

네트워크 회의
- 차별금지회의

헌법의 눈으로 본 차별금지법(평등법)
- 혐오표현의 문제와 함께 -

한상희 [건국대 법학전문대학원 교수]

1. 들어가기

차별 없는 세상을 향한 길이 열리는가? 지난 제20대 국회에서는 발의조차 안 되었던 차별금지 법안이 이제 겨우 입법의 장에 그 첫걸음을 내디뎠다. 정의당이 발의한 차별금지법안(이하 “차별금지법안”)과 국가인권위원회가 그 의결로써 국회의장에 입법권고한 평등법시안(이하 “평등법시안”); 아래에서 두 법안이라 함은 이 차별금지법안과 평등법시안을 가리킨다)은 촛불집회 이래 격정적으로 진행되는 시민참여형 정책결정과정의 또 다른 장을 열고 있다.

차별금지법은 문자 그대로 차별을 금지한다. 그것은 동시에 우리 사회의 “시민”의 자격을 다시금 회복하는 것이며 그에 기반한 시민권과 인권의 제자리를 확보하는 것이며 이를 바탕으로 우리 사회의 통합과 민주적 운용을 담보하는 기본법이기도 하다. 그것은 시민성이 거부되었던 소수자집단에 대하여 그 시민권을 회복시키고, 소외되어 인권의 바깥을 내 몰렸던 사람들에 대하여 사회공동체의 유의미한 일 구성원으로서의 지위를 되살린다. “권리를 갖지 못한 자” 즉 시민 사회로부터 내몰려야 했던 이 시대의 “난민”(아렌트적 의미에서)들은 물론 모진 노력을 다하여 차별을 벗어나려 했으나 결국 파르베누(parvenus)라는 호명에 되잡혀야 했던 사람들¹⁾에 대해서도 국적과 이웃의 자격을 부여하고 우리 공동체 운영에 있어서의 주체의 자격을 확보하게끔 한다. 그래서 그것은 우리 사회의 통합과 민주적 운영을 담보하는 기본법이 된다. 민주화의 완성을 도모하는 이 시대가 새삼스레 차별금지법을 추구하는 것은 바로 이런 차별금지법의 성격과 기능에 착목하기 때문이다.

하지만 세상의 일은 반드시 그렇게 정의롭지 못하여 차별금지법의 입법조차 지난한 과정을 거쳐야 하게 되어 있다. 2004년 차별금지법안이 처음 그 모습을 드러내었을 때, 차별금지사유 중의 하나로 열거된 “고용형태”는 경제권력의 반대를 야기하는 빌미가 되었다. 신자유주의가 본격적으로 제도화되던 과정에서 소위 “고용유연화”라는 명분으로 동일노동 동일임금의 원칙을 깨며 비정규직이라든가 사내·사외 하청 등의 방법으로 노동착취를 행하던 기업들이 고용형태에 의한 차별을 금지하는 차별금지법안을 반기업적, 반경제적인 법안으로 간주하게 된 것이다. 물론 경제단체의 차별금지법안에 대한 반대는 그리 오래 가지 않았다. “성적 지향”을 시비의 대상으로 삼은 일부 기독교단체의 반대가 조직화되면서 경제단체의 그것을 대체하고 나섰기 때문이다. 그리고 이런 일부 종파의 반대가 최근까지만 이어지면서 무슬림난민들에 대한 반대로 변화하거나 혹은 정치과정에 편입되어 특정 이념이나 특정지역(출신자)에 대한 반대로까지 확산되는 양상을 보이기도 하였다.

이러한 현상은 차별금지법의 존재이유를 너무도 명확히 보여준다. 차별금지법이 존재하여야 하는 바로 그 지점에 차별금지법안을 반대하는 사회세력들이 조직되고 또 활동함으로써 우리 사회에 두드러지게 존재하는 차별현상들이 정확하게 그 모습을 적나라하게 드러내고 있는 것이다. 21세기 대한민국 사회에서 대표적인 차별 사례는 몇 가지로 압축된다. 그 첫째가 경제적 상태에 따른 차별이다. 이는 다른 유형의 차별과 결합하여 복합차별의 양상으로 드러나는 등, 대부분의 차별현상을 지변하는 가장 보편적인 차별사유로 나타난다. “빌라충” “휴거” “엘사” 등의 주거차별은 물론, 난민이나 이주노동자에 대한 차별 또한 그 경제적 지위를 중심으로 한 외국인 차별의 변용으로 나타난다. 또 다른 차별사유는 구래의 성별에 의한 차별이다. 지난 세기말 공무원임용시험에서 병역을 필한 자에 대한 가산점을 부여하던 제도가 헌법재판소에 의하여 위헌

1) 파르베누는 “출부”를 의미한다. 하지만 이들은 “사회의 편견 때문에 고초를 겪은 집단의 구성원들”로, 타인이 자신을 보는 관점에 따라 스스로를 이해한다. 자신의 정체성을 잃어버린 채 자신을 차별하던 사람들의 집단 또는 그 사회계급에 되어 버린 사람들이다. 아그네스 헬러, 서정일 역, 편견, 이론과실천, 2015, 206면.

무효의 결정이 이루어졌던 사건을 중심으로 급격히 확산되기 시작했던 역차별의 감정들이 성차별의 새로운 동력으로 등장한다. 나름의 성평등을 지향하는 국가정책이나 사회분위기가 어느 정도 확산, 정착되면서 취업이나 사회진출기회 등에서 보다 많은 여성들과 경쟁하여야 하게 된 청년남성들의 좌절이나 상대적인 소외감이 가부장제적인 사회문화에 부가되는 성차별의 또 다른 요인으로 구성되고 있는 것이다. 세 번째의 차별사유는 위에서 언급한 종파적 편견에 의한 차별이다.

문제는 이 세 가지의 차별이 최근의 사회·경제적 양극화 현상의 영향을 받으며 종래와는 다른 새로운 차별양상으로 심화되고 있다는 점이다. 즉, 혐오차별이 그것이다. 혐오차별은 다름과 차이를 열등함, 불결함, 불온함, 혹은 위험함 등으로 규정하고 집단적으로 공격한다. 이를 통해 자신이 겪는 사회·경제적 불안감을 해소하거나 회피하는 한편, 자신이 속한다고 관념되는 사회적 다수집단 속으로 편입되고자 한다. 또한 일부 정치세력이나 기득권집단에서는 이러한 혐오차별의 행위들을 집단적으로 동원하면서 자신들에 유리한 정치적, 경제적 환경을 조성하고자 한다. 천박한 포퓰리즘의 전략은 이렇게 혐오의 구성체를 바탕으로 구성되는 것이다.

혐오차별은 사회적 소수자들을 “짓밟을 수 있는 등급”(vertretbare Grö ß e)으로 규정한다. 그것은 차별받는 사람들의 시민성을 침탈할 뿐 아니라 그들이 가지는 제반의 인권들을 본질적으로 침해하여 인류 보편의 가치인 인간의 존엄과 가치를 부장한다. 또한 소수자집단을 침묵시킴으로써 그들에 대한 과소대표(under-representation)현상을 야기하며 다른 편에서는 “다수자집단”의 과다대표현상(over-representation)을 초래하는 것이다. 우리 헌법의 핵에 자리하는 인권과 민주주의 가치가 훼손되는 것이다.

현재 논의되고 있는 차별금지법의 입법제안들은 바로 이 점을 교정하고자 한다. 그것은 다양한 양상으로 나타나는 제반의 차별현상들을 법의 이름으로 차단함으로써 개인의 인권에 대한 보호자로서의 역할과 민주적 질서를 유지하며 사회적 통합을 도모하여야 할 공동체관리자로서의 역할을 수행하고자 하는 것이다.

이 글은 이런 현상에 착목한다. 우리의 현시대에서 차별금지법이 존재하여야 할 이유를 평등/차별에 관한 헌법명령의 관점에서 살펴보면서 격렬한 반대론을 펼치는 일부 종교분파의 주장들을 헌법이론의 맥락에서 반박하고자 하는 것이 이 글의 주된 목적이다. 그래서 제2절에서는 우리의 법체계내에서 평등법시안 혹은 차별금지법안이 가지는 성격을 규명함으로써 그 헌법적 의미를 분명히 하고자 한다. 이를 바탕으로 제3절은 헌법이론 내지는 법이론의 외피를 차용한 주장으로써 특히 성소수자에 대한 차별을 정당화하고자 하는 일부의 시도를 비판하며 반박한다. 종교의 이름을 덧씌운 종파적 판단으로써 차별을 당연한 것으로 만들고 이를 세속국가의 헌법규범으로써 정당화하는 일련의 행태들을 법리적으로 반박하고 교정하고자 하는 것이다.

2. 평등과 차별금지

2.1. 법적 평등의 개념과 구조

법의 영역²⁾에서 말하는 평등이란 두 집단(혹은 그 집단의 구성원들) 사이의 관계를 설명하는 개념이다. 어떠한 표지를 선택하여 그 표지를 기준으로 서로 구분되는 - 보다 정확한 표현으로는 서로 다르다고 인식되는- 두 개의 집단을 나누고(혹은 구분하고), 이 두 집단이 그 표지에 따르면 서로 다르다고 할 것이지만 두 집단을 아우르는 보다 상위의 개념 내지는 표지를 적용하게 되면 양자가 다르지 않거나 동일한 취급을 받아야 한다고 판단되는 경우 우리는 이들이

2) 이 글은 헌법적 관점에서 차별금지법의 제정필요성을 논하고자 한다. 따라서 평등의 개념 또한 법적 개념화의 틀에 따라 구성한다.

서로 평등하다고 지칭한다. 그래서 평등을 말할 때에는 표지와 구분, 상위개념, 비교와 포섭(상위개념으로의 포섭을 말한다) 등의 개념요소들이 복합적으로 작용한다.³⁾

예컨대, 남성과 여성은 섹스 혹은 젠더라는 표지에 따라 구분된다고 인식되는 인간의 두 집단이지만, 국민주권주의의 틀에 따른 보통선거라는 보다 상위의 규범에 따르면 이들은 동일하게 투표권이 부여되도록 취급되어야 하며 그래서 이들은 그 의미에서 동등한 집단이어야 한다. 이 경우 우리는 평등을 말할 수 있게 된다. 이에 반하여 별달리 정당한 사유도 없이 즉, 보다 상위의 규범을 적용하지 아니한 채 혹은 그것을 잘못 선택하거나 오류에 빠진 적용을 함으로써 양자를 달리 취급하게 되는 것을 우리는 차별이라 한다. 예컨대, 내국인과 외국인은 국적이라는 표지에 따라 구분되는 두 집단으로 주권적 권한의 담당자를 선출하는 선거에 투표할 수 있는 지위는 서로 다르게 분배될 수도 있다. “국민”주권이라는 구래의 헌법원칙을 적용할 때 그러하다. 즉, 내국인집단과 외국인집단은 국민주권주의를 적용할 때 투표권의 부여에 있어 달리 취급하는 것은 정당한 것이 된다. 하지만 인간의 존엄과 가치라는 다른 상위규범을 적용한다면 결론은 달라져서 이들의 국적상의 차이는 아무런 의미를 갖지 못 한다. 내국인 노동자든 외국인 노동자든 관계없이 모든 노동자는 인간으로서의 품위를 유지하기 위한 노동의 최저기준에 관한 한 동등한, 혹은 평등한 취급을 받아야 하는 것은 이 때문이다. 요컨대, 내국인 노동자와 외국인 노동자는 인간으로서의 품위를 유지하는 노동조건이 마련되어야 한다는 원칙을 적용할 때 이들을 달리 취급하는 것은 정당하지 못한 구별이며 이는 법적으로 무가치한 차별이라 할 수 있다.

이렇듯 법의 영역에서 평등 혹은 그의 부정개념으로서의 차별을 말할 때에는 반드시 어떠한 원칙-상위규범-을 적용할 때 라는 조건이 들어가야 한다. 즉, 평등의 문제는 그 자체로 정당화되지 아니하는 것이다. 그것은 항상 두 개의 비교집단에 공통적으로 적용되는 상위의 규범 내지는 상위의 가치를 전제로 할 때 비로소 그 타당성의 여부가 결정될 수 있다.⁴⁾ 과거 15세기경 스페인 바야돌리드에서 남미의 인디오들이 인간인지의 여부를 판단할 때 말체에 이르러 구원을 받을 수 있는 지위를 가지는지의 논쟁이 벌어졌던 것도 이 때문이었다. 다르기 때문에 당연히 다른 취급을 받아야 하는 것이 아니라, 다르다는 것을 이유로 다르게 취급하는 것을 정당화하는 보다 상위의 규범-여기서는 성경이었다-이 이 양자의 집단에 공통적으로 타당한 모습으로 존재하는지를 먼저 바라보아야만 비로소 그 구분이나 서로 다른 대우/취급을 하는 것이 정당성 여부를 판단할 수 있었던 것이다.

물론 이러한 상위의 규범이나 가치를 선택하는 것은 그리 쉬운 일은 아니다. 같거나 다른 취급이라는 것이 생활의 과정에 관한 것인지 아니면 생활상에 규정되는 결과에 관한 것인지(소위 기회의 평등 v. 결과의 평등), 혹은 선택의 자유인지 아니면 복지의 자유인지 등등의 인식틀에 따라 달리 판단될 수 있기 때문이다. 뿐만 아니라 그것은 기본적으로 형식개념으로 존재한다. 그것은 자유에 대비되는 평등이라는 개념이 아니라 아마티르 쉐의 말처럼 자유에 대해서도 적용되어야 하는 자유의 존재형식인 것이다.⁵⁾ 그래서 모든 사람은 평등하다, 혹은 같과 같은 평등

3) 이에 관하여는 황동혁, “평등심사의 재구성,” 공법학연구 제21권 제1호, 2020. 183-200면 참조.
4) 이를 두고 황경식은 “예를 들어 불란서 인권선언이라든지 미국의 독립선언에서 모든 인간은 평등하게 태어났다고 했을 때, 그것은 분명 어떤 관점에서 평등하게 태어났다는 이야기일 것”이라고 한다. 평등하다는 것이 어떤 관점에서 그렇다고 이야기되고 있는지를 따져 보아야 한다는 것이다. 한완상 등, “평등의 이념과 불평등의 현실,” 철학과 현실, 1988 가을호(통권 제2호), 1988.11. 176-230. 176면.
5) A. Sen에 의하면 “자유주의의 자유 요구는 전형적으로 ‘균등한 자유’를 의미하며, ‘자유는 평등의 가능한 적용분야에 속하고 평등은 자유의 가능한 분배유형에 속한다’고 한다. 아마티아 쉐, 이상호·이덕재 역, 불평등의 재검토, 한울아카데미, 1999.51-52면. 이 점에서 “우리 헌법상 (실질적) 평등은 자유를 보장하기 위한 보조수단일 뿐 자유를 희생하면서 이루는 평등은 반헌법적인 발상이다.”라는 서헌재(“국가인권위원회의 『평등 및 차별금지에 관한 법률(시안)』 검토의견, 2020. 7. 4. 5면)의 주장은

하다고 언명하는 것은 별 의미를 갖지 못한다. 모든 사람 혹은 갑과 을은 어떤 자유에 대하여 평등한지를 이야기할 수 있어야 비로소 평등은 법적/인권적 의미를 가질 수 있다. 성소수자의 평등을 말할 때 그 핵심은 성적 자기결정권이라는 실체적 자유가 동등하게 보장되어야 함에 놓여져 있는 것이다.

