

성평등 조례와 젠더 이데올로기 법제화

전윤성 미국 변호사(사단법인 크레도)

주제어: 성평등, 조례, 젠더 이데올로기, 제3의 성, 젠더, 동성애, 트랜스젠더

<논문초록>

젠더의 개념에는 동성애, 트랜스젠더, 남성·여성 이외의 제3의 성이 다 포함이 되는데, 젠더를 이렇게 정의하는 사상을 ‘젠더 이데올로기’라고 말할 수 있다. 우리나라 국가인권위원회법이나 뉴욕시인권조례는 젠더 이데올로기를 법제화한 예에 해당한다. 그동안의 차별금지법 입법 시도와 2017~2018년의 헌법 개정 과정에서 헌법에 ‘성평등’ 조항을 신설하고, ‘양성평등’을 삭제하려고 했던 시도도 이와 같은 흐름이다.

지방자치단체의 자치법규인 조례를 통해서도 젠더 이데올로기 법제화가 진행이 되고 있는데, 대표적인 예가 성평등 조례이다. 2019년 7월에 개정된 경기도 성평등 기본조례는 종교단체와 학교를 포함하여 사용자에게 성평등위원회 설치 및 운영을 강요하고 있다. 이로 인해 사용자는 동성애자와 트랜스젠더의 채용을 강요당하고, 성희롱 예방이라는 명목으로 동성애와 트랜스젠더리즘을 옹호·조장하는 교육의 실시를 강요당할 수 있다.

개정 성평등 조례는 헌법의 양성평등 이념에 반할 뿐만 아니라, 주민의 표현의 자유와 종교의 자유 등 기본권을 침해한다. 또한, 양성평등기본법상의 ‘양성평등’ 용어를 ‘성평등’으로 무단 변경하여 상위법의 범위를 일탈하고 있다. 이러한 위법성과 위헌성으로 인해 전면개정이 불가피하다.

I. 들어가며

젠더(gender)라는 단어는 중세 프랑스어에서 차용한 *gendre* 라는 중세 영어에서 유래되었다. 그 어원은 라틴어 *genus* 인데, 이는 ‘종류’나 ‘유형’을 의미한다.¹⁾ 젠더는 프랑스어, 독일어 등에서 명사와 대명사의 여성, 남성, 중성 구분을 의미하는 문법적인 용어로만 사용되어 오다가, 성과학자 존 머니가 1950년대에 쓴 논문에서 전통적인 학술적인 용어인 성 역할(sex role)과 다른 젠더 역할(gender role)이라는 용어를 최초로 사용하였다.²⁾ 그러나, 존 머니가 부여한 새로운 의미의 젠더(gender)는 1970년대가 되어 페미니즘 이론이 생물학적 성(sex)과 사회적 의미의 젠더(gender)를 구분하는 개념을 수용하게 되면서 비로소 사용되기 시작하였다.³⁾

대략 1960년대부터 현대 페미니즘 이론은 성(sex), 젠더(gender), 섹슈얼리티(sexuality)를 사회 현실을 분석하는 새로운 범주로 도입했다.⁴⁾ ‘젠더 트러블’의 저자이자, 동성애자인 주

1) Gender, New World Encyclopedia. <http://www.newworldencyclopedia.org/entry/Gender>.

2) 동성애와 과학, 오선호, CREDO 매거진 2호, 36페이지 (2018년 12월).

3) Gender, Wikipedia, <https://en.wikipedia.org/wiki/Gender>. 젠더가 페미니즘에서 지배적인 용어로 채택된 것은 보부아르(Simone de Beauvoir)의 ‘제2의 성’이 (1960년대에) 널리 읽히면서부터라는 주장도 있다(페미니즘의 개념들, (사)여성문화이론연구소, 동녘, 336 페이지 (2016)).

디스 버틀러는 섹스는 생물학적 성별, 젠더는 사회·문화적으로 구성된 성별이라는 전통적인 구분법을 깨면서, 섹스, 젠더, 섹슈얼리티는 모두 사회적 구성물이자 제도 담론의 효과로서 젠더에 포함된다고 주장한다.⁵⁾

우리나라 국가인권위원회는 ‘성별’에 대하여 주디스 버틀러의 젠더 개념을 따르고 있는데, 국가인권위원회가 발간한 국가인권위원회법 해설집은 ‘성별’을 sex, gender, sexuality, sexual orientation, sexual identity, gender identity를 모두 포함하는 것으로 해석하고 있다.⁶⁾ 국가인권위원회법 해설집에 의한 ‘성별’의 의미 혹은 ‘성차별’에 대한 정의는 가장 포괄적인 해석이라고 할 수 있는데 이 해석에 따르면 성적 지향(sexual orientation), 성 정체성(sexual identity) 혹은 젠더 정체성(gender identity)도 전부 포함되어 차별행위의 범주에서 해석될 수 있는 사유가 된다.⁷⁾

한편, 미국 뉴욕주 뉴욕시 의회는 2002년에 트랜스젠더 권리 장전⁸⁾을 제정하여, 뉴욕시인권조례(The New York City Human Rights Law)가 보장하는 젠더에 따른 보호 범위를 확장하였다. 뉴욕시인권조례 제8-102조(정의) 제23항은 “젠더(gender)는 실제의 또는 인식된 성을 포함하고, 사람의 젠더 정체성, 자기 형상, 외모, 행위 또는 표현을 또한 포함하는데, 젠더 정체성, 자기 형상, 외모, 행위 또는 표현이 출생시에 그 사람에게 부여된 법적인 성별과 전통적으로 연관된 그것과 다른지 여부를 불문한다.”고 규정한다.⁹⁾

이를 종합해 보면, 젠더의 개념에는 동성애, 트랜스젠더, 남성·여성 이외의 제3의 성이 다 포함이 되는데, 젠더를 이렇게 정의하는 사상을 ‘젠더 이데올로기’라고 말할 수 있다. 그리고, 위에서 설명한 국가인권위원회법이나 뉴욕시인권조례는 젠더 이데올로기를 법제화한 예에 해당한다. 국회에서 6번 이상 발의되었던 차별금지법안¹⁰⁾ 입법 시도와 2017년에서 2018년까지 진행되었던 헌법 개정 과정에서 헌법에 ‘성평등’ 조항을 신설하고, ‘양성평등’을 삭제하려고 했던 시도도 이와 같은 흐름이다.

