

료체계의 피치못할 숙명이기도 하다. 정부는 다양한 이해관계를 처리해야 하고, 이익집단은 일반 시민들의 관념과 일치되지 않는 특수한 관계로 얽혀 있다. 이를 위해 자기 이익을 관철시키기 위한 은밀한 통로를 선호할 수 있다. 그들의 이해관계는 공개되지 못한다. 일반 개념들은 언제나 왜곡될 수 있다. "불치병 치료", "건강한 삶", "과학적 검증"과 같은 단어들은 개인적 이익을 노출시키지 않고 추상적 개념을 빚대어 추구하기 위한 선택이다. 유전자 편집기술이 가지고 있는 진실한 의미와 위험성이 무엇인가는 아무도 모를 수 있다. 이를 무모하게 시도하는 사람들도 어쩌면 현재 수준의 지식으로는 결과를 예상조차 못할 수 있다. 우리는 꽤 오래전부터 그런 세상에 살고 있다.

결국 시민사회를 안전하게 지켜내는 일은 시민 개개인의 자율적 이성과 합리적 토론으로 사태를 투명하게 만들고 최선의 노력으로 모두가 합리적 선택을 위해 노력하는 것 이외에는 방법이 없다. "항상 깨어 있는 것"만이 유일한 대안이라는 사실을 잊으면 안 된다.

차별금지법 해외판례

미국 캘리포니아주 대법원
“레즈비언 커플에게
인공수정 기술을 해주지 않은
의사는 차별금지법 위반”



●전윤성 미국변호사

전윤성 미국 뉴욕주 변호사는 한동대학교 국제법률대학원에서 미국법을 전공하였고, 미국 아메리칸대학교 로스쿨에서 국제법으로 법학석사 학위를 취득하였다. LG전자와 BASF Korea에서 사내변호사로 근무하였고, 현재 크레도컴퍼니의 대표이다.



◆ 들어가며

미국 캘리포니아주의 차별금지법(Unruh Civil Rights Act)은 공공편의시설 서비스를 제공하는 영리 사업자가 차별을 하는 것을 금지한다. 이 법에 위반하여 서비스 제공을 거부하거나 차별을 하는 자에게는 처벌이 부과되는데, 차별 행위를 한 당사자뿐만 아니라, 해당 직원의 고용주인 사업자도 처벌을 받는다. 의료기관인 병원도 이 법에 따른 영리 사업자에 해당하기 때문에, 병원에 소속된 의사도 예외 없이 이 법의 적용을 받는다. *North Coast Women's Care v. Superior Court* 189 P.3d 959 (Cal. 2008) 사건에서, 캘리포니아주 대법원은 레즈비언 커플의 여성 파트너에게 인

공수정인 자궁내 수정 시술을 거부한 의사와 병원이 캘리포니아주 차별금지법을 위반하였다고 판결하였다.

◆ 사실관계

원고인 과달루페 베니테즈는 커밍아웃을 한 레즈비언으로 동성 파트너인 조안 클락과 동거하고 있었다. 베니테즈는 임신하기를 원하였고, 정자은행에서 얻은 정자로 질내 자기 수정(intravaginal self-insemination) 방법을 통해 임신을 시도하였으나 임신에 실패하였다. 베니테즈는 불규칙한 배란 장애인 다낭 난소증후군으로 진단을 받았다.

베니테즈와 클락은 불임치료를 위해 노스 코스트 여성병원의 산부인과 의사인

크리스틴 브로디에게 진료를 받았는데, 베니테즈는 의사에게 자신이 레즈비언임을 언급하였다. 브로디 박사는 자궁내 수정(intra-uterine insemination) 시술¹ 방법으로 인공수정을 해야 할 수도 있음을 설명해 주었다. 그러나 자신은 종교적 신앙 때문에 결혼을 하지 않은 여성에게 그 시술을 해 줄 수가 없지만, 같은 병원의 다른 의사에게 시술을 받을 수 있다고 알려 주었다.

브로디 박사로부터 배란 촉진을 위한 치료를 받고 나서, 베니테즈는 스스로 질내 자기 수정 방법을 다시 시도하였으나 임신이 되지 않았다. 베니테즈는 이번에는 정자은행으로부터 얻은 정자 대신에 남성 친구에게서 기증 받은 정자를 사용하였으나, 또 다시 임신에 성공하지 못했다.