2.2. 차별

실제 법의 세계에서 평등은 차별과 직결된다. 세상의 일은 그 어느 두 개도 완전히 같거나 완전히 다를 수가 없기에 두 개의 집단을 놓고 달리 취급하는 일은 다반사로 일어난다.⁶⁾ 그러다 보니 평등이 곧 차별이고 차별이 곧 평등인 것처럼 보이기도 한다. 물론 법의 영역에서는 “같은 것은 같게, 다른 것은 다르게” 취급하는 것을 평등의 기본원칙으로 삼는다. 문제는 같은 취급, 다른 취급을 정당화할 수 있는 상위규범이 어떤 모습으로 존재하며-인식되며-, 그것의 타당성은 어떠한지-어떻게 판단되는지-라는 질문이다.

일단 다르게 취급하는 행위 중 어떤 것은 법의 원칙에 부합한다. 모든 사람은 각각 다른 삶을 살아간다. 생각도 다르고 취향도 다르며 생긴 모습 또한 다르다. 평등이라고 해서 이렇게 다른 사람들에게 하나의 생각, 하나의 취향만 강제할 수는 없다. 오히려 그 다른 만큼 다른 생각, 다른 취향의 존재를 인정하고 관용하고 수용하는 것이 더욱 바람직하다. 이것이 평등의 본래적 모습이다. “다른 만큼 다르게 취급”함으로써 그 사람의 존재 자체를 인정하고 그 생활의 가치를 그대로 받아들이는 것이 올바른 의미에서의 평등인 것이다. 이를 우리는 <합리적 차별>이라고 하며 평등 혹은 정의의 기본원칙으로 삼는다.

이 합리적 차별은 왜 달리 취급하는지가 설명가능하고 정당화될 수 있는 경우를 말한다. 배고픈 아이와 책 읽고 싶은 아이에게 각각 밥과 책을 주는 것은 설명가능하고 사회통념에 비추어볼 때 타당한 조치이다. 그래서 그것은 합리적 차별이며 차별금지법도 권장하는 평등한 조치이다. 시각장애인인 직원을 위하여 회사가 확대기나 점자와 같은 편의를 제공하거나, 교회에서 교리를 설명할 목사님을 기독교를 신앙하는 사람 중에서 선발하는 것은, 비록 누군가를 다르게 취급하는 것이기는 하지만 그것은 합리적이기에 그리고 사회일반의 법감정에 부합하는 것이기에 금지되는 차별이 아니다.

반면, 다르지도 않은 데 달리 취급하는 경우, 혹은 서로 다른데 그 다름을 부정하면서 똑같이

성립할 수 없다. 차별금지법은 실질적 평등을 이루기 위한 형성적 법규가 아니라, 차별로부터 인간을 보호하기 위한 소극적, 항의적, 회복적 법규에 불과하다. 그리고 대한민국은 민주공화국(헌법 제1조)이라는 헌법이념에 의할 때 차별없이 대등한 국민(공민)적 지위를 가지는 것은 우리 헌법의 가장 기본적인 구성요소가 된다. 나아가 서헌제가 비판하고자 하는 “실질적 평등”은 자유의 보조수단이 아니라 제헌헌법 이래 특별히 강조되어 온 헌법이념-삼균주의-의 핵심에 들어가는 가치이다. 역대 헌법이 누차 강조해온 기회의 균등, 국민생활의 균등한 향상, 이익균점권, 균등한 교육을 받을 권리 등은 이를 말한다.

6) 서헌제는 두 집단으로 나누는 행위와 이들을 나누어 다른 취급의 대상으로 삼는 행위를 분별하지 아니한다. 그래서 그는 “‘구별’을 차별의 하나로 규정하고 있는데 구별한다는 것은 ‘다른 것을 다르게’ 취급하는 것을 의미” 하며 “이는 평균적 정의와 배분적 정의를 부정하는 개념이다.”라고 단정한다.(위의 글, 5면) 하지만 그가 말하는 “구별”은 정확하게는 “구획”이며 헌법재판소의 용어법을 빌자면 비교의 대상을 이루는 두 개의 집단(사실관계)을 설정하는 행위이다. 차별금지법에서 말하는 구별은 후술하는 Plessy v. Ferguson 사건에서 다루는 Jim Crow법의 분리이다. 그것은 합리적인 이유나 근거도 없이 피부색 또는 조상력을 기준으로 흑인과 백인의 집단을 나누고 그 각각의 집단에 사회적 편견이나 오해에 기반한 속성(주로 열등함)을 부여한다. 그래서 그것은 “separation”을 넘어 “distinction”(인종차별철폐협약 제1조제1항)이다. 그리고 이러한 구분/구별 자체는 비록 “분리하되 평등”이라는 원칙으로 그것을 미화한다 하더라도 그 자체 차별이며 인권침해의 위헌인 조치는 이미 정립된 헌법이론(constitutional doctrine)이 되어 있다.

취급하는 경우는 잘못된 차별 즉, 법적 무가치판단의 대상이 되는 차별⁷⁾이다. 차별금지법이 금지하고자 하는 차별은 바로 이같은 자의적 차별이다. 그것은 달리 취급하는 합리적인 이유가 없거나(unreasonable), 다르게 취급하는 기준이 제멋대로거나(arbitrary) 혹은 상황에 따라(또는 자신의 이해관계에 따라) 들쭉날쭉한 기준을 적용하여 도저히 예측할 수 없는 차별이 이루어지는(capricious) 경우를 말한다.

식당이나 극장뿐 아니라 기차도 흑인칸과 백인칸이 분리되었던 19세기말 미국 루이지애나주의 사례를 예로 들어보자. 증조부모 중 단 1명이 흑인이어서 소위 1/8 흑인인 사람(따라서 피부색은 백인이었다)이 백인전용의 1등석에 앉아 다른 백인들과 함께 기차여행을 하고 있었다. 도중에 여객전무가 차표 검사를 하러 오자 이 사람은 자신이 흑인의 핏줄을 물려받은 사람이라고 말했다. 그러자 여객전무는 1/8 흑인도 흑인이라는 이유로 이 사람에게 흑인칸으로 가라고 명령하였다. 자의적 차별의 대표적인 경우이다. 미국에서 흑인과 백인을 분리하는 Jim Crow법을 실시한 가장 큰 이유는 섞어 놓으면 사회질서가 교란된다는 것이었는데, 이 사람의 경우에는 자신의 혈통을 밝히기 전까지 백인칸에서 아무런 일 없이 평화롭게 여행을 하였다. 그런데도 어느 순간 다른 취급의 대상이 되었다. 혈통이 무엇인지는 사회질서와는 전혀 무관하였음에도 그 혈통에 대한 커밍 아웃이 이루어지는 순간 세상이 달라져 버렸던 것이다.

물론 흑인운동의 일환으로 기획되었던 이 사건은 미국연방대법원에서 패소하였고, 소위 “분리하되 평등”이라는 이상한 법논리가 지배하는 세상이 되었다.⁸⁾ 이 판결은 두 세대가 지난 1954년 미연방대법원의 학교통합판결⁹⁾(소위 Brown사건)에서야 겨우 종말을 고하게 된다. 인종을 분리하는 것 자체가 차별받는 집단에게 치유할 수 없는 열등감을 야기하며 그것은 종국에는 미국 사회의 통합능력을 현저하게 떨어뜨리게 된다는 이유였다. 인종분리라는 것은 그 자체로 민주사회에서 도저히 용인될 수 없는 해악임을 선언한 것이다.

여기서 저 Plessy의 경우를 보자. 그의 인종이나 조상력(ancestry), 혹은 피부색이 어떻게 그것을 괄호 속에 넣고 우리가 인식하지 않으면 아무런 일도 일어나지 않는다. 그런데 바로 그런 상황에서 오직 우리가 그 사실을 알게 되었다는 이유만으로 그를 내쳐야 할 이유는 어디에 있는가? 어떤 사람이라도 회사동료로 뜻 맞추어 일을 잘 하고 있었는데, 어느 순간 그가 나와 다른 성별 정체성이나 성적 취향을 가지고 있다거나 혹은 그가 나와 다른 종교, 사상을 가졌음을 알게 되었다는 사실이 그 일을 하며 회사생활을 하는데 어떤 영향을 주어야 하는가? 10여년전 미네르바라는 필명의 경제비평가가 있었다. 물론 정부시책에 비판적인 글을 너무도 많이(?) 쓰는 바람에 억압의 대상이 되기도 하였지만 많은 사람들이 그의 판단과 평론에 동조하였다. 그런데 어느날 그가 박사도 석사도 아닌 고졸의 학력소지자임이 밝혀졌다. 그래서 그가 썼던, 많은 사람이 읽고 동조하였던 바로 그 글의 타당성이나 진실성은 부정되어야 하는가? 동성애자인 홍석천이 만드는 음식이 이성애자인(혹은 그렇게 알려진) 다른 연예인 쉐프의 음식과 전혀 다른 취급을 받아야 할 이유는 도대체 어디에 있을까?

차별금지법은 이런 차별을 정확하게 겨냥한다. 그것은 합리적 차별은 보호하고 존중하지만 이원식의 자의적 차별은 제대로 금지한다. 두 법안이 “합리적인 이유없이”(차별금지법안 제3조, 평등법안 제3조제1항 제1호)라는 문구를 삽입한 것은 바로 이를 명문화한 것이다. 헌법재판소가 그동안 수많은 차별사례들을 다루면서 정립한 자의성 혹은 비례성의 판단기준들은 바로 이 “합리적 이유없이”로 수렴된다. 이는 항을 바꾸어 살펴보자.

7) 이하 별도의 수식이 없이 사용되는 “차별”이라는 용어는 이런 무가치의 행태라는 의미이다

8) Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896)

9) Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954)

2.3. 차별금지외의 판단기준

합리적 차별은 보호된다고 하는데 그 합리성의 판단기준은 도대체 무엇인가? 차별금지법은 인권법이지만 어쨌든 국내법이기에 때문에 국내의 판단기준으로 설명하기로 하자. 아주 정교하고도 올바른 기준들을 이미 헌법재판소가 만들어 두었다. 일반적인 차별은 자의금지의 원칙으로 다룬다. 누가 봐도 말도 안 되는 구분이 이루어지거나 그 다른 처우가 명백하게 잘못되었다고 판단될 때 그 차별은 불법한 것이다. 고용에서 별다른 이유도 없이 남녀차별을 하는 경우가 대표적이다.

“차별취급의 자의성은 합리적인 이유가 결여된 것을 의미하므로, 차별대우를 정당화하는 객관적이고 합리적인 이유가 존재한다면 차별대우는 자의적인 것이 아니게 된다”(헌법재판소 2002. 11. 28. 2002헌바45) 얼핏 보기에 들어반복처럼 보이는 이 결정요지는 두 가지의 함의를 담고 있다. 첫째, 집단을 나누고 이들에게 서로 다른 취급을 하는 것은 입법자의 합리적인 정책판단에 따라 이루어져야 하며, 이런 입법자의 입법형성의 자유는 존중되어야 한다. 예를 들어 여성들에 대한 성범죄를 예방하기 위하여 남녀의 성별에 따른 공중화장실의 구분을 법률로 강제한다고 하였을 때(공중화장실 등에 관한 법률 제7조제1항) 그것의 합리성에 대한 판단은 일단 입법자의 의사에 맡겨 두어야 한다고 보는 것이다. 대의제 민주주의의 체제에서 대의자인 국회(의원들)의 입법판단은 일단 국민의 그것으로 간주되기 때문이다. 둘째, 그럼에도 불구하고 입법자는 국민들에게 그 달리 취급함에 대한 설명을 하고 또 그들을 납득시킬 수 있어야 한다. 물론 이때의 납득이란 “그럴 수 있음” 혹은 “일리 있음”의 수준에 그칠 수 있지만, 그나마도 할 수 없는 차별은 헌법의 보호를 받지 못하게 되는 것이다. 아버지 혹은 어머니가 중혼을 한 경우 할아버지나 할머니는 그 중혼을 취소할 것을 청구를 할 수 있도록 하면서 정작 심각한 영향을 받게 되는 직계비속에게는 중혼취소청구권을 부여하지 아니한 것은 누가 보아도 납득하기 어려운, 존-비속이라는 사회적 신분에 의한 차별이다. 그래서 헌법재판소는 이를 위헌으로 판단하면서 입법개선을 촉구한 바 있다.(헌법재판소 2010. 7. 29. 2009헌가8: 그에 따라 2012년 국회는 민법 제818조를 개정하여 직계비속도 청구할 수 있도록 하였다) 평등법시안이 “다른 법률의 규정에 따라 차별로 보지 아니하는 경우”라는 예외조항을 삽입한 것(제4조제3호)도 이런 맥락에서 이해될 수 있다.

혹은 차별의 결과가 기본권을 침해하게 되는 경우와 같이 중대한 때에는 “비례성”의 판단을 한다. 차별하는 목적이 정당해야 하고, 차별의 기준과 방법이 그 목적달성을 위해 합리적인 것이어야 하며, 차별의 정도는 최소한에 그쳐야 하며, 차별로 인해 얻는 이익이 차별당하는 설움(손해)에 비해 현저하게 커야 한다.

그래서 예컨대 교회의 설교과정에서 ‘성경에 따르면 동성애가 금지된다고 해석할 수도 있다’는 내용을 말하는 것은 차별금지법의 금지대상이 아니다. 차별금지외의 영역에 해당되지도 않을뿐더러 그것이 “괴롭힘”¹⁰⁾의 수준에 이르지 않는 한 다양한 성경해석의 문제를 떠올리는 것 자체가 누가 봐도 명백하게 잘못된 것은 아니기 때문이다. 마찬가지로 법적 성별이 남자인 사람이 여자 화장실에 들어가겠다는 것을 막는 것은 현재 수준의 사회통념에 비추어볼 때 그러해야 한다고 인식되기 때문에 굳이 차별로 금지할 일은 아니다.(물론 장기적으로는 성중립적인 화장실로의 통합이 바람직하다¹¹⁾) 하지만, 회사에서 동성애자라는 이유로 노동자를 해고한다면 이는 그의

10) 평등법시안은 이를 적대적·모욕적 환경을 조성하는 등의 행위로 ‘특정 개인이나 집단에 대하여 신체적, 정신적 고통을 주는 경우’로 규정한다.(제2조 제7호) 차별금지법안은 여기에 요건을 하나 더 추가하여 그 고통으로 “인간의 존엄성을 침해하는 행위”(제3조 제1항 제4호)라고 한다.

