

동성애와 법학

성평등정책의 과욕과 위험성



●음선필 교수

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

국정운영의 과제로 제시된 성평등정책

오늘날 다양한 성 정체성과 성적 지향의 존중을 요구하는 목소리가 커지고 있다. 한국에서 성평등은 단순한 문화행사를 뛰어넘어 국가권력을 통한 정책수립으로 나타나고 있다. 대표적인 예로 제2차 양성평등정책 기본계획(2018-2022)과 제3차 국가인권정책 기본계획(2018-2022)을 들 수 있다. 동성애자를 포함한 젠더 퀴어^{gender queer}에 대한 보호가 정치적 구호 이상으로 이미 정책적 고려의 대상이 되고 있는 것이 한국의 현실이다.

이러한 움직임의 배경에 “실질적 성평등 사회 실현”을 100대 국정과제의 하나로 제시한 문재인 정부의 **‘국정운영 5개년 계획’**이 있음을 주목할 필요가 있다. 이에 따라 성평등정책 기본계획 수립 및 이행, 성평등 교육 강화, 성인지 교육 실시 등이 구체적으로 실천되고 있다. 이제 한국은 일련의 성평등정책을 통하여 동성애를 국가적으로 보호하고 지원하는 단계에 불가역적(不可逆的)으로 들어서고 있다고 볼 수 있다. 동성애를 보호하는 성평등정책이 과연 국가적으로 추진해야 할 중대한 정책인가?

‘양성평등’ 대신 ‘성평등’을 내세운 『제2차 양성평등정책 기본계획』의 어설픈 시도

2017년 여성가족부는 제2차 양성평등정책 기본계획(2018-2022)을 수립하면서, 제1차 양성평등정책 기본계획(2015-2017)과 기본입장을 달리하는 변화를 시도하였다. 제1차 기본계획의 비전은 “**여성·남성이 함께 만드는 양성평등 사회**”였는데, 제2차 기본계획안은 이를 “**함께하는 성평등, 지속가능한 민주사회**”로 변경하려고 하였다. 즉 “여성·남성이 함께”라는 문구를 삭제하는 동시에 의도적으로 ‘양성평등’을 ‘성평등’으로 바꾼 것이다. 이에 맞춰서 ‘양성평등 문화 확산’이라는 대주제를 ‘성평등 의식과 문화 확산’으로, ‘양성평등정책 추진기반 강화’라는 대주제를 ‘성평등정책 추진체계 강화’로 변경하였다. 여기서 성평등으로의 수정은 단지 문구의 표현상 변화가 아니라, 개념의 질적 변경을 의미하는 것이었다.

이에 대하여 여러 시민단체가 강하게 반발하였다. 예컨대 2017.12.14. 국회에서 개최한 ‘여성가족부 성평등정책, 적법한가’ 포럼에서, ‘동성애 동성혼 개헌반대 전국교수연합’은 여성가족부가 양성평등을 성평등으로 바꿔 동성애를 옹호·조장하려 한다고 강력하게 비판했다.

제2차 기본계획안은 법리적인 측면에서 위법하다는 비판을 받았다. 양성평등기본법의 기본계획은 행정계획의 일종으로서 연도별 시행계획의 상위계획에 해당한다. 양성평등기본법상 기본계획은 적어도 행정내부에 있어서 행정기관에 대하여 구속력을 가지므로 ‘구속적 계획’ 또는 ‘명령적 계획’에 해당한다. 이러한 행정계획은 그 목표가 근거법에 합치되어야 하고, 그 수단은 목표실현에 적합하고 필요하며 또한 비례적이어야 한다. 그리고 법에서 정한 절차가 있으면 그 절차를 준수하여야 하고, 관계자의 모든 이익을 정당히 고려하여야 한다. 그런 점에서 제2차 기본계획은 무엇보다도 양성평등기본법에 합치되는 목표를 가져야 했다. 그런데 양성평등기본법이 실현하고자 하는 양성평등은 여성과 남성이 동등한 참여와 대우를 받고 모든 영역에서 평등한 책임과 권리를 공유하는 것을 의미한다(동법 제3조). 즉 양성평등기본법이 전제로 하고 있는 성은 여성과 남성 두 가지이다. 따라서 양성평등은 젠더 퀴어들이 주장하는 성평등과는 전혀 다른 개념인 것이다. 그리고 양성평등기본법의 제정취지를 살펴보면 양성평등기본법이 성소수자를 보호하기 위한 성평등의 법적 근거가 될 수 없음이 명확하다.

이러한 반발로 말미암아 여성가족부는 제2차 양성평등정책 기본계획의 비전을 “여성과 남성이 함께 만드는 평등하고 지속가능한 민주사회”로 확정하였으며, ‘성평등’ 용어 대신에 ‘양성평등’ 용어를 원칙적으로 사용하게 되었다. 이러한 변경에 대하여, 여성신문을 비롯한 일부 언론은 ‘성평등’을 포기하고 ‘여성과 남성’을 택한 여성가족부의 결정이 자신이 맡은 고유한 책무를 소홀히 한 것이라고 비난하기도 하였다.



