

김태환. 2021. “성적지향에 기초한 차별에 관한 연구” 『인권연구』 4(1): 47-100.  
Kim Taehwan. 2021. “An Examination of the Discrimination on the Ground of Sexual Orientation” *Journal of Human Rights Studies* 4(1): 47-100.  
DOI: <http://www.doi.or.kr/10.22976/JHRS.2021.4.1.47>

[일반논문]

## 성적지향에 기초한 차별에 관한 연구

: 국내법 사례를 중심으로

김 태 환\*

한글초록

2007년 경부터 시도된 포괄적 차별금지법의 입법은 성적지향이라는 차별근거사유를 사이에 두고 많은 대립을 거쳐 좌절되어 왔다. 그러나 성적지향에 기초한 차별의 법적 개념과 차별의 실재에 대해서는 아직 많은 논의가 있지 아니하였다.

성적 지향이라는 개념을 정의함에 있어서는 ① 끌림의 대상으로서 성별, ② 육체적 또는 정신적 끌림, ③ 개인의 특성이자 행동양식, ④ 지속성이 필요하고, 결국 성적지향은 ‘이성, 동성 등 하나 이상의 성별에 정신적, 육체적으로 애정관계를 형성하고자 하는 개인의 지속적인 행동양식’으로 정의해볼 수 있다.

성별에 기초한 차별에 성적 지향에 기초한 차별 개념을 포함할 수 있는지에 관하여 미국 연방대법원 *Bostock v. Clayton County* 사건에서는, 성적지향과 성정체성을 근거로 하는 차별 개념에는 필연적으로 성별에 기초한 차별이 포함된다는 취지로 판단하였다.

성적지향을 기초로 한 공적영역의 차별과 관련하여, 공적 교육영역에서의 차별이 있는 경우 국가를 상대로 국가배상을 구할 수 있다. 공적 시설물에 대한 접근과 관련하여 차별이 있는 경우 행정처분의 집행정지, 취소를 구하거나 역시 국가배상을 구할 수 있다. 국가기관은 수사과정에서 지득한 개인의 사생활을 누설하지 않아야 할 것이고, 수사과정에서 인격을 모욕하거나 지득한 개인의 비밀을 누설하는 경우 공무상비밀누설죄나 명예훼손죄가 성립할 여지가 있다. 군복무과정에서의 차별과 관련하여, 국가는 군인의 권리를 보호하기 위한

\* 인천지방법원 판사

ISSN 2635-4632

여러 제도를 마련해두었으나 지휘관 등의 직무상 잘못으로 인하여 차별이 발생하는 경우 국가배상의 대상이 될 수 있다. 가족구성권 침해에 따른 차별과 관련하여, 우리법제상 동성 커플의 결합을 혼인으로 볼 수 있을지에 관하여 문언의 해석으로는 가능하지 아니하나, 자유권, 평등권의 측면에서는 인정의 필요성이 크고, 다만 사법부의 적극적인 해석이 가능한지에 대해서는 반론이 있을수가 있으나 가능할 것으로 보인다.

차별금지법안에 따르면 공적 영역의 차별 구제수단으로 국가인권위원회에 대한 진정과 시정명령, 임시조치, 적극적 구제조치 등의 수단이 있을 것으로 보인다.

사적영역의 차별과 관련하여서, 사적 자치도 법질서 하에 제한이 가능하고, 사적 영역에서의 차별 금지를 통해 사회공동체의 유지와 존립에 기여한다는 점에서 사적 영역의 차별을 금지할 필요가 있다.

성적지향을 근거로 고용관계에서의 차별이 있는 경우, 고용 등의 영역에서는 성적소수자의 권리실현에 장애가 있거나 미흡해서는 안된다. 성적지향을 근거로 한 괴롭힘이 있는 경우, 손해배상책임을 부담하고, 형법상 명예훼손죄의 죄책을 지게될 수 있다. 종교재단인 사학이 성적 지향을 기초로 징계를 한 경우, 우리 법원은 ‘학생이 동성애를 옹호하는 피켓을 설치하는 등의 행위를 하였다는 이유만으로 학교가 사회로부터 받는 객관적 평가가 침해되었다고 보기 어렵다’고 판시하였다.

사적 영역에서의 차별 구제수단과 관련하여, 차별행위에 대한 형사처벌은 형사법의 보충성 등에 비추어 적절하지 아니하다. 다만, 혐오범죄 내지 중요범죄의 경우 양형요소로서 기능할 여지가 있다.

미국 연방대법원은 최근 *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission* 사건에서 종교의 자유와 차별에 관하여 판시한 바 있다. 종교 행사의 자유가 차별에 해당하는지에 대한 판단 기준과 관련하여, 물품의 제공이나 용역에 있어서 개인의 창조나 표현행위를 필요로 하고, 그러한 창조나 표현행위의 내용을 구성함에 있어 차별사유가 결정적 역할을 하는 경우에는 차별행위의 금지를 통해 개인의 신앙활동에 반하는 표현을 강요할 여지가 있으므로, 차별 여부를 판단하는데 신중하여야 한다. 고용관계에서의 차별 또한 종교

요소가 얼마나 필수적인지, 회사의 목적, 이윤 추구 여부, 규모 등을 고려하여 판단해야 할 것이다.

주제어: 성적지향, 차별, 차별금지법, 구제수단, 동성혼, 동성애, 성소수자

## 목 차

- I. 문제의 제기
- II. 성적지향과 차별의 개념 정의
- III. 차별의 개념과 차별요소로서의 성적지향
- IV. 공적 영역에서의 성적지향을 근거로 한 차별
- V. 사적 영역의 차별
- VI. 성적지향에 기초한 차별을 받지 아니할 권리와 종교의 자유와의 기본권 충돌의 문제: 미국 연방대법원의 웨딩케이크 사건, *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, 138 S. Ct. 1719(2018)에 기초하여
- VII. 결론

### I. 문제의 제기

UN 인권이사회는 2011년 6월 11일, 성소수자의 인권과 관련하여 “전 세계적으로 이루어지는 성적지향과 성별정체성에 근거한 폭력 및 차별에 대한 우려를 표시”하면서 성적지향과 성별정체성을 근거로 한 차별적인 법과 관행과 폭력에 관한 보고서를 작성하는 것 등을 내용으로 하는 “인권, 성정체성과 성별정체성”이라는 제목의 최초의 결의안을 채택하였다<sup>1)</sup>. 대한민국 또한 인권이사국의 회원국으로서 위 결

1) Human Rights Council resolution - Human rights, sexual orientation

의안에 찬성한 바 있다.

한편 성적지향은 성별, 피부색 등과는 달리 일견 외부로 드러나지 않는 그 특성 때문에 차별받는 특징임에도 다른 차별사유에 비하여 가시화가 쉽지 않고, 그에 따라 타자화가 쉬워 혐오, 괴롭힘, 모욕범죄 등의 피해를 당하기 쉽다. 또한 성소수자 당사자는 자신의 특성을 숨기고 생활해 나가기 쉽고, 차별이 반복될수록 스스로를 드러내지 않고 살아가는 생활양식을 택하게 될 가능성이 높아진다.

다만, 실제 성적지향이라는 개념이 법적으로 의미하는 바가 무엇인지, 성적지향을 기초로 어떠한 차별이 실재하는지에 대해서는 많은 연구가 있지는 않았던 것으로 보인다. 우리 현실 내에서 성적지향을 근거로 어떠한 영역에서 어떠한 차별이 이루어지고 있는지, 그리고 그에 대하여 구제기관으로서 법원, 헌법재판소 또는 국가인권위원회 등은 어떠한 방식으로 차별을 구제하고 있는지를 살펴보는 것은 추후 발생할 수 있는 차별을 예방하고, 사법부가 차별 사안에 대해서 어떻게 대응할 수 있을지, 입법부가 입법과정에서 어떠한 점을 유의하여야 하는지를 판단하는데 중요한 기준이 될 수 있다.

이 글에서는 성적지향에 기초한 차별에 대한 사례를 통한 검토에 앞서, 성적지향이라는 용어의 개념 정의를 살펴보고, 성적지향에 의한 차별을 성별에 기초한 차별 개념의 하나로 해석한 미국의 *Bostock v. Clayton County* 사건을 간략히 검토한다. 그리고 성적지향에 기초한 차별을 금지할 필요성, 그리고 실제에 있어 공적, 사적 영역에서 차별이 어떠한 방식으로 이루어지고 있는지를 우리 법원의 판례와 국가인권위원회의 결정례에 비추어 전반적으로 검토한다. 그리고 현재 첨예하게 대립 중인 종교의 자유와의 이익형량에 관하여 미국의 *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission* 판례에 비추어 살펴보겠다.

## II. 성적지향과 차별의 개념 정의

### 1. 성적 지향의 개념 정의

‘성적(性的)’이라는 단어의 문언적 의미는 남녀 간의 육체적 관계나 남성, 여성의 육체적 특징과 관련된 것<sup>2)</sup>을 의미한다. ‘지향(志向)’이란 어떤 목표로 뜻이 쏠리어 향함. 또는 그 방향이나 그쪽으로 쏠리는 의지<sup>3)</sup>를 의미한다.

한편 영미권 내에서 성적지향(sexual orientation)이란 ‘개인이 끌리는 성별과 관련한 성정체성, 이성애, 동성애, 양성애’라고 그 의미를 해석<sup>4)</sup>하기도 하고, ‘개인이 남성, 여성 또는 두 가지 성 모두와 성적인 관계를 갖는 것<sup>5)</sup>’을 의미한다고 보기도 한다. 어느 방향이건, 영미권의 해석에 있어서는 성적지향이라는 문언 자체가 포함하고 있는 의지의 요소는 포함하고 있지 아니하다.

성소수자 관련 국제인권 기준을 총 29가지의 원칙으로 나열하고 기술한 요그야카르타 원칙(2006년)<sup>6)</sup>에서는 성적지향의 개념에 관하여 “이성이나 동성인 상대나 여러 성에 대하여 정서적, 성적으로 강하게

2) 국립국어원 표준국어대사전

3) 국립국어원 표준국어대사전

4) A person's identity in relation to the gender or genders to which they are sexually attracted : the fact of being heterosexual, homosexual, etc. Oxford Languages

5) “the fact of someone preferring to have sexual relationships either with men, or with women, or with both”, Cambridge Dictionary

6) Yogyakarta Principles, 위 원칙은 국제 NGO와 국제인권법 전문가들이 만든 것으로서 국제법으로서의 규범적 효력을 갖고 있지는 아니하다. 그러나 위 원칙은 인권분야에 상당한 영향력이 있는 개인이나 집단이 작성하였을 뿐 아니라, UN 경제적, 사회적, 문화적 권리 위원회가 일반 논평에서 언급을 할 정도로 국제적으로 상당한 수준의 지위를 갖는 원칙이다. 상세한 내용은 <https://yogyakartaprinciples.org/>를 참조

끌리고 친밀하고 성적인 관계를 맺는 개인의 특성<sup>7)</sup>이라고 정의하고 있다.

## 2. 성적지향의 개념 정의의 필요 요소

### (1) 들어가기에 앞서

성적지향의 개념과 관련하여서는 이를 이성애, 동성애, 양성애 등으로 막연하게 인식하고 그 개념 하에 논의가 진행되는 경우가 대부분이고, 성적지향이라는 개념의 법적인 정의에 관하여 구체적으로 연구한 선행 논문은 필자는 아직 발견하지 못하였다. 차별의 근거로서 성적지향을 검토함에 있어서, ‘성적지향’이라는 용어 자체의 개념의 정의는 그 무엇보다 선행되어야 함은 달리 이론이 필요하지 않다. 따라서 제한적이기는 하나, 앞서 본 영미법의 개념, 그리고 국문상의 해석 개념 등의 요소를 고려하여 성적지향이라는 개념을 법률적으로 정의해보고자 한다.

앞서 본 국제적으로 통용되는 개념 정의 및 사전상의 용례 등에 비추어 볼 때, 성적지향이라는 개념을 법적으로 정의할 때 필수적으로 포함되는 요소는 다음과 같다고 보인다. 이는 ① 끌림의 대상으로서 성별, ② 육체적 또는 정신적 끌림, ③ 개인의 특성이자 행동양식, ④ 지속성이 그것이다. 아래에서는 각 항목에 대하여 상세히 본다.

### 나. 끌림의 대상으로서 성, 성별(sex, gender)

우선 끌림의 대상이 되는 성이라는 개념에 대하여 보자. 국립국어원의 표준국어대사전은 ‘성적’의 개념을 정의하면서 이 성을 ‘남, 녀’의 이분법적인 것으로 한정하고 있고, 이는 앞서 본 영미의 사전적 의미에서도 동일하다. 한편, 요그야카르타 원칙은 성적 지향에서 끌림

---

7) each person’s capacity for profound emotional, affectional and sexual attraction to, and intimate and sexual relations with, individuals of a different gender or the same gender or more than one gender;

의 대상이 되는 성에 관하여 ‘이성이나 동성인 상대나 하나 이상의 성<sup>8)</sup>’이라고 규정하여, 둘 이상의 성별의 존재를 전제로 한 개념으로 정의하고 있다. 남성 여성 외의 ‘다수의 성’이라는 개념은 생물학적 성별로서의 섹스(sex) 개념, 그리고 사회적 성별로서의 젠더(gender) 개념과 연관이 있다. 생물학적 성별(sex)로서는 남성, 여성 외에 간성이라는 성별이 있고, 그 외에 사회적 의미에서의 성별(gender)에 있어서는 사회적 의미로서의 남성, 여성 외에도 스스로의 성별을 사회가 일반적으로 부여한 성별의 특성 중 일부만을 받아들이는 경우인 논바이너리(non-binary) 등의 성별이 존재한다. 이러한 전제 하에 성적지향의 개념 정의에서는 끌리는 성별을 ‘이성, 동성 또는 하나 이상의 성’이라고 정의할 수 있을 것이다. 또한 끌리는 성별의 대상에 따라 이성에게 끌리는 경우 ‘이성애’, 동성에게 끌리는 경우 ‘동성애’, 둘 이상의 성에 끌리는 경우 ‘양성애’로 개념 정의할 수 있다.

## (2) 육체적 또는 정신적 끌림(attraction)

다음으로 육체적 또는 정신적 끌림이라는 개념에 대하여 보자. 개인의 성적 끌림을 구성하는 요소는 육체적 면과 정신적 면이 있을 수 있다. 누구나 어떠한 성에 끌릴수도, 끌리지 않을 수 있고, 끌리는 대상은 육체적인 면이나 정신적인 면 중 하나 혹은 그 이상이라 할 것이다.