직업의 자유를 현저하게 침해하는 것이기 때문에 위에서 말한 “비례성”의 요건들을 하나하나 엄격하게 판단되어야 한다.(결론적으로 그런 해고조치는 차별금지법상 위법한 차별이다) 혹자는 전과의 여부에 따라 차별하지 말라고 하면서 성범죄의 전과를 가진 사람에 대해 교육기관 등에 취업을 하지 못하게 한 조치는 같은 이유에서 차별금지법 위반이 아니냐고 반박하기도 하는데, 이는 특별한 법률(청소년성보호법 등)에 따라 이루어지는 차별로 차별금지법의 예외사유에 해당한다.¹²⁾

차별금지법에서 특별히 차별금지영역을 설정한 것은 이 때문이다. 우리의 일상생활과정에서 발생하는 수 많은 차별-울건 그르건-을 다 규율하는 것이 아니라, 그 차별이 가장 자주 일어나고 또 차별로 인한 생활침해의 정도도 심각한 영역만을 선정하여 그 영역에서의 차별을 막고자 한다. 직업의 자유뿐 아니라 인격의 자유로운 발현이라는 인권과 직결되어 있는 고용이라든지, 인격의 형성과 사회생활수단의 획득을 위한 교육영역, 일상생활에 걸실한 재화-용역의 공급 및 이용과 관련한 영역, 그리고 이 복지국가의 시대에 무엇보다 절실한 행정서비스의 영역 등 네 가지 영역에만 특정하여 차별금지의 조치들이 이루어진다. 그래서 후술하듯 교회에서 설교하는 것이나 동성애에 부정적인 내용의 방송을 송출하는 문제 등과 같은 것은 차별금지법의 적용대상에서 일단 제외된다.

아울러 일각에서는 이 차별금지법이 시행되면 헌법에 반하는 역차별과 불평등이 야기된다는 주장도 하기도 한다. 차별금지사유가 23개(차별금지법안) 또는 21개(평등법시안)나 되어 다 기억할 수도 없고, 괴롭힘과 같은 주관적인 요건을 삽입함으로써 억울하게 가해자로 몰리는 경우도 있을 수 있다고 한다. 나아가 차별금지법 위반을 이유로 조사받아야 하고 제재의 위협에 내몰려야 하며 그 과정에서 표현의 자유, 양심의 자유, 종교의 자유 등이 심각하게 침해될 것이라고도 한다.¹³⁾

하지만 이런 주장은 비판의 격에 맞지 아니한다. 우선 우리 중에 형법이 금지하는 범죄의 수가 몇 개나 되는지 세어 가면서 행동을 조심하는 사람이 몇이나 있는가? 그냥 일반적인 상식과 정의관념에 비추어 나쁜 것 하지 않으며 살면 그게 형법을 준수하는 것이다. 살아가면서 나와 다른 삶을 사는 다른 사람에 대해 반드시 필요하지 않다면 나와 똑같이 대우하는 것은 사회생활의 기본적인 윤리에 속한다. 게다가 비판을 하려면 저 20개 이상의 차별금지사유가 “너무 많다”는 식의 논증은 피해야 한다. 어떤 사유가 어떤 이유에서 명문화되는 것이 적절하지 않다는 식의 주장이 이루어져야 한다. 실제 저 차별금지사유들은 하나하나가 우리의 억압과 차별의 역사와 현실을 담아낸 실증의 것들이다. 그것은 임의적인 분석에 의한 추론으로 제시된 것이 아니라 종합적인 귀납에 의한 입법적 결단으로 열거된 것들이다. 그래서 “다른 나라에 비하여”라는 선부분 비교법제론을 거론하는 것은 그 어떤 의미에서도 적절하지 않다.

괴롭힘 역시 마찬가지다. 나의 권력을 이용하여 다른 사람이 싫어하는 혹은 싫어한다고 생각되는 행위를 하지 않아야 하는 것 또한 주관적인 판단이 아니라 누구나 알 수 있는 그래서 객관

11) 이에 관하여는, 박한희, “모두를 위한 화장실, 화장실의 평등.” 여/성이론, 제42호, 2020. 63-77면 참조. 성 중립적 화장실을 말하면 안전의 문제를 먼저 떠올리는 경우도 적지 않으나, 엄밀히 보자면 안전은 성별분리의 문제가 아니라 관리의 문제다.

12) 헌법재판소가 (구)아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제44조(성범죄자에 대한 취업제한)을 위헌이라 판단한 것은 “성범죄 전격자의 구체적 범죄행위 유형 등을 고려하지 않고 일군의 성범죄를 저지른 사람 전부에 대해서 동일한 취업제한 기간을 두는 점 등에서 침해의 최소성 원칙에 위배”된다고 보았기 때문이었다.(헌재 2016. 7. 28. 2013헌마436) 이에 국회는 2018년 법원으로 하여금 성범죄로 형 또는 치료감호를 선고하면서 이와 동시에 아동·청소년 관련기관 등에의 취업제한 명령을 선고하도록 하되 그 기간을 죄의 경중 및 재범 위험성을 고려하여 차등하도록 하는 법률개정을 하였다.

13) 서헌재, “국가인권위원회의 『평등 및 차별금지에 관한 법률(시안)』 검토 의견, 2020. 7. 4.

적인 생활도덕이다. 그러기에 그것은 근로기준법에조차 명문규정으로 들어가 있다. 그래서 이런 주장들은 일반인의 수준에서도 납득하기 어렵다.

실제 근대법체계가 들어온 이래 100년 이상의 세월동안 우리 법학과 법제는 부당하게 억울한 자가 나오지 않도록, 그리고 자유와 권리에 대한 부당한 침해가 발생하지 않도록 무수한 법규범과 법절차, 그리고 법이론과 판례들을 생산해 내었다. 최소한 국민의 기본권 보장을 직접 담당하고 있는 저 헌법재판소가 내린 판단만 보더라도 거의 대부분의 생활관계에서 헌법상 허용되는 기본권제한은 어디까지이며 허용되지 아니하는 기본권침해는 어디서부터 시작하는지 나름 명확한 기준들을 세워놓았다. 그래서 표현의 자유라 하더라도 제한되는 경우와 그렇지 않은 경우가 구분되고 정교분리의 국가에서 국가가 종교의 자유에 개입할 수 있는 범위와 종교가 정치나 입법의 과정에 개입해서는 아니 되는 범위는 비교적 명확하게 설정된다. 차별금지에 관한 두 법안에 대한 비판은 이렇게 축적된 법이론과 법제, 판례를 기초로 이루어져야 한다.

2.4. 차별금지법의 법적 성격

이상의 논의에 입각하여 보면 차별금지를 규정하는 두 법안은 우리 헌법이 지금까지 평등 및 차별금지와 관련하여 규정해 왔던 내용으로부터 크게 벗어나지 않는다. 이하에서는 두 법안의 의미를 차별금지의 의미와 차별금지사유, 차별금지영역, 판단의 준거 등으로 나누어 살펴보자

① 차별금지의 의미

헌법재판소는 그동안 객관적 법질서로서의 평등의 원칙 혹은 기본권으로서의 평등권(또는 차별받지 아니할 권리)은 “국민의 기본권 보장에 관한 우리 헌법의 최고원리”이거나 “국가에 대하여 합리적 이유 없이 불평등한 대우를 하지 말 것과 평등한 대우를 요구할 수 있는 국민의 기본권 중의 기본권”(헌재, 1989. 1. 25. 88헌가7 등)이라는 수준에서 헌법상 자명한 요청으로 규정해 왔다. 헌법전문과 헌법 제11조 등의 명문규정을 평등대우 혹은 차별금지의 궁극적인 근원으로 보고 있는 것이다.

하지만 차별금지를 다루는 두 법안은 평등명령의 종국적인 근원을 인간의 존엄성 및 가치의 실현에 두고자 한다. 평등법시안은 이를 두고 차별금지, 차별의 피해 구제, 차별예방 등의 조치를 통해 “인간의 존엄과 평등을 실현함을 목적으로 한다”고 하고 있으며 차별금지법안은 “헌법상의 평등권을 보호하여 인간으로서의 존엄과 가치를 실현함을 목적으로 한다”고 규정한다. 소위 “존엄성으로서의 평등”¹⁴⁾을 규정하고 있는 것이다. 평등의 문제를 그 자체 자명한 보편적인 가치로 다루기 보다는 인간의 존엄과 가치라는 보다 고차의 규범에 기반하여 “어떤 종류의 구분은 편견과 고정관념에 의해 만들어지는 근본적인 불합리성이 있으며, 이런 차별적 구분이 존엄성을 해치는 치명적 효과가 있다고 본다.”¹⁵⁾ 즉, 성희롱이라든가 괴롭힘, 혹은 혐오표현 등과 같은 행위들은 표현의 자유나 일반적 행동자유권의 범주로 보호되는 기본권인 것처럼 보이며 차별적인 외관은 갖지 않은 것처럼 인식되기도 하지만, 그것은 상대적으로 우월한 권력이나 지위를 이

14) 이에 대하여는 김지혜, “모두를 위한 평등” 민주법학 제66호, 2018, 183-208면, 특히 198면 이하 참조.

15) 김지혜, 위의 글. 198면. 그는 이 명제를 Denise G. Réaume, “Discrimination and Dignity”, Louisiana Law Review, vol.63(2003), 647-648쪽에서 인용한 것이라 한다. 또한 캐나다 연방대법원의 L'Heureux-Dubé 대법관은, “평등이란 우리 사회가 특정한 사람들을 이등 시민으로 대우하거나, 비하하거나, 이유 없이 열등하다고 여기거나, 그 밖에 근본적인 인간의 존엄성을 해치는 것을 용납할 수 없다는 의미이다.”(Egan v. Canada, [1995] 2 S.C.R. 513, 543(L'Heureux-Dubé 대법관 반대 의견: 위의 글 198면에서 재인용)

용하여 다른 사람의 존엄성을 침해하는 행위로서 차별의 영역으로 규정할 수 있게 된다. 그리고 바로 이런 점에서 차별금지법안은 “괴롭힘”을 “인간의 존엄성을 침해하는 행위”로 규정하고 있는 것이다.(제3조 제1항제4호)¹⁶⁾

마찬가지로 차별 혹은 역차별주장의 타당성 여부를 판단함에 있어서도 인간의 존엄과 가치라는 입법목적은 중요한 해석기준을 마련한다. 일부가 행사하는 표현의 자유나 직업의 자유가 다른 사람을 차별대우하는 근거로 이용된다면 그 기본권충돌의 중요한 판단기준의 하나로 그 다른 사람의 존엄과 가치의 문제를 들 수 있게 되기 때문이다. 예컨대, 동성애자를 차별하는 행위에 대하여 그 일방의 표현의 자유 혹은 직업수행의 자유에 대비하는 동성애자의 평등권의 문제에 한정될 것이 아니라(이 경우 차별하는 자에 대한 역차별이라는 주장이 나올 수밖에 없다), 그러한 행위로 인하여 침해되는 동성애자의 인간으로서의 존엄과 가치의 판단까지도 고려되어야 한다는 틀이 형성될 수 있는 것이다. 포괄적 차별금지법이 차별이라는 현상을 치유하는 출발점이 될 수 있음은 이런 틀 때문이다. 이 법은 평등과 차별의 개념을 인간의 존엄과 가치라는 궁극의 이념으로부터 도출함으로써 기본권의 충돌 내지는 역차별의 주장에 대한 나름의 유의미한 판단 기준을 제시하고자 하는 입법자의 결단에 해당하는 것이다.¹⁷⁾

② 차별금지사유 및 차별의 유형: 선언적 법률

차별금지법이 다루고자 하는 차별의 행위와 그의 판단기준은 전술한 바와 같이 이미 우리 헌법의 해석론을 통하여 그 상당부분은 정리된 바 있다. 즉, 헌법과 그 부수되는 국가작용(입법은 물론 헌법재판도 포함한다)에 의하여 어떠한 행위가 자의적 차별이며 어떠한 행위는 법적으로 정당한 차별인지는 이미 충분히 가려져 있거나 그렇게 가릴 수 있는 틀이 마련되어 있다는 것이다. 그리고 바로 이 점에서 두 법안 즉 포괄적 차별금지법은 기존의 헌법질서를 그대로 투영한 것에 지나지 않게 된다. 환언하자면 이 법은 차등대우를 정당화하는 상위규범을 정하는 형성적 법률이 아니라, 상위의 규범-헌법-에 의하여 이미 무가치한 차별로 선언되었거나 되는 행위에 대한 유형과 및 그에 대한 처리의 체계를 다루는 확인적·선언적 성격의 법률이다.

물론 이 두 법안에서는 차별금지의 사유를 성별·종교·사회적 신분 등 세 개만 제시하고 있는 헌법과는 달리, 20개 전후의 사항으로 확산시켜 놓았다는 차이점은 있다. 하지만, 헌법 제11조의 세 사유들이 예시적인 것이듯, 이 두 법안이 나열하고 있는 차별금지사유 또한 예시적인 것에 불과하다. 그래서 이 두 법안에는 “~ 등”이라는 개념확장용 용어가 등장하게 된다. 뿐만 아니라 두 법안이 제시하는 간접차별이라든가 성희롱, 괴롭힘 등의 차별행위들 또한 기존의 법해석으로 혹은 근로기준법과 같은 기존의 법률로써 충분히 교제되고 있는 것들이다.¹⁸⁾ 즉, 그들은 이미

16) 하지만 김지혜가 위의 글에서 우리 헌법재판소의 호주제 위헌결정(헌재 2005. 2. 3. 2001헌가9등)을 들면서 평등을 존엄성의 측면에서 이해하는 태도를 읽어내고자 한 것은 약간의 무리가 따른다. 이 결정은 헌법 제11조로부터 직접 존엄성이라는 목적을 도출한 것이 아니라 혼인과 가족제도가 “개인의 존엄”을 기초로 성립되고 유지되어야 할 것을 규정한 헌법 제36조제1항에서 그러한 존엄성의 판단 근거를 찾고 있기 때문이다.

