

대한민국 법체계와 양성평등이념

음선필
(홍익대 법대 교수)

I. 문제제기

오늘날 한국에서도 '성평등'을 주창하는 물결이 거세게 일고 있다. 성평등을 구현하려는 시도가 퀴어행사를 비롯한 문화적 운동 이상으로 법해석론뿐 아니라 입법과 정책결정의 차원에서도 이뤄지고 있다. 입법의 경우는 개헌, 법령 및 조례의 제·개정으로 나타났으며, 정책의 경우는 여성가족부의 양성평등정책 기본계획, 범정부 차원의 국가인권정책 기본계획(인권 NAP) 등의 수립으로 나타났다.

이러한 상황에서 많은 문제들이 제기되고 있다. 예컨대, “모든 국민은 법 앞에 평등하다.”고 규정된 헌법 제11조 제1항으로부터 “누구든지 남성, 여성 또는 그 밖의 성이 될 수 있으므로 여성·남성의 이분법으로 대우하지 말라.”, “누구든지 남성, 여성 또는 그 밖의 성을 선택할 수 있으므로 생물학적 동성 간의 결혼을 이성 간의 결혼과 달리 취급해서는 안 된다.”고 주장할 수 있는가? “양성평등정책 기본계획에서 ‘양성평등’ 대신 ‘성평등’이라는 용어를 사용하는 것은 오래전부터 두 개의 용어를 혼용해온 관례에 따른 것이므로 문제될 것이 없다.” 라는 주장이 현행법체계에서 과연 문제되지 않는다고 볼 것인가?

현재 논의되거나 시도되고 있는 동성애자 등 성소수자를 위한 입법이나 정책이 과연 현행 법체계 내에서 어느 정도 정당화될 수 있는가를 근본적으로 확인할 필요가 있다. 현행 법체계에서 성소수자와 관련한 용어로서 ‘성적 지향’, ‘성소수자’와 ‘성평등’이라는 용어가 사용되고 있다. 법제처 국가법령정보센터 홈페이지(<http://www.law.go.kr>)에 따르면, ‘성적 지향’을 담고 있는 법률이 3건(「국가인권위원회법」 제2조, 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」 제5조, 「군에서의 형의 집행 및 군수용자의 처우에 관한 법률」 제6조)이며, 조례는 「서울특별시 어린이·청소년 인권조례」 등 12건이 있다. ‘성소수자’를 규정하고 있는 조례는 3건(「서울특별시 어린이·청소년 인권조례」, 「서울특별시 학생인권 조례」, 「거제시 소셜미디어 운영 조례’)이다. 한편, ‘성평등’을 본문에 담고 있는 주요 법률로는 「양성평등기본법」, 「성별영향평가법」, 「국가재정법」, 「국제개발협력기본법」 등이 있으며, 성평등을 명칭의 일부로 포함하는 조례는 「서울특별시 성평등 기본조례」, 「광주광역시 성평등 기본조례」, 「경기도 성평등 기본조례」 등이 있다. 대부분 지방자치단체가 「양성평등 기본조례」의 명칭을 취하고 있으나 일부 소수의 지방자치단체가 「성평등 기본조례」의 명칭을 택하고 있다. 현행 법령 및 자치법규에서 ‘성적 지향’은 차별금지사유로서, ‘성소수자’는 차별로부터 보호받는 대상으로서, ‘성평등’은 입법의 목적(취지)으로 인식되고 있다.

또한 성소수자 역시 국민으로서 일정한 보호를 하여야 할 경우 어떠한 방식으로 할 것인가를 고민하되, 그 방식을 정하는 법령과 정책이 현행 법체계와 부합하는가를 검토하여야 할 것이다.

II. 양성평등과 성평등의 개념적 구별

1. 성평등 개념의 애매성

본격적인 논의에 앞서 먼저 개념을 명확히 할 필요가 있다. 오늘날 양성평등과 성평등이 일반용어 또는 학술용어로서, 심지어 법문언에서도¹⁾ 혼용되는 까닭에 서로 동일한 것으로 이해되기도 한다.²⁾ 그런데 여성의 권리 보장의 필요성이 강조되는 것과는 별도로 동성애자·성전환자 등 성소수자의 문제가 사회적 이슈로 부각되면서 양성평등과 성평등이 개념적으로 동일하지 않음이 드러나게 되었다. 이와 같은 개념적 차이는 사회적으로 형성되는 것으로 인식되는 ‘성(gender)·‘성역할’(gender role)과 생물학적으로 결정되는 ‘성’(sex)의 관계에 대한 이해의 차이에 일차적으로 기인한다. 또한 근본적으로는 각자의 평등을 통하여 얻고자 하는 궁극적 가치(ultimate value)의 차이에 기인한다. 처음에는 성역할의 차이에도 불구하고 여성과 남성이 평등하다는 의미로 gender equality(성평등)라는 용어가 사용되었다고 하더라도, 오늘날 사회적 성(gender)이 개인의 선택에 따라 폭넓게 달라질 수 있다는 인식이 확산됨에 따라 성평등은 양성평등 이상으로 수많은 성들의 평등을 포함하는 것으로 이해되고 있다. 그 결과, 성평등이라는 용어가 논자에 따라 다의적으로 사용되고 있다.

2. 현행법상 양성평등과 성평등의 개념적 구별

2014년 5월 「여성발전기본법」이 「양성평등기본법」으로 전면 개정되면서 양성평등은 법률용어로 정착되었다.³⁾ 이에 따라 우리 법체계에서 양성평등은 독자적인 의미를 지니게 되었다. 양성평등기본법에 따르면, 양성평등은 “성별에 따른 차별, 편견, 비하 및 폭력 없이 인권을 동등하게 보장받고 모든 영역에 동등하게 참여하고 대우받는 것”을 말한다(양성평등기본법 제3조 제1호). 즉

- 1) 예컨대 양성평등에 관한 주요 법률인 「양성평등기본법」에서 양성평등과 성평등이 혼용되고 있다. 또한 지방자치단체의 조례에서도 양성평등과 성평등이 혼용되고 있다. 예컨대, 서울의 대부분 자치단체와 달리, 서울특별시·서대문구·성북구에서는 “성평등 기본조례”라는 명칭을 사용하고 있다.
- 2) 영문자료에 따라서는 gender equality와 sexual equality가 혼용될 수 있다고 하며, equality between women and men을 gender equality와 동일한 것으로 표기하기도 한다. 예컨대 <http://www.un.org/womenwatch/osagi/conceptsanddefinitions.htm> (2018.7.16. 검색). 그래서 양성평등과 성평등은 gender equality의 다른 번역어에 불과하다고 주장하기도 한다. 그런데 gender equality를 ‘양성평등’으로 번역한 주요 이유는 불평등 해소의 주체로서 여성과 남성의 역할을 동시에 강조하기 위한 전략적 선택이었다고 한다. 즉 양성평등의 ‘양성’은 남성과 여성만의 평등을 강조하기 위함이 아니라 불평등 해소의 주체에 남성을 포함시키는 여성계의 전략적 선택이었다는 것이다. gender equality가 성별/들 간의 평등이거나 성별 제도로 인한 차별시정을 뜻하는 것이지 양성 간의 평등이 아니라고 보는 입장에서는 양성평등이 여성주의의 뜻이라고 인식한다. 영어의 gender equality가 양성평등으로 번역되면서 더 큰 논란이 발생했다고 본다(정희진 역음, 『양성평등에 반대한다』, 교양인, 2017.1, 49면).
- 3) 여성발전기본법의 전면개정 당시 법제명을 「성평등기본법」과 「양성평등기본법」 중 어느 것으로 하느냐에 관하여 논쟁이 벌어졌다. 마침내 양성평등기본법으로 결정된 이유는 성적 지향이나 제3의 성에 대한 차별까지 포괄하게 될 경우 혼란이 있을 것이라는 우려와, 남자에 대한 역차별 논쟁을 피하기 위하여 부득이하게 취한 타협이었다고 한다. 성차별이 계급, 계층, 이주와 장애 여부, 성적 지향에 따라 그 양상이 다양하게 나타나는 것으로 이해하는 입장에서는 성불평등 해소의 궁극적인 지향점은 양성평등이 아니라 성평등임을 역설한다. http://women21.or.kr/index.php?mid=policy&page=4&document_srl=4433 (2018.7.16. 검색). 이와 같이 양성평등과 성평등을 다른 개념으로 파악하는 것이 성평등주의자들의 기본시각이다.

성별에 관계없이 동등하게 인권을 보장받고, 모든 영역에 동등하게 참여하고 대우받는 것을 의미한다. 따라서 양성평등의 구체적인 구현형태는 「차별금지」와 「동등한 참여·대우 보장」으로 나타난다.⁴⁾

반면 오늘날 성평등이라는 개념은 양성평등을 의미하는 것 이상으로, 성적 지향과 성 정체성에 기인한 차별금지를 포함하는 것으로 이해되는바, 이는 동성애자·양성애자·트랜스젠더(LGBT) 등을 비롯한 성소수자의 평등을 포괄한다.⁵⁾ 그래서 성별에 의한 차별을 금지하여 여성과 남성을 동등하게 대우하는 것처럼, 성평등은 성소수자도 동등하게 대우할 것을 요구한다. 즉 생물학적 성과 사회적 성의 구별을 전제로 하여, 성평등은 자신의 태생적인 생물학적 성 아닌 사회적 성에 따라 행하는 것을 차별하지 말라는 요구이다.

성평등은 누구든지 자신의 성 정체성대로 선택한 사회적 성(에 따라 행동하는 것)과 성적 지향을 동등하게 취급(대우)할 것을 요구한다. 이에 따라 동성애자들은 동성애 처벌을 금지할 뿐 아니라 동성결혼을 합법화할 것을 요구한다. 동성애자 등 성소수자의 권리(군복무, 결혼, 자녀양육, 연금, 상속, 건강보험 등)를 확보하기 위한 가장 중요한 수단으로서 차별금지, 즉 평등권을 주장한다.⁶⁾

위와 같은 이유에서, 국가정책의 결정 및 집행과 관련하여 양자는 개념적으로 구별되어야 한다. 오늘날 한국에서 인식되는 양성평등과 성평등의 결정적인 차이는, 이론적으로는, 양성 외 다양한 성의 존재를 인정하느냐(달리 말하면, 젠더 양분법을 거부하느냐) 여부이다.⁷⁾ 한편, 실천적으로는 성소수자의 생활양식을 ‘법적으로’ 동등하게 존중(인정)하느냐 여부이다.