끌림의 개념이란 무엇인가? ‘끌리다’란 ‘관심 따위가 쏠리다<sup>9)</sup>’는 의미이다. 인간의 성과 관련하여서는 ‘정신적, 육체적 친밀함을 갖고자 하는 욕구’로 정의해볼 수 있다. 그러나 성적지향이라는 개념 정의에 있어 친밀함에는 단순히 ‘호의적인 관계를 형성하고자 하는 욕구’만으로는 부족하고, 필연적으로 ‘사랑’, 또는 ‘애정’이라는 개념이 포함된다. 동성 내지 이성의 친구와 친밀한 관계를 형성하고 싶은 욕구, 동

8) 앞의 정의 규정 참조

9) 국립국어원 표준국어대사전

경하는 마음 등을 성적지향이라고 보기는 어렵다. 결국 성적지향의 개념 정의에서 ‘끌림’은 애정관계를 형성하고자 하는 개인의 욕구라고 정의할 수 있다. 즉, 육체적, 정신적 끌림이란 육체적이나 정신적으로 애정관계를 형성하고자 하는 개인의 욕구를 의미한다.

### (3) 지속적인 개인의 특성이자 행동양식

성적지향의 개념에는 지속성이 포함된다. 이는 성적지향이라는 개념이 개인의 ‘특성’ 내지 ‘행동양식’이기 때문에 그러하다. 그 기간의 장단이 개념 정의에 있어 필수적인 것은 아니지만, 어떠한 성별에 대한 ‘일시적’인 끌림, 또는 어떠한 성별을 가진 ‘특정 개인’에 대한 끌림만으로는 어느 특정 ‘성별’에 대하여 성적지향을 갖는다고 보기는 어렵다. 개인의 특성이자 행동양식이라는 개념과 관련하여 개인의 ‘의지’가 성적지향을 정의하는데 필수요소인지 여부에 대해서는 논의가 있을 수 있으나, 개인의 의지와 무관하게 끌림이라는 본능적인 요소만으로도 정의는 충족한다고 본다. 다만, 성적지향이라는 차별 요소는 외견상 드러나지 않고 내밀한 끌림이라는 정신적 요소가 주된 개념인 그 특성상, 결국 차별은 이러한 끌림이 행동으로 드러난 경우에만 가능하다. 결국 행동으로 드러나지 아니한 성적지향이라는 요소는 일반적인 의미에서 모욕이나 괴롭힘의 대상이 되는 경우는 별론으로 하고 차별의 대상이 되기는 어렵다. 다만, 행동으로 드러난 성적지향에 대한 직·간접적인 차별 외에도, 개인이 행위로 발현될 여지가 있는 성적지향을 ‘드러내지 말라’고 강요하는 행위는 괴롭힘이라는 차별의 개념에 포함될 수 있다는 점은 유의할 필요가 있다.

### (4) 소결론

앞서 본 바와 같은 각 요소의 정의를 종합해볼 때, 성적지향이라는 개념을 정의할 때 필수적으로 포함되는 요소는 다음과 같다. 우선 성적지향은 개인의 특성이자 행동양식으로서, 지속성을 갖는다. 성적 지



향의 문제는 ‘어떠한 성에 끌리는가?’의 문제이고, 그 끌림은 정신적(감정적), 육체적(성적)인 끌림을 모두 포함한다. 위 성적지향의 개념에 무성애를 포함하는 해석을 고려해본다면 ‘끌림’에는 ‘끌리지 않음’이라는 반대 개념도 당연히 전제되어 있다. 결국 성적 지향이란 ‘이성, 동성 등 하나 이상의 성별에 정신적, 육체적으로 애정관계를 형성하고자 하는 개인의 지속적인 행동양식’으로 정의할 수 있다.

### III. 차별의 개념과 차별요소로서의 성적지향

#### 1. 차별의 개념

대한민국 헌법은 제11조 제1항에서 “모든 국민은 법앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에서 차별을 받지 아니한다”고 규정하고 있다. 이러한 평등권 조항을 통해 우리 헌법은 국민에 대한 기회균등을 보장하고, 공권력이 자의적으로 발동되는 것을 금하고 있다.(허영, 2020: 360) 우리 헌법상의 차별대우금지에 차별사유로 제시된 ‘성별, 종교 또는 사회적 신분’은 일종의 예시규정으로 보는 것이 다수설이고, 위 법문에서 규정되지 아니한 사유로 인한 차별대우 또한 금지되고, 차별 사유를 근거로 다른 대우를 하는 경우 합리적인 사유와 기준이 있어야 한다. 이러한 점에 비추어보면, 성적지향으로 인한 다른 대우의 경우 그 차별심사 기준이 어떠한 것이건 간에 합리적인 근거와 기준이 없이는 허용되지 아니함은 당연한 결론이다.

우리 법상 차별의 개념에 대해서는 차별행위가 무엇인지에 대하여 정의를 하는 방식으로 이를 기술하고 있다. 이러한 차별행위의 유형은 차별의 대상이 되는 사람이 비교할만한 상황에 있는 다른 사람이 받는 것에 비해 불리한 대우를 받는(김명수, 2014) 직접차별, 다수의 집단에 동일한 기준을 적용하지만 사회적 고정관념·관행·제도·사실상의 차이 때문에 결과적으로 불평등이 발생하는 형태의 간접차별(성낙인,

2020: 1129), 직접차별적 요소와 간접차별 요소가 혼합된 복합차별, 차별 사유를 이유로 적대적·모욕적 환경을 조성하는 등 신체적·정신적 고통을 주어 인간의 존엄성을 침해하는 차별의 형태인 괴롭힘, 합리적인 이유 없이 특정 집단에 대한 차별행위를 표시·조장하는 광고를 하거나 이를 허용·조장하는 차별 광고 등을 들 수 있다.(홍성수, 2018: 18-20) 예를 들어 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률(이하 ‘장애인차별금지법’으로 약칭한다)의 경우 제4조에서 차별행위라는 부제 하에 직접차별(1호, 3호), 간접차별(2호), 차별광고(4호) 등으로 규정하고 있고, 제32조에서 괴롭힘을 금지하는 방식으로 괴롭힘을 차별 유형의 하나로 보았다. 다만, 고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률은 그 적용영역이 고용에 한하므로 따로 차별의 유형에 대한 정의는 하지 아니하고, 남녀고용평등과 일·가정 양립지원에 관한 법률은 2조 1호에서 직접차별과 간접차별을 차별의 정의로 기술하고 있다. 국가인권위원회법은 제2조 3호로 직접차별(가, 나, 다)과 성희롱 등 성적차별(라)을 규정하고 있다. 최근 발의된 차별금지법안<sup>10)</sup> 또한 직접차별(1호), 간접차별(2호), 성적차별(3호), 괴롭힘(4호), 차별광고(5호)의 방식으로 차별행위를 구분하고 있다.

## 2. 차별요소로서 성적지향과 차별금지의 필요성

성소수자의 심리적 건강은 이성애적 성정체성과 지향성을 가진 개인의 심리적 건강에 비하여 다양한 심리적 어려움을 겪고 있다고 널리 알려져 있으며, 성적소수자의 지향성을 지닌 개인의 자살 시도 비율은 이성애적 지향성만을 지닌 개인보다 연구에 따라 2~12배 높은 수준으로 보고되고 있다(김형지·김향숙, 2018: 185-220). 성적지향 또는 성정체성을 근거로 차별금지법을 제정하여서는 안된다는 형태의 입법 로비활동이 이루어지고, 학생인권조례의 “성적지향 등을 이유로 차별받지 않고 평등한 대우와 배움을 누릴 권리를 가진다”는 규정에

10) 차별금지법안(장혜영의원 대표발의), 2020. 6. 29. 의안번호 1116

대하여 “헌법 제36조 제1항에 반하여 동성애를 조장하는 규정이므로 무효”라는 이유로 무효확인을 구하는 소송<sup>11)</sup>이 제기되고 있기도 하다. 이러한 현실은, 역설적으로 실제 성적지향이나 성정체성을 원인으로 한 차별이 존재할 뿐 아니라 성적지향, 성정체성을 근거로 한 차별이 더욱 확산될 수 있음을 보여주고 있는바, 성적지향이나 성정체성을 기초로 한 차별 또한 성별, 장애 등 다른 차별 근거에 비교하여 결코 보호의 필요성이 낮지 아니하다.

### 3. 성별에 기초한 차별과 성적지향에 기초한 차별

우리 헌법은 제11조 제1항에서 ‘누구든지 성별...에 의하여...모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다’고 규정하고 있으며, 제36조 제1항은 ‘혼인과 가족생활은...양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다’고 규정하고 있다. 또한 이러한 헌법상 양성평등 이념을 실현하기 위하여 양성평등기본법을 제정하여 양성평등 이념을 실현하기 위한 국가와 지방자치단체의 책무 등에 관한 기본 사항을 규정하고 있고, 고용에서의 남녀의 평등한 기회와 대우를 보장하기 위하여 남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률을 제정하여 시행 중이다. 또한 차별행위를 금지하는 대표적인 입법 중 하나인 국가인권위원회법 또한 제2조 제3호에서 “평등권 침해의 차별 행위”에 대해서 정의하면서 차별의 근거로 ‘성별’을 가장 앞서 두고 있다. 즉, 우리나라에서는 공적영역에서든, 사적영역에서든 성별을 기초로 하는 차별을 금지하는 법안을 여럿 두고 있으며, 위 법은 성별에 기초한 차별을 막는데 여러 방식으로 많은 역할을 하고 있다. 이러한 차별 근거로서의 성별의 개념에 성적지향이 포함될 수 있을 것 인지가 문제된다.

최근 미국 연방대법원은 2020. 6. 15. *Bostock v. Clayton County*,

11) 광주지방법원 2016구합629 학생인권조례 제20조 제1항 성적지향 용어 법령위반 사건 등

Georgia 사건<sup>12)</sup>에서 민권법 제7편<sup>13)</sup>의 “‘성별’에 기초한 차별 금지” 조항에 관하여 ‘성별에 기초한 차별’ 개념에 ‘성적지향에 기초한 차별’이 문언의 해석상 당연히 포섭된다는 취지의 해석을 한 바 있다. 동성애자 당사자 및 성전환자 당사자가 자신들의 고용주를 상대로 해고가 민권법 제7편의 ‘성별에 기초한 차별’에 해당한다고 주장한 사건이다.

미국 연방대법원은 이에 대하여 성별이라는 개념이 남성과 여성의 생물학적 구분이라는 일반적인 해석의 전제 하에, 동성애자인 근로자가 동성에게 성적지향을 가진다는 이유로 해고하는 것은 다른 모든 요소에 차이가 없다고 할 때 반대 성의 이성애자 근로자라면 그 결정의 근거가 되지 아니할 요소(특정성별에 대한 성적지향)를 근거로 특정 성별의 근로자를 차별한 것이라고 보았다. 또한 성전환자의 경우 특정 성별을 가진 근로자가 반대되는 성별의 행동양식을 영위한다는 이유로 해고하는 것은 반대 성별의 경우라면 문제삼지 아니하였을 특성과 행위(성별에 따른 행동양식)를 근거로 특정 성별의 근로자에게 불이익한 처우를 한 것으로 보았다<sup>14)</sup>.

일반적으로 생각할 때 성별의 개념에 생물학적 남성과 여성의 구분 외에 성정체성이나 성적지향과 같은 개념이 포함되리라고 생각하기는 쉽지 않다. 이것이 보통의 문언에 따른 해석이다. 그렇지만 위 판례는 성정체성이라는 개념은 “개인의 성별(남, 여) + 어떠한 성별(남, 여)로의 자각”이라는 개념으로, 그리고 성적지향이라는 개념은 “개인의 성별(남, 여) + 어떠한 성별(남, 여)에 대한 성적 끌림”이라는 개념으로 해석함을 통해, 어떠한 개인 근로자가 후자의 요소는 동일함에도 전자의 요소가 다르다는 이유로 차별을 받는 경우 이를 성별에 기초한 차

12) Bostock v. Clayton County, Georgia, 140 S.Ct. 1731 (2020)

13) Title VII of the Civil Rights Act of 1964, 고용과 관련하여 인종, 피부색, 성별, 출신국가 또는 종교를 이유로 하는 차별을 금지하는 대표적인 차별금지법이다.

14) 위 판례의 다수의견, GORSUCH 대법관 집필, ROBERTS, GINSBURG, BREYER, SOTOMAYOR, and KAGAN 대법관.

별이라고 볼 수 있다고 판단한 바 있다. 이러한 해석은 우리법상 성별의 개념이나 양성평등 개념을 해석하는데 있어서도 참고할 수 있을 만한 해석이라고 생각된다. 특히 이러한 성정체성과 성적지향에 기초한 차별과 비교군으로서 “자녀를 가진 근로자”를 상정하고, “성별 + 자녀의 존재”라는 특질로 나누어 동일하게 자녀가 있는 경우에 성별에 따라 다른 처우를 하는 경우와 비교하는 방식의 설명은 참고할만하다. 성별 개념을 성정체성이나 성적지향까지 확대하지 아니하고도 문언의 해석상 성별에 의한 차별 개념에 성정체성 또는 성적지향에 의한 차별이 당연히 포섭된다고 하는 해석이다. 게다가 이러한 성정체성이나 성적지향에 대한 보호를 새로운 해석이 아닌 기존 범조항에 대한 전통적인 해석을 통해서 이끌어냈다는 점에서 주목할 필요가 있다.

성적지향을 성별의 개념에 포섭할 수 있을지의 문제는 우리 헌법재판소의 평등권의 심사기준을 결정하는데 있어서 큰 차이를 가져온다. 우리 헌법은 “헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우 엄격한 심사척도가 적용될 수 있다<sup>15)</sup>”고 보면서, 근로나 혼인과 가족생활과 같이 헌법이 양성평등보호규정을 두고 있는 영역에서 성별에 기초한 차별을 하는 경우 평등권 위반여부를 판단함에 있어 엄격한 심사기준을 적용하는데 반하여, 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있지 아니한 경우 합리적 심사기준에 따라 입법자의 입법형성권을 인정하는 평등권 위반의 심사를 하는바(성낙인, 2020: 378), 평등권 침해의 문제에 있어 심사기준이 달라질 여지가 있다. 성정체성을 근거로 하는 차별의 평등권 침해여부를 판단함에 있어서 주목할 만한 이론이라 생각된다.

15) 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363 제대군인지원에관한법률 제8조 제1항 등 위헌확인 사건 등

#### IV. 공적 영역에서의 성적지향을 근거로 한 차별

##### 1. 문제의 제기: 기본권 보호의 주체이자 기본권 주장의 상대방으로서의 국가

대한민국 헌법은 제37조 제2항에서 기본권의 제한은 법률로써만 할 수 있다고 규정하여 국가가 소극적 방어권으로서의 기본권을 제한하는 방식에 있어 그 내용과 형식에 제한을 두고 있을 뿐 아니라, 제10조 제2문에서 ‘국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.’고 규정하여 국가의 적극적인 기본권 보장 의무도 규정하고 있다. 국가 및 지방자치단체는 소극적인 의미에서 헌법이 보장한 기본권을 침해하지 아니하여야 할 뿐 아니라, 적극적인 의미에서 개인의 기본권을 보장할 의무를 부담하는 것이다. 이러한 국가의 헌법상 책무에 비추어볼 때, 국가 또는 지방자치단체가 차별행위의 적극적 주체가 되어서는 아니된다는 점은 명백하다.

