

국가인권정책기본계획(NAP) 독소조항 반대
국민기만 인권정책 비상대책위
출범식 및 토론회

- 일시 : 2018.8.27(월) 오후 2시~4시
- 장소 : 국회의원회관 2층 대회의실
- 주최 : 국민기만 인권정책 비상대책위원회,
성일종 국회의원

1부 출범식

사회 : 구자우 목사 (한국장로교총연합회 총무)

- * 국민의례 : 다같이
- * 개회선언 : 엄기호 목사(한국기독교총연합회 대표회장)
- * 인사말씀 : 성일종 국회의원(자유한국당)
유중현 목사(한국장로교총연합회 대표회장)
전계현 목사(대한예수교장로회총회(합동) 총회장)
이혜훈 국회의원(바른미래당)
김진태 국회의원(자유한국당)
이건호 대표(대한민국지키기불교도총연합)
- * 출범메시지 : 소강석 목사(한국교회공동정책연대 상임회장,
한국교회동성애대책협의회 대표회장)
- * 취지문 및 정관 채택 : 길원평 교수(동성애동성혼반대국민연합 운영위원장)
- * 조직안 발표 : 박요셉 목사(한국교회공동정책연대 & 전국광역시도
기독교연합회 총무)
- * 출범선언 : 참가자 일동
- * 구호제창 : 심만섭 목사(한국교회언론회 사무총장)
“나쁜인권NO 독소조항OUT, 차별금지법NO 동성애옹호OUT”
- * 광고인사 : 김진호 목사(한국교회교단장회의 총무단)
- * 기념촬영 : 순서자 및 내빈, 임직원

2부 토론회

“동성애 옹호 국가인권정책 기본계획의 문제점과 대책”

- * 사회 : 염안섭 원장(연세수동중앙병원)
- * 발제 : 길원평 교수(동성애동성혼반대국민연합 운영위원장)
박성제 변호사(자유와인권연구소)
이상현 교수(숭실대학교 법과대학)
- * 패널 : 지영준 변호사(법부법인 저스티스)
김지연 약사(차세대세우기학부모연합 상임대표)
이현영 대표(국민을 위한 대안)
- * 질의응답
- * 폐회

NAP 성평등 정책의 문제점

길원평(부산대 교수)

1. 서론

지난 8월 6일에 제3차 국가인권정책 기본계획이 국무회의를 통과하였는데, 그 안에 그동안 수없이 지적하였던 독소조항들이 조금도 수정되지 않고 그대로 들어 있다. 그 독소조항 중에서 특히 문제가 되는 것이 성평등 정책이다. 국가인권정책기본계획의 27 군데에서 ‘성평등’이란 용어가 사용되며, 정부의 각 부처가 성평등 콘텐츠 제작, 공무원, 방송 관계자 등에게 성평등 교육 실시 등의 성평등 정책을 시행해야 한다. 그런데, 이 성평등의 의미에는 대다수 국민들이 도저히 받아드릴 수 없는 동성애와 동성결혼 합법화의 개념이 들어 있다. 본 논문에서는 성(젠더)과 성평등의 의미를 고찰한 후에, 서구에서 나타나는 성평등의 폐해들을 소개하겠다. 그 후에 최근에 한국 국민들이 보여 주었던 성평등에 대한 반대 여론을 언급함으로써, 법무부 관계자들이 국민의 정서를 알고 잘못된 성평등 정책을 실시하지 않도록 하는데 도움을 주려고 한다.

2. 성평등(gender equality)의 의미

성평등은 젠더평등을 의미하며, 젠더(gender)는 사회적 성으로 생물학적 성(sex)과는 다르다. 생물학적 성은 사람이 태어나면서 신체에 나타나지만, 사회적 성(젠더)은 생물학적인 성과는 무관하게 자신의 마음으로 생각하는 성을 의미한다. 생물학적 성은 남성과 여성, 두 종류의 성만 존재하지만, 사회적 성에는 수십 가지의 다양한 성 정체성을 포함하고 있다. 젠더가 마음으로 생각하는 성을 의미하기에, 성평등(gender equality)은 다양한 성 정체성 사이의 평등을 의미한다. 성평등에 관련된 좋은 참고 자료로써, 여성가족부 요청에 의해 2016년에 한국법제연구원에서 만든 “성평등 관련 해외입법동향 및 지원체계에 관한 법제분석”이란 자료가 있다. 위의 한국법제연구원 자료의 9페이지에 “성평등권의 구체적인 내용에 대해서는 명확한 합의가 없음”이라고 하면서도, 10페이지에 “성평등권을 보호하는 국제규범이 해석론으로 성적지향과 성별 정체성의 사안에도 적용이 가능한 현 시점”과 “성평등권의 보호에 성적지향 및 성별 정체성에 대한 차별금지가 포함되는 현상이 나타나고 있는 현 시점”이라는 문구가 들어 있다. 즉, 이러한 문구로부터 전 세계적으로 ‘성평등’이란 의미 안에 ‘성적지향 및 성별정체성에 대한 차별금지’가 포함되는 추세임을 알 수 있다.

또한 위의 한국법제연구원 자료의 11페이지를 보면, 영국의 경우에 2000년대 이후

부터 성평등에 관한 인식 변화가 시작되어 남녀평등의 문제에서 ‘성소수자에 대한 보호와 배려 및 평등’ 문제로 변화되었다고 되어 있다. 즉, 영국에서 2000년 이후에 ‘성평등’이 성소수자를 포함하는 평등이란 개념으로 변화되었음을 알 수 있다. 이러한 한 국법제연구원 자료에 의하면, 유엔과 서구 일부 국가에서 성평등을 ‘성소수자를 포함 하는 평등’ 또는 ‘성적지향 및 성별정체성에 대한 차별금지’를 의미하는 것으로 간주 되고 있음을 알 수 있다. 이제부터는 성평등에는 동성애, 트랜스젠더 등이 포함된 개념임을 뒷받침하는 자료를 소개하겠다.¹⁾

2-1. 인터넷 자료

(1) 성평등, 위키백과²⁾

성 평등 (性平等, Gender equality)은 모든 사람들이 정치·경제·사회·문화적으로 평등한 대우를 받아야 하고 성별에 근거하여 차별 대우를 받으면 안 된다는 관점이다.^[1] 이는 민주적인 활동과 같은 노동에 같은 급여를 보장하는 것과 함께, 법과 사회적 상황에서 평등을 창조하고자 하는 UN 세계 인권 선언의 목표 중 하나이다.^[2] 두 성별(남성과 여성)에만 국한되지 않고, 성소수자들에게도 뜻이 통한다는 점에서 '양성평등'의 개념과 구별되며, 동시에 성 평등이라는 개념은 양성평등의 상위에 위치한다.

(2) 성평등, 나무위키 미러³⁾

성평등(gender equality, sex equality)이란, 모든 성별은 공평한 권리(rights), 책임(responsibilities), 기회(opportunities)가 있다는 개념을 말한다. 즉, 성평등은 각 성별의 이익(interests), 필요사항(needs), 우선사항(priorities)을 모두 고려한다는 의미를 함축하고 있다(출처).

'양성평등'과 '성평등'은 성별을 규정하는 관점에 차이가 있는데, 양성평등은 젠더 이분법을 채택하는 반면 성평등은 젠더 이분법을 거부한다. 나무위키의 성 관련 문서들은 대부분 젠더 이분법을 거부하는 관점으로 작성되어 있으며, 이 문서도 그렇다.

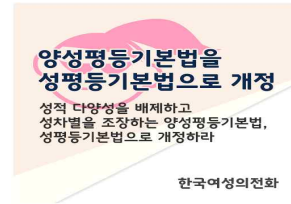
모든 성별이란 남성과 여성뿐만이 아닌 제3의 성들, 즉 젠더퀴어까지 모두 아우르는 말이며, 공평한 대우란 차이를 인정하되 불합리한 차별은 하지 않는 것을 뜻한다. 이 세상에는 여성과 남성 두 가지 성별만 있는 것이 아닌, 안드로진이나 바이젠더, 에이젠더(무성), 뉴트로이스 등의 다양한 성별들이 있다. 또한 성 지향성에도 이성애 하나 뿐만이 아닌 양성애, 범성애, 동성애 등 다양한 종류가 있다. '성 평등'이란, 남성과 여성 사이의 평등 말고도 저러한 제3의 성별에 대한 평등, 그리고 다양한 성 지향성들에 대한 평등을 아우르는 개념이다. 다만 이 문서에서는 문서가 지나치게 복잡해지는 것을 막기 위해 남성과 여성간의 이슈를 주로 서술하기로 한다. 성소수자에 대한 평등 문제는 성소수자, 성별 정체성, 성적 지향 항목 과 그 하위 항목들을 참고하기 바란다.

1) 아래에 첨부된 자료의 대부분은 전문성변호사에 의해 제공되었음을 밝힌다.

2) <https://ko.wikipedia.org/wiki/%EC%84%B1%ED%8F%89%EB%93%B1>

3) <https://namu.mirror.wiki/w/%EC%84%B1%20%ED%8F%89%EB%93%B1>

(3) 사단법인 한국여성의전화 홈페이지⁴⁾



01. 성차별을 조장하는 ‘양성평등’

- ‘양성평등기본법’을 ‘성평등기본법’으로 개정

1) 정책 원칙 및 방향

○ ‘성별’은 사회적 성(gender)를 포함하는 개념이며, ‘양성평등’은 성을 두 개로 구분함으로써 젠더 이분법을 강화하고 성적 다양성을 배제하는 문제적 명명임.

○ 성별에 따른 차별 및 폭력 근절을 위한 정책은 젠더관점에 입각해 성별권력관계에 따른 구조화된 불평등 문제를 다루어야 함. 정책의 목적과 내용에 있어 ‘성평등’, ‘성차별’ 용어를 적용하는 것이 적합함

2) 현황 및 필요성

○ 정부는 양성평등기본법 개정을 필두로 ‘여성발전’에서 ‘실질적 양성평등 실현’으로 정책 패러다임의 전환을 표방하며, ‘양성평등’은 남녀가 같아지도록 하는 것이 아니라 ‘성별 고정관념, 성차별적 제도·관행 등이 제약 요인으로 작용하지 않아야 한다는 의미’로 규정하고 있다. 하지만 실제 ‘양성평등’ 정책 내용 및 집행에 있어서는 ‘생물학적 성별(sex)’에 따른 남녀이분법에 기초해 기계적이고 양적인 균형을 맞추는데 집중되어 있다. 뿐만 아니라, 여성가족부는 양성평등기본법을 근거로 성소수자 인권보호 배제를 표명하는 등 양성평등기본법의 입법취지를 자의적으로 해석하며 성차별을 조장하고 있다.

○ 이러한 정부의 양성평등 정책 운용은 남성 역차별 주장 및 여성과 성소수자에 대한 혐오와 맞물려 오히려 성별고정관념과 여성과 남성 간의 대결/대칭구도를 강화시키고 있으며, 여성 및 성평등 정책 전반을 후퇴시키고 있다. 지방자치단체에서도 성평등 및 성주류화의 의미를 왜곡·축소시키는 양성평등 기본조례로의 제·개정이 이어지고 있는 상황이다.

4) http://hotline.or.kr/policy_proposals/25144

(4) 한양대학교 인권센터 홈페이지, 상담/신고, 성폭력, 성평등이란⁵⁾

HOME > 상담/신고 > 성폭력 > 성평등이란

성평등이란	성폭력	성폭력의 대처
-------	-----	---------

성평등(gender equality)이란

모든 사람이 지위·배경 등에 관계없이 정치·경제·사회·문화적으로 평등한 대우를 받아야 하듯이, 젠더(사회적 성)에 근거하여 차별 대우를 받으면 안 된다는 규범적 가치입니다. 젠더관점에 입각하여 성별 위계 및 권력관계에 따라 구조화된 사회적 불평등(성별 고정관념, 성역할, 성차별적 제도 및 관행, 이분법적 젠더 이해, 성적소수자 차별 등)을 해소하고 차이가 차별이 되지 않도록 하는 상호존중과 공존의 가치와 실천을 의미합니다.

(5) [특별기고] ‘성평등’은 ‘양성평등’의 줄임말이 아니다,

이은경, 경기일보, 2017.6.21.⁶⁾

요새 ‘양성평등’ 대신 ‘성평등’이라는 용어를 주로 사용한다. 성평등 인권부, 성평등 위원회, 성평등 인권통합교육, 심지어 육아 휴직제나 임금공시제 앞에도 성평등을 붙인다. 이 추세론 ‘양성평등’이 슬그머니 사라질 모양새다. 마치 남녀평등을 대체하는 뭔가 참신한 용어처럼 들리기도 하고, 아예 ‘양성평등’의 줄임말이라 생각하는 사람들도 많다.

그러나, ‘양’자의 삭제는 여성과 남성의 2분 법적 구분을 없애고, ‘젠더’를 헌법과 법률에 이식하려는 강한 의지의 표현이다. 이는 1남 1녀의 결합, 그리고 출산을 염두에 둔 전통적인 혼인과 가족의 개념이 본질적으로 달라질 수 있다는 말이다.

첫째, ‘성평등’은 남녀 두 개의 성에 국한하지 않고, 수많은 젠더를 인정하겠다는 함의다. 물론, ‘젠더’는 생물학적으로 타고나는 게 아니라, 인간 스스로 선택할 수 있음을 전제로 한다. 국가는 개인이 결정하는 다양한 성을 수용하고 이를 전제로 모든 법률을 손질할 의무를 부과한다.

2-2 논문, 학술지, 연구보고서, 정책보고서

(1) 국회헌법개정특별위원회 자문위원회 보고서, 2018.1.

5)

<http://hrc.hanyang.ac.kr/%EC%83%81%EB%8B%B4-%EC%8B%A0%EA%B3%A0/%EC%84%B1%ED%8F%AD%EB%A0%A5/%EC%84%B1%ED%8F%89%EB%93%B1%EC%9D%B4%EB%9E%80/>

6) <http://m.kyeonggi.com/?mod=news&act=articleView&idxno=1365726>

“※ ‘성평등’에 관한 부연설명

○ 개념 정의 (62 페이지)

양성평등(sex) = 남과 여라는 생물학적 차이(선천적)에서 발생한 불평등 문제
성평등(gender)= 사회역사적(구조, 환경, 문화)으로 형성된 차이(후천적)에서
발생한 불평등 문제”

○ 혼인 및 가족생활의 주체를 남녀(양성)에서 ‘개인’으로 전환 (64 페이지)

- 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지된다는 조항에서
개인의 존엄과 평등을 기초로 개정함
- 가족의 성립에 있어서도 결혼 이외의 다양한 가족 인정”

(2) 헌법과 성평등 관련 법률의 향후과제, 여성부 연구보고서, 28 페이지 (2008. 12)

“그렇다면 좀 더 적합한 방식으로 성차를 이해하는 평등 개념은 어떻게 가능할 것인가? 성 차이를 생물학적으로든, 사회적인 것으로든 고정된 것이 아닌 유동하는 것으로 이해를 고려할 수 있다. 유동한다는 의미는 기존의 경계를 넘는다는 의미를 포함한다. 그것은 성차의 경계 자체의 변화 역시 포함하는 것이기에 성차는 남성-여성이라는 이분화된 차이를 넘어서 다양한 성들간의 차이를 고려하는 성평등 개념으로 사고하는 것이다.”

3. 성평등으로 인한 사회적 폐해

앞에서 자세하게 기술하였듯이, 성(gender, 젠더)이 마음으로 생각하는 성을 의미하고 성평등(gender equality)은 동성애, 트랜스젠더 등을 포함하는 다양한 성 정체성 사이의 평등을 의미하기에, 성평등은 동성애, 동성결혼 등을 이성애, 이성결혼과 동등하게 인정하는 결과를 낳는다. 즉, 양성평등이 성평등으로 바뀌면 모든 성관계(동성애 등)가 허용되고, 동성결혼을 포함한 모든 결합이 결혼으로 허용되게 된다. 따라서 ‘양성 평등’이 ‘성 평등’으로 대체되면 연관된 성별, 혼인, 가족, 가정 등의 의미가 통째로 바뀌게 되어 매우 큰 사회적 혼란이 일어나게 된다.

서구에 나타난 성평등의 폐해를 간략히 소개하면 다음과 같다.

- 2016년 미국 뉴욕시는 31개의 성을 공표하였고, 상대방이 원하는 성호칭을 계속적으로 사용하지 않으면 최고25만달러 (한화 약 2억7천만원)의 벌금이 부과될 수 있음.

- 영국, 미국 등에서는 여권 신청서와 공식문서에 엄마, 아빠 대신에 Parent 1, Parent 2를 사용할 수 있음.
- 미국 캘리포니아 민주당 의원들, '반동성애'라는 이유로 '남편'과 '아내'라는 단어를 금지하자는 법안 제출
- 미국 미시건 교육위원회는 학생들이 부모나 의사의 생각과는 상관없이 자신의 성과 이름과 화장실을 선택할 수 있도록 허용하라는 지침서 초안 작성
- 캐나다 온타리오주에서는 자녀 동성애 성향이나 성전환을 반대하는 부모 양육권을 주정부가 빼앗을 수 있도록 하는 법안이 통과
- 남자가 여자화장실을 사용하고 걸스카우트에도 가입 가능

성평등이 이루어지면 남녀 성별 구분이 사라지고, 아래 그림과 같이 트랜스젠더 등이 반대 성의 화장실, 샤워장, 목욕탕 등에 들어가는 것을 막을 수 없다. 여성들에게 얼마나 불편하고 위험하겠는가? 결국 화장실 등의 여성전용공간에서 성폭력 등이 일어날 가능성이 매우 높아진다고 본다.



또한 옆의 그림에 나오는 가브리엘 루드윅은 남자로서 이라크 참전용사였지만, 여자 농구선수로 출전하였고, 여학생들의 학부모들은 강력히 항의하였지만 무시되었다. 이처럼 트랜스젠더에 의해서 여성들이 스포츠 경기에서 불이익을 보고 불편함을 겪음에도 불구하고, 성평등을 그 사회가 받아들인 후에는 더 이상 막을 수 없다.



4. 2017년 헌법에 성평등 삽입하는 것에 대한 반대 여론

2017년 8월말 ~ 9월말에 영남, 호남, 충청, 수도, 강원 등 11개 권역별로 헌법에 대한 국민대토론회가 개최되었다. 이때에 많은 국민들이 한 목소리로 헌법에 있는 양성평등을 성평등 또는 평등으로 바꾸어 동성애와 동성결혼을 합법화하는 개헌을 반대하였다. 아래에 동성애, 동성결혼 합법화 개헌을 반대하는 몇 가지 사진을 첨부하겠다.



2017년 9월 3일(일) 오후 4시에 광주 금남로 518민주광장 앞에 경찰 추산 약 2만 명의 시민들이 모여서 “성평등을 통한 동성애 동성결혼 합법화 개헌 반대”의 구호를 외치고 있다.



대전 중심지에 경찰 추산 약 3만 명의 시민이 모여 “성평등을 통한 동성애 동성결혼 합법화 개헌 반대”를 외치고 있다. 대전에서 이렇게 많은 시민들이 모인 적이 없었다고 한다.

이러한 외침으로부터 국민들이 얼마나 성평등을 통한 동성애 동성결혼 합법화를 반대하고 있는지를 알 수 있다.

2017년 11월 21일에 국회 정문 앞에서 711,922명의 “동성애 동성혼 합법화 개헌 반대” 서명지를 제출하는 기자회견을 하였다. 특히, 328개 대학 3,207명의 교수들이 동참하였다.



국민대토론회가 끝난 후에 2017년 11월 23일에 있었던 국회 헌법개정위원회의 집중 토론 시간에 김성태 국회의원이 “자유발언대, 국민대토론회, 개헌 홈페이지에도 성평

등 항목에 대하여 상당한 국민들의 여론이 대다수이다.”라고 발언을 하였다. 이 발언은 전국 11개 권역별 헌법 국민대토론회 등에서 성평등에 대해 반대하였던 국민들의 의견을 잘 요약하였다고 본다.

5. 양성평등정책 기본계획에 성평등이 들어가는 것에 대한 반대 여론

여성가족부가 2017년 11월 16일 공청회에서 발표한 [양성평등정책 기본계획](안)을 보면, 당연히 양성평등기본법을 따라야 함에도 불구하고 1차(2015-2017)와는 달리 2차(2018-2022) 기본계획(안)은 양성평등 기반에서 성평등 기반으로 패러다임이 바뀌어 작성되었다. 양성평등기본법의 목적은 이 법의 제1조(목적)에 나와 있는 것처럼 [대한민국헌법]의 양성평등 이념을 실현하기 위한 국가와 지방자치단체의 책무 등에 관한 기본적인 사항을 규정함으로써 정치·경제·사회·문화의 모든 영역에서 양성평등을 실현하기 위함이다. 그런데 여성가족부가 수립하려는 성평등 기반의 양성평등정책 기본계획은 양성평등기본법을 정면 위반할 뿐만 아니라 대한민국 헌법을 위반했다.



위의 그림들은 2017년 11월-12월에 여성가족부 앞에서 국민들이 항의하는 모습이다. 결국 여성가족부는 2017년 12월 20일에 제2차 양성평등정책 기본계획을 발표하였으며, 공청회에서 발표된 안과 비교해 보면 비전과 목표, 추진체계 등이 성평등에서 양성평등으로 수정되었고, 특히 정부의 여러 부처가 추진하는 대부분의 사업들과 학교 교육과 시민 교육이 양성평등을 기반으로 수정되었다. 제2차 양성평등정책 기본계획 안에 여전히 성평등이 몇 군데 남아 있어서 아쉽지만, 그래도 상당 부분이 양성평등으로 수정되었다는 점은 긍정적으로 평가할 수 있다. 하지만, 앞으로도 여성가족부

에 대한 고삐를 늦추지 않고 강력하게 항의해서 나머지 부분까지 수정되도록 해야 한다.

6. 법무부의 국가인권정책기본계획에 있는 성평등 정책들

2018년 8월 7일에 국무회의에서 국가인권정책 기본계획을 통과시켰는데, 기본계획의 27 군데에서 ‘성평등’이란 용어가 사용되고 있다. 대표적으로 사용되는 몇 군데를 기술하면 다음과 같다. 46페이지의 “성평등 교육 확대 및 문화확산”이란 제목 아래에 “공무원, 방송관계자 등에 대해 성평등 관점이 반영된 교육 실시” 소제목이 있고, 그 안에 “교육 매뉴얼 및 콘텐츠에 ‘성평등’ 내용을 포함하고, 부모교육 담당자에 대해서도 성평등 교육 추진”, “성평등한 정부정책 수립을 위해 공무원 대상 성인지 교육 시행”, “방송사업자 및 관계자, 방송심의 모니터 요원 등 대상으로 성평등 교육”란 문구가 있다. 또한 “성평등 문화 확산을 위한 사회 문화운동 전개” 소제목 아래에 ‘양성평등주간(7. 1. ~ 7. 7.) 등 주요 기념일·주간 여성안전 및 성평등 인식 확산 캠페인 전개’란 문구와 ‘민간부문의 언론보도, 기업광고 등 성평등 의식 함양에 기여한 우수사례 시상(성평등 미디어상, 성평등 디자인상 등)’란 문구가 있다. 101페이지의 “성희롱·성폭력에 대한 인식개선 및 성평등 문화 조성” 제목 아래에, 102페이지의 “성희롱·성폭력에 대한 인식개선 및 성평등 문화 확산” 소제목이 있고, 그 밑에 “성평등 문화 확산 및 성희롱·성폭력 예방을 위한 행동 및 언어습관 개선 가이드 등 제작 추진” 및 “성평등 콘텐츠 제작 및 성평등 교육 실시”란 문구가 있다.

또한 299페이지의 “인식 개선”이란 큰 제목 밑에 “성평등 문화예술 콘텐츠 확산”이란 제목이 있고, 그 밑에 “성평등 문화 확산 프로그램 제작 지원”이란 소제목과 “폭력예방 및 성평등 관련 동영상(웹드라마, 애니메이션 등), 웹툰, 카드뉴스 제작 지원”이란 문구가 있다. 또한 “생활 속 성차별 언어 및 표현 개선과 성평등 실천문화 확산”이란 제목 아래에 “성평등 언어생활 캠페인”이란 소제목과 “성평등 언어·표현 관련 카드뉴스 제작”이란 문구가 있다. 또한 “민관 거버넌스를 통한 성평등 담론 활성화” 소제목과 “참여형 성평등 캠페인 추진, 양성평등정책 홍보 강화” 소제목이 있다. 이 기본계획을 보면, 성평등에 대한 교육과 문화로 국민들을 세뇌시키려고 하는 것처럼 보인다. 이제부터는 성평등 정책을 통과시키기 위하여, 법무부가 주장한 몇 가지 거짓말에 대한 반론을 적도록 하겠다.

6-1 양성평등과 성평등은 같다? - 법무부의 거짓말 1

법무부는 성평등에 대한 항의에 대해서 “양성평등과 성평등의 용어는 모두 영어 ‘gender equality’의 번역으로 혼용하고 있다.”라고 답변하였다. 이러한 답변에 대한 반박을 하면, 첫째로 2018년 1월에 발간한 ‘국회 헌법개정특별위원회 자문위원회’ 보고서 62페이지에 “개념정리, 양성평등(sex)= 남과 여라는 생물학적 차이(선천적)에서 발생한 불평등 문제, 성평등(gender)= 사회역사적(구조, 환경, 문화)으로 형성된 차이(후천적)에서 발생한 불평등 문제”라고 기술함으로써, ‘양성평등’과 ‘성평등’이 같지 않음을 분명하게 나타내고 있다. 만약 ‘양성평등’과 ‘성평등’이 동일한 의미를 갖고 있다면, 국회 헌법개정특별위원회 자문위원회가 작년에 헌법에서 ‘양성평등’ 삭제하고 ‘성평등’ 조항을 신설하려고 노력했을 이유가 없다.

둘째로, 헌법재판소의 판례를 보면, “헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족생활에서 양성평등의 평등대우를 명하고 있으므로 남녀의 성을 근거로 하여 차별하는 것은 원칙적으로 금지되고”(헌재 2001헌가9 판례), “헌법 제11조 제1항은…‘성별’의 경우를 살펴보면, 성별은 개인이 자유로이 선택할 수 없고 변경하기 어려운 생래적인 특징으로서”(헌재 2006헌마328 판례)이라고 되어 있으므로, 헌법재판소는 헌법 제36조의 ‘양성’과 제11조의 ‘성별’을 남녀의 생물학적인 성(sex)으로 해석함을 분명히 한다. 셋째로 작년 12월에 여성가족부가 양성평등기본계획에 있는 성평등을 양성평등으로 바꾸니까, 아래 그림과 같이 한국여성단체연합 회원들이 양성평등이 아니라 성소수자까지 포괄하는 성평등 정책을 추진할 것을 정부에 촉구하였다.



넷째로, 2015년 6월에 대전광역시가 성소수자 인권 보호와 지원에 관한 조항을 담은 ‘성평등 조례’를 제정하자, 여성가족부는 이 조항이 담고 있는 “성소수자와 관련된 개념이나 정책은 양성평등 법의 입법 취지를 벗어났다”는 의견을 제시하였다. 이에 따라 대전시는 2015년 9월 ‘성평등 조례’를 ‘양성평등 조례’로 이름을 바꾸어 개정하였다. 마지막으로 앞에서 언급한 위키백과, 나무위키 등의 자료에서 성평등과 양성평등이 다르다는 것을 분명히 언급하고 있다. 여성단체, 동성애자 단체, 여러 자료 등에서 성평등과 양성평등이 다르다는 것을 분명하게 기술함에도 불구하고, 법무부 관계자가 성평등과 양성평등이 같다는 주장을 몰라서 하는지, 혹은 알면서 의도적으로 하는지

를 분간할 수 없지만, 더 이상 성평등과 양성평등이 같다는 변명을 하지 말고, 국가인권정책기본계획에서 성평등이란 용어는 삭제되고 양성평등이란 용어로 대체되어야 한다.

6-2. 제1차 및 제2차 국가인권정책기본계획에도 ‘양성평등’과 ‘성평등’을 혼용했다?

제1차(2007~2011) 국가인권정책 기본계획에는 ‘성평등’이라는 용어가 1번 등장하는데, 154페이지에서 유엔 사회권규약위원회의 권고를 언급한 것이다. 제2차(2012~2016) 기본계획에는 ‘성평등’이라는 용어가 5번 등장하지만, 제1차 기본계획과 마찬가지로 유엔 사회권규약위원회, 여성차별철폐위원회 등의 권고를 소개하는 것이다. 또한, 성별영향분석평가 활성화 추진 및 성인지예산제도 지원 강화와 관련해서는, “‘성평등’에 중대한 영향을 미칠 수 있는 계획 및 사업 등 정부의 주요정책과 제도가 ‘양성평등’하게 추진되도록 분석평가 대상 확대”라고 기술하여 ‘성평등’을 ‘양성평등’하게 추진할 것을 명시한다. 따라서 제2차 기본계획에서도 제1차 때와 마찬가지로 ‘성평등’을 국가인권정책으로 추진하지는 않았다. 하지만, 제3차 기본계획에는 ‘성평등’ 용어가 27차례 등장하는데, 유엔 권고를 소개하는 차원에 그치지 않고, ‘성평등’을 기본정책에 포함하여 시행하도록 한다. 따라서 1차, 2차 국가인권정책 기본계획을 핑계로 대면 안 된다.

