

# 지방자치단체 인권조례와 조례제정권의 한계

## - 국가사무와 자치입법권의 한계 -

지영준(법무법인 저스티스 대표변호사)

### 1. 들어가며

#### 가. 지방자치단체 인권조례의 제정목적

##### 1) 제정현황

국가인권위원회는 2012. 4. 12. 각 지방자치단체의 장에게 인권기본조례 제정을 권고한 바 있다.<sup>1)</sup> 국가인권위원회는 '인권 기본조례'가 지역의 특성을 반영하여 주민의 실생활에 '직접적인 규범력'을 가지고 인류의 보편적 가치인 인권의 지역화를 위한 이행도구로 가능하다고 보았으며, '인권 기본조례 표준안'을 제시하였다.<sup>2)</sup>

현재 17개 광역단체 중 15개, 226개 기초단체 중 85개 지역에서 '인권기본조례'(이하, '자치인권조례'라 한다)를 제정·시행하고 있다.<sup>3)</sup>

##### 2) 제정이유

지방자치단체는 자치인권조례를 통하여 '인권교육'을 실시하고 '인권문화를 확산'하겠다고 하였다.<sup>4)5)6)</sup>

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

- 1) 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 지역사회의 차원에서 인권의 보장 및 증진 체계를 구축하고 인권 기본조례의 실효적 이행을 위하여 인력확충 등에 대하여 협의를 할 경우 이를 적극적으로 검토할 것을 권고한다.
- 2) 국가인권위원회 위 상임위원회 결정(2012.4.12.), 2쪽
- 3) 바른군인권연구소 김영길 대표의 2018. 3.통계 : 다만, 충청남도 인권보호 및 증진에 관한 조례는 2018.5.10. 폐지되었고, 증평과 계룡시의 인권조례도 기초자치단체 의회에서 조례폐지안이 의결되었다.
- 4) 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, 도시사로 하여금 국가인권위원회, 충청남도의회, 충청남도교육청, 시민사회 등과 협력체계를 갖추고 '인권교육실시, 인권문화 확산' 등을 위한 사업을 실시해야 할 의무'를 부과하고 있다(충남 인권조례 제8조 제1항, 제3항).
- 5) 이에 앞서 충청남도(도지사 안희정)는 2014. 10. 13. 인권이 꽃피어 나는 세상을 만들기 위하여 '충남도민인권선언'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.
- 6) 예컨대, 충청남도 인권조례의 경우에는 충남 '도민인권선언'을 이행하여야 함을 명시하고 있고, '충남도민인권선언 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 '성평등'과 그 밖에 (충남인권선언이 규정하는) 인권에 대해 '인권교육'을 실시하고 인권문화 확산 등의 사업을 실시해야할 의무를 지우고 있다고 해석된다.

#### 나. 학생인권조례 제정시도

##### 1) 제정현황

한편, 이와 별도로 현재 '학생인권조례'를 제정하여 시행 중인 곳은 17개 광역단체 중 경기, 광주, 서울, 전북 등 4곳이다.<sup>7)</sup>

그 이외 대전광역시, 울산광역시 등 여러 지방자치단체에서 학생인권조례를 제정하려고 시도하고 있으나, 학부모단체 등의 반대로 좌절되곤 하였다.<sup>8)</sup> 그러자 학생인권조례 찬성단체에서는 이제 '학생인권법' 또는 '아동청소년인권법' 제정에 나서겠다고 한다.<sup>9)</sup>

##### 2) 제정이유

그렇다면, 지방자치단체에서 학생인권조례를 제정하려는 목적은 무엇인가. 대전 또는 울산광역시 일부 의원이 추진하려고 하는 학생인권조례안의 제정이유는 '학생인권이 학교교육과정에서 실현될 수 있도록 제도적 근거를 마련함으로써, 인간으로서의 존엄과 가치 및 권리를 보장하기 위한'이라고 하고 있다.<sup>10)11)</sup>

#### 다. 논의방향

이렇듯 각 지방자치단체가 앞 다퉈 자치인권조례와 학생인권조례를 제정하려는 이유는 무엇인가. 필자는 '조례제정권의 한계'라는 관점에서 비추어 볼 때, '자치인권조례'나 '학생인권조례'를 제정하려는 목적은 표면적으로 내세우는 제정이유와는 전혀 다른 목적이 있음을 밝혀 보고, 또, 이러한 인권조례에 대한 쟁송가능성은 없는지 논의해 보려 한다.

### 2. 지방자치 조례제정권의 한계

#### 가. 자치입법권의 범위

##### 1) 국가사무와 자치사무의 구별

지방자치단체가 조례를 제정할 수 있는 사항은 지방자치단체의 고유사무인 자치사무와 단체 위임사무에 한하고, 기관위임사무에 관한 사항은 원칙적으로 조례의 제정범위에 속하지 않는다(지방자치법 제22조, 제9조).<sup>12)</sup>

