차 별 판 단 지 침

2008년

차별판단지침연구 태스크포스
국 가 인 권 위 원 회

이 보고서는 국가인권위원회가 위원회 내외부 전문가들로 구성한 차별판단지침 연구 태스크포스에 의해 작성된 것으로, 국가인권위원회의 공식 지침은 아님을 알려드립니다.

차 별 판 단 지 침

2007. 12.

차별판단지침
태 스 크 포 스
국 가 인 권 위 원 회

발 간 사

많은 인권침해의 주된 원인이 차별이요, 또 그 출발점에 차별이 위치하고 있다.

자유와 평등은 대한민국 헌법의 지도 원리이다. 우리 헌법, 노동관계법, 교육기본법 등의 법률은 차별행위를 금지하고 있다. 그런데 헌법은 평등 또는 차별금지가 구체적으로 무엇을 의미하는가에 대하여 언급하지 아니하고 이를 헌법 해석에 위임하고 있다. 또한 기존 법률은 차별금지에 관한 선언적 표명이거나 특정 분야에 제한적으로 적용되고 있고 그 구제수단도 미흡하다는 문제 제기가 있어 왔다.

그 법률 중 차별행위의 사유와 영역을 가장 폭넓게 해석하고 있는 법이 「국가인권위원회법」이다. 국가인권위원회는 차별시정 전담기구로서 3,600여건에 이르는 평등권 침해 차별행위와 관련한 진정을 받아 권리구제 활동을 해왔다. 그 사유는 성별, 장애, 병력, 나이, 출신국가, 출신민족, 인종, 피부색, 출신지역, 용모 등 신체조건, 혼인 여부, 임신 또는 출산, 가족형태 및 가족상황, 종교, 사상 또는 정치적 의견, 전과, 성적 지향, 학력(學歷), 고용형태, 사회적 신분 등이다.

이처럼 차별 영역은 광범위하고 다양하고 복잡하여 법률 및 인권규범의 개입의 경계를 판단하는 것은 쉽지 않았다. 평등권은 비교가 기본이 되는 권리이므로 이를 판단할 때는 대우하는 기준과 근거의 정당성이 검토의 핵심이다. 따라서 헌법적 규범 및 국제규범의 정당성이나 근거의 명확성이 중요할 뿐만 아니라, 차별문제를 판단할 수 있는 기준 마련이 절실하게 요구되었다.

국가인권위원회는 2002년 '국가인권위원회법의 차별판단을 위한 지침' 작업과 차별금지법 제정을 위한 노력에 이어, 2006년 초 '차별판단지침 작성'을 위원회 10대 중점과제로 삼고 그를 위해 차별판단지침 연구 태스크포스(이하 '지침 TF')를 구성하였다.

국가인권위원회의 이러한 결정은 차별철폐를 요구하는 사회적 흐름의 반영이라 할 수 있다. 즉, 기본권 보장에 관한 대한민국 헌법의 핵심 원리인 평등을 정치·경제·사회·문화의 모든 영역에서 실현하고,「정치적·시민적 권리에 관한 국제규약」,「경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약」,「인종차별금지협약」,「장애인권리선언」,「여성차별철폐협약」등의 국제인권규약의 핵심 원리 중의 하나인 반차별주의(차별의 금지)를 실현하는 도구를 마련하고자 함이었다. 이는 우리 사회의 편견과 통념을 수정하고, 차별의 금지 및 예방, 사회적 소수자·약자의 인권을 보호하며, 인권향상과 사회통합을 위한 반차별 담론을 확산시키기 위함이기도 하다.

지침 TF의 작업은 국제기준의 국내화, 외국 결정례의 검토, 차별이 무엇인지에 관한 구체적 정의, 차별행위 영역의 세분화, 차별행위의 영역별 유형과 금지규정의 구체화, 직접차별, 간접차별, 진정직업자격 및 적극적 조치(affirmative action) 등의 명시, 「국가인권위원회법」에 정하지 않은 사항에 대한 보충적 판단기준의 마련 등과 관련한 수많은 논의를 통해, 그리고 그동안 쌓인 국가인권위원회 결정례와 차별금지법안을 준비하는 과정에서 축적한 차별 금지 담론 및 자료 등을 바탕으로 좀 더 체계적인 지침을 만드는 방향으로 진행되었다.

지침 TF는 법규 형식의 지침을 제시하는 데 머무르지 않고 차별에 대한 해설과 예시를 풍부히 제공할 목적으로 국내외 법규·지침·판례 및 결정례를 제시하되 국내법 및 국제인권기준을 고려하면서 외국의 사례들을 제시한다는 지침 작성 원칙을 정하였다. 지침의 틀로는 2002년 지침을 좇아 차별사유별, 차별영역별로 차별판단기준을 제시하는 형식을 취하였고, '출신지역'과 '사회적 신분'은 본 지침에서 다루지 않기로 하였다.

본 지침은 지침 TF 구성원들이 차별사유별로 초안을 분담 작성하고 그 내용을 지난 2년간 매달 1~3회씩 개최된 TF 회의를 통하여 서로 검토하고 수정하는 과정을 거친 공동작업의 산물이라 할 수 있다. 따라서 본 지침의 내용은 전적으로 지침 TF의 의견이고 그에 대한 책임 또한 지침 TF에 있음을 밝혀둔다.

본 지침의 집필에 참여한 지침 TF의 구성원과 그 역할은 다음과 같다. 성별과 임신·출산 부분은 정형옥 위원(여성노동법률지원센터)이, 성희롱은 최성애 위원(여성학자)과 김창연 위원(서울여성가족재단 연구원)이 공동집필하였다. 가족형태·가족상황은 이상숙 인권위 사무관과 이숙진 위원(전 보건복지인력개발원)이 함께 집필하였다. 혼인 여부와 용모 등 신체조건은 이숙진 위원, 나이는 조용만 위원(건국대 법대), 종교, 사상 및 정치적 의견, 전과는 이준일 위원(고려대 법대)이 집필하였다. 장애·병력은 박종운 위원(변호사)이, 인종·피부색·출신국가·출신민족은 정정훈 위원(변호사)과 임지봉 위원(서강대 법대)이 공동집필하였다. 학력은 박숙미 인권위 전문위원이, 총론은 지침 TF 간사인 최승철 인권위 전문위원이 각각 집필하였다.

각 원고에 대한 강평자는 정강자 TF 위원장, 이찬진 위원(변호사), 최은순 위원(변호사)과 박홍근 인권위 사무관 그리고 집필진들이었다. 지침 TF 구성원들은 30여 차례의 회의에 참여하여 지침의 방향을 잡고 내용을 검토하였다. 위원회의 정연순 차별시정본부장과 황정모 차별시정총괄팀장은 지침 TF에 대한 행정적 지원을 아끼지 않았다.

본 지침은 구체적인 차별금지법령과 법원 판례가 많지 않은 까닭에 그것들에 충분히 기대어 작성되지 못하였다는 한계가 있다. 또한 그러한 이유 때문에 지침 TF 회의에서 논의된 일부 내용들을 본 지침에 담지 못한 한계도 있다. 이러한 한계들을 포함하여 이 책자가 가지고 있는 미진한 부분들은 향후 추진될 지침 작성 작업에 넘기고자 한다.

이러한 한계에도 불구하고 지침 TF는 본 책자가 위원회는 물론 다른 차별시정기관들의 담당자들에게 실무적으로 활용이 되고 차별금지법의 제정이 무산된 이 시점에서 학계·법조계·시민사회를 포함하여 차별에 관심 있는 여러 분야에서 차별 금지 담론을 불러일으키는 데 일조하기를 바란다.

끝으로 본업으로 바쁜 중에도 차별판단지침 작성 사업에 열성적으로 참여한 외부 TF 구성원들께 경의를 표하며, 관여한 내부 인력과 지침 TF를 물심양면으로 지원한 국가인권위원회에 감사드린다.

2007. 12. 27

차별판단지침 태스크포스 위원장
국 가 인 권 위 원 상 임 위 원

정 강 자

목 차

1 총론 / 1

2 성별을 이유로 한 차별 판단지침 / 51

3 성희롱 판단지침 / 98

4 혼인 여부를 이유로 한 차별 판단지침 / 138

5 임신을 이유로 한 차별 판단지침 / 154

6 가족형태 및 가족상황을 이유로 한 차별 판단지침 / 180

7 성적 지향을 이유로 한 차별 판단지침 / 213

8 용모 등 신체조건을 이유로 한 차별 판단지침 / 224

9 나이를 이유로 한 차별 판단지침 / 237

10 종교를 이유로 한 차별 판단지침 / 306

11 사상·정치적 의견을 이유로 한 차별 판단지침 / 321

12 전과를 이유로 한 차별 판단지침 / 327

13 장애·병력을 이유로 한 차별 판단지침 / 342

14 인종·피부색·출신국가·출신민족을 이유로 한 차별 판단지침 / 408

15 학력을 이유로 한 차별 판단지침 / 440

1 총론

1. 차별의 정의

1.1 일반적 의미에서의 차별

> 조직이나 개인(들)이 자신의 적법한 목적을 달성하기 위하여 개인 또는 개인들의 집단을 취급할 때, 서로 비교되는 개인 또는 개인들의 집단이 해당 목적에 비추어 본질적으로 같은 자격·조건을 갖추었음에도 불구하고 그들을 달리 취급하는 것 또는 달리 취급하게 된 것이 차별이다.

(1) 차별의 가해자는 "조직이나 개인(들)"일 수 있다. '조직'은 국가기관, 지방자치단체, 법인 및 단체 등을 말한다.

(2) 문제가 되는 취급이 차별인지 여부를 따질 때 첫 번째 심사기준은 그 취급으로써 조직이나 개인이 추구하는 목적의 적법성이다. 목적이 적법하지 않은 경우, 즉 그것이 헌법이나 관련 법률을 위반한 경우, 해당 차등대우는 불법적인 차등대우, 즉 차별에 해당할 수 있다.

(3) 어떤 취급이 차별이라 주장하는 것은 '서로 비교되는 개인들 또는 개인들의 집단', 즉 비교 집단의 존재를 전제로 한다. 이때 차별적 취급을 하였다고 주장되는 자(피진정인)는, 차별을 당하였다고 주장하는 자(진정인)와 그와 비교되는 자 양자 모두를 취급할 수 있는 위치에 있어야 한다. 만약 차별의 혐의를 받는 자가 그러한 위치에 있지 아니하다면 이는 비교 집단이 존재하지 않음을 의미하고 따라서 차별 자체가 존재하지 않는 것을 의미한다. 예를 들면, A라는 기업에서 일하는 근로자가 B라는 기업에서 일하는 근로자를 비교대상으로 삼아서 A사가 고용에서 자신을 차별하였다고 주장할 수는 없다.[1)]

---

1) 차별을 당하였다고 주장하는 근로자가 B사에 속하나 파견 등을 통하여 A사에서 일하고 있고 A사가 해당 근로자와 실질적인 근로관계에 있다면 그 근로자는 A사 소속의 근로자와 비교 대상이 될 수 있다. 이 경우 A사는 B사의 해당 근로자와 자사의 비교 대상이 되는 근로자 모두를 '취급' 또는 대우할 수 있는, 즉 그들 모두의 근로를 실질적으로 통제할 수 있는 위치에 있다고 할 수 있다. 이 경우는 비교되는 양측이 모두 A사의 동일한 울타리 안에서 근로하는 경우인데, 논리적으로 보자면 소위 독립채산제로 운영되는 서로 다른 조직들에 속하는 근로자들도 비교 대상이 될 수도 있다. 그러한 경우로는 대개 세 가지가 있을 수 있다. 첫 번째는 하나의 법률적 규칙이 한 개 이상의 기업 또는 시설에서의 노동조건 및 임금조건에 적용되는 경우이다. 두 번째는 몇 개의 기업 또는 시설들이 고용조건을 규제하는 단체협약에 의해 망라되는 경우이다. 세 번째 경우는 고용조건이 한 지주회사 또는 거대 복합기업 내의 한 개 이상의 조직이나 기업들에 대해 적용되는 경우이다. 이와 같은 경우와 관련하여, 현재 유럽연합의 법학자들 사이에서 논의가 진행되고 있다. Evelyn

(4) 비교 집단은, 차별 혐의를 받는 자에 의해 추구되는 적법한 목적에 따라 적절하게 그리고 특정하게 설정되어야 한다.[2)]

사례 1.1(4)-1 : **장애를 이유로 한 인터넷 예매 서비스 이용에서의 차별**

장애인인 진정인은 특정 문화공연단체가 장애인에게 문화공연 관람 입장권 구매에서 50%의 할인 혜택을 주는 정책을 시행하면서 그 할인 입장권을 인터넷을 통하여 예매할 수 있도록 조치하지 않은 것이 장애인에 대한 차별(정당한 편의제공의 거부)이라고 주장하였다. 참고로, 장애인은 할인 입장권이 아닌 일반 입장권을 비장애인과 동일하게 인터넷을 통하여 예매할 수 있었고, 장애인 할인 입장권은 인터넷으로는 예매되지 않으나 전화로 또는 공연장 등 특정한 예매 장소에서 직접 예매할 수 있었다.

본 사건에서 진정인은 피진정 공연단체가 장애인에게 입장권 구매에서 할인 혜택을 주겠다고 약속해 놓고도 할인 입장권을 인터넷으로 예매하지 못하게 한 것이 장애인에 대한 차별이라고 주장하면서 그 비교 대상자를 비장애인으로 설정하였다. 그러나 비장애인이 아닌 장애인에게만 할인 혜택을 준다는, 피진정 공연단체의 적법한 취지를 살펴보건대 할인 혜택을 받지 않는 비장애인들은 본 사건의 비교 대상자가 될 수 없다.

※ 이 사건은 피진정 공연단체가 인터넷을 통하여 장애인 할인 입장권 예매가 가능하도록 조치하겠다고 약속함으로써 합의종결 되었다. <인권위 06진차738>

(5) '해당 목적에 비추어 본질적으로 같은 자격·조건'이라 함은 차등적 취급이라는 수단으로써 주체가 추구하고자 하는 적법한 목적에서 합목적적으로 도출되는 자격 또는 조건에서 동등한 것을 의미한다. 사기업의 고용주가 특정 직무에 근로자를 채용하는 경우를 예로 들면, 그와 관련해서 고용주가 추구하는 적법한 목적은 이윤의 적법한 극대화이고 그 목적에 부합하는 수단은 해당 직무를 가장 잘 수행할 근로자를 선발하는 것이다. 즉 고용주는 해당 직무의 수행 능력을 기준으로 그 능력이 가장 뛰어난 자를 선발하는 차등적 취급을 통해 이윤의 적법한 극대화 또는 사업의 원활한 운영이라는 목적을 달성한다. 이때 지원자들이 '동등한 자격 또는 조건'을 가졌다는 것은 해당 직무를 잘 수행할 수 있는 자격 또는 조건에서 동등함을 의미한다.

Ellis, *EU Anti-Discrimination Law* (Oxford University Press, 2005) pp.161-162.

2) 유럽연합에서는 실제적으로는 존재하지 않는, 가상적인 대상과의 비교도 허용한다. EC 준거체제지침(Framework Directive) 2000/78/EC 제2(2(a))조는, "직접차별은, 비교될 수 있는(comparable) 상황에서, 제1조의 모든 차별 사유를 이유로 한 사람이 다른 사람보다 덜 유리하게 취급되거나, 되었거나, 되었을 것이라고 가정되는 경우에 발생하는 것으로 본다."라고 하여 '가상적인 사람'에 대해 불리하게 취급되는 경우도 직접 차별로 본다. 가상 비교의 절차는 다음과 같다. 먼저 차별받았다고 주장하는 자와 비슷한 상황에 있는, 그러나 그와는 다른 집단에 속하는 개인을 가상적으로 설정한다. 그런 다음 그 비슷한 상황에 처해 있다고 가정되는 비교 대상자는 차별을 받았다고 주장하는 자에 비교하여 어떠한 대우를 받았을 것인지를 따져 본다.

사례 1.1(4)-1 : **주세법 제38조의7 등에 대한 위헌 제청**

“평등의 원칙은 입법자에게 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게, 본질적으로 다른 것을 자의적으로 같게 취급하는 것을 금하고 있다. 그러므로 비교의 대상을 이루는 두 개의 사실관계 사이에 서로 상이한 취급을 정당화할 수 있을 정도의 차이가 없음에도 불구하고 두 사실관계를 서로 다르게 취급한다면, 입법자는 이로써 평등권을 침해하게 된다. … 비교되는 두 사실관계를 법적으로 동일한 것으로 볼 것인지 아니면 다른 것으로 볼 것인지를 판단하기 위하여는 어떠한 요소가 결정적인 기준이 되는가가 문제된다. 두 개의 사실관계가 본질적으로 동일한가의 판단은 일반적으로 당해 법률조항의 의미와 목적에 달려 있다.”

※ 상기 결정에서 헌법재판소는 비교되는 두 집단인 중소 주조회사와 중소 제조기업이 당해 법률 조항의 목적인 “독과점규제 및 중소기업의 보호”에 비추어 볼 때 둘 다 중소기업으로서 본질적으로 동등하다고 보았다.[3)]

(6) 본질적으로 같은 자격·조건을 가진 자는 동일하게, 그 자격·조건에서 다른 자는 다르게 취급하는 것은 차별이 아니다. 그러나 본질적으로 같은 자격·조건을 갖추었음에도 불구하고 ‘달리 취급하는 것’ 또는 ‘달리 취급하게 된 것’은 차별이다.

(6.1) 본질적으로 같은 자격·조건을 갖추었음에도 불구하고 달리 취급하는 한다는 것은 그 달리 취급함이 의도적임을 함의하는데, 이러한 의도적 차별을 ‘직접차별’이라 한다. 의도적으로 달리 취급하는 것은 그 취급에 이유 또는 사유가 있음을 말한다. 그 사유, 즉 차별사유가 국가인권위원회법 등 법령에서 금지하는 사유인 경우, 해당 차별은 위법한 차별이 된다. 그 사유가 법으로 금지하는 사유가 아닌 경우, 해당 차별은 차별이나 위법한 차별은 아니다. 예를 들면 사기업에서 고용주가 어떤 직무를 수행할 능력이 다른 지원자들에 비해 떨어지는 자신의 아들을 채용하였다면 일반적 의미에서 이는 차별이나, 사기업에서 정실주의가 사유가 된 차별은 법령이 금지하는 차별사유에 의한 차별, 즉 위법한 차별이 아닐 수 있다.

(6.2) 본질적으로 같은 자격·조건을 갖추었음에도 불구하고 달리 취급하게 된다는 것은 달리 취급할 의도는 없으나 결과적으로 달리 취급하게 된 것을 의미한다. 이러한 결과적 차별은 ‘간접차별’이라 한다.

3) 헌법재판소 1996. 12. 26. 선고 96헌가18결정 참조.

1.2 직접차별

직접차별이란 특정 집단에 속하는 사람(들)을 그 집단에 속한다는 이유로 다른 집단에 속하는 다른 사람(들)과 비교하여 합리적인 이유 없이 불리하게 대우하는 행위이다.

입법례(국내) 1.2-1 : 국가인권위원회법
제2조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.
1-3호 : 생략
4. “평등권 침해의 차별행위라 함은 합리적인 이유 없이 성별, 종교, 장애, 나이…성적 지향, 학력, 병력 등을 이유로 한 다음 각목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다. … (중략) …
가. 고용(모집, 채용, 교육, 배치, 승진…해고 등을 포함한다)과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위.
나. 재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위.
다. 교육시설이나 직업훈련기관에서의 교육·훈련이나 그 이용과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위.
라. 성희롱 행위

입법례(국내) 1.2-2 : 근로기준법
제5조(균등처우) 고용주는 근로자에 대하여 남녀의 차별적 대우를 하지 못하며 국적, 신앙 또는 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못한다.

입법례(국내) 1.2-3 : 남녀고용평등법
제2조(정의) … 중략 …
1. “차별”이라 함은 사업주가 근로자에게 성별, 혼인, 가족 안에서의 지위, 임신 또는 출산 등의 사유로 합리적인 이유 없이 채용 또는 근로의 조건을 달리하거나 그 밖의 불이익한 조치를 취하는 경우(사업주가 채용 또는 근로의 조건은 동일하게 적용하더라도 그 조건을 충족할 수 있는 남성 또는 여성이 다른 한 성에 비하여 현저히 적고 그로 인하여 특정 성에게 불리한 결과를 초래하며 그 조건이 정당한 것임을 입증할 수 없는 경우를 포함한다)를 말한다.

입법례(국내) 1.2-4 : 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률
제4조(차별행위) ①이 법에서 금지하는 차별이라 함은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다.
1. 장애인을 장애를 사유로 정당한 사유 없이 제한·배제·분리·거부 등에 의하여 불리하게 대하는 경우

입법례(국내) 1.2-5 : 노동조합 및 노동관계조정법 제9조(차별대우의 금지), 고용정책기본법 제19조(취업기회의 균등한 보장), 직업안정법 제2조(균등처우), 고령자고용촉진법 제4조의2(고령자 등 고용차별금지), 장애인 고용촉진 및 직업재활법 제4조(사업주의 책임) 등

(1) '특정 집단에 속하는 사람(들)'에서 '특정 집단'이라 함은 성별, 장애, 인종, 혼인 여부, 출신 국가 등의 기준에 의해 구분되는 특정 집단을 가리킨다. 예를 들면 성별이라는 기준에 의해서는 남성 집단과 여성 집단이 구분되고, 장애에 의해서는 장애인 집단과 비장애인 집단이 구분되며, 인종에 의해서는 백인종 집단, 흑인종 집단, 황인종 집단 등이 구분된다. 이러한 기준들은 '차별사유'라고 부른다. 참고로, 동일한 차별사유라도 서로 다르게 집단을 구분할 수 있다. 예를 들면 장애는 장애인과 비장애인 집단을 구분하는 이외에, 장애의 정도에 따라 중증 장애인과 경증 장애인 등을 구분할 수 있다. 인종은 코카서스인, 아시아인, 아랍인, 중남미인 등을 구분할 수 있다.

(1.1) '특정 집단에 속하는 사람(들)'은 특정 집단에 속하는 것으로 간주되는 사람(들)이라는 의미도 포함한다. 특정 집단에 속하는 것으로 간주된다 함은 어떤 사람이 실제로는 특정 집단에 속하지 않음에도 불구하고 그 집단에 속한다고 생각하는 경우를 말한다. 예를 들면, 신규 직원을 채용하려는 고용주가 어떤 지원자가 성적 소수자가 아님에도 불구하고 그 사람의 외모를 보고 성적 소수자라고 추측하였을 경우, 만약 고용주가 그 지원자를 성적 소수자로 간주하여 그를 면접에서 탈락시켰다면 이는 성적 지향에 의한 차별이 된다.[4)]

입법례(국외) 1.2-4 : 미국 연방규제규칙(part 1630-미국장애인법의 고용평등조항의 시행을 위한 규칙

§1630.2

(g) 개인에 대한 장애는 다음을 의미한다.

(1) 해당 개인의 한 가지 이상의 주요 생활 활동을 실질적으로 제한하는 신체적 또는 정신적 손상

(2) 그러한 손상의 기록, 또는

4) 이러한 차별은 '간주 차별'이라고 부를 수 있겠다. 참고로, 영국에서는 나이, 인종, 종교, 신념, 그리고 성적 지향에서만 간주 차별을 인정하고, 성별의 경우에는 실익이 없어 그를 인정하지 않으며, 장애의 경우에는 간주 차별을 적용할 경우, 차별 금지 의무를 지는 측의 부담이 지나치게 증가한다는 이유로 인정하지 않고 있다. 우리의 「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률」도 간주 차별을 인정하지 않는 것으로 해석된다.

(3) 그러한 손상을 가진 것으로 간주됨

(1.2) '특정 집단에 속하는 사람(들)'은 어떤 특정 집단의 구성원과 밀접한 관계 또는 연계를 가지고 있는 사람(들)을 포함할 수 있다. 특정 집단과 밀접한 연계를 맺고 있다는 이유로 개인들을 불리하게 대우하는 것도 차별에 해당할 수 있다. 이러한 차별은 연계 차별(associational discrimination)이라 부른다. 예를 들면 고용주가 자신의 근로자의 배우자가 특정 인종, 성적 소수자 등이라는 이유로 그 근로자에게 불리한 고용 결정을 내리는 것은 연계 차별에 해당한다.

(1.3) 국내외 차별금지법령들은 법으로 규제하는 차별사유를 규정한다. 법으로 규제하는 차별사유를 정한 근본 이유는 그러한 차별사유가 "사회에 기여하거나 수행할 수 있는 능력"[5]이나 좀더 넓게 의미에서 사회생활을 할 수 있는 능력 등과 관련성이 없음에도 해당 사회가 그 차별사유로써 구분되는 특정 집단이 그러한 능력이 없다는 등의 불합리한 이유로 그들을 불리하게 대우하는 경향이 있기 때문이다. 그러한 불리한 대우는 사회정의를 훼손하여 사회통합을 저해할 뿐만 아니라 사회적 효율성을 훼손하기 때문에 법으로 규제된다.

(1.4) 법으로 적극 규제되는 차별사유는 몇 가지 공통적인 특징들을 지닌다 할 수 있다. 첫 번째 특징은 그러한 차별사유가 구분하는 비교 집단들은 상기에서 언급한 바처럼 사회에 기여하거나 수행할 수 있는 능력 또는 사회생활을 할 수 있는 능력과 거의 무관하다는 점이다. 그러한 차별사유의 두 번째 특징은, 그로써 구분되는 집단들의 한 축이 "분리되고 고립된 사회적 소수자"[6] 집단이라는 점이다.[7] 세 번째 특징으로는 그러한 차별사유가 한 사회에서 상당한 기간 동안 역사적으로 차별을 받아온 집단을 구분한다는 점이다.[8] 법적으로 규제되는 차별사유의 네 번째 특징은 특정한 사회적 맥락이나 국가 차원에서 정치적 영향력을 행사하여 자신들의 이해관계를 보호할 능력이 취약한 집단을 구분한다는 점이다.[9] 마지막 특징은, 그러한 차별사유는 개인들을 생물학적 요인, 태생적 요인, 사회적 요인 등의 비자발적 요소를 통해 특정 집단에 귀속시키며, 그렇기 때문에 개인들은 해당 집단에 속하게 되는 데 선택의 여지가 아예 없거나 큰 폭의 제한을 받는다는 것이다. 또한 이와 관련한 것으로, 그렇게 어느 한

5) *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677, 686 (1973)
6) *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365, 372 (1971).
7) 장애, 출신국가, 전과와 성적 지향 등과 같은 차별사유로써 구분되는 장애인, 외국인 노동자, 전과자, 레즈비언 등은 우리 사회에서 가장 심하게 분리되고 고립된 사회적 소수자에 해당된다.
8) 우리 사회에서 성별, 장애, 사회적 신분, 출신지역 등의 차별사유로 분류되는 여성, 장애인, 특정 사회적 신분을 가진 자, 특정 지역 출신자 등이 역사적으로 심한 차별을 받아온 집단이다.
9) 예를 들어 '성적 지향'에 의해 구분되는 동성애자들은 자신들의 이해관계를 보호하기 위해 국회나 다른 국가기관에 정치적 영향력을 행사할 수 있는 능력이 거의 전무하다. 현재 우리 사회에서 그들은 자신들의 성정체성을 드러내는 순간 심각하게 불리한 대우를 받기 때문에 그들 스스로 정치적 활동을 하는 것은 거의 불가능하다.

집단에 속한 개인이 다른 집단으로 그 소속을 전환하는 것은 거의 불가능하거나 상당히 어려운 경우가 많다는 특징이 있다.[10] 이상에서 언급한 특징들은 서로 관련성이 매우 높고 한 차별사유에서 중복적으로 존재한다. 「국가인권위원회법」에 의해 규제되는 19개의 차별사유는 상기 언급한 특징들의 일부 또는 전부를 상당한 정도로 지니고 있는 것으로 볼 수 있다.[11]

(1.5) 「국가인권위원회법」 제2조 제4호는 "…병력 등을 이유로…"라고 명시하고 있는데, 이처럼 19개의 차별사유를 열거한 뒤 '등'을 언급함으로써 19개 차별사유 이외에 기타 차별사유의 존재를 인정한다. '등'은 그로써 인정되는 기타 차별사유와 열거된 19개 차별사유가 서로 같은 위상을 가진다는 것을 전제한다. 따라서 기타 차별사유는 상기에서 언급한 특징들 중 적어도 일부를 지녀야 함을 의미한다. 19개의 차별사유 모두는 상기 특징들 중 첫 번째 것, 즉 사회에 기여하거나 수행할 수 있는 능력 또는 사회생활을 할 수 있는 능력과 거의 무관한 집단을 구분하는 특징을 가지고 있고, 그 외에 적어도 다른 특징들을 하나 이상 가지고 있다. 어떤 차별사유가 기타 차별사유가 되기 위해서는 그처럼 첫 번째 특징 이외에 다른 특징을 지닐 필요가 있다.

(1.5.1) 상기의 첫 번째 특징을 제외한 나머지 특징들에서, 두 번째에서 네 번째에 이르는 특징들, 즉 분리되고 고립된 사회적 소수자 집단/ 역사적으로 차별을 받아온 집단/ 정치적 영향력을 행사하여 자신들의 이해관계를 보호할 능력이 취약한 집단을 구분하는 특징들을 지니는 차별사유는 비교적 확인하기 쉽다. 어떤 차별사유를 기타 차별사유로 인정하는 데 있어 주의를 기울일 필요가 있는 특징은 마지막 특징, 즉 개인을 생물학적, 태생적, 불가항력적인 사회적 요인 등을 통하여 특정 집단에 귀속시키는 것이다. 이와 관련하여 주목해야 할 것은 상대적으로 확인하기 쉬운 생물학적·태생적 요인보다는 불가항력적인 사회적 요인이다. 개인을 어떤 집단에 속하게 하는 사회적 요인의 영향력이 상당할 경우 해당 집단의 귀속에 작용하는 개인의 자발적 선택의 폭은 좁다. 상기의 두 번째에서 네 번째에 이르는 특징을 충족시키지 못하였다는

---

10) '성별'에 의해 남성으로 구분되는 개인은 생물학적으로 주어진 성을 스스로 선택할 여지가 거의 없으며, 남성인 자가 자신의 성을 여성으로 바꾸는 것은 거의 불가능하다. 태생적으로 서얼을 구분하는 '사회적 신분' 등의 경우에도 개인의 선택 여지가 없고 집단 소속을 바꾸는 것이 불가능하다. '장애'에 의해 개인이 장애인 집단에 속하게 되는 것은 선천적으로 또는 사고나 질병 등을 통해 불가항력적으로 이루어지고, 장애인 개인은 장애의 법적 정의상 '장기간에 걸쳐' 장애인 집단에 속하는 것이므로 비장애인으로의 전환이 어렵다. '학력'으로 구분되는 고학력 집단과 저학력 집단이라는 비교 집단에 속하게 되는 것은 일부 개인의 노력과 지능의 결과지만 상당 부분은 부모의 가용재산 또는 학력 수준과 같은, 개인의 차원을 넘어서는 사회적 요소에 기인한다.

11) '종교', '사상 또는 정치적 의견'이라는 차별사유의 특징에 대해서는 별도의 논의가 필요하다. 인류 역사상 대부분의 신흥종교의 신봉자들과, 지배적인 사상이나 정치적 의견과는 다른 것을 가진 자들은 차별을 받았다는 점에서 그러한 차별사유들은 상기에서 언급한 특징들을 지닌다고 볼 수 있다. 한편 이 차별사유들을 법으로 엄격히 규제하는 이유는 좀더 각별한데, 그와 관련한 기본적 권리들, 예를 들면 표현의 자유, 결사의 자유 등은 민주 사회의 근간이기 때문에 그러한 자유를 침해할 해당 차별들을 법으로 규제하는 것이 매우 중요하다.

전제하에, 기타 차별사유가 충족시켜야 할 최소한의 기본적인 요건 중의 하나는 그로써 구분되는 사회 집단에 속하는 것이 개인의 자발적 선택보다는 사회적 요인에 의한 것이라는 점이다.[12] 강제된 선택이 아니라 개인의 자발적 선택으로 구성되는 집단들을 구분하는 사유는 기타 차별사유로 보지 않으며 따라서 그로 인한 차별은 「국가인권위원회법」상의 조사 대상이 아닐 수 있다. 그 자발적 선택에는 물권의 자발적 소유도 포함하는데, 물권의 자발적 소유에 따르는 차등은 결국 물권 소유자가 스스로에게 가한 차등이므로 차별이라 할 수 없다.

사례 1.2(1.5.1)-1 : **입주한 아파트 시설에서의 차등**

한 아파트 시공사는 1~7단지 아파트 건물에는 지하 주차장과 지상을 연결하는 엘리베이터를 설치한 반면 8단지 아파트 건물에는 그러한 엘리베이터를 설치하지 않았다. 진정인인 8단지 거주자는 아파트 시공사가 8단지에 그러한 엘리베이터를 설치해 주지 않음으로써 8단지 거주자들을 차별하였다고 주장하였다. 국가인권위원회는 이 진정사건이 위원회의 조사 대상에 해당되지 않는다고 판단하여 각하 처리하였다.

※ 이 사건에서 구분되는 두 비교 집단은 1~7단지 아파트의 거주자들과 8단지 아파트 거주자들이며, 그 구분 사유를 굳이 명명하자면 '특정 단지 아파트 거주 여부'가 된다. 조사 결과, 그 두 집단을 구분하는 차별사유와 관련하여 아무런 일관된 사회적 요인도 발견할 수 없었다. 양 집단의 구성원들은 각자의 개인적 취향이나 사정에 따라 해당 단지의 아파트에 입주하였지 어떤 일관된 사회적 요인에 의해서 서로 다른 단지의 아파트에 입주한 것으로 볼 수 없었다. 한편 8단지 아파트 입주자들은 스스로의 선택에 의해 아파트를 구입·소유한 것으로, 8단지 아파트에 해당 엘리베이터가 없다는 불이익은 자발적으로 소유한 물권에 따른 것인데, 이는 해당 단지의 아파트 소유자가 스스로에게 가한 불이익이므로 차별이 될 수 없다. 참고로, 아파트 시공사는 1~7단지 아파트는 고층이고 8단지 아파트는 저층인 점을 고려하여 그러한 차이를 두었다고 해명하였다. <인권위 2006. 9. 14. 06진차464 결정>

(1.5.1.1) 개인의 자발적 선택으로 구성되는 집단을 구분하는 사유에 의한 차별이 「국가인권위원회법」상의 조사 대상이 아니듯이, 차별 영역과 관련하여서도 개인이 어떤 영역에 관여하게 되는 것이 사회적 요인보다는 주로 자발적 선택에 의한 경우에, 그 영역에서 발생하는 차별은 「국가인권위원회법」상의 조사 대상이 아닐 가능성이 크다. 일반 대중 또는 일반 대중의 한 부분이 자신들의 삶을 영위하기 위하여 불가피하게 관여하게 되는 영역들의 경우, 그러한 관여에 사회적 요인이 크게 작동하는 것으로 볼 수 있는데, 고용 영역, 재화·용역 등의 공급·이용의 영역, 교육·훈련의 공급·

12) 넓게 본다면 우리가 어떤 집단에 속하게 되는 것은 우리 자신의 선택에 의한 것이라고 볼 수 있다. 그런데 그러한 선택의 폭은 사회적 요인에 의해 제한된다. 해당 선택의 폭이 사회적 요인에 의해 상당 정도 제한되는 상황에서 이루어진 선택은 개인의 단순한 선택이 아니다. 그것은 강제된 선택이다. 만약 선택의 폭이 사회적 요인에 의해 직접적으로 그리고 유의미하게 제한되는 것이 아니라면, 예를 들면 해당 선택이 단지 개인의 취향에 따른 것이라면 그 선택으로 비롯되는 구분은 사회적 구분이 아니고 따라서 기타 차별사유에 해당하지 않는다.

이용의 영역 등이 그에 해당한다.[13] 이와는 대조적으로 사적 클럽처럼 개인들이 자발적으로 모여서 이루는 자발적 결사체의 경우, 일단 그것은 일반 대중을 상대하는 것이 아니며[14], 그에 대한 관여 여부는 개인의 자발적 선택에 크게 좌우된다.[15] 개인의 자발적 선택에 의해 그 가입과 탈퇴가 자유로운 사적 클럽의 영역에서 발생하는 차별, 예를 들면 회원 가입이나 혜택 등에서의 차별은 「국가인권위원회법」상의 조사 대상이 아니다.[16] 그러나 다음과 같이, 직능단체와 같은 특정 자발적 결사체에서의 차별과 자발적 결사체의 특정 차별은 예외적으로 「국가인권위원회법」상의 조사 대상으로 간주할 수 있다. ① 변호사협회에서처럼 특정 직능단체에 속하는 것이 해당 직업세계로 진입하는 하나의 자격이 되거나 유일한 관문으로 인정되는 경우, 또는 좀더 넓게 말해서 해당 직능단체에 속하는 것이 관련 직업세계에서 활동하는 데 상당히 유리한 경우, 그 회원자격과, 그 조직이 제공하는 혜택과 권리 등에서의 차별은 「국가인권위원회법」상의 조사 대상이 될 수 있다. ② 자발적 결사체의 회원이나 임원의 임명이 사실상의 고용, 준고용, 또는 유사고용에 해당하는 경우, 그 직위에 대한 접근에서의 차별은 「국가인권위원회법」상의 조사 대상이 될 수 있다. ③ 「국가인권위원회법」상의 특정 차별사유로써 구분되는 비교 집단들 모두에게 회원 자격을 주는 자발적 결사체가, 회원들에게 부여하는 혜택과 권리에서 그들 비교 집단들을 차별하는 것은, 그 결사체의 규모가 매우 큰 경우에 한하여, 「국가인권위원회법」상의 조사 대상이 될 수 있다. 예를 들면 사회적 영향력을 가진 전국적인 규모의 사적 클럽이 남녀 모두에게 회원 자격을 주면서도 회원들에게 부여하는 혜택에서 남성 회원과 여성 회원을 달리하는 것은 국가인권위원회의 조사 대상이 된다.[17]

---

13) 기존의 경제·정치·문화 구조라는 사회적 요인은 일반 대중으로 하여금 노동시장에서 자신들의 노동을 팔도록 만들고 재화와 용역을 해당 시장에서 구입 또는 이용하게 만들며 공공 교육·훈련 기관에 가서 교육·훈련을 받도록 만든다. 일반 대중이 노동시장에 참여하지 않고 재화와 용역을 해당 시장에서 구입·이용하지 않으며 공공 교육·훈련을 받지 않기로 작정하기는 매우 어렵다. 관련 사회적 요인은 일반 대중이 그러한 결정을 내릴 여지를 크게 제한한다.

14) 예를 들면, 서비스 이용·제공 영역에서 서비스 제공자는 일반 대중 또는 일반 대중의 한 부분을 상대한다. 그렇지만 사적 클럽은 그 회원으로서 특별한 특징을 가진 개인들을 상대한다.

15) 고용 영역에서도 개별 근로자는 마음에 들지 않는 직장을 그만두고 새 직장을 찾거나 아예 근로를 포기하는 등의 선택의 자유가 있다. 그러나 그러한 자유는 크게 제한되어 있는, 상당히 형식적인 자유일 뿐이다.

16) 자발적 결사체에서, 특히 사적 클럽에서 발생하는 차별을 법으로 규제하지 않는 이유로는 여러 가지가 있을 수 있다. 그 중 하나는 자발적 결사체는 그 성격상 내부 문제를 자율적으로 해소할 수 있는 역량을 가진다는 점이다. 그리고 다른 이유로는 조직 내에서 차별 등 불이익을 받는 개인들은 해당 조직을 벗어나는 데 상대적으로 큰 불이익을 받지 않고 상대적으로 자유롭다는 점을 들 수 있겠다.

17) 2007년 현재 영국 정부는 여러 개의 차별금지법들을 하나로 묶기 위해 '단일평등법'안을 만들고 있다. 영국 정부가 제안한 법안의 내용 중에는 사적 클럽이 남녀 모두를 회원으로 받아들이면서도 회원 활동이나 클럽이 회원들에게 제공하는 혜택에서 여성 회원을 차별하는 것을 금지하겠다는 것도 들어 있다. Communities and Local Government, *Discrimination Law Review - A Framework for Fairness: Proposals for a Single Equality Bill for Great Britain*, June 2007, pp. 155-156.

입법례(국외) 1.2(1.5.1.1)-1 : 유럽이사회 지침 2000/78/EC('준거체제지침')

제3조 범위

… 중략 …

1. 유럽공동체에 부여된 권한 영역의 범위 안에서, 본 지침은 공적 기구를 포함하여 공적 부문과 사적 부문 둘 모두에서 아래의 사항에 대하여 모든 사람들에게 적용된다.

… 중략 …

(d) 근로자·고용주 조직 및 모든 특정 직업인들의 조직에서의 회원자격과, 그러한 조직이 제공하는 혜택을 받는 것을 포함한, 조직에 대한 회원의 관계(involvement)

사례 1.2(1.5.1.1)-1 : **여성 회원들의 총회의결권에서의 배제**

전국 규모의 자발적 단체가 여성 회원들에 대해 여성이라는 이유로 총회 의결권과 선거권 및 피선거권을 주지 않은 것에 대해서 국가인권위원회는 이를 성별에 의한 차별로 판단하였다.

※ 여성 회원들은 임원이 될 수 있는 피선거권을 박탈당하였는데, 임원은 월급과 업무추진비 등을 받는 등 사실상의 유사고용 상태에 있는 것으로 판단되므로 임원 직위에의 접근에서의 차등대우는 「국가인권위원회법」상의 조사 대상이 될 수 있다. 또한 남녀 모두에게 회원 자격을 주면서도 선거권 및 피선거권이라는 권리에서 여성을 불리하게 대우하는 것은 「국가인권위원회법」상의 조사 대상이 될 수 있다. <인권위 2004. 5. 10. 04진차12 결정>

사례 1.2(1.5.1.1)-2 : **○○시○○○협회의 영상전화기 지원 등의 차별**

장애인 관련 협회 회원인 진정인들은 그 협회장이 과거 비리에도 불구하고 다시 신임 협회장으로 당선되자 협회장과 회장단에 반대하여 그들의 퇴진과 재선거를 요구하는 활동을 벌였는데, 이를 이유로 협회장은 그들에게 협회가 회원에게 제공하는 특정 서비스를 제공하지 못하도록 하는 차별행위를 하였다고 주장하였다.

※ 이 사건에서 차별을 당하였다고 주장되는 집단은 협회장의 퇴진을 요구하는 진정인 집단인바, 이들과 비교되는 집단은 협회장의 퇴진을 요구하지 않는 집단이다. 그런데 본 사건에서 해당 협회가 그 가입과 탈퇴가 자유로운 자발적 결사체라 한다면 그 단체에 속하는 것은 물론 협회장의 퇴진을 요구하는 집단에 속하는 것은 어떤 사회적 요인에 의해 결정되는 것이 아니라 회원 개인의 선택에 따른 것이라 할 수 있다. 따라서 협회장의 퇴진 요구라는 사유는 「국가인권위원회법」상의 기타 차별사유를 구성한다고 볼 수 없다. <인권위 06진차715>

(2) '특정 집단에 속한다는 이유로 합리적인 이유 없이'라는 문구와 관련하여, 두 가지 함의가 그 문구에 있음에 주목할 필요가 있다. 첫 번째 함의는 단지 특정 집단에 속한다는 이유로 그 구성원(들)을 불리하게 대우하는 것은 그 자체가 합리적이지 못하여 차별의 소지가 있다는 점이다. 두 번째 함의는 특정 집단에 속한다는 이유로 불리하게 대우할 경우 그에 대해 합리적인 이유를 밝히지 않는 한 그것은 위법한 차별이라는 점이다.

(2.1) 차별 금지 원칙의 핵심은 특정 집단의 일반적인 특성이나 특정 집단에 대한 고정 관념에 입각해서 그 집단에 속하는 개인들을 일괄적으로 평가하지 말고 개인들을 각자의 능력에 따라 개별적으로 평가해야 한다는 점이다. 그렇게 집단의 일반적인 특성 등에 입각하여 그 집단의 개별 구성원들을 평가하고 그에 따라 불리하게 대우하는 것은 차별이다.[18]

입법례(국외) 1.2(2.1)-1 : 미국 연방규제규칙(part 1604-성별에 근거한 차별에 대한 가이드라인

§1604.2 성별과 진정직업자격

(a) 위원회는 성에 관한 진정직업자격 예외 조항이 협의로 해석되어야 한다고 믿고 있다. "남자들의 직무"나 "여자들의 직무"라는 딱지는 어느 한 성의 고용기회를 불필요하게 거부할 가능성이 있다.

(1) 위원회는 다음과 같은 행위들에 대해서 진정직업자격 예외 조항이 적용될 수 없다고 보고 있다.

(i) 여자들이 일반적으로 나타내는 고용상의 상대적 특징에 대한 가정(예컨대, 여자의 이직률이 남자의 이직률보다 더 높다는 가정)에 근거하여 여자의 채용을 거부하는 행위.

(ii) 성에 대한 고정관념에 근거해서 개인의 채용을 거부하는 행위. "남자들은 정교한 장비를 조립하는 능력이 부족하다" 또는 "여자들은 공격적으로 판매활동을 하는 능력이 부족하다"는 인식은 그러한 고정관념의 예에 속한다. 차별금지원칙에 따라서, 개인들은 그들이 속한 집단의 일반적 특징이 아니라 그들 각자의 능력에 의거해서 평가받아야 한다.

단, 특정 집단에 소속된 개인은 모두 또는 거의 대부분 자격이 안 된다거나 또는 능력이 부족하다고 믿을 만한 실질적인 근거가 있거나 개인들의 능력을 개별적으로 평가하는 것이 불가능할 경우는 그 근거에 따라 개인들을 일괄적으로 평가하는 것이 허용된다. 이와 같은 경우는 극히 드물다. 개인들을 개별적으로 평가하는 것이 불가능한 사유에 있어서 경제적 효율성은 해당되지 아니한다.[19]

(2.2) 특정 집단에 속한다는 이유로 불리하게 대우할 경우 그에 대해 합리적인 이유를 밝히지 않는 한 그것은 위법한 차별이 된다. 이는 특정 집단에 속한다는 이유로 해당 개인(들)을 불리하게 대우한 것이 사실로 간주될 경우 불리하게 대우한 자는 불리

18) 특정 집단에 대한 편견으로 그 집단에 속하는 개인들에게 불이익을 주는 것을 차별로 본다는 것은 앞에서 살펴본 차별의 일반적 정의, 즉, '해당 목적에 비추어 본질적으로 같은 자격·조건'을 가졌음에도 달리 취급하는 것을 차별로 본 입장과는 다소 다른 것으로 여겨질 수 있다. 어떤 개인이 다른 개인에 비해 어떤 직무를 수행함에 있어 같은 자격을 가졌는지 심사하기에 앞서 그가 특정 집단에 속한다는 편견적인 이유로 그를 불이익하게 대우하는 것은 사실 그가 그러한 심사를 받을 자격이 타인과 본질적으로 같음에도 달리 대우하는 것이라는 점에서 차별의 일반적 정의를 충족시킨다고 볼 수 있다.

19) 김진 등, 진정직업자격 등 고용차별 판단기준에 관한 외국 판례 조사, 2005년도 인권상황실태조사 연구용역보고서, 53쪽 참조.

하게 대우한 것에 대해 합리적인 이유를 밝혀야 면책되는 것을 의미한다. 이와 같은 항변을 '객관적 정당화'라 한다.[20] 결국 이것은 해당 비교 집단이 서로 같은 자격·조건을 가지지 아니하였음을 입증하는 것이다. 한편 대부분의 차별사유는 사회에 기여하거나 수행할 수 있는 능력 또는 사회생활을 할 수 있는 능력과 거의 무관하므로, 그러한 사유에 의한 차별은 객관적으로 정당화되기 매우 어렵다.

(2.3) 객관적 정당화는 해당 차등대우의 이유가 '합리적'인 것이어야 인정되고, 그 차등대우는 '차별 예외', 즉 위법하지 않은 차등대우가 된다.[21] 어떤 차등대우가 합리적인지를 검토할 때, 또는 차등대우에 대한 어떤 정당화가 객관적인지를 검토할 때 심사기준이 적용되는데, 소위 차별심사기준은 그 엄격성의 정도에 따라 엄격심사기준 또는 완화된 심사기준 등으로 분류된다. 같은 차등대우라도 완화된 심사기준을 적용하면 합리적인 것으로 판단되나 엄격한 심사기준을 적용하면 합리적이지 않은 것으로 판단될 수도 있다.

(3) 직접차별은 '의도적으로 불리하게 대우하는 행위'이다. 차별 가해자는 문제의 규칙, 정책, 기준, 관행, 행동 등이 특정 집단에 속하는 개인(들)에게 불리하게 작용한다는 것을 알기 때문에 또는 알면서도 선택하는데, 그러한 점에서 직접차별은 '의도적'이다.[22] 차별 피해자의 입장에서 볼 때 차별 가해자의 그와 같은 차별 의도는 나쁘다. 그러나 설령 차별 가해자가 나름대로 좋은 동기에서 그 피해자를 차등대우하였더라도 그러한 좋은 동기와 관계없이 여전히 그것은 위법한 차별이다.

입법례(국외) 1.2(3)-1 : 영국의 장애차별법 Sec. 19. 재화, 시설 및 서비스와 관련한 차별 1. 서비스 제공자가 장애인에 대해 다음 i) - iv)와 같은 차별 행위를 하는 것은 위법이다.

20) 캐나다에서는 (성공한) 객관적 정당화를 "진정한 정당화"(bona fide justification)라고 부른다.

21) 개념 자체가 부정적인 인상을 함축하는 '차별'이라는 개념은 그 자체로서 위법한 것을 가리키기도 한다. 앞으로 달리 대우하되 위법하지 않은 것은 위법하지 않은 차등대우라는 개념을 사용하고 '차별'은 위법한 차등대우를 의미하는 것으로 사용하고자 한다.

22) 직접차별의 존재를 입증하기 위해 가해자의 마음 속에 있는 차별의 의도의 존재를 입증할 필요는 없다. 입증해야 할 것은 문제의 규칙, 정책, 기준, 관행, 행동 등이 해당 차별사유를 매개로 개인(들)에게 불이익을 야기하는 인과성이다. 직접차별의 경우, 그 인과성은 즉각적으로 드러나고, 그래서 해당 규칙, 정책, 기준, 관행, 또는 행동 등이 겉으로 보기에도 중립적이 않다. 참고로, 영국의 「성차별금지법」 및 「인종관계법」에 대한 판례법들은 직접차별인지 여부를 결정하는 데 있어 의도나 동기는 무관하다고 본다. 문제가 되는 것은 차등대우에 대한 인과적 이유라는 것이다. 그러한 인과적 이유는 소위 "아니었더라면" 심사(but for test)로써 입증된다. *James v Eastleigh Borough Council* [1990] ICR 554에서 읍의회는 노령연금자들에게 무료로 수영장을 이용할 수 있게 해 주었다. 그에 따라 수영장 무료 이용 자격은 남성이 65세, 여성이 60세였다. 법원은 그러한 규칙이 그 동기와 관계없이 성차별이라고 보았다. 원고인 James와 같은 61세의 남성은 자신의 성이 남성이 "아니었더라면" 자신의 아내와 동등하게 무료로 수영장을 이용할 자격을 받았었을 것이다.

i) 장애인에게 다른 사람들이 이용하는 서비스를 제공하는 것을 거부하거나 의도적으로 회피하는 경우

… 중략 …

(c) 설령 악의적인 조치가 아니었다 할지라도, 그 의도와 동기에 상관없이 장애인에 대해 서비스 제공을 하지 않는 것은 위법적일 수 있다.

※ 사례: 작은 가게 A의 점원은 조금만 더 가면 큰 가게 B가 있는데 그곳에서 좀 더 나은 서비스를 받을 수 있다고 하면서 장애인에게 서비스 제공을 거부하였다. 이것은 위법한 차별로 간주될 수 있다.

(4) 상기의 규칙은 특정 집단에 속한다는 이유로 불리하게 대우하는, 즉 특정 차별사유에 근거하여 불리하게 대우하는 경우에 관한 것이다. 불리한 대우 그 자체는 이 경우 이외에도 다음 두 가지의 경우에서도 발생할 수 있다.

(4.1) 차별사유에 근거한 것이 아닌 다른 정당한 사유에 근거한 불리한 대우: 어떤 개인(들)은 특정 집단에 속한다는 이유가 아니라 그(들) 자신의 불리한 자격 또는 조건 때문에 정당하게 불리한 대우를 받을 수 있다. 그렇게 불리한 대우를 받은 개인(들)은 차별사유상의 특정 집단에 속할 수 있으나 그 소속과 불리한 대우 사이에는 아무런 관계가 없다.

가상사례 1.2(4.1)-1 : **정당한 사유에 의한 차등대우**

한 회사가 여성 직원을 승진에서 제외시켰는데, 그 사유가 근무성적의 불량이라는 객관적이고도 적법한 것일 경우, 그녀는 여성이라는 이유 때문이 아니라 정당한 사유로 불리한 대우를 받은 것이다. 그녀가 여성 집단에 속하는 것은 승진 탈락과는 무관한 일이다.[23)]

(4.1.1) 현실 세계에서는 개인(들)에 대한 불리한 대우가 특정 집단에 속한다는 이유뿐만 아니라 차별사유와 무관한 어떤 정당한 사유 때문에 발생하기도 한다. 이처럼 정당한 사유와 부당한 사유의 복합에 근거하여 발생하는 불리한 대우의 사건은 '복합동기' 사건이라 불린다. 상기의 예를 변형시켜서, 해당 여성이 근무성적 불량이라는 정당한 이유뿐만 아니라 여성이라는 불합리한 이유로 승진 탈락이라는 불이익을 당하였다면 이는 복합동기에 의한 차별에 해당한다. 복합동기 사건의 경우, 불합리한 이유가 불리한 대우를 야기했음을 입증하는 것은 소위 '직접증거'를 통해서 입증된다. 직접증거가 있는 경우, 정당한 이유(동기)에 대한 증거는 불합리한 이유, 즉 차별의 동기를

23) 이때 그녀의 불리한 대우의 이유가 근무성적의 불량이라는 점을 밝히는 것은 객관적 정당화라 부르지 않는다. 객관적 정당화는 특정 집단에 속한다는 이유로 또는 특정 집단에 속하게 되어 결과적으로 불리한 대우를 받게 된 것이 정당한 이유가 있음을 입증하는 경우를 말한다.

반증하지는 못하고 단지 해당 불리한 대우에 정당한 동기와 불합리한 동기(차별의 동기)가 함께 작동하였음을 입증할 뿐이다. 이처럼 해당 불리한 대우가 불합리한 동기뿐만 아니라 정당한 동기에 의해서 발생한 것임이 입증되면, 그 정당한 동기의 존재 때문에 차별 가해자에 대한 처벌의 수위는 낮아질 수 있으나 그는 완전히 면책되지는 아니한다. 이때 정당한 동기가 있었음을 입증하기 위해서는 차별 가해자는 차별의 동기가 없었어도 피해자에게 동일한 불리한 대우를 하였을 것임을 입증해야 한다.[24]

가상사례 1.2(4.1.1)-1 : **복합동기 사건에서 정당한 동기 존재의 입증**

한 회사가 여성 직원을 승진에서 제외시켰는데, 그와 관련하여 인사팀장이 해당 여성 직원은 여성이기 때문에 승진을 시키지 않았다는 말을 발설하고 말았다고 하자. 이때 그러한 말은 차별의 직접증거로서 그 증거는 불합리한 성 차별이 있었음을 입증한다. 그런데 회사 측은 해당 여성 직원이 근무성적이 불량하여 승진을 시키지 않았다고 주장할 경우, 과연 근무성적 불량이라는 정당한 이유도 차별의 동기였는지 입증하려면 회사 측은 그가 여성이 아니더라도 그 정도의 근무성적 불량자라면 그 누구도 승진하지 못할 것임을 입증해야 한다. 만약 과거에 해당 여성과 비슷한 정도의 근무성적 불량자인 한 남성 직원이 승진한 경우가 있었음이 드러났다면 그러한 입증은 실패한 것이다. 한편 가해자가 그 입증에서 성공하였더라도 그가 불합리한 성 차별을 한 것은 면책되지 아니한다. 다만 가해자에게 묻는 책임의 정도는 가벼워질 수 있다.

(4.3) 차별사유가 아닌 다른 부당한 사유에 근거한 불리한 대우: 어떤 개인(들)은 특정 집단에 속한다는 이유가 아니라 다른 부당한 이유 때문에 불리한 대우를 받을 수 있다. 그렇게 불리한 대우를 받은 개인(들)은 차별사유상의 특정 집단에 속하는 것으로 구분될 수 있을지라도 그것이 불리한 대우의 이유는 아니다. 이 경우, 해당 불리한 대우가 「국가인권위원회법」상의 인권 침해에 해당하는 사안이라면 차별 사건이 아닌 인권 침해 사건으로 다루어져야 하고 그렇지 않다면 각하에 해당하는 사건이다.

가상사례 1.2(4.3)-1 : **차별사유가 아닌 다른 부당한 사유에 근거한 차등대우**

어떤 가게 주인이 반품하러 온 타 인종 고객을 모욕하고 반품받기를 거부하였을 때 그러한 불리한 대우가 단지 반품으로 손해를 보지 않으려는 가게 주인의 부당한 의도에서 비롯된 것일 경우, 그 고객은 타 인종에 속하기 때문이 아니라 가게 주인의 부당한 의도 때문에 불리한 대우를 받은 것이다. 이러한 종류의 불리한 대우는 결코 차별이 아니다.

가게 주인이 고객이 타 인종이라는 이유 때문이 아니라 부당한 이익을 추구하고자 그러한 불리한 대우를 행하였다는 것을 입증하는 한 방법은 가게 주인이 자 인종 고객들이 반품하고자 할 때도 그와 똑같은 불리한 대우를 하였다는 것을 보여주는 것이다. 하지만 만약 가게 주인이 고객에

24) 복합동기 사건의 처리에 관해서는 EEOC, *Employer EEO Responsibilites: Preventing Discrimination in the Workplace/ The Law and EEOC Procedures*, U.S. EEOC Technical Assistance Program, Jan. 2002, 67-69쪽 참조.

게 모욕을 주는 과정에서 “타 인종인 주제에 감히 반품을 하려드느냐”와 같은 발언을 하였다면 이는 인종에 의한 차별인 동시에 다른 부당한 의도에 의한 불리한 대우에 해당하므로 그는 인종에 의한 차별에 대해 면책을 받지 못한다.

(5) 누군가를 ‘불리하게 대우하는 행위’는 그의 물질적·정신적 이해관계에 반하는 행위를 의미한다. 단지 두 집단을 구별하되 아무런 이해관계의 훼손도 야기하지 않는 행위는 ‘불리하게 대우하는 행위’에 속하지 않는다. 예를 들면 학교 운동회에서 남학생에는 청색 모자를, 여학생에게는 백색 모자를 쓰게 하는 것은 불리하게 대우하는 행위에 속하지 아니한다. 그러나 구별 그 자체가 불리한 대우를 함축할 소지가 큰 경우가 있다. 그러한 경우에는 구별 그 자체를 차별로 볼 수 있는데, 그 구별이 특정 집단이 다른 집단보다 우월하다는 것을 함의하는 경우가 그에 해당한다. 한편 공간적으로 구별하는 ‘분리’(segregation)는 그 사유가 인종인 경우 그 자체로서 차별로 간주될 수 있다.

입법례(국외) 1.2(5)-1 : 영국의 고용에서의 인종평등에 대한 법적인 실무지침(Code of Practice on Racial Equality in Employment)

2.3 인종을 이유로 어떤 사람을 다른 사람들로부터 분리하는 것은 그를 불리하게 대우하는 것을 자동적으로 의미하며, 그것은 위법한 직접차별을 구성한다. 인종 집단에 의한 근로자의 분리는, 비록 그들이 승진, 훈련 또는 임금 및 노동조건에 대해 다른 근로자와 동일한 접근성을 갖더라도 불법이다.

사례 1.2(5)-1 : **초등학교 출석부상 번호 부여 시 차별**

초등학교에서 출석부상의 개인 번호를 부여할 때 남학생에게 1번부터 앞 번호를 부여하고 여학생에게는 남학생의 마지막 번호보다 후순위인 뒤 번호를 부여하는 것이 차별이라는 진정에 대하여, 국가인권위원회는 그러한 구별이 어린 학생들에게 남성이 여성보다 우선한다는 생각을 무의식적으로 심어줄 수 있는 성차별적 관행으로 볼 수 있고, 그로부터 초래되는 폐해는 학생 관리의 편의성이라는 이유로써 정당화할 수 없을 만큼 크기 때문에, 이는 합리적 이유 없이 여학생의 평등권을 침해한 것으로 판단하였다. <인권위 2005. 9. 28. 05진차517 결정>

1.2.1 직접차별의 종류: 명시적 차별과 은밀한 차별

명시적 차별이란, 특정 집단에 속하는 사람(들)을 그 집단에 속한다는 이유로 다른 집단에 속하는 다른 사람(들)과 비교하여 불리하게 대우한다는 의도를 명백히 밝히는, 그러나 정당화되지 못한 차별이다.

은밀한 차별이란, 특정 집단에 속하는 사람(들)을 그 집단에 속한다는 이유로 다른 집단에 속하는 다른 사람(들)과 비교하여 불리하게 대우한다는 의도를 숨기는, 그러나 정당화되지 못한 차별이다.

(1) 명시적 차별(facial discrimination)은 특정 집단에 속하는 사람(들)을 그 집단에 속한다는 이유로 차별한다는 점을 명백히 밝히는 차별이다. 그러한 차별 이유를 명백히 밝히는 것은 대개 문서화된 법령, 각종 규칙, 기준, 조건 등의 형태로 이루어진다. 경우에 따라서는 그것은 공식적으로 이루어진 구두 진술의 형태를 띨 수도 있다. 명시적 차별은 차별을 한다는 것을 명백히 밝히기 때문에 차별의 존재를 입증하기가 쉽다.

사례 1.2(5)-1 : **교원임용 시 가산점 차별**

진정인은 진정 당시 만 40세가 넘은 자로서 「교육공무원임용령」 제11조의2가 교육임용시험 응시 연령을 40세로 제한하는 것은 평등권 침해하고 주장하였다. 이에 대해 피진정 국가기관은 응시 연령의 제한은 업무의 원활한 수행을 위한 체력과 업무 습득 능력 등을 고려하여 정하여졌고 이는 교직 사회의 원활한 순환구조를 위해서도 필요한 사항이라고 주장하였다. 국가인권위원회는 “교원으로서의 능력은 교원임용시험으로 입증하여야 하는 것인바, 교원으로서의 업무 수행 능력이 교원 임용의 일차적 기준이 되어야 할 것이고 교직 사회의 원활한 순환구조 유지 등은 부차적 목표일 것인데 일정한 연령 이상이 사람을 절대적으로 배제하는 것은 불합리한 차별행위로 판단”하였다. <인권위 2004. 6. 28. 03진차119 결정>

(2) 은밀한 차별(covert disparate treatment)은 특정 집단에 속하는 사람(들)을 그 집단에 속한다는 이유로 차별한다는 점이 밖으로 드러나지 않도록 감추면서 몰래 행하는 차별이다. 많은 경우 은밀한 차별은 교묘하게 이루어지기 때문에 그를 입증하기가 쉽지 않으나 차별 가해자의 발설 등과 같은 직접 증거 와 그 밖의 다른 정황 증거를 통해서 입증할 수 있다.

사례 1.2(5)-1 : **학력 및 전과를 이유로 한 채용 시 차별**

징역 2년에 집해유예 10월을 선고받은 바 있는 진정인은 군무원 공채시험에 응시하여 필기시험에는 합격하였으나 면접시험에서 불합격하여 군무원으로 임용되지 못하였다. 진정인은 면접시험에서 면접위원들이 진정인에게 “교도소는 갔다 왔느냐”, “죄명이 뭐냐”, “전과자인데 어떻게 좋은 시험 성적을 얻을 수 있었느냐” 등의 질문을 하였던 것으로 봐서 신원조회를 통해 진정인의 중퇴 학력과 전과 사실을 사전 인지하고 낮은 학력과 전과를 이유로 자신을 불합격

시켰다고 주장하였다. 이에 대해 해당 군부대 및 면접위원들은 채용 절차상 면접위원들이 면접 전에 응시자들의 신원을 알 수 없으므로 학력 및 전과를 이유로 진정인을 차별하는 것으로 불가하고 진정인은 합리적인 이유로 면접시험에 불합격하였다고 주장하였다. 국가인권위원회는 낮은 학력 및 전과를 이유로 진정인이 불합격 처리되었는지는 확인 또는 인정하기 어려우나 면접시험에서 피진정인이 직무와 관련 없는 전과에 대해 질문함으로써 전과자를 차별하였다고 판단하였다. <인권위 2006. 7. 18. 04진차300 결정>

1.3 간접차별

간접차별은, “중립적인 기준을 적용하였으나, 그 기준이 특정 집단이나 개인에게 현저하게 불리한 결과를 야기”하고[25] 해당 기준이 정당한 것임이 입증될 수 없는 결과적 차별이다.

입법례(국내) 1.3-1 : 「남녀고용평등법」
제2조(정의) … 중략 …
1. “차별”이라 함은…사업주가 채용 또는 근로의 조건은 동일하게 적용하더라도 그 조건을 충족할 수 있는 남성 또는 여성이 다른 한 성에 비하여 현저히 적고 그로 인하여 특정 성에게 불리한 결과를 초래하며 그 조건이 정당한 것임을 입증할 수 없는 경우를 포함한다.

입법례(국내) 1.3-2 : 「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률」
제4조(차별행위) ①이 법에서 금지하는 차별이라 함은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다.
… 중략 …
2. 장애인에 대하여 형식상으로는 제한·배제·분리·거부 등에 의하여 불리하게 대하지 아니하지만 정당한 사유 없이 장애를 고려하지 아니하는 기준을 적용함으로써 장애인에게 불리한 결과를 초래하는 경우

(1) ‘중립적인 기준을 적용하였으나, 그 기준이 특정 집단이나 개인에게 현저하게 불리한 결과를 야기하고’라는 문구는 해당 차별사유와는 무관한 기준을 비교되는 집단들에게 적용하였으나 어느 한 집단이 다른 집단보다 그 기준을 현저히 충족시키지 못하고 그로 인하여 그 집단 및 그에 속한 개인들에게 ‘현저하게 불리한 결과’가 초래되는 것을 의미한다고 볼 수 있다.

사례 1.3(1)-1 : **성별을 이유로 한 경력인정 차별**
여성인 진정인은 농업에 종사한 경력을 호봉획정경력으로 인정받고자 하였으나 관련 규정에 의거 진정인이 농지원부 상의 농업인이 아니라는 이유로 실제 농업에 종사한 경력을 인정받지 못하였는데, 이를 여성에 대한 차별이라고 진정하였다.
국가인권위원회는, ‘토지대장, 등기부등본, 농지원부 상의 소유자 및 농업인’을 농업인의 기준으로 정한 현행 규정을 따를 경우 남편을 세대 및 전체 가족의 대표자로 당연시하는 사회풍토로 인하여 실제와는 다르게 여성에 비해 남성 농업인의 비율이 현저히 다수를 차지하는 것

25) 차별금지법안

으로 나타나는바, 비록 그 기준이 표면적으로는 성별 중립적으로 보이더라도 그에 따라 경력을 인정하는 경우 남성에 비해 여성의 농업경력 인정률이 현저히 낮을 수밖에 없어 결과적으로 성별에 따른 차등이 초래된다고 판단하였다. 또한 위원회는, 해당 기준이 결과적으로 성별에 따른 차등을 초래한다 해도 그 기준이 실제 농업 종사 여부 판단이라는 목적 달성을 위해서 적절하고 필수불가결하다면 그를 차별로 볼 수 없겠으나, 한 필지의 토지에서 가족이나 피고용인이 함께 농사를 짓는 것이 일반적이고, 토지를 임차하여 농사짓는 이도 있으므로 실제 농업종사 경력과 농지등기부등본 및 토지대장 상 소유관계는 별개라고 할 수 있고, 한 세대에 농지원부 등록대상 농업인이 2인 이상인 경우에는 세대별 대표자 명의로 농지원부를 작성하고 다른 가족 구성원들은 세대원(업무집행사원)으로 등록하게 되어 있어 농지원부 상 농업인만이 실제 농업 종사자라고 볼 수 없는 등, 해당 기준은 실제 농업종사 여부 판단이라는 목적 달성을 위해서 적절하고 필수불가결하다고 보기 어렵다고 판단하였다. <인권위 2005. 9. 28. 05진차467 결정>

(1.1) '중립적인 기준'에서 '기준'은 공식적으로 표명된 법령, 규칙 및 기타 공식 문서상의 조건뿐만 아니라 비공식적인 또는 문서화되지 않은 규칙이나 관행상의 조건도 포함한다. 또한 그 기준은 객관적으로 측정하기가 불가능하고, 그래서 사실상 주관적 판단과 재량에 따라 측정되는 주관적 기준도 포함한다. 고용 결정과 관련하여, 그러한 주관적 기준의 예로는 창의력, 지도력, 성실성, 판단력, 조직력, 안정감 등이 있다.

(1.2) 해당 기준을 충족시킬 수 없음이 개인의 자발적 선택이라고 하여 그로 인한 불리한 결과가 차별이 아닌 것은 아니다.

가상사례 1.3(1.2)-1 : **여성에게 결과적으로 불리한 기업 연금 정책**

어느 회사가 25년 이상 장기 근속자에게만 퇴직 연금을 지급하기로 하는 기준을 정한 경우, 여성 직원들은 육아 등으로 인해 장기 휴직을 하는 사례가 많기 때문에 그 기준을 충족시키기가 어려워 퇴직 연금을 받지 못하는 불이익을 받을 가능성이 남성 직원들보다 큰데, 그로써 간접차별이 발생할 수 있다. 이때 상당수의 여성 직원들이 휴직을 하는 대신에 자유의사에 따라 유모 등을 고용하여 해당 기준을 충족시킨다고 해서 간접차별이 성립되지 않는 것은 아니다.

(1.3) 해당 기준을 '현저'히 충족시키지 못한다 함은 어떤 집단에 속한 개인들이 다른 집단에 속한 개인들보다 상당하게 또는 특별하게 충족시키지 못함을 의미한다고 볼 수 있다. 그것은 해당 기준을 충족시키는 비율에서 두 집단 사이에 상당한 차이가 있음을 의미하는데, 간접차별의 존재를 추정하는 데 통계학적 방법이 사용되는 경우를 고려할 때, 그 상당한 차이란 통계학적으로 유의미한 차이를 말한다. 한편 간접차별의 존재를 추정하는 데 통계학적 방법만이 사용되는 것은 아니다. 어느 한 집단이 다른 집단에 비해 해당 기준을 특별하게 충족시키지 못하는 것을 객관적으로 입증함으로써

도 간접차별의 존재는 추정될 수 있다. 한편 해당 기준을 '현저히' 충족시키지 못함으로써 '현저하게' 불리한 결과가 야기되는 것인데, '현저하게' 불리한 결과도 '상당하게' 또는 '특별하게' 불리한 결과를 의미한다.

(1.4) 중립적인 기준이 특정 집단이나 개인에게 현저하게 불리한 결과를 야기한다는 것은 그 기준의 적용과 해당 불리한 결과의 발생 사이에 인과적 관계가 존재해야 함을 의미한다. 그러한 인과 관계가 해명되지 않는 경우, 해당 불리한 결과는 간접차별로 볼 수 없다.

가상사례 1.3(1.4)-1 : **여성에게 결과적으로 불리한 경찰관 채용 기준**
경찰청이 경찰관을 신규 채용할 때 선발 기준의 하나인 신체의 민첩성을 측정하는 시험을 실시한다고 한다고 가정할 경우, 해당 선발 기준(신체의 민첩성)은 외견상 남성 지원자와 여성 지원자를 다르게 대우하지 않는, 성별에 대해 중립적인 기준이다. 그러나 해당 기준을 남성 지원자와 여성 지원자에게 동일하게 적용할 경우 신체구조상 여성은 남성보다 평균적으로 덜 민첩하기 때문에 여성 지원자 집단은 남성 지원자 집단보다 그 시험에서 불리하게 된다. 이때 신체의 민첩성이라는 기준과, 그 기준을 충족시키는 비율에서 남녀 지원자 집단 간 차이 사이에는 신체구조에서의 남녀 간 차이라는 인과 고리가 존재한다. 즉 해당 비율에서의 차이는 남녀 간 신체구조상의 차이로써 인과적으로 해명될 수 있다.

(2) '해당 기준이 정당한 것임이 입증될 수' 있는 경우는 해당 불리한 결과는 간접차별이 아니다. 고용의 영역에서는, 해당 기준의 부과가 당해 직무의 안전하고 효율적인 수행(직무관련성)이나 조직의 정상적 경영(경영상 필요성)을 위해 필요하다는 것이 입증될 경우, 그 기준의 부과는 간접차별에 해당하지 아니한다. 그와 같은 입증은 직접차별의 입증에서처럼 '객관적 정당화'라고 불린다. 한편 간접차별 법리는 비고용 영역에도 적용될 수 있는바, 좀 더 일반적인 객관적 정당화 기준이 요구된다. 간접차별의 객관적 정당화의 일반적인 기준은, 우선 해당 기준으로써 추구하는 목적이 적법해야 하고 그 기준이 해당 목적을 달성하는 데 적합하고 필요한 것이어야 하며 해당 목적의 필요성이 해당 기준의 부과로써 피해를 보는 집단이 겪는 불이익한 영향보다 더 커야 한다는 것이다.

1.3.1 간접차별의 적용 범위

간접차별은 원칙적으로 「국가인권위원회법」 상의 모든 차별사유에 대해 금지된다.

(1) 간접차별은 성별을 포함하여 「국가인권위원회법」에 열거된 19개의 차별사유에 대

하여 금지된다. 즉 특정 성, 장애인, 특정 나이층, 특정 사회적 신분 등등에 대한 간접차별은 금지된다.

(2) 국가인권위원회가 간접차별을 다룰 수 있는 근거는 다음과 같다.

(2.1) 「국가인권위원회법」제2조 제4호의 “평등권 침해의 차별행위라 함은 합리적인 이유 없이 성별, 종교, 장애, 나이…성적 지향, 학력, 병력 등을 이유로”에서 ‘이유로’는 좁게 해석한다면 차별 행위자의 차별 의도의 이유를 의미하는 것이어서 직접차별을 암시하는 것일 수 있으나 넓게 해석할 경우 그것은 「헌법」 제11조의 “성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여…차별을 받지 아니 한다”에서 ‘의하여’에 해당하는 것이어서 직접차별은 물론 간접차별도 포괄할 수 있다. 특히 「국가인권위원회법」은 차별사유 및 차별 영역을 새로 창설한 것이 아니라 헌법상 평등권을 좀더 구체화한 것이기 때문에 그와 같은 넓은 해석이 가능하다.

(2.2) 「헌법」 제11조 제1항이 직접차별뿐만 아니라 간접차별도 포괄한다는 것은, 헌법재판소가 간접차별 개념을 명시하지는 않았으나 제대군인 가산점 제도의 평등권 침해 여부를 다룬 판결(1999. 12. 23. 98헌마363)에서 그 존재를 사실상 인정한 점에서도 드러난다.

(3.3) 또한 「국가인권위원회법」 제2조 제1호가 명시하듯 ”인권이라 함은…대한민국이 가입·비준한 국제인권조약 및 국제관습법에서 인정하는” 것을 의미하는바, 국가인권위원회의 차별 행위의 판단 기준은 우리 정부가 가입·비준한 국제인권조약을 따라야 한다. 우리 정부가 1997년에 가입한 「고용과 직업상의 차별에 관한 협약」(ILO협약 제111호) 제1조는 차별 대우를 “인종, 피부색, 성별, 정치적 견해, 출신국 또는 사회적 진출에 의거하여 행하여지는 모든 차별, 배제, 또는 우대로서, 고용 또는 직업에 있어서의 기회 또는 대우의 균등을 파괴하거나 저해하는 효과가 있는 것”이라고 규정하는바, 거기서 ‘효과’라는 용어는 직접차별은 물론 간접차별 개념을 포괄한다. 이 협약을 따라서 국가인권위원회는 간접차별을 다룰 수 있다.

1.4 차별 예외(위법하지 않은 차등대우)

모든 차등대우가 위법한 것은 아니다. 해당 차등대우가 특정한 직무의 본질의 안전하고 효율적인 수행이나 사업의 본질의 정상적 운영을 위해 합리적으로 필요한 경우, 해당 차등대우가 국가 안전 보장을 위해 필요한 경우, 해당 차등대우가 국제노동기준상의 특별한 보호 및 지원 조치에 해당하는 경우, 일반적으로 말해서 해당 차등대우가 합리적인 이유를 가진 경우, 그 차등대우는 차별이 아니다. 또한 해당 차등대우가 정당화될 수 있는 적극적 조치에 해당하는 경우 그 차등대우는 차별이 아니다.

1.4.1 직무 또는 사업의 본질의 수행이나 운영에 필요한 경우

고용 영역에서 차별사유상의 특정 집단에 속해야 하는 것이, 즉 특정 성, 특정 종교인, 또는 특정 출신민족 등이어야 하는 것이 해당 직무의 본질의 안전하고 효율적인 수행이나 사업의 본질의 정상적 운영을 위해 합리적으로 필요하다고 객관적으로 인정되는 경우, 해당 집단의 구성원만을 선발하는 것은 차별이 아니다.

입법례(국내) 1.4.1-1 : 「남녀고용평등법」[26]

제2조(정의) ①…다만, 다음 각호의 1에 해당하는 경우는 차별로 보지 아니한다.

1. 직무의 성질상 특정 성이 불가피하게 요구되는 경우
2. 근로여성의 임신, 출산, 수유 등 모성보호를 위한 조치를 취하는 경우
3. 현존하는 차별을 해소하기 위하여 국가, 지방자치단체 또는 사업주가 잠정적으로 특정 성을 우대하는 조치를 취하는 경우

입법례(국내) 1.4.1-2 : 「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률」

제4조(차별행위) ①이 법에서 금지하는 차별이라 함은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다.

… 중략 …

③제1항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정당한 사유가 있는 경우에는 이를 차별로 보지 아니한다.

---

26) 우리 정부가 가입한 「고용과 직업상의 차별에 관한 협약」(ILO협약 제111호)은 특정 차등대우가 직업 또는 직무에 고유한 것인 경우, 국가 안보 조치인 경우, 국제노동기준상의 특별한 보호 및 지원 조치인 경우, 그리고 적극적 조치인 경우는 위법한 차등대우가 아니라고 규정한다.

1. 제1항에 따라 금지된 차별행위를 하지 않음에 있어서 과도한 부담이나 현저히 곤란한 사정 등이 있는 경우

2. 제1항에 따라 금지된 차별행위가 특정 직무나 사업 수행의 성질상 불가피한 경우. 이 경우 특정 직무나 사업 수행의 성질은 교육 등의 서비스에도 적용되는 것으로 본다.

④장애인의 실질적 평등권을 실현하고 장애인에 대한 차별을 시정하기 위하여 이 법 또는 다른 법령 등에서 취하는 적극적 조치는 이 법에 따른 차별로 보지 아니한다.

입법례(국외) 1.4.1-3 : 미국의 1964년「민권법」

제2000e-2조(제703조) 불법 고용 관행

… 중략 …

(e) 본 절의 여타 규정에도 불구하고, 다음의 행위는 불법 고용 관행에 해당하지 않는다.

(1) 종교, 성별 또는 출신민족이 해당 특정 사업 또는 기업의 통상적인 운영에 있어 합리적으로 필요한 진정한 직업적 자격 요건에 해당하는 경우에, 그 종교, 성별, 출신민족을 근거로, 고용주가 근로자를 채용 및 고용하는 것, 고용 중개기관이 개인을 구분하거나 취업을 알선하는 것, 노동단체가 회원자격을 구분하는 것과 개인을 구분하거나 취업을 알선하는 것 … 중략 …

입법례(국외) 1.4.1-4 : 호주의 1986년「인권과 평등기회 위원회법」

제3조 정의

차별이라 함은 제2B장을 제외하고 다음 각 호를 말한다. … 중략 …

단, 다음 각 호에 해당하는 차등, 배제나 우대는 포함되지 않는다:

(c) 직무의 고유한 요건을 이유로 한 차등, 배제 및 우대;

(d) 특정한 종교나 신조의 교의, 신앙, 교리에 따라 운영되는 기관이 직원을 고용하는 경우, 그 종교나 신조의 신봉자들의 감정을 해치지 않기 위한 선의의 차등, 배제 및 우대

(1) 해당 직무의 '본질'이라 함은 그 직무의 내용의 주변적 또는 부수적인 것이 아니라 핵심적인 것임을 의미한다.

사례 1.4.1(1)-1 : **직무의 부수적 요소를 적절히 수행할 수 없음을 이유로 한 고용 차별**

한 회사가 자사의 판매대행 직무가 여성에게 부적합하다는 이유로 그 직무에 여성을 채용하지 않은 데 대해 치트우드(Cheatwood)라는 여성이 소송을 제기하였다. 공식적인 직무설명서에 따르면 해당 판매대행 직무는 고객 방문을 통해 고객의 재산 상황 등을 검토하고 판매 대금을 수금해야 하는 업무를 포함한다. 회사는 여성이 그러한 직무를 수행하기가 부적합하다고 주장하면서 그 이유로 지방에 가서 고객을 상대할 경우 차량 타이어도 교체해야 하고, 휴게소도 자주 이용할 수 없는 불편을 감수해야 하며, 술집이나 도박장 같은 곳에서도 수금을 해야

하기 때문에 여성에게 위험하다는 점 등을 제시하였다. 이에 대해 법원은 본질적인 업무와 부수적인 업무를 구별하면서 지방에서 업무를 수행하는 중에 발생한다고 주장되는 불편한 요소들은 해당 직무의 부수적인 것이며 그로써 여성이 해당 직무를 수행할 수 없다는 것을 입증하지는 못한다고 판결하였다.[27]

(2) 해당 직무의 본질의 '안전하고 효율적인 수행'에서 '안전'은 직무의 수행이 고객 및 동료는 물론 자신에게 안전해야 함을 의미하며, '효율'은 해당 직무로써 합법적으로 추구하고자 하는 목적이 정상적으로 획득되는 것을 의미한다. '안전'의 의미에는 품위(decency) 및 사생활 보호의 확보도 포함된다고 볼 수 있다. '효율'의 의미에는 연극·영화의 배역에서의 핍진성(authenticity)이나 심미성 등의 확보도 포함된다.

입법례(국외) 1.4.1(2)-1 : 영국의 1984년 「성차별금지법」

제7조 성별 구분이 직업의 자격요건인 곳의 예외

… 중략 …

(2) 남성이 진정한 직무자격요건인 경우는 다음과 같다.

(a) 업무의 필수적인 성격상 생리적인 이유로(육체적인 힘이나 정력은 배제) 남성을 필요로 하고, 공연이나 기타 오락물에서 여성이 그 역할을 수행할 경우 실제로 차이가 크기 때문에 잠성의 진정한 역할이 필수적일 때, 또는

(b) 품위와 사생활을 지키기 위해서는 남성이 그 업무를 수행할 필요가 있을 때, 즉

(i) 남성과 신체 접촉의 개연성이 많은 사업장에서, 만약 그 일을 여성이 수행할 경우 거부감을 줄 수 있는 곳, 또는

(ii) 업무가 남성만의 일일 가능성이 큰 곳, 예를 들면 옷을 벗고 있기 때문에 또는 화장실 이용 중이기 때문에 여성의 출현에 거부감을 가질 수 있는 곳, 또는

A) 직무가 남성만의 일일 가능성이 크다든지 또는 거주지에서 또는 개인의 집에서 남성이 해야 할 필요성이 있는 업무에 여성의 출입을 허용하면 거부감을 줄 수 있는 직무

사례 1.4.1(2)-1 : **직무의 본질의 안전한 수행을 위한 고용 차별**

여객기 승무원의 임신 사실이 알려지는 경우 즉시 모성휴가를 실시하도록 한 항공사의 정책이 임신차별이라는 제소 내용에 대해 법원은 먼저 승객의 안전이 여객기 사업의 본질이라고 결정한 다음 임신한 여객기 승무원에게 계속 비행 업무를 하도록 허용하는 것은 승무원 직무상 승객의 안전의 위협과 관련되어 있다는 사실에 입각하여 해당 정책이 승객의 안전을 위해 합리적으로 필요하다는 점이 인정된다고 판결하였다.[28]

---

27) *Cheatwood v. South Cent. Bell Tel. & Tel. Co.* 303 F Supp 754 (11th Cir. 1969).
28) *Harris v. Pan American World Airways, Inc.* 649 F 2d 670 (9th Cir. 1980).

(3) '사업의 본질'이라 함은 해당 사업의 목적의 주변적·부수적 목적이 아니라 핵심적 목적임을 의미한다.

사례 1.4.1(3)-1 : **사업 운영의 본질과 무관한 고용 차별**

존슨컨트롤스(Johnson Controls)라는 건전지 제조업체는 제조 공정상 존재하는 납 성분에 노출될 가능성이 있는 직무에 대해 여성 근로자를 배치하지 않는다는 태아보호정책을 택하였고, 임신한 여성 근로자들은 해당 정책이 여성에 대한 차별이라고 소를 제기하였다. 회사 측은 해당 정책이 가임 여성 근로자의 잠재적 태아를 보호하기 위한 것으로서 정당하다고 주장하였다. 이에 대해 법원은 여성 근로자의 태아를 보호하는 것이 사업 운영의 본질이 아니라는 이유와 다른 이유를 들어 해당 정책을 차별적이라고 판결하였다. 참고로, 법원은 납 성분이 남성의 생식기관을 약화시킨다는 증거가 있음에도 불구하고 해당 정책이 남성에게는 동일하게 적용되고 있지 않다는 점에서도 중립적이지 않다고 판결하였다.[29)]

(4) 사업의 본질의 '정상적 운영'은 해당 사업으로써 합법적으로 추구하고자 하는 목적이 정상적으로 획득되는 것을 의미한다. 정상적 운영이 이루어지지 않는다 함은 사업 운영에 있어 상당한 타격 또는 훼손을 당하는 것을 의미한다. 해당 사업에 있어 본질이 아닌 주변적 또는 부수적 부분이 상당한 타격을 받는 것은 사업의 정상적 운영의 훼손이 아니다.

사례 1.4.1(4)-1 : **사업의 본질의 정상적 운영과 무관한 고용 차별**

디아즈(Diaz)는 팬암 항공사의 객실 승무원에 지원하였으나 남성이라는 이유로 고용이 거부되자 소를 제기하였다. 항공사 측은 승객의 심리 상태를 고려해야 하는 객실 서비스 업무에 남성보다 여성이 더 적합하고, 승객들도 여자 승무원을 더 선호하기 때문에 사업의 필요상 여성만을 객실 승무원으로 채용했다고 주장하였다. 이에 대해 법원은 객실 서비스 업무를 남성보다 여성이 더 잘 수행할 수 있다고 할지라도 그 서비스는 여객기 사업의 본질인 안전 수송에 비해 부수적인바, 남자 객실 승무원의 채용으로 인해 여객기 사업의 운영에 상당한 타격이 발생한다고 볼 수 없다고 판결하였다. 한편 법원은 고객의 선호 및 구인난 등의 이유가 소위 진정직업자격의 항변으로 인정될 수 없다고 판결하였다.[30)]

(5) 특정 집단에 속해야/속하지 않아야 하는 것이 '합리적으로 필요하다' 함은 그것이 추구하는 목적의 달성에 결정적임을, 그것이 없으면 추구하는 목적이 또는 목적의 달성이 심대하게 훼손되는 것을 의미한다. 좀더 구체적으로는, '합리적으로 필요하다'는 것은 특정 집단에 속하는 사람들은 전부 또는 거의 대부분 해당 직무를 안전하고 효율적으로 수행할 수 없다는 것을 의미한다. 또는 그것은 사업의 정상적 운영에 심대한 훼손을 끼친다는 것을 의미한다. 이러한 점이 객관적으로 입증되지 않는다면 그러한 차등대우는 차별이다. 그

---

29) *International Union Auto. etc. v. Johnson Controls, Inc.* 449 US 187(1991).
30) *Diaz v. Pan American World Airways, Inc.* 442 F 2d 385 (5th Cir. 1971).

러한 객관적 입증은 사회 통념이나 일반적인 자료에 근거할 수 없다. 특히 특정 집단에 속하는 사람들 전부 또는 거의 대부분이 해당 직무를 안전하고 효율적으로 수행할 수 없다는 것을 입증할 때 실질적인 근거를 대야 하고 각 개인의 직무 능력을 개별적으로 평가하는 것이 현실적으로 불가능하다는 점도 입증해야 한다. 이것은 고용 결정은 원칙적으로 개인의 직무 능력에 대한 개별적 평가에 입각해야 한다는 점을 전제로 한다.

사례 1.4.1(5)-1 : **항공사 여승무원 채용 시 응시연령 차별**

항공사 여승무원 모집 시 응시연령의 상한을 만23세~25세로 제한하는 관행이 차별이라는 진정인의 주장을 판단하기 위해서는 우선 해당 연령이 진정직업자격에 해당하는지 여부와 피진정인들이 주장하는 응시연령의 제한 목적이 합리적인지 여부를 검토해야 한다. 해당 연령이 진정직업자격에 해당하기 위해서는 우선 그 연령을 초과하는 자들 모두 또는 거의 모두가 해당 업무의 본질적 부분을 안전하고 효율적으로 수행할 수 없는 나이 관련 특성을 갖고 있고 그러한 특성을 개인별로 파악하는 것이 불가능하거나 또는 비현실적이거나, 효율적으로 해당 직무를 수행하는 수준에 이르도록 해당 연령을 초과하는 자들을 훈련시키는 데 소요되는 비용과 시간이 지나치게 과다하여 해당 연령 제한을 할 수 밖에 없거나, 훈련 및 활동기간 등 제반요소를 고려할 때 퇴직 연령까지 합리적 고용기간을 확보하기 위해 입직연령을 제한할 필요성이 있다는 점 등이 인정되어야 한다. 그런데 26세 이상인 여성들 대부분이 승무원 업무를 안전하고 효율적으로 수행할 수 없는 특성을 가지고 있다고 보기 어렵고 그러한 특성을 개인별로 측정할 수 없다고 보기도 어렵다. 또한 승무원의 본질적 업무가 특별히 25세를 기준으로 현저하게 수행 불가능하거나 어려워진다고 보기 힘들고, 25세 이상인 승무원에게 투입되는 훈련 비용 및 시간이 25세 이하인 승무원에게 투입되는 것보다 과도하게 증가한다는 객관적 근거도 발견하기 어려움. 따라서 해당 응시연령은 진정직업자격에 해당한다고 볼 수 없다. <인권위 2006. 11. 13. 05진차662 결정>

사례 1.4.1(5)-2 : **사실이 아닌 고정관념에 입각한 진정직업자격 항변**

전신전화국의 여성 근로자인 윅스(Weeks)는 직장 내의 전철수라는 직무로 전속시켜 줄 것을 회사에 요청하였으나 거절당하자 소송을 제기하였다. 회사 측은 전철수가 30파운드 이상의 중량물을 들어 올려야 하고 야근을 해야 하는 격렬한 직무로서 여성에게는 적합하지 않다는 진정직업자격 항변을 하였다. 이에 대해 법원은 고용주가 남성이어야 함이 해당 직무의 진정직업자격임을 주장하려면 모든 여성이 실질적으로 그 직무를 안전하고 효율적으로 수행할 수 없다고 믿을 만한 상당한 이유를 실질적인 사실에 기초하여 입증해야 한다고 보면서, 성별에 관한 고정관념에 근거한 차등대우는 진정직업자격에 해당하지 않는다고 판결하였다.[31]

사례 1.4.1(5)-3 : **직무 수행 능력의 개별적 평가의 현실적 불가능성에 따른 진정직업자격 항변**

태미아미 트레일투어(Tamiami Trail Tour)라는 버스 회사는 45-65세의 사람들을 버스 기사의 신규 채용에서 제외하는 채용정책을 취했고, 그러한 정책이 나이 차별이라는 소가 제기되

31) *Weeks v. Southern Bell Tel. Co.* 408 F 2d 228 (5th Cir. 1969).

었다. 신규 채용된 버스 기사는 채용 이후 약 10년간 정신적 및 신체적으로 부담이 되는 부정기 운행 업무를 맡기로 되어 있었다. 회사 측은 40세 이상의 버스 기사는 부정기 운행 업무를 안전하게 수행할 수 없음을 입증하기 위해, 즉 40세 미만의 연령이 해당 직무의 진정직업자격임을 입증하기 위해 연령과 사고 발생률 간의 관계를 보여주는 통계적 증거와 의학 전문가 및 운송업 전문가의 증언을 제시하였다. 법원은 그 통계 자료 자체는 증명력이 부족함을 인정하였으나 전문가들의 의견을 비중 있게 수용하였다. 전문가들은 비록 특정 연령이 부정기 운행 업무의 적합성을 판별해 주는 단독 지표는 될 수 없지만 노화에 따른 신체적·정서적 변화는 개인의 안전 운행 능력을 저해하며 아무리 정교한 검사도 그러한 변화를 모두 감지할 수는 없다고 증언하였다. 이러한 증언에 근거하여 법원은 하급심 법원이 개별 지원자가 체력 저하와 같이 연령과 관련된 사고 유발 요인을 가지고 있는지 여부를 판별할 수 있는 검사가 가능하지 않다고 판결한 것에는 특별한 하자가 없다고 판단하면서 특정 연령대가 부정기 운행 업무의 진정직업자격에 해당한다는 하급심 법원의 판결을 인정하였다.[32]

사례 1.4.1(5)-4 : **직무 수행 능력의 개별적 평가의 현실적 가능성에 따른 진정직업자격 주장 불인정**

웨스턴 에어라인(Western Air Lines)이라는 항공사가 비행 엔지니어의 정년을 60세로 규정한 것이 나이 차별이라는 소가 제기되었다. 항공사 측은 연령이 많을수록 심장마비 등에 걸릴 가능성이 높아지고 60세 이상인 경우 언제 그러한 질병이 발생할지 예측하기 어려우며, 60세 이상인 자의 신체적·심리적인 직무 능력을 개별적으로 측정하는 것은 거의 불가능한바, 비행 엔지니어의 60세 정년은 항공기의 안전한 운항을 위해 합리적으로 필수적이라고 주장하였다. 이에 대해 연방대법원은 60세 이상인 사람 중 어떤 사람이 해당 직무의 수행 능력이 떨어지는지 가려내는 것이 불가능하다는 피고의 주장을 믿을 만한 근거가 제시되지 못하였다고 판단하면서 항공사 측의 패소를 확인하였다.[33]

1.4.2 국가 안전 보장을 위해 필요한 경우

해당 차등대우가 국가 안전 보장을 위해 필요한 것일 경우 차별이 아니다.

(1) 국가의 안전을 보장하기 위해 불가피하게 취하여진 차등대우는 차별이 아니나, 이때 국가 안전 보장의 개념은 엄격하게 정의되어야 한다. 그 개념이 방만하게 해석될 경우, 평등권을 포함한 개인의 권리가 침해될 소지가 크다.[34] 본 규칙은 고용 영역과 비고용 영역 모두에 적용될 수 있다.

1.4.3 국제노동기준상의 특별한 보호·지원 조치인 경우

32) *Usery v. Tamiami Trail Tours, Inc.* 531 F 2d 224 (5th Cir. 1976).
33) *Western Air Lines, Inc. v. Criswell* 407 U.S. 472 (1985).
34) ILO 협약 및 권고의 적용에 관한 전문가 위원회는 국가 안전 보장의 개념과 관련하여 테러리즘의 개념을 지나치게 넓게 정의하는 것에 반대하였다. International Labour Conference 89th Session (2001), Report III(1A), p. 500 참조.

차등대우가 국제노동기준상의 특별한 보호나 지원을 위한 조치인 경우 차별이 아니다.

(1) 차등대우가 국제노동기준상의 특별한 보호나 조치인 경우, 예를 들면 여성의 임신 및 출산을 보호하기 위한 국제 협약과 권고에 해당하는 것일 경우, 그러한 차등대우는 차별이 아니다. 해당 국제 협약과 권고는 많은 경우 여성의 재생산 기능을 보호할 목적을 가지고 있다.[35]

(2) 한편 이 차별 예외는 노동시장에서 남녀평등을 이루는 데 오히려 장애로 작용하기도 한다. 즉, 고용주들은 여성 보호를 위해 부가적인 작업여건을 갖추어야 하는 의무를 회피하기 위하여 여성의 고용 또는 고용의 유지를 회피하는 경향이 있는바, 이는 차별이다.

1.4.4 적극적 조치인 경우

적극적 조치란 차별의 금지만으로는 실질적으로 해소하기 불충분한 현존하는 현저한 차별을 해소하는 데 필요한 조치로서, 해당 차별을 받는 특정 집단에 속하는 개인을 잠정적으로 우대하되, 그로 인해 불이익을 당하는 비우대 집단의 개인(들)의 이익을 과도하게 침해하지 않고 경직적이지 않은 조치다. 이와 같은 특성을 지닌 적극적 조치는 차별이 아니다.

입법례(국내) 1.4.4-1 : 「국가인권위원회법」

제2조(정의) … 중략 …

4. … 중략 … 다만, 현존하는 차별을 해소하기 위하여 특정한 사람(특정한 사람들의 집단을 포함한다. 이하 같다)을 잠정적으로 우대하는 행위와 이를 내용으로 하는 법령의 제·개정 및 정책의 수립·집행은 평등권 침해의 차별행위(이하 "차별행위"라 한다)로 보지 아니한다.

35) 그 예로는 "임신 중의 여성에게 유해한 것이 증명된 유형의 작업에는 동 여성에 대한 특별한 보호를 제공"하도록 한 「여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약」이 있다. 그와 유사한 ILO 협약 및 권고로는「여성의 산전산후 고용에 관한협약」(제3호), 「모성보호에 관한 협약」(제103호 및 제183호), 「방사선으로부터 근로자 보호에 관한 권고」(제114호), 「작업장에서의 화학물질 사용상 안전에 관한 협약」(제170호), 「노동자 복지시설에 관한 권고」(제102호), 「유급교육휴가에 관한 협약」(제140호) 등이 있다.

(1) 적극적 조치는 '차별의 금지만으로는 실질적으로 해소하기' 어려운 현존하는 뿌리 깊은 차별을 해소하기 위한 조치다.[36] 따라서 차별의 시정이 아니라 순전히 다양성을 확보하기 위한 차원에서 특정 집단을 우대하는 것은 적극적 조치가 아니다. 또한 성차별적인 직업 분리(job segregation)에 의해 특정 직종에서 여성의 숫자가 지나치게 많아진 현상을 시정하기 위해 남성을 우대하는 것도 그 정당성 여부를 떠나 적극적 조치가 아니다. 국가유공자·상이군경 및 전몰군경의 유가족을 우선적으로 고용하는 것도 적극적 조치가 아니다.

(2) 적극적 조치가 적용될 수 있는 소수 집단은 원칙적으로는 「국가인권위원회법」 상의 19개의 차별사유에 해당하는 모든 소수 집단이 될 수 있으나 현실적으로는 주로 여성, 장애인, 고령자, 그리고 소수 인종 또는 민족 집단과 같은 소수 집단이 된다.[37] 참고로 고용 영역에서 장애인 및 고령자에 대한 적극적 조치는 그들을 고용한 사용주에게 국가가 보조금을 지급하는 형태를 취하기도 한다. 적극적 조치는 주로 고용 영역과 교육 영역에서 사용된다. 교육 영역의 적극적 조치는 주로 학교 신입생 선발 시 특정 소수 집단의 학생에게 가산점을 주거나 일정 비율의 입학 정원을 해당 집단에 할당하는 형태를 취한다. 적극적 조치는 간혹 그 밖의 다른 영역에서 사용되기도 하는데, 정부가 연구용역을 발주할 때 소수 집단에 속하는 연구자를 우대하는 것이 그 예가 된다.[38]

(3) 적극적 조치는 '현저한 차별'을 시정하는 것을 목표로 삼아야 한다. 즉, 어떠한 우대조치가 적극적 조치로 인정되기 위해서는 그것이 목표로 삼는 현저한 차별의 존부가 밝혀져야 한다. 목표로 삼는 차별의 존재를 입증하는 것으로 그것으로 충분하다. '현저한' 차별 또는 불균형이 어느 정도의 불균형을 의미하는지는 사안별로 구체적으로 판단되어야 할 문제이지만 그를 판단하기 위해서는 불균형을 드러내는 통계적 수치 이외에 그 지속성도 함께 고려될 필요가 있다.[39] 한편 현저한 불균형을 시정하여 달성하고자 하는 목표치는 구체

---

36) 국제노동기구(ILO)의 협약 및 권고의 적용에 관한 전문가 위원회는 "차별의 금지는 차별을 실제로 해소하기에 불충분하다는 견지"에서 비롯된 것임을 지적한다. ILO, *Equality in Employment and Occupation*, General Survey of the Reports on the Discrimination (Employment and Occupation) Convention (No. 111) and Recommendation (No. 111), 1958, Report III (Part 4B), International Labour Conference, 75th Session, 1988, paragraph 166 및 146.

37) 적극적 조치가 여성, 장애인, 고령자 및 소수 인종 등에 적용되는 것은 세계적 추세이다. 윗책, paragraph 148~156 참조.

38) 참고로 독일에서는 자녀를 가진 여성에게 인턴 자리 및 훈련 프로그램에 지원할 수 있는 나이 상한선을 높여주는 방식의 적극적 조치가 시행되고 있다. ILO, 윗책, paragraph 150 참조.

39) 예를 들어, 한 기업에서 남녀간 고용에서의 불균형의 현저성을 판단하기 위하여 해당 기업의 전체 또는 신규채용 직원 중 남자와 여자의 비율을 비교하는 방법, 지원자의 남녀 비율과 채용된 직원의 남녀 비율을 비교하는 방법, 비숙련 노동을 요하는 직무인 경우 지역 노동시장에서의 남녀 비율과 채용된 직원의 남녀 비율을 비교하는 방법, 숙련 노동을 요하는 직무의 경우 지역 노동시장에서의 해당 자격을 가진 남녀 비율과 채용된 직원의 남녀 비율을 비교하는 방법 등, 다양한 방법이 사용될 수 있다. 한편 「남녀고용평등법」 시행령은 기업 내 전직종 또는 관리직 여성근로자의 비율이 소속된 산업의 해당 평균치의 60%에 미달하는 기업에게 적극적 조치 계획서를 제출하도록 강제하는바, 실용적인 차원에서 매우 보수적인 이 수치를 현저한 불균등을 보여주는 최저치로 삼을 수도 있다.

적으로 설정되는 것이 바람직하다.[40]

사례 1.4.4(3)-1 : **적극적 조치의 요건으로서 현저한 차별의 존부**

백인 근로자 웨버(Weber)는 고용주와 노조 간의 합의 사항으로서 직업 훈련 프로그램의 인원의 50%를 흑인 근로자에 배정하는 것이 위법하다고 제소하였다. 당시 해당 공장 내 숙련 근로자 중 흑인의 비율이 1.83%였던 상황에서 고용주와 노조는 그 비율이 지역노동시장에서의 흑인의 비율인 39%에 접근할 때까지 숙련직 훈련 프로그램의 인원의 최소 50%를 흑인 근로자에게 배정하는 단체협약을 체결하였다. 선발된 흑인 근로자보다 연공서열이 높았음에도 훈련 선발에서 탈락한 웨버는 해당 적극적 조치가 「민권법」 제7편을 위반하는 역차별이라고 제소하였다. 법원은 민간 부분의 모든 자발적이고 인종 의식적인 적극적 조치 계획이 「민권법」에 위반되지 않는다는 결론과 함께 "전통적으로 분리된 직업 범주에서의 현저한 인종적 불균형"의 시정을 목적으로 하는 적극적 조치는 합법이라고 판단하였다. 즉 이 사안에서 숙련직 근로자의 흑인 비율 1.83%와 지역노동시장의 흑인 비율 39% 사이의 통계적 차이는 현저한 인종적 불균형에 해당하는 것이었다.[41]

(4) 현저한 차별을 해소하는 데 '필요'하다 함은 해당 목적(현저한 불균형의 시정)을 달성하는 데 결정적이지는 않지만 실질적으로, 유의미하게, 또는 상당한 정도로 기여하는 것을 의미하며, 또한 해당 목적을 달성하는 여러 수단들 중 가장 덜 차별적이거나 가장 덜 침해적인 수단은 아니나 그래도 과도하게 차별적이거나 침해적이지는 않은 수단임을 의미한다. 이는 해당 프로그램이 일정 정도 유의미하게 불균형을 시정하는 기능을 하며 그로써 비우대 집단의 개인적 권리 또는 이익을 지나치게 침해하지 않으면 정당화될 수 있음을 의미한다.[42]

---

40) ILO의 '협약 및 권고의 적용에 관한 전문가 위원회'는 적극적 조치 프로그램이 다음 네 가지 구성 요건을 포함할 필요가 있다고 보았다. 1) "우대하고자 하는 집단에 속하는 개인들의 진출 숫자와 같은 구체적인 목표", 2) "문제된 차별의 효과를 시정하기 위하여 필요한 수단", 3) "정해진 목표를 달성하고 그를 위해 계획된 조치를 시행하기 위한 시간계획표", 4) "진행 사항을 검토하고 프로그램의 시행 상의 어려움을 진단하며 어떤 조정이 이루어져야 할지를 결정하는 감독기제." 상기의 첫 번째 권고에 따라 적극적 조치 프로그램은 달성하고자 하는 목표치를 구체적으로 설정할 필요가 있다. 이때 그 수치는 위에서 언급한 불균형의 현저성을 측정하는 방법에서 비교 대상의 비율(지역노동시장의 비율, 해당 산업의 평균치 등) 또는 그에 근거한 특정 비율이 구체적 목표치로 설정될 수 있다. 윗책, paragraph 168 참조.

41) *United Steelworkers of America v. Weber*, 443 U.S. 193, 99 S.Ct. 2721 (1979).

42) 이 두 가지 요건, 즉 수단이 목적 달성에 일정 정도 필요하고 그 수단이 비우대 집단에 속하는 개인의 사익을 지나치게 침해하지 않아야 한다는 것은 완화된 비례심사기준의 차별대우의 필요성 요건, 그리고 경우에 따라서는 법익균형성의 요건에 해당한다고 볼 수도 있다. 적극적 조치는 한 사회에서 고질적이고 현저한 차별을 시정하는 것이 그 목적이므로 적극적 조치의 평등권 침해 여부를 심사하는 기준은 그로써 우대되는 소수 집단을 차별하는 행위를 심사하는 기준보다는 덜 엄격해야 하는 것이 법리적으로 타당하다. 예를 들면 해당 소수 집단을 차별하는 행위를 심사하는 기준이 엄격한 비례심사기준이라면 그 집단을 우대하는 적극적 조치의 평등권 침해 여부를 심사하는 기준은 그보다 덜 엄격한 완화된 비례심사기준 또는 합리성 심사기준이 되어야 한다. 특히 「국가인권위원법」이 적극적 조치를 차별 예외 사유로 명시하고 있고 헌법재판소도 헌법이 특별히 평등을 요구하는 집단을 우대하는 것에 대해 엄격한 심사를 피해야 한다고 판시하였는바, 이러

(5) 적극적 조치 프로그램은 그로써 시정하고자 하는 불균형이 시정되면 종료되는 잠정적 또는 한시적인 것이어야 한다.[43] 프로그램은 그 자체가 한시적인 것임을 명시적으로 또는 암시적으로 밝혀야 한다. 참고로 목표제 방식의 적극적 조치 프로그램은 정해진 목표를 달성하고 그를 위해 계획된 조치를 점진적으로 시행하기 위한 시간계획표를 포함하는 것이 바람직하다.[44] 또한 적극적 조치 프로그램은 그 진행 사항을 주기적으로 검토하고 필요시 프로그램을 조정하며 여전히 프로그램이 필요한지 평가하는 감독기제를 포함하는 것이 바람직하다.[45]

(6) 적극적 조치 프로그램이 비우대 집단의 개인의 권리 또는 이익을 과도하게 침해할 경우, 정당화될 수 없다. 이때 '과도'한 침해가 어느 정도의 침해를 의미하는지는 사안별로 구체적으로 판단되어야 할 문제다. 과도한 침해를 평가하는 척도는 해당 프로그램이 비우대 집단의 진출의 기회를 가로막는 정도 및 비우대 집단의 개인의 생활에 끼치는 악영향 등이 있을 수 있다. 예를 들어 어떤 적극적 조치 프로그램이 비우대 집단이 고용될 가능성을 지나치게 낮출 경우, 또는 비우대 집단 소속 개인들의 해고를 야기하여 그들의 생활에 큰 타격을 가할 경우, 과도한 침해가 발생하였다고 볼 수 있다.[46]

사례 1.4.4(6)-1 : **도교육청의 교장·교감 승진에서의 평등권 침해**

남자 교사인 진정인은 도교육청이 초·중등학교 교장·교감의 승진에서 여성이 승진후보자 명부에 등재되어 있고 승진 예정인원의 3배수 범위 내에 들어있으면 우선 승진시키는 여성우대 정책을 시행하는 것이 차별이라고 주장하였다. 이에 대해 국가인권위원회는, 초·중등학교 교사 중 여성이 차지하는 비율이 상당히 높은 반면 교감·교장의 여성비율이 현저히 낮은 통계적 불균형을 놓고 볼 때, 교감·교장의 승진에서 여성에 대해 누적된 구조적 차별이 존재한다고 볼 수 있고, 그러한 차별로 인한 현재의 결과의 시정을 통해 실질적·결과적 평등을 실현하기 위

한 맥락에서 사회적 소수 집단을 위한 적극적 조치에는 결코 엄격한 심사기준을 적용하지 말아야 한다.

43) 적극적 조치가 잠정적이어야 함은 「모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약」의 Article2(2) 및 「여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약」의 Article4(1)에 명시되어 있다.

44) ILO의 '협약 및 권고의 적용에 관한 전문가 위원회'는 시간계획표 작성을 권장한다. 「남녀고용평등법」의 시행령도 이와 같은 시간계획표 작성을 요구하고 있다. 각주 31) 참조.

45) ILO의 '협약 및 권고의 적용에 관한 전문가 위원회'는 적극적 조치 프로그램의 진행 상황에 대한 주기적 검토와 그 필요성에 대한 평가를 권고하고 있다. 각주 31) 참조.

46) 미국연방대법원은 적극적 조치가 비우대 집단 소속 개인의 차별적 해고를 야기하여 해당 개인에게 심각한 피해를 야기할 경우 정당하지 않은 것으로 판단하였고 채용이나 훈련에서의 차별을 야기할 경우 비우대 집단이 짊어질 부담이 사회 전반으로 분산되어 그리 무겁지 않다는 점에서 정당한 것으로 판단하였다. Jane Hodges-Aeberhard, 'Affirmative Action in Employment: Recent Court Approaches to a Difficult Concept', *International Labour Review*, Vol. 138(1999), No.3, p.254 참조.

한 방안으로 그동안 불이익을 당해온 여성을 우선 임용하도록 한 피진정인의 조치는, 즉 남녀 공히 공개경쟁 및 기회균등을 통해 승진후보자명부에 등재된 자 중 승진예정인원의 3배수 범위 내에 있는 여성 교원을 우선적으로 승진시키는 조치는 잠정적 우대 행위에 해당하고, 교감·교장 승진 인원에서 우선 임용 여성비율이 낮으며, 우선승진 임용 여성 교원이 30% 이상인 경우에는 도교육공무원인사위원회에서 그 비율을 정할 수 있도록 하고 있어, 동 조치로 인한 남성 교원에 대한 승진 제한이 지나치다고 보기 어려우며, 따라서 실질적·결과적 평등의 실현을 위하여 초·중등학교 교감·교장 승진 시 여성을 잠정적으로 우선 임용하도록 한 피진정인의 조치는 정당화될 수 있는 적극적 조치로 판단하였다. <인권위 2006. 5. 29. 06진차14 결정>

사례 1.4.4(6)-2 : **비우대 집단의 개인의 이익의 과도한 침해로 인한 적극적 조치의 불인정**

적극적 조치의 불인정

교육위원회와 교원 노조는 교원 감원을 선임권제에 의거하되 감원 당시에 재직 중인 소수인종 교원의 비율보다 더 큰 비율로 소수인종 교원을 해고할 수 없도록 한다는 내용으로 단체협약을 체결하였다. 교육위원회가 그 협약을 준수한 결과로서 연공서열이 높은 비소수인종 교원들을 해고하고 그들보다 연공서열이 낮은 소수인종 교원들의 고용을 유지하자 해고된 비소수인종 교원들이 소를 제기하였다. 이에 대해 연방지방법원 및 항소법원은 평등보호조항 하에서 소수인종 교원의 우대는 소수인종 학생들에게 역할모델을 제공한다는 점에서 허용될 수 있다고 보았으나 연방대법원은 그러한 판결을 파기하였다. 연방대법원은 역할 모델의 제공이 적극적 조치에 의한 차별을 정당화하는 '긴절한 이익'(compelling interest) 요건을 충족시키지 못한다고 보았고, 해당 적극적 조치 프로그램은 제3자(비우대 집단)의 이익을 덜 침해해야 하는 수단이어야 함에도 불구하고 문제의 해고는 채용목표제와는 달리 무고한 제3자에게 생활의 파탄을 초래하는 등, 너무 큰 부담을 지운다고 판시하였다.[47]

(7) '경직적' 조치는 주로 경직적인 할당제 방식의 적극적 조치 프로그램을 의미하는 것으로 이는 정당화되기 어렵다.[48] 할당제란 미리 특정 소수 집단에게 일정한 선발 비율을 할당하여 그 비율에 따라 해당 집단에 소속된 개인들을 선발하는 제도다. 경직적 할당제란 미리 특정 소수 집단에게 일정한 선발 비율을 할당하고 유자격 여부 또는 동등한 자격 여부와 관계없이 해당 집단에 소속된 개인들을 우선적으로 선발하는 제도다. 할당제가 인정되는 예외적 경우는 불균형이 매우 크되 그를 시정하기 위하여 해당 소수 집단에 할당한 비율이 매우 낮을 경우인바, 장애인 및 소수 인종 집단을 위한 낮은 비율의 할당제는 비록 그것이 경직적이더라도 정당한 것으로 인정될 수도 있다.[49] 한편 유연한 할당제는 비록 특정 소수 집단에게 일정한 선발 비율을 할당하되 해당 집단의 후보자들이 일정 수준의 유자

47) *Wygant v. Jackson Bd. of Educ.* 476 U.S. 267, 106 S.Ct. 1842 (1986).

48) 경직적 할당제는 대부분의 나라에서 정당하지 않은 것으로 간주되고 있고 적극적 조치를 공격하는 구실이 되고 있다.

49) 참고로, 여성에 대해 할당제를 실시하는 사례는 국제적으로 그리 흔하지 않다. ILO, 윗책, paragraph 150 참조.

격자가 아닐 때 그들 대신 그들과 경합 중인 비우대 집단의 유자격자를 선발하는 제도로서 이때 해당 소수 집단에 속한다는 점이 선발을 결정하는 기준 중 단지 하나로 정해지는 것이 일반적이다. 이처럼 우대 집단에 속함이 선발의 결정적인 요소가 아니라는 요건은 선발에 있어서 일정 정도의 경쟁을 보장한다는 점에서 적극적 조치 프로그램의 정당성을 인정하게 하는 중요한 요건이다. 이와 같이 특정 소수 집단을 우대하되 일정 정도 경쟁을 보장하는 적극적 조치는 정당화된다.[50] 할당제 이외에 목표제 방식의 적극적 조치 프로그램이 있는데, 이것은 해당 소수 집단에 미리 할당된 선출 비율을 정해진 특정 시점까지 점진적으로 달성하기로 하고 그를 위해 성실히 노력하기로 하는 방식이다. 목표제도 일정 정도 경쟁을 보장할 경우 정당화되는데, 목표제는 그 점진적인 성격 때문에 유연한 할당제보다 좀 더 쉽게 정당화될 수 있다.

1.4.5 합리적인 이유가 있는 경우

> 일반적으로 말해서, 차등대우가 합리적인 이유를 가진 경우 그러한 차등대우는 차별이 아니다.

(1) 일반적으로, 차등대우가 합리적인 이유를 가진 것으로 입증된 경우, 그러한 차등대우는 차별이 아니다. 그러한 입증은 객관적 정당화라고 부른다. 상기에서 어떠한 차등대우가 언급한 직무 또는 사업의 본질의 수행이나 운영에 필요한 경우, 국가 안전 보장을 위해 필요한 경우, 국제노동기준상의 특별한 보호·지원 조치인 경우, 그리고 현존하는 현저한 차별을 시정하는 데 필요한 경우임을 입증하는 것이 객관적 정당화에 해당한다. 일반적으로 말해서, 합리적 이유가 있는, 합리적 이유가 있음이 객관적으로 입증된 차등대우는 차별 예외이다.[51]

---

50) 우대 집단에 속한다는 것이 선발 결정에 있어서 단지 하나의 요소에 불과해야 한다는 입장은 미국연방대법원 및 유럽사법재판소 판례에서 공통적으로 발견된다.

51) 상기에서 언급한 차별 예외들은 대개 고용 영역에서 발생되는 차등대우에 해당하는 것으로서, 그와 같이 고용 영역에서의 객관적 정당화의 법리는 비교적 체계화되어 있다. 그러나 비고용 영역에서의 객관적 정당화의 법리는 비고용 영역의 다양성 등 때문에 체계화되어 있지 않은바, 사례별로 차별적 수단과 그로써 추구하고자 하는 목적의 정당성, 수단과 목적 간의 밀접한 관련성 등을 입증하는 방식으로 객관적 정당화가 이루어질 수밖에 없다. 참고로, 고용 영역에서 가장 핵심적인 차별 예외는 진정직업자격인 경우인데, 비고용 영역, 특히 재화, 서비스 등의 공급 및 이용의 영역에는 그에 상응하는 것이 없다. 영국 정부는 단일평등법안에서 "진정서비스요건"(genuine service requirement)이라는 개념으로 그 상응하는 차별 예외를 확립하는 것을 고려하고 있다. Communities and Local Government, *Discrimination Law Review - A Framework for Fairness: Proposals for a Single Equality Bill for Great Britain*, June 2007, p. 46.

2. 차별의 입증

2.1 차별 사실과 증거의 수집

원칙적으로 국가인권위원회는 당사자에 대한 출석 요구, 당사자의 진술 청취 및 진술서 제출 요구, 당사자·관계인·관계기관 등에 대한 자료 제출 요구, 실지 조사 등을 적극적으로 실시함으로써 당사자가 주장하는 증거 자료는 물론 당사자가 주장하지 않은 것도 수집하여 차별을 판단한다.

입법례(국내) 2.1-1 : 국가인권위원회법

제36조(조사방법) ①위원회는 다음 각호에 정한 방법으로 진정에 관하여 조사할 수 있다.

1. 진정인·피해자·피진정인(이하 "당사자"라 한다) 또는 관계인에 대한 출석 요구 및 진술 청취 또는 진술서 제출 요구
2. 당사자, 관계인 또는 관계기관 등에 대하여 조사사항과 관련이 있다고 인정되는 자료 등의 제출 요구
3. 조사사항과 관련이 있다고 인정되는 장소, 시설, 자료 등에 대한 실지조사 또는 감정
4. 당사자, 관계인, 관계기관 등에 대하여 조사사항과 관련이 있다고 인정되는 사실 또는 정보에 대한 조회

(1) 국가인권위원회는 차별을 판단하기 위한 사실과 증거의 수집에 있어 변론주의보다는 직권탐지주의를 따른다. 변론주의라 함은 소송자료 즉 사실과 증거의 모집·제출의 책임을 당사자에게 맡기고 당사자가 수집·제출한 소송자료만을 재판의 기초로 삼아야 한다는 입장이고, 직권탐지주의는 소송자료의 수집·제출 책임을 당사자가 아닌 판단 주체가 지게 된다는 입장이다. 국가인권위원회는 당사자가 제시한 증거 자료에만 의존하지 않고 당사자, 관계인, 관계기관 등을 대상으로 사실과 증거를 수집하여 차별을 판단한다.

(2) 당사자가 미처 제시하지 못한, 국가인권위원회가 적극적으로 조사·수집한 사실과 증거도 증명력을 가진다. 그렇다고 하여 국가인권위원회가 통상적 범위의 조사 외에 모든 방법을 동원하여 증거 조사를 해야 할 의무가 있다고 볼 수는 없다.[52)]

52) 국가인권위원회법 해설집 537쪽 참조.

2.2 입증의 기준(정도)

당사자가 서로 상반된 사실과 증거를 주장할 경우, 또는 국가인권위원회가 수집한 사실과 증거가 당사자 사이에서 서로 상반될 경우, 그 양자의 개연성(신빙성)을 비교하여 진정인 측이 피진정인 측보다 우월하면 차별이 입증된 것으로 본다. 그러나 어느 한 쪽의 개연성이 우월하지 못하고 서로 비슷한 정도라고 하면 차별이 입증되지 아니한 것으로 본다.

(1) 어떠한 증거를 인정 가능한 증거로 채택할 것인가에 대하여 국가인권위원회는 개연성의 추정(balance of probabilities)[53]이라는 기준을 사용한다. 이것은 수집된 사실과 증거가 당사자 사이에서 서로 다를 경우, 그 중 상대적으로 우월한 쪽의 것을 인정하게 하는 기준이다.[54]

(2) 차별이 일응입증된 경우라 하더라도, 즉 차별의 존재를 주장하는 진정인 측의 입장의 신빙성이 상당히 크다고 하더라도, 그 입증 내용 및 방법상의 오류가 발견될 경우 그 신빙성은 약화된다. 양측 중 어느 한 쪽의 입장이 분명한 우위에 설 때까지 증거의 제시 또는 수집은 계속될 수 있다.

(3) 어느 한 쪽의 개연성이 구분이 될 정도로 우월하지 못하고 서로 비슷한 정도라고 하면 차별이 입증되지 아니한 것으로 봐서 해당 사건은 기각된다. 한편 진정인의 주장이 사실이 아님이 명백하거나 사실이라고 인정할 만한 객관적 증거가 없는 경우에도 해당 사건은 기각 처리된다.

입법례(국내) 2.2(3)-1 : 「국가인권위원회법」
제39조(진정의 기각) ①위원회는 진정을 조사한 결과 진정의 내용이 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 그 진정을 기각한다.
1. 진정 내용이 사실이 아님이 명백하거나 사실이라고 인정할 만한 객관적 증거가 없는 경우

53) 개연성의 추정은 미국에서는 증거의 우위(prponderance of evidence)라고도 불린다.
54) “특정 사안에 관한 법률상 규정이 없는 경우에는 형법의 ‘무죄의 추정(beyond reasonable doubt)' 원칙보다는 민법의 ’개연성의 추정(balance of probabilities)' 원칙을 적용하는 것도 고려해야 한다. 인권 침해가 의심되는 상황에서 증거 문제가 빈번하게 발생하고, 대다수 조사제도들이 처벌보다는 구제를 목적으로 한다는 점을 감안하면 개연성의 균형원칙의 유형에 해당하는 기준을 채택하는 것이 바람직하다.” 국가인권위원회법 해설집 539쪽.

(4) 명시적 차별의 경우에서처럼 차등대우의 존재가 입증할 필요도 없이 분명할 경우, 피진정인은 해당 차등대우가 객관적으로 정당화될 때에만 면책된다. 이때 객관적 정당화의 주체가 반드시 피진정인일 필요는 없다. 객관적 정당화가 성립되었는지를 심사하는 기준은 그 엄격성 정도의 측면에서 흔히 '차별심사기준'이라 부른다. 그 기준의 엄격성의 정도에 따라 차별심사기준은 일반적으로 '엄격한' 심사기준 및 '완화된' 심사기준 등으로 구분된다.

2.3 차별심사기준

2.3.1 국회 입법에 대한 차별심사기준

국회 입법의 차별 소지 여부를 심사함에 있어 헌법재판소의 평등권 침해 심사기준의 원칙을 따를 수 있으며, 특히 그 원칙에 함의되어 있는 유동적 접근법(sliding scale approach)의 요소들을 다음과 같이 활용한다.

- 헌법이 특별히 평등이나 보호를 요구하는 집단들을 차별적으로 취급할 경우, 엄격한 심사기준을 적용한다.
- 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대해 심각한 침해가 발생하거나 중요한 기본권이 침해되는 등, 차별적 취급으로 인하여 해당 집단이나 개인들의 이익이 심각히 침해되거나 그들의 중요한 이익이 침해될 때, 해당 이익의 침해가 심각하면 심각할수록, 또는 침해되는 이익이 중요하면 중요할수록 더욱 더 엄격한 심사기준을 적용한다.
- 차별적 취급으로써 추구하는 입법의 목적이 중대하면 중대할수록, 더욱 더 엄격한 심사기준을 적용한다.
- 사회 및 경제 규제 영역에서와 같이 입법형성권이 넓게 인정되는 경우, 그리고 침해적인 법률이 아닌 시혜적인 법률과 자격에 관한 법률에서처럼 입법형성권이 넓게 인정되면 될수록, 더욱 더 완화된 심사기준을 적용한다.
- 해당 차별사유에 의한 차별이 우리 사회에서 심각한 것으로 인식되는 정도가 크면 클수록, 더욱 더 엄격한 심사기준을 적용한다.
- 단, 동일 사건에서 상기의 엄격한 심사기준을 적용해야 할 경우와 완화된 심사기준을 적용해야 할 경우가 함께 존재할 경우, 엄격한 심사기준과 완화된 심사기준의 중간 단계의 심사기준을 적용할 수 있다.

(1) 국가인권위원회가 「국가인권위원회법」 제19조 제1호에 의거하여 국가 법령의 차별 소지 여부와 관련하여 권고 또는 의견 표명을 하고자 할 때, 해당 법령의 심사와 관련하여 헌법적 규범을 뛰어넘는 국제인권규범이 별도로 존재하지 않는 한, 국가 법령의 평등권 침해 심사를 하는 헌법재판소의 심사기준의 원칙을 따를 수 있다.

(2) 헌법재판소의 평등권 침해 심사기준은 자의금지원칙에 입각한 합리성 심사라는 완화된 심사기준과 과잉금지원칙에 입각한 비례심사기준이라는 엄격한 심사기준으로 나뉜다.

(2.1) 합리성 심사기준은 해당 차별적 취급이 명백히 불합리하지 않다면 평등권 침해가 아닌 것으로 보는 기준으로서 “비교대상간의 사실상의 차이나 입법 목적(차별 목적)의 발견·확인”에 그친다. 목적과 수단의 관련성 정도의 차원에서 보자면 합리성 심사기준은 해당 차별적 취급이 그로써 추구하고자 하는 정당한 목적의 달성에 어떤 정도로든 기여하기만 하면 평등권 침해로 보지 아니한다. 심지어는 그 기여가 실제로 존재하는 것이 아니라 존재할 개연성만 있어도 된다. 즉, 목적과 수단 사이에 관련성이 존재하거나 존재할 개연성만 있으면 되지 유의미할 필요는 없다.

(2.2) 비례심사기준은 “단순히 합리적인 이유의 존부 문제가 아니라 차별을 정당화하는 이유와 차별간의 상관관계에 대한 심사, 즉 비교대상간의 사실상의 차이의 성질과 비중 또는 입법 목적(차별 목적)과 차별의 정도 (사이)에 적정한 균형관계가 이루어져 있는가를 심사한다.” 좀 더 상세히 보자면, 비례심사는 다음 네 가지 요소에 대한 심사로 이루어진다. 첫 번째는 목적의 정당성에 대한 심사로, 이는 해당 차별적 취급의 목적이 헌법이나 관련 법령에 저촉되는지의 여부를 따지는 심사다. 두 번째는 차별적 취급의 적합성에 대한 심사로, 이는 차별적 취급이라는 수단이 해당 목적을 달성하기 위한 것인지를 따지는 심사다. 세 번째는 차별적 취급의 필요성에 대한 심사로, 이는 일반적으로 차별적 취급이 해당 입법 목적을 달성하기에 불가피한 것이어야만 평등권 침해가 아님을 의미하지만, 차별적 취급이 관련 기본권에 불리한 효과를 미치는 경우에는 차별이 최소한의 부담을 가져오는 수단이어야 한다는 차별 효과의 최소침해성을 의미한다. 네 번째는 법익균형성에 대한 심사로, 이는 입법 목적인 공익 또는 비교대상간의 사실상의 차이와 차별적 취급의 정도 사이에 적정한 균형관계가 이루어져 있는가를 심사한다. 이 중 어느 하나라도 충족되지 못하면 해당 차별적 법령은 평등권 침해로 간주된다. 한편 차별적 취급의 필요성에 대한 심사기준을 목적과 수단 간의 관계성의 차원에서 본다면 그 관계는 결정적인 또는 불가피한 관계, 즉 차별적 취급이 목적 달성에 결정적인 관계, 차별적 취급을 하지 않으면 목적 달성이 어려운, 목적 달성에 중대한 장애가 발생되는 관계를 의미한다.[55]

(2.3) 합리성 심사기준과 비례심사기준 사이에 중간심사, 즉 완화된 비례심사기준이 있을 수 있다. 헌법재판소는 합리성 심사기준이나 비례심사기준으로 심사하기가 적절치 않은 경우를 위해 완화된 비례심사기준을 추가한 바 있다.[56] 이 심사는 비례심사의

---

55) 소위 진정직업자격의 심사기준은 그 엄격성에 있어서 비례심사기준의 차별적 취급의 필요성에 대한 심사기준과 상당히 유사하다. 진정직업자격은 해당 직무의 본질의 안전하고 효율적인 수행이나 사업의 본질의 정상적 운영을 위해 합리적으로 필요할 경우에만 정당한데 그러한 목적에 ‘합리적으로 필요’해야 한다는 심사기준은 목적과 수단 사이에 불가피한 관계를 요구하는 매우 엄격한 기준이라 할 수 있다.

56) 헌법재판소는 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」 제34조 제1항의 위헌 여부를 판단한 헌재 2001.2.22. 2000헌마25의 판결문에서 헌법이 보장한 국가유공자의 차별우대 법령 조항에는, 그래서 그와 같이 상당한 정도의 입법형성권을 갖는다고 볼 수 있는 그러한 조항에는 비례심사와

네 단계 심사를 모두 행하되 차별적 취급의 필요성 심사는 완화된 형태로 행하는 것이다. 그것은 해당 차별적 취급의 수단 또는 방법이 그로써 추구하는 목적의 달성을 위해 불가피한 것은 아니나 상당 정도 필요한, 실질적으로 필요한 것일 경우, 해당 차별적 취급은 정당화된 것으로 보는 심사기준이다.

(3) 유동적 접근법(sliding scale approach)은 차별적 취급으로써 추구하고자 하는 공익과 그로써 야기되는 불이익 효과 간의 비교형량에 따라 차별심사기준의 엄격성 정도를 정하는 방식을 의미한다. 헌법재판소는 공식적으로 유동적 접근법을 택한 적은 없으나 그동안 판례에서 유동적 접근법에 해당한다고 볼 수 있는 심사기준을 제시하였다. 예를 들면, 헌법재판소는 헌법이 특별히 평등이나 보호를 요구하는 경우, 중요한 기본권이 침해되는 경우, 입법형성권이 광범위하게 인정되지 않는 경우 등에 엄격한 심사를 적용해야 한다는 원칙을 세웠는바, 이러한 원칙들은 유동적 접근법의 요소를 일부 담고 있다고 볼 수 있다. 국가인권위원회는 그러한 유동적 접근법의 요소를 다음과 같이 받아들일 수 있다.

(3.1) 헌법이 특별히 평등이나 보호를 요구하는 집단들을 차별적으로 취급할 경우, 엄격한 심사기준을 적용한다. 예를 들면 「헌법」 제32조 제4항~제6항에 명기된 "여자의 근로", "연소자의 근로", "국가유공자·상이군경 및 전몰군경의 유가족"의 근로 등은 특별한 또는 우선적인 보호를 받는바, 고용에서 그들을 차별적으로 취급하는 것은 엄격한 심사를 받게 된다.

사례 2.3.1(3.1)-1 : **제대군인가산점제도와 고용차별**

"평등위반 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지게 될 것이나, 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우와 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것이다."[57]

(3.2) 차별적 취급으로 인하여 개인들의 이익이 심각히 침해되거나 그들의 중요한 이익이 침해될 때, 해당 이익의 침해가 심각하면 심각할수록, 또는 침해되는 이익이 중요하면 중요할수록 더욱 더 엄격한 심사기준을 적용한다. 중요한 사익이 침해되는 예로는 공무담임권과 같은 중대한 기본적 권리가 침해되는 것이다. 사익이 심각히 침해되는 예로는 차별적 취급으로 인해 개인의 생활이 심각하게 위협받는 경우, 사익의

같은 엄격심사를 적용하는 것이 타당하지 않으나 문제의 법령 조항이 국가유공자와 경쟁하는 자들의 공무담임권 및 직업선택의 자유에 대한 중대한 침해를 야기할 수 있기 때문에 합리성 심사에 그치는 것도 적절하지 않다고 설시하면서, 비례심사와 합리성 심사의 중간에 놓이는 심사로서, 완화된 비례심사를 적용해야 한다고 설시하였다.

57) 헌법재판소 1999. 12. 23. 선고 98헌마363결정 참조.

침해가 해당 영역에 그치지 않고 그를 넘어서 다른 여러 영역에서도 발생할 개연성이 클 경우, 사익의 침해가 해당 집단 구성원의 일부가 아니라 거의 전부에게 발생할 경우다. 이러한 경우, 완화된 심사를 요구하는 다른 요건이 없다면, 원칙적으로 엄격한 심사기준을 적용할 수 있다.

사례 2.3.1(3.2)-1 : **특정 맥락을 넘어선 과도한 정당화**

송유관으로부터 나온 소득을 장기 거주 연수에 따라 차등 지급하는 알래스카주 법에 대한 소송에서 알래스카주 정부는 거주자들의 거주기간의 길이에 따른 과거의 기여(세금)에서의 차이로써 그 차별적 취급을 정당화하고자 하였다. 이에 대해 미연방대법원은 그러한 정당화는 송유관 소득을 배분하는 영역에서뿐만 아니라 그 밖의 다른 많은 영역에서도 장기 거주자에 대해 단기 거주자들을 차별하는 데 널리 쓰일 수 있음을 파악하고 해당 정당화는 송유관 소득을 분배하는 데에만 국한된 특유한 이유가 아니라 단기 거주자와 장기 거주자를 달리 취급하는 일반적인 이유를 제시하는 것이기 때문에 불합리한 것으로 판결하였다. 달리 말하자면 해당 알래스카주법의 법리는 단기 거주자에 대한 차별을 문제의 영역에서뿐만 아니라 그 밖의 많은 영역에서도 정당화할 수 있는, 광범위한 파급효과를 갖기 때문에 소위 계급입법(class legislation)으로서 거부되었던 것이다.

※ 국가인권위원회는 이처럼 그 법리가 「헌법」에 나와 있듯이 "사회적 특수계급"을 "창설"할 정도로 큰 파급효과를 갖는 법령에 대해서는 엄격한 심사척도를 적용할 수 있다.[58]

(3.3) 차별적 취급으로써 추구하는 입법의 목적이 중대하면 중대할수록, 더욱 더 엄격한 심사기준을 적용한다. 예를 들어 입법의 목적이 국가의 안전 보장, 또는 국민의 건강 보호 등과 같이 중대한 목적을 달성하기 위한 것이라면 엄격한 심사기준이 적용될 수 있다.

(3.4) 입법형성권이 광범위하게 인정되면 인정될수록 더욱 더 완화된 심사기준을 적용한다. 예들 들면 경제 규제의 영역에서 입법형성권이 넓게 인정되는바, 시장의 왜곡을 막기 위해 독점기업의 활동을 규제하는 입법은 광범위한 입법형성권을 인정받고 따라서 그 입법에 대한 평등권 침해 심사에는 완화된 심사기준을 적용한다. 한편 침해적인 법률이 아닌 시혜적인 법률, 그리고 자격에 관한 법률은 광범위한 입법형성권이 인정되므로 완화된 심사기준을 적용받는다. 참고로, 중요한 기본권의 침해의 경우 및 헌법이 특별히 평등·보호를 요구한 경우에는 입법형성권이 넓게 인정되지 않는바, 이처럼 경우에 따라서 입법형성권은 다른 변수에 종속적일 수도 있다.

사례 2.3.1(3.4)-1 : **「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」 제20조 제2항등 위헌**

58) Zobel v. Williams, 457 U.S. 55 (1982). 이 사건에 대한 해석은 Suzanne B. Goldberg, 'Equality without Tiers', *Southern Californial Law Review*, March, 2004 참조.

확인

"국가 등의 양로시설 등에 입소하는 국가유공자에게 부가연금, 생활조정수당 등의 지급을 정지하도록 한 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」 조항에 대하여, 국가는 한정된 예산의 범위 내에서 부가연금이나 생활조정수당 등 직접적으로 국가유공자에게 지급하던 사회보장적, 보훈적 성격의 연금 및 수당 대신 양로시설의 주거비, 식비, 피복비 등을 지원하여 국가유공자의 기본적 생활을 보장하는 것이며, 그 혜택은 결국 다른 형태로 양로시설 등에 입소한 국가유공자들에게 돌아가는 것이고, 위와 같은 차별취급에 대한 선택권은 국가유공자에게 주어져 있으므로, 이 사건 규정에 따라 국가 등의 양로시설에 입소하는 국가유공자에게 부가연금, 생활조정수당 등을 지급하지 아니함으로써 양로시설에 입소하지 아니한 그 밖의 국가유공자와의 사이에 생기는 차별은 나름대로 합리성을 갖추고 있다고 할 것이다."

※ 헌법재판소는 시혜적인 법률의 평등권 침해를 다룬 이 사건에서 합리성 심사척도를 사용하였다.[59]

사례 2.3.1(3.4)-2 : **6급 이하 세무공무원 재직경력자의 세무사자격 불인정(합헌)**

국세와 관련한 행정사무에 종사한 경력이 10년 이상인 자로서 그 중 일반직 5급 이상 공무원으로 5년 이상 재직한 경력이 있는 자에게만 세무사의 자격을 주도록 하고 있는 것이 6급 이하 세무공무원 재직 경력자들의 평등권을 침해하는지에 대해, 헌법재판소는 세무사 제도가 자격제도의 하나이고 입법자에게는 그 자격 요건을 정함에 있어 광범위한 입법재량이 인정되므로, 해당 사건 법률 조항이 합리적인 근거 없이 현저히 자의적인 경우에만 헌법에 위반된다고 판시하였다.[60]

(3.5) 해당 차별사유에 의한 차별이 우리 사회에서 심각한 것으로 인식되는 정도가 크면 클수록, 더욱 더 엄격한 심사기준을 적용한다. 어떤 차별사유에 의한 차별이 심각한 것으로 인식되는 것은 앞서 언급하였듯이 해당 차별사유가 사회에 기여하거나 수행할 수 있는 능력과 관련성이 거의 없는 경우, 해당 차별사유가 분리되고 고립된 사회적 소수자 집단을 구분하는 경우, 해당 차별사유가 역사적으로 차별을 받아온 집단을 구분하는 경우, 해당 차별사유가 정치적 영향력을 행사하여 자신들의 이해관계를 보호할 능력이 취약한 집단을 구분하는 경우 등등이 되겠다. 사실 이러한 변수들의 정도는 「국가인권위원회법」에 열거된 19개 차별사유들 사이에서 다양할 것이나 그 차별사유들은 우리 사회에서 심각한 차별의 사유들로 인식되어 열거된 것인바, 그것들에 의한 차별은 최소한 중간심사 이상의 엄격한 척도로 심사되어야 할 것이다.[61]

---

59) 헌법재판소 2000. 6. 1. 선고 98헌마216결정.

60) 헌법재판소 2000. 4. 27. 선고 97헌바88결정.

61) 헌법재판소의 한 판례에 따르면 헌법에 명기된 세 가지 차별사유, 즉, 성별, 종교 및 사회적 신분에 의한 차등대우에 대해서는 비례심사를 하고 명기되지 않은 그 밖의 차별사유에 대해서는 합리성 심사를 해야 한다고 설시한 바 있으나 왜 그리해야 하는지 이유를 밝히지는 않았다. 헌재 1997. 6. 28. 96헌마89. 참고로 학력(교육 수준)이 19개 차별사유 중 하나로 적시된 것은 학력에 의한 차등대우 자체가 우리 사회에서 매우 심각한 것으로 인식되었기 때문이 아니라 학력의 차이

(3.6) 동일 사건에서 상기의 엄격한 심사기준을 적용해야 할 경우와 완화된 심사기준을 적용해야 할 경우가 함께 존재할 경우, 엄격한 심사기준과 완화된 심사기준의 중간 단계의 심사기준을 적용할 수 있다. 이 원칙은 동일사건에서 입법형성권이 커서 완화된 심사척도를 적용해야 하나 중대한 기본권의 침해가 발생하여 엄격한 심사척도를 사용해야 할 경우 그 두 심사척도의 가운데에 놓이는 중간심사척도를 사용해야 한다는 헌법재판소의 판례를 확장한 것이다. 다음의 경우 중간심사를 실시할 필요가 있다.

- 엄격한 비례심사를 해야 하는 중요 차별사유에 의한 차별적 법률이지만 그것이 광범위한 입법형성권을 인정받는 경우
- 엄격한 비례심사를 실시해야 하는 중요한 기본권을 침해하는 차별적 법률이지만 그것이 광범위한 입법형성권을 인정받는 경우
- 엄격한 비례심사를 적용해야 하는 중요한 기본권을 침해하는 차별적 법률이지만 또는 중요 차별사유에 의한 차별행위지만 그로써 우대받는 집단이 「헌법」에서 특별히 평등이나 보호를 요구하는 집단인 경우 (적극적 조치도 이에 해당함)

사례 2.3.1(3.6)-1 : **「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」 제34조 제1항 위헌확인**
헌법재판소는 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」제34조 제1항의 위헌 여부를 판단한 판결문에서 헌법이 보장한 국가유공자의 차별우대 법령 조항에는, 그래서 그와 같이 상당한 정도의 입법형성권을 갖는다고 볼 수 있는 그러한 조항에는 비례심사와 같은 엄격심사를 적용하는 것이 타당하지 않으나 문제의 법령 조항이 국가유공자와 경쟁하는 자들의 공무담임권 및 직업선택의 자유에 대한 중대한 침해를 야기할 수 있기 때문에 합리성 심사에 그치는 것도 적절하지 않다고 설시하면서, 비례심사와 합리성 심사의 중간에 놓이는 심사로서, 완화된 비례심사를 적용해야 한다고 판시하였다.[62]

2.3.2 국가, 공공기관, 법인 및 사인 등의 차별행위에 대한 차별심사기준

고용 영역에서의 차등대우에 대해서는 잘 정립된 차별 예외상의 심사기준들, 예를 들면 직무 또는 사업의 본질의 수행이나 운영에 필요한 요건상의 심사기준 등을 적용한다. 한편 그러한 심사기준의 적용이 부적절한 고용 영역에서의 차등대우와 비고용 영역에서의 차등대우인 경우, 다음과 같이 유동적 접근법을 적용한다.

에 따른 차등대우의 폭이 지나치게 크기 때문인 것으로 볼 수 있겠다.
62) 헌법재판소 2001. 2. 22. 선고 2000헌마25결정.

- 차별적 취급으로 인하여 해당 집단이나 개인들의 이익이 심각히 침해되거나 그들의 중요한 이익이 침해될 때, 해당 이익의 침해가 심각하면 심각할수록, 또는 침해되는 이익이 중요하면 중요할수록 더욱 더 엄격한 심사기준을 적용한다.
- 해당 차별사유에 의한 차별이 우리 사회에서 심각한 것으로 인식되는 정도가 크면 클수록, 더욱 더 엄격한 심사기준을 적용한다.
- 차등대우를 하는 자 또는 기관의 재량권이 광범위하게 인정되면 될수록, 더욱 더 완화된 심사기준을 적용한다.
- 단, 동일 사건에서 상기의 엄격한 심사기준을 적용해야 할 경우와 완화된 심사기준을 적용해야 할 경우가 함께 존재할 경우, 엄격한 심사기준과 완화된 심사기준의 중간 단계의 심사기준을 적용한다.

(1) 국회 입법이 아닌 국가의 기타 법령 및 차별 행위와 공공기관, 법인 및 사인 등의 차별행위가 고용 영역에서 발생한 것일 경우, 직무 또는 사업의 본질의 수행이나 운영에 필요한 요건(진정직업자격 요건) 등, 이미 잘 정립된 심사기준들을 적용한다. 한편 그러한 심사기준의 적용이 부적절한 고용 영역에서의 차등대우와 비고용 영역에서의 차등대우에 대해서는 유동적 접근법을 적용한다. 국가, 공공기관, 법인 및 사인 등에 의한 차별행위에 대해서 단순 합리성 심사 이상의 엄격한 심사를 할 때는 '차등대우의 필요성' 심사와 법익균형성 심사에 해당하는 심사가 주를 이룰 것이다(법익균형성 심사는 사인 등에 의한 차별행위에 대한 심사에서는 적절치 않은 용어다. 그 대신, 이하에서는 비교형량 심사라는 용어를 사용한다). 비교형량 심사는 공익 또는 해당 목적의 필요성 정도와 사익의 침해 정도를 비교형량하거나 비교 대상 간들의 사실상의 차이와 차등대우의 정도를 비교형량하는 것이다.

(2) 차별적 취급으로 인하여 해당 집단이나 개인들의 이익이 심각히 침해되거나 그들의 중요한 이익이 침해될 때, 해당 이익의 침해가 심각하면 심각할수록, 또는 침해되는 이익이 중요하면 중요할수록 더욱 더 엄격한 심사기준을 적용한다. 국가의 차별행위에 의해 중요한 사익이 침해되는 예로는 공무담임권과 같은 중대한 기본적 권리가 침해되는 것이다. 사익이 심각히 침해되는 예로는 차별적 취급으로 인해 개인의 생활이 심각하게 위협받는 경우가 있는바, 예를 들면 승진에서의 차별행위보다는 해고에서의 차별행위가 개인의 생활을 훨씬 더 심각하게 침해한다고 볼 수 있다. 이러한 경우, 완화된 심사를 요구하는 다른 요건이 없다면, 원칙적으로 엄격한 심사기준을 적용해야 한다.

(3) 차등대우를 하는 자 또는 기관의 재량권이 광범위하게 인정되면 될수록, 더욱 더 완화된 심사기준을 적용한다. 재량권이 광범위하게 인정되는 차등대우로는 시혜적인 것, 자격의 기준점을 정하는 것, 고용 결정의 기준들의 숫자나 가중치를 정하는 것, 자발적인 적

극적 조치를 취하는 것 등등이 있다.

(4) 동일 사건에서 상기의 엄격한 심사기준을 적용해야 할 경우와 완화된 심사기준을 적용해야 할 경우가 함께 존재할 경우, 엄격한 심사기준과 완화된 심사기준의 중간 단계의 심사기준을 적용할 수 있다. 예를 들면 고용 결정에 사용되는 기준의 숫자를 정하는 것은 경영의 재량권이 광범위하게 인정되는 분야로서 완화된 심사를 하지만 그 고용 결정이 사익을 심각하게 침해할 수 있는 해고에 관한 것이라면 해고 결정의 기준의 숫자를 정하는 데서 비롯되는 차별행위는 중간심사척도에 의해 심사될 필요가 있다

2.4 정황 증거와 직접 증거

2.4.1 정황 증거의 증명력

> 정황 증거의 증명력이 클 경우, 이를 반박할 수 있는 증거가 없거나 있어도 그 증명력이 약하다면 개연성의 추정(balance of probabilities)에 입각하여 차별의 존재가 입증된 것으로 볼 수 있다. 고용 영역에서 다음과 같은 경우를 입증하는 정황 증거의 증명력이 크다.
> - i) 진정인이 특정 자리에 채용(승진 등의 고용 영역에도 해당)되기에 충분한 자격을 가지고 있음에도 불구하고 피진정인은 그를 채용하지 않았고, ii) 아직 그 자리는 비어 있으며, iii) 피진정인은 여전히 진정인과 동일한 자격을 가진 사람들 중에서 그 자리에 충원할 사람을 계속 찾는 경우
> - 진정인이 특정 직무를 수행하기에 충분한 자격이 있음에도 피진정인이 해당 직무를 위해 진정인보다 못한 자격을 가진 자를 선발한 경우

(1) 정황 증거는 차별을 직접적으로 증명하지는 못하고 정황상 차별을 추정하게 하는 증거다. 정황 증거가 증거 능력을 확보하려면 경험칙을 적용하여 볼 때 피진정인의 행위가 차별적인 의도 하에서 이루어졌음을 추론케 하는 증거여야 한다.

(2) 증명력이 큰 정황 증거의 요건은 여러 가지가 있을 수 있다. 미국에서는 그 요건(일응입증의 요건)을 공식화하기도 하였는데, 그것은 소위 맥도널 더글러스(McDonnell-Douglas) 공식이다. 이 공식에 따르면, i) 진정인이 특정 자리에 채용되기에 충분한 자격을 가지고 있음에도 불구하고 피진정인은 그를 채용하지 않았고, ii) 아직 그 자리는 비어 있으며, iii) 피진정인은 여전히 진정인과 동일한 자격을 가진 사람들 중에서 그 자리를 메울 사람을 계속 찾고 있다면, 그러한 사실은 차별의 존재를 추론하기에 충분하다. 이 공식에서 '채용'은 승진, 전보, 교육훈련 등의 다른 고용 영역으로 대체될 수 있다.

(3) 진정인이 특정 직무를 수행하기에 충분한 자격이 있음에도 피진정인이 해당 직무를 위해 진정인보다 못한 자격을 가진 자를 선발하였음을 입증하는 정황 증거도 그 증명력이 크다.

(4) 진정인 및 피진정인의 태도의 일관성의 정도의 크기, 피진정인의 과거의 전력, 피진정인이 진정인에게 행한 것과 비슷한 행위를 다른 사람에게 행한 적이 있는지 여부 등등에 따라 해당 정황 증거의 증명력이 결정되기도 한다.

2.4.2 직접 증거의 증명력

> 직접 증거는 피진정인이 글이나 구두로 표명한 진술로서 진정인의 소속 집단에 대해 차별 의도(편견)를 드러내며 그 의도와 발생한 불리한 대우 사이의 연관 관계를 드러내는 증거를 말한다. 직접 증거는 그 자체로서 차별을 증명하는 능력을 확보한다.

(1) 직접 증거의 특징은 차별 의도(편견)와 발생한 불리한 대우 사이의 연관 관계를 드러낸다는 점이다. 그와 같은 요건을 충족하는 한, 직접 증거는 그 자체로서 차별을 증명하는 능력을 확보한다.

> 가상사례 2.4.2(1)-1 : **편견과 불리한 대우 간의 직접적 연관 관계를 보여주는 직접 증거**
> 승진에서 여성 직원 A를 탈락시켰는데 얼마 후 그 인사담당자가 사석에서 A는 여성이기 때문에 승진에서 탈락시켰다고 말하였다면 이것은 여성에 대한 편견과 불리한 대우 간의 직접적인 연관 관계를 보여주는 직접 증거다.

(2) 편견과 불리한 대우 사이의 연관 관계를 보여주지 못하는 증거는 소위 편견의 직접 증거(탄핵 증거)라 불릴 수 있는데, 이것은 그 자체로서 증거 능력은 없고 다만 피진정인의 신빙성을 다소 약화시키는 능력만 가진다.

> 가상사례 2.4.2(2)-1 : **편견과 불리한 대우 간의 직접적 연관 관계를 보여주지 못하는 편견의 직접 증거**
> 상기의 가상례에서 단지 평소에 인사담당자가 여성의 능력을 비하하는 말을 하였다는 증거만 있다면 이 증거는 해당 편견과 해당 불리한 대우 간의 연관 관계를 보여주지 못하는 편견의 직접 증거에 해당한다.

(3) 미국의 경우, 편견과 불리한 대우 사이에 연관 관계가 있는지를 검토할 때 참고가 되는 다음과 같은 지침이 있다.

i) 해당 표명이 단순히 서술적인 것이라면 연관 관계가 없을 가능성이 크고 해당 언술이 가치 평가적이라면 연관 관계가 존재할 가능성이 크다.

ii) 해당 표명이 가치 평가적이더라도 그것이 흔히 있는 견해의 표명에 지나지 않는다면 연관 관계가 있을 가능성은 낮아진다.

iii) 편견적인 표명의 발생과 불리한 대우 사이의 시간적 거리가 가까울수록 연관 관계가 존재할 가능성은 점점 커진다.

2.5 간접차별의 입증과 객관적 정당화

2.5.1 간접차별의 입증

> 간접차별의 존재의 입증은, 현저하게 불리한 결과의 존재를 입증하고 동일하게 적용된 기준과 현저하게 불리한 결과 사이의 인과관계를 입증하는 것이다.

(1) 앞서 언급하였듯이 간접차별은, 중립적인 기준을 적용하였으나 그 기준이 특정 집단이나 개인에게 현저하게 불리한 결과를 야기하고[63] 해당 기준이 정당한 것임이 입증될 수 없는 결과적 차별이다. 이는 해당 차별사유와는 무관한 기준을 비교되는 집단들에 적용하였으나 어느 한 집단이 다른 집단보다 그 기준을 상당히 또는 특별히 충족시키지 못하고 그로 인하여 그 집단 및 그에 속한 개인들에게 상당하게 또는 특별하게 불리한 결과가 초래되는 것을 의미한다. 간접차별의 존부의 입증은 두 가지 입증으로 이루어진다. 첫 번째는 해당 기준을 상당히 또는 특별히 충족시키지 못하는 것 또는 상당하게 또는 특별하게 불리한 결과가 발생한 것을 입증하는 것이다. 두 번째 것은 해당 기준의 적용과 그 기준의 상당한 또는 특별한 불충족(또는 상당하게 또는 특별하게 불리한 결과) 사이의 인과관계의 존재를 입증하는 것이다. 그 두 가지 중 어느 하나라도 입증되지 못하면 간접차별은 일응 입증되지 아니한 것으로 본다. 원칙적으로 그 입증은 당사자, 관계인, 관계기관 등으로부터 사실과 증거자료를 수집하는 국가인권위원회가 행한다.[64]

2.5.2 간접차별 입증의 기술적 방법

> '현저하게 불리한 결과' 또는 '중립적 기준을 현저히 충족시키지 못함'에서 '현저'하다 함은 해당 불리한 결과의 발생이나 해당 불충족의 존재가 우연에 의한 것이 아님을 의미하는 것으로, 그 입증은 통계학적 방법 및 비통계학적 방법 모두에 의해 달성될

63) 차별금지법안

64) 국가인권위원회가 사실 조사의 책임을 지기 때문에 간접차별 및 직접차별의 입증책임을 진정인과 피진정인 사이에서 어떻게 배분하는가는 문제가 되지 않는다. 법원에서는 그 입증책의 배분이 문제가 되는데, 간접차별의 입증책임을 어떻게 배분하는가에 대해서는 일관된 법리는 없다. 참고로 미국의 경우, 미연방대법원은 1991년 「민권법」 개정 이전에는 인과관계의 입증책임을 진정인에게 부과하기도 하고 피진정인에게 부과하기도 하는 등, 일관성을 유지하지 못하였다. 그러나 1991년 「민권법」은 특정한 기준과 차별적 결과 사이의 인과관계의 입증책임을 원고에게 부과하는 것으로 확정지었다. 한편 유럽연합에서는 원고에게 차별적 결과의 일응입증의 책임을 부과하고 피고인에게는 동등대우원칙의 위반이 없었음을 입증하게 하나, 단, 사실 조사의 책임이 법원 및 기타 소관기관에 있는 경우에는 그와 같은 입증책임의 배분 원칙을 적용하지 아니한다. 유럽이사회 지침 2000/78/EC 제10조 참조.

수 있다.

(1) ‘현저’하다 함은 아주 크다는 의미는 아니다. 그것은 양적인 차원에서 상당하다거나, 통계학적 차원에서 유의미(significant)하다거나, 질적인 차원에서 특별하다는 것을 의미한다. 해당 기준의 불충족이나 불리한 결과가 현저한지 여부를 결정하는 데는 주로 통계학적인 방법이 사용된다. 그러나 그 결정에 비통계학적인 방법도 사용될 수 있다.[65] 즉 어느 한 집단이 다른 집단에 비해 해당 기준을 특별히 충족시키지 못하는 것을 객관적으로 입증함으로써도 간접차별의 존재는 추정될 수 있다. 특히 해당 기준의 적용과 그 기준의 특별한 불충족 사이에 인과관계가 자명한 경우에는, 심지어 통계학적 분석이 유의미하지 않은 결과를 도출하더라도, 통계학의 도움 없이 해당 기준의 불충족의 현저성은 추정될 수도 있다.

(2) 통계학적인 일응입증 방법은 해당 기준의 충족 정도에서 비교 집단들 간의 차이가 우연에 의한 것인지 아니면 진정한 차이일 개연성이 큰지를 추정해 주는 표준편차법과[66], 단순히 차이의 유의미성이 아니라 그 차이에 대한 해당 기준을 포함한 여러 가지 기준의 영향력까지도 분석하는 회귀분석 등이 있다.[67] 회귀분석은 충족 정도에서의 현저한 차이뿐만 아니라 해당 기준의 적용과 그 기준의 상당한 또는 특별한 불충족 사이의 인과관계의 존재도 추정하여 준다.

---

65) 다음과 같은 경우에는 통계학적 입증이 불가능할 것이다. i) 해당 통계 자료 등이 매우 부실하여 통계적 방법을 사용하는 것이 상당히 어려운 경우, ii) 사례 수가 너무 적어 통계 분석을 하기가 기술적으로 어려운 경우, iii) 해당 기준을 충족시킨 집단 구성원들의 비율을 구함에 있어 그 기준이 적용되는 집단의 크기를 획정하기가 애매하거나 기술적으로 너무 어려워서 통계학의 사용이 어려운 경우 등.

66) 채용 기준에 따른 남녀 간 간접차별을 예로 든다면, 표준편차법은 해당 채용 기준의 충족비율에서 남녀 간 차이가, 또는 여성의 실제 채용자 수와 기대된 채용자 수의 차이가 통계학적으로 유의미한 차이인지 아니면 우연에 의한 차이인지를 추론해 준다. 표준편차법의 결과를 해석할 때 유의할 점이 있는데, 그것은 소위 치환오류(transposition fallacy)다. 채용에서의 남녀 간 차별을 예로 들어보자면 표준편차법에 의한 통계학적 수치들 중 확률표에서 읽은 해당 확률은 남녀 차별을 하지 않는 고용주가 자격을 갖춘 남녀 지원자들 중에서 직원을 선발할 때 선발 비율에서 남녀 간 해당 차이가 무작위로 발생할 확률을 의미한다. 해당 차이가 기대치와 많이 다르면 다를수록 그 확률은 점점 적어진다. 그 관찰된 차이가 기대치와 많이 달라서 문제의 확률이 5% 미만이면 통계학적으로 유의미하다고 하여 그 관찰된 차이는 우연의 산물이 아니고 성차별을 포함한 어떤 작위적인 요소에 의한 것이라고 추론을 하게 된다. 치환오류는 문제의 확률을 상기처럼 보지 않고 대신 관찰된 차이가 무작위로 발생할 확률, 즉 차별과 같은 작위 없이 발생할 확률로 보는 것이다. 좀 더 추상적으로 말하자면 치환오류는 무작위 추출이 이루어졌다는 전제 하에 관찰된 차이가 발생할 확률과, 관찰된 차이를 주어진 것으로 보면서 그 차이가 무작위로(비작위적으로, 차별 없이) 발생할 확률을 혼동하는 것이다. 이러한 치환오류는 입증책임의 배분이 이루어져야 하는 법체계 하에서 피고에게 합리적이지 않은 과도한 입증책임을 부과하는 효과를 가질 수 있다.

67) 회귀분석의 경우에 가장 유의해야 할 사항은, 불리한 결과를 초래한다고 가정되는 기준은 모두 독립변수로 포함되어야 한다는 점인바, 만약 불리한 결과를 초래한다고 진정된 해당 기준만 독립변수로 간주하고 불리한 결과에 기여할 수 있는 다른 정당한 기준들을 독립변수에 포함시키지 않을 경우 진정된 기준의 효과가 과장될 위험이 발생한다.

(3) 통계학적 분석에서 해당 기준을 특정 집단이 충족시키는 비율을 산출할 때 그 기준을 적용하는 집단의 크기(풀)를 설정하는 것이 일응입증의 주요 논쟁점이 되는 경우가 많다. 고용의 경우, 해당 기준의 적용 대상 집단의 풀을 설정하는 방법은 다음과 같이 여러 방법이 있다.

(3.1) 가장 쉽고 널리 사용되는 방법은 특정 고용 단계(채용, 승진, 교육훈련, 해고 등등)에 지원한 자들을 대상 집단의 풀로 설정하는 방법이다.

가상사례 2.5.2(3.1)-1 : **실제 지원자들을 대상 집단 풀로 설정한 간접차별 입증**

어떤 대기업에서 외견상 중립적인 채용 기준에 따라 신입직원을 선발한 결과 여성 지원자 40명 중 12명이 채용되었고 남자는 80명의 지원자 중 48명이 채용되어 총 60명이 채용되었다고 하자. 만약 진정인이 해당 채용 조건이 기업 전체 차원에서 여성 지원자들에게 불리한 결과를 초래하였다고 진정한다면 이때 그 기준의 적용 대상이 되는 집단의 풀은 그 기업에 지원한 남녀 각각의 집단이 될 수 있다. 대상 집단 풀은 남녀 각각 80명과 40명이고 문제의 채용 조건을 충족시켜 선발된 남녀의 비율은 각각 0.6(48명/80명) 및 0.3(12명/40명)으로서 두 비율 간에는 상당한 차이(0.3)가 존재한다. 또한 전체 지원자 중 여성의 지원 비율은 1/3(40명/120명)이고, 이 지원 비율에 따라 기대된 여성 채용자 수는 20명(1/3 x 전체 채용자 수)이 되며, 이 숫자는 실제 여성 채용자 수인 12명과 상당한 차이(8명)를 보인다. 만약 진정인이 해당 채용 조건이 사무직 등과 같은 특정 직무나 기업 내의 특정 부서에 지원한 여성들에게 불리한 결과를 초래하였다고 진정한다면 그 특정 직무나 특정 부서에 지원한 남녀 지원자들을 대상 집단의 풀로 한정할 수도 있다.