그런데 양성은 물론 성소수자도 동등하게 대우할 것을 요구하는 성평등이 현행 헌법과 법률에 어떠한 법적 근거를 갖고 있다고 볼 것인가? 여기서 법적 권리로서의 성평등과 사실상 주장(요구)으로서의 성평등은 구별하여야 한다. 전자는 법적 규범력(구속력)을 가지기 때문에 국가기관을 비롯한 국민의 행위규범이 되며 또한 사법부의 재판규범이 된다. 반면에 후자는 그러한 구속력을 가지지 아니한다. 따라서 성평등의 법적 근거가 무엇인가는 매우 중요한 문제이다. 이하에서는 헌법, 법률, 조례와 국가정책을 차례로 살펴본다.

III. 양성평등과 헌법

4) 1792년 Mary Wollstonecraft가 자신의 저서 *A Vindication of the Rights of Women*에서 주장한 것처럼, 여성의 법적 권리 보호와 완전한 사회 참여가 주된 요구의 대상이었다. 미국의 경우, 수정헌법 제14조의 ‘법의 평등한 보호’가 여성에 대한 차별 폐지의 근거가 되었다. 미국 연방대법원은 가정 및 직장에서 여성의 지위, 여성의 생식권, 여성에 대한 범죄와 관련하여 판례를 형성해왔다. 이에 관한 개괄적 소개로는 Frances P. Bernat, “Gender”, David S. Clark(ed.), *Encyclopedia of Law and Society: American and Global Perspective*, SAGE Publications, 2007, pp.630-634.

5) 오늘날 성평등 개념에 관한 설명으로 한국법제연구원, 『성평등 관련 해외입법동향 및 지원체계에 관한 법제분석』, 2016, 64-65, 115-118쪽 참조.

6) Gordon A. Babst, “Gay Rights”, Deen K. Chatterjee(ed.), *Encyclopedia of Global Justice*, Vol. 1, Springer, 2011, pp.378-379.

7) 사회적 성으로서 젠더를 수용하여 말하자면, 양성평등은 젠더 양분법(gender binary)을 채택하는 반면에 성평등은 젠더 양분법을 철저히 거부한다 [https://namu.wiki/w/%EC%96%91%EC%84%B1%ED%8F%89%EB%93%B1 (2018.7.15. 검색)]. 그래서 성평등은 양성평등의 상위개념에 해당한다고 본다[https://ko.wikipedia.org/wiki/%EC%84%B1%ED%8F%89%EB%93%B1 (2018.7.15. 검색)]. 이런 관점에서 보면, 사회적 산물(social product)인 젠더를 이분적으로 파악하는 것은 일상생활의 수많은 차원에서 불평등을 만들어내는 셈이 된다[https://www.wikigender.org/wiki/gender-equality/ (2018.7.14. 검색)].

1. 현행 헌법상 평등권 내지 평등원칙의 규범체계⁸⁾

(1) 현행 헌법상 평등 관련 규정

현행 헌법은 평등과 관련하여 다수의 규정을 두고 있다. 전문(前文) 규정 외에, 평등권 및 평등원칙을 규정한 제11조 제1항, 사회적 특수계급제도를 부인하는 제11조 제2항, 영전일대(榮典一代)의 원칙을 밝힌 제11조 제3항, 국교부인(國敎否認)에 따른 종교차별금지를 규정한 제20조 제2항, 근로관계에서 여성차별금지를 규정한 제32조 제4항, 혼인과 가족생활에서 양성평등을 규정한 제36조 제1항, 교육의 기회균등을 규정한 제31조 제1항, 병역의무 이행에 따른 불이익한 처우를 금지하는 제39조 제2항, 평등선거를 규정한 제41조 제1항 및 제67조 제1항, 선거운동의 균등한 기회를 규정한 제116조 제1항, 경제질서에 있어서 균형성을 규정한 제119조 제2항 및 제123조 제2항 등이 있다. 이와 같이 헌법은 제11조의 평등원칙을 정치적·경제적·사회적·문화적 영역에서 구체화하는 규정을 다시 명문으로 두고 있다. 그런데 각 특별규정에서 보장하는 평등권의 내용과 성격은 사뭇 상이하다.

현행 헌법상 평등에 관한 핵심조항은 제11조이다. 제11조 제1항은 평등원칙과 그 구체적인 적용으로 차별금지를 규정하고 있다. 즉 제1문(모든 국민은 법 앞에 평등하다)은 일반적 평등보호를 규정하며, 제2문(누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다)은 성별·종교·사회적 신분이라는 차별금지사유를 정하는 동시에, 정치·경제·사회·문화적 생활 등 차별금지영역을 명시하고 있다. 제2문은 어떠한 기준이 차별을 정당화하는 이유로 고려될 수 없는가를 규정함으로써 제1문의 일반적 평등조항을 구체화하는 특별 평등조항에 해당한다.⁹⁾

여기서 제2문의 차별금지사유 규정이 예시규정이냐 열거규정이냐에 관하여 견해가 나뉜다. 종래 다수의 견해는 이를 제1문의 평등원칙을 예시하는 예시규정으로 이해한다.¹⁰⁾ 한편 헌법의 규정 형식을 강조하는 입장에서는 제2문의 차별금지사유를 열거적으로 보고, 이 규정에 명시되지 아니한 차별금지사유는 제1문에 따라 판단되어야 한다고 본다.¹¹⁾

(2) 평등원칙을 구체화하는 특별규정

평등원칙을 구체적으로 실현하기 위한 헌법규정은 ①불리한 차별을 금지하는 규정(차별금지규정), ②유리한 차별을 명령하는 규정(차별명령규정), ③유리한 차별을 허용하는 규정(차별허용규정)으로 나뉜다.¹²⁾

첫째, 불리한 차별을 금지하는 규정은 입법자에게 차별의 근거로 삼아서는 안 되는 기준을 명시함으로써 입법형성권을 제한하고 있다. 이에 따라 헌법재판소는 이러한 헌법적 요청이 준수되는지를 엄격히 심사하여야 한다. 헌법상 차별금지규정으로는 성별·종교 또는 사회적 신분을 이유로 한 차별금지를 규정한 제11조 제1항 2문이 대표적이다.

8) 이하는 음선필, “양성평등과 대한민국 헌법”, 홍익법학, 제19권 제1호, 2018, 115-120면 참조.

9) 한수웅, 『헌법학』, 2015, 법문사, 586면.

10) 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2010, 394면; 김철수, 『헌법학신론』, 박영사, 2009, 433면; 김학성, 『헌법학원론』, 피엔씨미디어, 2014, 407면; 성낙인, 『헌법학』, 법문사, ; 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2015, 352면.

11) 계획열, 『헌법학(중)』, 박영사, 2005, 242면; 정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2015, 453면; 한수웅, 앞의 책, 587면.

12) 한수웅, 앞의 책, 579-585면.

성별에 의한 차별금지를 구체화한 것으로는 이를 근로영역에서 규정한 제32조 제4항과, 혼인 및 가족생활에서 규정한 제36조 제1항이 있다. 종교와 관련해서는 국교를 이유로 한 종교의 차별금지를 규정한 제20조 제2항이 있으며, 사회적 신분과 관련해서는 사회적 특수계급을 부인한 제11조 제2항이 있다. 이외에도 능력 이외의 기준으로 차별해서는 안 되는 교육받을 권리(제31조 제1항), 병역의무의 이행을 불리한 법적 차별을 금지하는 제39조 제2항 등이 있다.

둘째, 유리한 차별을 명령하는 규정으로는 제32조 제6항 “국가유공자·상이군경 및 전몰군경의 유가족은 법률이 정하는 바에 의하여 우선적으로 근로의 기회를 부여받는다.”를 들 수 있다. 이 규정은 공직자의 선발에 있어서 국가유공자 등을 우대하여야 할 의무를 입법자에게 부과하는 헌법적 위임이다. 이에 따라 입법자는 공직자의 선발에 있어서, 제3자의 기본권이나 다른 헌법적 이익과 조화를 이루면서, 국가유공자 등을 우대하는 입법을 해야 할 의무를 진다.

셋째, 유리한 차별을 허용하는 규정으로는 여성·연소자 근로에 대한 특별한 보호를 규정한 제32조 제4항, 사회적 약자로서 노인·청소년·신체장애자·생활능력 없는 국민 등에 대한 우대를 허용하는 제34조 등이 있다.

위와 같이 평등원칙을 구체화하는 특별규정(개별 평등권)은 그만큼 강하게 보호받는 효과가 있다.¹³⁾ 그래서 입법자의 입법형성에 미치는 효력에 차이가 있다. 차별금지규정과 차별명령규정은 입법자에게 분명한 입법위임을 하기 때문에 입법형성권을 제한한다.¹⁴⁾ 반면에 차별허용규정은 입법자의 형성권을 제한하는 것이 아니라, 유리한 차별의 입법을 정당화할 수 있는 헌법적 근거를 제공한다.

2. 양성평등 관련 규정의 체계

(1) 개관

역사적으로 양성평등의 원칙은 여성이 상대적으로 불리한 입장에서 부당한 차별을 받았음을 인정하고 반성하는 차원에서 출발하였다. 양성평등 개념은 여성에 대한 차별 금지 → 여성에 대한 배려·보호 및 여성의 참여 지원 → 양성의 동등한 참여·대우의 순서로 발전 또는 확장되었다. 따라서 양성평등은 단순한 차별금지 이상으로 동등한 참여·대우 보장을 의미하므로, 이른바 「형식적 평등」 아닌 「실질적 평등」을 핵심내용으로 하는 것으로 이해된다.¹⁵⁾ 따라서 양성평등의 실현은 경제적·사회적 불이익을 받아온 한쪽 성(특히 여성)에 대한 보호를 통해 평등이념을 실현하기 위한 적극적 개념으로, 국가로부터 부당한 처우의 금지를 요구하는 소극적 차별금지와 다르다.¹⁶⁾ 이에 따라 현행 헌법은 양성평등과 관련하여, 제11조 제1문의 일반적 평등원칙 외에, 아래와 같이 불리한 차별금지 규정과 유리한 차별허용 규정을 두고 있다. 이처럼 현행 헌법은 양성평등을 폭넓게 규율하고 있다.

(2) 불리한 차별을 금지하는 특별규정

양성평등과 관련하여 불리한 차별을 금지하는 특별규정으로는 제11조 제1항 제2문, 제32조 제4

13) 이러한 이유에서 자기의 법적 지위를 견고히 하려는 자들은 자기에게 유리한 평등권 내지 평등원칙의 구체화 규정을 헌법에 포함하려고 노력한다. 그 구체화는 차별금지사유의 추가 또는 유리한 차별명령·허용의 명시로 나타난다.

14) 따라서 불리한 차별금지 규정과 유리한 차별명령 규정을 헌법에 규정하기 위해서는 반드시 이에 상응한 강력한 정당화 근거를 가져야 한다.

15) 김엘림, 『남녀평등과 법』, KNOU Press, 2009, 8면.

16) 김학성, 앞의 책, 409면.

항, 제36조 제1항을 들 수 있다.