6-3. 양성평등기본법에도 ‘양성평등’과 함께 ‘성평등’이 병기되고 있다?

양성평등기본법 제1조(목적)와 제3조(정의)에 의하면, ‘양성평등’은 남녀의 2분법적 성별 구분을 전제로 남녀 간의 평등을 의미한다는 전제하에 입법되었다. 현행 양성평등기본법에 ‘양성평등’과 더불어 제14조, 제15조, 제19조 등에 ‘성평등’이라는 용어가 혼용되는 것은 사실이지만, 동법에는 ‘양성평등’에 대한 정의는 있지만, ‘성평등’에 대한 정의는 없다. 동법의 제·개정을 ‘성평등’의 의미에 대한 깊은 논의 없이 한 것으로 추정된다. 또한 제14조, 제15조, 제19조는 ‘양성평등정책 촉진’이란 제목 아래에 있는 조항이며, ‘성평등’이 제목에 사용된 것은 하나도 없고, 상당수가 ‘국가성평등지표’, ‘지역성평등지표’, ‘국가성평등지수’처럼 단어 안에 삽입된 형태이며, 용어가 단독으로 사용되는 경우에도 ‘성평등 정도’, ‘성평등 수준’, ‘성평등 관점’, ‘성평등한’ 등으로 정책에 주도적으로 영향을 주는 것은 아니다.

법무부는 법에 대한 전문 지식을 가져서 그 의미의 차이를 알고 있음에도, 그릇된 인식으로 국민에게 거짓말을 하고 있다. 법무부는 무지(無知)가 아니라, 양성평등=성평등=Gender Equality이라는 잘못된 인식하에 의도적으로 용어를 사용하고 있다고 본다. ‘양성’은 남성과 여성의 2개의 성별을 의미하지만 ‘젠더(gender)’는 남성과 여

성 이외의 제3의 성까지 포함하는 것이므로 양성(양성)과 젠더는 서로 양립할 수 없는 개념이다. 이는 2015년 7월 6일자 여성신문의 “‘양성평등기본법’ 출발, 과연 양성에게 좋을까?”라는 제하의 기사를 보면 더욱 명확히 알 수 있다. 동 기사는 마지막 문단에서는 “양성평등기본법이 남녀 간의 불평등을 시정하고 남녀의 조화로운 참여를 끌어갈 수 있기를 진심으로 기대해 마지 않는다. 그리고 법 개정으로 법률제명에서 ‘양’자를 떼어주시기를... 이 세상에는 두 개의 성만 있는 것이 아니고, 두 개의 성을 강조하는 것이 의미 없는 사회가 진정으로 평등한 사회일 테니까.”라고 언급하고 있다. 이와 같이 ‘양성평등’과 ‘성평등’은 같은 의미가 될 수 없는 용어이다. 양성평등기본법에서 ‘성평등’이라는 용어가 사용되는 부분은 조속히 ‘양성평등’으로 바뀌어야 한다. 하지만, 이러한 용어의 차이를 알고 있음에도 고의적으로, 의도적으로 제3차 기본계획에 ‘성평등’ 용어를 사용하여 국민을 기망하려는 법무부의 위법행위는 결코 정당화될 수 없다.

6-4. 국제인권규범은 성적지향(동성애), 성정체성(트랜스젠더) 차별금지하는 방향으로 발전한다?

전 세계에는 유엔 등 국제기구에 가입되어 국제적인 승인을 받은 195개의 국가가 있고, 일부 지역의 주권을 사실상 행사하고 있지만, 아직 국제적인 승인을 널리 받지 않은 11개의 국가도 있어서 이 모든 나라를 합치면 약 206개의 국가가 존재한다.

동성애 차별금지법 없는 국가 = 약 140개(37%) 동성애 차별금지법 있는 국가 = 67개(33%) 포괄적 차별금지법 있는 국가 = 35개(17%)
동성결혼 금지하는 국가 = 약 180개(87%) 헌법 문구로 동성결혼 금지한 국가 = 28개(14%) 동성결혼 합법화한 국가 = 27개(13%)

위 표에서 보듯이, 대다수의 국가는 동성애 차별금지법을 가지고 있지 않으며, 동성결혼을 금지하고 있다. 또한 국제법은 “성적지향 및 성정체성” 개념을 인정하지 않는다. 성적지향 및 성정체성을 명시하는 구속력 있는 유엔조약은 없으며 유엔조약들을 공정하게 해석 했을 때 이 개념들을 내포하고 있는 조약은 하나도 없다. 국제인권규약인 자유권규약과 사회권규약에도 ‘성적 지향(동성애)’가 명문으로 조문에 들어 있지 않다. ‘성적 지향’을 명문으로 포함하고 있는 어떠한 국제인권조약도 존재하지 않으며, 러시아, 아프리카, 아시아, 중동 등 많은 국가들이 동성애와 동성결혼에 강력히 반대하고 있는 실정이다. 그러므로 국제인권규범이 동성애 차별금지

를 인정하는 방향으로 발전한다는 주장은 거짓이다.

유엔인권이사회(Human Rights Council)는 2015년 7월 1일자로 가족의 보호에 관한 결의안을 채택하였는데, 이 결의안 채택시 가족의 범위에 동성커플을 포함시키려는 일부 국가들의 수정안이 부결되었다. 이 결의안에 따라 유엔인권고등판무관은 국제인권법상 국가의 가족 보호 의무에 관한 보고서를 제출하였다. 이 보고서에 따르면 "개별국가가 각국의 법제도, 종교, 관습을 고려해서 가정을 정의할 재량(margine of appreciation)을 가진다."라고 되어 있다. 따라서, 동성결혼을 할 권리는 국제인권법에서 인정되지 않는다. 각국이 국내법으로 정하면 되는 것이고, 우리나라의 현행 일남일녀의 혼인제도를 유지하면 되는 것이다. 따라서 법무부의 국가인권정책기본계획에 포함되어 있는 동성에 포괄적 차별금지법 제정과 성평등 정책, 그리고 그로 인해 야기될 동성혼 합법화는 오히려 현행 헌법에 위반하는 위헌적 정책이다.

7. 결론

국가인권정책기본계획에 성평등 정책이 구체적으로 명시되어 있다. 현 국가인권정책기본계획이 그대로 국무회의를 통과하였기에, 앞에서 자세하게 기술하였던 성평등을 받아들인 서구에서 발생하였던 폐해와 문제점들이 우리나라에서도 생기게 되고, 동성애와 동성결혼도 자연스럽게 합법화하게 될 가능성이 높아졌다. 그동안 국민들이 그토록 문제를 지적하면서 반대를 하였지만, 전혀 의견을 수렴하지 않고 오히려 더 동성애를 옹호하는 방향으로 바꾸었다. 예로서, “국제인권규범은 인종, 피부색, 성, 장애 및 연령, 성적지향과 성적체성, 외국인 등에 대한 차별을 금지하는 방향으로 발전하고 있음”이란 문구를 ‘모든 사람이 평등한 사회’ 제일 앞에 박스로 강조하였다. 즉, 동성애 옹호는 국제적인 추세이기에, 따라가야 한다는 것을 전제하고 있음을 나타낸다. 이처럼 편향된 사고를 가진 사람이 법무부 관계자로 앉아 있으니까, 전혀 국민들의 의견을 듣지 않고 고집불통으로 밀어 붙이고 있다. 자신이 하는 행동이 국민들에게 어떤 영향을 미치는지도 모르고, 무조건 서구가 하는 것이니까 받아들여야 한다고 주장하는 것이다.

서구에서 공부를 한 전국의 수천 명의 교수들이 반대할 때에는 서구 사회를 잘 알지 못해서 그렇게 하겠는가? 서구 사회의 문제점을 너무 잘 알기 때문에 그렇게 따라가서는 안 된다는 것을 몸소 체험했기 때문에 반대하는 것인데, 정부 관계자는 왜곡된 이데올로기에 매여서 한국을 잘못된 길로 밀어붙이고 있다. 법무부에서 만든 설명서

에도 얼마든지 수정이 가능하다고 되어 있기에, 잘못된 기본계획에서 독소조항을 삭제하는 운동을 전개해야 한다. 조국 대한민국이 잘못된 서구의 성적 타락을 받아들이지 않도록 최선을 다해서, 한국만은 동성애 독재를 막고 전 세계를 올바른 방향으로 이끌어가는 도덕적인 국가가 되도록 하자. 포기하지 않고 순교적인 마음으로 지속적으로 올바른 목소리를 외치면, 모든 사람의 마음에 있는 양심이 결국은 진리의 길로 인도할 것을 굳게 믿고 끝까지 흔들리지 말고 다함께 승리를 기대하며 나아가기를 바란다.

법무부 제3차 국가인권정책기본계획(NAP)의 법적 하자⁷⁾

2018. 8. 27. 변호사 박성제

(자유와인권연구소)

I. 들어가는 말

- 법무부가 2018. 8. 7. 국무회의에 보고 후 공개한 제3차 국가인권정책기본계획(National Human Rights Plans of Action⁸⁾: NAP, 이하 “**NAP**”라 함)은 인권의 법적 보호 강화와 제도적 실천 증진을 목표로 하는 범국가적 종합계획임을 밝히고 있음.⁹⁾
- 법무부는 법치국가임을 자부하는 대한민국의 명실상부한 법무행정의 최고 기관으로서 법질서 확립, 인권옹호, 법무서비스 제공을 본인들의 임무로 내세우며 '공정하고 정의로운 사회, 인권이 존중받는 사회'를 비전으로 내세우고 있음.
- 이러한 법무부에서 법적근거도 명확하지 않으며, 내용 및 절차에 있어서 하자가 있는 제3차 NAP를 일부 편향된 시민단체의 의견을 모든 국민의 의견으로 해석하고, 다른 의견을 가진 시민단체 및 국민들의 의견은 반대를 위한 혐오세력으로 몰아세우며 귀를 막고 수립한 계획임.
- 법무부의 이러한 편향적인 행태는 NAP의 목표인 인권의 법적 보호 강화와 제도적 실천 증진과는 모순되는 행위이며, 대한민국의 법질서를 무너뜨리고, 국가정책에 다른 의견을 가지고 있다는 이유로 대한민국의 국민을 혐오세력으로 몰아 국민의 인권을 침해하는 것이며, 공정하지 않고, 정의롭지 못한 법무서비스를 제공하는 것임.

7) 본 발제문은 2018. 6. 27. 열린 '올바른 제3차 법무부 국가인권정책 기본계획(NAP)을 위한 토론회' 당시 발제했던 내용을 확정된 제3차 NAP에 맞추어 수정한 내용임.

8) 2017.10.16. 공개한 제3차 NAP 의견수렴안까지 NAP는 영문으로 'National Action Plan for the Promotion and Protection of Human Rights'로 번역함. 하지만 2018.4.20. 공개한 초안부터 영문명이 변경되었으나 이에 대한 설명이 전혀 없음.

9) 법무부, 2018~2022 제3차 국가인권정책기본계획, 2018, 2면

- 법무부가 다른 의견을 가진 국민의 목소리에 귀를 닫고, 그들의 참여를 배제하면서까지 확정한 제3차 NAP의 법적근거의 부재와 내용 및 절차에 있어서 어떠한 하자가 있는지를 법무부가 확정된 제3차 NAP와 함께 공개한 ‘제3차 국가인권정책기본계획(NAP) 설명자료’(이하 ‘**설명자료**’라 함)를 기준으로 살펴보고자 함.

II. 진행경과¹⁰⁾

- 먼저 2017년~2021년 제3차 NAP 수립을 위한 절차의 진행경과는 아래와 같음
 - ('16. 1.~2.) 제3차 국가인권정책기본계획 수립을 위한 사전 의견수렴
 - 인권관련 학회와 시민사회단체를 대상
 - ('16. 3.~4.) 제2차 국가인권정책기본계획 중 계속 추진과제 확인
 - ('16. 9.) 국가인권위원회의 제3차 국가인권정책기본계획 권고안 제출
 - ('16. 9.) 제3차 국가인권정책기본계획 수립을 위한 제1차 공청회 개최
 - 학계, 법조계, 종교계, 인권관련 단체 등 관련 분야 전문가 21명 및 관계부처 공무원 등의 참여로 각계 의견을 수렴
 - ('16. 10.) 제3차 국가인권정책기본계획 관계부처 간 실무회의
 - 보건복지부 등 13개 관계기관 참석
 - ('16. 12.) 제3차 국가인권정책기본계획(초안) 작성 완료
 - ('17. 8.~9.) 국정 과제 등을 추가 반영해 관계부처 간 협의
 - ('17. 10.) 시민사회단체 등 간담회 개최
 - 2017. 10. 16. 제3차 국가인권정책기본계획안 공개 및 국민 의견 수렴¹¹⁾
 - 2017. 10. 30. 제3차 국가인권정책기본계획 수립을 위한 제2차 공청회를 서울역 KTX 대회의실에서 개최

10) 법무부, 2018~2022 제3차 국가인권정책기본계획, 2018, 6면

11) 법무부 인권국 홈페이지에 2017. 10. 16.자로 게시(http://www.moj.go.kr/HP/COM/bbs_03/ListShwData.do?strNbodCd=noti9001&strWrtNo=308&strAnsNo=A&strRtnURL=HUM_2010&strOrgGbnCd=110000&strFilePath=hum/)

- 2018. 4. 20. 제3차 국가인권정책기본계획 초안 공개 및 국민의견수렴¹²⁾
 - 의견수렴 기간: 2018년 4월 20일(금) 공지 게시부터 2018년 4월 25일 (수) 자정까지
- ('18. 5.~7.) 관계 부처 추가 협의·보완
- ('18. 7.) 제3차 국가인권정책기본계획의 확정
 - 국가인권정책기본계획 정부안 작성 및 국가인권정책협의회 개최
- ('18. 8. 7.) 제3차 국가인권정책기본계획의 발표 및 시행
 - 국가인권정책협의회에서 확정된 계획은 국무회의 보고를 거쳐 국내·외에 발표

Ⅲ. 법적근거의 부재

1. 법무부가 주장하는 NAP의 법적근거¹³⁾

- 1993년 세계인권회의(The World Conference on Human Rights)에서 채택된 「비엔나선언 및 행동계획」(Vienna Declaration and Programme of Action)의 권고
- 2001년 UN 경제적, 사회적 및 문화적 권리위원회(Committee on Economic, Social and Cultural Rights)의 권고
- 2006년 「국가인권정책협의회 규정」(대통령훈령 제340호, 2015.3.23., 일부 개정)
 - 법무부장관을 의장으로 하는 국가인권정책협의회를 구성하여, 정부의 주요 인권정책에 대한 관계부처간 협의·조정을 통해 인권업무에 관한 공조체제를 유지하고, 국가인권정책기본계획을 효율적으로 수립·시행하도록 규정함

2. 국제기구의 권고 및 대통령훈령이 NAP의 법적근거인지 여부

12) 기존의 법무부 인권국 홈페이지가 아닌 법무부 홈페이지 법무뉴스, 공지사항에 2018. 4. 20.자로 게시(http://www.moj.go.kr/doc_html/viewer/skin/doc.html?fn=6b59ea5cb007c4696df3bc2b7ae891bc&rs=/doc_html/viewer/result/201805/)

13) 법무부, 2018~2022 제3차 국가인권정책기본계획, 2018, 2~3면

가. 국제기구의 권고

- 대한민국 헌법의 기본원리인 법치국가의 원리란 ‘정당한 법을 통한 통치’의 원리를 의미하며, 국민의 자유와 권리를 제한하거나 국민에게 새로운 의무를 부과하려 할 때에는 반드시 국민의 대표기관인 의회가 제정한 법률로써 하게 하고 행정과 사법도 법률에 의거하여 하게 함으로써, 국민의 자유와 권리 및 법적안정성·예측가능성을 보장하기 위함임.
- NAP에는 다수의 부처가 담당하는 정책의 기본계획이 설정되어 있으며 이에 따라 예산이 사용되며 이에 대한 실적평가도 이루어지므로 단순한 계획에 해당하는 것이 아니라 인권정책에 있어서는 정부의 실질적인 정책으로 집행되기에 대상인 국민의 자유와 권리를 제한하며, 이를 수인해야할 의무를 국민에게 부과하는 것이므로 반드시 법률로써 하여야 함.
- 대한민국헌법 제6조에서는 헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다(제1항)라고 규정하여 국제법존중주의를 채택하고 있으며, 외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다(제2항)라고 규정하여 상호주의 원칙을 규정하고 있음.
- 하지만, 1993년 세계인권회의에서 채택된 「비엔나선언 및 행동계획」의 권고 및 2001년 UN 경제적, 사회적 및 문화적 권리위원회의 권고는 헌법에 의하여 체결·공포된 조약이거나 일반적으로 승인된 국제법규가 아니므로 국내법과 같은 효력을 가질 수가 없음.
- 따라서 위 국제기구의 권고는 국내법과 같은 효력이 없으므로 NAP 수립의 법적근거가 될 수 없음.

나. 대통령훈령

- 법무부는 확정안에서 **대통령훈령**인 국가인권정책협의회규정 제7조 제1항에 정해진 절차에 따라 수립하는 것으로 규정되어 있기에 **NAP**의 법적근거라고 보고 있는 듯함. 법무부는 설명자료(4면)에서 “이를 위하여 행정부 내 구속력을 가지는 「국가인권정책협의회 규정」(대통령 훈령 제383호)에 따라

NAP를 수립하고 있습니다.”라고 자인함.

- 법체계상 대통령훈령은 법률의 효력을 가질 수 없을뿐더러 국가인권정책협의회규정 자체도 국가인권정책협회의 설치·운영에 관한 규정일 뿐 NAP의 수립의 근거규정이 될 수 없음.
- 국가인권위원회법 시행령 제19조 제1항 및 제20조 제1항¹⁴⁾에 따르면 국가인권위원회가 인권정책관계자협의회를 설치하여 국가인권정책기본계획권고안을 작성하도록 규정되어 있으므로 결국, 법무부는 아무런 법적강제력이 없는 국가인권위원회의 권고에 따라 NAP를 수립하는 것임.
- 법치주의 국가에서 법률도 아닌 훈령 내지 권고가 막대한 예산과 강제력이 포함될 정책의 법적근거가 된다는 것은 법치국가임을 스스로 포기하는 것임. 또한, 현행 헌법에 위반되는 요소들이 내용에 포함되어 있어 NAP수립행위 자체가 위헌적인 행정행위가 될 것임.
- 따라서, 대통령훈령인 국가인권정책협의회규정과 국가인권위원회의 권고는 NAP 수립의 법적근거가 될 수 없음.

다. 법적근거 없음에 관한 학자들의 견해

- 2014. 12월에 열린 제2차 국제인권심포지움에서 발제했던 학자들의 한결 같은 견해가 NAP수립에 대한 법률상 근거가 없다는 것임.
- 정재황 교수(성균관대학교 법학전문대학원)는 ‘한국의 국가인권정책기본계획 사례 및 개선 방안’이라는 제목의 발제문 중 NAP추진 문제점 및 개선방안에서 법률상 근거가 없음을 지적하고 있음.¹⁵⁾

14) 제19조(인권정책관계자협의회 설치 및 구성) ① 법 제20조제2항에 따른 관계기관 등과의 협의를 효율적으로 추진하기 위하여 위원회에 인권정책관계자협의회(이하 "협의회"라 한다)를 둔다.

제20조(협의회의 기능) ① 협의회는 다음 각호의 사항에 관하여 협의한다.

1. 국가인권정책기본계획 권고안의 작성

15) 정재황, “한국의 국가인권정책기본계획 사례 및 개선방안”, 제2회 국제인권심포지움 바람직한 국가인권정책 추진 체계, 법무부, 2014, 24면

▶ 국가인권정책기본계획 수립·이행에 관한 법적 근거 마련

- 국가인권정책기본계획의 수립·이행·모니터링, 평가가 제대로 된 추진력과 실효성을 가지기 위해서는 법률적 근거가 필요
- 정부 정책과 예산 계획은 부처내 합의 형성이 필요할 수 있음. 이를 위해서 국가인권정책기본계획에 대하여 법률상 근거가 마련될 필요가 있음

- 이상경 교수(서울시립대 법학전문대학원)는 ‘중앙정부와 지방정부의 인권보장을 위한 역할’이라는 제목의 발제문 중 2. 국가인권보장기본법의 제정이란 목차에서 법률상 근거가 없음을 지적하고 있음.¹⁶⁾

2. 국가인권보장기본법의 제정

앞서 검토한 바와 마찬가지로, 중앙정부는 정책적인 관점에서 뿐만 아니라 규범적인 측면에서도 인권보장에 관한 역할을 수행해야 한다. 그러한 역할 중 대표적인 것이 국가인권기본법 혹은 국가인권정책기본법의 제정이라 하겠다. 중앙정부의 인권보호 및 증진을 위한 5개년 기본계획으로서 지난 2007년부터 수립·시행되어 온 국가인권정책기본계획은 그 수립과 이행, 추진체계에 관한 법률상 근거가 미비하여 통합적·종합적 인권정책을 추진하는데 어려움이 있었던 것이 사실이다. 규범적인 근거는 이러한 불안정성을 해소하고 예측가능한 방향성을 제시하여 향후 통합적·종합적 인권정책을 추진하는데 중요한 토대가 될 것이다. (후략)

- 따라서, 국가인권기본법 내지 국가인권정책기본법이 제정되지 않은 현 시점에서 국가인권정책기본계획의 수립자체가 아무런 법률상 근거가 없는 것임.

라. 법률상 근거없는 정책 추진의 위법성

16) 이상경, “중앙정부와 지방정부의 인권보장을 위한 역할”, 제2회 국제인권심포지엄 바람직한 국가인권정책 추진 체계, 법무부, 2014, 108면

- 법무부는 설명자료(4면)에서 NAP는 “국민의 기본권을 제한하거나 의무를 부과하는 내용이 아니”므로 반드시 법률상 근거를 필요로 하지 않는다고 설명하고 있음.
- 하지만, NAP는 단순한 비구속적 행정계획안이나 행정지침이 아닌 NAP수립 자체가 국정과제 중 세부과제인 점, 대국민 홍보가 필요한 점, 부처간 협조가 필요한 점, 행정부가 수립·시행하는 점, NAP 과제 실현을 위해서 소관 부처의 예산이 투입되는 점, 새로운 NAP 수립시 직전 NAP 이행에 대하여 평가하고 평가결과를 공개하는 점, 평가결과를 반영하여 새로운 NAP를 수립하는 점 등에 비추어 볼 때 NAP에 정책과제로 제시된 내용들이 실제로 수행되어 국민의 기본권에 직접적으로 영향을 끼치고, 앞으로 법령의 뒷받침에 의하여 그대로 실시될 것이 틀림없을 것으로 예상되므로 공권력의 행사에 해당한다고 할 것임(헌법재판소 2000. 6. 1. 선고 99헌마 538 결정 등).
- 이렇게 국민의 기본권에 직접적으로 영향을 끼치고 있는 NAP를 단순한 행정계획에 지나지 않아 법률상 근거를 필요로 하지 않는다고 설명하면서도 NAP의 실효성을 높이기 위해 「인권기본법」을 제정하겠다는 것은 수립은 자신들의 입맛대로 하고, 수행은 법률적인 근거하에 강제력을 행사하겠다는 지극히 행정편의적인 발상에 지나지 아니함.
- 법무부는 NAP의 수립, 이행, 모니터링, 평가가 법률상 근거없이 수행되어 정책 추진의 위법성이 있음을 지금이라도 인정하고, 이를 개선하기 위한 선제적인 조치를 취하여야 할 것임.

마. 소결

- 국제기구의 권고 및 대통령훈령인 국가인권정책협의회규정은 NAP 수립의 법적근거가 될 수 없음. 더욱이 아무런 법적강제력이 없는 국가인권위원회의 권고 또한 법적근거가 아님. 따라서, 현 시점에서 NAP 수립에 관한 아무런 법률상 근거가 없음.

- 법률상 근거없이 수립되어 국민의 기본권에 직접적으로 영향을 끼치고 있는 NAP의 위법성을 개선하기 위한 조치가 필요함.

IV. 내용상의 하자

1. 시행기간 및 목차, 편제의 임의적 변경

가. 제3차 NAP 시행기간의 자의적 변경

- 제1차 NAP는 2007년~2011년까지, 제2차 NAP는 2012년~2016년까지 각각 5년씩 시행이 됨. 따라서, 제3차 NAP는 2017년~2021년까지 수립이 되어야 함. 하지만, 2018. 7. 확정된 제3차 NAP를 보면 황당하게도 그 시행기간이 2018년에서 2022년으로 변경됨.
- 법무부는 기 마련되어 2017. 10. 16. 공개한 제3차 NAP안을 무단 폐기하는 무리수를 두면서 고의로 제3차 국가인권정책기본계획의 수립을 지연함. 선례에 따라, 2017년 내에 제3차 국가인권정책기본계획을 수립발표하고, 새 정부 국정과제에 따라 향후 국가인권정책기본계획을 수정하면 될 일이었음.
- 법무부는 무단 폐기와 임무 해태로 2017년을 국가인권정책기본계획도 없는 공란으로 만들어 버렸음. 2017년은 대한민국에 인권에 관한 정책조차도 없는 인권후진국이 되어버림.
- 또한, 법무부가 졸속으로 시행기간을 변경하였다는 사실은 2018. 4. 20. 공개한 제3차 NAP안 2페이지와 5페이지에는 “제3차 기본계획(2017-2022)”으로 되어 있음을 통해 알 수 있음. 이후 2018. 7. 확정된 NAP에서는 위와 같은 지적을 받아들여 모두 수정함.

나. NAP 목차 및 편제의 임의 변경

- 제1차 및 제2차 NAP는 인권과 기본적 자유를 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」과 「경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약」의 구성을 기준으로 ‘시민적·정치적 권리’ 영역과 ‘경제적·사회적·문화적 권리’ 영역으로 구분. 2017. 10. 16. 공개한 제3차 NAP안도 역시 이와 같은 목차와 편제로 되어 있음.

< 2017. 10. 16. 제3차 NAP안 목차 >

제1부 서론

제2부 시민적 정치적 권리의 보호와 증진

제3부 경제적 사회적 문화적 권리의 보호와 증진

제4부 사회적 약자 및 소수자의 인권

제5부 인권 교육

제6부 인권 관련 국내외 협력

- 더욱이 법무부가 NAP안의 사실상 근거로 삼고 있는 국가인권위원회가 2016. 9. 법무부에 제출한 제3차 NAP 권고안에도 사회적 약자 및 취약계층의 인권보호라는 목차를 별도로 구성하여 목차의 순서만 다를 뿐 기존의 편제를 기준으로 NAP권고안을 작성하여 제출함.¹⁷⁾

< 국가인권위원회 제3차 NAP 권고안 목차 >

I. 인권NAP 권고 개요

II. 사회적 약자 및 취약계층의 인권보호

III. 인권증진을 위한 인프라 구축

1. 시민적·정치적 권리 보호
2. 경제적·사회적·문화적 권리 증진
3. 인권교육 강화
4. 국내·외 인권협력체제 구축

17) <http://www.humanrights.go.kr/site/program/board/basicboard/view?menuid=001003001003&searchcategory=%EA%B8%B0%ED%83%80%EB%B0%9C%EA%B0%84%EC%9E%90%EB%A3%8C&pagesize=10&boardtypeid=17&boardid=7600663>

- 그러나 2018. 4. 20. 공개한 제3차 NAP안은 마치 기본권 개헌을 우회적으로 달성하기 위한 정치 선언서처럼 보임.

< 2018. 4. 20. 제3차 NAP안 목차 >

1부 서론

2부 정책과제

- I. 모든 사람의 생명·신체를 보호하는 사회
- II. 모든 사람이 평등한 사회
- III. 모든 사람이 기본적 자유를 누리는 사회
- IV. 모든 사람이 정의 실현에 참여하는 사회
- V. 모든 사람이 더 나은 미래를 추구하는 사회
- VI. 사회적 약자와 함께하는 사회
- VII. 인권의식과 인권문화를 높여가는 사회

3부 국가인권정책기본계획의 운영

- 2018. 8. 7. 국무회의 보고 후 발표한 제3차 NAP도 마찬가지임.

< 2018. 8. 7. 확정 제3차 NAP 목차 >

1부 서론

2부 정책과제

- I. 모든 사람의 생명·신체를 보호하는 사회
- II. 모든 사람이 평등한 사회
- III. 모든 사람이 기본적 자유를 누리는 사회
- IV. 모든 사람이 정의 실현에 참여하는 사회
- V. 모든 사람이 더 나은 미래를 추구하는 사회
- VI. 모든 사람이 동등한 권리를 누리는 공정한 사회 (수정)
- VII. 인권의식과 인권문화를 높여가는 사회
- VIII. 인권 친화적 기업 활동을 위해 함께 노력하는 사회 (추가)

3부 국가인권정책기본계획의 운영

- 법무부는 유엔 가이드라인 및 국가인권위원회가 제출한 제3차 NAP 권고안과도 전혀 다른 새로운 목차와 편제를 통해 폐기된 대통령 개헌안의 의도한 바를 반영한 것으로 보여짐(이는 설명자료 13면에서 “개헌안의 기본권 주체를 반영”하였다고 스스로 자인). 현행 헌법에 위반되는 사항을 국가인권기본정책이라는 이름으로 시행할 경우 그 위헌성에 대한 논란을 야기할 뿐임.