(3.2) 대상 집단의 풀을 지원자 집단에 국한하지 않고 지역 또는 전국의 노동시장으로까지 확장하는 방법이 있다.

가상사례 2.5.2(3.2)-1 : **지역 또는 전국의 노동시장을 대상 집단 풀로 설정한 간접차별 입증**

상기 예에서 몸무게가 60kg 이상이어야 함이 채용 기준이었다고 치자. 이 기준은 남성들보다 상대적으로 몸무게가 낮은 여성들에게 불리하므로 간접차별일 소지가 크다. 그런데 이 기준은 몸무게가 60kg 미만인 자는 물론이고 60kg을 조금 넘는 잠재적 지원자들로 하여금 자기검열을 통하여 지원을 포기하도록 만드는 효과가 있다. 이 경우, 실제 지원한 자만을 문제의 채용 기준이 적용된 집단으로 보는 것은 적절하지 않은바, 그렇게 포기한 자들을 그 집단에 포함시켜야 한다. 그러나 자기검열을 통해 스스로 포기한 자의 집단을 정확히 파악하는 것은 불가능하므로 대개 해당 지역의 노동시장에서 채용 자격이 되는 잠재적 지원자의 풀을 대상 집단으로 설정하게 된다. 이때 일응입증은 통계적 기법에 의거하지는 않고 노동시장의 통계자료에 근거한 객관적 지식에 의거하게 된다. 몸무게 60kg 이상이라는 채용 조건만 있고 다른 조건은 없다고 가정 하에서 노동력이 있는 지역의 남녀의 몸무게 통계자료를 활용하여 그 조건을 통과할 수 있는 남녀의 비율을 개략적으로 계산한 결과가 각각 80% 및 20%였다면, 남녀의 몸무게 차이에 관한 생물학적인 일반 지식에 근거하여 그 비율의 차이가 결코 우연에 의한 차이가 아님을 일응입증할 수 있다.[68)]

2.5.3 간접차별의 객관적 정당화

> 고용 영역에서의 간접차별은 그것이 직무 관련성이나 경영상의 필요성 때문에 불가피하였다는 점이 입증되면 면책된다. 간접차별에 대한 좀 더 일반적인 객관적 정당화 기준은, 해당 중립적 기준으로써 추구하는 목적이 적법해야 하고 그 기준이 해당 목적을 달성하는 데 적합하고 동시에 필요한 것이어야 하며, 해당 목적의 필요성이 해당 기준의 부과로써 피해를 보는 집단이 겪는 불이익한 영향보다 더 커야 한다는 것이다.

(1) '직무 관련성'이라 함은 직무의 본질의 안전하고 효율적인 수행과 관련이 있음을 의미하고, '경영상 필요성'은 사업의 본질의 정상적 운영을 위해 필요함을 의미한다. 이 두 요건 중 적어도 어느 한 요건을 충족시켰음을 입증하면 간접차별은 면책된다.[69]

(2) 간접차별은 비고용 영역에서도 발생할 수 있으므로 간접차별의 객관적 정당화 기준은 좀더 일반화될 필요가 있다. 해당 중립적 기준으로써 추구하는 목적이 적법해야 하고 그 기준이 해당 목적을 달성하는 데 적합하고 동시에 필요한 것이어야 하며, 해당 목적의 필요성이 해당 기준의 부과로써 피해를 보는 집단이 겪는 불이익한 영향보다 더 커야 한다는, 좀더 일반화된 기준은 헌법재판소가 제시한 엄격심사기준에 해당한다. 간접차별의 객관적 정당화 기준의 엄격성 정도도 앞서 언급한 유동적 접근법에 의거, 정황에 따라 결정되어야 한다.[70]

---

68) 잠재적 지원자를 대상 집단의 풀로 삼는 경우, 통계자료의 한계는 물론이고 잠재적 지원자의 요건을 어디까지로 할 것인가를 놓고 진정인과 피진정인 사이에 많은 논쟁이 야기되므로, 잠재적 지원자의 풀을 적절히 획정하고 그를 객관적 자료로 입증하는 것이 매우 중요하다. 잠재적 지원자의 풀을 설정하는 데 한 가지 중요한 원칙은 진정된 채용 조건을 제외한 나머지 자격을 갖춘 모든 지원자가 잠재적 지원자의 풀이 된다는 점이다. 예를 들어 채용 자격 기준이 몸무게가 60kg 이상인 자와 학력이 고졸 이상인 자이고 그 중 몸무게 조건만이 간접차별적인 것으로 진정되었다면 이 자격과 관련한 잠재적 지원자 풀은 노동력이 있는 고졸 이상의 학력을 가진 자가 된다.

69) 직무 관련성을 보는 이유가 경영상의 필요성 때문이므로 직무 관련성 요건을 충족시키는 경우, 이는 자동적으로 경영상의 필요성을 충족시키는바, 직무 관련성 요건을 충족시켰다면 경영상의 필요성을 충족시키는지 여부는 볼 필요가 없다. 한편 직무 관련성과 관계없이 경영상의 필요성 그 자체가 기업 또는 조직에 급박한 문제로 다가오는 경우(예를 들면 기업의 구조조정의 경우), 경영상의 필요성만 봐야할 필요가 있다.

70) 간접차별의 객관적 정당화의 심사척도는 적어도 단순 합리성 심사 이상일 필요가 있다. 그 이유는 다음과 같다. 우선 간접차별 개념은 외견상 차별적이지 않은, 합법적 또는 합리적인 기준을 적용하였음을 전제로 하는 것이기 때문에 그 객관적 정당화에서 해당 기준의 합리성 또는 합법성 여부만을 심사하는 단순 합리성 심사를 적용하는 것은 논리적으로 문제가 있다. 또한 단순 합리성 심사는 합리적 이유를 주장하는 피고의 선의를 평가하는 측면이 강한데, 간접차별 개념은 선의만으로는 차별적 결과를 야기하는 외견상 중립적인 기준을 금지할 수 없다는 생각에서 출발하므로

그 객관적 정당화에 대해 단순 합리성 심사를 하는 것은 간접차별 개념을 무의미하게 만든다. 구미영, 고용상의 간접차별 규제 - 미국 사례를 중심으로, 서울대학교 석사학위 논문(2004), 77-78쪽 참조.

2 성별을 이유로 한 차별 판단지침

1. 차별사유의 정의(개념, 적용범위, 관련 법령근거)

1.1 직접차별

성별을 이유로 한 직접차별이란 성별을 이유로 불리한 대우를 하는 것으로서 그러한 대우가 정당화되지 않는 경우를 말한다.

입법례(국내) 1.1-1: 남녀고용평등법

"차별"이라 함은 사업주가 근로자에게 성별, 혼인, 가족 안에서의 지위, 임신 또는 출산 등의 사유로 합리적인 이유 없이 채용 또는 근로의 조건을 달리하거나 그 밖의 불이익한 조치를 취하는 경우를 말한다(제2조).

입법례(국외) 1.1-1 : ILO 제111호 협약 '고용 및 직업에 있어서 차별대우에 관한 협약(1958)'

[제1조] 1. 이 협약 적용상 "차별대우"라 함은 다음 사항을 말한다.

(가) 인종, 피부색, 성별, 종교, 정치적 견해, 출신국 또는 사회적 출신에 의거하여 행해지는 모든 구별, 배제 또는 우대로서, 고용 또는 직업에 있어서의 기회 또는 대우의 균등을 파괴하거나 저해하는 효과가 있는 것

입법례(국외) 1.1-2 : UN '여성차별철폐협약(1979)'

[제1조] 여성에 대한 차별

정치적·경제적·사회적·문화적·시민적 또는 기타 모든 분야에 있어서 혼인 여부와 관계없이 남녀평등의 기초 위에서 인권과 기본적 자유를 인식·향유 또는 행사하는 것을 저해하거나 무효화하는 효과 또는 목적을 가지는 성에 근거한 모든 구별·배제 또는 제한을 의미한다.

입법례(국외) 1.1-3 : 영국 성차별금지법(1975)

1. (1) (a) 성이 다르다는 것을 이유로 하여 남성에게 대우하고 있는 또는 대우하고자 하는 것보다 불리하게 여성을 대우할 경우

가. 성별

(1) “성별을 이유로” 한다는 것은 불리한 대우의 원인이 성별에 기인한 경우이다.

(2) 「국가인권위원회법」상의 ‘성별’이란 젠더(gender)를 의미한다. 젠더란 생물학적 성(sex)과 달리 사회문화적으로 구성되고 획득된 것으로서의 여성, 남성을 강조하는 개념이지만 생물학적 성(sex)을 배제하는 개념은 아니다.

(2.1) 생물학적 성(sex)을 근거로 행해지는 차별은 성별에 의한 차별에 해당한다.

(2.2) 사회통념상의 성역할 고정관념을 근거로 행해지는 차별은 성별에 의한 차별에 해당한다.

(3) 캐나다의 인권법 등에서는 “성별”에 의한 차별에는 임신 또는 출산을 이유로 한 차별이 포함되는 것으로 이해한다. 그러나 「국가인권위원회법」은 임신 또는 출산을 이유로 한 차별을 별도의 차별사유로 명시하고 있어 임신 또는 출산을 이유로 한 차별은 여기서는 다루지 않는다.

> 입법례(국외) 1.1가(3)-1 : 캐나다 인권법
> [제3조] 차별금지근거
> (2) 임신이나 출산에 대한 차별의 경우는 성에 근거한 차별로 간주한다.

나. 불리한 대우

(1) “불리한 대우”란 유사한 상황에서 특정 성별의 구성원을 다른 성별의 구성원에 비해 불이익하게 취급하는 것을 말한다.

(1.1) “불리한 대우”는 과거・현재의 불이익한 취급뿐만 아니라 미래의 그것(즉, 불이익하게 취급하려는 것)을 포함한다.

> 사례 1.1나(1.1)-1 : **여성에게 부적합하다는 말을 듣고 지원을 포기한 경우**
> 조합위원장은 선박에 승선하여 요리사/갑판원으로 일할 후보자를 뽑는 것과 관련해서 장래의 고용주(Norsk Pacific Marine Services)와 전화통화를 하였다. 그리고 진정인은 조합위원장으로부터 해당 선박에는 여성을 위해 분리된 숙박시설이 없고, 따라서 선박에서 일할 요리사/갑판원의 직무는 여성에게는 부적합하다는 말을 들었다. 대화 당시 함께 있었던 또 다른 조합 직원 역시, 그 자리가 여성에게 부적합하다는 조합위원장의 결론에 의견을 같이 했다. 이러한 대화로 인해 진정인은 해당 직무의 후보자로 여성인 자신이 선택될 가능성이 없다고 믿고 직무배분이 공식적으로 결정되는 노조직영 직업소개소(hiring hill)에 아예 가지 않았다. 그리고 위와 같은 행위는 캐나다 인권법을 위반한 것으로 진정인은 자신의 성(sex) 때문에 채용과정에서 배제되었

다고 진정을 제기했다. 이에 대해 피진정인인 조합은 문제의 대화는 직업소개소에서 이루어지는 파견절차와는 무관한 것이며, 따라서 그것이 조합의 기준 또는 관행을 보여주는 것으로 해석되어서는 안 된다고 주장했다.

이에 대해 캐나다 인권재판소는 조합위원장이 일상적인 관리감독 책임을 갖고 있지는 않지만 채용과정에 관한 전반적인 감독 권한과 책임을 갖고 있다고 판정했다. 그리고 인권재판소는 조합위원장과 다른 조합직원 사이에 오간 대화가 선박에서의 요리사/갑판원이라는 직무와 명백히 연관된 것이었다고 판단했다. 인권재판소는 "이 대화를 들은 사람이라면 누구나, 숙박시설이 여성인 진정인에게 적합하지 않기 때문에 그녀가 지원하는 것을 단념시켰다는 것 외에는 달리 어떤 결론에 합리적으로 도달할 수 없었을 것이다"고 밝혔다. 그리고 인권재판소는 위와 같은 숙박시설이 사실상 경쟁적인 직업에 여성이 응시하는 것을 단념시키는 관행을 존재하게 했다고 결론 내렸다.[71]

(2) "불리한 대우"의 존재 여부는 유사한 상황에 있는 다른 성별 구성원과의 비교를 필요로 한다.

(2.1) "불리한 대우"를 판단할 때 그 비교대상이 반드시 진정인과 동일한 사용자에게 고용되어 있는 자를 의미하는 것은 아니다. 「국가인권위원회법」상의 차별행위자는 진정인과의 고용관계에서 반드시 사용자와 피용자의 관계에 있어야 하는 것은 아니며, '고용과 관련하여' 실질적인 영향력을 행사하는 지위에 있으면서 차별의 결과를 발생시킨 자를 의미하기 때문이다.

사례 1.1나(2.1)-1 : **비교대상이 반드시 동일한 사용자에게 고용되어 있는 자를 의미하는 것은 아님**

진정인 KTX 여승무원은 피진정인 소속 열차팀장과 유사한 업무를 수행함에도 임금과 고용조건 등에서 불리한 대우를 받았으며 이것은 성차별에 해당한다고 주장했고, 피진정인은 여승무원이 열차팀장과 유사한 업무를 하지 않았으며, 성차별을 하지 않았다고 반박했다. 이 사건에서 국가인권위원회는 자회사인 한국철도유통 소속의 여승무원이 성차별을 당했는지 판단함에 있어서 그 비교대상으로 한국철도공사 소속의 정규직 열차승무원들을 선정하였다. 이는 '불리한 대우'의 비교대상이 반드시 동일한 사용자에 의해 고용되어 있는 자를 의미하는 것은 아니라는 사실을 보여준다(인권위 2006. 9. 11.자 06진차116, 06진차136병합 결정).

(2.2) 통상적으로 불리한 대우를 주장하는 진정인이 비교대상자를 지정하는 경우가 흔하지만 비교대상자가 불명료하거나 적절하지 않을 수 있기 때문에 이에 전적으로 구속될 필요는 없고, '적절한' 비교대상자를 찾을 수 있다.

71) Oster v. International Longshoremen's & Warehousemen's Union(Marine Section) Local 400 (2000), TD 4/00(C.H.R.T), Canadian Human Rights Commission, 2000 Legal Reports, p.15-17.

사례 1.1나(2.2)-1 : **진정인이 지정한 비교대상자에 구속되지 않은 경우**

진정인 KTX 여승무원은 피진정인 소속 열차팀장과 유사한 업무를 수행함에도 임금과 고용조건 등에서 불리한 대우를 받았으며 이것은 성차별에 해당한다고 주장했고, 피진정인은 여승무원이 열차팀장과 유사한 업무를 하지 않았으며, 성차별을 하지 않았다고 반박했다. 이 사건에서 진정인은 열차팀장을 주된 비교대상으로 지정하여 성차별을 주장했으나, 국가인권위원회는 진정인이 지정한 비교대상자에 구속되지 않고, 피진정인 소속의 다른 정규직 열차승무원들 중에서 진정인과 근속년수 등이 가장 유사한 근로자를 비교대상자로 보아 임금 및 고용조건 등에서 차별여부를 판단하였다(인권위 2006. 9. 11.자 06진차116, 06진차136병합 결정).

다. 정당성 여부

(1) 성별을 이유로 하는 불리한 대우가 "정당화되지 않는 경우"에 차별이 성립한다. 반대로 합리적인 이유가 존재해 불리한 대우가 정당화되는 경우에는 차별이 성립하지 않는다.

사례 1.1다(1)-1 : **교장·교감 승진시 여성에 대한 적극적 조치는 "합리적 이유 있는 차별"**

진정인은 ○○○도교육청에서는 초·중등학교 교장·교감 승진 시, 여성이 승진후보자 명부에 등재되어 있고 승진 예정인원의 3배수 범위 내에 있으면 우선 승진시키는 여성우대정책을 시행하고 있어 이로 인해 남성이 승진에서 부당한 차별을 당한다고 주장했다. 이와 관련해 인권위는 우선 초·중등학교 교사 중 여성이 차지하는 비율이 상당히 높은 반면 교감·교장의 여성비율이 현저히 낮은 통계적 불균형을 놓고 볼 때, 교감·교장의 승진에서 여성에 대해 누적된 구조적 차별이 존재한다고 보았다. 그렇다면 교직 사회에서 여성의 대표성을 강화하고, 교감·교장의 승진에서 과거의 누적된 차별로 인한 현재의 결과의 시정을 통해 실질적·결과적 평등을 실현하기 위한 방안으로 그동안 불이익을 당해 온 여성을 우선 임용하도록 한 위와 같은 조치(남녀 공히 공개경쟁 및 기회균등을 통해 승진후보자명부에 등재된 자 중 승진예정인원의 3배수 범위 내에 있는 여성 교원을 우선적으로 승진시키는 것)는 잠정적 우대 행위에 해당하고, 2004년 ~ 2005년 교감·교장 승진 인원에서 우선 임용 여성비율이 0% ~ 26%에 불과하며 우선승진 임용 여성 교원이 30% 이상인 경우에는 ○○○도 교육공무원인사위원회에서 그 비율을 정할 수 있도록 하고 있어, 동 조치로 인한 남성 교원에 대한 승진 제한이 지나치다고 보기 어렵다고 판단하였다. 따라서 실질적·결과적 평등의 실현을 위하여 초·중등학교 교감·교장 승진 시 여성을 잠정적으로 우선 임용하도록 한 피진정인의 조치는 합리적 이유가 있는 차별이라고 결정했다(인권위 2006. 5. 29.자 06진차14 결정).

(2) 성별에 근거한 대우의 차이(차등취급)는 '정당한 목적'을 달성하기 위한 것이어야 한다(**목적의 정당성**). 이 경우 추구하는 목적은 합법적이고 합리적이어야 한다.

(2.1) 통상적인 상황에서 '비용절감'은 원칙적으로 정당한 목적에 해당하지 않는 것으로 보아야 한다. 일반적으로 차별대우는 평등대우에 비해 비용이 덜 드는데 비용절감을 정당한 목적으로 보게 되면 차별을 조장하는 것과 다를 바가 없기 때문이다. 그

러나 도산의 위험과 같은 특별한 상황 하에서는 비용절감이 정당한 목적에 해당할 수 있다.

(3) 성별을 이유로 한 차등취급은 '불가피한' 것이어야 한다(**수단의 불가피성**). 성별 이외의 합리적 수단을 사용하여 목적을 달성할 수 있는 경우(즉, 합리적 대안이 존재하는 경우)에는 수단(나이기준)의 불가피성을 인정할 수 없다. 또한 수단은 그 목적과의 관계에서 '적정한'(비례적인) 것이어야 한다(**수단의 비례성**). 이러한 비례원칙에 의하면 수단으로 채택된 성별 및 그에 따른 불이익의 정도가 적정하여야 한다. 그렇지 않으면 성차별이 성립한다.

1.2 간접차별

성별을 이유로 한 간접차별이란 성별이 아닌 외관상 중립적인 기준을 사용하지만 그로 인해 특정 성별의 구성원에게 불리한 효과를 초래하는 경우로서, 그러한 기준의 사용이 정당화되지 않는 경우를 말한다.

입법례(국내) 1.2-1 : 남녀고용평등법 사업주가 채용 또는 근로의 조건은 동일하게 적용하더라도 그 조건을 충족할 수 있는 남성 또는 여성이 다른 한 성에 비하여 현저히 적고 그로 인하여 특정 성에게 불리한 결과를 초래하며 그 조건이 정당한 것임을 입증할 수 없는 경우(제2조).

가. 총설

(1) 성별을 이유로 하는 간접차별은 성별이 아닌 중립적인 기준을 사용하였지만 그로 인해 특정 성별의 구성원에게 결과적으로 불리한 효과를 초래하는 경우로서, 그러한 기준을 사용하는 것이 정당화될 수 없는 때 인정된다.

※ 참고 : 영국 EOC 가이드라인: 성차별실행규칙(Code of Practice- Sex Discrimination) 간접차별은 정당하지 않은 요건이나 조건이 양 성에 동일하게 적용되지만 그것을 충족할 수 있는 특정 성의 비율이 이를 충족할 수 있는 다른 성의 비율 보다 현저하게 적기 때문에 특정 성에 상당한 불리한 효과를 가지는 경우에 발생한다. 예컨대 전근요건(a requirement to be mobile)은 남성 보다 여성에게 장애로 될 것이다. 신청인은 남성 보다 더 적은 수의 여성이 그러한 요건을 충족할 수 있다는 사실 및 그녀가 이를 충족할 수 없는 것이 자신의 불이익이라는 사실을 입증하여야 할 것이다. 사용자가 그러한 요건을 성과 관계없이 정당화할 수 있는 경우에는 불법적 행위가 인정되지 않을 것이다. 불법적인 차별의 인정은 사용자가 차별할 의사가 없는 경우에도 이루어질 수 있다.

사례 1.2가(1)-1 : **근로시간을 기준으로 한 노후연금보장이 여성에 대한 간접차별인지 여부**

독일의 Bilka 백화점은 소속 근로자들에게 노후연금을 보장해왔다. 1973년 10월 26일자의 회사규정에 따르면 시간제 근로자는 20년 이상 근무하면서, 그 중에서 15년을 전일제로 근무한 경우만 노후연금을 청구할 수 있었다. 진정인은 위 백화점에서 1961년부터 1976년까지 판매원으로 근무하였다. 처음에는 전일제 근로자로 근무했으나 1972년부터 근로관계가 종료된 때까지는 시간제로 근무했다. 백화점은 진정인이 전일제 근로자로서 15년을 일하지 않았기 때문에 노후연금을 받을 수 없다고 하였다. 이에 대해 진정인은 전일제로 최소 15년 이상 일해야 한다는 요건이 여성에게 불이익을 준다고 주장하면서 가족이나 아이들을 양육하기 위해서 시간제 근로를 해야 하는 근로자가 남성보다 여성이 많기 때문이라고 밝혔다.

이에 대해 유럽사법재판소는 주로 여성이 일하고 있는 백화점에서 시간제 근로자를 회사의 노후연금에서 배제시키는 조치가 여성에 대한 간접차별에 해당하는가에 대해, 시간제 근로자를 연금에서 제외한 조치가 기본적으로 남성보다는 여성과 더 많이 관계되고 이러한 조치가 객관적으로 정당하며 성차별과는 아무런 관련이 없다는 것을 해명하지 않으면 유럽경제연합조약 제119조에 위배된다고 판결하였다.[72]

나. 중립적인 기준

(1) 중립적인 기준이란 표면적으로 성별이 아닌 '성별 중립적(gender-neutral)'이라고 여겨지는 기준, 규정, 조건, 관행 등을 의미한다.

(1.1) 사안에 따라서는 '의도적인' 성차별(직접차별)을 은폐하기 위한 구실로 중립적 기준이 활용되는 경우도 있을 수 있다. 특히 직접차별인가 간접차별인가에 따라 구제의 수단·내용이 현저히 달라지는 법제도 하에서는 양자를 구별할 실익이 크다.

(2) 성별에 의한 간접차별이 문제되는 사례에서 중립적 기준은 주로 혼인 여부, 신체조건 등과 관련된 경우가 많다.

(2.1) 사내부부, 맞벌이부부 등의 혼인 여부와 관련된 중립적 기준을 사용한 결과 특정 성별의 구성원에게 불이익한 결과를 가져올 경우 성별에 의한 간접차별에 해당하면서, 동시에 혼인 여부에 의한 직접차별에 해당할 수 있다. 「국가인권위원회법」은 혼인 여부에 의한 차별을 별도의 사유로 분리하여 다루고 있다.

사례 1.2나(2.1)-1 : **결혼퇴직관행에 의한 여성해고는 성별 및 혼인 여부에 의한 차별**

진정인은 계약직으로 일하다가 결혼퇴직관행에 의해 퇴사하고 프리랜서로 전환하도록 하는 것이 차별이라고 주장하였고, (주)○○방송 측은 고용형태 전환은 진정인의 자발적 의사에 따른 것이라고 주장했다. 조사결과 인권위는 고용형태의 전환으로 인해 발생하는 예측 가능한 경제적

72) Rs 170/84, Slg. 1986, S. 1620.

불이익, 남성 계약직 중 기혼자가 다수이나 여성 계약직 중 기혼자는 한 명도 없는 고용 현황, 여성 계약직이 결혼하면 퇴사하게 하는 회사의 관행이 있다는 참고인들의 진술 등을 종합하여 볼 때, 진정인은 자발적인 의사가 아니라 여성 계약직이 결혼하면 퇴사하게 하는 ○○방송의 관행에 따라 퇴사하고 고용형태를 전환한 것으로 인정했다. 그리고 이러한 결혼 퇴직 관행은 여성에 한하여 결혼을 이유로 다른 남성들과 동등하게 고용될 기회를 배제하는 것으로 합리적 이유가 없는 차별이라 판단하였다(인권위 2006. 12. 22.자 06진차481 결정). 인권위 결정례집에서 이 사례는 성별에 의한 차별이 아닌 혼인 여부에 의한 차별 부분에 소개되어 있다.

다. 불리한 효과

(1) 불리한 효과라는 것은 그 정도가 반드시 현저해야 하는 것은 아니고, 특정 성별의 구성원에게 상대적으로 더 큰 불이익을 초래하는 것으로 족하다.

(2) 간접차별사건에서 통계는 매우 중요한 '입증방법'의 하나이다. 중립적 기준의 사용이 특정 성별의 구성원에게 불리한 효과를 가져왔는가를 판단하는 일차적인 방법의 하나로 통계를 사용한다.

가상사례 1.2다(2)-1 : **미국 EEOC의 '4/5규칙'을 이용한 성차별 추정방법**

A사의 사원채용공고를 보고 지원서를 제출한 여성지원자 100명 중에서 20명이 고용되었고, 지원서를 제출한 남성지원자 100명 중에서 80명이 고용되었다. 이 경우 여성지원자의 고용비율은 20%인 반면, 남성지원자의 고용비율은 80%이다. 이 때 남성지원자의 고용비율에 대한 여성지원자의 고용비율은 20%/80%로 4/5에 이르지 못하므로 여성에 대한 불리한 효과가 있었던 것으로 추정할 수 있다.

(3) 그러나 불리한 효과를 판단하는 데 있어서 반드시 통계에 얽매이지는 않는다. 예를 들어, 사례의 수가 너무 적어 통계적으로 유의미한 사실을 밝히기 어려운 경우가 있다. 또한 기업이 보관하고 있는 관련 자료가 부실해서 통계적 방법을 사용하거 어렵거나 신뢰하기 어려운 경우가 있다. 이런 경우 '통계에 얽매이지 않고' 일반적 지식이나 역사적 사실 등에 의해 차별을 일응입증하는 것도 가능하다.[73]

라. 정당성 여부

(1) 중립적 기준을 사용하였으나 특정 성별에게 불리한 효과를 초래함이 입증되면 사용자는 성차별을 했다는 혐의를 받게 된다. 이때 사용자가 이러한 혐의를 벗을 수 있는 방법은 문제가 된 중립적 기준이 정당한 것임을 입증해야 한다. 이때 정당성을 입증 할 수 있는 방법은 중립적 기준의 '직무관련성(job-related)' 또는 '사업상 필요성(business necessity)'을 입증해야 한다는 것이 국내외 판결례의 일반적인 해석이다. 이때 '사업상 필요성'은 '사업상

73) 예를 들어, 영국의 경우 "여성은 자녀에 대한 일차적인 양육책임을 부담하는 경향이 있고 따라서 아이를 학교나 유치원에 데려가거나 데려오기 때문에 풀타임근무요건이 여성에 대해 불균등영향(disproportionate impact)을 미친다는 점을 통계적 입증 없이도 인정하려는 경향을 보이고 있다(이승욱, 2005:77)".

편의(business convenience)'를 의미하는 것이 아님에 유의해야 한다.

(2) 사용자가 '직무관련성' 또는 '사업상 필요성'을 입증했다고 해서 그 자체로 정당성을 인정받을 수 있는 것은 아니다. 특정 성별에게 차별적인 효과를 가져오지 않으면서도 목적을 달성할 수 있는 다른 '대안적 방법'이 있었음에도 사용자가 그러한 방법을 사용했다면 그 경우는 '수단의 정당성'을 인정받기 어렵다.

사례 1.2라(2)-1 : **수단의 정당성을 인정받지 못한 경우**

교육인적자원부는 교사임용 시 호봉획정경력으로 인정되는 농업종사경력을 입증하는 기준으로 '토지대장, 등기부등본, 농지원부 상의 소유자 및 농업인'을 제시하고 있다. 이 기준에 따르면 남성을 세대의 대표자로 당연시하는 사회풍토로 인하여 실제와는 다르게 남성이 농업인의 절대다수를 차지하는 것으로 나타난다. 이러한 기준에 대해 인권위는 여성의 농업경력 인정율은 현저히 낮을 수밖에 없어 이러한 기준은 결과적으로 성별에 따른 차별을 초래한다고 결정했다. 또한 인권위는 위와 같은 기준은 목적을 달성하기 위한 수단으로도 적절하지 못하다고 밝혔다. 첫째, 한 필지의 토지에서 가족이나 피고용인이 함께 농사를 짓는 것이 일반적이고, 토지를 임차하여 농사짓는 이도 있으므로 실제 농업종사경력과 농지등기부등본 및 토지대장 상 소유관계는 별개라고 할 수 있다. 둘째, 한 세대에 농지원부 등록대상 농업인이 2인 이상인 경우에는 세대별 대표자 명의로 농지원부를 작성하고 다른 가족 구성원들은 세대원(업무집행사원)으로 등록하게 되어 있어 농지원부상 농업인만이 실제 농업종사자라고 볼 수 없다. 셋째, 주민등록등본은 거주 여부를 표시하는 서류일 뿐이며 심지어 실거주 하지 않아도 전입신고만 하면 얼마든지 변경이 가능하다. 따라서 그러므로 등기부등본, 토지대장, 농업소득세납입증명서, 주민등록등본만으로는 실제 농업에 종사하는지 여부를 객관적으로 입증하는 데 불충분하다고 할 수 있어 그 정당성이 인정되지 않는다는 것이다(인권위 2005. 9. 28.자 05진차 467 결정).

2. 차별판단의 기준

2.1 고용

입법례(국내) 2.1-1 : 근로기준법
사용자는 근로자에 대하여 남녀의 차별적 처우를 하지 못하여 국적, 신앙 또는 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못한다(제5조).

가. 모집・채용

입법례(국내) 2.1가-1 : 남녀고용평등법
제7조 (모집과 채용) ①사업주는 근로자의 모집 및 채용에 있어서 남녀를 차별하여서는 아니 된다.
②사업주는 여성근로자를 모집·채용함에 있어서 모집·채용하고자 하는 직무의 수행에 필요로 하지 아니하는 용모·키·체중 등의 신체적 조건, 미혼조건 그 밖에 노동부령이 정하는 조건을 제시하거나 요구하여서는 아니 된다.

입법례(국내) 2.1가-2 : 고용정책기본법
제19조 (취업기회의 균등한 보장) ① 사업주는 근로자를 모집・채용함에 있어서 합리적인 이유 없이 성별, 신앙, 연령, 사회적 신분, 출신지역, 출신학교, 혼인·임신 또는 병력(병력) 등(이하 "성별 등"이라 한다)을 이유로 차별을 하여서는 아니 되며, 균등한 취업기회를 보장하여야 한다.

입법례(국외) 2.1가-1 : UN 여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약(Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women)
제11조 1. 당사국은 고용분야에서 남녀평등의 기초위에 동일한 권리 특히 다음의 권리를 확보할 목적으로 여성에 대한 차별을 은폐하기 위한 모든 적절한 조치를 취하하여야 한다.
(b)동일한 채용기준의 적용을 포함한 동일한 고용기회를 보장받을 권리

(1) 모집채용은 특정 성별의 해당 직군으로의 진입 여부를 결정하므로 그 기준 채택을 엄격하게 해야 한다.

(2) 지원자격에서 명시적으로 여성 또는 남성을 배제하는 것은 진정직업자격에 해당하지 않은 한 명백한 성차별에 해당한다.

(2.1) 지원자격을 부여한 특정 성별의 구성원에게 특정한 체력기준을 요구하지도 않고 별도의 체력 테스트도 없이 채용을 결정하면서 다른 성별의 구성원은 모두 적합하지 않다는 이유로 배제하는 것은 성차별에 해당한다.

사례 2.1가(2.1)-1 : **지원자격을 남성으로 제한하는 경우**

피진정인은 2007년도 채용공고문에 지원자격을 남자로만 제한하였다. 이에 대해 피진정인은 현금을 수송해야 하고 무거운 샘플을 가지고 다니면서 영업을 해야 하는 점, 건설현장에서 직접 시험시공을 해야 한다는 점 등의 이유로 여성이 근무하기에 어려운 조건이라서 여성을 채용할 수 없다고 주장하였다. 그러나 인권위는 현금의 운반은 남녀 공히 위험한 업무이고, 비록 샘플이 무겁다고 하더라도 여성 중에서도 남성보다 신체적, 체력적으로 우위에 있는 여성이 있을 수 있어 남성만이 그 일을 할 수 있는 것이 아니며, 현장에서의 시험시공 역시 여성 중에서도 남성만큼 신체적, 체력적으로 뒷받침이 될 수 있는 자가 있을 수 있다고 보았다. 즉, 강인한 체력이 요구된다는 이유로 모든 여성이 해당 직무를 수행할 수 없다고 볼 수 없다는 것이다(인권위 007. 3. 28.자 07진차56 결정).

(2.2) 흔히 남성만으로 지원자격을 제한 할 때 '위험한 일' 또는 '힘든 일'이기 때문에 '여성은 적합하지 않다'고 항변한다. 그러나 남성 중에서 그 업무를 할 수 있는 자격을 가진 자로 제한하지 않으면서 '모든 남성'은 가능하다고 전제하는 업무를 '모든 여성'이 할 수 없다고 전제하는 것은 여성에 대한 차별에 해당한다. 또한 남성 중에서 그 업무를 할 수 있는 자격을 가진 자로 제한하는 경우라도 그것이 '모든 여성'이 수행하는 것은 가능하지 않다고 전제하고 여성을 배제하는 것은 성차별에 해당한다.

(2.3) 특정한 직종에 여성만을 모집하면서 직무수행에 필요하지 않은 채용조건을 부과하는 경우도 성차별에 해당한다.

사례 2.1가(2.3)-1 : **직무수행과 무관한 키, 나이 등을 요구하는 경우**

한국철도공사는 KTX 여승무원의 채용기준으로 '용모단정하고, 서비스마인드가 높은 고급인력의 여사원'을 요구했으며, 홍익회(이후 (주)한국철도유통으로 명칭 변경)가 한국철도공사의 승인을 얻어 확정한 여승무원 채용기준은 성별에서 여성으로, 나이에서 신규직원 응시자의 경우 21~25세, 경력직원 응시자의 경우 21~35세, 용모에서 신장 162cm 이상이었다. 채용절차는 서류심사, 면접심사, 신체검사 등 3단계로 진행되었으며, 항목별 점수는 채용 시기별로 변동되었으나 2기 승무원의 경우 서류심사 점수 항목에 포함된 신체사항에서 신장 170~173cm의 경우 20점 만점, 166~169cm의 경우 15점, 174~177cm와 162~165cm의 경우는 각 10점이 부여되었다. 나이는 출생년도가 1982.1.1~1983.12.31.의 경우 10점 만점, 1980.1.1~1981.12.31.의 경우 7점이 부여되었다. 이는 직무와 무관하게 성별, 외모 및 나이를 기준으로 한 것으로 성차별에 해당한다(인권위 006. 9. 11.자 06진차116, 06진차136 병합 결정[74]).

(2.4) 사용자, 같은 사업장에 근무하는 근로자집단, 모집의뢰인 또는 고객의 선호를 이유

74) 나이차별에도 해당할 수 있다. 이와 관련한 자세한 사항은 나이차별 판단지침 참조.

로 성별에 따라 채용을 거부하는 것도 성차별이다.

사례 2.1가(2.4)-1 : **고객의 선호 등을 이유로 남성을 배제한 경우**

남성이 항공사 객실 승무원을 지원했으나 항공사는 여성만 뽑는다는 이유로 남성 승무원의 고용을 거부한 사건에서 항공사측은 승객의 심리상태를 고려해야 하는 객실 봉사업무에 여성이 더 적합하고, 승객들도 여자 승무원을 더 선호하기 때문에 사업의 필요상 여자승무원이 더 적합하다고 주장하였다. 그러나 이에 대해 미국 연방대법원은 항공사의 가장 중요한 기능은 안전한 수송이므로, 비록 여성승무원에 의해 쾌적한 환경이 만들어지고, 이러한 일을 남성보다 여성이 더 잘 수행한다고 할지라도, 이러한 서비스는 항공사업의 본질적 업무인 안전수송에 비해 부수적인 일이라고 판단하였다. 따라서 법원은 항공기 객실 승무원이 여성이어야만 하는 이유를 발견할 수 없으며 또한 남자 승무원을 채용함으로써 사업운영에 치명적인 타격을 받는다고도 여겨지지 않으므로 항공사측이 주장하는 고객의 선호, 구인난 등의 이유는 진정직업자격의 항변으로 정당하지 않다고 판결하였다.[75]

(2.5) 인터넷으로 채용지원을 하도록 하면서 성별을 구분하는 특정 주민등록번호를 입력하면 다음 단계로 넘어가지 않도록 설정하는 것도 성차별에 해당한다.

가상사례 2.1가(2.5)-1 : **성별을 구분하는 주민등록번호를 통해 선별적으로 지원서를 접수받는 경우**

A사는 온라인으로 채용서류를 접수하면서 성별을 구분하는 특정 주민등록번호 앞자리(1 or 2)를 입력하면 다음 단계로 넘어가지 않게 하여 사실상 접수가 불가능하게 하였는데 이는 성차별에 해당한다.

(3) 명시적으로 여성 또는 남성을 배제하지 않더라도 사실상 모집채용과정에서 특정 성별집단을 배제하는 것도 성차별이다

(3.1) 지원요건으로 “병역필”을 제시하는 경우 군대를 다녀오지 않은 남성도 차별의 대상에 포함되나, “병역필”이라는 자격요건으로 인해 여성의 대부분이 배제된다는 점에서 성차별에 해당한다.

(3.2) 직무수행상 반드시 필요하지 않음에도 특정 성별집단의 구성원이 충족하기 어려운 조건을 채용조건으로 부과하는 경우도 이에 해당한다.

(3.3) 모집채용공고에서는 성별을 제한하지 않으나 내부적 방침에 의해 실제 채용 시에는 여성을 배제하는 경우도 성차별에 해당한다.

(4) 성별에 따라 채용예정인원 또는 비율을 명시하는 경우 성차별에 해당한다. 명시적으로

---

75) Diaz v. Pan American World Airways, Inc. F 2d 385 404 US 950 (1971). 이 사건에서 법원은 본질적인 업무와 관련하여 성별은 부수적인 문제라며 진정직업자격 항변을 기각함으로써, 이후 진정직업자격 요건문제에서 ‘편의성(convenience)’보다 ‘본질적(essence)’ 기준이라는 원칙이 생겼다(윤후정·신인령, 2001,『법여성학』, 이화여자대학교 출판부, p. 373)

성별에 따라 채용예정인원 또는 비율을 제시하지는 않았지만 사실상 제한한 경우도 포함한다. 지원자는 동일한 방법으로 처리되어야 한다. 예를 들어, 성별에 따라 별도의 리스트를 작성해서는 안 된다. 단, 적극적 조치에 근거한 경우는 제외한다.

사례 2.1가(4)-1 : **성별채용인원을 구분하는 경우**

경찰청장은 경찰공무원 공개채용시험에서 남성·여성별로 채용인원을 정하여 모집하며, 여성 경찰공무원의 채용인원수는 남성 경찰공무원의 채용인원수에 비하여 현저히 적다. 이에 대해 국가인권위원회는 경찰공무원 공개채용 시험에서 성별에 따라 채용인원을 정하여 구분모집 하는 것은 합리적 이유 없이 평등권을 침해하는 것이므로 경찰공무원 공개채용시험에서 성별에 따라 채용인원을 정하여 구분모집 하지 말 것을 권고하였다. 즉, 경찰관 직무수행시 겪을 수 있는 위험 및 강인한 체력의 필요는 여성뿐 아니라 남성에게도 해당하는 것으로 위험을 예방하기 위한 조치 및 강인한 체력조건의 충족은 남성과 여성 모두에게 동등하게 적용되어야 함에도, 여성에게만 이러한 기준을 적용하면서 직무수행능력과 직접적 관련이 없는 성별을 기준으로 채용을 제한하여 여성 채용인원을 남성보다 현저히 적게 정하고 있는 것은 성별을 이유로 한 차별이라는 것이다(인권위 2005. 12. 5.자 05진기213 결정).

※ 참고 : 노동부「성차별적 모집·채용 광고 판단기준」관련 예시

① □□대졸남성 100명, 대졸여성 30명』,『고졸남성 20명, 고졸여성 10명』등 남녀별 채용 예정인원수를 다르게 명시해 모집하는 경우

(위반) 대졸남성 100명, 대졸여성 20명 → (개선) 대졸 120명

② □□남녀사원 20명 모집(남성은 10명 이상 채용)』 등 남성에 대해서 채용하는 최저인원수를 정하고 모집하는 경우

(위반) 남녀사원 20명 모집(남성은 10명 이상) → (개선) 남녀사원 20명 모집

(5) 학력, 경력 등 다른 자격이 같음에도 특정 성별집단의 구성원을 다른 성보다 낮은 직급·직위에 채용하거나 불리한 고용형태로 채용하는 경우도 성차별에 해당한다.

※ 참고 : 노동부 성차별적 모집·채용 광고 판단기준

(위반) 3급 사원: 4년제 대졸 남자, 4급 사원: 4년제 대졸 여자

→ (개선) 동일한 직급으로 채용

(위반) 동일조건으로 모집한 후 남성은 정규직, 여성은 임시직으로 발령

(6) 성별에 따라 다른 자격 및 요건을 요구하는 것도 성차별에 해당한다.

(6.1) 성별에 따라 응시연령을 달리 정하는 경우도 성차별에 해당한다.

사례 2.1가(6.1)-1 : **성별에 따라 응신연령을 달리 제한하는 경우**

진정인은 경찰공무원 채용시험 중 순경공개경쟁채용시험의 응시연령을 남자는 30세 이하, 여자는 27세 이하로 하고 있는 것은 성차별이라고 주장했다. 이에 대해 인권위는

군복무기간을 고려하여 남자의 응시 연령을 21세 이상 30세 이하로 정함으로써, 여자는 18세부터 응시기회가 주어지는데 반해 남자의 경우 여자보다 3세 늦은 21세부터 응시기회가 주어져 군복무 여부와 상관없이 21세가 될 때까지 기다려야 하는 불리한 대우를 받게 되고, 또한 남자는 30세까지 응시기회가 주어지는데 반해 여자의 경우 남자보다 3세가 빠른 27세에 응시기회가 끝나게 되어 4년제 대학을 졸업한 응시자가 늘어나고 있는 현실을 감안할 때 결과적으로 불리한 대우를 받게 된다고 판단했다[76](인권위 2004. 10. 18.자 03진차589 결정).

(6.2) 여성에게만 미혼일 것을 요구하는 것도 성차별에 해당한다.

사례 2.1가(6.2)-1 : **여성에게만 미혼일 것을 요구한 경우**

진정인은 '특전여군 000기' 선발에 응시하였으나 이혼한 자는 '기혼'에 속한다는 이유로 탈락되었다. 육군규정에 따르면 '임관일을 기준하여 18세 이상 27세 이하의 자 단, 여군지원자는 미혼여성'이라고 명시하여 지원자 중 여성의 경우에만 미혼으로 제한하고 있다. 동 조항에 이혼 여성을 기혼 여성으로 간주한다는 명시적인 표현은 없으나 육군과 특전사는 이혼 여성을 기혼 여성의 범주에 포함하여 해석해 왔다. 이에 대해 피진정인은 미혼과 기혼을 나누어 응시를 제한하고 이혼 여성의 경우에는 그 중 기혼 여성에 포함하여 해석하고 있는 것은 이혼 여성이 부사관에 임용될 경우 임신으로 인한 사고 발생의 우려와 단체 생활 및 팀웍 유지에 제한을 가져와 정상적인 특수 임무 수행이 불가능하기 때문이라고 주장하고 있다. 이에 대해 인권위는 미혼 여성과 이혼 여성은 모두 혼인관계에 있지 아니한 자이므로 임신가능성이나 팀웍 등 단체생활 유지라는 측면에서 구분의 실익이 없고 오히려 동질적 집단에 해당한다며 이혼 여성을 기혼 여성으로 간주해 배제하는 것은 차별에 해당한다고 판단하였다. 더 나아가 인권위는 육군규정에 육군(특전사 포함) 부사관 모집시 여성에게만 미혼의 요건을 두는 것은 차별에 해당한다고 판단하였다. 이와 관련해 피진정인 육군참모총장은 여성의 경우에만 기혼/미혼으로 구분하여 예외를 두고 있는 이유로, 기혼의 여성을 부사관 선발대상에 포함시킬 경우 양성기간 중에 임신으로 인한 사고 발생과 태아와 임신부의 건강을 해칠 우려가 있다고 주장하나, 비록 미혼으로 부사관에 임용되었다 할지라도 그 이후 결혼을 아예 할 수 없는 것이 아니라 자유로이 결혼을 할 수 있을 뿐 아니라, 임신 상태인 여성이 14주의 양성 교육이 있음을 알고도 응시할 가능성은 극히 낮을 것으로 이라는 것을 그 이유로 들었다. 또한 기혼 여성의 경우에 만일 그 여성이 양성 교육 기간 중 임신으로 인한 사고 발생 위험이나 건강상의 염려가 문제된다면, 이를 방지할 수 있는 다른 여러 방안을 마련해야 할 것이지, 일부 특수한 사정을 가정하여 기혼 여성 전부를 응시자격에서 완전히 배제하는 것은 타당하다고 할 수 없다고 하였다(인권위 2006. 12. 22.자 06진차399 결정).

(6.3) 성별에 따라 채용시험을 별도 실시하거나 합격기준을 다르게 하는 경우도 성차별에

76) 남녀 동일하게 응시연령을 설정한 경우 성차별은 문제되지 않을 수 있으나 나이차별의 문제는 제기될 수 있다. 나이차별 가이드라인 참고.

해당한다.

(6.4) 특정 성별집단에 대해서만 배우자나 보호자의 취업동의서 또는 보증 등을 요구하는 경우도 성차별에 해당한다.

(7) 모집·채용광고에서 특정 성별집단을 지칭하거나, 우대하는 것 또는 특정 성별집단을 배제하거나, 기피하는 표현을 사용하는 것은 진정직업자격 등에 해당하지 않는 한 성차별이다. 단, 특정 성별집단을 우대한다는 표현을 하는 경우로서 소수인 성별에 대한 적극적 조치의 일환으로 소수 성별집단의 구성원의 지원을 장려하는 것은 그러하지 아니 한다. 다만, 이 경우에도 선발은 성별을 고려하지 않고 객관적인 기준에 따라 행한다는 것을 명백히 해야 한다.

※ 참고 : 노동부「성차별적 모집·채용 광고 판단기준」관련 예시

① 남성환영, 남성 적합직종 등으로 표시하는 경우

(위반) 굴삭기 운전(남성 환영) → (개선) 굴삭기 운전(남녀 환영)

② □□세일즈맨』,『웨이타』등 남성을 표현하는 명칭으로 모집하는 경우

(위반) 웨이터 → (개선) 웨이터(남녀) 또는 웨이터·웨이트리스

* 두 용어는 흔히 남녀 모두를 지칭하는 의미로도 사용되나 세일즈맨(남자,여자)모집』이라고 하는 등 여성을 배제하지 않는 것이 명확한 경우를 제외하고, 향후에는 이러한 용어를 사용 자제

③ 여성만을 표현하는 직종의 명칭(예: 웨이트리스 등)으로 모집하는 경우

④ 여성환영, 여성희망, 여성적합 직종 등으로 모집광고를 하는 경우

(위반) 미용사(여성환영) → (개선) 미용사 (남녀)

※ 참고 : 영국 EOC 가이드라인: 성차별실행규칙(Code of Practice- Sex Discrimination)

○ 광고

일자리 광고는 양 성의 적합한 후보자로부터의 지원을 장려하는 방법으로 이루어져야 한다. 이는 광고문안에 의해서도 이루어질 수 있고, 예컨대 양 성이 접근할 가능성이 있는 출판물에 광고를 게재함으로써 이루어질 수도 있다. 고용이나 교육훈련 문제에 관련한 모든 공고물이나 관련 문건은, 남성과 여성의 고정된 역할(stereotyped roles)을 회피하는 것을 보장하기 위하여 검토되어야 한다. 그러한 고정관념은 직종에 있어서 성분리를 영속화시키는 경향에 있으며, 반대 성에 속하는 자로 하여금 특정한 일자리에 지원할 경우 채용되지 않을 것이라고 믿도록 할 수 있다:

· 공석이 승진이나 배치전환에 의해 채워지는 경우 그 사실이 각 성으로부터의 지원을 제한하지 않는 방법으로 모든 자격이 있는 근로자에게 공지되어야 한다.

· 주로 또는 오로지 구두에 의한 모집은 이용가능한 지원자의 선택을 불필요하게 제한할 수 있다. 그 실제에 있어서 그 방법이 반대성의 구성원이 지원하는 것을 방지하는 효과가 있다면 그 방법은 특정 성이 지배적으로 차지하고 있는 노동력에서는 회피되어야 한다.

· 신청인이 노동조합을 통하여 공급되고 특정 성의 구성원만이 제공된다면, 이는 채용할 대안적인 방법에 대하여 노동조합과 협의하여야 한다.

(8) 모집·채용과 관련한 정보제공에 있어서 특정 성별의 구성원에 대하여 불리한 대우를 하

는 경우도 성차별에 해당한다.

※ 참고 : 노동부 성차별적 모집·채용 판단기준
① 회사에 대한 안내 등의 자료를 특정 성에게만 송부하고 다른 성에게는 제공하지 않는 경우
② 회사안내 등의 자료를 제공하면서 내용을 달리 하여 한 성에게는 단순 자료만 제공하고, 다른 성에는 상세한 자료를 제공하는 경우
③ 기업에 대한 설명회를 개최하면서 어느 한성을 배제하고 하는 경우

(9) 면접과정에서 면접관이 성차별적인 고정관념을 드러내는 발언 또는 차별적인 질문을 하는 것은 성차별에 해당한다. 면접인터뷰를 담당하는 모든 자는 성차별을 하지 않도록 훈련되어야 하며, 인터뷰내용은 추후 지원자의 임명여부를 입증하기 위해 보관되어야 한다. 면접인터뷰의 질문은 그 직무와 관련된 것이어야 한다. 특히 결혼계획이나 가족계획에 대한 질문은 여성에 대한 편견을 보이는 것으로 해석될 수 있기 때문에 해서는 안 된다. 개인의 인적 사항에 대해 필요한 정보는 근로계약이 체결된 이후에 수집될 수 있다.

※ 참고 : 미국 EEOC "모집, 선발, 채용상의 차별금지에 관한 실무지침"
면접시 "18세 이하의 자녀가 있는가? 자녀의 숫자는? 자녀의 나이는? 자녀를 어떠한 방법으로 양육하고 있는가?" 하는 질문들은 종종 여성을 차별하는데 이용된다. 고용이전에 여성지원자들에게만 자녀양육 방법에 관한 정보를 요구하는 것은 민권법 제7편 위반이며, 고용주는 미취학 자녀를 둔 남녀 지원자에게 상이한 채용정책을 실시할 수 없다. 세금, 보험 또는 사회보장 목적에 필요한 정보는 지원자가 채용된 이후에 획득 가능하다.

나. 임금 및 기타 금품

입법례(국내) 2.1나-1 : 남녀고용평등법
제8조 (임금) ①사업주는 동일한 사업내의 동일가치의 노동에 대하여는 동일한 임금을 지급하여야 한다.
②동일가치 노동의 기준은 직무수행에서 요구되는 기술, 노력, 책임 및 작업조건 등으로 하고, 사업주가 그 기준을 정함에 있어 제25조의 규정에 의한 노사협의회의 근로자를 대표하는 위원의 의견을 들어야 한다. <개정 2005.12.30>
③임금차별을 목적으로 사업주에 의하여 설립된 별개의 사업은 동일한 사업으로 본다.제9조 (임금외의 금품 등) 사업주는 임금 외에 근로자의 생활을 보조하기 위한 금품의 지급 또는 자금의 융자 등 복리후생에 있어서 남녀를 차별하여서는 아니 된다.

입법례(국외) 2.1나-1 : UN 여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약(Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women)
제11조 1. 당사국은 고용분야에서 남녀평등의 기초위에 동일한 권리 특히 다음의 권리를 확보할 목적으로 여성에 대한 차별을 은폐하기 위한 모든 적절한 조치를 취하하여야 한다.
(d)수당을 포함하여 동등한 보수를 받을 권리 및 노동의 질의 평가에 있어 동등한 처우와

동등한 가치의 노동에 대한 동등한 처우를 받을 권리

(1) 임금차별을 판단하기 위해서는 남녀근로자들이 동일한 노동 또는 동일한 가치로 평가받을 수 있는 노동을 수행하였는지, 즉, 노동의 질과 양이 동일하거나 동일한 가치로 평가받을 수 있는지에 대한 판단이 전제된다. 만약 동일가치노동임에도 성별에 따라 임금체계 및 기준을 달리 적용한다면 그것은 성차별에 해당한다.

입법례(국외) 2.1나(1)-1 : 영국 동일임금법(Equal Pay Act 1970)

1. 동일고용에서 남녀동일대우 요건

(1) 만약 영국의 기업에 고용된 여성의 계약조건에 고용평등조항이 (직접적으로 또는 단체협약에 의거하여 또는 기타) 포함되어 있지 않은 경우에는 고용평등조항을 포함하도록 한다.

(2) 고용평등조항은 여성을 고용("여성의 계약")하는 계약 조건(임금에 관한 것이든 아니든)에 관한 규정으로서 다음과 같은 효력을 가진다.

(a) 여성이 남녀동일고용에 있어서 남성과 유사노동(like work)에 종사하는 경우

(i) (고용평등조항과는 별도로) 만약 여성의 계약 조건이 남성을 고용하는 계약조건에 비하여 여성에게 불리하거나 불리하게 되는 경우에는 여성의 계약 조건이 불리하지 않도록 수정된 것으로 간주되어야 하며, 그리고

(ii) (고용평등조항과는 별도로) 만약 여성의 계약 조건이, 남성을 고용하는 계약에서 남성에게 혜택을 주는 조건에 상응하는 조건을 포함하지 않는 경우에는 여성의 계약조건은 그러한 조건을 포함하는 것으로 간주된다.

(b) 여성이 남녀동일고용에 있어서 남성과 동등하다고 평가되는 노동(work rated as equivalent)에 종사하는 경우

(i) (고용평등조항과는 별도로) 만약 직무평가에 의하여 결정된 여성의 계약조건이 남성의 계약조건에 비하여 여성에게 불리하거나 불리하게 되는 경우에는 여성의 계약조건이 불리하지 않도록 수정된 것으로 간주되어야 하며, 그리고

(ii) (고용평등조항과는 별도로) 만약 여성의 계약조건이 직무평가에 의하여 결정된 남성의 고용계약에서 남성에게 혜택을 주는 조건에 상응하는 조건을 포함하지 않는 경우에는 여성의 계약조건은 그러한 조건을 포함하는 것으로 간주된다.

(c) 상기 (a) 또는 (b)항에 언급된 직무를 제외하고 여성이 남성과 동일고요에 있어서 필요로 하는 요구(예를 들어 노력, 기술, 의사결정 등의 항목을 기초로)에 대하여 동일가치를 갖는 노동에 종하나는 경우

(i) (고용평등조항과는 별도로) 만약 직무평가에 의하여 결정된 여성의 계약조건이 남성의 계약조건에 비하여 여성에게 불리하거나 불리하게 되는 경우에는 여성의 계약조건이 불리하지 않도록 수정된 것으로 간주되어야 하며, 그리고

(ii) (고용평등조항과는 별도로) 만약 여성의 계약조건이 직무평가에 의하여 결정된 남성의 고용계약에서 남성에게 혜택을 주는 조건에 상응하는 조건을 포함하지 않는 경우에는 여성의 계약조건은 그러한 조건을 포함하는 것으로 간주된다.

(3) 생략

(4) 만약 여성과 남성의 노동이 유사하거나 대략 유사한 성격이고 여성과 남성이 수행하는

노동의 차이(존재할 경우)가 고용조건에 있어서 실제상으로 중요하지 않다면 여성은 남성과 동일한 작업에 고용된 것으로 간주된다. 따라서 여성과 남성의 작업을 비교함에 있어서 차이의 성격과 범위뿐만 아니라 그러한 차이가 실제상으로 발생하는 빈도에 관심을 기울여야 한다.

(2) 흔히 성별에 근거한 임금차별에 대한 항변은 더 '힘든 일'을 하므로 더 많은 임금을 줄 필요가 있다는 것이다. 이때 '힘든 일'은 대체로 근력을 필요로 하는 일을 지칭하는 경우가 많다. 그러나 단순한 근력을 필요로 하는 업무가 섬세함과 집중력, 습득된 경험을 필요로 하는 업무에 비해 더 많은 노력과 높은 기술을 요한다고 보기 어렵다.

사례 2.1나(2)-1 : **남성이 단순히 더 힘든 일을 한다는 이유로 한 임금차별**

2002년 남녀차별임금으로 기소된 타일제조업체 H사 대표에 대한 상고심에서 대법원은 "무거운 원료나 기계를 운반하는 남성근로자들의 노동이 청소, 잉크보충 등을 하는 여성노동자에 비해 더 많은 체력이 소모되는 노동에 종사한 것은 사실이지만 그렇다고 해서 남성근로자의 작업이 일반 생산직 근로자에 비해 특별히 고도의 노동강도를 요구하거나 특별한 기술 등이 요구됐던 것은 아니므로 남녀간 임금차별을 정당화할 수 없다"고 하여 남성근로자가 여성에 비해 단순히 더 힘든 일을 한다는 이유만으로 임금을 차별지급한 것은 위법이라고 판결하였다(대법원 2002도3883판결).

사례 2.1나(2)-2 : **단순한 근력 vs 섬세함과 집중력, 습득된 경험**

진정인들은 ○○전자에서 계약직으로 근무하면서 당시 동일 신분으로서 동종 업무를 하던 남성근로자에 비해 낮은 임금을 받았다고 주장했다. 피진정인은 생산라인은 조립업무 이외에 상차업무가 있는데, 이 업무는 생산된 물건을 차에 싣는 출하작업으로서 업무효율을 위해 남성근로자가 담당하였으며 조립업무에 비하여 노동 강도가 높아 이 업무를 하는 사람들에게는 약간 높은 임금을 지급하였다고 밝혔다. 이에 대해 인권위는 제품의 생산 단계에서 여성 또는 남성만이 할 수 있는 업무의 특성이 발견되지 않으며, 실제로 상황에 따라 성별 및 고용형태의 구분 없이 업무에 배치되었으나, 경우에 따라 남성이 여성보다 조금 더 상차업무를 많이 했던 정도인데, 이것만으로 남성근로자들에게 더 많은 임금을 줄만한 합리적인 근거로 삼기는 어렵다고 밝혔다. 또한 피진정인의 주장처럼 설사 남성이 주로 상차업무를, 여성이 주로 조립업무를 담당했다고 하더라도 그것만으로써 남녀근로자들을 달리 대우할 합리적 이유가 되지 못한다고 판단했다. 이들은 모두 계약직 근로자로서 책임의 면에서 별다른 차이가 없고, 남녀근로자가 하나의 라인에서 연속된 작업공정에 배치되어 협동체로서 근무했으므로 작업조건이 본질적으로 다르다고도 할 수 없으며 단순한 근력을 필요로 하는 상차업무가 섬세함과 집중력, 습득된 경험을 필요로 하는 조립업무에 비해 더 높은 임금을 지급해야 할 만큼의 많은 노력과 높은 기술을 요한다고도 볼 수 없다는 것이다(인권위 2007. 10. 8.자 07진차232 결정).

(3) 임금에 영향을 미치는 경력 등의 기준을 택함에 있어서 특정 성별에게 불리한 효과를 가져오는 기준을 사용하는 경우도 성차별에 해당한다.

사례 2.1나(3)-1 : **호봉산정에 영향을 미치는 경력기준의 성차별 여부**

교육인적자원부는 교사 임용 전 농업종사 경력을 호봉획정경력으로 인정하기 위해서는 실제 농업에 종사한 경력을 입증토록 하고 있고, 그 기준으로 '토지대장, 등기부등본, 농지원부 상의 소유자 및 농업인'을 제시하고 있다. 이 기준에 따르면 남성을 세대의 대표자로 당연시하는 사회풍토로 인하여 실제와는 다르게 남성이 농업인의 절대다수를 차지하는 것으로 나타난다. 따라서 여성의 농업경력 인정률은 현저히 낮을 수밖에 없어 이러한 기준은 결과적으로 성별에 따른 차별을 초래한다(인권위 2005. 9. 8.자 05진차 467 결정).

(4) 가족수당 등을 지급하면서 주민등록증상의 세대주일 것을 요구하는 것은 성차별에 해당한다. 주민등록상 세대주는 부부 중 누구라도 될 수 있지만, 남성이 주로 세대주라는 관행을 고려한다면 실제 세대주로서 가족부양의 책임을 지면서도 주민등록상 세대주가 아니라는 이유로 여성이 배제될 확률이 높기 때문이다.

(4.1) 맞벌이부부의 경우 가족수당 등의 우선적 지급대상을 남성으로 지정하는 것은 성차별에 해당할 수 있다.

사례 2.1나(4.1)-1 : **남성에게 우선적으로 가족수당을 지급하는 경우**

한 여성공무원은 이혼소송중이면서 딸 1명을 직접부양하고 있는 자신은 가족수당 등을 지급받지 못하고, 별거중인 남편이 지급받고 있다며 진정을 제기하였다. 이에 대해 여성부 남녀차별개선위원회는 그 근거가 되는 지방공무원수당 등의 업무처리지침(2002년, ○○○○부)은 가족수당과 자녀학비보조수당 지급방법에 있어서 부부가 공무원인 경우에는 夫를 기준으로 夫에게만 가족수당을 지급하고, 婦가 지급받으려면 夫의 동의를 받아야 하도록 하고 있는데 이는 남녀차별에 해당한다고 결정하였다(2002.12.30, 02남녀차별31).

(5) 근로자에 대한 생활보조적·후생적 금품의 지급 등 근로자복지제도의 실시에 있어서 성별에 따라 차이를 두는 것은 성차별이다.

(5.1) 이때 특히 주의하여야 할 것은 근로자의 '부모'를 이유로 한 각종 생활보조적·후생적 금품의 지급을 지급할 때이다. 예를 들어, 결혼을 기점으로 복지제도의 적용을 받는 남성근로자의 '부모'는 변화가 없으나 여성근로자에 대해서만 자신의 부모가 아닌 남편의 부모를 '부모'로 보아 관련 규정을 적용하는 것은 성차별에 해당한다.

사례 2.1나(5.1)-1 : **복리후생에서의 성차별**

여성부는 ○○대학교의료원이 기혼남녀직원의 본인 부모와 배우자 부모간 진료비 감면율을 다르게 정한 것은 남녀차별에 해당한다고 결정하였다. 즉, A라는 남자 직원, B라는 여자 직원이 결혼을 하기 전에는 각자 본인 부모는 진료비 본인 부담금 50%, 지정(선

택) 진료비 100%를 감면받다가 결혼을 함으로서 A(남)의 본인 부모는 결혼 전과 혜택이 같은데 B(여)의 본인 부모(친정 부모)는 진료비 본인 부담금은 50%에서 30%로, 지정(선택)진료비는 100%에서 30%로 감면율이 일률적으로 감소한다면, 설령 B의 배우자 부모(시부모)에게 A(남)의 본인 부모와 동일한 감면 혜택이 추가되어 혜택의 총량은 같아지더라도 B(여)의 배우자 부모(시부모)에게 추가되는 감면 혜택이 본인 부모(친정 부모)의 피해를 상쇄할 수 없다는 측면에서 A(남)과 B(여)을 기준으로 진료비 감면 혜택의 차별이 없었다고는 볼 수 없다고 판단했다. 기혼남녀직원이 선택할 수 있는 것이 아니라 강제적으로 결혼을 기점으로 기혼여직원의 본인 부모만 감면율이 감소하여 경제적 피해가 발생한다는 점과 여직원의 경우 본인 부모에 대한 경제적인 부양 의무 등 제반 사정을 고려하지 않은 채 자동적으로 배우자 부모(시부모)에 대한 감면율을 본인 부모보다 유리하게 적용시킨다는 점에서 합리적인 이유가 없는 남녀차별에 해당한다는 것이다(여성부 2004.7.26, 04남녀차별34). 이에 대해 00대학교의료원은 이의신청을 제기하였으나 기각되었다(여성부 2004.10.25, 04이의신청6).

사례 2.1나(5.1)-2 : **남성은 친부모 사망시, 여성은 시부모 사망시에 부조금을 지급하는 것은 성차별**

여성부는 ○○대학교의 “교직원부조회규약”에 따르면 부조금지급대상이 되는 직계존속의 정의를 “부모 또는 조부모에 한하며”라고 되어 있는데, 남자직원은 친부모 사망시에, 결혼한 여직원은 시부모 사망시에 부조금을 지급하는 것에 대해 남녀차별에 해당한다고 결정하였다. 피신청인 대학교는 교직원부조회 설립(1978.8.31) 당시 사회적 환경이 결혼한 여직원의 경우 대부분이 시부모를 부양하고 있는 점, 우리나라의 전통관습 등을 감안하여 결혼한 여성은 시부모를 “직계존속 부모”로 해석하여 부조금을 지급해왔다고 주장하나, 여성부는 지금은 시대적 상황이 변하여 시부모를 부양하는 여성들이 많지 않을 뿐 아니라 실지조사시 설문조사에 응한 여자직원의 대부분(응답자의 89.8%)이 친부모가 아닌 시부모 사망시에 부조금을 지급하는 것을 반대하고 있다고 밝혔다(여성부 2003,3,24, 02남녀차별35).

다. 교육훈련

입법례(국내) 2.1다-1 : 남녀고용평등법

제10조 (교육·배치 및 승진) 사업주는 근로자의 교육·배치 및 승진에 있어서 남녀를 차별하여서는 아니 된다.

입법례(국외) 2.1다-1 : UN 여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약(Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women)

제11조 1. 당사국은 고용분야에서 남녀평등의 기초위에 동일한 권리 특히 다음의 권리를 확보할 목적으로 여성에 대한 차별을 은폐하기 위한 모든 적절한 조치를 취하하여야 한다.

(c)직업과 고용의 자유로운 선택권, 승진, 직장안정 및 역무에 관련된 모든 혜택과 조건을 누릴 권리, 그리고 견습, 고등직원훈련 및 재훈련을 받을 권리

(1) 해외연수 등 각종 교육의 대상자 선정에 있어서 객관적인 기준에 의하지 아니하고 특정 성별 구성원을 제외하는 것은 명백한 성차별이다.

(2) 성별에 따라 교육대상인원을 배정하는 것도 특정 성별의 교육기회를 제한하는 것으로 성차별에 해당한다.

(3) 직무와 무관하고, 합리적인 이유 없이 성별로 교육과정을 편성·운영하는 등 교육 내용을 달리하는 것도 성차별에 해당한다.

라. 승진

입법례(국내) 2.1라-1 : 남녀고용평등법
제10조 (교육·배치 및 승진) 사업주는 근로자의 교육·배치 및 승진에 있어서 남녀를 차별하여서는 아니된다.

입법례(국외) 2.1라-1 : UN 여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약(Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women)
제11조 1. 당사국은 고용분야에서 남녀평등의 기초위에 동일한 권리 특히 다음의 권리를 확보할 목적으로 여성에 대한 차별을 은폐하기 위한 모든 적절한 조치를 취하하여야 한다.
(c)직업과 고용의 자유로운 선택권, 승진, 직장안정 및 역무에 관련된 모든 혜택과 조건을 누릴 권리, 그리고 견습, 고등직원훈련 및 재훈련을 받을 권리

(1) 승진은 단지 직급상승의 문제일 뿐만 아니라 임금, 교육, 배치, 직무 등 모든 고용조건과 관련을 갖고 있다는 점에서 근로자에게 매우 중요한 근로조건의 하나이다.

(2) 승진차별 여부를 다툴 때 '승진에 관한 사항은 인사권에 속하는 것으로 사업주의 재량에 맡겨야 한다'는 항변은 정당한 것으로 인정받기 어렵다. 근로자에 대한 승진의 문제가 부분적으로 인사권에 속하는 사항이라고 할지라도 그 인사권은 무소불위의 권력이 아니라 경영상 필요에 의한 합리적인 권한에 해당할 때 그 정당성을 인정받을 수 있기 때문이다.

(3) 승진과 관련한 제도나 규정에 명시적인 성차별 조항이 없다는 것이 성차별이 없었음을 대변해 주는 것은 아니다. 제도적으로 특정 성별의 승진을 제한하는 경우도 있었지만 그보다 더 많은 대부분의 경우에서 승진차별은 제도보다는 관행에 의해 이루어져 왔기 때문이다.

사례 2.1라(3)-1 : **성차별적 관행에 의한 승진차별**
○○자동차에서 근무하는 진정인들은 5급 남자직원이 4급으로 승진하는 데 평균 7년이 소요되는 반면, 여자직원은 평균 12년이 소요되는 것은 성차별이라고 주장했다. 이에 대해 인권위는 통계상의 극심한 남녀 불균형은 승진에서의 성차별이 오랜 기간 심각하

게 진행되었다는 것을 보여주는 직접적이고 명백한 증거라고 판단했다. 즉, 인권위는 피진정인의 인사 관련 제도나 규정 등에 비록 명시적인 성차별 규정이 없다하더라도 현재의 승진관련 통계상 성차별적 결과는 여성의 노동이 평가절하 될 수 있는 평가항목, 고과자의 성적 편견의 개입, 고과자의 주관적 판단에 근거한 형식적 인사고과가 이루어져 왔다는 것을 보여주는 반증이라고 보았다. 또한 여성은 결혼을 하면 일을 그만두어야 했던 과거의 관행, 남성은 집안의 가장이므로 우선적으로 승진시켜야 된다는 생각, 여성의 업무는 단순하고 가치가 낮다는 편견, 남성의 업무는 어렵고 힘들어 난이도가 높다는 고정관념 등이 남성에게 높은 고과를 주고 여성을 승진에서 배제하는 것이 당연한 관행으로 굳어졌다고 판단하고 이 사건 승진차별을 인정했다(인권위 2006. 11. 6.자 06진차42 결정).

(4) 인사고과점수가 승진차별을 정당화 해주는 것은 아니다. 인사고과점수는 조사를 통해 다시 검토되어야 할 하나의 기준에 해당한다.

(4.1) 대부분의 경우 '인사고과점수'를 승진의 주요한 '객관적인 기준'으로 받아들이면서 이에 더하여 최종 결정권자의 재량(주관)으로 사실상 승진을 결정하고 있다. 따라서 승진차별을 판단하기 위해서는 다소 객관적으로 보이는 인사고과점수와 같은 수량적 점수에 기반한 통계적 사실(인사고과점수) 또한 실제로는 평가자의 주관적인 판단에 의해 결정된다는 점을 인식하고, 그 의미가 다시 검토되어야 하는 것이다.

(4.2) 승진기준이 되는 인사고과 등에 있어서 특정 성별에 대하여 불리한 평가를 가져오는 항목을 두는 경우 차별을 추정할 수 있다. 인사고과 등 평가제도가 있는 경우 사용자는 평가기준이 차별적이지 않다는 것을 입증해야 하고, 그러한 제도가 실제로는 어떻게 운영되고 있는지를 평가하기 위해서 모니터링 되어야 한다.

(5) 통계상의 극심한 남녀 불균형은 승진에서의 성차별이 오랜 기간 심각하게 진행되었다는 것을 보여주는 하나의 증거이다.

사례 2.1라(5)-1 : **통계상의 극심한 성별 분균형은 승진차별의 증거**

○○자동차에서 근무하는 진정인들은 5급 남자직원이 4급으로 승진하는데 평균 7년이 소요되는 반면, 여자직원은 평균 12년이 소요되는 것은 성차별이라고 주장했다. 인권위 조사결과 여성의 경우 5급에서 4급으로의 승진에 평균 11년이 소요되는 반면(아직까지 5급으로 있는 56%의 여성들을 감안하면 승진소요연한은 더욱 길어진다), 남자 직원들의 같은 직급으로의 승진소요연한은 6.5년이었다. 또한 남자 직원들은 모두 대리 이상으로 승진하였으나 여자 직원의 59%에 이르는 23명은 입사한 지 10년에서 15년이 경과하였음에도 여전히 최하위직에 머물러 있다. 성별 간 격차는 상위직급으로 갈수록 더욱 커져 '과장승진'의 경우 여성은 승진 대상자에 오를 사람조차 없게 되었고, 전체 직원 중 대리 이상의 여성 직원은 5%도 되지 않아 대리급 이상은 남성, 평직원은 여성이라는 직급별 성별 불균형을 낳게 되었으며, 각 지점의 경우 과장이나 대리는 남성, 평사원은 여

성이라는 지점 내 인적 구성의 변화까지 초래하였다. 인권위는 이러한 통계상의 극심한 남녀 불균형은 승진에서의 성차별이 오랜 기간 심각하게 진행되었다는 것을 보여주는 직접적이고 명백한 증거라고 판단했다(인권위 2006. 11. 6. 06진차42 결정).

(6) 승진을 결정하는 객관적 기준이 부재하거나, 기준이 존재한다고 하여도 사실상 특정 성별에게 불리한 경우 성차별을 추정할 수 있다.

(6.1) 객관적 기준 없이 승진대상자를 특정 성별에 편중하는 경우

(6.2) 특정 성별보다 장기간 근속을 요건으로 하거나 특정 성별에게만 승진 시험을 통과해야 하는 요건을 부과하는 등의 방법으로 특정 성별 구성원에게 상대적으로 불리한 승진조건이나 절차를 적용하는 경우

(6.3) 특정 성별에 대하여는 일정 직급 또는 직위 이상으로 승진할 수 없도록 하거나, 특정 성별의 직급 또는 직위를 더 많은 단계로 세분화하여 결과적으로 승진을 불리하게 하는 경우

(6.4) 여성이 대다수인 직무에 대해 사실상 승진기회를 부여하지 않는 경우

사례 2.1라(6.4)-1 : **여성다수직급에 대한 승진기회 배제**

법원은 ○○협회는 1986. 8. 21. 행정직 6직급을 폐지하는 대신 상용직(商用職)을 신설하여 행정직 6직급으로 근무하는 여성근로자들을 모두 상용직으로 편입하고 행정직과 상용직 사이의 직군간 이동과 상용직 내에서의 5직급 등으로의 직급승진을 허용하지 아니한 사실 등을 인정한 뒤, 참가인이 비록 6직급의 업무의 특성에 기인하여 직군을 달리할 업무상 필요가 있었다 하더라도, 직제 개편 당시 이미 근무하던 행정직 6직급 근로자들에 대하여서까지 직군간 이동을 제한하고 기존에 허용되던 상용직 내에서의 승진조차 전혀 허용하지 아니함으로써 행정직 6직급 근로자들의 직급승진의 기회를 사후에 박탈한 것(이에 따라 6직급 근로자들의 정년은 직급정년인 35세로 고정되게 되었다)은 그들이 채용 당시 가지고 있던 승진에 대한 기대이익을 침해하는 조치로서 합리성이 없다 할 것이고, 상용직의 업무가 행정직 6직급의 그것과 동일하였고, 행정직 6직급이 모두 여성근로자들로만 구성되어 있는 점에 비추어 보면, 참가인의 위 직제개편조치는 합리적 이유 없이 행정직 6직급인 여성근로자들에게만 불리하게 승진을 제한하는 차별적 대우를 한 것이라고 판단하였다. 나아가 ○○협회가 직제규정을 다시 개정하여 1996. 11. 15부터 상용직을 폐지하고 상용직 근로자들을 전원 행정직 6직급으로 재개편하고 승진의 기회를 부여하였으나, 이러한 경우 ○○협회가 상용직의 폐지로 인하여 행정직 6직급으로 환원되는 여성근로자들의 직급을 정함에 있어, 근속기간 등을 고려하여 직제규정에 맞는 직급을 부여함으로써 10여 년간 상용직에 묶여 승진의 기회를 박탈당한 행정직 6직급 여성근로자들의 불이익을 제거하였어야 할 터인데, 별다른 조치 없이 상용직 근로자 전원을 그대로 6직급으로 환원함으로써, 행정직 6직급 여성근로자들의 승진에 있어서의 불이익이 여전히 잔존하게 되었다고 판단하였다(대법원2006.7.28. 선고 2006두3476 판결).

(7) 최저 승진소요기간만 경과하면 사실상 자동적으로 승진되는 제도를 시행하고 있는 회사에서 승진소요기간에 도달한 승진대상자임에도 불구하고 육아휴직 중인 것을 이유로 승진대상자에서 제외하는 것은 차별에 해당한다. 위와 같은 승진제도를 허용한다면 육아휴직제도의 도입취지와 달리 근로자들은 명시적인 승진불이익을 우려하여 육아휴직을 사용하기 어렵게 될 것이다. 또한 육아휴직은 제도적으로는 남녀 모두 사용할 수 있지만 관행적으로 여성이 다수 사용하는 현실에서 여성에 대한 차별을 초래할 가능성이 높다.

사례 2.1라(7)-1 : **육아휴직과 승진배제**

국가인권위원회는 매년 1월 1일, 7월 1일 2회만 직원을 승진시키면서 5급까지는 최저승진소요년수만 경과하면 특별한 사유가 없으면 승진되는 제도를 시행하고 있는 회사에서 승진소요년수에 도달한 승진대상자임에도 육아휴직중인 것을 이유로 승진에서 제외하는 것은 합리적 이유가 없는 차별이라 판단하였다. 육아휴직 기간 중에 승진심사가 있어 승진에서 제외되는 자는 복직 후 바로 승진이 되는 것이 아니라 다음 승진 일자까지 기다려야 하므로 실질적으로 승진이 늦어지는 불이익을 받게 되는데, 이와 같이 운영되는 경우 상당수 여성들이 승진과 경쟁에서 탈락하지 않기 위해 육아휴직제도 사용을 기피할 가능성이 있게 되며 이는 우리 사회의 존속을 위해 시행되고 있는 육아휴직제도의 취지에 반하는 결과를 낳게 될 것이라고 보았다(인권위 2006. 10. 10.자 06진차308 결정).

마. 배치전환

입법례(국내) 2.1마-1 : 남녀고용평등법

제10조 (교육·배치 및 승진) 사업주는 근로자의 교육·배치 및 승진에 있어서 남녀를 차별하여서는 아니 된다.

입법례(국외) 2.1마-1 : UN 여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약(Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women)

제11조 1. 당사국은 고용분야에서 남녀평등의 기초위에 동일한 권리 특히 다음의 권리를 확보할 목적으로 여성에 대한 차별을 은폐하기 위한 모든 적절한 조치를 취하하여야 한다.

(c)직업과 고용의 자유로운 선택권, 승진, 직장안정 및 역무에 관련된 모든 혜택과 조건을 누릴 권리, 그리고 견습, 고등직원훈련 및 재훈련을 받을 권리

(1) 직무수행상 필요 불가결한 요건이나 업무의 특수성에 근거하지 않고 일정한 직무의 배치대상에서 특정 성별 구성원을 배제하거나 특정 성별 구성원을 편중하여 배치하는 것은 성차별에 해당한다.

(2) 동일 학력·자격으로 채용하였음에도 특정 성별 구성원은 주로 기간업무에 배치하고 다른 성별 구성원은 본인의 의사와 관계없이 정형적인 단순·보조업무에 배치하는 것은 성차별에 해당한다.

(3) 특정 성별의 구성원을 특정 직군에 배치하거나 지원하도록 종용하는 것은 성차별에 해당한다.

(4) 합리적인 이유 없이 직종 간의 배치전환을 제한하거나 배제하는 것은 성차별에 해당한다.

(5) 승진시험에 합격하거나 일정 경력에 이르렀음에도 특정 성별에 대해서만 그에 상응하는 업무에 배치시키지 아니하는 것은 성차별에 해당한다.

(6) 종사자 또는 근로자를 정기적으로 순환근무시키면서 특정 성별의 구성원에 대하여는 본인의 의사에 관계없이 특정 업무만을 계속 근무시키는 것은 성차별에 해당한다.

바. 해고 및 퇴직

입법례(국내) 2.1바-1 : 남녀고용평등법
제11조 (정년·퇴직 및 해고) ①사업주는 근로자의 정년·퇴직 및 해고에 있어서 남녀를 차별하여서는 아니 된다.
②사업주는 근로여성의 혼인, 임신 또는 출산을 퇴직사유로 예정하는 근로계약을 체결하여서는 아니 된다.

입법례(국내) 2.1바-2 : 근로기준법
제24조 (경영상 이유에 의한 해고의 제한) ① 사용자가 경영상 이유에 의하여 근로자를 해고하려면 긴박한 경영상의 필요가 있어야 한다. 이 경우 경영 악화를 방지하기 위한 사업의 양도·인수·합병은 긴박한 경영상의 필요가 있는 것으로 본다.
② 제1항의 경우에 사용자는 해고를 피하기 위한 노력을 다하여야 하며, 합리적이고 공정한 해고의 기준을 정하고 이에 따라 그 대상자를 선정하여야 한다. 이 경우 남녀의 성을 이유로 차별하여서는 아니 된다.

(1) 특정 성별의 근로자에 대하여 명시적으로 또는 암시적으로 퇴직을 권유 또는 강요하는 것은 성차별에 해당한다.

(1.1) 특정 성별의 구성원에게 '관행'을 이유로 퇴직을 권유 또는 강요하는 것은 성차별이

다. 특히, 결혼퇴직이 관행인 사업장에서 그로 인해 여성이 퇴직하는 것은 성차별에 해당한다. 이 때 '관행'에 대한 차별이 있었음을 일응 입증하는 방법은 통계적 사실만으로도 충분하다. 물론 이것이 통계로 입증하라는 것을 요구하는 의미는 아니다.

가상사례 2.1바(1.1)-1 : **결혼퇴직관행에 대한 일응입증**

1) A사가 창립된 1953년부터 1999년 현재까지 약 46년간 결혼사실이 밝혀진 후 A사에서 근무한 여성근로자가 한 명도 없었고 2) 차별피해자가 문제제기를 한 당시 A사에서 차별피해자와 같은 고용형태로 일하는 여성근로자가 전원 미혼이라면 결혼퇴직관행이 있었다는 일응입증이 된 것으로 볼 수 있다.

사례 2.1바(1.1)-2: **결혼퇴직관행에 의한 고용형태전환은 성차별**

진정인은 계약직으로 일하다가 결혼퇴직관행에 의해 퇴사하고 프리랜서로 전환하도록 하는 것이 차별이라고 주장하였고, (주)○○방송 측은 고용형태 전환은 진정인의 자발적 의사에 따른 것이라고 주장했다. 조사결과 인권위는 고용형태의 전환으로 인해 발생하는 예측 가능한 경제적 불이익, 남성 계약직 중 기혼자가 다수이나 여성 계약직 중 기혼자는 한 명도 없는 고용 현황, 여성 계약직이 결혼하면 퇴사하게 하는 회사의 관행이 있다는 참고인들의 진술 등을 종합하여 볼 때, 진정인은 자발적인 의사가 아니라 여성 계약직이 결혼하면 퇴사하게 하는 ○○방송의 관행에 따라 퇴사하고 고용형태를 전환한 것으로 인정했다. 그리고 이러한 결혼 퇴직 관행은 여성에 한하여 결혼을 이유로 다른 남성들과 동등하게 고용될 기회를 배제하는 것으로 합리적 이유가 없는 차별이라 판단하였다(인권위 2006. 12. 22.자 06진차481 결정).

(1.2) 기업의 구조조정시 희망퇴직, 명예퇴직 등의 이름으로 특정 성별의 구성원에게 행해지는 퇴직강요는 성차별에 해당한다.

사례 2.1바(1.2)-1 : **사내부부 여성에 대한 퇴직 강요**

A생명보험회사(이하 피고회사)에서는 구조조정의 일환으로 사내부부에 대한 퇴직압력이 있었고, 그 즈음 사내부부 88쌍중 86쌍 가운데 한 명씩이 사직서를 제출한 사건이 있었다. 그 후 원고들은 '회사의 강요로 어쩔 수 없이 사표를 썼다'며 회사측을 상대로 해고무효확인 청구소송을 냈다. 이에 대해 서울지방법원[77]에서는 역시 농협판결과 마찬가지로 본 원고들의 사직서제출이 비진의의사표시에 해당하지 않는다고 하여 기각하였다. 그러나 곧바로 원고들은 항소하였고, 고등법원은 IMF 사태로 경영 위기가 닥치자 회사가 사내 부부중 한 명이 사직하도록 강요한 것은 부당 해고라고 하여 원심을 깨고 원고 승소 판결을 했다. 또한 대법원[78]도 "피고회사의 중간관리자들이 계속, 반복적으로 행한 퇴직권유 또는 종용행위는 원고들에 대하여 우월적인 지위에 있는 피고회사의 강

요행위라고 인식될 것이어서, 사직서를 제출한 대가로 별도의 이득도 얻지 못한 원고들이 1998.8.31자로 퇴직을 원하는 내용의 사직서를 제출함으로써 표명한 사직의사는 피고의 강요에 의하여 어쩔 수 없이 이루어진 것으로서 내심의 효과의사 없는 비진의표시라 할 것이고 따라서 이는 의원면직의 외형만을 갖추고 있을 뿐 실질적으로는 피고회사에 의한 해고에 해당하고, 나아가 원고들을 해고할만한 정당한 사유가 있고 정당한 징계절차를 밟아 해고하였다거나 근로기준법 제31조에 따른 정리해고의 요건을 갖추었다는 점에 관하여 피고로부터 아무런 주장, 입증이 없으므로 부당해고"라고 보았다.

(2) 정리해고의 대상자를 선정함에 있어서 특정 기준 또는 특정 기준의 배점비율의 사용으로 인해 특정 성별 구성원에게 불리한 결과를 야기하는 경우는 성차별에 해당한다.

(2.1) 합리적인 이유 없이 특정 성이 압도적으로 다수 배치되어 있는 직무·직급 등을 그렇지 않은 직무·직급 등에 비해 우선적으로 또는 더 많이 정리해고의 대상으로 하는 것은 성차별에 해당한다.

(2.2) 정리해고대상자 선정기준의 하나로 '배우자 직업유무'를 사용하는 것은 성차별에 해당한다. 법이 보장하는 근로의 권리는 '부부'가 아닌 '개인'이 그 권리의 주체이다. 배우자의 직업이 있을 경우 우선적으로 정리해고의 대상이 되는 것은 사실상 여성을 우선해고하는 결과를 가져온다.

(2.3) 상대적으로 여성이 불리할 수 있는 '부양가족 수' 등과 같은 선정기준의 배점비율이 사실상 당락을 좌우할 정도로 높은 경우도 성차별에 해당할 수 있다.

사. 정년

입법례(국내) 2.1사-1 : 남녀고용평등법
제11조 (정년·퇴직 및 해고) ①사업주는 근로자의 정년·퇴직 및 해고에 있어서 남녀를 차별하여서는 아니 된다.
②사업주는 근로여성의 혼인, 임신 또는 출산을 퇴직사유로 예정하는 근로계약을 체결하여서는 아니 된다.

(1) 직무의 성격, 직무수행 능력을 고려하지 않고 여성이 다수를 차지하는 직무의 정년을 그렇지 않은 직무의 정년에 비해 합리적 이유 없이 낮게 설정하는 것은 성차별에 해당한다.

사례 2.1사(1)-1 : **여성다수직종에 대한 낮은 정년 적용**
여성전용직종이라 할 수 있는 전화교환원에 있어서만 다른 직렬과는 달리 정년연령을

77) 서울지법 2001.4.12, 선고 2000가합38454 판결.
78) 대법원 2002.7.21. 선고 2002다19292 판결.

낮게 책정한 것(다른 직렬은 55세 정년이었으나 전화교환원만 43세 정년)에 대하여 이 사건의 확정판결[79]에 따르면 여성 전용 직종인 교환직렬의 정년을 다른 일반직렬의 정년보다 12년이나 낮은 43세로 정한 것은 노사간의 단체협약의 추인을 받았다고 하더라도 근로기준법 제5조에 위배되어 무효이며 그 이유로는 ① 교환직렬 직종은 사실상 여성 전용 직종이라고 볼 수 있기 때문에 별다른 합리적인 이유가 없다면 교환 직렬에 있어서만 조기퇴직을 하도록 한 것은 여성에 대한 차별이라고 볼 수 있으며 ② 교환원의 업무를 만 44세 이상의 교환원이 수행하기에 부적합하다든가 감당할 수 없다고 볼 수 없다는 것을 제시했다. 그런데 고등법원 판결 당시 공사측은 일반직은 58세, 교환원은 53세로 정년 연장 조치를 하였으며 이와 같은 정년차별이 또다시 문제가 되었다. 이 때 대법원은 ① 53세가 넘는 고령의 근로자가 야간근무 등을 수반하는 교환직의 업무를 담당하는 것이 적합한지도 의문이며 ② 교환직렬의 정년을 다른 직렬과 같이 58세로 연장하면 교환직렬은 더욱 고령화되고 신규인력의 유입이 더욱 어려워짐에 따라 연공서열제를 채택하고 있는 공사의 고용비용은 더욱 증가되고 생산성은 더욱 낮아질 수밖에 없기 때문에 ③ 교환직렬에서의 인력의 잉여 정도, 연령별 인원구성, 정년 차이의 정도, 차등정년을 실시함에 있어서 노사간의 협의를 거친 점, 신규채용을 하지 못한 기간, 현재의 정년에 대한 교환직렬 직원들의 의견 등에 비추어 보면 5년간의 정년차등을 둔 것이 사회통념상 합리성이 없다고 단정하기는 어렵다는 이유로 원심 판결을 파기하였다.[80] 이 사건은 법원이 동일한 직종의 정년차별 사건에 대하여 서로 다른 논리를 들어 각각 다른 판결을 내린 것으로 법원의 성차별 판단기준에 대해 많은 논란을 불러일으켰다.

(2) 직급정년제를 도입한 경우로서 합리적으로 인정할 수 없는 정도로 정년의 차이가 크고, 그로 인해 결과적으로 특정 성별의 구성원이 불이익을 받는 것은 성차별에 해당한다.

가상사례 2.1사(2)-1 : **성차별적 직급정년제**

K사의 경우 1급 60세, 2급 55세, 3급 50세, 4급 45세, 5급 40세로 직급정년제를 도입하고 있다. K사에서 남성은 각 직급정년에 도달하기 전에 승진을 하게 되어 통상적으로 55세 또는 60세에 정년을 맞이하게 된다. 그러나 여성의 경우 승진차별의 효과로 5급 40세 또는 4급 45세 정년의 적용을 받는다. 위와 같은 직급정년제로 인해 사실상 50세 이전의 정년을 적용받는 집단은 여성이 대다수이다. 한편, K사와 유사한 사업체에서는 직급정년제를 운용하는 경우라도 정년은 최소한 50세 이상으로 규정하고 있으며, 직급별 정년의 격차도 2-8년에 불과하다. 그러나 K사는 사회통념상 '정년'이라고 인정하기에는 너무 빠른 40세부터 정년이 시작되며, 직급간 정년의 격차도 무려 20년이나 되며, 사실상 50세 이전의 정년규정의 적용을 받는 집단은 여성뿐 이라는 점에서 위와 같은 직급정년제는 성차별적이라고 볼 수 있다.

79) 서울고법 1989.4.19 선고, 89나2136 판결.
80) 대법원 1996.8.23 선고, 94누13589 판결.

2.2 재화・용역・교통수단・상업시설・토지・주거시설의 공급 내지 이용

(1) 금전대출, 신용카드 발급, 보험가입, 자동차 할부판매 등 기타 금융제공에 있어서 성별에 따라 차이를 두는 것은 성차별에 해당한다.

(2) 재화·용역을 제공함에 있어서 합리적인 이유 없이 성별에 따라 차이를 두는 것은 성차별에 해당한다.

(2.1) 여성에 대한 능력개발 및 자아실현의 기회를 목적으로 설립된 여성복지관 등의 프로그램에서 남성을 일부 제한하거나 배제하는 것은 여성들이 오랫동안 사회문화적으로 차별받아 온 역사를 볼 때 목적의 정당성을 인정할 수 있고, 또 남성들의 경우 종합복지관 등 다른 시설의 이용을 통해 유사한 프로그램을 수강하는 것이 가능하다는 점을 볼 때 수단의 정당성도 인정된다.

사례 2.2(2.1)-1 : **여성복지관의 남성수강기회 제한**

진정인은 ○○시여성복지관에서 운영하고 있는 프로그램 중 직업교육은 10%에 한해 남성도 수강생을 받고 있으나 문화교육은 여성들에게만 수강기회를 주고 있어 남성들이 피해를 보고 있다고 주장했다. 이에 대해 인권위는 직업전문교육에 한해 정원의 10%내에서 남성의 수강을 허용하고 있고, 또한 도서관, 종합복지관 및 주민자치센터 등을 통해 여타 문화·취미과정을 교육받을 수 있는 기회가 별도로 있다는 것 그리고 여성복지관의 설립 목적이 여성의 능력개발 및 자아실현 기회를 확대하고 저소득 여성의 자활능력 지원 및 여성복지증진이라는 점을 감안할 때, 일부 프로그램에 대해 여성들에게 대해서만 수강자격을 부여하는 것은 합리적인 이유가 있다고 판단하였다(인권위 2005. 8. 22. 자 05진차469 결정).

(2.2) 골프장 등에서 락카, 욕실 등의 시설의 한계를 이유로 특정 성별에 대한 입회자격을 제한하는 것은 합리적인 이유가 있다고 볼 수 없다.

사례 2.2(2.2)-1 : **골프장의 여성회원 제한**

여성부는 (주)○○컨트리클럽이 클럽 내 여성락카 및 욕실 수용의 한계를 이유로 여성의 입회자격에 대해서만 제한규정을 두는 것은 남녀차별에 해당한다고 판단하였다. 여성부는 회원대비 락카시설 제공비율은 최근 2개월여간 평균치를 볼 때 남성 148%, 여성 171%로 남성회원보다 여성회원에 대한 락카시설 제공비율이 여유가 있으므로 락카시설 및 욕실수용 한계를 이유로 여성회원의 입회를 제한한다는 피신청인의 주장은 합리성이 없으며, 더 나아가 락카와 욕실은 골프장의 부대시설로서 피신청인이 회원들의 수요에 맞게 적극적으로 서비스를 개선할 부분임에도 여성회원의 입회를 제한하는 것은 부당하다고 밝혔다(여성부 2004.5.10, 04남녀차별20). 이에 대해 (주)○○컨트리클럽은 남녀차별개선위원회에 이의신청을 했으나 기각되었다(여성부 2004.9.3, 04이의신청3).

(2.3) 합리적인 이유 없이 특정 성별에게만 무료대여 서비스를 실시하지 않은 것은 성차별에 해당한다.

사례 2.2(2.3)-1 : **여성고객에게만 무료대여 서비스 제한**

○○유황온천은 개업당시 여탕과 남탕의 구분 없이 수건을 지급하였으나, 개업 3-4개월 후 여성의 수건회수율이 남탕에 비해 현저히 낮다는 등의 이유로 여탕이용자에 대해서만 수건지급을 하지 않았다. 이에 대해 여성부 남녀차별개선위원회는 수건 회수율의 차이만으로 이용편의에 차이를 두는 기준은 될 수 없으며, 여성 이용자 전원을 예비 절도자로 보는 것은 문제가 있고, 서울 등 다른 지역의 경우 남녀 구분 없이 수건을 지급하고 있는 현실에서 주변 모든 온천장이 담합하여 여탕에 수건을 지급하지 않아 2000원의 수건을 사야만 온천욕을 할 수 있도록 한 것은 여성에게 남성보다 더 많은 경제적 부담을 요구한 것으로 남녀차별에 해당한다고 결정하였다(2000.10.27, 00재사용1).

(3) 외모에 흉터가 남는 등 신체적인 장애에 대한 보상금을 지급함에 있어서 성별에 따라 그 보상액을 달리하는 것은 성차별에 해당한다.

사례 2.2(3)-1 : **보험사의 장애에 대한 성별 보상액 차이**

국가인권위원회는 외모에 흉터가 남아서 받는 정신적 고통 및 제약이 남성보다 여성이 더 크다는 사회적 통념은 의학적 타당성 및 근거가 없음에도 외모에 흉터가 남은 신체장해에 대하여 장해등급을 성별로 다르게 규정하여 보험금을 차등지급하는 것은 평등권 침해의 차별행위로 인정하고 건설교통부장관에게 자동차손해배상보장법시행령 별표2 후유장해의 구분과 보험금 등의 한도금액(제3조제1항제3호 관련)중 외모에 흉터가 남은 신체장해에 관한 부분을 성별에 따른 차별적 요소가 없도록 개정할 것을 권고하였다(인권위 2003. 6. 30.자 03진차5 결정).

사례 2.2(3)-2 : **성별에 따라 신체장해등급기준이 다른 것은 성차별**

국가인권위원회는 동일한 안면장해를 입고도 남·여간의 신체장해등급기준이 달라 장해보상금 지급시 남·여간의 차이를 두고 있는 현행 산업재해보상보험법 시행령 제31조(장해급여의 등급기준)가 평등권침해의 소지가 있는 것으로 판단하였다. 즉, 산업재해보상보험법시행령 제31조(장해급여의 등급기준)의 [별표2] 신체장해등급표에서 동일한 외모의 흉터에 대해서 남성보다 여성에 대한 등급을 상위로 정하여 보상금 지급액을 달리 정한 것은 국가인권위원회법 제30조 제2항 제2호 소정의 평등권 침해의 남·여 차별에 해당한다는 것이다. 외모의 흉터로 인한 장애는 남성과 여성의 외모에 대한 가치평가를 달리하는 사회적 통념의 문제와는 성격을 달리한다. 상대방에게 혐오감을 줄 정도의 커다란 흉터는 남·여 모두에게 극심한 정신적 고통일 뿐만 아니라 직업 수행과정에서의 어려움 등 사회·경제적 불이익도 겪게 되는 문제이다. 그러므로 신체장해를 평가하는 과정에서 남·여 차별이 존재하는 것은 비합리적이며 같은 부위의 같은 정도의 흉터에 대하여 남・여간 보상금 지급기준이 다른 것은 평등권을 침해하는 조항이라고 판단하였다(인권위 2002. 11. 25.자 02진차2, 36 결정). 이후 시행령이 개정되었다.

(4) 합리적인 이유 없이 성별에 따라 특정한 자격을 제한하는 것은 성차별에 해당한다.

사례 2.2(4)-1 : **여성회원에 대해서만 총회 의결권 제한**

국가인권위원회는 서울YMCA의 정체성이 남성단체이므로 여성을 총회에 참여시킬 수 없다는 주장에 대해, 사회 각 분야에서 여성참여가 활발한 사실과 서울YMCA의 다양한 활동에 여성회원들의 참여가 활발한 점, 서울YMCA와 유사한 조직성격과 활동내용을 가진 전국 43개의 지역 YMCA 중 서울YMCA를 제외하고는 YMCA가 남성단체라는 이유로 총회회원에서 여성을 배제하는 곳이 한 곳도 없다는 점, 그리고 한국 YMCA전국연맹과 영·호남지역 21개 YMCA가 피진정인에게 총회회원에서의 여성차별을 시정할 것을 권고한 점 등을 이유로 여성회원들에게 총회의결권 등을 배제한 것은 성차별이라고 결정하고, 서울YMCA에 대하여 여성회원들에 대하여 총회 의결권 등을 허용할 것을 권고하였다(인권위 2004. 5. 10.자. 04진차12 결정).

2.3 교육시설・직업훈련기관에서의 교육·훈련이나 그 이용

(1) 교육은 이후 고용과 밀접한 관련을 갖는다. 합리적인 이유 없이 교육훈련 등에서 특정 성별을 배제, 제한하는 것은 그 자체로서도 중대한 차별행위에 해당하지만 그것이 고용에 미치는 효과를 생각할 때 더욱 심각한 폐해를 낳는다. 한편, 교육훈련은 기존의 성차별적 고용관행 등을 변화시킬 수 있는 중요한 수단의 하나이다. 따라서 교육훈련에서의 특정 성별에 대한 기회의 제한, 배제는 보다 엄격하게 판단되어야 한다.

(2) 교육시설, 직업훈련기관에서 또는 해당 기관에서 운영하는 교육프로그램에서 합리적인 이유 없이 교육대상에서 특정 성별을 배제, 제한하는 것은 성차별이다.

(2.1) 교육내용 및 교육의 결과 수행하게 될 직무가 전통적으로 여성들이 주로 담당해온 직무라는 것이 여성만으로 교육대상을 제한하는 것을 정당화시켜주는 것은 아니다. 오랜 기간 동안 유지된 관행은 성차별적이지 않을 경우에만 의미를 갖는 것이지 성차별이 관행에 의해 정당화될 수는 없기 때문이다.

사례 2.3(2.1)-1 : **간호사관학교의 남성입학 제한**

국군간호사관학교는 국군간호사관생도 모집요강에서 신입생을 “여성”으로 제한하고 있다. 이에 대해 국가인권위원회는 정예 간호장교의 업무, 군진간호의 학문적 발전 주도, 학술이론과 응용방법 연구 및 교수라는 임무가 남성은 불가능하다고 할 수 없고, 특정 성별로 제한하지 않는 육군본부 간호장교 모집계획을 보아도 간호장교의 직무가 여성에 한정될 필요가 없으며, 2004. 1. 20. 개정된 「국군간호사관학교설치법」에서도 여성으로 입학자격을 제한하지 아니하고 남자사관생도의 모집시기를 정할 것을 대통령령에 위임하고 있는 바, 신입생을 “여성”으로 제한하는 것의 합리적 이유가 인정되지 아니한다고 판단하였다(인권위 2006.8.18.자 06진차6 결정).

(2.2) 마찬가지로 교육내용 및 교육의 결과 수행하게 될 직무가 전통적으로 남성들이 주로 담당해온 직무라는 것이 남성만으로 교육대상을 제한하는 것을 정당화시켜주는 것은 아니다.

사례 2.3(2.2)-1 : **해양대학교의 여성입학 제한**

여성인 진정인은 목포해양대학교 2006학년도 신입생 모집에서 “가”군 일반전형 해사계열 기관시스템공학부에 지원했다. 그러나 위 해양대학교는 일반전형에서 여자 신입생을 전체 모집정원의 10%로 한정하는 제도를 시행하였다. 그 결과 합격점이 640점이었으나 진정인은 702점을 받았음에도 불합격 되었다. 진정인의 성차별 주장에 대해 피진정인은 선박 내 여성을 위한 근무시설의 미비 및 여성 졸업생에 대한 기업의 거부감으로 인해 여성 신입생의 수를 제한하여야 한다고 주장하고, 참고인 한국선주협회장은 여성 해기인력의 승선거부 및 조기이직을 이유로 여성 신입생 수를 제한하여야 한다고 주장했다. 그러나 인권위는 선장, 항해사, 기관장 등의 업무수행에 있어 여성이라는 성별로 인해 당해 업무수행이 반드시 불가능하다고 할 수 없고, 선박 내 여성을 위한 근무

시설의 미비는 적극 개선되어야 할 사항이지 여학생의 학습권 및 직업선택의 자유 침해를 정당화 하는 사유가 되기 어렵다고 판단하였다. 또한 여성졸업생에 대한 기업의 합리적 이유 없는 채용거부 또한 여성의 평등권을 침해하는 것으로 차별 개선의 대상이 될 뿐 교육기회에서의 차별을 정당화하는 근거가 될 수 없다고 보았다. 따라서 인권위는 신입생 모집시 여학생 수를 제한하는 것은 합리적 이유 없는 성차별에 해당한다고 보고 피진정인에게 신입생 모집 시 여학생 수를 제한하지 말 것과 진정인 구제를 위해 적절한 조치를 취할 것을 권고하였다(인권위 2006. 5. 29.자 06진차37 결정).

(3) 교육시설, 직업훈련기관 등의 교육내용 또한 성차별적이어서는 안 된다. 다음의 경우 성차별에 해당한다.

(3.1) 교육기관에서 성별에 따라 교육내용 및 교과과정 편성을 달리하는 경우

(3.2) 교육기관에서 남녀역할에 대한 편견을 갖도록 하는 교육목표 제시, 교육내용 구성, 생활지도 등을 하는 경우

사례 2.3(3.2)-1 : **여학생에게 치마교복강제는 성차별**

여성부 남녀차별개선위원회는 자라나는 세대에게 양성평등 의식을 심어주어야 할 학교에서 여학생에게는 교복으로 치마를 입도록 학교규칙을 강제하는 것은 여성에게는 바지보다는 치마가 여성답다 라는 고정관념에서 비롯된 관행적이고 전 근대적인 의식을 반영한 것으로, 이는 여학생의 태도를 규제하게 되어 성별에 따른 차별적 감정을 초래하고 특히 겨울철에는 건강에 좋지 않은 영향을 미치거나 여러 행동에 제약을 가하는 등의 불합리한 점이 발생할 수 있다고 판단하였다. 따라서 여학생들이 자신의 의사와 개성에 따라 치마와 바지 중에서 선택하여 교복으로 착용할 수 있는 기회를 확대하는 것이 양성평등교육을 지향하는 교육이념에도 부합하다고 권고하였다(2003.11.24. 03남녀차별56)

사례 2.3(3.2)-2 : **출석부번호 부여 방법에서의 성차별**

국가인권위원회는 초등학교에서 출석부 번호를 부여할 때 남학생에게 1번부터 부여하고, 여학생에게는 남학생에 번호를 모두 부여한 이후의 번호를 부여하고 있는 것은 어린 학생들에게 남성이 여성보다 우선한다는 생각을 무의식적으로 심어줄 수 있는 성차별적 관행으로 볼 수 있고, 그로부터 초래되는 폐해는 학생관리의 편의성이라는 이유만으로 정당화할 수 없을 만큼 크다고 할 것이므로 이는 합리적 이유 없이 여학생의 평등권을 침해한 것으로 판단하여 초등학교장에게 출석부 번호부여시 성별에 따른 차별이 발생하지 않도록 할 것을 권고하였다(인권위 2005. 9. 28.자 05진차517 결정).

(3.3) 교육기관에서 성별에 따라 활동기회를 제한하거나 활동내용을 구분하는 경우

(3.4) 교육기관에서 성별에 따라 교과선택기회, 진로선택범위 등을 제한하는 경우

(3.5) 교육기관에서 교육의 결과를 평가할 때 성별에 따라 다른 기준을 적용하는 경우

(4) 합리적인 이유 없이 교육기관, 직업훈련을 주관하는 기관이나 부서에서 성별에 따라 교육여건 제공과 교육활동에 대한 행·재정지원 등을 달리하는 것은 성차별이다.

(4.1) 교육기관에서 다른 객관적 기준 없이 단지 성별에 따라 장학금지급을 달리하는 것은 명백한 성차별이다.

사례 2.3(4.1)-1 : **남학생에게만 장학금 지급은 성차별**

진정인은 육군본부에서 ○○대학교의 군사학과에 다니는 남학생 50명 전원에게는 군장학금을 지급하면서 여학생 10명에게는 군장학금을 지급하지 않는 것은 성차별이라고 주장했다. 이에 대해 인권위는 육군에서 7년 이상 장교로 복무하는 장교를 육성하기 위해 남성으로만 대상자를 제한하여 군장학생을 선발하는 것은, 군사학과에 입학하여 장래 직업장교로서 일하겠다는 포부를 가지고 있고 그 능력과 자질이 남학생에 결코 뒤떨어지지 않는 여학생에게 군장학생으로 선발될 수 있는 기회를 원천적으로 박탈하는 것으로 성차별에 해당한다고 결정했다(인권위 2006. 11. 28.자 06진차326 결정).

2.4 국가기관에 의한 평등권침해의 성차별

(1) “법과 정책의 집행”이라 함은 공공기관이 법령이나 정책에 의하여 직무를 수행하거나 권한을 행사하는 것을 말한다.

(2) 법집행 등과 관련한 대표적인 차별의 유형은 다음과 같다.

(2.1) 공공사업의 수혜자의 선정기준 등을 정함에 있어서 성별에 따라 차이를 두는 경우

(2.2) 허가, 신고, 인가 등에 있어서 성별에 따라 차이를 두는 경우

(2.3) 기타 법과 정책의 집행과 관련하여 성별에 따라 구별·배제·제한하는 경우

사례 2.4(2.3)-1 : **법집행에서의 성차별**

○○○○처는『독립유공자예유에관한법률』제5조(유족의 범위)제1항제3호 ‘손자녀’를 해석함에 있어서 친조부의 가계를 계승하는 친손자와 외손자를 동등하게 보는 것은 우리나라 가족제도에 비추어 아직까지 국민일반의 법감정이나 정서와는 거리가 있다면서 외손자녀를 제외하고 있다. 그로 인해 외손자녀는 교육혜택, 취업혜택 등의 지원을 받지 못하고 있다. 이에 대해 여성부 남녀차별개선위원회는 외손자녀를 제외하는 것은 출가한 딸을 차별하는 부산물로 성립한 것이라며 남녀차별적인 법집행이라고 결정하였다(2000.9.8, 00법집행6). 이에 ○○○○처는 이의신청을 하였으나 기각되었다(2000.10.27, 00법집행6).

사례 2.4(2.3)-2 : **성별을 이유로 한 피부양자 인정에서의 차별**

진정인은 건강보험 가입자의 계부모는 일정한 조건이 되면 건강보험 피부양자로 인정받는 것에 반해, 가입자 배우자의 계부모는 건강보험 피부양자로 인정받을 수 없는 것은 차별이라고 주장했다.「국민건강보험법시행규칙」제2조 별표 1은 건강보험 가입자의 계부모에 대해서는 동거 등 ‘부양요건’을 충족시키는 경우 건강보험 피부양자로 인정하는 반면, 가입자 배우자의 계부모는 건강보험 피부양자로 인정하지 않고 있다. 이에 대해 피진정인인 보건복지부는 가입자 배우자의 계부모는 가입자 배우자에게 부양의무가 있는 직계존속이 아니며 배우자가 결혼해 호적법상 분가한 경우에는 사실상 생계를 같이한다고 보기 어렵다고 주장했다. 그러나 국가인권위원회는 1)「민법」상 가입자의 계부모와 배우자의 계부모는 모두 동일하게 가입자의 일촌 인척으로서 친족관계로 인한 법률상 효력이 미치는 친족에 해당한다는 점 2) 생계를 같이하는 경우 부양의무가 있는 친족에 해당하므로 가입자 배우자의 계부모를 부양의무가 없는 친족이라고 볼 합리적 근거가 없다는 점 3) 헌법재판소의 호주제 위헌 결정에 의해 ‘호적법상 분가’라는 개념 자체가 실효했다는 점 4) 기존 호적법에 의하더라도 배우자가 남성인 경우에는 계부모와 같은 호적에 있을 수 있다는 점 5) 더구나 건강보험의 공동책임원리에 근거한 경제적 능력이 없는 자에 대한 부양의 필요성은 그 취지로 보건대 가입자의 계부모와 가입

자 배우자의 계부모에게 달리 적용되어야 할 이유가 없다는 점을 이유로 건강보험 가입자 배우자의 계부모의 피부양자 자격을 인정하지 않는 것은 합리적 이유 없이 평등권을 침해하는 것으로 판단했다. 이에 보건복지부장관에게, 건강보험 가입자가 배우자의 계부모와 동거하는 경우, 그 계부모의 직계비속이 없거나 계부모의 직계비속이 있어도 보수 또는 소득이 없는 경우 피부양자 자격을 인정받을 수 있도록 「국민건강보험법시행규칙」 제2조 별표 1을 개정할 것을 권고했다(인권위 2006. 6. 19.자 05진차457 결정).

3. 차별 예외

3.1 진정직업자격(bona fide occupational qualification)

직무의 성질상 특정 성별의 근로자가 아니면 업무의 정상적인 수행이 곤란하여 당해 직종에 특정 성별의 근로자만을 채용하는 경우는 진정직업자격에 해당하는 것으로 차별의 예외로 간주한다.

입법례(국내) 3.1-1 : 남녀고용평등법
직무의 성격에 비추어 특정 성이 불가피하게 요구되는 경우(제2조 1호 가목)

입법례(국외) 3.1-1 : EU 남녀균등처우지침 (Council Directive 2002/73)
제2조 제6항 회원국은, 채용 또는 그에 이르는 교육훈련에 대한 접근성에 있어서, 문제가 된 특정 직업적 활동이나 그것이 행해지는 정황의 본질 상, 그러한 특성이 진정하고 결정적인 직업상의 요건이 되며, 그 목적이 정당하고 그 요건이 균형 잡힌 것일 때에는, 성별에 관련된 성격에 기초한 차등 처우가 차별에 해당하지 않는다는 규정을 둘 수 있다.

입법례(국외) 3.1-2 : ILO 제111호 협약(고용・직업에서의 차별금지협약)
2. 특정 업무와 관련하여 그 업무의 고유한 요건에 의한 차별, 배제 또는 우대는 차별대우로 간주하지 아니한다.

입법례(국외) 3.1-3 : 캐나다인권법(Canadian Human Rights Act)
제 H-6 장
15. 예외
(1) 다음의 경우는 차별행위로 볼 수 없다.
(a) 고용문제와 관련된 거부, 배척, 제적(expulsion), 자격정지, 제한, 차별화 또는 우선순위(preference)의 기준이 진정직업요건에 근거하여 사용자에 의해 정해지는 경우
(c) 어떤 개인이 유사한 직무 종사자들의 일반적인 퇴직연령에 도달하여 고용이 종료되는 경우
(g) 이 법에서 규정하고 있는 재화, 서비스, 시설, 숙박의 사용이나 접근을 거부하거나 혹은 상업용 부동산이나 주거용 건물에 대한 점유를 거부하는 경우 혹은 불리하게 차별하여 대우하는 경우라도 선의의 정당성이 있으면 차별행위가 아니다.

(2) 어떤 행위가 (1)(a)에서 언급한 진정직업요건에 해당하거나 (1)(g)의 선의의 정당성을 가진 것으로 간주되기 위해서는 관련 개인이나 집단의 요구에 대해 편의제공을 하는 것이 건강・안전・비용 등을 고려해 볼 때 그 편의제공을 해야 하는 개인에게 과도한 부담이 되어야 한다.

입법례(국외) 3.1-4 : 미국 시민권법(Civil Rights Act of 1964)
제2000e-2조(제703조) 불법 고용 관행
(e) 본 절의 여타 규정에도 불구하고, 다음의 행위는 불법 고용 관행에 해당하지 않는다.
(1) 종교, 성별 또는 출신민족이 해당 특정 사업 또는 기업의 통상적인 운영에 있어 합리적으로 필요한 선의의 직업적 자격 요건에 해당하는 경우에, 그 종교, 성별, 출신민족을 근거로, 사용자가 근로자를 채용 및 고용하는 것, 고용 중개기관이 개인을 구분하거나 취업을 알선하는 것, 노동단체가 회원자격을 구분하는 것과 개인을 구분하거나 취업을 알선하는 것, 또는 사용자, 노동단체, 도제제도 또는 기타 훈련 및 재훈련을 관리하는 합동노사위원회가 그러한 프로그램에서 개인의 등록을 허용하거나 개인을 채용하는 것

(1) 「국가인권위원회법」은 적극적 조치와 달리 명시적으로 진정직업자격을 차별의 예외로 명시하고 있지는 않다. 그러나 성차별이 “합리적인 이유 없이” 성별에 따른 차별을 하는 것이라고 볼 때 진정직업자격은 차별의 예외로서 하나의 “합리적인 이유”라고 보는 것이 일반적인 해석이다. 이에 따라 국가인권위원회도 「국가인권위원회법」 제2조 제4호 차별의 예외인 “합리적 이유” 또한 「남녀고용평등법」 제2조 제1항 제1호에 준해 해석하는 것이 타당하다고 보고 있다[81].

(2)「남녀고용평등법」에 따르면 사업주가 근로자에게 성별 등을 사유로 합리적인 이유 없이 채용을 달리하거나 기타 불이익한 조치를 취하는 경우를 차별로 보고, 다만 직무의 성질상 특정 성이 불가피하게 요구되는 경우는 차별로 보지 아니한다고 규정하고 있다. 즉, 성차별의 예외로서 진정직업자격을 구체적으로 명시하고 있다. 이와 관련한 노동부의 <남녀고용평등업무처리규정(1999. 4.28 개정)>을 따르면 모집 및 채용에 있어서 다음의 경우 진정직업자격에 해당하여 성차별로 보지 않는다고 명시하고 있다. 첫째, 직무의 성질상 특정 성의 근로자가 아니면 업무의 정상적인 수행이 곤란하여 당해 직종에 특정 성만을 채용하는 경우로서 ① 예술·예능분야에서 신체적 특성에 따른 표현의 진실성이 요청되어 남성을 고용하는 것이 당연한 직업 ② 근로의 중요한 부분이 특정 성에 대한 배려를 필요로 하는 직업 ③ 기타 운동경기상의 필요 등 특정 성으로 하는 것이 불가피하다고 인정되는 직업을 그 예로 제시하고 있다. 둘째, 근로기준법 등 관계법령상 여성취업이 금지된 직종에 남성만을 채용하는 경우이다. 이후 2001년 법개정 이후 노동부가 발표한 ‘성차별적 모집·채용광고 판단기준’에 따르면 진정직업자격에 속하는 경우로서 다음과 같은 사례를 명시하고 있다.

81) 인권위 2005. 12. 5.자 05진기213 결정.

사례 3.1(2)-1 : 노동부 <성차별적 모집·채용광고 판단기준>

① 교도관, 경비원 등 방범상 특정 성에 대한 배려를 필요로 하는 직업

② 예술·예능의 분야에서 신체적 특성 또는 역할이 그 분야의 핵심적인 요소가 되어 어느 한 성만을 고용해야 하는 경우

(예시) 남성 역할 배우, 모델, 가수 등

③ 종교상, 기타 그 업무의 성질상 특정 성을 배려하는 것이 ①과 ②의 동일한 정도의 필요성이 있다고 인정되는 직업

(예시) 종교상 : 신부, 무녀,

업무상 : 여성(남성) 목욕탕 근무자, 남자 기숙사 사감 등

(3) 성별에 관한 진정직업자격 예외규정은 엄격하게 협의로 해석되어야 한다. "남성적 직업" 그리고 "여성적 직업"이라는 규정은 불필요하게 성별에 의한 고용기회를 제한하는 경향이 있기 때문이다.

(3.1) 사용자는 특정한 성별의 근로자가 그 직무의 본질적인 의무를 수행할 수 없다는 것을 보여줌으로서 진정직업자격을 입증할 수 있다. 사용자가 모든 특정 성별의 구성원이 "핵심(core)" 직무를 수행할 수 없다는 것을 보여줄 수 없다면, 사용자는 문제가 된 개별 근로자의 실제적인 능력을 측정하여 "핵심" 직무수행이 불가능하다는 것을 보여주어야만 차별의 혐의를 벗을 수 있다.[82]

사례 3.1(3.1)-1 : **신학대학교의 교수로서 목사자격 요구**

○○신학대학교는 신학과 교수를 채용할 때 ○○교 목사인 자로 자격을 제한하고 있다. 이에 대해 진정인은 결혼한 남자만이 목사안수를 받을 수 있으므로, 결과적으로 여성 및 미혼자를 차별하는 것이라고 국가인권위원회에 진정하였다. 이에 대해 국가인권위원회는 "○○신학대학교가 ○○교단 소속 교육기관으로, ○○교 목회자 양성이라는 신학과의 특성과 설립취지를 감안할 때 목회 경험이 있는 ○○교 목사로 신학과 교수의 자격을 제한한 것은 합리적인 이유가 있다"고 판단했다(인권위 2005. 8. 1.자 05진차 251 결정).

사례 3.1(3.1)-2 : **핵심직무를 기준으로 판단**

정신장애 아동을 위한 쉼터 프로그램의 담당자(child care positions)를 남성으로만 제한한 것에 대해서 사용자는 남성 아동들이 남성 프로그램 담당자들과 자신을 동일시할 수 있고, 여성으로부터 교육 또는 훈련을 받는 것을 거절할 수 있으며, 여성근로자는 젠더와 성적 정체성에 대하여 남성 환자에게 효과적으로 상담할 수 없기 때문에, 주로 남성인 아동을 돌보는 직위에서 일하기 위해서는 반드시 '남성'이어야 한다고 주장했다. 그러나 법원은 환자를 가르치는 능력 또는 성역할 모델을 제공하는 능력 또는 성교육 능력은 어떤 상황에서는 특정 성별에 대한 선호를 정당화할 수 있기는 하겠지만, 이 사

82) 김진·정형옥·김태선(2005), 『진정직업자격 등 고용차별 판단기준에 관한 외국 판례 조사』, 국가인권위원회.

83) Jatczak v. Ochburg 540 F Supp 698 (6th Cir. 1982).

건에서 사용자는 남성이 “위크샵의 본질적인 기능을 위해 필요하다”는 점을 입증하지 못하였다고 판단했다. 법원은 워크샵 직원의 일차적인 역할은 작업기술(work skills)을 가르치고, 작업행동(work behavior)를 습득하게 하는 것이고, 상담이나 치료는 이 프로그램 담당자가 해야 할 일이 아니라고 판단했다. 물론 성행위 또는 몸의 기능과 관련한 질문이 환자와 근로자 사이의 일상적인 상호작용의 일부로서 언급될 수 있기는 하지만, 그러한 상담은 숙련된 상담 분야에, 치료는 치료전문가에게 위탁해야 한다고 했다. 따라서 근로자가 그러한 상담을 하게 되는 것은 순전히 우연적이라는 것이며, 환자와 친밀하게 육체적 접촉을 할 책임도 없다고 하면서, 몇몇 정신과 의사와 아동발달전문가의 증언에 기초해, 작업기술에 관한 지식이나 적절한 작업행동을 가르치는 능력에서 근로자의 성별이 중요한 것이 아니라고 확인했다.[83)]

(4) 진정직업자격을 판단할 때 기준이 되는 것은 특정 성별이 수행하도록 ‘계획된’ 업무가 아니라 ‘실제 수행된’ 업무이다.

사례 3.1(4)-1 : **진정직업자격 여부는 실제 수행된 업무가 기준**

국가인권위원회는 KTX 여승무원의 업무는 당초 여객영접, 환송인사, 객실 및 화장실 청결유지, 여행안내 및 여객문의 응대, 특실서비스 물품공급 및 관리, 특실 서비스 시행 등 특히 고객서비스인 여객취급이 주로 설정되었으나, 실제로는 열차팀장이 담당하는 업무 중 상당부분이 여승무원의 업무로 편입되었다고 밝혔다. 그리고 여승무원은 열차팀장과 상당히 유사한 업무를 수행하고 있으므로 이 업무가 성별을 진정직업자격으로 하거나 성별이 필수적인 자격요건에 해당하지 않는다고 보았다(인권위 006. 9. 11.자 06진차116, 06진차136 병합 결정).

(5) 일반적으로 다음과 같은 경우는 성별을 이유로 한 진정직업자격에 해당하지 않는다.

(5.1) 양성의 상대적인 근무특성에 관한 가정에 근거한 고용을 거부하는 것: 예를 들어, 여성의 이직률이 남성보다 높다, 여성은 책임감이 부족하다는 등을 포함한다.

(5.2) 양성에 대한 고정관념적인 성격에 근거하여 개인의 고용을 거부하는 것: 예를 들어, 남성은 세심한 분야에 잘 적응하지 못하는 경향이 있다거나, 여성은 적극적인 판매기술이 부족하다, 여성은 육체적인 힘이 약하다는 등을 포함한다. 성평등의 원칙은 개인은 개인적 능력을 기반으로 고려되어야 하고, 개인이 속한 집단의 일반적인 특성에 근거해서는 안 된다는 것을 의미한다.

사례 3.1(5.2)-1 : **성별 고정관념에 근거한 차별은 진정직업자격이 아님**

전신전화국에 근무하는 여성이 그 직장에서 ‘전철수(switchman)' 자리로 전속시켜 줄 것을 요청했는데, 회사는 전철수 직무가 30파운드 이상의 중량물을 들어 올려야 하고 야근을 해야 하는 자리로 여성에게는 적합하지 않은 격렬한(strenuous) 일이라며 거절하자 소송을 제기한 사건에서 미국 법원은 사용자가 진정직업자격을 주장하려면, 모든

여성이 실질적으로 그러한 직무를 안전하고도 효율적으로 수행할 수 없다고 믿을만한 상당한 이유를 실질적인 사실에 기초하여 입증해야 한다고 밝혔다. 또한 법원은 고정관념인 '낭만적 부권주의' 개념에 입각한 업종의 격무성 여부 기준을 거부하고, 업종에 대한 선택권은 개별 여성 자신에게 부여해야 한다고 판시했다. 이 사건에서 법원은 성별에 관한 고정관념에 근거한 차별은 진정직업자격에 해당하지 않는다고 보면서, 진정직업자격에 관한 입증책임을 사용자측에 부담시켰다.[84]

사례 3.1(5.2)-2 : **경찰공무원의 진정직업자격 여부**

경찰공무원 공개채용 시험에서 성별에 따라 채용인원을 정하고 여성 채용인원을 남성보다 현저히 적게 정하여 구분모집 하는 것에 대해 국가인권위원회는 그러한 채용기준은 성별을 이유로 한 차등적 대우이므로 이러한 기준은 성별이 '직무의 성질상 불가피하게 요구되는 경우'에 한하여 정당성이 인정된다고 보았다. 따라서 국가인권위원회는 다음과 같은 근거로 진정직업자격에 해당하는가를 판단하였다. 1) 피진정인은 경찰관 업무 수행을 위해서는 범죄자 제압능력과 신체적·체력적 조건이 요구되며, 야간근무, 출장 등으로 인해 여성이 근무하기에 어려운 조건이고, 그 결과 여성 채용인원을 통제할 수 밖에 없음을 주장하였다. 그러나 국가인권위원회는 공개채용하는 경찰공무원의 모든 직무가 범죄자 제압능력 등 신체적·체력적 우위를 요구한다거나, 모든 직무에 대해 성별이 직무수행 가능여부를 결정하는 요인이 된다고 볼 수 없음에도 불구하고, 피진정인이 구체적인 직무 내용을 고려하지 않은 채 모든 경찰공무원 업무에 성별을 기준으로 채용인원을 정하는 것은 정당화되기 어렵다고 판단하였다. '경찰공무원'과 같이 직무가 매우 다양하고 포괄적인 직군에 성별을 기준으로 채용인원을 통제하는 방식은 해당 직무수행에 성별이 결정적 요소인지 여부를 검토하는 것 자체를 불가능하게 하고, 할당된 여성 경찰관 채용인원 산출 근거 또한 불분명하므로 이러한 관행은 허용될 수 없다는 것이다. 2) 또한 피진정인이 여성이 근무하기 어려운 직무라고 주장하는 일부 외근 부서에 한해 판단해 보아도 강인한 체력이 요구되는 직무를 모든 여성이 수행할 수 없다고 볼 수 없다고 판단하였다. 3) 특정 경찰관 직무수행 시 겪을 수 있는 위험 및 강인한 체력의 필요는 여성뿐만 아니라 남성에게도 해당하는 것이므로 위험을 예방하기 위한 조치 및 강인한 체력조건은 남성과 여성 모두에게 동등하게 적용되어야 함에도 불구하고, 피진정인은 여성에게만 위 기준을 적용하면서 직무수행능력과 직접적 관련이 없는 성별을 기준으로 채용을 제한하는 방식을 택하였는바, 피진정인이 제출한 자료에 의할 때 경찰관의 모든 직무는 물론, 특정 직무가 여성을 채용할 경우 불가능하다고 볼 수 없고, 현재 해당 직무를 수행하는 국내외 여성 경찰관들의 존재가 이를 뒷받침하고 있다. 4) 피진정인은 경찰공무원 채용시 필기시험 65%, 면접(자격증점수, 적성검사) 25%, 체력검사 10%의 비율로 시험성적을 반영하는 바, 이는 제압능력, 체력을 매우 중요한 업무수행능력으로 주장하는 피진정인의 주장과 상반되며, 신임경찰관 교육에서 성별로 분리하여 교육을 실시하는 점, 직무교육에서도 긴급상황을 제압하기 위한 교육을 집중적으로 실

84) Weeks v. Southern Bell Tel. Co. 408 F 2d 228 (5th Cir. 1969), 윤후정·신인령(2001), 앞의 책, p. 374-375.

시하지 않는 점, 정기적 체력측정제도를 채택하지 않는 점 또한 피진정인의 주장과 상반된다는 것이다(인권위 2005. 12. 5.자 05진기213 결정).

(5.3) 동료들, 사용자, 의뢰인 또는 고객의 선호를 이유로 개인의 고용을 거부하는 것 : 예를 들어, 고객이 여성 또는 남성을 선호한다든가, 남성 또는 여성의 성적 매력(sex appeal)이 고객을 유인한다든가, 고객이 종교적인 신념에 의해 남성을 선호한다는 이유로 여성을 차별하는 것 등을 포함한다.

사례 3.1(5.3)-1 : **고객의 선호는 진정직업자격 아님**

회사를 홍보하는 데 있어서 “사랑의 항공사(love airline)” 이미지를 적극적으로 활용한 A항공사는 여성만 고용하는 정책이 사업의 성공적인 운영에 있어 핵심적인 부분을 이루고 있기 때문에 진정직업자격 예외에 해당한다고 주장했다. 즉, 고객이 여성 승무원에 의해 서비스받기를 선호하고, 승무원의 여성적 매력은 남성 고객을 유인하고 즐겁게 하기 위한 항공사의 사업을 위해 필요하며, 광고에 의해 만들어진 여성 서비스에 대한 고객의 기대를 충족시킨다고 주장했다. 그러나 미국 법원은 승객을 빠르고 안전하게 이동시키는 일이 기본적인 사업인 항공사의 능력이 객실승무원과 매표원으로 남성을 고용함으로써 위태롭게 되지 않을 것이라고 보았다. 또한 주 고객인 남성을 위해 “부드러운 사랑의 돌봄(tender loving care)"을 제공하는 것을 전제로 하는 항공사 광고, 그리고 매표원과 객실 승무원과 같이 자주 고객과 대면하는 곳에 매력적인 여성을 고용하는 것은 회사 이미지를 구성하는 부분이긴 하지만, 그러한 고객의 선호가 만약 남성을 고용한다면 항공사업이 중단될 정도로 강력하다는 증거를 발견하지 못했으며, 단지 이윤을 좀 더 보장하기 위해서 또는 마케팅 수단으로서 여성 섹슈얼리티를 이용하기로 선택한 것이라면, 성별을 진정직업자격으로 인정할 수 없다고 판단하였다.[85]

(6) 일반적으로 다음의 경우는 진정직업자격이 주장될 수 있다. 이 경우 그 자체로 진정직업자격이 인정된다는 의미는 아니며 사건에 따라 진정직업자격 여부는 판단되어야 한다.

(6.1) 생리(육체적 힘이나 스태미나는 제외) 또는 진정성(authenticity or genuineness): 예를 들어, 모델이나 배우. 그러나 경비직의 일자리와 같은 경우는 생리학적인 이유에서 남성을 필요로 하는 것은 아니다.

(6.2) 풍속 또는 프라이버시: 예를 들어, 탈의실 직원, 신체수색을 위한 경찰관 등 신체접촉의 개연성이 많은 업무. 그러나 적정한 성별의 구성원이 사용자에게 부당한 불편함이 없이 사용자의 요구를 충족할 정도로 충분한 수로 이미 고용되어 있는 경우에는, 진정직업자격은 유효하지 않을 수 있다. 즉, 탈의실 업무를 수행하기 위한 직원이 필요할 수 있는 일자리에서, 직원 중 일부가 때때로 탈의실에 소요되는 업무를 위하여 필요할 수 있다는 이유로 모든 직원에 대해 진정직업자격을 주장하는 것은 합법이 아닐 수 있다.

---

85) Wilson v. Southwest Airlines Co. 517 F Supp 292 (5th Cir. 1981).

사례 3.1(6.2)-1 : **산부인과 간호사의 진정직업자격 여부**

병원이 산부인과 분만담당 간호사의 직무에 여성만을 채용하는 것이 진정직업자격에 해당하는지가 논란이 된 사건에서 미국 법원은 산부인과 분만담당 간호사의 직무에는 '여성'이라는 성별이 진정직업자격에 해당한다는 점을 인정하여, 남성간호사에 대한 채용 거부가 성차별이 아니라고 판단했다. 이러한 결론에 도달하기 위해, 법원은 우선 산부인과 환자는 병원에 있는 간호사에게 임의로 배정되고, 의사와는 달리 간호사는 환자에 의해 선택될 수 없다는 사실에 주목했다. 또한 법원은 분만담당 간호사가 민감하거나 친밀하지 않은 업무를 수행할 경우는 거의 없고, 여성 환자의 대다수가 남성 간호사의 은밀한 접촉을 거부하기 때문에, 산부인과 환자들은 남성 간호사를 받아들이지 않는다는 환자·의사·간호사·관리자의 진술을 인용함으로써, 병원의 주장을 인정하였다. 여기서 법원은 "여성 환자가 남성 간호사와의 은밀한(intimate) 접촉을 거부하며, 병원의 사업상 운영은 그러한 거부의 결과로서 위태롭게 될 수 있으며, 분만담당 간호사의 직무 특성이, 재배치만으로는 불가능하다는 병원의 주장에 일리가 있다"고 했다. 즉, 법원은 분만담당 간호사의 대부분의 업무가 환자의 생식기의 노출과 관련한 일이기 때문에 병원이 이렇듯 은밀하지 않은(non-intimate) 다른 직무를 수행하도록 남성 간호사를 배치할 수 없다고 판단한 것이다.[86]

(6.3) 근로자가 사용하는 시설의 위치나 상태로 인해 사용자에 의해 제공되는 시설 이외의 시설에서 업무를 실행하는 것이 불가능하고(예를 들어, 당해 일자리가 선박이나 벽지에서 이루어지는 경우), 업무수행을 위해 유일하게 사용가능한 위 시설이 특정 성별의 구성원이 거주하거나 통상적으로 거주하는 곳이고 다른 성별을 위해 구분된 수면시설이나 화장실이 구비되지 않은 경우, 또는 다른 성별의 업무수행을 위해 사용자에게 위 시설을 갖추게 하거나 다른 시설을 제공하는 것이 합리적이지 않은 경우

(6.4) 여성취업을 금지하는 법에 근거한 경우

입법례(국내) 3.1(6.4)-1 : 근로기준법

제65조 (사용 금지) ① 사용자는 임신 중이거나 산후 1년이 지나지 아니한 여성(이하 "임산부"라 한다)과 18세 미만자를 도덕상 또는 보건상 유해·위험한 사업에 사용하지 못한다.

② 사용자는 임산부가 아닌 18세 이상의 여성을 제1항에 따른 보건상 유해·위험한 사업 중 임신 또는 출산에 관한 기능에 유해·위험한 사업에 사용하지 못한다.

③ 제1항 및 제2항에 따른 금지 직종은 대통령령으로 정한다.

※ 미국 시민권법 제7편 관련 EEOC 해석규칙(29 C.F.R. §1604.2) 진정직업자격으로서의 성(Sex as a bona fide occupational qualification)

(a) EEOC는 성에 관한 진정직업자격 적용제외(bona fide occupational qualification exception)은 엄격하게 해석되어야 한다고 판단하고 있다. '남성의 직업' 및 '여성의 직업'

86) Backus v. Baptist Medical Ctr. 510 F Supp 1191 (9th Cir. 1981).

이라는 명칭은 불필요하게 다른 성에 대하여 특정 성의 고용기회를 부정하는 경향성을 가진다.

(1) EEOC는 이하의 경우에 대해서는 진정직업자격 적용제외의 적용을 정당화하지 않는다고 판단한다.

(i) 남성과 비교한 여성 고용의 성격에 대한 일반적인 가정에 기하여 성을 이유로 하여 여성을 채용하는 것을 거부하는 것. 예컨대 여성의 이직률이 남성 보다 더 높다는 가정.

(ii) 성별 고정관념에 기하여 개인을 채용하는 것을 거부하는 것. 그러한 고정관념의 예로는, 남성은 복잡한 기계의 조립을 상대적으로 잘 못한다; 여성은 공격적인 영업활동을 상대적으로 잘 못한다. 차별금지의 원칙은, 개인은 개인의 능력을 기초로 평가되어야 하며 특정한 그룹에 일반적으로 부여된 속성에 기하여 평가되어서는 아니 된다.

(iii) 동료근로자, 사용자, 고객이나 클라이언트의 선호를 이유로 개인을 채용하는 것을 거부하는 것. 다만 이 조 (a)(2)에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

(2) 진정성(authenticity or genuineness)을 위하여 필요한 경우 EEOC는 성을 진정직업자격으로 판단할 수 있다. 예컨대 배우

(b) 성지향적인(sex-oriented) 주 고용입법의 효과

(1) 많은 주는 여성고용에 관한 법률이나 행정규칙을 제정하고 있다. 이러한 법 중에서는, 예컨대 일정한 소정의 한계를 초과하는 중량물의 적하(lifting) 또는 이동(carrying)을 필요로 하는 직업, 야간의 일정한 시간대의 근로를 요하는 직업, 일 또는 주당 일정한 근로시간을 초과하는 근로, 출산 이전 및 이후의 일정한 기간의 근로 등 여성의 고용을 금지하거나 제한하는 법이 있다. EEOC는 그러한 법과 규칙은 개별 여성의 능력, 선호를 고려하지 않는다고 판단하고 있으며, 따라서 성을 기초로 한 차별이라고 판단한다. EEOC는 그러한 법과 규칙은 1964년 민권법 제7편과 상충하며, 이에 의해 대체되어야 한다고 판단한다. 따라서 그러한 법은 불법적인 고용관행이라는 주장에 대한 정당한 항변으로서 또는 진정직업자격 적용제외의 적용을 위한 근거로서 판단되지 않을 것이다.

(2) EEOC는, 미성년자의 고용과 관련하여 성을 이유로 하여 차별하는 주 법 및 규정은 특정 성에 대해 보다 더 제한적인 범위에서 민권법 제7편과 상충하며 이에 의해 대체된다고 판단한다. 따라서 다른 성의 미성년자에 대해 부과되고 있는 것을 넘어서는 특정 성의 미성년자의 고용에 대한 제한은 불법적인 고용관행이라는 주장에 대한 정당한 항변으로서 또는 진정직업자격 적용제외의 적용을 위한 근거로서 판단되지 않을 것이다.

3.2 적극적 조치

현존하는 차별을 해소하기 위하여 특정 성별 구성원을 잠정적으로 우대하는 행위는 차별로 보지 않는다.

입법례(국내) 3.2-1 : 국가인권위원회법

현존하는 차별을 해소하기 위하여 특정한 사람(특정한 사람들의 집단을 포함한다. 이하

같다)을 잠정적으로 우대하는 행위와 이를 내용으로 하는 법령의 제·개정 및 정책의 수립·집행은 평등권침해의 차별행위(이하 "차별행위"라 한다)로 보지 아니한다(제2조 제4호 단서).

입법례(국내) 3.2-2 : 여성발전기본법
①국가 및 지방자치단체는 여성의 참여가 현저히 부진한 분야에 대하여 합리적인 범위 안에서 여성의 참여를 촉진함으로써 실질적인 남녀평등이 이루어질 수 있도록 관계법령이 정하는 바에 따라 적극적 조치를 취할 수 있다.
②여성가족부장관은 국가기관 및 지방자치단체의 장에 대하여 제1항의 규정에 의한 적극적 조치를 취하도록 권고하고 그 결과를 점검하여야 한다(제6조).

입법례(국내) 3.2-3 : 남녀고용평등법
“그 밖에 이 법 또는 다른 법률에 의하여 적극적 고용개선조치를 취하는 경우”는 차별이 아닌 것으로 규정하고 있으며 여기서 "적극적 고용개선조치"라 함은 현존하는 남녀간의 고용차별을 해소하거나 고용평등을 촉진하기 위하여 잠정적으로 특정 성을 우대하는 조치를 말한다“고 정의하고 있다(제2조).

(1) 적법한 적극적 조치는 현존하는 차별을 시정하는 것이어야 하고, 우대받지 못한 개인 또는 집단의 이익을 지나치게 침해하지 않아야 한다.

사례 3.2(1)-1 : **승진에서의 적극적 조치**
산타클라라 교통청은 전통적으로 분리된 직무에서 승진 결정시 자격을 갖춘 지원자의 성별을 하나의 요소로 고려하는 자발적인 적극적 조치(affirmative action) 계획을 마련하였다. 그 계획은 여성과 소수자가 교통청 내에서 차지하는 비율을 지역노동시장에서의 그들의 비율에 장기적으로 근접하도록 매년 그들의 채용 및 승진 비율을 단계적으로 향상시키는 목표하에 추진되었다. 교통청은 이러한 계획에 입각하여 분리된 특정직무에 승진자를 뽑는 데 있어서 면접시험에서 1등을 하였던 Johnson을 배제하고 대신 근소한 차이로 2등을 한 여성을 승진자로 결정하였고, 이에 대해 Johnson은 소송을 제기하였다. 연방대법원은 문제의 적극적 조치와 같이 균형적인 노동력의 구성비를 유지하기 위해서가 아니라 명백한 불균형을 시정하기 위해 승진 결정에서 성별을 하나의 요소로 고려하는 온건한 적극적 조치는 정당하며, 문제의 적극적 조치는 남성 근로자의 이익을 불필요하게 방해하거나 남성의 승진에 대해 절대적인 장애를 설정하는 것이 아니므로(Johnson은 고용을 유지하였고 다른 승진 기회를 갖고 있었으며, 그 적극적 조치가 유자격의 남성을 자동으로 탈락시키는 것은 아니므로) 적법하다고 판결하였다. 이 사건은 미국 연방대법원이 여성을 위한 적극적 조치의 합법성을 검토한 최초의 사건이다.[87]

사례 3.2(1)-2 : **여성과학자 적극적 조치**
국가인권위원회는 여성과학기술인육성및지원에관한법률에 근거한 여성과학자에 대한

87) Johnson v. Transportationa Agency, Santa Clara County, Cal.(1987).

우대는 여성과학자의 참여가 남성과학자에 비해 현저히 낮은 상황에서 여성과학자의 진출을 확대하기 위하여 취해진 합리적인 적극적 조치로 차별에 해당하지 않는다고 판단하였다(인권위 2004. 7. 12.자 04진차152 결정).

(2) 원칙적으로 적극적 조치는 의무사항에 해당하는 것은 아니다. 그러나 특정한 분야에서 적극적 조치를 실시하면서 성차별적 편견에 근거해 특정 직무만을 적극적 조치의 대상에서 제외하는 것은 성차별에 해당할 수 있다.

사례 3.2(2)-1 : **적극적 조치와 성차별**

국가인권위원회는 양성평등채용목표제실시지침(제정 2002. 12. 30. 행정자치부예규 제105호) 중 실시대상시험의 종류에서 검찰사무직렬을 제외하는 것은 평등권 침해의 차별행위라고 판단하였다. 해당 직무가 피의자 체포나 구속 등 신병확보 업무에 어느 정도 물리력이 필요한 경우가 있을 것이나 그러한 업무에 언제나 물리력 행사가 따른다고 볼 근거가 없고, 그러한 업무를 여성 검찰사무직원이 담당하지 못한다고 볼 자료도 없으며, 피의자 체포나 구속 등 신병확보업무가 검찰사무직이 담당하는 업무의 전부가 아닐 뿐더러 일부 검찰청에서는 여성 직원이 당직근무를 하고 있는 점 등에 비추어 검찰업무의 특성이 양성평등채용목표제 적용의 제외 사유가 된다고 보기 어렵다고 밝혔다. 또한 검찰사무직 여성 직원의 비율이 가장 높은 9급의 경우에도 전체의 18.2% 수준에 머무르고, 7급의 경우 전체의 3.4%, 5급의 경우 한 명의 여성 직원도 없는 실정에 비추어 보면 검찰사무직에 한시적으로 양성평등채용목표제를 적용한다고 해서 여성 검찰사무직의 사기가 저하된다거나 검찰사무직의 인식이 폄하되는 결과를 초래한다고 보기 어렵고, 양성평등채용목표제는 목표인원에 미달하는 인원만큼 당초의 정원을 초과하여 어느 한 성을 추가 선발하는 것이지 합격선에 든 다른 성의 합격자를 탈락시키는 것은 아니어서, 공개경쟁시험의 취지에서 벗어나는 것도 아니므로 양성평등채용목표제는 남녀평등을 촉진하기 위한 잠정적 조치로서 남녀차별로 볼 수 없다고 판단하였다(인권위 2003. 9. 1.자 03진차10 결정).

(3) 사용자는 다음과 같은 방법의 적극적 고치를 고려할 수 있다.

(3.1) 전통적으로 특정 성별 구성원에 의해 주로 행해지고 있는 작업에 대해 다른 성의 근로자를 교육훈련시키는 것은 하나의 적극적 조치이다. 예를 들어, 상대적으로 여성이 덜 진입한 직무에 대한 직업훈련을 실시할 때 적극적 조치의 하나로서 여성을 우선적인 대상으로 하는 것.

(3.2) 여성에게 관리직(진정직업자격이 아님)에 지원하도록 적극적으로 장려하는 것 또는 그를 위한 특별한 교육훈련을 시키는 것은 적극적 조치에 해당할 수 있다. 예를 들어, 여성의 관리직 비율이 현저하게 낮은 사업장에서 적극적 조치의 일환으로 여성에게 관리직에 지원하도록 장려하거나, 여성관리자양성을 위한 특별한 교육훈련을 실시하는 것.

3 성희롱 판단지침

1. 차별사유의 정의 (개념 및 관련 법령 근거)

1.1 성희롱의 개념

성희롱이란 성적 언동 등으로 상대방으로 하여금 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하거나 성적 언동 그 밖의 요구 등에 대한 불응을 이유로 불이익을 주는 것을 말한다.

입법례(국내) 1.1-1 : 국가인권위원회법

업무, 고용 그 밖의 관계에서 공공기관의 종사자, 사용자 또는 근로자가 그 직위를 이용하거나 업무 등과 관련하여 성적 언동 등으로 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하거나 성적 언동 그 밖의 요구 등에 대한 불응을 이유로 고용상의 불이익을 주는 것(제2조 5항)

입법례(국내) 1.1-2 : 남녀고용평등법

사업주, 상급자 또는 근로자가 직장내의 지위를 이용하거나 업무와 관련하여 다른 근로자에게 성적인 언동 등으로 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하거나 성적 언동 기타 요구 등에 대한 불응을 이유로 고용상의 불이익을 주는 것(제2조 2항)

입법례(국내) 1.1-3 : 여성발전기본법

업무, 고용 그 밖의 관계에서 국가기관·지방자치단체 또는 대통령령이 정하는 공공단체(이하 "국가기관 등"이라 한다)의 종사자, 사용자 또는 근로자가 그 지위를 이용하거나 업무 등과 관련하여 성적 언동 등으로 상대방에게 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하거나 성적 언동 그 밖의 요구 등에 대한 불응을 이유로 고용상의 불이익을 주는 것(제3조 4항)

입법례(국내) 1.1-4 : 남녀차별금지및구제에관한법률 (2005. 12. 29. 폐지)

업무, 고용 기타 관계에서 공공기관의 종사자, 사용자 또는 근로자가 그 지위를 이용하거나 업무 등과 관련하여 성적 언동 등으로 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하거나 성적 언동 기타 요구 등에 대한 불응을 이유로 고용상의 불이익을 주는 것(제2조 2항)

(1) 우리나라에서 성희롱 개념은 서울대 신교수 사건을 계기로 '직장내 성희롱' 개념으로 먼저 정착되었기 때문에 입법례에서 보여지듯이 성희롱 행위자의 범위를 '공공기관의 종사자, 사용자 또는 근로자'와 같이 직장 내의 범위로 국한하거나, 불이익의 범위를 '고용상의 불이익'으로 제한하고 있다. 특히 남녀고용평등법에서의 성희롱은 '직장내 성희롱'으로서 고용상의 성차별로 규정된다. 그러나 외국의 입법례는 성희롱 개념이 반드시 '직장내' 혹은 '고용상'으로 한정되지 않는다.

> 입법례(국외) 1.1(1)-1 : 캐나다 노동법
> 성희롱이란 a)피고용인에게 모욕감이나 수치심을 유발하거나, b)합리적인 견지에서 볼 때, 고용에 있어서 또는 훈련 및 승진 기회에 있어서 성적인 조건을 부여한다고 인식되도록 하는 성적인 행위, 언사, 몸짓, 또는 신체적 접촉 등을 말한다.(제247조 1항)

> 입법례(국외) 1.1(1)-2 : 호주 성차별 금지법
> 성희롱이란 a)상대방이 환영하지 않는 성적 접근 또는 상대방이 원치 않는 성적인 호의를 요구를 요구하거나, b)상대방이 환영하지 않는 성적인 성격을 갖는 행위를 범함으로써, 합리적인 사람이라면 모든 정황을 고려할 때 모욕감, 수치감, 혹은 위협감을 느낄 것이라고 인정되는 행위를 말한다. 여기에서 '성적인 성격을 갖는 행위'에는 상대방에게 직접, 혹은 상대방이 있는 자리에서 성적인 성격을 갖는 말을 하거나 글을 쓰는 것을 포함한다.(2-28조 A)

> 입법례(국외) 1.1(1)-3 : EU 지침(2002년)
> 성희롱이란 상대방이 원치 않는, 성적인 성격을 갖는 언어적 또는 신체적 행위로서, 상대방의 존엄성을 훼손하며, 특히 위협적이거나 적대적인, 또는 수치심을 일으키거나 모욕적인 환경을 조장하는 경우를 말한다.

(2) 국가인권위원회법의 경우 남녀고용평등법과는 달리 성희롱을 '고용상의 성차별'로만 규정하기보다는 보다 넓은 영역에서의 성차별로서 성희롱을 규정하고 있는 바, 법의 해석 및 적용에 있어서도 '고용상'이라는 범주를 벗어날 필요가 있다. 일례로 국가인권위원회법의 정의 조항 중 '고용상의 불이익'은 '고용상의 불이익 및 기타 불이익'으로 해석, 적용되는 것이 법의 취지에 보다 적합하다.

1.2 차별로서의 성희롱

(1) 국제적 동향을 볼 때, 성희롱은 두 가지 차원에서 다루어져 왔다. 우선, 성희롱은 성차별의 일종으로 다루어진다. '성희롱'이라는 용어는 미국에서 1974년부터 논의되기 시작한 Sexual Harassment의 번역어인데, 여기에서 가장 핵심적인 것은 그것이 단순한 성적

욕구에 기초한 행위가 아니라 남녀 간의 권력 불평등과 관련되어 있다는 점이다. 또한 성희롱은 여성에 대한 폭력(인권침해)의 일종으로 다루어진다.[88]

(2) 성희롱을 성차별로 보는 논리는 미국에서 구축되어 왔다. 미국에서는 성별(sex)에 의한 차별을 금지하는 공민권법 7편에 근거하여 성희롱 소송이 제기되어 왔다. 법원이 1976년 이전에 성희롱에 대한 사용자 책임을 인정하지 않았던 이유는 성희롱을 고용관계와는 무관한 행위라고 판단했기 때문이다. 성희롱의 행위자의 개인적인 성적 충동을 만족시키기 위한 목적의 행위이기 때문에 사용자가 시정할 의무를 갖는 고용상의 차별과는 관련이 없다는 것이다. 이후 판결을 통해 성희롱을 성차별로 보는 인식이 확산되어 왔다.[89]

(2.1) 성희롱이 성차별임을 인정한 첫 판례는 1976년의 Williams v. Saxbe사건에 대한 판결로, 여기에서 미국 법원은 원고가 여성이라는 이유로 고용의 계속을 대가로 상사의 성적 요구를 받아들일 것을 강요받았으므로 이는 공민원법 7편에 위반하는 성차별에 해당된다고 판결하였다.[90]

사례 1.2(2.1)-1 : **성희롱이 성차별임을 인정한 판례**

1976년 미국 법원은 법무부에 근무하고 있던 여성이 남성 상사로부터 받은 여러 차례의 성적 유혹을 거부한 후 수모와 해고를 당했다고 주장하면서 그 상사와 사용자인 법무부를 상대로 구제소송을 제기한 사건에서(Williams v. Saxbe), "성희롱이 한쪽 성(性)만을 대상으로 이루어졌고 고용을 보장하는 조건으로 이루어졌다면, 이는 공민권법 7편을 위반하는 성차별의 한 형태이고 (가해자인) 상사의 행위에 관해 사용자는 피해자에 대한 책임이 있다고 인정했다.[91]

(2.2) 성희롱이 성차별임을 인정한 미국 연방 대법원의 판례로는 1986년 Meritor Saving Bank v. Vinson 사건에 대한 판결이 있다. 여기에서 연방 대법원은 공민권법 7편이 '경제적(economic)' 혹은 '실체적인(tangible)' 차별에만 국한되는 것은 아니라고 보면서 비경제적인 위해(non-economic injury)를 유발하는 성희롱 또한 공민권법 7편을 위반할 수 있다고 판단하였다.[92]

---

88) 1995년 북경여성대회가 채택한 여성폭력에 관한 행동강령 제126조에 따르면 작업장에서의 성희롱 및 기타 형태의 여성에 대한 폭력을 제거하기 위한 프로그램과 절차를 개발해야 한다며 성희롱에 대한 언급이 명시적으로 포함되어 있다. 국제노동사무소(ILO) 역시 1985년 국제노동대회 이후 성희롱이 노동자들의 기본권 침해이고, 산업안전에 대한 위협일 뿐 아니라 차별이자 여성노동자에 대한 폭력이라고 선언한 바 있다. 김유선, 정형옥, 전희경 외(2004),「직장내 성희롱의 적극적 예방제도 도입방안」, 노동부.

89) 국미애(2004),『성희롱과 법의 정치』, 푸른사상.

90) 정형옥(2006), "성희롱 개념의 성립과 변화",「한국양성평등교육진흥원 성희롱 예방교육 전문강사 강의안 모음집」, 한국양성평등교육진흥원.

91) Williams v. Saxbe, 413 F. SUPP. 654(D.D.C.)(1976), 정형옥(2006) 및 국미애(2004)에서 재인용.

92) Meritor Saving Bank v. Vinson, 477 U.S. 57(1986).

사례 1.2(2.1)-2 : **성희롱이 성차별임을 인정한 미국 연방 대법원의 판례**

메리터 은행의 전직원인 빈슨은 자신이 그 은행의 직원으로 근무하는 동안 상사로부터 성희롱을 당했는데 이는 공민권법 7편을 위반한 것이라고 주장하면서 은행과 가해자인 상사를 상대로 소송을 제기하였다. 연방 대법원은 적대적 환경형 성희롱(hostile environment sexual harassment)이 공민권법 7편을 위반할 수 있다고 보면서, 1982년의 Henson v. Dundee사건의 판결문을 다음과 같이 인용하였다.

"한 성(性)의 구성원들에게 적대적이거나 모욕적인 환경을 조성하는 성희롱은 어느 모로 보나 일터에서의 성평등 실현에 대한 장애물로서 이는 특정 인종에 대한 희롱이 인종 평등을 실현하는 데 있어 장애가 되는 것과 같다. 확실히 어떤 여성 또는 남성에게 고용을 조건으로 성적인 학대를 겪어야 한다고 요구하는 것은 심한 인종 모독적 발언만큼이나 모멸적이고 상대방을 좌절시키는 것일 수 있다." 더 나아가서 연방 대법원은 "성희롱이 [피해자의] 고용조건을 바꿀 만큼 그리고 적대적인 고용환경을 창출할 만큼 충분히 심각하고 만연하다면 소송가능하다"고 판시하였다.[93]

(3) 우리나라의 경우 남녀차별금지및구제에관한법률(2005. 12. 29 폐지)에서 성희롱이 남녀차별임을 명시한 바 있다. 또한 남녀고용평등법 등 다른 관련 법에서도 성희롱이 성차별임을 명시하지는 않았으나, 법의 입법 취지 등을 살필 때, 성희롱이 고용상의 성차별과 직접적인 관련이 있다는 점을 보이고 있음을 알 수 있다.

입법례(국내) 1.2(3)-1 : 남녀차별금지및구제에관한법률(2005. 12. 29 폐지)
성희롱은 남녀차별로 본다.(제7조 4항)

(4) 성희롱은 상대방의 성에 대한 언동으로서 몸에 대한 권리의 침해일 뿐만 아니라 성희롱 행위의 효과로서 성희롱 피해자의 노동권의 침해 등 경제적인 불이익 및 기타 불이익을 발생시키거나 이러한 불이익의 발생을 이유로 하여 성희롱을 받아들일 것을 요구하기 때문에 차별로 보아야 한다. 특히 역사적으로 볼 때 성희롱은 불평등한 남녀 권력관계 하에서 여성들에게 집중적으로 가해짐으로써 여성들의 지위 저하 및 권리의 침해를 가져오는 대표적인 성차별 유형으로 이해되어져 왔다.

(5) 국가인권위원회법의 경우 성희롱을 성차별로 간주하는 조항이 없으나, 이러한 입법례 및 역사, 국외 판례 등에 비추어 볼 때, 성희롱이 성차별이라는 점은 별도로 입증해야 할 필요는 없다.

---

93) Meritor Saving Bank v. Vinson, 477 U.S. 57(1986).

2. 성희롱의 주체

성희롱의 행위자는 공공기관의 종사자, 사용자 또는 근로자가 그 행위 가해주체가 된다.

(1) 성희롱의 행위자 범주에는 국가인권위원회법에서 규정하고 있는 공공기관의 종사자 및 사기업의 사용자 또는 사기업의 근로자가 포함된다.

(1.1) 공공기관의 종사자 범주에는 공공기관의 임직원뿐만 아니라, 공공기관과 일정한 관련을 맺고 공공기관의 업무를 수행하고 있는 사람도 포함한다. 또한 임금 등 근로의 대가를 받는 종사자는 아니나 공공기관과 일정한 관련을 맺고 그 기관의 업무를 수행하고 있는 사람도 포함된다.

사례 2(1.1)-1 : **위탁교육을 실시한 강사가 공공기관의 종사자에 해당하는지의 여부**

국민건강보험공단이 자체적으로 실시하여야 할 직원들에 대한 민원서비스기본과정 교육에 관한 위탁교육계약을 체결하고 약 2개월 사이에 8회에 걸쳐 위탁교육을 실시한 경우, 그 위탁교육을 실시한 강사가 구 남녀차별금지및구제에관한법률 상의 '공공기관의 종사자'에 해당한다고 한 사례.

법에서 말하는 '공공기관의 종사자'라 함은 공공기관의 임직원뿐만 아니라, 상당기간 공공기관과 일정한 관련을 맺고 공공기관의 업무를 수행하고 있는 사람도 포함한다고 할 것이다. 공단이 위탁하여 실시한 교육은 공단의 고유의 업무와 밀접한 관련이 있을 뿐만 아니라, 원래는 공단이 자체적으로 실시하여야 할 사항인 것이다. 그런데 공단은 이러한 교육을 ○○에게 위탁하여 시행하였고, ○○은 공단의 승인을 얻어 그 일부를 원고에게 다시 위탁하였는바, 교육의 목표와 방향을 정하여 이를 위탁한 공단으로서는 자신이 위탁한 교육이 소기의 목적을 달성할 수 있도록 지휘·감독할 수 있는 지위에 있을 뿐만 아니라 그리 하여야 할 직무가 있는 것이고 그러한 범위에 한정하여 본다면 원고는 공단의 지휘·감독을 받는 위치에 있다고 할 것이며, 원고는 공단의 업무를 수행한 것이라고 보아야 하므로 본 법리에 비추어 원고는 공공기관인 공단의 '종사자'에 속한다고 새겨야 할 것이다. <대법원 2005두487 판결>

(1.2) '사용자'는 남녀고용평등법에서 규정하고 있는 '사업주'보다 포괄적인 개념이다. '사업주'란 "개인기업의 경우에는 개인을 말하고 법인체인 기업의 경우는 그 법인 자체를 말한다. 그러므로 주식회사, 합명회사, 합자회사, 유한회사는 상법상 법인이므로 이들 회사의 사업주는 모두 법인 그 자체이다. 사업주는 사업의 경영 주체이므로 사업경영의 결과인 손익 계산이 귀속하는 자이다." 한편 '사용자'는 "사업주 또는 사업경영담당자 기타 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자"로 정의된다. 즉 사용자는 사업주와, 그를 대리하여 사업을 대표하는 자 또는 피고용인의 고용 지위에 영향을 미칠 수 있는 자, 일상적인 직무 수행에 있어서 피고용인에 대해 권

한을 갖는 자인 것이다.

성희롱 행위자가 국가인권위원회법 상의 '사용자' 범주에 포함되는지의 여부는 성희롱으로 인하여 피해자가 고용상의 불이익에 처하지 않도록 해야 한다는 성희롱 규제의 취지가 실효성을 가질 수 있도록 피해자의 고용지위나 일상적인 직무수행에 영향을 미칠 수 있는지의 여부로부터 판단하여야 한다.

