

성적지향이나 젠더 정체성으로 인한 고용차별 금지¹⁾

1. 사건개요

미국의 1964년 민권법(Civil Rights Act of 1964) 제7장(Title VII)은 인종, 피부색, 종교, 성별, 또는 출신민족을 근거로 한 직장에서의 차별을 금지하고 있다. 예를 들어 제7장 규정 중 하나인 42 U. S. C. §2000e - 2(a)(1)는 “고용주가 개인(individual)의 성별, 피부색, 종교, 성별(sex) 또는 출신민족 때문에 (because of) 그 개인을 고용하지 않거나 고용을 거부하거나 해고하는 것, 또는 기타 다른 방식으로 고용상의 급여, 조건, 특전과 관련하여 차별하는 것은 위법한 고용행위이다.”라고 규정하고 있다.

이 사건은 세 가지 개별 사건이 병합된 사건으로 각 사건의 고용주는 피고 용인을 동성애자 또는 트랜스젠더라는 이유로 해고하였다.

Gerald Bostock은 조지아 주 클레이턴 카운티의 아동복지 변호사로 일하였고, 그의 리더십 하에 클레이턴 카운티는 전국단위의 수상을 하기도 하였다. 카운티 직원으로 10년을 근무한 후 그는 동성애자들의 취미 소프트볼 리그에 참가하기 시작하였고, 그 직후 그는 부적절한 행위를 이유로 카운티에서 해고되었다.

Donald Zarda는 뉴욕의 Altitude Express사(社)에서 스카이다이빙 강사로 몇 번의 시즌을 일한 후 그가 동성애자임을 밝혔고, 며칠 후 해고되었다.

Aimee Stephens는 미시간 주 가든시티에 있는 R. G. & G. R. Harris Funeral Homes에서 일하였고, 처음 직장에 들어왔을 당시에는 남성으로 소개되었다. 그러나 수년 후, 그는 성별위화감(gender dysphoria)²⁾을 겪고 있는 것으로 진단되었고, 입사 후 6년이 되었을 때 고용주에게 앞으로 여성으로 살아갈 계획임을 밝히는 편지를 보냈으며, 그 후 해고되었다.

해고된 피고용인들은 성별을 근거로 한 불법적인 차별이라고 주장하며 민

1) Bostock v. Clayton County, 590 U. S. ____ (2020)(No. 17-1618)(2020. 6. 15. 결정).

2) 성별불쾌감. 자기가 다른 성(性)으로 잘못 태어났다고 느끼는 상태.

권법 제7장상의 소송을 각각 제기하였고, 각 항소법원의 판결은 각기 달랐다. 연방대법원은 동성애자와 트랜스젠더에 대한 민권법 제7장상의 보호범위에 관한 항소법원간의 의견불일치를 해결하기 위해 이 사건의 상고를 허가하였다. 그리고 단지 동성애자이거나 트랜스젠더라는 이유로 해고하는 것은 민권법 제7장 위반이라고 판결하였다. 그 내용은 아래와 같다.

2. 판결요지

대법관 Gorsuch의 법정의견(6인 의견)³⁾

(1) 서설

우리 시대에 1964년 미국 민권법만큼 중요한 연방법률은 몇 되지 않는다. 이 법률 제7장에서 연방의회는 인종, 피부색, 종교, 성별, 또는 출신민족을 근거로 한 직장내 차별을 금지하였다. 오늘, 우리는 고용주가 피고용인을 단지 동성애자이거나 트랜스젠더라는 이유로 해고할 수 있는가에 대한 결정을 해야 하고, 답은 분명하다. 고용주는 다른 성별을 가졌다면 문제되지 않았을 특성이나 행위를 이유로 동성애자나 트랜스젠더를 해고하였다. 성별은 고용주의 결정에 있어 중대한 역할을 하였고 이는 민권법 제7장이 금지하고 있는 바로 그것이다.

민권법을 제정하였던 사람들은 이러한 결과를 예상하지 못하였을 수도 있지만, 마찬가지로 모성(motherhood)에 근거한 차별금지나 남성 피고용인에 대한 성추행 금지와 같이 현재는 명백해진 이 법률의 결과에 대해 당시에는 생각하지 못하였을 수도 있다. 그러나 입법자의 상상력의 한계는 명시적인 법률 문언이 의미하는 바를 무시하는 근거가 되지 못한다. 법률에 명시된 용어만이 법률이고, 모든 사람이 그 혜택을 받을 권리가 있다.

3) Roberts 대법원장과 Gorsuch, Ginsburg, Breyer, Sotomayor, Kagan 대법관의 의견.

(2) 민권법 제7장 용어의 해석 및 주요선례

연방대법원은 보통 법률규정을 해석함에 있어 법률제정 당시의 일반적인 대중적 의미에 따라 해석한다.

A.

이 사건 당사자들은 1964년 당시 “성별”(sex)이라는 용어가 여성과 남성 사이의 생물학적 구분을 일컫는 것이었다는데 모두 동의하였다. 그리고 성별 “때문에”(because of)라는 말의 일반적인 의미는 ‘성별을 이유로’, ‘성별로 인해’를 뜻한다.⁴⁾ 이는 인과관계론의 조건설(but-for causation)⁵⁾ 기준을 내포한 것으로, 이러한 형태의 인과관계론은 어떤 원인이 없었다면 특정한 결과가 일어나지 않았을 경우에 성립된다. 이에 따르면 고용주는 성별 외에 ‘다른 요인’도 고용상의 결정에 기여했음을 주장한다고 해서 책임을 피할 수는 없다. 민권법 조항 42 U. S. C. §2000e - 2(m)은 “...고용행위의 위법성은, 이를 주장하는 당사자가 인종, 피부색, 종교, 성별, 또는 출신민족이 어떠한 고용행위에 대한 동기요인(motivating factor)이었음을 입증하는 경우 성립되며, 다른 요인들도 함께 그 행위의 동기가 되었다 하더라도 성립된다.”고 규정하고 있다. “차별하다”(discriminate)는 대우에 있어 차이를 두거나 다른 쪽과 비교해 한쪽을 우대하는 것을 의미한다.⁶⁾ 소위 “차별적 대우”(disparate treatment) 관련 선례들에서 연방대법원은 성별을 이유로 다르게 대우하는 것이 고의적이어야 한다고 판결하였다.⁷⁾ 또한 민권법 규정은 “개인”(individual)이라는 용어를 반복하여 사용하는데 이는 집단과는 구별되는 특정한 존재에 중점을 두고 있음을 의미한다.

