다. CYC는 주 대법원에 항소했지만 기각되었다. 대법원 역시 이 사건 숙박 거부가 **세속적이고 상업적인 숙박업소에서 이루어졌다**고 보

48 연방법인 호주 성차별금지법 (Sex Discrimination Act 1984 amended by Act No. 98 of 2013) 역시 고용, 교육 및 물품, 서비스 및 시설 분야의 성적지향, 성별정체성, 간성 지위 및 혼인 여부(relation status)에 따른 차별을 금지하는 한편, 종교 단체 및 종교 목적으로 설립된 교육 기관에 대한 예외 규정을 두고 있음. 이러한 규정은 호주 인권위원회로부터 지속적으로 국제인권규범에 어긋난다는 비판을 받고 있다.

고 이러한 경우 종교기관과 달리 **동성애에 대한 CYC의 "종교적 신념과 원칙"은 "사적인 윤리적 의무"일 뿐이며,** 그러한 신념과 원칙을 준수하기 위해 타인에게까지 같은 판단을 하도록 하여야 하는 것은 아니라고 설시하였다.

캐나다 브리티시컬럼비아 인권재판소

Smith and Chymyshyn v Knights of Columbus and others, BCHRT 544 (2005)

사건개요: 레즈비언 커플 데보라 카이마이신(Deborah Chymyshyn)과 트레이시 스미스(Tracey Smith)가 로마 가톨릭 교회가 운영하는 나이츠 오브 컬럼버스(Knights of Columbus) 홀을 빌려 결혼 후 피로연을 열고자 했으나 예약을 취소당한 사건이다. 홀 예약은 누구나 할 수 있도록 개방되어 있었고, 부부는 홀이 교회와 어떤 연관이 있는지 알지 못했다. 나이츠 오브 컬럼버스 측은 홀의 예약 목적을 알게 되자 예약을 취소하였다.

판단내용: 재판소는 국가가 나이츠 오브 컬럼버스의 핵심적 신념에 반하는 행동을 강요할 수 없다는 것을 인정하면서도, 그들이 부부에게 합리적 편의제공(reasonable accommodation)을 제공할 의무를 다하지 못했다고 보았다고 보고 1,000달러의 벌금을 부과하였다. 나이츠 오브 컬럼버스 측은 그들의 행동이 카이마이신과 스미스 부부에게 미칠 영향을 고려하지 않았고, 상황을 설명하고 사과하기 위해 이들을 만날 생각을 하지도 않았으며, 그들이 초래한 비용을 배상하거나 다른 해결책을 찾는 것을 돕겠다고 제안하지도 않았다. 사실상 그들은 부부의 인간 존엄성에 대한 모욕감을 인정하지 않았고, 충격을 완화하기 위한 조치를 취하지도 않았던 것이다.

시사점: 호주의 Cobaw v. CYC 사례의 경우 대법원이 CYC가 종교적 목적을 위해 설립된 단체라는 점 자체를 부정하면서 부당한 차별을 인정했다. 그러나 이 사례는 재판소가 나이츠 오브 컬럼버스가 **종교적 목적을 위해 설립된 단체라는 점을 인정하면서도, 동시에 대중에게 서비스를 제공하는 단체로서 의무를 다하지 않는 경우 위법하다고 본 사례**이기 때문에 의미가 있다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

3) 영리법인의 재화·서비스 제공

가. 개요

교회와 전혀 관련 없는 일반적 영리 사업체가 고객이 동성애자이거나 트랜스젠더라는 이유로 판매를 거부하는 경우도 있다. 기독교 신자인 베이커리 주인이 동성결혼에 사용될 웨딩케이크 제작을 거부하는 사례가 대표적이다. 단순히 고객이 성소수자라는 이유로 재화나 서비스 제공을 거부하는 경우, 이것이 합리적이고 정당한 이유가 있으며 비례성을 만족한 차등대우라고 해석되기는 매우 어렵다. **영리법인은 스스로 일반 대중을 상대로 영업하기를 선택한 것이기 때문에 일반적으로 적용되는 법률의 규제를 당연히 받아야 하고, 차별금지법에 의해 보호받는 성소수자에게 재화나 서비스 제공을 임의로 거부해서는 안 되기 때문이다.** 이러한 판단 기준은 미국과 유럽 판례에서 공통적으로 나타난다(영국 대법원의 Bulls v. Halls 판례와 미국 뉴멕시코주 대법원의 Elane Photography, LLC v. Willock 판례 참조).

특히 유럽에서는 성적지향을 이유로 한 차별을 정당화하기 위해서는 '매우 중요한(very weighty) 이유가 필요하다'는 유럽인권재판소의 확립된 원칙에 따라, 차별에 정당하고 합리적인 이유가 있는지에 대해 신중하게 비례성을 심사한다.

구체적 사례를 심사할 때, **먼저 영리법인의 사업주가 성소수자 차별금지법제의 적용으로 인하여 실제로 종교의 자유나 표현의 자유를 제한받는지를 따져야 한다.** 미국 워싱턴주 대법원 Arlene's Flowers, Inc. v. Washington 판례에 따르면, 재화 및 서비스가 고객에게 일정한 가격에 일률적으로 판매되는 것일 경우에는 '판매행위'가 어떤 종교적 의사의 '표현'이라고 보기 어렵다. 따라서 단순히 재화나 서비스를 판매하는 것만으로 종교의 자유나 표현의 자유가 제한될 여지 자체를 인정하기 곤란하다.

하지만 **예외적 경우**, 예컨대 판매 대상 재화가 **개인의 예술적 창작으로서의 성격이 강한 경우나, 성소수자 고객이 사업주에게 구체적인 의사의 표현을**(예: 동성혼을 지지한다) **요구한 경우**, 표현의 자유나 종교의 자유 제한이 있다고 판단한 사례도 있다. 다만 이런 **예외를 넓게 해석하면 차별금지법의 제정 취지가 몰각될 위험이 있으므로, 신중한 주의를 기울여 해당 법원이 성소수자 차별금지법제 적용의 예외를 인정한 구체적 사실관계와 사유를 정확하게 살필 필요가 있다.**

나. 성소수자에 대한 부당한 차별이 인정된 사례 (종교면제 항변 기각)

먼저 사업주가 성소수자에게 특정한 재화 또는 서비스 제공을 거부한 경우, 해당 재화나 서비스를 '종교적 표현'이라고 볼 수 있는지 문제된다.

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

미국의 판례법은 수정헌법 제1조가 대표하는 자유주의적 전통에 깊이 뿌리를 내리고 있기 때문에 특정한 서비스 제공이 '종교적 표현'이라고 볼 수 있는지가 매우 중요한 쟁점으로 다루어진다. **미국 법원은 아래 Elane Photography, LLC v. Willock 판례에서 보듯, 단순히 성소수자에게 차별 없이 서비스를 제공하라는 법률이 사업주에게 어떤 특정한 '표현'을 강제한다고는 볼 수 없다고 본다.** 한편 Elane Photography, LLC v. Willock 판례는 스미스 판례와도 궤를 같이하는데, 영리법인의 사업주가 일반대중을 상대로 영업하겠다는 사업적 선택(business choice)을 한 이상, 모든 사업자에게 일반적으로 적용되는 규제인 성소수자 차별금지 법제로부터 예외를 주장하는 것은 허용되기 어렵다고 설시하였기 때문이다.

미국 뉴멕시코주 대법원

Elane Photography, LLC v. Willock, 309 P.3d 53 (N.M. 2013)

사건개요: 일레인 포토그래피(Elane Photography)는 결혼식 사진 촬영 업체다. 이 업체는 일반 대중을 대상으로 한 서비스를 제공하는 기업으로, 뉴멕시코주 인권법에 따라 성적지향에 근거한 차별을 하지 않을 의무를 진다. 한편 이 회사의 사진사이자 공동창업주인 일레인 유구닌(Elaine Huguenin)은 개인적으로 동성결혼에 반대한다는 이유로 레즈비언 커플의 약혼식 촬영 요청을 거절하였다. 뉴멕시코 인권위원회는 일레인 포토그래피가 뉴멕시코인권법을 위반하여 위법한 차별을 하였다는 결정을 내렸다.

쟁점: 위 뉴멕시코 인권위원회의 결정 및 이러한 차별을 금지하는 뉴멕시코주 인권법은, 일레인에게 성소수자 부부 촬영을 강제함으로써 표현의 자유를 침해하는가

판단 내용: 뉴멕시코주 대법원은 일레인 포토그래피가 뉴멕시코인권법을 위반하여 **성적지향에 근거한 위법한 차별을 저질렀음을 확인하였다.**

나아가, 법원은 뉴멕시코주 인권법이 일레인 유구닌의 '표현의 자유'를 침해하지 않았다고 보았다. 유구닌은 사진 촬영은 예술적 표현이기 때문에 자유가 보장되어야 한다고 주장했다. 그러나 법원은 수정헌법 제1조는 개인이 (1) 정부로부터 특정 표현을 강요받지 않을 것("speak the government message") (2) 타인의 의견을 표현하거나 돕도록 강요받지 않을 것("host or accommodate the message of another speaker")을 보장한다고 설명한 뒤, 이 사건에서 **국가가**

국가인권위원회
humanrights.go.kr

유구닌에게 요구하는 것은 단순히 이성 커플에게 제공하는 것과 차이가 없는 서비스를 제공하라는 것뿐이고, 특정한 표현의 내용을 강제하는 것이 아니라고 하였다.
나아가 **영리법인이 "강요된 표현(compelled speech)"을 주장하는 것은 합당하지 않다고 지적하였다. 일레인 포토그래피는 일반 대중에 대하여 영업을 하기로 비즈니스 선택(chosen line of business)을 하면서, 더 넓은 고객군을 확보하는 대신 법률의 적용 역시 받기로 선택한 것이기 때문이다.**
이 판결은 미국 연방대법원이 유구닌의 상고를 기각하면서 확정되었다.

만약 종교적 표현의 자유 제한이 어느 정도 인정된다 할지라도, 비례성 심사를 통과하여야 정당한 차별로 인정받을 수 있다. 영국 대법원은 Bulls v. Halls 판례에서 사업주에게 유럽인권협약상 종교의 자유가 있다고 하면서도, 호텔 운영자가 종교적 자유를 이유로 사실혼 동성 커플의 숙박을 거절한 행위는 비례원칙에 부합하지 않는 차등대우여서 부당한 차별이라고 보았다.

영국 대법원

Bull and another v Hall and another [2013] UKSC 73

사건개요: 마틴 홀(Martin Hall)과 스티븐 프레디(Steven Preddy)는 시민결합(Civil Partnership) 관계에 있는 동성 커플이다. 홀과 프레디는 전화를 통해 키모르바 프라이빗 호텔(Chymorvah Private Hotel)에 더블룸을 예약하였다. 그러나 이 호텔을 운영하는 불스 부부는 더블 침대가 있는 방은 '부부'만을 위한 공간이라며 더블룸 제공을 거부하였다.
불스 부부는 해당 규정은 이성애 미혼 커플에게도 적용되므로 성적지향에 근거하여 불법적 차별을 하지 않았다고 주장하였다. 또한 법원이 영국 평등법을 해석, 적용함에 있어 유럽인권협약 제9조에 따른 종교적 믿음을 표현할 권리(Right to manifest religious belief)와 양립할 수 있는 해석을 취하여야 한다고 주장하였다.

관련 법령: 영국에서는 2007년 성적지향에 대한 평등법 시행령(The Equality Act (Sexual

국가인권위원회
humanrights.go.kr

Orientation) Regulations 2007)이 시행되었다. 이 규정은 재화 및 서비스 제공 등에서 성적 지향을 이유로 한 차별을 금지한다. (Regulation 3(1), (2), (3))

쟁점:

(1) 혼인 여부에 따라 숙박 제공 가부를 결정하는 호텔의 규정이 "성적지향"에 근거한 직접차별이라고 볼 수 있는가

(2) 불스 부부의 종교적 믿음을 표현할 권리가 이 사건 차등대우를 정당화할 수 있는가

판결:

(1) 영국 대법원은 불스 부부의 행위가 **성적지향에 근거한 직접차별에 해당한다고 보았다.**

- 법원은 성차별에 대한 선례[49]를 인용해 "처우의 차이가 명시적으로 성별과 관련이 있거나, **필연적으로 성별과 분리할 수 없는 특징과 관련이 있는 경우 직접차별을 구성한다"고 설시하였다.** 이 사례에서 "(혼인이라는) **기준은 (홀과 프레디 커플이) 결코 충족시킬 수 없는 것"이었으므로[50] "필연적으로 (성적지향과) 분리할 수 없는 특징"에 기반한 차별이다.**
- 차별이 인정되려면 '같은 것을 달리 처우'함이 인정되어야 한다. 이에 관해 영국 대법원은 연금혜택에 대한 유럽사법재판소 판례를 인용해, 법원은 **동성 반려자(lifetime partner)가 이성 배우자와 동등한 상황에 있는지 판단할 권한이 있다며,**[51] 당시 홀과 프레디 커플은 **사실혼 관계이며 시민결합 지위에 있었기 때문에, 이성애 부부와 동등한 상황에 있다고 볼 수 있어, 차별 처우가 정당화될 수 없다고 보았다.**

(2) 영국 대법원은 **불스 부부의 종교적 믿음을 표현할 권리는 차별의 정당화 사유가 될 수 없다고 보았다.**

- 불스 부부는 Eweida 판례[52] 등 유럽인권재판소 판례를 인용하여 자신들은 종교적 표현의 자유에 근거해 국가에 합리적 편의를 요구할 권리가 있다고 주장하였다.

---

49 Schnorbus v Land Hessen, Case C–79/99, ECR I–10997 (2000)

50 영국에서는 2014년 동성혼을 허용하는 법률이 시행되었으므로, 이 사례는 아직 동성혼이 법제화 되기 이전에 발생한 것임.

51 Maruko v Versorgungsanstalt der Deutschen Bühnen, Case C–267/06, 2 CMLR 32 (2008)

52 Eweida v United Kingdom ECHR 37 (2013) 항공사가 직원 유니폼 규정에서 종교적 심볼 착용을 금지하였는데, 십자가 목걸이를 착용하고자 한 직원에게 불이익을 부과한 사건. 유럽인권재판소는 항공사에게 부당한 부담이 지워지지 않는 이상 직원의 자유로운 종교적 표현을 보장하기 위해 합리적인 편의제공 의무가 있다고 판단함.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

– 대법원은 "불스 부부의 유럽인권협약상 권리와 양립할 수 있도록(compatible)" 법을 해석해야 한다는 점은 인정하면서도,[53] **"수단과 달성하고자 하는 목표 사이의 합리적 비례성"이 인정되어야 한다고 하였다.**
– 대법원은 "성적지향은 (…중략…) 한 개인의 정체성의 핵심 요소"라며, "수세기 동안의 차별과 박해가 남긴 유산"을 언급하고 **"성적지향을 이유로 한 차별을 정당화하기 위해서는 '매우 중요한'(very weighty) 이유가 필요하다"는 유럽인권재판소의 확립된 원칙**을 인용하였다.

"동성애자들은 타인과의 관계를 통해 자신을 충족시킬 수 있는 가능성을 오랫동안 부정당해 왔다. 이것은 현행법이 인정하는 바, 인간으로서 그들의 존엄성에 대한 모욕이다. 동성애자들은 다른 사람과 동등한 자유와 관계를 누릴 수 있다. 그러나 우리는 아직도 세계 여러 곳에서 일어나고 있는 차별과 박해의 계속되는 유산을 과소평가해서는 안 된다. 스트라스부르(주: 유럽인권재판소를 말함)가 성적지향에 따른 차별을 정당화하기 위해 "매우 중요한 이유"를 요구하는 것은 당연하다. 호텔 운영자가 동성애자들을 차별하는 것을 금지하는 것은 종교를 표현할 권리에 대한 과도한 제한이라는 주장을 우리가 신중하게 고려하여야 하는 이유이다." (동 판결 53문단)

다. 종교적 표현의 자유에 따른 예외의 인정 – 엄격한 해석 필요

다만 판매 대상 재화가 개인의 예술적 창작으로서의 성격이 강한 경우 등, "종교적 표현"으로 보호받는다고 볼 근거가 있는 때에는 예외가 인정될 소지가 있다. 또 단순히 고객이 성소수자라는 이유로 재화나 서비스 제공을 거부한 것이 아니고, 고객이 "동성결혼을 지지한다"라는 메시지를 써 달라고 하는 등 특정한 의견의 표시를 요구했던 때에는 재화나 서비스 제공을 거부하는 것이 부당한 차별이 아니라고 볼 소지가 있다.[54]

다만 약간의 예술적 표현 요소가 있다고 해서, 대중적으로 판매되는 재화가 모두 종교적

53 영국 인권법(Human Rights Act 1998) 3(1) 가능한 한, 국내법과 하위법령은 유럽인권협약상 권리와 양립할 수 있는 방식으로 해석되고 효력이 부여되어야 한다.

54 Lee v. Ashers Baking Company Ltd. UKSC 49 (2018) 참조. 동성애자 고객이 "동성 결혼을 지지함"이라는 메시지를 담은 케이크를 주문하였음. 이에 빵집 주인이 종교적 신념을 이유로 케이크 제작을 거부하였고, 고객은 성적지향에 근거한 차별을 당했다며 소를 제기한 사건. 영국 대법원은 빵집 주인이 성소수자라는 보호받는 지위에 근거하여 차별을 한 것이 아니고, 동의하지 않는 의사표현을 거부한 것뿐이므로, 위법한 차별이 일어나지 않았다고 보았음.

KOR 국가인권위원회 humanrights.go.kr

표현의 자유로 보호받는 것은 아니다. 또 만에 하나 종교적 표현의 자유로 보호받는 재화가 문제된다고 할지라도 **성소수자의 존엄과 평등권이 중대한 공익으로 형량되어야** 한다.

미국 연방대법원은 2018년 Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission 판례(이하 '마스터피스 케이크숍 판례'라고 함)에서, 마스터피스 케이크숍 주인 잭 필립스가 동성 커플의 웨딩케이크 주문을 거절한 행위에 대해 위법한 차별이라고 본 콜로라도 인권위원회의 결정을 뒤집으면서, **웨딩케이크가 창조적 "표현"의 보호 영역에 속할 소지가 있다고 본 바 있다.**[55] 이 사례는 국내에서 오독이 자주 일어나는 판례이다. 연방대법원은 결론적으로 케이크 샵 주인의 성소수자 차별이 정당하다고 판단한 바가 전혀 없는데도, 마치 이 판결이 미국에서 종교면제가 인정되는 근거인 양 인용되고 있기 때문이다.[56]

이 판례에서 연방대법원은 **단순히 재화의 판매는 종교와 양심의 자유의 보호대상이 아니며, 만약 원고가 종교의 자유를 들어 동성애자에게는 그 어떤 재화도 팔지 않는다고 하였다면 수정헌법 제1조에 의해 보호받지 않는다는 원칙을 명확히 했다.** 다수의견을 집필한 케네디 대법관은 아래와 같은 설시를 남겼다.