1) 제11조 제1항 제2문(성별에 의한 차별금지)

제11조 제1항 제2문은 「성별」에 의한 차별을 금지한다. 여기서 성별은 당연히 남성과 여성의 성(sex)을 의미한다.¹⁷⁾ 그런데 여기의 성별이 양성만이 아닌 제3의 성도 포함하는 것으로 이해하는 견해도 있다.¹⁸⁾ 또한 여기의 성별에 성적 지향이 포함되는 것으로 해석하려는 시도가 있을 수 있다.¹⁹⁾

그러나 성별에 성적 지향이 포함되는 것으로 해석하는 것은 1948년헌법 이래로 「성별」이 차별금지사유로 명시된 이유가 여성에 대한 차별이 심하였던 한국의 현실에 대한 광정(匡正)이었다는 엄연한 사실을 무시하는 것이라 하지 않을 수 없다. 헌법상 평등조항에서 차별금지사유로 명시되는 것은 오랜 세월이 걸쳐 그러한 차별이 존재했고, 이에 대한 금지의 요청이 국민적 합의를 이뤄 헌법적 규범으로 승인되었기 때문임을 생각한다면²⁰⁾, 여기서의 「성」별을 생물학적 성이 아닌 사회학적 성으로 해석하여 다양한 성적 지향을 포함하는 것으로 이해하는 것은 억지라고 볼 수밖에 없다.

한국의 현실적 상황을 보더라도, 성적 지향은 차별금지사유로 인정될 만한 차별의 기준이라고 볼 수 없다. 국가인권위원회의 「2016년 12월말 현재 사건처리 현황」²¹⁾에 따르면, 국가인권위원회 설립일인 2001년 11월 25일부터 2016년 12월 31일까지 15년 여 동안 성적 지향에 따른 차별로 접수된 진정사건은 81건이었다. 이는 성별·임신·인종·종교 등을 이유로 제기된 전체 차별 진정사건 총 2만 3,407건 중 0.3%에 불과한 수치이다. 그나마 44건은 차별행위에 해당되지 않아 각하됐고, 18건은 기각됐다. 정작 차별행위에 해당된 11건에 대해서는 모두 권고결정이 내려졌다. 한편 명확한 차별행위가 발생했을 때 국가인권위원회가 내놓는 수사의뢰나 조정, 고발 및 징계권고 결정은 단 1건도 없었다. 이러한 통계자료는 한국에서 성적 지향에 기인한 차별이 일반화되지 않고 있음을 단적으로 잘 보여준다.

한편 성평등주의자들이 ‘성적 지향’을 헌법상 차별금지사유로 추가할 것을 주장한 사실²²⁾은 제

17) 권영성, 앞의 책, 394면; 김철수, 앞의 책, 434면; 정영화, 『헌법』, 일조사, 2011, 231면; 한수용, 앞의 책, 590면; 김학성, 앞의 책, 407면. 헌법재판소도 “성별은 개인이 자유로이 선택할 수 없고 변경하기 어려운 생래적인 특징”으로 파악하고 있다(헌재 2010. 11. 25. 2006헌마328).

18) 정종섭, 앞의 책, 454면은 양성동체(兩性同體)인 중성(中性, hermaphrodite) 또는 간성(間性, intersex)의 경우도 존중되어야 한다고 본다. 그러나 간성은 제3의 성이나 정상적인 성의 한 종류로 볼 수 없는, 아주 낮은 확률로 나타나는 선천적인 성 기형이라고 보는 것이 과학계의 견해이다. 길원평 외, 종교적 신념과 관련한 문제를 법제화하는 과정에 발생하는 사회적 현상(2017년도 국회운영위원회 정책연구개발용역 보고서), 홍익대학교 산학협력단, 2018.2, 48-49면.

19) 이러한 해석은 국제연합인권규약(International Covenant on Human Rights) 중 「시민적·정치적 권리에 관한 국제규약」(B규약) 제2조와 제26조의 차별금지사유로 명시된 성(sex)에 성적 지향이 포함되는 것으로 해석하는 것과 동일하다. 그러나 생물학적 성별 개념을 확장시켜 성적 지향을 포함하는 것으로 해석하는 것은 성적 지향이 남녀 이분법적 성별 구분 자체를 부정하는 개념이므로 논리적 모순을 범하는 것이라고 비판할 수 있다.

20) 한수용, 앞의 책, 586면; 헌재 2010. 11. 25. 2006헌마328. 각국 헌법의 차별금지사유는 각국의 특수한 경험이 반영되어 있다는 관점에서 금지사유를 단순한 예시적 조항에 불과하고 특별한 법적 의미가 없거나 존재의 의미가 없다는 것은 적절하지 않다고 본다(황도수, “헌법재판의 심사기준으로서의 평등”, 서울대 박사학위논문, 1997, 141면 이하).

21) <https://www.humanrights.go.kr/site/program/board/basicboard/view?menuid=001003004&pagesize=10&boardtypeid=20&boardid=617177>.

22) 국가인권위가 제시한 헌법개정안 제15조 제2항은 “누구든지 모든 영역에서 성별, 종교, 인종, 언어, 출신지역, 장애, 나이, 성적 지향, 학력, 사상, 정치적 의견, 사회적 신분 등 어떠한 이유로도 부당한

11조 제1항의 ‘성별’이 양성을 전제로 하는 개념임을 스스로 인정한 셈이다.

2) 제32조 제4항(근로영역의 차별금지) 및 제36조 제1항(혼인 및 가족생활에서 차별금지)

성별에 따른 차별금지를 더욱 구체화한 특별규정으로 제32조 제4항과 제36조 제1항이 있다. 제32조 제4항은 근로영역(고용·임금 및 근로조건)에서 여성의 근로가 부당한 차별을 받는 것을 금지하고 있다.²³⁾ 이러한 부당한 차별금지에는 「동일가치노동 동일임금」이 포함되는 것으로 이해된다.

제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되며 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.”라고 규정함으로써 혼인과 가족생활에서 성별에 의한 차별을 금지하고 있다.²⁴⁾ 이 조항은 국가적 공동체에서 중요한 의미를 가진 혼인 및 가족제도에 인간의 존엄성과 평등권이 분명하게 적용되어야 함을 재차 강조한 특별법적 규정이다. 헌법재판소는 이 조항이 기본권의 성격을 갖는 동시에 혼인과 가족생활에 관한 제도적 보장을 규정하는 것으로 보며²⁵⁾, 이러한 제도적 보장에 당연히 일부일처제가 포함된다고 본다.²⁶⁾ 또한 이 조항은 호주제의 위헌판결을 이끌어낸 근거가 된 바 있다.²⁷⁾ 이러한 점에서 볼 때, 현행 헌법상 혼인조항은 동성결혼을 알지 못한다고 할 것이다.²⁸⁾

그런데 헌법 제36조 제1항이 존엄과 양성의 평등을 강조하는 것은 혼인과 가족관계에서 종래의 가부장적이고 봉건적인 질서를 용인하지 않겠다는 의미이지, 혼인관계를 양성간에만 한정하는 의도를 가진 것으로 해석하기 어렵다는 견해²⁹⁾가 있다. 이에 따르면, 현행헌법상 혼인의 상대를 선택할 권리에 대해서 법적으로 규율하고 있지 않기 때문에 동성혼도 가능하다고 본다. 그러나 이 견해는 제헌헌법 제정 당시, 그리고 그 이후에도 동성혼의 존재를 인식하지 않았기 때문에 이에 대한 배척의 의사가 없었으리라고 판단하는 우(愚)를 범하고 있다. 만약 제헌헌법 제정 당시 동성혼의 존재를 알았더라면 이를 더 확실하게 배척하였으리라고 추측하는 것이 무리가 아니라고 본다. 또한 이 견해는 “양성의 평등을 기초로 성립”되는 혼인의 주체가 남녀 양성이라는 지극히 상식적인 해석을 배척하는 무리수를 두고 있다는 비판에서 자유로울 수 없다.³⁰⁾

(3) 유리한 차별을 허용하는 특별규정

제32조 제4항의 “여자의 근로는 특별한 보호를 받으며” 규정은 근로영역에서 차별금지 이상으로

차별을 받지 아니한다.”라고 규정하고 있다. 대화문화아카데미 2016년 헌법안 제10조 제2항은 “모든 사람은 성, 종교, 종족, 연령, 신체적 조건이나 정신적 장애, 출신, 성적 지향 또는 사회적 신분 등에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”라고 하고 있다.

23) 여성의 근로에 대한 보호가 1948년헌법부터 규정되었던 것과 달리, 근로영역에서 여성근로의 부당한 차별 금지는 1987년헌법에서 비로소 신설되었다.

24) 1948년헌법에서는 제20조에서 “혼인은 남녀동권을 기본으로 하며”라며 규정하였는데, 1972년헌법(유신헌법)에서는 이 규정이 삭제되었다. 그후 1980년헌법 제34조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 한다.”라고 하여 혼인과 가족생활의 기초가 개인의 존엄과 양성의 평등임을 분명히 하였다. 이 규정은 현행 헌법에도 그대로 이어지고 있다.

25) 헌재 2002.3.28. 2000헌바53; 헌재 2011.2.24. 2009헌바89등.

26) 헌재 2014.7.24. 2011헌바275.

27) 남계혈통 위주로 가(家)를 구성하고 승계하는 호주제도는 인간의 존엄과 남녀평등의 원칙에 위배되어 위헌이다(헌재 2005.2.3. 2001헌가9 등).

28) 음선필, “동성애·동성혼의 헌법적 수용에 대한 비판”, *홍익법학*, 제18권 제3호, 2017, 112면.

29) 한상희, “동성혼은 원래 합법이다”, 동성혼인 합법화해야 하나?, *중앙일보*, 2015.7.31.; 김선화, “동성혼의 법제화에 관한 고찰”, 『*이화젠더법학*』, 제7권 제3호, 2015.12, 36, 50-51면.

30) 음선필, “동성애·동성혼의 헌법적 수용에 대한 비판”, *홍익법학*, 제18권 제3호, 2017, 110면.

여성에게 유리한 차별을 허용하고 있다.³¹⁾

제34조 제3항 “국가는 여자의 복지와 권익의 향상을 위하여 노력하여야 한다.”는 규정도 여자에 대하여 우대를 허용하고 있다.³²⁾ 동 조항은 여성을 노인, 청소년, 신체장애자, 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민과 같이 사회적·경제적 약자로 파악하고 있다.

제36조 제2항의 “국가는 모성의 보호를 위하여 노력하여야 한다.”는 규정은 모성을 보호하기 위하여 여성에게 유리한 차별을 허용하는 것으로 볼 수 있다.³³⁾ 임신, 출산과 양육은 국가공동체의 존속을 가능케 하는 핵심요소가 되기 때문에, 그 책임을 전적으로 개인에게 부담시키지 않고 국가적 보호의 대상으로 명시할 필요가 있다.

