

성적 지향을 차별금지 사유로 삼은 차별금지법리의 부당성

조영길(법무법인 아이앤에스 변호사)

I. 서론

동성간 성행위는 일반인에게 객관적으로 혐오감을 유발하고 선량한 성도덕 관념에 반하는 성만족행위로 평가하고 있는 것이 현재까지 우리나라 최고 사법기관인 대법원 판결(2008.5.29.선고 2008도2222판결)과 헌법재판소의 결정(2011.3.31.선고 2008헌가21결정, 2016.7.28.선고 2012헌바258결정)의 입장이다. 현재 압도적인 다수의 국민들도 동성간 성행위에 대하여 거부감을 가지고 있고 이를 조장하는 것은 선량한 성윤리에 반하는 것으로 판단하고 있다. 동성애에 대한 선량한 성도덕 관점에서의 반대는 우리나라에서 유구한 역사상 단 한 번도 변경된 바 없는 전통적인 견해이다.

그런데 동성간 성행위에 대하여 국민들이 표현과 양심의 자유에 따라 반대 의사를 표시하는 것을 평등권 침해의 차별행위로 보아 법률로 강제하는 것이 차별금지법의 핵심내용이다. 차별금지법에서 동성애와 관련된 부분은 “성적지향”(이하 “본건 법조항 문구”)을 평등권침해의 차별행위로 규정하고 있는 부분이다. 차별금지법안은 “성적지향(동성애)”등을 이유로 한 차별 등을 금지하면서, 차별시 2년 이하의 징역 또는 1,000만원 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있다. 이러한 차별금지법이 제정되면 동성간 성행위에 대하여 개인의 표현과 양심의 자유에 따라 반대의 견해를 나타내면 동성애자들에 대한 차별 내지 혐오로 간주되어 법으로 처벌받게 된다. 우리나라 최고 사법기관인 대법원과 헌법재판소가 동성간 성행위에 대하여 “일반인에게 객관적으로 혐오감을 유발하고 선량한 성도덕 관념에 반하는 성만족행위”라고 판단한 것에 정면으로 반하는 동성간 성행위를 옹호, 조장하는 새로운 법을 만들어서, 우리나라 최고 사법기관이 판단한 것과 같은 견해의 입장을 취하는 것을 법으로 처벌하겠다는 것이다.

실제로 우리나라 차별금지법안과 동일한 유형으로 입법화된 영국, 미국, 캐나다 등에서는 개인의 종교적, 양심적 자유가 심각하게 침해받고 있는 상황이 벌어지고 있다. 미국 오레곤 주의 한 빵집 주인은 동성애자(레즈비언) 커플의 웨딩 케익 주문을 자신의 종교적 신념에 따라 거절하자, 법원으로부터 약 20만 달러의 벌금형을 선고받았고, 다수의 동성결혼 지지자들로부터 전화 및 이메일 등으로 수많은 살해 협박과 저주를 받았다.¹⁾ 또한 동성애자들의 주례를 거부한 목사에게 대하여 징역형과 함께 동성결혼 주례를 할 때까지 매일 1,000달러의 벌금을 무는 판결이 내려졌고,²⁾ 미국 교단에서는 동성애자가 목사 안수를 받고 있는 반면, 오히려 동성애에 반대하는 목사는 목사직에서 면직되었다.³⁾

국가의 미래세대인 어린이에 대한 교육 측면에서 볼 때 상황은 더욱 심각하다. 캐나다에서는 3학년(만 8세)때 동성결혼이 정상이라고 배우며, 6학년(만 12세)에는 자위행위를 배우고, 7학년(만 13세)에는 구강성교와 항문성교를 배운다. 미국 유치원에서는 5세 어린이에게 동성애 관련 교육을 시키고 있다.⁴⁾ 이 모든 것이 차별금지법이 법제화된 외국에서 현재 벌어지고

1) “동성결혼식에 판매 거부한 빵집 부부, 끝내 유죄”, 크리스천투데이 2015.2.5.자 기사.
2) 그러나 항소심에서는 목사에게 무죄가 선고되었다. “미, 동성애는 보호하고 종교, 양심은 유린하나”, 크리스천투데이 2015.9.4.자 기사.
3) “美 감리교, 동성애 반대 목사 면직, 교단법 역행, 크리스천투데이 2015.5.13.자 기사.
4) 이용희, “차별금지법이 법제화된 외국 사례”, 서울대학교 베리타스 포럼 ‘동성애와 한국사회’ 자료집, 서울대학교기독교총동문회·서울대학교기독교수협의회, 2016.9.21, 10~11면.

있는 일이다.

전통적인 가정 제도도 붕괴되고 있다. 미국과 영국의 수많은 동성커플들은 동성결혼을 통해 가정을 이루고 아이를 입양하고 있다. 그런데 영국의 카톨릭 입양기관들은 동성커플에게 아이를 맡기는 것이 자신들의 종교적 믿음에 반한다는 이유로 입양을 거절하자, 영구적으로 폐쇄되는 조치를 당했다.⁵⁾ 어려서 레즈비언 커플에 입양되었던 한 인권법 전문가는 아버지가 없는 결핍으로 심각한 상처와 고통을 받았다고 증언했다. 마땅히 부모를 가질 수 있는 아이의 권리가 법적으로 제한되고 있고, 동성커플에 의해서 자란 아이들 또한 자연스럽게 동성애자가 될 가능성이 대단히 높고 실제로 상당수가 동성애자 된다는 보고도 있다.⁶⁾

우리나라의 경우, 지난 2006년 국가인권위원회(이하 “인권위”)가 법무부에 차별금지법 제정을 권고함에 따라 2007년 법무부가 차별금지법안을 입법 발의한 이후, 국회에서 2008년, 2011년 두 차례, 2012년, 2013년 두 차례 등 모두 7차례에 걸쳐 끊임없이 입법화가 시도되고 있다.

차별금지법의 뿌리는 2001년 제정된 국가인권위원회법(이하 “인권위법”)이다. 국회가 인권위법을 제정하면서 인권침해의 한 유형으로 평등권 침해의 차별행위를 규정하면서 차별금지사유의 하나로 본건 법조항 문구가 전격적으로 도입되었다(제정당시 제30조 제2항, 개정 후 제2조 제3호로 이동). 아직까지는 다수 국민들의 반대에 부딪쳐 입법이 저지되고 있지만, 본건 법조항 문구를 차별금지 사유로 포함시킨 차별금지법의 뿌리인 인권위법이 제정되어 있어 여건이 조성되면 언제라도 재차 입법이 시도될 것으로 전망된다.

이처럼 차별금지법은 본건 법조항 문구를 차별금지 사유로 규정한 인권위법 조항을 그대로 가져온 것이어서, 실제 인권위법 제정 이후 15년간 우리나라에서 벌어지고 있는 수많은 피해들을 그대로 가지고 있다고 할 수 있다. 따라서 본건 법조항 문구를 차별금지 사유로 삼은 차별금지법의 문제점과 향후 초래할 심각한 피해들을 살펴보기 위해서는 인권위법의 문제점과 피해들을 검토할 필요가 있다.

한편, 차별금지법에는 본건 법조항 문구인 ‘성적 지향’ 이외에도 ‘성정체성’(성전환자), ‘가족 형태 또는 가족상황’(동성애 가족 등), ‘종교’(사이비 이단 종교), ‘정치적 의견’, ‘형의 효력이 실효된 전과’ 등 생각나는 모든 것을 무차별적이고 포괄적으로 차별금지 항목으로 삼고 있다.⁷⁾ 그러나 반드시 차별해서는 안 되는 사항들에 대해서는 이미 현행법상으로도 충분히 보장하고 있고,⁸⁾ 추가로 입법이 필요한 부분에 대해서는 개별적으로 입법절차를 밟아야 한다.

본고에서는 인권위법상 차별금지 사유로 도입된 본건 법조항 문구가 어떠한 문제점이 있는지, 또한 이로 인해 우리나라에 초래하고 있고, 장래에 초래할 심각한 개인적·사회적·국가적 피해들에 대하여 살펴보고자 한다. 관련하여, 본건 법조항 문구를 차별금지 사유로 포함시킨 정당성의 근거들을 살펴보고 그 근거들의 부당성에 대하여도 집중적으로 검토하고자 한다. 또한 본건 법조항 문구를 인권위법에서 삭제하는 방법으로 인권위법을 개정해야 할 필요성과 정당성에 대해서도 집중적으로 살펴보고자 한다.

한편, 차별금지법에는 본건 법조항 문구인 ‘성적 지향’ 이외에도 ‘성정체성’(성전환자), ‘가족 형태 또는 가족상황’(동성애 가족 등), ‘종교’(사이비 이단 종교), ‘정치적 의견’, ‘형의 효력이 실효된 전과’ 등 생각나는 모든 것을 무차별적이고 포괄적으로 차별금지 항목으로 삼고 있다.⁹⁾ 그러나 반드시 차별해서는 안 되는 사항들에 대해서는 이미 현행법상으로도 충분히 보장

5) Christian Concern, “Current Issues: Gospel freedom, Christian faith and its place in public life”, 8면.

6) 이용희, 앞의 글, 14면.

7) 김승규, “차별금지법의 문제점”, 서울대학교 베리타스 포럼 ‘동성애와 한국사회’ 자료집, 서울대학교 베리타스 포럼 ‘동성애와 한국사회’ 자료집, 서울대학교기독교총동문회·서울대학교기독교수협의회, 2016.9.21., 6면.

8) 장애인고용촉진 및 직업재활법(2000.1.12.), 장애인차별금지 및 권리구제에 관한 법률(2007.4.10.).

9) 김승규, “차별금지법의 문제점”, 서울대학교 베리타스 포럼 ‘동성애와 한국사회’ 자료집, 서울대학교

하고 있고,¹⁰⁾ 추가로 입법이 필요한 부분에 대해서는 개별적으로 입법절차를 밟아야 한다. 본고에서는 차별금지법이 차별금지 사유로 삼고 있는 많은 문제되는 항목 중 본건 법조항 문구인 “성적 지향”과 관련해서만 논의하고자 한다.

II. 동성애 관련 용어 사용의 유의사항

1. 동성애 관련 용어의 주의 깊은 사용의 필요성

동성애와 관련된 법률적, 도덕적 문제를 정확하게 인식하고 판단하기 위해서는 관련 용어들을 주의 깊게 사용할 필요가 있다. 왜냐하면 동성애와 관련되어 이미 널리 사용되는 용어들 중에는 동성간 성행위에 대한 도덕적, 법률적 긍정적 가치 평가가 이미 담겨 있는 용어들이 많기 때문이다. 특히 동성애 관련 용어들 중에는 동성간 성행위에 대한 도덕적 및 법률적 금지의 해제와 도덕적 및 법률적 보호 강화라는 의도 하에 교묘하게 만들어진 용어들이 적지 않다.

그런데 동성간 성행위를 도덕 및 법률적으로 어떻게 평가해야 할 것인가에 대하여는 어느 국가 사회나 서로 찬성과 반대라는 상반되는 가치판단이 명백하게 나뉘지고 있다. 특히 현재까지 우리나라의 국민들이 견지하고 있는 동성간 성행위에 대한 도덕적 평가는 의심의 여지없이 명백하다. 동성간 성행위는 비정상적 성행위로서 선량한 성도덕에 반한다는 것이 절대 다수 국민들의 도덕관념이고 이는 헌법재판소의 3차례 결정들과 대법원 판결에서 거듭 거듭 확인되었다. 이러한 상황에서 동성간 성행위를 도덕 및 법률적으로 보호하겠다는 전략적 의도를 가지고 만들어진 용어를 그대로 사용하게 되면, 동성간 성행위를 도덕적으로 반대하고, 법률적으로 보호하지 않으려는 입장을 가진 필자와 같은 사람들은 자신들의 가치판단을 정확히 전달하는데 적지 않는 어려움을 겪게 되는 것이다. 따라서 동성애 관련 용어에서 동성간 성행위를 도덕적으로 용인하는 가치판단을 내포한 용어들을 최대한 주의 깊게 사용하여야 그 용어에 담긴 동성간 성행위 보호 의도에 영향 받지 않을 수 있게 된다.

2. ‘동성간 성행위’와 동성간 성행위에 대한 인식, 감정, 욕구인 ‘동성애적 성향’, ‘성적 지향’과는 구별되어야 한다.

먼저 동성애와 관련하여 동성간 성행위에 대한 인간 내면의 인식, 감정이나 의사와 동성간 성행위라는 인간 외면의 행위 내지 행동은 엄격히 구별하는 것이 중요하다. 인간에게 도덕적·법률적 책임을 묻는 것은 내심의 인식이나 감정 내지 의사가 아니다. 인간 내면의 부도덕하거나 불법적인 인식이나 감정 내지 의사가 외부의 행위나 행동으로 그대로 나타날 때 비로소 도덕적·법률적 책임을 물을 수 있다.

‘동성애적 성향’ 내지 ‘성적 지향’이라는 말은 인간 내면의 인식, 감정 내지 의사를 의미하거나 그러한 의사를 포함하여 그것이 외부의 행동으로 나타나는 행동을 모두 포함하는 말로 사용되고 있다. 김광수 및 김승환씨가 제기한 소위 ‘동성혼 합법화 소송’에서도 동성애적 성향은 ‘동성애에 대한 지속적인 감정적, 애정적, 성적 이끌림’을 의미하는 용어로 사용하고 있다.¹¹⁾ 동성간 성행위에 대해 도덕적 내지 법률적 책임을 묻지 못하게 하려는 목적 하에 의도적으로 사람의 도덕적 또는 법적인 책임을 물을 수 없는 인간 내면의 인식, 감정 내지 욕구 및 의사를 포함하는 용어를 사용하려는 것으로 보인다.

그러나 법률적·도덕적 책임 문제를 논의하기 위해서는 동성간 성행위에 대한 내면의 감정이

베리타스 포럼 ‘동성애와 한국사회’ 자료집, 서울대학교기독교총동문회·서울대학교기독교수협의회, 2016.9.21., 6면.

10) 장애인고용촉진 및 직업재활법(2000.1.12.), 장애인차별금지 및 권리구제에 관한 법률(2007.4.10.).

11) 김광수/김승환, 혼인신고불수리처분에 대한 불복신청서(동성혼 합법화 소송 소장), 2014. 5. 21, 49면.

나 의사가 아닌 외부의 행동인 동성간 성행위를 다루어야 한다. 따라서 ‘동성애적 성향’이나 ‘성적 지향’이라는 말은 특정 맥락에서 내면의 인식, 감정 내지 의사를 말하는 것인지, 아니면 외부의 행위를 의미하는 것인지 유의하고 구별하여 주의 깊게 사용되어야 한다.

그러므로 일반적으로 동성애를 이유로 한 차별행위 문제를 논의할 때에는 책임과 가치 판단이 동반되는 경우가 많으므로 특별한 사정이 없는 한 동성애는 동성간 성행위에 대한 인식, 감정 내지 욕구가 아니라 동성간 성행위를 의미하는 것으로 사용되어야 한다.

마땅히 도덕적으로 부정적으로 평가되어야하고 법률적으로 보호 대상이 아닌 인간외면의 행동인 동성간 성행위가 도덕적으로나 법률적으로 책임을 물을 수 없는 인간 내면의 감정, 욕구의 영역으로 숨어들어가 도덕적, 법률적 비난을 피하고자 만들어진 용어가 바로 본건 법조항 문구인 ‘성적 지향’이다. 따라서 동성애를 지칭할 때 특별한 사정이 없는 한 도덕적 책임을 지울 수 없는 ‘성적 지향’이 아니라 도덕적 책임을 물을 수 있는 ‘동성간 성행위’라는 용어를 사용해야 한다.

3. ‘부도덕한 행위’는 정당한 차별금지사유들에 포함될 수 없으므로, ‘동성애를 이유로 한 차별행위’는 특별한 사정이 없는 한 ‘동성애 반대행위’로 해석되어야 한다.

동성애를 이유로 한 차별행위와 동성간 성행위에 대한 반대행위를 주의 깊게 구별하여 사용하여야 한다.

일반적으로 법으로 금지하는 차별행위는 그 자체가 부도덕하고 불법적인 행위로 평가되며 금지되어야 마땅한 행위다.

그런데 법률로 금지하는 차별행위 사유들에는 일반적으로 선량한 도덕에 반하는 부도덕한 행위는 결코 포함시키지 않고, 또 그렇게 해서도 절대 안 된다. 부도덕한 행위를 법률상 차별금지사유에 넣게 되면 차별금지사유를 부도덕하다고 비난하며 반대하는 것이 정반대로 차별행위에 해당하게 되어 금지하므로 결과적으로 법률로 차별금지사유인 부도덕한 행위를 적극 옹호하게 되기 때문이다. 정의롭고 정당해야 할 법률이 불의하고 부도덕한 문란행위를 보호할 뿐만 아니라 적극 조장할 수 있게 되기 때문이다.

예를 들어 개인적으로나 사회적으로 유해하여 도덕적으로는 금지하지만 법률로는 금지하지도 보호하지 않는 대표적인 행위들인 흡연행위나 음주행위, 배우자가 아닌 자와의 간음행위인 간통행위,¹²⁾ 근친 사이의 간음행위 등은 차별행위 사유로 삼지 않는다. 이러한 행위들을 이유로 한 차별행위라는 개념은 처음부터 성립되지 않는다. 흡연이나 음주가 가지는 개인적·사회적 유해성에 대하여 충분히 인식을 같이 하기 때문이다.

그런데 동성애를 이유로 한 차별행위라는 용어나 개념을 무심코 그대로 사용하게 되면, 동성간 성행위에 대한 반대행위는 당연히 부당한 차별행위라는 의미가 담기게 되고, 동성간 성행위는 도덕적으로 반대할 수 없는 정당하고 도덕적 문제가 없다는 의미도 담기게 되는 것이다. 따라서 동성애를 이유로 한 차별행위라는 용어 그 자체의 정당성을 그냥 인정하고 사용해서는 안 된다.

부도덕한 행위를 하였다고 하여 도덕적 비난을 하는 것이 정당화될 수 있어도 모든 차별행위가 정당화되는 것은 아니다. 사안에 따라서 부도덕한 행위가 있다고 하더라도 고용, 시설이용 등, 교육 등에서 우대, 배제, 구별하거나 불리하게 대우하는 행위가 정당성을 가질 수 없는 경우들이 얼마든지 있다. 즉, 동성간 성행위를 하였거나 하고 있다고 하여 고용, 시설이용 등, 교육 등에서 우대, 배제, 구별하거나 불리하게 대우하는 행위 모두 정당화되는 것은 아니다.

12) 헌법재판소는 2015. 2. 26. 선고 2009헌바17 결정으로 간통죄를 형사 처벌하는 것을 과잉금지원칙 위반으로 위헌이라고 결정하였지만 간통이 부부간의 정조의무를 위반하는 부도덕한 행위라는 도덕적 평가는 그대로 유지하였고, 이점에 대하여 재판관들의 이견은 없었다.

그러나 차별행위로부터 보호받는 정도에 있어서 도덕적으로 문제가 없는 행위와 부도덕한 행위 사이에는 큰 차이가 있다. 흡연자들을 따로 구별하여 흡연구역을 설정하는 것, 부도덕한 행위전력자들을 교직 등의 채용 제한 사유로 설정하는 것은 충분히 정당화될 수 있는 것이다.