사례 2(1.2)-1 : **고문이나 이사 등이 사용자 범주에 포함되는지의 여부**

진정인은 2005. 1. 연구소에 입사하여 수습직을 거쳐 2006. 6.부터 상임연구위원으로 근무하고 있으며, 피진정인은 2005. 4.부터 연구소의 고문직을 맡아오다가 이 사건 이후 2006. 8. 3. 고문직에서 해촉되었다. 고문이나 이사 등이 인권위법상 성희롱 행위자에 포함되는지는 성희롱 규제의 취지로부터 실질적으로 판단하여야 하며 이는 행위자가 피해자의 공적활동을 제한 내지 위축시키는데 영향을 줄 수 있는 관계에 있는 자인지를 기준으로 판단하여야 할 것이다. 피진정인은 동 연구소에 후원금만을 낼 뿐 아무런 권한이 없는 고문이라고 주장하나, 피진정인은 통일운동의 원로인사이고 연구소 재정원의 한 부분을 차지하고 있으며, 진정인과 같은 연구위원들은 고문으로부터 공식적인 회의나 비공식적인 식사자리를 통해 새로운 정보를 획득하거나 사람들을 소개받아 자신의 공적활동을 펼쳐나가고 있는바, 연구소나 진정인의 공적활동에 영향을 줄 수 있는 지위에 있는 자로서 우리 위원회법상 사용자 범주에 포함된다고 판단한다. <인권위 2006. 12. 22. 06진차425 결정>

(1.3) 실습생이나 교생 등 임금을 받는 근로자는 아니나 상당 기간 당해 기관과 일정한 관련을 맺고 그 기관의 업무를 수행하고 있는 사람의 경우 근로자의 범주에 포함한다.

성희롱은 행위 당사자 및 피해자의 성별이나 성적 지향에 영향을 받지 않는다.

(2) 성희롱이 위법한 행위임을 규정하고 있는 우리나라의 국가인권위원회법과 남녀고용평등법 모두 가해자 또는 피해자가 특정 성이어야 한다는 것을 명시하지 않고 있다.

(2.1) 남성 대 남성 간의 성희롱과 여성 대 여성간의 성희롱도 성희롱에 의한 차별행위로 성립될 수 있다. 또한 여성이 남성에게 한 성희롱도 성희롱에 의한 차별행위로 성립될 수 있다.

사례(국내) 2(2.1)-1 : **남성이 남성에게 한 성희롱을 인정한 사례**

○○병원 직원이고 남성인 피진정인 이○○은 동병원에 입원하여 치료중인 남성 진정인에게 2005. 4.부터 2006. 2.까지 "너 나 좋아하지, 사랑하지, 나도 너 사랑하고 좋아서 이렇게 손을 만진다"라고 말하며 10회 이상 손을 만졌고, 같은 기간 동안 다른 환자인 이○○의 성기를 만진 후 이어서 진정인의 성기를 만지고 눈을 까뒤집었으며, 복도에서 진정인을 만나면 성기를 툭 치고 지나갔고, "딸딸이쟁이, 딸딸이를 한 달에 몇 번 치나"라고 묻는 등 성희롱을 하여 진정인으로 하여금 성적 굴욕감을 느끼게 하였다. 이에 인권위는 피진정인의 이러한 언행이 성적 함의가 있으며, 합리적 일반인의 관점에서 볼 때 심한 성적 굴욕감 또는 혐오감을 주기에 충분하다고 인정된다고 결정하였다. <인권위 2006. 7. 4. 06진차182 결정>

사례(국외) 2(2.1)-2 : **여성이 여성에게 한 성희롱을 인정한 사례**

여성인 A는 그녀의 상관인 여성 B가 "여직원들에게 성적이고, 모욕적이며, 적대적인 발언을 일삼는 반면, 남성들에게는 그러하지 않는다"며 성희롱으로 제소했다. A는 B가 남직원들 앞에서 자신의 몸에 대해 코멘트를 했으며, 그녀의 셔츠를 잡아당겨 브래지어가 보이기도 했고, 바지를 거의 벗겨질 정도까지 잡아당기기도 했다고 증언했다. 감독자 위치에 있는 다른 직원들도 이러한 행위를 목격한 적이 있으나 이를 방지하기 위한 노력을 취하지 않았다는 증거도 확보되었다. 배심원단은 B가 A의 성(sex)에 근거하여 행동했으며, B의 행위는 A의 업무수행을 방해하고 적대적이며 학대적인 근로환경을 조성했다고 결정했고, 미국 재판부 역시 그러한 결정을 지지했다.[94]

사례(국외) 2(2.1)-3 : **여성이 남성에게 한 성희롱을 인정한 사례**

직장동료인 남성 A와 여성 B는 1997년 3년간의 연애관계를 끝냈다. 1999년, A는 승진되어 B와 같은 부서에 배치될 예정이었다. 이 사실을 안 B는 A와의 과거 연애와 관련하여 A가 폭력적인 파트너였다는 등 A에 대한 부정적인 거짓 소문을 퍼뜨렸다. 회사는 자체 조사를 벌인 끝에 A의 말이 거짓이라는 것을 밝혀냈지만 A의 승진을 제한하는 등, 그의 고용조건에 불리한 여러 조치를 취했다. 사용주는 이 사건이 성에 기초한 희롱(harassment)이라기보다는 질투심에 불타는 전 애인에 의한 복수극이라는 해프닝에 불과하다고 주장했다. 그러나 미국 법원은 B가 퍼뜨린 거짓 소문이 "여성에 대한 남성의" 신체적 폭력에 관한 것이었다는 점을 주목했으며, 따라서 성에 기반한 희롱이 성립된다고 결정했다.[95]

94) Chavez v. Thomas & Betts Corp., 396 F.3d 1088, 10th Cir.(2005).
95) Oakstone v. Postmaster Gen'l, 332 F. Supp. 2d 261, D. Me.(2004).

사례(국내) 2(2.1)-4 : **여성이 남성에게 한 성희롱을 인정한 사례**

상시 300명의 근로자를 사용하여 의류제조 및 판매업 등을 영위하는 회사의 생산부 미싱사, 미싱보조로 일하는 피고 1, 피고 2는 기혼여성들이며, 원고는 미혼으로서 2000. 5. 2. 이 회사 생산부 소속 기계실 기계수리기사 보조사원으로 입사하였다. 피고 1은 원고가 거부의 의사를 표시하였음에도 그 의사에 반하여 원고에게 신체적인 접촉을 하였고, 피고 1과 피고 2는 원고에게 성적 언설을 하면서 신체적 접촉을 함에 따라 회사 내에 위 피고들이 원고를 가지고 놀았다는 소문까지 돌게 되었다.

위 피고들의 행동은 분명히 성적인 동기와 의도를 가진 것으로 보여지고, 그러한 성적인 언동은 사회통념상 일상적으로 허용되는 단순한 농담 도는 호의적인 언동의 범주를 넘어 원고로 하여금 성적 굴욕감이나 혐오감을 느끼게 함과 동시에 원고에 대한 사회적 평가를 저하시키고 원고의 근무환경을 악화시켜 원고의 인격권을 침해한 것이며, 이러한 침해행위는 남녀고용평등법에서 정한 직장 내 성희롱에 해당하는 위법한 행위로서 원고가 위와 같은 위 피고들의 행위로 인하여 정신적 고통을 받았을 것임은 경험칙상 명백하다. <서울지법 2001가합6471 판결>

(2.2) 성희롱의 성립 여부는 가해자 또는 피해자의 성적 지향과 무관하다. 즉, 성희롱 성립 여부는 상대에 대한 '성적 욕구'의 유무, 혹은 그 가능성과는 관계가 없다. 예컨대, 이성애자인 남(여)성이 같은 이성애자인 남(여)성을 성희롱할 수 있으며, 동성애자인 남(여)성이 동성애자인 여(남)성을 성희롱할 수 있다.[96]

사례 2(2.2)-1 : **이성애자 남성이 이성애자 남성에게 한 성희롱을 인정한 사례**

성희롱을 남성과 여성 사이에서 발생하는 위법적인 행위로만 인정해오던 미국 법원은 지난 1998년 Oncale v. Sundowner Offshore Services 사건에서 기존의 그러한 관행을 뒤엎는 획기적인 판례를 남겼다. 석유 굴착 근로자이며 이성애자인 Oncale은 같은 직장의 남성 동료들과 상관들(모두 이성애자임을 자처)로부터 지속적인 언어적, 신체적 성희롱을 당했다. 대법원은 비록 문제의 성희롱 행위가 (가해자들이 모두 이성애자들이라는 점에서) 성적 욕망에서 비롯된 것이 아니라 하더라도 명백히 성적 의미를 담고 있는 위법적인 가해행위라고 인정했다.[97]

사례 2(2.2)-2 : **동성애자 남성이 이성애자 여성에게 한 성희롱을 인정한 사례**

영업부 여성 직원인 A는 남성 상급자인 B씨를 성희롱으로 제소했다. B는 자신은 동성애자이므로 여성인 A에게 어떠한 성적 이끌림도 없으며 따라서 여성에 대한 성희롱 행위는 성립될 수 없다고 주장했다. 법원은 가해자인 B가 어떠한 성적 지향을 갖고 있는가는 B의 A에 대한 언행이 성희롱인지 아닌지를 판단하는 것에 영향을 미칠 수 없다고 판시했다.[98]

---

96) 미국 EEOC는 2005년 한 해 동안 12,679건의 성희롱 제소를 접수했는데 그 중 14.3%가 남성 피해자에 의한 제소였다. 최근 우리나라의 한 취업포털사이트("스카우트")가 남녀 직장인 1200여 명을 대상으로 한 설문조사에 의하면 남성 직장인의 16.1%가 성희롱·성추행을 당한 경험이 있다고 답변했다고 한다.

97) Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc., 523 U.S. 75(1998).

사례 2(2.2)-3 : **동성애자 남성이 이성애자 여성에게 한 성희롱을 인정한 사례**

여성 A는 같은 직장의 B를 성희롱으로 제소했다. 사용주는 B는 동성애자인 남성으로서 여성인 A에게 성적으로 적대적 근로환경을 조장할 수가 없다고 주장했다. 미국 법원은 성희롱 성립에 있어서 성적 욕구가 반드시 전제되어야 하는 것은 아니라고 말했으며, 성희롱 성립 여부는 "원고의 성(gender)로 인하여 적대적 환경이 조성되었는지 여부"에 달려있다고 결정했다.[99]

98) Font v Paspaley Pearls [2002] FMCA 142.

99) Miller v. Edward Jones & Co., 355 F. Supp. 2d 629, D. Conn.(2005).

3. 성희롱의 성립요건

3.1. 업무 관련성[100]

업무 관련성이란 업무상의 사유를 말한다. 이는 성희롱의 발생이 반드시 근무시간 내 혹은 직장 내에서 발생하여야 한다는 것을 의미하는 것이 아니라, 그 외의 경우일지라도 성희롱이 발생한 상황이 업무상의 사유를 가지고 있다고 판단되는 경우라면 업무 관련성이 있다고 본다는 것을 의미한다.

(1) 업무 관련성은 근무시간, 직장 내 등의 근무장소, 업무와의 직접적인 연관성에만 국한되지 않는다. 업무 관련성에 대한 판단은 업무와의 보다 폭넓은 연관성 속에서 이루어져야 한다. 성희롱 행위자가 자신의 지위를 이용할 수 있는 상황이었거나 업무 관련 이야기를 나누기 위한 만남, 업무 관련 활동을 위한 만남에서 이어지는 연속적인 술자리 등은 업무 관련성을 갖는다고 볼 수 있다.

(1.1) 업무 관련성은 반드시 근무시간 중으로만 한정되는 개념은 아니다. 근무시간 이외의 시간에서 발생한 성희롱일지라도 그 만남의 성격이 쌍방 모두 혹은 쌍방 중 어느 1인이 종사하고 있는 업무와 유관할 때에는 업무 관련성이 있는 것으로 판단한다.

---

100) 업무 관련성은 산업재해보상보험법(이하 산재보상법) 상 산업재해의 보상에서도 주요하게 사용되는 개념이다. 최윤정(2004)에 따르면, 산재보상법의 정의에서 '업무상 재해' 개념은 '업무상 사유에 의한' 것으로 규정되어 있다. 이 개념은 1981년 이전 구(舊)법에서 "업무 수행 중 그에 기인하여 발생한 재해"로 정의한 것에 비해 그 적용이 비교적 완화된 내용이라고 볼 수 있다. 구법에서는 업무상 재해를 1)업무수행성과 2)업무기인성의 두 가지 구성요건을 성립해야 하는 것으로 보았지만, 이 요건이 업무상의 사유로 포괄되면서 업무상의 사유가 인정되면 산업재해로 보기 때문이다. 그러나 우리나아 산재보상법은 현재 업무상 사유 여부를 판단할 때 통상 업무수행성을 따지고 있다. 업무수행성은 당해 근로자가 사용자의 지휘, 명령 하에 업무를 행하는 것을 말하는데, 여기에는 근로자가 근로계약에 의하여 사용자의 지배 · 관리 하에 업무를 행하는 것으로 직접적인 관리나 지배에 의한 것만 국한되는 게 아니라 그 업무에 부수해서 기대되는 행위 등도 포함된다. 근로자가 업무를 행하는 것, 다시 말해 '업무상의 행위' 여부는 일반적으로 시간과 공간 및 업무 내용을 기준으로 판단하지만, 그렇다고 해서 작업시간 중과 작업장 내라는 시공간으로 국한되어 잇지 않다. 작업준비 중 및 종료 후의 행위라도 그것이 업무와 관련된 행위이면 사용자의 지배관리 하에 있다고 보아 산재보상법상 업무에 속하는 것으로 간주한다. 산재보상법 시행규칙에는 업무상 사고를 작업시간 이외에도 작업시간 외, 유게시간 중, 출장 중, 행사 중, 제3자나 타인의 폭력 등에 의한 기타 사고 등을 포함하고 있어 업무상 행위를 직 · 간접적으로 업무가 영향을 비치는 범위까지 폭넓게 보고 있다. 최윤정(2004),「'산업재해'로서의 직장내 성희롱에 관한 연구」, 이화여대 여성학과 석사학위 논문, 미간행, p.23~25.

사례 3.1(1.1)-1: **근무시간 외에서의 만남이 업무 관련성이 있는지의 여부**

진정인과 피진정인이 진정인의 근무시간 외에 만나게 된 경우에 대하여, 이 사건 이전에도 진정인과 피진정인이 연구위원과 고문의 관계에서 진정인이 후원금을 받으러 직장 외의 장소에서 피진정인이 원하는 시간에 만나왔다는 점, 사건 당일 진정인은 선약이 있었지만 피진정인의 연락을 받고 모임 약속을 포기하고 나간 점, 고문이 만나자고 하면 연구위원은 선배와 원로에 대한 예우로 그 이유를 묻지 않고 만나는 것이 조직 문화라고 하는 진정인과 참고인의 진술이 있는 점에 비추어 볼 때 사건 당일의 만남은 단순히 사적인 성격의 만남이 아니라 진정인이 종사하고 있는 업무와 관련성이 있다고 판단된다. <인권위 2006. 12. 22. 06진차425 결정>

(1.2) 회식자리 등 술자리에서의 업무 관련성은 그 술자리가 업무에 기초하여 마련된 자리일 경우 업무 관련성이 있다고 본다. 술자리에서 업무 이외에 사적인 이야기도 오고 갔다 할지라도 그 술자리가 업무를 목적으로 만들어졌거나, 근로자들 간의 친목도모 등 업무관계의 연장선상에서 형성되었거나, 고용관계에 기초하여 이루어졌을 경우 그 술자리는 업무 관련성이 있다고 본다.

또한 회식 후 귀가 도중과 같이 술자리가 파한 후에 발생한 성희롱도 그 술자리의 업무 관련성이 인정되는 한 업무의 연속선상에서 발생한 것으로 본다.

사례 3.1(1.2)-1 : **술자리에서의 업무 관련성 여부**

원고는 정기간행물 출판업, 광고업, 컨설팅업 등을 영위하는 회사의 대표이사로 재직하고 있는 자로서 기혼이며, 피해자는 2002. 1. 21. 원고 회사에 입사하여 수습기자로 근무하다가 2002. 3. 29. 퇴직한 자로서 미혼이다. 원고는 원고 회사의 분위기를 파악하고 수습기자인 피해자의 업무를 점검할 목적으로 2002. 4. 1. 피해자와 개별 면담을 하던 중 피해자의 손을 잡는 등 성적인 언행을 하였다.

원고의 피해자에 대한 개인면담은 곱창집, 복집, 호프집을 거치면서 계속되었다고 보여지고 (비록 술을 마시면서 사적인 이야기도 나누었다 하더라도 업무상 개인면담을 위하여 이루어진 만남이었고, 호프집에 이르기까지 원고 회사와 관련된 이야기가 계속하여 나누어졌을 뿐 아니라, 경과에 비추어 만남의 성격이 업무상 개인면담에서 순수한 사적인 만남으로 전환되었다고 보기도 어렵다.), 원고는 피해자에게 성적 언동을 하였으며 그의 언동은 사회통념상 일상생활에서 허용되는 호의적인 행위이거나 단순한 농담의 수준을 넘는 한편, 피해자가 원하지도 않는 언동이라 할 것이어서, 결국 원고가 업무, 고용 가타 관계에서 그 지위를 이용하거나 업무 등과 관련하여 성적 언동을 하여 피해자로 하여금 성적 굴욕감이나 혐오감을 느끼게 하였다고 할 것이므로 이는 남녀차별금지법상의 성희롱에 해당한다. <서울행법 2002구합36737 판결>

사례 3.1(1.2)-2 : **업무 관련성이 있는 술자리 이후 발생한 성희롱의 업무 관련성 여부**

사건 당시 진정인과 피해자는 ○○대학 ○○학과 4학년 재학생이었고 피진정인은 2003년부터 위 학과의 교수로 재직하여 왔다. 2006. 7. 6. 오후 3시경 피해자와 진정인, 피진정인은 피진정인의 연구실에서 만나 신임교수 임용건에 관해 이야기를 나누다가 피진정인의 제안으로 음식점으로 자리를 옮겨 술을 마시며 신임교수 임용건에 관해 계속 이야기를 하였다. 세 사람이 음식점을 나와 헤어지고 집으로 가고 있는 도중에 피진정인이 피해자에게 전화를 하여 데리러 와 달라고 호출하였고 피해자는 차마 거절하지 못하고 피진정인을 만나 맥주집에 갔다가 여기서 나올 무렵 피진정인이 피해자에게 성희롱을 하였다. 이 사건의 업무 관련성에 대하여 국가인권위는 '비록 문제가 되는 성적 언동은 학교 외의 장소에서 술자리가 파한 후에 이루어지기는 하였으나 당일의 만남이 교수가 학생에게 신임교수 임용건에 대해 설명을 하는 자리로 시작되어 사건발생당시까지 연속적으로 이어졌다는 점에서 업무관련성이 있다'고 판단하였다. <인권위 2007. 1. 31. 06진차488 결정>

(1.3) 업무 관련성이 판단되어야 하는 해당 행위가 적법한 것이었는가의 여부는 업무 관련성을 판단하는 데 있어 고려하지 않는다.

사례 3.1(1.3)-1 : **'지위 이용'이 정당한 이용 이외의 권한 남용도 포함하는지 여부**

현직 도지사인 원고와 제주도 도민이면서 직능단체장의 지위에 있었던 피해자가 지방자치단체장 선거를 앞두고 원고의 요청으로 집무실에서 면담(원고가 면담을 요청한 이유는 선거에서 지신을 지지해 달라고 하기 위한 것임)하는 과정에서 발생한 성희롱 사건에서 이 면담이 '업무, 고용 기타 관계에서 공공기관의 종사자인 도지사의 지위를 이용하거나 업무 등과 관련'한 것이었는지 여부에 관하여 서울행정법원은 다음과 같이 판단하였다.

'남녀차별금지법에서 '그 지위를 이용한다'의 의미는 정당한 이용 이외에 그 권한의 남용도 포함하여야 하는 것으로 보아야 한다는 점 등을 감안하면, 남녀차별금지법상의 업무 관계는 상대방에게 고용상의 불이익 등 직접적인 영향력을 미칠 수 있을 정도의 구체적인 업무관계를 의미하는 것으로 한정할 수 없다.' <서울행정법원 2002구합36065 판결>

사례 3.1(1.3)-2 : **파업행위의 적법성 여부가 업무관련성 판단에 영향을 미치는지의 여부**

진정인은 ○○대학교 직원으로서 노동조합 전임자이고 피진정인은 같은 대학교 교수로서 학생지원처장의 지위를 맡고 있는바, 2006. 6. 26. 교수회관 내 식당에서 진정인을 비롯한 노동조합원들이 피진정인을 포함한 학교 측 관계자들에게 당일 오전에 발생했던 모교수의 노동조합원에 대한 폭행사건에 관해 항의하던 중 피진정인이 진정인에게 성적 언동을 하였다. 피진정인은 이 사건이 진정인을 비롯한 노동조합원들이 학교 측의 허락도 없이 회의 장소에 들어와 회의 진행을 방해하는 등 불법행위를 하는 도중에 생긴 일이므로 직위를 이용하거나 업무 등과 관련한 것이 아니라고 주장하였다. 이에 대해 국가인권위원회는 '피진정인은 사건 발생 당시 업무의 일환으로 회의에 참석하고 있었고 파업 중이던 노동조합원들과 대치하는 상황에서 발생한 일로서 업무 관련성이 중분히 인정되며, 진정인의 파업행위가 적법한 행위였는지의 여부는 피진정인의 행위에 대한 업무관련성 여부를 판단함에 있어 아무런 영향을 주지 않는다'고 판단하였다. <인권위 2007. 3. 28. 06진차401 결정>

3.2 성적 언동이나 그 밖의 요구

성적 언동 및 요구라 함은 신체적인 접촉이나 성적인 의사 표현뿐만 아니라 성적 함의가 담긴 모든 언행과 요구를 말한다. 여기에서 행위자의 언행에 성적 함의가 있었는가의 여부는 행위자의 의도와는 상관이 없다.

(1) 성적 언동 및 요구는 성적 함의가 담긴 모든 언행 및 요구를 말한다. 남녀고용평등법 시행규칙 및 과거 여성부 고시 남녀차별금지기준에서는 '성적 언동 및 요구'의 구체적인 예시를 다음과 같이 제시하고 있으나, 반드시 여기에 국한되지는 않는다.

사례 3.2(1)-1 : **'성적 언동 및 요구'의 구체적 예시**

ㅇ 신체적인 성적 행위
- 입맞춤이나 포옹, 뒤에서 껴안기 등의 신체 접촉
- 가슴, 엉덩이 등 특정 신체부위를 만지는 행위
- 안마나 애무를 강요하는 행위

ㅇ 언어적인 성적 행위
- 음란한 농담이나 음담패설
- 외모에 대한 성적인 비유나 평가
- 성적 사실관계를 묻거나 성적인 내용의 정보를 의도적으로 유포하는 행위
- 성적 관계를 강요하거나 회유하는 행위
- 음란한 내용의 전화통화
- 회식자리 등에서 무리하게 옆에 앉혀 술을 따르도록 강요하는 행위

ㅇ 시각적인 성적 행위
- 외설적인 사진, 그림, 낙서, 음란출판물 등을 게시하거나 보여주는 행위
- 직접 또는 팩스나 컴퓨터 등을 통해 음란한 편지, 사진, 그림 등을 보내는 행위
- 성과 관련된 자신의 특정 신체부위를 고의적으로 노출하거나 만지는 행위

ㅇ 기타 사회통념상 성적 굴욕감을 유발하는 것으로 인정되는 언어나 행동

<『남녀고용평등법시행규칙』, 과거 여성부 고시 『남녀차별금지기준』>

(1.1) 일례로 퇴폐영업 술집에서 이루어진 회식에 동석시킨 행위는 위의 성적 언동 및 요구의 구체적 예시에 포함되어 있지 않으나, 이러한 장소에서 이루어지는 여성의 성 상품화 등이 근로자 특히 여성 근로자들에게 성적 불쾌감을 줄 수 있다는 점에서 성적 함의가 있는 언행에 포함될 수 있다.

사례 3.2(1.1)-1 : **퇴폐영업 술집에서의 회식에 동석시킨 행위가 성희롱인지의 여부**

진정인은 업무관계에 있는 외국인을 접대하는 등의 목적에서 실시된 회식에서 피진정인들이 2차 회식을 퇴폐적인 쇼를 하는 술집에서 실시함으로써 자신에게 성적 수치심과 모멸감을 주었다고 성희롱으로 진정하였다. 퇴폐영업 술집에서의 회식에 동석시킨 행위가 성희롱인지에 대하여 국가인권위원회는 다음과 같이 판단하였다.

"성희롱의 판단에 있어서 가해자의 '성적 의도'는 성희롱을 판단하기 위한 필수조건이 아니며, 가해자의 '성적 의도'가 없었더라도 결과적으로 그러한 결과를 초래하는 성적 발언이나 행위는 성희롱에 해당할 수 있다고 판단된다. 또한 근본적으로 회식이나 야유회 등 업무의 연장선에 있는 직장 내 각종 활동이 음란·퇴폐적인 남성중심의 직장문화를 조장하거나, 여성의 성을 상품화하는 일련의 장소에서 이루어지는 것은 근로자 특히 여성 근로자에게 성적으로 유해한 근로 환경으로 해당 근로자의 정당한 업무 수행이나 고용 환경 상에 불이익을 주는 환경형 성희롱에 해당될 수 있다." <인권위 2006. 9. 18. 06진차201 결정>

(1.2) 가해자의 언행에 성적 함의가 있었는지의 여부를 판단하는 데 있어 가해자의 의도는 고려하지 않는다. 가해자에게는 성적인 함의가 담긴 말이나 행동이 아니었을지라도 일반적으로 판단하기에 성적 함의를 갖는다고 볼 수 있는 경우들이 있다. 해당 언행이 '성적인' 것인지의 여부는 사회적·문화적으로 규정되는 것인바, 그 언행을 둘러싼 제반 상황을 종합적으로 고려하면서 판단하여야 한다. 일례로 남성 직원이 여성 직원의 책상 위에 콘돔을 툭 던지고 가는 행위는 일반적인 상황에서는 성적 함의가 담긴 행동으로 해석할 수 있으나, 콘돔 제조업체에서 이와 같은 일이 발생했다면 이는 성적 함의가 있는 행동이라고 곧바로 해석될 수 없다.

(2) 시각적인 성희롱 행위는 특히 남성이 근로자의 다수를 차지하고 있는 업종이나 사업장에서 자주 발행하는 행위로서, 남성들이 집중되어 있는 작업장의 "자연스런" 문화적 관행으로 여겨지곤 한다. 그러나 그러한 행위는 소수인 여성들의 근무환경을 훼손하여 여성들의 지속 근무를 어렵게 함으로써 사실상 여성들을 사업장에서 배척하는 차별행위라 할 수 있다.

사례 3.2(2)-1 : **누드 사진의 게시가 성희롱에 해당하는지의 여부**

1991년 미국 제6연방항소법원은 Robinson v. Jacksonville Shipyards 사건 판결에서 '누드 사진을 작업장에 걸어놓는 것은 성희롱 행위'라는 것을 최초로 인정하였다. 당시 Jacksonville 조선소는 846명의 남성과 6명의 여성이 근무하고 있었다. 이들 여성들은 전통적으로 '남성 직종'으로 간주되던 조선 업종에 용접공으로 일하고 있었다. 남성 근로자들은 사업장 곳곳에 성기를 그대로 노출한 30여 장의 음란 사진들을 걸어놓았으며, 여성 근로자들을 향해 여러 시각적, 언어적 성희롱을 일삼았다. 그러한 행위가 성희롱이라고 지적한 한 여성에 대해 이들 남성들은 더욱 심하게 조롱하였으며, 그러한 행위가 성희롱이 아니라고 주장했다. 여성 용접공 중 한 사람인 Robinson은 고용주를 상대로 성희롱 제소를 했다. 법원은 "회사는 여성 근로자들의 감수성에 대한 항상적인 시각적 공격을 함으로써 작업장에 '남자들의 클럽(boys' club)' 분위기를 조성해왔다. 그러한 분위기는 여성을 더 이상 그 조선소에 머무르지 못하게 했다. 여성의 지속적인 근무를 방해하는 이러한 분위기는 '남성만을 채용(men only)'하는 행위와 크게 다르지 않은 것으로서, 명백한 성차별이다"라고 판결했다.

사례 3.2(2)-2 : **포르노 포스터의 게시가 성희롱에 해당하는지의 여부**

A와 B는 해안 갑판을 건설하는 회사에서 청소원으로 그곳에서 일하는 600여 명의 근로자들 중 유일한 여성들이었다. 두 여성의 주된 업무는 사무실과 숙소를 청소하는 일이었는데 거의 모든 방들에는 반라의 여성들이 등장하는 포르노성 포스터들이 걸려있었다. 두 여성은 마음이 불편했지만 남자들만 일하는 곳은 당연히 그러려니 하며 참았다. 사무실 한 곳을 청소하려던 어느 날 그들은 성기를 드러낸 전라의 여성 포스터가 걸려있는 것을 보았다. 도가 지나치다고 생각한 이들은 그곳 직원들에게 문제제기를 했다. 그때부터 두 여성들은 남자근로자들로부터 욕설을 듣거나 정신적인 학대를 받기 시작했다. 포스터들은 더욱더 여성 비하적이고 심한 포르노들로 바뀌었다. 어떤 방은 모든 벽과 천장이 포르노 사진들로 뒤덮여있기도 했다. 두 여성은 관리자들과 노조에 도움을 요청했으나 아무 도움을 받지 못했다. 급기야는 남자 화장실에 이 두 여성에 대한 저속한 낙서가 쓰여 졌고, 둘 중 한 명은 크리스마스 파티 도중 신체적 위협을 느껴 창고에 숨어있기까지 했다. 결국 두 여성은 사직을 했고 심리상담을 받게 되었다. 얼마 후 관리자와 노조 모두를 성희롱으로 인권위에 소송을 제기했고, 승소했다.[101]

(2.1) 나체 사진 등 성적 이미지가 담긴 게시물이라 하더라도 그 게시가 발생한 맥락에 따라서, 혹은 그 게시물이 주는 불쾌감이나 모욕감의 경중에 따라서 법위반에 해당하는 성희롱으로 볼 수 없는 경우도 있다.

사례(국외) 3.2(2.1)-1 : **성적 게시물의 게시가 맥락에 따라 성희롱이 아닐수 있는지의 여부**

A는 동료직원들이 자신의 우편함에 노골적인 성적 묘사가 담긴 잡지기사를 넣어둔 것은 성희롱이라며 제소했다. 재판부는 문제의 잡지기사는 수퍼마켓 등지에서 주로 여성들에게 판매되는 Glamour라는 잡지에 실린 기사라는 점을 지적하며 A의 성희롱 주장을 기각했다. 법원은 성적 편견이 그러한 행위의 동기가 되었다는 증거를 찾을 수 없었다고 밝힌 뒤, "그러한 잡지기사를 동료직원에게 주는 것은 교양 없는 행위라 할 수 있지만 공민권법 7편은 사람들의 악취미까지 법률적으로 재단하지는 않는다(Title VII provides no relief for bad tastes)"고 언급했다.[102]

101) Horne v Press Clough Joint Venture [1994] EOC 92-556; [1994] EOC 92-591.
102) Duncan v. Manager, Department of Safely, 397 F.3d 1300, 10th Cir.2005.

사례(국내) 3.2(2.1)-1 : **누드 사진의 게시가 맥락에 따라 성희롱이 아닐수 있는지의 여부**

○○대학교 치위생과 조교인 권모씨(신청인)는 교수인 신모씨(행위자)가 세계의 구강보건 인력현황에 대한 강의를 하면서 강의 내용과 무관한 여자의 누드사진을 슬라이드로 보여주어 수치심을 느꼈으며, 그 외 회식자리 등에서 음란한 발언을 하는 등 성희롱을 하였다고 주장하며 대학교를 상대로 신씨의 파면 또는 학장직 사퇴, 손해배상, 성희롱 재발방지대책 수립 등을 요구하였다. 누드사진 슬라이드에 대해 여성부는 다음과 같이 판단했다.

"강의를 위한 총 115화면으로 이루어진 강의 슬라이드에서, 신청인이 문제 삼고 있는 장면은 호주의 누드해변에서 전라 여성이 서서 노드를 화폭에 그리고 있는 모습을 그 여성의 뒷면에서 찍은 사진과 아프리카 지역 원주민 여성의 상체가 드러난 사진 등 2장 정도인데, 사진의 취지가 비록 부분적이긴 하나 각국의 문화적 특징을 보여주는 것이고 수년간 강의자료로 계속 사용해온 점과 슬라이드 삽입 취지를 살펴볼 때 사진 내용이 현행법에서의 성적 언동의 유형으로 보기 어려우므로 행위자가 신청인에게 성적 언동을 하였다고 보기에는 부족한 면이 있다." <여성부 04성희롱56>

(3) 비록 '선의에서' 우러나온 '경미한' 성적 언동으로 보이는 행위라 하더라도 맥락에 따라서는 우월한 지위나 힘을 바탕으로 상대방을 성적으로 이용함으로써 모욕과 위협을 주는 행위일 수 있다. 예컨대, 가까운 직장 동료들 간에 어깨를 주물러주는 행위, 가벼운 포옹을 하는 행위 등은 동료애나 우정의 표시일 수 있으나, 갓 입사한 나이 어린 직원에게 나이 든 상급자가 그러한 행위를 행한다면, 합리적 견지에서 볼 때, 성희롱으로 간주할 수 있다.

사례 3.2(3)-1 : **선의에서 비롯된 행동도 성희롱으로 인정할 수 있는지의 여부**

금융회사 텔레마케터로 일하던 A는 직장 상사인 B를 성희롱으로 제소했다. A는 중년의 매니저인 B는 입사한지 두 주도 채 안된 A에게 다가와 전화업무중인 그녀의 어깨를 마사지해주거나, 수고한다며 팔로 A를 감싸 안으며 성적인 코멘트를 하는 등 원하지 않는 방식으로 자신을 만졌다고 주장했다. 호주 퀸스랜드 차별 재판소는 위의 모든 행위들이 성희롱에 해당한다고 판결했다. 재판소는 "어떤 행위가 용인될 만한 행위인가 비난받을 만한 행위인가는 그 행위가 발생한 맥락에 따라 결정된다. 이 사건의 경우 그 행위는 오랜 친구나 동료 간의 행위가 아니었다. 그 행위는 중년의 남성 매니저가 입사한 지 두 주밖에 안된 젊은 여직원에게 한 행위이다. A가 계속되는 전화업무로 스트레스를 받고 있었다는 것을 핑계로 삼아 B는 A의 어깨를 주물렀다. 그 행위는 단순한 선의의 마사지 이상이었고, 선의의 다독거림 이상이었다. 이 사건이 놓인 전반적인 맥락에서 고려해볼 때, 합리적인 사람이라면 '그 여성이 모욕감, 수치심, 혹은 위협감을 느낄 가능성이 있는 상황'이라고 생각하는 것이 당연하다."[103]

103) Smith v Hehir and Financial Advisors Aust Pty Ltd[2001] QADT 11.

(4) 외모에 대한 평가도 성희롱에 해당될 수 있다.

사례 3.2(4)-1 : **외모에 대한 평가가 성희롱인지의 여부**

사무직원인 김모씨(행위자)는 일용직 근로자인 최모씨(신청인)의 외모를 비하하는 발언을 직원들 앞에서 큰소리로 몇 차례 행했고, 최씨의 머리카락을 만지는 행위를 했다. 최씨는 동 직장의 홈페이지에 김씨의 언동을 게재했고, 며칠 후 사직했다. 여성부는 다음과 같이 판단했다.

"행위자가 김씨에게 '너는 얼짱도 몸짱도 아니니까 남자친구가 없는 거야'라고 말했다는 것은 행위자 스스로도 인정하고 참고인들도 인정하는 것으로 보아 행위자의 언동은 사실로 인정된다. '얼짱도 몸짱도 아니다'는 것은 얼굴의 생김새가 못생겼고 가슴, 허리, 엉덩이를 포함한 몸의 형태가 날씬하거나 아름답지 못하다는 의미로 이해될 수 있을 것이다. 이와 같은 의미를 지닌 언어를 성적 언동으로 볼 수 있을 것인가에 대해 살펴보면, 얼굴이 예쁘지 못하다는 의미는 상대방을 비하함으로 인해 단순한 모욕감을 느끼게 하는 정도로 보는 것이 일명 타당할 것이다. 그러나, '얼짱,' '몸짱'이라는 언어의 생성에 외모 제일주의가 밀접하게 관련되어 있고, 외모 제일주의적 사회풍조가 널리 퍼져있는 현실에 비추어보면, 얼굴과 몸의 생김새에 대하여 그것 자체만의 표현에 그치지 않고, 그러한 생김새를 이성의 존재여부에 결부짓고, 그것 때문에 이성친구가 없는 것이라고 나아갔다면 얼굴과 몸이 이성에게 매력을 주지 못하기 때문이라는 의미로도 받아들일 수 있을 것이므로 언동의 상황에 따라서는 성적 굴욕감이나 혐오감을 유발하는 것으로 볼 수 있다." <여성부 04성희롱17>

(5) 타인의 성적 생활에 대한 원치 않는 평가나 언급도 성희롱 행위일 수 있다.

사례 3.2(5)-1 : **타인의 성적 생활에 대한 평가가 성희롱인지의 여부**

자동차대리점 영업직 대리인 최모씨(신청인)는 영업직 과장인 윤모씨(행위자)가 자신과 동료 남자직원간의 관계에 대한 소문을 듣고 자신에게 "당신은 얼굴을 들구 어떻게 회사를 다니시나//철면피 여자수치"라는 문자메시지를 보냈으며, 이는 성희롱이라 주장했다. 윤씨도 그러한 행위를 인정하며, 최씨에게 사과했다고 주장했다. 이에 대한 여성부의 판단은 다음과 같다.

"위 언동이 남녀차별금지및구제에관한법률 제2조제2호에서 금지하는 성적 언동에 해당하는지에 대해 살펴보면, 신청인과 다른 남성 직원간의 품행에 대해 사무실 직원들이 뒤에서 수군거려오다가 급기야 어느 회식자리에서 다른 영업직 과장이 신청인에게 신청인이 모 나이트클럽에서 남성 직원의 성기를 만졌다는 말을 하여 그 남성직원이 과장에게 욕설을 하는 등 불미스러운 일이 발생하였다는 것을 행위자가 전해 듣고 며칠 후 신청인의 핸드폰으로 문자메시지를 보낸 것으로, 다른 성희롱 행위에 이어 그 상황의 연장선상에서 이루어진 것이며, 신청인 여성의 성적 생활을 대상으로 하여 그에 대한 평가를 지나치게 함으로써, 그 내용이 사회통념상 성적 굴욕감 또는 혐오감을 유발하는 성적 언동에 해당된다고 할 것이다." <여성부 04성희롱64>

(6) 성적인 내용이 담긴 욕설도 성희롱 행위일 수 있다.

사례 3.2(6)-1 : **성적 내용이 담긴 욕설을 하는 것이 성희롱인지의 여부**

모 고등학교 여교사 7명(신청인)은 학교의 정모부장(행위자)이 전체 여교사들을 상대로 여성의 성기를 직접 언급하는 등의 성적인 내용이 담긴 욕설을 했다고 주장했다. 이 사건은 전교조에 속한 여교사들과 동 학교 교감과의 갈등이 존재하던 상황에서 정씨가 교감측에 서서 여교사들과 대립하던 중에 발생했다. 여성부는 다음과 같이 결정했다.

“피신청인의 욕설 행위가 있었다는 것은 피신청인의 인정으로 확인할 수 있고, 피신청인의 진술에서 신청인들에 대한 감정의 정도 또한 판단할 수 있다. 위와 같은 피신청인의 인정과 진술로 볼 때 피신청인이 신청인들에게 한 욕설은 교내 특정 조직에 속해 있는 신청인들에 대하여 평소 지니고 있던 감정을 욕설이라는 수단을 통하여 성적 모욕의 의사로 표시한 것으로 보여진다. 이는 피신청인이 위원회에 제출한 진술서에서도 스스로 밝힌 바와 같이 욕설로 인해 성적 굴욕감과 혐오감을 주었다고 인정하고 있는 바와 같다. (…) 위와 같은 여러 사정으로 비추어보면 피신청인의 욕설은 사회통념상 여성의 성적 굴욕감을 유발하기에 충분하다 할 것이므로 언어적 성적 언동에 해당된다 할 것이다.” <여성부 02성희롱69, 71, 72, 73, 74, 75, 76>

(7) 성희롱 행위 유형은 형사처벌 대상 여부인지를 가리지 않는다.

(7.1) 강간이나 추행 등의 성폭력 행위도 성희롱에 포함되는 것으로 본다. 현재 우리나라에서는 성폭력과 성희롱을 구분하여 각기 별도의 법으로서 규제하고 있다. 직장내에서 발생한 것이라 할지라도 강간이나 추행의 경우에는 형법 및 성폭력특별법에 의해 다루어진다.

입법례(국내) 3.2(7)-1 : 형법

업무, 고용, 기타 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독을 받는 부녀에 대하여 위계 또는 위력으로 간음한 자는 징역 또는 1천 5백만원 이하의 벌금에 처한다.(제303조)

입법례(국내) 3.2(7)-2 : 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률

업무, 고용, 기타 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람에 대하여 위계 또는 위력으로써 추행한 자는 2년 이하의 징역이나 5백만원 이하의 벌금형에 처한다.(제11조)

(7.2) 성희롱이라는 용어는 ‘sexual harassment’가 서울대 신교수 사건을 계기로 우리나라에서 번역되면서 harassment를 ‘희롱’으로 명명됨에 따라 ‘성폭력’과의 개념적 구분이 발생하였으나, harassment는 희롱에서부터 추행, 강간에 이르기까지를 모두 포괄하는 개념으로 사용되는 것이 적절하다.

(7.3) 현재 법에서와 같이 성폭력과 성희롱을 성적 행위의 유형으로 구분하는 것, 다시 말해서 성기가 삽입되었는지의 여부, 혹은 신체의 어느 부위에 대한 행위였는가의 여부 등 행위 유형으로 구분하여 법을 달리하는 것은 오히려 성폭력이나 성희롱 문제의 본질을 흐리게 할 우려가 있다. 따라서 강간이나 추행 등의 성폭력 행위도 성희롱에 포함되는 것으로 본다.

(8) 성역할에 근거한 희롱(gender harassment)은 성희롱에 포함되는 것으로 보지 아니한다.

(8.1) 성역할에 근거한 희롱은 '여성이므로' 혹은 '남성이므로'와 같이 성역할에 기반하여 이루어지는 언설을 지칭하는 것으로서 특정 성에게 불리한 조직 문화를 조장하고 특히 조직 내 여성의 입지를 취약하게 만드는 것으로서 만연한 성차별로서 지적되고 있다. 따라서 이를 규제하는 것이 필요하다.

(8.2) 다만 이를 성희롱에 포함할 경우 성희롱 개념이 지나치게 확대될 우려가 있고 '성적 함의'라는 요건을 충족하는 '성적(sexual)'인 요소에 대한 입증이 어려울 수 있다. 따라서 성역할에 근거한 희롱은 일반적인 성차별에 근거하여 판단해 보아야 한다.[104]

3.3 성적 굴욕감이나 혐오감

성적 굴욕감이나 혐오감이란 성적 언동 등으로 인하여 피해자가 느끼게 되는 불쾌한 감정이다. 피해자는 그 감정을 다양한 용어로 표현할 수 있으며, 표현하거나 혹은 표현하지 않을 수 있다. 피해자가 느꼈을 감정이 성적 굴욕감이나 혐오감에 포함될 수 있는지는 합리적인 사람의 관점에서 판단하여야 한다.

(1) 국가인권위원회법과 남녀고용평등법은 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하는 성적 언동을 성희롱으로 규정하고 있다.

(1.1) 그러나 개인의 성격, 감성, 가치관, 환경 등의 특성에 따라 특정한 언동에 대해 굴욕감 또는 혐오감을 느끼는가의 여부, 또는 그 느낌의 정도는 크게 다를 수 있다. 예컨대, 남달리 과민한 성격을 가진 어떤 개인은 타인의 특정한 성적 언동에 대해

104) 차별금지법(안)은 '성별, 인종, 피부색, 출신민족, 장애를 이유로 한 괴롭힘은 차별로 본다(제3조 3항)'고 명시하고 있다. 이 때의 '괴롭힘'이란 '개인이나 집단에 대하여 신체적 고통을 가하거나 수치심, 모욕감, 두려움 등 정신적 고통을 주는 일체의 행위를 말한다(제2조 2항)'고 되어 있다.

보통의 사람이라면 느끼지 않을 굴욕감이나 혐오감을 느끼는 경우가 있을 것이다. 이렇듯 예외적으로 과민한 개인의 느낌에 근거하여 차별 판단을 할 경우 그 판단의 공정성과 권위는 훼손될 것이며, 가해자로 지목된 개인에 대한 문책 역시 설득력을 잃을 것이다.

사례 3.3(1.1)-1 : **성적 불쾌감에 대한 객관적 인정이 필요하다고 본 사례**

성희롱의 전제요건인 "성적 언동 등"이란 남녀 간의 육체적 관계나 남성 또는 여성의 신체적 특징과 관련된 육체적, 언어적, 시각적 행위로서 사회공동체의 건전한 상식과 관행에 비추어 볼 때 객관적으로 상대방과 같은 처지에 있는 일반적이고도 평균적인 사람으로 하여금 성적 굴욕감이나 혐오감을 느끼게 할 수 있는 행위를 의미한다고 할 것이고, 성희롱이 성립되기 위해서는 행위자에게 반드시 성적 동기나 의도가 있어야 하는 것은 아니지만, 당사자의 관계, 행위가 행해진 장소 및 상황, 행위에 대한 상대방의 명시적 또는 추정적 반응의 내용, 행위의 내용 및 정도, 행위가 일회적 또는 단기간의 것인지 아니면 계속적인 것인지 여부 등의 구체적 사정을 참작하여 볼 때, 객관적으로 상대방과 같은 처지에 있는 일반적이고도 평균적인 사람으로 하여금 성적 굴욕감이나 혐오감을 느낄 수 있게 하는 행위가 있고, 그로 인하여 행위의 상대방이 성적 굴욕감이나 혐오감을 느꼈음이 인정되어야 할 것이다.

따라서 객관적으로 상대방과 같은 처지에 있는 일반적이고도 평균적인 사람으로 하여금 성적 굴욕감이나 혐오감을 느끼게 하는 행위가 아닌 이상 상대방이 성적 굴욕감이나 혐오감을 느꼈다는 이유만으로 성희롱이 성립될 수는 없다고 할 것이다. <대법원 2005두6461 판결>

(1.2) 역으로 피해자는 성적 불쾌감을 느끼고 있으며 피해자의 이러한 감정이 합리적인 사람의 관점에서 볼 때 타당함에도 불구하고 피해자의 직정 동료 등 타인에 의해 이러한 성적 불쾌감이 부인될 수 있다. 상대적으로 과민한 개인의 느낌에 근거하는 것이 판단의 공정성을 해칠 수 있는 것처럼 상대적으로 둔감한 개인의 느낌에 근거하여 판단하는 것 역시 정확한 판단을 해칠 수 있다. 해당 행위의 성적 불쾌감 여부나 정도의 경중은 합리적인 사람의 관점에서 판단하여야 하는 것이지, 몇몇 개인들의 느낌에 근거하여 판단할 수 있는 것은 아니다.

(1.3) 따라서, 성희롱 판단에 있어서 피해자의 굴욕감 또는 혐오감이 과연 '객관적 타당성을 가질 수 있는 느낌'인가를 파악하는 것이 중요하다. "합리적 사람" 규정은 이러한 맥락에서 사용된 것으로서, 특정한 성적 언동이 피해자와 유사한 조건에 있는 통상적인 사회구성원들에게도 굴욕감 혹은 혐오감을 느끼게 할 것이라고 판단될 경우 그 성적 언동은 성희롱 행위를 성립하는 것으로 보는 것이다.

(2) '합리적인 사람'의 관점에 대해서는 4장에서 보다 구체적으로 논의한다.

3.4 고용상 불이익 및 기타 불이익

"고용상 불이익 및 기타 불이익"이란 가해자의 성적 언동이나 요구에 불응한다는 이유로 고용(채용, 배치, 업무내용, 승진, 직업훈련, 임금 및 제반 수당, 퇴직 및 해고)·재화·교육시설·교육훈련 등에서의 정당한 혜택이 거부 혹은 축소되거나, 거부 혹은 축소를 위협하는 것을 말한다.

(1) '성적 언동이나 요구에 불응을 이유로 한 불이익'은 고용상의 불이익뿐만 아니라 학교, 군대, 자원봉사단체, 친목단체 등에서와 같이 사회 전 영역에서의 제반 불이익을 일컫는다.

(1.1) 국가인권위원회법에서 성적 언동 그 밖의 요구 등에 대한 불응을 이유로 한 불이익은 "고용상의 불이익"으로 한정되어 있다. 그러나 이 법의 성희롱 정의조항에 따르면 이 법에서 규제하는 성희롱은 업무 혹은 고용상의 관계에서 발생하는 것에만 제한되지 않는바, 성적 언동 그 밖의 요구 등에 대한 불응을 이유로 한 불이익 역시 고용상의 불이익으로만 한하여 해석·적용할 필요는 없다.

(1.2) '고용상의 불이익'은 고용상의 불이익 및 다양한 형태의 기타 불이익'을 의미하는 것으로 본다. 그럼으로써 고용 이외의 사회적 영역에서 성희롱으로 인한 개인의 권리침해를 구제할 수 있어야 한다. 예컨대, 교수가 학생에 대해 성적 요구를 행하고 학생이 그에 불응한다는 이유로 성적을 낮게 평가했다면 이는 성적 요구에 대한 불응을 이유로 한 불이익에 해당한다.

(2) 불이익은 명시적으로 제시될 뿐만 아니라 암묵적으로도 제시될 수 있다.

사례(국외) 3.4(2)-1 : **암시적으로 제시된 경우도 불이익의 제시로 볼 수 있는지의 여부**

톰은 자신의 비서인 앤에게 그녀가 매력적이라고 때때로 말한다. 그녀는 이 말을 들을 때마다 아무 말도 하지 않는다. 어느 날, 앤이 봉급인상을 요구한다. 톰은 그녀의 요구를 고려하겠다고 말하고, 퇴근 후에 같이 술을 마시며 저녁식사를 하자고 제의한다. 앤은 단지 직업적 관계만을 유지하고 싶다는 입장을 분명히 밝히고, 같이 나가자는 제의를 거절한다. 톰은 잘 알아들었다고 말한다. 2주 후, 톰은 봉급을 인상하지 않기로 결정했다고 앤에게 통보한다. 앤이 그 이유를 묻자 톰은 그녀가 자신에게 좀 더 "협조적"이면 봉급을 인상할 수 있다고 말한다. 앤은 톰이 원하는 "협조적"이라는 말이 성적 의미를 띤 것이냐고 묻는다. 그러자 톰은 미소를 지으며 "당신의 추측에 맡기겠다"고 말한다. 이 사례의 경우, 톰은 앤이 성적 행위에 동조할 경우에 그녀의 봉급을 인상해주겠다는 의사를 명시적으로 표현하지 않고 단지 암시만 했을 뿐이지만 차별행위를 성립한다. (미국 EEOC 성차별 해설집)

사례(국내) 3.4(2)-1 : **암시적으로 제시된 경우도 불이익의 제시로 볼 수 있는지의 여부**

이모씨(신청인)는 채용된 후 며칠 지나지 않아 상급자인 정모씨(행위자)로부터 '사람이 가벼워서 채용을 취소하겠다'는 말을 들었다. 정씨로부터 이와 관련하여 할 얘기가 있으니 만나자는 전화를 받고 이씨는 저녁 시간에 정씨가 정한 약속장소에서 그를 만났다. 그날 밤 정씨는 이씨를 술집과 당구장 등으로 데리고 다녔으며, 집이 먼 이씨에게 한 여관을 가리키며 "같이 들어가자"는 등의 말을 하여 이씨가 옥신각신을 한 바 있다. 여성부 (전)남녀차별개선위원회는 "비록 행위자는 신청인이 서울로 돌아갈 대중교통편이 끊긴 상태에서 잠잘 곳이 없어서 '데려다 주고 갈 생각'으로 여관에 가자고 말한 것에 불과하다고 변명하나, 채용취소와 관련하여 이야기를 나누자고 신청인의 거주지역과 거리가 먼 곳에서 신청인을 불러낸 점, 저녁 8시 30분경에 레스토랑에서 만나 술집과 당구장 등으로 다음날 새벽 2시 경까지 신청인을 데리고 다닌 점, 신청인에게 여관을 가리키면서 '같이 들어가자'는 말을 하였고 신청인이 거절하자 옥신각신하였다는 신청인의 주장이 신빙성이 있는 점 등의 정황에 비추어볼 때, 신청인이 거절하였음에도 신청인을 강제적으로 여관에 데려가려고 하였던 사실이 인정되고 단순히 여관에 데려다 주려고만 하였다는 행위자의 진술은 설득력이 없으므로, 이러한 행위자의 언동은 남녀차별금지및구제에관한법률 제2조제2호에 규정된 성적언동에 해당한다"고 판단했다. <여성부 03성희롱35>

(3) 압력에 의한 자발적 사직도 불이익으로 간주될 수 있다.

사례(국외) 3.4(3)-1 : **압력에 의한 자발적 사직도 불이익으로 볼 수 있는지의 여부**

미국 펜실베니아주 경찰서 통신담당 직원으로 근무하던 여성 A는 세 명의 상급자로부터 지속적으로 언어적·시각적 성희롱을 당했다. A는 경찰서 내 EEOC 담당자와 두 차례 접촉하여 고충을 토로했으나 담당자는 고충제기를 위한 절차나 양식조차 알려주지 않는 등 무성의한 태도를 보였다. EEOC 담당자와 두 번째 접촉을 가진 이틀 후 A는 사내 절도혐의로 체포되었다. A가 직장을 사퇴하자 경찰서는 A를 기소하지 않았다. 1년 후 A는 고용주인 경찰서를 상대로 성희롱과 관련된 가시적 고용조치로 소송을 제기했으며, 항소심에서 승소했다.

사례(국내) 3.4(3)-2 : **압력에 의한 자발적 사직도 불이익으로 볼 수 있는지의 여부**

모 회사 대표이사인 박모씨(피신청인, 행위자)는 신입사원인 권모씨(신청인)에게 개별 면담과 영어테스트를 하겠다는 이유로 양수리 소재 맥주집으로 권씨를 데려갔다. 박씨는 권씨에게 몇 명의 남자와 자보았는지 물어보는 등 성과 관련된 이야기를 했으며, 권씨의 손을 잡고 손이 부드럽다고 말하면서 자신의 뺨에 갖다 대고, 모텔 주차장에 차를 세우고 권씨에게 들어가자고 하는 등의 언동을 했다. 박씨는 권씨의 영어실력이 부족하여 업무에 부적합하다고 판단, 퇴직을 통보하기 위해 권씨를 불러냈으며, 권씨가 해고통보에 대한 보복으로 사실무근의 주장을 한 것이라고 주장했다. 여성부는 다음과 같이 판단했다.

"행위자는 '경솔한 채용결정에 대한 미안함과 신청인의 자존심에 상처를 주지 않고 퇴사결정에 대한 양해를 구하고자 저녁식사를 제의한 것이며... 저녁식사 후 맥주집에서 신청인에게 해고통보를 하자 신청인이 화를 내면서 자리에서 일어서며 노동부에 고발하겠다고 하고 나갔다'고 주장하는 반면, 신청인은 행위자로부터 해고통보를 받은 사실이 전혀 없으며, 다음날부터 회사를 그만 둔 이유는 행위자로부터 위와 같은 성희롱을 당했기 때문이라고 반박했다.

살피건대, 행위자는 입사 4일밖에 안된 신청인을 왜 해고하기로 결정했는지에 관하여 구체적인 사유를 제시하기 못했을 뿐만 아니라, 신청인에게 단순히 해고통보를 하기 위한 저녁식사 장소로 양수리까지 신청인을 승용차에 태워 데리고 갔다는 점도 납득하기 어렵다. 이에 반하여 신청인은 사건 발생 직후 친구 등에게 전화를 하여 양평이라고 하면서 행위자의 언동에 대해 말했고, 혼자서 버스를 타고 서울로 돌아오면서 언니에게 전화하여 행위자의 언동에 대해 말했으며, 여성단체 홈페이지 게시판 등에 피해내용을 게재하고 다음날부터 출근하지 않는 등 그 행위가 일관되었다.

이러한 내용으로 볼 때, 행위자가 신청인에게 몇 명의 남자와 자보았는지 물어보는 등 성과 관련된 이야기를 하였고, 신청인의 손을 잡고 손이 부드럽다고 말하면서 행위자의 뺨에 갖다 대었으며, 모텔 주차장에 차를 세우고 신청인에게 잠깐 내려보라고 하고서 들어가자는 등의 언동을 한 사실이 인정된다. 또한 신청인이 친구 등에게 전화하여 피해를 호소하였고, 인터넷에 행위자의 언동에 대한 글을 작성하면서 사장의 성희롱 때문에 회사를 그만두며 너무 억울해서 잠도 안올 것 같다고 한 점, 다음날부터 출근하지 아니한 점 등으로 볼 때 신청인이 행위자의 언동에 대하여 성적 굴욕감을 느꼈다고 판단된다." <여성부 04성희롱4>

4. 성희롱의 판단기준

4.1 “합리적인 사람”의 관점

“합리적인 사람”이란 그 사회의 평균적인 도덕적, 정서적 수준 및 판단력을 가진 가상의 사람을 의미하는 것으로서, 특정한 성적 언동이 굴욕감이나 수치심, 또는 위협을 느낄 수 있을 만한 언동인가를 판단하기 위한 기준이 된다.

(1) “합리성” 기준은 신경이 과도하게 예민한 개인이 불필요하게 진정하는 것을 차단한다. 예컨대, 점심식사를 같이 하자는 남자 동료의 초대는 과도하게 예민한 어떤 개인에게는 성희롱으로 받아들여질지 몰라도 합리적 인간에게는 그렇지 않을 것이다. 즉, “합리성” 기준은 피해를 주장하는 개인의 특성에 의한 주관성의 개입을 줄이고, 그 피해의 주장의 객관적 타당성을 파악하기 위한 것이다. 특정한 성적 언동이 피해자와 유사한 조건에 있는 통상적인 사회구성원들에게도 굴욕감, 수치감, 혹은 위협을 느끼게 할 것이라고 판단될 경우 그 성적 언동은 성희롱 행위를 성립한다고 볼 수 있다.

(2) 성희롱 판단기준과 관련하여 남녀고용평등법은 “합리적인 사람”의 기준을 채택하고 있으며, 국가인권위원회의 경우 “합리적인 여성”의 기준을 채택하고 있다.

입법례 4.1(2)-1 : 남녀고용평등법 시행규칙 제2조 별표의 비고 성희롱 여부의 판단 시에는 피해자의 주관적 사정을 고려하되, 사회통념상 합리적인 사람이 피해자의 입장이라면 문제가 되는 행동에 대하여 어떻게 판단하고 대응하였을 것인가를 함께 고려하여야 하며, 결과적으로 위협적·적대적인 고용환경을 형성하여 업무능률을 저해하게 되는지를 검토하여야 한다.

사례 4.1(2)-1 : **합리적인 여성 기준으로 판단한 사례** 어떠한 행위가 성희롱에 해당하는지 여부는 양당사자의 연령이나 관계, 행위가 행해진 장소 및 상황, 행위 상대방의 명시적 도는 추정적인 반응 등의 구체적 사정을 종합하여, 행위의 상대방이 그러한 행위를 원치 않았고 불쾌감을 느꼈는지, 일반 여성의 합리적 관점에서 볼 때 성적 함의가 있는 불쾌감을 주는 행위였는지에 의해 결정하여야 한다. <인권위 2005. 9. 13. 05진차 470 결정>

(2.1) ‘합리적인 여성’ 기준은 ‘합리적인 인간’이라는 기준이 여성의 경험을 충분히 반영할 수 없는 성맹적(sex-blind) 관점이라는 비판으로부터 도입되었다. ‘합리적인 여성’ 기준은 1991년 Ellison v. Brady 사건에 대한 미국 항소법원의 판결에서 구축되었다.

사례 4.1(2.1)-1 : **합리적 여성 기준**

미국의 경우 1991년 제9 연방 항소법원이 다룬 Ellison v. Brady 소송에서 “합리적 여성” 기준이 처음 마련되었다. 재판부의 판결 요지는 다음과 같다.

ㅇ 피해자의 관점을 이해하기 위해서는 남성과 여성의 상이한 관점에 대한 분석을 요한다.

ㅇ 합리적인 여성이라면 충분히 심각하다고 여길 행동에 의한 적대적 환경형 성희롱을 당한 경우, 그것은 위법한 성희롱이다. 그러나 고용주는 유별나게 예민한 피고용인의 특이성을 배려해야 할 필요는 없다.

ㅇ ‘합리적 여성’ 기준은 합리적 여성에 대한 견해가 가변적인 만큼 앞으로도 그 내용인 가변적일 것이다.

ㅇ 가해자가 자신의 행위가 적대적 근로환경을 만드는지 모르고 있었다 하더라도 성희롱은 성립될 수 있다.

(2.2) “합리적 여성” 기준은 성희롱 피해자의 대부분이 여성이며 가해자의 대부분이 남성이라는 현실, 우리 사회의 성 규범과 문화가 일반적으로 여성과 남성에게 다르게 작동하고 있는 현실, 그리고 특정한 언동이 성희롱인가 아닌가는 가해자의 의도와 관계없이 판단되어야 한다는 원칙 등을 고려한 것이다.

사례 4.1(2.2)-1 : **합리적 여성 기준 채택 이유**

A라는 여성은 이전 직장에서 성희롱으로 사용주를 제소한 적이 있었다. 그 후 다른 직장에 취업하기 위해 면접을 하던 중 면접관들은 그 성희롱 제소 사건에 대해 질문을 했다. A는 면접관들의 그러한 질문은 성희롱이라고 주장하며 캐나다 인권재판소에 제소했다.

재판부는 성희롱이 발생했는지의 여부를 결정할 때 어떠한 기준을 사용할 것인가에 크게 주목했다. 전통적인 기준은 “합리적 인간”일 경우 특정 행위를 성희롱으로 간주할 것인가 아닌가에 있었다. 그러나 이 사건을 심의한 재판소는 남자와 여자는 특정한 행위에 대해 상이한 관점을 가질 수 있음을 인정했다. 예컨대, 남자 관리자는 여자 부하직원에게 “다리가 예쁘다”고 말하는 것이 잘못된 언행이 아니라고 생각할 수 있는 반면, 여자 직원은 그 말에 모욕감을 느낄 수 있다. 따라서, 통상적으로 사용하는 “합리적 인간” 기준은 여성이 성희롱 피해자임을 주장하는 사건에서는 불충분할 수 있다. 이러한 판단에 따라 재판부는 위 사건에 대해 “합리적 여성” 기준을 채택하는 적합하다고 결정했다.[105)]

(2.3) 그러나 “합리적인 여성”의 관점은 집단으로서의 여성 전체를 성희롱의 피해자군으로 가정하게 된다는 위험을 가지고 있으며, 여성이 남성과는 다른 존재라는 점을 전제함으로써 여성의 역사적으로 다른 경험을 드러내는 한편, 여성과 남성의 차이만을 부각시켜 성차별을 줄이는데 기여하기보다는 차별을 정당화하는데 사용될 위험을 내포하고 있다. 또한 피해자가 남성인 성희롱 사건에 대한 판단기준으로는 적합하지 않을 수 있다는 한계도 가지고 있다.

105) Stadnyk v. Canada Employment and Immigration Commission. Canada.

(3) 대안적으로 “합리적인 피해자”의 관점이 제안되기도 한다.[106] 이 관점은 피해자가 여성인가 혹은 남성인가에 따라 ‘합리적인 여성’ 혹은 ‘합리적인 남성’의 기준으로 해석될 수 있다는 점에서 피해자가 남성인 성희롱 사건에 대해서도 적용될 수 있지만, 그럼으로써 피해자의 성별을 변수로 성희롱인가의 여부가 달라진다는 한계를 가질 수 있다. 일례로 동일한 성적 언동이 여성과 남성에게 각각 행해졌고, 여성 피해자와 남성 피해자 둘 다 성적인 불쾌감을 느꼈다고 이야기할 때, 두 개의 사건에 대해 기준을 달리 적용함으로써 판단이 달라지는 것을 막을 수 없다. 또한 이렇게 판단이 달라지는 것은 과연 적절한가 라는 질문에 맞닥뜨릴 수 있다.

(4) ‘(합리적인) 여성’ 혹은 ‘(합리적인) 남성’이라는 언어들이 가져올 수 있는 위험에 빠지지 않기 위해서는 “합리적인 사람”이라는 가상의 존재를 설정하고, 이 존재가 피해자(여성이건 남성이건)의 경험과 맥락을 충분히 반영하여 판단했을 때 성희롱으로 느끼는가의 여부를 기준으로 삼는 것이 적절하다.

(4.1) ‘합리적인 사람’과 ‘피해자 관점’은 배치되는 개념이 아니다. 성희롱 사건을 판단할 때 ‘피해자 관점’을 유지하는 것은 매우 중요하다. 특정한 행위가 상대방의 인권 혹은 노동권을 어떻게, 어느 정도로 침해했는가, 그리고 피해자에게는 어떠한 구제조치가 취해져야 하는가는 가해자가 아닌 피해자의 관점에서 판단해야 하는 것이다.

(4.2) ‘피해자의 관점’은 ‘피해자의 입장’과는 다른 개념이다. ‘피해자의 입장’은 구체적인 사건의 피해 당사자가 주장하는 피해의 주관적 상황을 차별 판단을 위한 사실 자료로 그대로 수용하는 것인 반면, ‘피해자의 관점’은 합리적인 사람이라면 해당 성적 언동에 의해 어떻게, 어느 정도의 피해를 느낄 것인가를 고려하여 차별 판단의 기준으로 삼는 개념이다. 즉, ‘피해자 관점’은 ‘합리적인 사람’을 전제로 하여 완성된다. 예컨대, 어떤 여성이 점심식사를 같이 하자는 남자 동료의 권유를 성희롱으로 간주할 경우, ‘피해자 입장’에서는 그것이 성희롱이지만(그가 실제로 굴욕감과 수치심을 느끼므로), ‘피해자 관점’에서는 이론의 여지가 있을 수 있다. 합리적 인간 개념에 입각한 ‘피해자 관점’은 ‘피해자 입장’이 갖는 지나친 주관성의 위험성을 줄이고, 가해자의 책임을 보다 명확히 가리기 위한 차별 판단 방법론이다.

(4.3) 주관성의 개입을 줄인다는 것은 피해자의 주관을 완전히 배제하는 것이 아니다. 원치 않은 특정한 성적 언동에 대해 피해자가 굴욕감, 수치감, 위협감 등의 주관적

106) 미국의 경우 제9순회재판소는 합리적 여성 기준의 사용을 주도하고 있으며, 제3순회재판소가 이를 따르고 있다. 나머지 순회재판소의 경우 합리적 사람 기준이나 합리적 피해자 기준을 따른다. 사회과학계 및 법조계에는 합리적 피해자 기준을 선호하는 입장이 존재한다. 이 입장에서는 합리적 피해자 기준이 합리적 여성 기준과 상호 교환될 수 있는 것으로 간주한다. 이는 대부분의 성희롱 사건에서 피해자가 여성이기 때문이다. Elizabeth L. Shoenfelt, Allison E. Maue, & Joann Nelson, “Reasonable Person versus Reasonable Woman: Does It Matter?” Journal of Gender, Social Policy & the Law, Vol. 10:3, 2002.

감정을 느끼는가의 여부는 성희롱 성립의 중요한 요건이 된다.

4.2 "원치 않는"의 의미

상대방이 간청하거나 부추긴 바가 없는 성적 언동 및 요구로서, 상대방이 그 언동이나 요구를 달갑게 여기지 않는다는 것을 의미한다.

(1) 피해자가 성적 언동이나 요구에 대해 명시적인 거절을 하지 않았다고 하여 이를 묵인으로 간주해서는 안 된다. 가해자가 피해자에 대해 우월한 권력을 행사하는 지위에 있거나 신체적 우위에 있을 경우 분명한 태도로 거절하는 것은 극히 어려운 일이기 때문이다. 예컨대, 상급자가 승진의 대가로 성적 호의를 요구하여 마지못해 그 요구에 응했을 경우, 하급자는 그러한 묵인에도 불구하고 성희롱을 주장할 수 있다.

사례 4.2(1)-1 : **성적 요구에 명시적 거절을 하지 않아도 성희롱이 성립할 수 있다고 본 사례**

1년간의 실업 끝에 정부의 직업훈련 프로그램을 통해 제과점에 취업한 십대 여성 A는 근무 첫 주부터 제과점 공동경영자인 B의 성적 접근을 겪었다. 심리적 압박감을 크게 느끼던 A는 B의 성관계 요구에 몇 차례 응했다.

호주 인권위는 비록 A의 태도가 때때로 불분명했다는 증거가 있긴 하지만 "대체로 B의 성적 행위와 요구는 A에게는 원치 않는 것이었다"고 판결했다. 호주 인권위의 담당 위원은 "요즘 같은 시대에도 이토록 젊은 여성이 그러한 행위를 즉시 중단시키기 위해 초반에 적극적으로 방법을 강구하지 않았다는 것은 놀라운 일이다. 그러나 이 여성은 매우 순진했고, 직장을 잃는 것을 두려워했으며, 직장을 유지하기 위해 B의 행동을 감수해야 한다고 생각했다. B는 A가 장기간 실업상태에 있었다는 것, 직장 유지를 간절히 원하고 있다는 것을 알고 있었고 그것을 악용했다"고 말했다. 위원회는 "A가 극도로 취약한 위치에 있었으며, 두려움 때문에 B의 요구에 응했다. 이러한 상황을 고려하건대, B의 행위는 A가 원치 않는 행위였다"고 판결했다.[107]

(2) 상대방의 성희롱 행위에 대해 피해자가 유사한 행위로 대응을 했다하더라도 상대방의 성희롱이 성립될 수 있다. 이 경우, 피해자가 상대방과 유사한 성희롱 행위로 응수함으로써 가해자의 성희롱 행위에 동조하는 것처럼 보일 수 있으나, 실제로는 상대방의 행위에 대한 저항의 한 방식으로 행해진 것으로서, 피해자가 가해자의 행위를 '원했던 것'이라 볼 수 없다.

107) Aldridge v Booth & Ors (1986) EOC 92-177.

사례 4.2(2)-1 : **성희롱 행위에 유사한 방식으로 응수했더라도 성희롱이 성립한다고 본 사례**

A의 직장 동료들은 A에게 성적으로 부적절한 언사를 하고, 자신의 몸에 성적 낙서를 붙였으며, 브래지어 끈을 잡아당기고 엉덩이를 만지는 행동을 했다. A는 그들에게 비슷한 언행으로 대응했다. A는 고용주를 성희롱의 책임을 들어 제소했다. 고용주는 그러한 일이 벌어졌다는 것을 인정했지만 A 역시 유사하게 거칠고 성적인 언행으로 대응했기 때문에 A도 그 행위에 동조한 것이며, 따라서 성희롱이 아니라고 주장했다.

호주의 연방법원은 합리적인 사람이라면 A와 같은 상황에 처했을 때 모욕감과 수치심, 또는 위협감을 느낄 것이라고 판단했다. 비록 A의 언행 역시 일정정도 거칠었던 것은 사실이지만 그것은 다음과 같이 설명할 수 있다고 했다. "합리적인 사람이라면 그 자신이 종종 그릇된 언어를 사용한다고 해서 다른 사람들이 자신에게 그러한 행위를 했을 때 모욕감과 수치심, 또는 위협감을 느끼지 않는다고 할 수 없다. 때로는 '받은 만큼 돌려주는 것'이 타인의 불쾌한 언행에 저항하는 유일한 방법으로 느껴질 수도 있으며, 합리적인 사람에게는 그러한 행위가 사용자의 책임을 면해주는 행위로 여겨지지 않는다."[108]

(3) 과거에 두 사람이 합의에 의한 성적 관계에 있었다 하더라도 그 사실이 현재의 "원치 않는 성적 언동이나 요구"의 판단에 영향을 미쳐서는 안 된다.

사례 4.2(3)-1 : **과거의 합의된 성관계 유무는 현재의 성희롱 판단과 무관하다고 본 사례**

A는 그녀의 직장 상사인 B와 간헐적으로 성관계를 가진 바 있다. 당시에 그 관계는 합의에 의한 것이었다. 그러나 A가 B에게 더 이상 그러한 관계를 갖고 싶지 않다고 말하자 B는 자신과의 관계를 종료할 경우 A의 직장생활이 위태로울 것이라는 의미의 발언을 했다. 얼마 후 B는 A를 해고했다. 미국 재판부는, 비록 원고인 A가 처음에는 합의에 의해 B와 성관계를 가졌지만, 그녀가 그 관계를 중지하려 하자 가시적 고용조치를 당한 것이 인정되며 그러한 조치는 공민권법 제7편에 위배되는 성차별이라고 판시했다.[109]

108) Horman v Distribution Group Limited[2001] FMCA 52.
109) Pergine v Penmark Mgmt.Co., 314 F. Supp. 2d 486(E.D. Pa.)(2004).

5. 성희롱 관련 향후 쟁점

5.1 성희롱 행위자 범주의 확대 여부

가. 고객에 의한 성희롱의 인정 여부

(1) 현행 국가인권위원회법 및 남녀고용평등법 상 고객에 의한 성희롱은 인정되지 않는다. 그러나 추후 법의 취지에 따른 적극적 해석을 통해 고객에 의한 성희롱을 인정할 것을 고려하여야 한다.

(2) 고객에 의한 성희롱이 적지 않게 발생하고 있을 것으로 여겨지고, 대다수의 여성들이 판매 · 서비스직에 종사하고 있는 상황에서 고객에 의한 성희롱은 특히 여성들의 노동권에 심각한 영향을 미칠 것으로 우려된다. 따라서 고객의 경우에도 성희롱의 행위자 범주에 포함되는 것으로 해석할 것을 고려해 보아야 한다.

(3) 고객에 의한 성희롱이 현행법 상 인정되지 않는 이유는 사업주 혹은 사용자가 징계나 해고 등의 방식으로 가해자인 고객을 규제할 수 없기 때문이다. 그러나 미국 고용기회평등위원회(EEOC)의 지침과 같이 사용자의 피고용인에 대한 보호 범주에서 발생한 고객에 의한 성희롱의 경우 사용자가 책임을 지도록 하는 것이 필요하다.

> 사례 5.1가(3)-1 : **고객에 의한 성희롱 관련 미국 EEOC 가이드라인**
> ㅇ 피고용인은 고용주를 상대로 고객에 의한 성희롱에 대해 소송을 제기할 수 있다. 고용주는 알았거나, 알았어야 했거나, 즉각적이고 적절한 시정조치를 취하지 못했을 경우 고객에 의한 성희롱 행위에 대해 책임을 진다.
> ㅇ 고용주는 합리적으로 방지하거나 시정할 수 없었던 고객의 성희롱 행위에 대해서는 책임을 지지 않는다.
> ㅇ 비정규직 근로자를 포함한 모든 피고용인은 사업장 내 성희롱 행위에 대해 보호받는다.
> ㅇ 고객에 의해 성희롱의 피해를 입은 피고용인은 시민권법 제7편에 의해서는 그 고객을 상대로 소송을 제기할 수 없다. 그러나 피고용인은 각 주의 일반 법률에 의거하여 그 고객을 상대로 소송을 제기할 수 있다.

(4) 우리나라의 경우 고객에 의한 성희롱을 목격하고도 적극적으로 제지하지 않은 직원에 대한 사용주의 책임을 묻지 않음으로써 고객에 의한 성희롱을 부정한 사례가 있으나, 추후 보다 적극적인 해석을 통하여 고객에 의한 성희롱을 규제할 수 있도록 할 필요가 있다. 외국의 경우 고객에 의한 성희롱에 있어 사용자의 책임을 제한적으로 인정하고 있다. 예컨대 호주의 성차별법은 고객들로부터 성희롱을 당한 근로자를 보호하지 않는다. 그러나 특정 성의 근로자가 다른 성의 근로자에 비해 (성희롱을 당할 가능성이 더 높은) 열악한

근로환경에 놓여있고 고용주가 그것을 시정하거나 예방하는 조치를 취하지 않은 경우 성차별에 해당하여 고용주에게 성희롱의 책임을 묻는다.

사례(국외) 5.1가(4)-1 : **고객에 의한 성희롱에 대해 사용자 책임을 인정한 사례**

모텔 주인인 A는 두 여성 가수들로 하여금 자기 모텔의 바에서 공연을 하도록 계약을 맺었다. 공연을 하던 두 여성 가수는 몇 명의 손님들로부터 모욕적이고 폭력에 가까운 성희롱을 당했다. 두 여성은 A를 상대로 소송을 제기했고, 재판부는 '두 여성 가수가 남성 가수였으면 겪지 않았을 상황을 겪었으며, 이러한 상황을 고려하지 않고 태만했던 모텔 주인 A에게 성희롱의 책임이 있다'고 판시했다.

고용주가 이러한 상황에 대한 책임을 지지 않으려면 자신의 직원들이 성희롱을 당할 가능성이 높은 환경에 처하지 않도록 예방노력을 기울여야 한다. 예를 들어, 여성 종업원에게 섹시한 옷을 입도록 요구한다거나, 손님들이 여성 종업원들에게 추근대도록 기대 혹은 고무하는 것 등을 삼가야 한다. 손님들이 여성 종업원들을 희롱하는 것을 목격하면 그러하지 않도록 조취를 취해야 한다. (호주. Smith v Sandalwood Motel [1994] EOC 92-577)

사례(국내) 5.1가(4)-2 : **고객에 의한 성희롱을 부정한 사례**

ㅇㅇ사 직원 성모씨(행위자)는 사업과 관련하여 △△사 사장인 장모씨에게 자신의 회사직원인 유모씨(신청인)를 면담시켜주기 위해 회식자리를 마련했다. 회식 이후에 간 노래방에서 장씨는 유씨에게 블루스를 여러차례 신청했고, 유씨가 거절하자 억지로 끌어내어 춤을 추면서 유씨의 허리를 감고 얼굴을 감싸면서 '예쁘다'고 했다. 유씨는 약 15분간 장씨와 실랑이를 하면서 성씨에게 도와달라는 표정을 전달하였으나 성씨는 모르는 척하면서 오히려 더 넓은 자리로 안내하는 포즈를 취했고, 마침 다른 사람들이 들어와 유씨는 화장실에 가는척하며 자리를 떴다.

유씨는 장씨가 원래 여자를 좋아한다고 알고 있었기 때문에 더 이상 기대할 것이 없는 사람이라고 생각하지만, 업무와 관련하여 성씨의 명령으로 참석한 면담에서 다른 사람으로부터 성희롱 당하는 것을 방조한 성씨에게 더 화가 나서 시정신청을 하게 되었다. 여성부는 다음과 같이 판단했다.

"신청인은 피신청인 회사에 입사하기 전에 피신청인 회사의 모회사에서 행위자 성씨와 함께 근무하는 등의 관계로 장씨를 알고 있었고, 장씨의 성품에 대하여도 나름대로 평가를 하고 있었으며, 노래방에서 나와 바로 자리를 옮겨 술을 더 마실 때 신청인이 함께 갔던 당시 상황 등에 비추어보면, 신청인의 주장만으로는 행위자 성씨가 적극적인 언동으로 장씨의 성적 언동에 가담한 사실을 인정하기 어렵다. 따라서, 본 사건의 행위자가 신청인에게 직접적인 성적 언동을 한 사실이 없이, 성희롱 피해자의 직장상사로서 성희롱이 발생한 현장에 참석하여 성희롱 장면을 목격하고서도 적극적으로 말리거나 제지하지 않았다는 사실만으로는 현행법상 성희롱에 해당하는 책임을 묻기 어렵다고 할 것이다." <여성부 04성희롱20>

나. 학생에 의한 성희롱의 인정 여부

(1) 현행 국가인권위원회법 및 남녀고용평등법 상 학생 대 학생의 성희롱은 인정되지 않

는다. 그러나 추후 법의 취지에 따른 적극적 해석을 통해 학생에 의한 성희롱 인정을 고려하여야 한다. 미국의 경우 성희롱 가해자인 학생을 대학 당국이 퇴학시킨 사례가 있다.

> 사례 5.1나(1)-1 : **성희롱 가해 학생을 대학 당국이 퇴학시킨 사례**
> 미국의 Caltech 대학교는 최근 수차례에 걸쳐 여학생들에게 외설적인 이메일을 보낸 학생을 퇴학시켰다. 이 사건은 이메일을 통한 성희롱을 이유로 학교가 학생을 퇴출시킨 최초의 사건으로 기록되고 있다.

(2) 학내 성폭력이 점차 만연해지고 있다는 점과 성폭력 가해자의 연령이 점차 낮아지고 있는 추세에 있다는 점 등의 현실을 고려할 때, 학생에 의한 성희롱에 대한 규제의 필요성이 대두되고 있다고 보여진다. 그럼으로써 학교 내 성희롱이 국가인권위원회의 시정권고 등 구제대상에 포함될 수 있도록 하여야 한다. 따라서 학생의 경우에도 성희롱의 행위자 범주에 포함되는 것으로 해석할 것을 고려해 보아야 한다.

(3) 이는 '업무 관련성' 개념의 적극적인 해석을 포함한다. 즉 학생에 의한 성희롱을 인정하고자 할 때, '업무'는 '학습'으로 대체되어야 한다.

(3.1) '학습과의 관련'은 수업시간, 학교 내 등의 학습장소 등에만 국한되는 것은 아니다. 이는 '학습'과 연관되는 또는 '학습'을 기초로 이루어지는 활동을 함께 포함하는 것이어야 한다. 일례로 동아리 활동이나 MT, 수학여행, 소풍, 체육대회, 축제 등 직접적으로 수업과 연관되는 활동은 아니지만 학교 내 학생들 간에 학습의 연장선상에서 이루어지는 활동은 '학습과의 관련'을 갖는 것으로 본다.

(3.2) 학생 간의 성희롱이 행위주체의 '학생'이라는 신분에 근거해서만 성립될 경우 이는 사인(私人)간의 성희롱을 국가인권위원회법이나 남녀고용평등법으로 규제하지 않는 현실과 부딪힐 우려가 있다. 따라서 '학습과의 관련'은 학생에 의한 성희롱을 판단함에 있어 주요한 기준으로 삼아야 한다.

5.2 '적대적 환경' 개념의 도입 및 사용자 책임 강화 여부

가. '적대적 환경' 개념의 도입 여부

(1) 우리나라의 법에서는 적대적 환경을 초래하는 환경형 성희롱 여부를 판단함에 있어 '성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하는 것'이라고만 기술하고 있다. 그러나 관련 법령에서는 '적대적 환경의 형성'이라는 표현을 사용하고 있다.

입법례(국내) 5.2가(1)-1 : 남녀고용평등법 시행규칙 제2조 별표의 비고
성희롱 여부의 판단 시에는 피해자의 주관적 사정을 고려하되, 사회통념상 합리적인 사람이 피해자의 입장이라면 문제가 되는 행동에 대하여 어떻게 판단하고 대응하였을 것인가를 함께 고려하여야 하며, 결과적으로 위협적·적대적인 고용환경을 형성하여 업무능률을 저해하게 되는지를 검토하여야 한다.

(1.1) 이는 성희롱 여부 판단 시 피해자의 주관적 사정을 고려하여 합리적인 사람의 입장에서 피해자라면 어떻게 대응했을 것인지를 함께 고려하되, 결과적으로 피해자에게 위협적 · 적대적인 고용환경을 형성하여 업무능력을 저해하게 되는지를 검토하라고 하는 주의적 규정으로 해석되고 있다.

(1.2) 따라서 피해자에게 성적 굴욕감과 혐오감을 느끼게 하는 행위 그 자체는 결과적으로 피해자에게 위협적이고 적대적인 고용환경을 형성한 것으로 추정되는 것으로 해석되고 있다.

(1.3) 또한 적대적 환경 개념을 개별 요건으로 검토할 경우 피해자가 해당 성희롱 행위가 적대적 고용환경을 창출하였는지에 대해 입증하여야 할 부담을 가질 수 있다.

(2) 따라서 '적대적 환경' 개념의 도입 여부에 대해서는 제반 상황에 대한 신중한 검토가 요구된다.

(3) 그러나 '적대적 환경' 개념의 도입은 사용자의 성희롱 예방책임을 강화하고 차별 판단에 있어서의 객관성을 도모할 수 있다는 효과를 낳는다.

(3.1) 성희롱의 가해자 및 그 대리 책임자의 책임을 밝히기 위해서는 해당 성희롱 행위에 의하여 발생한 효과가 구체적이며 설득력을 가져야 한다. 그러기 위해서는 해당 성희롱 행위, 또는 그러한 행위의 지속으로 인하여 피해자가 자신의 본연의 업무를 수행하기 어려운 환경이 조성되었는가를 판단해야 할 것이다.

(3.2) 명백한 성희롱 행위로 간주되는 행위라 하더라도 맥락에 따라서는 대리 책임을 물을 만한 차별행위가 아닌 경우도 있을 수 있다. 예컨대, 한 남자 직원이 여성 동료에게 이메일로 일회에 걸쳐 포르노 사진을 보냈다고 하자. 사용주가 이것을 알고 그 남자직원에게 주의를 주었으며, 그 후로 그러한 행위가 더 이상 행해지지 않았다고 하자. 그 남자직원의 행위는 합리적인 여성이라면 수치심과 위협을 느끼게 할 수 있는 행위일 수 있으나, 사용주에 의해 주의 조치가 내려졌고 더 이상 그 행위가 지속되지 않았기 때문에, 즉 해당 여성이 자신의 업무를 수행하는데 어려움을 느낄 정도의 적대

적 환경이 조성되었다고 간주할 수 없는 상황이기 때문에, 그 사용주에게 책임을 물을 수 있을 정도의 차별행위가 발생했다고는 볼 수 없다.

(3.3) "적대적 환경" 개념은 공적 영역에서 발생하는 성희롱 행위에 대한 사용주 혹은 기관 책임자의 성희롱 예방 및 사후조치에 대한 책임을 강화하는 한편, 성희롱 사건이 법원이나 인권위 등 국가기관에 의해 다루어지기 이전에 성희롱이 발생한 해당 기관의 자구 노력을 권장하고자 하는 취지에서 도입될 필요가 있다. 또한 성희롱 행위의 '발생'과 그 '효과'를 구분하고, '효과'를 차별 판단의 주된 기준으로 삼음으로써 차별 판단에 있어서의 객관성을 도모할 수 있다.

(4) "적대적 환경"을 초래하는 성희롱이란 개인의 업무 수행을 부당하게 방해할 목적으로 행해지거나 그러한 결과를 초래하는 성적 발언이나 행위, 또는 위협적, 적대적, 모욕적 근무환경을 조성할 목적으로 행해지거나 그러한 결과를 초래하는 성적 언동을 의미한다.

(5) 적대적 환경형 성희롱은 피해자가 성희롱의 결과로 해고되거나, 승진을 거부당하거나, 학업 성적의 불이익을 받거나 하는 등의 가시적 불이익이 없더라도 성립된다. 즉, 원치 않는 성적 언동에 의해 상사와의, 혹은 직장 동료와의 원활한 관계가 유지되기 어렵거나 심리적 위축으로 생산성이 저하할 경우, 또는 교사의 성희롱으로 정상적인 학교생활이 이루어질 수 없는 경우 등은 적대적 환경을 결과한 성희롱이다.

사례(국외) 5.2가(5)-1 : **적대적 환경형 성희롱을 인정한 사례**

1986년 미국 대법원은 성희롱은 어떠한 경제적인 손실이 발생하지 않더라도 성립될 수 있다는 판례를 남겼다. 법원은 "미국의 시민권법 제7편의 '고용조건, 계약, 특권 등'은 고용과 관련된 모든 상황을 망라하는 것을 의미하는 것으로 해석되어야 하는 것으로서, 여기에는 적대적 환경을 조성하는 희롱도 포함된다"고 밝혔다. 비록 모든 성희롱이 고용조건 혹은 고용 계약의 직접적인 변동을 초래하는 것은 아니지만, 특정한 성적 언동이 "피해자의 고용 상황을 변화시키고 학대적인 근로환경을 조성할 정도로 심각하거나 만연해있다면 성희롱을 성립한다고 볼 수 있다"고 판시했다.[110]

110) Susan L. Webb(2001), "The History of Sexual Harassment on the Job", in Linda Lemoncheck, James P. Sterba(ed), *Sexual Harassment : Issue and Answers*, Oxford University Press.

사례(국외) 5.2가(5)-2 : **적대적 환경형 성희롱을 인정한 사례**

미국의 여성 경찰관인 Kathy Tinker는 동료 남자 경찰관들로부터 지속적인 성희롱과 따돌림을 당했다. 승진 기회인 사격 시험에서 다른 남자 동료보다 높은 점수를 받았으나 시험관을 비롯한 남자 동료들은 Kathy에게 거짓 점수를 알려준 뒤 그 남자 동료를 승진시켰다. 남자 동료들은 많은 사람들이 있는 곳에서 Kathy의 브래지어 사이즈와 옷차림에 대해서 이야기하거나, 그녀의 라커에 끈팬티를 넣어두기도 했다. 남자 동료들은 Kathy를 빼놓고 늘 함께 점심을 먹었으며, 심지어 Kathy가 범죄 용의자와의 대치중 지원요청을 했음에도 그 요청을 무시하기까지 했다. Kathy는 적대적 환경형 성희롱으로 법원에 제소하여 승소했다.[111]

사례(국내) 5.2가(5)-3 : **적대적 환경형 성희롱을 인정한 사례**

신청인 백모씨는 모 우체국 집배원으로 근무하였는데, 커피 자판기가 설치된 남성집배원 휴게실에서 커피를 마실 때 다른 사람이 없으면 행위자인 안모씨가 백씨의 손을 잡아 자신의 성기에 갖다 대거나 백씨의 가슴, 엉덩이를 만지는 행동을 월 3~4회 정도 지속적으로 하였고, 어느 날은 안씨가 백씨에게 커피를 사달라고 요구하여 함께 휴게실에 가서 커피를 마신 후 나오는데 안씨가 뒤에서 백씨의 가슴을 잡아서 몸을 돌려 입맞춤을 하였다.

백씨는 안씨가 집배실장으로서 업무적으로 백씨를 괴롭힐 수 있는 지위에 있었고, 안씨가 늘 둘만 있을 때 성희롱을 하였기 때문에 증거가 없어서 관계기관에 적극적으로 문제제기를 하지 못했고, 안씨로부터 성희롱이 있을 때마다 그 자리를 모면하기 위해 밀치고 나오거나 “이러지 마라”고 거절하였는데도 안씨가 지속적으로 성희롱을 하여 힘들었으며, 이러한 성희롱을 피하기 위해 백씨는 아유회, 회식 등에는 거의 참석하지 않는 등의 방법으로 안씨를 피해왔다.

행위자인 안씨는 남성들도 하기 힘든 일을 열심히 하는 신청인에 대한 격려차원에서 배달 나갈 때 엉덩이도 밀고 어깨도 두드려 주었어나, 백씨가 이런 행동을 싫어하는 것을 몰랐으며, 백씨와 박모씨를 결혼시키려고 마음먹은 후부터는 이런 언동을 스스로 자제했다고 하면서도, 그 후 휴게실에서 신청인의 가슴을 잡은 사실을 인정하는 등 일관성 없는 진술을 하였다.

안씨가 주장하는 바와 같이 백씨의 거부의사를 안씨가 몰랐다고 하더라도, 신청인은 주로 목격자가 없을 때만 성희롱을 당하였고, 상대방이 신청인의 복무 및 근무평정을 담당하는 집배실장의 직위에 있었으므로 적극적으로 거부의사를 표현하기 어려웠던 점이 인정되고, 가슴을 잡는 행동은 사회통념이나 건전한 상식을 가진 사회일반인의 기준에 비추어보더라도 백씨에게 성적 수치심을 느끼게 하기에 충분하다고 판단되므로 성희롱에 해당한다. (여성부 03성희롱55)

(6) 적대적 환경형 성희롱은 가시적 불이익을 초래한 성희롱과는 달리 입증하기 어려운 경우가 많다. 또한 다양한 형태로 행해지기 때문에 그것의 판단을 위해서는 많은 요소들을 고려해야 한다. 그러한 요소들에는 다음과 같은 사항들이 포함된다.

---

111) Tina Daunt and Anne-Marie O'Conner(2001), "Sex Bias Persists in L.A. County Sheriff's Department", in Linda Lemoncheck, James P. Sterba(ed), *Sexual Harassment : Issue and Answers*, Oxford University Press.

(6.1) 그 행위가 신체적 행위였는가? 언어적 행위였는가? 혹은 둘 모두였는가?

(6.2) 그 행위의 빈도수는 어떠했는가?

(6.3) 그 행위가 명백히 굴욕감이나 수치심을 불러일으킬만한 것이었는가?

(6.4) 그 행위를 한 자가 동료였는가 상관이었는가?

(6.5) 다른 사람들이 그 행위에 가담했는가?

(6.6) 그 행위의 피해를 입은 사람이 한 명 이상이었는가?

(7) 외국의 경우 입증의 어려움 때문에 피해자의 정신적 충격 정도에 과도하게 의존하는 경향이 있어왔으나, 최근에는 이를 적대적 환경형 성희롱의 필요조건에서 배제하고 있다.

사례 5.2가(7)-1 : **성희롱에 의한 심리적 피해를 입증할 필요가 없다고 한 사례**

1993년 미국 대법원은 적대적 환경형 성희롱 피해를 주장하는 피고용인이 소송에서 승리하고 손해배상을 받기 위해서는 그러한 성희롱에 의해 초래된 심리적 피해를 반드시 입증해야 한다는 하급심의 판결을 만장일치로 거부했다. 대법원은 성희롱 피해를 입은 피고용인들이 피해를 주장하기 위해 반드시 그 피해로 인하여 업무를 수행하거나 계속할 수 없다는 것을 보여주어야 하는 것은 아니라고 말했다. 해당 성희롱 행위에 대한 피해자의 감정적인 반응이 어떠했는가는 중요한 요소이긴 하지만, 그 감정상태가 극단적인 스트레스를 겪는다든가 치명적인 손상을 입었음을 제시할 필요는 없다는 것이다. O'Connor 판사는 성희롱 피해자에 대한 법적 보호는 "그 성희롱 행위가 피해자의 정신건강을 완전히 파괴하기 전에 취해져야 한다"고 말했다.[112]

나. 사용자 책임 강화 여부

(1) 성희롱과 관련하여 사용주 또는 기관대표의 책임을 규정하고 있는 국내외 입법례는 아래와 같다.

112) Susan L. Webb(2001), "The History of Sexual Harassment on the Job", in Linda Lemoncheck, James P. Sterba(ed), *Sexual Harassment : Issue and Answers*, Oxford University Press.

입법례(국내) 5.2나(1)-1 : 남녀고용평등법

사업주는 직장내 성희롱을 예방하고 근로자가 안전한 근로환경에서 일할 수 있는 여건 조성을 위하여 직장내 성희롱의 예방을 위한 교육(이하 “성희롱예방교육”이라 한다)을 실시하여야 한다. (제13조 1항)

사업주는 직장내 성희롱 발생이 확인된 경우 지체없이 행위자에 대하여 징계, 그 밖에 이에 준하는 조치를 취하여야 한다. (제14조 1항)

사업주는 직장내 성희롱과 관련하여 피해주장을 제기한 근로자 또는 피해를 입은 근로자에게 해고 그 밖의 불이익한 조치를 취하여서는 아니 된다. (제14조 3항)

입법례(국외) 5.2나(1)-2 : 캐나다 인권법

고용주는 자신의 사업장 내에서 발생하는 어떠한 학대(harassment)에도 책임을 진다. 고용주는 다음의 책임을 진다.

○ 학대가 용납되지 않음을 분명하게 밝힐 것.

○ 학대 금지 규정을 확립할 것.

○ 모든 피고용인이 이 규정을 이해하도록 하고, 학대 신고와 관련하여 절차를 마련할 것.

○ 상급자와 책임자들에게 학대가 없는 직장 환경을 만드는데 대한 그들의 책임을 전할 것.

○ 정식 불만이 접수되지 않았다 하더라도 학대와 관련된 상황을 접하는 즉시 조사에 들어가고, 문제를 바로잡기 위한 조치를 취할 것.

입법례(국외) 5.2나(1)-3 : 미국 판례

미국의 몇몇 성희롱 관련 사건을 통해 연방대법원은 관리자들이 행하는 성희롱에 대해 고용주가 대리책임을 져야 한다는 점을 분명히 해왔다. 연방대법원은 다음 두 가지 원칙을 강조했다.

○ 고용주는 관리자들의 행위에 대해 책임을 져야 한다.

○ 고용주는 성희롱을 예방하기 위해 적극적으로 노력해야 하고, 피고용인은 성희롱으로 인한 피해를 줄이기 위해 적극적으로 노력해야 한다.

이 원칙들의 실현을 위해, 대법원은 가시적 고용조치를 초래하는 관리자의 성희롱에 대해 고용주가 언제나 책임을 져야한다고 강조했다. 관리자의 성희롱이 가시적 고용조치를 초래하지 않은 경우에는 고용주는 아래의 두 요건을 충족시키는 적극적 항변을 통해 책임을 모면하거나 손해배상액을 줄일 수 있다. 예방조치를 취하는 고용주는 적극적 항변의 측면에서 유리한 입장에 선다.

○ 고용주가 성희롱 예방 및 신속한 교정을 위해 합리적 주의(reasonable care)를 기울인 경우

○ 부적절한 이유로 피고용인(피해자)이 고용주가 제공하는 예방 또는 교정의 기회를 이용하지 않았거나, 여타의 방식으로 피해를 회피하지 않은 경우

입법례(국외) 5.2나(1)-4 : 미국 교육법 제9편

1972년에 수정된 미국 교육법 제9편(Title IX of the Education Amendments of 1972)은 연방정부로부터 재정 지원을 받는 모든 교육 프로그램 및 교육관련 활동에 있어서의 성차별을 금지하고 있다.

동 교육법은 교육 기관의 학생들 및 피고용인들 모두를 보호 대상으로 한다.

동 교육법은 "언어적 혹은 신체적인 성적 언동을 통해 교육의 지원, 서비스, 대우 등의 제공을 거부, 제한, 혹은 차이를 두는 것은 교육법 제9편의 위반" 이라고 명시하고 있다.

(1.1) 국가인권위원회법의 경우 사용자 및 기관대표에게 성희롱 예방교육 실시 등 예방의 의무를 두고 있지 않다. 그러나 성희롱의 경우 발생 후 처리보다 예방이 더 중요하다는 점은 당연하며, 남녀고용평등법 역시 이러한 취지에서 사업주의 예방의무를 명시하고 있으므로 사용자 및 기관의 대표가 평소 성희롱을 예방하기 위하여 교육 등의 노력을 하지 않았음이 명백할 경우 이에 대한 책임을 물을 필요가 있다.

(1.2) 뿐만 아니라 성희롱 예방의 실효성을 높일 수 있도록 성희롱 발생에 대하여 사용자의 책임을 물을 수 있도록 할 것인가의 여부에 대한 검토가 있어야 한다.

(2) 개인의 위법한 행위에 대해서 그 행위 당사자가 법적 책임을 지는 것이 일반적인 원칙이지만, 기업·학교·군대·단체·기타 사회기관 등 공적 영역에서 발생하는 성희롱은 사용주 혹은 해당 기관의 책임자가 책임을 진다.

(3) 기업・학교 등 기관 내에서 성희롱이 발생했을 경우 기관 대표는 그러한 성희롱의 발생을 예방하기 위한 모든 합리적인 조치를 취했다는 것을 증명할 수 없는 한 그 성희롱에 대한 법적 책임을 진다.

사례 5.2나(3)-1 : **교육기관이 성희롱의 책임을 져야 한다고 한 사례**

1977년 미국 예일대학의 한 여학생은 한 교수로부터 자신과 성관계를 맺으면 A학점을 주겠다는 제안을 거절한 후 C학점을 받았다(Alexander v. Yale University). 학생은 자신의 부당한 학점을 원상복귀 시킬 것을 요구하였다. 1심 법원은 동 교수의 행동은 교육법에 의거한 성차별에 해당된다고 판시했다.

(3.1) 성희롱의 최종적인 책임 주체는 각 기관의 조직 성격에 따라 달라질 수 있다.

사례 5.2나(3.1)-1 : **교사에 의한 성희롱 사건에서의 책임 주체를 교육청으로 본 사례**

1992년 미국 대법원은 체육교사로부터 지속적으로 성희롱을 당해온 한 여자고등학생이 제소한 사건에서, 동 학생이 관할 교육구청을 상대로 손해배상 소송을 제기할 충분한 이유가 있다고 판시했다.(Franklin v. Gwuinnett County Public Schools) [※ 최종적인 책임의 주체는 성희롱이 발생한 해당 학교의 장이 아닌, 해당 학교를 관할하는 지역 교육청으로 지목되었다.]

(3.2) 노조 지부장의 성희롱 행위도 노조가 속한 기관장에게 책임이 있다.

사례 5.2나(3.2)-1 : **노조 지부장의 성희롱 행위도 기관 대표에게 책임이 있다고 본 사례**

모 병원 노조 지회장인 인모씨는 부지회장인 고모씨에게 고씨가 근무하는 치과 사무실로 와서 성적 언동을 하였다. 이 사건에 대해 여성부는 "신청인과 행위자는 피신청인 병원 소속 직원으로서 노동조합 활동을 하고 있는바, 2004년 1월과 2월에 신청인이 치과 사무실에서 행위자로부터 성희롱을 당했다고 주장하는 사항은 근로자들 간에 피신청인 병원 내에서 노조 업무와 관련한 대화 중 발생하였다는 점에서 볼 때 그 구체적 장소, 시간에 신청인과 행위자 사이의 관계는 남녀차별금지및구제에관한법률 제2조제2호의 규정에 의한 업무 관련성을 인정할 수 있다"고 판단하고, 기관장인 병원 대표에게 인씨를 징계 또는 그에 상당하는 조치를 취할 것, 자체 성희롱 재발방지대책을 수립하여 실시할 것을 시정권고했다.

(3.3) 성희롱이 발생한 이후 기관의 책임자가 적절한 조치를 취했다고 인정될 경우 책임이 면제될 수 있다.

사례 5.2나(3.3)-1 : **책임자의 적절한 구제조치가 없었을 때 법적 책임을 진다고 본 사례**

1998년 미국 대법원은 교육기관의 책임자들이 교사에 의한 학생 성희롱 사건을 알고도 의도적으로 그것을 무시하고, 적절한 구제 조치를 취하지 않았을 경우에 한해서만 피해자는 지역 교육청을 상대로 손해배상을 청구할 수 있다고 판시했다.[113]

(3.4) 기관의 책임자가 성희롱 발생 사실을 전혀 인지하지 못했다는 것이 인정되더라도, 책임을 면할 수 없다.

사례 5.2나(3.4)-1 : **성희롱 발생사실을 몰랐더라도 책임을 면할 수 없다고 한 사례**

시 공무원인 한 여성 인명구조원이 감독관으로부터 성희롱을 당한 사건에 대한 재판에서, 미국 대법원은 비록 시 당국의 관리들이 그러한 성희롱 발생을 몰랐다 하더라도 시 당국이 가해자인 감독관을 채용했으며, 채용과 더불어 그 감독관에서 시의 권위를 대표하여 행동하도록 권한을 부여한 것이기 때문에 시 당국의 책임을 묻지 않을 수 없다고 판시했다.[114]

113) Gebser et al. v. Lago Vista Independent School District.

(3.5) 기관의 감독자는 소속 직원의 성희롱 행위 중 업무관련성이 있다고 보이는 행위에 대해서만 책임을 진다.

사례 5.2나(3.5)-1 : **직원의 성희롱에 대한 책임을 업무관련성과 연관된다고 본 사례**

국책 연구소에 근무하는 임모씨는 외국인 학자를 환송해주기 위해 동료 직원 김모씨가 개인적으로 마련한 회식자리에 참석했다. 외국인 학자를 떠나보낸 후 나머지 참석자들은 노래방에 갔고, 그 자리에서 김씨는 신청인 임씨와 또다른 참석자 한모씨를 번갈아가며 끌어안고 춤을 추었는데, 한씨를 몸에 밀착시키고 놓아주지 않아 김씨가 제지하기도 했다. 또한 김씨는 한씨에게 성적인 언사를 했다. 이 사건은 동 연구소 홈페이지 게시판에 게시되었고, 연구소의 상급기관은 행위자 김씨를 징계했다. 동 사건에 대한 기관 책임자의 책임여부에 대해 여성부는 다음과 같이 판단했다.

"남녀차별금지법에서 지우는 성희롱 행위에 대한 책임은 실제로 행위를 한 자(소속직원)에게 자신의 행위에 대한 책임을 지우는 것이 아니고, 소속직원이 속해있는 당해 공공기관의 장이나 사용자(감독자)에게 책임을 지우는 것으로 되어 있다. 따라서 소속직원의 모든 행위에 대한 책임을 감독자에게 지우는 것은 자기책임의 원칙에서 벗어나 감독자에게 과도한 책임을 지우는 것이기 때문에 책임범위를 일정 부분으로 한정할 필요가 있다고 할 것이며, 감독자는 소속직원의 행위 중 감독자가 책임을 져야 할 필요가 있는 범위(지배, 관리권이 미치는 범위 내)에서 일어나는 행위, 즉 소속직원의 행위 중 업무관련성이 있다고 보여지는 행위에 대해서만 한정하여 감독자가 책임을 지게 되는 것이다.

신청인이 성적언동이 있었다고 주장하는 노래방 회식의 성격을 살펴보면, 먼저 그 구성원 측면에서 피신청인 연구소 소속직원간의 회식이라 하더라도 친목도모를 위한 사적 모임인 경우에는 감독자가 책임을 져야 할 범위 내의 업무관련성이 있다고 인정하기 어려우나 노래방에는 피신청인 연구소의 직원이 아닌 자가 있었고, 더구나 노래방 회식은 피신청인 연구소의 업무와 관련하여 비용이 지급되는 등 사전에 계획된 것이 아니었으며, 아울러 업무관계성을 인정할 수 있는 외국인이 참석하지 않아 결과적으로 신청인이 개인적인 사적 모임에 행위자가 참석한 것이 되어, 그러한 회식자리에서 있었던 행위자의 행위까지 피신청인 연구소가 책임을 져야할 필요가 있는 범위 내, 즉 업무관련성을 인정하기 어렵다고 할 것이다." <여성부 04성희롱5>

114) Faragher v. Supreme Court.

4 혼인 여부를 이유로 한 차별판단지침

1. 차별사유의 정의(개념, 적용범위, 관련 법령근거)

1.1 직접차별

혼인 여부를 이유로 한 직접차별이란 합리적 이유 없이 기혼, 미혼 혹은 비혼, 이혼, 사별, 별거, 재혼 그리고 혼인 가능성 등을 이유로 하는 불리한 대우로서 그러한 대우가 정당화되지 않는 경우를 말한다.

입법례(국내) 1.1-1 : 국가인권위원회법
제2조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.
1-3호 : 생략
4. "평등권침해의 차별행위"라 함은 합리적인 이유 없이 성별, … 기혼·미혼·별거·이혼·사별·재혼·사실혼 등 혼인 여부, … 병력 등을 이유로 한 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다.

입법례(국내) 1.1-2 : 남녀고용평등법
제2조 (정의) … 중략 …
1. “차별”이라 함은 사업주가 근로자에게 성별, 혼인 또는 가족 안에서의 지위, 임신, 출산 등의 사유로 합리적인 이유 없이 채용 또는 근로의 조건을 달리하거나 그 밖의 불이익한 조치를 취하는 경우 … 중략 …
제7조 (모집과 채용) ① … 중략 …
② 사업주는 여성근로자를 모집·채용함에 있어서 모집·채용하고자 하는 직무의 수행에 필요로 하지 아니하는 용모·키·체중 등의 신체적 조건, 미혼조건 그밖에 노동부령이 정하는 조건을 제시하거나 요구하여서는 아니 된다.

입법례(국내) 1.1-3 : 직업안정법
제2조 누구든지 성별·종교·사회적 신분 또는 혼인여부 등을 이유로 직업소개·직업지도 또는 고용관계의 결정에 있어서 차별대우를 받지 아니한다.

입법례(국외) 1.1-1 : 캐나다 인권법
제3조 제1항. 이 법의 목적 범위 내에서 인종, 국적 또는 민족, 피부색, 종교, 연령, 성, 혼인 여부, 가족의 지위, 신체장애 및 사면받은 유죄판결은 차별의 근거가 되지 아니한다.[115)]

입법례(국외) 1.1-2 : 여성에 대한 모든 형태의 차별 철폐에 관한 협약 (The Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against women)

당사국은 결혼 또는 모성을 이유로 한 여성에 대한 차별을 방지하며 근로에 대한 여성의 권리를 확보하기 위하여 적절한 조치를 취하여야 한다. (가) 임신 또는 출산휴가를 이유로 한 해고 및 혼인 여부를 근거로 한 해고에 있어서의 차별을 금지하고 위반 시 제재를 가하도록 하는 것(제11조)

입법례(국외) 1.1-3 : 성차별금지법(Sex Discrimination Act)

(1) 기혼의 남성 또는 여성에 대해 그 혼인상의 지위를 이유로 동성의 미혼자에 비해 불리하게 대우하는 행위(직접차별) (2) 미혼자에게 적용하려는 조건에 적합한 기혼자의비율이 그에 적합한 동성의 미혼자의 비율보다 현저히 적으며, 그로 인해 기혼자에게 불이익을 초래하고, 그 조건의 적용이 혼인상의 지위와 관계없이 정당한 것임을 사용자가 입증할 수 없는 경우에는 미혼자에게 적용하려는 조건을 기혼자에게 동일하게 적용하는 것(간접차별)은 기혼자에 대한 고용차별이다.(제2조)

(1) “혼인 여부를 이유로” 한다는 것은 불리한 대우의 주된 이유가 특정인(진정인 또는 원고, 이하 이러한 의미로 사용함)의 ‘혼인 여부’ 또는 특정인이 속한 ‘혼인의 일반적 특성’이었던 경우를 의미한다. ‘혼인 여부’라 함은 ‘혼인상의 지위(marital status)’를 의미하는 것으로 ‘기혼, 미혼, 별거, 이혼, 사별, 재혼, 사실혼 등 혼인 여부’를 말한다.

(1.1) 특정인의 ‘혼인 여부’를 이유로 불리한 대우를 한다는 것은 합리적 이유 없이 혼인상의 지위를 이유로 성별에 제한 없이 특정인을 분리, 구별, 제한, 배제하거나 불리하게 대우하는 행위를 말한다.

사례 1.1(1.1)-1 : **여성에게만 적용되는 혼인금지 규칙**

시카고 연방항소법원은 여성객실승무원에 대해서만 혼인금지 규칙을 적용하는 것은 민권법 제7편을 위반한 것이라고 보았다.[116]

※ 이 사례는 여성만을 놓고 보면 혼인 여부를 이유로 한 차별이다. 그러나 남성객실승무원과 비교한다면 해당 차별사유는 성별이 된다.

115) 캐나다 인권법에서 혼인 여부란, 독신, 법적 혼인, 사실혼(이성 또는 동성), 사별, 이혼의 상태를 말한다. http://www.chrc-ccdp.ca/client/site/includes/print.asp 참조.

116) Sprogis v. United Air Lines, Inc., 444 F. 2d 1194, 1198(7th Cir. 1971). 미국의 민권법 제7편은 혼인상의 지위를 이유로 한 차별을 금지하고 있지는 않다. 그러나 기혼남성에게 동일하게 적용되지 않는 기준으로 기혼여성의 고용을 제한하거나 금지하는 것은 성차별로 금지된다.(29 C.F.R. §1604.4)

사례 1.1(1.1)-2 : **혼인을 이유로 인사기록카드상의 여성의 성씨의 변경을 요구하는 정책**
혼인 이후에 인사기록카드에서 여성의 혼인 전의 성을 바꾸도록 요구하는 정책은 민권법 제7편을 위반한 것이다.[117]

(1.2) 특정인의 '혼인 여부'를 이유로 한다는 것은 '혼인상의 지위'를 의미하는 것으로 이는 반드시 현재의 혼인상태에 국한하지 않고 과거와 미래의 혼인여부 또는 상태도 포함하는 것이다.[118]

(1.3) '혼인 여부'를 이유로 한다는 것은 법률혼과 사실혼을 모두 포함한다.

사례 1.1(1.3)-1 : **미혼동거를 이유로 한 고용차별**
미혼 동거중인 로봇 헨더슨은 인터뷰 과정에서 혼인 여부에 관한 질문을 받았는데 헨더슨은 현재 연인이 있고 결혼날짜를 확실히 잡은 것은 아니나 앞으로 결혼 할 계획이 있다고 답했다. 헨더슨은 고용주가 미혼동거를 인정하지 않는다는 이유로 채용되지 못했는데 이는 혼인 여부를 이유로 한 채용상의 차별행위에 해당한다.[119]

1.2 간접차별

혼인 여부를 이유로 하는 간접차별은 외관상 중립적인 기준 등의 사용에 의해 혼인상의 특정 지위에 속하는 집단의 사람들이 다른 지위의 집단의 사람들에 비해 불리한 상황(결과적 불이익)에 처하게 되고, 그 기준 등의 사용이 정당하지 않은 경우이다.

(1) '혼인 여부'를 이유로 한 간접차별은 첫째, 피고가 미혼인 자에 대해서도 동일하게 적용하거나 적용하려고 하는 조항, 기준 또는 관행을 원고에 대해 적용하였다는 사실, 둘째, 당해 조항, 기준 또는 관행이 동일한 성의 미혼인 자보다 상당히 많은 비율의 기혼인 자에게 불이익으로 될 수 있는 것이라는 사실, 셋째, 당해 조항, 기준 또는 관행의 적용이 원고의 불이익으로 된다는 사실을 입증하여야 한다.

---

117) Allen v. Lovejoy , 553 F. 2d 522, 524(6th Cir. 1977).
118) 뉴질랜드 인권법은 혼인상의 지위에 혼인 가능성을 추가하고 있다. Newzland Human Rights Act, 1993, 21(b).
119) http:www.unmarriedamerica.com/ real-life-cases.htm

사례 1.2(1)-1 : **'어린 아이가 없어야 함'이라는 채용기준에 의한 기혼자의 간접차별**

아동의 40%가 혼외자로 출생하며 60%는 혼인 중에 출생하기 때문에 어린 아이를 가지지 않을 것이라는 요건을 충족할 수 있는 기혼자의 비율이 동일한 성의 미혼자의 비율보다 현저하게 낮으므로 어린 아이가 있다는 이유로 채용되지 않은 남성에 대해여 혼인에 기한 간접차별이 인정되었다.[120]

사례 1.2(1)-2 : **다른 경관과의 관계를 금지하는 규칙에 의한 기혼 여경찰관의 간접차별**

경찰관 여수사관 G는 지역수사관직에 응모하여 합격하였으나 경찰국장은 그녀가 해당 부서의 부서장과 혼인한 사실을 발견하고 그녀의 임명을 취소하였다. 경찰국장은 모든 형사소송절차에서 G는 남편에 대한 권한 있고 강제력 있는 증인이 될 수 없다고 판단하였고 이후 그녀는 다른 지역의 지역수사관으로 배치되었다. 이에 G는 성차별과 혼인차별로 소송을 제기하였다. 이에 대해 고용심판소는 경찰국장이 혼인상 지위를 이유로 G를 직접적 및 간접적으로 차별하였다고 판단하였다. 경찰국장은 미혼인 여성 응모자보다 G를 불리하게 대우하였는데 이는 해당 직책에 채용되는 자가 다른 경관과 관계를 가져서는 안 된다는 요건은 혼인하지 않은 여성보다 더 낮은 비율의 혼인한 여성에게 간접차별을 결과할 수 있는 것이라고 보았다.[121]

(1.1) "불리한 대우"는 동일한 것으로 평가되는 상황에서 특정인(또는 그가 속한 혼인상의 지위)을 다른 혼인상의 지위를 가진 사람보다도 불이익하게 취급하는 것이다.

(1.2) "동일한 것으로 평가되는 상황"이라 함은 같은 상황 또는 약간의 차이는 있으나 실질적으로 다르지 않은 상황을 의미한다.

(1.3) "불이익하게 취급하는 것"에는 경제적 불이익뿐만 아니라 비경제적인 불이익(예, 제반 생활상의 기회 박탈이나 제한)을 포함한다. 또한 과거 내지 현재의 불이익한 취급뿐 아니라 미래의 그것(즉, 불이익하게 취급하려는 것)까지 포함한다.

(1.4) "그러한 대우가 정당화되지 않는 경우"라 함은 혼인 여부를 이유로 하는 불리한 대우가 객관적으로 정당화되지 않는 경우를 의미한다.

(1.5) 객관적 정당화 여부는 그 목적과 수단의 측면에서 판단하여야 한다. 즉, 불리한 대우가 정당한 목적을 달성하기 위해 요구되는 적정한 수단(목적과 수단간의 비례성)에 해당한다고 평가되면 차별이 아닌 것으로 본다. 그러나 불리한 대우의 정도(특정인 또는 그룹에 미치는 차별의 영향력)가 추구하는 목적에 비해 현저한 때에는 정당하지 않은 것으로 판단한다.

---

120) Gleed v. Pricewaterhouse Coopers, Newcastle Upon Tyne, ET case no. 6400323/01.

121) Chief Constable Bedfordshire Constabulary v Graham; 노동부(2005), "여성고용에서의 차별 판단기준마련, p.203에서 재인용

2. 판단기준

2.1 고용

입법례(국내) 1.1-1 : 국가인권위원회법
제2조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.
1-3호 : 생략
4. "평등권침해의 차별행위"라 함은 합리적인 이유 없이 성별, … 기혼·미혼·별거·이혼·사별·재혼·사실혼 등 혼인 여부, … 병력 등을 이유로 한 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다. … 중략 …
가. 고용(모집, 채용, 교육, 배치, 승진, 임금 및 임금외의 금품 지급, 자금의 융자, 정년, 퇴직, 해고 등을 포함한다)과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위

입법례(국외) 2.1-1 : 미국 일리노이주법(Il.St. Ch. 775,5/1-102)
본 주의 정책은 일리노이주 내의 모든 개인들에게 고용과 관련하여 그 또는 그녀의 … 혼인상의 지위 … 때문에 차별을 당하지 않을 … 자유를 확보하는 것이다.[122]

(1) 모집, 채용 등 근로계약 체결에 이르기 위한 근로계약 개시 이전의 모든 고용과정에서 혼인 여부를 이유로 한 차별을 금지한다.

(1.1) 합리적 이유 없이 기혼 혹은 미혼만을 응시할 수 있도록 모집채용상의 제한을 두는 것은 혼인 여부를 이유로 한 차별이다.

(1.2) 면접과정에서 합리적 이유 없이 혼인상의 특정 지위에 있는 사람에게 불이익을 주는 것은 차별이다.

사례 2.1(1.2)-1 : **면접과정에서 미혼동거를 이유로 한 채용 거부**
면접과정에서 법적인 혼인관계에 있지 않은 사람과 함께 살고 있는지 여부를 질문을 받았는데 딤은 그렇다고 대답하였다. 이로 인해 결국 딤은 채용되지 않았는데 혼인 여부를 이유로 한 차별이다. 참고로, 호주에는 아리조나를 비롯해 13개의 주에서 미혼동거를 인정하지 않는 법이 있다.[123]

---

122) 혼인 여부에 의한 고용차별을 금지하는 미국의 다른 주로는 알라스카(1975), 캘리포니아(1976), 플로리다(1977), 하와이(1988), 일리노이(1980), 미시간(1976), 뉴욕(1975) 등 21개의 주가 있다. http:www.unmarriedamerica.com/ms-employment-law.htm 참조.
123) **http:www.agd.nsw.gov.au**

사례 2.1(1.2)-2 : **면접과정에서 혼인 여부를 질문하는 차별**

면접과정에서 남성 면접관이 래이챌 루이스에게 기혼인지 독신인지를 질문하자 래이챌은 혼인여부가 업무수행능력과 어떤 연관이 있는지를 되물었다. 면접관은 양육할 아이나 돌봐야 할 가족이 있는지에 대한 정보를 얻기 위한 것이라고 응답하였다. 고용주측은 여성이 결혼을 하게 되면 가정을 돌보아야 하므로 직장 일에 충실하지 않을 것이며 결혼으로 인해 임신을 하게 되는 경우 출산휴가를 주거나 임신을 이유로 직장을 그만두게 될 것이라는 전통적인 성역할 편견을 가지고 있었던 것으로 이는 간접적인 성차별이자 혼인 여부를 이유로 한 차별행위라 할 수 있다. 채용과정에서 혼인 여부를 질문하는 것은 혼인 여부뿐만 아니라 성별, 가족상황을 이유로 한 차별행위에 해당한다.[124]

(1.3) 배우자 또는 동거인의 특정한 상황을 이유로 고용 상의 불이익을 주는 것은 혼인 여부에 의한 차별일 수 있다.

사례 2.1(1.3)-1 : **동거인의 특정 상황을 이유로 한 차별**

파트너가 동일한 회사 혹은 경쟁회사에서 일하고 있다는 이유로 채용을 거부하는 것은 혼인여부를 이유로 한 차별행위이다.[125]

(1.4) 임금 및 임금 외의 금품 지급의 경우 혼인 여부를 이유로 한 차별을 금지한다.

사례 2.1(1.4)-1 : **이혼 여성공무원의 자녀학비보조수당 수급 요건**

이혼한 여성공무원의 경우 자녀학비보조수당을 지급받으려면 자녀가 동일 호적에 있거나 주민등록표상 세대를 같이 하여야 하는 것은 이혼한 여성공무원을 부당하게 차별한 것이다. 현행 호적 제도상 부모 이혼 시 자녀가 아버지의 호적에 남게 되므로 이혼한 남성은 자녀와의 동거여부와 무관하게 수급자격을 갖는 반면 여성의 경우 자녀와 동거해야만 수급 자격을 갖게 되어 실질적 양육관계를 제대로 반영하지 못한 채 이혼한 여성공무원을 부당하게 차별한 것이므로, 주민등록표상 동일세대가 아닌 자녀를 양육하는 이혼한 여성공무원에게도 자녀학비수당을 지급할 수 있도록 중앙인사위원장에게 '공무원수당등에관한규정'을 개정할 것을 권고하였다. <인권위 2005. 11. 7. 05진차355 결정>

124) http:uk.news.yahoo.com/020110/167/log51.html
125) http:www.agd.nsw.gov.au

사례 2.1(1.4)-2 : **부조금 지급에서 혼인을 이유로 한 차별**

○○대학교의 부조금 지급에 있어서의 남녀차별이 발생한 사건으로 신청인은 ○○대학교 사범대학 부설고등학교에 재직 중인 교사로서 신청인의 부친이 사망함에 따라 부조회 규약에 의거 피신청인 대학교에 부조금지급을 신청하였으나 피신청인 대학교는 부조회 규정 제3조제2호에 규정된 "직계존속 부모"를 해석함에 있어서 그동안 남자는 친부모, 결혼한 여자는 시부모로 해석하여 부조금을 지급해 왔다는 이유로 신청인에게 부조금(약200만원)을 지급하지 않음. 이와 같이 피신청인 대학교가 부조회 규약을 남녀 차별적으로 해석·적용하는 것에 대한 재검토와 부친상에 대한 부조금 지급을 요구함. 피신청인 대학교가 남자직원은 친부모 사망 시에 부조금을 지급하고 결혼한 여자직원은 시부모 사망 시에 부조금을 지급하는 행위는 남녀차별금지및규제에관한법률 제5조를 위반한 남녀차별행위로 인정하고 ○○대학교는 교직원부조회규약을 남녀차별적 요소가 없도록 해석하고 교직원부조회를 남녀차별 없이 운영하기 위한 제도개선방안을 마련할 것을 권고함. <여성부 남녀차별개선위원회 02남녀차별35>

※ 이 사건은 성 차별 사건으로 다루어졌으나, 해당 규약 때문에 혼인 전과 혼인 후 '직계존속 부모'가 가리키는 대상이 서로 다르고 그에 따라 불이익을 당한 것이므로 혼인 여부에 의한 차별 사건으로도 다루어질 수 있다.

사례 2.1(1.4)-3 : **진료비 감면율에서 혼인을 이유로 한 차별**

직원 복지혜택에서 피심기관의 시료사업규정과 단체협약서에 규정된 진료비 감면율을 보면 기혼 남녀 직원을 기준으로 볼 때 총감면율은 같으나 남자는 결혼을 하더라도 본인 부모의 진료비 감면율이 달라지지 않지만 여자는 결혼을 함으로써 본인부모(친정부모)의 감면율이 진료비 본인부담금은 50%에서 30%로, 지정(선택)진료비는 100%에서 30%로 감소한다. 노동조합의 갱신요구(안)은 남녀직원의 본인 부모와 배우자 부모의 감면율을 진료비 본인 부담금 50%, 지정진료비 100%로 동일하게 정하고 있음. 피심기관의 경우 기혼 남녀 직원으로 하여금 선택하도록 한 것이 아니라 강제적, 일률적으로 결혼을 기점으로 기혼 여직원의 본인 부모만 감면율이 감소하여 그로 인한 경제적 피해가 발생한다는 점과 여직원의 경우 본인 부모에 대한 경제적인 부양의무 등 제반사정을 고려하지 않은 채 자동적으로 배우자 부모(시부모)에 대한 감면율을 본인 부모보다 유리하게 적용시킨다는 측면에서 합리적인 이유가 없는 남녀차별에 해당된다고 결정하고 ○○대학교의료원은 기혼 남녀 직원의 본인 부모와 배우자 부모 간 진료비 감면에 있어 남녀차별을 시정하도록 권고함. <여성부 남녀차별개선위원회, 04남녀차별34>

※ 이 사건은 성 차별 사건으로 다루어졌으나, 혼인 전에 비해 혼인 후 본인부모의 진료비 감면율이 낮아지고 그에 따라 불이익을 당한 것이므로 혼인 여부에 의한 차별 사건으로도 다루어질 수 있다.

사례 2.1(1.4)-4 : **차별 가족수당지급에서의 비혼자의 차별**

가족수당은 단체협약이나 취업규칙에 의해 사업주가 부양가족이 있는 근로자에게 지급하는 생활보장적 급여 또는 복리후생금품을 말한다. 그런데 그 지급대상인 '부양가족이 있는 근로자'란

통상 근로자에게 부모와 법률혼 배우자, 만 20세미만의 자녀, 배우자의 부모가 있는 경우를 말하되, 이 부양가족은 주민등록부상에 등재되어 있어야 한다. 다만 사정상 부모 등이 주민등록부상에 등재되어 있지 않더라도 장남의 경우는 부양을 하고 있음을 추정하여 가족수당을 지급받을 수 있지만 장남이 아닌 자 특히 비혼여자녀가 부모와 주민등록지를 달리하는 경우에는 다른 부양의무자가 없이 실제로 부양을 하고 있더라도 부양하고 있음을 추정 받지 못하여 가족수당은 지급되지 않는다. 또한 가족수당은 주민등록상에 신고 된 배우자가 있어야 그 배우자에 대한 가족수당을 지급받을 수 있으므로 법률혼 상태에 있지 않는 사실혼, 동성혼 등의 배우자는 지급대상에서 제외한다.

(1.5) 교육에 있어서 혼인 여부를 이유로 한 차별을 금지한다. 이때 '교육'이라 함은 명칭에 관계없이 사업주가 근로자의 직무수행능력의 배양 또는 향상을 위하여 소속 근로자를 대상으로 실시하는 모든 교육 및 직업훈련을 의미한다.

가상사례 2.1(1.5)-1 : **기혼 여성에게 업무와 상관없는 교육 이수를 강요하기**

기혼 여성에게 결혼을 했다는 이유로 업무 수행능력과 상관없이 특정한 교육을 반드시 이수해야 할 것을 강제하는 것은 혼인 여부를 이유로 한 차별행위이다.

(1.6) 배치에 있어서 혼인 여부를 이유로 한 차별을 금지한다. 이때 '배치'라 함은 사업주가 근로자를 일정한 업무에 종사하도록 하는 상태를 말하며 종사할 직무내용 및 직무의 장소 등을 주요 요소로 한다.

사례 2.1(1.6)-1 : **고용형태에서 혼인을 이유로 한 차별**

호주의 치과병원에서 감독의 지위에 있는 수석 간호사(Mrs. Bogle)가 자녀를 입양하여 시간제 노동을 신청했으나 병원이 이를 거절했다. 병원 측은 현재의 직책으로 전일제로 일을 하든지 아니면 더 낮은 지위에서 시간제로 일하는 것 중 택일하도록 했다. 이에 대해 평등기회위원회는 진정인이 성, 결혼, 가족책임을 이유로 차별받았다고 판결하였다.[126)]

사례 2.1(1.6)-2 : **배치에서 기혼여성의 차별**

남성과 여성의 업무를 구분할 필요가 있다는 명분으로 기혼여성에게 회계나 민원업무 등의 부서로 배치하여 승진이나 근무평점에서 불리한 결과를 초래하는 것은 혼인여부에 의한 고용상의 차별행위이다. <여성부, 2000, 남녀차별 결정사례집, vol.1, 216-228쪽>

사례 2.1(1.6)-3 : **근무지 배치에서 기혼여성의 차별**

결혼 3개월 후 연고가 전혀 없는 곳으로 발령을 받자 이에 항의하는 여성을 무연고지로 근무지를 계속해서 변경시킨 사례. 이 사례에 대한 조사에서 고용주측은 여성이 고객과 마찰이 심했

126) judgments/2000nswadt.nsf

기 때문에 징계성으로 무연고지로 발령을 낸 것이라 하였으나 이여성의 업무 수행능력에 아무런 문제가 없었던 것으로 확인되었다. 고용주 측의 행위는 결혼을 하였다는 이유로 부당한 발령을 낸 것이며 후에 임신을 하게 되자 퇴직을 종용하기 위해 먼 곳으로 잦은 발령을 낸 것으로 판명되었다. <여성부, 2000, 남녀차별 결정사례집, vol.1, 229-239쪽>

사례 2.1(1.6)-4 : **기혼 여성에 대한 부당 전보 발령**

신청인은 1990년부터 피신청인 조합에 근무하는 여성으로서 1994년 결혼과 동시에 직속상관으로부터 퇴사를 종용받고 이에 응하지 아니하자 근무기피부서 및 연고지와 관계없는 전보발령을 받아 신청인이 피해를 입었으므로 이에 대한 시정을 요구함. 협동조합(이하"피신청인조합"이라 함)의 신청인에 대한 전보발령은 첫째, 신청인이 입사한 이래 결혼과 2회에 결친 출산 때마다 피신청인이 조합으로부터 퇴직을 종용받아온 점, 둘째 신청인은 피신청인이 조합 직원들 중 가장 잦은 평균 1년에 1회씩 비연고지 및 근무기피부서로만 발령을 받았던 점, 셋째, 징계성 발령을 하게 된 이유인 신청인의 근무태도에 관하여 살펴보아도 오히려 업무수행에 아무런 문제가 없었을 뿐만 아니라 피신청인 조합의 여직원회 회장으로서 여직원의 권익향상을 위하여 노력해 왔던 점, 넷째, 군무기피부서에 근무한 후에 본인의 희망지로 발령을 하는 관례를 깨고 신청인은 계속하여 본인의 희망과 무관한 비연고지로만 발령을 받은 점, 다섯째, 피신청인 조합에 근무하던 기혼여직원은 각각 비연고지와 근무기피부서 발령을 받아 모두 퇴직한 점, 여섯째, 신청인이 근무하였던 피신청인 조합 지소장과 피신청인 조합장은 평소 기혼 여직원의 퇴직을 권고하여야 한다는 취지의 발언을 계속하여 온 점 등에 비추어볼 때 신청인이 결혼과 출산 후에도 퇴직을 하지 아니하자 합리적인 이유 없이 남녀차별적인 전보발령을 한 것에 해당됨. 따라서 피신청인의 신청인에 대한 전보발령은 남녀차별로 인정되므로 이를 시정하도록 권고하며 피신청인은 결혼을 이유로 여성에게 어떠한 불이익한 행위를 하지 아니할 것을 권고하고 또한 본건과 유사한 남녀차별 사례의 재발방지계획을 수립하여 시행할 것을 권고함.(부당전보발령시정, 99고용29)

※ 이 사건은, 부당 전보 발령이 기혼 여직원을 퇴직시키려는 의도에서 일부 비롯되었다는 점에서 혼인 여부를 이유로 한 차별 사건으로 다루어질 수 있다.

(1.7) 승진에 있어서 혼인 여부를 이유로 한 차별을 금지한다.

가상사례 2.1(1.7)-1 : **기혼여성에 대한 편견에 따른 승진 차별**

기혼여성이 평소 야근 등 동료남성에 비해 결코 적게 일하지 아니하였음에도 불구하고 기혼여성은 당연히 집에 일찍 가야할 것이라는 편견으로 인해 실질적인 업무량과 능력에 상관없이 낮은 근무평가를 받아 승진에서 탈락하는 경우는 혼인 여부를 이유로 한 차별행위이다.

가상사례 2.1(1.7)-2 : **독신남성에 대한 편견에 따른 승진 차별**

결혼적령기를 훨씬 넘긴 독신 남성 공무원이 결혼을 하지 않았다는 사실로 인해 인격상 문제가 있는 것으로 판단되어 승진에서 불리한 평가를 받은 사례. 이는 혼인 여부에 의한 고용상의 차별행위에 해당한다.

(1.8) 해고 및 퇴직에 있어서 혼인 여부를 이유로 한 차별을 금지한다.

사례 2.1(1.8)-1 : **결혼을 이유로 한 퇴직 및 비정규직화**

(재)○○연구원의 정규직 여성근로자에 대한 결혼 후 계약직 전환사건으로 신청인은 피신청인이 여직원들에게 결혼퇴직을 강요해오다가 1999년 말경부터는 정규직에서 퇴직시킨 후 계약직으로 재채용하고 있으며 신청인도 결혼을 이유로 정규직에서 퇴직하고 계약직으로 재채용됨에 따라 이전의 정규직과 동일한 업무를 수행하고 있음에도 임금이 크게 삭감되었고 하위직으로의 채용 및 신분불안정으로 인해 정신적 손해를 입었다고 주장함. 피신청인이 신청인에게 결혼을 이유로 정규직에서 퇴직시키고 계약직으로 재채용한 행위는 남녀차별금지및구제에관한법률 제3조를 위반한 남녀차별행위로 인정하고 피신청인은 신청인에게 7백만원을 지급할 것을 권고하며 피신청인은 향후 결혼으로 인한 부당한 인사조치 등이 다시 발생되지 않도록 필요한 대책을 수립할 것을 권고함. (01고용29)

※ 이 사건은 성차별 사건으로 다루어졌으나 혼인을 이유로 한 차별 사건으로 다룰 수 있다.

사례 2.1(1.8)-2 : **사내부부임을 이유로 한 명예퇴직**

1998년 ○○의 구조조정과정에서 명예퇴직자 선정 시 사내부부가 1차적인 대상자가 되었던 사례임. 사측은 명예퇴직의 대상자로 '사내부부' '상대적인 생활안정자'를 제시하였으며 그 결과 퇴직자 가운데 90%가 여성이었음. '사내부부'는 부부가 동일한 직장에 근무한다는 가족상황을 이유로 한 차별로 진정하였으나, 판결에서는 사측이 명예퇴직제를 시행할 당시의 경제상황이 인력감축을 필요로 하였고 '구조조정비상대책위원회'를 구성하여 나름대로의 기준을 세우고 노동조합으로부터 의견수렴과 동의를 얻어 명예퇴직제와 순환명령휴직제를 병행시행하였으며 대상자들이 사직원을 제출한 과정에서 사기, 강박에 의하여 사직의 의사표시를 하였다고 볼 수 없다는 이유로 해고무효확인소송에서 패소함(2002다35379해고무효확인)

※ 이 사건은 가족상황을 이유로 한 차별로 진정되었으나, 혼인하여 배우자와 동일한 회사에 근무하는 자에게 불이익을 주었다는 주장도 가능하기 때문에 혼인에 의한 차별로 진정될 수 있다. 배우자와 동일한 회사에 근무하게 된 것은 혼인을 하지 않았다면 일어날 수 없는 상황이다.

사례 2.1(1.8)-2 : **사내부부임을 이유로 한 부당한 해고**

1998년 ○○생명보험주식회사가 인력감축의 과정에서 사내 결혼부부 사원 중 1인을 자진 퇴직시키는 방식을 사용한 해고가 부당한 차별적 해고임을 판단한 사례임. 이 사건은 사용자가 인력감축의 필요성을 느끼던 중 정리해고에 의한 인력감축이 노조와 마찰을 일으킬 것으로 판단하여 비공식적으로 부부사원의 상관의 지위에 있는 중간관리자로 하여금 부부 중 1인에게 퇴직을 권유토록 종용함. 결과적으로 1998년 8월 사내부부 88쌍 중 86쌍의 한쪽 배우자가 모두 사직서를 제출하여 퇴직명령을 받음. 이렇듯 회사 내 지위에 비추어 자진퇴직을 권유받은 사내부부들은 이를 받아들이지 않을 경우 입게 될 불이익과 배우자들에게 미칠 영향에 대한 압박감으로 사직의사를 표현하게 되어 이는 내심의 효과의사 없는 비진의표시이므로 의원면직의 외형만 갖추고 있을 뿐 실질적으로는 해고에 해당하고 나아가 부당해고에 해당한 것으로 판결함. 판결

내용은 비진의표시에 의한 부당해고로 차별적 해고라는 내용을 포함하고 있지 않으나, 사내에서 혼인 관계를 맺은 직원을 불리하게 대우한 것이므로 혼인 여부에 의한 차별로 볼 수 있음. (2002다19292 해고무효확인)

사례 2.1(1.8)-3 : **혼인에 따른 퇴직 관행**

1991년 대한제분에 입사한 원고가 1998년 결혼한다는 사실을 알리자 의원면직 처리되었던 사례로 이 회사는 결혼과 동시에 퇴직하는 조건을 가지고 있었으며 원고의 후임자를 채용하는 과정에서도 면접 시 결혼예정시기를 질문하면서 결혼하면 퇴직할 것을 조건으로 제시하였음. 이 회사는 창립 이래 약 46년가 결혼사실이 밝혀진 후 회사에 근무한 여성근로자가 한명도 없었으며 노조원가운데 여성근로자가 한명도 없었음. 또한 이 회사의 창립 이래 결혼한 여성이 정식직원으로 근무한 사례가 없는 점 등에 비추어 결혼과 동시에 퇴직할 것을 조건으로 여성근로자를 채용하거나 그렇지 않다고 하더라도 여성근로자가 결혼하면 퇴직하는 관행을 확립하고 있다고 인정되어 결혼을 이유로 한 부당해고가 이루어졌다고 판단, 정당한 이유 없는 해고로 판결됨. (서울행정법원 2000. 2. 15 선고 99구18615)

사례 2.1(1.8)-4 : **혼인에 따른 퇴사 관행 및 고용형태의 변경**

(주)○○방송의 계약직 여직원이었던 진정인은 혼인을 하면 퇴사하게 만드는 회사 관행에 따라 퇴사를 하고 고용형태를 계약직에서 전속 프리랜서로 전환하였다고 진정하였다. 이에 대해

방송사 측은 계약직 여직원인 진정인이 결혼하면서 퇴사하고 고용형태를 계약직에서 전속 프리랜서로 전환한 것이 진정인의 자발적 의사에 따른 것이라고 주장하였으나, 국가인권위원회는 고용형태의 전환으로 인해 발생하는 예측 가능한 경제적 불이익, 남성 계약직 중 기혼자가 다수이나 여성 계약직 중 기혼자는 한 명도 없는 고용 현황, 여성 계약직이 결혼하면 퇴사하게 하는 회사의 관행이 있다는 참고인들의 진술 등을 종합하여 볼 때, 진정인은 자발적인 의사가 아니라 여성 계약직이 결혼하면 퇴사하게 하는 ○○방송의 관행에 따라 퇴사하고 고용형태를 전환하였던 것으로 판단하였고, 이를 혼인을 이유로 한 합리적 이유가 없는 차별이라 판단하였다. <인권위 2006. 12. 22. 06진차481 결정>

사례 2.1(1.8)-5 : **파트너의 특정 상황에 근거한 차별**

파트너가 같은 직장에서 일한다는 이유로 해고당할 때, 이것은 결혼한 사람들은 함께 일할 수 없다거나 파트너의 범죄는 다른 파트너에게 영향을 미친다는 등 특정 혼인 상태에 있는 사람에 대한 편견에 기반하여 발생하는 것으로서, 혼인 여부에 의한 차별행위에 해당한다.[127]

127) http:www.agd.nsw.gov.au

2.2 재화・용역・교통수단・상업시설・토지・주거시설의 공급 내지 이용

입법례(국내) 1.1-1 : 국가인권위원회법
제2조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.
1-3호 : 생략
4. "평등권침해의 차별행위"라 함은 합리적인 이유 없이 성별, … 기혼・미혼・별거・이혼・사별・재혼・사실혼 등 혼인 여부, … 병력 등을 이유로 한 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다.
가. 생략
나. 재화・용역・교통수단・상업시설・토지주거시설의 공급이나 이용과 관련하여 특정한 사람을 우대・배제・구별하거나 불리하게 대우하는 행위

(1) 재화 및 용역의 공급이나 이용에 있어서 혼인 여부를 이유로 한 차별을 금지한다.

가상사례 2.2(1)-1 : **기혼 여성에 대한 은행 서비스에서의 차별**
기혼 여성이 본인 이름의 예금계좌를 만드는 것을 은행이 거부한다면 이는 혼인 여부에 의한 차별행위이다. 또한 은행이 대출 시 남편의 서명을 요구하는 것 또한 혼인 여부를 이유로 한 차별행위이다.

사례 2.2(1)-2 : **이혼 여성에 대한 은행 서비스에서의 차별**
최근 남편과 헤어져 여러 차례 이사를 하였던 여성에게 은행이 거주 불안정이라는 이유를 들어 융자를 거부한 사례. 이는 은행 측이 공식적으로 잦은 이사를 문제로 삼은 것이지만 실제로는 남편과 이혼을 한 여성은 당연히 경제적 능력이 없다는 편견에 기반한 것으로 혼인 여부에 의한 차별행위에 해당한다.[128]

사례 2.2(1)-3 : **미혼 커플에 대한 신용 서비스의 거부**
새 차를 구입하려는 테리 테일러는 자신의 신용으로 충분한 돈을 마련할 수 없다고 판단하여 연인과 함께 신용조합에서 공동융자(joint loan)를 받으려고 하였으나 조합으로부터 거절당하였다. 이는 테일러의 신용이 나빠서도 이들 커플의 공동자원이 부족해서도 아니라 단지 신용조합이 미혼 커플에게 공동융자를 주지 않는다는 점 때문이었다. 신용조합은 회원에게 대부를 하는데 이때 회원에는 시에 고용된 사람이나 그들의 직접적인 가족구성원이 포함된다. 신용조합 이사회는 “직접적인 가족”의 의미를 고용인의 배우자나 혈연친척에 한정하는 의미로 정의해왔다. 그러나 L.A. 소비자변호사협회가 테일러 사건을 혼인 여부를 이유로 한 차별행위로 인정한 후 신용조합 이사회는 “가족”을 배우자, 혈연, 친척, 혹은 가구파트너(domestic partner)와 같은 여타 가구 구성원을 포함하는 의미로 정의하게 되었다.[129]

---

128) http:www.agd.nsw.gov.au
129) http:www.unmarriedamerica.com/ real-life-cases.htm

사례 2.2(1)-4 : **법적인 혼인상태에 있지 않음을 이유로 한 은행 융자에서의 차별**

결혼을 앞둔 마샤 레빈 커플은 집을 마련하기 위해 드레퓌스 소비자은행에 공동융자를 신청하였다. 그러나 은행은 이들 커플이 집의 공동소유자이고 충분한 수입과 좋은 신용을 가지고 있음에도 불구하고 공증인이 증명하는 서류에 이들이 분명히 결혼을 할 것이며 결혼 날짜를 확정했다는 점을 명시하지 않으면 융자를 할 수 없다고 하였다. 이 사례는 은행융자에 필요한 신용이나 수입 등이 합리적인 조건과 무관하게 법적인 혼인상태에 있지 않다는 이유로 융자를 거부한 것으로 혼인 여부에 의한 차별행위에 해당한다.[130]

사례 2.2(1)-5 : **보험율에서 미혼자에 대한 불리한 대우**

운전기록 등에서 동일한 조건을 가졌음에도 불구하고 자동차보험회사들이 기혼운전자에 비해 미혼 운전자가 위험률이 더 높고 덜 안정적이라고 간주하여 미혼 운전자에게 더 높은 보험률을 부과하는 것은 혼인 여부에 의한 차별행위이다.[131]

사례 2.2(1)-6 : **법적 혼인관계에 있지 않음을 이유로 한 보험연금 지급의 거부**

존 미론과 조셀린 발리에르는 자녀와 함께 수년간 사실혼관계에 있는 파트너였다. 가족의 자동차보험은 조셀린의 이름으로 되어 있었는데 어느 날 존이 보험 미가입 운전자가 모는 보험 미가입 차량을 타고 가다가 사고를 당하였다. 더 이상 일을 할 수 없게 된 존은 자동차손해보험에 문의하여 조셀린의 배우자로서 연금을 요청하였으나 법적인 혼인관계에 있지 않다는 이유로 거부당하였다. 이 사건에 대해 캐나다 대법원은 "보험에서 결혼한 파트너가 이용할 수 있는 사고연금에서 법적인 혼인관계에 있지 않은 파트너를 배제하는 것은 캐나다 인권법을 위반하는 것"이라며 혼인 여부를 이유로 한 차별행위로 인정하였다. 캐나다 대법원은 점점 더 많은 사람들이 법적인 혼인이 아니라 사실 혼의 관계에 있는 만큼 보험법에서 "배우자"를 법적으로 혼인한 사람에게 제한하는 것은 이에 속하지 않은 사람의 권리를 침해하는 것이며 보험법의 목적에도 부합하지 않다고 지적하였다(캐나다 대법원 판결, 1995. 5).

사례 2.2(1)-7 : **유족급여에서의 출가한 딸에 대한 차별**

「독립유공자예우 등에 관한 법률」과 「국가유공자등 예우 및 지원에 관한 법률」은 출가한 딸 또는 손녀는 다른 유족이 없고 친가에 아들이 없는 경우에만 이 법에 의한 유족보상을 받을 수 있도록 제한하였으나 2000년 12월 30일에 개정되어 출가한 딸 또는 손녀도 혼인 여부와 관계없이 자녀들이 받을 수 있는 취업보호와 유족보상을 받을 수 있게 되었다. 그러나 연금의 지급 및 대부는 다른 유족이 없는 경우에 한하여 받을 수 있도록 하였다(제12조항 제4항 신설, 제18조 개정). 즉 이러한 법률은 유족연금지급 순위를 배우자, 자녀, 손자녀 순위로 하되, 타가로 입적된 자의 경우 손자녀보다 후순위로 하도록 규정하고 있다.

이에 대해 여성부의 남녀차별개선위원회는 2005년 1월 17일에 관련 차별시정신청사건을 심의

130) http:www.unmarriedamerica.com/ real-life-cases.htm
131) http:www.unmarriedamerica.com/ cost-discrimination.htm

한 결과 여성의 경우 혼인에 의한 타가입적이 일반적이 우리 사회에서 이와 같은 순위 규정은 신청인과 같은 피해자가 다수 발생할 소지가 있는 것으로 보여 남녀차별소지가 있다고 판단하고 국가보훈처에 관련조항의 개정을 위해 절차를 진행하라는 의견을 표명하였다.

※ 타가입적이 혼인에 의해 발생한 것이므로 이 사건은 혼인 여부에 의한 차별 사건으로 볼 수 있다.

(2) 상업시설, 토지, 주거시설의 공급이나 이용에 있어서 혼인 여부를 이유로 한 차별을 금지한다. 특히 주택 임대와 관련하여 임대자가 미혼 커플에 비해 기혼 커플에게 임대우선권을 주거나 독신커플이나 미혼 커플을 거부하는 것은 혼인 여부를 이유로 한 차별행위에 해당한다. 그리고 남편과의 이혼·사별 등으로 인해 홀로 자녀를 키우는 여성(single mother)나 미혼모에게 임대를 하지 않는 것은 특정한 혼인 상태를 이유로 한 차별행위이다. 또한 이러한 경우는 혼인 여부 뿐 만 아니라 특정한 가족상황을 기반으로 하는 차별행위로 판단된다.

사례 2.2(2)-1 : **노점상 정책에서의 기혼 여성에 대한 차별**

1997년 3월 홍콩에서 노점상을 하는 6명의 여성이 동등기회위원회에 혼인 여부에 의한 차별 관련 소송을 제기하였다. 기존에 물건을 팔던 장소가 다른 곳으로 이동하게 되면서 노점상 주인들은 새 장소에서 물건을 팔 수 있도록 우선권 입찰을 신청해야 했는데 담당 부서가 한 가족당 한 명만 신청할 수 있는 '한 가족 한 노점상'정책을 실시하여 남편과 독립된 노점상을 하는 여성들에게 신청권을 주지 않았다. 이는 기혼 여성을 남편과 한 가족단위로 간주했기 때문인데 만일 이 여성들이 결혼을 하지 않았더라면 신청할 수 있었다는 점에서 특정한 혼인 상태에 근거하여 여타 혼인상태 비해 부당한 대우를 한 것이다. 홍콩 성차별금지법 하에서 서비스나 기타 재화의 제공에서 특정한 혼인 상태를 이유로 개인을 다르게 취급하는 것은 불법이기에 이 사건의 경우 혼인 여부를 이유로 한 불법적인 차별해우이라는 주장이 성립되었다(여성특별위원회, 1999, 성차별분쟁조정기구 및 분쟁처리절차비교연구, 48쪽). 이 사례는 또한 특정한 가족상황을 이유로 한, 또는 특정 성을 이유로 한 차별행위로도 판단할 수 있다.

사례 2.2(2)-2 : **미혼 커플에 대한 주택 임대 거부**

1993년 집주인 존 호피우스는 자신의 종교적인 신념으로 보건대 '죄를 짓고 사는 것'으로 보이는 미혼 커플인 맥크레디와 커, 비아즈와 페루세에게 집을 임대하는 것을 거부하였다. 이에 대해 미시간 대법원은 집주인이 미혼 커플에게 종교상의 이유로 임대차계약을 거부한 것은 이들의 시민권을 위반한 것이며 혼인 여부를 이유로 한 주택시설 이용에서의 차별이라고 판결하였다. 이 판결은 미국에서 주택 이용의 권리와 종교의 자유와 관련하여 많은 논쟁이 있었는데 종교의 자유가 인종차별로 귀결될 수 있다는 우려로 인해 많은 논란이 있었다. (Thomas v. Anchorage Equal Rights Commission, 1998)

사례 2.2(2)-3 : **특정 혼인 상태를 이유로 한 주택 임대 거부**

피츠패트릭은 그의 동성 파트너인 톰슨 소유의 아파트에서 살았다. 그들은 1976년부터 톰슨이 사망한 1994년까지 함께 살았는데 톰슨이 사망하자 피츠패트릭은 아파트를 비워줄 것을 요구받았다. 이에 피츠패트릭은 소송을 제기하였고 1999년 9월 28일 영국 대법원은 피츠패트릭과 톰슨이 법적인 혼인을 한 것은 아니나 실질적인 배우자에 해당하기 때문에 가족이라고 간주할 수 있으며 따라서 피츠패트릭은 임차권을 가질 수 있다고 판결하였다. 이는 동성애 커플에게 이성애 커플과 동등한 임대권을 부여한 것이었으며 또한 특정한 혼인 상태를 이유로 한 부당한 행위를 차별로 인정한 판결이었다. (Fitzpatrick v. Sterling Housing Association Ltd., 1999)

(3) 교육시설이나 직업훈련기관의 이용에 있어서 혼인 여부를 이유로 한 차별을 금지한다.

(3.1) 혼인 여부가 학업능력과 필연적인 관련이 있는지에 대한 고려를 하지 않고 대학이 합리적인 이유 없이 기혼 여성의 입학을 거부하거나 혼인 시 학업을 지속할 수 없게 하는 것은 혼인 여부에 의한 차별행위에 해당한다.

3. 차별금지의 예외

3.1 특정 직무나 사업 수행의 성질상 불가피한 경우(진정직업자격)

・업무의 성격 또는 업무수행의 상황에 비추어 특정한 혼인상의 지위가 해당 업무의 정상적인 수행을 위해 불가결하게 요구되고 다른 수단이 존재하지 않는 경우 그 혼인상의 지위로 해당 업무의 자격을 제한하는 것은 차별에 해당하지 않는다. ・신뢰할만한 객관적 증거에 의해 해당 업무의 정상적 수행과 특정 혼인상의 지위 사이에 직접적인 상관관계가 있고, 개인의 업무수행능력을 개별적으로 평가하는 것이 불가능한 경우 특정 혼인상의 지위는 진정직업자격에 해당한다.

입법례(국내) 3.1-1 : 남녀고용평등법 직무의 성격에 비추어 특정 성이 불가피하게 요구되는 경우(제2조 1호 가목)

(1) 특정한 혼인상의 지위가 어떤 직무의 진정직업자격에 해당하는 경우, 그 직무에 해당 혼인상의 지위를 가진 자만을 선발하는 것은 차별에 해당하지 아니한다.

3.2 적극적 조치

입법례(국내) 3.2-1 : 국가인권위원회법 제2조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다. 1-3호 : 생략 4. "평등권침해의 차별행위"라 함은 합리적인 이유 없이 성별, … 기혼・미혼・별거・이혼・사별・재혼・사실혼 등 혼인 여부, … 병력 등을 이유로 한 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다. 다만, 현존하는 차별을 해소하기 위하여 특정한 사람(특정한 사람들의 집단을 포함한다. 이하 같다)을 잠정적으로 우대하는 행위와 이를 내용으로 하는 법령의 제・개정 및 정책의 수립・집행은 평등권침해의 차별행위(이하 “차별행위”라 한다)로 보지 아니한다.

(1) 혼인 여부에 따라 누적된 차별의 형태를 극복하기 위한 적극적 조치를 취할 경우 이를 차별로 보지 아니한다.

가상사례 3.2(1)-1 : **기혼 여성에 대한 적극적 조치** 대학이 기혼 여성에게 교육의 기회를 주기 위해 주부 특별 등의 전형을 실시하는 것은 기혼여성에 대한 적극적인 조치로 간주하여 여타 혼인 상태에 대한 차별행위로 보지 않는다.

5 임신을 이유로 한 차별 판단지침

1. 차별사유의 정의(개념, 적용범위, 관련 법령근거)

1.1 직접차별

임신을 이유로 한 직접차별이란 임신을 이유로 불리한 대우를 하는 것으로서 그러한 대우가 정당화되지 않는 경우를 말한다.

입법례(국내) 1.1-1 : 남녀고용평등법 "차별"이라 함은 사업주가 근로자에게 성별, 혼인, 가족 안에서의 지위, 임신 또는 출산 등의 사유로 합리적인 이유 없이 채용 또는 근로의 조건을 달리하거나 그 밖의 불이익한 조치를 취하는 경우를 말한다(제2조).

입법례(국외) 1.1-1 : 캐나다 인권법 [제2조] 이 법은 의회의 입법권한에 속하는 사안의 범위 내에서 모든 개인이 사회의 일원으로서 인종, 국적 또는 민족, 피부색, 종교, 연령, 성, 결혼여부, 가족의 지위, 장애 및 사면 받은 유죄판결 등을 근거로 차별받지 않으면서 향유할 수 있고 또한 향유하기를 바라는 삶을 누릴 수 있도록 타인과 동등한 기회를 가져야 한다는 원칙을 실행하기 위하여 법적 효력이 미치도록 함을 목적으로 한다. [제3조] 차별금지근거 (1) 이 법의 목적 범위 내에서 인종, 국적 또는 민족, 피부색, 종교, 연령, 성, 결혼여부, 가족의 지위, 신체장애 및 사면 받은 유죄판결은 차별의 근거가 되지 아니한다. (2) 임신이나 출산에 대한 차별의 경우는 성에 근거한 차별로 간주한다.

가. 임신

(1) “임신을 이유로” 한다는 것은 불리한 대우의 원인이 임신 또는 출산에 기인한 경우이다.

(1.1) 일반적으로 ‘임신 또는 출산’은 여성만이 할 수 있는 일이므로 다른 나라들에서는 임신차별은 성차별에 포함되는 것으로 보고 있지만 국가인권위원회법은 제정 당시부터 ‘임신과 출산’을 독립된 하나의 차별 사유로 규정하고 있다. 이는 임신 또는 출산한 여성과 남성과의 불합리한 차별뿐 아니라 임신 또는 출산한 여성과 그렇지 않은 여성 사이의 불합리한 차별도 진정 대상이 될 수 있다는 것을 의미한다.[132)]

(1.2) 근로기준법은 임신 중이거나 산후 1년이 경과되지 않은 여성을 '임산부'라고 규정하고 있다. 모자보건법은 임신 중에 있는 여자와 분만 후 6월 미만의 여자를 '임산부'라고 정의하고 있다. 그러나 임신 또는 출산의 의미에 대해서 구체적으로 정의한 법률은 존재하지 않는다.

(1.3) 사회통념상의 임신에 대한 고정관념을 근거로 행해지는 차별은 임신에 의한 차별에 해당한다.

(2) '임신 또는 출산'이란 실제 임신을 하거나, 출산과 관련된 것뿐만 아니라 잠재적인 임신 가능성 포함한 포괄적인 의미로 사용한다.

(2.1) '임신'의 의미는 착상(conception)에서부터 출산에 이르기까지의 과정, 출산 후(post-delivery) 회복기간과 수유를 포함하여 임신과 관련된 모든 상황을 의미한다. 또한 '임신'에는 임신한 여성이 특별히 필요로 하는 요구와 상황(special needs and circumstances)이 포함된다. 예를 들어, 유사산, 낙태, 임신이나 출산으로 인한 합병증(complication), 낙태/유사산의 직·간접적인 결과로 발생된 건강상태(conditions), 출산 후 회복, 수유와 관련된 것 등을 의미한다.[133] 이때 여성의 요구는 다를 수 있다는 것을 인 야 한다.

(2.2) '잠재적 임신(potential pregnancy)'이란 a) 한 여성이 자녀를 낳을 수 있는 가능성이 있는 사실, 또는 b) 한 여성이 임신이 되기를 원한다는 것을 표현하는 사실, 또는 c) 여성이 임신할 것 같은 때 혹은 그럴 것 같아 보이는 사실을 포함하는 것을 의미한다.[134]

나. 불리한 대우

(1) "불리한 대우"란 유사한 상황에 있는 임신과 관련된 여성이 임신과 무관한 사람보다 불이익하게 취급되는 것을 말한다.

(1.1) "불리한 대우"는 과거·현재의 불이익한 취급뿐만 아니라 미래의 그것(즉, 불이익하게 취급하려는 것)을 포함한다.

(2) 이때 비교할 수 있는 개인(person)은 모든 측면에서 유사한 상황에 있는 사람을 요구하는 것이 아니라, 임신 또는 이로 인한 건강상의 영향을 받은 여성과 동일 유사한 능력 또는 한계를 가진 자(예를 들어, 일시적으로 장애를 입은 근로자)이다.[135] 따라서 차별여부를 판

---

132) 국가인권위원회법 해설집, p. 277-278.
133) Ontario Human Rights Commission(2001), Policy on Discrimination because of Pregnancy and Breastfeeding.
134) HREOC(1999), Pregnant and Productive: It's a right not a privilega to work while pregnant.
135) Davidson v. Franciscan Health System of Ohio Valley, Inc., 82 F.Supp.2d 768(S.D. Ohio

단하는 데 있어서 중요한 것은 임신과 관련한 여성이 다른 유사한 상황에 있는 임신과 무관한 사람에 비해 임신을 이유로 불리하게 취급되었는가를 보는 것이다.

(2.1) “불리한 대우”를 판단할 때 그 비교대상이 반드시 진정인과 동일한 사용자에 의해 고용되어 있는 자를 의미하는 것은 아니다. 국가인권위원회법상의 차별행위자는 진정인과의 고용관계에서 반드시 사용자와 피용자의 관계에 있어야 하는 것은 아니며, ‘고용과 관련하여’ 실질적인 영향력을 행사하는 지위에 있으면서 차별의 결과를 발생시킨 자를 의미하기 때문이다.

(2.2) 통상적으로 불리한 대우를 주장하는 진정인이 비교대상자를 지정하는 경우가 흔하지만 이에 전적으로 구속될 필요는 없고, ‘적절한’ 비교대상자를 찾아야 한다.

다. 정당성 여부

(1) 임신을 이유로 하는 불리한 대우가 “정당하지 않는 경우”에 차별이 성립한다. 반대로 합리적인 이유가 존재해 불리한 대우가 정당화되는 경우에는 차별이 성립하지 않는다.

(2) 임신에 근거한 대우의 차이(차등취급)는 ‘정당한 목적’을 달성하기 위한 것이어야 한다(**목적의 정당성**). 이 경우 추구하는 목적은 합법적이고 합리적이어야 한다.

(2.1) 통상적인 상황에서 ‘비용절감’은 원칙적으로 정당한 목적에 해당하지 않는 것으로 보아야 한다. 일반적으로 차별대우는 평등대우에 비해 비용이 덜 드는데 비용절감을 정당한 목적으로 보게 되면 차별을 조장하는 것과 다를 바가 없기 때문이다. 그러나 도산의 위험과 같은 특별한 상황 하에서는 비용절감이 정당한 목적에 해당할 수 있다.

(3) 임신을 이유로 한 차등취급은 ‘불가피한’ 것이어야 한다(**수단의 불가피성**). 임신 이외의 합리적 수단을 사용하여 목적을 달성할 수 있는 경우(즉, 합리적 대안이 존재하는 경우)에는 수단(나이기준)의 불가피성을 인정할 수 없다. 또한 수단은 그 목적과의 관계에서 ‘적정한’(비례적인) 것이어야 한다(**수단의 비례성**). 이러한 비례원칙에 의하면 수단으로 채택된 임신 및 그에 따른 불이익의 정도가 적정하여야 한다. 그렇지 않으면 임신차별이 성립한다.

1.2 간접차별

임신을 이유로 한 간접차별이란 임신이 아닌 외관상 중립적인 기준을 사용하지만 그로 인해 임신한 여성에게 결과적으로 불리한 효과를 초래하는 경우로서, 그러한 기준의 사

2000), Ensley-Gaines v. Runyon, 100 F.3d 1220(6th Cir Mich 1996) p. 23.

용이 정당화되지 않는 경우를 말한다.