2. 내용상의 위헌성

가. 인권의 주체를 모든 사람으로 변경

- NAP의 수립의 주체는 대한민국 정부인 법무부이고, 대상은 대한민국 국민이며, 시행지역은 대한민국의 주권이 미치는 영역임. 따라서, NAP의 수립 또한 대한민국의 최고규범인 헌법에 반하는 내용이 포함되어서는 아니됨.
- 법무부가 2018. 7. 확정된 제3차 NAP에는 인권의 주체를 모든 사람으로 변경하는 목차로 구성함. 만약, 그러하다면 이는 헌법상 기본권의 주체와 충돌하는 부분이 발생하여 위헌적인 내용임.
- NAP안에서 인권이라고 제시하고 있는 신체의 자유(제12조 제1항), 차별금지(평등권, 제11조 제1항), 표현의 자유(언론·출판의 자유, 제21조 제1항), 결사·집회의 자유(제21조 제1항), 사생활의 자유(제17조), 거주·이전의 자유(제14조), 권익피해 구제를 위한 권리(제26, 27, 29, 30조), 참정권(제24, 25조), 노동권(근로권, 제32조 제1항), 적절한 생활수준에 관한 권리(제34조, 제35조 제3항), 건강권 및 보건·환경에 대한 권리(제35조, 제36조 제3항), 교육을 받을 권리(제31조) 등은 헌법상 기본권의 주체가 대한민국 “국민”으로 규정되어 있음.
- 위 기본권 중 이론상 주체를 “인간”의 권리로 볼 수 있는 규정도 있으나 대부분이 대한민국 “국민”에게 한정되어 해석되어야 할 권리임. 따라서, 기

본권을 인권이라는 명목으로 모든 사람에게 주체성을 인정하는 것은 대한
민국 헌법에 반하는 위헌적인 정책임.

나. 인권이 아닌 내용을 인권으로 포함

- 인권은 인간의 권리 즉 모든 인간이 인간이라는 이유만으로 누리는 권리를 의미. 이를 하늘이 인간에게 주었다는 의미에서 천부인권(天賦人權)이라는 단어가 사용됨. 따라서 인권은 국가 이전에 천부적으로 이미 있는 전 국가적인 권리라고 볼 수 있으며 초실정적으로 효력이 있는 자연권이라고 할 수 있음.¹⁸⁾
- 이러한 인권에는 보편성, 도덕성, 근본성, 추상성, 우월성이라는 다른 권리와 구별되는 특성이 있음. 이러한 인권의 특성은 최근 논의되고 있는 인권이라고 주장되는 권리가 진정한 인권인지 아닌지 여부에 대하여도 판단할 수 있는 중요한 기준을 제시해 줌.¹⁹⁾
 - 먼저, 인권의 보편성은 인간이라면 세계 어느 곳에서나 인간을 둘러싼 어떠한 조건과 환경에 관계 없이 누구에게나 보장되는 것을 말함. 이러한 보편성으로 말미암아 인권은 개인, 집단, 사회 국가 등 누구에게나 주장할 수 있는 것임.
 - 둘째, 인권의 도덕성은 인권이 법적 권리가 아닌 도덕적 권리임을 의미. 특정한 시대나 공간에만 제한적으로 인정되는 권리는 인권이 아님. 이러한 인권의 도덕성은 모든 법적 제도는 물론 제도의 구속력과 정당성을 심사하는 근거를 제공하고 흠결을 보완하는 기능을 하게 됨. 도덕성이 없는 법적 제도는 정당성을 결여하게 됨.
 - 셋째, 인권의 근본성은 인권은 인간이 인간답게 살려면 누구나 누려야 마땅한 권리로서 최소한의 보호기준이며 모든 인간에게 필수적인 권리라는 의미. 이러한 근본성으로 인하여 인권은 권리보장의 기준이 되는 것

18) 허완중, 인권과 기본권의 연결고리인 국가의 의무, 저스티스 통권 제124호, 한국법학원, 138면

19) 허완중, 인권과 기본권의 연결고리인 국가의 의무, 저스티스 통권 제124호, 한국법학원, 140-143면

임.

- 넷째, 인권의 추상성은 인권이 모든 시대와 공간을 넘어 실정법화 되는 지 여부와 관계 없이 누구에게나 주장할 수 있는 권리라는 의미에서 명확하지 않고 추상적일 수 밖에 없다는 의미.
 - 다섯째, 인권의 우월성은 인권이 실정법에 우선한다는 점을 의미. 다만 이는 인권과 실정법이 충돌하면 인권이 실정법을 심사하는 기준이 되고 인권이 실정법을 실효시키는 근거가 될 수 있다는 것을 의미. 이는 인권이 절대적으로 실정법에 우선한다는 것이 아니라 원칙적으로 실정법에 우선한다는 것을 의미.
- 제3차 NAP에는 성(gender)평등, 성소수자라는 용어를 다수 사용하고 있으며, 성(gender)평등이라는 것은 논리적으로 동성애·동성혼의 법제화를 추구하게 되는 것임.
- 우리나라의 대법원이나 헌법재판소는 “동성애 성행위에 대하여 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 성적 만족 행위로서 부도덕한 성행위이다”라고 여러 번 판단함(대법원 2008. 5.29. 선고 2008도2222 판결, 헌법재판소 2011.3.31. 선고 2008헌가21 결정 등)
- 따라서, 동성애·동성혼, 성소수자의 성적지향 등은 인권의 특징으로서의 보편성, 도덕성, 근본성 등이 없으므로 인권으로 분류할 수 없음.

다. 기타 내용상의 위헌성

- 포괄적 차별금지법의 제정시도, 성(gender)평등 관련 정책의 시행, 급진다문화정책 등 그 내용상에 위헌적인 요소가 있는 정책들이 기본계획에 포함되어 있음.

3. 국제인권 기준과 모순되는 내용의 포함

- 2018. 7. 27. 청와대 이용선 시민사회수석이 한국기독교연합을 방문.
- 이동석 한국기독교연합 대표회장이 국가인권정책기본계획안의 성평등 정책과 동성애 보호 법제화에 대한 우려 입장을 전달
- 이에 이용선 수석은 “동성애 문제와 관련해 정부는 이를 권장하거나 동성혼을 합법화 할 생각이 전혀 없다”면서 “선진국을 따라 가려는 것이 아니고 국제사회가 인정하는 수준에서 성소수자 인권을 보호해야 한다.”는 입장을 표명
- 법무부 설명자료(13면)에서도 “국제인권 기준”과 개헌안의 기본권 주체를 반영하여 외국인의 경우에도 일정 부분 인권의 보호를 받을 필요가 있음을 감안하였고, 사회적 소수자를 보호하겠다는 취지일 뿐 국민에 대한 역차별이 아니라고 함.

가. ‘국제사회가 인정하는 수준’

1) 포괄적 차별금지법 제정 국가

- 전 세계에는 유엔 등 국제기구에 가입되어 국제적인 승인을 받은 195개의 국가, 아직 국제적인 승인을 널리 받지 않은 11개의 국가도 있어서 이 모든 나라를 합치면 약 206개의 국가가 존재.
- 그런데, 전 세계 206개 국가의 약 70%에 해당하는 140여개국에는 동성애 차별금지법이 아예 존재하지 않음
- 법무부가 NAP로 추진하려는 모든 영역에서의 동성애 포괄적 차별금지법을 제정한 국가는 35개국에 불과.²⁰⁾ 전 세계 국가 중에서 17%만 동성애 포괄

20) <http://www.nationmaster.com/country-info/stats/Culture/Sexuality/Homosexuality/Anti-discrimination-laws>. 2018.8.2.자 검색

적 차별금지법을 제정.

- 따라서, 전 세계 70%에 해당하는 140여개국이 동성애 차별금지법을 입법하지 않았기 때문에, 동성애 차별금지법을 제정하지 않는 것이 바로 ‘국제사회가 인정하는 수준’임.

2) 동성 성행위 형사처벌 국가

- 러시아와 아시아, 중동, 아프리카의 **73개국**에서는 지금도 동성 성행위를 형사 처벌
 - 8개국에서는 사형으로, 12개국에서는 15년이상 징역으로, 23개국에서는 8년~14년의 징역형으로 처벌.²¹⁾ 반면에 나머지 대다수 133여개국에서는 동성 성행위를 형사 처벌하지 않음. 우리나라도 전세계 65% 국가들과 같이 군대내 동성 성행위를 제외하고는 동성 성행위에 대해 아무런 처벌을 하지 않음. 현재 우리나라는 성소수자와 관련하여 ‘국제사회가 인정하는 수준’의 기준에 부합하고 있는 것임.
- 따라서, 청와대 시민사회수석이 말한 ‘국제사회가 인정하는 수준’은 동성애 포괄적 차별금지법을 제정하지 않는 것과 동성애자를 형사처벌하지 않는 수준이고, 우리나라는 현재 이 기준을 잘 충족하고 있음.
- 오히려 법무부의 NAP가 동성애 포괄적 차별금지법 제정을 추진하기 때문에 ‘국제사회가 인정하는 수준’의 기준을 명확히 벗어나는 것임. 따라서, ‘국제사회가 인정하는 수준’을 맞추기 위해서는 법무부 NAP의 동성애 정책을 모두 폐기해야 함.

나. ‘성소수자 인권 보호’

- ‘성소수자 인권 보호’라는 말은 겉으로는 참 좋은 말처럼 들리는데, ‘성소수자 인권 보호’라는 말의 진정한 의미를 자세히 파악해야함. ‘성소수자 인권

21) https://ilga.org/downloads/2017/ILGA_WorldMap_ENGLISH_Criminalisation_2017.pdf, 2018. 8.2.자 검색

보호'의 범위가 과연 어디까지이냐를 주의 깊게 따져봐야함.

○ 영국의 예

- 영국에서는 과거에는 동성 성행위를 형사 처벌, 동성애자들의 인권 보호를 위해 동성애 형사 처벌을 폐지.
- 동성애자들의 인권을 더, 더, 더 보호해야 한다는 주장으로 결국 2006년에 첫번째 포괄적 차별금지법인 평등법이 제정
- 2년 뒤인 2008년에 “동성애는 비윤리적, 동성애는 에이즈 전파의 주 원인이다” 이런 말을 하기만 해도 동성애 증오표현 범죄로 형사 처벌을 당하는 법이 제정
- 2010년에 첫번째 포괄적 차별금지법인 평등법이 전면 개정이 되어 수백 배 더 강력한 두번째 슈퍼 포괄적 차별금지법인 평등법이 입법, 여기에 동성애와 트랜스젠더가 다 포함.
- 그런데, 이 두번째 슈퍼 평등법이 입법이 될 때 시민단체와 종교계에서 많은 문제를 제기하고 우려를 표명했는데, 영국정부가 “영국 정부는 동성애를 옹호하거나 동성혼을 합법화할 생각이 전혀 없다, 동성애 차별금지법이 제정된다고 해서 동성혼이 합법화되는 것이 아니다, 그러니 안심해라” 이렇게 답변.
- 아이러니하게도, 이러한 영국 정부의 입장 표명은 지난 달 27일 이용선 수석이 한 말과 정확하게 일치. 이 수석은 “동성애 문제와 관련해 정부는 이를 권장하거나 동성혼을 합법화 할 생각이 전혀 없다”고 정부 입장을 밝힘.
- 하지만, 3년 뒤인 2013년에 영국은 동성결혼이 합법화 됨. 영국 정부가 동성애 차별금지법을 제정할 때 한 말이 과연 진실이었나요? 영국 정부는 국민을 기망함.

다. 동성결혼 인정국가

- 동성결혼이 ‘국제사회에서 인정하는 수준의 성소수자 인권 보호’에 해당 여부
 - 전 세계 206개 국가 중 87%인 180여개국이 결혼을 한 남성과 한 여성간의 결합으로만 허용하고 있고, 동성간의 결혼을 금지. 반면에, 동성결혼이 합법화된 국가는 2018년 현재 27개국에 불과.²²⁾ 전세계 15%도 되지 않는 국가의 동성혼 합법화를 ‘국제사회가 인정하는 수준의 성소수자 인권 보호’라고 볼 수 없음.
- 전통적인 가정수호와 결혼제도를 보호하기 위해 헌법개정한 나라들 있음
 - 동성간의 혼인이 합법화 되는 것을 방지하기 위하여 1990년~2017년까지 동유럽, 중앙아시아, 아프리카의 28개국(헝가리, 폴란드, 크로아티아, 케냐, 우크라이나 등)이 헌법을 개정하여 동성혼을 명시적으로 금지함.
 - 오히려 동성애 차별 금지법을 제정하려 하고, 국가인권정책기본계획에 성평등 정책을 포함시켜 동성혼을 합법화하려는 법무부의 행태는 참으로 통탄스러운 일이 아닐 수 없음. 작년에 헌법 개정 과정에서 헌법 제36조 혼인 조항에서 ‘양성’을 삭제하려고 했던 것과 동일한 행태임.
- ‘성소수자 인권 보호’라는 말의 의미에는 ‘동성혼 합법화’가 포함되어 있다는 것을 정확히 깨닫고, ‘성소수자 인권 보호’라는 말에 미혹되어서는 안 됨. 그리고, 전 세계 국가 87%인 180여개국이 따르고 있는 일남일여의 혼인제도만이 ‘국제사회가 인정하는 수준’임을 자각하여, 현행 우리나라 혼인제도를 지켜나가야 함.

4. 소결

- 제3차 NAP 시행기간을 자의적으로 변경, NAP 목차 및 편제를 임의적으로 변경, 인권의 주체를 모든 사람으로 변경, 인권이 아닌 내용을 인권으로 포

22) <https://abcnews.go.com/GMA/Culture/27-countries-sex-marriage-officially-legal/story?id=56041136>. 2018. 8. 21.자 검색

함, 포괄적 차별금지법의 제정시도, 성(gender)평등 관련 정책의 시행, 급진다문화정책 등 내용상의 하자로 인한 위헌적인 행정행위로 판단됨.

- 법무부의 국가인권정책기본계획에 포함되어 있는 동성애 포괄적 차별금지법 제정과 성(gender)평등 정책, 그리고 그로 인해 야기될 동성혼 합법화는 법무부가 말하는 “국제인권 기준”과 이용선 수석이 언급한 ‘국제사회가 인정하는 수준의 성소수자 인권 보호’라고 볼 수 없음. 오히려 현행 헌법에 위반하는 위헌적 정책임.
- 우리나라에서는 이미 동성 성행위를 처벌하지 않고 있기 때문에 동성애자에 대한 차별이 존재하지 않음. 이에서 더 나아가, 동성애 포괄적 차별금지법을 제정하고 성평등 정책을 시행하여 동성애 보호 법제화, 동성혼 합법화를 시도하는 것은 전세계 대다수 국가에서 반대하는 것으로 오히려 국제사회의 오랜 관행과 합의에 역행하는 것임

V. 절차상의 하자

1. 행정절차법 제46조 제3항의 행정예고기간 20일 위반 및 참여권 박탈

가. 사실관계

- 법무부는 2018. 4. 20. 자신의 홈페이지 공지사항란에 ‘제3차 국가인권정책 기본계획 초안에 대한 국민의견 수렴’이라는 제목으로 의견수렴 기간을 2018. 4. 20.(금) 공지 게시부터 2018. 4. 25.(수) 자정까지로 설정하여 공지함.²³⁾

나. 행정예고기간

23) 법무부 홈페이지, 법무뉴스, 공지사항에 4643번으로 게시

- 행정절차법 제46조 제1항에서는 행정청이 정책, 제도 및 계획을 수립·시행 하거나 변경하려는 경우에는 이를 예고하여야 한다고 규정하고 있음. 즉, 행정청의 재량행위가 아니라 기속행위에 해당하므로 행정청은 반드시 행정 예고를 하여야 함. 또한, 동법 동조 제3항에서는 행정예고를 하는 경우에는 행정예고기간을 특별한 사정이 없으면 20일 이상으로 한다고 규정하고 있음.

다. 행정절차법상의 의견제출

- 행정절차법 제2조 제4호에서 "의견제출"이란 행정청이 어떠한 행정작용을 하기 전에 당사자 등이 의견을 제시하는 절차로서 청문이나 공청회에 해당 하지 아니하는 절차를 말하며, 입법절차에서나 행정청의 처분행위시, 행정 계획수립시에 모두 의견제출기회를 보장하여 국민의 참여권을 보장.

라. 행정예고와의 관계

- 행정예고시 의견제출을 통하여 국민의 의견을 수렴하는 이유는 행정청이 수립하려는 정책·계획을 수정하거나 정책·계획 자체를 재검토해야 하는 상황이 발생할 수 있기 때문. 이러한 전제가 없이 단지 요식적인 절차로 의견제출을 받는 것이라면 이는 국민의 참여권을 박탈하는 것이며 독단적인 밀실행정을 통하여 국민을 무시하는 처사임.
- 더욱이, 행정절차법 제46조 제3항에서 행정예고기간을 20일 이상으로 규정한 이유는 국민이 충분히 행정청의 정책·계획을 숙지하고, 검토하여 이에 대한 의견을 제출할 수 있도록 하는 최소한의 기간이라고 판단하였기 때문 일 것입니다.

마. 소결(참여권의 침해)

- 위와 같이 법무부의 ‘제3차 국가인권정책기본계획 초안에 대한 국민의견 수렴’은 법무부 스스로 홈페이지에 게시한 제목에서부터 ‘정책·계획’에 해당하며, ‘국민의견을 수렴’하는 의견제출이라고 밝히고 있음에도 불구하고 행정절차법상의 행정예고기간인 20일 이상이 아닌 단 6일만을(4/20~4/25, 휴일을 제외하면 4일) 의견제출기간으로 공고하고 있음.
- 이에 따라 행정예고기간을 20일 이상으로 규정하고 있는 행정절차법을 위배하였을 뿐만 아니라 의견을 제출하려고 하는 많은 국민들의 참여권을 사실상 박탈함.
- 더욱이, 법무부는 많은 국민 및 시민단체들이 문제제기한 수행과제들에 대한 아무런 응답이 없이, 사실상 국민의견을 무시한 채, 제3차 NAP를 확정하고 국민회의에 보고함.

2. 행정절차법 제4조의 신의성실 및 신뢰보호를 위반

가. 신의성실 및 신뢰보호의 원칙

- 행정절차법 제4조에서 신의성실 및 신뢰보호의 원칙을 규정하고 있음.²⁴⁾
- 신의성실의 원칙이란 법률관계의 당사자는 상대방의 이익을 배려하여 형평에 어긋나거나 신뢰를 저버리는 내용 또는 방법으로 권리를 행사하거나 의무를 이행하여서는 아니된다는 일반법원리적 규정이 공법 영역에서도 당연

24) 제4조(신의성실 및 신뢰보호) ① 행정청은 직무를 수행할 때 신의(信義)에 따라 성실히 하여야 한다.
② 행정청은 법령등의 해석 또는 행정청의 관행이 일반적으로 국민들에게 받아들여졌을 때에는 공익 또는 제3자의 정당한 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 경우를 제외하고는 새로운 해석 또는 관행에 따라 소급하여 불리하게 처리하여서는 아니 된다.

히 적용되는 법원칙임.

- 신뢰보호의 원칙이란 행정기관의 어떠한 언동에 대해 국민이 신뢰를 갖고 행위를 한 경우 그 국민의 신뢰가 보호할 가치가 있는 경우에는 그 신뢰를 보호해 주어야 한다는 원칙임.

나. 과거 NAP의 새 정부에 출범에 따른 수정, 보완

- 2007년 5월 정부는 2007~2011 제1차 국가인권정책기본계획을 수립발표하였고, 2008년 2월 이명박 대통령이 취임하여 새 정부가 출범한 후 새 정부의 국정과제에 맞추어 국가인권정책기본계획의 내용을 수정, 보완하여 2008년 12월 국가인권정책기본계획 2008년 수정판을 발간, 발표. 정부가 바뀌었다고 하여, 전 정부에서 수립된 제1차 국가인권정책기본계획을 폐기하지 않았고, 수정, 보완하였을 뿐임.
- 제2차 국가인권정책기본계획은 2012년 3월에 수립되어 발표 되었고, 2013년 박근혜 대통령 취임 후, 새 정부의 국정과제에 맞추어 국가인권정책기본계획의 내용을 수정, 보완하여 2014년 4월 제2차 국가인권정책기본계획 수정을 발간, 발표. 이와 같이 정부가 바뀌었다고 하여 전 정부에서 수립된 국가인권정책기본계획을 폐기한 선례는 없음.
- 국가인권정책협의회 규정 제7조 제2항은 수립된 국가인권정책기본계획을 국제 인권기준의 변화 또는 국내 상황에 따른 이행의 가능성 변동 등에 따라 필요한 경우 협의회는 협의를 거쳐 변경할 수 있도록 하고 있고, 이에 따라 새로 출범한 정부는 기 수립된 국가인권정책기본계획을 수정, 보완해옴.

다. 현재 법무부의 행태

- 2017. 10. 16. 공개한 제3차 NAP안은 적법한 절차에 따라 국가인권위원회 권고안, 각계 의견, 국민 의견, 관계 부처 의견이 모아져 마련됨. 그러나 법무부는 아무런 법적 근거 없이 무단으로 2017. 10. 16. 공개한 제3차 NAP안을 폐기하고, 2018. 4. 6. 비공개로 개최된 마지막 종합토론회에서 법무부 인권국장은 “새정부 국정과제반영을 위해 새로운 NAP안을 마련한다”라는 이해되지 않는 발언을 한 후 2018. 4. 20. 새로운 제3차 NAP안을 공개하였으며, 2018. 7. 제3차 NAP를 국가인권정책협의회에서 확정함.

라. 소결(신의성실 및 신뢰보호원칙 위반)

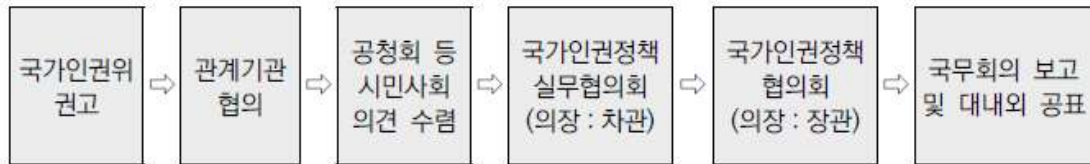
- 과거 정부가 바뀌었다고 하여 국가인권정책기본계획이 폐기되고 새로 수립된 전례가 없음. 이명박, 박근혜 대통령 취임 후에도 정부가 바뀌었다고 하여, 전 정부에서 수립된 국가인권정책기본계획을 폐기하지 않았고, 수정, 보완하였을 뿐임.
- 행정절차법 제4조는 신의성실 및 신뢰보호를 규정. 지난 10년이 넘는 기간 동안 제1차 및 제2차 국가인권정책기본계획이 수립된 절차를 무시하고, 2017. 10. 16. 공개한 제3차 NAP안을 무단 폐기한 법무부의 행위는 행정절차법 제4조의 신의성실 및 신뢰보호를 위반한 위법한 행정행위임.

3. 18차례 비공개 관계기관·NGO 간담회 개최의 위법성

가. NAP 수립절차²⁵⁾ 및 진행사항

25) 법무부, 2018~2022 제3차 국가인권정책기본계획, 2018, 5면

〈 국가인권정책기본계획 수립 절차 〉



- ('16. 1.~2.) 제3차 국가인권정책기본계획 수립을 위한 사전 의견수렴
- ('16. 3.~4.) 제2차 국가인권정책기본계획 중 계속 추진과제 확인
- ('16. 9.) 국가인권위원회의 제3차 국가인권정책기본계획 권고안 제출
- ('16. 9.) 제3차 국가인권정책기본계획 수립을 위한 제1차 공청회 개최
- ('16. 10.) 제3차 국가인권정책기본계획 관계부처 간 실무회의
- ('16. 12.) 제3차 국가인권정책기본계획(초안) 작성 완료
- ('17. 8.~9.) 국정 과제 등을 추가 반영해 관계부처 간 협의
- ('17. 10.) 시민사회단체 등 간담회 개최 (제2차 공청회 개최)
 - 2017. 10. 16. 제3차 NAP안 공개
- ('18. 1.~3.) 시민사회단체 등 18차례의 분야별 간담회 개최
 - 2018. 4. 20. 제3차 NAP안 공개
- ('18. 5.~7.) 관계 부처 추가 협의·보완
- ('18. 7.) 제3차 국가인권정책기본계획의 확정
 - 국가인권정책기본계획 정부안 작성 및 국가인권정책협의회 개최
- ('18. 8. 7.) 제3차 국가인권정책기본계획의 발표 및 시행
 - 국가인권정책협의회에서 확정된 계획은 국무회의 보고를 거쳐 국내·외에 발표

나. 분야별 간담회의 실체와 법적 근거

- 법무부는 2018. 1.~3.까지 18차례에 걸쳐 분야별 간담회를 비공개로 개최함. 하지만, 국가인권정책협의회 규정 및 어디에서도 분야별 관계기관·NGO 간담회의 근거는 찾아 볼 수 없음. 더욱이, 비공개로 정부의 초청을 받은

특정성향의 NGO들만이 참여한 이 간담회의 실체와 법적 근거가 무엇인지 의문임. 공청회도 아니고, 그렇다고 자문위원도 아님. 18차례에 걸쳐 비공개로 간담회를 진행한 후, 법무부는 2018. 4. 20. 제3차 NAP안을 공개하여 NAP안이 밀실행정과 야합을 통해 마련되었다는 강한 의구심이 듭.

다. 소결(위법한 행정행위)

- 2번의 공청회를 통해 전달된 국민의 의견은 완전히 무시하고, 특정 성향의 NGO와 함께 아무런 법적인 근거없이 17차례에 걸쳐 비공개로 간담회를 개최하고, 마지막 18차에 있어서만 반대의견을 가진 시민단체를 초청하여 간담회를 진행한 후 2018. 4. 20. 공개한 제3차 NAP안을 마련하고, 이를 토대로 2018. 7. 제3차 NAP를 확정한 것은 위법한 행정행위에 해당함.

VI. 나가는 말

- 헌법 제7조 제1항은 「공무원은 국민전체에 대한 봉사자이며, 국민에 대하여 책임을 진다.」고 하여 특정의 당파·계급·종교·지역 등 부분이익만을 대표하여서는 아니되고, 국민 전체의 이익을 위하여 봉사해야 한다는 국민 전체에 대한 봉사자로서 공무원의 법적 지위를 규정하고 있음.
- 또한, 제2항은 「공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.」고 하여 국가의 공적업무를 수행하는 공무원은 업무수행에 있어 정치적 편향성을 띠어서는 안 된다는 정치적 중립을 요구하고 있음.
- 하지만, 현재 법무부 인권국의 행태는 국민 전체의 이익을 위한, 국민 전체에 대한 봉사자로서 역할을 하는 것이 아니고, 더욱이 정치적 중립성이 의심되는 언행으로 제3차 NAP의 수립절차 및 내용에 있어서 문제점을 더욱 증폭시키는 역할을 하고 있음.

- 법무부가 국민전체에 대한 봉사자로서 정치적 중립성을 지키고 있다는 것을 국민들에게 보여주기 위해서라도 법적근거도 없는 분야별 관계기관·NGO 간담회를 통하여 국민들의 의견을 들었다는 변명을 이제라도 내려놓고 2018. 7. 확정된 제3차 NAP내에 존재하는 독소조항을 삭제하여야 할 것임.
- 법무부가 나름대로 새로운 정부의 국정과제반영을 위한 의도로 18차례에 걸쳐 분야별 관계기관·NGO 간담회를 열심히 개최한 것은 오히려 절차 및 내용상 위법성을 키우는 비의도적 결과로 나타나고 있음. 제3차 NAP에 따라 정책과제를 추진하는 것은 더욱 위법성만 키우는 것에 지나지 아니함.
- 음선필 교수(홍익대)가 언론 인터뷰²⁶⁾를 통하여 국가인권정책기본계획(NAP)에 대해 “헌법 개정으로 통과시키려다 하지 못한 내용들을 문재인 정부 아래서 사실상 정부 시책으로 밀어붙인다는 의미가 있다”며 “NAP가 시행에 들어가게 되면 그때그때 개별적인 사안에 대해 법적공방을 벌여야 하는 힘들고 지루한 전투가 벌어질 것”이라고 경고한 의미를 법무부는 반드시 되새겨야 할 것임.
- 끝으로 NAP는 전 방위적으로 한국교회를 분열시키고, 파괴시키려는 의도가 고스란히 녹여져 있는 독소조항을 담고 있으며, 이를 정부부처가 정책과제로 추진하는 것으로 판단됨. 어쩔 수 없는 시대의 흐름이라는 이름으로 이를 두고 본다면 국가인권위원회법 제정시 ‘성적지향’이라는 한 단어를 막지 못해 벌어진 친 동성애 정책의 법제화와 같은 일들을 이제는 정부기관인 법무부에서 추진하게 되는 것이므로 반드시 막아야만 함.

