

‘서울퀴어문화축제조직위원회 법인설립 불허가처분’ 에 대한 서울특별시 인권위원회 권고

서울특별시 인권위원회는 ‘서울퀴어문화축제조직위원회 법인설립 불허가처분’에 대하여 서울특별시시장에게 다음과 같이 권고합니다.

I. 권고의 주문

1. 서울특별시가 2021. 8. 25. 통보하고 같은 해 9. 3. 정정 통보한 ‘서울퀴어문화축제조직위원회 법인설립 불허가처분’(이하 “이 사건 불허가처분”)은 합리적 이유 없이 성소수자를 차별하여 그들의 결사의 자유를 침해한 처분으로,
2. 서울특별시장은 이 사건 불허가처분을 조속히 취소하여 성소수자들이 평등하게 결사의 자유를 향유할 수 있도록 보장하고
3. 향후 이와 같은 차별적 조치가 재발하지 않도록 비영리법인의 설립허가에 관한 업무처리절차 및 지침 등을 정비, 개선하는 한편,
4. 사회적 편견이나 고정관념을 바탕으로 성적 지향과 같은 특정한 속성을 구분하여 집단화하고 그 집단이나 구성원을 차별하거나, 그로 인하여 발생하는 사회적 갈등을 부당하게 방임하는 행정관행이 반복되지 아니하도록 적절한 행정과정을 확보할 것을 권고합니다.

II. 권고의 이유

1. 사건의 경과

- 서울퀴어문화축제조직위원회(이하 “조직위원회”)는 서울시에서 2000년부터 현재까지 매년 1회 개최되어 온 서울퀴어문화축제를 기획, 조직하며 관리·운영한 비영리 민간단체로 그동안 퀴어문화축제공동집행위원회 등의 명칭을 사용하다가 2018년 현재와 같은 명칭으로 변경하여 지금에 이르고 있습니다. 이 단체는 “자발적으로 참

여한 시민들”로 구성된 비법인 사단으로, “성적지향과 성별정체성을 비롯한 다양한 정체성을 가진 모든 사람들이 평등하게 어우러지는 사회를 이루기 위해 문화·예술 콘텐츠를 개발하고 향유하는 소통의 장을 만드는 것”을 목적으로 하며, 이를 위하여 서울퀴어문화축제 등의 성소수자 관련 문화·예술행사를 개최하거나 관련 콘텐츠를 개발·제작하며 연관된 국내외 단체들과 연대활동을 수행하는 등을 주요목적사업으로 하고 있습니다.(서울퀴어문화축제조직위원회, 홈페이지<https://www.sqcf.org/sqcforg> 참조)

- 조직위원회는 법인격을 갖추기 위하여 2019. 10. 서울특별시에 비영리법인 설립 허가 신청을 하였으나, 서울특별시는 행정상의 이유로 2020. 11. 이 신청을 정식으로 접수하였습니다.
- 서울특별시는 조직위원회에 대하여 2021. 8. 25. 다음과 같은 취지의 이유를 들어 이 신청에 대하여 법인설립불허가처분을 하였습니다.
 - 1) 조직위원회의 주요 목적사업인 퀴어문화축제 시 과도한 노출로 인해 검찰부터 경범죄처벌법 위반으로 기소유예처분을 받은 바 있음
 - 2) 동 행사 중 운영부스에서 성기를 묘사한 제품을 판매하는 등의 실정법 위반 소지가 있는 행위를 하였음
 - 3) 매 행사시 반대단체 집회가 개최되는 등 물리적 충돌 예방을 위한 대규모 행정력이 동원되고 있는 상황임
- 서울특별시는 21. 9. 3. 위의 처분 사유에 오기가 있어 이 사건 거부처분의 이유 제1항을 “일부 참여자의 과도한 노출로 경범죄처벌법 등 법령 위반 소지가 있는 행위가 있었습니다.”로, 제2항은 “실정법 위반 소지가 있는 행위를 한 사실이 확인되었습니다.”로 각각 정정하는 등 불허가처분의 사유를 변경하여 조직위원회에 통보하였습니다.