마침내 원고는 병원에서 자궁내 수정 시술을 받기로 결정하였고, 친구에게서 기증 받은 정자를 사용하려고 했다. 정자은행의 정자와 달리 기증 받은 정자의 경우, 의학적 처리를 한 후에 사용하도록 되어 있었다. 같은 병원의 의사 중에서 이를 할 수 있는 자격을 갖춘 의사는 펜톤 박사뿐이었는데, 그는 자신의 종교적 신앙 때문에 원고를 위해 기증 받은 정자에 대해 의학적 처리를 해 줄 수 없다고 하였다. 그래서 원고는 타 병원에 의뢰하여 다른 의사를 통해 의학적 처리를 받고 나서, 자궁내 수정 시술을 받았으나, 이번에도 임신에 실패하였다. 그리고, 결국 다른 병원에서

체외 수정 방법을 통해 2001년에 임신에 성공하였다.

이후, 원고는 노스 코스트 여성병원과 소속 의사인 브로디 박사와 펜톤 박사를 상대로 캘리포니아주 차별금지법에 따른 성적 지향에 의한 차별 금지 위반에 대해 소송을 제기하였다. 이에 대해 피고는 연방헌법과 주 헌법이 보장하는 표현의 자유와 종교의 자유를 항변으로 주장하였다. 1심 법원은 피고의 항변에 대해 원고 승소의 약식 판결을 내렸다. 그러나 2심 법원은 피고가 차별금지법의 성적 지향을 이유로 한 차별금지 의무에 대한 면제를 허용해 주는 헌법상의 표현의 자유와 종교의 자유 항변권을 행사할 수 있다고 판시하며, 피고 승소 판결을 내렸다.

◆법원의 결정

상고심에서 캘리포니아주 대법원은 피고가 차별금지법의 성적 지향 차별금지 의무를 위반하였다는 원고의 주장을 인용하였다. 법원은 종교 실행의 자유를 제한하는 법률의 제정을 금지하는 연방 수정헌법 제1조는 수정헌법 제14조에 의해 각 주에도 적용이 된다고 전제한 뒤, 1990년 연방 대법원이 *Employment Div., Ore. Dept. of Human Res. v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990) 판결에서 종교에 대한 중립적인 법률이 종교 실행의 자유를 제한하는지 여부를 심사하는 기준이었던 중대한 이익(compelling interest) 심사 기준을 폐지하였기 때문에, 이 사건에서 연

¹ 의사가 환자의 자궁경관에 도관을 삽입하여 도관을 통해 정자를 자궁에 주입하는 시술.

방 수정헌법상의 종교 실행의 자유가 일반적으로 적용되는 중립적인 법률인 캘리포니아주 차별금지법의 차별금지 의무로부터 피고를 면제해 주지 않는다고 판결하였다.

또한, 피고의 표현의 자유 항변에 대해서는, 구두 표현이나 상징적 표현을 하도록 요구하지 않는 법률에 대한 단순한 준수(법적 의무 이행)를 법률에 대한 지지표현으로 볼 수 없고, 수정헌법 제1조는 정부가 표현의 자유를 침해하지 않도록 금지할 뿐이기 때문에 사인인 원고에 대해 이를 주장할 수 없다고 하면서 피고의 항변을 배척하였다. 피고의 캘리포니아주 헌법상의 종교 실행의 자유 항변에 대해서는, 법원이 이 경우 주 헌법에 따라 어떠한 심사 기준을 적용할 지를 아직 결정하지는 않았으나, 설사 엄격 심사(중대한 이익 심사) 기준을 적용한다고 하더라도, 본 사건에서 캘리포니아주 정부는 동성애자의 평등권을 보장하기 위한 중대한 공공의 이익이 있고, 그러한 목적을 달성하기 위한 피해 최소한의 수단이 없다고 하면서, 피고의 주장을 받아들이지 않았다.