> "우리 사회는 동성애자와 동성애자 부부를 사회적으로 소외시키거나, 존엄과 가치가 열등한 존재로 취급할 수 없다는 인식을 갖게 되었다. 그렇기 때문에 법과 헌법은 그들이 시민권을 행사할 수 있도록 보호할 수 있고 경우에 따라서는 보호해야만 한다. 법원은 그들이 다른 사람들과 동등하게 자유를 행사하는 데에 큰 비중을 두어야 하고 존중하여야 한다."[57]

그럼에도 불구하고 해당 판례에서 대법원이 콜로라도 인권위원회의 손을 들어주지 않고 케이크 샵 측에게 유리한 판결을 한 이유는 2가지이다. 하나는 **웨딩케이크 제작은 "창조적(creative)" 활동**이기 때문에 수정헌법 제1조상 종교적 표현의 권리에 속할 수 있는 행위라고 보았기 때문이다.

그런데 **종교적 표현의 자유의 영역에 포섭된다고 할지라도 스미스 판례에 따르면 이는 일반적으로 적용되는 법률(이 경우에는 콜로라도주 차별금지법)의 예외를 구할 근거는 되지 못한다. 대법원은 이 부분에서 스미스 판례에 반대하지 않았다.**

---

55 Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission, 138 S.Ct. 1719 (2018).

56 이 부분 판례분석은 아래 논문들을 참조함. Robin Fretwel Wilson, Common Ground Lawmaking: Lessons for Peaceful Coexistence from Masterpiece Cakeship and the Utah Compromise, Connecticut Law Review, 2019. 6., Klint W. Alexander, The Masterpiece Cakeshop Decision and the Clash between Nondiscrimination and Religious Freedom, Oklahoma Law Review, 2019.

57 Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission, 138 S.Ct. at 1727.

국가인권위원회 humanrights.go.kr KOR

대신 둘째, 콜로라도 인권위원회가 결정에 이르는 과정에서 "중립의무"를 위반하여 필립스의 종교적 믿음에 대한 적대감을 드러낸 점을 문제삼았다. 콜로라도 인권위원회는 케이크 샵 주인의 종교의 자유와 표현의 자유 문제를 중립적으로 심사하지 않았기 때문에 수정헌법 제1조를 위반했다는 것이다.

따라서 마스터피스 케이크숍 판례를 두고 **"종교적 믿음을 가진 상인이 동성부부에게 서비스 제공을 거부할 수 있다"고 해석한다면 이는 명백한 오독이다.** 대법원은 주 인권위원회 역시 국가기구이므로, 처분 절차에서 중립 의무를 준수하여야 함을 확인하였을 뿐이기 때문이다. 이 같은 판결 취지는 아래 설시에서 명확히 드러난다.

> "… 제빵사를 지지하는 어떤 결정이든 충분히 제한되었어야 할 것이다. 도덕적이고 종교적인 이유로 동성애자 결혼을 반대하는 모든 상품과 서비스의 공급업자들이 "동성애자 결혼을 위해 사용될 것이라면 어떠한 상품이나 서비스도 판매하지 않을 것이다"라는 간판을 내거는 것이 허용된다면 동성애자들에게 심각한 낙인(stigma)을 남길 것이기 때문이다. 그러나 그럼에도 불구하고 필립스는 사건에 관한 자신의 주장을 중립적이고 정중하게 고려 받을 권리가 있었다."[58]

다만 이 사건에서 잭 필립스의 신념, 즉 동성애자 결혼에 대한 종교적 반대가 헌법적으로 보호할 가치가 있는 표현이라고 본 데 대해서는 비판이 제기되었고 여전히 논쟁이 진행 중이다.[59] 특히 주 법원 차원에서 꾸준히 비판적 판례들이 나오고 있다. 따라서 **단순히 재화, 서비스에 예술적인 요소가 약간 포함되어 있다는 이유로 섣불리 종교적 표현의 자유의 영역에 해당한다고 보아서는 안 된다.**

아래 **워싱턴주 대법원의 판례는 마스터피스 케이크숍 판례 이후 대법원에서 확정된 또 다른 판례로, 보다 최신 논의를 반영한다.** 이 판례에서 워싱턴 대법원은 **단순히 동성결혼에 재화나 서비스를 제공하는 행위는 종교적 표현의 자유의 보호 대상이 아니고, 꽃꽂이(flower arrangement) 역시 예외가 아니라고 했다.** 이 판례는 미국 연방대법원이 2021. 7. 플로리스트 측의 상고를 기각함으로써 확정되었다.

---

58 Id. at 1728–1729.

59 "The Supreme Court's Half–Baked Cake", Wall Street Journal Editorial Board, (2018. 6. 4) https://www.wsj.com/articles/the–supreme–courts–half–baked–cake–1528154126

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

미국 워싱턴주 대법원

State v. Arlene's Flowers, Inc., 441 P.3d 1203 (Wash. 2019)

사건개요: 로버트 잉거솔(Robert Ingersoll)은 동성애자이며 알린스 플라워(Arlene's Flowers)라는 꽃집의 단골 손님이었다. 그런데 잉거솔이 결혼식을 위한 꽃꽂이 장식을 주문하고자 하자, 알린스 플라워는 종교적 신념을 이유로 꽃꽂이 장식 판매를 거부하였다.

판단 내용: 워싱턴주 대법원은 일반 대중에게 개방된 사업체는 비록 진정으로 믿는 종교적 신념을 근거로 하더라도 차별금지법을 위반할 수 없다고 판결하였다. 또한 꽃꽂이 장식 판매는 표현의 자유 보호 영역에 속하는 행위가 아니고 동성 결혼식에 꽃을 제공하는 것은 동성 결혼을 지지한다는 의사표현을 구성하지 않는다고 판단하면서, 아래와 같이 설시하였다.

> **"이 문제를 다루었던 다른 모든 법원에서 결론지었듯이, 재화·서비스 제공에 대한 차별금지법(public accommodation laws)은 단순히 상품이나 서비스에 대한 접근을 보장하는 법이 아니다. 그 법은 더 넓은 사회적 목적에 기여한다: 상업 시장에서 모든 시민들의 평등한 대우에 대한 장벽을 제거하는 것이다. 우리가 표면적으로 정당화된 차별에 대한 일부 예외를 인정한다면, 그 목적은 치명적으로 훼손될 것이다."**

4. 공적 서비스 제공

1) 공적 서비스 제공자가 개인의 종교의 자유를 이유로 성소수자를 차별할 수 있는가? – 유럽인권재판소 판례

성소수자 차별금지법제가 존재하는 EU 및 미국에서, 정부나 공공기관은 행정, 사법 서비스를 제공함에 있어 성적지향 및 성별정체성을 이유로 부당한 차별을 하지 않을 법적 의무를 진다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

하지만 동성혼이 일부 국가에서 법제화되면서, 공적 서비스 영역에서도 공무원이나 공공기관 직원, 또는 공적 서비스를 위탁받아 시행하는 개인 또는 사인(私人)이 종교적 신념을 이유로 특히 동성혼과 관련된 서비스에 종사하기를 거부하는 사례들이 나타났다. 특히 이들이 노동자로서의 권리를 주장하며, 전통적으로 사회적 소수자들을 위해 개발된 법리인 합리적 편의제공을 요구하면서 논쟁은 더욱 복잡한 양상을 띠었다. 정부나 공공기관이 이들의 종교의 자유를 보장하고자 합리적 편의제공을 할 경우, 이른바 '성소수자를 차별할 권리'를 인정해 주는 셈이 되고 말기 때문이다.

이에 대해서는 아래 유럽인권재판소 Ladele v. The United Kingdom 사례를 참조할 수 있다. 유럽인권재판소는 노동자의 종교의 자유가 인정되는 것과는 별개로, 국가는 타인의 권리를 보호할 의무가 있음을 강조하였다. 따라서 비례성 원칙에 근거하여 판단함이 원칙이며, 이 때에는 성소수자에 대한 차별금지가 중대한 공익임을 고려하여야 한다. 결과적으로 중대하고 특별한 사정이 없는 한, 성소수자에 대한 차별금지원칙보다 개인의 종교의 자유가 우선할 수는 없게 된다. 구체적으로 아래 사례(Ladele and McFarlane v The United Kingdom)에서 유럽인권재판소는 종교적 이유로 성소수자에 대한 공공서비스 제공을 거부한 직원에 대해 영국 지방자치단체 등기소가 해고한 행위는 정당한 조치라고 보았다.

유럽인권재판소

Ladele v The United Kingdom, Application no. 51671/10 (2013)[60]

사건개요: 릴리안 라델(Lillian Ladele)은 동성애 관계는 신의 법칙에 어긋난다고 믿는 기독교인으로, 1992년부터 2009년까지 이슬링턴 런던 자치구 호적등기소에서 출생, 사망 및 결혼 등록을 담당하는 직무를 맡아 일해 왔다. 2005년 12월 영국에서 생활동반자법이 시행됨에 따라, 라델은 동성 생활동반자를 등록하는 일도 맡게 되었다. 2007년 5월 라델은 개정된 계약서에 서명하기를 거부하였다. 그런데 공무의 일부인 생활동반자 업무 수행을 거부하면서 그 유일한 이유로 고객의 성적지향을 주장하는 것은 이슬링턴 평등과 다양성 정책을 위반하는 것이었다. 이에 징계 절차에 따라 라델의 계약 종료가 결정되었다. 라델은 자신이 종

60 해당 판례는 Eweida and Others v. The United Kingdom, nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10, ECHR 2013으로 병합되어 결정되었다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

교에 근거한 차별을 당했다고 주장하였으나 영국 법원은 라델의 주장을 모두 기각하였다.

판단내용: 유럽인권재판소는 이슬링턴 호적등기소가 직원들로 하여금 동등한 기회를 촉진하고 다른 사람을 차별하지 않는 방식으로 행동하도록 요구하는 데에는 정당한 목적이 있으며, 이러한 정책은 비례성을 갖춘 조치라고 판단했다. 이어 유럽인권재판소는 성적지향에 따른 차별을 정당화하기 위해서는 중대한 사유가 필요하다는 선례를 인용하며, 라델의 해고는 국가가 성소수자에 대한 차별로부터 성소수자를 보호할 의무와, 종교의 자유를 존중할 의무 간의 비례성을 갖춘 조치라고 보았다.

2) 최근 미국 연방대법원 판례(Fulton)의 해석

그런데 최근 (2021년 7월) 미국 연방대법원은 지방정부로부터 공공서비스를 위탁받아 수행하는 것을 주요 업무로 하는 법인이 성소수자에 대한 서비스 제공을 거부할 수 있다는 취지의 판결을 하여 논란을 불러일으켰다.[61]

그런데 해당 판례를 자세히 살펴보면, **대법원이 차별금지법제 일반으로부터의 종교면제를 인정한 것이 아니고, 특정한 국가계약에 대한 해석에 근거해 판결한 것임을 알 수 있다. 해당 판례의 다수의견은 이 판결이 스미스 판례를 뒤집지 않는다고 명확히 밝혔다. 즉 공공서비스 제공자는 물론, 모든 종교단체에게 일반적으로 적용가능하고 중립적인 법률(민권법 포함)로부터 종교면제를 구할 헌법적 권리는 인정되지 않는다는 연방대법원의 기존 판례는 여전히 유지되고 있다.**[62]

해당 사건은 가톨릭 소셜 서비스(Catholic Social Services, CSS)라는 단체가 필라델피아시를 고소한 사건이다. 필라델피아시는 시와 민간위탁기관이 매년 체결하는 표준계약에 따라 아동 위탁을 운영해 왔고, CSS는 필라델피아시와 오랜 시간 동안 위 계약을 체결해 서비스를 제공해 온 단체다. 그런데 **CSS는 결혼은 남자와 여자의 결합이라는 종교적 믿음에 근거하여 동성 기혼 커플을 예비위탁부모로 인증하기를 거부하였다. 이에 필라델피아시는 CSS가 계**

61 Fulton et al v. City of Philadelphia, 593 U.S. _ (2021).

62 하버드 로스쿨 교수인 노아 펠드먼(Noah Feldman)이 블룸버그에 기고한 아래 기사 참조. Noah Feldman, 'Supreme Court's 9-0 Ruling on Gay Foster Parents Divides Justices', Bloomberg Opinion, (2021. 6. 18.) https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2021-06-17/supreme-court-s-fulton-ruling-on-gay-foster-parents-shows-divisions (2021. 12. 9. 확인).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

약상 차별금지 조항을 위반하였기 때문에, CSS가 동성 커플의 인증에 동의하지 않는 한 더는 아동을 맡기지 않고 위탁계약을 체결하지 않을 것이라고 통보하였다.

1심, 2심은 스미스 판례에 근거하여 필라델피아시가 성적지향에 기초한 차별을 금지하는 계약 조건을 둔 것은 중립적이고 일반적으로 적용되는 정책이고, 일반적으로 적용되는 중립적 정책은 우발적으로 종교단체의 부담을 야기하더라도 적법하므로, **시의 조치는 합당**하다고 보았다. 그런데 **대법원은** 필라델피아 시의 표준위탁보육계약서 상 차별금지조항에 **필라델피아시가 '재량'으로 예외를 인정할 수 있다는 조항이 포함**되어 있다는 점을 지적했다. 시가 CSS에게 예외를 인정해 줄 수 있기 때문에 이는 "일반적으로 적용되는 정책"이 아니고, 필라델피아시는 예외를 인정할 재량권을 행사하지 않음으로써 CSS의 종교적 자유에 부담을 주었다는 것이다.

물론 이 판례에 대해서는 여러 비판이 제기되고 있다. 일반 대중을 대상으로 한 공공 서비스를 제공하는 단체라면 차별금지의무를 이행하여야 한다는 민권법의 원칙을 무력화할 우려가 있으며, 만일 이 판례로 인해 공공서비스의 제공 기준이 종교적 교리에 따라 좌우될 수 있게 된다면, 정교분리의 원칙이 심각하게 훼손될 우려도 있기 때문이다.

그렇다 할지라도 해당 판례는 **특정한 계약에 대한 해석에 근거한 것으로, 결코 공공에 대한 서비스나 재화를 제공하는 종교법인에게 일반적으로 차별금지의무를 면제시켜 주려는 취지를 담고 있지 않다**는 점에 유의할 필요가 있다.

III. 요약과 함의

이 장에서 소개한 미국과 EU의 사례들은 성소수자 차별금지법제가 존재하는 것을 전제로 하고 있다. 그런데 국내에는 재판으로서 차별행위에 대한 손해배상 등을 구할 수 있는 성소수자 차별금지 법제가 마련되어 있지 않다. 이 때문에 종교적 신념을 이유로 한 성소수자 차별이 한국 사회에 실재함에도 불구하고, 이러한 사례들이 법정이나 국가인권위원회에서 적극적으로 다루어지지 못하고 있다. 물론 국가인권위원회법이 성적지향에 근거한 차별을 금지하고 있기는 하지만 국가인권위원회법에 따른 구제절차의 한계, 이에 근거한 민법상 불법행위손해배상청구권이 인정되는지에 대한 법적 불명확성의 공백 등이 존재하는 상황이다. 이러한 상황에서는 '성소수자 차별금지법제가 종교의 자유를 억압한다'는 주장 자체도 있기 어렵다. 성소수자가 겪는 차별에 대해 어떤 보호도 마련되어 있지 않은 현재의 불비 상황을

국가인권위원회
humanrights.go.kr

해결하는 것이 무엇보다도 우선적 과제다.

만약 현재와 같이 제한적으로만 존재하는 차별금지 관련법 체계 아래에서 종교의 자유와 성소수자의 평등권이 대립하는 사건을 판단하게 된다면, 유럽인권재판소와 유럽사법재판소가 여러 번 강조한 바와 같이 사회적 소수자에 대한 차별 근절이라는 공익의 중대성을 충분히 고려하여야 한다. 또한 우리나라에서 자유권규약을 위시한 7개 국제인권규약이 적어도 국내법과 동위의 법률적 효력을 갖는 조약으로 인정받고 있는 만큼, 유엔 인권기구의 유권해석을 존중하여 국가가 성소수자를 차별로부터 보호할 의무를 실질적으로 인정해야 한다.

더불어 해외 법률과 판례를 검토하여 국내 사례에 적용할 때에는 해외 국가가 가진 고유한 배경, 그리고 해외 법제 역시 동적인 변화 과정에 있는 점을 고려하여야 한다. 어떤 국가에서 특정 종교가 경제적, 사회적, 문화적 주류집단을 차지해 온 역사는 해당 국가의 입법 및 사법제도에도 필연적으로 영향을 미친다. 독일의 일반평등대우법에 종교 예외 규정이 존재하는 것, 미국에서 RFRA가 지니는 특수한 영향력이 그 예이다. 대한민국과 같이 다양한 종교집단이 공존하는 국가에서, 이 같은 사례를 그대로 따르는 것은 적절하지 않다. 국가의 인권보호 의무에 공백이 생김은 물론이고, 실질적으로 세속법의 우위에 특정 종교법이 있는 결과를 초래할 수 있기 때문이다. 이러한 이유로, 이미 소개하였듯 미국 대법원은 RFRA가 성별정체성에 근거한 고용차별을 정당화할 수 없다고 판단했고, 미국 하원은 RFRA를 성소수자 차별의 이유로 주장하지 못하도록 하는 평등법(Equality Act)안을 통과시켰다. 그 밖에 EU는 2020년 11월 'LGBTIQ 평등을 위한 EU 행동계획'을 발표하였으며, 성적지향 및 성별정체성에 근거한 차별을 모든 영역에서 명시적으로 금지하려는 수평적 차별금지지침(horizontal directive)안에 대해서도 EU 시민사회의 활발한 논의가 이어지고 있다. 특정 국가의 특수한 역사가 반영된 현재의 법률이나 판례를 단편적으로 포착할 것이 아니라, 성소수자를 차별로부터 보호하고자 하는 정부, 법원, 국회, 국제인권기구, 시민사회 등 여러 주체의 지속적 여정 위에서 현재적 의미를 파악하여야 한다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

참고문헌

- Andrew Koppelmana, Gay Rights, Religious Accomodations, and the Purposes of Anti-discrimination law, Southern California Law Review (2015).
- Born Free and Equal – Sexual Orientation and Gender Identity in Intenational Human Rights Law, United Nations Human Rights Office of the High Commissioner (2012).
- Directorate-General for Justice and Consumers (European Commission) and European network of legal experts in gender equality and non-discrimination, A comparative analysis of non-discrimination law in Europe 2020 – The 27 EU Member States, Albania, Iceland, Liechtenstein, Montenegro, North Macedonia, Norway, Serbia, Turkey and the United Kingdom compared (2021).
- Douglas Nejaime, Reva B. Siegel, Conscience Wars: Complicity-based Conscience Claims in Religion and Politics. Yale Law Journal (2015).
- European Court of Human Rights, FactSheet-Sexual orientation issues (2021).
- Federal Anti-Discrimination Agerncy(독일), Guide to the General Equal Treatment Act – Explanations and Examples (2019).
- Klint W. Alexander, The Masterpiece Cakeshop Decision and the Clash between Nondiscrimination and Religious Freedom, Oklahoma Law Review (2019).
- Richard J. D'Amato, A "VERY SPECIFIC" Holding: Analyzing the Effect of Hobby Lobby on Religious Liberty Challenges to Housing Discrimination Laws", Columbia Law Review (2016).
- Robin Fretwel Wilson, Common Ground Lawmaking: Lessons for Peaceful Coexistence from Masterpiece Cakeshop and the Utah Compromise, Connecticut Law Review (2019).
- The Committee on the Judiciary, Report together with dissenting views to accompanny H.R.5. (2019. 5. 10.).
- US Commission on Civil Rights, Peaceful Coexistence: Reconciling Nondiscrimination Principles With Civil Liberties (2016).
- William N. Eskridge Jr, Robin Fretwell Wilson, Religious Freedom, LGBT Rights and the Prospects for Common Ground, Cambridge University Press (2019).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

부록

욕야카르타 원칙(+10 통합본)

Yogyakarta Principles plus 10

국가인권위원회
humanrights.go.kr

국가인권위원회
humanrights.go.kr

욕야카르타 원칙:
성적지향 및 성별정체성과 관련된 국제인권법의 적용 (2006년 채택)

욕야카르타 원칙+10:
성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징과 관련된 국제인권법의 적용
(2006년 욕야카르타 원칙을 보완하기 위한 추가 원칙과 국가 의무, 2017년 채택)

일러두기

2006년 채택된 욕야카르타 원칙은 성적지향과 성별정체성을 이유로 한 인권침해 사안에 대해 국제인권법을 적용하는 것과 관련하여 개인의 권리와 국가의 의무를 29가지 원칙으로 나열하고 기술한 것이다. 2017년에는 그간의 국제인권법 분야의 진전을 반영하고, '성별표현'과 '성징(성특징)'을 이유로 한 인권침해 영역의 보완을 위해 욕야카르타 원칙+10(YP+10)을 새롭게 채택하였다.

