

‘성별(sex)’ 의미의 변경을 통한 동성애/젠더(gender)평등 법제화 시도

전윤성 (사단법인 크레도, 미국 변호사)

<논문초록>

우리 헌법과 법률 어디에서도 ‘성별(sex)’ 용어를 정의하고 있지는 않다. 그런데, 동성애/젠더(gender)평등 법제화를 이루기 위해 ‘성별’의 의미를 변경하려는 시도가 이루어지고 있다. 한편, 국가인권위원회는 성별의 의미에 제3의 성, 트랜스젠더, 성정체성 등을 포함 시켜서 해석하고 있다.

최근에 여러 차례 발의가 되고 있는 성차별·성희롱금지과권리구제등에관한법률안은 성별에 의한 차별에 대한 조사·결정 권한을 인권위에 부여하고 있다. 이는 인권위를 통해 제3의 성과 트랜스젠더에 대한 차별금지를 우회적으로 입법하려는 의도이다.

미국 연방법에는 ‘성별’에 의한 차별을 금지하고 있을 뿐, ‘성적 지향’이나 ‘성정체성’이 차별금지사유로 포함되어 있지 않다. 그런데, 동성애/젠더평등 법제화의 시도으로써, ‘성별’의 전통적 의미를 변경하는 판결이 나오고 있다. 남녀 성별 2분법 제도와 생물학적 성 결정 기준을 수호하기 위해서 성별 용어에 대한 명확한 법률상의 정의 규정을 추가할 필요가 있다.

주제어: 성별, 동성애, 트랜스젠더, 성정체성, 성적 지향, 차별금지법

I. 들어가는 말

‘성별(性別, sex)’이란 그 사전적 의미가 남녀나 암수의 구별을 말한다.¹⁾ 헌법을 비롯하여 모두 13개 이상의 법률에서 ‘성별’이라는 용어를 언급하고 있지만 어느 법에서도 ‘성별’이 무엇을 의미하는 것인지를 정의하고 있지는 않다.²⁾ 법률에서 사용되는 중요한 법률용어에 대해서는 해당 법률에서 그 용어가 의미하는 바를 정의하는 것이 일반적이다. 법률용어는 그 뜻이 정확하고 명확해야 하기 때문에 여러 가지 해석의 여지가 있는 용어가 사용된 법률에서는 그에 대한 정의 규정을 두어서 다툼의 소지를 없애야 한다. 그러나, 그 뜻이 명백하고 자명하여 논란의 가능성이 없는 용어까지 정의 규정을 둘 필요는 없다. ‘성별’이 무엇인지는 초등학교 정도의 지적 능력이 있다면 누구나 쉽게 알 수 있기

1) <https://stdict.korean.go.kr/search/searchResult.do> (국립국어원 표준국어대사전) (검색일 2019.4.10.)

2) 이숙진 (2010). “젠더(gender) 관련 차별금지 입법 연구.” 국회입법조사처. 5 페이지.

에 이제까지는 이를 정의할 필요성이 없었던 것이다.

그런데, 인류 역사에서 인간의 '성별'이 변화하지 않았음에도, 특별한 목적을 달성하기 위해 '성별'의 의미를 변경하려는 움직임이 일어나고 있다. 동성애/젠더(gender)평등 법제화를 이루기 위해 입법, 사법, 행정의 영역에서 '성별'의 의미를 변경하여 재정의 하려는 시도가 바로 그것이다.

올해 2월에 정의당 이정미의원이 대표 발의한 '성차별·성희롱 금지 및 권리구제 등에 관한 법률안'(이하 '1차 성차별금지법안'이라 함)과 1차 성차별금지법안이 철회 되자마자 3월에 더불어민주당 전해숙의원이 다시 대표 발의한 동일한 명칭의 법안(이하 '2차 성차별금지법안'이라 함)도 이러한 움직임과 무관치 않다. 이하에서는 동성애/젠더평등 법제화를 위한 국내와 해외에서의 '성별' 의미의 변경 시도를 논의해 본다.

II. 국가인권위원회의 '성별'에 대한 해석

1. 국가인권위원회 차별금지법 권고법안의 '성별' 정의

2006년 7월 27일 국가인권위원회(이하 '인권위'라 함.)는 '차별금지법 권고법안' 권고결정을 통해 국무총리에게 인권위가 마련한 차별금지법 권고법안에 기초하여 차별금지법의 입법 추진을 권고하였다. 인권위가 입법 권고한 차별금지법안의 제4조 제1호에는 '성별'이 다음과 같이 정의 되어 있다.

제4조(용어의 정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. "성별"이라 함은 여성, 남성, 기타 여성 또는 남성으로 분류하기 어려운 성을 말한다.

그리고, 동 법안은 이 조항의 의미에 대하여 "여성이나 남성으로 분류되지 않는 성별을 포함함."이라고 부연하여 설명하고 있다. 이를 보면, 인권위가 성별에 남성과 여성 이외의 '제3의 성'이 포함된다는 입장을 갖고 있음을 알 수 있다.

