

동성애와 법학

(제3회) 학생인권조례,
성평등 교육의 교두보 인가?



●음선필 교수

서울대에서 법학박사학위를 취득하였고, 한국입법학회장, 한국헌법학회 부회장, 한국공법학회 부회장을 역임하였다. 현재 홍익대 법대 학장으로 봉직하면서 중앙선거관리위원회 선거자문위원, 국회 입법지원위원으로 있다.



지방정치의 의제로 등장한 인권조례

인권은 언제든지 정치와 결합하여 격렬한 투쟁을 초래하는 폭발력을 가지고 있다. 역사적으로 인권을 법제로 수용하려고 할 경우 그러한 모습은 더욱 분명하게 드러났다. 오늘날 한국에서 인권을 규범화하려는 시도가 국가 차원만이 아니라 지방자치단체 차원에서도 적극적으로 이뤄지고 있다. 특히 지방의회에서 제정하는 조례의 형식으로 인권

문제를 다루려 하고 있다. 요즈음 논란이 되는 것으로 경상남도의 「학생인권조례안」, 울산광역시의 「울산광역시교육청 노동인권교육 진흥조례안」 및 「울산광역시교육청 학교민주시민교육 진흥조례안」, 부산광역시의 「민주시민교육조례안」 등이 있다.¹

1 2018년 12월 현재, 「노동인권교육조례」는 서울·대전 등 5개 광역자치단체에서, 「학교민주시민교육조례」는 서울·경기 등 7개 광역자치단체에서, 「민주시민교육조례」는 21개 광역·기초자치단체에서 제정되어 시행 중이다.

2018년 12월 현재, 인권을 명칭의 일부로 포함하고 있는 조례는 330개 이상이다. 광역자치단체는 물론 기초자치단체에서도 장애인 인권, 노동 인권, 외국인 인권 등을 포함하여 많은 인권 관련 조례를 제정하였다.

이토록 많은 조례 중에서도 특히 주목할 것이 바로 성소수자(젠더 퀴어)와 관련한 조례이다. **2018년 12월 현재**, ‘성소수자’를 명문으로 규정하고 있는 조례는 4개(「서울특별시 어린이·청소년 인권조례」, 「서울특별시 학생인권 조례」, 「거제시 소셜미디어 운영 조례」, 「홍천군 소셜 네트워크 서비스 관리 및 운영 조례」)이며, ‘성적 지향’을 명시하고 있는 조례는 「서울특별시 어린이·청소년 인권 조례」 등 12개가 있다. 한편, ‘성평등’을 명칭의 일부로 포함하는 조례는 「서울특별시 성평등 기본조례」, 「광주광역시 성평등 기본조례」, 「경기도 성평등 기본조례」 등이 있다. 대부분 지방자치단체가 「양성평등 기본조례」의 명칭을 취하고 있는 것과는 달리, 일부 소수의 지방자치단체가 「성평등 기본조례」의 명칭을 택하고 있다.

법률에 비하여 조례에 성소수자와 관련된 규정이 상대적으로 많은 것은 지방의회 입법절차가 그리 까다롭지 않고, 지방의회가 성소수자에 우호적인 집단(정당이나 단체 등)의 영향력에 의하여 쉽게 좌우될 수 있기 때문이라고 본다. 성소수자 관련 조례가 채택된 지방자치단체의 지방의회에서 다수의석을 차지하는 정치세력의 성향이 이와 무관하지 않음을 알 수 있다.

이와 같이 지방의회가 어렵지 않게 성소수자를 위한 조례를 제정하고 보니 규범체계 적합성의 측면에서 문제가 나타나고 있다. 무

엇보다도 조례에서 성평등 용어가 양성평등의 개념을 의도적으로 흐르는 결과를 야기하고 있다. 예컨대 「서울특별시 성평등 기본조례」 제1조의2(정의)에서는 성평등을 “정치, 경제, 사회, 문화 등 모든 영역에서 성별을 이유로 한 차별을 없애고 동등한 참여와 대우를 보장하는 것”으로 규정하고 있다. 이러한 개념 정의라면 성평등이 「양성평등기본법」의 양성평등과 동일한 의미로 해석될 수 있다. 그렇다면 「서울특별시 성평등 기본조례」가 제1조에서 양성평등기본법에 따른다고 하면서도 왜 「양성평등」 대신에 「성평등」이라는 용어를 고집하는가라는 의문이 든다. 규범체계 적합성의 관점에서, 동일한 의미를 가진 개념이라면 동일한 용어로 표현하는 것이 타당하기 때문이다. 대부분 지방자치단체 조례가 양성평등 용어를 사용하고 있다는 점에서 더욱 그러한 의문이 든다.