17) 이와 관련하여 무슬림인 의사가 무슬림 부모의 요청에 따라 그들의 4세 남자 아이에 대해 할례 수술을 집도한 사건에 대한 필른지방법원의 판단은 참조할 가치가 있다. 동 법원은 독일민법 제1627조상의 아동복리를 이유로 한 부모의 승낙이 있음에도 불구하고 그 수술은 정당화될 수 없다고 보았다. 즉, “부모의 종교적 양육권은 아이의 신체의 완전성과 자기결정권에 우선하지 않으며, 오히려 아동의 신체의 자유와 자기결정권에 의해 제한된다고 보았다. 또한 “수술로 인한 아이의 신체적 변화는 영구적이고 회복불가능하므로” “장래에 [아이가] 스스로 자신의 종교적 소속을 정할 이익에 반한다”고 판단하였다. LG Köln, Urteil vom 7.5.2012 - 151 Ns 169/11(황동혁, “종교적 동기에 의한 행위의 헌법적 보호,” 부산대 법학연구 제56권 제4호, 2015, 33-51면, 35-37면) 종교적 자유라고 해서 아이의 자기운명결정권 혹은 종교선택권과 같은 다른 기본권을 침해할 수는 없다고 본 것이다.

우리 사회내에서 민주적 합의가 존재함으로 전제로 구성되는 법규율에 불과하다. 오히려 차별금지법은 우리 사회의 차별현실을 반영하면서 그 교정의 방책을 상위규범-국제인권법이나 헌법-의 규율내용을 구체화하는 수준에서 입법한 것이라고 보아야 한다.

③ 차별금지영역: 형성적 법률

하지만 차별금지영역은 차별금지사유와는 다른 구조를 가진다. 헌법의 제1차적 수범자는 국가라는데 점에서 차별금지사유나 차별의 유형들은 이미 다양한 경로들을 통해 그 의미가 확정되고 또 나름의 효력을 발할 수 있었다. 그러나 사적인 영역은 헌법의 직접적 규율이 여의지 않은 부분이다. 헌법소원심판이나 위헌법률심판등이 제대로 작동하기 곤란한 영역이기 때문이다. 그러기에 차별금지법은 사적 자치와 국가적인 방입이 원칙인 사적인 영역에 대한 특별한 규율로서 존재하게 된다.

요컨대 차별금지법에서 정하는 차별금지영역의 경우는 사적인 생활영역에 존재하는 차별의 관행을 해소하고 평등한 사회를 마련하기 위한 국가목적 실현하기 위하여 최소한의 공적 규제의 가능성을 제시한 입법자의 결단에 해당하는 부분이다. 즉, 그것은 시민사회의 자율성이라는 속성에도 불구하고 일정한 영역을 선택하여 그에 대한 공적 규율의 가능성을 마련한(공공성의 형성) 법이 된다. 실제 고용이라든가 교육, 서비스 등의 영역은 종래 사적(private) 영역으로 차별판단을 비롯하여 국가적인 규율의 바깥에 존재하던 영역이었다. 하지만, 20세기를 전후하여 사적 자치나 사소유권 등에 대한 사회법적 고려가 침윤되면서 이 영역들은 시민사회의 온전한 방입대상에서 어느 정도 국가적 규제가 통용되는 공적(public)영역으로 편입되어 왔다. 차별금지법은 이런 시대사적 흐름을 규범의 영역으로 끌어들이고 고용을 비롯한 이 세 영역을 특별히 차별금지영역으로 규정한다. 시민사회의 자율성을 존중하면서 최소한의 수준에서 국가적 개입이 절실한 영역만 차별금지법의 규율대상으로 규정한 것이다. 이는 입법자의 일종의 입법적 결단에 해당되는 부분이라 할 것으로, 종래 법으로부터 자유로운 영역이었던 사적 공간에 대한 법적 규제를 강화한 법규범이 된다.

물론 이 경우 발생하기 쉬운 지나친 국가주의내지는 국가권력강화의 현상을 방지할 필요는 있다. 그래서 차별금지법은 차별이 금지되는 사적 영역을 특정하고 이에 대한 국가적인 규율의 가능성은 마련하면서도 추가적인 국가권력은 형성하지 않았다. 오히려 사적 영역에서의 차별을 예방, 완화하기 위한 일련의 행위규범-차별금지라는 행위규범-만 설정하고 이의 집행은 기존의 법질차 즉, 국가인권위원회법에서 정한 조사와 구조의 절차를 원용하는 한편, 구체적인 차별여부판단은 법원의 기성절차-민사소송법상의 손해배상의 절차-에 일임하고 있다. 그러다보니 이 차별금지법은 국가인권위의 권한을 강화하는 것이 아니라(실제 별로 달라지지 않는다.), 법원의 권한만 대폭 강화시킬 뿐이다.

④ 판단기준: 상위의 정당화규범

18) 서헌재는 이 점에서조차 오늘날의 평등법 발전동향을 따라가지 못한다. "평등법시안은 '차별'이라는 지극히 모호하고 주관적인 잣대로 " "위반시 민사배상과 형사처벌 위협을 줌으로써"(위의 글, 5면)라는 표현은 지금까지 우리 헌법학이나 헌법재판소, 대법원 등의 선례들뿐 아니라 국가인권위원회의 차별사례결정례들과 각 개별적 차별금지법의 영역에서 발견되어온 차별의 판단기준을 제대로 이해하지 못하고 있음을 드러내고 있을 뿐이다. 또한 차별금지법이 "더 나아가 직접차별뿐아니라 간접차별까지 포함한다"(위의 글, 6면)라는 비난 또한 간접차별이 이미 헌법적 차별개념으로 포섭되지 오래입을 간과한 것이며 남녀고용평등법이나 장애인차별금지법 등에서 나아가 헌법재판소의 결정(군가산검제에 관한 헌법재판소 1999. 12. 13. 98헌마363 결정)에서도 이를 인정하고 있음을 알지 못하고 있는 것이다. 마찬가지로 괴롭힘이라는 용어에 대한 이해(위의 글, 6면)도 현격히 떨어져 있다.

평등과 차별의 문제는 언제나 상위의 정당화규범을 전제로 하여야 함은 앞서 살펴보았다. 그리고 차별금지법은 이 점을 명확히 한다. 평등법시안의 경우 타법과의 관계를 정하면서 "헌법상의 평등권과 관련된"이라는 규정(제6조)을 통해 평등법이 헌법의 구체화법임을 선언한다. 또한 차별금지법안도 제1조에서 "헌법상의 평등권을 보호"함을 명확히 하는 한편 타법과의 관계에 있어 "대한민국헌법, 상의 평등권과 관련된 법령"이라는 조문을 둬으로써 차별금지법의 제정취지 및 그 규율의 내용은 대한민국헌법에 터잡고 있음을 선언한다.

요컨대, 차별금지법에서 차별인지의 여부를 규정하고 또 판단하는 "상위의 규범"은 헌법 또는 헌법에 의하여 국내법적 지위를 가지게 되는 국제인권법이다. 그리고 바로 이런 규범의 틀은 세속법의 체계를 취하고 있는 우리 법제의 당연한 모습이다. 즉, 차별이나 평등을 판단하는 기준이 되는 법은 헌법, 국제(인권법) 혹은 그러한 상위법을 구체화하는 개별적인 법률로서 세속의 국가법 규범이다. 이 점은 정교분리의 원칙을 선언하고 있는 우리 헌법 제20조의 규정에 의해서도 명확하게 드러난다.

문제는 이런 일반원칙에도 불구하고 일부 종교분파들에서는 그에 특유한 종교적 규율을 바탕으로 차별금지법의 타당성 여부를 판단하고자 한다. 하지만 세속국가에서 종교규범 혹은 교파적 도그마틱은 여기서 말하는 "상위규범"이 될 수가 없은 너무도 당연하다. 만일 국가가 어느 특정한 종교분파의 교리에 의존한 법규율을 할 경우 이는 종교적 중립성 내지는 중립의무를 규정하고 있는 헌법 제20조의 위반이 되어 버린다.

실제 우리 법체계 속에서는 종교규범이 어느 정도 법규율의 내용에 포섭되어 있는 경우도 적지 않다. 그러나 그들은 종교규범으로서가 아니라 일종의 세속화의 과정 즉, 입법이나 관습 등 규범화의 과정을 거쳐 사회규범의 영역으로 변형됨으로써 우리 법제의 일부로 자리잡게 된 것들이다. 예컨대, 성탄절과 같은 경우 "기독교 문화를 사회적 배경으로 하고 있는 구미 제국과 달리 우리나라에서는 일요일은 특별한 종교의 종교의식일이 아니라 일반적인 공휴일로 보아야 할 것"(헌재 2001. 9. 27. 2000헌마159)이라거나, "종교교육이라 하더라도 그것이 학교나 학원이라는 교육기관의 형태를 취할 경우에는 교육법이나 학원법상의 규정에 의한 규제를 받게 된다고 보아야 할 것"(헌재 2000.3.30. 99헌바14)이라고 본 헌법재판소의 결정, "종교적 중립성이 유지된 보편적인 교양으로서의 종교교육의 범위를 넘어서서 학교의 설립이념이 된 특정의 종교교리를 전파하는 종파교육 형태의 종교교육을 실시하는 경우 (...) 사회공동체의 건전한 상식과 법감정에 비추어 볼 때 용인될 수 있는 한계를 초과한 종교교육이라고 보이는 경우에는 위법성을 인정할 수 있다."고 한 대법원의 판결(대법원 2010. 4. 22. 2008다38288) 등은 이를 말한다. 종교적 교리 그 자체가 아니라 그것이 일반사회의 통념에 따라 일반적인 법규범으로 변용된 이후(즉 세속적 수용)에야 비로소 법적 구속력을 가질 수 있음을 선언한 것이다.

3. 차별금지법의 또 다른 존재이유: 혐오표현

3.1. 혐오표현과 차별

사회적 차별은 대부분의 경우 여성, 장애인, 소수인종, 타민족, 성소수자와 같이 일정한 속성을 기준으로 가상적인 집단을 구획하고 그에 열등한 존재, 무가치한 사람, 위험하거나 오염된 집단이라는 낙인을 찍는 방식으로 진행된다. 혐오는 이런 차별을 사회적으로 드러내는 표현이거나 그러한 행동이다.

그것은 특정한 집단이나 사람에 대한 내면적인 감정이나 인식을 표출하는 행위의 문제에 그치지 않는다. 그 뿌리는 역사적으로 혹은 사회구조적인 차별에 있기 때문에 혐오의 행태들은 집단적이고 사회적으로, 그리고 구조적이고 체계적으로 이루어지는 경우가 적지 않다. 가장 대표적

인 사례가 정치적인 목적에서 사회적 증오를 불리 일으키기 위해 의도적으로 소환되고 선동되는 혐오이다. 2차 세계대전 당시 유대인, 장애인, 동성애자 등이 나치의 증오정치 아래 무가치하고 열등한 존재로 낙인찍혀 집단학살당한 일은 주지의 사실이며, 우리의 경우에도 지역주의나 빨갱이 담론과 같은 이념적 편향에 의한 억압과 탄압의 통치사례가 없지 않다. 또 한편으로는 사회구조적인 질곡으로부터 혐오가 구성되기도 한다. 최근 우리 사회에서 급증하고 있는 차별과 혐오를 담은 표현이나 행동들의 배후에는 1997년의 IMF 사태와 더불어 경제적·사회적 불평등과 양극화가 급격히 확산되고 있다는 현실이 자리한다.

물론 혐오가 곧 차별로 이어지는 것은 아니다. 그것이 개인적인 영역에 머물러 있는 한에서는 말이다. 하지만 혐오가 다른 사람을 향한 표현행위로 드러나거나(혐오표현) 어떠한 범죄를 충동하는 요인으로 작용하는(혐오범죄) 경우는 상황이 달라진다. 그중에서도 특히 사회적으로 압박받은 소수자집단을 향한 혐오표현이 사회에서 공공연하게 발화되고 그러한 표현행위들이 알게 모르게 용인되어 방치될 때 그것은 심각한 사회적 문제가 된다. 혐오의 대상이 되는 사람이나 집단에 대한 매우 심각한 인권침해인 동시에 차별과 배제의 사회구조를 더욱 강화함으로써 사회적 통합을 저해하는 결과를 야기하기 때문이다.¹⁹⁾

3.2. 혐오표현의 해악과 법적 규제의 필연성

위에서 말한 혐오표현은 개념필연적으로 차별이다. 그것은 차별당하는 사람의 평등권을 침해할 뿐 아니라 혐오의 대상집단으로 소환된다는 사실 및 그러한 차별적 표현의 대상이 된다는 사실 자체로 그의 인격권, 명예 등을 심각하게 훼손시킨다. 혐오는 대체로 그 취득이나 제거가 기본적으로 불가능한 개인적·집단적 속성을 타겟으로 하여 그 대상자에게 차별적으로 열등감을 야기하며 일련의 생활과정으로부터 배제하고 배척하는 것을 목적으로 하기 때문이다. 자기 자신은 물론 자기가 속한(혹은 속한다고 호명되는) 집단 자체에 대한 자기정체성이나 자기존중감을 상실하도록 강제하는 것이다. 그러기에 혐오표현은 “인간의 존엄성에 대한 이해와 존중을 확보”하지 못하게 하며, “국가간의 우호적이고 평화적인 관계에 대한 장애물”이며 “국민간의 평화와 안전”을 침해하며 심지어 “동일한 단일 국가내에서 나란히 살고 있는 인간들의 조화마저 저해할 수 있다.” 그 “어떠한 인류사회의 이상과도 배치”되는 가장 극단적인 형태의 차별인 것이다.²⁰⁾

아울러 혐오표현은 민주주의의 틀을 침범하거나 변형·왜곡한다. 그것은 그 타겟이 되는 대상자들로 하여금 자기 주장을 하지 못하게 하거나 혹은 그 주장 자체를 무력한 것으로 만들거나 무의미하게 바꾸어 버린다. 혐오의 대상자들은 공포와 위축효과에 의하여 스스로를 대변하지 못하거나 심지어 공론의 장에 나서는 것 자체도 제한하게 된다. 혐오표현이나 행위를 하는 자는 자신이 속한 다수자의 지위에 편승하여 과다대표되며, 반면 그 대상자를 침묵시켜 공적 토론에 참여할 실질적 기회를 박탈하는 방법으로 그들을 과소대표의 상태에 빠지게 만든다. 가치상대주의에 기반하여 다양성과 다원성을 그 본질로 삼아야 할 민주주의는 혐오가 가지는 편향성과 [소수자에 대한] 배제와 배척으로 효과로 인하여 그 토대에서부터 무너져버리고 만다.

