

포괄적 차별금지에 대한 법무정책적 대응방안

Legal Policy Countermeasures on
Comprehensive Anti-discrimination

강석구 · 김명우 · 장철준
홍관표 · 송봉규 · 이준일
오승진 · 유승익 · 김현철
김용태

KICJ

포괄적 차별금지에 대한 법무정책적 대응방안

연구책임자

강 석 구 한국형사·법무정책연구원 선임연구위원, 법학박사

공동연구자

김 명 우 한국형사·법무정책연구원 초빙연구원, 법학박사

장 철 준 단국대학교 법과대학 교수, 법학박사

홍 관 표 전남대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

송 봉 규 한세대학교 산업보안학과 교수, 경찰학박사

이 준 일 고려대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

오 승 진 단국대학교 법과대학 교수, 법학박사

유 승 익 한동대학교 연구교수, 법학박사

김 현 철 전남대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

김 용 태 강원대학교 연구교수, 이학박사

연구지원

최 혜 선 한국형사·법무정책연구원 선임조사연구원, 법학박사

김 예 정 한세대학교 산업보안연구소 연구원

최 유 진 한세대학교 산업보안연구소 연구원

오늘날 인류사회에서 평등가치의 중요성은 점점 높아지고 있습니다. 지역 간의 물적·인적 교류가 활발해질수록 다원주의와 미래가치의 중요성도 높아지고 있고, 국익의 측면에서도 보다 다원적이면서도 포용적인 국가가 국제정치와 국제무역, 기술 발전 등에 비교우위를 가질 수밖에 없을 것입니다. 이러한 시대에 우리나라가 도태되지 않기 위해서라도 평등가치를 국내법에 온전히 수렴하는 과정은 필요하며, 이는 자유민주주의의 지향점이라고 할 수 있는 자유와 평등에 관한 인권법 체계를 공고히 하는 데서 비롯한다고 생각합니다.

그런데 우리나라의 경우 평등 또는 차별금지에 관한 일반법 또는 기본법의 제정과 관련하여 15년여에 걸쳐 9개의 법률안이 성안되었는데도 주목할 만한 성과가 없었고, 평등 또는 차별금지에 관한 개별 법률의 발전도 특별히 이뤄지지 못했습니다. 교육, 고용, 장애, 성별 등의 일부 영역 또는 분야에만 주목했던 30여 년 전의 상황과 크게 달라진 부분도 많지 않다고 생각합니다. 그렇다고 해서 우리 사회에서 평등 또는 차별금지에 관한 일반법 또는 기본법을 제정하기 위한 노력을 게을리해 온 것은 아닙니다. 이제는 식상한 주제라고 느낄 정도로 관련 연구나 활동도 적지 않았고, 국회나 정부기관 차원에서의 노력도 있었습니다. 장애인차별금지법 등 평등 또는 차별금지에 관한 개별법을 시행·운영하는 과정에서의 성과도 적지 않았다고 생각합니다.

다만 평등권과 같은 기본권의 구현 또는 보장을 위해서는 원칙과 기준이 매우 중요합니다. 원칙과 기준이 명확하지 않을 경우 어떤 부분은 지나쳐서 사회를 왜곡하고, 어떤 부분은 모자라서 불평등대우와 차별을 방지할 우려가 있기 때문입니다. 이러한 역할을 헌법상의 평등권 조항들로 감당하고는 있지만, 원칙이나 기준으로 삼기에는 우리 헌법상의 평등권 조항들만으로는 충분치 않아 이러한 역할을 보완할 법률이 필요한 것도 현실입니다. 이러한 역할을 평등 또는 차별금지에 관한 개별법에서 충분히 감당하고 있다는 주장도 있을 수 있지만, 알다시피 민주주의를 표방하는 세계의 열강들은 평등법, 평등대우법, 인권법, 민권법, 차별금지법 등 이름은 달라도 평등 또는 차별

ii 포괄적 차별금지에 대한 법무정책적 대응방안

금지에 관한 일반법 또는 기본법을 갖추고 있습니다.

이에 이 연구는 평등 또는 차별금지에 관한 일반법 또는 기본법의 제정에서 실마리를 찾고자 합니다. 특히 인권법제의 소관부처인 법무부의 정부안 성안을 최종 목표로 삼되, 법률안을 성안하는 데 필요한 최대한을 찾기보다는 다양한 관점의 전문가그룹을 적극적으로 활용하여 국회와 정부의 정치적 부담을 최소화하면서도 국제사회의 기준에 부응할 수 있는 ‘최소한의 경계’를 찾는 데 주력하고자 하였습니다. 그간 국민의 자유와 평등을 신장시키기 위해 노력해 온 분들께는 부족한 부분이 있을 수 있지만, 이 연구가 평등 또는 차별금지에 관한 일반법 또는 기본법 제정에 기여함으로써 우리 사회에서 실질적 자유와 평등의 보장 및 사회통합에 작은 보탬이라도 될 수 있기를 기대합니다.

끝으로, 협동연구기관인 한국헌법학회의 연구진으로서 참여한 단국대학교 장철준 교수님과 오승진 교수님, 한동대학교 유승진 교수님, 전남대학교 공익인권법연구소의 연구진으로서 참여한 홍관표 교수님과 김현철 교수님, 한세대학교 산학협력단의 연구진으로서 참여한 한세대학교 송봉규 교수님, 강원대학교 김용태 교수님과, 충분하지 않은 연구기간에도 불구하고 충실하게 연구를 마무리해 주신 김명우 박사와 고려대학교 이준일 교수님께 깊이 감사드립니다. 또한, 어려운 여건 속에서도 흔들림 없이 연구를 지원해준 최혜선 박사님, 김예정 연구원님, 최유진 연구원님의 노고에 감사드리며, 저희 연구에 현실적인 조언을 아끼지 않은 법무부 인권구조과 이유선 과장님, 인권 정책과 최지예 검사님과 국가인권위원회 인권정책과 김재석 과장님께도 감사의 마음을 전합니다.

2023년 12월

연구진을 대표하여

선임연구위원 강 석 구



목 차

국문요약	1
------------	---

제1장 강석구

서론	7
----------	---

제1절 연구의 목적	9
1. 연구의 필요성	9
2. 평등에 관한 일반법 제정을 향한 입법 경과	12
3. 연구의 목적	18
제2절 연구의 범위와 방법	20
1. 문헌연구의 측면	20
2. 실증연구의 측면	21

제2장 김명우

포괄적 차별금지에 관한 국제표준	23
-------------------------	----

제1절 개관	25
제2절 UN 체제하의 차별금지에 관한 표준	27
1. 차별의 정의	29
2. 차별의 사유	30
3. 차별의 형태	33
4. 차별 금지 영역	39
5. 차별의 판단 기준	42
6. 구제 및 이행 확보	44

제3절 지역 체제하의 차별금지에 관한 표준	48
1. 유럽	48
2. 미주	57
3. 아프리카	65
4. 아시아·태평양	68
제4절 소결	70

제3장 장철준·오승진·유승익

주요국 포괄적 차별금지 제정법 분석 75

제1절 영국의 포괄적 차별금지 법제	77
1. 영국 평등법 제정 배경	77
2. 차별금지의 사유(보호특성, Protected characteristics)	82
3. 금지되는 행위	84
4. 차별금지의 영역	92
5. 차별금지의 예외	107
6. 구제 및 이행확보 방법	108
7. 국가 등의 책무	110
제2절 독일 평등대우법 제정의 경과 및 주요 내용	112
1. 제정 배경	112
2. 차별금지의 사유	119
3. 차별금지의 유형	123
4. 차별금지의 영역	125
5. 차별금지의 예외	127
6. 구제 및 이행확보 방법	131
7. 국가 등의 책무	138
제3절 캐나다의 포괄적 차별금지 법제	142
1. 제정 이유	142
2. 차별의 사유	147
3. 차별의 유형	153
4. 차별금지의 영역	160

5. 차별금지의 예외	162
6. 구제 및 이행확보의 방법	165
7. 국가 등의 책무	168
제4절 미국의 차별금지 법제	169
1. 제정 이유	169
2. 차별의 사유	176
3. 차별의 유형	180
4. 차별금지의 영역	185
5. 차별금지의 예외	187
6. 구제 및 이행확보의 방법	189
7. 국가 등의 책무	191
제5절 소결	192

제4장 홍관표·김현철

포괄적 차별금지 입법의 주요 쟁점 195

제1절 포괄적 차별금지 입법의 의의	197
제2절 평등 내지 차별금지의 헌법적 의의	203
1. 평등권 일반론	203
2. 평등권심사 개요	207
3. 새로운 심사기준	224
4. 기타	237
5. 소결	240
제3절 포괄적 차별금지 입법의 주요 쟁점	242
1. 포괄적 차별금지 입법의 주요 쟁점 개관	242
2. 포괄적 차별금지 입법의 필요성	243
3. 포괄적 차별금지 입법의 명칭	246
4. 차별금지의 사유	250
5. 차별금지의 유형	258
6. 차별금지의 영역	271
7. 차별금지의 예외	277

8. 구제 및 이행확보	282
9. 국가 등의 책무 등	293
10. 소결	294

제5장 송봉규·김용태

차별에 대한 국회의원실 인식조사 301

제1절 인식조사 개관	303
1. 조사 설계	303
2. 응답 및 인구사회학적 특성 현황	309
제2절 차별에 대한 인식	313
1. 차별의 심각성	313
2. 차별에 대한 동의 정도	319
3. 향후 차별 상황 전망	321
4. 차별 대응 정책	322
제3절 법 제정에 대한 인식	325
1. 법에 의한 차별 방지와 시정	325
2. 담당 정부 부처들의 차별 예방과 시정 역할	326
3. 국가인권위원회의 차별 예방과 시정 역할	327
4. 입법적 보완이 시급한 차별 분야	327
5. 법 제정에 대한 인식	330
제4절 인식조사 결과 요약	338
1. 낮은 응답률	338
2. 국민보다 차별이 심각하다고 인식	339
3. 여당보다 높은 야당의 차별 심각성에 대한 인식	340
4. 심각한 차별 분야에 대한 여당과 야당의 인식 차이	341
5. 여당보다 높은 야당의 차별 대응 정책에 대한 인식	343
6. 차별 방지와 시정 관련 법 제도에 대한 여당과 야당의 상반된 평가	344
7. 입법적 보완이 시급한 차별 분야의 여당과 야당의 인식 차이	345
8. 법 제정에 반대하는 여당과 찬성하는 야당	347
9. “평등 및 차별금지에 관한 법률”로 제정	348
10. 입법기관으로서 국회의 역할 강화	348

제6장 강석구·이준일

평등 및 차별금지를 향한 법무정책적 대응방안 349

제1절 입법전략의 방향성 351

제2절 차별금지에 관한 일반법 제정에 있어 고려사항 354

1. 입법목적에서 고려해야 할 사항 354
2. 입법체계에서 고려해야 할 사항 358
3. 입법쟁점에서 고려해야 할 사항 361

참고문헌 373

Abstract 391

부록 393

표 차례

[표 1-1] 일반법 또는 기본법 제정 관련 법률안 일람	12
[표 2-1] 검토 대상 국제규범	28
[표 2-2] 국제규범에 명시되어 있는 차별 금지 사유	32
[표 3-1] 1964년 민권법 구성	171
[표 4-1] 2022년까지 국가인권위원회 차별 진정 접수 현황	252
[표 4-2] 2022년까지 국가인권위원회 차별 진정 인용 현황	253
[표 5-1] 메타버스 구현 주요 기술학술 관련 단체 현황(2023.2.3. 기준)	306
[표 5-2] 응답자 수 기준 응답률 현황	309
[표 5-3] 국회의원실 수 기준 응답률 현황	309
[표 5-4] 인식조사 방식에 따른 응답 현황	310
[표 5-5] 응답자의 인구사회학적 특성	311
[표 5-6] 응답자의 여당과 야당 분류 현황	313
[표 5-7] 우리 사회의 차별 심각성	314
[표 5-8] 우리 사회의 과거 대비 차별의 심각성	315
[표 5-9] 우리 사회에서 가장 심각한 차별 분야	315
[표 5-10] 여당과 야당의 우리 사회 가장 심각한 차별 인식 차이	316
[표 5-11] 국회의원실, 여당과 야당, 국민의 우리 사회 가장 심각한 차별 인식 차이 (1+2+3순위)	318
[표 5-12] 우리 사회 차별의 동의 정도	320
[표 5-13] 우리 사회 향후 차별 상황 전망	321
[표 5-14] 차별 대응 정책	324
[표 5-15] 헌법에 의한 차별 방지 인식	325
[표 5-16] 차별에 관한 현행 법률들에 의한 차별 시정 인식	326
[표 5-17] 담당 정부 부처들의 차별 예방과 시정 역할 인식	326
[표 5-18] 국가인권위원회의 차별 예방과 시정 역할 인식	327
[표 5-19] 여당과 야당의 입법적 보완이 시급한 차별 인식	328
[표 5-20] 평등법 또는 차별금지법 제정에 대한 국제 사회 권고 수용 인식	330
[표 5-21] 평등법 또는 차별금지법 제정에 대한 필요성 인식	331
[표 5-22] 평등법 또는 차별금지법 제정에 대해 찬성하는 이유	331

[표 5-23] 평등법 또는 차별금지법 제정에 대한 반대하는 이유	333
[표 5-24] 평등법 또는 차별금지법 제정에 대한 무응답한 이유	334
[표 5-25] 평등 또는 차별금지에 대한 일반법 또는 기본법에 적합한 법률 명칭	335
[표 5-26] 법 제정을 위한 국회의 역할 응답 작성 여부	335
[표 5-27] 평등법 또는 차별금지법 제정을 위한 국회 역할 의견	336
[표 5-28] 국회의원실과 국민의 차별 인식의 차이	339
[표 5-29] 여당과 야당의 차별 인식 차이	340
[표 5-30] 우리 사회에서 가장 심각한 차별 분야 순위(7위까지)	341
[표 5-31] 여당과 야당의 우리 사회 가장 심각한 차별 1+2+3순위 차이	342
[표 5-32] 차별 대응 정책에 찬성 정도	343
[표 5-33] 법 제도에 의한 차별 방지와 시정 역할의 부정적 평가	344
[표 5-34] 입법적 보완이 시급한 차별 분야 순위(5위까지)	345
[표 5-35] 여당과 야당의 입법적 보완이 시급한 차별 분야 1+2+3순위 차이	346
[표 5-36] 평등법 또는 차별금지법 제정에 대한 찬성 정도	347
[표 5-37] 평등법 또는 차별금지법 제정에 대한 찬성과 반대하는 주요 이유	348
[표 6-1] 현행 차별금지법의 입법목적	358
[표 6-2] 개별적 차별금지법에 따른 시정명령	368
[표 6-3] 개별적 차별금지법에 따른 형벌	370

1. 연구필요성 및 목적

- 차별금지에 관한 기존의 법률을 보완하여 보다 효과적으로 차별을 시정하고, 광범위하게 발생하고 있는 차별의 문제를 포괄적으로 다루는 법률 제정
- 법무부의 정부안 성안을 최종 목표로 삼되, 법률안을 성안하는 데 필요한 최대한을 찾기보다는 다양한 관점의 전문가그룹을 적극적으로 활용하여 국회와 정부의 정치적 부담을 최소화하면서도 국제사회의 기준에 부응할 수 있는 '최소한의 경제'를 찾는 데 집중

2. 연구의 방법

○ 문헌연구 및 법제분석

- 국제법적 연구, 비교법적 연구, 기초연구, 보완연구로 구별하여 전략적 수행
- 정책실무자를 과제 심의에 참여시키는 한편, 전문가 면담 병행

○ 전문가 인식조사

- 국회의원 등 국회의 입법종사자에 대한 전문가 인식조사
- 2020년 국가인권위원회 일반인 인식조사의 주요 문항 및 법 제정과 관련한 추가 문항 기반

3. 주요 연구내용

■ 포괄적 차별금지에 관한 국제표준 분석

○ UN 체제하의 차별금지에 관한 표준

- 차별의 정의 : '규약 내지 협약이 인정하는 권리의 인정, 향유 또는 행사를 무효화

2 포괄적 차별금지에 대한 법무정책적 대응방안

하거나 손상시키는 목적 또는 효과가 있는 모든 구별, 배제, 제한 또는 선호’
공통 제시

- 차별의 사유 : 인종, 피부색, 성별, 언어, 종교, 정치적 또는 기타 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분, 가문, 민족이나 종족의 기원, 장애, 결혼 여부, 모성, 임신 및 출산휴가, 국적, 연령, 경제적 지위를 사유로 한 차별을 명시적으로 금지
- 차별금지의 영역 : 협약문에 명시되어 있는 영역으로 제한되는 것은 아니며, 국가나 공권력에 의한 차별뿐만 아니라 사인에 의한 차별도 금지
- 구제 및 이행확보 : 차별받지 않을 권리가 실질적으로 보장될 수 있도록 필요한 조치를 취할 것을 당사국들에게 요구

○ 지역 체제하의 차별금지에 관한 표준

- 유럽, 미주, 아프리카 : 지역내 설립된 국가간의 연합기구 체제 하에 인권보장체제를 수립하여 차별금지를 비롯한 기본적 인권을 보장하고, 회원국들에게 지역 인권규범 상의 의무 이행을 강제할 수 있는 시스템을 구축하여 실질적 인권 보장이 가능
- 아시아·태평양 : 지역 인권보장체제 부재

■ 주요국 포괄적 차별금지 제정법 분석 [한국헌법학회]

○ 분석의 기본 방향

- 주요 국가(미국, 영국, 독일, 캐나다)의 제정법을 중심으로 제정의 경과 및 제정이유, 차별의 사유, 차별의 유형(또는 형태), 차별금지의 영역, 차별금지의 예외, 구제 및 이행확보, 국가 등의 책무 등 주요 내용 분석
- 제정 당시의 국내적 요청 또는 국제적 요청을 각국이 어느 정도 수준까지 제정법에 반영하였는지도 함께 제시

○ 영국의 평등법

- 영국은 2010년 기존의 차별금지에 관한 법률들을 폐지하고 평등법을 입법하여 차별금지입법을 통일화하고 평등에 대한 보호 강화

- 평등법을 통해 개별법에 산재하여 있던 평등과 차별금지에 관한 규정들을 모두 망라하여 규정

○ 독일의 일반평등대우법

- 독일은 1998년부터 일반적 차별금지법 내지 일반평등대우법을 입법하기 위한 시도가 꾸준히 전개되었으나 일부 정당, 교회세력, 재계 등의 반대로 난항을 겪다가, 사민당과 기민당·기사당의 연정이 성립된 2006년 기존 차별금지법안을 일부 수정한 일반평등대우법 제정
- 제정배경에는 유럽위원회의 입법 압력이 직·간접적으로 작용

○ 캐나다의 인권법

- 캐나다에서는 포괄적 차별금지법으로서 캐나다 인권법 제정
- 개별 영역의 차별을 구체적으로 규제하는 형태로 발전하였던 미국과 달리, 캐나다는 1977년 캐나다 인권법이라는 포괄적 차별금지법이 먼저 제정된 이후 1986년 형평 고용법 추가

○ 미국의 민권법

- 미국의 차별금지 법제는 1964년 민권법 제정 이래 개별 차별 사유나 영역을 중심으로 규율되는 형태를 지속적으로 유지하고 있는 점에서, 포괄적 차별금지 형태로의 변형 입법에 성공한 영국, 독일 등과 차이
- 정치적 평등을 실현하기 위해 선거에서의 인종차별을 금지한 선거권법, 임금차별과 연령차별 문제를 보완하기 위한 동등임금법과 고용상 연령차별 금지법, 장애인 차별에 대한 재활법 및 미국 장애인법, 주거권 보장을 위한 공평주거권법 등을 통해 민권법 보완

■ 포괄적 차별금지 입법의 주요 쟁점 [전남대학교 공익인권법센터]

○ 평등 내지 차별금지 입법의 헌법적 의의

- 평등 내지 차별금지의 헌법적 의의에 관하여, 헌법재판소는 헌법 제11조 제1항을

4 포괄적 차별금지에 대한 법무정책적 대응방안

평등의 원칙뿐만 아니라 평등권을 규정한 것으로 보면서, 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 합리적 근거가 없는 차별을 하여서는 아니 된다는 상대적 평등을 뜻하는 것으로 이해

- 헌법재판소는 평등위반 여부를 심사하는 척도를 '엄격한 심사척도'와 '완화된 심사척도'로 구별

○ 포괄적 차별금지 입법의 주요 쟁점

- 주요 쟁점과 관련하여 ① 포괄적 차별금지 입법의 필요성, ② 포괄적 차별금지 입법의 명칭, ③ 차별금지의 사유, ④ 차별금지의 유형, ⑤ 차별금지의 영역, ⑥ 차별금지의 예외, ⑦ 구제 및 이행확보, ⑧ 국가 등의 책무 등 검토
- 입법의 필요성 : 차별금지법 자체의 문제점을 지적하는 견해, 포괄적 차별금지법을 제정할 필요가 없다는 견해, 포괄적 차별금지법을 제정해야 한다는 견해 대립
- 입법의 명칭(제명) : '차별금지법', '평등법', '평등 및 차별금지에 관한 법' 검토
- 열거할 차별금지 사유 : 성별, 임신이나 출산 및 이와 관련된 건강상태, 혼인 여부, 가족상황, 용모 등 신체조건, 인종, 피부색, 출신민족, 종교, 장애, 병력, 연령, 학력, 성적 지향, 성별 정체성 검토
- 차별금지의 유형 : 직접차별, 간접차별, 정당한(또는 합리적인) 편의 제공 거부, 괴롭힘, 성적 괴롭힘(성희롱), 차별 표시·조장 광고, 비방 등 혐오 표현, 중복차별, 차별의 지시, 정당한 편의 제공 거부 검토
- 차별금지의 영역 : 고용, 교육, 재화와 용역의 공급이나 이용, 법령이나 정책의 집행 등 검토
- 차별금지의 예외 : 차별금지법을 제정함에 있어서 가능한 범위 내에서 기존 판례나 국가인권위원회 결정례, 해외 입법례 등을 참조하여 차별에 대한 정당화 사유를 보다 구체화하기 위한 노력 필요
- 구제 및 이행확보 : 사법상 계약의 무효화, 노사협의회 등을 통한 자율적 분쟁해결, 국가인권위원회 진정·권고, 조정·중재 등 대체적 분쟁해결 수단, 행정청의 시정명령, 입증책임의 전환 또는 배분, 정보공개 청구, 소송구조, 손해배상, 징벌적 손해배상, 법원의 임시조치 및 적극적 조치 판결, 형사처벌, ⑫ 불이익 조치 금지 등 검토

- 국가 등의 책무 : 국가와 지방자치단체의 책무 명시, 정책기본계획의 수립 및 시행, 정책 심의·조정을 위한 중앙위원회와 시·도위원회, 정책 수립을 위한 실태 조사, 정책책임관 지정, 영향평가, 통계, 교육, 관련 기관·시설 및 단체 지원·보호·육성 등 검토

■ 차별에 대한 국회의원실 인식조사 [한세대학교 산학협력단]

○ 인식조사 개관

- 인식조사 대상 : 2023년 9월 기준 국회의원 298명 소속 국회의원실로 국회의원을 포함하여 소속 보좌관, 비서관 등 국회의원실별 5명
- 인식조사 방법 : 응답률을 높이기 위해 우편 발송, 이메일 발송, 전화 안내 등 가능한 조사방법을 모두 사용
- 인식조사 문항 : 인구사회학적 특성, 차별에 대한 인식, 법 제정에 대한 인식으로 구성
- 응답 현황 : 응답자는 중복 응답하거나 동일한 국회의원실에서 5명 이상 응답한 3명을 제외한 95명이며, 응답률은 응답자수 기준 6.4%, 응답한 국회의원실 수 기준 최소 13.8%에서 최대 15.8%로 추정
- 인구사회학적 특성 : 응답자 중에서 국회의원은 없으며, 국회의원실 소속 보좌관 14.7%, 비서관 85.3%이고, 소속정당별로는 여당 18.9%, 야당 76.8%, 무소속 4.2%가 응답

○ 인식조사의 시사점

- 인식조사 결과, ① 낮은 응답률, ② 국민보다 차별이 심각하다고 인식, ③ 여당보다 높은 야당의 차별 심각성에 대한 인식, ④ 심각한 차별 분야에 대한 여당과 야당의 인식 차이, ⑤ 여당보다 높은 야당의 차별 대응 정책에 대한 인식, ⑥ 차별 방지와 시정 관련 법 제도에 대한 여당과 야당의 상반된 평가, ⑦ 입법적 보완이 시급한 차별 분야에 대한 여당과 야당의 인식 차이, ⑧ 법 제정에 반대하는 여당과 찬성하는 야당, ⑨ 명칭은 “평등 및 차별금지에 관한 법률”, 입법기관으로서 국회의 역할 강화 등의 시사점 도출

4. 정책제언

○ 입법전략의 방향성

- 이 연구에서 제시한 국제법적 관점, 비교법적 관점, 입법기초자적 관점, 실태적 관점, 중립적 관점 등의 연구성과를 인권법제의 소관부처인 법무부가 참고하여 평등 또는 차별금지에 관한 일반법 또는 기본법의 제정 추진 필요
- 실질적 자유와 평등의 보장, 사회통합, 국제사회 요청에의 부응, 입법적 공백 및 적용상의 혼란 해소, 차별피해자의 효과적 구제 등은 물론이고, 아시아 인권보장체제의 주도권 및 북한 인권 문제에 대한 우위성 확보 가능

○ 차별금지에 관한 일반법 제정에 있어 고려사항

- 이 연구의 목표가 국회와 정부의 정치적 부담을 최소화하면서도 국제사회의 기준에 부응할 수 있는 최소한의 경계 모색에 있으므로 발생할 수 있는 태생적 한계를 보완하기 위하여 차별금지에 관한 일반법 또는 기본법 제정에 있어 입법실무자가 고려해야 할 ① 입법목적에서의 고려사항, ② 입법체계적 고려사항, ③ 입법쟁점별 고려사항 등 보완방안도 함께 제시

※ 주요 키워드 : 평등법, 차별금지법, 평등대우법, 인권법, 민권법

제 1 장

포괄적 차별금지에 대한 법무정책적 대응방안

서론

강석구

제1절 | 연구의 목적

1. 연구의 필요성

“모든 국민은 법률앞에 평등이며 성별, 신앙 또는 사회적 신분에 의하여 정치적, 경제적, 사회적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”라는 평등권 조항은 1948년의 제헌헌법에도 명시되었었고(제8조 제1항),¹⁾ 1987년에 전부개정한 현행 헌법에서도 일부 법문이 수정되었을 뿐 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”라는 평등권 조항을 유지하고 있다(제11조 제1항). 헌법에 평등권 조항이 있기 때문에 비로소 국민에게 평등권이 보장되는 것이 아니라 대한민국이 진정으로 민주공화국이라면 자유와 평등의 양 날개를 활짝 펼쳐야 하는 것은 어쩌면 당연한 일일 것이다.