위 특별규정들은 자유 내지 기본권 행사의 실질적 조건을 마련해 주기 위한 사회국가원리의 구체적 표현이다. 이 규정들은 여성에게 유리한 입법을 제정할 수 있는 헌법적 근거를 입법자에게 부여한다. 이러한 헌법적 근거에 따라 「양성평등기본법」, 「남녀고용평등과 일·가정양립지원에 관한 법률」, 「건강가정기본법」, 「한부모가족지원법」, 「경력단절여성 등의 경제활동촉진법」 등이 제정되었다.

(4) 유리한 차별을 명령하는 특별규정

현행 헌법은 여성을 위하여 “... 노력하여야 한다.”는 규정을 두고 있을 뿐, 입법자에게 입법무를 명시적으로 부과하는 규정을 두고 있지 않다. 즉 현행 헌법에서 양성평등과 관련하여 여성에게 유리한 차별을 명령하는 규정은 없다.

오늘날 양성평등이 형식적 평등 차원에 머물지 않고 실질적 평등으로 나아가기 위해서는 헌법에서 유리한 차별을 허용하는 규정만이 아니라 이를 명령하는 규정을 마련할 필요가 있다고 본다. 예컨대 저출산에 따른 인구절벽이 현실화됨에 따라 모성 보호에 관한 특별한 보호를 명하는 규정을 마련하여야 할 것이다. 그러한 입법례로 포르투갈 헌법 제68조 제3항(“여성은 임신 중 출산 후 특별한 보호를 받을 권리가 있으며, 여성 노동자들 역시 보수나 특권을 상실하지 않는 한도에서 충분한 기간 동안 휴가를 보장받을 권리가 있다.”), 러시아헌법 제38조 제1항(“모성, 아동과 가족은 국가의 보호를 받는다.”)를 들 수 있다.

3. 성소수자의 평등에 대한 현행 헌법의 입장

동성애자 등 성소수자들은 동성애 처벌을 금지할 뿐 아니라 동성결혼을 합법화할 것을 요구한다. 그리고 군복무, 입양(자녀양육), 연금, 상속, 건강보험 등과 관련한 권리를 확보하기 원한다. 동성 커플이 사실상 결합·생활하거나 성행위를 하는 것의 헌법적 근거로 행복을 추구하기 위한 일반적 행동자유권과 성적 자기결정권을 들 수 있다.³⁴⁾ 그러나 동성애나 동성결혼이 헌법적 근거

31) 1948년헌법 제17조는 “여자와 소년의 근로는 특별한 보호를 받는다.”라고 규정하여 여성의 근로를 미성년자들의 근로와 동일하게 취급하였다. 이러한 규정은 1987년헌법에서 여성의 근로와 연소자의 근로를 구분하여 별도로 규정할 때까지 존속되었다. 이러한 연혁을 통하여 알 수 있듯이, 여성의 근로는 특별한 보호의 대상으로 인식되어왔다.

32) 동 조항은 1987년헌법 개정시 신설되었다. 그런데 동 조항에서 규정하는 여자의 복지와 권익의 향상을 위한 국가의 노력의무는 노인·청소년의 복지향상을 위한 정책실시 의무와 신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력 없는 국민을 위한 국가의 보호의무와 맞물려 여성 전체를 복지대상자로 인식하게 만들고 있다.

33) 동 조항은 1987년헌법에 신설되었다. 여성과 모성을 분리하고 모성은 국가로부터 특별한 보호를 받아야 한다는 당시 여성계의 의견이 반영된 것이었다.

34) 정종섭, 앞의 책, 250면.

를 가지더라도 헌법 제37조 제2항에 따라 그 제한이 가능하다. 이러한 이유 때문에 동성애자 등 성소수자는 이성애자와 동등하게 대우받아야 한다는 의미에서 평등권을 주장한다. 이러한 자유와 권리를 확보하기 위한 가장 중요한 수단이 차별금지, 바로 평등권인 것이다. 그래서 성소수자들이 평등을 크게 외치고 있다.

그런데 성소수자에 대한 평등을 의미하는 성평등과 관련하여, 현행 헌법은 불리한 차별을 금지하거나 유리한 대우를 허용하는 특별규정을 두고 있지 아니다. 즉 입법자는 성소수자와 관련한 입법을 함에 있어서 명시적인 헌법위임을 받고 있지 않다. 따라서 성소수자의 평등에 대하여는 헌법 제11조 제1항의 일반적 평등권 내지 평등원칙이 적용된다. 이에 따라 성소수자는 정치·경제·사회·문화 각 영역에서 부당한 차별을 받아서는 아니 된다. 입법자는 통상적인 입법형성의 자유(입법재량)³⁵⁾를 행사하여 성소수자와 관련한 입법을 하게 될 것이다.

여기서 중요한 것은 동성애자 등에 대한 차별의 부당성 여부를 어떻게 판단하느냐이다. 먼저, 차별에 대한 위헌 여부를 심사함에 있어서 그 심사기준을 어떻게 정하느냐가 문제된다. 헌법재판소의 견해에 의하면, 헌법에서 명시적으로 규정하고 있는 차별금지사유(성별, 종교 또는 사회적 신분)나 차별금지영역에 해당한 경우에는 엄격한 심사를 하여야 한다.³⁶⁾ 즉 비례성원칙에 따라 차별의 위헌 여부를 심사하여야 한다. 그렇지 않은 경우에는 차별의 합리성 여부에 따라 위헌성을 심사하게 된다(완화된 심사).

또한 차별에 대한 위헌 여부를 심사함에 있어서, 헌법상 명시된 차별금지사유 또는 차별금지영역에 해당되느냐 여부에 따라 그 입증책임이 달라진다. 헌법 제11조 제1항 제1문(“모든 국민은 법 앞에 평등하다”)이 적용되는 경우, 즉 헌법상 차별금지사유나 차별금지영역에 해당하지 않은 경우, 차별의 위헌성을 주장하는 자가 그 차별의 합리성이 없음을 입증하여야 한다. 반면에 동 조항 제2문에 명시된 차별금지사유에 의한 차별의 경우, 표현의 자유에 준하여, 입증책임이 전환되어 합헌성의 주장자가 차별의 부재에 대해 입증책임을 진다.³⁷⁾

앞에서 보듯이, 성 정체성 내지 성적 지향에 따라 성소수자를 달리 취급하는 것은 헌법 제11조 제1항 제2문에 명시한 차별금지사유에 해당하는 것이 아니기 때문에 헌법 제11조 제1항 제1문의 적용을 받게 된다. 따라서 성소수자에 대한 보호의 수준(정도)은 성별에 의한 차별금지의 경우와 다를 수 밖에 없다.

4. 현행 헌법상 양성평등이념에 대한 도전

(1) 개헌의 시도

현행 헌법상 양성평등이념에 대한 도전으로 가장 주목할 것은 최근 강하게 추진되었던 개헌의 시도이다. 성평등을 성별·성적 지향(sexual orientation)·성 정체성(gender identity)에 기인한 차별의 금지와 성소수자에 대한 평등을 포함하는 개념으로 이해하면서 이를 뒷받침하는 헌법적 근거를 마련하려고 하였다.

예컨대, 헌법개정여성연대가 8개월 동안 수차례 논의를 통하여 정리하여 발표한 개헌안은 성평등 실현을 위해 양성평등뿐 아니라, 성소수자들의 시민적 권리를 보장하는 취지에서 혼인 및 가족생활의 주체를 남성과 여성에서 개인으로 전환하는 것을 포함하였다.³⁸⁾ 여성계 지도자들의 의

35) 입법형성 자유는 입법의 여부, 입법의 내용, 시기, 방식 등을 국회의 자체적인 판단에 따라 결정하는 것을 의미한다.

36) 헌재 1999.12.23. 98헌마363(제대군인 가산점 사건); 헌재 2000.8.31. 97헌가12(부계혈통주의에 의한 국적취득 사건) 등.

37) 정영화, 헌법, 일조사, 2011, 228면.

견을 적극 반영하였음을 밝힌 대화문화아카데미 새헌법안에서도 성평등의 실현을 적극적인 국가적 목표로 명시하면서, 성적 지향을 차별금지사유로 명시하고 또한 동성간의 결혼을 인정하기 위하여 혼인과 가족생활이 개인의 존엄과 '성평등'을 기초로 성립·유지되어야 함을 명시한 바 있다.³⁹⁾ 또한 국가인권위원회 개헌안 제32조 제1항은 “모든 사람은 존엄과 평등에 기초하여 혼인하고 가족을 구성할 권리가 있다. 혼인과 가족은 국가의 특별한 보호를 받는다.”라고 하여, 혼인의 주체를 남녀(양성)가 아닌 “모든 사람”으로 변경하고, 사람들의 “평등”에 기초하여 혼인이 성립됨을 규정하고 있다. 이는 남녀 양성의 평등한 혼인만이 아니라, 동성간의 평등한 혼인을 당연히 인정하려는 것이다. 그러한 이러한 시도는 국민적 동의를 이끌어내지 못한 채 모두 실패로 그치고 말았다.

(2) (포괄적) 차별금지법 제정의 시도

성평등의 구현은 크게 차별의 금지와 대우·참여의 동등한 보장으로 이뤄진다. 차별금지법은 차별에 대해 일정한 제재를 가하는 방식으로 이뤄지는 것에 비하여, 대우·참여의 동등한 보장은 일정한 절차의 확보와 기회·급부의 제공으로 이뤄진다. 이 중에 가장 일차적인 것은 성정체성·성적 지향에 따른 차별의 금지라 할 수 있다. 따라서 차별금지법과 관련한 입법이 먼저 시도되곤 한다.

현행법상 ‘성적 지향을 차별금지사유로 명시한 법률규정으로는 「국가인권위법」 제2조(정의) 제3호, 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률(형집행법)」 제5조(차별금지), 「군에서의 형의 집행 및 군수용자의 처우에 관한 법률(군형집행법)」 제6조(차별금지) 등이 있다. 성적 지향이 차별금지사유로 규정된 최초의 법률은 국가인권위법(2005.7.29. 일부개정)이며, 그 뒤를 이어서 형집행법(2007.12.21. 전부개정), 군형집행법(2009.11.2. 전부개정)에 규정되었다. 이러한 법률들이 성적 지향을 헌법상 차별금지사유인 성별, 종교, 사회적 신분과 동등하게 차별금지사유로 열거하고 있다는 점에서 이례적이다.

그런데 성적 지향이 과연 성별, 종교, 사회적 신분 등과 동등한 수준의 차별금지사유에 해당하느냐에 대하여는 근본적인 의문이 제기되고 있다. 왜냐하면 한국 사회에서 성적 지향에 따른 차별이 성별·종교·사회적 신분에 따른 차별만큼 심각하게 여겨질 만큼 사회적 합의가 아직 이뤄지지 않았기 때문이다.