2. 인권위 진정서 양식 성별란에 남녀 이외의 '제3의 성' 인정

2019년 3월 29일 인권위는 기존에 진정인이 남, 여, 남(트랜스젠더), 여(트랜스젠더) 등 4개의 성 중에서만 선택할 수 있었던 진정서 양식을 변경하여 남성과 여성뿐 아니라 제3의 성을 적을 수 있도록 하겠다고 발표하였다.³⁾ 트랜스 해방 전선 등 LGBT 단체는 다양한 성 정체성을 인정해달라고 인권위에 진정을 제기하였고, 인권위는 검토한 결과 진정내용이 타당하다는 결론을 내렸다고 하였다. 언론 보도에 따르면 인권위는 앞으로 진정서 외에 성별 기재가 필요한 인권위 내 공문서 양식을 만들 때에도 이번 방식을 도입할 것을 긍정적으로 검토 중이라고 한다. 인권위가 '성별'에 '제3의 성'이 포함된다는 입장임

3) 머니투데이 2019.3.29.자. "인권위, 男女 말고 '제3의성'도 인정...성소수자 포용."

을 보여주는 또 다른 증거이다.

3. 국가인권위원회법상의 성별의 의미에 대한 해석

국가인권위원회법 제2조 제3호에는 성별을 이유로 한 차별 금지가 규정 되어 있는데, 국가인권위원회법에는 성별에 대한 법률적 정의가 내려져 있지 않다. 국가인권위원회법 해설집은 성별의 국내외적 의미를 세 가지로 소개하고 있는데 “하나는 생물학적 의미의 성(sex), 두 번째는 사회·문화적인 성(gender) 그리고 세 번째는 성적인 의미의 성(sexuality)”이며, ‘남녀동등권’이란 “남성 또는 여성이 성과 관련하여 차별과 폭력, 소외를 당하지 않고 인간으로서의 존엄과 권리 및 자유를 동등하게 누릴 수 있는 인권”이며, ‘성차별’이란 “성별에 의한 차별로서 남성 또는 여성에 대하여 성(sex, gender, sexuality)과 관련하여 합리적 이유 없이 남녀평등권을 침해하여 불이익을 주는 행위”로 설명한다.⁴⁾ 국가인권위원회법 해설집에 의한 ‘성별’의 의미 혹은 ‘성차별’에 대한 정의는 가장 포괄적인 해석이라고 할 수 있는데 이 해석에 따르면 성적 지향(sexual orientation), 성 정체성(sexual identity) 혹은 젠더 정체성(gender identity)도 전부 포함되어 차별행위의 범주에서 해석될 수 있는 사유가 된다.⁵⁾ 이 뿐만 아니라, 인권위의 2008년 차별판단지침은 국가인권위원회법상의 ‘성별’이란 젠더(gender)를 의미한다고 해석하며, 이는 여성, 남성을 강조하는 개념이지만 생물학적 성(sex)을 배제하는 개념은 아니라고 설명한다.⁶⁾

이러한 인권위의 성별에 대한 해석은 진정 사건에 대한 결정에도 반영이 되어 있다. 인권위는 2008년에 트랜스젠더의 성별 변경시에 성전환 수술을 요구하는 것은 인권침해라는 결정을 내린 바 있다(06진차525·06진차673병합). 이는 남성의 생식기와 신체구조를 가지고 있더라도 스스로를 여성으로 인식하기만 하면 여성으로 성별 정정이 가능하다는 것으로 인권위가 생물학적 성 이외의 젠더 혹은 제3의 성도 성별로 인정한다는 입장에서 있다는 것을 보여 준다.

III. 1차와 2차 성차별금지법안에서의 ‘성별에 의한 차별’의 의미

1. 연혁

남녀차별을 금지하고 모든 영역에서 남녀평등을 실현하기 위하여 1999년 2월 8일에 ‘남녀차별금지및구제에관한법률’이 제정 되어 시행이 되었었다. 이 법 제2조(정의) 제1호에서는 “남녀차별’이라 함은 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에서 인간으로서의 기본적 자유를 인식·향유하거나 권리를 행사함에 있어서 합리적인 이유 없이 성별을 이유로 행하여지는 모든 구별·배제 또는 제한을 말한다.”고 규정이 되어 있었다. 그리고, 남녀차별사항의 조사·시정권고 기타 남녀차별개선사무는 ‘여성특별위원회’가 수행하도록 하였다(제9조). 이후 이 법은 2001년에 전문개정이 되면서 여성특별위원회를 여성

4) 국가인권위원회법 해설집 발간위원회 (2005). 『국가인권위원회법 해설집』. 277~278 페이지.

5) 이숙진, 앞의 글. 6페이지.

6) 국가인권위원회 (2008). “차별판단지침.” 52 페이지.

부장관 소속하의 '남녀차별개선위원회'로 개편하였다.

2005년에 정부조직법이 개정되면서 여성부가 여성가족부로 바뀌었고, 남녀차별과 성희롱 상담·구제 업무가 인권위로 이관이 되었다. 그리고, 남녀차별금지및구제에관한법률은 폐지가 되었지만, 대신에 국가인권위원회법 제2조 제3호가 성별을 이유로 한 차별과 성희롱을 금지하고 있고, 이에 대한 상담 및 진정 조사 업무를 인권위가 담당하고 있다. 이에 더하여, 헌법의 남녀평등이념을 구현하고, 남녀평등을 촉진하기 위하여 1996년에 제정된 여성발전기본법이 2014년에 양성평등기본법으로 전부개정이 되었다. 현행 양성평등기본법은 제29조(성차별의 금지)에서 국가와 지방자치단체가 성차별 금지를 위한 시책 마련에 노력하도록 하고 있고, 제30조에서 성폭력·가정폭력·성매매 범죄의 예방 및 성희롱 방지를 규정하고 있으며, 제31조에서 성희롱 예방교육 등 방지조치를 규정하고 있다.