그런데 현실도 그러할지는 의문이다. 헌법 이외의 우리 법률에 ‘차별’ 관념이 포함된 것은 이승만 정부에서 1949년에 제정한 ‘교육법’,²⁾ 한국전쟁 직후인 1953년에 제정한 ‘근로기준법’,³⁾ 국가재건최고회의 체제에서 1961년에 제정한 ‘갱생보호법’⁴⁾

1) 대한민국임시정부의 임시정부법령 제1호인 1919년 대한민국임시헌장 제3조에도 “대한민국의 인민은 남녀 귀천 급(及) 빈부의 계급이 무(無)하고 일체 평등임”이라는 평등권 조항이 있었고, 1927년 임시약헌 제3조에도 “대한민국의 인민은 법률상 평등이며 일체 자유와 권리가 있음”이라는 평등권 조항이 있었다.

2) 1949년 제정 교육법 제81조 : “모든 국민으로 하여금 신앙, 성별, 사회적 신분, 경제적 지위 등에 의한 차별이 없이 그 능력에 따라 균등하게 교육을 받게 하기 위하여 다음과 같은 학교를 설치한다. (이하 생략)”

과 ‘생활보호법’⁵⁾ 정도에 불과했고, 이마저도 권리가 구체화되지 못한 선언적인 규정에 불과했다. 사실상 평등권의 암흑기라고 말할 수 있었던 이런 시기는, 현행 헌법 체제 아래 전두환 정부에서 1987년 12월에 ‘남녀고용평등법’을 제정할 때까지 지속되었고,⁶⁾ 1981년의 ‘세계장애자의 해’ 기념사업을 하며 전두환 정부에서 제정했던 장애인복지법에 ‘차별’ 관념이 포함되게 된 것 역시 노태우 정부에서 ‘장애인복지법’으로 전부개정된 1989년 12월 이후의 일에 지나지 않는다.⁷⁾

이후 2014년에 박근혜 정부에서 ‘양성평등기본법’을 제정하고,⁸⁾ 차별 관념을 법률에 포섭한 ‘고용정책기본법’(1993년 제정), ‘교육기본법’(1997년 제정), ‘문화기본법’(2014년 제정) 등이 역대 정부에서 연이어 제정되면서 우리 사회의 모든 영역에서 평등권이 보장되어 있을 것 같은 착시를 일으키지만, 형사처벌은 물론이고 구제수단조차 구체화되지 못한 법률이 적지 않다. ‘장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률’(2007년 제정, 이하 “장애인차별금지법”)이나 ‘고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률’(2008년 개정)⁹⁾과 같이 ‘차별금지’를 전면에 내세운 법률도 입법

3) 1953년 제정 근로기준법 제5조(균등처우) 사용자는 근로자에 대하여 남녀의 차별적 대우를 하지 못하며 국적, 신앙 또는 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못한다.

4) 1961년 제정 갱생보호법 제19조(차별처우의 금지) 제15조의 규정에 의하여 취업한 자에 대한 처우는 동일직분의 타고용인등과 동일한 조건이어야 한다.

5) 1961년 제정 생활보호법 제27조(위탁된 요보호자 수용의 의무) ③ 보호시설은 제1항의 규정에 의하여 위탁된 요보호자의 수용 또는 처우에 있어서 성별, 신앙 또는 사회적신분에 의하여 차별적 대우를 하여서는 아니된다.

6) 1987년 제정 남녀고용평등법

제2조 (기본이념) 근로여성은 경제 및 사회발전에 기여하며 다음 세대의 출산과 양육에 중요한 역할을 담당하는 자이므로 모성을 보호받으면서 성별에 의한 차별없이 그 능력을 직장생활에서 최대한 발휘할 수 있도록 하는 것을 기본이념으로 한다.

제6조 (모집과 채용) 사업주는 근로자의 모집 및 채용에 있어서 여성에게 남성과 평등한 기회를 주어야 한다.

제7조 (교육·배치 및 승진) 사업주는 근로자의 교육·배치 및 승진에 있어서 여성인 것을 이유로 남성과 차별대우를 하여서는 아니된다.

제8조 (정년·퇴직 및 해고) ① 사업주는 근로자의 정년 및 해고에 관하여 여성인 것을 이유로 남성과 차별하여서는 아니된다.

② 사업주는 근로여성의 혼인·임신 또는 출산을 퇴직사유로 예정하는 근로계약을 체결하여서는 아니된다.

제22조 (벌칙) 제8조제1항 또는 제2항의 규정에 위반한 자는 250만원 이하의 벌금에 처한다.

제23조 (양벌규정) 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인 기타의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제22조의 위반행위를 한 때에는 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인이나 개인에 대하여도 동조의 벌금형을 과한다.

7) “누구든지 장애를 이유로 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어 차별을 받지 아니한다.”라는 차별금지 규정이 1989년 12월 30일에 장애인복지법 제3조 제2항에 규정되었다.

8) 김영삼 정부에서 1996년에 제정한 ‘여성발전기본법’을 대체한 법률이다.

되었지만, 특정 사유에 한정된 태생적 한계를 가질 수밖에 없다.

알다시피 평등권과 같은 기본권의 구현 또는 보장을 위해서는 원칙과 기준이 매우 중요하다. 원칙과 기준이 명확하지 않을 경우 어떤 부분은 지나쳐서 사회를 왜곡하고, 어떤 부분은 모자라서 불평등대우와 차별을 방치할 우려가 있기 때문이다. 이러한 역할을 헌법상의 평등권 조항들로 담당하고는 있지만, 원칙이나 기준으로 삼기에는 우리 헌법상의 평등권 조항들만으로는 충분치 않아 이러한 역할을 보완할 법률이 필요한 것도 현실이다. 이러한 역할을 평등 또는 차별금지에 관한 개별법에서 충분히 담당하고 있다는 주장도 있을 수 있지만, 알다시피 민주주의를 표방하는 세계의 열강들은 평등법, 평등대우법, 인권법, 민권법, 차별금지법 등 이름은 달라도 평등 또는 차별금지에 관한 일반법 또는 기본법을 갖추고 있다. 왕실이란 특수제급이 있는 영국도, 크리스티교의 본산인 EU와 미국도 갖추고 있고, 심지어 무슬림이 국민의 대다수인 튀르키예조차도 차별금지에 관한 일반법을 마련하고 있다고 한다.⁹⁾

물론, 우리 사회에서 평등 또는 차별금지에 관한 일반법 또는 기본법을 제정하기 위한 노력을 게을리 해온 것은 아니다. 이제는 식상한 주제라고 느낄 정도로 관련 연구나 활동도 적지 않았고, 국회나 정부기관 차원에서의 노력도 있었다. 장애인차별금지법 등 평등 또는 차별금지에 관한 개별법을 시행·운영하는 과정에서의 성과도 적지 않았다고 생각한다. 다만 이른바 MZ 세대가 ‘공정’이라는 가치를 중시하게 된 배경에 대해서도 우리 사회가 고민해볼 필요가 있고, 젊은 세대의 이러한 경향이 평등 법제의 부실과 무관하지 않다고 생각한다. 소수자에 대한 차별이나, 혐오범죄 및 혐오표현의 증가도 마찬가지다.

무엇보다도, 선진국으로 발돋움했다는 대한민국에 평등에 관한 일반법 또는 기본법조차 마련되지 못했다는 사실 자체가 마땅하지 않다. 대한민국임시정부를 계승한 법통과 민주공화국이라는 국체에도 어울리지 않을 뿐만 아니라 —통일 이후를 포함하여— 세습적 특권제급을 용인해 온 북한의 인권 문제에 보다 당당하게 대응하기 위해서라도 이제는 평등 또는 차별금지에 관한 일반법 또는 기본법 제정에 관한 전향적인 고민이 우리 사회에서 필요할 때이며, 더 이상 정치적 유불리나 종교적 비난을 이유로 미룰 사안은 아니라고 생각한다.

9) 노태우 정부에서 1991년에 제정한 ‘고령자고용촉진법’을 대체한 법률이다.

10) OECD 주요국의 입법례에 관한 상세한 내용은 법제사법위원회 전문위원 허병조, 차별금지법안 검토보고서, 2020. 9., 8-11면 참조.

2. 평등에 관한 일반법 제정을 향한 입법 경과

가. 국회의 입법 경과

평등 또는 차별금지에 관한 일반법 또는 기본법 제정을 위하여 2007년 이후 2022년까지 총 9개의 법률안이 국회에 발의되었고, 이 중 1개안은 노무현 정부에서 제안한 정부안이었다. 현 시점의 야당인 더불어민주당 성향으로는 5개안, 정의당 성향으로는 4개안이 제안되었고, 2006년과 2020년에 성안된 국가인권위원회 시안 역시 당시의 여당이었던 더불어민주당 성향의 법률안으로 볼 수 있다. 반면, 현 정부여당인 국민의힘 성향으로는 정부안 및 국가인권위원회 시안을 포함하여 단 1개안도 집권시기 중에 공식적으로 제안된 바 없다.

» [표 1-1] 일반법 또는 기본법 제정 관련 법률안 일람

	제안년월	제안주체(정당명)	의원명	제명
1	2007.12	정부	-	차별금지법
2	2008.01	민주노동당	노회찬	차별금지법
3	2011.09	민주당	박은수	차별금지기본법
4	2011.12	통합진보당	권영길	차별금지법
5	2012.11	통합진보당	김재연	차별금지법
6	2020.06	정의당	장혜연	차별금지법
7	2021.06	더불어민주당	이상민	평등에 관한 법률
8	2021.08	더불어민주당	박주민	평등에 관한 법률
9	2021.08	더불어민주당	권인숙	평등 및 차별금지에 관한 법률
*	2006.07	국가인권위원회	-	차별금지법(시안)
	2020.06	국가인권위원회	-	평등 및 차별금지에 관한 법률(시안)

9개의 법률안은 그 형식과 실질에 따라 ① 2006년 국가인권위원회 시안을 바탕으로 수정·보완한 법률안, ② 정당에서 자체적으로 성안한 법률안, ③ 2020년 국가인권위원회 시안을 바탕으로 수정·보완한 법률안으로 다시 분류할 수 있는데, ①에 해당하는 법률안으로는 노무현정부안, 노회찬안, 권영길안, 김재연안, ②에 해당하는 법률안으로는 박은수안(민주당), ③에 해당하는 법률안으로는 장혜연안, 이상민안, 박주민안,

권인숙안으로 구분할 수 있다.

당초 국가인권위원회 시안을 포함하여 총 11개의 법률안에 대해 헌법상의 평등권을 기준으로 헌법상 평등권을 어떻게 구체화하고 있는지, 나아가 헌법에 열거되지 않은 평등권을 어떻게 포섭하고 있는지를 중심으로 그 현황을 비교 분석하고자 하였지만, 박은수안을 제외하고는 그 형식과 실질이 대동소이할 뿐만 아니라 현 정부여당 성향의 법률안이 전혀 제안되지 않았던 만큼 정치적으로 편향된 결과일 수 있어 그 분석 결과를 최종보고서에 별도로 수록하지는 않았다. 다만 분석 과정에서 발굴한, 입법자가 참고할 만한 사항을, 국회에서 제안된 9개의 법률안 중 총칙적 내용의 입법형식을 중심으로 소개하면 다음과 같다.

나. 참고사항으로서 법률안의 입법형식

(1) 법률의 목적 및 제명

2011년의 박은수안을 제외한 모든 법률안은 ‘법률의 목적’에 “평등”을 포섭하고 있지만, “헌법상의 평등권”에 관한 법률임을 구체적으로 적시한 법률안은 3개안(권영길안, 김재연안, 장혜영안)에 불과했다. 박은수안은 법률의 목적이 아니라 기본이념 규정에 ‘평등’이라는 용어를 반영하고 있지만, 헌법 제11조 제1항과 마찬가지로 “법 앞의 평등”으로 한정하고 있다.

2020년까지 제안된 법률안은 모두 “차별금지”만을 제명에 활용하고 있지만, 더불어 민주당의 3개안(이상민안·박주민안·권인숙안)은 “평등”을 제명에 포함시켰고, 이 중 2개안(이상민안·박주민안)은 “차별금지”라는 용어 자체를 제명에서 배제하였다. 이와 관련하여 박은수안은 ‘기본법’이라는 용어를 제명에 포함시켰다.

(2) 용어의 정의

모든 법률안이 정의 규정을 무언가 마련하고 있었지만, 모든 법률안에 공통적으로 반영된 내용은 없었다.

특히 헌법 제11조 제1항에서 차별금지사유로서 규정하고 있는 ① 성별, ② 종교, ③ 사회적 신분에 대한 구체적 정의나 범위 설정이 입법적으로 필요할 수도 있는데, 21대국회의 4개안(장혜영안, 이상민안, 박주민안, 권인숙안)은 헌법 제11조 제1항에

서 규정하는 ‘성별’의 개념에 대해서는 구체적으로 정의하고자 하였지만, ‘종교’나 ‘사회적 신분’의 개념을 구체적으로 정의한 법률안은 찾을 수 없었다. 참고로, 성별을 정의한 법률안의 경우 양성(兩性)이 아니라 “여성, 남성, 그 외에 분류하기 어려운 성”으로 정의하였다.¹¹⁾

이와 관련하여 6개안(노회찬안, 박은수안 및 21대국회 4개안)은 ‘학력’의 개념을 정의하였고, 5개안(노회찬안 및 21대국회 4개안)은 ‘장애’와 ‘병력’(病歷), ‘출신지역’도 정의하였으며, ‘고용형태’, ‘성적지향’, ‘성별정체성’은 2개안(노회찬안·장혜영안)만 정의하였다. 또한, 6개안(노회찬안, 권영길안, 김재연안 및 더불어민주당 3개안)은 ‘괴롭힘’의 개념을 정의하였고, 더불어민주당의 3개안은 ‘성희롱’의 개념까지도 정의하였다.

특이한 점은, 박은수안을 제외한 8개안은 ‘사용자’를, 박은수안과 노무현정부안을 제외한 7개안은 ‘근로자’를, 5개안(노회찬안 및 21대국회 4개안)은 ‘공공기관’을 정의하였지만, 통합진보당의 2개안(권영길안·김재연안)은 ‘공공기관’과 ‘교육기관’을 정의하지 않았고, 정의당 성향의 4개안(노회찬안·권영길안·김재연안·장혜영안)은 ‘광고’를 정의하지 않았다.

(3) 차별금지의 원칙과 예외

장혜영안을 제외한 8개안은 “누구든지 ... 차별을 하여서는 아니 된다”는 ‘차별금지의 원칙’을 직접적으로 규정하고 있지만, 장혜영안은 원칙 규정을 별도로 마련하지 않아 결과적으로 장혜영안 조 제에서 차별주체 또는 차별사유별로 한정된 개별적인 차별금지만 가능한 것으로 해석될 여지가 있다. 또한, 차별금지 원칙을 직접적으로 규정한 법률안의 경우 대부분 독립적인 별도 규정을 마련하였지만, 이상민안은 차별의 개념에 부수한 각 항으로서 규정하였다.

헌법 제11조 제1항에서 “...의 모든 영역에서 차별을 받지 아니한다.”라고 규정하고 있기 때문에 헌법상 평등권의 실질적 구현을 위해서는 그 “기준”이 되는 차별행위 또는 불평등 대우를 구체화하는 작업이 매우 중요할 수 있고, 이를 위해서는 ‘차별금지

11) 참고로, 2020년 국가인권위원회 시안이 이렇게 정의하였고, 2006년 국가인권위원회 시안은 “여성, 남성, 기타 여성 또는 남성으로 분류하기 어려운 성”으로 정의한 바 있다.

의 예외' 설정이 중요하다. 이와 관련하여 6개안(노무현정부안, 노회찬안, 박은수안, 권영길안, 김재연안, 장혜영안)은 차별의 범위를 정한 후 예외를 정하는 입법형식을, 3개안(이상민안, 박주민안, 권인숙안)은 차별의 개념을 정의한 후 차별에 해당하지 않는 경우를 정하는 입법형식을 취하였다. 또한, 박주민안은 차별금지 사유 중 2가지 이상의 사유가 함께 작용하여 발생된 행위의 차별 여부를 판단하기 위한 '복합차별의 판단' 규정도 마련하였다.

(4) 차별금지 사유

모든 법률안에서 차별금지 사유로서 '성별', '나이'(또는 '연령'), '장애', '인종', '피부색', '출신민족', '출신지역', '신체조건', '종교', '사회적 신분'을 공통적으로 열거하였다. 이 중 '신체조건'에 대해 4개안(노회찬안·권영길안·김재연안·장혜영안)은 "용모 등 신체조건", 더불어민주당 3개안은 "용모·유전정보 등 신체조건"으로, 박은수안은 "성별·연령·장애·병력·피부색·용모 등 신체조건"으로 표현하였고, 박은수안은 '출신지역'에 대하여 "출생지, 등록기준지, 성년이 되기 전의 주된 거주지 등을 말한다"고 정의하는 한편, "인종·언어·출신국가·출신민족·출신지역 등 출생지"로, '사회적 신분'에 대해서도 "전과·성적평등·학력·고용형태 등 사회적 신분"으로 포괄하여 표현하였다.

표현의 차이는 있지만 '혼인'과 '정치적 의견'도 공통적으로 열거한 차별금지 사유로 볼 수 있는데, '혼인'에 대하여 주로 "혼인여부"라고 표현한 것과 달리 노무현정부안은 "혼인", 박은수안은 "기혼·미혼·별거·이혼·사별·재혼·사실혼 등 혼인상태"라는 표현을 사용하였다. '정치적 의견'에 대해서도 주로 "사상 또는 정치적 의견"이라고 표현한 것과 달리 노무현정부안은 "정치적 또는 그 밖의 의견", 박은수안은 "정치적 견해"라는 표현을 사용하였다.

이외에도 다른 법률안들과 달리 노무현정부안은 '병력', '출신국가', '출산', '가족형태', '전과', '학력', '고용형태'를, 박은수안은 '임신'을 차별금지 사유로서 열거하지 않았고, 노무현정부안과 박은수안은 '성적지향'과 '성적정체성'도 차별금지 사유로서 열거하지 않았다. 또한, '출산'과 '임신'을 열거한 법률안들이 주로 "임신 또는 출산"이라고, '가족형태'를 열거한 법률안들이 주로 "가족형태 및 가족상태"라고 표현한 것과 달리 박은수안은 "출산형태 및 가족형태"로 표현하였고, 장혜영안은 "가족 및 가구의

형태와 상황”으로 달리 표현하였다. 또한, 장혜영안은 ‘병력’에 대하여 “병력 또는 건강상태”로 달리 표현하는 한편, ‘전과’의 범위를 “형의 효력이 실효된 전과”에 한정하였다.

법률안에 열거하지 않은 차별금지 사유에 대해서는 주로 “... 등”으로 규정하였고, 노무현정부안은 “그 밖의 사유”로 규정하였다. 차별금지 사유를 약칭하는 방법에도 주로 “성별등”으로 표현한 것과 달리 박은수안은 “성별·학력·지역 등”이라고 표현하였다. 참고로, 김재연안은 ‘출신학교’도 차별금지 사유로서 열거하였다.

(5) 적용범위 및 다른 법률 등과의 관계

2006년 국가인권위원회 시안에서 법률의 적용범위를 대한민국 국민뿐만 아니라 대한민국 법인과 대한민국의 영역 안에 있는 외국인 및 법인에 대하여까지 확장하여 적용하도록 한 것과 달리 2020년 국가인권위원회 시안이 나오기 전까지 제안된 법률 안에는 적용범위 규정을 별도로 두지 않아 사실상 자연인인 대한민국 국민에게만 적용되는 것으로 해석될 수 있었다. 반면, 2020년 국가인권위원회 시안에서는 법인을 배제한 적용범위 규정을 두었고, 더불어민주당 3개안은 이를 그대로 수용했다. 다만 장혜영안은 2006년 국가인권위원회 시안의 적용범위 규정을 따랐다.

2006년 국가인권위원회 시안은 다른 법률 등과의 관계와 관련하여 “헌법상의 평등권과 관련한 법률을 제·개정하는 경우나 관련 제도 및 정책을 수립하는 경우에는 이 법의 취지에 부합하도록 하여야 한다.”는 규정을 두었고, 모든 법률안은 이러한 취지의 규정을 마련하였다. 2020년 국가인권위원회 시안은 여기에 덧붙여 “이 법은 다른 법률에 따른 권리구제절차의 이용에 영향을 미치지 아니한다.”는 규정을 두었고, 더불어민주당 3개안도 이를 수용하였지만, 장혜영안은 “차별에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법이 정하는 바에 따른다.”는 규정을 두었다.