##### 2) 인권보장이 국가만의 고유사무인가

(1) 자치사무의 성격도 있다는 견해

이에 대해 '모든 공권력의 주체가 보편적 가치인 인권의 보장을 위해 노력해야 함은 논의의

- 7) 2010. 10. 5. 경기도 조례 제4085호 ; 2011. 10. 28. 광주광역시 조례 제4017호 ; 2012. 1. 26. 서울특별시 조례 제5247호 ; 2013. 7. 12. 전라북도 조례 제3781호
- 8) CMB뉴스 2017.3.29. 대전학생인권조례 또 무산, 재추진 불투명 ; 연합뉴스 2017.9.14. 학생인권조례 제정 놓고 울산 찬반단체 장의 집회
- 9) 파이낸셜뉴스 2017.9.18. 4개월째 논란 울산학생인권조례안, '학생인권법' 법제화로 확대 ; 노컷뉴스 2017.09.19. 학생인권조례안이 울산시의회 손에서 떠났다고 하지만 찬성단체에서는 별도로 '아동청소년인권법' 제정에 나서겠다고 밝혔어요.
- 10) 대전광역시의회 2017.1.10. 공고 제2017-21호 ; 대전광역시교육청 학생인권 조례안 예고
- 11) 울산광역시 최유경의원이 2017. 6.경 준비 중인 발의 안
- 12) 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 판단할 때는 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 주제 등도 아울러 고려하여 판단하여야 한다.

여지가 없으므로, 인권 관련 사무는 주민의 복지증진에 관한 사무로 조례 제정 대상인 자치 사무에 해당한다'고 주장한다.<sup>13)</sup>

현재 여러 지방자치단체에서 '인권조례'를 제정·시행하고 있는 것은 '인권 관련 사무는 국가만이 가지는 고유한 사무가 아니다'라는 입장에 있는 것으로 보인다.

### ② 국가사무라는 견해(사건)

대한민국 「헌법」 제10조는 '모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리가 있다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무가 있다'고 규정하고 있다. 따라서, 인권보장 업무는 국가의 사무에 속하는 것이 분명하다.

이에 대해 지방자치단체도 공권력의 주체로서 '국가'에 포함된다는 주장은 자치단체가 갖는 ① 자치사무 주체로서의 지위와 ② 국가사무의 수임기관으로서의 이중적 지위를 혼동한 것으로 보인다.

만약, 인권업무가 자치사무라는 견해에 의하면, 지방자치단체는 지역주민의 인권보장을 위해 법원, 검찰, 사법경찰 등 인권옹호기관을 둘 수도 있어야 할 것이다.<sup>14)</sup>

### 3) 논의의 전개

필자는 사법(司法)제도 등 인권 보장을 위한 '이행체계를 마련'하는 것은 국가존립에 관한 사무일 뿐만 아니라, 전국적으로 통일적으로 규율할 사항으로 '국가사무'라고 본다.

다만, 아래에서는 우선 '인권관련사무'가 주민의 복지증진을 위한 '자치사무'라는 입장에서 자치인권조례와 학생인권조례의 위헌·위법성을 살펴보기로 한다.

### 나. 조례제정권의 한계 논의

#### 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」 제22조<sup>15)</sup>가 규정하고 있는 '법령의 범위 안'이라는 사항적 한계는 적용되는 것이다.<sup>16)17)</sup>

13) 법제처 2012. 12. 10. 의견 12-0380 ; 법제처 2013. 1. 23. 의견 12-0430, 지방자치법 제9조 제2항 제2호에서는 주민의 복지증진에 관한 사무를 지방자치단체 사무의 하나로 규정하고 있으며, 인권의 구현방식이 주로 복지나 차별대우 금지 등과 관련되어 집행되고 있는 현실상 지역적 특성을 고려하여 인권보장을 위한 실질적 이행수단을 마련하는 것이 자치사무에 해당한다고 한다.

14) 지방자치법 제11조(국가사무의 처리제한) 지방자치단체는 다음 각 호에 해당하는 국가사무를 처리할 수 없다. 다만, 법률에 이와 다른 규정이 있는 경우에는 국가사무를 처리할 수 있다.

1. 외교, 국방, 사법(司法), 국제 등 국가의 존립에 필요한 사무
5. 근로기준, 측량단위 등 전국적으로 기준을 통일하고 조정하여야 할 필요가 있는 사무

15) 「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.

16) 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).

17) 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 없

#### 2) 인권조례의 제정목적

그런데, 대부분의 '자치인권조례'에는 인권정책 기본계획 수립, 인권교육, 인권센터 등을 규정하고 있을 뿐, 인권(기본권)에 관한 실질적인 내용이 담겨져 있지 않다.<sup>18)</sup>

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.<sup>19)</sup>

그럼에도 불구하고, 왜 굳이 '인권조례'를 제정하려고 하는가. 우선, '성평등과 인권교육을 공교육에 포함시켜 사회적 약자에 대한 차별과 혐오확산을 막겠다'라는 것이다.<sup>20)</sup> 나아가 인권센터와 인권교육에 필요한 비용을 지방재정으로부터 지급받겠다는 것이다.