입법례(국내) 1.2-1 : 남녀고용평등법

사업주가 채용 또는 근로의 조건은 동일하게 적용하더라도 그 조건을 충족할 수 있는 남성 또는 여성이 다른 한 성에 비하여 현저히 적고 그로 인하여 특정 성에게 불리한 결과를 초래하며 그 조건이 정당한 것임을 입증할 수 없는 경우(제2조).

가. 총설

(1) 임신을 이유로 하는 간접차별은 임신이 아닌 중립적인 기준을 사용하였지만 그로 인해 임신과 관련된 여성에게 결과적으로 불리한 효과를 초래하는 경우로서, 그러한 기준을 사용하는 것이 정당화될 수 없는 때 인정된다.

나. 중립적인 기준

(1) 중립적인 기준이란 표면적으로 성별이 아닌 '임신 중립적(pregnancy-neutral)'이라고 여겨지는 기준, 규정, 조건, 관행 등을 의미한다.

(1.1) 사안에 따라서는 '의도적인' 임신차별(직접차별)을 은폐하기 위한 구실로 중립적 기준이 활용되는 경우도 있을 수 있다. 특히 직접차별인가 간접차별인가에 따라 구제의 수단·내용이 현저히 달라지는 법제도 하에서는 양자를 구별할 실익이 크다.

(2) 임신에 의한 간접차별이 문제되는 사례에서 중립적 기준은 주로 신체조건 등과 관련된 경우가 많다.

다. 불리한 효과

(1) 불리한 효과라는 것은 그 정도가 반드시 현저해야 하는 것은 아니고, 특정 성별의 구성원에게 상대적으로 더 큰 불이익을 초래하는 것으로 족하다.

(2) 간접차별사건에서 통계는 매우 중요한 '입증방법'의 하나이다. 중립적 기준의 사용이 특정 성별의 구성원에게 결과적으로 불리한 효과를 가져왔는가를 판단하는 일차적인 방법의 하나로 통계를 사용한다.

가상사례 1.2다(2)-1 : **미국 EEOC의 '4/5규칙'을 이용한 성차별 추정방법**

A사의 사원채용공고를 보고 지원서를 제출한 여성지원자 100명 중에서 20명이 고용되었고, 지원서를 제출한 남성지원자 100명 중에서 80명이 고용되었다. 이 경우 여성지원자의 고용비율은 20%인 반면, 남성지원자의 고용비율은 80%이다. 이 때 남성지원자의 고용비율에 대한 여성지원자의 고용비율은 20%/80%로 4/5에 이르지 못하므로 여성에 대한 불리한 효과가 있었던 것으로

추정할 수 있다.

(3) 그러나 불리한 효과를 판단하는 데 있어서 반드시 통계에 얽매이지는 않는다. 예를 들어, 사례의 수가 너무 적어 통계적으로 유의미한 사실을 밝히기 어려운 경우가 있다. 또한 기업이 보관하고 있는 관련 자료가 부실해서 통계적 방법을 사용하거 어렵거나 신뢰하기 어려운 경우가 있다. 이런 경우 '통계에 얽매이지 않고' 일반적 지식이나 역사적 사실 등에 의해차별을 인정하는 것도 가능하다.[136]

라. 정당성 여부

(1) 중립적 기준을 사용하였으나 임신과 관련된 여성에게 불리한 효과를 초래함이 입증되면 사용자는 임신차별을 했다는 혐의를 받게 된다. 이때 사용자가 이러한 혐의를 벗을 수 있는 방법은 문제가 된 중립적 기준이 정당한 것임을 입증해야 한다. 이때 정당성을 입증 할 수 있는 방법은 중립적 기준의 '직무관련성(job-related)' 또는 '사업상 필요성(business necessity)'을 입증해야 한다는 것이 국내외 판결례의 일반적인 해석이다. 이때 '사업상 필요성'은 '사업상 편의(business convenience)'를 의미하는 것이 아님을 유의해야 한다.

(2) 사용자가 '직무관련성' 또는 '사업상 필요성'을 입증했다고 해서 그 자체로 정당성을 인정받을 수 있는 것은 아니다. 특정 성별에게 차별적인 효과를 가져오지 않으면서도 목적을 달성할 수 있는 다른 '대안적 방법'이 있었음에도 사용자가 그러한 방법을 사용했다면 그 경우는 '수단의 정당성'을 인정받기 어렵다.

136) 예를 들어, 영국의 경우 "여성은 자녀에 대한 일차적인 양육책임을 부담하는 경향이 있고 따라서 아이를 학교나 유치원에 데려가거나 데려오기 때문에 풀타임근무요건이 여성에 대해 불균등영향(disproportionate impact)을 미친다는 점을 통계적 입증없이도 인정하려는 경향을 보이고 있다"(이승욱, 2005, "고용에서의 차별판단기준",『여성고용에서의 차별판단지침 마련』, 노동부. p.77).

2. 차별판단의 기준

2.1 고용

입법례(국내) 2.1-1 : 근로기준법
사용자는 근로자에 대하여 남녀의 차별적 처우를 하지 못하여 국적, 신앙 또는 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못한다(제5조).

가. 모집・채용

입법례(국내) 2.1가-1 : 남녀고용평등법
제7조 (모집과 채용) ①사업주는 근로자의 모집 및 채용에 있어서 남녀를 차별하여서는 아니 된다.
②사업주는 여성근로자를 모집·채용함에 있어서 모집·채용하고자 하는 직무의 수행에 필요로 하지 아니하는 용모·키·체중 등의 신체적 조건, 미혼조건 그 밖에 노동부령이 정하는 조건을 제시하거나 요구하여서는 아니된다.

입법례(국내) 2.1가-2 : 고용정책기본법
제19조 (취업기회의 균등한 보장) ① 사업주는 근로자를 모집・채용함에 있어서 합리적인 이유없이 성별, 신앙, 연령, 사회적 신분, 출신지역, 출신학교, 혼인·임신 또는 병력(병력) 등(이하 "성별 등"이라 한다)을 이유로 차별을 하여서는 아니 되며, 균등한 취업기회를 보장하여야 한다.

입법례(국외) 2.1가-1 : UN 여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약(Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women)
제11조 1. 당사국은 고용분야에서 남녀평등의 기초위에 동일한 권리 특히 다음의 권리를 확보할 목적으로 여성에 대한 차별을 은폐하기 위한 모든 적절한 조치를 취하하여야 한다.
(b)동일한 채용기준의 적용을 포함한 동일한 고용기회를 보장받을 권리

(1) 명시적으로 임신과 관련된 여성을 배제하는 것은 진정직업자격에 해당하지 않은 한 명백한 임신차별에 해당한다.

(2) 명시적으로 임신과 관련된 여성을 배제하지 않더라도 사실상 임신과 관련된 여성을 배제하는 것도 임신차별이다. 다음과 같은 경우가 그에 해당할 수 있다.

(2.1) 임신한 여성은 일할 능력이 없다거나 출산 후에 직장을 그만둘 것이라는 고정관념에 근거하여 채용을 거부하는 경우

(2.2) 사용자, 같은 사업장에 근무하는 근로자집단, 모집의뢰인 또는 고객의 선호를 이유로 채용을 거부하는 경우

(2.3) 모집채용공고에는 임신과 관련된 여성을 제한하지 않으나 내부적 방침에 의해 실제 채용 시에는 임신과 관련된 여성을 배제하는 경우

(3) 일정기간 동안 임신하지 않겠다는 것을 채용조건으로 제시하는 것은 임신차별이다.

(4) 모집·채용광고에서 임신과 무관한 사람을 지칭하거나, 우대하는 것 또는 임신과 관련된 여성을 배제하거나, 기피하는 표현을 사용하는 것은 진정직업자격 등에 해당하지 않는 한 임신차별이다.

(5) 면접과정에서 면접관이 임신한 여성에 대한 고정관념을 드러내는 발언 또는 차별적인 질문을 하는 것은 임신차별에 해당한다. 특히, 면접과정에서 임신여부 또는 임신계획에 대해 질문해서는 안 된다. 면접인터뷰를 담당하는 모든 자는 임신차별을 하지 않도록 훈련되어야 하며, 인터뷰내용은 추후 지원자의 임명여부를 입증하기 위해 보관되어야 한다. 면접인터뷰의 질문은 그 직무와 관련된 것이어야 한다.

사례 2.1가(5)-1 : **면접에서의 임신차별**

진정인은 정규 교사직에 지원하였으나 면접에서 떨어졌다. 해당 자리를 차지한 지원자는 여성이었다. 진정인은 그녀가 붙지 못한 이유가 자신이 임신과 곧 닥칠 모성휴가 및 그로 인한 첫 출근의 지연이라고 진술하였다. 진정인은 면접에서 그녀의 모성휴가에 관해서 그리고 언제 모성휴가가 끝날 것인지에 관해 질문을 받았다고 주장하였다. 그녀는 자신이 성에 의한 차별을 받았다고 주장하였다. 피진정인은 그 주장을 부정하였고 면접에서 각각의 모든 지원자가 성과는 전혀 무관한 객관적 기준에 입각하여 평가되었다고 진술하였다. 또한 피진정인은 진정인에게 모성휴가에 관해 묻지 않았고 언제 첫 출근을 할 수 있는지는 모든 지원자들에게 다 물어본 질문이며 이 질문은 면접의 결과와는 하등의 관계가 없다고 진술하였다. 이 사건과 관련하여 아일랜드의 평등조사관은 (i)교육과학부가 상세히 제시한 평가기준을 피진정인이 따르지 않았고 추천서(references)가 채점 시스템에서 배제되었으며, (ii)면접위원회가 지원자의 이력서를 본 후에 선발기준이 세워졌으며, (iii)학교장이 추천서와 무관한 두 가지 사항을 알아보기 위하여 지원자들이 과거 봉직했던 학교의 교장들과 접촉하였으며, (iv)면접위원들은 개별적으로 지원자들에게 점수를 준 것이 아니라 합의하에서 채점을 하여 투명성을 훼손하였으며, (v)면접에서 간접적으로 차별적인 질문들이 행하여졌음을 발견하였다. 평등조사관은 선발과정이 투명성, 객관성, 공정성과, 그 상황에서 합리적으로 기대될 수 있는 모범(good practice)의 준수라는 기준에 미치지 못하였음을 인정하였다. 평등조사관은 진정인이 성에 의한 차별을 일응 입증하였음을 발견하였다. 평등조사관은 성공적인 지원자들을 임명한 세 가지 이유 중 두 가지에 대한 피진정인의 입증이 설득력이 없고, 개연성의 추정(balance of probabilities)에 있어 피진정인이 진정인의 성에 의한 차별 주장을 반박하지 못하였다고 보았다.[137]

137) DEC-E2005/015, Legal Review 2005, ODEI-the equality tribunal.

사례 2.1가(5)-2 : **면접에서의 임신차별**

진정인은 피진정인이 면접과정에서 진정인에게 출산을 앞두고 '무슨 생각으로 원서를 냈는지 듣고 싶다'라는 내용으로 발언하였다고 주장하였고, 피진정인 역시 이에 대해서 다투지 아니하고 있으나 다만 그 발언의 의도가 차별적 의도에서 한 것은 아니라고 주장하였다. 이에 대해 인권위는 어떠한 행위에 있어서 그 의도나 고의는 극히 주관적인 것이어서 결국 그 행위를 판단함에 있어서는 겉으로 드러난 발언의 내용, 발언이 이루어진 상황, 그리고 결과를 두고 객관적으로 평가될 수밖에 없다고 밝힌다. 이렇게 볼 때 피진정인의 위와 같은 발언은 '출산을 바로 앞둔 진정인을 채용하게 되면 바로 출산 후 휴가를 주어야 하는 상황이므로 그 부담을 떠안으면서 진정인을 채용할 수 없다'는 취지가 담겨 있다는 해석 외에는 달리 어떠한 내용으로 해석하기가 어려운 것으로서, 임신 중인 응시자에 대한 편견이 깔려 있는 발언으로 질문이 금지되어야 하는 차별적 발언으로 판단된다고 하였다(인권위 07. 3. 9. 06진차618 결정).

(6) 임신과 관련된 건강검진정보가 채용에 영향을 주어서는 안 된다. 채용 시 실시되는 건강검진은 특정 직무의 업무수행능력을 평가하는 데만 사용되어야 하며, 채용 여부를 결정하는 자료로 사용되어서는 안 된다.

나. 임금 및 기타 금품

입법례(국내) 2.1나-1 : 남녀고용평등법

제8조 (임금) ①사업주는 동일한 사업내의 동일가치의 노동에 대하여는 동일한 임금을 지급하여야 한다.

②동일가치 노동의 기준은 직무수행에서 요구되는 기술, 노력, 책임 및 작업조건 등으로 하고, 사업주가 그 기준을 정함에 있어 제25조의 규정에 의한 노사협의회의 근로자를 대표하는 위원의 의견을 들어야 한다. <개정 2005.12.30>

③임금차별을 목적으로 사업주에 의하여 설립된 별개의 사업은 동일한 사업으로 본다.제9조 (임금외의 금품 등) 사업주는 임금외에 근로자의 생활을 보조하기 위한 금품의 지급 또는 자금의 융자 등 복리후생에 있어서 남녀를 차별하여서는 아니된다.

입법례(국외) 2.1나-1 : UN 여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약(Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women)

제11조 1. 당사국은 고용분야에서 남녀평등의 기초위에 동일한 권리 특히 다음의 권리를 확보할 목적으로 여성에 대한 차별을 은폐하기 위한 모든 적절한 조치를 취하하여야 한다.

(d)수당을 포함하여 동등한 보수를 받을 권리 및 노동의 질의 평가에 있어 동등한 처우와 동등한 가치의 노동에 대한 동등한 처우를 받을 권리

(1) 산전후휴가로 직무에 종사하지 않는 기간이 존재한다는 것을 이유로 성과급 지급대상에서 제외하는 것은 임신차별에 해당한다. 단, 성과급 지급기준으로 합리적인 기간 이상의 근무를 요건으로 하는 것은 그 기간이 산전후휴가 사용에 따른 차별을 초래하지 않는 한 합리적이라고 볼 수 있다.

사례 2.1나(1)-1 : **산전후휴가와 성과급**

2001년도에 산전후휴가 또는 육아휴직으로 직무에 종사하지 아니한 기간이 90일 이상이라는 이유로 2002년도 성과상여금 지급대상에서 제외된 것에 대해 전국의 초·중·고등학교 교사들이 제기한 진정에 대해, 여성부 남녀차별개선위원회는 1) 산전후휴가의 경우 국가의 모성보호차원에서 법적으로 보장된 제도로 출산당사자인 여성만이 사용할 수 있는 것이고 시기·기간 등에 대한 선택의 여지나 다른 대안이 없다는 점에서 산전후휴가로 인한 미근무기간이 성과급 지급제외대상기간에 포함된 것은 남녀차별에 해당한다고 결정했으나, 2) 육아휴직의 경우 비록 여성의 사용율이 높고 국가의 모성보호차원에서 법적으로 보장된 제도라 할지라도 남성만이 사용하는 병역휴직을 포함한 모든 형태의 휴직이 성과금 지급제외 대상기간에 포함되어 있고, 자녀를 가진 부 또는 모가 선택적으로 사용할 수 있으며 보육방법에 있어서도 다양한 대안이 있다는 점에서 육아휴직으로 인한 미근무기간이 성과금지급제외대상기간에 포함된 것만으로는 남녀차별로 보기 어렵다고 결정했다(여성부 2003.4.28, 03남녀차별3).

(2) 임신을 다른 의학적 사유와 달리 취급하여 임금 등에서 불리한 효과를 가져오는 것은 임신차별에 해당한다. 즉, 임신과 무관한 근로자의 개인적 질병에 대한 임금 등의 보상에 비해 임신과 관련된 여성에 대한 임금 등의 보상을 불이익하게 처우를 하는 것은 임신차별이다.

사례 2.1나(2)-1 : **여성조종사의 임신과 '비행휴'**

현재 국내 항공사의 여성조종사의 임신은 '비행휴' 사유로 분류되고 있다[138]. 이러한 결과가 나오기까지 노조와 회사측은 임신을 '비행휴'에 포함시킬 것인가를 둘러싸고 입장의 차이를 보였으며, 임신을 포함시키지 않는 항공사의 '비행휴' 제도가 남녀고용평등법상 차별에 해당하는지 행정해석을 요청하기도 하였다.

당시 항공사의 항공기 승무원에게 비행안전을 저해하는 의학적 사유가 있을 경우 비행업무를 제한하는 '비행휴'는 조종사와 스튜어디스 모두에게 적용되며, 운항 및 객실승무요원 제수당 지급기준(안)에 의하면 비행휴 실시 중인 조종사에 대하여는 3개월까지는 급여와 수당을 모두 지급하고 3개월 이후 2년까지는 급여만을 지급하고, 스튜어디스에 대하여는 3개월 까지는 급여와 수당을 모두 지급하고 3개월 이후 6개월 까지는 급여만을 지급하고 있었다. 그러나 임신의 경우 "비행휴" 사유로 인정되지 않았기 때문에 임신한 여성조종사 및 여성스튜어디스 모두 <산전·육아휴직제도 운영안>에 따라 산전휴직의 경우 임신을 인지한 때부터 출산예정일까지 무급으로 휴직하도록 하고 있었다.

이에 대해 노동부는 "신체검사전문의가 비행업무 제한여부를 판단할 때에는 항공법 시행규칙 제95조 별표14의 기준에 의하여 판단하고 있어 동 기준에 명시된 사유를 곧 비행휴 사유로 볼 수 있음에도 불구하고 동 기준에 명시되어 있는 임신을 비행휴 사유에서 제외하는 것은 합리성이 없다"고 판단하였다[139]. 그러나 노동부 참고자료인 <비행휴제도에 대한 관련사실 및 법적근거검토>에 따르면 "임신은 다른 질병과는 구분되는 사유이며 미국의 경우 임신부도 본인이 희망하는 한 계속적으로 비행을 하고 있으므로 비행휴 사유로 하는 것이 적절하지 않은 면도 있으나 현행 항공법을 개정하여 별표14의

기준에서 임신을 제외하기 전까지는 달리 해석할 수 없다"고 명시하고 있다. 즉, 노동부에서 임신이 비행휴에 포함된다고 결론을 내린 것은 임신을 다른 질병과 동일하게 취급한 '현행 항공법'에 의거한 것이고, 실제로는 임신은 다른 질병과는 구분되는 사유라고 보아 '만약 항공법이 개정된다면' 비행휴 사유에서 제외될 수 있다고 보는 것이다[140].

임신을 비행휴 사유로 인정한 결과 여성조종사는 임신으로 인하여 비행을 하지 못하는 기간에 대하여 '무급-> 3개월까지는 급여와 수당을 모두 지급하고 3개월 이후 2년까지는 급여만을 지급'받게 되고, 여성스튜어디스는 '무급-> 3개월 까지는 급여와 수당을 모두 지급하고 3개월 이후 6개월 까지는 급여'를 지급받는 결과가 발생한다. 이에 대해 노동부는 "직무가 다른 근로자를 달리 취급하는 것은 노무관리상 합리적인 경우"이므로 문제가 없다고 보고 있다. 즉, 노동부는 "<산전·육아휴직제도 운영안>에 따르면 여성조종사 임신에 대하여 여성 스튜어디스와 동일한 처우를 규정하고 있으나 이 규정은 여성조종사가 사실상 동일하게 취급되어야할 남성조종사와의 합리성이 없는 차별을 발생하게 되어 동 규정의 산전휴직 관련 부분을 현행대로 운항승무원(여성조종사)에게 적용하는 것은 타당하지 않다고 판단"하고 있다(여정 68247-222, 2001.4.21).

다. 교육훈련

입법례(국내) 2.1다-1 : 남녀고용평등법

제10조 (교육·배치 및 승진) 사업주는 근로자의 교육·배치 및 승진에 있어서 남녀를 차별하여서는 아니된다.

입법례(국외) 2.1다-1 : UN 여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약(Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women)

제11조 1. 당사국은 고용분야에서 남녀평등의 기초위에 동일한 권리 특히 다음의 권리를 확보할 목적으로 여성에 대한 차별을 은폐하기 위한 모든 적절한 조치를 취하하여야 한다.

(c)직업과 고용의 자유로운 선택권, 승진, 직장안정 및 역무에 관련된 모든 혜택과 조건을 누릴 권리, 그리고 견습, 고등직원훈련 및 재훈련을 받을 권리

138) 대한항공 조종사노조에 대한 2005년 단체협약 회사안 및 노조의 2005년 단체교섭 협정서에 따르면 "회사는 조합원에게 비행안전을 저해하는 **의학적 사유**가 발생할 경우 만 2년을 초과하지 않는 한도 내에서 비행휴를 명할 수 있고, 비행휴 기간 동안의 임금은 24개월까지는 기본급, 보안수당, 상여 및 비행수당 75시간 분을 지급하는데, 여성조종사의 출산과 관련하여 비행하지 못하는 기간 또한 비행휴에 해당함"을 명시하고 있다. 아시아나 항공사의 경우도 "여성조합원이 항공법령 관련 규정에 따라 출산과 관련하여 비행승무를 할 수 없는 기간은 비행휴에 해당한다"는 중앙노동위원회의 결과에 따라 여성조종사의 임신이 비행휴 사유에 포함되었다. 중앙노동위원회의 중재재청서(2005 중재3)

139) 항공법 시행규칙 별표14의 신체검사기준에 따르면 비행이 가능하기 위해서는 임신하고 있지 않을 것이 요구되며, 다만 정상임신의 경우 임신 26주까지 항공 업무에 지장을 초래할 염려가 없는 경우를 제외한다.

140) 노동부(2003), 고용평등 및 모성보호 질의회시집.

(1) 정당한 이유 없이 임신을 이유로 교육대상에서 배제하거나 포함시키는 것은 임신차별이다.

(1.1) 해외연수 등 교육의 대상자 선정에 있어서 정당한 이유 없이 임신과 관련된 여성을 제외하는 것은 임신차별이다.

(1.2) 정당한 이유 없이 임신과 관련된 여성을 교육대상에 포함시키는 것도 임신차별이다.

(2) 특정한 직무를 수행하기 위해 의무적으로 요구되는 직무교육 기간 중 산전후휴가를 사용한 것을 이유로 추가교육을 요구하는 것은 임신차별에 해당한다.

사례 2.1다(2)-1 : **산전후휴가를 사용한 여성인턴에 대한 추가수련 요구의 성차별 여부**
인턴기간 중 산전후휴가를 사용한 여성인턴에게 추가수련을 요구하는 것이 출산을 이유로 한 평등권침해의 차별행위인지에 대해 국가인권위원회는 산전후휴가는 근로기준법에 강제규정으로 되고 있고 그 기간은 근로기간으로 수련기간에 포함되어야 하며, 산전후휴가를 사용한 여성인턴에게 추가수련을 요구하는 것은 '여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약' 및 여자의 근로는 특별한 보호를 받으며 근로조건 등에 있어서 부당한 차별을 받지 아니한다는 헌법 제32조 제4항에 배치되는 것으로, 이는 출산을 이유로 한 평등권침해의 차별행위로 판단했다(인권위 2005. 3. 7.자 05진차6 결정).

라. 승진

입법례(국내) 2.1라-1 : 남녀고용평등법
사업주는 근로자의 교육·배치 및 승진에 있어서 남녀를 차별하여서는 아니된다(제10조).

입법례(국내) 2.1라-2 : 남녀고용평등법
사업주는 제1항의 규정에 의한 육아휴직을 이유로 해고 그 밖의 불리한 처우를 하여서는 아니되며, 육아휴직 기간동안은 당해 근로자를 해고하지 못한다. 다만, 사업을 계속할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다(제19조 제3항).

(1) 승진은 단지 직급상승의 문제뿐 아니라 임금, 교육, 배치, 직무 등 모든 고용조건과 관련을 갖고 있다는 점에서 근로자에게 매우 중요한 근로조건의 하나이다.

(2) 승진차별 여부를 다툴 때 '승진에 관한 사항은 인사권에 속하는 것으로 사업주의 재량에 맡겨야 한다'는 항변은 정당한 것으로 인정받기 어렵다. 근로자에 대한 승진 등의 문제가 부분적으로 인사권에 속하는 사항이라고 할지라도 그 인사권은 무소불위의 권력이 아니라 경영상 필요에 의한 합리적인 권한에 해당할 때 그 정당성을 인정받을 수 있기 때문이

다.

(3) 승진과 관련한 제도나 규정에 명시적인 임신차별 조항이 없다는 것이 임신차별이 없었음을 대변해 주는 것은 아니다. 제도적으로 임신과 관련한 여성의 승진을 제한하는 경우도 있었지만 그보다 더 많은 대부분의 경우에서 임신을 이유로 한 승진차별은 제도보다는 관행에 의해 이루어져 왔기 때문이다.

(4) 임신과 관련한 휴가를 사용한 것을 이유로 승진에서 배제하는 것은 임신차별이다.

사례 2.1라(4)-1 : **산전후휴가 사용과 승진차별**

진정인은 승진 직위인 과정 트레이너 대리에 지원하였다. 그런데 회사는 아무런 면접 과정도 치르지 않았고 진정인은 승진하지 못하였다. 진정인은 관련 감독자에게 접근하여 자신이 왜 떨어졌는지 물어봤고 그 이유가 "당신은 너무 오랫동안 모성휴가를 썼다"는 것이라는 답변을 들었다고 주장한다. 피진정인은 그 감독자가 진정인에게 진정인이 한동안 일을 하지 않았기 때문에 재훈련이 필요하다는 말을 하였을 수 있으나 해당 감독자가 (그의 전임자로서 승진을 사실상 결정한) 생산 매니저에게 왜 다른 여성이 과정 트레이너 대리로 승진하였는지에 관해서 물어본 적은 없었다고 주장한다. 이와 관련해 아일랜드 평등조사관은 진정인이 다음과 같은 점에서 성에 의한 차별에 대해 일응 입증하였음을 인정하였다. (i)면접이 실시되지 않았다. (ii)승진자 선발이 단 한 사람에 의해 이루어졌고, 아무런 선발 기준과 채점 체계도 없었으며, 선발 과정에서 나와야 할 기록도 없었던바, 선발 과정은 투명성을 결하였다. (iii)진정인이 일정 기간 부재하였음은 진정인이 자신이 선발되지 못한 이유를 구하였을 때 언급되었고 문제가 된 부재는 주로 모성휴가에 따른 것이었다. 평등조사관은 피진정인이 성에 의한 차별에 대한 진정인의 주장을 반박하지 못하였음을 인정하였다.[141]

(5) 인사고과점수가 승진차별을 정당화 해주는 것은 아니다. 인사고과점수는 조사를 통해 다시 검토되어야 할 하나의 기준에 불과하다.

(5.1) 대부분의 기업들이 상급자에 '주관적' 판단에 의해 결정되는 '인사고과점수'을 승진의 주요한 '객관적인 기준'으로 받아들이면서 이에 더하여 최종 결정권자의 재량(주관)으로 사실상 승진을 결정하고 있다. 따라서 승진차별을 판단하기 위해서는 다소 객관적으로 보이는 인사고과점수와 같은 수량적 점수에 기반한 통계적 사실(인사고과점수)이 실제로는 평가자의 주관적인 판단에 의해 작성된다는 점을 인식하고, 그 의미가 다시 검토되어야 하는 것이다.

(5.2) 승진기준이 되는 인사고과 등에 있어서 임신과 관련된 여성에 대하여 불리한 평가를 가져오는 항목을 두는 경우 차별을 추정할 수 있다. 인사고과 등 평가제도가 있는 경우 사용자는 평가기준이 차별적이지 않다는 것을 입증해야 하고, 그러한 제도가 실제로는 어떻게 운영되고 있는지를 평가하기 위해서 모니터링 되어야 한다.

---

141) DEC-E2005/020. Legal Review 2005, ODEI-the equality tribunal.

(5.3) 임신관련 휴가기간에 실시된 인사고과에서 누락되었기 때문에 승진자격이 없다고 하는 것도 임신차별에 해당한다.

사례 2.1라(5.3)-1 : **임신관련휴가기간에 실시된 인사고과 누락을 이유로 한 승진자격 배제**

T는 법안기초(legal drafting)를 담당하는 직원으로서 CNVATS에 의해 고용되어 있었다. 그녀는 당해 년도의 6월 이상 근로한 모든 근로자는 업무평가를 받아야 하며 그러한 업무평가는 승진자격에 필수적이라고 규정한 전국적인 단체협약의 적용대상이었다. 1983년 T는 질병, 출산휴가, 아동개호휴가로 인해 6월 미만 근로하였다. 사용자는 그녀에 대해 업무평가를 하지 않기로 결정하였다. T는 성차별의 소를 제기하였다. 유럽사법재판소는 T가 임신하지 않았다면 그리고 청구할 자격이 있었던 출산휴가를 사용하지 않았더라면, 그녀는 업무평가를 받았을 것이고 따라서 승진의 자격을 갖추었을 것이라고 보았다. 그리고 출산휴가를 사용한 여성은 남성과 여성 양자에게 적용되는, 고용관계에서 야기되는 근로조건의 혜택을 박탈당하여서는 안 된다며 1983년 T의 업무를 평가하기를 거부한 것은 직접차별행위라고 판단했다.[142)]

(5.4) 승진을 위해 근로자의 업무능력을 평가하는 데 있어 임신한 여성만을 그 대상으로 하거나, 별도의 절차를 적용하는 것은 임신차별이다.

(5.5) 산전후휴가기간을 승진대상기간에 포함시키지 않는 것은 임신차별에 해당한다.

(6) 임신을 하면 승진에서 누락시키겠다고 하여 임신을 하지 않겠다고 약속을 하게 한 후 승진을 시키는 것은 임신차별에 해당한다.

마. 배치전환

입법례(국내) 2.1마-1 : 근로기준법

사용자는 임신 중의 여성 근로자에게 시간외근로를 하게 하여서는 아니 되며, 그 근로자의 요구가 있는 경우에는 쉬운 종류의 근로로 전환하여야 한다(제74조제4항).

(1) 임신을 이유로 부당한 배치전환을 시키는 것은 임신차별에 해당한다.

사례 2.1마(1)-1 : **임신·출산을 이유로 한 부당전보발령**

여성부는 00협동조합이 여성근로자에 대해 결혼·임신·출산을 이유로 부당한 전보발령을

142) Caisse Nationale D'Assurance Viellesse Des Travailleurs Salaries (CNVATS) v Thibault (1998) IRLR 399 ECJ(이승욱, 2005, “고용에서의 차별판단기준”,『여성고용에서의 차별판단지침 마련』, 노동부. p.213).

한 것에 대해 시정명령을 내렸다. 그 근거로는 1) 신청인이 입사한 이래 결혼과 2회에 걸친 출산 때마다 피신청인 조합으로부터 퇴직을 종용받았던 점, 2) 신청인은 피신청인 조합 직원들 중에서 가장 잦은, 평균 1년에 1회씩 비연고지 및 근무기피부서로만 발령을 받았던 점, 3) 징계성 발령을 하게 된 이유인 신청인의 근무태도에 관하여 살펴보아도 오히려 업무수행에 아무런 문제가 없었을 뿐만 아니라 피신청인 조합의 여직원회 회장으로서 여직원의 권익향성을 위해 노력했던 점 4) 근무기피부서에 근무한 후에는 본인의 희망지로 발령을 내는 관례를 깨고 신청인은 계속하여 본인의 희망과 무관한 비연고지로만 발령을 받은 점, 5) 피신청인 조합에 근무하던 기혼 여직원은 각각 비연고지와 근무기피부서 발령을 받아 모두 퇴직한 점 6) 신청인이 근무하였던 피신청인 조합의 00지소장 등은 평소 기혼 여직원의 퇴직을 권고하여야 한다는 취지의 발언을 계속 한 점 등을 제시했다. 여성부는 신청인이 결혼과 출산 후에도 퇴직을 하지 않자 합리적인 이유없이 성차별적인 전보발령을 한 것이라고 보고 시정조치를 권고했다(여성부 1999.12.21, 99고용29).

(2) 임신가능성이 있는 여성을 특정 직무에서 배제하는 것은 임신차별에 해당한다. 단, 근로기준법 등 다른 법령에 의해 임신한 여성에 대한 취업이 금지되어 있는 경우는 그러하지 아니하다[143].

(3) 임신과 관련한 신체조건의 변화로 인해 기존의 업무를 수행하기 어려운 여성이 임신기간 동안 다른 업무(덜 위험하고 힘든 업무)로 배치해 줄 것을 요구했으나 이를 거부하는 것도 임신차별에 해당한다.

(4) 임신한 여성에 대해 노동 강도가 더 강한 곳으로 배치전환을 시켜서 스스로 퇴사하기를 유도하는 것도 임신차별에 해당한다.

(5) 특정 직무를 수행하는 근로자에게 유니폼을 제공하는 회사에서 임신한 여성에게 맞는 유니폼을 제공하지 않음으로서 해당 직무에서 배제하는 것도 임신차별이다.

사례 2.1마(5)-1 : **임신한 여성에 대한 유니폼 지급 거부**

신청인은 (주)○○에서 비서업무를 병행하던 중 임신으로 인하여 유니폼 근무가 힘들어져 임신5개월째에 자유복 근무를 희망하였으나, 피신청인은 이를 받아들이지 않고 대기발령을 하였다. 여성부 남녀차별개선위원회는 임신으로 인하여 자유복 근무를 할 수 밖에 없는 신청인에게 자유복 근무는 불가피하다고 통보한 것은 임신한 여성은 비서업무를 수행할 수 없다는 피신청인의 입장을 밝힌 것이며, 임신을 이유로 퇴직권유 및 대기발령을 한 행위는 남녀차별에 해당한다고 결정하였다(여성부 2001.5.14, 01고용10).

(6) 임신한 여성의 동의없이 임신을 이유로 눈에 띄지 않는(out of sight) 부서로 배치하는 것도 임신차별에 해당한다.

---

143) 근로기준법은 임신중인 여성에게 시키면 안되는 일을 납, 수은, 크롬, 비소 등 유해물질을 취급하는 업무군 외에 11개 군으로 나누어 구체적으로 금지하고 있다(근로기준법 시행령 별표 2).

(7) 임신과 관련한 건강문제로 휴가를 간 여성이 회복되어 복귀를 원할 때 복직시키지 않는 것은 임신차별이다. 이때 “더 쉬라”는 식의 태도는 허용되지 않는다.

(8) 산전후휴가를 사용할 수 있다는 이유로 특정 직책에 임명하지 않는 것은 임신차별이다.

(9) 산전후휴가 전후, 산전후휴가 중에 대기발령, 원거리 발령 등 부당인사발령을 내는 것은 임신차별이다.

(10) 산전후휴가 후에 동일하거나, 유사한 직무에 복직을 시키지 않는 것은 임신차별이다.

바. 해고 및 퇴직

입법례(국내) 2.1바-1 : 남녀고용평등법
제11조 (정년·퇴직 및 해고) ①사업주는 근로자의 정년·퇴직 및 해고에 있어서 남녀를 차별하여서는 아니된다.
②사업주는 근로여성의 혼인, 임신 또는 출산을 퇴직사유로 예정하는 근로계약을 체결하여서는 아니된다.

입법례(국내) 21.바-2 : 근로기준법
제24조 (경영상 이유에 의한 해고의 제한) ① 사용자가 경영상 이유에 의하여 근로자를 해고하려면 긴박한 경영상의 필요가 있어야 한다. 이 경우 경영 악화를 방지하기 위한 사업의 양도·인수·합병은 긴박한 경영상의 필요가 있는 것으로 본다.
② 제1항의 경우에 사용자는 해고를 피하기 위한 노력을 다하여야 하며, 합리적이고 공정한 해고의 기준을 정하고 이에 따라 그 대상자를 선정하여야 한다. 이 경우 남녀의 성을 이유로 차별하여서는 아니 된다.

(1) 모집채용과정에서 근로자가 임신사실을 고지하지 않았다는 것을 이유로 해고(채용거부)하는 것은 임신차별이다. 근로자는 임신사실을 고지할 의무가 없다.

사례 2.1바(1)-1 : **임신사실을 고지하지 않았다는 것을 이유로 한 해고**
A는 고객서비스부서에 6월의 기간을 정하여 고용되었다. 그녀는 1995년 7월 1일에 근로를 개시하였으며, 8월에 자신이 임신 중이며 출산예정일이 11월 초라고 통보하였다. 회사는 A가 모집될 당시 임신사실을 고지하지 않았다는 이유로 9월 30일자로 해고하였다. 이에 대해 법원은 임신을 이유로 한 여성의 해고는 임신에 의한 근로자의 근로부제

공의 결과 사용자가 입게 되는 재정적 불이익이 아무리 크다고 할지라도 차별에 해당한다고 판결했다. 이때 고용계약의 기간의 정함 유무는 해고의 차별적인 성격과 관련이 없다고 밝혔다. 또한 유럽사법재판소는 사용자는 모집을 함에 있어서 임신을 고려할 수 없기 때문에 근로자는 사용자에 대해 임신사실을 고지할 의무를 부담하지 않는다고 한 유럽집행위원회의 진술을 고려하였다[144].

(2) 임신과 관련된 여성에 대하여 명시적으로 또는 암시적으로 퇴직을 권유 또는 강요하는 것은 임신차별에 해당한다. 특히, '관행'을 이유로 퇴직을 권유 또는 강요하지 않아야 한다.

(2.1) 임신퇴직이 관행인 사업장에서 그로 인해 여성이 퇴직하는 것은 임신차별에 해당한다. 이 때 '관행'에 대한 차별이 있었음을 일응 입증하는 방법은 통계적 사실만으로도 충분하다. 물론 이것이 통계로 입증하라는 것을 요구하는 의미는 아니다.

(2.2) 임신사실을 확인한 후, 또는 산전후휴가 기간을 포함 출산을 전후로 하여 사직을 강요하는 것은 임신차별에 해당한다. 해당 여성 근로자에게 임신 또는 출산 후에도 "진짜로" 계속 근무할 것이냐고 반복적으로 묻는 경우도 이에 해당할 수 있다.

사례 2.1바(2.2)-1 : **산전후휴가를 사용을 이유로 한 퇴직강요**

여성부는 출산휴가 시점에 지점장(사용자의 지위에 있는 자)이 여성근로자에게 "남편하고 같이 대리점 할 생각 없느냐?" "퇴사했다가 계약직으로 다시 입사할 생각 없느냐?"고 물은 점, 출산휴가를 마치고 출근한 3일후에 남편의 사무실 위치와 봉급 수준 및 신청인이 직장다니는 것에 대하여 남편은 어떻게 생각하는지를 물은 점, 출산휴가를 마치고 출근한 신청인에게 업무를 분장해 주지 않은 점, ○○지점에는 여직원이 두 명 있을 필요는 없다고 하면서 ○○지점에 여직원이 두 명 근무하는 것에 대하여 어떻게 생각하는지를 물은 점 등은 출산휴가 전후에 여성근로자에게 퇴직압력을 행사한 것으로 남녀차별에 해당한다고 판단하였다(여성부 2004.7.19, 04남녀차별30).

(3) 태아보호를 이유로 임신한 근로자를 해고하는 것도 임신차별에 해당한다. 진정으로 태아보호를 위한다면 배치전환을 통해서 해결할 수 있고, 만약 배치전환이 불가피하더라도 계속근로에 대한 결정은 근로자 본인의 의사에 따라야 한다. 해당 근로자가 누구보다도 태아보호를 염두에 둔 결정을 할 수 있는 당사자이기 때문이다.

사례 2.1바(3)-1 : **태아보호를 이유로 한 임신한 여성 해고**

Shelby Memorial Hospital(이하 '병원')은 1980년 X-레이 기사 자격이 있는 Hayes를 오후 3시부터 밤 11시까지 일하는 조건으로 고용했는데, 두 달 후 Hayes가 임신 사실을 알리자 임신을 이유로 해고하였다. Hayes는 이러한 해고가 시민권법 제7편의 임신

144) Tele- Danmark A/S v Handels-og Kontorfunktionaerernes Forbund I Danmark [2001] IRLR 853 ECJ.

차별 금지에 위반된다고 주장하며 소송을 제기했다. 이 사건은 병원에서 일하는 방사선 기술자가 임신했을 경우 잠재적으로 해로운 방사선으로부터 임신한 근로자의 태아를 보호하고, 잠재적인 소송으로부터 병원의 재정을 보호하기 위하여 임신한 근로자를 해고할 수 있는가를 판단한 사건이다. 미국 지방법원은 임신으로 인해 Hayes를 해고한 것의 정당성을 입증하기 위해서는 오직 진정직업자격에 해당해야 하며, "만약 모(母)의 직업수행에 해로운 결과를 가져오는 것이 아니라면, 잠재적인 태아의 해로움은 진정직업자격과 무관하다"며, 병원은 Hayes의 임신이 그녀의 X-레이 기사로서의 업무를 방해했다는 점을 입증하지 못했다고 판단하여 진정직업자격을 인정하지 않았다. 항소법원 역시, 어떤 사용자가 한 성에만 적용되는 태아보호정책을 시행한다고 하려면, (1) 해로운 실질적인 위험이 존재하며 (2) 그 위험은 단지 한 성의 구성원에게만 나타나며 (3) 정책의 영향을 받은 성(여성)에게 덜 영향을 줄 수 있는 대안적인 정책이 없었다는 것을 입증해야 한다고 하면서, 지방 법원의 결론을 유지하였다.[145]

(4) 사용자가 임신한 근로자가 무능했기 때문에 해고했다고 주장하더라도, 사실상 그것은 '핑계'에 불과하고, 임신한 근로자가 해고된 진정한 이유는 임신에 해당한 경우는 임신차별에 해당한다. 이러한 차별은 특히 임신한 계약직 근로자의 재계약거부와 관련하여 많이 발생할 수 있다. 예를 들어, 계약직 근로자의 경우 특별한 사정이 없는 한 계약갱신을 하는 것이 일반적인 회사에서 임신한 근로자만 재계약에서 탈락시키는 경우도 차별의 혐의를 받을 수 있다.

사례 2.1바(4)-1 : **임신한 여성에 대한 재계약 거부**

진정인은 1994년부터 약 12년간 OO구 보건소에서 지방계약직공무원(나급)으로서 근무하여 왔고, 계약만료일을 앞두고 채용모집에 응시하여 1차 서류전형에 합격하여 면접시험을 보게 되었으나 채용되지 못했다. 면접당시 임신 중이었던 진정인은 임신을 이유로 재계약이 거부된 것이라고 주장한 반면, 피진정인은 자질부족 등을 그 이유로 제시하였다. 인권위는 우선 면접당시 임신차별적인 발언이 있었음을 인정한 후 진정인의 업무자질 부족이라는 피진정인측의 주장을 살펴보았다. 이에 대해 인권위는 보건지도팀장 등이 주장하는 진정인의 자질 문제는 객관적으로 검증하기 어려운 개인적 경험에 근거하고 있을 뿐 아니라 그 내용도 '진정인이 본인 직통 전화로 걸려 온 전화 이외에는 잘 받지 않는다'는 것인데, 이러한 진술만으로 진정인이 공무원으로서의 자질이 부족하다고 판단하기는 어렵다고 판단했다. 오히려 위원회에서 직접 조사한 다른 간호사나 의사들의 진술에 의하면 진정인은 근무기간동안 공무원으로서의 자질이나 보건소 내 평판이 문제가 된 적이 없다는 것이며, 이러한 진술이 아니더라도 진정인이 지난 12년 동안 계약직 공무원으로서 무리 없이 일해 온 사실에 비추어 보더라도 피진정인의 주장을 인정하기는 어렵다고 보았다. 한편, 피진정인은 2006년 진정인을 상대로 제기된 2건의 인터넷 민원을 제시하며 진정인의 근무 태도에 문제가 있다고 주장하나 2건의 민원을 제기 받았다고 하여 진정인의 근무 태도에 문제가 있었다고 판단하기 어렵고, 이 민원이

145) Hayes v. Shelby Memorial Hospital 726 F 2d 1542 (7th Cir. 1984).

주장하고 있는 사실의 진위 여부에 관하여 조사된 적이 없어 사실여부를 확인할 수도 없을 뿐 아니라 진정인이 OO구 보건소에서 근무하는 동안 민원으로 인하여 감사실 등에서 조사를 받거나 주의조치를 받은 사실이 전혀 없고 만일 이 사실이 심각하게 문제되었다면 면접과정에서 질문을 통하여 해명되었어야 할 것인바 이에 관해서도 면접위원들이 질문조차 한 바 없는 점에 비추어 보아도 이 부분에 관한 피진정인 주장 역시 설득력이 부족하다고 판단하였다(인권위 07. 3. 9. 06진차618).

(5) 정리해고의 대상자를 선정함에 있어서 특정 기준 또는 특정 기준의 배점비율의 사용으로 인해 임신과 관련한 여성에게 불리한 결과를 야기하는 경우 임신차별에 해당한다.

2.2 재화・용역・교통수단・상업시설・토지・주거시설의 공급 내지 이용

(1) 재화·용역을 제공함에 있어서 합리적인 이유 없이 임신을 이유로 차이를 두는 것으로 다음와 같은 경우는 임신차별에 해당한다.

(1.1) 임신한 여성이 극장이나 레스토랑과 같은 시설을 이용하는 것이 거부당하는 경우

(1.2) 공공장소 등에서 여성의 모유수유를 금지하는 경우

(1.3) 주택에 세를 들거나 호텔, 모텔 등의 숙박시설을 이용하는 데 있어서 임신을 이유로 계약 또는 이용을 거부, 제한하는 경우

(1.4) 임신 또는 출산, 수유 등을 이유로 재화나 서비스를 제공하는 데 있어서 부당한 조건을 제시하거나 부당한 대우를 하는 경우

2.3 교육시설・직업훈련기관에서의 교육·훈련이나 그 이용

(1) 교육은 이후 고용과 밀접한 관련을 갖는다. 합리적인 이유 없이 교육훈련 등에서 임신과 관련된 여성을 배제, 제한하는 것은 그 자체로서도 중대한 차별행위에 해당하지만 그것이 고용에 미치는 효과를 생각할 때 더욱 심각한 폐해를 낳는다. 따라서 교육훈련에서의 임신과 관련된 여성에 대한 기회의 제한, 배제는 보다 엄격하게 판단되어야 한다.

(2) 임신을 이유로 또는 미래에 임신할 것을 예상하여 교육기관이나 직업훈련기관에 지원하는 것 또는 교육을 받는 것을 배제 혹은 제한하는 것은 임신차별이다.

(2.1) 교육내용 및 교육의 결과 수행하게 될 직무가 임신과 관련된 여성이 수행하기 어려운 직무라는 것이 임신하지 않는 사람으로 교육대상을 제한하는 것을 정당화시켜주는 것은 아니다.

(3) 임신을 이유로 여성 견습생을 뽑지 않거나, 임신한 견습생이 훈련을 그만두게 하는 것은 임신차별이다.

(4) 미혼의 여성이 임신했다는 이유로 교육기관이나 직업훈련기관에 지원하는 것 또는 교육을 받는 것을 배제 혹은 제한하는 것은 임신차별이다. 혼인여부에 따라 임신과 관련한 여성의 권리가 달라지는 것은 아니다.

3. 차별 예외

3.1 진정직업자격(bona fide occupational qualification)

직무의 성질상 “임신이 아닌 상태”가 아니면 업무의 정상적인 수행이 곤란하여 당해 직종에 “임신이 아닌 상태”의 근로자만 사용하는 경우는 진정직업자격에 해당한 것으로 차별의 예외로 간주한다.

입법례(국내) 3.1-1 : 남녀고용평등법
직무의 성격에 비추어 특정 성이 불가피하게 요구되는 경우(제2조 1호 가목)

입법례(국외) 3.1-1 : ILO 제111호 협약(고용・직업에서의 차별금지협약)
2. 특정 업무와 관련하여 그 업무의 고유한 요건에 의한 차별, 배제 또는 우대는 차별 대우로 간주하지 아니한다.

입법례(국외) 3.1-2 : EU 남녀균등처우지침 (Council Directive 2002/73)
제2조 제6항 회원국은, 채용 또는 그에 이르는 교육훈련에 대한 접근성에 있어서, 문제가 된 특정 직업적 활동이나 그것이 행해지는 정황의 본질 상, 그러한 특성이 진정하고 결정적인 직업상의 요건이 되며, 그 목적이 정당하고 그 요건이 균형 잡힌 것일 때에는, 성별에 관련된 성격에 기초한 차등 처우가 차별에 해당하지 않는다는 규정을 둘 수 있다.

입법례(국외) 3.1-3 : 캐나다인권법(Canadian Human Rights Act)
제 H-6 장
15. 예외
(1) 다음의 경우는 차별행위로 볼 수 없다.
(a) 고용문제와 관련된 거부, 배척, 제적(expulsion), 자격정지, 제한, 차별화 또는 우선순위(preference)의 기준이 진정직업요건에 근거하여 사용자에 의해 정해지는 경우
(c) 어떤 개인이 유사한 직무 종사자들의 일반적인 퇴직연령에 도달하여 고용이 종료되는 경우
(g) 이 법에서 규정하고 있는 재화, 서비스, 시설, 숙박의 사용이나 접근을 거부하거나 혹은 상업용 부동산이나 주거용 건물에 대한 점유를 거부하는 경우 혹은 불리하게 차별하여 대우하는 경우라도 선의의 정당성이 있으면 차별행위가 아니다.

(2) 어떤 행위가 (1)(a)에서 언급한 진정직업요건에 해당하거나 (1)(g)의 선의의 정당성을 가진 것으로 간주되기 위해서는 관련 개인이나 집단의 요구에 대해 편의제공을 하는 것이 건강·안전·비용 등을 고려해 볼 때 그 편의제공을 해야 하는 개인에게 과도한 부담이 되어야 한다.

(1) 국가인권위원회법은 적극적 조치와 달리 명시적으로 진정직업자격을 차별의 예외로 명시하고 있지는 않다. 그러나 임신차별이 "합리적인 이유 없이" 임신을 이유로 차별을 하는 것이라고 볼 때 진정직업자격은 차별의 예외로서 하나의 "합리적인 이유"라고 보는 것이 일반적인 해석이다. 이에 따라 국가인권위원회도 「국가인권위원회법」제2조 제4호 차별의 예외인 "합리적 이유" 또한 「남녀고용평등법」제2조 제1항 제1호에 준해 해석하는 것이 타당하다고 보고 있다.[146]

(2) 임신을 이유로 한 진정직업자격 예외규정은 엄격하게 협의로 해석되어야 한다. 사용자는 임신과 관련된 여성이 그 직무의 본질적인 의무를 수행할 수 없다는 것을 보여줌으로써 진정직업자격을 입증할 수 있다.

(3) 진정직업자격을 판단할 때 기준이 되는 것은 임신과 관련하여 여성이 수행하도록 '계획된' 업무가 아니라 '실제 수행된' 업무이다.

(4) 임신과 관련된 사건에서 고용주는 고객의 안전, 태아의 안전, 사업의 본질적인 필요성 등을 이유로 진정직업자격을 주장하는 경우가 있다. 고객의 안전을 주장하는 경우, 일반적으로 안전에 관한 필요가 클수록, 임신으로 인해 정상적인 업무를 수행하는 것이 불가능하다는 사용자의 주장에 대해 설득력이 높아질 수 있다.[147]

사례 3.1(4)-1 : **항공사 승무원의 임신과 진정직업자격**

여성 객실 승무원의 임신 사실이 알려지는 경우 즉시 모성 휴가를 실시하도록 한 항공사의 정책이 임신차별에 해당하느냐와 관련하여, 미국 법원은 승객의 안전을 위해 여성 객실 승무원의 임신 사실을 알게 되는 즉시 모성휴가를 개시하도록 하는 항공사의 정책이 진정직업자격에 의해 정당화된다고 판결했다. 법원에 따르면 임신한 객실 승무원이 비행 의무를 계속 수행하게 되면 항공사 사업의 본질이 침해받게 된다는 것이다. 승객의 안전이 항공사업의 본질이라고 결정한 다음, 법원은 임신한 객실 승무원에게 비행을 계속하도록 허용하는 것이 안전 위험의 중요성과 관련이 있다는 사실을 고려하여, 그 정책이 승객의 안전을 위해 합리적으로 필요하다는 점이 입증되었다고 판단했다. 또한 법원은 항공사정책이 합리적인 필요성이라는 일반적인 규칙에 의해서도 받아들여질 수 있다고 판결했다.[148]

146) 2005. 12. 5.자 05진기213 결정.
147) Susan A. Lentz(2005), 앞의 자료 p. 38.
148) Harris v. Pan American World Airways, Inc. 649 F 2d 670 (9th Cir. 1980). 미국 법원은

(5) 때로 사업의 본질과 관련하여 특정한 고용관행이 진정직업자격으로 인정받을 수 있다. 이 때 사용자는 문제가 되는 정책 없이는 사업의 '본질'이 위태롭게 될 것이라는 것을 입증해야 한다.

사례 3.1(5)-1 : **사업의 '본질'과 진정직업자격**

8세에서 18세 사이의 젊은 여성들을 위한 프로그램을 제공하는 사설 비영리단체인 Omaha Girls Club Inc.에 공예 강사로 고용된 미혼여성 Chambers는 임신 사실을 알리자 클럽규정을 이유로 해고되었다. 사용자는 Chambers가 클럽 구성원을 위하여 긍정적인 역할 모델로서 행동하기 위해 직원들에게 요구되는 역할 모델(role model) 규칙을 위반했다고 주장했다. 클럽의 규정은 명시적으로 부정적인 역할모델의 예로서 미혼임신(single parent pregnancy)을 포함하고 있기 때문이다.

이에 대해 미국 법원은 클럽의 목적이 젊은 여성들에게 일상생활에서 허용된 긍정적인 선택을 가능한 많이 할 수 있도록 다양한 기회를 제공하기 위한 것이고, 클럽의 직원들은 소녀들이 닮고 싶은 역할모델로서 행동하도록 훈련받았다는 사실을 확인했다. 또한 법원은, 10대 임신이 클럽의 철학과 반대되는 것이고, 클럽 측에서는 "미혼 임신 직원이 있으면 대상자인 10대 소녀들에게도 임신을 용인한다는 인상을 전하게 될 것"이라고 진심으로 믿고 있다는 사실도 확인했다.

이에 관해 Chambers는 클럽이 자신에게 휴가를 보장하거나 또는 클럽의 구성원들과 접촉하지 않는 다른 위치로 그녀를 배치시킬 수도 있다고 반박했으나, 클럽은 이러한 대안이 모두 가능하지 않다고 응답했다. 왜냐하면 클럽은 최대 6주까지만 휴가를 보장하고 있으나, 임신으로 인한 휴가는 최소한 5-6개월은 요구되기 때문이며, Chambers의 자리에 임시적으로 결원을 대체하기 위해서는 6개월의 직업훈련이 요구된다는 것이다. 더구나, 클럽에는 클럽구성원들과 접촉하지 않는 자리는 없기 때문에 "비접촉적인 자리"로의 이동은 불가능하다고 주장했다.

이에 대해 법원은 클럽의 역할모델규칙이 클럽의 기본적인 목적과 명백한 관계가 있고 클럽 운영을 위해 합리적으로 필요하다는 것을 입증한 사용자가, 10대 소녀들을 위한 역할모델로서 행동하기 위한 근로자를 필요로 하기 때문에, 결혼하지 않고 임신한 근로자를 해고하는 클럽의 규정은 진정직업자격 항변으로서 정당화된다고 판결했다. 즉, 이 사건에서 법원은 사업장의 기본적인 목적과 직무의 구체적인 내용을 근거로, 근로자의 임신이 사업의 본질적인 운영과 밀접한 연관이 있으므로 진정직업자격에 해당한다고 판단한 것이다.[149]

사례 3.1(5)-2 : **사업의 '본질'과 진정직업자격**

Johnson Control Inc.는 건전지 제조업체인데, 그 공정 중 납 성분 노출 가능성이 있는 직무에 여성이 근무하는 것을 허용하고 있었다. 그런데 직업안전 및 보건청

이후 Levin v. Delta Air Lines 730 F 2d 994 (5th Cir. 1984) 사건에서도 유사한 판결을 하였다.

149) Chambers v. Omaha Girls Club Inc, 834 F 2d 697 (8th Cir. 1987).

(Occupational Safety and Health Administration: OSHA)에서 임신한 여성에 대한 위험성을 경고하고 당시 혈중 납 성분 허용수준을 초과한 상태였던 8명의 근로자가 임신하자, 회사는 소송에 휘말릴 가능성이 있는 불법행위책임에 두려움을 느끼기 시작하였다. 이후 회사는 불임진단서를 제출한 여성을 제외한 모든 여성근로자로 하여금 실제적 또는 잠정적으로 OSHA의 기준을 초과하는 납 성분 노출과 관련된 업무에 종사하는 것을 금지하는 이른바 '태아보호정책'을 발표하였다. 이에 임신한 여성 근로자들이 여성에 대한 차별에 해당한다며 소송을 제기했고, 이에 대해 회사는 정책의 목적이 여성에 대한 보호가 아니라 태아에 대한 잠재적인 보호이고, 모체는 태아를 보호하고 있으므로 모체의 납중독을 경계해야 한다며, 다음 세대를 위한 것이라는 도덕적이고 윤리적인 이유(태아보호)로 정당하다고 반박했다.

이에 대해 대법원은 회사의 태아보호정책이 가임 여성을 납 성분에 노출되는 업무에서 제외함으로써, 성을 근거로 여성을 차별하였다고 판결하였다.[150] 즉, 납 성분에 노출되는 것이 남성의 생식계를 약화시킨다는 증거가 있음에도 불구하고, 위 정책이 남성에 대해서는 여성과 동일하게 적용되지 않고 있으므로 이는 중립적이지 않다는 것이다. 또한 시민권법 제7편은 사업주로 하여금 진정직업자격에 해당하는 경우에만 성에 근거한 차별을 예외적으로 인정하는데, 사용자는 모든 여성이 일을 안전하고 효율적으로 수행할 수 없다는 실질적인 근거를 보여주지 못했으며, 다음 세대의 복지에 관한 사용자의 관심은 여성의 불임에 대한 진정직업자격을 입증하기에 충분하지 않다고 판결했다. 즉, 납중독이 남녀 노동자를 통해서 태아에게 전달되는 경로 중에서 모체를 통한 직접 중독만을 문제시한 점, 납중독 이외에 태아에게 위험한 다른 요인들이 있음에도 납중독만을 문제시한 점 등을 설명하지 못했고, 무엇보다 임신한 여성만이 아니라 모든 여성노동자를 관련 업무에서 배제하려 했기 때문에 오랜 재판 끝에 1991년 대법원의 판결에서 패소하였다.[151]

3.2 임신을 이유로 한 법적 보호

임신과 관련한 각종 법률 등에 규정된 보호규정을 따르는 것은 차별에 해당하지 않는다.

입법례(국내) 3.2-1 : 근로기준법

제74조 (임산부의 보호) ①사용자는 임신 중의 여성에 대하여 산전후를 통하여 90일의 보호휴가를 주어야 한다. 이 경우 휴가기간의 배치는 산후에 45일 이상이 되어야 한다.

②사용자는 임·신 중인 여성이 임신 16주 이후 유산 또는 사산한 경우로서 당해 근로자가 청구하는 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 보호휴가를 주어야 한다. 다만, 인공임신중절

150) International Union, United Auto.,etc. v. Johnson Controls, Inc. 449 US 187 (1991).

151) Daniels(1993), "From Protecting the Women to Privileging the Fetus-The Case of Johnson Controls", At Women's Expense, Harvard Univ. Press.

수술(「모자보건법」 제14조제1항의 규정에 의한 경우는 제외한다)에 의한 유산의 경우는 그러하지 아니하다.
③제1항 및 제2항의 규정에 의한 휴가 중 최초 60일은 유급으로 한다. 다만, 「남녀고용평등법」 제18조의 규정에 따라 산전후휴가급여 등이 지급된 때에는 그 금액의 한도 안에서 지급의 책임을 면한다.
④사용자는 임신 중의 여성근로자에 대하여 시간외근로를 하게 하여서는 아니된다. 당해 근로자의 요구가 있는 경우에는 경이한 종류의 근로로 전환하게 하여야 한다.
제75조 (육아시간) 생후 1년 미만의 유아를 가진 여성근로자의 청구가 있는 경우에는 1일 2회 각각 30분이상의 유급수유시간을 주어야 한다.

입법례(국내) 3.2-2 : 여성발전기본법
제18조 (모성보호의 강화) ①국가·지방자치단체 또는 사업주는 여성의 임신·출산 및 수유기간동안에 이들을 특별히 보호하며 이를 이유로 하여 불이익을 받지 아니하도록 하여야 한다.
②국가 및 지방자치단체는 취업여성의 임신·출산 및 수유와 관련한 모성보호비용에 대하여 「사회보장기본법」에 의한 사회보험 및 재정등을 통한 사회적 부담을 높여 나가도록 하여야 한다. <개정 2005.12.29>

입법례(국내) 3.2-3 : 건강가정기본법
제8조 (혼인과 출산) ①모든 국민은 혼인과 출산의 사회적 중요성을 인식하여야 한다.
②국가 및 지방자치단체는 출산과 육아에 대한 사회적 책임을 인식하고 모성보호와 태아의 건강보장 등 적절한 출산환경을 조성하기 위하여 적극적으로 원하여야 한다.

입법례(국내) 3.2-4 : 장애인·노인·임산부등의편의증진보장에관한법률
제3조 (편의시설 설치의 기본원칙) 시설주는 장애인등이 공공건물 및 공중이용시설을 이용함에 있어 가능한 최단거리로 이동할 수 있도록 편의시설을 설치하여야 한다.
제4조 (접근권) 장애인등은 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복을 추구할 권리를 보장받기 위하여 장애인등이 아닌 사람들이 이용하는 시설과 설비를 동등하게 이용하고 정보에 자유롭게 접근할 수 있는 권리를 가진다. <개정 2003.12.31>
제6조 (국가 및 지방자치단체의 의무) 국가 및 지방자치단체는 장애인등이 생활을 영위함에 있어 안전하고 편리하게 시설 및 설비를 이용하고 정보에 접근할 수 있도록 각종 시책을 마련하여야 한다.

(1) 남녀고용평등법 제2조에서는 “근로여성의 임신·출산·수유 등 모성보호를 위한 조치를 취하는 경우”는 차별이 아닌 것으로 규정하고 있다. 따라서 위 근로기준법 제74조의 임산부의 보호는 차별로 보지 않는다.

(2) 생후 1년 미만의 유아를 가진 여성근로자에게는 근로기준법 제75조에 해당하는 유급수유시간을 줘야 한다.

(3)「장애인·노인·임산부등의편의증진보장에관한법률」에 의거 임산부를 위한 각종 편의시설을 설치하는 경우는 차별에 해당하지 않는다. 예를 들어, 교통수단에서 임산부에 대한 우대석을 지정하는 경우가 그에 해당된다.

6 가족형태 및 가족상황을 이유로 한 차별 판단지침

1. 차별사유의 정의 (개념, 적용범위, 관련 법령근거)

1.1 직접차별

가족형태 또는 가족상황을 이유로 한 직접차별이란 '가족구성의 형태, 가족의 구성원, 그리고 가족에 대한 책임과 관련한 상황'을 이유로 하는 불리한 대우로서 그러한 대우가 정당화되지 않는 경우를 말한다.

입법례(국내) 1.1-1 : 국가인권위원회법

"평등권침해의 차별행위"라 함은 합리적인 이유 없이 성별 … 가족형태 또는 가족상황 … 병력 등을 이유로 한 다음 각호의 어느 하나에 해당되는 행위를 말한다. (제2조 제4항)

입법례(국내) 1.1-2 : 차별금지법(안)

이 법에서 금지하는 차별이라 함은 합리적인 이유 없이 … 가족형태 및 가족상황 … 을 이유로 개인이나 집단을 분리·구분·제한·배제하거나 불리하게 대우하는 다음 각호의 1에 해당하는 행위(이하 "차별"이라 한다)를 말한다. (제2조 제1항)

입법례(국외) 1.1-1 : 캐나다 인권법 (1976-1977)

이 법의 목적 범위 내에서 인종, 국적 또는 민족, 피부색, 종교, 연령, 성, 결혼 여부, 가족의 지위(family status), 신체장애 및 사면 받은 유죄판결은 차별의 근거가 되지 아니한다. (제3조 제1항)

입법례(국외) 1.1-2 : 홍콩의 가족지위차별금지법령(1997)

동 법령 규정의 목적에 관련된 상황에서 어느 개인은 가족 지위(family status)를 보유한 개인에 대하여 차별한 것이다. 후자의 가족 지위 또는 그의 특수한 가족 지위("관련 가족 지위")에 기반하여, 가족 지위 또는 관련 가족 지위를 보유하지 않은 개인을 대우하거나 대우할 것보다 불리하게 대우하는 것 (제5조 (a))

가. 가족형태 또는 가족상황

(1) “특정인의 가족형태 또는 가족상황을 이유로” 불리한 대우를 한다는 것은, 합리적 이유 없이 가족의 형태 또는 가족의 상황을 이유로 가족 전체나 가족 구성원(집단이나 개인) 혹은 가족 구성원들간을 분리, 구별, 제한, 배제하거나 불리하게 대우하는 행위를 말한다.

(1.1) ‘가족’이라 함은, 혈연 또는 비혈연 관계로 이루어진, 공동체 의식을 공유하는 집단을 말한다.[152] 우리나라 현행「민법」(가족법)은 가족의 범위를 배우자, 직계혈족 및 형제자매, 직계혈족의 배우자, 배우자의 직계혈족, 배우자의 형제자매로서 생계를 같이하는 자로 한정하여, 가족을 혼인과 혈연을 통해 맺어진 관계로 파악하고 있다.

그러나 가족의 범위를 민법상의 혼인과 혈연관계로만 파악하는 것은 현실에 존재하는 다양한 가족을 포함하지 못하고, 그 이외의 다양한 형태의 가족을 비정상 가족으로 범주화시킬 우려가 있으며, 다양한 가족형태 중에는 그 관계가 본질적으로 같음에도 불구하고 다르게 취급되어 문제가 되는 경우가 많음에도 불구하고 그러한 차별행위를 규제하는 것에 소극적이 될 가능성이 많다. 그러므로 가족의 범위를 법률혼, 사실혼에 의한 배우자, 형제자매 등의 친족관계 뿐만 아니라 인척관계, 입양을 통한 비혈연 관계 등 혼인·혈연·입양에 관계없이 형성된 다양한 가족을 포함하는 것으로 해석하는 것이 바람직할 것이다.[153]

입법례(국내) 1.1가(1.1)-1 : 민법 ① 다음의 자는 가족으로 한다. 1. 배우자, 직계혈족 및 형제자매 2. 직계혈족의 배우자, 배우자의 직계혈족 및 배우자의 형제자매 ② 제1항 제2호의 경우에는 생계를 같이 하는 경우에 한한다. (제779조)

152) 국가인권위원회, 「차별금지법 관련자료 (I)」(2005), p.197 참조.
153) 「국가인권위원회법 해설집」, p.386 참조.

사례 1.1가(1.1)-1 : **건강가정기본법 '가족' 개념에 대한 권고**

건강가정기본법 제3조 제1호[154]에서는 가족을 "혼인·혈연·입양으로 이루어진 사회의 기본단위"로 규정하며, 제3조 제2호에서는 가정을 "가족구성원이 생계 또는 주거를 함께 하는 생활공동체"로 정의하였다. 이에 국가인권위원회는 이혼·사별이나 미혼부모로 인한 한부모 가족, 조손가족, 재혼가족, 동거가족, 공동생활가족, 단독가구, 그룹홈 및 위탁가정 등 혼인·혈연·입양의 관계가 없는 다양한 가족 및 가정이 실재하고 증가하고 있는 현실에서, 동 법률상의 가족 및 가정에 대한 정의가 혼인·혈연·입양에 관계없이 형성된 가족 및 가정에 대한 차별의식이나 차별행위를 초래할 수 있으며, '건강가정기본법'이라는 법률명이 '건강하지 않은 가정'이라는 반대개념을 쉽게 추론시키고, 이를 통해 '건강하지 않은 가정'이라고 생각되는 가정에 대한 편견이나 차별을 발생시킬 수 있다고 판단하여, 건강가정기본법의 개정을 권고했다. <인권위 2005. 10. 10. '건강가정기본법에 대한 권고'>

사례 1.1가(1.1)-2 : **사실혼 배우자에게는 보험금을 지급하지 않는 것이 차별인지 여부**

존 미론과 조셀린 발리에르는 자녀와 함께 수년간 사실혼관계에 있는 파트너였다. 가족의 자동차보험은 조셀린의 이름으로 되어 있었는데 어느 날 존이 보험 미가입 운전자가 모는 보험 미가입 차량을 타고 가다가 사고를 당하였다. 더 이상 일을 할 수 없게 된 존은 자동차손해보험에 문의하여 조셀린의 배우자로서 연금을 요청하였으나 법적인 혼인관계에 있지 않다는 이유로 거부당하였다. 이 사건에 대해 캐나다 대법원은 "보험회사가, 결혼한 파트너가 이용할 수 있는 사고연금에서 법적인 혼인관계에 있지 않은 파트너를 배제하는 것은 캐나다 인권법을 위반하는 것"이라며 혼인 여부를 이유로 한 차별행위로 인정하였다. 캐나다 대법원은 점점 더 많은 사람들이 법적인 혼인이 아니라 사실혼의 관계에 있는 만큼 보험법에서 "배우자"를 법적으로 혼인한 사람에게 제한하는 것은 이에 속하지 않은 사람의 권리를 침해하는 것이며 보험법의 목적에도 부합하지 않다고 지적하였다[155].

(※ 위 사건에서 캐나다 대법원은 '혼인 여부'를 이유로 한 차별에 해당한다고 판결하였으나, 이와 아울러 차별사유로서의 '가족관계'를 이루는 '배우자'의 범위에 사실상의 배우자도 포함하는가 하는 점도 문제가 되는바, '가족형태'를 이유로 한 차별에 해당되는 사례로도 볼 수 있다.)

(2) '가족형태 또는 가족상황'이라 함은 일반적으로 '가족 구성의 권리를 포함한 가족의 형태, 가족의 구성과정, 그리고 가족구성원 및 가족에 대한 책임과 관련한 상황'을 말한다.[6] 즉, 한부모 가족, 재혼가족 등 가족의 형태나 구성, 부모·남편·아내 또는 자녀라는 가족 내의 위치와 역할과 관련된 가족 구성원에 대한 책임 등으로 정의할 수 있다.[7]

---

154) 「건강가정기본법」 제3조 1. '가족'이라 함은 혼인·혈연·입양으로 이루어진 사회의 기본단위를 말한다. 2. '가정'이라 함은 가족구성원이 생계 또는 주거를 함께하는 생활공동체로서 구성원의 일상적인 부양·양육·보호·교육 등이 이루어지는 생활단위를 말한다. 3. '건강가정'이라 함은 가족구성원의 욕구가 충족되고 인간다운 삶이 보장되는 가정을 말한다.

155) Canadian Human Rights Commission, Miron v. Trudel, Supreme Court of Canada Building Ottawa, Canada, 1995.

6) 차별연구모임, 「국가인권위원회법의 차별판단을 위한 지침」, p.172 참조.

7) 「국가인권위원회법 해설집」, p.385-386; 차별연구모임, 앞의 책, p.170 참조.

(2.1) '가족'의 범위에서 언급한 바와 같이, 차별행위를 판단함에 있어서는, '가족형태'의 범위도 현재 민법상의 법률혼으로서 인정되는 이성애적 부부관계에 제한되지 않으며, 다양한 가족형태를 포함한다고 해석함이 바람직하다. 그러므로 부부중심의 이성애적 가족형태만을 정상적인 가족으로 판단하여 한부모 가족이나 동성애 가족을 불공정하게 대하는 것, 혈연가족이 아닌 입양가족 등을 이유로 다르게 혹은 불리하게 대우하는 것, 부모의 이혼이나 별거 등 가족상황을 이유로 불리하게 대우하는 것도 가족형태 또는 가족상황을 이유로 한 차별로 설명될 수 있다.[8)]

사례 1.1가(2.1)-1 : **동성가족에게도 혼인으로 인한 권리와 혜택을 부여할 수 있는지 여부**

10년 이상 지속적인 동거생활을 하며 사실상의 가족생활공동체를 이루어 온 7쌍의 동성커플들이 혼인인가증(marriage license) 발급신청을 하였으나, 당국에 의하여 발급 거부되었다. 이로 인하여 혼인에 의해 받을 수 있는 법적, 재정적, 사회적 혜택을 받을 수 없게 되자, 동성간의 혼인을 부정하는 법률은 뉴저지 헌법이 보장하는 자유와 동등한 보호(equal protection) 규정을 위반하는 것이라고 주장하며 해당 주 혼인법규의 합헌성을 검토하는 소를 제기하였다.

이에 대하여 뉴저지주 대법원은, 우선 이 사건에서는 동성커플에게 (법적)혼인을 할 수 있는 권리가 있는가는 검토하지 않기로 하고, 단지 동성커플에게도 혼인한 이성커플에게 부여되는 권리와 혜택을 동일하게 향유할 수 있는 권리가 있는가, 즉 비슷한 상황에 놓인 두 그룹 중 한쪽에만 주어지는 혜택과 편익이 '불평등한 분배'인가만을 검토한다고 밝힌 후, 그 결론에 있어서 다수의 견해는, '동등한 보호'를 규정하는 뉴저지주 헌법 제1조 제1항에 따라, 지속적인 관계(in permanent committed relationship)에 있는 동성커플에게도 이성커플이 혼인을 통하여 향유하는 동일한 권리와 혜택이 주어져야 한다고 판시했다. 또한, 이 판결에서는 소수의견으로서, 동성커플에게도 이성커플과 같이 (법적으로) 혼인할 권리를 부여하여야 한다는 견해가 있었다.[9)]

(※ 그러나, 우리나라의 현실에서, 위와 같은 동성커플에 대하여 법률혼이 성립한 이성커플에게 인정되는 동일한 권리를 인정할 수 있을 것인가 또는 법상·사실상 가족의 범위 내에 포함시킬 수 있을 것인가 하는 점에 대하여, 현재로서는 부정적인 견해가 많다.)

(3) '가족형태 또는 가족상황을 이유로' 한다는 것은 불리한 대우의 이유가 특정인의 '가족형태 또는 가족상황' 또는 특정인이 속한 '가족형태 또는 가족상황의 일반적 특성'인 경우를 의미한다. 이는 가족형태 또는 가족상황 그 자체를 이유로 하는 차별을 의미하는 것으로서, 단순히 특정인이 가족 안에서 어떠한 지위에 있는가 만을 문제 삼는 「남녀고용평등법」 제2조 제1호 '가족 안에서의 지위'를 이유로 한 차별사유와는 법문상 문리적으로는 구별된다. 다만 위 법상의 '가족 안에서의 지위'가 '가족상황 등에 따른 돌봄의 책임' 문제로 연결되는 경우에는 '가족형태 또는 가족상황'을 이유로 한 차별로 볼 수 있다.

(3.1) 특정인이 속한 '가족형태의 일반적 특성'을 이유로 한다는 것은 특정한 가족형태와 구별되는 다른 가족형태의 통상적인 특질을 기준으로 삼는 것(예를 들어, 한부모 가구를

8) 차별연구모임, 앞의 책, p.173 참조.
9) Mark Lewis & Dennis Winslow, et al. v. Gwendolyn L. Harris, etc., et al., 2006. 10.

결손가정으로 인식하여 정서적 결핍 등을 전제하는 경우, (여성)결혼이민자 가족에 대하여 비정상인 가족이라는 편견으로 그에 대한 차별을 하는 경우 등)을 말한다. 이는 부부 중심의 이성애적 가족만을 정상가족으로 인정하여 이와 다른 가족형태를 비정상가족으로 간주하고 그에 근거한 부당한 편견에 의해 발생하는 차별을 금지하고자 하는 것이다.

(4) '가족상황'과 '돌봄의 책임'

(4.1) 특정인이 속한 '가족상황의 일반적 특성'을 이유로 한다는 것은, '가족책임 혹은 돌봄의 수행'과 관련하여 이를 통상적인 특질의 기준으로 삼는 것도 포함한다. '가족에 대한 책임과 관련한 상황' 즉, 가족상황과 밀접하게 연관된 특질(예를 들어, 어린 자녀는 반드시 어머니가 돌봐야 한다든가 혹은 치매노인에 대한 돌봄을 책임져야 한다는 등의 가족 내 부여된 지위 등)을 기준으로 불리한 대우를 하여서는 안 된다. '돌봄의 수행'은 돌보아야 할 가족구성원이 있는 경우 이를 이유로 한 차별적 대우를 받지 않도록 하는 것이다.

> 입법례(국외) 1.1가(4.1)-1 : 호주의 차별금지법(1977)
> 돌봄의 책임과 관련하여 위 법률에서 정한 대상자는, 자녀(혼인, 입양, 의붓, 수양 그리고 법률적 책임이 있는 모든 어린이), 현재 혹은 이전 배우자, 사실상의 이성 혹은 동성파트너의 자녀, 법적 후견인인 모든 성인, 직계가족구성원이며, 직계가족구성원에는 결혼에 의한, 또는 사실혼에 의한, 이성 혹은 동성의 배우자 혹은 이전의 배우자, 부모 또는 배우자의 부모, 이전 배우자의 부모, 형제 또는 배우자의 형제, 이전 배우자의 형제, 자매 또는 배우자의 자매, 이전 배우자의 자매, 손자 또는 배우자의 손자, 이전 배우자의 손자, 조부모 또는 배우자의 조부모, 이전 배우자의 조부모가 포함된다. (SECT 49S)

(4.2) ILO의 「가족부양책임이 있는 남녀근로자에 대한 기회 및 대우 균등에 관한 협약」(제156호, 1981)은, 가족부양책임이 있는 근로자의 문제는 국가정책에서 고려해야 하는 가정과 사회에 관련된 보다 광범위한 문제의 한 측면임을 인식하여(전문), 현재 고용되어 있거나 취업하고자 하는 가족부양책임이 있는 자가 차별받지 아니하고 가능한 한 취업과 가족부양책임 사이에 충돌 없이 권리를 행사할 수 있도록 하는 것이 국가정책의 목적임(제3조)을 밝히고 있으며, 가족부양책임이 있는 근로자가 자유롭게 직업을 선택할 수 있는 권리를 행사할 수 있도록 모든 조치를 취하여야 하고(제4조), 가족부양책임이 고용종료의 정당한 사유가 되어서는 아니 된다(제8조)는 점 등을 명시하여, 가족상황에 따른 가족부양책임 즉, 돌봄의 책임과 관련된 차별행위를 금지하고 있다.[10]

---

10) 차별연구모임, 앞의 책, p.172 참조, 호주의 반차별법(New South Wales Anti-discrimination Ac, 1977)은 2001년 3월부터 'carer's responsibility'를 차별 금지의 내용에 포함시켰고, 홍콩의 가정국(Home Affirs Bureau)도 '가족상황에 의한 차별규정'을 가지고 있으며 여기서 '가족상황'이란 "직계 가족을 보살펴야 하는 상황"으로 파악하고 있다.

(4.3) 돌봄의 책임이 있는 사람은 특정한 어린이와 성인에게 돌봄과 지원을 제공할 책임이 있는 사람으로서, 혼인, 혈연, 입양과 법률적 후견인 및 인가된 돌봄제공자에 해당하며, 이러한 돌봄의 책임을 갖는 것으로 인해 차별적 대우를 받지 않도록 하는 것이다.

사례 1.1가(4.3)-1 : **취학전 자녀를 두었다는 이유로 채용 거부한 것이 차별인지 여부**

Philips는 취학 전 아이를 가진 여성으로서, 수습 조립 직종에 지원했는데 취학전 자녀를 두었다는 이유로 채용되지 못했다. 반면에 취학 전 자녀를 둔 남성지원자는 채용이 되었는데 이에 Philips는 성차별을 주장했으나 1심 법원은 이미 고용된 근로자의 80%가 여성이므로 이 회사의 방침이 성차별적이지 않다고 판결했다. 그러나 항소심에서 존 브라운 판사는 피고 회사의 채용거부가 원고인 Philips가 여성이며 아이를 가지고 잇다는 것에 근거하여 채용에서 배제된 것으로 보고 이는 미국 민권법 제7편을 위반하는 불법적인 것이라는 판결을 내렸다. 대법원 판결 내용에는 "이 경우는 모든 남성과 비교했을 때 여성에 대한 차별은 아니지만, 아이를 가진 남성과 비교했을 때 아이를 가진 여성에 대한 차별이다. 이것은 아이를 가진 남성은 직장일에 지장을 받지 않지만 아이를 가진 여성은 직장생활을 성실히 수행할 수 없다는 통념에 기반한 것"으로서 성차별이라고 보았다.[11)]

(※ 이는 가족 내에서의 지위를 고려하여 볼 때 양육에 대한 책임은 전적으로 여성에게 있다는 인식에 기반한 것으로서, '가족에 대한 책임과 관련한 상황(가족상황)'을 이유로 합리적 이유 없이 차별한 것으로도 볼 수 있다.)

가상사례 1.1가(4.3)-1 : **'돌봄의 책임'과 관련된 차별 사례**

야근이 많은 사업장이나 노동시간 자체가 유동적이어서 자녀에 대한 돌봄을 제공할 수 없다는 이유로 자녀수가 많거나 어린 자녀를 가진 지원자에게 고용상의 불이익을 주는 것, 다른 근로자가 공부를 위해 3개월 무급휴가를 신청하여 허용을 받은 반면에 몸이 불편한 어머니를 돌보기 위해 3개월 무급휴가를 신청하였으나 반려된 경우 등은 돌봄의 책임과 관련하여 가족상황을 이유로 차별한 경우에 해당된다.

(4.4) 여성은 가족 내 성별분업의 고정관념에 의해 자녀, 노인 등에 대한 돌봄이 강제되고 돌봄을 수행해야 한다는 것을 이유로 공적영역, 특히 고용상의 차별을 받는다. 이로 인해 가족상황 특히 가족책임 및 가족 내에서 육아책임을 부담하는 지위를 이유로 발생하는 차별은, (여성에 대하여 특히) 혼인 여부, 임신·출산 및 성차별의 문제도 동시에 발생시키는 경우가 많다. 이런 이유에서 외국의 경우에는 가족상황이 아닌 혼인상의 지위와 임신에 대한 차별금지 내용 속에 가족상황을 이유로 한 차별을 포함시키고 있으나, 우리의 경우에는 국가인권위원회법과 차별금지법(안) 등에서 각기 독자적인 차별사유로 구성하고 있기 때문에, 차별의 범위와 경계를 명확하게 확정하기 어렵고, 하나의 사례에 각 차별사유가 동시에 문제되는 경우가 많다.

11) Philips v. Marietta Corporation, 1971.

사례 1.1가(4.4)-1 : **이혼한 여성에게 자녀학비수당을 지급하지 않는 것이 차별인지 여부**

'공무원수당등에관한규정' 제11조는 이혼한 공무원도 자녀학비보조수당을 지급받을 수 있으나 자녀가 동일한 호적에 있거나 주민등록표상 세대를 같이 할 것을 요구하고 있어, 이혼한 여성공무원의 경우에 자녀학비보조수당을 지급받으려면 자녀가 동일 호적에 있거나 주민등록표상 세대를 같이 하여야 하였다. 그런데 현행 호적제도상 부모 이혼시에는 자녀가 아버지의 호적에 남게 되는 것이 일반적이므로, 이혼한 남성은 자녀와의 동거여부와 무관하게 수급자격을 갖는 반면 여성의 경우 자녀와 동거해야만 수급 자격을 갖게 되므로 실질적 양육관계를 제대로 반영하지 못한 채 이혼한 여성공무원을 부당하게 차별한 것이다. 따라서 국가인권위원회는, 주민등록표상 동일세대가 아닌 자녀를 양육하는 이혼한 여성공무원에게도 자녀학비수당을 지급할 수 있도록 중앙인사위원장에게 '공무원수당등에관한규정'을 개정할 것을 권고하였다. <인권위 2005. 11. 7. 05진차355 결정>

(※ 국가인권위원회는 결정 당시 '성차별'이라는 이유로 권고하였으나, 위 사례는 '가족형태 또는 가족상황'을 이유로 한 차별로도 볼 수 있다.)

나. 불리한 대우

(1) "불리한 대우"는 동일 또는 유사한 것으로 평가되는 상황에서 특정한 가족형태 또는 가족상황에 있는 자(또는 그가 속한 집단)를 다른 가족형태 또는 가족상황에 있는 사람(또는 집단)보다도 불이익하게 취급하는 것을 말한다.

(1.1) "동일 또는 유사한 상황"은 같은 상황 또는 차이는 있으나 실질적으로 다르지 않은 상황을 의미한다. 특정한 가족형태 또는 가족상황에 처하였다는 사정을 제외하고는 같다고 볼 수 있는 상황에서 불리한 대우가 행하여지면 그 원인이 가족형태 등에 있는 것으로 추정할 수 있고, 그렇지 않다는 점에 대한 입증은 이를 주장하는 자가 부담하게 된다.

사례 1.1나(1.1)-1 : **자녀가 있다는 이유로 채용을 거부당한 것인지 여부**

Mr. Connolly는 8년 반 동안 본스 세쿠어병원에 임시직 수위로 근무하였는데 정규직 야간 수위직 두 자리가 신설되어 이에 응모했는데 떨어졌다. 탈락 이유에 대하여 수위장에게 문의하던 중 그가 결혼하여 아이들이 있기 때문이라는 말을 듣게 되었다. 평등조사관은, 수위장이 진정인 Connolly씨와 논의하던 중 결혼과 아이들에 대해 한 코멘트는 차별적임을 인정하였다. 그러나 정규직 야간 수위에 임용된 지원자들 중 한명이 채용시험을 볼 당시 결혼해서 아이가 있는 자임이 밝혀짐에 따라 Connolly씨의 탈락이 그의 혼인 여부나 가족상황 때문이 아니라고 보았으며, 다만 논의 과정에서 행한 차별적 언급에 대해 육천 파운드를 보상하도록 했다. 또한 평등조사관은 본스 세쿠어병원이 고용평등법에 의거, 인사관리부서의 직원들을 훈련시키고 직원성과 평정체계를 제대로 구축하도록 명령했다.[12)]

(※ 위 사안 역시 혼인 여부와 가족상황을 이유로 한 사례라고 볼 수 있다.)

(1.2) “불이익한 취급”은 자원・이익・서비스의 획득・배분・이용에 따른 상이한 취급으로 경제적 불이익에 국한되지 않는다(비경제적 불이익 포함). 또한 과거・현재의 불이익한 취급뿐만 아니라 미래의 그것(즉, 불이익하게 취급하려는 것)을 포함한다.

(2) “불리한 대우”의 존재 여부는 동일 또는 유사한 상황에 있는 ‘가족형태 또는 가족상황이 다른 개인이나 집단’(즉, ‘비교대상자’)간의 비교를 필요로 한다.

다. 정당성 여부

(1) 가족형태 또는 가족상황을 이유로 하는 불리한 대우가 “정당화되지 않는 경우”에 차별이 성립한다. “그러한 대우가 정당화되지 않는 경우”라 함은 가족형태 및 가족상황을 이유로 하는 불리한 대우가 객관적으로 정당화되지 않는 경우를 의미한다.

(1.1) ‘객관적 정당화 여부’는 그 목적과 수단의 측면에서 판단하여야 한다. 즉, 불리한 대우가 합리적인 이유를 가진 경우, 즉 정당한 목적을 달성하기 위해 요구되는 적정한 수단에 해당한다고 평가되면 차별이 아닌 것으로 본다. 다만 이를 판단하는 일반적 기준으로서의 ‘정당성’ 개념은 엄격하게 해석해야 한다. 그렇지 않으면 차별금지의 실효성이 없게 되기 때문이다.

사례 1.1다(1.1)-1 : **타 시·도 전출에서 부부별거자를 우선시하는 것이 차별인지 여부**

‘강원도 교육청의 타 시·도 전출규정’에서 부부별거자를 우선시 하는 것이 차별인가가 문제되어 위 교육청 소속 교사가 국가인권위원회에 진정을 하였다. 위 규정이 부부 양쪽이 모두 있는 가족형태와 부부 중 일방만 존재하는 한부모 가족형태를 차별하는 것이라는 진정인의 주장에 대하여, 국가인권위원회는, 교원의 전출입 순위 기준에서 부부의 별거, 봉양 부모와의 별거 등 중에서 어느 것을 우선시할 것인가는 정책적 재량의 범위 내에서 존중되어야 할 사항이라고 전제한 후, 부부 별거자를 자녀별거자·봉양부모별거자·기타 사유보다 우선순위에 두는 것을 차별로 본다면 그 반대 역시 차별이라고 보지 않을 수 없고, 이는 결국 가족상황과 관련된 일체의 요소에 우선권을 주는 것은 차별로 보게 되어 가족상황과 관련된 일체의 제도를 모두 차별로 보아야 하는 문제가 발생하게 되는 결과를 초래하는 것이며, 부부 별거로 인한 경제적·정신적 부담의 정도를 고려하여 정당한 재량행위의 범위 내에서 우선순위를 설정한 것이므로, 위 규정은 합리적 이유가 인정되어 불합리한 차별이라고 볼 수 없다고 결정하였다. <인권위 2007. 4. 11. 06진차739 결정>

(2) 가족형태 또는 가족상황에 근거한 대우의 차이(차등취급)는 ‘정당한 목적’을 달성하기 위한 것이어야 한다(목적의 정당성). 이 경우 추구하는 목적은 합법적이고 합리적이어야 한다. 긴박・긴절한 목적이어야 하는 것은 아니지만, 해당 상황에서 중요한 것이어야

12) DEC-E2005/042, Legal Review 2005, OEDI-the equality tribunal.

‘정당한’ 목적으로 해석할 수 있다. 다만, 긴박·긴절한 목적의 경우 그렇지 않은 목적에 비해 정당성 판단수준이 완화될 수 있다. 상황이 변화하면 과거에 정당하였던 목적도 달리 평가될 수 있기 때문에 주어진 상황에서 목적의 정당성을 판단해야 한다. 한편, 정당한 목적은 실제상의 필요에 부응하는 것이어야 하고, 객관적인 증거에 의해 뒷받침 되어야 한다. 단순한 주장이나 견해만으로는 불충분하다.

(3) 가족형태 또는 가족상황을 이유로 한 차등취급은 ‘불가피한’ 것이어야 한다(**수단의 불가피성**). 다른 합리적 수단을 사용하여 목적을 달성할 수 있는 경우(즉, 합리적 대안이 존재하는 경우)에는 수단(가족형태 또는 가족상황을 기준으로 하는 것)의 불가피성을 인정할 수 없다. 또한 수단은 그 목적과의 관계에서 ‘적정한’(비례적인) 것이어야 한다(**수단의 비례성**). 이러한 비례원칙에 의하면 수단으로 채택된 기준의 정도 및 그에 따른 불이익의 정도가 적정하여야 한다. 그렇지 않으면 차별이 성립한다.

1.2. 간접차별

가족형태 또는 가족상황을 이유로 하는 간접차별은 외관상 중립적인 기준 등의 사용에 의해 특정한 가족형태 또는 가족상황에 있는 사람들이 다른 가족형태 또는 가족상황에 있는 사람들에 비해 불리한 상황(결과적 불이익)에 처하게 되고, 그 기준 등의 사용이 정당하지 않은 경우이다.

입법례(국내) 1.2-1 : 남녀고용평등법 사업주가 채용 또는 근로의 조건은 동일하게 적용하더라도 그 조건을 충족시킬 수 있는 남성 또는 여성이 다른 한 성에 비하여 현저히 적고 그로 인하여 특정 성에게 불리한 결과를 초래하며 그 기준이 정당한 것임을 입증할 수 없는 경우에도 이를 차별로 본다. (제2조 제1항 후문)

입법례(국내) 1.2-2 : 차별금지법(안) 외견상 중립적인 기준을 적용하였으나 그 기준이 특정 집단이나 개인에게 불리한 결과를 야기한 경우에도 차별로 본다. (제2조 제2항)

입법례(국외) 1.2-1 : 홍콩의 가족지위차별금지법령(1997)

동 법령 규정의 목적에 관련된 상황에서 어느 개인은 가족 지위를 보유한 개인에 대하여 차별한 것이다. 가족 지위 또는 관련 가족 지위를 보유하지 않은 개인에게 동등하게 적용하거나 적용할 요구사항이나 조건을 적용하는 것 - (i) 그것을 충족시킬 수 있는 가족 지위 또는 관련 가족 지위를 보유하지 않은 개인의 비율보다, 가족 지위 또는 관련 가족 지위를 보유한 개인의 비율이 상당히 작은 경우 (ii) 그것을 적용하는 개인이 가족 지위 또는 관련 가족 지위를 보유한 것의 여부에 무관하게, 그것이 정당하다고 입증할 수 없는 경우 (iii) 준수할 수 없기 때문에 손해가 되는 경우 (제5조 (b)).

가. 총설

(1) 가족형태 또는 가족상황을 이유로 하는 간접차별은, 가족형태 또는 가족상황 외의 기준을 사용함으로써 표면상으로 아무런 차별이 없어 보이나 실제로는 특정 가족형태 등의 구성원이 다른 가족형태 등의 구성원에 비해 불리한 상황에 처하게 되고, 이러한 상황(중립적 기준의 사용에 의한 특정 가족형태 등의 구성원의 결과적 불이익)이 정당화될 수 없는 경우에 인정된다.

가상사례 1.2가(1)-1 : **간접차별에 해당되는 경우**

표면상으로 중립적인 조건이나 상황이 특정한 가족 상황에 있는 사람에게 불평등한 효과를 가져올 때 간접차별이 발생한다. 예를 들면, 어떤 회사가 근무시간을 정해놓지 않고 규칙적이지 않은 노동시간을 제시하면서 이러한 시간대에 일할 수 있는 사람만을 채용하거나 승진대상자로 삼는다면, 공공보육시설에 자녀를 맡길 수 없고, 어린 자녀를 직접 돌보아야 할 가족책임이 있는 지위의 대다수 사람들이 이러한 직업 요건을 만족시킬 수가 없다. 결국 돌보아야 할 가족이 없는 사람들에게 절대적으로 유리한 조건이 되는바, 이러한 종류의 자격조건이 특정 업무와 관련되어 합리적인 이유가 있음을 제시하지 못한다면 간접차별에 해당한다.[13)]

나. 중립적 기준

(1) “외관상 중립적인 기준 등”이라 함은 특정 가족형태 또는 가족상황이 아닌 ‘차별 중립적인’ 규정・조건・관행 또는 행위 등을 의미한다.

(1.1) 사안에 따라서는 ‘의도적인’ 차별(직접차별)을 은폐하기 위한 구실로 중립적인 기준이 활용되는 경우도 있을 수 있다. 특히 직접차별인가 간접차별인가에 따라 구제의 수단・내용이 현저히 달라지는 법제도 하에서는 양자를 구별할 실익이 크다.

13) 차별연구모임, 앞의 책, p.175 참조.

(2) 간접차별 판단의 핵심은 중립적 기준이 특정 가족형태 또는 가족상황에 있는 구성원들에게 상대적으로 더 큰 불이익을 초래했는지, 그리고 중립적 기준의 사용이 해당 사건의 상황에서 정당한지 여부의 판단에 있다. (위 가상사례 1.2가(1)-1 참조)

다. 결과적 불이익

(1) 간접차별은 “특정한 가족형태 또는 가족상황에 있는 사람들이 다른 사람들에 비해 불리한 상황에 처하게” 될 것(결과적 불이익)을 요건으로 한다.

결과적 불이익은 서로 다른 가족형태 또는 가족상황에 있는 구성원들 간의 비교를 통해 확인하여야 하고, 이 경우 상호 비교해야 할 2개 구성원들 간의 구체적 범주는 해당 사안에 따라 합리적·재량적으로 정한다.

(2) 특정한 가족형태 또는 가족상황에 있는 사람들의 불이익의 정도(차이)가 반드시 현저해야 하는 것은 아니고, 특정한 가족형태 또는 가족상황에 있는 사람들에게 상대적으로 더 큰 불이익을 초래하는 것으로 족하다.

특정 가족형태 또는 가족상황에 있는 사람들의 결과적 불이익은 다른 가족형태 또는 가족상황에 있는 사람들의 집단에 비해 상대적으로 더 큰 불이익을 의미하고 불이익의 정도가 반드시 현저해야 하는 것은 아니다.

라. 정당성 여부

(1) 중립적 기준을 사용하는 것이 해당 상황에서 정당하지 않는 경우에 간접차별이 성립한다. 이 경우 정당성 여부는 목적과 수단 양자 측면에서 판단하여야 하고, 정당성은 이를 주장하는 자가 입증하여야 한다.

중립적 기준이 해당 상황에서 사업·업무상의 필요 등과 같은 정당한 목적을 달성하기 위해 불가결하고 적정한(비례적인) 수단으로 판단되면 간접차별이 성립하지 않는다.

(1.1) 문제가 된 중립적 기준은 ‘정당한’ 목적을 달성하기 위해 ‘꼭 필요한’ 것이어야 한다.

(1.2) 중립적 기준은 수단적 측면에서 ‘적정한’ 것이어야 한다. 즉, 목적과의 관계에서 비례원칙이 적용된다.

2. 차별 판단의 기준

2.1. 고용

가. 총설

고용영역에서 가족형태 또는 가족상황을 이유로 하는 차별(직접차별 및 간접차별)은 고용관계의 성립·유지 및 종료 모든 단계에서 금지된다. 다만, 정당한 목적을 달성하기 위해 불가피하고 적정한 수단에 해당하는 경우에는 차별로 보지 않는다.

입법례(국내) 2.1가-1 : 국가인권위원회법

"평등권 침해의 차별행위"라 함은 합리적인 이유 없이 … 가족형태 또는 가족상황 … 등을 이유로 한 다음 각호의 어느 하나에 해당되는 행위를 말한다. (제2조 제4항)

가. 고용(모집, 채용, 교육, 배치, 승진, 임금 및 임금외의 금품 지급, 자금의 융자, 정년, 퇴직, 해고 등을 포함한다)과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위

입법례(국내) 2.1가-2 : 남녀고용평등법

"차별"이라 함은 사업주가 근로자에게 성별, 혼인, 가족 안에서의 지위, 임신 또는 출산 등의 사유로 합리적인 이유 없이 채용 또는 근로의 조건을 달리하거나 그 밖의 불이익한 조치를 취하는 경우(사업주가 채용 또는 근로의 조건은 동일하게 적용하더라도 그 조건을 충족할 수 있는 남성 또는 여성이 다른 한 성에 비하여 현저히 적고 그로 인하여 특정 성에게 불리한 결과를 초래하며 그 조건이 정당한 것임을 입증할 수 없는 경우를 포함한다)를 말한다. (제2조 제1항)

입법례(국외) 2.1가-1 : 호주 차별금지법[14]

돌봄제공자로서의 책임에 근거한 차별을 구성하는 것. 이는 고용에만 해당한다 … 지원자나 근로자들은 과거 혹은 현재 그리고 미래에 가질 지도 모르는 돌봄의 책임으로 인해 직업을 갖는 데 있어서 불리한 대우를 받지 말아야 한다 … 고용주는 '과도한 부담'을 초래하지 않는 범위 내에서 돌봄의 책임을 수행할 수 있도록 편의를 제공해야 한다 … 고용주가 돌봄제공자로서의 책임에 근거하여 차별하는 것은 위법이다 … 고용주가 근로자의 돌봄제공자로서 책임에 근거하여 근로자를 차별하는 것은 위법이다 … 이는 개별가구내의 고용과 5인 미만의 사업장에는 적용되지 아니한다. (SECT 49T, 49U, 49V)

(1) 가족형태 또는 가족상황을 이유로 하는 고용차별은 고용관계의 성립단계에서 종료단계에 이르기까지의 전 과정에서 발생할 수 있다.

14) http://www.austlii.edu.au/au/legis/nsw/consol_act/aa1997204

(1.1) ‘고용’이라 함은 공공기관과 모든 사업 및 사업장의 정규직, 임시직, 계약직 등 모든 형태의 근로계약 관계를 포함하며, 근로계약 체결에 이르기 위한 모집·채용 등 근로계약 개시 이전 단계, 근로계약의 체결, 근로계약의 이행, 근로관계의 종료 및 이와 관련하여 구체적으로 파생된 절차가 완료되기까지의 모든 과정을 포함한다.

(2) 가족형태 또는 가족상황을 이유로 하는 고용차별의 전형적인 예는 특정한 가족형태 또는 가족상황을 기준으로 ① 모집·채용에서 배제·제한하거나 기타 불이익을 주는 행위, ② 임금 및 기타 금품을 차등 지급하는 행위, ③ 교육·훈련 및 배치·승진에서 배제·제한하거나 기타 불이익을 주는 행위, ④ 우선적으로 퇴직하게 하거나 해고하는 행위 등이다.

(3) 비교 대상자 상호간에 가족형태 또는 가족상황이 다르다는 단순한 사실만으로 고용차별을 추정할 수는 없다. 그러나 아래의 경우 가족형태 또는 가족상황을 이유로 하는 직접차별 또는 간접차별의 성립을 추정할 수 있다. 이 경우 차별이 아니라는 점에 대한 입증책임은 상대방(피진정인)에게 전환된다.

일반적으로 다음의 경우 가족형태 또는 가족상황을 이유로 한 고용상의 차별(직접 또는 간접차별)을 추정할 수 있다. • 모집·채용 광고상의 표현이 통상적인 의미에서 볼 때 특정한 가족형태 또는 가족상황을 실질적 근거로 삼는 의도를 드러내는 것으로 보이는 경우 • 차별의도를 암시하는 발언이나 차별적인 질문이 있었던 경우 • 특정 가족형태 또는 가족상황에 대한 편견을 암시하는 정황이 존재하는 경우 • 비교대상자와 다른 가족형태 또는 가족상황에 속한 진정인이 객관적으로 더 나은 자격자로 여겨지는 경우 • 진정인과 비교대상자가 객관적으로 대등한 자격자인 상황에서 가족형태 또는 가족상황을 ‘명시적’ 또는 ‘실질적’ 기준으로 삼아 결정이 이루어진 경우 • 다른 조건에 관해서는 외관상 유사한 상황에 있다고 여겨지는 서로 다른 가족형태 또는 가족상황에 속한 자들 사이에 명백한 통계적 차이(불균형)가 있는 경우 • 공식적인 기준과 실제 적용된 기준이 일치하지 않는 경우 • 투명성의 결여 또는 해명되지 않는 절차적 불공정이 있는 경우

(4) 고용영역에서 모자가정의 여성생계부양자, 소년소녀가구의 소년소녀가장 등에 대하여 상대적으로 우대하는 행위는 위와 같은 가족형태 또는 가족상황에 있지 아니한 자에 대한 불리한 대우로서 차별에 해당할 수 있다. 다만, 위와 같은 형태의 가족들은 남녀 부부 중심의 핵가족 형태에서 벗어난 가족 형태로서 가족원의 생계유지가 위협받고 있는 저

소득 가구인 경우가 대부분인바, 위와 같은 우대 행위가 '최소한의 생존권을 위한 우대조치'로서 행해진 경우 또는 그러한 행위가 정당한 목적을 달성하기 위한 불가피하고 적정한(비례적인) 수단이었던 경우에는 차별에 해당하지 않는다.

(5) 고용에서 가족형태 또는 가족상황을 이유로 하는 차등대우가 정당화될 수 있는 1차적 요건은 목적의 정당성이다.

다음과 같은 목적·이유는 가족형태 또는 가족상황을 이유로 하는 고용상의 차등대우(취급)를 정당화할 수 없다. ·객관적으로 확인할 수 없는 주관적·추상적인 목적인 경우 ·특정한 가족형태 또는 가족상황에 대한 편견이 작용한 목적의 경우

(5.1) 목적 자체가 객관적으로 확인할 수 없는 주관적·추상적인 것인 경우, 특정한 가족형태 또는 가족상황에 대한 편견이 작용한 경우에는 정당한 목적으로 볼 수 없다.

가상사례 2.1가(5.1)-1 : **기혼여성에 대한 편견으로 인한 차별의 경우** 실제로 기혼여성이 평소 야근 등 동료남성에 비해 결코 적게 일하지 아니하였음에도 불구하고 기혼여성은 당연히 집에 일찍 가서 돌보아야 할 가족구성원이 있을 것을 것이라는 편견으로 인해 실질적인 능력과 객관적인 실력에 상관없이 채용하지 않는다거나 면접에서 낮은 점수를 주는 경우, 승진에서 불리한 평가를 하는 경우 등에는 혼인 및 가족형태 또는 가족상황을 이유로 한 고용상의 차별에 해당한다.

(6) 고용상 차등대우(취급)의 목적이 정당하더라도 그 목적 달성을 위해 채택된 수단은 불가피하고 적정한 것이어야 한다.

고용에서 가족형태 또는 가족상황을 이유로 하는 차등대우는 다음의 3가지 요건을 충족하는 경우에 수단의 불가피성 및 적정성(비례성)을 인정할 수 있다(수단의 정당성). ·채택된 수단은 목적의 달성을 실제로 가능케 하는 것일 것(수단의 목적 실현성) ·차별 중립적이거나 덜 차별적인 다른 대안이 없을 것(대체수단의 부재) ·목적에 비추어 불이익의 정도가 과도하지 않을 것(불이익의 적정성)

(6.1) 채택된 수단은 추구하는 목적의 달성을 실제로 가능케 하는 것이어야 한다(**수단의 목적 실현성**). 이러한 증거를 찾기 곤란한 경우에는 건전한 상식이나 사회적 통념에 비추어 합리적으로 판단한다.

(6.2) 차별 중립적이거나 덜 차별적인 다른 대안이 없어야 수단의 불가피성을 인정할 수 있다(**대체수단의 부재**). 대체수단의 존부 내지 활용 가능성은 사용자가 보유하거나 동원 가능한 자원·능력 등을 고려해 판단한다. 보유 내지 동원 가능한 자원이나 능력 등이 클수록 대체수단의 존부·활용의 가능성도 크다고 보아야 하다. 한편, 대체수단을 채택할 경우 사용자에게 합리적으로 수인 가능한 범위를 넘어서는 과중한 부담을 초래할 우려는 없는지도 고려해야 한다.

(6.3) 채택된 수단은 목적에 비추어 상이한 취급에 따른 불이익의 정도가 과도하지 않아야 한다(**불이익의 적정성**). 즉, 추구하는 정당한 목적을 고려할 때 차별을 주장하는 자가 당연히 또는 통상적으로 감수하여야 하는 범위를 넘어서는 정도의 불이익이 있는 경우에는 수단의 적정성을 인정하기 곤란하다. 불이익의 정도가 과도한지 여부는 추구하는 목적의 긴박성, 과거 유사한 상황에서 적용한 기준 내지 경험, 국내외 동종 업계의 실태 내지 관행 등을 고려하여 판단한다.

나. 모집·채용

모집·채용 등 공공기관이나 사용자가 불특정인을 상대로 한 근로계약 체결에 이르기 위한 근로계약 개시 이전의 모든 고용과정에서 가족형태 또는 가족상황을 이유로 한 차별은 금지된다.

입법례(국외) 2.1나-1 : 아일랜드의 고용평등법(1998)

- 사용자가 누구를 채용할지를 결정하기 위한 절차·제도에서 차별하거나 또는 채용될 수 있는 상황이 실질적으로 다르지 않음에도 불구하고 다른 사람(또는 집단)에게는 요구되는 않는 채용자격(entry requirement for employment)을 어떤 사람(또는 집단)에게 요구함으로써 차별하는 것은 채용(access to employment)에 관한 차별로서 금지된다(제8조 제5항).
- 차별의도를 나타내거나 합리적으로 볼 때 차별의도를 나타내는 것으로 이해될 수 있는 모집·채용의 광고는 금지된다(제10조 제1항).

(1) 모집·채용 단계에서 발생하는 차별행위 유형으로는, 첫째, 모집·채용에 있어서 직무수행상 필요하지 않은 부양자 유무 등의 가족상황 등을 채용기준으로 사용하는 경우, 둘째, 특정인의 배우자란 이유로 또는 입사를 위해 지원하는 회사에 다른 가족구성원이 이미 근무하고 있다는 이유로 채용이 거절되는 경우, 셋째, 채용과정에서 특정의 가족형태나 가족상황에 있는 사람에 대한 고정관념과 편견에 근거하여 지원자를 평가하는 경우 등이다.

사례 2.1나(1)-1 : **국가유공자 등의 가족에 대한 헌법 제32조 제6항의 의미**

헌법재판소는, 국가유공자등예우및지원에관한법률 제31조의 채용시험의 가산점 등에 대해서, 가산점 수혜대상이 되는 취업보호대상자가 1984년 이후 대폭증가(국가유공자와 그 가족의 수가 과거에 비해 비약적으로 증가)하여 취업보호대상자에서 가족이 차지하는 비율이 증가하고, 공무원시험의 경쟁이 갈수록 치열해지는 상황을 고려하여 헌법 제32조 제6항의 조항에 대한 기존 해석이 필연적으로 일반 응시자의 공무담임의 기회를 제약하게 되는 결과가 될 수 있으므로 이를 엄격하게 해석할 필요가 있다고 판단하였다. 따라서 헌법 제32조 제6항의 대상자는 조문의 문리해석대로 '국가유공자' '상이군경' 그리고 '전몰군경의 유가족'이라고 보고, 명시적인 헌법적 근거 없이 국가유공자의 가족들에게 만점의 10%라는 높은 가산점을 부여하는 것은 그러한 가산점 부여대상자의 광범위성과 가산점 10%의 심각한 영향력과 차별효과를 고려할 때, 헌법상의 공정경쟁의 원리와 기회균등의 원칙을 훼손하는 것으로서 부적절하며, 국가유공자 가족의 공직취업기회를 위하여 매년 많은 일반응시자들에게 불합격이라는 심각한 불이익을 입게 하는 것은 정당화 될 수 없다고 하여, 위 법률규정에 대하여 헌법불합치 결정을 하였다.[15)]

사례 2.1나(1)-2 : **배우자가 근무하고 있다는 이유로 임용에서 배제한 경우**

○○대학교는 진정인의 배우자가 당해 대학교의 전임교수로 있다는 이유로 진정인을 초빙교수 임용에서 배제하였다. 이 사안에서, ○○대학교 측은 작은 공동체에서 부부교수가 함께 일하게 되면 의사결정과정에서 함께 영향력을 행사하게 되는 등 조직에 악영향을 줄 수 있으므로 초빙교수였던 진정인의 재임용여부를 심사하지 않고 초빙교수 재임용에서 배제한 것이라고 주장하였다. 이에 인권위는 ○○대학교 측의 주장은 하나의 가능성과 우려일 뿐 입증된 바가 없으며, 초빙교수였던 진정인에 대한 재임용여부를 심사하지 않고 신규임용의 형식을 거치게 한 것은 내부 임용규정 등에 비추어 볼 때 적절하지 않고 이는 가족상황을 이유로 한 평등권 침해의 차별행위로 판단하였다. <인권위 2005. 2. 25. 04진차244 결정>

(2) 근로자를 모집·채용하기 위한 광고에서 명시적으로 특정 가족형태 또는 가족상황의 구성원을 선호 내지 기피하는 것으로 이해될 수 있는 표현을 사용하는 것은 진정직업자격 등 정당한 경우에 해당하지 않는 한 차별에 해당한다.

모집·채용 광고상에서 명시적으로 특정 가족형태 또는 가족상황에 처한 자에 대한 선호·기피를 드러내는 표현은 진정직업자격 등 정당한 경우가 아닌 한 차별에 해당한다.

15) 헌법재판소 2006. 2. 23. 선고 2004헌마675,981결정 참조.

가상사례 2.1나(2)-1 : **한부모 가구의 경우**

한부모 가구의 경우, 한부모인 어머니가 가사상황으로 인해 풀타임의 직책을 받아들이지 않으려고 할 것이라는 고정관념을 가지고 모집·채용 광고상에서 한부모 가구의 여성을 기피할 경우에는 차별에 해당한다.[16]

(3) 채용과정에서 업무와 관련이 없는 가족구성 등을 지원서에 작성하게 하고, 이를 근거로 특정한 가족상황 등에 있는 지원자를 조직 생활에 적합하지 않고 업무에 충실할 수 없다는 이유로 채용을 거부하는 행위는 가족상황 등을 이유로 한 차별이라고 본다.[17]

면접과정에서 특정한 가족형태 또는 가족상황에 대한 편견을 드러내는 차별적 질문이나 발언은 차별의 증거가 된다.

(3.1) 가족형태 또는 가족상황에 관한 발언 모두가 차별의 증거로 되는 것은 아니다. 그러한 언급이 불이익한 결정과는 무관하거나 흔히 있을 수 있는 견해 표명에 불과한 경우 불법적인 차별의도에 해당하지 않는다. 그러나 지원자의 가족형태 또는 가족상황을 묻는 것 자체를 나이차별로 단정할 수는 없지만 특정한 가족형태 또는 가족상황에 있는 지원자를 배제하거나 그에 근거한 차별의도를 드러내는 것일 수 있기 때문에 차별에 해당할 수 있다.

사례 2.1나(3.1)-1 : **이혼 경력을 이유로 채용을 거부한 경우**

진정인은 운수업체에 운전기사로 취업하고자 입사원서를 제출하였으나 이혼을 하였다는 이유로 원서를 되돌려 받고, 취업에 실패하였다. 이에 대하여 진정인이 위 운수업체의 행위는 차별임을 이유로 국가인권위원회에 진정을 하였는바, 조사 도중 피진정인이 응시자격요건으로서의 '기혼자' 항목을 자진하여 삭제하였고, 이후 이 항목을 이유로 하여 취업을 제한하거나 차별하지 않겠다고 밝혀, 인권위는 기각결정을 하였다. 이 사건은 비록 위와 같은 이유로 기각되었으나, 피진정인이 진정인을 이혼하였다는 이유로 채용하지 않은 행위는 모집·채용 영역에 있어서의 혼인 여부에 의한 차별일 뿐만 아니라 동시에 그를 전제로 한 이혼가족의 가족상황을 이유로 차별한 경우에 해당한다고 볼 것이다. <인권위 2007. 5. 3. 06진차702 결정>

16) Bulter v. ush Hill Park Golf ET case no. 2201138/98;EOR DCLD 42; 노동부(2005), 「여성고용에서의 차별판단기준마련」 p.52 재인용.

17) 「국가인권위원회법 해설집」, p.388 참조.

사례 2.1나(3.1)-2 : **면접과정에서 가족상황에 대한 질문을 하는 경우**

면접과정에서 남성 면접관이 레이첼 루이스에게 기혼인지 독신인지를 질문하자 레이첼은 혼인영부가 업무수행능력과 어떤 연관이 있는지를 되물었고, 면접관은 양육할 아이나 돌봐야 할 가족이 있는지에 대한 정보를 얻기 위한 것이라고 응답하였다. 고용주측은 여성이 결혼을 하게 되면 가정을 돌보아야 하므로 직장 일에 충실하지 않을 것이며 결혼으로 인해 임신을 하게 되는 경우 출산휴가를 주거나 임신을 이유로 직장을 그만두게 될 것이라는 전통적인 성역할 편견을 가지고 있었던 것으로서 이는 간접적인 성차별이자 혼인 여부 및 가족상황을 이유로 한 차별에 해당한다고 볼 것이다.[18)]

(4) 특정한 가족형태 또는 가족상황에 있는 자들만을 대상으로 하는 모집·채용의 광고는 그 외 다른 가족형태 또는 가족상황에 있는 자들에 대한 간접차별이 될 수 있다. 광고대상에서 배제된 가족형태 등에 속한 구성원들의 경우 모집에 응하여 지원할 수 있는 기회가 상대적으로 더 많이 제한됨으로써 결과적 불이익을 입기 때문이다.

특정한 가족형태 또는 가족상황에 있는 자만을 대상으로 하는 모집·채용 광고는 간접차별에 해당할 수 있다.

다. 임금 및 기타 금품

부양가족의 유무, 세대주·비세대주를 구별하여 그 기본급에 차이를 두거나, 가족수당 등의 지급 대상자를 '세대주'로 한정하는 경우, 돌봄의 책임과 관련 특정한 가족상황을 이유로 성과상여금 등의 지급에 있어서 제외하는 경우에는 차별에 해당한다.

(1) 임금 및 임금 외의 금품 지급의 경우 가족형태 및 가족상황을 이유로 한 차별을 금지한다. 유사한 상황에서 특정 가족형태 또는 가족상황을 기준으로 하여 임금이나 기타 금품에서 불이익을 주는 행위는 정당한 경우가 아닌 한 나이차별에 해당한다.

18) http://uk.news.yahoo.com/020110/167/log51.html

사례 2.1다(1)-1 : **산전후 휴가 등을 이유로 성과상여금 지급대상에서 제외하는 경우**

여성부 남녀차별개선위원회는, 전국의 초·중·고등학교 ○○들이 2001년도에 산전·후 휴가 또는 육아휴직으로 인하여 직무에 종사하지 아니한 기간이 90일 이상이라는 이유로 성과상여금 지급대상에서 제외되는 것과, 모든 ○○에게 지급되는 능력개발비인 성과상여금을 지급함에 있어서 국가의 모성보호시책의 일환으로 여성만이 사용할 수 있는 산전·후휴가와 여성의 사용률이 높은 육아휴직이 성과상여금 지급제외 대상기간에 포함되는 것은, 남녀차별이므로 이를 개선하도록 권고하였다.[19]

(※ 위원회는 위 사안에 대하여 '성차별'을 이유로 권고하였으나, 이는 '가족상황'과 관련하여, '가족 내에서의 육아책임을 부담하는 지위'로 인한 차별로도 볼 수 있다.)

사례 2.1다(1)-2 : **직계가족이라는 이유로 차별을 당한 경우**

고소인은 화학자인 남편의 연구 조교로 남편과 약 70편의 논문을 함께 저술했다. 그러나 1988년 캐나다 자연과학공학연구위원회(NSERC)는 연구자의 직계가족은 프로젝트에서 돈을 받지 못하도록 하는 규칙을 만들었지만 고소인은 계속 남편의 연구를 도왔고 대학 측의 협조로 월급을 받을 수 있었다. 그러나 대학의 행정을 담당하는 사람이 바뀌어 더 이상 돈을 받지 못하게 되자 캐나다인권위원회(CHRC)에 결혼과 가족상태로 인한 차별을 이유로 NSERC를 고소했다. NSERC는, 그 정책은 객관적으로 기금이 신중히 사용되도록 하는 안전장치일 뿐 차별적인 의도는 없다고 주장했다. 그러나 판결은 고소인의 손을 들어 주었다. 고소인은 돈을 받지 못하는 기간동안에도 꾸준히 남편과 함께 연구해 온 사실이 있고 일을 한 만큼은 배상을 받아야 한다고 판결했다.[20]

가상사례 2.1다(1)-1 : **돌봄의 책임이 있다는 이유로 차별을 당한 경우**

돌보아야 할 사람이 있는 근로자 혹은 미래의 잠재적 근로자를 돌봐야 할 사람이 있다는 것을 이유로 부당하게 혹은 다르게 대우하거나 어떤 직위의 제공을 거부하는 경우는 직접차별이다. 예를 들면, 다른 근로자가 공부를 위해 3개월 무급 휴가를 신청하여 허용을 받은 반면 몸이 불편한 어머니를 돌보기 위해 3개월 무급 휴가를 신청했으나 반려했을 경우는 차별이다.

(1.1) 가족수당 지급 시 남성에게는 배우자의 직장에서 가족수당을 지급받는지 여부를 확인하지 않고 여성에게는 배우자의 '가족수당 미지급증명서'를 요구하는 것, 주택대여 시 여성에게만 배우자 직장의 주택임대제도 유무를 확인하여 지급하는 것은 성차별적 요소가 있을 뿐만 아니라 가족상황을 이유로 한 차별로도 볼 수 있다.[21]

---

19) 여성부 남녀차별개선위원회, 03남녀차별3 결정 참조.

20) **Chiang v. Natural Science and Engineering Research Council of Canada, Canadian Human Rights Commission,** Canadian Human Rights Tribunal-Tribunal decision, Family Status grounded discrimination, 1992. 3. 18.

21) 「국가인권위원회법 해설집」, p.389 참조.

사례 2.1다(1.1)-1 : **사실혼, 동성혼 등의 경우 가족수당을 지급하지 않는 것이 차별인지 여부**

가족수당은 단체협약이나 취업규칙에 의해 사업주가 부양가족이 있는 근로자에게 지급하는 생활보장적 급여 또는 복리후생금품을 말한다. 그런데 그 지급대상인 '부양가족이 있는 근로자'란 통상 근로자에게 부모와 법률혼 배우자, 만 20세 미만의 자녀, 배우자의 부모가 있는 경우를 말하되, 이 부양가족은 주민등록부상에 등재되어 있어야 한다. 다만 사정상 부모 등이 주민등록부상에 등재되어 있지 않더라도 장남의 경우는 부양을 하고 있음을 추정하여 가족수당을 지급받을 수 있지만, 장남이 아닌 자 특히 비혼여자녀가 부모와 주민등록지를 달리하는 경우에는 다른 부양의무자가 없이 실제로 부양을 하고 있더라도 부양하고 있음을 추정 받지 못하여 가족수당은 지급되지 않는다. 또한 가족수당은 주민등록상에 신고 된 배우자가 있어야 그 배우자에 대한 가족수당을 지급받을 수 있으므로 법률혼 상태에 있지 않는 사실혼, 동성혼 등의 배우자는 지급대상에서 제외한다. 이는 혼인 여부에 의한 차별일 뿐만 아니라 가족형태를 이유로 한 차별로도 볼 수 있다. <인권위 2007. 1. 4. 06진차682 결정>

라. 교육훈련

• 교육훈련 대상자의 선발은 특정한 가족형태 또는 가족상황에 처하였는가와 무관한 객관적 기준에 따라 이루어져야 한다.
• 교육훈련에서 특정 가족형태 또는 가족상황에 따른 제한의 정당성 여부를 판단할 때에는 교육훈련의 목적·참여할 수 있는 정도, 교육훈련 종료 후의 재직 가부 등을 고려할 필요가 있다.

(1) 교육에 있어서 가족형태 또는 가족상황을 이유로 한 차별을 금지한다. 교육훈련은 직무능력개발의 중요 수단이고, 나아가 인사 및 보상에서의 이익과 밀접히 연관되어 있기 때문에 나이에 따른 차별이 없이 평등한 기회가 보장되어야 한다. 이때 '교육'이라 함은 명칭에 관계없이 사업주가 근로자의 직무수행능력의 배양 또는 향상을 위하여 소속 근로자를 대상으로 실시하는 모든 교육 및 직업훈련을 의미한다.

(2) 교육훈련 대상자의 선발은 특정한 가족형태 또는 가족상황과 무관한 객관적 기준에 따라 이루어져야 한다.

(2.1) 전통적인 성별분업에 의해 결혼한 여성의 장기 교육이나 해외 연수의 배제는 차별에 해당한다. 이러한 차별금지 유형은 성별을 이유로 한 차별금지나 혼인 여부를 이유로 한 차별금지에도 해당되는 행위이다.[22]

22) 차별연구모임, 앞의 책, p.177 참조.

가상사례 2.1라(2.1)-1 : **돌보아야 할 가족구성원이 있는 경우**

돌보아야 할 가족구성원이 있다는 이유로 장기연수나 교육 등에서 본인의 의사에 반하여 배제하는 것은 가족형태 또는 가족상황을 이유로 한 차별이다. 해외연수 대상자 2명을 선발하기 위하여 어학시험을 실시한 뒤, 부양가족이 있는 여성 직원이 2등을 차지하자 그 직원을 제외시키고, 1등과 3등을 한 직원을 연수 보낸 경우는 차별에 해당한다.

마. 인사배치(배치전환 포함) 및 승진

인사배치 및 승진에서 차별을 판단할 때 다음을 고려할 필요가 있다.

- 면접과정에서 특정한 가족형태 또는 가족상황에 대한 편견이 개입된 발언이나 질문이 있었는지 여부
- 대등하거나 보다 나은 자격을 갖추었음에도 특정한 가족형태 또는 가족상황에 처한 자들이 전반적으로 낮은 평가를 받았는지 여부
- 인사배치 내지 승진 자격기준의 객관성

(1) 배치에 있어서 가족형태 및 가족상황을 이유로 한 차별을 금지한다. 이때 '배치'라 함은 사업주가 근로자에게 직무의 내용과 직무의 장소 등을 정하여 특정업무에 종사도록 하는 것을 말하며 신규 채용자 배치, 기존 근로자 배치전환, 파견조치, 대기발령 등을 포함한다.

(1.1) 어떠한 업무에 배치되느냐는 자신의 진로와 발전 가능성을 결정짓게 하는 요소로서 중요한 의미가 있다. 배치에 있어서 차별행위의 유형으로는, 합리적 이유 없이 가족상황 등을 이유로 본인의 의사에 반하여 불이익이 되도록 배치하는 경우뿐만 아니라, 합리적 이유 없이 가족상황 등을 이유로 중요한 업무에 배정하지 않는 경우도 차별로 볼 수 있다.

사례 2.1마(1.1)-1 : **자녀 입양(돌봄의 책임)을 이유로 한 차별에 해당하는 경우**

호주의 치과병원에서 감독의 지위에 있는 수석 간호사(Mrs. Bogle)가 자녀를 입양하여 시간제 노동을 신청했으나 병원이 이를 거절하였다. 병원 측은 현재의 직책으로 전일제로 일을 하든지 아니면 더 낮은 지위에서 시간제로 일하는 것 중에서 택일하도록 하였고, 이에 평등기회위원회는 위 사안에 대하여 간호사가 성, 결혼, 가족책임을 이유로 차별을 받았다고 판결하였다.[23)]

23) www.lawlink.nsw.gov.au/adtjudgements/2000nswadt.nsf

사례 2.1마(1.1)-2 : **혼인 및 가족상황을 이유한 승진에서의 차별에 해당하는 경우**

캐나다 왕립 기마경찰대(Royal Canadian Mounted Police: RCMP)에 속한 진정인 Jacqueline Brown은 2001년 3월 14일 캐나다 인권법 7항에 의거, 가족적 상황으로 차별받았다는 서류를 캐나다인권위원회에 제출했다. 승진 신청이 문제가 된 것이었다. 2003년 9월에 청문회가 열렸다. 브라운 상병은 동료 콜린 브라운과 결혼했다. 그녀는 자신의 결혼 상황 때문에 승진에서 불이익을 겪었다고 주장했고 이에 대해 피고는 승진 심사에서 결혼 상태를 고려하는 것은 합리적이라고 대응했다.

RCMP는 순환근무제를 채택하고 있다. 진정인은 승진 대상이었고 근무하고 싶은 곳을 표기해서 냈고 자신이 2번째로 선택한 곳은 자신의 성적으로 갈 수 있다는 말을 들었다. 그러나 인사부에서는 그녀의 남편이 근무할 마땅한 곳이 없고, 그럴 경우 남편의 근무지가 정해지면 이전 비용을 두번 들이게 된다는 비용 문제 때문에 다른 곳으로 발령을 냈다. 이에 대해 판사는 담당자들과의 인터뷰와 서류 검토 등을 통해 RCMP는 브라운 상병에게 사과의 뜻을 전하고 진정인이 원하는 근무처로 발령을 내라고 명령했다.[24]

(2) 승진심사 면접과정에서 특정한 가족형태 또는 가족상황에 대한 편견을 드러내는 발언이나 질문은 차별의 증거가 될 수 있고, 승진을 위해 객관적으로 필요로 되는 자격요건과 무관한 기준을 요구함으로써 특정한 가족형태 또는 가족상황에 처한 자들에게 불리한 결과를 초래하는 경우에는 차별로 볼 수 있다.

가상사례 2.1마(2)-1 : **돌봄의 책임을 이유로 한 승진 차별**

어떤 여성이 많은 여행과 출장을 필요로 하는 직무에서 승진 대상자임에도 불구하고 승진심사에서 남편과 돌보아야 할 자녀가 있다는 이유로 승진에서 제외된 경우 가족상황을 이유로 한 차별로 볼 수 있다.

바. 해고 및 퇴직

특정 가족형태 또는 가족상황에 있는 자에 대한 우선적 정리해고기준은 가족형태 또는 가족상황을 이유로 하는 차별에 해당한다.

(1) 해고 및 퇴직에 있어서 가족형태 또는 가족상황을 이유로 한 차별을 금지한다. '해고'라 함은 근로자의 의사에 관계없이 사용자가 일방적인 의사표시로 장래에 대하여 근로관계를 소멸시키는 것을 말한다. 고용영역에서 해고는 근로자에게 가장 큰 불이익이다. 업무능력이나 성과 등에 대한 고려 없이 특정한 가족형태 또는 가족상황만을 이유로 우선적

24) Canadian Human Rights Commission, Canadian Human Rights Tribunal-Tribunal decision, Family Status grounded discrimination, 2004. 4. 2.

으로 정리해고하는 기준은 차별에 해당한다.

(1.1) 해고 및 퇴직에 있어서 차별유형으로는 첫째, 합리적 사유 없이 가족 내 자녀양육의 책임을 이유로 우선적으로 해고되는 경우이다. 둘째, 부부가 같은 직장에 근무한다는 이유로 또는 특정인의 배우자라는 이유로 고용계약이 갱신되지 않거나 해고되는 경우이다.

사례 2.1바(1.1)-1 : **사내부부를 명예퇴직의 일차적인 대상자로 하는 것이 차별인지 여부**

농협은 1998년 은행의 구조조정과정에서 명예퇴직의 대상자로 '사내부부' '상대적인 생활안정자'를 제시하여 명예퇴직자 선정시 사내부부를 일차적인 대상자로 하였다. 그 결과 퇴직자 가운데 90%가 여성이었다. 원고들은, '사내부부'를 일차 대상자로 하는 것은 부부가 동일한 직장에 근무한다는 가족상황을 이유로 한 차별이라는 주장을 하였으나, 판결에서는 농협이 명예퇴직제를 시행할 당시의 경제상황이 인력감축을 필요로 하였고 '구조조정비상대책위원회'를 구성하여 나름대로의 기준을 세우고 노동조합으로부터 의견수렴과 동의를 얻어 명예퇴직제와 순환명령휴직제를 병행하여 시행하였으며 대상자들이 사직원을 제출한 과정에서 사기, 강박에 의하여 사직의 의사표시를 하였다고 볼 수 없다고 하여, 원고들이 해고무효확인소송에서 패소하였다.[25)]

(※ 그러나 이러한 사례는, '사내부부'라는 상황이 결과적으로 가족구성원의 노동권과 관련하여 다른 가족에 비해 차별적으로 대우 받은 것으로 볼 수 있으며, 또한 명예퇴직자 가운데 90%가 여성이었다는 점은 결과적으로 여성에게 불리한 효과를 가져오는 것이었으므로, 가족상황을 이유로 한 차별과 성별을 이유로 한 중층적 차별이라고 볼 수 있다.)

사례 2.1바(1.1)-2 : **사내부부를 자진퇴직의 형식으로 해고시킨 경우가 차별인지 여부**

알리안츠생명보험주식회사는 1998년 인력감축의 과정에서 사내 결혼부부 사원 중 1인을 자진퇴직시키는 방식을 사용한 해고를 감행하였다. 이 사건은 사용자가 인력감축의 필요성을 느끼던 중 정리해고에 의한 인력감축이 노조와 마찰을 일으킬 것으로 판단하여 비공식적으로 부부사원의 상관의 지위에 있는 중간관리자로 하여금 부부 중 1인에게 퇴직을 권유토록 종용하면서 일어났다. 결과적으로 1998년 8월 사내부부 88쌍 중 86쌍의 한쪽 배우자가 모두 사직서를 제출하여 퇴직명령을 받았다. 이에 대하여 법원은 회사 내 지위에 비추어 자진퇴직을 권유받은 사내부부들은 이를 받아들이지 않을 경우 입게 될 불이익과 배우자들에게 미칠 영향에 대한 압박감으로 사직의사를 표현하게 되어 이는 내심의 효과의사 없는 비진의 의사표시이므로 의원면직의 외형만 갖추고 있을 뿐 실질적으로는 해고에 해당하고 나아가 부당한 차별적 해고에 해당한 것으로 판결하였다.[26)]

(※ 판결 내용은 비진의표시에 의한 부당해고로 차별적 해고라는 내용을 포함하고 있지 않으나, 사내부부를 대상으로 이루어진 해고인 만큼 사내부부라는 가족상황을 이유로 한 사용자의 차별로 볼 수 있다.)

---

25) 2002다35379 해고무효확인.
26) 2002다19292 해고무효확인.

2.2 재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용

• 재화, 용역 등의 공급이나 이용에서 가족형태 또는 가족상황을 이유로 하는 직접차별 내지 간접차별은 금지된다. • 신뢰할 수 있는 객관적 통계자료나 증거에 기초한 차등대우는 차별에 해당하지 않는 것으로 볼 수 있다.

입법례(국내) 2.2-1 : 국가인권위원회법

"평등권침해의 차별행위"라 함은 합리적인 이유 없이 … 가족형태 또는 가족상황 … 등을 이유로 한 다음 각호의 어느 하나에 해당되는 행위를 말한다. (제2조 제4항)

나. 재화・용역・교통수단・상업시설・토지・주거시설의 공급이나 이용과 관련하여 특정한 사람을 우대・배제・구별하거나 불리하게 대우하는 행위

입법례(국외) 2.2-1 : 캐나다인권법(1977)

- 일반 공중이 이용할 수 있는 재화・서비스・시설의 제공 내지 그 접근의 거부 또는 불이익하게 구별하는 것을 차별로서 금지한다(제5조).
- 상업용 또는 주거용 부동산의 제공에서 그 점유를 거부하거나 불이익하게 구별하는 것 역시 차별로서 금지된다(제6조).
- 재화 등의 제공에서 사람을 괴롭히는 것(harassment)도 차별에 해당한다(제14조).
- 그러나 위와 같은 거부 내지 불이익한 구별을 정당화하는 진정한 사유가 존재하는 때에는 차별로 보지 않는다(제15조 제1항 ㈁). 다만, 이 경우 건강, 안전 및 비용에 비추어 어떤 개인이나 집단의 필요(needs)를 충족하여야 하는 자에게 과도한 부담(undue hardship)을 초래한다는 점에 대한 입증이 있어야 한다(제15조 2항).

(1) 사람은 일상생활을 영위하면서 다양한 재화, 용역 등을 이용한다. 재화, 용역 등을 공급하거나 이용하는 데 있어서 합리적 이유 없이 가족형태 또는 가족상황을 이유로 거부・제한하는 행위는 차별행위로서 금지된다. 특정한 가족상황을 이유로 하는 주택임대의 거부, 상업시설의 이용제한, 보험가입의 거부・제한, 의료서비스의 이용제한 등이 그 예이다.

(1.1) ① 놀이터나 기타 유흥시설 등의 이용 및 제공과 관련하여 합리적인 이유 없이 특정한 가족형태 또는 가족상황에 따라 구별・배제・제한하는 경우, ② 합리적 이유 없이 특정한 가족형태 또는 가족상황을 이유로 그 가족 구성원들의 집회나 기타 공동체 모임을 위한 토지나 건물 등의 이용을 제한・부인하는 것, ③ 합리적 이유 없이 특정한 가족형태 또는 가족상황을 이유로 주택임대, 용역제공 등에서 구별・배제・제

한 등 기타 불리한 대우를 하는 경우, ④ 공공시설 등에서 특정한 가족형태 또는 가족상황에 대한 고정관념으로 부당한 연설이나 행위를 하는 경우, ⑤ 특정한 가족형태 또는 가족상황에 기초한 사회통념으로 굴욕감 또는 혐오감을 유발하는 언어나 행동을 하는 경우 등이 차별에 해당할 수 있다.

사례 2.2(1.1)-1 : **노점상 신청권에서 가족상황을 이유로 한 차별**

1997년 3월 홍콩에서 노점상을 하는 6명의 여성이 동등기회위원회에 혼인 여부에 의한 차별 관련 소송을 제기하였다. 기존에 물건을 팔던 장소가 다른 곳으로 이동하게 되면서 노점상 주인들은 새 장소에서 물건을 팔 수 있도록 우선권 입찰을 신청해야 했는데 담당 부서가 한 가족당 한 명만 신청할 수 있는 '한가족 한노점상' 정책을 실시하여 남편과 독립된 노점상을 하는 여성들에게 신청권을 주지 않았다. 이는 기혼 여성을 남편과 한 가족단위로 간주했기 때문인데 만일 이 여성들이 결혼을 하지 않았더라면 신청할 수 있었다는 점에서 특정한 혼인 상태에 기반 해 여타 혼인상태 비해 부당한 대우를 한 것이다. 홍콩 성차별금지법 하에서 서비스나 기타 재화의 제공에서 특정한 혼인상태를 이유로 개인을 다르게 취급하는 것은 불법이기에 이 사건의 경우 혼인 여부를 이유로 한 불법적인 차별대우라는 주장이 성립되었다.[27]

(※ 이 사례는 특정한 가족상황을 기반으로, 그리고 여성을 남성에 비해 불리하게 대우한 것이므로 가족상황과 성별을 이유로 한 차별행위로도 판단할 수 있다.)

(2) 주택임대, 숙박시설 이용 등에 있어서 가족형태 및 가족상황을 이유로 차별하는 경우

가상사례 2.2(2)-1 : **미혼모 등을 이유로 차별하는 경우**

남편과의 이혼·사별 등으로 인해 홀로 자녀를 키우는 여성(single mother)나 미혼모에게 임대를 하지 않는 것은 특정한 혼인 상태를 이유로 한 차별행위이다. 또한 이러한 경우는 혼인 여부뿐만 아니라 특정한 가족상황을 기반으로 하는 차별행위로 판단된다.

27) 여성특별위원회, 「성차별분쟁조정기구 및 분쟁처리절차비교연구」(1999), p.48 참조.

사례 2.2(2)-2 : **사실혼 배우자를 가족으로 볼 수 있는지 여부**

피츠패트릭은 그의 동성 파트너인 톰슨 소유의 아파트에서 살았다. 그들은 1976년부터 톰슨이 사망한 1994년까지 함께 살았는데 톰슨이 사망하자 피츠패트릭은 아파트를 비워줄 것을 요구받았다. 이에 피츠패트릭은 소송을 제기하였고 1999년 9월 28일 영국 대법원은 피츠패트릭과 톰슨이 법적인 혼인을 한 것은 아니나 실질적인 배우자에 해당하기 때문에 가족이라고 간주할 수 있으며 따라서 피츠패트릭은 임차권을 가질 수 있다고 판결하였다. 이는 동성애 커플에게 이성애 커플과 동등한 임대권을 부여한 것이었으며 또한 특정한 혼인 상태를 이유로 한 부당한 행위를 차별로 인정한 판결이었다.[28)]

(※ 영국 대법원은 위 사안에 대하여, 특정한 혼인 상태를 이유로 한 차별로 판단하였으나, 위 사안은 가족의 범위와 관련된 것으로서 '가족형태 또는 가족상황'을 이유로 차별한 경우에도 해당된다.)

가상사례 2.2(2)-1 : **한부모가족 등의 경우**

한부모가구 혹은 조손가정 등의 이유로 주택임대를 거절하는 경우는 가족형태 및 가족상황을 이유로 한 차별의 혐의가 있다.

가상사례 2.2(2)-2 : **돌봄의 책임이 있다는 이유로 주택임대를 거부하는 경우가 차별인지 여부**

치매 혹은 돌보아야 할 가족원이 있다는 이유로 그 가족에게 주택임대를 거부하거나, 숙박시설의 이용을 거부하는 것은 차별혐의가 있다. 또한, 가족원 중 장애인이 있을 경우 정당한 사유 없이 주택임대를 거부하는 것은, 장애를 이유로 한 차별임과 동시에, 그 가족원에 대하여는 가족상황을 이유로 한 차별에 해당한다. 다만 당해 건물이 장애인편의시설이 설치되어 있지 않음으로 인해 임대를 거부하는 경우 관련법의 적용을 검토, 편의시설 설치가 건물소유주에 과도한 부담을 주지 않는 범위 내에서 판단하도록 한다.

(3) 상속, 연금, 보험가입 등에 있어서 가족형태 및 가족상황을 이유로 차별하는 경우

28) Fitzpatrick v. Sterling Housing Association Ltd., 1999.

사례 2.2(3)-1 : **건강보험에서의 가입자 배우자의 계부모를 차별하는 경우**

건강보험 가입자의 계부모는 동거 등 '부양요건'을 충족시키는 경우 건강보험 피부양자로 인정받을 수 있는 반면, 가입자 배우자의 계부모는 위와 같은 요건을 충족시키더라도 건강보험 피부양자 자격을 인정하지 않고 있는 '국민건강보험법 시행규칙'에 대하여, 국가인권위원회는, 헌법재판소의 호주제 위헌결정, 현행 민법상의 친족 개념 및 부양의 필요성 등을 고려하건대, 건강보험의 공동책임원리에 근거한 경제적 능력이 없는 자에 대한 부양필요성은 가입자의 계부모와 가입자 배우자의 계부모에게 다르게 적용하여 달리 취급할 합리적 이유가 없어 평등권을 침해하는 규정이라고 결정하였다. <인권위 2006. 6. 19. 05진차457 결정>

(※ 국가인권위원회는 위 사안에 대하여, 가족관계에 있어서의 가입자 자신의 계부모나 배우자의 계부모가 그 법적 지위에 있어 동일하다고 보고 있는바, 위 시행규칙은 '가족형태 또는 가족상황'을 이유로 차별한 경우에 해당된다.)

사례 2.2(3)-2 : **주택자금 대출에 있어서 이혼경력을 이유로 차별하는 경우**

진정인은 이혼경력이 있는 연봉 3천만원의 회사원인 남성(무주택 세대주, 부양가족 1명)으로, 시중은행에서 전세자금을 대출받고자 신용보증기금의 보증서발급신청서를 작성하면서 미혼자로 표기하였을 때에는 신용보증서를 발급받았으나, 무주택여부를 확인하기 위해 호적등본을 제출하는 과정에서 이혼한 사실이 드러나 신용보증서신청서를 다시 작성, 이혼자로 기재하였더니 보증서 발급이 거절되었다. 신용보증기금은 주택자금 대출자 신용평가 시 혼인 여부를 주요 평가기준으로 삼아서 이혼자와 사별자의 대출보증을 사실상 제한하고 35세 미만으로 부양가족이 없는 경우에는 이들 뿐 아니라 미혼자에게도 전세자금 대출 보증을 해주지 않고 있다. 그리고 신용보증기금은 주택자금 마련을 위한 보증서 발급신청자격을 부양가족이 있는 자에게만 부여하고 있으며 기혼자의 배점을 미혼자보다 높게 책정하고 있다. 또한 2001년부터 기타 항목에 이혼과 사별 등의 항목을 추가해 미혼보다 낮은 점수를 책정하고 있었다. 이에 진정인은 위 사안에 대하여 국가인권위원회에 진정하였고, 국가인권위원회는 신용보증기금이 가족상황 등을 이유로 하여 보증서의 발급에 있어서 차별을 한 사실이 있다고 판단하였으나, 위 보증서발급업무를 인계받은 한국주택금융공사가 문제되는 심사항목(결혼여부를 확인하는 항목)이 차별소지가 있다는 판단에 따라 자체적으로 삭제함에 따라 별도의 구제조치가 필요 없어 기각을 하였다. <인권위 2005. 3. 7. 04진차37 결정>

사례 2.2(3)-3 : **소득공제에서의 가족상황 등을 이유로 한 차별행위에 해당하는 경우 1**

「소득세법」의 인적 소득공제제도는 가족의 생존에 필요한 최저생활비를 과세에서 제외하고 과세단위간의 상이한 인적 구성에 상응하는 공평한 소득세의 부담을 실현하기 위한 제도로서 기본공제와 추가공제, 소수자추가공제가 있는바, 그중 추가공제에 해당되는 '부녀자공제'는 배우자가 없고 부양가족이 있는 여성세대주와 배우자가 있는 취업여성을 그 대상으로 하며, '자녀양육비공제'는 6세 이하의 직계비속이 있는 여성근로자와 6세 이하의 직계비속이 있고 배우자가 없는 남성 근로소득자가 대상이 된다. 배우자의 소득여하에 관계없이 배우자가 있기만 하면 취업여성이 공제받게 되는 부녀자공제는, 배우자가 없는 취업여성에 대한 혼인 또는 가족상황으로 인한 차별의 소지가 있다. 또한 배우자 공제조항은 법률혼 관계의 근로소득자에게 일정한 세제혜택을 부여하고 있어 사실혼이나 동성혼 관계의 가족형태에 있는 근로소득자에게는 세제상의 불이익을 초래하고 있다. 그 외 여성세대주에 대한 추가공제제도와 자녀양육비공제는 동일한 조건의 남성근로소득자에 대한 성차별의 소지가 있다.

이러한 문제에 대하여 '차별연구회'는 현행의 소득공제제도가 혼인 여부, 가족상황, 성적지향에 따라 차별하고 있다며 국가인권위원회에 진정서를 제출하고, "부양가족을 직계 존·비속과 20세 미만의 주민등록상 동거형제자매로 규정하고 극히 제한된 법적 혈연가족에게만 소득공제 혜택을 주는 것은 가족상황 등에 따른 차별행위라고 비판했다.[29]

사례 2.2(3)-4 : **소득공제에서의 가족상황 등을 이유로 한 차별행위에 해당하는 경우 2**

진정인은, 한나라당 의원 등 12인의 의원이 발의한 '소득세법일부개정법률안' 중 '가사에 전념하는 배우자의 가사노동 비용을 소득공제에 추가, 기본공제를 연간 1,200만원으로 한 위 법률안 제50조 제1항이, 헌법 제11조의 평등권과 혼인 여부와 가족상황, 사회적 신분, 성적지향, 그리고 성별에 의한 차별을 금지하고 있는 국가인권위원회법을 위반한 차별적 법안이라고 주장하며 국가인권위원회에 위 법률안에 대하여 진정을 하였다. 국가인권위원회는 이는 입법과 관련된 사항이라고 판단하여 각하결정을 내렸다. <인권위 2005. 7. 26. 05진차363 결정>

진정인은, 위 법률안 제50조 규정이, 우리 사회에서의 가사노동이 마치 법적인 혼인관계에 있는 전업주부에 의해서만 수행되는 것을 전제로 하는 것이므로 '혼인 여부'에 의한 차별에 해당되고, 또한 부부 중심의 이성애적 가족만을 정상가족으로 간주하고, 그 이외의 다양한 가족에 대해서는 기본공제 대상에서 제외하고 있어 다양한 가족관계에 대하여 '가족상황'을 이유로 하는 차별을 야기하고 있으며, 동성애 가족을 배제하고 있어 '성적 지향'에 의한 차별에도 해당된다고 주장하였다.

(4) 기타의 경우

공공시설에서 한부모가족, 결혼이민자가족, 빈곤가족 등에 대한 부정적인 선입견과 편견을 담은 선전물이 장기간 게시되어 이것이 그 대상가족 구성원에게 모욕감과 불쾌감을 일으키거나, 그것으로 인하여 사실상 그 시설을 이용하지 못하게 하는 경우에도 가족상황을 이유로 한 차별이라고 볼 수 있다.

---

29) 2004년 2월 12일의 연합통신의 기사('연말정산 소득공제 차별' 인권위 진정)참조.

입법례(국외) 2.2(4)-1 : 호주북부준주차별금지법

차별행위는 다음 각호를 말한다. (a) 본법의 적용이 면제된 차별 이외의 차별 (b) 성희롱 (c) 괴롭힘 **(d) 차별적인 광고** (e)불필요한 정보의 요구 (f) 특별한 요구의 거절 (g) 차별을 조장하는 행위 (제4조 (1))

입법례(국내) 2.2(4)-1 : 차별금지법(안)

특정개인이나 집단에 대한 분리·구별·제한·배제나 불리한 대우를 표시하거나 조장하는 광고 행위는 이 법에서 금지한 차별로 본다. (제2조 제3항).

2.3 교육시설·직업훈련기관에서의 교육·훈련이나 그 이용

·교육시설, 직업훈련기관에서의 교육훈련이나 그 이용에서 가족형태 또는 가족상황을 이유로 하는 직접차별 내지 간접차별은 금지된다.
·특정 가족형태 또는 가족상황의 구성원에 대한 편견에 기초하여 입학을 허용·거부하거나 교육과정에서 배제하는 것은 합리적 이유가 없는 차별에 해당한다.

입법례(국내) 2.3-1 : 국가인권위원회법

"평등권침해의 차별행위"라 함은 합리적인 이유 없이 … 가족형태 또는 가족상황 … 등을 이유로 한 다음 각호의 어느 하나에 해당되는 행위를 말한다. (제2조 제4항)

다. 교육시설이나 직업훈련기관에서의 교육·훈련이나 그 이용과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위

(1) 가족형태 또는 가족상황을 이유로 교육기관이나 직업훈련기관에 지원·입학하는 것 또는 교육을 받는 데 있어서 배제 혹은 제한하는 경우

사례 2.3(1)-1 : **초중등교육법시행령 "보호자"의 개념에 대한 권고**

국가인권위원회는, 초·중등교육법시행령 제21조 제31항에서 초등학교의 장이 학생의 학교생활 부적응 등으로 인해 학생의 교육환경을 바꾸어 줄 필요가 있다고 인정하여 교육장에게 당해 학생의 전학을 추천할 때에 보호자 1인의 동의를 얻도록 한 것과 관련하여, 위 규정에서 말하는 '보호자'를 친권자 또는 후견인으로만 한정하여 적용하는 것은, 친권자 또는 후견인이 아닌 보호자의 보호를 받고 있는 초등학생의 헌법 제10조의 행복추구권과 제11조 제1항의 평등권을 침해하는 차별행위로 인정하고, 피진정인(교육인적자원부장관)에게 당해 시행령의 개정을 권고하였다. <인권위 2003. 5. 7. 02진차70 결정>

가상사례 2.3(1)-2 : **대학입학 거부 등의 경우**

혼인 여부가 학업능력과 필연적인 관련이 있는지에 대한 고려를 하지 않고 대학이 합리적인 이유 없이 혼인을 한 여성의 가족상황을 이유로 입학을 거부하거나 학업을 지속할 수 없게 하는 것은 혼인 여부에 의한 차별임과 동시에, 혼인으로 구성된 가족형태 또는 가족상황 등을 이유로 한 차별행위에 해당한다.

(2) 교과내용이나 교육내용 등 교육이수과정에 있어서 특정한 가족형태 또는 가족상황만을 인정하여 다른 다양한 가족형태 또는 가족상황을 배제, 소외, 분리, 제한하는 경우

사례 2.3(2)-1 : **돌봄의 책임을 이유로 한 차별행위에 해당하는 경우**

교육기관이 과제 제출일을 지킬 수 없었던 학생에게 아픈 동생을 돌봐야 했던 가족적 책임의 필요성을 과제 제출일을 지키지 못한 정당한 사유로 전혀 인정하지 않는 것은 차별에 해당한다.[30]

사례 2.3(2)-2 : **한부모 가족의 경우**

진정인은 발달장애아를 키우는 모자가정의 한부모인데, 피진정인 교육인적자원부가 방과후 교실을 운영함에 있어 그 운영지침을 각 교육청에 하달하였는바, 위 지침은 '저소득층 및 가정형편이 어려운 학생, 맞벌이 가정'을 우선 선정하도록 하고 있어, 진정인의 가족과 같이 한부모가족의 한부모가 직장을 다니는 경우를 차별하는 것이라고 하여 국가인권위원회에 진정을 하였다. 위원회의 조사중 피진정인 교육인적자원부 및 서울시교육청에서는 향후 선정기준에서 맞벌이 가정을 삭제하고 가정형편 및 저소득자를 우선 선정기준으로 하겠다고 밝혀 진정인이 위 진정을 취하하여, 각하된 사례이다. <인권위 2007. 5. 3. 07진차266 결정>

30) Equal Opportunity Commission (Western Australia), Examples of Family Responsibility Discrimination.

3. 차별의 예외

3.1 진정직업자격

• 업무의 성격 또는 업무수행의 상황에 비추어 특정한 가족형태 또는 가족상황 관련 특성이 해당 업무의 정상적인 수행을 위해 불가결하게 요구되고 다른 수단이 존재하지 않는 경우 나이제한은 차별에 해당하지 않는다. • 신뢰할만한 객관적 증거에 의해 해당 업무의 정상적 수행과 특정 가족형태 또는 가족상황 사이에 직접적인 상관관계가 있고, 개인의 업무수행능력을 개별적으로 평가하는 것이 불가능한 경우 그 특정 가족형태 또는 가족상황은 진정직업자격에 해당한다.

입법례(국내) 3.1-1 : 차별금지법(안) 제2조의 규정에도 불구하고 다음 각 호의 1에 해당하는 행위는 차별로 보지 아니한다. 1. 특정 직무나 사업 수행의 성질상 불가피한 경우 (제3조 제1호)

입법례(국외) 3.1-1 : 캐나다인권법

다음의 경우에는 차별행위로 볼 수 없다. (a) 고용문제와 관련된 거부, 배척, 제적, 자격정지, 제한, 차별화 또는 우선순위의 기준이 선의(bona fide)의 작업요건에 근거하여 고용주의 의해 정해지는 경우 (제15조 (1))

입법례(국외) 3.1-2 : ILO 제111호 협약(고용·직업에서의 차별금지협약)

우리나라가 비준한 ILO 제111호 협약은 특정 직업에 고유한 자격요건을 차별예외사유로 규정(제1조 제2항)

입법례(국외) 3.1-3 : EU 고용·직업평등대우지침 2000/78호(2000년)

동 지침 제1조가 규정하는 차별사유와 관련된 특성에 근거한 대우의 차이는, 특정 직업활동의 성격이나 직업이 수행되는 상황 때문에 그러한 특성이 진정하고도 결정적인 직업요건에 해당하고 그 목적이 합법적이며 그 직업요건이 비례적인 경우에는, 차별에 해당하지 않는 것으로 회원국은 규정할 수 있음(제4조 제1항)

(1) 차별예외로서의 진정직업자격은 일반적으로 엄격하게 해석되고 있다. 그렇지 않으면 차별예외의 범위가 지나치게 확대되고, 차별금지의 실효성이 없게 된다. 다만, "업무의 성격"이나 "업무수행의 상황"에 비추어 특정한 가족형태 또는 가족상황이 해당 업무를 정상적으로 수행하기 위한 불가결한 요건으로 인정되는 경우는 많지 않을 것이다. 그 해당 업무에 필요한 특정한 능력의 차이는, 통상적인 경우 이를 개별적으로 확인할 수 있는 객관적인 방법·절차를 마련할 수 있기 때문이다. 따라서 가족형태 또는 가족상황은 예외적인 상황에서 진정직업자격으로 인정되는 것이 일반적일 것이다.

사례 3.1-1 : **특정 종교와 관련된 경우**

특정 종교의 종교적 신념상 종교인의 자격을 미혼이나 이혼 경력이 없는 자로 규정한 경우에는 가족형태 또는 가족상황을 이유로 한 차별이 아니라고 볼 수 있다.[31]

가상사례 3.1-1 : **특정 부서 배치와 관련된 경우**

사내 부서 배치 시에 사내부부를 같은 부서, 특히 경리부서와 같이 서로간의 일정한 통제와 감시가 필요한 부서에 함께 배치하는 것을 금지하는 회사의 내규가 있는 경우에는 그 규정을 가족형태 또는 가족상황을 이유로 한 차별이라고 볼 수는 없을 것이다.

3.2 생존권 보장을 위한 우대조치

31) 「국가인권위원회법 해설집」, p.388 참조.

특정한 가족형태 또는 가족상황에 따라 가족원의 생계나 기초생활유지 등이 문제되는 경우에는 최소한의 생존권 보장을 위하여 특별히 관련 법과 규정에 의한 우대·보호 및 지원 정책을 시행할 수 있고, 이러한 우대조치들에 대하여는 그 수단적 측면에서 정당한 것인 한 차별로 보지 아니한다.

(1) 독거노인가구, 한부모가족, 소년소녀가구 등에 대하여 관련 법과 규정에 의거하여 우대·보호하는 정책 및 조치는 차별로 보지 않는다. 위와 같은 형태의 가족들은 남녀 부부 중심의 핵가족 형태에서 벗어난 가족 형태로서, 남성 생계 부양자에게 가족 생계를 전담시키는 역할 분업을 전제로 하고 있는 상황에서는 가족원의 생계유지가 위협받고 있는 저소득 가구인 경우가 대부분이다. 따라서 국민기초생활보장법이나 모·부자복지법, 사회보장기본법 등에 의해 아직도 미비하기는 하나 일정한 지원이 이루어지고 있으며, 이러한 가구들에 대한 급여 지원이나 자녀에 대한 학비지원 등은 차별로 보지 아니함이 타당하다.

입법례(국내) 3.2(2)-1 : 한부모가족지원법(안)
현존하는 차별을 해소하기 위하여 특정한 개인이나 집단을 잠정적으로 우대하는 행위와 이를 내용으로 하는 법령의 제·개정 및 정책의 수립·집행은 차별로 보지 아니 한다.(제3조 제2항)

(2) 또한, 비혈연관계로 구성된 공동체적 가족에 대하여 관련 법과 규정에 의거하여 우대·보호하는 정책은 차별로 보지 아니한다. 이는 입양에 의한 가족구성이나 그룹홈 등에 의한 가족구성원과 관련하여 이들을 지원하는 공식, 비공식적 제도들이 혈연 중심의 현 가족에 대하여 차별적 행위를 하는 것으로 보지 아니함을 의미한다.[32]

(3) ILO의 「고용 및 직업상의 차별에 관한 협약」(제111호, 1958)은, "회원국은 사용자 및 노동자 대표 단체가 존재하는 경우 이들과 협의하여 성별, 연령, 장애, 가족상의 의무 또는 사회적·문화적 신분 등의 사유로 인하여 일반적으로 특별 보호 또는 지원이 필요하다고 인정되는 자의 특정한 필요를 충족하기 위항 특별한 조치는 차별로 간주하지 아니한다고 결정할 수 있다."고 규정하고 있다(제5조 제2호).

3.3 모성보호조치

(1) "고용영역 등에서, 양육책임을 주로 부담하게 되는 여성의 근로에 대한 유효한 권리를 확보하기 위하여, 아동보육 시설망의 확립과 발전의 촉진을 통하여 부모가 직장에서의 책임 및 사회생활에의 참여를 가사의 의무와 병행시키는데 도움이 될 필요한 사회보장 혜택의 제공을 장려하는 것"은 차별로 보지 아니한다. (Convention on the Elimination of

32) 차별연구모임, 앞의 책, p.185 참조.

all forms of Discrimination against Women, article 11 2(c))

입법례(국내) 3.3(1)-1 : 남녀고용평등법 1. "차별"이라 함은 … 가족 안에서의 지위 … 등의 사유로 합리적인 이유 없이 채용 또는 근로의 조건을 달리하거나 그 밖의 불이익한 조치를 취하는 경우(사업주가 채용 또는 근로의 조건은 동일하게 적용하더라도 그 조건을 충족할 수 있는 남성 또는 여성이 다른 한 성에 비하여 현저히 적고 그로 인하여 특정 성에게 불리한 결과를 초래하며 그 조건이 정당한 것임을 입증할 수 없는 경우를 포함한다)를 말한다. 다만, 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 경우를 제외한다. 나. 근로여성의 임신·출산·수유 등 모성보호를 위한 조치를 취하는 경우

(2) 모성보호조치는 생물학적으로는 여성의 임신·출산 기능과 직접적으로 관련된 것으로서 여성에게만 해당되는 듯이 보이지만, 사회적 의미로서의 모성보호조치는 일정한 가족상황 내에서 양육책임을 부담하게 되는 지위를 전제하여 인정되는 것으로 볼 수 있고, 이러한 양육책임을 부담하는 '가족 내에서의 지위'를 갖는 것은 남성에게도 해당되는 문제이므로,[33] 단순히 여성만의 문제가 아니라, 남녀를 불문하고 '가족형태 또는 가족상황'을 이유로 한 차별을 시정하기 위한 조치에 해당된다고 볼 수 있다.

33) 한국노동연구원, 「여성근로자 모성보호의 현황과 정책방안」(2004), p.50; 문숙재·윤소영, 「결혼과 노동」(2000), p.236 이하 참조.

7 성적 지향을 이유로 한 차별 판단지침

1. 차별사유의 정의(개념 및 관련 법령 근거)

1.1 직접차별

성적 지향에 의한 직접차별은 합리적인 이유 없이 어떤 사람 혹은 집단을 동성애, 이성애, 양성애 등의 성적 지향을 가졌다는 이유로 구별, 배제, 제한하거나 괴롭히는 행위, 또는 누군가를 동성애자, 이성애자, 혹은 양성애자 등이라고 판단하여 불리하게 대하거나 괴롭히는 행위를 말한다.

입법례(국내) 1.1-1 : 국가인권위원회법 제2조 제4항 “합리적인 이유 없이 성별, 종교, 장애, 나이, … 중략 … 성적 지향, … 중략 … 병력 등을 이유로” 고용, 재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용, 교육시설이나 직업훈련기관에서의 교육·훈련이나 그 이용과 관련하여 특정한 사람을 우대, 배제, 구별하거나 불리하게 대우하는 행위는 평등권 침해의 차별행위이다.

입법례(국외) 1.1-1 : 영국의 고용평등규제(Employment Equality Regulations) 모든 근로자들은 자신의 성적 지향을 이유로 차별받아서는 아니 되며, 여기에서 근로자라 함은 직접고용 근로자이거나, 계약직 근로자이거나, 혹은 파견직 근로자 모두를 포괄한다.

입법례(국외) 1.1-2: 미국의 2007년 고용차별금지법안(Employment Non-Discrimination Act of 2007)(H.R. 3685) Sec.2.목적 (1) 이 법의 목적은 연방 차원에서 성적 지향에 근거한 고용차별을 포괄적으로 금지하고 … 중략 … Sec.3.정의 (a) 일반적으로 이 법에서 … 중략 … (8) 성적 지향 - ‘성적 지향’이라는 용어는 동성애자(homosexuality), 이성애자(heterosexuality), 또는 양성애자(bisexuality)를 의미한다.

(1) 동성애자는 동성간에 성적으로 이끌리는 성적 성향을 가진 사람, 이성애자는 이성간에 성적으로 이끌리는 성적 성향을 가진 사람, 그리고 양성애자는 동성애자와 양성애자의 성향을 모두 가진 사람을 말한다. 우리가 성적 소수자라고 말할 때, 그것은 동성애자와 양

성애자를 가리킨다. 한편 성적 지향으로 구분되는 집단에는 그 외에도 생물학적 성과 자신 스스로 인지하는 성이 불일치하는 사람인 트랜스젠더가 포함될 수 있으며, 넓게는 성적 다수자와 구분되는 집단은 성적 취향에 의해 구분되는 집단이라 할 수 있다.

