글로벌법제전략연구사업 2023년 제7호

트랜스젠더 화장실 권리 논쟁의 최근 동향

김동현
서울중앙지방법원, 부장판사

GLOBAL LEGAL BRIEF

한국법제연구원
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE

BRIEF

글로벌법제전략연구사업 2023년 제7호

트랜스젠더 화장실 권리 논쟁의 최근 동향

김 동 현

– 서울중앙지방법원, 부장판사 –

Ⅰ 트랜스젠더 화장실 권리의 문제

1. 트랜스젠더 화장실 권리의 문제

성소수자가 성적 지향이나 성정체성으로 인하여 차별받지 않을 권리가 있다는 점은 적어도 국제인권법의 영역에서는 더 이상 논란의 여지가 없는 공리로 자리잡고 있다. 대표적으로, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(이하 '자유권규약') 제2조와 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(이하 '사회권규약') 제2조의 차별금지의 사유인 성(sex)에는 성적 지향(sexual orientation), 성정체성(sexual identity)이 포함된다고 해석한다.[1)]

그러나 구체적인 쟁점으로 들어가 보면 여전히 판단하기 쉽지 않은 영역이 존재한다. 그중에서도 트랜스젠더 화장실 권리(Transgender Bathroom Rights)라는 이슈는 상당히 논쟁적이다. 이 이슈는 미국을 비롯해 세계 곳곳에서 뜨거운 논쟁을 불러일으키고 있고, 우리나라 역시 예외는 아니다. 아래에서는 이 논쟁이 가장 뜨겁게 전개되고 있는 미국의 상황을 먼저 살펴보고, 문제 해결이 어려운 이유와 그 밖의 나라 상황 등에 관하여 검토해 보기로 한다.

2. 미국의 상황

가. Gavin Grimm 사건

G.Grimm v. Gloucester County School Board 사건은 이 문제에 관해 일정한 시사점을 남겼다. 미국 연방대법원은 2021년 6월 28일 Gavin Grimm이라는 이름을 가진 트랜스젠더 남학생에 대하여 남자 화장실 사용을 금지한 글로스터(Gloucester) 고등학교의 정책에 관한 상고심 재판을 허가하지 않기로 결정했다.[2)] 원심인 리치몬드 연방항소

* 이번 호는 글로벌법제전략연구사업의 일환으로 개최된 제6차 Global Legal Forum(인권 분야 글로벌 규범 동향과 과제)과 연계하여 작성되었습니다.

1) 자유권규약 일반논평 제9호 (2008), para 21; 사회권규약 일반논평 제20호 (2009), para 32.

2) "Supreme Court passes on transgender bathroom challenge", POLITICO (2021. 6. 28.) 〈https://www.politico.com/news/2021/06/28/supreme-court-transgender-rights-496710?fbclid=IwAR0W-Zzu1zSNfkJkdEcGG6Ry7BuWKDArU3iPh52sord7QiP4N2VJgw2yOFk〉 (2023.11.18. 최종방문).

법원(제4항소구)은 그러한 학교의 정책이 부당한 차별이라는 취지로 판결한 바 있다.[3] 이로써 Grimm은 6년여에 걸친 법정 투쟁 끝에 자신의 성정체성에 따른 화장실을 이용할 권리를 인정받게 되었다.

Gavin Grimm은 원래 여성으로 태어났으나 고등학교 진학 이후부터 자신을 남성으로 소개하기 시작하였으며, 학교에서도 남자 화장실을 사용하였다. 학교는 처음에 남자 화장실 이용을 허용하였으나, 다른 학부모들이 학교 이사회에 민원을 제기하자 이사회는 학생들에게 자신의 생물학적 성(birth or biological sex)과 일치하는 화장실을 사용하도록 하고 트랜스젠더 학생은 학교 내 3개의 성중립화장실(unisex bathroom)을 사용하도록 강제하는 규정을 통과시켰다.

Grimm은 이러한 학교 이사회 정책이 공립학교 내에서 성별에 기한 차별을 금하고 있는 연방교육법과 연방헌법의 평등보호조항을 위반하였다고 주장하면서, 2015년 6월 16일 손해배상청구와 사전구제명령을 구하는 소를 버지니아 동부 연방지방법원에 제기하였다.

미국의 1972년 연방교육법(이하 'Title IX')은 연방정부로부터 예산지원을 받는 학교들이 학생들을 "성별(sex)에 따라" 차별하지 못하도록 하고 있다. 이때 "성별(sex)"의 의미가 단순히 남녀의 구별을 의미하는 것인지, 아니면 트랜스젠더 등 성소수자들의 성정체성(gender identity)까지 포함하는 의미인지가 소송의 쟁점이 되었다.

Grimm은 소송을 통해 성중립화장실을 사용하게 되면서 "낙인감과 고립감"을 경험하였다고 토로하였다. 성중립화장실을 사용할 때마다 자신이 어느 한쪽 성에 소속되지 않는 성소수자임이 부각되었기 때문이다. 그는 소변을 참기 시작하였으며, 이로 인해 요로감염에 시달리기도 했다.