#### 3) 조례제정권의 한계

다른 한편, 자치인권조례 또는 학생인권조례가 법령에 의하여 인정되지 아니하였던 새로운 권리를 규정하고 있거나 의무를 부과하고 있다고 한다면, 이 조례안은 국민의 기본권이나 주민의 권리의 제한에 있어 요구되는 '법률유보원칙'에 위배되거나 그 내용이 법령의 규정과 모순·저촉되어 '법률우위원칙'에 어긋난다고 할 것이다.<sup>21)</sup>

### 다. 국가인권위원회의 권고안과 자치인권조례의 비교

#### 1) 국가인권위원회의 지방자치조례 제정권고

앞서 국가인권위원회는 2012. 4. 12. 지방자치단체에 인권기본조례의 제정을 권고하면서, '위임조례인 경우 상위 법률적 근거를 규정하는 경우가 있으나, 인권 기본조례는 상위 법률적 근거가 없으므로 별도로 기술할 필요는 없다'고 하고 있다.<sup>22)</sup>

또한, 국가인권위원회는 '정의규정'은 인권 기본조례에서 규정하는 용어의 해석과 적용범위에 관한 논란을 피하기 위해서도 필수적인 항목인데, "인권 기본조례의 정의규정에 필수적으로 포함되어야 할 항목으로 '인권'등을 들 수 있고, '인권' 정의에서는 원칙적으로 법률적 정의규정을 두고 있는 「국가인권위원회법」상 정의규정을 준용할 수도 있으나, "인권 기본조례가 「국가인권위원회법」상의 위임 조례가 아니므로 오해를 피하기 위하여 그대로 풀어서는 것이 적절하다"고 명시하고 있다.<sup>23)</sup>

는 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. 2006추38 판결 등 참조).

18) 서울특별시 인권기본조례 제7조, 제10조, 제11조, 제18조

19) 대법원 2015. 5. 14. 선고 2013추98 판결 ; 그러나 조례안제외 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 판리는 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.

20) 시사in 2017.3.11. 제495호, 75쪽

21) 대법원 2015. 5. 14. 선고 2013추98 판결

22) 국가인권위원회 위 상임위원회 결정(2012.4.12.), 19쪽

23) 국가인권위원회 위 상임위원회 결정(2012.4.12.), 20쪽, 21쪽 ; 한편, "주민(시민, 도민, 군민, 구민)의 개념과 관련하여, 현행 「주민등록법」 제6조 제1항에서 '30일 이상 거주할 목적으로 그 관할 구역에 주소나 거소를 가진 자'로 규정하고 있으나, 「주민등록법」은 주민의 거주관계 등을 파악하여 행정사무를 적정하게 처리하기 위한 목적을 가진 법률로서 인권 기본조례와 그 목적 및 성격이 다르다. 따라서 반드시 '30일 이상 거주'의 요건을 설정할 필요는 없다. 해당 조례의 '주소적 효력 범위'를 심분 활용하고 인권 기본조례가 기반하고 있는 인권의 보편성 원칙을 고려하여 가능한 '주민'의 개념을

이렇듯, 국가인권위원회는 지방자치 조례는 위임조례가 아니라는 것을 확인하고 있다.

2) 자치인권조례의 내용

(1) 일반적인 자치인권조례

그리하여 이후 제정된 대부분의 자치인권조례는 다음과 같이 규정되어 있다(예, 서울특별시 인권기본 조례).

○ 제2조(정의) 이 조례에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.  
1. "인권"이라 함은 헌법과 법률이 규정하고 있거나 대한민국이 가입·비준한 국제인권조약 및 국제관습법이 인정하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유와 권리를 말한다.  
○ 제6조(인권존중 및 차별금지) ① 모든 시민은 인권을 존중받으며, 「대한민국헌법」과 「국가인권위원회법」 등 관계 법령에서 금지하는 차별을 받지 아니한다.

(2) 특별한 규정을 두고 있는 인권조례

그런데, 지방자치단체에 따라서는 위 일반적인 형태와 다르게 특별하게 규정하는 조례도 있다. 예컨대, 정의규정에 '차별사유'를 열거하거나, 충남 인권조례와 같이 인권선언을 이행하기 위한 것임을 밝히고 있는 경우이다.

○ 충청남도 도민인권 보호 및 증진에 관한 조례(2015.10.30., 전부개정) 제8조(인권선언 이행) ① 도지사는 도민 인권선언을 이행하기 위하여 전담 부서를 설치하는 등 제도를 정비하고 정책을 수립·집행해야 한다.  
○ 충남 도민 인권선언(2014.10.13.선포) 제1조 ① 충남도민은 성별, 나이, 외모, 장애, 인종, 종교, 병력(病歷), 사상, 신념, 출신 및 거주지역, 결혼여부, 가족구성, 학력, 재산, 성적지향, 성별정체성, 국적, 전과(前科), 임신, 출산 등 어떤 이유로도 차별받지 않을 권리가 있다.

3) 학생인권조례의 내용

자치인권조례(인권기본조례)와 달리 '학생인권조례'는 제1조에 상위 법률적 근거를 제시하고 있고, '학생인권'에 대한 정의 규정을 두고 있다.<sup>24)25)</sup>

넓게 설정하는 것이 바람직하다.  
- 이러한 '주민'의 개념상 외국인 등은 국적이 관계없이 체류를 목적으로 하는 한 '주민'에 포함되고, 주민등록을 다른 지역에 두고 있더라도 체류를 목적으로 하는 한 '주민'의 개념에 포함된다."고 하고 있다.  
24) 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.  
25) 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.

