

同性愛者の 權利保護

姜 達 天*

차 례

- I. 문제의 제기
- II. 동성애의 개념
- III. 국외의 동성애자 권리보호와 관련 법제
 1. 유 럽
 2. 미 국
- IV. 한국의 동성애자 권리보호와 법제
 1. 헌법상 동성애자의 기본권
 2. 국가인권위원회법상의 동성애 차별금지
 3. 청소년보호법시행령과 동성애 차별
 4. 동성애자 권리보호의 방향제시
- V. 결 론

* 韓國情報保護振興院 先任研究員, 法學博士

I. 문제의 제기

우리 사회는 지금 성의식과 성모털의 전환기 속에서 여러가지 의미있는 변화가 진행되어 왔다. 성적자기결정권에 대한 요구가 높아지는 가운데 성적 일탈과 문란을 우려하는 목소리도 크다. 이와 함께 동성애에 대한 사회적 논의가 진행되어 왔고 성전환자의 문제도 우리 앞에 다가왔다.

성적소수자(동성애자, 성전환자 등)¹⁾를 보는 사회적 시선이 아직 냉담하기는 하지만, 한 연예인이 스스로 동성애자임을 밝힌 후 사회적 논의가 활발해졌고, 성전환 연예인이 등장하여 주목을 받으며 활동을 하고 있다. 더욱 최근에는 동성애 문제를 직접적으로 다룬 영화가 나와 사회의 주목을 받고 있고, TV 드라마 속에서도 동성애나 트랜스젠더와의 사랑 등을 정면에서 다루고 있다. 트랜스젠더 성별 정정법의 제정 움직임도 보이고 있고,²⁾ 얼마 전 부산가정법원에서는 트랜스젠더에 대한 호적상 성정정과 개명의 허가를 인정한 판결을 내렸다.³⁾ 이러한 까닭인지 동성애자나 트랜스젠더를 보는 사회적 분위기가 유연해진 측면도 있다. 이는 분명 커다란 변화이다.

그러나 이러한 변화가 유교적 가치관이 확고했던 한국사회가 곧 성적 소수자의 모든 것을 이해하고 용인하는 것이라고 생각하기에는 너무 이르다. 즉 어느 누구도 한국 사회가 동성애자들도 동등한 인간으로 대우받는 사회라고 생각하지 않는다. 한국 사회는 아직도 동성애자 스스로가 동성애자임을 드러

1) “성적소수자”라는 용어는 사람이나 단체마다 그 정의를 다르게 내리고 있다. 예컨대 하이텔 동성애자 모임 ‘또 하나의 사랑’에서는 정회원의 자격을 동성애자, 양성애자, 성전환자로 규정하고 있고, ‘한국성적소수자인권문화센터’에서는 “양적인 차원에서 숫적으로 적은 사람들을 뜻하는 것이 아닌, 동성애자, 양성애자, 성전환자, 양성생식기 소유자, 그리고 자신의 섹슈얼리티, 젠더에 대해서 궁금증을 가지고 있는, ‘다수’라는 논리하에서 심리적, 사회적, 정치적 편견과 차별, 억압에 대상화된 모든 이들”이라고 정의하고 있다(한채운, “성적소수자 차별의 본질과 실제 그리고 해소방안”, 『성적소수자: 차이, 차별, 인권』, 서울대학교 BK21 법학연구단 공익인권법센터 제3차 학술세미나 자료집, 2002. 10. 7, 2면).

2) 한나라당 김홍신(金洪信) 의원 등 여야 의원 20명은 11월 4일 성 전환자들이 자신의 출생시 신체적 성과 반대의 성을 획득하기 위해 성전환 수술을 받은 경우에도 호적상 성별의 변경을 할 수 없는 불편을 해소하기 위해 일정한 요건을 갖추면 성별의 변경을 인정해 주는 “성전환자의 성별 변경에 관한 특례법안”을 국회에 제출하였다.

3) 이 결정은 성전환자의 호적정정신청에 대하여 “당초의 성별호적신고는 향후 성의식이 확립되어 그 사람의 긍정적인 성으로 확정된 성을 고려하지 아니한 생물학적 성의 징표에 의존하여 외부성기만을 보고 한 잘못된 것”이라고 지적하였다(부산가정법원 가정지원 2002. 7. 3. 선고, 2001호파997, 998 결정).

내는 것과 그들의 권리를 주장하기에는 동성애자 그 존재 자체에 대한 인식기반이 빈약하다. 아직 한국사회에서는 지배적인 이성애적 고정관념이 동성애자에 대한 편견을 조성하고 있고, 전통적 의미의 성개념을 당연시하는 현실과 성정체성의 개방을 지지하는 진보적 개념이 모순적으로 공존하는 상태라고 진단할 수 있다.

2001년 5월에 공포된 국가인권위원회법(법률제6481호) 제30조에서 “성적지향”에 의한 차별을 평등권 침해의 차별행위 유형 중의 하나로 규정하고 있고, 11월 동법이 시행되면서 동시에 국가인권위원회도 출범하였다. 또 국가인권위원회의 직원 공채시 동성애자도 채용하였다. 그럼에도 불구하고 동 위원회가 출범한지 1년여 되어가지만 동성애자 차별에 관한 진정접수는 거의 없다고 한다. 오히려 그 반대로 동성애에 대한 편견을 보여주는 이중적 태도도 볼 수 있다. 예컨대 2002년 10월에는 동성애자 단체가 동성애자 인터넷사이트를 유해정보로 분류하여 일반인들의 사이트 접속을 차단시킬 수 있는 소프트웨어를 제작, 보급한 업체를 국가인권위원회에 제소하였다.⁴⁾ 이처럼 한편으로는 사회적 약자인 동성애자를 보호하여야 한다는 사회적 목소리가 제법 나오고 있지만, 다른 한편으로는 동성애자에 대한 편견을 깨지 못하는 모순성을 보여주는 이중적 태도를 잘 보여주고 있다.

유럽과 미국의 경우 동성애자들은 사회의 편견에 상관없이 자신이 동성애자임을 밝히면서 그들의 권리를 당당하게 요구하고 있다. 이는 동성애자 인권운동이 그만큼 활발하게 이루어지고 있고, 심리학·정신의학·법학 등 모든 분야에서 동성애자에 대한 체계적 연구가 이루어져 왔기에 가능하였다. 우리 사회에서도 이제 성적소수자의 인간다운 삶을 위한 체계적 대응방안이 제시되어야 한다.

본 논문에서는 그 대상을 성적 지향성에 의한 동성애자로 한정하면서, 국내외 동성애자의 성적 프라이버시권, 평등권, 혼인의 권리 등 법적 권리보호에 대한 법적 현황과 문제점을 살펴보고, 이에 대한 법적, 제도적 대응방안을 제시해보고자 한다.

4) 여성 동성애자 인권모임인 “끼리끼리”는 유해정보차단 소프트웨어인 “수호천사”를 제작 보급한 업체에 대하여 동성애자에 대한 차별이며 국민의 알권리 침해라며 인권위에 제소하였다. “수호천사”는 자살, 음란, 마약, 폭탄 등 인터넷 유해정보 접속을 차단하는 대표적인 소프트웨어로 전국의 PC방과 학교, 가정 등에 광범위하게 설치되어 있다(문화일보, 2002. 10. 15).

II. 동성애의 개념

동성애의 개념을 이해하기 위해서는 먼저 그 기초로서 성에 대한 개념을 명확하게 이해하여야 한다. 우리가 전통적으로 생각하는 성의 개념은 외부 생식기에 의한 남녀의 구분, 남녀간의 성행위 정도이다. 그러나 우리가 생각하는 것처럼 성이라고 하는 것은 그렇게 간단하지 않다. 따라서 우리는 성을 이해함에 있어서 남녀의 구분 요인, 성적체성, 성적 지향성 등을 명확하게 이해하여야 하고, 이것은 이성애와 동성애의 문제를 이해하기 위한 기초가 된다. 동성애에 대한 편견을 깨기 위해서는 특히 “성적 지향”을 이해할 필요가 있다.