나아가 혐오는 궁극적으로 차별과 배제가 구조화된 사회를 만든다. 혐오의 대상들은 혐오로 인하여 스스로의 열등감과 자기 부정의 의식을 더욱 강화하게 되고 혐오세력들은 이렇게 강화되

는 권력을 근거로 기존의 혐오를 더욱 정당화하게 되는, 일련의 악순환이 발생하면서 사회의 양극화현상은 점점 더 확대되며 사회의 통합은 점점 더 불가능한 상태로 빠지게 된다. 생활공동체로부터 국가공동체에 이르기까지 총체적인 위기가 조성되는 것이다.

유엔의 인종차별철폐협약이 “동일한 단일국가내에서 나란히 살고 있는 인간들의 조화”를 강조하거나 미국 연방대법원이 인종별로 분리하여 이루어지는 학교교육을 위헌이라 판단한 것도 그것이 인권을 침해하는 동시에 사회적 통합을 저해할 수 있다고 판단하였기 때문이다. 우리 헌법 또한 전문에서 “유구한 역사와 전통에 빛나는 우리 대한국민”을 내세우며 우리의 국가공동체가 역사적·사회적·문화적으로 통합된 사회임을 강조하고 “정의·인도와 동포애로써 민족의 단결을 공고히 하고”자 함 역시 사회적 통합의 의지를 표현한 것으로 이해할 필요가 있다. 이러한 사회적 통합이 “우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보”할 수 있는 토대라고 보는 것이다.

오늘날 차별금지법이 특별한 의미를 가지며 입법과정에 들어서게 되는 이유도 바로 이런 점에 있다. 그것은 단순한 개인적 혹은 개별집단적 차원에서 이루어지는 차별 내지는 인권침해에 대한 교정을 넘어 사회적 분열과 갈등에 대한 일종의 치유와 교정의 가능성을 제시하기 때문이다. 즉, 차별금지법은 혐오표현은 그 자체 차별행위로서 우리 사회에서는 더 이상 존재할 수 없는 무가치한 행위임을 명시적으로 선언하고 그것을 예방하거나 혹은 그 피해를 구제하고 행위를 교정할 수 있는 전 사회적 수준의 대비를 할 수 있게 한다. 국가가 일반적인 차별을 해소하기 위하여 모든 노력을 경주하여야 하듯, 혐오표현을 차별로 규정하는 차별금지법은 혐오와 소외·소원화가 팽배한 지금의 사회를 고쳐나갈 수 있는 규범적 당위와 함께 사회적 합의를 마련할 수 있게 한다.²¹⁾ 차별금지법은 바로 이 지점에서 그 헌법적 의미를 획득하게 되는 것이다.²²⁾

4. 헌법구체화법으로서의 차별금지법

인권의 영역을 자유라고 하는 실체적 권리와 평등이라는 형식적 영역으로 구분한다면, 차별금지법은 아직도 인권기본법이 제정되지 아니한 현재에 있어 인권의 존재형식을 다루는 헌법의 제1차적 구체화법의 역할을 감당하며 인간의 존엄과 가치가 공적 영역뿐 아니라 시민사회의 영역에

21) 혐오표현에 대한 이런 식의 국가규제론에 대하여 일부에서는 혐오표현도 표현인 만큼 표현의 자유를 최대한으로 보장하면서 대항언론의 방식으로 혐오표현과 맞서 싸워 마침내 그들을 이겨내도록 하는 것이 바람직하다는 반론을 펴기도 한다. 사상의 자유시장론이 그 대표적인 경우이다. 하지만, 힘의 논리가 지배하는 자유시장은 이런 대항언론의 존재감 자체를 지워버린다. 1964년 미국에서 “깜둥이”와 “유대인”에 대한 차별을 선동한 KKK단의 시내행진을 금지한 지자체의 조치에 대해 야기된 법정다툼 (Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969))은 이 점에서 매우 시사적이다. 이 사건에서 대표적인 인권단체인 전미시민자유연합(ACLU)은 표현의 자유를 우선하면서 이 인종차별주의자의 편에 서서 지원하였다. 혐오표현과 싸우는 유일한 방법은 대항표현이라고 믿었던 것이다. 하지만 이 사건이 확립한 “명백하고도 혐증하는 위협” 원칙은, 반세기가 지난 현재까지 KKK 등의 인종주의적 언행을 잠재우며 미국의 극우주의와 포퓰리즘의 명줄만 이어주는 부대효과 또한 자아내었다. 혐오표현에 대한 대응을 사적인 영역에 방치함으로써, 사회구조적 병리현상인 혐오표현의 맞은 편에 대항언론이라는 낭만적 환상만 던져둔 것이다.

22) 그러나 아쉽게도 두 법안에서는 그리 가시적이지 않다. 차별금지법안은 정의조항인 제3조에서 “성별 등을 이유로 특정 개인이나 집단에 대한 분리·구별·제한·배제·거부 등 불리한 대우”라는 규정을 두고는 있으나(제5호) 그것이 광고를 통하여 표시될 때에야 비로소 차별로 보게 한다. 반면 평등법 시안은 “말시, 모욕, 위협 등 부정적 관념의 표시 또는 선동 등의 혐오적 표현을 하는 행위”(제2조 제7호)를 차별의 한 요소로 간주하는 조항을 둔다. 그러나 그럼에도 그러한 차별을 명시적으로 금지하는 규정은 따로 두지 않는다. 오직 평등법 시안만이 이러한 혐오표현에 의한 차별을 포함하여 “누구든지 제3조에서 정한 차별을 하여서는 아니된다.”(제5조)라는 선언적, 주의적 규정만 두고 있을 뿐이다.

19) 언어의 수행성을 근거로 혐오표현에 대한 법적 규제 필요성을 강하게 요청하는 경우는 주로 진보적 페미니스트들이다. 이에 대하여 J. 버틀러는 그 수행성의 명제를 비판하면서 혐오표현의 규제는 또다른 검열이 됨을 들어 반대한다. 그 논쟁의 내용은 주디스 버틀러, 유민석 역, 혐오발언, 알렘, 2016. 특히 이 책의 역자인 유민석의 “옮긴이 해제”(305-348면)에서 잘 정리되어 있다.

20) 유엔인종차별철폐협약 전문

개별적 차별금지법						
영역	사유	성별, 혼인, 가족 지위, 임신 출산	장애	나이	고용형태 일부	그 외 사유
고용	모집채용	남녀고용 평등법	장애인차별금지법	연령차별금지법	기간제법 파견법	
	계약제결이후					근로기준법
교육			장애인차별금지법	국가인권위원회법의 규율만 있는 영역들		
재화용역 (은행/교통이용 등)			장애인차별금지법			

<출처> 서창호, “포괄적 차별금지법과 협의회의 역할,” 전국 광역지방자치단체 인권위원회협의회, 회의자료, 2020. 8. 5. 35면.

서도 의연히 보장될 수 있도록 담보한다. 하지만, 일부 종파를 중심으로 이 차별금지법의 존재 의미에서부터 그 구체적인 규율내용에 이르기까지 편향된 의견을 내세우며 위험 또는 과도한 입법이라는 비판이 계속되고 있다. 물론 이러한 비판으로 법리적인 논증의 과정을 거치는 것은 그리 많지 않아 그나마 다행스럽기는 하지만, 그럼에도 아주 드물게 법의 이름으로 혹은 헌법의 이름으로 이 차별금지법의 존재근거를 지위버리고자 하는 시도²³⁾가 나타나기도 하여 이하에서는 이런 시도를 짚어보면서 그에 담긴 오류와 오해를 교정해 보고자 한다.

4.1. 포괄적 차별금지법의 입법 필요성

포괄적 차별금지법을 제정하자는 시민사회의 요구에 대하여 가장 많이 제기되는 비판지점이 이미 우리 사회에는 수많은 개별적 차별금지법이 있는데 굳이 포괄적 차별금지법을 제정, 시행할 이유가 어디 있느냐는 질문이다.²⁴⁾

실제 현재 시행중인 개별적 차별금지법은 적지 않다. 그 중에서도 「장애인차별금지 및 권리구제에 관한 법률」(이하 “장애인차별금지법”), 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」(이하 “남녀고용평등법”), 「양성평등기본법」²⁵⁾, 「고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률」(이하 “연령차별금지법”), 「기간제 및 단기간근로자 보호 등에 관한 법률», 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」 등이 나름의 차별시정을 위한 중요한 입법장치로 기능하고 있다.²⁶⁾ 하지만 이런 개별법들은 그 각각의 개별목적에 위하여, 그리고 그 한도내에서만 차별문제를 다루고 있

23) 이하의 서술은 주로 음선필, “동성애와 인권,” 교회와 법 제6권 제2호, 2020. 142-173면 및 서헌재, 앞의 글을 대상으로 이루어진다.

24) 예컨대, 서헌재는 “우리나라는 각자가 서로 다르다는 차이를 인정 하면서도 그 차이를 이유로 부당한 차별을 받지 않도록 하는 차별금지법을 이미 충분히 가지고 있다.”고 한다. 위의 글, 8면

25) 이 법에 따라 「남녀차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률」은 폐지되었다.

26) 자세한 내용은 홍성수, “포괄적 차별금지법의 필요성: 평등기본법을 위하여,” 이화젠더법학 제10권 제3호, 2018. 1-38 참조.

을 뿐이다.

아래의 표는 이 점을 잘 보여준다. 이에 따르면 시민사회 내에서 공공성이 강한 고용이나 교육, 재화·용역의 이용에 관한 부분에서 차별금지의 규율이 포괄하지 못하는 영역이 적지 않음을 한 눈에 알 수 있다. 즉, 현재의 개별적 차별금지법은 장애를 이유로 하는 차별을 규제하는 장애인 차별금지법을 제외하고는 대부분 고용상의 차별만 금지하고 있을 뿐이며 그나마 근로기준법의 경우 5인 이상의 사업장에서의 고용계약체결 이후에만 타당한 형태로 되어 있다. 그러다보니 교육이나 재화·용역의 이용이라는 영역에서는 차별금지의 조치가 거의 부재한 상태로 방치된다.

물론 국가인권위원회법도 포괄적인 형태로 차별금지의 규율을 행하고 있는 것은 사실이다. 하지만 국가인권위원회법은 그 법제의 성격이 조직법에 치우쳐 있어 개별적인 차별금지법이 놓치고 있는 영역에 실효성 있는 차별금지조치와 그 피해의 구제를 하기 어려운 실정이다.

뿐만 아니라 최근에 와서는 차별의 사유나 양상이 너무도 다양하고도 다층적으로 이루어지고 있는 만큼 개별적 차별금지법이 그 모두를 한꺼번에 다 포괄하기 어렵다는 입법상의 흠결이 발생하기도 한다. 예컨대, 아래의 국가인권위원회의 통계치를 살펴보자.

표 2-1-19) 사유별 차별행위 상담 현황

구분	합계	(단위 : 건)										(단위 : 건)									
		2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	
합계	34,793	24	202	446	518	995	978	1,170	1,607	1,974	2,141	2,293	2,529	2,978	2,974	2,660	2,530	3,235	2,772	2,767	
성별	1,102	1	8	28	27	77	46	47	29	51	39	61	68	78	72	64	76	122	98	110	
종교	275	-	3	4	7	11	8	14	10	15	11	22	15	11	17	24	22	32	27	22	
장애	11,670	1	19	59	62	109	81	144	666	806	851	833	937	1,112	1,072	994	906	1,065	998	955	
나이	2,119	-	7	36	56	80	73	74	72	210	217	142	158	197	155	126	116	144	133	123	
사회적신분	2,883	4	23	94	120	171	140	111	130	125	136	157	198	231	213	192	155	231	189	263	
출신지역	220	-	3	9	7	20	9	16	13	18	9	8	14	10	18	10	14	12	15	15	
출신국가	790	1	14	28	17	23	25	53	32	46	78	55	42	64	69	54	44	49	46	50	
출신민족	44	-	-	2	1	1	4	5	2	1	2	3	2	5	3	4	2	1	1	5	
응모, 신체조건	495	-	2	7	11	26	26	31	13	18	27	27	27	39	55	33	37	54	33	29	
혼인여부	187	-	2	4	6	9	13	14	5	11	8	16	8	11	12	15	19	19	10	5	
임신, 출산	599	-	-	4	6	14	23	22	19	25	34	31	45	45	47	54	39	75	53	63	
가족상황	257	-	1	1	11	10	9	11	9	16	15	15	16	17	23	25	14	33	17	14	
인종	61	-	-	1	-	-	3	5	2	2	1	2	4	8	5	6	8	6	3	5	
피부색	20	-	-	-	-	-	3	-	1	2	2	-	2	4	2	2	1	-	1	2	
사상, 정치사관	111	1	3	9	6	6	5	8	6	10	6	5	4	3	6	1	9	4	9	10	
연령	434	-	7	10	24	30	14	19	16	22	16	22	42	44	39	29	20	34	27	19	
성적지향	83	-	1	1	3	1	-	1	2	2	-	4	4	5	12	8	12	12	6	9	
병역	987	2	7	14	17	38	51	47	37	98	63	67	71	75	83	61	62	115	57	62	
학벌/학력	366	-	1	14	11	35	13	12	21	30	31	28	30	38	24	24	18	32	13	23	
성취통	9,050	-	-	-	-	183	314	384	410	402	491	661	602	764	819	726	739	962	835	758	
기타	3,008	14	101	121	126	151	121	149	113	105	104	134	240	217	228	208	217	233	201	225	

<출처> 국가인권위원회

위의 표는 국가인권위원회가 설치·운영된 이래 지난 19년간 상담접수된 사건을 차별사유별로 정리한 것이다. 가장 많은 차별사유로 상담요청된 것은 장애인차별금지법의 규율대상인 장애(11,670건)이다. 또한 남녀고용평등법의 규율대상인 성별에 따른 차별사유(성별, 혼인여부, 임신·

출산 등 포함)는 2196건이며 연령차별금지법의 규율대상인 나이에 의한 차별은 2,119건이다. 하지만 개별적 차별금지법에서는 어떠한 규율도 하지 않는 사회적 신분(2,883건)²⁷⁾이라는 차별 사유는 장애와 성희롱(9,050)에 이어 두 번째의 빈도를 차지한다. 병력(967건)이나 출신국가(790건), 용모·신체조건(495건), 전과(434건), 학벌이나 학력(398건), 가족상황(257건), 출신지역(220건) 등의 경우도 결코 적은 빈도가 아니다. 개별적인 차별금지법으로는 효과적으로 처리하지 못하는 반헌법적, 반인권적 차별의 사례들이 우리 사회 도처에서 발생하고 있는 것이다.