한편, 자치단체가 자치사무에 관한 사항을 정하는 자치법규인 조례를 통해서도 젠더 이데올로기 법제화가 진행이 되고 있다. 대표적으로 성평등 조례가 젠더이데올로기 법제화의 수단으로 사용되고 있다.

2019년 7월 31일 현재, 상위법인 헌법과 양성평등기본법에 따라 약 228개 지방자치단체가 양성평등 조례를 제정하였다. 그러나, 서울특별시와 경기도를 포함하여 14개의 지방자치단체는 양성평등이 아닌 성평등 조례 명칭을 사용하고 있다.¹¹⁾

본고에서는 성평등이라는 개념은 젠더 이데올로기에서 도출된 것임을 밝히고, 조례를 통한 젠더 이데올로기 법제화의 대표적인 예로서 최근에 개정 되어 논란이 되고 있는 경기도 성평등 조례의 주요 내용과 법적인 문제점을 제시하고자 한다.

4) (사)여성문화이론연구소, 위의 글, 335 페이지.

5) 젠더는 페리디다-주디스 버틀러의 젠더 트러블 읽기와 쓰기-, 조현준, 현암사 9 페이지 (2016).

6) 국가인권위원회법 해설집, 국가인권위원회법 해설집 발간위원회, 277~278 페이지 (2005. 12.).

7) 젠더(gender) 관련 차별금지 입법 연구, 이숙진, 국회입법조사처, 6페이지 (2010. 12.).

8) Local Law No. 3 (2002); N.Y.C Admin. Code § 8-102(23).

9) 23. The term “gender” shall include actual or perceived sex and shall also include a person’s gender identity, self-image, appearance, behavior or expression, whether or not that gender identity, self-image, appearance, behavior or expression is different from that traditionally associated with the legal sex assigned to that person at birth.

10) 국회에서 발의되었던 차별금지법안은 모두 성적 지향(동성애)과 성정체성(트랜스젠더)을 차별금지사유에 포함시켰다.

11) 서울특별시, 경기도, 광주광역시, 부천시, 인천광역시 부평구, 서울특별시 서대문구, 서울특별시 성북구, 고양시, 광명시, 안산시, 파주시, 전라북도, 전주시, 제주특별자치도의회 성평등 기본조례.

II. 양성평등과 성평등의 차이

1. 헌법 양성평등의 연혁

우리 헌법에 양성평등이 처음 들어온 것은 1948년에 제정된 제헌헌법 때부터이다. 제헌헌법 제20조는 “혼인은 남녀동권을 기본으로 하며 혼인의 순결과 가족의 건강은 국가의 특별한 보호를 받는다.”고 하여 남녀동권이 최초로 명시 되었다. 이는 존머니가 젠더라는 용어를 처음 사용하기 보다는 훨씬 전이다. 따라서, 헌법의 남녀동권은 젠더와 관계 없는 순수한 의미의 남녀평등으로 이해하여야 한다.

이후 1980년 헌법 개정에서 “혼인과 가정생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 한다”는 조항(제36조 1항)이 신설되어, ‘남녀평등’이 ‘양성평등’ 용어로 바뀌게 되었다. 이 양성평등은 현행 헌법까지 유지 되고 있다.

2. 양성평등의 의미

헌법의 양성평등의 의미에 대하여 헌법재판소는 다음과 같이 설명하였다.

”헌법 제36조 제1항의 연혁을 살펴보면, 제헌헌법 제20조에서 “혼인은 남녀동권(男女同權)을 기본으로 하며, 혼인의 순결과 가족의 건강은 국가의 특별한 보호를 받는다.”고 규정한 것이 그 시초로서, 헌법제정 당시부터 평등원칙과 남녀평등을 일반적으로 천명하는 것(제헌헌법 제8조)에 덧붙여 특별히 혼인의 남녀동권을 헌법적 혼인질서의 기초로 선언한 것은 우리 사회 전래의 혼인·가족제도는 인간의 존엄과 남녀평등을 기초로 하는 혼인·가족제도라고 보기 어렵다는 판단 하에 근대적·시민적 입헌국가를 건설하려는 마당에 종래의 가부장적인 봉건적 혼인질서를 더 이상 용인하지 않겠다는 헌법적 결단의 표현으로 보아야 할 것이다. 이러한 헌법의 의지는 1980년 헌법에서 더욱 강화되었다. 양성평등 명령이 혼인관계뿐만 아니라 모든 가족생활로 확장되었고, 양성평등에 더하여 개인의 존엄까지 요구하였다. 여기에 현행 헌법은 국가의 보장의무를 덧붙임으로써 이제 양성평등과 개인의 존엄은 혼인과 가족제도에 관한 최고의 가치규범으로 확고히 자리잡았다.... 헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족생활에서 양성의 평등대우를 명하고 있으므로 남녀의 성을 근거로 하여 차별하는 것은 원칙적으로 금지되고, 성질상 오로지 남성 또는 여성에게만 특유하게 나타나는 문제의 해결을 위하여 필요한 예외적 경우에만 성차별적 규율이 정당화된다.“ (2005. 2. 3. 2001헌가9·10·11·12·13·14·15, 2004헌가5(병합) 전원재판부)

이는 호주제에 대한 위헌 판결을 내린 헌법재판소 판결문인데, 헌법재판소는 양성평등이란 남녀의 성을 근거로 차별하는 것을 원칙적으로 금지하는 것이고, 따라서 남성과 여성의 생물학적 성별(sex)에 의한 차별을 금지하는 것을 의미한다고 판시하였다. 이러한 양성평등을 남성과 여성 이외의 제3의 성도 포함하는 젠더(gender)의 개념으로 볼 수는 없다.¹²⁾

또한, 상기 판결에서 헌법재판소는 ”과거 전통적으로 남녀의 생활관계가 일정한 형태로 형성되어 왔다는 사실이나 관념에 기인하는 차별, 즉 성역할에 관한 고정관념에 기초한 차

12) 법무부와 여성가족부는 양성평등과 성평등이 모두 gender equality의 번역이라는 주장을 하고 있으나 이는 타당하지 않다.