26) <http://www.pennmike.com/news/articleView.html?idxno=5326>

성적 지향을 포함한 포괄적 차별금지법안의 문제점

- 종교의 자유와의 충돌²⁷⁾ -

숭실대학교 법과대학 국제법무학과

이상현 교수

I. 성적지향을 차별 요소로 규정한 차별금지법안

(1) 국제 사회와 국제법에서 차별금지 사유로서의 성적지향

- 성적지향(sexual orientation)은 대한민국이 가입한 국제인권조약에 명문화되어 있지 않음. 다만, 시민의 정치적 자유에 관한 국제규약(International Covenant on Civil Political Right(ICCPR), 소위 자유권규약) 제2조의 평등권 보장의 차별 금지 사유인 성별(sex)에 성적지향이 포함된다는 자유권규약위원회의 해석²⁸⁾에서 처음 인정하였음. 이러한 규약위원회의 해석은 자유권규약에 대한 일종의 전문가 의견으로 국제법상 규범적 효력이 있거나 규약가입국이 이를 따라야할 법적 의무가 있는 것이 아니었음.

- 1990년대 중후반과 2000년대에 영국, 네덜란드, 캐나다, 미국의 개별 주의 법률에서 성적지향을 평등권의 사유로 수용하며 성적지향에 대한 포괄적 차별금지법 도입되기 시작.

- UN 인권이사회(Human Right Council, HRC)는 국제법상 유엔회원국이 준수해야 할 의무가 없는 외교적, 국제정치적 수단으로 성적지향에 따른 차별금지 결의(resolution)를 찬반측의 치열한 토론 끝에 만들어 냄. 2011년 ‘성적지향과 성 정체성을 이유로 한 차별적 법과 관례, 폭력행위 금지’ 결의, 2014년과 2016년 결의.

- 아직도 중국, 인도, 필리핀, 러시아, 사우디아라비아 등 국가들이 상당 수 반대 의사를 보이고 있으며 기권국가의 수와 합치면 찬성 국가의 수와 비슷하거나 더 많아 국제관습으로 인정받지 못하지만 예의주시해야 할 상황.²⁹⁾

[표 1] UN HRC 성적 지향·성 정체성 차별금지 결의에 대한 찬성, 반대 및 기권국가

27) 이상현, 성적지향을 포함한 차별금지법안에 대한 비판적 접근: 영미법제 연구를 중심으로, 법학논총 제39집, 숭실대 법학연구소, 161~194면 (2017)을 수정, 요약함.

28) 1994년 오스트레일리아 타즈마니아 주 형법의 남성간 성행위를 처벌하는 규정에 대한 자유권위원회의 판단(Toonen v. Australia, U.N.Doc. CCPR/C/50/D/488/1992(1994))을 참고.

29) 대한민국은 이미 찬성을 하여 찬성국가로 분류되고 있는 바, 동성애자에 대한 차별이나 폭력적 피해의 아픈 과거가 있는 국가가 아니며 최소한 기권국가 또는 반대국가로 입장 전환이 요구된다.

수

결의 연도	찬성 국가 수	반대 국가 수	기권 국가 수	총 국가
2011	23 (중남미 국가 위주)	19 (아시아, 아프리카 국가)	3 (중국 등)	45
2014	25 (중남미 유럽 중심)	14	7 (중국, 인도 등)	46
2016	23 (중남미, 유럽 중심)	18 (중국 등 아시아, 아프리카 국가)	6 (인도, 필리핀 등)	47

(2) 대한민국에서의 차별금지 사유로서의 성적지향

- 2001년 국가인권위원회법이 차별금지 사유로 성적지향을 전격적으로 도입. 법적 개념 정의 없이 도입된 이 용어는 ‘다른 사람을 향한 지속적인 정서적, 낭만적, 성적, 감정적인 끌림’³⁰⁾으로 소개된 채, 국가인권위원회 실무를 통해 아래에서 보는 바와 같이 개념의 확대·변용을 수반하며, 널리 유포되기 시작.

- 지방자치단체의 인권조례에서 이 용어를 평등권의 보장 영역으로 도입하기 시작

- 법무부, 국가인권위원회, 그리고 일부 국회의원들이 중심이 되어 성적지향 등 다양한 사유에 대한 일체의 차별에 강제력 있는 법적 제재=금전적 이행강제, 징벌적 손해배상을 포함-를 부과할 수 있도록 한 차별금지법안이 8차례나 발의되었음.

- 그러나, 동성애에 대한 반대-‘동성간 성행위에 대한 비판적 표현을 혐오발언으로 간주하여 윤리적, 보건적 문제 제기를 법적 제재를 통해 금지시키고 국가권력을 통해 도덕적 정당성을 강제함’-가 보수 기독교계, 학부모 연대, 안보단체에서 제기되었음

- 이에 대해 종교적 신념을 공적 영역에 내세워 동성애적 삶의 방식을 혐오하는 것은 법적 제재를 통해서 금지시켜야한다는 주장들도 제기되고 있는 상황임

II. 성적지향 개념에 대한 분석

1. 성적지향(sexual orientation, 性的指向)의 불명확성

- 국가인권위원회법 제정시에 참고했던 자료(CCPR)의 설명에 따르면, 성적지향은 ‘이

30) 국가인권위원회 홈페이지의 인권교육센터 인권용어사전의 정의, 한국성적소수자 문화인권센터의 성적소수자 사전을 참조하라 (<https://www.humanrights.go.kr/site/program/dictionary> 에서 검색)

성, 동성 또는 양성 모두에게 정서적, 성적 매력을 느끼며 친밀한 성적 관계를 맺는 개인의 성향³¹⁾임

- 이 개념 정의(협의)는 구체적으로 성적 끌림을 중시하는 ① 내면의 성적 선호(sexual preference)³¹⁾와 ② 그 선호하는 대상자와의 성적 행위·관계(sexual relationship)로 구분됨³²⁾

- 나아가, CCPR는 성 정체성(gender identity)를 성적지향과는 구별되는 개념으로 사용

- 국가인권위원회법은 성 정체성을 별도로 규정하고 있지 않으며, 실무상 성적지향이 성 정체성을 포함하는 광의의 개념으로 변용되어 사용되고 있음

= 이는 트랜스젠더(trans=gender)를 성소수자로 보아 성전환자 성별 변경 사건을 ‘성적지향’ 사건으로 분류하고 있는 국가인권위원회 실무³³⁾에서도 확인됨

- 반면, [표 2]에서 보듯, 문제된 차별금지법안에서 성적지향은 ‘이성애, 동성애, 양성애 등에 대한 개인의 성적인 취향’으로 정의(제2조)되고 있음. 여기서 성적인 취향이 내심의 성적선호만을 의미하는지, 성적 관계/성행위도 포함하는지는 불분명하나, 국가인권위원회법의 입법사를 살펴보면 내심의 성적선호라는 주장으로 도입된 후 실무상 점차 그 범위를 확대해 나갈 것으로 예상됨

[표 2] 성적지향의 의미 차이

	정의	핵심 개념 표지	의미
CCPR	이성, 동성 또는 양성 모두에게 정서적, 성적 매력을 느끼며 친밀한 성적 관계를 맺는 개인의 성향	성적 선호 및 성적 관계를 맺는 행위(성행위)	협의
국가인권위원회	정의 규정 없음	없음	실무상 광의로 해석
차별금지법안	이성애, 동성애, 양성애 등에 대한 성적 취향	성적 선호	최협의

2. 성적지향의 개념에 따른 연구

(1) 학계 동향

31) 국가인권위원회 홈페이지 인권옹호사전은 ‘성적선호는 올바르지 못한 표현’이라고 지적하고 있으나, sexual preference는 성적지향 개념이 처음 나타났던 외국에서 일반적으로 사용되는 개념임.

33) 06진차525·06진차673 병합 (2008.8.25.)

내심의 성적선호에 국한되는 경우 동성애는 심리학, 의학계(정신병리학)의 연구 대상임. 최근 동성애의 선천적 특성을 강조하는 주장은 설득력을 잃고 있으며 쌍생아 연구를 통해 후천적, 사회적 요인이 크다는 주장이 설득력을 얻고 있음.³⁴⁾

세계보건기구가 동성애를 장애분류에서 삭제하였으나, 정신장애분류표는 자아 이질적 성적지향(ego-dystonic sexual orientation)의 병명은 유지하고 있음. 또한 생물학적 성별과 다르게 자신의 성 정체성을 인지하는 성 정체감 장애(gender identity disorder)는 정신과 치료, 상담이 필수이어야 하며 이를 통해 치료되는 경우도 상당수로 필요에 따라 성전환수술로 대응하여야 한다는 사례들이 보고됨.³⁵⁾

다만, 성적지향이 성행위로 나타날 경우 법학에서 규제를 논의해 옴. 성행위는 사생활 비밀과 자유의 영역이며, 성적 자기결정의 자유의 영역이기도 하지만, 공동체의 질서유지, 공공복리를 위해 법률에 의한 제한이 인정(헌법 제37조 제2항)되며, 상대방, 장소, 행위 양태에 따른 규제가 있었음. 자세히는 아래 (3)에서 언급.

(2) 국가인권위원회법상 성적지향의 의미의 실무상 변용(變容)

- 국가인권위원회법: ‘성적지향’ 정의 규정 없음

국가인권위원회법안에 대한 법제사법위원회 회의록: 동성애자임을 밝혔던 탤런트의 출연금지 사례를 언급 → ‘성적지향’을 인권의 하나로 볼 수 있어야 한다는 참고인 진술 기록

인권위 홈페이지 인권용어사전: ‘성적지향’을 다른 사람에게 향하는 지속적인 정서적, 낭만적, 성적 감정적인 끌림으로 정의 (최협의)

- 국가인권위원회(이하 인권위)의 실무를 통해 분석된 ‘성적지향’의 의미 변용

① 국어사전 등 각종 사전의 동성애에 대한 부정적 기술 삭제 권고

청소년유해매체물 지정 기준에 포함된 동성애 삭제 권고

② 인권보도준칙³⁶⁾ 제정: 언론에서 성적취향(sexual preference: 미국 연방대법원

34) 남성 X염색체 중 Xq28 유전자가 남성 동성애 유전성을 가진다는 학설이 1993년 하머(Dr.Hamer) 박사에 의해 주장되었으나, 이후 동성애 일치율이 10% 미만임을 입증한 쌍생아 연구를 통해 반박되었다. 이론적으로도 자녀 출산이 불가능한 동성애가 유전되었다면 인류 역사에서 그 수는 점차 줄어들다가 결국 소멸하게 되었을 것이라는 반론이 제기됨으로써 유전설은 설득력이 떨어짐. 김선영 권석만, 국내 남자 동성애자의 심리성적 행동 특성과 HIV 감염, 한국연구재단(NRF) 연구성과물, 1999, 26-29면. 베일리(Dr.Bailey) 박사는 2014년 400쌍 쌍생아 연구에서 ‘유전적 요인보다 환경적, 사회적 요인의 영향이 크다’는 연구를 발표. Sarah Knapton, Being homosexual is only partly due to gay gene, research finds, The Telegraph, Feb.13, 2014.

35) 최병무, 성전환증의 진단 및 치료, 신경정신의학 vol. 32 no.4, 1993, 465-472면. Branswell, Is being transgender a mental illness? WHO classification system suggests it is, STATNEWS, Jun.3, 2016.

36) 김주언, 인권위-기자협회 인권보도준칙 제정, 2011 (<http://webzine.humanrights.go.kr>) 한국기자협회 인권보도준칙 제8장 성적 소수자 인권

에서 사용되었던 용어, 성적선호와 같은 의미)과 같은 부정적 뉘앙스의 용어 사용 금지, 동성간 성행위에 대한 에이즈 등 병리현상과의 연결 보도 금지 (협의로 확대)

또, 균형법상 추행죄(제92조의 6, 구법 제92조의 5)의 헌법심사를 담당한 헌법재판소에 사행할 자유의 보호, 성적 자기결정의 자유에 대한 침해로 위헌의견 제시 ← 국가안보를 이유로 기본권 제한을 인정한 국방부의 합헌의견과 극명한 대조를 이룸

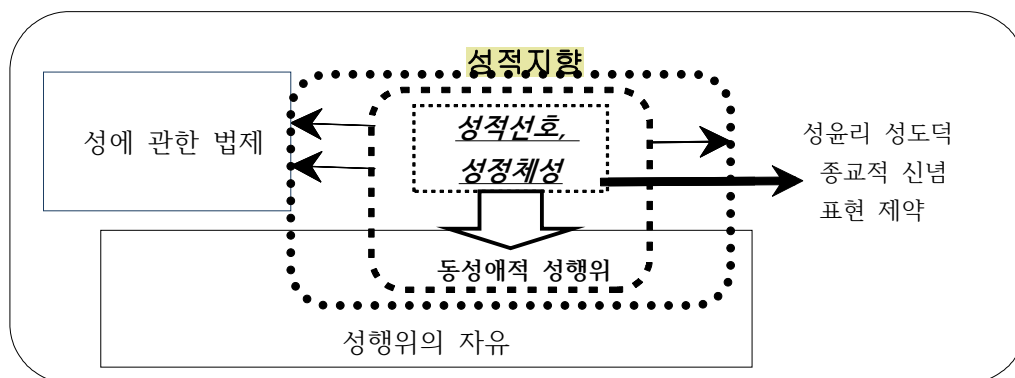
③ 대법원에 성전환자의 ‘성별정정허가신청사건 등 사무처리지침’, 국회에 성별변경에 대한 특별법 제정 요청 (광의로 확대 변용)

④ 2017년 민간 주관의 퀴어문화축제에 국가기관인 인권위가 공식적으로 참여 → 동성애에 관해 명목상이나 차별금지의 소극적 기능을 담당하던 인권위가 옹호·장려의 적극적 기능을 담당하는 방향으로 입장 전환³⁷⁾

⑤ 2018년 기독교 재단인 한동대의 무단 페미니즘 강의(다자연애, 성매매, 낙태 수용 주장)를 주도한 학생에 대한 징계(무기정학)에 대해 ‘성적지향’ 인권 침해 조사

역시 기독교 재단인 숭실대학교 성소수자학생회의 인권영화제 영화(마이 페이 워딩: 동성결혼 옹호) 상영 금지 조치에 대한 인권 침해 조사도 진행 중

[그림 1] 국가인권위원회법상 차별금지 사유로서의 ‘성적지향’의 적용 범위 확대에 따른 성윤리·도덕, 자유 영역과 성 관련 법제에의 파급 효과



1. 성적 소수자에게 호기심이나 배척의 시선으로 접근하지 않는다
가. 성적 취향' 등 잘못된 개념의 용어 사용에 주의한다.
나. 성적 소수자가 잘못되고 타락한 것이라는 뉘앙스를 담지 않는다 (다. 생략)
2. 성적 소수자를 특정 질환이나 사회병리 현상과 연결짓지 않는다.
가. 성적 소수자의 성 정체성을 정신질환이나 치료가능한 질병으로 묘사하는 표현에 주의한다.
나. 에이즈 등 특정질환이나 성매매, 마약 등 사회병리 현상과 연결 짓지 않는다.
- 37) 인권위의 차별금지가 동성애 장려와 관련이 없다는 기존의 논증에 오류가 발생하였음을 나타냄. 인권위의 차별금지가 동성애 장려와 관계없다는 주장으로 김명수, 소수자 보호와 차별금지법, 홍익법학 제15권 제3호, 홍익대 법학연구소, 2014, 194면.

위 [그림1]에서 보듯 인권위 활동은 성적지향에 관해 우측화살표가 지시하듯 성윤리, 성도덕 영역에서 표현의 자유를 제약(언론, 사전 등의 기술 제약)해 왔음.

또, 중간 아래 화살표가 지시하듯, 대법원 판례상 비정상적 성행위, 비도덕적 행위로 평가되던 동성간 성행위를 정상적 성행위의 범주 내로 평가받게 하려는 움직임을 보여 줌. 나아가, 전통적 성윤리, 기존 성도덕에 근거하여 제정, 집행되어 왔던 동성애적 성행위에 대한 법적 규율에 대해 인권위는, 왼쪽 화살표가 지시하듯, 일방적 정보전달에 근거하여 반대의사를 강화시키고 있음. 궁극적으로는 성적지향에 대해 기존 성에 관한 법제의 변화를 지향하는 것으로 파악됨.

(3) 성행위에 대한 법적 규제

1) 대상에 따른 성적 자기결정권 제한

(가) 소아와의 성행위

만 13세 미만의 사람과의 성적 행위(미성년자 의제강간, 의제강제추행)는 상대방의 동의와 관계 없이 형법상 강간죄, 강제추행죄와 동일한 법정형으로 처벌(형법 제305조). 이러한 연소자와의 성행위에 대한 범죄화 입법은 선진국 형법에서도 연소자 보호를 위해 인정되어 있음 (미국 뉴욕주 형법은 심지어 17세 미만과의 성관계도 3급 의제강간죄로 처벌³⁸⁾)

(나) 근친상간

미국 다수의 주 형법상 범죄로 규정된 근친간 성행위는 우리 법제에서는 범죄가 아닌 비윤리적 행위로 파악함. 다만, 민법상 8촌 이내 친족간 혼인은 금지.

(다) 13세 이상 동성간 성행위

일반적으로 법제상 규율되지 않고 비정상적 성행위로 대법원 판례, 헌법재판소 결정을 통해 비윤리적 또는 비도덕적이라고 평가되어 있음.³⁹⁾ 젊은 남성 군인들이 대다수를 차지하며 계급 중심 사회인 군대에서 1950년대 이래 범죄(구 군형법상 계간죄, 현 군형법 제92조의6 항문성교 기타 추행죄)로 파악해 처벌대상임.

38) 미국 뉴욕주 형법 제130.25조 의제 강간죄의 구분 (2012.기준)

피고인 나이	상대방 나이	죄명
① 18세 이상	① 13세 미만	1급 의제 강간
② 나이 불문	② 11세 미만	
18세 이상	13세 이상 15세 미만	2급 의제 강간
21세 이상	17세 미만	3급 의제 강간

이외 워싱턴주 형법 9A.44.073(12세 미만), 44.076(12~14세), 44.079(14~ 16세 미만).

39) 대법원 2008.5.29.선고 2008도2222 판결. 헌법재판소 2002.6.27.선고 2001헌바70 결정; 헌법재판소 2011.3.31.선고 2008헌가21 결정; 2016.7.28.선고 2012헌바258 결정 등

(라) 혼외 성관계

성도덕과 혼인제도를 위해 필요하다는 이유로 간통죄는 네 번의 합헌 결정을 통해 1953년 건국 형법전부터 2015년까지 유지되어 왔음. 그러나, 헌법재판소 재판관 9인 중 6인이 혼인한 사람이 혼외자와의 합의에 의한 성적 교섭을 기존 간통죄로 처벌하는 것은 ‘비례성 원칙 위반’으로 보아 위헌이라 판단.⁴⁰⁾ 하지만, 다수의견도 간통행위가 도덕적 비난의 대상이 되며 민법상 불법행위가 된다는 점은 분명히 함. 재판관 9인 중 4인이 적절한 형사입법을 통해서라면 간통죄에 대한 형벌적 제재가 가능할 수 있다는 의견을 제시.

[표 3] 성행위 대상에 따른 민·형법적·도덕적 성적 자기결정권의 제약

대상	형법	민법	도덕적 평가
혼외자	간통죄 → 비범죄화	불법행위, 이혼 사유	비도덕적 행위
13세 미만자	의제강간·강제추행죄	불법행위, 혼인 불가	
근친상간	범죄 아님	혼인 무효 사유	
13세 이상의 동성	범죄 아님 (단, 군인간 항문성교-군형법)	혼인 불가	
수간	동물보호법상 규제	불법행위	
시체	사체오욕죄	불법행위 가능성	
로봇	범죄 아님	없음	

(마) 수간, 시간 및 섹스로봇

사람이 동물과 성행위하는 경우 동물학대죄(동물보호법 제46조)로 처벌될 수 있음. 한편, 사체와의 성관계는 사체오욕죄가 성립될 수 있음. 형법 제159조에서는 주검에 대한 경건감정을 침해하는 행위를 처벌함. 최근 인공지능의 발전과 함께 로봇이 나타나며 인공지능의 법인격을 인정하자는 주장⁴¹⁾도 나타나고 있는 바, 이러한 로봇과의 성관계에 대해 성도덕 문란을 막기 위해 국가의 규제가 필요하다는 의견이 제시되고 있는 상황임.⁴²⁾

2) 상황, 조건에 따른 성행위 규제

(가) 대가를 전제로 한 합의에 의한 성행위

40) 헌재 2015.2.26. 선고 2009헌바17 등.

41) 김시열, 인공지능 등 비자연인의 특허권 주체 인정을 위한 인격 부여 가능성에 관한 연구, 법학논총 제39집, 송실대 법학연구소, 1-34면 (2017년 9월)

42) 성인용 로봇에 AI까지 탑재 -- “혁명적 vs. 윤리적 위험”, 서울신문, 2017.7.5. (책임있는 로봇공학 재단의 보고서를 인용)

이를 성매매로 파악하여 성매매처벌특별법에 따라 형법적 규제를 도입하여, 성도덕과 인간의 존엄성 보호를 위해 형법적 규제를 헌법재판소는 헌법에 합치하는 것으로 평가.⁴³⁾

(나) 공개된 장소에서의 또는 불특정 다수인이 볼 수 있게 의도한 성행위

성행위 당사자가 합의한 경우라도 공개된 장소에서 음란한 행위를 하는 경우는 형법상 공연음란죄(제245조)에 해당하여 형사처벌됨. 또, 성행위 당사자가 모두 합의한 경우라도 음란물을 인터넷에 유포한 경우 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률상 음란물유포죄(제74조 제1항 2호)에 해당.

(다) 간수자가 구금된 사람과 성행위한 경우

자발적 합의에 의한 경우라도 피구금부녀와의 간음은 범죄(형법 제303조 제2항)로 형사처벌.

(라) 업무상 위력에 의한 간음, 추행죄

신체에 대한 폭행, 해악을 고지하는 협박을 쓰지 않더라도 업무상 지위를 이용하여 자유로운 거절 의사를 제압할 만한 일체의 힘을 이용하여 간음하는 경우는 업무상 위력에 의한 간음, 추행죄(형법 제303조 제1항)에 해당함

(마) 소결:

성적 행위, 성행위는 성도덕에 관련되어 있어 법적 규제가 가능한 영역. 그러나, 생활 영역에도 해당되어 비례성 원칙에 부합하는 입법으로 정비될 필요가 있음. 이러한 섬세한 법제 정비가 있어야 헌법재판소의 위헌 심사를 통과할 수 있음

III. 성적지향에 대한 차별 금지를 중심으로 하는 법의 문제점

1. 차별금지사유로서의 성적 지향: 성급한 인권 논리의 문제

평등권 보장 사유로서의 차별 금지 사유는 사회적 합의가 가능한 부분을 중심으로 사회 통합의 기능을 수행할 수 있는 요소로 구성되어야 함. 장애, 성별, 사회적 신분과 달리 성적지향은 성도덕, 성윤리에 핵심에 있는 성행위를 포함하고 있음.

성적지향에서 보호하려는 동성애는 동성간 성행위를 포함하는 방향으로 인권위 실무를 통해 확대되어 왔는데, 동성간 성행위에 대해 대법원과 헌법재판소는 비정상적인 성행위로 성적 수치와 혐오를 야기한다고 판시해 오고 있음. 특히 남성 동성간 성행위-항문성교-는 보건적 위해성이 매우 높음. 아래 [그림 2]의 화살표가 지시하듯, 2000년 이래 AIDS 감염자 수는 급증하는 추세. 2013년 이래 매년 신규 감염자 수는

43) 헌재 2016.3.31. 선고 2013헌가2 결정.

1000명을 넘어서 2017년 이후에는 1200명도 넘을 것으로 예상.

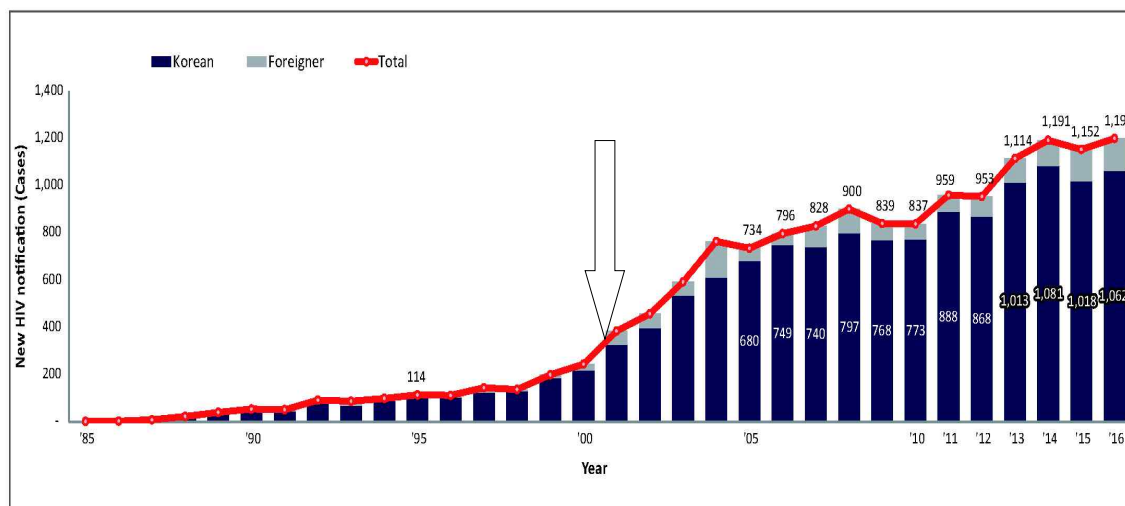


Figure 3. Number of notified new HIV/AIDS cases, 1985-2016

[그림 2] 국내 질병관리본부에 신고된 신규 에이즈 감염자 수⁴⁴⁾

자세한 특징을 살펴보면, ① 압도적으로 많은 남성 감염자 비율, ② 응답자 100% 성관계로 전염이 두드러짐. ① 2002년 이래 15년 이상 계속되어 질병관리본부에 신고된 신규 감염자 중 남성 비율이 90%를 넘어 왔음. 또, ② 신규감염자의 감염경로는 -33%에 달하는 무응답자를 제외- 전부 성접촉으로 나타나고 있음. 이성간 성접촉으로 감염되었다고 신고한 수도 상당 수 있으나, 감염자의 성별비율에서 압도적으로 남성이 높은 점, 동성애 조사가 쉽지 않은 점⁴⁵⁾을 고려하면, 남성간 성행위의 HIV 감염 위험도는 상당히 높다는 점을 추론할 수 있음. 보건복지부 발행 제4차 국민건강증진 종합계획에 따르면 ‘남성 동성애적 성행위가 에이즈의 주된 전파경로’임을 확인해 주고 있음.⁴⁶⁾

44) 최지현, 김성남, 박 평, 조경숙, 2016년 HIV/AIDS 신고 현황, 주간 건강과 질병 제10권 32호, 852면 (2017) (<http://www.cdc.go.kr> 에서 검색) (2017.8.15.마지막 방문)

45) 최지현 외 3인, 앞의 논문, 853면 (감염신고시, 무응답자(33%)를 제외하면, 이성간 성접촉(36.4%)이 동성간 성접촉(30.6%)보다 5.8% 많이 나오고 있음). 그러나, ‘역학조사에서 이성간 성접촉으로 추정됐던 사례들이 주치의의 진료 과정에서 동성간 성접촉으로 바뀌는 경우가 빈번하다’고 감염 내과 의사와 보건소 관계자들이 설명하고 있는 점을 고려해야 한다. 백상현, 에이즈 신규 감염자 94%는 남성, 국민일보, 2017.8.15. 22면.