개별적 차별금지법들의 한계는 그 외에도 복합차별(combined discrimination)의 경우에 발생한다. 여성노인이나 무슬림인 장애인 등에 대한 차별처럼 두 개 이상의 차별사유들이 함께 작용하는 이 복합차별은 연령차별금지법, 남녀고용평등법 또는 장애인차별금지법²⁸⁾ 등 어느 한 개별적 차별금지법으로써 처리되기 어려운 사안이 되어 버린다. 물론 영국의 평등법처럼 어느 하나의 요인에 의한 차별임을 입증하면 그 자체로 분쟁이 처리되는 방식²⁹⁾을 취하게 되면 이런 복합차별의 문제는 극복될 수 있으나, 우리의 개별적 차별금지법들은 이런 식의 복합차별 구제장치들을 마련하고 있지 않다. 오히려 심한 경우 이 개별적 차별금지법을 피해하기 위한 방편으로 작용할 가능성도 없지 않은 것이 현실이다.³⁰⁾

포괄적 차별금지법은 바로 이런 현행법의 공백들을 제대로 채워내기 위한 입법적 장치가 된다. 하지만, 그보다 더 중요한 것은 인권기본법으로서의 역할이다. 우리 사회에서 차별이 사회적, 법적으로 무가치한 행동임을 선언하고, 그러한 차별에 해당하는 행위유형들을 제대로 체계적이고 일관된 모습으로 정리해 내는 작업은 법의 일반성과 실효성을 확보함에 무엇보다 중요한 일이다. 즉, 일반적인 규율이 선행하면서 특수하고도 예외적인 규율은 개별법 내지는 특별법의 형태로 처리하는 것이 법의 체계적 운용에 바람직한 모습이며, 포괄적 차별금지법은 바로 그런 기능에 부합하는 법으로서 존재할 필요가 있다. 그리고 바로 그러한 때에 헌법의 기본적 가치로서의 평등이 제대로 실천될 수 있게 된다.³¹⁾

27) 이 사회적 신분에는 도급계약 등의 형식으로 이루어지는 소위 특수고용직에 대한 차별유형들이 상당수 포함되어 있다고 한다. 우리 노동법제가 이들을 “고용”관계로 보지 않다 보니 고용형태에 따른 차별로 분류되지 못하고 특수고용직이라는 사회적 신분으로 처리되고 있는 것이다. 이런 점을 미루어볼 때 개별적 차별금지법이 고용부문에 대해서는 나를 충분한 규율을 하고 있는 듯 보이나, 그 자체로도 심각한 결여/누락지점이 존재함을 알 수 있다.

28) 장애인차별금지법 제5조 제1항은 복합차별의 가능성을 인정하고 있다. 하지만, “차별의 원인이 2가지 이상이고, 그 주된 원인이 장애라고 인정되는 경우 그 행위는 이 법에 따른 차별로 본다.”고 하여 장애가 주된 차별일 때에만 그 법의 적용가능성을 열어놓음으로써 복합차별의 차별요인들을 선택적으로 주장할 수 있는 여지를 현저히 축소하고 있다.

29) Equality Act 2010, Explanatory Notes, section 14, para. 66.

30) 차별금지법안은 제3조제1항 제6호에서 “2가지 이상의 성별등 차별금지사유가 함께 작용하여 발생한 제1호부터 제5호까지의 행위”를 차별로 보도록 규정하여 복합차별을 금지한다. 하지만, 복합차별은 개념규정보다는 그 효과규정이 더 중요함을 고려할 필요가 있다. 즉, 영국평등법처럼 복합차별의 경우 어느 하나의 차별요인을 주장하는 것으로 충분하다는 규정이 별도로 정해져야 한다.

31) 그 외 홍성수, 위의 글, 5-13면 참조. 이와 관련하여 윌용근은 (사)착한법만드는사람들이 주최한 토론회에서 “평등권 실현은 기본적으로 다른 사람의 평등권을 제한하는 속성을 가지고 있기에, 모든 나라가 UN의 권고를 전부 다 수용해서 포괄적 차별금지법을 제정하지 못하는 것”이라며 “특히 HIV라는 에이즈, 성별정체성은 국민적 수용에 있어서 한계가 있기 때문에 차별금지법을 두지 못하는 경우가 많다”고 하면서 포괄적 차별금지법의 입법필요성을 부정하는 발언을 한다. 크리스천투데이, “법조인이 본 차별금지법 ‘위헌적 요소 너무 커’, 2020. 9. 8. <https://www.christiantoday.co.kr/news/334383> 하지만, 이런 분석은 평등의 실현과 차별의 금지라는 두 개의 범영역이 가지는 의미를 혼동한 것이다. 평등의 실현은 각 사회별뿐 아니라 각 부분사회별로 다양한 편차와 충위를 가지기에 일괄적인 입법이 곤란하다. 하지만, 차별의 경우에는 어떤 집단적인 편견이나 오해에 기반하여 일정하게 분류되는 소수자집단 혹은 그 구성원들을 사회생활관계로부터 소외, 배제하거나 괴롭힘으로써 인간의 존엄과 가치를 침해하는 행위를 의미한다. 따라서 그 행

3.2. 소위 “표현의 자유”의 담론들

차별금지법에 대한 반대론자들이 항용의 비판지점으로 삼는 것이 차별금지법은 표현의 자유를 침해한다는 주장이다. 예를 들어 윌용근은 “방송이나 신학교 등 교회 밖, 유튜브를 통한 외부 전파, 각종 교육 시설에서 동성애나 성적 지향에 대해 부정적 교육을 하거나 생각을 표현하는 경우는 차별금지법 위반이 될 수 있다. 종교의 자유를 심각하게 위축시킬 수밖에 없다”고 하면서 “표현의 자유의 본질적 기본권 침해가 발생한다. 헌법 37조 2항에 위반되는 것”이라고 한다. 아울러 “자유민주주의 국가에서 표현의 자유는 인간의 가장 기본적 자유다. 현재처럼 어느 쪽이 됐든 표현할 수 있는 자유 자체는 열린 개념으로 열어 두어야 한다”는 논평도 부가하였다. 거의 절대적인 기본권으로 보장되는 신앙의 자유는 별론으로 하되, 그 신앙의 외부적 표현인 설교라든가 선교 혹은 신앙고백, 신앙의 교육 등의 영역-이는 한마디로 넓은 의미의 “표현의 자유”라고 할 수 있다-에서 차별금지법은 부정적 효과를 발생한다는 주장이다.

그러나 이런 주장은 두 법안의 내용과 전혀 무관한 것들이다. 우선 평등법시안은 신문 및 인터넷신문, 방송통신콘텐츠 제작·공급자를 대상으로 “그 제공 및 이용을 위한 적절한 서비스를 제공할 것”을 규율한다.(제24조제1항) 이 법의 규율대상은 콘텐츠 그 자체가 아니라 “제공 및 이용을 위한 적절한 서비스의 제공”이다. 즉, 유튜브를 제작하여 공급하는 자가 표현하고자 하는 발화의 내용(즉 콘텐츠)에 대한 규제가 아니라, 그러한 내용을 전달하는 매체 즉, “방송통신서비스”의 제공에 대한 규제인 것이다. 그러기에 그 규율내용을 대통령령에 위임하여 탄력성과 형평성을 도모할 기회를 마련한다.(같은조 제2항) 또 차별금지법안은 정보통신서비스의 제공자에 대하여 인터넷, 소셜미디어, 전기통신 등 정보통신서비스의 공급·이용에 있어 차별하지 아니할 것을 명한다.(제28조) “정보통신서비스”란 “「전기통신사업법」 제2조제6호에 따른 전기통신업무와 이를 이용하여 정보를 제공하거나 정보의 제공을 매개하는 것”을 말하며(정보통신망법 제2조제2호), 여기에는 콘텐츠가 아니라 정보망 그 자체에의 접근성을 의미하는 것이기 때문이다.³²⁾

아울러 이런 주장의 보다 중대한 오류는 표현의 자유의 범리에 대한 오해에 있다. 영국 등에서 길거리 선교활동이 법적 규제의 대상이 되는 가장 큰 이유는 공공질서유지법 침해이다. 종교적 표현의 문제가 아니라 그 표현 자체가 주변의 사람들에게 분노, 스트레스, 경고, 모욕을 줄 수 있는 공격적 발언이기 때문에 처벌을 하고 있는 것이다. 마치 현행의 경범죄처벌법이 불안감조성(제3조 제19호), 음주소란 등(제20호), 인근소란 등(제21호) 등을 금지하면서 처벌의 제재를 가하는 것과 유사한 구조이다. 그리고 바로 이런 제재는 표현의 자유에 대한 제한의 범리 중에서도 내용중립적 규제 내지는 방법규제에 해당한다. 특정한 종교나 그 교리에 대한 가치판단을 전제로 이루어지는 내용편향적 규제(contents-biased regulation)은 결코 아닌 것이기 때문에 따라서 그 부분에 관한 한 사회질서유지를 위하여 표현의 자유조차도 규율가능한 영역이 된다.³³⁾

위를 유형화하여 금지하고 그로 인한 해악을 예방하는 것은 그리 지난한 일은 아니다. 평등이라는 상태의 적극적 실현을 위한 입법과제와 차별이라는 법적인 무가치행위를 규제하기 위한 소극적 입법과제를 구별할 필요가 있는 것이다.

32) 두 법안에서 신문 및 인터넷신문, 방송통신콘텐츠 등의 제작·공급에 한하여 차별을 금지하고 있는 것은 차별금지법의 본연의 취지에 맞지 않는다. 오히려 후술하듯, 이러한 매체들을 통해 혐오표현들이 생산되고 유통되지 않도록 엄격히 금지하는 입법이 이루어져야 한다. 자세한 것은 제4장 참조.

33) 실제 두 법안 모두 이렇게 공공시설 등 공개적인 오프라인 장소에서 이루어지는 행위에 대해서는 아무런 규제도 하지 않고 있다. 표현의 자유에 대한 이런 방식의 규율을 위한적인 내용편향적 규제(content-biased regulation)에 대비하여 내용중립적 규제(content-neutral Regulation) 혹은 구조규제라고 하여 그 헌법적 의미를 인정한다. 가장 대표적인 사례가 Turner Broadcasting System, Inc., v. FCC, 512 U.S. 622 (1994)이다.

또, 서헌재는 “[사립]학교에서 예배를 드리거나 종교교육을 하게 되면 이것이 바로 다른 종교에 대한 차별로 되어 종교교육 자체가 불가능하게 된다.”³⁴⁾고 하면서 차별금지법이 종교교육의 기회까지도 박탈하는 것처럼 말한다. 그러나 전술한 바와 같이 차별금지법이 없는 지금 현재도 국가의 인가를 받은 정규의 학교에서 특정종교 교육을 배타적으로 하는 것은 위헌적인 차별행위를 구성하여 허용되지 않는다.(대법원 2010. 4. 22. 2008다38288) 그러한 종교교육은 「영유아보육법」상의 어린이집, 「유아교육법」·「초·중등교육법」·「고등교육법」에 따른 각급 학교, 「평생교육법」에 따른 평생교육시설, 「학점인정 등에 관한 법률」에서 정한 교육훈련기관, 「직업교육훈련촉진법」에 따른 직업교육훈련기관, 그밖에 대통령령으로 정하는 기관(평등법시안 제2조제6호; 차별금지법안 제2조 제9호)에서는 이루어져서는 아니된다는 것이 대법원의 입장이다. 정교분리의 원칙에 따라 국가적인 원조가 행해지는 “국가유사기관”에서는 특정종교나 특정종파에 특수한 종교교육을 실시할 수 없기 때문이다. 그래서 대법원은 “종립학교가 특정 종교의 교리를 전파하는 종파적인 종교행사와 종교과목 수업을 실시하면서 참가 거부사실상 불가능한 분위기를 조성하는 등 신앙을 갖지 않거나 학교와 다른 신앙을 가진 학생들의 기본권을 고려하지 않은 것은, 학생의 종교에 관한 인격적 법익을 침해하는 위법한 행위”라고 단언하기까지 하였다. 요컨대 서헌재가 원하는 종교교육은 정규의 교육기관이 아닌 당해 집단의 내부적 교육훈련단위에서나 가능한 것이며 이는 차별금지법과 무관한, 헌법 제20조제2항의 명령인 것이다. 서헌재의 오류는 이에 한하지 않는다. 그는 “문화서비스 제공과 이용에도 평등법이 적용되는데 ‘문화’의 개념에는 종교도 포함되는 것”이라고 하면서 “교회나 선교단체 등에서 일반인들을 상대로 하는 성경세미나, 전도집회를 하면서 다른 종교를 비판하면 문화행사로써 평등법이 적용된다.”고 우려한다. 하지만, 이 또한 평등법시안의 의미를 곡해한 것이다. 평등법시안 제25조가 문화영역에서의 차별을 금지하고 있는 것은 사실이다. 하지만 이때의 “문화”를 헌법 제9조의 문화국가에서의 문화 혹은 문화이론의 맥락에서 말하는 문화의 개념으로 포착할 수는 없다. 그것은 일상생활과정에서 창출되고 소통, 소비되는 생활상의 의미와 가치에 관한 것이기 때문이다. 오히려 두 법안이 말하는 문화는 국가법적 규율의 대상이 되는 문화 즉, 문화예술진흥법상의 “문화예술” 국민체육진흥법상의 “체육” 그리고 대중문화예술산업발전법상의 “대중문화예술영역”(2조 2호)-즉, “오락”-을 포괄하는 개념이라고 보아야 한다.³⁵⁾ 그리고 이런 해석에 입각할 때 서헌재가 걱정하는 종교적 표현이나 의례, 선교활동 등은 평등법시안 제25조의 문화에 포함되지 않게 된다.

3.3. 법체계의 혼란?

서헌재는 “포괄적 평등법은 인권위를 범국가적인 차별시정의 최상위 기구로 격상시킨다.”고 하면서 “법률기관에 해당하는 인권위가 경우에 따라서는 헌법기관인 대법원이나 헌법재판소의 결정을 번복하는 등 “사실상 인권위를 위한 특별법이라는 비판을 면하기 어렵다.”고 한다.³⁶⁾ 아울러 윤용근 또한 차별금지법안 제9조가 “기존의 법령과 제도를 차별금지법에 부합하도록 이를

34) 서헌재, 위의 글, 11면.

35) 장애인차별금지법 제3조 제10호는 “문화·예술활동”을 “「문화예술진흥법」 제2조제1항제1호의 문학, 미술(응용미술을 포함한다), 음악, 무용, 연극, 영화, 연예, 국악, 사진, 건축, 어문 및 출판에 관한 활동”으로, 그리고 제13호는 “체육”을 “「국민체육진흥법」 제2조의 체육 및 학교체육, 놀이, 게임, 스포츠, 레저, 레크리에이션 등 체육으로 간주되는 모든 신체활동” 등으로 규정한다. 마찬가지로 차별금지법안에서 차별의 영역으로 거론되는 “광고” 또한 평등법시안 제2조 제11호의 정의처럼 정부광고나 옥외광고, 상업광고 등을 의미하는 것으로 해석되어야 한다.(입법과정에서 평등법시안처럼 규정하는 것이 타당하다)

36) 서헌재, 위의 글, 13면

시정해야 한다”고 명령하고 있는 바 이는 “사실상 차별금지법이 대한민국의 모든 법률보다 최상위의 지위를 갖는 법률로 헌법보다 더 상위에 있는 법률이 탄생한다는 의미”를 부여하는 것이라고 단정한다.