별은 허용되지 않는다.”고 덧붙였다. 따라서, 현행 헌법의 양성평등 이념은 성별 역할에 관한 고정관념에 따른 차별 금지를 포함하고 있다.

일부 여권 운동가들과 여성학자들은 양성평등이 성별 역할의 고정관념 차별을 다루지 못하기 때문에 젠더 개념이 필요하다고 주장하나, 우리 헌법재판소 판례에 비추어 보면 이러한 주장은 설득력이 없다. 즉, 성별 역할의 고정관념 때문이 아니라, 다른 특별한 목적-제3의 성과 다양한 섹슈얼리티를 포함하기 위함-이 있기 때문에 젠더(성평등) 개념이 필요하다고 주장을 하는 것으로 보는 것이 타당하다. 또한, 여성 화장실의 개수를 늘리기 위해서, 그리고 지하철 손잡이 높이를 다양하게 하기 위해서 젠더 개념이 필요하다고 주장하는 이들도 있으나, 이는 남성과 여성의 생물학적 차이로 인한 불평등의 문제이므로, 양성평등에 따라 얼마든지 해결할 수 있는 것이고, 젠더와는 관련이 없어 보인다.¹³⁾

3. 성평등의 의미

2015년에 여성발전기본법이 양성평등기본법으로 개정, 시행이 되었는데, 개정 전에 ‘양성평등기본법’과 ‘성평등기본법’이라는 명칭 중에 어느 것으로 정해야 하는지를 논의하기 위해 2014년에 공청회가 열렸었다. 2014년 2월 21일 열렸던 국회 여성가족위원회의 회의록¹⁴⁾을 보면, 공청회에서 숙명여자대학교 법과대학 김용화 교수는 현행 헌법이 제3의 성을 인정하지 않고 있고, 헌법에서 성평등 이념을 도출하기에는 다소 무리가 있기 때문에 헌법 제36조에 따라 양성평등기본법이라고 하는 것이 타당하다고 주장하였다. 한국여성단체협의회 김정숙 회장도 제3의 성이라는 부분을 고려하여 성평등기본법이라고 하기 보다는 양성평등기본법이라고 할 것을 제안하였다. 그러나, 인천대 박진경 교수는 사회적 성을 의미하는 젠더(gender)라는 용어와 평등의 결합인 젠더 이퀄리티(gender equality)를 성평등으로 번역하고 있는데, 이를 반영하여 성평등기본법이라는 명칭을 사용해야 한다고 주장하였다. 끝으로, 이화여자대학교 젠더법학연구소 장명선 연구원은 동성애(성적 지향)가 아직 우리 사회에서 논의가 무르익지 않았고, 성평등으로 했을 때 혼란이 일 수 있기 때문에, 헌법 제36조의 양성평등에 따라 양성평등기본법이라는 명칭을 사용해야 한다고 주장하였다. 진술인 4명 중 3명이 동성애와 제3의 성을 포함하는 성평등이라는 용어 대신에 현행 헌법과 일관성이 있도록 양성평등기본법 명칭을 사용하는 것이 타당하다고 하였고, 이에 따라 결국 양성평등기본법으로 정해지게 되었다. 이 과정을 보면, 성평등은 양성평등과는 다른 것임을 알 수 있다.

또 다른 근거로서, 2018년 1월 국회헌법개정특별위원회 자문위원회 보고서는 헌법에 성평등 조항을 신설할 것을 제안하면서, 현행 헌법 제36조 제1항에 있는 ‘양성’을 삭제하는 조문시안을 제시하였다. 동 보고서는 62 페이지에서 양성평등(sex)은 남과 여라는 생물학적 차이(선천적)에서 발생한 불평등 문제이고, 성평등(gender)은 사회역사적(구조, 환경, 문화)으로 형성된 차이(후천적)에서 발생한 불평등 문제라고 설명하면서 양자는 서로 다른 것으로 설명하고 있다. 아울러, 북경에서 발표된 젠더론(성평등론)의 내용에 대한 설명에서는 성평등에 성정체성이 포함된다고까지 기술하였다.¹⁵⁾ 성정체성은 gender identity를 의미하는 것으로 자신의 생물학적 성별과 스스로가 심리적으로 인식하는 성별이 다른 트랜스젠더를 지칭할 때 쓰이는 용어이다. 끝으로, 동 보고서는 64페이지에서 혼인 및 가족생활의 주체를 남

13) 양성평등이 남성과 여성의 기계적인 평등을 의미한다는 주장도 있으나, 양성평등을 그렇게 제한적으로만 해석해야 할 이유는 없다.

14) 제322회-여성가족제2차(2014년2월21일) 여성가족위원회회의록.

15) 2018년 1월 국회헌법개정특별위원회 자문위원회 보고서, 63 페이지.

녀(양성)에서 ‘개인’으로 전환하여 가족의 성립에 있어서도 결혼 이외의 다양한 가족을 인정할 것을 제안하고 있다. 즉, 동성혼 합법화와 기타 잡혼, 난혼도 인정해야 한다는 주장을 하였다.