2. 성소수자의 결사의 자유에 관한 인권 규범들

- 결사의 자유는 개인들이 고립된 사회적 단자(單子)이기를 멈추고 서로 결합하여 자신들의 공동된 의견이나 이익을 표현하고 촉진하며 추구하거나 방어하기 위하여 누구의 간섭이나 개입이 없이 자발적으로 하나의 연대체를 만들 수 있는 자유입니다. 이는 우리 헌법 제21조제1항에 의하여 보장되고 있을 뿐 아니라 국제인권법상으로도 민주사회에서 가장 우선적인, 필수불가결한 인권으로 선언되고 있습니다. 예컨대, 미

합중국의 제1차수정헌법이나 캐나다 인권헌장은 물론 세계인권선언 제20조 및 제23조, 유럽인권규약 제11조, 아프리카 인권협정 제9조 내지 제11조, 미주인권협약 제13조, 제15조, 제16조, 정치적·시민적 권리에 관한 규약 제22조, 국제노동기구(ILO)의 기본원칙과 노동권 선언(Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, 1998) 등에서 가장 뚜렷한 기본권 중의 하나로 선포되기도 하였습니다.

- 이러한 결사의 자유는 개인들이 연대하여 하나의 단체로 구성됨으로써 보다 큰 사회적·정치적 혹은 경제적 역량을 확보한다는 의의를 가지지만, 바로 그 점으로 인하여 사회적으로 소외되거나 배제되어 온 소수자의 경우에 기존의 사회적 억압을 헤치고 자신들의 시민권을 회복하는 가장 유효한 수단으로 간주되고 있습니다. 단체를 설립하거나 그에 가입함으로써 개인의 능력으로는 극복할 수 없는 사회구조적 폭력에 저항하는 한편, 그 단체 활동을 통하여 스스로의 정체성을 확보하며 인격의 발현을 위한 토대를 획득할 수 있게 되며, 단체 구성원들 간의 협력과 배려와 상호 존중의 과정을 통해 개인으로서는 향유할 수 없는 생활세계의 질적·양적 확장을 도모할 수 있기도 합니다. 그리고 바로 이 점에서 결사의 자유는 사회적 소수자들이 민주사회의 일원으로 통합될 수 있는 가장 유효한 기제가 되는 동시에 사회적 약자들의 자유와 권리 나아가 그들의 인간으로서의 존엄과 가치를 확보하게 만드는 인권 중의 인권이라 하지 않을 수 없습니다.
- 이러한 결사의 자유는 가장 대표적인 사회적 소수자집단인 성소수자들에게도 보장되어야 함은 너무도 당연한 일입니다. 오히려 사회적 억압의 피해자인 성소수자들이기에 더욱더 강하고 폭넓게 그리고 최적의 상태로 결사가 보장되어야 한다는 당위가 도출됩니다. 물론 우리 헌법을 비롯한 외국의 입법례, 그리고 세계인권선언을 비롯한 모든 국제인권(법)규범들이 인권보장의 상소(常素)로 보장하고 있는 평등권의 규정이 성소수자의 경우에도 의연히 적용되어야 함은 더 이상 언급할 필요도 없을 것입니다.
- 법인설립에 관하여는 허가주의를 취하고 있는 우리나라와 달리 외국의 경우 등록제, 신고제 등의 방식을 취하며 자유롭게 법인을 설립할 수 있도록 합니다. 따라서 그에 대안 인권법적 판단은 희소합니다만, 예외적으로 프랑스의 헌법위원회(Conseil constitutionnel)가 1971. 7. 16. 선고한 결정은 법인설립의 자유 또한 결사의 자유의 한 부분임을 명확히 한 바 있습니다. 프랑스 의회는 법인격의