(2) 배제 혹은 구별을 행한 동기가 선의에 의한 것이었다 하더라도 정당화될 수 없다.

> 가상사례 1.1(2)-1 : **선한 동기에 의한 직접차별**
> 자신이 동성애자임을 주변에 밝힌 어떤 직원에 대해 관리자가 특정 부서로의 배치를 거절하였다. 관리자가 내세운 이유는 '그 부서는 동성애 혐오자들이 많기 때문에 해당 직원을 그 부서에 배치할 경우 적대적인 근무 분위기로 인해 그 직원이 고통을 받게 될 것'이라는 것이었다. 비록 동성애자인 직원을 보호하기 위한 결정이었다 하더라도 관리자의 이러한 조치는 직접차별에 해당한다.

(3) 특정한 성적 지향을 가진 사람과 연계되어 있다는 이유로 불리하게 대우하는 것과 같이 당사자의 성적 지향과 관계없이 성적 지향에 의한 차별을 당할 수 있다.

> 가상사례 1.1(3)-1 : **성적 지향을 이유로 한 연계 차별(associational discrimination)**
> 직원 A는 동성애자인 아들이 있다. 사무실의 동료 직원들은 종종 동성애자들을 비웃는 농담을 일삼고, A의 아들에 대해 조롱했다. 비록 자신의 성적 지향과는 관계가 없더라도 A는 관리자에게 성적 지향에 의한 희롱을 당하고 있다는 것을 법적으로 제기할 수 있다.(영국 고용평등규칙 사례)

> 사례 1.1(3)-2 : **성적 지향을 이유로 한 연계 차별**
> 남성인 A는 페밀리 레스토랑에 입사를 하기 위해 면접을 보았다. 면접 중에 A는 자신의 남동생이 발레댄서라고 언급했다. 면접관들은 남성 발레댄서들은 대부분 게이라고 알려져 있으며, 동 회사는 전통적인 가족의 가치를 중시하는 페밀리 레스토랑이므로 게이일지도 모르는 발레댄서인 동생이 있는 직원은 채용할 수 없다고 말했다. 가족 구성원의 성적 지향을 특정하게 가정하고 그것을 이유로 채용을 거부한 이러한 행위는 차별에 해당된다. (호주 사례)

(4) 어떤 사람이 특정한 성적 취향을 가졌다고 추정하여 그에게 불리한 대우를 하는 것도 차별에 해당한다.

(5) 어떤 사람이 자신의 성적 지향을 이유로 차별을 받았다는 주장을 했다는 이유로 불이익을 주는 행위, 또는 그러한 주장을 하는 사람을 지지했다는 이유로 불이익을 주는 행위도 차별행위에 해당한다.[1)]

---

1) 영국의 고용평등규칙은 후자의 경우, 즉 성적 지향에 의한 차별을 주장하는 사람을 지지했다는 이

가상사례 1.1(5)-1 : **성적 지향을 이유로 차별을 제소한 것에 대한 보복**

직원 A는 성적 지향을 이유로 차별받았음을 고용재판소에 제소했다. 동료직원인 B는 A를 위해 필요한 증거자료를 A에게 건네주었다. 얼마 후 B는 승진 지원을 했으나 불합격했다. B는 승진에 필요한 모든 요건을 갖추고 있었으나 관리자는 '고용재판소에 A를 위해 증거자료를 제공한 B는 트러블 메이커로서 승진을 허락할 수 없다'고 주장했다. B에 대한 회사의 행위는 성적 지향에 의한 차별 행위에 해당한다. (영국 고용평등규칙 사례)

1.2 간접차별

성적 지향에 의한 간접차별은 어떠한 규정, 기준, 혹은 관행이 표면적으로는 동등하게 적용되나 결과적으로 특정한 성적 지향을 가진 사람들에게 불이익을 결과하는 행위로서, 그러한 규정, 기준, 관행이 정당하다고 입증할 수 없는 행위를 말한다.

(1) 예컨대, 사업주가 결혼한 직원들의 배우자들에게 이익을 주는 정책을 취할 경우, '결혼한 직원'이라는 기준은 표면적으로는 기혼 직원과 비혼 직원들을 구분하기 위한 것이나, 사실상 동성혼이 인정되지 않는 현실에서 동성애자 직원들을 집단적으로 배제하고 불이익을 주는 결과를 가져오게 된다. 최근 동성혼, 혹은 혼인에 준하는 동성간의 결합을 법적으로 인정하고 있는 국가들이 증가하면서 여러 나라들에서 기업의 이러한 정책을 차별행위로 간주하고 있다.

사례 1.2(1)-1 : **동성 배우자에 대한 의료 수당 등에서의 차별**

1996년 캐나다 인권재판소는 연방정부가 연방공무원들과 그 배우자들에게 지급하는 '의료 및 치과 수당'을 동성의 배우자들에도 지급해야 한다는 판결을 내렸다. 원고 중 한 명인 Dale Akerstrom은 동성 파트너가 의료 수당을 거절당한 것에 대해, 또 한 명인 Stanley Moore는 인도네시아로 전출할 때 동성 파트너를 위한 이사, 주거, 의료, 치과 수당 등이 거절당한 것에 대해 소송을 제기했었다. 인권재판소는 연방정부로 하여금 "배우자" 규정의 차별적인 조항을 수정할 것, 이성의 배우자에게만 혜택을 주도록 되어있는 단체협약 등을 수정할 것 등을 지시했다.

연방정부는 기존 배우자 정의의 수정을 거부하고, 그 대신 "동성 파트너 관계" 조항을 신설하여 동성 파트너가 있는 직원이 그 혜택을 누리려면 자신의 동성애 관계를 공식적으로 밝히도록 하였다. 이에 인권재판소가 재소집되었고, 기존의 배우자 정의를 수정하지 않고 '동성 파트너십 관계'에 대해 별도로 조항을 만든 것은 재판부의 본래 명령에 위배된다는 결론을 내렸다. 연방

유로 불이익 받게 되는 경우를 '피해자화(victimization)' 또는 '보복'이라고 정의하며, 피해자화 역시 차별행위로 간주하고 있다.

정부는 연방법원에 항소했다.

연방법원의 MacKay판사는 연방정부 항소의 첫 번째 사유인 '인권재판소가 재판부를 재소집하여 연방정부의 수정 조치에 대해 검토할 권한이 있는가'에 대해 '권한이 있다'고 판결했다. 또한 '배우자'가 반드시 '반대의 성(opposite sex)'을 의미하는 것으로 정의되어서는 안 되며, 연방정부가 동성 파트너십과 이성혼 관계를 구분지어 "분리하되 동등한(separate but equal)" 혜택을 주는 정책을 채택한 것은 위법이라고 선언했다. 그러한 분리정책은 비록 그 실질적인 혜택이 동등하다 하더라도 차별행위라고 규정했다.

또한 MacKay 판사는 인권재판소는 연방정부로 하여금 성적 지향에 의한 고용상의 차별을 야기하는 모든 연방법과 규칙 및 지침들을 재검토할 것을 명할 권한, 그리고 그것들을 어떻게 수정할 것인가에 대해 제안할 권한이 있다고 판시했다.

2. 차별의 영역

2.1 고용

2.1.1 모집 및 채용

(1) 채용 면접 시에 지원자의 성적 지향에 관한 정보를 요구하거나 조사하는 것, 또는 지원자의 성적 지향을 이유로, 또는 지원자의 성적 지향을 미루어 짐작하여 불이익을 주는 것은 차별이다.

가상사례 2.1.1(1)-1 : **동성애자로 간주됨을 이유로 한 차별**
남성 지원자의 외모나 목소리가 부드럽고 여성스럽다는 이유로 동성애적 성향을 가졌을 것이라고 판단하여 채용과정에서 배제하는 경우, 이는 개인의 능력이나 자격요건과 무관한 특정한 성적 지향에 대한 편견과 고정관념이 채용과정에서 불이익한 결과를 가져온 경우이므로 해당 지원자의 성적 지향에 대한 사실 여부와 상관없이 차별행위에 해당한다.

사례 2.1.1(1)-2 : **동성애자로 간주됨을 이유로 한 차별**
“대학 졸업 후 저(여성)는 중학교 영어교사로 취업했어요. 첫 학기가 끝날 무렵 교장이 내게 계속 일하기를 원하느냐고 묻더군요. 교장과 교감은 내 옷차림이 마음에 안 든다고 얘기했어요. 치마를 입으라는 것이죠. 또 머리를 기르라고 했어요. 몇 달 후 교장은 나 때문에 다른 사람들로부터 너무 많은 불평을 듣는다고 말했어요. 내가 여성적이기를 거부하고, 내가 성정체성 문제를 겪고 있으며, 이러다가는 곧 신경쇠약에 걸릴 거라고 했어요. 교장은 전에 있던 어떤 교사도 나와 같은 문제를 겪더니 결국 동성애자로 밝혀졌다는 거예요. 교장은 그가 동성애자임을 알게 된 순간 그를 해고했으며, 자기는 동성애자 교사를 절대로 학교에 남겨둘 수 없다고 말했어요. 교장은 나한테 내가 동성애자인지 아닌지를 한 번도 직접적으로 물은 적도 없이 내가 직업을 잘못 택했으며 다른 직장을 알아보라고 했어요.” (헝가리 사례)

사례 2.1.1(1)-3 : **채용 면접 시 성적 지향을 이유로 한 차별**
“동성애자인 제 친구(남성) 하나가 어떤 직장에 지원했지요. 면접 중 가족 관계에 대한 질문 순서가 됐을 때 면접관이 ‘부인이 있나?’ 라고 물었어요. 제 친구는 ‘저... 남자 파트너가 있습니다.’라고 대답했어요. 면접은 그 순간 끝났지요.” (핀란드 사례)

사례 2.1.1(1)-4 : **채용 면접 시 성적 지향에 관한 정보를 요구하는 차별**
스톡홀름의 가족복지 사무소에서 십대 소녀의 상담 업무에 지원한 여성 A는 면접 시 상급자들로부터 자신의 성적 지향에 관한 집요한 질문을 받았다. A가 동성애자임을 알게 된 사무국측은 A가 자신이 맡은 소녀와 성적인 관계를 갖게 될 것을 우려했으며 A가 동성애자라는 사실을 그 소녀의 부모에게 알려야 한다는 입장이었다. 최종적으로 A를 고용하기로 결정하기까지 사무국은 A와 여러 차례 이와 관련된 면접을 진행했다. A는 자신이 이성애자였다면 사무국이 이러

한 행동을 하지 않았을 것이라고 주장했다. 스웨덴 옴부즈만은 사무국이 앞으로 차별을 피하기 위한 구체적인 정책을 마련할 것과, A에게 금전적인 보상을 하도록 판결했다. (스웨덴 사례)

(2) 기혼자만 모집하는 경우도 차별행위이다.

입법례(국외) 2.1.1(2)-1 : EU 가이드라인
대부분의 EU 국가들은 동성혼을 인정하지 않고 있다. 따라서 동성의 파트너와 사실혼 관계에 있는 사람들은 기혼자만 모집하는 회사에 응시조차 할 수 없다. 이 경우 고용주는 그 업무가 이성혼 관계에 있는 기혼자가 아니면 할 수 없다는 것을 입증해야 하며, 입증하지 못할 경우 차별행위에 해당한다.

2.1.2 임금

(1) 회사에서 이성애 혼인관계에 있는 직원들을 대상으로 가족수당이나 유급휴가, 의료보험, 세금감면 등 임금, 복지에 있어 각종 혜택을 제공함으로써 성적 소수자인 직원을 제외하는 행위

사례 2.1.2(1)-1 : **동성애를 이유로 한 부가급부에서의 차별**
고용주들은 종종 배우자가 동성이라는 이유로 부가급부(유급휴가, 건강보험, 연금 등)를 제공하기를 거절한다. 1996년, 영국의 Lisa Grant 라는 여성은 South West Trains 사가 그녀의 파트너가 여성이라는 이유로 파트너에게 주는 무료여행 티켓을 거절하였기 때문에 유럽 법정에 이를 제소했다. 1999년 10월 5일 BBC 뉴스에 의하며, 동성애 철도 노동자들은 이성애 커플들과 동일한 부가급여 권리를 확보했다.

2.1.3 승진

(1) 특정한 성적 지향을 가진 직원에 대해 승진 기회를 주지 않거나, 승진 대상자를 특정한 성적 지향에 편중하는 것은 차별이다.

가상사례 2.1.3(1)-1 : **성적 지향을 이유로 한 승진 차별**
승진시험에 합격한 두 직원이 모든 자격요건이 같고, 이 중 A라는 직원이 주변 동료들 사이에서 동성애적 성향이 있다는 소문이 있을 때, 고용주가 이러한 소문을 이유로 B를 승진 대상자로 지목했을 경우 이는 합리적 이유 없이 승진대상자를 특정 성적 지향(이성애)에 편중한 것이므로 차별행위에 해당한다.

가상사례 2.1.3(1)-2 : **성적 지향을 이유로 한 승진 차별**

관리직으로 승진할 수 있는 자격을 갖춘 동성애자 직원을 다른 직원들이 그를 상사로 대하기 어렵다는 이유를 들어 관리능력이 떨어진다고 판단, 더 이상 승진시키지 않는 경우 이는 성적 지향을 이유로 한 차별이다.

2.1.4 배치

(1) 직무수행상 필요불가결한 요건이나 업무의 특수성에 근거하지 않고 일정한 직무의 배치대상에서 특정한 성적 지향을 가진 사람들을 배제하거나 편중하여 배치하는 것은 차별이다.

가상사례 2.1.4(1)-1 : **성적 지향을 이유로 한 승진 차별**

결혼하지 않은 30대 후반의 독신 여성이 평소 여자친구와의 관계가 친밀하다는 이유로 동성애자라고 소문이 났으며, 고용주가 이를 이유로 본인의 능력이나 의사와는 관계없이 특정 업무에 그 여성을 배치한다면 차별행위에 해당한다.

2.1.5 해고 및 퇴직

(1) 성적 지향을 이유로 해고하거나 계약 해지를 하는 것은 차별이다.

사례 2.1.5(1)-1 : **성적 지향을 이유로 한 부당한 해고**

2000년 9월, 연예인 홍○○씨가 언론에 “호모”라고 보도된 뒤, 스스로 동성애자임을 밝히자 이를 이유로 진행 중이던 방송 프로그램에서 정지 통보를 받은 것은 성적 지향에 의한 해고와 관련된 대표적인 차별 사례이다.

(2) 성적 지향을 이유로 과거의 근로자를 불리하게 대우하는 것은 차별이다.

가상사례 2.1.5(1)-2 : **과거 근로자에 대한 차별**

P라는 회사의 관리자 A에게 다른 회사의 인사부 직원이 찾아왔다. B라는 여성이 P사에 입사 지원을 했는데 그 여성의 전 직장 상관이었던 A가 추천서를 써줄 수 있느냐는 것이었다. A는 ‘그 여자는 양성애자였고, 그 때문에 다른 동료들로부터 배척을 당했었다. 배척당한 직원에 대해 추천서를 써줄 수 없다’고 말했다. A는 이러한 행위는 성적 지향에 의한 직접차별에 해당한다.

2.1.6 괴롭힘

(1) 사용자 및 같은 사업장에 근무하는 근로자 집단이 특정한 성적 지향을 이유로 직원에게 신체상의 폭력이나 언어폭력, 농담, 모욕, 조롱, 비웃음, 경멸의 시선 등을 가하는 것은 차별에 해당한다.

(1.1) 여성스러운 남성, 남성스러운 여성 등에게 동성애자로 간주하여 “변태”, “호모” 등 동성애자에 대한 혐오를 표현하는 행위는 해당 직원의 성적 지향 여부와 관계없이 성적 지향에 의한 차별행위에 해당한다.

사례 2.1.6(1.1)-1 : **동성애자에 대한 혐오를 표현하는 행위**

게이인 Piazza는 아일랜드 더블린에 소재한 한 호텔 종업원이었다. 호텔 레스토랑의 지배인은 Piazza를 “망할 계집애(a bloody woman)”라고 불렀으며, 주방 종업원은 그를 “게이 새끼,” “퀴어 새끼” 등으로 불렀다. 법원은 이 모든 욕설 사례들을 성적 지향을 이유로 한 괴롭힘의 증거로 받아들였고, Piazza의 고충 제기에 적절히 대응하지 않은 호텔 측에 책임을 물었다. (20 Gabriele Piazza v The Clarion Hotel. Equality Tribunal decision no. DECE2004/033. Available at http://www.equalitytribunal)

사례 2.1.6(1.1)-2 : **동성애자에 대한 언어적 괴롭힘**

게이인 Whitfield는 관리자들과 동료 직원들로부터 지속적으로 언어적 괴롭힘을 당했다. 그들은 게이와 관련된 모든 비속어로 Whitfield를 불렀다. 괴로움을 견디다 못한 Whitfield는 직장을 사직했고 고용평등법에 의거해 회사를 상대로 제소했다. 이 사건은 성적 지향을 이유로 한 직장 내 괴롭힘 소송에서 영국 역사상 첫 승리를 기록한 사례이다. 재판장은 판결문에서 이렇게 말했다: “Mr. Whitfield가 입은 피해는 단순한 멍 이상이다. 비록 신체적인 폭력은 사용되지 않았지만, 괴롭힘의 빈도와 그 지속성은 많은 피를 흘리게 하기에 충분할 만큼 심각한 언어적 폭력행위였다.” 압력에 의한 자발적 사직, 괴롭힘, 차별 등 모든 혐의가 인정되어 Whitfield는 35,345 파운드의 손해배상을 따냈다. United Kingdom, January 200521

(1.2) 동성애자라고 간주되는 직원의 책상이나, 컴퓨터, 차 등에 동성애 혐오를 나타내는 낙서나 욕설, 사진 등을 공공연하게 게시하는 경우도 차별이다.

2.1.7 기타

(1) 이성 커플에게 허용되는 행동이 동성 커플에게 허용되지 않는 것은 차별행위이다.

사례 2.1.6(1.1)-2 : **동일한 행동을 동성 커플에게는 허용하지 않는 차별**

회사 직원 A는 어느 날 자신을 방문한 동성 파트너와 회사 구내식당에서 식사를 했다. 식사 중 두 사람은 손을 잡고 가볍게 키스를 했고, 식사 후 가벼운 포옹과 키스를 나눈 후 헤어졌다. 얼마 후 관리자는 A를 불러 다른 직원들이 A의 식당에서의 "성적 행위"에 대해 불만을 제기했으며, A의 파트너는 앞으로 구내식당에 들어올 수 없고, 두 사람은 회사 안팎에서 전과 같은 "성적 행위"를 해서는 안 된다고 못 박았다. 이 일이 있은 후 A는 동료 직원들로부터 따돌림을 받고 상급자들로부터 예전과 같은 지도를 받지도 못해 괴로워 하다가 결국 사직하고 옴부즈만에 소송을 제기하여 승소했다. (스웨덴 사례)

2.2 재화・용역・교통수단・상업시설・토지・주거시설의 공급이나 이용

2.2.1 토지 및 주거시설

(1) 주거시설의 사용에 있어 합리적 이유 없이 성적 지향을 이유로 접근권을 제한하는 것은 차별이다.

(2) 특정한 성직 지향을 갖고 있거나, 갖고 있을 것이라는 짐작하여 이유로 같은 주택에 사는 이웃에게 지속적인 괴롭힘을 하는 것은 차별이다.

2.2.2 공공시설 및 상업시설

(1) 공공시설이나 유흥 및 관련 상업시설의 이용에 있어 성적 지향을 이유로 불이익을 주는 것은 차별이다.

(2) 공원이나 거리, 버스, 지하철 등과 같은 공공장소에서 동성애 혐오를 드러내는 낙서, 포스터, 스티커, 연설, 선동, 몸짓, 배지 등을 게시하는 것은 차별이다.

(3) 특정한 성적 지향을 가졌다는 이유로 레스토랑이나 술집, 나이트 클럽 등의 사용을 거부하는 것은 차별이다.

2.3 교육시설이나 직업훈련기관의 이용

(1) 특정한 성적 지향을 지녔다는 이유로 교육의 기회를 거부하는 것은 차별이다.

(2) 교육 내용이 특정한 성적 지향을 지닌 집단에 대한 노골적인 혐오나 편견을 드러내는 것은 차별이다.

> 가상사례 2.3(2)-1 : **교육 내용에서의 성적 지향을 이유로 한 차별**
> “호모는 어렸을 때 뇌의 이상이 생겨서 생긴 정신병의 일종이다,” “호모들은 에이즈에 걸려 죽는다,” “동성애는 신의 섭리를 거스르는 타락한 행위이다” 등 동성애에 대한 고정관념, 편견 등을 교육 내용에 담는 것은 차별행위에 해당한다.

(3) 교사나 동료집단 등이 특정한 성적 지향을 지녔다는 이유로 학생에 대해 언어적, 신체적 괴롭힘을 가하는 것은 차별이다.

3. 차별의 예외

3.1 진정직업자격

사업상 필요에 의해 특정한 성적 지향을 지닌 개인 혹은 집단을 달리 대우해야 하는 경우는 차별 행위로 간주하지 않는다.

입법례(국외) 3.1-1 : EU 고용평등규칙

'성적 지향'과 관련된 진정직업요건(Genuine Occupational Requirements): 어떤 직종들은 특정한 성적 지향을 가진 사람들의 취업을 제한할 수 있다. 그 경우 그 목적이 합법적이어야 하며, 그 자격이 합리적이어야 한다. 특정한 성적 지향을 가진 사람들이 수행할 수 없는 직업은 극히 드물다. 그러한 자격요건은 반드시 모집 과정 초기부터 공지되어야 하고, 관련 서류에 분명히 쓰여 있어야 한다. 왜 특정한 성적 지향을 가진 사람들만을 필요로 하는가, 혹은 필요로 하지 않는가에 대해서 고용주는 언제든지 도전받을 수 있다.

3.2 적극적 조치

현존하는 차별을 해소하기 위해 국가, 지방자치단체 또는 사업주가 성적 소수자에 대한 적극적 조치를 실시하는 경우에는 이를 차별로 보지 않는다. 즉, 과거로부터 누적된 성적 소수자에 대한 차별을 철폐하기 위해 성적 소수자를 우대하는 정책이나 법률을 시행하는 것은 차별이 아니다.

8 용모 등 신체조건을 이유로 한 차별 판단지침

1. 차별사유의 정의(개념, 적용범위, 관련 법령근거)

1.1 직접차별

용모 등 신체조건을 이유로 한 직접차별이라 함은 합리적 이유 없이 용모나 외모, 근력, 키, 몸무게, 민첩성, 심폐기능 등의 신체적 특징, 조건, 능력 등을 이유로 하는 불리한 대우로서 그러한 대우가 정당화되지 않는 경우를 말한다.

입법례(국내) 1.1-1 : 국가인권위원회법

제2조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1-3호 : 생략

4. "평등권침해의 차별행위"라 함은 합리적인 이유 없이 성별, … 용모 등 신체조건, … 병력 등을 이유로 한 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다.

입법례(국외) 1.1-1 : 미국의 콜럼비아 지구(Columbia District) 인권법(The Human Rights Act of 1977)

§ 2-1401.01. 의회의 의도

… 중략 … 콜럼비아 지구 의회는 인종, … 개인의 용모(personal appearance) … 가족책임, 대학 등록 정황, 정치적 가입, 유전 정보, 장애, 소득원, 거주나 사업의 장소를 이유로 한 차별을 포함하여 … 여하한 이유에 의한 차별을 금지하고자 한다.

§ 2-1401.02. 정의

… 중략 …

(21.) "개인의 용모"는 성을 막론하고 신체적 조건이나 특징, 의복의 매너나 스타일, 그리고 개인의 몸단장 스타일과 관련한 개인의 외양을 의미하며 머리 및 수염 스타일도 포함한다. 그러나 그것은 공공장소의 입장을 위해 획일적으로 적용되는 경우, 또는 사업상의 합리적인 목적 때문에 일군의 근로자들에게 획일적으로 적용되는 경우, … 청결, 유니폼, 또는 규칙상의 표준이라는 요건에는 적용되지 아니한다.[2)]

2) 그밖에 미국 미시건주의 Elliot Larsen Civil Rights Act는 키와 몸무게를 이유로 한 차별을 금지하고, 캘리포니아주 산타크루즈시에서는 키, 몸무게, 신체적 특징을 이유로 한 차별을 금지하며, 샌프란시스코는 몸무게를 이유로 한 차별을 위법한 차별로 규정하는 법을 제정하고 키와 몸무게를 이유로 한 차별을 방지하기 위한 Compliance Guildlines to Probit Weight and Height Discrimination을 마련하였다.

입법례(국외) 1.1-2 : 호주의 빅토리아주 평등기회법(The Victorian Equal Opportunity Act of 1995)

동법에 의하여 망라되는 활동영역에서 개인의 신체적 특징(physical features)에 근거하여 차별하는 것은 위법하다. 신체적 특징은 개인이 많이 통제할 수 없는 개인의 키, 몸무게, 크기 또는 다른 신체적 성격을 의미한다.[3)]

(1) '신체적 특징'이라 함은 대개 개인이 그에 대해 마음대로 통제할 수 없는 것을 의미하는바, 그러한 것들에는 키, 몸무게, 몸의 부피, 반점 등이 포함되며, 경우에 따라서는 쉽게 지울 수 없는 문신도 그에 포함될 수 있다. 그러나 신체적 특징의 요건이 반드시 쉽게 통제할 수 없어야 하는 것은 아니다. 한편 비교적 쉽게 통제할 수 있는 신체적 특징은 대개 '용모'라는 개념에 상당 부분 포섭된다.

사례 1.1(1)-1 : **쉽게 변화를 줄 수 있는 신체적 특징**

개인이 자신의 머리에 변화를 줄 수 있다고 하여 머리와 같은 신체적 특징이 신체적 특징이 아닌 것은 아니다. 머리카락의 길이와 정돈상태는 … 모두 신체적 특징과 관련된다. 따라서 개인의 얼굴이나 머리의 털에 대한 차별적 발언은 차별에 해당할 수 있다.[1)]

(2) "용모 등 신체조건을 이유로" 한다는 것은 불리한 대우의 주된 이유가 특정인(진정인 또는 원고, 이하 이러한 의미로 사용함)의 '용모 및 신체조건' 또는 특정인이 속한 '용모 및 신체조건'이었던 경우를 의미한다.

(2.1) 특정인의 '용모 및 신체조건'을 이유로 불리한 대우를 한다는 것은 합리적 이유 없이 용모 및 신체조건을 이유로 개인이나 집단을 분리, 구별, 제한, 배제하거나 불리하게 대우하는 행위를 말한다.

(2.2) 특정인이 속한 '용모 및 신체조건의 일반적 특성'을 이유로 한다는 것은 특정한 용모나 신체조건과 구별되는 다른 용모의 통상적인 특질(예, 수염이 없어야 하는 등)을 기준으로 삼는 것을 말한다.

(3) "불리한 대우"는 동일한 것으로 평가되는 상황에서 특정인(또는 그가 속한 가족형태 및 가족상황)을 다른 용모 및 신체조건을 가진 사람(또는 집단)보다도 불이익하게 취급하는 것이다.

---

3) http://www.parliament.vic.gov.au/sarc/Equal_Opportunity/chapterthree.htm

1) Fratas v Drake International t/a Drake Jobseek (2000) EOC 93-038. 문신이 신체적 특성에 해당한다는 판례로서는 호주 빅토리아주 판례인 Alan Jamieson v Benalla Golf Club Inc (2000) EOC 93-106 참조.

(3.1) “동일한 것으로 평가되는 상황”이라 함은 같은 상황 또는 약간의 차이는 있으나 실질적으로 다르지 않은 상황을 의미한다.

(3.2) “불이익하게 취급하는 것”에는 경제적 불이익뿐만 아니라 비경제적인 불이익(예, 제반 생활상의 기회 박탈이나 제한)을 포함한다. 또한 과거 내지 현재의 불이익한 취급뿐 아니라 미래의 그것(즉, 불이익하게 취급하려는 것)까지 포함한다.

(3.3) “그러한 대우가 정당화되지 않는 경우”라 함은 용모 및 신체조건을 이유로 하는 불리한 대우가 객관적으로 정당화되지 않는 경우를 의미한다.

(3.4) 객관적 정당화 여부는 그 목적과 수단의 측면에서 판단하여야 한다. 즉, 불리한 대우가 정당한 목적을 달성하기 위해 요구되는 적정한 수단(목적과 수단 간의 비례성)에 해당한다고 평가되면 차별이 아닌 것으로 본다. 그러나 불리한 대우의 정도(특정인 또는 집단에 미치는 차별의 영향력)가 추구하는 목적에 비해 현저한 때에는 정당하지 않은 것으로 판단한다.

2. 판단기준

2.1 고용

입법례(국내) 2.1-1 : 국가인권위원회법
제2조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.
1-3호 : 생략
4. "평등권침해의 차별행위"라 함은 합리적인 이유 없이 성별, … 용모 등 신체조건, … 병력 등을 이유로 한 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다. … 중략 …
가. 고용(모집, 채용, 교육, 배치, 승진, 임금 및 임금외의 금품 지급, 자금의 융자, 정년, 퇴직, 해고 등을 포함한다)과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위

(1) 모집, 채용 등 근로계약 체결에 이르기 위한 근로계약 개시 이전의 모든 고용과정에서 용모 등 신체조건을 이유로 한 차별을 금지한다.

(1.1) 합리적인 이유 없이 지원자의 키, 몸무게, 용모 등의 신체조건을 채용의 판단기준으로 사용하는 경우

사례 2.1(1.1)-1 : **공무원의 응시자격으로 키와 몸무게의 일괄적 제한**
경찰·소방·교정직·소년보호직·철도공안직 공무원 채용 시 해당 기관들은 응시자격으로 키와 몸무게를 일괄적으로 제한하는 규칙을 가지고 있다. 이에 대해 국가인권위원회는 해당 기관들이 해당 키 및 몸무게 기준이 업무상 필요한 자격요건인지 밝히지 못하였다는 점에서, 나아가 개인의 업무수행능력은 키와 몸무게와 같이 사회적 고정관념에 입각하거나 비과학적인 기준이 아니라 객관적이고도 과학적인 측정방법에 의거하여 구체적으로 측정되어야 한다는 점에서, 평등권 침해의 차별행위로 판단하고 해당 기관들에 대해 공무원 채용 시 응시자격요건으로 키와 몸무게를 불합리하게 제한하지 말 것을 권고하였다. <인권위 2005. 4. 11. 03진차562 결정>

사례 2.1(1.1)-2 : **경찰공무원 임용시험에서 문신한 자에 대한 차별**
경찰공무원 임용시험 규정에서 문신의 위치 및 노출 여부 등을 고려하지 않고 일률적으로 문신이 있는 자를 불합격 처리하도록 하는 규칙에 대해, 국가인권위원회는 해당 규칙이 업무의 필요성을 넘어서서 문신한 자에 대한 사회적 편견과 경찰 업무 수행 중 문신이 노출될 수도 있다는 막연한 가능성에 근거한 것으로서 평등권을 침해한 차별행위로 판단하여 경찰청장에게 관련 규정을 차별적인 요소가 없도록 개정할 것을 권고하였다. <인권위 2005. 3. 23. 04진기1 결정>

사례 2.1(1.1)-3 : **특정 신체조건을 가진 졸업예정자의 추천 의뢰**
우리나라에서 1994년 여자상업고등학교에 졸업예정자의 특정한 키와 몸무게에 대한 신체조건

을 부과하여 추천의뢰를 했던 44개 기업에 대한 고발사건이 있었다. 기업이 특정한 키와 몸무게에 대한 신체조건(키 제한, 몸무게 제한, 용모 단정 등)을 부과하여 이 기준에 적합한 여자상업고등학교 졸업예정자만을 추천받아 채용한 것은 직무에 필수적이지 않은 키와 몸무게를 채용의 조건으로 하는 것은 용모 등 신체조건을 이유로 한 차별에 해당한다.

사례 2.1(1.1)-4 : **승강기 안내원 응시자격에서 키 등 신체조건의 제한**

승강기 안내원의 응시 자격을 '신장 162-167㎝, 체중 50㎏ 이하, 시력 1.0이상인 자"로 제한하는 것은 승강기에서 안내하는 직무를 수행하는 데 있어서 필수적이지 않은 신체조건을 채용의 조건으로 하고 있는 용모 등 신체조건에 의한 차별이다.

사례 2.1(1.1)-5 : **키와 몸무게를 이유로 한 에어로빅 강사 채용 거부**

미국의 캘리포니아주 샌프란시스코의 에어로빅을 가르치는 여성인 제니퍼 포트닉(Jennifer Potnic)이 외모를 이유로 에어로빅 강사 채용을 거부당한 사례. 이 여성은 에어로빅 경력 15년의 회사원으로 교회에서 에어로빅을 가르쳐오다가 세계적인 헬스 센터인 제저사이즈(Jazzercise, Inc.)의 한 관계자의 권유로 이 회사에 입사 신청을 하였으나 이 여성을 면접한 이 회사의 간부는 173㎝의 키에 몸무게가 109㎏인 그녀가 에어로빅 강사로는 "적합한 외모"가 아니라며 채용을 거절했다. 이에 대해 이 여성은 키와 몸무게를 이유로 한 차별을 금지하고 있는 샌프란시스코 시조례(San Francisco Ordinances)를 위반한 것이라며 제소하여 이후 조정작업을 거쳐 결국 이 회사는 사규를 바꾸고 앞으로 강사들의 외모와 관련한 요구사항을 안 내걸 것이라는 약속을 하였다.

사례 2.1(1.1)-6 : **외모를 이유로 한 채용 거부**

미국 오클라호마 매드빌에 있는 몰에 아이스크림 판매 파트타임 일자리에 원서를 낸 고소인은 매니저로부터 고용계획이 없다는 말을 듣는다. 고소인은 선천성 구개파열로 외모에 문제가 있었다. 그러나 같은 기간 다른 사람들은 고용되었다는 사실을 알게 되어 고소했다. 이에 대해 법원은 피고가 고소인에게 55,000달러를 배상하고 18개월 동안 석 달마다 점포별 고용상황과 고용되지 않은 응모인들의 사유까지 평등고용기회위원회(EEOC)에 제출하도록 했다.(EEOC v W.H.Braum, Inc, 2004년 8월)[4)]

(1.2) 모집·채용광고에서 용모 등 신체조건을 이유로 한 어떠한 제한을 표현하거나 암시하는 채용 광고를 게재하는 행위

4) http:www.eeoc.gov/litigation/settlements/index.html

가상사례 2.1(1.2)-1 : **모집 채용 광고에서 용모에 의한 차별**
모집 채용 광고에 “용모 단정한 자”등 직무수행 상 필요치 않은 제한적인 조건을 요구하는 것은 용모 등 신체조건에 의한 차별행위이다.

(1.3) 용모 등 신체조건을 이유로 한 어떠한 제한을 표현하거나 암시하는 입사지원서 양식을 사용 또는 배포하는 행위

(1.4) 채용 면접 시에 직무수행에 필수적이지 않은 면접자의 용모 등 신체조건에 대해 질문하거나 이를 지원자를 평가하는 기준의 하나로 삼는 경우

(1.5) 힘이나 민첩성이 직무 수행에 필수적인 요소일 경우 채용 시 지원자의 힘이나 민첩성을 판단하는 기준으로 키나 몸무게를 제한하는 경우[5)]

(2) 임금 및 임금 외의 금품 지급에서 용모 등 신체조건을 이유로 한 차별을 금지한다. 여기서 ‘임금’이라 함은 공공기관 및 사용자가 근로의 대상으로 근로자 등에게 임금·봉급 기타 어떠한 명칭으로든지 지급하는 일체의 금품을 포함한다.

(2.1) 전 직원에게 근무복을 지급하는 회사나 기관에서 근무복을 지급하는 데 있어서 특정한 신체조건, 예를 들면 평균 이상 혹은 이하의 키나 몸무게를 가진 사람이나 임신한 여성의 신체적 조건에 맞는 근무복을 별도로 지급하지 않은 행위

(3) 교육에서 용모 등 신체조건을 이유로 한 차별을 금지한다. ‘교육’에는 신입사원교육, 관리감독자훈련, 국내외 연수 등의 명칭에 관계없이 근로자의 직무수행능력의 배양 또는 향상을 위하여 사업주가 소속 근로자를 대상으로 실시하는 모든 교육 및 직업훈련이 포함된다.

(3.1) 용모 등 신체조건을 이유로 교육에서 배제하거나 해외연수 등 각종 교육의 대상자 선정에 있어 본인의 의사에 반하여 다른 근로자에 비해 불리한 조건을 부과하는 경우

(4) 배치에서 용모 등 신체조건을 이유로 한 차별을 금지한다. ‘배치’라 함은 사업주가 근로자에게 직무의 내용과 직무의 장소 등을 정하여 특정업무에 종하도록 하는 것을 말하며 신규 임용자 배치, 기존 근로자 배치전환, 파견조치, 대기발령 등을 포함한다.

---

5) 키나 몸무게는 직접적으로 개인의 힘이나 민첩성을 판단하지 못하며 대부분의 경우 여성은 남성에 비해 키나 몸무게가 적게 나가기 때문에 이러한 키, 몸무게 제한은 여성 지원자를 배제하는 결과를 가져올 수 있다.

(4.1) 직무수행에 필수적인 요건이나 업무의 특수성에 근거하지 아니하고 일정한 직무의 배치 대상에서 특정 용모 등 신체조건을 이유로 배제하거나 편중하여 배치하는 경우

사례 2.1(4.1)-1 : **비만을 이유로 한 배치에서의 차별**
고용주가 뚱뚱한 사람은 전문직에 적합하지 않은 외모라고 판단하여 대민업무를 하는 직무에서 배재하는 것은 외모를 이유로 한 차별이다. 또한 동료나 고객이 날씬한 사람을 선호한다는 항변은 외모에 의한 차별을 정당화시킬 수 없다. (Human Right Commission, City and Count of San Francisco의 Compliance Guidelines to Prohibit Weight and Height Discrimination)

(5) 승진에서 용모 등 신체조건을 이유로 한 차별을 금지한다. '승진'이라 함은 사업주가 근로자에게 현재의 직급 또는 직위로부터 보다 상위의 직급 또는 직위에 임명하는 것을 말한다.

(5.1) 키나 몸무게, 용모 등의 신체조건을 이유로 승진에서 제외하는 행위

가상사례 2.1(5.1)-1 : **몸무게를 이유로 한 승진 차별**
다이어트 식품 판매회사에서 승진 자격을 갖춘 대상자를 몸무게가 많다는 이유로 승진에서 탈락시키는 것은 용모 등 신체조건에 의한 차별에 해당한다.

(5.2) 승진 자격의 하나로 직무수행에 필요한 신체능력을 측정하는 테스트에서 직무수행에 필요한 최소한의 수준을 요구하지 않고 "신체적 능력은 클수록 좋다"는 생각을 바탕으로 신체능력 테스트의 합격선을 제시하는 경우

(6) 해고에서 용모 등 신체조건을 이유로 한 차별을 금지한다. '해고'라 함은 근로자의 의사와는 관계없이 사용자가 일방적인 의사표시로 장래에 대하여 근로관계를 소멸시키는 것을 말한다.

(6.1) 근로자의 키, 몸무게 등의 신체조건을 이유로 해고시키는 경우

사례 2.1(6.1)-1 : **몸무게 등을 이유로 한 해고**
에어프랑스 항공사(동경지방재판소 1974)에 근무하였던 한 일본인 스튜어디스는 신장 158㎝에 체중이 60㎏ 이상이어서 "실루엣과 걷는 자세, 동작이 둔하고 이 직업에 적합하지 않다"라는 이유로 근무평정에서 낮은 평가를 받았고 이후 체중을 57㎏까지 감량하였으나 계약갱신을 거부당했다고 소송을 제기하였다. 이에 대해 동경지방법원(1974)은 해고 무효 판결을 내렸다.

사례 2.1(6.1)-2 : **수염 금지 정책**

미국 테네시주 쿠크빌에 위치한 한 여행사는 Messianic Christian을 믿는 관리직원을 종교적인 이유로 턱수염을 밀지 않겠다고 하자 해고했다는 이유로 고소되었다. 고소인이 취업할 당시 총지배인은 회사의 수염 금지 정책에도 불구하고 고소인이 수염을 기르도록 허락했으나 지역 담당 지배인이 그를 해고하도록 명령하였다.

법원은 피고가 고소인에게 62,400달러를 배상하고 종교적 차별과 보복 행위를 못하도록 명령하고 모든 지배인들에게 종교적 신념을 이유로 차별해서는 안 된다는 서류를 발송하고 읽게 했다.(EEOC v. Pilot Travel Centers LLC, No. 2:03-0106 (M.D. Tenn. Apr. 9, 2004)[6)]

※ 이 사건은 종교를 이유로 한 차별사건이었으나 용모 및 신체조건을 이유로 한 차별사건으로 분류될 수 있다.

사례 2.1(6.1)-3 : **바지 아닌 치마바지 유니폼을 입겠다는 것을 이유로 한 해고**

경비회사인 피고는 pentecostal christian인 고소인이 종교적인 이유로 바지를 입을 수 없다고 하자 그녀를 해고했다는 이유로 고소되었다. 그녀는 유니폼을 입는 사환으로 고용되었고 현금 수송용 장갑차의 승무원으로 배치되었기 때문에, 그녀는 바지 대신 치마바지를 그것도 유니폼과 같은 재질을 이용해서 만들어 입겠다고 했으나 회사는 고소인을 해고했다. 그녀가 이 사실을 미국 평등고용기회위원회(EEOC)에 제출하자 회사는 그녀를 재고용하고 치마바지를 입게 했다. 법원은 회사가 위로금으로 30,000달러를 배상하게 하고 변호사 비용으로 9,500달러를 주게 했다.(EEOC v. Brink's, Inc. No. 1:02-cv-01111 (C.D. Ill. December 27, 2002)

※ 이 사건은 종교를 이유로 한 차별사건이었으나 용모 및 신체조건을 이유로 한 차별사건으로 분류될 수 있다.

6) http://www.eeoc.gov/litigation/settlements/settlement04-04.html

2.2 재화, 용역, 교통수단, 상업시설, 토지, 주거시설의 공급이나 이용

입법례(국내) 2.2-1 : 국가인권위원회법
제2조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.
1-3호 : 생략
4. "평등권침해의 차별행위"라 함은 합리적인 이유 없이 성별, … 용모 등 신체조건, … 병력 등을 이유로 한 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다. … 중략 …
가. 생략
나. 재화・용역・교통수단・상업시설・토지주거시설의 공급이나 이용과 관련하여 특정한 사람을 우대・배제・구별하거나 불리하게 대우하는 행위

(1) 모든 사람은 키와 몸무게에 상관없이 모든 시설과 서비스를 이용할 수 있어야 한다. 대부분의 서비스가 신체적으로 뚱뚱한 사람, 너무나 마른 사람, 혼은 과도하게 키가 큰 사람, 너무 키가 작은 사람들에게 적용되지 않고 있다. 버스나 비행기, 극장 또는 옷의 크기 등은 평균에서 크게 벗어나는 몸무게나 키를 가진 사람이 이용하기 어렵다.[7)]

(1.1) 특정 신체조건을 가진 사람이 공공시설, 상업시설의 이용과 서비스를 제공받지 못하는 경우. 예를 들어 용모 등 신체조건에 의해 극장이나 레스토랑과 같은 시설에 접근이 거부당하거나 시설이나 서비스 이용을 거부당하는 것은 합리적 이유가 없는 차별이다.

가상사례 2.2(1.1)-1 : **외모를 이유로 한 상업시설 제공 거부**
외모나 외상에 의해 수치심이나 불쾌감 등을 유발한다는 이유로 접근이 거부당하거나 이용이 제한되는 것은 합리적 이유가 없는 한 차별이다. 외모를 이유로 비행기의 탑승이 거부되는 경우가 한 예이다.

(1.2) 주택에 세를 들거나 호텔, 모텔 등의 숙박시설을 이용하는 데 있어서 합리적인 사유 없이 용모 등 신체 조건을 이유로 계약 또는 이용을 거부, 제한하는 것은 차별이다.

7) 호주의 경우, 대부분의 시설과 설비(비행기나 버스 등)들이 백인 남성 노동자의 신체에 맞추어 제작되었다는 인식 하에 국립직업보건안전위원회(National Occupational Health and Safety Commission)에서 남성과 여성의 신체적 특징을 반영한 자료의 구축을 진행 중이며 이는 새로운 시설과 설비의 디자인을 가능하게 하는 기초 자료로 사용될 예정이다.

2.3 교육시설이나 직업훈련기관에서의 교육·훈련이나 그 이용

입법례(국내) 2.3-1 : 국가인권위원회법
제2조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.
1-3호 : 생략
4. "평등권침해의 차별행위"라 함은 합리적인 이유 없이 성별, … 용모 등 신체조건, … 병력 등을 이유로 한 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다. … 중략 …
가. 생략
나. 재화・용역・교통수단・상업시설・토지주거시설의 공급이나 이용과 관련하여 특정한 사람을 우대・배제・구별하거나 불리하게 대우하는 행위

(1) '교육시설과 직업훈련기관'은 교육기본법에 기초한 초・중등교육법, 고등교육법을 비롯하여 사회교육법, 직업훈련촉진법 등 기타 다른 법률에 의하여 설치된 교육시설과 공공기관 및 사업장에서 취업・직무수행에 필요한 지식・기술 및 태도를 학습・향상시키기 위하여 실시하는 직업훈련시설 등을 말하며 이러한 시설에서 제공되는 각종 교재, 교육내용, 서비스를 포함한다. 이와 관련된 용모 등 신체조건을 이유로 한 차별 금지의 유형은 다음과 같다.

(1.1) 용모 등 신체조건을 이유로 교육기관이나 직업훈련기관에 지원 또는 입학하는 것을 제한하는 경우

사례 2.3(1.1)-1 : **간호사관생도 모집에서 신체조건에 의한 차별**
국가인권위는 국군간호사관학교가 간호사관생도 모집요강에서 신입생의 키 및 몸무게를 각각 "157cm에서 183cm, 45kg에서 72kg"로 제한하고 내반슬을 가진 자를 불합격자로 정한 것이 차별인지 여부를 직권조사 하였다. 인권위는 해당 신체요건이 유사 직무를 수행하는 육군본부 간호장교의 신체요건인 "여자 신장 155cm이상 184cm미만", "체중은 신장에 따른 체질량 지수로 판정"이라는 요건보다도 더 엄격하여 그 합리적 이유가 인정되기 어렵고, 전문가들의 의견에 의하면 심하지 않은 내반슬을 가진 자들은 간호장교의 업무를 충분히 수행할 수 있음에도 국군간호사관학교는 내반슬 자체를 불합격 기준으로 정하였으며, 그것은 육군본부 간호장교에 대한 관련 기준보다도 더 엄격한 기준인바, 그 합리적 이유가 인정되지 아니한다고 판단하였다. <인권위 2006. 7. 18. 06직차6 결정>

사례 2.3(1.1)-2 : **경찰대학 신입생 모집에서 신체조건에 의한 차별**
국가인권위는 경찰대학이 「경찰대학학생모집시험규칙」에서 신입생의 자격을 나안시력이 0.2 이상일 것, 색맹 및 색약이 아닐 것, 용모가 추악하지 아니할 것 등으로 정한 것이 차별인지 여부를 직권조사 하였다. 경찰대학은 해당 규칙이 경찰청의 「경찰공무원임용령시행규칙」에서 정한 기준을 따른 것이라고 주장하였으나 경찰청은 이미 해당 규칙을 개정하여 그 기준을 완화하

였고, 그 결과, 경찰대학 신입생의 신체조건은 경찰청의 경찰관 채용 신체조건보다 더 엄격한 것으로 밝혀졌다. 이에 인권위는 경찰대학 학생들도 졸업과 동시에 경찰관으로 근무하는 점을 고려할 때 「경찰대학학생모집시험규칙」의 신입생 신체요건은 과도하고 합리적이지 않은 신체조건이라고 판단하였다. <인권위 2006. 12. 22. 06직차5 결정>

(1.2) 용모 등 신체조건이 교육 또는 훈련을 받는 데 있어서 배제 혹은 제한으로 작용하는 경우

(1.3) 학교 등 공공교육시설 및 훈련시설에서 책상과 의자 등과 같은 강의실내의 가구와 교육도구, 운동기구 등이 특정한 신체적 조건을 가진 사람이 사용하기에 불편한 경우에 대한 요구가 있을 경우, 이를 적절한 것으로 바꿔주지 않는 것도 교육받을 기회를 박탈하는 차별행위이다.

3. 차별금지의 예외

3.1 특정 직무나 사업 수행의 성질상 불가피한 경우(진정직업자격)

• 업무의 성격 또는 업무수행의 상황에 비추어 특정한 용모 등 신체조건이 해당 업무의 정상적인 수행을 위해 불가결하게 요구되고 다른 수단이 존재하지 않는 경우 그 신체조건을 해당 업무의 자격을 제한하는 것은 차별에 해당하지 않는다. • 신뢰할만한 객관적 증거에 의해 해당 업무의 정상적 수행과 특정 신체조건 사이에 직접적인 상관관계가 있고, 개인의 업무수행능력을 개별적으로 평가하는 것이 불가능한 경우 특정 신체조건은 소위 진정직업자격에 해당한다.

(1) 특정한 신체조건이 특정 직무나 사업 수행의 성질상 불가피한 경우, 즉 소위 진정직업자격에 해당하는 경우, 그 직무에 해당 신체조건을 가진 자만을 선발하는 것은 차별에 해당하지 아니한다.

사례 3.1(1)-1 : **일안이 약시인 자에 대한 제1종 운전면허 취득 불허**

진정인은 한쪽 눈이 약시(명암구별만 가능한 상태)이나 다른 쪽 눈의 시력은 2.0인 자로, 이렇게 한쪽 눈이 보이지 않는 경우 다른 쪽 눈의 시력이 아무리 좋아도 제1종 운전면허를 취득할 수 없어, 대형면허를 취득할 수 없을 뿐 아니라 택시 등 사업용자동차 운전도 할 수 없는바, 운동능력측정 등을 통해 안전운행에 결정적인 취약점이 없는 경우 한쪽 눈이 보이지 않는 사람도 제1종 운전면허를 취득할 수 있게 해 달라고 진정하였다.

이에 대해 국가인권위는 단안일 경우 양안보다 운전수행능력에 있어 결함이 있다는 여러 연구결과가 있는 점, 외국의 경우도 대형면허 및 사업용 면허를 취득하기 위해서는 양쪽 눈이 모두 보일 것을 요구하는 점, 헌법재판소도 제1종 운전면허의 취득요건으로 양쪽 눈의 시력이 각각 0.5 이상일 것을 요구하는 것이 직업선택의 자유나 행복추구권, 평등권침해가 아니라고 판단한 점 등을 종합적으로 검토해 볼 때, 대형차량운전자격을 부여하는 제1종 운전면허의 특성상 이를 취득하기 위해 제2종 운전면허의 경우보다 더 높은 운전능력이 요구하고, 시력은 안전운전을 위한 중요한 신체적 능력이므로 제1종 운전면허 취득을 위해 제2종 운전면허 경우보다 더 높은 시력을 요구하는 것은 합리적이라고 판단하였다. <인권위 2005. 8. 22. 05진차112 결정>

※ 이 사건은 고용에 관한 것이 아니므로 해당 신체요건은 소위 진정직업자격에 해당하지는 아니하나, 그 신체요건을 합리적이라고 보는 논리는 진정직업자격의 그것과 유사하다. 이 사건에서 해당 신체요건은 운전이라는 일을 하는 데 있어 운전자와 다른 사람들(동승자 또는 승객, 다른 운전자 등)의 안전을 보장하기 위하여 '불가피'하다는 점에서 정당화되었다.

가상사례 3.1(1)-2 : **공연산업에서 모델이나 배우의 모집에서의 신체조건 제한**

모델이나 배우를 모집함에 있어 아름다운 외모 등 특정 신체조건을 요구하는 것은 진정직업자격에 해당하여 차별이 아닐 수 있다.

9 나이를 이유로 한 차별 판단지침

1. 차별사유의 정의(개념, 적용 범위, 관련 법령근거)

1.1 직접차별

나이에 근거한 직접차별은 유사한 상황에서 나이를 이유로 하는 불리한 대우로서 그러한 대우가 정당하지 않은 경우이다.

입법례(국외) 1.1-1 : 유럽연합 고용·직업평등대우지침 2000/78호(2000년)
나이 등(제1조상의 차별사유)을 이유로 어떤 자를 유사한 상황에 있는 다른 자보다 불리하게 대우하고 있거나 불리하게 대우하였거나 불리하게 대우하려고 하는 것(제2조 2항 (a))

입법례(국외) 1.1-2 : 호주의 연령차별금지법(2004년)
(a) 동일하거나 실질적으로 다르지 않은 상황에서 차별행위자(discriminator)가 다른 나이(또는 나이집단)의 사람보다 차별피해자(aggrieved person)를 불리하게 대우하고 있거나 불리하게 대우하려고 하고, 그 이유가 (b) 차별피해자의 나이 또는 차별피해자와 나이가 같은 사람들에게 일반적으로 속하거나 그들이 일반적으로 가지고 있다고 생각되는 특성 때문인 경우(제14조)

입법례(국외) 1.1-3 : 영국의 고용평등(연령)규칙(2006년)
비슷한 상황에서 특정인을 그의 나이를 이유로 다른 사람들보다 불리하게 대우하는 것으로 객관적으로 정당화되지 않는 경우(제3조 1항 (a))

가. 나이

(1) “나이를 이유로” 한다는 것은 불리한 대우의 원인이 특정인 내지 특정집단(진정인, 이하 이러한 의미로 사용함)의 ‘생물학적’ 나이인 경우이다.

(1.1) 특정 나이의 도달 여부, 특정 나이그룹 해당 여부, 나이의 상대적 차이 등을 불리한 대우의 기준으로 삼는 것이 그 예이다.

(1.2) 나이를 이유로 하는 직접차별을 금지하는 근본 취지는 나이에 관한 부당한 편견 때문에 불이익이 발생하는 것을 막고자 하는 데 있다.

(2) ‘생물학적’ 나이가 아니라 그것과 관련되어 있는 특성(나이 관련 특성)을 이유로 하는 불리한 대우도 일정한 경우에는 나이를 이유로 한 것으로 볼 수 있다. ‘나이 관련 특성’과 나이를 동일시 할 수 있는 경우가 그렇다.

(2.1) 시간의 경과에 따라 형성되거나 시간의 차이에 따라 달라지는 ‘나이 관련 특

‘나이와 동일시 할 수 있는 나이 관련 특성’(나이 대체 특성)을 이유로 하는 불리한 대우 역시 나이를 이유로 하는 불리한 대우로 본다.

성’은 예를 들어, 근속년수, 경험, 자질, 신체적 능력(노동능력), 연공급 하에서의 고임금 등 다양하다. 그러나 이러한 ‘나이 관련 특성’이 생물학적인 나이와 어느 정도로(전적으로 혹은 부분적으로) 관련되어 있는지는 구체적 사안에 따라 다르다. 따라서 ‘나이 관련 특성’ 모두를 일률적으로 생물학적 나이 그 자체와 동일하게 보기는 어렵다. 많은 경우 ‘나이 관련 특성’은 간접차별의 문제 영역에 속한다.

사례 1.1가(2.1)-1 : **근속년수에 근거한 불리한 대우가 나이를 이유로 한 직접차별인지 여부**

몇 주 후에 기업연금을 수급할 수 있는 자격(10년의 근속기간)을 충족하게 되는 근로자를 해고하여 사용자가 연금비용의 부담을 회피하려 했던 사건(1993년 Hazen사건)[8]에서 미국 연방대법원은 고령근로자에 대한 나이차별의 핵심은 고령화되어 감에 따라 생산성과 능력이 감소한다는 편견에 기초하여 차별이 발생하는 것이라는 점을 지적하면서, 사용자의 결정이 나이 이외의 다른 요소에 전적으로 근거하였던 경우에는 편견이 발생할 여지가 없다고 하였다. 또한 ‘나이와 연관되어 있는 요소’(correlated with age)라고 할지라도 ‘근속년수는 분석적인 측면에서 볼 때 나이와는 구별되는 것’(analytically distinct from his years of service)이기 때문에, 근속년수에 근거한 사용자의 결정이 반드시 나이에 근거한 것이라고 주장하는 것은 적절치 않다고 하였다. 이 사건에서 연방대법원은 직접차별의 책임을 묻기 위해 필요한 충분한 증거가 없다고 하면서 사건을 파기

(2.2) 그러나 “나이와 동일시 할 수 있는” 나이 관련 특성(나이 대체 특성)을 불리한 대우의 이유로 한 경우에는 달리 보아야 한다. 나이와 ‘직접적’이고 ‘밀접하게’ 연관되어 있어서 나이와 같다고 평가할 수 있는 특성인 경우가 그렇다. 이러한 경우 생물학적 나이를 불리한 대우의 명시적 기준으로 삼지 않았다고 하더라도 ‘실질적’ 내지 ‘본질적으로는' 나이를 이유로 삼은 것과 다를 바 없기 때문에 직접차별의 영역에 속한다. 특히 나이에 대한 부당한 편견이 불리한 대우의 실질적 원인으로 작용하였다면 직접차별의 문제로 다루어야 한다. 예를 들어, “일한지 너무 오래되었다”는 이유로 해고를 하거나, “젊거나” “늙었다는” 이유로 면접이나 채용을 거부하는 것, “채용시 예측 가능한 노동능력의 저하”를 이유로 하는 계약갱신의 거부 등이 그 예이다.

사례 1.1가(2.2)-1 : **모집・채용 광고 상의 ‘젊은’이라는 표현의 사용**

아일랜드 평등조사관청(ODEI, 준사법적 차별시정기구로서 ‘평등심판소’라는 별칭 갖고 있음)은 모집・채용 광고에서 “젊고 역동적인(a young and dynamic) …” 등 ‘젊은’(young)이라는 표현을 두 번 사용한 것은 젊지 않는 자, 즉 중년자 및 고령자를 배제하는 의도를 명백하게 나

8) Hazen Paper Company v. Biggins, 507 U.S. 604 (1993).

타내거나 그러한 의도를 드러내는 것으로 이해될 수 있으므로 나이차별에 해당한다고 판단[9)]

사례 1.1가(2.2)-2 : **노동능력의 저하를 이유로 한 계약갱신의 거부**

이른바 '실버사원'으로 59세에 채용된 근로자를 나이를 이유로 계약갱신을 거부한 사안에서 일본 하급심 법원은 "일반적으로 나이가 들어감에 따라 신체적 능력과 판단력 등이 감퇴하는 것이 경험칙상 인정됨이 분명하지만 … 채용시에 가지고 있던 능력이 채용 후 현저하게 없어져 업무수행에 지장이 생길 정도가 되거나 업무를 견뎌낼 수 없는 정도에 이른 사정이 있는 경우는 별론으로 하고, 채용시에 용이하게 예측 가능하였던 정도의 노동능력 저하를 가지고 정리(갱신거부)의 이유로 하는 것은 신의칙에 반한다"고 판시[10)]

(※ 일본의 경우 나이차별금지법이 부재하기 때문에 해당 법원이 신의칙이라는 민법상의 일반원칙에 근거하여 판단하였음을 감안해야 함)

나. 불리한 대우

(1) "불리한 대우"는 유사한 상황에서 특정인(또는 그가 속한 나이집단)을 다른 나이의 사람(또는 집단)보다도 불이익하게 취급하는 것을 말한다.

(1.1) "유사한 상황"은 같은 상황 또는 차이는 있으나 실질적으로 다르지 않은 상황을 의미한다. 나이를 제외하고는 같다고 볼 수 있는 상황에서 불리한 대우가 행하지면 그 원인이 나이에 있는 것으로 추정할 수 있고, 그렇지 않다는 점에 대한 입증은 이를 주장하는 자가 부담하게 된다.

(1.2) "불이익한 취급"은 자원·이익·서비스의 획득·배분·이용에 따른 상이한 취급으로 경제적 불이익에 국한되지 않는다(비경제적 불이익 포함). 또한 과거·현재의 불이익한 취급뿐만 아니라 미래의 그것(즉, 불이익하게 취급하려는 것)을 포함한다.

사례 1.1나(1.2)-1 : **나이제한으로 지원서 제출을 포기한 자의 경우**

진정인(37세)은 군 항공부대의 경력 헬리콥터 조종사로서 입대할 수 있는지를 문의하였으나 임용시점에서 19세에서 28세 미만에 해당해야 한다는 지원자격요건을 듣고 정식으로 지원서를 제출하지 않았다. 피진정인은 진정인이 정식으로 지원서를 제출하지 않았기 때문에 진정할 자격이 없고, 피진정인의 행위로 손해를 본 당사자도 아니라고 주장하였다. 이에 호주의 인권·기회평등위원회(HREOC)는 동 위원회법상 진정인이 직접 피해를 입은 당사자일 것을 요구하지 않으며, 나아가 진정인이 지원자격요건을 문의한 후 본인이 바꿀 수 없는 특성(나이) 때문에 부적합

9) Ryanair사건(DEC-E2000-14). 홈페이지(www.equalitytribunal.ie)상의 결정문 참조.
10) 나고야 지방재판소, 1995. 3. 24. 판결(다이횩 사건), 「노동판례」 678호, 47면.

하다는 답변을 들은 경우 서면으로 지원서를 제출하여 절차를 진행하지 않을 것이라는 게 오히려 합리적으로 예상되므로 정식으로 지원서를 제출하지 않았다고 하여 진정인의 진정자격을 부인하는 것은 지나치게 진정의 권리를 제한하는 것이라고 판단[11]

(2) "불리한 대우"의 존재 여부는 유사한 상황에 있는 '나이가 다른 개인이나 집단'(이하 '비교대상자'라 함)간의 비교를 필요로 한다.

나이는 다른 차별사유와 달리 유동성(시간에 따른 나이의 변화)을 핵심적 특징으로 하기 때문에 '적절한 비교대상자'의 선택이 중요하다.

(2.1) 나이에는 다른 차별사유와 확실히 구별되는 고유한 특징이 있다. 다른 차별사유의 경우 대부분 비교대상자가 고정되어 있다. 해당 차별사유의 특성이 거의 고정되어 있어 변하지 않기 때문이다. 예를 들어, 자연적 상태에서 여성이 남성으로 변하지 않는다. 그러나 나이의 핵심적 특징은 유동성이다. 즉, 시간의 지남에 따라 나이는 변한다. 나이의 변화에 수반하여 사람이 처한 지위나 처지, 기대 등이 변하고, 비슷한 연령층에 속하는 자들 사이에도 지위・처지・기대 등의 차이가 존재할 수 있다. 따라서 나이차별 사건의 경우 고정된 비교대상자를 상정하기가 곤란하고, 다른 차별사건에 비해 '적절한' 비교대상자의 선택이 더 중요하고 더 어렵다.

※ 예시
60세 정년을 앞둔 58세의 근로자는 여러 가지 측면에서 55세의 근로자 또는 50세의 근로자와는 매우 다른 처지에 있을 수 있고, 기대하는 바도 다를 수 있다. 예컨대, 정년까지 일할 수 있는 기간과 그에 따른 기대소득이 다르다. 따라서 58세의 근로자를 55세 또는 50세의 근로자와 비교하는 것이 부적절할 수 있다. 막 입사한 20세의 근로자와 비슷한 시기에 입사한 25세의 근로자 사이에도 너무 다른 처지・기대의 차이가 존재할 수 있기 때문에 마찬가지의 문제가 발생한다. 이처럼 제기 가능한 여러 상황에서 '적절한' 비교대상자를 어떻게 정하여야 하는가? (다음의 내용・사례 참고)

(2.2) 통상적으로 불리한 대우를 주장하는 진정인이 비교대상자를 지정하다. 그러나 진정인이 택한 비교대상자가 항상 적절하다고 볼 수는 없다. 따라서 진정인과 유사한 상황에 있는 적절한 비교대상자를 선택하여 비교를 행하는 것이 중요하다. 예컨대, 어떤 고령근로자를 그보다 상당히 젊은 근로자로 대체한 사건의 경우에는 '적절한' 비교대상자가 실재할 뿐만 아니라 명확하다. 양자를 비교하면 되기 때문이다. 그러나 사건

11) Robert Bledly사건. HREOC, *Report of Inquiry into Complaints of Discrimination in Employment and Occupation Age Discrimination in the Australian Defence Force*, Report No.8, Commonwealth of Australia, 2000.

에 따라서는 '적절한' 비교대상자가 실재하지 않거나 불명확할 수 있다. 이러한 경우 가상적 비교대상자를 상정하여 비교하는 방법이 유용할 수 있다. 즉, 나이를 제외한 여러 변수를 동일하게 가정하고(이런 가정을 통해 유사한 상황 도출 가능), 나이에 따른 대우의 차이와 정도를 확인하는 방법이 그 예이다.

사례 1.1나(2.2)-1 : **조기퇴직보상금 관련 '적절한' 비교대상자의 결정**

60세 이상자와 미만자에 대한 조기퇴직 보상금 지급기준을 달리한 사건에서 진정인(64세)은 59세의 근로자를 비교대상자로 정하여 불리한 대우를 주장하였고, 피진정인은 대우의 차이가 나이 때문이 아니라 보다 많은 기간 동안 일할 수 있음에도 조기에 퇴직하는 보다 나이가 적은 근로자의 수년에 앞선 고용상실을 보상하기 위한 것이라고 주장하였다. 아일랜드 평등조사관청(평등심판소)은 59세의 근로자와 64세의 근로자간에는 처한 상황이 너무 다르기 때문에 유사한 상황이라고 보기 어려고, 양자를 비교하는 것은 부적절하다고 보았다. 결국 근속기간·임금수준이 동일하다고 전제하고 나이가 60세+1일인 경우와 60세-1일인 경우를 상정하여 조기퇴직금액을 계산·비교하는 방식을 택하여, 이 사건에서의 조기퇴직보상금제도는 근속기간과 임금수준이 동일한 근로자 사이에서 60세 미만자에 비해 60세 이상자에게 현저하게 불리하게 설계되어 있고(비교의 결과 6천 파운드의 차이가 발생, 이는 2일의 차이에 대한 장래소득 상실의 보상으로서 비례적이지 않다고 봄), 나이 외의 다른 요소에 의해 이러한 불이익이 상쇄되지 않으며, 또한 법(고용평등법)이 규정하는 차별예외사유에 관한 증거가 제시되어 않은 이상 나이차별에 해당한다고 판단하였음(다만, 법 적용 유예기간에 해당하는 사건이기 때문에 위법하지 않는 것으로 결정)[12)]

다. 정당성 여부

(1) 나이를 이유로 하는 불리한 대우가 "정당하지 않는 경우"에 차별이 성립한다. 반대로 정당한 경우에는 차별이 성립하지 않는다. 나이기준이 합리적이고 불가피한 경우도 있을 수 있기 때문이다. 다만, 차별예외를 허용하는 일반적 판단기준으로서의 '정당성' 개념은 엄격하게 해석해야 한다. 그렇지 않으면 차별금지의 실효성이 없게 된다.

나이에 근거한 대우의 차이(차등취급)가 '정당한 목적'(중요한 사회·경제적 목적)을 달성하기 위해 객관적으로 '불가피'하고 그 목적에 비추어 '적정한' 경우에는 차별이 아닌 것으로 본다.

(2) 나이에 근거한 대우의 차이(차등취급)는 '정당한 목적'을 달성하기 위한 것이어야 한다(**목적의 정당성**). 이 경우 추구하는 목적은 합법적이고 합리적이어야 한다. 긴박·긴절한 목적이어야 하는 것은 아니지만, 해당 상황에서 중요한 것이어야 '정당한' 목적으로 해석할 수 있다. 다만, 긴박·긴절한 목적의 경우 그렇지 않는 목적에 비해 정당성 판단수준이 완화될 수 있다. 상황이 변화하면 과거에 정당하였던 목적도 달리 평가될 수 있기 때문에 주어진

12) Perry v Garda Commissioner (DEC-E2001-29). 홈페이지(www.equalitytribunal.ie)상의 결정문 참조.

상황에서 목적의 정당성을 판단해야 한다. 한편, 정당한 목적은 실제상의 필요에 부응하는 것이어야 하고, 객관적인 증거에 의해 뒷받침 되어야 한다. 단순한 주장이나 견해만으로는 불충분하다.

(2.1) 유럽연합(EU)의 2000년 「고용・직업평등대우지침」(2000/78호)은 고용영역에서 나이기준(최저 연령 또는 최고 연령)의 사용이 정당화될 수 있는 요건과 예를 제시하고 있다. 그 예를 보면, 청년・고령자의 직업적 통합 촉진 내지 보호, 해당 업무가 요구하는 교육훈련(기간 및 비용), 퇴직 이전의 합리적인 고용기간 등이다. 그 외에도 사람의 생명・건강・안전, 연소자의 보호, 기업공헌(loyalty)의 촉진・보상, 기업도산의 방지, 기업의 정상적인 운영을 위한 합리적인 인력수급계획[13] 등이 정당한 목적의 예에 해당할 것이다. 한편, 고용 이외의 영역에서는 생명・건강・안전, 특정 나이(또는 집단)에 고유한 필요의 충족, 합리적 범위를 넘어서는 과도한 부담의 회피 등이 정당한 목적의 범주에 포함될 수 있다.

입법례(국외) 1.1다(2.1)-1 : EU 고용・직업평등대우지침 2000/78호(2000년)

나이에 근거한 대우의 차이의 정당화(제6조 제1항) : 나이를 이유로 하는 대우의 차이가 국내법적 상황에서 고용정책・노동시장 및 직업훈련상의 목적 등 합법적인 목적에 의해 객관적이고 합리적으로 정당화되고, 그러한 목적을 달성하기 위한 수단이 적절하고 필요한 경우 회원국은 이를 차별에 해당하지 않는 것으로 규정할 수 있다. 그 예는 다음과 같다.

(a) 청년・고령자・부양책임자의 직업적 통합을 촉진하거나 이러한 자를 보호하기 위하여 채용・직업훈련의 기회, 해고・임금 등 고용 관련 특별한 요건의 설정

(b) 채용 또는 고용관련 특정이익 제공의 경우 나이・직업경험 또는 재직기간에 관한 최저 조건의 설정

(c) 해당 업무가 요구하는 교육훈련 또는 퇴직 이전의 합리적인 고용기간에 근거하여 채용을 위한 최고 연령의 설정

(2.2) 통상적인 상황에서 '비용절감'은 원칙적으로 정당한 목적에 해당하지 않는 것으로 보아야 한다. 일반적으로 차별대우는 평등대우에 비해 비용이 덜 드는데 비용절감을 정당한 목적으로 보게 되면 차별을 조장하는 것과 다를 바가 없기 때문이다. 그러나 도산의 위험과 같은 특별한 상황 하에서는 비용절감이 정당한 목적에 해당할 수 있다.

(3) 나이를 이유로 한 차등취급은 '불가피한' 것이어야 한다(**수단의 불가피성**). 나이 이외의 합리적 수단을 사용하여 목적을 달성할 수 있는 경우(즉, 합리적 대안이 존재하는 경우)에

13) 기업 근로자의 연령구조상 다수의 근로자가 비슷한 시기에 정년퇴직하게 되는 경우 기업의 정상적 운영을 위해 상대적으로 나이가 적은 근로자들을 충원하는 계획은 정당한 목적에 해당하는 것으로 해석 가능하다.

는 수단(나이기준)의 불가피성을 인정할 수 없다. 또한 수단은 그 목적과의 관계에서 '적정한' 것이어야 한다(**수단의 적정성**). 이러한 적정성원칙에 의하면 수단으로 채택된 나이기준의 정도 및 그에 따른 불이익의 정도가 적정하여야 한다. 그렇지 않으면 나이차별이 성립한다.

사례 1.1다(3)-1 : **비례원칙 위반(고령자에 대한 기간제 근로계약 체결요건의 완화)**

유럽사법재판소(ECJ)는 Mangold v. Helm 사건(2005. 11. 22, Case C-144/04)에서 상대적으로 높은 실업률을 보이는 고령자의 고용을 촉진하기 위해 52세 이상 고령자의 경우 최고 2년을 초과하는 기간제 근로계약의 연쇄적 체결을 예외적 허용하는 독일의 개정법(2003. 1. 1. 시행)을 EU 고용·직업평등대우지침(2000/78호)에 위반하는 나이차별로 판결하였다. 독일 구법하에서는 58세 이상 고령자의 경우 사용자는 객관적 사유 없이도 최고 2년의 범위 내에서 기간제 근로계약을 체결할 수 있게 했었다. 기간제 근로계약의 체결요건을 완화한 개정법에 대해 유럽사법재판소는 비례원칙에 반하는 것으로 판단했다. 단지 나이 때문에 안정적 고용의 이익으로부터 배제될 위험(즉, 고령근로자의 고용권 약화)이 있기 때문에 독일 개정법은 고령자의 직업적 통합을 달성하기 위한 적절하고 불가결한 수단의 범위를 벗어났다는 것이 판단의 이유이다.

사례 1.1다(3)-2 : **비례원칙 위반(60세를 기준으로 한 조기퇴직보상금의 차이)**

60세 이상자와 미만자에 대한 조기퇴직 보상금 지급기준을 달리한 사건에서 아일랜드 평등조사관청(평등심판소)은 근속기간과 임금수준이 동일한 근로자 사이에서 60세 미만자에 비해 60세 이상자에게 현저하게 불리하게 설계되어 있고(가상비교의 결과 6천 파운드의 차이가 발생, 이는 2일의 차이에 대한 장래소득 상실의 보상으로서 비례적이지 않다고 봄), 나이 외의 다른 요소에 의해 이러한 불이익이 상쇄되지 않는 등 나이차별에 해당한다고 판단(보다 자세한 내용은 사례 1.1나(2.2)-1 참조)

사례 1.1다(3)-3 : **비례원칙 부합(경영상의 곤란에 대응한 고령자의 임금감액)**

흑자가 감소하고 신규채용이 어려워진 회사가 '종업원관리제도' 개정을 통해 55세를 정점으로 하여 월 2-3만엔의 임금을 감액(6.1-9.2% 감액)하기로 하고 노조가 이에 동의하여 협정이 체결되었으나 임금 감액의 대상이 된 원고들이 소를 제기한 사안에서 일본 하급심 법원은 "통상 나이에 수반하여 생활비의 많고 적음이 변동하는 이상, 나이에 따라 임금액을 변동시키는 것도 그 내용이 생활비의 경향을 반영하는 것이고, 또한 임금이 부당하게 낮은 것이 아니라면 곧바로 불합리하다고 할 수 없다"고 하여 원고들의 청구를 기각[14]

(※ 이 사례는 나이를 이유로 하는 고용차별을 금지하는 법이 부재하고 60세 정년이 법에 의해 강제되지 않던 시기에 내려진 판결임에 유의)

14) 요코하마 지방재판소, 1990. 7. 17. 판결(일본강관사건), 「判例タイムズ」 1091호(2002. 8. 1.자), 240면 이하.

가상사례 1.1다(3)-1 : **나이제한 정도의 적정성 관련**

기계·설비의 작동을 위해 요구되는 훈련기간이 3년이고 해당 기업의 정년이 55세인 상황에서 45세 이상의 자를 채용하는 것은 훈련기간 및 정년 이전의 합리적 고용기간의 측면에서 합리적이지 않다고 주장한다. 이러한 주장은 정당한가?

(※ 훈련기간이 짧거나 훈련 후 근로자들의 평균적 재직기간이 나이와 관계없이 짧은 경우 위와 같은 주장은 정당하다고 보기 어려움. 위의 예에서 근로자들이 통상적으로 훈련(3년) 후에 7년 이상 재직하지 않고 있다면 45세 나이제한은 적정한 수단에 해당하지 않는다고 판단 가능)

1.2 간접차별

나이를 이유로 하는 간접차별은 외관상 중립적인 기준 등의 사용에 의해 특정 나이집단의 사람들이 다른 나이집단의 사람들에 비해 불리한 상황(결과적 불이익)에 처하게 되고, 그 기준 등의 사용이 정당하지 않은 경우이다.

입법례(국외) 1.2-1 : 유럽연합 고용·직업평등대우지침 2000/78호(2000년)
외관상 중립적 규정, 기준 또는 관행에 의해 특정 나이의 자 등이 다른 자에 비하여 특정의 불이익에 처하게 되는 것(제2조 제2항 (b)). 다만, 외관상 중립적인 규정·기준 또는 관행이 합법적 목적에 의해 객관적으로 정당화되고, 그러한 합법적 목적을 달성하기 위한 수단이 적절하고 불가결한 경우에는 간접차별에 해당하지 않음(제2조 제2항 (b)의 (i))

입법례(국외) 1.2-2 : 호주의 연령차별금지법(2004년)
(a) 차별행위자가 어떤 조건, 요구 또는 행위를 강제하거나 강제하려고 하고, (b) 이러한 조건, 요구 또는 행위가 해당 상황에서 합리적이지 않으며, (c) 이러한 조건, 요구 또는 행위가 차별피해자와 나이가 같은 사람들에게 불리한 영향을 주거나 그럴 가능성이 있는 경우에 간접차별 성립(제15조 제1항). 그 조건, 요구 또는 행위가 합리적이라는 점에 대한 입증책임은 차별행위자에게 있음(제15조 제2항)

입법례(국외) 1.2-3 : 영국의 고용평등(연령)규칙(2006년)
외관상 중립적인 조항·기준·관행이 특정 나이집단의 사람들을 타인과 비교하여 특별히 불리한 상황에 처하게 하거나 처하게 할 수 있고, 특정 나이집단의 사람이 그 조항 등에 의하여 불리함을 겪고, 그 조항 등이 객관적으로 정당하지 않은 경우에 간접차별 성립(제3조 (1)(b))

가. 총설

(1) 나이를 이유로 하는 간접차별은 나이 외의 기준을 사용함으로써 표면상으로 아무런 차별이 없어 보이나 실제로는 특정 나이집단의 구성원이 다른 나이집단의 구성원에 비해 불리한 상황에 처하게 되고, 이러한 상황(중립적 기준의 사용에 의한 특정 나이집단의 결과적 불이익)이 정당화될 수 없는 경우에 인정된다.[15]

15) 미국에서 간접차별은 '불평등효과'(disparate impact)라고 칭한다. 미국의 '고용기회평등위원회'와 일부 연방항소법원은 나이에 근거한 간접차별 역시 '고용상 연령차별금지법'(ADEA) 위반으로 보았지만, 일부 하급심 법원은 이를 부인하였다. 인정한 판결례로 Coleman v. Quaker Oats Co., 232 F.3d 1271(9th Cir. 2001) 및 Evers v. Alliant Techsystems, Inc., 241 F.3d 948(8th Cir. 2001)이 있고, 부인한 판결례로 Mullin v. Raytheon Co., 164 F. 3d 696(1st Cir.), cert. denied, 528 U.S. 811(1999) 및 Blacwell v. Cole Taylor Bank, 152 F. 3d 666(7th Cir. 1998) 이 있다. ADEA 하에서 간접차별이 인정될 수 있는지에 관한 연방대법원의 판결례는 아직까지 없

가상사례 1.2가(1)-1 : **미국 EEOC가 제시하는 간접차별의 전형적 예**[16]

X사의 경영권을 인수한 A는 21세기가 '컴퓨터의 세기'가 될 것이라는 생각했다. X사의 유일한 생산품은 근로자들이 손뜨개질로 생산해내는 수제품 양모 윗옷이었고, X사의 사업에 컴퓨터가 크게 유용하지는 않지만, A는 모든 현업 근로자들을 확실한 컴퓨터 이용자로 만드는데 막대한 자금을 투자하고, 최소한 컴퓨터 분야의 학사학위 소지자가 아니면 채용하지 않는다는 방침을 발표했다. 한편, 근로자 B는 편물에 관한 풍부한 경험과 실적을 쌓았으나 컴퓨터 사용 경험은 없는 50세의 여성이다. 그녀는 최고의 적격자임에도 X사의 직공장 선발에서 탈락하였고, 그 이유는 해당 직무와 관련이 없는 컴퓨터 소양의 부족이었다. 관련 연구결과에 따르면 40세 이하 사람들(미국의 「고용상 연령차별금지법(ADEA)」은 40세 이상의 자에게 적용) 중 컴퓨터 관련 학사학위 소지자는 20%였고, 40세 이상의 경우 단 1%였다.

(이 가상사례는 간접차별의 성립이 인정되는 대표적인 예이다. 이 사례에서 사용자는 직무 관련성이 없는 요구를 내세워 최적격자를 탈락시켰다. 그러나 위의 예시에서 근로자 B가 컴퓨터 관련 업무의 관리직에 응시한 경우라면 결과는 달라질 것이다.)

나. 중립적 기준

(1) "외관상 중립적인 기준 등"(이하 '중립적 기준'이라 함)이라 함은 나이가 아닌 '차별 중립적인' 규정・조건・관행 또는 행위 등을 의미한다.

(1.1) 사안에 따라서는 '의도적인' 나이차별(직접차별)을 은폐하기 위한 구실로 중립적 기준이 활용되는 경우도 있을 수 있다. 특히 직접차별인가 간접차별인가에 따라 구제의 수단・내용이 현저히 달라지는 법제도 하에서는 양자를 구별할 실익이 크다.

(2) 간접차별이 문제되는 사례에서 중립적 기준은 '나이 관련 요소'(예, 일정 수준의 재직기간・지식・경력・숙련・자격 등)인 경우가 많다.

※ 참고

특정 분야의 "최근" 자격증이나 학위, 경력 등을 요구하는 것은 오래 전에 해당 자격증 등을 취득한 자(특히 고령자)를 배제한다는 점에서 간접차별을 추정케 하는 중립적 기준에 해당

(2.1) '나이 관련 요소'는 어떤 식으로든 서로 다른 나이집단에 유・불리의 영향을 준다. 예컨대, 장기근속, 경력・경험은 상대적으로 나이가 적은 집단에게 불리하게, 나이가 많은 집단에게 유리하게 작용한다. 반면에 컴퓨터 지식이나 신체적 적합성은 상대적으로 나이가 많은 집단에게 불리하게, 나이가 적은 집단에게 유리하게 작용한다.

다.

16) EEOC Technical Assistance Program, *Age Discrimination* (Employment Discrimination Prohibited by the Age Discrimination in Employment Act of 1967, as amended), 2002, pp.13-14 참조.

(2.2) 간접차별 판단의 핵심은 중립적 기준이 특정 나이집단의 구성원들에게 상대적으로 더 큰 불이익을 초래했는지, 그리고 중립적 기준의 사용이 해당 사건의 상황에서 정당한지 여부의 판단에 있다.

사례 1.2나(2.2)-1 : **2-3년을 초과하지 않는 직업경력의 요구**

피진정인은 상업분야에서의 경험이 2-3년을 초과하지 않는 대학졸업자를 구한다는 신문광고를 내었고, 사업운영의 경험과 관련 직업 및 교육의 배경을 가진 51세의 진정인이 지원하였으나 면접 대상자에서 배제되었다. 진정인은 광고의 문고가 경험 있는 중년 내지 고령의 지원자들을 배제하려는 의도에서 만들어졌거나 그러한 의도를 나타내는 것으로 합리적으로 이해될 수 있다고 주장하였다. 아일랜드의 평등조사관청(평등심판소)은 2-3년을 초과하지 않는 직업경험에 대한 요구는 나이가 젊은 지원자들에 비해 진정인에게 불리하게 작용하는 것으로, 피진정인이 나이와 무관한 객관적인 업적(merit) 기준에 관한 증거를 제시하지 못했기 때문에 간접차별에 해당한다고 판단[17]

다. 결과적 불이익

(1) 간접차별은 “특정 나이집단의 사람들이 다른 나이집단의 사람들에 비해 불리한 상황에 처하게” 될 것(결과적 불이익)을 요건으로 한다. 결과적 불이익이 있는지의 판단은 서로 다른 나이집단 사이의 비교를 요한다.

• 결과적 불이익은 서로 다른 나이집단간의 비교를 통해 확인하여야 하고, 이 경우 상호 비교해야 할 2개 나이집단의 구체적 범주(연령범위)는 해당 사안에 따라 합리적·재량적으로 정한다.
• ‘특정 나이집단’(진정인 포함)과 비교해야 할 ‘다른 나이집단’을 1개로 특정하는 것이 적당하지 않은 사안(중립적 기준이 대다수 연령층에게 영향을 미치는 경우)에서는 여러 나이집단으로 세분하여 상호 비교하는 방법이 유용하다.

(1.1) 다른 차별사유와 달리 나이의 경우 상호 비교 가능한 경우의 수가 훨씬 많다. 예를 들어, 성차별 사건의 경우 중립적 기준이 여성집단과 남성집단에게 어떤 영향을 미쳤는지를 비교하면 된다. 그러나 나이차별 사건의 경우에는 나이를 달리하는 나이집단이 너무 다양하고, 어떤 나이집단들을 택하여 서로 비교하는가에 따라 그 결과가 매우 달라질 수 있다. 따라서 상호 비교 대상이 되는 ‘특정 나이집단’의 범주와 ‘다른 나이집단’의 범주를 어떻게 정할 것인가에 대한 일반적 원칙을 수립하기는 어렵고, 해당 사건의 구체적 상황을 고려하여 합리적·재량적으로 판단하여 정해야 한다.

17) Tom O'Connor v LIDL Ireland GmbH (DEC-E2005-12). 홈페이지(www.equalitytribunal.ie)상의 결정문 참조.

(1.2) 사안에 따라서는 진정인(예, 53세)을 포함하는 '특정 나이집단'(50세 이상 그룹)과 비교해야 할 '다른 나이집단'(50세 미만 그룹)을 특정의 나이(50세)로 구분하여 비교하는 것이 부적절할 수 있는데, 그런 경우에는 여러 나이집단으로 세분하여(예, 20대 그룹, 30대 그룹, 40대 그룹, 50대 그룹) 상호 비교하는 방법이 유용할 수 있다. 중립적 기준이 대다수 연령층에게 영향을 미치는 경우가 특히 그렇다.

(2) 특정 나이집단과 다른 나이집단 사이의 불이익의 정도(차이)가 반드시 현저해야 하는 것은 아니고, 특정 나이집단에게 상대적으로 더 큰 불이익을 초래하는 것으로 족하다.

특정 나이집단의 결과적 불이익은 다른 나이집단에 비해 상대적으로 더 큰 불이익을 의미하고 불이익의 정도가 반드시 현저해야 하는 것은 아니다.

(2.1) 중립적 기준이 특정의 나이집단 구성원들에게 특정의 불이익을 발생시키고, 다른 나이집단의 구성원들에게는 그러한 불이익이 발생하지 않거나 상대적으로 적다면 간접차별을 추정할 수 있다.

사례 1.2다(2.1)-1 : **상대적 장기근속자들에 대한 더 큰 불이익**

재직기간 16년 이상 근로자에게 4주 이상의 연차유급휴가, 30년 이상 근로자에게 7주의 연차유급휴가를 제공했으나, 기업이 큰 손실에 따른 노동비용 감축의 일환으로 임금 14% 삭감 및 연차유급휴가 4주 삭감했던 사안에서 미국 연방항소법원은 선임권(상대적 장기근속)이 나이 젊은 근로자들에 비해 나이 많은 근로자들에게 더 큰 불이익을 초래하는 경우 간접차별 주장이 가능하다고 판시(단, 이 사안에서 근로자들이 간접차별을 일응 입증하지 못하였다고 봄)[18]

(※ 이 사례에서는 기업의 손실에 따른 노동비용 감축의 필요성이라는 사유가 존재했기 때문에 결국 간접차별이 인정되지 않았다는 점에 유의)

사례 1.2다(2.1)-2 : **최고 2-3년의 자격경험 기준과 특정 나이집단에 대한 상대적으로 더 큰 결과적 불이익**

회계원으로 약 20년의 경력을 갖고 있는 50대의 진정인은 최소 2-3년의 자격경험이 있는 자를 구하는 채용광고를 보며 지원하였으나, 피진정인은 2-3년은 사실상 경험의 최고한도라고 말하며 지원 신청을 거부하였다. 아일랜드의 평등조사관청(평등심판소)은 회계원들이 통상적으로 20대 중반에 자격을 갖추는 점을 감안할 때 최고 2-3년의 자격경험은 실제상 30세 이상의 나이집단에 속하는 현저히 적은 비율의 자들이 충족할 수 있는 조건으로 보다 나이가 많은 지원자들에 대한 간접차별이고, 피진정인은 이러한 조건을 객관적으로 정당화하는 증거를 제시하지

18) Finnegan v. Trans World Airlines Inc., 967 F.2d 1161 (7th Cir. 1992).

못했다고 판단[19]

(※ 이 사례에서 20대 중반의 나이집단에게는 결과적 불이익이 없거나 상대적으로 적은 반면에 50대의 진정인을 포함하는 30세 이상의 나이집단 구성원들에게는 상대적으로 더 큰 결과적 불이익이 초래되고 있음)

(3) 중립적 기준이 서로 다른 나이집단의 구성원들에게 어느 정도로 다른 영향을 미치는지를 확인할 수 있는 유용한 방법 중의 하나가 통계치의 활용이다.

(3.1) 미국 평등고용기회위원회(EEOC)가 민권법 제7편(인종·성별 등을 이유로 하는 고용차별의 금지)의 적용과 관련하여 간접차별 판단의 가이드라인으로 제시한 '4/5 규칙'을 참고하여 중립적 기준이 서로 다른 나이집단에 미친 영향의 정도(편차)를 파악할 수 있다. '4/5규칙'의 보편타당성에 관해서는 논란이 있고, 본래 나이 관련 간접차별의 이론으로 만들어진 것도 아니라는 한계는 있으나, 비교 대상이 된 2개의 나이집단 사이에 편차가 특히 크게 나타는 경우에는 간접차별을 추정할 수 있는 매우 유용한 방법이다.

※ 참고 : '특정 나이집단'(A그룹)과 '다른 나이집단'(B그룹) 사이의 결과적 불이익 비교

[A그룹 중 중립적 기준 (미)충족자의 수÷A그룹의 총수=X], [B그룹 중 중립적 기준 (미)충족자의 수÷B그룹의 총수=Y]를 계산하여 X와 Y의 차이를 비교하여, 그 편차가 어느 정도인지를 확인한다. '4/5규칙'에 의하면 X와 Y의 편차가 20%를 초과하면 간접차별을 추정한다.

사례 1.2다(3.1)-1 : **통계방법을 이용한 간접차별 판단**

Transco사는 근로자들의 능력 제고를 위해서 업무시간을 분할하고 그 시간 내에 일정한 업적을 달성하게 하는 프로그램을 만들어 48주 후 이를 종료하면서, 그 결과 52명의 선발자 중 11명을 해고하였는데 그 중 10명이 40세 이상(그 중 2명의 원고가 회사를 상대로 제소) 이었다. 미국의 연방항소법원은 원고의 간접차별(불평등효과) 주장과 관련하여, 25명의 젊은 근로자 중 1명의 근로자가 해고된 것에 반해 27명의 나이 많은 근로자 중 10명이 해고된 사실이 약 10대

19) Noonan v Accountancy Connections(DEC-E2004-42). 홈페이지(www.equalitytribunal.ie)상의 결정문 참조. 아일랜드 고용평등법(Employment Equality Act, 1998)상의 간접차별 규정(제31조 제1항)에서는 비교대상 집단간에 중립적 기준 충족 비율의 현저한 차이를 명시적으로 언급하고 있다. 즉, 제31조 제1항에 의하면, 고용과 관련한 규정(요구, 관행 또는 기타 어떤 종류의 것이든 무관)이 (a) C와 D를 포함하는 모든 근로자(내지 지원자) 또는 경우에 따라서는 C와 D를 포함하는 일정한 근로자집단(내지 지원자집단)에게 적용되고, (b) D와 비교할 때 C에게 불이익하게 작용하며, (c) D와 동일한 관련 특성을 가지고 있는 근로자들(내지 지원자들)과 비교할 때 C와 동일한 관련 특성을 가지고 있는 근로자들(내지 지원자들) 중 현저히 적은 비율(a substantially smaller proportion)의 자들만이 실제로 그러한 고용 관련 규정을 충족할 수 있고, (d) 그러한 고용 관련 규정이 제반 사정에 비추어 합리적인 것으로 정당화될 수 없을 때, 사용자는 (c)에 언급된 관련 특성을 초래하는 차별사유에 근거하여 C를 차별하는 것으로 간주된다.

1의 차이를 보여주므로 유효한 통계적 근거가 된다고 판단하고 나이 많은 근로자에게 불평등한 효과가 발생했다는 사실을 인정하였다. 그리고 해당 프로그램이 경영상의 필요에 의한 것이라는 회사측의 주장에 대해 연방항소법원은 프로그램의 과도하게 높은 평가 기준이 경영상 필요와 관련이 없다고 보았고, 결국 회사가 법(ADEA)을 위반했다고 결정[20]

라. 정당성 여부

(1) 중립적 기준을 사용하는 것이 해당 상황에서 정당하지 않는 경우에 간접차별이 성립한다. 이 경우 정당성 여부는 목적과 수단 양자 측면에서 판단하여야 하고, 정당성은 이를 주장하는 자가 입증하여야 한다.

중립적 기준이 해당 상황에서 사업·업무상의 필요 등과 같은 정당한 목적을 달성하기 위해 불가결하고 적정한 수단으로 판단되면 간접차별이 성립하지 않는다.

(1.1) 문제가 된 중립적 기준은 '정당한' 목적을 달성하기 위해 '꼭 필요한' 것이어야 한다. 고용영역의 경우 미국 판례법과 EEOC 해석규칙은 '직무관련성' 내지 '사업상의 필요'를 일반적 정당사유로 제시하고 있고, 도산을 피하기 위한 목적에서 이루어진 비용절감(고임금 근로자의 해고)은 피할 수 없는 것으로 사업상의 필요에 해당한다고 보았다.[21]

※ 참고 : 미국 ADEA 관련 EEOC 해석규칙(29 C.F.R. §1625.7) - **나이 이외의 합리적 요소에 근거한 차등대우**(Differentiations based on reasonable factors other than age)

(a) 동법(ADEA) 제4조 (f)(1)에 의하면, "사용자, 직업소개기관 또는 노동조합이 … 연령 이외의 합리적 요소에 근거하여 차등 대우하는 경우에는 … 위법하지 않다"고 규정하고 있다.

(b) "연령 이외의 합리적 요소에 근거한 차등대우"의 범위에 대하여 정확하고 명백하게 결정할 수는 없다. 그러한 차등대우의 존부는 개별 상황을 둘러싼 모든 특정한 사실과 정황을 기초로 하여 결정되어야 한다.

(c) 제한기준으로 나이를 사용하는 고용관련 행위(employment practice)의 경우 그 행위가 나이 이외의 합리적 요소에 의해 정당화된다는 항변은 유효하지 않다.

(d) 테스트 등 고용관련 행위가 나이 "이외의 요소"이기 때문에 근로자 내지 지원자에 대한 차등대우의 근거라고 주장하고 있고 그러한 행위가 동법에 의해 보호되는 연령그룹에 속하는 자들에게 불리한 효과(an adverse impact)를 초래하는 경우, 그러한 행위는 사업상의 필요(a business necessity)에 의해서만 정당화될 수 있다. "나이 이외의 합리적 요소"라고 주장하는 테스트는 동 위원회(EEOC) 규칙 제1607호(역주: 근로자 선발절차에 관한 통일적 가이드라

20) Fisher v. Transco Serv.-Milwaukee Inc., 979 F.2d 1239 (7th Cir. 1992).
21) Finnegan v. Trans World Airlines Inc., 967 F.2d 1161 (7th Cir. 1992).

인)가 정하는 기준들에 합치하는지를 면밀하게 조사・검토하여야 한다.

(e) "나이 이외의 합리적 요소"라고 하는 차별예외사유가 차별대우를 주장하는 자에 대항하여 제기되는 경우 "나이 이외의 합리적 요소"가 실제로 존재한다는 점을 밝힐 책임은 사용자에게 있다.

(f) 고령근로자 그룹을 사용하는데 소요되는 평균비용을 이유로 하는 차등대우는 동법 제4조 (f)(2)에 규정된 차별예외사유로서의 근로자복지제도(employee benefit plans)와 관련된 경우를 제외하고는 위법하다.

(1.2) 중립적 기준은 수단적 측면에서 '적정한' 것이어야 한다. 즉, 목적과의 관계에서 수단은 목적을 달성하기 위해 필요하고 적절한 것이어야 한다. 예컨대, 근로자의 능력 제고를 위한 프로그램에서 과도하게 높게 설정된 평가기준은 '적정한' 수단에 해당하지 않는다(사례 1.2다(3.1)-1 참고).

1.3 적용범위

모든 연령층이 나이차별로부터 보호되며, 나이차별이 금지되는 영역은 고용영역과 그 외의 제반 생활영역이다.

입법례(국내) 1.3-1 : 국가인권위원회법

제2조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1-3호 : 생략

4. "평등권침해의 차별행위"라 함은 합리적인 이유 없이 … 나이 … 등을 이유로 한 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다. 다만, … (중략) …

가. 고용(모집, 채용, 교육, 배치, 승진, 임금 및 임금 외의 금품 지급, 자금의 융자, 정년, 퇴직, 해고 등을 포함한다)과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위

나. 재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위

다. 교육시설이나 직업훈련기관에서의 교육·훈련이나 그 이용과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위

라. 성희롱 행위

입법례(국외) 1.3-2 : 호주의 연령차별금지법(2004년)

모든 연령층을 대상으로 고용 및 비고용 영역에서의 나이차별금지

입법례(국외) 1.3-1 : 미국의 고용상 연령차별금지법(ADEA, 1967년)

40세 이상의 자에 대한 고용영역에서의 나이차별금지[22)]

입법례(국외) 1.1-3 : 영국의 고용평등(연령)규칙(2006년)

취업 가능한 모든 연령층을 대상으로 고용영역에서의 나이차별금지

가. 나이차별 보호대상자의 범위

22) 40세 미만의 자라고 할지라도 ADEA보다 유리한 주법(州法)이 있으면 그 법에 의해 보호될 수 있음. 현재 모든 주가 고용상 연령차별을 금지하는 법을 갖고 있는데, 일부 주는 18세 이상의 자를 보호대상으로 하고 있고, 연령을 특정하지 않는 주들도 있음. Lawrence M. Friedman, "Age discrimination law : some remarks on the American experience", *Age as an Equality Issue*, edited by Sandra Fredman and Sarah Spencer, Hart Publishing, 2003, p.176.

(1) 나이차별은 특정한 연령층에 국한된 문제가 아니기 때문에 모든 연령층이 나이차별로부터 보호된다. 국가인권위원회법이나 호주, 영국의 입법례에서 이를 확인할 수 있다.

(2) 특히 고용영역에서 고령자는 다른 연령층에 비해 나이차별을 받을 가능성이 크기 때문에 고령자에 대한 나이차별의 금지를 강조하는 입법례가 존재한다. 우리나라의 「고령자고용촉진법」(50세 이상의 자를 적용대상으로 함)이나 미국의 「고용상 연령차별금지법」(ADEA : 40세 이상의 자를 적용대상으로 함)이 그 예이다.

입법례(국내) 1.3가(2)-1 : 고령자고용촉진법 제4조의2 (고령자 등 고용차별 금지) 사업주는 근로자의 모집, 채용 또는 해고를 함에 있어 정당한 사유 없이 고령자 또는 준고령자임을 이유로 차별하여서는 아니 된다. ※ 제2조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다. 1. "고령자"라 함은 인구·취업자의 구성 등을 고려하여 대통령령이 정하는 연령 이상인 자를 말한다. (→ 50세 이상인 자) 1의2. "준고령자"라 함은 대통령령이 정하는 연령 이상인 자로서 고령자가 아닌 자를 말한다. (→ 50세 이상 55세 미만인 자)

(2.1) 50세 미만인 자에 대한 고용영역에서의 나이차별은 「고령자고용촉진법」 위반이 아니다. 이 법은 고령자 보호라는 동법의 목적을 감안하여 차별금지조항의 적용 대상자의 나이범위를 입법정책상 50세 이상으로 정하고 있다. 그러나 50세 미만의 자라 할지라도 국가인권위원회에 나이차별을 진정할 수 있다.

나. 나이차별이 금지되는 영역

(1) 나이차별이 금지되는 영역은 고용영역(즉, 고용관계의 성립・유지・종료와 관련된 영역)과 비고용영역(즉, 「국가인권위원회법」이 규정하는 재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용과 관련된 영역, 교육시설이나 직업훈련기관에서의 교육·훈련이나 그 이용과 관련된 영역)이다.

(2) 「고용정책기본법」은 사업주의 모집・채용, 고용지원서비스의 제공, 직업능력개발훈련에서 나이 등을 이유로 하는 차별을 금지하고 있고, 이는 「국가인권위원회법」이 규정하는 차별금지영역을 보충하는 점에서 의의가 있다.

입법례(국내) 1.3나(2)-1 : 고용정책기본법 제19조 (취업기회의 균등한 보장) ① 사업주는 근로자를 모집·채용함에 있어서 합리적인 이유 없이 성별, 신앙, 연령, 사회적 신분, 출신지역, 출신학교, 혼인·임신 또는 병력(병력) 등(이하 "성별 등"이라 한다)을 이유로 차별을 하여서는 아니 되며, 균등한 취업기

회를 보장하여야 한다.
② 직업소개, 직업지도, 고용정보 제공 등 고용지원서비스를 제공하는 자는 그 업무를 수행함에 있어서 합리적인 이유 없이 성별 등을 이유로 구직자를 차별하여서는 아니 된다.
③ 직업능력개발훈련을 실시하는 자는 훈련대상자의 모집, 훈련의 실시 및 취업지원 등에 있어서 합리적인 이유 없이 성별 등을 이유로 훈련생을 차별하여서는 아니 된다.

(3) 「고령자고용촉진법」은 모집・채용, 해고라는 한정된 영역에서 차별을 금지하고 있는 점에서 적용범위의 한계가 있다. 그러나 이러한 한계는 「국가인권위원회법」에 의한 모든 고용영역에서의 나이차별 금지 및 구제에 아무런 장애가 되지 않는다.

(4) 언론(신문・방송 등), 복지, 의료 등의 분야에서 관련 법률은 나이차별을 금지하는 규정을 두고 있다.

입법례(국내) 1.3나(5)-1 : 현행법상의 각종 나이차별금지 규정
- 「방송법」 제6조 (방송의 공정성과 공익성) ② 방송은 성별·연령·직업·종교·신념·계층·지역·인종 등을 이유로 방송편성에 차별을 두어서는 아니 된다.
- 「신문 등의 자유와 기능보장 등에 관한 법률」 제5조 (정기간행물의 공정성과 공익성) ② 정기간행물은 성별·연령·직업·신념·계층·지역·인종 등을 이유로 편집에 있어 불합리한 차별을 두어서는 아니 된다.
- 「뉴스통신 진흥에 관한 법률」 제5조 (뉴스통신의 공정성과 공익성) ① 뉴스통신은 그 보도에 있어서 공정하고 객관적이어야 한다. 이 경우 성별·연령·직업·종교·신념·계층·지역·인종 등을 이유로 차별을 두어서는 아니 된다.
- 「영육아보육법」 제3조 (보육이념) ③ 영유아는 자신 또는 보호자의 성·연령·종교·사회적 신분·재산·장애 및 출생지역 등에 따른 어떠한 종류의 차별도 받지 아니하고 보육되어야 한다.
- 「청소년복지지원법」 제3조 (청소년의 인권보장) ① 청소년은 인종·종교·성·연령·학력·신체조건 등 여타의 조건에 의하여 이 법이 정한 규정을 적용함에 있어서 차별을 받아서는 아니 된다.
- 「응급의료에 관한 법률」 제3조 (응급의료를 받을 권리) 모든 국민은 성별, 연령, 민족, 종교, 사회적 신분 또는 경제적 사정 등을 이유로 차별받지 아니하고 응급의료를 받을 권리를 가진다.

2. 차별판단의 기준

2.1 고용

가. 총설

고용영역에서 나이를 이유로 하는 차별(직접차별 및 간접차별)은 고용관계의 성립・유지 및 종료 모든 단계에서 금지된다. 다만, 정당한 목적을 달성하기 위해 불가피하고 적정한 수단에 해당하는 경우에는 차별로 보지 않는다.

입법례(국외) 2.1가-1 : ILO 고령근로자권고 제162호(1980년)

나이를 이유로 하는 차별금지사항으로 ① 직업지도 및 직업소개, ② 개인적 기술과 경험 및 자격을 감안한 채용과 직업교육훈련(유급교육훈련유가 포함), 승진과 업무할당, ③ 고용종료, ④ 동일가치노동에 대한 보수, ⑤ 사회보장조치와 복지급여, ⑥ 산업안전보건조치를 포함하는 근로조건, ⑦ 직업활동 내지 고용과 관련한 주택, 공공사업, 의료 등을 규정(제5조)

입법례(국외) 2.1가-2 : EU 고용・직업평등대우지침 2000/78호(2000년)

나이 등을 이유로 하는 차별금지사항으로 (a) 선발기준・채용조건을 포함한 고용접근(모집・채용)과 승진, (b) 실무적 현장경험을 포함한 모든 형태 및 모든 수준의 직업지도와 직업훈련, (c) 해고와 임금을 포함하는 근로조건, (d) 노사단체・직업단체에의 가입・활동 및 단체가 제공하는 이익을 규정(제3조 제1항)

입법례(국외) 2.1가-3 : 미국의 고용상 연령차별금지법(ADEA, 1967년)

나이를 이유로 하는 사용자의 다음과 같은 행위를 불법으로 규정

- 채용을 거부하거나 해고하는 행위 또는 보수・고용조건・고용기간・고용상의 이익과 관련하여 차별하는 행위(제623조 (a)(1))
- 고용기회를 박탈하거나 피용자로서의 지위에 부정적 영향을 미치는 방식으로 근로자를 제한, 분리하거나 분류하는 행위(제623조 (a)(2))
- ADEA의 준수를 목적으로 임금을 삭감하는 행위(제623조 (a)(3))
- ADEA 위반과 관련한 구제신청, 소송제기, 증언, 지원 또는 참여를 이유로 차별하는 행위(제623조 (d))
- 나이에 근거한 선호・제한・특정 또는 차별을 드러내는 인쇄물이나 광고를 제작・발간하거나 그렇게 하도록 지시하는 행위(제623조 (e))

입법례(국외) 2.1가-4 : 호주의 연령차별금지법(2004년)

제18조에서 다음과 같은 고용차별을 불법으로 규정

(1) 사용자(또는 사용자를 위해 일하거나 일하려는 사람)가 다음의 경우에 나이를 이유로 하여 사람을 차별하는 것은 위법

(a) 누구를 고용할 것인지를 결정하기 위한 목적으로 이루어지는 예비과정에 있어서 또는

(b) 누구를 고용할 것인지 결정함에 있어서 또는

(c) 고용의 조건에 있어서
(2) 사용자(또는 사용자를 위해 일하거나 일하려는 사람)가 다음의 경우에 나이를 이유로 하여 근로자를 차별하는 것은 위법
(a) 사용자가 근로자에게 제공하는 고용의 조건에 있어서 또는
(b) 승진·전보, 훈련기회 또는 고용과 관련된 다른 어떤 혜택에 근로자의 접근을 거부하거나 제한함으로써 또는
(c) 근로자를 해고함으로써 또는
(d) 근로자에게 다른 어떤 손해를 줌으로써

입법례(국외) 2.1가-5 : 영국의 고용평등(연령)규칙(2006년)
제7조 (채용지원자와 근로자에 대한 차별)
(1) 사용자가 고용과 관련해서 다음과 같은 경우에 개인을 차별하는 것은 위법
(a) 고용 여부를 결정하기 위한 과정에서
(b) 고용을 제안하는 조건에서
(c) 고용에서 그를 거부하고 고의적으로 제외시키는 경우
(2) 근로자에 대하여 다음과 경우에 차별하는 것은 위법
(a) 고용의 조건에서
(b) 승진, 전보, 훈련, 또는 기타의 혜택을 위한 기회에서
(c) 그와 같은 기회의 제공을 거절하거나 고의로 제공하지 않음으로써
(d) 해고 기타 불리한 조건을 부과함으로써

(1) 나이를 이유로 하는 고용차별은 고용관계의 성립단계에서 종료단계에 이르기까지의 전 과정에서 발생할 수 있다. 따라서 근로자의 모집, 근로계약의 체결, 근로계약의 이행, 근로계약의 종료 전 과정에 걸쳐 나이를 이유로 하는 차별이 금지된다.

(1.1) 국가인권위원회법상 고용영역에서의 차별금지는 근로기준법이 정의하는 '근로계약'을 체결한 사용자와 근로자의 관계에 한정되지 않는다. 국가인권위원회법 상의 '고용'은 계약형식이나 그 명칭에 관계없이 노무를 제공하고 공급받는 상태를 뜻하는 포괄적 의미로 이해하여야 한다.

사례 2.1가(1.1)-1 : **국가인권위원회법 상의 고용'의 의미**
국가인권위원회의 설립 목적은 모든 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 보호하고 그 수준을 향상시킴으로써 인간으로서의 존엄과 가치를 구현하고 민주적 기본질서의 확립에 이바지 하는 것이다. 따라서「국가인권위원회법」에서 규정하는 '고용'은 「근로기준법」등 제반 노동법령상의 '근로관계'에 한정되는 것이 아니라 계약형식이나 명칭에 관계없이 노무를 제공하고 공급받는 상태로 포괄적으로 이해되고 있다. 즉,「국가인권위원회법」에서 규정한 고용과 관련된 차별행위를 주장하기 위해 양 당사자가 반드시 「근로기준법」상의 '근로계약'을 체결한 사용자와 피용자의 관계에 있어야 하는 요건이 필요한 것은 아니며, 피진정인이 고용과 관련하여 실질

적인 영향력을 행사하는 지위에 있으면서 또한 차별의 결과를 발생시킨 자일 것이라는 요건만 갖추면 되는 것이다. <인권위 2007. 5. 14. 05진차536 결정>

(2) 나이를 이유로 하는 고용차별의 전형적인 예는 나이를 기준으로 ① 모집·채용에서 배제·제한하거나 기타 불이익을 주는 행위, ② 임금 및 기타 금품을 차등 지급하는 행위, ③ 교육·훈련 및 배치·승진에서 배제·제한하거나 기타 불이익을 주는 행위, ④ 우선적으로 퇴직케 하거나 해고하는 행위 등이다.

(2.1) 유럽연합의 「고용·직업평등대우지침(2000/78호)」 제안서(proposal)에서는 특히 고령자에게 영향을 미치는 고용차별의 예로 채용연령의 상한설정, 신기술에 관한 고령근로자의 훈련권의 제한, 승진권의 제한, 고용조정에서의 고령근로자의 해고 등을 언급하고 있다.[23]

(3) 비교 대상자 상호간에 나이가 다르다는 단순한 사실만으로 고용차별을 추정할 수는 없다. 그러나 아래의 경우 나이를 이유로 하는 직접차별 또는 간접차별의 성립을 추정할 수 있다. 이 경우 차별이 아니라는 점에 대한 입증책임은 상대방(피진정인)에게 전환된다.

일반적으로 다음의 경우 고용상의 나이차별(직접 또는 간접차별)을 추정할 수 있다.
- 모집·채용 광고상의 표현이 통상적인 의미에서 볼 때 나이를 실질적 근거로 삼는 의도를 드러내는 것으로 보이는 경우
- 차별의도를 암시하는 발언이나 차별적인 질문이 있었던 경우
- 나이편견을 암시하는 정황이 존재하는 경우
- 비교대상자와 나이가 다른 진정인이 객관적으로 더 나은 자격자로 여겨지는 경우
- 진정인과 비교대상자가 객관적으로 대등한 자격자인 상황에서 나이를 '명시적' 또는 '실질적' 기준으로 삼아 결정이 이루어진 경우
- 외관상 유사한 상황에 있다고 여겨지는 서로 다른 나이집단 사이에 명백한 통계적 차이(불균형)가 있는 경우
- 공식적인 기준과 실제 적용된 기준이 일치하지 않는 경우
- 투명성의 결여 또는 해명되지 않는 절차적 불공정이 있는 경우

(4) 고용영역에서 상대적으로 나이가 많은 자를 나이를 이유로 우대하거나 선호하는 행위는 그렇지 않은 자에 대한 불리한 대우로서 차별에 해당할 수 있다(역 나이차별). 다만, 그러한 행위가 차별에 해당하지 않는 예외사유인 '적극적 조치'로서 행해진 경우 또는 그러한 행위가 정당한 목적을 달성하기 위한 불가피하고 적정한 수단이었던 경우에는 차별에 해당하지

23) Commission of the European communities, *Proposal for a Council Directive establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation*, COM(1999) 565 final, 1999. 11. 25, p.3 참조.

않는다.

상대적으로 나이 많은 자에 대해 나이를 이유로 고용상 우대・선호하는 행위는, 적극적 조치 등 정당한 경우가 아닌 한, 그러한 우대・선호에서 배제된 자와의 관계에서 차별에 해당한다(역나이차별).

※ 참고 : 미국 ADEA 관련 EEOC 해석규칙(29 C.F.R. §1625.2) - **법에 의해 보호되는 자들 간의 차별**

(a) 사용자가 40세 이상자들 사이에 나이를 이유로 선호함으로써 채용이나 기타 사항에서 차별하는 것은 위법하다. 만일 42세의 자와 52세의 자가 동일한 자리에 지원한 경우 사용자는 나이에 근거해 어느 한 사람을 거부할 수 없고, 다른 요소들에 근거해 그러한 결정을 내려야 한다.

(b) 법이 보호하는 나이집단(40세 이상)에 속하는 고령근로자들에게 누진적 퇴직수당과 같은 추가적 편익을 확대하는 것은, 그러한 편익이 나이차별과 관련된 문제점들에 대응하고자 하는 합리적인 근거를 갖고 있는 한에서 합법일 수 있다. 하지만 그러한 추가적 편익의 확대는 법이 금지하는 행위를 달성하기 위한 수단으로 이용될 수는 없다.

(4.1) 미국 연방대법원은 2004년 판결(사례 2.1가(4.1)-1 참조)에서 상대적으로 나이가 많은 고령근로자들에 대한 사용자의 우대・선호는 나이차별이 아니며, EEOC 해석규칙 29 C.F.R. §1625.2(법에 의해 보호되는 자들 간의 차별)는 명백히 잘못되었다고 밝히고 있다. 이 판결이 있기 이전까지 EEOC는 법(ADEA)상의 "나이"를 '생물학적' 나이로 해석하였다. 현행 EEOC 해석규칙 역시 40세 이상의 사람들 사이에서 나이에 근거한 어떠한 선호(즉, 보다 나이 많은 사람들 우대하든 보다 나이 적은 사람을 우대하든)도 금지하고 있고, 다만 "나이차별과 관련한 문제점들에 대응"하기 위해 고령근로자들(40세 이상의 자들)에게 사용자가 추가적 편익을 제공하는 것은 예외적으로 허용하고 있다. 그런데 연방대법원은 법(ADEA)상의 "나이"를 '생물학적 나이'가 아니라 '고령'으로 해석하여 위와 같은 결론을 도출하였다. 이러한 연방대법원의 입장에 따라 EEOC는 해석규칙의 개정안을 아래(※ 참고)와 같이 제안하고 있다. 미국의 「고용상 연령차별금지법(ADEA)」은 그 적용대상이 40세 이상인 자로 한정되어 있기 때문에 동법상의 '나이'를 '생물학적 나이'가 아닌 '고령'으로 해석할 여지가 있지만 우리의 경우에는 나이차별로부터 보호되는 자의 범위가 특정 연령층에 국한되지 않으므로 미국처럼 해석하기는 곤란하다.

사례 2.1가(4.1)-1 : **상대적으로 나이 많은 자에 대한 우대 내지 선호**

50세 미만의 근로자들에게는 퇴직건강급여(retiree health benefits)의 수급자격을 폐지하고 50세 이상의 근로자들에 대해서만 계속 인정하겠다는 사용자의 결정에 반대하여 원고들(40대)이 소를 제기했다. 미국의 하급심 법원은 일종의 역나이차별(reverse age discrimination)로 보았으나 연방대법원은 상대적으로 젊은 근로자들에게 유리하게 작동하는 차별로부터 상대적으로 고령인 근로자를 보호하려는 것이 의회의 입법의도였기 때문에 보다 나이가 많은 고령근로자들에

대한 선호는 법(ADEA) 위반이 아니라고 보았다. 미국의 연방대법원은 ADEA 제623조 (a)상의 '나이'는 그 의미가 모호하고 두 가지(하나는 생물학적 연령, 다른 하나는 고령)로 해석할 수 있다고 지적하면서, 40세 이상의 자들만을 대상으로 하는 동법의 적용범위, 나이차별이라는 용어의 사회적 역사, 동법이 규정하고 있는 입법취지 및 의회의 기록 전반에 근거하여 위와 같은 결론을 내림[24)]

※ 참고 : 미국 ADEA 관련 EEOC 규칙 개정안(29 C.F.R. §1625.2)[25)] - **법에 의해 금지되는 차별**

고용의 어떠한 측면에서도 사용자가 40세 이상이라는 이유로 사람을 차별하는 것은 법상의 예외규정이 적용되지 않는 한 위법하다. 나이를 이유로 젊은 사람보다 나이든 사람을 선호하는 것은 그 젊은 사람이 40세 이상이라고 할지라도 동법(ADEA) 하에서 위법한 차별이 아니다.

(4.2) 예를 들어, 비정규직을 정규직으로 전환하기 위한 노력의 일환으로 특별채용의 기회를 부여함에 있어서 상대적으로 나이가 많고 인원도 많은 비정규직 근로자들로 구성된 직군에 대해서만 우대하는 행위(응시연령의 확대)는 다른 직군의 비정규직 근로자들에 대한 '역 나이차별'을 추정해 볼 수 있다. 비정규직 근로자의 경우 나이가 많든 적든 고용불안의 위험을 안고 있고 사회적 보호를 필요로 하기 때문이다.

사례 2.1가(4.2)-1 : **상대적으로 나이 많은 비정규직 근로자들로 구성된 직렬에 대한 응시연령의 확대**(사서직 지방공무원 제한경쟁 특별임용시험 응시연령 제한 사건)

다른 비정규직(전산직 전산보조원, 식품위생직 영양사)의 경우 인원이 많고 나이도 30·40대가 많아 이들에게 정규직화 노력의 일환으로 응시기회를 부여하고자 응시연령을 '45세까지'로 확대·시행한 반면에 비정규 사서직의 경우 상대적으로 근무기간이 짧고 인원도 적어 응시연령 확대가 필요 없다고 판단하여 해당 인사규칙 규정에 따라 '28세까지'로 제한하였다는 피진정인 주장에 대해 인권위는 현저히 낮은 나이기준을 적용한 사서직은 물론 다른 직렬에도 나이를 응시자격으로 규정해야 하는 합리적 이유가 되지 못한다고 결정 <인권위 2005. 10. 18. 05진차 141 결정>

(※ 이 사례는 사서직 응시연령 제한이 문제된 사건으로 인권위는 응시연령의 확대된 다른 직렬의 경우에도 나이제한을 정당화하는 합리적 이유가 없다고 판단했지만, '역 나이차별' 또는 '적극적 조치'의 관점에서도 그 정당성 여부를 따져 볼 수 있는 사안임)

(5) 고용에서 나이를 이유로 하는 차등대우가 정당화될 수 있는 1차적 요건은 목적의 정당성이다(차별예외사유인 '진정직업자격' 및 '적극적 조치'에 관해서는 3.1과 3.2 참조).

---

24) General Dynamics Land Systems, Inc. v. Cline, 540 U.S. 581 (2004).

25) EEOC는 2004년 연방대법원 판결(사례 2.1가(4.1)-1 참조)의 취지를 반영하기 위한 해석규칙의 개정안을 2006년 8월 11일에 예고하였고(2006년 10월 10일까지 개정안에 대한 의견 수렴), 2007년 4월 현재 개정이 완료되지는 않았다.

다음과 같은 목적·이유는 나이를 이유로 하는 고용상의 차등대우(취급)를 정당화할 수 없다.
· 객관적으로 확인할 수 없는 주관적·추상적인 목적인 경우
· 나이에 대한 편견이 작용한 목적의 경우
· 소비자나 수요자의 선호를 이유로 한 경우

다음의 경우에는 나이를 이유로 하는 고용상 차등대우(취급)가 목적의 측면에서 정당한 것으로 볼 수 있다. 단, 그 목적 달성을 위한 수단으로 '명시적 나이기준' 또는 '특정 나이집단에 결과적 불이익을 초래하는 중립적 기준'을 사용하는 것이 불가피하고 적정한 수단으로 인정되어야만 나이차별이 성립하지 않는다.
· 도산·적자 등 사업존속을 위협하는 경영상의 위기를 방지·해결하기 위한 경우
· 사람의 생명·건강 또는 안전을 보호하기 위한 경우
· 나이차별이 허용되지 않으면 사업의 정상적 운영을 심히 곤란케 할 정도로 과도한 비용부담을 초래하는 경우

(5.1) 목적 자체가 객관적으로 확인할 수 없는 주관적·추상적인 것인 경우, 나이에 대한 편견이 작용한 경우에는 정당한 목적으로 볼 수 없다.

사례 2.1가(5.1)-1 : **교육공무원 해외파견 나이제한(교육경력 7년 이상의 43세 이하인 교사)**
여러 측면에서 보다 모범적이고 활동적인 교사를 파견할 필요성(피진정인 주장) : 구체적으로 검증되지 않은 젊은 교사의 활동성과 모범성을 근거로 뒤늦게 교사의 길을 선택한 성실한 교사 또는 교감·교장이 아닌 교사의 직을 오랫동안 수행해온 자들의 해외교육의 기회를 합리적인 근거 없이 제한하는 것 <인권위 2004. 7. 26. 03진기78 결정>

사례 2.1가(5.1)-2 : **공무원 장기국외훈련 대상자 선발시의 나이제한(45세 이하)**
장기국외훈련을 위해 일정 어학능력이 요구되고 어학능력에는 나이가 제약요인으로 작용할 수 있음(피진정인 주장) : 나이와 어학능력의 상관관계를 객관적으로 판단할 수 있는 근거가 없을 뿐 아니라, 국외훈련의 자격요건으로 어학능력이 요구된다면 어학능력 자체를 평가해야 함 <인권위 2005. 11. 21. 05진차651 결정>

사례 2.1가(5.1)-3 : **나이편견에 의한 관광객 통역가이드의 일감·수입의 감소**
진정인은 멜버른을 방문하는 일본인 관광객들을 위한 여행가이드이자 통역자로서 임시적 고용계약 형태로 피진정인에게 1987년부터 현재까지 고용되어 있었는데, 나이차별로 인해 1994년 이후 일의 배당이 감소하고 이에 따라 수입이 감소되었다고 주장하였다. 반면, 피진정인은 이른

아침의 출발과 업무의 야간종료, 신속한 이동, 가이드가 도와주어야 하는 큰 부피의 짐이 있을 수 있는 큰 규모의 그룹을 담당할 수 있는 진정인의 능력에 대하여 의문을 제기하면서 피진정인의 우려는 나이에 관계된 것이 아니라 직무의 고유한 요건을 수행할 수 있는 진정인의 능력이라고 주장하였다. 호주의 인권·기회평등위원회(HREOC)는 업무수행을 위한 진정인의 건강이나 신체적 능력에 대한 피진정인의 우려는 진정인에게 충분히 표시된 바가 없고, 일의 배정에서 진정인이 다른 가이드에 비해 차등을 받은 것은 나이 때문이라고 보았다. 피진정인의 행위는 진정인과 같은 연령층의 사람들에 대한 특정한 가정, 즉 진정인의 건강과 업무능력에 대한 가정에 기초한 것이라고 보았다. 예를 들어, 피진정인이 무거운 짐을 나르는 진정인의 능력에 대한 우려가 있었다면 진정인의 건강과 관련한 진단을 구했어야 할 것이나 피진정인은 그렇게 하지 아니하고 단순히 정형화된 가정에 의존하였고 이는 나이차별에 해당한다고 판단[26]

(5.2) 소비자 내지 수요자의 선호는 나이에 대한 이들의 부당한 편견이 개입되어 나타날 수 있기 때문에 원칙적으로 정당한 목적에 해당하지 않는다.

사례 2.1가(5.2)-1 : **교육공무원 해외파견 나이제한(교육경력 7년 이상의 43세 이하인 교사)**
해외한국학교의 학부모와 학생들의 젊은 교사를 선호(피진정인 주장) : 교육인적자원부가 실시한 '해외파견 교육공무원에 대한 희망연령 조사통계표'[27]에 의하면 해외한국학교의 교육 수요자인 학부모와 학생들의 요구가 교사의 나이를 43세로 제한하여야할 만큼 절대적으로 젊은 교사를 희망하고 있다고 볼 수 없으며, 더구나 '희망연령'에 대한 응답은 파견교사의 고려사항 중에 하나일 수는 있겠으나 나이에 의해 해외파견의 기회를 원천적으로 제한할 수 있다는 것의 논리적 근거가 될 수는 없음 <인권위 2004. 7. 26. 03진기78 결정>

(5.3) 일정한 경우에는 나이를 이유로 하는 고용상의 차등대우(취급)가 정당한 목적의 범주에 해당할 수 있다. 도산·적자 등 사업존속을 위협하는 경영상의 위기를 방지·해결하기 위한 경우, 사람의 생명·건강 또는 안전을 보호하기 위한 경우, 나이차별이 허용되지 않으면 사업의 정상적 운영을 심히 곤란케 할 정도로 과도한 비용부담을 초래하는 경우 등이 그 예이다. 다만, 이러한 목적에 해당한다고 하여 자동적으로 나이차별이 정당화된다고 볼 수 없다. 수단적 측면에서도 정당성이 인정되어야 하기 때문이다. 즉, 위와 같은 목적 달성을 위한 수단으로 '명시적 나이기준' 또는 '특정 나이집단에 결과적 불이익을 초래하는 중립적 기준'을 사용하는 것이 불가피하고 적정한 수단으로 인정되어야만 나이차별이 성립하지 않는다고 보아야 한다(2.1가(6) 참조).

---

26) HREOC, Report of Inquiry into a Complaint of Discrimination in Employment and Occupation Discrimination on the Ground of Age, Report No.11.

27) 2003년 말 798명의 해외한국학교 학부모와 학생을 대상으로 실시. 응답자의 25% 정도가 교사의 연령과 무관하다는 의견을 밝히고 있으며, 특히 고등학생 학부모들의 42%가 41세에서 50세까지의 교사를 원하고 있다는 결과가 제시되었음.

사례 2.1가(5.3)-1 : **나이기준(58세 정년까지의 잔여기간이 3~5년인 자)에 의한 역직위 발령**

일괄적 구조조정을 유보하는 대신 고용안정장치(정년시까지의 고용보장, 급여의 70% 지급, 나머지는 성과급여로 전환 지급)로 역직위 제도 도입(피진정인 주장) : 근로기준법 제31조 경영상 이유에 의한 해고를 시행할 만큼 긴박한 경영상의 필요가 있다는 점에 대해 피진정인이 입증자료를 제출하거나 주장조차 한 바 없어, '일괄적 구조조정을 유보하였다'는 주장 및 '이를 유보하기 위해 역직위제도를 도입하였다'는 피진정인의 주장은 타당성이 인정되지 아니함 <인권위 2006. 2. 27. 04진차307 결정>

※ 참고 : 미국 ADEA 관련 EEOC 해석규칙(29 C.F.R. §1625.6) - 진정직업자격

(b) … (제1문 생략) … 진정직업자격을 주장하는 사용자의 목적이 공공안전(public safety)인 경우 사용자는 문제가 된 행위가 그 목적을 실제로 달성하고, 그 목적을 달성하는데 보다 낮거나 덜 차별적인 효과를 갖는 수용 가능한 다른 대안이 없음을 입증하여야 한다.

(6) 고용상 차등대우(취급)의 목적이 정당하더라도 그 목적 달성을 위해 채택된 수단(나이기준 또는 중립적 기준)은 불가피하고 적정한 것이어야 한다.

고용에서 나이를 이유로 하는 차등대우는 다음의 3가지 요건을 충족하는 경우에 수단의 불가피성 및 적정성(비례성)을 인정할 수 있다(수단의 정당성 요건).
- 채택된 수단은 목적의 달성을 실제로 가능케 하는 것일 것(수단의 목적 실현성)
- 차별 중립적이나 덜 차별적인 다른 대안이 없을 것(대체수단의 부재)
- 목적에 비추어 불이익의 정도가 과도하지 않을 것(불이익의 적정성)

(6.1) 채택된 수단은 추구하는 목적의 달성을 실제로 가능케 하는 것이어야 한다(**수단의 목적 실현성**). 예를 들어, 사람의 생명이나 안전을 위해 나이기준을 채택한 경우 나이기준이 실제로 생명이나 안전의 보호에 기여한다는 증거(객관적 연구결과나 증빙자료 등)가 있어야 한다. 이러한 증거를 찾기 곤란한 경우에는 건전한 상식이나 사회적 통념에 비추어 합리적으로 판단한다.

사례 2.1가(6.1)-1 : **대학교원 지원연령 제한(대학에 따라 만 40세 이하, 45세 이하 등)**

대학의 연구능력 향상 및 양질의 교육제공 위해 보다 젊은 교원 필요(피진정인 주장) : 연구능력·자질은 연구실적 등에 의하여 우선적으로 가늠 가능하고 연령과 실적과는 상호 인과적 연관이 없음(연구능력과 성과는 학문에 대한 자질·노력 등의 결과로 나타나는 바, 나이가 적은 사람이 나이 많은 사람에 비하여 향후 더 나은 연구·교육업적을 나타낸다고 단정할 근거 없음). 학문적·체력적인 능력은 사람마다 개인차 있고, 교육의 효과도 개개인이 습득한 정보의 질·교수기법 등 여러 요인에 의해 좌우되므로 나이만 가지고 이를 판단할 수 없음 <인권위 2002. 11. 18. 02직차1 결정>

사례 2.1가(6.1)-2 : **나이기준(58세 정년까지 잔여기간이 3~5년인 자)에 의한 역직위 발령**

피진정인 은행의 궁극적인 목적은 '경영개선'인 바, 업무성과나 회사에 대한 공헌도와는 무관하게 나이를 근거로 한 위법한 인사관리가 직원의 업무능률 및 성취동기를 향상시킨다고 보기 어려움 <인권위 2006. 2. 27. 04진차307 결정>

사례 2.1가(6.1)-3 : **항공사 여자승무원 응시연령 제한(만 25세 이하)**

기내 안전을 위하여 상하관계가 엄격함으로 연령제한을 하지 않을 경우 원활한 지휘체계가 성립 불가(피진정인 주장) : 나이에 따른 엄격한 상하지위체계는 그 동안 채용시 나이를 제한함에 따라 연령에 따라 수직적으로 형성된 위계질서의 관행적 결과일 뿐 기내 안전 확보를 위한 업무를 만 26세 이상의 자는 수행할 수 없다는 근거가 되기 어려움 <인권위 2006. 11. 13. 05진차662 등 (병합) 결정>

(6.2) 차별 중립적이거나 덜 차별적인 다른 대안이 없어야 수단의 불가피성을 인정할 수 있다(**대체수단의 부재**). 대체수단의 존부 내지 활용 가능성은 사용자가 보유하거나 동원 가능한 자원·능력 등을 고려해 판단한다. 보유 내지 동원 가능한 자원이나 능력 등이 클수록 대체수단의 존부·활용의 가능성도 크다고 보아야 하다. 한편, 대체수단을 채택할 경우 사용자에게 합리적으로 수인 가능한 범위를 넘어서는 과중한 부담을 초래할 우려는 없는지도 고려해야 한다.

사례 2.1가(6.2)-1 : **대학교원 지원연령 제한(대학에 따라 만 40세 이하, 45세 이하 등)**

지원자들에 대한 교육 효과, 업무특수성 등을 반영할 수 있는 심사기준을 정하여, 면접시험 등을 통해 지원자의 능력을 평가하는 등 다른 방법으로도 적임자를 선발할 수 있음에도 합리적이고 객관적인 기준을 마련하지 않은 채 일정 연령을 기준으로 지원자격을 제한한 것은 행정편의만 고려한 것으로서 합리성을 인정하기 곤란 <인권위 2002. 11. 18. 02직차1 결정>

사례 2.1가(6.2)-2 : **교사 신규채용 공개전형 응시연령 제한(40세 이하)**

업무의 원활한 수행을 위한 체력과 업무습득능력 등을 고려해 정해진 것(피진정인 주장) : 교원임용자의 체력은 신규임용시 신체검사를 통해 별도 검증되고 있고 62세 정년까지 계속 수행되는 교원업무의 특성상 40세 이하의 자만이 원활한 업무수행을 위한 체력을 갖춘 것으로 볼 수 없음 (인권위 2004. 6. 28. 03진차119 결정)

사례 2.1가(6.2)-3 : **공무원 장기국외훈련 대상자 선발시의 나이제한(45세 이하)**

훈련종료 후 정년까지 일정한 근무가능기간을 확보할 필요성(피진정인 주장) : 피진정인은 복무의무제도와 복무의무 위반 시 소요경비 반납제도를 이미 시행하고 있는 바, 퇴직의 자유를 침해하지 아니하는 범위 내에서 소요경비를 고려한 의무복무기간제도가 '연수 후 근무기간 확보' 목적달성을 위한 보다 직접적 수단이라고 판단됨 <인권위 2005. 11. 21. 05진차651 결정>

사례 2.1가(6.3)-4 : **나이기준(58세 정년까지 잔여기간이 3~5년인 자)에 의한 역직위 발령**
피진정인은 1990년 초부터 이미 관행적으로 역직위제도를 시행해 왔음에도 '2004. 8. 31. 기준 4급 이상 행원 2784명, 전체 일반직 행원 4699명으로 여전히 상위직급의 심각한 인사적체' 상태가 초래된 점 등을 고려할 때 역직위제도가 피진정인이 주장하는 목적을 달성하는데 필수적이라거나 효과적인 제도라고 보기 어려움 <인권위 2006. 2. 27. 04진차307 결정>

(6.4) 채택된 수단은 목적에 비추어 상이한 취급에 따른 불이익의 정도가 과도하지 않아야 한다(**불이익의 적정성**). 다시 말해, 추구하는 정당한 목적을 고려할 때 차별을 주장하는 자가 당연히 또는 통상적으로 감수하여야 하는 범위를 넘어서는 정도의 불이익이 있는 경우에는 수단의 적정성을 인정하기 곤란하다. 불이익의 정도가 과도한지 여부는 추구하는 목적의 긴박성, 과거 유사한 상황에서 적용한 기준 내지 경험, 국내외 동종업계의 실태 내지 관행 등을 고려하여 판단한다.

사례 2.1가(6.4)-1 : **항공사 여자승무원 응시연령 제한(만 25세 이하)**
국내에서 영업 중인 동종업계 외국 항공사와 비교해도 제한의 정도가 큰 편임 <인권위 2006. 11. 13. 05진차662 등 (병합) 결정>

나. 모집・채용

입법례(국내) 2.1나-1 : 고용정책기본법
제19조 (취업기회의 균등한 보장) ① 사업주는 근로자를 모집・채용함에 있어서 합리적인 이유 없이 성별, 신앙, 연령, 사회적 신분, 출신지역, 출신학교, 혼인·임신 또는 병력(병력) 등(이하 "성별 등"이라 한다)을 이유로 차별을 하여서는 아니 되며, 균등한 취업기회를 보장하여야 한다.

입법례(국내) 2.1나-2 : 고령자고용촉진법
제4조의2 (고령자 등 고용차별 금지) 사업주는 근로자의 모집, 채용 또는 해고를 함에 있어 정당한 사유 없이 고령자(55세 이상) 또는 준고령자(50-54세)임을 이유로 차별하여서는 아니 된다.

입법례(국외) 2.1나-1 : 아일랜드의 고용평등법(1998년)
・사용자가 누구를 채용할지를 결정하기 위한 절차・제도에서 차별하거나 또는 채용될 수 있는 상황이 실질적으로 다르지 않음에도 불구하고 다른 사람(또는 집단)에게는 요구되는 않는 채용자격(entry requirement for employment)을 어떤 사람(또는 집단)에게 요구함으로써 차별하는 것은 채용(access to employment)에 관한 차별로서 금지된다(제8조 제5항).
・차별의도를 나타내거나 합리적으로 볼 때 차별의도를 나타내는 것으로 이해될 수 있는 모집・

채용의 광고는 금지된다(제10조 제1항).

(1) 모집·채용단계에서 발생하는 나이차별의 대표적 유형은 지원자의 나이(특히 최고 연령)를 제한하거나 특정 나이층을 선호하는 경우이다.

사례 2.1나(1)-1 : **모집·채용상의 나이제한에 대한 국가인권위의 차별 인정례**

- 14개 국립대학의 교원 지원연령 제한(대학에 따라 만 40세 이하, 45세 이하 등) : 2002. 11. 18. 02직차1 결정
- 교사 신규채용 공개전형 응시연령 제한(교육공무원임용령 제11조의 2에 의거 40세 이하) : 2004. 6. 28. 03진차119
- 9급 지방공무원 제한경쟁 특별임용시험 응시연령 제한(2004년도에 '18세 이상 40세까지'로 하였다가 2005년도에는 '18세 이상 28세까지'로 변경) : 2005. 10. 18. 05진차62 결정
- 중등교원 경쟁시험 동점자들 중 연장자 우선 합격처리 : 2006. 4. 10. 06진차59 결정
- 은행 청원경찰 모집 시 응시자격 제한(20세 이상 30세 미만) : 2006. 7. 18. 05진차935 결정
- 9급 국가공무원 공개경쟁채용시험 응시연령 제한(18-24세) : 2006. 9. 11. 06직차16 결정
- 항공사 여승무원 응시연령 제한(만 25세 이하) : 2006. 11. 13. 05진차662 등 (병합) 결정
- 공무원 5급 및 6·7급 공개경쟁채용시험 응시연령제한(5급 32세 이하, 6·7급 35세 이하) : 2007. 4. 30. 05진차317 등 (병합) 결정
- 지방공무원 사회복지직 9급 특별채용시험 응시연령제한(40세 이하) : 2007. 1. 10. 05진차614
- 경호공무원 7급 등 공개경쟁채용시험 응시연령제한(경호공무원 7급 30세 이하) : 2007. 4. 11. 05진차492 결정
- 00공사 5급 이하 직원 특별채용 응시연령제한(35세 이하) : 2007. 4. 11. 05진차522결정
- 학예연구사 특별채용 응시연령제한(45세 이하) : 2007. 5. 10. 06진차309
- 외교통상직 공무원 공개채용시험 응시연령제한(30세 미만) : 2007. 9. 11. 07진차177

(1.1) 모집·채용상의 나이제한은 특히 중·고령자의 구직기회를 매우 제한한다. 임금수준이 맞지 않거나 직업능력이 부족하여 취업의 기회가 제한되는 경우에는 희망 임금수준을 낮추거나 교육훈련 등 능력개발을 통해 취업의 장애를 어느 정도 극복할 수 있지만 나이는 사람의 의사와 노력으로 바꿀 수 없다. 단지 일정한 나이를 넘어섰다는 이유만으로 고용기회 자체를 박탈하는 것은 근로권과 생존권을 침해할 뿐만 아니라 노동시장의 합리성·효율성에 반한다.

(2) 근로자를 모집·채용하기 위한 광고에서 명시적으로 나이를 제한하거나 특정 연령층을 선호 내지 기피하는 것으로 이해될 수 있는 표현을 사용하는 것은 진정직업자격 등 정당한 경우에 해당하지 않는 한 나이차별이다.

모집・채용 광고상의 명시적 나이제한이나 특정 연령층의 선호・기피를 드러내는 표현은 진정직업자격 등 정당한 경우가 아닌 한 차별에 해당한다.

※ 참고 : 미국 ADEA 관련 EEOC 해석규칙(29 C.F.R. §1625.4) - **구인 공고・광고**

(a) 구인 공고나 광고에 '25세 이상 35세 이하' '젊은' '대학 재학생' '최근 대학졸업자' '청년' '미혼여성' 또는 기타 이와 유사한 성격의 문구가 포함된 경우 그러한 문구는 보다 고령자들의 고용을 저해하므로 예외규정이 적용되지 않는 한 법 위반이다. '45세 이상 50세 이하' '66세 이상' '퇴직자' 등의 문구는 법이 보호하는 나이집단(역주: 40세 이상의 자)에 속하는 사람들간에 차별하는 것이므로 예외규정이 적용되지 않는 한 금지된다.[28]

(b) 구인 공고나 광고에서 지원자에게 나이를 밝히도록 요구하는 문구를 사용하는 것 자체가 법 위반은 아니다. 그러나 그러한 요구는 고령의 지원자를 단념케 하거나 나이에 근거한[29] 차별을 암시하기 때문에, 그러한 요구가 합법적인 목적을 위한 것인지를 확인하기 위해 그러한 요구가 포함된 공고나 광고는 엄격한 심사의 대상이 된다.

(3) 모집・채용에서 명시적인 나이제한이 없더라도 젊음에 대한 선호 내지 고령자 기피 등 나이편견을 드러내는 차별적 발언・질문이 면접과정에서 행해진 경우(예, "우리 기업은 당신과 같은 늙은 사람을 필요로 하지 않는다." "이 일을 하기에는 당신은 너무 늙었다." 등) 그러한 발언・질문은 나이차별을 추정케 하는 증거가 된다. 고위 경영자가 사전에 문서나 구두를 통해 나이차별적 채용정책을 언급했던 경우에도 마찬가지이다.

면접과정에서 나이편견을 드러내는 차별적 질문이나 발언은 나이차별의 증거가 된다.

※ 참고 : 영국 고용평등(연령)규칙에 관한 ACAS의 가이드라인

면접에서 나이와 관련된 질문(예를 들어, "나이든(혹은 젊은) 사람을 잘 다룰 수 있다고 생각하는가?")은 피하는 것이 좋다. 그리고 "당신은 이 직책을 담당하기에는 상당히 젊다" 또는 "당신 같은 사람은 보다 많은 책임감이 요구되는 일을 찾아보는 것이 좋지 않겠는가?" 등과 같은 언급은 하지 않아야 한다.[30]

(3.1) 나이에 관한 발언 모두가 차별의 증거로 되는 것은 아니다. 나이에 관한 언급이 불이익한 결정과는 무관하거나 흔히 있을 수 있는 견해 표명에 불과한 경우 불법적

28) EEOC는 2004년 연방대법원 판결(사례 2.1가(4.1)-1 참조)의 취지를 반영하기 위한 해석규칙의 개정안을 2006년 8월 11일에 예고하였는데, 개정안 29 C.F.R. §1625.4 (a)의 제2문에 의하면, "사용자는 '60세 이상' 또는 '퇴직자' 등과 같은 문구를 사용하여 고령자에 대한 선호를 표현하는 구인 공고 내지 광고를 할 수 있다."

29) 위의 EEOC 규칙 개정안에서는 규정의 내용을 보다 명확히 하기 위하여 "나이에 근거한"이라는 문구를 "고령자에 대한"이라는 문구로 변경하고 있다.

30) ACAS, *Age and the Workplace*, A guide for employers, 2006, p.15.

인 차별의도에 해당하지 않는다.[31]

(3.2) 생년월일이나 나이를 묻는 것 자체를 나이차별로 단정할 수는 없지만 나이 많은 지원자를 배제하거나 나이에 근거한 차별의도를 드러내는 것일 수 있기 때문에 나이차별에 해당할 수 있다.[32]

※ 참고 : 미국 ADEA 관련 EEOC 규칙(29 C.F.R. §1625.5) - **입사지원서 등 고용관련 신청서**

입사지원서 등 고용관련 신청서(employment applications)에 '생년월일'이나 '나이'와 같은 정보를 밝히도록 요구하는 것 자체가 법 위반은 아니다. 그러나 그러한 요구는 고령자를 단념케 하거나 나이에 근거한 차별을 암시할 수 있기 때문에, 그러한 요구가 법이 허용 내지 금지하는 목적을 위한 것인지 확인하기 위해 위와 같은 정보를 요구하는 고용관련 신청서는 엄격한 심사의 대상이 된다. 그 목적이 법이 금지하는 것이 아니라는 점을 해당 신청서에 "1967년 고용에서의 연령차별 금지법(ADEA)은 40세 이상의 자에 대한 나이를 이유로 하는 차별을 금지하고 있다"라는 취지로 명시하거나 다른 수단으로 진정인들에게 알려야 한다. '고용관련 신청서'는 고용에 관한 일체의 요구서 혹은 이력서와 자기소개서 등 채용·승진을 위한 원서를 의미하고, 채용 이전에 요구하는 서면뿐만 아니라 채용 후 근로조건 등에 관해 근로자에게 요구하는 서면을 포함한다.

※ 참고 : 영국 고용평등(연령)규칙에 관한 ACAS의 가이드라인

지원서 양식에서 나이, 생년월일 기재란을 삭제하라. 또한 기간이나 날짜에 관한 불필요한 정보를 기재토록 요구하고 있지 않은지 검토해야 한다. 지원서 양식에서 나이와 관련된 정보를 요구하는 것은 나이차별에 해당할 수 있다.[33]

(4) 특정 나이집단에 결과적 불이익을 초래하는 중립적 기준의 적용(예컨대, 직업경력·경험의 최고 한도를 설정하거나 고령자가 절대 다수인 희망퇴직자의 재고용 거부, 과도한 직업경력의 요구 등)은 그러한 기준의 사용이 목적과 수단의 측면에서 정당하지 않는 한 간접차별에 해당한다.

모집·채용의 요건으로 설정된 일정 기간 이상 또는 이하의 직업경력, 자격증 등 중립적 기준이 특정 나이집단에 상대적으로 더 큰 불이익을 초래하는 경우 그 기준이 목적과 수단의 측면에서 정당하지 않는 한 간접차별이다.

사례 2.1나(4)-1 : **직업경험의 최고 한도 설정**

---

31) Mack A. Player, *Federal law of employment discrimination*, 3rd ed., West Group, 1992, pp.137-138 참조.

32) Barbara T. Lindemann and David D. Kadue, *Age Discrimination in Employment Law*, Washington, D.C. : Bureau of National Affairs, 2003, pp.1185-1186 참조.

33) ACAS, *Age and the Workplace*, A guide for employers, 2006, p.11.

34) Tom O'Connor v LIDL Ireland GmbH (DEC-E2005-12). 홈페이지(www.equalitytribunal.ie)

피진정인은 상업분야에서의 경험이 2-3년을 초과하지 않는 대학졸업자를 구한다는 신문광고를 내었고, 사업운영의 경험과 관련 직업 및 교육의 배경을 가진 51세의 진정인이 지원하였으나 면접 대상자에서 배제되었다. 진정인은 광고의 문고가 경험 있는 중년 내지 고령의 지원자들을 배제하려는 의도에서 만들어졌거나 그러한 의도를 나타내는 것으로 합리적으로 이해될 수 있다고 주장하였다. 아일랜드의 평등조사관청(평등심판소)은 2-3년을 초과하지 않는 직업경험 요구는 젊은 지원자들에 비해 진정인에게 불리하게 작용하는 것으로, 피진정인이 나이와 무관한 객관적 능력(merit) 기준에 관한 증거를 제시하지 못했기 때문에 간접차별에 해당한다고 판단[34]

(※ 아일랜드 고용평등법상의 간접차별 개념은 비교대상 집단간에 중립적 기준 충족률의 현저한 차이를 명시적으로 규정하고 있음에 유의. 사례 1.2다(2.1)-2의 각주 참조)

사례 2.1나(4)-2 : **채용광고와는 달리 직업자격경험의 사실상 최고한도 설정**

회계원으로 약 20년의 경력을 갖고 있는 50대의 진정인은 최소 2-3년의 자격경험이 있는 자를 구하는 채용광고를 보며 지원하였으나, 피진정인은 2-3년은 사실상 경험의 최고한도라고 말하며 지원 신청을 거부하였다. 아일랜드의 평등조사관청은 회계원들이 통상적으로 20대 중반에 자격을 갖추는 점을 감안할 때 최고 2-3년의 자격경험은 실제상 30세 이상의 연령그룹에 속하는 현저히 적은 비율의 자들이 충족할 수 있는 조건으로 보다 나이가 많은 지원자들에 대한 간접차별이고, 피진정인은 이런 조건을 객관적으로 정당화하는 증거를 제시하지 못했다고 판단[35]

사례 2.1나(4)-3 : **희망퇴직자(고령자 절대 다수 차지)의 파트타임 재고용 거부**

진정인은 23년간 재직하다 50세에 희망퇴직제에 따라 퇴직하면서 파트타임 버스기사로 재고용하여 줄 것을 요청하였으나, 희망퇴직제는 30개의 정규 기사직을 영구히 폐지함으로써 비용절감을 하는데 목적이 있기 때문에 희망퇴직제를 이용한 자는 재고용하지 않는 것이 회사의 정책이라는 점을 알게 되었다. 희망퇴직자의 약 96%가 50세 이상이라는 사실로부터 아일랜드의 평등조사관청(평등심판소)은 희망퇴직자를 파트타임 재고용 대상에서 배제하는 것은 나이가 젊은 근로자들보다 50세 이상의 근로자들에게 상당히 심각한 영향을 미치고, 피진정인은 회사의 정책이 나이차별과 무관하거나 비용절감이라는 경제적인 이유 외에 다른 정당한 사유를 입증하지 못했다는 점에 근거하여 차별로 판단[36]

가상사례 2.1나(4)-1 : **영국 고용평등(연령)규칙에 관한 ACAS의 가이드라인**

운전학원의 운전강사를 모집·채용함에 있어서 운전자격증을 보유하고 있고 10년 이상의 운전경력을 요구하는 경우 이러한 요구는 28세 미만인 자의 지원을 막는 차별적인 것일 수 있다. 운전강사의 자격으로 4년 이상의 운전경력이면 충분한 상황에서 28세 미만인 자가 나이차별을 주

결정문 참조.

35) Noonan v Accountancy Connections (DEC-E2004-42). 홈페이지(www.equalitytribunal.ie) 결정문 참조.

36) McLoughin v Bus Eireann (DEC-E 2004-59). 홈페이지(www.equalitytribunal.ie) 결정문 참조.

장하는 경우 사용자는 10년 이상의 운전경력이 왜 필요한지를 정당화하여야 한다.[37]

가상사례 2.1나(4)-2 : **영국 고용평등(연령)규칙에 관한 ACAS의 가이드라인**
사용자가 직원을 채용함에 있어서 대학 졸업자일 것을 자격요건으로 요구하고 있다. 오늘날에는 몇 십년 전에 비해 훨씬 많은 사람들이 대학을 다니지만, 충분한 실무적 경험을 갖고 있는 고령자들이 대학교 졸업자일 가능성은 상대적으로 적다. 따라서 사용자가 대학 졸업자 요구의 정당성을 입증할 수 없는 경우에는 간접적인 나이차별에 해당할 수 있다.[38]

(4.1) 특정 나이집단만을 대상으로 하는 모집·채용의 광고는 다른 나이집단에 대한 간접차별이 될 수 있다. 광고 대상에서 배제된 나이집단 구성원들의 경우 모집에 응하여 지원할 수 있는 기회가 상대적으로 더 많이 제한됨으로써 결과적 불이익을 입기 때문이다.

특정 나이집단만을 대상으로 하는 모집·채용 광고는 간접차별에 해당할 수 있다.

※ 참고 : 영국 고용평등(연령)규칙에 관한 ACAS의 가이드라인
광범위한 지원자 풀을 대상으로 모집·채용에 관한 광고를 하는 것이 바람직하다. 특정 연령층에 한정된 광고는 지원자의 다양성을 저해하고 간접차별에 해당할 수 있다. 예를 들어, 젊은 사람들을 고객으로 삼고 있는 잡지에만 광고를 내는 것은 고령자들에 대한 간접차별이 될 수 있다. 왜냐하면, 고령자들은 그 잡지를 구독할 가능성이 더 적고, 따라서 해당 구인광고를 보고 지원할 가능성도 더 적기 때문이다.[39]

(4.2) 유사한 상황임(예, 대등한 자격보유)에도 불구하고 서로 다른 나이집단 사이에 면접 대상자 선발비율, 채용율 등에서 커다란 통계적 차이가 존재하는 경우에는 간접차별이 추정된다(1.2다(3) 참조).

(5) '진정자격작업'이나 '적극적 조치'에 해당하는 경우에는 나이차별이 성립하지 않는다(3.1, 3.2 참조). 그 외에도 EU의 고용·직업평등지침(2000/78호)은 다음의 경우를 채용에서의 나이차별(직접차별)의 예외로 설정 가능하다고 규정하고 있다. 다만, 아래의 경우에 해당한다고 하여 자동적으로 나이차별이 부인되는 것은 아니며 목적과 수단의 측면에서 정당성이 인정된다는 전제 하에서 국내법상 차별예외로 설정할 수 있다는 취지임에 유의하여야 한다(가상사례 2.1나(4)-1 참조).

37) ACAS, *Age and the Workplace*, A guide for employers, 2006, p.12.
38) ACAS, op. cit., p.14.
39) ACAS, op. cit., p.12.

(5.1) 채용에서 '나이', '직업경험' 또는 '재직기간'에 관한 최저 조건의 설정(EU 2000/78호 지침)

입법례(국내) 2.1나(5.1)-1 : 근로기준법

・제62조 (최저연령과 취직인허증) ① 15세 미만인 자(「초·중등교육법」에 의한 중학교에 재학중인 18세 미만인 자를 포함한다)는 근로자로 사용하지 못한다. 다만, 대통령령이 정하는 기준에 따라 노동부장관이 발급한 취직인허증을 소지한 자는 그러하지 아니하다.

・제63조 (사용금지) ① 사용자는 임신 중이거나 산후 1년이 경과되지 아니한 여성(이하 "임산부"라 한다)과 18세 미만자를 도덕상 또는 보건상 유해·위험한 사업에 사용하지 못한다.

입법례(국내) 2.1나(5.1)-2 : 항공법

제25조 (자격증명 등) ① 항공업무에 종사하고자 하는 자는 건설교통부령이 정하는 바에 따라 건설교통부장관으로부터 항공종사자자격증명(이하 "자격증명"이라 한다)을 받아야 한다.

② 다음 각호의 1에 해당하는 자는 자격증명을 받을 수 없다.

1. 다음 각목의 연령 미만인 자
   가. 자가용조종사의 자격의 경우에는 17세(자가용활공기조종사의 경우에는 16세)
   나. 사업용조종사·항공사·항공기관사 및 항공정비사의 자격의 경우에는 18세
   다. 운송용조종사·항공교통관제사·항공공장정비사 및 운항관리사의 자격의 경우에는 21세

(5.2) '해당 업무가 요구하는 교육훈련' 또는 '퇴직 이전의 합리적인 고용기간'에 근거한 채용상의 최고 연령의 설정(EU 2000/78호 지침)

사례 2.1나(5.2)-1 : **교육훈련비용에 근거한 나이제한의 정당성 여부**

군 헬기 조정사의 나이제한(임용시점 19세 이상 28세 미만)과 관련하여 호주의 인권・기회평등위원회(HREOC)는 훈련투자비용에 대한 보상 가능성(훈련투자에 드는 높은 비용을 충분한 기간의 군복무로 보상받을 가능성)은 지원자의 전반적인 업무적합성을 판정하기 위한 기준의 일부를 형성할 수는 있으나 그 경우에도 직접적으로 판정되어야 하고 나이를 근거로 이러한 가능성이 가정되어서는 아니 된다고 언급[40]

(※ 이 사례는 나이제한의 진정직업자격 해당 여부가 쟁점이었던 사안임에 유의)

(6) 모집・채용상의 '명시적인' 나이제한 사건에서 국가인권위는 다음과 같은 목적 내지 사유는 나이제한을 정당화하지 않는다고 판단하였다.

---

40) Robert Bledly사건. HREOC, *Report of Inquiry into Complaints of Discrimination in Employment and Occupation Age Discrimination in the Australian Defence Force*, Report No.8, Commonwealth of Australia, 2000.

다음을 목적으로 하는 모집·채용상의 나이제한은 원칙적으로 정당하지 않다.
· 사업 또는 조직의 부차적 목적을 달성하기 위한 경우
· 모집·채용상의 비용 및 시간을 절감하기 위한 경우
· 직접 관련성이 희박한 법령 등을 준용하거나 기준으로 삼는 경우
· 상대적으로 오랜 양성기간(예, 국외연수기간)의 소요를 이유로 한 경우

(6.1) 사업·조직의 주된 목적에 해당하지 않는 부차적인 목적의 경우(예, 신·구 교원간의 적절한 균형과 조화, 교직사회의 원활한 순환구조 유지, 인력운영의 효율성 등)

사례 2.1나(6.1)-1 : **대학교원 지원연령 제한(대학에 따라 만 40세 이하, 45세 이하 등)**
교수진 연령분포의 적정 유지를 통한 학사운영·업무의 연속성을 기하고 신·구 교원간 적절한 균형과 조화를 도모(피진정인 주장) : 연구·교육·봉사가 대학의 1차적 목표이고 피진정인이 주장하는 조직의 건전성은 부차적 목표이기에 채용과정에서 일정한 연령을 절대적으로 배제하는 이유로서의 정당성 인정하기 곤란 <인권위 2002. 11. 18. 02직차1 결정>

사례 2.1나(6.1)-2 : **교사 신규채용 공개전형 응시연령 제한(40세 이하)**
교직사회의 원활한 순환구조를 위해 필요(피진정인 주장) : 교원으로서의 업무수행능력이 교원임용의 1차적 기준이 되어야 하고 교직사회의 원활한 순환구조 유지 등 조직의 건전성은 교원의 업무를 효율적으로 수행하기 위한 부차적 목표(이것이 일정한 연령 이상의 사람을 절대적으로 배제할만큼의 합리성을 가졌다고 인정하기 곤란) <인권위 2004. 6. 28. 03진차119 결정>

사례 2.1나(6.1)-3 : **항공사 여자승무원 응시연령 제한(만 25세 이하)**
승무원의 근속년수가 짧아 고령자 입사시 인력운영의 효율성 저하(피진정인 주장) : 이는 승무원 인력에 대한 투자비용 회수를 어떻게 하여야 할 것이며, 근속년수를 어떻게 높일 것인지 등에 관한 경제적, 경영적인 차원에서 검토하여야 할 일이지, 그 자체가 해당 직무의 본질적 기능을 수행할 수 있는 자격·능력 존재 여부 판단 근거가 되기 어렵고, 해당직무에 대한 응시기회 자체를 원천봉쇄할 만한 합리적인 사유 못됨 <인권위 2006. 11. 13. 05진차662 등 (병합) 결정>

(6.2) 채용관련 비용 상승 및 절차의 지연, 계속적 시험준비에 따른 인적자원의 낭비 등 경제·사회적 비효율성을 방지하기 위한 경우 : 이러한 경제적 내지 사회적 고려는 해당 사업 내지 직무의 본질적 기능을 원활하게 수행할 수 있는 자격·능력 유무의 판단과는 무관하기 때문에 그 정당성을 인정하기 어렵다.

사례 2.1나(6.2)-1 : **교사 신규채용 공개전형 응시연령 제한(40세 이하)**

연령제한이 없을 경우 합격할 때까지 계속 교원임용시험을 준비하는 현상이 발생하여 결과적으로 국가 인적자원 개발 및 활용 측면에서 비효율적(피진정인 주장) : 교원임용시험 응시 여부는 개인적 선택의 문제라 할 것이고, 연령을 기준으로 이미 교원자격증을 취득하여 교원으로 양성된 자를 교육분야에 종사하지 못하도록 임용기회에서 배제하는 것은 오히려 국가 인적자원 개발 및 활용이라는 입법목적에 역행하는 모순을 초래할 수 있음 <인권위 2004. 6. 28. 03진차119 결정>

사례 2.1나(6.2)-2 : **항공사 여자승무원 응시연령 제한(만 25세 이하)**

여승무원에 대한 직업선호도가 높아 과다지원에 따른 채용일정 및 인력수급계획의 차질을 방지(피진정인 주장) : 직업선호도가 높음에 따라 경쟁이 치열해지고 그에 따라 탈락자가 많이 발생하게 되어 자연스럽게 비용대비효과의 평가가 이루어져 응시자가 줄어들게 되는 시장경쟁의 원리에 맡겨야 할 일이지 일정 연령 이상을 차별하는 합리적 근거가 될 수 없음 <인권위 2006. 11. 13. 05진차662 등 (병합) 결정>

(6.3) 관계 법령의 준용, 법상의 재량사항, 타 법령과의 형평성 감안 등을 이유로 한 경우 : 법령의 내용은 헌법이 보장하는 평등권을 침해하지 않는 범위 내에서 정당한 목적으로 해석될 수 있다. 관계 법령의 준용이나 타 법령의 형평성을 이유로 삼는 것은 서로 다른 입법취지를 곡해할 우려가 크기 때문에 목적의 정당성 여부를 엄격히 판단하여야 한다.

사례 2.1나(6.3)-1 : **대학교원 지원연령 제한(대학에 따라 만 40세 이하, 45세 이하 등)**

・교육공무원법 및 교육공무원임용령상 교사채용시의 연령제한규정을 준용(피진정인 주장) : 교육공무원 공개전형 응시연령 제한(최초 시험시행 예정일이 속한 연도에 40세 이하)하는 교육공무원임용령 제11조의 2는 초・중・고 교사에 적용되는 규정으로 대학교원 임용의 근거규정으로 보기 어려움(양자 직무의 성격 상이)

・대학교원 임용관련 사항은 헌법상 대학의 자율권에 해당(피진정인 주장) : 대학의 자율성은 헌법 제11조에 정한 평등권의 범위 내에서 인정되는 것 <인권위 2002. 11. 18. 02직차1 결정>

사례 2.1나(6.3)-2 : **교사 신규채용 공개전형 응시연령 제한(40세 이하)**

일반직공무원의 응시연령제한 등 타 법령과의 형평성 감안하여 제한(피진정인 주장) : 교육공무원은 교육이라는 특수하고 전문적인 업무를 담당하고 있는 특정직 공무원으로서 직무·신분·조직의 특성이 일반직공무원 등 다른 공무원의 경우와 다르고, 교원임용시험은 이미 교원자격증을 취득한 자를 대상으로 하는 등 양성・임용과정이 일반직공무원 등의 경우와는 다른 특수성이 있어 따로 달리 판단하여도 형평에 어긋나지 아니함 <인권위 2004. 6. 28. 03진차119 결정>

(6.4) 상대적으로 오랜 양성기간(예, 국외연수기간)을 이유로 한 경우 : 교육훈련, 연수 등 상대적으로 긴 양성기간이 필요로 되는 경우에도 퇴직 이전까지의 합리적인 고

용기간이 확보되는 한 양성기간을 이유로 하는 상한연령제한의 합리성은 인정되지 않는다.