나아가 이러한 개별 법률을 넘어 성적 지향을 차별금지사유로 삼는 포괄적 차별금지법을 과연 별도로 제정할 필요가 있느냐가 논란되고 있다. 성소수자의 입장에서 보면, 성 정체성·성적 지향을 성별과 대등한 차별금지사유로 규정하는 것은 성평등의 완벽한 보장을 뒷받침하는 결정적 계기가 된다. 2018.8.7. 확정된 제3차 국가인권정책 기본계획(2018-2022)은 이를 법무부가 추진하여야 할 과제로 제시하고 있다.⁴⁰⁾

지난 제17대 국회 이래, 성 정체성·성적 지향을 차별금지사유로 포함하여 성소수자에 대한 차별을 금지하는 내용의 포괄적 차별금지법을 제정하려는 시도가 여러 차례 이뤄졌다.⁴¹⁾ 예컨대

38) 김은주, “여/성평등과 헌법: 쟁점과 대안”, 성평등과 헌법(헌법개정여성연대 등 공동주최 헌법개정토론회 자료집), 2017.2., 11쪽.

39) 강대인, “성평등 조항과 관련한 대화문화아카데미 새헌법안(개요)”, 성평등과 헌법(헌법개정여성연대 등 공동주최 헌법개정토론회 자료집), 2017.2., 17-18쪽.

40) 법무부, 2018-2022 제3차 국가인권정책 기본계획, 2018, 44-45면.

41) 2006.7.25. 국가인권위원회가 국무총리에 차별금지법안을 권고하여 2007.4.부터 차별시정위원회, 법무부, 노동부, 국가인권위원회 등으로 구성된 “차별금지법 제정추진기획단”에서 국가인권위원회 권고법안을 기초로 조정안을 마련하였으며, 2007.7.부터 차별금지법 제정추진업무가 법무부로 이관되어 입법예고, 규제심사 등을 거쳐 2007.12.12. 국회에 제출된 바 있다. 제17대국회에서 「차별금지법안」은 정부제출안(2007.12.12.)과 노회찬의원 대표발의안(2008.1.28.)이 있었으나 심사 중 임기만료로 폐

2012.11.6. 김재연 의원이 대표발의하였던 차별금지법안에 의하면 고용, 재화·용역 등의 공급이나 이용, 교육기관의 교육 및 직업훈련, 법령과 정책의 집행의 영역에서 성적 지향·성 정체성을 포함한 23개 차별금지사유에 따른 차별이 금지된다. 이러한 차별에는 간접차별, 괴롭힘, 차별광고가 포함된다. 차별피해자에 대한 구제수단 외에도 차별가해자에게 징벌적 손해배상, 보복행위의 경우에는 형사처벌까지 규정하고 있다.

차별금지법의 제정 여부는 당연히 국회의 입법형성의 자유에 속한다. 국회는 입법형성의 자유를 행사함에 있어서 법치주의 원리와 민주적 대표성 원칙에 따라 헌법과 다수 국민의 의사를 존중하여야 할 것이다. 따라서 국회는 차별금지법의 제정 여부 및 그 내용 형성에 관하여 그에 대한 헌법적 한계와 국민의사에 민감하게 주의하여야 할 것이다.⁴²⁾

IV. 양성평등과 양성평등기본법

1. 양성평등기본법 개관

양성평등기본법은 「여성발전기본법」(법률 제5136호, 1995.12.30. 제정)을 2014.5.28. 전면개정한 것이다. 여성발전기본법은 1995년 제정 이후 헌법의 양성평등 이념을 구현하기 위한 중앙과 지방정부의 여성정책 및 예산 수립의 근거로 작용하면서 양성평등과 여성의 사회 참여 확대 및 권익 증진에 많은 영향을 미쳤다. 그런데, 양성평등기본법 개정이유에 의하면, 여성정책을 둘러싼 사회 환경과 관련 법제도가 크게 변화하고 여성정책의 패러다임이 ‘여성발전’에서 ‘실질적 양성평등 실현’으로 전환되고 있음에 따라, 특히 세계적으로 여성정책의 패러다임이 ‘성 주류화’로 바뀌어 감에 따라, 헌법상 남녀평등 이념을 보다 강력하게 실현하기 위해 「여성발전기본법」을 전부개정하고 법제명을 입법취지에 맞게 「양성평등기본법」으로 변경하였다.

양성평등기본법은 헌법상 양성평등 이념에 기반하고 있다(제2조). 전술한 바와 같이, 헌법상 양성평등 이념은 제11조 제1항, 제32조 제4항, 제34조 제3항, 제36조 제1항 등에서 보장되고 있다.

양성평등의 실현에 관한 기본법으로서, 양성평등기본법은 양성평등에 관한 법령이나 조례를 제·개정할 때 그 기본토대가 되고 있다(제6조). 또한 기본법의 지위에서 핵심적인 법령용어를 정의하며, 입법과 정책형성에 구체적인 지침을 제시한다. 따라서, 법체계의 정합성을 고려한다면, 양성평등 이념을 실현하려는 그 어떤 입법과 정책도 양성평등기본법에 위배되어서는 아니 된다.

2. 양성평등기본법 내용

양성평등기본법은 크게 6장으로 구성되어 있다. 제1장 총칙에서 입법목적과 기본이념을 밝히고

기되었고, 제18대국회에서는 박은수의원이 대표발의한 「차별금지기본법안」(2011.9.15.)과 권영길의원이 대표발의한 「차별금지법안」(2011.12.2.)이 있었으나 심사 중 임기만료로 폐기되었다. 제19대국회에서는 김재연의원이 대표발의한 「차별금지법안」(2012.11.6.), 김한길의원이 대표발의한 「차별금지법안」(2013.2.12.)과 최원식의원이 대표발의한 「차별금지법안」(2013.2.20.)이 있었는데, 김재연의원 법안은 심사 중 임기만료로 폐기되었고 다른 법안들은 철회되었다.

42) 성적 지향을 차별요소로 규정하는 차별금지법 제정의 문제점에 관한 날카로운 지적으로는 이상현 외, 종교적 신념과 관련한 문제를 법제화하는 과정에 발생하는 사회적 현상(2017년도 국회운영위원회 정책연구개발용역 보고서), 흥익대학교 산학협력단, 2018.2, 94-115면.

있다. 동법의 입법목적은 대한민국 헌법의 양성평등 이념을 실현하는 것이다(제1조). 그 기본이념이 개인의 존엄과 인권의 존중을 바탕으로 성차별적 의식과 관행을 해소하고, 여성과 남성이 동등한 참여와 대우를 받고 모든 영역에서 평등한 책임과 권리를 공유함으로써 실질적 양성평등 사회를 이루는 것이다(제2조).

제2장은 양성평등정책 기본계획의 수립과 양성평등정책의 추진체계를 규정하고 있다. 제3장은 양성평등 이념을 실현하기 위한 구체적인 내용으로서 양성평등정책의 기본시책을 제시하고 있다. 제1절에서는 양성평등정책을 촉진하기 위해서 성 주류화 조치, 성별영향(분석)평가, 성인지 예산·통계·교육, 국가성평등지수 등의 개발·보급을 실시할 것을 규정하고 있으며, 제2절에서는 양성평등 참여를 촉진하기 위하여 적극적 조치, 정책결정과정 참여, 공직 참여, 정치 참여, 경제활동 참여, 모·부성 권리 보장, 일·가정 양립지원, 여성 인적자원의 개발, 여성인재의 관리·육성에 힘쓸 것을 규정하고 있다. 제3절에서는 인권보호 및 복지증진을 위해서 성차별의 금지, 성폭력·가정폭력·성매매범죄의 예방 및 성희롱 방지, 여성의 복지증진, 양성의 건강증진에 노력할 것을 요구하고 있다. 제4절에서는 양성평등문화 확산을 위하여 가족관계 및 가족생활, 양성평등 교육, 양성평등 문화조성, 양성평등주간, 여성친화도시, 국제협력과 관련한 다양한 영역의 시책을 규정하고 있다.

양성평등정책의 효과적인 추진과 관련하여 제4장은 양성평등기금을, 제5장은 양성평등정책 관련 기관 및 시설과 단체에 대한 지원을, 제6장은 보칙을 규정하고 있다.

위에서 보듯이, 양성평등기본법은 성차별적 의식과 관행을 해소하는 것 이상으로 ‘실질적 양성평등사회’를 이루는 데 필요한 사항을 폭넓게 규정하며 이를 구체화하는 입법과 정책의 형성을 요구하고 있다.

3. 양성평등기본법은 성평등정책의 법적 근거가 되는가?

양성평등기본법이 실현하고자 하는 양성평등은 여성과 남성이 동등한 참여와 대우를 받고 모든 영역에서 평등한 책임과 권리를 공유하는 것을 의미한다(동법 제3조). 양성평등기본법이 전제로 하고 있는 성은 여성과 남성 두 가지이다. 따라서 양성평등기본법은 성소수자인 동성애자, 트랜스젠더 등이 주장하는 평등으로서의 성평등을 포함하지 아니한다.

양성평등기본법에서 성평등 용어가 사용되고 있음⁴³⁾을 제시하면서 동법이 성소수자의 평등권으로서 성평등의 법적 근거가 될 수 있다고 주장할 수 있으나, 그 제정취지를 살펴보면 동법이 성소수자를 보호하기 위한 성평등의 법적 근거가 될 수 없음이 명확하다.

양성평등기본법의 입법취지는, 양성평등과 관련된 권리 보장과 정부의 책임성을 강화하고 양성평등 정책 추진체계의 내실화, 양성평등 촉진을 위한 시책 강화, 정책의 양성평등 효과를 강화하기 위한 성 주류화 조치의 체계화 등을 통하여 여성과 남성이 동등한 참여와 대우를 받고 모든 영역에서 평등한 책임과 권리를 공유하는 실질적 양성평등 사회를 실현하려는 것이다.

다시 말하지만, 입법취지를 고려할 때, 양성평등기본법이 성소수자의 평등을 위한 성평등의 법적 근거가 될 수 없음은 명확한 사실이다.⁴⁴⁾ 그런 점에서 양성평등정책 기본계획을 세우면서 성소수자의 평등을 포함하는 성평등을 주된 목표로 삼는 것은 위법하다는 비판을 면할 수 없다.

43) 양성평등기본법 제14조(성 주류화 조치), 제15조(성별영향분석평가), 제19조(국가성평등지수 등), 제30조(성폭력·가정폭력·성매매 범죄의 예방 및 성희롱 방지)에서 ‘성평등 관점’, ‘성평등 의식·문화’ 등의 표현이 사용되고 있다.

44) 그래서 양성평등 아닌 성평등을 주장하는 입장에서는 양성평등기본법이 양성애에 기반한 이분법적 성차별만을 기준으로 하여 여성간의 차이와 다양한 섹슈얼리티를 고려하지 못한다고 비판하고 있다.