문제의 심각성은 법률상 차별금지사유로 포함된다는 것은 도덕적인 금지 사유에서 해제된다는 것에 있다. 차별금지사유에 포함된 행위를 잘못되었다고 도덕적으로 비난하거나 반대하는 행위는 이른바 간접차별로 보기 때문에 도덕적 억제력을 해소시키게 되는데 이는 곧 도덕률의 침해 내지 붕괴를 초래한다는 것이 더 심각한 문제인 것이다. 동성간 성행위를 포함하는 본건 법조항 문구를 어느 국가의 법률에 차별금지 사유로 포함시킨다는 것은 동성간 성행위를 더 이상 도덕적으로 비난하지 못하게 된다는 의미가 된다. 따라서 그러한 법률을 제정하기 위해서는 절차적으로도 차별금지사유에 포함되는 것의 도덕적 평가의 변화를 명백하게 설명하고 해당 국가 주권자들인 국민들의 진정한 이해와 동의를 구해야 마땅하다. 정당한 법률이 가지는 존립의 실제적 정당성은 도덕성의 토대 위에 있을 때만 가능하다. 정당한 도덕에 반하고 마땅한 도덕률을 위협하는 법률은 그 자체로 정당성을 상실한다는 것은 자명한 법원리이다.¹³⁾ 따라서 부도덕한 동성간 성행위가 포함되는 '성적 지향'은 법률상 차별금지사유에 결코 포함되어서는 안된다.

이러한 사정 때문에 동성애를 이유로 한 차별행위를 반대한다고 할 때 특별한 사정이 없는 한 동성애에 대한 도덕적 반대행위 금지를 반대한다는 것을 의미하는 것으로 해석해야 그 의미가 정확해진다. 그렇게 해야 '동성애 차별금지법'을 반대한다는 것이 '동성애 반대행위 금지법'을 반대한다는 것을 의미하게 되어 정확한 반대의도를 오해 없이 전할 수 있는 것이다.

다수의 정당한 차별금지사유들에 들어와서는 안되는 부도덕한 성행위인 동성간 성행위는 정당한 차별금지사유들 속에 섞여서 그 부도덕한 행위의 정체성을 숨긴 채 들어온 뒤, 정당한 차별금지사유들처럼 행세하며 합법적인 법률로도 보호하여 도덕적 방어막을 쳐줄뿐 아니라 정당한 도덕적 반대행위를 차별행위로 규정하여 역으로 공격하도록 하고 있는 것이 본건 법조항 문구인 '성적 지향'이다.

4. '성적 소수자'라는 용어는 동성간 성행위에 대한 가치적 반대행위를 다수의 횡포라고 비난하는 뉘앙스를 가지므로 사용되어서는 안 된다

인권위의 '인권보도준칙'은 제8장에서 본건 법조항 문구를 근거로 '성적 소수자'라는 용어를 사용하고 있다. 성적 소수자를 비하하는 표현이나 성적 소수자를 잘못되고 타락한 것이라는 뉘앙스를 담은 표현, 성적 소수자에 대한 혐오에 가까운 표현, 성적 소수자를 질환이나 질병으로 묘사하는 표현이나 에이즈 등 특정 질환과 연결 짓는 표현을 사용하는 것을 금하고 있다.¹⁴⁾

가장 대표적인 성적 소수자는 동성간 성행위자들이므로 성적 소수자라는 말은 동성간 성행위를 도덕 및 법률적으로 보호하는 것을 반대하거나, 동성간 성행위를 하지 않는 사람들은 동성간 성행위자들에 대해 차별행위를 할 수 있는 다수자로 보는 뉘앙스를 담고 있다.

일반적으로 소수와 다수는 모두 도덕적으로나 법률적으로 긍정적 가치를 가지는 다양한 유형 중 선택의 결과, 다수와 소수가 나뉘질 때 사용하는 용어이다. 도덕적으로나 법률적으로 부정적 가치 평가를 하여 도덕적으로 금지하거나 법률적으로 보호하지 않는 행위를 선택하여 행하는 사람들이 수적으로 다수가 아닌 소수라고 하더라도 그들을 부도덕 행위자나 불법행위자로 부르지 소수자라고 평가하지 않는다.

동성간 성행위자를 성적 소수자에 포함시키는 것은 동성간 성행위에 대하여 도덕 및 법률적

13) 최종고, 「법과 윤리」, 경세원(2000), 19면.; 도덕은 법을 비판하는 기능을 수행한다는 점에서 어떤 법이 비도덕적인 법이라고 판단할 수 있는 것이다(박찬구/류지한/조현아/김상돈 역, Louis P. Pojman & James Fieser, 「윤리학: 옳고 그름의 발견」, 울력, 2010, 25면).

14) 국가인권위원회/한국기자협회, 인권보도준칙(2011. 9. 13).

으로 부정적 가치 판단을 해서는 안 되며 오히려 동성간 성행위를 도덕적·법률적으로 보호해야 한다는 입장을 취할 때만 사용할 수 있는 용어이다.

따라서 동성간 성행위를 도덕적으로 반대하고 법률적으로 보호해서는 안 된다는 입장을 가진 사람들에게까지 도덕적 비난을 해서는 안 된다고 성적 소수자라는 용어를 사용하라고 하는 것이야 말로 헌법상 ‘양심의 자유’나 ‘표현의 자유’를 침해하는 행위라고 할 수 있다. 따라서 동성간 성행위자를 성적 소수자로 지칭하여 보호해야 한다는 인권보도준칙 제8장은 헌법상의 ‘양심의 자유’와 ‘신앙의 자유’ 및 ‘표현의 자유’를 침해하는 부당한 준칙이라고 할 수 있다.

동성간 성행위자들을 도덕적 비난을 할 수 없는 성적 소수자라고 불러서는 안 된다. 동성간 성행위자들은 성도덕을 위반하는 행위자들로 칭해야 정확하다. 부도덕한 동성간 성행위는 도덕적으로 문제가 없는 소수자 속에 섞여 들어와 있으므로 동성간 성행위자들을 더 이상 소수자로 불러서는 안 된다.

5. 기타-다름과 차이의 문제라는 주장, 도덕적 우월감을 가지고 정죄하지 말고 공허함을 가지고 품어야 한다는 주장들의 부당성도 직시해야 한다.

이외에도 ‘동성간 성행위는 옳고 그름의 문제가 아니라 단지 다름과 차이의 문제일 뿐이다’라는 용어도 자주 쓰인다. 동일해질 수 없는 개인들의 도덕관 내지 가치관을 타인에게 강요하는 것은 갈등을 유발할 뿐이므로 서로의 다양한 가치관의 차이를 존중해야 한다는 것도 동일한 맥락에서 제기된다.

이러한 주장들은 동성간 성행위는 명백하게 옳고 그름의 도덕적 문제임에도 불구하고, 도덕적 문제가 아닌 그룹이나 잘못된 문제가 없는 다양한 다름과 차이의 문제로 위장하는 것이다. 옳고 그름, 도덕과 부도덕, 정의와 불의의 구별이 없어진다는 것은 곧 그르고 부도덕하며 불의한 것이 활개 치도록 방치하는 것을 의미한다. 도덕관이나 가치관이 다양할 수 있다고 하여 그 사회에 마땅히 있어야 할 선량한 도덕에 기한 평가를 하지 말라고 하는 것은 선량한 도덕의 가치 자체를 부인하는 도덕률 폐기론의 입장이다. 옳고 그름의 도덕률과 정의가 붕괴되는, 잘못이 범람하고 부도덕과 불의와 문란한 행위가 만연하는 사회는 결코 우리 사회가 지향해서는 안 되는 사회임이 명백하고 모든 도덕률을 폐기하려는 주장 역시 동의할 수 없음을 자명하다.

동성간 성행위에 대하여 비난하거나 정죄하려 하기 보다는 공허히 여기고 품어야 한다는 주장도 자주 제기된다. 동성간 성행위를 비난하는 행위를 하는 사람들은 모두가 도덕적으로 완전할 수 없다는 사실을 잊은 채 도덕적 우월감에 빠져 있는 교만한 행위라는 주장도 같은 맥락에서 제기된다.

이러한 주장들 역시 동성간 성행위가 가지는 부도덕한 행위라는 그 본질과 정체의 심각성을 정확하게 직시하지 못하게 하고, 그 본질과 정체성을 흐리게 하여, 교만함이나 정죄라는 문제로 전환시키려 한다는 측면에서 동일한 위험성을 가진 부당한 주장이다. 동성간 성행위에 대하여 부도덕하다는 본질을 직시하면서, 동성간 성행위자들을 공허히 여기되 부도덕한 동성간 성행위에서 돌이키도록 요구해야 마땅하다. 어떠한 행위에 대하여 옳고 그름, 도덕과 부도덕, 정의와 불의를 명백하게 분별하는 것이 도덕적 우월감이나 정죄하는 행위가 결코 아니다. 정확하게 분별해야 그름, 부도덕, 불의로부터 회복할 수 있는 것이다. 특정한 행위에 대하여 진리, 도덕, 정의에 입각한 판단과 평가를 분명히 하는 것이, 자신의 행위는 진리에 부합하고 도덕적이며 정의롭고 타인은 거짓되고 부도덕하며 불의하다는 취지의 도덕적 우월감을 표시하거나 교만하게 정죄하는 행위와 동일한 것이 결코 아니다. 동성간 성행위의 부도덕성과 불의함을 명백하게 드러내 중단을 요구하고 돌이키도록 요구하는 것이 동성간 성행위자를 진정으로 위하는 것이지, 부도덕하고 불의한 성행위 그 자체를 있는 그대로 품어야 한다는 논리로 부도덕한 행위를 정당시해서는 결코 안 된다. 부도덕한 행위를 가볍게 여기고 개선과 돌이킴을 요구하지 않고, 부도덕함을 있는 그대로 품어야 한다는 입장은 우리 사회의 도덕률을 교묘하게

과괴하여 부도덕한 행위를 옹호, 조장하는 결과를 초래할 뿐이다.

6. 소결- 동성간 성행위의 부도덕성과 비정상성을 은폐하고 도덕적으로 비난할 수 없는 정상적인 행위로 위장하는 각종 용어들을 계속 경계하여야 한다.

이상에서 살펴 본 것처럼 동성간 성행위는 그 핵심적인 정체성이 도덕적으로 비난받고 책임을 부담해야 마땅한 성도덕 위반행위임에도 불구하고, 부도덕한 행위라는 도덕적 책임을 피하기 위해 책임을 물을 수 없는 인간 내면을 의미하는 용어인 '성적 지향'에 숨어들어가거나, 다른 정당한 차별금지사유들에 섞여 그 정체성을 숨긴 채 들어가 있으면서 오히려 정당한 도덕적 비난을 법률로 공격하거나, 도덕적 비난을 할 수 없는 '소수자'에 들어가 있거나, 다름, 다양성, 용납함, 공존함 속에 숨어들어가 있는 것을 알 수 있다.

동성간 성행위의 핵심적인 정체성인 부도덕하고 불의한 행위를 교묘하게 은폐한 채 정상적인 행위들 속에 함께 섞여 들어가 도덕적으로 문제가 없는 정당한 행위인 것처럼 위장하기 위하여 만들어진, 위에서 본 바와 같은 대단히 잘못된 위선적이고 위장적인 용어들은 이외에도 많고 또 앞으로도 계속 많이 만들어 질 것이다. 그러나 동성간 성행위는 인간이 마땅히 지켜야 할 선량한 성도덕 내지 성윤리를 위반하는 불의한 성행위라는 본질을 직시하여야 도덕적으로 문제가 없는 정상적인 것으로 위장하려는 각종 교묘한 용어의 위험과 폐해를 피할 수 있다. 부도덕하고 불의한 동성간 성행위를 정상적이고 도덕적 문제가 없는 정상행위처럼 위장하려는 각종 위선적, 위장적 용어들을 주의 깊게 분별하여 사용하는 지혜가 특별히 필요하다.

III. 동성간 성행위에 대한 도덕 및 법률적 규제 유형과 우리나라의 규제 유형

1. 동성간 성행위에 대한 도덕 및 법률적 규제의 세 유형

동성간 성행위에 대하여 특정 국가 또는 사회가 도덕 및 법률로 어떠한 태도를 취해야 할 것인가에 대해 대략 3가지 유형으로 나뉘는 것으로 보인다.¹⁵⁾

첫째, 도덕 및 법률로 동성간 성행위를 금지하고 도덕적인 비난과 법률적 제재(형벌 등 적극적인 제재)를 부과하는 국가 유형('도덕적 금지 및 법률적 금지 국가형')이다. 이 유형에서는 동성혼을 인정하지 않는다.

둘째, 도덕으로는 금지하지만 법률로는 금지하지도 보호하지도 않아서 동성간 성행위에 대하여 성도덕에 반하는 행동이라고 비난하지만 법률적인 제재를 부과하지도 않고 그렇다고 법률적인 보호도 하지 않는 국가 유형('도덕적 금지 및 법률적 비보호 국가형')이다. 이 유형에서도 동성혼을 인정하지 않는다. 따라서 동성간 성행위 반대행위를 도덕으로도, 또 법률로도 금지하지 않고 오히려 선량한 성도덕을 지키려는 행위로 본다.

셋째, 도덕으로도 법률로도 금지하지 않을 뿐 아니라 도덕 및 법률로 적극적으로 보호하여 동성간 성행위에 대하여 성도덕적으로도 비난하지 못하게 하고, 동성간 성행위 반대행위를 법률로 금지하는 차별행위로 보아 법률상 제재(민사상 손해배상 및 형사 처벌 등)를 부과한다. 나아가 동성혼인을 이성간혼인과 동일하게 인정해주는 법률적 보호를 하는 국가 유형('도덕적 보호 및 법적 보호 국가형')이다.

15) 전용태 변호사는 동성애 처벌국가, 동성애 자유(방임)국가, 동성애 차별금지국가 등 3 유형으로 나눈 바 있는데, 필자는 동일한 3 유형이지만 용어를 동성애 도덕적 및 법률적 금지 국가, 동성애 도덕적 금지 및 법률적 비보호 국가, 동성애 도덕적 보호 및 법률적 보호국가로 사용하고자 한다(전용태, "규범적 입장에서 본 차별금지법안의 문제점", 차별금지법안의 문제점과 대안, 바른 성문화를 위한 국민연합포럼, 2013. 6. 26, 1면).

동성간 성행위는 이처럼 도덕적 금지와 법률적 금지의 태도가 일치할 수도 있으나, 나뉘질 수 있는 대표적인 행위이다. 또한 나라마다 근래에 도덕적 평가와 법률적 평가가 극적으로 변화되는 사례들이 많은 행위이다. 따라서 법철학적으로 중요한 주제인 도덕과 법률의 합당한 관계와 경계가 논의되는 주제이기도 하다. 따라서 도덕적 관점과 법률적 관점을 주의 깊게 구별하여 판단하는 것이 필요하다.

그런데 동성간 성행위에 대하여 법률적 금지도 하지 않고 보호도 하지 않는 상태에서 동성애를 차별금지사유로 삼아 법률적으로 보호하는 것으로 법률정책이 변경된다는 것은 동성간 성행위에 대한 비난과 반대를 법률로 금지하는 것이 되고, 그 결과는 더 이상 도덕적 비난을 할 수 없게 변화된다는 것을 의미한다. 결국 동성애를 이유로 한 차별행위 금지 개념을 도입한다는 것은 그 국가에서 동성간 성행위에 대한 성도덕관념을 정반대로 뒤바꾸겠다는 것을 의미하는 것이 되는데, 이와 같은 의미를 차별행위금지라는 대의명분에 감추고 있기 때문에 이를 정확하게 간파하지 못하는 것이 대부분이다.

2. 동성간 성행위에 대한 법적 보호와 금지에 대한 세계적 현황

2015년 7월 현재, 국제 인권단체인 휴먼라이츠워치(HRW)에 따르면, 전 세계 200여 국가들 중 동성결혼까지 합법화한 국가는 17개국에 이른다.¹⁶⁾ 동성결혼 외에도 ‘시민 결합’, ‘등록된 동반자’ 형태로 동성커플의 법적 지위를 인정하는 나라들도 있다. 동성결혼을 합법화한 국가는 2001년 네덜란드를 시작으로 하여 벨기에, 스페인, 노르웨이, 스웨덴, 포르투갈, 아이슬란드, 덴마크, 프랑스, 아일랜드 등 주로 유럽국가에 몰려있다.¹⁷⁾ 2015. 6. 26. 미국 연방대법원이 판결로 동성혼을 합법화하여 미국도 합법화 국가에 합류했다. 덴마크가 1989년 세계최초로 시민결합 형태의 동성커플을 인정한 이래¹⁸⁾ 독일 등의 국가가 이를 따르고 있다. 동성간 성행위나 동성혼을 법률로 적극 보호하는 국가들이 20세기 후반부터 이른바 경제 선진국을 중심으로 급속히 늘고 있는 추세에 있다.

반면에 동성애 합법화를 적극 지지하는 국제적 연합단체인 국제성소수자연합인 일가(ILGA)에 따르면, 동성애를 죄라고 규정한 국가는 75개국이라고 한다.¹⁹⁾ 국가 차원에서 동성애를 법으로 금지하는 나라는 아니지만 그 국가의 큰 주들이 동성애를 반대하는 법을 가지고 있는 인도네시아 등을 포함하면 동성애를 법으로 금지하는 국가는 80여개 국가에 이른다고 한다.²⁰⁾ 아프리카 55개국 중 38개국이 동성애를 불법으로 규정하여 강력한 형사 처벌을 부과하는데, 그 주된 이유는 동성애가 유발하는 에이즈의 만연으로 인한 사회 국가적 피해를 막기 위해서인 것으로 이해되고 있다. 지난 20년간 아프리카 지역에서 에이즈로 사망한 인구가 2천5백만 이상이고, 에이즈로 부모가 사망하여 발생한 고아들도 2천만 명에 달한다고 한다.²¹⁾

한편, 세계 220여개 국가들 중 동성간 성행위에 대하여 20여개 법률보호 국가들과 80여개 법률금지 국가들을 제외한 나머지 국가들은 동성간 성행위에 대해 도덕적으로는 금지하지만 법률적으로는 금지하지도 보호하지도 않는 ‘도덕적 금지 및 법률적 비보호 국가형’을 택하고 있다고 할 수 있다. 기독교를 국가 이념으로 택한 국가들의 경우 동성간 성행위에 대하여 ‘도덕적 금지 및 법적 금지 국가형’을 택한 나라들이 많았다. 그런데 개인 간의 사생활의 문제인 동성간 성행위에 대하여 도덕적 금지에서 나아가 강제력인 법률로 형벌 등 불이익을 부과하는 것의 가혹함 등의 문제점들이 부각되면서 그에 대한 반작용으로 20세기 후반부터 동성간 성행

16) <https://www.hrw.org/news/2015/06/26/us-supreme-court-upholds-same-sex-marriage>.

17) 이용희, “세계 속의 동성애 추세와 한국 교회의 대응 방안”, 통일한국과 동성애, CFI 제3차 세미나, 기독교 미래연구원, 2015. 9. 7, 8면.

18) 이용희, 앞의 논문, 8면.

19) 이용희, 앞의 논문, 8면.

20) 이용희, 앞의 논문, 8면.

21) 이용희, 앞의 논문, 9면.

위에 대하여 도덕적 금지 및 법률적 금지를 택했던 국가들이, 법률적 금지를 해제하거나, 더 나아가 ‘도덕적 보호 및 법적 보호형’으로까지 변경하는 국가들이 증가하고 있다.