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.<sup>26)</sup> (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, 성적지향, 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.>

라. 소결론

그렇다면, 과연 이러한 자치인권조례와 학생인권조례가 (인권사무가 자치사무라는 전제아래) 조례제정권의 한계를 준수하였다고 볼 수 있는지를 살펴보아야 할 것이다.

3. 인권조례와 상위법령과의 관계

가. 국가의 법령이 이미 존재한 경우

「국가인권위원회법」은 모든 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 보호하고 그 수준을 향상시킬 목적으로 하고 있다(제1조). 이러한 법의 취지는 전국에 걸쳐 일률적으로 동일한 내용을 규율하려는 취지라고 해석된다.

그런데, 「자치인권조례」에 의하여 설치된 '인권센터'의 업무는 「국가인권위원회법」에 의해 설치된 '국가인권위원회'의 업무와 중복되며, 국가인권위원회의 권한범위 보다 훨씬 광범위한 것으로서 「국가인권위원회법」과도 충돌된다.(국가인권위원회법 제19조, 제26조, 제30조).<sup>27)</sup>

나. 권리제한과 의무부과

1) 법률유보 위반

앞서 본 바와 같이 최근 개정된 「서울 학생인권조례」 제5조 제3항은 '제1항에서 예시한 사유를 이유로 차별적 언사나 행동, 혐오적 표현 등을 금지'하는 규정을 신설하였고, 또, 조례 제

26) [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.>  
27) 국가인권위원회법 30조(위원회의 조사대상) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에 인권침해나 차별행위를 당한 사람(이하 "피해자"라 한다) 또는 그 사실을 알고 있는 사람이나 단체는 위원회에 그 내용을 진정할 수 있다.  
1. 국가기관, 지방자치단체, 「초·중등교육법」 제2조, 「고등교육법」 제2조와 그 밖의 다른 법률에 따라 설치된 각급 학교, 「공직자윤리법」 제3조의2제1항에 따른 공직유관단체 또는 구급·보호시설의 업무 수행(국회의 입법 및 법원·헌법재판소의 재판은 제외한다)과 관련하여 「대한민국헌법」 제10조부터 제22조까지의 규정에서 보장된 인권을 침해당하거나 차별행위를 당한 경우  
2. 법인, 단체 또는 사인(私人)으로부터 차별행위를 당한 경우

16조는 종립학교 설립자의 종교의 자유를 제한할 뿐만 아니라, 특정 종교과목의 수업을 원하지 않는 학생들을 위하여 이를 '대체할 과목'을 마련해야 할 '의무'를 부과하고 있다(별첨).

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 부담'시키고 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.

다. 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, 불안 교육지원청은 사법당국의 수사결과를 무시하고 직위해제 처분을 내렸다. 이후 전라북도 학생인권센터는 불안여교 성추행 사건 등 일련의 사건이 터지자 재조사에 나섰다, 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 '성별 정체성'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 출산하느냐 못하느냐는 혼인 및 가족제도에서 본질적 차이가 있는 것이다. 이와 같이 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.<sup>28)</sup>

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.<sup>29)</sup>

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(poly amory)'도 성적지향이라고 주장한다. 또, 성적지향은 '젠더(gender)'를 포함한다는 것이다.<sup>30)</sup>

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

다. 성별 정체성(Gender identity)

또한, 인권조례를 통해 보호하고자 하는 '성별 정체성(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.

※ 【사례2】 성평등과 화장실, 목욕탕 논쟁<sup>31)</sup>

28) 권영성, 헌법, 법문사(1994), 400쪽

29) 권영성, 헌법, 법문사(1994), 299쪽

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

예컨대, 2012년11월, 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.



#### 라. 쟁송가능성

현재, 서울시 학생인권조례의 위헌·위법성을 다투는 행정소송(조례무효확인소송) 및 헌법소송이 진행 중이며, 최근 충남도의회가 폐지 의결한 충남 인권조례에 대한 조례폐지 재의결을 다투는 소송이 대법원에 계속 중이다.

그런데, 인권 조례에 있어서는 일부 조항들이라도 헌법이나 상위 법령에 위반된다고 한다면 조례 전부를 시행할 수 없다고 인정되므로, 「헌법재판소법」제45조 단서의 규정취지에 따라 조례전부에 대하여 위헌결정을 하게 될 것으로 본다.<sup>31)</sup>

#### 5. 결 론

우리「헌법」제10조는 ‘모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다.’고 하고 있고, ‘국가’가 이를 보장할 의무가 있다고 하고 있다. 그러므로, 인권 관련 사무는 ‘국가사무’에 속하는 것으로 조례의 제정범위에 속하지 않는 것이다.

한편, 인권을 보호하는 것이 ‘자치사무’에 속한다고 하더라도, 동일한 사항에 관하여는 이미 전국에 걸쳐 일률적으로 동일한 내용을 규율하고자 하는 「국가인권위원회법」이 존재하며, 인권조례는 위 법률과도 충돌된다.

뿐만 아니라, 인권조례는 ‘권리제한 또는 의무부과’에 관한 사항을 포함하고 있으므로, 그 조례의 성질을 묻지 아니하고 법률의 위임없이 제정된 조례이기에 효력이 없다고 할 것이다.