“성적 지향성”이라고 하는 것은 인간의 욕망(desire), 본능적 욕구(drive), 사랑(love), 성애(eros), 관련 환경 등으로부터 그렇게 간단히 분리되는 것은 아니다. 그리고 성적 지향성이라는 용어는 매우 복잡한 성적 현상을 묘사하는 것이기도 하다.⁵⁾ 그럼에도 불구하고 성적 지향성에 대한 정의를 내린다는 것은 동성애의 의미와 그 범위를 결정하는 것이고, 이는 곧 그들의 법적 권리보호를 위한 경계선을 확정하는 것이므로 매우 중요하다.

한국의 동성애자들은 성적 지향성을 정의함에 있어서 “성적 지향은 성적체성의 4가지 요소 중에 하나이다. 그리고 특별한 젠더(사회적 성역할)에 대한 지속적인 감정적, 로맨틱, 성적 혹은 애정적인 끌림으로 구별한다”는 미국심리학회⁶⁾의 정의⁶⁾를 인용하기도 한다.

윤가현 교수는 “성적 지향이란 자발적인 선택보다는 생물학적인 측면에서 사랑과 성욕의 표현이나 관심을 내포하고 있으며, 특정한 성의 상대에게 성적·감정적·애정적으로 관심을 나타낸다는 뜻이다. 그리고 한 개인의 성적 지향성의 결정은 생물학·문화·역사·사회심리학적 영향 등의 복합적인 상호작용에 의한 결과라고 본다. 또 성적 지향은 성행위 상대자의 성과 일치하지 않을 수 있다. 즉 동성과 성행위를 하는 사람도 동성에 대한 성적 지향의 소유자가 아니라 이성애적 성적 지향의 소유자일 수도 있으며, 또 동성에 대한

5) 이에 대한 상세한 내용은 강달천, “동성애자의 기본권에 관한 연구”, 중앙대학교 박사학위논문, 2000, 23~28면 참조.

6) 여성동성애자 단체인 “끼리끼리”는 미국심리학회⁶⁾가 정리한 동성애의 정의를 인용하고 있다. 이에 관한 원문은 미국심리학회의 <http://www.apa.org/pubinfo/answers.html#whatis> 참조.

성적 지향을 유지하더라도 동성과 성적으로 접촉하지 않을 수도 있거나 이성과 관계를 가질 수도 있다.”고 한다.⁷⁾

한편, 성적 지향성을 정의하고 있는 미국의 법조문에서도 규범적으로 위와 유사한 정의를 내리고 있다. 예를 들어, 콜로라도(Colorado) 주의 보울더(Boulder)시 조례(Boulder Rev. Code 12-1-1)에서는 성적 지향성을 “성적 상대방(양성애자, 동성애자, 이성애자)을 선택하는 것”이라고 정의하고 있고, 덴버(Denver)시 조례(Denver Rev. Municipal Code, Art. IV 28-92)에서는 성적 지향성을 “개인이 이성애, 동성애 또는 양성애의 상태에 있는 것”이라고 정의하고 있다.⁸⁾ 또한 1990년 캘리포니아(California) 주 샌디에고(San Diego)시 조례 0-17453은 주(州)가 성적 지향성을 이유로 하여 차별하는 것을 금지하고 있는데, 이 법 Section 52.9602(9)은 성적 지향성을 “모든 법적인 성적 행위에 있어서 개인이 생각하는 성적 선호 혹은 개인의 실질적인 성적 선호”라고 정의한다.⁹⁾

이와 같은 성적 지향성의 개념을 정리하여 볼 때, 본 논문에서는 성적 지향성을 “특정 성의 사람에게 향한 실질적인 성적, 애정적 감정을 가지는 성향”이라고 정의한다. 그리고 이 개념 안에는 이러한 감정에 의한 성적 행위가 모두 포함된다고 본다. 이는 이성애와 이성애 행위를 분리할 수 없듯이, 성적 지향성에 의한 감정·상태와 그에 의한 행위를 별도로 구분할 실익이 없고, 성적 지향성을 결론적으로 정의할 수 있는 성적인 ‘존재(sexual being)’와 ‘행위(doing)’를 객관적으로 구분하기 어렵거나 아니면 불가능할 수도 있기 때문이다. 그리고 법적 보호 차원에 있어서도 동성애적 감정만을 보호하고 그에 의한 행위를 보호하지 않는다는 것은 동성애자의 실질적 권리보호에 아무런 의미가 없기 때문이다.

7) 윤가현, 『동성애의 심리학』, 학지사, 1999, 32~35면.

8) Boulder Rev. Code 12-1-1, 『defining “sexual orientation” as “he choice of sexual partners, i. e., bisexual, homosexual, of heterosexual; Denver Rev. Municipal Code, Art. IV, 28-92, 『defining “sexual orientation” as “the status of an individual as to his or her hetero-sexuality, homosexuality or bisexuality. Romer v. Evans, 116 S. Ct. 1620(1996), at 1623에서 재인용.

9) Ordinance No.0-17453 of San Diego, California, of 16 Apr.1990, §52.9602(9) defines sexual orientation as “an individual’s supposed or actual sexual preference for any lawful sexual activity.” Eric Heinze, Sexual Orientation: Human Rights - An Essay on International Human Rights Law, Martinus Nijhoff Publishers: Dordrecht/Boston/London, 1994, p.46, note 85에서 재인용.

Ⅲ. 국외의 동성애자 권리보호와 관련 법제

1. 유 럽

유럽에서 동성애자의 기본권에 관한 문제 제기는, 유럽인권협약 역사의 초기부터 유럽인권위원회에 동성애자의 권리에 대한 소송을 제기함으로써 시작되었다. 유럽의 동성애자에게 있어서 협약과 의정서에 열거된 권리와 자유 중에서 기본적으로 주장할 수 있는 권리는 협약 제8조의 “사생활과 가족생활의 권리”였다.¹⁰⁾ 그 이유는 동성애자의 성적 지향성을 이유로 한 차별은 사생활의 자유를 침해하는 것이며, 동성애 행위가 사적인 동성간 성행위, 동성커플관계 또는 동성커플과 그 자녀의 관계에 기인한 것인지에 상관없이 국가는 개인의 동성애 행위 선택 여부에 대하여 간섭을 할 수 없다고 주장할 수 있었기 때문이다.¹¹⁾

이러한 주장이 가능하였던 유럽의 변화를 살펴보면 다음과 같다. 20세기에 초국가적 민주주의 문화와 인권의식이 발전하면서 대부분의 유럽국가에는 동성애 행위에 대한 완전철폐 또는 부분적 철폐를 하기 시작하였다. 또한 인권을 보호하는 민주적 국가도 반동성애적 차별 및 중세적 혼인의 배타적 영향으로부터 개인을 보호할 수 있는 역할을 하였다. 즉 국제인권은 민주주의 문화와 인권의식의 향상 그리고 국가의 인권보호라는 두 요소를 지난 20여년 동안 빠르게 발전시키는 기초가 되었고,¹²⁾ 현대의 “법의 지배” 원칙은 유럽에서

10) 유럽인권협약(The European Convention on Human Rights) 제8조 제1항은 “누구든지 그의 私生活과 家族生活, 家庭, 通信에 있어서 존중받을 권리가 있다”고 규정하고 있으며, 제2항은 “法律에 합치하고, 또 국가안보, 공공안전 또는 국가의 경제적 복리를 위하여, 질서유지와 범죄의 방지를 위하여, 위생 또는 도덕의 보호를 위하여 또는 他人의 권리 및 자유의 보호를 위하여 民主的 社會에서 필요한 경우 외에는, 이 권리의 행사에 대하여 어떠한 公權力의 개입도 있어서는 아니 된다”고 규정하고 있다.

11) 동성애자의 이러한 주장을 받아들이고, 유럽의 “동성애금지법” 폐지를 선도한 것은 1981년 유럽인권재판소의 Dudgeon v. UK 판결이었다. 이 판결에서 유럽인권재판소는 “비난받고 있는 입법을 유지한다는 것은 협약 제8조 제1항의 원고의 성생활을 포함한 사생활을 존중받을 권리를 계속적으로 침해하는 것이다. 또한 원고의 개인적 환경의 측면에서 그러한 입법이 존재한다는 사실이 그로 하여금 그 법을 준수하게 하고, 그의 동성애적 성적 지향성에 의해 노출된 성행위가 형사처벌을 받을 수 있다는 생각 때문에 서로 동의한 남성파트너와의 관계조차도 억제하도록 하여 계속적이고 직접적으로 그의 사생활에 영향을 준다”고 판결하였다(Dudgeon v. UK, 1981, Ser. A. No. 45, para. 41).