● ‘양성평등정책 기본계획’의 근거법인 양성평등기본법은 여성과 남성의 두 가지 성, 즉 ‘양성평등’을 전제로 한다.

● 그런데, ‘제2차 양성평등정책 기본계획’은 동성애와 젠더(제3의 성)까지 포함하는 ‘성평등’을 목표로 하기 때문에 양성평등기본법에 위반된다.

성평등정책을 포함한

『제3차 국가인권정책 기본계획』의 수립·이행

국가 차원에서 추진하고자 하는 문재인 정부의 성평등정책을 종합한 것이 바로 2018.8.7. 확정·공표된, 제3차 국가인권정책 기본계획(2018-2022)(이하, “인권 NAP”)이다. 제1차 기본계획(2007-2011) 및 제2차 기본계획(2012-2016)에 이어 제3차 기본계획(2018-2022)이 문재인 정부의 국정과제에 맞춰 새로이 수립되었다.

‘국가인권정책 기본계획’의 국제적 명칭은 ‘인권의 보호 및 증진을 위한 국가행동계획(National Action Plans for the Promotion and Protection of Human Rights: NAP)’으로 통용되고 있다. 이는 인권을 국가정책의 지향점으로 설정한 공식적인 범정부계획으로서, 정부 각 부처가 개별적으로 수행하던 인권 관련 업무를 인권의 보호와 증진이라는 가치를 중심으로 종합한 것이다. 인권 NAP는 5년간 국정과제를 충실히 추진하는 내용을 포함하기에 국정운영 주체의 가치관을 그대로 반영하고 있다. 이처럼 5년에 걸쳐 진행되는 국정과제의 세부화·구체화·제도화로 말미암아 인권 NAP는 국가운영 및 국민생활에 지대한 영향을 미치게 된다.

인권 NAP는 인권의 보호 및 증진이라는 목표를 세우고 이를 달성하기 위한 수단들을 마련하는 작용이라는 점에서, 행정계획에 해당한다. 그런데 인권 NAP의 준비, 개발, 이행, 모니터링 및 평가 단계에서 국가인권위원회가 주된 역할을 담당하고 있다. 국가인권위원회는 국가인권위원회법에 규정된 협의 요청·개선 및 시정 권고 등을 통하여 국가기관, 지방자치단체, 공사(公私) 단체에 인권 NAP의 적용·집행을 요구할 수 있다. 따라서 인권 NAP은 국가기관 및 지방자치단체뿐 아니라 공사(公私) 단체에 게도 사실상 구속력을 가지므로 ‘구속적’ 계획 또는 ‘명령적’ 계획에 해당한다고 볼 것이다. 이처럼 인권 NAP는 단순한 ‘정보제공적(자료제공적)’ 계획 또는 ‘유도적(영향적)’ 계획이 아니라, ‘규범적’ 계획에 해당한다.

그런데 인권 NAP 수립의 주체·절차·시기, 내용(범위 및 한계), 이행의 법적 근거가 불분명하다는 문제점이 지적되고 있다. 현행법상 인권 NAP의 ‘내용’에 관한 법적 근거는 명확하지 않고, 단지 ‘수립 및 이행’에 관한 법적 근거로 대통령 훈령인 ‘국정인권정책협의회 규정’만을 들 수 있다.

현행법상 인권 NAP의 법적 근거가 법률 아닌 대통령 훈령이기 때문에, 정부의 의도에 따라 인권 NAP의 수립 절차가 결정되고 그 내용이 형성될 수 있다. 이러한 점은 **국민의 인권에 관한 중요한 결정, 즉 권리의 제한과 의무의 부과가 사실상 국회를 배제한 채 정부에 의해 이뤄질 수 있음을 의미한다.** 권리 제한과 의무 부과가 법률에 의하여 또는 법률에 근거하여 이뤄질 것을 요구하는 법치주의 원리에서 볼 때, 이는 합당하지 않다. 국가 차원에서 갖는 인권 NAP의 사실상 구속력과 영향력을 고려한다면, 그 내용 및 수립절차 등에 관한 사항을 대통령 훈령이 아니라 법률에 근거를 두어야 할 것이다. 그래야 인권 NAP의 수립·내용·이행에 관하여 행정부처만이 아니라 국민의 다양한 목소리가 반영될 수 있을 것이다.