(6) 국가인권위원회의 역할

1) 기본계획의 권고

2006년 국가인권위원회 시안에서는 국가인권위원회가 5년 단위의 차별시정기본계획 권고안을 기본계획 시행 1년 이전까지 대통령에게 제출하면, 대통령이 이를 존중하

여 기본계획을 수립하는 형식의 규정을 두었다(제8조). 이에 의하면 형식상 대통령이 아니라 국가인권위원회가 기본계획의 시기(始期)·시책 등에 대한 결정권을 가지는 것으로 해석될 소지가 있다. 그래서인지 2020년 이전에 제안된 법률안(박은수안 제외)은 모두 대통령이 아니라 정부의 계획수립 권한·의무를 선행하여 규정하고, 국가인권위원회의 권고안을 존중하는 것으로 조항의 순서를 변경하고 있으며, 이러한 순서는 2020년 시안을 포함하여 그 이후의 법률안도 마찬가지이다. 다만 박주민안과 권인숙안은 정부가 아니라 대통령에게 계획수립 권한·의무를 주고 있다. 참고로, 기본계획을 수립하기 위해서는 조사·연구가 필요할 수 있는데, 2020년 시안은 그러한 예산·인력 등을 확보하기 위한 근거를 정부가 아니라 국가인권위원회에 대해서만 마련하고 있고, 더불어민주당 3개안만 이를 수용하고 있다.

한편, 박은수안(민주당)은 차별금지를 위한 주요 정책을 심의하기 위하여 국무총리 소속 하에 차별금지정책위원회를 설치하도록 하는 한편(제9조 제1항), 기본계획도 이 위원회에서 수립하도록 하고 있다(제12조 제1항). 물론, 소관별 계획안을 제출하는 이외에는 국가인권위원회가 기본계획에 관여할 여지는 없고, 기본계획에 대해 국가인권위원회에 어떤 이니셔티브도 부여하고 있지 않다.

2) 국가·지방자치단체의 법제 시정에 대한 사전 의견

노무현정부안·노회찬안·김재연안·장혜영안은 국가 및 지방자치단체에 대해 일반법의 취지에 부합하도록 기존의 법제를 시정하도록 의무를 부과하는 한편, 국가인권위원회의 의견을 사전에 청취하도록 규정하고 있다.¹²⁾

3) 차별행위에 대한 직권조사

권영길안·김재연안은 차별행위를 당한 피해자의 진정이 없는 경우에도 차별행위가 있다고 믿을 만한 상당한 근거가 있고 그 내용이 중대하다고 인정할 때에는 국가인권위원회가 직권으로 조사할 수 있도록 하는 규정을 두고 있다. 다만 이는 국가인권위원회법 제30조 제3항의 규정을 반영한 것인데, 조사와 구제에 관하여 일반법에 별도로 정하지 않는 사항에 대해서는 국가인권위원회법에 따르도록 모든 법률안에서 정하고 있으므로 국가인권위원회의 직권조사권을 배제하는 것으로 해석할 여지가 있어 별도

12) 2006년 국가인권위원회 시안의 규정을 수용한 것이다.

로 규정한 것으로 추정한다.

4) 시정명령

2006년 국가인권위원회 시안은 국가인권위원회의 권고 결정을 이행하지 않은 자에 대한 시정명령권과 이행강제금 부과권을 국가인권위원회에 부여하고 있고(제31조 내지 제33조), 노회찬안·장혜영안·박주민안·권인숙안만 이에 관한 규정을 두고 있다.

5) 법률구조 요청, 소송지원 및 사법기관에 대한 의견제출

정의당 성향의 4개안(노회찬안·권영길안·김재연안·장혜영안)은 국가인권위원회에 피해자를 위한 법률구조 요청권을 부여하는 한편, 소송지원까지 허용하고 있다. 나아가, 2020년 국가인권위원회 시안에는 소송지원을 위한 소송지원변호인단을 운영할 수 있도록 하는 규정을 두고 있으며, 더불어민주당 3개안은 법률구조 요청권은 부여하지 않으면서도 소송지원과 소송지원단 운영은 허용하고 있다. 권인숙안의 경우 법원 및 헌법재판소에 대한 의견제출권까지 국가인권위원회에 부여하고 있다.

6) 정부의 역할과의 비교

국가인권위원회에 대해서는 다양한 역할이 예정되어 있는 것과 달리 노무현정부안·노회찬안·권영길안·김재연안·장혜영안·이상민안이 정부에 대해, 박주민안·권인숙안이 대통령에 대해 기본계획 수립권을 부여하고 있는 것을 제외하고는 정부의 역할에 관한 특별한 규정을 찾기 어렵다. 참고로, 박은수안은 조사와 구제에 관한 사항에 한해 국가인권위원회법을 준용하도록 규정할 뿐, 국가인권위원회를 차별금지법 체계에서 최대한 배제하고 있고, 노무현정부안도 조사와 구제에 관한 사항 이외에는 국가인권위원회와 관련하여 기본계획 권고권과 법제시정에 대한 사전의견권 정도만 인정하고 있을 뿐이다.

3. 연구의 목적

교통과 통신 기술이 비약적으로 발전한 오늘날, 인류사회에서 평등가치의 중요성은 점점 높아지고 있다. 지역 간의 물적·인적 교류가 활발해질수록 다원주의와 미래가치의 중요성도 높아지고 있고, 국익의 측면에서도 보다 다원적이면서도 포용적인 국가

가 국제정치와 국제무역, 기술발전 등에 비교우위를 가질 수밖에 없을 것이다. 이러한 시대에 우리나라가 도태되지 않기 위해서라도 평등가치를 국내법에 온전히 수렴하는 과정은 필요하며, 이는 자유민주주의의 지향점이라고 할 수 있는 자유와 평등에 관한 인권법 체계를 공고히 하는 데서 비롯한다고 생각한다. 그리고 그 실마리 중 하나는 평등 또는 차별금지에 관한 일반법 또는 기본법의 제정일 것이다.

그런데 입법 경과에서 살펴본 바와 같이 우리나라의 경우 평등 또는 차별금지에 관한 일반법 또는 기본법의 제정과 관련하여 15년여에 걸쳐 9개의 법률안이 성안되었는데도 주목할 만한 성과가 없었고, 평등 또는 차별금지에 관한 개별 법률의 발전도 특별히 이뤄지지 못했다. 교육, 고용, 장애, 성별 등의 일부 영역 또는 분야에만 주목했던 30여 년 전의 상황과 크게 달라진 부분도 많지 않다고 생각한다.

무엇보다도, 국회와 정부를 불문하고 현 정부여당 성향의 법률안이 공식적으로 확인되지 못한 점은, 이들 정당이 표방하는 자유민주주의의 실체에 대해 국민들이 의심하게 할 수 있다. 마찬가지로, 평등 또는 차별금지에 관한 일반법 또는 기본법의 제정을 주창해 온 정당들이, 정작 자신들이 정부여당이면서 국회의 다수당의 지위를 차지한 기간 동안에도 입법을 성사시키지 못한 점은, 평등 또는 차별금지에 관한 이들 정당의 진의를 국민들이 의심하게 할 수 있다. 이런 정치적 리스크에도 불구하고 입법 추진이 지지부진한 것은, 어쩌면 이러한 입법을 추진했을 경우의 정치적 리스크도 적지 않기 때문인 것으로도 예상할 수 있다. 하지만 점증하는 국제사회의 요청과 비판을 고려할 때 우리나라가 언제까지 이런 국제적 압박을 회피할 수 있을지도 의문이다.

그래서 연구제안서(제안자 김대근 선임연구위원)에는 기존의 법률을 보완하여 보다 효과적으로 차별을 시정하고, 광범위하게 발생하고 있는 차별의 문제를 포괄적으로 다루는 법률의 제정을 위한 연구라는 점만을 연구목적으로서 제시하고 있지만, ‘법무정책적 대응방안’이라는 연구주제에 걸맞게 보다 정책적·전략적으로 접근할 필요도 있다고 생각한다. 그런 만큼, 이 연구는 법무정책의 주무부처이자 인권법제의 소관부처인 법무부의 정부안 성안을 최종 목표로 삼되, 법률안을 성안하는 데 있어 필요한 최대한을 찾기보다는 다양한 관점의 전문가그룹을 적극적으로 활용하여 국회와 정부의 정치적 부담을 최소화하면서도 국제사회의 기준에 부응할 수 있는 ‘최소한의 경계’를 찾는 데 집중하고자 한다.

제2절 | 연구의 범위와 방법

1. 문헌연구의 측면

평등 또는 차별금지에 관한 일반법 또는 기본법의 제정에도 전략이 필요한 것과 마찬가지로, 이 연구의 수행 역시 전략적으로 설계하였다. 이에 국내외 문헌연구에 있어서는 크게 4가지 방향에서 추진하였다.

첫째, 국제법적 연구로서 ‘포괄적 차별금지에 관한 국제표준 분석’이다. 국제사회는 ‘정치적·시민적 권리에 관한 국제규약’, ‘경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약’, ‘인종차별금지협약’, ‘여성차별철폐협약’, ‘장애인권리협약’ 등의 국제적 합의를 통하여 차별시정의 기준을 제시하고 있어 평등 또는 차별금지에 관한 일반법 또는 기본법 제정을 위해서는 이러한 국제협약 등에 나타난 국제표준을 분석·도출하는 작업이 반드시 필요한 만큼, ① 국제협약 등에 나타난 입법표준 분석을 중심으로 하되, ② 포괄적 차별금지에 관한 국가별 정례인권검토(UPR)에서의 대한민국에 대한 권고사항, ③ 유럽, 아프리카, 아시아 등 지역별 국제표준 및 이행체제 분석 등을 보완하여 국내이행과 관련한 대응방향을 제시하고자 하였다.

둘째, 비교법적 연구로서 ‘포괄적 차별금지에 관한 주요국의 제정법 분석’이다. 평등 또는 차별금지에 관한 일반법 또는 기본법을 마련하고 있는 국가들에 대한 비교법적 연구는 적지 않지만, 연구 당시의 시점을 기준으로 관련 법제를 분석함에 따라 제정 당시보다 현저히 발전 내지는 진화된 법제를 우리나라에 소개하는 경우가 대부분이라고 보았다. 하지만 이러한 법률이 제정되기까지 이들 국가에서도 우리나라와 마찬가지로 국내적 요청 또는 국제적 요청이 적지 않았을 것으로 예상하는 만큼, 현 시점의 법제가 아니라 미국, 영국, 독일, 캐나다 등 주요 국가의 제정법을 중심으로 ① 제정의 경과 및 ② 제정이유, 차별의 사유, 차별의 유형(또는 형태), 차별금지의 영역, 차별금지의 예외, 구제 및 이행확보, 국가 등의 책무 등 주요 내용을 분석하는 한편, ③ 제정 당시의 국내적 요청 또는 국제적 요청을 각국이 어느 정도 수준까지 제정법에 반영하였는지도 함께 제시하고자 하였다.

셋째, 기초연구로서 ‘포괄적 차별금지 입법의 주요 쟁점 분석’이다. 입법을 추진하

기 위해서는 주요 쟁점을 정리하는 작업이 반드시 선행되어야 하는 만큼, ① ④ 평등 내지 차별금지의 헌법적 의의, ⑤ 차별의 사유, ⑥ 차별의 유형, ⑦ 차별금지의 영역, ⑧ 차별금지의 예외, ⑨ 구제 및 이행확보, ⑩ 국가 등의 책무 등 주요 입법 쟁점에 관하여 필수 입법요소 및 입법한계를 도출하는 한편, ⑪ 이러한 내용을 종합하여 제명 등 입법전략을 포함하여 쟁점별 입법방안을 제시하고자 하였다.

넷째, 보완연구로서 ‘차별금지에 관한 일반법 제정에 있어 고려사항’이다. 결론을 대신하여 문헌연구 중 국제법적 연구, 비교법적 연구, 기초연구의 성과 및 실증연구의 성과를 망라하여 포괄적 차별금지를 위한 입법전략 등 법무정책적 대응방안을 제시하였는데, 이는 최소한의 기준을 제시한 것에 불과하므로 입법과정에서 마주할 수 있는 다양한 현실적인 문제에 대한 고민을 반영한 결과물은 아닐 것이다. 이에 차별금지에 관한 일반법 또는 기본법 제정에 있어 입법실무자가 고려해야 할 사항으로서 ① 입법 목적에서의 고려사항, ② 입법체계적 고려사항, ③ 입법쟁점별 고려사항 등을 다른 관점에서도 보완적으로 제시하고자 하였다.

참고로, 법무정책적 대응방안과 관련하여 제안자는 차별금지법 제정안까지 제시할 것을 제안하였지만, 정부여당의 정책방향성 등을 추론할 수 있는 기초자료 자체가 빈약할 뿐만 아니라 법무부·국가인권위원회 등 유관부처와의 충분한 협의 없이 국책연구기관인 한국형사·법무정책연구원 단독으로 추진하기에는 적절치 않다고 판단하여 법무정책적 대응방안에서 최종적으로 배제하였다.

2. 실증연구의 측면

평등 또는 차별금지에 관한 법제를 구축하기 위해서는 우리 사회의 인식을 확인하는 작업도 중요하고, 제안자도 차별에 관한 실태조사를 제안한 바 있다. 그런데 차별의 실태는 방법론상 인식조사를 통해 수행할 수밖에 없는데, 일반국민들의 인식은 2020년에 국가인권위원회에서 이미 했고, 종교단체에서 한 것도 있다. 국가인권위원회에서 실시한 일반인 인식조사의 중립성이나 완결성에 대해서는 장담할 수 없지만, 그 인식이 2년만에 크게 달라지지는 않았을 것이라고 판단했기 때문에 이 연구에서는 전문가조사를 통해 차별에 관한 실태를 확인하기로 정하였다.

그런데 전문가조사를 통해 가장 확인하고 싶은 것은, 입법의지와 입법방향을 포함하여 국회의원 등 실제 입법에 종사하는 사람들의 인식이다. 왜냐하면 자료를 통해 공식적으로 확인할 수 있는 것은 야당 측의 인식밖에 없기 때문이고, 여러 경로를 통해 정부여당 측에서도 이전의 집권시기에 평등 또는 차별금지에 관한 일반법 또는 기본법 제정을 추진했었다는 사실을 전해들었지만 공식적으로 확인할 수는 없었기 때문이다. 이에 2020년에 국가인권위원회에서 실시한 일반인 인식조사의 주요 문항 및 법 제정과 관련한 추가 문항을 기반으로 국회의원 등 국회의 입법종사자에 대한 전문가조사를 추진하게 되었다.

참고로, 당초에는 헌법학계, 인권법학계 등 관련 전문가그룹의 인식이나 고용노동부 등 집행부처 종사자그룹의 인식까지 조사할지 여부도 검토했는데, 어떻게 조사대상을 설정하더라도 표본의 공정성을 확보할 방도가 없어 결국 포기했고, 심의의견 중에는 정부입법의 중심역할을 수행할 법무부와 국가인권위원회 담당공무원에 대한 인식조사가 필요하다는 의견도 있었지만 담당자의 표본수가 매우 작을 뿐만 아니라 이 역시 공정성을 확보할 방도가 없다고 판단하여 조사대상에서 최종적으로 배제하였다.

제 2 장

포괄적 차별금지에 대한 법무정책적 대응방안

포괄적 차별금지에 관한 국제표준

김 명 우

제2장

포괄적 차별금지에 관한 국제표준

제1절 | 개관

2008년 제1차 국가별 정례인권검토(Universal Periodic Review, 이하 'UPR')¹³⁾에서 우리 정부가 포괄적 차별금지법안이 국회에 계류 중임을 밝힌 이후,¹⁴⁾ 우리나라의 포괄적 차별금지법 제정 여부는 꾸준히 국제사회의 관심을 받아 왔다. 2011년 개최된 제2차 UPR¹⁵⁾에서는 인도네시아, 팔레스타인, 칠레, 슬로베니아, 차드, 인도, 호주가 포괄적 차별금지법 제정을 위해 노력할 것을 한국 정부에게 권고하였으며,¹⁶⁾ 이후 2017년 제3차 UPR은 물론¹⁷⁾ 2023년 제4차 UPR에서도 영국, 미국, 네덜란드, 독일, 호주 등

13) UPR이란 인권이사회(Human Rights Council)가 모든 유엔 회원국의 인권 상황을 4년에 한 번 씩 정기적으로 검토하는 제도로 2008년부터 실시되었다. 경제사회이사회 산하의 인권위원회(Commission on Human Rights)를 전신(前身)으로 하는 인권이사회는 유엔회원국 중 선출된 47개 이사국으로 구성되어 있으며 2006년 총회 산하에 설치된 이래 인권 보호 및 증진, 인권침해 논의 및 그에 대한 권고 등의 업무를 수행하고 있는 정부간 기구(inter-governmental body)이다. 다만, 이 UPR에서 제안된 권고는 검토 대상인 국가에 대한 법적 구속력을 갖고 있지 않기 때문에, 권고사항의 이행을 인권이사회가 강제할 수는 없다.

14) 인권이사회, 대한민국 제1차 정례인권검토에 대한 워킹그룹 보고서, A/HRC/8/40, 29 May 2008, para. 6. 우리나라의 제1차 UPR은 2008년 5월 7일 스위스 제네바에서 개최되었으며, 페루, 이집트, 요르단이 간사를 담당하였고, 영국, 프랑스, 미국, 러시아, 중국, 캐나다, 네덜란드, 북한 등 총 33개국의 대표단이 참여하였다.

15) 2011년 10월 25일 개최된 우리나라의 제2차 UPR은 지부티, 헝가리, 인도네시아가 간사를 담당하였으며 영국, 프랑스, 미국, 중국, 독일, 캐나다, 일본, 북한, 호주 등 총 65개국의 대표단이 참여하였다.

16) 인권이사회, 대한민국 제2차 정례인권검토에 대한 워킹그룹 보고서, A/HRC/22/10, 12 December 2012, para. 124.13.

17) 2017년 11월 9일 개최된 우리나라의 제3차 UPR은 콩고, 헝가리, 몽골이 간사를 담당하였으며, 영국, 프랑스, 미국, 러시아, 중국, 독일, 이탈리아, 일본, 네덜란드, 노르웨이, 스웨덴, 스위스, 북한, 인도 등 총 95개국의 대표단이 참여하였다. 여기서 몬테네그로, 슬로베니아, 방글라데시, 스페인, 조지아, 터키, 팔레스타인, 보츠와나, 호주, 노르웨이, 덴마크, 우간다, 브라질, 프랑스,

많은 국가들이 우리 정부에게 포괄적 차별금지법을 제정할 것을 권고하였다.¹⁸⁾

위와 같이 유엔회원국들만 우리나라의 포괄적 차별금지법 제정에 관심을 갖고 있는 것은 아니다. 우리나라가 가입한 인권조약 중 차별을 다루고 있는 조약의 이행감시기구들 역시 포괄적 차별금지법 제정을 권고해 왔다. 자유권규약위원회¹⁹⁾는 2015년 한국의 제4차 국가보고서를 심의하여 발표한 최종견해에서,²⁰⁾ 사회권규약위원회는 2017년 한국의 제4차 국가보고서에 대한 최종견해에서,²¹⁾ 인종차별철폐위원회는 2019년 한국의 제17-19차 국가보고서에 대한 최종견해에서,²²⁾ 그리고 여성차별철폐위원회는 2011년 한국의 제7차 보고서에 대한 최종견해에서²³⁾ 각각 포괄적 차별금지법 제정이 지연되고 있는 상황을 우려하며 동법 제정을 위해 조속한 조치를 취할 것을 우리 정부에게 권고한 바 있다.

따라서 이 장에서는 포괄적 차별금지법 제정 시 참고가 될 수 있도록 UN 체제하의 차별금지에 관한 표준과 유럽, 미주, 아프리카 등 대표적인 지역 인권규범이 제시하고 있는 차별금지에 관한 표준에 대해 알아보고자 한다.

아일랜드, 이탈리아, 미국, 캐나다가 우리 정부에게 포괄적 차별금지법 제정을 권고하였다. 인권이사회, 대한민국 제3차 정례인권검토에 대한 워킹그룹 보고서, A/HRC/37/11, 27 December 2017, 5, 17-19면.

18) 2023년 1월 26일 개최된 우리나라의 제4차 UPR은 코트디부아르, 프랑스, UAE가 간사를 담당하였으며, 영국, 프랑스, 미국, 러시아, 중국, 북한 등 총 95개국의 대표단이 참석하였다. 여기서 아일랜드, 네덜란드, 페루, 우크라이나, 크로아티아, 노르웨이, 스페인, 영국, 미국, 호주, 벨기에, 캐나다, 덴마크, 독일이 포괄적 차별금지법을 채택할 것을 우리 정부에게 권고하였다. 인권이사회, 대한민국 제4차 정례인권검토에 대한 워킹그룹 보고서, A/HRC/53/11, 23 March 2023, 17-18, 23-24면.

19) 정식 명칭은 'Human Rights Committee'이지만, 여기서는 인권이사회의 전신인 'Commission on Human Rights'와의 혼동을 방지하고 이행감시 대상인 조약을 쉽게 알 수 있도록 '자유권규약위원회'로 번역하였다.

20) 자유권규약위원회, 대한민국 제4차 보고서에 대한 최종견해 (2015), CCPR/C/KOR/CO/4.

21) 사회권규약위원회, 대한민국 제4차 보고서에 대한 최종견해 (2017), E/C.12/KOR/CO/4.

22) 인종차별철폐위원회, 대한민국 제17-19차 보고서에 대한 최종견해 (2019), CERD/C/KOR/CO/17-19.

23) 여성차별철폐위원회, 대한민국 제7차 보고서에 대한 최종견해 (2011), CEDAW/C/KOR/CO/7.

제2절 | UN 체제하의 차별금지에 관한 표준

국제인권장전(International Bill of Human Rights)²⁴⁾이라고 불리는 ‘세계인권선언’²⁵⁾과 ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약’(이하 ‘자유권규약’)²⁶⁾, 그리고 ‘경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약’(이하 ‘사회권규약’)²⁷⁾은 차별금지 원칙을 명시하고 있는 대표적인 국제규범이다. 또한, ‘모든 형태의 인종차별철폐에 관한 국제협약’(이하 ‘인종차별철폐협약’),²⁸⁾ ‘여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약’(이하 ‘여성차별철폐협약’),²⁹⁾ ‘장애인의 권리에 관한 협약’(이하 ‘장애인권리협약’),³⁰⁾ ‘아동의 권리에 관한 협약’(이하 ‘아동권리협약’),³¹⁾ ‘모든 이주노동자와 그 가족들의 권리 보호에 관한 국제협약’(이하 ‘이주노동자권리협약’)³²⁾은 특정 영역에서의 차별금지를 규정하고 있다. 따라서, 본 절에서는 위의 주요 인권협약들을 중심으로 차별금지에 관한 국제규범을 검토하고자 한다.³³⁾

24) 국제인권장전에 대해서는 OHCHR의 설명 참조: <https://www.ohchr.org/en/what-are-human-rights/international-bill-human-rights>

25) 1948년 12월 유엔총회에서 채택된 세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights)은 전 세계인들이 어떠한 차별도 받지 않고 향유할 수 있는 인권과 기본적 자유를 규정하고 있다. 제 목에서 알 수 있듯이 이 선언은 형식적으로 ‘선언’에 불과했지만, 이후 이 선언을 참고하여 다양한 인권조약들이 채택되었으며, 많은 국가들이 선언의 내용을 헌법을 비롯한 자국의 국내법으로 수용하였다. 따라서, 차별금지를 포함한 선언의 상당 부분이 현재 국제관습법화되어 모든 국가들을 대상으로 구속력을 갖는다고 평가된다. 세계인권선언의 국제관습법화 및 규범성에 대해서는 김대순, 국제법론, 제20판 (삼영사, 2018), 863면; 정인섭, 신국제법강의-이론과 사례, 제9판 (박영사, 2019), 889면; Thomas Burgenthal, Dinah Shelton, David P. Stewart, and Carlos M. Vázquez, International Human Rights in a nutshell, 5th ed. (West, 2017), 44면; Christian Tomuschat, Human Rights: Between Idealism and Realism, 2nd Ed. (OUP, 2008), 37면 참조.