취득요건이었던 신고제에 사전심사제를 부가하여 검사가 그 단체의 목적이나 활동을 심사하고 필요한 경우 법원의 판결을 구하여 그 결사의 무효선언을 할 수 있도록 하는 법안을 통과시켰습니다. 이 법률에 대하여 헌법위원회는, 결사의 조직은 그것이 무효인 것으로 보이거나 위법한 목적을 가진 것이라 하더라도 그 유효성에 관하여 행정청이나 법원의 사전적 개입에 따르지 않는다고 판단하였습니다. 즉, 위의 법안 중 법원의 사전심사제를 인정한 부분은 위헌이라고 판단한 것입니다.(71-44 DC. Rec. 29. RJC Decision I-29)¹⁾ 결사의 자유는 단체의 설립은 물론 그 단체가 법인격을 가지는지의 여부에까지 확장되는 것이라고 판단한 것입니다.

△ 아울러 미국의 경우에도 결사의 자유는 최우선적 기본권으로 보장되며, 연방항소법원은 이를 관련 기관에 등록할 자유에까지 확장하고 있습니다. 대학교에서 LGBT동아리의 등록을 거부한 처분이 결사의 자유와 법의 평등한 보호를 받을 권리를 침해한 것이라고 판단(Gay Alliance of Students v. Matthews, 544 F.2d 162)하거나, 게이 동아리에 대하여 대학본부가 그 활동지원을 잠정 중지시키는 것 역시 결사의 자유와 평등권을 침해한 위헌적인 것이라는 판단(Gay Students Organization of University of New Hampshire v. Bonner, 509 F.2d 652, 660. 1974) 등은 이 점을 명확히 하였습니다.

- 성소수자들이 가지는 결사의 자유를 최대한으로 보장하고자 하는 이러한 태도는 유럽의 경우도 마찬가지입니다. 유럽평의회(Council of Europe)의 「성적 지향 및 젠더 정체성실(Sexual Orientation and Gender Identity Unit)」에서도 유럽인권협약 제11조에 따라 결사의 자유는 성적 지향이나 젠더 정체성을 이유로 차별되어서는 아니 됨을 명확하고 있으며, 특히 성소수자들이 단체를 결성하여 등록하거나 활동하는 것에 대하여 과도한 설립·활동의 요건을 요구하는 등 행정 절차적으로 차별화하는 것을 금지하고 있습니다. 그리고 이들의 단체등록요건으로 공중도덕 혹은 사회질서(public health, public morality and public order) 등의 소극적 사유를 설정하는 것도 금지합니다.(<https://www.coe.int/en/web/sogi/freedom-of-association> 참조)
- 아울러 자유권규약의 집행과 관련하여 결사의 자유를 포함하는 표현의 자유는 공중도덕을 이유로 제한할 수는 있지만, 그렇다고 이때의 공중도덕은 사회적 편견을 담

1) 윤진수, “사법상의 단체와 헌법,” 비교사법, 2008, 9-13면에서 재인용.

아내는 것이어서는 아니 된다는 것이 국제인권법의 일관된 원칙입니다. 즉, 순수한 공중도덕은 단순히 사회적 다수자 집단의 의견을 반영하는 것과는 온전하게 분리되어야 하며 자유권규약상의 인권항목들은 사회적 소수자를 다수자의 권력으로부터 보호하는 것이 주된 목표이며 또 그렇게 소수자의 인권을 보호하는 것이 민주사회의 공익에 봉사하는 것임을 강조하고 있는 것입니다.

3. 이 사건 불허가처분의 문제점

□ 이 사건 불허가처분은 이상과 같이 결사의 자유를 보호하는 제반의 법규범들에도 불구하고 조직위원회의 비영리법인 설립을 허가하지 않음으로써 합리적인 이유 없이 성소수자들을 차별하여 그들의 결사의 자유를 침해하고 있습니다. 그 근거는 다음과 같습니다.

