2004년도 제2차 학술회의 사회적 차별과 법의 지배 서울대학교 BK21 법학연구단 공익인권법센터

공익과인권
서울대 BK21 법학연구단 공익인권법센터

서울대학교 BK21 법학연구단 공익인권법센터 주관
2004년도 제2차 학술회의

사회적 차별과 법의 지배

일시 : 2004년 6월 29일(화) 10시 - 18시
장소 : 서울대학교100주년기념관 소강당 [최종길 기념홀]
주최 : 서울대학교 법학연구소 법의지배센터
주관 : 서울대학교 BK21 법학연구단 공익인권법연구센터
후원 : 마이크로소프트(주)

공익과인권
서울대 BK21 법학연구단 공익인권법센터

서울대학교 BK21 법학연구단 공익인권법센터 주관
2004년도 제2차 학술회의

사회적 차별과 법의 지배

일시 : 2004년 6월 29일(화) 10시 - 18시
장소 : 서울대학교100주년기념관 소강당 [최종길 기념홀]
주최 : 서울대학교 법학연구소 법의지배센터
주관 : 서울대학교 BK21 법학연구단 공익인권법연구센터
후원 : 마이크로소프트(주)

학술회의 일정

10:00~10:20 **개회식**

10:20~12:00 **제 1 부** 사회: 박은정(서울대 법대)

차별의 개념과 법의 지배 / 송석윤(서울대 법대)
혼인 차별과 법의 지배 / 김엘림(방송대)
토론: 이승욱(부산대 법대) / 이우영(서울대 법대)

12:00~13:20 **점 심**

13:30~15:50 **제 2 부** 사회: 신동운(서울대 법대)

한국사회 성적 소수자에 대한 차별과 법의 처우 / 양현아(서울대 법대)
연령주의 사회와 법 / 박경숙(동아대)
전과로 인한 차별: 지워지지 않는 주홍글씨? / 최정학(BK21 법학연구단)
토론: 조이여울(일다) / 조용만(건국대 법대) / 조국(서울대 법대)

15:50~16:00 **휴 식**

16:00~17:45 **제 3 부** 사회: 이철우(성균관대 법대)

화교에 대한 차별: 그들은 한국사회의 주민인가? / 정인섭(서울대 법대)
장애인 차별과 법의 지배 / 박종운(변호사)
토론: 우심화(아세아연합신학대학), 나경원(국회의원)

■ 목 차 ■

차별의 개념과 법의 지배 / 송석윤(서울대 법대) ……1

혼인 차별과 법의 지배 / 김엘림(방송대) ……17

한국사회 성적 소수자에 대한 차별과 법의 처우 / 양현아(서울대 법대) …37

연령주의 사회와 법 / 박경숙(동아대) ……59

전과로 인한 차별: 지워지지 않는 주홍글씨? / 최정학(BK21 법학연구단)…79

화교에 대한 차별: 그들은 한국사회의 주민인가? / 정인섭(서울대 법대)…103

장애인 차별과 법의 지배 / 박종운(변호사) ……127

차별의 개념과 법의 지배

송석윤 (Seog-Yun Song)

I. 머리말

차별의 개념을 포괄적으로 논의를 하기는 쉽지 않다. 평등인가 차별인가의 문제는 이를 판단하는 기준에 따라 다른 결과를 가져오기도 하고 판단하는 사람의 주관이 적지 않게 개입되기 때문이다. 또한 실정헌법상의 기본권으로서의 평등과 인권의 차원에서 바라보는 차별금지는 포함하는 내용에 있어 적지 않은 차이를 나타낸다. 그리고 사회현실에서의 차별과 법적인 관점에서 보는 차별 역시 상이한 경우가 적지 않다. 하지만 차별의 판단기준을 가능한 한 소수자의 관점에서 보고 인권적인 차원에서의 요구를 실정헌법으로 포섭하며 현실적 차별에 대한 법적 해결방안의 폭을 넓히려는 노력은 그 자체로 가치가 있을 것이다.

이 책에서 다루고 있는 차별의 유형들은 매우 다양하여 하나의 개념으로 포섭하는 것은 어렵다고 보인다. 이 글은 모든 유형의 차별들을 포섭하는 차별의 추상적 개념화를 목표로 할 수는 없다. 단지 차별의 문제와 관련하여 일반적으로 논의될 수 있는 핵심적인 문제를 정리하고 차별의 개념이 확대되고 사법적 심사기준이 심화되는 모습을 소개하는 데 그칠 수밖에 없다. 하지만 각 영역에서 차별을 극복하려는 노력들이 사회운동적인 실천과 밀접하게 연관되어 있고 우리사회에서의 사회운동이 매우 빠른 속도로 구체화·개별화하고 있는 상황에서 이러한 전반적인 논의가 지니는 의미가 있다고 보인다. 이글이 다양한 차별유형에 관한 구체적인 논의들이 상호균형을 잃지 않도록 하는 참고자료로서의 역할을 할 수 있다면 목적에 합당할 것이다.

II. 차별금지로서의 평등원리의 개괄

1. 차별금지 개념의 복잡성과 법에 의한 차별극복

근대 입헌주의헌법은 자유와 함께 평등을 헌법이 실현해야 할 가장 중요한 목적으로 정하였다. 따라서 자유와 평등의 두 원리는 한두 개의 헌법조문에 국한되지 않고 헌법전반을 지도하는 원리로서 기능하고 있다. 하지만 평등권은 실체적인 보호영역을 지니고 있는 자유권적 기본권들과는 다른 성격과 구조를 지니고 있다. 평등은 그 본질상 상이한 대상을 비교하는 성격을 지니고 있다.[1] 하지만 모든 사람들은 같지 않다는 것은 이들이 동일하지 않음을 의미하지 사람들 사이에 어떠한 유사성도 존재하지 않음을 말하는 것은 아니다. 사람을 서로 비교하는 데에는 수많은 척도가 있으며 이에 따라서 사람들을 다양한 집단으로 나뉘어진다. 남성인가 여성인가, 남녀의 이분법적 성구별에 속하는가 그렇지 않은가, 기혼인가 미

1) 평등권의 기본적인 성격에 대해서는 P. Kirchhof, Der allgemeine Gleichheitsatz, in: Isensee/Kirchhof(Hg.), Handbuch des Staatsrechts Bd.5, Heidelberg 1992, 837-972면, 839면 이하 참조.

혼인가, 심신의 장애를 지녔는가 그렇지 않은가, 자신이 생활하고 있는 국가의 국적을 지녔는가 그렇지 않은가, 나이가 젊은가 또는 들었는가, 부자인가 가난한가 등의 척도가 있을 수 있다.

이러한 기준들은 인간의 생활 속에서 상대적으로 중요하여 법적인 문제가 될 수 있는 잠재력을 지니고 있다. 하지만 모든 기준이 그러한 것은 아니다. 일반적으로 사람들의 식성이나 외모에 대한 취향의 다양성은 널리 받아들여지고 그 차이가 사회적 또는 법적인 중요성을 지니지 않는다. 인간의 다양한 차이들이 차별로 인식되는 경우는 차이를 구별함으로써 위계가 형성되는 경우[2]이거나 또는 그 정도에 이르지는 않더라도 그 구별이 불합리하다고 느껴지는 경우일 것이다. 일반적으로 사람의 식성이나 외모에 대한 취향이 차별과 연결되지는 않지만 기독교사회에서 사는 돼지고기를 안 먹는 이슬람교도의 식성이나 자신의 성과 반대되는 복장은 차이의 위계화와 연결될 수 있다. 또한 보신탕을 즐겨먹거나 독특한 두발이나 복장을 한다면 구조화된 위계와 충돌하지는 않지만 사회적 또는 법적 갈등을 겪게 될 수 있다.

차이와 차별의 구별문제는 매우 다양하고 복잡하여서 국가의 법이 개입할 수 있는 경계를 정하는 것은 쉽지 않은 과제이다. 법은 규율대상을 일반화하는 경향을 지니고 있어서 차별의 문제를 법을 통해 해결하다보면 구체적인 차이를 무시함으로써 새로운 차별을 가져올 위험이 따른다. 더욱이 법은 폭력독점체로서의 국가가 강제력으로 관철시키며 이러한 강제력은 국가와 국민 사이의 수직적인, 즉 불평등한 위계질서에 기인하고 있기 때문에 차별의 문제를 인식하고 이를 극복하는 수단으로 법을 동원함에 있어서는 법이라는 수단의 특성과 효용성을 충분히 고려할 필요가 있을 것이다.[3] 하지만 법의 일반화경향이나 강제력이라는 속성이 사회적 차별을 방지하고 극복하는 데에 공권력이 적극적일 필요가 없다는 논거가 될 수는 없다. 현대국가는 법을 통해서만 자신의 과업을 실현하고 있지는 않으며 또한 현대국가의 입법 역시 명령과 강제를 의미하는 것을 넘어서 보다 다양한 수단을 동원하고 있기 때문이다. 단지 법이 차별극복에 있어 만병통치의 묘약일 수는 없다는 점을 지적하려 한다.

2. 인간과 시민의 평등

근대 입헌주의헌법은 사회적으로 존재하는 모든 차별의 철폐를 지향한 것은 아니고 적어도 모든 시민이 법 앞에 평등한 것을 추구하였다. 평등의 주체와 관련하여 시민혁명기에 이념으로 제시된 자연법적인 인간의 평등은 시민적 의무와 연계된 시민적 또는 국민적 평등의 모습으로 전개되었다. 이러한 평등실현의 방식은 초기입헌주의국가에서의 시민적 평등이나 이러한 평등의 노동계급, 유색인종, 여성으로의 확산에 있어서도 마찬가지였다. 평등의 실현은 국민국가의 단위에서 시민적 동질성의 확보와 그 확대의 형태로 이루어졌고 이질성의 배제는 이러한 동질성의 이면이었다.

국민적 동질성의 강조와 이질성의 배제는 특히 우리사회에서 매우 강하게 존재하고 있다.

2) 조순경, 차별의 이해, 국가인권위원회차별조사국 편, 차별행위 이론과 실제(1), 국가인권위원회 2002, 15-51면, 18면 이하.

3) Kirchhof, 앞의 글, 840면.
이와 관련하여 평등의 원리는 부정의의 평등을 포함하지 않음을 강조할 필요가 있다. 평등만을 강조하다보면 빠지기 쉬운 함정이다. 마찬가지로 부자유의 평등도 바람직한 방향은 아니다. 우리형법에 존속되고 있는 간통죄조항이 그 예일 수 있다고 생각된다. 간통죄존속론에 대한 비판으로는 조국, 형사법의 성편향, 박영사 2004, 228면 이하 참조.

천년 이상을 하나의 정치공동체를 이루고 살아온 것으로 인한 강한 민족적 동질감, 민족국가 건설에 실패하고 일제강점기를 경험한 것으로 인한 방어적 또는 배타적 민족주의, 획일성을 강조하는 분단체제 속에서 반세기를 사실상 고립된 섬나라에서와 같이 살아온 것으로 인한 다양성에 대한 낯가림 등이 시민적 평등을 매우 좁게 인식하게 하고 있다.

이질적인 것과 공존하지 못하고 이를 배제하려는 성향은 차별의 대상과 관련해서 뿐만 아니라 차별을 극복하려는 주체의 내부에서조차 다양한 형태로 나타나고 있다. 국민국가적 평등의 실현과 그 한계의 인식 및 극복이 동시에 이루어져야 하는 어려움을 어떻게 조화할 것인가는 차별과 관련된 구체적인 문제에서 흔히 나타나는 문제이다.

3. 평등권의 성격과 다른 기본권과의 관계

평등권은 헌법 제10조가 보장하는 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권과 함께 기본권보장에서 두개의 축을 이루고 있다. 평등권은 개인의 자유로운 영역을 상정하고 이를 침해하는 국가의 행위를 금지하거나 또는 특정한 행위를 요구하는 다른 헌법상의 기본권과는 구별되는 성격을 지니고 있다. 평등권은 앞에서 언급한 것처럼 비교를 기본 속성으로 하는 권리이다. 따라서 국가가 특정한 상황에서 조건이 같은 다른 상황에서와 달리 행동한다면 비교의 문제, 즉 평등권의 문제가 대두된다. 평등권에서는 차등을 두는 행위가 개인의 자유를 얼마나 심각하게 제한하는가보다는 달리 대우하는 기준과 논거의 정당성이 문제된다.

따라서 평등권은 포괄적인 보호영역을 지니는 기본권이며 하나의 사안에서 다른 기본권과 동시에 문제될 수 있다. 예를 들어 종교의 자유나 언론출판의 자유의 침해여부를 심사함에 있어서도 보호영역에 속하는 하나의 행위가 보호영역에 속하는 다른 행위와 달리 대우되었다면 동시에 평등권침해의 문제가 제기되는 것이다.[4] 우리나라 헌법재판소의 기본권관련 결정 중 대다수의 경우에 평등권심사가 이루어지는 것은 평등권이 다른 기본권과 다른 관점을 지니는 포괄적 권리로서의 성격을 지니기 때문이다.

평등권과 다른 기본권이 경쟁하는 경우에 어떤 기본권이 우선하는가가 문제된다.[5] 이러한 경우에는 심사의 대상과 내용상으로 보다 밀접한 연관성을 지니는 기본권을 우선 적용해야 할 것이다. 하지만 이 경우에도 나머지 기본권이 지니는 경향을 고려하고 참작해야 함은 물론이다. 일반적으로 자유권적 기본권의 상이한 향유나 급부의 확대의 경우에는 평등권에 중심이 놓여지고 제한된 재화의 분배 또는 의사표현이나 종교활동의 차별의 경우에는 평등권이 우선하는 경향이 있다.

4. 차별개념의 문화성: 독일에서의 여성야간노동금지

어떤 사안이 합리적인 차별을 구성하는지의 여부는 사회의 변화, 특히 소수자의 지위나 인식의 변화와 밀접하게 관련되어 있다. 특히 성별에 의한 차별의 경우 여성의 사회적 지위의 변화에 따라 이전에는 차별방지를 위한 조치를 의미하던 것이 이후에는 오히려 차별로 인식되는 경우가 있을 수 있다. 1992년 1월 8일 독일 연방헌법재판소가 여성근로자의 야간노동을 금지하는 법률을 위헌으로 판시한 경우가 그 예라고 할 것이다.[6] 노동시간법 제19

4) 자유와 평등심사의 차이에 대해서는 박경신, 미연방대법원의 다단계심사의 도입과 제대군인가산점제도 결정, 헌법판례연구 2, 박영사 2000, 193-227면, 196면 이하.

5) H. D. Jarass/B. Pieroth, Grundgesetz Kommentatr, München 1995, 90면 이하.

조제1항이 여성근로자에게 저녁 8시부터 아침 6시까지, 그리고 일요일과 공휴일에 저녁 7시 이후에는 노동에 종사할 수 없도록 규정한 것과 동조 제2항이 교대시간제 노동의 경우에는 23시 이전에 마치고 5시 이후에 시작해야 한다고 규정한 것이 심사의 대상이었다. 헌법소원의 청구인은 제빵공장에서 포장업무를 담당하는 여성노동자와 제빵공장의 사용자였다.

이 조항의 입법배경은 야간노동은 특히 여성의 건강에 해로우며 야간노동을 하는 여성은 주간에도 육아와 가사에 매달려서 수면부족이 되기 쉽고 또한 심야나 새벽의 출퇴근은 여성을 범죄에 노출시킨다는 것 등이었다.[7]

이에 대한 참고인들의 의견은 당시의 차별에 관한 당시 독일사회의 분위기를 잘 보여준다.[8] 연방정부는 연방노동부의 입장을 대변하여 여성이 신체적인 조건 때문에 야간노동으로 인한 건강상 피해를 많이 본다는 것은 확인되지 않았지만 육아와 가사의 부담 때문에 주간에도 제대로 수면을 취할 수 없어서 야간노동으로 인한 건강상의 피해를 더 많이 볼 가능성이 있다는 의견을 제시하였다. 독일노동조합연맹 역시 기존의 성역할의 분담에 있어 직업과 가사가 양성간에 공평하지 않은 것이 현실이므로 여성의 야간노동금지는 필요하다는 입장이었다.

이에 반하여 독일사용자단체연합은 현대 산업사회에서 자본의 집약도가 높아지고 있어서 교대시간제 노동이 증가하는 추세인데 이를 금지하는 것은 사용자의 직업의 자유를 침해하므로 폐지되어야 한다고 주장하였다. 또한 야간노동금지가 교대시간제 노동이 불가피한 산업영역에서 여성의 고용기회를 박탈하고 있음을 지적하였다.

보다 주목할 만한 것은 여성계의 입장이었다. 독일여성법률가연맹은 기본법 제3조 제2항은 일반적인 차별금지를 넘어서는 현재도 차별받고 있는 여성들을 위한 평등실현의무를 부과하고 있다고 하였다. 그런데 야간노동금지로 인해 여성들이 일정한 직역에 진출하는 것이 어려워지므로 이는 평등권을 침해한다는 것이다. 또한 여성이 육아와 가사로 인해 이중적 부담을 지니지만 이러한 전통적 역할분담은 기본법 제3조 제2항의 목적에 합치하여 헌법적으로 허용되는 기능적 구별징표가 아니라고 주장하였다. 나아가 야간노동금지가 이중부담을 지지 않는 여성들에게도 적용되고 있음을 지적하고 있다. 하지만 이 단체는 혼인과 가정 및 남녀노동자의 건강을 위해 야간노동금지를 폐지하지 않고 양성을 평등하게 대우하는 방향으로 개정해야 한다는 의견을 내놓았다. 한편 독일여성연합은 가사를 돌보는 것이 성에 의한 여성의 특징에 속하지 않기 때문에 이로 인한 여성노동자의 이중부담을 이유로 야간노동의 금지를 정당화할 수 없다고 보았다. 남성들에게는 개방되어 있는 직종에 여성이 들어갈 수 없는 것은 헌법에 위반되는 차별대우라는 것이었다.

이 결정에서 독일 연방헌법재판소는 기본법 제3조 제2항이 성적 특성에 근거한 차별과 특혜를 규정한 법규범을 제거하는 데에 그치지 않고 양성의 평등을 미래지향적으로 관철시키려한다고 보았다.[9] 이 조항은 남성과 여성이 동등한 경제활동을 할 수 있도록 생활관계를 조정하는 것을 목적으로 하는데 이에 따르면 여성에게 과중한 부담이나 피해를 가져오는 기존의 역할분담을 국가가 확정시키는 행위는 허용될 수 없다는 것이다. 오히려 기본법 제3조 제2항은 주로 여성에게 해당되는 사실상의 불이익을 우대적인 법규정으로 조정하는 근

6) BVerfGE 85, 191

7) BVerfGE 85, 191, 206면 이하.

8) BVerfGE 85, 191, 200면 이하.

9) BVerfGE 85, 191, 207면.

거가 된다는 것이었다. 독일 연방헌법재판소는 이러한 기본관점에 근거하여 이 조항에 대해 헌법불합치결정을 내렸는데 위헌결정을 내리지 않은 이유는 - 남녀를 불문하고 - 노동자의 건강을 유지하기 위해서는 야간노동의 제한이 불가피하게 존속되어야 하며 그 구체적인 실현방안은 입법자의 몫이라는 데에 있었다.

이 결정은 사회보장제도가 비교적 잘 갖추어진 독일에서 오랫동안 여성과 가정을 보호하는 바람직한 제도로 받아들여지던 여성의 야간노동에 대한 폭넓은 제한에 대해 헌법적으로 문제가 제기된 것에서 비롯되었다. 그 배경에는 여성의 사회활동에 대한 현실과 인식의 변화, 그리고 그에 따른 사회적으로 기대되는 성역할의 변화가 놓여있었음은 물론이다. 여기서 특히 노동조합과 여성노동자 및 여성단체의 입장이 달랐다는 점을 주목하게 된다. 노동조합의 입장에서는 한편으로는 야간노동의 제한에 대해 문제를 제기하는 것 자체가 노동자의 보호를 약화시킬 것이라는 우려를 했을 수도 있지만 다른 한편으로 노동조합운동이 역사적으로 남성노동자 중심으로 진행되어 온 상황 속에서 이 문제에 대해서도 남성중심의 시각을 벗어나지 못했을 가능성이 크다. 이렇게 본다면 이 사안은 사회적 약자라고 할 수 있는 노동자집단과 그 집단내의 소수자인 여성노동자간의 문제가 겉으로 드러난 경우라고 볼 수 있을 것이다.[10] 또한 여성의 생활양식이 다변화하는 과정 속에서 육아와 가사를 책임지는 전통적인 여성상에 대해 다른 생활양식이나 인식을 가지고 있던 여성들의 문제제기일 수도 있었을 것이다.

III. 실정법상의 차별의 개념

1. 헌법에서의 평등규정

우리 헌법은 전문에서 "정치·경제·사회·문화의 모든 영역에서 각인의 기회를 균등히 하고 ..." 그리고 "... 국민생활의 균등한 향상을 기하고 ..."라고 하고 있으며, 제11조 제1항은 "모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별 · 종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적 · 경제적 · 사회적 · 문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니 한다"고 규정하고 있다. 우리 헌법상 평등의 원칙, 또는 차별금지의 원칙은 여기서 그치지 않고 보다 구체적인 생활영역과 관련되어 선언되고 있다. 제31조 제1항은 교육의 기회균등을, 제32조 제4항은 여성근로자의 보호 및 부당한 차별의 금지를, 제36조 제1항은 혼인과 가족생활에서의 양성평등을, 제41조 제1항 및 제67조 제1항은 평등선거의 원칙을 규정하고 있다. 또한 제119조 제2항의 경제의 민주화에 관한 규정도 평등원리와의 연관 곳에서 이해할 수 있다.[11]

헌법재판소가 평등의 원칙을 "국민의 기본권보장에 관한 우리 헌법의 최고원리로서 국가가 입법을 하거나 법을 해석하거나 집행함에 있어 따라야 할 기준인 동시에 ... 국민의 기본

10) 이러한 문제와 관련하여 조순경, 차별의 이해, 국가인권위원회차별조사국 편, 차별행위 이론과 실제(1), 국가인권위원회 2002, 15-51면, 25면 이하에서는 우리사회의 사회운동에서 지나치게 강한 집단주의적 성향으로 인해 일상적 차별이나 조직 내의 비민주성 또는 조직구성원 내의 소수자 문제에 대한 불감증에 대해 문제제기를 하는 사람들이 겪는 어려움을 지적하고 있다.

11) 이러한 조항들은 평등원리와 직접적으로 관련된 대표적인 것들만을 적시한 것이다. 평등, 균등, 균형 또는 차별, 특별, 특수, 우선 등의 용어를 사용하여 평등문제를 규율하고 있는 경우나 간접적으로 평등문제를 규율하는 경우를 합치면 관련조항의 수는 대폭 늘어나게 된다.(황도수, "헌법재판의 심사기준으로서의 평등", 서울대학교 법학박사학위논문, 1996. 3., 3면 이하 참조)

권 중의 기본권"[12]이라고 하는 이유는 평등의 원리가 헌법 제11조에 국한되지 않고 헌법의 전 체계 속에 퍼져서 그 핵심원리를 이루고 있기 때문이다.
그러나 헌법은 평등 또는 차별금지가 구체적으로 무엇을 의미하는가에 대해 구체적으로는 언급하지 않고 이를 헌법의 해석에 위임하고 있다.

2. 차별에 관한 법률조항

우리사회에서 사회적 약자나 소수자의 인권에 대한 관심이 최근 크게 증가한 것이 새로이 제정되거나 개정된 법률에 반영되고 있다. 이는 일차적인 헌법해석자라고 할 수 있는 입법부가 기존의 차별상황을 극복하려는 적극적인 자세를 보여주고 있는 것으로 평가된다.

(1) 직접차별

남녀차별금지및구제에관한법률 제2조는 제1호는 남녀차별을 일차적으로 "정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에서 인간으로서의 기본적 자유를 인식·향유하거나 권리를 행사함에 있어서 합리적인 이유없이 성별을 이유로 행하여지는 모든 구별·배제 또는 제한"이라고 정의하고 있다. 남녀차별금지및구제에관한법률이 모든 생활영역에서 성별이라는 사유에 의한 차별을 규율대상으로 하고 있음에 반하여 남녀고용평등법은 근로관계에서의 성별 등에 의한 차별을 금지하는 것을 목적으로 하고 있다. 동법 제2조 제1항은 차별을 "사업주가 근로자에게 성별, 혼인 또는 가족상의 지위, 임신, 출산 등의 사유로 합리적인 이유없이 채용 또는 근로의 조건을 달리하거나 그 밖의 불이익한 조치를 취하는 경우"라고 하고 있다.

국가인권위원회법 제30조 제2항은 차별의 개념을 보다 포괄적으로 모든 차별사유와 생활영역에 걸쳐 규정하고 있다. 즉 "평등권침해의 차별행위라 함은 합리적인 이유없이 성별, 종교, 장애, 나이, 사회적 신분, 출신지역, 출신국가, 출신민족, 용모 등 신체조건, 혼인여부, 임신 또는 출산, 가족상황, 인종, 피부색, 사상 또는 정치적 의견, 형의 효력이 실효된 전과, 성적 지향, 병력(病歷)을 이유로 한 ... 행위"라고 하면서 이를 1) 고용(모집, 채용, 교육, 배치, 승진, 임금 및 임금외의 금품 지급, 자금의 융자, 정년, 퇴직, 해고 등을 포함한다)에 있어서 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위, 2) 재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용에 있어서 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위, 3) 교육시설이나 직업훈련기관의 이용에 있어서 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위 등에 적용하고 있다.

(2) 간접차별

남녀차별금지및구제에관한법률 제2조 제1호는 남녀차별을 "합리적인 이유없이 성별을 이유로 행하여지는 모든 구별·배제 또는 제한"이라고 정의하는데 그치지 않고 "이 경우 남성과 여성에 대한 적용조건이 양성 중립적이거나 성별에 관계없는 표현으로 제시되었다고 하더라도 그 조건을 충족시킬 수 있는 남성 또는 여성이 다른 한 성에 비하여 현저히 적고 그로 인하여 특정 성에게 불리한 결과를 초래하며 그 조건이 정당한 것임을 입증할 수 없는 때에도 이를 남녀차별로 본다"고 하여 이른바 간접차별의 개념을 도입하고 있다. 남녀고용평등법 제2조 역시 "사업주가 채용 또는 근로의 조건은 동일하게 적용하더라도 그 조건을 충족시킬 수 있는 남성 또는 여성이 다른 한 성에 비하여 현저히 적고 그로 인하여 특정 성에게 불리한 결과를 초래하며 그 기준이 정당한 것임을 입증할 수 없는 경우에도 이를 차별로 본다"고 하여 근로관계에서 성별과 관련된 구체적인 경우에 간접차별의 개념을 인정하고 있다.

현재 간접차별은 입법론적으로 고용관계 등에서의 남녀차별과 관련하여 도입되어 있다. 이러한 차별개념의 확대가 성별의 이유가 아닌 다른 영역으로도 확산될 수 있는지의 여부와 그 범위가 문제될 것이다.

(3) 성희롱

특히 주목되는 것은 남녀차별금지및구제에관한법률 제2조 성희롱의 개념을 규정하고 있다는 점이다. 동조 제2호는 "'성희롱'이라 함은 업무, 고용 기타 관계에서 공공기관의 종사자, 사용자 또는 근로자가 그 지위를 이용하거나 업무등과 관련하여 성적 언동 등으로 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하거나 성적 언동 기타 요구 등에 대한 불응을 이유로 고용상의 불이익을 주는 것"이라고 규정하고 있다. 또한 동법 제7조 제4항은 "성희롱은 남녀차별로 본다"고 하여 차별개념의 외연을 확대시키고 있다.

(4) 적극적 우대조치의 제외

우리나라에서는 현재 여성공무원채용목표제, 의원선거에서의 여성할당제 등 적극적 우대조치가 행해지고 있다. 이러한 조치들을 차별개념에서 제외하는 법률조항 역시 사회적 소수자의 차별철폐와 관련된다. 남녀차별금지및구제에관한법률 제8조는 "다른 법률에 규정된 남녀평등을 촉진하기 위한 적극적 조치 등은 이 법에 의한 남녀차별로 보지 아니한다"고 규정하고 있다. 또한 남녀고용평등에관한법률 제2조 제1항 단서 제3호 "현존하는 차별을 해소하기 위하여 국가, 지방자치단체 또는 사업주가 잠정적으로 특정 성을 우대하는 조치를 취하는 경우"에는 차별로 보지 않는다고 규정하고 있다. 한편 국가인권위원회법 제30조 제2항의 단서는 "다른 법률에서 특정한 사람(특정한 사람들의 집단을 포함한다. 이하 같다)에 대한 우대를 차별행위의 범위에서 제외한 경우 그 우대는 차별행위로 보지 아니한다"고 하여 성적 차별에 대한 적극적 우대조치의 차원을 넘어 일반적인 제외조항을 두고 있다.

IV. 평등조항의 형성배경과 사법심사

1. 헌법상 평등조항의 형성배경

(1) 미국

근대입헌주의 헌법문서에서 평등이라는 단어가 처음 언급된 것은 1776년 미국 독립선언서가 "우리는, 모든 사람은 평등하게 창조되었으며 창조주에 의해 불가양의 기본권을 부여받았다는 사실, 또 그 중에 생명과 자유와 행복을 추구할 수 있는 권리가 포함되어 있음을 자명한 진리로 간주하는 바이다"라고 선언하면서부터였다. 하지만 자연법사상과 계몽주의의 영향을 받은 이러한 평등선언은 미국의 헌법문서에서 구체적인 내용을 확보하지는 못하였다. 1887년에 제정된 미국연방헌법은 평등에 관한 조항을 담고 있지 않았고 남북전쟁 후인 1868년의 수정헌법 제14조에서 비로소 "법률에 의한 평등한 보호"(equal protection of

12) 헌재 1989.1.25. 88헌가7, 헌판집 1, 2면.

the laws)라는 조항이 삽입되게 된다. 미국에서는 한편으로는 유럽대륙에서와는 달리 식민지시대부터 이미 봉건제적이고 신분제적인 차별이 존재하지 않았기 때문에 헌법에 굳이 평등조항을 도입할 필요가 크지 않았을 것이다. 이러한 상황에서 다른 한편으로는 노예제도라는 인종적인 차별이 제도적으로 존재하는 한 평등조항을 도입하고 실현할 수 있는 전제조건이 마련되어 있지 않았다고 할 것이다. 미국헌법에서 평등조항은 차별을 받고 있는 소수인종을 국민국가에로 편입시키는 과정과 밀접하게 연관되어 있다고 볼 수 있을 것이다.

(2) 프랑스 등 유럽대륙

한편 프랑스의 경우에는 1789년의 인간과 시민의 권리선언 제1조가 "인간은 권리로서 자유롭고 행복하게 태어나며 생존한다"라고 선언한 것에 그치지 않았다. 권리선언 제6조는 "법률 앞에 평등한 모든 시민은 덕성과 재능에 의한 차별 이외에는 누구나 그의 재능에 따라서 공적인 고위직, 지위, 직무 등에 동등하게 임명될 수 있다"고 하여 자연법적인 평등을 시민적 평등으로 구체화하였다.

프랑스를 비롯한 유럽대륙에서는 봉건적이고 신분제적인 잔재가 남아있었고 입헌주의혁명은 이를 극복하는 것에 중점을 두었으므로 평등의 강조와 그 실현을 위한 노력이 중요한 현안이었다. 하지만 이미 프랑스혁명의 과정에서 자연법적 평등을 넘어서 시민적 평등, 그리고 나아가 경제적 평등에의 요구까지 제기되어[13] 평등의 의미에 대한 논쟁은 시민혁명의 성격과 밀접한 연관성을 지니게 되었다. 1891년의 프랑스헌법은 시민적 평등을 명시하였고 이는 이후 다른 국가들에서 봉건적 기속을 극복함에 있어 모범이 되었다. 또한 이러한 시민적 평등은 19세기초반에 국민개병제나 의무교육제의 도입 등과 함께 시민적 의무와 연계되었다.[14]

19세기말에서 20세기초에 격화된 계급간의 대립은 기본적으로 이러한 시민적 권리의 확산으로 이해되고 해결된 측면이 강하다. 그 전형적인 예로 들 수 있는 것이 1920년대 독일의 헌법학자인 헤르만 헬러가 제시한 상대적 동질성(relative Homogenität)라는 개념이었다.[15] 헬러는 기존의 시민계급적 동질성에 기초한 국민국가적 평등원리가 노동자계급을 포섭한 대중민주주의적 사회국가에서도 기능할 수 있다고 보아서 이러한 개념을 제시했던 것이다. 이처럼 국민국가적 동질성이 상대적으로 강했던 유럽의 근대국가들에서는 평등원리가 사법적으로 보다는 정치적으로 확대되고 실현되는 경향이 강했다.

2. 평등과 사법심사

차별을 사법적으로 해결해야 할 필요성은 인종차별이라는 소수집단에 대한 구조적 차별의 문제를 지니고 있었던 미국에서 적극적으로 제시되었다. 또한 미국에서는 유럽의 경우와 달리 19세기 초부터 법의 집행 뿐 아니라 입법에 대한 사법적 통제의 가능성이 열려있었다는 것도 중요한 요소로 지적할 수 있을 것이다. 노예제의 잔재를 극복하고 유색인종에게 시민

13) O. Dann, Gleichheit, in: O. Brunner u.a.(Hg.) Geschichtliche Grundbegriffe Bd.2, 3.Aufl., Stuttgart 1992, 997-1046, 1017면 이하.

14) C. Schmitt가 평등을 시민적 또는 국민적 동질성(Gleichartigkeit)이라는 관점에서 이해하는 것은 이러한 역사적 측면을 강조한 것으로 보인다.(C. Schmitt, Verfassungslehre, Berlin 1928, 228면 이하)

15) H. Heller, Politische Demokratie und soziale Homogenität, in: Heller, Gesammelte Schriften Bd. 2, Leiden 1971, 423-433면 참조.