하지만 평등법시안에는 차별시정명령권이 규정되어 있지 않으며, 그나마 차별금지법안에 규정되어 있는 차별시정명령권조차도 이행강제금 정도의 강제력만 가질 뿐 차별시정을 향한 국가인권위원회 의사를 직접 강제하거나 실현할 수 있는 장치는 존재하지 않는다. 또한 이런 시정명령이든 평등법시안의 시정권고든 모두 법원의 사법심사대상이 되는 만큼 그걸 두고 국가인권위원회가 “범국가적 차별시정의 최상위 기구로 격상”된다고 규정하는 것은 어불성설이다.³⁷⁾

뿐만 아니라 윤용근의 주장도 무의미하다. 차별금지법에 위배되는 법체의 개선의무는 차별금지법의 명령이 아니라 헌법의 명령이다. 차별금지법상의 차별행위는 곧 헌법 제11조가 정하는 객관적 법질서로서의 평등의 원칙 및 주관적 공권으로서의 평등권을 침해하는 행위인 만큼 이를 제대로 시정하고 교정할 수 있는 법령을 정비하고 개선하는 것은 의당 국가기관이나 지자체가 수행하여야 하는 당연한 의무이다. 그리고 바로 이 점을 정하고 있는 것이 헌법 제10조 2문의 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”는 규정이다. 그래서 “헌법 어디에도 법률 상호 간 내용과 제도가 다르게 규정된 경우에 있어 국가와 지방자치단체가 나서서 다른 법령을 개정해야 한다는 규정은 어디에도 없다.”라는 주장은 입헌주의의 틀뿐 아니라 위헌법률심사제와 법령소원제도를 마련하고 있는 우리 헌법체제 자체에 대한 이해부족에서 나오는 것이라 하지 않을 수 없다.

마찬가지로 음선필 또한 법체계에 대한 오해의 서술을 한다. 그는 성소수자의 인권 보장에 관한 “[육아카르타 원칙은] 각 국가마다 개별 상황에 따라 달리 판단할 수 있는 입법권 및 사법권을 정면으로 무시하는 것이다.”라고 하면서 이 원칙은 “우리나라 현행 균형법의 해당 조항을 폐지하라는 것이다.”라는 단언까지도 불사한다. 그리고 이 원칙은 우리 국민들의 “종교의 자유와 직업수행 내지 영업의 자유를 침해하는 것이다. 적극적 우대조치를 취할 것을 요구하고 이러한 우대는 결코 차별이 아니라고 강변한다.”라고 비판한다.³⁸⁾ 하지만, 요크야카르타 원칙³⁹⁾은 각 국가에 대하여 권고적인 성격을 가지는 일종의 선언문일 따름이며, 이와 같은 국제(인권)법상의 원칙/선언이나 권고의 규범형식은 굳이 이 요크야카르타 원칙에만 한정되는 것도 아니다. 예컨대, 국가인권기구에 대한 파리원칙이나, 개인정보보호에 관한 OECD의 기준 등을 두고 우리의 입법권과 사법권을 무시한다거나 그로 인하여 우리 국민의 기본권이 침해된다고 주장할 수는 없을 것이다. 아울러 여기서 제시되는 종교의 자유, 직업수행·영업의 자유에 대한 제한은 침해가 아니라 헌법 제37조제2항에 따른 제한을 위한 입법권고에 수반되는 것에 불과하다. 또한 역사적 차별을 시정하거나 사회적 다양성을 확보하기 위하여 취해지는 적극적 우대조치는 차별로 보지 아니함이 우리 현재와 헌법학계의 일반적인 견해이기도 하다.

3.4. 성별정체성·성적 지향을 둘러싼 담론 조각

37) 엄밀히 말하자면 인권기구의 설치와 운영에 관한 파리원칙이 국가인권기구의 독립성을 무엇보다 우선적으로 요구하고 있음은 바로 이 국가인권기구가 인권보장 및 그 구제 및 침해시정의 최상위기구가 될 것을 예상한 것이라고 보아야 한다. 이에 관하여는 조백기, “인권수호기구로서 국가인권위원회의 역할과 위상 강화 방안 : 국가인권기구의 독립성을 중심으로,” 인권법법론, 제2권 제2호, 2008, 207-250면 참조. 그런 관점에서 보자면 이런 최상위기구로서의 권한에 현저히 못 미치는 차별시정권을 정하고 있는 두 법안 자체가 여전히 미완성의 차별금지법이라 하지 않을 수 없다.

38) 음선필, 위의 글, 154면.

39) <http://yogyakartaprinciples.org/>

윤용근은 두 법안이 “성별”의 개념으로 “그 외의 분류하기 어려운 성”(평등법시안 제2조제1호), 혹은 “그 외의 분류할 수 없는 성”(차별금지법안 제2조제1호)이라는 부가개념을 삽입한 것의 문제를 지적한다. 1948년의 제헌헌법 제20조에서 정한 “남녀동권”이라는 표현에 위반될 뿐 아니라 1968년부터 도입된⁴⁰⁾ 주민등록번호제도와 부합하지 않는다고 한다. 실제 주민등록번호제도는 그 자체 개인정보를 침해할 뿐 아니라 전방위적인 국가감시체제를 가능하게 하는 위헌적 요소가 너무도 강한 제도인 만큼 더 이상 유지할 필요도 없다. 따라서 이 부분의 윤용근의 주장은 더 검토할 이유도 없다.⁴¹⁾ 아울러 “남녀동권”이라는 용어는 성별을 남녀로 이원화하여 구분하고자 하는 의도가 아니라 축첩제도를 비롯한 혼인관계에서 성차별의 폐습을 혁파하기 위한 목적으로 제헌헌법에 삽입된 것이다. 그러기에 제헌헌법 제20조를 두고 이원적 성별론의 근거로 삼을 이유는 없다.⁴²⁾

음선필의 경우에는 성적 지향에 관한 담론의 조각까지 이루어진다. 그는 동성애라는 행위와 그 행위를 하는 사람으로서의 동성애자를 분리하여 바라볼 것을 요구한다. 그래서 “동성애자를 합리적인 이유 없이 차별하지 않아야 한다는 주장과 동성에 행위를 금지하며 차별하여야 한다는 주장이 모순되는 것이 아님”⁴³⁾을 단언하기까지 한다. 성적 지향에 대한 법적 규제는 동성애자를 향하는 것이 아니라 동성에 그 자체를 향하는 것이기 때문에 차별금지법과 같은 입법으로 성적 지향을 차별금지사유로 삼아서는 아니된다는 것이다.

하지만 이런 논의는 심각한 오류에 터잡고 있다. 그는 이런 식의 행위와 행위주체를 구분하는 바탕위에서 “마약복용자에 대한 취급과 마약 복용 행위에 대한 취급이 다름을 상기하여야 한다.”⁴⁴⁾고까지 단언하나, 성적 지향에 따른 경우와 마약복용행위의 구조적 차이를 생각하지 못한다. 마약복용자는 그 마약복용행위를 자기 정체성 내지는 자기 인격의 핵심영역으로 받아들이지 않는다. 후자는 전자가 하는 행위에 한정될 뿐이다. 반면 동성애자의 경우에는 그 동성에 자체가 자신의 인격과 생활의 중심영역을 구성한다. 그로 인하여 비로소 자기정체성 내지는 자기 인격이 형성, 발현되는 것이다. 그래서 동성애자에게 있어 동성에 혹은 그러한 감정, 애정, 친밀감 등은 자기 존재의 가장 중요한 이유 중의 하나이자 근거이며 경우에 따라서는 자기 존재의 발현양식으로 터잡게 된다. 마약복용자와는 달리 행위와 행위자의 자기 정체성 자체가 구분될 수 없는 것이다.⁴⁵⁾

40) 그는 1962년부터라고 하지만 주민등록번호제도는 1968년부터 시행되었다.

41) 자세한 것은 한상희 외, 주민등록번호 사용현황 실태조사, 국가인권위원회, 2006. 참조.

42) 음선필은 이와 관련하여 “자신의 젠더를 태어날 때의 성(sex)과 다른 것으로 인식할 때”라는 표현을 통하여 젠더 정체성을 규정하고자 한다.(위의 글, 146면) 하지만 그 “태어날 때의 성(sex)”이란 자연적으로 결정된 성이 아니라 태어날 때 누군가(의사, 부모 혹은 다른 사람)에 의해 주어지거나 호명된 성(one’s sex assigned at birth)에 불과한 것이다. 그것은 주어진 성일 따름이지 생래적으로 고정된 성은 아니다. 그래서 젠더 정체성은 “개인 내적으로 깊이 느끼는 개인적인 젠더 경험”(each person’s deeply felt internal and individual experience of gender)이라는 요그야카르타 원칙 전문가 같은 선언이 가능해진다. 즉, 그것은 자신의 존재, 자기 정체성에 대한 자기규정, 자기결정의 경험이자 그 결과로 이해되어야 한다. 젠더 정체성은 인격 바깥의 몸 상태에 대한 “인식”이 아니라 인격의 핵을 구성하는 자기 형성이자 발현이며 그 자체 헌법 제10조의 보호대상이어야 하는 것이다.

43) 음선필, 위의 글, 149면.

44) 위의 글, 149면.

45) 이 점에서 요크야카르타 원칙은 성적 지향을 두고 “심오한 감정, 애정 및 성적 매력에 대한 각 개인의 능력, 이성 또는 동성 또는 하나의 성 이상의 개인들과의 친밀한 성적인 관계”라고 선언한다. 자기 정체성의 핵심영역으로 단순히 행위로 분리될 수 없는 존엄성 내지는 “인격”의 영역으로 보는 것이다. 아울러 우리 헌법재판소 또한 동성간의 성행위도 “군인들의 성적자기결정권”에 해당한다고 판시(헌재 2012헌마258)함으로써 그것이 기본권의 중심영역에 들어가 있음을 선언한 바 있다. 그래서 차별금지법이 “동성애를 인권으로 인식하고 이를 존중하라는 주장”을 담고 있다는 음선필의 판단위의 글, 156면)은 전혀 비판의 대상이 될 수가 없다. 그것은 국제인권법의 기본원칙이자 우리 헌법에

뿐만 아니라 이런 논법은 차별금지법 또는 헌법상의 차별 개념에 대한 오해에 기반한다. 차별금지법에서 금지되는 차별은 인적 차별이다. 행위를 차별하는 것을 금지하는 것이 아니라 그 행위(동성애)를 이유로 행위자(동성애자)를 차별하는 것이 금지되는 것이다.⁴⁶⁾ 즉, 차별금지법이 금지하며 교정하고자 하는 성소수자에 대한 차별의 구조는 <행위에 대한 무가치판단 → 행위의 집단귀속 → 집단구성원을 행위자로 간주 → 그 집단 및 집단구성원을 차별>하는 형태로 이루어진다. 행위와 행위자를 하나의 속성으로 묶어두고 이를 집단화하면서 무차별적으로 차별하는 구조인 것이다. 그리고 바로 그 때문에 차별금지법에서 말하는 차별의 사유는 행위자에 귀속되는 행위 혹은 속성을 의미하게 되는 것이다.⁴⁷⁾

또 음선필이 오류에 빠져 있는 부분은 성소수자를 “사실 숫자(사회세력)의 차원에서 소수자 지위에 있음을 강조하는 개념”⁴⁸⁾으로 간주하는 데에 있다. 차별의 문제를 논의함에 있어 항용 언급되는 “소수자”라는 개념은 단순히 숫자의 문제만이 아니다. 그것은 철저하게 사회구조적인 권력의 문제이다. 즉, “강력한 영향력을 가진 우세집단에 비해 적은 영향력을 행사하는 집단의 사람들을 뜻하는 확대적인 개념”이자, “사회적 압력에 의하여 어떠한 차별적 속성(인종, 피부색, 성적 지향 등)이 그 집단의 정체성으로 강제 귀속되어 있는” 가상의 집단에 불과하다. 여기에는 필연적으로 다수자 권력에 의한 집단적, 구조적, 체계적 억압/지배 현상이 내포된다. 그러기에 그에 대한 차별은 인간의 존엄과 가치에 심각한 영향을 미친다. 그 대상으로 하여금 사회공동체에의 귀속가능성을 박탈해 버리는 한편, 자신의 정체성까지도 부정하게 강제하는 효과를 발생시키는 만큼 그러한 차별은 철저히 반 인권적일 수밖에 없다.⁴⁹⁾

실제 사회내에는 “다수자집단”이나 “소수자집단”이 원천적으로 존재하는 것은 아니다. 사회구성원들이 일정한 사회불안요소 혹은 기성의 편견들을 적절히 활용하면서 차별의 타겟이 되는 소수자집단을 먼저 구성하면서 이 차별의 구조화는 시작된다. 소수자집단에 대한 차별과 배제 혹은 공격과 배척의 표현/행동들이 조직되고 동원됨으로써 관념상의 “다수자집단”이 구성되게 되고, 이 과정에서 소수자집단은 물론 스스로를 “다수자집단”의 구성원으로 정체화하는 한편, 그 집단에 귀속되기를 원하는 대중들을 지배하고 통제하는 강력한 권력이 형성되는 것이다.

그러기에 차별은 소수자들을 “짓밟을 수 있는 등급”(vertretbare Größe)으로 비하하면서 그들의 존엄과 가치는 물론 제반의 인권들을 본질적으로 침해한다. 인류보편의 가치로서의 인권 그 자

따른 성적 자기결정권의 한 부분이기도 하다. 만약에 음선필이 동성애가 인권이 아니라고 주장하고자 한다면 그에 상응하는 인권법학 내지는 헌법학적 논거를 설득력있게 제시하여야 할 것이다.

46) 예컨대, 미국의 제54수정헌법은 “nor deny to any person(…) the equal protection”라고 하여 평등보호의 대상을 person으로 정한다.