1) 불허가 사유 제1점과 제2점에 관하여

□ 서울특별시는 불허가처분의 사유로 조직위원회가 주관하는 서울퀴어문화축제가 일부 참여자의 과도한 노출로 경범죄처벌법 등 법령 위반 소지가 있는 행위를 하였으며, 또 운영부스에서 성기를 묘사한 제품을 판매하는 등 실정법 위반의 소지가 있는 행위를 한 사실이 확인하였다는 점을 거론하고 있습니다.

□ 그러나 결사의 자유를 비롯한 일련의 표현의 자유에 대한 제한은 미국의 사례처럼 필수적인 공공이익에 대한 「명백하고 현존하는 위험」(clear and present danger)이라는 법리까지는 아니라 하더라도 최소한 공중도덕에 대한 “실질적 해악을 미칠 명백한 위험성”(헌법재판소 1990. 4. 2. 선고 89헌가113 결정)이 있을 때 혹은 “공공의 안녕과 질서에 직접적 위협을 가할 것이 명백한 경우”(헌법재판소 1992. 1. 28 선고 89헌가8 결정)에 비로소 가능한 것입니다.

□ 하지만 이 사건 불허가처분은 이와 같은 명백한 위험성의 여부에 대한 판단을 하지 아니하였습니다. 서울특별시는 서울퀴어문화축제에 참가한 일부의 사람이나 단체(부스를 의미합니다)가 한 행위가 서울퀴어문화축제 전체에 어떤 의미를 가지며 그것이 조직위원회의 운영 및 관리 책임에 어떤 연관이 있는지를 제대로 규명하지도 아니한 채, 나아가 그러한 행위가 실정법을 위반하였는지의 여부에 대한 판단도 하지 아니한 채 단순히 그러한 행위가 있었고 그것이 법위반의 “소지”가 있다는 매우

막연하고도 자의적인 주관적 판단만으로 이 사건 불허가처분을 한 것입니다.

- 우리 민법 제38조가 말하는 비영리법인의 『공익을 침해하는 행위』의 의미는 법인의 기관이 직무의 집행으로써 그러한 행위를 하거나 사원총회가 그러한 결의를 한 경우를 의미합니다. 즉, 당해 법인의 목적사업 또는 존재 자체가 공익을 해한다고 인정되거나 당해 법인의 행위가 직접적이고 구체적으로 공익을 침해하는 것이어야 하는 것입니다.(대법원, 2014. 1. 23. 선고 2011두25012)

그러나 실제 이 사건 불허가처분의 경우 과도한 노출을 한 일부참여자 및 성기 묘사한 제품을 판매한 부스의 그 행위들이 조직위원회의 책임으로 귀속되어야 한다는 증명은 차치하고서라도 그러한 점을 소명하거나 짐작할 수 있게 하는 어떠한 자료나 논증도 제시된 바 없습니다. 뿐만 아니라 그러한 행위가 실정법을 위반하였거나 그럴 위험이 있다는 점을 뒷받침할 수 있는 어떠한 근거도 제시하지 않았습니다. 실제 그러한 “과다노출”이나 “성기를 묘사한 제품을 판매”한 행위 등에 대하여 경찰이나 검찰 등의 법집행기관에서 그 점을 인지하고서도 실정법위반을 지적하며 조사를 하거나 기소한 사례는 전혀 없었다는 점을 감안한다면, 서울특별시가 그 법위반의 “소지”를 거론하며 불허가처분을 하기 위해서는 그에 상응한 증명이나 소명, 논증을 하였어야 했습니다.