동성간 성행위에 대하여 도덕적·법률적 보호를 하는 정책은 UN의 국제인권기구들이 선도하고 있는 형국이다. 아직 국제인권조약들에서 ‘성적 지향’이 차별금지사유로 명문화되지는 않은 상태다. 그러나 국제인권기구들은 기존 인권조약들의 해석론으로 ‘성적 지향’을 이유로 한 차별행위를 금지하는 사례들이 증가하고 있다. UN의 ‘자유권위원회(Human Rights Committee)’는 1994년 ‘Toonen v. Australia 사건’에서 호주인인 Toonen이 동성간 성행위를 처벌하는 호주 타즈마니아주의 법률이 ‘자유권규약(ICCCR)’ 제2조 제1항(차별금지), 제17조(사생활의 권리), 제26조(법 앞에서의 평등)에 위배된다고 판단하면서 규약상 규정된 차별금지사유인 성(Sex)에 ‘성적 지향’이 포함된다고 최초로 해석한 바 있다.²²⁾ 이후 UN은 ‘성적지향’을 차별행위 사유의 하나로 해석하는 법리를 다른 조약의 해석에도 적용하여 이를 확대시켜왔다. 이어 2011. 6. 17. 제17차 유엔인권이사회는 ‘성적 지향’을 이유로 한 인권침해에 초점을 둔 결의안을 채택하고 ‘성적 지향’을 이유로 한 차별행위를 금지하는 행위를 조직적으로 전개해 오고 있다.²³⁾

특히 세계 최강대국 미국이 2015. 6. 26. 연방대법원 판결로 동성혼을 합법화하고 UN도 이를 적극 환영, 지지함에 따라 동성간 성행위에 대해 ‘도덕적 보호 및 법적 보호 국가형’을 택하는 나라들이 향후 더 확산될 가능성이 상당히 큰 상황을 오늘날의 세계가 직면하는 추세라고 할 수 있다. 그러나 세계 220개국 전체로 보면 동성혼을 합법화하고 동성간 성행위를 법률로 차별금지사유로 제정하여 동성간 성행위에 대한 도덕적 비난을 차별로 보고 금지 제재하는 나라들은 불과 20여개 국가들뿐이다.

동성간 성행위에 대한 도덕적 반대활동을 해도 아무런 법률적 제재를 받지 않는 나라들은 압도적으로 다수이다. 동성간 성행위에 대한 반대활동의 자유라는 관점에서 보면 압도적 다수 국가들인 200여개 국가들이 이를 보장하고, 동성에 반대행위를 차별행위로 보지 않는다. 오직 소수인 20여개 국가들만이 동성간 성행위 반대활동을 법으로 차별행위로 보아 금지하고 있는 것이다.

3. 동성간 성행위에 대한 우리나라의 법적 태도 현황에 대한 평가

우리나라는 2001년 인권위법을 제정하면서 법으로 차별금지사유로 본건 문구를 전격적으로 포함시키기 이전까지는 동성간 성행위에 대해 세계 다수 국가들처럼 도덕으로는 금지하지만 법률로는 금지하지도 보호하지도 않는 ‘도덕적 금지 및 법적 비보호 국가형’ 태도를 취해왔다.

그러나 2001년 인권위법이 동성간 성행위에 대한 반대행위를 금지하기 위하여 발달한 법률개념인 ‘성적 지향을 이유로 한 차별행위’를 본건 법조항 문구로 전격 도입한 이후부터는 법적 보호를 본격화하는 태도를 취하기 시작했다. 인권위법에서 본건 법조항 문구를 도입한 이래, 인권위는 동성에 반대행위를 막고 동성간 성행위를 도덕적·법률적으로 보호하기 위한 활동을 놀라울 정도로 적극적으로 활발하게 전개해 왔다.

인권위가 전개한 동성간 성행위 옹호 및 동성간 성행위 반대 억제활동을 대표적으로 몇 가지를 살펴보면 다음과 같다. 2003. 3. 31. 청소년보호법 시행령 [별표 1] 청소년유해매체물심의 기준에 포함된 ‘동성애’의 삭제를 권고하여 이를 삭제하게 하였다. 또한 2006. 7. 25. 정부에게 동성간 성행위를 반대하는 행위를 손해배상이나 형벌을 부과해서 강제력으로 금지하는 차별금지법안을 권고하여, 2007년 노무현 정부를 시작으로 이명박 정부 시기인 18대 및 박근혜 정부 시기인 19대 국회에서 수차례 차별금지법안이 제출되어 입법하고자 하는 시도가 계속되도록 계기를 제공해왔다. 나아가 인권위는 2011. 9. 23. 한국기자협회와 공동으로 ‘인권보도

22) 김지혜, “성적지향과 성별정체성에 관한 국제인권법 동향과 그 국내적 적용”, 법조(제61권 제11호), 법조협회(2012. 11), 191~192면.

23) 김지혜, 앞의 논문, 195면.

준칙'을 제정하여 동성간 성행위에 대한 반대의 견해가 담긴 표현을 언론에 보도하는 것을 금지시켰다.

그러나 아직까지, 인권위법상 시정권고는 법적 강제력이 없는 상태이고, 동성간 성행위에 대한 반대행위에 대해 법률로 민사상 손해배상이나 형사상 처벌을 강제하려는 차별금지법의 제정시도들이 국민들의 강력한 반대에 직면하여 철회됨으로써 법률로 완료된 상태는 아니다. 그러나 동성간 성행위에 대한 반대행위를 손해배상 등을 통하여 금지하는 차별금지법안이 일부 국회의원들에 의하여 언제든지 다시 발의될 수 있는 상태에 있다고 할 수 있다.

한편 법원 판결이나 입법으로 동성혼인을 합법화하는 과정도 완료된 상태는 아니다. 김광수, 이승환씨가 2014. 5. 21. 동성혼인을 합법화해달라는 소송을 국내에서 최초로 서울서부지방법원에 제기하였다. 서울서부지방법원은 2015. 7. 6. 심문기일을 가진 뒤 2016. 5. 25. 신청인들의 신청은 이유가 없다고 판단하여 동성혼을 불허하는 각하 결정을 내렸다.²⁴⁾ 신청인들은 항고 계획을 표명했고 2016. 6. 11.자로 항고했으며, 신청인 지지자들은 동종의 새로운 소송 제기할 계획을 가지고 있음도 밝혔다. 항고심도 위 대법원 판결을 존중한다면 같은 취지의 판결이 내려질 가능성이 높다.

우리나라의 동성간 성행위 법보호 상태를 전체적으로 평가해보면 다음과 같다. 2001년 인권위법상 성적 지향 문구의 전격 도입으로 동성간 성행위를 법률로 보호하고 동성간 성행위를 반대하는 행위를 차별행위로 보아 시정, 권고의 대상으로 삼음으로써 도덕적 보호 및 법률적 보호를 일단 본격화하는 것을 시작하였다고 할 수 있다. 그러나 아직 구체적으로 차별금지법의 제정을 통해 민사손해배상이나 형사처벌이라는 강력한 법률의 강제력으로 동성간 성행위 반대행위를 금지시키고, 동성혼 합법화 소송을 통해 동성혼인을 이성간 혼인과 동일하게 보호하려는 시도들은 국회 및 법원에서 계속 진행 중이다. 강제력이 부과된 차별금지법 제정 시도가 저지되고, 동성혼 합법화가 법원이나 국회에서 이뤄지지 않은 점에서는 동성간 성행위에 대한 법적 보호가 서구 20여 국가들처럼 완성된 상태는 아직 아니라고 평가할 수 있다.

4. 국가인권위법에서 “성적 지향을 이유로 한 차별금지”조항의 제정과정의 심각한 문제점

위에서 본 바와 같이 동성간 성행위를 반대하는 행위를 차별행위로 보아 민사 손해배상이나 형사처벌로 금지하려는 차별금지법 제정시도들은 무려 3차례나 대다수 주권자들이 그 심각한 표현, 양심의 자유 침해 문제와 동성애 옹호 조장 효과를 직시하여 적극 반대하여 일단 철회된 상태이다. 그런데 국민 대다수가 반대하여 제정시도가 철회된 차별금지법에서 규정하려는 동성간 성행위 보호 조항의 표현은 인권위법상 동성간 성행위 보호조항과 표현이 기본적으로 동일하다. 다만 아닌 ‘성적 지향’을 차별금지사유로 규정하여 동성간 성행위에 대한 반대행위를 차별행위로 규정하는 것이다. 다만 제재를 인권위법상 시정권고만으로는 부족하니 법적 강제력인 민사손해배상이나 형사처벌을 부과하는 것을 명확히 하자는 것이다. 따라서 현재의 인권위법상 성적 지향을 이유로 한 차별금지 문구는 서구 20여개국가에 도입된 차별금지법상의 법문구와 기본적으로 동일한 것이다. 그렇기 때문에 인권위법상 본건 법조항문구는 실질적으로 차별금지법이나 마찬가지이다.

동성간 성행위에 대한 실질적 차별금지법문구인 ‘성적 지향’을 이유로 한 차별금지행위 법률을 도입하려면 다수 국민들이 동성간 성행위에 대하여 도덕적인 금지를 해제할 뿐만 아니라 도덕적으로 동성간 성행위를 반대하는 행위를 차별로 보아 법률로 금지하자는 것에 대하여 명확히 합의한 것이 확인된 상태에서 국민투표나 국회의 다수결의 동의를 얻어 도입되는 것이 법 제정 절차적으로 마땅한 일이다.

24) 조영길, “김광수 동성혼인 합법화 요구 소송의 법적 문제”, 월간 지저스아미(2015년 9월호), 에스더 기도운동(2015. 9), 13~14면.

그런데 과연 실질적인 동성간 성행위 차별금지법인 인권위법의 본건 법조항 문구는 주권자인 국민과 입법기구인 국회의 동성간 성행위에 대한 도덕적 평가를 종전과 정반대로 변경하겠다는 점에 대하여 진정한 이해와 동의를 구한 상태에서 제정된 것일까?

유감스럽게도 결코 그렇지 않다. 아래에서 보는 국민 여론, 국회의원들의 인식, 최고법원인 대법원과 헌재 결정들이 생생하게 증명하고 있다는 점이 제정과정의 심각한 문제점을 명백히 보여주고 있다.

먼저 성적 지향을 이유로 한 차별행위 금지법을 제정하는 국가에서는 다수 국민들이 동성간 성행위에 대한 도덕적 평가가 종전의 부도덕하다는 의식을 버리고 도덕적으로 전혀 문제가 없다는 의식으로 변하는 것이 선행되어야 한다. 그렇다면 우리나라에서는 동성간 성행위에 대한 도덕적 평가에 있어서 다수 국민의 성도덕 의식의 변화가 선행되었는가를 살펴보면 전혀 그렇지 않음을 명백히 확인할 수 있다. 2001년 당시 뿐만 아니라 최근에 이르기까지 압도적 다수 국민들은 동성간 성행위를 정상적으로 인식하지 않아 부정적으로 인식하고 있다. 동아일보와 재단법인 아산정책연구원이 전국 성인 남녀 1,500명을 대상으로 실시한 '2013년 국민의식조사'의 결과에 따르면 우리나라 국민의 압도적 다수인 78.5%가 동성애에 대하여 부정적 인식을 가진 것으로 조사되었다.²⁵⁾ 인권위법 제정 이후 약 15년간 인권위가 법률의 권위를 빌어 동성간 성행위를 적극 옹호하는 활동과 반대를 억제하는 활동들을 활발히 전개함으로 인해 상당수 국민들의 동성간 성행위에 대한 도덕관념이 종전의 부정에서 긍정으로 변화가 있도록 유도하였다고 하더라도 약 80%에 이르는 압도적 다수 국민들이 동성간 성행위를 부정적으로 보고 있다고 한다면 제정 당시는 훨씬 더 많은 국민들이 동성간 성행위를 도덕적으로 부정적으로 인식했다는 점을 넉넉히 짐작할 수 있다.

또한, 법률 제정 국가기관인 국회가 2001년 인권위법안을 심의하는 과정에서 본건 법조항 문구 도입을 추진한 세력들은 이 성적 지향을 이유로 한 차별금지행위 법문구가 도입되면 동성간 성행위를 더 이상 도덕적으로 반대하지 못하게 되고, 동성간 성행위를 잘못되었거나 비정상적으로 인식하는 행위가 차별행위가 된다는 점에 대하여 마땅히 설명했어야 했다. 그러나 성적 지향 문구는 차별행위 정의 조항에서 법률 초입에 두어야 함에도 법 제30조 제2항 속에 법조문 제목도 차별행위 조사 조항에 들어가 있어서 전혀 주목받지를 못했고, 본건 법조항 문구 도입 추진 세력 그 누구도 이 문구가 가진 도덕적 평가의 정반대 전환의 의미를 단 한마디도 설명하지 않았다.²⁶⁾

그 결과 차별행위 사유에 포함된 이 '성적 지향'이라는 용어에 가장 대표적인 성적 지향사례인 동성간 성행위가 포함되는 것이 가져오는, 동성간 성행위에 대한 도덕적 법적 평가가 정반대로 뒤집힌다는 중차대한 변화들의 정확한 의미에 대하여, 2001년 인권위법 제정에 참여하여 찬성한 당시의 많은 국회의원들이나 이를 지켜보는 국민들은 본건 법조항 문구가 동성간 성행위 반대를 못하게 하여 결과적으로 동성간 성행위를 적극 옹호 조장하는 결과를 초래한다는 의미를 전혀 인식조차 하지 못했다. 심지어 동성간 성행위를 도덕적으로 확고하게 반대하는 다수 국회의원들도 본건 법조항 문구가 포함된 국가인권위법 제정에 적극 찬성하게 하는 결과를 가져왔던 것이다²⁷⁾.

25) 한편, 한국갤럽에서 '동성혼의 법적 허용'에 관한 인식 조사(2014년)에 따르면, 동성혼의 법적 허용 찬성이 35%, 반대가 56%, 모름/응답거절이 8%로 나타났다(한국갤럽, 데일리오피니언 제143호, 2014. 12. 11, 12면).

26) 제정 인권위법을 심리한 219회 국회 2001. 3. 5.자 법제사법위원회 심의회의록을 보면 '성적 지향' 문구와 관련하여 단 한곳 언급한 곳이 발견되는데 그것은 이 표현이 동성애자를 밝혔다는 이유로 방송출연이 정지된 어느 탤런트 같은 경우를 보호하기 위한 것이라는 참고인 김창석 진술인의 진술만 있을 뿐, 동성간 성행위를 비정상적, 부도덕행위라고 평가하는 것이 차별행위에 해당된다는 언급은 전혀 언급되지 않았다. 국가인권위법을 제정한 제220회 국회 2001. 4. 30.자 국회본회의 회의록에도 본건 법조항 문구에 대하여는 단 한번 언급도 없이 통과되었다.

27) 강서시민연대 등이 2016. 1. 26. 국회의원회관에서 개최한 "국가인권위법상 성적 지향 문구 삭제 개

마땅히 설명해야 할 중요 사항을 설명하지 않음으로써 설명했다면 동의할 리 없는 사안에 대하여 상대방의 진정한 의사에 반하는 동의를 얻는 방법을 법률은 묵시적 기망행위로 부른다. 본건 법조항 문구 도입 추진 세력들은 대한민국 입법기구인 국회에 대하여 묵시적 기망이라는 지능적인 속임수를 사용하여 본건 법조항 문구에 대하여 다수 국회의원들의 동의를 얻어냈다고 할 수 있다. 본건 법조항 문구는 제정과정에서부터 그 방법상의 부도덕함을 가지고 있고, 그 결과 주권자인 다수 국민과 그 대의기구인 국회의원들 다수의 진정한 의사에 반하는 반민주성을 가지는 문제점을 가지고 있다고 하지 않을 수 없다.

한편, 우리나라 최고 사법기구의 하나인 대법원은 2008. 5. 29. 균형법상의 추행의 의미를 해석하면서 ‘동성간 성행위인 계간(항문성교)이나 추행 즉, 계간(항문성교)에 이르지 아니한 동성간 성행위는 객관적으로 일반에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 성적 만족 행위’로 판단했다.²⁸⁾

특히, 우리나라 또 다른 최고 사법기구인 헌법재판소도 2002년, 2011년, 2016년 무려 3차례에 걸쳐 동성간 성행위를 형사처벌하는 균형법의 위헌여부를 심리하여 내린 합헌 결정문에서 동성간 성행위에 대하여 도덕적 평가를 반복하여 실시했는데, 인권위법의 취지와 정반대임을 알 수 있다. 3차례의 헌재결정들은 동성간 성행위에 대해 “동성간 성행위는 비정상적 성행위이고, 계간(항문성교)과 추행 모두 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 성적 만족 행위”라고 위 대법원 판결과 동일하게 평가하고 있다.²⁹⁾ 이는 대법원 및 헌법재판소가 동성간 성행위는 비정상적 성행위이며 선량한 성도덕관념에 반하여 도덕적으로 여전히 금지하는 행위로 보고 있음을 분명히 하고 있는 것이다.

최고 사법기구의 무려 4차례에 걸쳐 거듭 확인된 동성간 성행위에 대한 우리 사회에 엄연히 존재하는 동성간 성행위에 대한 선량한 성도덕상의 금지 규범은 주권자인 다수 국민들과 국회의원들의 진정한 의사와도 부합한다.

우리 국가 사회에 엄존하는, 동성간 성행위를 도덕적으로 금지하려는 선량한 성도덕을 잘 알면서도 이에 역행하여 전격 제정되었기 때문에 본건 법조항 문구는 그 내용상 선량한 성도덕에 위반되는 부도덕함 내지 반윤리성을 태생부터 가지지 않을 수 없었다. 그 내용에 가지고 있는 명백한 비도덕성은 본건 법조항 문구의 존립 정당성을 뿌리째 부정할 수밖에 없게 되는 결론에 이르게 된다. 부도덕하여 정당성을 상실한 법률은 이른바 악법으로서 즉시 폐기되어야 마땅하다. 그렇게 해야만 부도덕한 악법의 존속이 그 국가 사회에 초래하는 각종 심각한 폐해들이 예방되거나 줄어들게 되는 것이다.

제정과정으로나 그 내용으로나 부도덕한 본건 법조항 문구가 제정 이후 지난 15년간 대한민국에 초래했고 또 초래할 재앙 같은 폐해는 더 이상 좌시할 수 없을 정도로 심각하다. 이점은 뒤에서 본건 법조항 문구를 근거로 한 인권위의 동성간 성행위 옹호 및 조장활동 실태 및 본건 법조항이 초래하는 폐해들과 그 삭제 개정의 정당성 부분에서 더 자세히 살펴보기로 한다.

IV. 성적 지향을 차별 금지 사유로 삼아 법률로 금지해야 한다는 주장의 주요 근거들

정의 필요성”에 대한 포럼에서 축사를 한 김정록 당시 의원, 김영진 전 의원 등은 2011년 인권위법 통과 당시 동성애를 옹호하는 조항이 들어 있다는 것을 알았다면 국회의원들이 대표발의를 하거나 서명을 하지 않았고, 찬성하지도 않았을 것이라고 밝힌 바 있다(국민일보, 2016. 1. 26.자 기사). 당시 제정에 찬성한 국회의원들을 상대로 하여 당시 본인들이 가졌던 동성간 성행위에 대한 도덕적 평가에 대하여 설문조사를 한다면 위 김정록, 김영진 전 의원과 동일한 소견을 피력할 사람이 절대 다수에 이를 것이라는 점을 압도적 다수 국민들이 동성애를 부정적으로 인식하는 국민 여론 조사 결과를 보더라도 넉넉히 짐작할 수 있다.

28) 대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도2222 판결.

29) 헌법재판소 2002. 6. 27. 선고 2001 헌바 70 결정; 헌법재판소 2011. 3. 31. 선고 2008헌가21 결정; 헌법재판소 2016. 7. 28. 선고 2012. 헌바 258 결정.

‘성적 지향’을 차별행위의 사유의 하나로 포함시켜서 동성간 성행위에 대한 가치적 반대행위를 금지해야 한다는 입장에서 제기하는 논거들은 일견 상당한 합리성을 가지는 것처럼 보인다. 상당한 정도의 설득력을 가지고 있으므로 상당수의 외국 국가들의 국민들과 입법기관들이나 사법기관들이 ‘차별금지법’과 ‘동성혼 합법화법’이나 ‘동성혼 합법화 판결’ 등을 통해 동성간 성행위에 대한 반대행위를 동성애자들에 대한 차별행위로 보고 법률로 금지하고 동성간 성행위를 도덕과 법률로 적극적으로 보호하는 입장을 채택하고 있는 것이다. UN 국제인권조약들이 동일한 입장을 취하고 있는 것도 동성간 성행위를 이유로 한 차별금지 주장들의 근거들이 합리적이고 타당해 보이기 때문이다.