B.

4) University of Tex. Southwestern Medical Center v. Nassar, 570 U. S. 338, 350.

5) 행위가 없었다면 그러한 결과가 일어나지 않았을 것이라는 인과관계.

6) Webster’s New International Dictionary 745.

7) 예를 들어, Watson v. Fort Worth Bank & Trust, 487 U. S. 977, 986.

위와 같은 용어의 의미들로부터 다음과 같은 일반원칙이 도출된다. 고용주가 부분적으로라도 성별에 근거하여 고의적으로 해고하는 경우 이는 민권법 제7장의 위반이 된다. 이는, 설사 성별 외의 다른 요인들이 고용주의 결정에 영향을 주었거나, 고용주가 집단으로서의 여성들을 집단으로서의 남성들과 똑같이 대우하였다 해도 마찬가지이다.

성별을 이유로 개인을 차별함 없이 동성애자 또는 트랜스젠더임을 이유로 사람을 차별하는 것은 불가능하다. 예를 들어 두 명의 직원들이 모두 남성에게 끌리는 사람이라고 생각해보자. 이들은 한 명은 남자, 한명은 여자라는 점을 빼고는 고용주 입장에서는 모든 면에서 동일하다. 이 경우 고용주가 남자 직원을 해고하였다면, 그 고용주는 여자 직원에게는 허용되는 특성이나 행위로 그 남자 직원을 차별한 것이다. 직원 개인의 성별이 해고 결정에 있어 틀림없이 한 몫을 한 것이다. 다른 특성이나 행위와 달리 동성애나 트랜스젠더 지위(transgender status)는 성별과 불가분하게 밀접한 관련이 있다. 동성애 또는 트랜스젠더 지위를 근거로 한 차별은 고용주가 피고용인 개인을 성별에 근거하여 고의적으로 다르게 대우하는 것이기 때문에 피고용인을 동성애자 또는 트랜스젠더임을 이유로 고의적으로 불리하게 처사하는 것은 민권법 제7장의 위반이 된다.

C.

세 가지 주요선례는 민권법 제7장 규정의 명백한 용어가 의미하는 바를 재확인시켜준다.

첫째, *Phillips v. Martin Marietta Corp.*, 400 U. S. 542 (1971) 사건에서 연방대법원은 어린 자녀들이 있는 여성의 고용을 거절하고, 같은 나이의 자녀들을 둔 남성은 고용한 회사에 대해 민권법 제7장을 위반한 것이라고 판결하였다. 이 회사는 성별뿐만 아니라 부모인지 여부도 고려하였으므로 성별 “때문에” 차별한 것은 아니라고 주장하였고, 이 회사가 전체적으로는 남성보다 여성을 고용하는 것을 선호하기 때문에 법률 위반이 아니라고 주장하였

지만 이는 받아들여지지 않았다. 성별이 일부 원인에 불과하였다는 점이나, 집단으로서의 여성을 선호한다는 점은 민권법 제7장 위반에 아무런 영향이 없었다.

둘째, Los Angeles Dept. of Water and Power v. Manhart, 435 U. S. 702 (1978) 사건에서 연방대법원은 여성이 남성보다 장수하는 경향이 있기 때문에 남성 직원보다 여성 직원에게 더 많은 연금기금을 내도록 한 회사정책에 대해 민권법 제7장의 위반이라고 판결하였다. 고용주는 기대수명에 대한 정확한 통계에 기반하였다고 보여졌지만, 연방대법원은 집단으로서의 남성·여성 차원에서는 공평한 정책도 개인 차원에서는 차별적이 될 수 있다고 실시하였다.

셋째, Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc., 523 U. S. 75 (1998) 사건에서 연방대법원은 동성간에도 직장동료에 의한 성추행을 이유로 민권법 제7장상의 주장을 할 수 있다고 보았다. 연방대법원은 집단으로서의 남성이 차별받기 쉬운지 여부나 성별 외에 다른 요인이 차별에 기여하였는지 여부는 신경쓰지 않았다.

위의 세 가지 사건들의 교훈은 현재 이 사건에도 의미를 갖는다. 첫째, 고용주가 차별적 행위를 무엇이라 부르든, 다른 사람들이 무엇이라 꼬리표(label)를 붙이든, 다른 무엇이 동기가 되었든 상관없다는 것이다. Manhart 사건에서 고용주는 회사정책을 “기대수명”과 관련된 보험금액 결정이라고 불렀고, Phillips 사건에서 고용주는 “모성”에 근거한 정책이라고 부를 수 있었다. 그러나 그러한 꼬리표와 추가적인 의도나 동기는 차이를 만들어내지 못한다. 고용주가 피고용인을 동성애자이거나 트랜스젠더임을 이유로 해고한 경우, 이는 필연적으로 일부분이라도 성별 때문에 개인을 고의적으로 차별한 것이 된다. 둘째, 피고용인의 성별은 고용주의 차별적 행위의 유일하거나 주된 이유일 필요는 없다. 위의 세 사건에서 고용주는 피보호특성⁸⁾이 아닌 특성을 내세워 그것이 차별적인 고용에 더욱 중요한 요인이었다고 쉽게 주장

8) 차별의 대상이 되어서는 안 되는 사람의 특성. 여기에서는 인종, 성별, 피부색, 종교, 출신민족 등을 의미한다.