26) 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights), 조약 제1007호.

27) 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), 조약 제1006호.

28) 모든 형태의 인종차별철폐에 관한 국제협약(International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination), 조약 제667호.

29) 여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약(Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women), 조약 제855호.

30) 장애인의 권리에 관한 협약(Convention on the Rights of Persons with Disabilities), 조약 제1928호.

31) 아동의 권리에 관한 협약(Convention on the Rights of the Child), 조약 제1072호.

32) 모든 이주노동자와 그 가족들의 권리보호에 관한 국제협약(International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families), 1990년 12월 18일 채택, 2003년 7월 1일 발효(미가입).

» [표 2-1] 검토 대상 국제규범

조약명	유엔총회	조약	우리나라	
	채택	발효	가입	발효
세계인권선언	1948.12.10.			
시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약	1966.12.16.	1976.3.23.	1990.4.10.	1990.7.10.
경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약	1966.12.16.	1976.1.3.	1990.4.10.	1990.7.10.
모든 형태의 인종차별철폐에 관한 국제협약	1965.12.21.	1969.1.4.	1978.12.5.	1979.1.4.
여성에 대한 모든 형태의 차별 철폐에 관한 협약	1979.12.18.	1981.9.3.	1984.12.27.	1985.1.26.
장애인의 권리에 관한 협약	2006.12.13.	2008.5.3.	2008.12.11.	2009.1.10.
아동의 권리에 관한 협약	1989.11.20.	1990.9.2.	1991.11.20.	1991.12.20.
이주노동자 권리 협약	1990.12.18.	2003.7.1.	미가입	

또한 각 조약의 이행감시기구인 위원회들의 협약의 해석 및 적용에 관한 ‘일반 논평’(General Comment),³⁴⁾ 당사국 이행보고서에 대한 ‘최종견해’(Concluding Observations), 그리고 특정 당사국의 개인에 대한 구체적인 권리침해 여부에 대한 판단인 ‘개인통보’(Individual Communications)에 대한 견해와 같이 각 위원회들의 유권해석³⁵⁾을 검토·분석하였다. 또한, 유엔 인권최고대표사무소(OHCHR)³⁶⁾가 2023

33) 아직 우리나라가 가입하지 않은 이주노동자권리협약을 제외한 나머지 검토대상 국제규범의 우리말 번역은 외교부 홈페이지에 게재되어 있는 주요 국제인권협약문의 국문본을 참조하였다: https://overseas.mofa.go.kr/www/wpge/m_3996/contents.do (최종확인: 2023. 10. 30.)

34) 각각의 인권조약기구들은 모든 당사국을 대상으로 해당 조약의 조문을 비롯하여 조약과 관련된 특정 주제에 대한 해석을 ‘일반논평’(general comments) 또는 ‘일반권고’(general recommendations)의 형태로 제시한다. 이 보고서에서는 편의를 위해 ‘일반논평’으로 통일하여 지칭하겠다. 일반논평은 생명권과 같은 실질적인 조항에 대한 종합적인 해석부터 조약의 특정 조항과 관련하여 당사국의 국가보고서가 제출해야 하는 정보에 대한 일반적인 지침에 이르기까지 광범위한 주제를 다루고 있다. 보다 자세한 설명은 OHCHR, General Comments, <https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/general-comments> 참조.

35) 이러한 개별 위원회들의 유권해석은 그 자체로 당사국에 대한 법적 구속력을 갖지는 않는다. 다만, 우리 「헌법」 제6조 제1항은 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.”고 규정하고 있으므로, 우리나라가 가입한 협약의 경우 당사국으로서 협약의 내용에 구속받으며, 협약에 따라 설치된 위원회의 판단 역시 존중되어야 한다는 견해가 일반적이다.

36) 최고인권대표사무소(Office of the High Commissioner for Human Rights)는 각국 정부들의 인권 관련 의무의 이행을 지원하고, 세계에서 발생하는 인권침해에 대해 목소리를 높이고, 인권 현안을

년 1월 발행한 ‘소수자 권리 보호: 포괄적 차별금지법 개발을 위한 실무 지침’ (Protecting Minority Rights: A Practical Guide to Developing Comprehensive Anti-Discrimination Legislation)³⁷⁾도 참고하였다.

1. 차별의 정의

세계인권선언, 자유권규약, 사회권규약은 차별에 대한 정의 조항을 두고 있지 않다. 대신 자유권규약위원회와 사회권규약위원회는 각각 일반논평을 통해 차별의 정의 채택하였다. 자유권규약위원회는 1989년 일반논평 제18호에서 자유권규약에서 사용되는 “차별”이라는 용어는 “인종, 피부색, 성별, 언어, 종교, 정치적 또는 기타 의견, 출신 국가 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타 신분과 같은 근거에 근거하고 모든 사람이 동등한 입장에서 모든 권리와 자유를 인정, 향유 또는 행사하는 것을 무효화하거나 손상시키는 목적 또는 효과가 있는 모든 구별, 배제, 제한 또는 선호를 의미하는 것으로 이해되어야 한다”는 입장을 밝혔다.³⁸⁾ 2009년 사회권규약위원회도 일반논평 제20호에서 “차별은 금지된 차별 사유에 직접 또는 간접적으로 근거하고 동등한 입장에서 규약상의 권리를 인정, 향유 또는 행사하는 것을 무효화하거나 손상 시키려는 목적 또는 효과가 있는 모든 구별, 배제, 제한 또는 선호 또는 기타 차별화된 대우”이며, 이러한 차별에는 “차별에 대한 선동과 괴롭힘”이 포함된다고 보았다.³⁹⁾

파악하여 대응 방안을 모색하는 등 인권의 증진과 보호를 위한 업무를 주도하는 유엔 기관이다. 이 기관의 수장인 인권최고대표(High Commissioner for Human Rights)는 유엔에서 인권 문제를 총괄하는 최고위직으로 유엔총회의 승인을 얻어 사무총장이 임명한다. 임기는 4년이며 1회 연임이 가능하다. 인권최고대표는 총회가 특별히 부여한 기능을 수행하며, 인권 분야의 유엔 정책에 대하여 사무총장에게 조언을 제공하고, 인권기구 회의 및 기타 인권 관련 행사에서 사무총장을 대리하는 등의 임무를 수행한다. 보다 자세한 설명은 OHCHR, The Role of the High Commissioner for Human Rights, <https://www.ohchr.org/en/about-us/high-commissioner> 참조.

37) OHCHR, *Protecting Minority Rights: A Practical Guide to Developing Comprehensive Anti-Discrimination Legislation* (이하 ‘OHCHR 실무지침’) (2023).

38) 자유권규약위원회, 일반논평 제18호 (1989), para. 7: [전략] the term “discrimination” as used in the Covenant should be understood to imply any distinction, exclusion, restriction or preference which is based on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status, and which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise by all persons, on an equal footing, of all rights and freedoms.

39) 사회권규약위원회, 일반논평 제20호 (2009), para. 7: [전략] It is to be noted that discrimination constitutes any distinction, exclusion, restriction or preference or other differential treatment that is directly or indirectly based on the prohibited grounds of discrim-

한편, 인종차별철폐협약, 여성차별철폐협약, 그리고 장애인권리협약은 해당 협약이 다루는 ‘차별’이 무엇인지 정의하는 조문을 별도로 두고 있다. 인종차별철폐협약 제1조는 “이 협약에서 ‘인종차별’이라 함은 인종, 피부색, 가문 또는 민족이나 종족의 기원에 근거를 둔 어떠한 구별, 배척, 제한 또는 우선권을 말하며 이는 정치, 경제, 사회, 문화 또는 기타 어떠한 공공생활의 분야에 있어서든 평등하게 인권과 기본적인 자유의 인정, 향유 또는 행사를 무효화시키거나 침해하는 목적 또는 효과를 가지고 있는 경우이다.”라고 차별을 정의하고 있으며, 여성차별철폐협약 제1조⁴⁰⁾와 장애인권리협약 제2조⁴¹⁾도 “인종, 피부색, 가문 또는 민족이나 종족의 기원”이라는 문구를 “성별”과 “장애”로 대체하는 수준에서 거의 동일한 문안으로 차별을 정의하고 있다.

위와 같이 대표적인 인권조약 및 조약기구들의 ‘차별’에 대한 정의를 기초로 하여 OHCHR은 차별을 “인권과 기본적인 자유의 평등한 인정, 향유 또는 행사를 무효화하거나 손상시키거나 법에 의해 규제되는 모든 생활영역에서의 동등한 참여를 방해하는 목적 또는 효과가 있는 한 가지 이상의 차별금지사유에 근거한 모든 구별, 배제 또는 제한”이라고 정의하였다.⁴²⁾

2. 차별의 사유

차별의 사유(grounds)란 주요 인권협약들이 금지하고 있는 차별의 근거 내지 차별의 기준을 의미한다. 세계인권선언, 자유권규약 및 사회권규약은 “인종, 피부색, 성별, 언어,

ination and which has the intention or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of Covenant rights. Discrimination also includes incitement to discriminate and harassment.

40) 인종차별철폐협약 제1조: 본 협약의 목적을 위하여 ‘여성에 대한 차별’이라 함은 정치적, 경제적, 사회적, 문화적, 시민적 또는 기타 분야에 있어서 결혼여부에 관계없이 남녀 동등의 기초위에서 인권과 기본적인 자유를 인식, 향유 또는 행사하는 것을 저해하거나 무효화하는 효과 또는 목적을 가지는 성에 근거한 모든 구별 배제 또는 제한을 의미한다.

41) 장애인권리협약 제2조: “장애로 인한 차별”이란 정치적, 경제적, 사회적, 문화적, 민간 또는 다른 분야에서 다른 사람과 동등하게 모든 인권과 기본적인 자유를 인정받거나 향유 또는 행사하는 것을 저해하거나 무효화하는 목적 또는 효과를 갖는 장애를 이유로 한 모든 구별, 배제 또는 제한을 의미한다. 이는 합리적인 편의제공에 대한 거부를 포함한 모든 형태의 차별을 포함한다.

42) OHCHR 실무지침, 18면: “any distinction, exclusion, or restriction based on one or more protected grounds that has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment, or exercise, on an equal footing, of human rights and fundamental freedoms or preventing equal participation in any area of life regulated by law”.

종교, 정치적 또는 기타 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분”(race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status) 등에 의한 어떠한 종류의 차별도 없이 이 규약에서 인정되는 권리들을 존중하고 확보⁴³⁾하거나 행사되도록 보장할 것⁴⁴⁾을 당사국에게 요구하고 있다.

인종차별철폐협약은 “인종, 피부색, 가문(descent) 또는 민족이나 종족의 기원(ethnic origin)”에 근거를 둔 차별을 금지하고 있으며,⁴⁵⁾ 여성차별철폐협약은 “성별, 결혼 여부, 또는 모성”을 이유로 한 차별을 금지하고 있다.⁴⁶⁾ “장애”의 경우, 1989년 채택된 아동권리협약이 인권협약 중 최초로 “장애”를 차별금지사유로 명시하였고,⁴⁷⁾ 이어서 2006년 장애인에 대한 차별을 포괄적으로 금지하는 장애인권리협약이 채택되었다. 비록 우리나라는 아직 가입하지 않았으나 1990년에 채택되어 2003년에 발효된 이주노동자권리협약은 앞서 언급된 차별금지사유 외에 국적(nationality), 연령(age), 경제적 지위(economic position), 결혼 여부(marital status)를 차별금지 사유로 명시하고 있다.⁴⁸⁾

그렇다면 위와 같이 국제협약에서 명시적으로 금지하고 있는 사유가 아닌 다른 사유로 차별을 행하는 것은 허용되는지, 그러한 경우는 협약 위반이 아닌지에 대한 의문이 제기될 수 있다. 세계인권선언을 바탕으로 문안이 작성된 자유권규약과 사회권규약은 상기 차별사유를 규정하면서 마지막에 ‘기타의 신분’(other status)⁴⁹⁾이라는 표현을 사용하고 있다. 사회권규약위원회는 일반논평에서 이 “기타의 신분”이라는 용어는 규약에 명시된 차별금지사유가 예시적인 것으로서 차별에 대한 이해가 발전함에 따라 새로운 근거가 인정될 수 있음을 의미한다고 보았다.⁵⁰⁾ 이와 같이, 자유권규약위원회와 사회권규약위원회는 각각 협약의 ‘기타의 신분’이라는 문구에 근거하여 규약의 이행확보 과정에서 등장한 새로운 차별금지 사유를 추가해 오고 있다.

한편, 조약에 명시되어 있는 차별금지 사유가 해석을 통해 그 적용범위가 확대된 경우도 있다. 그 대표적인 예로는 ‘성적 지향 및 성별 정체성’(sexual orientation and

43) 자유권규약 제2조 제1항.

44) 사회권규약 제2조 제2항.

45) 인종차별철폐협약 제1조 제1항.

46) 여성차별철폐협약 제1조 및 제11조 제2항.

47) 아동권리협약 제23조.

48) 이주노동자권리협약 제2조 제2항 및 제7조.

49) 세계인권선언 제2조, 자유권규약 제2조 제1항 및 제26조, 사회권규약 제2조 제2항.

50) 사회권규약위원회, 일반논평 제20호 (2009), para. 27.

gender identity)을 들 수 있다.⁵¹⁾ 최초로 성적 지향이 차별금지사유에 해당한다고 인정된 것은 1994년 개인통보사건에 대한 자유권규약위원회의 견해에서였다. Toonen v. Australia 사건에서 위원회는 자유권규약 제2조 제1항 및 제26조에 명시되어 있는 차별금지사유 중 성별(sex)에 성적 지향이 포함된다고 해석한 바 있으며,⁵²⁾ 이후로도 성적 지향 및 성별 정체성 관련 개인청원 사건이나 개별 국가의 이행보고서에 대한 최종견해에서 유사한 입장을 보이고 있다.⁵³⁾

» [표 2-2] 국제규범에 명시되어 있는 차별 금지 사유

조약 금지 사유	세계인권 선언	자유권 규약	사회권 규약	인종차별 철폐협약	여성차별 철폐협약	장애인 권리협약	아동 권리협약	이주노동자 권리협약
인종	○	○	○	○			○	○
피부색	○	○	○	○			○	○
성별	○	○	○		○		○	○
언어	○	○	○				○	○
종교	○	○	○				○	○
정치적 또는 기타의 의견	○	○	○				○	○
민족적 또는 사회적 출신	○	○	○				○	○
재산	○	○	○				○	○
출생	○	○	○				○	○
기타 신분	○	○	○				○	○
가문				○				
민족이나 종족의 기원				○				
장애						○	○	
무능력							○	
국적								○
연령								○
경제적 지위								○
결혼 여부					○			○
모성					○			

51) 자유권규약위원회, *Toonen v. Australia* (1994), Communication No. 488/1992, paras. 10-11.

52) Ibid., para. 7.8.

53) 예를 들면, 자유권규약위원회, *Fedotova v. Russia* (2012), Communication No. 1932/2010, para. 10.5; 자유권규약위원회, 쿠웨이트 제3차 보고서에 대한 최종견해 (2016), CCPR/C/KWT/CO/3, para. 12.

3. 차별의 형태

자유권규약위원회를 비롯한 여러 위원회들은 당사국의 차별금지 의무를 논할 때 ‘모든 형태’(all forms)의 차별을 철폐할 것을 요구해 왔으며,⁵⁴⁾ 인종차별철폐협약과 여성차별철폐협약은 조약문에서 국가들에게 ‘모든 형태의 차별’을 철폐할 것을 요구하고 있다.⁵⁵⁾ 그러나 주요 인권협약 중 어떠한 ‘형태’(form)의 차별이 금지되는지에 대하여 구체적으로 설명하고 있는 조약은 없다. 다만, 인종차별철폐협약과 여성차별철폐협약을 통해 각 협약이 보장하는 인권과 기본적인 자유의 평등한 향유를 방해하려는 목적 또는 효과를 가지고 있는 모든 ‘구별’(distinction), ‘배제’(exclusion), ‘제한’(restriction) 또는 ‘선호’(preference)가 차별의 형태임을 짐작해 볼 수 있다.⁵⁶⁾

이러한 가운데 2018년 장애인권리위원회는 일반논평 제6호에서 국제인권 실무에서 확립된 네 가지 주요 차별의 형태로 직접 차별(direct discrimination), 간접 차별(indirect discrimination), 정당한 편의제공 거부(denial of reasonable accommodation), 괴롭힘(harassment)을 제시하였다.⁵⁷⁾ 이어서 2023년 OHCHR은 실무지침에서 장애인권리위원회가 제시한 네 가지에 더해 인종분리(segregation)와 불이익조치(victimization)를 국제법상 금지되는 차별의 형태라고 설명하고 있다.⁵⁸⁾ 이하에서는 관련 위원회들의 유권해석과 OHCHR의 실무지침을 바탕으로 국제법상 금지되는 차별의 형태에 대해 상술하고자 한다.

가. 직접 차별

세계인권선언과 주요 인권협약들은 직접 차별 및 간접 차별이라는 용어를 명시적으로 사용하고 있지는 않지만, 해당 조약들의 이행감시기구들은 모두 일관되게 이 두

54) 장애인권리위원회, 일반논평 제6호 (2018), para. 18; 자유권규약위원회, 라이베리아 제1차 보고서에 대한 최종견해 (2018), CCPR/C/LBR/CO/1, para. 17 (a); 사회권규약위원회, 카보베르데 제1차 보고서에 대한 최종견해 (2018), E/C.12/CPV/CO/1, para. 17; 아동권리위원회, 팔레스타인 제1차 보고서에 대한 최종견해 (2020), CRC/C/PSE/CO/1, para. 21; 이주노동자위원회, 리비아 제1차 보고서에 대한 최종견해(2019), CMW/C/LBY/CO/1, para. 29 (a).

55) 인종차별철폐협약 제2조 제1항, 여성차별철폐협약 제2조.

56) 인종차별철폐협약 제1조 제1항, 여성차별철폐협약 제2조.

57) 장애인권리위원회, 일반논평 제6호 (2018), para. 18.

58) OHCHR 실무지침, 29면.

가치를 차별의 형태로 인정해 왔다.⁵⁹⁾ 자유권규약위원회는 일반논평은 아니지만 개인 청원 사건에서 두 개념을 인정한 바 있으며,⁶⁰⁾ 사회권규약위원회는 일반논평에서 직접 차별과 간접 차별 모두 사회권규약 제2조 제2항이 정의하는 차별의 범위에 속한다고 언급하면서, 직접 차별을 “금지 사유와 관련된 이유로 유사한 상황에 있는 다른 사람보다 불리한 대우를 받는 상황”이라고 정의하였다.⁶¹⁾ 장애인권리위원회도 이와 유사한 정의를 채택한 바 있다.⁶²⁾ 여성차별철폐위원회는 일반권고에서 불리한 대우에 관한 언급을 생략하고 “여성에 대한 직접적인 차별은 성별 및 성별 차이에 근거하여 명시적으로 다른 대우를 구성하는 것”이라고 조금 더 포괄적으로 직접 차별을 정의하고 있다.⁶³⁾ 인종차별철폐위원회의 경우, 일반권고를 통해 직·간접 차별에 대해 정의하고 있지는 않으나 개인청원 사건에서 두 개념을 인정하였다.⁶⁴⁾

OHCHR은 직접 차별은 일반적으로 ‘차별’이라는 단어가 사용되는 경우에 해당하는 차별의 형태로 법에 의해 보호되는 특성을 이유로 사람을 불리하게 대우하거나 불이익을 주는 것을 의미하여, 작위는 물론 부작위도 포함된다는 입장이다.⁶⁵⁾

나. 간접 차별

간접 차별은 중립적으로 보이지만 특정 특성을 공유하는 사람들에게 부정적인 영향을 미치는 규칙을 적용하는 경우 발생한다. 따라서 간접 차별에는 중립적이고 보편적으로 보이며 모든 사람에게 평등하게 적용되면서 특정한 특성을 언급하지 않는 규칙,

59) 자유권규약위원회, 우즈베키스탄 제5차 보고서에 대한 최종견해, CCPR/C/UZB/CO/5, para. 9 (a); 인종차별철폐위원회, 팔레스타인 제1-2차 보고서에 대한 최종견해 (2019), CERD/C/PSE/CO/1-2, para. 12(a); 사회권규약위원회, 기니 제1차 보고서에 대한 최종견해 (2020), E/C.12/GIN/CO/1, para. 19(a); 여성차별철폐위원회, 카타르 제2차 보고서에 대한 최종견해 (2019), CEDAW/C/QAT/CO/2, para. 14(b); 장애인권리위원회, 인도 제1차 보고서에 대한 최종견해 (2019), CRPD/C/IND/CO/1, para. 13(a); 아동권리위원회, 벨라루스 제5-6차 보고서에 대한 최종견해 (2020), CRC/C/BLR/CO/5-6, para. 15(a); 이주노동자위원회, 모잠비크 제1차 보고서에 대한 최종견해 (2018), CMW/C/MOZ/CO/1, para. 28.

60) 자유권규약위원회, *Althammer et al. v. Austria* (2003), Communication No. 998/2001, para. 10.2.

61) 사회권규약위원회, 일반논평 제20호 (2009), para. 10(a).

62) 장애인권리위원회, 일반논평 제6호 (2018), para. 18.

63) 여성차별철폐위원회, 일반권고 제28호 (2010), para. 16.

64) 인종차별철폐위원회, *L.R. et al. v. Slovak Republic* (2005), Communication No. 31/2003, para. 10.4.

65) OHCHR 실무지침, 30면.

정책 또는 관행이 포함된다.⁶⁶⁾ 다시 말해, 직접 차별이 특정한 특성에 근거하여 불리한 대우를 하는 것이라면 간접 차별은 동일한 대우를 하지만 특정 특성을 지닌 사람 또는 집단에게 불리한 영향을 미치는 것을 의미한다.

사회권규약위원회, 여성차별철폐위원회, 장애인권리위원회는 각각 일반논평에서 차별의 정의를 채택하면서 차별받지 않을 권리의 완전한 향유를 보장하기 위해 간접 차별을 금지할 필요성을 인정하고 있다.⁶⁷⁾ 동 위원회들은 보호 집단에 속한 개인의 권리에 부정적인 영향을 미치는 일견 중립적으로 보이는 법률, 정책 또는 관행을 간접차별의 핵심으로 보고 있다.⁶⁸⁾ 자유권규약위원회가 일반논평에서 차별을 “모든 권리와 자유를 동등하게 인정, 향유 또는 행사하는 것을 무효화하거나 손상시키는 목적 또는 효과를 갖는 [중략] 모든 구별, 배제, 제한 또는 선호”로 정의하고 있는 것 역시 이러한 맥락에서 이해할 수 있다.⁶⁹⁾ 자유권규약위원회와 인종차별철폐위원회의 경우, 일반논평이 아닌 개인통보 사건에서 직·간접적 형태의 차별을 제거할 국가의 의무를 인정한 바 있으며,⁷⁰⁾ 당사국의 이행보고서에 대한 최종견해에서 모든 형태의 직·간접적인 차별을 금지하는 포괄적 평등 법안을 채택할 것을 촉구한 바 있다.⁷¹⁾

다. 다중차별 및 교차차별⁷²⁾

‘다중차별’(multiple discrimination)이란 표현은 장애인권리협약 제6조에서 등장하고 있다. 동 조항은 장애여성과 장애소녀가 다중적 차별의 대상이 되고 있음을 인정하고,

66) 예를 들어, 평균적으로 남성보다 키가 작은 여성에게 불리하게 작용할 수 있는 신장 제한을 둔 구인광고나, 무슬림 여학생들에게 불이익을 줄 수 있는 머리카락이나 얼굴을 가리는 것을 금지하는 교칙이 이에 해당할 수 있다. OHCHR 실무지침, 33면.