지난 2017년 여성가족부에서 제2차 양성평등정책 기본계획을 수립하는 과정에서 양성평등기본법의 관련규정을 무리하게 확대해석하거나 또는 무시한 바 있어서 많은 반론을 일으켰다. 예컨대 양성평등기본법 제34조(건강증진)에서 규정하고 있는 ‘양성평등한 건강’을 지나치게 확대해석하여 여기서 젠더건강과 관련한 계획의 수립을 이끌어낸 바 있다. 또한 제36조(양성평등 교육)에서 규정하고 있는 ‘양성평등 교육’을 지나치게 확대해석하여 여기서 학교에서의 성평등 교육과 성평등 시민교육을 이끌어내었다. 특히 학교에서의 성평등 교육에 관한 기본계획은 동성애에 대한 차별을 금지할 뿐 아니라 오히려 이를 조장하는 학생인권조례를 강화하는 근거로 활용될 수 있었기에 많은 반발을 샀다.

이러한 시도는 많은 반대에 직면하여 결국 좌절되었으나, 양성평등기본법의 규정을 의도적으로 달리 해석함으로써 동성애자 등을 옹호하려는 성평등주의자의 본심을 그대로 보여주었다.

V. 양성평등과 조례

조례에서도 성소수자를 보호하는 규정이 제정되고 있다. 2018. 7. 현재 ‘성적 지향’을 포함하고 있는 조례는 「서울특별시 어린이·청소년 인권조례」 등 12건이 있다.⁴⁵⁾ ‘성소수자’를 규정하고 있는 조례는 3건(「서울특별시 어린이·청소년 인권조례」, 「서울특별시 학생인권 조례」, 「거제시 소셜미디어 운영 조례」)이다. 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 있으나 일부 소수의 지방자치단체가 「성평등 기본조례」의 명칭을 택하고 있다.

법률에 비하여 조례에 성소수자와 관련된 규정이 상대적으로 많은 것은 지방의회의 입법절차가 까다롭지 않고 지방의회가 성소수자에 우호적인 집단(정당이나 단체 등)의 영향력에 의하여 좌우될 수 있었기 때문이라고 본다.

무엇보다도 조례에서 성평등 용어는 양성평등의 개념을 의도적으로 흐드는 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 개념정의라면 성평등이 양성평등기본법의 양성평등과 동일한 의미로 해석될 수 있다. 그렇다면 「서울특별시 성평등 기본조례」가 제1조에서 양성평등기본법에 따른다고 하면서도 왜 양성평등 대신에 성평등이라는 용어를 고집하는가 하는 의문이 든다. 규범체계성의 관점에서 보더라도, 동일한 의미를 가진 개념이라면 동일한 용어로 표현하는 것이 타당하기 때문이다. 대부분 지방자치단체의 조례가 양성평등 용어를 사용하고 있다는 점에서 더욱 그러한 의문이 든다.

양성평등이념과 관련하여, 인권 관련 조례 중 특히 학생인권조례가 부정적인 내용을 담고 있어 문제되고 있다. 예컨대 「서울특별시 학생인권조례」는 성적 지향·성별 정체성 등을 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). 학생은 성적 지향 등의 개인 정보를 보호받을 권리를 가진다(제14조). 교육감, 학교의 설립자·경영자, 학교의 장은

45) 이러한 조례를 제정한 광역자치단체는 서울, 대전, 광주, 울산, 경기도이며, 기초자치단체는 부산의 몇 자치구이다.

성소수자 학생 등을 배려하는 데 우선적으로 예산 등의 자원을 배정할 수 있도록 노력하여야 한다(제21조 제2항). 또한 제28조 제2항은 “교육감, 학교의 장 및 교직원 등 … 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.

더욱 심각한 것은 이러한 (학생)인권조례를 제정하려는 움직임이 각 지역에서 일어나고 있다는 사실이다. 이에 대한 적극적·선제적 대응이 매우 요청되고 있다. 참고로, 서울시 학생인권조례 제3조 제1항 등의 위헌확인을 구하는 헌법소원심판청구사건(2017헌마1356)이 2017.12.20. 접수되어 현재 헌법재판소에서 심리중에 있다.

VI. 양성평등과 국가정책

이뿐 아니라 동성애자 등 성소수자를 보호하기 위한 정책 형성이 시도되고 있다. 지난 2017년 여성가족부는 제2차 양성평등정책 기본계획(2018-2022)을 수립함에 있어서 제1차 기본계획의 비전인 “여성·남성이 함께 만드는 양성평등 사회”를 “함께하는 성평등, 지속가능한 민주사회”로 내세운 바 있었다.⁴⁶⁾ 그런데 이에 대한 강력한 반발로 말미암아 제2차 양성평등정책 기본계획은 비전을 “여성과 남성이 함께 만드는 평등하고 지속가능한 민주사회”으로 확정하였으며⁴⁷⁾, ‘성평등’ 용어 대신에 ‘양성평등’ 용어를 원칙적으로 사용하게 되었다.⁴⁸⁾

양성평등이념의 관점에서 볼 때, 현재 가장 경계하여야 할 것은 2018년 8월 7일 확정·공표된, 법무부 주관의 제3차 국가인권정책 기본계획(2018-2022)(제3차 인권 NAP)이다. 제3차 인권 NAP는 문재인 정부가 구상하는 인권정책의 종합계획이며 행동계획으로서, 문재인 정부의 인권정책을 이해하는 단서가 되며, 향후 국정운영의 방향전개를 예상하는 근거가 된다.

현행법상 인권 NAP 수립의 근거가 법률 아닌 대통령훈령(「국정인권정책협의회 규정」)이기 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. 국민의 권리 제한과 국민에 대한 의무 부과가 법률에 의하여 또는 법률에 근거하여 이뤄질 것을 요구하는 법치주의 원리에서 볼 때, 이는 합당하지 않다. 인권 NAP의 사실상 구속력과 영향력을 고려한다면, 그 내용 및 수립절차 등에 관한 사항을 대통령훈령이 아니라 법률에 근거를 두어야 할 것이다. 그래야 인권 NAP의 수립·내용·이행에 관하여 행정부처만이 아니라 국민의 다양한 목소리가 반영될 수 있을 것이다.

인권 NAP에서 양성평등이념의 측면에서 우려되는 정책으로는 ‘평등권 보장을 위한 차별금지 법제 정비’⁴⁹⁾와 ‘성평등 교육 확대 및 문화 확산’, ‘국어사전의 성차별 내용 개선’, ‘인권 및 문화 차별·혐오적 방송내용에 대한 심의 강화’, ‘성차별 실태 모니터링 및 성차별 개선 심의 기반 마련’,

46) 제2차 양성평등정책 기본계획 수립을 위한 공청회(2017.11.16. 한국여성정책원) 자료집, 3면.

47) 여성가족부, 2018-2022 제2차 양성평등정책 기본계획, 2018.1., 13면.

48) 이를 비판한 어느 언론은 “‘성평등’ 포기하고 ‘여성과 남성’ 택한 여성가족부” 제하의 기사에서 여성가족부의 결정이 자신이 맡은 고유한 책무를 소홀히 한 것이라고 보도한 바 있다. 여성신문, 2017.12.20. <http://www.womennews.co.kr/news/view.asp?num=128638> (2018.7.16. 검색)

49) 법무부, 2018-2022 제3차 국가인권정책 기본계획, 2018, 44-45면.

‘차별·비하 정보 모니터링 및 심의’ 등이다.⁵⁰⁾

VII. 실질적 양성평등의 강화방안

1. 도구개념으로서 양성평등

평등이 그 자체로서 중요한 가치인 것은 사실이나, 대부분의 경우 다른 기본권을 보장하는 계기 또는 수단으로 작용하고 있다.⁵¹⁾ 역사적으로 평등은 자유와 권리를 타인과 동일한 수준으로 향유할 수 있게 하는 항의개념으로 사용되면서 사회변혁을 이끌어냈다. 그런 점에서 인류역사는 평등권 확장의 역사라고 볼 수 있다. 이와 같이 양성평등도 도구적 개념으로 사용됨을 염두에 두어야 한다.⁵²⁾

이러한 이유에서 평등의 실현을 논의할 때에는 반드시 이를 통하여 얻고자 하는 헌법상 가치를 염두에 두어야 한다. 헌법 전문에서 발견할 수 있는 대표적인 궁극적 가치로 「안전」, 「자유」, 「행복」을 들 수 있다.⁵³⁾

따라서 양성평등의 실현은 궁극적으로 현재와 미래의 대한국민의 안전, 자유와 행복의 수준을 향상하는 데 기여하여야 한다. 양성평등 그 자체에만 초점을 맞추는 것은 자칫 평등을 논의하고자 하는 근본 취지에서 벗어날 수 있음을 주의하여야 할 것이다.

2. 양성평등과 개헌

양성평등과 관련한 헌법 개정의 목적은 「양성평등 실현」을 통하여 「지속가능한 공동체」로서 대한민국을 발전시키고자 함이다. 양성평등이 단순한 차별금지 이상으로 동등한 참여·대우 보장을 의미하므로, 이른바 「형식적 평등」 아닌 「실질적 평등」을 핵심내용으로 한다. 그래서 양성평등은 차별금지를 넘어서 양성 상호간의 존중과 동등한 대우를 지향하되, 이를 각 영역에 따라 다양한 형태로 구현되어야 한다.⁵⁴⁾

그런 점에서 양성평등에 관한 일반적 원리를 선언하는 규정과 이를 특별하게 구체화하는 규정을 별도로 마련하는 것이 바람직하다고 본다. 양성공동체로 이뤄지는 가정·직장·국가에서 「당분간(잠정적으로)」 여성에 대해서는 특별한 배려를, 남성에 대해서는 균등한 역할을 각각 부여하는 것이 필요하다. 특히 여성에게 유리한 차별허용 규정과 유리한 차별명령 규정을, 그 정당성의 크기에

50) 법무부, 2018-2022 제3차 국가인권정책 기본계획, 2018, 46-49면.

51) 그래서 평등권은 국가의 부작위를 요구하는 방어권적 성격이나 국가의 작위를 요구하는 청구권적 성격을 가진 기본권이 아니라, 다양한 사실관계의 비교를 통하여 비로소 그 내용이 결정되고 기능하는 ‘상대적 기본권’이다. 한수용, 『헌법학』, 2015, 법문사, 569면.

52) 페미니스트들이 양성평등 용어를 기피하는 이유는, 당초 양성평등이 남성을 개혁의 동등한 주체로 포섭할 것으로 기대하였으나 운용과정에서 오히려 남성의 권익도 동등하게 보호하여야 한다는 의미로 사용됨으로써 여성의 권익 신장과 적극적인 참여를 저해하는 결과가 되었다고 보기 때문이다. 따라서 남성과 여성의 기계적·형식적 평등으로 이해되기 쉬운 양성평등 대신에 성평등이 적합한 용어라고 주장한다.