종게 보이나 실은

위험한 학생인권조례

인권 관련 조례 중 특히 학생인권조례가 위험한 내용을 담고 있어 문제되고 있다. 2018년 12월 현재, 명칭의 차이는 다소 있으나 학생인권조례를 가진 지방자치단체는 서울, 경기, 전북, 광주 4개의 광역자치단체이다.² 이 지역의 교육감이 모두 진보성향을 지닌다는 점을 주목할 필요가 있다. 이 지역의 학생인권조례는 형식상 차이를 제외하면 대동소이(大同小異)하다.

² 경기도는 2010.10.5., 광주광역시는 2011.10.5., 서울특별시는 2012.1.26., 전라북도는 2013.7.12.에 학생인권조례를 각각 제정하였다.

학생의 존엄과 가치가 학교교육과정에서 보장되고 실현되기 위함이라는 취지로 제정된 학생인권조례는, 그 입법 취지와 달리, 구체적인 적용과정에서 오히려 교육상 문제가 될 수 있는 내용을 담고 있다. 물리적·언어적 폭력으로부터 자유로울 권리, 직·간접적 차별 금지, 자치 및 참여의 권리, 복지에 관한 권리 등과 같이 학생에게 실질적으로 필요한 권리와는 달리, 학교 현장에서 학생지도와 교육을 담당하는 교사의 입장에서 우려하는 사항들을 예시하며, 그 내용은 다음과 같다.

임신 또는 출산을 이유로 「차별받지 않을 권리」 때문에 학생들의 성관계나 임신·출산에 대해서 지도할 수 없으며, 「휴식권」 때문에 수업시간에 엎드려 자는 학생을 깨우지 못하고, 「개성을 실현할 권리」 때문에 학생들이 문신을 해도 지도하지 못하고, 「사생활의 자유」 때문에 담배나 술을 가방에 소지해도 검사하거나 압수하지 못한다. 또한 수업시간에 떠들어 다른 학생들의 수업에 방해를 주기 때문에 교실 밖에 나가 있으라고 하면 그 학생의 「학습권」을 침해하는 것이 된다. 나아가 학생폭력을 일삼는 조직을 만들어 활동하여도, 사생활의 자유에 포함되는 「자기가 원하는 인간관계 형성의 권리」를 내세우면, 이를 제대로 지도할 수 없게 된다.

위와 같은 학생인권이 과연 학생들에게 진정 도움이 되는가에 관하여는 부정적으로 답할 수밖에 없는 것이 우리의 오랜 경험칙(經驗則)이 가르쳐 주는 바이다. 이처럼 언뜻 보기에는 매력적인 학생인권이 실상은 치명적인 독(毒)이 될 수 있다.

학생인권조례의 내용 중에서 양성평등이념과 관련하여 특히 문제가 되는 것은 차별받지

않을 권리, 소수 학생의 권리 보장 등이다. 이러한 권리는 현재 시행되고 있는 모든 학생인권조례에서 공통적으로 보장되고 있다.

예컨대 「서울특별시 학생인권조례」는 성적 지향·성별 정체성을 이유로 차별받지 않을 권리를 학생인권으로 두고 있으며, 또한 이를 이유로 차별적 언사나 행동, 혐오적 표현 등을 통해 다른 사람의 인권을 침해하여서는 안 된다고 규정하고 있다(제5조). 이에 따르면, 의학적·과학적 관점에서 동성애의 부정적인 영향을 얘기하는 것은 혐오 표현 또는 차별적 언사에 해당하기 때문에, 동성애에 대하여 균형 있는 교육이나 올바른 지도를 할 수 없게 된다. 반면에 동성애를 옹호하거나 조장하는 것은 오히려 소수자를 배려하는 바람직한(?) 언행이 되는 기이한 현상이 나타나게 된다.