12) Kees Waardijk, “Symposium : Civil Developments : Patterns or Reform in the Legal Position of Same-Sex Partners in Europe”, 17 Canadian

동성애를 범죄화하는 중세의 형법원칙을 거의 사라지게 하였다. 이제 대부분의 국가에서 점차적으로 많은 사람들이 동성과 성행위를 갖는다는 단순한 삶의 사실을 인정하기 시작한 것이다.

유럽 국가에서는 동성애 관련 입법의 변화 과정과 속도에 차이는 있지만, 그 변화과정에 있어서 ① 동성애에 대한 차별(동성애금지법의 존재) → ② 반차별(동성애금지법의 철폐) → ③ 동성커플 보호 법률 제정(partnership legislation)의 순서를 거침으로써 본질적으로 유사한 단계를 밟고 있다. 1500년대 초 유럽의 독일, 영국 등에서, 1800년대에는 러시아에서, 1768년과 1830년에는 오스트리아에서 동성애 행위를 금하는 입법을 하였다. 이러한 반동성애 입법은 20세기말까지 계속 유지되었다.

이러한 반동성애 입법에 반하여 1791년 프랑스는 형법(the criminal code of 1791)에서 반동성애 입법을 폐지하였고 이는 많은 유럽국가에 영향을 미쳤다. 그 결과 벨기에, 룩셈부르크, 네덜란드, 이탈리아의 일부에서 중세적 형법은 사라지게 되었다. 이와 같은 과정 속에서 유럽 전역에서 유럽인권협약에 선언된 “인권”에 의해 동성애에 대한 비범죄화는 직접적으로 영향을 받게 되었다.

이후 1980년대에 노르웨이를 시작으로 덴마크, 스웨덴, 아일랜드, 프랑스, 1990년대에 네덜란드, 핀란드, 슬로베니아, 스페인, 룩셈부르크 등 유럽각국에서 동성애적 성적 지향성을 인종 등의 차별금지 조항에 삽입함으로써 동성애자에 대한 반차별입법을 하였다.¹³⁾

중세적 형법이 점차로 사라지고, 성적 지향성에 의한 차별에 대한 반차별입법 제정 경향의 증가, 동성애자의 드러냄(coming out), 자녀양육을 하는 동성커플의 증가, 동성커플이 부모가 됨을 가능하게 하는 의학의 발달 등 사회

Journal of Family Law 62(2000), p.63.

13) 예컨대, 프랑스는 1985년 이후 형법(Art. 225-1, 2)에서 “고용, 공적, 사적 영역에 있어서 성적 지향성을 근거로 한 모든 차별은 금지된다”고 규정하고 있다. 노르웨이 형법(Section 349a)은 상업 또는 이와 유사한 행위에 있어서 동성애자라는 이유로 판매 및 서비스를 거절하는 것을 불법으로 규정하고 있다. 스웨덴 형법(chapter 16 paragraph 9)은 노르웨이와 유사한 규정을 두고 있다. 네덜란드의 경우에는 동성애자의 차별금지가 헌법에는 명시되어 있지 않지만, 헌법 제1조에 의해 보호되는 것으로 해석되고 있고, 1992년에는 형법(Articles 137c, d, e, and f)에서 동성애자에 대한 차별을 보호하고 있다. 룩셈부르크 형법(Luxemburg Penal Code) 제444조와 453조 내지 453조에서는 성적 지향성에 의한 적대행위나 차별을 금하고 있다(The International Lesbian and Gay Association, World Survey : http://www.ilga.org/Information/Legal_survey/ilga_world_legal_survey%20introduction.htm).

의 전반적인 변화와 발달은 1980년대 후반부터 동성애자를 억압한 중세적 혼인 원칙에 대해서 주된 관심을 가지게 하였다. 이러한 영향으로 독일, 네덜란드를 포함한 일부 유럽국가에서 동성커플의 완전한 법적 혼인을 주장하기 시작하였다. 법적으로 이들은 성공하지는 못했다. 그러나 정치적으로 동성애자 운동과 대중선전의 측면에서 주의를 끌게되었다.¹⁴⁾

드디어 1989년 유럽에서는 덴마크가 세계최초로 동성커플을 합법화하는 “동성커플 등록에 관한 법률(Law on Registered Partnership; Act 372 of 1989)”을 제정하기에 이르렀고, 이 법에 따라 부부관계, 친자관계, 상속, 사회복지, 세금, 연금 등의 영역에서 동성커플을 보호하고 있다. 그러나 자녀를 양육할 수 없으며, 교회에서 결혼식을 거행할 수 없다. 덴마크의 동성커플 입법의 영향으로, 유럽의 노르웨이(1993), 스웨덴(1995), 아일랜드(1996), 네덜란드(1998), 프랑스(1999), 독일(2000) 등에서도 동성커플의 권리를 보장하는 입법을 하기에 이르렀다.

2000년 12월 드디어 유럽연합의회에서도 권리장전(Charter of Fundamental Rights of the European Union) 제21조(차별금지)에 “성별, 인종, 민족, 유전적 형태, 언어, 종교 또는 믿음, 정치적 혹은 기타 견해, 소수자, 재산, 출생, 무능력, 나이 또는 성적 지향성에 의한 모든 차별은 금지된다”고 규정¹⁵⁾함으로써 동성애자의 성적지향성에 의한 차별금지를 명문화하였다.

이러한 유럽전역에의 동성커플 보호입법 제정 영향으로, 스웨덴은 2002년 6월 그동안 금지되었던 동성커플의 자녀 입양을 인정하는 법안을 통과시켰다. 독일의 경우에는 2002년 7월 많은 논란 끝에 독일연방헌법재판소는 동성커플등록에 관한 법(life partnership)에 대해 합헌판결을 내렸다. 독일연방헌법재판소는 “이 법률은 헌법상의 혼인과 가정에 대한 특별보호조항에 위배되지 않는다”고 판결한 것이다.¹⁶⁾ 이 법은 동성간의 결혼을 허용하고, 상속과 건강보험 수급권 등 이성애 부부와 거의 동일한 권리를 보장하는 것을 그 내용으로 하고 있다.

14) Kees Waadijk, op. cit., pp.79~80.

15) Charter of fundamental rights of the European Union : Article 21(Non-discrimination) 1. Any discrimination based on any ground such as sex, race, colour, ethnic or social origin, genetic features, language, religion or belief, political or any other opinion, membership of a national minority, property, birth, disability, age or sexual orientation shall be prohibited (Official Journal C 364 18-DEC-00 001).

16) 독일의 기민-기사당 연합은 동성부부의 법적 권리를 인정하는 것은 “혼인의 순결성”을 규정하고 있는 기본법 제6조에 위배되는 것이라고 주장하면서 위헌심판을 제기했었다.

2. 미 국

제2차 세계대전 이전까지는 미국에서도 역시 유럽에서와 마찬가지로 동성애는 중대한 범죄로 취급되고 있었다. 그러나 제2차 세계대전 이후 미국에서 전국적으로 많은 동성애 옹호 단체들이 생겨나기 시작하였다. 미국에서 제2차 세계대전은 국가 전체로 보아 그리고 특히 동성애자들에게 있어 역사적 전환점이 되었다. 미국의 동성애자에게 있어 전쟁은 이전의 고립되어 있었던 동성애자들을 결합시켰고 크게는 동성애자들 스스로 자신에 대한 생각을 변화시켰다.¹⁷⁾ 이후 1950년경 매타친 협회(Mattachine Society), 1964년 샌프란시스코에 “개인권리를 위한 협회(The Society for Individual Rights: SIR)” 등이 설립되어 동성애자 인권운동을 주도해 나갔다. 그러나 이 때에도 역시 동성애금지법은 계속 존재함으로써 동성애자에 대한 억압은 유지되고 있었다.