67) 사회권규약위원회, 일반논평 제20호 (2009), paras. 7 및 10; 장애인권리위원회, 일반논평 제6호 (2018), para. 18(b); 여성차별철폐위원회, 일반권고 제28호 (2010), para. 16.

68) 사회권규약위원회, 일반논평 제20호 (2009), para. 10(b); 장애인권리위원회, 일반논평 제6호 (2018), para. 18(b).

69) 자유권규약위원회, 일반논평 제18호 (1989), para. 7.

70) 자유권규약위원회, *Althammer et al. v. Austria* (2003), Communication No. 998/2001, para. 10.2; 인종차별철폐위원회, *L.R. et al. v. Slovak Republic* (2005), Communication No. 31/2003, para. 10.4.

71) 자유권규약위원회, 우즈베키스탄 제5차 보고서에 대한 최종견해 (2020), CCPR/C/UZB/CO/5, para. 9 (a); 인종차별철폐위원회, 팔레스타인 제1-2차 보고서에 대한 최종견해 (2019), CERD/C/PSE/CO/1-2, para. 12 (a).

72) 다중차별과 교차차별에 대한 보다 자세한 설명은 ‘제3절 지역별 국제표준 및 이행체제, 2. 미주, 나. 차별의 유형’ 참조.

이러한 측면에서 모든 인권과 기본적인 자유의 완전하고 동등한 향유를 보장하기 위한 조치를 취할 것을 당사국에게 요구하고 있다.⁷³⁾ ‘다중차별’(multiple discrimination)과 ‘교차차별’(intesectional discrimination)은 자유권규약, 사회권규약 등 다른 주요 인권협약에서는 명시되어 있지 않지만, 자유권규약위원회를 비롯한 여러 위원회에서 금지되는 차별의 한 유형으로 실시하고 있다. 우선, 사회권규약위원회는 사회권규약 제2조 제2항상의 금지되는 차별에는 다중적이고 교차적인 차별(cumulative and intersectional discrimination)도 포함된다는 입장을 밝힌 바 있다.⁷⁴⁾ 자유권규약위원회의 경우, 국가들의 규약의무에 대한 이행상황을 평가하면서 이 다중차별 내지 교차차별이라는 개념을 적용하는 빈도가 증가하고 있으며,⁷⁵⁾ 국가들이 포괄적 평등법(comprehensive equality law) 제정을 통해 모든 형태의 다중·교차차별을 금지할 것을 권고하고 있다.⁷⁶⁾ 그리고 인종차별철폐위원회,⁷⁷⁾ 여성차별철폐위원회,⁷⁸⁾ 장애인권리위원회⁷⁹⁾도 다중차별이라는 개념을 인정하는 것이 해당 협약이 요구하는 차별금지의무를 충족하기 위해 필수적이라는 입장을 보이며 자유권위원회와 유사한 권고를 내리고 있다.

라. 합리적인 편의제공 거부

장애인권리협약 제2조는 ‘합리적인 편의제공에 대한 거부’를 장애인 차별의 한 형태라고 명시하고 있으며, 장애인권리위원회 역시 일반논평을 통해 이를 재확인 하고 있다.⁸⁰⁾ 동 논평에서 위원회는 합리적인 편의 제공 의무가 “잠재적 의무 부담자가 해당 당사자에게 편의가 필요할 수 있는 장애가 있다는 사실을 인식했어야 하는 상황”에 발생한다고 언급하면서, 여기서 “합리적”이란 요청된 편의 제공을 위한 비용이나

73) 장애인권리협약 제6조 제1항.

74) 사회권규약위원회, 일반논평 제20호 (2009), paras. 17 및 27.

75) 예를 들면, 자유권규약위원회, 모리타니아 제2차 보고서에 대한 최종견해 (2019), CCPR/C/MRT/CO/2, paras. 14-17.

76) 예를 들면, 자유권규약위원회, 이탈리아 제6차 보고서에 대한 최종견해 (2017), CCPR/C/ITA/CO/6, para. 9 및 호주 제6차 보고서에 대한 최종견해 (2017), CCPR/C/AUS/CO/6, para. 18.

77) 인종차별철폐위원회, 일반권고 제32호 (2009), para. 7.

78) 여성차별철폐위원회, 일반권고 제25호 (2004), para. 12 및 일반권고 제28호 (2010), para. 18.

79) 장애인권리위원회, 일반논평 제6호 (2018), paras. 19 및 36.

80) 장애인권리위원회, 일반논평 제6호(2018), paras. 17 및 18(c).

실현가능성 보다는 평등한 참여를 보장하기 위한 목표에 비추어 요구되는 조치의 “관련성, 적절성 및 유효성”(relevance, appropriateness and effectiveness)을 의미한다고 설명하였다.⁸¹⁾ 자유권규약위원회와 사회권규약위원회 역시 장애인 권리와 관련하여 ‘합리적인 편의제공에 대한 거부’를 차별의 한 형태로 보고 있으며, 여성차별철폐위원회의 경우 여성의 교육받을 권리와 관련하여 ‘합리적인 편의제공에 대한 거부’가 차별에 해당한다는 입장을 보이고 있다.⁸²⁾

마. 괴롭힘

사회권규약위원회는 일반논평을 통해 사회권규약 제2조 제2항에서 규정하고 있는 차별의 한 형태에 “괴롭힘”(harassment)이 포함된다는 입장이다.⁸³⁾ 위원회는 각 국가들이 차별금지법에서 “성별, 장애, 인종, 성적 지향, 성 정체성 및 간성(間性)과 같은 지위를 사유로 하는 성적 내지 기타 형태의 괴롭힘”을 명시하고, 이러한 “괴롭힘을 넓게 정의할 것”(define harassment broadly)을 촉구한 바 있다.⁸⁴⁾ 장애인권리위원회 역시 괴롭힘을 장애인권리협약에서 금지하는 네 가지 주요 형태의 차별 중 하나로 파악하고 있으며,⁸⁵⁾ 자유권규약위원회, 인종차별철폐위원회, 여성차별철폐위원회는 일반논평은 아니지만 당사국의 이행보고서에 대한 최종견해에서 괴롭힘이 금지된 차별 행위의 한 형태임을 인정하고 있다.⁸⁶⁾

그렇다면, 여기에 ‘성적 괴롭힘’(sexual harassment)도 포함된다고 볼 수 있는지에 대한 의문이 제기될 수 있다. 앞서 살펴본 바와 같이, 사회권규약위원회는 일반논평 제23호에서 국가들에게 차별금지법 제정 시 “성적 내지 기타 형태의 괴롭힘”을 명시적으로 금지할 것과 “성적 괴롭힘”을 기타 형태의 괴롭힘과는 별도로 규정할 것을 권고

81) 장애인권리위원회, 일반논평 제6호 (2018), paras. 24(b) 및 25(a).

82) 자유권규약위원회, 불가리아 제4차 보고서에 대한 최종견해 (2018), para. 17; 사회권규약위원회, 일반논평 제20호(2009), para. 28; 여성차별철폐위원회, 일반논평 제36호(2017), para. 46(f).

83) 사회권규약위원회, 일반논평 제20호 (2009), para. 7.

84) 사회권규약위원회, 일반논평 제23호 (2016), para. 48.

85) 장애인권리위원회, 일반논평 제6호 (2018), para. 18(d).

86) 자유권규약위원회, 벨라루스 제5차 보고서에 대한 최종견해 (2018), CCPR/C/BLR/CO/5, para. 19; 인종차별철폐위원회, 이탈리아 제19-20차 보고서에 대한 최종견해 (2017), CERD/C/ITA/CO/19-20, para. 25; 여성차별철폐위원회, 일본 제7-8차 보고서에 대한 최종견해 (2016), CEDAW/C/JPN/CO/7-8, paras. 12(e) 및 13(c).

한 바 있다.⁸⁷⁾ OHCHR 실무지침 역시 차별금지법에서 성적 괴롭힘을 일반적인 괴롭힘과 별도로 규정할 것을 권고하고 있다.⁸⁸⁾

바. 분리

인종차별철폐협약 제3조는 당사국에게 인종 분리를 방지, 금지, 그리고 근절시킬 의무를 명시적으로 부과하고 있다. 또한, 사회권규약위원회는 일반논평에서 “규약 제2조 제2항에 따라 국가는 반드시 [중략] 분리를 제거하기 위한 적극적인 접근 방식을 채택해야 한다”(must adopt an active approach to eliminating [중략] segregation)고 강조한 바 있다.⁸⁹⁾

장애인권리협약 제3조는 협약의 일반 원칙 중 하나로 ‘통합’(inclusion)을 규정하고 있으며,⁹⁰⁾ 협약 제19조(장애인의 자립 생활)와 제23조(장애 아동)에서는 ‘분리’(segregation)를 방지할 국가의 의무를 명시하고 있다.⁹¹⁾ 이와 관련하여, 장애인권리위원회는 일반논평에서 “차별받지 않을 권리에는 분리되지 않을 권리가 포함된 다”(the right to non-discrimination includes the right not to be segregated)⁹²⁾고 명시하며, 고용·교육 등의 영역에서 분리는 차별금지 및 평등에 관한 당사국의 일반 의무 위반이라는 입장을 밝힌 바 있다.⁹³⁾

사. 불이익조치

‘피해자화’라고 많이 번역되기도 하고 일부에서는 ‘보복’(retaliation or reprisal)이라고도 표현되는 ‘불이익조치’(victimization)⁹⁴⁾는 차별에 대하여 진정(complaint)하

87) 사회권규약위원회, 일반논평 제23호 (2016), para. 48.

88) OHCHR 실무지침, 36면.

89) 사회권규약위원회, 일반논평 제20호 (2009), para. 39.

90) 장애인권리협약 제3조 나호.

91) 장애인권리협약 제19조 나호 및 제23조 제3항.

92) 장애인권리위원회, 일반논평 제4호 (2016), para. 13.

93) 장애인권리위원회, 일반논평 제6호 (2018), paras. 30, 64, 67(a) 및 73(c).

94) 「공익신고자보호법」 제2조는 공익신고를 이유로 한 파면·해임·해고 등 신분상의 불이익 조치, 징계·정직·전보·직무미부여 등 인사상의 불이익, 차별·따돌림·폭행 및 행정적·경제적 불이익 등을 ‘불이익조치’라고 정의하고 있으며, 기존에 국내에서 제안된 포괄적차별금지법안들 역시 이러한 형태의 차별을 ‘불이익 조치’ 내지 ‘불이익 처분’이라 지칭하고 있음을 고려하여

거나 평등권을 실행하기 위한 절차에 관여한 결과 불이익을 경험하게 되는 경우를 의미한다.⁹⁵⁾ 장애인권리위원회는 일반논평 제6호에서 불이익조치를 “평등 대우 원칙을 이행하기 위한 진정 내지 절차에 대한 반작용으로서의 불리한 대우 내지 불리한 결과”라고 정의하였다.⁹⁶⁾

이와 관련하여, 사회권규약위원회는 일반논평을 통해 인권활동가 및 노동운동가, 그리고 그들의 법적 대리인을 포함한 모든 개인을 경제적·사회적 및 문화적 권리 침해에 관한 소송 제기에 대한 협박(intimidation) 또는 보복(reprisal) 행위로부터 보호하기 위한 조치를 취해야 할 국가의 의무를 강조한 바 있다.⁹⁷⁾ 여성차별철폐위원회 역시 일반권고에서 “법적 절차 전·후 및 진행 중에 위협, 괴롭힘 내지 기타 형태의 피해로부터” 여성을 보호할 의무가 국가에게 있다고 확인하였다.⁹⁸⁾

다른 위원회들의 경우, 일반논평의 형태는 아니지만 당사국의 국가보고서에 대한 최종견해에서 유사한 입장을 표명한 바 있다. 자유권규약위원회는 모리셔스의 국가보고서에 대한 최종견해에서 “직장 내 차별로 인해 피해를 입은 여성의 이의 제기를 촉진하고 보복으로부터 피해자를 보호하기 위한 적절한 조치를 취할 것”을 국가에게 요구하였다.⁹⁹⁾ 또한, 인종차별철폐위원회는 인종차별 피해자들이 “보복에 대한 두려움”으로 인해 진정을 제기하지 못하는 것에 대해 우려를 표명하며, 국가가 차별금지법 채택을 포함하여 사법 접근성을 보장하기 위해 “필요한 모든 조치”를 취할 것을 권고하였다.¹⁰⁰⁾

4. 차별 금지 영역

세계인권선언은 모든 사람에게 동 선언에 규정된 모든 권리와 자유를 어떠한 차별도 없이 향유할 자격이 있다고 규정하고 있다.¹⁰¹⁾ 따라서 세계인권선언은 생명권,

‘victimization’은 ‘불이익조치’라고 번역하였다.

95) OHCHR 실무지침, 46면; 장애인권리위원회, 일반논평 제6호 (2018), para. 73(i).

96) 장애인권리위원회, 일반논평 제6호 (2018), para. 73(i).

97) 사회권규약위원회, 일반논평 제23호 (2016), para. 18.

98) 여성차별철폐위원회, 일반권고 제33호 (2015), para. 18(g).

99) 자유권규약위원회, 모리셔스 제5차 보고서에 대한 최종견해 (2017), CCPR/C/MUS/CO/5, para. 12.

100) 인종차별철폐위원회, 키르기스스탄 제8-10차 보고서에 대한 최종견해 (2018), CERD/C/KGZ/CO/8-10, para. 14.

신체의 자유, 법 앞의 평등, 사생활의 자유, 표현의 자유, 이동의 자유에서부터 노동권, 교육권, 사회권 등 거의 모든 인간의 생활 영역에서 차별을 금지하고 있다고 볼 수 있다. 자유권규약과 사회권규약 역시 각각의 규약에서 규정하고 있는 모든 권리가 차별없이 보장되어야 한다고 언급하고 있다.¹⁰²⁾

그렇다면 규약에 규정되어 있지 않는 권리에 대한 차별은 허용되어 규약 위반을 구성하지 않는지에 대한 의문이 제기될 수 있는 바, 이와 관련하여 자유권규약 제26조¹⁰³⁾에 주목할 필요가 있다.

자유권규약 제2조 제1항이 “규약에서 인정되는 권리들”을 차별없이 보장하고 확보할 의무를 부과한다면, 제26조는 그 적용범위가 규약상의 권리에 제한되지 않고, 포괄적이면서 독자적인 권리로서의 평등권을 규정하고 있는 것으로 해석된다.¹⁰⁴⁾ 자유권규약위원회는 1987년 *Broeks v. the Netherlands* 사건에서 처음으로 이러한 입장을 보였으며,¹⁰⁵⁾ 이후 일반논평을 통해 규약 제26조의 차별금지는 제2조와는 달리 규약에서 규정하고 있는 권리들에 제한되어 적용되는 것이 아니라는 입장을 재확인하였다.¹⁰⁶⁾

인종차별철폐협약은 제5조에서 특히 차별이 금지되는 권리들을 구체적으로 나열하고 있다.¹⁰⁷⁾ 이에 대하여 인종차별철폐위원회는 동 조항 및 협약에서 규정하고 있는 권리만 차별이 금지되는 것이 아니라, “협약에 따른 차별금지 원칙은 당사국의 공권력이 규제하는 모든 인권분야로 확장된다”는 입장을 명시적으로 밝힌 바 있다.¹⁰⁸⁾ 여성차별철폐협약과 장애인권리협약은 역시 개별 조항을 두어 참정권, 교육, 노동 등의

101) 세계인권선언 제2조.

102) 자유권규약 제2조 제1항, 사회권규약 제2조 제2항.

103) 자유권규약 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.

104) William A. Schabas, *U.N. International Covenant on Civil and Political Rights: Nowak's CCPR Commentary*, N.P. Engel Verlag, 2019, 741-745면.

105) 자유권규약위원회, *Broeks v. the Netherlands*, (1987), Communication No. 172/1984, paras. 12.1-12.4.

106) 자유권규약위원회, 일반논평 제18호 (1989), para. 12.

107) 사법기관 앞에서의 평등, 정부 및 개인, 단체에 의한 폭력으로부터 보호, 참정권, 거주 이전 및 출입국, 국적취득, 혼인 및 배우자 선택, 재산소유, 상속, 사상·양심 및 종교의 자유, 의견 및 표현의 자유, 평화적 집회 및 결사, 경제적·사회적·문화적 권리, 노동권, 주거권, 공중보건 및 사회보장, 교육 및 훈련, 문화활동 참여, 공중 시설에 접근 등.

108) 인종차별철폐위원회, 일반권고 제32호 (2009), para. 9.

영역에서 차별을 금지할 의무를 당사국에게 부과하고 있다.¹⁰⁹⁾ 여성차별철폐위원회는 협약이 “여성의 모든 생활영역에서 차별을 금지하는 법률을 제정”할 것을 당사국에게 요구하고 있으며,¹¹⁰⁾ 협약 제15조는 “모든 법의 영역에서 여성이 남성과 실질적인 평등을 누릴 수 있도록 보장”할 의무를 당사국에게 부과하고 있는 것으로 해석하고 있다.¹¹¹⁾ 장애인권리위원회도 장애인권리협약 제5조에 따라 차별이 금지되는 영역은 협약에 명시되지 않은 범위를 포함하며, 동 조항이 차별금지에 대한 “독자적 권리”(an autonomous right)를 설정하는 것으로 해석하고 있다.¹¹²⁾ 따라서 개별 인권조약들이 명시적으로 규정하고 있는 영역은 차별이 금지되는 최소한의 영역이며, 그 외의 영역에서의 차별이 허용된다는 의미로 해석되어서는 안된다는 것을 알 수 있다.

이러한 차별금지는 국가나 공권력에 의한 차별 뿐만 아니라 사인에 의한 차별도 금지하는 것으로 이해된다.¹¹³⁾ 자유권규약 제26조의 문안을 협상하는 과정에서 각국 대표단들은 동 조항이 당사국에게 고용, 교육, 운송, 숙박, 식당, 극장, 공원, 해변과 같은 영역에서 사인 간에 발생하는 차별적인 관행을 폐지할 의무도 포함하는 것으로 이해되어야 한다는 입장을 밝힌 바 있다.¹¹⁴⁾ 따라서 국제규범이 요구하는 포괄적 차별금지법의 적용 범위는 공적 영역과 사적 영역 모두 해당하며, 국가는 사인의

109) 예를 들면, 여성차별철폐협약 제3조(정치적, 사회적, 경제적 및 문화적 분야), 제7조(투표권, 선거권, 피선거권, 공무원임권, 참정권), 제8조(정부를 대표하여 국제기구 업무에 참여할 기회), 제9조(국적의 취득, 변경 또는 보유 및 자녀의 국적), 제10조(교육), 제11조(고용), 제13조(가족급부금, 은행 및 금융서비스, 체육 및 각종 문화생활), 제14조(시골여성의 지역개발 참여 및 이익 향유), 제15조(법 앞의 평등), 제16조(혼인 및 가족관계); 장애인권리협약 제5조 제1항(법 앞의 평등), 제5조 제2항(장애를 이유로 한 모든 차별 금지 및 장애인에 대한 보호 보장), 제5조 제3항(합리적 편의 제공 보장), 제6조(장애여성), 제7조(장애아동), 제22조(사생활), 제23조(혼인), 제24조(교육), 제25조(건강), 제27조(근로 및 고용), 제28조(사회적 보호), 제29조(참정권), 제30조(문화생활 및 체육활동).

110) 여성차별철폐위원회, 일반권고 제28호 (2010), para. 31.

111) 여성차별철폐위원회, 일반권고 제33호 (2015), para. 6 및 22.

112) 장애인권리위원회, 일반논평 제6호 (2018), para. 13.

113) William A. Schabas, *U.N. International Covenant on Civil and Political Rights: Nowak's CCPR Commentary*, N.P. Engel Verlag, 2019, 792면.

114) UN Doc. A/C.3/SR/1098, paras. 6 & 25; UN Doc. A/C.3/SR.1099, para. 2; UN Doc. A/C.3/SR.1101, paras. 18 & 52. 실제로 퇴직자와 현직 근로자의 퇴직연금 산정기준을 달리하는 단 체협약이 본인의 퇴직 후 체결되어 불이익을 입었다고 주장한 개인통보사건에서 자유권규약 위원회는 “당사국은 규약 제2조 및 제26조에 따라 자국의 영토 내에 있고 자국의 관할권의 적용을 받는 모든 개인을 차별로부터 보호해야 할 의무를 부담하며, 따라서 당사국의 법원은 차별이 공공영역에서 발생하였는지 아니면 고용과 같은 준공공영역에서 사인간에 발생하였는지에 상관없이 모든 개인들을 차별로부터 보호할 의무를 부담한다”고 판단한 바 있다. 자유권 규약위원회, *Nahlik v. Austria* (1996), Communication No. 608/1995, para. 8.2.

차별행위에 대해서도 규제할 의무가 수반된다고 볼 수 있다.¹¹⁵⁾

5. 차별의 판단 기준

가. 판단 기준

일반적으로 같은 것은 같게, 다른 것은 다르게 대하는 것은 차별이 아니라고 말한다. 자유권규약위원회는 일반논평에서 “모든 구별(differentiation)이 차별을 구성하는 것은 아니며, 다만 이 경우에는 그러한 구별의 기준이 합리적이고 객관적이면서 그 목적이 규약에 따른 정당한 목표를 달성하기 위한 것”이어야 한다는 점을 강조한 바 있다.¹¹⁶⁾ 사회권규약위원회 역시 일반논평을 통해 ‘구별’이 정당화되기 위해서는 “그 목적과 효과가 합법적이고, 규약상의 권리의 본질에 부합하며, 오직 민주사회의 일반적인 복지 증진을 위한 것이어야 하며, 실현하고자 하는 목표와 구별의 효과 사이에 명확하고 합리적인 비례관계가 존재해야 한다”고 밝힌 바 있다.¹¹⁷⁾ 수 많은 개인통보 사건에서 각 위원회들은 이러한 원칙을 바탕으로 해당 사안이 협약이 금지하는 차별에 해당하는 지 여부를 판단해 오고 있다. 다만, 이러한 판단 기준은 차별금지법 입법을 위한 기준이라고 하기 보다는 법원 내지 차별시정기구에서 차별 여부 판단 시 참고할 수 있는 평가기준이라 판단되기에 본 연구의 목적 상 개별적인 사건에 대한 검토는 생략하겠다.

115) 사회권규약위원회, 일반논평 제20호 (2009), paras. 11 및 37; 자유권규약위원회, 일반논평 제31호 (2004), para. 8; 장애인권리위원회, 일반논평 제6호 (2018), para. 13 및 73(c); 인종차별철폐위원회, 일반권고 제32호 (2009), para. 9; 여성차별철폐위원회, 일반권고 제28호 (2010), paras. 9-10, 13 및 17 참고.

116) 자유권규약위원회, 일반논평 제18호 (1989), para. 13: “[전략] not every differentiation of treatment will constitute discrimination, if the criteria for such differentiation are reasonable and objective and if the aim is to achieve a purpose which is legitimate under the Covenant [후략]”.