현재 국내에서 제기되고 있는, 동성간 성행위를 도덕 및 법률로 보호해야 한다는 주요 근거들을 정리해 보면 다음과 같다.

1. 국제인권법상의 원칙을 따라야 한다고 주장한다.

현재 국제인권조약에서 ‘성적 지향’이 차별행위 사유로 특별히 명문화되고 있지는 않지만 국제인권기구들이 기존 인권조약들의 해석론으로 ‘성적 지향’을 이유로 한 차별행위를 인정하는 해석론이 증가하고 있다는 점을 근거로 제시한다. 앞서 본 바와 같이 UN의 자유권위원회(Human Rights Committee)는 1994년 ‘Toonen v. Australia 사건’에서 호주인인 Toonen이 동성간 성행위를 처벌하는 호주의 타즈마니아주의 법률이 ‘자유권규약(ICCPR)’ 제2조 제1항(차별금지), 제17조(사생활의 권리), 제26조(법 앞에서의 평등)에 위배된다고 판단하며 차별금지사유인 ‘성’(Sex)에 ‘성적 지향’을 포함하는 개념으로 해석했다.³⁰⁾ 이후 UN은 사회권규약(ICESCR)의 해석에서도 사회권위원회의 일반논평을 통해 성적지향을 차별행위 사유의 하나로 해석하는 법리를 확대시켰고, 아동권리협약, 고문방지협약, 여성차별철폐협약 등에서 동일한 법리를 확대시켰다.³¹⁾

국제인권조약에 가입한 당사국은 규약에 명시된 권리를 보장하기 위하여 입법 및 기타 조치를 취할 국내이행의무를 가지는데, 대한민국도 국제인권조약 가입 당사국이므로 성적지향을 이유로 한 차별을 철폐하고 평등을 보장할 의무를 가지므로 성적 지향을 이유로 한 차별을 금지하는 법률을 제정할 적극적 입법의무를 가진다고 주장한다.³²⁾

인권위법 제정이 이와 같은 의무 이행 조치로 볼 수 있으나 강제력이 없고 차별의미가 협소하여 간접차별이나 성희롱 외 괴롭힘이 포함되지 않을 수 있는 한계가 있으므로 차별의 개념을 확장하고, 법원을 통한 시정조치나 손해배상 등을 포괄하는 내용으로 차별금지법을 제정하고, 그 차별금지사유의 하나로 ‘성적 지향’을 명시하는 것이 국제법상 의무에 부합하는 일이라고 주장한다.³³⁾

또한 국제인권조약에 법적 구속력을 부여하는 것이 헌법재판소의 태도이므로 국제인권기구의 해석에도 헌법적 효력을 가진다고 보고 이를 존중해야 한다고 주장한다.³⁴⁾

2. 주요 인권선진국의 보편적 추세이므로 따라가야 한다고 주장한다.

네덜란드가 2001년 세계 최초로 동성혼을 합법화한 이래 동성혼을 합법화하는 국가들이 증가하고 있는바, 이는 주요 인권 선진국의 보편적 추세라고 주장한다.³⁵⁾ 특히 세계 최강대국

30) 김지혜, 앞의 논문, 191~192면.

31) 김지혜, 앞의 논문, 192~193면.

32) 김지혜, 앞의 논문, 200면.

33) 김지혜, 앞의 논문, 201면.

34) 김지혜, 앞의 논문, 204면.

미국이 2015. 6. 26. 연방대법원 판결로 동성혼을 합법화하고 UN도 이를 적극 지지하고 있다는 것도 강조한다. 반기문 UN 사무총장도 미국의 동성결혼을 합법화한 미국 대법원의 결정을 환영한다는 의사를 여러 차례 밝힌 바 있다.³⁶⁾

동성혼을 합법화한 대부분의 국가들은 '성적 지향'을 차별금지 사유로 규정하여 간접 차별, 괴롭힘 모두 차별행위로 보아 법률로 금지하고, 중요한 차별행위는 형법상 제재 등 법적인 책임을 부과하고 있다³⁷⁾는 점도 근거로 제시한다.

3. 헌법상 보장된 기본권(성적 자기 결정권, 사생활의 자유 보장 등) 침해를 막아야 한다고 주장한다.

동성간 성행위를 제한하는 것은 헌법 제10조의 인격권 및 행복추구권 보장을 위한 성적 자기 결정권을 침해하는 것이고 사생활의 자유에 대한 침해라고 주장한다.³⁸⁾ 헌법 제11조 제1항 상의 평등권 침해라고도 주장한다.³⁹⁾

4. 동성애는 개인적으로 또 사회적으로 유해하지 않다고 주장한다.

동성애는 감염되는 것이거나 정신과적 질병이라는 것은 과학적 또는 의학적 근거가 없다고 주장한다.⁴⁰⁾ 미국정신의학회가 1973년 동성애를 정신질환목록에서 삭제했고, 세계보건기구에 서도 1990년 동성애를 정신질환에서 삭제하였음을 근거로 든다. 에이즈는 동성간 성행위 때문이 아니라 바이러스 때문에 발생하고 이성애나 성행위 이외로도 감염될 수 있으며, 레즈비언은 감염률이 오히려 낮고 동성애자는 잠재적 가해자이기 보다는 피해자로 보아 교육, 예방 및 치료 조치가 중요한데 차별행위는 오히려 감염 예방에 도움이 되지 않는다고 주장한다.⁴¹⁾ 요컨대 동성애가 에이즈의 발병이나 확산의 원인이라고 하기 어렵다고 주장한다.⁴²⁾

5. 동성애에 대한 도덕적 반대는 특정 종교나 다수의 가치관을 강요하는 것으로 다양성 존중 원칙에 반한다고 주장한다.

동성간 성행위 반대행위는 기독교와 같은 일부 종교나 개인적 견해이므로 이를 근거로 다원적 민주주의를 지향하는 국가에서 타인의 기본권을 제한을 정당화하는 근거로 부적절하다고 주장한다.⁴³⁾ 기독교 입장에서 동성애를 가증스러운 일이라고 본다고 하더라도 대한민국 헌법 정신에서 자신이 갖는 종교적 신념을 타인에게 강요하고 일방적으로 죄악으로 매도하는 것은 분명한 차별이며 폭력이라고 주장한다.⁴⁴⁾ 수치심, 모욕감, 두려움 등 정신적 고통을 주는 행위는 가장 빈번히 일어나는 혐오 범죄이므로 국가가 이를 법률로 금지하여야 한다고 주장한다.⁴⁵⁾

6. 동성애 차별금지로 동성애 혐오 범죄나 공포, 차별 조장행위를 예방할 필요가 있다고 주

35) 김광수/김승환, 앞의 신청서, 61~63면.

36) YTN 뉴스, “반기문 총장, 미 동성결혼 합헌 결정 환영”, 2015. 6. 29.자 기사.

37) 이지현, “한국에서 차별금지법 제정에 있어서 성적 지향을 둘러싼 갈등과 전망”, 중앙법학(제16집 제3호), 중앙법학회(2014. 9), 111~114면.

38) 김지혜, 앞의 논문, 205면.

39) 김지혜, 앞의 논문, 208면.

40) 김광수/김승환, 앞의 신청서, 52~53면.

41) 김광수/김승환, 앞의 신청서, 58~60면.

42) 김광수/김승환, 앞의 신청서, 60면.

43) 김지혜, 앞의 논문, 213면.

44) 이지현, 앞의 논문, 123~124면.

45) 이지현, 앞의 논문, 132면.

장한다.

동성애에 대한 혐오는 무차별적 폭력이나 잔인한 범죄의 원인이 되므로 강력한 법률로 이를 막아야 한다고 주장한다.⁴⁶⁾ 동성애자들이 성적 소수자로서 받아온 박해, 혐오, 멸시를 예방하는 것이 인권보호라고 주장한다.

7. 동성애적 성향은 자유로운 의지로 결정할 수 없는 것이므로 도덕적, 법적인 책임을 물을 수 없다고 주장한다.

동성애에 대한 지속적인 감정적, 애정적, 성적 이끌림을 의미하는 동성애적 성향은 사람들이 선택하여 형성할 수 있는 가능성은 거의 없거나 전혀 없다고 주장한다.⁴⁷⁾ 이는 자신의 의지로 통제할 수 없는 자연스러운 타고난 정체성이라고 주장한다. 따라서 선택의 여지없는 사정을 이유로 도덕적·법률적으로 비난하고 책임을 묻는 것은 부당하다고 주장한다. 단지 서로 다른 삶의 방식이자 사랑의 방식일 뿐이므로 이를 비난하고 차별하지 말고 서로 존중해야 한다는 주장⁴⁸⁾도 동일한 맥락에서 제기된다.

V. 성적 지향을 차별금지사유로 삼아야 한다는 논거들의 부당성

동성간 성행위를 비난하고 반대하는 행위를 차별행위로 보아 법적으로나 도덕적으로 금지해야 한다는 주장들의 근거들은 아래와 같은 점들에서 모두 타당한 근거가 없거나 부당하다. 차례로 살펴보도록 한다.

1. 우리나라가 국제인권규약의 잘못된 해석을 따라야 할 의무는 없다

모든 국제인권법이 그대로 법적 구속력을 가지고 국내에 적용되어야 한다는 법리는 확립되어 있지 않다. 각 국가가 고유하게 가지는 주권과 충돌할 수 있기 때문이다.

우리나라 헌법재판소도 “우리나라도 될 수 있는 한 국제법규의 취지를 살릴 수 있도록 노력은 해야 하는 것”을 인정하고 있고,⁴⁹⁾ 우리가 가입한 국제조약이나 일반적으로 승인된 국제법규에서 인정하는 권리는 우리나라에 그대로 법적 구속력이 발생한다고 인정한 바 있다.⁵⁰⁾ 그러나 우리 헌법재판소는 최근 유엔 인권위원회의 권고와 관련하여 “국제인권기구의 해석은 각국에 권고적 효력만 있을 뿐 법적 구속력을 가지는 것은 아니”라고 판시한 바 있다.⁵¹⁾

그런데 ‘성적 지향’을 이유로 한 차별행위 금지라는 국제인권법에서 인정되어져 가는 법리는 국제규약에 명시된 것이 아니라 국제인권기구의 해석일 뿐 구속력을 가진 국제조약이나 일반적으로 승인된 국제법규가 아니다.

각국은 동성간 성행위에 대하여 어떠한 법적 태도를 취할 것인가에 대하여 자주적으로 결정할 주권을 가지고 있다. 따라서 국제인권기구의 잘못된 해석이나 국내 사정에 맞지 않는 해석은 얼마든지 따르지 않을 수 있는 주권을 각 국가가 고유하게 보유하고 있다고 할 수 있다.

특히, 자유권위원회는 위 Toonen 사건에 대한 의견을 표명하면서 동성간 성행위를 처벌하

46) 김지혜, 앞의 논문, 214~215면.

47) 김광수/김승환, 앞의 신청서, 49면.

48) 이지현, 앞의 논문, 133면.

49) 헌법재판소 1991. 7. 22. 선고 89헌가106 결정.

50) 헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2007헌가12 결정.

51) 헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2007헌가12 결정.

는 것이 동성간 성행위가 더욱 비가시화되고 에이즈 감염위험이 더 높아진다고 판단했는바, 이는 잘못 판단한 것이 분명하다. 아프리카의 우간다를 비롯한 상당수의 다수 아프리카국가들은 동성간 성행위에 대한 처벌을 강화함으로써 동성애로 인한 에이즈 등 관련 질병 감염률을 획기적으로 줄여가고 있다고 한다.⁵²⁾

오히려 동성간 성행위 반대행위를 차별행위로 보아 법으로 금지시키고 동성간 성행위를 법으로 적극 보호하면 동성간 성행위에 대한 도덕적 억제력이 없어져 양심상의 부끄러움 없이 당당하게 권장하게 되고, 그 결과 동성간 성행위에 수반되는 에이즈 감염자들이 급증하는 결과를 초래하는 것은 명백한 사실이다. 이러한 사실은 국내에서 본건 법조항 문구가 전격 제정되어 2001년부터 인권위법의 이름으로 동성간 성행위 보호활동을 본격화하고 우리 사회에 엄존했던 동성간 성행위에 대한 도덕적 억제력을 훼손시키는 활동을 활발히 한 결과 본건 법조항이 도입된 2001년부터 최근까지 국내 에이즈 감염자들, 특히 남성 청소년 및 청년 신규 감염자들이 청소년은 무려 18-26배, 청년은 무려 12배로 폭증하고 있는 결과가 동성간 성행위에 대한 도덕적 금지 해제를 초래하는 성적 지향을 이유로 한 차별금지법리의 폐해를 단적으로 명백히 입증하고 있다.

아무리 국제인권법 및 국제인권기구의 해석이라고 하더라도 잘못되고 부당한 내용이 포함될 수 있다. 성적 지향을 이유로 한 차별금지법리를 도입하여 동성간 성행위에 대한 반대행위를 법으로 금지하는 것과 같이 명백하게 부당한 내용이 포함된다면 각 국가들은 부당한 내용이 포함된 국제인권법 및 국제인권기구의 부당한 해석을 따르지 않을, 고유한 주권을 가지고 있다고 보아야 한다. 따라서 국제인권법이나 그 해석이라는 이유만으로 분별력을 발휘하지 않고 따라가야 한다는 주장은 동의하기 어렵다

2. 동성혼인을 합법화하고 성적 지향을 이유로 한 차별금지법을 제정하여 선량한 성도덕을 스스로 붕괴시키는 문란한 동성간 성행위를 조장 확산시키는 일부 잘못된 국가들의 입법 오류를 따르지 말아야 한다.

최근 동성혼을 합법화하고 성적 지향을 이유로 한 차별금지법을 만들어 동성간 성행위 반대행위를 차별행위로 보아 법률로 처벌하는 나라들이 일부 20여개 국가로 늘고 있으나 여전히 압도적으로 다수인 200여개 국가들은 동성혼을 합법화하지 않고 있고 동성간 성행위에 대한 도덕적 반대행위의 자유를 보장하고, 이에 대하여 법으로나 도덕적으로 금지하지 않는다. 특히 우리나라와 같은 다수의 나라들은 동성간 성행위를 형사처벌도 하지 않기 때문에 동성간 성행위에 대하여 도덕적으로 찬성한다고 하더라도 이에 대하여 법률로 아무런 제재를 부과하지 않는다.

국가마다 동성간 성행위에 대하여 도덕 및 법률적으로 어떻게 규제할 것인가는 자주적으로 결정해야 할 사항임이 명백하다.

동성간 성행위로 인해 심각한 피해를 이미 겪고 있는 아프리카에서만, 55개국 중 동성애를 불법으로 규정한 나라는 무려 38개국에 이른다.⁵³⁾ 우간다, 수단, 나이지리아 등은 동성간 성행위를 강력한 형사처벌로 금지한다. 국가 전체를 위협하는 동성간 성행위에 동반하는 에이즈 확산 등으로 인한 심각한 피해를 예방하기 위해서이다.⁵⁴⁾ 많은 이슬람 국가들은 이슬람 율법에 의거 동성간 성행위를 법률로 강력히 금지한다.

52) 무세베니 우간다 대통령은 에이즈 감염률을 줄이기 위해 에이즈와의 전쟁을 수행해 왔는데, 1990년 초 30%를 웃돌던 우간다 성인의 에이즈 감염률이 2005년 현재 6.4%로 현격하게 감소했다(김경연, “에이즈, 이제는 희망을 말할 때입니다”, 월드비전, 월드비전(2006. 11)).

53) 이용희, 앞의 논문, 9면.

54) 무세베니 우간다 대통령은 “서방사회가 아프리카에서 동성애를 부추기는 것을 막아야 한다. 지금까지 어떤 연구도 태생적인 동성애를 증명하지 못하고 있다”면서 동성애는 비정상적 질환이라고 강조했다(동아일보, “4억 달러 원조도 싫다, 우간다 반동성애법 강행”, 동아일보 2014. 2. 26.자 기사).

러시아, 중국 등도 강대국이지만 동성혼인을 합법화하는 미국을 따르려 하고 있지 않다.

동성간 성행위는 뒤에서 보는 바와 같이 개인적으로나 사회, 국가적으로 심각한 피해를 초래한다. 중대한 해로운 결과를 초래하는 동성간 성행위는 도덕적으로나 법률적으로 적극 보호할 가치가 있는 행위가 결코 아닐 뿐 아니라 동성간 성행위에 대한 반대행위까지 법률로 금지하면서까지 조장, 보호할 행위는 더더욱 아니다.

우리나라 대법원이 2008년에, 그리고 헌법 재판소가 2002년, 2011년, 2016년 무려 3차례에 걸쳐 반복하여 명백하게 판시한 바와 같이, 동성간 성행위는 비정상적 성행위로서 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 성적 만족 행위로서 부도덕한 성행위임이 명백하다.⁵⁵⁾ 이성간 혼인만을 헌법과 민법이 보장하여 보호하는 혼인이므로 동성간 혼인은 혼인법에 반하는 위법한 혼인 행위임이 명백하다.

현재 우리나라 대법원 판결과 헌법재판소 결정들의 입장이 소위 일부 선진 국가들의 동성혼 합법화 입장이나 동성간 성행위 반대행위를 차별로 금지하는 입장에 비추어 훨씬 더 정당하고 타당하다고 평가되어야 한다.

어느 국가라도 동성간 성행위를, 성적 지향을 이유로 한 차별금지 법률로 적극 보호하면 동성간 성행위를 금지하던 기존 선량한 성도덕이 붕괴되고, 동성혼인을 합법화하여 동성혼인을 인정하지 않던 기존 선량한 혼인법질서가 붕괴되면, 그 국가 사회에는 선량한 도덕 붕괴 및 선량한 혼인풍속 붕괴로 인한 심각한 피해들이 필연적으로 초래될 수밖에 없다. 도덕적으로 문란한 동성간 성행위들의 무분별한 확산, 건전한 가정들의 붕괴의 확산, 기타 종전에 성도덕으로 금지하던 각종 근친간 성행위나 혼인, 수간, 소아를 상대로 한 성행위, 배우자 있는 자의 중혼 등과 같은 부도덕한 성행위나 혼인 등의 확산과 합법화 요구가 확산된다. 그로 인해 개인적·사회적으로 유해한 에이즈나 변질금 등의 유해한 질병의 감염 확대 등의 심각한 피해뿐만 아니라 도덕적으로 문란해지는 행위가 만연되는 피해들이 뒤따른다. 특히, 동성간 성행위를 정상이라고 하는 학교 교육이 확산되고, 이를 자신의 신념에 기하여 반대할 수 있는 '신앙 및 양심의 자유'가 심각하게 침해된다.⁵⁶⁾

동성간 성행위에 대한 잘못된 입법정책이 해당 국가 사회에 초래하고 있고, 초래할 것이 명백한 선량한 도덕 붕괴로 인한 보건의, 사회적 피해들, 신앙 및 양심의 자유침해 등의 심각한 피해들에 주목하여 우리나라가 동성간 성행위에 대한 도덕 및 법적 규제를 합당하게 할 수 있도록 자주적으로 지혜롭게 결정하는 것이 마땅하지, 일부 경제선진국의 결정이라는 이유로 무분별하게 대단히 잘못된 부도덕한 결정들을 따라가서는 안 될 것이다.