아래에서는 성적지향을 기초로 한 차별의 각 유형 중 공적교육영역에서의 차별, 공적시설물 접근 이용권에 대한 차별, 수사기관의 수사과정에서의 차별, 군복무 과정에서의 차별과 가족구성권 침해에 따른 차별 등 관하여 실제 법원에서 문제되었던 국내, 미국의 판례 내지 국가인권위원회의 결정례를 바탕으로 검토해보겠다.

##### 2. 공적 교육과정에서의 사적 괴롭힘과 국가적 보호의 부재로 인한 차별: 부산지방법원 2011가합24176 판결

###### (1) 개요

고등학생이었던 A는 외모가 뚱뚱한 편이고, 목소리가 가늘어 여성의 목소리와 유사한 목소리를 내었다. 또한 여성용 장신구나 화장품을 사용하기도 하였다. 반 학생들의 일부는 여성스러운 행동을 하는 A를

놀리거나, 불쾌해하면서 욕을 하기도 하였다. A는 피고 B와 좋은 관계를 유지하던 중, A가 B에게 ‘나랑 사귀자, 키스하자’라는 내용을 적은 쪽지를 주었고, 이후 피고 B와의 말다툼 후 피고 B는 A에게 욕을 하는 등의 행위를 하였다. A는 그 후로도 일부 반 학생들로부터 놀림을 받았고 반 친구들을 향한 분노 등을 기재한 메모를 남기기도 하였다. 이후 피고 B는 교실에서 지나가다가 A의 몸에 부딪힌 것을 계기로 A의 얼굴을 때렸고, A는 가출을 하였다. 이후 반학우들의 괴롭힘이 계속되었고 무단조퇴를 하기도 하였다. 교사인 C는 A에게 무단조퇴의 경위서를 작성하도록 하였다. A는 가출 이후 등교를 하지 않은 채 방황하다가 자신의 집 지하실에서 허리띠로 목을 매어 자살하였다. A의 부모인 원고들은 부산시 교육청과 B를 상대로 손해배상의 소를 제기하였다.

## (2) 판단

가. 1심 법원의 판단-부산지방법원 2011가합24167

1심 법원은 A가 그의 동성에 성향으로 인하여 일정기간 반복적으로 반 학생들 중 일부로부터 적극적인 조롱, 비난을 당하였을 뿐만 아니라 소극적으로 소위를 당한 나머지 정신적 고통을 받았고, 그 고통이 고등학교 1학년인 A로서는 감내할 수 없는 정도에 이르게 되어 A가 자살에 이르게 되었다고 보았다. 동시에 A의 동성애적 성향으로 반 학생들과 어울리지 못하였다고 하더라도 그러한 사정이 괴롭힘을 정당화하는 사유는 될 수 없다고 판단하여, 지방자치단체인 피고 부산광역시에 대해서는 교사인 C가 이 사건 괴롭힘으로 인하여 A가 자살에 이르게 되리라는 점을 예측하거나 예측할 수 있었음에도 상황을 심각하게 받아들이지 못한 적극적 조치를 하였어야 함에도 이러한 노력을 하지 아니하였다는 이유로 교사인 C의 사용자로서의 손해배상 책임을 인정하되, 피고 부산광역시의 책임을 30%로 제한하여 원고들에게 1억 1000만 원의 지급책임을 인정하였다.

피고 B에 대하여는 A의 자살을 예견하거나 예견할 수 있었다고 보

기 어렵다는 이유로 위자료 지급 책임만을 인정하였다.

항소심<sup>16)</sup> 또한 위 1심 판결을 인용하였다.

나. 대법원의 판단-대법원 2013. 7. 26. 선고 2013다203215

대법원은 이에 대하여, 집단괴롭힘으로 인하여 피해 학생이 자살한 경우 자살의 결과에 대하여 교사의 보호감독의무 위반의 책임을 묻기 위하여는 피해 학생이 자살에 이른 상황을 객관적으로 보아 교사 등이 예견하거나 예견할 수 있었음이 인정되어야 하는데, 사회통념상 허용될 수 없는 악질, 중대한 집단괴롭힘이 계속되고 그 결과 학생이 육체적 또는 정신적으로 궁지에 몰린 상황에 있었음을 예견하거나 예견할 수 있었던 경우에는 피해학생이 자살에 이른 상황에 대한 예견 가능성도 있는 것으로 볼 수 있을 것이나, 집단괴롭힘의 내용이 이와 같은 정도에까지 이르지 않은 경우에는 교사 등이 집단괴롭힘을 예견하거나 예견할 수 있었다고 하더라도 이것만으로 피해 학생의 자살에 대한 예견이 가능하였던 것으로 볼 수는 없다는 취지의 대법원 판결(대법원 2007. 11. 15. 선고 2005다16034 판결)을 기초로, “A에 대한 반 학생들의 조롱, 비난, 장난, 소외 등이 허용될 수 없는 악질, 중대한 집단괴롭힘에 이를 정도라고 보기 어려우며, 자살을 암시하는 메모를 작성하기도 하였지만 자살을 예상할만한 특이한 행동을 한 적이 없으므로 이 사건 사고 당시 담임교사에게 망인의 자살에 대한 예견 가능성이 있었다고 인정하기 어렵다”고 판시하여 위 항소심 판결을 파기하였다.

다. 파기환송심의 판단- 부산고등법원 2012. 2. 12. 선고 2013나 51414 판결

파기환송심은 위 대법원의 판단과 같이 교사가 A의 자살을 예상할 수 없었음을 전제로, 자살로 인하여 A와 원고들이 입은 손해를 구하는 부분의 청구를 기각하였다. 동시에, 파기환송심에서 추가된 집단괴

16) 부산고등법원 2013. 2. 28. 선고 2012나50445 판결



롭힘에 대한 정신적, 육체적 고통에 대한 위자료 각 1200만 원의 지급의무만을 인정하였다. 다만, 파기 환송심은 성적 소수자의 차별과 관련한 문제가 오래 전에 대두된 것이고 관련 민간단체에는 성적 소수자에 대한 차별 문제를 대처하는 요령에 관한 책자가 있음에도 학교나 교육청이 이러한 문제에 관한 행동지침이나 교육자료를 전혀 두지 않은 점을 위자료 산정의 참작사유로 판시하였다.

### (3) 검토

공적 교육 과정에서의 보호의무 위반을 차별이라고 볼 수 있는가? 학생은 교육과정에서 자신의 성적지향을 이유로 동료들로부터 괴롭힘 등을 받지 아니할 권리가 있고, 교육책임자나 교육담당자는 교육 및 생활지도 과정에 있어서 차별행위의 대상이 될 수 있는 학생에게는 차별의 대상이 되지 않도록 적극적으로 학생들을 교육할 의무가 있다. 이는 교육과정에서 교사 등이 당연히 부담하는 의무이고, 이러한 의무를 이행하지 아니함으로 인하여 동료 학생들로부터 차별의 대상이 된 피해자가 있는 경우, 이는 동료 학생들만의 괴롭힘 차별이 아니라, 교육기관의 적극적 보호의무를 위반을 근거로 하는 차별이 된다. 지방자치단체가 설치·경영하는 학교의 교사가 보호·감독의무를 위반하여 차별이 발생하는 경우 교사는 이러한 보호감독의무 위반을 원인으로, 지방자치단체는 교사의 사용자로서 위 교사의 주의의무 위반에 대한 손해배상책임을 부담한다.

위 대법원 판례에 대해서는, 과연 담임교사에게 망인의 자살에 대한 예견가능성이 없었는가 하는 비판이 있을 수 있다. 위 사건에서 망인은 성적 지향 등을 원인으로 하여 동료 학생들로부터 단순히 소극적으로 소외만 당하고 있던 상황이 아니고, 적극적으로 조롱, 비난을 넘어서 폭행 등의 괴롭힘을 받고 있던 상황이었다. 중대한 괴롭힘의 판단에 있어서는 괴롭힘의 원인이 무엇인지도 판단의 기준이 되어야 한다. 일반적으로 차별의 대상이 되기 쉬운 소수자에 대한 괴롭힘이라면 중대한 괴롭힘이라고 판단할 필요성이 더 크다. 학생들 사이의

괴롭힘이 과연 중대한 괴롭힘에 이르지 못한다고 볼 수 있는지는 의문이다. 또한 망인은 자살을 암시하는 메모를 남겼고, 교사도 이러한 사실을 알고 있었다. 자살을 암시하는 메모는 자살을 예상할만한 특이한 행동으로서 가장 흔한 형태이다. 결국 대법원 판례의 해석은 교사의 예견가능성이 없었다는 이유로 국가의 손해배상 책임을 전반적으로 부인한 해석으로, 국가의 개인에 대한 보호의무와 차별방지의무에 너무 많은 면책을 준 것이라고 해석할 여지가 있다.

한편, 파기환송심은, 성적 소수자의 차별문제에 대처하는 행동지침이나 교육자료를 통해 학생을 보호하지 아니한 것을 위자료 산정의 참작사유로 판단하여, 공적 교육기관이 성적지향을 기초로 한 차별을 하지 않도록 민간단체 등에서 제시한 행동지침이나 교육자료 등에 따른 교육을 할 의무 및 성적 소수자인 학생을 보호할 의무에 관하여 간접적으로 판시하였다.

현재의 법제 하에서는 교육과정에서 청소년 동성애자 등에 대한 괴롭힘이 발생하는 경우, 앞서 본 판례와 같이 민법상의 불법행위를 기초로 한 손해배상책임, 특히 국공립학교의 학생의 경우 국가를 상대로 국가배상책임을 구하거나, 괴롭힘이 형사적으로 문제가 될 정도(폭행 등)에는 형사고소를 하는 등의 방법으로 권리를 구제받을 수 있다.

### 3. 공적 시설물에 대한 접근이용권

#### (1) 제주지방법원 2017. 10. 27. 결정 2017아54 행정처분집행정지 사건

##### 가. 개요

‘퀴어문화축제’는 성소수자들의 인권보장을 표방한 문화행사로서 서울, 대구 등 일부 지역에서 정기적으로 개최되어 왔고, 제주 지역에서도 동일한 목적의 문화행사를 기획할 목적으로 조직위원회가 구성되었다. 신청인들은 위 조직위원회의 공동조직위원장으로서, 제주동부경찰서에 집회 목적을 ‘제1회 제주 퀴어문화축제’, 일시 ‘2017. 10. 28

07:00~18:00’, 개최장소를 ‘제주신산근린공원 내(행진포함)’으로 하여 옥외집회신고를 마쳤다. 이에 대하여 피신청인인 제주시장은 소음 발생 금지, 노점행위 및 상행위 금지, 공원시설물 등 훼손 금지를 조건으로 위 공원 사용을 허가할 것임을 신청인측에 회신하였다. 피신청인의 위와 같은 회신 내용이 알려지자 위 행사의 개최를 반대하는 다수의 민원이 제주시청에 접수되었고, 피신청인은 ‘민원 처리에 관한 법률’이 정한 절차에 따라 위 민원을 제주시 산하 민원조정위원회로 하여금 심의하게 하였다. 민원조정위원회는 이 사건 행사에 대하여 ‘개별 참가자들의 돌발 행위를 주최 측이 통제하기 어렵고, 성인용품 전시 등으로 인해 성가치관이 확립되지 않은 청소년 등에게 혼란을 줄 우려가 있을 뿐 아니라 제주지역 정서에도 부합하지 않는다’는 의견을 제시하였다. 피신청인은 위 민원조정위원회의 다수의견에 따라 이 사건 행사를 위한 장소사용협조(승낙)을 철회한다는 내용을 신청인측에 통보하였다. 이에 신청인들은 이 사건 행사를 위한 공원사용요청을 피신청인이 허가하였음에도 민원 등을 이유로 위 허가를 철회하여 신청인들로 하여금 위 공원을 행사 진행 장소로 사용하는 것을 금지당하는 불이익을 입었으므로 피신청인을 상대로 위 철회통보의 효력정지를 구하였다.

#### 나. 법원의 판단

신산공원은 도시공원 및 녹지 등에 관한 법률(이하 ‘도시공원법’이라고 한다)에 따른 도시공원의 일종으로서, 도시공원법 등 관계법령은 이용자들의 성적 취향만을 이유로 행정청으로 하여금 신청인들과 같은 일반 공중에 대해 도시공원의 사용 자체를 제한·금지하는 것을 허용하는 규정은 찾아볼 수 없다. 다만, 피신청인측이 소송과정에서 이 사건 행사 개최를 위해 신산공원을 사용하는 행위를 문제삼지 않겠다는 입장을 분명히 한 이상 신청인들로서는 철회통보의 효력정지를 구할 신청의 이익이 없다고 판단하였다.

다만 법원은 부스설치허가 철회 부분에 관해서는 ① 신청인들이 이

사건 행사개최가 가능해진 이상 행사부스 또한 행사 개최에 필요한 시설물이고 그 설치기간이 단기간이며 철거도 용이할 것으로 보이는 점 ② 행사 자체를 금지하지 않으면서도 부스의 설치만을 금지할 공익적 필요는 크다고 볼 수 없는데 반해 행사 참가자들은 행사 진행을 위한 기초적인 시설의 설치마저 금지당하여 집회 내지 표현의 자유를 제한당하게 되는데, 집회 및 표현의 자유의 기본권의 본질에 비추어 당사자들이 받는 제약을 가볍게 볼 수 없는 점 ③ 타 지역에서의 쿼어문화축제에서도 부스의 설치만을 제한한 사례는 찾아보기 힘든 점 ④ 행사 진행 도중 청소년 유해물건으로 지정된 성기구 등이 전시·판매될 지도 모른다'는 막연한 우려에 근거한 일부 민원을 제외하고는 피신청인이 기존 부스 설치허용 입장을 철회할만한 중대한 사정 변화가 있다고 보기 어려운 점 등을 종합하여 철회통보의 효력을 정지할 긴급한 필요가 있다고 판단하였다.

(2) 공적 시설물의 접근이용권 2: 국가인권위원회 2019. 4. 10.  
17진정0935400(성적지향을 이유로 한 체육시설 이용 차별)

가. 개요

진정인은 '퀴어여성 생활체육대회'를 개최하기 위하여 장소를 물색하던 중 모 구립 체육관의 일시 대관이 가능한 것을 확인하고, 대관 신청 후 대관료 및 청소용역료를 납부하여 위 구의 시설관리공단으로부터 사용허가를 받았다. 이에 따라 진정인은 홍보포스터 100매를 제작하고, SNS등을 이용하여 행사를 홍보하였다. 그러나 사용허가를 한 며칠 뒤, 공단의 대관담당자는 위 허가일시경 체육관 천장공사를 실시할 예정이라는 이유로 대관을 취소하였다. 이에 진정인측은 공단의 담당자를 방문하여 다른 날짜에 대관이 가능한지 문의하였으나, 담당자는 대관일정이 꽉차있어서 불가능하다는 취지로 답변하였다. 한편, 진정인의 대관신청일과 같은 날 오전에 대관허가를 받았다가 취소되었던 모 어린이집은 이후 체육관 대관을 새로 허가받아 예정되었던 대관신청일로부터 한 달 경 경과한 뒤 행사를 진행하였다.