사례 2.1나(6.4)-1 : **외교통상직 공무원 공개채용시험 응시연령제한(30세 미만)**

피진정인은 외교통상직 공무원의 경우 일반직 공무원에 비하여 상대적으로 오랜 시간의 양성기간이 소요되므로 5급 국가공무원 임용시험 응시 상한연령 보다 2년을 하향조정하였다고 주장한다. 그러나 우리 위원회는 이미 5급 국가공무원의 공개채용응시 상한연령을 32세 이하로 규정한 「공무원임용령」의 규정의 개선을 권고한 바, 국가공무원의 응시상한연령의 합리성을 전제한 상태에서 합격자에 대한 국외연수 기간 등을 고려하여 책정한 30세 미만이라는 상한연령의 합리성은 인정되지 않는다. <인권위 2007. 9. 11. 07진차177>

(7) 신규채용뿐만 아니라 비정규직 근로자를 정규직 근로자로 전환하는 경우에도 합리적 이유 없이 나이를 기준으로 차별하는 것은 허용되지 않는다.

사례 2.1나(7)-1 : **비정규직을 정규직으로 전환하는 경우의 나이제한(40세 이하)**

00병원 영양실 업무는 식단에 따른 음식 조리, 배식, 식기세척 등을 그 내용으로 하고 있는 바, 이러한 업무를 담당하게 될 정규직 직원을 신규로 채용할 때에 40세 이하인 자로 한정하는 것이 합리적인지 여부를 먼저 살펴보면 41세 이상인 자들이 위와 같은 업무를 수행하기 곤란하다고 볼 특별한 사정이 없으며, 오히려 가정주부로서의 경험 등 유사 업무에 경륜이 풍부하고 숙련도가 높은 자가 업무수행에 더욱 적격일 수 있는 것이므로, 40세 이하인 자들만을 신규로 채용하는 것을 합리적이라고 볼 수 없다. 나아가 비정규직 직원을 정규직으로 전환할 시에도 위와 같은 신규채용 나이기준을 준용하고 있는 것이 합리적인지 여부를 살펴보면, 정규직화 심사과정에서 대상자가 업무수행에 적합한지의 여부는 그 동안의 근무 태도, 경력 및 면접 등을 통하여 충분히 파악할 수 있는 것이므로, 비정규직 직원을 정규직으로 전환함에 있어 나이를 기준으로 하여 일률적으로 그 대상을 한정하는 것 역시 합리적인 이유가 없다고 판단된다. <인권위 2007. 4. 30. 06진차292 결정>

다. 임금 및 기타 금품

- 특정 나이의 도달을 이유로 하는 임금삭감은 원칙적으로 나이차별에 해당한다. 다만, 정년연장을 목적으로 하는 경우에는 그렇지 않다.
- 근속기간의 차이에 근거한 임금 기타 금품에서의 차등은 근속기간의 차이가 직무 능력이나 경험 또는 성과의 차이를 반영하는 것으로 볼 수 있는 경우 나이차별에 해당하지 않는다.
- 장기근속에 대한 보상, 이직률이 높은 사업장에서의 장기근속유도 등을 목적으로 일정한 근속기준을 정하여 임금에서 차등 대우하는 것은 그 목적의 정당성이 인정될 수 있다.

입법례(국외) 2.1다-1 : ILO 고령근로자권고 제162호(1980년)
고령근로자가 나이를 이유로 차별받는 일 없이 다른 근로자와 균등한 기회 및 대우를 보장받아야 할 사항의 하나로 '동일가치의 노동에 대한 임금'을 언급(제5조)

(1) 유사한 상황에서 나이를 기준으로 하여 임금이나 기타 금품에서 불이익을 주는 행위는 정당한 경우가 아닌 한 나이차별에 해당한다.

(1.1) 특정한 나이 이상의 근로자들에 대해 정년을 보장하는 대신 일정 비율로 임금을 삭감하는 제도(정년보장형 임금피크제)는 정당한 목적을 달성하기 위한 불가피하고 적정한 수단으로 판단되는 경우가 아닌 한 나이차별로 보아야 한다. 즉, 나이 이외에 그러한 임금삭감을 정당화할 수 있는 합리적 이유가 있어야 한다. 연공급 임금체계 하에서 근로자 개인의 생산성을 초과하는 임금수준이 이연(移延)임금[41]에 해당하는 경우 생산성을 초과하는 임금수준은 위와 같은 임금피크제를 정당화하는 합리적 이유가 된다고 보기 어렵다. 연공급 하에서 이연임금은 과거의 임금손실을 보전하는 것이기 때문이다.

※ 참고
· 경영위기를 타개하기 위해 정년보장형 임금피크제를 도입하는 경우 특정 나이집단 근로자들의 임금삭감이 그 목적 달성을 위해 꼭 필요하고, 임금삭감의 정도 역시 과도하지 않다는 점에 대한 입증이 있으면 나이차별이 아닌 것으로 판단 가능

(1.2) 특정한 나이 이상의 근로자들에 대해 정년을 연장하는 대신에 임금을 삭감하는 제도(정년연장형 임금피크제)는 임금삭감(불이익)을 상쇄하는 추가적 이익(고용연장 및 그에 따른 장래소득)이 보장되기 때문에 나이차별이 아닌 것으로 해석할 수 있다.

(2) 근속기간을 기준으로 임금을 차등지급하는 제도(연공임금제)의 경우 나이를 이유로 하는 간접차별로 볼 수 있는지 문제된다. 근속기간의 차이에 따른 임금의 차등지급은 상대적으로 나이가 적은 근로자들에게 불이익한 결과를 초래할 수 있기 때문이다.

사례 2.1다(2)-1 : **성차별 관련 유럽사법재판소(ECJ) 판례**
· 연공은 흔히 해당 직업과 관련된 유용한 경험을 수반하기 때문에 연공에 기초한 임금상승은 일반적으로 허용되며, 해당 특정 업무수행과의 상관성을 입증할 필요는 없음(Danfoss 사건, C-109/88, 1990년)
· 여성들은 남성들과는 다른 노동패턴을 갖는 경향이 있기 때문에 연공에 기초한 보상은 간접

41) 이연임금이라 함은 해당 기업에서의 직업생활 전반기에 근로자 개인의 생산성을 하회하는 임금액을 지급함으로써 발생한 임금손실의 몫만큼을 직업생활 후반기에 보상하기 위해 근로자 개인의 생산성을 초과하여 임금액을 지급하는 것을 뜻한다.

적인 성차별에 해당할 수 있음(Nimz사건, C-184/89, 1991년)

(2.1) 국제기준이나 외국의 입법례를 보면 일정한 요건 하에서 또는 별도의 요건 없이 연공이나 재직기간을 기준으로 하는 차등대우를 나이차별의 예외로 설정하고 있다.

・유럽연합 「고용직업평등대우지침」(2000/78호)은 목적과 수단의 측면에서 정당한 경우 고용관련 특정 이익을 제공함에 있어서 일정 수준 이상의 재직기간을 설정하는 것을 나이차별이 아닌 것으로 규정하고 있다.

입법례(국외) 2.1다(2.1)-1 : EU 고용・직업평등대우지침 2000/78호(2000년)
나이에 근거한 대우의 차이의 정당화(제6조 제1항) : 나이를 이유로 하는 대우의 차이가 국내법적 상황에서 고용정책・노동시장 및 직업훈련상의 목적 등 합법적인 목적에 의해 객관적이고 합리적으로 정당화되고, 그러한 목적을 달성하기 위한 수단이 적절하고 필요한 경우 회원국은 이를 차별에 해당하지 않는 것으로 규정할 수 있다. 그 예는 다음과 같다.
(b) 채용 또는 고용관련 특정이익 제공의 경우 나이・직업경험 또는 재직기간에 관한 최저 조건의 설정

・영국은 재직기간 5년을 초과하는 근로자들에 대해 재직기간을 기준으로 임금 기타 이익의 제공에서 차등을 두는 것이 경영상의 필요를 충족시키기 위해 합리적인 경우에는 나이차별의 예외로 규정하고 있다.

입법례(국외) 2.1다(2)-2 : 영국의 고용평등(연령)규칙(2006년)
재직기간 5년을 초과하는 근로자들에 대해 급여, 기타 이익을 제공함에 있어서 사용자가 기업경영상의 필요(예를 들어 충실장려, 동기부여 또는 경험보상)를 충족시키기 위해 재직기간을 기준으로 사용하는 것이 합리적인 경우, 어떤 근로자가 다른 근로자에 비해 재직기간이 짧아서 불이익에 처하게 되어도 위법하지 않음(제32조)

・아일랜드는 연공・재직기간의 상대적 차이에 근거한 임금의 차등을 나이차별의 예외로 규정하고 있고, 별도의 정당성 판단을 요구하고 있지 않다.

입법례(국외) 2.1다(2)-3 : 아일랜드의 고용평등법(1998년)
특정의 직책에서 연공이나 재직기간(seniority or length of service)의 상대적 차이에 기초한 임금이나 기타 근로조건의 차이는 나이차별에 해당하지 않음(제34조 제7항).

사례 2.1다(2)-1 : **교사 신규채용 공개전형 응시연령 제한(40세 이하)**
진정인은 피진정인의 직급조정 때문에 퇴직 이전에 요구되는 근속기간을 충족할 수 없어서 상

대적으로 나이가 젊은 동료 직원에 비해 임금에서 불이익을 입게 되었다고 나이차별을 주장하였다. 그러나 아일랜드의 평등조사관청(평등심판소)은 임금인상이 근속년수와 불가분의 관계에 있고, 진정인은 새로운 임금제도상의 특정 등급에 도달하는데 요구되는 퇴직 이전의 근속기간을 충족시킬 수 없다고 봄. 고용평등법은 특정 직책에서의 근속기간의 상대적 차이에 근거한 임금 내지 기타 근로조건의 차이를 나이차별에 해당하지 않는 것으로 규정하고 있기 때문에 진정인은 요구되는 근속기간을 충족하여 임금제도상의 특정 등급에 도달할 수 있는 보다 나이가 젊은 동료 직원에 비해 불리하게 대우받지 않았다고 판단. 또한 기존 임금제도상의 지위에 상응하는 지위가 새로운 임금제도에서도 진정인에게 부여되어야 한다는 진정인의 주장은 나이가 많은 진정인을 상대적으로 나이가 적은 동료 직원들에 비해 우대하는 것으로 법 위반에 해당할 수 있다고 판단[42]

・미국은 '진정한 연공제도'의 요건을 준수하기 위한 경우를 차별예외사유로 규정하고 있다. 상대적 장기근속 근로자들 위한 이익의 제공은 법 회피를 의도한 것이 아닌 한 나이차별에 해당하지 않는다는 것이다.

입법례(국외) 2.1다(2)-4 : 미국의 고용상 연령차별금지법(1967년)
・동법의 목적을 회피할 의도가 없는 '진정한 연공제도'(a bona fide seniority system)의 요건을 준수하기 위한 것은 위법하지 않음(제623조 (f)(2)(A))

(2.2) 근속기간의 차이가 직무상의 능력(예, 기술기능, 숙련 등)이나 경험 또는 성과의 차이를 반영하는 것으로 볼 수 있는 경우, 장기근속에 따른 공헌을 보상할 필요가 있는 경우, 장기근속을 유도・촉진하여야 할 필요가 있는 경우(예, 이직률의 높아 사업의 정상적 운영이 곤란한 경우)에는 근속기간의 차이에 따라 혹은 일정기간의 근속을 기준으로 임금 등을 차등지급하는 것이 나이차별에 해당하지 않는 것으로 해석할 수 있다.

(2.3) 연공급 임금체계 하에서의 이연임금(앞의 1.1 개념 설명 참고)은 과거의 임금손실에 대한 보전에 해당하기 때문에 근속기간의 차이에 따라 임금이 비례적으로 차등지급되더라도 나이차별로 해석하기 어렵다. 다만, 이연임금에 해당한다는 사실에 대한 입증책임은 이를 주장하는 자에게 있다.

(2.4) 이연임금에 해당하지 않고 업무경험이 불필요한 직무임에도 불구하고 단지 오래 근무할수록 보다 많은 보상이 있어야 한다는 단순한 가정에 근거하여 근속기간을 이유로 임금 등을 차등지급하는 것은 간접차별로 해석할 수 있다.

---

42) Morrissey v Dun Laoghaire-Rathdown County Council (DEC-E2003-39).
홈페이지(www. equalitytribunal.ie) 결정문 참조.

라. 교육훈련

・교육훈련 대상자의 선발은 나이와 무관한 객관적 기준에 따라 이루어져 한다. ・교육훈련에서의 나이제한의 정당성 여부를 판단할 때에는 교육훈련의 목적・기간과 비용, 교육훈련 종료 후의 재직 가능 기간 등을 고려할 필요가 있다.

(1) 교육훈련은 직무능력개발의 중요 수단이고, 나아가 인사 및 보상에서의 이익과 밀접히 연관되어 있기 때문에 나이에 따른 차별이 없이 평등한 기회가 보장되어야 한다.

(2) 교훈훈련 대상자의 선발은 나이와 무관한 객관적 기준에 따라 이루어져야 한다.

(2.1) 외국어능력을 선발기준으로 삼는 경우 어학능력의 평가결과에 따라 적격자를 선발할 수 있음에도 나이든 사람은 어학능력이 떨어진다는 편견에 기초하여 나이기준을 두어 선발 대상에서 배재하는 것은 차별이다.

사례 2.1라(2.1)-1 : **공무원 장기국외훈련 대상자 선발시의 나이제한(45세 이하)**
장기국외훈련을 위해 일정 어학능력이 요구되고 어학능력에는 나이가 제약요인으로 작용할 수 있음(피진정인 주장) 관련 : 나이와 어학능력의 상관관계를 객관적으로 판단할 수 있는 근거가 없을 뿐 아니라, 국외훈련의 자격요건으로 어학능력이 요구된다면 어학능력 자체를 평가해야 할 것이며, 국외훈련의 효과를 높이기 위해서는 직무수행능력, 외국어능력, 수학능력, 훈련계획 등을 직접 평가하고 그 평가에 근거하여 유자격자를 선발한 후, 훈련 이후 결과물에 대한 평가를 강화하는 것이 보다 타당한 방법이다('45세' 요건이 피진정인이 주장하는 목적달성을 위한 합리적인 자격요건이라고 보기 어려움). <인권위 2005. 11. 21. 05진차651 결정>

(3) 많은 경우 교육훈련은 업무와 관련된 것이고, 교육훈련의 성과를 업무수행에서 활용하기 위한 것이기 때문에 교육훈련에서 나이제한의 차별 여부를 판단할 때에는 교육훈련의 목적・기간・비용, 교육훈련 종료 후에 해당 근로자가 퇴직시까지 재직 가능한 기간 등의 요소를 고려하여야 한다.

(3.1) 교육훈련의 목적・기간과 비용, 교육훈련 종료 후의 재직 가능 기간을 감안할 때 일정한 나이제한을 두는 것이 합리적이라고 판단되는 경우 차별로 보지 않는다.

가상사례 2.1라(3.1)-1 : **교육훈련에서 나이제한의 합리성**
항공사가 새로운 기종의 항공기를 도입하면서 그 항공기의 조종에 필요한 교육훈련 대상자를 선발하기 위한 기준으로 53세 미만이라는 나이기준을 설정한 경우 조종사의 정년이 55세, 교육훈련 기간 1년, 교육훈련의 장소가 외국이라면 나이제한의 합리성이 인정될 수 있을 것이다.

(3.2) 교육훈련의 목적이 업무와 직접적인 관련성이 없는 일반적 소양교육의 경우에는 나이제한의 합리성이 인정되기 어렵다.

마. 인사배치(배치전환 포함) 및 승진

인사배치 및 승진에서 나이차별을 판단할 때 다음을 고려할 필요가 있다. • 면접과정에서 나이편견이 개입된 발언이나 질문이 있었는지 여부 • 대등하거나 보다 나은 자격을 갖추었음에도 특정 나이그룹이 전반적으로 낮은 평가를 받았는지 여부 • 후보자 나이그룹 사이에 나타나는 인사배치비율 내지 승진비율의 차이 • 과거의 사례에서 특정 나이그룹의 인사배치비율 내지 승진비율 • 인사배치 내지 승진 자격기준의 객관성

(1) 근로자의 인사배치와 승진에서 사용자는 다양한 요소들(예, 직무능력, 조직효율성, 인화력, 책임감 등)을 고려하여 적격자를 선택하는 것이 통상적이고, 사용자의 평가·선택에 따른 일정한 재량권을 존중하여야 하지만, 고령자 내지 연소자라는 이유만으로 배제하거나 불이익을 주는 나이차별은 재량권의 일탈로써 원칙적으로 금지되어야 한다.

(2) 승진심사 면접과정에서 나이에 대한 편견을 드러내는 발언이나 질문은 차별의 증거가 될 수 있다.

사례 2.1마(2)-1 : **승진심사 면접과정에서의 발언**

학교 교감 승진심사 면접과정에서 심사위원장이 진정인에게 “27년 동안이나 교직생활을 하고 있는데 지금 교감이라는 직책을 두고 다투는 것이 성가시지 않는지”를 물었다. 진정인은 이러한 발언이 자신의 나이를 문제 삼는 것이라고 믿었다. 교감으로 승진하는 자는 원고에 비해 상당히 젊었고 7년의 교직경험을 갖고 있었다. 아일랜드의 평등조사관청은 심사위원장에게 차별의도가 없었을지라도 면접에서의 그러한 질문 자체가 차별이라는 결정하였다.[43]

(3) 업무경험이 승진평가항목에 해당하고 근속기간과 직무경험이 비례한다고 볼 수 있는 상황에서 근속기간이 오래된 후보자들이 낮은 점수를 받고 승진에서 탈락한 경우 나이차별을 추정할 수 있다.

사례 2.1마(3)-1 : **근속기간이 오랜 업무경험자에 대한 저평가와 승진 탈락**

---

43) Margaret O'Neill v St. Gabrel's (DEC-E2005-7).
44) Carroll v County Monaghon Vocational Education Committee (DEC-E2004-3).

진정인은 특별의무교사(Special Duties Teacher) 직으로의 승진 선발과정에 지원하였으나 탈락하였고, 상당히 나이가 젊은 지원자들이 임명되었다. 아일랜드의 평등조사관청은 해당 직책을 위해 마련된 기준에 비추어 볼 때 진정인은 승진된 자들보다 높은 자격과 많은 경험을 보유하고 있는 점을 인정하였다. 객관적으로 가장 적합한 지원자를 가리는 일은 선발위원회의 재량사항이고 평등조사관청의 임무는 아니지만 선발과정에서 나이차별이 있었는지는 검토하는 것은 평등조사관청의 임무라고 하였다. "학교에서의 경험과 열성"이라는 평가항목과 관련하여 근속기간이 가장 오랜 4명이 모두 가장 낮은 점수를 받은 것은 직무와 관련 경험 사이에 통상적으로 드러나는 객관적 관련성과 양립되기 어렵고, 자격이 덜한 승진자들이 진정인에 비해 8세에서 24세만큼 젊다는 사실은 나이차별의 개입을 낳았다고 보았다.[44]

(4) 승진 후보자 나이그룹 사이에 승진률에서 현저한 차이가 존재하고, 특정 나이그룹의 승진 배제가 과거의 승진사례에서 확인 가능한 경우 나이차별을 추정할 수 있다.

사례 2.1마(4)-1 : **승진 후보자 나이그룹간 승진률의 현저한 차이**

두 차례의 해당 직급(Principal Officer) 승진 경쟁에서 탈락한 진정인은 피진정인이 50세 이상의 자를 승진시키지 않는 정책을 시행하고 있다고 주장하였고, 피진정인은 승진정책이 본질적으로 능력과 경험에 근거한 것이라고 주장하였다. 아일랜드의 평등조사관청은 해당 승진제도가 부적절하고 진정인은 승진된 자들과 동등한 경험과 자격을 보유하고 있으며, 승진 관련 통계는 50세 이상 자들은 승진되지 못한다는 주장을 뒷받침한다고 판단하였다. 후보자 23명 중 50세 이상은 6명으로 전체의 26%를 차지했으나 1명도 승진하지 못했고, 반면에 40세 미만의 후보자는 전체의 21%였는데 승진자의 절반을 차지했다. 한편 지난 3년간 피진정인은 해당 직책에 50세 이상의 자를 단 한명도 승진시키지 않았다. 피진정인이 차별 추정을 뒤집는 반증을 제시하지 못하였기에 아일랜드의 평등조사관청은 차별을 결정하였다.[45]

(5) 승진을 위해 객관적으로 필요로 되는 자격요건과 무관한 기준(예, 5년 이상의 근속기간 및 원만한 노사관계)을 요구함으로써 일정한 나이그룹에게 불리한 결과를 초래하는 경우에는 간접차별에 해당할 수 있다.

사례 2.1마(5)-1 : **객관적으로 정당하지 않는 승진자격기준**

진정인은 고위간부직(Higher Executive Officer) 승진자격요건으로 설정된 5년 이상의 근속기준은 30세 미만자에 대한 간접차별이라고 주장하였고, 피진정인은 그러한 기준이 법에 의해 허용된다고 주장하였다. 아일랜드의 평등조사관청은 근속기간의 차이에 따른 법상의 차별예외규정은 승진기회에는 적용되지 않으며(법에서는 근속기간의 상대적 차이에 근거한 임금 내지 기타 고용조건의 차이만을 연령차별 예외사유로 규정), 법상의 다른 차별예외사유인 현저한 비용증가에 관한 명백한 특정의 증거가 제시되지 않았고(피진정인은 승진자격제한을 없애면 진정인 직급에서의 승진경쟁에 따른 비용이 3배로 증가하고 승진자의 교육훈련비용과 건강이 좋지 않은 데에 따른 잠재적 비용이 증가한다고 주장하였으나 평등조사관청은 전자의 승진경쟁 비용증가

45) Gillen v Department of Health (DEC-E2003-35).

는 현저한 비용증가에 해당하지 않고, 후자의 비용증가는 관련성이 없다고 판단하였음), 5년 근속이 승진을 위해 요구되는 기술을 획득하는데 불가결하다는 객관적인 증거가 없고, 노사관계상의 조화(industrial relations harmony)는 객관적인 정당사유에 해당하지 않는다고 보아, 진정인이 5년 근속기준 때문에 승진경쟁을 할 수 없었던 것은 간접차별이라고 결정하였다.[46]

(6) 인사고과에서 나이가 많은 특정 연령그룹에 대하여 현저히 낮은 평가를 행하고, 그 평가결과에 기초하여 이루어진 보직변경(사무직→기술직)의 인사조치는 나이를 이유로 하는 차별에 해당한다.

사례 2.1마(6)-1 : 고연령 근로자그룹에 대한 낮은 인사고과평가와 그에 따른 보직변경

인사고과평가시 피진정인 회사에 3급 과장보직으로 근무하였던 1950년~1953년생 직원들(이하 '가'그룹이라 한다)과 1953년 이후 출생한 직원들(이하 '나'그룹이라 한다)의 등급별 고과비율을 비교하여 본 결과는 … (중략) … '가'그룹의 경우 B등급 이상(S,A,B등급)을 받은 자의 비율은 2003년 67.2%, 2004년 26.2%, 2005년 60.5%이고, 반면에 C등급 이하를 받은 자의 비율은 2003년 32.7%, 2004년 73.7%, 2005년 39.6%으로서 2004년의 인사고과평가의 비율이 예년과 현저히 다른 특징을 보여주고 있다. 반면 '나'그룹의 경우는 B등급 이상(S,A,B등급)을 받은 자의 비율은 2003년 69.2%, 2004년 72.9%, 2005년 72.6%이고, 반면에 C등급 이하를 받은 자의 비율은 2003년 30.7%, 2004년 27%, 2005년 27.4%로서, '나'그룹의 3년간 각 고과비는 B등급 이상이든 C등급 이하이든 10-13%의 범위 내에서 변동하는 모습을 일관성있게 보여주고 있다. 각 등급에 있어서의 양 그룹간의 고과비율차를 보면 각 등급과 연도별로 최대 16%의 차이를 넘지 않는 반면, 2004년도 C등급의 경우에만 유독 45.4%에 이르는 차이를 보이고 있다. 위원회가 '가'그룹 중 15명, '나'그룹 중 21명을 무작위로 추출하여 2004년도에 받은 1차평가 결과를 조사해 본 결과, 업적고과, 능력고과에서 높은 점수를 받았음에도 불구하고 2차 평가과정인 조정과정에서 저평가를 받은 사람들이 '가'그룹에 현저히 많았으며, '가'그룹의 경우에는 100점을 받은 사람 3명을 포함하여 1차 평가점수에서 85점에서부터 100점까지 최대 15점의 차이를 보인 사람들이 모두 C 등급을 받은 반면, '나'그룹의 경우에는 같은 등급 내에서의 1차평가점수의 차이가 최대 9점을 넘지 아니하였으며, 100점을 받은 사람들 중에서 C 등급의 평가를 받은 사람이 존재하지 아니하였다. … (중략) …

비록 피진정인이 진정인들에 대한 인사고과를 행함에 있어 특정 하위등급 이하의 점수를 부여하도록 하는 지침이나 기준을 시행하였다는 명시적 증거는 없으나, 2004년도에 1950년에서 1953년에 출생한 사람들 중 72.4%가 C등급을 받았다는 것은 그 수치에 있어서 합리적이고 상식적인 수준을 뛰어넘는 점이며, 이에 대하여 연령차별의 결과를 인정할 수 있는 통계수치라는 전문가들의 의견이 있는 점, 위원회의 표본추출결과 100점의 1차 평가를 받은 사람들조차 다수 C등급을 받아 상대평가를 위한 조정과정에서 적용되었을 것으로 보이는 묵시적인 기준에 대한 합리적인 설명이 어려운 점, 이에 관하여 피진정인 스스로도 타당한 해명을 하지 못하고 '인사문화의 혁신'을 위해서 그리 하였다고만 진술하고 있는 점 등을 고려해 볼 때, 2004년도 당시 인사고과평가과정에서 진정인들이 속한 특정 연령대의 직원들에게 그 업무실적이나 역량에 관계없이 불이익한 인사고과를 부여함으로써 이후 보직 변동을 꾀하고자 한 것으로 판단되며, 결

46) Mcgarr v Department of Fincance (DEC-E2003-36).

국 이는 진정인들에게 나이를 이유로 한 고용차별의 결과를 낳은 것으로 인정된다. <인권위 2007. 10. 8. 06진차204 결정>

바. 해고 및 퇴직

• 고령자 우선적 정리해고기준은 나이를 이유로 하는 직접차별에 해당하고, 장기근속자 우선적 정리해고기준은 간접차별에 해당할 수 있다.
• 고령자에 대한 특별한 보호의 필요성이 인정되는 경우 상대적으로 나이가 적은 자에 대한 불이익은 차별에 해당하지 않는 것으로 볼 수 있다.
• 자발적 조기퇴직제 자체는 나이차별로 보기 어렵다.

(1) 고용영역에서 해고는 근로자에게 가장 큰 불이익이다. 업무능력이나 성과 등에 대한 고려 없이 나이가 많다는 이유만으로 우선적으로 정리해고하는 기준(예, 정년을 5년 앞둔 자)은 나이차별에 해당한다.

(2) 근속기간을 정리해고기준의 한 가지 고려요소로 삼는 것 자체를 차별로 단정하기는 어렵다. 그러나 장기근속이 정리해고의 결정적 기준으로 작용하는 경우 그 기준은 특히 고령자들에게 현저히 불리한 결과를 초래하기 때문에 간접차별 해당 여부를 판단하여야 한다.

(2.1) 근속기간이 짧은 자를 우선적으로 정리해고하는 기준 역시 상대적으로 나이가 적은 근로자들에게 불리한 결과를 초래하기 때문에 간접차별 해당 여부가 문제되나, 고령근로자에 대한 특별한 보호의 필요성이 인정되는 경우에는 간접차별로 보기 어렵다.

(3) "오래되고 큰 나무를 베어내어야 그 밑에 있는 작은 나무들이 성장할 수 있다"는 비유적 발언도 해고에서 직접차별의 증거가 될 수 있다.[47]

(4) 퇴직의 자유가 보장되므로 일정한 나이그룹을 대상으로 하는 자발적인 조기퇴직제도를 나이차별로 보기는 어렵다. 그러나 조기퇴직에 대한 보상금을 지급함에 있어서는 나이를 기준으로 하는 차별이 허용될 수 없다.

사례 2.1바(4)-1 : 조기퇴직보상금

아일랜드의 평등조사관청은 자발적 조기퇴직제도의 구성 항목 중에서 퇴직보상금이 근속기간과 임금수준이 동일한 근로자 사이에서 60세 미만자에 비해 60세 이상자에게 현저하게 불리하게 설계되어 있고, 나이 외의 다른 요소에 의해 이러한 불이익이 상쇄되지 않으며, 또한 법에 의해 이런 불이익이 정당화할 수 있는 명백한 통계증거 내지 기타 증거가 제시되어 않은 경우 나이차별에 해당한다고 하였다.[48]

47) Harold S. Lewis and Elizabeth J. Norman, *Employment Discrimination Law and Practice*, West Group, 2001, p.374.

사. 정년

• 정년제는 고령자에 대한 고용차별금지원칙 및 근로자의 자발적 퇴직원칙과 상충한다. 다만, 사회적으로 바람직한 은퇴연령(예, 연금수급개시연령) 이상으로 정년을 설정하는 행위까지 나이차별로 판단하기는 어렵다. • 직종・직급(계급)별 차등적 정년은 상이한 정년을 설정해야 하는 합리적 이유(직업자격, 업무내용과 책임 등에 비추어)가 없는 한 차별로 해석된다.

입법례(국내) 2.1사-1 : 고령자고용촉진법
사업주가 근로자의 정년을 정하는 경우에는 그 정년이 60세 이상이 되도록 노력하여야 한다(제19조).

입법례(국외) 2.1사-1: 미국의 고용상 연령차별금지법(ADEA)
- 정년제(강제퇴직조치)를 연령차별로 보아 금지, 단 예외적으로 일부 허용
- ADEA 제정 당시(1967년) 법적용 대상자의 상한연령 65세 → 1978년 법개정 70세 → 1986년 법개정 상한연령 완전폐지(단계적으로 정년제금지 시행)
- 경찰・소방관, 기업의 경영간부 등의 경우 일정 요건 하에서 정년제 허용

입법례(국외) 2.1사-2 : 영국의 고용평등(연령)규칙(2006년)
- 65세 이상의 정년설정은 연령차별의 예외로 설정 : "제2장과 제3장은 이 규정이 적용되는 사람이 65세 이상이고 해고의 이유가 정년인 경우에는 그에 대한 해고를 위법하게 하지 않는다."(동법 제30조 2항)
- 정년퇴직 이후의 계속근무에 대한 근로자의 신청권과 그에 대한 사용자의 고려의무 설정

입법례(국외) 2.1사-3 : 프랑스의 노동법전(Code du travail)
연금수급개시연령(60세) 하회하는 정년설정 금지 / 일정한 요건 하에서 60세 이상 정년제 허용 : "강제퇴직(la mise à la retraite)은 사회보장법전 L.351-8조 1호가 규정하는 연령(65세)에 도달한 근로자의 근로계약을 사용자가 종료시킬 수 있는 가능성을 의미한다. 근로자가 사회보장법전상의 완전노령연금을 수급할 수 있는 경우에는 소정의 단체협약으로 그보다 하회하는 나이를 정할 수 있지만, 사회보장법전 L.351-1조 제1항이 규정하는 나이(연금수급개시연령 60세)를 하회할 수는 없다."(L.122-14-13조 3항) / "강제퇴직의 제 요건이 충족되지 않는 경우 사용자에 의한 근로계약의 종료는 해고에 해당한다."(동조 4항)

입법례(국외) 2.1사-4 : 호주의 연령차별금지법(2004년)

48) Perry v Garda Commissioner (DEC-E2001-29).

일본 법제(정의) 전반	영국	일본	독일	프랑스	미국
제 연령으로 정년제를 의무화 (60세)	정년제를 의무화 (65세)	정년제 폐지	정년제 폐지	정년제 폐지	정년제 폐지

- 1994년 60세 정년의무화
- 2004년 고연령자고용확보조치(정년연장・정년폐지 또는 계속고용제도의 도입)의 실시 의무화(2006. 4. 1. 시행)

* 제8조(정년을 정한 경우의 연령) : “사업주가 그가 고용하는 근로자의 정년을 정하는 경우 당해 정년은 60세를 하회할 수 없다. 다만, 당해 사업주가 고용하는 근로자 가운데, 고연령자가 종사하는 것이 곤란하다고 인정되는 업무로서 후생노동성령에서 정한 업무에 종사하고 있는 근로자에 대해서는 그러하지 아니 하다.”

※ 시행규칙 제4조의2 : “법 제8조의 후생노동성령에서 정한 업무는 광업법 제8조에 규정된 사업에서의 갱내작업의 업무로 한다.”

* 제9조(고연령자고용확보조치) : “① 정년(65세 미만의 자에 한정. 이하 이 조에서는 동일함)을 정하고 있는 사업주는 그가 고용하는 고연령자가 65세까지 안정적인 고용을 확보할 수 있도록 다음 각 호의 조치(이하 ‘고연령자고용확보조치’라고 함)의 어느 것이든 이를 강구하여야 한다.

1. 당해 정년의 인상
2. 계속고용제도(현재 고용하고 있는 고연령자가 희망하는 때에는 당해 고연령자를 그 정년 후에도 계속해서 고용하는 제도를 말함. 이하 동일)의 도입
3. 당해 정년의 정함의 폐지

② 사업주는 당해 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자와의 서면에 의한 협정으로 계속고용제도의 대상이 되는 고연령자에 관한 기준을 정하고, 당해 기준에 근거한 제도를 도입한 때에는 전항 제2호에 규정된 조치를 강구한 것으로 본다.”

(1) 정년제는 근로자가 일정한 연령에 도달하면 본인의 능력이나 의사에 관계없이 근로관계를 일률적・강제적・자동적으로 종료시키는 제도이다. 현행 「근로기준법」은 정년제에 대해 특별히 규정하고 있는 사항이 없고, 「고령자고용촉진법」에서는 “사업주가 근로자의 정년을 정하는 경우에는 그 정년이 60세 이상이 되도록 노력하여야 한다.”(제19조)고 규정하고 있다.[49] 한편, 공무원의 경우에는 「국가공무원법」(제74조)과 「지방공무원법」(제66조)에서 직종・계급별로 차등적인 정년을 규정하고 있다.

사례 2.1사(1)-1 : **공무원의 직종・계급에 따른 정년차등**

국가공무원법과 지방공무원법이 규정하는 직종・계급에 따른 차등정년(5급 이상 60세, 6급 이하 57세 등)과 관련하여 원활한 인사정책 등 공무원 조직의 신진대사를 위하여 정년에 차등을

49) 동법에 의하면, 정년을 현저히 낮게 정한 사업주(시행령상 상시 300인 이상 근로자 사용 사업주에 한함)에 대하여 노동부장관은 정년연장에 관한 계획을 작성하여 제출할 것을 요청할 수 있다(제20조 제1항).

두는 것의 합리성을 인정하기 어렵고, 특히 6급 등 특정 계급 이하의 공무원이 57세 이상인 경우 해당 업무를 수행할 수 없다는 업무적합성 및 직무수행능력과의 상관관계에 대해서도 달리 합당한 이유를 찾을 수 없다. <인권위 2005. 3. 14. 공무원 차등 정년에 대한 개선 권고>

(1.1) 1980년에 채택된 ILO의 고령근로자에 관한 제162호 권고는 일정한 연령에 고용을 종료시키는 입법이나 기타의 규정은 고령근로자에 대한 고용차별금지의 원칙과 자발적 퇴직의 원칙 등에 비추어 검토되어야 한다고 규정하고 있다(제22조).[50] 동 권고는 정년제가 연령차별인지를 명시적으로 언급하고 있지는 않지만, 정년제가 고용차별금지원칙과 근로자의 자발적 퇴직원칙에 위반될 수 있다는 점을 내포하고 있다.

(1.2) 외국의 입법례를 보면, 정년제를 나이차별로 간주하여 불법화하는 유형(미국), 연금수급개시연령과 연계하여 일정한 나이 이상의 정년설정에 대해서 나이차별의 예외로 간주하거나 합법적 정년으로 허용하는 유형(영국, 프랑스), 나이차별금지를 법제화하지 않았지만 연금수급개시연령에 도달할 때까지 고령자의 고용이 확보될 수 있도록 조치를 취할 의무를 사용자에게 부과하는 유형(일본)으로 분류할 수 있다.

(2) 근로자의 능력 및 의사와는 무관하게 일정한 나이에 퇴직을 강제하는 정년제는 나이차별적 요소를 내포하고 있고,[51] 무엇보다 근로자의 자발적 퇴직원칙에 반한다. 그러나 근로자도 언젠가는 노동생활에서 은퇴할 수밖에 없기 때문에 사회적으로 바람직한 은퇴연령(예컨대, 공적 연금의 수급개시연령)을 정년으로 설정하는 것까지 연령차별로 보아 금지하거나 자발적 퇴직원칙에 반한다고 볼 수는 없다.

---

50) 제162호 권고는 은퇴와 관련하여 노동생활에서 퇴직으로의 점진적인 이전을 가능케 하는 체계 내에서 근로자가 퇴직을 자율적으로 결정할 수 있어야 하고, 노령연금 수급연령에 융통성을 두어야 한다고 규정하고 있다(제21조). 그리고 노령연금의 수급연령에 도달하기 이전의 일정 기간 동안에 고령근로자에게 발생할 수 있는 소득의 감소 내지 상실에 따른 보호조치를 취할 것을 요구하고 있고, 고령근로자가 은퇴에 대비한 계획을 세우고 새로운 상황에 적응할 수 있도록 은퇴 이전에 퇴직준비계획을 수립할 수 있는 기간이 부여되어야 하고, 이와 관련하여 유급교육훈련휴가제도의 활용을 권하고 있다(제30조 제1항).

51) 우리의 경우 연공서열 임금제도가 정년제의 합리성을 뒷받침하는 근거로 흔히 거론된다. 근속년수에 따른 직급·임금상승이 근로자의 생산성(능력)을 초과하여 무한정 계속되는 것은 경제적으로 용인될 수 없기 때문에 일정한 나이에 도달하면 근로관계를 강제적으로 종료시키는 것이 합리적이고 연령차별이 아니라고 볼 여지가 있다. 직종에 따라서는 직무의 성격상 정년 설정이 불가피한 경우도 있다. 그러나 같은 나이의 근로자간에도 능력의 차이가 존재하기 때문에 일률적인 정년의 설정은 연령차별적인 요소를 내포한다. 몇 세의 나이를 정년으로 설정하는 하는 것이 합리적인 것인지에 대한 입증 내지 평가도 용이하지 않다. 더구나 근로자의 능력은 교육·훈련 등을 통해 향상될 수 있기 때문에 초기에 설정된 일정 나이의 정년이 상당 기간 경과 후에도 합리적인 것으로 평가될 수 있는지 의문이다. 또한 근로자의 노화에 따른 능력쇠퇴로 인해 업무를 감당할 수 없는 경우 사용자는 업무수행능력의 결여를 이유로 하여 해고할 수 있는 권한이 있기 때문에 일률적인 정년의 타당성을 인정하기 어렵다. 조용만, 「고용상 연령차별금지법제의 입법론적 검토」, 한국법제연구원, 2004, 44면 참조.

사례 2.1사(2)-1 : **골프장 경기보조원의 42세 자동퇴직연령**

경기보조원의 업무를 수행하기 위해서는 일정 정도의 신체조건과 체력조건이 필요하다는 점은 인정되지만, 업무에 필요한 능력보유 여부를 42세를 기준으로 판단해야 할 필수적 이유가 있다고 보기는 어렵고, 체력검증을 비롯한 업무수행 능력의 검증절차를 두지 않고 42세에 도달한 자를 일률적으로 업무에서 배제하는 것은 합리적 방식이라고 보기 어렵다. 특히 정년제도는 개별근로자의 능력과 가치를 고려하지 않고 일정한 연령에 도달한 자들에 대해 일률적으로 근로관계를 종료시키는 불합리한 점이 있으므로 이러한 연령차별적 요소를 완화하기 위해서는 공적연금의 수급이 개시되는 연령을 기준으로 하는 등 정년에 관한 사회적 통념에 어느 정도 부합해야 할 필요가 있는바, ○○에서 근무하는 다른 직원의 정년이 55세라는 점, 현재 우리사회의 통상적 정년퇴직 연령이 55세부터 60세 사이에 정해지고 있는 점, 업무수행에 어느 정도의 체력요건이 필요하다고 인정되는 소방업무 담당자 등의 정년도 57세 또는 60세라는 점 등에 비추어 볼 때, 경기보조원의 42세 정년은 사회적 통념에 부합하는 기준이라고 보기 어렵다. <인권위 2007. 5. 14. 05진차536 결정>

(3) 직종, 직군, 직급에 따른 정년의 차등은 직업자격, 업무의 내용과 책임 등에 비추어 정년을 달리 정하여야 할 합리적 이유가 없는 한 차별적인 정년제에 해당하는 것으로 해석할 수 있다.

사례 2.1사(3)-1 : **직군・직급에 따른 정년차등**

00공사의 직군・직급에 따른 정년차등(기능직 57세, 일반직・별정직 2급 이상 60세 및 3급 이하 57세)의 경우 직군에 따라 수행하는 업무의 종류 혹은 특성이 다르기는 하나 이것이 곧 정년을 달리해야 할 특성이라고는 볼 수 없고, 나아가 6급에서 3급까지는 정년이 동일함에도 유독 2급과 3급 사이에서만 정년을 달리해야 할 이유를 찾기 어렵다는 점에서 직군 및 직급에 따른 차등정년을 정당화하기 어렵다. <인권위 2007. 4. 30. 06진차628 결정>

사례 2.1사(3)-2 : **직급에 따른 정년차등**

피진정인은 업무 위계질서 확립 및 조직의 활성화를 도모하기 위하여 그동안 2급 이상의 직원은 관리감독 업무를, 3급 이하의 직원은 현장 기술지원 업무를 담당하여 왔으므로, 2급 상당 이상 직원과 3급 상당 이하 직원의 정년을 각각 60세 및 57세로 차등적으로 적용하고 있다고 주장하고 있다. 그러나 피진정인은 2006. 1.부터 3급 직원을 팀장 직위로 보임하도록 결정하고 10명의 3급 팀장을 임용하여 3급 상당 직원의 경우도 관리감독 업무를 담당하고 있다. 또한 2급 상당 이상의 직원과 3급 상당 이하의 직원 간 업무가 관리감독 업무 및 현장 업무로 명확히 구분되기도 어려워 피진정인이 3급 상당 이하의 직원에 대하여 별도의 연령기준을 두고 정년을 적용하도록 하는 것은 합리적이라 보기 어렵다. <인권위 2007. 4. 30. 06진차628 결정>

사례 2.1사(3)-2 : **직종에 따른 정년차등**

진정인은 소방수(firefighter)의 정년 55세와 소방관리(fire officer)의 정년 65세는 연령차별이라고 주장하였다. 반면 피진정인은 소방수와 소방관은 상이한 직종이고 해당 직종에 대한 서로

다른 정년 연령의 설정은 법에 의해 허용되는 것이라고 주장하였다. 아일랜드의 평등조사관청은 피진정인이 1974년 이후로 일관되게 소방수의 정년을 55세로 적용하여 왔던 점, 1972-1978년 기간에 3명의 소방수가 정년 후에도 계속 근무하였던 사실은 소방수 충원의 어려움을 극복하기 위한 예외적인 것이었고 당시에는 법 제정 이전이라 연령차별이 위법하지 않았던 점, 진정인은 정규직 소방수로 근무를 시작할 때 55세 정년을 알고 있었고 이러한 고용조건을 수락하였던 점, 소방수와 소방관리는 서로 다른 직업자격·임무·책임수준·승진체계를 갖는 상이한 직종이기 때문에 법 제34조 제4항에 따른 상이한 정년 연령의 설정은 위법하지 않다고 판단하였다.[52)]

(※ 아일랜드 고용평등법 제34조 제4항에 의하면, 근로자 또는 근로자의 직종에 따라 서로 다른 퇴직(자발적이든 강제적이든)의 연령을 정하는 것은 연령차별에 해당하지 않는 것으로 규정하고 있음)

52) Leahy v Limerick City Council (DEC-E2003-38).

2.2 재화・용역・교통수단・상업시설・토지・주거시설의 공급 내지 이용

・재화, 용역 등의 공급이나 이용에서 나이를 이유로 하는 직접차별 내지 간접차별은 금지된다.
・나이 편견에 기초한 자격제한은 차별에 해당한다.
・신뢰할 수 있는 객관적 통계자료나 증거에 기초한 차등대우는 차별에 해당하지 않는 것으로 볼 수 있다.
・고령자 나이그룹의 특별한 상황을 고려한 서비스 이용요금상의 우대는 차별에 해당하지 않는 것으로 볼 수 있다.

입법례(국외) 2.2-1 : 캐나다인권법(1977년)
- 일반 공중이 이용할 수 있는 재화・서비스・시설의 제공 내지 그 접근의 거부 또는 불이익하게 구별하는 것을 차별로서 금지한다(제5조).
- 상업용 또는 주거용 부동산의 제공에서 그 점유를 거부하거나 불이익하게 구별하는 것 역시 차별로서 금지된다(제6조).
- 재화 등의 제공에서 사람을 괴롭히는 것(harassment)도 차별에 해당한다(제14조).
- 그러나 위와 같은 거부 내지 불이익한 구별을 정당화하는 진정한 사유가 존재하는 때에는 차별로 보지 않는다(제15조 제1항 ㈜). 다만, 이 경우 건강, 안전 및 비용에 비추어 어떤 개인이나 집단의 필요(needs)를 충족하여야 하는 자에게 과도한 부담(undue hardship)을 초래한다는 점에 대한 입증이 있어야 한다(제15조 2항).

입법례(국외) 2.2-2 : 아일랜드의 평등지위법(2000년)
나이 등을 이유로 하는 재화, 서비스, 부동산, 시설 등의 제공・이용에서의 차별을 금지하고 있다(제5조, 제6조). 그러나 ① 연금, 보험 기타 위험평가와 관련된 사항에서 믿을 만한 합리적 보험통계상 또는 통계학상 자료에 근거하여 합리적으로 이루어지는 대우의 차이, ② 스포츠시설 또는 스포츠행사의 제공・조직과 관련하여 연령 등을 이유로 하는 대우의 차이가 해당 시설이나 행사의 성격에 비추어 합리적이고 필수적이고 그 목적에 부합하는 경우, ③ 연기 기타 연예와 관련하여 진정성, 미학, 전통 또는 관습 때문에 합리적으로 요구되는 나이 등에 근거한 대우의 차이, ④ 아동의 필요와 관련하여 양부모의 자격을 정하는 합리적인 나이조건, ⑤ 호의 또는 선물에 의한 재화・부동산의 제공, ⑥ 오로지 특정한 사람들의 필요에 적합한 재화 또는 서비스라고 합리적으로 간주되는 경우에서의 대우의 차이 등은 차별에 해당하지 않는다(제5조 2항, 제6조 2항).

(1) 사람은 일상생활을 영위하면서 다양한 재화, 용역 등을 이용한다. 재화, 용역 등을 공급하거나 이용하는데 있어서 합리적 이유 없이 나이를 이유로 거부・제한하는 행위는 차별행위로서 금지된다. 나이를 이유로 하는 주택임대의 거부, 상업시설의 이용제한, 보험가입의 거부・제한, 의료서비스의 이용제한 등이 그 예이다.

(1.1) ① 놀이터나 기타 유흥시설 등의 이용 및 제공과 관련하여 합리적인 이유 없

이 나이에 따라 구별·배제·제한하는 경우, ② 합리적 이유 없이 나이를 이유로 연소자들의 집회나 기타 공동체 모임을 위한 토지나 건물 등의 이용을 제한·부인하는 것, ③ 합리적 이유 없이 나이를 이유로 주택임대, 용역제공 등에서 구별·배제·제한 등 기타 불리한 대우를 하는 경우, ④ 공공시설 등에서 외모나 옷차림에 기반한 특정 나이에 대한 고정관념으로 부당한 연설이나 행위를 하는 경우, ⑤ 나이에 기초한 사회통념으로 굴욕감 또는 혐오감을 유발하는 언어나 행동을 하는 경우 등이 나이차별에 해당할 수 있다. 다만, 유흥 및 관련 상업시설의 이용에 있어서 관련법에 의거하여 연소자의 보호 등 합리적 이유가 증명될 때는 나이차별이 아니다.[53]

(1.2) 나이차별은 본인뿐만 아니라 그 가족의 나이를 이유로 하여 발생할 수도 있다. 가족 중 유아 내지 노약자가 있음을 이유로 주택임대를 거부하거나 아동을 동반한 경우 소란 등 영업지장이 있을 것이라는 가정 하에 영업시설의 출입 제한하는 경우 등이 그 예이다.

(2) 합리적 이유 없이 나이를 기준으로 대회 출전 자격을 제한하는 것은 공정한 선발을 통한 평등한 참여의 기회를 박탈하는 차별행위에 해당한다.

사례 2.2(2)-1 : **월드컵 등반경기대회 출전자격상의 나이제한**

피진정인(00연맹)은 국제산악연맹(UIAA) 주최 월드컵 등반경기 대회의 출전자격이 '16세 이상'으로 되어 있음에도 불구하고, 2004. 9. 15. 이사회에서 월드컵 등반경기 대회에 파견할 선수의 자격을 만 28세 이하로 제한하기로 의결하여, 2004. 11. 체코에서 개최된 월드컵 등반경기 대회에 변경된 이 자격기준을 적용하였다. 월드컵 등반경기 대회의 출전선수 추천권을 독점적으로 가지고 있는 피진정인이 임의적으로 파견선수의 출전자격을 '만 28세 이하'로 제한하는 것은 만 29세 이상인 선수들이 공정한 선발과정을 통해 평등하게 국제대회에 참가할 수 있는 기회를 합리적 이유 없이 제한하는 차별행위이다. <인권위 2005. 4. 20. 04진차389 결정>

(3) 합리적 이유 없이 고령자의 보험가입을 거부하는 것은 나이차별에 해당한다. 다만, 신뢰할만한 보험통계상의 증거(나이에 따른 사고위험평가)에 기초하여 보험료를 차등 적용하는 것은 합리적 이유가 있는 것으로 해석할 수 있다.

사례 2.2(3)-1 : **자동자보험 가입상의 고령자 제한**

피진정인 보험회사는 70세 이상인 자의 자동차보험 신규가입을 받지 않는 정책(단, 기존 가입자가 70세 이상이 되는 경우는 제외)에 입각하여 77세 진정인에게 보험가입 관련 견적서의 제공을 거부하였다. 관련법(평등지위법 제5조 ⑵(d))은 신뢰할만한 보험통계자료 등에 근거한 합리적인 대우의 차이를 차별예외로 규정하고 있다. 그러나 자동차보험업계의 협정에 따르면 보험회사는 나이만에 근거하여 보험가입을 거부하여서는 안 된다고 규정하고 있고, 피진정인 회사는

53) 차별연구모임, 「국가인권위원회법의 차별판단을 위한 지침」, 2002, 77-78면.
54) Ross v Royal and Sun Alliance Insurance Company (DEC-S2003-116).

초기 영업정책에 따라 이미 상당한 비율의 고령운전자들을 피보험자로 두고 있는 점에 비추어 아일랜드 평등조사관청은 본 사건을 나이에 근거한 차별이라고 판단하였다.[54]

사례 2.2(3)-2 : **나이에 따른 자동차 보험료의 차등**

진정인(31세)은 피진정인 보험회사가 41세보다 자동차 보험료를 21% 높게 책정하고 있는 것은 자동자보험자문위원회 보고서의 내용(41세보다 31세 경우 보험금 비용이 보다 낮음)을 고려할 때 나이차별이라고 주장하였다. 그러나 피진정인이 사고위험 평가를 위해 사용하고 있는 보험통계모델은 여러 나라에서 널리 활용되고 있는 신뢰할 만한 것이고, 31세와 41세간 보험료 할증률의 차이 21%는 채택된 보험통계모델 상의 29%에 비해 완화된 점 등에 비추어 볼 때 관련법(평등지위법 제5조 ⑵(d))이 규정하는 차별예외(신뢰할만한 보험통계자료 등에 근거한 합리적인 대우의 차이)에 해당하는 것으로 아일랜드 평등조사관청은 판단하였다.[55]

(4) 단체가입자격으로 나이를 제한하는 것은 그 단체의 목적에 비추어 합리적 이유가 있는지 여부를 판단하여야 하지만, 나이에 대한 편견이 개입되어 가입자격을 제한하는 행위는 차별에 해당하는 것으로 볼 수 있다.

사례 2.2(4)-1 : **예술단체 가입자격상의 최저 연령 제한**

26세의 진정인은 피진정인(법정 직업단체)이 가입자격을 30세 이상으로 제한하고 있어 가입이 거부되었다. 피진정인은 그러한 자격제한이 30세 미만의 예술가들이 달성할 수 없는 예술적 성과 및 성숙의 수준을 반영하기 위한 것이라고 주장하였다. 아일랜드의 평등조사관청은 예술적 탁월성을 평가하기 위한 적합한 기준의 설정은 피진정인의 재량사항이나 본 사안에서의 최저 나이제한은 자의적이고 위법하며, 일반적으로 30세 미만의 예술가들은 불가결하게 요구되는 성과 및 성숙의 수준에 도달할 수 없지만 30세 미만의 모든 예술가들이 그렇다고 가정하는 것은 차별이라고 판단하였다.[56]

(5) 공공용역사업의 사업수행능력 평가에서 객관적인 측정방법을 채택하지 않고 사업 참여자 고령을 이유로 감점하는 것은 개인별 활동성의 차이를 무시하고 획일적인 연령기준에 따라 불이익을 주는 것으로 불합리하다.

사례 2.2(5)-1 : **하수도정비사업 참여 기술자의 고령에 따른 사업수행능력 평가점수 감점**

피진정인은 참여기술자 업무의 특성 상 현장조사 및 기존 하수도관망에 대한 정밀조사측량 등이 많아 고령의 경우 업무수행이 곤란하다고 주장하고 있으나, 00시 하수도정비 기본계획 용역사업은 공공하수도대장을 작성하며 관로수준을 측량하고 유량 및 수질조사 등이 그 주요 업무

55) O'Donghue v Hibernian General Insurance (DEC-S2004-201).
56) Clifford v Aosdána (DEC-E2004-46).

내용으로 이러한 사업은 각 지방자치단체별로 가장 빈번히 시행되는 것일 뿐 아니라 타 사업에 비하여 참여기술자의 업무가 특별히 난이도가 높거나 특수하다고 보기 어렵고, 참여 기술자 구성에 있어서 그 업무의 역할이 분담되어 있으며 책임기술자의 경우 현장실사에 필요한 기초체력을 갖추고 있다면 육체적 능력보다는 경험과 업무지휘능력 등의 경륜이 보다 더 중요시 되는 측면이 있으며, 특히 사업 대상 지역에 기존 상·하수도 관로가 어떻게 매설되어 있는지를 파악하는 등의 경험이 가장 중요한 요소 중 하나로 볼 수 있는 것이다. 따라서, 하수도 정비 용역에 있어서 참여기술자의 사업수행능력 평가 시 활동성이 아닌 연령을 기준으로 해야 하는 필요성이 인정된다고 보기 어려우며, 활동성이 업무의 고유 요건이라면 나이가 아닌 업무수행에 필요한 실질적이고 객관적인 체력 측정, 즉 건강검진 뿐 아니라 활동성을 측정할 수 있는 의학적 측정법 등을 사용하는 등의 평가방법을 채택하는 것이 타당한 바, 피진정인이 참여기술자의 업무수행능력 평가점수를 부여함에 있어서 만60세 이상일 경우 1점에서 3점까지 감점을 하도록 하는 것은 불합리한 것으로 판단된다. <인권위 2007. 3. 9. 05진차752 결정>

사례 2.2(5)-2 : **항만사업 참여 감리원의 고령을 이유로 한 사업수행능력 평가점수 감점**

해상에서 공사가 시행된다는 사유만으로 활동성이 아닌 연령을 기준으로 평가해야하는 필요성이 인정된다고 보기는 어려우며, 활동성이 감리업무의 고유 요건이라면 나이가 아닌 업무수행에 필요한 실질적이고 객관적인 체력 측정, 즉 건강검진 뿐 아니라 활동성을 측정할 수 있는 의학적 측정법 등을 사용하는 등의 평가방법을 채택하는 것이 타당한 바, 피진정인이 감리원의 업무수행능력 평가점수를 부여함에 있어서 감리원이 만60세 이상일 경우 1점에서 3점까지 감점을 하도록 하는 것은 불합리한 것으로 판단된다. <인권위 2007. 3. 9. 05진차693 결정>

사례 2.2(5)-3 : **주택건설공사 감리자 선정기준에서의 고령에 따른 평가점수 감점**

나이에 따른 정신적·육체적 능력의 약화는 개인마다 정도 차이가 매우 크게 나타나 실제 연령과 육체적 연령은 상당한 격차가 있을 수 있음이 의학적으로 입증되고 있다. 또한 평균수명이 지속적으로 상승하면서 고령임에도 불구하고 현업에 종사하기에 충분한 육체적 능력을 보유한 이들이 증가하고 있다. 이러한 개인차를 무시하고 단지 나이라는 형식적 수치만을 기준으로 삼아 일률적으로 감점하는 규정은 합리적이라고 인정하기 어렵다. <인권위 2007. 6. 22. 07진차27 결정>

(6) 공공서비스 이용료를 정함에 있어서 고령자 나이그룹의 특별한 상황을 고려하여 요금에서 합리적으로 우대하는 것은 차별에 해당하지 않는 것으로 볼 수 있다.

사례 2.2(6)-1 : **고령자에 대한 공공서비스 이용요금의 할인**

피진정인(지자체)은 지역 주민들로부터 쓰레기 수거비를 징수함에 있어서 65세 이상의 자가 소형 쓰레기봉투를 사용하는 경우에는 요금을 할인해 주고 있다. 진정인은 이를 나이차별이라고 주장하였지만, 아일랜드 평등조사관청은 관련법(평등지위법 제16조 ⑴ⓐ)이 특정 나이그룹 해당자, 장애인 등에 대한 요금상의 합리적인 우대는 차별예외사유로 규정하고 있기 때문에 나이차별이 아니라고 판단하였다.[57]

57) Dalton v Limerick City Council (DEC-S2004-42).

2.3 교육시설・직업훈련기관에서의 교육·훈련이나 그 이용

・교육시설, 직업훈련기관에서의 교육훈련이나 그 이용에서 나이를 이유로 하는 직접차별 내지 간접차별은 금지된다.
・연소자의 우수성에 대한 편견 또는 고령자의 취약성에 대한 편견에 기초하여 입학을 허용・거부하거나 교유과정에서 배제하는 것은 합리적 이유가 없는 차별에 해당한다.

입법례(국외) 2.3-1 : 호주의 연령차별금지법(2004년)
나이를 이유로 하는 입학거부, 입학지원서의 수령거부, 입학자격(조건)에서의 차별, 해당 교육기관이 제공하는 이익에 대한 학생의 접근을 거부하거나 제한하는 것, 퇴학이나 기타 불이익에 처하게 하는 것 등을 금지하고 있다. 다만, 특정 연령 이상의 자를 대상으로 설립된 교육기관이 입학과 관련하여 연령 미달을 이유로 하는 차별은 동법이 금지하는 차이차별에 해당하지 않는다.

입법례(국외) 2.3-2 : 아일랜드의 평등지위법(2000년)
연령 등을 이유로 교육기관은 ① 입학 또는 입학자격(조건), ② 해당 교육기관이 제공하는 교육과정, 설비 또는 이익, ③ 해당 교육기관에서의 학생의 참여조건, ④ 퇴학 또는 기타 징계와 관련하여 차별하여서는 아니 된다(제7조 제2항). 다만, 체육시설 또는 스포츠행사의 제공・조직과 관련하여 성별, 연령 또는 장애에 근거한 학생 대우의 차이가 해당 시설이나 행사의 성격에 비추어 합리적이고 필수적인 경우에는 차별에 해당하지 않는다(제7조 제4항).

(1) 합리적 이유 없이 나이를 이유로 교육기회의 제공에 있어 구별・배제・제한을 두거나 나이별로 교육대상 인원을 배정하는 것, 교육기관・직업훈련을 주관하는 기관이나 부서에서 나이에 따라 교육여건 제공과 교육활동에 대한 행・재정지원 등을 달리한 결과 특정 연령대의 사람들에게 불리한 결과가 나타나는 경우 등은 교육시설이나 직업훈련기관의 이용과 관련한 나이차별에 해당한다.[58]

(2) 합리적이고 객관적 기준을 마련할 수 있음에도 불구하고 대학입학시험에서 동점자 중 연소자를 우선 합격처리하는 기준은 행정편의적인 것으로서 그 합리성을 인정할 수 없다.

사례 2.3(2)-1 : **대학입학시험(수능영역별 우수자 특별전형)에서의 동점자처리기준으로서 연소자 우선선발**
나이를 기준으로 우선순위를 결정하는 것이 대학에 부여된 자율권의 범위 안에 속한다고 하더라도 '왜 연소자를 연장자보다 우선적으로 입학시키는 것이 합리적인지'에 대한 논리적 정당성이 필요하다. 이 사건에서는 대학에서의 수학능력이 입학자의 나이와 밀접한 상관관계가 있고

58) 차별연구모임, 앞의 책, 79면.

연소자의 우대가 교육의 목표나 성과에 비추어 불가피하다는 사정은 밝혀지지 않았다. 또한 수능시험 성적, 생활기록부 성적, 면접고사 성적, 학업계획서 평가 등 지원자의 수학 능력을 보다 객관적으로 평가할 수 있는 방법이 있고, 특히 피진정인은 동점자가 많이 발생할 수 있을 것이라는 예측을 하였으면서도 보다 합리적이고 객관적인 기준을 마련하지 않은 채 연소자를 우선하는 기준만을 적용한 것은 행정편의만 고려한 것으로 합리성을 인정하기 곤란하다. <인권위 2002. 6. 18. 02진차22 결정>

(3) 고령자는 교육과정을 제대로 이수하기 어렵다는 편견에 기초하여 배제하는 행위는 합리적 이유가 없는 차별에 해당한다.

사례 2.3(3)-1 : **고령자에 대한 편견에 기초한 교육과정 배제**

이전에도 관련 교육과정을 이수한 경험이 있는 48세의 진정인은 실내디자인 기술교육과정에 지원했으나 거부되었다. 해당 책임강사는 면접 시에 고령자는 교육과정에서 스트레스를 많이 받고 과제수행에 어려움을 겪으며 가정에 더 많은 애착을 갖는 경향이 있다고 발언하였다. 아일랜드 평등조사관청은 이러한 발언을 고령자에 대한 정당한 근거가 없는 편견에 의한 차별로 판단하였다.[59]

59) Byrne v FAS 사건(DEC-E2002-45).

3. 차별 예외

3.1 진정직업자격

・업무의 성격 또는 업무수행의 상황에 비추어 특정한 나이 또는 나이 관련 특성이 해당 업무의 정상적인 수행을 위해 불가결하게 요구되고 다른 수단이 존재하지 않는 경우 나이제한은 차별에 해당하지 않는다. ・신뢰할만한 객관적 증거에 의해 해당 업무의 정상적 수행과 특정 나이 사이에 직접적인 상관관계가 있고, 개인의 업무수행능력을 개별적으로 평가하는 것이 불가능한 경우 특정 나이는 진정직업자격에 해당한다.

입법례(국내) 3.1-1 : 남녀고용평등법
직무의 성격에 비추어 특정 성이 불가피하게 요구되는 경우(제2조 1호 가목)

입법례(국외) 3.1-1 : ILO 제111호 협약(고용・직업에서의 차별금지협약)
우리나라가 비준한 ILO 제111호 협약은 특정 직업에 고유한 자격요건을 차별예외사유로 규정(제1조 제2항)

입법례(국외) 3.1-2 : EU 고용・직업평등대우지침 2000/78호(2000년)
동 지침 제1조가 규정하는 차별사유와 관련된 특성에 근거한 대우의 차이는, 특정 직업활동의 성격이나 직업이 수행되는 상황 때문에 그러한 특성이 진정하고도 결정적인 직업요건에 해당하고 그 목적이 합법적이며 그 직업요건이 비례적인 경우에는, 차별에 해당하지 않는 것으로 회원국은 규정할 수 있음(제4조 제1항)

입법례(국외) 3.1-3 : 미국의 고용상 연령차별금지법(ADEA)
특정 사업의 정상적인 운영에 있어서 연령이 합리적으로 필요한 '진정한 직업자격'(bona fide occupational qualification)에 해당하는 경우에는 연령차별에 해당하지 않음(제623조 (f)(1))

입법례(국외) 3.1-4 : 호주의 연령차별금지법(2004년)
연령 때문에 특정한 직업상의 고유한 요구를 충족하지 못하는 경우 사용자가 그를 연령을 이유로 차별하더라도 위법하지 아니며, 이 경우 어떤 사람이 연령 때문에 그러한 요구를 충족하지 못하는지를 판단함에 있어서는 (a) 특정 고용과 관련된 과거의 훈련, 자질과 경험, (b) 만약 그가 이미 고용되어 있는 경우에는 근로자로서의 직업수행성과, (c) 합리적으로 고려될 만한 모든 관련 요소들을 고려하여야 함(제18조 4,5항)

입법례(국외) 3.1-5 : 영국의 고용평등(연령)규칙(2006년)
업무의 성격 또는 업무가 수행되는 상황에 비추어, (a) 나이 관련 특성의 소유가 진정하고도 결정적인 직업요건에 해당하고, (b) 그러한 요건이 적정한(proportionate) 경우, (c) 그 요건이 적용된 사람이 요건을 충족하지 못하거나 그 사람의 요건 충족에 대해 사용자가 확신하지 못하는 것이 제반 사정상 합리적이라면 차별에 해당하지 않음(제8조 2항)

(1) 차별예외로서의 진정직업자격은 일반적으로 엄격하게 해석되고 있다. 따라서 나이차별 예외로서의 진정직업자격 역시 엄격히 해석되어야 한다. 그렇지 않으면 차별예외의 범위가 지나치게 확대되고, 차별금지의 실효성이 없게 된다.

※ 미국 ADEA 관련 EEOC 해석규칙(29 C.F.R. §1625.6) : **진정직업자격**
(a) 직업자격이 특정한 업무에 있어서 "진정한"(bona fide) 것이고, "일정한 사업의 정상적인 운영에 있어서 합리적으로 불가결한" 것인지 여부는 개별적인 상황을 둘러싼 모든 관련 사실들에 기초하여 결정되어야 한다. 이러한 진정직업자격 개념은 한정된 범위에서의 제한적인 적용이 예상된다. 그리고 이 개념은 동법(AEDA)의 예외이기 때문에 협소하게 해석되어야 한다.
(b) 진정직업자격이라고 항변하는 사용자는 ① 나이제한이 해당 사업의 본질에 비추어 합리적으로 불가결하다는 점과 ② 관련된 해당 업무로부터 배제된 사람 전부 혹은 대부분이 사실상 무자격자라는 점 또는 ③ 그렇게 배제된 사람들 중 일부가 무자격임을 확인할 수 있는 특질이 나이 외에는 없다는 점(역주: ① and ② or ③)을 입증하여야 한다. 진정직업자격을 주장하는 사용자의 목적이 공공안전(public safety)인 경우 사용자는 문제된 행위가 그 목적을 실제로 달성하고, 그 목적을 달성하는데 보다 낫거나 덜 차별적인 효과를 갖는 수용 가능한 다른 대안이 없음을 입증하여야 한다.

사례 3.1(1)-1 : **항공사 여자승무원 응시연령 상한(만 25세 이하) 제한**
특정연령제한이 항공사 승무원의 진정직업자격에 해당하기 위해서는 정해진 연령을 초과하는 모든 자나 거의 모든 자가 해당 업무상의 본질적 의무를 안전하고 효율적으로 수행할 수 없는 특성을 갖고 있고 그러한 특성을 개인별로 파악하는 것이 불가능 내지 비현실적이거나, 효과적으로 해당 직무를 수행할 수 있는 수준에 이르기까지 훈련시키는데 소요되는 비용과 시간이 지나치게 과다하여 당해 직무에서 연령제한을 철폐하는 것이 사회통념상 수긍하기 어렵거나, 퇴직연령과 훈련, 활동기간 등의 제반요소를 고려할 때에 당해 퇴직 연령에 이르기까지 일정한 기간을 설정하여 입직연령을 제한할 합리적인 필요성이 인정되어야 함 <인권위 2006. 11. 13. 05진차662 등 결정>

사례 3.1(1)-2 : **공무원 5급 및 6·7급 공개경쟁채용시험 응시연령제한(5급 32세 이하, 6·7급 35세 이하)**
일반적으로 공무원의 직급별 업무내용을 살펴보면 8급 이하는 단순 행정업무, 6·7급은 전문

행정업무, 5급은 정책의 기획 및 관리 업무를 담당하고 있는바 35세 및 32세를 초과하는 자의 대부분이 전문 행정업무나 정책의 기획 및 관리업무를 수행하는데 필요한 기본적 능력을 갖고 있지 못하다거나 담당업무를 수행할 수 없는 특성을 가졌다고 단정할 근거가 없으며, 현행 공개채용 시험체제 하에서 이러한 특성을 개인별로 측정하기 불가능하다고 볼 수 없다. 또한 35세 및 32세를 초과하는 자를 임용할 경우 그 이하의 자를 임용하는 경우에 비해 업무 수행을 위한 훈련비용과 시간이 과도하게 소요된다고 보기 어렵고, 일정 연령 이하의 자에게 건강과 안전을 고려한 편의제공이 특별히 필요하다는 객관적 근거도 존재하지 않음 <인권위 2007. 4. 30. 05진차317 등 (병합) 결정>

사례 3.1(1)-3 : **비행 엔지니어의 60세 정년**

비행 엔지니어(운항계기를 모니터하는 비행기 조종실 승무원)의 정년을 60세로 정한 사안에서 미국 연방대법원은 나이제한이라는 직무자격이 단지 "편리하거나", "합리적인" 정도를 넘어 "그 직무의 통상적이고 안전한 수행을 위해 합리적으로 보았을 때 불가결하여야" 하고, 사용자는 i) 특정한 나이 이상의 근로자 모두 또는 대부분이 직무수행을 위한 자격·능력이 부족하다고 믿을만한 실질적인 근거 또는 ii) 각 근로자의 직무능력을 개별적으로 심사하는 것이 너무 비현실적이라는 점을 입증해야 한다고 보았다. 이 사건 연방대법원은 60세 이상인 사람 중 어떤 사람이 직무수행능력이 떨어지는지 가려내는 것이 불가능하다고 믿을만한 근거가 있음을 사용자측이 입증하지 못했다고 보아 항공사측의 패소를 결정하였다.[60]

(2) "업무의 성격"이나 "업무수행의 상황"에 비추어 특정한 나이가 해당 업무를 정상적으로 수행하기 위한 불가결한 요건으로 인정되는 경우는 많지 않을 것이다. 같은 나이의 사람 사이에도 능력의 차이가 있고, 통상적인 경우 이를 확인할 수 있는 객관적인 방법·절차를 마련할 수 있기 때문이다. 따라서 나이는 예외적인 상황에서 진정직업자격으로 인정되어야 한다. 그 대표적인 예는 연극·영화에서 특정한 나이대의 역할을 해야 할 배우의 선발에서 나이제한을 하는 경우이다.

사례 3.1(2)-1 : **00공사 5급 이하 직원 특별채용 응시연령제한(35세 이하)**

피진정인은 기술업무 등 현장업무에 있어서 체력적 부담을 수반하고 있어 응시연령을 제한하는 것이 필요하며, 이러한 체력적 부담과 경험의 중요성을 함께 놓고 볼 때, 35세 이하의 자로 제한하는 것이 적정하다고 주장하고 있다. 신체적 능력과 지식 등 업무수행 능력은 일정 연령을 기준으로 일률적으로 판단할 수 없는 성격의 것이며, 이미 면접시험 등 직원의 채용과정에서 당해 직무수행에 필요한 능력 및 적격성을 검정하도록 되어있고, 물리적 연령 기준으로 인하여 인적자원의 개발이나 활용의 효율성이 저하될 가능성이 있으며, 특별채용이라는 제도는 이미 연령과는 상관없이 해당 업무에 경험 있는 경력직을 모집하기 위한 목적을 가지고 있는 바, 특별채용에 있어서 연령을 기준으로 하여 일정 연령에 이른 자를 일률적으로 배제하는 것은 합리적인 임용방법이라고 인정하기 어렵다. … (중략) … 00공사 사무직 및 기술직 업무수행에 있어서 35세 이상이라 하여 35세 미만인 경우에 비하여 일률적으로 업무 수행이 부적절하거나 필요한

60) Western Air Lines v. Criswell, 407 U.S. 472 (1985).

기본적 체력이나 지식 등 능력을 효율적으로 수행할 수 없는 특성이 있다고 볼 수 없고, 채용심사 과정을 통하여 해당응시자가 업무수행에 적격인지 여부를 가려낼 수 있는 바, 결론적으로 35세 이상의 자가 일률적으로 위 업무를 수행하기 어렵다고 인정할 합리적 이유가 없다. <인권위 2007. 4. 11. 05진차522결정>

사례 3.1(2)-2 : **지방공무원 사회복지직 9급 특별채용 응시연령제한(40세 이하)**

사회복지 전담공무원은 그 관할 지역안의 복지를 필요로 하는 저소득층, 소외계층 등에 대하여 항상 그 생활실태 및 가정환경 등을 파악하고 사회복지에 관하여 필요한 상담과 지도 등을 담당하고 집행하는 업무를 수행하고 있는 바, 오히려 사회경험이 풍부하고 연륜이 쌓인 사람이 업무수행에 더 적격일 가능성이 있으며, 41세 이상의 자가 일률적으로 상기 업무를 수행하기 어렵다고 인정하는 합리적 이유가 없다. <인권위 2007. 1. 10. 05진차614 결정>

사례 3.1(2)-3 : **학예연구사 특별채용 응시연령제한(45세 이하)**

학예연구사의 진정직업자격에 해당하기 위해서는 정해진 연령을 초과하는 모든 자가 학예연구사 업무를 수행하는데 부적절하거나 필요한 기본적 능력과 지식을 효율적으로 수행할 수 없는 특성을 갖고 있어야 할 것인데, 학예연구사는 인정사실에서 살펴본 바와 같이 전시 연출 및 계획수립, 지역민속과 생활문화에 대한 체계적인 연구, 복식유물의 조사·연구, 전시, 국제교류 등의 업무를 수행하는 직업이다. 45세를 초과하는 자가 일률적으로 이러한 업무를 수행하기 부적절하다고 볼 합리적인 이유가 없고, 이들을 훈련시키기 위한 비용과 시간, 편의제공 등이 과도한 부담이 된다고 할 수도 없으므로 45세 이하의 연령을 학예연구사에 대한 진정직업자격 요소로 인정할 수 없다. 또한 학예연구사의 능력과 자질에 대한 판단은 보다 정교한 선발기준과 방법을 통해 이루어져야 할 것이고 일정한 연령에 이른 자를 일률적으로 배제하는 것이 합리적인 신규임용 방법이라고 인정할 수 없다. 필기시험 및 면접시험을 통해 당해 직무수행에 필요한 능력 및 적격성을 검정하도록 하는 현행 시험방식 하에서도 충분히 학예연구사로서 능력과 자세 등을 평가하고 판단할 수 있으므로, 연령이라는 절대적 진입장벽을 두어 응시기회 자체를 박탈하는 것은 합리성을 인정하기 어렵다. <인권위 2007. 5. 10. 06진차309 결정>

사례 3.1(2)-4 : **군 헬기 조정사의 나이제한(19세 이상 28세 미만)**

호주의 인권·기회평등위원회(HREOC)의 결정에 의하면, 나이기준을 사용하는 것은 그 연령집단의 사람이 직무의 고유한 요건을 충족할만한 능력이 있을 가능성이 전혀 없거나 거의 없어서 해당 연령층의 지원자에 대한 심사절차를 요구하는 것이 비합리적인 경우에만 받아들여 질 수 있다. 피진정인이 주장하듯이 정해진 나이범주 밖의 사람 중에 자격기준을 충족하지 못하는 사람이 더 많을 수 있지만 이러한 지원자들도 그들의 개별적인 가치에 대해 심사를 받을 권리가 있고, 그들이 기준을 충족하지 못한다는 판정을 받는 경우에도 나이 때문이 아니라 모든 지원자에게 적용되는 특정한 의학적, 신체적 적합성 기준을 충족시키지 못하였다는 이유로 그와 같은 판정을 받을 권리가 있으며, 지원자가 정해진 나이범주에 속하지 않더라도 다른 선발기준을 충족시키는 경우 자의적인 나이차별에 의해 배제되지 않아야 한다.[61]

가상사례 3.1(2)-1 : **영국 고용평등(연령)규칙에 관한 ACAS의 가이드라인**

노인권의 홍보과 촉진을 임무로 하는 단체의 경우 그 단체를 대외적으로 대표하는 임원의 나이를 특정한 나이 이상으로 설정하는 것이 가능하다. 이 경우 해당 직책을 담당하는 자의 나이는 진정자업자격에 해당할 수 있기 때문이다.[62]

(3) 일정 수준 이상의 신체적 적합성이 요구되는 업무(특히 생명·안전과 관련된 경호, 항공기 조정, 소방 등의 업무)의 경우 나이제한이 진정직업자격에 해당하는지 문제된다. 해당 업무의 정상적 수행과 특정한 나이 사이의 직접적 관련성에 대한 신뢰할만한 객관적인 증거(예, 의학적 증거)가 존재하고, 개인의 업무수행능력에 대한 개별적 평가가 불가능하거나 비현실적인 경우에는 나이제한이 진정직업자격에 해당할 수 있다. 그러나 나이와 직무수행능력의 직접적 상관관계에 대한 의심이 있는 경우(예, 상반된 견해·증거의 존재, 나이에 대한 근거 없는 편견의 개입 등) 또는 개인의 직무능력에 대한 개별적 평가가 현실적으로 가능한 경우에는 그러하지 않다.

입법례(국외) 3.1(3)-1 : 미국의 고용상 연령차별금지법(ADEA, 1967년)

경찰 및 소방관의 경우 주법(州法)으로 채용상 최고 연령을 정할 수 있고, 단 이러한 나이제한은 법(ADEA)의 적용을 회피하기 위한 구실이 아닐 것을 요건으로 함(제623조 (i))

(※ 경찰, 소방관 직종은 고령화와 업무수행 부적격성간에 강한 상관관계가 있기 때문에 ADEA에서 그 적용 예외를 규정하고 있음[63])

사례 3.1(3)-1 : **경호공무원 7급 등 공개경쟁채용시험 응시연령제한**

피진정인은 강인하고 왕성한 체력이 업무수행을 위하여 뒷받침 되어야 하는 바 직원 채용시 연령을 기본 자격요건으로 설정하여 제한하고 있다고 주장하고 있다. 그러나 경호업무 혹은 정보기관의 직무 수행에 불가결한 필수적 요소는 해당 업무를 효율적으로 적절하게 수행할 수 있는 체력적 적격성 여부이지 '보다 젊은' 연령 그 자체는 아니며, 강인한 체력 등을 검정하기 위하여 건강검진 및 신체적 능력 측정 등의 합리적 방식을 통하여 평가할 수 있다면 나이에 따른 육체적 능력의 노쇠화는 개인마다 정도에 차이가 있는 상황에서 연령을 기준으로 그 응시자격을 제한할 필요는 없는 것이다. <인권위 2007. 4. 11. 05진차492 결정>

사례 3.1(3)-2 : **소방간부후보생 공개경쟁시험 응시연령제한(30세 이하)**

화재 진압, 인명 구조 등의 소방업무를 고려할 때 강인한 체력 및 다양한 분야의 지식이 소방

---

61) Rober Bledly 사건. HREOC, *Report of an Inquiry into Complaints of Discrimination in Employment and Occupation : Age Discrimination in the Australian Defence Force*, Report No.8, Commonwealth of Australia, 2000, p.19 이하 참조.

62) ACAS, *Age and the Workplace*, A guide for employers, 2006, p.35.

63) Michael Evan Gold, *An Introduction to the Law of Employment Discrimination*, 2nd ed., Cornell University Press, 2001, p.39 참조.

위의 업무 수행에 있어 본질적인 요소를 이루고 있는 점은 부인할 수 없다. 그러나 일생의 어느 시기에 근력과 지구력, 순발력을 포함하는 체력의 쇠퇴가 시작되는가는 각 개인이 자신의 건강과 체력을 어떻게 관리하느냐에 따라 큰 편차를 보이게 되며, 지적 능력 역시 개인의 자질과 노력에 따라 달라질 수 있는 것으로 일정한 나이를 기준으로 일률적으로 판단할 수 있는 것은 아니라 할 것이다. 한편, 현행 소방간부후보생 선발시험의 체제는 신체검사, 실기시험, 두 차례의 필기시험과 면접시험으로 이루어져 있어 이를 통해 직무수행에 필요한 체력 및 지식 등에 대해 검정하고 개인의 적격성을 판단하는 것이 가능한 것으로 보인다.

소방간부후보생 선발시험 합격자는 소방위 임용 전 1년간의 교육훈련과정을 거치며 이 과정에서 이수한 과목을 검정함으로써 소방위 임용시험을 대신하게 되는데, 30세를 초과하는 자에 대하여도 이를 동일하게 적용할 경우 훈련비용 및 시간이 별도로 과도하게 소요된다고 볼 수 없다. 또한, 소방위의 정년이 57세임을 고려할 때에도 반드시 30세 이하인 자를 선발하여 27년 이상의 재직기간을 확보할 필요성이 있다고도 인정되지 않는다. 또한, 소방위의 충원은 내부 승진에 의한 임용이 가장 많은 비율을 차지하고 있고 그 평균연령이 43세를 넘으며 최고 연령은 57세에 이르고 있는바, 비록 내부승진의 경우 업무를 수행하는 과정에서 간부로서 필요한 최소한의 업무수행능력과 경륜을 확보할 수 있다는 점을 감안하더라도 반드시 30세 이하의 연령이 소방위가 될 수 있는 필수적인 자격조건이 되지 않는다는 것을 보여준다 할 것이다. <인권위 2007. 9. 20. 07진차238,246 (병합) 결정>

3.2 적극적 조치

특정 연령층과 관련한 현존 차별의 시정 내지 직업적·사회적 통합을 목적으로 하는 국가적·사적 차원의 우대조치는 이러한 조치로 인해 나이에 따른 대우의 차이가 발생하더라도 수단적 측면에서 정당한 것인 한 나이차별에 해당하지 않는다.

입법례(국내) 3.2-1 : 국가인권위원회법

현존하는 차별을 해소하기 위하여 특정한 사람(특정한 사람들의 집단을 포함한다. 이하 같다)을 잠정적으로 우대하는 행위와 이를 내용으로 하는 법령의 제·개정 및 정책의 수립·집행은 평등권침해의 차별행위(이하 "차별행위"라 한다)로 보지 아니한다(제2조 4호 단서).

입법례(국내) 3.2-2 : 남녀고용평등법

그밖에 이 법 또는 다른 법률에 의하여 적극적 고용개선조치를 취하는 경우(제2조 1호 다목)

* "적극적 고용개선조치"라 함은 현존하는 남녀간의 고용차별을 해소하거나 고용평등을 촉진하기 위하여 잠정적으로 특정 성을 우대하는 조치를 말한다(제2조 3호).

입법례(국외) 3.2-1 : EU 고용·직업평등대우지침 2000/78호(2000년)

- 적극적 조치(제7조) : 실질적 평등을 달성하기 위한 목적에서 회원국이 동 지침 제1조가 규정하는 차별사유와 관련된 불이익을 방지하거나 보상하기 위한 특별한 조치를 유지하거나 채택하는 것은 평등대우원칙에 반하지 않음

- 나이에 근거한 대우의 차이의 정당화(제6조 제1항) : 나이를 이유로 하는 대우의 차이가 국내법적 상황에서 고용정책·노동시장 및 직업훈련상의 목적 등 합법적인 목적에 의해 객관적이고 합리적으로 정당화되고, 그러한 목적을 달성하기 위한 수단이 적절하고 불가피한 경우 회원국은 이를 차별에 해당하지 않는 것으로 규정할 수 있다. 그 예는 다음과 같다.

(a) 청년·고령자·부양책임자의 직업적 통합을 촉진하거나 이러한 자를 보호하기 위하여 채용·직업훈련의 기회, 해고·임금 등 고용 관련 특별한 요건의 설정,

(b) (c) 생략

입법례(국외) 3.2-2 : 호주의 연령차별금지법(2004년)

(a) 특정 연령의 사람에게 진정한 혜택(bona fide benefit)을 제공하는 행위(예, 노인카드 소지에 대한 할인), (b) 특정 연령층의 나이로 인해 발생하는 필요를 충족시키기 위한 행위(예, 집 없는 청년들에 대한 복지서비스의 제공), (c) 특정한 연령층이 겪는 불이익을 감소시키기 위한 행위는 불법에 해당하지 않음(제33조)

입법례(국외) 3.2-3 : 영국의 고용평등(연령)규칙(2006년)

특정 연령 또는 연령층의 사람들이 특정한 일을 하거나 하려고 할 때 겪는 나이와 관련된 불이익을 방지하거나 보상하는 것이 합리적인 경우, (a) 그 일에 적합한 훈련기회를 부여하는 것 또는 (b) 그 일을 행할 기회를 이용할 수 있게 장려하는 것은 불법적 행위에 해당하지 않음(제29조 제1항)

입법례(국외) 3.2-4 : 아일랜드의 고용평등법(1998년)

근로자간 실제에서의 완전한 평등을 달성하기 위한 목적에서 (a) 동법이 규정하는 차별사유와 관련된 불이익을 예방하거나 보상하는 조치, (b) (c) 장애인 관련 조치(구체적 내용 생략)를 채택하거나 유지하는 것은 불법에 해당하지 않음(제33조)

(1) 차별예외에 해당하는 전통적이고 일반적인 적극적 조치는 “현존하는 차별을 시정하기 위한” 차원에서 이루어지는 것이다. 현존하는 차별은 적극적 조치를 계획·실행하는 자가 과거에 행하였던 나이차별 및 그 현재적 결과뿐만 아니라 적극적 조치의 실행자와는 무관하

게 사회·경제적 환경 속에서 역사적으로 형성된 관행적 나이차별을 포함한다. 예컨대, 나이차별의 전력이 없는 사업주가 고령자의 재취업을 곤란케 하는 노동시장의 차별적 상황을 고려하여 해고로부터 고령자를 특별히 보호하거나 해고에 따른 불이익을 덜어주기 위한 우대조치를 취하는 경우 차별예외로서 정당화될 수 있다.

(1.1) 특정 나이집단이 역사적으로 불리한 처지에 놓여 왔거나 당시의 사회적 상황 때문에 사회적 혜택이나 기회에 접근하기 어려운 경우 이러한 문제를 해결하기 위한 방법으로 특정 연령층이 겪는 불이익을 예방·감소·보상하는 적극적 조치가 차별예외로서 허용될 수 있다.

가상사례 3.2(1.1)-1 : **영국 고용평등(연령)규칙에 관한 ACAS의 가이드라인**
과거에 컴퓨터 교육훈련의 기회를 거의 가져보지 못한 60세 이상의 고령자들만을 대상으로 하는 컴퓨터수강 대상자의 제한은 적극적 조치에 해당[64]

(2) 특정 연령층이 나이로 인해 겪는 어려움이 나이차별의 직접적 결과임을 보여주는 증거가 없더라도 그들이 처한 열악한 지위를 개선하기 위한 조치 또는 그들의 직업적·사회적 통합을 촉진하기 위한 조치는 실질적 평등의 촉진 차원에서 차별예외에 해당하는 적극적 조치로 해석할 수 있다.

(2.1) 특정 연령층, 특히 노인에게 선의로 제공되는 이익(예, 할인과 혜택)은 고령자에게 불공정한 이익을 제공하거나 다른 연령층을 배제 내지 불이익을 주려는 것이 아니고 사회적으로 광범위하게 수락되고 있기 때문에 정당하다고 볼 수 있다.

(2.2) 다른 나이집단에는 존재하지 않는 특정 나이집단에 고유한 필요를 충족시키기 위한 우대조치(예, 고령자의 작업부담을 완화시키기 위한 추가적 휴일의 부여나 근로시간의 단축) 또는 다른 나이집단에 비해 심각한 특정 나이집단의 특별한 필요를 충족시키기 위한 우대조치(예, 무주택 노인들에 대한 특별 사회복지서비스)는 정당한 것으로 볼 수 있다.

(3) 적극적 조치는 그 대상 그룹에 속하지 않는 자들에 대한 역차별의 논란을 불러일으킬 수 있기 때문에 수단의 측면에서도 정당하여야 한다.

(3.1) 적극적 조치의 대상 그룹을 결정함에 있어서 나이기준 외의 다른 현실적·합리적 방법이 존재하지 않아야 한다(불가피성). 활용 가능한 자원의 한계 내에서 최대의 효과를 달성하기 위해서는 정책·조치의 대상 그룹을 결정하기 위한 기준이 필요하다. 적극적 조치의 대상 그룹에 속한 모든 자들이 나이 때문에 현실적으로 불이익을

64) ACAS, *Age and the Workplace*, A guide for employers, 2006, p.29.

경험하는 것은 아니지만 사회적 해악·불공정을 시정함에 있어서 나이 외에 다른 현실적·합리적인 방법이 존재하지 않는다면 나이에 근거한 대상 그룹의 결정은 불가피하다고 보아야 한다.

(3.2) 적극적 조치의 대상 그룹에 속하지 않는 연령층이 감수하여야 하는 피해의 정도는 적정하여야 한다(피해의 적정성). 즉, 과도한 부담으로 작용하지 않아야 한다. 피해의 적정성 여부는 적극적 조치의 목적과 그것이 적용되는 배경을 고려하여 판단하여야 하기 때문에 시대적 상황변화에 따라 유동적일 수 있다.

(3.3) 적극적 조치는 목적 달성을 위한 잠정적인 것이어야 한다(잠정성). 적용기간이 명시적으로 정해져 있는 경우 또는 명시적인 적용기간이 설정되어 있지 않더라도 추구하는 목표 도달 시에 그 시행의 종료가 예정된 경우에는 잠정적인 것으로 볼 수 있다. 다만, 우대조치의 잠정성이라는 제한이 불필요한 예외적인 경우도 있을 수 있다. 나이로 인해 겪는 불이익을 시정하는데 주된 목적이 있는 것이 아니라 사회적 연대·배려 차원에서 특정 연령층(예, 노인·청소년)에게 선의의 이익(예, 할인 내지 혜택)을 제공하기 위한 것이고 그로 인해 다른 연령층에게 역차별적인 불이익이 발생할 우려가 거의 없는 경우이다.

(4) 차별예외로 인정될 수 있는 적극적 조치의 종류에는 공공부문에서 법령·조례 등에 근거하여 국가·지자체 등이 시행하는 공적 성격의 적극적 조치와 민간부문에서 사업주 등 개인이 자발적으로 시행하는 사적 성격의 적극적 조치가 있다.

사례 3.2(4)-1 : **고령자의 고용촉진을 위한 기간제 근로계약 체결요건의 완화**

유럽사법재판소(ECJ)는 2005년 Mangold v Helm 사건(2005. 11. 22. 판결, Case C-144/04)에서 상대적으로 높은 실업률을 보이는 고령자의 고용을 촉진하기 위해 52세 이상 고령자의 경우 최고 2년을 초과하는 기간제 근로계약의 연쇄적 체결을 예외적 허용하는 독일의 개정법(2003. 1. 1. 시행)을 EU 고용·직업평등대우지침(2000/78호)에 위반하는 나이차별로 판결하였다. 독일 구법 하에서는 58세 이상 고령자의 경우 사용자는 객관적 사유 없이도 최고 2년의 범위 내에서 기간제 근로계약을 체결할 수 있게 했었다. 기간제 근로계약의 체결요건을 완화한 개정법에 대해 유럽사법재판소는 비례원칙에 반하는 것으로 판단했다. 단지 나이 때문에 안정적 고용의 이익으로부터 배제될 위험(즉, 고령근로자의 고용권 약화)이 있기 때문에 독일 개정법은 고령자의 직업적 통합을 달성하기 위한 적절하고 불가결한 수단의 범위를 벗어났다는 것이 판단의 이유이다.

⑩ 종교를 이유로 한 차별 판단지침

1. 차별사유의 정의(개념, 적용범위, 관련 법령근거)

1.1 직접차별

종교를 이유로 한 직접차별이란 종교를 이유로 하는 불리한 대우로서 그러한 대우가 정당화되지 않는 경우를 말한다.

입법례(국외) 1.1-1 : 유럽연합 고용·직업평등대우지침 2000/78호(2000년)
- 종교 등(제1조에 열거된 사유)을 이유로 어떤 자를 유사한 상황에 있는 다른 자보다 불리하게 대우하고 있거나 불리하게 대우하였거나 불리하게 대우하려고 하는 것(제2조 2항 (a))

입법례(국외) 1.1-2 : 호주 '인권과 기회평등위원회법'(1986년)
- 종교 등을 이유로 고용과 직업영역에서 기회와 대우의 평등을 제거하거나 손상시키는 효과가 발생하도록 하는 구별, 배제, 특혜(제3조 제1항)

입법례(국외) 1.1-3 : 캐나다 '인권과 기회평등위원회법'(1976-1977년)
- 종교 등을 이유로 불리하게 차별하는(adversely differentiate) 것은 정당한 이유(bona fide justification)가 있는 경우에만 허용됨(제15조 제1항 (g)).

가. 종교

(1) "종교를 이유로" 한 차별행위는 특정한 종교를 신봉하거나 특정한 종교단체에 가입되어 있다는 사실에 대한 인식을 근거로 행해지는 차별행위를 말한다.

(1.1) 일정한 신념이 종교에 해당하는지 여부는 그러한 신념을 보유하고 있는 주체의 "진지성"과 "강력성"을 가지고 판단한다.

입법례(국외) 1.1가(1.1) : 미국 '종교차별에 관한 가이드라인'(EEOC규칙(CFR 제29장) §1605.1)
- 종교의 범주에 전통적인 종교의 관점에서 볼 때 나타나는 강력성과 진지성이 있는 윤리적·도덕적 신념도 포함시킴.

(1.2) 일정한 신념이 종교에 해당하는지 여부를 판단할 때 해당 종교를 신봉하는 자 또는 해당 종교단체에 가입되어 있는 사람의 숫자는 중요한 판단기준에 해당하지 않는다.

사례 1.1가(1.2)-1 : **특정한 종교를 신봉하는 사람의 숫자가 종교를 판단하는 기준인지 여부**
교도소 측이 구금시설 수형자의 대부분을 차지하는 이른바 3대 종교를 신봉하는 수형자에 대해서는 종교집회를 허용하면서 소수에 지나지 않는 여호와의 증인 수용자들에 대하여는 종교집회를 허용하지 않고 있는 행위가 평등권을 침해한 차별행위인지 여부에 대하여 평등권을 침해한 차별행위로 인정하였다. <인권위 2002. 10. 19. 01진차2 결정>〔양심적 병역거부수용자에 대한 차별행위 개선〕

(1.3) 일정한 신념이 종교에 해당하는지 여부를 판단할 때 해당 종교 내부의 정통과 이단에 대한 판단은 중요한 판단기준에 해당하지 않는다. (예) 여호와의 증인, 제칠일안식일예수재림교(안식교), 통일교 등 기독교내 이단종파

(1.4) 종교를 이유로 한 차별행위에는 특정한 종교를 신봉하거나 특정한 종교단체에 가입한 자와 친족 또는 동료의 관계가 있다는 이유로 한 차별행위도 포함한다. (예) 근로자의 남편이 이슬람교도인 경우

나. 불리한 대우

(1) “불리한 대우”는 특정한 종교를 신봉하거나 특정한 종교단체에 가입했다는 사실에 대한 인식에 기초하여 불이익한 취급을 하는 것을 말한다.

(1.1) “특정한 종교를 신봉하거나 특정한 종교단체에 가입되어 있다는 사실에 대한 인식”은 일정한 신체적·언어적·문화적 특징 등에 의해 간접적으로 추정되는 경우도 포함한다.

사례1.1나(1.1)-1 : **이슬람교 전통의상의 착용**
사용자가 이슬람교 전통의상인 히잡(hijab)을 착용하는 여성근로자에게 고용을 거부한 경우에 사용자는 히잡에 대하여 동료근로자 또는 고객이 “불편하다”는 느낌이나 생각을 가지고 있다는 사실만을 근거로 고용거부를 정당화할 수 없다.

사례1.1나(1.1)-2 : **시크교도의 소형단검 휴대**
캐나다 대법원은 2006년 3월 2일 시크(sikh)교도가 휴대하고 다니는 소형단검(kirpan)을 학교 내에서 절대적으로 금지하는 것은 학생들의 안전을 위한 합리적인 조치가 아니며, 시크교도 학생에게 보장된 종교의 자유를 최소한도로 제한하는 것이 아니라 완전히 박탈하는 것이라고 판

시하였다. (캐나다 대법원, Balvir Singh Multani et al. v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys 사건: 캐나다 인권위원회의 2005년 인권보고서(Annual Report 2005) 12면 참조.

(2) “불리한 대우”에는 괴롭힘(harassment)이 포함된다.

입법례(국외) 1.1(2)-1 : 미국 민권법 제7장(Civil Rights Act Title VII, 1964)
- 종교 등을 이유로 고용영역에서 행해지는 괴롭힘은 차별행위에 해당

입법례(국외) 1.1(2)-2 : 캐나다 인권법(Canadian Human Rights Act 1976-1977)
- 종교 등을 이유로 한 괴롭힘은 차별행위에 해당(제14조 제1항).

입법례(국내) 1.1(2)-1 : 국가인권위원회의 차별금지법(안)에는 종교를 이유로 한 괴롭힘은 제외되어 있음(동법(안) 제29조).

(2.1) “괴롭힘”이란 개인이나 집단에 대하여 신체적 고통을 가하거나 수치심, 모욕감, 두려움 등 정신적 고통을 주는 일체의 행위를 말한다(국가인권위원회 차별금지법(안) 제2조 참조).

(2.2) 사용자는 근로자간의 종교를 이유로 한 괴롭힘을 예방하기 위하여 노력해야 한다.

(3) “불리한 대우”에는 보복(retaliation)이 포함된다.

입법례(국외) 1.1(3)-1 : 미국 민권법 제7장(Civil Rights Act Title VII, 1964)
- 종교 등을 이유로 한 차별행위에 대한 이의제기에 대응하여 고용영역에서 행해지는 보복은 차별행위에 해당

입법례(국외) 1.1(3)-2 : 캐나다 인권법(Canadian Human Rights Act 1976-1977)
- 종교 등을 이유로 한 차별행위에 대한 진정에 대응하여 행해지는 보복은 차별행위에 해당(제14조 제1항).
- 직접적인 보복과 보복의 위협 포함
- 보복의 대상에 차별행위의 피해자와 진정인 포함

(3.1) “보복”이란 종교를 이유로 한 차별행위에 대하여 진정이나 소송을 제기했다는 이유로 가해지는 차별행위를 말한다.

(3.2) 보복은 직접적인 보복과 보복을 하겠다는 위협을 포함한다.

(3.3) 보복의 대상(상대방)은 진정인 및 피해자, 그리고 그 가족이나 동료를 포함한다.

(4) “불리한 대우”의 피해자는 차별사유와 직접적으로 관련된 자뿐만 아니라 그의 친족이나 동료도 포함한다.

입법례(국외) 1.1나(4)-1 : 뉴질랜드 인권법(1993년)
- 종교 등(제21조에 열거된 사유)을 이유로 고용영역에서 채용거부, 불리한 고용조건, 고용계약 해지, 퇴직(제22조)
- 차별사유와 직접 관련된 자 및 그의 친족·동료도 피해자에 포함
- 현재의 차별과 과거의 차별 포함
- 차별받았다고 주장하는 자가 존재하고 있거나 존재했다고 의심·추정·확신하는 차별 포함

(5) 피해자가 특정한 종교를 신봉하거나 특정한 종교단체에 가입했다는 사실에 대한 인식과 불리한 대우 사이에는 “직접적인 관련성”이 존재해야 한다.

사례1.1.나(5)-1 : **불리한 대우와의 직접적 관련성**
기도와 찬양을 했다는 이유로 해고를 당했다고 주장하는 진정에 대하여 선임자의 지시를 따르지 않는 등 업무태도 때문에 지적을 받아 자진 퇴직한 것이므로 차별행위에 해당하지 않는다고 기각한 사례 <인권위 2002. 10. 7. 02진차27 결정>

(5.1) 피해자가 특정한 종교를 신봉하거나 특정한 종교단체에 가입했다는 사실에 대한 인식과 불리한 대우 사이에 “직접적인 관련성”이 있고, 그러한 인식이 불리한 대우의 “유일한 사유”인 경우에 차별에 해당한다.

(5.2) 피해자가 특정한 종교를 신봉하거나 특정한 종교단체에 가입했다는 사실에 대한 인식과 불리한 대우 사이에는 “직접적인 관련성”이 있고, 그러한 인식이 불리한 대우의 “유일한 사유가 아닌” 경우에는 그러한 인식이 불리한 대우의 “결정적” 사유가 되는 때에만 차별에 해당한다.

다. 정당성 여부

(1) 불리한 대우가 “합리적 이유”에 근거하여 정당화되는 경우에는 차별에 해당하지 않는다.

사례 1.1.다(1)-1 : **대학기숙사 입사요건으로서 종교의식참여가 합리적 이유가 있는지 여부**

불교정신의 구현을 건학이념으로 설립된 대학교(동국대학교 경주캠퍼스)는 학칙에 이 대학에 소속된 기숙사에 입사하는 모든 학생에게 불교의식(수계대법회) 참여를 권장하면서 이 의식에 참여한 자를 우대하는 규정을 두고 있다. 이러한 학칙 규정에 대하여 국가인권위원회는 이 대학이 불교의 건학이념에 따라 설립되었다는 점, 불교의식에 참석하지 않은 학생은 1년 후에 다시 입사할 수 있다는 점 등 합리적인 이유가 있으므로 차별행위에 해당하지 않는다고 보았다. <인권위 2005. 12. 5. 05진차181 결정>

(1.1) 사립학교의 종교교육(예: 채플)은 "합리적인 범위를 넘는 경우에" 다른 종교를 갖거나 종교를 갖지 않은 학생을 차별하는 행위에 해당한다. "합리적인 범위를 넘는 경우"에는 학생의 학교선택권 또는 대체과목선택권이 보장되지 않는 경우가 포함된다.

사례 1.1.다(1.1)-1 : **사립학교에서 종교교육 이수의무를 규정하는 학칙**

사립학교는 국·공립학교와는 달리 종교의 자유의 내용으로서 종교교육 내지는 종교선전을 할 수 있고, 학교는 인적·물적 시설을 포함한 교육시설로써 학생들에게 교육을 실시하는 것을 본질로 하며, 특히 대학은 헌법상 자치권이 부여되어 있으므로 사립대학은 교육시설의 질서를 유지하고 재학관계를 명확히 하기 위하여 법률상 금지된 것이 아니면 학사관리, 입학 및 졸업에 관한 사항이나 학교시설의 이용에 관한 사항 등을 학칙 등으로 제정할 수 있으며, 또한 구 교육법시행령 제55조는 학칙을 학교의 설립인가신청에 필요한 서류의 하나로 규정하고, 제56조 제1항은 학칙에서 기재하여야 할 사항으로 '교과와 수업일수에 관한 사항', '고사(또는 시험)와 과정수료에 관한 사항', '입학·편입학·퇴학·전학·휴학·수료·졸업과 상벌에 관한 사항' 등을 규정하고 있으므로, 사립대학은 종교교육 내지 종교선전을 위하여 학생들의 신앙을 가지지 않을 자유를 침해하지 않는 범위 내에서 학생들로 하여금 일정한 내용의 종교교육을 받을 것을 졸업요건으로 하는 학칙을 제정할 수 있다(대법원 1998. 11. 10. 96다37268 판결). -> 기독교 재단이 설립한 사립대학이 학칙으로 대학예배의 6학기 참석을 졸업요건으로 정한 경우, 위 대학교의 대학예배는 목사에 의한 예배뿐만 아니라 강연이나 드라마 등 다양한 형식을 취하고 있고 학생들에 대하여도 예배시간의 참석만을 졸업의 요건으로 할 뿐 그 태도나 성과 등을 평가하지는 않는 사실 등에 비추어 볼 때, 위 대학교의 예배는 복음 전도나 종교인 양성에 직접적인 목표가 있는 것이 아니고 신앙을 가지지 않을 자유를 침해하지 않는 범위 내에서 학생들에게 종교교육을 함으로써 진리·사랑에 기초한 보편적 교양인을 양성하는 데 목표를 두고 있다고 할 것이므로, 대학예배에의 6학기 참석을 졸업요건으로 정한 위 대학교의 학칙은 헌법상 종교의 자유에 반하는 위헌무효의 학칙이 아니라고 본 사례.

(※ 종교교육 이수의무를 규정하는 모든 학칙이 정당화되는 것이 아니라 종교교육의 형식, 내용, 목적 및 평가방법 등으로 고려하여 합리적인 범위 안에 있는 경우에만 정당화된다는 취지)

(1.2) 종교적 양심에 따른 병역거부권의 부인은 "대체복무제를 허용하지 않는 경우에" 차별에 해당한다.

사례 1.1.다(1.2)-1 : **양심적 병역거부자에 대한 대체복무제 부인과 차별금지원칙**

병역의무의 이행을 확보하기 위하여 현역입영을 거부하는 자에 대하여 형벌을 부과할 것인지, 대체복무를 인정할 것인지 여부에 관하여는 입법자에게 광범위한 입법재량이 유보되어 있다고 보아야 하므로, 병역법이 질병 또는 심신장애로 병역을 감당할 수 없는 자에 대하여 병역을 면제하는 규정을 두고 있고, 일정한 자에 대하여는 공익근무요원, 전문연구요원, 산업기능요원 등으로 근무할 수 있는 병역특례제도를 두고 있음에도 양심 및 종교의 자유를 이유로 현역입영을 거부하는 자에 대하여는 현역입영을 대체할 수 있는 특례를 두지 아니하고 형벌을 부과하는 규정만을 두고 있다고 하더라도 과잉금지 또는 비례의 원칙에 위반된다거나 종교에 의한 차별금지 원칙에 위반된다고 볼 수 없다(대법원 2004. 7. 15. 2004도2965 판결).

(※ 양심적 병역거부자를 병역특례자와 비교하여 차별의 관점에서 이해하고 있음.)

사례 1.1.다(1.2)-2 : **양심적 병역거부와 대체복무제**

① 양심의 자유는 단지 국가에 대하여 가능하면 개인의 양심을 고려하고 보호할 것을 요구하는 권리일 뿐, 양심상의 이유로 법적 의무의 이행을 거부하거나 법적 의무를 대신하는 대체의무의 제공을 요구할 수 있는 권리가 아니다. 따라서 양심의 자유로부터 대체복무를 요구할 권리도 도출되지 않는다. 우리 헌법은 병역의무와 관련하여 양심의 자유의 일방적인 우위를 인정하는 어떠한 규범적 표현도 하고 있지 않다. 양심상의 이유로 병역의무의 이행을 거부할 권리는 단지 헌법 스스로 이에 관하여 명문으로 규정하는 경우에 한하여 인정될 수 있다.

② 이 사건 법률조항(병역법 제88조 제1항)을 통하여 달성하고자 하는 공익은 국가의 존립과 모든 자유의 전제조건인'국가안보'라는 대단히 중요한 공익으로서, 이러한 중대한 법익이 문제되는 경우에는 개인의 자유를 최대한으로 보장하기 위하여 국가안보를 저해할 수 있는 무리한 입법적 실험을 할 것을 요구할 수 없다. 한국의 안보상황, 징병의 형평성에 대한 사회적 요구, 대체복무제를 채택하는 데 수반될 수 있는 여러 가지 제약적 요소 등을 감안할 때, 대체복무제를 도입하더라도 국가안보라는 중대한 헌법적 법익에 손상이 없으리라고 단정할 수 없는 것이 현재의 상황이라 할 것인바, 대체복무제를 도입하기 위해서는 남북한 사이에 평화공존관계가 정착되어야 하고, 군복무여건의 개선 등을 통하여 병역기피의 요인이 제거되어야 하며, 나아가 우리 사회에 양심적 병역거부자에 대한 이해와 관용이 자리잡음으로써 그들에게 대체복무를 허용하더라도 병역의무의 이행에 있어서 부담의 평등이 실현되며 사회통합이 저해되지 않는다는 사회공동체 구성원의 공감대가 형성되어야 하는데, 이러한 선행조건들이 충족되지 않은 현 단계에서 대체복무제를 도입하기는 어렵다고 본 입법자의 판단이 현저히 불합리하다거나 명백히 잘못되었다고 볼 수 없다(헌법재판소 2004. 8. 26. 2002헌가1 결정).

(※ 헌법재판소는 양심적 병역거부를 '병역거부권' 또는 '대체복무요구권'이라는 기본권의 관점에서 이해하고 있으나, 내용적으로는 병역의무의 평등이라는 관점에서도 접근하고 있기 때문에 병역거부의 문제는 차별의 문제로 이해되기도 함.)

사례 1.1.다(1.2)-3 : **양심적 병역거부권과 양심의 자유**

① 양심적 병역거부권을 명문으로 규정하지 않았다 할지라도 국제법상 권리의 요청과 사회의 발전과정에 따라 양심의 자유의 취지에 맞게 해석을 통하여 헌법 제19조 양심의 자유의 내용으

로 그 권리성을 인정하는 것이 헌법 제37조 제1항의 기능과 성격에 부합한 것이라고 판단된다.
② 현행 병역법이 양심적 병역거부자에게 일반적인 병역기피자와 마찬가지로 병역의무 불이행에 따른 병역기피죄를 일률적으로 적용하는 것은 양심적 병역거부자의 양심의 자유에 대한 과잉 제한이라고 할 수 있다(국가인권위원회 2005. 12. 26. 양심적 병역거부권 및 대체복무제도에 대한 권고 결정).
(※ 국가인권위원회는 병역거부의 문제를 병역거부권이라는 기본권의 관점에서 접근하고 있고, 차별의 관점에서 접근하고 있지는 않음.)

(2) 불리한 대우가 "합리적 이유"에 근거하는지 여부에 대한 판단을 위해서는 불리한 대우를 하는 목적이 정당한지(목적의 정당성), 불리한 대우로 인한 피해를 최소화할 수 있는 대안이 존재하는지(피해의 최소성), 불리한 대우를 하는 공익과 불리한 대우를 받는 피해자의 사익 사이에 균형(법익의 균형성)이 이루었는지를 검토해야 한다.

1.2 간접차별

종교를 이유로 하는 간접차별이란 외관상 중립적인 규정이나 관행이 특정한 종교를 가진 자에게 불리한 결과를 초래하는 경우로서 그것이 정당화되지 않는 경우를 말한다.

입법례(국외) 1.2-1 : 유럽연합 고용·직업평등대우지침 2000/78호(2000년)
- 외관상 중립적인 규정·기준·관행이 특정한 종교를 가진 자를 특별히 불리하게 만드는 경우로서 정당한(legitimate) 목적과 그 목적을 달성하기 위한 적절하고(appropriate) 필요한(necessary) 수단에 의하여 정당화되지 않는 경우(제2조 2항 (b))

입법례(국내) 1.2-1 : 국가인권위원회 차별금지법(안)
- 중립적인 기준을 적용하였으나 그 기준이 특정 집단이나 개인에게 불리한 결과를 야기하고 그 기준의 합리성 내지 정당성을 입증하지 못한 경우(제2조 제2항 및 제5조).
(※ 종교를 이유로 한 간접차별을 제외하는 명시적 규정이 없으므로 종교를 이유로 한 간접차별도 포함하는 것으로 해석)

(1) 일정한 기준이 외관상으로는 중립적이지만 결과적으로 특정한 종교를 신봉하거나 특정한 종교단체에 가입되어 있는 집단 또는 개인에게 불리한 효과를 발생시키는 경우에는 "잠정적으로" 차별행위에 해당한다.

(2) 외관상으로는 중립적인 기준이 결과적으로 특정한 종교를 신봉하거나 특정한 종교단체에 가입되어 있는 집단 또는 개인에게 불리한 효과를 발생시키면서 합리적인 이유로 정당화되지 못한 경우에는 “확정적으로” 차별행위에 해당한다.

2. 차별판단의 기준

2.1 고용

고용(모집, 채용, 교육, 배치, 승진, 임금 및 임금 외의 금품 지급, 자금의 융자, 정년, 퇴직, 해고 등을 포함한다)과 관련하여 종교를 이유로 특정한 사람을 우대・배제・구별하거나 불리하게 대우하는 행위는 그것이 정당화되지 않는 경우에 금지된다.

(1) 종교를 이유로 “모집, 채용”에서 차별하는 행위는 금지된다.

(1.1) 종교를 이유로 “모집, 채용”에서 차별하는 행위는 특정한 종교를 신봉하거나 특정한 종교단체에 가입했다는 사실을 이유로 모집에서 우대・배제・제한하거나 채용을 거부하는 행위를 말한다.

(1.2) 특정한 종교를 가진 사람을 우대하거나 또는 배제・제한하는 내용을 가진 “채용공고”는 차별행위에 해당한다.

(1.3) 종교를 표시하도록 강제하는 “채용지원서의 사용”은 종교를 이유로 한 차별행위에 해당한다.

(1.4) 채용을 위한 면접에서 종교에 대하여 “서면 또는 구술로 질문하거나 평가”하는 행위는 차별행위에 해당한다.

(1.5) 종교를 이유로 한 채용에서의 차별행위는 종교활동의 참여 또는 불참을 근로조건으로 채용하는 것도 포함된다.

(2) 종교를 이유로 근로자를 “임금, 교육・훈련, 배치, 승진”에서 차별하는 행위는 금지된다.

(2.1) 특정한 종교를 신봉하거나 특정한 종교단체에 가입했다는 사실에 대한 인식을 기초로 동일한 노동에 대하여 상이한 임금을 지급하는 것은 차별행위에 해당한다.

(2.2) 특정한 종교를 신봉하거나 특정한 종교단체에 가입했다는 사실에 대한 인식을 기초로 교육이나 훈련에서 우대・배제・제한하는 행위는 차별행위에 해당한다.

(2.3) 특정한 종교를 신봉하거나 특정한 종교단체에 가입했다는 사실을 이유로 상이한 배치기준을 제시하는 행위는 차별행위에 해당한다.

(2.4) 특정한 종교를 신봉하거나 특정한 종교단체에 가입했다는 사실을 이유로 승진요건을 강화 또는 약화시키는 차별행위에 해당한다.

(3) 종교를 이유로 근로자에게 “퇴직을 강요하거나 해고”하는 행위는 차별행위에 해당한다.

(4) 사용자에게 과도한 부담을 주지 않음에도 불구하고 “종교활동을 위한 상당한(reasonable) 편의를 제공하지 않는 경우”도 종교를 이유로 한 고용영역에서의 차별행위에 해당한다.

입법례(국외) 2.1(4)-1 : 미국 ‘종교차별에 관한 가이드라인’(EEOC규칙(CFR 제29장) §1605.2): 편의제공 - 자발적 대체근로(Voluntary Substitutes): 종교활동을 위한 편의제공이 필요한 근로자를 대신하여 그와 실질적으로 동일한 자격을 가진 자가 근로하도록 함 - 탄력적 근로시간(Flexible Scheduling): 종교활동을 위한 편의제공이 필요한 근로자가 근로시간을 탄력적으로 조정하도록 함 예) 탄력적 출·퇴근시간, 탄력적 휴일제, 탄력적 휴식시간, 점심시간활용, 종교활동으로 사용한 근로시간의 사후보충 허가 - 업무변경(Lateral Transfer and Change of Job Assignments)

(4.1) 사용자는 편의의 제공으로 과도한 부담을 안게 됨을 증명해야 한다.

입법례(국외) 2.1(4.1)-1 : 미국 ‘종교차별에 관한 가이드라인’(EEOC규칙(CFR 제29장) §1605.2): 과도한 부담 - 최소한(de mininis)의 비용 이상의 부담 - ① 사용자의 기업규모, ② 업무비용, ③ 편의제공이 필요한 근로자의 숫자 등을 전체적으로 고려하여 평가 - 대체근로자에게 정기적으로 상여금을 지급하는 것과 유사한 비용이 소요되는 경우에 과도한 부담으로 해석 - 대체근로자에게 부정기적으로 상여금을 지급하거나 계속적으로 편의를 제공함으로써 소요되는 비용은 과도한 부담으로 해석하지 않음 - 편의제공에 소요되는 행정비용은 비용에 산입하지 않음

(4.2) 종교활동을 위한 편의는 채용지원자(예비근로자)에게도 제공되어야 하기 때문에 채용을 위한 시험이나 절차에서도 사용자의 편의제공의무가 적용된다.

입법례(국외) 2.1(4.2)-1 : 미국 '종교차별에 관한 가이드라인'(EEOC규칙(CFR 제29장) §1605.2)
- 채용시험 또는 절차에서 편의제공
- 채용시험이나 절차를 위한 시간의 조정
- 사용자가 제시한 근로시간에 근로를 제공할 수 있는지에 대한 질문은 ① 종교활동에 필요한 편의제공이 요구되는지를 확인하기 위한 것이 유일한 목적이 아닌 경우, 또는 ② 업무상 불가피한 것으로 증명되는 경우에만 할 수 있다.

(5) 직장내 교육프로그램은 근로자의 종교적 신념과 충돌하지 않는 경우에만 허용된다.

2.2. 재화・용역 등

재화・용역・교통수단・상업시설・토지・주거시설의 공급이나 이용과 관련하여 종교를 이유로 특정한 사람을 우대・배제・구별하거나 불리하게 대우하는 행위는 그것이 정당화되지 않는 경우에 금지된다.

(1) 종교를 이유로 재화나 용역 또는 편의수단이나 시설의 제공이나 접근을 "거부"하거나 "제한"하는 행위는 차별행위에 해당한다.

(2) 종교를 이유로 재화나 용역 또는 편의수단이나 시설의 제공이나 접근에서 "불리한 조건"을 부과하는 행위는 차별행위에 해당한다.

2.3. 교육

교육시설이나 직업훈련기관에서의 교육・훈련이나 그 이용과 관련하여 종교를 이유로 특정한 사람을 우대・배제・구별하거나 불리하게 대우하는 행위는 그것이 정당화되지 않는 경우에 금지된다.

(1) 종교를 이유로 교육시설이나 직업훈련기관에서의 교육・훈련・이용을 "거부"하거나 "제한"하는 행위는 차별행위에 해당한다.

(2) 종교를 이유로 교육시설이나 직업훈련기관에서의 교육・훈련・이용에서 "불리한 조건"을 부과하는 행위는 차별행위에 해당한다.

(3) 특정한 종교에 대한 편견이나 혐오 또는 차별을 포함하는 “교육내용”이나 “교육과정”을 두는 것은 차별행위에 해당한다.

(4) 종교를 이유로 교육시설이나 직업훈련기관에서 “자퇴나 전학을 강요”하거나 “퇴학”시키는 행위는 차별행위에 해당한다.

3. 차별의 예외

3.1 종교활동을 위한 편의제공

사용자에게 과도한 부담을 주지 않는 경우에 종교활동을 위한 편의를 제공하는 것은 차별에 해당하지 않는다.

입법례(국외) 3.1-1 : 미국 민권법 제7장(1964년)
- 사용자에게 과도한 부담을 주지 않는 한도에서 근로자의 종교적 신앙을 위한 편의를 제공해야 한다(제701조 (j)항)

(1) 사용자가 종교를 가진 근로자에게 종교활동을 위한 편의를 제공하는 것은 종교활동을 하지 않는 근로자를 차별하는 행위에 해당하지 않는다.

(2) 사용자가 특정한 종교활동에 대해서만 편의를 제공하는 것이 아니라면 종교활동을 위한 편의의 제공은 차별행위에 해당하지 않는다.

(3) 모든 근로자의 종교활동에 대하여 편의를 제공하는 것이 사용자에게 과도한 부담을 주는 경우에는 특정한 종교활동에 대해서 우선적으로 편의를 제공해도 차별행위에 해당하지 않는다.

3.2 종교적 교리와 관련된 업무에 종사하는 직업

특정한 종교의 교리와 관련된 업무에 종사하는 직업의 경우에 그 종교를 신봉하는 자만 고용하는 행위는 차별에 해당하지 않는다.

입법례(국외) 3.2-1 : 호주 '인권과 기회평등위원회법'(1986년)
- 특정한 직업에 고유한(inherent) 요건(제3조 제1항)
- 특정한 종교의 교리에 따라 운영되는 기관의 직원을 채용함에 있어서 특정한 종교를 믿는 사람들의 종교적 감수성(susceptibility)을 해치지 않기 위하여 선의로(in good faith) 행해진 차별

입법례(국외) 3.2-2 : 뉴질랜드 인권법(1993년)
- 종교조직과 관련된 직위로서 해당 종교의 교리・규율・확립된 관행에 따라 특정 성에 국한되

는 경우(제28조 제1항)
- 해당 직위의 유일한 의무 또는 원칙적 의무가 ① 사제나 관리, 교사 또는 그와 실질적으로 동일한 것 및 종교의 전파와 관련된 것인 경우, ② 사립학교의 교사인 경우, ③ 해당 종교의 추종자가 유일한 또는 주된 구성원인 단체를 대표해서 행해지는 사회봉사활동인 경우(제28조 제2항)
- 사용자의 기업활동을 불합리하게 방해하지(unreasonably disrupt) 않는 한 종교활동을 위한 편의시설을 제공해야 할 의무(제28조 제3항)

입법례(국내) 3.2-1 : 국가인권위원회 차별금지법(안)
- 특정 직무나 사업 수행의 성질상 불가피한 경우(제3조 제1호)

(1) 특정한 종교의 교리와 관련된 직무에는 종교의 교리에 근거한 “사제”(예: 신부, 목사, 승려 등), 교리를 가르치는 “교원”(교사, 교수 등) 등이 포함된다.

(2) 특정한 종교의 교리에 기초하여 설립된 학교(종립학교)의 교원은 특정한 종교의 교리와 관련된 직무에 포함된다. 하지만 종립학교의 경우에도 종교의 교리와 관련이 없는 직무를 위하여 특정한 종교를 가진 자만을 채용하는 것을 차별이다. 따라서 종립학교의 경우에도 모든 전공의 교수 또는 교사에게 특정한 종교를 가진 자만 채용하는 것은 차별에 해당할 수 있다.

사례 3.2(2)-1 : **건축학과 교수직의 수행에 세례교인증명이 필요한지 여부**
건축학과 교수직을 수행하기 위하여 반드시 세례교인이어야 한다는 자격조건은 특정 직업의 본질적 속성에서 요구하는 제한사유, 즉 ‘해당 교수 직무를 안전하고 효율적으로 수행할 수 있는 조건’이 된다거나 ‘업무 본질의 정상적 운영을 위해 합리적으로 필요하다고 객관적으로 인정되는 경우’를 의미하는 “진정직업자격”에 해당하지 않는 것으로 판단된다. 이는 신학대학 ‘신학과’등 특정 종교학과 교수의 경우와는 분명히 다르게 보아야 할 것이다. <인권위 2007. 3. 28. 05진차345 결정>

사례 3.2(2)-2 : **종립대학의 모든 학과의 교수직 채용에서 기독교인임을 요구할 수 있는지 여부**
한동대학교의 고등교육기관으로서의 공공성 및 개별 학부, 학과 혹은 교과과정의 내용을 고려하지 않은 채 모든 교수직 채용에 있어서 일률적으로 기독교인인지 여부를 실질적인 채용요건으로 고려하는 것은 타당하다 하기 어려우며, 한동대학교 모든 학부 교수에 대하여 기독교인인지 여부가 필수적인 직업자격에 해당된다고 보기 어렵다. <인권위 2007. 10. 22. 05진차494 결정>

(3) 특정한 종교의 교리와 관련된 직무가 다른 차별을 야기하고, 종교의 자유를 더 보장해야 할 필요성이 있는 경우에 이러한 차별은 허용될 수 있다.

사례 3.2(3)-1 : **카톨릭대학에서 수녀에게 정년보장을 거부한 것이 차별인지 여부**

미국 Catholic University of America에서 로마카톨릭교회(Roman Catholic Church)의 교리(canons)를 가르치고 있었던 수녀에게 이 대학이 정년보장을 거부하였다. 이러한 거부행위에 대해서 District of Columbia 순회항소법원은 이 대학의 교수직은 "카톨릭교회의 영적(spiritual), 목회적(pastoral) 사역을 수행하는 데 핵심적(vital)"이라고 주장하였다. 그러면서 "민권법 제7장은 이 대학의 종교의 자유에 허용될 수 없을 정도의 부담을 준다"고 한다. 왜냐하면 "고용상의 차별을 제거함으로써 실현하려는 이익은 자신의 선택에 따라 목회자를 고용할 수 있는 종교기관의 이익보다 우월하지 않기 때문"이라고 하였다[EEOC v. Catholic University of America, 83F.3d 455 (D.C. Cir. 1996)].

사례 3.2(3)-2 : **신학과 교수 채용에서 목사로 제한하는 것이 차별인지 여부**

침례신학대학교가 신학과 교수를 채용하면서 지원자격을 침례교 목사로 제한한 것에 대해서 국가인권위원회는 침례교 목회자의 양성이라는 신학과의 특성과 설립취지를 감안할 때 목회 경험이 있는 침례교 목사로 신학과 교수의 자격을 제한한 것은 합리적인 이유가 있는 차별행위로 보았다. <인권위 2005. 8. 1. 05진차251 결정>

⓫ 사상・정치적 의견을 이유로 한 차별 판단지침

1. 차별사유의 정의(개념, 적용범위, 관련 법령근거)

1.1 직접차별

사상・정치적 의견을 이유로 한 직접차별이란 사상・정치적 의견을 이유로 하는 불리한 대우로서 그러한 대우가 정당화되지 않는 경우를 말한다.

입법례(국외) 1.1-1 : 유럽연합 고용・직업평등대우지침 2000/78호(2000년)
- 종교 등(제1조에 열거된 사유)을 이유로 어떤 자를 유사한 상황에 있는 다른 자보다 불리하게 대우하고 있거나 불리하게 대우하였거나 불리하게 대우하려고 하는 것(제2조 2항 (a))

입법례(국외) 1.1-2 : 뉴질랜드 인권법(1993년)
- 정치적 의견 등(제21조에 열거된 사유)을 이유로 고용영역에서 채용거부, 불리한 고용조건, 고용계약해지, 퇴직(제22조)
- 특정한 정치적 견해를 갖지 않거나 아무런 정치적 견해도 갖지 않는 것도 포함(제21조 (i)항)
- 차별사유와 직접 관련된 자 및 그의 친족・동료도 피해자에 포함
- 현재의 차별과 과거의 차별 포함
- 차별받았다고 주장하는 자가 존재하고 있거나 존재했다고 의심・추정・확신하는 차별 포함

입법례(국외) 1.1-3 : 호주 '인권과 기회평등위원회법'(1986년)
- 정치적 의견 등을 이유로 고용과 직업영역에서 기회와 대우의 평등을 제거하거나 손상시키는 효과가 발생하도록 하는 구별, 배제, 특혜(제3조 제1항)

(1) "사상"이란 세계관적 확신을 말한다.

(1.1) "양심"은 도덕적・윤리적 가치판단을 의미하는 것으로 세계관적 확신을 포함하는 경우에 사상에 해당한다.

사례 1.1(1.1)-1 : **양심의 개념을 넓게 이해하는 경우**

헌법재판소는 이른바 '사죄광고' 판례에서 양심의 개념을 다음과 같이 넓게 정의하였다. "양심이란 세계관·인생관·주의·신조 등은 물론, 이에 이르지 아니하여도 보다 널리 개인의 인격형성에 관계되는 내심에 있어서의 가치적·윤리적 판단도 포함된다고 볼 것이다(헌법재판소 1991. 4. 1. 89헌마160 결정, 판례집 3, 149면 이하)."

(※ 이렇게 양심을 넓게 이해하는 개념정의에 따르면 양심의 개념에는 사상이 포함될 수 있다.)

사례 1.1(1.1)-2 : **양심의 개념을 좁게 이해하는 경우**

헌법재판소는 '준법서약제' 판례(헌법재판소 2002. 4. 25. 98헌마425등, 판례집 14-1, 351면 이하)"에서 "헌법이 보호하고자 하는 양심은 어떤 일의 옳고 그름을 판단함에 있어서 그렇게 행동하지 않고는 자신의 인격적 존재가치가 파멸되고 말 것이라는 강력하고 진지한 마음의 소리로서의 절박하고 구체적인 양심"(같은 판례 363면)이라고 양심의 개념표지로서 '강력성'과 '진지성'을 추가하였다. 또한 헌법재판소는 '양심적 병역거부' 판례(헌법재판소 2004. 8. 26. 2002헌가1, 판례집 16-2, 141면 이하)에서 "헌법상 보호되는 양심은 어떤 일의 옳고 그름을 판단함에 있어서 그렇게 행동하지 아니하고는 자신의 인격적인 존재가치가 허물어지고 말 것이라는 강력하고 진지한 마음의 소리로서 절박하고 구체적인 양심"(같은 판례, 151면)이라고 정의하여 '강력성'과 '진지성' 이외에 '절박성'과 '구체성'을 양심의 개념표지로 열거하고 있다.

(※ 양심의 개념표지로서 '강력성', '진지성', '절박성', '구체성'을 추가하여 양심의 개념을 좁게 이해하게 되면 양심의 개념에는 사상이 포함될 수 없다.)

(2) "정치적 의견"이란 정치적 사안에 대한 개인의 견해를 말한다.

(2.1) "정치적 사안"이란 국가공동체 또는 지역공동체의 의사결정에 관한 사안을 말한다.

(2.1.1) "국가공동체의 의사결정에 관한 사안"에는 국가공동체의 중요한 정책결정에 관한 사안을 포함한다. (예: 법률의 제정이나 개정 또는 폐지에 관한 사안 및 헌법개정에 관한 사안 또는 국가의 중요정책에 관한 사항에 대한 의견)

(2.1.2) "국가공동체의 의사결정에 관한 사안"에는 국가공동체의 의사를 결정하는 국가기관의 구성, 즉 선거에 관한 사안을 포함한다. (예: 대통령선거이나 국회의원선거에서 후보자나 정당 또는 정책에 대한 의견)

(2.1.3) "지역공동체의 의사결정에 관한 사안"에는 지역공동체의 중요한 정책결정 또는 선거에 관한 사안을 포함한다. (예: 조례의 제정이나 개정 또는 폐지에 관한 사안이나 지방자치단체선거에서 후보자나 정당 또는 정책에 대한 의견)

(2.2) 정치적 사안에 대한 개인의 견해는 다양한 형태로 표현될 수 있다. 따라서 차별사유가 되는 정치적 사안에 대한 개인의 견해는 표현의 형태와 상관이 없다.

1.2 간접차별

사상·정치적 의견을 이유로 한 간접차별이란 외관상 중립적인 규정이나 관행이 특정한 사상·정치적 의견을 가진 개인 또는 집단에게 불리한 결과를 초래하는 경우로서 그것이 정당화되지 않는 경우를 말한다.

입법례(국내) 1.2-1 : 국가인권위원회 차별금지법(안) - 중립적인 기준을 적용하였으나 그 기준이 특정 집단이나 개인에게 불리한 결과를 야기하고 그 기준의 합리성 내지 정당성을 입증하지 못한 경우(제2조 제2항 및 제5조). (※ 사상 또는 정치적 의견을 이유로 한 간접차별을 제외하는 명시적 규정이 없으므로 사상 또는 정치적 의견을 이유로 한 간접차별도 포함하는 것으로 해석)

(1) 일정한 기준이 외관상으로는 중립적이지만 결과적으로 특정한 사상이나 정치적 의견을 가지는 집단이나 개인에게 불리한 효과를 발생시키는 경우에는 “잠정적으로” 차별행위에 해당한다.

(2) 외관상으로는 중립적인 기준이 결과적으로 특정한 사상이나 정치적 의견을 가지는 집단이나 개인에게 불리한 효과를 발생시키면서 합리적인 이유로 정당화되지 못한 경우에는 “확정적으로” 차별행위에 해당한다.

2. 차별의 판단기준

2.1 고용

고용(모집, 채용, 교육, 배치, 승진, 임금 및 임금 외의 금품 지급, 자금의 융자, 정년, 퇴직, 해고 등을 포함한다)과 관련하여 사상이나 정치적 의견을 이유로 특정한 사람을 우대・배제・구별하거나 불리하게 대우하는 행위는 그것이 정당화되지 않는 경우에 금지된다.

(1) 사상이나 정치적 의견을 표시하도록 요구하는 “채용지원서의 사용”은 차별행위에 해당한다.

(2) 특정한 사상이나 정치적 의견을 가진 사람을 배제하거나 제한하는 내용을 가진 “채용공고”는 차별행위에 해당한다.

(3) 특정한 사상이나 정치적 의견에 대해서 “서면 또는 구술로 질문하거나 평가”하는 행위는 차별행위에 해당한다.

(4) 사상이나 정치적 의견을 이유로 근로자를 “임금, 교육・훈련, 배치, 승진”에서 차별하는 행위는 금지된다.

(5) 사상이나 정치적 의견을 이유로 근로자에게 “퇴직을 강요하거나 해고”하는 행위는 차별행위에 해당한다.

2.2. 재화・용역 등

재화・용역・교통수단・상업시설・토지・주거시설의 공급이나 이용과 관련하여 사상이나 정치적 의견을 이유로 특정한 사람을 우대・배제・구별하거나 불리하게 대우하는 행위는 그것이 정당화되지 않는 경우에 금지된다.

(1) 사상이나 정치적 의견을 이유로 재화나 용역 또는 편의수단이나 시설의 제공이나 접근을 “거부”하거나 “제한”하는 행위는 차별행위에 해당한다.

(2) 사상이나 정치적 의견을 이유로 재화나 용역 또는 편의수단이나 시설의 제공이나 접근에서 “불리한 조건”을 부과하는 행위는 차별행위에 해당한다.

2.3 교육

교육시설이나 직업훈련기관에서의 교육・훈련이나 그 이용과 관련하여 사상이나 정치적 의견을 이유로 특정한 사람을 우대・배제・구별하거나 불리하게 대우하는 행위는 그것이 정당화되지 않는 경우에 금지된다.

(1) 사상이나 정치적 의견을 이유로 교육시설이나 직업훈련기관에서의 교육・훈련・이용을 “거부”하거나 “제한”하는 행위는 차별행위에 해당한다.

(2) 사상이나 정치적 의견을 이유로 교육시설이나 직업훈련기관에서의 교육・훈련・이용에서 “불리한 조건”을 부과하는 행위는 차별행위에 해당한다.

(3) 특정한 사상이나 정치적 의견에 대한 편견이나 혐오 또는 차별을 포함하는 “교육내용”이나 “교육과정”을 두는 것은 차별행위에 해당한다.

(4) 사상이나 정치적 의견을 이유로 교육시설이나 직업훈련기관에서 “자퇴나 전학을 강요”하거나 “퇴학”시키는 행위는 차별행위에 해당한다.

3. 차별의 예외

3.1. 진정직업자격

특정한 사상이나 정치적 의견을 갖는 것이 특정한 직업의 수행에 본질적인 요건인 경우에는 진정직업자격으로 허용된다.

입법례(국내) 3.1-1 : 국가인권위원회 차별금지법(안)
- 특정 직무나 사업 수행의 성질상 불가피한 경우(제3조 제1호)

(1) 특정한 사상이나 정치적 의견을 추종하는 단체(정당, 시민단체 등)의 직무에 본질적이고 필수적인 경우라면 특정한 사상이나 정치적 의견을 가진 사람을 고용해도 차별에 해당하지 않는다.

(2) 특정한 사상이나 정치적 의견을 추종하는 것이 본질적인 사업이나 업무가 아닌 단체(기업, 학교 등)의 경우에도 구체적인 직무의 성격에 따라 특정한 사상이나 정치적 의견을 가진 사람을 고용해도 차별에 해당하지 않을 수 있다.

3.2. 적극적 우대조치

입법례(국내) 3.2-1 : 국가인권위원회 차별금지법(안)
- 현존하는 차별을 해소하기 위하여 특정한 개인이나 집단을 잠정적으로 우대하는 행위와 이를 내용으로 하는 법령의 제·개정 및 정책의 수립·집행(제3조 제2호)

(1) 특정한 사상이나 정치적 의견을 가졌다는 이유로 차별받아온 집단에 대해서 잠정적으로 유리한 대우를 하는 것은 차별에 해당하지 않는다.

(2) 사상이나 정치적 의견의 다양성을 확보하기 위하여 특정한 사상이나 정치적 의견을 가진 사람이나 집단에 대해서 유리한 대우를 하는 것은 그러한 다양성의 확보가 중대한 공익에 해당하는 경우에는 차별에 해당하지 않는 것으로서 허용될 수 있다.

⑫ 전과를 이유로 한 차별 판단지침

1. 차별사유의 정의(개념, 적용범위, 관련 법령근거)

1.1 직접차별

실효된 전과를 이유로 한 직접차별이란 실효된 전과를 이유로 하는 불리한 대우로서 그러한 대우가 정당화되지 않는 경우를 말한다.

입법례(국외) 1.1-1 : 캐나다 인권법(Canadian Human Rights Act 1976-1977) - 실효된 전과(pardoned conviction) 등을 이유로 한 차별행위의 금지

가. 실효된 전과

(1) “전과”는 수형인 또는 범죄의 경력을 말한다.

입법례(국내) 1.1가(1)-1 : 형의 실효 등에 관한 법률 제2조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다. 1. “수형인”이라 함은 형법 제41조에 규정된 형을 받은 자를 말한다. 2. “수형인명부”라 함은 자격정지 이상의 형을 받은 수형인을 기재한 명부로서 검찰청 및 군검찰부에서 관리하는 것을 말한다. 3. “수형인명표"라 함은 자격정지 이상의 형을 받은 수형인을 기재한 명표로서 수형인의 본적지 시·구·읍·면사무소에서 관리하는 것을 말한다. 4. “수사자료표”라 함은 수사기관이 피의자의 지문을 채취하고 피의자의 인적사항과 죄명 등을 기재한 표(전산입력되어 관리되거나 자기테이프, 마이크로필름 그 밖에 이와 유사한 매체에 기록·저장된 표를 포함한다)로서 경찰청에서 관리하는 것을 말한다. 5. “범죄경력자료”라 함은 수사자료표 중 벌금 이상의 형의 선고·면제 및 선고유예, 보호감호, 치료감호, 보호관찰 그 밖에 대통령령이 정하는 사항에 관한 자료를 말한다. 6. “수사경력자료”라 함은 수사자료표 중 벌금 미만의 형의 선고 및 검사의 불기소처분에 관한 자료 등 범죄경력자료를 제외한 나머지 자료를 말한다. 7. “전과기록”이라 함은 수형인명부·수형인명표 및 범죄경력자료를 말한다. 8. “범죄경력조회”라 함은 신원 및 범죄경력에 관하여 수형인명부 또는 전산입력된 범죄경력자

료를 열람·대조확인(정보통신망에 의한 열람·대조확인을 포함한다)하는 방법으로 하는 조회를 말한다.

9. “수사경력조회”라 함은 신원 및 수사경력에 관하여 전산입력된 수사경력자료를 열람·대조확인(정보통신망에 의한 열람·대조확인을 포함한다)하는 방법으로 하는 조회를 말한다.

(1.1) “수형인의 경력”은 자격정지 이상의 형을 받은 경력을 말한다(‘형의 실효 등에 관한 법률 제2조 제2호 및 제3호).

(1.2) “범죄의 경력”은 벌금 이상의 형이나 보호감호, 치료감호, 보호관찰 등을 받은 경력을 말한다(‘형의 실효 등에 관한 법률’ 제2조 제5호).

(1.3) 차별사안의 경우에 “수사경력”은 범죄의 경력에 포함된다. “수사경력”이란 수사기관의 수사를 받은 경력으로서 수사기관의 수사를 받고 기소되어 무죄 또는 벌금 미만의 형을 선고받거나 검사의 불기소처분을 받은 경력을 말한다(‘형의 실효 등에 관한 법률’ 제2조 제6호).

(2) “실효된 전과”는 수형인명부에서 삭제되거나 수형인명표가 폐기된 전과를 말한다.

입법례(국내) 1.1가(2)-1 : 형의 실효 등에 관한 법률

제7조 (형의 실효) ① 수형인이 자격정지 이상의 형을 받음이 없이 형의 집행을 종료하거나 그 집행이 면제된 날부터 다음 각 호의 기간이 경과한 때에는 그 형은 실효된다. 다만, 구류·과료는 형의 집행을 종료하거나 그 집행이 면제된 때에 그 형이 실효된다.

1. 3년을 초과하는 징역·금고는 10년
2. 3년 이하의 징역·금고는 5년
3. 벌금은 2년

② 하나의 판결로 수개의 형이 선고된 경우에는 각 형의 집행을 종료하거나 그 집행이 면제된 날부터 가장 중한 형에 대한 제1항의 기간이 경과한 때에는 형의 선고는 효력을 잃는다. 다만, 제1항 제1호와 제2호의 규정을 적용함에 있어서 징역과 금고는 동종의 형으로 보고 각 형기를 합산한다.

제8조 (수형인명부 및 수형인명표의 정리) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 수형인명부는 그 해당란을 삭제하고 수형인명표는 이를 폐기한다.

1. 제7조 또는 「형법」 제81조의 규정에 따라 실효된 때
2. 형의 집행유예기간이 경과한 때
3. 자격정지기간이 경과한 때
4. 일반사면이나 형의 선고의 효력을 상실하게 하는 특별사면 또는 복권이 있은 때

② 제1항의 규정에 따라 수형인명부의 해당란을 삭제하는 방법 등은 대통령령으로 정한다.

입법례 1.1가(2)-2: 형법

제81조 (형의 실효) 징역 또는 금고의 집행을 종료하거나 집행이 면제된 자가 피해자의 손해를 보상하고 자격정지 이상의 형을 받음이 없이 7년을 경과한 때에는 본인 또는 검사의 신청에 의하여 그 재판의 실효를 선고할 수 있다.

(2.1) “징역·금고·벌금형”의 경우에는 형의 집행이 종료되거나 형의 집행이 면제된 날로부터 “일정기간이 경과한 때” 수형인명부에서 삭제되고 수형인명표를 폐기하는 실효된 전과가 된다.

(2.1.1) “3년을 초과하는 징역·금고형”의 경우에는 자격정지 이상의 형을 받음이 없이 형집행 종료일 또는 형집행 면제일로부터 “10년을 경과한 때” 실효된 전과가 된다.

(2.1.2) “3년 이하의 징역·금고형”의 경우에는 자격정지 이상의 형을 받음이 없이 형집행 종료일 또는 형집행 면제일로부터 “5년을 경과한 때” 실효된 전과가 된다.

(2.1.3) “벌금형”의 경우에는 자격정지 이상의 형을 받음이 없이 형집행 종료일 또는 형집행 면제일로부터 “2년을 경과한 때” 실효된 전과가 된다.

(2.2) “구류·과료형”의 경우에는 형의 집행이 종료되거나 형의 집행이 면제된 때 수형인명부에서 삭제되고 수형인명표를 폐기하는 실효된 전과가 된다.

(2.3) “형의 집행유예·자격정지형”의 경우에는 그 기간이 경과한 때 수형인명부에서 삭제되고 수형인명표를 폐기하는 실효된 전과가 된다.

(2.4) “사면 및 복권”의 경우에는 그것이 있은 때 수형인명부에서 삭제되고 수형인명표를 폐기하는 실효된 전과가 된다.

(2.4.1) “일반사면”의 경우에는 그것이 있은 때 실효된 전과가 된다.

(2.4.2) “형의 선고의 효력을 상실하게 하는 특별사면”의 경우에는 그것이 있은 때 실효된 전과가 된다.

(2.4.3) “복권”의 경우에는 그것이 있은 때 실효된 전과가 된다.

(2.5) “징역·금고형”의 경우에는 형의 집행이 종료되거나 형의 집행이 면제된 날로부터 일정기간이 경과한 때에 재판의 실효가 선고됨으로써 실효된 전과가 된다. 이를 위해서는 다음과 같은 요건을 충족해야 한다.

(2.5.1) 징역·금고형의 경우에 재판의 실효가 선고되기 위해서는 형의 집행을 종료하거나 형의 집행이 면제된 자가 “피해자의 손해를 보상”해야 한다.

(2.5.2) 징역·금고형의 경우에 재판의 실효가 선고되기 위해서는 형의 집행을 종료하거나 형의 집행이 면제된 자가 “자격정지 이상의 형을 받음이 없이 7년을 경과”해야 한다.

(2.5.3) 징역·금고형의 경우에 재판의 실효가 선고되기 위해서는 “본인 또는 검사의 신청”이 있어야 한다.

나. 불리한 대우

(1) “불리한 대우”는 유사한 상황에서 실효된 전과가 있는 특정인을 다른 사람보다도 불이익하게 취급하는 것을 말한다.

(2) “불리한 대우”에는 실효된 전과를 이유로 한 괴롭힘이 포함된다.

입법례(국외) 1.1나(2)-1 : 캐나다 인권법(Canadian Human Rights Act 1976-1977) - 실효된 전과 등을 이유로 한 괴롭힘은 차별행위에 해당(제14조 제1항).

입법례(국내) 1.1나(2)-2: 국가인권위원회의 차별금지법(안) - 전과를 이유로 한 괴롭힘은 제외되어 있음(제25조).

(3) “불리한 대우”에는 보복(retaliation)이 포함된다.

입법례(국외) 1.1나(3)-1 : 캐나다 인권법(Canadian Human Rights Act 1976-1977) - 실효된 전과 등을 이유로 한 차별행위에 대한 진정에 대응하여 행해지는 보복은 차별행위에 해당(제14.1조). - 직접적인 보복과 보복의 위협 포함 - 보복의 대상에 차별행위의 피해자와 진정인 포함

(3.1) “보복”이란 실효된 전과를 이유로 한 차별행위에 대하여 진정이나 소송을 제기했거나 할 것이라는 이유로 한 차별행위를 말한다.

(3.2) 보복은 직접적인 보복과 보복을 하겠다는 위협을 포함한다.

(3.3) 보복의 대상은 진정인 또는 피해자, 그리고 그 가족이나 동료를 포함한다.

다. 정당성 여부

(1) 불리한 대우가 “합리적 이유”에 근거하여 정당화되는 경우에는 차별에 해당하지 않는다.

(2) 불리한 대우가 “합리적 이유”에 근거하는지 여부에 대한 판단을 위해서는 불리한 대우를 하는 목적이 정당한지(목적의 정당성), 불리한 대우로 인한 피해를 최소화할 수 있는 대안이 존재하는지(피해의 최소성), 불리한 대우를 하는 공익과 불리한 대우를 받는 피해자의 사익 사이에 균형(법익의 균형성)이 이루었는지를 검토해야 한다.

(3) 법령상 허용되지 않는 범죄경력조회나 수사경력조회로 회보받거나 취득한 경우에는 범죄경력자료 또는 수사경력자료를 회보받거나 취득한 자의 차별행위가 추정된다.

입법례(국내) 1.1다(3)-1 : 형의 실효 등에 관한 법률

제6조 (범죄경력조회·수사경력조회 및 회보제한 등)

① 수사자료표에 의한 범죄경력조회 및 수사경력조회와 그 회보는 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에 그 전부 또는 일부에 대하여 조회목적에 필요한 최소한의 범위내에서 할 수 있다.

1. 범죄수사 또는 재판을 위하여 필요한 경우
2. 형의 집행 또는 사회봉사·수강명령의 집행을 위하여 필요한 경우
3. 보호감호·치료감호·보호관찰 등 보호처분 또는 보안관찰업무의 수행을 위하여 필요한 경우
4. 수사자료표의 내용을 확인하기 위하여 본인이 신청하는 경우
5. 「국가정보원법」 제3조 제2항에 규정에 따른 보안업무에 관한 대통령령에 근거하여 신원조사를 하는 경우
6. 외국인의 체류허가에 필요한 경우
7. 각군 사관생도의 입학 및 장교의 임용에 필요한 경우
8. 병역의무의 부과와 관련하여 현역병 및 공익근무요원의 입영에 필요한 경우
9. 다른 법령에서 규정하고 있는 공무원임용, 인·허가, 서훈, 대통령표창, 국무총리표창 등의 결격사유 또는 공무원연금 지급제한사유 등을 확인하기 위하여 필요한 경우
10. 그 밖에 다른 법률에서 범죄경력조회 및 수사경력조회와 그 회보를 하도록 규정되어 있는 경우

② 수사자료표를 관리하는 자 또는 직무상 수사자료표에 의한 범죄경력조회 또는 수사경력조회를 하는 자는 그 수사자료표의 내용을 누설하여서는 아니된다.

③ 누구든지 제1항에서 정하는 경우외의 용도에 사용할 목적으로 범죄경력자료 또는 수사경력자료를 취득하여서는 아니된다.

④ 제1항의 규정에 의하여 범죄경력자료 또는 수사경력자료를 회보받거나 취득한 자는 법령에

규정된 용도 외에는 이를 사용하여서는 아니된다.
⑤ 제1항 각 호의 규정에 의하여 범죄경력조회·수사경력조회 및 그 회보를 할 수 있는 구체적인 범위는 대통령령으로 정한다.

(3.1) 수사자료표를 관리하는 자 또는 직무상 수사자료표에 의한 범죄경력조회 또는 수사경력조회를 하는 자가 그 “수사자료표의 내용을 누설한 경우”에는 그러한 범죄경력자료 또는 수사경력자료를 취득한 자의 차별행위가 추정된다.

(3.2) “법령상 허용되는 목적 외의 용도”에 사용할 목적으로 범죄경력자료 또는 수사경력자료를 취득한 경우에는 그러한 범죄경력자료 또는 수사경력자료를 취득한 자의 차별행위가 추정된다.

(3.3) 법령상 허용되는 목적의 용도에 사용할 목적으로 범죄경력자료 또는 수사경력자료를 회보받거나 취득한 때에도 “법령에 규정된 용도 외에 그것이 사용된 경우”에는 그러한 범죄경력자료 또는 수사경력자료를 취득한 자의 차별행위가 추정된다.

(4) 법령에서 정한 삭제기간을 도과한 전산입력된 수사경력자료를 취득한 경우에는 그러한 수사경력자료를 취득한 자의 차별행위가 추정된다.

입법례(국내) 1.1다(4)-1 : 형의 실효 등에 관한 법률
제8조의2 (수사경력자료의 정리)
① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 제2항의 해당 기간이 경과한 때에 전산입력된 수사경력자료의 해당 사항을 삭제한다.
1. 검사의 혐의없음·공소권없음·죄가안됨 또는 기소유예의 불기소처분이 있는 경우
2. 법원의 무죄·면소 또는 공소기각의 판결이 확정된 경우
3. 법원의 공소기각의 결정이 확정된 경우
② 제1항 각 호에 대한 수사경력자료의 보존기간은 다음 각 호와 같다. 이 경우 기간은 해당 처분이 있거나 결정 또는 판결이 확정된 날부터 기산한다.
1. 법정형이 사형, 무기징역·무기금고, 장기 10년 이상의 징역·금고에 해당하는 죄는 10년
2. 법정형이 장기 2년 이상의 징역·금고에 해당하는 죄는 5년
3. 법정형이 장기 2년 미만의 징역·금고, 자격상실·자격정지, 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 죄는 즉시 삭제. 다만, 제1항 제1호의 기소유예 처분이나 제1항 제2호·제3호의 판결 또는 결정이 있는 경우는 5년간 보존한다.
③ 제1항의 규정에 따라 수사경력자료의 해당 사항을 삭제하는 방법은 대통령령으로 정한다.

1.2 간접차별

실효된 전과를 이유로 한 간접차별이란 외관상 중립적인 규정이나 관행이 사실상 실효된 전과를 가진 자에게 불리한 결과를 초래하는 경우로서 그것이 정당화되지 않는 경우를 말한다.

입법례(국내) 1.2-1 : 국가인권위원회 차별금지법(안)
- 중립적인 기준을 적용하였으나 그 기준이 특정 집단이나 개인에게 불리한 결과를 야기하고 그 기준의 합리성 내지 정당성을 입증하지 못한 경우(제2조 제2항 및 제5조).
(※ 실효된 전과를 이유로 한 간접차별을 제외하는 명시적 규정이 없으므로 실효된 전과를 이유로 한 간접차별도 포함하는 것으로 해석)

(1) 일정한 기준이 외관상으로는 중립적이지만 결과적으로 실효된 전과를 가진 집단이나 개인에게 불리한 효과를 발생시키는 경우에는 “잠정적으로” 차별행위에 해당한다.

(2) 외관상으로는 중립적인 기준이 결과적으로 실효된 전과를 가진 집단 또는 개인에게 불리한 효과를 발생시키면서 합리적인 이유로 정당화되지 못한 경우에는 “확정적으로” 차별행위에 해당한다.

2. 차별판단의 기준

2.1 고용

고용(모집, 채용, 교육, 배치, 승진, 임금 및 임금 외의 금품 지급, 자금의 융자, 정년, 퇴직, 해고 등을 포함한다)과 관련하여 실효된 전과를 이유로 특정한 사람을 우대・배제・구별하거나 불리하게 대우하는 행위는 그것이 정당화되지 않는 경우에 금지된다.

입법례(국외) 2.1-1 : 캐나다 인권법(Canadian Human Rights Act 1976-1977) - 실효된 전과 등을 이유로 고용 또는 고용유지의 거부 및 고용기간중 불리하게 차별하는 행위(제7조) - 실효된 전과 등을 이유로 한 제한, 분류, 특혜를 표현하는 채용지원서의 사용・배포 및 채용공고나 서면・구술질문(제8조)

(1) 실현된 전과를 이유로 차별하는 행위는 고용의 모든 과정에서 발생할 수 있기 때문에 고용의 모든 과정에서 발생하는 전과차별은 금지된다.

(1.1) 실효된 전과를 표시하는 “채용지원서의 사용”은 차별행위에 해당한다.

(1.2) 실효된 전과를 가진 사람을 배제하거나 제한하는 내용을 가진 “채용공고”는 차별행위에 해당한다.

(1.3) 실효된 전과에 대해서 “서면 또는 구술로 질문하거나 평가”하는 행위는 차별행위에 해당한다.

(1.4) 실효된 전과를 이유로 근로자를 “임금, 교육・훈련, 배치, 승진”에서 차별하는 행위는 금지된다.

(1.5) 실효된 전과를 이유로 근로자에게 “퇴직을 강요하거나 해고”하는 행위는 차별행위에 해당한다.

(2) 범죄경력이 있는 채용지원자 또는 근로자는 자신의 범죄경력에 대해서 “자발적으로 공개할 의무”가 없다.

(2.1) 범죄경력이 있는 채용지원자 또는 근로자가 자신의 범죄경력에 대해서 자발적으로 공개하지 않았다는 이유로 차별하는 행위는 금지된다. (예) 범죄경력이 있는 자가 채용

시 자신의 범죄경력에 대해서 말하지 않고 채용된 후 범죄경력이 있다는 사실이 나중에 알려져 정직하지 못하다는 이유로 해고된 경우

(2.2) 범죄경력에 대한 "자발적 공개"의 의무는 범죄경력이 차별행위를 정당화하는 근거가 되는 경우에는 허용된다. 따라서 범죄경력이 차별행위를 정당화하는 근거가 되는 경우에는 채용지원자 또는 근로자에게 자신의 범죄경력에 대해서 자발적으로 공개하도록 요구할 수 있다.

사례 2.1(2.2)-1 : **범죄경력을 공개하지 않은 것이 해고사유가 될 수 있는지 여부**
1997년 8개월의 징역형을 받고 복역한 여성이 이러한 범죄경력을 면접시에 공개하지 않은 채 채용되었다. 이후에 다른 사람이 이 사실을 공개하여 사용자는 이 여성을 해고하였다. 호주 인권위는 이 여성이 제기한 진정에 대하여 사용자가 범죄경력을 이유로 해고하지 않았고, 범죄경력을 공개하지 않았다는 이유로 해고하였기 때문에 차별에 해당하지 않는다고 결정하였다. Human Rights and Equal Opportunity Commission(호주 인권과기회평등위원회), DISCRIMINATION IN EMPLOYMENT ON THE BASIS OF CRIMINAL RECORD, Discussion paper December 2004, 28-29면 참조.

(3) "범죄경력에 대한 질문"은 이것이 고용에 관한 결정에서 중요한 요소인 경우에만 허용된다.

(3.1) 범죄경력이 없을 것이 "진정직업자격"인 경우에는 범죄경력에 대한 질문이 허용된다.

(3.2) 범죄경력을 가진 채용지원자 또는 근로자는 범죄경력에 대한 질문이 고용에 관한 결정에서 중요한 요소가 아니라고 판단되는 경우에는 "답변을 거부"할 수 있다. 하지만 범죄경력에 대한 질문이 고용에 관한 결정에서 객관적으로 중요한 경우에는 채용지원자 또는 근로자는 이에 대한 답변을 거부하거나 사실과 다른 답변을 하는 것은 금지된다.

사례 2.1(3.2)-1 : **고용에 관한 결정에서 매우 중요한 범죄경력에 대한 질문에 사실과 다르게 답변한 경우**
교도소 교도관으로 채용되어 수습을 받던 남성이 마리화나 소지죄로 처벌받은 범죄경력이 발각되어 채용이 취소되었다. 채용지원서에는 범죄로 인하여 기소되었거나 유죄를 받은 사실이 있는지 여부에 관한 질문이 포함되어 있었지만 이 남성은 이 사실이 중요하지 않다고 판단하여 그 사실을 기재하지 않았다. 이 남성의 채용은 범죄사실확인을 조건으로 이루어졌다. 사용자는 이 남성이 잘못된 정보를 제공하였고 범죄경력이 없을 것은 교도관의 진정직업요건이기 때문에 채용취소는 정당하다고 주장하였다. 호주 인권위는 이 남성이 제기한 진정에 대해서 채용을 취소한 결정은 진정인이 정직하지 못했다는 이유로 이루어졌다는 점, 그리고 범죄경력이 없을 것은 교도관의 진정직업요건이라는 이유로 기각하였다. Human Rights and Equal Opportunity

Commission(호주 인권과기회평등위원회), DISCRIMINATION IN EMPLOYMENT ON THE BASIS OF CRIMINAL RECORD, Discussion paper December 2004, 30면 참조.

2.2. 재화・용역 등

재화・용역・교통수단・상업시설・토지・주거시설의 공급이나 이용과 관련하여 실효된 전과를 이유로 특정한 사람을 우대・배제・구별하거나 불리하게 대우하는 행위는 그것이 정당화되지 않는 경우에 금지된다.

입법례(국외) 2.2-1 : 캐나다 인권법(Canadian Human Rights Act 1976-1977)
- 실효된 전과 등을 이유로 재화・용역・편의시설의 제공 또는 접근을 거부하거나 불리하게 차별하는(adversely differentiate) 행위의 금지(제5조)
- 실효된 전과 등을 이유로 상업적 부동산・주거시설의 제공을 거부하거나 불리하게 차별하는 행위(제6조)

(1) 실효된 전과를 이유로 재화나 용역 또는 교통수단이나 상업적 부동산・주거시설의 제공이나 접근을 “거부”하거나 “제한”하는 행위는 차별행위에 해당한다.

(2) 실효된 전과를 이유로 재화나 용역 또는 교통수단이나 상업적 부동산・주거시설의 제공이나 접근에서 “불리한 조건”을 부과하는 행위는 차별행위에 해당한다.

2.3 교육

교육시설이나 직업훈련기관에서의 교육・훈련이나 그 이용과 관련하여 실효된 전과를 이유로 특정한 사람을 우대・배제・구별하거나 불리하게 대우하는 행위는 그것이 정당화되지 않는 경우에 금지된다.

(1) 실효된 전과를 이유로 교육시설이나 직업훈련기관에서의 교육・훈련・이용을 “거부”하거나 “제한”하는 행위는 차별행위에 해당한다.

(2) 실효된 전과를 이유로 교육시설이나 직업훈련기관에서의 교육・훈련・이용에서 “불리한 조건”을 부과하는 행위는 차별행위에 해당한다.

(3) 전과자에 대한 편견이나 혐오 또는 차별을 포함하는 “교육내용”이나 “교육과정”을 두는 것은 차별행위에 해당한다.

(4) 실효된 전과를 이유로 교육시설이나 직업훈련기관에서 “자퇴나 전학을 강요”하거나 “퇴학”시키는 행위는 차별행위에 해당한다.

3. 차별의 예외

3.1 진정직업자격

범죄경력이 없을 것이 특정한 직업의 수행에 본질적인 요건인 경우에는 진정직업자격으로 허용된다.

입법례(국내) 3.1-1 : 국가인권위원회 차별금지법(안)
- 특정 직무나 사업 수행의 성질상 불가피한 경우(제3조 제1호)

(1) 진정직업자격이란 직업의 수행에 “본질적인” 요건을 말한다. 따라서 직업의 수행에 부수적인(incidental) 요건이나 주변적인(peripheral) 요건 또는 우연한(accidental) 요건은 진정직업자격에 포함되지 않는다.

(2) 범죄경력이 없을 것이 직업의 수행에 본질적이고 불가결한 요건이 된다는 것은 직업의 수행에 “고도의 윤리성”이나 “정신적 안정성” 등이 요구된다는 뜻이다.