욕야카르타 원칙의 원문은 2006년과 2017년에 각각 채택된 2개의 문서로 분리되어 있지만, 이 번역본은 두 문서를 함께 볼 수 있도록 하나의 통합본으로 구성하였다. 1차 욕야카르타 원칙(제1원칙~제29원칙)에 이어 YP+10의 원칙(제30원칙~제38원칙)을 열거하였으며, 추가된 원칙 앞에 '+10'을 표시하였다. 또 제1원칙~제29원칙에서 YP+10에 기술된 추가적인 국가 의무는 *표시로 구별하였다. 〈추가권고〉에서도 YP+10의 권고에는 *표시를 붙였다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

목차

서문

욕야카르타 원칙 서문

욕야카르타 원칙+10 서문

전문

욕야카르타 원칙 전문

욕야카르타 원칙+10 전문

원칙

제1원칙. 인권을 보편적으로 향유할 권리

제2원칙. 평등할 권리 및 차별받지 않을 권리

제3원칙. 법 앞에서 인정받을 권리

제4원칙. 생명에 대한 권리

제5원칙. 신변의 안전에 대한 권리

제6원칙. 사생활에 대한 권리

제7원칙. 자의적으로 자유를 박탈당하지 않을 권리

제8원칙. 공정한 재판을 받을 권리

제9원칙. 구금상태에서 인간적인 대우를 받을 권리

제10원칙. 고문 및 잔인하고 비인간적이고 굴욕적인 대우나 처벌을 받지 않을 권리

제11원칙. 인간에 대한 모든 형태의 착취, 거래, 매매로부터 보호받을 권리

제12원칙. 일할 권리

제13원칙. 사회보장과 기타 사회보호조치에 대한 권리

제14원칙. 적절한 생활수준에 대한 권리

제15원칙. 적절한 주거에 대한 권리

제16원칙. 교육을 받을 권리

국가인권위원회
humanrights.go.kr

제17원칙. 도달 가능한 최고 수준의 건강에 대한 권리

제18원칙. **의**료 남용으로부터의 보호

제19원칙. 의견과 표현의 자유에 대한 권리

제20원칙. 평화로운 집회와 결사의 자유에 대한 권리

제21원칙. 사상, 양심, 종교의 자유에 대한 권리

제22원칙. 이동의 자유에 대한 권리

제23원칙. 비호를 구할 권리

제24원칙. 가족을 구성할 권리

제25원칙. 공적 생활에 참여할 권리

제26원칙. 문화 생활에 참여할 권리

제27원칙. 인권을 증진할 권리

제28원칙. 효과적인 구제와 보상에 대한 권리

제29원칙. 책임성

+10 **제30원칙.** 국가의 보호를 받을 권리

+10 **제31원칙.** 법적으로 인정받을 권리

+10 **제32원칙.** 신체와 정신의 온전성에 대한 권리

+10 **제33원칙.** 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 근거로 한 범죄화와 제재로부터 자유로울 권리

+10 **제34원칙.** 빈곤으로부터 보호받을 권리

+10 **제35원칙.** 위생에 대한 권리

+10 **제36원칙.** 정보통신기술과 관련하여 인권을 보장받을 권리

+10 **제37원칙.** 진실에 대한 권리

+10 **제38원칙.** 문화다양성을 실천, 보호, 보존하고 되살릴 권리

추가 권고

국가인권위원회
humanrights.go.kr

서문

욕야카르타 원칙 서문

모든 인간은 태어나면서부터 자유로우며 동등한 존엄성과 권리를 가집니다. 모든 인권은 보편적이고, 상호의존적이고, 불가분하며 상호연관되어 있습니다. 성적지향[1]과 성별정체성[2]은 모든 사람의 존엄성과 인간성에 없어서는 안될 요소이며, 차별이나 학대의 이유가 되어서는 안 됩니다.

사회는 다양한 성적지향과 성별정체성을 가진 사람들이 누구에게나 동등하게 주어진 존엄성과 존중을 향유하며 살 수 있도록 하는 방향으로 나아가고 있습니다. 현재 많은 국가들이 성별이나 성적지향, 성별정체성에 따른 구분없이 평등할 권리와 차별받지 않을 권리를 보장하는 법률과 헌법을 가지고 있습니다.

그럼에도 개인이 실제 또는 오인된(actual or perceived) 성적지향이나 성별정체성을 이유로 당하는 인권침해는 매우 우려될 정도로 전 세계적이며 견고한 형태를 보이고 있습니다. 여기에는 초법적 살인, 고문과 부당한 대우, 성폭행과 강간, 사생활 침해, 자의적 구금, 고용과 교육 기회 거부, 그 밖의 인권 향유와 관련된 심각한 차별이 포함됩니다. 이러한 인권침해는 인종이나 나이, 종교, 장애, 경제적 사회적 지위나 기타 지위 등을 이유로 한 폭력이나 혐오, 차별, 배제의 경험과 중첩되는 경우가 많습니다.

많은 국가와 사회가 관습, 법, 폭력을 통해 개인에게 성별규범과 성적지향 규범을 강요하고 있으며, 개인이 관계 맺고 스스로를 정체화하는 방식을 통제하려고 합니다. 섹슈얼리티에 대한 규제는 성별기반폭력과 성별불평등이 지속되는 주요 요인으로 남아 있습니다.

---

1 성적지향은 이성이나 동성에게, 또는 하나의 성별에 구애받지 않고 감정적, 연정적, 성적으로 깊이 끌릴 수 있고 친밀하고 성적인 관계를 맺을 수 있는 개개인의 가능성을 의미하는 것으로 이해된다.

2 성별정체성이란 한 사람이 깊이 느끼는 내면적이고 개인적인 젠더의 경험으로, 자신의 몸에 대한 인식(신체의 외형이나 기능을 내과적, 외과적, 기타의 방법으로 변형하는 것도 자유로이 선택된 것이라면 포함)이나 복장, 말투, 태도 등의 성별표현이 포함되며, 이러한 젠더의 경험은 태어날 때 지정된 성별과 일치할 수도 있고 그렇지 않을 수도 있다고 여겨진다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr KOR

국제체제는 사회, 공동체, 가족 내 폭력으로부터의 보호와 성평등을 향해 크게 전진해 왔습니다. 또한, 유엔의 주요 인권 메커니즘은 성적지향과 성별정체성을 이유로 한 차별로부터 모든 사람들을 효과적으로 보호해야 할 의무가 국가에 있음을 확인했습니다. 그러나 성적지향과 성별정체성을 이유로 발생하는 인권침해에 대한 국제적 대응은 단편적이고 일관성이 없었습니다.

이러한 문제를 해결하기 위해서는 전반적인 국제인권법 체제와 이 체제를 성적지향 · 성별정체성 관련 이슈에 적용하는 실천을 일관된 맥락에서 이해해야 합니다. 평등의 토대 위에서 차별 없이 모든 사람의 모든 인권을 증진하고 보호하기 위해서는, 현행 국제인권법 하에서 국가가 이행해야 할 의무를 정리 · 분석하고 명확하게 하는 것이 매우 중요합니다.

인권 단체의 연합을 대표하여 국제법률가위원회(International Commission of Jurists)와 국제인권서비스(International Service for Human Rights)가 성적지향과 성별정체성을 이유로 한 인권침해에 국제법을 적용하는 것과 관련하여 국가의 인권 보호 의무를 보다 명확하고 일관성 있게 하기 위한 일련의 국제법적 원칙을 개발하는 프로젝트를 진행했습니다.

저명한 인권 전문가 그룹이 원칙의 초안을 작성해 발전시키고, 검토하고, 정교하게 다듬었습니다. 2006년 11월 6일부터 9일까지 인도네시아 욕야카르타의 가자마다(Gadjah Mada) 대학교에서 전문가 회의를 개최한 후, 인권법 문제에 관한 다양한 배경과 전문성을 가진 25개국의 저명한 전문가 29명이 성적지향과 성별정체성과 관련된 국제인권법의 적용에 관한 욕야카르타 원칙을 만장일치로 채택했습니다.

이 회의의 보고관인 마이클 오플래허티(Michael O'Flaherty) 교수는 욕야카르타 원칙의 초안 작성과 수정에 막대한 공헌을 하였습니다. 그의 헌신과 지칠 줄 모르는 노력은 이 과정에서 성공적인 결과물을 만드는 데에 결정적인 역할을 했습니다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

욕야카르타 원칙은 광범위한 인권 기준과 이 기준을 성적지향과 성별정체성 이슈에 적용하는 것을 다룹니다. 욕야카르타 원칙은 인권 이행의 일차적 의무가 국가에 있다고 봅니다. 각 원칙마다 국가에 전하는 자세한 권고를 담았습니다. 그러나 전문가들은 모든 행위자에게 인권을 증진하고 보호할 책임이 있음을 또한 강조합니다. 추가 권고는 유엔 인권 체계, 국가인권위원회, 언론, 비정부기구, 기금 후원자를 포함한 다른 행위자에게 전하는 권고입니다.

전문가들은 욕야카르타 원칙이 성적지향 및 성별정체성 이슈와 관련된 국제인권법의 현재를 반영한다는 점에 동의합니다. 전문가들은 또한 인권법이 계속 발전하는 과정에서 당사국에 추가적인 의무가 생길 수 있음을 인정합니다.

욕야카르타 원칙은 모든 국가가 반드시 준수해야 하는, 구속력을 가진 국제적 법적 기준입니다. 이 원칙은 태어나면서부터 자유롭고 동등한 존엄성과 권리를 가진 모든 사람이 그 고귀한 천부인권을 실현할 수 있는 달라진 미래를 약속합니다.

공동의장
Sonia Onufer Corrêa
Vitit Muntarbhorn

국가인권위원회
humanrights.go.kr

욕야카르타 원칙+10 서문

욕야카르타 원칙은 2006년 채택된 이후 '다양한 성적지향과 성별정체성'을 가진 사람들의 인권에 대한 권위 있는 문서로 발전했습니다. 이후 국제인권법 분야에서 상당한 진전이 있었고, '다양한 성적지향과 성별정체성'을 가진 사람들이 경험하는 인권침해에 대한 이해도가 크게 높아졌으며, '성별표현'이나 '성징'을 이유로 가해지는 흔히 뚜렷이 구분되는 유형의 인권침해를 인지하는 데에도 진전이 있었습니다.

욕야카르타 원칙+10(YP+10)은 일련의 추가 원칙과 국가 의무를 통해 이러한 진전을 문서화하고 정교하게 하는 것을 목표로 합니다. YP+10은 29개 조항의 1차 욕야카르타 원칙과 반드시 함께 보아야 합니다. 이 두 문서가 함께 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징에 대해 현재 적용되는 국제인권법의 권위 있고 전문적인 설명을 제공합니다.

YP+10 문서는 29개 조항의 욕야카르타 원칙을 보완하는 것으로, 실제로 욕야카르타 원칙 전문 9번째 문단에 YP+10 문서의 존재 이유가 나와 있습니다:

> "이러한 기술은 반드시 현행 국제인권법에 따라야 하고, 국제인권법의 발전을 반영하는 동시에 다양한 지역과 국가의 다양한 성적지향과 성별정체성을 가진 사람들이 겪는 구체적인 생활과 경험에 적용될 수 있도록 시간이 지남에 따라 정기적인 수정이 필요하다."

이 9가지 추가 원칙과 111개의 추가적인 국가 의무에서는, 성적지향 · 성별정체성을 이유로 한 인권침해를 새롭게 이해하면서 이루어진 국제인권법의 발전, 성별표현 · 성징이라는 특유하고 교차적인 이유에 대한 인지가 서로 만나는 지점에서 명확하게 드러나는 다양한 권리를 다룹니다.

욕야카르타 원칙 10주년을 맞이하여, 국제인권서비스와 ARC 인터내셔널은 전문가 및 시민사회 관계자와 논의하여 YP+10 문서를 만들 초안위원회를 구성했습니다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

모든 과정에 시민사회의 여러 대표자와 기관들로 구성된 사무국의 도움이 있었습니다. 초안위원회는 국제인권법의 진전과 실제 경험이 모두 결과물에 담길 수 있도록, 설립 직후 제안 공모에 나섰습니다. 초안위원회는 접수된 자료들은 물론 관련 연구 및 전문지식을 바탕으로 초안 문서를 작성했고, 초안 문서는 이후 검토와 상당한 정교화 과정, 그리고 2017년 9월 18일~20일 제네바에서 열린 전문가 회의를 거친 후 채택되었습니다. 전문가들은 전 지역에서 온, 여러 법 전통과 다양한 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 가진 사람들을 포함합니다.

따라서 YP+10 문서는 해당 분야 여러 이해관계자들 사이의 공개적 협의에서 검토한대로, 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 이유로 사람들이 경험하는 특정 형태의 인권침해와 관련한 몇 가지 주요 이슈들과 진전들을 반영합니다.

YP+10 문서는 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징과 관련하여 모든 사람에게 적용되는 현행 국제법적 기준을 확인합니다. 국가는 법적 의무이자 보편적 인권에 대한 약속이라는 측면에서 이 원칙을 반드시 준수해야 합니다.

초안위원회 구성원

Mauro Cabral Grinspan
Morgan Carpenter
Julia Ehrt
Sheherezade Kara
Arvind Narrain
Pooja Patel
Chris Sidoti
Monica Tabengwa

국가인권위원회
humanrights.go.kr

욕야카르타 원칙 전문

우리, 국제인권법과 성적지향 · 성별정체성에 관한 전문가 국제 패널은,

모든 인간은 태어나면서부터 자유로우며 동등한 존엄성과 권리를 가진다는 것, 그리고 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 그 밖의 견해, 출신 국가 또는 출신 사회, 재산, 출생, 기타 지위 등 어떠한 종류의 구별 없이, 모든 사람이 인권을 향유할 자격이 있다는 것을 상기하며,

성적지향이나 성별정체성을 이유로 세계 전 지역의 사람들에게 폭력, 괴롭힘, 차별, 배제, 낙인, 편견이 가해진다는 것, 이러한 경험이 성별, 인종, 나이, 종교, 장애, 건강, 경제적 지위에 근거한 차별과 중첩되어 악화된다는 것, 그리고 폭력, 괴롭힘, 차별, 배제, 낙인, 편견은 그런 피해를 당하는 사람들의 고결함과 존엄성을 훼손시키고, 자존감과 지역사회 소속감을 약화시킬 수 있으며, 많은 이들로 하여금 자신의 정체성을 숨기거나 억누르며 두려움 속에서 보이지 않는 존재로 살아가게 한다는 점을 우려하며,

역사적으로 사람들이 레즈비언, 게이, 바이섹슈얼이거나 그렇게 여겨진다는 이유로, 합의하에 동성간의 성관계를 했다는 이유로, 트랜스섹슈얼, 트렌스젠더, 인터섹스이거나 혹은 그렇게 여겨진다는 이유로, 성적지향이나 성별정체성으로 구분되는 특정 사회집단에 소속되어 있다는 이유로 인권침해를 겪어왔음을 인식하며,

'성적지향'은 이성이나 동성에게, 또는 하나의 성별에 구애받지 않고 감정적, 연정적, 성적으로 깊이 끌릴 수 있고 친밀하고 성적인 관계를 맺을 수 있는 개개인의 가능성을 의미함을 이해하며,

'성별정체성'은 한 사람이 깊이 느끼고 있는 내면적이고 개인적인 젠더의 경험으로, 자신의 몸에 대한 인식(신체의 외형이나 기능을 내과적, 외과적, 기타의 방법으로 변형하는 것도 자유로이 선택된 것이라면 포함)이나 복장, 말투, 태도 등의 성별표현이 포함되며, 이러한 젠더의 경험은 태어날 때 지정된 성별과 일치할 수도 있고 그렇지 않을 수도 있다는 것을 이해하며,

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

모든 인간은 성적지향이나 성별정체성과 상관없이 모든 인권을 완전하게 누릴 자격이 있다는 것, 현행 인권 정책을 적용할 때에는 다양한 성적지향 및 성별정체성을 가진 이들의 구체적인 상황과 경험을 반드시 고려해야 한다는 것, 아동에 관한 모든 조치에서는 아동의 최선의 이익이 최우선 고려사항이 되어야 하고, 개인적인 견해를 형성할 능력이 있는 아동은 그 견해를 자유롭게 피력할 권리를 가지고 이러한 견해가 아동의 나이와 성숙단계에 따라 충분히 존중되어야 한다는 것을 국제인권법에서 단언하고 있음을 알고 있으며,

국제인권법은 모든 인권과 시민적, 문화적, 경제적, 정치적, 사회적 권리를 완전하게 누리는 데에 어떠한 차별도 절대 금지할 것을 강제한다는 것, 성적 권리, 성적지향, 성별정체성에 대한 존중은 남성과 여성의 평등을 실현하는 데 필수불가결하다는 것, 국가는 한쪽 성이 열등하다거나 우월하다는 생각이나 성역할에 대한 고정관념에서 비롯된 편견과 관습을 없애기 위한 조치를 취해야 한다는 것을 명심하며, 나아가 성 · 재생산 건강, 위압, 차별, 폭력으로부터의 자유 등 섹슈얼리티 관련 문제에 대해서 자유롭고 책임감있게 결정할 수 있는 권리를 국제공동체가 인정해 왔음을 명심하며,

다양한 성적지향과 성별정체성을 가진 사람들의 생활과 경험에 적용 가능하도록 국제인권법을 체계적인 방식으로 기술하는 것이 매우 큰 가치가 있음을 인정하며,

이러한 기술은 반드시 현행 국제인권법에 따라야 하고, 국제인권법의 발전을 반영하는 동시에 다양한 지역과 국가의 다양한 성적지향과 성별정체성을 가진 사람들이 겪는 구체적인 생활과 경험에 적용될 수 있도록 시간이 지남에 따라 정기적인 수정이 필요하다는 것을 인정하며,