117) 사회권규약위원회, 일반논평 제20호 (2009), para. 13: “[전략] This will include an assessment as to whether the aim and effects of the measures or omissions are legitimate, compatible with the nature of the Covenant rights and solely for the purpose of promoting the general welfare in a democratic society. In addition, there must be a clear and reasonable relationship of proportionality between the aim sought to be realized and the measures or omissions and their effects [후략]”.

나. 적극적 우대조치

정당한 ‘구별’적 대우 내지 조치의 대표적인 예로 적극적 우대조치(affirmative action), 특별조치(special measure) 또는 합리적 편의제공(reasonable accommodations) 등의 형태로 불리는 실질적인 평등을 달성하기 위해 특정 집단의 사람들에게 대한 우대 조치를 들 수 있다. 국제인권장전은 이에 대한 규정을 두고 있지 않으나, 자유권규약위원회는 “실질적인 차별을 시정하기 위하여 차등적인 조치의 필요성이 인정되는 한” 이러한 조치는 규약위반이 아닌 정당한 조치라는 입장을 일반논평을 통해 밝힌 바 있다.¹¹⁸⁾

인종차별철폐협약 제1조는 “어느 특정 인종 또는 종족의 집단이나 개인의 적절한 진보를 확보하기 위한 유일한 목적으로 취해진 특별한 조치는 그러한 집단이나 개인이 인권과 기본적 자유의 동등한 향유와 행사를 확보하는데 필요한 보호를 요청할 때에는 인종차별로 간주되지 않는다.”고 규정하여, 실질적 평등 확보를 위한 특별한 조치는 협약이 금지하는 차별이 아니라고 명시하면서도 “그러한 조치가 결과적으로 상이한 인종집단에게 별개의 권리를 존속시키는 결과를 초래”해서는 안되며, 소기의 목적 달성 후 동 조치는 종료되어야 함을 명시하고 있다.¹¹⁹⁾ 여성차별철폐협약의 경우, 제4조에서 “남성과 여성 사이의 사실상의 평등을 촉진할 목적으로 당사국이 채택한 잠정적 특별조치”와 “당사국이 모성을 보호할 목적으로 채택한 특별조치”의 경우에는 차별로 보지 않는다고 규정하고 있다. 특히 전자의 경우에는 기회와 대우의 평등이라는 목적 달성 시 해당 조치가 중지되어야 함을 명시하여 그 특별 조치가 잠정적임을 재확인하고 있다.¹²⁰⁾ 장애인권리협약 역시 이와 유사한 규정을 갖고 있음을 고려하면,¹²¹⁾ 실질적 평등 추구를 위한 이러한 일시적인 조치들은 국제규범이 금지하는 차별에 해당하지 않는다고 볼 수 있다.

118) 자유권규약위원회, 일반논평 제18호 (1989). para. 10.

119) 인종차별철폐협약 제1조 제4항.

120) 여성차별철폐협약 제4조 제1항.

121) 장애인권리협약 제5조 제4항은 “장애인의 사실상 평등을 촉진하고 달성하기 위하여 필요한 구체적인 조치는 이 협약의 조건 하에서 차별로 간주되지 아니한다.”고 규정하고 있다.

6. 구제 및 이행 확보

국제규범은 국가가 단순히 법으로 차별을 금지하는 것만으로는 차별로부터 보호할 의무를 다했다고 보지 않고, 차별받지 않을 권리가 실질적으로 보장될 수 있도록 필요한 조치를 취할 것을 당사국들에게 요구하고 있다.¹²²⁾ 이러한 실효성 확보에 있어 권리 침해 구제, 제재 적용, 피해자에 대한 인정, 보상 및 배상, 재발 방지 조치는 필수적이다.

가. 구제

차별로 인해 권리를 침해당한 사람의 효과적인 구제책을 제공을 받을 권리는 주요 인권협약 및 관련 위원회에 의해 확고하게 확립되어 있다. 자유권규약 역시 규약상의 권리 침해에 대한 구제를 보장해야 할 국가의 구체적인 의무를 규정하고 있으며,¹²³⁾ 자유권규약위원회는 국가가 피해자에게 차별금지를 포함하여 자신의 권리를 옹호할 수 있는 접근가능하고 효과적인 구제책을 보장해야 한다고 강조한 바 있다.¹²⁴⁾ 사회권규약 위원회는 일반논평을 통해 차별을 다루는 기관이 “금전배상, 손해배상, 원상회복, 재할, 재발 방지 보장 및 공개 사과”(compensation, reparation, restitution, rehabilitation, guarantees of non-repetition and public apologies)를 포함한 효과적인 구제책을 제공할 수 있는 권한을 부여받아야 한다는 입장을 밝혔다.¹²⁵⁾

인종차별철폐협약은 제6조에서 인종차별에 대한 효과적인 구제를 받을 권리를 명시적으로 규정하고 있으며,¹²⁶⁾ 인종차별철폐위원회는 일반권고를 통해 구제책에는 차별에 책임이 있는 사람에 대한 처벌과 금전적·정신적 손해에 대한 배상이 모두

122) 예를 들면, 자유권규약 제2조, 여성차별철폐협약 제2조, 인종차별철폐협약 제6조 참조.

123) 자유권규약 제2조 제3항: 이 규약의 각 당사국은 다음의 조치를 취할 것을 약속한다.

- (a) 이 규약에서 인정되는 권리 또는 자유를 침해당한 사람에 대하여 그러한 침해가 공무 집행 중인 자에 의하여 자행된 것이라 할지라도 효과적인 구제조치를 받도록 확보할 것
- (b) 그러한 구제조치를 청구하는 개인에 대하여 권한있는 사법 행정 또는 입법 당국 또는 당해 국가의 법률제도가 정하는 기타 권한있는 당국에 의하여 그 권리가 결정될 것을 확보하고 또한 사법적 구제조치의 가능성을 발전시킬 것
- (c) 그러한 구제조치가 허용되는 경우 권한있는 당국이 이를 집행할 것을 확보할 것

124) 자유권규약위원회, 일반논평 제31호 (2004), para. 15.

125) 사회권규약위원회, 일반논평 제20호 (2009), para. 40.

126) 인종차별철폐협약 제6조: 체약국은 권한있는 국가법원 및 기타 기관을 통하여 체약국은 권한있는 국가법원 및 기타 기관을 통하여 본 협약에 반하여 인권 및 기본적 자유를 침해하는 인종차별행위로부터 만인을 효과적으로 보호하고 구제하며 또한 그러한 차별의 결과로 입은 피해에 대하여 법원으로부터 공정하고 적절한 보상 또는 변제를 구하는 권리를 만인에게 보증한다.

포함된다고 확인했다.¹²⁷⁾ 여성차별철폐협약은 “구제”라는 표현이 직접적으로 규정되어 있지는 않으나, 여성차별철폐위원회가 상술한 사회권위원회와 유사한 권고를 내린 바 있다.¹²⁸⁾ 또한, 동 위원회는 국가가 “차별에 대한 적절하고 시기적절한 구제책을 제공·시행”하여야 하며 “구제가 적절하고, 효과적이며, 신속하게 귀속되고, 총체적이면서 피해의 심각성에 비례해야 한다”고 보았다.¹²⁹⁾ 아울러 이주노동자권리협약 제83조 (a)호도 당사국에게 조약에 규정된 권리가 침해된 경우 효과적인 구제책을 제공할 의무를 명시적으로 규정하고 있다.

가해자에 대한 사법처리 및 차별행위에 대한 처벌은 차별에 대한 효과적인 구제를 담보할 수 있는 수단 중 하나이다. 여성차별철폐협약은 “여성에 대한 모든 차별을 금지하는 적절한 입법 및 기타조치를 채택하고 필요한 경우 제재를 포함시킬 것”을 요구하고 있으며,¹³⁰⁾ 인종차별철폐협약 역시 당사국이 “인종적 우월성이나 증오, 인종차별에 대한 고무에 근거를 둔 모든 관념의 보급 그리고 피부색이나 또는 종족의 기원이 상이한 인종이나 또는 인간의 집단에 대한 폭력행위나 폭력행위에 대한 고무를 처벌해야 하는 범죄로 선언하고 또한 재정적 지원을 포함하여 인종주의자의 활동에 대한 어떠한 원조의 제공도 처벌해야 하는 범죄로 선언”하고 아울러 “인종차별을 촉진하고 고무하는 조직과 조직적 및 기타 모든 선전활동을 불법으로 선언하고 금지시키며, 이러한 조직이나 활동에 참여를 처벌하는 범죄로 인정”할 의무를 부과하고 있다.¹³¹⁾ 관련 조약 기구들 역시 차별 행위에 책임있는 자에 대한 제재를 확보할 국가의 의무를 명시적으로 확인하고 있다.¹³²⁾ 장애인권리위원회도 일반논평에서 차별금지 위반에 대한 제재(sanction)가 “효과적이고 비례적이며 설득력이 있어야 한다”(must be effective, proportionate and dissuasive)고 강조한 바 있다.¹³³⁾ 차별이 민법 또는 행정법의 문제인 경우 제재는 벌금 또는 유사한 처벌의 형태를 취할 수 있으며, 실제로 일부 국가에서는 피해자에 대한 보상금 지급이 제재의 한 형태로서

127) 인종차별철폐위원회, 일반권고 제26호 (2000), para. 2.

128) 여성차별철폐위원회, 일반권고 제28호 (2010), para. 32.

129) 여성차별철폐위원회, 일반권고 제33호 (2015), para. 19(a) 및 (b).

130) 여성차별철폐협약 제2조 (나)호.

131) 인종차별철폐협약 제4조 (a)호 및 (b)호.

132) 자유권규약위원회, 일반논평 제30호 (2004), paras. 16 및 18; 여성차별철폐위원회, 일반권고 제28호 (2010), paras. 17, 33; 장애인권리위원회, 일반논평 제6호 (2018), para. 31(f).

133) 장애인권리위원회, 일반논평 제6호 (2018), para. 31(f).

피해자 중심적 구제의 필수 요소로 간주되기도 한다.¹³⁴⁾

나. 사법 접근권 보장 및 구제조치의 이행 확보

평등과 차별 금지에 대한 권리가 실효성을 갖기 위해서는 이러한 권리 침해 시 피해자가 이를 구제받을 수 있는 제도가 보장되어야 한다. 이에 대한 당사국의 의무는 주요 인권협약의 협약문과 각 위원회의 유권해석에서도 확인된다.

자유권규약 제3조는 구제조치가 권한있는 입법, 사법, 행정 당국이나 기타 권한있는 당국에 의해 판단되고 사법적 구제조치의 가능성을 확보할 것을 당사국에게 요구하고 있다. 또한, 동조는 권한있는 당국에 의한 구제조치의 이행을 확보할 의무 역시 당사국에게 부과하고 있다. 이주노동자권리협약 제83조 (b)호 역시 이와 거의 유사한 내용을 담고 있으며, 장애인권리협약 제13조는 장애인을 위한 사법에 대한 효과적인 접근을 보장할 의무를 당사국에게 부과하고 있다.

자유권규약위원회, 사회권규약위원회 및 인종차별철폐위원회 역시 평등권을 침해받은 피해자의 사법적 해결을 보장할 의무를 인정하고 있으며,¹³⁵⁾ 여성차별철폐위원회도 사법접근권 보장이 “협약에 따른 모든 권리의 실현에 필수적”이라고 확인한 바 있다.¹³⁶⁾

또한, 차별을 시정하기 위한 조치의 효과적인 이행을 담보할 수 있는 사법·행정 시스템이 구축되어 있어야 한다.¹³⁷⁾ 일부 국가에서는 전문기구에게 평등권 침해 구제를 위한 집행권한을 부여하기도 하지만,¹³⁸⁾ 일반적으로는 법원, 옴부즈맨, 국가인권기구 등이 각각 일정 부분 차별 시정을 위한 조치를 취하고 그 이행을 담보하는 역할을 담당하고 있다.¹³⁹⁾ 국제규범은 어떠한 기관이 이러한 역할을 담당해야하는지를 명시하고 있지는 않다. 다만, 사회권규약위원회는 차별금지권의 향유가 개인의 거주지에 따라 조건이 달라지거나 결정되어서는 안된다는 점을 강조한 바 있으며,¹⁴⁰⁾ 여성차별

134) OHCHR 실무지침, 78면.

135) 자유권규약위원회, 일반논평 제32호 (2007), para. 11; 사회권규약위원회, 일반논평 제24호 (2017), paras. 40, 51-52; 인종차별철폐위원회, 일반권고 제31호 (2005), paras. 6-9.

136) 여성차별철폐위원회, 일반권고 제33호 (2015), para. 1.

137) 자유권규약 제2조 제3항 (c)호.

138) 이에 관한 자세한 내용은 European Union Agency for Fundamental Rights, *Access to Justice in Cases of discrimination in the EU: Steps to Further Equality* (2012) 참조.

139) 사회권규약위원회, 일반논평 제20호 (2009), para. 40.

140) *Ibid.*, para. 34.

철폐위원회는 이러한 기관이 적절한 규모와 충분한 재원을 갖추고, 도시 및 농촌을 비롯하여 외딴 지역에 이르기까지 전국에 걸쳐 설치되어 하며 모든 사람이 이용가능해야 한다는 입장을 밝힌 바 있다.¹⁴¹⁾

이러한 제도는 개별 법률이나 정책에 따라 다양한 형태로 보장될 수도 있겠지만, OHCHR은 포괄적 차별금지법의 실효성 확보를 위해서는 이러한 사항이 법률에 명문화되어야 한다는 입장이다.¹⁴²⁾

다. 입증책임의 전환

일반적으로 입증책임은 청구인에게 있다. 그러나 차별 사건의 경우, 피청구인이 기업이나 정부와 같이 자원 및 정보에 대한 접근이 청구인에 비해 훨씬 유리한 지위에 있는 경우가 많다. 따라서 청구인이 차별을 구제받기 위한 절차를 진행함에 있어 필요한 정보 및 증거에 접근하기가 어렵고, 결과적으로는 소송을 포함한 구제절차 자체에 대한 피해자의 접근성을 약화시킬 수 있다. 그러나 주요 인권협약들은 이러한 경우 입증책임을 누가 지는가에 대해 명시적으로 규정하고 있지 않다.

이러한 점을 고려하여, 2005년 여성차별철폐위원회가 일반권고를 통해 차별 구제를 위한 절차에서는 입증책임이 전환된다는 입장을 밝혔으며,¹⁴³⁾ 2009년 사회권규약위원회 역시 일반논평 제20호에서 “문제가 되는 사실과 사건이 전적으로 또는 부분적으로 당국이나 다른 피진정인의 배타적 지식에 속하는 경우 입증 책임은 당국 또는 다른 피진정인에게 있는 것으로 간주되어야 한다.”는 입장을 밝혔다.¹⁴⁴⁾ 이어서 2018년에는 장애인권리위원회가 일반논평을 통해 “청구인이 차별이 발생했음을 입증한 경우”(in cases in which the claimant established a prima facie case), 입증책임이 청구인에서 피청구인에게로 전환된다고 명시하였으며,¹⁴⁵⁾ OHCHR 역시 이들 위원회와 동일한 입장을 보이고 있다.¹⁴⁶⁾

141) 여성차별철폐위원회, 일반권고 제33호 (2015), paras. 14-16.

142) OHCHR 실무지침, 87면.

143) 여성차별철폐위원회, 일반권고 제30호 (2005), para. 24.

144) 사회권규약위원회, 일반논평 제20호 (2009), para. 40.

145) 장애인권리위원회, 일반논평 제6호 (2018), paras. 26(g) 및 73(i).

146) OHCHR 실무지침, 93-95면.

제3절 | 지역 체제하의 차별금지에 관한 표준

제2차 세계대전의 참상을 겪은 후 국가들은 개인의 인권 보장이 국가적 차원에서만 이루어지는 데 한계를 느꼈고, 이에 국제적, 지역적 차원에서의 인권보장체제 구축에 노력을 기울였다. 국제적 차원의 인권체제가 제2절에서 살펴본 UN 체제라면, 유럽에서는 유럽평의회(Council of Europe, CoE)와 유럽연합(European Union, EU)이, 미주에서는 미주기구(Organization of American States, OAS)가, 그리고 아프리카에서는 아프리카연합(African Union, AU)이 각각 지역적 차원에서의 인권보장체제를 구축하였다. 이하에서는 이러한 지역별 인권보장체제 하에서 차별금지가 어떻게 규율되고 있는지, 그리고 우리나라가 속해 있는 아시아·태평양 지역의 상황은 어떠한지 확인해 보고자 한다.

1. 유럽

유럽의 차별금지는 ‘유럽인권협약’(European Convention on Human Rights and fundamental Freedoms, ECHR)을 중심으로 하는 유럽평의회(CoE) 체제와 EU 체제로 구분된다.¹⁴⁷⁾ 비록 개별적으로 작동하는 두 체제이나, 양자는 상호 긴밀하게 연관되어 있다. EU의 이행감시기구인 EU사법재판소(Court of Justice of the European Union, CJEU)는 ‘유럽인권협약’과 ‘유럽사회권헌장’(European Social Charter)¹⁴⁸⁾이 EU법 해석을 위한 지침을 제공한다는 입장을 취하고 있다.¹⁴⁹⁾ ‘유럽연합조약’(Treaty on

147) 유럽평의회는 EU를 탈퇴한 영국을 포함한 46개 회원국으로 구성되어 있고, EU는 독일, 프랑스, 이탈리아 등 총 27개 회원국으로 구성되어 있다. 동유럽 국가들의 경우, EU에 가입하기 위해 EU 가입의 전제조건인 유럽의 공동 가치로서의 인권, 민주주의, 법치주의 존중을 유럽평의회 회원으로서 성실히 이행하였음을 객관적으로 검증받기 위해 유럽평의회에 가입하는 경우가 많았다. 이에 대한 보다 자세한 내용은 김성진, “아시아 인권재판소, 그 이상과 현실”, 인권법평론 제28호, 전남대학교 공익인권법센터, 2022, 20면 참조.

148) 유럽사회권헌장(European Social Charter) (revised), CETS No. 163, 3 May 1996 및 European Social Charter, CETS No. 35, 18 October 1961.

149) 예를 들면, CJEU, *Kone Oyj and Others v. European Commission*, C-510/11P, 24 October 2013, paras. 20-22; *Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) v. Tiziana Bruno and Massimo Pettini and Daniela Lotti and Clara Matteucci*, C-395/08 and C-396/08 병합 사건, 10 June 2010, paras. 31-32.

European Union, TEU) 제6조 제3항은 유럽인권협약에 의해 보장되는 기본권은 EU법의 일반 원칙을 구성한다고 규정하고 있으며, ‘유럽연합의 기능에 관한 조약’(Treaty on the Functioning of the European Union, TFEU) 제151조와 EU기본권헌장(Charter of Fundamental Rights) 전문은 유럽사회권헌장을 언급하고 있다. 또한, EU기본권헌장 제52조 제3항은 헌장에 규정된 권리의 의미와 범위가 유럽인권협약에서 규정된 것과 일치해야 한다고 규정하고 있으며, 제53조는 헌장이 유럽인권협약이 보장하고 있는 인권과 자유를 제한하거나 부정적인 영향을 미치는 것으로 해석되어서는 안된다고 규정하고 있다. 한편, 유럽인권재판소(European Court of Human Rights, ECtHR)와 유럽사회권위원회 역시 EU법과 EU사법재판소의 판례를 종종 언급하며 인용하고 있다.¹⁵⁰⁾

유럽평의회(CoE)는 제2차 세계대전 이후 유럽 국가들이 인권, 민주주의, 법치, 사회발전 증진을 목적으로 결집한 정부간 기구(intergovernmental organization)로서, 이러한 목적을 추구하기 위해 1950년 유럽인권협약을 채택하였다. 평의회 회원국이 되기 위해서는 반드시 이 유럽인권협약에 가입해야 한다.¹⁵¹⁾ 동 협약 제14조는 “성, 인종, 피부색, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 소수민족에의 소속, 재판, 출생 또는 기타의 신분 등에 의한 어떠한 차별도 없이 이 협약에 규정된 권리와 자유의 향유가 확보되어야 한다.”¹⁵²⁾라고 차별금지원칙을 규정하고 있다. 그리고 동 협약의 제12의정서(Protocol 12)¹⁵³⁾는 평등한 대우를 받을 권리를 향유함에 있어서 차별이 금지되는 범위를 국내법의 영역에까지 확장시켰다.¹⁵⁴⁾ 또한, 1996년

150) European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, Handbook on European non-discrimination law (이하 ‘EU 차별금지법 안내서’) (2018), 17면. 또한, ECtHR, *Biao v. Denmark* [GC], No. 38590/10, 24 May 2016 참조.

151) European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, Handbook on European non-discrimination law (이하 ‘EU 차별금지법 안내서’) (2018), 18면.

152) 유럽인권협약(Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms), 1950년 11월 4일 로마에서 채택, 1953년 9월 3일 발효.

153) 유럽인권협약 제12의정서(Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms), ETS No. 177, 2005년 4월 1일 발효.

154) 유럽인권협약 제12의정서 제1조(차별의 일반적 금지): 1. The enjoyment of any right set forth by law shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.
2. No one shall be discriminated against by any public authority on any ground such as those mentioned in paragraph 1.

개정된 유럽사회권헌장은 개정 전과는 달리 제E조에서 차별금지를 명시적으로 규정하고 있으며,¹⁵⁵⁾ 그 문안이 유럽인권협약 제14조와 매우 유사하다. 그리고 평의회는 이러한 규범에 대한 이행감시기구로서 유럽인권재판소(ECtHR), 유럽사회권위원회(European Committee of Social Rights, ECSR) 등을 설치하였다.¹⁵⁶⁾

EU의 경우, 1952년 유럽석탄철강공동체(ECSC)에서 시작되어 유럽경제공동체(EEC), 유럽공동체(European Communities)를 거쳐 현재의 유럽연합(EU)에 이른 역사에서 알 수 있듯이 처음에는 경제적인 목적으로 연합된 유럽국가들의 모임이었다. 그러나 점차 인권이 보편적 가치라는 인식이 확산됨에 따라 EU체제 내의 인권보장의 필요성이 대두되면서 차별금지의 중요성 역시 회원국들 사이에서 공유되었다. 따라서 EU의 가장 중요한 기본조약인 유럽연합의 기능에 관한 조약(TFEU)과 유럽연합조약(TEU)에서 차별금지원칙을 명시적으로 규정하고 있다. TEU 제2조는 EU의 기본 가치 중 하나로 차별금지원칙을 명시하고 있으며,¹⁵⁷⁾ TFEU 제10조는 EU가 정책이나 활동을 정의하고 이행함에 있어서 차별 근절을 목표로 할 것을 요구하고 있다.¹⁵⁸⁾ 또한, EU의 최고 입법 및 주요정책 결정기구인 EU 이사회(Council of European Union)는 지침(Directive)을 통해 회원국들에게 고용, 복지, 사회보장, 재화와 서비스 등의 영역에서 성별, 종교, 연령 장애, 인종 등을 사유로한 차별을 금지하고 있다.¹⁵⁹⁾ 그리고

155) 유럽사회권헌장 제E조: Non-discrimination The enjoyment of the rights set forth in this Charter shall be secured without discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national extraction or social origin, health, association with a national minority, birth or other status.

156) Universal Rights Group, "A Rough Guide to the Regional Human Rights Systems", <https://www.universal-rights.org/human-rights-rough-guides/a-rough-guide-to-the-regional-human-rights-systems/> (최종확인: 2023. 10. 30.)

157) TEU 제2조: The Union is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities. These values are common to the Member States in a society in which pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men prevail.

158) TFEU 제10조: In defining and implementing its policies and activities, the Union shall aim to combat discrimination based on sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation.

159) Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, OJ L 303, 2 December 2000; Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, OJ L 180, 19 July 2000; Council Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treat-

EU기본권헌장 역시 제21조에서 차별을 금지하고 있다. 이 헌장은 2000년 채택 당시에는 법적 구속력이 없는 선언에 불과했으나, 2009년 리스본조약(Treaty of Lisbon)이 발효됨에 따라 법적 구속력을 갖게 되었으며,¹⁶⁰⁾ EU 회원국들은 EU법 이행 시 동헌장을 준수할 법적 의무를 지게 되었다.¹⁶¹⁾

이하에서는 유럽인권협약을 중심으로한 유럽평의회 체제와 TFEU와 TEU를 중심으로한 EU 체제하에서 차별금지원칙이 어떻게 규율되고 있는지를 관련 협약 및 조약, 유럽인권재판소 판례, EU이사회의 지침 등을 중심으로 살펴보겠다.

가. 차별의 정의

유럽인권협약, 유럽사회권헌장, EU기본권헌장은 차별을 정의하는 조항을 두고 있지 않다. 대신, 유럽인권재판소의 판례와 EU이사회의 지침 등을 통해 구체적인 상황에서 차별인지, 어떤 유형의 차별이 인권협약 및 EU법 위반인지에 대해 설명하고 있다.¹⁶²⁾

나. 차별의 사유

유럽평의회 및 EU 체제 하의 차별금지 원칙은 모든 대우에 있어서의 차이(difference)를 금지하는 것이 아니라, 상기의 차별금지 사유를 근거로한 차이만을 금지하고 있다.¹⁶³⁾

EU 체제 하에서 EU이사회의 차별금지 지침은 성별, 성적지향, 종교 또는 신념, 연령, 장애, 인종 및 민족을 사유로 한 차별을 금지하고 있다.¹⁶⁴⁾ EU기본권헌장 제21

ment between men and women in the access to and supply of goods and services, OJ L 373, 21 December 2004; Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast), OJ L 204, 26 July 2006 참조.

160) EU 차별금지법 안내서, 22면.

161) EU 기본권헌장 제51조.

162) EU 차별금지 안내서도 차별의 ‘정의’를 별도로 다루고 있지 않으며, 유럽인권재판소가 편찬한 안내서(Guide on Article 14 of the European Convention on Human Rights and on Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention – Non-Discrimination (이하 ‘유럽인권재판소 차별금지 안내서’), 31 August 2022, 10면) 역시 “차별의 정의에 대해서는 이하 ‘차별의 유형(Forms of discrimination)’을 참고하라”고만 언급하고 있다.

163) EU 차별금지법 안내서, 160면.

조 제1항은 성별, 인종, 피부색, 인종적 또는 사회적 출신, 유전적 특성, 언어, 신앙 또는 신념, 정치적 또는 기타 견해, 소수민족, 재산, 출생, 장애, 연령 또는 성적 지향 (sex, race, colour, ethnic or social origin, genetic features, language, religion or belief, political or any other opinion, membership of a national minority, property, birth, disability, age or sexual orientation)을 차별금지 사유로 명시하면서 그 앞에 “다음과 같은(such as)”이라는 문구를 통해 동 조항에 명시되지 않은 사유에 기한 차별도 금지될 수 있음을 암시하고 있다. 그리고 동조 제2항은 “국적”(nationality)에 근거한 차별을 금지하고 있다.

유럽인권협약 제14조는 EU 지침이 규율하고 있는 차별금지사유보다 더 넓은 영역을 규율하고 있다. 동 조항은 “성, 인종, 피부색, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 소수민족에의 소속, 재판, 출생 또는 기타의 신분 등(any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status)에 의한 어떠한 차별도 없이 이 협약에 규정된 권리와 자유의 향유가 확보되어야 한다.”고 규정하고 있다. 여기서 “기타의 신분(other status)”에는 장애,¹⁶⁵⁾ 연령,¹⁶⁶⁾ 성적 지향¹⁶⁷⁾ 및 성 정체성¹⁶⁸⁾과 같이 EU 차별금지지침이 명시적으로 금지하고 있는 사유들이 포함된다고 유럽인권재판소는 보고 있다.¹⁶⁹⁾ 이 외에도 유럽인권재판소는 부성, 혼인 여부, 조직에의 소속, 군대에서의 계급, 혼인외 출생한

164) Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, OJ L 303, 2 December 2000, 16-22면; Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, OJ L 180, 19 July 2000, 22-26면; Council Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services, OJ L 373, 21 December 2004, 37-43면; Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast), OJ L 204, 26 July 2006, 23-36면.

165) ECtHR, *Glor v. Switzerland*, No. 13444/04, 30 April 2009; *Guberina v. Croatia*, No. 23682/13, 22 March 2016.

166) ECtHR, *Schwizgebel v. Switzerland*, No. 25762/07, 10 June 2010.

167) ECtHR, *Fretté v. France*, No. 36515/97, 26 February 2002.

168) ECtHR, *Identoba and Others v. Georgia*, No. 73235/12, 12 May 2015.

169) 유럽인권재판소 차별금지 안내서, 36-45면.

아동의 부모라는 지위, 거주지, 건강 또는 기타 의학적 사유, 특정 공공영역에서 근무한 은퇴자, 재판 중인 피구금자 등이 “기타의 신분”에 해당한다고 보았다.¹⁷⁰⁾

다. 차별의 유형

유럽인권협약, 유럽사회권헌장, 그리고 EU기본권헌장은 차별의 정의뿐만 아니라 금지되는 차별의 유형에 대해서도 구체적으로 설명하고 있지 않다. 대신 EU 지침과 EU사법재판소 및 유럽인권재판소의 판례를 통해 어떠한 유형의 차별이 금지되는 지 알 수 있다.

(1) 직접차별

EU 인종평등지침은 직접차별이 “개인이 인종적 또는 민족적 출신을 이유로 다른 사람들이 비교가능한 상황에서 받거나, 받았거나 또는 받을 대우보다 불리한 대우를 받은 경우”(one person is treated less favourably than another is, has been or would be treated in a comparable situation on grounds of racial or ethnic origin)에 발생한다고 규정하고 있다.¹⁷¹⁾ 한편, 유럽인권재판소는 직접차별이 성립하기 위해서는 “식별가능한 특성(identifiable characteristic)에 근거하여 유사하거나 관련성이 높은 상황에 있는 사람들에게 대한 대우에 차이(difference)가 반드시 존재해야 한다”는 입장을 보이고 있다.¹⁷²⁾ 또한, 유럽인권재판소에 차별로 인한 소송을 제기하기 위해서는 청구인은 문제된 조치에 의해 자신이 “직접적인 영향을 받았다”(directly affected)라는 사실을 제시해야 한다.¹⁷³⁾ 반면, EU 체제하에서는 실제로 차별로 인해 피해가 발생하지 않은 경우라도 직접차별이 성립할 수 있다. Feryn 사건에서 EU사법재판소는 공개적으로 일정한 민족 또는 인종 출신의 노동자를 채용에서 배제하겠다고 선언한

170) *Ibid.*

171) Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, OJ L 180, 19 July 2000, Article 2(2).

172) ECtHR, *Biao v. Denmark* [GC], No. 38590/10, 24 May 2016, para. 89; *Carson and Others v. the United Kingdom* [GC], No. 42184/05, 16 March 2010; para. 61; *D.H. and Others v. the Czech Republic* [GC], No. 57325/00, 13 November 2007, para. 175; *Burden v. the United Kingdom* [GC], No. 13378/05, 29 April 2008, para. 60 참조.

173) ECtHR, Practical guide on admissibility criteria (2014)

사용자의 행위가 잠재적인 지원자들의 노동시장에 대한 접근을 방해하기 때문에 인종 평등지침이 금지하는 직접차별에 해당한다고 판단한 바 있으며,¹⁷⁴⁾ 이후에도 유사한 입장을 실시하였다.¹⁷⁵⁾

(2) 간접차별

EU 인종평등지침은 간접차별이 “외견상 중립적인 규정, 기준 또는 관행이 인종적 또는 민족적 출신이 다른 이들에게 특정한 불이익을 가져다 주는 경우”(where an apparently neutral provision, criterion or practice would put persons of a racial or ethnic origin at a particular disadvantage compared to other persons)에 발생한다고 규정하고 있다.¹⁷⁶⁾ 유럽인권재판소의 경우, 재판소는 간접차별에 대해 “대우의 차이는 중립적인 용어로 표현되어 있지만, 특정 집단을 차별하는 일반적인 정책이나 조치의 불균형적이고 편향적인 형태를 취할 수 있다”(a difference in treatment may take the form of disproportionately prejudicial effects of a general policy or measure which, though couched in neutral terms, discriminates against a group)고 설명하고 있다.¹⁷⁷⁾ 한편, 유럽사회권위원회는 간접차별이 “비교가능한 상황에 있는 사람들 간의 모든 연관성있는 차이를 적절히 적극적으로 고려하지 못하거나, 모두에게 열려있는 권리와 집단적 이익에 대해 모든 사람들이 접근할 수 있도록 보장하는 적절한 조치를 보장하는데 실패함으로써”(failing to take due and positive account of all relevant differences between persons in a comparable situation, or by failing to take adequate steps to ensure that the rights and collective advantages that are open to all are genuinely accessible by and to all) 발생할 수 있다는 입장을 보이고 있다.¹⁷⁸⁾

174) CJEU, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV*, C-54/07, 10 July 2008.

175) CJEU, *Asociația Accept v. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, C-81/12, 25 April 2013.

176) Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, OJ L 180, 19 July 2000, Article 2(2)(b).

177) ECtHR, *Biao v. Denmark* [GC], No. 38590/10, 24 May 2016, para. 103; *D.H. and Others v. the Czech Republic* [GC], No. 57325/00, 13 November 2007, para. 184.

178) ECSR, *Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) v. Italy*, Complaint No. 91/2013,

(3) 다중차별 및 교차차별

유럽인권재판소와 EU기본권청이 함께 발간한 ‘EU 차별금지법 안내서’는 다중차별(multiple discrimination)을 “개별적으로 작동하는 여러 사유에 기반하여 발생하는 차별”과 교차차별(intersectional discrimination)을 “여러가지 사유가 서로 분리될 수 없는 방식으로 동시에 상호작용하여 특정한 유형의 차별을 만들어 내는 상황”이라고 정의하고 있다.¹⁷⁹⁾ 유럽인권재판소는 판례를 통해 이러한 유형의 차별들을 인정하고 있는 듯 하나,¹⁸⁰⁾ 다중차별 또는 교차차별이라는 용어를 직접적으로 언급한 사례는 아직 없다. 한편, EU 차별금지 지침 중 인종평등지침과 고용평등지침이 비고(rectal) 부분에서 “여성은 종종 다중차별의 피해자이다”라고 언급하고 있으나, 다중차별이 무엇인지에 대해서는 설명하고 있지 않다.¹⁸¹⁾

라. 구제 및 이행확보

(1) 구제 및 이행 확보

EU의 차별금지 지침은 회원국들에게 지침상의 권리를 이행할 수 있도록 하는 사법적·행정적 절차를 마련할 것을 요구하고 있으며,¹⁸²⁾ EU 지침과 EU사법재판소는 차별

12 October 2015, para. 237; *Confédération française démocratique du travail (CFDT) v. France*, Complaint No. 50/2008, decision on the merits of 9 September 2009, paras. 39 and 41; *International Association Autism-Europe v. France*, Complaint No. 13/2002, 4 November 2003, para. 52.

179) EU 차별금지법 안내서, 59-60면.

180) ECtHR, *N. B. v. Slovakia*, No. 29518/10, 12 June 2012; *V.C. v. Slovakia*, No. 18968/07, 8 November 2011; *B.S. v. Spain*, No. 47159/08, 24 July 2012; *S.A.S. v. France* [GC], No. 43835/11, 1 July 2014; *Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal*, No. 17484/15, 25 July 2017.

181) Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, OJ L 180, 19 July 2000; Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, OJ L 303, 2 December 2000.

182) Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, OJ L 303, 2 December 2000, Article 9(1); Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast), OJ L 204, 26 July 2006, Article 17(1); Council Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services, OJ L 373, 21 December 2004, Article 8(1); Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons

피해자에 대한 손해배상 등의 구제책이 효과적이고, 비례적이고, 제지적(effective, proportional, and dissuasive)이어야 한다는 기준을 제시하고 있다.¹⁸³⁾ 한편, EU사법 재판소는 차별금지원칙의 이행확보를 위한 중요한 수단으로 효과적인 제재의 필요성을 수 차례 강조한 바 있는 반면,¹⁸⁴⁾ 차별금지지침은 특정한 제재를 규정하고 있지 않는데, 재판소는 이를 회원국에게 차별금지라는 목표 달성에 적합한 구제 수단을 선택할 수 있는 여지를 남겨둔 것으로 이해하고 있다.¹⁸⁵⁾

유럽인권협약 역시 당사국에게 차별로 권리를 침해받은 피해자가 국내 법원의 결정에 대한 적절하고 충분한 집행을 획득할 수 있도록 보장할 의무를 부과하고 있다.¹⁸⁶⁾ 예를 들면, 유럽인권재판소는 차별로 인한 피해에 대하여 관련 국내법률이 보상 규정을 두고 있지 않은 경우, 이는 국내법원이 적절한 구제를 제공하지 못한 것이라고 판단하였으며,¹⁸⁷⁾ 육아휴직 거부에 대한 손해배상금을 지급하지 않기로한 국내법원의 결정에 대해 충분한 이유를 제공하지 않은 경우에도 적절한 구제를 제공하지 못하여 협약 위반이라고 판시한 바 있다.¹⁸⁸⁾

(2) 입증책임의 전환

UN 체제와 같이, EU 체제에서도 차별이 문제되는 경우 입증책임이 전환된다. 따라서 청구인이 차별이 있었다고 추정되는 사실을 제시하면, 피청구인이 그러한 차별적 대우가 없었음을 증명해야 한다. 이러한 입증책임의 전환은 특정 규칙 또는 관행이 특정 집단에 불균형적인 효과를 가진다는 것을 입증해야 하기 때문에 직접차별보다 더 입증이 어려운 간접차별의 경우 차별의 입증에 특히 도움이 된다.¹⁸⁹⁾

irrespective of racial or ethnic origin, OJ L 180, 19 July 2000, Article 7(1).

183) Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, OJ L 303, 2 December 2000, Article 17; Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, OJ L 180, 19 July 2000, Article 15. CJEU, *Asociația Accept v. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, C-81/12, 25 April 2013, para. 36; *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV*, C-54/07, 10 July 2008, paras. 23-25.

184) EU 차별금지법 안내서, 248면.

185) CJEU, *Sabine von Colson and Elisabeth Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen*, C-14/83, 9 April 1984.

186) EU 차별금지법 안내서, 250면.

187) ECtHR, *García Mateos v. Spain*, No. 38285/09, 19 February 2013.

188) ECtHR, *Hulea v. Romania*, No. 33411/05, 2 October 2012.

EU의 차별금지지침 중 양성평등대우에 관한 지침은 EU사법재판소가 판시해 온 바와 같이, 일단 차별로 여겨지는 사례가 있는 경우 입증책임을 피청구인에게 전환시키는 규정이 마련되어야 한다고 명시하고 있다.¹⁹⁰⁾ 또한, 인종평등지침¹⁹¹⁾ 및 고용기본지침¹⁹²⁾ 역시 이와 같은 입증책임의 전환을 명시적으로 규정하고 있다.

한편, 유럽인권협약은 입증책임의 전환에 대대하여 별도의 규정을 두고 있지 않지만, 유럽인권재판소는 차별피해 사례에서 입증책임이 전환될 수 있음을 판례를 통해 확인해 왔다. 차별로 인한 피해를 주장하는 청구인이 주장하는 사실이 신뢰할만 하면서 증거에 부합하는 반면 피청구인인 해당 국가가 문제된 차별행위에 대하여 적절히 해명하지 못한 경우, 유럽인권재판소는 청구인의 주장을 인용하는 경향을 보이고 있다.¹⁹³⁾

다만, EU사법재판소와 유럽인권재판소 모두 입증책임이 전환되는 경우라도 차별로 인한 피해를 주장하는 사람은 그 차별이 존재했다고 추정할 수 있는 사실을 먼저 입증해야 한다는 입장을 보이고 있음에 주의해야 한다.¹⁹⁴⁾

2. 미주

가장 오래된 역사를 지닌 지역기구인 미주기구(Organization of American States, OAS)는 1948년 콜롬비아 보고타에서 미주기구헌장(Charter of the Organization of American States)이 채택되면서 시작되었으며, 현재 미국, 캐나다, 아르헨티나, 브라

189) EU 차별금지법 안내서, 231면. 이와 관련하여, ECtHR, *D.H. and Others v. the Czech Republic* [GC], No. 57325/00, 3 November 2007, para. 189; CJEU, "*CHEZ Razpredelenie Bulgaria*" *AD v. Komisia za zashtita ot diskriminatsia* [GC], C-83/14, 16 July 2015, para. 128.

190) Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation, para. 30.

191) Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin.

192) Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation.

193) ECtHR, *Nachova and Others v. Bulgaria* [GC], Nos. 43577/98, 43579/98, 6 July 2005, para. 147; *Timishev v. Russia*, Nos. 55762/00, 55974/00, 13 December 2005, para. 39; *D.H. and Others v. the Czech Republic* [GC], No. 57325/00, 13 November 2007, para. 178.

194) 예를 들면, CJEU, *Susanna Brunnhofer v. Bank der österreichischen Postsparkasse AG*, C-381/99, 26 June 2001; *Patrick Kelly v. National University of Ireland (University College, Dublin)*, C-104/10, 21 July 2011; *Galina Meister v. Speech Design Carrier Systems GmbH*, 2, C-415/10, 19 April 2012 및 ECtHR, *Virabyan v. Armenia*, No. 40094/05, 2 October 2012.

질, 멕시코 등 아메리카 대륙의 35개 회원국들로 구성되어 있다.¹⁹⁵⁾

미주기구의 인권보장체제는 세계인권선언보다 약 8개월 먼저 채택된 미주인권선언(American Declaration of the Rights and Duties of Man)¹⁹⁶⁾과 함께 시작되었다. 법 앞에서의 평등 등 일련의 권리에 대해 규정하고 있는 이 선언은 조약이라는 명칭을 사용하고 있지 않지만, 현재는 OAS 회원국들에게 동 선언에 담긴 권리를 보장할 의무를 부과하고 있는 것으로 받아들여지고 있다.¹⁹⁷⁾ 이 선언에 근거하여 미주인권위원회(Inter-American Commission on Human Rights, IACHR)가 1959년 설립되었으며, 1965년 미주인권협약(American Convention on Human Rights)¹⁹⁸⁾이 채택되어 1978년 발효되면서 미주인권위원회에게 인권침해 사안에 대한 청원을 심사할 수 있는 권한이 주어졌다. 또한, 동 협약에 기해 미주인권재판소(Inter-American Court of Human Rights, IACtHR)가 설치되어 당사국의 협약 의무 위반 여부를 다룰 수 있게 되었다.

미주인권위원회는 차별금지 원칙이 모든 민주주의 체제의 기둥 중 하나이며, 미주기구가 설치한 인권보호 시스템의 근본적인 기반 중 하나라고 반복해서 언급해 왔다.¹⁹⁹⁾ 그리고 이는 미주인권선언 제2조, 미주인권협약 제1조 및 제24조, 그리고 ‘경제적·사회적·문화적 권리에 관한 미주인권협약 추가의정서’(Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights)²⁰⁰⁾ 제3조에 잘 드러나 있다. 또한, ‘미주차별금지협약’(Inter-American

195) 미주기구에 대한 보다 자세한 내용은 https://www.oas.org/en/about/who_we_are.asp 참조 (최종확인: 2023. 10. 30.)

196) 미주인권선언(American Declaration of the Rights and Duties of Man), 1948년 5월 2일 채택.

197) IACHR, Equality and Non-Discrimination: Inter-American Standards (이하 “IACHR 차별금지 안내서”) (2019) 22면. 또한, IACHR, Resolution No. 3/87, Case 9647, James Terry Roach and Jay Pinkerton (United States), Annual Report 1986-1987, September 22, 1987, paras. 46-49; IACHR, Report No. 51/01, Case 9903, Rafael Ferrer-Mazorra (United States), Annual Report 2000, April 4, 2001; I/A Court H.R., Interpretation of the American Declaration of the Rights and Duties of Man Within the Framework of Article 64 of the American Convention on Human Rights. Advisory Opinion OC-10/89, July 14, 1989. Series A No. 10, paras. 35-45; Article 20 of the Statute of the IACHR 참조.

198) 미주인권협약(American Convention on Human Rights), 1969년 11월 22일 채택, 1978년 7월 18일 발효.

199) IACHR, Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights, 1999, Chapter VI 참조.

200) 경제적·사회적·문화적 권리에 관한 미주인권협약 추가의정서(Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural

Convention Against All Forms of Discrimination and Intolerance), ‘미주인종차별철폐협약’(Inter-American Convention Against Racism, Racial Discrimination, and Related Forms of Intolerance),²⁰¹⁾ ‘미주여성폭력방지협약’(Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence against Women),²⁰²⁾ ‘미주장애인차별철폐협약’(Inter-American Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Persons with Disabilities),²⁰³⁾ ‘미주노인인권보호협약’(Inter-American Convention on Protecting the Human Rights of Older Persons),²⁰⁴⁾ 그리고 ‘미주원주민권리선언’(American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples)²⁰⁵⁾에서도 차별금지를 규율하고 있다.

이하에서는 미주인권협약을 중심으로 개인청원에 대한 미주인권위원회의 견해, 그리고 미주인권재판소의 판례를 통해 미주기구에서의 차별금지에 관한 표준을 알아보고자 한다.

가. 차별의 정의

미주인권선언과 미주인권협약은 차별이 무엇인지를 직접 정의하는 조항을 두고 있지 않다. 다만, 미주인권위원회는 미주인권협약 제1조 제1항 및 제24조에 근거하여 차별을 “인종, 피부색, 성별, 언어, 종교, 정치적 또는 기타 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등을 근거로 모든 사람이 동등한 입장에서 모든 권리와 자유를 인정, 향유 또는 행사하는 것을 무효화하거나 손상시키는 목적 또는 효과가 있는 모든 구별, 배제 제한 또는 선호”(any distinction, exclusion, restriction

Rights). 1988년 11월 17일 채택, 1999년 11월 16일 발효.

201) 미주인종차별철폐협약(Inter-American Convention Against Racism, Racial Discrimination, and Related Forms of Intolerance), 2013년 6월 1일 채택, 2017년 11월 11일 발효.

202) 미주여성차별철폐협약(Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence against Women), 1994년 6월 9일 채택, 1995년 3월 5일 발효.

203) 미주장애인차별철폐협약(Inter-American Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Persons with Disabilities), 1999년 6월 7일 채택, 2001년 9월 14일 발효.

204) 미주노인인권보호협약(Inter-American Convention on Protecting the Human Rights of Older Persons), 2015년 6월 15일 채택, 2017년 1월 11일 발효.