나. 국가인권위원회의 판단

국가인권위원회는 헌법 제11조의 평등권 조항, 그리고 유엔인권이사회의 성적지향과 성정체성에 관한 3차례의 결의안을 판단의 근거로, 진정인에 대한 대관취소는 천장보수공사가 대관허가 이전에 결정되었음을 인정할만한 특별한 증거가 없고, 공단의 담당자가 진정인측과 대화하는 과정에 “퀴어행사에 민원이 발생하였다”는 취지로 언급하였으며 허가취소일까지는 대관과 관련하여 민원의 어려움만을 언급하고 공사에 대해서는 언급하지 않았던 점 등을 기초로 진정인에 대한 대관허가의 취소는 국가인권위원회법 제2조 제3호가 규정한 진정인에 대한 불합리한 차별이라 보았다. 이에 따라 구청장에 대하여는 재발방지의 대책마련 권고를, 시설관리공단의 이사장에게는 소속 직원들을 대상으로 한 성소수자에 대한 인식 개선, 인권 감수성 향상을 위한 특별 인권교육을 실시할 것을 권고하는 결정을 하였다.

- (3) 공적시설물의 접근이용권 3-국가인권위원회 2014. 3. 26. 13 진정0886200 (지방자치단체의 성소수자 관련 현수막 철거 및 게시 거부).

한 지방자치단체에서 허가를 받고 게시한 “지구가 100명이라면 그 중 11명은 LGBT입니다. 차이가 차별이 되지 않는 세상! 달라서 더 행복한 삶을 꿈꾸는 A 기자”라는 현수막을 청소년에게 유해하다는 판단 하에 철거하였고, “동성애는 청소년에게 유해? 불법? No! 근거가 없음. 청소년보호위원회 유해매체물 심의기준서 2004년 삭제. 국가인권위원회법 제2조 3항은 성적지향에 의한 차별금지”라는 문구로 현수막 내용의 수정안을 제출하며 게시를 요청하였으나 “청소년의 보호·선도를 방해할 우려”가 있다는 이유로 게시를 불허하였다.

국가인권위원회는 이러한 지방자치단체의 행위는 표현의 자유의 침해이자 「국가인권위원회법」을 위반하는 성적지향을 이유로 한 차별에 해당한다고 보았다.

#### (4) 검토

개인이 국가 또는 지방자치단체가 관리하는 시설물을 사용함에 있어서도 성적지향을 근거로 차별이 발생하는 경우가 존재한다. 일견, 공공에게 그 사용이 개방되어 있고 사용신청만 하면 그 사용에 제약이 없는 공적 시설의 사용에 대해서도 차별이 발생하는 경우가 있을 것인가 하는 의문이 있을 수 있으나, 실제 예정되어 있는 행사의 주체, 내용 등이 성적지향과 어떠한 방식으로든 연관되는 경우 업무가 마비될 정도의 수많은 민원이 발생하는 것이 현실이고, 국가기관이나 지방자치단체는 민원해결의 어려움 등을 들어 이미 사용신청 수리처분을 되돌리거나, 다른 요건을 들어 사용신청 수리를 거절하는 경우 등이 있다. 이는 일차적으로는 수많은 민원을 제기하는 이익집단이 원인이라고 볼 수도 있을 것이나, 결국 국가기관과 지방자치단체가 민원을 근거로 시설물의 사용에 기준에 존재하지 않는 제약을 가하는 것으로서, 이러한 사용수리거부처분에는 국가기관과 지방자치단체에 그 책임을 물을 수 있는 여지가 있다. 이에 대해서는 앞서 본 바와 같이 우리 법원은 공적 시설물 사용에 있어서의 차별을 합리적인 근거가 존재하지 아니하는 한 허용하지 아니하는 취지로 판시한 바 있다. 공적시설물 사용함에 있어 차별이 있는 경우, 현행 법제 하에서는 사용을 금지한 공공기관의 행정처분의 집행정지나 취소를 구하는 소를 제기하거나, 결국 공공시설을 사용하지 못하여 결과에 있어 손해가 발생한 경우 국가를 상대로 불법행위를 원인으로 한 손해배상을 구할 수 있다.

#### 4. 수사기관의 수사 과정에서의 차별: 군형법 제92조의6 수사 과정 관련

##### (1) 군형법 제92조의6과 관련한 쟁점

군형법 제92조의6 규정은 군인에 대하여 항문성교나 그 밖의 추행을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다고 규정하고 있다. 이 사건

법률조항은 사실상 동성인 군인들 사이의 성관계를 합의 여부를 불문하고 처벌하는 방식으로 운용되어 왔고, 이 조항에 대해서는 수차례 위헌법률심판이 제청되었거나 헌법소원이 제기되었으나, 헌법재판소는 최근에 이르기까지 위 법조항이 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배되지 않고, 군인의 성적자기결정권, 사생활의 비밀과 자유, 신체의 자유 등에 대한 과잉금지원칙에도 위배되지 아니하며 평등원칙에도 위배되지 않는다는 취지로 합헌결정을 한 바 있다<sup>17)</sup>

한편, 위 조항에 대한 헌법재판소의 합헌결정이 나온 이후인 2017년 2월 경, 육군 중앙수사단은 군형법 제92조의6이 규정한 추행죄를 범한 군인들을 수사하는 과정에서 군인인 동성애자들의 인격적 굴욕감을 주는 등의 차별을 하였다는 이유로, 수사대상이었던 피해자들이 국가인권위원회에 진정을 한 사건이 있었다. 그 상세 내용은 아래와 같다.

(2) 국가인권위원회 17진정0335700 외 243건(병합) 육군의 군형법에 의한 성적소수자 색출 및 부당수사 등

가. 개요

2017. 2. 2. 육군본부 중앙수사단 사이버수사팀은 사병이 휴대전화를 군부대 영내에 무단반입하고 다른 동성의 부대원과 성행위를 하는 동영상을 사회관계망서비스에 올린 사실을 인지하고 동영상에 나오는 당사자를 특정하여 수사에 착수하였고, 2017. 2. 14. 이를 육군참모총장에게 보고하였다. 피진정인인 수사관은 피해자들을 조사할 때 용무를 알려주지 않고 만나자고 연락을 한 후 부내 내 또는 영외에서 만나 조사를 수행하였다. 피진정인은 조사 시작 전 또는 조사 중 피해자들에게 포렌식을 하기 위하여 휴대전화를 제출할 것을 요구하였고, 응하지 않을 경우 압수수색 영장에 의하여 압수할 수 있다는 취지로

17) 헌법재판소 2002. 6. 27. 2001헌바70, 헌법재판소 2011. 3. 31. 2008헌가21, 헌법재판소 2016. 7. 28. 2012헌바258 결정

말하고, 피해자들은 휴대전화를 임의제출 후 임의제출 동의서에 서명하였다. 피진정인은 조사 현장에 가지고 간 장비를 통해 휴대전화에 저장되어 있던 전화번호와 어플리케이션 내의 대화, 메시지 내용 등을 복사하였다.

피해자 2는 피진정인이 보는 앞에서 동성애자 만남 어플리케이션에 접속해 있던 피해자 4에게 만날 수 있는지를 묻는 등 대화를 주고받았고, 피해자 4는 만남에는 응하지 않았으나 과거 다른 군인과 성관계를 가진 일이 있다고 밝혔다.

피진정인 2는 수사과정에서 피해자들이 다른 군인과 성관계를 한 사실이 밝혀진 경우 각각 피해자들에게 성행위의 양태, 자세, 사정 여부, 콘돔 사용여부 등에 대해 구체적으로 질문하였고, 피해자들에게 ‘남자랑 하면 좋으냐’, ‘여자친구는 있었냐, 여자친구와도 했냐’, ‘동성애 성향은 어떻게 정하느냐, 왜 나뉘느냐, 만족하느냐’, ‘어떻게 동성애자들끼리 오래 알고 지내면서 성행위를 안 할 수 있냐’, ‘어떤 스타일을 좋아하냐’, ‘여자 같은 남자를 보면 흥분하냐’, ‘좋아하는 체위는 뭐냐’, ‘민간인과는 얼마나 했냐’, ‘언제부터 동성애자였느냐’, ‘남자가 좋냐 여자가 좋냐’ 등의 질문을 하였다.

피진정인2는 각 피해자 소속 부대의 지휘관이나 주임원사 등에게 피해자들이 추행혐의로 조사받은 사실과 내용을 알렸다.

이에 피해자들은 가. 육군본부 법무실이 육군 내 성적소수자를 색출할 목적의 수사를 하였고, 나. (1) 수사과정에서 불법적인 수사기법이 동원되었고, 부당한 압수수색을 하였으며, (2) 피해자들의 방어권 행사를 부당하게 방해하였고, (3) 소속부대에 피해자가 동성애자임을 아웃팅하는 등 성적 소수자에 대한 차별 및 인권침해행위를 하였다는 취지로 진정하였다.

#### 나. 국가인권위원회의 판단

국가인권위원회는 이에 대하여, 육군본부 중앙수사단의 추행행위 수사가 단기간에 집약적으로 이루어지고 수사범위가 단기간에 크게 확



대된 점, 수사기간 중 육군본부 법무실의 추행죄 처리기준이 제시된 점 등에 비추어 육군 내에서 중요사건으로 취급되었음은 알 수 있으나, 수사과정에서 조직적·계획적으로 동성애자 색출을 추진하였음을 입증할 자료가 없다는 이유로 가.항 진정을 기각하였다. 다음으로 수사 과정의 인권침해 여부에 대해서는 피해자들이 정신적으로 두렵거나 당황스러움을 느꼈다는 것만으로 수사가 위법하거나 수사과정에 인권침해가 있었다고 보기는 어렵다고 보았으며, 피해자2가 피해자4와 온라인채팅을 하도록 한 것이 피해자4에게 범의를 유발토록 하는 불법적인 함정수사에 해당한다고 보기 어려워 나의(1)항도 기각하였다. 또한, 피해자들의 동성애 성향이 부당하게 공개되었음을 인정하기도 부족하다고 보아 진정 나의(3)항도 기각하였다.

다만 수사과정에서 피진정인이 상당수의 피해자들에게 성행위의 양태나 성적 지향, 군인이 되기 전의 성경험 등에 대해 구체적인 질문을 한 것에 대해서는 범죄구성요건의 확인을 넘어 수사목적상 필요하지 않은 질문으로서 피해자들로 하여금 성적 굴욕감이나 인격적 모욕감을 느끼게 하기에 충분하였다고 보아, 육군참모총장으로 하여금 향후 군형법 추행죄의 수사와 관련하여 피의자에게 인격적 굴욕감을 주고 사생활의 비밀과 자유를 침해하는 행위가 발생하지 않도록 주의할 것을 권고하였다.

#### 다. 검토

외부적으로 드러나는 다른 형태의 차별 사유와 달리 성적지향은 외부적으로 드러나지 않는 내밀한 면이 있고, 성적 소수자 당사자는 자신의 성적 지향을 드러내는 것을 꺼리는 경향이 있으므로 수사 주체는 의도치 않게 수사과정에서 성적지향의 개념에 대하여 인지하지 못한 채 괴롭힘의 방식으로 차별행위를 하게 되는 경우가 있다. 수사 주체는 수사 과정 중에 지득한 개인의 사생활로서의 성적지향에 대해 이를 누설하지 아니하여야 할 것이고, 수사 과정 중에도 성적 지향의 개념과 그에 기초한 차별에 대한 개념을 숙지하고 성적 굴욕감이나

인격적 모욕감을 주지 않도록 노력해야 한다. 이를 간과하는 경우, 그 자체로 민법상 불법행위가 성립할 여지가 있고, 형법상 공무상 비밀의 누설(형법 제127조)죄 내지 명예훼손(형법 제307조)죄가 성립할 여지가 있다.

## 5. 성적지향에 기초한 차별과 가족구성권 침해의 문제

### (1) 문제의 제기

성소수자의 가족구성권 문제는 성적 지향에 기초한 공적 영역에서의 차별 중 대표적인 것으로서 현재까지 침해하게 다툼이 있다. 이는 동성애자의 혼인 내지는 혼인 유사한 사실혼 제도나 동성 파트너십 제도의 인정 문제와 연결되고, 국가가 제도의 보장을 해주지 아니함으로 인하여 성소수자 개인이 혼인 등 법이 보장하는 제도 하에서 얻을 수 있는 법률상 권리, 예를 들어 상속권이나 연금수급권 등에서 배제된다는 측면에서 위 문제는 공적영역에서 이루어지는 차별의 한 측면에서 검토되어야 한다.

아래에서는 우리 법원의 혼인의 개념에 동성간의 결합을 포함할 수 없다는 취지로 판시한 서울서부지방법원의 결정례와, 2015년 수정헌법상 동성간의 결합을 혼인으로 인정한 미국 연방대법원의 판례를 검토해본다.

### (2) 서울서부지방법원 2016. 5. 25.자 2014호파1842 등록부정정(가족관계등록공무원의 처분에 대한 불복신청)

#### 가. 개요

남성으로 동성인 신청인들은 2005. 5.경부터 교제를 시작하였고, 2010. 4.경 신청인들 사이에 평생 동안 사랑하고 동거하며 서로 부양하고 협조하며 살아갈 것을 제의하는 합의를 하였다. 신청인들은 2012. 1. 3.경부터 함께 거주하고 있고, 2013. 9. 7. 양가 가족 및 친

지를 초대하여 이 사건 합의가 성립되었음을 확인한 후 대외적으로 선언하는 의식을 치렀다. 신청인들은 2013. 12. 11. 피신청인인 구청장에게 신청인들의 이름을 기재한 혼인신고서를 작성한 다음 이를 제출하였다. 피신청인은 ‘민법 제815조 제1호, 제826조 내지 834조, 민법 제839조의3 내지 제840조’를 불수리 사유로 하여 신고불수리 통지를 하였다. 신청인들은 가족관계의 등록 등에 관한 법률이 규정한 혼인은 별도의 금지가 없는 한 헌법 합치적 해석과 기본권 최대보장의 원칙에 따라 ‘당사자의 성별을 불문하고 두 사람의 애정을 바탕으로 일생의 공동생활을 목적으로 하는 결합’으로 해석해야 한다는 전제 하에, 피신청인의 불수리 처분으로 인하여 상속, 의료보험, 국민연금 수급권 등에서 불이익을 받고 있으므로 이 사건 처분은 취소되어야 한다는 취지로 주장하였다.