2006년 11월 6일부터 9일까지 인도네시아 욕야카르타에서 열린 전문가 회의를 거쳐 이 원칙을 채택한다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

욕야카르타 원칙+10 전문

우리, 국제인권법, 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징에 관한 제2차 전문가 국제 패널은,

2006년 11월 채택된 욕야카르타 원칙은 성적지향, 성별정체성과 관련한 국제인권법의 적용에 대해 기술하고 있으며, 전문(前文)의 문단에서 욕야카르타 원칙이 반드시 현행 국제인권법에 따라야 하며, 국제인권법의 발전을 반영하는 동시에 다양한 지역과 국가의 다양한 성적지향과 성별정체성을 가진 사람들이 겪는 구체적인 생활과 경험에 적용될 수 있도록 시간이 지남에 따라 정기적인 수정이 필요하다고 규정하였음을 상기하며,

욕야카르타 원칙이 채택된 후, 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징 관련 문제에 대한 인권법과 법리의 진전이 두드러졌음을 주목하며,

욕야카르타 원칙에 기술된 성적지향, 성별정체성의 정의를 다시 떠올리며,

'성별표현'이란 각 개인이 복장, 헤어스타일, 액세서리, 화장과 같은 신체 외모와 태도, 말투, 행동패턴, 이름, 호칭을 통해 표현하는 자신의 성별임을 이해하며, 나아가 성별표현이 개인의 성별정체성과 일치할수도 있고 그렇지 않을 수도 있음을 유념하며,

'성별표현'은 욕야카르타 원칙의 성별정체성 정의에 포함되고, 따라서 성별정체성에 대한 모든 언급에 성별표현이 보호의 이유로서 포함된다고 이해해야 함을 상기하며,

'성징'이란 생식기 및 기타 성 · 재생산과 관련된 해부학적 구조와 염색체, 호르몬, 그리고 사춘기부터 나타나는 2차 신체 특징을 비롯하여 성별과 관련된 각 개인의 신체적 특징임을 이해하며,

'성징'은 인권침해로부터 보호해야 할 명백한 이유로서 국제법리에서 발전해왔음을 주목하며, 욕야카르타 원칙은 성적지향, 성별정체성, 성별표현의 이유와 마찬가지로 성징을 이유로도 동등하게 적용되어야 함을 인식하며,

성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징에, 실제거나 추정되거나 간주되는 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징이 모두 포함되도록 하며,

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

다양한 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 가진 개인과 인구집단이 서로 뚜렷이 구별되는 욕구와 특징을 가지고 있고 저마다 특수한 인권 상황에 있음을 인정하며,

성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징은 각각 구별되면서도 교차적인 차별 사유이며, 다른 차별 사유, 예를 들어 인종, 민족, 토착민, 성(sex), 성별(gender), 언어, 종교, 신념, 정치적 또는 그 밖의 견해, 국적, 출신 국가나 지역, 경제적 사회적 상황, 출생, 나이, 장애, 건강(HIV 감염여부 포함), 이주, 혼인상태 또는 가족 상황, 인권옹호자 신분 또는 기타 지위를 이유로 한 차별과 중첩될 수 있고, 대개 그렇게 됨을 주목하며,

성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 이유로 한 폭력, 차별, 그 밖의 해악은 여러 가지 상호 연관되고 반복되는 형태의 연속으로, 테크놀로지 매개 환경을 포함해 사적인 것에서부터 공적인 것에 이르는 다양한 환경에서, 국경을 넘어 동시대적으로 전 세계에 나타남을 유념하며,

성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 이유로 한 폭력, 차별, 그 밖의 해악에는 개인적 차원뿐만 아니라 집단적 차원도 있으며, 개개인을 겨냥한 폭력과 차별 행위가 인간의 다양성, 인권의 보편성 및 불가분성에 대한 공격이기도 함을 인식하며,

다음의 추가 원칙, 국가 의무와 권고는 현행 국제인권법에 기초하고 있으며, 법과 과학, 사회의 발전을 고려함과 동시에 다양한 지역과 국가에 사는 다양한 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 가진 사람들이 겪는 구체적인 생활과 경험에 적용될 수 있도록 시간이 지남에 따라 정기적인 수정이 필요하다는 것을 인정하며,

전문가의 자문과 2017년 9월 18일~20일 스위스 제네바에서 열린 전문가 회의에 따라 이 원칙을 채택하며, 이렇게 함으로써,

2006년 29개 조항의 1차 욕야카르타 원칙의 지속적인 효력을 확인하며,

이 추가 원칙 및 국가 의무와 권고가 1차 욕야카르타 원칙의 부가 원칙임을 선언한다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

원칙

제1원칙. 인권을 보편적으로 향유할 권리

모든 인간은 태어나면서부터 자유로우며 동등한 존엄성과 권리를 가진다. 다양한 성적지향이나 성별정체성을 가진 인간 모두가 모든 인권을 완전하게 향유할 자격이 있다.

국가는:

A. 모든 인권의 보편성, 상호연관성, 상호의존성, 불가분성에 관한 원칙을 헌법이나 다른 적합한 법률에 포함시켜야 하며, 모든 인권의 보편적 향유가 실제로 실현되도록 보장해야 한다.
B. 모든 인권의 보편적 향유라는 원칙과의 일관성이 확보되도록 형법을 비롯한 모든 법률을 수정하여야 한다.
C. 성적지향과 성별정체성에 상관없이 누구나 모든 인권을 완전하게 향유하도록 촉진하고 강화하기 위해 교육 프로그램과 인식제고 프로그램을 실시해야 한다.
D. 성적지향과 성별정체성을 비롯하여 개인의 정체성이 모든 면에서 상호 연관되어 있고 불가분함을 인정하고 확인하는 다원적 접근을 국가 정책과 의사결정 안에 포함하여야 한다.

제2원칙. 평등할 권리 및 차별받지 않을 권리

모든 사람은 성적지향이나 성별정체성을 이유로 한 차별 없이 모든 인권을 향유할 자격이 있다. 다른 인권의 향유에도 영향을 받는지와 무관하게, 성적지향이나 성별정체성을 이유로 한 차별 없이, 법 앞의 평등을 보장받고 법에 의해 평등하게 보호 받아야 한다. 성적지향이나 성별정체성을 이유로 한 차별은 어떤 것이라도 법으로 금지해야 하고, 모든 사람들이 그러한 차별에 대해 평등하고 효과적으로 보호받도록 보장해야 한다.

법 앞에서의 평등, 평등한 법의 보호, 모든 인권과 기본적인 자유권의 평등한 인정, 향유, 이행을 무효화시키거나 해치려는 목적을 가지거나 그러한 효과를 발생시키는, 성적지향이나 성별정체성에 따른 모든 구분, 배제, 제한, 특혜 등이 성적지향이나 성별정체성을 이유로 한 차별에 포함된다. 성적지향이나 성별정체성을 이유로 한 차별은 성별, 인종, 나이, 종교, 장

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

애, 건강, 경제적 지위 등 다른 사유에 근거한 차별과 중첩될 수 있으며 일반적으로 그러하다.

국가는:

A. 평등의 원칙과 성적지향 · 성별정체성을 이유로 한 차별금지의 원칙이 헌법이나 다른 적합한 법규에 명시되어 있지 않다면, 법 개정이나 해석을 이용하여 이 원칙들을 반드시 포함시키고, 실제로 이 원칙들이 효과적으로 실현되도록 보장하여야 한다.

B. 성적 동의연령(age of consent) 이상인 동성 간의 상호합의된 성행위를 금지하거나, 사실상 이를 금지하기 위해 존재하는 형법 및 기타 법적 조항을 폐기하고, 성적 동의연령이 동성간 성행위와 이성간 성행위에 동일하게 적용되도록 해야 한다.

C. 공적, 사적 영역에서 성적지향이나 성별정체성을 이유로 한 차별을 금지하고 없애기 위해 적절한 입법 조치나 기타 조치를 취해야 한다.

D. 다양한 성적지향과 성별정체성을 가진 개인과 집단이 동등하게 인권을 향유하거나 행사하도록 하는데 필수적인 조건으로, 이들이 적절한 수준까지 성장하도록 하는 데 적합한 조치를 취해야 한다. 이러한 조치는 차별로 취급되지 않아야 한다.

E. 국가가 성적지향이나 성별정체성을 이유로 한 차별에 대응할 때에는, 이 차별이 다른 형태의 차별과 중첩되는 양상을 함께 고려하여야 한다.

F. 특정 성적지향이나 성별정체성, 성별표현이 열등하다거나 우월하다는 생각과 관련된 편견이나 차별적인 태도 또는 행동을 없애기 위해, 교육과 훈련 프로그램을 실시하는 등 모든 적절한 조치를 취해야 한다.

G*. 교육, 고용, 서비스 이용 등에서 평등을 촉진하고, 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징에 따른 차별을 없애기 위해, 필요한 경우 정당한 편의가 제공되도록 모든 적절한 조치를 취해야 한다.

H*. HIV 감염 여부를 이유로 다양한 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 가진 사람을 격리, 소외, 배제하거나 재화, 상품, 서비스에 접근하는 것을 막지 못하도록 해야 한다.

I*. 모든 개인이 자신이 정체화한 성별에 맞게, 합리적이고 비례적이며 자의적이지 않은 자격요건만을 요구받으며 스포츠에 참여할 수 있도록 보장해야 한다.

J*. 모든 개인이 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징에 대한 차별 없이 스포츠에 참여할 수 있도록 보장해야 한다.

K*. 모든 수준의 스포츠에서 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 근거로 발생하는 괴

국가인권위원회
humanrights.go.kr

롭힘과 차별적 행동을 근절하기 위해 국제 인권 규범과 기준에 따라 입법과 정책, 그 밖의 조치를 채택해야 한다.

L*. 성(sex), 성별(gender), 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 이유로 사람들에게 가해지는 차별의 근본 원인에 대한 대응과, 이를 이유로 태아를 감별하는 행위의 유해함을 알리는 인식제고 활동 등을 통해, 성징에 따른 태아 감별 관행과 맞서야 한다.

M*. 출생전 태아치료와 유전자 변형 기술을 적용함에 있어 성, 성별, 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징에 근거한 차별적 태도와 관행을 해결하기 위한 조치를 취해야 한다.

제3원칙. 법 앞에서 인정받을 권리

모든 사람은 어디에서나 법 앞에서 인간으로 인정받을 권리를 가진다. 다양한 성적지향과 성별정체성을 가진 사람들이 삶의 모든 측면에서 법적 권한을 향유할 수 있어야 한다. 개인이 스스로 규정한 성적지향과 성별정체성은 인격의 일부이며, 자기결정, 존엄성, 자유의 가장 기본적인 측면 가운데 하나이다. 법적으로 성별정체성을 인정받기 위한 요건으로서 의료적 조치, 예컨대 성확정수술이나, 불임, 호르몬요법 등이 강제되어서는 안 된다. 혼인이나 자녀여부와 같은 상태를 성별정체성에 대한 법적 인정을 막기 위한 근거로 사용해서는 안 된다. 어느 누구도 자신의 성적지향이나 성별정체성을 은폐, 억압 또는 부인하도록 압력을 받아서는 안 된다.

국가는:

A. 모든 사람들이 민사상의 문제에서 성적지향이나 성별정체성을 이유로 한 차별 없이 합당한 법적 권한을 갖고 그러한 권한을 행사할 기회를 갖도록 보장하여야 한다. 여기에는 계약을 체결하거나 재산을 처리, 소유, 획득(유산상속 포함), 관리, 향유, 처분할 때 동등한 권리를 갖는 것이 포함된다.

B. 개인이 스스로 규정한 성별정체성이 충분히 존중되고 법적으로 인정되도록 필요한 모든 법적, 행정적 조치와 여타의 조치를 취해야 한다.

C. 출생증명서, 여권, 선거인 명부, 기타 서류 등 개인의 젠더/성별이 표기된 국가발행의 모든 신분서류에 개인이 스스로 내면적으로 규정한 성별정체성을 반영하는 절차가 마

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

련되도록, 필요한 모든 법적, 행정적 조치와 여타의 조치를 취해야 한다.

D. 이러한 절차들은 효율적이고, 공정하며, 차별이 없어야 하고, 당사자의 존엄과 사생활을 존중하는 방식으로 마련되도록 해야 한다.

E. 법이나 정책에 따라 성별을 기준으로 신원을 증명하고 사람들을 구분하는 모든 상황에서 신분서류 상의 변경이 인정되도록 보장하여야 한다.

F. 트랜지션이나 성별재지정을 경험한 모든 사람들을 대상으로 사회적 지원을 제공하도록 이들에게 특화된 프로그램을 책임지고 실시하여야 한다.

제4원칙. 생명에 대한 권리

모든 사람은 생명에 대한 권리를 가진다. 성적지향이나 성별정체성을 이유로 생명을 빼앗기는 것을 포함해, 어느 누구도 임의적으로 생명을 빼앗기는 일이 있어서는 안 된다. 누구도 성적 동의연령 이상에서의 동성 간 상호합의된 성행위를 이유로, 또는 성적지향이나 성별정체성을 이유로 사형선고를 받아서는 안 된다.

국가는:

A. 성적 동의연령 이상에서의 동성간 상호합의된 성행위 금지를 목적으로 하거나 그러한 효과를 가지는 모든 형태의 범죄를 폐지해야 하며, 그러한 조항이 폐지될 때까지는 그 범죄로 유죄판결을 받은 어느 누구에게도 사형이 선고되어서는 안된다.

B. 성적 동의연령 이상에서의 동성간 상호합의된 성행위 관련 범죄에 대해, 사형선고를 면제하고 현재 사형집행 대기자를 모두 방면하여야 한다.

C. 성적지향이나 성별정체성을 이유로 국가의 지원이나 묵인하에 이루어지는 인명에 대한 모든 공격을 중단시켜야 하며, 그러한 공격이 국가 공무원에 의한 것이든 개인이나 집단에 의한 것이든 모두 철저하게 조사하고, 적절한 증거가 발견되면 책임자들이 기소되어 재판을 받고 응분의 처벌을 받도록 하여야 한다.

제5원칙. 신변의 안전에 대한 권리

성적지향이나 성별정체성과 상관 없이 모든 사람들은 신변의 안전에 대한 권리를 가지고,

국가인권위원회
humanrights.go.kr KOR

가해자가 공무원이든 어떤 개인이나 집단이든 폭력이나 신체적 상해에 대해서 국가로부터 보호받을 권리를 가진다.

국가는:

A. 성적지향이나 성별정체성과 관련된 모든 형태의 폭력과 괴롭힘을 방지하고 그로부터 보호하기 위해 필요한 모든 치안유지활동과 여타의 조치를 취해야 한다.

B. 가정을 비롯한 삶의 모든 영역에서, 어떤 개인이나 집단의 성적지향이나 성별정체성을 이유로 한 폭력, 폭력의 위협, 폭력 선동과 이와 관련된 괴롭힘에 대해서 적합한 형사처벌이 내려지도록 필요한 모든 입법적 조치를 취해야 한다.

C. 피해자의 성적지향이나 성별정체성을 내세워서 그러한 폭력을 정당화하거나, 변명하거나, 가볍게 취급하는 일이 없도록 필요한 모든 입법적, 행정적 조치와 여타의 조치를 취해야 한다.

D. 그러한 폭력 범죄가 철저히 조사되도록 해야 하며, 타당한 증거가 발견되면 책임자들이 반드시 기소되어 재판을 받고 응분의 처벌을 받도록 해야 하고, 피해자들에게는 보상금을 포함한 적절한 구제책과 배상이 제공되도록 하여야 한다.

E. 성적지향이나 성별정체성과 관련된 폭력의 근간이 되는 편견들을 퇴치하기 위해, 실제적, 잠재적 폭력 가해자뿐만 아니라 일반 대중을 대상으로 하는 인식제고 캠페인을 실시해야 한다.

제6원칙. 사생활에 대한 권리

성적지향이나 성별정체성과 상관없이 모든 사람이 가족, 집, 통신 등에 관하여 자의적, 불법적인 간섭을 받지 않고 사생활을 누릴 자격이 있으며, 명예와 명성에 대한 불법적인 공격으로부터 보호받을 권리가 있다. 사생활에 관한 권리에는 대체로 자신의 신체에 대한, 그리고 동의 하에 이루어지는 타인과의 성적 관계나 그 밖의 다른 관계에 대한 결정과 선택뿐만 아니라, 개인의 성적지향이나 성별정체성과 관련된 정보를 공개할 것인지 말 것인지에 대한 선택이 포함된다.

국가는:

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

A. 성적 동의연령 이상에서의 상호합의된 성행위를 포함하여 개인이 사적인 영역, 사적인 의사결정, 인간관계를 성적지향이나 성별정체성과 상관없이 자의적 간섭을 받지 않고 향유할 권리를 보장하기 위해 필요한 모든 입법적, 행정적 조치와 여타의 조치를 취해야 한다.

B. 성적 동의연령 이상에서의 상호합의된 성행위를 범죄화하는 모든 법을 폐기하고, 성적 동의연령은 동성간 및 이성간 성행위에 모두 동일하게 적용하도록 하여야 한다.

C. 일반적으로 적용되는 형법 및 기타 법률 규정이 성적 동의연령 이상에서의 상호합의된 성행위를 사실상 범죄화하는데 적용되지 않도록 해야 한다.

D. 복장, 말투, 태도 등을 통한 성별정체성의 표현을 금지하거나 범죄화하는 법이나, 개인이 자신의 성별정체성을 표현하는 수단으로써 신체를 변형하려는 기회를 불허하는 법은 폐기하여야 한다.

E. 성적 동의연령 이상에서의 상호합의된 성행위나 성별정체성과 관련되어 구금되어 있거나 형사상 유죄판결을 받고 구속되어 있는 모든 사람들을 방면하여야 한다.

F. 모든 사람이 자신의 성적지향이나 성별정체성과 관련된 정보를 언제, 누구에게, 어떻게 공개할지를 일상적으로 선택할 수 있는 권리를 보장하여야 할 뿐만 아니라, 그러한 정보가 타인에 의해 자의적으로 또는 원치 않게 공개되거나 공개의 위협을 당하지 않도록 모든 사람을 보호해야 한다.

G*. 개인에게 성(sex), 성별(gender)에 관한 정보를 제공하도록 할 때, 그 요구는 정당한 목적을 위해 법적으로 요구되는 적절하고 합리적이며 필요한 것이라는 요건을 충족하여야 하며, 모든 개인의 성별 자기결정권을 존중하는 것이어야 한다.

H*. 성별 표시를 변경한 경우, 이름이나 성별표시 변경 사항은 법원의 명령이 없는 한 당사자가 사전에 충분한 설명을 듣고 자유롭게 동의한 상태에서만 공개하도록 보장해야 한다.

제7원칙. 자의적으로 자유를 박탈당하지 않을 권리

어느 누구도 자의적으로 체포되거나 구금되어서는 안 된다. 법원 명령에 의해서든 다른 것에 의해서든 성적지향이나 성별정체성에 기반해 체포하거나 구금하는 것은 자의적이다. 체포된 사람은 누구든지 성적지향이나 성별정체성과 상관없이 평등의 원칙에 따라 체포 사유

국가인권위원회
humanrights.go.kr

와 혐의의 본질을 고지받고, 신속하게 법정에 서고, 범죄기소여부와 관계없이 구금의 합법성을 결정하는 법정 소송을 제기할 자격을 갖는다.