53) M. 크릴레는 민주적 헌정국가의 역사적 발전과정을 통하여 그 추구하는 목표가 평화, 자유, 정의임을 밝히고 있다. M. Kriele, 국순옥 역, 『헌법학입문』, 종로서적, 1983.

54) 자세한, 음선필, “양성평등과 대한민국 헌법” 홍익법학, 제19권 제1호, 2018.2., 121-129면.

따라, 적절히 마련하는 것이 중요하다.

3. 양성평등 이념의 규범력 강화

헌법에서 보장하는 양성평등의 규범력 강화와 관련하여 인간의 존엄성에 대한 확신, 입법 및 정책의 중요성, 제도적 인프라로서 여성의 공직 참여를 강조하고 싶다.⁵⁵⁾

첫째, 양성평등의 이념적 기초가 되는 인간의 존엄성에 대한 국민적 합의와 수용이 중요하다. 이러한 합의와 수용은 법 차원을 뛰어넘는 도덕적 신념 및 종교적 확신으로 뒷받침되어야 한다. 왜냐하면 양성평등의 규범력이 단순한 법규정이나 사상적·철학적 주장만으로 확보될 수 없기 때문이다. 서구 역사에서 보듯이, 평등사상 발전에 모든 인간이 동일한 피조물이라는 신앙고백과 만민제사장의 확신을 핵심으로 하는 기독교 신앙이 놓여있었음을 알아야 한다.

둘째, 양성평등 이념은 입법과 정책으로 구체화된다. 그래서 입법과 정책은 양성평등에 관한 헌법규정을 구체화하는 계제(階梯)이며, 양성평등에 관한 헌법규정의 현실태(現實態, *energeia*, *Wirklichkeit*)라고 할 수 있다. 입법과 정책은 특히 여성을 존엄한 가치를 지닌 개별 인간으로 존중히 여기고, 여성과 남성이 상호 배려하고 협력하는 가운데 양성공동체로서 가정·사회 및 국가의 존속과 발전에 필요한 선한 일을 힘써 도모하는 것을 내용으로 하여야 한다.

셋째, 양성평등을 실질적으로 실현하기 위해서는 입법과 정책결정에 양성평등의 인식과 의지를 가진 사람들이 많이 참여하여야 한다. 그런 점에서 국회와 행정부에 다수 여성이 참여할 수 있어야 할 것이다. 따라서 이를 가능케 하는 법적 근거를 헌법이나 법률 차원에서 마련할 필요가 있다.

공직 진출 등에 동등한 참여의 보장을 헌법에 명시할 것인가 여부가 논의된 바 있다.⁵⁶⁾ 2018년 국회개헌특위 자문위는 성평등을 규정한 제15조에서 제2항으로 “국가는 선출직·임명직 공직 진출에 있어 남녀의 동등한 참여를 촉진하고, 직업적·사회적 지위에 동등하게 접근할 기회를 보장한다.”를 규정하고 있다. 헌법개정여성연대의 개정안도 “국가는 공직진출에 있어 남녀의 동등한 참여를 보장한다.”라는 규정을 명시하고 있다.⁵⁷⁾

만약 공직 진출에 양성의 평등한 참여 규정을 헌법에 신설하려고 한다면 이를 어디에 배치할 것인가를 고민할 필요가 있다.⁵⁸⁾ 일반 평등원칙과 구별될 필요가 있다는 점에서, 이 규정을 공무원담임권 조항에 두는 것이 낫다고 본다.

그런데 여성의 정치참여에 관한 구체적인 사항은 헌법보다는 법률에 규정하는 것이 더 현실적이며 또한 일반적이라고 본다.⁵⁹⁾ 왜냐하면 이러한 사항은 정치상황에 따라 가변적으로 규율될 필요가 있기 때문이다. 여하튼 여성의 정치참여 보장과 관련하여 비례대표의원 수의 증가, 여성공

55) 음선필, 위의 글, 129-132면.

56) 이와 관련한 외국 입법례로 프랑스 헌법을 들 수 있다. 프랑스 제1조 제2항은 “법률은 여성과 남성이 선거와 관련한 직무와 선거에 의한 지위, 그리고 직업적·사회적 직책에 대해 동등하게 접근하는 것을 촉진한다.”라고 규정하고 있다.

57) 김은주, “여/성평등과 헌법: 쟁점과 대안”, 성평등과 헌법(헌법개정여성연대 등 공동주최 헌법개정토론회 자료집), 2017.2., 10면.

58) 선출직·임명직 진출에 있어서 남녀의 동등한 참여는 양성평등 일반규정으로도 충분히 보장될 수 있을 것이다. 그럼에도 이를 별도의 규정으로 명문화하는 것은 중첩된 것이라는 비판이 가능하다.

59) 여성의 정치참여에 관한 현행법규로는 공직선거법 제47조 제3항(비례대표국회의원선거 및 비례대표지방의회의원선거에서 후보자의 50% 이상 여성 추천을 의무로 한다) 및 제4항(지역구국회의원선거 및 지역구지방의회의원선거에서 후보자의 30% 이상 여성 추천을 노력한다), 양성평등기본법 제23조(국가와 지방자치단체는 여성과 남성의 동등한 정치참여를 지원하기 위한 시책을 마련하도록 노력하여야 한다) 등이 있다.

천할당제의 도입, 특히 지역구에 대한 여성후보자의 공천의무제 도입 등을 들 수 있다.

이 중 여성의 정치참여를 촉진하는 가장 효과적인 방안으로 보통 공천할당제를 들고 있다.⁶⁰⁾ 사실 여성에 대한 공천할당제의 실시 여부는 일차적으로 정당이 스스로 결정할 사항이다.⁶¹⁾ 그러나 이를 철저하게 시행하기 위해서는 여성할당제를 법률로 규정하는 것이 필요하다.⁶²⁾ 이러한 공천할당제가 여성의 정치참여에 디딤돌로 작용한 점은 경험적으로 확인되고 있다.

VIII. 맺는 말

1) 오늘날 한국에서 거세게 일고 있는 성평등의 추구는 헌법의 개정, 법령 및 조례의 제·개정, 정부 차원의 정책형성 등의 방식으로 광범위하게 이뤄지고 있다. 성차별을 단지 여성과 남성 간의 문제로 국한하지 않고 여성 간의 차이, 나아가 성적 지향에 관련된 것으로 파악하는 입장에서 성불평등 해소의 지향점을 양성평등 아닌 성평등에서 찾고자 한다.

2) 무엇보다도, 동성애자 등 성소수자의 권리주장과 맞물려서 양성평등과 성평등의 개념을 구별하는 것이 중요한 문제가 되고 있다. 한국 법체계에서 양성평등이 법률용어로 정착된 이상, 입법과 정책형성에 있어서 양자의 관계를 명확하게 하는 것이 필요하다. 사인간 관계 형성의 차원이 아니라 국가 및 지방자치단체의 공권력이 작용하는 공적 영역에서 양자의 개념적 구별은 매우 중요하다고 본다.

오늘날 양성평등을 의미하는 것 이상으로, 성적 지향과 성정체성에 기인한 차별금지를 포함함으로써 동성애자·트랜스젠더 등을 비롯한 성소수자의 평등을 포괄하는 것으로 이해되는 성평등을 양성평등과 동일시할 것은 결코 아니다. 그럼에도 성평등과 양성평등이 동일하다고 여긴다면 무지한 것이고, 양자를 혼용해도 된다고 생각하면 사려 깊지 못한 것이고, 양자가 다름을 알고도 의도적으로 성평등을 사용함으로써 오도(誤導, misleading)케 하려 한다면 정직하지 못한 것이다.

만약 성평등 용어를 양성평등과 동일한 개념으로 사용하려 한다면, 굳이 성평등 용어를 사용하지 말고 현행 법체계에서 명시하고 있는 양성평등 용어를 사용하는 것이 안전하다. 이와 달리 입법과 정책결정에서 양성평등과 다른 의미로서 성평등 용어를 사용하려 한다면, 법치주의원칙의 요구에 따라 양자가 다름을 명확히 밝혀야 할 것이다. 용어의 개념을 명확히 밝히는 것은 입법이나 정책결정 등 국가작용의 기본이다. 그래야만 법적용 및 법집행 과정에 나타날 수 있는 의도적인 오도를 방지할 수 있기 때문이다.

60) 여성공천할당제는 남성과 대비하여 자격이나 능력의 측면에서 다소 미흡하다고 하더라도 여성이라는 이유로 일정 비율만큼 공천을 받을 수 있도록 우대하는 제도로써, 기회의 평등보다는 결과의 평등을 추구한다. 일반적으로 여성할당제는 잠정적 우대조치로서 인정되고 있다.

61) 서구의 경우를 보더라도, 남녀평등의 이념을 내세우거나 또는 여성의 지지를 더 확보하기 위한 방편으로서 정당들이 스스로 이를 취하였음을 알 수 있다. 1980년대 이래의 독일 녹색당, 특히 1990년대 이후의 프랑스 사회당, 그리고 1990년대 후반의 영국 노동당이 그 좋은 예이다. 이들은 자신의 정체성을 부각시키기 위해서 또는 정치적 입지를 강화하기 위하여 자발적으로 강령이나 당헌, 당규의 형태로 여성할당제를 채택하였다. 이러한 시도는 자연스럽게 다른 경쟁적인 정당에 영향을 주었다.

62) 프랑스는 2000년에 「남녀동수후보공천법」을 제정하여 여성할당제를 실시하고 있으며, 영국은 2002년 2월에 「성차별(선거후보자)법」을 개정하여 정당의 공천에서 남녀의 불평등을 해소하기 위한 적극적인 조치를 취한 바 있다.

그런 점에서 법령과 조례 등에서 혼용되고 있는 양성평등과 성평등의 용어를 전체적으로 정비하는 것이 필요하다. 특히 조례의 경우가 시급하다고 본다.

3) 오늘날 한국에서 성소수자 보호와 관련한 주된 이슈로는 동성애 차별금지(허용)와 동성결혼의 합법화가 있는데, 이를 달성하기 위한 전제는 성적 지향이나 성 정체성을 차별금지사유로 규정함으로써 성평등을 확보하는 것이다.

이와 관련하여 성적 지향을 차별금지사유로 삼는 포괄적 차별금지법의 제정이 논란되고 있다. 그런데 현행 헌법은 양성평등에 관하여 특별평등조항(제11조 제1항 제2문, 제32조 제4항, 제34조 제3항, 제36조 제1항 및 제2항 등)을 마련함으로써 이를 강력히 보호하는 반면에 동성애자 등 성소수자를 위한 성평등은 그렇지 아니다. 후자는 현행 헌법상 제11조 제1항 제1문의 일반적 평등원칙에 따라 합리성 심사를 통하여 보호받을 뿐이다. 한편 양성평등기본법에서 성평등 용어가 사용되고 있음을 제시하면서 동법이 성소수자의 평등권으로서 성평등의 법적 근거가 될 수 있다고 주장할 수 있으나, 그 제정취지를 살펴보면 동법이 성소수자를 보호하기 위한 성평등의 법적 근거가 될 수 없음이 명확하다.