그럼에도 불구하고, 일부 국회의원들은 남녀차별금지및구제에관한법률이 폐지된 이후 다양한 영역에서의 성차별 금지와 권리 구제를 위한 실체법이 없고, 국가인권위원회법이 성차별의 개념, 행위와 유형을 구체적으로 규정하고 있지 않으며, 성차별 금지를 위한 실체적 내용을 담은 법률이 부재하다는 등의 이유로 성차별금지법안을 계속 발의해 오고 있다. 2018년 3월 남인순 의원은 성별에의한차별·성희롱금지및권리구제등에관한법률안을 대표 발의하였고, 같은 달에 김상희 의원은 성차별·성희롱금지및권리구제등에관한법률안을 대표 발의 하였다. 그리고, 앞에서 설명한 바와 같이 올해 2월과 3월에 동일한 명칭의 법안을 이정미 의원과 전해숙 의원이 각각 대표 발의 하였다.

2. '성별'의 의미와 관련된 성차별금지법안의 문제점

성차별금지법안을 발의한 국회의원들은 공통적으로 2005년에 폐지된 남녀차별금지및구제에관한법률을 다시 부활시켜야 한다고 주장하고 있다. 그런데, 이상하게도 이들이 발의한 법안명은 폐지된 법안명과 다르다. '남녀'차별금지법이 아니라 '성별'차별금지법 또는 '성'차별금지법이다. '남녀차별금지'가 아니라 '성차별금지'가 되어야만 하는 중요한 이유가 있어 보인다. 또 다른 공통점은 이 법안들에 '성별'이 무엇인지에 대한 정의 규정이 없다는 점과 '성차별'에 대한 조사와 결정 권한을 인권위에게 부여 한다는 점이다.

(1) '제3의성'과 '성정체성(gender identity)'도 '성별'로 해석하는 인권위가 성차별을 결정

성차별금지법안에는 성차별을 판단하기 위해 가장 중요한 개념인 '성별'이 무엇인지에 대해서 아무런 규정이 존재하지 않는다. '성별'이 생물학적인 성(sex)을 의미하는지, 사회·문화적인 성(젠더, gender)을 의미하는지, 더 나아가 트랜스젠더와 같이 스스로가 선택한 심리적인 성까지 포함하는지에 대해, 누가 '성별'의 의미를 해석하는지에 따라 다양한 해석이 가능하게 되어 있다.

그런데, 1차 성차별금지법안 제21조에 따르면 이 법에서 금지하는 성차별과 성희롱으로 피해를 입은 사람 또는 그 사실을 알고 있는 사람이나 단체는 인권위에 진정을 할 수 있게 되어 있다. 또한, 안 제22조는 제21조에 의한 진정이 없는 경우에도 인권위가 여성

가족부장관의 요청에 의해 또는 직권으로 판단하여 조사를 할 수 있도록 하고 있다. 2차 성차별금지법안도 마찬가지로 성차별에 대하여 인권위는 진정 또는 직권으로 조사를 하게 되어 있다(안 제21조와 제22조). 결국, 이 법안에서 정의하고 있지 않은 '성별'의 의미에 대해서는 인권위가 진정을 통해 또는 직권 조사를 하여 결정을 내리는 과정에서, 인권위가 정하게 되어 있는 것이다.

앞에서 본 바와 같이 인권위는 '성별'의 의미를 생물학적인 성(sex) 뿐만 아니라 젠더, 섹슈얼리티, 성적 지향, 성(젠더) 정체성 및 제3의 성까지 포함하는 것으로 폭넓게 해석하고 있다. 그러므로, '성별'의 정의가 누락되어 있는 이 성차별금지법안에서 규정된 '성별'을 이유로 한 차별금지'는 결과적으로 인권위의 최종 해석과 결정을 통해 남녀차별금지를 넘어서 '젠더, 트랜스젠더, 제3의 성 등을 이유로 한 차별금지'로까지 확대가 가능하게 되어 있다.

1차 성차별금지법안 제2조 제1호 다목과 2차 성차별금지법안 제2조 제1호 다목은 동일하게 "성별등을 이유로 반복적으로 모욕을 주거나 괴롭히는 등 정신적 고통을 주는 경우"도 성차별로 정의하고 있는데, 남성과 여성 이외의 제3의 성이나 트랜스젠더에 반대 또는 윤리적 문제를 제기하는 표현 및 의견을 소위 혐오표현으로 처벌하려는 의도로 보인다. 인권위는 수차례 동성애와 트랜스젠더 등에 대한 윤리적 의견 표현을 혐오표현으로 규제해야 한다고 주장해 왔고, 올해부터 혐오·차별대응기획단 운영을 시작했다. 성차별금지법안이 입법이 되면 인권위는 이 법에 근거하여 LGBT 혐오표현은 성차별이라는 결정을 내릴 것으로 보인다. 1차와 2차 성차별금지법안에는 모두 표현의 자유, 양심과 신앙의 자유에 대한 예외 규정이 없기 때문에 기본권에 대한 심각한 침해 발생이 우려된다.