이러한 환경 속에서 1969년 6월 27일 미국 뉴욕에서 동성애자의 실질적 인권운동을 촉발하는 사건이 발생한다. 뉴욕경찰은 맨하탄 Greenwich Village에 위치한 『Stonewall Inn』이라는 게이바를 급습하였고 대부분 동성애자였던 그 술집의 고객들은 경찰의 급습에 항거를 하였다. 여기에서 스톤월 항쟁이라고 알려진 3일 동안의 항쟁이 시작되었다.¹⁸⁾ 대부분의 동성애자 권리를 위한 활동가들이 이 사건을 근대 동성애자 인권운동의 시초로 인정할 만큼 이 사건은 동성애자의 인권운동에 커다란 영향을 미쳤다.

1960년까지 미국의 모든 주는 소위 동성애금지법(sodomy law)을 제정하고 있었는데, 이 법들은 남성 사이, 여성 사이 그리고 남성과 여성 사이의 모든 구강 및 항문 성교를 금하였다. 이것은 다수 서유럽국가의 그것과는 상당한 대조를 보인다. 예컨대, 1960년까지 유럽회의(Council of Europe)의 회원국인 23개국 중에서 적어도 12개국¹⁹⁾에서 동성간의 성행위의 금지를 철

17) Kevin Jennings/김길남·김호세·양지용 역, 『역사속의 성적 소수자』, 도서출판 이연문화, 1999, 129~130면.

18) Patricia A. Cain, “Litigating for Lesbian and Gay Right: A Legal History”, 79 Virginia Law Review 1551, p.1580(스톤월 항쟁의 자세한 내용에 대해서는, Kevin Jennings, 전거서, 193~212면; 윤가현, 『동성애의 심리학』, 181~183면 등 참조).

19) 그 12개국은 다음과 같다. 벨기에, 덴마크, 프랑스, 아일랜드, 이탈리아, 룩셈부르크, 네덜란드, 포르투갈, 스페인, 스웨덴, 스위스, 터키(Peter Tatchell, 『Europe in the Pink: Lesbian and Gay Equality in the New Europe』 GMP Publishers:

폐한 것은 그 대조적 입장을 잘 나타내 준다.

즉 미국은 이 당시만 해도 어떠한 주도 동성애금지법 개정을 반대할 수 있는 증거를 제시하지도 않으면서 범죄화라는 철의 장막 뒤에 위치하고 있었다. 이러한 동성애금지법이 비록 법적 실효성은 거의 없었지만, 이들 법의 존재는 고용·서비스·자녀양육 등의 분야에서 판사나 입법자에 의해서 성적 지향성을 이유로 한 차별을 정당화하기 위해 사용되어 왔다.

미국에서의 동성애금지법과 관련한 입법적 개혁의 과정은 1955년 미국법률협회(American Law Institute)의 임시적 권고에 의해서 발단되었다고 보여진다. 이 협회에서 주장한 것은 모든 개인적 합의에 의한 성인(成人)의 성행위는 비범죄화되어야 한다는 것이었다.²⁰⁾ 미국에서 구강 및 항문 성교를 비범죄화한 첫 번째 주는 1961년 일리노이주에서였다. 다음으로 1969년에 코네티컷주, 1970년대에 20개 주가 뒤를 이었다. 1983년 위스콘신주의 비범죄화 이후에는 더디고 어렵게 입법개정은 이루어졌다. 그리고 10년이 지나고 나서야 1993년 네바다주와 콜럼비아 특별구(D.C.; District of Columbia)에서 동성애금지법을 무효화하였다.²¹⁾

그러나 미국의 동성애행위에 대한 기본권 인정은 유럽과 비교하여 매우 냉정한 것이었다. 유럽인권재판소가 이미 판결로서 동성애자의 동성애행위를 사생활 자유로서 인정한 것과는 너무나 대조되는 것이었다. 이것을 가장 대표적으로 나타낸 것이 그 유명한 1986년 미국연방대법원의 Hardwick 판결이다.²²⁾ 이 판결에서 연방대법원 다수의견은 “연방대법원의 선례는 ‘질서화된 자유라는 개념에 함축되어 있는(implicit in the concept of ordered liberty)’, 그리고 ‘미국민의 역사와 전통에 뿌리깊은(deeply rooted in this Nation’s

London, 1992, p.130).

20) Nan Hunter, Sherryl Michaelson, and Thomas Stoddard, 『The Rights of Lesbians and Gay Men: The Basic ACLU Guide to a Gay Person's Rights』, Carbondale III, Southern Illinois University Press, p.128.

21) Lesbian/Gay Law Notes, Lesbian and Gay Law Association of Greater New York, 1993, p.18, p.48, p.75.

22) 1982년 8월 Michael Hardwick은 그의 집 침실에서 다른 남자와 동의하여 동성애 행위(crime of sodomy)를 하던 중 경찰에 의하여 체포되었고, 12시간의 감금형을 받았지만 나중에 제1심재판소(Municipal Court: 경미한 범죄를 처리하기 위한 주의 제1심재판소)에서 형이 취소되었다. 여기에서 검찰은 Hardwick을 정식으로 기소하지는 않았다. 이것을 계기로 Michael Hardwick은 연방지방법원에 조지아주의 비역금지법(O.C.G.A. §16-6-2)(1984)이 위헌이라는 판결을 구하는 소송을 제기하였다.

history and tradition)' 자유에 포함되는 권리를 보호한다. 이 모두는 동성의 하의 동성애 행위를 할 권리는 동성애자에게까지 확대되지 않는다는 것을 명확히 하고 있다"고 판시하였다.²³⁾ 이어서 다수의견은 "법은 끊임없이 도덕적 관념에 기초하고 있다. 그리고 필연적으로 도덕적 선택을 대표하는 모든 법들이 적법절차조항에 따라 무효화된다면 법원의 판결은 매우 혼란스러워질 것이다. 동성애의 도덕성에 대한 다수의 감정은 불충분한 근거라고 주장하는 견해에 대하여 당 법원은 동의할 수 없다"고 판시함으로써 동성애행위가 기본권의 범주 내에 포함될 수 없다고 한 것이다. 이 판결은 다음과 같은 점에서 많은 비판을 받고 있다. 우선 연방대법원의 다수의견은 성적 프라이버시권을 특별한 범주(가족, 이성간 혼인, 출산 등) 내로 제한하였다는 것과,²⁴⁾ 그리고 이러한 범주 내로 권리를 제한하는 것에 대하여 설명 가능한 어떠한 원칙도 제시하지 않았다는 것에 문제가 있었다. Hardwick 판결은 동성애자의 성적 프라이버시권에 대한 실제적 적법절차의 죽음을 알리는 종소리라고 해석되기도 하였다.²⁵⁾

Hardwick 판결 10년 후인 1996년에 미국의 연방대법원은 다시 동성애자의 기본권에 대하여 심사하게 되었는데 이 사건이 바로 *Romer v. Evans* 사건²⁶⁾이다. 이 판결에서 Kennedy 판사는 평등권의 입장에서 "콜로라도주가 의도한 바대로 법과 정책의 일반적 적용을 통해서 동성애자가 그 보호방법을 구할 수 있을지라도, 콜로라도주 헌법 수정 제2조²⁷⁾는 그들로부터 단순히 특별한 권리를 박탈하는 한도를 넘어서고 있다. 주의 명령에 의하여 동성애자는 사적, 공공영역에서의 인간교류 또는 인간관계에 있어서 소외집단이 되었

23) *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186(1986), at 192.

24) *Ibid.*, at 191.

25) Toni M. Massaro, "Gay Rights, Thick and Thin", 49 *Stanford Law Review* 45(1996), p.63.