- △ 불허가사유로 거론되고 있는 과다노출이나 성기묘사제품판매행위는 그 자체에 목적이 있는 것이 아닙니다. 그것은 성적 지향이나 성별정체성에 대한 사회적 다수자들의 편견이나 고정관념을 비틀어내어 비판하고 다양한 삶의 방식들이 존재함을 보여주기 위한 것으로 그 자체 최우선적 기본권(preferred right)인 표현의 자유가 보호하고자 하는 핵심영역-즉, 소위 LASP에 해당하는 표현-에 자리하는 것입니다. 그리고 이러한 의사표현이야말로 퀴어(queer)들의 문화축제를 존재하게 만드는 핵심요소라고 하여야 할 것입니다.

- △ 따라서 이러한 표현행위가 법위반의 소지가 있음을 전제로 이 사건 불허가처분으로 나아간 것은 결사의 자유에 대한 침해일 뿐 아니라 표현의 자유에 대한 오해와 함께 전 세계적인 행사로 자리 잡은 퀴어문화축제에 대한 이해부족에 기반한 것이라 하지 않을 수 없습니다.

- 그러한 “과다노출”이나 “성기를 묘사한 제품을 판매”한 행위는 과거에 종료된 행위입니다. 따라서 서울특별시가 이를 이유로 이 사건 불허가처분으로 나아가려면 앞

으로 조직위원회가 그러한 행위를 의도적으로 행하거나 혹은 참여자들의 그러한 행위를 악의적으로 방임·방치하려는 의사를 가지고 있는지의 여부를 먼저 검증하거나 논증하여야 했습니다. 하지만, 이 사건 불허가처분에서는 그러한 노력이 전혀 보이지 않았습니다.

□ 더불어 이 사건 불허가처분이 이루어진 행정절차 역시 조직위원회를 비롯한 서울퀴어문화축제 참여자들이 가지는 적법절차(due process of law)의 권리를 침해하였습니다. 설령 서울특별시가 그 동안의 서울퀴어문화축제 과정에서 “법위반의 소지”가 있는 행위양태들을 발견하고 이를 문제시 하였다면, 의당 그 행사의 주최자였던 조직위원회에 그러한 행위가 존재하였는지, 그 행위의 의미는 무엇이며, 그에 대한 규범적 평가는 어떠하여야 하는지, 그 행위의 책임은 개별 참여자 혹은 조직위원회 어디에 귀속되어야 하는지, 향후 유사한 행위양태의 발생가능성은 어떠하며 이에 대한 조직위원회의 입장은 무엇인지 등의 사항들을 질의하고 조직위원회가 그에 상응하는 답변을 할 수 있도록 하여야 했습니다. 그리고 그렇게 조직위원회가 이 사건 불허가처분의 과정에 적절하고도 적법하게 참여하여 자신에 유리한 증거와 의견을 제시하고 자신에 대한 행정관청의 판단과정에 스스로를 방어할 수 있는 기회를 부여하는 것이 우리 헌법 제12조제1항 후문과 제3항에서 규정하고 있는 적법절차의 권리를 보장하는 길입니다. 하지만, 서울특별시는 단순한 인상만으로 “법위반의 소지”가 있다고 자의적이고도 일방적으로 결정하였을 뿐, 그 어떠한 답변의 기회도 조직위원회측에 부여하지 않았습니다.

□ 요컨대, 서울특별시가 제시한 이 사건 불허가처분의 사유 제1점과 제2점은 최소한의 근거나 소명도 없이 이루어진, 자의적인 판단에 그치고 있으며 그러한 침익적 처분을 함에 요구되는 적법절차의 원칙 또한 준수되지 아니한 것으로, 행정관청에 부여된 인권보장의 의무를 위반한 것이라 하지 않을 수 없습니다.

2) 이 사건 불허가 사유 제3점에 관하여

□ 서울특별시는 서울퀴어문화축제가 개최되면 반대단체들의 집회가 개최되는 등 사회적 갈등이 나타나고 이에 따른 대규모 행정력의 투입이 불가피하게 되는 것을 이 사건 불허가처분의 사유로 제시하고 있습니다. 하지만 이러한 사유 또한 집회의 자유에 대한 오해에서 비롯된 것으로 타당성을 상실하고 있습니다.