할 수 있었다. 그러나 그러한 주장은 아무 의미가 없다. 이 사건에서도 성별 이외의 요인이 고용주의 결정에 더 중요한 역할을 했다 하더라도 이는 무의미하다. 마지막으로 남성과 여성을 집단으로서 동등하게 대우했다고 입증할 지라도 고용주는 책임을 벗어날 수 없다. Manhart에서 그러하였듯이 비록 고용주가 모든 남성과 여성 동성애자 또는 트랜스젠더에게 똑같은 규칙을 적용하고자 했더라도, 동성애자 또는 트랜스젠더 직원을 그 개인의 성별 때문에 고의적으로 해고한 고용주는 법률을 위반한 것이 된다.

(3) 고용주들의 주장에 대한 반박

이 사건 고용주들은 피고용인들이 동성애자 혹은 트랜스젠더라는 이유로 해고했다는 사실에 대해 이의를 제기하지 않았다. 오히려 그들은 그러한 이유로 피고용인들을 고의적으로 차별했다 하더라도 이는 민권법 제7장상의 책임에 대한 근거가 되지 못한다고 주장하였다. 그러나 그들의 주장은 이 연방대법원 선례에 의해 이미 거부되어 왔다. 그리고 법률의 의미가 어떠한지 어찌해야 하는지에 대한 그들의 주장 중 어떤 것도 법률 문언 그 자체에 대한 무시를 허용하지는 않는다.

A.

고용주들은 피고용인들이 친구와의 일상 대화에서 자신이 동성애자 또는 트랜스젠더여서 해고되었다고 말했을 것이지, 성별 때문에 해고되었다고는 말하지 않았을 것이라고 주장하였다. 그리고 법규정의 엄격한 용어가 아닌 이러한 대화상의 대답이 우리의 생각을 이끌어야 하고, 이로써 이 사건 피고용인들이 성별 때문에 해고되었다는 주장을 타파하기에 충분하다고 주장하였다. 그러나 일상대화에서 화자는 청자에게 가장 관련있거나 정보를 주는 부분에 중점을 두는 경향이 있지, 말 그대로 모든 인과관계를 나열하지는 않는다. 일상대화상의 관례가 민권법 제7장의 법적 분석 - 성별이 (조건설 상

의) 원인이 되는지만을 묻는 분석 - 을 좌우하지는 않는다. 또한 동성애자 또는 트랜스젠더 직원을 차별하는 고용주는 필연적으로 그리고 고의적으로 성별을 이유로 차별하는 것이 된다. 동성애자 또는 트랜스젠더인 개인에 대해 그 사람의 성별을 알지 못한 상태로도 고용을 거부할 수 있다는 점도 결과에 아무런 영향을 주지 못한다. 성별에 좌우되는 고용정책을 고의적으로 채택함으로써, 고용주는 그가 개인 지원자의 성별을 알았든 몰랐든 상관없이 법률을 위반한 것이 된다.

고용주들은 동성애와 트랜스젠더는 성별과는 구분되는 개념이라고 강조하였다. 또한 만일 연방의회가 이러한 문제를 민권법 제7장에서 다루기 원했었다면 이를 특별히 언급하였을 것이라고 주장하였다. 그러나 연방의회가 폭넓은 규칙에 대한 어떠한 예외도 포함하지 않기로 결정한 경우, 연방대법원은 그 폭넓은 규칙을 그대로 적용하여야 한다.

마지막으로 고용주들은 이 사건의 정책들이 남성과 여성에게 똑같은 차별적 결과를 갖기 때문에 더 엄격한 인과관계 기준이 적용되어야 한다고 주장하였다. 그러나 이러한 주장은 성별이 민권법 제7장 하의 차별적인 고용행위의 유일하거나 주된 원인이어야 한다는 주장으로 이어진다. 이는 법률규정에 상충되는 것이다.

B.

고용주들은 1964년 당시 민권법 제7장이 동성애자나 트랜스젠더에 대한 차별에 적용될 것이라고 예상한 사람은 거의 없었을 것이라고 주장하였다. 그러나 민권법 제7장의 용어가 사실관계에 어떻게 적용되는지에 관해 어떠한 애매함도 없는 현상에서는 그러한 입법배경은 아무 상관없다.⁹⁾ 법률규정상 용어가 오늘날 또는 어떤 맥락에서 의미하는 바가 법률의 채택 당시나 다른 맥락에서는 다른 의미를 가질 수도 있을 것이다. 그러나 이 사건 고용주들은 ‘1964년 이래 민권법 제7장의 법문의 의미가 변해왔다’거나, ‘일반적으

9) *Milner v. Department of Navy*, 562 U. S. 562, 574.