#### 나. 법원의 판단<sup>18)</sup>

##### ① 혼인의 개념과 해석을 통한 확장 가능성

위 법원은 결혼제도는 지역과 시대에 따라 다양한 변천을 겪어왔으나 기본적으로 남녀가 결합하는 관계라는 점은 변함이 없다는 전제 하에서, 혼인에 관하여 ‘남녀의 애정을 바탕으로 일생의 공동생활을 목적으로 하는 도덕적, 풍속적으로 정당시 되는 결합’을 가리키는 것으로 해석하였고, 이를 넘어 ‘당사자의 성별을 불문하고 두 사람의 애정을 바탕으로 일생의 공동생활을 목적으로 하는 결합’으로 확장하여 해석할 수 없다는 취지로 판시하였다.

##### ② 성적자기결정권에 기초한 동성혼의 인정 가능성

또한 법원은 헌법상 행복추구권에 기초한 성적자기결정권은 법률에 의한 내재적 제한을 갖는바, 성적자기결정권에는 동성간의 결합을 할 자유와 동성 간의 결합에 있어 상대방을 결정할 자유가 있을 뿐이고, 이를 넘어서서 적극적으로 동성 간의 결합을 법적 의미의 ‘혼인’으로

18) 아래의 목차는 이해의 편의상 저자가 분류하였다.

인정받을 자유까지 도출된다고 보기는 어렵다고 판시하였다.

### ③ 평등권 위반 여부

위 법원은 평등권 침해 주장에 대해서는, 동성간의 결합이 남녀간의 결합과 본질적으로 같다고 볼 수는 없고, 기본적으로 동일시 할 수 없는 차이가 있으므로 혼인을 남녀 간의 결합만으로 보고 동성간의 결합을 배제하는 것으로 해석하는 것은 합리적 이유가 있다고 판시하였다.

### ④ 입법권의 침해우려

법문의 가능한 의미를 벗어나 의미를 새롭게 창출하는 것, 특히 확장 내지 유추해석으로 사회에 새로운 제도를 창설하거나 개인의 권리의무에 커다란 변경을 초래하는 것은 신중하여야 하고, 한계를 넘는 경우 입법권 침해의 문제를 야기하게 되므로 ‘동성간의 결합’을 ‘혼인’으로 인정할 것인가와 같은 문제는 국회의 입법적 결단을 통해 결정해야 하고 동성간의 결합을 혼인으로 인정하는 경우 그 보호범위 확장 등의 문제는 새로운 입법을 통해 새로운 방식에 따라 대처하여야 한다고 판시하였다.

### ⑤ 결론

이러한 전제 하에서, 재판부는 신청인들의 신청을 받아들이지 아니하였고, 신청인들은 위 결정에 대하여 항고하였으나(서울서부지방법원 2016브6), 항고심 법원 또한 동일한 이유로 기각 결정을 하여 위 결정은 확정되었다.

### (3) 검토-미국연방대법원의 동성혼 인정 판결인 James Obergefell<sup>19)</sup> 사건에 대한 검토와 함께

---

<sup>19)</sup> James Obergefell, et al., Petitioners v. Richard Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al,

가. 문언적 해석

우리 법의 해석상 혼인의 개념에 동성 커플의 결합이라는 개념을 포함할 수 있을 것인가? 이는 앞서 본 서울서부지방법원의 판례에서는 부정하였다. 미국연방대법원은 혼인의 개념에 관하여 “인류역사의 기원으로부터 현재에 이르기까지 한 남성과 한 여성이 평생을 약속하는 형태의 결합이라는 의미”로 보아 혼인의 역사적 관점에 비추어 이를 부인하였다. 역사적으로 혼인이란 서로 다른 성별의 당사자끼리의 결합으로 해석되어 왔다는 점에 대해서는 이견이 없다. 다만 동성혼을 합법화한 국가에서 동성 커플의 혼인례가 오랜 시간 쌓여 그 자체로 역사를 형성하는 경우 혼인이라는 개념의 문언적 해석의 일부 변화가 있을 수 있는 가능성은 열어둘 수 있을 것으로 보인다.

나. 자유권의 측면에서 혼인할 자유

앞서 본 서울서부지방법원 결정례는, 성적 자기결정권에 있어서도 제한이 있을 수 있고, 성적 자기결정권의 범위 내에 동성간의 결합을 할 자유, 상대방을 결정할 자유는 있을 수 있어도 이를 넘어서서 법적 의미의 혼인으로 인정받을 자유까지 도출된다고 보기는 어렵다고 보았다.

반면, 미국 연방대법원 판례는 개인이 “혼인이라는 영속적인 결합을 통해 함께하는 두 사람이 표현의 자유, 성적 결합, 정신적 결합을 포함한 여러 형태의 자유를 찾을 수 있다”고 판시하면서, 혼인할 자유는 개인의 필수적인 권리라고 보았다.

대한민국 헌법은 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다(제10조)고 규정하고 있고, “국민의 자유와 권리를 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다(제37조 제1항)”“국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할

수 없다(제37조 제2항)”고 규정하고 있다.

헌법상 행복추구권의 개념이 전제하는 성적자기결정권 내에 동성간의 결합을 혼인으로 인정받을 자유가 내재되어 있다고 볼 수 있는가? 우선, 법률상 동성간의 혼인을 적극적으로 제한하고 있는 헌법이나 법률의 규정은 따로 존재하지 아니한다. 우리 헌법 제36조는 혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 한다는 취지로 규정하고 있다. 위 조항은 혼인관계의 성립이 양성간에 이루어져야 한다는 해석의 가장 근거되는 조항으로 이해되고 있으며, 이와 같이 위 조항을 해석하는 것이 다수의 견해이다. 다만, 위 조항의 해석과 관련하여 혼인관계에 있어서 그 성립의 기초가 ‘양성평등’을 근거로 하여야 한다는 것이지, 혼인관계의 성립이 ‘양성’간에만 이루어져야 한다는 것으로 해석을 굳이 제한할 필요가 없다는 방식으로 해석 하는 것도 가능하다고 보인다.

결국 자유권적 측면에서의 혼인의 자유는 행복추구권 및 성적자기결정권 내에 혼인할 자유가 포함되는지, 이러한 혼인할 자유가 성적자기결정권 개념의 내재적 한계를 넘어서는지의 문제이다.

기본권의 내재적 한계 개념을 인정할 수 있는가의 문제와 관련하여, 법률유보를 두고 있는 우리 법상으로는 내재적 한계를 인정할 필요가 없다는 견해가 있다(성낙인, 2020: 1023). 그러나 헌법재판소는 ‘기본권도 국가적, 사회적 공동생활의 테두리 안에서 타인의 권리, 공중도덕, 사회윤리, 공공복리 등의 존중에 의한 내재적 한계가 있는 것이며 따라서 절대적으로 보장되는 것이 아니다(헌법재판소 1990. 9. 10. 89헌마82)고 판시하여, 기본권의 내재적 한계 개념에 대하여 긍정하는 듯한 판시를 한 바도 있다. 위 서울서부지방법원의 결정례에서 기본권의 내재적 한계를 자유권을 제한하는 사유로 언급한 이상, 결국 동성혼의 자유권 측면에서의 문제는 동성간의 결합을 혼인으로 인정받을 자유가 “타인의 권리, 공중도덕, 사회윤리, 공공복리” 등을 기초로 한 성적 자기결정권의 내재적 한계를 위반하는지의 문제로 귀결된다. 그러나 비교법적으로 보아 동성간의 혼인을 완전히 승인하는 국가가 30

여개 국<sup>20)</sup>에 이르는 상황에 비추어보면, 동성간의 결합을 혼인으로 인정하는 것이 타인의 권리나 공중도덕, 사회윤리, 공공복리 등에 심각한 해악을 가져온다고 보기는 어려워 보인다. 게다가, 자유권의 내재적 한계는 개인의 기본권에 대한 법이 규정하지 아니한 제한으로서 이를 주장하는 측에서 면밀한 근거를 갖고 그 제한 근거를 밝혀야 한다는 점에서 비추어보더라도 더욱 그러하다.

자유권의 측면에서 혼인할 자유를 인정할 수 있을지의 여부는 결국 앞서 본 ‘성적지향’의 개념에서 도출될 수 밖에 없다. 앞서 본 바와 같이 성적지향의 개념에는 ‘지속성’이 포함되어 있다. 어떠한 성별의 사람에게 끌리는 ‘지속적인 개인의 특성’이 성적지향의 기본 개념이라고 본다면, 개인의 삶에 있어서 한, 두 번 어떠한 성별에 끌리는 경우, 단 한 번 혼인이라는 의식을 거행하고 그 이후의 삶을 꾸려나가지 않는 경우(이러한 경우는 상정하기 쉽지 않다)와 자유권의 개념에 있어서 판단 기준이 달라질 수 밖에 없다. 성적지향이 개인의 삶에 있어서 지속적인 특성인 이상 혼인의 상대방을 결정하는 행위, 자신이 선택한 사람과 가정을 꾸리고 혼인을 할지 여부를 선택하는 행위, 그리고 결합한 상대방과 가정을 구성하고 법적으로 필요한 보호를 받기를 희망하며 삶을 계속 꾸려나가는 행위 등은 개인의 삶의 일련의 과정에 있어서 계속 이어질 수 밖에 없고, 이러한 개인의 삶의 지속적인 부분에서 일어나는 권리는 국가 보호의 측면에서 달리 판단되어야 하기 때문이다. 결국 개인이 선택하는 삶의 방식에 지속성이 있다고 한다면, 그 지속적인 삶을 꾸려 나가는 과정의 전반에 국가의 보호가 필요한 이상, 개인은 국가를 상대로 자유를 주장할 권리가 있다고 볼 수 밖에 없다.

20) 네덜란드, 벨기에, 스페인, 캐나다, 남아프리카 공화국, 노르웨이, 스웨덴, 포르투갈, 아르헨티나, 앙솔란드, 덴마크, 뉴질랜드, 우루과이, 프랑스, 브라질, 아일랜드, 룩셈부르크, 미국, 콜롬비아, 핀란드, 몰타, 독일, 호주, 오스트리아, 대만, 에콰도르, 영국, 코스타리카

#### 다. 평등권

평등권의 측면에서, 서울서부지방법원 결정례는 동성간의 결합이 남녀간의 결합과 본질적으로 같다고 볼 수는 없고 기본적으로 동일시할 수 없는 차이가 있으므로 동성간의 결합을 남녀간의 결합과 달리 보는 것이 평등권 위반은 아니라는 취지로 판시한 바 있다. 이에 반하여 미국 연방대법원은 동성커플의 혼인을 제한하는 법률은 동성커플을 이성커플에게 부여되는 모든 혜택에서부터 배제하고 기본권을 행사할 수 없게 하여 평등의 핵심원칙을 축소시킨다고 보았다.

결국 평등권의 측면에서의 문제는 다른 처우의 근거가 되는 ‘기본적으로 동일시할 수 없는 차이’가 무엇인가의 문제이다. 그러나 이 ‘기본적으로 동일시할 수 없는 차이’가 무엇인지에 대해서는 서울서부지방법원의 결정례에도 나타난 바가 없고, 미국 연방대법원도 그에 대해서는 특별한 판단을 하지 아니한 채 당연히 평등권 위반이라고 판시하였다. 법적인 의미에서 차등대우를 하여야 할 동일시할 수 없는 차이가 무엇인지에 대한 판단은, 위 동일시할 수 없는 차이의 개념에 대해 실시된 후에야 그 판단이 가능할 것으로 보인다. 다만, 과연 다른 처우의 근거가 되는 기본적으로 동일시할 수 없는 차이라는 것이 존재하는가는 의문이다. 보통의 경우 남·녀 부부의 경우와 동성 커플간의 차이로 이야기되는 ‘재생산 가능’이라는 측면의 경우, 재생산 가능 여부를 혼인의 조건으로 하는 경우 불임 부부, 노령 부부 등의 경우에도 혼인을 제한하는 근거로 사용될 수 있다는 점에서 적절하지 않다. 동성 간에는 애정관계가 성립할 수 없으므로 사실혼 관계도 당연히 성립할 수 없다는 취지의 주장도 있을 수 있으나, 이는 앞서 본 성적지향이라는 개념 자체를 오해하고 있는 것이다. 육체적, 정신적으로 애정관계를 형성하고자 하는 끌림의 정도는 이성애이든, 동성애이든, 양성애이든 다르지 아니하다는 전제 하에서 문제되는 것이 성적지향이라는 개념이다. 동성 간에는 애정관계가 성립될 수 없다는 취지의 주장은 이성애 이외의 성적지향은 존재하지 아니한다는 주장과 동일한 주장으로서, 현실적으로 존재하는 동성애자 및 양성애자의 존재 자



체를 배제하고자 하는 것과 같아 적절하지 아닐 뿐 아니라, 이러한 주장은 오히려 차별의 근거로 사용될 여지가 있다.

라. 사법부의 해석으로 혼인 개념의 확장이 가능할 것인가?: 입법부의 역할과의 경계

자기결정권으로서 혼인의 자유와 성적지향에 따른 평등권의 존재가 인정된다고 하더라도, 실제 사법부의 해석만으로 동성 커플의 결합을 혼인으로 인정할 수 있는지가 문제된다. 이는 법부의 구성원인 판사의 해석으로 사회적 합의가 없는 제도를 창설할 수 있는가 하는 문제로 연결되고, 사법부의 권한 내지 한계의 문제이기도 하다.

서울서부지방법원 결정례는 사법부가 법문의 가능한 의미를 벗어나 의미를 새롭게 창출하는 것, 특히 확장 내지 유추해석으로 사회에 새로운 제도를 창설하거나 개인의 권리의무에 커다란 변경을 초래하는 것은 입법권 침해의 문제를 야기할 수 있으므로 신중해야한다는 취지로 판시한 바 있다.

미국 연방대법원은 반면에, 개인이 헌법상 기본권을 주장할 때에는 입법적 조치를 기다릴 필요가 없고, 기본권은 투표의 대상이 되지 아니한다는 취지로 판시하여 사법부가 직접 해석을 통해 침해된 기본권을 구제하는 측면에서 동성 커플의 결합을 혼인으로 인정할 수 있다는 취지로 판시하였다.

주목할 점은, 미국의 경우는 1996년 혼인을 ‘한 남성과 한 여성의 법적 결합’으로 정의하는 연방법(Defense of Marriage Act, DOMA)을 입법하여 법률상 혼인의 개념을 ‘남성과 여성의 결합’으로 보는 법이 이미 존재하던 상황에서 해석으로 혼인의 의미를 확장하는 방식을 통해, 입법부가 제정한 위 법을 사실상 무효화 하였다는 것이다. 반면, 우리 법의 경우 앞서 본 바와 같이 헌법 조항 등에서 혼인은 양성의 평등을 바탕으로 성립된다고 규정하고 있고, 위 조항이 법률상 혼인의 개념 자체를 정의하고 있는 것은 아니라는 점을 유의할 필요가 있다. 즉, 우리 법 상으로는 사법적 해석을 통한 혼인개념의 확장이 더 용

이한 상황에 있다고 볼 여지도 있다.