◆나가며

캘리포니아주 대법원은 연방대법원의 1990년 *Smith* 판결에만 근거하여, 피고의 연방 헌법상의 종교 실행의 자유 주장을 심사함에 있어 중대한 이익 심사 기준을 적용하지 않았다. 그러나 연방 의회는 이 *Smith* 판결로 인해 종교의 자유가 침해되지 않도록 하기 위

해 1993년에 연방법인 종교의 자유 회복법을 제정하여 중대한 이익 심사 기준을 복구하였다. 물론 캘리포니아주는 이와 유사한 법률을 아직까지 제정하지는 않았으나, 이 사건 당시 연방 종교의 자유 회복법이 이미 제정이 되어 있는 상태였음에도 법원은 이를 고려하지 않은 채 중대한 이익 심사 기준을 적용하지 않았다. 주법으로 종교의 자유 회복법을 제정하지 않았다 할지라도 10개의 주에서는 판례법으로 종교 실행의 자유 제한에 대해 엄격 심사 기준을 적용해 오고 있었다. 그러나, 캘리포니아주에는 주법과 판례법이 모두 없어서 타주에 비해 종교의 자유가 크게 제한이 되고 있다.

이 사건 이후에 나온 판결이지만, 연방대법원이 일반적으로 적용되는 중립적인 법률이라도 중대한 이익 심사 기준을 적용하여 그러한 법률이 종교 실행의 자유를 제한한다는 판결을 내린 바가 있다. *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 134 S. Ct. 2751, 189 L. Ed. 2d 675 (2014) 사건에서, 근로자 50인 이상 사업장에게 의무적으로 직원들을 위한 건강보험을 제공하도록 한 전국민건강보험법(오바마케어)에 따라 피임약도 건강보험에 포함이 되었는데, 건강보험이 적용되는 피임약 중에는 낙태를 유발시키는 4종류 약이 포함되었고, 비상장 영리회사의 소유자인 원고는 자신의 기독교 신앙이 이 법에 의해 실질적으로 제한되었음을 주장하였다. 이에 연방대법원은 전국민건강보험법에 의해 원고의 신앙이 실질적으로 제한이 되었을 뿐만 아

나라 정부의 4가지 약에 대한 의무적 건강보험 강제는 피해 최소 수단도 아니라고 판시(4가지 약의 비용을 정부가 부담하는 방법도 가능하기 때문)하면서 원고의 연방 종교의 자유 회복법에 근거한 청구를 인용하였다.²

만약 캘리포니아주 대법원이 이와 같이 중대한 이익 심사 기준을 이 *North Coast Women's Care v. Superior Court* 사건에 제대로 적용을 했었다라면, 연방 헌법상의 종교의 자유 침해 쟁점에 대한 판결의 결과가 달라졌을 수도 있었을 것이다. 캘리포니아주 차별금지법이 민간병원 소속의 의사에게도 예외 없이 자신의 양심 또는 종교적 신앙에 반하는 미혼의 여성이나 동성애자에 대한 인공수정 시술을 하도록 강제하는 것은 종교 실행의 자유에 대한 실질적인 제한이며, 그러한 제한이 피해 최소 수단이라고 볼 수 없기 때문이다.

그리고 캘리포니아주 대법원이 캘리포니아주 헌법상의 종교 실행의 자유 침해 여부를 판단하면서, 중대한 이익 심사 기준을 적용한다 하더라도, 차별금지법이 중대한 공공의 이익을 증진하는 것이고, 다른 피해 최소한의 수단이 없다는 매우 단순한 결정을 내린 것 또한 납득하기 어렵다. 좀 더 깊은 숙고의 과정을 거쳐야 한다.

예를 들어, 이 사건을 단편적으로 동성애자에 대한 의료 서비스 제공 거부 차원으로만 볼

것이 아니라, 생명윤리와 가족의 보호 차원에서도 진지하게 검토를 했었어야 했다. 이 사건에서 원고는 단순히 자신의 신체의 건강을 치료하는 수준의 진료만을 요구한 것이 아니라 정자은행의 정자 또는 제3자로부터 기증받은 정자와 자신의 난자를 인공수정하는 시술을 요구한 것임을 법원은 간과하였다.

혼인하지 않은 여성이, 동성의 레즈비언 커플과 동거 중인 상태에서 배우자가 아닌 제3자의 정자로 인공수정을 하여 아이를 출산하는 것에 대한 생명윤리 관점의 접근이 필요하다. 이러한 인공수정을 통해 출생한 아이의 부(父)를 누구로 보아야 하는지, 동거하는 동성 파트너와 이 아이의 법적인 관계는 어떻게 해야 하는지 혼란스럽다. 더 나아가, 인공수정으로 출생할 아이가 자라날 동성커플 가정(?)이 아이의 최상의 이익을 보장해 줄 수 있는 양육환경인지를 고려하여 이 사건에서 동성애자가 차별 없이 인공수정 시술을 받을 권리가 과연 중대한 공공의 이익에 해당하는지 여부를 법원은 판단하였어야 했으나, 그러하지 않았다. 인공수정으로 태어날 아이의 양육환경과 자연적인 가정에서 양육될 아동의 권리는 고려하지 않고, 오직 동성애자 여성의 자기 결정권만 존중하면 그만인 것인지 의문이다.