이 사건이 1심과 항소심, 대법원과 환송 후 1심, 항소심의 복잡한 과정을 거치는 동안 연방대법원은 2020년 6월 15일 Bostock v. Clayton County 사건에서 원고가 게이라는 사실이 밝혀진 다음 그를 직장에서 해고한 행위를 고용에서의 "성별에 따른" 차별을 금지하고 있는 1964년 민권법(이른바 Title VII) 위반이라고 선언한 바 있다. 즉, 성정체성에 따른 차별은 성별에 따른 차별이라고 본 것이다.

Grimm 사건을 맡은 연방항소법원은 이러한 Bostock 판결이 학교 내 성별에 따른 차별을 금하고 있는 Title IX의 해석에 지침을 준다고 보았다. 항소심 법원은 Bostock 판결을 원용하여, 트랜스젠더 남학생에게 남학생 화장실 사용을 금지하는 것은 "성별에 따른" 차별을 금하고 있는 Title IX 위반이라고 판시하였고, 평등보호조항 위반이라는 1심의 판단도 긍정하였다.

이 판결에는 학교 측이 다시 항소하였으나 대법원은 상고를 허가하지 않았고, 이로써 항소심 판결이 확정되었다.

나. 미국 법원 판결의 흐름

이 소송 이전에 Johnston v. Univ. Pittsburgh 사건(2015, 펜실베이니아서부 연방지방법원)은 화장실을 생물학적 성별에 따라 구별하도록 한 학교의 정책이 Title IX을 위반한 것이 아니라고 판결한 바 있다.

반면, Whitaker v. Kenosha Unified School District (2017, 시카고 연방항소법원), Doe v. Boyertown Area School District(2018, 필라델피아 연방항소법원), Dallas High School parents v. Dallas School District(2020, 샌프란시스코 연방항소법원), Adams v. The School Board of St. Johns County, Florida(2020, 애틀랜타 연방항소법원), B.E. v. Vigo Cnty. Sch. Corp.(2022, 인디애나폴리스 연방항소법원) 등은 모두 트랜스젠더 남학생에게 남학생 화장실을 사용하지 못하도록 하는 것은 Title IX과 수정헌법의 평등보호조항을 위반한 것이라고 판결했다.

3) 972 F.3d 586 (4th Cir. 2020).

이처럼 현재 미국 법원은 대체적으로 트랜스젠더 남학생들에게 그들의 성정체성에 따라 남학생 화장실을 이용할 수 있도록 하는 경향을 보이고 있다. Grimm 판결은 게이임을 이유로 한 해고가 민권법에 위반되는 성차별이라고 판단한 연방대법원의 Bostock v. Clayton County 판결을 교육법(Title IX)의 해석에까지 확장한 최초의 사례인데, 이후 Adams 판결과 B.E. 판결 역시 Bostock 판결을 원용하여 같은 취지로 판시하는 등 현재 미국 법원 실무는 트랜스젠더의 성정체성에 따른 시설 이용권리를 점차 인정하고 있는 추세라고 보아도 좋을 것이다. B.E. 사건의 원심판결을 작성한 인디애나폴리스 연방지방법원의 Pratt 판사는 결론에서 다음과 같이 적었다. 항소심 판결은 이러한 원심 판결의 결론을 지지한 것이다.

"제7연방항소법원[4]을 포함한 연방법원의 압도적 다수는 최근에 Title IX에 따른 트랜스젠더 교육 차별 주장을 검토한 결과, 트랜스젠더 학생이 자신의 성정체성과 일치하는 학교 화장실을 사용하지 못하도록 하는 것은 Title IX에 위배된다는 결론을 내렸다. 본법원도 이에 동의한다."[5]

Pratt 판사의 이러한 판시에서 보듯이 미국의 법원은 이 문제에 관하여 성정체성에 따른 화장실 이용권리 판단에 있어 실무가 통일되어가고 있다고 인식한다는 점을 알 수 있다.

다. 애틀랜타연방항소법원의 다른 판결

물론 성소수자그룹에서는 이러한 판결의 경향을 환영하고 있지만, 이러한 추세에 어떠한 반대의견도 없는 것은 아니다. 트랜스젠더에게 그가 인식하는 성별에 따라 화장실을 사용하게 하는 것은 트랜스젠더가 아닌 해당 성별의 학생들에게는 스트레스와 불쾌감을 유발할 가능성도 있다. 대개 이 문제에 불편감을 호소하는 이들은 남자화장실에 여자가 들어와 있다거나, 여자화장실에 남자가 들어와 있다고 느낀다. 실제로 위 사례들 중 Doe v. Boyertown Area School District(2018)는 남학생 중 1명이 트랜스젠더 남학생에게 남자화장실을 쓸 수 있게 한 학교 정책이 자신의 프라이버시를 침해했다면서 제기한 소송이었다. 특정 성별에 소속하기를 희망하는 트랜스젠더와 해당 성별에서 공존하기를 불편해하는 비트랜스젠더 사이의 이러한 갈등은 트랜스젠더 권리에 관한 투쟁이 본질적으로 인정투쟁임을 잘 보여주는 한 단면이라고 볼 수 있다.