- 헌법재판소는 대한민국의 헌법적 정체성을 입헌적 민주주의라는 명제로 서술하고 있습니다. 즉, 대한민국은 다수결이 원칙에 따라 다수자의 의사가 국가의 의사로 구성되는 민주주의의 원칙과 그러한 다수자의 지배로부터 소수자의 자유와 권리를 법으로써 보장하는 법치주의의 원칙이 공존하는 체제라고 본 것입니다.(헌법재판소 2014. 12. 19. 선고 2013헌다1 결정) 그리고 이렇게 법을 통하여 개인의 인권과 그 존엄성을 보장하여야 할 국가의 의무는 세계인권선언 전문을 비롯하여 국제인권법체제의 가장 기초적인 토대가 되어 있습니다.
- 아울러 헌법재판소는 집회의 자유를 “표현의 자유와 더불어 민주적 공동체가 기능하기 위하여 불가결한 근본요소에 속한다.”고 하면서 그것은 “소수집단이 그들의 권익과 주장을 옹호하기 위한 적절한 수단을 제공한다는 점에서 (...) 소수의 보호를 위한 중요한 기본권”이며 “헌법이 집회의 자유를 보장한 것은 관용과 다양한 견해가 공존하는 다원적인 ‘열린 사회’에 대한 헌법적인 결단”이라고 단언한 바 있습니다. (헌법재판소 2003. 10. 30. 선고 2000헌바67등 결정) 물론 헌법재판소의 이러한 입장도 국제인권법체제에서 일반적으로 받아들여지고 있는 것이기도 합니다.
- 이런 맥락에서 이 사건에서 거론되고 있는 서울퀴어문화축제와 같은 집회는 사회적으로 가장 취약한 소수자집단에 속하는 성소수자들로 하여금 “공동으로 인격을 발현하기 위하여 타인과 함께 하고자 하는 자유, 즉 타인과의 의견교환을 통하여 공동으로 인격을 발현하는 자유”를 향유하는 “인간의 가장 기본적인 욕구”를 실현하는 것이며, 동시에 그들이 “타인과 사회공동체로부터 고립되는 것으로부터 보호”하여야 할 국가기관의 헌법적 의무가 최적의 상태로 실현되어야 하는 장이라 할 수 있습니다.(인용은 위의 헌법재판소 결정)
- 이에 서울특별시를 포함한 국가기관들은 이러한 기본권을 존중(respect)하여야 할 의무뿐 아니라, 사회적 다수자세력의 공격으로부터 성소수자들의 집회를 보호(protect)하여야 할 의무까지도 같이 져야 합니다. 즉, 서울특별시는 서울퀴어문화축제에 대하여 반대단체들의 집회가 있다는 이유로 서울퀴어문화축제 그 자체의 존재를 부정하거나 그 의미를 축소해서는 아니 되며 오히려 반대단체들의 집회를 규율하고 관리함으로써 그 축제를 최대한으로 보호하여야 할 헌법적 의무를 지게 됩니다. 그리고 이 과정에서 발생하는 대규모 행정력의 투입은 이러한 헌법적 의무를 이행하는데 소요되는 필수적인 헌법비용 내지는 사회적 비용이라고 보아야 할 것입니다.

□ 이렇게 보아야 하는 이유는 명확합니다. 외견적으로는 서울퀴어문화축제에 대한 반대단체들의 집회 또한 헌법적으로 보호할 가치 있는 권리의 행사에 해당하는 것이나, 집회의 실질적인 성격이라는 점에서는 전혀 다른 판단이 이루어져야 합니다.

△ 반대단체들의 집회는 그 자체 의미를 가지는 것이 아니라 성소수자들에 대한 사회적 편견이나 고정관념에 기반하여 서울퀴어문화축제를 공격하고 그 축제의 진행을 방해하기 위한 목적으로 이루어집니다.