한편, 현행 양성평등기본법 제3조(정의) 1호는 양성평등에 대해 “양성평등’이란 성별에 따른 차별, 편견, 비하 및 폭력 없이 인권을 동등하게 보장받고 모든 영역에 동등하게 참여하고 대우받는 것을 말한다.’고 정의하고 있다. ‘성별’의 의미에 대하여 우리 헌법재판소는 “성별’의 경우를 살펴보면, 성별은 개인이 자유로이 선택할 수 없고 변경하기 어려운 생래적인 특징으로서 개인의 인간으로서의 존엄과 가치에 영향을 미치는 요소는 아니다.”라고 판결하여, ‘성별’이 생물학적 성(sex)을 의미한다고 판시한 바 있다(헌법재판소 병역법 제3조 제1항 등 위헌확인 사건 2010. 11. 25. 2006헌마328.). 한국법제연구원의 영문법령도 헌법 제11조 제1항의 성별을 이유로 한 차별 금지에서의 ‘성별’을 gender가 아니라 sex로 번역하고 있다 (All citizens shall be equal before the law, and there shall be no discrimination in political, economic, social or cultural life on account of sex, religion or social status.).

뿐만 아니라, 양성평등기본법 제1조(목적)는 “이 법은 「대한민국헌법」의 양성평등 이념을 실현하기 위한 국가와 지방자치단체의 책무 등에 관한 기본적인 사항을 규정함으로써 정치·경제·사회·문화의 모든 영역에서 양성평등을 실현하는 것을 목적으로 한다.”고 규정하고 있기 때문에 양성평등기본법에서 사용하는 ‘양성평등’의 의미는 헌법상의 ‘양성평등’의 의미가 되어야 한다. 따라서, 양성평등기본법에서 정의하고 있는 양성평등의 의미는 성별, 즉 sex에 의한 차별 금지로 해석하여야 하고, 그것이 합헌적 해석이다. 즉, 헌법상의 양성평등과 양성평등기본법상의 양성평등은 동일해야 하고, 이는 sex에 의한 차별을 금지하는 것임이 명백하다.

그런데, 여성가족부는 양성평등기본법의 일부 조항에서 성평등 용어가 사용되어 있기 때문에, 양성평등과 성평등은 같은 것이고, gender equality의 번역어라는 주장을 하고 있다. 그러나, 위에서 설명한 바와 같이, 양성평등기본법 입법 과정에서 공청회를 통해 양성평등과 성평등은 다른 것임이 이미 논의가 된 것이다. 양성평등기본법에서 양성평등이 아닌 성평등을 사용하고 있는 것은 성평등의 의미가 양성평등과 같다고 오인한 국회에서 잘못 입법이 된 것으로 보아야 한다. Gender는 법률 용어로 볼 수 없고, 학문적으로 사용하고 있는 학술 용어에 불과하다. 헌법과 양성평등기본법상의 법률용어가 아닌 성평등은 개정을 통해 양성평등기본법에서 삭제 하여 불필요한 입법 해석의 오해를 방지하여야 할 것이다.

III. 경기도 성평등 기본조례

지난 7월 16일에 경기도의회가 통과시킨 개정 경기도 성평등 기본조례로 촉발된 젠더 이데올로기 법제화 논란이 계속 가중되고 있는 상황이다. 경기도 성평등 조례가 무엇이, 왜 문제인지를 살펴본다.

1. 입법연혁

경기도는 2009년에 경기도 여성발전 기본조례를 전부 개정하여 경기도 성평등 기본조례로 명칭을 변경하였다. 이 당시 모법은 여성발전기본법이었는데, 상위법 명칭과 다른 성평등 조례 명칭을 사용하였다.

이후, 2015년에 여성발전기본법이 양성평등기본법으로 개정, 시행이 됨에 따라, 하위법인

경기도 성평등 조례를 상위법에 맞도록 개정할 필요가 생겼다.¹⁶⁾ 당시, 박옥분 경기도의원은 경기도 성평등 기본조례 개정안을 대표발의 하였는데, 개정안은 상위법과 달리 성평등 용어를 양성평등으로 변경하지 않았다. 2015년 11월 24일에 열렸던 경기도의회 여성가족교육협력위원회의 회의록을 보면, 경기도 여성가족국은 상위법의 ‘양성평등’이라는 용어를 동일하게 조례에 적용하여 입법내용 해석에 오해가 생기지 않도록 상위법과의 일관성을 재고할 필요가 있다는 의견을 제시하였고, 도의회 입법정책담당관도 양성평등기본법에 따라 ‘성평등’이 아닌 ‘양성평등’이라는 용어를 사용하는 것이 바람직하다는 의견을 제시하였다.¹⁷⁾ 그러나, 이러한 의견은 개정안에 반영이 되지 않았고, 성평등 용어를 유지한 개정안이 본회의에서 통과 되었다.

이후, 박옥분 의원은 2015년 12월 17일에 인천일보에 기고한 ‘경기도 성평등조례의 개정 의미’라는 제하의 칼럼에서 성평등 용어를 양성평등으로 개정하지 않은 이유를 설명하였다. 우선, 박 의원은 양성평등기본법이 양성에 기반한 이분법적 젠더 관념을 수용함으로써 다양한 섹슈얼리티의 문제들을 고려하고 있지 못한 한계를 드러낸다고 비판하였다. 또한, 양성평등기본법은 성적지향(동성애) 차별을 다룰 수 없고, 양성평등한 가족 정책이 ‘건강가족(정상가족)’ 이데올로기를 강화한다는 지적도 하였다. 그렇기 때문에 경기도는 ‘양성평등기본조례’라는 명칭 대신에 ‘성평등기본조례’라고 하였고, 이렇게 경기도가 선도적으로 ‘성평등기본조례’로 가는 것이 타당하다고 하였다. 끝으로, 성평등에는 성적 지향, 제3의 성에 대한 차별까지 포함이 되고, 진정한 성평등을 위한 법이 되기 위해서는 다양한 섹슈얼리티를 반영한 정책이 법에 포함되어야 한다고 하였다. 상위법 위반 여부는 별론으로 하고, 성평등과 양성평등은 다른 것이기 때문에 의도적으로 성평등 용어를 존치시킨 것이라는 설명이다.