사례 3.1(2)-1: **음주운전으로 인한 구류형 경력이 없을 것이 경찰직의 진정직업자격인지 여부**
경찰공무원 채용시험에 음주운전으로 구류의 형을 받은 경력이 있는 자가 응시하였다가 탈락하였다. 음주운전은 채용시험이 있기 10년 전에 발생하였다. 경찰측은 범죄경력이 없을 것이 경찰직의 진정직업요건이라고 주장하였다. 호주 인권위는 경찰직은 고도의 윤리성(integrity)이 요구되고 범죄경력이 없을 것이 진정직업요건이라고 하면서 진정을 기각하였다. Human Rights and Equal Opportunity Commission(호주 인권과기회평등위원회), DISCRIMINATION IN EMPLOYMENT ON THE BASIS OF CRIMINAL RECORD, Discussion paper December 2004, 20면 참조.

사례 3.1(2)-2 : **폭행・상해사건으로 기소된 경력이 경찰직의 진정직업자격인지 여부**
7년 전 발생한 폭행 및 상해사건으로 기소되어 무죄를 받은 남성이 경찰관채용시험에 응시하였다가 이러한 경력으로 탈락하였다. 경찰은 경찰관의 직무를 수행하기 위해서는 고도의 윤리성과 감정적 안정성 및 정신적・신체적 안정성이 요구되기 때문에 이러한 결정은 정당하다고 주장하였다. 이 사안에 대해서 호주 인권위원회는 경찰측이 주장한 내용은 경찰관의 직무에 있어서 진정직업자격이기 때문에 진정인의 진정을 기각하였다. Human Rights and Equal Opportunity Commission(호주 인권과기회평등위원회), DISCRIMINATION IN EMPLOYMENT ON THE BASIS OF CRIMINAL RECORD, Discussion paper December 2004, 16면 참조.

(3) 범죄경력이 없을 것이 직업의 수행에 본질적이고 불가결한 요소인지 여부에 대한 결정은 각 직업별 또는 직무별로 개별적으로 판단되어야 한다.

(4) 범죄경력이 없을 것이 직업의 수행에 본질적이고 불가결한 요소인지 여부에 대한 결정은 차별받는 자(전과자)마다 개별적으로 판단되어야 한다. 특히 범죄를 저지른 때의 나이 또는 범죄경력이 발생한 시점으로부터 현재까지 경과한 시간 등을 고려해야 한다.

사례 3.1(4)-1 : **절도범죄경력이 바텐더의 진정직업자격인지 여부(Christensen 사건)**

카지노업장의 바텐더채용에 응시했던 여성(Christensen)이 15세 때 술 2병을 절도했던 경력으로 인해 탈락했다. 사용자는 신뢰성(trustworthy)과 좋은 평판(good character)이 바텐더의 진정직업요건이라고 주장하였다. 호주 인권위는 이 점을 인정하면서도 이 여성의 범죄경력과 직정직업요건 사이에 상당히 밀접한 관련성이 있다는 점은 인정하지 않았다. 그 이유로는 범죄는 이 여성이 15세일 때 발생했다는 점, 범죄경력은 8년이 경과했다는 점, 이 여성은 접객업소에서 여러 차례 근무한 경력이 있고 이 직장의 사용자가 신원보증을 하고 있다는 점 등을 들었다. Human Rights and Equal Opportunity Commission(호주 인권과기회평등위원회), DISCRIMINATION IN EMPLOYMENT ON THE BASIS OF CRIMINAL RECORD, Discussion paper December 2004, 20면 참조.

(5) 범죄경력이 없을 것이 직업의 수행에 본질적인 요소가 된다는 사실은 직정직업자격요건을 주장하는 자(사용자)가 증명해야 한다.

사례 3.1(5)-1 : **진정직업자격이 되는지에 대한 판단**

국가보안법 위반으로 징역형 등을 선고받고 이후 사면·복권되어 형의 효력이 실효된 자에 대하여 국가정보원의 신원조사회보서상 전과가 있음을 이유로 사립학교의 교장이 이사회에 임용제청조차 하지 아니한 행위에 대하여 평등권을 침해하는 차별행위로 인정하였다. <인권위 2003. 1. 27. 02진차47 결정>

※ 형의 효력이 실효된 전과가 있음을 이유로 교원으로 임용하지 않은 행위가 곧바로 차별행위가 된다고 인정하였지만 전과가 없음이 교원의 진정직업자격에 해당하는지 여부를 검토했어야 하는 사례

3.2 아동과 함께 하는 직업

아동과 함께 하는 직업의 경우에는 아동의 보호를 위하여 범죄경력이 있는 자를 배제하는 것은 차별에 해당하지 않는다.

(1) 아동과 함께 하는 직업에서 범죄경력이 있는 자를 배제하는 차별행위는 아동의 안전과 복지를 목적으로만 허용된다.

(1.1) 아동과 함께 하는 직업에서 범죄경력이 있는 자를 배제하기 위하여 “지원자의 범죄경력에 대한 조회”를 할 수 있다.

(1.2) “아동에 대한 범죄경력”(예: 아동에 대한 유괴죄 및 성범죄)은 해당 전과자의 자동적 탈락사유가 될 수 있다.

(1.3) 범죄경력이 있는 지원자에게 아동의 안전에 관한 자신의 능력을 증명할 수 있는 기회가 보장되어야 한다.

(2) 아동의 안전과 보호의 목적보다 범죄경력이 있는 자의 직무적합성이 더 큰 경우에는 범죄경력이 있는 자를 배제하는 차별행위는 허용되지 않는다.

3.3 범죄경력이 있는 자에게 허가면허등록 등을 제한해야 하는 직업

공공의 안전과 건강을 위하여 범죄경력이 있는 자에게 특정한 직업의 수행을 위한 허가나 면허 또는 등록을 제한하는 것은 허용된다.

(1) 범죄경력이 있는 자에게 특정한 직업의 수행을 위한 허가·면허·등록 등의 제한은 공공의 안전과 건강을 위한 목적에 한정된다.

사례 3.3(1)-1 : **허가·면허·등록 등이 제한되는 직업의 예**

- 아동과 함께 직업
- 경찰공무원 및 교정공무원
- 안전과 관련된 직업(경호원, 경비원, 열쇠제작업자 등) 및 사설탐정
- 변호사, 공증인, 치안판사(justices of the peace)
- 의사, 치과의사, 간호사, 약사 및 기타 건강관련 직업
- 국회의원 및 특정한 공직
- 특정한 단체의 임직원
- 부동산중개인(conveyancers, real estate and land agents)
- 건축업자(building work contractors), 배관직(plumbers) 및 가스공사업자(gas fitters)
- 택시 및 기타 대중교통수단(taxi and other public passenger) 면허
- 출판업 및 도박업 면허
- 주류판매업자 및 요금징수원(publicans)
- 중개업자 및 전당포업자.

Human Rights and Equal Opportunity Commission(호주 인권과기회평등위원회), DISCRIMINATION IN EMPLOYMENT ON THE BASIS OF CRIMINAL RECORD, Discussion paper December 2004, 22면 참조.

(2) 특정한 직업의 수행과 허가・면허・등록의 제한요건 사이에는 “밀접한 관련성”이 있어야 한다.

(2.1) 범죄경력자의 범죄경력이 특정한 직업의 수행을 위한 허가・면허・등록의 제한요건에 해당하는지 여부를 판단하기 위하여 “각 범죄경력자의 범죄경력”이 구체적으로 평가되어야 한다.

(2.2) 특정한 직업의 수행을 위한 허가・면허・등록의 제한요건은 그 직업의 수행에 “본질적인 요건”이어야 한다.

(2.3) 해당 범죄경력자의 범죄경력과 특정한 직업의 수행에 본질적인 요건 사이의 “구체적 관련성”에 대해서 검토되어야 한다.

(3) 특정한 직업 안에 존재할 수 있는 다양한 직무의 종류에 따라 특정한 직업의 수행에 본질적인 요건은 상이할 수 있다. 따라서 범죄경력이 없을 것이 진정직업자격에 해당하는지 여부는 특정한 직업 내에 다양하게 존재하는 개별적인 직무의 성격에 따라 구체적으로 판단되어야 한다.

⑬ 장애・병력을 이유로 한 차별 판단지침

1. 차별사유의 정의(개념, 적용 범위, 관련 법령 근거)

1.1. 직접차별

장애/병력을 사유로 한 직접 차별은, 장애/병력을 사유로 제한·배제·분리·거부 등에 의해 정당한 이유 없이 장애인/병력인을 불리하게 대우하는 경우를 말한다.

입법례(국내) 1.1-1 : 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률(이하, 장애인차별금지법)
장애인을 장애를 사유로 정당한 사유 없이 제한·배제·분리·거부 등에 의하여 불리하게 대하는 경우(제4조 제1항 제1호)

입법례(국외) 1.1-1 : 호주의 장애차별금지법(Disability Discrimination Act, DDA)
Sec. 5. 장애차별
A. 한 사람이 똑같은 환경에서 혹은 실제적으로 그리 다르지 않은 환경에서 다른 사람의 장애를 이유로 덜 호의적으로 대우하는 것은 장애차별이다.
B. A에서 실제적으로 그리 다르지 않은 환경이라 함은 장애인이 조정(accommodation)이나 필요한 편의시설을 요구할 수 있는 경우를 말한다.

입법례(국외) 1.1-2 : 홍콩의 장애인차별금지법
제6조(장애인에 대한 차별등) 본 법의 규정을 적용함에 있어, 관련된 모든 상황을 고려할 때 (1) 사람을 장애를 이유로 해서, 비장애인을 대하거나 대하려 할 때보다, 불리하게 대하는 경우

입법례(국외) 1.1-3 : 유럽연합(EU) 고용차별을 제거하기 위한 기본적 규범틀('Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation' 제2000-78호 지침)
Article 2: 차별에 대한 정의
1. 장애인에 대한 동등한 처우(equal treatment)라 함은 장애를 근거로 한 직접적인 혹은 간접적인 차별행위가 없어야 함을 의미한다.
2. 장애인에 대한 직접차별 및 간접차별
ⅰ) 장애인에 대한 직접차별(direct discrimination)은 상황적 조건이 같거나 혹은 현저한 차이가 없음에도 불구하고, 장애를 가졌다는 이유만으로 비장애인에 비해 장애인을 '덜 우호적인(less favorable)'인 방식으로 처우할 경우에 발생한다.

가. 장애인/병력인 및 장애/병력

(1) 장애란, 신체적·정신적 손상 또는 기능상실이 장기간에 걸쳐 개인의 일상 또는 사회생활에 상당한 제약을 초래하는 상태를 말하고, 장애인이란 그러한 장애가 있는 사람을 말한다. 병력이란, 과거에 질병 또는 장애를 가졌던 경험을 말하고, 병력인이란 그러한 병력을 가진 사람을 말한다.

입법례(국내) 1.1가(1)-1 : 국가인권위원회법 제2조 7호
'장애'라 함은 "신체적·정신적·사회적 요인에 의하여 장기간에 걸쳐 일상생활 또는 사회생활에 상당한 제약을 받는 상태를 말한다.

입법례(국내) 1.1가(1)-2 : 장애인차별금지법 제2조
① ... 장애라 함은 신체적·정신적 손상 또는 기능상실이 장기간에 걸쳐 개인의 일상 또는 사회생활에 상당한 제약을 초래하는 상태를 말한다. ② 장애인이라 함은 제1항에 따른 장애가 있는 사람을 말한다.

입법례(국내) 1.1가(1)-3 : 장애인고용촉진 및 직업재활법
제2조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.
1. "장애인"이란 신체 또는 정신상의 장애로 장기간에 걸쳐 직업생활에 상당한 제약을 받는 자로서 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 자를 말한다.

입법례(국내) 1.1가(1)-4 : 장애인복지법
제2조(장애인의 정의 등) ① '장애인'이란 신체적·정신적 장애로 오랫동안 일상생활이나 사회생활에서 상당한 제약을 받는 자를 말한다. ② 이 법을 적용받는 장애인은 제1항에 따른 장애인 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 장애가 있는 자로서 대통령령으로 정하는 장애의 종류 및 기준에 해당하는 자를 말한다.
1. '신체적 장애'란 주요 외부 신체 기능의 장애, 내부기관의 장애 등을 말한다.
2. '정신적 장애'란 발달장애 또는 정신질환으로 발생하는 장애를 말한다.

입법례(국내) 1.1가(1)-5 : 산업재해보상보험법 시행규칙
제2조 (정의) 이 규칙에서 사용하는 용어의 정의는 다음 각호와 같다.
4. "장해"라 함은 부상 또는 질병이 치유되었으나 신체에 남은 영구적인 정신적 또는 육체적 훼손(이하 "폐질"이라 한다)으로 인하여 노동능력이 손실 또는 감소된 상태를 말한다.

입법례(국내) 1.1가(1)-6 : 법무부 차별금지법안 제2조 제3호
3. '병력'이라 함은 다음 각목의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다.
가. 질병이 치유된 상태
나. 현재 질병이 진행되고 있지만 적절한 치료 등을 통하여 잘 관리되고 있는 상태
다. 질병의 속성상 신체기능에 문제가 되지 않는 상태

입법례(국외) 1.1가(1)-1 : UN 국제장애인권리협약[65]
장애인(persons with disabilities)은 다양한 장벽과의 상호작용으로, 다른 사람들과의 동등한 기초 위에서 완전하고 효과적인 사회 참여를 저해하는 장기간의 신체적, 정신적, 지적 또는 감각적 손상(impairment)을 가진 사람을 포함한다.(제1조)

입법례(국외) 1.1가(1)-2 : UN 장애인(Disabled Persons) 권리선언(1975년)
선천적이든 후천적이든 관계없이 신체적, 정신적 능력의 불완전으로 인하여 개인의 일상생활 또는 사회생활에 필요한 것을 확보하는 데 자기 자신으로는 완전하게 또는 부분적으로 할 수 없는 사람

입법례(국외) 1.1가(1)-3 : 국제노동기구 '신체 장애인의 직업 복귀에 관한 권고' 제99조
신체적 또는 정신적 결함의 결과로 적절한 직업을 확보, 유지해 나갈 전망이 없는 상당히 손상 받은 사람

입법례(국외) 1.1가(1)-4 : 세계보건기구(WHO) 2001년 '기능, 장애 및 건강에 관한 국제 분류'[66]

입법례(국외) 1.1가(1)-5 : 미국의 미국장애인법(Americans with Disabilities Act, ADA)
장애란, (a) 개인의 생활상의 주요한 활동 중 하나 이상을 실질적으로 제한하는 신체적·정신적 손상, (b) 그러한 손상의 이력이나 기록, 또는 (c) 그러한 손상이 있는 것으로 간주되는 것

입법례(국외) 1.1가(1)-6 : 호주의 장애차별금지법(DDA)
Sec. 4. 해석
장애(disability)라 함은 다음 각 사항을 말한다.
A. 신체적·정신적 기능 중 전체 혹은 일부 상실
B. 신체 일부분의 전체 혹은 일부 상실
C. 질병 혹은 질환을 일으키는 신체 기관을 가짐
D. 질병 혹은 질환을 일으킬 수 있는 신체 기관을 가짐
E. 신체 일부분의 기능 장애, 기형, 외형 변형

---

65) 위 국제장애인권리협약에는 "장애는 발전하는 개념이며, 다른 사람들과 동등한 기초 위에서, 완전하고 효과적인 사회참여를 저해하는 태도 및 환경적인 장벽과 손상을 지닌 개인과의 상호작용으로 야기된다는 것을 인정하여야 한다."[전문(e)]면서, "장애인은, ... 장기간의 신체적, 정신적, 지적 또는 감각적 손상을 가진 사람을 포함한다."[제1조]고 규정함으로써, 각 나라의 상황에 따라 단기간, 일시적인 경우까지 포함할 수 있도록 개방적인 형식을 취하고 있다.

66) < ICF에 의한 장애 개념 >

F. 학습에 있어 다른 사람들과 차이가 나게 하는 기능적 장애
G. 사고과정, 현실인식, 감정, 판단에 영향을 주거나 행동불안을 일으키는 기능장애
장애는 다음의 각 사항들도 포함한다.
H. 현재 존재하는 장애
I. 과거에 존재했지만 더 이상 존재하지 않는 장애
J. 장래에 존재할 수 있는 장애
K. 유전되는 장애

입법례(국외) 1.1가(1)-7 : 홍콩 장애인차별금지법 제2조
'장애(Disability)'를 사람과 관련된 용어로 사용될 때에는 (1) 신체적 또는 정신적 기능의 전부 또는 일부의 상실, (2) 신체부분의 전부 또는 일부의 상실, (3) 질병의 원인이 되는 유기체의 체내(體內) 존재, (4) 질병을 일으킬 가능성이 있는 유기체의 체내 존재, (5) 신체 일부분의 기능부전, 기형 또는 변형, (6) 부조(不調) 또는 기능부전(機能不全)이 없는 사람과는 다른 학습 효과를 가져오는, 개인의 학습상의 어려움을 야기하는 부조나 기능부전, 또는 (7) 사고 과정, 현실 감각, 정서 또는 판단에 영향을 주는 부조, 질병 또는 행동의 교란을 유발하는 부조나, 질병을 말하며, ① 현재 존재하는 장애, ② 과거에 존재하였으나 더 이상 존재하지 않는 장애, ③ 향후 발생 가능한 장애, ④ 개인에게 원인이 있는 장애를 포함한다.

입법례(국외) 1.1가(1)-8 : 영국 장애차별금지법(DDA) 제1조 제1항
실제적이고 장기적으로 개인의 일상적인 활동을 수행하는 능력을 방해하는 효과를 가져오는 신체적 혹은 정신적 손상

사례 1.1가(1)-1 : **HIV가 장애에 해당되는지 여부**
병원 밖에서 HIV(human immunodeficiency virus, 인체 면역 결핍 바이러스)에 감염된 개

<table>
<tr><th>구분</th><th colspan="2">영역1: 기능과 장애</th><th colspan="2">영역 2: 상황적 요소들</th></tr>
<tr><td>구성요소들</td><td>신체기능 및 구조</td><td>활동과 참여</td><td>환경적 요소들</td><td>개별적 요소들</td></tr>
<tr><td>영역</td><td>신체 기능
신체 구조</td><td>생활영역(과업, 행동 등)</td><td>기능과 장애에 영향을 미치는 외적 영향력들</td><td>기능과 장애에 영향을 미치는 내적 영향력들</td></tr>
<tr><td>구성물</td><td>신체기능의 변화(생리학)

신체구조의 변화 (해부학)</td><td>표준환경에서의 과제수행 능력

현재 환경에서의 과제수행 정도</td><td>물리적, 사회적, 인식적 측면에서 촉진 또는 방해하는 힘</td><td>개별 특성에 의한 영향</td></tr>
<tr><td rowspan="2">긍정적 측면</td><td>기능적, 구조적 통합성</td><td>활동과 참여</td><td rowspan="2">촉진요소들</td><td rowspan="2">해당 없음</td></tr>
<tr><td colspan="2">기능</td></tr>
<tr><td rowspan="2">부정적 측면</td><td>손상</td><td>활동제한 및 참여 제한</td><td rowspan="2">장벽/방해물들</td><td rowspan="2">해당 없음</td></tr>
<tr><td colspan="2">장애</td></tr>
</table>

자료: WHO. 2001. *ICF: International classification of functioning, disability and health.* Geneva: Author.

인을 치료하기를 거절한 치과의사가 연루된 *Bragdon v. Abbott et al.* 사건에서 1998년 미국 연방 대법원은 장애인에 대한 ADA의 정의를 다루었는데, Ms. Abbott의 무증후성 HIV(human immunodeficiency virus, 인체 면역 결핍 바이러스) 감염은 생식이라는 주요 생활 활동에 영향을 주므로, HIV 감염은 ADA 하에서의 장애가 되게 하는 신체적 손상이라고 판결(미국 *Bragdon v. Abbott et al.)*

사례 1.1가(1)-2 : **B형 간염과 병력**
신규채용시험에 응시하여 서류전형 및 1차, 2차 면접시험에 합격한 후 실시한 신체검사에서 B형간염바이러스 보유자로 판명되어 채용에서 탈락되었다고 주장된 사안에서, "병력이라 함은 과거에 걸렸던 질병의 이력이라고 할 것이고, 신체검사 당시 단순한 B형간염바이러스 보유자가 아니라 현재 간염을 앓고 있는 활동성 간염환자로서 입원 등을 통한 치료가 필요한 경우였던 바 이는 병력에 해당하지 않는다."고 판단한 사례 <인권위 2003. 3. 17. 02진차81 결정>

(2) 장애/병력을 사유로 한다는 것은, 불리한 대우의 원인이 장애인/병력인의 장애/병력에 있는 경우이다.

(3) 장애인차별금지법 제2조 제1항은 "장애라 함은 신체적·정신적 손상 또는 기능상실이 장기간에 걸쳐 개인의 일상 또는 사회생활에 상당한 제약을 초래하는 상태를 말한다."고 규정하고 있는바, 이러한 법 규정은 가급적이면 장애인복지법상의 장애인 즉, 등록 장애인에 근접시키려는 보건복지부의 의도가 관철된 것이긴 하나, 위 법문 상으로는 장애인복지법에 따라 등록된 장애인이 아니라 하더라도 위 법문에 합당한 장애인이라면 충분하다. 따라서, 비록 장애인복지법 상의 장애인으로 등록은 되어 있지 않더라도 등록 절차만 흠결되었을 뿐 장애인복지법 상의 장애인이 명백하다면, 차별의 대상이 될 수 있다고 할 것[67]이다.

(4) 차별 사유가 장애를 포함하여 두 가지 이상인 경우, 차별을 받았다고 주장하는 사람은 본인의 자유로운 의사에 따라 여러 원인 중 하나 또는 복수의 원인을 진정 근거로 삼을 수 있을 것이나, 주된 원인이 무엇인가, 진정인에 대한 차별을 금지·중지시키는 근본적인 방법

67) '장애'의 개념을 규정할 때에는 ① 장애의 기간(장기간, 단기간, 일시적 모두 포함), ② 장애 판단의 기준(신체적·정신적 손상, 기능상실, 질병 등으로부터 출발, 의료적 모델과 사회적 모델의 조화), ③ 장애 발생의 이유(손상이나 기능상실이 아니라, 사회적 태도나 문화적, 물리적 장벽이 그 이유임), ④ 장애의 궁극적인 내용(일상 또는 사회생활에 상당한 제약을 가져오는 상태, 즉, 기회불균등 등 평등권을 침해하는 상태) 등 4가지 요소를 포함해야 한다. 현재의 장애인차별금지법은 '장기간에 걸친' 경우만 장애로 한정하고 있다. 이는 복지적 관점과 인권적 관점 간의 충돌이라 볼 수 있는데, 복지적 관점에서는 특정된 장애인에게 일정한 급부를 주는 것이 목적이므로 객관적으로 명확하게 규정할 필요가 있지만, 인권적 관점에서는 차별을 당하는 그 순간, 그 상황을 중심으로 그 때 그러한 차별의 사유가 '장애'로 인한 것인가의 여부가 중요하기 때문에 장·단기간뿐만 아니라 일시적 장애, 과거의 장애 경력도 포함해야 하는 것이다. 이에 대해 국회 보건복지위원회는 대안 제안 이유에서 "법을 통해 금지하고자 하는 차별사유로서 장애를 신체적·정신적 손상 및 기능상실이 장기간에 걸쳐 일상 또는 사회생활에 상당한 제약을 초래하는 상태로 규정함으로써 현행 장애인복지법상의 장애인 개념과 조화를 꾀함과 동시에 장애를 사유로 한 차별을 폭넓게 금지할 수 있는 근거를 마련함(안 제2조)"이라고 기재하고 있는데, 민관공동기획단에서의 협의에서도 정부 측은 이처럼 장애인복지법 상 장애인 개념과의 조화, 장애인 판단의 용이성, 국제장애인권리협약에도 '장기간'에 한정하고 있는 점 등을 '장애' 개념 축소의 사유로 제시한 바 있다.

은 무엇인가를 숙고하여 보다 근본적인 문제 해결에 가까운 차별 사유를 우선 적용하는 것이 합리적일 것이다.

입법례(국내) 1.1가(4)-1 : 장애인차별금지법 차별의 원인이 2가지 이상이고, 그 주된 원인이 장애라고 인정되는 경우 그 행위는 이 법에 따른 차별로 본다.(제5조 제1항)

나. 불리한 대우

(1) '불리한 대우'는 동일 유사한 상황에서 특정 장애인/병력인을 다른 사람(비장애인/병력인뿐만 아니라 다른 장애인/병력인 포함)보다 불이익하게 취급하는 것을 말한다.

(1.1) "유사한 상황"은 같은 상황 또는 차이는 있으나 실질적으로 다르지 않은 상황을 의미한다. 장애를 제외하고는 같다고 볼 수 있는 상황에서 불리한 대우가 행해지면 그 원인이 장애에 있는 것으로 추정할 수 있고, 그렇지 않다는 점에 대한 입증은 이를 주장하는 자가 부담하게 된다(장애인차별금지법 제47조 참조).

(1.2) "불이익한 취급"은 자원・이익・서비스의 획득・배분・이용에 따른 상이한 취급으로서 경제적 불이익에 국한되지 않는다(비경제적 불이익 포함). 또한 과거・현재의 불이익한 취급뿐만 아니라 미래의 그것(즉, 불이익하게 취급하려는 것)을 포함한다.

(2) "불리한 대우"의 존재 여부는 유사한 상황에 있는 비교대상자 간의 비교를 필요로 한다.

(2.1) 통상적으로 불리한 대우를 주장하는 진정인이 비교대상자를 지정하는 경우가 흔하지만 이에 전적으로 구속될 필요는 없고, '적절한' 비교대상자를 찾아야 한다. 구체적인 사안에 따라서는 '적절한' 비교대상자가 실재하지 않거나 불명확할 수 있다. 이러한 경우 가상적 비교대상자를 상정한 가상비교가 유용하다. 예컨대, 장애/병력을 제외한 여러 변수를 동일하게 가정하고, 장애/병력에 따른 대우의 차이와 정도를 확인하는 방법이 가상비교의 일례다. 이러한 가상비교를 통해 장애/병력으로 인한 불리한 대우의 존재 여부를 밝힐 수 있다. '적절한' 비교대상자가 실재하지 않거나 불명확하다는 이유로 장애/병력 차별 판단 및 구제를 거부하는 것은 지나친 형식주의 내지는 소극주의일 수 있다.

(3) 제한·배제·분리·거부는 불리한 대우인지의 여부를 판단하는 주요한 방법론적 근거가 된다.

다. 정당한 사유

장애에 근거한 대우의 차이(차등 취급)가 '정당한 목적'(중요한 사회·경제적 목적)을 달성하기 위해 객관적으로 '불가피'하고 그 목적에 비추어 '적정한'(비례적인) 경우에는 차별이 아닌 것으로 본다.

(1) 장애/병력을 사유로 하는 불리한 대우가 "정당하지 않는 경우(정당한 사유가 없는 경우)"에 차별이 성립한다. 반대로 정당한 사유가 존재하는 경우에는 차별이 성립하지 않는데, 이는 장애인/병력인에 대한 불리한 대우가 합리적이고 불가피한 경우도 있을 수 있기 때문이다. 다만, 차별의 예외를 허용하는 일반적 판단기준으로서의 '정당성' 개념은 엄격하게 해석해야 한다. 그렇지 않으면 차별금지의 실효성이 없게 된다.

(2) 장애/병력을 사유로 한 차별 대우는 '정당한 목적'을 달성하기 위한 것이어야 한다(목적의 정당성). 이 경우 추구하는 목적은 합법적이고 합리적이어야 한다. 긴박·긴절한 목적이어야 하는 것은 아니지만, 해당 상황에서 중요한 것이어야 '정당한' 목적으로 해석될 수 있다. 다만, 긴박·긴절한 목적의 경우 그렇지 않는 목적에 비해 정당성 판단수준이 완화될 수는 있을 것이다. 상황이 변화하면 과거에 정당하였던 목적도 달리 평가될 수 있기 때문에 주어진 상황에서 목적의 정당성을 판단해야 한다. 한편, 정당한 목적은 실제상의 필요에 부응하는 것이어야 하고, 객관적인 증거에 의해 뒷받침 되어야 한다. 단순한 주장이나 견해만으로는 불충분하다.

(2.1) 통상적인 상황에서 단순한 '비용절감'은 원칙적으로 정당한 목적에 해당하지 않는 것으로 보아야 한다. 일반적으로 차별대우는 평등대우에 비해 비용이 덜 드는데도 비용절감을 정당한 목적으로 보게 되면 차별을 조장하는 것과 다를 바가 없기 때문이다. 그러나 도산의 위험과 같은 특별한 상황 하에서는 비용절감이 정당한 목적에 해당할 수 있다.

(3) 장애/병력을 이유로 한 차등취급은 '불가피한' 것이어야 한다(수단의 불가피성). 차별대우 이외의 합리적인 수단을 사용하여 목적을 달성할 수 있는 경우(즉, 합리적 대안이 존재하는 경우)에는 수단의 불가피성을 인정할 수 없다. 또한 수단은 그 목적과의 관계에서 '적정한'(비례적인) 것이어야 한다(수단의 비례성). 이러한 비례원칙에 의하면 수단으로 채택된 장애인/병력인에 대한 차별 대우는 그에 따른 불이익의 정도가 적정하여야 한다. 그렇지 않으면 장애/병력을 사유로 한 차별이 성립한다.

사례 1.1다(3)-1: **운전면허 적성검사에 있어서의 장애인 차별**
운전면허를 신규 발급받거나 또는 갱신하려고 할 때 운동능력이 있는 자의 경우에는 운전면허시험장에서 지정한 의료기관에서 신체검사를 받을 수 있지만, 운동장애가 있는 자는 「도로교통법시행규칙」 제60조 제4항에 의거 운동능력을 측정받아야 하고, 운동능력을 측정하는 운동능력평가기기는 전국 26개소 운전면허시험장에만 설치되어 있어 그리로 가서 운동능력을 측정받아야 함. 장애인인 진정인은 ○○○○시 ○○보건소가 장애인이라는 이유로 운전면허 갱신을 위한 신체검사를 거부하였다고 주장하나, 동 보건소는 운동능력평가기기가 설치

되어 있지 아니하여 운동능력측정이 필요한 진정인에게 평가기기가 설치된 ○○운전면허시험장에서 적성검사를 받도록 안내한 것임. 진정인이 ○○○○시 ○○보건소보다 거리가 먼 ○○에 소재한 ○○운전면허시험장에서 운동능력측정을 받아야 하는 고충은 이해되나, 진정인의 운전능력을 운동능력평가기기에 의해 평가하고 그에 적합한 면허의 조건을 붙이기 위해 운동능력평가기기가 설치되어 있는 ○○운전면허시험장에서 적성검사를 받도록 한 것은 장애를 이유로 차별한 행위로 보기 어려움. <인권위 2006. 12. 22.자 06진차85 결정>

(4) 장애인차별금지법상의 정당한 사유

… 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 정당한 사유가 있는 경우에는 이를 차별로 보지 아니한다.
1. 제1항에 따라 금지된 차별행위를 하지 않음에 있어서 과도한 부담이나 현저히 곤란한 사정 등이 있는 경우
2. 제1항에 따라 금지된 차별행위가 특정 직무나 사업 수행의 성질상 불가피한 경우. 이 경우 특정 직무나 사업 수행의 성질은 교육 등의 서비스에도 적용되는 것으로 본다.
(장애인차별금지법 제4조 제3항)

(4.1) 차별행위를 하지 않으려면 과도한 부담이나 현저히 곤란한 사정 등이 발생하는 경우, 그러한 행위는 차별로 보지 아니한다.

(가) 이는 주로 정당한 편의제공과 관련하여 문제가 되는 것인데, '과도한 부담이나 현저히 곤란한 사정 등'이란, 해당 의무자의 규모, 성격, 재정 능력 등에 비추어 볼 때 과도하다고 여겨질 정도의 상당한 곤란이나 비용이 요구되는 경우, 경영상의 곤란에 처하게 되는 경우 등을 말한다.

(나) 어떠한 경우에 '과도한 부담이나 현저히 곤란한 사정 등'이 인정되는가에 대해서는 일률적인 기준을 정하기 어렵고 개별적이고 구체적인 상황마다 개별화된 평가에 근거하여 판단할 수밖에 없을 것이나, 편의제공자 개인이나 조직의 성격, 운영을 근본적으로 변화시킬 정도로 지나치게 비용이 많이 들고, 미치는 영향이 광범위하고, 본질적이며, 파괴적이라면 이에 해당한다고 할 것이다.

(다) 고용 영역에서의 편의제공과 관련해서는, ① 필요한 편의제공의 성격과 비용, ② 편의를 제공하는 시설물의 자금상태, 그 시설물에서 일하는 피고용인의 숫자, 비용과 자금의 측면에서 편의제공이 그 시설물에 미치는 영향, ③ 해당 조직의 전체적인 자금상태, 규모, 피고용인의 숫자, 시설물의 유형과 위치, ④ 노동력의 구조와 기능, 지리적 위치, 편의제공을 위한 시설물과 조직 간의 행정적·재정적 관계 등 조직의 운영형태, ⑤ 편의를 제공하는 시설물의 운영에 편의제공이 미치는 영향 등이 고려되어야 할 것이다.

(라) 과도한 부담인지의 여부를 판단하기 위해서는 해당 조치를 취하는 데 소요되는 비용과 그로 인하여 장애인/병력인 및 부담자가 얻게 되는 편익에 대한 분석도 고려되어야 하나, 해당 조치의 목적 및 성질, 부담자의 사회적 지위 또는 공익적 성격 등이 고려되는 경우에는 설사 편익보다 비용이 더 많이 들어간다고 하더라도 해당 조치를 취해야 할 때가 있고, 이때에는 비용편익분석을 기준으로 삼는 것이 적절하지 않으므로 비용편익분석을 판단의 핵심 기준으로 보기는 어렵다.

(4.2) 금지된 차별행위가 특정 직무나 사업 수행의 성질상 불가피한 경우에는 이를 차별로 보지 아니한다(특정직무나 사업수행의 성질은 교육 등의 서비스에도 적용).

(가) 이는 주로 고용 영역에서 문제가 되는데, 장애/병력 차별과 관련하여 보호받는 장애인/병력인은 현재 담당하고 있거나 담당하기를 바라는 직무의 기술, 경험, 교육, 여타 직무 관련 요건들을 충족시키면서 직무의 필수 기능들을 수행할 수 있는 장애/병력을 가진 개인이다. 따라서 특정 직무나 사업 수행의 성질상 불가피한 경우, 위와 같은 자격·능력을 보유하지 못한 장애인/병력인을 제한·배제·분리·거부 등에 의해 불리하게 대하는 것은 정당한 사유가 있는 것으로 보아 차별로 보지 아니한다.

(나) 위와 같은 자격, 능력을 평가할 때에는 ① 어떤 개인이 직무의 필수요건(예컨대, 교육, 직무경험, 훈련, 여러 가지 기술, 각종 면허 또는 자격증, 기타 정상적인 판단력 혹은 타인들과의 협력 등 직무관련 요소들)들을 충족시키고 있는지, ② 그 개인이 적절한 편의를 제공받아 또는 제공받지 않고도 직무의 필수기능들을 수행할 수 있는지 여부를 확인한 후 판단하고 있다. 따라서 위와 같은 두 가지 기본적인 단계를 거쳐서 판단하였음에도 위 요건들을 충족하지 못하는 경우에는 자격·능력을 보유하지 못한 것으로 보게 되고, 위 자격·능력을 보유하여야만 되는 경우, 그러한 자격·능력을 보유하지 못한 장애인/병력인을 불리하게 대하는 것은 정당한 사유가 있는 것으로 보아 차별로 보지 아니하게 된다.

가상사례 1.1다(4.2)(나)-1 : **자격·능력을 이유로 한 정당한 차등대우**

특정 장애인이 공인회계사의 직무를 맡을 수 있는지 여부를 가리기 위해서는 먼저 그 사람이 공인회계사 자격증을 가졌는지 확인해 보아야 한다. 공인회계사 자격증이 없다는 이유로 그 사람을 배제하는 것은 차별이 아니다.

모든 간부들은 회사에서 최소 3년 이상 일한 경험이 있는 사람이어야 한다는 것이 회사 방침으로 정해져 있을 경우, 회사에서 일한 기간이 2년밖에 되지 않는 장애인을 간부로 승진시키지 않은 것은 차별이 아니다.

문서 교정직을 채용하는 경우, 문서를 정확하게 교정하는 것이 그 직무의 필수 기능이므로 그와 같은 자격이나 능력을 가지지 않았다는 이유로 특정 장애인을 배제하는 것은 차별이 아니다.

(다) 이는 '3. 차별의 예외' 중 '3.1 진정직업자격'과 직접적인 관련이 있으므로 해당 부분을 참조하기 바란다.

1.2 간접차별

장애/병력을 사유로 한 간접차별은, 형식적으로는 불리하게 대하는 것이 아니지만 정당한 사유 없이 장애/병력을 고려하지 아니하는 기준(외관상 중립적인 기준 등)을 적용함으로써 결과적으로 장애인/병력인을 불리하게 대하는 경우를 말한다.

입법례(국내) 1.2-1 : 장애인차별금지법
장애인에 대하여 형식상으로는 제한·배제·분리·거부 등에 의하여 불리하게 대하지 아니하지만 정당한 사유 없이 장애를 고려하지 아니하는 기준을 적용함으로써 장애인에게 불리한 결과를 초래하는 경우(제4조 제1항 제2호)

입법례(국외) 1.2-1 : 호주의 장애차별금지법(DDA)
Sec. 6. 간접적 장애차별
한 사람이 장애를 가진 다른 사람에게 다음과 같은 조건에 따를 것을 요구한다면 이는 장애를 이유로 한 차별이다.
A. 비장애인의 다수가 따르거나 따를 수 있는 조건
B. 상황 상 불리한 조건
C. 장애인이 따르지 않거나 따를 수 없는 조건

입법례(국외) 1.2-2 : 홍콩의 장애인차별금지법
제6조(장애인에 대한 차별등) 본 법의 규정을 적용함에 있어, 관련된 모든 상황을 고려할 때 (2) 비장애인에게 적용할 조건을 장애인에게 적용함에 있어 ① 그 조건에 부합되는 장애인의 비율이, 그에 부합되는 비장애인의 비율보다 상당한 정도로 적거나, ② 그 조건이 적용되는 사람의 장애 유무와 관계없이 그 조건이 정당한 것임을 증명 할 수 없거나, ③ 장애인이 그 조건에 부합될 수 없기 때문에 그 사람에게 손해가 되는 경우

입법례(국외) 1.2-3 : 유럽연합(EU) 고용차별을 제거하기 위한 기본적 규범틀('Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation' 제2000-78호 지침)
Article 2: 차별에 대한 정의
2. 장애인에 대한 직접차별 및 간접차별
ⅱ) 장애인에 대한 간접차별(indirect discrimination)은 다음과 같은 상황에서 발생한다.
a) 고용과 관련된 일련의 제공 방식, 판단 기준, 실행 방식에 있어서, 고용주가 장애인에게 취한 덜 우호적인 초지가 타당하고 적절하였음을 증명할 수 없을 경우
b) 고용과 관련된 일련의 제공 방식, 판단 기준, 실행 방식에 있어서, 고용주가 특정 장애인에게 적절한 편의제공(reasonable accommodation)을 이행하지 않은 경우

가. 총설

(1) 장애/병력을 사유로 하는 간접차별은, 형식상 장애인/병력인과 비장애인/비병력인에게 동일한 기준, 심지어 장애/병력 차별과 무관해 보이는 듯한 기준(외관상 중립적인 기준 등)을 적용함으로써 표면상으로는 차별이 없어 보이나 실제로는 정당한 사유 없이 장애/병력을 고려하지 않은 결과로 특정 장애/병력 집단의 구성원이 다른 장애/병력 집단의 구성원이나 비장애/비병력 집단의 구성원에 비해 불리한 상황에 처하게 되고, 이러한 상황이 정당화될 수 없는 경우를 말한다.

나. 중립적 기준

(1) '외관상 중립적인 기준 등'(이하 '중립적 기준'이라 함)이라 함은 겉보기에는 차별 중립적이라고(마치 장애/병력을 이유로 차별하는 것이 아닌 것처럼) 여겨지는 기준, 규정, 조건, 관행, 행위 등을 의미한다.

(1.1) 사안에 따라서는 '의도적인' 장애/병력차별(직접차별)을 은폐하기 위한 구실로 차별 중립적 기준이 활용되는 경우도 있을 수 있다. 특히 직접차별인가 간접차별인가에 따라 구제의 수단・내용이 현저히 달라지는 법제도 하에서는 양자를 구별할 실익이 크다. 다만, 현행 국가인권위원회법의 경우에는 직접차별인가, 간접차별인가의 여부에 따라 구제의 수단·내용이 현저히 달라지는 것으로는 보기 어렵다. 따라서 해당 사안이 직접차별에 해당되는지, 간접차별에 해당되는지 반드시 구별해야 할 실익은 그다지 크지 않다고 할 것이다.

(2) 간접차별이 문제되는 사례에서 중립적 기준은 외관상으로는 장애인/병력인과 비장애인/비병력인에게 동일한 기준, 심지어 장애/병력과 무관한 것처럼 보이는 기준을 적용함으로써 표면상으로는 차별이 없어 보이나 실제로는 정당한 사유 없이 장애/병력을 고려하지 않은 것을 말하는데, 주로 업무 수행의 성질상 필요 불가결한 요소가 아님에도 불구하고 그러한 요소를 기준으로 삼는 경우에 문제된다.

(2.1) 정당한 사유 없이 장애/병력을 고려하지 않았는지의 여부는, 해당 요소가 업무 수행의 성질 상 필요 불가결한 요소인지의 여부, 장애인/병력인 당사자의 성별, 장애의 유형 및 정도, 특성 등 장애/병력 관련 요소를 고려(예컨대, 정당한 편의제공 등)한 바탕 위에 설정된 기준인지의 여부, 직접차별을 회피하면서 사실상 장애인/병력인을 차별하기 위한 것은 아니었는지의 여부 등을 검토하는 과정에서 파악될 수 있을 것이다.

(3) 중립적 기준은 어떤 식으로든 서로 다른 장애/병력을 가진 집단이나, 장애/병력 집단과 비장애/비병력 집단 사이에 유·불리의 영향을 주게 된다. 따라서 특정 장애/병력 집단의 구성원이 다른 장애/병력 집단의 구성원이나 비장애/비병력 집단의 구성원에 비해 불리한 상황에 처하게 되고, 이러한 상황(중립적 기준의 사용에 의한 특정 장애/병력집단의 결과적 불이익)이 정당화될 수 없으면 간접차별로 볼 수 있다.

(3.1) 간접차별 판단의 핵심은 중립적 기준이 특정 장애/병력 집단의 구성원들에게 상대적으로 더 큰 불이익을 초래했는지, 그리고 중립적 기준을 적용하는 것이 해당 사안의 경우에 정당한지 여부의 판단에 있다.

다. 결과적 불이익(불리한 효과)

• 결과적 불이익은 서로 다른 비장애인/비병력인(장애인/병력인 포함) 집단 간의 비교를 통해 확인하여야 하고, 이 경우 상호 비교해야 할 2개 집단의 구체적 범주는 해당 사안에 따라 합리적 • 재량적으로 정한다. • '특정 장애/병력집단'(진정인 포함)과 비교해야 할 '다른 집단'을 1개로 특정하는 것이 적당하지 않은 사안(중립적 기준이 대다수 장애인/병력인들에게 영향을 미치는 경우)에서는 여러 집단으로 세분하여 상호 비교하는 방법이 유용하다.

(1) 간접차별은 "특정 장애/병력 집단의 사람들이 다른 사람들(다른 장애/병력 집단의 사람들을 포함)에 비해 불리한 상황에 처하게" 될 것(결과적 불이익)을 요건으로 한다. 결과적 불이익이 있는지의 판단은 서로 다른 집단(장애/병력 집단 포함) 사이의 비교를 요한다.

(1.1) 중립적 기준이 특정 장애/병력 집단 구성원들에게 특정의 불이익을 발생시키고, 다른 장애/병력 집단의 구성원들에게는 그러한 불이익이 발생하지 않거나 상대적으로 적다면 간접차별을 추정할 수 있다. 다만 특정 장애/병력 집단과 다른 장애/병력 집단 사이의 불이익의 정도가 비례원칙에 부합하는 경우(추구하는 정당한 목적에 비추어 적정한 경우)에는 그러하지 않다.

(2) 간접차별사건에서 통계는 매우 유용한 입증방법 중 하나이다. 따라서 통계는 중립적 기준의 사용이 특정 장애/병력 집단에 불리한 효과를 가져왔는가를 판단하는 일차적인 방법으로 통용될 수 있다. 다만, 불리한 효과를 판단하는 데 있어서 반드시 통계에 얽매일 필요는 없다. 통계가 없는 경우, 사례의 수가 너무 적어 무의미한 경우도 있기 때문이다. 이처럼 통계적 방법을 사용하기 어렵거나 신뢰할 수 없는 경우에는 일반적인 지식, 역사적 사실 등을 들어 차별을 인정하는 것도 가능하다.

라. 정당성 여부

중립적 기준이 해당 상황에서 사업 • 업무상의 필요 등과 같은 정당한 목적을 달성하기 위해 불가결하고 적정한(비례적인) 수단으로 판단되면 간접차별이 성립하지 않는다.

(1) 중립적 기준을 사용하는 것이 해당 상황에서 정당화 되는 경우에는 간접차별이 성립하지 아니한다. 이 경우 정당성 여부는 목적과 수단 양자 측면에서 판단하여야 하고, 정당성은 이를 주장하는 자가 입증하여야 한다.

(1.1) 문제가 된 중립적 기준은 '정당한' 목적을 달성하기 위해 '꼭 필요한' 것이어야 한다. 고용 영역의 경우 미국 판례법과 고용평등기회위원회(EEOC) 해석규칙은 '직무관련성' 내지 '사업상의 필요'를 일반적 정당사유로 제시하고 있고, 도산을 피하기 위한 목적에서 이루어진 비용절감(고임금 근로자의 해고)은 피할 수 없는 것으로 사업상의 필요에 해당한다고 보았다.

(1.2) 중립적 기준은 수단적 측면에서 '적정한' 것이어야 한다. 즉, 목적과의 관계에서 비례원칙이 적용된다. 예컨대 근로자의 능력 제고를 위한 프로그램에서 과도하게 높게 설정된 평가기준은 '적정한' 수단에 해당하지 않는다.

(2) 직접차별에서 논의되는 정당한 사유는 간접차별의 특성에 맞추어 여기에서도 유효하게 적용될 수 있다.

1.3 기타(장애인차별금지법 상의 차별)

가. 정당한 편의제공 거부

정당한 사유 없이 장애인에 대하여 정당한 편의 제공을 거부하는 것은 차별이다.

입법례(국내) 1.3가-1 : 장애인차별금지법
제4조 제1항 3호
정당한 사유 없이 장애인에 대하여 정당한 편의 제공을 거부하는 경우
제11조 (정당한 편의제공 의무) ①사용자는 장애인이 해당 직무를 수행함에 있어서 장애인 아닌 사람과 동등한 근로조건에서 일할 수 있도록 다음 각 호의 정당한 편의를 제공하여야 한다.
1. 시설·장비의 설치 또는 개조
2. 재활, 기능평가, 치료 등을 위한 근무시간의 변경 또는 조정
3. 훈련 제공 또는 훈련에 있어 정당한 편의 제공
4. 지도 매뉴얼 또는 참고자료의 변경
5. 시험 또는 평가과정의 개선
6. 화면낭독·확대 프로그램, 무지점자단말기, 확대 독서기, 인쇄물음성변환출력기 등 장애인보조기구의 설치·운영과 낭독자, 수화 통역자 등의 보조인 배치
②사용자는 정당한 사유 없이 장애를 이유로 장애인의 의사에 반하여 다른 직무에 배치하여서는 아니 된다.
③사용자가 제1항에 따라 제공하여야 할 정당한 편의의 구체적 내용 및 적용대상 사업장의 단계적 범위 등에 관하여는 대통령령으로 정한다.
제14조 (정당한 편의제공 의무) ①교육책임자는 당해 교육기관에 재학 중인 장애인의 교육활동에 불이익이 없도록 다음 각 호의 수단을 적극적으로 강구하고 제공하여야 한다.
1. 장애인의 통학 및 교육기관 내에서의 이동 및 접근에 불이익이 없도록 하기 위한 각종 이동용 보장구의 대여 및 수리
2. 장애인 및 장애인 관련자가 필요로 하는 경우 교육보조인력의 배치
3. 장애로 인한 학습 참여의 불이익을 해소하기 위한 확대 독서기, 보청기기, 높낮이 조절용 책상, 각종 보완·대체 의사소통 도구 등의 대여 및 보조견의 배치나 휠체어의 접근을 위한 여유 공간 확보
4. 시·청각 장애인의 교육에 필요한 수화통역, 문자통역(속기), 점자자료, 자막, 큰 문자자료, 화면낭독·확대프로그램, 보청기기, 무지점자단말기, 인쇄물음성변환출력기를 포함한 각종 장애인보조기구 등 의사소통 수단
5. 교육과정을 적용함에 있어서 학습진단을 통한 적절한 교육 및 평가방법의 제공
6. 그 밖에 장애인의 교육활동에 불이익이 없도록 하는 데 필요한 사항으로서 대통령령으로 정하는 사항
②교육책임자는 제1항 각 호의 수단을 제공하는 데 필요한 업무를 수행하기 위하여 장애학생지원부서 또는 담당자를 두어야 한다.
③제1항을 적용함에 있어서 그 적용대상 교육기관의 단계적 범위와 제2항에 따른 장애학생

지원부서 및 담당자의 설치 및 배치, 관리·감독 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.
제21조 (정보통신·의사소통에서의 정당한 편의제공의무) ①제3조제4호·제6호·제7호·제8호가목 후단 및 나목·제11호·제18호·제19호에 규정된 행위자, 제12호·제14호부터 제16호까지의 규정에 관련된 행위자, 제10조제1항의 사용자 및 같은 조 제2항의 노동조합 관계자(행위자가 속한 기관을 포함한다. 이하 이 조에서 "행위자 등"이라 한다)는 당해 행위자 등이 생산·배포하는 전자정보 및 비전자정보에 대하여 장애인이 장애인 아닌 사람과 동등하게 접근·이용할 수 있도록 수화, 문자 등 필요한 수단을 제공하여야 한다. 이 경우 제3조제8호가목 후단 및 나목에서 말하는 자연인은 행위자 등에 포함되지 아니한다.
②공공기관 등은 자신이 주최 또는 주관하는 행사에서 장애인의 참여 및 의사소통을 위하여 필요한 수화통역사·문자통역사·음성통역자·보청기기 등 필요한 지원을 하여야 한다.
③「방송법」에 따라 방송물을 송출하는 방송사업자 등은 장애인이 장애인 아닌 사람과 동등하게 제작물 또는 서비스를 접근·이용할 수 있도록 자막, 수화, 점자 및 점자 변환, 보청기기, 큰 문자, 화면읽기·해설·확대프로그램, 인쇄물음성변환출력기, 음성서비스, 전화 등 통신중계서비스를 제공하여야 한다.
④제1항에 따른 필요한 수단을 제공하여야 하는 행위자 등의 단계적 범위 및 필요한 수단의 구체적인 내용과 제2항에 따른 필요한 지원의 구체적인 내용 및 범위와 그 이행 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

입법례(국내) 1.3가-2 : 장애인 등에 관한 특수교육법
제31조 (편의제공 등) ① 대학의 장은 해당 학교에 재학 중인 장애학생의 교육활동의 편의를 위하여 다음 각 호의 수단을 적극적으로 강구하고 제공하여야 한다.
1. 각종 학습보조기기 및 보조공학기기 등의 물적 지원
2. 교육보조인력 배치 등의 인적 지원
3. 취학편의 지원
4. 정보접근 지원
5. 「장애인·노인·임산부 등의 편의증진보장에 관한 법률」 제2조제2호에 따른 편의시설 설치 지원
② 국가 및 지방자치단체는 제1항에 따라 필요한 경비를 예산의 범위 안에서 지원하여야 한다.

입법례(국외) 1.3가-1 : 미국의 미국장애인법(ADA)
Title Ⅰ에 사용된, '적절한 편의(reasonable accommodation)'라는 용어는 다음을 포함할 수 있다.
1) 직원에 의해 사용되는 기존 시설을 장애인이 손쉽게 접근할 수 있고 이용할 수 있게 하는 것
2) 장애인을 위한 직무의 재구조화, 시간제 또는 수정된 작업 일정, 공석으로의 재배치, 설비・장치의 구입・개조, 검사・훈련자료・정책의 적절한 수정・변형, 유자격 낭독자나 통역자의 제공, 기타 유사한 편의

입법례(국외) 1.3가-2 : 유럽연합(EU) 고용차별을 제거하기 위한 기본적 규범틀(제2000-78호 지침)

Article 5: 적절한 편의제공(Reasonable accommodation)

'동등한 처우 원칙(principle of equal treatment)'을 유지하기 위해서는 장애인에 대한 적절한 편의제공은 반드시 이루어져야 한다. 편의제공으로 사업운영상 과도한 부담(disproportionate burden)이 초래되지 않는 한, 고용주는 채용 과정, 업무 수행, 진급, 직업훈련 등과 같은 제반 고용 과정에서 해당 장애인이 배제되거나 불이익을 당하지 않도록 적절한 편의제공 및 조정조치를 수행해야 한다.

입법례(국외) 1.3가-3 : 국제장애인권리협약

제2조 정의

'합리적 편의'(reasonable accommodation)는, 장애인이 다른 사람들과 동등한 기초 위에서 모든 인권과 기본적 자유를 향유하고 행사할 수 있도록 보장하기 위해, 이를 필요로 하는 경우, 과도하거나 부당한 부담을 지우지 않는 필수적이고 적절한 변형과 조정을 의미한다.

사례 1.3가-1 : **편의시설과 학습권 침해**

대학교에서 지체장애인을 위한 정당한 편의시설을 설치·제공하지 않아 학습권이 침해되었음을 이유로 제기한 민사소송에서 2002. 7. 26. 1심 법원은 편의시설과 관련, 장애학생에 대한 대학의 "배려의무"를 확인하고 "장애인용 책상 설치 등 비교적 손쉬운 요구를 배려하지 않아 원고가 신체적 불편과 정신적 피해를 본 점이 인정된다면서 "피고는 원고에게 250만원의 위자료를 지급하라."는 판결을 내렸고, 이 판결은 항소 및 상고를 거쳐 2003. 10. 9. 학교측이 위자료 250만원을 지급하는 것으로 확정되었다(대법원 2003. 10. 9. 선고 2003다38337 판결). 2년이 넘도록 소송이 진행되었지만, 결국 학교 측은 "향후 신축 건물을 지을 때 편의시설을 잘 갖추겠다."는 답변을 하였을 뿐, 구체적으로 피해자의 학습권을 보장하기 위해 개선된 사항은 전혀 없는 결과를 낳았다.

(1) 총설

(1.1) 국가 및 지방자치단체 등의 시혜적인 배려나 조치에 의해서가 아니라 헌법 및 관계 법령에 의해 해당 장애인이 정당한 편의를 제공받을 권리가 있음에도 그러한 정당한 편의제공을 거부당하는 것은 차별이다.

(1.2) '정당한 편의제공'은 영미법상 합리적 배려, 적절한 편의제공(reasonable accommodation)에서 출발하였으나 그보다는 한걸음 진전된 인권지향적 표현으로 볼 수 있다.

(1.3) '정당한 편의제공'은 장애인과 비장애인이 동일한 출발선 상에서 경쟁할 수 없는 현실에 기초하여 장애인과 비장애인이 동일한 출발선에 설 수 있도록 장애인에 대한 차별을 실질적으로 해소하기 위해 도입된 개념이다.

(1.4) ‘정당한 편의제공’은 장애인이 경험하는 사회적 장벽을 극복하고 비장애인과 동등한 참여 기회를 보장함으로써 장애인으로 하여금 실질적으로 평등하게 대우받을 권리를 향유할 수 있도록 하는 데 그 목적이 있다.

(2) 정당한 사유

정당한 사유는 정당한 편의를 제공하지 않아도 되는 상황, 또는 제공할 수 없는 상황이 상식적·객관적·합리적인 이유를 가져야 함을 의미한다. ① 상식적이라 함은 그 사회의 보편타당하고 일반적인 사고의 범주를 의미하나 다만, 보편타당하고 상식적인 사고가 장애인에 대한 차별을 인정하지 않는다는 전제가 동반된다. ② 객관적이라 함은 논리적이며 증명 가능한 수단을 동반해야 함을 의미한다. ③ 합리적이라 함은 정당한 편의를 요구하는 자와 정당한 편의를 제공해야 하는 자 모두의 권리가 동등한 수준에서 보호받고 인정받아야 함을 의미한다. 단, 이 경우에도 정당한 편의를 제공하는 자의 권리를 인정함으로써 장애인에 대한 차별이 조장되는 경우에는 제한된다.

일반적으로 정당한 사유는 다음과 같은 기준에 따른다. 다만, 최선의 편의를 제공할 수 있음에도 불구하고 비용 등의 이유로 차선의 편의를 제공하는 것은 정당한 사유로 볼 수 없다. 최선의 편의는 장애인의 장애유형·정도·성별·특성에 맞게 제공하되 원칙적으로 장애인이 원하는 방식으로 원하는 때에 제공하는 것을 의미한다. 예컨대, 수화통역사를 제공할 수 있음에도 불구하고 비용 절감 등을 이유로 필담으로 대치하려하거나, 엘리베이터를 설치할 수 있음에도 불구하고 추가 예산이 발생한다는 이유로 인적 서비스로 대치하려는 경우처럼 최선의 방법이 있음에도 불구하고 인적서비스로만 해결하고, 이것만으로 당연히 편의를 제공했다고 주장하는 것은 정당한 사유라고 볼 수 없다.

(2.1) 장애인의 장애 유형 및 정도·성별·특성에 맞지 않거나 불필요한 경우

예컨대, 지체장애인에게 시각장애인을 위한 편의를 제공할 의무는 없으며, 시각장애인에게 청각장애인에게 필요한 편의를 제공할 의무는 없다. 단, 보행이 어느 정도 가능한 보행장애인이 장시간 기립이나 보행이 불편하여 휠체어를 요구하는 것처럼 장애정도가 낮은 장애인이 장애정도가 더 높은 수준의 정당한 편의를 요구할 수가 있는데, 이와 같이 장애정도에 따른 정당한 편의는 개개인의 장애정도에 따라 필요한 정당한 편의의 내용이 다르므로, 장애의 유형 및 정도에 따라 정당한 편의를 규정하되, 장애의 정도에 맞지 않는다고 해서 정당한 편의제공을 거부하는 것은 정당한 사유가 되지 못한다.

(2.2) 사용자 등 편의제공자가 해당 편의제공으로 인해 과도한 경제적 부담 등 경영상 과도한 곤경에 처하게 되는 경우

과도한 경제적 부담 등 경영상 과도한 곤경에 처하게 되는 경우란, 사용자 등 편의제공자가 해당 편의를 제공함으로써 경제적으로 심각한 타격을 입어 더 이상 유지가 어렵거나, 대상 시설이 신축건물인데 정당한 편의를 제공하기 위해서는 정당한 편의를 제외한 신축비용에 버금가는 비용이 추가되는 것처럼 막대한 비용을 재부담해야 경우를 의미한

다(다만, 이 경우 사용주·시설주 등 편의제공자가 고의적으로 편의를 제공하지 않으려는 의도로 대상시설을 설계하지 않았다는 전제가 필요하다). 편의를 제공하는 데 드는 비용이 편의제공자에게 과도한 부담을 주는 경우, 장애인은 그 편의를 스스로 조달(정부 및 지방자치단체의 지원 포함)하거나 비용의 일부를 부담하는 방법으로 해결할 수도 있다.

사례 1.3가(2.2)-1 : **청각장애인의 학습권 보장을 위한 수화통역사 비용 분담과 정당한 편의제공**

노동대학원 최고지도자 과정에 응시하여 합격통보를 받은 청각장애 2급 학생(진정인)이 학업을 이수하기 위해 필수적인 수화 통역의 제공 또는 수화통역사 비용을 학교 측에서 60% 정도 분담해 줄 것을 요청하자, 학교 측(피진정인)이 강의안 사전 제공이나 강의녹화자료 제공 방식의 편의를 제공할 수는 있으나 수화 통역 제공 또는 수화통역사 비용 분담은 과도한 부담이라며 거절한 사안에서 인권위는, 헌법 제11조 제1항, 교육기본법 제4조, 장애인복지법 제20조 제5항, 국제장애인권리협약, 2008. 4.에 발효될 장애인차별금지및권리구제등에관한법률 제14조 등을 근거로, 배려의무의 범위는 다른 정상적인 학생들과 동등하게 교육을 받을 수 있는 장애학생의 권리와 대학의 재정능력, 편의시설 설치에 소요되는 비용 및 시간 등을 종합적으로 비교·형량하여 판단하여야 한다는 서울지방법원 2002. 6. 21. 선고 2001가단76197 판결을 인용하면서, ① 청각장애 2급으로서 수화통역이 없이는 의사전달이 어려운 장애인인 진정인이 학업을 하기 위해서는 적절한 의사소통수단이 지원되어야 함은 필수적이고 그러한 의사소통수단의 선택에 있어서는 진정인이 신청한 과정의 특성이 반드시 고려되어야 할 것인데, 일방적인 전달식 강의만으로 이루어지는 것이 아니라 교수와 학생 사이의 자유로운 토론 및 학생들 상호간 상이한 경험과 학식, 연륜을 바탕으로 한 토론이나 참여가 중시되는 위 과정의 특성상 강의안 사전 제공이나 강의녹화자료 전달 등만으로는 적절한 편의제공을 다한 것으로 보기 어렵고 수화통역사를 지원해 주는 것이 이 과정의 특성(수강자인 진정인의 의견을 자유롭게 전달하는 쌍방향 의사소통방식의 수업이 요구됨)을 고려한 적절한 편의제공이라 할 것이고, ② 합리적인 편의제공의무가 발생하는 경우라도 그 의무를 이행하는 것이 교육기관에게 과도한 부담이나 현저히 곤란한 사정에 해당하는 정당한 사유가 있는 경우에는 그 의무이행이 면제되는 것인데, 어떠한 경우에 과도한 부담이 되는 것인가에 관해서는 일률적인 기준을 정하기 어려우며 개별적이고 구체적인 상황마다 개별화된 평가에 근거하여 판단할 수밖에 없을 것인바, 이 사건 과정이 독립채산제이므로 비록 교육과정이기는 하나 지원자가 납부한 비용을 초과하여 편의제공이 이루어지는 것은 적절하지 않다고 판단되는 한편, 다수의 학생이 함께 교육을 받고 그 다수의 학생들이 납부하는 등록금으로 운영되는 것이어서 단순히 해당 장애를 가진 학생이 개별적으로 납부하는 등록금에 근거한 수익과 그 장애에 기한 편의제공에 따르는 추가비용만을 고려하여 편의제공의 한계선을 정하는 것도 적절하지 않으므로 얼마의 비용이 적절한 편의제공의 한계를 이루는 것인가를 단정적으로 정하기는 어려우나, 진정인이 요구하였던 수화통역사 비용 60%의 분담이 적절한 편의제공의 범위에 속하는지를 판단해보면 분담 요청 금액이 진정인이 납부하는 등록금의 약 70% 정도인바 이러한 범위 내에서 피진정인이 진정인의 학습이 실질적으로 가능하도록 지원하는 것이 피진정인에게 과정 운영상 현저히 곤란을 끼칠 정도의 과도한 부담이라고 보기 어려우므로, 피진정인이 진정인의 수화통역사 지원 요청에 대하여 다른 대안이 있다는 이유로 거절한 것이나 그 비용의 분담이 지나치게 과도하다는 이유로 거절한 것은 장애인에 대한 합리적인 편의제공 또는 적절한 편의제공의 취지를 오해하여 진정인

에 대하여 장애를 사유로 차별한 것으로 판단하면서, 교육기관인 피진정인으로서는 이러한 차별적 관행을 시정하고, 앞으로 장애학생이 입학할 경우에 장애 특성에 맞는 편의제공이 어떻게 어떤 방식으로 이루어져야 할 것인지에 관해 당사자인 장애학생, 전문가들의 의견을 먼저 충분히 수렴하여 재정과 상황이 허락하는 범위 내에서 편의제공에 대한 협의를 거친 후 장애를 가진 학생에게 장애의 특성에 맞는 적절한 편의를 제공하여야 할 것이라고 권고한 사례 <인권위 2007. 7. 13. 06진차170 결정>

(2.3) 대상시설 등의 구조 변경 또는 시설의 설치가 불가능한 경우

대상시설의 면적이 좁아 장애인용 화장실 설치가 구조적으로 불가능하거나, 엘리베이터를 설치할 공간이 부족한 경우처럼 구조적인 변경이 불가능하거나 시설 설치가 불가능하거나, 기존의 대상시설을 부수고 새로 신축을 하기 전에는 구조변경이 불가능한 경우는 정당한 사유로 본다.

(2.4) 대상시설 등의 구조 변경 또는 시설의 설치가 위험을 초래할 경우

편의를 제공하기 위해 대상시설의 구조를 변경할 경우 붕괴, 시설의 심각한 훼손 등으로 인해 위험이 예상될 경우 객관적인 증빙자료를 갖춘다면, 정당한 사유로 본다.

(2.5) 사용주와 시설주가 다를 경우 시설주가 동의하지 않아 사용주가 정당한 편의를 제공하지 못하는 경우

사용주가 시설을 임차하여 사용하는 경우 시설주의 동의가 없어 정당한 편의를 제공하지 못할 수 있다. 이 경우 정당한 편의 제공의 의무는 사용주와 시설주 모두에게 부여되며, 위에 예시한 사유가 없다면, 시설주는 정당한 편의제공에 동의하여야 한다. 시설주가 정당한 편의를 제공하지 않기 위하여 정당한 사유 없이 사용주에게 시설을 임대하기를 거부하거나 편의제공 시설물 등의 설치를 거절할 경우 이 또한 정당한 편의제공 거부로 본다.

(2.6) 정당한 편의를 제공함으로써 본래의 목적을 훼손하거나 상실할 경우

예술작품의 경우와 같이 시설이나 건물의 본래의 목적이 있는데 여기에 편의제공 시설물 등을 설치 또는 제공함으로써 본래의 목적을 훼손하거나 상실할 경우에는 정당한 사유가 있는 것으로 본다. 다만, 이는 엄격하게 제한되어야 할 것이다.

(2.7) 편의를 제공하는 시점에서 제공할 수 있는 적절한 편의가 존재하지 않을 경우

시각과 청각장애를 동시에 가지고 있는 농맹장애인 등 복합장애인의 경우 편의를 제공해야 할 시점에서 복합적인 장애에 모두 적합한 적절한 편의를 제공하고자 하여도 아직

은 제공할 수 있는 정당한 편의가 없어 제공하지 못한다면 정당한 사유가 있는 것으로 본다. 우리나라에는 없고 해외에만 있는 시설이나 설비가 필요하고, 그러한 시설이나 설비를 구입하거나 설치하는 것이 위에 예시한 경우처럼 현실적으로 어렵거나 불가능한 경우에도 정당한 사유로 본다.

(2.8) 정당한 편의를 요구하는 장애인의 진정성이 없을 경우

학교에서의 정당한 편의를 요구하는 장애인이 그 학교 학생도 아니며, 그 학교에서 공부할 일정한 자격요건을 갖추지 못했고, 갖출 것으로 예상되지 않을 경우와 같이 장애인이 진정성을 갖추지 못했을 경우 이러한 요구에 대한 거부는 정당한 사유로 본다.

(2.9) 직무수행 상 요구되는 자격·능력이 없는 경우

진정직업자격 등에서 논의되는 바와 같이, 설사 해당 편의가 제공되더라도 직무 수행 상 요구되는 자격·능력이 확보되지 못하는 경우, 그러한 편의제공을 거부하는 것은 정당한 사유가 있으므로 차별로 보지 아니한다.

(3) 정당한 편의

정당한 편의는 예컨대 고용 영역에서 장애를 가진 자격·능력 있는 개인이 평등한 고용기회를 가질 수 있도록 직무의 내용, 작업환경, 통상적인 직무수행방식 등을 변경 또는 조정하는 것과 같이, 특정 시설 및 설비의 설치와 정보 제공에서 인적 서비스에 이르기까지 해당 장애인에게 필요한 제반조치를 의미한다.

(3.1) 기본 원칙

(가) 정당한 편의는 장애인이 원하는 방법과 수단 그리고 시기에 제공되어야 한다.
(나) 정당한 편의는 장애인의 장애 유형·정도·성별·특성이 고려되어야 한다.
(다) 정당한 편의는 필요한 경우 장애인 및 관련자에게 함께 제공되어야 한다.
(라) 정당한 편의는 장애인과 비장애인을 분리하지 않는 방식으로 제공되는 것이 원칙이다. 따라서 정당한 사유 없이 장애인과 비장애인을 분리하는 방식으로 제공되어서는 아니 된다.
(마) 정당한 편의는 가장 안전하고 편리하며 적절한 방법으로 제공되어야 한다.
(바) 정당한 편의는 가능한 최대한 효율적인 것이어야 한다. 예컨대, 장애인이 그와 비슷한 조건에서 일하는 비장애인과 똑같은 수준의 성과를 거둘 수 있도록, 혹은 그들과 평등한 고용 상의 혜택과 권리를 누릴 수 있도록 기회를 부여하는 편의가 제공되어야 한다.
(사) 정당한 편의는 최상의 것이어야 함이 원칙이나, 최소한 “소정의 목적을 달성하는데 효과적인 것”인 정도는 되어야 한다.
(아) 정당한 편의는 해당 편의제공자가 해당 장애인/병력인에게 제공할 의무가 있는 것이어야 하므로, 특정 직무 수행 등과 무관하게 장애인/병력인 개인적인 용도를 위한 편의제공을 요구할 수는 없다.

(3.2) 대상의 범위

정당한 편의 제공을 위한 대상시설의 범위는 교통약자의이동편의증진법, 장애인·노인·임산부등의편의증진보장에관한법률 등 관련 법령과 장애인차별금지법 하위법령(대통령령) 등에 따르되, 하위법령에서 규정하지 않는 시설이라고 하더라도 편의를 제공하는 것이 필요하고 적절하다면 제공되어야 한다.

(3.3) 편의의 내용

정당한 편의는 다음과 같은 내용을 포함한다.

(가) 대상 시설의 구조 변경
(나) 필요한 시설 및 설비의 설치
(다) 시설이나 설비의 변경이나 개조 및 필요하고 적절한 보조기구의 제공
(라) 시각 및 청각정보 외의 다른 형태로의 정보 제공 또는 장애인이 자신의 장애유형·정도·특성에 따라 이해하기 쉬운 형태로의 정보 제공

(마) 장애인의 장애유형·정도·특성에 따라 이용 가능한 형태로 영상매체·교육자료 등의 제공
(바) 적절하고 필요한 의사소통 지원 및 의사소통 보조기구의 지원
(사) 장소의 변경·재배치 및 필요한 공간의 제공
(아) 시간의 변경·조정
(자) 프로그램의 변경 또는 조정
(차) 수화통역사·대필자·학습보조인력 등 인적지원서비스
(카) 활동보조인·안내인 등 인적지원서비스

(3.4) 정당한 편의의 순서

정당한 편의를 제공하는 방법이 한 개 이상 존재할 경우 정당한 편의는 다음과 같은 순서로 제공되는 것이 원칙이다. 객관적으로 가장 안전하고 편리하며 효율적이고 소정의 목적을 달성하는 데 효과적인 것 중,

(가) 장애인이 원하고 요구하는 방법과 수단
(나) 장애인이 다른 사람의 도움 없이도 이용할 수 있는 방법과 수단
(다) 장애인이 다른 사람의 도움을 가능하면 최소화 할 수 있는 방법과 수단
(라) 수화통역·대필 등을 제외한 단순 활동보조에 의한 편의제공은 가장 최후의 수단이 되어야 한다.

(3.5) 정당한 편의제공 방법을 강구하는 절차의 예(고용 영역의 경우)

(가) 관련된 특정한 직무의 내용을 살펴서 그 직무의 목적과 필수기능이 무엇인지를 판단한다.
(나) 편의제공을 필요로 하는 장애인/병력인과 상의함으로써 직무의 필수기능과 관련하여 그 개인이 어떤 신체적·정신적 능력과 한계를 가지고 있는지, 그 개인의 직무수행을 저해하는 장애들은 무엇인지, 그 장애를 제거할 수 있는 정당한 편의는 무엇인지 파악한다.
(다) 위와 같은 상의 절차를 거쳐 해당 장애인/병력인에게 도움을 줄 수 있는 편의들을 확인하고, 그 편의들이 필수 직무기능의 수행에 얼마나 효과적인지를 평가한다. 상의를 통해서도 가장 적절한 편의가 무엇인지 판단할 수 없을 때에는 유관기관으로부터 조언을 들거나 재정적, 기술적 지원을 받을 수 있다.
(라) 평등한 고용기회를 부여하기 위한 효과적인 편의가 여러 가지 있을 경우에는, 해당 장애인/병력인의 기호도 고려되어야 하고, 가장 효과적인 것을 원칙으로 하되, 비용이 적게 들거나 제공하기 쉬운 편의부터 제공해 나갈 수도 있다. 결과적으로 장애인/병력인 개인과 사용자의 필요에 가장 부합하는 편의를 선택한다.

나. 광고를 통한 차별

입법례(국내) 1.3나-1 : 장애인차별금지법
정당한 사유 없이 장애인에 대한 제한·배제·분리·거부 등 불리한 대우를 표시·조장하는 광고를 직접 행하거나 그러한 광고를 허용·조장하는 경우. 이 경우 광고는 통상적으로 불리한 대우를 조장하는 광고효과가 있는 것으로 인정되는 행위를 포함한다.(제4조 제1항 제4호)
제3조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.
1. "광고"라 함은 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」 제2조제1호 및 제2호에 따른 표시 및 광고를 말한다.

입법례(국외) 1.3나-1 : 호주 장애차별금지법(DDA)
Sec. 44. 광고
A. part 1, 2, 3의 규정에 의한 차별행위를 하려는 의도를 나타내거나 나타내는 것으로 이해될 수 있는 광고물이나 게시물을 발행・게시하거나 발행・게시를 야기하는 것은 범죄행위이다.
벌금: 1,000달러
B. A에서 광고라 함은 신문, 기타 출판물, 텔레비전, 라디오, 게시물, 간판, 라벨, 광고 전단, 재화 등에 의해서나, 견본, 회람장, 카탈로그, 가격표, 기타 자료 등의 배포에 의해서나, 사진, 모델, 영화 등의 전시에 의해서나, 기타의 방법에 의한 모든 형태(공적이든 사적이든 상관없이)의 광고물이나 게시물을 포함한다.

가상사례 1.3나-1 : **모집광고와 차별**
고용주가 직원 모집을 할 때 “죄송하지만 저희 사무실은 2층에 위치한 관계로 신체 장애인

은 접근이 불가능합니다.”라는 문구를 삽입할 경우 이는 장애인에 대한 차별일 수 있다. 이를 피하기 위해서 “저희 사무실이 2층에 위치해 있지만 장애를 가지신 분의 지원을 환영합니다. 필요시 적절한 조정을 수행할 것입니다”라고 공고할 필요가 있다.

다. 장애인 관련자에 대한 차별

입법례(국내) 1.3다-1 : 장애인차별금지법 제4조 제1항 제5호
5. 장애인을 돕기 위한 목적에서 장애인을 대리·동행하는 자(장애아동의 보호자 또는 후견인 그 밖에 장애인을 돕기 위한 자임이 통상적으로 인정되는 자를 포함, 이하 장애인관련자)에 대하여 제1호부터 제4호까지의 행위를 하는 경우. 이 경우 장애인 관련자의 장애인에 대한 행위 또한 이 법에서 금지하는 차별행위 여부의 판단대상이 된다.

라. 보조견 등에 대한 차별

입법례(국내) 1.3라-1 : 장애인차별금지법 제4조 제1항 제6호
6. 보조견 또는 장애인보조기구 등의 정당한 사용을 방해하거나 보조견 및 장애인보조기구 등을 대상으로 제4호에 따라 금지된 행위를 하는 경우(장애인차별금지법 제4조 제1항 제6호)

사례 1.3라-1 : **청각장애인이 보조견(assistance dog)을 데리고 술집 안으로 들어오는 것을 거부(Canniffe v. Molescroft Inn)**(영국)
청각장애를 가진 이유로 청도견(hearing dog)을 대동해야 하는 Carniffe는 Molescroft Inn의 술집 주인으로부터 개를 데리고 들어갈 수 없다는 이유로 출입을 거부당하였다. 주인은 술집에서 음식을 제공하고 있기 때문에 개를 들일 수 없다고 주장하였다. 의뢰인은 자신의 사정과 상황을 설명하려 했지만 주인으로부터 더 이상 귀찮게 하지 말라는 말과 함께 의뢰인이 청각장애인이라는 사실을 믿지 않는다는 이야기를 들었다. 이 사건에 대하여, 청각장애인이 보조견을 대동하는 것은 반드시 보장되어야 할 사항이며, 장애권리위원회는 이전에도 이와 비슷한 사안에 대하여 적극적인 지지를 행하였고, 법원(County Court)은 피고측 술집이 위법적으로 원고를 차별하였다고 판정하였고, 차별적 행위로 인한 심리적 손상에 대한 보상금 1,200파운드를 원고에게 지급하라고 판결하였다.

1.4 적용범위

모든 장애인은 장애를 이유로 한 차별로부터 보호되며, 장애 차별이 금지되는 영역은 모든 생활 영역이다.

입법례(국내) 1.4-1 : 국가인권위원회법

제2조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1-3호 : 생략

4. "평등권침해의 차별행위"라 함은 합리적인 이유 없이 … 장애 … 병력 등을 이유로 한 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다. 다만, … (중략) …

가. 고용(모집, 채용, 교육, 배치, 승진, 임금 및 임금 외의 금품 지급, 자금의 융자, 정년, 퇴직, 해고 등을 포함한다)과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위

나. 재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위

다. 교육시설이나 직업훈련기관에서의 교육·훈련이나 그 이용과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위

라. 성희롱 행위

1.4-2 : 장애인차별금지법

제1조 (목적) 이 법은 모든 생활영역에서 장애를 이유로 한 차별을 금지하고... (후략)

제2장 차별금지

제1절 고용

제2절 교육

제3절 재화와 용역의 제공 및 이용

제4절 사법·행정절차 및 서비스와 참정권

제5절 모·부성권, 성 등

제6절 가족·가정·복지시설, 건강권 등

제3장 장애여성 및 장애아동 등

가. 장애차별 보호대상자의 범위

(1) 장애차별은 장애인 당사자의 성별, 장애의 유형 및 정도, 특성을 가리지 아니하므로, 모든 장애인들은 장애차별로부터 보호되어야 한다.

나. 장애차별이 금지되는 영역

(1) 국가인권위원회법은 “평등권침해의 차별행위”를 다루면서, 구체적으로는 “① 고용, ②

재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용 ③ 교육시설이나 직업훈련기관에서의 교육·훈련이나 그 이용과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위"를 차별이 금지되는 영역으로 다루고 있으나, 장애인차별금지법은 평등권침해의 차별행위뿐만 아니라, 자유권, 사회권 전반에 걸쳐 차별금지영역을 확대하고 있다.

(2) 장애인차별금지법은 제2장에 ① 고용, ② 교육, ③ 재화와 용역의 제공 및 이용, ④ 사법·행정절차 및 서비스와 참정권, ⑤ 모·부성권, 성 등, ⑥ 가족·가정·복지시설, 건강권 등의 6개절을 두어, 차별금지영역을 확대하였고, 제3장에는 장애여성 및 장애아동 등에 대한 특별한 보호를 규정하고 있다.

(3) 장애인차별금지법과 국가인권위원회법 상의 차별금지영역의 차이는, 장애인차별금지법은 ① 평등권침해의 차별행위뿐만 아니라 자유권, 사회권 침해의 영역도 차별금지의 영역으로 확대하였다는 점, ② 모·부성권, 성, 가족·가정·복지시설, 건강권 등의 일상생활, 사회생활에서 흔히 나타나는 차별의 문제를 다룰 수 있는 근거를 마련하고 있다는 점, ③ 직접차별과 간접차별뿐만 아니라, 정당한 편의제공 거부를 차별의 영역으로 끌어 들였다는 점을 들 수 있다.

2. 차별판단의 기준

입법례(국내) 2-1 : 장애인차별금지법
제5조 (차별판단) ①차별의 원인이 2가지 이상이고, 그 주된 원인이 장애라고 인정되는 경우 그 행위는 이 법에 따른 차별로 본다.
② 이 법을 적용함에 있어서 차별 여부를 판단할 때에는 장애인 당사자의 성별, 장애의 유형 및 정도, 특성 등을 충분히 고려하여야 한다.

2.1 고용

“고용”이라 함은 공공기관과 모든 사업 및 사업장의 정규직, 임시직, 계약직 등 모든 형태의 근로계약관계를 포함하며, 근로계약 체결에 이르기 위한 모집 ·채용 등 근로계약 개시 이전 단계, 근로관계의 종료 및 이와 관련하여 구체적으로 파생된 절차가 완료되기까지의 모든 과정을 포함한다.

입법례(국내) 2.1-1 : 국가인권위원회법 제2조 4호 가목
4. "평등권침해의 차별행위"라 함은 합리적인 이유 없이 … 장애 … 병력 등을 이유로 한 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다. 다만, … (중략) …
가. 고용(모집, 채용, 교육, 배치, 승진, 임금 및 임금 외의 금품 지급, 자금의 융자, 정년, 퇴직, 해고 등을 포함한다)과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위

입법례(국내) 2.1-2 : 장애인차별금지법
제10조 (차별금지) ① 사용자는 모집·채용, 임금 및 복리후생, 교육·배치·승진·전보, 정년·퇴직·해고에 있어 장애인을 차별하여서는 아니 된다.
②「노동조합 및 노동관계조정법」 제2조제4호에 따른 노동조합은 장애인 근로자의 조합 가입을 거부하거나 조합원의 권리 및 활동에 차별을 두어서는 아니 된다.
제11조 (정당한 편의제공 의무) ①사용자는 장애인이 해당 직무를 수행함에 있어서 장애인 아닌 사람과 동등한 근로조건에서 일할 수 있도록 다음 각 호의 정당한 편의를 제공하여야 한다.
1. 시설·장비의 설치 또는 개조
2. 재활, 기능평가, 치료 등을 위한 근무시간의 변경 또는 조정
3. 훈련 제공 또는 훈련에 있어 정당한 편의 제공
4. 지도 매뉴얼 또는 참고자료의 변경
5. 시험 또는 평가과정의 개선
6. 화면낭독·확대 프로그램, 무지점자단말기, 확대 독서기, 인쇄물음성변환출력기 등 장애인 보조기구의 설치·운영과 낭독자, 수화 통역자 등의 보조인 배치
②사용자는 정당한 사유 없이 장애를 이유로 장애인의 의사에 반하여 다른 직무에 배치하

여서는 아니 된다.

③사용자가 제1항에 따라 제공하여야 할 정당한 편의의 구체적 내용 및 적용대상 사업장의 단계적 범위 등에 관하여는 대통령령으로 정한다.

제12조 (의학적 검사의 금지) ①사용자는 채용 이전에 장애인 여부를 조사하기 위한 의학적 검사를 실시하여서는 아니 된다. 다만, 채용 이후에 직무의 본질상 요구되거나 직무배치 등을 위하여 필요한 경우에는 그러하지 아니하다.

②제1항 단서에 따라 의학적 검사를 실시할 경우 그 비용은 원칙적으로 사용자가 부담한다. 사용자의 비용부담 방식 및 그 지원 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

③사용자는 제1항 단서에 따라 취득한 장애인의 건강상태나 장애 또는 과거 장애경력 등에 관한 개인정보를 누설하여서는 아니 된다.

입법례(국외) 2.1-1 : 미국의 미국장애인법(ADA)

(통칙) 적용을 받는 어떤 기관도 직장 지원 과정, 직원의 채용・승진・해고, 직원 급여, 직업훈련, 고용의 기타 조건・권리에 관하여 장애인의 장애 때문에 유자격 장애인을 차별해서는 안 된다.

subsection ⅰ)에서 언급된 차별에 대한 금지는 건강 진단과 조사를 포함해야 한다.

(해석) subsection ⅰ)에 사용된 '차별하다(discriminate)'라는 용어는 다음 a)~g)를 포함한다.

a) 지원자나 직원의 장애 때문에 그 지원자나 직원의 기회・지위에 불리한 영향을 미치는 방식으로 직장 지원자나 직원을 제한・분리・분류하는 것

b) 적용을 받는 기관의 유자격 장애인 지원자나 직원에게 title Ⅰ에 의하여 금지되고 있는 차별을 받게 하는 효과를 미치는 계약상 또는 기타 합의・관계에 참여하는 것

c) 1) 장애를 근거로 한 차별의 효과를 나타내거나 2) 공통의 행정 감독을 받는 다른 사람들의 차별을 지속시키는, 표준, 기준, 또는 관리 방법을 사용하는 것

d) 어떤 유자격자와 관계나 관련이 있다고 알려진 어떤 개인의 기지(旣知)의 장애 때문에 그 유자격자에게 동등한 직장이나 급부를 배제하거나 거절하는 것

e) 1) 적용을 받는 기관이 편의가 그 적용을 받는 기관의 사업의 운영에 과도한 어려움을 과할 것이라는 것을 증명하지 않는 한, 유자격 장애인 지원자나 직원의 기지의 신체적・정신적 제한에 대해 적절한 편의를 마련하지 않거나, 2) 유자격 장애인 지원자나 직원에게 고용 기회를 거절하는 것이 적용을 받는 기관이 그 직원이나 지원자의 신체적・정신적 손상에 대해 적절한 편의를 마련해 주어야 할 필요성에 기초하고 있을 경우

f) 적용을 받는 기관이 사용하는 표준, 검사, 또는 기타 선택 기준이 해당 직에 있어서 직무 관련성이 있는 것으로 보이고 사업의 필요성과 일치되지 않는 한, 장애인이나 장애인 집단을 가려내거나 가려내는 경향이 있는 자격 기준, 고용 검사, 또는 기타 선택 기준을 사용하는 것

g) 검사가 감각상 능력, 손의 능력, 또는 말하는 능력을 손상시키는 장애를 가진 직장 지원자나 직원에게 실시될 때, 그러한 검사 결과가 직원이나 지원자의 감각상 능력, 손의 능력, 또는 말하는 능력의 손상을 반영(이러한 능력이 검사가 측정하고자 하는 요소인 경우를 제외)하기보다는 그러한 검사가 측정하고자 하는, 지원자나 직원의 능력, 소질, 또는 어떤 기타 요소를 정확히 반영한다는 것을 보증하는 가장 효과적인 방식으로 고용 관련 검사를 선택・실

시하지 않는 것

입법례(외국) 2.1-2 : 영국의 장애인법((Disability Discrimination Act, DDA)
Sec. 3A. 차별에 대한 의미
1. 고용과 관련하여 다음과 같은 행위는 장애인을 차별한 것으로 간주한다.
ⅰ) 장애와 관련된 이유로 당해 이유가 없는 자에 대한 처우보다 장애인을 덜 우호적인(less favorable) 방식으로 처우하고,
ⅱ) 당해 처우가 정당함을 입증하지 못하는 경우
2. 장애인과 관련하여 (고용주에게) 부과되는 '적절한 조정(reasonable adjustment)' 의무를 수행하지 못하였을 경우에 이는 차별이다.
3. 본 section의 1 ⅱ)와 관련하여, 장애인에 대한 (덜 우호적인) 처우에 관하여 제시된 사유가 상황상 실제적(material)이고 실질적(substantial)인 경우에만, 그 해당 처우는 정당성을 확보한다.
4. 만약 본 section의 5에 속하는 경우, 해당 처우는 어떤 정당성을 확보하지 못한다(즉, 위법적이다).
5. 비장애인과 비교하여 볼 때 능력을 포함한 상황적 조건이 같거나 혹은 현저한 차이가 없음에도 불구하고 장애를 가졌다는 이유만으로 장애인에 대해 '덜 우호적인 처우(less favorable treatment)'를 행하는 경우, 이는 장애인을 직접적으로 차별하는 것이다.
(a) 이는 '직접차별(direct discrimination)'로 지칭되는데, 장애인이 가지고 있는 개인적 능력 또는 해당 장애인의 장애 특성이 가져오는 효과를 고려하는 대신 장애를 가졌다는 이유만으로 혹은 장애인 일반에 대한 선입견이나 왜곡된 가정으로 인해 주로 발생한다. 이러한 직접차별 행위로 인하여 장애인이 불리한 처우를 받게 되는 것은 위법적이며, 고용 부문과 관련하여 직접차별을 수행하는 어떤 행위도 정당성을 확보하지 못한다.
(b) 고용 부문과 관련하여 장애인이 직접차별을 당했는가 그렇지 않은가를 판단하기 위해서는 장애인에 대한 처우 방식을 적절한 비교 대상자(appropriate comparator)에 대한 처우 방식과 반드시 대조하여만 한다. 이때 비교 대상자는 동일한 장애를 가지지 않은 자이어야 하며, 그 특정 장애인의 능력 또는 그가 처한 상황 조건과 현저한 차이를 보이지 않은 자를 의미한다.

입법례(국외) 2.1-3 : UN 국제장애인권리협약
제27조 근로 및 고용
1. 당사국은 다른 사람들과 동등한 기초 위에서 장애인이 노동할 권리를 인정하며, 이는 장애인이 장애인에게 개방적이고 통합적이며 접근 가능한 노동시장과 근로환경에서 자유롭게 선택하거나 받아들인 직업을 통해 삶을 영위할 기회를 가질 권리를 포함한다. 당사국은, 고용기간 중에 장애를 입은 사람을 포함하여, 입법을 포함한 적절한 조치, 특히 다음과 같은 조치를 취함으로써 노동권의 실현을 보호하고 증진한다.
(a) 모집, 채용 및 고용의 조건, 고용의 연장, 경력 개발, 안전하고 건전한 근무환경을 포함한 모든 형태의 고용과 관련된 제반 사안에 대해 장애를 이유로 한 차별을 금지한다.
(b) 다른 사람들과 동등한 기초 위에서, 동등한 기회 및 동등한 가치의 노동에 대한 동등한

보상, 괴롭힘으로부터의 보호를 포함한 안전하고 건강한 근로환경과, 불편사항의 시정을 포함하는 공정하고 유리한 근로조건에 대한 장애인들의 권리를 보호한다.
(c) 장애인이, 다른 사람들과 동등한 기초 위에서, 노동권 및 노동조합의 권리를 행사할 수 있도록 보장한다.
(d) 장애인이 일반적인 기술 및 직업 지도 프로그램, 직업소개 서비스 그리고 직업 훈련과 지속적인 훈련에 효과적으로 접근할 수 있도록 보장한다.
(e) 장애인의 구직, 취업 및 지속적인 근무와 복직에 대한 지원뿐만 아니라 노동시장에서 고용의 기회와 경력개발을 장려한다.
(f) 자영업, 창업, 협력개발 및 개인사업을 시작할 수 있는 기회를 증진한다.
(g) 공공부문에서 장애인을 고용한다.
(h) 적극적 우대조치, 정책, 장려금 그리고 기타 조치를 포함한 적절한 정책과 대책을 통해 민간부문에서 장애인의 고용을 증진한다.
(i) 사업장에서 장애인들에게 합리적 편의의 제공을 보장한다.
(j) 장애인이 개방된 노동시장에서의 직장경험을 습득하도록 촉진한다.
(k) 장애인을 위한 직업재활 및 전문재활, 직업유지 및 직장복귀 프로그램을 증진한다.
2. 당사국은 장애인이 노예상태나 예속상태에 놓이지 않도록 하며 다른 사람들과 동등한 기초 위에서 강제근로로부터 보호되도록 보장한다.

가. 모집과 채용

(1) “모집과 채용”이라 함은, 공공기관이나 사용자가 불특정인을 상대로 한 신문· 방송 등을 통한 광고모집, 직접 또는 위탁모집, 연고에 의한 채용, 공공직업 안내소 또는 직업소개사업을 하는 자를 통한 구인신청 등을 포함하여 근로계약 체결에 이르기 위한 근로계약 개시 이전의 모든 고용과정을 말한다.

(2) 모집과 채용에 있어서의 합리적인 이유 없이 다음과 같은 행위를 하는 것을 장애인 차별로 간주한다.

(2.1) 모집요강에서 “신체건강한 자, 용모단정한 자”와 같이 신체 또는 외모에 대한 조건을 명시하여 장애인의 응시 자격을 제한하거나 기회를 주지 않는 행위
(2.2) 모집요강에서 “남자의 경우 군복무를 마친 자”와 같이 장애인이 참여할 수 없는 자격조건을 응시하여 장애인의 응시 자격을 제한하거나 기회를 주지 않는 행위
(2.3) 채용 면접시에 모집하는 직무와 무관한 신체적 능력을 요구하거나 질문하는 행위
(2.4) 채용 면접시에 면접자에게 합리적인 편의를 제공할 수 없다고 거절하는 행위
(2.5) 채용 면접시에 면접자에게 작업 현장에 편의시설 등의 환경이 갖추어지지 않았으므로 채용할 수 없다고 거절하는 행위
(2.6) 채용 면접시에 면접자에게 채용 후에 합리적인 편의제공에 대하여 고용주에게 요청하거나 요구하지 않을 것을 약속하도록 강요하는 행위

(2.7) 채용 면접에서 면접자가 면접에서의 성적도 우수하며, 채용하고자 하는 지능에서의 업무수행능력이 뛰어남에도 불구하고 합리적 사유 없이 채용하지 않는 행위
(2.8) 면접자가 사용자가 채용하고자 하는 직능에 대하여 자격을 갖추고 원서를 지원했음에도 불구하고 합리적 사유 없이 면접조차 실시하지 않는 행위

사례 2.1가-1 : **공무원임용시험에서의 편의제공**
공무원임용시험에서 지체장애 또는 뇌병변장애 등으로 필기에 어려움이 있는 자들을 위해 시험시간연장 등의 보완조치를 취하지 않는 것이 장애를 이유로 한 헌법 제11조의 평등권을 침해한 것임을 인정하고, 대필제, 워드프로세서 사용, 시간 연장 등의 필요한 조치를 강구할 것을 권고한 사례 <인권위 2004. 11. 22. 03진기675, 04진차17(병합) 결정>

사례 2.1가-2 : **필기시험에 있어서의 편의제공**
필기능력의 장애로 답안작성이 어려운 이들에게 확대시험지, 시험시간 연장, 대리답안 작성, 컴퓨터 사용 등 편의조치를 제공하지 않는 것은 장애인의 평등권을 침해하는 차별행위에 해당함. <인권위 2006. 6. 19.자 06진차157 결정>

사례 2.1가-3 : **소음성 난청을 이유로 한 고용차별**
사용자가 병력을 이유로 개인에게 고용상 불이익을 주는 것은, 개인의 실제적인 능력을 측정하여 직무수행이 불가능하다거나 근로로 인하여 병세가 현저히 악화될 것이라는 점을 입증해야만 합리적인 차별행위로 인정받을 수 있음. 그러나 그러한 입증 없이 대한○○공사는 막연히 진정인이 미래에 소음성 난청이 심화되어 청력장해 산재환자가 될 것이라고 판단하여, 진정인이 신체검사 시 의사소견에서 적격판정을 받았음에도 불구하고, 그 외주업체인 △△기업으로 하여금 진정인을 고용하지 않도록 한 것은 차별행위에 해당한다고 판단됨. 이에 따라 대한○○공사 사장에게, 해당 차별행위를 시정하고 그 재발을 방지할 것을 권고함. <인권위 2006. 8. 29.자 05진차888 결정>

사례 2.1가-4 : **B형간염바이러스와 병력을 이유로 한 고용차별**
B형간염바이러스는 '활동성'인 경우에도 일상적인 공동생활을 통해서는 전염되지 않음이 밝혀졌음에도 그 전염성을 이유로 보균자에게 고용상 불이익을 주는 것은 자의적이고, 과로와 스트레스 등이 B형간염을 유발하거나 악화시킨다는 의학적·과학적 증거가 없음에도 과로와 스트레스가 간 질환에 영향을 줄 것이라는 잘못된 사회통념에 근거하여 보균자에게 고용상 불이익을 주는 것도 자의적임. 또한 B형간염바이러스 보균자인 피해자가 아프리카 오지 현장에 근무할 수 있는지 여부는 의학적 전문 견해를 근거로 판단되어야 함에도 그를 입증할 아무런 객관적 증거도 없이 피해자에게 고용상 불이익을 주는 것은 자의적임. 이처럼 활동성 B형간염바이러스를 잘못 이해하고 그에 근거하여 자의적으로 피해자를 고용에서 제외한 것은 평등권을 침해하는 차별행위에 해당하므로, 피진정인에게, 피해자에 대한 불합격 조치를 취소하고 유사한 차별행위가 재발되지 않도록 필요한 조치를 취할 것을 권고함. <인권위 2006. 12. 22.자 06진차142 결정>

사례 2.1가-5 : **군가산점 제도와 장애인 차별**
청구인(지체3급)은 1993년 ○○시 7급 공무원 시험에 응시했으나 장애인이라는 이유로 군대에 갈 수 없는 상황이었음에도 불구하고 군면제자라는 이유로 군필 가산점이 부여되지 않아 점수 부족으로 공무원 임용에서 탈락되었다. 이에 청구인은 7년여의 소송을 거쳐 결국에는 군필 가산점에 대한 헌법 소원을 내 승소를 했다[헌재 1999. 12. 23. 선고 97헌마136 결정(각하), 지방공무원채용시험 불합격처분취소 ; 헌재 1999. 12. 23. 선고 98헌바33 결정(위헌) 구 국가유공자예우등에관한법률 제70조 등 위헌소원].

나. 임금 및 기타 금품

(1) “임금”이라 함은 공공기관 및 사용자가 근로의 대상으로 근로자 등에게 임금· 봉급 기타 어떠한 명칭으로든지 지급하는 일체의 금품을 포함한다.

(2) 임금에 있어서의 장애인 차별 행위의 유형은 다음과 같다.

(2.1) 동일 가치, 동일 노동에도 불구하고 합리적 사유 없이 장애를 이유로 기본급, 수당, 호봉 등을 비장애인보다 낮게 책정하는 행위
(2.2) 근무 시간 외의 초과 근무에 대한 수당 등을 장애인에게만 지급하지 않거나 지급하지 않을 목적으로 장애인을 고용하는 행위
(2.3) 장애인고용지원금을 정부로부터 지원 받는 사용자가 장애인에게 동일가치, 동일노동에 종사하는 다른 사람보다 낮은 급여를 지급하는 행위

다. 교육 및 훈련

(1) “교육”에는 신입사원 교육, 관리감독자 훈련, 국내외 연수 등의 명칭에 관계없이 근로자의 직무수행능력의 배양 또는 향상을 위하여 사업주가 소속 근로자를 대상으로 실시하는 모든 교육 및 직업훈련이 포함된다.

(2) 교육에 있어서의 장애인 차별의 행위의 유형은 다음과 같다.

(2.1) 사용자가 시행하는 모든 교육, 훈련, 연수에 있어서 합리적인 이유 없이 장애인을 배제하는 행위
(2.2) 사용자가 시행하는 모든 교육, 훈련, 연수에 있어서 장애인 근로자가 다른 사람의 도움 없이 동등하게 참여할 수 있도록 합리적인 편의를 제공하지 않는 행위
(2.3) 해외연수 등 각종 교육의 대상자 선정에 있어 본인의 의사에 반하여 장애를 이유로 장애인을 제외하거나 다른 근로자에 비해 불리한 조건을 부과하는 경우

라. 배치

(1) “배치”라 함은 사업주가 근로자에게 직무의 내용과 직무의 장소 등을 정하여 특정업무에 종사하도록 하는 것을 말하며 신규 채용자 배치, 기존 근로자 배치전환, 파견조치, 대기발령 등을 포함한다.

(2) 배치에 있어서의 장애인 차별 행위의 유형은 다음과 같다.

(2.1) 장애인의 의사와 반하여 장애를 이유로 장애인 근로자에게 불이익이 되도록 배치하는 행위
(2.2) 장애인에게 장애를 이유로 본래의 직무상 중요한 업무에 참여시키지 않는 행위
(2.3) 장애인의 의사와 반하여 안전상, 업무 환경상을 이유로 장애인에게 필요한 합리적인 편의를 제공하는 대신에 다른 직무에 배치하는 행위

가상 사례 2.1라-1 : 업무수행 장소의 변경
접근이 보다 용이한 장소에서 업무를 수행할 수 있도록 휠체어를 이용하는 장애인의 근무지를 3층에서 1층 사무실로 재배치하는 것

마. 승진

(1) “승진”이라 함은 사업주가 근로자를 현재의 직급 또는 직위로부터 보다 상위의 직급 또는 직위에 임명하는 것을 말한다.

(2) 승진에 있어서의 장애인차별 행위의 유형은 다음과 같다.

(2.1) 장애를 이유로 장애인을 승진에서 제외하는 경우
(2.2) 업무환경을 이유로 장애인을 승진에서 제외하는 행위
(2.3) 승진시험 등에 있어서 장애인에게 불리한 기준을 적용하는 행위
(2.4) 업무 평가 등에 있어서 장애인의 장애로 인한 작업시간의 초과, 업무 내용의 조정 등을 불리하게 반영하는 행위

사례 2.1마-1 : **보건소장 승진 임용 탈락**
국가인권위원회는 “지방자치단체장이 법률상 우선적인 임용 대상자에게 마땅히 주어야 할 승진의 기회를 신체적인 장애를 이유로 합리적인 이유 없이 제공하지 아니한 것은 평등권을 침해하는 차별행위에 해당한다.”고 인정하면서도, “지방자치단체장의 차별행위가 그 의사에 반하여 당해 직을 물러날 만한 사유가 되지 않고 차기 지방자치단체장 선거의 출마문제는 본인이 판단할 문제라고 판단하여 국가인권위원회가 권고할 수 있는 구제조치의 범위에 속하지 아니한다.”고 판단하였다. <인권위 2002. 4. 11. 01진차1 결정>
이 사건은 결국, 피해자를 위한 적극적인 구제조치가 이루어지지 않아 별도로 처분무효확인

소송과 손해배상소송을 제기해야 했는데. 처분무효확인소송의 경우, 1심(청주지법 2003. 11. 27. 선고 2002구합986 판결)에서 기각되어 항소하였으나 기각되었고(대전고법 2005. 5. 12. 선고 2004누20 판결) 현재 대법원에 계류 중이며(대법원 2005두5741), 민사소송에서는 3,000만원의 배상책임이 인정되었는데(청주지법 제천지원 2004. 2. 12. 선고 2002가단2276 판결) ○○시에서 항소하였으나 기각·확정되었다(대전고법 2004. 11. 4. 선고 2004나2968 판결).

사례 2.1마-2 : **국립대학교의 장애인 승진 배제**
국립대학교에서 장애인을 지속적으로 승진에서 배제시킨 것이 장애를 이유로 한 헌법 제11조의 평등권을 침해한 것임을 인정하고, 진정인의 평정과 승진과정에서 누적적으로 가해진 장애인 차별행위를 중지할 것과 재발방지를 위하여 당해 대학교 근무성적평정지침 등에 실효성 있는 장애인차별금지조항을 마련할 것을 권고한 사례 <인권위 2004. 11. 8. 04진차53 결정>

사례 2.1마-3 : **스미스 대 플레쳐 사건**
텍사스 연방지구 법원에서는 성과 신체장애를 근거로 한 차별이 있었다는 사실을 발견하고 원고를 승진시킬 것을 명령했다. 휠체어를 사용하는 하지 마비장애인인 스미스는 1962년 GS-7 등급으로 미국 항공우주국에 근무하고 있었다. 1963년 GS-9로 승진했으나 체력이 떨어진다는 이유로 GS-5로 강등되었고 다시 1973년 에 GS-7로, 1974년에 GS-9로 승진했다. 스미스와 같은 시기에 고용된 두 남자 직원은 거의 같은 자격을 갖고 있으면서도 GS-9 등급에서 출발했으며 그 가운데 한 사람은 GS-1등급으로 승진했다. 두 사람 가운데 강등된 사람은 아무도 없었다.
스미스에게는 일상적인 사무와 관련된 업무만 주어진 반면, 자격이 같은 다른 직원들에게는 고급 연구 계획과 관련된 업무가 주어졌다. 스미스는 1971년 성과 신체장애를 근거로 한 차별에 대해 공무원 임용 위원회에 소송을 제기했다. 그러나 공무원 임용 위원회에서는 아무런 특별 구제 조치명령도 내리지 않았다. 행정기록을 검토한 결과 법원은 스미스 여인이 여성이라는 이유와 장애가 있다는 이유 때문에 신체적으로 충분히 수행할 수 있고 또한 마땅히 승진할 수 있는 직책을 맡지 못했다고 주장했다. 그리고 이것은 공무원법과 그 시행령을 위반한 사건이라고 판결하면서 소급 승진과 함께 급여를 소급 지급하라는 명령을 내렸다. (인도주의실천의사협의회 역, 1992, 장애인의 권리, 장애우권익문제연구소, 191쪽)

바. 해고 및 퇴직

(1) “해고”라 함은 근로자의 의사와는 관계없이 사용자가 일방적인 의사표시로 장래에 대하여 근로관계를 소멸시키는 것을 말한다.

(2) 해고 및 퇴직에 있어서의 장애인 차별 행위의 유형은 다음과 같다.

(2.1) 합리적 사유 없이 장애를 이유로 장애인을 해고하거나 강제 퇴직하게 하는 행위
(2.2) 장애인의 장애를 퇴직사유로 한 단체협약, 취업규칙 근로계약 등 합리적 사유 없이 이 규정을 근거로 퇴직처분을 하는 행위

사. 기타

(1) 합리적인 편의를 제공하지 않거나 제공하기를 거부하는 것은 차별이다.

(1.1) 장애인에게 필요한 장애인의 업무 환경을 위하여 편의시설의 설치 등 합리적인 편의를 제공하지 않는 행위
(1.2) 장애인이 합리적인 편의제공을 요구했을 때 이를 거부하는 행위

(2) 장애인의 신체적, 정신적 특성에 대한 비어, 속어적 표현을 하는 것은 장애를 이유로 한 폭력으로 차별이다

(2.1) 장애인에게 장애를 비유하거나 장애를 지칭하는 비어적 표현을 사용하는 행위
(2.2) 장애인에게 장애를 비웃는 용어를 고의적으로 사용함으로써 모욕을 주는 행위

(3) 장애인에게 교육, 재치 등에 있어서 장애인의 의사를 묻지 않고 고용주가 임의로 결정하는 행위

(3.1) 교육, 배치 등에 있어서 장애인의 의사를 묻지 않거나 묻기를 거부하고 장애인을 배려한다는 이유로 고용주가 임의로 결정하는 하는 행위

2.2 재화· 용역· 교통수단· 상업시설· 토지· 주거시설의 공급이나 이용

입법례(국내) 2.2-1 : 국가인권위원회법 제2조 4호 나목
4. "평등권침해의 차별행위"라 함은 합리적인 이유 없이 … 장애 … 병력 등을 이유로 한 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다. 다만, … (중략) …
나. 재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위

입법례(국내) 2.2-2 : 장애인차별금지법 제2장 제3절 재화와 용역의 제공 및 이용

제15조 (재화·용역 등의 제공에 있어서의 차별금지) ①재화·용역 등의 제공자는 장애인·에 대하여 장애를 이유로 장애인 아닌 사람에게 제공하는 것과 실질적으로 동등하지 않은 수준의 편익을 가져다주는 물건, 서비스, 이익, 편의 등을 제공하여서는 아니 된다.

②재화·용역 등의 제공자는 장애인이 해당 재화·용역 등을 이용함으로써 이익을 얻을 기회를 박탈하여서는 아니 된다.

제16조 (토지 및 건물의 매매·임대 등에 있어서의 차별금지) 토지 및 건물의 소유·관리자는 당해 토지 및 건물의 매매, 임대, 입주, 사용 등에 있어서 정당한 사유 없이 장애인을 제한·분리·배제·거부하여서는 아니 된다.

제17조 (금융상품 및 서비스 제공에 있어서의 차별금지) 금융상품 및 서비스의 제공자는 금전대출, 신용카드 발급, 보험가입 등 각종 금융상품과 서비스의 제공에 있어서 정당한 사유 없이 장애인을 제한·배제·분리·거부하여서는 아니 된다.

제18조 (시설물 접근·이용의 차별금지) ①시설물의 소유·관리자는 장애인이 당해 시설물을 접근·이용하거나 비상시 대피함에 있어서 장애인을 제한·배제·분리·거부하여서는 아니 된다.

②시설물의 소유·관리자는 보조견 및 장애인보조기구 등을 시설물에 들여오거나 시설물에서 사용하는 것을 제한·배제·분리·거부하여서는 아니 된다.

③시설물의 소유·관리자는 장애인이 당해 시설물을 접근·이용하거나 비상시 대피함에 있어서 피난 및 대피시설의 설치 등 정당한 편의의 제공을 정당한 사유 없이 거부하여서는 아니 된다.

④제3항을 적용함에 있어서 그 적용을 받는 시설물의 단계적 범위 및 정당한 편의의 내용 등 필요한 사항은 관계 법령 등에 규정한 내용을 고려하여 대통령령으로 정한다.

제19조 (이동 및 교통수단 등에서의 차별금지) ①「교통약자의 이동편의증진법」 제2조제5호 및 제6호에 따른 교통사업자 및 교통행정기관(이하 이 조에서 같다)은 이동 및 교통수단 등을 접근·이용함에 있어서 장애인을 제한·배제·분리·거부하여서는 아니 된다.

②교통사업자 및 교통행정기관은 이동 및 교통수단 등의 이용에 있어서 보조견 및 장애인보조기구 등의 동승 또는 반입 및 사용을 거부하여서는 아니 된다.

③교통사업자 및 교통행정기관은 이동 및 교통수단 등의 이용에 있어서 장애인 및 장애인 관련자에게 장애 또는 장애인이 동행·동반한 보조견 또는 장애인보조기구 등을 이유로 장애인 아닌 사람보다 불리한 요금 제도를 적용하여서는 아니 된다.

④교통사업자 및 교통행정기관은 장애인이 이동 및 교통수단 등을 장애인 아닌 사람과 동등하게 이용하여 안전하고 편리하게 보행 및 이동을 할 수 있도록 하는 데 필요한 정당한 편의를 제공하여야 한다.

⑤교통행정기관은 교통사업자가 장애인에 대하여 이 법에 정한 차별행위를 행하지 아니하도록 홍보, 교육, 지원, 감독하여야 한다.

⑥국가 및 지방자치단체는 운전면허시험의 신청, 응시, 합격의 모든 과정에서 정당한 사유 없이 장애인을 제한·배제·분리·거부하여서는 아니 된다.

⑦국가 및 지방자치단체는 장애인이 운전면허시험의 모든 과정을 장애인 아닌 사람과 동등하게 거칠 수 있도록 정당한 편의를 제공하여야 한다.

⑧제4항 및 제7항을 적용함에 있어서 그 적용대상의 단계적 범위 및 정당한 편의의 내용 등 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제20조 (정보접근에서의 차별금지) ①개인·법인·공공기관(이하 이 조에서 "개인 등"이라 한다)은 장애인이 전자정보와 비전자정보를 이용하고 그에 접근함에 있어서 장애를 이유로 제4조제1항제1호 및 제2호에서 금지한 차별행위를 하여서는 아니 된다.

②장애인 관련자로서 수화통역, 점역, 점자교정, 낭독, 대필, 안내 등을 위하여 장애인을 대리·동행하는 등 장애인의 의사소통을 지원하는 자에 대하여는 누구든지 정당한 사유 없이 이들의 활동을 강제·방해하거나 부당한 처우를 하여서는 아니 된다.

제21조 (정보통신·의사소통에서의 정당한 편의제공의무) ①제3조제4호·제6호·제7호·제8호가목 후단 및 나목·제11호·제18호·제19호에 규정된 행위자, 제12호·제14호부터 제16호까지의 규정에 관련된 행위자, 제10조제1항의 사용자 및 같은 조 제2항의 노동조합 관계자(행위자가 속한 기관을 포함한다. 이하 이 조에서 "행위자 등"이라 한다)는 당해 행위자 등이 생산·배포하는 전자정보 및 비전자정보에 대하여 장애인이 장애인 아닌 사람과 동등하게 접근·이용할 수 있도록 수화, 문자 등 필요한 수단을 제공하여야 한다. 이 경우 제3조제8호가목 후단 및 나목에서 말하는 자연인은 행위자 등에 포함되지 아니한다.

②공공기관 등은 자신이 주최 또는 주관하는 행사에서 장애인의 참여 및 의사소통을 위하여 필요한 수화통역사·문자통역사·음성통역자·보청기기 등 필요한 지원을 하여야 한다.

③「방송법」에 따라 방송물을 송출하는 방송사업자 등은 장애인이 장애인 아닌 사람과 동등하게 제작물 또는 서비스를 접근·이용할 수 있도록 자막, 수화, 점자 및 점자 변환, 보청기기, 큰 문자, 화면읽기·해설·확대프로그램, 인쇄물음성변환출력기, 음성서비스, 전화 등 통신중계서비스를 제공하여야 한다.

④제1항에 따른 필요한 수단을 제공하여야 하는 행위자 등의 단계적 범위 및 필요한 수단의 구체적인 내용과 제2항에 따른 필요한 지원의 구체적인 내용 및 범위와 그 이행 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제22조 (개인정보보호) ①장애인의 개인정보는 반드시 본인의 동의하에 수집되어야 하고, 당해 개인정보에 대한 무단접근이나 오·남용으로부터 안전하여야 한다.

②제1항을 적용함에 있어서 「공공기관의 개인정보보호에 관한 법률」, 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 등 관련 법률의 규정을 준용한다.

③장애아동이나 정신장애인 등 본인의 동의를 얻기 어려운 장애인에 있어서 당해 장애인의 개인정보의 수집·이용·제공 등에 관련된 동의행위를 대리하는 자는 「민법」의 규정을 준용한다.

제23조 (정보접근·의사소통에서의 국가 및 지방자치단체의 의무) ①국가 및 지방자치단체는 장애인의 특성을 고려한 정보통신망 및 정보통신기기의 접근·이용을 위한 도구의 개발·보급 및 필요한 지원을 강구하여야 한다.

②정보통신 관련 제조업자는 정보통신제품을 설계·제작·가공함에 있어서 장애인이 장애인 아닌 사람과 동등하게 접근·이용할 수 있도록 노력하여야 한다.

③국가와 지방자치단체는 장애인이 장애의 유형 및 정도, 특성에 따라 수화, 구화, 점자, 큰 문자 등을 습득하고 이를 활용한 학습지원 서비스를 제공받을 수 있도록 필요한 조치를 강구하여야 하며, 위 서비스를 제공하는 자는 장애인의 의사에 반하여 장애인의 특성을 고려하지 않는 의사소통양식 등을 강요하여서는 아니 된다.

제24조 (문화·예술활동의 차별금지) ①국가와 지방자치단체 및 문화·예술사업자는 장애인이 문화·예술활동에 참여함에 있어서 장애인의 의사에 반하여 특정한 행동을 강요하여서는 아니

되며, 제4조제1항제1호·제2호 및 제4호에서 정한 행위를 하여서는 아니 된다.

②국가와 지방자치단체 및 문화·예술사업자는 장애인이 문화·예술활동에 참여할 수 있도록 정당한 편의를 제공하여야 한다.

③국가 및 지방자치단체는 장애인이 문화·예술시설을 이용하고 문화·예술활동에 적극적으로 참여할 수 있도록 필요한 시책을 강구하여야 한다.

④제2항을 적용함에 있어서 그 적용대상이 되는 문화·예술사업자의 단계적 범위 및 정당한 편의의 구체적인 내용 등 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제25조 (체육활동의 차별금지) ①체육활동을 주최·주관하는 기관이나 단체, 체육활동을 목적으로 하는 체육시설의 소유·관리자는 체육활동의 참여를 원하는 장애인을 장애를 이유로 제한·배제·분리·거부하여서는 아니 된다.

②국가 및 지방자치단체는 자신이 운영 또는 지원하는 체육프로그램이 장애인의 성별, 장애의 유형 및 정도, 특성 등을 고려하여 운영될 수 있도록 하고 장애인의 참여를 위하여 필요한 정당한 편의를 제공하여야 한다.

③국가 및 지방자치단체는 장애인이 체육활동에 참여할 수 있도록 필요한 시책을 강구하여야 한다.

④제2항을 시행하는 데 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

입법례(국외) 2.2-1 : 영국 장애차별금지법(DDA)

Sec. 19. 재화, 시설 및 서비스와 관련된 차별

1. 서비스 제공자가 장애인에 대해 다음 ⅰ)~ⅳ)와 같은 차별행위를 하는 것은 위법이다.

ⅰ) 장애인에게 다른 사람들이 이용하는 서비스를 제공하는 것을 거부하거나 의도적으로 회피하는 경우

(a) 직접적 거부

(b) 거짓 이유를 가장하여 장애인에게 서비스 제공을 거부하는 것 역시 명백한 차별행위이다.

(c) 설령 악의적인 조치가 아니었다 할지라도, 그 의도와 동기에 상관없이 장애인에 대해 서비스 제공을 하지 않는 것은 위법적일 수 있다.

ⅱ) section 21에 의해 부과된 조정의무를 수행하지 않음으로 인해 장애인이 서비스를 이용하지 못하거나 서비스 이용에 심각한 어려움을 겪는 경우

ⅲ) 서비스 기준 또는 제공 방식에 있어서 장애인을 차별하는 경우

장애를 가졌다는 이유로 다른 일반인에게 비하여 낮은 수준의 서비스를 제공하거나, 서비스를 제공하는 데 있어 예의를 갖추지 않는 경우(일반적으로 수치심・모멸감을 주는 행위를 동반)에 이는 장애인에 대한 위법적 차별이다.

ⅳ) 서비스를 제공하는 조건에 있어서 장애인을 차별하는 경우

장애를 가졌다는 이유로 다른 일반인에 비해 불리한 혹은 나쁜 조건으로 서비스를 제공하는 것은 위법적이다. 이와 관련하여 발생할 수 있는 대표적인 형태는 다음 (a)~(b)와 같다.

(a) 서비스 제공에 추가 요금을 부여

(b) 서비스 제공에 추가 조건을 첨가

가. 재화· 용역 공급이나 이용

(1) 소비자 또는 고객이 장애인이라는 이유로 계약, 면허상의 불이익을 주는 행위

(2) 소비자 또는 고객이 장애인이라는 이유로 시설물의 물건, 서비스, 시설, 편의제공에 참여할 기회를 거절하거나 그것으로부터의 이익을 얻을 기회를 거절하는 행위

(3) 소비자 또는 고객이 장애인이라는 이유로 비장애인에게 제공하는 것과 동등하지 않은 물건, 서비스, 특전, 이익, 편의를 제공하는 행위

(4) 장애인에게 물건, 서비스, 시설, 특전, 이익 또는 편의시설의 제공을 위하여 정책, 실행 또는 절차상의 변경이 필요함에도 불구하고 이러한 변경을 하지 않는 행위

(5) 건축상의 시설물, 교통시설 및 교통수단, 기존시설에 있어서 구조적인 통신 장애물 등에 장애인의 이용이나 접근을 용이하지 않게 하는 장애물을 즉시 제거할 수 있음에도 불구하고 제거하지 않는 행위

사례 2.2가-1: **식당 음식 판매 거부와 장애를 이유로 한 재화의 공급이용 차별**
피진정인이 진정인에게 장애인이기 때문에 음식 제공을 거절한다는 직접적인 표현은 하지 않았지만, “혼자 온데다가 바쁜 시간”이라는 간접적 표현을 하면서 음식 제공을 거부한 것은 장애를 이유로 한 차별에 해당하는 것으로 판단됨. <인권위 2006. 8. 29.자 05진차941 결정>

사례 2.2가-2 : **신체장애인에 대한 결혼정보회사의 회원가입 배제**
인간은 자신의 의사에 따라 자유로이 결혼을 선택할 수 있어야 하며 장애를 가진 자 또한 자유로운 의사에 의해 결혼을 선택할 수 있고 그 기회가 제한되어서는 아니 됨에도 불구하고, 결혼정보회사가 신체장애인을 결혼에 부적합 또는 자격이 없는 자로 회사약관에 규정하고 신체장애인의 회원가입자격을 제한한 것은 장애인을 비하·모욕하는 것이고 장애인에 대해 혼인에 관한 정보를 제공받을 기회를 제한한 것이기 때문에 장애인의 평등권을 침해하는 행위라 판단되므로, 피진정인인 결혼정보회사 대표에게, 향후 장애인을 결혼에 부적합한 자 또는 결격사유 있는 자로 규정한 약관 및 규약을 개정할 것과 장애를 이유로 회원가입자격을 제한하지 말 것을 권고함. <인권위 2005. 7. 19.자 04진차381결정>

사례 2.2가-3 : **지적(학습)장애(learning difficulties)를 가진 장애인에게 대한 서비스 제공 거부**(Mary Mckay v. Bryn Thomas and Scottish & Newcastle Retail Ltd.)(영국)
지적(학습)장애인 Mary Mckay에 대해 해당 업체(술집) 및 건물주가 서비스 제공을 거부하면서, 원고의 장애와 관련된 이유로 그 장소를 떠나라고 요구하는 등 부당한 차별행위를 한 경우인데, 피고 측은 원고가 부적절한 행동을 하였으며, 그러한 행위는 서비스 제공에 있어서 예외로 둔다고 주장하였다. 이후 장애권리위원회는 해당 술집에서 장애를 이유로 이와 유사

한 차별을 경험한 다른 장애인이 있다는 사실을 알게 되었다. 이와 같이 서비스 제공자인 피고는 지적장애를 가진 장애인을 지속적으로 차별해 왔으므로 이러한 부당한 대우에 대한 법적 대응은 장애인에 대한 차별적 조치를 시정하고 긍정적인 변화를 촉진시킬 수 있을 것으로 예견되었다. 법원은 원고와 같이 지적장애를 가지고 있으며 피고 측으로부터 유사한 차별을 당한 다른 두 사람의 증언을 마지막 심리(審理) 과정에서 채택하여 참고한 결과 원고는 이 소송에서 승소하였고, 법원은 정신적 손해에 대한 배상으로 3,000파운드를 지급하도록 판결하였다.

나. 공공시설 및 공중이용시설의 접근

(1) 장애인이 시민 등 불특정 다수가 이용하는 공공시설 또는 공중이용시설을 동등하고 자유롭게 이용할 수 없다면 그것은 차별이다.

(1.1) 합리적 사유 없이 장애를 이유로 출입을 거부하는 행위
(1.2) 시각장애인 안내견의 출입을 거부하는 행위
(1.3) 장애인의 출입 및 이용에 대하여 노골적으로 불만 또는 불평을 표시하는 행위
(1.4) 장애인에게 다른 고객과 다른 불리한 서비스를 제공하는 행위

(2) 장애인이 시설을 이용하기 위해 필요한 편의시설의 설치, 서비스의 제공, 자원봉사자 및 안내원을 배치하지 않는 것은 차별이다.

(2.1) 장애인이 시설을 안전하고 편리하며 동등하게 이용할 수 있도록 편의시설을 설치하지 않거나 이를 거부하는 행위 또는 편의증진법에서 규정한 편의시설의 설치를 거부하는 행위
(2.2) 장애인에게 목적지까지의 안내 등의 서비스를 제공하지 않는 행위
(2.3) 편의시설의 설치 및 서비스의 제공이 합리적으로 불가능할 경우 자원봉사자를 배치하지 않는 행위
(2.4) 장애인이 비상시에 피난 및 대피시설을 마련하지 않는 행위
(2.5) 장애인에게 현저하게 불리한 출입구를 이용하도록 강요하거나 주출입구를 이용할 수 있도록 편의시설의 설치를 거부하는 행위

사례 2.2나-1 : **장애를 이유로 한 복지관 이용 차별**
장애인이 많이 이용하는 공공건물 및 공중이용시설의 관리자인 지방자치단체 등 국가기관은 장애인이 안전하고 편리하게 이용하고 접근할 수 있도록 배려할 의무를 진다 할 것인데, 그 의무를 다하지 아니하여 장애인과 노약자가 많이 이용하는 장애인용 승강기를 설치하지 않았다면, 이는 장애를 이유로 「헌법」 제11조에서 보장하는 평등권을 침해하는 차별행위에 해당함. <인권위 2006. 1. 10.자 06진차50 결정>

사례 2.2나-2 : **장애를 이유로 한 화장실 이용 차별**
「교통약자의 이동편의증진법」에 따라 교통사업자인 피진정인은 장애인이 접근할 수 있는 통로에 장애인전용화장실을 설치하여야 할 의무가 있으나, ○○○역과 ○○○역에는 장애인용 화장실이 위치한 지하1층에 갈 수 있도록 설계된 엘리베이터 또는 휠체어리프트 등의 이동편의시설이 설치되지 않아 휠체어를 사용하는 장애인이 화장실에 접근하는 것이 매우 어려운 상황인바, 이는 장애를 이유로 한 차별이라 판단됨. <인권위 2006. 4. 10.자 06진차4 결정>

다. 대중교통 및 교통시설의 접근

(1) 장애인이 버스, 택시, 지하철(전철), 철도, 비행기, 배 등 교통수단과 횡단보도, 도로, 지하보도, 육교, 정류장, 역사, 공항, 항만 등의 교통시설을 시민들과 동등하게 이용할 수 없는 것은 차별이다.

(1.1) 장애인의 장애를 이유로 교통수단 및 교통시설의 이용을 거부하는 행위
(1.2) 장애인이 교통수단 및 교통시설을 동등하게 이용할 수 있도록 합리적인 편의 제공을 거부하는 행위
(1.3) 장애인이 교통수단 및 교통시설을 이용할 때, 장애인을 불리하게 대우하거나 장애인의 이용에 대하여 불만 또는 불평을 표시하는 행위

사례 2.2다-1 : **핸들조작 합격기준과 장애인 차별**
도로교통법상 자동차면허취득시 장애인의 신체상태에 따라 받을 수 있는 운전면허의 범위 및 조건부과기준과 운동능력측정기기 판정기준중 핸들조작의 합격기준은 장애인들의 운전면허 취득을 과도하게 제한하고 있으므로 진정인의 평등권을 침해한 차별행위로 인정하고 경찰청장에게 관련 규정을 개정할 것을 권고한 사례 <인권위 2003. 6. 30. 02진차45, 58, 103, 03진차7, 47(병합) 결정>

사례 2.2다-2 : **저상버스 도입의무 불이행 위헌확인 - 각하**
장애인의 복지를 향상해야 할 국가의 의무가 다른 다양한 국가과제에 대하여 최우선적인 배려를 요청할 수 없을 뿐 아니라, 나아가 헌법의 규범으로부터는 '장애인을 위한 저상버스의 도입'과 같은 구체적인 국가의 행위의무를 도출할 수 없는 것이다. 국가에게 헌법 제34조에 의하여 장애인의 복지를 위하여 노력을 해야 할 의무가 있다는 것은, 장애인도 인간다운 생활을 누릴 수 있는 정의로운 사회질서를 형성해야 할 국가의 일반적인 의무를 뜻하는 것이지, 장애인을 위하여 저상버스를 도입해야 한다는 구체적 내용의 의무가 헌법으로부터 나오는 것은 아니다(헌법재판소 2002. 12. 18. 2002헌마52 각하 결정).

사례 2.2다-3 : **도로교통법시행령 제45조 위헌확인 - 기각**
이 사건 조문은 낮은 시력으로 인한 교통상의 위험을 방지하여 국민의 생명, 신체 및 재산을 보호하고 안전하고 원활한 도로교통을 확보함을 입법목적으로 하고 있고, 우리 도로교통법이 자동차의 운전에 운전면허의 취득을 그 요건으로 하고 있어 운전면허의 취득단계에서 이를 규제하는 것이 위 입법목적의 달성에 효과적이고 적절하며, 운전면허는 운전업무에 종사하는 자

에 대하여 일정한 자격을 설정한 것으로 볼 수 있는데 어떤 자격제도를 만들면서 그 자격요건을 어떻게 설정할 것인가는 원칙적으로 입법형성의 자유에 속하는 것이고 다만 그 자격요건의 설정이 재량의 범위를 넘어 명백히 불합리하게 된 경우에는 기본권 침해 등의 문제가 생길 수 있다고 할 것인바, 한쪽 눈의 시력(교정시력 포함)이 0.5 미만인 경우에는 일반적으로 시야, 원근감, 입체감, 깊이 감각 등의 상실이 발생하고 우발적인 상황에서의 시기능 상실 상태를 초래할 수 있으므로 이 사건 조문상의 기준이 입법형성의 재량의 범위를 넘어 명백히 불합리하게 설정된 것이라고 할 수 없고, 또한 이 사건 조문이 추구하는 질서유지 및 공공복리의 증진이라는 공익은 이로써 제한되는 좁은 의미의 직업선택의 자유라는 사익보다 훨씬 더 크다고 할 것이어서 기본권 제한의 입법한계인 비례의 원칙을 준수하였으므로 이 사건 조문은 좁은 의미의 직업선택의 자유를 침해하지 아니한다(헌법재판소 2003. 06. 26. 2002헌마677 기각결정).

사례 2.2다-4 : **장애인운동능력측정검사불합격처분취소 등 - 각하**

운전적성판정을 위하여 장애인에 대하여 실시하는 운동능력측정검사에서의 불합격처분은 그 자체가 청구인에게 직접 법률상의 불이익을 초래하는 행위로서 행정처분에 해당하여 그 취소를 구하는 행정소송을 제기하는 것이 가능하다고 할 것이므로 이 부분 심판청구는 헌법소원의 대상이 되지 않는 공권력 행사에 대한 청구로서 부적법하다(헌법재판소 2005. 03. 31. 2003헌마746 각하 결정).

사례 2.2다-5 : **The Grismer Case: British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia** (Council of Human Rigjts)(캐나다)

이 사건은 피고 측이 선의의 정당성 변론(Bona Fide Justification, BFJ)을 제기하면서 시작되었는데, 법정에서 심리를 받기 전 사망한 Terry Grismer는 같은 쪽 반맹(homonymous hemianopia, HH)을 가지고 있었고, 이 장애는 Grimer의 양쪽 눈 모두의 왼쪽 편 주변 시(peripheral vision)를 떨어뜨렸다. 브리티쉬 콜럼비아 자동차 감독관은 그의 시력이 최소 시야 120°의 표준을 만족시키지 못한다는 이유로 Grismer의 운전면허증을 취소시켰다. 120° 표준에 대한 예외가 존재하기는 하지만, 같은 쪽 반맹을 가진 사람은 운전이 허용되지 않았다.

Grismer는 몇 번에 걸쳐 검사 재신청을 하였으며, 시력·시야 검사를 제외한 모든 검사를 통과하였다. 하지만 법적으로 금지되어 있는 관계로 Grismer는 자신의 제한된 시력·시야를 보완할 수 있다는 점을 증명할 수 있는 기회조차 얻지 못하였다. 그는 브리티쉬 콜럼비아 인권 협회의 협조로 고소를 신청하였으며, 브리티쉬 콜럼비아 자동차 감독관이 같은 쪽 반맹을 가진 사람에게 적용되는 엄격한 표준에 대해 선의의 정당성 변론을 할 수 없다는 점을 근거로 법정에서 승소하였다.

항고에서 캐나다 대법원(Supreme Court of Canada)은 이 케이스가 서비스 제공의 케이스에 적용될 수 있을 것이라 밝혔다. 이 고소는 120°의 시야 표준이 꼭 필요한 것은 아니라고 결론지었으며, 그 표준은 이제 효력이 없어졌다.

Grismer의 변호에 있어 선의의 정당성 변론에 대해 법정은 다음과 같은 질문을 하였다.

1. 차별적 기준이나 정책이, 수행되고 있는 기능과 합리적인 연관성을 가지고 있는가?
2. 서비스 제공자가 그들의 목적 달성에 필요한, 정직하고 믿음을 바탕으로 만들어진, 특정 기준을 선택하였는가?
3. 고려된 기준이 서비스 제공자가 그 목적이나 목표를 달성하는 데 합리적으로 필요한가?

라. 정보 및 통신의 이용과 접근

(1) 장애인이 의사소통, 텔레비전, 비디오 등 미디어매체, 신문, 잡지, 방송 등 언론매체, 인터넷을 이용하는 데 있어서 시민과 동등하게 이용하고 접근할 수 없다면 이것은 차별이다.

(2) 시각장애인에게는 다른 시민들에게 제공하는 동일한 정보와 서비스를 제공해야 하며, 정보와 서비스의 제공 방법은 음성(음향)이나 점자로 제공을 하여야 한다. 이러한 정보나 서비스를 제공하지 않거나 제공하기를 거부하는 행위는 차별이다.

(3) 청각장애인에게는 다른 시민들에게 제공하는 동일한 정보와 서비스를 제공해야 하며, 정보와 서비스의 제공방법은 문서(자막, 문자)와 수화통역을 통해 제공하여야 한다. 이러한 정보나 서비스를 제공하지 않거나 제공하기를 거부하는 행위는 차별이다.

마. 주거, 부동산 매매 및 임대

입법례(국외) 2.2마-1 : 영국의 장애차별금지법(DDA)
Sec. 22. 부동산에 관한 차별
1. 부동산을 처분(dispose)[68]할 권한이 있는 자가 장애인에 대하여 다음 ⅰ)~ⅲ)과 같은 차별행위를 하는 것은 위법이다.
ⅰ) 부동산을 처분하는 조건에 있어서 장애인을 차별하는 경우
장애를 가졌다는 이유로 다른 일반인에 비해 불리한 혹은 나쁜 조건으로 부동산을 매매·임대하는 것은 위법적이다. 이와 관련하여 발생할 수 있는 차별 양태의 대표적인 예는 다음 (a)~(b)와 같다.
(a) 부동산 처분 과정에서의 추가 금액 요구
(b) 부동산 처분 과정에서 추가 조건 첨가
ⅱ) 장애인에 대하여 부동산 처분을 거부하는 경우
ⅲ) 부동산을 필요로 하는 자의 명단(list)과 관련하여 장애인을 차별하는 경우
2. (생략)
3. 부동산을 관리하는 자가 점유 장애인에게 다음 ⅰ)~ⅲ)과 같은 차별행위를 하는 것은 위법이다.
ⅰ) 어떤 편의시설(benefits or facilities)[69] 이용을 허가하는 조건(혹은 방법)에 있어서 장애인을 차별하는 경우
ⅱ) 장애인이 어떤 편의시설을 이용하지 못하도록 하거나 의도적으로 그 이용을 허가하지 않는 경우
ⅲ) 장애인을 강제로 쫓아내거나 그에게 어떤 손실을 입히는 경우
(a) 축출(eviction)의 경우
(b) 다른 손실을 가할 경우
여기에서 손실을 가하는 행위란 장애인에 대한 물리적 폭력, 언어폭력, 희롱하는 행위 등을 포

함한다. 또한 다른 입주자와 비교하여 볼 때 장애를 가졌다는 이유로 부동산 소유주(혹은 관리인)가 해당 장애인의 요구사항을 거절하거나 차별적으로 대응하는 행위도 포함된다.

(1) 장애를 이유로 주택의 임대, 매매를 거부하는 것은 차별이다.

(1.1) 장애를 이유로 합리적인 이유 없이 주택의 임대를 거부하는 행위
(1.2) 장애를 이유로 합리적인 이유 없이 주택의 매매를 거부하는 행위

(2) 장애를 이유로 장애인의 주거를 거부하는 것은 차별이다.

(2.1) 장애를 이유로 남성과 여성이 같은 화장실을 사용하게 하거나 같은 방을 사용하게 하는 행위
(2.2) 장애를 이유로 성적 행동 및 성행위에 대한 권리를 제한하거나 빼앗는 행위
(2.3) 장애를 이유로 결혼이벤트 회사 등에서 회원가입을 거부하는 행위
(2.4) 생활시설에서 장애인의 성적 활동을 제한하거나 금지하는 행위

바. 보험 및 연금제도

사례 2.2바-1 : **1급뇌성마비 장애인에 대한 보험가입 거부와 차별**
보험시장에서 보험회사들이 장애인들의 보험가입을 거부해오고 있다는 것은 공공연히 알려져 온 사실인데, 특히 보험회사들은 심신상실·박약자(정신지체장애인)를 피보험자로 한 보험계약은 무효라는 상법 제732조를 들어 보험가입을 거부해왔다. 이와 같이 민간보험 영역에서 장애인이 소비자 지위를 찾지 못하는 것에 대해, 1급 뇌성마비 장애인이라는 이유로 보험가입을 거절당한 원고가 “장애인 차별로 정신적 고통을 겪었다.”며 보험회사를 상대로 낸 손해배상 청구소송에서 재판부는 “생명보험회사가 뇌성마비 장애인인 보험청약인의 구체적·개별적 장애 상태와 정도, 장애등급(중복장애로 인한 등급조정)에 대한 충분한 이해 없이 단지 그가 장애인복지법령에 의한 장애 1등급에 해당하고, 생명보험협회가 정한 장애인보험공통계약심사기준상의 거절사유에 해당한다는 사정만으로 종신보험계약의 청약에 대하여 그 승낙을 거절한 것은 절차적 과정에 있어서 합리성·적정성을 담보한 것으로 볼 수 없으므로 생명보험회사의 승낙거절이 장애인복지법 제8조에 위배된 위법한 행위에 해당한다.”는 이유로 “보험사는 위자료 200만원을 지급하라”며 원고 일부승소 판결을 내렸다. 이는 사(私)보험처럼 계약자유의 원칙이 적용되는 범위에 속한다고 할지라도 장애인복지법 제8조에서 정한 차

68) 부동산과 관련하여 ‘처분(dispose)’은 부동산의 매매, 임대, 전대, 점용권의 허용을 모두 포함한다. 번역하는 데 있어 여기서는 ‘부동산 처분’이라는 용어를 사용하기로 한다.
69) 여기에서 ‘benefits or facilities’는 공동세탁기, 정원, 주차장 등을 지칭하는 개념이다. 이를 맥락상 ‘편의시설’로 번역하였다.

별금지영역에 해당한다는 것과 회사 측이 장애인을 차별하지 않았음을 합리적 근거를 들어 입증해야 한다는 것을 명시적으로 밝혔다는 점에서 향후 사적 영역에서의 차별 시정에 있어서 획기적 발판을 마련해 주었다(서울중앙지법 2004. 2. 12. 선고 2003가단150990 판결, 확정)
최근에는 사례에서 문제가 되었던 상법 제732조를 개정하는 상법 개정안이 제출된 바 있다.

사례 2.2바-2 : **보험가입에서의 차별**
1급 시각장애인(진정인)이 보험회사(피진정인)가 통신 판매한 '진단없이 가입되는 무진단 암보험'에 장애인임을 상세하게 고지하고 청약하였는데, 피진정인이 전산처리에 의한 무작위 선정방식에 의하여 선정되었다면서 진정인에게 '건강검진대상자'라고 통보하자 진정인이 이러한 방식의 건강검진이 부당하다면서 청약을 철회한 사안에서 인권위는, 건강검진대상자의 선정 과정에 대해 피진정인은 전산시스템에 의한 무작위선정방식으로 이루어졌다고 주장하나 피진정인이 제출한 무작위 선정에 의한 건강검진대상자 현황에 의하면 비장애인 청약자 선정율은 1.5%인 반면, 장애인 청약자 선정율은 4.2%로서 약 3배에 달하므로 피진정인은 이미 장애유무와 장애정도를 알고 있는 상태에서 건강검진 대상자 선정 시 장애여부를 우선적으로 고려하여 그 대상자를 선정한 것으로 판단되는바, 진정인이 청약한 이 사건 보험은 암예방부터 암치료까지 보장하는 보험으로서 장애인일 경우 암발병율이 더 높다는 어떠한 의학적이고도 객관적인 근거가 없음에도 불구하고 합리적인 절차와 기준 없이 보험가입청약자가 장애인인 경우 장애가 있다는 이유로 비장애인보다 더욱 높은 비율로 건강검진대상자로 선정한 것은 장애를 이유로 한 불합리한 차별행위라고 결정하면서 그 선정기준, 절차 및 내용 등을 개선할 것을 권고한 사례 <인권위 2007. 6. 22. 06진차61 결정>

(1) 합리적 사유 없이 장애를 이유로 연금, 보험 등에 있어서 현저하게 불리한 기준을 적용하거나 가입을 거부하는 것은 차별이다.

(1.1) 장애를 이유로 연금이나 보험가입을 거부하는 행위
(1.2) 장애를 이유로 연금 납입액이나 보험금 납입액을 비장애인에 비해 현저하게 불리하게 적용하는 행위
(1.3) 장애를 이유로 비장애인에 비해 연금액이나 보장금액을 현저하게 불리하게 적용하는 행위

2.3 교육(교육시설이나 직업훈련기관의 이용)

입법례(국내) 2.3-1 : 국가인권위원회법 제2조 4호 다목
4. "평등권침해의 차별행위"라 함은 합리적인 이유 없이 … 장애 … 병력 등을 이유로 한 다음 각

목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다. 다만, … (중략) …

다. 교육시설이나 직업훈련기관에서의 교육·훈련이나 그 이용과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위

입법례(국내) 2.3-2 : 장애인차별금지법 제2절 제13조 - 제14조

제13조 (차별금지) ①교육책임자는 장애인의 입학 지원 및 입학을 거부할 수 없고, 전학을 강요할 수 없으며, 「영유아보육법」에 따른 보육시설, 「유아교육법」 및 「초·중등교육법」에 따른 각급 학교는 장애인이 당해 교육기관으로 전학하는 것을 거절하여서는 아니 된다.

②제1항에 따른 교육기관의 장은 「특수교육진흥법」 제11조를 준수하여야 한다.

③교육책임자는 당해 교육기관에 재학 중인 장애인 및 그 보호자가 제14조제1항 각 호의 편의 제공을 요청할 때 정당한 사유 없이 이를 거절하여서는 아니 된다.

④교육책임자는 특정 수업이나 실험·실습, 현장견학, 수학여행 등 학습을 포함한 모든 교내외 활동에서 장애를 이유로 장애인의 참여를 제한, 배제, 거부하여서는 아니 된다.

⑤교육책임자는 취업 및 진로교육, 정보제공에 있어서 장애인의 능력과 특성에 맞는 진로교육 및 정보를 제공하여야 한다.

⑥교육책임자 및 교직원은 교육기관에 재학 중인 장애인 및 장애인 관련자, 특수교육 교원, 특수교육보조원, 장애인 관련 업무 담당자를 모욕하거나 비하하여서는 아니 된다.

⑦교육책임자는 장애인의 입학 지원 시 장애인 아닌 지원자와 달리 추가 서류, 별도의 양식에 의한 지원 서류 등을 요구하거나, 장애인만을 대상으로 한 별도의 면접이나 신체검사, 추가 시험 등(이하 "추가서류 등"이라 한다)을 요구하여서는 아니 된다. 다만, 추가서류 등의 요구가 장애인의 특성을 고려한 교육시행을 목적으로 함이 명백한 경우에는 그러하지 아니하다.

⑧국가 및 지방자치단체는 장애인에게 「특수교육진흥법」 제5조제1항에 따른 교육을 실시하는 경우, 정당한 사유 없이 해당 교육과정에 정한 학업시수를 위반하여서는 아니 된다.

제14조 (정당한 편의제공 의무) ①교육책임자는 당해 교육기관에 재학 중인 장애인의 교육활동에 불이익이 없도록 다음 각 호의 수단을 적극적으로 강구하고 제공하여야 한다.

1. 장애인의 통학 및 교육기관 내에서의 이동 및 접근에 불이익이 없도록 하기 위한 각종 이동용 보장구의 대여 및 수리
2. 장애인 및 장애인 관련자가 필요로 하는 경우 교육보조인력의 배치
3. 장애로 인한 학습 참여의 불이익을 해소하기 위한 확대 독서기, 보청기기, 높낮이 조절용 책상, 각종 보완·대체 의사소통 도구 등의 대여 및 보조견의 배치나 휠체어의 접근을 위한 여유 공간 확보
4. 시·청각 장애인의 교육에 필요한 수화통역, 문자통역(속기), 점자자료, 자막, 큰 문자자료, 화면낭독·확대프로그램, 보청기기, 무지점자단말기, 인쇄물음성변환출력기를 포함한 각종 장애인보조기구 등 의사소통 수단
5. 교육과정을 적용함에 있어서 학습진단을 통한 적절한 교육 및 평가방법의 제공
6. 그 밖에 장애인의 교육활동에 불이익이 없도록 하는 데 필요한 사항으로서 대통령령으로 정하는 사항

②교육책임자는 제1항 각 호의 수단을 제공하는 데 필요한 업무를 수행하기 위하여 장애학생지원부서 또는 담당자를 두어야 한다.

③제1항을 적용함에 있어서 그 적용대상 교육기관의 단계적 범위와 제2항에 따른 장애학생지원부서 및 담당자의 설치 및 배치, 관리·감독 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

입법례(국내) 2.3-3 : 장애인 등에 대한 특수교육법

제4조 (차별의 금지) ① 각급학교의 장 또는 대학(「고등교육법」 제2조에 따른 학교를 말한다. 이하 같다)의 장은 특수교육대상자가 그 학교에 입학하고자 하는 경우에는 그가 지닌 장애를 이유로 입학의 지원을 거부하거나 입학전형 합격자의 입학을 거부하는 등 교육기회에 있어서 차별을 하여서는 아니 된다.

② 국가, 지방자치단체, 각급학교의 장 또는 대학의 장은 다음 각 호의 사항에 관하여 장애인의 특성을 고려한 교육시행을 목적으로 함이 명백한 경우 외에는 특수교육대상자 및 보호자를 차별하여서는 아니 된다.

1. 제28조에 따른 특수교육 관련서비스 제공에서의 차별
2. 수업참여 배제 및 교내외 활동 참여 배제
3. 개별화교육지원팀에의 참여 등 보호자 참여에서의 차별
4. 대학의 입학전형절차에서 장애로 인하여 필요한 수험편의의 내용을 조사·확인하기 위한 경우 외에 별도의 면접이나 신체검사를 요구하는 등 입학전형 과정에서의 차별

입법례(국외) 2.3-1 : 영국의 장애차별금지법(DDA)

Sec. 28A. 장애 학생(pupils)에 대한 차별

1. 학교 교육 담당자가 장애 학생에 대하여 다음과 같은 차별을 하는 것은 위법이다.

ⅰ) 해당 학교의 입학 허가 결정을 내리는 일련의 과정에서 장애학생을 차별하는 경우

ⅱ) 해당 학교의 입학 조건에 있어서 장애학생을 차별하는 경우

ⅲ) 해당 학교의 입학 허가 신청을 거절하거나 의도적으로 회피하는 경우

2. 학교교육 담당자가 '교육 및 관련 서비스(education and associated services)'를 제공하는데 있어 장애학생을 차별하는 하는 것은 위법이다.

(a) '교육 및 관련 서비스'는 학교생활의 모든 측면을 지칭하는 포괄적 개념이다. 예를 들어, 커리큘럼, 수업방식, 교실 배치, 시간표, 과제물, 학교 시설 접근성, 체육, 학교 클럽활동, 수학여행, 현장 수업 등을 모두 포함한다.

(b) Code of practice는 장애학생에 대한 학교 당국의 차별 대우가 부모와 학교 간에 써진 서약 혹은 동의서에 의해 이루어진 행위라고 주장한다 할지라도, DDA에서 명시된 위법적 차별에 속하는 경우 학교 당국은 해당 조치가 그 정당성을 확보하지 못한다고 명시하고 있다. 이와 관련된 좋은 사례는 다음과 같다.

3. (생략)

4. 학교교육 담당자가 장애학생을 해당 학교로부터 영구히 혹은 일시적으로 배제시키는 것은 위법이다.

입법례(국외) 2.3-2 : UN 국제장애인권리협약

제24조 교육

1. 당사국은 교육에 대한 장애인의 권리를 인정한다. 당사국은 차별 없이 그리고 동등한 기회에서 이러한 권리를 실현하기 위하여 모든 단계에서의 통합교육체제와 평생교육을 다음과 같은 방향으로 보장한다.

(a) 인간의 잠재성, 존엄성 및 자아 가치에 대한 개발과 기본적 자유와 인간의 다양성에 대한 존중의 강화

(b) 가능한 최대한도로 장애인의 정신적·신체적 능력뿐 아니라 그들의 인성, 재능 및 창의성의 개발
(c) 장애인이 자유 사회에 효과적으로 참여토록 할 것
2. 이러한 권리를 실현하는 데 있어서 당사국은 다음을 보장한다.
(a) 장애인은 장애를 이유로 일반교육체제에서 배제되지 않으며, 장애 아동이 장애를 이유로 무상의 의무 초등 교육 및 중등 교육에서 배제되지 않는다.
(b) 장애인은 그들이 사는 지역사회에서, 다른 사람들과 동등한 기초 위에서, 통합적이고 양질의 무상 초등 교육 및 중등 교육에 접근할 수 있다.
(c) 개별적인 요구조건에 따른 합리적인 편의가 제공된다.
(d) 장애인은 일반 교육체제 내에서 효과적인 교육을 촉진하는 데 필요한 지원을 받는다.
(e) 효과적인 개별화된 지원들은 완전한 통합이라는 목표에 부합하여 학문 및 사회 개발을 최대화 시키는 환경 내에서 제공된다.
3. 당사국은 장애인이 지역사회 구성원으로서 완전하고 평등한 교육 참여를 촉진하기 위한 생활 및 사회 개발 기술을 학습할 수 있도록 한다. 이를 위해서 당사국은 다음을 포함한 적절한 조치를 취한다.
(a) 점자, 대체 문자, 보완적이고 대안적인 방식, 의사소통 수단 및 형식, 적응 및 이동기술에 대한 학습의 장려와 동료집단의 지원 및 멘토링을 장려
(b) 수화 학습과 청각장애인 공동체의 언어 정체성의 증진을 장려
(c) 시각, 청각, 또는 시청각 장애를 가진 장애인, 그 중에서도 특히 아동에 대한 교육은 개인에게 가장 적절한 언어형태와 의사소통의 방식 및 수단을 통해 그리고 학문 및 사회 개발을 최대화 시키는 환경에서 제공되도록 보장
4. 당사국은 이러한 권리의 실현을 돕기 위하여 장애가 있는 교사를 포함하여 수화 그리고/또는 점자를 사용할 수 있는 교사의 채용과 각 교육단계별 전문가 및 직원의 훈련을 위한 적절한 조치를 취한다. 이러한 훈련은 장애에 대한 인식과 적절하고 보완적이며 대안적인 의사소통의 방식, 수단, 그리고 형식과 교육기술 및 장애인을 지원하기 위한 교재의 사용이 통합적으로 이루어져야 한다.
5. 당사국은 장애인들이 차별 없이 그리고 다른 사람들과 동등한 기초위에 제3차 교육, 직업훈련, 성인교육 및 평생교육에 접근할 수 있도록 보장한다. 이를 위해 당사국은 장애인에게 합리적인 편의제공을 보장한다.

사례 2.3-1 : **특수교육대상자 특별전형 지원자격**
피진정인 대학이 특수교육진흥법 제10조 제1항에 정한 장애 종류 가운데 특정 장애 종류에 대하여서만 특수교육대상자 특별전형의 지원자격을 부여한 것은 이 밖의 장애를 가진 장애인을 교육 시설 이용에서 차별한 행위임을 인정하고, 피진정인에게 특수교육진흥법에 의거, 시각·청각·지체부자유 장애인 외의 장애인에 대해서도 특수교육대상자 특별전형의 지원자격을 부여할 것을 권고한 사례 <인권위 2004. 2. 16. 03진차27 결정>

(1) 장애인, 장애 아동에게 비장애인, 비장애 아동과 동일한 교육의 기회를 제공하지 않는 것은 차별이다.

(1.1) 장애인에게 비장애인과 동일한 의무교육과 무상교육을 실시하지 않거나 이를 거

부하는 행위
(1.2) 장애인의 장애를 이유로 입학, 편입, 전학을 거부하는 행위
(1.3) 장애인의 장애로 인한 학업상의 어려움을 자퇴사유로 한 각서 또는 이와 유사한 약속, 계약 등을 강요하는 행위
(1.4) 면접, 신체검사 등을 장애인에게만 강요하거나 이를 실시하는 행위

(2) 장애인에게 편의시설의 설치, 수화통역사의 배치, 자원봉사자의 배치 등 합리적인 편의를 제공하지 않거나 이를 거부하는 것은 차별이다.

(2.1) 장애인에게 편의시설 등이 없다는 이유로 입학, 편입, 전학을 거부하는 행위
(2.2) 장애인에게 편의시설, 자원봉사자의 배치 등 합리적인 편의제공을 학교에 요구하지 않을 것을 강요하는 행위
(2.3) 장애인 또는 장애인의 보호자가 합리적인 편의제공을 요구했을 때 이를 거부하는 행위
(2.4) 장애인이 입학, 편입, 전학을 했을 때, 합리적인 편의제공을 하지 않거나 무시하는 행위

사례 2.3(2)-1 : **통학버스 운행과 장애를 이유로 한 교육시설의 이용 차별**
공립특수학교인 ○○학교가 통학버스를 운행하면서 장애학생들을 집 근처가 아닌 집에서 7~30킬로미터나 멀리 떨어진 곳에서 승하차시키는 것은, 비장애학생들과 달리 장애학생들은 독립적으로 해당 거리를 무사히 걸어서 귀가하는 것을 기대하기 어려운 점 등에 비추어볼 때, 장애학생에게 비장애학생들과 실질적으로 동등한 교육환경의 조건을 제공하는, 적절한 편의제공이라고 볼 수 없는바, 이는 장애인에 대한 차별에 해당함. 따라서 해당 도교육감에게, ○○학교에 등하교하는 장애학생들의 교육학습권이 실효성 있게 보장되도록 현재의 통학버스 운송시스템을 개선할 것을 권고함. <인권위 2006. 12. 10.자 06진차411 결정>

사례 2.3(2)-2 : **한센병력자에 대한 방문교육 거부**
장애인 가정을 방문하여 정보화교육을 실시하는 방문 정보화교육사업의 목적은 그동안 정보화사회에서 배제되었던 장애인들의 정보접근성 및 정보활용능력을 향상시키기 위한 것이고, 피해자인 한센병력자도 해당 교육을 받을 자격이 있으며, 피해자의 한센병은 현재 활동성 임상증후군이 소실되고 해당 증상의 진행이 정지된, 전염력이 없는 상태임을 종합해 볼 때, 교육강사가 한센병력을 이유로 피해자에게 교육을 실시하기를 거부한 것과 해당 교육사업의 주관기관인 피진정인 기관이 그에 대해 예방조치를 게을리 한 것은 피해자의 평등하게 교육받을 권리 및 인간존엄성을 침해한 것으로 판단되므로, 피진정인에게, 장애인 방문 정보화교육사업 실시과정에서 한센병력자에 대한 편견을 제거하고 차별을 방지하기 위해 강사 교육 등 재발방지 조치를 취할 것을 권고함. <인권위 2005. 7. 19.자 04진차355 결정>

사례 2.3(2)-3 : **청각장애학생의 학습권과 장애를 이유로 한 교육시설의 이용 차별**
「헌법」 제11조의 평등권에 입각하여 청각장애학생의 학습권은 비장애학생의 학습권과 동등하게 보장되어야 하는바, 이에 따라 방송통신대학교는 청각장애학생들이 출석수업 시 강의 내용에 충분히 접근할 수 있도록 과도한 재정적 부담이 되지 않는 한 그들에게 수화통역이나 문

자통역을 지원해주어야 함에도 불구하고 그러하지 아니 한 것은 평등권 침해의 차별행위에 해당함. 따라서 방송통신대학교 총장에게, 청각장애학생들의 출석수업 시 이들의 학습권이 보장되도록 수화통역이나 문자통역 등 적절한 편의조치를 제공할 것을 권고함. <인권위 2006. 12. 22.자 06진차409 결정>

사례 2.3(2)-4 : **지적장애를 가진 장애학생을 학교 활동에서 배제**(Buniak v. Jenny Hammond Primary School)(영국)
학습장애와 발달지체장애를 가진 진정인의 아들은 일반학교에 다니고 있으나, 크리스마스 연극, 조회, 수학여행 등과 같은 학교활동의 많은 영역에서 배제되어 왔고, 학교 측은 그러한 학교활동이 해당 장애학생에게 아무런 도움이 안 될 뿐 아니라, 그 학생이 다른 학생들을 방해할 것이라고 생각하여 왔다. 이 사건은 장애학생들이 때때로 일반학교에서 완전 참여를 하지 못하고 배제되고 있는 사실을 잘 보여주는데, 행동장애로 인하여 특정한 활동으로부터 일시적 배제가 생길 수 있다는 것은 정당한 근거가 될 수 있지만, 그러한 조치가 장애를 가졌다는 이유로 상황적 고려 없이 일괄적으로 배제하는 것으로 오도되어서는 안 된다. 심의 결과, 진정인과 진정인의 아들은 학교로부터 사과를 받았으며, 해당 학교는 장애학생들에 대한 학교 정책을 바꾸고 관련 직원을 채용해야 한다는 시정 명령을 받았다. 또한 학교 책임자 및 직원들은 장애평등 훈련 프로그램에 참여해야 한다는 명령을 받았다.

2.4 사법·행정절차 및 서비스와 참정권

입법례(국내) 2.4-1 : 장애인차별금지법 제4절
제26조 (사법·행정절차 및 서비스 제공에 있어서의 차별금지) ①공공기관 등은 장애인이 생명, 신체 또는 재산권 보호를 포함한 자신의 권리를 보호·보장받기 위하여 필요한 사법·행정절차 및 서비스 제공에 있어 장애인을 차별하여서는 아니 된다.
②공공기관 및 그 소속원은 사법·행정절차 및 서비스의 제공에 있어서 장애인에게 제4조제1항제1호·제2호 및 제4호부터 제6호까지에서 정한 행위를 하여서는 아니 된다.
③공공기관 및 그 소속원은 직무를 수행하거나 권한을 행사함에 있어서 다음 각 호에 해당하는 차별행위를 하여서는 아니 된다.
1. 허가, 신고, 인가 등에 있어 장애인을 정당한 사유 없이 장애를 이유로 제한·배제·분리·거부하는 경우
2. 공공사업 수혜자의 선정기준을 정함에 있어서 정당한 사유 없이 장애인을 제한·배제·분리·거부하거나 장애를 고려하지 아니한 기준을 적용함으로써 장애인에게 불리한 결과를 초래하는 경우
④공공기관 및 그 소속원은 사법·행정절차 및 서비스를 장애인이 장애인 아닌 사람과 실질적으로 동등한 수준으로 이용할 수 있도록 제공하여야 하며, 이를 위하여 정당한 편의를 제공하여야 한다.
⑤공공기관 및 그 소속원은 장애인이 사법·행정절차 및 서비스에 참여하기 위하여 장애인 스스로 인식하고 작성할 수 있는 서식의 제작 및 제공 등 정당한 편의 제공을 요구할 경우 이

를 거부하거나 임의로 집행함으로써 장애인에게 불이익을 주어서는 아니 된다.

⑥사법기관은 장애인이 형사 사법 절차에서 보호자, 변호인, 통역인, 진술보조인 등의 조력을 받기를 신청할 경우 정당한 사유 없이 이를 거부하여서는 아니 되며, 조력을 받을 권리가 보장되지 아니한 상황에서의 진술로 인하여 형사상 불이익을 받지 아니하도록 필요한 조치를 하여야 한다.

⑦사법기관은 장애인이 인신구금·구속 상태에 있어서 장애인 아닌 사람과 실질적으로 동등한 수준의 생활을 영위할 수 있도록 정당한 편의 및 적극적인 조치를 제공하여야 한다.

⑧제4항부터 제7항까지의 규정에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제27조 (참정권) ①국가 및 지방자치단체와 공직선거후보자 및 정당은 장애인이 선거권, 피선거권, 청원권 등을 포함한 참정권을 행사함에 있어서 차별하여서는 아니 된다.

②국가 및 지방자치단체는 장애인의 참정권을 보장하기 위하여 필요한 시설 및 설비, 참정권 행사에 관한 홍보 및 정보 전달, 장애의 유형 및 정도에 적합한 기표방법 등 선거용 보조기구의 개발 및 보급, 보조원의 배치 등 정당한 편의를 제공하여야 한다.

③공직선거후보자 및 정당은 장애인에게 후보자 및 정당에 관한 정보를 장애인 아닌 사람과 동등한 정도의 수준으로 전달하여야 한다.

사례 2.4-1 : **자막 또는 수화통역**

공직선거및선거부정방지법에 청각장애선거인을 위하여 자막 또는 수화통역을 임의적으로 방영할 수 있도록 한 규정이 청각장애인의 평등권을 침해할 우려가 있으므로, 동 규정을 의무규정으로 개정할 필요가 있다는 의견을 표명한 사례 <인권위 2004. 10. 25. 04진차115 결정>

사례 2.4-2 : **투표 시설미비와 장애인의 참정권 침해**

2000년 제16대 총선에서 투표소가 2층에 설치돼 선거권을 행사하지 못한 중증장애인 8명이 국가를 상대로 손해배상청구소송을 제기하였고, 원고 중 ○○○씨에게 국가의 손해배상책임이 인정됨으로써 국가에 참정권 보장의 의무가 있다는 판결을 이끌어 낸 사례[서울지법 2001. 3. 21. 선고 2000가단146549 판결, 항소심 서울지법 2002. 1. 6. 선고 2001나25718 판결(일부승소), 대법원 2002. 5. 31. 선고 2002다4375 판결(상소 기각)]

(1) 장애를 이유로 장애인이 비장애인과 동일하게 선거에 참여할 수 없도록 합리적인 편의 제공을 거부하는 것은 차별이다.