△ 국가인권위원회의 개념정의²⁾에 의할 때, 그 반대집회는 성소수자라는 특성을 가진 집단을 대상으로 그에 대한 부정적인 편견과 고정관념을 드러내면서 그 집단 또는 그 구성원을 모욕하고 비하, 멸시·위협하는 혐오집회에 다름 아닌 것입니다.

△ 따라서 두 개의 집회가 서로 대립하여 충돌하는 “사회적 갈등”의 외관을 가진다 하더라도, 서울특별시의 질서행정의 대상은 적법하게 진행되고 있는 서울퀴어문화축제가 아니라, 혐오표현으로써 그 축제를 공격하고 방해함으로써 타인의 권리를 침해하고 있는 반대단체들의 집회여야 합니다. 아울러 그로 인하여 발생하는 대규모 행정력의 동원이라는 행정적·사회적 비용 또한 그 부담을 반대단체들이 져야 하는 것입니다. 사인들 간의 충돌에 대한 공권력의 개입을 정당화하는 해악의 원리(harm principle)는 바로 이러한 규범적 요청의 근거가 됩니다.

□ 요컨대 서울특별시가 이 사건 불허가처분의 사유로 들고 있는 반대단체들의 집회 및 이로 인한 사회적 갈등, 그리고 대규모행정력의 동원이라는 사항들을 혐오집회를 일삼는 반대단체들의 책임으로 귀속되어야 할 사항으로, 이를 조직위원회의 책임으로 돌리면서 법인설립에 대한 불허가처분의 사유로 삼는 것은 우리 헌법이 보장하는 자기책임의 원리(헌법재판소 2004.6.24. 선고 2002헌가27 결정 참고)에 반하여 그 타당성을 상실한 것이라 하여야 할 것입니다.

3) 이 사건 불허가처분이 자의적인 차별인 이유에 관하여

□ 결국 서울특별시가 이 사건 불허가처분의 사유로 제시하고 있는 세 가지의 사항은 모두 헌법적으로나 인권 규범적 측면에서 타당성을 상실한 것으로 이를 바탕으로

2) 국가인권위원회, 혐오표현 리포트, 2019, 10-11면

조직위원회의 법인설립허가 신청을 거부한 것은 조직위원회의 결사의 자유를 침해한 것이라 하지 않을 수 없습니다.