이 뿐만이 아니라, 재단법인 경기도가족여성연구원이 발간한 경기성평등백서(2016)도 양성평등기본법은 성적지향 등 성차별을 다룰 수 없는 한계를 가지고 있기 때문에, 경기도의 성평등조례는 정책적 효과를 가져오기 위하여 ‘양성평등기본조례’라는 명칭보다는 ‘성평등조례’라고 칭했다고 설명하고 있다.¹⁸⁾ 상기 두 개의 문건을 통해, 경기도 성평등 조례가 의도적으로 상위법인 양성평등기본법의 범위를 벗어나게끔 개정이 된 것임을 알 수 있다.

2019년 7월 16일에 경기도의회는 또다시 성평등 조례 개정안을 통과시켰다. 조례 개정안이 입법예고가 되었을 때부터 동성애 논란이 일었는데, 통과가 되고 나서 더욱 불거졌다. 경기도민 청원 홈페이지에 도지사에게 도의회가 통과시킨 성평등 조례에 대해 재의요구를 해 달라는 청원이 올라왔고, 답변요건인 5만명 동의를 넘긴 제1호 청원이 되었다. 그리고, 경기도는 여성가족국장 명의로 재의요구 대상에 해당하지 않는다는 답변을 올렸다. 2015년 개정 때 신설되었던 성평등위원회를 이번에 공공기관 뿐만 아니라 사용자에게도 설치, 운영하도록 하는 내용이 포함되어 논란을 야기한 것이었다.

2. 2019년 개정 성평등조례의 주요 내용

(1) 입법목적

현행 경기도 성평등 기본조례 제1조(목적)는 “이 조례는 「양성평등기본법」 및 그 밖의 성평등 관련 법령에 따라 경기도가 성평등정책을 종합적으로 추진함으로써 정치·경제·사회·

16) 지방자치법 제22조 본문에 따라 조례는 상위법의 범위를 벗어날 수 없기 때문이다(지방자치법 제22조(조례) 지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다.).

17) 2015년 11월 24일 제304회 경기도의회 여성가족교육협력위원회 회의록 8페이지.

18) 경기성평등백서(2016), 정책보고서 2017-12, (재)경기도가족여성연구원, 2017년 9월 30일, 3 페이지.

문화의 모든 영역에서 성평등을 실현하는 것을 목적으로 한다.”고 하고 있는데, 여기서 ‘그 밖의 성평등 관련 법령’이 무엇인지가 문제된다. 그런데, 국가인권위원회는 국가인권위원회법에 젠더가 포함되는 것으로 해석을 하고 있다. 이러한 해석에 근거하면, 국가인권위원회법이 그 밖의 성평등 관련 법령 중 하나에 포함이 된다. 6월에 개정된 서울특별시 성평등 기본조례에 의해 신설된 차별조사관은 성평등 관계법 위반사항을 조사하도록 되어 있는데(제56조), 서울시 여성가족정책실 성평등 노동팀 주무관도 여기서 말하는 ‘성평등 관계법’에는 국가인권위원회법도 포함된다고 보았다.¹⁹⁾

앞서 설명한 바와 같이, 국가인권위원회는 ‘성별’을 젠더로 해석하고 있고, 성별에는 성적 지향, 성정체성, 제3의 성이 모두 포함되는 것으로 보고 있다. 국가인권위원회의 결정례에는 이러한 해석과 법 적용이 그대로 반영되어 있다. 국가인권위원회는 2008년에 트랜스젠더 성별 정정시 성전환 수술을 요건으로 하는 현행 대법원 규칙에서 성전환수술 요건을 폐지하라고 결정을 내렸는데²⁰⁾, 서구 사례와 같이 성별 결정에 있어 생물학적 요소를 배제하고 오직 심리적 요소에 의해서만 결정해야 한다는 입장을 반영한 것으로 보인다. 또한, 국가인권위원회가 2006년에 마련한 차별금지법 권고법안 제4조 제1호는 “‘성별’이라 함은 여성, 남성, 기타 여성 또는 남성으로 분류하기 어려운 성을 말한다.”고 하여 제3의 성을 성별에 포함할 것을 제안하였고, 올해 4월에는 인권위 진정서 양식의 성별 기입란에 제3의 성을 신설하기로 결정하였다.

국가인권위원회가 이러한 결정들을 통해 궁극적으로 이루고자 하는 지향점이 무엇인지는 2017년 헌법 개정 과정에서 인권위가 국회에 제출한 국가인권위원회 헌법 개정안을 보면 명확히 알 수 있다. 인권위 개헌안 제15조 제2항은 평등권 조항에 ‘성적 지향’을 차별금지사유로 명시하였다. 최고 규범인 헌법에 ‘성적 지향’을 명문화함으로써 차별금지법보다 배나 더욱 강력한 젠더 이데올로기 법제화를 하겠다는 것이다. 또한, 동 개헌안 제32조 제1항은 현행 헌법의 혼인과 가족생활 조항에 있는 ‘양성의 평등’에서 ‘양성’을 삭제하여 동성혼의 합헌화를 주장하였다. 이것이 국가인권위원회가 젠더 이데올로기 법제화를 통해 궁극적으로 이루고자 하는 목표인 것이다.

경기도 성평등 조례가 제1조 목적 조항에서 양성평등기본법에 더해 그 밖의 성평등 관련 법령을 따르도록 하고 있는 것은 ‘양성’의 한계를 넘어서서 젠더 이데올로기를 법제화하기 위한 의도가 반영되어 있는 것으로 보아야 한다. 아울러, 상위법을 양성평등기본법으로만 제한함으로써 발생할 수 있는 성평등 조례의 위법성 논란을 피하고자 하는 저의도 있었을 것이다.

(2) 사용자로 성평등위원회 설치·운영 확대

개정 성평등 조례는 제2조 제3호에서 ‘사용자’에 대한 용어 정의를 신설하였고, 제5조에서 사용자에게 해당 성별의 참여 촉진을 위한 적극적 조치를 취하도록 노력할 의무를 부과하였다. 또한, 제18조의2 제1항에서는 근로자의 채용 차별금지에 관한 규정인 양성평등기본법 제24조²¹⁾ 등을 효율적으로 추진하기 위해 성평등위원회를 설치·운영하도록 노력하여야 한다고 하고 있다.²²⁾ 양성평등기본법 제24조 제1항을 넣어서 성평등 조례 제18조의2 제1항을 해석

19) 서울시 성평등 개정 조례, 차별조사관 두기로, 기독교일보, 2019년 8월 30일.