3. 동성혼과 동성간 성행위를 반대하는 것은 헌법상 보장된 기본권을 침해하는 것이 아니다.

모든 헌법상의 기본권은 무제한 보장되는 것이 아니다. 헌법 제37조 제2항에 의거하여 제한할 수 있다.

특히, 헌법재판소는 2011년과 2016년 균형법상 동성간 성행위를 법률로 처벌하는 것은 합헌이라는 결론을 선고하면서 위 균형법은 목적의 정당성, 수단의 적정성, 피해의 최소성, 법익 균형성 관점에서 과잉금지원칙을 위반하여 군인들의 성적 자기결정권이나 사생활의 비밀과 자유를 침해하지 아니한다고 명백하게 판시한 바 있다.⁵⁷⁾ 군인이라는 특수성을 반영한 것으로서 차별에 합리적 사유가 있으므로 평등권 침해도 아니라고 판시한 바 있다.⁵⁸⁾

55) 대법원 2008. 5.29. 선고 2008도2222 판결; 헌법재판소 2002. 6. 27. 선고 2001헌바70 결정; 헌법재판소 2011. 3. 31. 선고 2008헌가21 결정; 헌법재판소 2016. 7. 28. 선고 2012헌바258 결정.

56) 이용희, 앞의 논문, 11~15면.

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

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

우리나라는 군형법에서만 법률로 금지하고 다른 법률들에서는 동성간 성행위에 대하여 법률로 금지하여 제재를 가하는 제도를 가지고 있지 않다. 다만 법률로 적극적으로 보호하지도 않는다.

그러나 도덕적으로는 대법원의 2008년 판결과 2002년, 2011년, 2016년의 헌법재판소의 결정들처럼 “비정상적 성행위”로서 “객관적으로 일반인들에게 혐오감을 주고 선량한 성도덕관념에도 반하는 성적만족행위”이므로 여전히 금지하고 있다.

대법원 및 헌법재판소가 동성간 성행위를 비정상적인 성행위로서 선량한 성도덕에 반하는 행위로서 성도덕상 금지하는 행위라고 동일하게 판단하고 있으므로 동성간 성행위를 비정상적이며 부도덕한 성행위로 평가하여 반대하는 행위가 헌법상 기본권침해가 될 수 없음도 명백하다.

한편, 서울서부지방법원도 2016. 5. 26. 김광수 등의 동성혼 인정 신청을 각하하는 결정을 하면서, 혼인 상대방 결정의 자유를 근거로 동성혼을 인정해달라는 주장을 받아들이지 않았다. 그 이유로 모든 자유에는 타당한 제한이 따르고 그 제한에는 근친혼 및 중혼과 같은 법적 제한뿐만 아니라 혼인은 남녀의 애정을 바탕으로 일생의 공동생활을 목적으로 하는 도덕적, 풍속적으로 정당시되는 결합을 가리킨다는 내재적 혹은 전제적 제한도 포함된다는 관점을 제시한 다음 이를 근거로 남녀만의 결합만을 법률혼으로 인정하는 제도 하에서 개인에게 동성혼까지 법률혼으로 인정받을 자유까지 부여받은 것은 아니라고 판시했다.⁵⁹⁾

또한 서울서부지방법원은 같은 판결에서 동성혼인을 인정하지 않는 것이 헌법 제11조 상의 평등권 침해인지 여부에 대하여도 받아들이지 않았다. 그 첫째 이유로 적법한 혼인 신고에 대하여만 혼인으로서의 권리를 부여하고 적법하지 않은 혼인에 대하여 혼인으로서 권리를 부여하지 않는 것은 법률혼제도를 택하는 이상 당연히 발생하는 차이라는 점을 제시했다. 둘째는 남녀의 혼인은 자녀 출산을 통하여 가족을 이루고 자녀를 양육하는 과정을 통하여 사회 구성원을 새로 만들어감으로써 사회가 지속적으로 유지 발전할 수 있는 역할을 수행하기 때문에 법적 보호를 하는 것인데 동성혼은 남녀혼과 동일시할 수 없는 본질적인 차이가 여전히 존재하기 때문에 혼인의 법적 보호에 동성혼을 배제하는 것은 합리적 이유가 존재하므로 평등권 침해가 아니라는 취지로 판시했다.⁶⁰⁾

동성혼에 대한 헌법상의 기본권, 평등권 침해 논쟁에 대한 서울서부지방법원의 결정의 판단은 동성간 성행위를 법으로 보호하여 그 반대행위를 금지해야 한다는 근거들이 본질적으로 타당한 근거가 없음을 보여주고 있다고 할 수 있다.

4. 동성간 성행위는 개인적으로나 사회적, 국가적으로 심각한 보건적, 도덕적 유해함을 유발하는 것은 명백한 사실이다

동성간 성행위, 특히 남성간 성행위가 에이즈 발병과 확산의 비교할 수 없는 가장 큰 원인이라는 것을 입증하는 근거들은 헤아릴 수 없을 정도로 충분하다. 동성에 합법화를 추진하려는 사람들이 이를 아무리 부인하려 해도 부인할 수 없는 객관적인 사실이다.

2015년 기준의 한국질병관리본부 자료에 따르면 현재 생존하는 에이즈 감염자 10,502명 중 남성은 9,735명(92.7%)이고, 여성은 767명(7.3%)이며, 2002년 이후 신규 감염자 중 남성의 비율은 2002년 91.4%로서 90%를 상회한 이래 2015년까지 계속 90% 이상의 비중을 차지해왔고, 2013년 93.4%, 2014년 94%, 2015년에는 95.7%(974/1018)에 이르고 있다. 이토록 남성 감염자 비율이 비교할 수 없을 정도로 압도적으로 높고, 2006년 이후 감염경로는 99.9%가 성접촉에 의하여 이루어지고 있다는 점은 국내 에이즈 감염의 가장 중대한 원인이 남성 동성간 성행위라는 사실을 명확하게 증명하고 있다.⁶¹⁾ 질병관리본부 HIV/AIDS 신고 현황자료에

59) 서울서부지방법원 2016. 5. 26. 선고 2014호파1842 결정문 8~9면.

60) 서울서부지방법원, 앞의 결정문, 9~11면.

61) 길원평, 앞의 논문, 11-16면

따르면 본인의 신고 내용으로만 파악하면 국내 에이즈 감염경로가 이성간 접촉 비율이 동성간 성 접촉 비율보다 높은 것으로 나타났으나, 이 결과는 보건소 담당 직원의 질문과 응답에 의해 이루어지는 조사 방식 때문에 사실과 다르게 대답하는 경우가 많아 조사 결과를 그대로 신뢰하기 어렵고, 감염인이 이후 병원을 방문하여 주치의의 통해 자세한 감염경로를 밝히게 되는데, 이때 일선 진료를 담당하는 의사들은 국내에서 동성간 성 접촉 비율이 원인이 되는 경우가 정부에 신고된 비율보다 훨씬 높기 때문에 동성간 성접촉이 국내에서 가장 주된 에이즈 감염 경로라는 점은 압도적 다수가 공감하고 있다고 밝히고 있다.⁶²⁾

보건복지부가 2011년에 작성한 제3차 국민건강증진종합계획에 남성 동성애자 간 성접촉이 에이즈 주요 전파경로라고 명시되어 있다.⁶³⁾

미래세대의 젊은이들이 평생 불치병인 에이즈에 감염되는 비율이 폭증하고 있고, 그것은 젊은 세대들 가운데 동성간 성행위의 폭증이 가장 직접적인 원인이 명백한 바, 동성간 성행위가 개인적으로나 사회적으로 심각히 유해하다는 부인할 수 없는 결정적인 증거인 것이다.

불치병인 에이즈뿐만 아니라 동성간 성행위는 각종 유해한 질병을 유발한다. 병균과 바이러스가 가장 많이 있는 불결한 항문에 성행위를 하기 때문이다. 항문과열, 항문출혈, 다양한性病 감염, 화농성의 고름, 항문 사마귀(곤지름), 직장 탈장 등 수많은 감염병들이 발생한다. 특히 괄약근 손상으로 대변을 흘리는 변실금에 걸리게 되어 정상적인 생활이 어렵게 된다.⁶⁴⁾ 이처럼 동성간 성행위는 개인적으로나 사회적으로나 보건적으로 지극히 유해한 행위임은 명백하고 부인할 수 없는 객관적 진실이다.

동성혼인을 합법화한 영국의 에이즈 감염자는 11만 명으로 인구의 0.17%에 이르고, 미국의 에이즈 감염자는 110만 명으로 인구의 0.34%인데, 한국의 현재 생존 에이즈 감염자는 10,502명(2015년 기준)으로 인구의 0.018%이다. 그러나 동성혼인을 합법화 하는 등 법적 보호를 더 강화하면 현재의 영국 및 미국 수준으로 상승할 가능성이 높는데 그렇게 되면 현재보다 10배 내지 20배로 증가하는 것이 된다. 현재 에이즈 환자의 모든 의료비는 국가가 전액 지원하도록 되어 있는데, 에이즈 감염자 1인에 소요되는 연간 의료비를 최소한 2~3,000만원이라고 가정 하더라도 약 1만 명인 에이즈 감염인 직접적 치료비만 2~3,000억 원에 이르고, 이것이 10~20배에 이르면 연간 2조 내지 6조원의 막대한 정부 예산이 진료비로 지출되어 재정적인 압박을 가중시킬 것이다.⁶⁵⁾

뿐만 아니라 동성간 성행위를 법률로 보호하면 선량한 성도덕에 반하는 동성간 성행위 및 선량한 혼인풍속에 반하는 동성혼을 정상이라고 학교에서 가르치게 된다. 그 파장으로 그 동안 도덕적으로 금지되던 성행위인 수간, 근친상간, 소아성애, 배우자 이외의 자와의 성행위 등도 허용해야 한다는 주장이 잇따른다. 3명의 레즈비언 커플, 레즈비언 2명과 결혼한 1명의 남자 등 선량한 가정 질서의 붕괴사례도 빈발하게 되는 선량한 성 및 혼인 도덕 붕괴로 인한 혼란도 잇따른다.

동성간 성행위의 만연에 필연적으로 따르는, 에이즈 감염 급증, 관련 보건 유해적 질병 급증, 재정적 부담 급증, 선량한 성도덕 붕괴로 인한 문란한 성행위 급증에 따른 도덕 규범력의 약화 등을 고려할 때 동성간 성행위에 사회적, 개인적 폐해가 없다는 주장은 전혀 근거가 없음이 명백하다.

5. 동성간 성행위는 선량한 성도덕관념에 반하므로 동성간 성행위를 반대하여 선량한 성도

62) 김준명, 앞의 논문, 11-16면

63) 보건복지부, 「제3차 국민건강증진종합계획(2011-2020)」, 442면.

64) 길원평, 앞의 논문, 130면.; 길원평 외 5인, 「동성애 과연 타고 나는 것일까」, 라온누리, 2014, 155~160면.

65) 길원평, 앞의 논문, 130면.

덕을 유지하려는 행위를 법으로 금지하는 차별행위로 보아서는 안 된다.

다원적 민주주의 시대에도 모든 국가 및 모든 사회의 구성원들이 지켜져야 할 선량한 성도덕이 반드시 존재한다. 원칙적으로 성행위에 대하여는 개인이 결정의 자유를 가지지만, 그 자유에는 법률뿐만 아니라 선량한 도덕에 기한 제한이 반드시 따른다. 아무런 도덕적 제한이 없는 성행위란 존재할 수 없는 것이다.

예를 들어 근친간 성행위, 배우자 있는 자가 배우자 이외의 자와 하는 성행위, 집단적인 성행위 등은 거의 모든 문명 국가 및 사회가 이들을 선량한 성도덕에 반하는 행위들로 보아 도덕적으로 금지한다. 2008년 대법원 판결과 2002년, 2011년, 2016년 헌법재판소의 결정들에서 보여진 것처럼 동성간 성행위는 비정상적이며 객관적으로 혐오감을 유발하며 선량한 성도덕 관념에 반하는 성행위라는 것이 대한민국이 여전히 확고하게 채택하고 있는 성도덕이다.

우리 사회의 최고 법원인 대법원과 헌법재판소도 명확하게 인정하고 있는 선량한 성도덕관념에 근거하여 부도덕한 성행위인 동성간 성행위를 금지하여 선량한 성도덕을 지키라는 것이 특정 개인이나 특정 종교의 가치관을 타인에게 부당하게 강요하는 행위로 결코 평가될 수는 없는 것이다.

도덕이 인간에게 가지는 규범력은 법률상의 손해배상이나 형사처벌과 같은 강제력이 아니라 도덕위반 행위자들에게 지우게 되는 도덕적 평가인 도덕적 비난으로 인해 도덕위반자들이 부담하는 도덕적 수치감, 불안감, 두려움, 죄의식 등에서 발휘된다. 다른 한편으로 도덕위반자들에게 나타나는 도덕적 수치감, 불안감, 두려움, 죄의식 등은 그들에게 얼마든지 도덕위반행위를 하지 않음으로써 이러한 부정적인 감정들을 느끼지 않을 수 있었다는 선택의 자유가 있었음을 반증하는 징표이기도 하다.⁶⁶⁾

따라서 선량한 성도덕에 반하는 동성간 성행위자들이 느낄 수밖에 없는 도덕적 수치감, 불안감, 두려움, 죄의식은 도덕적 규범력 때문에 마땅하고도 당연한 것이다. 선량한 성도덕에 비추어 동성간 성행위를 반대하는 행위 때문에 동성간 성행위자들이 수치감, 불안감, 두려움, 죄의식을 느끼므로 동성간 성행위 반대행위가 차별행위라는 논리는 결국 모든 성도덕 위반하는 동성간 성행위에 대하여 일체의 도덕적 비난을 가하지 말아야 한다는 결론이 된다.

이는 결국 동성간 성행위를 금지하는 우리 사회에 엄존하고, 존재하여야 마땅한 건전한 성도덕관념을 없애라는 것에 다름 아니다. 우리 국가 사회에 엄연히 존재하며 압도적 다수 국민들의 도덕관념에 부합한 상태에서 지켜온 동성간 성행위를 억제하는 선량한 성도덕을 완전히 붕괴시키겠다는 것인데, 이는 결국 동성간 성행위를 억제하는 선량한 성도덕이 가지는 규범력을 해체시킴으로써 성도덕에 반하는 부도덕한 동성간 성행위를 조장 권장함에 따라 부도덕한 동성간 성행위들이 만연하는 결과를 우리 국가 사회에 초래할 수밖에 없게 되는 것이다.

부도덕하여 문란하다고 평가할 수밖에 없는 동성간 성행위들의 만연은 앞서 본 동성간 성행위가 그 사회에 초래하는 심각한 정도의 유해한 피해를 필연적으로 수반한다. 선량한 성도덕을 위반할 자유를 인간은 가지고 있지만, 선량한 성도덕을 위반하는 부도덕한 행위를 하고도 부도덕한 행위에 필연적으로 따르는 나쁜 결과인 피해를 피할 자유를 인간은 가지고 있지 않다. 시대와 공간에 따라 달라질 수 없는 인간 사회에 마땅히 존재할 수밖에 없는 도덕률은, 그 도덕률을 위반할 자유를 인간이 가지지만, 도덕률을 위반하고도 그 위반에 따르는 피해를 도저히 피할 수 없게 되어 있다는 것은 보편 타당한 도덕률이 가진 자명한 이치이다.

정의의 지향하는 법률이 부도덕한 행위를 법으로 옹호해서는 안 된다. 부도덕을 조장 옹호하는 법률은 그 자체만으로 존립의 정당성을 상실한다. 성적 지향을 이유로 한 차별금지법을 제정 시행한 국가들은 스스로 선량한 성도덕을 위반하는 부당한 악법을 제정 시행할 수는 있

66) 안건훈, “자유이지, 도덕적 책임 그리고 도덕교육”, 아시아교육연구 4권2호, 서울대학교 교육연구소, 2003, 46면.

지만, 그 악법 시행이 그 국가의 국민들에게 초래하는 동성간 성행위 만연으로 인한 위와 같은 각종 피해를 피할 자유는 도저히 가지지 않는다. 이러한 이유로 부도덕을 조장하는 법률을 빠른 시간 내에 폐기하여 보편 타당한 도덕률을 세워 지켜나가는 길만이 부도덕의 피해를 벗어나는 유일한 길이다. 이러한 이유로 부도덕한 동성간 성행위를 옹호하는 성적 지향을 이유로 한 차별금지법리는 우리 사회에 도입되어서는 안 되고, 이미 권고적 효력을 가진 법률로 도입된 실질적 차별금지법인 본건 법조항 문구는 조속히 삭제하는 방향으로 개정되어야 한다.

6. 동성간 성행위에 대한 혐오라는 선량한 성도덕관념이 동기가 된 각종 범죄들은 해당 범죄 처벌 조항으로 예방되어야 하지, 선량한 성도덕을 폐기하는 이유로 삼을 수는 없다.

동성간 성행위 범보호론자들의 주장처럼 동성간 성행위에 대한 혐오가 각종 범죄, 예를 들어 공연히 경멸감을 표현하는 모욕죄, 공연히 인격적 평가를 저하시키는 명예훼손죄, 폭행죄, 감금죄, 상해죄, 살인죄 등의 동기가 될 수 있다.

그러나 이와 같은 각종 범죄들은 동성간 혐오뿐만 아니라 다른 것이 동기가 되어서도 얼마든지 범해질 수 있는 범죄들이다. 더욱이 동성간 성행위를 혐오하는 것은 선량한 성도덕관념을 가진 사람들이라면 누구라도 당연히 가질 수 있는 견해나 감정일 수 있다. 혐오감이라는 감정은 인간이 의지적으로 통제할 수 없는 감성의 영역이다. 혐오감이 발생하여 정당한 혐오감을 표현하는 것은 그 방법이 실정법률을 위반하는 것이 아닌 한 허용되어야 한다.

한편, 사람들은 정당한 도덕 관념이나 도덕 감정이 동기가 되더라도 그 행위로 법률로 금지하는 모욕죄, 명예훼손죄, 폭행죄, 상해죄 등을 범하는 사례는 수없이 많다.

그러나 범죄의 동기가 특정한 성도덕이 되었다고 하여 그 성도덕을 없애야 한다는 것이 결코 정당화될 수 없다.

정당한 도덕도 얼마든지 범죄는 동기가 될 수 있기 때문이다. 정당한 도덕이 동기가 되어도 모든 범죄 행위는 법률로 처벌되게 되고 이로 인해 법률적 억제력이 발휘된다. 범죄의 동기가 되는 모든 것을 금지해야 한다고 하면 정당한 도덕과 법률까지 없어져야 된다는 부당한 결론에 이르게 된다.

7. 동성애적 감정(성향)은 자유로 통제할 수 없지만 행동으로 부도덕한 감정을 따르지 않을 자유는 동성에 행위자들도 명백히 보유하므로 성도덕이나 법률(균형법)을 위반한 동성애 행위자에게 도덕적, 법률적 책임을 물을 수 있음이 명백하다.

모든 사람들에게 도덕적 책임이나 법적 책임을 지울 수 있는 근거는 모든 사람들이 도덕적으로 비난 받는 행위나 법적으로 부정적으로 평가하는 행위를 선택하지 않을 의지의 자유를 가지고 있다고 인정하기 때문이다. 특정한 상황에서 특정 개인에게 이 의지의 자유가 완전히 사라진 경우(완전한 강요, 의식 불명, 정신 분열 등)에는 법적으로 도덕적으로 책임을 물을 수 없다.

한편, 모든 법률과 도덕은 사람들이 불법적이거나 부도덕한 욕구와 감정이 자신의 내면에서 발생하는 것에 대하여 선택할 자유가 없다고 하여, 즉, 그러한 잘못된 범죄적 또는 부도덕한 욕구와 감정이 계속 발생하는 성향을 가지고 있다고 하여 그 감정에 따른 행위를 선택하고 행한 것에 대하여 법적 도덕적 책임을 물을 수 없다는 입장을 결코 취하지 않는다.