로 법률규정은 우리가 놓친 메시지를 전달한다'고 설명하기 위해 역사적 자료를 활용하고자 하지 않았다. 대신 그들은 새로운 적용이 예상치 못한 것이면서도 중요한 것인 경우, 비록 그것이 명백하게 기존의 법률에 의해 명령된 것일지라도, 연방대법원은 단지 그러한 문제를 지적하고 그러한 주제를 다시 연방의회에 넘겨야 하고, 한동안 그 법률의 명백한 용어를 적용하지 말아야 한다고 말하는 것으로 보인다. 연방대법원은 그러한 종류의 논증을 오랫동안 거부해왔다. 이 사건 고용주들은 1964년과 그 이후 한동안 누구도 오늘의 결과를 예상하지 못했을 것이라고 주장하였지만, 실제로 그러할까? 민권법 통과된지 오래지 않아 동성애자와 트랜스젠더 직원들은 민권법 제7장 상의 소송을 제기하기 시작하였고,¹⁰⁾ 민권법 제7장이 통과된지 10년이 지나지 않아 성평등 헌법수정안(Equal Rights Amendment)에 대한 토론이 있을 때, 민권법 제7장과 매우 유사한 법문에 대해 동성애자도 보호한다고 조언하는 사람들이 있었다.

입법 당시 환영받지 못하던 그룹에 대해 보호기능을 하는 법률을 적용하는 것은 종종 예상치 못한 것으로 보일 수 있다. 그러나 사건의 당사자가 어찌 다보니 법률의 채택 당시 환영받지 못했던 그룹에 속해있다는 이유만으로 법률의 적용을 거부하는 것은 정의의 저울을 강하고 인기있는 사람들에게 유리하도록 기울이는 것이 될 것이고, 모든 사람이 법문의 혜택을 받을 권리가 있다는 약속을 도외시하는 것이 될 것이다. 만일 우리가 민권법 제7장을 1964년에 예상하였던 몇몇 그룹에게만 적용한다면, 뒤집어질 법률이 상당히 많게 된다. 예를 들어 Oncale 사건에서 1964년 당시 이 법률이 남성 피고용인들도 보호하게 될 것이라고 얼마나 생각할 수 있었을까? 연방의회가 민권법 제7장을 제정할 당시 직장내 남성간 성추행은 주요하게 고려된 것이 아니었지만, 연방대법원은 민권법 제7장이 이를 금지한다고 망설이지 않고 인정하였다.

새로운 법률을 만드는 곳은 의회이다. 법률해석에 관한 한 우리의 역할은

10) *Smith v. Liberty Mut. Ins. Co.*, 395 F. Supp. 1098, 1099 (ND Ga. 1975); *Holloway v. Arthur Andersen & Co.*, 566 F. 2d 659, 661 (CA9 1977).

우리 앞에 놓인 사건들 안에서 법률의 요구를 가능한 한 충실하게 적용하는데 국한된다. 사법적 겸허함에 따라 법관들이 법률규정에 무언가를 추가하는 것이 자제되는 것과 마찬가지로 법률규정을 약화시키는 것 또한 자제되어야 한다.

고용주들은 우리의 결정이 민권법 제7장을 넘어 성차별을 금지하는 다른 연방법률이나 주법률에도 퍼질 것이라고 걱정하였다. 그리고 민권법 제7장에 따라 남녀구분 화장실, 락커룸, 드레스코드가 오늘 우리 결정 이후 유지될 수 없을 것이라고 우려하였다. 그러나 그와 같은 어떠한 법률도 우리 앞에 사건화되지 않았다. 우리는 오늘 그러한 문제에 대해 예단하지 않을 것이다. 우리는 민권법 제7장 하에서 화장실이나 락커룸이나 기타 그와 같은 문제에 대해 다루고자 하는 것도 아니다. 우리 앞에 놓인 문제는 고용주가 피고용인을 단지 동성애자 또는 트랜스젠더라는 이유로 해고할 수 있는지 여부이다. 다른 정책이나 관행이 민권법 제7장의 다른 규정 하에서 불법적인 차별이 되는지 여부는 미래의 사건에서 문제가 될 수는 있지만 오늘 이 사건에서는 아니다.

민권법 제7장의 요구에 부응하는 것이 고용주의 종교적 신념에 위배될 수 있다는 점에 관해서도 이 사건에서는 주장된 바가 없고, 오늘 이 사건의 당사자 고용주들 중 누구도 그들의 종교적 자유를 침해당하지 않았다.

(4) 결론

민권법 제7장에 성차별을 금지하는 문언을 추가하는 것을 지지했던 사람들 중 일부는 그로 인해 민권법 전체가 제정되지 못하는 것을 희망하였을 수도 있다.¹¹⁾ 그러나 그러한 의도와 반대로 법률안은 통과되어 법률이 되었다. 그 이후 민권법 제7장의 효과는 광범위한 결과로 펼쳐졌고, 일부는 연방의회나 여타 다른 곳의 많은 사람들이 예상했던 것을 넘어섰다.

11) 민권법 반대론자 중 일부는 민권법 법률안 전체를 통과되지 못하게 하기 위한 의도에서 독소조항으로 성별에 의한 차별금지 문구를 추가하였다(p.14 Alito 대법관 반대의견 참조).

그러나 이러한 사실들은 오늘 연방대법원의 결정에 영향을 주지 못하였다. 법관들은 의도에 대한 추정 또는 예상에 대한 추측에 불과한 것에 기대어 명백한 법규정상의 명령을 간과할 수는 없다. 민권법 제7장에서 연방의회는 고용주가 피고용인의 성별에 따라 그 피고용인의 해고 여부를 결정하는 것을 불법으로 하면서 광범위한 용어를 채택하였다. 오늘 우리는 그러한 입법적 선택이 필연적으로 가져오는 결과 - 개인이 동성애자 또는 트랜스젠더라는 이유만으로 그 사람을 해고하는 고용주는 법률을 위반한 것이다. - 를 망설임 없이 인정하는 바이다.

대법관 Alito의 반대의견(2인 의견)¹²⁾

오늘 법정의견이 한 일을 한마디로 표현한다면, 바로 ‘입법’이다. 법정의견은 법률규정을 해석하는 사법적 의견의 형태를 취했지만 이는 기만적인 것이고 사실은 입법을 한 것이다.