26) *Romer v. Evans*, 116 S. Ct. 1620(1996)

27) "동성애, 레즈비언, 또는 양성애 지향성에 근거한 비보호 지위"(No Protected Status Based on Homosexual, Lesbian or Bisexual Orientation)라고 명명된 수정 제2조의 규정은 다음과 같다. "동성애자, 레즈비언, 또는 양성애자를 이유로 한 비보호 지위: 콜로라도주와 모든 산하 기관(any branches or departments) 그리고 그 부속기관, 정치적 부속기관(political subdivisions), 시 혹은 교육관할구는, 동성애, 레즈비언, 혹은 양성애적인 지향성·행위·실행·관계를 구성하거나, 아니면 이러한 것이 모든 개인 또는 집단에게 소수자 지위·우선할당·보호대상 지위·차별 등을 주장할 수 있는 근거가 되거나 권리를 부여하는 법률, 규칙, 조례, 또는 정책을 제정·수용·실행할 수 없다." COLO. CONST. Article II, §30b.

다. 이 조항은 동성애자로부터 차별에 의한 침해에 대한 특별한 법적 보호를 배척하는 것이다”²⁸⁾고 위헌 판결의 이유를 들었다. 한편, 이 판결에서 주목할 것은, 연방대법원이 동성애자를 ‘비도덕적’인 행위와 관련된 약물중독자 또는 매춘과 같은 집단이 아닌 “정치적으로 소외된 그룹”이라고 언급하였다는 사실이다. 즉 이 판결은 어떠한 입법행위가 소수자 그룹에게 특별한 무능력을 부과하는 경우에는 헌법이 이들을 보호하기 위해 개입할 수도 있다는 가능성을 보여주고 있다.

2000년 미국 버몬트주 대법원은 동성커플의 권리를 인정하는 판결을 내렸고,²⁹⁾ 이에 따라 바로 버몬트주 의회는 동성커플의 혼인을 인정하는 법률(No. 91. An Act Relating to Civil Unions)을 제정하기에 이르렀다. 이 법률은 동성커플에게 이성부부가 가지는 법적 혜택과 거의 동일한 권리를 부여하고 있다.³⁰⁾

IV. 한국의 동성애자 권리보호와 법제

1. 헌법상 동성애자의 기본권

이미 국가인권위원회법에서는 “성적 지향”에 의한 차별을 금지하고 있다. 그러나 그 어디에서도 동성애자에 대한 차별이 왜 금지되어야 하는지, 그 법적 근거는 무엇인지의 질문에 대한 답은 찾아보기 어렵다. 동성애자의 권리가 인권에 기초하고 있는 것이라면 그 권리보호의 근거는 당연히 헌법에 기초하여야 하는 것이다. 이러한 의미에서 동성애자의 헌법적 권리를 논의하는 것은 국가인권위원회법 뿐만 아니라 앞으로 제정될지도 모르는 동성애자 보호 관련 법률에 매우 중요한 법적 근거를 제공한다는데 그 중요한 의미가 있다고 본다.

28) *Romer v. Evans*, 116 S. Ct. 1620(1996), at 1625.

29) *Baker v. State of Vermont*, 744 A. 2d 864(Vt. 1999). 이 사건 이전에 미국에서는 하와이주 대법원의 *Baehr v. Lewin*(74 Haw. 530, 1993) 판결에서 동성혼인을 인정하는 판결을 내려 미국 동성애자에게 희망을 주는 듯 했으나, 미국 전체적으로 많은 반대를 불러 일으켰고, 결국 하와이주 의회에서 혼인법 조항을 “혼인은 두 사람의 남녀간에 이루어진다”고 개정함으로써 하와이주 대법원은 동성혼인을 인정하지 않았다. 이 사건에 대한 자세한 내용은 강달천, 전계논문, 159~164면 참조.

30) 버몬트주 동성애자 관련 판결과 입법의 자세한 내용은 강달천, 전계논문, 165~173면 참조.

(1) 동성애자의 성적자기결정권

헌법재판소는 개인의 성적자기결정권을 인정하면서 그 근거로서 헌법 제10조 인간의 존엄과 가치와 결합한 행복추구권을 들고 있다.³¹⁾ 또한 헌법재판소는 “이제 우리 국민은 자신이 스스로 선택한 인생관·사회관을 바탕으로 사회공동체 안에서 각자의 생활을 자신의 책임 하에서 스스로 결정하고 형성하는 성숙한 민주시민으로 발전하였다. … 바로 우리 헌법상의 인간상인 자기결정권을 지닌 창의적이고 성숙한 개체로서의 국민”이라고 판시하여³²⁾ 국민을 자기결정권의 주체로 인정하고 있다.

동성애는 성적 일탈도 아니며 사회적 비행도 아니다. 더구나 동성애자는 마약중독자와 같이 우발적인 성행동으로 특정 성행위에 중독된 사람도 아니며 병적 치료대상은 더욱 아니다.³³⁾ 즉 동성애는 이성애와 마찬가지로 단순한 내적 친밀감과는 또 다른 차원의 인간이 지니는 자연스러운 감정이며 욕구이다. 이러한 동성애자의 성적 지향성으로 인하여 동성애자를 자기결정권의 주체로서 인정하지 않는다는 것은, 곧 모든 기본적 인권의 이념적 출발점이자 모든 기본권 보장의 목적이 되는 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권과 그 본질적 내용까지 부정하게 되는 것이다.

그렇다면 기본권의 내재적 한계(헌법 제37조제2항의 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리)에 의해 동성애자의 권리를 인정하지 않을 수 있을 것인가? 기본권의 내재적 한계를 인정한다는 것의 의미는 “근원적이고 고유한 결합관계로서의 사회공동체” 속에서 인격의 존엄성 즉 인권의 가치와 사회의 본질적 가치가 치우침이 없이 완전한 의미를 온전히 유지하며 하나로 결합되어야 하기 때문에 국가는 개인의 인격의 발현과 문화의 건설을 위해 노력하여야 한다는 의미이다. 즉 개인의 기본권은 사회질서 속에서 타인과의 관계를 전제로 하고 있기 때문에 이것은 곧 기본권의 내재적 한계가 될 것이고, 국가는 개인의 기본권 행사에 관하여 이를 제한할 수 있는 정당한 근거를 갖게 되는 것이다.

31) 헌재 1990. 9. 10. 선고 90헌마82 결정; 헌재 1997. 7. 16. 선고 95헌가6 내지 13 결정.

32) 헌재 1998. 5. 28. 선고 96헌가5 결정.

33) 1987년 미국정신의학회는 동성애를 정신질환의 일종에서 제외시킴으로써 동성애는 이제 이성애와 마찬가지로 정상적인 성적 지향의 한 형태로 인정받고 있다(미국정신의학회, 『정신장애의 진단 및 통계편람 제4판: DSM-IV』, 도서출판 하나의학사, 1995, 36~38면).

그렇다면 과연 동성애적 성적 지향성이 사회질서를 어지럽히고 타인의 기본권을 해하는 것인가? 그러나 현재까지는 동성애자의 성적 지향성으로 인하여 동성애자의 행위가 위험하다거나 타인에게 해를 끼친다는 어떠한 것도 밝혀진 바가 없다. 다만 이 사회의 도덕률에 어긋나는 비윤리적인 행위이기 때문에 사회전반에 나쁜 영향을 미칠 것이라는 정도의 우려가 있을 뿐이다. 오히려 이 윤리적 측면에 있어서도 국내의 여러 조사결과를 보면, 이제는 사회적으로도 동성애자에 대한 편견을 바르게 바꾸자는 쪽으로 기울고 있다. 예컨대, 고등학교 교과서에서 동성애자가 AIDS를 전염시키는 변태성욕자라는 것을 삭제하게 되었다는 사실, 동성애 관련 영화인 퀴어영화의 상영 사실, 이미 젊은 층에서는 동성애에 대한 편견이 많이 사라졌다는 사실 등은 동성애 행위가 더 이상 도덕률을 침해하고 타인에게 심한 혐오감을 주는 것이 아니라는 것을 보여주고 있다.

결국 이성적이고 자발적인 결정을 내릴 수 있을 만큼 성숙한 둘 이상의 성인의 행동이 동성애자라는 사실 때문에 즉, 사회의 전통적 관습과 어긋난다는 사실, 출산·육아와 무관하다는 사실, 또는 한때 성적 일탈로 낙인찍혔다는 사실을 근거로 그들의 기본권을 제한할 수 없다.