만일 이러한 불법적이고 부도덕한 감정, 욕구, 성향에 대하여 그에 따른 행위까지 책임을 묻지 못하게 되면 모든 불법적, 부도덕한 감정, 욕구, 성향을 따른 행동들에 대하여도 면책해줘야 하므로, 법과 도덕이 가지고 있는 불법과 부도덕한 행동들에 대한 규범적 억제력은 완전히 사라지게 된다. 그 결과 불법과 부도덕한 행동들이 활개 치는 세상이 되고, 법과 도덕이 다스

리는 세상은 사라질 것이다. 모든 사람들은 도덕과 법률이 금지하는 옳지 못한 성적, 혼인적 욕구와 감정의 발생을 경험할 수 있고, 욕구와 감정 발생 자체를 의지로 통제하는 것은 불가능하다. 그러나 부도덕하고 불법적인 욕구와 감정에 따른 행동을 하지 않을 의지의 자유는 누구나 가지고 있다. 모든 인간이 가진 이러한 의지의 자유는 인격의 핵심이기도 하다.⁶⁷⁾

특정한 상황에서 개인적인 경험이나 습벽 때문에 충동적 감정을 따르지 않을 의지의 자유가 정상인보다 약해질 수는 있어도 의지의 자유가 완전히 사라진 인간은 특별히 심신상실을 인정할 만한 예외적 사정들(정신분열, 의식 잃은 만취 등)이 없는 한 규범적으로 인정하여 법률적으로나 도덕적으로 면책시키지 않는다.

따라서 특별히 동성애 성향만이 다른 선택의 자유가 없어 유전된다거나 사람이 이를 타고난다거나 이는 결코 변경할 수 없는 성적 자기 정체성이라는 주장들은 뒷받침하는 소위 과학적 논문들이 동성애 지지자들에 의하여 발표된바 있으나, 이후의 수많은 과학적 연구들을 통해 동성애자들이 유전적으로 타고난다는 주장들은 전혀 근거가 없는 허구라는 것이 충분히 입증되고 있을 정도로 증거가 많다.⁶⁸⁾ 오히려 동성애적 성향은 반복되는 자유로운 선택의 반복 결과 강화되는 것이라는 점이 과학적 연구에 대하여 증명되고 있다. 특히, 동성애자들은 출산이 불가능하므로 유전될 수 없고, 특히 유전적으로 완전히 동일한 쌍생아의 동성애 일치율이 10%에 불과하다는 연구 결과가 동성애가 유전적인 원인이 아니라는 결정적인 근거가 된다는 점⁶⁹⁾도 동성간 성행위에 대하여 도덕적 책임을 물을 수 있다는 단적인 근거가 되고 있다.

아무리 오랜 습벽화된 동성간 성행위자들도 동성간 성행위를 하지 않을 의지의 자유를 가지고 있음은 자명한 진실이자 진리이다. 모든 정상적인 의식을 가지고 있는 사람들은 의지의 자유를 가지고 있다는 것은 자명한 진리이다. 따라서 누구라도, 동성애 성향이 있든지 없든지, 누구라도 개인적 및 사회적으로 심각한 피해를 초래하는 부도덕한 동성간 성행위를 하지 않을 수 있는 의지의 자유를 가지고 있다는 것은 충분히 자명하게 입증되는 객관적 진리이다. 따라서 누구라도 그러한 자유가 있음에도 도덕적으로 법률적으로 금지하는 행동인 동성간 성행위를 실행한 경우 선량한 성도덕관념에 반하는 성행위를 했다는 도덕적 비난을 받는 것은 책임의 원리상 당연한 것이다.⁷⁰⁾

8. 소결

이상으로 동성애를 이유로 한 차별행위를 금지해야 한다는 근거들이 가진 부당성을 집중적으로 검토해 보았다. 2008년 대법원 판결과 2002년, 2011년, 2016년 헌법재판소 결정들이 명백히 인정하는 바와 같이 동성간 성행위는 비정상적 성행위로서 객관적으로 일반인에게 혐오감을 유발시키고 선량한 성도덕관념에 반하는 행위로서 도덕적으로나 법률적으로 보호해야 할 타당한 근거가 전혀 없다는 점과 이에 대한 도덕적 금지를 해제하고 법적으로 보호하는 경우

67) 현대 철학자들은 내적 요인들에 의해 영향을 받는 한 각자의 행위에 대해 도덕적으로 책임을 질 수 없다는 종래의 견해를 비판하면서, 행위를 야기하는 원인이 있다고 하더라도 그것을 자유롭지 않고 할 수 없다고 한다. 자유로운 행위는 모두 다 욕구나, 동기나, 행위자의 마음속에 있는 어떤 내적인 심리상태에 의해 야기되는 것이다. 이와 같은 취지에서 ‘내가 달리 행할 수도 있었는데’라고 말하는 것은, 만일 내가 그렇게 선택했다면 나는 달리 행했음에 틀림없다는 것과, 나의 행위는 자발적이었다는 것과, 아무도 내가 행한 것을 선택하도록 강요하지 않았음을 말하는 것이다(Ayer, A. J., Freedom and morality and other essays, Oxford, 안건훈, 앞의 논문, 43~45면에서 재인용).

68) 길원평 외 5인, 앞의 책, 35~128면. 또한 가장 최근 미국 메릴랜드 소재 존스홉킨스대학교 교수진들은 “게이, 레즈비언, 트랜스젠더들이 특정한 성적 지향성이나 성 정체성을 갖고 태어난다는 사실을 뒷받침할 만한 충분한 과학적 증거가 없다”는 내용의 보고서를 발표했다. 143쪽 분량의 이 보고서는 과학기술 전문지 뉴에틀란티스(New Atlantis)에도 실렸다(크리스천투데이, “동성애가 선천적이라는 주장, 과학적 증거 불충분”, 2016.8.23.자 기사).

69) 길원평, 앞의 논문, 126면.

70) 조영길, 앞의 논문, 23~24면.

그 사회에 돌이키기 어려운 개인적, 사회적, 보건의적, 도덕적, 경제적 피해들이 발생한다는 것을 자세히 살펴보았다. 성적 지향을 이유로 한 차별금지법리라는 교묘한 동성간 성행위 옹호 및 선량한 성도덕 붕괴 법리에 미혹되어, 동성간 성행위의 합법화가 초래하고 있는 막대한 피해들을 직시하여 대한민국에서 성적 지향을 이유로 한 차별금지법리에 강제력을 부과하여 동성간 성행위가 법적으로 더 강하게 보호되고 도덕적 금지가 더 심각하게 해제되는 잘못된 일이 발생하지 않도록 유의해야 할 것이다.

Ⅶ. 성적 지향을 이유로 한 차별행위금지라는 본건 법조항 문구를 근거로 이루어진 국가인권위의 동성간 성행위 옹호 및 조장활동들

2001년 인권위법 제정 당시 ‘성적지향’을 차별금지 사유로 삼는 것의 정확한 법률적, 도덕적 의미를 전혀 알리지 않는 묵시적 기망방법으로 당시 제정에 찬성한 다수 국회의원들과 다수 국민들의 진정한 의사에 반하여 전격 도입된 ‘본건 법조항 문구’는 지난 15년간 동성애를 적극 옹호 조장하는 실질적 동성간 성행위에 대한 차별금지법 조항으로서의 정체성을 아래와 같은 놀랍도록 적극적이고 활발한 각종 활동들을 통해 드러냈다. 인권위가 본건 법조항 문구를 근거로 아래와 같은 동성간 성행위 적극 옹호 및 동성간 성행위 반대 활동들을 전방위적으로 적극 전개하기 시작하자, 국민들은 비로소 본건 법조항 문구의 정확한 의미를 뒤늦게 깨닫기 시작했다. 대표적인 몇 가지를 살펴보면 다음과 같다.

1) 인권위는 본건 법조항 문구를 근거로 2002년 국어사전 등 각종 사전에서 동성애에 대한 부정적인 인식을 가지도록 하는 모든 표현들을 수정하도록 권고하여 동성간 성행위에 대한 전통적인 성도덕에 기한 부정적 평가가 사전들에서 사라지도록 만들었다.⁷¹⁾

2) 인권위는 본건 법조항 문구를 근거로 2003년 청소년보호위원장에게 청소년유해매체물 지정 기준에서 동성애를 삭제하도록 권고하는 결정을 하여,⁷²⁾ 2004년 청소년유해매체물에서 동성애가 삭제되도록 하였다. 그 결과 우리나라 청소년들은 동성애를 조장하는 영상물에 아무런 제한 없이 노출되기 시작했고 이는 청소년들 사이에 동성애 폭증과 에이즈 신규 감염자 폭증으로 이어졌다.

3) 인권위는 본건 법조항 문구를 근거로 2005년 동성애를 적극 옹호하는 인권상황실태 연구보고서로 “국가인권정책기본계획수립을 위한 성적 소수자 인권 기초현황조사”를 발주한 뒤 채택하여 이를 정책에 적극 반영 시행했다.⁷³⁾ 이 보고서의 내용들에는 동성간 성행위를 대법원 판결과 헌재 결정들과 동일하게 비정상적으로 표현하는 상담, 이성애가 정상이라는 상담, 동성애 확산을 우려하는 신문기사, 동성애를 도덕적이고 윤리적인 문제로 다루려는 시각 자체, 동성애가 그릇된 성문화를 조장할 수 있다는 기사 등을 모두 동성애 차별로 간주하고 있다.⁷⁴⁾

4) 인권위는 본건 법조항 문구를 근거로 교육현장에서 동성애가 도덕적으로 아무런 문제가

71) 2002. 11. 15.자 국가인권위 보도자료 “사전에서 동성애자에 대한 차별적 표현이 사라진다. 성적 지향에 의한 차별사건 심의 중 해결”에 의하면, 국가인권위는 동성애자인권연대와 연세대학교 ‘컴투게더’를 비롯한 4개 대학 동성애자 모임이 2002. 3. 20. 국립국어연구원(표준국어대사전발행)과 9개 출판사(국어, 영한, 한영사전 발행)를 상대로 낸 동성애자에 대한 차별적 표현 수정 진정사건을 심의 중 해결했다고 밝히면서, 자신들이 진정인과 피진정인의 합의를 주선했고, 그 결과 향후 발간되는 각종 사전에서는 동성애자에 대한 차별적 표현이 사라지게 되었다고 밝혔다.

72) 국가인권위원회 2003. 3. 31. 02진차80, 130 결정.

73) 조여울, 「국가인권정책기본계획 수립을 위한 성적 소수자 인권 기초현황조사」, 국가인권위원회 (2005).

74) 조여울, 앞의 보고서, 80면, 92~93면, 103면 등.

없는 정상적인 성행위인 것처럼 교육되도록 권고하기 시작했다. 2006년 군부대에서 본건 법조항 문구의 의미를 포함한 동성애자 인권교육을 권고하여 시행되도록 하였고, 본건 법조항 문구를 근거로 동성애를 도덕적으로 비난하는 것을 금지하고 본건 법조항 문구의 의미를 자세히 설명하는 수 많은 교과서들이 제작되어 교육현장에서 사용되도록 하고 있다.⁷⁵⁾

5) 본건 법조항 문구를 그대로 반영하여 동성간 성행위를 옹호하는 수많은 지방자치단체들의 인권조례, 학생인권조례 등이 이어졌고, 현재도 계속되고 있다.

6) 인권위는 본건 법조항 문구를 근거로 2011년 한국기자협회와 협약형태로 인권보도준칙을 제정하여 동성애에 대한 부정적 평가나 에이즈 등 병리현상과 연결되는 언론보도를 금지시켰다. 그 결과, 언론에서는 동성애 지지보도가 급증하였고,⁷⁶⁾ 동성간 성행위가 에이즈 감염의 주된 원인이라는 객관적 사실의 보도가 되지 않도록 하였다.

7) 인권위는 본건 법조항 문구를 근거로 2007년 동성애에 대한 반대행위에 현행 인권위법상의 조사 및 시정권고만으로는 부족하므로 민사손해배상, 형사처벌 등 법률적인 강제적 제재를 부과하는 방법으로 금지시키려는 차별금지법안의 제정을 당시 노무현 정부에 권고하였다.⁷⁷⁾ 그 결과 노무현 정부하 법무부가 2007년, 이명박 정부하 법무부가 2010년, 박근혜 정부 시기 국회의원들에 의하여 차별금지법 제정시도가 이어졌다. 수많은 국민들이 차별금지법안이 가지는 심각한 동성애 옹호 조장 확산의 위험성, 표현의 자유, 양심 및 신앙의 자유 침해 문제를 직시하고 적극적인 제정반대활동을 전개하였다. 다수 국민들의 강력한 반대활동에 직면하여 차별금지법안 제정시도는 모두 철회되었다. 그러나 본건 법조항 문구가 존속하는 한 압도적 국민들이 반대하는 차별금지법 제정 시도는 언제든지 다시 재개될 수 있는 상태이다.

8) 본건 법조항 문구는 서울시가 동성간 성행위를 적극 조장하는 행사인 소위 퀴어문화축제 행사를 서울시청과장에서 연속하여 개최하도록 허용한 법적 근거가 되었다.

9) 헌법재판소가 동성간 추행을 금지한 균형법 위헌성에 대하여 2002년, 2008년, 2016년 무려 3차례 합헌이라고 결정을 내리며 동성간 성행위는 비정상적인 성행위로서 일반인에게 객관적으로 혐오감을 유발하고, 선량한 성도덕관념에 반하는 성만족행위라는 도덕적 평가를 내리고 있고, 대법원도 2008년 동일한 판결을 선고하였음에도 불구하고, 인권위는 본건 법조항 문구를 근거로 최고법원인 헌재결정들과 대법원 판결과 정반대가 되는 입장을 계속 표명하면서 국민들에게 동성간 성행위에 대한 성도덕 평가에 있어서 지속적인 혼란을 조장해오고 있다. 특히 2010년에는 헌법재판소 결정에 위배하여 동성애를 처벌하는 균형법이 위헌이라는 의견을 제출하기까지 한바 있다.

10) 이외에도 국가인권위가 본건 법조항 문구를 근거로 벌여온 각종 동성간 성행위 적극 옹호 및 동성간 성행위 반대활동 억제활동들은 헤아리기 어려울 정도로 많다. 그 폐해들은 심각하게 우리 국가사회에 초래하고 있다. 인권위가 벌여온 동성간 성행위 옹호활동과 그 폐해들에 대하여 전면적인 실태조사를 하여 이를 주권자인 국민들에게 적극 알릴 필요가 있다.

VII. 본건 법조항 문구가 초래하고 있는 심각한 폐해들과 조속한 삭제 개정의 정당성

75) 초등, 중등, 고등학교 윤리, 보건, 사회 문화 등의 수 많은 교과서들에서 동성애를 정상이라고 소개하고 동성애에 대하여 부도덕하거나 비정상적을 평가하는 것은 동성애자에 대한 인권침해 내지 차별이라는 점을 가르치고 있다는 점에 대하여는, 김지연, “청소년의 동성애를 유발하는 환경과 실태”, 청소년 및 청년 에이즈 감염 급증에 관한 정책 포럼 자료집(2016. 8. 25), 49~68면 참조.

76) 교회언론회가 지상파 방송 및 중앙일간지들을 약 4년 7개월 동안 분석한 조사결과에 따르면 국민일보를 제외한 나머지 언론들이 동성애 지지보도가 급상승한 것으로 나타났다(크리스천투데이, 2014. 8.14.자 기사).

77) 임인규, 앞의 보고서, 5면.

본건 법조항 문구를 근거로 인권위가 전면에 나서서 전개하고 있는 각종 동성간 성행위 적극 옹호활동들로 인해 우리 사회에 이미 초래하고 있는 피해들은 대단히 심각하다. 본건 법조항 문구를 조속히 삭제 개정하지 않을 경우 우리 사회에 초래할 피해들은 이미 초래하고 있는 피해를 기초로 예상해보면 더 이상 좌시할 수 없을 정도임을 알 수 있다. 본항에서는 본건 법조항 문구의 피해들과 함께 본건 법조항 문구를 조속히 삭제하는 방향으로 국가인권위법이 개정되어야만 할 정당하고도 타당한 근거들을 살펴보기로 한다.

1. 본건 법조항 문구 시행으로 인해 초래된 동성간 성행위 폭증과 에이즈 폭증 등 재앙과 같은 각종 피해들의 확대를 막기 위해서 본건 법조항 문구는 삭제되어야 한다.

전세계적으로 2000년 이래 연간 신규 에이즈 감염자가 35% 감소하였지만, 국내에서는 신규 에이즈 감염자가 지속적으로 빠르게 증가하여 2013년 이후로는 매년 1,000명이 넘고 있다.⁷⁸⁾ 누적 에이즈 감염자는 2003년 2,843명에서 2015년 13,909명으로 무려 5배나 급증했고, 감염자 비율 중 청소년 남성과 청년 남성 비율이 가장 많은 비중을 차지하고 있다. 특히, 청소년(15~19세) 남성 신규 감염자가 본건 법조항 시행 전인 2000년에 비하여 최근 3년인 2013년, 2014년, 2015년에는 무려 18배 내지 26배 이상 폭증하였고, 청년 남성 신규 감염자는 같은 기간 무려 12배 이상 폭증하였다.⁷⁹⁾ 신규 남성 감염자의 비율이 95%에 이를 정도로 압도적으로 많고, 남성 동성애가 에이즈 감염의 가장 큰 원인이라는 점은 부인할 수 없는 객관적 사실임을 고려할 때, 폭증하는 국내 에이즈 감염자의 수는 우리나라에 국내 동성간 성행위가 2001년 이후 폭증해왔음을 명백하게 증명하고 있는 것이다.

우리나라 미래를 이끌어갈 이 나라 청소년과 청년들 사이에 2001년 이후 부도덕한 동성간 성행위가 폭증하였고, 그로 인해 평생 시달려야 하는 에이즈 감염자가 이 나라 청소년과 청년들에게 폭증하고 있는 이 좌시하지 못할 피해를 초래한 가장 큰 법제도적 원인이 무엇인가는 본건 법조항 문구의 의미와 이를 근거로 전개해온 인권위의 각종 동성간 성행위 옹호 및 조장 활동을 보면 명백해진다.

다름 아닌, 분별력과 절제력이 약한 젊은 청소년과 청년들이 부도덕하고 대단히 위험한 본건 법조항 문구 제정 시행의 최대 피해자들이 되고 있는 것이다. 2001년 폭증한 국내 청소년 및 청년에이즈 감염자들과 동성간 성행위자들에게 초래되고 있는 이 엄청난 재앙과 같은 피해를 직시하면서 본건 법조항 문구를 제정 추진한 세력들과 동성간 성행위 적극 옹호 및 조장 활동을 해온 국가인권위 관계자들은 본인들이 과연 어떠한 무서운 결과를 초래하는 활동들을 하고 있는지를 깨닫고 이들 피해자들, 특히 청소년과 청년 피해자들 앞에서 합당한 책임 인정과 더 이상 우리 국가 사회에 이 엄청난 피해를 유발하는 행동들을 중단하는 방향으로 돌이키는 변화가 있어야 할 것이다.