민권법 제7장은 다섯 가지의 명시된 근거로 고용차별을 하는 것을 금지하고 있다. 바로 인종, 피부색, 종교, 성별, 출신민족이 그것이다. ‘성적지향’이나 ‘젠더 정체성’은 그 목록에 들어있지 않다. 지난 45년간 연방의회에는 ‘성적지향’을 목록에 넣기 위한 법률안이 상정되어왔고, 최근에는 ‘젠더 정체성’도 포함하기 시작했다. 그러나 지금까지 어느 법률안도 양원에서 통과된 것은 없었다.

작년에는 성차별에 성적지향과 젠더 정체성이 모두 포함되는 것으로 정의하도록 민권법 제7장을 개정하는 법률안이 연방하원에서 통과되었지만,¹³⁾ 아직 상원에 계류중이다. 또 다른 대안적인 법률안¹⁴⁾도 유사한 차별금지 내용이 추가되어 있고 다만 종교적 자유를 보호하는 규정도 포함되어 있다. 이 법률안은 하원 소위원회에 상정되어 있다.

12) Alito, Thomas 대법관의 의견.

13) H. R. 5, 116th Cong., 1st Sess. (2019).

14) H. R. 5331, 116th Cong., 1st Sess. (2019)

민권법 제7장을 개정하고자 하는 이러한 법률안들은 아직 연방의회를 통과하지 못하였기 때문에, 민권법 제7장의 성별로 인한 차별금지 는 여전히 지금껏 늘 의미했던대로 해석되어야 한다. 그러나 연방대법원은 아직 계류중인 법률안을 법률해석을 가장하여 공포해버림으로써 다른 국가기관의 헌법적 권한을 빼앗았다.

법정의견은 독자들에게 단지 법률규정의 용어를 적용하는 것일 뿐이라고 확신시키고자 노력하였지만, 이는 터무니없는 이야기이다. 법정의견처럼 해석한다 해도 ‘성별’을 이유로 한 차별의 개념은 ‘성적지향’이나 ‘젠더 정체성’을 이유로 한 차별과는 다른 개념이다. 우리의 의무는 법률용어를 “법률이 제정된 당시” 합리적인 사람들에게 전해졌던 의미대로 해석하는 것이다.¹⁵⁾ 1964년에 모든 미국인들에게 설문조사를 했었다면, 성별로 인한 차별이 성적지향 - 당시 개념이 알려지지도 않았던 젠더 정체성은 말할 것도 없고 - 으로 인한 차별을 의미한다고 생각하는 사람은 찾기 어려웠을 것이다.

법정의견은 자신들의 의견이 법률해석에 있어 고(故) 스칼리아 대법관이 옹호하였던 원문주의(textualist) 학파의 산물인양 행세하고자 하였지만, 누구도 속지 않을 것이다. 법정의견은 마치 해석선과 같다. 원문주의자 깃발을 걸고 향해하고 있지만, 실제로는 스칼리아 대법관이 맹비난하였던 법률해석론, 즉 법원은 오래된 규정을 업데이트하여 현재 사회의 가치를 더 잘 반영하도록 해야 한다는 이론을 대표하고 있는 것이다.¹⁶⁾

많은 사람들이 정책적으로 민권법 제7장을 업데이트하는 의견에 찬성하며 법정의견에 박수를 보낼 것이다. 그러나 이 사건의 질문은 성적지향이나 젠더 정체성으로 인한 차별이 금지되어야 하느냐의 문제가 아니라, 연방의회가 1964년에 이를 금지하였느냐이다. 그리고 답은 반론의 여지가 없이 분명하다. 연방의회는 그러하지 않았다.

(1) ‘성별’의 사전적 의미를 바탕으로 한 분석

15) A. Scalia & B. Garner, Reading Law: The Interpretation of Legal Texts 16 (2012).

16) A. Scalia, A Matter of Interpretation 22 (1997).

A.

민권법이 제정된 1964년 당시, 성별로 인한 차별이란 출생 당시 남성과 여성이 가진 유전학, 해부학상의 특성으로 인한 차별을 뜻한다는 것은 더없이 분명하였다. 그리고 그 이후로도 “성별”(sex)을 성적지향(sexual orientation), 젠더 정체성(gender identity), 또는 트랜스젠더 지위(transgender status)를 의미하는 것으로 정의하는 사전은 하나도 찾을 수 없었다. 그러하다면, 민권법 제7장의 범위에는 성적지향이나 젠더 정체성으로 인한 차별이 포함되지 않는 것이 분명하다. 민권법 제7장의 ‘성별’이 생물학적인 남성과 여성을 의미하는 것이라면 성별로 인한 차별은 누군가가 생물학적 남성 또는 생물학적 여성이기 때문에 받는 차별을 뜻하는 것이지 동성에게 성적으로 끌리는 사람이라거나 그의 정체성이 특정한 젠더에 속해있다는 것 때문에 받는 차별을 뜻하는 것이 아니다.

법정의견은 논점에서 벗어난 논의를 하며 쟁점을 흐리려고 하였다. 법정의견은 성별이 유일하거나 주된 동기일 필요가 없다거나, 민권법 제7장은 집단의 권리가 아니라 개인의 권리를 보호하는 것이라는 등의 의견을 제시하였다. 모두 맞는 말이다. 그래서 어떻단 말인가? 이 사건과 같은 경우 원고는 성별이 ‘동기요인’임을 입증해야 한다. 만일 피고용인 개인 또는 입사지원자가 자신의 성적지향이나 젠더 정체성이 고용 또는 해고결정에 동기요인이었음을 입증한다면, 고용주가 성별 때문에 차별한 것임이 성립되는데 충분한 것인가? 다른 말로 하자면, 만일 고용주가 오로지 성적지향이나 젠더 정체성 때문에 해고한 것이라면 그 고용주는 필연적으로 생물학적인 성별 때문에 차별한 것이 되는가?