나아가, 인권조례가 ‘성적지향 또는 성별정체성’에 따른 차별금지 및 인권교육을 통해 고취하고자 하는 ‘성평등’교육은 헌법이 규정하는 ‘양성평등’원칙에도 반하는 것이다. 끝.

31) 마이클브라운 지음, 자유와인권연구소 옮김, 「성공할 수 없는 동성애 혁명」, 쿰란출판사(2017), 275쪽  
32) 헌법재판소 1999. 4. 29.자 94헌바37결정 등 참조

#### 【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 언사나 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 수강을 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·감독하여야 한다.
- ⑤ 학교의 장은 특정 종교과목의 수업을 원하지 않는 학생들을 위하여 이를 대체할 과목을 마련해야 한다.

#### 논찬: “인권조례와 동성애 문제”에 관한 토론 - “교회와 국가”의 관계에 대한 질문

이병주(변호사, 기독교법률가회 사무국장)

##### 1. 주발제문의 요지

주발제문의 주된 요지는 두 가지로 이해된다. 첫째는 인권조례에 관한 입법기술적인 측면

에서 지방자치단체에 인권사무에 관한 조례제정권이 있느냐는 점에 대한 법적 의문을 제기하는 것이고 (1-10면), 둘째는 인권조례의 실제적 내용 중 '성적 지향으로 인한 차별을 금지'하는 규정이 헌법에 위반하여 부당하다는 주장이다 (10-13면).

2. 지방자치단체에 인권조례 제정권이 있는지 여부

가. 발제자는 인권업무가 국가사무라서 지방자치단체에 인권조례 제정권이 없다는 사건(私見)을 제시하고 있으나,

나. 근대 민주주의 헌법국가의 출발인 프랑스 인권선언에서 보듯이 자연법 및 근대 민주주의 헌법상 인권은 오히려 실정법의 세세한 규정 이상으로 근본적 민주주의 원리 및 실천의 기본지침이라 할 것이므로,

다. 국가와 함께 그에 버금가게 중요한 주권적 공동체인 지방자치단체에 소속 주민들의 인권을 신장하고 구체적으로 보호하기 위한 인권조례 제정권이 존재하지 않는다는 발제자의 견해는, 지방자치정부의 주민들을 위한 입법권을 지나치게 제한하는 것으로 동의하기 어렵다. 오히려 지방자치단체 조례의 구체적인 내용을 놓고 토론하는 것이 바람직하다고 생각한다.

3. 인권조례의 실제적 내용에 대한 논란 - 결국에는 동성애 문제

가. '성적 지향으로 인한 차별금지'가 위헌인가?

(1) 발제자는 지방 인권조례의 실제적 내용 중 '성적 지향으로 인한 차별금지' 조항이 헌법의 '양성평등 조항'과 충돌하여 허용될 수 없다고 주장한다 (발제문 10면 마지막 행 내지 11면 3행).

(2) 현재의 대한민국 헌법상 ① 헌법 제10조의 행복추구권과 제11조의 평등권 일반조항에 따라 동성애 성향인 국민에 대한 차별이 금지되어야 한다는 해석론과 ② 발제자의 주장처럼 그 경우 이성애 성향인 국민들의 헌법상 행복추구권이 거꾸로 침해된다는 반대의 해석론이 모두 제기될 수 있고, 이처럼 충돌하는 의견과 이 해관계의 대립은 민주주의 삼권분립 제도의 원리와 절차에 따라 해결되는 수밖에 없다.

(3) 첫째로는 사법절차에 의한 해결로서, 현재의 대한민국 헌법 및 법률상 동성애자에 대한 차별금지가 합헌적인지 또는 합법적인지 여부에 대한 헌법재판소 결정이나 대법원 판결을 통해 사법적인 답을 얻는 것이다. 둘째로는 입법절차를 통한 변동으로, 동성애 차별금지 여부에 관한 법률의 개정 또는 헌법의 개정을 통해서 이 문제에 대한 사회적 정치적 규범을 정립하거나 변경하는 것이다.

(4) 민주주의 제도 하에서 선거제도를 통해서 서로 다른 의견과 이익을 가지는 정치적 세력들이 권력을 취득하고 교체하는 것이 불가피한 것처럼, 사법절차 및 입법절차를 통한 사회적 규범의 정립 및 제·개정에 대해서는 기본적으로 그에 찬성하는 국민과 반대하는 국민들 모두에게 이를 참고 승인할 의무와 그 변경을 위해서 노력할 권리가 존재한다.

나. 기독교계의 일부가 동성애 반대운동과 인권조례 반대운동을 주도하는 현상

(1) 현실적으로 미국에서는 물론 한국에서도 동성애 반대운동 및 이에 결부된 인권조례 반대운동을 주도하는 것은 동성애 반대운동을 벌이는 기독교계의 일부

(一部) 진영으로 나타나고 있다. 기독교계의 전부(全部)라고 할 수 없는 것은 '기독교 동성애 반대운동' 자체에 대해서 반대하거나 회의적인 시각을 가지고 있는 기독교인들도 상당수 존재하기 때문이다. 다만, 일반 국민들의 시각에서는 기독교인들이 가장 적극적으로 동성애를 반대하는 주도세력인 것으로 인식되는 것이 사실이고, 관련된 차별금지법 반대운동 등은 기독교가 인권 전반에 대해서 부정적이거나 반대하는 입장의 종교라는 인상을 주기도 한다.