권을 부여하려는 노력이 평등권의 적극적 해석을 불가피하게 만들었다. 인종차별에 대항하는 민권운동의 발전과 차별철폐에의 의지가 선진적 여성운동으로 연결된 것은 신대륙 특유의 역동성을 보여주는 의미심장한 대목이다.

독일에서는 노동운동세력이 정치의 전면에 진출하여 사회의 계급적 갈등이 헌법제도의 틀에 들어온 이후인 1920년대에 법의 적용을 넘어서는 입법에 대한 사법심사의 가능성에 대한 논의가 벌어지고 평등권의 성격에 대한 논쟁이 그 중심을 이루게 된다. 여기서 미국에서 형성, 전개되어 온 평등 및 차별금지에 대한 논의가 적지 않은 영향을 미쳤음은 쉽게 짐작할 수 있다.

V. 평등심사의 기준

1. 고전적 심사기준

미국에서는 평등심사의 기준으로 전통적으로 차별은 불합리한 차등(unreasonable classification)이라는 합리적 근거 심사기준(rational basis test)을 적용하여[16] 입법자의 형성영역을 넓게 인정하여 왔다. 독일의 연방헌법재판소 역시 상당기간 동안 일반적 평등원칙을 '본질적으로 서로 같은 것을 자의적으로 불평등하게 또는 본질적으로 서로 다른 것을 자의적으로 평등하게 취급하는 것의 금지'라는 자의금지(Willkürverbot) 원리로 이해하였다. 우리나라의 헌법재판소 역시 합리적 근거 심사[17]와 차별금지의 원칙[18]을 평등심사의 기본기준으로 삼아왔다.

2. 새로운 심사기준

평등의 원리가 지니고 있는 성격상 입법자에게 폭넓은 재량영역이 인정되어 왔지만 특히 사회적 소수자의 차별철폐를 위해서는 보다 적극적인 사법심사가 필요하다는 의견이 제기되어 왔다. 이에 따라서 새로운 심사기준이 형성되었다.

(1) 미국

새로운 심사기준은 유색인종에 대한 구조적 차별의 문제를 지니고 있던 미국에서 먼저 개발되었다.[19] 1938년의 Carolene Products 판결은 합리적 근거 심사기준을 넘는 엄격한 사법심사의 대상이 되는 세 가지의 분야를 제시하였다. 첫째는 헌법상 특수한 금지조항으로

16) 안경환, 평등권 – 미국헌법을 중심으로 –, 헌법재판소, 기본권의 개념과 범위에 관한 연구, 1995, 37-116면, 48면, 56면 이하 참조.

17) "헌법 제11조 제1항에 정한 법 앞에서의 평등의 원칙은 결코 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 합리적 근거가 없는 차별을 하여서는 아니 된다는 상대적 평등을 뜻하고 ..."(헌재 1999.5.27. 98헌바26).

18) "평등의 원칙은 입법자에게 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게, 본질적으로 다른 것을 자의적으로 같게 취급하는 것의 금하고 있다"(헌재 1996.12.26. 96헌가18).

19) 미국에서의 새로운 심사기준에 대한 자세한 내용은 안경환, 앞의 글, 49면 이하, 60면 이하, 81면 이하; 김현철, 헌법재판소의 평등권심사. 허영박사정년기념 헌법의 규범력과 법질서, 박영사, 2002, 100-132면, 107면 이하 참조.

되어 있는 최초의 수정헌법 10개 조항들이었고, 둘째는 정치적 과정을 규제하는 법률이었으며, 셋째는 소수자의 권리를 규제하는 법률이었다. 이러한 엄격심사기준은 인종과 타고난 국적에 근거한 차별의 경우에 적용되었다. 이후 미국연방대법원은 전통적인 합리적 심사기준보다는 엄격하지만 엄격심사기준에 의하여 해결하기는 정도가 약한 영역에 적용되는 이른바 중간적 심사기준(intermediate level of scrutiny)을 제시하였다. 이 기준은 1976년의 Craig v. Boren 판결에서 정립되어 주로 성차별과 적서차별에 적용되고 있다.

(2) 독일

기존의 자의금지원칙이 입법자에 의한 평등권제한을 효과적으로 통제하지 못한다는 비판이 점증하자 독일 연방헌법재판소는 1980년에 이른바 새로운 정식(neue Formel)을 평등권 심사의 새로운 기준으로 제시하였다. 이 결정의 요지는 두 집단에 대한 차별적 대우를 정당화할 만한 차이가 존재하지 않음에도 불구하고 하나의 집단을 다른 집단과 달리 대우하는 경우, 즉 인적 평등이 문제되는 경우에는 보다 엄격한 비례성심사를 적용해야 하며 물적 평등의 경우에는 기존의 자의금지원칙을 적용한다는 것이었다. 즉 "무엇보다 양 집단 사이에 이들을 달리 대우하는 것을 정당화할 수 있는 유형과 비중의 차이가 존재하지 않음에도 불구하고 규범수범자의 한 집단을 다른 집단과 비교하여 달리 대우할 때"[20] 엄격한 심사기준이 적용된다는 것이다. 그러나 인적 평등과 물적 평등을 명백하게 구별하는 것은 불가능하다는 비판이 적지 않았다. 법적으로 규율되는 모든 구성요건에는 항상 인간이 관계되어 있기 때문에 물적 평등의 침해는 동시에 그 법적 효과가 귀속되는 사람에 대한 인적 평등을 침해하게 되기 때문이다.[21]

독일 연방헌법재판소는 1993년의 결정에서 성전환자법이 출생당시의 성과 다른 성적 정체성을 지니는 자가 이름을 바꾸려면 25세에 이르러야 한다는 규정이 헌법에 위반된다고 결정하면서 평등심사와 관련된 이른바 최신의 정식(neueste Formel)을 제시하였다. 이 결정에서 독일 연방헌법재판소는 "모든 인간이 법률 앞에 평등하다는 원칙은 일차적으로 정당화될 수 없는 인적 차별을 막아야 하므로 입법자는 인적 집단을 달리 대우하는 경우에는 일반적으로 엄격한 기속을 받"으며 "인적 속성이 기본법 제3조 제3항에 열거된 사유에 가까워질수록, 그리고 따라서 이러한 인적 속성에 따라서 달리 대우하는 것이 소수자의 차별로 될 위험이 커질수록 이러한 기속은 강해진다"고 하여 기존의 입장을 제시하면서 곧이어 새로운 내용을 추가하였다. 즉 강한 기속은 인적 속성과 관련된 구별에만 국한되지는 않으며 달리 대우하는 것이 그 속성상 간접적으로 인적 집단의 차별을 가져오는 경우에도 적용된다는 것이다. 단지 행위와 관련된 구별의 경우에도 당사자가 자신의 행위에 의해 자신이 구별되는 속성의 실현에 영향을 미치는 상태의 정도에 따라 기속의 정도가 좌우된다는 것이다. 이로써 독일 연방헌법재판소는 인간과 행위를 구별하지 않고 이를 달리 대우하는 것이 기본법적으로 보호되는 자유의 행사에 불리하게 작용할 수 있는 정도가 클수록 입법자의 형성영역에 대해 보다 엄격한 제한이 따르게 됨을 천명한 것이다.[22]

20) BVerfGE 55, 72, 88,

21) 계희열, 헌법학(중), 박영사, 2002, 223면.

22) BVerfGE 88, 87, 96면 이하.
이 결정은 사회의 극소수집단의 평등권보장을 위해서 평등심사기준이 구체화되는 전형적인 예라고 할 수 있다. 남녀의 이름이 명백히 구별되어 이름만으로 성별이 확인될 수 있는 문화 속에서 25세 미만인 자들에게 이름을 고치는 것을 허용하지 않을 경우에 성정체성의 혼돈이 있지만 아직 다른 성정체성에의 확신이 없는 사람들이 보다 근본적이고 돌이킬 수 없는 해결책인 성전환 수술을 하게 되는 현실상황이 이 결정의 배경에

이러한 과정을 통해 독일에서는 차별심사기준이 완화된 심사(großzügige Prüfung)와 엄격한 심사(strenge Prüfung)이라는 이중의 심사기준으로 정착되었다.[23] 엄격한 심사는 우선 직접 또는 간접적으로 특정 집단에 대해 차등대우를 할 경우에는 이러한 대우와 그 논거 사이에 적절한 비례성이 존재해야 함을 의미한다. 이러한 심사는 차등대우가 특히 기본법 제3조 제3항이 열거하고 있는 사유에 해당하는 경우에 적용된다. 또한 입법자가 스스로 선택한 규율체계에서 벗어난, 즉 체계정당성에 위배되는 입법을 한 경우에도 엄격한 심사의 대상이 된다. 또한 문제가 되는 차등대우가 개별기본권을 심각하게 제한하는 경우에도 보다 정밀한 심사를 하게 된다.

(3) 한국

헌법재판소는 널리 알려진 바처럼 이른바 군가산점제도를 규정한 제대군인지원에관한법률 제8조 제1항 등 위헌확인사건에서 평등권위반심사에서 자의금지의 원칙이라는 기존의 완화된 심사척도와 비례의 원칙을 적용하는 엄격한 심사척도를 구별하고 그 기준을 제시하였다. 헌법재판소가 평등권의 위반여부를 심사하면서 비례의 원칙을 적용한 것은 이 결정이 처음은 아니었지만[24] 이를 엄격한 심사척도라고 하여 그 적용기준을 제시한 것은 이 결정이 처음이었다.

이 결정에서 헌법재판소는 "평등위반 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지게 될 것이나, 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우와 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야"한다고 하면서 가산점제도는 헌법 제32조 제4항이 특별히 남녀평등을 요구하고 있는 '근로' 내지 '고용'의 영역에서 남성과 여성을 달리 취급하는 제도이고, 또한 헌법 제25조에 의하여 보장된 공무담임권이라는 기본권의 행사에 중대한 제약을 초래하는 것이므로 이 두 가지의 경우에 모두 해당하여 엄격한 심사척도가 적용된다고 하였다.[25]

헌법재판소는 나아가 헌법 및 법률에서 여성과 장애인의 차별을 극복하려는 전반적인 체계가 형성되어 있음을 지적하면서 "여성과 장애인에 대한 차별금지와 보호는 이제 우리 법체계내에 확고히 정립된 기본질서라고 보아야 한다"고 지적하고 있다. 이러한 근거에서 헌법재판소는 가산점제도가 결과적으로 사회적 약자들의 희생을 초래하고 있으므로 우리 법체계의 기본질서와 체계부조화성을 일으키고 있다고 판단하고 있다.[26]

있음을 주목할 필요가 있다.

23) H. D. Jarass/B. Pieroth, Grundgesetz Kommentar, München 1995, 96면 이하.

24) 헌법재판소는 주택건설촉진법 제3조 제9호 위헌확인(헌재 1994.2.24 92헌바43), 국가의 인지첩부면제(헌재 1996.8.29) 등의 사건에서 이미 비례의 원칙을 적용한 바 있다. 이들 결정에서 헌법재판소는 "합리적 근거가 있는 차별인가의 여부는 그 차별이 인간의 존엄성 존중이라는 헌법원리에 반하지 아니하면서 정당한 입법목적을 달성하기 위하여 필요하고도 적정한 것인가를 기준으로 판단되어야 한다" 또는 "합리적 근거에 의한 차별이라고 하기 위하여서는 우선 차별의 목적이 헌법에 합치하는 정당한 목적이어야 하고 다음으로 차별의 기준이 목적의 실현을 위하여 실질적인 관계가 있어야 하며 차별의 정도 또한 적정한 것이어야 한다"라는 표현을 사용한 바 있다.

25) 1999.12.23. 98헌마363, 헌판집11-2, 770, 787면.

26) 위의 결정 790면 이하. 체계정당성에 위반된다는 이러한 논거까지를 감안할 때 헌법재판소의 엄격심사기준이 독일 연방헌법재판소의 엄격한 심사기준과 매우 유사하며 이른바 최신의 정식의 영향을 받았다는 의견(홍성방, 헌법학, 현암사, 2003, 405면)은 설득력이 있다고 보인다. 한편 헌법재판소는 이후의 결정에서 엄격한 심사기준에서 법익의 균형성(협의의 비례성) 심사를 제외하여 중간심사기준으로 이해될 수 있는 기준을 제시

VI. 차별개념의 확산

앞에서 소개한 것처럼 차별개념의 외연이 확대되는 추세가 뚜렷하다. 하지만 확대된 차별개념을 구체화하고 이로부터 파급되는 문제들을 해명하는 일은 여전히 남아있다. 여기서는 간접차별, 성희롱, 적극적 우대조치 등과 관련된 몇 가지의 문제에 대해 간단히 언급하려 한다.

1. 간접차별

남녀차별금지및구제에관한법률이 간접차별의 개념을 도입하여 "남성과 여성에 대한 적용조건이 양성 중립적이거나 성별에 관계없는 표현으로 제시되었다고 하더라도 그 조건을 충족시킬 수 있는 남성 또는 여성이 다른 한 성에 비하여 현저히 적고 그로 인하여 특정 성에게 불리한 결과를 초래하며 그 조건이 정당한 것임을 입증할 수 없는 때에도 이를 남녀차별로 본다"고 규정하고 있다. 이러한 간접차별의 전형적인 예는 가사노동을 다른 직업생활에 대해 차별하는 것이 결과적으로 가사노동 종사자의 대다수를 이루는 여성에 대한 차별이 되는 것을 들 수 있을 것이다.

앞에서 언급한 군가산점제도에 대한 결정에서 헌법재판소는 이 제도가 비제대군인에 대한 제대군인의 특혜라는 형식을 지니지만[27] 사실상 사회적 약자인 여성과 장애인을 차별하는 결과를 가져온다고 보고 있다. 이는 헌법재판소가 암묵적으로나마 간접차별의 개념을 헌법적 차원에서 인정하는 징표가 될 수 있다.

우리나라 헌법재판소가 언급하지는 않았지만 간접차별과 연관되는 예를 하나 더 들어 보자.

헌법재판소는 부부의 자산소득을 합산하여 과세하도록 규정하고 있는 소득세법 제61조 제1항이 헌법에 위배된다고 판시한 바 있다.[28] 이 사건에서 헌법재판소는 이는 부부의 경우를 차별대우한 것으로 헌법 제36조 제1항에 위반된다고 하였다. 하지만 이러한 조항은 부부가 모두 직업활동을 하는 것이 경제적으로 큰 도움이 안 되는 효과를 가져와서 여성이 직업활동을 중지하고 가사에만 집중하게 되는 결과를 가져올 수 있을 것이다. 이러한 상황에서는 단지 부부에 대한 차별에 그치지 않고 여성에 대한 간접차별을 의미하게 된다.[29]

현재 입법론적으로 간접차별의 개념은 성별에 의한 차별의 경우에만 도입되어 있다. 하지만 차별의 성격과 헌법재판소의 입장을 고려할 때에 인종이나 장애로 인한 차별에 대해서도 간접차별의 개념이 적용될 수 있다고 보아야 할 것이다. 그 밖의 차별유형에도 간접차별이 적용되는가의 여부는 개별적으로 검토해야 할 문제이다. 또한 간접차별의 경우에도 직접차

하기도 하였다.(헌재 2001. 2. 22. 2000헌마25) 헌법재판소가 취하는 평등심사 기준을 평가하기 위해서는 보다 많은 판례가 축적되어야 하리라고 보인다.

27) 군가산점제도를 남녀차별의 문제가 아닌 군필자와 미필자 간의 차별이라고 보는 견해로는 정연주, 가산점제도의 헌법적 문제점, 헌법판례연구 2, 박영사 2000, 171-191면, 179쪽 이하.

28) 헌재 2002. 8. 29. 2001헌바82.

29) 독일 연방헌법재판소는 1957년 1월 17일의 부부소득에 대한 합산과세에 대한 결정에서 이를 단지 혼인과 가족생활에 대한 보호를 넘어 여성의 차별금지를 위반하는 것으로 보았다. 여성이 시장경제에서 남성과 동등한 수입을 얻을 기회를 보장하는 것은 여성의 차별금지에 속한다는 것이었다.(BVerfGE 6, 55, 82면 참조)

별에서와 같은 심사기준이 적용되는가는 아니면 보다 완화된 심사기준이 적용되는가에 대해서도 구체적인 논의가 필요하다고 보인다.

2. 성희롱과 차별

우리나라에서는 현재 입법론적으로 희롱을 성희롱에 국한하여 규정하고 있지만 희롱의 개념이 성희롱에만 국한되는 것이 아님은 명백하다. 하지만 희롱이라는 것은 사회적 소수자에 대한 편견과 밀접하게 관련되어 있다. 극단적인 예를 들자면 어떤 독일인이 독일에서 태어나서 자란 한국인 2세에게 독일어를 완벽하게 구사한다고 칭찬할 때 한국인 2세는 이를 인종적 편견에 기초한 희롱으로 받아들일 수 있을 것이다. 각기 다른 차별적 구조에 근거하는 다양한 유형의 희롱에 대한 법적 대처의 효율성이 문제될 것이다.

성희롱을 차별의 개념에 포섭하는 것에 대해서는 논란의 여지가 있다고 보인다. 물론 성희롱은 사회적 차별구조를 배경으로 하지만 기본권의 측면에서 볼 때에 일차적으로는 개인의 자유에 대한 침해를 이룬다. 성희롱을 이해함에 있어 차별의 측면을 우선시키는 것이 여성의 권리를 보장함에 있어 반드시 필요한 것이 아니라면 일반적인 기본권보장의 체계와 조화를 꾀할 필요가 있다는 생각이다.

3. 적극적 우대조치에서의 심사기준

적극적 우대조치가 헌법적으로 허용되며 이를 차별행위로 보지 않으려는 입법론적 관점이 기본적으로 바람직하다 하더라고 모든 적극적 우대조치가 헌법상의 평등원리에 위배되지 않는다고 할 수는 없다.[30] 개별적인 경우에 그것이 지나쳐서 역차별에 이르지 않는지는 여전히 사법심사, 특히 헌법적 판단의 대상을 이루게 된다.

그렇다면 적극적 우대조치가 합리적 차등인가를 심사하는 기준이 무엇인가가 관심의 대상이 될 수밖에 없다.[31] 소수자를 차별하는 경우에 엄격한 심사기준을 적용했다면 이들을 우대하는 조치에 대해서도 같은 기준이 적용되어야 하는가가 문제일 것이다. 적극적 우대조치의 취지가 구조적이고 역사적인 차별을 받아 온 소수집단에 대한 사회적 보상의 의미가 있으므로 소수집단에 대한 차별에서보다는 완화된 심사기준이 적용되어야 하는 것이 기본관점일 것이다. 하지만 적극적 우대조치가 이로 인해 차등대우를 받게 되는 사람의 기본권을 중대하게 침해한다면 문제는 복잡해진다. 이것이 적극적 우대조치를 역사적으로 구조화된 차별이 극심한 경우에 한정적으로 실시해야 하는 이유이기도 할 것이다. 적극적 우대조치의 심사기준을 엄격한 기준과 완화된 기준 중 택일하기란 현실적으로 쉽지 않은 문제라고 생각된다. 또한 모든 개별적인 사안에서 이 양 기준이 기계적으로 적용되는 것도 아니다. 정리하자면 적극적 우대조치에 의해 차등대우 받는 자의 권리를 감안하되 소수자의 차별에서의 심

30) 독일에서는 적극적 우대조치에 대한 위헌시비가 적지 않게 제기되었다. "남성과 여성은 동등한 권리를 가진다"라고 규정하고 있는 기본법 제3조 제2항에 의하면 여성에 대한 우대조치로 인한 남성에 대한 역차별 역시 금지된다는 것이었다. 또한 장애인에 대한 우대조치도 헌법적 근거가 없다는 것이었다. 하지만 이러한 논란은 1994년 10월 27일 독일기본법이 개정되어 기본법 제3조가 보완됨으로써 해결되었다. 기본법 제3조 제2항에는 제2문이 추가되었는바 이는 "국가는 남녀동등대우의 실질적 관철을 촉진하며 기존불이익의 극복을 위해 노력한다"라는 내용을 담고 있었다. 또한 제3조 제3항에도 "누구든지 그의 장애로 인해 차별대우를 받지 않는다"는 규정을 제2문에 추가하였다.

31) 이에 관한 미국에서의 논의는 안경환, 앞의 글, 140면 이하 참조.

사기준보다 완화된 기준을 적용하는 것이 바람직하다고 할 것이다.

VII. 결론에 대신하여

차별의 극복을 법적으로 접근하는 것은 쉬운 일이 아니다. 많은 경우에 차별은 사회적 다수자와 강자의 편견에 뿌리들 내리고 있기 때문이다. 사회구성원의 인식의 변화가 없이 차별을 근본적으로 극복하기란 불가능하다. 따라서 차별의 현실을 개선하기 위해 법적인 강제력을 동원하는 경우도 그것이 지니는 교육적이고 계몽적인 기능과 무관할 수 없다. 또한 사회적 편견의 벽이 높은 경우에는 이러한 수단이 커다란 저항을 받아서 오히려 역효과를 불러올 수도 있다. 그러므로 법적인 수단을 동원할 때에는 개별유형의 차별이 지니는 성격을 정확하게 이해하여 목적과 수단의 비례성을 판단해야 할 것이다. 또한 평등과 차별에 대한 법적 판단을 함에 있어서도 법이 정의의 이름으로 다수의 편견을 대변하지는 않았던가를 깊이 성찰하면서 소수자의 입장을 충분히 고려하는 법체계를 구성하는 노력을 게을리 해서는 안 될 것이다.

<Abstraction>

The Concept of Discrimination and the Rule of Law

Seog-Yun Song

Article 11(1) of the korean constitution says "All people shall be equal before the law. No one may not be discriminated in every sphere of political, economical, social and cultural life because of his sex, religion and social status." This article plays such a central role in the korean constitution that the Constitutional Court declares that the equality "as the highest principle for the guarantee of fundamental rights is the standard the legislative, executive and judicial authorities should follow as well as ... the most fundamental right among the fundamental rights".

It is, however, not a simple work to define the concept of equality and discrimination, because this concept depends on the historical, political, social and cultural situations. There are recently some legislations which tries to make a new and wide concept of discrimination. For example Anti-Gender-Discrimination Act introduced the concept of indirect discrimination and sexual harassment. This act makes also the affirmative actions the exception of the gender-discrimination.

The Korean Constitutional Court declared that the preferential treatment of the discharged soldiers at the examination for public service discriminated the women and the handicapped. The Constitutional Court gave in this decision the standard of strict scrutiny: the characteristics and spheres the constitutional law as suspect classifications lists and significant restriction of the fundamental rights by the differential treatment.

The new interpretation of the constitutional law concerning to the concept of equality and discrimination gives many points of dispute: the concrete meaning of indirect discrimination, the sphere to which this concept can be applied, the level of scrutiny and justifying conditions of the affirmative action, standpoint for judgment of discrimination, etc. Basically should be discussed about the relation between equality and liberty, which relation would be strategically better for the overcoming the discrimination of the minorities. And the priority of legal force or that of education.

혼인차별과 법의 지배

김엘림(한국방송통신대학교 법학과)

<목 차>

Ⅰ. 혼인차별의 정의
Ⅱ. 혼인차별의 발생요인과 형태
Ⅲ. 혼인차별과 법의 지배의 구체적 사례
Ⅳ. 혼인차별에 대한 법의 지배의 향후 과제

Ⅰ. 혼인차별의 정의

1. 차별사유로서의 "혼인"의 의미

우리나라의 현행법 중 혼인차별에 관해 명시적으로 규정하고 있는 법은 헌법, 남녀고용평등법, 국가인권위원회법과 직업안정법, 여성발전기본법이다.

헌법은 1980년 10월에 개정될 때 "혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 한다."는 규정(제36조 제1항)을 신설하였고, 1987년 10월에 개정될 때, "국가는 이를 보장한다."는 문구를 삽입하였다. 여성발전기본법은 국가 및 지방자치단체는 민주적이고 평등한 가족관계를 확립시키기 위하여 노력하여야 하고, 가족구조의 변화에 따라 맞벌이부부·편부모가정 등에 대하여 필요한 지원책을 강구하여야 한다는 것을 규정하고 있다(제24조).

한편, 남녀고용평등법(제2조 제1항)은 "혼인"을, 국가인권위원회법(제30조 제2항)과 직업안정법(제2조)은 "혼인여부"를 차별금지사유의 하나로 명시하고 있다. 그런데 이 세 가지 차별금지법에서는 "혼인여부" 와 "혼인"을 "성별", "임신" 또는 "출산", "가족상황" 또는 "가족상의 지위"와 병렬적으로 차별금지사유로서 규정하고 있는데, 여기서 "혼인여부"와 "혼인"이 구체적으로 무엇을 의미하는 지는 규정하고 있지 않다.

그런데 가족생활과 관련한 헌법 제36조 제1항에서의 "혼인"의 의미와 가족생활이 아닌 고용 기타 사회적 영역의 차별을 규율하는 세가지 차별금지법에서의 "혼인여부" 와 "혼인"의 의미는 다소 다르다.

헌법 제36조 제1항의 취지 및 가족법(민법 제4·5편) 그리고 "가족"을 "혼인·혈연·입양으로 이루어진 사회의 기본단위"(제2조 제1호)라고 규정하고 있는 건강가족기본법(2004년 3월 제정, 2005년 1월부터 시행)을 고려할 때, 헌법 제36조 제1항에서의 "혼인"은 가족생활을 이루기 위한 (남녀)배우자간의 육체적·정신적·경제적 결합관계[1]라는 의미를 가

지는 것으로 해석된다.

그러나 세가지 차별금지법에서의 "혼인여부" 와 "혼인"은 혼인의 여부와 상태를 의미한다고 볼 수 있다. 즉 현재 혼인을 하고 있는 가, 혼인을 하고 있지 않은가, 혼인상태(별거, 사실혼, 이혼 등)는 어떠한 가, 과거에 혼인한 적 있는가, 그 혼인상태는 어떠하였는가, 가까운 미래에 혼인할 것인가, 별거나 이혼할 것인가 등과 같이 독신(미혼, 비혼), 기혼, 별거, 이혼, 사실혼, 동거, 재혼 등과 같은 혼인상황을 의미하는 것으로 해석된다.

유엔여성차별철폐협약이나 캐나다의 인권법(Canadian Human Rights Act)과 뉴질랜드의 인권법(Human Rights Act of New Zealand), 호주의 성차별금지법(Sex Discrimination Act)과 반차별법(Anti- Discrimination Act)은 모두 "혼인상의 지위"(marital status)를 차별금지사유로서 규정하고 있다. 외국의 입법례들은 "혼인상의 지위"를 "독신(single), 기혼(married), 별거(married but living separately and apart from one's spouse), 이혼(divorced), 미망인(widowed) 또는 혼인유사관계의 생활(in cohabitation, otherwise than in marriage)"로 규정하고 있다. 그리고 임신 또는 출산을 이유로 하는 차별을 성별에 의한 차별로 간주하며, "가족상황" (family status)에 대해서는 자녀 기타 부양가족에 대한 보호의 책임의 유무 또는 특정인과의 혼인이나 동거의 상태와 친족관계라고 규정하고 있다.

우리나라의 법전이나 관계자료가 유엔여성차별철폐협약이나 외국법에서의 "marital status"를 "혼인여부"로 번역, 표기하고 있으며, 우리나라에서 차별금지법을 입법할 때 이러한 협약이나 외국법을 참조한 사정을 고려해 볼 때, 우리나라의 현행 차별금지법에서의 "혼인여부"나 "혼인"은 유엔여성차별철폐협약이나 외국법에서의 "혼인상의 지위"(marital status)와 같은 의미라고 해석된다.

2. 혼인차별금지법에서의 "혼인차별"의 개념과 유형

한편, 우리나라의 현행법 중 차별의 개념에 관해 규정하고 있는 법은 남녀고용평등법, 남녀차별금지및구제에관한법률, 국가인권위원회법이다.

남녀고용평등법은 "차별"에 관해 "사업주가 근로자에게 성별, 혼인 또는 가족상의 지위, 임신, 출산 등의 사유로 합리적인 이유 없이 채용 또는 근로의 조건을 달리하거나 그 밖의 불이익한 조치를 취하는 경우"(직접차별, 제2조 제1항 1문)와 "사업주가 채용 또는 근로의 조건을 동일하게 적용하더라도 그 조건을 충족시킬 수 있는 남성 또는 여성이 다른 한 성에 비하여 현저히 적고 그로 인하여 특정성에게 불리한 결과를 초래하며 그 기준이 정당한 것임을 입증할 수 없는 경우도 차별로 본다."(간접차별, 제2조 제1항 제2문)라고 규정하고 있다[2].

남녀차별금지및구제에관한법률은 "남녀차별"의 개념에 관해 유엔여성차별철폐협약의 "여성차별"의 개념[3]과 유사하게 "정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에서 인간으로서의 기본적 자유를 인식·향유하거나 권리를 행사함에 있어서 합리적인 이유없이 성별을 이유로 행하여지는 모든 구별·배제 또는 제한"(직접차별, 제2조 제1호)이라고 규정함과 아울러 "남성과 여성에 대한 적용조건이 양성중립적이거나 성별에 관계없는 표현으로 제시되었다고 하더라도 그 조건을 충족시킬 수 있는 남성 또는 여성이 다른 한 성에 비하여 현저히 적고 그로 인하여 특정성에게 불리한 결과를 초래하며 그 기준이 정당한 것임을 입증할 수 없는 때에도 남녀차별로 본다."(간접차별, 제2조 제1호 후단)라고 규정하고 있다.[4]

국가인권위원회법은 "평등권을 침해한 차별행위"를 "합리적인 이유없이 성별, 종교, 장애, 나이, 사회적 신분, 출신지역, 출신국가, 출신민족, 용모 등 신체조건, 혼인여부, 임신 또는 출산, 가족상황, 인종, 피부색, 사상 또는 정치적 의견, 형의 효력이 실효된 전과, 성적(性的) 지향, 병력(病歷)의 이유로 고용, 재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용, 교육시설이나 직업훈련기관의 이용에 있어서 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위"를 의미하는 것으로 규정하고 있다. [5]

그런데 이러한 우리나라의 차별금지법은 "혼인여부" 또는 "혼인"을 이유로 하는 차별이 구체적으로 어떠한 의미이며, 어떠한 행위인지를 규정하고 있지 않다. 다만, 남녀고용평등법은 "사업주가 여성근로자를 모집·채용함에 있어서 모집·채용하고자 하는 직무의 수행에 필요로 하지 아니하는 용모·키·체중 등의 신체적 조건, 미혼조건 그밖에 노동부령이 정하는 조건을 제시하거나 요구하여서는 아니 된다는 규정(제7조 제2항)과 "근로여성의 혼인, 임신 또는 출산을 퇴직사유로 예정하는 근로계약의 체결"을 금지하는 규정(제11조 제2항)을 두고 있다. 또한 이 법에 근거한 남녀고용평등업무처리규정(노동부 예규)는 "혼인·임신 ·출산 등을 이유로 여성을 해고하는 경우 "를 성차별의 유형의 하나로

1) 현재 우리나라 다수의 가족법학자들은 "혼인관계"를 "인간의 종족본능에 기초한 남녀 양성의 영속적 결합관계 "로 정의하고 그 사회의 법률이나 도덕, 관습 등의 규범에 의하여 정당성을 인정받아야 한다라는 공통된 견해를 취하고 있다. 이러한 견해에 의하면 남녀 양성간이 아닌 동성애자의 혼인 등은 혼인관계로 인정되지 않게 되므로, 이러한 혼인의 정의는 시대변화와 성적 소수자의 인권을 고려하지 않은 것으로 볼 수 있다.

2) 이 법은 " 1. 직무의 성질상 특정성이 불가피하게 요구되는 경우, 2. 근로여성의 임신, 출산, 수유 등 모성보호를 위한 조치를 취하는 경우, 3. 현존하는 차별을 해소하기 위하여 국가, 지방자치단체 또는 사업주가 잠정적으로 특정성을 우대하는 조치를 취하는 경우는 차별로 보지 아니한다."(제2조 제1항 단서)는 것을 규정하고 있다.

3) 이 협약에서 "여성에 대한 차별"이라 함은 정치적, 경제적, 사회적, 문화적, 시민적 또는 기타 분야에 있어서 결혼여부에 관계없이 남녀 동등의 기초 위에서 인권과 기본적 자유를 인식, 향유 또는 행사하는 것을 저해하거나 무효화하는 효과 또는 목적을 가지는 성에 근거한 모든 구별, 배제 또는 제한"(제1조)을 의미한다. 그런데 이 협약은 "남성과 여성사이의 사실상의 평등을 촉진할 목적으로 당사국이 채택한 잠정적인 특별조치"와 "당사국이 모성보호를 목적으로 채택한 특별조치"는 차별적인 것으로 보아서는 아니 된다는 것도 규정하고 있다(제4조).

4) 이 법은 "특정성이 불가피하게 요구되는 경우"(제2조 제1호 단서)와 "다른 법률에 규정된 남녀평등을 촉진하기 위한 적극적 조치 등"(제8조)은 이 법에 의한 남녀차별로 보지 아니한다.

5) 이 법은 다른 법률에서 특정한 사람이나 집단에 대한 우대를 차별행위의 범위에서 제외한 경우 그 우대는 차별행위로 보지 아니한다라고 규정하고 있다(제30조 제2항).

예시하고 있다.

또한 남녀차별금지및구제에관한법률에 근거한 남녀차별금지기준(여성부 고시)은 "모집·채용에 있어서 성별에 따라 고용기회를 주지 아니하거나 연령, 혼인여부, 용모 등의 제한적인 조건을 부과하는 경우", "혼인·임신·출산·연령 등을 이유로 특정성을 일정한 직무배치의 대상에서 배제하는 경우", " 특정성에 대하여 혼인·임신·출산 등의 이유로 해고하거나 퇴직을 강요하는 경우", " 정리해고의 객관적 기준을 정함에 있어서 동일 직장 내 배우자가 근무하는 자를 정리해고대상에 포함시킴으로써 사회관념 또는 당해 직업의 속성상 특정성의 해고를 강요하거나 특정성이 우선적으로 해고되는 결과를 초래하는 경우"를 남녀차별금지행위의 유형으로 예시하고 있다.