46) 보건복지부·한국건강증진개발원, 제4차 국민건강증진종합계획(2016-2020), 323면 (2015); 인하대, 국가 에이즈관리사업 평가 및 전략 개발 연구 보고서, 2013년 질병관리본부 연구용역과제, 61면, 114-6, 121, 129면 (2014)

[표 4] 감염자와 1회 성관계로 인한 HIV 전염 가능성 예측⁴⁷⁾

성행위 양태별 분류 (상대방)	성병 없이 HIV에만 감염된 일방이 5주 이후 콘돔 없이 성관계 (10,000 접촉시 상대방 감염 위험도)	성병 감염된 일방이 HIV에도 감염된 후 2-4주내 콘돔 없이 성행위한 때(10,000 접촉시 상대방 감염 위험도)	양 자 모두 성병 감염되고 일방이 HIV 감염 후 2-4주내 콘돔 없이 성행위한 때 (10,000 접촉시 상대방 감염 위험도)
수동적 항문성교자	138	2,581	6,840
능동적 항문성교자(남성)	11	206	546
수동적 질 성교자(여성)	8	150	397
능동적 질 성교자(남성)	4	75	198

미국 질병관리본부의 데이터를 분석한 위 [표 4]는 매독 등 성병에 감염된 능동적 항문성교자가 HIV에 감염된 후, 4주 내에 콘돔 없이 10,000번 성관계시, 성병 없는 수동적 항문성교자(여성역할 남성)의 HIV 감염 위험도(**2,581**, 25.81%)는 여성(**150**, **1.5%**)에 비해 **17.25배** 높음을 보여 줌. 양 자 모두 매독 등 성병에 감염된 경우에는 콘돔 없는 1회 항문성교시의 HIV 감염도는 6,840, 즉 68.4%까지 치솟음을 나타냄. 동성간 성행위가 중단하기 어려운 중독성을 가진다는 점까지 고려하면 성도덕 측면 뿐만 아니라 보건학적 관점에서도 논란의 여지가 매우 큼. 1회 흡연시의 보건적 위해 비율이 훨씬 낮은 껍연(喫煙)도 권리로 보면서도 많은 제약(금연구역 설치, 경고문구 부착, 청소년에 대한 위해성 교육, 제3자 흡연피해 연구)을 두고 있음에 비추어, 1회 성행위로 인한 보건적 위해비율이 현저히 높은 동성간 성행위를 포함한 성적지향을 인권으로 보아 비판적 표현을 법적으로 차단하는 것이 보건상으로도 얼마나 위험한지를 단적으로 나타냄.

종래 기독교적 가치관에 따른 법제의 형성과 집행으로 도덕에 대한 특정한 가치관을 주장하기 어려운 서유럽 상황에서 종래 동성간 성행위를 과잉 형사처벌했던 점에 대한 반성적 고려를 통해 성행위 자유를 허용했던 국가들이 내세우는 인권 논리는 동성간 성행위를 비난만 했을 뿐 형사처벌한 전례가 없는-군형법 제외- 한국에서 그대로 수용하기 곤란함. 실제로 대한민국은 서유럽 국가와 달리 자발적 동성간 성행위, 동성애자에 대한 살해, 집단 폭력, 형법상 사형, 3년 이상의 징역과 같은 중형을 내린 사례가 전무하다시피함. 세계 유일의 분단 국가이자 UN 안보리 결정과 수 차례 고강도 국제제재에도 핵개발을 마친 것으로 보이는 북한과 대치하고 있는 대한민국으로서는 군대 내 군영에서의 남성 동성간 성행위는 형법적 규율의 필요성이 높음은 헌법재판

47) Patel P, Borkowf CB, Brooks Jt, et al, Estimating per-act HIV transmission risk: a systematic review, AIDS, 2014. 1회 성관계에 따른 전염을 예측이며, 수 차례 성행위시 예측치가 훨씬 더 높을 수 있음을 경고하고 있다.

소도 네 차례 걸쳐 인정해 줌. 일반적 법제상 자유 영역으로 남아 있으나, 대법원 판례를 통해 사회적 비난가능성이 높은 성행위로 판시된 동성애적 성행위를 포함하는 성적지향을 인권으로 수용하여 차별금지법으로 비판을 차단할 급박한 이유는 존재하지 않는 것으로 보임.

2. 금지된 차별 또는 혐오표현의 불명확성과 표현의 자유 침해

(1) 자유 민주 사회의 핵심 가치로서의 표현의 자유

차별금지 사유로서 성적지향 개념의 불명확성, 동성간 성행위에 대한 보건적 유해성, 성도덕적 관점의 비판은 명예훼손, 모욕죄에 해당하는 경우를 제외하면, 대한민국 국가 공동체 구성원의 인식에 정확한 정보 제공과 토론의 자료를 제공할 수 있다는 차원에서 허용될 필요가 있음. 그럼에도, 이에 대해 혐오표현이라 주장하며 표현 자체를 차단하려는 것은 자유민주 사회의 핵심 가치로서의 표현의 자유에 대한 과도한 억압에 해당할 수 있음.

(2) 합리적 구별과 금지되는 차별

남성과 여성이 사회적 활동 부분에서 차별을 받아서는 안되지만, 생물학적 신체 기능의 차이로 합리적 구별이 필요한 영역이 존재할 수 있음. 여성으로 전환한 트랜스젠더, 여성 동성애자간에는 임신가능성, 남성간 성행위의 경우 보건적 유해성에서 이성간 성행위에 비해 합리적 구별이 있음. 그런데, 성도덕적 가치판단, 비판적 표현을 금지되는 차별로 보는 것은 문제임

(3) 언어적 차별, 간접차별과 차별범위의 지나친 확장

차별금지법안의 금지된 차별에는 언어적 차별, 간접차별이 포함됨. 언어적 차별행위는 명백한 차별의도가 있는 폭력적 공격을 부추기는 표현만이 아니라, 수치심, 모욕감, 두려움, 불쾌감과 같은 정신적 고통을 주는 표현, 행위를 모두 차별행위로 파악.⁴⁸⁾ 실제 개타다 인권위원회의 인권법가이드는, 다른 성적지향에 대해 홀대하는 발언(unwelcome remarks), 수치심을 야기하는 표현을 인권침해에 해당하는 차별로 설명함.⁴⁹⁾ 구체적인 판례나 상세한 지침이 없는 상황에서 이러한 가이드나 법안은 금지

48) 차별금지법안(2013.2.12.의안번호3693 김한길 대표발의) 제3조 제1항 2호. 호주 인종차별금지법(Racial Discrimination Act 1975) 18C은 '사적이지 않은 영역에서 불쾌하거나(offend), 모욕하거나, 굴욕감을 주거나, 위협을 할 개연성이 있는 행위'를 불법하다고 규정.

49) 캐나다 인권법 제14조 괴롭힘(harassment)의 적용 예로 설명하고 있다. Canadian Human Rights Commission, Your Guide to Understanding the Canadian Human Rights Act, 2-4 (2010).

대상 표현의 범위를 확대하여, 성적지향에 대한 일체의 비판적, 부정적 언급을 차단하고, 언론의 자유와 표현의 자유를 심각하게 위축시킬 수 있음. 실제 동성간 성행위의 보건적 유해성에 대해 교육했던 교사를 서울시교육청이 학생인권조례에 근거하여 시정권고를 내린 바 있음.⁵⁰⁾ 인권위의 인권보호준칙과 각종 인권조례 시행 이후 언론보도와 교육계에서 동성애에 대한 비판이 빠르게 자취를 감춘 점을 고려하면 기우에 불과한 것이라고 치부하기 어려움. 이는 정확한 지식을 가지고 성적 자기결정의 자유를 행사해야 할 국민에 대한 국가의 보건 의무 위반에 해당될 수 있음.

나아가, 차별 의도가 불명확한 간접차별, 즉 일정한 행위의 결과로 특정 집단이나 개인에게 불리한 결과를 야기하는 경우도 부당한 차별로 인정될 수 있음. 차별금지법상 제재 대상으로 금지되는 차별이 통상의 직접적 차별행위 뿐만 아니라 언어적 차별, 간접차별을 포함하여 지나치게 넓은 범위로 확대시키는 과도한 적용범위를 상정하는 것은 문제임. 민간 영역의 성적지향에 대한 형사처벌의 역사가 전무하다시피한 대한민국과 서로 다른 성행위 규제와 윤리 전통을 가진 서유럽과 미주 국가들의 성적지향에 대한 평등 논의를 우리 사회에 그대로 이식시켜 맹목적으로 집행하는 것은 큰 갈등을 야기할 수 있음.

심지어, 현행법상 명예훼손죄, 모욕죄, 협박죄, 민법상 불법행위, 그리고 정보통신망법상 비방목적 명예훼손죄(제70조)로 특정인이나 대상인들을 향해 혐오를 야기하는 표현에 대한 제재가 가능함에도, 여기에 미치지 못하는 표현을 차별금지법을 통해 규제하게 되면, 표현의 자유가 심각하게 위축될 수 있음. 차별금지법은 이행강제금, 수배(최대 5배)의 손해배상, 형벌의 법적 제재를 갖추고 있음. 국가기관 또는 공무원의 경우에는 이러한 간접차별이나 표현이 제한될 여지도 있으나, 사기업, 개인의 경우 이러한 간접차별이나 표현에 의한 차별은 개인의 자유(표현의 자유, 종교적/양심적 표현의 자유)에 대한 심각한 제약이 됨.

실제 외국의 차별금지법의 집행 과정에서, 특히 성적지향 부분에서, 개인의 표현의 자유에 대한 과도한 제약, 종교적 표현의 자유, 일반적인 영업의 자유에 대한 제약 문제로 소송이 제기된 사례가 상당 수 있고, 법원의 판결, 헌법재판을 받거나, 의회의 입법을 통해 적용제외 영역들이 확보된 사례들이 다수 있음.

반면, 영국의 표현의 자유 법제 가이드에서는 ‘공공질서법(the Public Order Act 1986) 제29조 B에서 F에 규정된 성적 지향에 대한 혐오표현 처벌규정은 성행위를 비판하거나 제약을 촉구하는 것, 동성결혼에 대한 비판은 적용범위에서 제외한다’고 서술. Equality and Human Rights Commission, Freedom of Expression, p.11-12 (2015) (<http://www.equalityhumanrights.com>)

50) 백상현, ‘인권혐오’ 소수자 논리의 폐해, 미래한국 2017.7.3.

IV. 외국의 법제와 판례: 차별금지법의 확대 적용에 따른 기본권 제한 문제

차별금지법을 시행하는 서유럽, 미주국가들의 사례들을 보면, 성적지향을 이유로한 차별로 인정된 사건들 중 종교의 자유의 행사의 영역으로 볼 수 있는 사건들이 있음. 국가기관이나 공무원에서 종교의 자유는 사적 영역에서의 개인에 비해 상대적인 제약이 가능하나, 이 부분 역시 매우 논쟁적인 영역이 될 수 있음. 실제 미연방대법원에서 동성간 결혼을 금지한 주법을 위헌을 판결한 2015년 미국 켄터키 주의 법원 공무원이 남성동성 커플에게 종교적 신념을 이유로 결혼증서 발급을 거절하여 법원모욕죄로 구금된 사건이 보도됨.⁵¹⁾ 여러 국가의 많은 사례 중 몇 가지를 선별하여 소개함.

1. 성적지향을 강조한 평등 보호로 인해 야기되는 종교 자유 제한

(1) 미 연방대법원 CLS v. Hastings 판결 (2015)

- 공립학교 내 학생 종교단체의 종교활동의 자유 제한 인정

사건의 전개: 미국 캘리포니아주 공립학교 시스템 내의 Hastings 법학대학원은 학교가 제시한 조건-차별금지정책의 준수 포함-을 따르는 조건으로 학교재정지원, 시설, 명의, 교내 의사소통채널을 이용할 수 있는 ‘등록학생조직’ 프로그램을 운영해 옴. 이 차별금지정책은 성적지향을 포함하고 있었음. Hastings 등록학생조직에는 법대기독교신우회(Christian Legal Socety, CLS)가 있었는데, 2004년 전국 기독교 학생 대표들이 모인 가운데 로스쿨 기독교 학생 대표들이 제정한 정관을 Hastings 로스쿨에도 제출하였는데, 이 정관에 포함된 신앙고백서에는 ‘성행위는 남녀간 결혼 이외에는 행해져서는 안된다’는 부분이 있었고 이 서약과 다른 종교적 확신 또는 회개하지 않는 동성애 행위를 하는 사람은 동아리 회원에서 배제할 수 있도록 해석하는 근거가 되었음. 이에 Hastings 측은 CLS가 차별금지정책을 따르지 않고 있음을 이유로 등록학생조직으로의 승인을 거부. CLS는 이를 연방법원에 제소하였음. 표현의 자유, 단체의사표현의 자유, 종교의 자유를 주장하였으나 연방 1심과 항소심에서 기각되었고, CLS는 연방대법원에 상고하였음.

연방대법원의 판결 (5:4) [5인 대법관의 다수의견]: 상고 기각. 전 학생 공개 회원제를 채택한 Hastings 로스쿨의 정책이 가치중립적이며 합리적 조건으로 수정헌법 제1조 표현의 자유, 단체의사표현의 자유에 위반되지 않는다고 판시.

51) James Higdon/Sandhya Somashekhar, Kentucky clerk ordered to jail for refusing to issue gay marriage license, The Washington Post, Sep.3, 2015. (<https://www.washingtonpost.com>)

전학생 공개회원제 정책(all-comers policy)은 등록학생단체가 받는 혜택은 모든 등록 학생에게 열려있을 것을 요구한다는 것임. 본 법원은 개인의 지위와 행위를 구분하는 것을 인정하지 않아 왔음 (연구자: 동성애자의 지위와 성행위를 구분하지 않는 것으로 해석됨).⁵²⁾

[4인 대법관의 반대의견] 본 사건 발생 후 적용된 것으로 보이는 전학생 공개회원정책을 주된 근거로 삼은 다수의견을 비판하면서, Hastings의 여러 등록학생조직-무슬림법대신우회 등-에서 회원자격 제한을 두고 있음에도 차별금지정책을 적용하여 승인을 거부한 단체는 CLF가 유일함을 지적하면서 표현의 자유에 대한 침해라고 주장.

(2) 뉴멕시코 주 대법원 판결

Elane Photography, LLC v. Vanessa Willock, 뉴멕시코 주 대법원 판결 (2013)⁵³⁾

사건전개: 2003년 뉴멕시코인권법을 통해 뉴멕시코 의회는 공중시설(public accommodation)이 성적 지향에 근거하여 사람을 차별하는 것을 금지시켰다. 뉴멕시코인권법 상 공중시설에 해당함을 다투지 않은 일레인 사진관(Elane Photography)는 일반 대중에게 결혼식 사진 서비스를 제공해 주는 회사. 두 여성간 약혼식(commitment ceremony) 사진 서비스 제공 요청을 거절.⁵⁴⁾ 이에 이 여성이 뉴멕시코인권위원회에 차별 시정을 요청하였고, 인권위원회는 인권법 위반 결정. 이에 Elane 측이 주법원에 제소하였으나 기각되고, 주항소법원에서의 항소도 기각. 이에 Elane Photography 회사는 주 대법원 상고.

뉴멕시코 주 대법원 판단:

2003년 개정된 뉴멕시코 인권법은 차별취급으로부터 보호되는 사람들에 성적지향을 포함시키면서, 성적지향을, 실제적이든 인식되든 상관 없이, 이성애, 동성애 또는 양성애로 정의함.⁵⁵⁾ 본 사건은 어떤 사람이 애정을 느끼고 동성애에 대한 로맨틱한 사랑-성행위를 지칭-을 경험하는 경향, 다시 말해 동성애으로 인해 그 사람이 공중시설에

52) 동성간 성행위를 범죄화했던 텍사스 주법 규정은 그 자체로 동성애자들을 차별을 받게 하는 것에 대한 초대라고 판시하였다. 오코너 대법관의 별개의견은 범죄로 삼은 행위는 동성애자라는 점과 밀접하게 연관되어 있다는 점에서 이 규정은 남성 동성애자 전체를 대상으로 한 것이라고 추가하였다. Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558, 575 & 583 (2003); Christian Legal Soc. Chapter v. Martinez, 130 S.Ct. 2971, 2990 (2010)

53) 309 P.3d 53 (N.M. 2013)

54) Elane 회사의 주임 사진사이자 공동창업주인 Elane Huguenin은 개인적으로 동성결혼에 반대했고, 피고의 이메일 요청에 '전통적 결혼식만을 사진찍는다'고 답변했다. 피고가 재차 '동성 커플에게 대한 사진 서비스를 제공하지 않는 것인가'를 묻자 '당신 말이 옳다'면서 'Elane 회사에 대한 관심에 감사한다'는 인사를 추가하는 이메일 답신을 보냈다.

55) Sec.28-1-2(P). 2003 N.M.Laws, ch.383, sec.2.

서 차별받는 문제를 다룸. 뉴멕시코 주의 인권법은 일반 대중에게 서비스를 제공하는 시설(public accommodation)이 인종, 종교, 피부색, 국적, 성별, 성적 지향, 성적 정체성, 혼인 여부(spousal affiliation), 장애에 근거하여 차별하는 것을 금지.⁵⁶⁾

Elane 측(상고인)은 ‘동성 결혼을 승인하는 것을 거부했을 뿐, 이성 커플도 동성 결혼을 인정하는 맥락에서라면 서비스 제공을 거절했을 것이며, 동성결혼식이 영화의 한 부분으로 동성결혼을 하는 커플이 이성애자들인 경우에도 서비스 제공 요청을 거부했을 것’이라며 동성애자라는 개인의 지위에 따른 차별이 아닌 동성 결혼 행위를 거부하는 것이라고 주장. 그러나, 법원은 성적지향 차별의 맥락 속에서 개인의 지위와 행위에 대한 구별의 곤란은 사람들로 하여금 개인의 행위에 근거해서 성적 지향에 대한 판단을 행할 수 있도록 함. 성적지향과 밀접하게 관련된 (성)행위에 근거한 차별을 허용하는 것은 인권법의 목적을 심각하게 훼손하는 것이라 판시.

결국 일반 대중에게 사진 서비스를 제공하는 영업을 하는 회사도 뉴멕시코인권법의 차별금지규정을 따라야 하며, 이성간 결혼을 위한 서비스 제공과 동일하게 동성 커플에도 서비스를 제공하여야 함을 명시.

(3) 판사의 법정 결혼식 거부 인터뷰와 사법윤리강령 위반으로 인한 직무 배제 결정⁵⁷⁾

1994년 와이오밍주 시군법원 판사로 임명되어 20년 이상 봉직해 온 독실한 로터교인 청구인 닐리(Ruth Neely) 판사는 사회 공동체에서 성실한 직무 수행으로 존경을 받아 왔으며 2001년부터 순회법원 판사 호(Haws)를 보좌하는 시간제 순회판사보(a part-time circuit court magistrate)로 임명되었고 주된 역할 중에는 법정결혼식⁵⁸⁾ 주례 담당이 있었고 100개 이상의 법정 결혼식을 거행해 옴. 판사(보)는 법정결혼식 주례를 그의 업무 스케줄 뿐만아니라 사적 이유(휴가, 병, 머리손질 예약, 미식축구 예약과 같은 사적 여가)로도 거절할 수 있음.

2014년 와이오밍 지부 연방지방법원이 동성결혼의 불허를 전제로 했던 일련의 주법(州法), 정책과 실무의 집행을 금지하는 명령⁵⁹⁾을 내린 직후, 닐리 판사보는 호스 판사에게 ‘결혼에 관한 자신의 종교적 신념으로 인해 동성결혼의 주례를 할 수 없다’고

56) Sec.28-1-7(F).

57) Judge Ruth Neely, Wyoming Commission on Judicial Conduct and Ethics, 390 P.3d 728 (Wyo. 2017)

58) 구청의 혼인신고로 법률혼을 인정하는 한국과 달리, 미국은 법원이 인정하는 자(판사) 앞에서 두 명의 증인이 보는 가운데 법정결혼을 하여야 법률혼으로 인정됨. 이러한 법정결혼식 주례/관리의 보수는 신혼부부로부터 수수료를 받는 방식으로 운영되며 사법주가 민간에 일종의 법률 서비스를 제공해 옴.

59) Guzzo v. Mead, 2014 WL 5317797, at 9 (D.Wyo. Oct.17, 2014)

밝힘. 같은 해 12월 언론사 기자와의 전화 인터뷰에서도 ‘자신은 동성결혼식 주례를 수행할 수 없으나 사법부에 그 주례를 행할 판사는 최소 1명 이상 존재한다’고 언급. 이 인터뷰 기사가 보도된 후 사법윤리위원회가 이 사안을 조사국(investigative panel)에 회부하여 닐리 판사의 윤리의무 위반에 대한 조사가 개시됨. 2015.1. 호스 판사는 닐리 판사보의 직무를 정지시킴. 사법윤리위원회(전원회의)는 닐리를 시군법원 판사와 순회법원 판사보의 직위해제하는 의견을 제시. 닐리는 주법원에 이 권고를 거절할 것을 청구. 그러나 주대법원은 닐리의 청구를 기각.

판결 이유: 이 사건의 쟁점은 직위해제가 표현의 자유 및 종교의 자유를 침해했는 가라기 보다 사법부 소속인 닐리 판사의 직무상 행동에 관한 것임. 청구인은 단순히 법적, 종교적 문제에 대한 자신의 견해를 표현하기보다는 ‘사법기능을 중립적으로 수행하지 않겠다’는 의견을 대중들에게 진술한 것. 이러한 행동은 판사로서 어떤 당사자에 대한 편견 없이 중립적으로 직무를 수행해야 하는 판사의 직업윤리와 충돌함. 이는 절대적 보장 영역인 종교적 신앙의 자유를 넘어 법적 제약이 가능한 직무상 행동의 자유 영역에 속한 것.

(4) 성적지향·성정체성에 대한 '부당한 차별'의 범위를 확장하는 입법

1) 캐나다 온타리오 주의 아동 청소년 가족 보호법

캐나다 온타리오 주는 아동 청소년 가족 보호법안(Bill 89, Supporting Children, Youth and Families Act, 2017)을 주 의회에서 법률로 승인 (2017.6.1.). 이 법안은 자녀 복지(the bests of the child)를 결정할 때 고려할 요소 중 인종, 피부색, 성적 지향 외에 ‘성 정체성’과 ‘성 표현(gender expression)’을 삽입 (Article 74, 179 (2) c) 반면, 부모가 종교적 신앙(religious faith)에 따라 자녀를 양육할 권리를 삭제하면서 그 자녀의 신념, 공동체적 문화적 정체성을 존중하여 그에 따라 양육할 수 있도록 수정 (Article 14 (a)).

이 법안은 주정부 아동청소년부 장관 코토가 제출. 코토 장관은 개정법에 관해, 자녀의 성 정체성에 대해 부모가 승인과 지원을 하지 않는 것은 일종의 아동학대로 그 자녀는 부모의 친권에서 벗어나 국가의 보호를 받을 수 있도록 하는 국가의 친권 제한의 권한을 인정해야 한다고 언급. 이러한 입양된 자녀를 포함한 자녀에 대한 부모의 양육권 제한에 대해서 종교단체에서는 같은 종교심을 갖도록 자녀를 양육하고자 하는 부모의 권한을 국가가 박탈하여 입양을 하지 못하도록 하고 있다며 강력 반발. 2018년 6월 온타리오주 의회선거에서 대패후 성 자유화 정책을 주도했던 구 집권당

원(Wynne) 총리는 사임.⁶⁰⁾ 온타리오 주정부의 새로운 여당은 동성애 성교육을 금지하고 포드 총리가 동성애 축제 참여를 중단하는 등 개혁 진행 중.

2) 미국 뉴욕주 뉴욕시 인권위원회의 인권법 가이드

뉴욕시 인권위원회는 뉴욕시 인권법의 집행에 관해 성정체성에 따른 차별금지 가이드를 2015년 12월 발표. 이 집행 가이드는 동성애, 이성애, 양성애로 구분되는 성적 지향과는 구분되는 성정체성을 상세히 규정하면서, 출생시 구분되는 성별(sex)과 아닌 내면에 깊게 보유하고 있는 성(gender)에 대해 정의⁶¹⁾하면서, 생래적 성별(sex)과 같거나 다를 수 있는, 자신이 인식한 또는 실제적인 성(gender) 정체성이나, 대화 스타일이나 외모와 같이 자신을 표현하는 방식에 근거하여 분리된 취급이 있는 경우 성차별(gender discrimination)이 될 수 있음을 명시.⁶²⁾ 직장, 공중업소 등에서의 성차별은 인권법 위반.

특히, 직장에서 근로자가 자신의 성 정체성에 따른 직함-Mr. Ms. 외 ze, hir 등-, 선호하는 이름을 부를 것을 요청할 때 이에 따라 그 사람을 호칭할 것을 요구. 이러한 호칭을 거부하거나 이름·성별의 법적 변경, 성별 변경에 관한 의료기록 제공을 조건으로 붙이는 사업주는 성차별로 인권법 위반임을 명확히 함.⁶³⁾

또한, 하나의 성별만 이용할 수 있는 시설(예: 화장실, 탈의실)-의 이용과 그러한 프로그램(여성의 쉼터)의 참여를 원하는 개인에게 그 이용과 참여를 거절하는 것을 성차별로 봄. 이 가이드는 다른 이용자들의 반대가 있다고 하여 트랜스젠더 또는 기존의 성에 순응하지 않는 자(a gender non-conforming person)의 이용을 배제하거나 증서 제출의 조건을 부과하거나 해서는 안됨을 강조.⁶⁴⁾

고의에 의한 성차별에는 최대 미화125,000불까지, 악의적인 경우에는 250,000불까지의 과태료(civil fine)을 부과할 수 있으며 과태료 액수는 위반행위의 경중, 과거의 위반 사례, 사업자의 사업규모, 인권법에 대한 인지 수준 고려해 결정. 이 과태료는 피해자가 제기하는 손해배상 청구에 따른 피해 구제와는 별도로 부과.⁶⁵⁾

60) 4년간 55석으로 집권여당이었던 진보정당(the Liberal Party)는 선거 후 7석으로 원내교섭단체 구성에도 실패. 보수파 Doug Ford가 새 총리로 선출됨. Josh K. Elliott, What's next for the Liberal Party after its historic Ontario election defeat?, June 7th, 2018.

61) NYC Commission on Human Rights, Legal Enforcement Guidance on Discrimination on the Basis of Gender Identity or Expression: Local Law No. 3 (2002); N.Y.C. Admin. Code § 8-102(23). (2016.6.22.최종개정) II. Definition. 간성(Intersex, 間性)에 대해 '전형적인 남자, 여자의 특성에 맞지 않는 생식적, 성해부학적 또는 성염색체상 특징을 가진 사람'으로 정의하고 있다. 뉴욕시 인권위원회는 31개 리스트의 성을 인정하였다.

62) NYC Commission on Human Rights, Legal Enforcement Guidance on Discrimination on the Basis of Gender Identity or Expression. III. Violations.

63) 전술한 가이드, III.1.

64) 전술한 가이드, III.2.

2. 표현의 자유와 종교의 자유를 옹호하는 판례와 법제

(1) 미연방 미시건 동부지역 남부지원 판례: 학생의 표현의 자유의 침해 인정

Sandra Glowacki (on behalf of Daniel Glowacki) v. Jay McDowell (teacher)⁶⁶⁾

1) 사실관계: 2010년 Howell 공립고등학교는 학교폭력 저지일(10월 20일)을 기념하기 위해 이성애동성애연합단체 소속 회원들이 학교장의 승인 후 유인물을 배포. 이 유인물에는 보라색 티셔츠를 입자고 적혀 있었음. 이 학교 소속 한 교사는 '친절로 증오에 대항하자'며 동성애적 만남(성행위 아님)에 관한 동영상에 찍혀 고민하다가 자살한 학생을 주모하는 문구가 적힌 보라색 티셔츠를 판매하기도 함. 교사 맥도웰(피고)은 학교폭력 저지일에 이 티셔츠를 입고 성적 지향에 근거한 학교폭력으로 자살한 학생에 관한 동영상을 보고 토론, 그 과정에서 티셔츠 내용에 대한 설명 과정에서 학생인 다니엘 글로와키(Daniel Glowacki, 원고)이 '티셔츠의 문구는 천주교인을 차별한다'고 발언. 이에 피고인 교사 맥도웰은 '그런 말은 해서는 안된다'고 하며 흑인 차별과 동성애자 차별 발언은 같은 맥락에 금지됨을 알렸음에도, 원고는 '천주교인으로 동성애자를 받아들이지 못하겠다'고 발언. 피고가 원고에게 한번 더 '동성애자 권리를 옹호하느냐'고 물었고 '수용하지 못하겠다'고 하자, 교실 밖으로 원고를 내보냄. 이에 다른 한 학생도 '저도 동성애자를 수용하지 못하는데 나갈까요?'라고 물었고 피고는 '그렇다'며 내보냄. 조사에 착수한 Howell학교당국은 피고에게 의견이 다르다는 이유로 흥분하여 학생들을 징계한 것에 대해 경고, 1일 정직과 수정헌법 제1조 교육을 받을 것을 명. 그런데, 원고의 모는 원고를 대신하여 수정헌법 제1조의 권리 침해를 이유로 피고와 학교를 상대로 손해배상 청구소송 제기.

본 사건의 핵심 쟁점은 피고(교사)가 원고(학생)의 헌법상 표현의 자유를 침해한 것인지, 이에 대한 학교 당국의 책임은 있는지 여부

2) 연방 미시건 동부지역 법원의 판단

수정헌법 제1조 표현의 자유는 기본적 인권으로 입법에 의해 방기될 수 없고 제14조 적법절차 규정에 의해 주법에 의한 침해로부터 보호되어야 함. 특정한 표현의 제약이 표현의 자유에 대한 침해에 해당하는지 여부는 개인이 발언을 하는 장소의 특질에 좌우됨. 공립고등학교 교실에서 발생하였고, 학교내 표현의 자유를 인정한다는 법리와 함께 학교 내 학생의 권리는 성인의 권리에 자동적으로 대응하는 것은 아니라는 법리가 있으나, 학생의 헌법상 권리는 당해 학교 환경의 특수성을 고려하여야 함.⁶⁷⁾

65) 전술한 가이드, IV.