성적지향이나 젠더 정체성으로 인한 차별이 본질적으로 성별로 인한 차별이 되는 것이 아닌 한, 이 질문들에 대답은 ‘아니오’이다. 법정의견은 이러한 점을 입증하려고 애썼는데, 문제는 단지 그렇게 해석될 수도 있다고 주장한 것이 아니라, 그 외의 다른 방식으로는 해석될 수 없다고 주장한 것이다. 이

러한 주장은 오만하면서도 잘못된 것이다. 성별과 성적지향과 젠더 정체성은 각기 다른 개념이다. 성적지향이든 젠더 정체성이든 두 생물학적 성별 어느 쪽에도 구속되지 않는다. 남성과 여성 모두 다른 성별, 같은 성별, 양쪽 성별에 끌릴 수 있다. 한쪽 성별의 유전자와 신체를 갖고 태어난 개인이 다른 성별의 정체성을 가질 수도 있다.

법정의견과 달리, 성적지향 또는 젠더 정체성으로 인한 차별이 그 자체로 저절로 성별로 인한 차별을 수반하는 것은 아니다. 지원자의 성별에 대한 인식이나 고려 없이도 동성애자나 트랜스젠더의 고용을 거부하는 것은 얼마든지 가능하다. 자신이 동성애자라고 체크한 지원자의 서류를 보고 고용하지 않는 것이 가능하고, 이 경우 지원자가 남성인지 여성인지는 전혀 알 수 없는 것이다. 민권법 제7장은 성별 그 자체로 인한 차별을 금지하는 것이지 성별과 관련된 모든 이유로 인한 차별을 금지하는 것은 아니다.

법정의견은 개인의 동성애나 트랜스젠더 지위는 고용상의 결정과 무관해야 한다고 주장하였고, 이는 2020년 현재 많은 사람들이 갖고 있는 정책적 관점이며, 법정의견이 끼어들지 않았다면 연방의회가 그렇게 되도록 민권법 제7장을 개정하였을 것이다. 그러나 이는 현재 상태의 민권법 제7장에 구현된 정책이 아니다. 민권법 제7장은 다섯 가지의 명시된 이유에 의한 차별을 금지하는 것 외에는 고용주들이 피고용인을 평가함에 있어 특이한 기준을 적용한대도 이를 허용하고 있다. 예를 들어 고용주가 전갈자리 태생인 사람을 안 좋게 생각해 고용하지 않는다 해도 이는 허용되는 것이다. 이는 매우 불공정하고 어리석은 일이지만 민권법 제7장하에서 허용된다. 마찬가지로 민권법 제7장이 개정될 때까지는 동성애자나 트랜스젠더인 개인을 고용하지 않는 것도 허용되는 것이다.

(2) 1964년 당시 ‘성별’의 의미

여기까지는 ‘성별’의 사전적 의미를 기초로 살펴보았지만, 스칼리아 대법관

과 같은 원문주의자들은 사전적 의미에만 그 연구를 국한시키지 않았다.¹⁷⁾ 사전적 의미는 가치있는 것이지만 그것이 유일한 정보원은 아니다. 중요한 것은 법률의 제정 당시 보통 사람들에 의해 해당 법률규정의 용어가 어떻게 이해되었는가이다. 스칼리아 대법관은 이에 대하여 분명히 주장하였다. “법률의 단어는 ‘당시 합리적인 사람들에게 전해진대로’ 해석되어야 한다.” 대답은 매우 명백하다. 1964년 당시 민권법 제7장을 읽는 보통의 미국인들은 성별로 인한 차별이 성적지향으로 인한 차별을 의미한다고는 상상하지도 못했을 것이고, 하물며 젠더 정체성으로 인한 차별은 더더욱 상상하지 못했을 것이다. 성별로 인한 차별의 일반적인 의미는 개인의 생물학적 성별로 인한 차별을 뜻하는 것이었다. 당시 사람들은 성적지향이나 젠더 정체성에 근거한 차별이 성차별에 대한 어떤 색다른 해석의 범위 내에 들어갈 수 있다는 생각조차 해본 적이 없을 것이다.

(3) 입법배경 및 의회의 입법 의도

법정의견이 원문주의자의 깃발을 내세우고 있기 때문에 나는 법정의견이 원문주의를 근거로 옹호될 수 없음을 애써 증명하였다. 과거와 현재의 많은 대법관들은 법률규정의 원문 분석에 한정된 법률해석 방식을 옹호하거나 실천하지 않아왔다. 대신 법률규정의 용어에 모호함이 있는 경우, 의회의 입법 의도와 입법배경을 살펴보는 적이 적절하다고 판단해왔다. 그렇다면 왜 이 사건에서는 민권법 제7장에 대한 의회의 입법 의도와 입법배경이 무시되는 것인가? 의회의 의도와 입법배경을 살펴보면 법정의견의 해석은 더욱 설득력이 없다.

성차별 금지는 민권법 제7장의 입법 과정 중 뒤늦게 추가되었다.¹⁸⁾ 이를 추가하였던 Howard Smith 연방하원의원은 민권법 반대론자였으며, 성별에 근거한 차별금지는 독소조항으로 추가한 것이었다.¹⁹⁾ Smith 의원은 여성에

17) Manning, Textualism and the Equity of the Statute, 101 Colum. L. Rev. 1, 109 (2001).