그런데 호주의 성차별금지법과 반차별법은 "혼인상의 지위(marital status)" 에 의한 차별이란 (1) 가해자가 혼인상의 지위 외에는 자신과 동일한 상황 또는 실질적으로 차이가 없는 상황에 있는 피해자에 대해 피해자의 혼인상의 지위, 피해자와 동일한 혼인상의 지위를 가지는 자가 일반적으로 가지는 특성, 피해자와 동일한 혼인상의 지위를 가지는 자에게 일반적으로 귀책되는 특성을 이유로 불리하게 대우하는 행위(직접차별)와 (2) 가해자가 피해자에 대해 피해자와 다른 혼인상의 지위를 가지는 자의 대부분에 적용되거나 적용될 수 있는 요건이나 조건에 따를 것을 요구하고, 그 요구가 구체적인 상황을 고려해 볼 때 합리적이지 않고, 피해자는 그 요건이나 조건에 따르지 않거나 따를 수 없는 경우(간접차별)로 규정하고 있다.

영국의 성차별금지법(Sex Discrimination Act)은 이와 유사한 차별형태를 기혼자에 대한 차별로 제한하여 규정하고 있다. 즉 이 법은 (1) 기혼의 남성 또는 여성에 대해 그 혼인상의 지위를 이유로 동성의 미혼자에 비해 불리하게 대우하는 행위(직접차별)와 (2) 미혼자에게 적용하려는 요건 또는 조건에 적합한 기혼자의 비율이 그에 적합한 동성의 미혼자의 비율보다 현저히 적으며, 그로 인해 기혼자에게 불이익을 초래하고, 그 요건 또는 조건의 적용이 혼인상의 지위와 관계없이 정당한 것임을 사용자가 입증할 수 없는 경우에는 미혼자에게 적용하려는 요건 또는 조건과 동일한 것을 기혼자에게 적용하는 것은 기혼자에 대한 고용차별임을 명시하고 있다(제3조).

한편, 외국의 인권법이나 차별금지법은 성별, 혼인 등과 같은 차별금지사유에 의한 희롱(harassment)이나 성희롱(sexual harassment)을 차별유형으로 규정하고 이를 금지하고 있다. 우리나라의 남녀차별금지및구제에관한법률도 "성희롱을 남녀차별로 본다."(제7조 제3항)라고 규정하고 있으며, 남녀고용평등법과 여성발전기본법도 직장내 성희롱의 예방을 고용평등을 실현하기 위한 조치로 규정하고 있다.[6] 이러한 입법태도는 성희롱이나 희

6) 남녀차별금지및구제에관한법률은 "성희롱"을 "업무, 고용 기타 관계에서 공공기관의 종사자, 사용자 또는 근로자가 그 지위를 이용하거나 업무 등과 관련하여 성적 언동 등으로 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하거나 성적 언동 기타 요구 등에 대한 불응을 이유로 고용상의 불이익을 주는 행위"(제2조)라고 정의하고 있다. 남녀고용평등법도 직장내의 성희롱의 금지 및 예방에 관한 규정들(제2절, 제12조 내지 제14조)을 "고용에 있어서 남녀의 평등한 기회보장 및 대우

롱이 특정성 또는 특정 지위를 가진 자들에 대해 주로 발생하여 심리적, 육체적인 피해를 발생시키는 현실을 고려한 것이다. 그런데 아직 우리나라에서는 "희롱"을 차별금지유형으로 규정하고 있지 않다. 그렇지만 입법준비 중인 차별금지법에서는 "희롱"을 차별금지유형으로 규정하려고 하고 있다.

3. 혼인차별의 정의

이 연구는 이러한 국내외 입법상황을 고려하여, "혼인차별"을 "과거·현재·미래에서의 혼인의 여부 또는 상태를 이유로 직접적, 간접적으로 불이익을 주거나 희롱하는 행위로서 개인의 존엄과 인권을 침해하는 행위"라고 정의하고자 한다.

여기서 직접차별이란 혼인의 여부 또는 상태를 이유로 합리적인 이유 없이 기회나 대우에서 구별, 배제, 제한하여 불이익을 주는 행위를 말한다. 간접차별이란 혼인의 여부 또는 상태에 관계없이 비교집단에 대해 동일한 기준을 적용하였으나, 결과적으로 특정한 혼인상황에 있는 개인이나 집단에게 불이익을 초래하고, 그 기준의 적용자가 그 기준의 적용이 혼인차별과 관계없음을 입증하지 못하는 경우를 말한다. "희롱"이란 혼인여부나 상태를 이유로 비하, 조롱, 경멸하거나 불쾌감을 주거나 적대적이거나 괴롭히는 언동이라는 의미를 가진다.[7]

문제는 합리적인 혼인차별 즉 혼인차별의 예외로 인정되는 경우는 어떤 경우인가이다. 국내외 차별금지법에서 공통적으로 인정하는 경우는 여성의 임신, 출산, 수유를 이유로 하는 모성보호(maternity protection)이다. 모성기능은 여성의 고유한 특성으로서 남녀간의 본질적 차이에 해당하므로 이에 기초한 모성보호는 실질적 평등에 속하며, 모체의 건강보호 뿐 아니라 건강한 인력을 가정, 사회, 국가에 제공하게 하는 모성보호의 사회적 기능을 감안한 입법조치라 볼 수 있다.

한편, UN의 세계인권선언과 시민적및정치적권리에관한국제규약과 경제적·사회적및문화적권리에관한국제규약은 사회의 자연적이고 가장 기초적인 단위인 가정에 대한 국가의 보호를 규정하고 있으며, UN의 경제적·사회적및문화적권리에관한국제규약, 여성차별철폐협약, 아동권리협약은 부양어린이의 양육과 교육에 책임을 맡고 있는 가정과 부모근로자에 대한 보호와 지원을 규정하고 있다. 또한 ILO의 고용및직업상차별대우에관한협약(제111호)과 가족책임을가진남녀근로자의고용기회및대우의평등에관한협약(제156호)은 자녀양육 뿐 아니라 나아가 노령자 등을 포함한 가족의 부양책임을 가진 근로자들의 지원은 고용차별이 아니라는 것을 규정하고, 제156호 협약은 그러한 근로자들이 가족부양책임

에 관한 제2장에 배치하고 있다. 또한 여성발전기본법은 성희롱의 예방을 평등한 근무환경조성에 필요한 조치의 하나로 규정하고 있다(제17조 제3항).

7) 국가인권위원회법에서의 "혼인여부"에 의한 차별이라 함은 단지 법적인 혼인을 했는 지 안했는지의 여부 뿐 아니라 미래의 혼인가능성 및 별거니 이혼, 동성애 커플관계, 배우자의 지위 등과 같이 혼인과 관련된 모든 상태를 이유로 합리적인 이유없이 직·간접적으로 배제·구별·제한·불리하게 대우하거나 "폭력"(harassment)을 행사하는 행위라고 보는 견해가 있다(차별연구모임(2002), 「국가인권위원회법의 「차별」 판단지침」, 126면).

이 없는 근로자들에 비해 고용의 불이익을 받지 않도록 하는 국가의 고용평등촉진조치에 관해서도 규정하고 있다. 뉴질랜드의 인권법은 자녀 기타 부양가족의 보호를 위한 책임을 이유로 특별대우를 하는 것도 차별의 예외로 명시하고 있다.

이러한 가족부양책임을 가진 가정에 대한 지원이나 우대도 그 사회적 기능을 감안한 합리적인 입법조치라 볼 수 있다. 그러나 지원대상이 되는 가족을 특정한 형태의 혼인상태에 있는 가족(예 : 남녀로 구성된 부부가 자녀를 양육, 부양하는 가족형태)에게만 제한하는 경우에는 혼인차별여부가 논란될 소지가 있다.

Ⅱ. 혼인차별의 발생요인과 형태

우리나라에서 혼인차별은 다음과 같은 요인과 형태로 이루어진다고 본다.

1. 이성애적(異姓愛的) 혼인지상주의에 의한 차별

우리 사회에는 모든 남성과 여성은 이성과 혼인하여 가정을 이루지 않으면 안된다는 확고하고도 뿌리깊은 고정관념이 있다. 그리하여 사회통념상의 혼인적령기를 넘기고도 혼인하지 않고 있는 사람들을 비정상적이거나 미성숙하고 불완전한 사람으로 취급하는 경향이 강하다. 그러한 독신자들은 "미혼"(未婚, not yet married), "노(老)총각", "노처녀" 라고 불리우며, 언제 어느 곳에서나 "왜 아직 결혼하지 않느냐 ", "무슨 문제가 있느냐" 등의 질문공세에 답변을 강요당하는 것이 다반사이다. 이들의 혼인하지 않을 자유와 권리는 전혀 인정되지 않고 있으며, 이성애적 혼인을 개인의 선택사항이 아니라 필수적인 것으로서 문화적, 사회적으로 강요받고 있다.

또한 우리 사회에는 한번 남녀가 만나 혼인하면 그 혼인관계와 가정은 어떤 일이 있어도 지켜야 한다는 고정관념도 강하다. 심한 가정폭력이나 인권침해 등 혼인관계를 도저히 지속시킬 수 없어 부득이 별거나 이혼을 한 사람들에 대해서도 비정상적이거나 미성숙하고 불완전한 사람으로 취급하는 경향이 강하다.

이러한 이성애적(異姓愛的) 혼인지상주의는 독신, 별거나 이혼, 동성애 부부 등과 같이 이성애적 혼인을 하지 않거나 않으려는 사람들에 대한 차별을 초래한다.

2. 전통적 성별역할분업관에 의한 차별

우리 사회에는 혼인을 하게 되면 남편은 돈을 벌어 가족의 생계를 책임지는 한편, 아내는 가정내에서 육아와 가족간호 기타 가사노동을 담당하며 남편의 수입으로 가족과 함께 생계를 유지하는 가족을 보편적이고 정상적인 가족모델로 보는 경향이 강하다.

이러한 전통적 성별역할분업관에 기초한 가족관은 남성에게 과도한 가족부양책임을 부과하는 한편, 남성에 대해 가족부양책임자로서 가족수당 등 가족복지를 위한 급여를 지급받게 하고 해고로부터 보호받게 하기도 한다. 반면, 여성에 대해서는 현재 혼인하여 가

사노동담당자이거나 향후에 혼인하여 가사노동담당자가 될 수 있기 때문에 직무에 충실할 수 없다는 것을 전제로 하여 고용이나 승진, 직무배치 기타 사회활동의 기회 등에서 구별, 배제, 제한되거나 가계책임자가 아니라는 이유로 그 능력이나 업적과 상관없이 정리해고의 1차적 대상자가 되는 경우가 많다.

3. 출가외인(出嫁外人)의 유교적 관념에 의한 차별

우리 사회에는 여성은 결혼하면 몸 뿐 아니라 소속도 그 친가(親家)를 떠나 남편의 가(家, 시집)에 들어 가게 되고 이에 따라 결혼한 여성은 더 이상 친가의 가족이 아니 되도록 하는 유교적 관습과 국가의 법(가족법)이 존재한다. 이에 따라 결혼한 여성은 남편의 가(家)의 구성원이 되어 남편 또는 남편의 가(家)의 호주의 지배하에 있게 되고, 친가에 대해서는 출가외인이라 하여 친가의 가족사항이나 재산분배에 참여하는 것을 제한, 배제받게 된다. 1990년 1월에 개정·공포된 가족법은 상속에 있어서 기혼여자녀의 상속분을 다른 형제자매들의 상속분과 동일하게 하여 차별을 해소하였지만, 독립유공자예우에관한법률이나 국가유공자예우및지원에관한법률 등에서와 같이 기혼여자녀의 유족으로서의 수급사항에 제한, 배제하는 법도 있다.

4. 가족지원정책에 의한 차별

앞에서 언급한 바와 같이, 다양한 국제협약과 국내외 법은 가정에 대한 국가적·사회적 보호와 지원을 규정하고, 특히 자녀양육과 가족부양의 책임을 가진 가정에 대한 지원을 규정하고 있다.

이러한 가족지원정책은 부양해야 할 가족이 없는 독신가구주에 대해서는 합리성을 가진다. 그러나 그 가족지원정책이 법적으로 허용되거나 신고된 혼인상태 또는 이성애자 부부로 이루어진 가족형태만을 지원대상으로 함으로써 경제능력이 없는 부모나 형제자매를 실질적으로 부양하고 있는 비혼자 또는 자녀를 양육하고 있는 이혼여성 또는 별거 중인 여성, 동성애자 부부를 지원대상에서 배제하면 혼인차별이 된다고 본다. 이러한 점에서 사실혼관계에 있는 자에 대해 배우자의 재산에 대한 상속권을 인정하지 않는 현행 가족법의 태도도 혼인차별적이라 볼 수 있다.

Ⅲ. 혼인차별과 법의 지배에 관한 구체적 사례

1. 가족관계

혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 한다는 헌법과 혼인과 가족생활에서의 여성차별철폐조치를 규정한 유엔여성차별철폐협약과 상충되는 여성차별적 규정은 가족법에 아직 존재한다.[8] 그것은 현행 가족법이 남계혈통계승을

중시하고 남성중심주의에 기초하는 유교적, 가부장적 가족제도의 틀을 벗어나지 못하고 있기 때문이다. 그런데 가족법상의 호주제와 입양촉진및절차에관한특례법, 그리고 관습법상의 종중제도에서 혼인차별도 발견할 수 있다.

(1) 호주제에서의 출가여자녀의 차별

호주제는 현재 세계에서 유례를 찾을 수 없을 정도로 독특한 우리나라의 가족제도로서 가족단위를 실제 생활공동체와는 별개로 가족법상의 가(家)를 대표하고 통치하는 호주와 그 가족구성원으로 구성하는 관념적, 법률적 가(家)제도를 말한다.

1990년 가족법(민법 제4편)의 개정시에 호주의 권한은 가족의 거가(去家)에 대한 동의권과 자신의 직계존·비속을 입적시킬 수 있는 권리, 친족회소집권 등을 제외하고는 삭제되었고, 호주의 지위는 강제 상속이 아닌 포기가 가능한 승계제도로 바뀌었다.

그러나 호주의 지위는 여전히 남계혈통중심주의와 남성지배주의에 기초하여 피승계인(被承繼人)의 직계비속의 남자(장남, 차남, 손자, 증손자 등)가 우선적으로 승계하며, 여성은 호주승계할 남자가 없는 경우에만 예외적, 부차적으로 승계한다. 이러한 점에서 호주승계는 여성차별적이라 할 수 있다. 그런데 여성이 승계하는 경우에 그 순위는 가족인 직계비속여자, 처(妻), 가족인 직계존속여자, 가족인 직계비속의 처가 된다. 즉 혼인한 여성은 남편의 가(家)에 입적하게 되고 친가에서 제적되므로 가족법상의 가족이 아니게 되며, 결국 친가의 호주의 지위를 승계할 수 없게 된다. 또한 미혼의 여성이 호주승계인이 되더라도 나중에 혼인하게 될 때 친가에 다른 여성호주승계인이 없으면 그 가(家)

8) 호주제외에 혼인과 관련한 성차별적 규정에는 (1) 약혼과 혼인을 하기 위해서는 남성은 만 18세, 여성은 만 16세 이상이어야 하는 규정(제807조)이 있다. 이에 대해 정부는 '가족법개정특위'를 구성해 남녀 혼인가능의 연령차별시정을 위한 논의를 본격화하기로 했다. 또한 (2) "남계혈족의 배우자, 부(夫)의 혈족 및 기타 8촌 이내의 인척이거나 이러한 인척이었던 자 사이에서는 혼인하지 못한다"라고 하여 혼인금지의 범위에서의 남녀차이를 두고 있는 규정(제809조 제2항)이 있다. "동성동본인 혈족사이에서는 혼인하지 못한다"라는 규정(제809조 제1항)은 1997년 7월 16일에 헌법재판소로부터 남녀평등과 혼인의 자유 등을 위반하여 헌법불합치결정을 받았다. 그외 (3) 남녀가 혼인신고를 하면 처는 그 친가의 호적에서 제적됨과 동시에 남편의 호적에 입적하게 되고(제826조 제3항 본문), 자녀는 아버지의 가(父家)에 입적하고 아버지를 알 수 없는 자녀는 어머니의 가(母家)에 입적하는 규정(제781조 제1, 2항)이 있다. 또한 (4) 처는 남편의 혈족 아닌 자신의 직계비속을 현재 남편의 호적에 입적시키려면 남편의 동의뿐 아니라 그 자녀의 호주의 동의도 얻어야 하나(제784조), 남편은 자신의 혼인외 자녀를 아내의 동의없이 임의로 입적시킬 수 있는 규정(제782조)과 (5) 미혼모가 자신이 낳은 자녀를 자신의 호적에 자신의 성을 따라 입적시켰어도 그 자녀의 생부가 자신의 자녀라고 인정하는 인지신고를 하면 생부는 그 자녀의 생모의 동의없이도 자신의 호적에 그 자녀를 자신의 성을 따라 입적할 수 있도록 하는 규정(제855조)이 있다. (6) 자녀는 아버지의 성(姓)과 본(本)을 따르고(제781조 제1항), 다만, ①아버지를 알 수 없을 때, ②입부혼(入夫婚)인 경우, ③아버지가 외국인인 경우 등에 한해 어머니(母)의 성(姓)과 본(本)을 따르는 규정(제781조 제2항)이 있다. 이와 같이 법은 자녀의 성(姓)에 대하여 원칙으로 부계혈통주의(父系血統主義)에 의해 부자동성(父子同姓)주의를 채택하고 있는데 이는 성(姓)에 관하여 부부의 동등한 권리를 규정하고 있는 UN여성차별철폐협약(제16조 (g))에 반한다. (7) 여성은 혼인관계가 종료한 날부터 6개월이 경과하지 않으면 재혼할 수 없게 하는 규정(제811조)도 있다.

는 소멸하여 폐가(廢家)하게 된다. 따라서 호주제는 혼인상의 지위를 이유로 한 여성차별제도라 할 수 있다.

이러한 문제를 개선하고자 2003년에 국회의원들이 발의하여 호주제 폐지를 골자로 하는 가족법개정법률안이 국회에 계류 중에 있는 한편, 법무부는 호주제 폐지와 개인별 신분등록제를 골자로 하는 가족법개정법률안을 입법예고를 하였으며, 여성부도 호주제 폐지를 여성정책의 우선 추진과제로 설정하고 있다. 한편, 서울지방법원 등 여러 지방법원에서 호주제에 관한 위헌제청결정에 의해 헌법재판소에 계류되자 국가인권위원회는 가족간의 종적 관계, 부계우선주의, 남계혈통계승을 합리적 이유 없이 강제하여 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권, 평등권을 침해하고 있으므로 헌법에 위배되며 인권을 침해한다는 의견표명을 하였다.

(2) 종중회원에서의 출가여자녀의 차별

종중(宗中)의 개념은 성문법으로 규정되어 있지는 않으나, 1992년에 대법원 판례는 전통이나 관습에 따라 "고유한 의미의 종중이란 공동선조의 분묘 수호와 제사 및 종원 상호간의 친목 등을 목적으로 하여 공동선조의 후손 중 성년 이상의 남자를 종원으로 하여 구성되는 자연발생적인 종족집단체"로 정의하고 "종원구성원을 20세이상 남자로 한다"라고 판시한 바 있다.

그러나 시대변화에 따라, 회원의 자격을 성년 남자로 제한하고 있지 않는 종중이 늘어나게 되고 종중재산이 매각되자 그 분배를 둘러싸고 여성 특히 출가한 여성에 대한 차별여부를 다투는 소송이 최근 잇달아 제기되고 있다.

그 첫번째 소송은 청송 심씨 혜령종중이 1999년 12월말 수원 팔달구 소재 8,000여평의 땅을 매각해 받은 돈 60억원을 출가한 딸은 '종원(宗員)' 이 아니라는 이유로 '출가외인' 을 빼고 집안의 아들, 딸, 혼자된 며느리가 나눠 가지자 출가녀 9명이 종중확인을 요구하는 것이었다. 그 소송에서 4명은 1심 패소이후 항소를 포기하고, 3명은 고등법원에 상고했지만 '1000만원씩을 받고 고소를 취하하라' 는 재판부의 중재결정을 거부했다가 패소했다.

최근 용인 이씨의 사맹공파의 결혼한 여성 5명도 "여성도 종원으로 인정해 남성과 동등하게 종중 재산을 분배하라" 며 종회를 상대로 소송을 제기하였다. 이씨 종중은 종중 소유의 임야를 아파트 건설업체에 매각하여 350억원 정도의 현금을 갖게 되자, 돈을 분배하면서 후손으로 성년의 남자에게는 1억 5,000만원씩을, 미성년의 남자에게는 연령에 따라 1,650만원 내지 5,500만원씩을, 출가하지 않은 성년의 여자에게는 3,300만원씩을, 미성년의 여자에게는 1,650만원 내지 2,200만원씩을 지급하고, 출가녀에 대하여는 2,200만원씩을 지급한 다음, 2000년 2월경 며느리들에게 3,300만원씩을 지급하였다. 종중측은 미성년자와 여자에 대하여는 피고 종중의 구성원이 아니라는 이유로 금액에서 차등을 두었을 뿐 아니라 종중재산의 분배가 아니라 증여의 형식을 취하였다. 이에 원고들은 종중 규약에 '회원의 자격으로 본회는 용인이씨 사맹공의 후손으로서 성년이 되면 회원의 자격을

가진다'(제3조)고 규정되어 있을 뿐, 회원의 자격을 성년 남자로 제한하고 있지 않음을 이유로 원고들도 피고 종중의 회원 자격을 갖는다고 주장하면서 그 지위의 확인을 구한 것이다. 이 사건 1심인 수원지방법원(2000가합5711호)은 2001년 3월 23일 원고패소판결을 선고하였고, 2심(원심)인 서울고등법원(2001나19594호)도 2001년 12월 11일 원고들의 항소를 기각하는 판결을 선고하였다. 그 이유는 기존의 대법원 판례에 따라 "피고 종중의 규약이 회원의 자격을 명시적으로 성년의 남자로 제한하고 있지는 않지만, 그로 인하여 여자들이 피고 종중의 회원의 자격을 갖게 되는 것은 아니고, 피고 종중의 회의에 여자들이 참석한 적이 없었고 종중은 성년의 남자를 구성원으로 자연적으로 성립된다는 법리에 비추어 피고 종중이 규약을 통하여 관습상의 종중과는 다른 종중 유사의 사단으로 변경하려는 의사가 있었다고 인정할 수도 없다."는 것이 요지이다.

원고들은 관습상의 종원을 성년이상의 남자라고 단정하는 것은 헌법상의 남녀평등권, 개인의 존엄과 양성의 평등, 행복추구권을 침해하는 것이고, 피고 종중은 고유의미의 종중이 아니라 종중 유사의 사단이라는 이유로 상고하였다. 이에 관해 2003년 12월 18일 대법원은 우리 헌정사상 첫 민사심리를 위한 공개변론을 개최한 바 있다.

이러한 종중회원과 종중재산의 분배에서 출가한 여자녀를 제외, 배제하여 성년·미성년의 남자자녀는 물론 미혼의 여자녀에 비해 불이익을 받게 하는 것은 혼인을 이유로 한 차별이라 할 수 있다.

(3) 입양촉진및절차에관한특례법

이 법은 양친이 갖추어야 할 요건으로 "혼인중일 것"을 명시하고 있다. 이는 법적으로 인정되는 혼인관계에 있는 사람에게만 입양자격을 부여하고, 현재 이성애적 혼인상태에 있지 않은 독신자, 이혼자, 동성애자 부부 등은 입양을 할 수 없게 하므로 혼인여부와 상태를 이유로 한 차별이라고 할 수 있다.

2. 고용

고용차별금지법은 근로자나 구직자의 노동력 평가에 기초하지 않고 직무수행에 필요하지 않은 성별, 혼인이나 가족상황 등의 요건을 모집, 채용, 임금, 복리후생, 교육, 배치, 승진, 정년, 퇴직, 해고에서의 기준으로 삼는 것을 금지하고 있으며, 이러한 고용차별금지법은 다양하게 존재한다. 그럼에도 노동현장에서 성별, 혼인이나 가족상황 등의 요건은 주요한 고용상의 기준으로 적용되고 있다. 특히 여성의 혼인여부와 상태는 여성의 고용기회와 고용유지, 고용상의 대우, 노동력평가를 좌우하는 주요한 기준이 되고 있다.

(1) 채용에서의 혼인요건과 결혼퇴직제

채용조건으로서 미혼을 요구하는 사업장이 많기 때문에 기혼여성은 혼인사실을 숨기

고 입사하였다가 나중에 발각되어 이력서 허위기재로 인한 징계나 해고 기타 불이이을 받는 사례들이 많다.

남녀고용평등법, 남녀차별금지및구제에관한법률이 결혼퇴직제를 금지하니까 연고가 전혀 없는 곳으로 전보시키거나 비정규직으로 직종을 전환시키는 경우가 늘어나고 있다.

그 한 사례로서 여성부의 남녀차별개선위원회는 피신청인(정부산하 시험연구기관)이 신청인(여성근로자)에 대하여 결혼퇴직관행을 이유로 정규직에서 계약직으로 재채용한 행위는 남녀차별임을 결정하고, 피신청인은 신청인에게 7백만원을 지급할 것과 향후 결혼으로 인한 부당한 인사조치 등이 다시 재발되지 않도록 필요한 대책을 수립할 것을 2001년 10월 8일에 권고하였다.[9]

지난 2004년 1월에는 감리교신학대학교에서 '부부교수 전임불가원칙'에 따라 초빙교수 재임용 과정에서 부부교수인 여교수 2명이 실제 탈락함으로써 성차별, 혼인차별의 논란이 발생하였다.[10]

한편, 입사시 결혼퇴직각서를 제출한 바 있는 여성이 결혼하게 되었을 때 계속 근무하기를 희망했으나 사용자로부터 사직을 요구받자 결혼퇴직이 위법인 줄 모르고 사직서를 제출한 이후에 제기한 소송사건에 대해 강원지방노동위원회, 중앙노동위원회, 서울행정법원이 모두 부당해고임을 인정하였으나, 서울고등법원 (2000.8.30 선고 2000누2817 판결)은 부당해고를 부인하였다. 그 이유에 대해 서울고등법원은 (1) 원고회사의 여성고용실태만으로는 여직원이 결혼을 하면 퇴직하는 관행이 있음을 속단하기 부족하며, 달리 이를 인정할 아무런 증거가 없다는 것과 (2) 당해 여성이 사직서 제출 무렵 사직의 진의가 없음을 표시하였다는 것을 인정할 아무런 증거가 없다는 것을 들었다. 이 판결은 여성에 대해서만 혼인을 퇴직조건으로 채용하거나 혼인시 사직서를 제출케 하는 행위가 근로권과 평등권을 침해하는 인권침해행위이며 남녀고용평등법 제8조 제1항과 근로기준법 제5조 등의 실정법 위반에 해당되고 무효가 되는 점은 고려하지 않았고, 오직 사직서 제출이 비진의에 의한 의사표시이냐 여부만을 판단기준으로 삼았다.[11]

(2) 구조조정대상으로서의 부부사원

IMF 사태이후 고용상의 성차별금지법이 있음에도 수많은 여성들이 구조조정의 1순위가 되거나 비정규직으로 내몰리게 되는 상황에서 구조조정대책으로서 부부사원 중 1인을 명예퇴직대상자로 선정하고 주로 기혼여성에게 퇴직불응시 남편이 인사상의 불이익을 받게 될 것이라며 퇴직을 권유한 결과 부부사원 중 90%이상이 여성이 퇴직하게 되어 제기된 소송사건에서도 법원은 사직서 제출이 비진의에 의한 것인가 아닌가를 판단하였을 뿐,

9) 여성부 남녀차별개선위원회(2002), 「2001년 남녀차별결정례집」, 46-51면 참조.
10) 여성신문의 2004년 1월 30일일자 기사 참조.
11) 이 대한제분결혼퇴직사건의 개요와 판례(서울고법 2000.8.30 선고 2000누2817)의 평석에 관해서는 김엘림, "결혼퇴직의 위법성", 『월간 노동법률』, (주)중앙경제, 2000. 11월호 참조.

원고들이 주장하는 성차별적 부당해고여부에 관한 판단을 회피하였다.[12] 즉 퇴직대상자인 부부사원 752쌍 중 여성이 퇴직한 경우가 688명에 이르른 농협중앙회 사건(서울지법 2000. 11. 23. 선고 99가합 48608판결)과 부부사원 88쌍 중 여성이 퇴직한 경우가 86쌍에 이르른 알리안츠제일생명보험회사 사건(서울지법 2001. 4. 12. 선고 2000가합38454 판결)에서 법원은 모두 사직서제출이 진의에 의한 의사표시이므로 부당해고가 아니라고 판결했을 뿐, 성차별여부에 관해서는 논의하지 않았다. 농협중앙회 사건의 2심판결 (서울고법 2002..5.17 선고, 2001나1661판결)은 부부직원 중 누가 퇴직할 것인가의 여부는 부부자율에 맡겨져 있고 사회경제적인 관점에서 용인되는 그러한 퇴직의 종용을 남녀평등에 반한다고 볼 수 없다는 판단을 하였다. 그런데 최근 알리안츠사의 해고사건 2심 판결(서울고법 2001나25018)과 대법원 판결(大判, 2002.7.26 선고, 2002다19292)은 의원면직의 형식을 취하더라도 사직의 의사없는 근로자로 하여금 어쩔 수 없이 사직서를 작성·제출하게 한 경우에는 실질적으로는 비진의의사표시에 의한 부당해고에 해당한다는 입장을 표명하였지만, 성차별여부와 혼인차별에 관한 판단은 하지 않았다.

3. 교육훈련

이화여대는 학칙으로 입학요건으로 미혼일 것을 들고 있고 재학 중에 결혼한 자를 제적할 수 있게 하고 있었는데, 그에 대한 차별진정사건에서 국가인권위원회는 혼인여부에 의한 차별가능성이 있다고 판단하여 직권조사를 벌였고, 그 과정에서 이화여대는 학칙을 개정한 바 있다. (보도자료 2003.1.23)

4. 재화·시설·용역의 이용과 제공

(1) 신용보증기금의 대출기준으로서의 혼인여부와 상태

신용보증기금은 주택자금 대출자 신용평가시 혼인 여부를 주요 평가 기준으로 삼아서 이혼·사별자의 대출 보증을 사실상 제한하고, 35세 미만으로 부양가족이 없는 경우에는 이혼·사별자 뿐 아니라 미혼자에게도 전세자금 대출 보증을 해주지 않고 있다. 그리고 신용보증기금은 보증서 발급이 주택자금 마련을 위한 장치라는 점에서 부양가족이 있어야 신청자격을 부여하고 있으며, 혼인한 사람의 배점을 미혼보다 높게 책정하고 있다. 또한 2001년부터 기타 항목에 이혼과 사별 등의 항목을 추가해, 미혼보다 낮은 점수를 책정

12) 이에 관한 논의는 조순경, "합법을 가장한 위법의 논리: 농협의 사내부부 우선해고와 '의도적 차별', "『노동과 페미니즘』, 이화여자대학교 출판부, 2000, 138-170쪽 ; 김엘림, "부부사원중 여성의 절대다수가 명예퇴직한 사건의 성차별여부", 『월간노동법률』, (주)중앙경제, 2002. 7월호, 21-25쪽; 한국여성단체연합주최 토론회(2001.11.21), "법원과 권리구제절차, 얼마나 양성평등한 가"; 이화여대 한국여성연구원 주최 쟁점토론회(2001.11), "법원은 성차별을 판단할 능력이 있는가; 여성신문, "법조인이 법을 모른다?"(2001.11.30일) "모르면 안전한 쪽으로 판결? "(2001.12.7일) ; 한국인권재단주최 제4회 인권학술회의(2002.2)의 기조발제원고(조순경, "차이의 신화와 차별의 현실, "『한국인권의 현황과 과제』, 20-24쪽 .

하고 있다.

그런데 30대 이혼남성인 A씨는 신용보증기금에 전세자금 대출 보증 신청을 했다가 처음에 '미혼' 으로 기재해 보증서 발급 승인을 받았으나, 허위기재에 따른 불이익을 우려해 이혼, 사별 등이 포함된 '기타' 항목으로 수정했다가 보증서 발급을 거절당하자 국가인권위원회에 2004년 2월 16일에 진정서를 냈다.

신용보증기금은 이에 대해 "신용도 차이는 과거 샘플을 뽑아 불량률을 조사한 결과 기혼. 미혼자가 1~2%대인데 비해 이혼·사별자는 7%가 넘게 나온 데 따른 것"이며 한정된 재원을 효율적으로 분배하려다 보니 대출이 제한적으로 이뤄지고 있다고 설명했다.

그러나 이에 대해 A씨는 "과거 통계를 토대로 한 것이라 해도 정부 산하기관에 근무하며 카드 연체 한 번 없이 부양가족까지 있는데 대출을 받을 수 없을 정도로 결혼 여부가 개인 신용도 평가에 중요한 것인지 의문"이라고 반박했다.

시민단체인 '여성의 전화' 관계자는 "이혼·사별해서 배우자 없이 사는 경우 경제난을 겪는 사례가 많은데 저소득층의 자금 지원을 위해 설립된 신용보증기금이 오히려 이들을 외면한다는 것은 이해되지 않는다"고 말했다.[13]

국가인권위원회는 아직 검토 중에 있고 차별여부를 결정하지 않고 있다.

5. 법과 정책의 집행

(1) 공무원의 가족수당지급지침

부부공무원으로 살다가 남편과 별거중인 여성공무원은 딸 1명을 부양하고 있으나, 행정자치부의 지방공무원수당등의업무처리지침에 의해 매월 봉급에 가산되어 지급되는 신청인과 딸의 가족수당, 딸에 대한 자녀학비보조수당, 소득세 연말정산시 소득공제 등을 남편이 지급받자 이는 남녀차별적이라며 여성부 남녀차별개선위원회에 시정신청을 하였다.