다만, 앞서의 서울서부지방법원 결정례에서 본 바와 같이 사법부 구성원이 입법부의 권한을 침해하는 문제가 있을 수 있고, 반면에 앞서 본 연방대법원의 판례의 기본권의 대국가적 효력의 측면에서 사법부의 적극적인 해석을 요구하는 측면도 있을 수 있다. 다만 사법부가 동성커플의 결합을 혼인으로 해석할 수 있다 하더라도, 이러한 해석은 혼인의 개념에 대한 국민적, 사회적 합의가 상당한 정도로 존재한다는 전제 하에 가능하다고 할 것이다.

## 6. 공적 분야의 차별에 있어서 구제 수단

지금까지 공법관계에서 성적지향을 근거로 한 차별의 유형에 대해 몇 가지 예시를 들어 살펴보았다. 앞서 본 판례 및 결정례 등에서 알 수 있는 바와 같이, 공적 분야에 있어 성적 지향에 기초한 차별이 있는 경우 다음의 여러 방식을 통해 국가에 보호를 구할 수 있을 것이다.

### (1) 국가의 입법의무의 이행촉구 및 부작위 개선 요구: 제도적 개선

입법권자의 부작위에 의한 기본권 침해와 관련하여, 우리 헌법재판소는 기본권 보장을 위한 법규정이 불완전하여 그 보충을 요하는 경우에는 당해 법 조항에 대하여 그 법령 자체가 위헌임을 주장하는 헌법소원은 별론으로 하고, 입법부작위 자체의 위헌 여부를 구하는 헌법소원은 인정하지 않고 있다. 그러나 이러한 헌법재판소의 입장에 의하면, 시대 상황 내지 사회환경의 변화로 인하여 불완전한 법률이 되어 입법개선외무가 발생한 경우에는 권리구제가 불가능해지는 상황이 생긴다.(허영, 2020: 329) 또한 의무이행소송을 인정하고 있지 아니한 현행 법제상, 국가나 지방자치단체의 부작위에 대하여 사법부가 적극적으로 작위의무를 명할 방법도 존재하지 아니한다. 결국 입법부의 입

법 추구와 관련하여서는 법원이나 헌법재판소의 구제수단은 기대하기 어렵다.

다만 법적 구제수단이라고 볼 수는 없으나, 성적지향에 기초한 차별의 경우 반대 이익집단의 의견제시가 매우 활발한 상황이므로 성적 소수자나 동료들이 입법의무를 이행을 촉구하고 부작위 개선을 요구하는 시민활동 등을 하는 것은 실질적인 문제 해결에 있어서 가장 필요불가결한 방법일 것으로 보인다. 그러나 입법부는 그 특성상 다수의 의견을 중시하고, 소수자의 권리 보호에 대해서는 다수의 적극적인 반대 의사 표명이 있는 이상 소극적이 될 수 밖에 없는데, 입법부의 적극적인 입법을 기다리는 것은 무리가 있다.

### (2) 국가에 대한 행정소송 및 국가배상

공적 영역에 있어서 국가 또는 지방자치단체가 차별 대상자를 상대로 불이익한 행정처분을 하는 경우 차별대상자는 그 취소를 구하는 등의 행정소송을 제기할 수 있다. 주로 공적 시설물의 이용과 관련하여 성적 지향을 원인으로 차별을 한 사안들에 있어서 유효한 해결방법이라고 볼 수 있다. 다만, 소송의 경우는 권리 구제에 있어 시간이 오래 걸리므로, 행정처분의 집행정지신청 등의 긴급한 구제수단을 이용할 수도 있다. 국가의 행정처분으로 인하여 차별대상자의 권리가 침해되는 손해가 이미 발생한 경우, 국가를 상대로 손해배상을 구할 여지도 있다.

### (3) 차별금지법의 입법과 적극적 구제조치

우리법상 적극적 구제조치를 규정하고 있는 대표적인 개별적 차별금지법인 장애인차별금지법의 경우, 우리 법원은 금융기관이 장애인으로 하여금 동의서 제시에 의한 방법을 사용하지 못하게 하고 한정후견인과의 동행을 요구하는 행위를 중지하고, 일정 금액 미만 거래의 경우 현금자동지급기, 현금자동입출금기, 체크카드 거래가 가능한 기

술적, 시스템적 장치를 마련할 것을 명한다거나<sup>21)</sup>, 시외버스, 시내버스 중 광역급행형 등에 휠체어 승강설비를 제공할 것을 명<sup>22)</sup>하는 등의 판결을 한 바 있다. 이러한 적극적 구제조치는 그 상대방이 국가 또는 지방자치단체라고 하여 반드시 행정소송의 대상이라고 볼 필요는 없다<sup>23)</sup>. 하급심은, 적극적 구제조치는 한편으로는 피해자에 대한 차별을 제거하여 차별받는 사람의 권익을 구제하는데 기여하는 반면, 다른 한편으로는 사적 영역에서 사생활의 자유로운 형성과 전개, 기업 영역에서의 창의와 자율의 발현을 제한하거나 공적영역에서 행정주체에게 주어진 재량을 제약하는 효과를 가질 수 있으므로, 구제조치가 허용됨으로써 금지된 차별행위의 피해자가 회복을 기대할 수 있는 이익과 구제조치의 상대방이 될 제3자가 입게될 불이익 및 이와 관련된 제반 공익 사이에 비교·형량이 이루어져야 한다는 취지로 판단한 바 있다<sup>24)</sup>.

현재 발의된 차별금지법안(장혜영안)에 의하면, 차별에 대한 구제 수단으로서 적극적 구제조치를 규정하고 있는바, 현재 입법되지 아니한 상태이기는 하나 위 법안의 내용대로 법이 제정되는 경우, 적극적 구제조치 또한 차별의 구제수단으로 적용될 가능성이 있다.

## V. 사적 영역의 차별

### 1. 문제의 제기

우리나라 헌법은 사적 영역에서의 평등권에 대해서는 규율하고 있지 아니하다. 그러나 대한민국 헌법은 제11조의 평등권 조항을 통해 모든 생활영역에서 개인에게 차별을 받지 않도록 규정하고 있으며, 위

21) 서울중앙지방법원 2019. 8. 28. 선고 2018가합586347 판결

22) 서울고등법원 2019. 1. 25. 선고 2015다2041792 판결

23) 같은 판결

24) 같은 판결

조항은 사인의 국가에 대한 기본권 근거 조항일 뿐 아니라 객관적 가치질서를 형성하는 조항이라는 점에 비추어 보아 일반적으로 사적영역에서도 그 효력을 갖는다고 보아야 한다. 다만, 이에 대해서는 기본권의 대사인적 효력을 인정하는 것은 법원으로 하여금 기본권 조항의 임의 해석을 통해 사적자치라는 사법상의 대원리를 침해하도록 용인하는 결과에 이르러 결국 법치주의의 포기로 이어질 수 있으므로, 평등권 효력 범위의 확대 보다는 사적자치 원리의 수정이라는 방식으로 접근해야 한다는 견해도 있다.(김송옥, 2020: 217-222)

사적 자치도 헌법의 기본 질서 내에서 인정되어야 하고, 사인 간의 사회적, 경제적 권력관계로 인하여 사적 자치를 사인 간의 관계로만 남겨두는 것이 사인의 의사결정에서 있어서 침해로 가져올 수 있게 된 이상, 사적 자치 또한 헌법 질서에 따라 제한이 가능하다고 보아야 한다. 우리 헌법 제10조 제2문이 규정하고 있는 기본권보장의무의 해석과 관련하여, 국가가 제3자의 기본권 침해로부터 개인을 보호할 의무로 이를 해석하되, 자유권적 기본권에 한하여 제3자의 침해로부터 개인을 보호할 의무라고 보는 견해와, 사회권적 기본권의 침해에 대해서도 제3자의 기본권 침해로부터 개인을 보호할 의무를 규정한 것이라고 해석하는 견해가 있다.(정문식, 2007: 170-172) 후자의 견해에 의하면, 기본권의 제3자적 효력뿐 아니라, 국가의 기본권 보호의무로부터도 차별방지의무가 도출될 수 있다.

사적 영역에서 차별을 금지하고 평등권을 보장하는 것은 차별 피해자 개인 및 집단에 대한 보호뿐 아니라 사회 내에서의 차별을 개선하고 소수자 보호 수준을 향상시키며, 이를 통해 공동체 구성원에 대한 자유와 평등의 최소한의 보호수준을 일반적으로 확보함으로써 결국 공동체의 유지·존속과 통합에도 기여하게 된다.(이재희, 2018: 41-42) 또한 헌법질서가 허용하지 아니하는 차별을 사인 간에도 허용하지 않겠다는 국가의 입법적 선언만으로도 사회 공동체의 유지와 존립에 기여하는 결과에 이르게 된다. 물론, 차별을 구제하는 과정에서 평등권의 보장과 개인의 자유가 충돌하는 경우 이익형량이 필요할 것이고,

이러한 이익형량을 위하여 손해배상 조항을 비롯한 민법 조항 및 개별적 차별금지법 조항이 있다.

아래에서는 성적 지향을 원인으로 사적 영역에서 이루어지는 차별의 각종 영역에 따른 사례를 검토하고, 민법 등 일반법에 따라 위 사례들을 판단한 법원의 판결을 중심으로 더 나은 해결방안이 있는지, 그리고 포괄적 차별금지법이 제정되는 경우 어떠한 방식으로 차별사례들이 시정될 수 있는지에 관하여 본다.

## 2. 고용 등 근로과정상의 차별

### (1) 차별의 현황

국가인권위원회(2014) 인권상황실태조사에 의하면, 구직활동을 했던 경험이 있거나 구직활동 중인 동성애/양성애자 619명 중 13명이 정체성을 이유로 입사가 취소되거나 채용이 거부되었던 경험이 있다고 응답하였다. 또한 직장 내의 업무배치, 교육, 승진, 임금, 사내 복지 등에 있어서도 동거하고 있는 동성파트너에 대해 동일한 복지혜택이 주어지지 않음으로 발생하는 차별 경험, 미혼이라는 이유로 승진기회를 박탈당하는 경우 등을 포함하여, 518명의 응답자 중 232명이 정체성으로 인한 차별을 경험하였다고 답한 바도 있다.

### (2) 성적지향에 기초한 고용관계에서의 차별

사실혼 관계 유사의 동성 커플에게 이성 부부와 같은 회사의 복지가 거절되는 경우 등은 기본적으로 우리 법제하에서 동성혼 내지는 동성 사실혼이 인정되지 아니하기 때문에 발생하는 문제이다. 근로자가 자신이 성적소수자임을 밝혔을 때 이를 이유로 해고가 되는 경우는 어떠한가? 이러한 경우 앞서 본 미국연방대법원의 *Bostock v. Clayton County, Georgia*<sup>25)</sup> 사건의 논리에 의하면 남녀고용평등법상

<sup>25)</sup> *Bostock v. Clayton County, Georgia*, 140 S.Ct. 1731 (2020)

성별에 따른 차별이라고 해석할 여지도 없지 않을 것이나, 우리 법문의 규정상<sup>26)</sup> 이러한 해석은 직관적이지 아니하다. 다만, 앞서 본 서울서부지방법원 결정례<sup>27)</sup>에서 본 바와 같이, 성적 소수자라고 하여 개인의 권리실현에 장애가 있거나 미흡해서는 안되고, 개인적인 분야에 한해서는 차별을 금지하는 법의 보호를 받을 수 있는바, 고용 등의 영역에서 성적지향을 원인으로 차별하는 것은 일반적인 민법상 불법행위를 구성할 여지가 있다. 또한 우리 근로기준법상 사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉 그 밖의 징벌을 하지 못한다(근로기준법 제23조)고 규정하여 근로자를 해고한 사용자는 근로자의 해고에 정당한 사유가 있음을 스스로 입증하여야 하고, 부당해고의 경우 근로자는 노동위원회에 구제를 신청할 수 있으며(동법 28조 제1항), 노동위원회는 부당해고에 대하여 구제명령을 할 수 있다.

### 3. 성적지향을 근거로 한 괴롭힘(모욕, 명예훼손)과 손해배상

#### (1) 서울남부지방법원 2014가합101294 사건

##### 가. 개요

원고는 전경으로 근무하던 중 공개적으로 동성애자임을 밝히고 육군으로 전환복무를 신청하였다. 그 무렵 원고는 선임병 등을 강제추행한 혐의로 고발되어 징역 6월 및 집행유예 1년의 확정판결을 받았다.

피고는 위 확정판결로부터 약 2년이 경과한 시점, 자신의 블로그 및 페이스북 계정에 원고의 형사판결 관련 기사 및 원고의 사진을 게시하거나, “환각상태에서 에이즈 감염 숨기고 성관계 동성애자 적발!!!” “대한민국 국민 500만을 동성애로 몰아부친... 항문성교의 쾌락

26) 남녀고용평등법 제11조 1항, 사업주는 근로자의 정년·퇴직 및 해고에 있어서 남녀를 차별하여서는 아니된다.

27) 앞의 서울서부지방법원 2014호파1842 결정

으로부터 오는 죄책감과 수치감을 완화하고자 인권이라는 카드를 내밀고 법부터 뜯어고치려 하다니...”등의 내용이 기재하여 게시하였다. 이에 원고는 피고를 상대로 위자료의 지급을 구하는 손해배상 청구의 소를 제기하였다.

#### 나. 법원의 판단

재판부는 원고의 범죄 전력을 적시하면서 공인이라 볼 수 없는 원고 개인의 신원을 명시하고 초상을 게시한 것이 공공의 이해에 관한 것이라 볼 수 없고, 동성애자인 원고의 실명과 사진 등을 무단 게시하는 것이 동성애 일반에 관한 비판적인 입장을 드러내기 위해 필요한 것으로 보이지 아니하며, 피고는 에이즈, 환각상태와 동성애를 연관시키거나 내밀한 사적영역에 속하는 동성애자의 성생활에 대하여 악의적 편견을 드러내는 표현과 원고의 실명, 사진을 함께 거론한 점 등에 비추어 피고의 게시글은 동성애자인 원고 개인에 대한 모욕적이고 경멸적인 표현에 해당하여 위법하다는 취지로, 피고의 행위가 공공의 이익을 위한 것이라는 취지의 주장을 받아들이지 아니하고 원고의 위자료 청구를 인용하였다. 위 판결에 대하여 피고가 항소하였으나, 위 법원의 항소심(서울고등법원 2014나2044596)은 원고가 공적 인물이고, 피고의 행위는 공적인물에 대한 정당한 비판으로 위법성이 조각된다는 취지의 피고의 주장에 대하여 원고가 공적 인물이라고 볼 수도 없고, 피고의 게시글은 동성애나 원고의 성적 지향에 대한 비판이라는 차원을 넘어 모욕적이고 경멸적인 표현을 덧붙여 사실을 적시하여 원고의 인격을 모욕한 것에 해당한다는 취지의 판단을 추가하여 피고의 항소를 기각하였고 위 판결은 확정되었다.