아동이 부모가 있는 정상적인 가정에서 태어나 양육될 수 있도록 보호하여야 할 책임이 국가에게 있다. 또한, 생식 세포의 매매나 제공으로 인해 발생하는 여러 생명윤리 파괴 문제를 그냥 덮어 두고, 침묵하고 방임하는 것

2 *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 134 S. Ct. 2751, 189 L. Ed. 2d 675 (2014).

은 옳지 않다. 개인의 권리 보장과 평등만이 최고의 가치이고, 가족 공동체의 보호나 태아와 아동에 대한 적절한 양육 환경 보장은 등한시해도 되는 가치인지 돌아볼 필요가 있다. 이 사건에서 차별금지법으로 인해 가장 큰 피해를 본 당사자는 바로 체외수정을 통해 동거하는 동성커플 관계에서 태어나 자라야 할 아이일 것이다.

우리나라 현행 생명윤리 및 안전에 관한 법률은 인공수정과 관련하여 제24조에서 배아 생성의료기관이 시술대상자의 배우자가 있는 경우 그 배우자의 서면동의를 받아야 한다고만 규정하여, 배우자가 없거나 동성애자인 경우에 인공수정이 금지되는지 여부가 명확하지 않다. 인공수정을 희망하는 자가 배우자가 있는 정상 가정인지 여부의 판단을 병원이 하도록 책임을 떠넘겨 버리고 있다. 배우자가 아닌 남자의 정자를 이용한 인공수정, 시험관 아기 시술을 받으려는 여성에 대해, 병원 입장으로선 그들이 혼인신고를 미쳐 하지 못한 사실혼 부부인지, 아니면 시험관아기 시술을 받기 위해 거짓으로 가장한 사연인지 알 길이 없다고 한다. 병원이 수사기관이 아닌 이상, 이들의 사연을 일일이 파악하거나 확인할 이유가 없기 때문이다.³ 외국인 레즈비언 여성 두 명이 한 명의 남성과 함께 우리나라 병원을 찾아와서, 함께 온 남성의 정자로 시험관 아기 시술을 하고 싶다고 하면서 각각의 수정된 배아를 자궁에 이식할 땐 서로 교체해

서 넣어 달라고 하였다는 충격적인 사실도 있다.⁴ 독신 여성과 동성애자의 인공수정 시술에 대해 생명윤리 관점에서의 심도 깊은 논의와 규제가 필요하다.

현재 우리나라에서 정자를 기증하고, 기증받는 행위를 규율하는 법률은 존재하지 않는다. 국내 불임클리닉에서는 남편이 무정자증인 경우에 한해서, 타인으로부터 기증받은 정자를 이용해 시술하고 있다. 두 사람이 합법적인 부부인지 여부를 법이 아니라, 병원 측이 따지고 있는 셈이다. 정자를 제공받기 위해서는 반드시 배우자의 동의를 받아야 한다는 생식세포 관리 및 보호에 관한 법률안이 2007년에 국무회의를 통과하였으나, 아직까지 입법이 되지 못하고 있다. 생식세포 및 배아의 관리에 대한 일반적 원칙과 생식세포 기증·수증과정 등에 대해 규정한 ‘생식 세포 등에 관한 법률’ 제정이 시급하다.

일부일처제의 정상 가족을 해체하고, 동성애자에 대한 인공수정과 시험관아기 시술, 대리모 출산까지 합법화하며, 양심과 신앙의 자유 침해와 생명윤리의 파괴를 야기하는 것이 바로 차별금지법이다. 아이들이 정상적이고 자연적인 가정에서 태어나 양육 받을 수 있도록 최상의 환경을 보장해 주기 위한 입법이 필요한 시대이다.

3 남편은 NO, 아이만 OK 「처녀 엄마」가 되려는 여성들이 불임클리닉에 몰려온다!, 월간조선 뉴스룸, 2007년 10월.

4 위 기사.