본건 법조항 문구가 초래하는 동성간 성행위의 확산은 전액 무료로 지원되는 에이즈 치료비의 급증으로 이어지고 있고, 앞으로도 이어질 것이 명백하여 국가 재정부담을 계속 가중시킬 것임은 앞서 본 바와 같다.⁸⁰⁾

실질적 동성간 성행위 차별금지법인 본건 법조항 문구 존속은 동성간 성행위를 억제하는 선량한 성도덕을 중대하게 침해하여 도덕 규범력을 약화시킴으로써 관련 선량한 성도덕에 반하는 것이 명백한 근친상간, 간통, 소아성애, 수간 등에 대한 성도덕 해제로 이어지게 만들고, 이는 우리 국가 사회에 성도덕이 문란한 행위들이 만연하는 결과를 초래할 것임도 앞서 본바와 같다.⁸¹⁾

78) 김준명, 앞의 논문, 11~16면 참조.

79) 질병관리본부, 앞의 글, 647~650면.; 길원평, 앞의 논문, 19~46면.

80) 길원평, “동성결혼에 대한 전반적인 고찰”, 동성혼과 한국교회의 과제, 한동대학교 학문신앙연구소 (2015. 11. 4), 130면.

81) 이용희, 앞의 글, 11~14면.

본건 법조항 문구가 부도덕한 동성간 성행위 만연을 유발시켜 우리나라에 이미 초래하고 있는 수많은 피해들, 그리고 초래할 것이 명백한 엄청난 피해들은 동성간 성행위를 옹호, 조장하는 본건 법조항 문구가 가지는 부도덕성을 반론의 여지없이 증명하고 있다. 부도덕한 행위들의 만연은 그 사회에 부도덕으로 인한 피해를 필연적으로 초래하기 때문이다. 동성간 성행위를 억제하는 것이 시대와 공간과 관계없이 지켜져야 하는 보편 타당한 도덕률이라는 것은 이 도덕률을 위반한 본건 법조항 문구가 지난 15년간 초래한 피해만으로도 충분히 입증된다.

우리나라에 이미 초래한 이 엄청난 피해들, 특히 잘못된 법제도로 인해 인생전체에 에이즈와 동성간 성행위 노출이라는 무거운 짐을 짊어져야 하는 수많은 청소년들과 청년들이 담당하는 이 재앙과 같은 피해들을 고려한다면 동성간 성행위를 옹호 조장하는 본건 법조항 문구는 즉시 삭제 개정되어야 마땅하고, 지금 즉시 삭제 개정되더라도 뒤늦은 개정임을 알 수 있다.

2. 본건 법조항 문구는 선량한 성도덕에 반하는 실정법이므로 그 존립의 도덕적 정당성을 상실하였으므로 삭제되어야 한다.

동성간 성행위를 선량한 성도덕으로 억제하는 것은 우리나라가 성도덕이 문란한 사회로 타락하지 않기 위해 유구한 역사 속에 지켜왔고, 앞으로도 지켜내야 할 소중한 윤리이자 가치이다. 대법원 판결과 헌법재판소의 3차례에 걸친 결정들도 우리나라에 엄연히 존재하는, “동성간 성행위는 비정상적 성행위이고, 객관적으로 혐오감을 유발하고 선량한 성도덕에 반하는 성만족행위”라고 보는 성도덕을 거듭 반복하여 확인하고 명백히 선언하였다.⁸²⁾

동성간 성행위를 부도덕의 문제로 보지 않는 입장에 서 있는 과학적 근거는 동성애가 도덕적 선택의 여지가 없는 타고나는 유전의 문제라는 인식이다. 그러나 일부 동성애 지지자들에 의하여 작성된, 동성애가 타고난다는 취지의 초기 과학적 논문들 그 이후 심층적인 수많은 연구들을 통하여 모두 허구였음이 명백하게 드러났다는 점은 이미 살펴보았다.⁸³⁾

모든 사람은 부도덕한 감정이 내면에서 계속 자신의 의지로 통제할 수 없을 정도로 발생하더라도, 부도덕한 감정대로 따르지 않을 수 있는 의지의 자유인 절제력을 가지고 있다는 점은 자명한 진리이다. 사람들은 자유가 완전히 사라진 예외적 특수 상황을 제외하고는 이 절제력을 발휘하여 얼마든지 부도덕한 감정을 따르는 행위를 피할 수 있다. 아무리 중한 동성간 성행위 습벽을 가지고 있는 사람들도 모두 이 의지의 자유가 다소 약해질 수는 있어도 완전히 없어지지 않는다. 따라서 동성간 성행위의 문제는 명백하게 선택의 자유가 있는 윤리 및 도덕의 문제이다.

동성간 성행위가 초래하는 각종 피해들과, 모든 인간이 태어날 때부터 가지는 남성과 여성의 구별과 남성과 여성 사이에 구별되어 타고나는 성행위를 하는 신체부위의 구조적 차이는 이성간 성행위가 자연스러운 정상이고, 동성간 성행위는 부자연스러운 비정상적인 성행위이라는 점을 명백하게 증명하고 있다. 비정상적이고 부자연스러운 동성간 성행위에 필연적으로 따르는 수많은 보건적 피해, 도덕규범 혼란의 피해, 재정부담의 피해 등은 동성간 성행위를 억제하는 것이 모든 사회에 있어야 할 마땅한 성도덕임을 명백히 증명하고 있다. 따라서 모든 사람이 시대와 공간에 따라 변함없이 남성과 여성으로 구별되어 태어나는 것과 동일하게, 수많은 피해를 수반하는 동성간 성행위를 억제하는 성도덕은 시대와 공간에 따라 변화되어져서는 안 되는 보편 타당한 도덕률임이 자명하다.

부도덕을 옹호하는 실정 법률은 그 법률이 아무리 절차적으로 민주적인 정당성을 가진다고 하더라도 그 부도덕성 때문에 존립의 정당성을 상실한다는 것은 자명한 법리이다.⁸⁴⁾ 인간의

82) 대법원 2008. 5. 29. 선고, 2008도2222 판결; 헌법재판소 2002. 6. 27. 선고 2001헌바 70 결정; 헌법재판소 2011. 3. 31. 선고, 2008헌가21 결정; 헌법재판소 2016. 7. 28. 선고 2012헌바258결정.

83) 길원평 외 5인, 앞의 책, 35면~128면.

84) 최종고, 앞의 책, 19면.

이성과 양심에 부합하는 보편 타당한 도덕률은 어떠한 인간이 만든 실정법률보다도 우위의 규범적 권위를 가진다. 만일 민주적 절차를 거쳐 제정된 실정법률이라는 이유로 보편 타당한 도덕률보다 더 큰 규범적 권위를 부여하게 되면, 사람들이 다수가 결의하여 행하는 부도덕한 행위들은 모두 도덕적으로 정당화된다는 부당한 결론에 이르게 된다. 사람들이 부도덕한 결정을 하고 부도덕하게 행동할 수 있는 것처럼 다수의 사람들이 부도덕한 결정을 하고 부도덕하게 행동할 수 있다. 그러나 아무리 다수의 결정이라도 보편 타당한 도덕률에 반하는 경우 결행한 사람들이 많다는 이유로 부도덕한 행위를 한 도덕적 책임을 벗어나 정당화될 수는 없는 법이다. 예를 들어, 독일 나치정권이 민주적 절차를 거쳐 제정한 각종 실정법률을 근거로 유대인학살 등 수많은 부도덕한 행위를 자행하였는바, 이것이 결코 정당화될 수 없음은 자명하다.

국제연합이 1948년 채택한 세계인권선언 제29조⁸⁵⁾도 모든 사람들의 권리와 자유는 민주사회의 도덕(morality)에 부응하기 위해 제한될 수 있음을 명시하고 있다. 이는 인간의 자유와 권리가 부도덕을 조장하는 목적으로 남용되는 것은 정당시 될 수 없다는 점을 명백히 밝히고 있는 것이다.

따라서 인간이 제정하는 어떠한 실정법률이라도 보편 타당한 도덕률에 반하여 부도덕을 옹호해서는 안 된다. 법으로 금지하는 차별금지 사유로 삼아 차별행위로부터 보호해줘야 하는 것은 마땅히 부도덕한 문제가 없어야 한다. 인종, 민족, 남녀의 성별, 장애 등 보편적으로 수용되는 차별금지사유들에는 부도덕하다는 평가를 받는 것이 포함되지 않아야 한다. 부도덕하다는 평가를 받는 것이 법률상 차별금지사유에 포함되게 되면 그 차별을 금지하는 실정법률의 이름으로 부도덕한 행위를 보호하여 조장하는 결과를 초래하기 때문이다.

그런데 ‘성적 지향’은 동성간 성행위를 포함하는 용어로서 정상적인 이성간 성행위가 아니라 비정상적인 동성간 성행위를 법으로 보호하기 위하여 만들어진 용어인데, 동성간 성행위는 선량한 성도덕에 반하는 것이 앞서 본 바와 같이 명백하므로 부도덕한 동성간 성행위를 포함하는 의미를 가진 ‘성적 지향’은 법률로 보호하는 차별금지사유에 포함되어서는 안 되는 것이었다. 그런데, 본건 법조항 문구인 차별금지사유인 ‘성적 지향’은 앞서 본 바와 같이 ‘성적 지향’에 동성간 성행위가 포함되어 있고, 이것이 포함되면 동성간 성행위를 법률로 보호하게 되어 도덕적 반대행위까지 법으로 금지하는 결과를 초래한다는 그 핵심적인 의미를 제정 당시에 일체 설명하지 않아 그 정체를 숨기는 방법으로 국회의원들과 국민을 기망하여 전격적으로 도입되었다. 인권위는 본건 법조항을 근거로 하여 부도덕한 동성간 성행위를 적극 옹호하고, 이에 대한 정당한 도덕적 반대를 오히려 인권침해행위로 몰아 조사, 시정권고함으로써 선량한 성도덕의 규범력을 약화시키는 부도덕한 행동들을 활발히 전개해왔음은 앞서 본 바와 같다.

한편, 인간들이 아무리 다수의 힘으로 법률을 제정하는 절차를 거쳐 도덕률을 폐기하려해도 진정한 도덕률이 가진 마땅히 지켜야 할 기준으로서의 권위는 결코 폐기되지 않는다. 도덕률에 반하는 인간들의 부도덕하고 문란한 행위들이 초래하는 각종 폐해로 인해 도덕을 위반한 인간들은 궁극적으로 그 폐해 때문에 부도덕한 행위를 지속하기 어렵게 된다. 부도덕한 문란한 행위의 만연은 도덕을 폐기하는 것이 아니라 부도덕한 행위 만연으로 인해 도덕을 위반하는 행위들을 과멸로 이끌게 된다. 인간은 도덕을 지키거나 따르지 않을 수 있는 자유는 있지만, 도덕을 위반하고도 도덕위반 행위들이 필연적으로 초래하는 폐해들을 피할 자유는 결코 가지지 못한다는 것이 보편 타당한 영속하는 도덕률의 자명한 이치이다. 같은 이유로 어느 국가나, 어느 사회라도 도덕률에 반하는 실정법을 제정하였다는 이유로 도덕을 지키지 않게 되

85) In the exercise of his rights and freedoms, everyone shall be subject only to such limitations as are determined by law solely for the purpose of securing due recognition and respect for the rights and freedoms of others and of meeting the just requirements of morality, public order and the general welfare in a democratic society. 모든 사람은 자신의 권리와 자유를 행사함에 있어, 다른 사람의 권리와 자유를 당연히 인정하고 존중하도록 하기 위한 목적과 민주사회의 도덕, 공공질서 및 일반적 복리에 대한 정당한 필요에 부응하기 위한 목적을 위해서만 법에 따라 정하여진 제한을 받는다(세계인권선언 제29조 제2호).

면, 그 사회에는 부도덕한 문란한 행위들이 만연하게 되어 그 국가 사회는 도덕적으로 병들어 쇠락해가는 폐해에 직면할 수밖에 없는 것이다.

부도덕한 동성간 성행위를 법으로 보호하는 부도덕한 본건 법조항 문구를 전격 제정 도입하여, 법률의 이름으로 인권위라는 권위를 앞세워 부도덕한 동성간 성행위를 적극 옹호 조장한 결과, 우리사회에 초래되고 있는 동성간 성행위 폭증현상과, 이로 인한 에이즈 감염자 급증현상, 특히, 우리 미래 세대를 담당하는 청소년과 청년들의 에이즈 감염자 폭증현상, 그로 인한 보건적 질병의 증가, 경제적 부담 증가, 도덕적 문란행위들의 급증이라는 재앙과 같은 폐해들은 인권위법이라는 실정법률로 동성간 성행위를 금지하는 선량하고 보편 타당한 도덕률에 반하는 법률을 제정하고 시행해온 결과, 우리 대한민국에 이미 초래되었고 계속될 도덕률 위반의 대가가 과연 무엇인지를 명백하게 증거하고 있다.

성적 지향을 이유로 한 차별금지법리를 담은 본건 법조항 문구는 부도덕한 동성간 성행위를 보호 조장하는 부도덕한 실정법률임이 명백하다. 선량한 성도덕에 반하는 본건 법조항 문구는, 부도덕한 법률 그 자체는 존립의 정당성을 상실한다는 자명한 법원리와 부도덕한 법률이 초래하는 폐해들을 피할 수 없다는 자명한 도덕률의 이치에 비추어보아도 즉시 폐기되어야 한다. 그 길만이 부도덕한 법률인 본건 법조항 문구가 우리 국가 사회 이미 초래한 막대한 폐해들과, 그 존속이 초래할 수많은 폐해들로부터 우리 국가 사회를 보호하는 유일한 길이다.

일부 경제선진국과 국제 연합이 잘못된 법률관, 도덕관, 인간관에 미혹되어 선량한 성도덕을 위반하는, 성적 지향을 이유로 한 차별금지법리를 채택하여 동성간 성행위를 적극 옹호 조장하는 법률을 제정 시행하는 대단히 잘못된 길을 걸어가더라도 대한민국 국민들은 도덕적 분별력을 발휘하여 부도덕한 법률 제정 시행이라는 어리석은 길로 걸어가지 말아야 할 것이다.

3. 본건 법조항 문구는 동성간 성행위에 대한 양심, 표현, 신앙의 자유라는 기본권을 침해하는 부당한 법률이므로 삭제되어야 한다.

동성간 성행위에 대하여 이를 부도덕하다고 평가할 것인가 아니면 도덕적 문제가 없다고 평가할 것인가는 개인마다 다른 가치관을 가질 수 있다. 사실 거의 모든 규범에 대하여 사람들은 사상 내지 양심의 자유를 가지고 있어서 서로 다른 가치관을 가질 수 있다. 사람들이 다른 가치관을 가질 수 있다고 하여 보편 타당한 도덕률의 존재가 부인되는 것은 결코 아니다.

동성간 성행위에 대하여 형사처벌을 하지 않고 이를 도덕적 억제력으로 규율하고 있는 우리나라 법제 하에서 동성간 성행위에 대하여 누군가 이를 적극 지지하며 도덕적으로 아무런 문제가 없다고 주장하더라도 도덕적으로 비난할 수 있을 뿐 아무런 법률적 제재를 하지 않는다. 법률적으로는 동성간 성행위에 대하여 도덕적 반대의 자유와 도덕적 지지의 자유가 충분히 보장되어 있는 것이다.

도덕적 가치 판단이 달라지고, 또 상호간에 치열하게 가치관의 다툼이 있는 사유에 대하여 법률은 어느 특정 가치관이 지지하는 행위만을 보호하고 다른 가치관을 지지하는 행위들 법으로 억제해서는 안 된다. 우리나라 헌법이 보장하는 기본권인 양심의 자유(헌법 제19조), 종교의 자유(헌법 제20조), 표현의 자유(헌법 제21조)를 침해하는 결과가 되기 때문이다.

이미 본 바와 같이 동성간 성행위를 억제하는 것이 선량한 성도덕률이고, 현재 우리나라에서는 압도적 다수 국민들의 지지를 받는 지배적인 성도덕이지만, 우리나라는 동성간 성행위에 대한 도덕적 평가를 법률로 강요하지 않는다. 즉, 누군가가 지배적인 성도덕에 반하여 자신은 동성간 성행위는 도덕적 문제가 없다고 주장한다고 하더라도 이를 동성애자 아닌 사람들에게 대한 차별행위나 인권침해로 보아 제재하지 않는다. 만일, 동성간 성행위가 정상이라고 주장하거나 도덕적이라고 주장하는 행위를 차별행위로 보아 법률로 금지한다면 일정한 도덕관을 강요하는 행위로서 이는 타인의 양심, 표현, 종교, 학문의 자유를 침해하는 행위가 되기 때문이다. 모든 도덕을 강요하면, 인간 자유의 본질을 침해하는 부당한 결과를 초래하는 것이다. 이처럼

개인의 자유로운 판단에 맡겨야 할 도덕적 가치 판단에 해당하는 사안은 법률로 강제하여 보호해서는 안 된다. 이러한 이유 때문에 도덕적 가치 판단이 충돌할 수 있는 사유는 법률로 금지하는 차별금지사유로 삼아서는 안 된다.

그런데, 성적 지향을 이유로 한 차별금지법리는 도덕적 가치 판단에 있어서 사람들 사이의 견해가 나뉠 수 있는 대표적인 사안인 동성간 성행위를 차별금지사유로 삼는 것이 된다. 그 결과 동성간 성행위를 자신의 양심, 도덕, 사상에 기하여 반대하는 행위가 동성간 성행위자에 대한 차별이나 인권침해로 보게 되어 법률로 금지하므로 동성간 성행위를 반대할 수 있는 인간의 양심과 표현 그리고 신앙의 자유의 본질을 필연적으로 침해하게 되는 부당함을 초래한다.

인권위는 본건 법조항 문구를 근거로 이미 헌법상 보장되어야 할 인간의 양심, 표현, 신앙의 자유를 침해하는 활동들을 활발히 전개해 오고 있다.

인권위는 본건 법조항 문구를 근거로 2005년 동성애를 적극 옹호하는 인권상황실태 연구보고서로 “국가인권정책기본계획수립을 위한 성적 소수자 인권 기초현황조사”를 발주한 뒤 채택하여 이를 정책에 적극 반영 시행했다.⁸⁶⁾ 이 보고서의 내용들에는 동성간 성행위를 대법원 판결과 헌법재판소 결정들과 동일하게 비정상적으로 표현하는 상담, 이성애가 정상이라는 상담, 동성애 확산을 우려하는 신문기사, 동성애를 도덕적이고 윤리적인 문제로 다루려는 시각 자체, 동성애가 그릇된 문화를 조장할 수 있다는 기사 등을 모두 동성애 차별로 간주하고 있다.⁸⁷⁾

또한 인권위가 본건 법조항 문구를 근거로 2011. 9. 23. 한국기자협회와 공동으로 제정한 인권보도준칙을 통해 성적 소수자 인권 보호라는 취지하에 동성간 성행위에 대한 반대의 견해가 담긴 표현을 언론에 보도하는 것을 금지시켰다. 인권보도준칙 제8장은 언론은 성적 소수자가 잘못되고 타락한 것이라는 뉘앙스를 담은 표현, 성적 소수자에 대한 혐오에 가까운 표현을 사용하지 않아야 하며, 성적 소수자를 에이즈 등 특정 질환이나 사회병리 현상과 연결 짓지 말도록 규정되어 있다. 이로 인해 대부분 언론에서 동성애 지지보도가 급증하였다.⁸⁸⁾ 뿐만 아니라 동성애와 에이즈 연관성 보도들이 거의 되지 않는 결과를 초래하고 있다. 그 결과 불치병인 에이즈에 대한 객관적인 사실들에 대하여 국민들의 알 권리가 중대하게 침해되고 있다.