따라서 국회는 차별금지법의 제정 여부 및 내용에 관하여 그에 대한 헌법적 한계와 국민의사에 민감하게 주의하여야 할 것이다.

4) 마지막으로 강조하고 싶은 것은 입법과 정책을 통하여 실질적인 양성평등을 실현하는 데 더욱 노력하여야 한다는 점이다. 이는 개인으로서 여성 및 남성의 존엄과 평등에 따른 양성평등의 이념을 기반으로 하는 ‘헌법의 명령’이기 때문이다. 아울러 실질적 양성평등을 통하여 모두가 진정한 연합을 이루는 것이 “보시기에 심히 좋은” 인류번성의 가장 기본적인 원리이기 때문이다.

참고문헌

- M. Kriele, 국순옥 역, 『헌법학입문』, 종로서적, 1983.
- 강대인, “성평등 조항과 관련한 대화문화아카데미 새헌법안(개요)”, 성평등과 헌법(헌법개정여성연대 등 공동주최 헌법개정토론회 자료집), 2017.2.
- 계희열, 『헌법학(중)』, 박영사, 2005.
- 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2010.
- 길원평 외, 종교적 신념과 관련한 문제를 법제화하는 과정에 발생하는 사회적 현상(2017년도 국회운영위원회 정책연구개발용역 보고서), 홍익대학교 산학협력단, 2018.2.
- 김선화, “동성혼의 법제화에 관한 고찰”, 『이화젠더법학』, 제7권 제3호, 2015.12.
- 김엘림, 『남녀평등과 법』, KNOU Press, 2009.
- 김은주, “여/성평등과 헌법: 쟁점과 대안”, 성평등과 헌법(헌법개정여성연대 등 공동주최 헌법개정토론회 자료집), 2017.2.
- 김철수, 『헌법학신론』, 박영사, 2009.
- 김학성, 『헌법학원론』, 피엔씨미디어, 2014.
- 법무부, 2018-2022 제3차 국가인권정책 기본계획, 2018.
- 성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2018.
- 여성가족부, 2018-2022 제2차 양성평등정책 기본계획, 2018.1.
- 음선필, “동성애·동성혼의 헌법적 수용에 대한 비판”, 『홍익법학』, 제18권 제3호, 2017, 112면.
- 음선필, “양성평등과 대한민국 헌법” 『홍익법학』, 제19권 제1호, 2018.
- 정영화, 『헌법』, 일조사, 2011.
- 정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2015.
- 정희진 역음, 『양성평등에 반대한다』, 교양인, 2017.1
- 한국법제연구원, 『성평등 관련 해외입법동향 및 지원체계에 관한 법제분석』, 2016.
- 한국여성정책연구원, 제2차 양성평등정책 기본계획 수립을 위한 공청회(2017.11.16.) 자료집.
- 한상희, “동성혼은 원래 합법이다”, 동성혼인 합법화해야 하나?, 중앙일보, 2015.7.31.
- 한수웅, 『헌법학』, 법문사, 2015.
- 허 영, 『한국헌법론』, 박영사, 2015.
- 황도수, “헌법재판의 심사기준으로서의 평등”, 서울대 박사학위논문, 1997
- Frances P. Bernat, “Gender”, David S. Clark(ed.), *Encyclopedia of Law and Society: American and Global Perspective*, SAGE Publications, 2007.
- Gordon A. Babst, “Gay Rights”, Deen K. Chatterjee(ed.), *Encyclopedia of Global Justice*, Vol. 1, Springer, 2011.
- http://women21.or.kr/index.php?mid=policy&page=4&document_srl=4433 (2018.7.16. 검색).
- <http://www.un.org/womenwatch/osagi/conceptsanddefinitions.htm> (2018.7.16. 검색).
- <http://www.womennews.co.kr/news/view.asp?num=128638> (2018.7.16. 검색)
- <https://ko.wikipedia.org/wiki/%EC%84%B1%ED%8F%89%EB%93%B1> (2018.7.15. 검색)
- <https://namu.wiki/w/%EC%96%91%EC%84%B1%ED%8F%89%EB%93%B1> (2018.7.15. 검색)

<https://www.humanrights.go.kr/site/program/board/basicboard/view?menuid=001003004&pagesize=10&boardtypeid=20&boardid=617177>.

<https://www.wikigender.org/wiki/gender-equality/> (2018.7.14. 검색)

“대한민국 법체계와 양성평등이념”에 대한 논평

이호선
(국민대 법과대학 교수)

음선필 교수님의 발제문 <대한민국 법체계와 양성평등이념>은 오랫동안 법학자로서 어찌면 사회의 화려한 주목을 받지는 못하지만, 대한민국이라는 공동체의 바탕을 좌우하고, 우리의 미래를 결정할 주요한 담론을 전투적으로, 그러나 매우 체계적으로 헌법적 가치에 터잡아 연구한 노력과 학문적 족적이 또렷한 훌륭한 연구입니다.

헌법은 공동체의 역사적 산물이며, 미래를 향한 선언이기에, 모든 입법이 여기에 기속되어야 함은 물론, 그 입법 과정에서 헌법 제정권자가 어떤 사고를 갖고 우리 사회를 전망하였는지는 중요한 기준이기에, 이 선(線)을 넘기 위해서는 사회적 합의를 통한 헌법 개정이 있지 않고는 불가능하다고 할 것입니다.

역사적 해석은 공동선(共同善)에 대한 합의입니다. 따라서 이 공동선은 오늘날 우리에게도 공동선(共同線)으로 분명한 경계가 되어야 합니다.

해방 후 조국의 독립을 주도하였고, 건국의 이념과 토대를 세워갔던 선인들이 즐겨 하던 말 중의 하나가 ‘동포(同胞)’였습니다. 그 동포는 시대에 따라 2천만 동포가 되었다가, 3천만 동포가 되고, 오늘날 대한민국 5천만, 북한까지 합하면 7천만 동포인데, 이 말 중에서 ‘포(胞)’는 어머니이자 생물학적으로 두 가지 성(性) 중 하나입니다.

이 동포라는 말 속에는 우리 대한민국 공동체를 가정이라는 사회적 기초 단위를 통해, 그리고 그 가정은 당연히 한 남자와 한 여자의 혼인으로 이뤄진 단위 속에서 우리가 무한히 미래를 향해 번성해 가라는 뜻이 있습니다. 이런 점에서 발제자가 지적하였다시피, 우리 헌법 제정권력은 남녀라는 두 가지 성별 외에 다른 성이 있다는 것을 생각지도 못하였을 뿐만 아니라, 설령 그걸 알았다 하더라도 우리 헌법으로 보호하여야 할 가치로 인정하지 않았을 것임에 분명합니다.

이 점에서 헌법이 보호하는 가정은 생물학적 번식이 가능한 가정이 전제되는 것이고, 따라서 동성혼은 적어도 헌법 제정 당시, 그리고 지금의 헌법 하에서도 혼인과 가정에 대한 보호를 명문화하고 있는 헌법상 누려야 할 어떤 합리적 이유나 명분이 없다고 할 것입니다.

2010년 캐나다에서 법안 C-389호로 형법전(Criminal Code)에 “성 정체성(gender identity)”과 “성적 표현(ender expression)”을 혐오 범죄 대상으로 규정하여 도입한 바 있는데, 우리의 경우 개인의 사생활과 관련한 성적 취향 등을 이유로 차별하거나 이를 이유로 평판을 훼손하는 등의 행위가 있다면 현행 관련 법으로도 얼마든지 민, 형사상의 책임을 물을 수 있으므로 이를 차별 금지법이라는 특별법으로 보호해야 하는지 의문입니다.

사실 성은 기본적으로 두 가지 밖에 없습니다. 성 평등에서 앞에 붙은 수식어인 ‘양(兩)’은 제3, 제4의 성(性)이 있을 수도 있다는 말이 아니고, 이들은 단지 양성(兩性)을 기반한 성적 생활과 관계에 대한 선택과 조합의 문제일 뿐이므로, 용어상으로 본다면 성 평등은 양성 평등의 다른 말로 읽는 것이 옳고 (양성 평등을 성 평등의 다른 말로 읽는 것이 아니라), 성 소수자에 대한 차별을 금지해 달라는 뜻에서의 성 평등은 ‘성 선택의 평등’으로 읽어야 한다는 게 개인적인 의견입니다. 물론 이 성 선택의 평등을 헌법이나 입법적으로 보장해야 하는 가는 용어와 개념에 대한 확실한 정립 후에 따지는 것이 본말에 어긋나지 않을 것입니다.

좀 더 나아가 제 소견을 말씀드리다면 이런 ‘성 선택의 평등’이 입법적으로 제도화될 때 오히려 선택하지 않는, 선택할 생각도 없고, 그럴 필요도 없는 사람들에게 대한 역차별의 문제가 생길 수 있습니다. 예컨대, 군 복무자에게 동성애를 허용한다면 군이라는 제약된 공간 내에서 어떤 자들에게는 성생활이 보장되고, 누군가에게는 그것이 허용되지 않는 불합리한 차별이 아닐 수 없습니다. 동성혼 부부가 자녀를 입양하여 아동 수당을 받는다면, 공동체 내에 자연적인 출산을 통해 구성원을 늘리고 양육의 부담을 지는 가정과 생물학적 출산으로는 기여하지 못하는 가정을 동일 선상에서 취급하게 되는 셈인데, 과연 이것이 타당한지 의문입니다.

한편 동성혼을 생각해 보면 부모가 자녀를 입양할 때 아동 입장에서는 이성의 부모 역할을 각기 경험하면서 자랄 수 있는 권리가 엄연히 인간적으로 있음에도 불구하고, 동성의 부모는 성인이고, 입양아는 미성년자라는 이유로 그런 권리가 유아, 아동기부터 박탈당한채 자라게 됩니다.

이는 미래 세대의 삶이 사회 공동체 대다수의 삶과 유리된 가정에 납치되도록 방기하는 것에 다름 아닙니다. 입법이라는 이름으로 성 소수자들이 인정하다시피 ‘소수자’의 삶을 미래 세대나 기성 세대의 구성원들에게 강요하는 것이야 말로 헌법에 반하는 것이고, 입법권의 한계를 넘는다고 하겠습니다.

발제자의 주장대로 본래의 양성평등기본법의 취지에 충실하여 그 동안 여성이라는 성별로 인해 제도적으로 참여가 제한되었던 사회, 정치, 경제적 제 분야에서 실질적으로 역할을 할 수 있도록 사회가 힘을 모아 나가도록 하는 것이 타당하고, 성 소수자들에게 가해지는 사적 영역에 대한 침범이나 부당한 처우는 기존 법률과 사회적 인식의 변화를 통해 해결 가능하다고 할 것입니다.