서울의 한 중학교 교사가 “동성애를 하면 에이즈에 걸릴 수 있다.”는 교육을 함으로써 동성애(성적 지향)에 대한 차별과 비판을 하였다는 이유로 징계를 받고, 서울의 한 초등학교 교사가 동성애와 페미니즘 교육을 시켜도 전혀 문제가 없다는 판단을 받은 것이 오늘날 엄연한 현실이다.

학생은 성적 지향 등의 개인 정보를 보호받을 권리를 가진다(제14조). 이에 따르면, 그 누구도 동성애자의 개인 정보를 알리고 해서도, 알려서도 안 된다. 그 결과, 동성애 등의 성적 지향은 하나의 성역(聖域)에 해당하는 것이 되고 만다.

교육감, 학교의 설립자·경영자, 학교의 장

은 성소수자 학생 등을 배려하는 데 우선적으로 예산 등의 자원을 배정할 수 있도록 노력하여야 한다(제21조 제2항). 또한 제28조 제2항은 “교육감, 학교의 장 및 교직원은.....누구나 권리실현에 어려움을 겪는 소수자 학생이 될 수 있음을 유념하면서 소수자에 대한 편견과 차별의식을 해소하는 데 필요한 인권교육프로그램.....을 별도로 마련한다.”라고 규정하고 있다. 여기의 소수자 학생에 성소수자가 포함되고 있으므로, 이 규정은 사실상 동성애 등에 관한 교육프로그램 운영을 제도화하는 근거가 된다.

또한 학생인권조례에서 규정하고 있는 학생인권옹호관 및 학생인권교육센터가 그 운용과정에서 자칫 학생을 지도하는 교사들의 업무수행을 대단히 위축시킬 수 있음을 주의할 필요가 있다. 2017년 8월 전북 부안의 한 교사가 학생인권교육센터의 무리한 조사 끝에 결백을 주장하며 극단적인 선택을 하였던 사례를 단순한 일회성 사건으로 치부해서는 안 될 것이다.

위와 같이 사실상 동성애를 옹호·조장하는 내용을 지닌 학생인권조례가 마침내 학생들로 하여금 인간으로서의 존엄성을 유지하지도 못하고, 행복을 추구하지 못하게 만드는 결과를 초래할 수 있음을 알아야 한다. 이는 **“학생인권은 인간으로서의 존엄성을 유지하고 행복을 추구하기 위하여 반드시 보장되어야 하는 기본적인 권리이며, 교육과 학예를 비롯한 모든 학교생활에서 최우선적으로 그리고 최대한 보장되어야 한다.(서울특별시 학생인권조례 제4조 제1항)”**는 근본 원칙에 위배되는 것이다. 그래서 또다시 묻게 된다. 과연 누구를 위한 학생인권조례인가?

그릇된 학생인권조례에 대처하려면

사실 정치적·사상적 투쟁에서 학교교육은 다음 세대를 선점하기 위한 싸움터이다. 한국에서 이러한 모습은 이미 오래전부터 익숙한 현상이 되어버렸다. 문제는, 학생인권조례가 이에 더하여 도덕적·윤리적·규범적 투쟁의 수단이 되고 있다는 것이다. 이러한 학생인권조례를 더 많이 제정하려는 움직임이 각 지역에서 일어나는 것을 우리는 목도(目睹)하고 있다. 학생인권조례가 그 본래 취지에 맞게, 지금까지 학교교육의 문제점을 적확히 파악하고 건강한 해결책을 제시하기 위해서는, 앞에서 언급한 바와 같은 치명적인 유해요소를 제거할 필요가 있다.

이미 제정되어 시행 중인 학생인권조례에 대해서 주민(국민)들이 현실적으로 활용할 수 있는 대응수단으로는 조례개폐청구권과 조례에 대한 헌법소원심판청구권을 들 수 있다. 지방자치법에 따르면, 주민은 조례의 개정 또는 폐지를 청구할 수 있다.³ 현행 학생인권조례의 개정 또는 폐지를 원하는 주민들은 일정한 수 이상의 주민들의 서명을 받아서 지방자치단체의 장에게 이를 청구할 수 있다. 지방자치단체의 장은 청구를 수리한 날로부터 60일 이내에 주민청구조례안을 지방의회에 부의하여야 한다.