이에 대해 피신청인은 국가 및 지방자치단체에 한정된 예산 등을 감안할 때 부부공무원의 경우 1인에게만 가족수당을 지급해야 하는 것이므로 부(夫)를 기준으로 부양가족 해당여부를 판단하여 부(夫)에게만 지급하도록 하였으며, 부(夫)의 동의서를 첨부한 당사자들의 신청이 있을 경우 부(婦)를 기준으로 부양가족 해당여부를 판단하여 부(婦)에게 지급할 수 있도록 하고 있는 바, 이는 호적법 제19조의2에 혼인신고가 있으면 부(夫)를 호주로 하여 신호적을 편제하도록 되어있고 주민등록상 세대주도 부(夫)로 하는 것이 일반적인 관행인 점 등을 고려한 것으로 부부공무원에 대한 이중지급을 방지하기 위한 불가피한 절차이므로 남녀간의 신뢰를 전제로 하는 부부관계의 법적·제도적 특성 등을 감안할 때 이를 남녀차별 문제와 관련시키는 것은 논리적 비약으로서 타당성이 없다고 주장하였다.

그러나 여성부 남녀차별개선위원회는 주민등록상 세대주는 부부 중 누구라도 될 수 있

13) 2004년 2월 16일 연합통신과 한겨레 신문의 기사 "이혼자 대출제한 인권차별 논란"을 재정리하였다.

는 현행제도하에서 남성이 주로 세대주라는 관행을 고려하여 夫를 지급기준으로 정한 것은 불합리한 측면이 있으며, 혼인과 가족생활에서의 양성평등을 규정하고 있는 헌법과, 법·정책 집행에 있어서의 차별금지를 규정하고 있는 남녀차별금지및구제에관한법률에 반하는 측면이 있다고 할 것이며, 따라서, 공무원에게 부양가족수당 및 자녀학비보조수당을 지급함에 있어 婦의 의사와 관계없이 夫를 기준으로 하고 있고, 이로 인해 婦가 지급받으려면 夫의 동의를 받아야 하는 점은 부부중 특정 性에 대해 불리한 대우를 하고 있어 남녀차별임을 결정하고 피신청인은 가족수당 등의 지급방법을 어느 한쪽 성에 대해 불리하지 않도록 시정할 것을 2002년 12월 30일에 권고하였다.

(2) 독립유공자의 유족범위에서의 출가여자녀의 차별

독립유공자의 외손녀로서 국가보훈처가 독립유공자예우등에관한법률상의 손자녀의 범위에서 외손자녀를 제외하여 교육보호·취업보호에서 제외하는 것은 남녀차별이라며 진정한 사건에 대해 대통령직속 여성특별위원회(여성부의 전신)는 국가보훈처의 조치는 출가한 딸을 차별하는 부산물로서 성립한 남녀차별적인 법집행이라고 결정하고, 외손자녀도 손자녀가 받는 교육혜택, 취업혜택등이 될 수 있도록 유족증명을 발급할 것을 2000년 9월 8일에 결정하였다.[14]

그후 독립유공자예우등에관한법률은 2000년 12월 30일에 개정되어 출가외인의 유교적 사고에 기초하여 유족으로서 출가한 딸 또는 손녀는 다른 유족이 없고 친가에 아들이 없는 경우에만 이 법에 의한 보상을 받을 수 있도록 제한하던 것에서 출가한 딸 또는 손녀도 다른 유족과 마찬가지로 보상을 받을 수 있도록 하되, 연금지급 및 대부는 다른 유족이 없는 경우에 한하여 받을 수 있도록 하였다(제12조 제4항 신설, 제18조 개정). 또한 취업보호와 관련하여 "독립유공자의 유족 중 호주승계인인 손자녀가 질병 또는 심신장애나 고령 등으로 인하여 취업이 어려운 경우 그 자녀(출가한 딸을 제외한다)에 대하여 취업보호를 실시할 수 있다"는 규정에서 "출가한 딸을 제외한다"는 부분을 삭제하였다(제16조 제1항 단서 개정). 국가유공자등예우및지원에관한법률도 같은 날, 같은 내용으로 개정되었다.

6. 세제

(1) 소득공제

소득세법의 인적 소득공제제도는 가족의 생존에 필요한 최저생활비를 과세에서 제외하고, 과세단위간의 상이한 인적 구성에 상응하는 공평한 소득세의 부담을 실현하기 위한 제도로서 기본공제와 추가공제, 소수자추가공제가 있다.

기본공제에는 종합소득이 있는 거주자는 (1) 자신의 몫(본인공제)과 (2) 연간 소득이 없거나 100만원 이하인 배우자 몫(배우자공제), (3) 자신이나 배우자와 생계를 같이하며

14) 대통령직속 여성특별위원회(2001), 「남녀차별결정례집 1999년-2000년」, 68-72면 참조.

연간 소득이 금액이 100만원 이하인 부양가족(직계존속으로서 60세(여자인 경우는 55세)), 20세 이하의 직계비속 및 입양자, 20세 이하 또는 60세 이상인 형제자매)의 몫(부양가족공제)가 있다(제50조 제1항).

추가공제에는 기본공제외에 특정한 사유에 해당하는 경우에 적용하는데, 여기에는 (1) 65세 이상인 기본공제대상자(경로우대공제), (2) 장애인공제(장애인인 기본공제대상자), (3) 부녀자공제(배우자가 없고 부양가족이 있는 여성세대주와 배우자가 있는 취업여성), (4) 자녀양육비공제(6세 이하의 직계비속이 있는 여성근로자와 6세 이하의 직계비속이 있고 배우자가 없는 남성 근로소득자)가 있다. 공제금액은 거주자의 당해 연도 종합소득공제에서 추가공제대상 인원수에 50만원(경로우대공제와 장애인공제는 100만원)을 곱하여 계산한 금액이다(제51조).

소수공제자추가공제는 근로소득이 있는 거주자(일용근로자는 제외)로서 당해 거주자에게 적용되는 기본공제 대상인원이 당해 거주자 1인인 경우에는 100만원을, 당해 거주자를 포함하여 2인인 경우에는 년 50만원을 추가로 공제하는 것이다(제51조의2).

이러한 공제제도 중 여성세대주추가공제제도는 동일한 조건의 남성세대주에 대한 성차별의 소지가 있고, 배우자의 소득여하에 관계없이 배우자가 있기만 하면 취업여성이 공제받게 되는 맞벌이여성공제는 맞벌이 취업남성과 배우자가 없는 상태의 취업여성에 대한 혼인차별의 소지가 있다. 또한 자녀양육비 공제는 남성 근로소득자에 대한 성차별의 소지가 있다. [15]

2004년 2월 12일, 고용차별 등 사회전반의 차별사례를 분석하기 위해 이화여대 여성학과 조순경 교수 등 여성학.사회학 전공학자 5명으로 구성된 연구모임인 차별연구회는 현행의 소득공제제도가 혼인여부, 가족상황, 성적지향에 따라 차별하고 있다며 국가인권위원회에 진정서를 제출했다. 차별연구회는 진정서에서 소득세법의 부녀자 공제조항은 혼인한 근로여성에게 무조건 일정한 소득공제 혜택을 주고 있으므로 혼인하지 않은 여성에 대한 차별행위에 해당된다고 주장했다. 또한 "배우자 공제조항은 법률혼 관계의 근로소득자에게 일정한 세제혜택을 부여하고 있어 사실혼이나 동성혼 관계에 있는 근로소득자에게는 세제상의 불이익을 초래하고 있다"고 지적했다. 이어 "부양가족을 직계 존·비속과 20세 미만의 주민등록상 동거형제·자매로 규정하고 극히 제한된 법적 혈연가족에게만 소득공제 혜택을 주는 것은 가족관계가 다양해지는 상황에서 가족상황에 따른 차별행위라고 비판했다.[16]

(2) 세액공제

15) 그외 부양가족공제제도에서 직계존속과 형제자매의 여성연령요건을 남성보다 낮게 하는 것도 성차별의 소지가 있으며, 배우자공제도 기혼자와 미혼자의 균형을 깨뜨리고 있을 뿐 아니라 공제액이 적어 실질적으로 배우자부양의 효과는 내지 못하며 오히려 배우자로 하여금 주된 소득자의 지원에 전념하게끔 하는 효과를 가지는데 지원역할을 하는 배우자의 대부분이 여성이라는 현실을 볼 때, 남녀의 성별분업의 효괄을 가진다는 견해가 있다(오정진·문미경(2003), 「성평등의 관점에서 본 조세제도의 분석과 평가-소득세제를 중심으로-」, 한국여성개발원, 99면).

16) 2004년 2월 12일의 연합통신의 기사('연말정산 소득공제 차별' 인권위 진정)

대통령직속 여성특별위원회(여성부의 전신)는 기혼여성이 '근로자주택마련장기저축'에 가입하고 연말정산시 저축불입확인서를 제출하였으나, 세액공제 대상을 부양가족이 있는 세대주로 제한하는 소득세법의 조항(제52조 제1항)에 의해 세대주가 아니라는 이유로 소득공제 (주택자금공제)혜택을 받지 못해 차별시정신청을 한 사례에서 주민등록법상 세대주가 되는 데 남녀차별이 없고 여성도 세대주가 되면 소득공제와 서민주택자금을 받을 수 있는 기회가 주어져 있으므로 남녀차별이라고 볼 수 없다며 2000년 3월 31일에 신청을 기각한 바 있다.

또한 사업자등록증을 가진 여성사업자임에도 세대주가 아니라는 이유로 주택은행이 서민전세자금 대출을 거부하자 차별시정신청을 한 사례에서도 여성특별위원회는 주택전세자금 대출대상자는 무주택 세대주인 근로자 및 서민(단독 세대주 제외)에 한정되며, 세대주는 남녀구분없이 누구나 될 수 있으므로 여성에게 불리한 제도는 아니다라는 결정을 2000년 7월 14일에 한 바 있다.[17]

그런데 이러한 결정은 남녀차별금지및구제에관한법률에 간접차별개념이 도입(2003년 5월 29일의 법개정시)되기 전에 이루어진 것이다. 주민등록법시행령은 세대별 주민등록표 주민의 기재순위에 관하여는 호적법 제16조(1. 호주, 2. 호주의 직계존속 3. 호주의 배우자 4. 호주의 직계비속과 그 배우자 5. 호주의 방계친족과 그 배우자 6. 호주의 친족이 아닌 자) 및 동법 시행규칙 제55조의 규정을 준용하도록 하되, 다만, "주민이 호주가 아닌 자를 세대주로 신고하는 경우에는 그 신고된 세대주의 기재 순위를 최우선순위로 한다"(제4조 제2항)라고 규정하고 있다. 여성특별위원회는 이 규정을 근거로 여성도 세대주가 될 수 있으므로 여성차별이 아니라고 결정하였지만, 우리 사회의 남성우선(중심)주의 문화, 관습, 호주제 등에 의해 세대주가 대다수가 남성으로 되어 있는 현실과 세대주를 소득공제와 서민전세자금대출의 대상자로 하고 있는 제도에 의해 결과적으로 여성들이 불이익을 받게 되는 것은 간접적 남녀차별이 될 수 있다.

(3) 부부자산합산과세의 위헌결정

이자 및 배당소득과 부동산 임대소득 등 자산소득을 부부 합산해 과세하도록 되어있는 소득세법 제61조에 대해 헌법재판소는 합산과세를 통해 혼인한 부부에게 가하는 조세부담의 증가라는 불이익은 상당히 큰 반면, 합산과세를 통해 인위적인 소득분산에 의한 조세회피를 막고 소득재분배 효과를 얻은 사회적 공익은 기대보다 크지 않으므로 양자간에 균형관계도 없음에도 혼인한 부부에게 그렇지 않은 사람들에 보다 세금을 많게 부과함으로 혼인에 따른 차별을 금지하고 있다는 결정을 2002년 8월 29일에 내렸다.

7. 대중매체

17) 대통령직속 여성특별위원회(2001), 「남녀차별결정례집 1999년-2000년」, 55-60면 참조.

거의 모든 드라마 등 대중매체는 정형화된 성역할관과 혼인여부와 상태에 따른 정형화된 인물묘사나 심리묘사를 대중들에게 깊고도 강하게 각인시켜주고 있다. 혼인적령기를 넘기고도 혼인하지 않고 있는 사람들, 이혼자, 별거자 등을 한결같이 비정상적이거나 미성숙하고 불완전하며, 이기적인 사람으로 묘사함으로써 이성애적 혼인상태에 있지 않은 사람을 비정상적이거나 미성숙하고 불완전하며, 이기적인 사람으로 취급하거나 희롱의 대상으로 보는 고정관념이나 경향을 형성, 유지, 강화시키고 있다.

이러한 문제를 개선하기 위해 유엔여성차별철폐협약과 북경행동강령, 우리나라의 여성발전기본법은 대중매체에서의 성차별적 개선과 여성폭력조장의 방지를 주요한 남녀평등실현조치로 규정하고 있다. 이에 따라 방송법에 양성평등을 방송심의사항으로 규정하고 있다. 그러나 대중매체에서의 혼인여부나 상태에 의한 차별이나 희롱을 개선하기 위한 정책이나 법은 아직 없다.

Ⅳ. 혼인차별에 대한 법의 지배의 향후 과제

지금까지 살펴 본 바와 같이, 혼인의 여부 또는 상태를 이유로 직접적, 간접적으로 불이익을 주거나 희롱하는 행위는 널리 그리고 오랫동안 존재하는 차별의 형태이다. 그러나 혼인차별에 관한 심도있는 논의나 차별을 방지하기 위한 입법이나 정책을 마련하려는 노력은 거의 이루어지지 않아 왔다.

그 주요한 이유는 "혼인을 할 동등한 권리", "자유로이 배우자를 선택하고 상호간의 자유롭고 완전한 동의에 의해 가정을 형성할 동등한 권리"는 남녀평등권이자 문화적 권리로서 국제협약에서 명시적으로 보장되는 반면, 혼인을 하지 않을 권리와 이성애적 부부가 아닌 다양한 형태의 가족을 구성하고 생활할 권리는 기본적 권리로서 인정하려는 법이나 인식이 없기 때문이라고 본다. 그러나 캐나다 인권법이 법의 목적규정에서 "이 법은 성별, 혼인여부와 상태(marital status), 가족상황..... 등에 의한 차별적 행위에 의해 방해되거나 소외됨이 없이 모든 개인은 그들이 향유할 수 있고 향유하기를 바라는 삶을 스스로 개척해 나갈 수 있는 동등한 기회를 가져야만 한다는 원칙을 실현하기 위한 것"이라고 명시한 의미를 음미해 볼 때, 개인의 자유의사에 의해 혼인에 관한 삶을 선택하는 것을 인권의 차원에서 인정하는 것이 필요하다.

이러한 인권보장의 관점에서 차별금지법령과 권리구제기관은 혼인차별의 개념과 유형을 구체화하고 다양한 영역에서 다양한 형태로 발생하고 있는 혼인차별을 예방, 방지할 수 있는 구체적인 혼인차별의 금지규정을 마련해야 할 것이다.

한편, 최근 혼인과 출산, 육아를 기피하는 경향이 늘어나고 저출산과 이혼율의 증가가 사회문제화되자 혼인장려정책과 가족해체방지정책이 등장하고 건강가족기본법이 제정되었다. 이 법은 모든 국민에게 혼인의 사회적 중요성을 인식해야 할 의무를 부과하고(제8조 제1항), 가족구성원에게 가족해체를 예방하기 위하여 노력해야 할 의무를 부과하며(제9조 제1항), 이혼하고자 하는 부부가 상담을 받을 수 있게 하고 있다(제31조 제1항). 그

리고 이 법은 "건강가정"을 "가족구성원의 욕구가 충족되고 인간다운 삶이 보장되는 가정"으로 정의하고, 국가와 지방자치단체의 건강가정 구현을 위한 지원을 규정하고 있다. 그런데 이 법의 "건강가정"의 의미하는 바가 무엇인가에 관한 논란과 함께 이 법의 시행령 제정과정에서 정부는 이혼하기 전 상담을 받는 것을 의무화하는 소위 이혼숙려기간을 입법화하려고 하여 그 타당성과 효과에 관해 논란이 발생되고 있다.

이러한 가족지원정책이나 법이 기존의 불평등하고 억압적인 혼인의 성립과 가족관계, 출산·육아와 일을 병행할 수 있는 여건의 미비 등과 같이 비혼자나 이혼자 기타 다양한 혼인상태가 늘어나는 근본적 가족환경요인을 개선하는 데 초점을 두지 않고, 비혼이나 이혼 등 그 자체를 문제시하고, 이성애적 혼인상태에 없는 자들에 대해 불합리한 구별, 배제, 제한하거나 불이익을 초래하면 그 또한 혼인차별이 될 수 있다는 것을 유의해야 할 것이다.

<Abstract>

Marriage Discrimination and The Rule of Law

Kim, Elim

In this paper, according to international institutions and laws relating to human rights, marriage discrimination is defined as any acts which has the effect of impairing the individual dignity and the human rights made on the basis of marital status of the past, present and the future. by any distinction, exclusion or restriction which bring out disadvantages directly or indirectly and by any harassment which includes the ridicule and mockery. Marital status in this definition means the status or condition of being : single, married, married but living separately and apart from one's spouse, divorced, widowed, in cohabitation, otherwise than in marriage, and so on. But, the protection for women on the ground of pregnancy and childbirth and the protection for parents with child care responsibility shall be not deem as a marriage discrimination.

In Korea, marriage discrimination results from the strong social common notion which all men and women should married to the opposit sex and the married couple should sustain the relation in spite of circumstances where the domestic violence and the violation of individual dignity and the human rights usually brings out. According to this, the celibacy and the divorced have been regarded as the abnormal, immature and selfish being. And the strong social common notion about the gender role viewpoint which husband has the responsibility of family livelihood, whereas wife has the responsibility of domestic labour and family policies which support to traditional family model are also a cause of the marriage discrimination.

Marriage discrimination can be detected in various fields such as patriarchal traditional practices relating to family relation on the basis of Confucian ideas, employment policies which dislike the employment of the married women, insurance policy, and Tex Law etc. .

In order to abolish the marriage discrimination in korea , in viewpoint of the individual dignity and the human rights, the principle that all individual should have an equal opportunity to make for themselves the lives that wish to have, without being hindered in or prevented from doing so by discriminatory practices based on their marital status should be established. And the concrete provisions which prohibited the marriage discrimination should made in korean laws and should implemented effectively.

"한국사회 성적 소수자의 차별과 법의 처우"

양현아 (서울대 법과대학 조교수)

1. 말해지지 않은 성애, 호모섹슈알러티 (homosexuality)[1]

며칠전 퀴어축제를 알리는 신문 기사에서 가벼운 선글라스를 낀 남성 동성애자들의 웃음띤 모습을 보았다. 자신의 성적 정체성을 알리는 이 평범한 행위의 평범치 않음을 어떻게 읽어야 하는지, 너무 늦게 등장했음에도 너무 빨리 온 이 주체들에 대하여 한국사회에 어떻게 그 공간을 마련해야 하는지 질문하면서 이 글을 시작한다. 이 글에서 성적 소수자란 성적 지향을 이유로 사회적으로 구별, 배제, 차별 받는 집단이라고 정의할 수 있다.[2] 하지만, 이러한 현상을 이해하기 위해선 성적 소수자란 누구인지를 알아야 할 것이다.[3]

먼저 성적 소수자란 '누구이다' 라고 규정하는 방식을 따라보자. 이에 따르면 성적 소수자란 "동성애자, 양성애자, 트랜스젠더 뿐 아니라 새디스트, 이성복장선호 등을 포함한다"고 할 수 있다. 하지만 이들의 성적 성향, 특성, 이에 따른 정체성은 어떻게 알 수 있는지 문제가 남는다. 또 다른 길은 '누구가 아닌 자'라고 규정하는 방식이다. 이 때에는 성적 소수자란 이성애 성적 지향과는 다른 성적 지향을 가진 집단이라고 규정할 수 있다. 그렇다면, 양자의 차이는 무엇인가. 먼저, '동성애자는 어떤 사람이다'라는 규정은 이성자와의 비교 속에서 이해된다. 이성애자 대 동성애자라는 분류는 외형상으론 중립적으로 보이지만, 주인과 노예, 남성과 여성, 어른과 아이, 백인과 흑인 등 대부분이 이분법적 분류에서와 같이 분류상의 중심에 대한 타자(타자)로서의 존재이다. 이 틀 속에서 재현되는 동성애자들이란 결국 이성애자들을 비추어서 만들어낸 정체성으로서, 예컨대 의학이나 사회학적 모델에 의해 제시되는 특정한 라이프스타일이나 문화적 관행, 심리적 특성의 모델에 의해 분류되고 구성된다. 옷차림, 모이는 장소, 행동 양식 등을 통해 알려지기 시작하는 한국사회 동성애자, 이성애자, 양성애자에 대한 이해방식이다.

이에 비해 서동진은 비이성애적 주체란 이성애 규범성에 의해 배제된 주체성을 가리키는 개념으로 사용한다고 한다. 여기서 이성애 규범성(heteronormativity)이란 이성애를 하나의 정체성의 규범이 아니라 "다른 성정체성의 특성을 규정하고 지배하는 류적 정체성"으로 만드는 규범이라고 설명한다.[4] 생각건대, 비이성애적 주체란 이성애 규범의 외곽, 잔여, 타자로써 주체들로서, 양성애적, 동성애적, 혹은 애매한 성애, 혹은 탈성애 혹은 무성애적 주체

1) 이 글에서는 성애는 섹슈알러티에 대응하는 한국어로 사용된다. 섹슈알러티는 성의 성향, 혹은 성의 성격이라는 의미에서 흔히 성성으로 번역되는 경우가 많았다. 동성애에 대해 논의하는 이 글에서는 이 '성애'라는 말에 중심으로 두고자 하는 의도에서, 성애라는 용어로써 제도화되고 개별화된 성애 대한 취향과 욕구를 표현하고자 한다.

2) 국가인권위원회법 제 30조 2항에서는 차별행위를, 합리적 이유없이 "특정한 사람을 우대, 배제, 구별하거나 불리하게 대우하는 행위"라고 규정하고 있다. 참고로 유엔여성차별철폐협약에서는 차별을 "성에 근거한 구분(distinction), 배제(exclusion)) 또는 제한(restriction)"으로 개념화한다.

3) 이 글에서는 성적 소수자, 동성애자, 성적 소수자, 비이성애적 주체와 같은 용어가 문맥에 따라 사용할 것이다. 성적 소수자란 동성애를 포함하는 집단의 정체성이며, 인권 주장의 의미를 지닌 개념이다. 비이성적 주체 개념은 이하 논의를 참조. 성적 소수자 개념에 대해서는 다음을 참조. 한인섭, 양현아 편, <성적 소수자의 인권>, 서울대학교 BK21법학연구단 기획, 2002.

까지 포괄하는 개념일 수 있다.

이렇게 비이성애적 주체라는 개념은 동성애자 재현 혹은 동성애 관련법제도 마련에 끈질기게 작용할 '이성애 중심성'을 경계하고, 동성애를 포함한 성적 소수자들의 주체성을 개방시키는 효과를 가진다. 동성애를 이성애의 반대항에 배치함으로써, 이성애 관계의 틀 안에서 동성애 관계를 이해하는 것에 문제를 제기한다. 예컨대, 레즈비안 관계에서의 성별 분업 관계를 나타내는 부취(butch)/펨(femme)의 이분법은 가부장적 남녀관계를 대치함으로써 여성 동성애 관계를 이해한다. 이 글에서는 성적 소수자들 중에서 이성애주의와는 '다른' 성애를 가진 입장인 동성애자 집단을 중심으로 논의를 전개하기로 하겠다. 하지만, 이 동성애 집단의 성적 성향이 다 알려지거나 고정된 속성을 가진 것으로 전제하지 않는다.

예컨대, 니콜스(M. Nichols)는 레즈비안의 연구에서(1990)에서는[5] 성적 지향의 문제를 단지 성교, 성기의 접촉에 초점을 맞추는 것의 차원으로 보는 것에 대해 경고를 한다. 만약 성기 접촉도 없이 어떤 사람이 자신의 '성애'를 말했다면 이 성애는 어떻게 볼 것인가. 이 문제는 레즈비안 정체성에 있어 중요한데, 레즈비안이란 단지 성적취향에 그치는 성격이 아니라 이성애 제도가 부과하는 기혼여성의 성역할로부터 자유로운 정체성이라는 것을 인식하는 것도 매우 중요하기 때문이다. 여기에서 성애(sexual orientation)는 성역할(sexual identity)에 있어서도 핵심이 되는 사회기제라는 것을 확인할 수 있다. 여성이 남성의 성적 동반자가 되지 않는다는 것은, 단지 성애의 문제가 아니라 혼인, 출산, 인구, 군대, 가족 등 사회 전반에 걸친 장치들에 심각한 도전이 된다는 것이다. 한편, 브럼스타인(P. Blumstein)이나 슈바르츠(P. Schwartz) 연구에 따르면, 여성 동성애자들은 다른 어떤 커플, 이성애, 남성동성애자들에 비해 성적인 교섭이라는 의미에서의 섹스가 가장 저조한 것으로 나타난다고 보고한다.[6] 커플이 없는 레즈비안은 동성애 남성에 비해 적은 횟수의 성교와 적은 수의 파트너를 가진다는 것이다. 여러 보고에 비추어볼 때, 동성애 여성들은 다른 어떤 집단보다 파트너관계의 내외에서 가장 적은 성적 접촉을 하는 것으로 나타난다. 다른 한편, 이러한 동성애자 연구에 대하여 프라이(M. Frye)는 도대체 레즈비안에게 '섹스'라는 것이 있는지를 물으면서 이러한 연구들이 가지는 이성애중심성 혹은 남성중심성에 대해 반발한다.[7] 남성 성기의 삽입을 중심으로 한 성교 횟수 등의 성애 조사란 결국 레즈비안의 성애를 이성애적으로 이해하는 것이며, 그러한 조사로는 레즈비안의 성생활을 결코 이해할 수 없다는 것이다. 더 나아가, 프라이는 이성애 성교가 과연 이성애 여성의 성교를 의미하는지를 질문한다.

이러한 논쟁은 동성애자들에 대한 성연구, 성애연구의 시선이 이성애에 있었음을 말한다. 성적 소수자의 성애, 특히 호모섹슈알러티가 무엇인지에 관해 아직 말해지지 않았음을 말한다. 아니, 그 말들이 아직 이성애 사회제도를 재정비하기 위해 들리지 않고 있음을 나타낸다. 아직 알려지지 않은 '동성애'란 이성애의 반대항도 이항대립항도 아닌, '다른' 성애이다. 이성애가 아닌 성애를 말하는 부담이 줄어들 때, 성애는 하나나 두 가지가 아니라, 수만 종류의 것임을 알게 될지 모른다.

---

4) 서동진 "성적 시민권의 정치학과 비이성애적 주체," 소수자 인권 학술대회, 한국사회학회 & 인류학회 발표문. 2003, 2-3면.

5) Margaret Nichols, "Lesbian Relationships: Implications for the Study of Sexuality and Gender" in *Homosexuality/Heterosexuality*, David P. McWhirter, Stephanie A. Sanders, and June Machover Reinisch, eds. 1990.

6) Philip Blumstein & Pepper Schwartz, *American Couples* (NY: William Morrow and Company), 1983,

7) Marilyn Frye, "Lesbian "Sex"," in *Willful Virgin, Essays in Feminism* 1976-1992, 1992.

한국사회에서 동성애자들의 수, 실태, 상황에 대해서 파악하기는 어렵다. 뒤에서 다룰 바와 같이, 동성애자의 차별은 '말해지지 않은 피해'로 특징 지워질 정도이다. 동성애는 고사하고 이성애에 관한 한국판 킨제이 보고서도 구하기 어려운 상황이다.[8] 즉, 한국에서는 동성애 뿐 아니라 이성애를 포함하는 성적지향 혹은 성애에 관한 담론의 형성이 억압되었다. 따라서 한국인의 성애, 성적 취향은 그저 체험일 뿐 언어의 영역이라고 하기 어렵다. 한국사회 전반에 걸친 성애는 한편으로는 '자연스러움'의 이름으로 침묵 혹은 방관되어 왔다. 가족은 한국사회의 성애의 자연스러움의 보루라고 할 수 있다. 다른 한편, 한국사회에서 성애란 상품화, 군사주의, 가부장주의를 통하여 권력의 문제임을 체험적으로 알 수 있다. 판매되는 성(성매매), 성별 정체성의 틀 속에서 구성되는 성애(남성과 군대), 남녀간의 불평등을 고착시키는 성애(혼인)는 만연하는데, 그에 대한 담론은 매우 적다. 페미니즘은 이러한 지배적 성애 관행에 대한 많지 않은 비판 담론 중 하나이다.

이러한 사회적 맥락에서 자신의 성적 취향을 인지하고 표명한다는 의미에서의 동성애자들의 출현은 힘겹고도 값진 실천이라고 평가한다. 동성애의 출현이란 몇 겹의 침묵을 뚫고 나와야 하는데, 이성애주의의 특권에 대해 도전해야 하며, 성애를 그저 사사로운 것, 은밀한 것, 자연스러운 것이라고 설교해 온 성도덕에 대해서도 도전해야 한다.

동성애적 성애의 존재를 알리는 것은 따라서 개인에게 가장 중요한 사적인 문제일 뿐 아니라 공적이고 사회적인 문제가 된다. 동성애 존재가 부재하는 것으로 여겨지는 사회에서, 그 존재의 사회적 출현이란 많은 사회적/법률적 문제가 야기하게 된다.[9] 이에 따라, 이 글은 성적 소수자들이 겪는 차별현상이란 어떤 기준으로 판단할 것이며, 그것이 법의 대책을 수립하기 위한 목적을 가진다. 하지만, 동성애 성애가 어떤 것인지 제대로 알려져 있지 않다면, 법적 장치의 마련이란 이들에 대해 끊임없는 '오해'를 만드는 과정은 아닐까. 법이 성적 소수자들의 차별을 해소하기 위해서는 비이성애적 성애를 인정해야 하는데, 이 과정에서 비이성애적 성애의 재현은 매우 중요한 문제이다.

이러한 관점에서 이 글에서는 우선 성적 소수자들이 현실에서 체험하는 고통, 억압, 폭력의 성격을 이해하는 것이 문제의 핵심이라고 본다. 이 위에서 이러한 현실에 대한 현재의 법의 처우는 어떠하며 앞으로 어떤 장치가 설치되고 개선되어야 할지를 윤곽을 논의할 것이다.

---

8) 킨제이 연구에 따르면, 모든 미국 남성 가운에 동성애 행위를 하지도 않고 도한 동성애의 욕망도 느끼지 않는 경우는 절반에 불과하다는 것을 밝혔다. 조사대상 남성 중 18%는 완전히 동성애자이거나 동성애와 이성애를 지속적으로 병행했다. 여성 가운데에서는 2%가 완전히 동성애자이며 어떤 형태건 동성애 행위를 해 본 응답자는 13%였다. 또한 동성애 행위를 해보지는 않았지만 그런 욕망은 느껴보았다고 대답한 여성도 15%나 되었다(Alfred C. Kindsey et al., *Sexual Behavior in the Human Male*, Philadelphia: Saunders, 1948). 이러한 연구결과는 당시 대중들에게 매우 충격적이었다. 1990년에 새로 출판된 <킨제이 연구소의 새로운 성 보고서>에서는 한 65세 노인의 사례를 소개한다. 이 노인을 45년간 행복한 가정을 이루며 살았던 아내와 사별한 지 1년 만에 한 남자와 사랑에 빠지고 말았다. 이 노인은 이전에는 남성에게 성적 매력을 느낀 적이 없으며 동성애 행위에 대해 공상을 해본 적도 결코 없었다고 한다(June M. Reinisch and Ruth Beasley, *The Kindsay Institute New Report on Sex*, Harmondsworth: Penguin, 1990). 여기에서 섹슈얼리티란 자유부동하는 것(free-floating)이 되고, 다양한 라이프 스타일과 연결되어진다. 섹슈얼러티는 더 이상 미리 정해진 자연적 조건으로서 단지 수용해야 하는 것이 아니라 각 개인이 '갖고 있는 것,' 혹은 계발해야 하는 것이 되었다.

9) 흔히 사회와 법률간의 괴리가 지적되지만, 이른바 사회라는 것은 고정되거나 단일한 실체가 아니다. 또한 사회적 현상은 체험이 아니라 조사, 연구, 일반화 등을 통한 재현이 아니고는 알려지지지 않는다. 이 점에서 이 글에서의 '법'이란 사회적 현상의 정수이지 그 바깥에 있지 않다고 본다. 법사회학적 관심에서 볼 때, 법이란 강제력을 가지는 실정법 뿐 아니라 규범, 관습을 포함하는 실천으로서의 법, 과정으로서의 법을 포함하며, 사회적 힘의 관계의 발현(manifestation)이다.

2. 성적 소수자에 대한 법적 처우 변화

1990년대 이후 2004년 6월 현재에 이르는 기간은 한국의 성적 소수자 운동에 있어서는 의미심장한 기간이다. 이 장에서는 1990년대 이후 성적 소수자의 권익을 위한 단체들이 성립되고 사회적으로 가시화됨에 따른 법률적으로는 어떠한 변화가 있었는지를 살펴보도록 한다.