- 물론 비영리법인에 대한 설립허가는 주무관청의 재량영역에 속하는 이해되고 있는 현실에서 주무관청은 다양한 사항들을 고려하여 법인설립 허가 여부를 판단할 수 있습니다. 하지만, 그럼에도 재량권의 행사는 의연한 한계가 있어 그것이 남용되거나 재량권의 행사범위를 유월하여서는 아니 됨 또한 우리 법제상의 명확한 원칙으로 확립되어 있습니다.
- 실제 이 사건 불허가처분의 사유가 되는 세 가지의 판단은 위에서 살펴본 바와 같이 규범적 타당성을 상실한 것일 뿐 아니라, 그 자체로도 성소수자에 대한 사회적 편견이나 고정관념을 그대로 반영하고 있다는 점에서 이 사건 불허가처분이 자의적인 차별에 해당됨을 드러내고 있습니다.
- 우선 사유 제3점은 명백하게 “반대단체들”의 혐오집회 내지는 혐오표현으로 인하여 발생하는 사회적 갈등 및 대규모 행정력이라는 비용이 발생하고 있으며 서울특별시를 포함한 국가기관이라면 의당 그 규제와 관리의 대상을 이러한 “반대단체들”로 정해야 합니다. 그럼에도 서울특별시는 그 책임이 조직위원회에 있는 듯한 판단을 하고 있습니다. 그리고 이러한 오도된 판단으로 인하여 “반대단체들”의 혐오행위들이 서울특별시의 인식과 조치들을 통하여 조직위원회에 가중 부과되고 있는 것입니다. 즉, 서울특별시는, 성소수자들에 대한 “반대단체들”의 혐오를 전달하는 도관(conduit)을 넘어 그것을 공행정작용의 형태로 증폭하여 우리 사회에 만연한 혐오 현실을 확대 재생산하고 있습니다.
- 사유 제1점과 제2점의 경우도 마찬가지로 “반대단체들”과 다름없는 편견과 고정관념을 재생산하고 있습니다. 서울특별시는 “법위반의 소지”라는 표현으로 서울퀴어문화축제의 ‘불법성’을 탄핵하고자 하나, 공행정과정에서 반드시 제시되어야 하는 판단의 근거를 전혀 제시하지 못하고 있습니다. 합리적인 근거 없이 퀴어문화축제 참여자들이 “과다노출”하였으며, “성기를 묘사한 제품”으로 실정법 위반의 소지를 일으켰다고 판단하고 있는 것입니다. 그러나 이러한 판단은 비록 외관상으로는 법 판단의 형식을 가지고 있으나, 그것은 그러한 판단에 필요한 입증/소명이나 논증의 과정이 온전히 결여된 것으로 법판단 내지는 규범적 판단이라 할 수 없는 것입니다. 오히려 그것은 법판단의 형식을 빌어 성소수자에 대한 사회적 편견이나 고정관념을 그대로 이식하여 재생산하는 판단을 하고 있을 뿐입니다.

- 실제 사유 제1점은 “과다노출”이기 때문에 경범죄처벌법 위반의 소지가 있다고 판단하는 형식을 취하고 있습니다만, 먼저 그 “노출”이 “과다”한지 여부의 판단 자체가 노출의 정도에 기반한 것이 아니라 성소수자들에 의하여 이루어진 “노출”행위라는 점에 착안하고 있으며, 바로 이 점에서 성소수자들에 대한 혐오의 감정이 그대로 “과다” “노출”이라는 판단으로 이어지고 있는 것입니다.
- 사유 제2점의 경우에도 “성기를 묘사한 제품”에서 “묘사”의 정도는 음란 여부의 판단에 필요한 묘사(depiction)의 수준이 아니라 성기를 모방/패러디하거나 창조적으로 변형하여 재현(re-production)한 것입니다. 따라서 이는 문화축제라고 하는 행사의 범주 안에서 평가될 수 있는 것일 뿐 그 자체 법적 평가-실정법 위반 여부의 판단-대상이 될 수는 없습니다. 설령 그것이 성기를 연상시키는 효과를 야기한다 하더라도 우리 사회에 술하게 전시되어 있는 남근석과 같은 묘사수준의 형상들에 대한 사회적 방임의 태도에 비추어볼 때 별다른 법판단의 대상이 되지 않아야 함이 젠더평등의 헌법이념에 부합하는 것이라 할 것입니다. 그럼에도 서울특별시는 그러한 제품이 “퀴어”문화축제에서 전시, 판매되고 있다는 점에만 주목하여 실정법 위반의 소지가 있다는 판단으로 나아갔습니다. 이러한 판단 및 그에 기반한 이 사건 불허가처분의 사유는 “성기를 묘사한 제품”에 있는 것이 아니라 그것이 성소수자들의 문화축제와 관련되어 있다는 사실에 있는 것입니다. 그리고 이런 판단은 의연히 헌법적으로 금지되는 자의적인 차별에 다름 아닙니다.

III. 결론

이에 서울특별시 인권위원회는 그 의결로써 이 사건 불허가처분이 성소수자에 대한 사회적 편견 및 고정관념에 기반하여 조직위원회를 자의적으로 차별한 것임을 확인하고 서울특별시시장에게 주문과 같이 권고합니다.

2021년 11월 1일
서울특별시 인권위원회