18) Meritor Savings Bank, FSB v. Vinson, 477 U. S. 57, 63 (1986).

대한 고용차별의 금지는 연방의원들에게 받아들여지지 않을 것이고 결국 이 법률안이 통과되지 못하게 될 것이라고 생각하였다. 만일 Smith 의원이 독소 조항을 찾고 있던 것이라면 성적지향이나 젠더 정체성에 근거한 차별금지야말로 더 강력했을 것이다. 그러나 Smith 의원을 포함한 어떤 의원도 성차별 금지가 그러한 의미를 가질 가능성에 대해 한 마디도 언급하지 않았다. 모두가 생물학적 성별에 근거한 차별에 대해서만 토론하였을 뿐이었다.

성차별 금지의 채택이 갖는 의미는 분명하다. 이는 여성권리 옹호의 오랜 역사에서 비롯된 것으로 여성의 완전한 평등권을 향한 여정에 중요한 성취를 이룬 것이었다. 이는 민권법 제7장의 제정 이후의 상황에서도 명백히 알 수 있다. 2017년까지 9개의 연방항소법원들이 이에 관한 사건을 다루면서 민권법 제7장의 성별로 인한 차별금지를 생물학적 성별로 인한 차별금지로 이해해왔다.

(4) 법정의견이 가져올 여러 가지 문제들

오늘 법정의견이 ‘성별’로 인한 차별을 성적지향이나 젠더 정체성으로 인한 차별까지 포함하는 것으로 해석한 것은 사실상 지대한 영향을 미치는 결과를 가져올 것이다.

화장실, 락커룸, 기타 유사한 시설에 관한 문제가 발생할 것이다. 법정의견은 이 주제를 피하고 싶었겠지만, 자신을 반대쪽 성별로 여기는 사람들이 있는 곳에서 탈의하거나 화장실 시설을 이용하는 것은 많은 사람들에게 큰 관심사이다. 성추행을 당한 경험이 있는 여성들에게 폐쇄적이고 민감한 장소에서 탈의한 남성의 몸을 보는 경험은 심각한 정신적 타격을 야기할 수 있다.

또 다른 이슈는 여성 스포츠이다. 하나의 생물학적 성별로 구성된 스포츠 팀이나 체육대회에 트랜스젠더인 사람이 참여할 권리가 문제될 수 있는 것이다. 법정의견의 논증에 따르면 어린 소녀들이, 남성의 체격과 힘을 갖고

19) *Ulane v. Eastern Airlines, Inc.*, 742 F. 2d 1081, 1085 (CA7 1984).

있지만 여성의 정체성을 가진 학생이나 여성에서 남성으로 바꾸기 위해 남성호르몬을 투여받는 학생과 경쟁해야 하는 결과를 가져올 수 있다. 이는 프로 스포츠 선수들의 경우도 마찬가지이다.

그밖에도 룸메이트의 배정이나 종교기관의 고용문제, 표현의 자유 등이 문제가 될 수 있다.

법정의견이 자신의 결정에 따른 이러한 결과들에 대해 생각하고 싶지 않더라도 이러한 문제들을 오랫동안 외면할 수는 없을 것이다. 앞으로 사법부 전체가 법정의견의 논증이 영향을 미치는 범위에 대해 논쟁하는데 수년 간 수렁에 빠져있게 될 것이다.

(5) 결론

법정의견이 굴복한 업데이트에 대한 욕구는 분명히 인도적이고 관대한 충동에서 비롯된 것이다. 오늘날 많은 미국인들은 동성애자나 트랜스젠더인 사람들을 알고 있고, 그들이 - 모두가 받아 마땅한 - 존엄과 공정과 배려로써 대우되기를 원하고 있다. 그러나 연방대법원의 권한은 법률이 무엇인지 말하는데 국한된다. 법정의견 역시 “새로운 법률을 만드는 곳은 의회이다. 법률해석에 관한 한 우리의 역할은 우리 앞에 놓인 사건들 안에서 법률의 요구를 가능한 한 충실하게 적용하는데 국한된다.” 라며 이를 인정하였다.

이러한 말을 하는 것은 쉽다. 법정의견이 그 말에 따라 살면 좋았을 것이다. 이에 나는 법정의견에 정중히 반대한다.

대법관 Kavanaugh의 반대의견(1인 의견)

연방대법원의 많은 판결들과 마찬가지로 이 사건도 하나의 근본적인 질문으로 압축될 수 있다. 바로 “누가 결정하는가?”이다. 민권법 제7장은 개인의 인종, 피부색, 종교, 성별, 또는 출신민족으로 인한 고용차별을 금지하고 있다. 여기서 문제는 민권법 제7장이 성적지향으로 인한 고용차별의 금지까지

확대되어야 하는가이다. 헌법상 권력분립에 따라 민권법 제7장을 개정할 책임은 연방의회와 대통령에게 있는 것이지 연방대법원에게 있는 것이 아니다.

정치적 기관은 이 문제에 대해 잘 알고 있다. 2007년 연방하원은 235표 대 184표로 성적지향을 이유로 한 고용차별을 금지하는데 동의하였다.²⁰⁾ 2013년, 연방상원은 64표 대 32표로 유사한 차별금지를 지지하였다.²¹⁾ 2019년, 연방하원은 다시 236표 대 173표로 성적지향을 이유로 한 고용차별을 금지하는데 동의하였다.²²⁾ 이처럼 양원이 각각 성적지향에 따른 차별을 금지하는 법률안에 동의하였지만, 그 시점이 달라서 아직 법률로 제정되지는 못하였다.