(2) 동성애자의 평등권

“인간의 가치”와 관련해서는 정의상 모든 사람이 평등한 위치에 있지 않으면 안 된다. 그러나 현대사회는 다원화되었고 개인주의화 경향을 더욱 강하게 보이고 있다. 한편, 타인이 지닌 인간의 가치를 인정한다는 것은 어떤 측면에서는 자기와 동일하지는 않지만 다른 사람을 존중한다는 것이다. 즉 개개의 인간은 서로 다른 자질과 인격을 갖추고 있지만, 그에게 어떠한 권리가 주어졌을 때에 입법자가 충분히 반대할 만한 정책적 이유가 없다면, 똑같은 인간이라는 최소한의 자격과 함께 절대적인 권리를 누릴 수 있으며 존중받아야 함을 의미한다. 이제 헌법은 다원화 사회에서 전체적인 단일성을 보장하기 위해서가 아니라, 사회의 다양성을 보장하기 위한 기능을 다하기 위해서 일반 사회의 보편성과 각 개인의 개별성의 인정이라는 양 측면 모두를 고려하여야 한다. 나가서 헌법상 평등의 원칙이 소수자보호의 문제에 관련되는 한 더욱 밀접한 관련을 가져야 한다.

이러한 면에서 평등권을 논함에 있어서 “동성애자”와 “이성애자”를 비교한다는 것은 이미 그 의미가 사라졌다고 본다. 이것은 “동성애적 성적 지향성”이라

는 지표가 인간의 지능, 능력, 행위 등 모든 영역에서의 인간의 삶을 평가함에 있어서 차별받을 만한 아무런 단서를 제공하지도 않을뿐더러 이성애자의 그것과 비교하여도 아무런 차이가 없기 때문이다. 헌법론적으로 동성애자를 이성애자와 “다르게” 대우하기 위해서는 그 차별의 목적이 정당하여야 하며, 그 목적을 이루기 위한 수단도 실질적 관계에 있어야 한다. 그러나 동성애자를 차별하여야 하는 정당한 목적과 그것을 이루기 위한 수단은 이제 존재하지 않는다. 결국 단지 동성애자라는 이유만으로 헌법적 평등권 주체로서 제외될 수는 없는 것이다.

2. 국가인권위원회법상의 동성애 차별금지

국가인권위원회가 구성되고, 국가인권위원회법이 제정되기까지는 많은 우여곡절과 동성애자의 숨은 노력들이 있었다.³⁴⁾ 국가인권위원회가 구성되기 이전, 당시 “국가인권기구”의 구성과 “인권법”의 제정에 대하여 정부와 시민인권단체 등의 격렬한 의견 충돌이 있었고, 이러한 속에서 동성애자의 권리는 누구의 관심도 받지 못하는 그러한 것이었다. 그러나 동성애자 단체의 끊임없는 주장과 노력으로 지금의 국가인권위원회법에 차별금지의 유형 중의 하나로 “성적 지향”이라는 항목을 추가하여 동성애자의 권리가 보호받을 수 있게 되었다.

이렇게 2001년 5월에 공포된 국가인권위원회법(법률제6481호) 제30조는 “성적 지향”에 의한 차별을 평등권 침해의 차별행위 유형 중의 하나로 규정하였고,³⁵⁾ 드디어 11월 동법이 시행되면서 동시에 국가인권위원회도 출범하였

34) 동성애자의 인권운동에 관한 자세한 사항은 “한국동성애커뮤니티 10년간의 연대기”, Buddy 통권 20호(봄), 도서출판 해울, 2002, 16~29면 참조.

35) 제30조 (위원회의 조사대상) ②평등권침해의 차별행위라 함은 합리적인 이유없이 성별, 종교, 장애, 나이, 사회적 신분, 출신지역, 출신국가, 출신민족, 용모 등 신체조건, 혼인여부, 임신 또는 출산, 가족상황, 인종, 피부색, 사상 또는 정치적 의견, 형의 효력이 실효된 전과, 성적(性的) 지향, 병력(病歷)을 이유로 한 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 말한다. 다만, 다른 법률에서 특정한 사람(특정한 사람들의 집단을 포함한다. 이하 같다)에 대한 우대를 차별행위의 범위에서 제외한 경우 그 우대는 차별행위로 보지 아니한다.

1. 고용(모집, 채용, 교육, 배치, 승진, 임금 및 임금 외의 금품 지급, 자금의 융자, 정년, 퇴직, 해고 등을 포함한다)에 있어서 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위
2. 재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용에 있어서 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위
3. 교육시설이나 직업훈련기관의 이용에 있어서 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위

다. 그동안 동성애자에 대한 인식기반의 미약함과 국가기관의 무관심을 되돌아 보면, 동성애자의 차별금지에 관한 입법이라고 하는 것은 우리 사회의 인권의식이 한 차원 높아졌음을 의미하며, 이것은 그동안 동성애자들의 노력의 결과라 할 수 있다.

동성애자 차별금지 조항으로 인해 동성애에 의한 차별은 금지되며, 국가인권위원회는 국가인권위원회법 제30조제2항제1호 내지 제3호에서 규정하는 고용, 교육, 기타 영역에서 차별이 있다고 인정되는 경우 진정에 의하거나 직권으로 이를 조사하여 차별행위의 시정을 조정 또는 권고할 수 있다.

그러나 동성애자에 대한 차별금지조항에도 불구하고, 권리구제를 원하는 동성애자의 수가 많지 않음은 아직도 우리 사회가 동성애자에 대한 편견으로 자유롭지 않음을 보여주고 있다. 이러한 편견으로부터 벗어나 동성애자가 자유롭게 밖으로 드러낼 수 있게 된다면, 국가인권위원회법의 차별조항은 동성애자 인권보호에 지대한 공헌을 할 것으로 예상된다.

3. 청소년보호법시행령과 동성애 차별

청소년보호법시행령 제7조는 청소년의 보호를 위해 필요한 유해매체물의 심의기준을 정하면서 “동성애”를 근친상간, 변태성행위 등 또는 기타 사회통념상 허용되지 아니한 성관계로 규제하고 있다.³⁶⁾ 2002년 4월 영화진흥법 및 공연법의 개정으로 영상물등급위원회의 심의기준에서 “동성애”가 삭제되었지만, 아직 청소년보호법시행령에서는 동성애의 표현을 규제하고 있다. 이는 아직 사회적으로 비정상적 성행위로 묘사되고 있는 동성애가 누구나 쉽게 접근할 수 있는 인터넷 사이트를 통해 전달되는 특성 때문에 이로부터 판단능력이 부족한 일반 청소년을 보호하고자 하는 의도라고 보여진다. 그러나 청소년유해매체물의 심의기준으로 규정된 “동성애”는 그 문구 자체가 막연하고 추상적일 뿐만 아니라, 근친상간 등 비난가능성이 높은 행위와 동일하게 규제대상으로

36) 제7조 (청소년유해매체물의 심의기준) 법 제10조제3항의 규정에 의한 청소년유해매체물의 심의기준은 별표 1과 같다.

2. 개별 심의기준

가. 음란한 자태를 지나치게 묘사한 것

나. 성행위와 관련하여 그 방법·감정·음성 등을 지나치게 묘사한 것

다. 수간을 묘사하거나 혼음, 근친상간, 동성애, 가학·피학성음란증등 변태성행위, 매춘행위 기타 사회통념상 허용되지 아니한 성관계를 조장하는 것

하. 청소년에게 불건전한 교제를 조장할 우려가 있거나 이를 매개하는 것

열거되어 있어 그 자체로 동성애에 대한 부정적인 사회인식을 조장할 우려가 있어 위헌의 소지가 있다는 점³⁷⁾과 청소년을 보호한다는 명분하에 청소년이 가질 수 있는 성적체성의 하나인 동성애에 관해 청소년들이 정보를 접하고 자신의 정체성을 돌아볼 기회를 박탈하고 있다는 점³⁸⁾의 비판을 받고 있다.