66) 2013 WL 3148272 (U.S.Dis.Ct. E.D.Michigan, S.Div., 2013)

67) Morse v. Frederick, 551 U.S. 393, 397 (Hazelwood Sch.Dist. v. Kuhlmeier, 484 U.S. 260,

공립학교는 학생의 표현이 학교 활동을 상당히 저해하거나 다른 학생들의 권리를 침해할 때 그 표현의 자유를 규제할 권한을 가지며, 다른 학생의 권리 침해 여부를 결정할 때 법원은 교원이 진정 괴롭히는 표현을 대상으로 하였음을 증명해야만 함.⁶⁸⁾

이 사건 원고의 표현의 자유는 학교 기능을 상당히 저해하거나 다른 학생들의 권리를 침해하지 않았으며, 헌법적 보호를 받고, 이러한 표현에 대해 피고는 금지할 권한이 없음. 피고 맥도웰은 원고의 손해를 배상할 책임이 인정됨.⁶⁹⁾

(2) Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission

2012년 동성결혼을 허용했던 메사추세츠 주에서 결혼을 하고 콜로라도 주에 돌아온 게이커플의 케익 제작·판매 요청을 거절한 콜로라도 주의 케익판매점(Masterpiece Cakeshop Ltd., 피고측)을 그 동성커플이 성적지향에 따른 주 차별금지법의 집행을 담당하는 콜로라도주 인권위원회에 차별적 행위로 사건을 접수시킴. 주 인권위원회는 차별 시정을 명하였고, 동성커플은 민사소송도 제기하여 승소. 아직 동성결혼이 합법화되지 않았던 콜로라도 주에서 발생한 사건에 대해 주법원은 일반 공중에 케익 제작, 판매하는 회사로서 동성결혼에 관한 케익 제작·판매를 명할 뿐아니라, 주 차별금지법을 준수하도록 회사 정책의 변경하고 체계적인 종업원 트레이닝을 시킬 것을 명함(2013년).⁷⁰⁾

이 사건은 피고측이 종교적 표현의 자유를 보정한 연방헌법 위반을 이유로 연방대법원에 상고되었음. 2018년 미 연방대법원은 ‘콜로라도주 인권위원회가 국가기관이 준수해야 할 종교적 중립성 원칙을 위반하여 특정 종교에 적대적인 방법으로 케익회사의 종교적 표현의 자유를 침해하였다’고 판결(파기환송)하여 사건을 콜로라도 주대법원으로 돌려 보냄.⁷¹⁾

이 사건은 동성결혼을 불허하던 콜로라도 주의 케익 회사 주인이 타 주에서 동성결혼을 하고 온 커플에 대해 단순히 케익의 판매를 거절한 것이 아니라 ‘동성결혼을 기념하는 케익 제작(creation of cakes for same-sex marriage)’이 ‘남녀 일부일처 간 혼인만을 수용하는 자신의 종교적 신념과 콜로라도 주법(2012년 당시)에 반하여

266 (1988)을 인용함: 2013 WL 3148272, p.6.

68) Tinker v. Des Moines Indep. Cmty. Sch. Dist., 393 U.S. 503, 514 (1969); 2013 WL 3148272, p.7.

69) 2013 WL 3148272, p.18-19 (다만 학교 당국의 학교폭력 저지정책에는 문제가 없고 피고 맥도웰의 행위에 대한 과실도 있다고 보기 어렵다고 판단하였다)

70) Charlie Craig & David Mullins v. Masterpiece Cakeshop, Inc. CR 2013-0008, Colo. State Court (Dec. 2013). 이 사건은 이후 주법원에 항소되었으나 항소가 기각됨. Charlie Craig & David Mullins v. Masterpiece Cakeshop, Inc. & Colorado Civil Rights Commission, 370 P.3d 272 (Colo.App., 2015)

71) Masterpiece Cakeshop, Ltd., et al. v. Colorado Civil Rights Commission et al. 584 U.S. (2018). 9명의 대법관 중 7명이 다수의견에 동의하였고 2명이 반대의견을 제시.

제작할 수 없다’는 것이 성적 지향을 차별금지사유로 규정한 콜로라도 주의 차별금지법(Colorado Anti-Discrimination Act, CADA)에 위반되는지 여부가 핵심 쟁점이었음 (참고로 이 법은 공중에 서비스, 물건을 판매하는 장소/설비를 공공시설로 보아 성적지향 등 차별금지 사유에 근거하여 직접, 간접적으로 개인 또는 다수인을 차별하는 행위를 금지함. 다만, 교회, 성당, 모스크 등 주로 종교적 목적을 위해 이용되는 장소는 적용에서 제외)⁷²⁾

연방대법원의 판결: 'CADA 적용제한 영역은 제한되어야 하며, 만약 제한되지 않는다면 공공시설에 대한 평등한 접근일 보장하는 동성애자의 인권에 대한 광범위한 침해로 이어질 수 있다'고 함. 기성품으로서의 빵, 케익의 판매 거절이 아닌 '동성결혼 축하 웨딩 케익의 제작을 거절'했을 뿐인 본 사건은, 좀더 세밀하게, '가게 주인의 예술적 기술을 이용한 표현에 관한 것으로 내면의 신실한 종교적 신앙과 그 표현-제1차 연방수정헌법-에 관한 것'을 다루고 있음. 종교의 자유권의 행사가 어떤 경우에 주법의 유효한 집행에 복종해야 하는가 여부의 판단은 주 정부의 종교적 적대감(religious hostility)이 정부가 도달하려는 이익균형의 한 고려 요소가 되지 않을 때 내려져야 있다. 하지만, 이 사건에서 콜로라도 주 인권위는 아래의 두 가지 근거로 피고(상고인)측 종교적 신념에 대한 적대감(hostility)을 표출하면서 인권 침해라는 편향된 결정을 내리고 있다고 판단됨.

먼저, 주 인권위원장은 이 사건 회의 과정에서 '종교의 자유는 역사를 통해 모든 종류의 차별을 정당화하기 위해 사용되어져 왔는데, 노예제든 홀로코스트(유대인 학살)든 가리지 않았다'며 '다른 이들을 상처주기 위해 자신의 종교를 이용하는 것은 가장 비열한 수사(修辭)의 일부에 불과하다'고 진술함. 이는 성적지향 차별 금지 뿐만 아니라 종교적 차별의 금지도 담당한 인권위원장의 중립성을 위반하는 발언이나 어떠한 반대도 없었음.

콜로라도 주 인권위원회는, 반면, 동성결혼 반대(anti-gay marriage) 문구를 담은 케익 제작을 거부한 케익가게 주인들에 의한 종교적 차별을 주장하여 신고된 세 가지 사건들에서는 '혐오 표현', '차별적 메시지', '경멸적 문구'라며 차별금지법을 위반하지 않는다는 이유로 모두 청구를 기각한 바 있음. 이러한 결정들은 본 사건 피고측의 종교의 자유 주장에 대해 당해 인권위가 '요청한 케익의 메시지는, 제작자가 아닌, 고객에게 귀속될 뿐'이라는 논리와 모순됨.

-케익가게 주인에 대한 탄압(?): 위 판결이 나기 전 한 성 전환자가 자신이 남성에서 여성으로 전환한 것을 축하하는 메시지를 담은 케익을 제작해 줄 것을 요청. 케익가게 측이 이를 거절하자 이를 주 인권위원회에 제소하였고, 주 인권위는 다시 시정명

72) Colo. Rev. Stat. sec.24-34-601 (1) (2)

령을 내림. 이에 케익가게 주인을 대리하여 종교자유수호 변호사회가 다시 주법원에 소송을 제기함으로써 판결 직후인 2018년 8월 새로운 사건이 법원에 계류 중.

(3) 미국 인디애나 주의 종교 자유 회복법

종교적 신념의 표현이 차별금지법 위반으로 법적 제재를 받는 사건들이 증가함에 따라, 일부 주 의회는 1993년 연방법으로 채택되었던 종교 자유 회복법(Religious Freedom Restoration Act, RFRA)⁷³⁾을 주 법률을 통해 더 확대시켜서 국가법제에 충돌되는 종교적 신념의 표현을 사법·행정절차에서의 항변(a defense)으로 적극적으로 수용하려는 시도. 2015년 7월 인디애나 주 상원을 통과한 종교자유회복법(RFRA)⁷⁴⁾은, 일반적으로 적용되는 법에 의할 경우라고 하여도, 정부기관이 그 개인의 종교의 자유(exercise of religion)⁷⁵⁾에 대해 ‘상당한 제약’을 가하는 것을 금지(제8조 (a)).⁷⁶⁾ 이 정부기관은, 반면, 그 제약을 부과하는 것이 중요한 정부의 이익을 증진시키기 위한 것으로 최소 침해 수단에 의한 것임을 입증하는 경우에만, ‘상당한 제약’을 지을 수 있음((b)).⁷⁷⁾

구제절차에 대해 규정한 제9조에 따르면, 이 법에 위반하여 종교적 신념의 행사가 상당히 제약을 받았거나 제약을 받을 가능성이 있는 개인은 사법 또는 행정절차에서 그 위반 또는 임박한 위반 가능성을 주장하거나 항변으로 제기할 수 있음. 관련된 정부기관이 절차상 당사자가 아닌 경우, 그 정부기관은 그 개인의 주장, 항변에 대응하기 위해 개입할 권리 가짐. 당해 개인은 정부에 대해 이 법 위반을 시정,감소,예방하기 위한 위법확인(declaratory relief), 가처분, 이행명령과 손해배상을 청구할 수 있음.⁷⁸⁾ 한편, 제7조는 이 법에서 개인이 (1)자연인, (2) 단체, 종교단체(a religious

73) Public Law No. 103-141. H.R.1308. 원주민 종교 행사에서 마약(Peyote, 선인장에서 추출된 마약)을 성찬식에서 사용했다는 이유로 마약재활 프로그램 담당자가 해고된 사건에서 연방대법원이 해고의 정당성을 인정한 판결(Oregon Employment Division v. Smith, 110 S.Ct. 1595 (1990))후, 종교의 자유에 대한 정부의 제약은 중대한 정부 이익을 증진시키기 위해 최소 침해 수단을 채택했을 것을 입증해야만 정당화될 수 있어야 한다는 종교계의 주장이 강하게 제기되었다. 이 법안은 이러한 종교계의 주장을 수용하여 의회 승인 절차를 통과하였다. James Wood, Jr, The Religious Freedom Restoration, 33 J.Church & St. 673, 673-678 (1991).

74) Senate Enrolled Act(SEA) No. 101, 119th General Assembly (2015). 민사절차법에 대한 수정 법률이다. RFRA 9장 제1조에서 이 법을 모든 국가기관에 관한 법령에 적용하도록 규정하고 있듯이 미국의 주 사법기관 행정소송절차에는 민사절차법 규정이 적용되곤 한다.

75) 이 종교의 자유(exercise of religion)에는 종교적 신앙, 종교 의식 참여, 종교적 신앙에 기초한 행위도 포함된다. Legal Information Institute, Wex Legal Dictionary, Free Exercise Clause (available at <https://www.law.cornell.edu/wex> 에서 검색)

76) Ch.9. Sec.8 (a) a governmental entity may not substantially burden a person's exercise of religion, even if the burden results from a rule of general applicability.

77) 연방법 RFRA상 ‘상당한 제약’은 판례에서 개인의 신앙에 반하여 자신의 행위를 수정하도록 신도에게 상당한 압력을 부과하거나 종교의 교리를 따르며 정부의 혜택을 버리거나, 반대로 종교의 교리 중 하나를 버리고 정부 혜택을 받는 것 중 하나를 선택하도록 강제하는 것이라고 정의됨. Lovelace v. Lee, 472 F.3d 174, 187 (4th Cir. 2006)

78) Sec.10 (a), (b). Sec.10 (c)에서는 법원 또는 재판부는 승소한 개인을 위해 소송비용의 전부 또는

society), 교회, 세례자 모임, 종교적 목적으로 조직 운영되는 단체, (3) 각종 회사 또는 조합(partnership), 단체(a society), 법인격 없는 사단, 지배권을 가진 개인의 종교적 신앙 체계에 의해 통제되거나 제약을 받는 실무(영리 비영리 불문)를 행하며 소송상 원고, 피고의 자격이 될 수 있는 단체(entity)를 포함하는 폭넓은 개념임을 지적.⁷⁹⁾

특히, 교회, 종교단체 이외에 회사에까지 권리 주체의 범위를 확대 적용한 점(제7조), 정부기관이 당사자가 아닌 사인과의 소송에서도 권리 주체가 종교의 자유를 항변으로 제시할 수 있고 정부기관이 절차 내에 개입할 수 있도록 규정한 점(제9조, 제10조)은 주목할 만함. 연방 RFRA법, 다른 주의 RFRA법과 달리, 인디애나 주의 RFRA법은 차별행위로 인권 침해를 주장하는 개인과 종교적 신념의 행사를 주장하는 개인 간의 민사소송에서도 종교의 자유 항변을 수용하고 있다는 특징. 연방법인 RFRA의 적용 요건을 엄격하게 해석하면서 종교의 자유의 적용범위를 제한하는 연방법원 판례가 나타나고,⁸⁰⁾ 미국 전역에서 동성결혼이 합법화되면서 종교적 신념으로 용역 거부를 차별금지법 위반으로 제재하는 사례가 증가하게 되면서, 주 법을 통해 종교의 자유를 확대하려는 시도는 논란 속에서 지속될 것으로 예상.⁸¹⁾

(4) 영국 공공질서법상 길거리 설교 규정

영국 공공질서법(the Public Order Act 1986): 성적 지향에 근거하여 증오를 확산시킬 의도를 가지고 행하는 표현과 행위를 범죄로 규정(Sec.29 AB). 그러나, 윤리에 대한 길거리 설교(street preaching)에는 이 규정의 적용을 배제하면서, 성적 행위에 대한 비판 또는 그런 행위를 금하거나 수정하도록 촉구하는 표현은 증오를 확산시킬 의도가 없는 것으로 간주할 것을 규정(Sec.28 JA). 이는 일종의 위법성 조각사유 규정. 성적 행위를 포함하는 성적 지향에 대한 혐오표현에 대한 처벌이 시작되자, 도덕적, 윤리적, 종교적 측면에서 성행위에 대한 비판 자체가 혐오표현으로 처벌되는 문제가 발생하였고, 이로 인해 표현의 자유, 양심의 자유를 지나치게 제약한다는 비판에 대응하기 위한 법 개정이라 추측됨.

일부의 배상을 정부기관에 명할 수 있음을 규정한다.

79) Sec.7.

80) Wheaton College v. Burwell, 791 F.3d 792 (7th Cir.Ct. 2015)(피임약을 학교 보험 적용 범위 내에 포함하도록 강제하는 법 적용에 대한 가처분 기각)에 대한 비판으로 Religious Liberty - Religious Freedom Restoration Act Seventh Circuit Denies Preliminary Injunction to College, 129 Harv. L. Rev. 851, 858 (2016)

81) Kelsey Harkness, These 19 States Have Religious Freedom Laws Similar to Indiana's. Here's What That Means, The Daily Signal, Mar.31, 2015 (<http://dailysignal.com>)

3. 검토

전술한 입법과 판례들은 2015년 미국 연방대법원의 남녀 혼인 규정에 대한 위헌판결(Hodge v. Obergefell)를 전후하여 나타나고 있는 차별금지법의 적용 과정에서 나타나는 종교의 자유, 표현의 자유에 대한 과도한 침해에 해결하기 위한 시도. 이는 성적지향 보호를 우선시하는 다수 판례의 경향에 대한 반기를 드는 법제와 판례로서, 표현의 자유와 종교의 자유를 헌법의 핵심적 가치로 인정해 왔던 미국법제에서 이익형량이라는 균형적 관점을 제시한다는 점에서 향후 예의주시해야 할 분야.

혐오표현에 관한 규제가 미국보다 강한 것으로 보이는 영국의 공공질서법에서 성적지향에 대한 혐오표현 범죄에 길거리 설교와 같은 동성애적 성행위에 대한 비판을 위법성조각사유로 명시한 점도 양심의 자유, 표현의 자유를 통해 성윤리, 성도덕의 관점과 종교적 신념 표현 측면에서의 비판을 수용하려는 의도가 있다고 평가됨.

국회에서 입법이 시도된 차별금지법안에서 성적지향에 따른 차별에 대한 법적 제재가 야기하는 사회적 논란, 표현의 자유, 종교의 자유의 침해에 대한 검토가 충분히 이루어지지 않았다는 점, 차별금지 사유로서 성적 지향의 적합성에 관한 시민사회 및 종교단체의 반론에 설득의 과정이 불충분했다는 점, 법안 내에 적용 배제 대상 표현, 행위가 명시되어 있지 않다는 점은 문제가 될 수 있음.

V. 소결: 대안

서구 선진국의 인권 논리는 다른 문화권에서 인권을 수용하려는 국가에 정치적 갈등 야기해 옴. 이에 주의를 촉구하는 관점에서는 인권의 보편화를 통한 세계화의 이데올로기는 서양의 정치체제를 세계적으로 적용시키려는 기획이라는 시각을 가짐.⁸²⁾ 성적지향·성 정체성에 따른 차별금지는 정치적으로는 성의 자유화·해방의 이데올로기를 이념적 배경으로 소극적 형태의 억압차별금지에서 성별전환·결정의 자유⁸³⁾, 나아가 성행위 관련 비범죄화⁸⁴⁾ 궁극적으로는 전통적 가족개념의 해체⁸⁵⁾와도 연결되어 있다는 분석이 대두되고 있음. 현재 서유럽과 유럽인권재판소를 중심으로 생성·발전되고 있는 성적 지향에 따른 차별금지가 유엔 인권이사회의 결의를 거치기는 하였으나, 반대 진

82) 이상돈, 인권법, 50-53면 (세창출판사, 2005)

83) 애너매리 야고스 저, 박이은실 역, 퀴어이론 입문, 41-59면 (여이연, 2012); 홍기옥, 성적 소수자의 인권침해 현황과 형사법적 권리보호 방안, 충북대학교 박사학위 논문, 2016, 4-19면.

84) 빌헬름 라이히 저, 윤수종 역, 성혁명, 37-40면, 381-383면을 참조하라. LGBT(Lesbian Gay Biosexual Transgender) 운동은 퀴어의 해방성을 배후하여 법제도에 구속받지 않는 자유로운 성행위를 지향하고 있다.

85) Judith Butler, Is Kinship Always Already Heterosexual ?, A Journal of Feminist Cultural Studies 13.1., 2002, p.29-38.

영도 상당 수 국가에 이르러 아직 국제법적으로 준수할 법적의무가 있는 일반적으로 승인된 국제법규로 인식되지는 못함.⁸⁶⁾ 이러한 연성법(soft law) 형태가 국제조약으로 발전하는 것을 차단해야 함. 이렇게 논쟁 중인 사항을 충분한 국내적 합의가 되어 있지 않는 국가에 법적 제재수단이 부과된 차별금지법으로 이식하려고 한다면 문화의 충돌로 인한 저항과 사회적 갈등이 발생할 수 있음.⁸⁷⁾

차별금지 사유로서 포괄적 의미의 ‘성적 지향’에 관해서는, 국가인권위원회가 차별행위를 법적 강제력이 없는 시정권고를 통해 규제해 왔다는 점을 들어 이행강제금, 5배 손해배상, 형벌과 같은 법적 제재 수단을 갖춘 차별금지법을 도입·실행하려 한다면, ‘국제적으로 승인된 인권이므로 승인하라’는 논리만으로 서구식 인권을 민주 법치적 입법 절차를 갖춘 주권 국가에 강요하는 결과가 될 뿐. 국가인권위원회 실무에 대한 반성적 검토, 반대 의견을 포함한 각계 의견 수렴, 문제 제기에 대한 답변, 법제화의 문제점에 대한 대응책 제시와 설득, 토론의 과정을 거칠 필요. 설득의 비효율·실패가 예상된다면, 장애인차별금지법과 같이 개별법을 형태(예: 여성차별금지법)와 각 분야 전문가들과 소통하며 입법을 시도하는 것도 신속한 입법적 대안이 될 수 있을 것.

[참고문헌]

단행본

국가인권위, 한국 혐오 표현 실태에 관한 연구보고서.

마이클 샌델, 안진환·이수경 역, 왜 도덕인가 ?, 한국경제신문, 2010)

백상현, 동성애 IS, 미래사, 2015.

빌헬름 라이히 저, 윤수종 역, 성혁명, 중원문화, 2011.

보건복지부·한국건강증진개발원, 제4차 국민건강증진종합계획(2016-2020), 2015

애너매리 야고스 저, 박이은실 역, 퀴어이론 입문, 여이연, 2012

이상돈, 인권법, 세창출판사, 2005.

이준일, 차별금지법, 고려대학교 출판부, 2007.

조영길외 7인, 군형법 92조의 6 합헌판결의 의미와 과제, 바른 성문화를 위한 국민연합, 2017.

조영길, 국가인권위원회법상 차별금지 사유 ‘성적 지향’ 삭제 개정의 정당성, 미래사, 2016.

George Ulrich (eds), Discrimination and Toleration: New Perspective, Martinus Nijhoff Publishers, 2002.

Jill Marshall, Human Rights Law and Personal Identity, Routledge 2014.

Judith Butler, Is Kinship Always Already Heterosexual ?, A Journal of Feminist Cultural Studies 13.1, 2002, p.29-38.

Manuela Lavinias Picq & Markus Thiel, Sexualities in World Politics: How LGBTQ Claims

86) Manuela Lavinias Picq & Markus Thiel, Sexualities in World Politics: How LGBTQ Claims Shape International Relations, Routledge, 2015, p.57-66 (바티칸, 우간다 등 아프리카 국가, 아랍국가, 러시아, 중국 등 아시아 국가들이 반대, 기권함)

87) George Ulrich (eds), Discrimination and Toleration: New Perspective, 223-225 (Martinus Nijhoff Publishers, 2002).

- Shape International Relations, Routledge, 2015
- Sandra Fredman, Discrimination Law, Oxford University Press, 2002.
- 논문
- 김지혜, 성적 지향과 성별정체성에 관한 국제인권법 동향과 그 국내적 적용, 법조 2012.11, 181-222.
- 김선영·권석만, 국내 남자 동성애자의 심리성적 행동 특성과 HIV 감염, 한국연구재단(NRF) 연구성과물, 1999.
- 배상균, 일본의 혐오표현 형사규제에 관한 검토-헤이트스피치 해소법을 중심으로, 형사정책연구 28(2), 65-93 (2017)
- 이상현, 군형법상 항문성교 기타 추행죄 연구: 법제사, 법익론 및 판례 비교를 중심으로, 법학논총 제36집, 249-287 (2016)
- 이순호, 혐오표현 규제정책의 올바른 방향, 2017.4.14.인권정책세미나 발표문.
- 이지현, 한국에서 차별금지법 제정에 있어서 성적지향을 둘러싼 갈등과 전망, 중앙법학 제16권 제3호, 123-124면 (2014.9)
- 인하대, 국가 에이즈관리사업 평가 및 전략 개발 연구 보고서, 2013년 질병관리본부 연구용역과제, 2014
- 최지현, 김성남, 박 평, 조경숙, 2016년 HIV/AIDS 신고 현황, 주간 건강과 질병 제10권 32호, 852면 (2017)
- 홍기욱, 성적 소수자의 인권침해 현황과 형사법적 권리보호 방안, 충북대학교 박사학위 논문, 2016.
- 홍성수, 혐오표현의 규제: 표현의 자유와 소수자 보호를 위한 규제대안의 모색, 법과사회 vol.50, 2015.12, p.287-336.
- James E. Wood, Jr. The Religious Freedom Restoration Act, 33 J.Church & St. 673, 680 (1991)
- [Recent Cases] Religious Liberty - Religious Freedom Restoration Act Seventh Circuit Denies Preliminary Injunction to College, 129 Harv. L. Rev. 851-860 (2016)

법무부 NAP과 지방자치단체의 인권조례에 대한 우려

- 인권교육 및 인식개선 과제와 관련하여 -

법무법인 저스티스 대표변호사 지영준

1. 들어가며

가. 국가인권정책 기본계획과 인권교육

법무부가 2018. 8. 공표한 제3차 국가인권정책 기본계획(2018~2022)중 필자가 특히 관심이 가는 부분은 ‘2부 정책과제, VII. 인권의식과 인권문화를 높여가는 사회’로서, 제3차 기본계획과제로 인권관련 국내.외 협력으로 “인권교육 및 인식개선”에 관한 것이다.⁸⁸⁾

주지하다시피 국가인권위원회는 2012. 4. 12. 각 지방자치단체의 장에게 ‘인권기본조례’ 제정을 권고한바 있고, 또한 ‘학생인권조례’가 제정.시행되고 있는 곳이 4곳이며, 더욱이 2018년 6.13 지방선거에서 학생인권조례 제정을 공약으로 내건 전국교직원노동조합(전교조) 출신의 교육감 후보들이 많이 당선됨으로써, 다시 ‘학생인권조례’는 뜨거운 감자로 떠오르고 있기 때문이다.

나. 국가인권위원회 권고와 법무부 NAP

법무부는 2018.8. 국가인권정책 기본계획(NAP)을 국가인권위원회가 아닌 법무부가 수립하는 이유에 대해, 국가인권위원회는 「국가인권위원회법」에 따라 설립된 독립기관으로서 정부의 인권정책결정과 추진·집행에 관하여 독립된 지위에서 정부에 권고하는 역할을 수행하며, 실제 정책을 수립하고 시행하는 행정기구와는 아니며, 정책 수립·집행을 담당하는 행정부가 수립·시행하는 것이라고 밝히고 있다.⁸⁹⁾

이렇듯, 국가인권위원회의 ‘권고’와 달리 법무부가 수립한 NAP(국가인권정책 기본계획)은 국가정책으로 ‘집행(시행)’되는 것이기에 그 의미가 많이 다르다는 것이다.

88) 법무부(Ministry of Justice-Republic of Korea), 2018~2022 제3차 국가인권정책기본계획(2018), 284쪽 이하

89) 2018. 제3차 국가인권정책기본계획(NAP) 설명자료, 3쪽

다. 인권교육 관련 내용

1) 인권시민단체 및 사업 지원과 연계

필자가 우려하는 바는 법무부 NAP에서 ‘인권의식과 인권문화를 높여가는 사회’를 위한 정책과제를 이행하기 위하여 “인권교육 및 인식개선”을 목표로 제3차 기본계획과제에서 ‘국민일반, 학교교육, 공무원 및 인권관련 종사자 교육, 사회적 약자·소수자 대상 교육’에 관한 것이다.⁹⁰⁾

그 이유는 법무부 NAP에서는 ‘인권의식과 인권문화를 높여가는 사회’실현을 위한 또 다른 과제로 ‘인권관련 국내외 협력’을 위해 ‘인권단체 및 사업지원’으로 ‘시민사회의 인권역량 강화를 위한 인권교육 확대’하고, ‘현행 지원시스템에서도 인권단체가 보조금을 지원을 신청하는 경우 공익사업 내용에 따라 사업비 지원가능’이라고 하고 있기 때문이다.⁹¹⁾

2) 국가·지방 공무원에 대한 인권교육

한편, 국가·지방 공무원 인권교육을 위해 매년 「공무원 인재 개발지침」을 작성·통보시 인권교육관련 내용을 포함하되, ‘인권감수성 및 인권의식 제고, 장애인 인식 개선, 종교차별 예방 등 종교편향 방지, 양성평등, 성인지, 다문화 이해교육 등’을 열거하고 있다.⁹²⁾

3) 학교에서의 노동인권교육 활성화

다른 한편, 법무부 NAP은 ‘V. 모든 사람이 더 나은 미래를 추구하는 사회’를 목표로 노사정 간 대화를 통한 노동존중 사회 실현을 위해, “학교에서부터 노동인권교육을 활성화하여 근로권익 침해 예방”을 명시하고 있다.⁹³⁾

라. 문제의 제기

이와 같이 법무부 NAP에서는 인권교육 진흥을 추진하기 위해 ‘지역단위 인권교육 센터 활성화 방안’을 모색하는 것⁹⁴⁾, 국가·지방 공무원 인권교육’에서,

90) 법무부, 제3차 국가인권정책기본계획(2018), 289쪽 이하 300쪽

91) 법무부, 제3차 국가인권정책기본계획(2018), 281쪽

92) 법무부, 제3차 국가인권정책기본계획(2018), 293쪽

93) 법무부, 제3차 국가인권정책기본계획(2018), 109쪽

94) 법무부, 제3차 국가인권정책기본계획(2018), 290쪽

‘종교차별 예방 등 종교편향 방지’라는 명목으로 행해 질 수 있는 또 다른 ‘종교의 자유(선교의 자유)’침해, 나아가, 학교에서 노동인권교육 활성화는 지방자치단체의 인권조례와 학생인권조례의 문제점을 그대로 담고 있다고 사료된다.