국가는:

A. 어떠한 경우에도 성적지향이나 성별정체성이 체포나 구금의 근거가 될 수 없도록 필요한 모든 입법적, 행정적 조치와 여타의 조치를 취해야 한다. 여기에는 법의 차별적 적용을 초래하거나 기타 편견에 근거한 체포가 발생할 여지를 주는 모호하게 표현된 형법 조항을 삭제하는 것이 포함된다.
B. 체포된 경우 성적지향이나 성별정체성에 상관없이 모든 사람이 평등의 원칙에 따라 체포 사유와 혐의의 본질을 고지받고, 범죄기소여부와 관계없이 신속하게 법정에 서고, 구금의 합법성을 결정하는 재판을 요청할 자격을 보장받도록 필요한 모든 입법적, 행정적 조치와 여타의 조치를 취해야 한다.
C. 개인의 성적지향이나 성별정체성을 이유로 체포하고 구금하는 것의 자의성에 대해 경찰관과 기타 법집행인들을 교육하기 위한 연수 및 인식제고 프로그램을 시행해야 한다.
D. 모든 체포와 구금에 대해 날짜와 장소, 구금 사유를 포함한 정확한 기록을 보존하고 계속 업데이트해야 한다. 또 개인의 성적지향이나 성별정체성이 원인이 된 것으로 보이는 체포와 구금을 식별하기 위해, 적절한 권한을 위임받고 능력을 갖춘 기관이 모든 구금시설에 대해 독립적으로 감시할 수 있도록 해야 한다.

제8원칙. 공정한 재판을 받을 권리

소송을 통한 권리와 의무의 판결과 형사기소에 대한 판결에서, 성적지향이나 성별정체성을 이유로 한 편견이나 차별 없이, 모든 사람이 법에 따라 설립되어 결정권이 있고 독립적이며 공평한 사법기관에서 공정하고 공개된 심리를 받을 자격이 있다.

국가는:

A. 민형사 소송을 비롯해 권리와 의무를 판단하는 모든 사법적, 행정적 소송의 해당 사법절차 각 단계에서, 성적지향이나 성별정체성에 기반한 불리한 대우를 금지하고 근절하며, 또한 어느 누구도 소송당사자, 증인, 변호인, 판결자로서의 자신의 진실성이나 인

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

격이 성적지향이나 성별정체성을 이유로 공격받지 않도록 필요한 모든 입법적, 행정적 조치와 여타의 조치를 취해야 한다.

B. 성적지향이나 성별정체성에 대한 편견이 전적인 또는 부분적인 원인이 되어 형사기소나 민사소송을 당하는 사람이 없도록 필요한 모든 합리적인 조치를 취해야 한다.

C. 판사, 법원 직원, 검사, 변호사 등을 대상으로 평등과 차별금지의 원칙 및 국제인권기준에 대한 교육과 인식제고 프로그램을 시행해야 하며, 여기에는 성적지향이나 성별정체성과 관련된 내용이 포함되어야 한다.

제9원칙. 구금상태에서 인간적인 대우를 받을 권리

자유를 박탈당한 사람은 누구든지 인간적인 대우를 받아야 하며, 인간의 고유한 존엄성이 존중되는 대우를 받아야 한다. 성적지향과 성별정체성은 각 개인의 존엄성에 없어서는 안 될 요소이다.

국가는:

A. 구금시설을 배정할 때, 성적지향이나 성별정체성을 이유로 사람들을 한층 더 주변화시키거나, 폭력이나 잔혹한 대우, 신체적, 정신적, 성적 학대에 처하게 하지 않도록 해야 한다.

B. 재생산 건강에 관련된 요구, HIV/AIDS 정보와 치료 이용, 원하는 경우 성확정수술과 호르몬요법 및 기타 치료 이용 등, 성적지향이나 성별정체성에 따른 특별한 요구에 대한 인식을 바탕으로 수용자의 요구에 부합하는 적절한 의료와 상담 서비스를 이용할 수 있도록 해야 한다.

C. 최대한 가능한 범위에서 모든 수용자가 자신의 성적지향과 성별정체성에 적합한 수용시설을 결정하는 데에 참여하도록 보장해야 한다.

D. 성적지향이나 성별정체성, 성별표현 때문에 폭력이나 학대를 당하기 쉬운 모든 수용자를 위해 보호 조치를 마련해야 하며, 합리적으로 실행 가능한 한, 이러한 보호조치로 인해 일반 수용자가 경험하는 수준 이상으로 권리가 제약되지 않도록 하여야 한다.

E. 배우자 방문이 허용되는 경우, 파트너의 성별에 관계없이 모든 수용자와 억류자에게 똑같은 기준으로 방문이 허용되어야 한다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

F. 국가 뿐만 아니라, 성적지향과 성별정체성 분야에서 활동하는 단체를 포함한 NGO들이 구금시설을 독립적으로 모니터링하도록 마련하여야 한다.

G. 구금시설에 종사하는 공적, 사적 부문의 교도소 직원과 모든 기타 직원들을 위하여, 성적지향과 성별정체성과 관련된 것을 포함하여 국제인권기준, 평등과 차별금지의 원칙에 관한 교육 및 인식제고 프로그램을 실시하여야 한다.

H*. 배정, 몸수색이나 기타 수색, 성별을 표현하는 물품, 성확정수술과 의료서비스의 계속적인 이용, "보호용" 독방감금 등의 문제와 관련해 자유를 박탈당한 사람들이 직면하는 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 이유로 한 폭력, 차별, 그 밖의 해악에 맞서 싸우기 위한 정책을 채택하고 시행해야 한다.

I*. 자유를 박탈당한 사람들의 수용과 처우에 관해 모든 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 가진 사람들의 욕구와 권리를 반영하며, 사람들이 자신이 수용된 시설에 관한 결정에 참여할 수 있도록 보장하는 정책을 채택하고 시행해야 한다.

J*. 모든 사람의 안전과 보안을 보장하고 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징과 연관된 특수한 취약성을 해결하기 위해 공공과 민간의 구금시설 모두 효과적인 관리를 제공해야 한다.

제10원칙. 고문 및 잔인하고 비인간적이고 굴욕적인 대우나 처벌을 당하지 않을 권리

모든 사람은 고문당하지 않을 권리와 잔인하고 비인간적이고 굴욕적인 대우나 처벌을 당하지 않을 권리가 있다. 성적지향이나 성별정체성과 관련된 이유로 자행되는 고문 및 잔인하고 비인간적이고 굴욕적인 대우나 처벌을 당하지 않을 권리도 여기에 포함된다.

국가는:

A. 피해자의 성적지향이나 성별정체성과 관련된 이유로 자행되는 고문 및 잔인하고 비인간적이고 굴욕적인 대우나 처벌, 그리고 이러한 행동을 선동하는 것을 방지하고 보호를 제공하기 위해 필요한 모든 입법적, 행정적 조치와 여타의 조치를 취해야 한다.

B. 성적지향이나 성별정체성과 관련된 이유로 자행되는 고문 및 잔인하고 비인간적이고 굴욕적인 대우나 처벌을 당한 피해자를 발견하고, 배상이나 변상, 또 해당되는 경우 의료적, 심리적 지원 등을 비롯한 적절한 구제책을 제공하기 위해 필요한 모든 합리적인

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

조치를 취해야 한다.

C. 이러한 행위를 자행하거나 또는 방지해야 할 지위에 있는 경찰, 교도소 직원, 그리고 공적 · 사적 부문의 모든 담당자를 대상으로 교육과 인식제고 프로그램을 시행하여야 한다.

D*. 개인의 성징을 강제적, 강압적, 기타 비자발적으로 변형하는 행위는 고문이나 그 밖의 잔인하고 비인간적이고 굴욕적인 대우에 해당할 수 있음을 인식해야 한다.

E*. 당사자가 사전에 충분한 설명을 듣고 자유롭게 동의하지 않은 상태에서 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 이유로 되돌릴 수 없는 침해적 처치가 이루어지거나 그렇게 되도록 허용하는 모든 관행을 금지하고 모든 법과 정책을 폐지해야 한다. 여기에는 강제적인 성기정상화수술, 비자발적 불임 수술, 비윤리적 실험, 의료용 전시, "회복" 또는 "전환" 치료가 포함된다.

제11원칙. 인간에 대한 모든 형태의 착취, 거래, 매매로부터 보호받을 권리

모든 사람은 실제 또는 오인된 성적지향이나 성별정체성을 이유로 행해지는 인신매매, 거래, 성적 착취를 포함한 모든 형태의 착취를 당하지 않도록 보호받을 자격이 있다. 인신매매를 방지하기 위한 조치를 세울 때에는 실제 또는 오인된 성적지향이나 성별정체성을 이유로, 혹은 성적지향이나 성별정체성의 표현이나 다른 정체성의 표현을 이유로 가해지는 여러 형태의 불평등과 차별 등 취약성을 증가시키는 요인들을 다루어야 한다. 그러한 조치들이 인신매매를 당할 위험이 있는 사람들의 인권과 상충되어서는 안 된다.

국가는:

A. 실제 또는 오인된 성적지향이나 성별정체성을 이유로 행해지는 인신매매나 거래, 성적 착취를 포함한 모든 형태의 착취를 예방하고 그것으로부터 보호하도록 필요한 모든 입법적, 행정적, 기타 조치를 취해야 한다.

B. 이러한 입법이나 조치가 이에 취약한 사람들의 행동을 범죄화하거나 낙인을 찍거나, 또는 어떠한 방식으로든 불이익을 심화시키지 않도록 보장해야 한다.

C. 실제 또는 오인된 성적지향이나 성별정체성을 이유로 한 인신매매나 거래, 성적 착취를 포함해 모든 형태의 착취를 당하기 쉽게 만드는 요인들, 예컨대 사회적 배제, 차별, 가족이나 문화공동체로부터의 배제, 경제적 독립의 결여, 홈리스 상태, 자존감을 떨어뜨

국가인권위원회
humanrights.go.kr

리는 차별적인 사회 인식, 주택이나 숙박시설, 고용, 사회서비스 이용시 나타나는 차별로부터의 보호 미흡 등을 해결할 수 있는 법적, 교육적, 사회적 조치와 서비스, 프로그램을 만들어야 한다.

제12원칙. 일할 권리

모든 사람은, 성적지향이나 성별정체성을 이유로 한 차별없이, 양질의 생산적인 일을 할 권리, 공정하고 유리한 노동조건에 대한 권리, 실업으로부터 보호받을 권리를 가진다.

국가는:

A. 공공과 민간 부문의 고용에서 직업훈련, 채용, 승진, 해고, 고용조건과 보수조건 등에 관해 성적지향이나 성별정체성을 이유로 한 차별을 근절하고 금지하기 위해, 필요한 모든 입법적, 행정적 조치와 여타의 조치를 취해야 한다.

B. 경찰직과 군인직 등 공적 기능을 수행하는 모든 직급의 공무원직을 포함하여, 모든 공공서비스 분야에서 평등한 고용과 승진기회를 보장하도록 성적지향이나 성별정체성을 이유로 한 모든 차별을 없애야 하며, 차별적 행태를 방지하기 위해 적절한 교육과 인식 제고 프로그램을 제공해야 한다.

제13원칙. 사회보장과 기타 사회보호조치에 대한 권리

모든 사람은 성적지향이나 성별정체성을 이유로 한 차별을 받지 않고 사회보장과 기타 사회보호조치를 받을 권리를 갖는다.

국가는:

A. 복리후생, 육아휴직, 실업급여, 건강보험이나 의료보호 또는 의료급여(성별정체성과 관련된 신체 변형 포함), 그 밖의 사회보험, 가족급여, 장례급여, 연금, 질병·사망시 피부양자인 배우자/파트너에 대한 급여 등 사회보장과 기타 사회보호조치를 성적지향이나 성별정체성을 이유로 한 차별 없이 동등하게 이용할 수 있도록 필요한 모든 입법적, 행정적 조치와 여타의 조치를 취해야 한다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

B. 아동이 사회보장체제 내에서 사회적, 복지적 혜택을 제공받을 때, 자신이나 가족 구성원의 성적지향이나 성별정체성을 이유로 한 어떤 형태의 차별적 대우도 받지 않도록 보장해야 한다.
C. 성적지향이나 성별정체성을 이유로 한 차별없이 빈곤퇴치계획과 프로그램을 이용할 수 있도록 필요한 모든 입법적, 행정적 조치와 여타의 조치를 취해야 한다.

제14원칙. 적절한 생활수준에 대한 권리

모든 사람이 성적지향이나 성별정체성을 이유로 한 차별없이, 적절한 식량, 안전한 식수, 적절한 위생설비와 의복 등 적절한 생활수준에 대한 권리와 지속적인 생활조건의 개선에 대한 권리를 가진다.

국가는:
A. 적절한 식량, 안전한 식수, 적절한 위생설비와 의복을 성적지향이나 성별정체성을 이유로 한 차별없이 평등하게 확보할 수 있도록 필요한 모든 입법적, 행정적 조치와 여타의 조치를 취해야 한다.

제15원칙. 적절한 주거에 대한 권리

모든 사람은 성적지향이나 성별정체성을 이유로 한 차별없이, 강제퇴거로부터의 보호를 비롯하여 적절한 주거에 대한 권리가 있다.

국가는:
A. 성적지향이나 성별정체성, 혼인상태나 가족상황을 이유로 한 차별없이, 임시보호시설과 기타 긴급구조시설을 포함하여, 저렴하고, 살기에 적합하며, 접근가능하고, 문화적으로 적절하면서 안전한 주택을 안정적으로 점유하고 이용할 수 있도록 필요한 모든 입법적, 행정적 조치와 여타의 조치를 취해야 한다.
B. 국제인권의무에 부합하지 않는 퇴거 집행을 금지하기 위해 필요한 모든 입법적, 행정적 조치와 여타의 조치를 취해야 하며, 질적으로 동일하거나 더 나은 대체 토지와 적절한

국가인권위원회
humanrights.go.kr

주거를 확보할 권리 등 재정착할 권리를 포함해 강제퇴거로부터 보호받을 권리가 침해되었거나 침해될 위협에 처해 있다고 주장하는 모든 사람이 성적지향, 성별정체성, 혼인상태나 가족상황에 따른 차별없이 적절하고 효과적인 법적 혹은 기타 적합한 구제책을 이용할 수 있도록 보장해야 한다.

C. 토지와 주택에 대한 소유와 상속에 대하여 성적지향이나 성별정체성을 이유로 한 차별없이 평등한 권리를 보장해야 한다.

D. 성적지향 및 성별정체성과 관련하여 특히 아동과 청소년으로 하여금 홈리스가 되기 쉽도록 만드는 요인들 – 사회적 배제, 가정폭력 및 기타 폭력, 차별, 경제적 독립 결여, 가족이나 문화공동체로부터의 거부 등 – 을 해결하고 이웃을 통한 지원과 안전체계를 향상시키기 위해 지원 프로그램 등 사회 프로그램을 만들어야 한다.

E. 성적지향과 성별정체성 때문에 주거를 잃거나 사회적 불이익에 직면한 사람들에게 무엇이 필요한지 모든 관련 기관들이 인지하고 이에 민감해지도록 교육과 인식제고 프로그램을 제공해야 한다.

제16원칙. 교육을 받을 권리

모든 사람은 성적지향과 성별정체성을 이유로 한 차별없이 교육받을 권리를 가지며, 개인의 성적지향과 성별정체성을 고려한 교육을 받을 권리를 가진다.

국가는:

A. 성적지향이나 성별정체성을 이유로 한 차별없이 평등하게 교육을 받고, 교육시스템 내에서 학생, 직원, 교사가 평등한 대우를 받을 수 있도록 필요한 모든 입법적, 행정적 조치와 여타의 조치를 취해야 한다.

B. 교육이 각 학생의 인격, 재능, 그리고 정신적, 육체적 능력을 그들 잠재력의 최대치까지 발전시키는 방향으로 나아가도록 해야 하며, 모든 다양한 성적지향과 성별정체성을 가진 학생들의 요구에 대응하도록 해야 한다.

C. 교육은 성적지향과 성별정체성의 다양성을 고려하고 존중하면서, 이해, 평화, 관용, 평등의 정신으로, 인권에 대한 존중과 모든 아동의 양육자와 가족 구성원, 문화적 정체성, 언어, 가치관에 대한 존중을 개발시키는 방향으로 나아가도록 해야 한다.

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

D. 교육방법, 교과과정, 그리고 교육자원은 특히 다양한 성적지향과 성별정체성에 대한 이해와 존중 – 관련 학생과 양육자, 가족구성원의 특수한 욕구에 대한 이해와 존중도 포함 – 을 향상시키는데 도움이 되도록 해야 한다.

E. 학교 환경 내에서 발생하는 집단 따돌림과 괴롭힘 등 모든 형태의 사회적 배제와 폭력으로부터 다양한 성적지향과 성별정체성을 가진 학생, 직원, 교사를 적절하게 보호할 수 있는 법과 정책이 있어야 한다.

F. 그러한 배제나 폭력을 당하는 학생들이 보호를 이유로 소외되거나 격리되지 않도록 해야 하며, 참여적인 방식으로 그 학생들의 최선의 이익이 발견되고 존중되도록 해야 한다.

G. 학생을 성적지향이나 성별정체성, 혹은 그것의 표현을 이유로 차별하거나 처벌하는 일이 없이, 교육기관 내의 규율이 인간의 존엄성에 부합하는 방식으로 집행되도록 필요한 모든 입법적, 행정적 조치와 여타의 조치를 취해야 한다.

H. 성적지향이나 성별정체성을 이유로 한 차별 없이 누구나 평생교육의 기회와 자원을 이용할 수 있도록 해야 하며, 여기에는 교육시스템 내에서 이미 성적지향이나 성별정체성으로 인한 차별을 겪은 성인도 포함되어야 한다.

I*. 아동의 발달 능력을 고려하면서, 교과과정에 성적, 생물학적, 신체적, 심리적 다양성 및 다양한 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 가진 사람들의 인권에 부합하는 포괄적이고 정확한 내용을 포함하도록 보장해야 한다.

J*. 교사 연수와 지속적 전문성 개발 프로그램에 성적, 생물학적, 신체적, 심리적 다양성 및 다양한 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 가진 사람들의 인권에 부합하는 포괄적이고 정확한 내용을 포함하도록 보장해야 한다.

제17원칙. 도달 가능한 최고 수준의 건강에 대한 권리

성적지향이나 성별정체성을 이유로 한 차별 없이, 모든 사람은 도달 가능한 최고 수준의 신체적, 정신적 건강에 대한 권리가 있다. 성과 재생산 건강은 이 권리의 기본적 측면이다.

국가는:

A. 성적지향이나 성별정체성을 이유로 한 차별 없이 도달 가능한 최고수준의 건강을 누릴 수 있도록 하기 위해 필요한 모든 입법적, 행정적 조치와 여타의 조치를 취해야 한다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr KOR

B. 모든 사람이 성적지향이나 성별정체성을 이유로 한 차별 없이 성 · 재생산 건강과 관련이 있는 의료기관, 의료용품, 의료서비스를 이용하고 자신의 의료기록에 접근할 수 있도록 필요한 모든 입법적, 행정적 조치와 여타의 조치를 취해야 한다.