(1) 국가인권위원회법의 차별금지조항 마련

2001년 11월 24일부터 시행된 국가인권위원회법 제 30조 제2항에 따라 성적 지향으로 이유로 한 고용, 재화, 용역 등의 공급이나 이용에 있어서의 차별 행위 및 교육시설이나 직업훈련기관의 이용에 있어서의 차별행위는 평등권 침해행위로 규제되게 되었다.[10] 국가인권위원회는 국가인권위원법 제 30조 제 2항 제 1호 내지 3호에서 규정하는 고용 등에서 성적 지향을 이유로 차별이 있는 경우 진정에 의하거나 직권으로 이를 조사하여 차별행위의 시정을 조정 또는 권고할 수 있다. 국가인권위원회법상 '성적 지향'이 포함된 것은 성적 소수자들의 인권제고에 있어 중요한 법적 근거가 될 것이다. 하지만, 국가인권위원회가 차별을 처벌할 수 있는 권한이 없고, 성적 지향을 이유로 한 차별이 구체적으로 어떤 것인지 그 사례를 많이 발견하기 어렵다는 문제 등이 있다.[11] 차별금지 이전에 차별을 드러내기조차 어려운 실정에 대해서는 어떻게 법적 개입을 할 것인가가 문제이다.

(2) 트랜스 젠더의 가시화

10) 국가인권위원회법 제 30조는 다음과 같다.

제30조(위원회의 조사대상) ①다음 각호의 1의 경우에 인권을 침해당한 사람(이하 "피해자"라 한다) 또는 그 사실을 알고 있는 사람이나 단체는 위원회에 그 내용을 진정할 수 있다.

1. 국가기관, 지방자치단체 또는 구금·보호시설의 업무수행(국회의 입법 및 법원·헌법재판소의 재판을 제외한다)과 관련하여 헌법 제10조 내지 제22조에 보장된 인권을 침해당한 경우
2. 법인, 단체 또는 사인(私人)에 의하여 평등권침해의 차별행위를 당한 경우

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

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

③위원회는 제1항의 진정이 없는 경우에도 인권침해가 있다고 믿을 만한 상당한 근거가 있고 그 내용이 중대하다고 인정할 때에는 이를 직권으로 조사할 수 있다.

④제1항의 규정에 의한 진정의 절차와 방법에 관하여 필요한 사항은 위원회의 규칙으로 정한다.

11) 1998년도 '인권법 제정 및 국가인권기구 설치 민간단체 공동추진위원회'가 꾸려졌을 때, 동성애자들이 차별받는다는 사실조차 사람들이 모르고 있는 것이 문제이니 '동성애자 인권침해사례집'을 만들자는 의견이 모아졌다. "인권침해사례를 고발해 달라'는 스티커 1만 여장을 제작해 동성애자 단체 사무실과 업소 및 지하철역 화장실 등에 붙이고 적극적인 노력을 기울였다. 그러나 결과는 단 한 건의 침해사례도 접수되지 않았다. 이러한 현상의 해석은 후술할 논의를 참조 (한채윤, "성적 소수자 차별의 본질과 실제 그리고 해소 방안," 한인섭, 양현아 전게서(2002), 49면 참조.

트랜스 젠더의 호적정정은 트랜스 젠더의 법률적 처우에 관한 전기를 이루었다. 2002년 11월 20일 연예인 하리수(본명 이경엽)씨는 생물학적 성별은 남성이지만, 본인이 인지하고 사회적으로 수행하는 성별은 여성이므로 호적정정및개명허가 신청을 인천지방법원에 냈고, 해당 법원은 2002년 12월 12일 이 신청을 받아들였다. 이에 따라 이경엽씨의 호적상 성별은 여성으로, 호적상 성명 역시 '이경은'으로 바뀌게 되었다. 2001년 부산지방법원 가정지원에서도 트랜스젠더의 호적정정허가 결정이 내려졌다.[12] 이러한 결정에 따라, 약 4,500명으로 추산되는 트랜스 젠더 중 호적정정 신청이 늘어날 것으로 전망된다.[13] 그렇다면 법원은 트랜스젠더, 혹은 성별의 문제를 어떻게 바라보고 있는가. 하리수의 신청을 받아들인 인천법원 재판부는 다음과 같이 그 이유를 밝혔다. "이[하리수]씨는 비록 염색체가 남성이긴 하지만 신체적으로 여성으로 보는 게 타당한데다 여성 연예인으로 생활해 온 점을 감안할 때, 남자로 살아가는 것이 지나치게 가혹하다고 판단돼 호적 정정 및 개명을 허가한다." "실제 여성으로 살고 있는 이씨의 인간적 존엄과 가치, 행복추구권 등 헌법이념에 따라 이씨의 신청을 받아들이는 것은 타당하다."[14]

여기서, 법원은 성별을 염색체가 아니라, 신체조건, 실제역할을 종합적으로 고려하고 있고, 또한 헌법상 인간존엄성과 행복추구권에 기초하여 허가하고 있다. 성별에 대한 이러한 판단기준은 1995년의 광주지방법원의 성별변경신청에 적용한 염색체 기준에 비해볼 때,[15] 큰 차이를 보이고 있어 주목할 만하다.[16] 또한 2002년 11월 4일 김홍신 의원을 비롯한 20인의 국회의원들의 발의로 <성전환자의 성별변경에 관한 특별법>이 국회에 제출되었고 법제사법위원회에 제출되었으나, 16대 국회의 종료와 함께 자동 폐기되었다.

한편, 한국의 법원에서 트랜스젠더의 성별 문제에 관해 분명한 기준이 마련된 것인지 의문이다. 트랜스젠더 여성에 대한 강간죄가 성립 여부에 관한 대법원 판례에서, 법원은 해당 트렌스젠더를 "사회통념상 여자로 볼 수는 없다"고 판단내렸다.[17] 이 사건에서 성추행을 당한 트랜스젠더는 여성으로 성확정 수술까지 받았다는 점에서 매우 적극적으로 성적 정체성을 '여성'으로 선택한 경우이다. 따라서 트랜스젠더의 성별을 판정하는 기준은 단지 호적상 변경의 경우가 아니라, 형법상 강간죄의 객체 등에 있어서도 마찬가지의 기준이 적용되도록 해야 할 것이다.[18] 성별 결정 기준의 확립은 트랜스젠더, 동성애자들의 성폭력 예방 및 처벌에 있어서 매우 중요한 쟁점이 될 것이다.

(3) 유해매체물 심의기준 (인터넷내용등급제)

12) 2001호파 997, 998 호적정정, 개명.

13) 호적상 성별정정으로 인하여 이성애자인 트랜스젠더는 이전에는 불가능했던 결혼을 할 수 있게 되며, 여성으로 성별을 변경한 트랜스젠더는 군대징집이 되지 않게 된다.

14) 문화일보, 2002.12.13.

15) 광주지방법원 자95브10 (1995.10.5).

16) 트랜스젠더의 성별 경정에 대한 법률적 기준에 관해서는 다음을 참조할 것(홍춘의, "성전환자의 성별 결정에 대한 법적 접근," 한인섭, 양현아 전게서(2002)).

17) 대법원 96도791 (1996.6.11. 선고),

18) 이러한 언급은 형법상 강간의 객체를 '부녀'로 한정한 것이 정당하다는 의미가 아니라, 현행 법체계에서 여성 트랜스젠더의 성별 지위에 관한 의견이다.

2000년대 동성애 커뮤니티의 가장 커다란 이슈는 인터넷 내용등급제에 관한 것이며 인터넷상 동성애 사이트인 '엑스존' 사건이라고 할 수 있다. 청소년보호법 시행령 제 7조 다항과 청소년보호법 제 10조 등을 근거 규정으로 하여 정보통신윤리위원회(정통윤)와 청소년보호위원회(청보위)는 동성애관련 사이트를 청소년유해매체물로 지정하였고 동성애 사이트인 엑스존은 정통윤의 청소년유해메체물 등급표시 기제통고에 대한 저항으로 2001년 자진폐쇄하기에 이른다. 이와 같은 조치에 대하여 동성애자 차별법과 인터넷내용등급제에 대한 공동연대행동은 '엑스존'을 원고로 하여 정통윤과 청보위를 상대로 청소년유해매체물 지정 및 고시를 철회를 청구하는 행정소송을 냈다.[19]

한편, 국가인권위원회는 문제가 된 청소년 보호법 시행령 제7조 다항에서 '동성애' 부분을 삭제할 것을 권고하였고, 2004년 4월 20일에 '동성애' 부분이 삭제된 청소년 보호법 시행령 제7조 다항이 국무회의를 통과하였고 4월 30일부터 시행되었다. 이러한 결정은 국가인권위원법 제 30조 2항에 기초한 것이고, 동성애자 단체들의 활동과 '엑스존'의 행정소송 제기가 복합적으로 어우러져서 만들어낸 값진 성과라고 평가한다. 이러한 성과에 기초하여, '동성애'를 바라보는 법의 시각, 즉 그것이 유해매체물인지 아닌지 여부에 대한 일관되고 명시적인 법적 태도를 확립할 필요가 있다.

(4) 기타 판례

앞서 언급한대로 동성애자들의 피해가 잘 드러나지 않는 상황에서 동성애 성적 정체와 관련된 법적 쟁점으로 잘 드러나지 않는 상황이다. 이런 맥락에서 아래 두 사건은 최근의 법원의 태도 변화를 엿볼 수 있게 한다.

서울행정법원은 2001년 1월 9일 "동성애 관계로 물의를 일으켰다"는 이유로 2개월간 감봉처분을 받았던 소방공무원 편 모씨가 서울시장을 상대로 낸 감봉처분 취소청구 소송에서 원고 승소판결을 내렸다. 재판부는 "편씨가 자신에게 동성애를 표시해 온 동료와 단둘이서 영화를 보러가거나 술에 취해 입을 맞춘 사실 등은 인정된다"며, "그러나 이같은 행동은 정상적인 관계에서도 있을 수 있거나 취기에서 장난삼아 할 수도 있는 것이므로 동성애라고 보기 어렵다"고 밝혔다. 그러나 이 판결을 뒤집어 보면, 장난이 아니라 동성애 행위였다면 징계처분하는 것이 가능하다는 취지로 볼 수도 있어 문제가 된다.[20]

또한, 최근에 1980년부터 21여년간 함께 살아온 여성 B를 상대로 한 여성 A의 재산분할 청구소송이 있었다. 여성 A는 함께 살아오면서 형성한 10억원대의 B의 재산에 대하여 절반의 권리를 주장하였는데, 법원은 B는 A에게 동성과의 사실혼 관계의 청산에 따른 재산분할로서 7,000만원을 지급하라는 강제조정 결정을 내렸다.[21] 당초 A는 인천지방법원에 동성애 관계에 따른 재산분할이 아닌 단순한 동업청산금청구소송만을 제기하여 패소한 후, 항소로 사실혼관계에 따른 재산분할과 위자료의 지급을 구하는 청구를 추가로 제기하여 서울고등법원은 동성애 여부는 B가 인정하지 않는 등 다투는 부분이 있고, 정식판결이 아닌 만큼 동성애자의 사실혼관계에 대해 명확한 법적 판단을 내릴 수는 없으나 오랜기간 두 사람의 동거가 인정되는 만큼 B 명의로 된 재산의 일부에 대해 A도 권리가 있다는 판단을 내렸다. 이

19) 서울행정법원은 이 청구를 기각하였고(서울행정법원 2002구합1519, 2002 8.14 선고),, 서울고등법원의 항소심에서도 원고의 청구가 기각되었다. 현재 이 소송은 대법원에 계류 중이다.

20) 이석태(2002)에서 인용(이석태,"성적 지향에 근거한 차별과 대책," 한인섭, 양현아 전게서(2002), 76면.

21) 김민중 "동성애관계의 법적 보호에 관한 시론적 검토," <인권과 정의> 2004, 5(통권 333호), 143면.

러한 판결은 앞으로 동성 파트너간 재산상 권리의무관계의 기준을 마련하는데 중요한 의미를 가질 것이다.

1990년대 이후 현재까지 '동성애'를 포함한 성적 소수자에 대한 법적 시선에는 많은 변화가 있었음은 사실이지만, 아직 일관된 기준이 부재한 것으로 평가할 수 있다. 아래에서 볼 것처럼, 일부 법률에서는 동성애를 여전히 계간과 같은 반윤리적인 성행위로 또는 심신장애와 같은 정신적 질환으로 이해하고 있어서, 법률적으로 성적 소수자란 '곤혹스러운 대상'이거나 아직 법률적으로 '준비 부족'의 상태에 있다고 평가된다. 법률에서의 동성애에 관한 혼란스러운 판단은 일반인들의 혼란된 판단기준을 반영하고 초래하게 된다.

3. 성적 소수자 차별과 법적 쟁점

본 장에서는 우선 성적 소수자들이 겪는 차별의 양상과 성격을 논의하고 그것이 법과 어떻게 만나고 있는지를 몇 측면으로 살펴보고자 한다. 이를 위해 먼저 성적 소수자에 대한 편견 현상과 '드러나기' 어려운 상황에 대해 알아보고, 현행법령에서 동성애 편견을 지속시키는 차별적 요소는 없는지 살펴볼 것이다. 동성애자의 인권유린 사례에 대한 보고가 많이 축적되지 않은 상황이지만, 기존의 보고에서 삶의 모든 측면에서 성적 소수자들은 배제, 구별하거나 불리하게 대우하는 행위에 노출될 가능성이 농후하다 것을 알 수 있다. 하지만, 본 장에서는 현재의 상황에서 긴급하게 관심을 가져야 하는 영역을 폭력 개입과 파트너쉽 보장의 영역으로 구성해 보았다.

(1) '드러나기'의 고통

가. 커밍아웃과 아웃팅 논쟁

성적 소수자들이 겪는 사회적 고통의 핵심적 부분은 자신을 인정하고 드러내기에 대한 억압에 있는 것 같다. 게이사이트 이반시티에서 행한 '커밍아웃을 할 것이냐'는 설문(3244명 참여)에 '절대 하지 않겠다'가 57%로 나타났다. 또한 '이성과 결혼할 것이냐'는 물음에 응답자의 30%는 '절대 하지 않겠다'고 답변하였지만, 응답자의 40%는 '이성과 결혼을 했거나 언젠가 할 것이다'라는 답변을 하였고, '아직 모르겠다'에 응답자의 25%가 대답하였다.[22] 이러한 응답에서 남성 동성애자들이 갖고 있는 자신을 드러내는 것의 두려움과 부담스러움을 읽을 수 있다. 이러한 현상은 사회적으로 동성애자 아닌 집단과 비교해야 하는 '차별' 현상으로 드러나기도 전에 동성애자됨의 사회적 억압과 자기부정을 나타낸다.

잘 알려진 대로, 커밍 아웃(coming out)이란 '옷장 속에서 나온다'는 의미로서 자신의 성정체성을 다른 사람에게 알리는 행위 및 일련의 과정을 뜻한다. 이를 위해선 먼저 자신의 성 정체성을 받아들이고 그것을 지지해 줄 언어와 자원이 마련되어야 할 것이다. 커밍 아웃이 두려운 일이라는 것은 그 존재 자체를 인정하지 않고 있는 현실을 반증한다. 이에 비해, 아웃팅(outing)이란 본인의 의도와 관계없이 강제로 타인에 의해 성적 소수자라는 정체성이 드러나게 되는 것을 뜻한다. 커밍 아웃이 두려운 상황에서 일어나는 아웃팅이라면, 그것은 자신의 존재가 아무 보호장치 없이 벌겨 벗겨지게 되는 체험일 것이다. 그 점에서 아웃팅은 동성애자에게는 일종의 테러행위에 해당한다.

그간 동성애자 커뮤니티에서 진행된 아웃팅방지 캠페인과 커밍아웃의 필요성 역설간의

22) 한채윤 (2002) 상게논문에서 인용.

논쟁은 동성애자 인권 현실과 기본권 보호의 필요성을 가장 극명하게 보여주는 담론 지대이다. 2004년 4월 8일자 <한겨레신문>에 투고한 서동진씨의 글에 대한 여성 동성애자 커뮤니티인 '끼리끼리' 활동가 간의 논쟁에서 이 담론지형을 살펴보기로 하자.

서동진씨는 양심적 병역거부를 선택한 동성애자 임태훈에 대한 지지의 글에서 다음과 같이 쓰고 있다. "커밍아웃은 동성애자들이 침묵에서 벗어나 서로를 지원하고 결속시키는 중요한 사회적 활동의 출발점이다. 프라이버시의 권리를 들어 커밍아웃을 반대하는 기류가 있음을 모르지 않지만 나는 그것이 한 명의 개인적 동성애자로서의 삶을 살 권리라면 비겁하고 또한 옹졸한 것이라 생각한다. 자신이 속한 크고 작은 사회에 자신이 성적 소수자임을 알리는 일은 그 사회의 모든 곳에 스며 있는 이성애적인 규범과 질서를 새롭게 조명하도록 이끈다."[23] 이에 대해 여성 동성애자 활동가는 커밍아웃의 사회적 의의에는 동감하지만, "대사회적 커밍아웃을 한 동성애자들은 극소수인데, 이는 우리 사회에서 동성애자의 커밍아웃이 곧 개인적, 사회적 '매장'을 의미하는 것이기 때문이다"라고 반박하였다. 이 활동가는 동성애자 인권단체들은 동성애자들에게 결코 '커밍아웃하라!'는 압력이나 강요를 행사해서는 안된다고 하면서, 커밍아웃 후에 직장에서 쫓겨나고 모든 인간관계에서 소외당하고 사회적 활동영역을 잃어버린 경우가 있다는 것을 상기시키고 있다.[24] 이런 반론에 대하여 서동진은 아웃팅에 의해 성 소수자의 사회적 권리가 침해되는 것과 동성애자로서의 성 정체성을 숨긴 채 살 수 있는 권리를 옹호하는 것은 다른 종류의 문제라고 재반박하였다. 후자의 권리를 프라이버시 권리라고 다루는 것에 반대한다는 것이다. 왜냐하면, 성적 소수자는 "침실의 동성애자"가 아니라, 직장, 학교, 병원, 가족에서의 동성애자이며 그곳에서의 권리의 향유를 위해서는 그런 사회적 영역에서 '동성애자'로서 드러내야 한다는 것이다." "개인으로서의 동성애자의 권리에 머물려는 동성애자의 현실안주적 경향을 부추기는" 아웃팅 반대에는 반대한다"고 한다.[25]

나. 프라이버시 권리와 평등권

위의 논쟁은 여러 쟁점을 제기한다. 먼저, 성적 소수자에 대한 아웃팅이 이들에 대한 인권침해 행위라는 데에 대한 합의가 존재한다. 따라서, 성적 소수자들이 원하는 않는데 자신의 성애적 정체성이 폭로되는 것에 대한 방지가 필요하며 동시에 현실에 편만해 있는 성적 소수자에 대한 편견을 해소하기 위한 장치가 마련되어야 한다. 즉 '아웃팅 방지'와 동시에 동성애에 대한 차별을 금지하고 처벌하는 방안이 함께 마련되어야 한다. 이 점에서 아웃팅 방지의 노력이 동성애자들의 평등한 삶의 조건 마련하기의 노력을 대체하거나 감소시켜서는 안 된다는 논지에는 설득력이 있다고 본다. 따라서 동성애자 정체성을 밝힘에 따른 부당한 침해를 방지하거나 처벌하는 법적 장치의 마련이 시급히 요청된다. 이렇게 볼 때, 동성애자들의 사생활보호는 차별금지와 서로 긴밀히 연관되어 있다.

다른 한편, 이 논쟁에서 중심이 되는 성적 소수자의 사생활을 보호받을 권리를 좀더 논의할 필요가 있다. 대한민국 헌법 제 17조(사생활 비밀과 자유)는 "모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다"라고 되어 있다. 동성애자들의 성적 지향을 사적인 영역에서의 생활방식이라고 할 때, 이에 대한 비밀과 자유를 침해하는 것을 프라이버시 권리 침

23) 서동진,"양심적 병역거부 동성애자 임태훈을 석방하라," 한겨레신문, 2004.4.8일자.,

24) 이민정 (한국여성성적소수자인권운동모임 끼리끼리 회원), '서동진씨의 커밍아웃 발언을 비판한다'를 발표하며,' 한국여성성적소수자인권운동모인 끼리끼리 [성명서], 2004.5.2.

25) 서동진, "끼리끼리 활동가 이민정씨의 비판에 답변합니다"

해에 해당한다.[26] 하지만, 사생활 비밀과 자유의 권리는 단지 사생활이 비밀에 부칠 수 있는 권리만을 의미하는지는 않을 것이다.[27]

강달천은 그의 연구에서 동성애자의 기본권을 주로 자기결정권과 평등권의 두 측면에서 논한다.[28] 동성애자의 성적 자기결정권이 포함되는 '자기결정권'은 개인의 행위 그 자체로서 판단되어야 하며, 그 행위가 구체적으로 공동체의 존속에 위해가 되지 않는 한 개인은 차별대우로부터 자유로 와야 한다.[29] 또한 평등권에 관한 우리 헌법 제 11조의 1항의 '성별, 종교. 사회적 신분'에 있어 성적 지향성은 '사회적 신분'에 포함될 수 있는 것으로 해석한다. 즉, 성적 지향성은 이미 우리 헌법상으로 이를 이유로 차별받지 아니 할 요소라는 것이다. 따라서 국가가 적극적으로 기본권 침해로부터의 보호에 나서지 않는다는 것은 그 의무를 방기하는 것이라는 논지이다. 특히 강달천은 법과 도덕 간의 관계에 관하여, 성적자기결정권이라는 기본권이 정립되어 있고 특히 이것이 헌법상 직접적 한계규정이 없다면, 매우 구체적 사회적 해악이 존재하지 않는 한 단순한 사회적 도덕과 의견을 이유로 들어서 동성애를 제한할 수는 없다고 한다. 오히려 기본권이 헌법상 보장된 이유는 바로 그러한 도덕 감정과 법 감정으로부터의 보호라고 한다.[30] 미연방 대법원의 동성애에 관한 최근의 판례도 이러한 논거를 뒷받침해준다.[31] 동성애의 프라이버시 권리를 침해하는 것이 그들의 사적이 생활 뿐 아니라 공적 생활의 모든 영역에서 차별을 의미한다면, 프라이버시 권리와 평등권의 보장은 서로를 지지하고 보장하는 기본권에 해당한다고 할 수 있다. 사생활을 공개하여도 불이익을 받지 않을 권리 없이, 사생활을 비밀로 할 수 있는 자유는 속박일 수 있다.

(2) 폭력: 친밀한 사이, 공적 기관, 그 익명성

26) 강진철, "동성애" <고황법학>, 제 3권, 2001, 제 44 면.

27) 헌법재판소는 '사생활의 자유'란 시민공동체의 일반적인 생활규범의 범위 내에서 사생활을 자유롭게 형성해 나가고 그 설계 및 내용에 대해서 외부로부터의 간섭을 받지 아니할 권리이며 사생활에 관련된 사사로운 자신만의 영역이 본인의 의사에 반해서 타인에게 알려지지 않도록 할 수 있는 권리인 '사생활의 비밀'과 함께 헌법상 보장되고 있는 것'이라고 한다. 한국의 헌법상 사생활의 자유는 구체적으로 개인의 내밀한 비밀의 내용을 유지할 권리, 개인이 자신의 사생활의 불가침을 보장받을 수 있는 권리, 개인의 양심영역이나 심적 영역과 같은 내밀한 영역에 대한 보호, 인격적인 감정세계의 존중의 권리와 개인적인 내면생활이 침해받지 아니할 권리 등으로 설명된다(김철수, <헌법학개론>, 박영사, 2004, 601면).

28) 강달천, "동성애자의 기본권에 관한 연구," 중앙대학교 박사학위논문, 2000.

29) 자기결정권은 헌법 제 10조의 인간의 존엄성 및 행복추구권. 제 17조의 사생활의 자유, 그리고 제 37조 제 1항의 헌법에 열거되지 아니한 기본권으로서 경시되지 아니할 권리에서 그 근거를 찾고 있다.

30) 강달천, 전게논문 (2000), 237-8면.

31) Lawrence v. Texas 판결. 동성간의 내밀한 성행위를 범죄로 규정한 텍사스 주법에 대하여 2003년 6월 26일 미연방 대법원은 6대 3의 찬성으로 적법절차조항을 침해한 위헌이라고 판시했다. 동 판결은 도덕의 집행자로서의 국가역할에 의문을 제기하며, 적어도 타인에게 아무런 해악이 없는 경우 사적인 성과 관련된 결정은 개인에게 맡겨져야 한다고 보았다. 법원은 텍사스 법에서 금하는 행위가 동성애자들에게는 통상적인 성적 관행임을 인정하였으며 이것이 사적으로 동의한 성인간의 행위이고 사적 영역에서 행해지는 경우에는 그들의 삶을 존중하여 이를 간섭해서는 안 된다고 보았다. 이러한 미연방대법원의 결정은 소수자로서 동성애자들의 사적 영역에서의 삶을 존중함으로써 이들에 대한 다수의 도덕적, 법적 억압이 허용되지 않음을 보여주는 것이다. 한편, 본 판결에서 "동성애 행위가 주법에 의해 범죄화 되어질 때, 이 같은 선언은 동성애자를 공사 영역 모두에서 차별 받을 수 있도록 하는 것이다"라는 케네디 판사의 말은 동성애 행위의 금지가 단순히 동성애자의 사적 영역과 선택을 침범한 것 이상으로 이들의 모든 생활에서 차별을 가져올 수 있음을 보여준다 (최희경, "미국의 동성애에 관한 연방대법원 판결, "<법학논집> 이화여자대학교 법학연구소, 제 8권 제 1호).

성적 지향을 이유로 한 명시적 차별이전에 한국사회에서 성적 소수자들이 겪는 고통을 이해하기 위해서는 이들에 대한 편견, 억압, 폭력 현상에 우선 깊은 관심을 가져야 할 것으로 보인다. 여기에서 말하는 폭력에는 물리적 폭력 이외에도 상징적 폭력, 언어적 폭력을 포함한다.[32]

가. 호모포비아(homophobia)

동성애를 변태성욕, 색정도착증과 같이 비정상화 혹은 반윤리적인 행위로 생각하는 사회에서 이들은 쉽게 혐오의 대상이 된다. 동성애에 대한 혐오감은 호모포비아란 개념을 통해 설명될 수 있다. 이 개념을 널리 전파한 와인버그(G. Weinberg)는, 호모포비아란 '동성애자들과 가까운 공간(close quarters)에 있는 것에 대한 두려움'으로 정의하며 이로 인해 동성애자에 대한 혐오감(revulsion)과 이들에 대한 처벌 또는 보복을 하고픈 욕망을 갖곤 한다고 한다.[33] 호모포피아는 호모섹슈알들 자신으로 하여금 만성적인 자기부정과 죄의식을 유도하기도 한다. 그렇다면, 진정한 문제는 동성애자들 자신이 아니라 사회에 있다.

이런 현상은 정신분석학적으로는 콤플랙스(complex) 개념과 관련된다. '비합리적, 흥분한(anxious), 적대적 반응은 그들 자신의 동성애적 충동에 의해 위협받은 사람들 사이에서 뿐 아니라, 공격적이고 성적인 감정을 별로 억압하지 않은 어떤 사람들에서도 작동될 수 있다.' 정통 정신분석학에서 호모포비아에 대한 연구가 진지하게 진행되지 않았기에, 이제까지 알려진 호모포비아 개념은 사회적 과정과 성별화된 혹은 성애화된 인성간의 복합적 관계를 밝혀낼 정도로 발전되지는 못했다. 하지만 와인버그는 미디어 편견, 법제도상의 처우, 개별적으로 발생하는 폭력을 아우르는 사회적이고 역사적인 현상에 주목했다. 호모포비아는 심리적인 것과 사회적인 것 간의 경계에 있는 개념이다. 그렇다면 한국의 경우, 호모포비아가 과연 존재하는지 이에 대한 법률적 사회적 조치는 어떤 것들인지를 고찰해 보기로 하자.

나. 상징폭력: 동성애에 대한 표상(representation)

상징폭력과 언어폭력은 동성애자들에 대한 편견을 드러내고 재생산하므로 사회적으로 호모포비아를 지속시키는 데 매우 주요한 기제가 된다. 미디어에서의 재현, 각종 서적에서의 동성애 규정, 또한 법에 잠재적으로나 명시적으로 드러난 동성애 규정도 주요한 동성애 표상에 포함될 수 있다.

A. 출판물: 동성애인권연대와 연세대학교의 '컴투게더'를 비롯한 4개 대학 동성애자 모임은 2002년 3월 20일 국립국어연구원(표준국어대사전 발행)과 9개 출판사를 상대로 국가인권위원회에 낸 '동성애자에 대한 차별적 표현 수정' 진정사건을 계기로 향후 발간되는 각종 사전에서는 동서애자에 대한 차별적 표현이 사라지게 되었다.[34] 하지만, 이러한 진정사건은

32) 폭력의 일반적 성격 및 여성주의적 이론에 관해서는 다음을 참조(D. Kelly Weisberg(ed.), *Sex, Violence, Work, and Reproduction*, (Philadelphia, Temple Univ. Press), 1996, 참고로, 성희롱에는 언어적, 상징적 차원이 포함된다. <남녀고용평등법>와 <남녀차별금지및구제에관한법률>상 규제되는 성희롱에는 육체적 행위, 언어적 행위, 시각적 행위, 기타를 포함하는 것으로 해석된다. 성희롱은 성폭력 관련법상 성폭력범죄의 구성여부와 관계없이, 개인의 성적 자기결정권을 침해하는 행위로 이해된다 (서울대학교 성희롱,성폭력예방과처리에 관한 규정 참조).

33) 이하 호모포비아에 대한 설명은 다음을 참조함. Jeffrey Weeks, "Homophobia," in *Feminism and Psychoanalysis - A Critical Dictionary*, Elizabeth Wright(ed.), (Oxford: Blackwell) pp. 155-156.

아직도 우리사회에서 동성애에 대한 비하적 표현이 만연하고 있다는 것을 드러내는 빙산의 일각이라 하겠다.[35] 소수자에 대한 편견을 담은 표현물에 대한 전반적 규제와 심의가 요청된다. 하지만, 현행 법령에서조차 동성애 인식이 편견을 담고 있다고 할 때, 법의 규제와 심의를 요청한다는 것이 역설적이다.

B. 법령: 앞서 말한대로 청소년보호법 시행령 제7조 별표1 심의기준에서 '동성애 조항'이 삭제되었다. 마찬가지의 이유로, 아래 법령에서도 '동성애' 관련 문구가 삭제되어야 할 것이다. 전반적으로 동성애를 청소년에게 교육적으로 유해한 것인지 여부에 대한 법의 태도를 일치시킬 필요가 있다.[36]

*** 정기간행물의등록등에관한법률시행령 별표1**
'혼음, 동성애, 근친강간, 가학.피학성음란증 등 변태성행위, 매춘행위 기타 사회통념상 허용되지 아니하는 성관계를 조장할 우려가 있는 것'을 청소년에게 유해하고 사회윤리를 침해하는 것으로 보고 있다.'

또한 군인을 대상으로 한 법령에서는 동성애를 심신장애로 보는 규정도 발견할 수 있다.

*** 군인사법시행규칙 별표 1**
'동 규정은 성적 선호장애를 심신장애의 하나로 간주하고 있다.'[37]

*** 징병신체검사등검사규칙 별지 2**
'정신과 102.인격장애 및 행태장애 (인격장애, 습관 및 충동장애, 성주체성 장애, 성적 선호장애 등)'[38]

그런가 하면, 동성애를 성병과 연관시킨 규정도 발견할 수 있다. 아래 규정은 이성과의 성접촉과 동성과의 성접촉을 구별하고 있는데, 성병 감염 등 문제성이 있는 성접촉이 아니라 동성애적 성접촉 자체를 성병 혹은 여타 질병 감염의 개연성이 높은 원인인 것처럼 다루고 있다. 의학적 근거도 제시하지 않은 채, 동성애에 대한 사회적 편견을 강화하고 조장하며

34) 국가인권위원회 보도자료. 2002.11.15.,

35) 이외 고등학교 교과서의 동성애에 관한 편견적 기술에 관해서는 이석태 상게논문 (2002) 참고,

36) 이하 성적 지향에 따른 차별소지 법령은 다음을 참조함. 여성개발원(오정진 외), <차별관련법령 실태조사>, 국가인권위원회, 2003, 65-71면.

37) 피해자를 대신하여 동성애인권연대가 국방부를 상대로 국가인권위원회에 진정한 한 사건에 따르면, 피해자 정 모씨는 1999.4월 군복부 중 자신이 동성애자임을 밝히자 군병원 정신과에 입원시켜 약 한 달간 생활하여야 했다. 중증의 정신질활자들과 함께 감금 수용되었고, 동성애를 비하하는 각종 언어와 행위에 노출되었다. 피해자는 동성애는 정신질환이 아니라고 주장하였고 이를 정신질환으로 보는 관련 조항의 개정을 요구하였다. 국가인권위원회 차별조사국, <차별행위의 이론과 실제(I)>, 2002 참조.

38) 국가인권위원회는 징병신체검사등검사규칙에서 질병, 심신장애의 판단기준 중 '성적 선호 장애'에 동성애자가 포함되는지 요부 및 포함된다면 그 의학적 근거 및 2001년 한 해 동성애자라는 이유로 징병신체검사등급 5급 이하의 판정을 받은 사람의 수를 요청하였다. 이에 대해 병무청은 징병신체검사시 동ㅇ성애자라는 진단이 내려지면 '성적 선호 장애'로 판단하여 3,4,7급의 판정을 내린다고 하였고 2001년 한해 동안 동성애자 판정자는 없고 성주체성장애-트랜스젠더라는 이유로 5급 판정을 받은 사람이 두 명 있다고 답변하였다. 국가인권위원회 차별조사국, 전게서(2002), 379-80면.

동성애자와 이성애자를 부당하게 구별하는 이러한 조문은 동성애를 차별적으로 다룬다.

*** 군혈액관리규칙서식 2**
'헌혈시 한번이라도 동성과의 접촉이 있었는지를 질문'

*** 혈액관리법시행규칙 서식 2**
'헌혈시 문진사항 중 성접촉 질문에 대해 이성의 불특정이성과의 것을, 동성은 단순히 동성과의 성접촉 유무를 질문.[39]

한편 군형법상 '계간' 개념에는 동성애가 포함되어, 동성간 성행위를 처벌하고 있다. 이러한 조문은 단지 군대 내에서 성교를 한다는 데 그치지 않고, 동성애 성적 지향을 무조건 반윤리적인 성애로 판단한다는 점에서 동성애 편견을 조장한다. 군대가 한정된 공간 속에서 주로 동성들이 생활하는 장소이기에, 군대내 성행위를 강요당할 위험이 크고 성행위를 금지하기 위한 법조문이 필요하다면, 보다 중립적인 표현으로 변경할 필요가 있다.