(1.1) 청각장애인에게 선거일의 공고 등 정보제공을 거부하는 행위

(1.2) 시각장애인에게 점자로 된 안내문, 후보자 안내문, 후보자 안내문 등의 제공을 거부하는 행위

(1.3) 투표소, 기표소의 편의시설의 설치를 거부하는 행위

(2) 장애인의 장애를 이유로 선거에 입후보할 수 없도록 하거나 이를 거부하는 행위

사례 2.4(2)-1 : **점자선거공보의 매수 및 무게를 일반 선거공보와 동일하게 규정하는 관련 법**

규정이 시각장애인의 평등권을 침해하는 것인지 여부(적극)
동일 내용의 묵자를 점자로 옮길 경우 점자는 일반적으로 묵자의 약 3배 분량의 지면이 소요되고 종이가 얇을 경우 글씨가 지워지는 등 가독성의 문제가 있어 120g/㎡이상의 종이를 사용하고 있는바, 일반 선거공보와 동일하게 점자선거공보의 매수를 제한하고 무게를 120g/㎡으로 제한하고 있는 현행 법률은 타당성이 없어 시각장애인에 대한 평등권을 침해한 행위로 판단되므로, 중앙선거관리위원장 및 국회의장에게, 「공직선거 및 선거부정방지법」 제65조 선거공보 매수 제한규정에 대해 점자선거공보를 예외로 하는 규정을 신설할 것과, 중앙선거관리위원장에게, 「공직선거관리규칙」 제30조 점자선거공보의 무게를 제한하고 있는 부분을 개정할 것을 권고한 사례(인권위 2005. 3. 28.자 04진기95 결정)

2.5 모·부성권, 성 등

(1) 장애인의 남성 또는 여성으로서의 원리 또는 성에 대한 권리를 빼앗거나 무시하는 것은 차별이다.

(2) 여성장애인에게 장애를 이유로 결혼, 임신, 출산, 육아에 대한 권리를 제한하거나 빼앗는 것은 차별이다.

(2.1) 여성장애인에게 본인의 의사와 반하여 불임을 강요하는 행위
(2.2) 여성장애인에게 본인의 의사와 반하여 의사의 진단이나 권고 없이 낙태를 강요하는 행위

입법례(국내) 2.5-1 : 장애인차별금지법 제5절
제5절 모·부성권, 성 등
제28조 (모·부성권의 차별금지) ①누구든지 장애인의 임신, 출산, 양육 등 모·부성권에 있어 장애를 이유로 제한·배제·분리·거부하여서는 아니 된다.
②입양기관은 장애인이 입양하고자 할 때 장애를 이유로 입양할 수 있는 자격을 제한하여서는 아니 된다.
③교육책임자 및 「영유아보육법」에 따른 보육시설 및 그 종사자와 「아동복지법」에 따른 아동복지시설 및 그 종사자 등은 부모가 장애인이라는 이유로 그 자녀를 구분하거나 불이익을 주어서는 아니 된다.
④국가 및 지방자치단체에서 직접 운영하거나 그로부터 위탁 혹은 지원을 받아 운영하는 기관은 장애인의 피임 및 임신·출산·양육 등에 있어서의 실질적인 평등을 보장하기 위하여 관계법령으로 정하는 바에 따라 장애유형 및 정도에 적합한 정보·활동보조 서비스 등의 제공 및 보조기기·도구 등의 개발 등 필요한 지원책을 마련하여야 한다.
⑤국가 및 지방자치단체는 임신·출산·양육 등의 서비스 제공과 관련하여 이 법에서 정한 차별행위를 하지 아니하도록 홍보·교육·지원·감독하여야 한다.
제29조 (성에서의 차별금지) ①모든 장애인의 성에 관한 권리는 존중되어야 하며, 장애인은 이

를 주체적으로 표현하고 향유할 수 있는 성적 자기결정권을 가진다.
②가족·가정 및 복지시설 등의 구성원은 장애인에 대하여 장애를 이유로 성생활을 향유할 공간 및 기타 도구의 사용을 제한하는 등 장애인이 성생활을 향유할 기회를 제한하거나 박탈하여서는 아니 된다.
③국가 및 지방자치단체는 장애인이 성을 향유할 권리를 보장하기 위하여 관계 법령에서 정하는 바에 따라 필요한 지원책을 강구하고, 장애를 이유로 한 성에 대한 편견·관습, 그 밖의 모든 차별적 관행을 없애기 위한 홍보·교육을 하여야 한다.

입법례(국내) 2.5-2 : 국가인권위원회법 제2조
4. "평등권침해의 차별행위"라 함은 합리적인 이유 없이 … 장애 … 병력 등을 이유로 한 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다. 다만, … (중략) …
라. 성희롱 행위

2.6 가족·가정·복지시설, 건강권 등

입법례(국내) 2.6-1 : 장애인차별금지법 제2장
제6절 가족·가정·복지시설, 건강권 등
제30조 (가족·가정·복지시설 등에서의 차별금지) ①가족·가정 및 복지시설 등의 구성원은 장애인의 의사에 반하여 과중한 역할을 강요하거나 장애를 이유로 정당한 사유 없이 의사결정과정에서 장애인을 배제하여서는 아니 된다.
②가족·가정 및 복지시설 등의 구성원은 정당한 사유 없이 장애인의 의사에 반하여 장애인의 외모 또는 신체를 공개하여서는 아니 된다.
③가족·가정 및 복지시설 등의 구성원은 장애를 이유로 장애인의 취학 또는 진학 등 교육을 받을 권리와 재산권 행사, 사회활동 참여, 이동 및 거주의 자유(이하 이 항에서 "권리 등"이라 한다)를 제한·박탈·구속하거나 권리 등의 행사로부터 배제하여서는 아니 된다.
④가족·가정의 구성원인 자 또는 구성원이었던 자는 자녀 양육권과 친권의 지정 및 면접교섭권에 있어 장애인에게 장애를 이유로 불리한 합의를 강요하거나 그 권리를 제한·박탈하여서는 아니 된다.
⑤복지시설 등의 장은 장애인의 시설 입소를 조건으로 친권포기각서를 요구하거나 시설에서의 생활 중 가족 등의 면접권 및 외부와의 소통권을 제한하여서는 아니 된다.
제31조 (건강권에서의 차별금지) ①의료기관 등 및 의료인 등은 장애인에 대한 의료행위에 있어서 장애인을 제한·배제·분리·거부하여서는 아니 된다.
②의료기관 등 및 의료인 등은 장애인의 의료행위와 의학연구 등에 있어 장애인의 성별, 장애의 유형 및 정도, 특성 등을 적극적으로 고려하여야 하며, 의료행위에 있어서는 장애인의 성별 등에 적합한 의료 정보 등의 필요한 사항을 장애인 등에게 제공하여야 한다.
③공공기관은 건강과 관련한 교육 과정을 시행함에 있어서 필요하다고 판단될 경우 장애인의 성별 등을 반영하는 내용을 포함하여야 한다.

④국가 및 지방자치단체는 선천적·후천적 장애 발생의 예방 및 치료 등을 위하여 필요한 시책을 추진하여야 하며, 보건·의료 시책의 결정과 집행과정에서 장애인의 성별 등을 고려하여야 한다.

가. 생활시설

(1) 장애인의 장애를 이유로 두발, 의상 등의 자유를 제한하거나 특정한 형태를 강요하는 것은 차별이다.

(2) 법적으로 성인인 장애인의 이성교제, 성적 행위를 제한하거나 금지하는 것은 차별이다.

(3) 장애인의 외출에 대하여 합리적인 이유 없는 제한이나 금지는 차별이다.

(4) 장애인의 통신에 대한 검열이나 제한 또는 금지는 차별이다.

나. 의료 및 재활

(1) 장애인에게 필요한 재활, 의료서비스를 제공하지 않거나 이를 거부하는 것은 차별이다.

(2) 장애발생 예방을 위한 검사, 치료, 교육을 제공하지 않거나 이를 거부하는 것은 차별이다.

(3) 장애인에게 시민과 동일한 의료 서비스를 제공하지 않는 것은 차별이다.

2.7 괴롭힘(harassment)

괴롭힘이란, 집단따돌림, 방치, 유기, 괴롭힘, 희롱, 학대, 금전적 착취, 성적 자기결정권 침해 등의 방법으로 장애인/병력인에게 가해지는 신체적·정신적·정서적·언어적 행위를 통해, 장애인/병력인의 존엄성을 해하거나, 장애인/병력인에 대한 위협적, 적대적, 모멸감을 주는 환경을 조성하는 것을 말한다.

입법례(국내) 2.7-1 : 장애인차별금지법
제3조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.
20. "괴롭힘 등"이라 함은 집단따돌림, 방치, 유기, 괴롭힘, 희롱, 학대, 금전적 착취, 성적 자기결정권 침해 등의 방법으로 장애인에게 가해지는 신체적·정신적·정서적·언어적 행위를 말한다.

제32조 (괴롭힘 등의 금지) ①장애인은 성별, 연령, 장애의 유형 및 정도, 특성 등에 상관없이 모든 폭력으로부터 자유로울 권리를 가진다.
②괴롭힘 등의 피해를 당한 장애인은 상담 및 치료, 법률구조, 그 밖에 적절한 조치를 받을 권리를 가지며, 괴롭힘 등의 피해를 신고하였다는 이유로 불이익한 처우를 받아서는 아니 된다.
③누구든지 장애를 이유로 학교, 시설, 직장, 지역사회 등에서 장애인 또는 장애인 관련자에게 집단따돌림을 가하거나 모욕감을 주거나 비하를 유발하는 언어적 표현이나 행동을 하여서는 아니 된다.
④누구든지 장애를 이유로 사적인 공간, 가정, 시설, 직장, 지역사회 등에서 장애인 또는 장애인 관련자에게 유기, 학대, 금전적 착취를 하여서는 아니 된다.
⑤누구든지 장애인의 성적 자기결정권을 침해하거나 수치심을 자극하는 언어표현, 희롱, 장애상태를 이용한 추행 및 강간 등을 행하여서는 아니 된다.
⑥국가 및 지방자치단체는 장애인에 대한 괴롭힘 등을 근절하기 위한 인식개선 및 괴롭힘 등 방지 교육을 실시하고 적절한 시책을 강구하여야 한다.

입법례(국외) 2.7-1 : 영국의 장애차별금지법(DDA)
Sec. 3B. 희롱(harassment)에 대한 의미
1. 다음과 같은 목적으로, 혹은 다음과 같은 효과를 발생시키는 행위에 가담하는 것은 장애인을 희롱하는 것이다.
ⅰ) 장애인의 존엄성을 해하는 것 또는
ii) 장애인에 대한 위협적, 적대적, 모멸감을 주는 환경을 조성하는 것
2. (특정 개인에 대한 것이 아니라 할지라도 또는 고의적이 아니라 할지라도) 모든 상황을 고려하여 볼 때, 특히 장애인에 대한 인식에 있어서, 본 section의 1의 ⅰ)과 ii)의 효과를 발생하는 행위도 장애인에 대한 희롱으로 간주되어야 한다.

입법례(국외) 2.7-2 : 유럽연합(EU) 고용차별을 제거하기 위한 기본적 규범틀('Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation' 제2000-78호 지침)
Article 2: 차별에 대한 정의
3. 다음과 같은 목적으로, 혹은 다음과 같은 효과를 발생시키는 행위는 장애인을 희롱(harassment)하는 것이며, 이는 장애인에 대한 차별의 한 형태로 간주되어야 한다.
ⅰ) 장애인의 존엄성을 해하는 것
ii) 장애인에 대한 위협적, 적대적, 모멸감을 주는 환경을 조성하는 것

입법례(국외) 2.7-3 : 호주의 장애인차별금지법(DDA)
Part 3. 괴롭힘(harassment)을 포함한 차별
Sec. 35. 고용에서의 괴롭힘

A. 장애와 관련하여 다음의 사람을 괴롭히는 것을 위법으로 본다.
1. 근로자이며
2. 장애를 가진 사람
B. 장애와 관련하여 다음의 사람을 괴롭히는 것을 위법으로 본다.
1. 차별행위자를 고용한 사람의 근로자이며
2. 장애를 가진 사람
C. 장애와 관련하여 다음의 사람을 괴롭히는 것을 위법으로 본다.
1. 차별행위자에 의한 고용이나 사용자에 의한 고용을 원하며
2. 장애를 가진 사람
D. 장애와 관련하여 다음의 사람을 괴롭히는 것을 위법으로 본다.
1. 차별행위자의 위탁대리인이나 계약 근로자이며
2. 장애를 가진 사람
E. 장애와 관련하여 다음의 사람을 괴롭히는 것을 위법으로 본다.
1. 위법 행위자를 위탁대리인이나 계약직 근로자로 고용한 사람의 위탁 대리인이나 계약직 근로자이며
2. 장애를 가진 사람
F. 장애와 관련하여 다음의 사람을 괴롭히는 것을 위법으로 본다.
1. 위법 행위자 또는 그를 위탁대리인이나 계약직 근로자로 고용한 사람의 위탁 대리인이나 계약직 근로자가 되기를 원하며
2. 장애를 가진 사람
Sec. 36. 고용에서의 괴롭힘: 장애인 측근
A. 장애와 관련하여 다음의 사람을 괴롭히는 것을 위법으로 본다.
1. 근로자이며
2. 장애인 측근을 가진 사람
B. 장애와 관련하여 다음의 사람을 괴롭히는 것을 위법으로 본다.
1. 위법 행위자에 의해 고용된 사람의 근로자이며
2. 장애인 측근을 가진 사람
C. 장애와 관련하여 다음의 사람을 괴롭히는 것을 위법으로 본다.
1. 차별행위자에 의한 고용이나 그 사용자에 의한 고용을 원하며
2. 장애인 측근을 가진 사람
D. 장애와 관련하여 다음의 사람을 괴롭히는 것을 위법으로 본다.
1. 위법행위자의 위탁대리인이나 계약직 근로자이며
2. 장애인 측근을 가진 사람
F. 장애와 관련하여 다음의 사람을 괴롭히는 것을 위법으로 본다.
1. 차별행위자를 위탁대리인이나 계약직 근로자로 고용한 사람의 위탁 대리인이나 계약직 근로자이며
2. 장애인 측근을 가진 사람
G. 장애와 관련하여 다음의 사람을 괴롭히는 것을 위법으로 본다.
1. 차별행위자나 또는 그를 위탁대리인이나 계약직 근로자로 고용한 사람의 위탁대리인이나 계약직 근로자가 되기를 원하며

2. 장애인 측근을 가진 사람
Sec. 37. 교육에서의 괴롭힘
교육기관의 근로자인 사람이 장애와 관련하여 다음의 사람을 괴롭히는 것을 위법으로 본다.
A. 해당 교육기관의 학생이거나 학생으로서 입학하기를 원하며
B. 장애를 가진 사람
Sec. 38. 교육에서의 괴롭힘: 장애인 측근
교육기관의 근로자인 사람이 장애와 관련하여 다음의 사람을 괴롭히는 것을 위법으로 본다.
A. 해당 교육기관의 학생이거나 학생으로서 입학하기를 원하며
B. 장애인 측근을 가진 사람
Sec. 39. 재화 및 서비스 제공과 관련된 괴롭힘
재화와 서비스를 제공하거나 시설을 운영(사용료를 지불해야 하든 아니든)하는 사람이 장애와 관련하여 다음의 사람을 괴롭히는 것을 위법으로 본다.
A. 재화나 서비스를 원하거나 시설 이용을 원하며
B. 장애를 가진 사람
Sec. 40. 재화 및 서비스 제공과 관련된 괴롭힘: 장애인 측근
재화와 서비스를 제공하거나 시설을 운영(사용료를 지불해야 하든 아니든)하는 사람이 장애와 관련하여 다음의 사람을 괴롭히는 것을 위법으로 본다.
A. 재화나 서비스를 원하거나 시설 이용을 원하며
B. 장애인 측근을 가진 사람

가상 사례 2.7-1 : **흉내 또는 농담**
회사직원 A는 회식 자리에서 언어장애인을 흉내 내거나 그와 관련된 농담의 이메일을 동료 직원에게 보내곤 한다. 뇌성마비를 가지고 있는 여성장애인 B는 자신의 장애(구강 근육문제)로 인하여 말을 또렷하게 하는데 많은 어려움을 겪고 있다. 동료직원 A의 행동은 장애인 B로 하여금 수치심을 유발하곤 하여, B는 동료직원 A에게 언어장애인에 대한 농담을 하지 말 것을 요구하였다. 직원 A는 자신은 언어장애인 뿐만 아니라 여러 사람의 행동을 흉내 내면서 농담하는 것을 좋아하는 성격이니 너무 심각하게 받아들이지 말아달라고 하였다. 설령 해당 장애인을 두고 고의적으로 행해진 것이 아니라 할지라도 여러 상황들을 고려하여 볼 때 회사 직원 A의 행위는 장애인에 대한 희롱이라고 간주되어야 한다.

가상 사례 2.7-2 : **흉내 또는 비웃음**
뇌성마비를 가진 여성장애인 A에 대하여 직장 동료들은 종종 느림보라고 부르거나 걷는 모습을 흉내 내며 웃곤 한다. 그 직장 동료들이 그러한 행위를 하는 시점에 장애인 A가 그 자리에 있었느냐에 관계없이(즉, 해당 장애인이 직접적으로 어떤 영향을 받았는가에 상관없이) 이는 희롱이며, 여성장애인 A에 대한 위법적 차별로 간주한다. 왜냐하면 그것은 장애인을 비하하려는 의도를 가지고 이루어진 행위이기 때문이다.

(1) 괴롭힘에는 집단따돌림, 방치, 유기, 괴롭힘, 희롱, 학대, 금전적 착취, 성적 자기결정권

침해 등의 방법뿐만 아니라 협박, 폭행 등 형사적으로 처벌될 수 있는 행위 등 장애인에게 가해지는 신체적·정신적·정서적·언어적 행위가 포함된다.

(2) 괴롭힘과 관련된 행위는 위법한 차별이다. 여기에서 괴롭힘과 관련된 행위가 해당 병력인/장애인에게 직접적인 영향을 주었느냐 그렇지 않으냐는 중요하지 않다. 만약 병력인/장애인의 존엄성을 해치거나 병력인/장애인에 대한 위협적, 적대적, 모멸감을 주는 환경을 조성하였다면, 해당 장애인에게 얼마만큼 실질적인 영향을 주었느냐에 관계없이 희롱 행위로 간주되어야 한다.

(3) 성희롱 판단지침에 논의된 내용 중 '성' 고유의 영역을 제외한 부분은 여기에도 적용될 수 있고, 여성 장애인/병력인에 대한 경우에는 '성희롱' 판단지침이 중첩적으로 적용될 수 있다.

3. 차별 예외

3.1 진정직업자격

・업무의 성격 또는 업무수행의 상황에 비추어 특정한 장애/병력의 부존재가 해당 업무의 정상적인 수행을 위해 불가결하게 요구되고 다른 수단이 존재하지 않는 경우 장애/병력의 존재를 사유로 한 차별 대우는 차별에 해당하지 않는다. ・신뢰할만한 객관적 증거에 의해 해당 업무의 정상적 수행과 특정한 장애/병력이 없을 것과의 사이에 직접적인 상관관계가 있고, 개인의 업무수행능력을 개별적으로 평가하는 것이 불가능한 경우 특정 장애인/병력인을 제한·배제·분리·거부하는 것은 진정직업자격에 해당되어 정당화 된다.

입법례(국내) 3.1-1 : 장애인차별금지법 제4조 제3항 2호 금지된 차별행위가 특정 직무나 사업 수행의 성질 상 불가피한 경우에는 정당한 사유가 있는 것으로 보아 이를 차별로 보지 아니한다.

(1) 차별예외로서의 진정직업자격은 일반적으로 엄격하게 해석되고 있다. 따라서 장애차별 예외로서의 진정직업자격 역시 엄격히 해석되어야 한다. 그렇지 않으면 차별예외의 범위가 지나치게 확대되고, 차별금지의 실효성이 없게 된다.

(2) “업무의 성격”이나 “업무수행의 상황”에 비추어 특정한 장애 없음이 해당 업무를 정상적으로 수행하기 위한 불가결한 요건으로 인정되는 경우가 있을 수 있다.

(3) 일정 수준 이상의 신체적·정신적 적합성이 요구되는 업무(특히 생명・안전과 관련된 경호, 항공기 조정, 소방 등의 업무)의 경우 장애인을 배제·제한·분리·거부하는 것이 진정직업자격과 관련이 있는지 문제된다. 해당 업무의 정상적 수행과 특정한 장애 없음 사이의 직접적 관련성에 대한 신뢰할만한 객관적인 증거(예, 의학적 증거)가 존재하고, 개인의 업무수행능력에 대한 개별적 평가가 불가능하거나 비현실적인 경우에는 진정직업자격에 해당할 수도 있을 것이다. 그러나 장애의 존재와 직무수행능력 간의 직접적 상관관계에 대한 의심이 있는 경우(예, 상반된 견해・증거의 존재, 장애에 대한 근거 없는 편견의 개입 등) 또는 개인의 직무능력에 대한 개별적 평가가 현실적으로 가능한 경우에는 그러하지 않다.
(4) 현재의 질병/장애가 근로제한 등 차별적 대우를 정당화하는 사유가 될 수도 있는데, 현행 법령에서도 장애, 질병이나 질병에 따른 전염 등을 이유로 근로를 제한하는 규정을 두고 있다(공무원채용신체검사규정 제5조, 전염병예방법 제30조 제1항, 산업안전보건법 제45조 제1항). 외국의 경우에도 미국의 장애인차별금지법(ADA)은 음식물 취급을 통해 전달되는 전염병을 지닌 자의 경우 합리적인 편의조치에 의해 제거될 수 없는 전염병이라면 음식물취급관련 업무로부터 그러한 자를 배제할 수 있고 이는 차별에 해당하지 않는다[제12113조(d)(2)]. 또한 약물의 불법적 사용 여부 테스트는 금지되지 않으며, 테스트 결과에 기초하여

사용자가 고용상의 결정을 행하더라도 차별에 해당되지 않는다[제12114조 (d)]. 다만, 이러한 사유는 전염병 등과 같은 공중의 이익이 우선되어야 할 경우나, 병력인/장애인 본인의 생명, 신체에 위험이 급증할 경우 등에 한정하여 매우 엄격하게 적용되어야 한다.

사례 3.1-1 : **B형간염 환자와 직무수행 적격 여부**
B형간염 환자라는 이유만으로 최종 합격에서 탈락시킨 것이 아니라 전문의사의 소견(B형 간염 및 간기능 저하로 내과진료 요함/불합격 판정)을 받은 후 그 결과에 따라 진정인을 건강상 직무수행의 부적격자로 보아 불합격 조치한 것은 차별이 아니라고 판단한 사례 <인권위 2003. 12. 1. 03진차585 결정>
활동성 B형간염 보유자인 진정인이 채용될 경우 맡게 될 영업직 업무의 특성상 적합하지 않다고 하는 채용기준은 피진정인이 진정인을 불합격처리하기 위하여 임시방편으로 채택한 것이 아니라 모든 지원자에 대하여 동일하게 적용된 기준이고, 피진정인은 진정인이 단지 B형간염 보유자라는 이유로 고용에서 원천적으로 배제한 것이 아니라 진정인이 채용될 경우 맡게 될 업무의 특성상 부적격자로 판단하여 불합격처리하였다면 이러한 채용기준은 경영상 필요성에 비추어 합리적일 뿐만 아니라 진정인을 불합격처리하기 위해 임시방편으로 채택된 기준도 아니므로 차별이라고 인정하기 어렵다고 판단한 사례 <인권위 2004. 2. 16. 03진차670 결정>

사례 3.1-2 : **청각장애인과 직무수행 적격 여부**
진정인은 어릴 때부터 오른쪽 귀의 청각이 좋지 않았으나 업무수행에 지장이 있을 정도가 아님에도 불구하고 신체검사에서 불합격판정을 받아 최종합격에서 탈락되었다고 주장한 사안에서, 주행 중 발생하는 소음을 검사하는 차량품질관리업무의 특성상 청력은 개인능력의 한 부분으로 평가될 수 있고, 신차를 개발할 경우 통상 2년 내지 4년 동안 각 부분별 전문가들이 주행 중 발생하는 각종 문제점을 검사하게 되는데 소음검사의 경우도 신차개발에서 상당한 부분을 차지하게 되므로 개인의 청력과 소음검사라는 업무는 상관성이 없다고 할 수 없고, 진정인이 지원한 차량품질관리팀의 업무가 차량의 미세한 소음을 관리하는 부서라면 청력은 개인의 중요한 능력의 한 부분으로 평가될 것인데 이러한 이유로 오른쪽 귀를 전혀 듣지 못하는 진정인을 채용부적격자로 판단하였다면 단지 진정인의 병력만을 이유로 채용에서 원천적으로 배제하여 차별하였다고 인정하기 어렵다고 판단한 사례 <인권위 2004. 1. 19. 03 진차66 결정>

3.2 적극적 조치

현존하는 차별을 해소·완화하기 위하여 특정 장애인/병력인 또는 해당 집단을 잠정적으로 우대하는 행위는 차별로 보지 아니한다. 실질적으로 평등해지기 위해서는 결과적으로 평등하게 대우할 필요가 있고, 결과의 평등을 위해서는 제도적 차원의 강제성을 띤 적극적인 조치를 필요로 하기 때문이다.

입법례(국내) 3.2-1 : 국가인권위원회법 제2조 4호 단서

다만, 현존하는 차별을 해소하기 위하여 특정한 사람(특정한 사람들의 집단을 포함한다. 이하 같다)을 잠정적으로 우대하는 행위와 이를 내용으로 하는 법령의 제·개정 및 정책의 수립·집행은 평등권침해의 차별행위(이하 "차별행위"라 한다)로 보지 아니한다.

입법례(국내) 3.2-2 : 장애인차별금지법 제4조 제4항

장애인의 실질적 평등권을 실현하고 장애인에 대한 차별을 시정하기 위하여 이 법 또는 다른 법령 등에서 취하는 적극적 조치는 이 법에 따른 차별로 보지 아니한다.

(1) 차별예외에 해당하는 전통적이고 일반적인 적극적 조치는 “현존하는 차별을 시정하기 위한” 차원에서 이루어지는 것이다. 현존하는 차별은 적극적 조치를 계획·실행하는 자가 과거에 행하였던 장애/병력차별 및 그 현재적 결과뿐만 아니라 적극적 조치의 실행자와는 무관하게 사회·경제적 환경 속에서 역사적으로 형성된 관행적 장애/병력차별을 포함한다. 예컨대, 장애/병력차별의 전력이 없는 사업주가 장애인/병력인의 재취업을 곤란케 하는 노동시장의 차별적 상황을 고려하여 해고로부터 장애인/병력인을 특별히 보호하거나 해고에 따른 불이익을 덜어주기 위한 우대조치를 취하는 경우 또한 차별예외로서 정당화될 수 있다.

(2) 적극적 조치는 그 대상 그룹에 속하지 않는 자들에 대한 역차별의 논란을 불러일으킬 수 있기 때문에 수단의 측면에서도 정당하여야 하나, 차별 판단과는 달리 상대적으로 융통성 있게 판단되어야 한다.

(2.1) 적극적 조치의 대상 그룹을 결정함에 있어서 장애/병력 기준 외의 다른 현실적·합리적 방법이 존재하지 않아야 한다(불가피성). 활용 가능한 자원의 한계 내에서 최대의 효과를 달성하기 위해서는 정책·조치의 대상 그룹을 결정하기 위한 기준이 필요하다. 적극적 조치의 대상 그룹에 속한 모든 자들이 장애/병력 때문에 현실적으로 불이익을 경험하는 것은 아니지만 사회적 해악·불공정을 시정함에 있어서 장애 외에 다른 현실적·합리적인 방법이 존재하지 않는다면 장애/병력에 근거한 대상 그룹의 결정은 불가피하다고 보아야 한다.

(2.2) 적극적 조치의 대상 그룹에 속하지 않는 장애인/병력인 및 비장애인/비병력인이 감수하여야 하는 피해의 정도는 적정하여야 한다(피해의 적정성). 즉, 과도한 부담으로 작용하지 않아야 한다. 피해의 적정성 여부는 적극적 조치의 목적과 그것이 적용되는 배경을 고려하여 판단하여야 하기 때문에 시대적 상황변화에 따라 유동적일 수 있다.

(2.3) 적극적 조치는 목적 달성을 위한 잠정적인 것이어야 한다(잠정성). 적용기간이 명시적으로 정해져 있는 경우 또는 명시적인 적용기간이 설정되어 있지 않더라도 추구하는 목표 도달 시에 그 시행의 종료가 예정된 경우에는 잠정적인 것으로 볼 수 있다.

(3) 차별예외로 인정될 수 있는 적극적 조치의 종류에는 공공부문에서 법령·조례 등에 근

거하여 국가·지자체 등이 시행하는 공적 성격의 적극적 조치와 민간부문에서 사업주 등 개인이 자발적으로 시행하는 사적 성격의 적극적 조치가 있을 수 있다.

(3.1) 특정 장애/병력 유형에 대한 적극적 조치를 내용으로 하는 법령의 제·개정의 경우 민간부문의 자발적인 적극적 조치와 달리 수단의 정당성을 평가함에 있어서 헌법상의 기본권을 침해하지 않는 한 완화된 심사기준을 적용할 필요가 있다. 권력분립원칙 및 입법재량을 존중하여야 하기 때문이다. 따라서 장애/병력 기준 채택의 필요성, 채택된 장애/병력 기준의 적정성, 우대수준 및 그에 따른 피해의 적정성 등에 대한 판단에서 엄격한 비례원칙을 적용하지 않고, 합리적 입법재량의 범위 내에 있다고 인정되면 그 정당성이 인정될 수 있을 것이다. 그러나 직업선택의 자유나 근로권 등과 같은 기본권에 대한 침해를 초래하는 경우에는 비례원칙에 따른 엄격심사기준이 적용되어야 할 것이다.

(4) 장애인에 대한 다음과 같은 우대조치는 차별로 보지 않는다.

(4.1) 의무고용제도

현재 '장애인고용촉진 및 직업재활법'에 의하면 국가와 지방자치단체의 장은 장애인을 소속 공무원 정원의 100분의 2 이상 고용하여야 하고(제27조 제1항), 상시 50명 이상의 근로자를 고용하는 사업주는 그 근로자의 총수의 100분의 5의 범위에서 대통령령으로 정하는 비율(의무고용률) 이상에 해당하는 장애인을 고용하여야 하며(제28조 제1항, 현재는 시행령 제24조에 100분의 2로 정함), 의무고용률에 못미치는 장애인을 고용하는 사업주는 대통령령이 정하는 바에 따라 매년 노동부장관에게 장애인 고용부담금을 납부하여야 한다(제33조 제1항). 이것은 기업이 장애인의 고용을 꺼려하거나 장애인에 대한 편견에 의해 고용이 기피될 경우를 위해서 만든 규정이며, 이러한 규정이 없을 경우 장애인에 대한 편견과 기피가 사라지지 않는 한 우리 사회의 주류를 이루고 있는 비장애인의 힘에 밀려 장애인의 취업은 불가능하게 된다. 따라서 장애인에 대한 의무고용제도는 장애인의 고용을 보장하기 위한 최소한의 규정으로서 적극적 조치에 해당하므로, 비장애인에 대한 차별로 보지 아니한다.

(4.2) 의무교육제도

현재 '장애인 등에 대한 특수교육법'에 의하면, 특수교육대상자에 대하여는 교육기본법 제8조에도 불구하고 유치원·초등학교·중학교 및 고등학교 과정의 교육은 의무교육으로 하고, 제24조에 따른 전공과와 만 3세 미만의 장애영아교육은 무상으로 하는데, 만 3세부터 만 17세까지의 특수교육대상자는 위와 같은 의무교육을 받을 권리를 가지고, 이러한 의무교육 및 무상교육에 드는 비용은 대통령령으로 정하는 바에 따라 국가 또는 지방자치단체가 부담한다(제3조). 이것은 사회경제적 약자로서 교육의 사각지대에 놓여 있는 특수교육대상자들에 대해 국가 또는 지방자치단체가 비용 등을 부담하면서 비장애인들보다 긴 기간의 의무교육을 실시함으로써 교육에 있어서의 실질적인 평등을 이룩하고 장애인들의 자아실현과 사회통합에 기여하기 위한 것이다. 이러한 의무교육제도는 장애인의 교육권을 보장하는 적극적인 조치에 해당하므로 비장애인에 대한 차별로 보지 아니한다.

(4.3) 이동통신 요금 감면 제도

현재, 전기통신사업법 시행규칙 제2조의 2 제2항 제1호에 따라 장애인복지법에 의한 장애인·장애인복지시설 및 장애인복지단체에 대하여 이동전화(가입비 면제, 기본요금 및 국내통화요금의 35% 감면), 무선호출기(기본 사용료의 30% 감면)에 대하여 등록 장애인 또는 단체 명의로 해야 한다는 전제로 개인의 경우 1회선, 단체의 경우 2회선에 한하여 요금감면 등의 혜택을 주고 있다. 이는 보편적 역무 손실보전금 산정방법 등에 관한 기준 제4조 제1항, 사업자별 이용약관에 근거하여 시행되는데, 이러한 이동통신 요금 감면 제도는 장애인의 직업능력 개발, 생활의 편의 및 생존 보장을 위한 적극적 조치로서 비장애인에 대한 차별로 보지 아니한다.

(4.4) 기타 법령에 의한 적극적 조치

‘교통약자의 이동편의증진법’상 장애인 등 교통약자를 위한 특별한 조치, ‘장애인·노인·임산부등의 편의증진보장에 관한 법률’상 접근권, 편의시설, 편의제공 관련 규정, ‘장애인 등에 대한 특수교육법’의 취지에 따른 특수교육대상자 대학입학 특별 전형제도, 공무원임용시험 장애인분리실시(공무원임용시험령 제2조, 지방공무원임용령 제42조 등), 선거관련 장애인선거인 편의제공(공직선거법 제64조, 65조, 66조 등), 군 수용시설에서의 장애인 공동수용 금지(군행형법 시행령 제21조), 농아인에 대한 형사법상 우대(형법 제11조, 형사소송법 제33조 제1항 제4호, 제181조, 공증인법 제28조 등) 등 관련 법령에 의한 장애인 우대 혹은 적극적 조치는 차별로 보지 아니한다.

(4.5) 이동 및 교통수단 등 요금감면

철도 및 도시철도요금 감면, 연안여객선 요금 할인, 항공요금 할인, 고궁·공원·국공립박물관 및 미술관·국공립공원 등 공공시설 이용요금 면제, 공영주차장 주차요금 감면, 각종 문화 공연 및 행사 요금할인 등 각종 조례, 업체 내부 규정 등에 의한 장애인 할인 제도는 장애인의 이동 및 교통수단 활용도를 높이고 문화 사회생활을 촉진함으로써 실질적 평등을 구현하기 위한 적극적 조치이므로 이는 차별로 보지 아니한다.

(4.6) 장애인 전용 주차 구역

장애인 전용 주차 구역은 장애인차량 표시를 한 차량만이 주차할 수 있도록 한 주차공간이다. 이것은 보행이나 이동이 불편하거나 제한이 있는 장애인이 이용이 가능한 출입구에서 가장 가까운 곳에 마련된 장애인 전용 주차 구역을 이용함으로써 보다 안전하고 편리하게 이용할 수 있도록 하기 위한 것이다. 또한 장애인 전용 주차구역은 일반 주차 구역에 비해 폭이 1m 더 넓다. 이것은 휠체어나 목발을 상용하는 장애인이 차량의 문을 완전히 연 상태에서 승하차를 하기 위한 공간을 확보하기 위해서이다. 따라서 장애인 전용 주차 구역은 장애인이 차량에서 안전하고 편리하게 승하차를 하기 위한 최소한 규정이며, 주출입구에서 가장 가까운 곳에 주차함으로써 주출입구로 가장 최단거리로 이동하기 위한 최소한의 규정으

로 차별로 보지 아니한다.

(4.7) 장애인 지정석

지하철 전동차 내에서의 장애인 노약자석의 지정은 많은 승객으로 인해 전동차 내에서의 좌석이 부족함에 따라 장애인과 노인들에게 좌석의 우선권을 주기 위한 것으로서 차별로 보지 아니한다.

⑭ 인종・피부색・출신국가・출신민족을 이유로 한 차별 판단지침

1. 차별사유의 정의(개념, 적용범위, 관련 법령근거)

1.1 직접차별

가. 인 종

인종에 근거한 차별은 유사한 상황에서 인종을 이유로 하는 불리한 대우로서 그러한 대우가 정당하지 않은 경우이다.

입법례(국내) 1.1가-1 : 헌법
제6조
① 헌법에 의하여 체결・공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.
② 외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다.

입법례(국내) 1.1가-2 : 국가인권위원회법
제2조(정의)
1-3호 생략
4. "평등권 침해의 차별행위"라 함은 합리적인 이유 없이 성별, 종교, 장애, 나이, 사회적 신분, 출신지역(출생지, 원적지, 본적지, 성년이 되기 전의 주된 거주지역 등을 말한다), 출신국가, 출신민족, 용모 등 신체조건, 기혼·미혼·별거·이혼·사별·재혼·사실혼 등 혼인 여부, 임신 또는 출산, 가족형태 또는 가족상황, 인종, 피부색, 사상 또는 정치적 의견, 형의 효력이 실효된 전과, 성적(性的) 지향, 학력, 병력(病歷) 등을 이유로 한 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다.

입법례(국외) 1.1가-1 : 세계인권선언
모든 사람은 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 그 밖의 견해, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생, 기타의 지위 등에 따른 어떠한 종류의 구별도 없이, 이 선언에 제시된 모든 권리와 자유를 누릴 자격이 있다.

입법례(국외) 1.1가-2 : 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약
이 규약의 각 당사국은 자국의 영토 내에 있으며, 그 관할권 하에 있는 모든 개인에 대하여 인

종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생, 또는 기타의 신분 등에 의한 어떠한 종류의 차별도 없이 이 규약에서 인정되는 권리들을 존중하고 확보할 것을 약속한다. 이 규약에 외국인의 생명권 보호, 고문의 금지, 노예제도의 금지, 신체의 자유, 집회의 자유, 결사의 자유 보장 규정 등을 둔다.

입법례(국외) 1.1가-3 : 영국의 인종관계법(Race Relations Act)

1976년에 제정되고 2000년 개정된 영국의 인종관계법(Race Relations Act)은 인종적 이유로 직접적으로 또는 간접적으로 차별하는 것을 불법화하고 있다. 인종관계법은 총 10개의 장(part)으로 구성되어 있으며, 제1장에서 차별과 인종의 개념을 규정하고, 제2장은 고용에서의 사용자 및 기타의 기구에 의한 차별, 제3장은 교육, 재화, 시설, 서비스, 토지, 자산의 제공·이용 등 기타 분야에서의 차별 등을 규정하고 있다. 인종평등위원회(Commission for Race Equality, "CRA")는 공식적인 조사를 수행하여 시정 권고를 명할 수 있고, 인종적으로 위법한 광고 등에 대하여 제소할 권한 등을 가지고 있다. 인종관계법상의 '인종적 이유'는 인종, 피부색, 국적(시민권을 포함하여) 또는 인종 내지 민족 출신이라는 이유를 의미한다.

입법례(국외) 1.1가-4 : 호주의 인종차별법(Racial Discrimination Act 1975)

1975년 인종차별법(Racial Discrimination Act 1975)은 호주에서 인종차별을 불법화하고, 인종, 피부색, 혈통, 출신 국가, 출신민족, 이민자의 지위, 특정 민족성을 가지거나 기타 지위를 가진 사람의 친척 또는 동료라는 것과 관계없이 모든 사람이 자신의 인권과 자유를 완전히 평등하게 향유할 수 있다는 것을 확실하게 보장하고자 한다.

(1) 사전적 정의에 따르면, 인종은 "유전적으로 전해지는 신체적 특성에 따라 별개의 집단으로 구분되는 어느 한 지역 또는 세계적 차원의 인류 집단, (또는) … 공통의 역사, 국적, 또는 지리적 분포에 근거하여 결합되거나 분류되는 사람들의 집단"이다[70]. '인종' 개념은 민족학적인 인종(ethnologic race)에 제한되지 않으며, 비과학적인 구분을 포함한다. 유네스코(UNESCO)도 "인종"을 "당사자가 특정 인종으로서 스스로 규정하기를 선택한 자의 집단"이라고 규정하여 인종에 대한 객관적인 정의를 부정하고 있다.[71]

(2) 미국의 경우, 인종이 차별법리의 근간이지만 우리나라의 상황은 미국과는 다르다. 우리나라에서의 인종 등에 관한 차별지침은 오히려 '혼혈인 문제' 등과 같이 우리에게 독특한 인종문제가 더 크게 대두될 수 있다.

(3) 인종차별적인 태도는 종종 미묘한 방식으로 표현되기 때문에, 법원들은 인종차별을 입증하는 증거의 형태에 많은 관심을 나타내왔다. 이런 증거에는 인종을 비하하는 은어들

70) *The American Heritage Dictionary*(1976).

71) M. McDougal, H.Lasswell & L.Chen, 1980, *Human Rights and world Public Order*, Yale university press

도 포함될 수 있다. 불법적 인종차별의 증거가 될 수 있는 은어들의 상세한 목록은 없다. 하지만, 몇 가지 단어들이나 표현들은 인종차별의 추정을 가능하게 만든다. 예를 들어, 아시아인을 일컫는 "째진 눈(tight eye)", 흑인남자를 일컫는 “보이(boy)”, "검둥이(spooks)" 등의 말은 인종차별을 내포하고 있다. 경우에 따라서는 악의가 없는 말들이 인종차별적인 의미를 띨 수도 있다. 예를 들어, 어느 한 사건에서 법원은 “또 한 사람”, “그들 중 한 명”, “그 곳 사람”, “너희들 모두” 등과 같은 “본질적으로 인종차별적인 언사”에 의해 인종학대가 증명된다고 판결했다.[72]

인종을 넓게 이해하면 인종은 피부색, 출신국가, 출신민족을 포함하는 개념이다. 따라서 피부색, 출신국가, 출신민족에 따른 차별대우는 항상 동시에 인종을 이유로 한 차별대우일 수 있다.

(4) 인종과 ‘피부색, 출신 국가, 출신 민족’과의 관계를 살펴보면, 우리가 흔히 쓰는 어법 가운데 ‘흑인종, 백인종, 황인종’하는 식으로 인종의 가장 중요하는 표지는 피부색이 되기 때문에 인종은 보통 피부색을 포함하는 개념으로 이해된다. 또한 인종은 지역과 혈통에 따른 특성을 반영하기 때문에 인종개념은 출신국가와 출신민족을 포함하는 개념이기도 하다. 인종을 이렇게 넓게 이해하면 피부색, 출신국가, 출신민족에 따른 차별대우는 항상 동시에 인종을 이유로 한 차별대우일 수 있다. 한편 특별법우선의 원칙에 따라 피부색, 출신국가, 출신민족을 우선적으로 적용하면 사실상 인종이 적용되는 경우는 대단히 제한적이 된다. 따라서 인종을 상위개념으로 하여 피부색, 출신국가, 출신민족을 함께 묶어 볼 수도 있다.

입법례(국외) 1.1나(4)-1 : 모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약 제1조 1.

이 협약에서 "인종차별"이라 함은 인종, 피부색, 가문 또는 민족이나 종족의 기원(race, colour, descent, or national or ethnic origin)에 근거를 둔 어떠한 구별, 배척, 제한 또는 우선권을 말하며 이는 정치, 경제, 사회, 문화 또는 기타 어떠한 공공생활의 분야에 있어서든 평등하게 인권과 기본적 자유의 인정, 향유 또는 행사를 무효화시키거나 침해하는 목적 또는 효과를 가지고 있는 경우이다.

입법례(국외) 1.1나(4)-2 : 영국의 인종관계법(Race Relations Act) 제3조 (1)

이 법에서 “인종적인 이유”라 함은 본문에서 달리 정의를 하지 않는 한, 피부색, 인종 국적이나 출신민족 혹은 출신국가 중 어느 하나를 의미한다.

(5) 따라서, 인종과 피부색, 출신민족, 출신국가에 의한 차별은 일반적으로 함께 다루어지고 있다. 피부색에 의한 차이는 인종의 차이를 전형적으로 드러내고, 민족적 출신 역시

72) Aman v. Cort Furniture Rental Corp., 85 F.3d 1074, 1082(3d Cir. 1996).

인종과 동일한 범주에 포함되는 경우가 많기 때문이다[73]. 예를 들어 「모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 협약」은 “이 협약에서 ‘인종차별’이라 함은 인종, 피부색, 가문 또는 민족이나 종족의 기원(race, colour, descent, or national or ethnic origin)에 근거를 둔 어떠한 구별, 배척, 제한 또는 우선권을 말하며 이는 정치, 경제, 사회, 문화 또는 기타 어떠한 공공생활의 분야에 있어서든 평등하게 인권과 기본적 자유의 인정, 향유 또는 행사를 무효화시키거나 침해하는 목적 또는 효과를 가지고 있는 경우이다”라고 규정하여 인종, 피부색, 민족이나 종족적 기원을 모두 인종의 범주에 포함시키고 있다. 또한 영국의 인종관계법(Race Relations Act)은 제3조 (1)의 정의 규정에서 “이 법에서 ‘인종적인 이유’라 함은 본문에서 달리 정의를 하지 않는 한, 피부색, 인종 국적이나 출신민족 혹은 출신국가 중 어느 하나를 의미한다."고 규정하여 차별금지 사유로서의 ‘인종’의 범주를 확장하고 있다. 국제노동기구(ILO)도 “인종”의 의미를 언어공동체 또는 그 동일성이 종교나 문화적 속성 또는 출신국적에 기하고 있는 집단으로 넓게 판단하고 있다[74].

나. 피부색

인종에 근거한 차별은 유사한 상황에서 피부색을 이유로 하는 불리한 대우로서 그러한 대우가 정당하지 않은 경우이다.

(1) “피부색”의 개념에 대하여는 명확한 정의가 존재하지 않고, “인종”의 개념과 중복되는 면이 있지만, 인종과 피부색이 항상 동일하게 취급되는 것은 아니다. 예를 들어 피부색이 상대적으로 짙다는 것을 이유로 한 동일 인종 내부에서 특정인을 우대·배제하는 것은 위법한 “피부색”에 의한 차별에 해당한다.

사례 1.1나(1)-1 : **피부색이 옅은 흑인에 대한 피부색이 짙은 흑인의 차별** 이 사건에서는 피부색이 옅은 흑인 근로자가 짙은 피부색의 흑인 사용자에 의해 해고된 것을 차별행위로 판단하였다.[75]

(2) 피부색 차별은 주로 자기와 다른 피부색을 가진 사람을 선호하거나 혐오할 때 발생할 수 있다. 뿐만 아니라, 동일한 인종집단에 속하는 구성원이 자기보다 피부색이 더 옅거나 짙은 구성원에 대해 편견을 갖고 있을 때에도 발생할 수 있다. 예를 들어, 피부색이 자

73) 위 국가인권위원회 p359
74) ILO, 2003, *Fundamental rights at work and international standards*, p61.
75) 미국 조지아주 연방지방법원 판결인 Walker v. Secretary of Treasury, 713 F. Supp. 403. 407(N.D. Ga. 1989).

기보다 더 옅거나 짙은 아프리카계 미국인에 대해 편견을 갖고 있는 아프리카계 미국인이 있을 수 있다.[76]

사례 1.1나(2)-1 : **차별크레파스 색상의 피부색 차별**

한국산업규격(KS)상 '살색' 색명은 1967년 한국산업규격 제정 당시 제반사항에 대한 고려 없이 일본의 공업규격을 단순 번역한 것으로서 특정 색깔의 피부를 가진 인종의 사람에 대해서만 사실과 부합되는 것이므로 기타 인종의 사람들에 대해서는 합리적인 이유 없이 헌법 제11조에 보장된 평등권을 침해할 소지가 있다.

국제화·세계화로 국가 및 인종간 교류가 활발한 현 상황에서 특정한 인종의 피부 색깔만을 살색으로 규정하는 것이 인종과 피부색에 대한 차별적 인식을 확대하는 것으로 시대적 흐름에 반(反)하는 것일 뿐만 아니라, 살색이라는 색명은 적정하고 합리적인 산업표준을 제정·보급함으로써 산업경쟁력을 향상시키고 국민경제발전에 이바지한다는 산업표준화법의 입법취지에 부합되지 않는다. <인권위 2002. 7. 31. 01진차3 결정>

다. 출신국가

출신국가에 근거한 차별은 유사한 상황에서 출신국가와 현재의 국적을 이유로 하는 불리한 대우로서 그러한 대우가 정당하지 않은 경우이다.

입법례(국내) 1.3다-1 : 출입국관리법

제56조의3(피보호자 인권의 존중 등) 피보호자의 인권은 최대한 존중되어야 하며, 국적·성별·종교·사회적 신분 등에 의한 피보호자의 차별은 금지된다.

입법례(국내) 1.3다-2 : 행형법

제1조의3(기본적 인권의 존중 등) 이 법을 집행함에 있어서 수형자 또는 미결수용자의 기본적 인권은 최대한으로 존중되어야 하며, 국적·성별·종교 또는 사회적 신분 등에 의한 수용자의 차별은 금지된다.

(1) "출신국가" 차별과 관련하여 유엔인종차별철폐협약은 "출신국가"(national origin)는 국적(nationality)이나 시민권(citizenship)을 포함하지 않는 것으로 규정하고 있고[77], 또한

76) 국가인권위원회, 차별판단지침에 대한 외국사례 조사: 출신국가, 출신민족, 인종, 피부색 (2006년도 인권상황 실태조사 연구용역보고서) 8면.

77) **인종차별철폐협약 제1조**

2. 이 협약은 체약국이 자국의 시민과 비시민을 구별하여 어느 한쪽에의 배척, 제한 또는 우선권

「시민적·정치적 권리에 관한 국제규약」(International Covenant on Civil and Political Rights; 자유권규약) 제26조[78]에서 금지하는 차별사유에 "국적"은 포함되지 않는 것으로 해석하고 있다.[79] 미국의 경우도 Espizona v. Farah Mfg. Co. 사건에서 출신국가와 국적을 다른 것으로 보고 있다.[80] 따라서 "출신국가"에 의한 차별은 국적을 이유로 한 차별, 즉 외국인(alien) 차별을 의미하는 것이 아니라, 대한민국 국적을 가진 국민 중 다른 국적국 출신으로 귀화한 자 또는 그 부모나 조부모 등이 다른 국적 출신인 자를 구별하기 위한 기준으로 이해되어야 하는 측면도 있다.[81] 그 예로 다음에서 보는 바와 같이 헌법재판소는 정부수립 이후의 이주동포와 정부수립 이전의 이주동포에 대해 차별적 처우를 하고 있는 '재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률'에 대해 헌법불합치결정을 내린 바 있다.

사례 1.3다(1)-1 : **재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률 제2조 제2호 위헌확인**

헌법재판소는 정부수립이후의 이주동포(예, 미국 국적 동포 등)와 정부수립이전의 이주동포(ex, 중국 국적 동포 등)에 대해 차별적 처우를 하고 있는 재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률에 대하여 "이 사건 심판대상규정은 실질적으로 대부분 미주지역이나 유럽 등에 거주하는 정부수립 이후 이주동포와 대부분 중국과 구소련지역에 거주하는 정부수립 이전 이주동포를 구분하여 전자에게는 재외동포법의 광범위한 혜택을 부여하고 있고, 후자는 이러한 수혜대상에서 제외하고 있다. 그런데, 정부수립 이후 이주동포와 정부수립 이전 이주동포는 이미 대한민국을 떠나 그들이 거주하고 있는 외국의 국적을 취득한 우리의 동포라는 점에서 같고, 다만 대한민국 정부수립 이후에 국외로 이주한 자인가 또는 대한민국 정부수립 이전에 국외로 이주한 자인가 하는 점에서만 다른 것이다. 이와 같은 차이는 정부수립 이후 이주동포와 정부수립 이전 이주동포가 법적으로 같게 취급되어야 할 동일성을 훼손할 만한 본질적인 성격이 아니다. 즉, 정부수립 이후 이주동포인지 아니면 정부수립 이전 이주동포인지는 결정적인 기준이 될 수 없는 것"이므로 헌법 제11조 평등의 원칙에 위반한다는 이유로 헌법불합치결정을 한 바 있다. 이 결정에서 헌법재판소는 외국인 사이의 차별에 대하여 출신국가를 기준으로 한 차별의 합리성을 여부를 판단하고 있다.[82]

을 부여하는 행위에는 적용되지 아니한다.

3. 이 협약의 어느 규정도 국적, 시민권 또는 귀화에 관한 체약국의 법규정에 어떠한 영향도 주는 것으로 해석될 수 없다. 단, 이러한 규정은 어느 특정 국적에 대하여 차별을 하지 아니한다.

78) **시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제26조**

모든 사람은 법 앞에 평등하고 어떠한 차별도 없이 법의 평등한 보호를 받을 권리를 가진다. 이를 위하여 법률은 모든 차별을 금지하고, 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적, 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등의 어떠한 이유에 의한 차별에 대하여도 평등하고 효과적인 보호를 모든 사람에게 보장한다.

79) Gueye v. France (196/1985), ICCPR, A/44/40 (3 April 1989) 189 at paras. 9.4 and 9.5.

80) Espinoza v. Farah Manufacturing Co., Inc.(414 U.S. 86, 6 EPD ¶8944, 1973) 사건에서 연방대법원은 R의 피고용인들 가운데 약 96%가 CP(멕시코계 미국인)와 동일한 출신민족에 속해 있기 때문에, 고용을 위한 시민권 요건은 출신민족에 근거하여 차별할 목적을 가졌거나 그러한 결과를 초래한 것이 아니며, 따라서 Title VII에 위배되지 않는다고 판결하였다.

81) 국가인권위원회, 《국가인권위원회법 해설집》, 2005, p352

82) 헌법재판소 2001. 11. 29. 선고 99헌마494결정 참조.

(2) 국가인권위원회는 화교학생이 한국 학교로 진학할 때 화교학교의 학력을 인정받지 못하는 것은 출신국가를 이유로 한 차별에 해당한다고 본 바도 있다.

사례 1.1다(2)-1 : **화교학교 학력 불인정 차별 인정**

다른 외국인과는 달리 화교는 명실상부하게 한국 사회의 구성원으로서 정착해 생활하고 있는 만큼 그 특수성을 고려하여 화교의 교육권은 충분히 증진되어야 하고, 이 점은 이미 국가인권정책기본계획 권고안을 통해 권고된 바 있음이 강조되었다. 대만에 있는 한국인학교의 학생들은 대만 정부로부터 그 학력을 인정받고 있으며, 대한민국이 가입 비준한 국제인권조약은 소수민족이 자신들의 고유 언어 및 문화 등을 향유할 권리를 천명하고 있고, 그 해석상 화교들이 자신들의 고유 언어로 교육받고 그를 사용하며 고유문화를 향유할 권리를 보장받아야 함이 명백하다. 화교들이 화교학교에 진학하는 것은 바로 그러한 권리를 누리기 위한 것인바, 이러한 이유로 화교학생이 한국 학교로 진학할 때 화교학교의 학력을 인정받지 못하는 것은 출신국가를 이유로 한 차별에 해당한다고 국가인권위원회는 보았다. 그러면서 교육인적자원부장관에게, 화교학생들이 한국 학교로 진학할 때 화교학교의 학력을 인정받는 방안을 마련할 것을 권고했다. <인권위 2006. 8. 291. 04진차386 결정>

(3) 출신국가와 국적(nationality)이 구분되는 개념인지 같은 개념인지도 분명히 정해져야 한다. 국적에 의한 차별에 대한 접근 방향을 살펴보면, 국가인권위원회법상 금지되는 “출신민족” 또는 “출신국가”에 의한 차별의 개념에 “국적”에 의한 차별은 포함되지 않는 것으로 해석하는 것이 타당하며, 국가인권위원회법이 “국적”에 의한 차별을 명시적인 차별 금지 사유로 규정하지 않고 있기 때문에 “국적”에 의한 차별을 어떠한 방향에서 접근해야 하는지가 문제가 되고 있다. 이러한 문제에 대해서 국가인권위원회는 실질적으로 “국적”에 의한 차별이 문제되는 진정사건의 경우에 “출신국가”에 의한 차별의 관점에서 접근하거나(예, 2003. 3. 10. 02진차30, 31, 직업재활훈련에 관한 결정, 2006. 8. 29. 04진차386 화교학교 학력 불인정 차별 결정) 또는 “외국인”이라는 이유로 차별을 하였다고 하여 “국적”에 의한 차별을 인정하는 듯한 결정(2004. 1. 12. 03진차25, 평등권 침해 및 고용차별 결정)을 내리기도 하였다.

(3.1) 이러한 국가인권위원회의 입장에 대하여는 국가인권위원회법에서 금지하고 있는 차별행위가 “국적”을 이유로 한 차별이 아니라 “출신국가”에 의한 차별이라는 점을 간과하고 있는 것은 아닌가하는 의문을 제기하면서 “국적”을 이유로 한 차별의 경우는 “사회적 신분”에 기한 차별의 문제로서 다루어져야 한다는 입장이 제기되기도 하였다.[83] 이 입장은 외국인이 국적 이외의 사유, 예컨대 성별 또는 종교 등을 이유로 차별을 받은 때에는 국가인권위원회에 이를 이유로 한 구제를 신청할 수 있으나, 국가인권위원회법에서 규정하는 “출신국가”를 이유로 한 차별에 기해서는 구제를 신청할 수

83) 국가인권위원회, 《국가인권위원회법 해설집》, 2005, p353

없다고 하는 것이 타당하다는 결론을 내리고 있다.

국적에 의한 차별이 문제되는 경우는 출신국가에 의한 차별로서가 아니라 국적을 이유로 한 차별이 합리적인지 여부를 심사하여 결정하는 것이 타당하다.

(3.2) 그러나 아래에서 검토하는 바와 같이 “국적”에 의한 차별이 문제되는 경우, 국가인권위원회는 “사회적 신분”이나 “출신국가”에 의한 차별로서가 아니라, “국적”을 이유로 한 차별이 합리적인지 여부를 심사하여 결정하는 것이 타당하다. 우선 국제법적인 측면에서 접근하면, 1985년 제40차 UN 총회에서 채택한 ‘체류국의 국민이 아닌 개인의 인권에 관한 선언’(Declaration on the Human Rights of Individuals Who are not Nationals of the Country in which They Live; 외국인 인권선언)은 시민권은 물론 사회권까지 내외국인에게 평등하게 보장되어야 한다고 규정하고 있다. 「시민적·정치적 권리에 관한 국제규약」은 실체적 권리 중 참정권(제25조)만을 ‘시민’(Every citizen)의 권리로 규정한 반면 다른 권리는 모두 '모든 사람'(Everyone)의 권리로 규정하는 형식을 취하고 있고, 인권이사회(자유권규약위원회)는 협약상의 외국인의 지위에 관한 일반논평을 통하여 협약상의 권리는 “상호주의와 관계없이, 그리고 개인의 국적이나 개인이 무국적자인지 여부와는 관계없이 모든 사람에게 적용”되어야 하며, 시민과 외국인에 대한 차별 없이 협약상의 각 권리가 동등하게 적용되는 것이 일반원칙임을 분명히 하고 있다.[84] 또한 「경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약」은 제2조 제3항에서 개발도상국에서의 경제적 권리 인정에만 예외를 규정하고 있으므로, 외국인에 대한 권리의 제한은 개발도상국에서 경제적 권리에만 한정된다고 보는 것이 타당하다.

(3.3) 국내법적으로도 외국인 또는 무국적자가 헌법상 기본권의 주체인지 여부 및 기본권 향유의 범위는 헌법과 법률해석에 의하여 결정될 문제이다. 헌법재판소는 2001.11.29. 선고 99헌마494 재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률 제2조 제2호 위헌확인 결정에서 “우리 재판소는 … 국민과 유사한 지위에 있는 '외국인'은 기본권의 주체가 될 수 있다고 판시하여(헌재 1994. 12. 29. 93헌마120, 판례집 6-2, 477, 480) 원칙적으로 외국인의 기본권 주체성을 인정하였다. 청구인들이 침해되었다고 주장하는 인간의 존엄과 가치, 행복추구권은 대체로 '인간의 권리'로서 외국인도 주체가 될 수 있다고 보아야 하고, 평등권도 인간의 권리로서 참정권 등에 대한 성질상의 제한 및 상호주의에 따른 제한이 있을 수 있을 뿐이다.”라고 하여 원칙적으로 외국인의 기본권 주체성을 인정하고 있다. 또한 헌법 제11조 제1항 후문의 “성별, 종교 또는 사회적 신분”은 전문의 “법 앞의 평등”의 내용을 예시한 것으로 보는 것이 통설적인 입장이다. 따라서 ‘국적’에 의한 불합리한 차별도 헌법 제11조에 의해서 금지된다.

84) ICCPR General Comment 15 (Twenty-seventh session, 1986): The Position of Aliens under the Covenant, A/41/40 (1986) 117 at paras. 1, 2, and 4-10.

(3.4) 2005.7.29 법률 7651호로 개정되기 이전의 국가인권위원회법 제30조 제2항은 차별금지사유로 18개 사유만을 규정하고 있어 해석상 동 규정이 예시적 규정인지 여부 및 “사회적 신분” 개념의 확장 해석 여부가 문제되었지만, 현행 국가인권위원회법 제2조 제4호는 “평등권 침해의 차별행위”를 정의하면서 “병력 등”의 규정을 추가하여 규정상의 차별금지사유가 예시적인 것임을 명확히 하고 있다. 따라서 “국적”에 의한 차별행위에 대한 판단이 다른 “사회적 신분”에 의한 차별행위에 대한 판단과는 다른 특수성을 명확히 하고(예를 들어, 헌법해석상 개별 기본권 규정의 외국인 주체성 여부), 근로기준법, 외국인 근로자의 고용 등에 관한 법률 등에서 ‘국적’에 의한 차별을 ‘사회적 신분’에 의한 차별과 병렬적으로 규정하여 명시적으로 금지하고 있는 개별 법령과의 조화로운 해석을 위해서라도 “사회적 신분”이 아닌 “국적”에 의한 차별이 합리적인지 여부를 심사하여 결정하는 방식이 타당하다.

라. 출신민족

출신민족에 근거한 차별은 유사한 상황에서 출신민족을 이유로 하는 불리한 대우로서 그러한 대우가 정당하지 않은 경우이다.

(1) “출신민족” 차별은 민족적 배경(ethnic background or ethnic origin)을 이유로 차별하는 것을 말한다. 미국의 고용평등위원회(EEOC)는 "출신민족" 차별을 광범위하게 정의하여, 개인의 출생지나 그의 조상들의 출생지 또는 특정한 출신민족 집단의 신체적, 문화적, 언어적 특성에 근거하여 평등한 고용기회를 거부하는 것 등을 포함한다.[85] 미국의 고용평등위원회는 출신민족차별을 다음과 같은 세 가지 유형으로 정의하고 있다.[86]

(1.1) ‘개인 또는 그 조상들의 출생지에 근거한 차별’이다. 어떤 사람이 미국인이라는 이유 때문에 차별을 받았다면 이것도 출신민족 차별에 해당한다. 고용주가 고용과 관련해 특정한 출신민족 집단을 선호하는 것도 금지된다.

(1.2) ‘특정한 출신민족 집단의 신체적, 문화적 또는 언어적 특성에 근거한 차별’이다. 어떤 개인이 출신민족 차별을 받았음을 입증하기 위해서 그의 조상들이 특정한 국가 또는 지역출신이라는 사실을 반드시 증명해야 하는 것은 아니다. 경우에 따라서는, 그 개인이 특정한 출신민족 집단의 특성을 갖고 있다는 사실만으로 충분할 수도 있다.

(1.3) ‘특정한 민족출신 집단의 구성원과 친밀한 관계를 맺고 있는 사람들에 대한 차

85) EEOC(2002), Part 1606-Guidelines on discrimination because of national origin
86) EEOC, Race & Color Discrimination(2002년 1월), TAB A 참조.

별, 특정한 출신민족 집단의 구성원들이 이용하는 학교나 예배장소에 다니는 사람들에 대한 차별, 본인 또는 배우자의 이름이 특정한 출신민족 집단과 연관되어 있다는 이유로 행해지는 차별' 등과 관련된 제소사건은 고용평등위원회에 의해 각별히 취급된다. 예를 들어, 어떤 사람이 히스패닉 출신민족 사람과 결혼했다는 이유로 그의 승진을 거부하거나 여타의 방식으로 차별하는 것은 금지된다.

사례 1.1라(1.3)-1 : **재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 개정법률안에 대한 국가인권위원회의 의견**

국가인권위원회는 헌법재판소가 2001.11.29. 재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률에 대하여 헌법불합치결정을 한 이후 국회 법제사법위원회에서 심의 중인 재외동포법에 관한 두 건의 개정법률안 모두 국제인권법과 헌법재판소가 제시한 합리적인 차별의 범주를 충족시킬 수 없는 문제점을 가지고 있으므로, 헌법재판소가 재외동포법의 개정시한으로 제시한 2003. 12.31.까지 아직 상당한 시한이 남아 있는 점을 고려하여 충분한 연구와 검토를 거친 후에 재외동포법을 개정할 것을 다음과 같이 권고하였다. 국가인권위원회가 개정법률안의 핵심적인 문제로서 지적하고 있는 것은 "한민족의 혈통"이라는 개념을 재외동포에 대한 특혜 부여의 기준으로 제시함으로써 국제인권법, 특히 인종차별철폐협약 제1조 제1호에서 말하는 "인종에 근거를 둔 우선권"에 해당하며, 이 법안의 적용을 받는 재외동포가 누리는 다양한 혜택은 결국 위 협약 제5조에서 차별을 금지하는 인권의 영역에 속하는 것이므로, 결국 외국인 사이에 혈통, 즉 인종을 바탕으로 한 차별대우에 해당"한다는 것이었다. 이러한 국가인권위원회의 판단은 외국인 사이에서 특정 외국인에 대한 우대가 합리적인 차별에 해당하는지 여부에 대한 판단에 있어서 출신민족(혈통)을 기준으로 하고 있는 것이다. <인권위 2001. 12. 21. 의견>

1.2 간접차별

인종, 피부색, 출신민족, 출신국가를 이유로 하는 간접차별은 외관상 중립적인 기준 등의 사용에 의해 특정 인종이나 국적의 사람들이 다른 집단의 사람들에 비해 불리한 상황(결과적 불이익)에 처하게 되고, 그 기준 등의 사용이 정당하지 않은 경우이다.

(1) 이때 "외관상 중립적인 기준 등"이라 함은 인종, 피부색, 출신민족, 출신국가가 아닌 '차별 중립적인' 규정, 조건, 관행 또는 행위 등을 의미한다. 사안에 따라서는 '의도적인' 인종 등 차별을 은폐하기 위한 구실로 중립적 기준이 활용되는 경우도 있을 수 있다. 특히 직접차별인가 간접차별인가에 따라 구제의 수단·내용이 현저히 달라지는 법제도 하에서는 양자를 구별할 실익이 적지 않다.

(2) 간접차별이 문제되는 사례에서 중립적 기준은 '인종 등 관련요소'(예를 들어, 용모, 두발형, 사용 언어, 민족의상)인 경우가 많다. '인종 등 관련요소'는 어떤 식으로든 서로 다른 인종 등 집단에 유·불리의 영향을 준다. 예컨대, 용모, 두발형은 상대적으로 흑인 등 유색인종이나 후진국 출신 외국인 집단에 불리하게, 백인이나 선진국 출신 외국인 집단이나 대한민국 국민에게 유리하게 작용한다. 간접차별 판단의 핵심은 중립적 기준이 특정 인종, 피부색, 출신민족, 출신국가 집단의 구성원들에게 상대적으로 더 큰 불이익을 초래했는지, 그리고 중립적 기준의 사용이 해당 사건의 상황에서 정당한지 여부의 판단에 있다.

1.3 적용범위

가. 인종 등 차별 보호대상자의 범위

모든 인종, 피부색, 출신민족, 출신국가 집단의 외국인들을 차별 보호대상자로 한다.

입법례(국내) 1.3가-1 : 아동복지법
제3조(기본이념)
①아동은 자신 또는 부모의 성별, 연령, 종교, 사회적 신분, 재산, 장애유무, 출생지역, 인종 등에 따른 어떠한 종류의 차별도 받지 아니하고 자라나야 한다.<개정 2006.9.27>

입법례(국내) 1.3가-2 : 청소년복지지원법
제3조(청소년의 인권보장)
①청소년은 인종·종교·성·연령·학력·신체조건 등 여타의 조건에 의하여 이 법이 정한 규정을 적용함에 있어서 차별을 받아서는 아니 된다.

(1) 모든 인종의 사람들, 모든 피부색의 사람들, 모든 출신민족 집단의 사람들, 모든 출신국가 집단의 외국인들을 차별 보호대상자로 한다.

입법례(국내) 1.3가(1)-1 : 노동조합 및 노동관계조정법
제9조(차별대우의 금지) 노동조합의 조합원은 어떠한 경우에도 인종·종교·성별·정당 또는 신분에 의하여 차별대우를 받지 아니한다.

(2) 노동조합에 있어서의 조합원의 신분처럼 특정집단의 구성원을 의미하는 사회적 신분도 인종차별 보호대상자의 범위에 포함된다.

나. 인종 등 차별이 금지되는 영역

입법례(국외) 1.3나-1 : 캐나다의 인권법(Canadian Human Rights Act)
캐나다는 인권법에 의해 인종, 국적 또는 민족, 피부색, 종교, 연령, 성, 혼인여부, 가족의 지위, 장애 및 사면 받은 유죄판결을 사유로 한 차별을 금지하고 있다. 이 법에서 금지하는 차별영역으로는 1) 관례상 일반 공중에게 제공되는 재화, 용역, 숙박 혹은 시설의 사용이나 접근을 거부하거나 다른 사람에 비해 부당하게 차별하는 경우, 2) 상업용 부동산이나 주거용 건물의 제공에 있어서 이의 사용을 거부하거나 다른 사람에 비해 부당하게 차별하는 경우, 3) 고용과 관련하여 부당하게 차별하는 경우 등이 해당된다.

(1) 인종 등에 의한 차별이 금지되는 영역은 고용 영역(즉, 고용관계의 성립·유지·종료와 관련된 영역)과 비고용 영역(즉, 국가인권위원회법이 규정하는 재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용과 관련된 영역, 교육시설이나 직업훈련기관에서의 교육·훈련이나 그 이용과 관련된 영역)이다.

입법례(국외) 1.3나(1)-1 : 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약

이 규약의 각 당사국은 자국의 영토 내에 있으며, 그 관할권 하에 있는 모든 개인에 대하여 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생, 또는 기타의 신분 등에 의한 어떠한 종류의 차별도 없이 이 규약에서 인정되는 권리들을 존중하고 확보할 것을 약속한다. 이 규약에 외국인의 생명권 보호, 고문의 금지, 노예제도의 금지, 신체의 자유, 집회의 자유, 결사의 자유 보장 규정 등을 둔다.

(2) 신체의 자유, 집회 및 결사의 자유와 같은 시민적 및 정치적 권리의 향유에 있어서도 인종 등을 이유로 차별받지 않는다.

입법례(국외) 1.3나(2)-1 : 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약

이 규약의 권리들은 인종, 피부색, 민족적 또는 사회적 출신 등에 의한 어떠한 종류의 차별도 없이 행사되어야 한다. 개발도상국은 인권과 국가경제를 충분히 고려하여 외국인에게 어느 정도까지 보장할 것인가를 결정할 수 있다. 이 규약은 노동의 권리, 동등한 보수와 근로조건을 향유할 권리, 노동조합 관련 권리, 사회보장권 관련 규정 등을 둔다.

(3) 위의 고용영역과 일부 겹치기는 하지만, 노동의 권리나 동등한 보수와 근로조건을 향유할 권리 등 각종 경제적, 사회적 및 문화적 권리의 향유에 있어서도 인종 등을 이유로 차별받지 않는다.

입법례(국내) 1.3나(3)-1 : 뉴스통신 진흥에 관한 법률

제5조(뉴스통신의 공정성과 공익성)

①뉴스통신은 그 보도에 있어서 공정하고 객관적이어야 한다. 이 경우 성별·연령·직업·종교·신념·계층·지역·인종 등을 이유로 차별을 두어서는 아니된다.

입법례(국내) 1.3나(3)-2 : 신문 등의 자유와 기능 보장에 관한 법률

제5조(정기간행물의 공정성과 공익성)

①정기간행물에 의한 보도는 공정하고 객관적이어야 한다.

②정기간행물은 성별·연령·직업·신념·계층·지역·인종 등을 이유로 편집에 있어 불합리한 차별을 두어서는 아니 된다.

(4) 그 이외에 뉴스 통신이나 신문 보도 등에 있어서도 인종 등을 이유로 불합리한 차별을 두어서는 안 된다.

2. 차별판단의 기준

2.1 고용

가. 총설

고용영역에서 인종 등을 이유로 하는 차별(직접차별 및 간접차별)은 고용관계의 성립·유지 및 종료의 모든 단계에서 금지된다. 다만, 정당한 목적을 달성하기 위해 불가피하고 적정한(비례적인) 수단에 해당하는 경우에는 차별로 보지 않는다.

입법례(국외) 2.1가-1 : 미국 시민권법 Title Ⅶ

1964년 시민권법(Civil Rights Act) Title VII은 고용주가 인종(race), 피부색(color), 종교, 성, 또는 출신민족에 근거하여 차별하는 것을 불법으로 규정하고 있다. §703(a)(1)은 채용과 해고와 관련한 차별, 그리고 보수와 "고용상의 약정과 조건 및 특전" 등을 포함한 여타 형태의 차별을 금지하고, §703(a)(2)은 피고용인들의 신분에 불리한 영향을 미치거나 그들의 고용기회를 박탈하는 방식으로 피고용인들을 제한, 격리, 또는 분류하는 것을 금지한다. 이에 덧붙여, Title VII은 특별한 요소들이나 고용행위들을 세부적으로 다루고 있는 많은 규정들을 포함하고 있다. §704(b)는 인종, 피부색, 또는 법으로 금지된 여타의 기준들을 명시한 구인광고를 금지하고, §703(b)는 취업알선자가 인종을 이유로 특정 지원자를 추천하지 않거나 여타의 방식으로 그를 차별하는 것 또는 그의 고용기회를 제한하는 것을 금지한다. 또 §703(c)은 노동조합에 의한 다양한 형태의 차별을 금지하고, §703(d)은 수습·연수 프로그램과 관련한 차별을 금지한다.

또한 Title VII은 여러 가지 형태의 구제방법을 제시하고 있다. 예컨대, 차별 때문에 일하지 못한 기간에 대해 소급급여는 물론이고, 보상적 손해배상(예컨대, 정신적 피해에 대한 손해배상)뿐 아니라 부당행위를 한 고용주의 처벌에 목적을 둔 징벌적 손해배상도 받을 수 있다.[1] 복직도 가능하다. 또한 법원은 향후의 차별행위를 억지하기 위한 수단으로 고용주에 대해 금지명령 구제(injunctive relief)를 강요할 수 있다.

(1) 미국의 경우, 채용에서 시민권 요건을 내세우면서 특정 외국의 시민의 채용은 거부하는 반면 다른 외국 시민을 채용한다면 이는 민권법 제7편의 출신국가를 이유로 한 차별로 간주된다. 그 밖의 경우에서 미국 시민권 요건은 민권법 제7편하의 차별이 아니라 이민개혁통제법(IRCA: Immigration Reform and Control Act)하의 차별일 수 있다. 예를 들면, 법적으로 노동이 허가된 외국인의 채용을 시민권 요건을 내세워 거부하는 것은 IRCA

1) Title VII은 보상적, 처벌적 손해배상의 상한선을 정해 놓고 있다. 예컨대, 피고용인 숫자가 500명 이상인 대규모 고용주의 경우에 그 상한선은 30만 달러이고, 피고용인 숫자가 101명 이하인 고용주의 경우에는 5만 달러이다. 보상적, 처벌적 손해배상은 남북전쟁 이후 시기의 법령인 42 U.S.C. §1981에 의거해서도 지급될 수 있다. 이 §1981에는 상한선이 정해져 있지 않다.

하에서 차별이 될 수 있다. 단, IRCA는 고용상의 약정과 조건에까지 적용되지는 않는다.

(2) 피부색 등 신체적 조건을 이유로 하는 고용상의 차별은 모집·채용에서 퇴직·해고의 전 과정에 나타난다. 특히, 서비스 산업의 증대와 발전에 의해 감성노동의 필요성이 그 어느 때보다 부각되고 있다는 점을 감안하면 근로자의 피부색, 외모, 인상 등의 용모가 모집과 채용 등의 고용과정에서 차지하는 비중이 높아질 것으로 전망된다. 따라서 피부색 등 신체적 조건을 이유로 한 고용상의 차별에 대한 다툼은 증가될 것으로 전망된다.[2)]

나. 모집·채용

입법례(국내) 2.1나-1 : 외국인 근로자의 고용 등에 관한 법률 제22조(차별금지) 사용자는 외국인근로자라는 이유로 부당한 차별적 처우를 하여서는 아니 된다.

입법례(국외) 2.1나-1 : 영국의 '고용에 있어 인종평등 행위준칙' 영국에서 2006. 4. 6. 시행된 '고용에 있어 인종평등 행위준칙(Code of Practice for Racial Equality in Employment)'은 고용에 있어서 불법적인 인종차별 및 학대를 회피하는 방법에 대한 일련의 권장사항 및 지침들이다. 이는 인종관계법에 의한 고용주의 법적 책임을 개설하고, 모든 사람에 대한 공정하고 평등한 처우를 보장하는데 도움이 될 절차와 관행에 대한 상세한 권장사항 뿐 아니라 차별 및 학대에 대한 보호장치를 위하여 필요한 정책에 대한 일반적인 조언을 포함하고 있다.

(1) 인종·피부색·출신국가·출신민족과 관련된 어떠한 제한이나 특정 요건, 선호를 표시하거나 함축하는 채용 모집공고를 하는 행위

(2) 면접에서 인종·피부색·출신국가·출신민족과 관련된 어떠한 제한이나 특정 요건, 선호를 표시하거나 함축하는 질문을 하는 행위

(3) 인종·피부색·출신국가·출신민족에 대한 동료, 고객 등의 편견을 이유로 채용을 거부하는 경우

가상사례 2.1나(3)-1 : **외국인 영어 강사 채용에 있어서 백인 우대 및 흑인 배제**

2) 국가인권위원회, 《국가인권위원회법 해설집》, 2005, p366

회화지도(E-2) 사증 발급의 대상의 자격요건은 “해당 외국어를 모국어로 하는 국가 국민으로서, 해당 외국어를 모국어로 하는 국가에서 대학 이상의 학교를 졸업하고 학사학위 이상의 자격을 소지한 자 또는 이와 동등 이상의 학력이 있는 자”로 제한된다. 따라서 이러한 자격 요건을 갖추었음에도 불구하고 흑인이라는 이유로 채용이 거절되거나, 외국인 영어 강사를 채용하면서 'must be white and native speaker'와 같이 백인일 것을 조건으로 하는 채용공고는 인종을 이유로 한 직접차별에 해당한다. 또한 한 학원 내에서의 흑인강사의 선발비율과 백인강사의 선발비율이 현저하여 선발비율의 차이가 “통계적으로 유의미한” 것이 되기에 충분하고 이를 정당화할 특별한 사유가 없는 경우에는 간접차별에 해당할 수 있을 것이다.

채용 조건상 외모기준이 특정한 인종집단의 구성원들에게 불리한 영향을 미치는 것으로서 특정한 인종의 본질적 특성과 충돌하면서, 그 기준이 직무와 무관하고 경영상 불가피한 것이 아니면 채용상의 차별에 해당한다.

(4) 채용 조건 상 외모 기준이 특정한 인종집단의 구성원들에게 불리한 영향을 미치는 것으로서 특정한 인종의 본질적 특성과 충돌하고, 그 기준이 직무와 무관하고 경영상 불가피한 것이 아닌 경우

(4.1) 외모 기준도 상황에 따라서 인종에 근거한 불리한 영향을 초래할 수 있다. 보통 복장규정, 차림새조건, 위생조건 등과 같은 외모 기준들은 피고용인의 인종과 관계없이 객관적이고 일관적으로 적용되는 한, 법적으로 허용된다.[3)]

(4.2) 그러나 경우에 따라서는 외모 기준이 특정한 인종의 본질적 특성과 충돌할 수도 있다. 객관적이고 일관적으로 적용되는 기준이라고 하더라도 다음과 같은 경우에는 인종차별로 간주될 수 있다. 즉, 그 기준이 특정한 인종집단의 구성원들에게 불리한 영향을 미치는 것으로서 ‘직무와 무관하고 경영상 불가피한 것도 아니거나’ 또는 ‘불리한 영향을 덜 미치는 합리적 대안에 의해 대체될 수 있다.’[4)]

(5) 연고주의(nepotism)가 모집방법으로 많이 이용되고 있지만, 역시 소수인종에 대한 부등한 대우 또는 불리한 영향을 야기하는 문제점을 갖고 있다. 고용주가 채용, 승진, 또는

---

3) 예를 들어, 고용주가 모든 피고용인들에게 회사의 유니폼을 입도록 요구하는 복장규정을 시행하기로 결정했다고 가정해보자. 이 경우, 고용주가 인종에 관계없이 그 복장규정을 일관적으로 적용하는 것은 인종차별에 해당하지 않는다. 왜냐하면 그 규정은 특정한 인종집단에 불리한 영향을 미치는 것이 아니기 때문이다. 국가인권이ㅜ원회, 차별판단지침에 대한 외국사례 조사: 출신국가, 출신민족, 인종, 피부색 (2006년도 인권상황 실태조사 연구용역보고서) 21면

4) 예를 들어, 모든 피고용인들에게 유럽식 헤어스타일을 강요하는 것은 아프리카계 미국인 여자들에게 그들의 자연스런 아프리카식 헤어스타일을 금지하는 것이나 마찬가지이다. 따라서 이러한 외모기준은 불법으로 간주될 수 있다. Id. 22면.

여타의 고용결정을 할 때 자신의 친인척 또는 피고용인의 친인척을 우대하는 것이 연고주의라 볼 수 있다. 따라서 현직 피고용인들의 구성이 어느 한 인종에 편중되어 있으면 다른 인종은 자격을 갖고 있더라도 연고주의에 의해 지원과정에서 배제될 가능성이 크다.

화교 등 영주권자에 대해 외국인이라는 이유로 채용을 거부하는 것은 국적에 의한 차별에 해당한다.

(6) 화교 등 영주권자에 대하여 '외국인'이라는 이유로 채용을 거부하는 것은 '국적'에 의한 차별에 해당한다. 채용 조건으로 내국인일 것을 요구하는 것은 일반적으로 출입국관리법상의 체류자격 등 관계 규정에 비추어 불합리한 차별에 해당하지 않는다고 보는 것이 타당하지만, 영주권자는 취업활동에 있어 체류자격에 의한 제한을 받지 않는다.[5] 또한 헌법 제15조의 직업의 자유가 원칙적으로 "국민"의 권리에 해당한다는 통설적 견해에 의할지라도, 외국인도 국가정책상 형성된 법률의 범위에서는 직업의 자유를 향유할 수 있다고 해석되므로 법률에서 외국인에게 제한하고 있는 공무담임권 등을 제외하고는 헌법상의 직업의 자유가 보장되고, 대사인간의 관계에서도 (간접적으로) 그 효력이 주어진다고 보는 것이 타당하다. 따라서 다음과 같은 행위는 "국적"을 이유로 고용에 있어서 '영주권'자[6]를 불합리하게 차별대우하는 것이 될 수 있다.

① 사기업체의 채용 조건으로 "내국인", "국민"일 것을 규정하거나, "공무원 임용에 결격사

---

5) **출입국관리법 시행령 제23조(외국인의 취업과 체류자격)**
① 법 제18조제1항에서 "취업활동을 할 수 있는 체류자격"이라 함은 별표 1중 체류자격 9. 단기취업(C-4), 19. 교수(E-1) 내지 25. 특정활동(E-7), 25의2. 연수취업(E-8), 25의3. 비전문취업(E-9) 및 25의4. 내항선원(E-10)의 체류자격을 말한다. <개정 1995.12.1, 1998.4.1, 2003.9.1, 2004.8.17>
② 다음 각호의 1에 해당하는 자는 제1항의 규정에 불구하고 체류자격의 구분에 따른 취업활동의 제한을 받지 아니한다. <개정 2004.8.17, 2005.7.5>
1. 별표 1중 체류자격 27. 거주(F-2)의 가목 및 나목에 해당하는 자
2. 별표 1중 체류자격 27. 거주(F-2)의 다목 및 마목에 해당하는 자로서 그의 종전 체류자격에 해당하는 활동을 하고자 하는 자
③별표 1중 체류자격 28의2. 재외동포(F-4)의 자격에 해당하는 자는 제1항의 규정에 불구하고 다음 각호의 1에 해당하는 경우를 제외하고는 체류자격의 구분에 따른 활동의 제한을 받지 아니한다. 다만, 허용되는 취업활동이라도 국내법령에 의하여 일정한 자격을 요하는 때에는 그 자격을 갖추어야 한다. <신설 1999.11.27><신설 1999.11.27>
1. 단순노무행위를 하는 경우
2. 사행행위등 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 행위를 하는 경우
3. 기타 공공의 이익이나 국내 취업질서등의 유지를 위하여 그 취업을 제한할 필요가 있다고 인정되는 경우
④별표 1중 체류자격 28의3. 영주(F-5)의 자격에 해당하는 자는 제1항의 규정에 불구하고 체류자격의 구분에 따른 활동의 제한을 받지 아니한다. <신설 2002.4.18><신설 2002.4.18>

6) 2006년 11월 현재 영주자격 소지자는 약 1만2천748명이며, 국적별로는 대만이 11,329명으로 가장 많고, 일본(1천199명), 중국(63명), 미국(32명), 러시아(25명), 기타(100명)임.

유가 없을 것"[7]을 규정하거나

② 사기업체의 채용 조건으로 "남자의 경우 병역을 필하였거나 병역을 면제받았을 것"을 규정[8][9]

③ 영주권자에 대하여 외국인이라는 이유로 채용을 거절하는 것

다. 임금 및 기타 금품

입법례(국내) 2.1다-1 : 근로기준법 제5조(균등처우) 사용자는 근로자에 대하여 남녀의 차별적 대우를 하지 못하며 국적, 신앙 또는 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못한다.

(1) 동일 가치, 동일 노동에도 불구하고 합리적 사유 없이 인종·피부색·출신국가·출신민족 또는 국적을 이유로 기본급, 수당, 호봉 등을 낮게 책정하는 행위

(2) 근무 시간 외의 초과 근무에 대한 수당, 퇴직금 등을 인종·피부색·출신국가·출신민족 또는 국적을 이유로 지급하지 않는 행위

사례 2.1다(2)-1 : **산업연수생에 대한 퇴직금 지급 의무** 그동안 외국인 산업연수생에 대한 퇴직금 지급 여부는 하급 법원에서의 상반된 판결이 계

---

7) 국가공무원법 제35조, 지방공무원법 제33조, 외무공무원법 제33조에 의하여 외국인의 공무원 임용은 제한된다.

8) 병역법 시행령 제136조에 의할 경우 혼혈인, 귀화에 의하여 대한민국국적을 취득한 사람은 제2국민역으로 편입(현역, 보충역, 예비군복무 면제)되기 때문에 이러한 채용조건이 인종 또는 출신국가에 의한 차별에 해당하지는 않는다. 그러나 영주권자인 외국인에게는 병역의무 자체가 부과되지 않기 때문에 이러한 채용조건을 충족하지 못한다는 이유로 영주권자에 대한 채용을 거부하는 것은 '국적'을 이유로 한 차별에 해당할 수 있다.

9) 병역법 시행령 제136조(수형자 등의 병역처분)
① 현역병입영대상자 또는 보충역(보충역의 장교·준사관·부사관 및 보충역의 복무 또는 의무종사를 마친 사람을 제외한다)으로서 법 제65조제1항제3호의 규정에 의하여 보충역 또는 제2국민역으로 편입할 수 있는 사람은 다음 각호에 의한다. 이 경우 형이 부정기형으로서 장기와 단기를 정하여 선고된 때에는 장기를 적용한다. <개정 1997.5.27, 1999.12.31, 2001.3.27, 2002.8.21, 2005.6.30>
2. 제2국민역 편입대상은 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사람
가. 1년 6월 이상의 징역 또는 금고의 실형을 선고받은 사람
나. 외관상 식별이 명백한 혼혈인
다. 호적상 부모를 알 수 없는 사람
라. 13세 이전에 부모가 사망하고 부양할 가족(「민법」 제779조 및 제974조의 규정에 의한 가족을 말한다)이 없는 사람이나 「아동복지법」에 의한 아동양육시설에 5년 이상 수용된 사실이 있는 사람
마. 귀화에 의하여 대한민국 국적을 취득한 사람
바. 중학교를 졸업하지 아니한 사람

속되었으며 대법원은 이를 소액사건이라는 이유로 상고를 기각하며 입장을 유보해 왔다. 산업연수생에 대한 퇴직금 지급의무를 인정한 하급법원의 판결은 “노동부 예규가 산업연수생 신분의 외국인 근로자에 대하여 근로기준법상 퇴직금 적용을 배제하는 취지라면, 국적에 의한 차별적 처우를 금지하고 있는 헌법과 근로기준법에 위반되는 것”임을 지적하였으며, 대법원은 2006.12.7. 선고 2006다53627 판결을 통하여 “최저임금법 제2조에 의하여 근로기준법 제14조에 규정된 근로자는 곧 최저임금법상의 근로자에 해당하므로, 근로기준법 제14조 소정의 근로자에 해당하는 외국인 산업기술연수생에 대하여도 국내의 근로자들과 마찬가지로 근로기준법상의 퇴직금 지급에 관한 규정이나 최저임금법상의 최저임금의 보장에 관한 규정이 그대로 적용되어야 한다.”는 판결을 한 바 있다.[10]

사례 2.1다(2)-2 : **해외투자법인연수생에 대한 근로기준법 적용 여부**[11]

대법원 제1부는 창원 소재 D전자가 낸 중국인 해투연수생 진모(25)씨 등 18명의 미지급 최저임금 및 퇴직금 청구소송 상고심에서 “산업기술연수생 사증을 받은 외국인이 국내 산업기술연수제도의 대상 업체와 연수계약을 체결했더라도. 대상업체의 지시와 감독을 받으면서 근로를 제공하고 금품을 수령했다면 당해 외국인도 근로기준법 제14조 소정의 근로자에 해당한다”며 원고의 상고를 기각했다.(경남신문 2006-12-14, "해외투자기업 연수생도 근로자" 대법 "최저임금제·퇴직금 등 적용해야")[12]

(3) 합리적 사유 없이 인종·피부색·출신국가·출신민족 또는 국적을 이유로 특정인에 대한 임금산정 체계를 달리하는 경우(ex, 내국인 근로자에게는 월급제를 적용하면서, 외국인근로자에게는 시간급을 적용하는 경우 등)

(4) 합리적 사유 없이 인종·피부색·출신국가·출신민족 또는 국적을 이유로 특정인에 대한 임금 지급을 지연하는 경우(예를 들면 내국인 근로자에 대하여는 임금을 먼저 지급하고 난 후 외국인 근로자들에 대하여는 임금을 지연 지급하거나 체불하는 경우 등)

라. 교육훈련

(1) 사용자가 시행하는 모든 교육, 훈련, 연수에 있어서 합리적 사유 없이 인종·피부색·출

10) 대법원 2006. 12. 7. 선고 2006다53627 판결 참조.
11) 노동부는 99년 12월부터 시행한 "해외투자기업 산업연수생에 대한 보호 지침'을 통해 노동력 보충수단으로 해투연수생을 활용하는 경우와, 국내에서 임금을 지급하는 경우는 근로자로 보호 조치하도록 하였다. 그러나 이 지침은 노동관계법을 부분적으로만 적용하고, 해외현지법인에서 임금을 지급받는 경우에는 그 적용을 배제하고 있어서 준거법 결정에 관한 국제사법 규정에 합치되지 않는다는 지적이 제기되고 있다
12) http://www.knnews.co.kr/news.asp?cmd=content&idx=603770 참조

신국가·출신민족 또는 국적을 이유로
- 특정인을 배제하는 행위
- 특정인에 대한 훈련을 중단시키는 행위
- 특정인에게 불리한 조건을 부과하는 행위

사례 2.1라(1)-1 : **직업재활훈련 신청 대상에서 외국인노동자의 배제**
국가인권위원회는 외국인노동자도 근로기준법 제5조 규정에 의거 불법체류와 상관없이 근로자로 인정되어 산업재해 보상보험 급여대상 수급자이므로 산업재해보상보험법에 근거하여 시행되고 있는 직업재활훈련 신청 대상자에서 외국인노동자를 배제한 것은 국가인권위원회법 제30조 제2항 소정의 합리적인 이유 없이 출신국가를 이유로 한 차별행위이므로 외국인노동자에 대하여 직업재활훈련 신청대상자에서 배제하는 일이 없도록 직업재활훈련 대상자 선정제도를 개선할 것을 권고하였다. <인권위 2003. 3. 10. 02진차30 결정>

마. 인사배치(배치전환 포함)

(1) 인종·피부색·출신국가·출신민족 또는 국적을 이유로 배치에 있어서 특정인을 분리하는 행위

(2) 다른 사람에게 적용되는 배치전환을 인종·피부색·출신국가·출신민족 또는 국적을 이유로 특정인에게만 적용하지 않는 행위

바. 승진

(1) 인종·피부색·출신국가·출신민족 또는 국적을 이유로 승진에 있어서 합리적 이유 없이 특정인을 승진에서 배제하는 행위

(2) 승진시험 등에서 인종·피부색·출신국가·출신민족 또는 국적을 이유로 불리한 기준을 적용하는 행위

사. 해고 및 퇴직

(1) 합리적 이유 없이 인종·피부색·출신국가·출신민족 또는 국적을 이유로 특정인을 해고하는 행위

(2) 합리적 이유 없이 인종·피부색·출신국가·출신민족 또는 국적을 이유로 특정인을 퇴직시키거나, 특정인에게 퇴직 또는 사임하도록 요구하거나 유도하는 행위

※ 참고 : **외국인근로자의고용등에관한법률이 적용되는 이주노동자에 대한 해고**

사용자들이 퇴직금 및 출국만기보험금을 지급하지 않기 위하여 계약 기간 1년이 되기 전에 외국인근로자를 해고하거나, 사업장 변경을 유도하는 등의 사례가 지적되고 있어 문제가 된다. 그러나 외국인근로자의고용등에관한법률에 의한 고용허가제는 외국인을 근로자로 인정하여 근로기준법 및 노동관계법이 전면 적용되는 제도이므로, 근로계약 기간(보통 표준계약서에 의해 1년 계약) 내에서의 해고는 근로기준법에 의하여 원칙적으로 엄격하게 제한된다. 따라서 외국인근로자에 대한 정당한 이유 없는 해고는 근로기준법 제5조에서 금지하는 근로조건에 관하여 국적을 이유로 한 차별적 처우에 해당할 수 있다.

(3) 인종·피부색·출신국가·출신민족 또는 국적을 이유로 재계약 및 재임용을 거부하는 행위

사례 2.1사(3)-1 : **재임용심사에서 외국인 교수의 배제**

"○○대학교 교수인사규정에 계약제 교수에 관한 별도의 규정도 없고 발령장에도 계약제교수임을 규정한 바 없어 임용기간이 만료되어 재임용 여부를 판단하는 시점이 되어서야 재임용심사 대상이 아닌 계약제로 임용되었다고 하는 것은 진정인이 외국인이기 때문에 취한 차별적 조치라고 밖에는 달리 해석할 여지가 없어 이는 평등권을 침해한 것이라고 판단된다. 위 의 사실이 인정되므로 당해 대학교 총장에게 진정인에 대한 재임용심사를 실시할 것을 권고함." <인권위 2004. 1. 12. 03진차25 결정>

※ 참고 : **미등록이주노동자에 대한 고용상의 차별 문제에 관한 검토**

1. 미등록이주노동자에 대한 불합리한 고용조건과 승진탈락

미등록노동자 신분은 결코 차별적인 고용상의 약정과 조건 및 승진탈락(failure to promote)에 대한 정당한 이유가 되지 못한다. 따라서 직장에서 차별적으로 낮은 보수를 받았거나 학대를 당한 노동자들은 차별을 받으며 근무한 기간에 대해 소급급여를 포함해 법적으로 보장된 모든 구제를 받을 수 있다. 이 점은 차별을 받은 노동자가 차별을 받은 후에 출국을 했더라도 마찬가지이다. 왜냐하면 차별을 받지 않았더라면 그 노동자가 계속 근무할 수도 있었기 때문이다.

2. 미등록이주노동자를 배제하는 단체협약의 유효성

[NLRB v. Duke City Lumber Company(251 N.L.R.B. No. 12)]

고용주와 노동조합이 미등록노동자들을 배제하는 단체협약을 체결한 사안에서 전국노동관계위원회(NLRB)는 배제된 피고용인들의 미등록 이민자 지위가 단체교섭권의 배제사유가 될 수 없

고, 또한 위원회가 실시하는 선거에 참여하지 못하는 결격사유도 될 수 없다고 결정했다.

3. 미등록이주노동자에 대한 보복적 신고 : Sure-Tan v. NLRB(467 U.S. 883, 1984) 등

이 사건에서 고용주는 NLRA에 규정된 권리들을 행사한 것에 대한 보복조치로 5명의 피고용인들을 이민귀화국(INS)에 신고했다. 고용주는 그들이 미등록 노동자들임을 알고 있었으며, 그들이 노조활동에 참여하기 전까지 그들을 이민귀화국(INS)에 신고하지 않았다. 따라서 그들을 신고한 이유가 보복에 있었음이 분명하였다. 연방대법원은 노동관계법(NLRA: National Labor Relations Act)의 적용을 받는 미등록노동자들의 범위 문제를 검토한 후, 미국 노동법에 의해 그들을 보호하는 것이 노동법과 이민법 모두의 목적을 달성하는 데 기여한다고 판결했다. 대법원은 미등록 노동자들에게 노동법을 적용하는 것이 이민법의 목적을 달성하는 데 기여한다고 보았다.

위 Sure-Tan 사건과 마찬가지로, A.P.R.A 사건에서도 고용주는 미등록 노동자들을 고의로 고용했고, 그들이 노조활동에 참여하자 보복조치를 취했고, 노동자들은 법원판결이 날 때까지 미국에 체류하고 있었다. 전국노동관계위원회(NLRB)는 그들을 "전면적으로 구제하지 않으면, 미등록 노동자들을 고의로 고용하는 부도덕한 고용주들의 부당한 경제적 이익이 … 직장에 관한 의회정책에 악영향을 미친다."고 결론지었다.[13][14]

입법례(국외) 2.1사(3)-1 : 미국 시민권법 Title Ⅶ.

Title Ⅶ은 고용주가 일시해고, 구조조정, 승진 등의 대상을 결정할 때 연공서열 규칙을 이용하는 것을 명시적으로 허용하고 있다. 다만, 그러한 규칙은 인종에 의거해 특정집단의 구성원들을 고의적으로 차별하지 않는 선의의(bona fide) 규칙이어야 한다. 따라서 특정한 인종의 피고용인들이 대량으로 해고되는 결과가 초래되더라도 그것이 고의적인 것이 아닌 한, 고용주는 법적 책임을 면할 수 있다.

(4) 고용주가 연공서열에 따라 해고 대상을 결정할 수 있다. 피고용인의 인종과 근무연한이 다양한 직장에서는 연공서열 규칙이 모든 인종의 피고용인들에게 비교적 고르게 영향을 미칠 것이다. 하지만 최근에 와서야 소수인종을 많이 채용한 직장이라면 연공서열 규칙은 특정한 인종집단의 개인들에게 불리한 영향을 미칠 것이다. 그 규칙이 적용되면 근무연한이 짧은 피고용인일수록 해고될 가능성이 높기 때문이다.

아. 괴롭힘(harrassment)

13) A.P.R.A., 151 L.R.R.M. at 1216.

14) NLRB뿐만 아니라 EEOC 역시 이민통제법(IRCA)의 시행에 책임을 지지 않으며, "피고용인의 이민자 신분을 판단하는 과정"에 참여하지 않는다. 따라서 EEOC는 노동자의 신분에 관련된 증거를 수집도 평가도 하지 않는다.

구두, 서면, 전시행위의 세 가지 유형의 행위로 벌어지는 인종 등을 이유로 한 괴롭힘은 차별에 해당한다.

입법례(국외) 2.1아-1 : 미국 시민권법 Title VII.
심각하거나 광범위한 인종 관련 모욕, 위협 또는 조소가 없는 근무환경을 적극적으로 조성하고 유지할 책임이 고용주에게 있다. 강등이나 해고와 같은 가시적 고용조치를 초래하는 학대 또는 피고용인의 근무조건을 변경시킬 정도로 심각하거나 광범위한 학대는 금지된다.

(1) 고용주가 피고용인의 근무조건에 부당한 영향을 미칠 수 있는 가장 확실한 방법은 인종학대를 통해 인종적대적인 환경을 조성하는 것이다. 인종학대는 구두, 서면, 전시행위의 세 가지 유형의 행위를 모두 포함한다.

(2) 학대가 가시적 고용조치를 초래하지 않았을 경우에 법원들은 심각하거나 광범위한 학대의 유무를 판단하기 위해 주관적 기준과 객관적 기준을 모두 적용한다. 즉, 첫째, 학대를 당한 피고용인이 그 학대를 모욕적인 것으로 인식해야 하고, 둘째, 합리적 인간이 적대적이라고 간주할만한 근무환경이 학대에 의해 조성되어야 한다. 그러므로 이 기준들에 부합하지 않는 사소한 학대는 고용주의 책임사항이 아니다. 인종을 비하하는 행위가 행해진다고 하더라도 그것이 심각한 것이라면 적대적 근무환경이 조성될 수 있다. 즉, 심각한 학대는 반복적으로 행해지지 않더라도 불법으로 간주될 수 있다. 심각한 학대가 아닐 경우에는 문제가 되는 행위가 광점위하다고 여겨질 만큼 그 횟수가 많아야만 불법이 될 수 있다.[15]

(3) 고용주가 모든 인종학대에 대해 자동적으로 책임을 지는 것은 아니며 인종학대가 어떠한 범주에 속하느냐에 따라 고용주의 책임여부가 달라진다. 인종학대에는 다음의 세 가지 범주가 있다.[16]

(3.1) 첫째 범주에는 가시적 고용조치를 초래하는 학대가 포함되는데, 가해자인 상환은 처음에는 정직이나 강등과 같은 고용조치를 취하는 것이 보통이지만 학대가 심화되면 해고와 같은 강제퇴직이나 준해고와 같은 반강제퇴직도 가능하다. 인종학대로 인한 가시적 고용조치는 불법이고 고용주는 그것에 대해 자동적으로 책임을 진다.

(3.2) 두 번째 범주에는 상관에 의해 자행되지만 가시적 고용조치를 초래하지 않는 학대가 해당된다. 이 경우에 학대행위가 고용상의 약정과 조건을 변경시킬 정도로 심

15) 국가인권위원회, 차별판단지침에 대한 외국사례 조사: 출신국가, 출신민족, 인종, 피부색 (2006년도 인권상황 실태조사 연구용역보고서) 24면.
16) Id. 24-25면 참조.

각하거나 광범위한 것이어야만 불법으로 간주된다.

사례 2.1아(3.2)-1 : **인종학대에 대한 고용주의 대리책임**

피고용인의 상관들이 저지른 불법적 성 학대에 대해 고용주가 대리책임을 져야한다. 이는 인종학대를 포함해 모든 형태의 학대에 똑같이 적용된다. 이러한 학대에 대해 고용주가 책임을 지지 않으려면 첫째, 인종학대를 예방하고 신속하게 교정하기 위해 합리적 주의를 기울였고, 둘째, 예방 또는 교정의 기회를 제공했음에도 불구하고 피고용인이 그 기회를 이용하지 않았음을 입증할 수 있어야 한다.[17]

(3.3) 세 번째 범주에는 상관이 아닌 동료나 직장을 방문한 비피고용인에 의한 학대가 해당된다. 그 학대는 고용상의 약정과 조건을 변경시킬 정도로 심각하거나 광범위한 것이어야 한다. 그래야만 학대 사실을 알고도 즉각적이고 적절한 교정조치를 취하지 않은 고용주에게 책임을 물을 수 있게 된다. 피해자가 동료의 학대행위를 상관이나 관리자에게 진정했을 때나 상관이 보는 앞에서 동료가 학대행위를 했을 때, 학대행위가 광범위하게 행해지고 있을 때, 고용주는 학대사실을 알았을 것으로 간주된다.

(4) 고용주는 학대행위에 대해 법적으로 무거운 책임을 지므로 직장에서 가능한 한 인종적대행위가 없는 근무환경을 조성하기 위해서 강력한 예방조치를 취하는데 최선을 다해야 한다. 고용주는 특히 다음의 두 가지 일을 우선적으로 할 필요가 있다.

(4.1) 첫째, 학대금지정책을 수립하고 시행해야 한다. 그 정책은 직장 내에서 어떠한 인종학대로 용납되지 않는다는 점을 단호히 천명하고 적절한 진정 메커니즘을 제공하는 것이어야 한다. 또한 학대를 당한 피고용인의 지휘선상에 있지 않는 간부가 진정사항을 접수할 수 있도록 보장하는 것이 중요하다.

(4.2.) 둘째, 인종학대에 대한 진정사항을 신속하고 철저하게 조사해야 한다. 학대를 금지하는 고용주의 의지가 아무리 단호하다 하더라도 이것만으로는 부족하며 실천이 중요하다. 고용주는 피고용인의 진정을 진지하게 받아들이고 처리하겠다는 의지를 갖고 나름대로 적절한 방식에 따라 공정한 진상조사를 실시하고 차별행위가 있었다고 믿을만한 합리적 이유가 발견되면 그 행위의 재발을 방지하기 위하여 필요한 조치를 취해야 한다. 일부 고용주들은 공정한 조사를 보장하기 위해 법률회사나 카운슬러의 도움 등 외부 전문가의 도움을 받기도 한다.

17) 미국연방대법원의 Burlington Industries, Inc. v. Ellerth(524 U.S. 742, 1998).

2.2 재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급 내지 이용

2.2.1 재화·용역 공급이나 이용

입법례(국내) 2.2.1-1 : 뉴스통신 진흥에 관한 법률
제5조(뉴스통신의 공정성과 공익성)
①뉴스통신은 그 보도에 있어서 공정하고 객관적이어야 한다. 이 경우 성별·연령·직업·종교·신념·계층·지역·인종 등을 이유로 차별을 두어서는 아니 된다.

입법례(국내) 2.2.1-2 : 신문 등의 자유와 기능 보장에 관한 법률
제5조(정기간행물의 공정성과 공익성)
①정기간행물에 의한 보도는 공정하고 객관적이어야 한다.
②정기간행물은 성별·연령·직업·신념·계층·지역·인종 등을 이유로 편집에 있어 불합리한 차별을 두어서는 아니 된다.

(1) 인종·피부색·출신국가·출신민족 또는 국적을 이유로 특정인에게 재화 또는 용역의 제공을 거부하는 행위

(2) 인종·피부색·출신국가·출신민족 또는 국적을 이유로 특정인에게 재화 또는 용역을 제공함에 있어 다른 사람보다 불리하게 대우하는 행위

사례 2.2.1(2)-1 : **인터넷 전화 회원가입 시 외국인에 대한 차별**
재화·용역의 이용과 관련하여 인터넷전화 이용 시 주민등록번호 입력을 요구하는 것이 외국인에 대한 차별행위에 해당하는지 여부가 문제된 사안에서 국가인권위원회는 회원가입에 있어서 주민등록번호를 입력하도록 한 것은 주민등록번호를 부여받을 수 없는 외국인들에게 인터넷 전화사용을 제한하는 행위이므로 합리적인 이유 없이 출신국가를 이유로 한 재화·용역의 이용을 불리하게 대우하는 차별행위로 판단하였다. 이 사건은 피진정인이 차별을 인정하고 해당 정책을 시정하여 별도의 구제조치가 필요 없었다. <인권위 2003. 12. 29. 03진차567 결정>

(3) 인종·피부색·출신국가·출신민족 또는 국적을 이유로 특정인에게 교통수단 및 상업시설의 접근 또는 이용의 허락을 거부하는 행위

(4) 인종·피부색·출신국가·출신민족 또는 국적을 이유로 교통수단 및 상업시설의 이용에

있어 특정인을 다른 사람보다 불리하게 대우하는 행위

(5) 인종·피부색·출신국가·출신민족 또는 국적을 이유로 교통수단 및 상업시설에서 떠나도록 하거나 그 이용을 중단하도록 요구하는 행위

(6) 인종·피부색·출신국가·출신민족을 이유로 토지·주거시설의 매매 또는 임대를 거부하는 행위. 외국인이라는 이유로 토지·주거시설의 매매를 거부하는 행위는 차별에 해당한다.

2.3 교육시설·직업훈련기관에서의 교육·훈련이나 그 이용

(1) 인종·피부색·출신국가·출신민족을 이유로 특정인을 학생이나 연수생으로 수용하는 것을 거부하는 행위

사례 2.3(1)-1 : **외국인 산업연수제도의 개선 요구**

"정부가 2007. 7. 15. 발표한 '외국인인력제도 개선방안'이 외국인 노동자의 심각한 인권문제를 개선하기에는 미흡하다고 판단하여, 최소한 산업연수생제도의 단계적 폐지, 차별논란이 없도록 취업관리제의 보완, 불법체류자의 단계적 양성화 조치 등이 포함되도록 개선안을 재검토할 것을 권고한다." <인권위 2002. 8. 12. 02진차40 결정>

(2) 인종·피부색·출신국가·출신민족 또는 국적을 이유로 기존의 학력을 인정하지 않는 행위

사례 2.3(2)-1 : **화교학교 학력 불인정 차별**

"대한민국(이하 "한국"이라 한다) 내에 있는 화교학교가 학력을 인정받지 못하고 있어 화교학교를 다니다가 한국학교로 전·입학을 하려면 반드시 검정고시를 거쳐야 하는바, 화교학교의 학력을 중국 및 다른 나라에서 인정하고 있음에도 오로지 한국만 학력을 인정하지 않고 있는 것은 출신국가를 이유로 한 차별이다. 화교학교 학력을 인정하지 않는 것은 국제인권조약의 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」 제27조, 「아동의 권리에 관한 국제협약」 제29조 및 제30조에 따라 화교들의 자기 언어로 교육받을 권리 및 행복추구권을 침해하는 것으로서 출신국가를 이유로 한 차별행위로 인정되므로 「국가인권위원회법」 제44조 제1항 제2호에 의거 권고한다." <인권위 2006. 8. 29. 04진차386 결정>

(3) 인종·피부색·출신국가·출신민족을 이유로 교육시설이 제공하는 이익이나 시설, 서비스에 대한 접근을 거부하거나 이를 제한하는 행위

3. 차별 예외

3.1 진정직업자격에 의한 예외

인종·피부색·출신국가·출신민족 또는 국적을 이유로 한 차별이 직업의 수행에 본질적인 요건인 경우에는 직업요건으로 허용된다.

입법례(국외) 3.1-1 : 미국 시민권법 Title VII

시민권법 Title VII 제703조(e)(1)에 따르면 “종교, 성별, 출신민족이 해당 특정 사업 또는 기업의 통상적인 운영에 있어 합리적으로 필요한 선의의 진정직업자격에 해당하는 경우”에는 차별의 예외에 해당한다고 명시되어, 진정직업자격이 적용되는 차별 유형은 성별, 종교, 출신민족에 제한하고 있고, 인종・피부색에 의한 차별에는 이러한 규정이 없다[18]. 시민권법 Title VII에 의거하여 출신민족은 직무의 필수임무를 수행하는 데 필요한 BFOQ(Bona Fide Occupational Qualifications)가 될 수도 있다. 그러나 법원들은 BFOQ 항변을 매우 협의적으로 해석하고 있기 때문에, 출신민족이 항변의 근거로 인정되는 경우는 드물다.[19]

미국 고용평등위원회(EEOC)의 “피고용인 선발절차에 관한 통일지침”(UGESP)은 선발절차의 직무 관련성을 입증하는 상세한 지침을 제공한다. 이 지침에 의하면, 시험, 면접, 또는 여타의 선발절차가 유용하고 의미 있는 정보를 제공하고 또한 적절한 방식으로 이용되고 있는지 여부를 판단하는 타당성 분석(validity study)이 중요하다.

입법례(국외) 3.1-2 : 영국의 인종관계법(Race Relation Act 1976)

영국의 인종관계법은 진정직업자격(Genuine Occupatio nal Qualification)에 관한 상세한 법률규정을 두고 있으며, 인종관계법은 EU지침의 내용을 반영하여 2003년 “진정직업요건(Genuine Occupational Requirement)”에 관한 규정을 추가 개정하였다.

위 진정직업요건은 인종이 “진정하고 결정적인”(genuine and determining) 직업요건”일 경우에만 적용된다는 점에서 기존의 진정직업자격보다 적용 범위가 작다고 할 수 있지만, 임명이나 승진 외에 해고에도 적용된다는 점 및 근로자가 진정직업요건을 충족한다는 것을 사용자가 확신하지 못하고 모든 제반 사정을 고려할 때 사용자가 확신하지 못하는 것이 합리적인 경우에도 적용된다는 점 등에 비추어 그 적용 범위가 넓다고도 볼 수 있다.

---

18) 한편 인종, 피부색, 종교, 성별 또는 출신민족을 근거로 한 불평등 효과를 가져오는 특정한 고용관행이 문제가 되었을 때로서 사용자가 차별이 아님을 인정받기 위해서는 문제의 고용관행이 업무와 관련성이 있으며, 사업상 필요성에 따른 것임을 입증해야 한다(시민권법 제7편 제703조(k)(1)(A)(i)) - 미국의 고용상의 간접차별과 그와 관련한 입증책임의 문제에 대해서는, 구미영(2003), 『고용상의 간접차별 규제-미국 사례를 중심으로』, 서울대학교 석사학위 논문 참조).

19) EEOC, 출신민족 차별금지를 위한 자기평가

(1) 차별예외로서의 진정직업자격은 일반적으로 엄격하게 해석되고 있다. 따라서 인종 등 차별예외로서의 진정직업자격 역시 엄격히 해석되어야 한다. 그렇지 않으면 차별예외의 범위가 지나치게 확대되고, 차별금지의 실효성이 없게 된다.

(2) 억양을 이유로 불리한 고용결정을 내리는 것은, 출신민족에 기한 차별이라기보다는 억양이라는 요소가 직무수행의 필수적 기능인 의사소통능력의 결여를 가져오는 것이어서 정당하다.

사례 3.1(1)-1 : **억양을 이유로 한 고용 차별**

Fragnate는 Honolulu시에서 두 명의 사무직원을 뽑는 시험에 지원했는데, 그가 공무원이 되기에 충분한 능력을 가지고 있고 필기시험에서 가장 높은 점수를 받았음에도 불구하고, 면접시험에서 '강한 필리핀 억양' 때문에 좋지 못한 점수를 받았고, 결국 '의사소통기술의 부족'이라는 이유로 불합격하였다. 이에 진정인은 출신민족에 근거하여 차별을 받은 것으로 제소하였다.

이 사건의 경우 EEOC의 가이드라인에 따르면 출신민족에 근거한 명백한 차별로 판단되어질 수 있으나 사용자의 진정직업자격 항변에 의해 정당화된 경우이다. 법원은 억양이 직무수행을 방해할 때 억양을 이유로 불리한 고용결정을 내리는 것은 정당하다고 보았다. 효과적이고 명확한 의사소통능력은 해당 직무의 직업적 요건으로 합법적인 것이며, 특히 해당 직무는 일반 시민들에게 서비스와 지원을 제공하는 업무를 수행한다는 점에서 이러한 요건은 필수적이라고 판결했다. 따라서 지원자의 불합격은 그의 출신민족에 근거한 것이 아니라 그의 언어구사능력의 부족에 의한 것이라는 점에서 차별로 볼 수 없다는 것이다. 출신민족보다는 억양이라는 요소가 직무수행의 필수적 기능인 의사소통능력의 결여를 가져왔으므로 의사소통능력에 따른 패소를 결정한 판결이나, 이러한 판례에도 불구하고 억양이 의사소통 능력을 실질적으로 방해하는지에 대한 문제는 좀 더 면밀히 검토되어야 한다는 것이 EEOC의 견해이다.[20]

사례 3.1(1)-2 : **특정 인종집단의 복지를 향상하기 위한 개인적 서비스**

Lambeth London Boroudh Council(이하 '지역 기관')은 'The Guardian' 신문에 그들의 주택수당 담당과의 주택수당 보좌관과 그룹 관리자를 구하는 광고를 냈다. 그 광고에는 아프리카 카리브인과 아시아인으로 지원자를 한정한다고 쓰여 있었다. 이후 두 가지 광고가 'The Guardian'에 다시 게재되었고, 주택수당 보좌관 광고가 반복하여 실렸다. 인종평등위원회는 이러한 광고가 인종차별금지법에 위법한 광고라고 소송을 제기하였고, 노동재판소는 위법한 행위로 판단하였다. 지역 기관은 고용항소재판소에 항소하였으나 항소가 기각되었고, 이에 항소법원에 다시 항소하였다.

문제가 된 직무인 주택 수당 서비스는 낮은 소득자의 임료나 임료상승분을 보조해줌으로써 공공과 민간 세입자 모두를 지원하기 위해 고안된 정부의 사업인데, 그들이 상대해야 하는 세입자 중 절반 이상이 아프리카 카리브 혹은 아시아 인종이었다. 그리하여 정부에서는 이들 흑인의 경험과 수요에 맞게 주택수당 시스템을 정비하기도 하였고, 주택수당 부서내의 상당수의 직책을 흑인 지원자에게 할당한 사실이 인정되었다. 그러나 항소법원은 공고된 두 가지 직책의 업무가

20) Fragnate v. City and County of Honolulu 888 F 2d 591 (9th Cir. 1989).

본질적으로 관리자의 업무라는 점과 둘 중 어느 직책도 공중과 많은 접촉을 갖지는 않는다는 점을 들어, 지역 기관의 주택수당 담당과에 의해 제공되는 서비스는 이 수당의 수혜자의 복지를 향상시키는 것은 명백하지만, 제5조(2)(d)항[21]의 "개인적인" 서비스에는 해당되지 않는다고 판단하였다. 항소법원은 "개인적인"이란 단어를 사용한 것은 당해 서비스의 제공자와 수혜자의 동일성이 중요하다는 것을 의미한다고 판단하였다. 따라서 원심 노동재판소가 위 법률 규정 내용이 제공자와 수혜자 사이의 직접적인 접촉을 예상한 것으로서 주로 대면적이거나 개인적이고 신체적인 접촉과정에서 민감함이 발생할 수 있는 경우를 나타낸 것이라고 한 것에 동의하면서[22], 문제된 직무는 관리자의 지위에서 특정 인종 그룹에 속한 개개인의 복지향상을 위한 개인적인 서비스를 제공하지 않는다고 한 노동재판소의 판단을 긍정하였다. 이 사건은 인종관계법 제5조(2)항(d)호와 관련된 leading case로서, "개인적 서비스"의 의미를 판단한 사례이다.[23]

3.2 국가안보상의 예외

입법례(국외) 3.2-1 : 시민권법 Title VII §703(g)

"이 Title의 다른 어떠한 규정에도 불구하고, 다음 두 가지 조건이 충족되는 한, 고용주가 개인의 채용을 거부하거나 그를 해고하는 행위, 또는 취업알선 기관이 개인의 취업알선을 거부하는 행위는 불법적 고용행위로 간주되어서는 안 된다. (1) 특정한 직무의 담당 또는 특정한 시설물에 대한 접근이 법률 또는 대통령령에 의해 채택된 안보정책의 국가안보 요건의 적용을 받고 있다. (2) 특정한 개인이 그 요건에 부적합하거나 더 이상 적합하지 않다."

앞의 두 가지 조건이 충족되는 한, 국가안보 요건을 충족시키지 못하는 개인에게 고용기회를 거부하는 것은 불법적 고용행위가 아니다. 국가안보상의 이유로 법률 또는 대통령령에 의해 시민권이 요구되는 경우, 예컨대 일부 방위산업체들의 경우, §703(g)이 적용되기 때문에, 고용주는 시민권이 없는 피고용인이나 취업지원자에게 불리한 조치를 취하더라도 이에 대해 책임을 지지 않는다. 그 밖의 경우, 대통령령 제11935호에 의거하여 미국 시민권은 대다수 연방 공무원(즉, 경쟁을 통해 임용되는 공무원) 직무의 필수요건이기 때문에, §703(g)의 예외규정은 해당 연방 직무가 경쟁에서 제외된 상황에서만 적용될 필요가 있다. 아울러, 대통령령 제11935호에 대한 해석은 5 U.S.C. §7532에 부합해야 한다. 후자에 따르면, 임명직 집행기관 장(長)들은 국가안보를 위해 피고용인을 정직시키거나 해고할 수 있다.

---

21) Race Relation Act 1976

5. 진정직업자격의 예외

(d) 그 업무를 하는 사람이 특정 인종의 사람들에게 그들의 복지를 향상시키는 개인적인 서비스를 제공하고, 이런 서비스들은 당해 인종 사람들에 의해 행해지는 것이 가장 효과적인 경우

22) 위 판결에서는 언어나 문화적, 종교적 배경에 대한 지식과 이해가 중요한 경우, 이러한 서비스는 특정 인종의 사람에 의해 가장 효과적으로 제공될 수 있을 것이라고 판시하고 있다.

23) Lambeth London Boroudh Council v. Commission for Racial Equality (1990) ICR 768 (CA).

(1) 한 직무의 담당 또는 특정한 시설물에 대한 접근이 법률 또는 대통령령에 의해 채택된 안보정책의 국가안보 요건의 적용을 받고 있거나, 특정한 개인이 그 요건에 부적합하거나 더 이상 적합하지 않을 때라는 두 요건이 충족되는 한 고용주가 그 개인의 채용을 거부하거나 그를 해고하는 행위, 또는 취업알선 기관이 개인의 취업알선을 거부하는 행위는 불법적 고용행위로 간주되어서는 안 된다.

사례 3.2(1)-1 : **비밀취급인가인증**

귀화시민인 진정인은 자신이 유고슬라비아 출신이기 때문에 승진을 거부당했다고 주장한다. 피진정인은 진정인이 최적임자였음을 시인했으나, 승진해서 맡게 될 직책이 비밀취급인가증을 요구한다는 점, 그리고 그 직책의 결원을 즉각적으로 보충할 필요가 있었다는 점을 이유로 내세우며 항변했다. 또한 피진정인은 진정인이 공산국가 출신이고 그곳의 친척들을 부양하고 있는 관계로, 비밀취급인가증을 받으려면 6개월에서 1년이 걸려야만 했다고 지적했다. 그리하여 피진정인은 비밀취급인가증을 이미 갖고 있는 다른 회사의 피고용인을 그 직책에 충원했다. 보안 분야에서 오랜 경력을 쌓은 피진정인의 보안관리자는 공산국가에 친척을 둔 사람이 비밀취급인가증을 받으려면 6개월에서 1년이 걸린다고 증언했다. 비밀취급인가증과 관련해, 다른 출신민족의 피고용인들이 특별대우를 받았다는 증거는 없다. 따라서 위원회는 피진정인의 항변을 받아들였다. (EEOC 결정 No. 71-806)

3.3 적극적 우대조치

특정 인종, 피부색, 출신민족, 출신국가와 관련한 현존 차별의 시정 내지 직업적·사회적 통합을 목적으로 하는 국가적·사적 차원의 우대조치는 이러한 조치로 인해 인종 등에 따른 대우의 차이가 발생하더라도 수단적 측면에서 정당한 것인 한 인종 등 차별에 해당하지 않을 수 있다.

(1) 적극적 우대조치는 교육, 고용, 기업 경영 등의 분야에서 소수자들에게 특혜를 주어 대대로 차별을 받아 빈곤의 악순환을 끊고 나오지 못하던 이들에게 실질적 평등을 보장하려는 것이다. 과거의 차별 때문에 출발선의 뒤에서 시작할 수밖에 없는 소수자들을 조금 앞세움으로써 그동안 발휘하지 못했던 잠재력을 드러낼 수 있게 하는 것이 바로 적극적 우대조치인 것이다. 이 적극적 우대조치에 의해 인종·피부색의 면에 있어 흑인을 비롯한 소수자들은 백인들에게 유리하게 되어있던 승진, 임금, 대학입학, 장학금, 재정지원 등의 측면에서 동등한 기회를 가질 수 있게 되었다. 또한 연방정부를 비롯한 공공기관과 관련된 계약에서 소수자가 경영하는 기업이 우선 계약대상이 되도록 함으로써 이들이 경영하는 기업

들이 선발 주자인 백인들의 틈새에서 성장할 수 있게 되었다.

(2) 한국사회 내에 체류하거나 거주하는 외국인들에 대한 인종, 피부색, 출신민족, 출신국가를 이유로 한 각종 차별에 대한 반성과 보상의 차원에서 이들 외국인들에게 승진, 임금, 대학입학, 장학금, 재정지원 등의 측면에서 특혜를 부여하는 적극적 우대조치의 시행을 생각해 볼 수 있다.

(3) 특히 한국사회에서는 그동안 대한한국 국민 중에서도 '혼혈인'들을 대대로 차별해 온 면이 많았다. 따라서 한국사회내의 혼혈인들에게 실질적 평등을 보장하고 과거의 차별 때문에 출발선의 뒤에서 시작할 수밖에 없는 혼혈인들에게 승진, 임금, 대학입학, 장학금, 재정지원 등의 면에서 특혜를 주는 적극적 우대조치의 시행을 적극적으로 검토해 볼 수 있다.

⑮ 학력을 이유로 한 차별 판단지침

1. 차별사유의 정의(개념 및 관련 법령 근거)

1.1 직접 차별

학력차별은 합리적 이유 없이 수업연한의 차이 및 특정 교육기관의 졸업 및 이수 여부에 따라 차별 대우하는 것을 말한다.

입법례(국내) 1.1-1 : 「헌법」 제11조

제11조(평등권, 특수계급제도의 부인, 영전의 효력)①모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.

입법례(국내) 1.1-2 : 「고용정책기본법」 제19조 제1항

- ① 사업주는 근로자를 모집·채용함에 있어서 합리적인 이유 없이 성별, 신앙, 연령, 사회적 신분, 출신지역, 출신학교, 혼인·임신 또는 병력(病歷) 등(이하 "성별 등"이라 한다)을 이유로 차별을 하여서는 아니 되며, 균등한 취업기회를 보장하여야 한다.

② 직업소개, 직업지도, 고용정보 제공 등 고용지원서비스를 제공하는 자는 그 업무를 수행함에 있어서 합리적인 이유 없이 성별 등을 이유로 구직자를 차별하여서는 아니 된다.

③ 직업능력개발훈련을 실시하는 자는 훈련대상자의 모집, 훈련의 실시 및 취업지원 등에 있어서 합리적인 이유 없이 성별 등을 이유로 훈련생을 차별하여서는 아니 된다.

입법례(국내) 1.1-3 : 「국가인권위원회법」 제2조 제4호

- 합리적인 이유 없이 학력 등을 이유로 ▲고용(모집, 채용, 교육, 승진, 임금, 및 임금외의 금품지급, 자금의 융자, 정년, 퇴직, 해고 등을 포함한다)과 관련하여 특정 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위를 하거나 ▲재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위를 하거나 ▲교육시설이나 직업훈련기관에서의 교육·훈련이나 그 이용과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위를 할 경우 이를 평등권침해의 차별행위로 규정하고 있다.

가. 학력(學歷)

「차별금지법안」 제4조 제5항에 따라, 학력(學歷)이라 함은 「초·중등 교육법」, 「고등교육법」에서 정한 교육기관의 졸업 또는 이수, 「학점 인정 등에 관한 법률」에서 정한 교육인적자원부장관의 평가인정을 받은 교육훈련기관에서의 학습과정의 이수, 「독학에 의한 학위취득에 관한 법률」에서 정한 학위취득 종합시험에 합격한 자에 대한 학사학위 취득, 「평생교육법」에 의한 평생교육 시설의 교육과정 이수에 따른 학력 또는 학위의 취득, 「초·중등교육법」 제43조 제1항, 제47조 제1항에 따른 학력인정을 포함한 수학 경력 및 특정 교육기관의 졸업·이수 여부를 말한다. 이는 종래의 수학경력의 의미와 학벌의 의미를 '학력(學歷)'으로 포괄하는 것이다.

(1) '수업연한의 차이에 따른'이라 할 때 수업연한의 차이는 교육연한의 차이를 말하는데 교육연한의 차이가 차별발생의 원인이 되는 경우는 통상 의무교육이 보장되는 중학교 졸업 이후를 기점으로 수업연한이 상대적으로 짧은 사람이 긴 사람과 비교하여 차별 받는 경우를 말한다. 그러나 수업연한이 상대적으로 긴 사람을 짧은 사람과 비교하여 고용이나 재화와 용역의 공급이나 이용 또는 교육시설이나 직업훈련기관에서의 교육·자격 요건을 제한한다면 역차별의 문제제기도 가능하다. 수업연한의 차이는 중학교 졸업자와 고등학교 졸업자 혹은 대학 졸업자간, 고등학교 졸업자와 대학 졸업자간, 중학교 졸업자 혹은 고등학교 졸업자와 대학교 졸업자 혹은 대학교 이상 졸업자간의 차이를 말한다.

(2) 학력에 따른 임금·소득수준, 취업기회, 승진 등의 차이는 일정 정도는 사회적으로 용인된다. 능력이 우수한 사람이 더 많은 보상을 받는다는 자본주의 사회의 경제관념이 이러한 차이와 차등 및 구별을 정당화해준다. 그러므로 '합리적 이유 없이'라 함은 학력차이에 대한 차등대우를 인정하지 않는 것이 아니라 학력이 개인의 능력보다 과도하게 또는 무관하게 평가되는 것을 의미한다.

(3) 헌법상에서 학력차별을 다룰 수 있는 근거규정을 찾자면, 헌법재판소는 사회적 신분을 "사회에서 장기간 점하는 지위로서 일정한(등급적인) 사회적 평가를 수반"하는 지위로 넓게 개념화함으로써 선천적 신분은 물론 후천적으로 취득된 신분도 포함시킨다. 이때 '장기간'이라 함은 그 신분에서 벗어나기가 쉽지 않아 상당히 오래 머물 수밖에 없거나 많은 경우 일생동안 벗어날 수 없음을 의미(소위 낙인찍히는 것을 의미)하는 것으로 볼 수 있다[24]. 이 같은 헌법 재판소의 개념 정의를 따르면, 학력도 사회적 신분으로 분류될 수 있는바, 수업연한이나 출신학교는 일면 개인의 자발적 선택이 가능한 것처럼 보이나 일단 진입한 이후에는 가입이나 탈퇴는 물론 이동이 용이하지 않고 개인의 일생을 통해 사회적 라벨링 효과가 크므로 후천적으로 취득된 신분으로서 다룰 수 있게 되므로 헌법을 학력을 다룰 수 있는 근거법으로 활용 가능하다.

---

24) 헌법재판소 1995. 2. 23. 선고 93헌바43.

1.2 간접차별[25)]

중립적인 기준을 적용하였으나 그 기준이 특정 학력이나 학벌을 소지한 집단이나 이에 속한 개인에게 현저하게 불리한 결과를 야기하는 경우 이는 학력을 이유로 한 간접차별에 해당한다.

25) 학력에서의 간접차별은 국내외 입법례나 사례를 제시하기 어렵고, 헌법재판소의 헌법소원 심판례에서도 그러한 사례를 찾기 어려우므로 관련한 입법례나 사례가 발견되는 시점까지 이에 관한 기술과 사례 제시는 보류하기로 한다.

2. 차별판단의 기준

2.1 고용 영역에서의 학력 차별

2.1.1 모집 및 채용과정에서의 학력차별

모집 및 채용과정에서 직무에 필요하다고 인정되는 합리적 기준 이상의 학력을 요구하는 것은 비록 해당 직무 수행에 필요한 기술과 자격을 보유하였으되 단지 사용자가 요구하는 학력수준을 충족시키지 못한 자의 응시기회를 박탈하는 것이므로 학력에 의한 차별에 해당한다.

(1) '합리적 기준 이상의 요구'라 함은 진정직업자격 기준 등을 통해 해당 직무수행에 필요하다고 인정할 수 있는 학력 수준 이상을 요구하거나, 사회적 통념이 인정하는 범위 이상의 학력을 요구할 경우에 해당한다. 사용자의 요구가 정당하기 위해서는 학력과 수행 직무간의 연관성을 명확하게 드러낼 수 있어야 한다.

사례 2.1.1(1)-1 : **은행 신입직원 공채에서 지원자격을 4년제 대졸이상으로 제한한 것의 차별 여부** - A은행은 정규직 신입직원을 모집하면서 지원자격을 '4년제 정규대학 졸업 또는 동등 학력 이상의 소지자'로 제한하였다. - 인권위원회는 A은행이 경영, 법학, 회계학 등의 지식이 반드시 필요한 직무이므로 대졸 이상의 학력을 채용해야 한다고 한데 대해, 대졸 이상의 지식수준이 필요한 직무는 전체 금융 업무의 일부에 지나지 않고 여기 종사하는 신입사원들도 17,317명 중에서 1,280명에 그치고 있으므로 신입직원 전원에게 응시자격을 대졸 학력자로 제한하는 것은 고졸 이하 학력자들의 응시기회를 박탈하는 것으로 판단하였다. <인권위 2006. 11. 6. 05진차333 결정>

사례 2.1.1(1)-2 : **항공사 국제선 승무원의 자격요건을 4년제 대졸로 제한한 것의 차별성 유무**

- 항공사가 국제선 승무원의 자격요건을 4년제 대학 학력 소지자로 제한하였다.
- 인권위원회는 소속 승무원의 업무 매뉴얼에서 승무원의 업무를 국내선과 국제선으로 구분하고 있지 않으며, 노선별로 서비스 절차나 취항지별 출입국 절차, 기내방송등의 업무에 있어 차이가 있을 수 있으나 이러한 차이가 학력의 차이를 두어야 할 합리적 이유가 될 수 없다고 보았다. 또한, 현행 국제선 승무원 선발 절차에 외국어 능력, 체력, 수영 능력 등 업무수행에 필요한 기본적 능력과 개인의 적격여부를 판단할 수 있는 수단이 이미 존재하므로 굳이 4년제 대학 이상의 학력을 국제선 승무원 지원을 위한 필수적 자격요건이라고 볼 수 없다고 판단하였다. <인권위 2006. 10. 9. 07진차202, 07진차97 결정>

학력별로 직급을 달리하여 모집하는 것은 임금과 승진 등에서 차이가 반영되고 이 차이는 개인의 노력이나 능력변화와 무관하게 지속되고, 고착된다는 점에서 차별행위에 해당한다.

(2) 학력별로 직급을 달리하여 모집하는 것은 학력에 의하여 달리 대우하는 것이므로 이러한 차등 대우에 대한 합리성 여부를 판단하는 것이 중요하다. 이 때 합리성 여부는 학력이 가지는 사회적 가치를 임금에 반영해 주는 것이 차별에 해당하는지 여부, 학력인정 외에 취업 등 경력인정이 제대로 이루어지고 있어 학력인정이 유일한 입직 기준이 아니라 경력인정 기준의 하나로 볼 수 있는지, 채용과정에서 경력인정을 통한 채용 경로가 있는지, 또 실제로 이 채용경로가 활성화되어 있는지, 분리 모집이 호봉차이로만 나타나는지 승진 등 인사관리에 다른 차별적 결과가 초래되고 있지 않은지, 직무가 학력별 직급에 따라 구분되어 있어 학력별 직급 분리 모집과 직무와의 연관성이 확보되어 있는지 등을 살펴서 판단할 수 있다.

사례 2.1.1(2)-1 : **모집단계에서의 학력별 직급 분리모집의 차별성 여부**

- 피진정인 K사는 정규직 신입직원을 모집하면서 지원자격을 직급별로 구분하고 4년제 정규대학 졸업자는 5급, 전문대학 졸업자는 6급 중급, 고등학교 졸업자는 6급 초급에 각각 응시 할 수 있는 것으로 제한하였다. 피진정인의 주장에 의하면, 학력별 분리 모집은 인적자원의 질을 평가하는 우리 사회의 공인된 평가 기준에 따른 것이고, 학력에 따라 임금(호봉)의 차이를 두기 위한 조직관리 방식에 불과하며 승진자격 부여 기준이 동일하므로 차별의 의도는 물론 차별이 발생한다고 볼 수 없다고 주장하였다.

- 인권위원회는 학력별 직급 분리 모집이 호봉을 달리 대우하는 것에 그치는 것이 아니라 직급에 의한 승진 소요 연수의 차이로 이어지고, 이러한 직급간의 차별적 구조는 입직 단계에서 결정되어 개인의 능력변화나 경력 갱신을 반영하지 못한 채 채용 이후의 임금과 승진에 지속적이고도 체계적으로 영향을 미치고 있으므로 학력별 직급 분리 채용을 중지할 것을 권고하였다. <인권위 2007. 10. 30. 06진차788 결정>

자격이 동일한 사람이 있을 때 업무수행 능력을 평가할 수 있는 다른 수단이 있음에도 불구하고 학력을 결정적 기준으로 삼는 경우 이는 학력에 의한 차별에 해당한다.

가상례 2.1.1(2)-2 : **환경미화원 채용시 고학력자를 채용한 경우**

- M구청은 환경미화원을 채용하면서 대학원에 재학중인 A씨를 채용하면서 중졸 출신의 B씨를 불합격시켰다. B씨는 A씨와 비교하여 채용 시험의 다른 전 분야에서 유사한 점수를 획득하였다. 이에 B씨는 M구청을 대상으로 학력차별임을 진정하였다. M구청은 환경미화원은 야간이나 새벽 작업이 많으므로 도시고속도로나 시내 도로변의 작업시 교통사고 위험이 커서 순간 대처능력이나 위험을 인지하는 종합적 판단 능력이 필요하므로 학력이 높은 사람이 더 적격이라고 주장하고 있다.

※B씨의 채용이 과다 학력자에 대한 우대가 아님을 입증하기 위해서는 환경미화원으로 채용되기 위한 다른 모든 시험절차(신체검사, 체력검사 등)에서 유사한 성적을 받은 탈락자와 비교하여 학력이 채용의 결정 요인이 아님을 입증하여야 할 것이다. 또한, 순간 대처능력이나 종합적 판단 능력이 학력이 높다고 자동적으로 확보되는 것이 아니므로, 만약 환경미화원 직무 수행에 이러한 능력이 필요하다면 순발력이나 판단력을 평가할 수 있는 객관화된 테스트를 실시하여야 하므로 피진정기관이 이러한 평가 체계를 갖추고 있는지 확인해야 한다.

채용에 있어 특정 목적을 가진 학교 출신자를 우대할 경우 직무 관련성을 엄격하게 적용해야 한다.

(2.1) '엄격한 적용이란' 진정직업자격에 의해 직무와의 관련성을 엄격히 판단해야 한다는 것이다. 이는 헌법재판소의 비례성 심사와 유사한 것으로 합리적 사유의 유무

를 심사하는 것에 그치지 않고 목적의 정당성, 수단의 적정성, 차별의 불가피성, 차별 대우로 발생하는 경영효과와 차별 피해 정도간의 균형성을 적용해야 한다.

사례 2.1.1(2.1)-1 : **교사의 신규채용에 있어 국공립사범대학 출신자 우선 채용**

- 헌법재판소는 「교육공무원법」 제11조 제1항이 국·공립학교 교사채용에 있어 국·공립 사범대학 출신자를 우선 채용하도록 함으로써 사립사범대졸업자와 일반대학 교직과정이수자의 교육공무원 채용 기회를 제한 또는 박탈하고 있다고 보고 이러한 차별을 정당화할 합리적 근거가 없으므로 헌법에 위배된다고 판시하였다.<헌법재판소 1990. 10. 8. 89헌마89 선고>

- 헌법재판소는 이 사건 판단을 위해 비례성 심사 원칙을 적용하였다[26], 국공립사범대학 출신자 우선 채용 제도가 우수교사 확보라는 입법목적에 긍정적으로 기능하고 있는지(목적의 정당성), 사립대학 출신자 가운데 우수교사가 제대로 채용되고 있거나 사립대학과 국공립대학간의 경쟁구도가 유지되어 우수교사 확보라는 목적을 달성하는 수단으로서 합당한 것인지(수단의 적정성), 국공립대학과 사립대학의 교과과정과 교사 선발방식의 비교를 통해 사립대학 출신자들이 완전히 배제되는 현재의 상황과 법익간의 균형(법익 균형성)을 비교하여 이를 정당화할 수 있는지를 판단하였다.

가상사례 2.1.1(2.1)-2 : **이력서상의 특정 학교 출신자 우대를 명기한 경우**

- P대학이 교수 임용 공고를 내면서, P대학이라는 특정 대학 출신자를 우대한다고 명기하였다. P대학은 특정 종교 교단에서 설립한 사학재단으로 P대학이 우대한다고 명시한 학교는 같은 재단이 설립한 대학이다. P대학은 소수 종파의 학교설립의 특수성을 내세워 사학의 설립이념을 전파하기 위한 효과적 수단으로서 같은 재단 내 대학 출신자를 우대하겠다는 것은 사학재단의 합법적 인사재량권이라고 주장한다.

- 종교적 이념의 전파 그 자체는 헌법 제11조에 보장된 평등권을 통해 그 목적의 정당성이 확보된다. 그러나 목적이 정당하다 하더라도 수단의 적정성에 대한 검증이 필요하다. 즉, 종교적 이념 전파의 수단으로서 학교 교육이 유일한 방법인지, 또 교육이 종교이념의 전파 도구로서 쓰이는 것이 정당한지 이를 검증해야 한다. 또한 이로 인해 발생하는 기본권의 제한 즉, 직업선택의 자유, 종교의 자유를 침해하는 것이 불가피한 정도에 그치고 있는지 판단해야 하며, 우대조치를 통해 확인되는(또는 기대되는) 사학재단의 이익이라고 할 수 있는 재단 사업의 정상적 운영 혹은 직무의 효과적 수행이 차별대우를 받는 차별 피해자의 피해를 정당화시킬 수 있는가 등을 판단해야 한다.

채용과정에서 학교별 서열에 따라 가중치를 두거나 이에 따라 가산점을 주는 것은 출신학교에 의한 학력차별이다.

26) 이 사건은 비례성 심사원칙 적용이 오늘날의 체계를 갖추는데 중요 기점이 되는 1999년 제대군인 공무원채용시험 가산제도 사건보다 9년 전의 사건이므로 비례성 심사원칙을 적용한다는 명시적인 문구는 없으나 사실상의 비례성 심사원칙을 적용하였다.

(3) 피진정기관은 이력서상에 출신학교를 기입하게는 했으나 그것이 어떤 용도로 쓰이는지는 공개하지 않고, 조사에 응해서도 출신학교에 가중치를 둔 적은 없다고 주장한다. 대부분의 기업들은 출신학교 별 가중치 사용을 암묵적으로 사용하고 있으면서도 이를 공식화하지 않고 있기에 이를 확인하기 위해서는 피진정기관에 대하여 채용 전형 결과를 요구하고 전체 평가 항목과 항목별 평정 점수를 세밀하게 요구함으로써 물적 증거를 확보해야 한다.

(2.2) 대학별로 등급을 부과하여 개인의 업무수행 능력과 무관하게 특정 대학 출신이라는 이유만으로 차등적인 가산점을 적용하는 것을 두고 객관적인 채용평가라고 보기 어렵다.

(2.3) 학교별 등급 가중치가 입학 당시의 성적만으로 졸업이후의 개인의 능력까지 판단한다는 것인데 이를 두고 합리적이고 객관적인 채용기준이라고 할 수 있는지, 학교별 등급 가중치가 학력고사 당시의 입학사정표로부터 작성되어 약간의 변화를 거친 것인데, 공식적인 개인 평가 지표로 쓰이기에 적합한 것인지, 등급별 가중치 부여의 기준은 무엇인지, 학교별 등급 가중치가 이중으로 가산 효과를 내는 것은 아닌지 등을 확인할 필요가 있다.

사례 2.1.1(2.3)-1 : **이력서상에 단순히 출신학교를 기입하게 한 것이 차별인지 유무**

- R공단은 일반사무직 공채를 하면서 서류전형에서 응시자의 전공과 학교성적, 어학점수와 더불어 출신학교별 등급 가중치를 사용하였다. R공단은 등급가중치를 K채용 전문업체로부터 제공받아 사용하였고 특정 대학 출신을 선호할 의도는 없었으며 대학성적·토익점수·전공 등의 획일적인 잣대에 내재한 단순성과 비객관성, 비합리성을 보완하고자 하는 취지에서 사용한 보완적 수단임에 불과하다고 설명하고 있다. <인권위, 2004. 11. 1 04진차15 결정>

- 학교별 등급가중치는 학교별 등급분류 기준이 명확하지 않고 등급간 점수 차이에 대한 객관화된 근거나 합리적 이유가 발견되지 않는다. 따라서 학교별 등급가중치에는 출신학교에 의한 차별효과가 내재된 것이므로 이를 사용함으로써 발생하는 차별효과 역시 분명하므로 사회적 통념에 미루어 이를 정당화시킬 수 없다. 사용자가 우수한 인재를 우선적으로 채용하고자 하는 노력은 사용자의 고유권한에 해당하나 객관적이고 실효성 있는 자료의 확보와 공식적이고 객관적인 판단기준을 개발하는 것 역시 인사권자에게 부여된 책임이다. 이 때문에 객관성과 공식성이 확인되지 않은 학교별 등급 분류기준을 사용하여 능력을 파악하는 손쉬운 수단으로 사용하는 것이 정당화될 수는 없다.

※ 본 건은 차별행위가 명백함에는 동의하였으나, 진정내용에 직접 언급이 되지 않은 진정사실에 대해서는 기각 처리한다는 당시 위원회 처리 방침에 따라 제3 소위원회(2006년 이후 차별시정위원회)는 이를 기각하고 구두로 경고처리 하는 것으로 정리한 사건이다. 그러나 후일 피진정기관에 대학교별 등급 가중치를 제공한 K채용 정보 회사장이 대학교별 등급 가중치가 암암리에 기업 내에서 사용되고 있다고 밝힌 기사가 우연히 발견되어 보도자료를 통해 학교별 등급 가중치 사용은 차별행위임을 확인하였다.

2.1.2 임금에서의 학력차별

임금격차가 정당화되기 위해서는 학력차이에 근거하지 않은 월등한 경력과 교육 및 능력에 의해서 정당화 될 수 있다. 그 기준들이 진정한 것이고 또한 학력에만 근거하지 않고 있다는 판단은 사례별로 구체적인 사실들에 입각해서 이루어져야 한다.

(4) 동등한 직무를 수행하는 사람에게 사용자가 임금의 차이를 두고자 할 때, 경력과 직무의 복잡성, 수익창출에 대한 기여도 등을 임금의 기준으로 삼을 수 있다.

사례 2.1.2(4)-1 : **비사범계 교원과 사범계 교원간의 호봉 차별 - 기각 사례**

- 공무원 보수규정[별표 23] 별표 11의 봉급표를 적용받는 교육공무원의 학력 가감 산정표에서 사범계 대학 졸업자에게 가산연수를 부여하여 비사범계 대학 졸업자보다 높은 호봉을 받도록 하는 것이 차별이라는 주장에 대해
- 인권위원회는 사범계 대학이 교직과목 중 교과교육, 교육실습 등을 비삼범계 대학보다 더 많이 이수하도록 하고 있고 비사범계 대학의 교육과정에 없는 교과내용을 전공케 하는 등 교직의 특성에 맞는 전문교육을 실시하고 있으므로 가산점 부여 등 우대조치가 합리적임을 인정한 바 있음. <인권위, 2004. 8. 31 03진차537 결정>

2.2 재화·용역 등의 공급과 이용에 관한 차별

재화와 용역 등의 공급과 이용에 있어 그것과의 합리적 관련성 없이 학력을 자격조건으로 제시하여 기회를 박탈하는 것은 학력에 의한 차별에 해당한다.

사례 2.2-1 : **영어 학원 설립 조건으로서 대졸 학력을 요구하는 것의 차별성 여부**

- 진정인의 부인은 최종학력이 고등학교 졸업인 자로, 영어학원의 강사가 되고자 하였으나 현행 학원의 설립운영및과외교습에관한법률시행령 제12조 제2항 별표2에 의하면 최종학력이 고등학교졸업 이하인 자들에게는 교원자격소지, 교습과목과 동일한 종목의 자격증소지 또는 2년 이상의 전임교습 경력 등 추가 요건을 요구하고 있는바, 이는 학력을 이유로 한 합리적 이유 없는 차별이므로 이에 대한 시정을 원함. <인권위 2006. 7. 4 05진차225 결정>

- 인권위원회는 헌법재판소의 기각 결정(2003.9.25.2002헌마519)이 있으므로 진정의 취지가 당해 진정의 원인이 된 사실에 관한 헌법재판소의 결정에 반하는 경우에 해당한다고 보고 각하 처리함.

사례 2.2-2 : **영어 학원 설립 조건으로서 대졸 학력을 요구하는 것의 차별성 여부**

- 이 사건 법률조항은 학원 강사의 자격에 관한 입법위임을 하면서 그 자체로 위임의 구체적 기준이나 범위를 한정하고 있지는 아니하나, 위 법률의 입법목적과 여러 규정들을 상호 유기적·체계적 관련 하에서 파악하여 볼 때 학원 강사로 하여금 학습자에게 평생교육의 일환으로서 필요한 지식·기술·예능을 교습하기에 적합한 자질과 능력을 갖추도록 하기 위하여 학력, 교습과정에 대한 전문지식 또는 기술·기능, 교습경력 등과 같은 요소들을 기준으로 한 자격기준이 위임입법에 규정될 것임을 능히 예측할 수 있으므로, 이 사건 법률조항은 위임조항의 내재적 위임의 범위와 한계를 객관적으로 확정할 수 있는 경우에 해당하여 위임입법의 명확성을 구비하고 있다.

- 이 사건 심판대상 조항들이 요구하는 자격기준을 갖추지 못한 사람이 당장 일반학원의 강사라는 직업을 선택할 수 없는 제한을 받게 된다 하더라도, 그로 인한 불이익은 학원교육의 질적 수준을 보장하여 교육소비자를 보호하고 국가 전체적으로 평생교육을 성공적으로 실현한다는 공동체이익을 능가할 정도로 심각하다고 보이지 아니하므로, 충돌하는 법익 상호간의 균형성도 구비되어 있으며, 자질과 능력을 갖춘 강사를 확보하여 학원교육의 질을 높이거나 유지하는 방법으로서 이 사건 심판대상 조항들과 같이 일률적으로 자격기준을 설정하여 통제하는 방식만큼의 효과를 거둘 만한 다른 제도나 절차를 쉽게 찾아보기 어려우므로 최소 침해의 원칙도 문제되지 않는다. <헌법재판소 2003.9.25. 2002헌마519 결정)>

2.3 교육·훈련, 그 이용과 관련한 차별

교육·훈련에 있어 그것과의 합리적 관련성 없이 학력을 자격조건으로 제시하여 기회를 박탈하는 것은 학력에 의한 차별에 해당한다.

(1) 인권위원회는 차별사건의 경우 입법 및 재판에 관한 사항일 경우「국가인권위원회법」제 32조 제1항 제1호 위원회의 조사대상에 해당하지 않는 경우로 보고 사건을 각하해왔다. 그러나 입법사항이기는 하나 중요한 정책적 검토가 필요하다고 판단될 경우 개별 사건으로서는 일단 각하처리를 하되 이를 정책과제로서 재규정하고 조사를 재개하는 것이 통상적인 접근이었다. 이때 입법사항에 해당하는 범위는 대개 법률을 의미하고 대통령령으로 규정하는 시행령, 조례, 규칙, 지침 등은 조사의 대상이 되어왔다. 사례 2.3의 경우 「교육공무원 유학휴직 운용지침」상의 규정 자체가 차별판단의 대상이 된다.

(1.1) 피진정인이 제시한 국내 석사학위 소지자로 제한한 것의 근거가 첫째, 높은 학력 에 대해 가치를 부여하는 막연한 사회적 통념에 따른 것이 아닌지, 교육재정 부담과 교육부실을 막을 수 있는 다른 대안적 방법이 없었는지, 국내외 교육과정에 대한 불명확한 이해가 비합리적 판단으로 결과되지 않았는지 판단이 필요하다.

사례 2.3(1.1)-1 : **교육공무원의 유학휴직 신청자격을 국내 석사학위 소지자로 제한한의 차별성 여부**

- 인권위원회는 교육공무원의 유학 휴직 신청자격을 국내 석사학위 소지자로 제한하고 있는「교육공무원 유학휴직 운용지침」의 규정은 합리적 이유가 없다고 보고 피진정인인 S 교육감에게, 교육공무원의 학위취득을 목적으로 하는 유학휴직 신청자격을 국내 석사학위 소지자로 제한하지 않도록 「교육공무원 유학휴직 운용지침」을 개정할 것을 권고하였다. 외국의 경우 석·박사 과정이 명확히 구분되어 있지 않은 경우가 대부분이고 모든 외국 유학과정이 국내 석사과정보다 심화된 교육과정인 것은 아니므로 반드시 국내 석사학위가 전제되어야 외국 유학을 할 수 있다고 볼 수 없으며, 비용이 많이 소요되는 사업에 신청자가 증가하지 않도록 하고 기간제 교사의 채용 증가로 인해 교육부실을 막는 방편으로서 높은 학력을 요구한 것에 대해 합리적 이유 없다고 판단하였다

- 유학휴직 기회를 부여하는 것은 수익적 규정에 해당하므로 교육공무원의 학위취득 목적의 유학휴직 신청자격을 국내 석사학위 소지자로 제한하는 것이 합리적인지 여부에 대한 심사기준은 자의금지심사 원칙을 적용하였다. <인권위 2005. 12. 12. 05진차246 결정>

3. 차별 예외

3.1 진정직업자격

• 업무의 성격 또는 업무수행의 상황에 비추어 특정 학력 또는 학력 관련 특성이 해당 업무의 정상적인 수행을 위해 불가결하게 요구되고 다른 수단이 존재하지 않는 경우 학력 제한은 차별에 해당하지 않는다. • 신뢰할만한 객관적 증거에 의해 해당 업무의 정상적 수행과 특정 학력 사이에 직접적인 상관관계가 있고, 개인의 업무수행능력을 개별적으로 평가하는 것이 불가능한 경우 특정 학력은 진정직업자격에 해당한다.

입법례(국내) 3.1-1 : 「남녀고용평등법」 제2조 1호 가목 직무의 성격에 비추어 특정 성이 불가피하게 요구되는 경우

입법례(국외) 3.1-1 : ILO 제111호 협약(고용・직업에서의 차별금지협약) 우리나라가 비준한 ILO 제111호 협약은 특정 직업에 고유한 자격요건을 차별예외사유로 규정(제1조 제2항)

입법례(국외) 3.1-2 : EU 고용・직업평등대우지침 2000/78호(2000년) 동 지침 제1조가 규정하는 차별사유와 관련된 특성에 근거한 대우의 차이는, 특정 직업활동의 성격이나 직업이 수행되는 상황 때문에 그러한 특성이 진정하고도 결정적인 직업요건에 해당하고 그 목적이 합법적이며 그 직업요건이 비례적인 경우에는, 차별에 해당하지 않는 것으로 회원국은 규정할 수 있음(제4조 제1항)

(1) 차별예외로서의 진정직업자격은 일반적으로 엄격하게 해석되고 있다. 유럽연합(EU)의 경우 2000년 이후 최근의 지침들에 '진정하고 결정적인 직업상의 요건'이라는 용어가 명시적으로 등장하였으나 이를 직접 인용한 판결은 아직 나타나지 않고 있다. 그러나 '직무의 본질(nature)'이나 '정황(context)'상 성별이 결정적 요인이 되는 경우라는 적용 제외 요건(제2조, 제2항)의 해석과 관련된 사례들이 있을 뿐이다. 한편 유럽사법재판소는 이 조항의 결정적인 요소에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서 투명성 원칙을 적용하고 매우 엄격하게 해석해야 한다는 입장을 취하고 있다.[27]

27) 국가인권위원회(2005), 진정직업자격 등 고용차별 판단기준에 관한 외국 판례 조사, p.10 참조.

(2) ‘업무의 성격’이나 ‘업무수행 상황’에 비추어 수학 경력이나 특정 교육기관의 졸업·이수가 해당 업무를 정상적이고도 효율적으로 수행하기 위한 불가결한 요건으로 인정되는 경우는 실제로는 많지 않을 것이다. 수학경력 혹은 수업연한 그 자체만으로 직무수행과의 불가피한 관련성을 설명하기 어렵고, 또한 전공과목이나 교육내용의 특화가 미진한 한국 중·고등 교육체계 안에서 특정 교육기관만이 진정직업자격 기준을 획득했다고 주장하기도 어렵기 때문이다. 수학경력은 전공과의 관련성이나 전공이수를 통해 획득할 수 있는 자격증 등을 통합적으로 판단함으로써 직무관련성이 입증될 것이고, 또한 특정 학교나 교육기관을 졸업·이수했다는 이유만으로 해당 직무수행의 적합성을 판단할 수는 없을 뿐더러 개인의 역량에 대한 객관적인 확인 절차가 이루어진 다음에야 직정직업자격 기준을 충족시킬 수 있다.

채용 과정에서 전공과 무관하게 단순히 특정 학교 출신자라는 이유로 우대할 경우 직무 관련성을 엄격하게 적용해야 한다.

(2.1) ‘엄격한 적용이란’ 진정직업자격 여부를 엄격히 판단해야 함을 의미한다. 이는 헌법재판소의의 비례성 심사와 유사한 것으로 합리성 유무를 심사하는 것에 그치지 않고 목적의 정당성, 수단의 적합성(적정성), 차별의 불가피성 등을 판단해야 한다.

3.2 적극적 조치

서울·수도권과 지방 사이의 출신지역 차별을 시정하기위한 적극적 조치(고위공직제한, 인재할당, 지방인재 채용장려)는 학벌과 관련한 현존하는 차별 시정에도 도움이 됨에도 불구하고 서울·수도권 대학졸업자(특히 명문대학이 아닌 경우)에 대한 역차별이라는 논란이 있다. 따라서 직업적・사회적 통합을 목적으로 하는 공적・사적 차원의 우대조치는 이러한 조치로 인해 특정 지역 소속 학교에 따른 차별 대우가 발생하더라도 수단적 측면에서 정당하다면 학력차별에 해당하지 않는다.

입법례(국내) 3.2-1 : 「국가인권위원회법」
현존하는 차별을 해소하기 위하여 특정한 사람(특정한 사람들의 집단을 포함한다. 이하 같다)을 잠정적으로 우대하는 행위와 이를 내용으로 하는 법령의 제·개정 및 정책의 수립·집행은 평등권침해의 차별행위(이하 "차별행위"라 한다)로 보지 아니한다(제2조 4호 단서).

입법례(국외) 3.2-1 : EU 고용・직업평등대우지침 2000/78호(2000년)
- 적극적 조치(제7조) : 실질적 평등을 달성하기 위한 목적에서 회원국이 동 지침 제1조가 규정하는 차별사유와 관련된 불이익을 방지하거나 보상하기 위한 특별한 조치를 유지하거나 채택하는 것은 평등대우원칙에 반하지 않음

입법례(국외) 3.2-2 : 아일랜드의 고용평등법(1998년)
근로자간 실제에서의 완전한 평등을 달성하기 위한 목적에서 (a) 동법이 규정하는 차별사유와 관련된 불이익을 예방하거나 보상하는 조치, (b) (c) 장애인 관련 조치(구체적 내용 생략)를 채택하거나 유지하는 것은 불법에 해당하지 않음(제33조).

(1) 차별예외에 해당하는 전통적이고 일반적인 적극적 조치는 “현존하는 차별을 시정하기 위한” 차원에서 이루어지는 것이다. 현존하는 차별은 적극적 조치를 계획・실행하는 자가 과거에 행하였던 나이차별 및 그 현재적 결과뿐만 아니라 적극적 조치의 실행자와는 무관하게 사회・경제적 환경 속에서 역사적으로 형성된 관행적 나이차별을 포함한다. 예컨대, 나이차별의 전력이 없는 사업주가 고령자의 재취업을 곤란케 하는 노동시장의 차별적 상황을 고려하여 해고로부터 고령자를 특별히 보호하거나 해고에 따른 불이익을 덜어주기 위한 우대조치를 취하는 경우 차별예외로서 정당화될 수 있다.

(1.1) 특정 지역 출신자들이 역사적으로 불리한 처지에 놓여 왔거나 당시의 사회적 상황 때문에 사회적 혜택이나 기회에 접근하기 어려운 경우 이러한 문제를 해결하기 위한 방법으로 지리적으로 특정 지역에 속해 있는 대학 졸업자들이 겪는 불이익을 예방・감소・보상하는 적극적 조치가 차별예외로서 허용될 수 있다.

사례 3.2(1.1)-1 : **국가기관의 지역인재 균형 등용을 위한 적극적 조치**

국가인권위원회는 공무원 채용에 있어 지역인재추천채용제(이른바 6급 견습직원채용제)가 공직 진입에 있어 특정지역 출신대학의 과중편중 현상으로 인한 지역간 불균형이 심화되어 적극적인 평등 조치가 필요하게 됨에 따라 도입된 제도로서, 지역간 불균형을 해소하기 위하여 학업성적이 우수한 지역인재의 균형 있는 등용을 도모하기 위한 적극적 조치이므로 「국가인권위원회법」 제2조 제4호에 따라 평등권침해의 차별행위로 보지 않는다고 판단하였다. 이 사건은 지역인재추천채용제가 전국 4년제 대학 졸업예정자와 졸업자 가운데 학교성적 상위 5%로 제한하고, 특정 광역자치단체의 합격인원이 선발인원의 10%를 넘지 않도록 하여 선발하고 있는바, 이렇듯 대학 졸업자를 우대하는 것이 능력 위주 평가에 반하여 합격자 비율을 조정하는 것이므로 불합리하고, 응시자격을 학사학위 이상자 또는 졸업예정자 중 대학 성적 상위 5% 이내로 제한하고 추천권을 대학에 위임한 것 역시 부당하다고 진정한 것이었다. <인권위 2006. 3. 6. 05진차1037, 2006. 3. 20. 05진차1067 등 결정>

판 권
소 유

차 별 판 단 지 침

2008년 4월 일 인쇄
2008년 4월 일 발행

발행 국가인권위원회
편집 차별시정본부 (☏ 02-2125-9922)
인쇄 디자인FEEL

ISBN 978-89-6114-051-5 93360 〈비매품〉