또한 인권위는 본건 법조항을 근거로 교육현장에서 동성애가 도덕적으로 아무런 문제가 없는 정상적인 성행위인 것처럼 교육되도록 권고하기 시작했다. 2006년 군부대에서 본건 법조항 문구의 의미를 포함한 동성애자 인권교육을 권고하여 시행되도록 하였고, 본건 법조항 문구를 근거로 동성애를 도덕적으로 비난하는 것을 금지하고 본건 법조항 문구의 의미를 자세히 설명하는 수많은 교과서들이 제작되어 교육현장에서 사용되도록 하고 있다.⁸⁹⁾ 동성간 성행위를 선량한 성도덕에 반한다고 평가하는 헌법재판소 결정들과 대법원 판결과 동일한 양심, 사상 및 신앙을 가진 수많은 국민들과 그 자녀들이 동성애가 정상이며 부도덕하지 않다는 자신의 양심, 사상 및 신앙에 반하는 내용을 담은 교과서를 배우도록 강요당하고 있는 실정인 바, 이를 초래하고 있는 것이 실질적 차별금지법인 본건 법조항 문구인 것이다.

이미 살펴 본바와 같이 우리나라의 최고법원인 대법원과 헌법재판소는 거듭하여 동성간 성행위에 대해 인권보도준칙과 다른 판단을 내리고 있다. 대법원의 판결과 헌법재판소의 결정에 반하는 ‘인권보도준칙 제8장 성소수자 보호 조항’은 선량한 성도덕관념에 기한 양심의 자유와

86) 조여울, 「국가인권정책기본계획 수립을 위한 성적 소수자 인권 기초현황조사」, 국가인권위원회 (2005).

87) 조여울, 앞의 연구보고서, 80면, 92-93면, 103면 등.

88) 교회언론회가 지상파 방송 및 중앙일간지들을 약 4년 7개월 동안 분석한 조사결과에 따르면 국민일보를 제외한 나머지 언론들이 동성애에 대한 지지보도가 급상승한 것으로 나타났다(크리스천투데이, 2014. 8. 14.자 기사).

89) 초등, 중등, 고등학교 윤리, 보건, 사회 문화 등의 수많은 교과서들에서 동성애를 정상이라고 소개하고 동성애에 대하여 부도덕하거나 비정상적임을 평가하는 것은 동성애자에 대한 인권침해 내지 차별이라는 점을 가르치고 있다는 점에 대하여는, 김지연, 앞의 논문, 49-68면 참조.

표현의 자유를 과도하게 침해하는 위헌 무효가 명백하다고 하지 않을 수 없다.

본건 법조항과 동일한 법조항을 도입한 후 그 위반행위자에 대하여 차별금지법을 도입한 국가들의 경우, 동성애나 동성혼을 반대하는 신앙 및 양심의 표현행동에 대해 벌금이나 형벌을 가함으로써 자신의 신앙적 소신이나 양심에 따라 말하고 행동할 자유가 침해되는 사례가 속출한다.⁹⁰⁾

본건 법 조항 문구는 헌법상 마땅히 보장되어야 할 양심, 종교, 표현의 자유를 침해하는 위헌성을 가지고 있으므로 마땅히 삭제되어야 한다.

4. 본건 법조항 문구는 압도적 다수의 국민들의 선량한 성도덕관념에 반하는 반민주적 법률이므로 즉시 삭제되어야 한다.

현재 압도적 다수의 국민들은 동성간 성행위에 대하여 거부감을 가지고 있고 동성혼인을 반대하는 입장을 견지하고 있다. 인권위법의 전격 제정과 15년 가까운 기간 인권위가 동성간 성행위 반대행위 금지활동을 전개한 결과로 인해 동성간 성행위에 대한 국민적 거부감이 다소 약화되는 경향을 보이고 있으나 여전히 압도적 다수의 국민들은 동성간 성행위를 거부하고 반대하고 있다.

대법원은 2008년 판결로 헌법재판소는 2002년, 2011년, 2016년 3차례 결정으로 동성간 성행위는 비정상적이고, 객관적으로 일반인에게 혐오감을 유발시키고 선량한 성도덕관념에 반하는 행위로 판단하여, 국민 다수 성도덕 관념을 명백하게 선언하고 있다.

본건 법 조항이 ‘성적 지향’을 차별금지행위로 규정하는 태도를 취하고 있는 것은 동성간 성행위에 대한 거부감과 반대견해를 가진 압도적 다수의 국민 여론 정면으로 배치된다. 뿐만 아니라 동성간 성행위를 일반인에게 객관적으로 혐오감을 유발시키고 선량한 성도덕관념에 반하는 행위라고 명백히 판단한 대법원 판결과 3차례의 헌법재판소의 결정들이 확인하고 있는 주권자인 국민들의 선량한 도덕관념에도 명백히 위반되고 있다.

앞서 본 바와 같이 인권위법 제정 당시 차별금지 사유로 성적 지향을 포함시키면 선량한 성도덕에 반하는 동성간 성행위에 대하여 법적인 보호를 하게 되고 도덕적 반대를 할 수 없게 되는 중대한 변화가 오는 것에 대하여 마땅히 설명해야 함에도 불구하고 일체 침묵하는 소위 묵시적 방법으로 기망함으로써 제정에 참여한 국회의원들이나 다수 국민들은 대부분 전혀 인식하지 못한 상태에서, 다수 국회의원들과 다수 국민들의 진정한 의사, 즉 동성간 성행위를 도덕적으로 반대하는 관념에 정반대로 배치되는 것임에도 통과된 것이다.

최근 역대 3대에 걸친 정부가 본건 법조항 문구와 동일한 차별금지문구를 가진 조항에 강제적인 손해배상이나 형벌로 금지하려던 차별금지법안 제정시도를 계속했는데, 상당수의 압도적 다수 국민들이 차별금지법안 제정을 강력하게 반대하자 정부나, 국회의원들은 자신들이 제안한 차별금지법안들을 철회하거나 폐기되도록 하여 차별금지법안들은 현재까지 국회를 통과하지 못하고 있는 실정도 다수 국민들의 진정한 의사가 무엇인지를 증명하고 있다.

본건 법조항 문구는 동성간 성행위에 대하여 법적 보호를 함으로써 동성간 성행위에 대한 도덕적 금지라는 선량한 성도덕관념을 폐기하게 된다는 점에 대하여 입법권자인 국회의원들이나 주권자인 국민들의 진정한 이해와 동의를 구하지 않은 채 실제로는 대다수 국회의원들과 주권자인 국민들의 진정한 의사에 반하여 전격 제정된 것으로서 심각한 반민주적 문제점이 있다고 하지 않을 수 없다. 따라서 모든 법률은 주권자인 국민과 다수 국회의원들의 진정한 의사 및 헌법의 올바른 해석취지에 맞아야 한다는 민주적 원리에 의하더라도 동성간 성행위를 도덕적 반대하지 못하도록 하는 본건 법조항 문구는 가장 빠른 시간 내에 삭제 개정되어야 마땅하다.

90) 이용희, 앞의 논문, 11~14면.

5. 본건 법조항 문구는 압도적 다수 국민들이 반대하는 차별금지법률과 실질적으로 동일하므로 삭제되어야 한다.

인권위는 본건 인권위법 조항을 근거로 하여 2006. 7. 25. 당시 노무현 정부에게 ‘성적 지향’을 차별행위 사유로 규정할 뿐만 아니라 법적 강제력을 부여하여 동성간 성행위에 반대하는 행위를 금지하는 차별금지법안을 제정할 것을 권고하였다. 그 결과 2007년 10월 당시 노무현 정부가 차별금지법 제정을 추진하는 계기를 제공했다.⁹¹⁾ 노무현 정부가 법무부 안으로 추진하던 차별금지법안은 수많은 기독교인을 포함한 다수 국민들의 강력한 반대운동에 직면하였고, 압도적 다수 국민들의 진정한 의사를 확인한 당시 정부는 결국 이를 포기하기에 이르렀다.⁹²⁾

이후 2010년 4월 법무부는 차별금지법 특별분과위원회를 출범시키고 3년 만에 다시 차별금지법 입안을 검토한다고 발표했다. 다시 다수의 기독교인들과 ‘바른교육교수연합’, ‘바른성문화를위한국민연합’ 등 수많은 시민단체들이 강력한 반대운동을 전개했고, 그 결과 법무부는 2010. 12. 18대 국회에서 차별금지법을 입법하지 않기로 결정했다.⁹³⁾

2013년 19대 국회에서 민주통합당 국회의원 66명이 차별금지법안을 제출하여 입법 시도했다. 역시 다수의 기독교인들을 비롯한 수많은 국민들이 강력한 반대운동을 전개했고, 2013. 4. 19. 대표발의자 김한길, 최원식 의원은 발의를 철회했다.⁹⁴⁾ 통진당 국회의원들이 발의한 차별금지법안은 통진당 해산과 19대 국회 종료로 폐기되었다.

제정 시도가 된 모든 차별금지법안들은 본건 법조항 문구와 동일한 법률표현으로, 동성간 성행위에 대하여 선량한 성도덕관념을 근거로 반대하는 행위들을 손해배상이나 징역이나 벌금 등과 같은 법적 강제력까지 동원하여 금지하고자 하는 내용들을 포함하고 있었다.

인권위는 단지 권고적 효력을 가지는 본건 법조항 문구만으로도 우리나라에서 동성간 성행위에 대한 정당한 도덕적 반대행위까지 인권위법 위반인 차별행위로 보아 조사 시정권고대상으로 삼음으로써 이를 상당히 위축시키고 동성간 성행위와 관련된 보건의적 사회적 유해성에 대한 정확한 보도들이 거의 사라지는 엄청난 효과를 거두어 왔음은 앞서 본바와 같다. 그런데 차별금지법이 제정되어 동성에 반대행위에 거액의 손해배상이나 벌금, 징역 같은 무거운 법적 제재가 부과되기 시작한다면 동성간 성행위에 대한 도덕관념에 기한 ‘양심적 반대행위’나 ‘표현의 자유’는 심각하게 침해될 것이 명백하다.

수많은 위헌적이며 부당한 위협성을 내포하고 있는 이와 같은 차별금지법안들이 수많은 국민들의 지속적인 반대활동에도 불구하고 계속 추진되고 있는 제도적 원인은 바로 본건 인권위법이 ‘성적 지향’을 차별금지 사유로 규정하여 동성간 성행위를 법적으로 보호하고 있기 때문이다. 3차례 파동을 일으킨 차별금지법안들의 공고한 뿌리가 바로 ‘본건 법조항 문구’이다. 본건 법조항 문구는 그 실질이 압도적 국민들이 강력하게 반대하여 제정이 무산된 차별금지법인 것이다.

동성간 성행위에 대한 압도적 국민다수의 여론 및 대법원 판결과 헌법재판소 결정에 반하는 부당한 차별금지법안의 제정시도들이 향후 더 이상 계속되지 않도록 하기 위해서도 인권위법 조항에서 본건 법조항 문구인 ‘성적 지향’은 차별금지 사유에서 삭제되어야 한다.

VIII. 결론 - 본건 법조항 문구, 차별금지사유에서 ‘성적 지향’은 삭제되어야 한다.

91) 임인규, 앞의 보고서, 5면.

92) 이용희, 앞의 논문, 16면.

93) 이용희, 앞의 논문, 16면.

94) 이용희, 앞의 논문, 16면.

모든 인간이 남성과 여성으로 구별되어 태어나므로 정상적인 성행위는 남성과 여성간 이루어져야 하는 것이 자연적 질서를 따르는 정상적인 성행위다. 따라서 동성간 성행위는 이 자연적 질서에 반하는 비정상적 성행위로서 객관적으로 일반인에게 혐오감을 유발시키고 선량한 성도덕관념에 반하는 행위임이 명백하다. 부도덕한 동성간 성행위에는 불치병인 에이즈 감염 위험 급증, 문란한 성행위 만연, 관련 재정적 부담과 고용손실 등 유무형의 막대한 피해를 수반한다. 동성간 성행위를 금지하는 것은 비정상적이고 부도덕한 문란한 동성간 성행위의 만연을 막기 위하여 마땅히 있어야 할 선량한 성도덕이다. 시대와 공간이 달라져도 남녀의 성이 구별되어 태어나서 살아가는 것이 변경되지 않는 것처럼 동성간 성행위를 비정상적으로 보고 부도덕한 행위로 보아 금지하는 것은 시대와 공간이 달라져도 바뀌어서는 안 되는 보편 타당한 성도덕이다. 이에 대한 도덕적 금지를 해제하거나 반대행위를 못하게 하여 법적으로 적극적으로 보호할 가치가 있는 행위가 결코 아니다.

동성간 성행위 법보호론자들의 주장과 같이 동성간 성행위 문제는 서로 존중하고 보호해야 할 다른 문제로 보아야 할 사안이 결코 아니다. 동성간 성행위 문제는 도덕적으로나 법률적으로 이를 정당화할 수 있는가 하는 옳고 그름의 문제이다.

다양성을 존중해야 할 다원주의 시대에도 모든 국가 사회에도 부도덕한 행위의 만연을 위해서도 선량한 도덕은 존재하여야 한다. 부도덕한 행위에 반드시 수반되는 심각한 개인적, 사회적 피해들은 선량한 도덕을 세워서 부도덕한 행위를 억제하는 방법 이외에는 이를 근원적으로 막을 다른 길은 전혀 없다.

지난 수천 년간 한 번도 바뀌지 않아 왔던 동성간 성행위에 대한 성도덕, 즉 동성간 성행위는 선량한 성도덕에 반하는 행위라는 전통적 성도덕관념을 하루아침에 갑자기 정반대로 없애는 결과를 초래하는 본건 법조항 문구는, 당초 법률로 제정되기 위해서는 주권자인 국민들 및 입법권자인 국회의원들에게 충분히 그 폐해와 부작용까지도 충분히 설명하여 진정으로 이해된 상태에서의 다수 국민들 및 국회의원들의 진정한 동의를 얻는 절차를 거쳐야 마땅했다.

그러나 그 정확한 법적, 도덕적 의미를 설명하지 않아서, 주권자인 대다수 국민들이 전혀 그 의미를 모르고 있었고, 제정권자인 대다수 국회의원들도 그 의미를 전혀 모르게 한 상태에서 동성간 성행위를 '성적 지향'으로 포섭하여 차별금지사유로 삼는 입법을 전격적으로 이루어졌다. 전격적 기망방법으로 도입된 본건 법조항 문구는 동성간 성행위가 선량한 성도덕에 반하는 행위라는 종전의 지배적인 관념에 반하여 동성간 성행위에 대한 법률적 보호를 본격적으로 시작하는 한편, 선량한 성도덕에 기해 동성간 성행위를 반대 억제하는 행위를 오히려 인권침해로 몰아 억제하기 시작했다.

이로 인해 본건 법조항 문구는, 동성간 성행위는 객관적으로 일반인의 혐오감을 유발시키고 선량한 성도덕관념에 반한다고 본 2008년 대법원 결정과 2002년, 2011년, 2016년 헌법재판소 결정들과도 정면으로 배치되며, 압도적 다수의 국민 여론과도 배치되고 있는 것이다.

인권위가 본건 법조항 문구를 근거로 부도덕한 동성간 성행위를 적극 보호 조장하는 활동을 지난 15년 이상 활발하게 전개한 결과 우리나라에는 성도덕에 반하는 문란한 동성간 성행위가 사회 전체적으로 급증하였고, 특히 청소년과 청년 사회에 문란한 동성간 성행위가 폭증함으로써 지난 15년간 에이즈 감염자를 전체적으로 5배나, 청소년의 경우 18-26배나, 청년의 경우 12배나 폭증시켰다. 이로 인한 재정적 부담과 고용손실, 기타 이로 인한 유무형의 피해들은 재앙과 같다고 하지 않을 수 없다. 이 엄청난 폐해의 가장 큰 제도적 원인이 바론 본건 법조항 문구임이 명백하다.

부도덕한 동성간 성행위를 옹호 조장하여 이를 우리 국가 사회에 만연하게 하여 이토록 수많은 심각한 피해를 우리나라에 초래하고 있는 부도덕한 법률인 본건 법 조항 문구는 그 부도덕함 때문에 도덕적이어야 할 법률로서의 존립의 정당성을 상실했고, 동성간 성행위 반대행위를 인권위법을 위반하는 인권침해로 규정함으로써 자유롭게 형성하고 표현되어야 할 국민의

양심, 종교, 표현의 자유를 중대하게 침해하고 있으며, 주권자인 국민과 입법권자인 국회의 진정한 의사에 반하고 있는 반민주성을 가지고 있다는 점에서 본건 법조항 문구인 ‘성적 지향’은 가장 빠른 시간 내에 삭제하는 방향으로 개정되어야 할 것이다.

그리하여 대한민국이 선량한 성도덕에 반하는 동성간 성행위의 만연으로 인하여 개인, 사회, 국가에 초래하고 있는 재앙과 같은 보건적, 윤리적, 경제적 피해와 혼란을 줄여가고 감소시키도록 해야 할 것이다. 끝.

【참고문헌】

- 국가인권위원회/한국기자협회, 인권보도준칙(2011. 9. 13).
- 길원평 “국내 에이즈 급증의 심각성과 대책 마련을 위한 제안”, 청소년 및 청년 에이즈 감염 급증에 관한 정책 포럼자료집(2016. 8. 25).
- _____, “동성결혼에 대한 전반적인 고찰”, 동성혼과 한국교회의 과제, 한동대학교 학문과 신앙 연구소(2015. 11. 14).
- _____, 「동성애 과연 타고 나는 것일까」, 라온누리(2014).
- 김승규, “차별금지법의 문제점”, 서울대학교 베리타스 포럼 ‘동성애와 한국사회’ 자료집, 서울대학교기독교총동문회·서울대학교기독교수협의회, 2016. 9. 21.
- 김준명, “국내 청소년과 청년의 에이즈 감염 급증 이유”, 청소년 및 청년 에이즈 감염 급증에 관한 정책 포럼 자료집(2016. 8. 25).
- 김지연, “청소년의 동성애를 유발하는 환경과 실태”, 청소년 및 청년 에이즈 감염 급증에 관한 정책 포럼 자료집(2016. 8. 25).
- 김지혜, “성적지향과 성별정체성에 관한 국제인권법 동향과 그 국내법 적용”, 법조(제61권 제 11호), 법조협회(2012. 11).
- 박찬구/류지한/조현아/김상돈 역, Louis P. Pojman & James Fieser, 「윤리학: 옳고 그름의 발견」, 울력(2010).
- 보건복지부, 「제3차 국민건강증진종합계획(2011~2020)», 보건복지부(2011).
- 안건훈, “자유의지, 도덕적 책임 그리고 도덕교육”, 아시아교육연구 4권 2호, 서울대학교 교육 연구소(2003).
- 이용희, “차별금지법이 법제화된 외국 사례”, 서울대학교 베리타스 포럼 ‘동성애와 한국사회’ 자료집, 서울대학교기독교총동문회·서울대학교기독교수협의회, 2016. 9. 21.
- _____, “세계 속의 동성애 추세와 한국 교회의 대응 방안”, 통일한국과 동성애, CFI 제3차 세미나, 기독교 미래연구원(2015. 9. 7).
- 이지현, “한국에서 차별금지법 제정에 있어서 성적지향을 둘러싼 갈등과 전망”, 중앙법학(제16집 제3호), 중앙법학회(2014. 9).
- 임인규, “차별금지법안(정부)검토 보고”, 법제사법위원회(2008. 2).
- 전용태, “규범적 입장에서 본 차별금지법안의 문제점”, 차별금지법안의 문제점과 대안, 바른성문화를 위한 국민연합 포럼(2013. 6. 26).
- 조여울, 「국가인권정책기본계획 수립을 위한 성적 소수자 인권 기초현황조사」, 국가인권위원회(2005).
- 조영길, “김광수 동성혼인 합법화 요구 소송의 법적 문제”, 월간 지저스아미(2015년 9월호), 에스더기도운동(2015. 9).
- 질병관리본부, 「2015 HIV/AIDS 신고현황」, 보건복지부(2016. 7).
- 최종고, 「법과 윤리」, 경세원(2000).