*** 군형법 제 92조: '계간(鷄姦) 기타 추행을 한 자는 1년 이하의 징역에 처한다.'**

최근 군대내 인권유린의 한 측면으로 군대내 성폭력 문제에 대한 관심이 고조되고 있다.[40] 군대내 성폭력 사건을 계기로 앞으로 성폭력과 성행위 사건에 있어 이성애자의 이성에 대한 성폭력 및 성행위에만 국한할 것이 아니라, 동성애간 성행위, 동성애자에 의한 성폭력, 이성애자의 동성에 대한 폭력 혹은 성행위로 구분하여 다루어져야 할 필요성이 제기된다. 아래와 같은 경우에서 볼 때, 이 필요성은 더욱 절실해진다.

다. 친밀한 관계에서의 폭력

자신의 성적 지향을 드러낼 경우, 동성애자들은 우선 가족, 친지, 친구 등 가까운 인간관계의 사람으로부터 폭력의 위협에 노출된다. 동성애자에게 있어서 가족은 보호막이나 울타리가 되지 못한다. 오히려 커밍아웃을 하기 가장 어렵게 하는 집단이 부모 혹은 가족이라고 보고한다. 부모나 형제로부터 매질과 욕설, 감금 등을 당했다는 이야기는 매우 흔하다.

자신이 동성애자임을 밝히자 "친지들을 다 모아놓고 무슨 '인민재판' 같은 것을 열었다. 외할머니가 내 가슴을 찌르면서 '니가 남자냐?"냐고 했고, 지금 생각해도 너무 창피하고 수치스러운 기억이다."[41]

한편, 파트너 사이에서 발생하는 폭력에 대한 사회적 대응의 미비는 보다 심각하다.[42]

39) 헌혈시 '동성애' 문진의 인권침해적 요소에 대한 연구논문은 다음을 볼 수 있다. 윤지효 외,"<연구노트> 동성애자와 에이즈 감염자를 동일시하는 차별 관념에 의한 인권침해" <공익과 인권> 제 1권 제1호, 서울대BK21 법학연구단, 공익인권법연구센터, 2004, 153-176면.

40) 군대내 성폭력에 관해서는 국가인권위원회 자료실 참조.

41) 조이여울, "뒤틀린 존재'라는 낙인-한국사회의 성적소수자에 대한 차별," <제주인권학술회의> 발표문, 2002, 372면.

42) 이하 동성 파트너간의 폭력에 관한 사례는 다음을 참조함. 시로(수연), "동성간 성폭력과 가정폭력" <나는 동성애자다, 나는 여성이다> 한국여성성적소수자인권운동모임 끼리끼리, 동성애에 관한 올바른 인식 확산을 위

사례 1: A와 B는 3년 정도 교제를 한 동거 커플이다. B는 A보다 나이도 많고 책임감도 강하다. 그래서, B는 회사를 다니면서 돈을 벌고 A에서 집에서 가사일을 한다....그런데, B가 회사를 다니기 시작하면서 A는 B의 행동이 마음에 들지 않는다. A가 알지 못하는 사람들과 늦은 술자리도 잦아졌다. A는 B의 일에 간섭하기 시작했고 B는 A의 반응이 점점 심해진다고 느꼈다... 그러던 어느 날, 술을 먹고 늦게 귀가한 B는 문을 열고 들어오자마자 A를 때리기 시작했다.

사례 2: A는 결혼생활을 한 정년퇴임을 앞둔 고등학교 여교사이다. 3년 전 남편과 별거를 한 상태에서 동성인 B를 만나기 시작했다. 얼마 지나지 않아 B와 동거를 시작했고 곧 남편과 이혼을 했다. 그런데, 동거 이후 B와 성격이 맞지 않는 것을 알게 되었다... 한참을 고민하던 A는 B에게 헤어지자고 말을 했다. 그러자, B는 폭력을 행사하기 시작했다. 이후, 헤어지자는 말만 나오면 폭력을 휘두르고 A가 다니는 학교에 동성애자임을 알리겠다고 협박했다. 뿐만 아니라 A의 딸 인생을 망치겠다고 협박하고 A의 전남편과 시댁에까지 알리겠다고 협박했다. 현재 A는 다니던 학교를 그만두고 시골로 도망갈 계획이다.

사례 3: A는 B와 헤어진 후에 한시도 편하게 지내지 못했다. B는 헤어진 직후부터 매일 내가 살고 있는 아파트로 찾아와 문 앞에서 나를 사랑한다고 소리를 질러댔다. 그리고 나의 부모님에게 전화를 걸오 나를 아웃팅시켰다. 그리고, 내가 다니는 회사에도 전화를 걸고 나를 아웃팅시켰다. 뿐만 아니라, 나의 아버지에게 계속 문자와 음성을 남겨서 내가 창녀고 동성애자라고 했다. 나의 아버지 친구를 전화번호까지 알아내 똑같은 내용을 퍼트렸다. 나는 길을 지나다 B에게 맞기도 했다. 내가 뜻을 굽히지 않고 헤어지겠다고 했더니 날 죽이겠다고 했다. 회사, 가족, 친구들에까지 모두 아웃팅된 나는 두려울 것이 없었다. 따라서, 결국 B를 스토킹과 폭력으로 고소했다.

사례 1은 동성 파트너간 폭력에 관한 것이며, 사례 2는 파트너간 폭력 및 아웃팅 협박, 사례 3은 이전 파트너의 아웃팅 협박에 관한 것이다. 이러한 사례들에서 볼 때, 동성 파트너간의 폭력문제는 파트너 당사자간 물리적 폭력, 주위 사람들에 대한 물리적 폭력, 협박, 스토킹 등으로 사태를 분류하여 대처방안을 마련해야 한다.

동성애자 파트너간 폭력을 다루기 위해서는 '가정폭력범죄의처벌등에관한특례법'상의 개정이 필요하다. 현행 법률에서 '가정구성원'의 범위에 동성파트너가 포함되지 않는다(제 2조). 동성파트너를 법률적으로 '배우자(사실상 혼인관계)에 준하는 자로 간주할지 여부는 가족관련 법률에서 먼저 규정되어야 할 사항이다.[43] 앞으로 형법 및 성폭력특별법상 성폭력 개념에 있어서도 이성애적 성교 개념을 벗어나 동성간 성폭력의 법률적 개념에 관한 보다 정교

한 여성성소수자 자긍심 갖지 프로그램 자료집, 2003, 30-31면.

43) 이성애 결혼에 있어 가정폭력은 주로 남편에 의한 아내의 폭력으로서 남녀간의 구조적인 힘의 불균형에서 기인한다는 점이 폭력의 성격을 많은 부분 설명해 왔다. 하지만, 이런 틀로 동성애 파트너간의 폭력을 설명하기에는 난점이 있다. 일반적으로 여성 동성애 간에 파트너를 바꾸는 경우가 다른 파트너쉽(남성동성애, 혹은 이성애)보다 더 빈번한 것으로 보고되며, 동시에 여성동성애자들이 다른 어떤 파트너쉽보다도 그에 강한 애착을 가진다는 점에서 파트너와의 이별은 폭력과 아웃팅을 몰고 올 가능성이 높은 것으로 사료된다. 이상 다음을 참조. Ruth Robson, "Lavender Bruises: Intra-Lesbian Violence, Law and Lesbian Legal Theory," in Weisberg 전게서 (1996), pp.378-387; Margaret Nichols 전게논문 (1990).

한 장치가 마련되어야 할 것이다. 또한, '남녀차별금지및구제에관한법률'상의 성희롱을 '남녀차별(제 7조제4항)' 현상으로만 정의다면, 동성간 성희롱을 인식하고 규제하기는 어렵다. 앞으로 동성간 성폭력, 폭력, 성희롱을 인식하고 규제할 수 있는 법적 근거 마련이 요구된다.

또한 위 사례들에 관통하는 공통적 현상은 동성애자 파트너를 가족, 직장 등 공공연하게 동성애자로 드러나게 되는 아웃팅에 대한 위협인 것이 주목된다. 사례 1의 이야기에서는 아웃팅 협박 등에 관해서는 나타나지 않지만, 이 사건을 폭력사건으로 경찰에 고소할 경우, 둘 간의 관계가 드러나야 한다는 점에서 아웃팅의 위협을 체험하게 된다. 따라서, 동성애자간 폭력에 대한 방지 및 처벌과는 별도로 동성애자의 아웃팅 위협을 감소시킬 대책을 병행하여 장치를 마련할 필요가 있다. 동성애자라는 신분이 수사과정에서 드러날 것이 두려워서 동성간의 폭력 등을 포함한 일체의 법적인 보호를 받지 못하게 된다면, 이들은 법적으로 무방비의 상태에 놓여 있는 것이다. 따라서 성 정체성이 '드러나는 것'에 대한 공포를 줄일 수 있는 장치의 마련이 급선무이다.

라. 혐오범죄에 대한 처벌과 감수성

앞에서 본 대로, 동성애자들의 아웃팅에 대한 공포는 호모포비아에 대한 반응이라고 할 것이고, 호모포비아는 동성애자에 대한 혐오 또는 증오로 표현된다. 혐오범죄(hate crime)이란 "특정 인종, 종교. 신체장애, 피부색깔, 국정, 또는 남녀성별, 성적 지향 등을 극단적으로 싫어해 이들을 표적으로 하는 범죄"를 의미한다. 미국 등 서구사회에서는 주로 다인종사회의 경험 속에서 혐오범죄의 사회통합 및 인권에 가지는 심각한 유해성을 인식하고 혐오범죄에 대한 법률을 발달시켜 왔다.[44] 한국사회에서는 동성애의 정체성 자체를 인정하지 않는 만큼 동성애자에 대한 혐오범죄가 많지 않다고 볼 수도 있겠지만,[45] 혐오 범죄가 실제로 많지 않은 것인지 아니면 혐오범죄가 혐오범죄로조차 드러나지 않아서인지는 좀더 연구가 필요하다. 현실사회에서 동성애자에 대한 공격은 만연하다고 보인다. 다음과 같은 사건에서는 가족에 의한 동성 파트너에 대한 폭행을 발견할 수 있다.

2001년 10월 최모씨(60세, 여)는 서울 동대문구 회기동 집에 찾아와 자신의 딸에 대한 동성애적 감정을 표현하며 "함께 살게 해 달라"고 요청한 김모씨(48세, 여)를 1시간동안 때려 숨지게 하였다. 최모씨는 구속되어 2001년 12월 징역3년을 선고 받았다.[46]

또한 군대에서 동성애자임이 밝혀지면 쉽게 폭력의 대상으로 노출된다. 한국의 남성동성애자들의 경우 군 입대는 매우 큰 두려움이다. 이들이 가장 두려워하는 것은 '군에서 아웃팅당하는 것'이라는 것이다. 게이들은 군대에서 아웃팅 당한다면, 집단구타, 고참으로부터 폭행, 강간을 당할 것이라는 공포에 사로잡혀 있다.[47] 앞에서 살핀 대로, 군인관련 법령에서 동성애자는 '계간'과 같은 비정상적 성이나 '심신장애'로 여겨지고 있는 것이다. 한국에서 잘 드러나지 않아 온 증오범죄 가중처벌법을 마련할 것이지에 관해서는 별도의 논의를 필요

44) 현재 미국의 대부분의 주에서는 혐오범죄가중처벌법이 마련되어 있다.
(http://www.ngltf.org/library/index.cfm 참조).

45) 이런 의견은 박영주에서 찾아볼 수 있다 (박영주. "동성애자에 대한 법적 태도," <부산법조> 제 21호 , 2004, 139면.

46) 이석태, 상게논문(2002), 76면.

47) 조이여울, 상게논문(2002), 375-6.

할 것이다. 다만, 동성애 혐오 범죄를 따로 범죄로 규정하지 않더라도 증오범죄에 대한 경각심을 가지고, 구체적인 사건에서 형법 등을 적용하면서 사안에 다라 가중 처벌할 수 있는 방법도 찾을 수 있을 것이다.

마. 수사과정

동성애자의 피해사례를 많이 축적될 수 없는 중요한 이유 중 하나는, 피해를 고발한다고 해도 경찰이 사건을 제대로 접수시켜 줄 것인지 제대로 조사를 해 줄 것인지, 변호사는 충실히 변호를 해 줄 것인지, 법원을 공평하게 판단을 해 줄 것인지에 대한 신뢰가 없다는 점이다.[48] 또한 이 과정에서 자신의 동성애 신분과 상황이 보호되지 않고 원치 않는 '아웃팅'을 당할 것이라는 예상을 쉽게 할 수 있다.[49] 인권을 보호하고 범죄를 처벌해야 할 경찰, 검찰, 법원에서 성적 소수자자들에 대한 불공정한 대우가 행해진다면, 이들의 인권은 사실상 사각지대에 놓여 있다는 것을 뜻한다. 다음의 사례를 통하여 수사 및 재판절차에서 동성애자 신분보호가 얼마나 중요한지를 생각해 보자.[50]

C와 D는 같은 직장의 선후배 사이였다. C는 레즈비안이었고 입사 당시 교제하는 사람이 잇는 상태였는데, 직속 남자선배인 D가 C에서 관심을 보였다. D는 거의 스토킹 수준으로 C를 쫓아 다녔고 그러던 중 C의 성 정체성을 알게 되었다. 하지만 D는 C를 더 괴롭혔다. D는 C에게 만나주지 않으면 너의 성 정체성을 폭로해버리겠다고 협박했다. 그리고 C가 거절하거나 피하려고 하면 C를 강간했다. 이런 일은 몇 년 동안 반복되었고, C의 심신은 망가질 대로 망가졌다. 그러나 C는 아무에게도 자신의 피해를 이야기할 수 없었다. D는 자신을 만나주지 않으면 아웃팅시키겠다고 나아간 것이었다. 아무에게도 자신이 당하고 있는 일을 말할 수 없었던 C가 경찰에 자신의 피해를 신고할 수 있을 리 만무했다. D가 처벌을 받게 된다 해도 C는 경찰이건 누구건 한 명이라도 더 자신의 성 정체성을 알게 되는 게 두려웠다. 그걸 비밀로 지켜주어야 한다고 생각하는 경찰을 아무도 없을 거라는 생각이 들었다.

위 사례는 이성애 남성이 동성애 여성에 대해 스토킹, 강간과 같은 성폭력을 지속적으로 행하면서 이것을 밝힐 경우 동성애 여성을 아웃팅 시킬 것으로 협박해 온 경우이다. 여기에서 동성애 여성이 당하는 이중의 차별, 즉 여성으로서의 차별과 동성애자로서의 차별이 중첩되어 나타나고 있다. 여성으로서 강간의 피해를 경찰에 보고하는 것으로도 매우 많은 비용을 지불해야 하는 것인데, 여기에 더해 자신의 동성애 정체성이 경찰에 의해 알려지는 것은 지속적 강간보다도 더 큰 지불이 된다는 것이 심각한 문제이다. 이러한 사례는 동성애자들, 특히 여성 동성애자들이 겪는 이중의 억압을 잘 드러낸다. 이 경우, 여성으로서 성폭력을 떳떳하게 보고하고 수사가 진행될 수 있도록 하는 수사 및 재판절차에 관한 여성주의적 인권보호기준의 마련과 실행이 중요하며, 피해자의 성적 이력(履歷)과 마찬가지로 성 정체성에 관한 정보를 보호하고, 해당 사건과 부관하다면, 배제하는 노력을 기울여야 할 것이다.

참고로, 2004년 1월에 개정된 '인권침해및차별행위조사구제규칙'이나 2004년 1월 개정된

48) 한채윤, 상게논문(2002), 49-50면.

49) 케이(한국여성성적소수자인권운동모임 끼리끼리 간사), "형사사법절차와 성소수자의 인권," <형사사법절차와 차별> 전국인권활동가대회준비모임, 반차별 포럼<2>, 2004.5.6.

50) 사례는 케이 전게논문(2004) 참조.

'인권보호수사준칙'에서는 사건 관계인들의 명예와 사생활 보호에 관한 다음과 같은 규정을 두고 있다.

*** 인권침해및차별행위조사구제규칙 제3조(조사와 처리의 원칙)**
① 인권위원 및 진정의 접수와 조사 및 구제업무 담당자(이하 "인권위원 등"이라 한다)는 그 직무를 수행함에 있어서 비밀을 지키고 진정인, 피해자, 피진정인 및 관계인(이하 "관계인 등"이라 한다)의 인권을 존중하여야 한다.
② 인권위원 등은 사건을 접수한 때로부터 종결할 때까지 관계인 등에게 사건의 처리과정 및 결과에 관하여 친절하게 안내·설명하여 관계인 등이 이해·납득할 수 있도록 성실하게 노력하여야 한다.

*** 인권보호수사준칙 제6조 [명예. 사생활 등의 보호]**
① 검사는 수사의 전 과정을 통하여 사건 관계인의 사생활의 비밀을 보호하고 그들의 명예 또는 신용이 손상되지 않도록 노력한다.
② 검사는 수사 중인 사건의 피의 사실은 물론 피조사자의 소환 여부, 일시, 귀가 시간 및 구속영장, 집행 시간 등 수사 상황을 기소 전에 공개할 수 없다.
③ 검사는 피의자를 기소하기 전에 구속 영장, 압수. 수색 영장을 포함한 일체의 수사 관련 서류나 증거물을 외부에 공개하여서는 아니된다.
④ 국민의 알 권리 보장 등 중대한 공익상의 필요가 있어 피의사실과 무관한 수사 상황만을 공개하는 경우에도 각급 청의 공보담당관리 적정한 절차에 따라 행하여야 한다.

경찰, 검사 등 수사를 맡는 일선 담당자 및 인권위원들은 위와 같은 규칙을 성실히 준수해야 할 것이다. 또한 성적 소수자 등을 포함한 소수자에 대한 지식과 감수성을 키우는 노력을 하는 것도 중요하다.

(3) 파트너쉽(partnership)의 법적 인정

가. 동성 파트너쉽 인정의 의미

동성애 파트너간의 혼인, 가족구성, 파트너쉽 인정은 동성애자 인권에 관한 국내외의 논의 및 법률적 조치의 마련에 있어 가장 많은 진전을 보이고 있는 분야이다. 필자는 여기서 동성애자의 혼인이나 가족이 아니라 파트너쉽이라는 측면을 논의해 보고자 한다. 혼인 혹은 가족 개념은 이성애의 규범에 깊이 침윤된 것이므로, 동성애 권리를 이성애 중심주의의 틀에서 바라보게 할 소지가 크다. 또한, 동성애자의 권리 확보는 우선 파트너쉽의 보장이 급선무라고 생각한다.

현재 한국의 법제도에서 동성애자의 파트너쉽은 전혀 인정되지 않고 있다. 동성애가 이성애와 '마찬가지의' 가치 즉 등가치를 가지고 있다고 보는 입장에 의하면, 동성 파트너쉽은 헌법 제 10조가 보장하는 개인의 행복추구권을 근거로 하며, 헌법 제 36조 1항은 동성애자 파트너쉽을 법적으로 인정하는 태도에 장애가 되지 아니한다고 한다.[51] 하지만 우리 헌법 제 36조 1항에서 '양성(兩性)'이라는 표현을 사용함으로써 배우자의 성이 서로 다를 것을 요구하는 바, 동성혼인을 가능케 하는 제도를 창설할 입법적 의무를 없다는 입장도 있다.[52]

51) 김민중, 전게논문 2004, 139면.

생각건대, 동성애자 혼인에 대한 입장 차이는 헌법에 대한 해석보다는 동성애, 가족에 대한 의견 차이에 바탕을 두고 있다.[53] 앞서 살펴본 대로, 동성애를 헌법 제 11조 1항의 '사회적 신분'에 해당하고 프라이버시 권리상 보장되어야 할 사생활에 해당한다고 본다면, 동성애에 대한 가치평가를 불문하고 그들이 이성애자에 비해 차별받지 않을 수 있는 법제의 마련은 정당성을 가질 것이다.

필자의 견해로는, 동성애자의 파트너쉽 인정은 한 사회의 동성애 정체성의 인정을 전제로 해야 의미가 있다고 본다. 동성애자에게 있어 가장 중요한 권리가 마치 결혼하고자 하는 권리인 것으로 문제를 단순화하거나 결혼할 권리를 폭력, 혐오범죄 등과 분리되어서 존재하는 권리로 간주할 수 없다. 다음의 사례에서 이 점을 논의해 보자.

거의 사실혼에 가까운 생활을 해 온 레즈비언 커플이 있었다. 이 들의 관계는 A가 B를 뒷바라지하는 형태로 시작되었고 그 패턴은 수년동안 지속되었다.... B는 전혀 일을 하지 않았고 그러므로 당연히 수입이 없었다. A가 돈을 벌어오면 B는 그 돈을 멋대로 써버리는 일이 비일비재했다. 그런 상황을 견디다 못한 A는 같이 힘을 합쳐 음식 장사를 해 보자고 이야기했다. 내내 놀기만 했던 B는 A의 제안을 수락했고 같이 개업을 준비했다. A는 가게를 얻기 위해 큰 빚을 졌다. 그러던 어느날 청천벽력 같은 일이 벌어졌다. 그 날은 A가 B에게 신용카드를 건네주며 물품을 구입해 오라고 한 날이었다. 아무리 시간이 지나도 B가 돌아오지 않았다. 불안해진 마음에 카드를 조회해 보니 이미 엄청난 액수가 사용되고 난 후였다. 며칠 뒤 B는 다른 여자와 함께 A의 앞에 나타났다. 알고 보니 그 둘이서 A의 카드를 마음대로 사용했다. B는 함부로 나오기 시작했고 같이 온 그 여자와 살겠다고 했다. 돈을 갚을 생각도 없으며 신고하려면 신고하라고 했다. A는 정성을 다해 보살펴 왔던 사람이고 노력을 기울여 온 관계이므로 절망스러웠다. 그리고 혼자서 감당해야 할 카드값이 끔찍했다. 경찰에 신고할까 하는 생각을 안 한 건 아니었지만, 경찰에서 '왜 아무 상관도 없는 사람한테 카드를 맡기고 그래요?'라는 질문을 받는다면 정말 할 말이 없을 것 같았다. 온 동네에 나는 레즈비안이라고 소문내는 꼴밖에 더 되겠느냐는 생각이 들어 선부르게 경찰서로 갈 수가 없었다.

위 사례는 다른 동성 파트너가 부당하게 사용한 카드빚을 변제받아야 하는데, 이 과정에서 서로의 동성애 정체성이 밝혀질 것에 대한 두려움으로 인해 이를 주장하지 못하는 어처구니없는 피해를 나타낸다. 이 경우, 동성애 여성은 경제적 손실 뿐 아니라 파트너를 잃는 배신감과 정신적 피해까지 고스란히 떠안게 되어있다. 일반적으로 동성간 파트너쉽의 법률적 보장의 부재는 동성애 관계의 불안정성을 높인다고 하는데, 이 경우 폭력, 정신적 문제 뿐 아니라 경제적 관계의 청산문제가 불거지게 되기 십상이다. 이렇게 법률상 동성간 파트너쉽의 불인정은 동성애자들을 파트너간의 폭력, 경제, 정신적 문제에 아무 방비 없이, 더 자주, 직면하게 만든다. 동성애 정체성 자체를 인정하지 않는 것은 동성 파트너쉽은 고사하고 사인(私人)간의 법률적 권리의무 관계조차 주장할 수 없게 만든다. 동시에, 동성애의 파트너쉽의 법률적 인정 없이는, 이성애자들과 평등한 사회적 처우를 받기 어렵다. 결국, 동성애자의

52) 조재현, 2002, 전게논문, 167-8면.

53) 예컨대, 조재현은 가족에 있어서는 자녀 출산과 양육이 핵심적 요소인데 동성애 관계에선 자연스런 자녀출산이 불가능하다는 것을 그 근거로 들고 있다. 하지만, 오늘날의 가족에서 자녀출산을 하지 않거나 할 수 없는 이성애적 가족도 계속 증가하고 있기에 이런 입장은 설득력을 가지기 어렵다.

인권보장을 위해서는 파트너쉽의 법률적 인정과 성 정체성에 대한 사회적 인정이 동시에 이루어져야 한다. 동성애가 헌법적으로 보장되는 사생활의 내용에 해당하며, 하나의 사회적 신분이라고 한다면, 동성애 성향을 이유로 이성애자가 누리는 파트너쉽 권리를 누릴 수 없다면 이는 동성애자에 대한 차별이다.

나. 파트너쉽 인정에 관한 법률적 고려사항

외국에서 동성 파트너쉽의 인정은 다음의 세 가지 방법을 통해 이루어졌다. 첫째, 동성커플에게 동반자관계를 인정하는 새로운 법을 이행하는 국내법을 시행하는 경우, 둘째, 국내 법원이 기혼의 이성 커플에게만 인정한 혜택을 부여하는 기존의 법을 뒤집은 헌법상의 평등규범을 적용하는 경우, 세째, 가장 최근에는 UN 인권위원회나 유럽인권재판소에 문제를 제기하는 등 국제소송을 통한 전략이 이용되고 있다.[54] 현재 네덜란드와 벨기에는 동성애자들에게 이성애자들과 마찬가지의 권리 의무를 가진 '결혼(시민권적 혼인)'을 허용하는 두 나라가 되었다. 파트너쉽 관계의 등록제를 둔 나라들은 덴마크, 아이슬란드, 독일, 노르웨이, 스웨덴, 미국(버몬트 주), 네덜란드 등이며, 동거관계의 등록제를 둔 나라는 미국(캘리포니아, 하와이 주), 캐나다, 프랑스, 스페인, 스위스 등이다. 이들 중 네덜란드의 혼인제도 개방법(Act Opening the Institute of Marriage)는 2001년 4월 1일부터 발효하였다. 네덜란드는 시민혼인제도를 동성커플에게도 개방하는 세계 최초의 국가가 되었다. 혼인의 요건과 효과는 이성혼에 적용되는 것과 동일하다. 한편 프랑스법은 동성혼은 인정하지 않고 있지만, 의회는 1999년 10월 동반자법 혹은 파트너십법을 통과시켰다. 시민연대협정(Pacte Civile de Solidarite, PaCS)는 전통혼의 법적 혜택의 일부를 동성커플와 미혼의 이성커플에게 주는 것이다.[55] 동성간의 파트너쉽의 법적 인정을 위해서 아래와 같은 측면에 관한 법적 장치가 마련되어야 할 것이다.[56]

A. 파트너쉽 성립요건
   ① 동성일 것 등.
   ② 장애 사유: 혼인한 배우자 혹은 이미 동성 파트너쉽이 있는 자, 미성년자, 직계혈족, 형제자매 등.

B. 법률적 효과
   ① 신분상의 의무 책임: 부양, 협조 및 공동생활을 영위할 책임 등.
   ② 부모자 관계: 공동입양 가능성에 대해서는 논의가 필요함. 인공적 방법에 의한 임신, 출산, 상대방 자에 대한 다른 일방의 친권적 권한 문제,
   ③ 재산상의 효과: 부양의무, 재산제도, 상속권, 임대차관계의 유지.
   ④ 기타 재산법적 효력: 일상가사대리권, 일상가사채무의 연대책임, 생활비용의 분담, 법률행위에 대한 제한.
   ⑤ 파탄, 해소: 사유 및 절차, 재산분할, 부양의무, 면접교섭권

54) 장복희, "동성간 동반자관계(Same sex partnership)에 관한 국제인권법 및 비교법적 고찰" 한인섭.양현아 전게서, 2002 , 133-167면.

55) 프랑스 시민연대협정에 대한 자세한 내용은 장복희 전게논문(202); 남효순 " 프랑스민법상의 동거계약에 관한 연구" <법학> 서울대학교 법학연구소, 제 44권 1호,2003, 47-85면을 참고할 것.

56) 김민중, 전게논문(2004) 143면 참조. 이하 동성애 파트너쉽 인정에 있어서의 판단 사항은 김민중의 논의를 참고함.

한국의 경우에는 적어도 동성간의 파트너쉽에 따른 상속권. 임대차관계의 유지 및 파탄시 재산분할 등 재산관계에 대한 법적 장치가 시급히 필요하다고 보인다.[57] 또한, 세금감면, 의료보험, 연금 등 사회보장제도에 있어서의 동성 파트너쉽에 관한 보호 장치도 마련되어야 한다.

다. 새로운 신분등록제도의 마련

2004년 6월 현재 민법상 호주제도가 삭제된 가족법 개정안이 17대 국회에 제출되었고, 호주제도에 관한 위헌법률심판제청이 헌법재판소에 제기되어있다. 이에 따라, 현재의 호주제도와 연동된 신분등록제 대안에 대한 논의가 활발하다. 그동안 호주제도와 연동된 호적제도에 관해서는 여성차별성, 부부와 자녀로 구성된 가족만을 정상으로 만드는 '정상 가족' 이데올로기, 이혼 및 재혼 가정에 대한 차별성, 가족관계에 대한 국가의 사생활 정보 독점 및 열람권 등의 문제가 제기되어왔다. 법무부는 2003년 이러한 문제를 해소하고 보다 효율적인 '개인별 신분등록제'를 선택하는 입장을 표명하였다. 이 개인별 신분등록제는 본인 일인을 중심으로 작성되는데, 배우자, 부모, 배우자, 자녀의 성명과 주민번호가 기재되고, 본인의 신분사항으로서 출생, 혼인, 자녀관계, 사망 등이 기재된다. 최근 동성애자 단체를 포함한 인권단체연대는 흔히 '조대현(판사) 안'으로 알려진 이 개인별 편제방식은 여전히 배우자, 자녀에 대한 정보를 담고 있어 가족별 신분등록제의 한계를 안고 있다고 비판하면서 '목적별 공부'라는 대안을 제시하여 주목된다. 이들이 제시하는 목적별 공부는 신분등록부, 혼인등록부로 나뉘어지고 이 둘은 별도로 관리된다. 또한 신분등록부에는 신분등록번호, 이름, 생년월일, 출생적, 신고일, 부기번호 등이 기재되고, 혼인등록부에는 혼인등록번호, 당사자 이름, 당사자 신분번호, 혼인연동일, 신고일 등이 기재된다.[58]

앞으로, 대안적 신분등록부에 관해서는 개인의 신분사항을 공시한다는 신분등록제도의 목적을 잘 달성할 수 있는지, 열람에 관해서는 어떤 규칙을 마련해야 하는지, 시간과 비용 문제 등은 어떻게 극복할 것인지 등이 더 논의되어야 한다. 개인별 신분등록제는 호주제도가 안고 있는 남성중심성을 어느 정도 극복할 수 있지만, 혼인제도를 개인의 정상적인 경로로 보는 태도는 여전히 유지하고 있다. 증가 추세에 있는 독신자, 동거자들을 포함하여 다양한 사회적 소수자들에 대한 차별적 요소를 가지지 않는 신분등록제도 마련이 요청된다.

4. 결론: 앞으로의 과제

본 고는 동성애자의 차별의 성격과 그에 대한 현재 법의 처우와 앞으로의 방안에 관하여

57) 한편, 김민중은 현행 법률 속에서 동성애 파트너쉽에 따른 권리가 보장될 수 있는 장치에 대해서 다음과 같이 논한다. 민법 제 1057조의 2의 "특별연고자"의 지위를 논하고 있다. 민법은 특별연고자로 (i)피상속인과 생계를 같이 하고 있던 자(사실상의 배우자, 사실상의 양자), (ii) 피상속인의 요양간호를 한 자 (iii) 피상속인과 특별한 연고가 있던 자 (iv) 깊은 교제가 있던 자를 예시하고 있다. 그러므로 동성애 파트너 일방이 사망한 경웨 이 조문에서 정하는 특별 연고자로서 상속재산에 대한 분여를 청구할 수 있다. 또한 주택임대차보호법상 '임차인이 상속권자 없이 사망한 경우, 그 주택에서 가정공동생활을 하던 사실상의 혼인관계에 있는 자는 임차인의 권리와 의무를 승계한다(주택임대차보호법 제 9조 제1항). 그러므로 동성애 파트너 일방이 사망한 경우. 그 상대방을 주택임대차보호법이 말하는 '사실상의 혼인관계에 있는 자'로 유추적용할 수 있는 가능성이 있다(김민중, 전게논문, 2002 참조).

58) 타리, "새로운 신분등록제를 준비하며," 개인별신분등록제실현을 위한 공동연대 <자료집> 2004.6.5.

고찰하였다.[59] 이상의 논의에서 제시된 내용을 정리해 보면 다음과 같다.

* 한국사회에서 성적 소수자는 사생활보호의 권리와 평등권(차별받지 않을 권리)와 같은 기본권의 보장이 제대로 이루어지지 않았다.
* 동성애자들의 피해는 차별이라기보다는 지배적 편견 속에서 '존재하지 않음'의 상태에 놓여 있다고 하는 것이 적합하다.
* 동성애자의 인권문제는 차별현상 뿐 아니라 폭력, 억압, 비가시화 현상에 주목하여야 한다.
* 동성애자들을 전방위적으로 억압하는 혐오 현상에 대한 법적 조치, 즉 '혐오범죄'를 처벌할 수 있는 법의 마련이 시급히 요청된다.
* 국가기관은 '일반 평균인'의 관점을 따를 것이 아니라, 성적 소수자의 기본권 보호를 위해 적극적으로 나서야 한다.
* 동성애에 대한 혐오와 편견을 담고 있는 현재 법령은 하루속히 개정되어야 한다.
* 동성 파트너쉽 관계를 법적으로 인정하지 않는 것은 동성애 관계에 대한 동성애 관계 및 동성애자의 삶 자체를 불안정하게 한다. 동성애자 파트너쉽을 법률적으로 인정하지 않는다는 것은 동성애자에 대한 차별이다.
* 동성 파트너간의 재산관계, 복지수급에 대한 법적 제도를 마련해야 하며 새로운 신분등록제 마련에서도 사회적 소수자의 입장을 포함해야 한다.