그러므로 필자는 지방자치단체의 인권조례와 학생인권조례의 문제점을 통해 법무부 NAP에서 추진하는 ‘인권교육과 인식개선’이라는 정책과제의 문제점을 제고해보고자 한다.

2. 지방자치단체 인권조례와 학생인권조례

가. 지방자치단체 인권조례의 제정목적

1) 제정현황

국가인권위원회는 2012. 4. 12. 각 지방자치단체의 장에게 인권기본조례 제정을 권고한 바 있다.⁹⁵⁾ 국가인권위원회는 ‘인권 기본조례’가 지역의 특성을 반영하여 주민의 실생활에 ‘직접적인 규범력’을 가지고 인류의 보편적 가치인 인권의 지역화를 위한 이행도구로 기능한다고 보았으며, ‘인권 기본조례 표준안’을 제시하였다.⁹⁶⁾

현재 17개 광역단체 중 15개, 226개 기초단체 중 85개 지역에서 ‘인권기본조례’(이하, ‘자치인권조례’라 한다)를 제정·시행하고 있다.⁹⁷⁾

2) 제정이유

지방자치단체는 자치인권조례를 통하여 ‘인권교육’을 실시하고 ‘인권문화를 확산’하겠다는 것이다.⁹⁸⁾⁹⁹⁾¹⁰⁰⁾

95) 국가인권위원회 상임위원회 결정(2012.4.12.) 1. 각 지방자치단체의 장에게 : 국가인권위원회가 제시하는 인권 기본조례 표준안을 참조하여 인권 기본조례를 제정하고 이미 인권 기본조례를 제정한 지방자치단체의 장에 대하여는 현행 조례가 국가인권위원회의 표준안에 비추어 수정·보완사항이 있는지를 검토하여 필요시 현행 조례를 개정할 것을 권고한다. 2. 행정안전부장관에게 : 지방자치단체가 지역사회 차원에서 인권의 보장 및 증진 체계를 구축하고 인권 기본조례의 실효적 이행을 위하여 인력 확충 등에 대하여 협의를 할 경우 이를 적극적으로 검토할 것을 권고한다.

96) 국가인권위원회 위 상임위원회 결정(2012.4.12.), 2쪽

97) 바른군인권연구소 김영길 대표의 2018. 3.통계 ; 다만, 충청남도 인권보호 및 증진에 관한 조례는 2018.5.10. 폐지되었고, 증평과 계룡시의 인권조례도 기초자치단체 의회에서 조례폐지안이 의결되었다.

98) 예컨대, 충청남도는 2012.5.10. 충청남도조례 제3677호로 「충청남도 도민 인권증진에 관한 조례」(이하 ‘충남 인권조례’라 함)를 제정하였고, 2015.10.30. 충청남도조례 제4035호로 ‘전부개정’하기에 이르렀다. 이와 같이 전면 개정된 인권조례는 충남 ‘도민인권선언’을 이행하여야 함을 명시하고 있고, 도지사로 하여금 국가인권위원회, 충청남도의회, 충청남도교육청, 시민사회 등과 협력체계를 갖추고

그런데, 지방자치단체가 내세우는 이와 같은 이유는 표면상의 이유에 불과하고 그 실제적인 이유에 대해서는 뒤에서 살펴보기로 한다.

나. 학생인권조례 제정시도

1) 제정현황

한편, 현재 ‘학생인권조례’를 제정하여 시행 중인 곳은 17개 광역단체 중 경기, 광주, 서울, 전북 등 4곳이다.¹⁰¹⁾

최초 ① 경기도는 2010. 10. 5. 경기도 조례 제4085호로, ② 광주광역시 2011. 10. 28. 광주광역시 조례 제4017호로, ③ 서울특별시는 2012. 1. 26. 서울특별시 조례 제5247호로, ④ 전라북도는 2013. 7. 12. 전라북도 조례 제3781호로 학생인권조례를 각 제정하였는데, 학생의 인권이 학교교육과정에서 실현될 수 있도록 함으로써, 학생의 존엄과 가치 및 자유와 권리를 보장하는 것을 제정이유로 밝히고 있다.¹⁰²⁾

그 이외 대전광역시, 울산광역시, 강원도, 충청북도 등 여러 지방자치단체에서 학생인권조례를 제정하려고 시도하였으나, 학부모단체 등의 반대로 좌절되곤 하였다.¹⁰³⁾¹⁰⁴⁾

그런데, 2018년 6.13. 지방선거에서 학생인권조례 제정을 공약으로 내건 교

‘인권교육실시, 인권문화 확산’ 등을 위한 사업을 실시해야 할 의무’를 부과하고 있다(충남 인권조례 제8조 제1항, 제3항).

99) 이에 앞서 충청남도(도지사 안희정)는 2014. 10. 13. 인권이 꽃피어 나는 세상을 만들기 위하여 ‘충남 도민인권선언’을 선포하였는데, 위 도민인권선언 제21조는 이 도민인권선언문을 실행하기 위해 필요한 ‘조례’ 등 제도를 정비할 것을 규정하고 있다. 이후 2015.10.30. 전면 개정된 충남 인권조례는 앞서 2014. 10. 13. 선포된 충남 ‘도민인권선언’을 이행하여야 함을 명시하고 있다(조례 제8조). 이와 같이 충남 인권조례(2015.10.30. 조례 제4035호)는 ‘도민인권선언’을 이행하기 위한 것으로 보인다.

100) 예컨대, 충청남도 인권조례의 경우에는 충남 ‘도민인권선언’을 이행하여야 함을 명시하고 있고, ‘충남 도민인권선언 제1조는 “충남도민은 ‘성적지향, 성별정체성’ 등 어떤 이유로도 차별받지 않을 권리가 있다”고 규정하고 있다.

그렇다면, 충남 인권조례는 ‘성적지향, 성별정체성 등’ 어떤 이유로도 차별받지 않을 권리, 즉 ‘성 평등’과 그 밖에 (충남인권선언이 규정하는) 인권에 대해 ‘인권교육’을 실시하고 인권문화 확산 등의 사업을 실시해야 할 의무를 지우고 있다고 해석된다.

101) 2010. 10. 5. 경기도 조례 제4085호 ; 2011. 10. 28. 광주광역시 조례 제4017호 ; 2012. 1. 26. 서울특별시 조례 제5247호 ; 2013. 7. 12. 전라북도 조례 제3781호

102) 경기도조례 제4085호, 2010. 10. 5. 제정 이유

103) CMB뉴스 2017.3.29. 대전학생인권조례 또 무산, 재추진 불투명 ; 연합뉴스 2017.9.14. 학생인권조례 제정 놓고 울산 찬반단체 장외 집회

104) 파이낸셜뉴스 2017.9.18. 4개월째 논란 울산학생인권조례안, ‘학생인권법’ 법제화로 확대 ; 노컷뉴스 2017.09.19. 학생인권조례안이 울산시의회 손에서 떠났다고 하지만 찬성단체에서는 별도로 ‘아동 청소년인권법’ 제정에 나서겠다고 밝혔어요.

육감이 재선된 경남을 비롯하여, 전국교직원노동조합(전교조) 출신의 교육감이 당선된 지방자치단체에서 ‘학생인권조례’는 다시 뜨거운 감자로 떠오르고 있다.¹⁰⁵⁾

2) 제정이유

그렇다면, 이렇듯 여러 지방자치단체에서 학생인권조례를 제정하려는 목적은 무엇인가. 앞서 본 바와 같이 경기도 등 각 지방자치단체는 “학생의 인권이 학교교육과정에서 실현될 수 있도록 함으로써, 학생의 존엄과 가치 및 자유와 권리를 보장하기 위함”을 제정이유로 밝히고 있다.¹⁰⁶⁾ 또 대전 또는 울산 광역시 일부 의원이 추진하려고 하는 학생인권조례안의 제정이유도 ‘학생인권이 학교교육과정에서 실현될 수 있도록 제도적 근거를 마련함으로써, 인간으로서의 존엄과 가치 및 권리를 보장하기 위함’이라고 하고 있다.¹⁰⁷⁾¹⁰⁸⁾

3. 지방자치 조례제정권의 한계

가. 자치입법권의 범위

지방자치단체가 조례를 제정할 수 있는 사항은 지방자치단체의 고유사무인 자치사무와 단체위임사무에 한하고, 기관위임사무에 관한 사항은 원칙적으로 조례의 제정범위에 속하지 않는다(지방자치법 제22조, 제9조).¹⁰⁹⁾

나. 조례제정권의 한계 논의

105) 동아일보 2018.7.5. ‘학생인권 조례 제정’ 뜨거운 감자로 : 재선에 성공한 박종훈 경남교육감, “조례제정 서둘러야” 정면돌파 시사, “학생 지도 어렵고 교권침해 우려”... 경남교총 등 반대 단체와 마찰 예상

106) 서울특별시 학생인권 조례(2012. 1. 26., 서울특별시조례 제5247호 제정) 제정이유

107) 대전광역시의회 2017.1.10. 공고 제2017-21호 ; 대전광역시교육청 학생인권 조례안 예고

108) 울산광역시 최유경의원이 2017. 6.경 준비 중인 발의 안

109) 대법원 2017. 1. 25. 선고 2016추5018 판결, 대법원 1999. 9. 17. 선고 99추30 판결, 대법원 2013. 4. 11. 선고 2011두12153 판결 등 참조 ; 그리고 법령상 지방자치단체의 장이 처리하도록 규정하고 있는 사무가 자치사무인지 기관위임된 국가사무에 해당하는지를 판단함에는 그에 관한 법령의 규정 형식과 취지를 우선 고려하여야 할 것이지만, 그 밖에도 그 사무의 성질이 전국적으로 통일적인 처리가 요구되는 사무인지 여부나 그에 관한 경비부담과 최종적인 책임귀속의 주체 등도 아울러 고려하여 판단하여야 한다.

1) 국가사무와 자치사무의 구별실익

만약, ‘자치인권조례’가 규정하고 있는 사항이 ‘자치사무’에 관한 것이라면, 위임조례와 같이 국가법에 적용되는 일반적인 위임입법의 한계가 적용될 여지는 없다. 다만, 「지방자치법」 제22조¹¹⁰⁾가 규정하고 있는 ‘법령의 범위 안’이라는 사항적 한계는 적용되는 것이다.¹¹¹⁾¹¹²⁾

2) 인권조례의 내용

그런데, 대부분의 ‘자치인권조례’에는 인권정책 기본계획 수립, 인권교육, 인권센터 등을 규정하고 있을 뿐, 인권(기본권)에 관한 실질적인 내용이 담겨져 있지 않다.¹¹³⁾

반면, ‘학생인권조례’는 학생의 기본적 권리에 관한 사항이 열거되어 있으나, 그 내용은 ‘이미 관련 법령에 의하여 인정되는 학생의 권리를 확인하고 내용을 구체화’한 것에 불과하다.¹¹⁴⁾

3) 인권조례의 제정목적

필자가 보기에는 이렇듯 표면적으로 내세우는 제정이유와는 달리, 지방자치

110) 「지방자치법」 제22조(조례) 지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다. 다만, 주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다.

111) 대법원 2000. 11. 24. 선고 2000추29 판결 ; 여기서 말하는 '법령의 범위 안'이라는 의미는 '법령에 위반되지 아니하는 범위 안'이라는 의미로 풀이되는 것으로서, 특정 사항에 관하여 국가 법령이 이미 존재할 경우에도 그 규정의 취지가 반드시 전국에 걸쳐 일률적인 규율을 하려는 것이 아니라 각 지방자치단체가 그 지방의 실정에 맞게 별도로 규율하는 것을 용인하고 있다고 해석될 때에는 조례가 국가 법령에서 정하지 아니하는 사항을 규정하고 있다고 하더라도 이를 들어 법령에 위반되는 것이라고 할 수가 없다(대법원 1997.4.25. 선고 96추244 판결 참조).

112) 대법원 2007. 12. 13. 선고 2006추52 판결 ; 지방자치단체의 조례는 그것이 자치조례에 해당하는 것이라도 법령에 위반되지 않는 범위 안에서만 제정할 수 있어서 법령에 위반되는 조례는 그 효력이 없지만(지방자치법 제22조 및 위 구 지방자치법 제15조), 조례가 규율하는 특정사항에 관하여 그것을 규율하는 국가의 법령이 이미 존재하는 경우에도 조례가 법령과 별도의 목적에 기하여 규율함을 의도하는 것으로서 그 적용에 의하여 법령의 규정이 의도하는 목적과 효과를 전혀 저해하는 바가 없는 때, 또는 양자가 동일한 목적에서 출발한 것이라고 할지라도 국가의 법령이 반드시 그 규정에 의하여 전국에 걸쳐 일률적으로 동일한 내용을 규율하려는 취지가 아니고 각 지방자치단체가 그 지방의 실정에 맞게 별도로 규율하는 것을 용인하는 취지라고 해석되는 때에는 그 조례가 국가의 법령에 위반되는 것은 아니라고 보아야 할 것이다(대법원 1997. 4. 25. 선고 96추244 판결 , 대법원 2006. 10. 12. 선고 2006추38 판결 등 참조).

113) 서울특별시 인권기본조례 제7조, 제10조, 제11조, 제18조

114) 대법원 2015. 5. 14. 선고 2013추98 판결 ; 그러나 조례안재의결 무효확인소송에서의 심리대상은 지방자치단체의 장이 지방의회에 재의를 요구할 당시 이의사항으로 지적하여 재의결에서 심의의 대상이 된 것에 국한된다(대법원 1992. 7. 28. 선고 92추31 판결, 대법원 2007. 12. 13. 선고 2006추52 판결 등 참조). 이러한 법리는 주무부장관이 지방자치법 제172조 제7항에 따라 지방의회의 의결에 대하여 직접 제소함에 따른 조례안의결 무효확인소송에도 마찬가지로 적용된다고 할 것이므로, 조례안의결 무효확인소송의 심리대상은 주무부장관이 재의요구 요청에서 이의사항으로 지적한 것에 한정된다.

인권조례, 학생인권조례를 제정하려는 목적은 ‘인권교육실시’등을 명문화하여 ‘성평등과 인권교육을 공교육에 포함시켜 사회적 약자에 대한 차별과 혐오확산을 막겠다’라는 차별금지법을 제정하려는 목적과 동일한 것으로 보인다.¹¹⁵⁾

다른 한편, ‘인권센터’등 기구를 인권조례에 의하여 설치하는 경우, 지원금을 받을 수 있는 지방재정의 근거가 되기 때문이다(지방재정법 제17조).

다. 종교의 자유의 침해

1) 학생인권조례의 내용

자치인권조례(인권기본조례)와 달리 ‘학생인권조례’는 제1조에 상위 법률적 근거를 제시하고 있고, ‘학생인권’에 대한 정의 규정을 두고 있다.¹¹⁶⁾¹¹⁷⁾

필자는 특히, 서울특별시 학생인권조례 중 제2장 ‘학생인권’이라고 열거하고 있는 ‘제5조 차별받지 않을 권리’와 ‘제16조 양심·종교의 자유’가 눈에 띈다. 더욱이 서울시 의회는 2017.9.21. 조례 제5조제3항을 신설하였다.¹¹⁸⁾ (조문 내용은 별첨).

○ 제5조(차별받지 않을 권리) ① 학생은 성별, 종교, 나이, 사회적 신분, 출신지역, 출신국가, 출신민족, 언어, 장애, 용모 등 신체조건, 임신 또는 출산, 가족형태 또는 가족상황, 인종, 경제적 지위, 피부색, 사상 또는 정치적 의견, 성적 지향, 성별 정체성, 병력, 징계, 성적 등을 이유로 차별받지 않을 권리를 가진다.

③ 학교의 설립자·경영자, 학교의 장과 교직원, 그리고 학생은 제1항에서 예시한 사유를 이유로 차별적 언사나 행동, 혐오적 표현 등을 통해 다른 사람의 인권을 침해하여서는 아니 된다. <신설 2017.9.21.>

115) 시사in 2017.3.11. 제495호, 75쪽

116) 서울특별시 학생인권 조례

제1조(목적) 이 조례는 「대한민국헌법」, 「교육기본법」 제12조 및 제13조, 「초·중등교육법」 제18조의4 및 「유엔 아동의 권리에 관한 협약」에 근거하여 학생의 인권을 보장함으로써 모든 학생의 인간으로서의 존엄과 가치를 실현하며 자유롭고 행복한 삶을 이루어나갈 수 있도록 하는 것을 목적으로 한다.

117) 광주광역시 학생인권 보장 및 증진에 관한 조례(광주광역시조례 제4017호, 2011.10.28. 제정)

제1조(목적) 이 조례는 학생의 인권에 관한 광주광역시교육청 및 관할 학교와 교직원·학생·보호자 등 지역사회 구성원의 책임과 역할을 정하고 학생인권 보장 및 증진에 관한 사항을 규정하여 인권이 존중되는 학교와 지역사회를 실현하는 것을 목적으로 한다.

118) [서울특별시조례 제6608호, 2017.9.21. 일부개정]

제5조 ③ 학교의 설립자·경영자, 학교의 장과 교직원, 그리고 학생은 제1항에서 예시한 사유를 이유로 차별적 언사나 행동, 혐오적 표현 등을 통해 다른 사람의 인권을 침해하여서는 아니 된다. <신설 2017.9.21.>

제16조(양심·종교의 자유)

③ 학교의 설립자·경영자, 학교의 장 및 교직원은 학생의 종교의 자유를 침해하는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

1. 학생에게 예배·법회 등 종교적 행사의 참여나 기도·참선 등 종교적 행위를 강요하는 행위

6. 특정 종교를 비방하거나 선전하여 학생에게 종교적 편견을 일으키는 행위

2) 시정 권고와 강제 수단

또한, 「자치인권조례」는 ‘구제위원회’ 또는 ‘인권센터장’의 시정권고사항을 특별한 사유가 없는 한 그 내용을 존중하여 조치해야 하고, 통지받은 날로부터 2월 이내에 조치결과를 자치단체장에게 통보해야 할 법률상 의무를 부담시키고 있다(예, 서울시 인권기본조례 제23조제2항, 제4항).

【서울특별시 인권 기본 조례】

제23조(시정권고 및 후속조치)

① 구제위원회는 인권침해가 있었다고 판단한 경우 시장에게 그 시정을 권고할 수 있으며, 인권침해 결정은 구제위원회 재적위원 과반수의 찬성으로 의결한다.

② 구제위원회는 의결 내용을 지체없이 시장에게 문서로 통지하여야 하며, 시장은 위 결과를 신청인 및 피신청인, 조사대상기관의 장 등 관련 당사자에게 문서로 통지하여야 한다.

③ 구제위원회는 필요하다고 인정하는 경우 시정권고 내용을 공표할 수 있다. 다만, 법령에 따라 공표가 제한되거나 사생활의 비밀이 침해될 우려가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

④ 시정권고 통지를 받은 조사대상기관의 장은 특별한 사유가 없는 한 그 내용을 존중하여 조치하여야 하며, 통지받은 날로부터 2월 이내에 시정권고에 따른 조치결과를 시장에게 보고하여야 한다.

라. 인권보호를 빙자한 인권침해

자치인권조례에 의해 설치된 ‘인권센터’의 ‘조사권한’과 조사결과에 따른 조치의무가 어떠한 결과를 가져오는 지는 ‘학생인권센터’를 규정하고 있는 ‘학생인권조례’의 문제점에서도 그대로 엿볼 수 있다.

※【사례1】 전라북도 학생인권센터와 교사의 죽음

2017. 4.경 송 교사는 동료 체육교사에 의해 여학생 7명에 대한 성추행 혐의로 신고를 당했다. 경찰에서는 이 사건을 무혐의로 즉시 종결했지만, 부안 교육지원청은 사법당국의 수사결과를 무시하고 직위해제 처분을 내렸다. 이후 전라북도 학생인권센터는 부안여고 성추행 사건 등 일련의 사건이 터지자 재조사에 나섰고, 결국, 송 교사는 스스로 목숨을 끊었다.

○ 위와 같이 경찰에서 ‘혐의없음’이 결정되었음에도 ‘학생인권교육센터’의 조사를 받던 성실한 교사가 자살하는 사태가 발생하기도 하였다(언론보도, 전북부안 송교사 사건).

라. 자치사무와 지방재정법

다른 한편, 필자의 견해와 같이 인권조례에 의하여 설치된 ‘인권센터’의 업무가 ‘지방자치단체의 소관에 속하는 사무’가 아니라고 한다면, 인권센터에 대한 지방재정의 근거도 될 수 없다(지방재정법 제17조).

4. 성평등 교육과 양성평등원칙 위반

가. 「헌법」 제11조와 평등원칙

자치인권조례나 학생인권조례는 ‘성적지향’ 또는 ‘성별정체성’에 따른 차별을 금지하는 것을 명문으로 규정하거나, ‘인권교육’을 통하여 ‘성평등’의식을 고취시키고 있다.

이렇듯 자치인권조례에서 ‘성적지향, 성별 정체성’에 대한 차별금지를 통해 보장하고자 하는 ‘성평등(gender equality)’은 ‘양성평등(equality of sexes)’을 전제로 하는 「헌법」에 반하는 것입니다(헌법 제11조, 제36조, 양성평등기본법 제1조).

그리고, 「헌법」 제11조가 보장하는 평등 원칙의 중심 내용은 자의(恣意)금지의 원칙으로, 본질적으로 동일한 것은 동일하게, 다른 것은 다르게 취급하라는 것이다. 그런데, 저출산·고령화 사회에 직면한 우리나라 현실에서 ‘자녀’를 출산 하느냐 못하느냐는 혼인 및 가족제도에서 본질적 차이가 있는 것이다. 이와 같

이 아이를 출산하고 양육하며, 다음세대를 이어 가는 이성애(혼)와 자녀를 출산하지 못하는 동성애(혼)는 본질이 다른 것이며, 다른 것을 같이 취급하는 것이 오히려 평등원칙에 반하는 것이다.¹¹⁹⁾

나. 성적지향과 「헌법」제36조의‘일부일처제’붕괴

우리「헌법」제36조 제1항은 개인의 존엄과 남녀평등에 입각한 양성의 결합이라고 하는 일부일처제(一夫一妻制)의 제도적 보장을 규정한 조항이다.¹²⁰⁾

혹자들은 ‘성적지향’을 ‘동성애’로 이해한다. 그러나, 성적지향은 ‘동성애’뿐만 아니라, 양성애, 복수의 성에 이끌리는 범성애를 포함하는 것이다. 이와 같이 ‘성적 지향’이 양성애(兩性愛), 범성애(범성애)는 필연적으로 배우자가 2명 이상임을 전제로 한다. 나아가, 최근에는 ‘난교(亂交)’와 ‘다자성애(polyamory)’도 성적지향이라고 주장한다. 또, 성적지향은 ‘젠더(gender)’를 포함한다는 것이다.¹²¹⁾

그러므로 일부일처제(一夫一妻制)를 전제로 하는 「헌법」 제36조 제1항에 위반되는 것이다.

다. 성별정체성(Gender identity)

또한, 인권조례를 통해 보호하고자 하는 ‘성별정체성(Gender identity)’이 무엇을 의미하는지는 불분명하나, 이와 같은 ‘성별 정체성’ 논쟁을 가장 잘 보여주는 것이 ‘목욕탕’과 ‘화장실’ 사용이며, 성별 정체성 차별금지는 소위 ‘성중립 화장실(All-Gender Restroom)’을 설치하라는 것으로, 다음과 같은 실례가 이를 잘 보여주고 있다.

119) 권영성, 헌법, 법문사(1994), 400쪽

120) 권영성, 헌법, 법문사(1994), 299쪽

121) 성적 지향(性的指向, Sexual orientation)은 자신이 이끌리는 이성, 동성, 혹은 복수의 성 또는 젠더를 나타낸다. (위키백과, 2018.5.12.검색어, 성적지향)

https://ko.wikipedia.org/wiki/%EC%84%B1%EC%A0%81_%EC%A7%80%ED%96%A5

※ 【사례2】 성평등과 화장실, 목욕탕 논쟁¹²²⁾

예컨대, 2012년 11월, 워싱턴 주 올림피아에 있는 에버그린 스테이트 칼리지에서 발생한 사건:

그 사우나 실에는 (자기를 여자라고 여기는) 한 남자가 자신의 남성 성기를 노출시키며 나체로 앉아 있었던 것이다.



5. 결 론

이와 같이 법무부 NAP에서는 인권교육 진흥을 추진하기 위해 ‘지역단위 인권교육 센터 활성화 방안’을 모색하는 것¹²³⁾, 국가·지방 공무원 인권교육’에서, ‘종교차별 예방 등 종교편향 방지’라는 명목으로 행해 질 수 있는 또 다른 ‘종교의 자유(선교의 자유)’침해, 나아가, 학교에서 노동인권교육 활성화는 지방자치단체의 인권조례와 학생인권조례의 문제점을 그대로 담고 있다고 사료된다.

그러므로 필자는 지방자치단체의 인권조례와 학생인권조례의 문제점을 통해 법무부 NAP에서 추진하는 ‘인권교육과 인식개선’이라는 정책과제의 문제점을 제고해 보아야 한다고 본다. 끝.

122) 마이클브라운 지음, 자유와인권연구소 옮김, 「성공할 수 없는 동성애 혁명」, 쿤란출판사(2017), 275쪽

123) 법무부, 제3차 국가인권정책기본계획(2018), 290쪽

【서울특별시 학생인권 조례】

제5조(차별받지 않을 권리)

① 학생은 성별, 종교, 나이, 사회적 신분, 출신지역, 출신국가, 출신민족, 언어, 장애, 용모 등 신체조건, 임신 또는 출산, 가족형태 또는 가족상황, 인종, 경제적 지위, 피부색, 사상 또는 정치적 의견, 성적 지향, 성별 정체성, 병력, 징계, 성적 등을 이유로 차별받지 않을 권리를 가진다.

② 학교의 설립자·경영자, 학교의 장 및 교직원 등 제1항에 예시한 사유로 어려움을 겪는 학생의 인권을 보장하기 위하여 적극적으로 노력하여야 한다.

③ 학교의 설립자·경영자, 학교의 장과 교직원, 그리고 학생은 제1항에서 예시한 사유를 이유로 차별적 언어나 행동, 혐오적 표현 등을 통해 다른 사람의 인권을 침해하여서는 아니 된다. <신설 2017.9.21.>

제16조(양심·종교의 자유)

① 학생은 세계관, 인생관 또는 가치적·윤리적 판단 등 양심의 자유와 종교의 자유를 가진다.

② 학교의 설립자·경영자, 학교의 장 및 교직원은 학생에게 양심에 반하는 내용의 반성, 서약 등 진술을 강요하여서는 아니 된다.

③ 학교의 설립자·경영자, 학교의 장 및 교직원은 학생의 종교의 자유를 침해하는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

1. 학생에게 예배·법회 등 종교적 행사의 참여나 기도·참선 등 종교적 행위를 강요하는 행위

2. 학생에게 특정 종교과목의 수업을 강요하는 행위

3. 종교과목의 대체과목에 대하여 과제물의 부과나 시험을 실시하여 대체과목 선택을 방해하는 행위

4. 특정 종교를 믿거나 믿지 아니한다는 등의 이유로 학생에게 이익 또는 불이익을 주는 등의 차별행위

5. 학생의 종교 선전을 제한하는 행위

6. 특정 종교를 비방하거나 선전하여 학생에게 종교적 편견을 일으키는 행위

7. 종교와 무관한 과목 시간 중 특정 종교를 반복적, 장시간 언급하는 행위

④ 학교의 장은 교직원이 제2항 및 제3항을 위반하지 않도록 지도·감독하여

야 한다.

⑤ 학교의 장은 특정 종교과목의 수업을 원하지 않는 학생들을 위하여 이를 대체할 과목을 마련해야 한다.

법무부 3차 인권정책이 교육공동체에 끼칠 혼란에 대하여

김지연 / 차세대세우기학부모연합 상임대표

우리나라 교육기본법에서는 (시행 2017.6.22) 아래와 같이 성평등이라는 용어가 아닌, 남녀평등이라는 단어를 사용한다. 남자의 평등 즉 양성의 평등을 위한 교육으로 그 방향성이 법으로 정해져 있으며 우리나라 초,중,고등학교에서는 이에 따라 현재 교육이 이루어지고 있으며 교육부 성교육 표준안에도 이것이 그대로 반영되어져 있다.¹²⁴⁾ 아래는 참조로 교육기본법 제17조의 2(남녀평등교육의 증진) 조항이다.