C. 의료기관과 의료 용품 및 서비스를 고안할 때 성적지향과 성별정체성을 이유로 차별하지 않으면서 이를 염두에 두어 모든 사람의 건강상태를 향상시키고 모든 사람의 요구에 대응하도록 마련해야 하며, 이런 점에서 의료기록의 기밀성이 보장되어야 한다.

D. 성적지향이나 성별정체성 때문에 건강을 해치게 만드는 차별과 편견, 그 밖의 다른 사회적 요인을 해결하는 프로그램을 개발하고 시행해야 한다.

E. 모든 사람이 성적지향이나 성별정체성을 이유로 한 차별 없이, 의학적 치료 및 돌봄에 관해 본인 스스로 결정할 수 있는 충분한 정보와 권한을 가지도록 보장해야 한다.

F. 모든 성 · 재생산 건강, 교육, 예방, 보호, 치료 프로그램과 서비스는 성적지향과 성별정체성의 다양성을 존중하고 누구나 차별받지 않고 평등하게 이용할 수 있도록 해야 한다.

G. 성별재지정과 관련한 신체 변형을 원하는 사람이 수준 높고 비차별적인 치료, 돌봄, 지원을 받을 수 있도록 촉진해야 한다.

H. 모든 의료서비스 제공자는 성적지향이나 성별정체성을 이유로 한 차별 없이 환자와 그 파트너를 대해야 하며 여기에는 파트너를 가족으로 인정하는 것을 포함한다.

I. 의료부문 종사자들이 개인의 성적지향과 성별정체성을 최대한 존중하면서 모든 사람에게 도달가능한 최고 수준의 의료를 제공할 수 있도록 필요한 정책, 교육 및 훈련 프로그램을 채택해야 한다.

J*. 의료서비스 환경에서 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 이유로 한 차별, 폭력, 그 밖의 해악으로부터 모든 사람을 보호해야 한다.

K*. 개인이 사전에 충분한 설명을 듣고 자유롭게 결정한 동의를 바탕으로, 도달가능한 최고 수준의 성확정 의료서비스에 접근할 수 있도록 보장해야 한다.

L*. 공중보건체계에서 성확정 의료서비스를 제공하도록 보장해야 하며, 제공되지 않은 경우에는 민간 및 공공건강보험제도에서 그 비용을 부담하거나 환불받을 수 있도록 보장해야 한다.

M*. 강제 결혼, 강간 및 강제 임신을 포함해 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 이유로 한 모든 형태의 성과 재생산 폭력을 근절하기 위해 필요한 모든 조치를 취해야 한다.

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

N*. 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 이유로 한 차별 없이, 노출 전 예방요법(PrEP)과 노출 후 예방 요법(PEP)을 이용할 수 있도록 보장해야 한다.

O*. 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징에 근거한 차별 없이 응급피임법을 포함한 안전하고 저렴하며 효과적인 다양한 피임약을 이용하고, 가족 계획, 성과 재생산 건강에 대한 정보와 교육에 접근할 수 있도록 보장해야 한다.

P*. 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징에 근거한 차별 없이, 질 높은 임신중지 사후 관리에 접근할 수 있도록 보장하기 위해 필요한 모든 입법적, 그 밖의 조치를 취해야 하며, 적정한 비용으로 적기에 질 높은 임신중지 의료서비스를 이용하는데 방해가 되는 모든 장벽을 제거해야 한다.

Q*. 개인이 사전에 충분한 설명을 듣고 자유롭게 동의하지 않은 한, HIV 감염 여부는 물론, 성확정수술과 같은 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징과 관련된 개인의 건강과 의료 정보를 공개하지 못하도록 해야 한다.

R*. 혈액이나 생식세포, 배아, 장기, 세포, 기타 조직의 기증에 관한 법조항, 규정, 그 밖의 행정 조치에 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 이유로 한 차별이 없도록 보장해야 한다.

S*. 의학 교과과정과 지속적 전문성 개발 프로그램에 성적, 생물학적, 신체적, 심리적 다양성 및 다양한 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 가진 사람들의 인권에 부합하는 내용을 포함하도록 해야 한다.

제18원칙. 의료 남용으로부터의 보호

누구도 성적지향이나 성별정체성을 이유로 그 어떤 형태의 의료적 · 심리적 치료나 시술 또는 검진을 강제당하거나 의료시설에 감금되어서는 안 된다. 이와 상충하는 진단명에도 불구하고, 개인의 성적지향과 성별정체성 그 자체는 의학적 상태가 아니며, 치료되거나 교정되거나 억제될 수 없다.

국가는:

A. 문화나 다른 이유로 형성된 행동, 외모, 인지한 성별규범에 대한 고정관념에 기반해 행해지는 유해한 의료행위를 포함하여, 성적지향이나 성별정체성을 이유로 행해지는 일

국가인권위원회
humanrights.go.kr

련의 유해한 의료행위로부터 완전하게 보호하도록 필요한 모든 입법적, 행정적 조치와 여타의 조치를 취해야 한다.

B. 아동의 나이와 성숙단계에 맞게, 또한 모든 조치에서 아동의 최선의 이익을 가장 중요하게 고려해야 한다는 원칙에 부합하는 방식으로 아동이 충분한 설명을 들은 뒤 자유롭고 전적인 동의를 표하지 않은 한, 어떤 아동도 성별정체성을 강제하려는 의도에 따라 신체를 되돌릴 수 없게 변형하는 의료적 시술을 받지 않도록, 필요한 모든 입법적, 행정적 조치와 여타의 조치를 취해야 한다.

C. 아동이 의료 남용의 위험에 처하거나 그 대상이 되지 않도록 하는 아동보호체계를 수립해야 한다.

D. HIV/AIDS나 기타 질병용 백신, 치료제, 항바이러스제(microbicide)의 사용에 관한 것을 포함하여, 다양한 성적지향과 성별정체성을 가진 사람들이 비윤리적이거나 비자발적인 의료적 시술 또는 연구의 대상이 되지 않도록 보호해야 한다.

E. 보건기금 제공사업이나 프로그램(개발보조성도 포함) 가운데 의료 남용을 조장하거나 촉진하거나 여타의 방식으로 남용을 발생시킬 가능성이 있는 것은 모두 검토하고 수정해야 한다.

F. 그 어떤 의료적, 심리적 치료나 상담에서도 성적지향과 성별정체성을 치료, 교정, 억제해야 할 의료적 문제로서, 명시적으로든 암묵적으로든, 다루지 않도록 해야 한다.

제19원칙. 의견과 표현의 자유에 대한 권리

모든 사람은 성적지향이나 성별정체성에 상관없이 의견과 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 여기에는 국경에 관계없이 어떤 매체를 통해서라도 인권, 성적지향, 성별정체성에 관한 것 등 모든 종류의 정보와 사상을 추구하고 얻으며 전달할 자유뿐만 아니라, 발언이나 행동, 복장, 신체 특성, 이름 선택, 또는 그 밖의 수단을 통해 정체성과 개성을 표현하는 것이 포함된다.

국가는:

A. 다른 사람의 권리와 자유를 존중하면서도 성적지향이나 성별정체성을 이유로 한 차별 없이 의견과 표현의 자유를 완전히 향유할 수 있도록 하기 위해 필요한 모든 입법적,

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

행정적 조치와 여타의 조치를 취해야 한다. 여기에는 관련 법적 권리의 옹호, 자료의 출판, 방송, 협의회 조직과 참여, 안전한 성관계에 관한 정보의 보급과 이용뿐만 아니라, 성적지향과 성별정체성에 관한 정보와 사상을 얻고 전달하는 것이 포함된다.

B. 국가가 규제하는 매체의 조직과 제작물은 성적지향과 성별정체성의 이슈에 관해 다원적이고 차별이 없도록 해야 하며, 이러한 조직에서의 직원 채용과 승진 규정에 성적지향이나 성별정체성에 근거한 차별이 없도록 해야 한다.

C. 발언이나 행동, 복장, 신체 특성, 이름 선택, 또는 그 밖의 수단을 통해 표현하는 것을 포함하여, 정체성과 개성을 표현할 권리를 완전히 향유할 수 있도록 필요한 모든 입법적, 행정적 조치와 여타의 조치를 취해야 한다.

D. 공공질서와 공중도덕, 공중보건, 공공안보라는 개념이 다양한 성적지향과 성별정체성을 지지하는 의견과 표현의 자유로운 행사를 차별적 방식으로 제한하는 데에 사용되지 않도록 해야 한다.

E. 의견과 표현의 자유가 다양한 성적지향과 성별정체성을 가진 사람들의 권리와 자유를 침해하지 않도록 해야 한다.

F. 성적지향이나 성별정체성과 상관없이 모든 사람이 평등하게 정보와 사상에 접근할 뿐만 아니라 공개토론에 참여할 수 있도록 보장해야 한다.

G*. 모든 사람이 자신의 시민적, 정치적, 경제적, 사회적, 문화적 권리에 대한 정보(이러한 권리가 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징과 관련하여 어떻게 적용되는지에 대한 정보 포함)에 접근할 수 있도록 법적, 행정적, 그 밖의 적절한 조치를 취해야 한다.

H*. 국제조약과 문서 및 지역조약과 문서를 온라인과 기타 방식으로 자유롭게 이용하고 접근할 수 있도록 해야 한다. (예를 들어 국가의 헌법, 국가의 법률과 규정; 조사 연구, 보고서, 데이터, 아카이브; 국가가 국제기구 · 조직과 지역기구 · 조직에 제출한 보고서와 정보; 모든 인권이나 기본적 자유의 행사를 확보하고 가능하게 하기 위해 필요하거나 이러한 권리가 침해된 경우 구제책에 접근하기 위해 필요한 모든 기타의 정보.)

I*. 다양한 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 가진 인구집단들이 서로 다른 욕구, 특성, 인권 상황을 가지고 있음을 인식해야 하며, 각 인구집단에 대한 데이터를 윤리, 과학, 인권 기준에 부합하는 방식으로 수집하고 관리하며, 세분화된 데이터 형식으로 이용할 수 있게 만들어야 한다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

제20원칙. 평화로운 집회와 결사의 자유에 대한 권리

모든 사람은 성적지향이나 성별정체성에 상관없이, 평화적 시위가 목적인 경우를 포함하여, 평화로운 집회와 결사의 자유에 대한 권리를 가진다. 개인들은 성적지향이나 성별정체성에 기반한 단체, 다양한 성적지향과 성별정체성을 가진 사람들에게 정보를 제공하는 단체, 그들에 대해 알리는 단체, 그들 사이의 원활한 소통을 돕는 단체, 그들의 권리를 옹호하는 단체를 차별 없이 조직할 수 있고 인정받을 수 있다.

국가는:

A. 성적지향, 성별정체성 이슈에 대한 평화로운 조직, 결사, 집회, 옹호의 권리를 보장하고, 그러한 단체와 집단에 대한 법적 인정을 획득하는데 성적지향이나 성별정체성을 이유로 한 차별이 없도록 필요한 모든 입법적, 행정적 조치와 여타의 조치를 취해야 한다.

B. 특히 성적지향과 성별정체성의 다양성을 지지한다는 이유 하나만으로, 공공질서와 공중도덕, 공중보건, 공공안보라는 개념이 평화로운 집회와 결사권의 행사를 제한하는데 사용되지 않도록 해야 한다.

C. 평화로운 집회와 결사권의 행사를 성적지향이나 성별정체성과 관련된 사유에 근거해서 방해하는 것은 어떤 상황에서도 용납될 수 없으며, 이러한 권리를 행사하고 있는 사람들을 폭력이나 괴롭힘으로부터 보호하기 위한 적절한 경찰력과 기타 물리적 장치가 마련되어야 한다.

D. 평화로운 집회와 결사권을 행사하는 사람들에게 이러한 보호를 제공할 수 있도록 경찰과 기타 관련 공무원에게 교육과 인식제고 프로그램을 제공해야 한다.

E. 자발적인 단체와 집단에 적용되는 정보공개규칙이, 성적지향이나 성별정체성 이슈를 다루는 단체나 집단, 또는 그 구성원들에 대해 사실상 차별적인 효과를 가지지 않도록 해야 한다.

F*. 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징에 따른 권리를 포함한 모든 사람의 권리를 증진하기 위해 결사의 형성을 존중, 보호, 촉진해야 한다.

G*. 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징과 관련된 인권을 증진하고자 결성된 단체가 개인이나 단체, 재단이나 기타 시민 사회 조직, 정부, 구호 기관, 민간부문, 유엔, 그 밖의 국내외 기관으로부터 재정지원과 기타 자원을 구하고, 받고, 사용할 수 있도록 보

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

장해야 한다.

H*. 결성한 단체를 등록하기 위한 요건과 절차가 존재하는 경우, 도덕과 공공질서 등을 이유로 그 요건이나 절차를 까다롭게 하거나 부당한 제약을 부과하지 않도록 보장해야 한다.

I*. 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징과 관련된 문제를 다루는 단체를 포함하여 비등록 단체에 결사의 자유에 대한 권리가 동등하게 적용되도록 보장해야 한다.

J*. 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 이유로 소외되고 취약해진 집단이 결사의 자유를 향유하고자 할때 특수한 어려움을 극복할 수 있도록 적극적 우대조치를 포함한 적극적인 조치를 취해야 한다.

K*. 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 이유로 차별을 받는 사람들과 함께 일하는 서비스 제공자의 결사권을 보호하기 위해 적극적인 조치를 취해야 한다.

제21원칙. 사상, 양심, 종교의 자유에 대한 권리

모든 사람은 성적지향이나 성별정체성과 상관없이 사상, 양심, 종교의 자유에 대한 권리를 가진다. 국가는 이러한 권리를 성적지향이나 성별정체성을 이유로 법의 평등한 보호를 부인하거나 차별하는 법이나 정책, 관행을 정당화하기 위해 사용해서는 안 된다.

국가는:

A. 사람들이 성적지향이나 성별정체성에 상관없이 종교적이거나 비종교적인 믿음을 혼자 또는 여러 사람과 함께 갖고 실천할 권리, 믿음에 대해 간섭받지 않고, 믿음을 강제받거나 강요받지 않을 권리를 보장하도록 필요한 모든 입법적, 행정적 조치와 여타의 조치를 취해야 한다.

B. 성적지향이나 성별정체성의 쟁점에 관한 다양한 의견, 신념, 믿음을 표현하고, 실천하고, 증진하는 것이 인권에 부합하지 않는 방식으로 이루어지지 않도록 해야 한다.

제22원칙. 이동의 자유에 대한 권리

국가 내에 합법적으로 거주하는 모든 사람은, 성적지향과 성별정체성에 상관없이 국경 내

국가인권위원회
humanrights.go.kr

에게 자유롭게 이동하고 거주할 권리를 가진다. 어떤 사람에 대해 그의 모국을 포함하여, 어느 국가로의 입국, 출국 혹은 귀국을 제한하거나 방해하는 근거로써 성적지향이나 성별정체성이 절대 사용되어서는 안 된다.

국가는:

A. 이동과 거주의 자유권이 성적지향이나 성별정체성과 상관없이 보장되도록, 필요한 모든 입법적, 행정적 조치와 여타의 조치를 취해야 한다.

제23원칙. 비호를 구할 권리

모든 사람은 박해를 피해 타국에서 비호를 구하고 향유할 권리가 있다. 이때 박해에는 성적지향이나 성별정체성과 관련된 박해도 포함된다. 국가는 개인이 어떤 국가에서 성적지향이나 성별정체성을 이유로 한 고문, 박해 혹은 다른 형태의 잔인하거나 비인도적이거나 굴욕적인 대우나 처벌을 받을 충분히 근거가 있는 공포에 직면할 가능성이 있다면, 그 개인을 해당 국가로 이주, 추방, 송환해서는 안 된다.

국가는:

A. 성적지향이나 성별정체성을 이유로 박해받을 충분한 근거 있는 공포가 난민 지위와 비호를 인정하는 사유로서 수용될 수 있도록 법을 검토, 수정, 제정하여야 한다.

B. 어떠한 정책이나 관행도 성적지향이나 성별정체성을 이유로 비호신청자를 차별하지 않도록 해야 한다.

C. 개인이 어떤 국가에서 성적지향이나 성별정체성을 이유로 고문, 박해 혹은 다른 형태의 잔인하고 비인도적이고 굴욕적인 대우나 처벌을 받을 충분한 근거가 있는 공포에 직면할 가능성이 있다면, 어느 누구도 해당 국가로 이주, 추방, 송환되지 않도록 한다.

D*. 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 이유로 박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포가 난민 지위를 인정하는 사유로서 수용될 수 있도록 보장해야 한다. 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징이 법으로 처벌받고, 그러한 법이 직간접적으로 억압적인 환경, 차별과 폭력의 분위기를 조성하거나 그 원인이 되는 경우 등이 여기에 포함된다.

E*. 비호를 구하는 사람들이 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 이유로 가해지는 폭

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

력, 차별, 기타 피해로부터 보호받을 수 있도록 해야 하며, 여기에는 비호신청에 대해 결정하는 과정과 비호신청자를 맞이하는 환경(reception conditions)에서의 보호가 포함된다.

F*. 박해를 피하기 위해 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 숨기거나 바꿀 수 있다는 이유로 어느 누구도 비호를 거부당하지 않도록 보장해야 한다.

G*. 비호신청에 대한 심사의 시작점으로, 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 이유로 한 비호신청자가 스스로 밝히는 정체성을 인정해야 한다.

H*. 비호신청자가 박해 사유를 제시해야 할 때, 처음부터 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 박해 사유로 제시하지 않았다는 이유로 비호를 거부당하지 않도록 해야 한다.

I*. 난민지위 인정절차에 관여하거나 난민을 맞이하는 환경을 관리하는 담당자는 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징에 대해 감수성이 있고 문화적으로 적절한 가이드라인과 교육을 받도록 해야 한다.

J*. 비호를 구하는 사람의 존엄성과 사생활이 항상 존중받도록 보장해야 하며, 여기에는 합법적, 합리적이고 필요하며 적절한 경우에만 개인의 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징에 대한 정보를 기록하는 것, 이 정보를 안전하게 보관하는 것, 난민인정절차에 직접 관련된 사람이 아닌 다른 어느 누구에게도 이 정보를 공개하지 못하도록 하는 것 등이 포함된다.

K*. 비호 신청시 개인의 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 확인하는 것과 관련한 신빙성 평가 가이드라인을 개발하고 시행해야 하며, 이 평가가 고정관념과 문화적 편견에 따라 좌우되지 않고 객관적이고 감수성 있는 방식으로 결정되도록 해야 한다.

L*. 비호 신청시 스스로 밝힌 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 평가할 목적으로 부적절하거나 침해적이거나 불필요하거나 강압적인 의료검진 또는 심리검사나 증거가 활용되지 않도록 해야 한다.

M*. 재생산 건강, HIV 정보와 치료, 호르몬요법이나 기타 요법, 성확정수술 관련 사항을 포함해, 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징으로 인해 개인들이 가지고 있는 특정한 요구를 인지하고, 비호를 구하는 사람들에게 적절한 의료서비스와 상담에 대한 접근을 제공해야 한다.

N*. 비호신청자를 구금하지 않도록 해야 하며, 최후의 수단으로서 가능한 한 최단 시간 동안 구금할 경우에만 사용하도록 해야 한다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

O*. 구금을 하는 경우, 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 이유로 사람들을 더욱더 주변화시키거나 폭력, 차별, 그 밖의 피해를 당하는 일이 없도록 구금시설 내 배치가 이루어져야 한다.