20) 국가인권위원회 결정 06진차525·06진차673병합 성전환자 성별 변경 시 인권침해(2008).

21) 양성평등기본법 제24조 제1항 국가와 지방자치단체는 관계 법률에서 정하는 바에 따라 근로자의 모집·채용·임금·교육훈련·승진·퇴직 등 고용 전반에 걸쳐 양성평등이 이루어지도록 하여야 한다.

22) 경기도 성평등 기본조례 제18조의2 제1항 공공기관의 장 및 사용자는 「양성평등기본법」 제24조부터 제26조

해 보면, 사용자는 채용에 있어서의 차별금지를 효율적으로 추진하기 위해 성평등위원회를 설치·운영하라는 의미가 된다. 그런데, ‘양성평등위원회’가 아니라 ‘성평등위원회’를 설치·운영하라고 하는 것이 특이한데, 이것은 의도적으로 기획된 것으로 보인다. 상위법인 양성평등기본법은 ‘사용자’에게 채용에 있어 차별을 하지 말라는 의무를 부과하고 있지도 않고, 더구나 사용자에게 (양)성평등위원회를 설치하라고 하고 있지도 않기 때문이다.

그런데, 여기서 사용자의 정의는 현행 근로기준법상의 사용자 정의와 동일하고(제2조 제2호), 기업과 학교, 비영리단체가 모두 포함된다. 또한, 대법원 판례에 따르면 종교단체의 종교사업도 근로기준법상의 사업이나 사업장에 해당한다(대법원 92.2.14. 선고 91누8098). 따라서, 사업주인 종교단체도 사용자에 해당하고, 성평등위원회를 설치·운영하여야 한다.

여기서 채용 차별금지의 대상이 누구인지와, 성평등위원회의 설치와 운영이 의무인지 여부가 문제된다. 여성가족국장은 청원에 대한 답변에서 조례의 ‘성평등’ 용어 규정은 양성평등기본법과 동일하다는 짧은 언급만을 하였을 뿐, 양성평등기본법상의 ‘양성평등’ 용어 대신에 왜 굳이 ‘성평등’ 용어를 사용했는지에 대해서는 침묵하고 있다. 앞에서 설명한 바와 같이, 성평등은 젠더이고, 젠더에는 동성애, 트랜스젠더, 제3의 성이 포함된다. 양성평등위원회가 아닌 성평등위원회를 설치하라고 한 이유가 동성애자나 트랜스젠더 채용을 강요하려는 것이라는 해석이 가능한 대목이다. 즉, 성평등위원회는 동성애나 트랜스젠더 등을 이유로 한 채용상의 차별금지를 추진하기 위한 기구로 해석된다. 한 가지 부연하면, 현행 남녀고용평등법이 존재하기 때문에 양성평등 채용을 위한 별도의 조례를 굳이 제정할 필요가 없다는 것이다.

(3) 성평등위원회 설치, 운영에 대한 재정 지원

개정 성평등 조례는 사용자가 성평등위원회를 설치·운영할 경우 도지사는 필요한 비용의 전부 또는 일부를 지원하도록 하였다(제18조의2 제3항). 그런데, 도의회사무처 예산정책담당관은 추가 재정 발생이 없어 비용추계 미대상이라는 잘못된 검토의견을 통보하였고, 추가 재정 지출에 대한 논의 없이 통과가 되었다. 내용뿐만 아니라 절차상의 문제도 있었다.

3. 문제점

(1) 교육

개정 성평등 조례가 신설한 ‘사용자’에는 어린이집, 유치원, 초등학교, 중학교, 고등학교가 모두 포함된다. 그런데, 성평등 조례에 따라 사용자는 성평등위원회를 설치·운영하여야 하므로, 이는 어린이집, 유치원, 초등학교, 중학교, 고등학교에 성평등위원회가 설치된다는 의미이다. 한편, 조례 제18조의2 제1항이 규정하고 있는 성평등위원회의 활동 목적 중 하나는 양성평등기본법 제31조를 실현하는 것이다. 제31조는 성희롱 예방교육 등 방지초지에 관한 조항인데, “국가기관등의 장과 사용자는 성희롱을 방지하기 위하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 성희롱 예방교육의 실시, 자체 예방지침의 마련, 성희롱 사건이 발생한 경우 재발방지대책의 수립·시행 등 필요한 조치를 하여야 하고, 국가기관등의 장은 그 조치 결과를 여성가족부장관 및 주무부처의 장에게 제출하여야 한다.”고 규정하고 있다.

그런데, 여기서 성평등의 관점에서 동성애, 트랜스젠더와 관련한 성희롱이 과연 무엇을 의미하느냐가 문제 된다. 동성애에 대한 윤리적 문제와 보건의적 유해성을 교육하는 것, 성별에

까지 및 제31조에 따른 양성평등 참여를 효율적으로 추진하기 위한 성평등위원회를 설치·운영하도록 노력하여야 한다.

는 남성, 여성 이외에 다른 성은 없다는 교육을 하는 것, 성별은 정해지는 것으로 바꿀 수 없다고 가르치는 것이 성희롱이 될 수 있느냐가 논란이 된다. 더 나아가, 동성애자와 트랜스젠더에 대한 성희롱을 예방하기 위해서, 동성애와 트랜스젠더는 정상이고, 성별에는 남녀 이외의 제3의 성도 있으며, 자신의 성별은 정해지는 것이 아니라 스스로 결정하는 것이라는 교육까지 실시해야 하는가에 대해 성평등위원회가 자의적 해석을 할 수 있다.