이상으로, 현재 한국법에서 성적 소수자에 대한 처우를 요약하라면 그것은 무관심, 비정상화, 혹은 '곤혹스러움'이 혼재되어 있다. 이 점에서, 사회 속의 호모포비아가 법에서도멈추지 않고 있다고 평가한다. 한편, 국가인권위원회법 제 30조 2항, 청소년보호법시행령 제7조의 개정과 같은 변화에 따라 현행법에서 동성애를 바라보는 시각이 불일치하므로 이를 일치시킬 필요가 있다. 하지만, 동성애를 어떻게 볼 것인가는 단지 법률적인 문제라고만 할 수 없다. 이를 위해서는 법률적, 법철학적, 법사회적으로 다각도로 고려해야 할 것이다. 소수자 권리는 아래와 같은 여러 쟁점들을 던진다.

(i) 법과 도덕적 판단간의 관계이다. 법이 기존 사회의 '도덕'에 의존한다면, 동성애와 같은 소수자 문제에 법이 다른 태도를 가지기 어렵다. 기본권 보호의 입장에서 법적 원칙을 관철함으로써 오히려 새로운 도덕을 형성하는데 기여할 수 있지 않을까.

(ii) 소수자 문제에 있어서 프라이버시권의 성격에 관한 것이다. 프라이버시 권리가 사생활이 침해받지 않을 권리를 포함한다면 그것은 평등권, 사회권과도 서로 밀접하게 결합되어서 보장되어야 하지 않은가. 이 경우 '성애'라는 사적 생활의 측면은 공적 영역의 내용과 구성원리에도 큰 영향을 주게 될 것이다.

(iii) 소수자들의 피해를 '평등/차별'이라는 기준으로 다 포섭할 수 있을지 의문이다. 억압, 폭력까지도 '차별'로 개념화할 수 있는가.

(iv) 평등 기준이 가지는 이성애중심주의를 어떻게 극복할 것인가. 파트너쉽 인정에서 볼 수 있듯이, 그 중심 모델이 이성애적 결혼에 있다면 동성애자들을 자신의 '차이'를 중심으로 하여 무엇을, 어떻게, 요청할 것인가.

(v) 동성애 성애의 법률적 성격이다. 남성중심적 이성애 모델에 따라 성기의 '삽입'과 같은 개념으로는 동성애 성애를 법적으로 판단하기 어렵다. 동성애에 대한 법률적 인정에 따라 성애 및 성폭력의 개념을 어떻게 재구성할 것인가.

(vi) 성적 소수자의 피해 사례 조사 및 연구의 필요성이다. 이를 통해 단지 피해가 아닌 소수자의 자부심과 정체성을 옹호하는 언어가 더 많이 발굴될 수 있을 것이다.

59) 본 연구의 한계를 들자면, 군대 속에서 동성애자들이 겪는 차별을 다루지 못한 점과 주로 여성동성애자 단체의 자료에 입각하여 여성 동성애자들의 체험에 의존한 점을 지적하고 싶다. 또한, 현재의 동성애자의 상황을 토대로 하여, 이러한 상황과 법간의 접점을 찾고자 하는 방향에서, 정작 차별판단의 기준과 개념을 마련하는 데는 소홀해졌다고 생각한다. 앞으로 여성동성애자와 남성동성애간의 공통점과 차이성, 그리고 군대가 가지는 이성애주의와 동성애 억압 및 차별기제에 관해서도 연구가 되어야 한다. 또한, 차별기준에 대한 정교한 개념 마련의 노력은 계속되어야 할 것이다.

<Abstract>

On Discrimination and Legal Treatment of Sexual Minorities in Korea

Hyunah Yang (College of Law, Seoul National University)

This is a study to explicate the nature of discrimination and the legal treatment of sexual minorities in Korea and to suggest the direction of further study. The sexual minorities in this study includes homosexuals, bisexuals, transsexual, and transgender, although it primarily deals with the homosexuals. After reviewing the legal changes that occurred after 1990 to the present, the study emphasizes that the homosexuals still remain in the realm of silence and oppression, rather than in the realm of inequality and unfairness. It then reviews (1) the issue of 'coming out' and 'outing,' that is, unwanted uncovering of sexual identity by others, (2) violence against homosexuals, both symbolic and physical ones (3) and legal recognition of partnership. The current legal treatment of sexual minorities is in the state of ignorance and incoherence. Thereby, the law has not repudiated the societal prejudice against minorities. The essay emphasizes the importance of the Korean state's responsibility to protect the fundamental rights of homosexuals, especially the right of privacy and equality, upon which the preventive measure for the violence and discrimination against sexual minorities can be made. By the recognition of homosexuality in law, the fossilized morality of heterosexuality will become untenable.

연령주의 사회와 법

박 경 숙 (동아대 사회학)

1. 들어가며

연령은 단순히 생리적이거나 심리적인 발달과정이나 상태를 지칭하지 않는다. 우리는 연령이라는 범주를 통해 다양한 사회적 위치를 지정받는다. 출생에서, 아동기, 성인기, 중장년기, 노년기의 각 단계에는 고유한 역할들이 부과되고 있다. 대체로 우리의 삶은 '몇 세에는 무엇을 하고, 몇 세에는 무엇을 하는'것처럼 연대기적으로 전개된다. 생애의 전개과정이 연대기적 특성이 강하다는 것은 연령계층화가 뚜렷하다는 것을 반영한다. 만일 연령의 사회구성이 뚜렷하지 않다면, 삶의 연대기적 특성이 훨씬 불분명할 것이다. 학교에서 교육을 받는 연령 시기나 기간이 따로 정해져 있지 않으며, 노동시장에 들어가고 나오는 시기가 연령에 제약받지 않을 것이다. 사회적 관계도 더욱 다양한 연령계층들이 상호작용하고 융합하는 방식으로 이루어질 것이다. 가족관계를 형성하는 시기에도 훨씬 큰 변이가 이루어질 것이다. 이렇게 가상의 연령계층화가 없는 사회에 대비할 때 우리의 생애가 얼마나 연령에 의해 계층화되어 있는가를 깨닫게 된다.

연령계층화의 사회구조적 기원을 이해하기 위해서는 인구구조, 정치, 문화, 경제적 토대에 대한 총체적이며 맥락적인 이해가 중요하다. 학교시절 도덕, 윤리시간을 통하여 윗어른에 대한 공경과 예절의 문화를 배웠다. 나이 드신 분은 집과 사회에서 존경을 받는 분이라고 배웠다. 오늘날의 문화에도 연령에 따른 지위 구분은 자연스럽게 유지되고 있다. 타자와의 관계를 조정하는 신호로서, 관계 맺기의 시작에서 서로의 나이를 늘 확인하곤 한다. 나이는 상대방과 자신의 관계를 질서 짓는 중요한 상징이 된다.

현대에 올수록 관계 맺기는 훨씬 다양화되고 개별화되고 있다. 이런 가운데 연령의 계층화는 약화되었을 것이라고 가정할 수 있다. 그러나 타인과 나의 관계를 구분 짓는 연령의 의미는 약화되기는커녕 더 강화된 것이 아닌가 생각한다. 나이가 상징하는 권위와 능력쇠퇴의 이중적 의미는 현대 다양한 연령집단들 사이의 관계에서 상충적으로 공존하고 있다.

연령의 사회적 의미는 자본제적 사회구성과 중요하게 관계된다. 많은 노년학 논의는 현대사회에서 나이는 부정적으로 의미된다는 것에 합의를 이룬다. 근대화론에서는 그 이유를 공업화와 발전의 불가피한 결과로 해석한다. 은퇴이론에서는 역할에서의 이탈은 노년기에 불가피하며, 오랜 역할수행으로부터의 해방으로서 은퇴를 예찬하기도 한다. 나이에 대한 부정적인 생각은 노년 혹은 노인에 대한 부정적인 편견을 양산한다.

나이가 드는 것에 대한 부정적인 생각은 생산성, 능력주의가 강조되는 문화에서 양산되고 있다. 생산성, 능력에 대한 가치는 자유주의적 평등이념과도 합치된다. 이는 성, 출신배경, 종교, 인종에 상관없이 능력에 따라 기회와 사회적 참여를 보장하는 가치이다. 물론 생산성, 능력은 개인적으로 획득되는 것이 아니라 계급, 신분에 따라 차별적으로 독점화된다. 계급적 차별은 능력의 차별 메카니즘으로 재생산되고 있음을 간과할 수 없다. 그러나 능력, 인적자본 획득의 계급적 영향을 인정하더라도, 개인의 교육취득, 능력을 높게 평가하는 문화 안에 살고 있다. 계급, 인종, 젠더 불평등을 제거함으로써 진정한 기회의 공정성을 보장한다는 것이 지배적인 평등의 가치가 아닌가 생각한다. 이런 점에서 계급, 인종, 젠더 불평등을

개선하려는 노력들은 능력주의 문화를 근본적으로 부정하지는 않는다.

그런데, 나이를 부정하는 심리의 기저에는 생산성, 능력주의의 문화가 직접적으로 지배하고 있다. 바로 이런 문화적 지배력 때문에 나이에 대한 부정과 노년의 주변화는 현대 자본주의 사회에서 불가피하다는 인식이 팽배한 것이 아닐까. 결국 연령불평등의 정당성 근거가 생산성의 가치에 근거하고 있다는 것은 연령불평등을 개선할 수 있는 선택지가 매우 제한되어있음을 의미한다. 그렇다고 국가들마다 다양하게 진행된 연령차별 개선의 노력들을 폄하해서는 안 될 것이다. 연령주의의 근거가 되는 생산성과 효율의 가치는 결코 중립적인 가치가 아니라, 정치, 권력적으로 재구성된 가치이다.

이러한 문제의식에서 연령차별의 성격을 규정하고자 하는 것이 이 글의 목적이다. 연령차별이란 연령이라는 잣대로, 개인의 능력이나 태도를 잘못 평가하고 기회를 제약하는 행위이다. 그러나 연령차별이 단순히 연령을 근거로 한 비합리적이고 노골적인 억압, 폭력, 학대만을 의미하지 않는다. 연령불평등을 구조화하는 의식되지 않는 정치, 경제, 문화적 토대가 더욱 지배적인 연령차별일 수 있다. 무의식의 연령주의는 연령에 따른 자원의 점유/배제를 구조화하여 연령자체를 능력, 생산성을 가늠하는 준거로 구조화하기도 한다. 또한 연령불평등을 당연한 것으로 구조화하는 생산성, 능력주의 지배문화의 연원에 대해서도 논의가 필요하다. 과연 능력에 따른 차별은 차별이 아닌가?

구체적인 연구주제는 다음과 같다. 우선 연령차별에 대한 나름의 정의로부터 출발한다. 모든 연령차이가 연령차별로 해석될 수는 없을 것이다. 연령차별적 관계나 그 결과는 연령이 권력, 자원, 기회, 그리고 계층정체성으로 귀속되는 불평등의 관계와 연결이 될 때 논의될 수 있다. 연령불평등의 구조와 관계에 대한 논의 없이 연령차별의 근거를 규정할 수 없다는 이야기이다. 다음으로 좀 더 구체적인 쟁점을 중심으로 연령차별을 논의하고 있다. 노동, 가족, 복지국가, 문화 각 영역에서 관통하고 있는 연령차별의 성격들을 규명함으로써 연령차별의 보다 구조적이며 총체적인 원리에 접근할 수 있을 것이다. 마지막에서는 연령차별의 이론적, 경험적 조명에 기초하여 연령차별 개선을 위한 법적/제도적 방향성에 대한 소견을 개진하고자 한다.

2. 연령불평등과 연령차별

연령불평등은 상이한 연령집단들 간의 물질적, 비물질적 자원의 불균형적 관계를 재생산하는 제도, 구조, 행위를 일컫는다. 팔모어는 연령차별을 연령에 따른 편견과 이에 기초한 차별행위로서 정의한다. 이러한 정의는 비합리적 차별, 직접적 차별로 정의되는 차별 태도, 행위와 관련이 깊지 않은가 사료된다. 그는 연령주의(연령차별주의)를 특정 연령층에 대한 부당한 편견이나 이에 기초한 차별행위로 파악하고, 차별주의에 대한 경험적 지수화 작업에 몰두하였다(Palmore, 1999)[1]. 한편 그가 측정하고 있는 차별은 직접적이고 노골적인 차별 태도나 행위에 국한된다. 이것은 응답자가 주관적으로 인지하거나 연구자가 차별로서 규정한 태도, 행위에 근거하여 차별을 측정하는 관점이다. 한편, 이렇게 노골적인 행위나 태도에 따른 경험보다는 차별을 가하거나 당하는 입장 모두 차별로 인지하지 못하는 차별이 보다 장기적이고 구조적인 차별현상이기 쉽다. 연령차별의 무의식적이며 자기 지속적인 메카니즘은 문화적으로 내면화된 연령관념이나 상호작용에서 유지되는 암묵적 연령주의이다. 이런

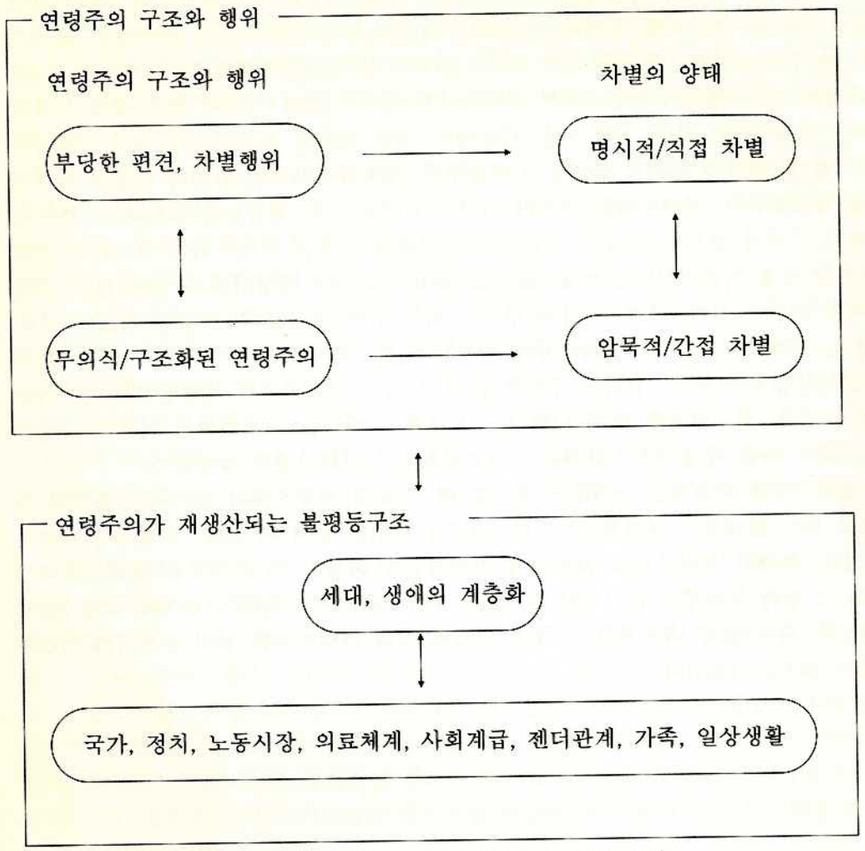
1) Pamore, E. 1999. Ageism: Negative and positive. New York: Springer Publising Co.

맥락에서 연령주의는 단순히 직접적 연령차별태도나 편견 행위뿐 만 아니라 구조화된 관계로서 접근하는 것이 바람직할 것이다. 구조화된 관계로서의 연령주의를 파악하는 입장은 Law(1995)와 Young(1990)의 논의에서 개진되었다[2]. 이들은 권력관계에서 연령주의를 파악한다. 물질적 기회, 정치적 시민권에서 주변화되고 폭력의 희생이 되며 젊음 중심 문화에서 부정되는 연령주의는 가족, 정부조직, 의료체계, 노동시장 등 다양한 장소에서 경쟁하고 있다고 지적한다. 연령은 사회적 관계로서 인종주의, 성차별에서처럼 편견과 억압의 형태인 연령주의를 구조화한다. 연령주의는 단순히 억압의 대상이 되는 사람들을 제한하는 것이 아니라, 피해자, 가해자 모두의 인식을 주조한다. 맥멀린과 마샬은 연령주의를 구조화된 관계에서 접근하는 것을 강조한다(McMullin & Marshall, 2001)[3]. 맥멀린과 마샬은 젠더, 인종관계에서처럼 연령은 권력, 지배, 억압의 범주가 되는 데에 주목한다. 연령은 제도나 권력, 자원을 배제, 견제하는 구조화된 관계이며 이러한 억압, 지배관계와 관련하여 연령차별적 행위, 태도 현상을 설명할 수 있다고 주장한다. 또한 그는 연령관계와 계급관계의 상호작용에 유의하고 있다. 연령관계를 통해 나타나는 노동통제 방식을 지적하면서 자본이 노동을 통제하는 방식은 다른 배제, 억압 관계와의 상호작용에서 이루어짐을 강조한다.

이렇게 연령주의를 구조화된 관계로서 파악할 때, 무의식 연령주의와 의식적 연령주의 사이의 관계를 보다 분명하게 규명할 수 있다. 명시적 편견은 없다하더라도, 무의식적 편견은 가질 수 있다. 오래된 연령주의의 노출에서 차별경험은 차별이 아닌 것으로 무의식구조에 내면화되고 그 결과 차별행위가 지속될 수 있다. 무의식의 차별주의에 가해자나 노인자신도 영향을 받는다. 나이 듦에 대한 인식이 주로 타자에 의해 명명된다는 것도 무의식의 연령주의에 연원이 있다고 사료된다.

2) Young, M. 1990. Justice and the Politics of Difference. Princeton, NJ: Princeton University Press.
Laws, G. 1995. Understanding Ageism: Lessons from Feminism and Postmodernism. The Gerontologist 35:112-118.

3) McMullin, Julie and Victor Marshall. 2001. "Ageism, Age Relations, and Garmen Industry Work in Montreal." the Gerontologist 41/1:111-122.



<그림 1> 구조화된 연령주의 관계

그렇다면 구조화된 연령주의 관계가 어떻게 창출되는가. 한편으로 연령주의 관계는 무의식의 구조로서 일상의 상호작용 과정에서 연령주의 행위와 태도를 재생산하는 자기 동학을 지닌다. 그런데, 구조화된 연령관계가 진공상태로 존재하지 않는다. 이 지점에서 우리는 연령관계의 구조화가 구체적으로 형상화되는 불평등의 맥락에 초점을 두게 된다. 한편으로 연령관계가 어떻게 구조화되어 있는가에 대한 이해와 더불어 이러한 구조화가 어떻게 사회불평등 맥락과 연관되는가를 밝히는 것이 중요한 것이다. 또한 사회불평등과 연령불평등을 연결하는 메카니즘으로서 세대와 생애의 동학에 유의하게 된다.

세대동학은 인구, 정치, 경제, 문화적 수준에서 사회변화의 일반적 형태라고 정의할 수 있다. 개인의 정체성이 시간적으로 변화되고 지속되는 것처럼, 사회의 성격 또한 새로운 성원과 구성원의 교체, 계승과정을 통하여 지속적으로 변한다. 상이한 연령집단들은 사회변화와 유지의 담지자들이다. 그런데 상이한 연령집단 사이의 관계는 정치, 사회적으로 다양하게 이루어진다. 자원에 대한 통제가 연령집단에 따라 크게 차이가 나는 것은 경제발전이 진행되는 사회에서 보편적으로 경험하는 현상일수도 있다. 자원의 통제력의 차이는 집단간 가치 문화지향을 분리하여 서로간의 갈등을 심화하는 결과로 이어질 수도 있다. 그런데, 모든 사

회에서 세대간 갈등이 큰 것이 아니다. 세대간 이해가 대립되는 맥락도 경험적으로 규명할 필요가 있다. 경제적 이해에 기초한 세대간 이해의 차이, 문화적 가치관에서의 차이, 혹은 정치적 이념에서의 세대차이 등 사회에 따라 세대 대립의 내용과 수위가 다양하다. 세대차이는 세대가 위치한 객관적 위치에 의해서도 설명이 필요하겠지만, 세대관계가 구체적으로 형성되는 정치, 경제, 문화적 맥락의 이해가 필요하다. 즉, 세대관계는 객관적 세대위치에서 결정되기 보다는 구체적인 정치, 경제, 문화적 맥락에서 고유하게 형성되고 변화된다.

이런 측면에서, 연령불평등에 대한 이해는 일차적으로 세대관계가 어떻게 정치, 경제, 문화적으로 구조화되었으며, 이러한 구조화된 관계가 다른 연령집단에 대한 권력 통제/ 지배관계로 이행하는가를 밝혀야 할 것이다. 잠정적으로 정치, 경제, 문화적으로 세대갈등이 클수록 연령을 중심으로 한 배제, 억압 관계가 강할 것으로 가정해 볼 수 있다.

가설1: 세대갈등이 클수록 연령불평등이 심할 것이다.

연령불평등과 사회불평등을 연결하는 두 번째 요소는 생애 동학이다. 기회나 자원은 일회적으로 획득되고, 집단정체성이 일회적으로 만들어지는 것이 아니다. 지속된 기회와 좌절의 누적과 다양한 경험들의 의미를 통합하면서 자신에 대한 정체성을 만들어나간다. 기회는 보상을 만들고, 보상의 누적은 새로운 기회의 축적을 가능케 함으로써, 개인에게는 생애라는 고유한 궤적이 만들어지고 사회 전체적으로는 계층구조가 형상화된다. 삶의 조건의 항상적인 변화 속에서도 자아와 사회계층구조가 유지되는 것은 바로 이러한 시간을 통한 기회의 누적과 정체성의 획득과정에 비롯한다. 그렇다면 생애를 통한 기회와 불리의 누적은 연령불평등과 어떻게 연결되는가. 기회나 불리가 시간을 통하여 누적된다는 것은 점차적으로 소수 계층에 자원이 집중됨을 가리킨다. 생애경로를 거치면서 자신들의 계급적 정체성과 타인과의 분리가 보다 뚜렷해짐을 의미한다. 이러한 생애계층화는 한편으로 세대간 계급재생산이 이루어지는 경향이 큼을 반영하는 만큼 연령주의를 약화하는 힘으로 작용할 수도 있다. 다른 한편, 불평등이 고착화되고 세대간이나 세대내 사회이동이 활발하지 못함을 의미하는데 이러한 이동의 제약에서 고령자 우위의 연령주의 관계가 구조화될 수 있다. 생애이행은 또한 제도적으로 구속을 크게 받아 특정 생애단계에서 가용할 수 있는 자원이 크게 제약을 받기도 한다. 생애의 제도화는 또한 각 생애시점에서의 역할에 대한 규범적 태도를 강화한다. 이렇게 생애과정에 제도화, 계층화, 규범적 과정이 복합적으로 결합되면서 연령주의의 관계가 구조화될 수 있다. 생애과정의 제도화와 규범이 연령분리적으로 제도화되어있을수록 연령주의 관계가 구조화되기 쉽다고 가정해볼 수 있다.

가설2: 생애를 통한 기회와 불리의 누적이 심할수록 고령층 우위의 연령주의가 심화될 것이다.
가설3: 생애의 연령분리적 제도화와 규범은 연령주의 관계를 심화할 것이다.

이상의 논의를 정리해보면, 연령불평등은 세대나 생애의 동학이 정치, 권력, 그리고, 규범적으로 직조되면서 구조화된 연령관계라고 이해할 수 있다. 따라서 연령주의 구조와 행위 및 태도가 어떻게 발현되는가를 규명하기 위해서는 생애나 세대관계가 정치, 권력, 문화적으로 구성되는 맥락을 밝히는 작업이 요청된다. 이는 연령불평등이 계급, 젠더, 인종 등 다른 불평등 관계와 불가분의 관계에 있음을 시사한다. 이러한 맥락에서 로소는 세대 혹은 연

령의 계층화 힘은 연령자체에서 기인하기 보다는 다른 중요한 실질적인 힘들의 복합적인 영향을 반영하는 것이라는 주장하였다[4](Rosow, 1978).

3. 구체적 영역별 연령차별의 양상과 그 메카니즘

이 절에서는 노동, 가족, 복지국가, 문화 영역에서 구체적으로 작동하고 있는 연령주의의 양상과 쟁점을 진단하려고 한다. 노동에서는 입직의 연령제한, 정년, 조기퇴직과 같이 연령장벽이 두텁다. 가족영역에서는 노동에서 만큼이나 연령불평등 쟁점이 쉽게 부각되지 않는다. 그러나 가족은 사적인 정서적 공동체의 의미를 너머 노동관계, 복지국가의 특성, 그리고 젠더관계, 세대관계를 구조화하는 주요한 계층화 요인이다. 가족과 연령불평등 사이의 연결을 구명함으로써 무의식의 연령주의 관계를 의식화하고 정치화할 수 있는 효과를 기대해 볼 수도 있을 것이다. 연령집단간 자원과 기회가 분배되는데 국가의 역할이 중요해지고 있다. 국가는 소득이전정책이나 서비스 이전정책을 통하여 분배기능을 재조정하고 계층화를 재생산한다. 이러한 이유로, 복지정책개혁을 둘러싸고 늘 세대 갈등이 중요하게 부각된다. 이 점에서 복지국가의 구체적 특성에서 연령주의의 쟁점을 규명하는 의의가 크다고 볼 수 있을 것이다. 마지막으로, 연령주의의 문화적 기초를 규명하는 것이 중요하다. 오늘날 다양한 연령정체성이 만들어지고 있다. 세대간 의사소통의 구조는 별로 발달되어 있지 않다. 분리와 타자화가 지배적인 세대관계가 함축하고 있는 연령주의의 성격을 조명하고자 한다.

가. 노동관계에서의 연령불평등

노동시장의 연령분리에 대한 경험적 증거는 다양하게 관찰된다[5](박경숙, 2004). 직종에서의 연령분리 현상은 최근으로 올수록 고령자가 주변직으로 집중화되는 방향으로 나타나고 있다. 전문직에서 젊은 세대의 상대적 점유경향은 최근으로 올수록 강해지고 있다. 농업부문에서 고령자의 과다점유경향 또한 최근으로 올수록 강해지고 있다. 이전에는 상대적으로 고령자의 점유율이 높았던 고위 행정, 관리직에서 고령자의 점유도는 쇠퇴하고 있다. 고령자의 점유가 단순노무직에서 점차적으로 증가하고 있다.

임금곡선의 변화도 고령노동자의 특성이 주변화되고 있다는 근거로 제시되고 있다. 근속기간이 짧아지고 있을 뿐 아니라, 시간당 임금 수준이 감소하고 있다. 결과적으로 임금연령곡선이 최근으로 올수록 완만하게 이루어진다. 연령에 따른 임금증가폭이 완만해진 것은 생애임금 결정방식이 연공식에서 능력별로 변화된 것에 기인하기 보다는 고령노동특성이 단기간, 저임금, 저생산력의 특성으로 변화된 현상과 더 연관이 깊다고 논의되고 있다.

고령자의 노동을 주변화시키는 주요한 제도가 강제적 정년제이다. 대부분의 기업이 55-58세에서 정년을 규정하고 있다. 더욱이 정년에 이르기 훨씬 전에 주요 일자리를 그만두는 경향이 증가하고 있다. 이른바 사오정이라는 신개념이 회자되고 있듯이, 40대, 50대 초반 명예퇴직이 성행하고 있으며, 중고령층의 실업위기가 심화되고 있다. 정규직 임금노동

4) Rosow , Irving. 1978. "What is a Cohort and Why?" *Human Development* 21:65-75.

5) 박경숙. 2004. "노동시장에서의 연령차이와 불평등." 현대한국사회의 불평등 구조. (방하남, 남춘호 편) 한울 (출간예정)

자의 조기정년의 결과, 노년기에 노동시장에 남아 있는 계층은 도시부문의 하층, 자영부문, 농업부문 등에 집중되고 있다. 또한 주된 일에서 완전은퇴로 이행하기 전 머물 수 있는 중간적인 일거리의 기회가 거의 존재하지 않는 상태에서 노동시장에 남아 있기 위해서는 현격한 지위하락을 감수하는 경우가 다반사이기 때문에, 전직 정규임금근로자가 은퇴 후 노동시장에 남아 있는 가능성이 희박하다.

최근 정부와 여러 사회집단에 의해 친고령자고용정책 혹은 고령자고용촉진정책이 강조되고 있다. 고령자고용촉진법(1991)이 제정되었으며, 고령자의 고용의 우선배려를 권장하는 고령자 적합(최근 우선의 용어로 변경)직종이 개발되었다. 고용보험에서는 또한 고령노동자의 재고용, 다수고용, 신규고용에 대한 임금보조를 사업주에게 지원하는 고용안정사업을 시행하고 있다. 그리고 사업체에서 정년연장을 장려하고 있다.

그러나 이들 정책들의 한계성이 이미 노정되고 있다. 고령자고용촉진 정책의 대부분이 법적 강제력을 가지지 못하고 있거나, 정책적 실효성을 지니지 못하고 있다. 정년 연장에 대한 강조는 권고 수준의 규정에 지나지 않는다. 고령노동자의 다수고용, 신규고용, 재고용에 대한 임금보조는 이들 지원이 없어도 여전히 값싼 고령노동을 선호할 업종들에 제공되고 있다. 고령자적합직종의 대부분은 주변적인 일거리이다. 이러한 고령자 고용정책의 미온한 효과는 고령노동촉진정책이 결코 중심적 노동정책 혹은 입장이 아님을 시사한다.

고령층의 노동권은 사회에 따라 다르다. 고령노동자 비율은 일반 고용수준과 장기적 실업의 국가지표에 따라 차이가 나타날 수 있다. 요컨대 경기가 나쁠수록 장기실업수준이 높을수록, 고령자 고용수준은 낮기 쉽다. 비교사회적 연구결과들에서는 또한 개별사업장의 특성과 관련되는 구조적 특성의 영향을 제시하는데 비정규직 비율이 높을수록 고령자의 경제활동참여기회가 크다고 지적한다. 또한 국가별 고령자 고용수준 차이의 주요한 원인으로서 각 국가의 연금체계의 특성을 강조하는 연구들이 많다. 완전수급의 조건으로서 보험료기여정도나 연금수급연령, 그리고 급여수준 등에 있어서 국가별 차이가 크다. 사회 협약주의 전통이 강한 유럽사회에서는 연금수급연령이 보통 정년의 기준으로 인식되고 있다. 이와는 달리 한국이나 일본에서처럼 사업주나 고용주와의 개별적 계약관계에서 명시적으로 정년제가 규정된 경우도 있다. 이 경우 개별 업체단위에서 규정된 정년과 국가가 제공하는 연금의 수급연령 사이에는 갭이 존재하기 쉽다.

노년기 노동권을 어떻게 보장하는가는 복지국가특성과 밀접히 연계된다[6](Esping-Andersen, 1990). 완전고용의 이념을 강조하는 사회민주주의 복지국가에서는 고령노동의 기회를 최대한 보장하는 경향이 있다. 탈상품화의 원리가 강조되면서 연금혜택의 관용도와 보편성이 큰 특성을 지닌다. 자유·시장주의 복지국가에서는 시장, 경쟁의 원리에 따라 고령 노동의 기회가 결정된다. 강제적인 정년제도는 없으며 생산성 기준에 의해 고령노동이 노동시장에 다양하게 배치된다. 그 결과 은퇴과정이 다양하게 전개된다. 고용안정과 소득 보장과 함께 은퇴과정을 밟는 집단과 생애를 통하여 노동을 벗어나지 못하는 집단이 공존한다. 연금혜택의 계층차이도 매우 크다. 보수주의 복지국가에서는 대체로 일차노동시장과 이차노동시장의 경계가 뚜렷하며 핵심노동자는 각종 제도적 보호를 받는 대신, 주변노동자는 경쟁의 원리에 방치된다. 대체로 노동과 가족역할의 전통적 성역할 분리가 뚜렷하다. 고령노동에 대한 통제도 강하다. 일차노동시장에서 핵심노동자의 일자리에 대한 경쟁을 조정하고, 연공급제의 부담을 줄이기 위하여 정년에 따른 노동통제의 필요성이 크다.

이렇게 고령자의 고용상태는 고유한 경제·노동조건에 따라 그리고 복지국가의 특성에 따

6) Esping-Andersen, G. 1990. The Three Worlds of Welfare Capitalism. Cambridge: policy.

라 차이가 있지만, 조기은퇴의 추세는 지난 20세기에 걸쳐 여러 사회에서 장기적으로 이루어진 고용관계의 주요한 특징이다. 특히 1970년대 이후 조기퇴직의 경향은 50대와 같이 공식적 연금수급연령에 비해 훨씬 낮은 연령에서의 노동이탈의 특징을 지닌다. 미국의 경우, 1970-1985년을 걸쳐 조기퇴직의 경향이 두드러진다. 이 기간동안 전형적인 은퇴연령으로서 65세는 62세로 낮아졌다. 네델란드, 프랑스는 어느 나라보다 조기은퇴 선호가 강하였다.

여러 사회에서 조기퇴직경향이 강화된 것은 단순히 노동자 개인의 태도변화로서 설명하기 힘든 현상이다. 노동기회의 연령차별을 법적으로 금지하고 있는 서구 여러 사회에서 조기은퇴 현상이 지배적이었다는 것은 단순히 이들 사회의 발달된 사회보험 때문만은 아니다. 오히려 고령노동기회를 구조적으로 제약하는 정책과 제도가 얼마나 지배적인가를 반증한다. 대부분의 연금제도나 실업보험제도는 조기퇴직을 장려하는 방식으로 설계되었다. 연금기금의 조기지원이나 조기퇴직수당과 같은 조기퇴직제도의 발달은 저성장과 실업률에 대한 대응이라는 지적이 일반적이다. 산업경기와 외부환경이 얼마나 안정적인가는 조기퇴직의 요구에 중요한 영향을 미친다고 인식된다(Stetz and Beehr, 2009)[7]. 조기퇴직제가 보편화된 데에는 70년대 이후 경기성장의 둔화, 고실업의 위기, 국제화된 자본과 노동 등 산업 내외적 환경의 변화가 배경이 된다. 저성장과 고실업으로의 경기 변화는 노동력 공급의 축소와 유연화 필요성을 크게 하였고, 그 결과 조기퇴직이 장려되는 환경이 창출되었다. 고실업은 일자리에 대한 세대간 경쟁을 심화하고 및 고령노동자의 젊은 세대를 위한 은퇴를 강제하는 요인으로 작용한다. 이러한 고려에서 조기퇴직은 신규 구직자에 대한 일자리 대체의 효과로서 시행되었다. 저성장이 은퇴의 요구를 크게 한다는 것은 상식이 되었다.