P*. 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 이유로 한 차별, 폭력, 기타 피해의 위험에 놓인 사람들을 관리하거나 보호할 목적으로 독방 감금을 활용하지 않도록 해야 하며, 비호신청자에게 효과적인 보호를 제공할 수 없다면 구금을 해제하거나 구금 대안 절차에 회부해야 한다.

제24원칙. 가족을 구성할 권리

모든 사람은 성적지향이나 성별정체성에 상관없이 가족을 구성할 권리가 있다. 가족은 다양한 형태로 존재한다. 어떤 가족도 구성원의 성적지향이나 성별정체성을 이유로 차별을 당해서는 안 된다.

국가는:

A. 성적지향이나 성별정체성을 이유로 한 차별 없이, 입양이나 의료보조적 출산(비배우자 인공수정 포함)을 이용하는 경우도 포함하여, 가족을 구성할 권리를 보장하기 위해, 필요한 모든 입법적, 행정적 조치와 여타의 조치를 취해야 한다.

B. 혈연이나 혼인으로 규정되지 않는 가족 형태 등 다양한 형태의 가족이 법과 정책에서 인정되도록 해야 한다. 그리고 어떤 가족도 구성원의 성적지향이나 성별정체성을 이유로 차별 – 가족 관련 사회복지와 기타 공적급여, 고용, 이주에 관련된 차별 포함– 을 당하지 않도록 필요한 모든 입법적, 행정적 조치와 여타의 조치를 취해야 한다.

C. 아동과 관련하여 공립 혹은 사립 사회복지기관, 법정, 행정당국 혹은 입법기관에서 이루어지는 모든 조치와 결정에서, 아동의 최선의 이익이 최우선 고려사항이 되도록 보장하고, 또한 아동이나 가족 구성원 등의 성적지향, 성별정체성이 아동의 최선의 이익에 부합하지 않는 요소로 간주되지 않도록 보장하기 위해, 필요한 모든 입법적, 행정적 조치와 여타의 조치를 취해야 한다.

D. 아동에 관한 모든 조치와 결정에서, 아동이 개인적 견해를 형성할 능력이 있으면 그 견해를 자유롭게 표현할 권리를 행사할 수 있도록 해야 하며, 그러한 견해는 아동의 나이

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

와 성숙단계에 맞게 충분하게 고려되어야 한다.

E. 동성혼이나 동성파트너십을 인정하는 나라에서는 이성간 혼인이나 파트너십에 주어지는 모든 자격, 특권, 의무, 혹은 혜택이 동성간 혼인이나 파트너십을 맺은 사람들에게도 똑같이 주어지도록, 필요한 모든 입법적, 행정적 조치와 여타의 조치를 취해야 한다.

F. 이성 비혼파트너에게 주어지는 모든 자격, 특권, 의무, 혹은 혜택이 동성 비혼파트너에게도 똑같이 주어지도록, 필요한 모든 입법적, 행정적 조치와 여타의 조치를 취해야 한다.

G. 혼인과 기타 합법적으로 인정되는 파트너 관계는 의향있는 배우자 또는 파트너의 자유롭고 완전한 동의가 있어야만 성립하도록 해야 한다.

H*. 양육자나 보호자, 그 밖의 가족 구성원의 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징 때문에 발생하는 차별, 폭력, 기타 피해로부터 아동을 보호해야 한다.

I*. 자녀가 태어나면 출생증명서를 발급해야 하며, 이 증명서에 기재된 양육자의 성별정체성은 양육자가 스스로 정한 것이어야 한다.

J*. 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 이유로 한 차별 없이 모든 사람이 생식 세포와 조직 보존 등 생식능력을 보존하는 방법에 접근할 수 있도록 보장해야 하며, 호르몬 요법이나 수술을 받기 전에도 이러한 방법에 접근할 수 있도록 해야 한다.

K*. 합법적인 경우, 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 이유로 한 차별 없이 대리모 제도를 이용할 수 있도록 보장해야 한다.

제25원칙. 공적 생활에 참여할 권리

모든 시민은 성적지향이나 성별정체성에 근거한 차별 없이, 선출직에 입후보할 권리, 자신의 복지에 영향을 미치는 정책의 입안에 참여할 권리, 경찰직과 군인직을 비롯해 공적 기능을 하는 모든 단위의 정부직과 일자리에 평등하게 접근할 권리 등을 포함한 공무수행에 참여할 권리를 가진다.

국가는:

A. 경찰직과 군인직 등을 포함하여 공적 기능을 하는 모든 직급의 공무수행에 참여하는 것 등, 공적 · 정치적 생활과 사안들에 참여할 권리가 개인의 성적지향과 성별정체성을 이유로 한 차별없이, 또한 성적지향과 성별정체성을 충분히 존중받으면서, 충분히 향유

국가인권위원회
humanrights.go.kr

될 수 있도록 법을 검토, 수정, 제정하여야 한다.

B. 공적 생활 참여를 제한 또는 금지하게 만드는 성적지향과 성별정체성에 대한 고정관념과 편견을 없애기 위해 모든 적절한 조치를 취해야 한다.

C. 각 개인이 성적지향과 성별정체성을 이유로 한 차별없이, 또한 성적지향과 성별정체성을 충분히 존중받으면서, 자신의 복지에 영향을 미치는 정책 입안에 참여할 권리를 보장해야 한다.

D*. 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징이 투표권 행사를 방해하는 근거로 사용되지 않도록 조치를 취해야 한다.

E*. 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 이유로 소외된 사람들이 공적이며 정치적인 활동에 참여하도록 촉진하기 위해 적극적 우대조치 프로그램을 개발하고 시행해야 한다.

제26원칙. 문화 생활에 참여할 권리

모든 사람은 성적지향이나 성별정체성에 상관없이 자유롭게 문화생활에 참여할 권리를 가지며, 문화적 참여를 통해 다양한 성적지향과 성별정체성을 표현할 권리를 가진다.

국가는:

A. 모든 사람이 성적지향과 성별정체성에 상관없이, 또한 성적지향과 성별정체성을 충분히 존중받으면서 문화적 생활에 참여할 기회를 보장하기 위해, 필요한 모든 입법적, 행정적 조치와 여타의 조치를 취해야 한다.

B. 성적지향, 성별정체성의 사안에 대해 상이한 견해를 가지는 집단 등 국가 내에 존재하는 다양한 문화 집단의 지지자들이, 본 원칙에서 언급하고 있는 인권 존중에 부합하는 방식으로 서로 대화하고 상호 존중하는 환경을 조성해야 한다

제27원칙. 인권을 증진할 권리

모든 사람은 성적지향이나 성별정체성을 이유로 한 차별 없이, 개인적으로 혹은 다른 사람과 함께, 국내적 국제적 차원의 인권 보호와 실현을 증진할 권리를 가진다. 여기에는 새로운 인권 규범을 개발하고 논의할 권리와 그 규범이 수용되도록 옹호할 권리뿐만 아니라, 다양한

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

성적지향과 성별정체성을 가진 사람들의 권리 증진과 보호를 추구하는 활동들이 포함된다.

국가는:

A. 성적지향 및 성별정체성과 관련된 권리를 포함하여 인권의 증진, 보호, 실현을 추구하는 활동을 하기에 좋은 환경을 보장하기 위해, 필요한 모든 입법적, 행정적 조치와 여타의 조치를 취해야 한다.

B. 다양한 성적지향과 성별정체성을 가진 인권 옹호자뿐만 아니라, 성적지향 및 성별정체성 이슈와 관련된 일을 하는 인권 옹호자를 표적으로 삼아 공격하는 행동이나 캠페인을 방지하기 위해, 모든 적절한 조치를 취해야 한다.

C. 인권 옹호자가 성적지향이나 성별정체성, 옹호하는 인권 이슈와 관계없이 국내 및 국제 인권단체와 기관에 차별없이 접근하고, 참여하며, 의사소통할 수 있도록 해야 한다.

D. 성적지향, 성별정체성 관련 분야에서 활동하는 인권 옹호자가 인권 활동에 대한 반발로 가해지는 폭력, 위협, 보복, 사실상의 차별 또는 법적 차별, 압박, 국가나 비국가 행위자가 자행한 여타의 자의적 행위로부터 보호받도록 해야 한다. 마찬가지로 모든 인권 관련 분야에서 활동하는 인권 옹호자가 본인의 성적지향, 성별정체성을 이유로 폭력, 위협 등 위와 같은 문제를 겪지 않도록 동일한 보호를 보장해야 한다.

E. 국내적, 국제적 차원에서 다양한 성적지향과 성별정체성을 가진 사람들의 인권을 증진하고 보호하는 단체의 인정과 인가를 지원해야 한다.

F*. 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 이유로 인권침해를 경험했거나 그럴 위험에 놓인 사람들의 권리 옹호자들을 보호하기 위해, 적절한 자원을 갖춘 기구를 수립하거나 지정, 유지하는 것을 포함하는 법률을 제정해야 한다.

G*. 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징과 관련된 인권 문제를 다루는 개인과 단체가 자신들에게 영향을 미치는 공적이며 정치적인 의사 결정 과정에 참여하도록 보장해야 한다.

제28원칙. 효과적인 구제와 보상에 대한 권리

성적지향이나 성별정체성을 이유로 한 침해를 포함하여, 모든 인권침해의 희생자들은 효과적이고, 충분하며 적절한 구제책에 대한 권리를 가진다. 효과적인 구제책과 보장에 대한

국가인권위원회
humanrights.go.kr

권리를 실현하기 위해 다양한 성적지향과 성별정체성을 가진 사람들에게 배상금을 제공하거나 적절하게 선급금을 마련하는 조치를 취하는 것이 필수적이다.

국가는:

A. 성적지향이나 성별정체성을 이유로 인권침해를 겪은 피해자들이 상환이나 보상, 명예회복, 변상, 재발방지보장이나 기타 모든 적합한 수단을 통해 완전한 보상을 받을 수 있도록, 법과 정책의 수정 등을 통해 필요한 법적 절차를 만들어야 한다.
B. 구제책이 적시에 적용되고 시행되도록 해야 한다.
C. 구제책과 보상을 제공하기 위한 효과적인 기관과 기준이 만들어지도록 해야 하며, 모든 직원을 대상으로 성적지향과 성별정체성을 이유로 한 인권침해 이슈에 대해 교육해야 한다.
D. 구제책과 보상을 요청하는 절차와 관련하여, 필요한 모든 정보를 누구나 이용할 수 있도록 보장해야 한다.
E. 보상을 받는 데 드는 비용을 감당할 수 없는 사람에게 재정적 지원을 제공하도록 해야 하며, 보상을 가로막는 금전적이거나 다른 형태의 걸림돌을 제거하도록 해야 한다.
F. 성적지향이나 성별정체성을 이유로 한 차별적 태도에 대처하는 목적뿐만 아니라, 본 원칙에 따라 국제인권기준을 존중하고 엄수하도록 알리기 위해, 각급 공립학교의 교사와 학생, 전문기관, 그리고 잠재적인 인권침해자를 대상으로 대책을 마련하는 등 교육과 인식제고 프로그램을 시행하도록 해야 한다.

제29원칙. 책임성

본 원칙에서 다루어진 권리를 포함하여 인권이 침해된 모든 사람은, 그 침해에 직접 혹은 간접적인 책임이 있는 사람–정부 공무원이든 아니든–으로 하여금 그 침해의 심각성에 비례하여 그 행동에 책임을 지도록 할 권리가 있다. 성적지향이나 성별정체성과 연관되어 인권침해를 저지른 사람에게 면책이 주어져서는 안된다.

국가는:

A. 성적지향이나 성별정체성과 관련하여 인권을 침해한 사람들의 책임을 확실하게 하기

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

위해, 적합하고 접근 가능하며 효과적인 형사, 민사, 행정, 기타 소송 절차와 감시체제를 수립해야 한다.

B. 본 원칙에 기술된 범죄를 포함하여, 피해자의 실제 또는 오인된 성적지향이나 성별정체성을 이유로 가해지는 모든 범죄의 혐의를 신속하고 철저하게 조사해야 하며, 적합한 증거가 발견된 경우에는 책임이 있는 자를 기소하고 재판하고 응분의 처벌을 받도록 해야 한다.

C. 성적지향과 성별정체성을 이유로 한 차별의 근절을 위한 법과 정책의 입안 및 집행을 감시하는 독립적이고 효과적인 기구와 절차를 설립해야 한다.

D. 성적지향이나 성별정체성을 이유로 한 인권침해의 책임이 있는 사람이 그 책임을 지는 것을 가로막는 모든 걸림돌을 제거해야 한다.

+10 제30원칙. 국가의 보호를 받을 권리

성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징과 상관없이, 모든 사람은 공무원 또는 다른 개인이나 집단이 가하는 폭력과 차별, 그 밖의 해악으로부터 국가의 보호를 받을 권리가 있다.

국가는:

A. 국가나 비국가 행위자가 저지르는 차별, 폭력, 기타 해악을 예방, 조사, 기소, 처벌하고 구제책 마련을 위해 실사를 해야 한다.

B. 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 이유로 차별이나 적대감, 폭력을 조장하는 모든 혐오 옹호를 포함하여, 공적 또는 사적 행위자가 가하는 모든 형태의 폭력, 차별, 기타 해악을 뿌리뽑기 위해 적합하고 효과적인 조치를 취해야 한다.

C. 폭력, 차별, 기타 해악의 정도와 원인, 영향에 대한 통계와 조사, 그리고 이러한 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 이유로 한 피해의 예방, 기소, 배상 조치의 효과성에 대한 통계와 조사를 수집해야 한다.

D. 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 이유로 한 폭력, 차별, 기타 해악이 지속되게 만드는 태도, 신념, 관습 및 관행의 성격과 범위를 파악해야 하며, 이러한 해악을 근절하기 위해 시도한 조치 및 그 효과성에 대해 보고해야 한다.

E. 인권을 증진하고, 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 이유로 한 편견을 해소하기

국가인권위원회
humanrights.go.kr

위해 교육과 공공 정보 프로그램을 개발, 시행, 지원해야 한다.

F. 사법공무원과 법집행관, 기타 공무원을 대상으로 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징 관련 이슈에 대한 민감성 교육을 반드시 실시한다.

G. 강간, 성폭행, 성희롱을 금지하는 법은 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징에 관계없이 반드시 모든 사람을 보호하도록 해야 한다.

H. 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 이유로 강간, 성폭행, 성희롱, 기타 다른 형태의 폭력과 피해를 당한 피해자를 위해 지원서비스를 실시한다.

I. 인권침해를 적극적으로 조사하고, 증거가 발견되는 경우 책임자를 기소하며, 유죄 판결을 받은 경우 적절한 처벌을 받도록 해야 한다.

J. 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징 때문에 폭력, 차별, 기타 해악을 경험한 피해자가 배상을 포함하여 효과적인 진정 절차와 구제책에 접근할 수 있도록 보장해야 한다.

+10 제31원칙. 법적으로 인정받을 권리

모든 사람은 성별이나 젠더, 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 지정하거나 공개하도록 요구받지 않고 그러한 요소들에 대한 고려없이 법적으로 인정받을 권리가 있다. 모든 사람은 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징에 관계없이 출생 증명서를 포함한 신분 증명서를 받을 권리가 있다. 이러한 서류에 성별 정보가 담겨 있다면 누구나 해당 문서에서 성별 정보를 변경할 권리가 있다.

국가는:

A. 공식적인 신분증명서류에는 정당한 목적을 위해 법적으로 요구되는 적절하고 합리적이고 필요한 개인 정보만을 포함하도록 해야 하며, 이에 따라 출생증명서, 신분증, 여권, 운전면허증과 같은 신분증명서류에, 법적 인격의 일부로서 개인의 성별과 젠더를 등록하는 것을 종료해야 한다.

B. 개인의 자기 결정에 따라 성별 중립적 이름으로의 개명 등 이름을 변경하는 빠르고 투명하며 접근 가능한 절차를 이용할 수 있도록 해야 한다.

C. 성(sex) 또는 성별(gender)을 계속 등록해야 하는 경우에는

i. 각 개인이 스스로 밝히는 성별정체성을 법적으로 인정하고 확인하는 빠르고 투명하

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

며 접근성있는 절차를 보장해야 한다.

ii. 다양한 성별 표시 선택지를 사용할 수 있도록 한다.

iii. 의학적 또는 심리적 개입, 정신 의학적 진단, 상한 또는 하한 연령, 경제적 상태, 건강, 혼인 상태나 양육자 상황, 다른 어떤 제3자의 의견 등 어떤 자격 기준도 이름, 이름이나 법적 성/성별을 변경하기 위한 전제 조건이 되지 않도록 해야 한다.

iv. 개인의 전과 기록이나 이민 상태, 그 밖의 지위가 이름 및 법적 성/성별을 변경하지 못하도록 막는 요인이 되지 않도록 해야 한다.

+10 제32원칙. 신체와 정신의 온전성에 대한 권리

모든 사람은 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징에 관계없이 신체와 정신의 온전성, 자율성, 자기결정에 대한 권리가 있다. 모든 사람은 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 이유로 한 고문, 잔인하고 비인간적이며 굴욕적인 대우나 처벌을 받지 않을 권리가 있다. 당사자에게 심각하고 긴급하며 회복할 수 없는 피해가 가는 것을 막기 위해 필요한 경우를 제외하고, 사전 고지하에 자유롭게 결정한 동의가 없다면 어느 누구도 성징을 변경하는 침습적이고 불가역한 의료 조치를 받지 않아야 한다.

국가는:

A. 모든 아동을 포함한 모든 사람의 신체와 정신의 온전성, 자율성, 자기결정에 대한 권리를 보장하고 보호해야 한다.

B. 모든 아동을 포함해서 어느 누구도 어떤 형태의 강제적, 강압적 또는 비자발적인 성징 변형을 받지 않도록 반드시 법률로 보호해야 한다.

C. 성 또는 성별에 근거한 낙인, 차별, 고정관념을 해소하기 위한 대책을 마련하고, 그러한 고정관념 뿐만 아니라 혼인 가능성과 그 밖의 사회적, 종교적, 문화적 이유를 들어 아동 등을 대상으로 성징을 변형시키는 것을 정당화하는 것과 맞서 싸워야 한다.

D. 아동의 생명권, 차별금지, 아동의 최선의 이익, 아동의견 존중을 염두에 두면서, 심각성이 입증된 신체적 손상의 방지와 치료를 위해 아동의 성징을 변형할 필요가 있을 때 아동이 충분한 상담과 정보를 제공받도록 보장해야 하며, 모든 변형은 반드시 당사자인 아동의 발달 능력에 맞는 방식으로 동의가 이루어진 상태에서 진행되도록 해야 한다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

E. 신체의 온전성에 대한 아동의 권리에 반하는 관행을 정당화하려는 목적으로 아동의 최선의 이익이라는 개념이 조작되지 않도록 보장해야 한다.

F. 피해자가 신체와 정신의 온전성, 자율성, 자기결정에 대한 권리를 행사하고 확인할 수 있도록 침해당한 피해자, 피해자의 가족과 공동체에 충분하고 독립적인 상담과 지원을 반드시 제공해야 한다.

G. 적법한 목적을 위해 적절하고 합리적이고 필수적이라고 법으로 규정된 경우가 아니라면, 법적, 행정적 절차와 형사 기소에서 항문이나 생식기 검사를 사용하는 것을 반드시 금지해야 한다.

+10 제33원칙. 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 근거로 한 범죄화와 제재로부터 자유로울 권리

모든 사람은 개인의 실제 또는 오인된 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징으로 인해 직간접적으로 발생하는 범죄화와 모든 형태의 제재로부터 자유로울 권리가 있다.