성별에 대한 정체성이 확립되지 않은 아동, 청소년들에게 어린이집, 유치원, 학교에서 동성애와 트랜스젠더에 대한 교육을 시키는 것 자체가 부정적인 영향을 끼치게 된다. 젠더 이데올로기가 법제화된 외국에서 아동, 청소년들에게 성평등 교육을 시킨 결과는 매우 참혹하다. CBNNEWS.COM은 2018년 9월 19일자 기사에서 최근 10년간 영국에서 자신이 트랜스젠더라고 인식하게 된 아동, 청소년들이 4,000% 증가 했고, 또한, 여자 청소년들이 남성이 되기 위해 유방절제수술을 받은 비율이 두 배 증가 했다고 보도하였다.²³⁾

어린이집, 유치원, 학교에 성평등위원회를 설치하고, 동성애·트랜스젠더 옹호·조장 활동을 하게 하는 것은 매우 부적절하다. 아동, 청소년들을 병들게 하고, 동성애로 인한 에이즈 등 질병에 노출시키는 교육이 학교 현장에서 이루어져서는 안 될 것이다.

(2) 기본권 침해

기업뿐만 아니라 사찰, 성당, 교회 등 종교단체에게도 동성애자와 트랜스젠더 채용을 강요하는 것은 헌법이 보장하는 채용의 자유와 종교의 자유에 대한 침해이다. 헌법 제37조 제2항은 국민의 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 ‘법률’로써 제한하도록 하고 있기 때문에, 법률이 아닌 조례로 국민의 기본권을 제한하는 것은 헌법을 위반하는 것이다.

(3) 위헌성

성평등은 헌법의 양성평등 이념과 양립할 수 없다. 앞서 논의한 바와 같이, 헌법재판소는 헌법 제36조 제1항의 양성평등이 남녀의 성을 근거로 하여 차별하는 것을 원칙적으로 금지하는 것이라고 판시하였고(2005. 2. 3. 2001헌가9·10·11·12·13·14·15, 2004헌가5(병합) 전원재판부), 한국법제연구원의 영문법령도 이와 동일하게 헌법의 ‘양성’을 생물학적 성별인 sex로 번역하고 있다. 한편, 양성평등기본법 제3조 제1호는 “‘양성평등’이란 성별에 따른 차별, 편견, 비하 및 폭력 없이 인권을 동등하게 보장받고 모든 영역에 동등하게 참여하고 대우받는 것을 말한다.”고 정의하고 있는데, 헌법재판소는 ‘성별’ 용어의 의미에 대하여 개인이 자유로이 선택할 수 없고 변경하기 어려운 생래적인 특징을 말한다고 판시하였다(2010. 11. 25. 2006헌마328.). 이를 종합해 보면, 양성평등기본법상의 양성평등은 남녀의 생물학적 성별(sex)을 의미한다고 보아야 한다. 더 나아가, 양성평등기본법 제1조는 이 법이 대한민국헌법의 양성평등이념을 실현하기 위함이라고 그 목적을 설명하고 있기 때문에, 양성평등기본법의 양성평등은 헌법의 양성평등과 동일하여야 하고, 따라서 sex를 의미한다.

이에 반하여, 성평등은 동성애와 트랜스젠더를 포함하는 gender를 의미하는 것으로서 헌법의 양성평등 개념과는 매우 상이하다. 2016년에 미국 뉴욕시 인권위원회는 31가지의

23) 4,000% Explosion in Kids Identifying as Transgender, Docs Perform Double Mastectomies on Healthy Teen Girls, CBNNEWS.COM, 2018년 9월 19일, <https://www1.cbn.com/cbnnews/us/2018/september/4-000-explosion-in-kids-identifying-as-transgender-docs-perform-double-mastectomies-on-healthy-teen-girls>.(검색일 2019.9.10.)

gender를 발표하였고, 뉴욕시는 제3의 성을 공식 인정하여, 올해부터 신분증의 성별란에 남성(M)과 여성(F)에 더하여 'X Gender'를 추가하였다. 우리나라 국가인권위원회도 2006년에 국무총리에게 입법 권고한 차별금지법안 제4조 제1호에서 “성별’이라 함은 여성, 남성, 기타 여성 또는 남성으로 분류하기 어려운 성을 말한다.”고 하여 제3의 성을 성별에 포함할 것을 제안하였고, 올해 4월에는 인권위 진정서 양식의 성별 기입란에 제3의 성을 신설하기로 하는 결정까지 하였다. Gender는 법률 용어로 볼 수 없을뿐더러, 국내법에서 gender에 해당하는 법률용어를 법률에서 규정한 경우도 없다. Gender는 헌법과 현행법이 전제하고 있는 남녀성별2분법 제도에 정면으로 반하는 것이고, 따라서 gender를 성평등이라는 용어 속에 숨겨서 탑재한 성평등 조례는 헌법에 위반된다.

(4) 위법성

개정 성평등 조례에서 사용자가 적극적 조치를 취하도록 노력하여야 한다와 성평등위원회를 설치·운영하도록 노력하여야 한다는 조항이 단순 권고인지, 의무인지가 문제이다. 이는 법률의 위임 없이 조례로 주민에게 의무를 부과하는 것을 금지하는 지방자치법 제22조 단서 위반과 관련되어 있다. 성평등 조례가 통과되기 전에, 도의회사무처 입법정책담당관은 지방자치법 제22조를 고려하여 ‘사용자’를 공공기관의 사용자로 국한되도록 수정하라는 검토의견을 통보하였다. 이들 조항을 ‘의무’의 부과로 해석하였다는 의미이다. 법제처가 2017년에 발간한 법령입안·심사기준은 65~66 페이지에서 국가나 지방자치단체 등의 책무·책임·정책수립의무 등에 관한 규정의 표현방식 입법례로 국어기본법 제4조와 문화산업진흥기본법 제3조를 들고 있는데 “시행하여야 한다”는 표현과 함께 “노력하여야 한다”는 표현도 사용되었다. “노력하여야 한다”가 의무 규정의 표현방식 중 하나라는 의미이다. 이어서 사업자의 의무나 국민의 의무 규정에 대한 표현방식의 입법례로 환경정책기본법을 들고 있는데, 동법 제6조(국민의 권리와 의무) 제3항에서는 “모든 국민은...(중략)...국토 및 자연환경의 보전을 위하여 노력하여야 한다.”라고 하고 있어 “노력하여야 한다”는 표현이 의무 규정의 의미임을 소개하고 있다. 현행 경기도 성평등 조례 제3조(도민의 권리와 의무) 제2항도 “모든 도민은 성평등의 중요성을 인식하고 이를 실현하기 위해 노력하여야 한다.”고 하여 “노력하여야 한다.”를 도민의 의무에 대한 표현으로 사용하고 있다.