47) 이 때문에 음선필이 “특정한 동성애자를 지적하여 명예훼손하는것은 허용되지 않지만, 동성에 행위 자체에 대한 학문적·도덕적·종교적 비판은 가능하다고 볼 것이다.”(위의 글, 149면)라는 주장은 위태롭다. 동성애는 행위인 동시에 두 인격주체간의 관계에 관한 문제이다. 더구나 그것은 인간의 가장 내밀하고 사적인 영역(헌법학적으로는 소위 “내밀영역”)에 속하는 것이다. 그러기 때문에 그러한 내밀한 영역 내지는 관계가 왜, 어떻게, 누구에 의한 학문적·도덕적·종교적 비판의 대상이 되어야 하는지에 대한 설명이 먼저 이루어져야만 음선필의 저 주장은 의미를 가질 수 있다. 학술의 영역에서조차도 어떠한 행위에 대한 객관적 분석·설명과 그에 대한 일정한 가치판단하에서 이루어지는 평가·비판의 문제는 전혀 별개의 것임을 주의할 필요가 있다. 그러기에 그러한 비판이 왜 (헌)법의 영역 내지는 차별금지라는 사회질서의 영역에서 행해져야 하는지에 대한 치밀한 논증이 먼저 있었어야 했다.

48) 위의 글, 146면

49) 이 점에서 윤용근 또한 비슷한 담론조작에 빠진다. 그는 “불법 카메라 촬영 등의 관음증자, 공연 음란 행위를 하는 노출증자, 어린 아이를 성적 지향의 대상으로 삼은 소아성애증자, 이들 모두 성소수자이다. 그러나 그들의 왜곡된 성적 지향의 공개는 그 자체로 형사법상 중대한 범죄 행위로 처벌받고 있다”라고 한다. 하지만, 이들은 사회구조적 권력이 작동하는 대상으로서의 성소수자가 아니라 불법 촬영이나 공연음란, 아동성착취 등과 같은 자신의 행위로서 타인의 자유와 권리를 침해함으로써 사회질서를 교란하는 범죄자로 처벌되고 있을 뿐이다.

체를 침해하는 것이다. 나아가 혐오하는 사람들의 인권과 함께 민주사회에서 요청되는 그 시민성까지도 침탈하는 해악의 원천이 된다.⁵⁰⁾

3.5. 혼인과 가족제도에 대한 오해

음선필은 차별금지법을 반대하면서 “동성애를 인정하는 것은 곧 양성애도 인정하는 것이 되기 때문에” “동성혼은 결국 동성과 이성을 막론하고 1+1+1, 2+2 등의 결합을 의미하는 일부다처, 일처다부, 난혼(잡혼)으로 연결될 수 있다”는 심각한 논리의 비약까지 서슴지 않는다.⁵¹⁾ 하지만 이러한 주장은 아주 심각한 개념상의 혼탁에 빠져 있다. 동성애든 이성애든 혹은 양성애든 관계없이 이들은 성적 지향의 문제이며 친교의 관계 형성에 관한 문제이다. 반면 음선필이 우려(?)하는 일부다처, 일처다부, 난혼(잡혼) 등은 혼인제도의 문제이다. 그리고 이 양자는 서로 다른 범영역에 속하는 것임을 그는 간과한다.

혼인'제도'는 국가의 법과 관습 등에 의하여 특정한 양식으로 규정되는 것이며, 민주사회의 그것은 “두 인격체간의 지속적 결합”이라는 개념으로 규정된다.⁵²⁾ 따라서 난혼이니 일부다처니 하는 결합방식은 적어도 민주사회에서의 법제도로서의 혼인이 될 수 없다.⁵³⁾ 물론 법제에 따라 일부다처(아랍국가의 경우), 일처다부(티벳 일부 부족)의 혼인제도가 인정되는 경우도 있으나 그것은 우리와는 전혀 다른 체제일 따름이다. 그리고 바로 이런 맥락에서 우리 헌법 제36조제1항은 혼인과 가족제도를 구분하고 그 모두의 기초에 개인의 존엄과 양성의 평등-이는 전술한 바와 같이 여성의 평등을 보호하기 위한 규정이다-이 자리잡고 있음을 선언한다. 미국 연방대법원의 판사처럼 혼인관계는 두 사람의 결합이어야 하며, 거기에는 출산이나 종족번식과 같은 공리주의적 목적론이 혼재될 수 없음을 규정한 것이다. 그래서 음선필의 주장처럼 “동성애는 인간의 존엄성 존중에 전혀 도움이 되지 않는다”거나 “건강에 해로운 뿐 아니라 생식 및 종족번식에 전혀 도움이 되지 않는다는 점에서 인권으로 보호할 가치나 명분이 없다고 본다”⁵⁴⁾는 논지는 근거를 상실한다.

3.6. 세속법 체계의 혼탁

이와 같은 오도된 주장의 이면에는 성적 지향, 특히 동성애에 대한 심각한 종교적 편견이 자리잡고 있다. 음선필은 “사안에 따라서는 종교도덕이 강력한 목소리를 내는 경우도 있다.”고 하면서 “사회의 다수가 종교적 배경을 가지고 있는 경우다. 동성애·동성혼처럼 사안 자체가 종교적

논쟁의 대상인 경우가 그러하다.”⁵⁵⁾고 부연한다.

하지만 이런 논의는 우리 헌법의 체계를 온전히 벗어난다. 전술한 바와 같이 우리 헌법(20조2항)은 정교분리의 세속국가체제를 취한다. 따라서 중세나 이슬람국가 등과는 달리 우리 헌법체제에서는 종교도덕은 그 자체로 일반적·보편적 사회규범으로서의 성격을 가지지 못 한다. 더러 인권의 도덕적 기초를 언급하는 경우에도 그 도덕이 종교규범 그 자체를 의미하는 것은 아니다. 뿐만 아니라 우리 사회가 기독교라는 하나의 종교만 지배하는 사회가 아닌 한, 부분사회의 “종교도덕”이 어떻게 하여 그 외의 다른 모든 부분사회를 규율하는 일반적·추상적 규범으로 확장된다고 주장할 수 있는지도 이해되지 않는다. 물론 도덕이 종교의 영향을 받을 수는 있지만 그 경우에도 그것은 의연히 도덕규범으로만 존재할 따름이며 그나마도 법규범으로서의 효력을 인정받으려면 별도의 적절한 규범변형의 과정을 거쳐야 한다.

그리고 이 점에서 동성애라든가 동성혼에 관한 헌법상의 문제는 기본적으로 탈종교적인 사안이 될 수밖에 없다. 오직 일부 종교분파들이 이를 소위 “종교”의 문제로 끌어들이어 왜곡하고 있을 따름인 것이다. 그래서 음선필의 글과 같이 법학적 논증의 틀 속에서 기술되는 논문이라면 의당 그 종교규범의 세속적 효력의 문제에 대한 별도의 논증을 치밀하게 하여야 하며 그 속에서 동성애나 동성혼이 어떤 가치판단의 대상이 되어야 하는지를 증명하여야 한다.

이런 오류는 동성애가 “외적으로 드러난 동성 간 성행위인 한, 이에 대하여는 당연히 헌법 제37조 제2항에 의하여 제한(금지)이 가능하다.”라든가, “우리 헌법의 표현대로 하자면, 질서유지에 반하는 동성애는 제한(금지)되어야 한다.”⁵⁶⁾라는 주장에서 노골적으로 드러난다. 의당 모든 외적 행위는 헌법에 따라 기본권제한의 대상이 된다. 하지만 동성간 성행위가 외적 행위임은 분명하지만 이는 가장 내밀한 영역에 속하는 행위로 국가적 규제가 최소한에 그쳐야 하는 영역이다. 그러기에 그 내밀한 행위가 헌법 제37조제2항에서 말하는 사회질서와 어떤 관련이 있는지의 문이며, 설령 그렇다 하더라도 이 내밀영역에 대한 공법(헌법)적 규제(금지나 제한)가 가능한지는 의문이 있다.⁵⁷⁾ 실제 현행 법제에서도 군인의 경우를 제외하고는 이를 규제하는 법은 없다. 그나마 군형법의 경우에도 “군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기의 확립”을 위해 제한할 뿐, 이 글이 말하는 식의 일반적인 사회질서의 유지를 이유로 규율하는 것은 아니다. 문제는 이런 단정에도 불구하고 그러한 법적 규율의 필요성에 대한 세속적 근거가 제시되지 못하고 있다는 점이다. 우리의 일상생활에서 동성애가 법으로써 규제되어야 하는 (헌)법리적 이유는 무엇인지, 그리고 그것이 우리의 세속법체계에서 어떻게 정당화되는지를 먼저 입증하여야만 이런 식의 주장이 검증대에 오를 수 있다는 것이다.

4. 결론

“대한민국의 인민은 남녀 귀천 급 빈부의 계급이 무(無)하고 일평 평등임.”(임시헌장(1919) 제3조) 백 년 전 서구사회에서도 여성해방이 요원했던 바로 그 시대에 우리 헌법의 아버지들은 선제적으로 민족평등, 국가평등 및 인류평등의 이상을 펼치며 일체의 차별과 억압이 없는 세상을 대한민국의 국가목표로 삼았다. 그리고 이런 다짐은 우리 헌법사를 관통하는 가장 중심적인 헌

50) 이 과정에서 소수자집단에 대한 과소대표현상과 다른 편에서는 “다수자집단”의 과대표현상이 야기된다. 최근 차별금지법안에 대한 일부종파의 반대 목소리가 높아지면서 그들의 표를 의식한 국회의원들이 차별금지법안에 대한 지지를 드러내지 못하거나 거두어들이는 현상이 나타나는 것은 그 대표적인 사례이다. 국민의 대다수가 차별금지법의 입법을 지지함에도 불구하고 “다수자집단”의 위력이 과대표되면서 입법의 지체를 초래하고 있는 것이다. 실제 이러한 이유로 인하여 차별에 대한 국가적 개입의 필요성이 나타나게 된다. 국가는 개인의 인권에 대한 보호자로서의 역할 뿐 아니라 민주적 질서를 유지하며 사회적 통합을 도모하여야 할 공동체관리자로서의 역할 또한 수행하여야 하는 것이다.

51) 음선필, 위의 글, 160면

52) 최근 동성혼을 인정한 미연방대법원은 혼인은 출산을 조건으로 하지 않는다는 점을 분명히 하면서 ‘서로 헌신하기로 하는 두 사람의 결합’이라는 개념으로 규정하였다. 그리고 바로 이 점에서 동성 커플과 이성 커플이 사실상 다르지 않다고 판단하였다. Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644 (2015).

53) 이러한 혼란은 율용근의 경우에도 마찬가지로 발생한다. 그는 성별정체성 개념으로 인하여 병역제도의 혼란이 일어날 수 있다고 우려한다. 하지만, 이 또한 군사제도의 설계문제에 귀착하는 것으로 남군과 여군의 구별, 나아가 그 구분의 기준으로서의 성별은 어떻게 규정하여야 하는가는 입법자의 입법형성권의 영역이다.

54) 음선필, 위의 글, 162면.

55) 음선필, 위의 글, 162면

56) 음선필, 위의 글, 163-165면

57) 이 점에서 헌법재판소도 “성인이 어떤 종류의 성행위와 사랑을 하건, 그것은 원칙적으로 개인의 자유 영역에 속하고, 다만 그것이 외부에 표출되어 명백히 사회에 해악을 끼칠 때에만 법률이 이를 규제하면 충분”하다고 판단하고 있다.(헌법재판소 2009. 11. 26. 2008헌바58 등) “개인의 내밀한 성생활의 영역”은 “그 행위의 성질상 국가의 개입이 자제되어야 할 사적인 내밀한 영역”이라고 보는 것이다.

법이념이 된다. “평등”과 “균등”, “균형”이라는 역대 헌법의 법문은 이를 증빙한다.

최근 입법의 길에 들어선 차별금지법안은 이 핵심가치를 온전히 담아낸다. 차별은 평등을 부정하는 행동이다. 평등이란 무릇 자유의 평등도 포함하는 것이기에, 차별은 차별받는 사람이 가진 자유를 부정한다. 여성차별은 여성의 사회생활상의 자유를 침탈하며, 종교차별은 신앙의 자유를 침해하는 행위다. 그리고 이런 차별이 쌓이면 남아공의 인종분리주의(아파트헤이트)가 그러했듯이, 대한민국은 국민이 아니라 차별하는 사람들만이 주인이 되는 반쪽의 나라가 될 뿐이다. 차별금지법은 그러기에 “민주공화국”을 지켜내는 방파제가 된다.

항간에는 일부 종교분파들이 이 차별금지법을 위헌이라 낙인찍으며 격하게 반대한다. 그들은 이 차별금지법이 동성애가 죄악이라는 자기들만의 교리를 설파할 수 있는 자유를 제한하기에 종교와 표현의 자유를 정한 헌법에 반한다고 주장한다. 그러나 헌법상의 평등이란 자유의 향유까지도 평등하게 분배됨을 요구한다. 설교의 자유가 소중하다면 성소수자가 자기정체성을 드러낼 수 있는 자유도 그만큼 소중하다. 그들이 종교교리로써 타인을 정죄할 수 있는 자유가 있다면, 그러한 교리에 의해 자신의 정체성이 부정당하지 아니할 자유 또한 그 이상으로 중요한 헌법적 가치이다. 전자가 보호되면 동시에 후자도 보호되어야 하며, 후자가 침탈당하면 중국에는 전자 또한 자유가 아니라 폭력이 되고 억압이 되고 중국에는 민주사회를 잠식하는 독이 되어버린다.

물론 그들의 말처럼 (종교적) 표현의 자유는 최우선적인 자유이다. 다만, 더 중요한 것은 모든 사람이 사회의 유효한 구성원으로 인정받으며 인간으로서의 자유를 다 함께 누릴 수 있는 자격을 가지는 것이다. 누구는 말할 수 있고 누구는 입을 다물어야 하는 식의 표현의 자유란 독재의 그것에 불과하다. 성소수자들이 자신의 정체성을 표현하지 못하고, 스스로를 부정해야만 발언권을 가질 수 있는 사회가 어찌 표현의 자유가 보장되는 사회이겠는가? “자유를 누리기 위해 다수파에 가담해야 하는 사회라면 그러한 사회에서는 진정한 자유가 존재한다고 보기 어려운” 것이라는 헌법재판소의 경고(헌법재판소 2014. 12. 19. 2013헌다1)는 정확하게 이 차별금지법의 존재이유를 설명한다.

요컨대 차별금지법은 결코 위헌일 수 없다. 그것은 헌법의 실천을 가로막는 현실사회의 폭력을 들어내는 법이다. 편견과 오해로 인하여 고향을 빼앗기고 새로운 고향조차도 찾지 못하는 사람(한나 아렌트)을 양산하는 차별행위로부터 우리 모두를 보호하는, 헌법의 수호자로서의 법이 바로 이 차별금지법이다. “기다려달라”라는 말로는 도저히 감당되지 않는, 이 시대 최대의 민주화 과제인 것이다.