(2) 인권위 권고 결정에 강력한 법적 강제력 부여

현행 국가인권위원회법에서는 인권위의 결정에 대해 법적 강제력이 약한 권고의 효력을 부여하고 있다(제44조). 그러나, 1, 2차 성차별금지법안은 국가인권위원회법을 개정하지 않으면서도 우회적으로 인권위의 권고 결정에 다음과 같은 강력한 법적 강제력을 부여하고 있다.

① 인권위 권고 불이행시 여성가족부 장관의 시정명령(1차 성차별금지법안 제24조, 2차 성차별금지법안 제25조)

② 시정명령 불이행시 3천만원 이하 과태료(1차 성차별금지법안 제35조 제1항, 2차 성차별금지법안 제36조 제1항)

③ 손해배상 의무(1차 성차별금지법안 제29조, 2차 성차별금지법안 제29조 제1항)

④ 불이익 조치 3년 이하의 징역, 3천만원 이하 벌금(1차 성차별금지법안 제33조 제1항, 2차 성차별금지법안 제34조 제1항)

⑤ 법인의 대표자와 사용주도 처벌하는 양벌규정(1차 성차별금지법안 제34조, 2차 성차별금지법안 제35조)

인권위는 피해자의 진정이 없어도 직권 조사를 할 수 있고(1차 성차별금지법안 제22조, 2차 성차별금지법안 제22조 제1항), 규제대상도 국가기관뿐만 아니라 사인, 사기업, 민간단체, 교육기관, 언론사 등의 고용, 교육, 재화·시설·용역 등의 제공 및 이용, 사회보장, 행정·사법절차 서비스 제공 및 이용 행위에까지 전면적으로 확대했다(1차 성차별금지법안 제7조에서 제11조와 제29조, 2차 성차별금지법안 제7조에서 제10조와 제2조와 제29조 등).

2차 성차별금지법안은 1차안보다 처벌을 더 강화하였는데, 1차 성차별금지법안은 성차별에 대해 단순 손해배상만을 규정하였음에 반해, 2차안은 손해액의 3배까지의 배상을 하도록 하는 '징벌적 손해배상'을 규정하여 처벌을 한층 강화하였다(안 제29조 제2항). 그리고, 1차 성차별금지법안은 성차별 신고를 이유로 한 불이익 조치에 대해서만 3년 이하의 징역, 3천만원 이하의 벌금에 처하도록 하였으나, 2차안은 파면, 해임 등 불이익 조치뿐만 아니라 악의적 성차별에 대해서도 동일한 형사 처벌을 하도록 하여 형사처벌의 범위를 확대하였다(안 제34조 제1항). 또한, 2차안은 기타 불이익조치에 대해서는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처하도록 하여(안 제34조 제2항), 비밀 준수 의무 위반의 경우에 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하도록 했던 1차안 보다 처벌이 더욱 강력해 졌다.

1차 성차별금지법안과 동일하게 2차 성차별금지법안은 인권위의 시정 권고에 대해 여성가족부 장관이 시정명령을 내리도록 하고 있는데, 1차안에는 90일내에 행정소송을 제기할 수 있도록 한 것을 2차안은 30일로 단축시켜서 국민의 기본권 침해의 위험성이 더욱 커졌다(2차 성차별금지법안 제26조 제1항).

인권위가 '남녀차별'을 넘어서 제3의 성과 성정체성까지 '성별'에 포함시켜 차별금지사유를 자의적으로 확대하더라도 현행 국가인권위원회법에 의해서는 인권위의 차별 결정은 권고의 효력만을 가진다. 이와 같이 '권고'에 불과한 인권위 결정의 효력에 대해, 이 성차별금지법안은 여성가족부 장관이 시정명령, 과태료, 징역, 벌금, 양벌규정 등의 강력한 법적 강제력을 부여할 수 있도록 하고 있다. 국가인권위원회법을 직접 개정하여 인권위의 결정에 강제력을 부여하는 것이 쉽지 않자 이러한 기만적 수단을 사용한 것인지는 모르겠으나, 이렇게 우회적으로 타법 제정을 통해 인권위의 권한을 우회적으로 강화하는 것이 타당한 것인지 의문이다. 아울러, 인권위의 결정과 여성가족부 장관의 시정명령으로 인해 피해를 본 국민들은 행정소송을 통해서 구제를 받아야 하는데, 30일의 짧은 제소기간도 문제이지만 소송을 제기하기 위해 치러야 할 소송비용과 정신적 피해 등 큰 고통을 감내해야 할 것이다.

(3) 우회적 차별금지법 입법 시도

성차별금지법안은 '성차별·성희롱 금지 및 권리구제 등에 관한 법률안'이라는 명칭을 사용했기에 얼핏 보면 지금까지 많은 국민들이 반대해 왔던 차별금지법과는 상관이 없어 보인다. 논란이 되었던 동성애나 트랜스젠더를 의미하는 '성적 지향'과 '성정체성'이 차별

금지사유로 명시적으로 포함되어 있지 않기 때문에 이 법안의 숨겨진 의도를 파악해 내는 것이 쉽지 않다.