(2) 사상과 양심의 자유상 (헌법 제19조), 모든 국민은 자기의 양심에 따라 사회현안에 대한 주장을 하고 찬성 또는 반대의 운동을 할 권리가 있다. 따라서 '동성애에 반대'하는 국민이나 기독교인들은 반대주장을 하고 반대운동을 할 권리가 있고, '동성애 반대운동에 반대'하는 국민이나 기독교인들도 그 취지의 의사표시와 사회적 태도를 피력할 자유가 있다. 서로 다른 의견과 주장 수준을 넘어 현실적 권리와 제도의 변화에 관한 부분은 입법, 사법의 민주주의 절차를 따라 조정하는 수밖에 없다.

4. 문제제기 - 기독교는 국가와 사회의 문제 중에서 왜 동성애 문제에만 분노하는가?

가. 두 가지 질문

(1) 미국의 경우 1990년대 이래 기독교 우파진영의 문화전쟁(Culture War)은 동성애반대, 낙태반대라는 주된 슬로건 하에 보수정당인 공화당과 밀접한 정치적 동맹관계를 가지게 되고, 그 결과 미국의 이른바 백인복음주의자(White Evangelical)들은 동성애에 반대 입장을 취하는 공화당을 하나님의 뜻에 합하는 정당, 그 반대로 동성애자들에 대해서 허용적 입장을 취하는 민주당을 하나님의 뜻에 반하는 반기독교 정당으로 비난 내지 증오하는 경향이 강하다. 최근 한국 교계 일각의 반동성애 운동, 반차별금지법 운동에도 미국의 위 흐름을 쫓아가는 경향이 보인다.

(2) 여기서 발생하는 질문은 첫째, 『기독교 내지 기독교인의 사회와 국가에 대한 태도를 결정짓는 데 있어서 이처럼 '동성애' 문제가 가장 중심적이고 결정적인 기준을 차지하는 것이 기독교의 본질상 타당한가?』 라는 질문, 그리고 둘째, 『이러한 경향은 교회와 국가 또는 기독교와 사회의 관계에 대한 근본적 오해에 기인한 것이 아닌가?』 라는 질문이다.

나. 동성애 찬반은 기독교의 신앙의 본질적(本質的) 문제인가?

(1) '동성애'에 대한 찬성·반대는 역사적으로 기독교 내부와 외부 모두에 있어왔고 새로운 문제가 아니다 (플라톤의 『향연』 참조). 성경에 동성애에 대한 처벌 (구약의 레위기 20:13 등)과 규탄의 구절 (신약의 로마서 1:27 등)이 있다고 하여, 기독교가 다른 종교, 다른 시대에 비해 '동성애 반대'에 특별하거나 고유한 강조점을 두고 있다고 보기는 어렵다.

(2) 그러므로 성경 자체의 전체적 내용을 볼 때, 그리고 예수의 십자가 죽음과 부활의 복음을 생각해 볼 때, '동성애 반대' 문제가 기독교의 본질적, 중심적 내용이라고 볼 수는 없다. 첫째, 구약의 율법이 동성애를 사형으로 처벌했다고 해도 신약 이후의 기독교는 구약의 율법이 정한 범죄와 처벌조항을 절대적으로 승계한 것이 아니다. 둘째 신약의 복음서에는 예수님이 직접 동성애 문제를 언급한 내용이

없는데, 이는 예수님과 초기 기독교 공동체가 동성애 문제를 기독교 신앙의 본질적인 문제나 사회적 쟁점으로 생각하지 않았다는 점을 보여준다. 셋째, 신약의 서신서에는 로마서를 비롯해서 여러 편지에 동성애를 인간의 죄악상으로 언급하고 비난한 구절들이 많으나 이는 구약의 십계명 및 율법을 위반하는 인간 실상을 한탄하고 규탄하는 맥락에서 존재하는 것으로, 서신서의 사도적 복음관은 '율법에 의한 구원이 아닌, 믿음에 의한 구원'을 강조하고 있으므로 '동성애에 관한 율법의 준수'가 기독교 구원의 핵심적, 본질적 계기를 차지한다고 보는 것은 불가능하다.

- (3) 일반인에게도 동성애 찬반의 의견이 있고 동성애 반대자들에게 동성애를 불편하고 꺼리는 감정이 있는 것처럼, 기독교인들 가운데에서도 동성애 찬반의 의견이 있고, 동성애 반대 교인들에게 동성애 혐오 감정이 강하게 존재하는 것은 이해가 되기도 하고 어쩔 수 없는 일이다. 그런데 왜 사회의 일반적 동성애 혐오감정은 크게 부각되거나 세력화되지 않는 반면, 기독교계의 동성애 혐오감정은 마치 기독교의 사회적 견해를 상징하고 대표하는 것처럼 부각되고 있는가? 또한 실제로도 기독교가 사회 전체의 동성애 반대운동의 선봉 내지 주력을 차지하고, 사회에서는 기독교를 '동성애 반대운동의 종교'라는 이름으로 인식하게 된 것은 과연 무슨 이유에서일까? 2천 년 전 세상에 맞서 처형을 당한 '예수'는 동성애 문제에 신앙과 목숨을 걸지 않았는데, 2천 년 후 세상 문제에 별 관심이 없는 '기독교'는 왜 동성애 문제에 신앙과 목숨을 거는 것일까? 동성애가 기독교 사회관의 핵심을 차지하게 된 것은 '기독교 신앙의 발전적 전개'인가 아니면 '기독교 신앙의 탈선과 방향'인가?