<표 1> 노동에서의 연령차별

	직접차별	간접차별
연령장벽	고용, 승진, 퇴직에 있어 명시적인, 문서화된 연령규정	각종 조기퇴직유인제도
연령장벽의 인지	강제적	자발적

선진사회와 우리 나라의 경험에서 우리는 노년 노동에 대한 다양한 차별 메카니즘에 주목하게 된다. 한편으로 물리적이며, 노골적인 연령편견과 차별 행위에 주목할 수 있는데 주로 생산성과 노화의 부정적 상관에 기초한 편견에 기초하여 노년노동을 기피한다. 나이에 대한 노골적인 차별은 흔히 생산성의 논리에 기초하고 있지만, 실질적으로는 생산성과는 상관없이 노동을 통제하는 수단으로 활용되는 경향이 크다. 예를 들어 입직공고에서 연령기준을 명시하는 것은 직접적인 차별행위로 판단할 수 있다. 연령제한이 특히 취약계층 노동자들에게 더욱 엄격하게 적용되는 것도 직접적 차별에 적용될 수 있는 관행이다. 정년이 강제적으로 의무화되어 있고 은퇴연령이 지나치게 낮게 규정되어 있는 것도 직접적인 연령차별에 해당될 수 있다. 위에 열거한 예들이 현재 우리 사회의 일반적인 노동관행이라는 것은 재차 강조할 필요도 없을 것이다. 흔히 고령 노동자를 기피하는 이유로 건강이나 지적 능력에서 노쇠함을 지적한다. 또한 연공서열식 임금 때문에 생산성에 비하여 임금이 더 많은 비용문제를 흔히 지적한다. 그러나 퇴화, 비용 논의는 노인집단 내부의 계층적 특성을 간과하고 노인집단을 비현실적으로 동질적 집단으로 간주한다. 연령에 따른 임금상승의 효과도 1990년대 이후 크게 완화되었고 연령별 소득차이보다 동일연령내의 소득격차가 더 지배적이다.

우리나라에 비하여 노골적이며 직접적인 연령차별이 덜 부각되지만 연령에 따른 노동통제는 다른 선진사회에서도 역시 지배적이다. 조기정년이 장려되었고, 명시적이지 않더라도, 구직에서 중고령자의 재취업기회는 매우 제한되어 있다. 비록 공식적인 정년규정이 없는 사회에서도 고령노동을 배제하는 제도와 정책이 지배적이었다. 은퇴제도는 노동력의 비용과 생산성을 효율적으로 관리하며 세대간 일자리 교환을 통해 실업문제를 완화하는 정책으로 간주되었다. 조기퇴직은 젊은 노동력을 선호하고 고령자에 대한 차별을 구조화한다. 고령의 구직자는 일자리를 찾는 구직자 줄 맨 뒤에 자신이 있다고 생각한다. 법적으로 다양한 고령노동보호조치가 존재하지만, 고령노동자가 새로운 일자리를 구하는 것은 매우 어렵다.

이렇게 대부분의 사회에서 연령에 대한 직접적, 간접적 차별이 지배적인 것은 생산성의 가치와 생산성에 대한 자본의 통제력에 비롯하는 것이 아닌가 하는 생각이다. 조기퇴직문화는 연령과 생산성의 부정적 상관에 대한 신화에 기초하고 있다. 이러한 신화가 받아들여지고 조기퇴직이 문화로서 지배하고 있는 것은 생산성 유지의 기능적 필요라는 보편적 합의때문이다.

우리사회에서 최근 부상하고 있는 고령자고용촉진, 활동적 노년기의 논의 역시 각색된 생산성 중심 논의에 다름아니다. 고령노동촉진의 일환으로 노동시장에서 고령노동에 눈을 돌리고 있는 업종은 주변적이고, 자체 경쟁력이 떨어진, 저임금의, 열악한 고용조건이 대부분이다. 노동의 연령 장벽이 지배적인 한, 친고령고용확대 정책은 자칫 많은 빈곤하고, 소외된 고령자를 주변적 노동자로 몰아넣는 결과로 이어질 위험이 크다. 노동시장의 높은 연령장벽과 고용불안이 증가하는 상황을 고려할 때, 이러한 우려를 결코 기우로 볼 수는 없을 것이다.

인구의 다수가 노년층으로 구성되는 고령사회에서, 조기퇴직이 생산성 유지와 실업대책으로 효과적인 정책인가에 대해 많은 의문이 제기되고 있다. 또한 정년이나 조기퇴직은 아무리 그것이 사회적 협약이나 합의에 기초하였다 하더라도, 개인의 일할 수 있는 권리를 배제하고 자율권을 침해한다는 윤리적 문제를 안고 있다. 현재 여러 사회에서는 노년노동정책의 방향에 근원적인 변화를 시도하고 있다. 복지국가의 재정부담의 증가와 인구구조의 고령화, 국경 없는 자본의 경쟁의 충격에서 생산적인 복지체제를 위한 대대적인 개혁이 이루어지고 있다. 새로운 노년노동정책은 조기퇴직이 아닌 보다 오랫동안 노동에 남아서 사회보험에 좀 더 오래 기여할 수 있는 방향을 향하고 있다. 유럽공동체는 2001년 55세 이상 고령자의 경제활동참여율을 2010년까지 50%까지 올리는데 합의하였다. 앞으로 고령자 고용상태에 실질적인 변화가 일어날지 여부는 무엇 보다 오랜 기간 깊게 정착된 고령노동 통제의 제도와 문화가 어떻게 극복될 수 있는가에 달려 있다. 또한 이러한 변화는 생산성 패러다임의 근본적 변환을 전제로 한다.

7) Stetz, Thomas and Terry Beehr. 2000. "Organizations' Environment and Retirement: the Relationship between Women's Retirement, Environmental Munificence, Dynamis, and Local Unemployment Rate," *Journal of Gerontolgoy:Social Sciences* 55B/1: s213-221.

나. 가족관계에서의 연령불평등

가족은 연령통합을 유도하는 제도이며 관계로서 인식되고 있다. 왜냐 하면 가족은 다양한 세대들의 문화적 가치전승과 물질적인 지원을 토대로 하고 있기 때문이다. 사람이 태어나고 성장하고 죽음에 이르는 생애 전체에서 자신 아닌 타인과의 관계를 가장 오래 유지하는 것이 가족이다. 가족생활에서는 많은 정서적 물질적 생산, 재생산 역할들이 이루어진다. 아동의 양육과 보호는 일차적으로 부모의 역할로서 간주되고 있다. 가족역할에 대한 가치, 태도가 많이 변하였지만, 자녀 양육에 대한 부모 책임의 강조는 여전히 강하게 유지되고 있다. 자녀의 교육이나 성공에 대한 부모의 열성은 세계 어느 나라에서 찾아보기 힘든 한국인의 정신으로 이해하기도 한다. 부모의 역할은 단순히 자녀의 성장, 교육기간에 제한되는 것이 아니라, 자녀가 직업을 찾고, 결혼을 하고, 자녀를 키우는 시기를 넘어 유지되고 있다. 개인주의 가치가 강조되는 미국사회에서 세대연대의 지속성을 강조한 벵츤이 전제하는 이상으로 한국사회에서는 세대간의 지원, 특히 부모로부터의 자녀 지원이 장시간을 통해 유지되고 있다. 이렇게 부모의 장기간 보호 속에서 자녀들은 자기 중심적으로 성장한다고 지적되기도 한다. 부모의 투자에 기대하는 심리는 자녀세대들이 독자적인 가족을 형성한 단계에도 연장된다. 부부간의 역할분담보다는 세대간의 역할지원에 기초하여 아동의 보육이나 육아 활동이 이루어지는 것도 연장된 세대지원관계를 반영한다.

근대적 핵가족중심의 가족관계가 세대관계를 약화시키고 세대고립을 결과한다는 주장은 현대가족 변화에 별로 적합성이 떨어진다고 논의되고 있다(Bengtson, 1993)[8]. 인구학적 변화에서 장기간의 가족관계가 유지될 수 있게 된 것은 현대의 혜택이다. 삼 세대 이상이 함께 삶을 살아갈 수 있는 기회는 기대수명의 연장에 따라 가능하게 되었다. 비단 인구변화의 혜택만이 아니다. 핵가족의 이념에서 강조하고 있는 부모역할의 지배력도 세대연대의 기초가 된다. 비록 생애시간을 따라 자녀에게 투자되는 부모의 자원과 노력은 변화되지만, 많은 투자 자원이 소실된 노년기에도 세대간 지원은 자녀로부터 부모에게 이전되기 보다는 부모로부터 자녀에게 이전되는 것이 지배적이라는 경험적 결과도 부모역할 중심의 세대간 연대의 힘을 반영하는 것이 아닌가 생각한다(Rossi and Rossi, 1990)[9]. 이런 맥락에서 핵가족중심의 가족관계가 세대관계를 약화시킨다는 주장은 '자녀역할' 중심의 세대관계를 약화시킨다는 진술로 제한되는 것이 타당하다고 생각한다.

그런데 세대간 지원관계가 늘 자녀가 혜택을 받는 방향으로만 이루어지지 않는다. 전통적으로 확대가족의 이념은 자녀로부터의 부모의 부양을 강조한다. 효 이념은 전통적 세대관계를 상징하는 가치로서 부모에 물질적 봉양의 책임, 부모의 마음을 평안하게 하는 책임을 자식의 당연한 도리로서 규정하고 있다. 부모의 물질적, 정서적 평안에 대한 자녀의 도리를 강조하는 가치가 비단 유교문화권에만 국한된 가치가 아니라는 지적도 있지만, 통치이념으로서 효 이념을 강조한 사회는 그렇게 보편적이지 않다고 생각한다. 이러한 전통적 확대가족의 이념에기초한 세대관계는 자녀의 부모에 대한 부양과 정서적 지원을 강조하는 점에서

8) Bengtson, Vern. 1993. 'Is the Contract Across Generations Changing? Effect of Population Aging on Obligations and Expectations Across Age Groups.' in Vern Bengtson and Andrew Achenbaum. (eds.), *The Changing Contract Across Generations*. Hawthorne, NY: Aldine de Gruyter. pp. 3-24.

9) Rossi, Alice and Peter Rossi. 1990. *Of Human Bonding: Parent-Child Relations across the Life Course*. New York: Aldine de Gruter

앞의 '부모역할 중심'의 세대지원과는 대조된다. '부모역할' 중심의 세대관계는 현대사회에서 그 세가 강화되거나 유지되고 있는 반면, '자녀역할' 중심의 세대관계는 현대 사회에서 많은 변화와 진통을 겪고 있는 것이 아니가 사료된다. 이러한 생각을 뒷받침하는 다양한 경험적 증거들을 지적할 수 있다. 우선, 급속하게 증가하고 있는 노인단독가구와 노부부만으로 구성된 가구형태를 지적할 수 있다. 2000년 전체 노인의 약 절반정도가 이러한 가구형태에서 생활하고 있다. 물론 자녀와 따로 떨어져 사는 것이 세대간 지원이나 연대의 약화를 직접적으로 반영한다고 파악하는 데에는 무리가 있다. 현재 노부모 중 에서 자녀와의 독립된 생활을 자발적으로 선호하는 비율이 상당히 큰 것으로 지적되고 있다. 또한 떨어져 살면서도 자녀로부터 경제적 지원을 제공받는 노인의 비중도 적지 않다. 신체/인지적 장애로 남의 도움이 필요한 노부모에게 자녀가 일차적인 조력자 역할을 수행하고 있는 것도 사실이다. 그러나 이러한 총량적인 모습이 세대관계의 전체모습을 모두 반영하는 것은 아니다. 시계열적인 국제조사에 따르면, 60세 이상의 한국 노인들의 주요 소득원 중 자녀로부터의 이전은 꾸준히 크게 감소하고 있다(日本 內閣府. 2002)[10]. 자녀로부터의 소득지원이 점차적으로 약화되는 현상은 또한 60세 이상의 고령자의 노동참여율의 증가현상과도 맥을 같이 한다(박경숙, 2003)[11]. 또한 유의할 것은 자녀로부터의 실질적인 지원관계의 약화보다 정서적 연대의 약화의 징후가 더 크게 나타나는 것이다. 인터뷰의 결과를 일반화하기는 어렵지만 도시, 중산층 젊은 여성들은 시부모와의 관계에 부담이 큰 것 같다. 대체로 일상생활에서는 친부모와 교류와 정서적 유대가 더 빈번하게 유지된다. 시부모에게 경제적 지원을 정기적으로 제공하고 있지만, 향후에 함께 합칠 의사에 대해서는 부모의 의사를 따를 것이라는 완곡한 태도를 보인다, 부모 부양에 대한 부담은 근로여성에서도 두드러진다. 노부모와의 인터뷰에서도 딸과의 관계가 아들보다 더 빈번하게 나타나는데 이는 부계적 세대관계의 약화를 반영하는 것이 아닌가 하는 의문을 제기한다.

그렇다면 우리의 가족관계는 세대연대를 강화하고 있는가, 아니면 약화하고 있는가? 한편으로 핵가족, 부부중심의 가족관계에 기초하여 '부모역할' 중심의 세대관계가 장기간에 걸쳐 발달되고 강화되고 있다고 가정할 수 있다. 한편, '자녀의 부양역할' 중심의 세대관계는 물질, 정서적 차원에서 다른 속도로 약화되고 있다고 가정할 수 있다. 부모에 대한 물질적, 경제적 지원은 완만하게 약화되고 있는 반면, 정서적 연대는 더 크게 약화되고 있다고 가정한다. 또한 부계, 모계의 세대연대의 변화에 주목할 수 있는데, 자녀역할 중심의 세대관계의 손상은 부계에서 뚜렷하다고 생각한다. 친족의 유지역할로서 여성의 역할은 모계 그리고 부모역할 중심으로 강하게 유지된다고 사료된다. 결국 현재의 가족관계에는 세대연대를 통합하는 힘과 약화하는 힘이 공존하고 있다고 잠정적으로 결론내릴 수 있다.

위의 논의는 부모역할과 자녀역할의 유지가 세대통합에 기능적임을 가정한다. 또한 부모역할과 자녀역할은 전형적 핵가족관계나 확대가족 관계에서 유지됨을 전제한다. 그런데 시각을 달리하여, 부모역할과 자녀역할이 세대통합에 반드시 긍정적으로만 작용하지 않는다고 주장할 수 있다. 무엇보다 가족수준의 지원관계와 그러한 관계에 기초한 연대는 사회적 수준의 세대간 자원과 가치통합으로 확대되지 못하는 한계가 클 수 있다. 가족중심적 생활에서 의미의 준거는 가족으로만 귀속되는 경향이 강해질 수 있다. 가족이기주의는 가족중심적 사회구성에서 귀결된 가치지향이라고 판단된다.

가족중심의 세대관계는 또한 세대연대의 계층화를 강화할 수 있다. 경제적으로 문화적으

10) 日本 內閣府. 2002. 『高齡者の生活と意識』. ぎょうせい.

11) 박경숙. 2003. 『고령화사회 이미 진해된 미래』 의암출판.

로 투자할 자본이 많은 부모와 빈곤의 스트레스에 만성적으로 노출되는 부모의 보호로부터 성장한 자녀들의 물질, 심리, 문화적 지원체계의 차이를 부연할 필요도 없을 것이다. 또한 자녀의 교육이 부모의 역할로서 당연화되는 맥락이 내포하는 불평등에 유의할 필요가 있다. 어린 자녀에 대한 부모의 역할을 강조되고, 다양한 성차별경험에도 불구하고 노동시장에 집요하게 남아 있던 여성들이 자녀의 출산, 육아시기에 일제히 노동시장으로부터 빠져나가는 것은 양육에 대한 어머니, 부모의 책임의식 때문이다. 어린 아이는 어머니가 있어야 된다는 의식이 보편적이다. 어머니, 아버지가 없는 자녀는 치명적인 결함을 지닌 불운한 아이로서의 시선이 강하다. 가족중심문화에 예속된 우리의 시각에서는 부모역할이 당연한 것으로 인지한다. 부모역할의 손상은 도덕성의 약화나 부모자격의 결함으로 간주한다. 이러한 낙인적 태도에서 세대통합을 위한 적극적 정책개입이 이루어질리 만무하고 가족가치의 고취에만 열을 올릴 뿐이다. 이러한 사회적 불개입, 가족책임론의 문화에서, 이혼여성, 한부모 가정 아동에 대한 물질적, 문화적 배제가 양산되는 것이다. 세대간 그리고 세대대 빈곤전승의 위험이 큰 가족은 전형적 핵가족 가족관계에서 벗어난 가족에 속한 부모와 자녀들이다. 그러나 이혼, 미혼모 가족이라 해서 항상 빈곤위험이 큰 것은 아니다. 이들 가족이 일반가족에 비해 경험하는 경제적, 사회적 박탈의 수준은 비정형가족에 대한 일탈적 인식이 강한 사회일수록 크다고 가정할 수 있다.

확대가족이념의 구속력도 세대통합에 부정적으로 작용할 수 있음에 유의할 필요가 있다. 자녀의 이전이 과거에 비해 약화되었지만 여전히 제도나 생활에서 부계의 확대가족 중심의 세대관계의 구속력이 크다. 경제적 지원, 물질적 지원이 유지되는 수준에 훨씬 못 미치어 정서적 부담문제가 심각하다는 것은 부양관계가 자발적이기 보다는 구조적, 제도적으로 강제화됨을 반영할 수 있다. 우리의 민법에는 가족을 광의의 친족으로 정의하고 있다. 이러한 가족범위는 실질적 상속, 부양관계를 법적으로 구속하고 있다(양현아, 1995; 김수정, 2003)[12]. 확대가족 중심의 복지이념은 노인복지정책과 빈곤정책에도 일관된 원리가 되고 있다. 노인복지법은 선가정후사회의 부양원칙과 국가의 재정중립을 전통적 가족제도의 장점과 서구적 사회보장제도를 융합한다는 수사로 완곡하게 표현하고 있다(현외성, 1988)[13]. 가족으로부터 부양기회가 크게 제약된 빈곤노인에 대한 정책적 입장에서도 가족책임론이 견지된다. 현재 많이 논란이 되고 있듯이 공공부조 정책에 의해 보호를 받는 빈곤층의 비중은 매우 제한되어 있다. 그런데 특히 저소득 노인의 경우 그 빈곤수준에 비해 정부로부터 보조를 받는 수준이 매우 낮은 것으로 보고되고 있다(노대명 외, 2003)[14]. 이는 광범위한 가족부양

12) 양현아. 1995. "한국 가족법에서 읽은 세 가지 문제." 『한국사회사학회 논문집』 46집.
김수정. 2003. "한국의 빈곤정책에서 '부양의무자 기준'의 변화와 쟁점: 가족부양 '범위' 및 '부양비'를 중심으로." 『경제와사회』 59호:195-223.

1961년 생활보호법의 제정당시부터 생계부양의 '면제' 조항으로 명기된 부양의무자 기준이 1982년 생활보호법 개정이후 부양의무자 기준을 적극적으로 규정하였다. 또한 몇 차례의 민법의 개정에서 딸 부양의무자의 범위도 양성평등적인 친족범위로 사실상 확대되었다. 요컨대, 1982년 민법에서는 부양의무자를 8촌이내의 부계혈족, 4촌이내의 모계혈적, 남편의 8촌이내의 부계혈족, 남편의 4촌이내의 모계혈족, 처의부모, 배우자로 규정되었는데. 1990년 기준에서는 부양범위를 직계혈족 및 그 배우자간, 생계를 같이 하는 기타 친족간으로 정했다. 여기서 친족은 8촌이내의 혈족, 4촌이내의 인척, 배우자, 1990년 민법개정으로 친족범위는 부계뿐 아니라 모계를 포함하는 것으로 평등하게 확대되었다.

13) 현외성. 1988. "한일노인복지법의 형성과정에 관한 비교연구." 『한국노년학』 7: 5-23.

14) 노대명 외. 2003.『2003년 저소득층 자활사업 실태조사』. 한국보건사회연구원.
소득수준에서 최저생계비 이하의 인구 중 정부로부터 혜택을 받는 비율이 매우 제한적이다. 2002년 저

의무의 규정조건에 비롯한다. 이렇게 공공부조혜택의 낮은 수준은 엄격한 자산, 소득조사와 더불어, 가족부양의무자의 규정에 의하여 이중삼중적으로 체계적으로 스크린되기 때문이다(김수정, 2003). 현재의 기초보장법에는 부양의무자 기준이 보다 엄격하게 적용될 수 있는 여건이 마련되었다, 부양의무자의 재산, 소득평가, 사적이전을 추산, 이에 따라 간주부양비를 추정, 보충급여식으로 생계비를 지급.구상권을 발동, 수급권 신청을 제한하고 있다. 이런 부양의무자 기준이 공공부조정책의 기능을 왜곡한다. 사적부양, 가족책임 우선의 원칙을 빈곤가족에 확대 적용하여 빈곤가족의 생존권을 위험한 상태로 방치하거나 빈곤의 도미노 현상을 결과한다.

세대간 가족 부양책임은 법적으로 제도적으로 강제되고 있다. 법, 제도상으로 규정된 가족부양책임은 비현실적으로 광범위한 친족단위의 지원망을 전제하여 공공복지의 개입을 최소화하는 원칙으로 활용되고 있다. 결과적으로 사회적으로 보호를 받아야 하는 저소득 노인의 복지수급기회를 제약하여, 노인의 빈곤위기를 구조화하는 결과를 초래하고 있다.

강조하고 싶은 것은 효의 제도화나 이념적 강조가 반드시 노인의 사회적 지위나 세대통합에 긍정적으로 기여하지 않는다는 것이다. 효이념이 강제한 가족중심의 복지기능은 노인에게 가족 이외에는 어떤 자원도 가질 수 없게끔 하는 사회적 무책임, 불개입 논리를 정당화할 수 있다. 가족에 위임된 부양은 복지에 대한 사회적 책임, 복지에 대한 권리의식을 제약한다. 그 결과 노인의 소외문제를 가족의 문제로 축소하고, 개별화, 익명화, 주변화하는 역할을 수행할 수 있는 것이다.

이런 맥락에서 핵가족과 확대가족의 구속력이 세대통합을 저해하는 은밀한 경로들에 유의하게 된다. 가족생활의 안정성은 계층에 따라 차이가 크다. 가족이 늘 행복과 안녕을 제공하는 정서적 응집체가 되는 것이 아니다. 가장 친밀한 타인에 의한 유기, 학대, 인권유린은 가족 안에서 이루어지기도 한다. 핵가족, 확대가족을 정상적 가족관계로 규정한 사회구조에서 가족부양이 제대로 이루어지지 못하는 부모와 자녀들을 비정상적, 일탈적으로 낙인시키는 배제 메카니즘이 강력하다. 보편적 이념형의 가족관계에 간극이 큰 가족은 제도적으로 불리를 받기 때문에 빈곤위기가 심화될 수밖에 없다. 그러나 어찌 보면 이러한 안정된 가족지원망을 견지할 수 있는 개인이나 가족은 계급적 지위에서 제약받을 수밖에 없다. 그 결과 개별 가족이 경험하는 가족이념과 생활의 불일치, 역할관계의 부조리, 모순은 핵가족, 확대가족의 이념적 친숙성과 못지않게 보편적인 가족 경험이 되고 있는 것이 아닌가 사료된다. 그러나 모순, 긴장, 부조리의 가족 경험이 사적인 경험으로만 간주되고 있다. 빈곤 가족이나 세대연대가 불안한 가족경험이 얼마나 정치적으로, 제도적으로 뿌리를 두고 있는가에 주목하지 못한다.

소득층 생활실태조사에 따르면 (노대명 외, 2003), 가구소득이 빈곤선 이하에 있는 빈곤가구 중 공공부조의 적용을 받는 가구는 국민기초생활보장제도의 경우, 특례수급가구를 제외하면 20.31%에 불과하며, 의료급여 수급가구의 규모 또한 22.20%에 불과하다. 수급률이 낮은 것은 심사요건이 매우 엄격함을 반영한다. 소득조건 이외 자산, 부양능력자 의무규정이 수급자 선정의 기준이 되고 있다. 자산 수준을 고려할 때도 수급률이 개선되기는 하나, 별로 크게 개선되지 않는다. 어떤 요인보다 부양의무자 자격 심사조건이 거의 대부분의 실재적 수급요건자들을 탈락시키는 효과를 가짐을 반영한다. 이는 노인빈곤가구와 편부모가구이 수급률의 차이에서 잘 드러난다. 편부모가구의 경우 소득기준으로만 볼 때, 수급률이 45.67%, 자산기준까지 포함하면 수급률이 61.6%인 반면, 노인가구의 수급률은 각각 12.16%, 22.38%로 매우 낮게 나타난다. (노대명 외, 2003; p.412)

<표 2> 가족중심 사회구성에서 세대통합과 세대갈등

	세대통합	세대갈등
가족중심 사회구성	가족내의 세대간 이전 가족연대의 사회적 확대	위계, 연고주의 개인의 복지권 억압 가족이기주의 탈규범적 가족의 사회로부터의 배제
부모역할 중심의 세대관계	자녀의 교육취득, 결혼, 가족생활에의 지원	이혼, 한부모가정, 저소득층 가정의 지원력의 제약
자녀역할 중심의 세대관계	부모의 소득안정과 복리	사회적 책임면책론으로의 효도법의 변질

다. 복지제도에서의 연령불평등

복지국가는 노동, 젠더, 가족관계의 불평등을 재구조화는 주요한 불평등 메카니즘이다. 한국에서 근대적 복지국가와 관련된 복지제도가 정착된 시기가 별로 길지 않다. 1950년대 처음으로 만들어진 사회복지 관련제도는 근로기준법이 유일하다. 근대국가의 힘이 미약한 상황에서 사회복지는 구휼, 임시적 구제의 목적으로 민간단체를 중심으로 전개되었다. 1960년대 1970년대를 거치면서 제정된 여러 복지 관련 법들은 사회통치의 일환으로 엘리트에 의해 주도 되었다. 일부 계층의 보험혜택을 제외하면, 복지의 의미는 주변층에 초점을 둔 최소한의 보조의 성향이 짙었다[15]. 유신체제가 종결되고 제5공화국과 6공화국의 군사권위주의 정권은 복지사회의 건설을 국정지표로 삼았다. 이와 함께 복지관련법들이 새로이 제/개정되고 복지인력 및 사회복지관이 양적으로 팽창하였지만 1980년대 중반까지 복지제도의 잔여적이며 주변적 특성은 지속되었다[16]. 노동권이 크게 억압되었던 만큼 노동관련 복지정책이 거의 전무하였다. 1980년대 후반 이후 정치적, 사회적 민주화의 욕구가 분출되면서 노동관련 복지제도, 사회보험제도가 크게 확대되었다.[17] 문민정부(1993-1997)의 초기 삶의 질에 대한 관심이 고양되었고, 각종 사회보장 관련법 체계화되었다. 1993년 고용보험법이 제정, 1995년 시행되었다. 1995년 연금제도에 농어민이 포함되었다. 1997년 IMF 경제환란은 사회

15) 1960년 공무원 연금법, 1961년 생활보호법, 아동복리법, 1962년 군인보험법, 1963년 의료보험법이 제정되었다. 사회보험의 기본법인 연금, 의료보험, 산재보험이 제정되었지만 대상이 공직원, 교직원, 대규모 사업장 근로자에 제한되었다. 민간주도의 사회사업이 조정되었다. 사회복지법의 실질적인 확대는 1970년대에 전개되었다. 1970년 사회복지사업법이 제정되어 사회복지사업과 관련하여 생활보호(1961), 아동복리(1961), 윤락행위방지(1961)와 관련된 사업, 사회복지상담, 재해구호, 부랑인선도, 노인휴양 등 각종 사업과 시설을 운영하게 되었다. 1973년 국민복지 연금법이 제정되었지만, 1988년까지 실행이 유보되었다. 1973년 사립학교교원연금 제정되었고 1976년에는 의료보험법이 개정되었으며 1977년에는 교원의료보험 입법화되었다.

16) 1981년 노인복지법 제정되었고 아동복지법이 전면 개정되었다. 1982년 생활보호법 개정되었고 1983년 사회복지사업법 개정되었다.

17) 1986년 국민연금법이 개정, 88년 실시됨으로써 15 년간 유보된 연금제도가 실현되었다. 1986년 최저임금법이 제정되었고 88년에 실시되게 된다. 1988년에는 농어촌 주민이 의료보험제도에 가입하였고, 1989년에는 도시지역 자영업자가 가입함으로써 명실상부한 전국민 의료보험제도가 확립된다. 또한 1989년에는 모자복지법, 장애인복지법이 개정, 장애인고용촉진 등에 관한 법률등이 재개정되어 취약계층에 대한 복지정책을 강조하였다.

복지확대의 전기적 상황을 연출하였다. 대량의 구조조정, 대량실업 국면에서 위기관리 국가로서 사회안정망을 확충하고 사회보장제도의 개혁의 필요성이 절실히 요청되었다. 이러한 배경에서 일련의 사회보험제도의 개혁이 이루어졌다. 의료보험이 국민건강보험으로 통합되었으며(1999), 조합주의 지역의보의 재정, 운영이 통합되었다. 생활보호법이 국민기초생활보장법 재편되었으며(1999, 2000년 10월 실시), 생산적 복지의 이념하에 자활사업이 강조되었다. 고용보험 대상자가 농어촌, 도시 지역 자영인에게 확대되었으며(1999. 10). 전 근로자가 산재보험에 적용되었다 (2000. 7)

이렇게 지난 반세기 동안 한국의 복지제도는 커다란 변화를 이루어왔지만, 복지제도의 수준은 여전히 잔여성에서 크게 벗어나지 못하였다. 자본주의체제로의 성공적 이행에서 국가는 주도적 역할을 수행하였다. 반면, 복지에 있어서 비개입, 소극적 입장을 고수하였다. 복지에 대한 선가족후사회책임론은 지배적인 원칙으로 지속되고 있다. 이러한 복지역할에 대한 소극적 대응에서 노동과 복지의 배타적 논리가 강화되었다. 노동관련 복지제도는 그동안 억압된 욕구과 대투쟁으로 폭발되고 난 1980년대 후반에서야 입법화되었다. 각종 제도들은 행정편의에 따라 일본과 같은 타국제도의 단편적, 편의에 따른 차용으로 만들어져 효율적 관리와 통합에 애로가 크다. 수익자부담의 원칙, 재정중립의 철저한 자유방임주의 원칙이 유지되었다(김영모,1997) 문민정부 초기의 삶의 질 향상을 위한 노력들은 정권중반이후 쇠퇴하고 경제논리에 의해 복지는 주변화되었다. 국가역할의 주변성은 경제위기 이후의 상황에서도 크게 벗어나지 않는다. 비록 4대보험이 구축되고 복지제도의 제도적 정비가 완료되었다고 볼 수 있지만, 적용대상의 포괄성이나 급여수준에서의 보편성이 제약되고 있다.

소득분배에서 국가의 미온적 역할은 생애를 통한 누적의 불리가 심화되는 것에 적극적으로 대처하지 못함을 의미한다. 자산확보와 노후준비에 있어 민영보험의 비중이 매우 높다고 지적되고 있다. 복지의 가족중심성에 대해서는 이미 앞에서 논의하였다. 탈규범가족의 빈곤과 고령층의 대체적인 빈곤의 심화는 가족책임으로 전가되고 있을 뿐이다.

이렇게 현재의 소득보장정책은 분배의 왜곡을 극복하기에는 소극적인 입장을 견지하고 있다. 뿐만 아니라 오히려, 기존의 노동시장, 가족관계의 원리에 의해 구조화된 불평등을 복지정책에도 그대로 반영하여 취약계층을 복지의 혜택으로부터 배제한다. 취약계층 중심의 선별적 복지정책은 또한 복지에 의존하는 계층에 대한 낙인을 크게 한다. 소득/자산 규정에 따른 엄격한 통제 기준을 통과한 계층에 대한 '근로무능력'이나 '근로윤리를 소진한' 문화적 제재가 크다. 이에 더하여 가족에서 고립된 불쌍한 사람이라는 낙인을 감수하는 것이다. 능력/성과의 가치와 가족주의 가치에 의해 이중삼중적으로 배제되는 것이다.

서비스에 대한 사회적 개입수준은 소득보장보다 훨씬 취약하다. 아동의 양육에 대한 사회적 책임은 부모역할의 신성화의 논리에서 공론화조차 되지 못하고 있다. 공교육의 부실함에 대한 비판은 공교육의 내실화의 방향보다는 그 취약성을 메꾸기 위한 부모의 교육투자와 열의를 부추키기만 한다. 교육이외의 보육서비스에 대한 인식은 여전히 제한적이다. 보육서비스는 고가의 상품으로서 구입되거나 확대된 세대간 지원에 의존하거나 이것도 미덥지 못한 어머니의 노력으로 전적으로 이루어지고 있다. 노인 복지서비스의 경우도 문제는 마찬가지이다. 지역수준에서 제공하고 있는 각종 건강, 여가, 생활지원 서비스는 기본적으로 빈곤노인을 대상으로 마련된 것들이다. 복지관 담당자들은 이러한 서비스가 한편으로 취약노인의 생활에 어느 정도 도움을 주는 것이 사실이지만, 근본적인 해결은 되지 못한다고 지적한다.