그러나, 이 법안의 내용을 상세히 분석해 보면 지금까지 논란이 되어온 포괄적 차별금지법안의 내용이 거의 다 포함되어 있다. 차별금지법에 대한 국민적 반대의 목소리가 높음을 의식해서 인지는 모르겠으나, 이 법안은 포괄적 차별금지법을 입법하기 위해 교묘한 기만적 방법을 사용하였다.

첫째, 1차와 2차 성차별금지법안은 위에서 본 바와 같이 차별금지사유를 '성별'로 하였으나 법안에 '성별' 용어의 의미를 정의하지 않았기 때문에 인권위의 도움(?)을 통해 '성별'의 개념을 무한 확대할 수 있는 가능성을 열어 놓고 있다. 이를 통해 그 동안 논란이 되어온 젠더나 성정체성, 제3의 성 등을 차별금지사유로 법안에 명시하지 않더라도 동일한 효과를 얻을 수 있는 매우 고차원적인 방법이다.

둘째, 이 법안은 2012년에 통합진보당 김재연 의원이 대표 발의하였던 차별금지법안과 매우 유사하게 고용에서의 차별금지, 교육에서의 차별금지, 재화·시설·용역 등의 제공 및 이용에서의 차별금지, 사회보장에서의 차별금지, 행정·사법절차 서비스 제공 및 이용에서의 차별금지 등 포괄적 차별금지법의 구조를 가지고 있다.

셋째, 이 법안은 규제 대상을 국가기관에 한정하지 않고, 사인, 사기업, 민간단체, 종교단체를 불문하고 모든 사람과 단체로 확대하고 있다. 원칙적으로 국가기관에 대하여만 그 보장을 요구할 수 있는 평등권에 대 사인적 효력을 명시적으로 부여하여 보장 범위를 확대하고 있는 것이다. 이것은 차별금지법의 전형적인 특징 중 하나이다. 인권위가 이 성차별금지법안의 '성별'의 개념을 개별 사건을 처리하는 과정을 통해 최광의의 의미로 확대해석 할 것이기 때문에 국민들이 우려하는 바로 그 제3의 성, 트랜스젠더를 포함하는 포괄적 차별금지법의 입법 목적을 상당 부분 달성할 수 있게 된다. 일단 이렇게 입법을 해 놓고 나서, 더 필요한 차별금지사유는 추후에 법 개정을 통해 추가할 수 있을 것이다.

넷째, 이제까지 발의되었던 포괄적 차별금지법안과 대동소이하게 이 법안에도 차별금지의 예외는 규정되어 있지 않다. 종교인이나 종교단체가 종교적 신념에 의한 행위를 하더라도 표현·양심·신앙의 자유를 인정해 주는 예외가 없기 때문에 모두 처벌의 대상이 된다.

이를 종합해 보면 성차별금지법안의 '성별'은 일반 국민들이 생각하는 'sex'의 의미가 아니라 LGBT와 제3의 성을 포함하는 '젠더(gender)'로 기획되었다고 보아야 한다. 이 때문에 법안 명을 '남녀차별금지법'이 아니라 '성차별금지법'으로 개명한 것임을 추론해 볼 수 있다.

(4) 신법 제정의 불필요성

남녀차별과 성희롱 금지 및 구제에 관련된 현행법은 다음과 같다.

① 남녀차별 금지 및 구제

양성평등기본법과 남녀고용평등과일·가정양립지원에관한법률 및 국가인권위원회법 제2조 제3호

② 성희롱 금지 및 구제

- (i) 남녀고용평등과일·가정양립지원에관한법률: 직장내 성희롱 금지(제14조 등)
- (ii) 양성평등기본법기본법 제3조 제2호
- (iii) 근로기준법 부당해고 등 금지(제28조)
- (iv) 장애인차별금지및권리구제등에관한법률, 아동복지법, 경범죄처벌법(제3조 제1항 제33호), 민법과 국가배상법에 의한 손해배상 청구, 형법 및 성폭력범죄의처벌등에관한특별법
- (v) 국가인권위원회법 제2조 제3호 라목, 제30조 제1항, 제40조 및 제42조

이와 같이 남녀차별과 성희롱을 금지하고, 구제 조치를 부여하는 현행법이 이미 마련이 되어 있기 때문에 성차별금지법을 새로 제정해야 할 필요성이 있는지 의문이다. 앞에서 논의한 대로, 여성부가 여성가족부로 개편이 되었을 때, 국가인권위원회법에 따라 성별을 이유로 한 차별과 성희롱 상담·조사·구제 업무는 국가인권위원회로 이관이 되었다. 그리고, 2005년에 남녀차별금지및구제에관한법률은 폐지되었지만, 양성평등기본법과 남녀고용평등과일·가정양립지원에관한법률, 국가인권위원회법 제2조 제3호 등 관련법에서 성별을 이유로 한 차별과 성희롱을 금지하고 있고, 국가기관과 사용주에게 성희롱 예방 교육과 실태조사 등 필요한 조치를 하도록 규정되어 있다. 만약에 현행법에 추가나 수정이 필요한 사항이 있다면, 해당하는 현행법을 개정하면 될 것이기에 성차별금지법을 새로 제정해야 할 필요성은 크지 않아 보인다.