다. '교회와 국가'의 관계에 대한 수수께끼 - 혼합과 혼동의 양상

- (1) '교회와 국가의 관계'라는 문제(question)은 기독교 2천 년 역사의 풀리지 않는 수수께끼(riddle) 중 하나다. '너희는 세상의 빛과 소금 (마태복음 5:13-14)'이라는 예수의 권면은 교회에 국가를 지배하거나 국가의 도덕교사 노릇을 하려는 신정국가적 야망 내지 도덕주의적 열정을 불러일으키는 반면, '너희는 위의 것을 생각하고 땅의 것을 생각하지 말라 (골로새서 3:2)'는 서신서의 권면은 교회가 국가에 대한 관심을 버리거나 회피하려 하는 경건주의적, 정숙주의적, 분리주의적 태도를 팽배하게 한다.
- (2) '교회가 세상의 위에 있다는 태도'와 '교회와 세상을 분리시키려는 태도', 역사 속에서는 기독교의 신학도 교회의 실천도 개개인 기독교인들의 생각과 행동도, 이 두 가지의 상반되거나 모순된 견해 사이를 왕래하거나 또는 두 가지 태도를 적당히 혼합하여 가지고 있다. 신앙적으로 보수적인 기독교 진영이 ① 다른 사회 문제들에 대해서는 대부분 오불관언(吾不關焉, 우리는 상관하지 않는다)의 태도를 가지면서도 ② 동성애라는 사회문제에 대해서는 결사반대의 태도를 나타내는 것은, 위 두 가지 태도가 혼합된 것으로 볼 수 있다. 정치적 억압이나 사회적 경제적 불평등의 문제에 대해서는 기독교와 무관한 것이라는 분리주의적 태도를 취하는 것이고, 동성애 문제라는 주관적이고 도덕적인 영역의 문제에 대해서는 기독교가 세상의 교사 노릇을 하려는 개입주의적 태도를 취하는 것이다. 그리하여 "세상에무관심한/ 세상의 교사"라는 이율배반적이거나 모순적 태도가 발생한다.
- (3) 일반적으로 교회는 개인적 주관성(主觀性)의 세계에 있고, 국가는 사회적 객

관성(客觀性)의 세계에 있다. 특히 종교개혁 이후의 개신교는 인간의 개인적이고 주관적이고 내면적인 신앙에 집중을 하면서, '사회의 객관적' 문제들에 관심을 갖거나 개입할 필요를 느끼지 않는다. 이것이 일반적으로 개신교 교회가 국가의 이슈 중 정치적 억압의 문제나 사회적 경제적 불평등의 문제를 회피하는 이유이다.

- (4) 국가에는 정치적 억압의 폐지와 민주주의적 기본권의 보장, 사회경제적 평등과 복지의 문제 등 많은 집단적, 객관적(客觀的) 문제가 존재한다. 동성애는 개인의 주관적이고 도덕적인 결정이 사회화되고 국가제도의 문제로 전개된 것이므로 많은 국가사회적 문제 중 '개인적이고 주관적(主觀的)인 영역의 사회문제'에 해당한다. 그러므로 국가와 지방자치단체의 시민들에 있어서 동성애 문제는 허다한 정치경제사회의 객관적·주관적 문제 중 일부에 국한되고, 일반 시민은 국가의 문제 중 주관적인 동성애 문제에만 몰두하지 않는다.
- (5) 그러므로, 국가와 사회문제에 전반적으로 무관심한 기독교가 동성애라는 특정 사회문제에만 집중하는 이유는, '주관성'이라는 공통의 키워드를 통한 일관성, 즉 '(객관적인) 세상에 무관심한 / (주관적인) 세상의 교사'라는 통일적 현상으로 이해하는 것이 가능하다. 그런데 문제는 과연 '기독교의 정당한 해석과 전개에 있어서, 국가와 사회문제를 주관성의 영역을 통해서만 접근하려는 교회의 태도가 과연 합당한 것인가?' 라는 점, 즉 '교회와 국가'의 관계에 대한 본격적인 질문의 필요성이다.

5. 결론: (주관성의) 교회와 (객관성의) 국가 간의 합당한 관계 설정

- 기독교 동성애 반대운동의 문제점 (주관성에만 치중한 사회참여의 객관적 위험성)