민권법 제7장을 개정하기 위한 정책적 주장은 매우 중대하다. 연방대법원이 이전에 말하였고, 나도 전적으로 찬성하는 바는 동성애자인 미국인들이 존엄과 가치에 있어서의 열위자나 사회적 낙오자로 대해져서는 안 된다는 것이다.²³⁾

그러나 우리는 법관들이지 연방의회의 의원들이 아니다. 알렉산더 해밀턴은 “법관은 힘이나 의지가 아닌 판결만을 행사한다”고 하였다.²⁴⁾ 헌법상 권력분립에 따라 법관으로서의 우리의 역할은, 그 결과가 마음에 들든 안 들든 상관없이, 적혀진 그대로의 법률을 해석하고 따르는 것이다. 우리의 역할은 법률을 만들거나 개정하는 것이 아니다. 민권법 제7장은, 적혀진 그대로, 성적지향을 이유로 한 고용차별을 금지하지 않는다.

일반적 의미의 모든 지표 - 의회의 보통의 어법과 용법, 행정부의 관행, 주 법률들, 그리고 연방대법원의 판결들 - 는 성적지향에 대한 차별이 성차별과는 구분된다는 점을 압도적으로 보여주고 있다. 이는 연방과 주에서 모두 수십 년 동안 일관적이었다. 또한 지난 몇 년 전까지 연방항소법원들은 민권법 제7장이 성적지향으로 인한 차별을 금지하지 않는다고 판단해왔다.

20) H. R. 3685, 110th Cong., 1st Sess.

21) S. 815, 113th Cong., 1st Sess.

22) H. R. 5, 116th Cong., 1st Sess.

23) Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Comm’n, 584 U. S. ___, ___ (2018) (slip op., at 9).

24) The Federalist No. 78, p. 523 (J. Cooke ed. 1961).

성적지향에 따른 차별을 금지하는 새로운 법률의 제정이 바로 가까이 다가온 시점에, 오늘 법정의견은 진행중인 입법과정을 배제하고 민권법 제7장을 사법적으로 다시 썼다. 2007년부터 연방의회에서의 과정을 보면 몇 년 안에 양원이 성적지향을 이유로 한 고용차별을 금지하는 법률안을 통과시키는 역사적인 날이 올 것임을 쉽게 상상할 수 있다.

중요한 입법행위에는 시간이 걸리고 종종 너무 많은 시간이 소요되는 것이 사실이다. 그러나 법률의 해석에 관한 사건에서 사법부의 역할은 국민의 대표들이 만든 법률을 적용하는 것이지 개정하는 것이 아니다. 법관의 입장에서 의회가 “다시 필드에 들어가 과거에 내린 판단을 바꾸어야 한다”고 생각되더라도 그러하다.

오늘의 승리는 민주적 절차를 거쳐 힘들게 얻은 승리가 아니라 사법부의 명령에 의한 것이었다. 미국의 헌법과 법률에 의하면 연방대법원은 미국의 법률을 그런 식으로 바꾸는 적절한 주체가 아니다. 또한 연방대법원의 입법 절차에 대한 침해는 앞으로 예상하지 못했던 방식으로 파문을 불러일으킬 것이다.

헌법상 권력분립에 대한 연방대법원의 침해를 우려함에도 불구하고, 미국인 동성애자들이 얻은 오늘의 중요한 승리는 인정하는 것이 적절할 것이다. 수백만의 미국인 동성애자들은 수십 년간 사실상·법률상의 평등한 대우를 얻기 위해 열심히 노력해왔다. 그들은 그들의 일상생활에서는 말할 것도 없고, 입법부와 사법부의 영역에서 역경과 싸우며 특별한 비전, 끈기, 불굴의 정신을 보여왔다. 그들은 강력한 정책적 주장을 발전시켜 왔고 오늘의 결과에 자랑스러워할 만하다. 그러나 헌법상 권력분립에 따라, 나는 민권법 제7장을 개정하는 것은 연방대법원이 아니라 연방의회라고 믿는다. 그러므로 법정의견에 정중히 반대한다.

3. 이 판결의 의의

이 판결은 헌법 해석이 아닌 ‘민권법’이라는 법률 해석에 관한 것이지만,

민권법 제7장이 사적 관계에서 헌법상 평등원칙을 실질적으로 실현하기 위한 법률이며, 기본권의 대사인적 효력과도 관련이 있다는 점에서 이 판결의 헌법적 의미 또한 매우 크다고 할 수 있다.

이 사건은 민권법 제7장이 성적지향이나 젠더 정체성으로 인한 차별도 금지한다고 판결한 사건으로 시민의 권리에 관한 연방대법원의 랜드마크 판결로 평가된다. 이 판결은 성소수자의 권리를 지지해온 사람들에게 중요한 승리로 받아들여지며 크게 환영받았다. 이 사건의 법정의견을 작성한 대법관이 트럼프 대통령이 지명한 보수성향의 Gorsuch 대법관이었다는 점에서 놀라움을 표시하는 사람들도 있었으나, 그의 의견이 법률해석에 있어 원문주의와 일치한다고 평가하는 사람들도 있었다. 그러나 Alito 대법관은 반대의견에서 Gorsuch 대법관 방식의 원문주의 해석에 대해 강하게 비판하며, 원문주의에 따르면 성차별 금지를 성적지향이나 젠더 정체성에 대한 차별 금지로 해석할 수 없다고 주장하였다. 한편, Kavanaugh 대법관은 권력분립의 원칙을 근거로 법정의견을 비판하였다. 이처럼 이 사건은 성소수자의 권리를 보호하는 판결이었다는 의의를 갖는 동시에, 법정의견과 반대의견의 대립을 통해 원문주의적 법률해석과 권력분립 및 사법적 자제에 대한 입장 차이를 확인해볼 수 있는 판결이었다.