IV. 미국 동성혼 합법화 이후 연방법상 '성별(sex)' 의미 변경 추세

미국 일부 주에서는 동성애나 양성애를 의미하는 성적 지향(sexual orientation)과 트랜스젠더를 의미하는 성정체성(gender identity)을 이유로 하는 차별을 금지하는 차별금지법이 제정이 되어 있다. 그러나, 미국 연방법에는 '성별(sex)'에 의한 차별을 금지하고 있을 뿐, 아직 까지 이러한 '성적 지향'이나 '성정체성'이 차별금지사유로 포함되어 있는 법률이 존재하지 않는다.

그런데, 2015년에 미국 연방대법원이 전격적으로 동성혼을 합법화하는 판결을 내린 이후에, 연방법상의 차별금지사유인 '성별(sex)'에 대한 의미를 확대 해석하여 '성적 지향'이나 '성정체성'을 포함하는 것으로 보려는 시도가 이루어지고 있다. 그 중 대표적인 것이 2016년에 오바마 전 대통령이 전국 각급 학교에 내린 성정체성에 따른 학교 화장실 개방 행정명령이다. 논란이 되었던 연방 수정교육법(Education Amendments of 1972)의 Title IX는 "미국에서 어느 누구도 연방 정부로부터 재정 지원을 받는 교육 프로그램이나 활동에 있어서 성별(sex)을 이유로 하여 참여를 배제 당하고, 혜택을 거부당하거나 차별을 당해서는 아니 된다."고 규정하고 있는데,⁷⁾ 오바마 전 대통령은 여기서 '성별(sex)'에

7) No person in the United States shall, on the basis of sex, be excluded from participation in, be

‘성정체성(gender identity)’이 포함되는 것으로 해석을 하였다. 그리고는, 이 Title IX 조항에 근거하여, 전국 공립학교에 학생들이 자신의 성정체성에 따라 학교 화장실, 락커룸을 사용하도록 개방하라는 행정명령을 내렸던 것이다. 이로 인해 촉발된 미국 학교에서의 화장실 전쟁은 학부모, 여학생 대 트랜스젠더 학생간의 소송전으로 확대되었고, 트럼프 대통령이 취임 후 이 행정명령이 폐지되었음에도 불구하고, 미국 전역에서 소송이 여전히 진행되고 있다.⁸⁾

동성혼이 합법화됨에 따라 동성애와 트랜스젠더를 인권화 하려는 이러한 움직임이 더욱 강화되어 가고 있고, 이러한 차별금지사유를 추가하는 연방 법률의 개정이 없음에도 불구하고, 행정부와 사법부가 무리한 확대 해석을 통해 동성애/젠더(성)평등(gender equality)의 법제화를 진행하고 있다. 이는 법률 제·개정 권한을 가진 의회의 입법권을 침해하는 것으로 3권 분립에 위반하는 월권이다.

특히, 사법적극주의(Judicial Activism)를 신봉하는 법관들에 의해 자행되는 판결을 통한 사법부의 입법권 행사는 매우 우려가 된다. 최근 연방법원의 판결을 보면, 연방 민권법(Civil Rights Act)과 전국민건강보험법(Patent Protection and Affordable Care Act)에 규정된 ‘성별(sex)’에 의한 차별금지’와 관련하여 ‘성별’에 의미에 대해 서로 엇갈리는 판결이 내려지고 있다. 즉, ‘성별(sex)’을 전통적 의미인 생물학적 남성과 여성으로 보는 판결과 성적 지향(sexual orientation) 또는 성정체성(gender identity)을 포함하는 것으로 확대 해석하는 판결이 상호 충돌하고 있다.

성별의 의미는 수천 년 인류 역사에서 너무나 자명한 것이었기 때문에, 미국에서도 ‘성별’ 용어의 정의를 규정한 법령을 찾아보기 어렵다. 그러나, 동성혼 합법화 이후 더욱 거세어지고 있는 동성애와 트랜스젠더의 인권화, 동성애/젠더평등의 법제화를 달성하는 수단으로써 소송을 통해 현행 연방법상의 ‘성별’에 의한 차별금지’에서의 ‘성별’의 전통적 의미를 변경하려 하고 있다. 이러한 맥락에서, ‘성별’의 의미가 법적 소송의 쟁점이 되고 있는 것이다.

1. ‘성별(sex)’과 ‘성적 지향(sexual orientation)’

미국 연방 민권법(Civil Rights Act of 1964)의 Title VII은 이 법에 해당하는 고용주가 인종, 피부색, 종교, 성별 또는 국적을 이유로 하여 고용상의 차별을 하는 것을 금지하고 있다.⁹⁾ 여기서 ‘성별’은 영어의 ‘sex’인데, 동성혼 합법화 이후 동성애 즉 성적 지향을 이유로 한 차별을 성별에 의한 차별이라고 소송을 제기하는 사례가 증가하고 있다. 연방항소법원과 연방지방법원은 성별에 성적 지향이 포함된다고 판결한 경우도 있고, 포함되지 않는다고 판결한 경우도 있다. 이에 대한 연방대법원의 최종 판결은 아직 내려지지 않았

denied the benefits of, or be subjected to discrimination under any education program or activity receiving Federal financial assistance(20 U.S.C. § 1681).

8) CREDO 매거진 (2019) “그래픽뉴스 미국 전역에서 일어나고 있는 화장실 전쟁.” 『CREDO』. Issue 3. 30~31 페이지.