그런데 최근에 애틀랜타 연방항소법원은 이 문제와 관련하여 대세적 흐름과는 다른 판결을 내놓았다.[6] 위에서 본 Adams 판결에 대하여 피고 측은 전원합의체 재심리(en banc rehearing)를 요청했는데, 이 요청이 받아들여지면서 언론에서는 해당 법원의 보수적 성향으로 보아 원판결이 번복될 가능성이 크다고 예상하는 분석을 내보내기도 하였다.[7] 결과적으로 법원은 7 대 4로 원판결을 뒤집고 원고 패소판결을 선고하여 이 같은 분석에 부응하였다.

이 판결은 먼저 학교 측의 화장실 정책이 평등보호조항에 위반되지 않음을 밝혔다. 성별에 기초한 차별은 중간심사기준(intermediate scrutiny)을 통과해야 하는데, 이 기준에 의하면 정부는 해당 차별이 중요한 정부 목적에 봉사한다는 점과 채택된 차별적 수단이 실질적으로 그 목적을 달성하는데 관계되어 있다는 점을 보여야 한다. 이 판결의 다수의견은 학교 측의 화장실 정책은 신체 노출이 일어나기 쉬운 화장실과 탈의실을 이용하는 학생들의 프라이버시와 신체를 반대 성별로부터 보호하고자 하는 중요한 목적과 분명히 관계되

4) 인디애나폴리스 연방항소법원을 의미한다.

5) 이 사건의 원심은 당사자 표시가 A. C. a minor child, BY his next friend, mother and legal guardian, M.C. v. Metropolitan School District Of Martinsville, and Principal, John R. Wooden Middle School in his official capacity로 다소 다르다. 식별번호는 601 F.Supp.3d 345.

6) Adams ex rel. Kasper v. Sch. Bd. of St. Johns Cnty., 57 F.4th 791, 840 (11th Cir. 2022).

7) "Supreme Court could hear transgender student bathroom case, experts say", NBCNews (2021. 8. 28.) https://www.nbcnews.com/nbc-out/out-news/supreme-court-hear-transgender-student-bathroom-case-experts-say-rcna1797〉(2023.11.18. 최종방문).

므로 중간심사기준을 충족한다고 판단하였다. 또한 이 화장실 정책은 "생물학적 성별"을 기준으로만 판단하므로, "트랜스젠더인지 여부"를 기준으로 차별을 하는 것은 아니라고 보았다. 따라서 이러한 판단에 따르면, 이 사안은 1972년 민권법의 적용에 관한 가이드라인을 제시하고 있는 Bostock 판결과는 완전히 구별되는 것이다. Adams 판결의 다수의견은 다음과 같이 Bostock 판결의 판시를 설명하였다.

"Title VII(민권법)을 적용함에 있어, 우리는 화장실, 라커룸, 기타 다른 종류의 것들을 다루려는 것이 아니다. 우리 앞에 놓인 유일한 질문은 단순히 동성애자나 성전환자라는 이유로 누군가를 해고하는 고용주가 '그런 사람의 성별 때문에' 해고하거나 그 사람을 차별했는지 여부이다."

이러한 판시는 현재의 보수적 대법원이 원용하기에 편하게 느낄만한 것이라고 할 수 있을 것이다.

두 번째 Adams 판결은 최근의 대세적 경향에 하나의 반기를 든 것인데, 이로써 연방항소법원들의 판례 통일이 깨지게 되어 연방대법원이 이 문제에 대하여 개입할 가능성이 생겼다고 볼 수도 있다. 현재 연방대법원의 보수적 지형으로 본다면 연방대법원이 연방항소법원의 추세적 경향을 뒤집을 가능성도 배제할 수는 없을 것이다.

라. 문제의 해결이 어려운 이유

공교롭게도 트랜스젠더의 성정체성에 따른 화장실 접근권을 인정한 케이스들은 대부분 트랜스젠더 남학생들이 남자화장실을 사용할 수 있는지의 문제를 다룬 것들이고, 트랜스젠더 여학생들이 여자화장실을 사용할 수 있는지의 문제를 다룬 케이스는 상대적으로 드문 편이다.[8] 남성들이 여성에 비해 성적인 공격의 공포에서 상대적으로 자유롭다는 측면에서 이해할 수 있는 현상이라고 할 수도 있을 것이다. 이는 바꾸어 말하면, 트랜스젠더 여학생이 여자화장실을 쓰겠다고 희망할 경우 상대적으로 강한 백래시를 경험할 수 있음을 뜻하는 것이기도 하다.

게다가 비교적 상호간에 직접적으로 신체를 노출할 가능성이 상대적으로 적은 화장실과 달리 신체 노출이 필수적인 라커룸이나 사우나로 영역을 넓혀보면, 이 문제가 결코 판단하기에 쉽지 않은 문제임을 알 수 있게 된다.