제17조의2(남녀평등교육의 증진)

- ① 국가와 지방자치단체는 남녀평등정신을 보다 적극적으로 실현할 수 있는 시책을 수립·실시하여야 한다.
- ② 국가 및 지방자치단체와 제16조에 따른 학교 및 사회교육시설의 설립자·경영자는 교육을 할 때 합리적인 이유 없이 성별에 따라 참여나 혜택을 제한하거나 배제하는 등의 차별을 하여서는 아니 된다.
- ③ 제1항에 따른 시책에는 체육·과학기술 등 여성의 활동이 취약한 분야를 중점 육성할 수 있는 교육적 방안이 포함되어야 한다.
- ④ 학교교육에서 남녀평등을 증진하기 위한 학교교육과정의 기준과 내용 등 대통령령으로 정하는 사항에 관한 교육부장관의 자문에 응하기 위하여 남녀평등교육심의회를 둔다. <개정 2008. 2. 29., 2013. 3. 23.>
- ⑤ 제4항에 따른 남녀평등교육심의회 위원들의 자격·구성·운영 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.¹²⁵⁾

124) 교육기본법 제17조의2(남녀평등교육의 증진)

125) 교육기본법 제17조의4(건전한 성의식 함양)

그러므로 남자와 여자뿐만이 아니라, 수십가지 성별정체성 혹은 성적표현에 따른 성이 있다며 그러한 허구적인 성들을 국가 정책으로 모두 인정하자고 하는 성평등 정책은 남녀평등에 기초한 교육기본법에 전혀 맞지 않고 대다수의 국민정서에도 벗어난다. 법무부의 성평등 정책은 학교 교육에도 상당한 혼란과 문제를 초래할 것으로 전망된다.

우리나라 교육기본법에서는 아래와 같이 건전한 성의식 함양을 위한 교육을 추구한다.

아래는 참조로 교육기본법 제17조의 2(남녀평등교육의 증진) 조항이다.

제17조의4(건전한 성의식 함양)

① 국가와 지방자치단체는 학생의 존엄한 성(性)을 보호하고 학생에게 성에 대한 선량한 정서를 함양시킬 수 있도록 필요한 시책을 수립·실시하여야 한다.

② 제1항에 따른 시책에는 학생 개인의 존엄과 인격이 존중될 수 있는 교육적 방안과 남녀의 성 특성을 고려한 교육·편의시설 마련 방안이 포함되어야 한다.

우리나라 헌법재판소와 대법원은 동성애 성행위는 객관적으로 혐오감을 유발하고 선량한 성도덕에 반하는 성적 만족행위라고 네 번에 걸쳐 판시한바 있다.¹²⁶⁾ 또한 국민 대다수가 동성애를 선량하거나 정상적인 것으로 받아들이지 않고 있다. 법무부의 동성애를 옹호·조장하는 성평등 정책은 반드시 시정되어지고 선량한 방향으로 나가야 한다.

우리나라 교육기본법에서는 아래와 같이 학생과 교직원의 건강 및 복지를 증진하기 위한 교육을 추구한다.

아래는 참조로 교육기본법 제27조 (보건 및 복지의 증진) 조문이다.

제27조(보건 및 복지의 증진)

① 국가와 지방자치단체는 학생과 교직원의 건강 및 복지를 증진하기 위하여 필요한 시책을 수립·실시하여야 한다. <개정 2008. 3. 21.>

126) 조영길, "국가인권위법상 차별금지 사유에서 성적지향 삭제 개정의 필요성" x, 미래사, 2016, 19쪽

② 국가 및 지방자치단체는 학생의 안전한 주거환경을 위하여 학생복지주택의 건설에 필요한 시책을 수립·실시하여야 한다. <신설 2008. 3. 21.>¹²⁷⁾

세계 보건당국은 동성애자들에게 편중되어져 있는 매독, 임질, 에이즈, 간염, 이질, 곤지름, 정신병, 높은 마약률등을 공개하고 있다. 런던 매독의 90%가 남성동성애자이며¹²⁸⁾ 미국 매독의 83%가 남성동성애자¹²⁹⁾, 미국 10대 에이즈의 90%이상이 동성간 성접촉으로 전파 되었고,¹³⁰⁾ 미국 흑인게이의 44%가 일생동안에 에이즈에 결국 걸리게 된다고 보고하는 등¹³¹⁾ 많은 보건적 문제가 드러나고 있다. 국내 에이즈 감염자중 18세에서 19세의 92.9%가 동성간 성접촉으로 에이즈에 감염된 것이 올해 춘계 학술대회에서 발표되기도 하여¹³²⁾ 국민들에게 동성간 성행위와 동성애를 부추기는 사회현상들이 보건적으로 얼마나 위험한지 인지되는게기가 되기도 했다.

이런 상황에서 동성애를 그대로 아무 문제 없는 성행태인양 인정하라고 강요하는 성평등 정책은 보건 및 복지의 증진을 위해 나가야 할 기본적인 교육방향에 정면으로 충돌하는 것이다.

127) 교육기본법 제27조(보건 및 복지의 증진)

128) 영국 보건국 웹사이트

(Public Health England), July 2016, <Syphilis epidemiology in Londo Sustained high numbers of cases in men who have sex with men,>

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/547072/london_syphilis_report.pdf p 11

129) 미국 질병관리본부 웹사이트 , <Reported STDs in the United States 2014 National Data for Chlamydia, Gonorrhea, and Syphilis>

<http://www.cdc.gov/std/stats14/std-trends-508.pdf>

130) 미국 질병관리본부 웹사이트 , HIV Surveillance — Adolescents and Young Adults

https://www.cdc.gov/hiv/pdf/statistics_surveillance_Adolescents.pdf

131) 미국 질병관리본부 웹사이트,< Lifetime Risk of HIV Diagnosis>

<https://www.cdc.gov/nchhstp/newsroom/2016/croi-press-release-risk.html>

132)<국내 Human Immunodeficiency Virus 감염의 감염 경로(Mode of Human Immunodeficiency Virus

Transmission in Korea: The Korea HIV/AIDS Cohort Study)>, 한국 HIV/AIDS 코호트 연구

김준명, 최준용, 정우용, 성혜, 김신우, 김우주, 최희정, 김민자, 우준희, 김윤정, 최보율, 최윤수, 기미경, 김기순 한국 HIV/AIDS 코호트 연구

<http://ekjm.org/journal/view.php?number=25545>

난민법 왜 폐지해야 하는가

이 현 영 / 국민을위한대안 대표

1. 난민이슈 - 동성애 옹호 관점의 접근

제주 예멘인 집단 난민신청 사태로 촉발된 난민문제가 최근 주요 이슈로 부각되고 있다. 리얼미터 여론조사로 나타난 수치는 제1차 여론조사(6.20.)에서는 난민수용 찬성 39.1%, 반대 49.1%로 나타났으나, 제2차 여론조사(7.5.)에서는 난민수용 찬성이 37.4%, 반대가 53.4%로 점차 반대여론이 높아지고 있다. 그러나 리서치뷰 조사(6.29.)에서는 국민 63.7%가 난민수용에 긍정적인 경향을 보였다고 하며, 갤럽 조사(7.10.)에서는 ‘난민을 수용하지 말고 강제추방해야 한다’ 는 대답이 20%에 불과했다고 한다. 언론 역시 난민에 우호적인 기사가 압도적 다수를 이루고 있다.

한편 언론과 국민들은 현재의 난민 문제를 이슬람이라는 종교 내지 무슬림이라는 인종의 문제로 다루는 경향성을 띠고 있다. 이에 이슬람에 대한 혐오주의라는 정부 및 언론의 프레임과 ‘혐오가 아니다. 안전을 원한다’ 는 난민반대국민의 프레임이 대립되고 있다.

그러나 우리는 오늘 토론회의 주제에 걸맞게 난민 이슈를 현재 언론의 보도 및 여론과는 다소 다른 관점에서 파악해보고자 한다. 즉, 동성애 옹호 관점의 접근을 통해 난민 문제는 단순히 이슬람이라는 특정 종교나 인종 등의 문제를 넘어서는 복합적 사안이라는 것을 지적하고자 한다.

2. 유엔난민기구(UNHCR)는 동성애를 어떻게 바라보고 있는가

(1) 유엔난민기구 지침의 규범화 추세 및 협력해야 하는 법무부

국제사회의 난민을 위한 제도적 장치는 1951년 유엔난민기구(United Nations High Commissioner for Refugees, 이하 'UNHCR' 이라 칭한다)를 설립하여 상설적 제도로 진척되었으며, 같은 해 난민의 지위에 관한 협약(이하 '난민협약' 이라 칭한다)이 체결되어 난민의 개념 등을 규범화하였다. 우리나라에서는 1993. 3. 3. 난민협약이 발효되어 1994년부터 난민제도를 운용하기 시작하였다. 난민협약은 난민에 관한 기본적인 국제법으로, 협약 당사국은 146개에 이른다.

한편 UNHCR은 '난민 지위의 인정기준 및 절차편람'을 비롯한 각종 지침을 수시로 발간하고 있는데, 이는 법적 구속력이 있는 서류는 아니지만 난민협약의 해석 및 적용을 위한 기준으로 활용되고 있다. 즉, UNHCR의 지침과 입장을 각국에서 따르는 방향으로 규범화되고 있는 추세이다.

난민협약 제35조는 협약국으로 하여금 UNHCR이 담당하는 역할에 협력할 책임을 지우고 있으며¹³³⁾, 우리나라의 난민법 제29조 제2항 제3호에서는 “법무부장관은 유엔난민기구가 난민인정신청, 이의신청에 대한 심사에 관한 의견제시를 할 수 있도록 협력하여야 한다.”고 규정하여 난민협약 제35조의 협약국으로서의 협력의무를 구체화하고 있다.

(2) UNHCR의 동성애에 대한 관점과 지침

전술한 것처럼 UNHCR이 담당하는 역할에 협약국이 협력할 책임이 있고, 우리나라 난민법이 협력의무를 구체화하고 있다면, UNHCR의 동성애에 대한 관점과 지침은 어떠한가. 만약 이 관점과 지침이 우리가 우려하는 지점과 맞닿아있다면 어떤 일이 벌어질 것인가. 결국 대한민국 법무부는 UNHCR의 지침에 대한 규범적 추세에 따라 법제정과 적용에 있어서 이를 수용하는 방향으로 나아갈 수 밖에 없으며, 법제화되지 않더라도 법원의 관련 판례로 판례법리를 형성해 사회에 뿌리내리는 방향으로 진행될 것은 명약관화하다. 따라서 이를 살펴보는 것은 동성애 용

133) 난민협약 제35조 1호 전단 “채약국은 국제연합 난민고등판무관 사무국 또는 그를 승계하는 국제연합의 다른 기관의 임무의 수행에 있어서 이들 기관과 협력할 것을 약속하고”

호경향에 제동을 걸기 위한 선결과제가 된다.

언론과 국민들이 전혀 다루거나 언급하지 않아 가려져 있지만 오늘 참석자 모두 아래의 사항을 분명하게 인식하는 자리가 되었으면 한다.

UNHCR은 2008. 11. 21. ‘성적 지향과 성 정체성과 관련된 난민신청에 대한 지침서’(UNHCR Guidance Note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity)를 발간하였는데, 위 지침서는 ‘성적 지향을 이유로 한 차별이 금지’ 됨을 언급하면서 “출신국가에 동성애자 등(위 지침은 이를 LGBT - Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender - 라 약칭하고 있다)에 대한 처벌규정이 있는 경우, 동성애자 등에 대한 박해를 가하고 국가가 이러한 박해로부터 동성애자 등을 보호하려고 하지 않는 경우 난민요건에 해당할 수 있다.”는 내용을 포함하고 있다. 또한 “의심스러운 때에는 난민신청자에게 유리하게 판단하여야 한다.”(benefit of the doubt)고 언급하고 있다.

즉, UNHCR의 지침은 동성애자 등에 대한 처벌을 ‘박해’로 보고 있다는 것이며, 의심스러운 때에는 동성애자 등에게 유리하게 판단하라는 것을 확인할 수 있다. 동성애에 대한 처벌로부터 동성애자 등을 보호하지 않는다면 이는 ‘옳지 않은 것’이라는 관점을 확인할 수 있다. 다시 말해, 동성애에 대한 금지 관점을 박해로 보게 되는 것이다.

이와 같은 UNHCR(유엔난민기구)의 지침과 관점을 확인한 우리는 다가오는 미래에 법무부와 법원이 UNHCR에 어떤 방향의 협력을 할지 짐작할 수 있다. 이를 앞서 ‘UNHCR 지침의 규범화 및 협력의무’와 연결 지을 경우 동성애 금지가 곧 박해라는 판례법리를 법원의 판결부터 정착시켜 나갈 수 있고, 이렇게 형성된 판례법리는 난민법 조항 - 동성애에 대한 차별금지 - 으로 제정되어 국민들에게 구속적 효과를 가지게 될 것이다. 실제 판례에서는 하급심이지만 서울행정법원, 고등법원에서 동성애 금지를 박해로 보고 난민인정을 한 사례가 있다(서울행정법원 2012. 2. 9. 선고 2011구합22052판결 등).

3. 동성애가 난민사유로 인정될 경우 발생하게 되는 문제

아직 대법원에서 동성애가 난민사유로 인정된 판결은 나오지 않았다. 그러나 우리는 곧 멀지 않아 대법원에서 동성애자를 난민으로 인정하는 첫 판례가 나올 것이라 확신을 가지고 예측한다. 이 경우 어떤 일이 발생하는가.

(1) 아시아 최초의 ‘난민법 국가’ 대한민국으로 밀려오는 가짜난민들

2013년 난민법이 제정, 시행되면서 가짜난민의 유입이 폭발적으로 늘어난 것은 객관적 통계로 증명된다. 1992년 난민협약 가입 후 난민법 없이 출입국관리법으로 난민을 다루던 지난 20년간 난민신청자는 약 5천명이었으나, 난민법이 제정, 시행된 2013년 7월부터 금년 5월말까지 난민신청자는 약 3만 5천명, 올해는 1만 8천명, 향후 3년간 난민신청자는 12만에 달할 것으로 법무부는 예측하고 있다. 난민법 이전 한 해 평균 250명이던 난민신청자가 올해는 1만 8천명으로 무려 7200% 폭증한 것이다.

따라서 한국으로 밀려오는 대량 난민유입의 이유는 바로 난민법의 존재 그 자체에 있다. 난민단체에서 일했던 실무자들의 말에 따를 때에도 한국에 난민법이 있다는 것 때문에 (주로 무사증 제도를 악용해) 입국해 난민신청을 하는 사례가 절대다수를 이루고 있다고 한다.

난민법은 가짜난민들에게 수많은 혜택을 부여한다. 난민법 제4조로 이들에게 유리한 자료를 수집하며, 난민법 제12조 변호사의 조력을 받을 권리에 따라 소송구조를 받아 무료로 난민소송을 한다. 또한 난민법 제31조는 난민에게 국민과 같은 수준의 사회보장을 받게 하고, 제32조는 기초생활보호를 하게하며, 제34조는 직업훈련을 받도록 한다. 제33조에 의해 미성년은 초중등교육을 무상으로 제공한다. 또한 제40조로 난민신청만 해도 1인당 한 달에 43만원이 넘는 생계비를 지원하고 취업을 허가하며, 제41조로 주거시설을 지원한다. 제42조로 이들에게 의료지원을 하며, 제39조로 난민이 아니어도 인도적 체류를 결정하여 취업활동을 허가한다.

〈 난민신청자 생계비 지원 금액 〉

(단위: 원)

구분	1인가구	2인가구	3인가구	4인가구	5인 가구 이상
2014년	382,200	657,600	850,700	1,043,800	1,236,900
2015년	409,000	696,500	901,100	1,105,600	1,310,200
2016년	418,400	712,500	921,800	1,131,000	1,340,300
2017년	428,000	728,800	943,000	1,157,000	1,371,000

뿐만 아니라 난민법 제3조에 따라 난민신청만 하여도 강제송환이 금지되므로 불법 체류자가 난민신청을 하면 강제송환이 되지 않는 합법체류자로 둔갑하며, 이들에게는 G-1 비자가 부여된다. 한편 난민신청과 소송을 거치며 이들은 합법적으로 난민 신청자로서의 생계비 지원 등 혜택을 누리며 5년 가량을 머무를 수 있게 된다.

한편 난민신청이나 난민소송에서 최종적으로 난민이 아니라고 결정되어도, 다른 난민사유로 재신청을 할 수 있다. 난민반대 시민단체 ‘난민대책 국민행동’이 8. 22. 기자회견을 통해 지적한 ‘현지 체재 중 난민(Refugee sur place)’ 법리를 악용하여 한국에서 농성이나 시위를 하고, 이를 언론에서 기사화하면 본국에서 주목할 수 있으므로 국적국 송환시 박해의 가능성이 있다는 논거를 들며 다시 난민신청을 하게 되는 것이다.

그렇다면 난민신청을 간소화하여 빠르게 절차를 끝내면 되지 않느냐는 주장이 제기될 수 있다. 그러나, 간소화는 가짜난민을 양산할 뿐이다. 난민신청과 소송은 ‘진술의 일관성’을 핵심으로 하는데, 난민절차가 간소화될수록 거짓말을 그럴듯하게 꾸며내 암기하여 일관성 있게 진술하는 가짜난민이 더욱 활개치게 된다. 핵심은 난민인정절차와 심사는 매우 엄격하게 해야 하며, 그 기간 동안 생계비 지원, 취업허가 등 난민신청자와 난민의 권리를 정하는 난민법 자체를 폐지하면 가짜난민들은 이득이나 혜택이 전혀 없으므로 자진출국을 택하게 된다.

난민법은 난민신청자 및 난민의 권리를 정하는 법으로, 현행 난민의 권리를 정하는 조항을 다수 삭제하는 개정안도 제출되어 있다. 그러나 난민법 아래에서 특정 조항을 삭제하거나 개정하자면 프레임에 빠지는 순간 폐지는 불가능해지고 난민법

은 난민심사를 엄격히 하자는 방향으로 여야가 합의할 것이 명백하다. 법무부 역시 이와 같은 개정의 관점을 유지하며 난민심판원의 신설을 답변으로 내놓았다. 따라서 우리는 난민법 개정이 아니라 폐지에 동의하는 관점을 명확히 해야 한다고 주장한다. 정부가 취하는 ‘어떻게 개정할 것인가’의 프레임에 빠지는 것이 아니라 ‘폐지냐 개정이냐’의 프레임을 형성하는 것이 필요하다.

(2) 최초로 대법원의 동성애자 난민인정 판결이 내려진다면

전술한 (1)항을 이해한다면 곧 대법원에서 목도하게 될 ‘국내 최초 동성애자 난민 인정 판결’이 대한민국에 어떤 파급력을 미치게 될지도 충분히 예측이 가능하다 (현재는 고등법원에서 인정한 판결이 있을 뿐이다).

난민법이 제정되어 이를 매개로 가짜난민들이 대량으로 유입된 이른바 ‘방아쇠 효과’(trigger effect)가 동성애 영역에서도 동일하게 나타날 것이 명백한 것이다. 대법원의 첫 동성애 판결이 트리거가 되어 동성애로 박해받음을 주장하는 세계 각지의 동성애자들이 대한민국으로 대량 유입될 것이다.

세계 동성애 인구는 약 4억명으로 추산되는데, 프랑스, 노르웨이, 스웨덴, 핀란드, 에스토니아, 네덜란드, 벨기에, 덴마크, 스페인, 아일랜드, 포르투갈 등 유럽 지역의 동성애 합법화는 점차 확산되는 추세이다. 한편 유럽은 특히 중동 및 북아프리카 지역 국가들의 무슬림들을 대거 난민으로 받아들인 이래 테러, 살인, 방화, 폭동, 성폭력, 집단강간 등 난민범죄로 목숨을 앗자 난민에 대한 문을 앞다투어 걸어 잠그고 있다.

빗장을 걸어잠근 유럽의 난민수용 거부 흐름에 따라 중동 및 북아프리카의 무슬림들이 난민법이 있는 대한민국을 택해 대거 유입되고 있는 것과 마찬가지로, 대한민국에서 동성애를 난민사유로 인정하는 대법원 판결이 내려져 판례법을 형성하는 순간 난민의 탈을 쓴 세계의 동성애자들이 한국으로 물밀 듯 밀려올 것은 누구나 능히 예측할 수 있는 일이다.

한편 동성애를 탄압하는 나라들은 대개 중동 및 북아프리카 지역의 이슬람 국가들이다. 모리타니, 사우디아라비아·수단·예멘·소말리아·이란 등이 동성애를 사형에 처하고 있으며, 튀니지·알제리·모로코·세네갈·기니·시에라리온·라이베리아·가나·나이지리아·카메룬·앙골라·보츠와나·나미비아·짐바브웨·모잠비크·탄자니아·케냐·에티오피아·오만·레바논·우즈베키스탄·아프가니스탄·파키스탄·아랍에미리트·인도·방글라데시·미얀마·말레이시아 등이 동성애를 범죄로 간주하고 있다.

그렇다면 이들 지역으로부터 동성애자들이 난민의 가면을 쓰고 한국으로 대량 입국할 때 대한민국과 국민들은 과연 어떻게 대처할 수 있을 것인가.

사건이 터진 후에 피해를 보게 되는 것은 결국 선량하고 평범한 국민들이다. 우리는 국민을 위하여 대안을 마련하기 위해 이 자리에 나왔다. 난민 문제가 단순히 가난한 세계인을 도와야 하는지의 인도적인 문제 내지 인권의 문제라는 환상에 빠진 이들에게 엄중히 경고한다. 또한 난민 문제를 인종이나 종교의 문제로 협소하게 보는 이들에게도 경종을 울리고자 한다.

난민 이슈는 난민의 정의를 보면 알 수 있듯, 복합적 사회문제로 나타난다. 즉 우리 난민법 제2조는 난민협약상 난민의 정의를 그대로 차용하여 난민을 정의하고 있는데 “난민이란 인종, 종교, 국적, 특정 사회집단의 구성원 신분, 정치적 견해를 이유로 하여 박해를 받을 수 있다고 인정되어 국적국의 보호를 받을 수 없는 자”를 의미하기 때문이다.

동성애를 처벌하고 사형에 처하는 중동 및 북아프리카의 대부분 나라들은 이슬람 국가이고, 이들이 난민법의 존재/무사증 제도에 이어 동성애 인정 판례까지 결합된다면 우리 국민들은 이슬람의 율법 및 교리와 싸워야 할 뿐만 아니라 사회 질서와 문화, 가족 등 삶과 공동체의 근간을 붕괴시키는 동성애자 난민들과도 싸워야 할 것이다. 즉 현재의 난민 사안을 외면하고 감상주의에 빠지는 순간 철저히 무너지고 붕괴되는 대한민국을 보게 될 것이라는 점을 우리는 분명히 경고한다.

4. 어떻게 할 것인가

(1) 동성애는 반대하나 난민은 수용하자는 논지 비판

우리는 앞서 UNHCR이 동성애에 대한 차별이나 동성애 금지를 ‘박해’로 보고 각국에 지침을 내리고 있다는 점을 살펴보았다. 또한 유럽과 미국 등 세계적 추세가 난민을 향한 문을 닫고 있다는 점도 언급하였다. 따라서 한국이 난민법 국가이기에 난민을 향한 문을 열어 가짜난민들이 대량으로 유입되고 있으며, 난민을 옹호하는 성향으로 대법원 구성이 변화하고 있기에 동성애자 난민인정 판결이 곧 현실이 될 것이라는 점도 설명하였다. 이에 따라 모든 여건이 갖추어진 대한민국으로 이슬람 난민, 동성애 난민들이 대거 유입될 것이라는 점을 경고하였다.

그러므로 동성애를 반대하나 난민을 수용하자는 논지는 결코 양립할 수 없다는 점을 다시금 분명히 하고자 한다. 난민의 정의 자체에서 동성애자는 ‘특정 사회집단의 구성원 신분’으로 간주되므로, 난민을 수용한다는 것은 곧 난민사유인 동성애를 수용한다는 것과 같기 때문이다.

이처럼 동성애가 난민인정사유라는 점을 고려한다면 감상주의와 온정주의, 인도주의라는 이름으로 난민을 찬성하여서는 결코 안된다는 점에 동의할 수 밖에 없다.

(2) 난민반대운동, 난민법 폐지 운동에 적극적으로 나설 때

서두에 언급하였듯, 아직 국민의 인식은 난민반대로 분명하게 모아지지 않고 있기에 언론은 난민옹호 기사를 계속 쏟아낼 것이며 난민이슈 역시 찬/반으로 나뉘어 오래 지속될 것이다. 그런데 국가인권기본계획의 독소조항을 철폐하고 포괄적 차별금지법이나 인권기본법에 반대하는 국민들조차도 난민 이슈에는 여전히 소극적이라는 점이 우리가 토론회에 참석한 이유이며 우려되는 점이다.

우리는 국민들의 난민반대 여론이 고양되고 있는 지금이 난민반대운동, 난민법 폐지 운동에 더욱 적극적으로 나설 때라는 점을 강조하고자 한다. 아시아 유일 난민법이 존재하기에 소수자(난민) 차별금지라는 또 하나의 명분을 내세울 수 있게 되

며, 이제 30만명이 넘는 불법체류자들은 난민신청과 동시에 합법체류자로 둔갑하여 ‘이주민’이라는 이름으로 차별금지, 혐오금지에 힘을 더하게 된다. 불법체류자는 모두 잠재적 난민신청자들이기에 법무부 추산 3년내 난민신청자가 12만이 될 것이라는 예측보다 더 높은 수치가 우리 앞에 나타날 것이다.

또한 앞서 지적한대로 지금은 이슬람이라는 종교와 무슬림이라는 인종을 중심으로 난민이슈가 전개되고 있지만 곧 동성애 난민이 사회에 다수 모습을 드러낼 것이며 3-(2)에서 서술한대로 중동, 인도, 북아프리카 여러 무슬림 국가의 동성애 탄압을 박해의 명분으로 하여 난민의 탈을 쓰고 대한민국의 문화를 파괴하는 동성애자 난민들의 침략도 시작될 것이다.

사법부의 판결은 국민의 여론과 국민정서를 대변한다. 국민 여론이 난민수용에 기울 때 대법원과 헌법재판소는 난민을 옹호하는 판결을 쏟아낼 것이며, 국민 여론이 난민을 한 목소리로 반대할 때 난민을 옹호하는 판결을 막아낼 수 있다. 국민 여론을 움직이는 난민반대운동은 곧 난민사유인 동성애를 반대하는 운동이기도 하기에 사법부의 동성애자 난민판결을 막아내기 위해 난민반대에 함께 나서야 한다.

국회는 국민의 민의를 대표하는 국민의 대표기관이다. 그러나 현재 정치권이 난민이슈에 관심을 보이지 않는 것은 난민을 반대하는 국민 여론에 대한 확신없는 정치인들의 모습을 대변한다. 설령 난민 문제가 화두가 된다고 하더라도 난민법 개정이라는 눈가리고 아웅 식의 여야 합의가 이루어질 것은 자명하다. 그러나 문제의 본질은 난민법의 존재 자체에 있다는 것, 따라서 난민법을 폐지하지 않고서는 난민문제의 해결이 요원하다는 것 또한 분명하다.

이에 우리는 난민법 폐지를 위한 여론을 고양시키고 난민반대의 압도적 여론을 형성하기 위해 난민반대, 난민법 폐지에도 국민들이 적극 나서야 함을 다시 한 번 제안한다. 방향에 있어서는 청와대와 정부가 주장하는 ‘난민법 개정’ 프레임에 빠지지 않아야 하며, 폐지라는 단호한 원칙을 견지해 나가야 한다.

난민수용의 문제는 감상주의와 온정주의의 문제가 아니라 국민의 생명과 안전을

위협하고, 사회적으로 엄청난 비용이 소요될지 모를 국가의 백년대계를 설계하는 문제이기 때문이다. 난민수용-반대 여부는 ‘인종, 종교, 국적, 특정사회의 구성원 신분, 정치적 의견’ 등 사회 전 영역에 걸친 복합적 이데올로기가 작용하는 영역이기 때문이다.

난민인정 요건의 영역에서부터 차별금지가 사회에 의해 받아들여지고, 여론으로 형성되며, 판례로 정착된다면 이는 곧 30만이 넘는 불법체류자들이 모두 난민신청에 나설 트리거가 되며 무슬림, 동성애자들 역시 국적을 불문하고 국내에 입국해 대한민국을 활보하며 그들의 세계를 이 땅에서 형성해나갈 것이다.

결국 난민법을 폐지하고 기존과 같이 출입국관리법으로 난민을 심사하자는 것이 대한민국 국민을 위한 올바른 대안이다. 출입국관리법은 안전한 국경관리와 안보를 위한 법이기에 난민신청절차 역시 국민의 안전과 국경관리에 복속되어야 한다. 난민법이 폐지되면 난민의 권리는 모두 사라지고, 국민과 국가의 안전을 위해 출입국 국경관리의 관점에서 가짜난민에 대해 단호한 태도를 가지고 이들을 추방할 수 있게 된다. 엄격한 심사를 해야 함은 물론이다. 난민법이 존재한다면 엄격하게 심사한다고 하더라도 난민심사 기간이 늘어날수록 이를 악용하는 가짜난민들이 더욱 활개치게 되고 난민 브로커 시장은 더욱 커지게 된다.

과거 출입국관리법 체제의 난민유입이 한 해 250명 수준이었던 것을 교훈으로 삼아야 한다. 현행과 같은 단행 난민법 체계로는 출입국관리법과 대등한 지위를 가질 뿐만 아니라 난민법 자체가 난민신청자 및 난민의 권리를 위한 법이기에 이를 폐지수준으로 개정한다는 것은 ‘이론으로만 존재하는 이상주의’에 불과하며 원천적으로 불가능하다는 것을 마지막으로 분명히 밝혀둔다.