9) 42 U.S.C. § 2000e-2.

다.

(1) 성별에 성적 지향이 포함된다고 한 판례

Kimberly v. Ivy Tech Community College of Indiana 사건에서 레즈비언임을 공개적으로 커밍아웃한 Hively씨는 아이비 테크 대학교에서 시간강사로 근무하였는데, 이 대학 전임강사로 수차례 지원하였으나 채용되지 못하였다. 2014년에는 시간강사 계약이 갱신되지 못했다. Hively씨는 연방 고용평등위원회(Equal Employment Opportunity Commission)에 학교를 상대로 성적 지향을 이유로 한 차별을 주장하며 진정을 제기하였다. 그리고, 또한 연방지방법원에도 소송을 제기하였다. 1심법원은 민권법 Title VII 조항은 성적 지향을 차별금지사유로 포함하고 있지 않다는 피고 학교 측의 주장을 받아 들어 원고의 청구를 기각하였다. Hively씨는 이에 제7연방항소법원에 항소 하였다. 2심법원은 Title VII의 차별금지사유에 '성적 지향'이 없기 때문에 성적 지향을 이유로 한 차별 주장을 할 수 없다며 항소를 기각하였다.¹⁰⁾ 그러나, 원고는 재심을 청구하였고, 법원은 전원 합의체 심리를 통해 '성별에 의한 차별금지'에는 '성적 지향에 의한 차별금지'가 포함된다고 판결하였다.¹¹⁾ 이와 유사하게, 제2항소법원도 Zarda v. Altitude Express Inc. 판결¹²⁾에서, 민권법 Title VII (고용상의 차별)과 관련하여 성적 지향에 의한 차별은 성별에 의한 차별의 일부분에 해당한다고 판시하였다.

(2) 성별에 성적 지향이 포함되지 않는다고 한 판례

Senegal v. Yum Brands 사건에서, 켄터키 프라이드 치킨에 고용되었던 Senegal은 자신이 게이라는 이유로 고용주로부터 차별을 받았다고 주장하면서 민권법 Title VII에 근거하여 성적 지향을 이유로 한 차별 소송을 제기하였다. 텍사스주 휴스턴 소재 연방지방법원은 제5항소법원이 Brandon v. Sage Corp., 808 F.3d 266 (5th Cir. 2015) 사건에서 Title VII 조항에 성적 지향 차별은 포함되지 않는다고 한 판결을 인용하면서 원고의 청구를 각하하였다.¹³⁾ 다만, 법원은 고용주가 근로자에게 목소리를 남성처럼 바꾸라고 한 부분은 성별에 의한 차별에 해당할 수 있다고 판시하였다.

2. '성별(sex)'과 '성정체성(gender identity)'

흔히 오바마케어라고 불리는 미국 연방 전국민건강보험법(Patient Protection and Affordable Care Act)은 제1557조에서 연방 정부의 재정 지원을 받는 보건 프로그램이나 의료행위에 있어 차별을 금지하고 있다.¹⁴⁾ 이 조항은 4개의 연방법상의 차별금지사유를 인용하여 포함시키고 있는데, 1973년 교육개정법(Education Amendments of 1972)의

10) *Kimberly v. Ivy Tech Community College, South Bend*, 830 F.3d 698 (2016).

11) *Kimberly v. Ivy Tech Community College of Indiana*, 853 F.3d 339 (2017).

12) *Zarda v. Altitude Express, Inc.*, No. 15-3775 (2d Cir. 2018). 이 사건은 현재 연방대법원에서 상고심이 진행 중이다.

13) *Senegal v. Yum Brands*, 2019 WL 448943 (2019).

14) 42 U.S.C. § 18116(a).

Title IX상의 성별(sex)에 의한 차별금지도 포함되어 있다. 그러나, 전국민건강보험법상의 차별금지사유에는 트랜스젠더를 의미하는 '성정체성(gender identity)'이 명문으로 규정되어 있지는 않다. 이 법에 규정된 차별금지사유 중에 하나인 '성별'에 '성정체성(gender identity)'이 포함되는지가 쟁점이 된 소송에서 연방법원은 엇갈린 판결을 내리고 있다.

(1) 성별에 성정체성이 포함된다고 한 판례

Prescott v. Rady Children's Hospital 사건에서 Prescott씨는 여성이지만 스스로를 남성으로 인식하는 성불쾌감증이 10세부터 시작되었고, 트랜스젠더에 대한 의학적 치료를 받았다. 그러나, 정신적 우울증을 앓았고, 증세는 지속되었다. 그는 자살을 생각하게 되어 병원에서 치료를 받던 중 의료진이 여성 호칭을 부르는 것으로 인해 차별을 당했다고 주장을 하였다. 퇴원 후 Prescott씨는 자살을 하였고, 부모는 전국민건강보험법에 근거하여 병원이 성정체성을 이유로 한 차별 행위를 하였다고 주장하며 소송을 제기하였다. 캘리포니아주 샌디에고시에 소재한 연방지방법원은 법률에 쓰여진 '성별(sex)'은 남성과 여성의 생물학적 차이인 sex를 포함하여 젠더(gender)를 말하는 것이고, 성별에 의한 차별금지는 트랜스젠더에 대한 보호도 의미하는 것이라고 판결하였다.¹⁵⁾