캘리포니아 민권법(Unruh Civil Rights Act – Civil Code sec. 51)은 캘리포니아 내의 사업체에서 고객의 성별정체성(gender identity)이나 성별표현(gender expression)을 이유로 한 차별을 금지하고 있다. 사업체는 고객의 성별정체성에 따른 성별구분시설(gender-segregated facilities) 이용을 거절할 수 없고, 심지어는 신분증 등 성별을 증명하는 증명서를 요구할 수도 없다.[9] 여기서의 성별정체성은 당연히 생물학적 성별(biological sex)이 아니라 본인이 인식하고 있는 성별정체성을 의미한다.

그런데 캘리포니아 LA 지역에서 성전환수술을 받지 않은 (즉, 남성의 생식기를 그대로 가지고 있는) 트랜스젠더 여성이 유명 한인 스파의 여탕에 출입하는 사건이 발생하여 일대 소동이 발생한 적이 있다.[10] LA 지역에서는 이 사건으로 인해 성소수자 혐오 집회가 발생하기도 하였다. 해당 트랜스젠더 여성은 공공장소에서의 성기노출 혐의로 기소되기도 했다.

수영선수들의 라커룸도 문제가 된 적이 있다. 성전환수술을 받지 않은 트랜스젠더 선수와 여자선수들이 시설을 함께

8) 연방법원은 아니지만, 메인주 대법원이 2014년에 트랜스젠더 여학생의 화장실 권리를 인정한 판결을 내놓은 적이 있기는 하다. JOHN DOE et al. v. REGIONAL SCHOOL UNIT 26 (2014).

9) "RIGHTS OF TRANSGENDER AND NONBINARY PEOPLE IN GYMS AND SPAS", ACLU Southern California 〈https://www.aclusocal.org/en/know-your-rights/rights-transgender-and-nonbinary-people-gyms-and-spas-0〉 (2023.11.18. 최종방문).

10) "Person charged with indecent exposure at LA spa after viral Instagram video", TheGuardian (2021. 3. 14.) 〈https://www.theguardian.com/us-news/2021/sep/02/person-charged-with-indecent-exposure-at-la-spa-after-viral-instagram-video〉 (2023.11.18. 최종방문).

이용하면서 여자선수들이 심각한 트라우마를 겪게 되었다는 것이다.[11] 미국 여성 수영 대회를 휩쓸며 화제를 모은 트랜스젠더 선수 리아 토머스를 둘러싼 논란이 그것인데, 그와 함께 펜실베이니아대에서 훈련했던 여자 선수 폴라 스캔런은 심각한 정신적 피해를 호소했다.

폴라 스캔런은 과거 성폭력 피해의 트라우마를 가지고 있었는데 리아 토머스와 함께 라커룸을 사용한 경험이 악몽과도 같았다고 증언했다.

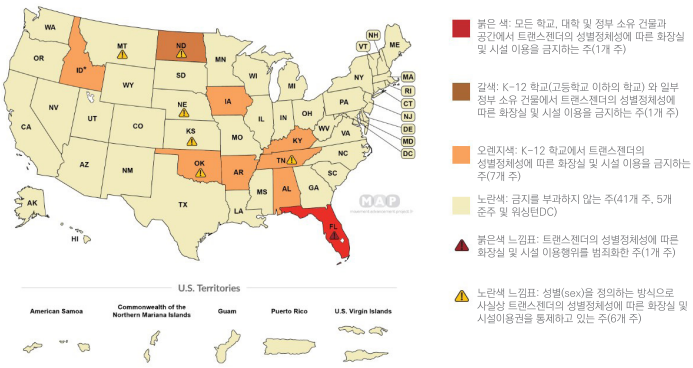
"저와 동료들은 키 193㎝에 남성 생식기가 온전한 토머스 앞에서 일주일에 18번씩이나 강제로 옷을 벗어야 했다"고 회상했다. 토머스는 성전환수술은 받지 않았지만 호르몬 치료 등을 받는 트랜스젠더 여성으로 여성 동료들과 같은 라커룸을 썼다.

이런 뉴스는 기본적으로 성소수자운동에 대하여 우호적이지 않은 폭스뉴스 등 보수적 언론이나 황색언론을 통해 확대되고 있기는 하지만,[12] 이렇듯 성별구분시설(gender-segregated facilities)을 성별정체성에 따라 어떠한 제한도 두지 않고 이용가능하게 하는 것이 타당한지에 관하여는 대답하기가 쉽지만은 않을 것이다.

마. 미국의 입법지도

이 문제에 관한 미국 사회의 관심을 반영하듯이 트랜스젠더 학생들의 성정체성에 따른 화장실 접근 허용여부를 아예 성문화하는 입법들이 주별로 이루어지고 있기도 하다. 이러한 입법은 노스다코타, 캔자스, 플로리다 등 10여 개 주에 이르고 있다.