2002년 8월 행정법원에서 동성애와 관련한 판결에서 청소년보호법상의 “동성애” 묘사와 관련한 판결이 있었는데, 법원은 동성애에 관한 언급을 회피함으로써 동성애 단체로부터 많은 비난을 받았다. 이 사건의 내용은 다음과 같다. 2000년 8월 정보통신윤리위원회는 동성애자 인터넷 사이트인 엑스존(exzone.com)이 청소년보호법시행령 제7조의 심의기준 중 ‘동성애를 조장하는 것’에 해당한다는 이유로 청소년유해매체물로 심의·의결하였고, 이어서 청소년보호위원회는 9월에 윤리위원회의 심의·결정에 따라 청소년유해매체물 고시를 함에 있어서 그 목록표상에 엑스존의 청소년유해매체물 결정 사유를 ‘음란’으로 하여 고시하였다. 2001년 1월 이 사실을 뒤늦게 안 엑스존은 이 결정 및 고시에 대하여 처분무효확인소송을 제기하면서, “청소년유해매체물 심의 기준의 하나로서 ‘동성애를 조장하는 것’을 들고 있는 바 이는 헌법 제10조에서 보장하는 개인의 인격권, 행복추구권의 내용으로 인정되는 성적자기결정권을 부당하게 제한하는 것이고, 동성애 조장만을 문제삼고 이와 관련된 내용만을 청소년유해매체물로 규정하는 것은 성적 지향을 이유로 한 차별로서 평등권을 침해하는 것이며, 또한 동성애에 관하여 의견을 표현할 수 있는 자유와 동성애에 대한 알 권리를 침해하는 것으로서 표현의 자유를 침해하는 것으로서 헌법에 위배된다”고 주장하였다.³⁹⁾ 그러나 법원은 판결에서 “피고 정보통신윤리위원회가 심사대상으로 삼은 엑스존의 게시물을 보면 그 게시물이 청소년보호법 제10조(청소년유해매체물의 심의기준)와 법 시행령 제7조에 규정된 [별표 1]2.가.나.다.하.에 규정된 심의기준에 해당되는지 여부에 관하여 보는 사람에 따라 의견이 구구할 소지가 있는 것으로 판단되고, 따라서 설령 객관적으로 엑스존에 음란성 정보가 포함되지 있지 않다거나 혹은 일부 음란성 정보가 있더라도 이를 이유로 청소년유해매체물로 결정·고시함은 과잉금지의 원칙에 위반된다고

37) 이석태, “성적지향에 근거한 차별과 대책 - 동성애 인권보호를 위한 입법의 필요성”, 『성적소수자: 차이, 차별, 인권』, 서울대학교 BK21 법학연구단 공익인권법센터 제3차 학술세미나 자료집, 2002. 10. 7, 15면.

38) 한채윤, 전계논문, 6면.

39) 서울행정법원 2002. 8. 14 선고, 2002구합1519 판결.

하는 원고의 주장 사유가 그대로 인정되더라도 그러한 하자는 중대할지라도 객관적으로 명백하다고 할 수 없으므로, 그러한 사유는 이 사건 처분의 취소 사유에 해당할 뿐이지 당연무효 사유는 아니라고 봄이 상당하다”고 판시하여 엑스존의 주장을 받아들이지 않았다. 결국 법원은 동성애 사이트 엑스존의 주장을 인정하면서도, 청소년보호법시행령상의 “동성애” 규정에 관한 위헌성 여부에 관한 언급을 회피하였다. 이 판결에서 법원은 “당연무효 사유에 해당되지 아니한다”고 판결할지라도 여기에서 동성애 사이트가 주장하는 바의 본질을 파악하고 그에 대한 입장을 밝혔어야 했다. 즉 동성애자들이 이 판결로부터 얻고자 하는 답은 처분의 “취소사유” 또는 “당연무효”에 대한 이유가 아니라 동성애자의 표현의 자유에 관한 법원의 태도 여부였을 것이다.

그리고 국가인권위원회법 제30조제2항의 “성적 지향”에 의한 차별금지에 비추어 보더라도 청소년보호법시행령 제7조에서 동성애를 혼음, 근친상간 등과 같이 사회통념상 허용되지 아니하는 성관계를 조장하는 것으로서 규정하고 있는 것은 동성애 차별금지의 취지와 모순관계에 있음이 명백하다. 따라서 우선적으로 동성애로부터 청소년을 차단하는 규정보다는 청소년과 동성애자를 동시에 보호할 수 있고, 청소년이 동성애를 충분히 이해할 수 있도록 하는 법적·제도적 대안의 제시가 필요하다.

한편, 2002년 7월 27일 헌법재판소는 현행 전기통신사업법 제53조가 공공의 안녕 질서 또는 미풍양속을 해치는 것으로 규정한 “불온통신”의 개념이 표현의 자유를 침해하는 위헌조항이라는 결정을 내렸다. 이에 따라 정보통신부는 이를 구체화하는 내용의 개정 법률안을 입법예고하였는데, 이 개정안은 금지대상으로 규정한 “불온통신”을 “불법통신”이라는 용어로 대체하였다.⁴⁰⁾ 정보통신부는 이를 동성애와 관련하여 “현행 전기통신사업법상 단속대상이었던 불온통신의 개념이 개정안에서는 형법과 청소년보호법 등에서 불법으로 규정하고 있는 내용으로 구체화되었으나, 불법 여부에 대해 논란의 여지가 있는 “동성애”, 징집거부, 진보적 통일방안 등의 내용을 다루는 사이트는 금지대상에서 제외했다”고 밝혔다.⁴¹⁾ 이 법률 개정안은 오는 11월 국회에서 통과될 전망이다

40) 개정안 제53조 (불법통신의 금지 등) ①전기통신을 이용하는 자는 다음 각호의 전기통신을 하여서는 아니된다.

5. 청소년보호법에 의한 청소년유해매체물로서 상대방의 연령확인, 표시의무 등 법령에 의한 의무를 이행하지 아니하고 영리를 목적으로 제공하는 내용의 전기통신

41) 세계일보, 2002. 7. 31.

고, 이로 인하여 동성애자 사이트에 관한 불법성 여부 논란은 청소년보호법시행령의 폐지 주장과 더불어 앞으로도 계속될 전망이다.

4. 동성애자 권리보호의 방향제시

우리 사회에서는 동성애자의 권리를 보호하는 법률적 장치가 완벽하다 할지라도, 이성애주의에서 비롯되는 동성애자에 대한 편견과 멸시와 혐오로 인해 동성애가 용납되지 않는 사회이기에 동성애자 스스로 동성애자임을 밝힘으로써 법적 보호를 받을 수 있도록 하는 제도적 장치가 필요하다. 즉 동성애자를 변태 정도로 인식하는 이성애자의 잘못된 편견을 바로잡을 수 있도록 “동성애자의 드러내기”에 대한 억압부터 제거할 수 있어야 한다.⁴²⁾ 물론 이러한 이성애자의 억압을 벗어나고자 많은 동성애자 단체에서 적극적으로 동성애자 정체성을 바로 알리기 위한 세미나와 문화행사 등을 개최하고 있지만, 그래도 동성애자에 대한 편견은 깨어지기 어려운 것이 현실이다.

이 때문에 이 분야의 전문가 및 동성애자들은 실태조사 및 인권교육의 중요성을 강조하고 있다. 또한 교육적·행정적 차원의 해소방안으로서 교과서 내 동성애 차별 문구의 삭제와 성적체성에 관한 올바른 교육을 위한 교과과정의 개정,⁴³⁾ 그리고 검찰·경찰, 변호사·판사·국가인권위원회에게 동성애 차별의 문제를 편견없이 올바르게 해결할 수 있도록 지침이 되는 가이드라인을 제작하여야 한다는 의견을 제시하고 있다. 이는 성적 소수자들이 불이익과 차별을 시정하려는 노력을 기울임에 앞서, 그 과정에서 폭력과 놀림, 부당한 대우와 불쾌한 시선 및 언행들을 경험하게 되고 상대가 공정한 판단을 내려줄 것이라는 믿음이 없으면 절대 피해사례를 고발하지도 않을 것이라는 염려 때문이다.

42) 동성애자의 드러내기에 억압은 이성애자가 생각하는 것 이상으로 어려운 것으로 보인다. 이를 두고 동성애자는 “이성을 향하지 않은 사랑이든 욕망이든 성행위이든 폭로나 들킴을 당하면 사회적으로 매장될 것이라는 위협을 항상 느끼도록 하는 것이다. ... 성적 소수자들은 자신의 정체를 드러냈을 때 어떤 일이 벌어질 것이라는 것을 상상하고 미리 두려움에 떨게 된다”고 표현한다. 동성애자의 “드러내기에 대한 억압”에 대하여는 한재운, 전개논문, 7~9면.