- 가. 21세 초 독일의 신학자 칼 바르트는 1938년 논문 'Church and State (일명 Justification and Justice)'를 통해서 '칭의(稱義)의 교회'와 '정의(正義)의 국가'라는 두 가지 상이한 개념과 기능으로 교회와 국가의 관계를 해명한 바 있다. 칼 바르트에 의하면 교회의 기능과 국가의 기능은 명백히 다르다. 교회의 기능은 불의한 인간을 의롭다 하는 신적인 '칭의(Justification)'를 선포하는 것(proclamation)이고, 국가의 기능은 인간 사이의 '정의(Justice)'를 관리하는 것(administration)이다. 교회와 국가 모두가 하나님의 일을 땅에서 행하는 거룩한 기관(instrument)이지만, 교회와 국가의 차이가 결코 무시되거나 혼동되어서는 안 된다. 그 이유는, 신적 칭의(divine Justification)와 인간적 정의(human Justice)가 명백히 서로 다른 평면과 내용으로 존재하기 때문이다.
- 나. 칼 바르트에 의하면 또한 "교회는 자발적으로 모인 신자들로 이루어진 (주관적) 기관이어서 기독교인에 대한 하나님의 사랑과 은혜, 즉 칭의(Justification)가 주된 작동 원리"이지만, "국가는 한 지역의 국민이면 신자와 비신자를 물론하고 모두 강제적으로 포함시켜 작용하는 (객관적) 기관이므로 모든 사람에게 대한 정의(Justice)의 요구가 주된 작동원리"로 된다. 그러므로 칭의를 담당하는 교회가 국가의 기능까지 차지하려는 신정국가(Church-State)가 되면 중세 교황국가나 이슬람 국가에서 보듯이 사회의 정의 기능이 무시되거나 무너질 가능성이 크고, 인간 사이의 정의를 담당하는 국가가 국가에 대한 신적 존경과 숭배를 요구하는 국가교회(State-Church)로 나아가면 히틀러

의 독일 나치즘, 천황숭배의 일본제국주의, 스탈린의 공산주의 체제처럼 악마적 국가(Demonic State)로 나타나게 된다.

- 다. 일반적으로 보수적인 기독교 신앙의 입장은 '주관적' 교회의 세계에만 집중하고 '객관적' 국가(사회)의 세계를 외면하려는 태도를 보인다 (주관적 정의에 몰두한 객관적 정의의 방지). 반면 일반적으로 진보적인 기독교 신앙의 입장은 '객관적' 국가와 사회의 부정의(不正義) 문제를 고민하면서 '주관적' 교회와 신앙의 문제에 느껴지는 위험에 처한다 (객관적 정의에 치중한 주관적 정의의 약화).
- 라. 그런데, 미국에서 시작되어 한국에서 전개되고 있는 동성애 반대의 기독교 정치행동주의는 (주관적) 교회의 윤리를 가지고 (객관적) 국가의 제도로 관철시키려고 하면서, 국가의 (객관적) 정의와 교회의 (주관적) 정의에 모두 피해를 주게 되는 위험성과 문제점이 있다. 첫째 기독교 동성애 반대운동은 국가의 객관적 정의 문제를 외면하면서 국가의 주관적 윤리문제만을 기준으로 정치적 영향력을 행사함으로써, 국가의 객관적 '정의' 기능을 왜곡하고 무너뜨리게 될 위험성이 크다 (주관적 정의에 치중한 객관적 정의의 침해).
- 마. 둘째 기독교 동성애 반대운동은 (스스로) 정의로운 교회와 기독교인들이 국가와 사회의 주관적 불의를 규탄하고 정죄하는 입장을 취함으로써 기독교인(신자)들 스스로의 (주관적) 불의에 대한 고백을 출발점과 도착점으로 하는 교회의 정의(Justification) 기능에도 치명적인 위해를 줄 수 있다. 스스로의 불의함을 고백하는 기독교인들은 겸손하게 하나님의 정의를 얻으면서 조심스럽게 사회의 (객관적) 정의에 참여할 수 있으나, 스스로의 정의로움을 확신하면서 사회에 (주관적) 정의를 가르치는 기독교인들에게는 겸손하게 하나님의 정의를 구할 동기와 태도가 약해지기 때문이다 (주관적 정의로 인한 주관적 정의의 장애).
- 바. 토론자는 개인적으로는 동성애를 불편하게 생각하지만, 시민으로서의 동성애에 대한 제도가 민주주의 질서에 따라 결정되어야 한다고 생각하며, 교인으로서의 기독교가 동성애 반대에 너무 많은 역량을 소진하고 토론자가 믿는 기독교를 '동성애에 반대하는 종교'로 축소하거나 왜곡시키는 것에 반대한다. 토론자는 동성애를 반대하는 기독교인들에게 자신의 민주주의적 자유와 종교적 양심에 따라 동성애에 반대하는 사회적 의사표현을 하고 국가와 지방단체의 입법적, 사법적 운동을 할 권리가 있다는 점을 인정하며 존중한다. 그러나 기독교 동성애 반대운동은 『동성애라는 사회의 (주관적) 정의만을 위해서 그보다 더 보편적이고 광범위한 사회의 (객관적) 정의들을 외면하고 억압하는 위험성과 현실성』을 심각하게 반성할 필요가 있다. 주관적으로는 하나님의 뜻을 위한 것이라고 믿고 하는 행동이 객관적으로는 하나님의 뜻에 반하는 결과를 나올 가능성이 얼마든지 있기 때문이다. 이 모든 문제의 혼란과 오해와 혼동을 극복하기 위해서는, 한국교회와 기독교인들 모두가 교회와 국가의 관계에 대해 보다 정확한 인식과 이해를 찾고 행하기 위한 이론적, 실천적 노력을 본격적으로 전개하는 것이 필요하다.

◎