입법의 내용은 대개 트랜스젠더의 성별정체성에 따른 시설이용을 금지하고 있는 것이다. 그중에서도 플로리다의 새로운 법인 "개인공간에서의 안전에 관한 법률"("Safety in Private Spaces Act", HB1521)은 출생 시 성별과 일치하지 않는 화장실이나 라커룸을 사용하는 것을 범죄로 규정하고 있다. 이러한 규정은 교육용 건물, 정부 건물, 교정 시설 및 모든 학교 탈의 시설에 있는 공공 소유 시설에 적용된다. 다음은 트랜스젠더 시설이용권에 관한 미국 내 입법지도이다.[13]



[그림 1] 트랜스젠더 시설이용권에 관한 미국 내 입법지도

11) "남성 생식기 온전한 그 앞에서 주 18회 옷을 벗어야 했다", 서울신문 (2023. 7. 31.) 〈https://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20230731500001&wlog_tag3=daum〉 (2023.11.18. 최종방문).

12) "Ex-UPenn swimmer testifies before Congress on Lia Thomas experience; opens up about 2016 sexual assault", FOXNEWS (2023. 7. 27.) 〈https://www.foxnews.com/sports/ex-upenn-swimmer-testifies-congress-lia-thomas-experience-opens-up-2016-sexual-assault〉 (2023.11.18. 최종방문).

13) MAP(Movement Advancement Project) 홈페이지 참조. https://www.lgbtmap.org/equality-maps/nondiscrimination/bathroom_bans (2023.11.18. 최종방문).

위 지도에서 보듯이 다수의 주가 트랜스젠더의 성별정체성에 따른 화장실 및 시설 이용을 금지하지 않고 있지만, 금지를 부과하고 있는 주도 상당수에 이르고 있다.

바. 또 다른 문제 - 성별정정기준의 변화

이 문제는 트랜스젠더의 성별 변경에 있어 더 이상 외과수술을 요구하지 말아야 한다는 각국의 판례 경향과 맞물려 논의의 지평을 변화시킬 수도 있다. 2017년 유럽인권재판소는 트랜스젠더 성별 변경에 있어 외과수술을 요구하는 것은 유럽인권협약 위반(사생활 권리에 관한 유럽인권협약 제8조 위반)이라는 판결을 내렸으며,[14] 이후 유럽 각국은 이러한 유럽인권재판소의 판결을 입법에 반영하였다. 2023년 8월 독일은 성별변경에 성전환치료도 요구하지 않는 혁신적 입법을 성사시켰다. 해당 입법에 의하면, 독일에서는 누구나 자신의 법적인 성별과 이름을 스스로 결정할 수 있도록 하고 있다. 법적 성별은 남성, 여성, 다양, 무기재 중에서 선택할 수 있다.[15] 스페인 역시 2023년 2월 출생 시 지정된 성별에 따르지 않는다는 공개 선언 외에 다른 조치 없이 신분증의 성별을 변경할 수 있도록 성별 자기결정권을 보장하는 입법을 통과시킨 바 있다.[16] 이처럼 자유롭게 성별을 변경할 수 있는 나라에서는 트랜스젠더의 화장실 문제는 적어도 법적인 논쟁을 일으키지는 않을 가능성이 크다.

우리나라의 경우 아직 대법원의 입장은 나오지 않았지만, 최근 하급심의 흐름을 보면 더 이상 성별 정정을 위해 외과수술을 필수요건으로 보고 있다고 말하기는 어렵게 된 것이 사실이다.[17]

다만 이러한 법안이 시행될 경우 사우나 등 여성 전용 공간 등의 안전이 담보되기 어렵다는 우려도 나온다. 이에 대해 독일 당국 관계자는 "독일에는 대부분 혼성사우나가 있다. 여성의 나체를 보기 위해 성별을 변경하는 일은 없을 것"이라고 반박했다고 한다.[18] 그러나 적어도 이런 염려가 완전히 불식되고 있지는 않은 것 같다.

3. 일본의 상황

최근 일본에서의 움직임도 주목할 만하다. 2023년 7월 일본 최고재판소는 일본 경제산업성에 근무하는 50대 트랜스젠더 여성인 직원 A씨가 "직장 내 여성화장실 사용을 제한받는 것은 부당하다"며 트랜스젠더 여성의 여자화장실 사용 권리를 인정하였다. 최고재판소 제3소법정은 "성정체성 장애로 인해 여성으로 근무하는 경산성 직원에 대한 여성화장실의 사용을 제한한 국가의 대응은 위법하다"고 판단했다.[19] 원고는 남성으로 태어났지만 경산성에 입사한 후 1999년에 '성정체성 장애(육체적 성과 반대의 성으로 생각하는 사람)'로 진단받았다. 그는 건강상 이유로 성전환 수술을 받을 수 없었으며 호르몬 치료만 받은 것으로 알려졌다. 원고는 호르몬 치료를 받으며 여성으로 살다가 2010년부터 여성 옷차림으로 근무하는 것과 여성 휴게실 사용이 허용됐다. 다만 경산성은 다른 여직원에 대한 배려를 이유로 사무실이 있는 층에서 2층 이상 떨어진 여성화장실만 사용할 수 있게 했다. 이 판결은 그러한 화장실 사용제한의 불이익 조치가 부당하다는 점을 확인한 것이다. 이 판결이 일반적으로 트랜스젠더의 성별정체성에 맞는 화장실 이용권리를 인정했는지는 확실치 않다. 판결의 이유로는 원고가 호르몬 치료의 영향으로 성충동

14) CASE OF A.P., GARÇON AND NICOT v. FRANCE (Applications nos. 79885/12, 52471/13 and 52596/13) (2017).