#### (2) 대구지방법원 포항지원 2018가합11195 판결

##### 가. 개요

피고 학교법인은 기독교계의 종합대학이고, 피고 교수들은 피고 학교법인에서 교수로 재직 중이다. 원고는 위 종합대학의 학생으로서 원



그를 비롯한 학생들은 ‘흡혈사회에서, 환대로, 성노동과 페미니즘 그리고 환대’를 주제로 강연회를 개최하였다. 피고 A교수는 다른 교수 및 학보사에 “다부다처로 살고 있다는 모 작가와 사귄다는 남학생은 다름 아닌 저에게 부끄러운 줄 알라고 했던 학생이더군요”라는 내용이 포함된 이메일을 발송하였고, 피고 B교수는 ‘기독교와 포스트모더니즘’수업 중 80명의 수강생 앞에서 “여러분 다 아니까 말할게. 원고 학생. 내가 그 학생 공격하는게 아니라 무기정확, 폴리아모리 때문이에요. 폴리아모리는, 남녀가 같이 자는거야. 남자 둘, 여자 하나. 일부다처제 할 때 그 다. 여러명이 같이 해도 된다는거야”라는 발언을 하고, 며칠 뒤의 교내 약 700명이 수강하는 채플 강의에서 (원고의 성) 그 학생은, 이거 100% 다 아는 사실이거든, 연세대 가서도 폴리아모리 강연했고, 지금도 동성에 옳다고 나가서 강연하죠. 또 하나 폴리아모리를 했는 사람이야”라고 강의하였다. 피고 C교수는 교내 정보사이트에 ‘대학교의 대학 자율권과 종교의 자유를 침해하는 국가인권위원회를 강력히 규탄한다’는 제목의 성명서를 게재하면서 “학생으로서 교수에게 매우 불손한 언행을 하였을 뿐만 아니라 부도덕한 폴리아모리 행위를 한 학생을 징계”, “모임을 주도한 학교 학생과 폴리아모리(여러 남녀가 동거하면서 함께 연인관계를 유지하는 행위) 관계로 살고 있다고 주장하는 작가”라는 내용을 게시하였다.

피고 학교법인의 대학교는 원고에게 집회불허에도 불구하고 강연회를 개최한 것과 관련하여 진술서 제출을 요구하고, 재발방지 약속을 내용으로 하는 특별지도사항을 2차례 통보하였다. 이후 위 학교는 ‘집회통보 불허에도 불구하고 강연회를 강행하였다’, ‘교직원에 대한 언행이 심히 불손하다’는 등의 이유로 원고에 대하여 무기정확의 징계 처분을 하였다. 이에 원고는 피고 교수들의 명예훼손으로 인하여 원고가 입은 손해배상을 구하였고, 피고 학교법인에 대해서는 피고 교수들의 사용자로서 피고 교수들과 공동하여 원고가 입은 손해를 구하였다.

### 나. 법원의 판단

재판부는, 민법상 불법행위가 되는 명예훼손이란 의견 또는 논평을 표명하는 표현행위에 의하여도 성립할 수 있고, 간접적이고 우회적인 표현에 의하더라도 표현의 전 취지에 비추어 사실의 존재를 암시하고 이로 인하여 특정인의 사회적 가치 내지 평가가 침해될 가능성이 있을 정도의 구체성이 있으면 명예훼손이 성립한다는 취지의 대법원 판례(대법원 2018. 4. 12. 선고 2015다45857 판결)를 근거로, 특정인이 다른 형태의 성적체성을 가지고 있다고 밝히는 경우 사회적으로 주목을 받을 수 있는 가능성이 높고, 피고 대학교 역시 동성애, 폴리아모리 등 성적체성에 대해 부정적인 입장을 표명하고 있었으며, 교내에서도 성적 정체성에 관한 찬반논쟁이 가열되어 있었던 상황, 따라서 특정인이 다른 성적체성을 가지고 살아가고 있다는 사실이 밝혀질 경우 교내에서 비판과 비난의 대상이 될 가능성이 높으며, 원고가 강연한 내용 등만으로는 원고가 폴리아모리적인 성적취향을 갖고있다거나 그와 같은 성적 정체성을 지향하며 살아가고 있다는 사실을 밝혔다고 보기 어렵다는 이유로 피고들의 명예훼손의 성립을 인정하였다. 다만, 위법성 조각 사유와 관련하여, 피고 A교수의 이메일 발송 부분은 위 대학의 교육이념 하에 학생들이 기독교적 세계관에 어긋나는 성적정체성에 빠지게 될 것을 우려하는 내용이고, 피고 C교수의 성명서는 국가인권위원회의 조사과정에 위 대학교의 대학의 자율권과 종교의 자유를 침해하는 것에 대한 반대의견을 표명하는 과정에 게시된 것으로서, 위 A, C교수의 행위는 각 대학 구성원 전체의 관심과 이익에 관한 것이고, 적시된 사실이 공공의 이익에 관한 것이라고 판단하여 위 A, C교수에 대한 청구부분을 기각하였고, 피고 학교법인과 피고 B교수에 대하여 원고에게 공동하여 위자료 지급책임을 인정하였다. 다만, 원고가 청구한 패소판결공지 부분은 훼손된 원고의 명예를 원상회복하는데 실질적으로 도움이 된다고 단정하기 어렵다는 이유로 이를 기각하였다.

### (3) 검토

타인의 성적지향을 비난하거나 비판하는 방식으로 타인에게 공개하는 행위는 앞서 본 판례의 취지에 의하면 그 자체로 위법하고 민법상 불법행위에 해당할 수 있다. 또한 이러한 행위의 형사법적 처벌 가능성에 대하여, 우리 대법원은 명예훼손죄가 성립하기 위하여는 특정인의 사회적 가치 내지 평가가 침해될 가능성이 있는 구체적인 사실을 적시하여야 하는데, 어떤 표현이 명예훼손적인지 여부는 그 표현에 대한 사회통념에 따른 객관적 평가에 의하여 판단하여야 한다는 전제하에, 가치 중립적 표현을 사용하였다 하더라도 사회 통념상 그로 인하여 특정인의 사회적 평가가 저하되었다고 판단된다면 명예훼손죄가 성립한다<sup>28)</sup>고 판시하며 피해자가 동성애자라는 내용의 글을 게재한 피고인에 대하여 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(명예훼손)죄의 성립을 인정한 바 있다.

## 4. 사적영역에서의 차별 구제수단

### (1) 차별행위에 대한 형사처벌의 필요성

사적영역에서의 차별에 있어서 중요한 논점은, 차별 주체에 대한 형사처벌의 필요성이다. 차별의 주체에 대하여 차별행위만을 이유로 형사처벌을 할 수 있는가?

형사법의 보충성, 그리고 차별 행위 자체를 형사처벌 하는 경우 발생할 심리적 반발로 인하여 발생할 역차별 논쟁 및 그로 인한 또 다른 차별의 발생, 그리고 그로 인한 사회적 갈등 등을 고려해볼 때, 사적 영역에서의 차별을 형사처벌하는 것은 적절하지 않을 것으로 보인다.

현재 발의된 차별금지법안도 차별행위 자체는 형사처벌의 대상으로 삼지 아니하고, 사용자 및 임용권자, 교육기관의 장이 차별을 받았다

<sup>28)</sup> 대법원 2007. 10. 25. 선고 2007도5077 판결 등

고 주장하는 자 또는 그 관계자가 위 법에서 정한 구제절차의 준비, 국가인권위원회에의 진정, 소송행위 등을 하였다는 이유로 불이익한 처분을 한 경우에 한하여 처벌하는 조항을 두고 있을 뿐[차별금지법 (장혜영 안) 제56조, 제55조], 차별행위 자체를 처벌하는 규정은 두고 있지 아니하다. 이러한 법안의 태도는 일견 적절한 것으로 보인다.

## (2) 소위 증오범죄(동기에 있어서 차별사유) 및 형의 양정

다만, 차별 행위 자체가 형법 내지 형사특별법상 별도의 죄를 구성하는 경우는 형사처벌을 피할 수 없다. 이 경우, 형사법상 행위의 동기가 차별금지 사유인 경우, 즉 소위 혐오범죄의 양태를 띠는 범죄와 관련한 문제가 있다. 일반적으로 형사처벌의 양정에 있어서 동기는 양형사유로 기능한다. 예를 들어, 피고인이 타인을 폭행한 경우, 그 폭행의 동기가 ‘피고인 자신에 대한 욕설’ 등 상대방으로부터 유발된 경우와, 차별금지법 상의 차별사유, 예를 들어 ‘성별’, ‘국적’, 또는 ‘성적 지향’등인 경우의 양정은 달리 판단되어야 하는가의 문제이다. 증오범죄는 상대방의 개별적인 특성과 전혀 무관하게 상대방이 어떠한 집단에 속해있다는 이유만으로 범죄의 대상이 되는 것으로서, 그 피해 가능성이 있는 대상과 파급력이 크고, 사회적으로 이를 제재할 필요도 크다는 의미에서 차별금지사유를 동기로 하는 범죄의 경우라면 이를 가중적 양형사유로 고려하는 것이 옳다. 우리 법원의 양형기준에 의하면 폭력범죄에 있어 양형 가중요소로서 ‘불특정 또는 다수의 피해자를 대상으로’하는 경우를 가중적 양형요소로 고려하도록 하고 있는바, 위 양형사유는 그 자체로 증오범죄나 혐오범죄를 규정하고 있는 것은 아니다. 그러나 증오범죄 내지 혐오범죄에 해당하는 경우 불특정 또는 다수의 피해자를 대상으로 하는 범죄에 해당되는 경우가 대부분이라는 점에 비추어보면, 결국 증오범죄 내지 혐오범죄인지 여부는 실제에 있어서 가중적 양형사유로 고려될 수 있을 것으로 보인다. 또한 우리 법원이 개별 사건을 판단함에 있어서도 범죄의 실질이 증오범죄 내지 혐오범죄인 경우 가중적 양형사유로 서술한 경우도 다수 있는 것

으로 보인다.<sup>29)</sup>.

### (3) 손해배상의 문제

사적영역에서의 차별이 있고, 그러한 차별이 민법상 불법행위를 구성하는 경우 차별의 주체는 민법 조항에 따른 손해배상 책임을 부담한다. 다만, 현재 발의된 차별금지법안(장혜영 안)에 의하면 차별행위를 한 자가 고의 또는 과실 없음을 입증해야 하며, 손해 발생이 인정되거나 손해를 입증할 수 없는 경우 차별행위자가 얻은 재산상 이익을 피해자가 입은 재산상 손해로 추정하는 추정손해 개념을 두고 있다. 또한 위 법안에서는 차별행위가 ‘악의적’인 것으로 인정되는 경우 차별행위의 피해자가 입은 재산상 손해액의 2배에서 5배에 해당하는 배상금을 지급하도록 하는 징벌적 손해배상 규정도 두고 있다.

## VI. 성적지향에 기초한 차별을 받지 아니할 권리와 종교의 자유와의 기본권 충돌의 문제: 미국 연방대법원의 웨딩케이크 사건, *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, 138 S. Ct. 1719(2018)에 기초하여

### 1. 문제의 제기

앞서 본 명예훼손 및 사학재단의 징계 사건에서 본 바와 같이, 성적지향에 기초한 차별은 종교의 자유와 매우 밀접하게 연관되어 있다. 실제 차별금지법 제정을 반대하는 집단이 가장 크게 우려하고 있는

29) 여성혐오범죄임을 양형 가중사유로 기재한 부산지방법원 2019. 12. 30. 선고 2019고단4390 판결, 불특정 다수의 외국인을 상대로 한 증오범죄라는 점을 가중적 양형사유로 기재한 부산지방법원 2017. 8. 18. 선고 2017고단 2948 판결 등 참조

지점 또한 차별금지법의 제정으로 인하여 종교의 자유가 침해되는 경우이다. 최근 미국 연방대법원은 *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission* 사건<sup>30)</sup>에서 성적지향에 기초한 차별과 종교의 자유가 충돌하는 경우의 해결 방안에 관하여 판시한 바 있다. 위 판례의 내용을 검토해보고, 위 판례의 법리를 우리나라의 기본권 충돌상황에 해결할 수 있을 것인지, 그리고 유사한 기본권의 충돌 상황의 경우 어떠한 방식으로 해결할 수 있을지에 관하여 본다.

## 2. *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*

### (1) 개요

콜로라도레이크우드에 위치한 마스터피스 케이크샵을 운영하는 잭 필립스는 신실한 기독교인으로서, 필립스에게 있어 동성혼을 위한 웨딩케익을 만드는 것은 그의 신념에 반하는 행위이다. 2012년 여름 동성 파트너인 찰리 크레이그와 데이브 멀린은 가족과 친구들과 함께하는 피로연의 준비를 위해 필립스에게 케익 주문을 하였다. 필립스는 자신이 다른 종류의 케이크, 쿠키나 브라우니는 판매할 수 있으나 동성 파트너 사이의 혼인을 위한 케이크를 ‘제작’하지는 않는다고 커플에게 말하였다.

크레이그 커플은 2012. 9.에 마스터피스 케이크샵의 차별행위에 관한 콜로라도 민권국(Civil Rights Division)에 진정을 하였고, 진정인들은 성적지향을 근거로 “완전하고 동등한 용역”을 제공받지 못하였고, 이러한 방식으로 동성혼에 웨딩케익을 제공하지 않는 것은 필립스의 보통의 거래 형태였음을 주장하였다. 민권국은 사건의 실질이 성립한다고 보아 시민권위원회의 심판이 필요하다고 판단하였고, 시민권위원회의 행정법판사(ALJ)는 커플들의 진정에 이유가 있다고 보았다. 전원위원회 또한 행정법판사의 결정과 동일한 취지로 ‘수정헌법 제1

---

<sup>30)</sup> *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, 138 S. Ct. 1719 (2018).

조가 규정하는 종교활동의 자유와 언론의 자유를 침해한다'는 필립스의 주장을 받아들이지 아니하였다. 위원회는 필립스에게 “동성 커플에게 이성 커플과 달리 웨딩케익을 팔지 않는 방식으로 하는 차별을 중지”할 것을 명하였다. 또한 위원회는 다른 구제수단으로 “직원들을 차별금지법 교육을 받도록 할 것”과 “회사의 정책을 이 결정과 부합하도록 수정할 것”을 명하였다. 또한 위원회는 필립스에게 2년 동안 “용역제공을 거절한 고객의 수”와 “거절 이유”를 기재한 “분기별 보고서”를 제출할 것을 명하였다.

필립스는 대법원에 상고하였고, 필립스는 이 법원에 이르러 새로이 수정헌법 제1조의 언론의 자유와 종교 활동의 자유를 주장하였다.