인권 NAP는 3부(서론, 정책과제, 국가인권정책 기본계획의 운영)로 구성되어 있으며, 정책과제는 8개 목표를 중심으로 272개 과제를 포함하고 있다. 8개 목표로 구체화된 정책과제는 ‘모든 사람의 생명·신체를 보호하는 사회’, ‘모든 사람이 평등한 사회’, ‘모든 사람이 기본적 자유를 누리는 사회’, ‘모든 사람이 정의 실현에 참여하는 사회’, ‘모든 사람이 더 나은 미래를 추구하는 사회’, ‘사회적 약자와 함께 하는 사회’, ‘인권의식과 인권문화를 높여가는 사회’이다. 이러한 정책과제의 구성은 종전의 제1차 및 제

2차 기본계획과 달리, 헌법상 기본권 목록을 염두에 두고 있다는 점에서 이례적이라 할 수 있다. 그 체제와 주요 내용을 살펴보면, 문재인 정부의 개헌안(2018.3.)과 국가인권위원회의 개헌안(2017.12.)을 반영하였음을 알 수 있다. 이러한 사실은 국가인권위원회와 문재인 정부가 개헌으로 이루고자 하였던 인권정책을 인권 NAP에 의하여 다시 추진하려고 함을 보여준다.

대다수 정책과제는 국민의 인권보장 및 증진의 차원에서 필요하고 바람직하다고 볼 수 있다. 지금까지 법체계에서 제대로 보호되지 못하였던 영역들이 새롭게 포함되기도 하였다. 그러나 양성평등이념의 측면에서 인권 NAP의 실현으로 가장 우려되는 바는 차별금지법 제정, 동성애 및 동성혼의 허용 내지 합법화, 균형 잃은 인권교육의 실시이다. 차별금지법 제정의 근거가 되는 정책은 '평등권 보장을 위한 차별금지 법제 정비'이다. 한편 동성애 및 동성혼의 허용 내지 합법화의 토대가 될 수 있는 정책은 '성인지 정책 추진 기반 확립', '국어사전의 성차별 내용 개선', '인권 및 문화 차별·혐오적 방송내용에 대한 심의 강화', '성차별 실태 모니터링 및 성차별 개선 심의 기반 마련', '차별·비하 정보 모니터링 및 심의' 등이다. 그리고 균형 잃은 인권교육의 근거가 되는 정책은 '사회적 소수자 인권 교육 지속', '국가·지방 공무원 인권교육', '성평등 문화예술 콘텐츠 확산', '생활 속 성차별 언어 및 표현 개선과 성평등 실천문화 확산' 등이다.

인권 NAP의 이행 주체는 국가 전체 행정부처이며, 그 이행은 근거 법령의 정비와 구체적인 정책의 추진(차별행위의 시정 및 이에 대한 제재, 행·재정적 지원 및 보조 포함)으로 이뤄진다. 가히 전방위적(全方位的)으로 진행된다고 할 수 있다.

이 과정에서 젠더 쿼어의 법적 지위가 보장되는 반면에 다수 국민의 표현의 자유, 종교의 자유, 학문의 자유 등이 침해되고 중대한 공익이 훼손될 수 있다는 심각한 문제점이 나타난다. 예컨대 동성애의 허용이 차별금지법과 결합하게 되면 동성애에 대한 반대는 처벌을 포함한 제재 대상이 될 것이다.

군대 내 동성애도 허용되어야 할 것이다.

주시(注視) 대상으로서 인권 NAP

제3차 인권 NAP는 문재인 정부가 구상하는 인권정책의 종합계획이며 행동계획이다. 그런 점에서 문재인 정부의 인권정책을 이해하는 단서가 되며 향후 국정운영의 방향전개를 예상하는 근거가 된다.

이제 인권 NAP는 효력을 발휘하고 있다. 인권 NAP에 포함된 매우 우려스러운 사항과 관련하여, 향후 국회의 입법과 대법원·헌법재판소의 사법적 판단이 어떻게 이뤄지는가를 주의 깊게 살펴보아야 한다. 특히 인권 NAP의 수립·이행·모니터링 및 평가에 주도적인 역할을 하는 국가인권위원회를 예의 주시할 필요가 있다. 인권 NAP가 자칫 국가주도의 '인권개발'로 이어지지 않도록 경계하여야 할 것이다. 이와 관련하여 국가인권위원회가 2017년부터 쿼어행사에 참여·지원한 사실을 주목할 필요가 있다. 이는 국가인권위원회가 이미 발생한 차별의 시정에 머무르지 않고 젠더 쿼어를 적극적으로 지원하는 것으로 나아갔기 때문이다. 즉 수동적인 피해구제의 차원이 아니라 능동적인 인권개발의 차원으로 입장을 바꾸었다고 평가되기 때문이다.

성평등에 관하여는 국가 주도의 입법이나 정책형성보다는 사회의 자연스러운 합의와 도덕적 판단이 중요하다고 본다. 하나의 인권을 보장하기 위해서 다른 인권들과 공익을 침해하는 것이 결코 지혜롭지 못함을 명심하여야 할 것이다.