15) "독일, 이제 성별도 고를 수 있나… 법적성별 스스로 택하는 법안 통과", 동아일보 (2023. 8. 24.)〈https://www.donga.com/news/Inter/article/all/20230824/120851382/1〉 (2023.11.18. 최종방문).

16) "Spain approves gender self-determination with 'trans equality law'", Le Mond (2023. 2. 17.)〈https://www.lemonde.fr/en/international/article/2023/02/17/spain-approves-gender-self-determination-with-trans-equality-law_6016193_4.html〉 (2023.11.18. 최종방문).

17) 수원가정법원 2021. 10. 13.자 2020브202 결정; 서울서부지방법원 2023. 2. 15.자 2022브2 결정은 생식능력을 제거하지 않은 트랜스젠더의 성별정정을 허가한 사례이다.

18) "독일, 이제 성별도 고를 수 있나… 법적성별 스스로 택하는 법안 통과", 동아일보 (2023. 8. 24.)〈https://www.donga.com/news/Inter/article/all/20230824/120851382/1〉 (2023.11.18. 최종방문).

19) 令和３年（行ヒ）第２８５号 行政措置要求判定取消、国家賠償請求事件 令和５年７月１１日 第三小法廷判決.

등 성폭력의 위험이 낮다는 의사의 진단이 있었다거나 특별한 배려가 필요한 다른 직원이 있는 것도 아니라는 점이 제시되었기 때문이다. 즉, 성별정체성에 따른 화장실 이용이 트랜스젠더 여성의 불가침적 권리라는 차원의 논증이 아니라 타인의 권리와 조화를 이루는 선에서 트랜스젠더 여성의 화장실 이용 권리가 인정될 수 있다는 취지로 보인다. 다만, 조심스럽기는 해도 일본 최고재판소가 최초로 트랜스젠더 화장실 권리를 인정한 것의 의의를 작게 평가할 수는 없을 것이다.

한편, 일본에서는 최근 성별전환에 있어 생식 능력을 제거할 것을 요구해서는 안 된다는 판결이 나와 주목을 받았다. 일본 최고재판소는 2023년 10월 트랜스젠더 등 '성정체성 장애'를 가진 사람이 호적상 성별을 바꾸기 위해 '생식 능력'을 없애는 수술을 받아야 하는 현행법이 위헌이라고 판결했다. 2019년에는 같은 법을 합헌이라 판단했지만 이번에는 재판관 15명 만장일치로 위헌 판결을 내렸다. 이에 따라 일본 의회는 관련 법률 개정을 검토해야 한다. 법이 개정되면 일본에서 트랜스젠더가 성전환 수술 없이도 호적상 성별을 바꿀 수 있게 될 것으로 보인다.

이 판결에서는 특히 트랜스젠더의 화장실 문제를 언급한 판시가 눈에 띈다. 화장실은 탈의실 등에 비해 신체노출 가능성이 적어서 상대적으로 허용가능성이 높고, 그 밖의 시설에 대하여는 개별 쟁점별로 달리 판단하면 될 뿐 반드시 성별변경의 문제와 연결 지어야 하는 것은 아니라는 취지이다.[20] 이러한 판시에는 화장실 문제와 탈의실처럼 신체노출 가능성의 정도를 구분해서 판단해야 한다는 시각도 엿보인다.

4. 기타 유럽의 상황

유럽에서도 자유로운 성별 변경을 허용한 몇몇 국가를 제외하고 이 문제는 결론이 잘 내려지지 않는 사안인 것으로 보인다.

2022년 4월 영국 정부의 평등감시기관인 평등인권위원회(Equality and Human Rights Commission, EHRC)는 이유가 "정당하고 비례적"이라면 트랜스젠더는 성별 구분 서비스(single-sex service)에서 합법적으로 제외될 수 있다고 밝혔다. EHRC의 지침에 따르면 개인정보 보호, 존엄, 외상 예방 또는 건강과 안전 보장을 이유로 정당화될 수 있다고 한다. 이러한 입장표명은 트랜스젠더 여성[21]이 주거피난처(housing shelter), 화장실, 감옥, 탈의실 등 특정 성별에 한정되는 공간에 자동적으로 접근할 수 있는지의 문제에 관한 격렬한 논쟁 끝에 나온 것이다.