(2) 성별에 성정체성이 포함되지 않는다고 한 판례

미국 연방 보건복지부는 성별을 이유로 한 차별금지가 포함된 전국민건강보험법 제 1557조에 대한 시행령을 제정하였는데, 이 시행령에는 성정체성(gender identity)을 이유로 한 차별금지가 규정 되었다.¹⁶⁾ Franciscan Alliance Inc. v. Burwell 사건에서 민간 의료보험사들은 보건복지부 장관을 상대로 법률상의 성별 차별 금지가 성정체성 차별 금지를 포함하는 것으로 해석한 시행령에 대해 효력정지 청구 소송을 제기하였다. 텍사스주 소재 연방지방법원은 성정체성 차별 금지가 포함된 시행령은 법률상의 성별 차별 금지에 반하기 때문에 위법이라고 판결하면서 효력정지 신청을 인용하였다.¹⁷⁾

3. 소결

2015년 미국 연방대법원이 동성혼 합법화 판결을 내린 후, 연방법상의 '성별 차별 금지'에 '성적 지향 차별 금지'가 포함되는 것으로 확대 해석하는 사법부의 사법적극주의적인 판결이 나오고 있다. 뿐만 아니라, '성별 차별 금지'에 '성정체성 차별 금지'도 포함된다는 판결도 내려졌다. 이와 반대로 법률상의 명문 규정인 성별에 성적 지향과 성정체성은 포함되지 않는다는 상반된 판결도 이어지고 있다. 서로 엇갈린 판결이 상호 충돌하고 있고, 아직 이에 대한 연방 대법원의 최종 판결은 나오지 않은 상태이다. 입법권을 가진 연방 의회가 법 제정이나 개정을 하지 않았음에도 불구하고, 사법부가 판결을 통해 동성애/젠더(gender)평등 법제화를 시도하고 있는 현상이 일어나고 있는 것이다. 사법부에게

15) *Prescott v. Rady Children's Hospital*, 265 F.Supp.3d 1090 (2017).

16) 45 C.F.R. 92.4.

17) *Franciscan Alliance Inc. v. Burwell*, 227 F.Supp.3d 660 (2016).

용어의 일반적 의미를 벗어나는 확대 해석을 통해 법률상의 '성별'의 의미를 변경, 재해석할 수 있는 권한이 부여되어 있는지 논란이 되고 있다.

V. 나오는 말

성차별금지법안은 포괄적 차별금지법을 입법하기 위한 새로운 시도이다. 차별금지사유를 '성별'로 국한시켜 놓아, 외견상으로는 문제가 없는 것으로 보이게 하였지만, 인권위의 개입을 통해 우회적으로 '성별' 개념이 확장 되도록 의도하고 있다. 굳이 젠더와 성정체성, 제3의 성과 같은 논란이 될 용어를 법안에 명시적으로 써 놓지 않더라도, 인권위의 힘을 빌려 동일한 효과를 얻는 방법을 택했다. 여성가족부와 인권위가 서로 상부상조하는 구조이다. 더구나, 이 법안의 입법을 통해 국가인권위원회법을 직접 개정하지 않더라도, 우회적으로 인권위의 결정에 강력한 법적 강제력을 더해 주는 1석 2조의 효과도 달성할 수 있다. 이 법안이 일단 제정이 되고 나서, 안정이 되면 그 후에 더 필요한 차별금지사유는 법 개정을 통해 추가하면 될 일이다.

미국에서도 연방 의회가 성적 지향, 성정체성이 차별금지 사유로 명시된 연방 차별금지법을 입법하지 않았음에도 불구하고, 연방법원이 현행 성별에 의한 차별금지 조항에 대한 무리한 확대 해석을 한 판결을 내리는 방법으로 동성애/젠더(성)평등 법제화 달성을 시도하고 있는 상황이 발생하고 있다. 우리나라도 앞에서 본 바와 같이, 인권위가 성별의 일반적 의미를 변경하여 동성애/젠더(성)평등 법제화를 시도해 오고 있다. 뿐만 아니라, 법관이 판결을 함에 있어, 법해석을 판례와 법문에 근거하지 않고, 자신의 이념에 따라 자의적으로 하여 헌법이 부여하지 않은 입법권을 행사하려 하는 사법적극주의가 소장 판사들 사이에서 유행처럼 번지고 있다. 2018년에 서울북부지방법원은 현역 동성 장교간의 성행위에 대해 현행 군형법을 무시하고 무죄 판결을 선고하였다. 이는 사법적극주의를 신봉하는 사법부에 의한 동성애/젠더(성)평등 법제화의 위험성을 여실히 보여주는 사례이다.

인권위와 법관들이 자신들이 신봉하는 이념에 따라 성별에 대한 자의적인 해석을 하지 못하도록 법률에 성별 용어에 대한 명확한 정의가 규정되어야 한다. 남녀 성별2분법 제도와 생물학적 요소(성염색체와 생식기)에 근거한 성별 결정 기준을 수호할 수 있도록, 성별은 생물학적 성인 남성과 여성만을 의미하며, 성별 결정은 원칙적으로 생물학적 기준에 의해 결정되는 것임을 법률에 명시하는 법 개정이 시급히 필요하다.