3 일정한 요건을 갖춘 19세 이상의 주민은 시·도와 인구 50만 이상 대도시에서는 19세 이상 주민 총수의 100분의 1 이상 70분의 1 이하, 시·군 및 자치구에서는 19세 이상 주민 총수의 50분의 1 이상 20분의 1 이하의 범위에서 지방자치단체의 조례로 정하는 19세 이상의 주민 수 이상의 연서(連署)로 해당 지방자치단체의 장에게 조례를 제정하거나 개정하거나 폐지할 것을 청구할 수 있다(지방자치법 제15조 제1항 참조).

한편 학생인권조례에 대하여 헌법재판소에 헌법소원심판청구를 하여 그 위헌성을 다룰 수 있다. 서울특별시 학생인권조례 제3조 제1항 등의 위헌확인을 구하는 헌법소원심판청구사건(2017헌마1356)이 2017년 12월 20일 접수되어, 2018년 12월 현재 헌법재판소의 심리 중에 있다. 이는 학생인권조례의 위헌성을 다투는 최초의 헌법소원심판청구사건이다. 앞으로 헌법재판소에서 이를 어떻게 판단할 것인가를 주목할 필요가 있다.

그러나 일단 학생인권조례가 제정되면 이를 개정하거나 폐지하는 것이 쉽지 않음을 알아야 한다. 그러한 까닭에 학생인권조례에 유해한 내용이 포함되지 않도록 사전에 방지할 필요가 있다. 사전 예방이 그 어떤 훌륭한 사후 구제보다 더 효과적임을 명심하여야 할 것이다. 앞에서도 언급한 바와 같이, 종래 정당성을 가지지 않았던 새로운 인권 개념의 등장은 언제든지 정치적 갈등을 수반할 수밖에 없음을 기억하여야 할 것이다.

또한 학교 운영자의 분별력과 담대함이 필요하다라고 본다. 학교 내에서 우선적으로 적용되는 규범은 학생인권조례보다 학교규칙(학칙)일 수밖에 없다. 초·중등교육법에 의하면, 학교의 장은 “법령의 범위에서” 학칙을 제정 또는 개정할 수 있다. 따라서 학교의 장은 학칙을 제정·적용함에 있어서 학생인권조례에 반드시 구속될 것은 아니라고 본다. 그러한 점에서 경상남도 학생인권조례안 제50조 제1항(“학교는 이 조례에 맞도록 학칙과 여러 규정을 제·개정하여야 한다.”)과 부칙 제2조 제1항(“학교의 장은 이 조례에서 정한 사항을 실현하기 위하여 학칙과 여러 규정을 이 조례의 시행일로부터 3개월 안에 제

정 또는 개정하여야 한다.”)은 문제가 있다고 본다. 참고로, 현행 다른 학생인권조례에서도 이와 같은 강제성 있는 규정을 두고 있지 않다.

학생 인권의 존중과 교권의 보호는 함께 가야

학생의 인권은 기본적으로 학교의 틀 속에서 존중된다. 그런데 학교는 학생뿐 아니라 교사로도 구성되고 있음을 알아야 한다. 한국에서 최초로 학생인권조례를 도입한 경기도교육청이 몇 년 동안 매년 발간한 학생인권 실태조사 보고서에 의하면, 학생인권조례에 의하여 약간의 긍정적인 측면이 나타나기도 하였지만, 그 이상의 부작용(과도한 인권의식, 교권침해, 생활지도의 어려움)이 크게 나타났음을 알 수 있다. 학교교육 현장에서 학생의 인권이 제대로 존중되기 위해서는 그에 상응하여 교권이 보호될 수 있도록 제도적 장치를 마련하여야 할 것이다. 학생인권조례 상응한 교권조례를 제정하는 것이 학교 규범의 조화를 가능하게 할 것이다. 아니면 학생 인권과 교권을 함께 포용하는 조례의 제정이 또 다른 대안이 될 수 있다.

특히 동성애를 사실상 옹호하고 조장하는 방향으로 학교교육을 유도하는 학생인권조례로 말미암아 성장기의 어린 학생들에게 왜곡된 젠더 개념과 성적 지향이 심겨지는 것을 방지할 수는 없다. 이와 관련하여 중·고교 과정의 교과서를 검토하여 동성애를 옹호하거나 조장하는 내용을 찾아 이를 바로잡는 노력을 함께 기울여야 할 것이다.