43) 예컨대, 지금도 백과사전 등에서는 동성애를 “개요: 이상성욕 중에서 성애(性愛)의 대상으로 동성을 택하는 성대상도착(性對象倒錯)”이라고 정의하고 있다. 기타 ‘국민윤리’, ‘교련’, ‘성과 행복’ 등의 교과서에도 동성애 차별문구를 포함하고 있다. 2003년 3월 20일 고려대 동성애자 모임 <사람과 사람>, 동성애자 인권연대, 서울대 이반모임 <마음 006> 등 5개 동성애자 단체는 국내 사전에 수록된 동성애자 차별적 내용과 단언에 대한 실태조사 발표를 하고 국가인권위원회에 진정서를 제출한 바 있다.

그리고 동성애자 권리보호 주장자들은 이러한 노력들과 함께 동성애 차별에 관계된 청소년보호법시행령 제7조의 폐지, 동성애자에 대한 적극적 보호 입법, 동성혼인인정법 등의 제정을 동성애자의 권리보호 대책으로 제시하고 있다.⁴⁴⁾ 미국의 경우 동성애자 혐오 등에 의한 범죄를 방지하기 위하여 워싱턴 D.C.와 캘리포니아주, 미네소타주, 버몬트주, 미주리주 등을 포함하여 27개 주에서 동성애 혐오범죄를 처벌하는 입법을 가지고 있다.⁴⁵⁾ 캘리포니아주의 경우 각 개별법에서 동성애자의 고용, 주거, HIV/AIDS 반응상태, 생존배우자 등에 있어서의 차별을 금지하는 입법을 하고 있다.⁴⁶⁾ 그러나 우리나라에서는 아직 동성애자의 드러냄에 어려움이 있기 때문에 상대적으로 동성애자 혐오에 의한 범죄 발생이 적다. 이 때문에 동성애 혐오범죄를 처벌하는 입법이 별도로 꼭 필요한 것인지의 여부는 논의의 여지가 있다고 하는 견해⁴⁷⁾와 동성애자 혐오범죄가 적긴 하지만, 적극적 예방과 보호차원에서 또는 상징적 차원에서의 국가의 동성애자 보호에 대한 의지를 보인다는 면에서 도움이 될 수 있을 것이라는 주장⁴⁸⁾도 있다.

동성애자가 혼인의 권리를 주장하기에는 전통적 가족제도에 익숙해져 있는 우리 사회의 우려가 너무 크다고 보여진다. 즉 동성부부로 인하여 역사적 가족제도가 뿌리째 흔들릴 수 있으며, 사회혼란이 야기될 수 있다는 심한 반발로 인해 동성애자가 혼인의 권리를 주장하기에는 아직 어려워 보인다. 동성애자의 권리를 옹호하는 일각에서는 조심스럽게 동성혼인을 인정하는 것이 바람직하다고 주장하고 있지만, 한국적 상황에서 동성혼인의 인정이 어려울 것이라고 전망하고 있다. 유럽과 미국 등에서도 동성커플의 혼인을 인정하는 입법을 하고 있지만, 이들 사회에서도 아직 많은 논란이 계속되고 있다. 그러나 무조건 동성부부의 권리를 부정할 수 없는 측면이 있기 때문에, 이성간 부부 또는 동성간 부부인지의 여부를 가리지 아니하고 한 인간으로서 누려야 할 당연한 법적 보호를 인정하는 방안이 모색되어야 한다. 예컨대, 중혼금지, 재산분할청구권 등은 동성커플도 가질 수 있는 당연한 권리라 할 수 있다. 동성커플의 권리·의무에 대해 아무런 법적 근거가 없다는 것은 어쩌면 동성애자 권

44) 이석태, 전계논문, 22면; 한채운, 전계논문, 10~11면.

45) 미국 '국가동성애자대응협회(National Gay and Lesbian Task Force) 사이트 <http://www.ngltf.org/downloads/hatecrimeslawsmap.pdf> 참조.

46) 미국 각 주의 동성애자 보호입법에 관하여는 <http://www.hrc.org/> 참조.

47) 이석태, 전계논문, 23면.

48) 한채운, 전계논문, 12면.

리를 오히려 보호하지 않는 것이 될 수도 있기 때문에 사회적 갈등을 최소화 하면서 동성커플의 권리를 보호할 수 있는 법적 근거가 필요하다고 본다.

V. 결 론

우리 사회에서 동성애자의 문제는 이제 더 이상 음지에 묻어둘 수 있는 그런 문제가 아니다. 이미 동성애자들은 자신들의 권리를 주장하는 목소리를 내기 시작하였고, 언론매체에의 등장, 그들의 문화행사 등으로 이들의 존재는 사회 전반에 걸쳐 인식되기 시작하였다. 그래서 동성애자를 보호하여야 한다는 사회 일각의 주장도 제법 나타나고 있다. 그러나 아직도 우리 사회는 동성애자에 대하여 관대한 것처럼 보이지만, 대부분 이성애자 중심 사회의 밑바닥에 깔려 있는 동성애자들에 대한 편견과 멸시는 버려지지 않고 있는 것이 사실이다.

동성애자의 성적 지향성은 그들이 스스로 포기할 수 있는 아니고, 그것의 포기를 강요당할 수 있는 성질의 것은 더욱 아니다. 이성애자들이 자신의 성적 지향성을 포기하지 못하는 것과 마찬가지로이다. 단지 성적 지향성이 다르다는 이유만으로 인간존엄성을 침해당하거나 불평등한 대우를 받지 않아야 한다는 것은 우리 헌법의 정신과 일치하는 것이다. 국가인권위원회법의 동성애자 차별금지는 이러한 헌법 정신에 근거한 것이라고 본다.

따라서 동성애자의 법적 권리보호가 제대로 이루어지기 위해서는 사회의 소수이고 약자인 동성애자를 더 이상 색안경을 끼고 냉소적으로 바라보아서는 안 될 것이다. 이를 위해서는 동성애자에 대한 편견을 깰 수 있고, 동성애자의 드러내기가 자연스럽게 이루어질 수 있는 인권교육과 실태조사 등이 이루어져야 한다. 그리고 이것을 바탕으로 하여 법적 차원에서의 동성애자 권리보호를 위한 국가인권위원회의 기능강화, 동성애자에 대한 혐오범죄 금지, 동성혼인 인정 등 모든 분야에서 구체적이고 실현가능한 입법이 이루어지도록 노력하여야 한다.

이렇게 이들의 문제에 사회적 관심을 기울이고 이것을 공론의 장으로 끄집어내는 것은 매우 중요한 일이다. 사회적 소수의 약자의 문제를 논의하는 것은 우리 사회의 성숙도와도 연결되는 일이기 때문이다.

Legal Protection of Homosexuals' Rights

Kang, Dal-Cheon*

The homosexual issues were uncommon in Korea. However, Korean society has changed in many ways about dealing with the issues of homosexuals and transsexuals that are coming out and their fundamental rights become hot issues.

A person's sexual orientation indicates whether he(or she) are emotionally or sexually attracted to the opposite sex, same-sex, or both sexes. A homosexual is a person who is attracted to the same sex. This sexual orientation is known as nearly impossible to change.

Because the right of sexual autonomy of homosexuals on the basis of the Constitution falls within the nature of fundamental right and equal protection, the government can not interfere with the right in any case. Further, National Human Rights Commission Act of 2001 provides that acts of unreasonable discrimination on the ground of sexual orientation is an act of violating the right of equality as guaranteed in the Constitution.

First of all, education and research(fact-finding survey) for protecting homosexuals must be preceded in Korea. With understanding homosexuals, the function of National Human Rights Commission should be strengthened along with an act of prohibiting hate crime based on sexual orientation, and acceptance of the same-sex marriage can be made a steady in advance.

* Senior Research Fellow, Korea Information Security Agency, Ph. D in law