국가는:

A. 명시적 조항의 적용이든 자연법이나 도덕법, 공공예절법, 부랑법, 소도미법, 선전법을 위반하는 행위와 같은 일반적인 처벌조항의 적용이든 상관없이, 관습법, 종교법 및 토착법을 포함한 법적 조항은 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 범죄화하지 말아야 하며, 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징과 관련된 어떠한 형태의 제재도 가하지 않도록 보장해야 한다.

B. 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징에 근거한 권리와 자유에 영향을 미치는 다른 형태의 범죄화와 제재를 폐지해야 한다, 여기에는 성노동, 임신중지, 의도하지 않은 HIV 전파, 간통, 소란행위, 배회, 구걸 등에 대한 범죄화를 폐지하는 것도 포함된다.

C. 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 이유로 범죄화하거나 일반적인 처벌조항을 적용하는 차별적인 법들은 폐지될 때까지 그 적용을 중단해야 한다.

D. 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 이유로 개인을 자의적으로 유죄로 만든 법률과 관련된 모든 유죄 판결은 파기하고 과거 위법 행위에 대한 전과 기록도 모두 삭제해야 한다.

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

E. 사법공무원, 법집행관, 보건의료서비스 종사자들이 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징에 대한 자신들의 인권 의무에 관한 교육을 받도록 보장해야 한다.

F. 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 이유로 한 모든 폭력이나 위협, 학대 행위에 대해 법집행관과 여타 개인과 조직이 반드시 책임을 지도록 해야 한다.

G. 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 이유로 범죄자가 되고 처벌을 받은 사람들이 법적지원제도, 사법, 구제책에 효과적으로 접근할 수 있도록 보장해야 한다.

H. 개인이 사전에 충분한 설명을 듣고 자유롭게 동의한 상태에서 시행된 신체 변형 시술과 치료를 처벌대상에서 제외해야 한다.

+10 제34원칙. 빈곤으로부터 보호받을 권리

모든 사람은 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징과 관련된 모든 형태의 빈곤과 사회적 배제로부터 보호받을 권리가 있다. 빈곤은 모든 사람의 동등한 권리와 존엄성을 존중하는 것과 양립할 수 없으며, 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 이유로 한 차별은 빈곤을 악화시킬 수 있다.

국가는:

A. 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징과 관련되거나 이로 인해 악화되는 모든 형태의 빈곤을 점진적으로 줄이고 없애기 위해 경제 정책을 포함하여 필요한 모든 입법적, 행정적, 예산상의 조치와 여타의 조치를 취해야 한다.

B. 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 이유로 소외된 사람들의 사회적, 경제적 포용을 촉진해야 한다.

C. 빈곤을 퇴치하기 위한 입법적, 행정적, 예산상의 조치와 여타의 조치를 적용하고 시행함에 있어, 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 이유로 빈곤을 겪은 사람들이 참여하고 포함될 수 있도록 보장해야 한다.

D. 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징과 연관된 빈곤 및 사회적 배제를 줄인다는 목적 하에, 제도를 적합하게 정비하고 데이터를 수집해야 한다.

E. 비국가 행위자에 의한 인권침해를 포함해, 빈곤과 배제를 초래하고 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 이유로 사람들에게 부정적인 영향을 미치는 인권침해에 대해 효

국가인권위원회
humanrights.go.kr

과적인 구제책을 이용할 수 있도록 보장해야 한다.

+10 제35원칙. 위생에 대한 권리

모든 사람은 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징 등을 이유로 한 차별없이 인간의 존엄성을 지킬수 있는 환경에서 공평하고 적절하며 안전한 공중위생과 개인위생을 누릴 권리가 있다.

국가는:

A. 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징에 관계없이 모든 사람이 안전하게, 그리고 존엄성을 지키며 이용할 수 있는 적절한 공중 위생시설이 있도록 보장해야 한다.
B. 모든 학교와 그 밖의 공공시설 환경은 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 이유로 한 차별없이 직원, 학생, 방문객들에게 안전하게 위생시설을 이용할 수 있도록 보장해야 한다.
C. 공공과 민간부문 모두, 고용자가 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 이유로 한 차별없이 위생시설에 대한 안전한 접근을 제공하도록 해야 한다.
D. 대중에게 서비스를 제공하는 기업은 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징 등을 이유로 한 차별없이 적절한 위생시설을 제공하도록 해야 한다.
E. 구금장소에는 모든 수용자와 직원, 방문객이 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 이유로 한 차별없이 안전하고 존엄을 지키며 이용할 수 있는 적절한 위생시설이 마련되어 있도록 보장해야 한다.

+10 제36원칙. 정보통신기술과 관련하여 인권을 보장받을 권리

모든 사람은 오프라인에서와 마찬가지로 온라인에서 동등한 권리를 보호받을 자격이 있다. 모든 사람은 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 이유로 폭력, 차별, 그 밖의 피해를 당하지 않고 인터넷을 포함한 정보통신 기술에 접근하고 사용할 권리가 있다. 암호화, 익명과 가명 도구의 사용을 포함한 안전한 디지털 커뮤니케이션은 인권의 완전한 실현에 필수불가결하며, 특히 생명, 신체와 정신의 온전성, 건강, 프라이버시, 적법 절차, 의견과 표현의

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

자유, 평화적 집회와 결사에 대한 권리를 완전히 실현하기 위해 필수적이다.

국가는;

A. 모든 사람이 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 이유로 한 차별없이, 보편적이고 저렴하며 개방적이고 안전하고, 보안이 유지되며 동등하게 인터넷을 포함한 정보통신 기술을 이용할 수 있도록 필요한 모든 조치를 취해야 한다.

B. 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 이유로 한 차별없이 모든 개인이 정보통신기술을 이용해 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징과 관련한 것을 포함한 모든 종류의 정보와 아이디어를 추구하고 얻으며 전달할 권리를 보장해야 한다.

C. 정보통신기술과 인터넷에 접근하고 이용할 권리에 대한 모든 제한은 법률로 규정되어야 하며, 그 제한은 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 이유로 한 차별없이 타인의 존엄성과 평등, 자유를 보호하는데 필요하고 비례하도록 보장해야 한다.

D. 개인이 암호, 익명과 가명 기술을 사용하는 것을 포함하여, 디지털 커뮤니케이션에서의 프라이버시와 보안을 존중하고 보호해야 한다.

E. 대중 감시나 표적 감시, 개인정보 이용 요청, 암호화 · 가명 · 익명도구 사용의 제약 등의 방법으로 프라이버시에 대한 권리를 제한할 경우에는 사건별로 특정해서 제한해야 하며, 정당한 목적을 위해 법으로 요구하고 법원에서 명령한대로 합리적, 필수적, 비례적으로 이루어지도록 보장해야 한다.

F. 개인 프로파일링을 위해 사적인 데이타를 처리할 때 개인정보보호를 포함한 관련 인권 기준과 일치하도록 보장하고, 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 이유로 한 차별을 초래하지 않도록 조치를 취해야 한다.

G. 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 근거로 개인에게 가해지는 온라인 혐오표현, 괴롭힘, 과학기술을 이용한 폭력을 국제인권법 체계 하에서 예방, 개선, 근절하기 위해 상응하는 국제 기준을 바탕으로 관련 이해당사자들과 협의하여 필요한 모든 입법적, 행정적, 기술적 조치와, 여타의 조치를 취해야 하며, 여기에는 민간부문이 반드시 책임성을 갖도록 하는 것도 포함한다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

+10 제37원칙. 진실에 대한 권리

성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 이유로 인권을 침해당한 모든 피해자는 그러한 위반이 발생한 사실과 상황, 이유가 무엇인지에 대한 진실을 알 권리가 있다. 진실에 대한 권리에는 사실을 규명하기 위한 효과적, 독립적이며 공정한 조사가 포함되며, 국제법에서 인정하는 모든 형태의 배상이 포함된다. 진실에 대한 권리는 공소시효가 없으며, 이를 적용할 때는 과거에 일어난 일의 진실을 알 개인의 권리와 사회 전체의 권리라는 이중성을 반드시 염두에 두어야 한다.

국가는:

A. 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 이유로 인권을 침해당한 피해자들에게 공개 사과, 관련 범죄의 유죄 판결 파기와 기록 말소, 재활과 회복 서비스, 적절한 배상과 재발방지 약속 등 시정 조치를 제공하기 위한 법조항을 채택해야 한다.
B. 정신과 신체의 온전성에 대한 권리가 침해된 경우 구제책, 시정조치, 배상에 효과적으로 접근할 수 있게 보장해야 하며, 적절하다면 심리적 지원과 회복 치료를 효과적으로 이용할 수 있도록 해야 한다.
C. 정확한 의료기록에 대한 제한 없는 접근 등을 통해 개인이 자신의 의료 병력에 대한 진실을 알 권리를 보호해야 한다.
D. 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징에 근거한 인권침해와 관련하여 그 진실을 밝히기 위한 절차를 채택하고 전면적으로 시행해야 한다.
E. 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징에 근거한 인권침해에 대한 진실규명 기구와 절차를 확립해야 한다.
F. 개인의 사생활에 대한 권리를 존중하고 보호하면서도, 피해자 개인과 그 가족, 나아가 지역사회와 사회 전체가 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 이유로 발생하는 제도적 인권침해의 진실에 대한 권리를 실현할 수 있도록 보장해야 한다.
G. 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 이유로 발생한 인권침해의 증거 문서를 보존하고 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징에 근거한 인권침해에 대한 정보를 보관하고 있는 아카이브에 적절한 접근이 가능하도록 보장해야 한다.
H. 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 이유로 한 차별과 폭력의 역사, 원인, 성격과

국가인권위원회
humanrights.go.kr

결과에 대한 사실과 진실이 널리 보급되도록 해야 하며, 그것을 교과과정에 추가함으로써 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 근거로 한 과거의 대우에 대해 종합적이고 객관적인 인식을 갖도록 해야 한다.

I. 공개 행사, 박물관, 그 밖의 사회적, 문화적 활동을 통해 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징에 근거한 인권침해 피해자의 고통을 기억해야 한다.

+10 제38원칙. 문화다양성을 실천, 보호, 보존하고 되살릴 권리

모든 사람은, 국제인권법 규정에 부합하는 경우 개별적으로 또는 다른 사람과의 연합으로, 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징과 관련되어 있는 문화, 전통, 언어, 의례, 축제를 실행, 보호, 보존하고 되살리며, 중요한 문화 유적지를 보호할 권리가 있다. 모든 사람은 개별적으로 또는 다른 사람과의 연합으로, 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 이유로 한 차별 없이 예술적 창조, 제작, 유포, 배급, 향유를 통해 문화적 다양성을 드러낼 권리가 있다. 이 목적을 달성하기 위해, 누구나 개별적으로 또는 다른 사람과의 연합으로, 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 이유로 한 차별 없이 자원을 찾고, 얻고, 제공하고, 활용할 권리가 있다.

국가는:

A. 모든 사람의 동등한 존엄성과 모든 사람에 대한 존중을 기반으로, 모든 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 가진 사람들이 문화적 표현의 다양성을 실행, 보호, 보존하고 되살릴 권리를 보장해야 한다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr KOR

추가 권고 사항

모든 사회구성원과 국제사회 구성원이 인권 실현에 대한 책임이 있다. 따라서 우리는 다음과 같이 권고한다:

A. 유엔 인권최고대표사무소는 본 원칙을 지지하고, 본 원칙이 전 세계에서 시행되도록 장려하며, 현장을 포함한 인권최고대표사무소의 업무에 본 원칙을 수용한다.

B. 유엔 인권이사회는 본 원칙을 지지하고, 국가가 본 원칙을 준수하도록 촉진한다는 관점을 가지고 성적지향이나 성별정체성을 이유로 한 인권침해에 대한 구체적인 검토를 한다.

C. 유엔 인권특별절차는 성적지향이나 성별정체성을 이유로 한 인권침해에 충분한 관심을 기울이고, 본 원칙을 각 특별절차의 임무 이행에 결합시킨다.

D. 유엔 경제사회이사회는 결의안 1996/31에 따라 다양한 성적지향과 성별정체성을 가진 사람들의 인권을 증진하고 보호하려는 목적의 NGO를 인정하고 승인한다.

E. 유엔 인권조약기구는 판례나 정부보고서 검토 등 인권조약기구 각각의 임무 이행에 본 원칙을 적극적으로 결합시키고, 적절한 경우 다양한 성적지향과 성별정체성을 지닌 사람들에 대한 인권법 적용에 관해 일반논평 또는 기타 해석적 문서를 채택한다.

F. 사람들이 자신의 성적지향과 성별정체성과 관련하여 필요로 하는 보건 요구에 부응하여, 세계보건기구와 UNAIDS는 인권과 인간의 존엄성에 대한 충분한 존중을 바탕으로 적절한 의료서비스와 치료를 제공하도록 지침을 제공하는 가이드라인을 개발한다.

G. 유엔 난민고등판무관은 성적지향이나 성별정체성을 이유로 박해당한 적이 있는 사람들이나, 박해받을 충분한 근거가 있는 공포를 느끼는 사람들을 보호하기 위한 노력에 본 원칙을 결합시키고, 인도주의적 지원이나 기타 서비스를 받는 것, 또는 난민지위를 인정하는 것과 관련하여 어느 누구도 성적지향이나 성별정체성을 이유로 차별당하지 않도록 한다.

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

H. 지역의 인권조약기구 뿐만 아니라, 지역 및 하위지역에서의 인권에 대한 책임이 있는 정부간 조직은 여러 인권메커니즘, 절차, 기타 협정 및 추진계획에서 규정하는 임무를 이행함에 있어 본 원칙을 장려하는 것이 반드시 포함되도록 해야 한다

I. 지역인권재판소는 본 원칙 중 인권조약과 관련있다고 해석되는 원칙들을 성적지향과 성별정체성에 대한 판례를 발전시키는데 적극적으로 수용한다.

J. 국가 · 지역 · 국제 단위의 인권 NGO들은 각자의 특정한 임무 체계 속에서 본원칙에 대한 존중을 증진시킨다.

K. 인도주의적 단체들은 모든 인도적 활동이나 구호작업에 본 원칙을 수용하고, 원조나 기타 서비스 제공에 성적지향이나 성별정체성을 이유로 한 차별이 발생하지 않도록 한다.

L. 국가인권기구는 국가 및 비국가 행위자가 본 원칙을 존중하도록 장려하고, 다양한 성적지향과 성별정체성을 가진 사람들의 인권 증진과 보호를 국가인권기구의 과업에 포함시킨다.

M. 의료, 형사 또는 민사 사법과 교육 부문을 비롯한 전문 기관들은 본 원칙의 이행을 적극적으로 증진시키도록 자신들의 관행과 지침을 검토한다.

N. 상업 기관들은, 내부 직원들을 대할 때 본 원칙을 존중하면서, 국내외적으로 본 원칙을 증진시키는 두 가지 중요한 역할이 있음을 인지하고 이에 따라 행동한다.

O. 대중매체는 성적지향과 성별정체성과 관련된 고정관념을 활용하지 않아야 하며, 인간의 다양한 성적지향과 성별정체성에 대한 관용과 수용을 증진시키고, 이러한 쟁점을 둘러싼 인식을 제고해야 한다.

P. 정부 또는 민간의 기금후원자는 다양한 성적지향과 성별정체성을 가진 사람들의 인권 증진과 보호를 위해 NGO 혹은 기타기관에 재정지원을 제공한다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

Q*. 국가인권기구는 프로그램과 활동을 통해 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징과 관련된 인권 문제에 대한 조치를 취해야 하며, 진정처리와 인권 교육을 포함한 국가인권기구의 모든 기능에서 이러한 인권 문제를 주류화하고, 임원과 직원들이 다양한 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 가진 사람들로 구성되도록 촉진해야 한다.

R*. 스포츠 단체는 모든 관련 인권 규범과 기준은 물론, 욕야카르타 원칙(2006)과 이 추가 원칙(2017)을 단체의 정책과 관행에 수용해야 한다. 특히,

i. 스포츠와 체육 활동에 참여할 수 있도록 적절한 탈의실 설치 등 환대 공간을 만들고, 다양한 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 가진 사람들을 위한 스포츠 환경에서의 차별금지법 시행에 대한 스포츠계의 감수성을 높이기 위해 실질적인 조치를 취한다.

ii. 스포츠에 참여하고자 하는 모든 개인이 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징에 관계없이 참여할 수 있도록 지원하고, 모든 개인이 합리적이고 비례적이며 자의적이지 않은 요건만을 지키면 어떠한 제약 없이 스스로 밝힌 성별에 따라 참여할 수 있도록 보장해야 한다.

iii. 여성 선수가 스포츠에 여성으로 참가하기 위해 불필요하고 비가역적이며 유해한 건강 검진이나 검사, 수술을 받도록 강제, 강요하거나 압박하는 정책은 폐지하거나 도입을 삼가야 한다.

iv. 스포츠 경기에서 혐오표현, 괴롭힘, 폭력을 근절하는 조치를 포함하여, 스포츠에서의 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징에 기반한 다양성을 일반 대중이 존중할 수 있도록 장려하는 조치를 취해야 한다.

본 원칙과 권고는 다양한 성적지향과 성별정체성을 가진 사람들의 삶과 경험에 대한 국제인권법의 적용을 반영하는 것으로, 이 문서의 어떤 것도 국제 영역, 지역, 국가 층위의 법과 기준에서 인정되는 다양한 성적지향과 성별정체성을 가진 사람들의 권리와 자유를 금지하거나 어떤 식으로든 제한하는 것으로 해석되어서는 안 된다.

***본 추가 원칙, 국가 의무와 권고는** 다양한 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 가진 개인들의 삶과 경험에 대한 국제인권법의 적용을 반영하는 것으로, 이 문서의 어떤 것도

국가인권위원회
humanrights.go.kr

국제 영역, 지역, 국가 층위의 법과 기준에서 인정되는 다양한 성적지향, 성별정체성, 성별표현, 성징을 가진 사람들의 권리와 자유를 금지하거나 어떤 식으로든 제한하는 것으로 해석되어서는 안 된다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

성소수자 차별 관련 해외 입법동향 및 사례연구

연구수행기관 | 강릉원주대학교 산학협력단
연구책임 | 김지혜
공동연구 | 구미영, 김정혜, 김지림, 류다솔, 류민희, 박한희, 송지은, 신유정, 전수윤, 조혜인 (가나다순)
번역 | 김현경
교정교열 | 이진화
디자인 · 제작 | 디자인공장
인쇄일 | 2021년 12월
발행일 | 2021년 12월
발행처 | 국가인권위원회
주소 | 04551 서울시 중구 삼일대로 340 (저동 1가) 나라키움 저동빌딩
전화 | 성차별시정팀 02-2125-9954
FAX | 050-2600-8642
홈페이지 | https://www.humanrights.go.kr/
ISBN 978-89-6114-861-0 93330

비매품