## (2) 연방대법원의 판단

미국 연방대법원은 동성혼에 대한 종교적이고 철학적인 반대 또한 어떠한 면에서는 표현의 한 종류로서 보호받아야 한다는 전제 하에 사업자나 경제주체가 차별금지 규정에 따라 물건과 용역을 제공하지 않는 것이 차별인지 여부를 판단함에 있어서는 종교적으로 중립적이고 일반적으로 적용가능한 법 하에서 그 판단을 받아야 함에도, 콜로라도 시민권위원회가 상고인이 성적지향에 기초한 차별을 하였는지를 판단함에 있어 종교 활동의 자유에 있어 필요한 종교적 중립요소에 부합하지 않는 결정을 하였다고 보았다. 즉, 연방대법원은 위 위원회가 심문 과정에서 종교에 대한 적대감을 드러내는 등 종교적 중립의무를 준수하지 아니하였다고 보았다. 연방대법원은 필립스가 그의 종교적 반대에 관하여 완전하고 공정한 고려를 할 수 있는 결정주체의 판단을 받을 기회를 얻지 못하였으므로 위원회와 주 법원의 결정을 파기하였다.

## (3) 검토

미국연방대법원은 차별행위 여부를 판단함에 있어서 그 판단 주체

는 수정헌법 제1조가 규정하는 종교활동의 자유에 따른 종교적 중립성을 준수하여야 한다는 전제 하에, 필립스에 대한 결정은 종교적 중립을 준수하지 아니한 판단주체의 결정이었다는 전제로 콜로라도 시민권위원회의 결정을 파기하였다.

한편 위 사건의 별개의견(Thomas, Gorsuch)은 케이크 제조 공급 거부 행위의 차별성을 판단함에 있어서 언론의 자유 측면에서 접근할 수 있는 가능성을 제시하였다. 필립스는 케익이라는 창조활동을 하는 일종의 예술가이고, 그가 만드는 케익에 어떠한 메시지가 담겨 있는 이상 위 케익은 일종의 언론으로서 자신이 이를 통해 어떠한 말을 할 것인지, 어떠한 메시지를 포함한 내용을 구성할 것인지에 대해 결정할 자유가 있고, 자신의 신념에 거스르는 창조행위를 강요할 수는 없다는 취지이다.

우리 헌법상 종교의 자유는 크게 신앙의 자유와 신앙실행의 자유로 분류된다. 내부적인 신앙의 자유는 그 내재적 한계를 제외하고는 절대적으로 보장된다고 보는 것이 다수의 견해이며(성낙인, 2020: 1222; 허영, 2020: 457), 신앙실행의 자유는 헌법 제37조 2항 규정에 의하여 제한이 가능하다.

종교의 자유가 헌법질서 내지 법에 의하여 제한이 가능한 우리 법제 하에서는, 앞서 본 바와 같은 공급 거절 행위에 대하여 자신의 신앙에 반하는 창조행위를 할 것을 강요할 수 없는 일종의 종교적 실행의 자유로 이론을 구성할 수 있을 것으로 보인다. 공중 일반에게 특별한 개인의 창조 행위 없이 공급되는 물건이나 용역(예를 들어 불특정물, 공중 일반에 대해 제공하는 내용에 차이가 없는 용역 등)의 경우는 이를 공급하지 아니하거나 용역을 제공하지 아니하는 행위는 합리적인 이유가 없다면 기본적으로 차별행위를 구성한다고 볼 여지가 있다. 이에 의하면, 공산품의 공급을 거절하거나, 이미 동일한 방식으로 만들어져 있고, 앞으로도 동일한 방식으로 제작될 것이 예상되는 빵 과자 종류 등을 차별받은 개인에게 공급하지 아니하는 행위에 있어서 종교의 자유를 주장하기는 어려울 것이다. 용역의 경우도, 공급



받는 개인의 차이가 용역의 내용에 변경을 가져오지 않는 종류, 예를 들어 승객운송업이라거나, 공급받는 개인의 차이에 따라 용역의 내용이 변경될 여지가 있기는 하나 그 변경되는 용역의 내용이 차별 사유와는 무관한 사항, 예를 들어 체육시설업의 개인 트레이닝 용역 등의 경우에는 차별 사유를 이유로 그 제공을 거절하는 경우 역시 종교의 자유를 주장하기는 어려울 것이다. 다만, 물품의 제공이나 용역의 제공에 있어 개인의 창조 내지 표현행위를 필요로 하고, 그러한 창조나 표현행위의 내용을 구성함에 있어서 차별사유가 결정적인 역할을 하는 경우(예를 들어 이 사건의 ‘동성혼을 축하는 내용의 메시지를 포함한 웨딩케이크를 업주가 자신의 창의성을 이용하여 제작하여야 하는 경우’라거나 ‘특정한 종교적 교리의 강연을 내용으로 하는 용역의 제공’ 등)에는 차별행위의 금지를 통해 개인의 신앙활동에 반하는 표현을 강요하는 결과가 될 수 있으므로, 이러한 경우에는 차별 여부를 판단하는데 있어 신중을 기해야 할 것이다.

#### (4) 종교의 자유와 고용관계에서의 차별

종교적 색채를 띤 기업과 성적지향에 기초한 해고의 경우는 어떠한가? 이는 앞서 본 바와 같은 기본권의 충돌 문제에 해당할 여지가 있다. 이는 결국 이익형량의 문제에 해당한다고 할 것이므로 구체적 사안에 있어서 판단이 필요하다. 다만, 일응의 기준이 될 수 있는 것은 기업(법인)의 목적 사업, 이윤 추구 여부, 기업의 규모와 경제적 지위, 채용과정에서 종교를 조건으로 한다는 점을 밝혔는지, 근로자의 위 기업에서의 위치, 근로자의 평소 업무실적 등을 들 수 있을 것으로 보인다. 그 외에도, 부당해고의 기준에 관한 대법원 판례<sup>31)</sup>도 일응의 기준이 될 수 있을 것으로 보인다.

31) 대법원 2017. 3. 15. 선고 2013두26750 판결 등, 사용자의 사업 목적과 성격, 사업장의 여건, 근로자의 지위와 담당직무의 내용, 비위행위의 동기와 경위, 근로자의 행위로 기업의 위계질서가 문란하게 될 위험성 등 기업질서에 미칠 영향, 과거의 근무태도 등

미국 민권법 제7편이 규정하고 있는 종교의 자유 면책 규정을 활용하여, 성소수자 차별금지법제의 필요성을 지지하는 진영에서는 차별금지법안에 종교적 면책을 명시함으로써 고용관계에서 종교적 이유에 따른 차별허용을 인정하고, 차별금지사유로 성적지향의 포함을 반대하는 입장에서는 차별금지법안에 성적지향을 포함시키는 대신 종교적 면책과 관련한 규정을 통해 종교적 자율성을 강화하고 채용의 자유를 보장받는 실리를 취하는 방식을 취하는 방안도 고려해볼 수 있다는 견해도 있다.(이봉재, 2020: 42) 그러나 고용관계에서의 종교적 이유에 따른 차별 인정 또한 이익형량이 필요하다는 점은 위에서 본 바와 같고, 종교적 사유로 인한 면책은 그 해석상 충분히 예외가 인정될 여지가 있으므로, 단순히 “종교를 이유로 한 고용상의 차별은 차별에 해당하지 아니한다”는 취지의 일반 규정의 방식의 입법은 가능하지 않을 것이고, 종교적 면책을 명시하는 경우 고용관계 등에 종교의 요소가 필수적으로 고려되어야 하는 경우를 차별행위의 예외적 허용사유로 규정하는 등 그 규정을 세부화할 필요가 있다.

## VII. 결론

법원은 성적 지향과 관련한 차별을 다룬 사건들에서 기본적으로 ‘성적지향을 근거로 하는 차별은 허용되어서는 안된다’는 원론적인 입장을 취하고 있는 것으로 판단된다. 사법부가 취해야할 방향으로는 당연한 결과이나, 입법부나 행정부가 성적지향에 기초한 차별에 있어 민원이 많다는 등의 이유로 주체적으로 차별행위를 하고 있기까지 한 현실에 비교해보면, 사법부의 이러한 입장은 생경하게 느껴지기도 한다.

사법부의 이러한 태도는, 사법부가 입법부나 행정부에 비교하여 재판 과정에 민원이나 시민 다수의 의견이 직접 작용하기가 쉽지 않고 법치주의 원칙을 중시하기 때문인 것으로 보이기는 한다. 그러나, 앞서 본 바와 같이 권한이 법의 해석으로 한정되어 있는 사법부의 판단만으로는 차별 구제에 한계가 있고, 사법부는 자신에게 주어진 권한을

넘어서 입법에 가까운 적극적인 판단을 하는데는 소극적이므로, 결국 입법부의 입법 없이는 차별행위를 제약하는 데 한계에 봉착할 수밖에 없다.

그러나 “기본권은 투표의 대상이 될 수 없고, 어떠한 선거결과에도 좌우되지 않는다<sup>32)</sup>”. 차별의 대상은 소수일 수 밖에 없고, 혐오와 괴롭힘, 차별의 대상이 되는 집단의 문제를 다수결의 원칙이 지배하는 입법부에만 맡겨둔다면, 소수 집단에 대한 법적 권리의 보호와 차별금지 요원한 일이다. 사법부의 전향적인 역할은 소수자 보호의 측면에서 빛을 발할 수 있다. 성적 지향을 근거로 한 공적, 사적 영역의 많은 차별들은 단순히 입법부가 하나의 입법을 통해, 또는 사법부가 하나의 판결을 통해 모두 해결될 수 있는 문제가 아니다. 앞서 본 서울 서부지방법원 결정례에서 사회적 합의를 언급하는 것, 그 외에 성적 소수자에 대한 수 많은 사건에서 사회적 합의를 언급하고 있는 것은 일정 정도의 사회적 합의가 없이 입법부나 사법부가 지나치게 앞서 나가는 경우 엘리트주의나 계몽주의로 비칠 우려가 있고, 그로 인한 반발이 발생할 여지도 있기 때문인 것으로 보인다. 결국 입법부와 사법부의 노력, 그리고 시민사회에서의 노력 등이 함께 받을 맞춰 나가야만 차별이 진정한 의미에서 해결될 수 있다. 다만, 다수결에 이르지 못했다는 이유로, 또는 사회적 합의에 다다르지 않았다는 이유로 소수자의 권리 보호에 손을 놓고 있는 것은 우리 헌법이 규정하고 있는 입법부나 사법부의 역할과 배치된다. 차별을 방치하는 경우 그 자체로 사회적 갈등이 발생하고, 발생한 사회적 갈등의 해결을 위해 많은 사회적 비용이 필요할 것이다. 입법부와 사법부의 적극적인 역할을 통해 성적지향에 기초한 차별행위의 해결 방법과 해결 기준을 적극적으로 제시하고, 이를 통해 소수자 보호라는 가치와 사회적 비용의 경감을 모두 달성할 수 있기를 기대해본다.

(논문접수일: 2021.03.04 논문심사일: 2021.05.31, 게재확정일: 2021.05.31)

32) 앞의 미국 연방대법원 *Obergefell, et al. v. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.* 판례.

## 참고문헌

- 국가인권위원회 2014년도 연구용역보고서, 성적지향·성별정체성에 따른 차별 실태조사 90-99.
- 권순현, 군형법 제92조의6 ‘추행죄’에 대한 헌법적 평가, 유럽헌법연구 제29호(2019. 1)
- 김송옥, 사적 영역에서 동성애자의 평등권 보장을 둘러싼 헌법적 쟁점 - 차별금지법 제정을 중심으로, 헌법재판연구 제7권 제1호(2020. 6.) 207-246
- 김명수, 소수자보호와 차별금지법, 홍익법합 제15권 제3호(2014), 165-203
- 김형지·김함숙 (2018), 성적 소수자 지향성과 자살 위험성 간의 관계에 대한 체계적 고찰. 한국심리학회지: 일반, 37(2), 185-220
- 김해원 (2011), 기본권관계에서 국가의 의무, 공법학연구, 12(4), 85-112.
- 성낙인, 헌법학 제20판(2020)
- 이봉재 (2020), 성적지향에 대한 미국과 독일의 종교적 면책: 고용차별금지를 중심으로, 사회과학연구, 36(1), 25-49.
- 이재희 (2018), 사적 자치와 차별금지법, 저스티스(165), 33-70
- 이지현 (2014), 한국에서 차별금지법 제정에 있어서 성적지향을 둘러싼 갈등과 전망, 중앙법학, 16(3), 107-139.
- 정문식 (2007), 생명윤리법상 국가의 기본권 보호의무, 공법학연구, 8(3), 170-172
- 한지영, 차별금지법 제정을 둘러싼 쟁점의 비판적 검토 차별의 개념 및 구제 조치를 중심으로, 이화젠더법학 3(1), 2011.9, 89-122(34 pages)
- 허 영, 한국헌법론 전정16판(2020)
- 홍성수 (2019), 차별금지법상 차별적 괴롭힘에 관한 연구, 법학연구, 59, 1-28
- 홍성수 (2018), 포괄적 차별금지법의 필요성, 이화젠더법학, 10(3), 1-38

<Abstract>

**An examination of the discrimination on the ground of  
sexual orientation**

Kim Taehwan\*

Legislative attempts on Anti Discrimination Act in Korea have been thwarted by interest groups opposing “sexual orientation” be included as a ground of prohibited discrimination. However, the term “sexual orientation” has not been yet discussed thoroughly in Korea. This article first make a definition of the term by analyzing the concept as “a person’s consistent pattern of desiring to make a mental, physical relationship with a different, same or more than one gender”.

This article will then introduce the *Bostock v. Clayton County* case which held that discrimination on the ground of sexual orientation is also a discrimination on the ground of sex.

In Korea there are several cases where the government itself discriminates on the base of sexual orientation. This article will highlight such discrimination in education and martial area. Cases on discrimination relating to access to public facility will also be discussed. By overviewing the US Supreme Court’s *Obergefell v. Hodges*, case, this article will also analyze a Korean case that did not legalize same sex partnership. This article also argues that same sex marriage should be legalized on the grounds of right of freedom, rights to equality, and judicial activism.

---

\* Judge, Incheon District Court

Also, this article discusses cases that dealt with discrimination occurring in private spheres, especially in employment, disciplinary action of religious school foundation, defamation. This article also suggests that discrimination itself should not be punished, but if hate crime is committed, its motive should be considered as an aggravating factor in sentencing.

By analyzing *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission* case, this article discusses how to settle conflicts between religious rights and right to equality. If someone's sales or service doesn't involve any element of creativity, s/he cannot argue that denying sale or service is protected by guarantees of religious freedom. However, if the sale or service is a product of creativity and the creativity is deeply related to his/her religion, one can argue that such denial of sale or service is within one's protected religious freedom.

Discrimination on the ground of sexual orientation cannot be settled by one legislation or one judgement. Civil society also plays a big role in eliminating discrimination. Government cannot justify lack of minority protection solely on its lack of social consent. Legislative and judicial branch need to take a role in abolishing these discrimination.

Keywords: sexual orientation, discrimination, antidiscrimination law, antidiscrimination act, same sex marriage