반면, 스페인 발렌시아 지방정부는 2017년 초·중등학교 학생들이 스스로 트랜스젠더라는 사실을 밝힐 경우 자신이 선호하는 화장실과 탈의실을 사용할 권리를 인정하는 정책을 시행하였다.[22]

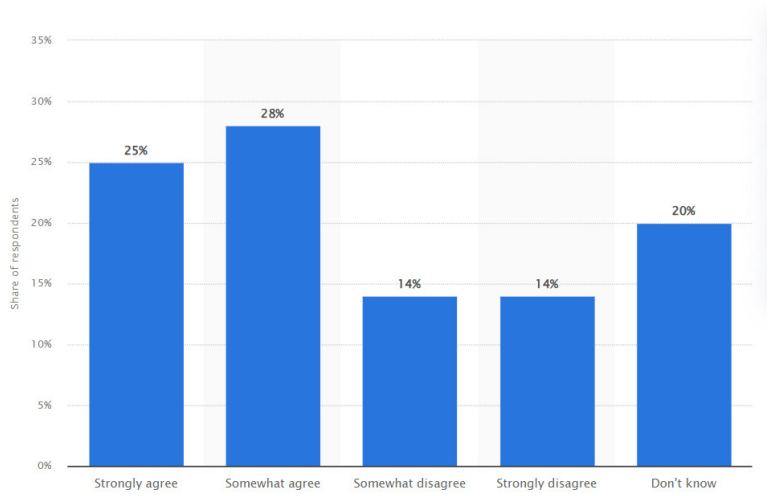
이탈리아에서는 2007년 트랜스젠더 여성 국회의원인 Luxuria가 여자화장실을 이용하는 문제로 좌파와 우파 의원들 사이에 논쟁이 벌어진 일이 있었다. 이를 계기로 이탈리아 내에서도 이 문제에 관한 논의가 시작되었는데, 2017년 실시된 여론조사에서 성정체성에 따른 화장실 이용을 허용할 것인가의 문제에 대해 응답자의 53%가 이를 찬성(또는 적극 찬성)한다고 의견을 밝혔다고 한다.

---

20) 정확한 판시는 다음과 같다. "또한 화장실이나 탈의실의 이용에 관하여 남성의 외성기의 외관을 구비한 자가 스스로의 마음의 성별이 여성임을 주장하며 여성용의 화장실 등을 들어간다는 지적이 있다. 그러나 화장실 등에 있어서는 통상 타인의 외성기 부분의 외관을 인식하는 기회가 적고 그 외관에 기초한 구분을 하는 곳은 아니므로 제5호 규정이 화장실 등에 있어서 혼란을 막는 것을 목적으로 하는 것이라고는 해석되지 아니한다. 이용자가 안심하고 안전한 화장실 등을 이용할 수 있는 것은 모든 이용자에게 있어 중요한 문제이기는 하나, 각 시설의 성격(학교내, 기업내, 회원용, 공중용 등)이나 이용 상황 등은 다양하고 개별 실재에 따라 적절한 대응이 필요하다. 또한 성동일성장해를 가진 자에 있어서도 생활상 필수적인 화장실 이용은 성별변경심판의 유무에 관계없이 절실하고 곤란한 문제로서 다양한 사람들이 공생하는 사회생활의 존재방식으로서 개별의 사정에 따라 적절한 대응이 추구되어야 한다. 이러한 화장실 등의 이용 관계에서 제5호 규정에 따른 제한을 필요로 하는 합리적인 이유가 없다는 것은 명확하다."

21) 트랜스젠더 남성보다 트랜스젠더 여성이 보다 위협적인 존재라는 점을 보여준다.

22) "Pupils in Spain will choose which bathroom they use at school", Evangelical Focus Europe (2017. 1. 3.) 〈https://evangelicalfocus.com/family/2209/pupils-in-spain-will-choose-which-bathroom-they-use-at-school〉 (2023.11.18. 최종방문).



▸ 발표일자: 2018년 1월
▸ 지역: 이탈리아
▸ 조사기간: 2017. 10.24. ~ 11.07.
▸ 응답자: 1,000명
▸ 연령대: 16~64세

출처 : 이탈리아 여론조사 – "당신은 트랜스젠더 사람들이 자신의 성정체성에 따른 화장실을 사용하도록 허용하는 데 찬성하십니까?" 〈STATISTA 제공〉[23]

5. 우리나라 상황

우리나라에서도 성전환수술을 받은 트랜스젠더 여성의 여자화장실 이용을 금지한 시설운영자에게 특별인권교육을 수강하도록 명한 인권위 처분이 행정법원에서 그대로 유지된 적이 있고, 민사소송에서는 시설운영자에게 위자료가 부과되기도 했다(서울행정법원 2021. 6. 10. 선고 2019구합89043호). 이 사건의 당사자인 성전환여성은 시설운영자를 상대로 손해배상청구소송을 제기하기도 하였는데, 법원은 700만 원의 위자료를 지급하라는 판결을 선고하였다(대구지방법원 포항지원 2021. 10. 27. 선고 2019가소12475 판결). 하지만 이 사건의 당사자는 성전환수술을 받은 사람이었기에 논란의 여지는 상대적으로 적었다고 볼 수도 있다.