이에 반해 아무런 근거를 제시하지 않고 사용자의 적극적 조치 노력 및 성평등위원회 설치·운영 노력 규정이 권고규정이라고 한 여성가족국장의 답변은 설득력이 떨어진다. 국민의 기본권을 두텁게 보장하기 위해 법률의 위임 없이 조례로 의무를 부과하는 것을 금지한 지방자치법의 취지로 볼 때 공공기관 이외의 사용자에게 성평등 조례를 적용하는 것은 위법하다고 보아야 할 것이다. 그런데, 여성가족평생교육위원회에서 수석전문위원이 도의회 입법정책담당관의 수정 검토의견을 누락, 개정가능하다는 의견이라고만 보고하였고, 본회의에서도 이에 대한 논의가 전혀 없었던 것으로 드러나 충격을 주고 있다.

경기도 여성가족국은 사용자의 성평등위원회 설치·운영을 정책적으로 유도한다는 입장인데, 이를 위해서는 벌금이나 처벌 등 직접 강제가 아니더라도 간접 강제 방식은 얼마든지 사용할 수 있다는 의미이다. 예를 들어, 도내 기업이 관급공사 입찰에 참가한 경우, 성평등위원회 설치 여부를 평가에 활용하는 방법도 있다. 또한, 기존에 경기도가 지급하던 보조금이나 재정 지원에 대해서 성평등위원회 미설치를 이유로 축소 또는 중단하는 것도 가능하다. 도내 성평등위원회 설치가 늘어남에 따라, 결국 설치를 하지 않은 사용자들은 직·간접적인 불이익을 당할 수 있게 된다.

또 다른 위법성은 성평등 조례가 양성평등기본법이 정의하고 있는 양성평등 용어를 사용하지 않고 이를 성평등 용어로 무단 변경하였다는 점이다(제2조 제1호). 이는 상위법의 범위를 벗어나는 것으로서 지방자치단체가 법령의 범위 안에서 조례를 제정하도록 규정한 지방자치법 제22조 본문에 위반된다.

IV. 나가며

개정 경기도 성평등 조례는 그 위법성과 위헌성으로 인해 전면개정이 불가피하다. 도의회 스스로가 성평등을 양성평등으로 복구하는 개정을 하지 않는다면, 주민조례개정청구를 해서라도 독소조항을 제거하여야 한다.

현재 지방자치단체의 성평등 조례를 통한 젠더이데올로기 법제화는 위험한 수준에 이르고 있다. 서울시 의회는 지난 6월에 서울시 성평등 조례 개정안을 통과시켰는데, 개정 조례는 기존에 있던 젠더자문관에 추가하여 차별조사관을 신설하였다.²⁴⁾ 차별조사관은 성평등 관계법 위반사항에 대해서도 조사할 수 있는 권한이 부여 되었다.²⁵⁾ 앞에서 본 바와 같이, 여기서 말하는 성평등 관계법에는 동성애 차별금지를 포함하고 있는 국가인권위원회법도 해당이 되는 것으로 해석이 된다. 그동안 국가인권위원회가 해 왔던 동성애 옹호, 조장 활동을 서울시 차별조사관이 똑같이 답습할 가능성이 크다. 그런데, 법률이 아닌 조례로 이러한 차별조사관을 설치하는 것은 상위법의 위임이 없이 서울시민의 권리를 제한하는 것이기 때문에 위법성이 있다(지방자치법 제22조 단서).

더욱 심각한 것은 차별조사관의 조사대상에 서울시의 출자, 출연기관 뿐만 아니라 서울시의 업무를 위탁 받아 수행하는 기관도 포함된다는 점이다. 서울시 민간위탁사무 현황²⁶⁾에 따르면, 한국장로교복지재단, 온누리복지재단, 밀알복지재단, 굿네이버스, 이랜드복지재단, 충신대학교, 숭실대학교, 연세대학교, 이화여자대학교 등 종교 사회복지법인과 종립대학도 상당수가 서울시 사무를 위탁받아 처리하고 있고, 이들도 차별조사관의 조사 대상에 해당하기 때문에 서울시 성평등 조례로 인한 종교의 자유 침해가 현실화 될 우려가 크다. 성평등 조례가 제정된 지방자치단체 주민들의 적극적인 문제제기와 대응이 필요한 시점이다.

24) 서울특별시 성평등 기본조례 제56조(차별조사관) 제1항 시장은 성평등 고용 및 노동환경 조성을 위하여 차별조사관(이하 "조사관"이라 한다)을 둘 수 있다.

25) 제56조 제3항 조사관은 다음 각 호 기관의 「근로기준법」, 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」 등 노동관계법, 성평등 관계법 위반사항에 대하여 조사하고 그 시정을 권고할 수 있다.

1. 시 및 그 소속 행정기관

2. 자치구(시의 위임사무와 서울 소재 자치구의 구청장이 해당 자치단체의 조례에 근거하여 조사를 의뢰한 사항에 한한다.)

3. 시 산하 공사·공단 및 출자·출연기관

4. 시의 업무를 위탁 받아 수행하는 기관

26) 2019년 7월 18일 기준 서울시 민간위탁사무 현황에 따르면, 약 391개 민간단체가 서울시 사무를 위탁받아 처리하고 있다(출처: 서울시 민간위탁사무 현황, 서울 정보소통광장, <https://opengov.seoul.go.kr/data/217982>).