6. 제안된 대책 - 성중립화장실

이 문제에 대한 대책으로 성중립화장실을 설치할 것을 제안하는 견해도 있다. 최근 성공회대, 카이스트, 서울대 등에서 성중립화장실을 설치하는 시도를 하여 눈길을 끌었는데,[24] 성중립화장실은 남자와 여자뿐만 아니라 트랜스젠더 등 성소수자, 장애인 등 모두가 차별 없이 사용할 수 있는 화장실을 뜻한다. 그러나 이에 대해서는 여전히 반대하는 의견도 존재한다.

성중립화장실 설치를 반대하는 근거로는 안전상 문제가 있다는 점을 든다.[25] 남성과 여성이 동시에 사용할 수 있는 공간인 만큼 이를 이용하는 여성들이 범죄에 노출될 수 있다는 것이다. 강남역 살인사건이 남녀공용 화장실에서 일어난 점에 비추어 보면 전혀 근거가 없는 염려라고 보기는 어려울 수도 있다.

23) "Do you agree that transgender people should be allowed to use the restroom of the sex they identify with?", STATISTIA (2022. 11. 9.) 〈https://www.statista.com/statistics/805146/opinion-on-transgender-people-s-bathroom-choice-in-italy/〉 (2023. 11. 18. 확인).

24) "서울대·카이스트도 '성중립 화장실'…대학가 확산", 헤럴드경제 (2023. 3. 21.) 〈https://biz.heraldcorp.com/view.php?ud=20230321000149〉 (2023.11.18. 최종방문).

25) "안전한가요? 불안한 성중립 화장실이 싫어요", 한국일보 (2022. 8. 12.) 〈https://m.hankookilbo.com/News/Read/A2022080911010000296〉 (2023.11.11. 최종방문).

이러한 염려를 반영하여 최근 영국에서는 새로 건축되는 건물들에 대하여는 성중립화장실을 두지 않고 남녀구분 화장실(1개의 성이 전용으로 사용하는 시설)만을 제공할 것을 강제하는 지침이 도입되기도 하였다.[26]

그러나 성중립화장실의 위험성에 대해 2018년 UCLA 로스쿨 연구 결과는 범죄위험성이 증명되지 않는다고 보고한다.[27] 이 연구는 트랜스젠더에게 포용적인 성중립화장실, 라커룸, 탈의실을 조례로 의무화한 지자체와 의무화하지 않은 지자체의 범죄율을 비교한 것이다. 연구 결과, 성중립화장실 등 시설 설치를 의무화한 곳과 범죄 사건의 수나 빈도 사이에 관련이 없다고 한다.

7. 평가 및 결론

성중립화장실의 범죄율이 높지 않다는 연구결과를 신뢰하는 전제에서, 성중립화장실은 하나의 유력한 대안이 될 수도 있을 것이다. 그런데 앞서 본 Gavin Grimm 사건에서는 해당 트랜스젠더 남학생에게 성중립화장실을 사용할 것을 권고하였음에도 해당 학생이 이를 통해 극도의 고립감을 경험하고 용변을 참기 시작했다고 털어놓은 바 있는 점에 비추어 보면, 이 역시 아직 완벽한 해결책이라고 보기는 어려운 측면이 있다. Gavin Grimm이 고립감을 느낀 것은 성중립화장실이 트랜스젠더를 남녀의 성별로부터 고립시키는 성격의 것이었기 때문임을 고려하면, 성중립화장실을 대안으로 제시하기 위해서는 그것이 트랜스젠더의 추방지가 아닌 모든 성별의 공유지라는 성격으로 자리매김하는 것이 먼저 필요하지 않을까 싶다.

이 논쟁은 여전히 진행중이고, 계속해서 해결책을 고민해야 한다. 좋은 해결책이 나오려면 사회구성원들 사이에 서로에 대한 이해와 양보가 필요해 보인다.

---

26) "UK minister wants clampdown on 'gender-neutral' bathrooms", POLITICO (2023. 8. 13.)〈https://www.politico.eu/article/uk-minister-wants-clampdown-on-gender-neutral-bathrooms/〉 (2023.11.11. 최종방문).

27) Hasenbush, A., Flores, A.R. & Herman, J.L. Gender Identity Nondiscrimination Laws in Public Accommodations: a Review of Evidence Regarding Safety and Privacy in Public Restrooms, Locker Rooms, and Changing Rooms. Sex Res Soc Policy 16, 70-83 (2019).

GLOBAL
LEGAL
BRIEF

글로벌법제전략연구사업 2023년 제7호

트랜스젠더 화장실 권리 논쟁의 최근 동향

김동현
서울중앙지방법원, 부장판사

발 행 처 한국법제연구원
담 당 글로벌법제전략팀
발 행 일 2023. 12. 20.
www.klri.re.kr

한국법제연구원
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE

OPEN 공공누리 출처표시 상업용금지 변경금지 공공저작물 자유이용허락