205) 미주원주민권리선언(American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples), 2016년 6월 15일 채택.

or preference which is based on any ground such as race, color, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status, and which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise by all persons, on an equal footing, of all rights and freedoms)라고 정의하고 있다.²⁰⁶⁾

미주인종차별철폐협약은 인종차별을 “공적 또는 사적 생활의 모든 영역에서 그 당사국에 적용되는 국제 문서에 명시된 하나 이상의 인권 및 기본적 자유의 동등한 인정, 향유 또는 행사를 무효화하거나 손상시키는 목적 또는 효과가 있는 구별, 배제, 제한 또는 선호”(any distinction, exclusion, restriction, or preference, in any area of public or private life, the purpose or effect of which is to nullify or curtail the equal recognition, enjoyment, or exercise of one or more human rights and fundamental freedoms enshrined in the international instruments applicable to the States Parties)라고 정의하고 있으며,²⁰⁷⁾ 미주장애인차별금지협약은 장애인에 대한 차별을 “장애, 장애기록, 이전의 장애로 인한 상태 또는 현재 또는 과거의 장애에 대한 인식에 근거하여 장애인의 인권 및 기본적 자유의 인식, 향유 또는 행사를 손상시키거나 무효화하는 효과 또는 목적을 가진 모든 구별, 배제, 또는 제한”(any distinction, exclusion, or restriction based on a disability, record of disability, condition resulting from a previous disability, or perception of disability, whether present or past, which has the effect or objective of impairing or nullifying the recognition, enjoyment, or exercise by a person with a disability of his or her human rights and fundamental freedoms)이라고 정의하고 있다.²⁰⁸⁾

206) IACHR, Report No. 75/02, Case 11.140, Merits, Mary and Carrie Dann, United States of America 27 December 2002, para. 143; Report No. 176/10, Cases 12.576, 12.611, and 12.612, Merits, Segundo Aniceto Norin Catriman, Juan Patricio Marileo Saravia, Victor Ancalaf Llaupé et al, Chile, 5 November 2010, para. 164; Report No. 80/15, Case 12.689, Merits, J.S.C.H y M.G.S, Mexico, 28 October 2015, para. 80; Report No. 50/16, Case 12.834, Merits, Undocumented Workers, United States of America, 30 November 2016, para. 73; Report No. 8/16, Case 11.661, Merits, Manickavasagam Suresh, Canada, 13 April 2016, para. 87.

207) 미주인종차별철폐협약 제1조 제1항.

208) 미주장애인차별철폐협약 제1조 제2항 b)호.

나. 차별의 근거

미주인종차별철폐협약 등 개별 인권협약들이 인종, 장애, 연령, 성별에 근거한 차별을 금지하기 위한 목적으로 채택되었다면,²⁰⁹⁾ 미주인권선언과 미주인권협약은 이들 개별 협약들에 비해 차별금지 사유를 종합적으로 기술하고 있다.

미주인권선언 제2조는 “모든 사람은 법 앞에 평등하며 인종, 성별, 언어, 신념 또는 기타의 사유로 인한 차별없이 이 선언에 명시된 권리와 의무를 갖는다”(All persons are equal before the law and have the rights and duties established in this Declaration, without distinction as to race, sex, language, creed or any other factor)라고 규정하여 인종, 성별, 언어, 신념 그리고 기타의 사유를 이유로한 차별을 금지하고 있다.

미주인권협약은 “인종, 피부색, 성별, 언어, 종교, 정치적 또는 기타 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 경제적 지위, 출생 또는 기타 사회적 조건”(race, color, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, economic status, birth, or any other social condition)을 차별로부터 보호받아야 하는 영역이라고 규정하고 있으며,²¹⁰⁾ 미주인권위원회는 “기타 사회적 조건(other social condition)”에 연령, 성적 지향, 정치적 견해, 사회적 조건 및 빈곤, 민족적 출신, HIV/AIDS 보균자가 포함된다고 보고 있다.²¹¹⁾ 미주인권재판소 역시 “기타 사회적 조건”이라는 표현이 명시적으로 규정되지 않은 다른 차별금지 사유를 포함할 수 있는 가능성을 열어두고 있는 것이며, 따라서 미주인권협약 제1조 제1항의 차별금지 사유는 열거적인 것이 아니라 예시적인 것으로 보아야 한다는 입장이다.²¹²⁾

209) 미주인종차별철폐협약, 미주장애인차별철폐협약, 미주노인인권보호협약, 미주여성폭력방지협약. 이 중 여성폭력방지협약의 경우, 제6조 제a호에서 폭력으로부터 자유로운 여성의 권리에 “모든 형태의 차별로부터 자유로운 권리(It)he right of women to be free from all forms of discrimination)”가 포함된다고 규정하고 있다.

210) 미주인권협약 제1조 제1항.

211) IACHR 차별금지 안내서, 58면. 또한, IACHR, Report on Poverty and Human Rights in the Americas, OEA/Ser.L/V/II.164, Doc. 147, 7 September 2017, para. 153 참조.

212) 예를 들면, IACtHR, *Ángel Alberto Duque v. Colombia*, Merits, Judgment of 2 April 2014, Case No. 12.841, para. 64 ; *Poblete Vilches et al. v. Chile*, Merits, Reparations and Costs Judgment of 8 March 2018, Case No. 349, para. 122. 첫 번째 사건은 성적 지향(sexual orientation)을, 두 번째 사건은 연령(age)을 “기타 사회적 조건”에 속하는 차별금지사유로 판단했다.

한편, 2013년 채택되어 발효 중인 미주차별금지협약은 국적, 연령, 성별, 언어, 종교 등 위에 언급된 차별금지 사유 외에도 성적 지향, 젠더 정체성 및 표현, 문화적 정체성, 교육 수준, 이주민, 난민, 무국적자, 유전적 특징, 정신적·신체적 건강 상태 등을 차별금지사유로 명시하고 있다.²¹³⁾

다. 차별의 유형

미주인권선언과 미주인권협약은 어떠한 형태의 차별이 금지되는지에 대해서는 설명하고 있지 않다. 그러나 미주인권위원회는 일반적으로 차별이라고 인식되는 직접차별 외에 구조적 차별, 간접차별, 다중차별을 금지되는 차별의 유형으로 보고 있으며,²¹⁴⁾ 미주인권재판소의 경우, 판례를 통해 간접차별을 미주인권협약이 금지하고 있는 차별에 해당한다는 입장을 보인 바 있다.²¹⁵⁾

(1) 구조적 차별

미주인권협약 및 기타 지역 인권협약에 정의되어 있지 않지만, 미주인권위원회는 구조적 차별을 금지되는 차별의 유형으로 보고 있다. 위원회에 따르면 구조적 차별이란 법적으로(*de jure*) 또는 사실상(*de facto*) 특정 집단에 대한 열등감과 배제의 상황을 야기하는 일련의 규범, 규칙, 관행, 패턴, 태도 및 행동 기준을 가리키며, 이러한 차별은 고립되고 산발적이거나 일시적인 사례가 아니라 역사적, 사회·경제적, 문화적 맥락에서 비롯된 차별이다.²¹⁶⁾

(2) 간접차별

미주인권위원회와 미주인권재판소는 일견 중립적으로 보이지만 특정 집단에게 다르게 영향을 미치는 법률, 조치, 정책 등이 간접차별에 해당한다는 입장을 보이고 있다.²¹⁷⁾ 미주차별철폐협약 제1조 제2항은 간접차별이 “공적·사적 생활의 모든 영역

213) 미주차별금지협약 제1조 제1항.

214) IACHR 차별금지 안내서, 30-34면.

215) IACtHR, *Gretel Artavia Murillo et al (“In vitro fertilization”) v. Costa Rica*, Merits, Judgment of 14 July 2010, para 125.

216) IACHR, Report on the Situation of Human Rights in the Dominican Republic, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 45/15, 31 December 2015, para. 368.

에서 중립적으로 보이는 법률, 기준, 또는 관행이 국제인권법상의 합리적이고 합법적인 목적 또는 정당화사유 없이 특정 집단에 속한 사람들에게 특정한 불이익을 수반하거나 불이익을 주는 경우”에 발생한다고 정의하고 있으며,²¹⁸⁾ 미주인종차별철폐협약 역시 이와 유사하게 간접차별을 정의하고 있다.²¹⁹⁾

(3) 기타 차별의 형태

미주인권위원회와 미주인권재판소는 차별의 “교차성(intersectionality)”이라는 개념을 사용하여 아동, 여성, 빈곤층 및 HIV 감염인의 상태와 같이 특정 조건과 관련된 여러 취약성 및 차별 위험 요소가 교차적으로 융합되어 있는 경우를 고려하여 차별을 판단하고 있다.²²⁰⁾ 예를 들면, 성별 및 젠더를 이유로한 여성차별의 경우, 인종, 민족성, 종교 또는 신념, 건강상태, 지위, 연령, 계급, 카스트, 성적 지향 및 젠더 정체성과 같이 여성에게 영향을 미치는 다른 요소들과 불가분하게 연결되어 있다.²²¹⁾ 또한, 피해자 집단이 난민 지위, 성별, 인종, 아동으로서의 지위 등 여러 가지 원인으로 인해 여러 종류의 차별을 겪고 있는 경우도 차별의 교차성 개념이 적용된다.²²²⁾

217) IACHR, Access to Justice for Women Victims of Violence in the Americas, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 68, 20 January 2007, para. 91; The work, education and resources of women: the road to equality in guaranteeing economic, social and cultural rights, OEA/Ser.L/V/II.143, Doc. 59, 3 November 2011, para. 20; IACtHR, *Gretel Artavia Murillo et al (“In vitro fertilization”) v. Costa Rica*, Merits, Judgment of 14 July 2010, para 125 참조.

218) 미주차별철폐협약 제1조 제2항: 2. Indirect discrimination shall be taken to occur, in any realm of public and private life, when a seemingly neutral provision, criterion, or practice has the capacity to entail a particular disadvantage for persons belonging to a specific group, or puts them at a disadvantage, unless said provision, criterion, or practice has some reasonable and legitimate objective or justification under international human rights law.

219) 미주인종차별철폐협약 제1조 제2항: 2. Indirect racial discrimination shall be taken to occur, in any realm of public and private life, when a seemingly neutral provision, criterion, or practice has the capacity to entail a particular disadvantage for persons belonging to a specific group based on the reasons set forth in Article 1.1, or puts them at a disadvantage, unless said provision, criterion, or practice has some reasonable and legitimate objective or justification under international human rights law

220) IACHR 차별금지 안내서, 33면 및 IACtHR, *Marino López et al (Operation Genesis) v. Colombia*, Merit, Judgment of 31 March 31 2011, paras. 363, 379; IACHR, Indigenous Women and their Rights in the Americas, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 44/17, 17 April 2017, para. 38; Report on Poverty and Human Rights in the Americas, OEA/Ser.L/V/II.164, Doc. 147, 7 September 2017, para. 168 참조.

221) IACHR, The Situation of Persons of African Descent in the Americas, OEA/Ser.L/V/II, Doc.62, 5 December 2011, para. 60.

한편, 미주차별철폐협약은 다중 또는 가중 차별(multiple or aggravated discrimination)을 차별의 유형으로 정의하고 있다. 이에 따르면, 다중 또는 가중차별이란 “동 협약 제1조 제1항에 명시된 기준 중 두 가지 이상 또는 국제조약에서 승인된 다른 기준에 동시에 근거하여 공적 또는 사적 생활의 모든 영역에서 당사국에 적용되는 국제조약에 명시된 하나 이상의 인권 및 기본적 자유의 동등한 인정, 향유 또는 행사를 무효화하거나 축소시키는 것을 목적 또는 결과로 하는 모든 선호, 구별, 배제, 또는 제한”이다.²²³⁾ 미주인종차별철폐협약 제1조 제3항 역시 이와 거의 동일하게 ‘다중 또는 가중차별’을 정의하고 있다.²²⁴⁾

라. 구제 및 이행확보

미주인권협약 제25조 제1항은 협약상의 기본권리를 침해받은 모든 이들이 권한있는 법원이나 재판소에 간소하고 신속하게 호소할 수 있는 권리를 가지며, 그러한 침해가 공무수행 중에 발생했다 하여도 이 권리를 행사할 수 있다고 규정하고 있다.²²⁵⁾ 그리고 동조 제2항은 협약 당사국에게 구제를 주장하는 사람이 권한있는 당국에 의해 자신의 권리가 보장되고, 사법적 구제 가능성을 개발하고, 권한있는 당국이 그러한 구제책을 집행할 수 있도록 보장할 의무를 부과하고 있다.²²⁶⁾ 따라서 차별로

222) IACtHR, *Marino López et al (Operation Genesis) v. Colombia*, Merit, Judgment of 31 March 31 2011, para. 379.

223) 미주차별철폐협약 제1조 제3항: 3. Multiple or aggravated discrimination is any preference, distinction, exclusion, or restriction based simultaneously on two or more of the criteria set forth in Article 1.1, or others recognized in international instruments, the objective or result of which is to nullify or curtail, the equal recognition, enjoyment, or exercise of one or more human rights and fundamental freedoms enshrined in the international instruments applicable to the States Parties, in any area of public or private life.

224) 미주인종차별철폐협약 제1조 제3항: any preference, distinction, exclusion, or restriction based simultaneously on two or more of the criteria set forth in Article 1.1, or others recognized in international instruments, the objective or result of which is to nullify or curtail, the equal recognition, enjoyment, or exercise of one or more human rights and fundamental freedoms enshrined in the international instruments applicable to the States Parties, in any area of public or private life.

225) 미주인권협약 제25조 제1항: 1. Everyone has the right to simple and prompt recourse, or any other effective recourse, to a competent court or tribunal for protection against acts that violate his fundamental rights recognized by the constitution or laws of the state concerned or by this Convention, even though such violation may have been committed by persons acting in the course of their official duties.

인해 미주인권협약상 보장된 권리를 침해받은 피해자에게 당사국은 피해구제를 위한 사법 절차 및 구제책이 집행될 수 있는 시스템을 구축해야 할 의무를 진다.

아울러 미주여성폭력방지협약도 차별을 포함하는 협약상의 개념인 폭력을 당한 여성이 원상회복(restitution), 손해배상(reparation) 또는 기타 정당하고 효과적인 구제책에 효율적으로 접근할 수 있도록 필요한 법적·행정적 체제를 구축할 의무를 당사국들에게 부과하고 있다.²²⁷⁾

3. 아프리카

아프리카연합(African Union, AU)은 아프리카단결기구(Organisation of African Unity, OAU)의 후신으로 2002년 7월 11일 설립되었다. 현재 아프리카 지역 55개국을 회원으로 두고 있는 AU의 지역 인권보장체제는 아프리카인권헌장(African Charter on Human and Peoples' Rights),²²⁸⁾ 동 헌장에 대한 당사국들의 이행보고서를 심사하고 헌장상의 인권침해에 대한 개인청원을 검토하여 당사국에게 권고하며, 헌장의 조문을 해석하는 기능을 갖고 있는 아프리카인권위원회(African Commission on Human and Peoples' Rights),²²⁹⁾ 그리고 아프리카인권헌장과 관련된 분쟁 뿐만 아니라 인권헌장 당사국이 비준한 기타 국제인권협약 및 조약에 대한 분쟁도 다룰 수 있는 권한을 갖고 있는 아프리카인권재판소(African Court of Human and Peoples' Rights)를 중심으로 구성되어 있다. 원래 아프리카인권헌장에는 인권재판소 설립이 예정되어 있지 않았다. 그러나 1998년 '아프리카인권재판소 설립에 관한 아프리카인권헌장 의정서'(Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights, 이하 '재판소설립에 관한 의정서')가 AU의 전신인 OAU에 의해 채택되어 2004년 1월 25일

226) 미주인권협약 제25조 제2항: 2. The State Parties undertake:

a. to ensure that any person claiming such remedy shall have his rights determined by the competent authority provided for by the legal system of the state;
b. to develop the possibilities of judicial remedy; and
c. to ensure that the competent authorities shall enforce such remedies when granted.

227) 미주여성폭력방지협약 제7조 제g항.

228) 아프리카인권헌장(African Charter on Human and Peoples' Rights), 1981년 6월 27일 채택, 1986년 10월 21일 발효.

229) 아프리카인권헌장 제67조, 제47조 및 제55조, 제45조 제3항 참조.

발효됨에 따라 동 재판소가 설립되었다.

이하에서는 아프리카인권헌장과 ‘여성의 권리에 대한 아프리카인권헌장 의정서’(Protocol to the African Charter on Human and Peoples’ Rights on the Rights of Women in Africa, 이하 ‘아프리카여성권리의정서’),²³⁰⁾ 아프리카인권위원회의 보고서 및 개인청원에 대한 견해, 그리고 아프리카인권재판소의 판례를 통해 아프리카 지역의 인권보장체제 하에서 차별금지원칙이 어떻게 규율되고 있는지 살펴보고자 한다.

가. 차별의 정의

아프리카인권헌장은 차별금지원칙을 명시적으로 표명하고 있다고 인정받고 있지만,²³¹⁾ 차별에 대한 별도의 정의 조항은 두고 있지 않다. 반면, 아프리카여성권리의정서는 여성에 대한 차별이란 “성별에 근거하였거나 그 목적 또는 효과가 혼인 여부에 관계없이 모든 삶의 영역에서 여성의 인권과 기본적 자유에 대한 인식, 향유 또는 행사를 손상시키거나 파괴하는 모든 구별, 배제 또는 제한 또는 차등적 대우(any distinction, exclusion or restriction or any differential treatment based on sex and whose objectives or effects compromise or destroy the recognition, enjoyment or the exercise by women, regardless of their marital status, of human rights and fundamental freedoms in all spheres of life)”를 의미한다고 정의하고 있다.²³²⁾

나. 차별의 근거

아프리카인권헌장은 전문(Preamble)에서 모든 형태의 차별, 특히 “인종, 인종적

230) 여성의 권리에 관한 아프리카인권헌장 의정서(Protocol to the African Charter on Human and Peoples’ Rights on the Rights of Women in Africa), 2003년 7월 11일 채택, 2005년 11월 15일 발효 (이하 “아프리카여성권리의정서”).

231) African Commission on Human and Peoples’ Rights, *Malawi African Association and Others v. Mauritania*, Comm. Nos. 54/91, 61/91, 98/93, 164/97 à 196/97 and 210/98, 11 May 2000, para. 131; *Institute for Human Rights and Development in Africa (on behalf of Esmaila Connateh & 13 others) v. Angola*, 292/04, May 2008, para 78; AU여성권리의정서 전문 제2문: CONSIDERING that Article 2 of the African Charter on Human and Peoples’ Rights enshrines the principle of non-discrimination on the grounds of race, ethnic group, colour, sex, language, religion, political or any other opinion, national and social origin, fortune, birth or other status 참조.

232) 아프리카여성권리의정서 제1조 제1항.

집단, 피부색, 성별, 언어, 종교 또는 정치적 견해”에 근거한 차별을 철폐할 당사국의 의무를 강조하고 있다.²³³⁾ 또한, 동 헌장 제2조는 “모든 사람이 인종, 인종적 집단, 피부색, 성별, 언어, 종교, 정치적 또는 기타 의견, 민족적·사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분(race, ethnic group, color, sex, language, religion, political or any other opinion, national and social origin, fortune, birth or other status)에 상관없이 헌장이 승인하고 보장하는 권리와 자유를 향유할 권리를 갖는다”고 규정하고 있으며, 아프리카여성권리의정서는 “성별”을 근거로한 여성에 대한 차별을 금지하고 있다. 따라서, AU 체제 하에서는 인종, 인종적 집단, 피부색, 성별, 언어, 종교, 정치적 또는 기타 의견, 민족적·사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분에 근거한 차별이 금지된다고 볼 수 있다.

다. 차별의 유형

아프리카인권헌장을 비롯한 관련 차별금지 규범들은 어떠한 유형의 차별이 금지되는지에 대해서는 명시적으로 언급하고 있지 않다. 다만, 아프리카인권위원회는 2011년 발간된 지침에서 간접차별이 “부과된 특정한 요건, 조건 또는 관행의 영향이 한 집단 또는 다른 집단에 불균형적으로 불리한 영향을 미치는 경우”(where the effect of certain imposed requirements, conditions or practices has an adverse impact disproportionately on one group or other) 발생할 수 있으며,²³⁴⁾ 교차 또는 다중차별은 “한 사람이 인종, 젠더 등 두 가지 이상의 사유로 동시에 차별받는 경우”(when a person is subjected to discrimination on more than one ground at the same time, e.g. race and gender) 발생할 수 있다고 설명하고 있다.²³⁵⁾

233) 아프리카인권헌장 전문 제8문: Conscious of their duty to achieve the total liberation of Africa, the peoples of which are still struggling for their dignity and genuine independence, and undertaking to eliminate colonialism, neo-colonialism, apartheid, zionism and to dismantle aggressive foreign military bases and all forms of discrimination, particularly those based on race, ethnic group, color, sex, language, religion or political opinions [저자 강조 추가].

234) African Commission on Human and Peoples' Rights, Principles and Guidelines on the Implementation of Economic, Social and Cultural Rights in the African Charter on Human and Peoples' Rights (2011), para. 1(m).

235) Ibid., paras. 1(l) 및 38.

라. 구제 및 이행확보

아프리카인권헌장 제18조 제3항은 여성에 대한 모든 차별을 철폐할 의무를 부과하고 있으며,²³⁶⁾ 아프리카여성권리의정서는 제25조에서 당사국은 동 의정서상의 권리나 자유가 침해된 여성에게 적절한 구제를 제공하고, 그러한 구제가 권한있는 사법, 행정, 입법 당국이나 법률이 정하는 기타 권한있는 기관에 의해 결정될 수 있도록 보장할 의무를 진다고 규정하고 있다.

비록 아프리카인권선언 및 아프리카인권헌장에는 차별대우에 대한 구제 및 이행확보에 대한 조항이 없지만, 아프리카인권위원회는 아프리카인권헌장 및 기타 인권협약상의 권리에 대한 차별 대우가 문제된 개인청원 사건들에서 해당 당사국에게 차별 및 인권침해를 시정하기 위한 적절한 행정적 조치 및 그러한 구제책의 실효적인 집행을 권고하고 있다.²³⁷⁾

아프리카인권재판소의 경우, 재판소 설립에 관한 의정서 제27조에서 재판소가 인권침해가 발생했다고 판단한 경우 적절한 금전배상 및 보상을 포함한 구제를 명해야 한다고 규정하고 있어, 이를 근거로 차별에 대한 구제와 그 구제에 대한 이행을 확보하고 있다.²³⁸⁾

4. 아시아·태평양

세계인구의 약 60%가 거주하고 있으며, 식민지배, 전쟁, 독재 등 비극적인 역사와 대규모 인권침해의 상흔을 안고 있는 지역임에도 불구하고 아시아·태평양 지역은 아직 지역 인권보장체제를 갖추고 있지 않다. 유럽, 미주, 아프리카 지역에서는 차별금

236) 아프리카인권헌장 제18조 제3항: 3. The State shall ensure the elimination of every discrimination against women and also ensure the protection of the rights of the woman and the child as stipulated in international declarations and conventions.

237) 예를 들면, African Commission on Human and Peoples' Rights, *Malawi African Association and Others v. Mauritania*, Comm. Nos. 54/91, 61/91, 98/93, 164/97 à 196/97 and 210/98, 11 May 2000; *John K. Modise v. Botswana*, Comm. No. 97/93, 6 November 2000; *Institute for Human Rights and Development in Africa (on behalf of Esmaila Connateh & 13 others) v. Angola*, 292/04, May 2008.

238) 예를 들면, African Court on Human and Peoples' Rights, *Jebra Kambole v. United Republic of Tanzania*, Application No. 018/2018, Judgment, 15 July 2020 및 ACHPR·ECtHR·IACtHR, *2020 Joint Law Report*, 18면.

지를 포함한 인권 문제를 지역적, 지리적으로 인접한 국가들이 함께 해결하고 대처하려는 노력이 계속되었으며,²³⁹⁾ 그 결과 앞서 살펴본 바와 같이 지역 인권협약과 그 이행감시 기구, 그리고 인권재판소가 설립되었다.

아시아·태평양 지역에서 지역 인권보장체제 구축을 위한 논의가 전혀 없었던 것은 아니다. 1990년대 초반 여러 번 개최된 유엔과 아시아·태평양지역 인권 워크숍에서 아시아지역 인권보호체제 수립의 필요성에 대한 합의가 이루어지고, 그 수립 방안이 주요 의제로 다루어졌으나, 이후 참여국들의 관심 저조로 별다른 성과를 얻지 못했다.²⁴⁰⁾ 그리고 2010년대 중반 이후 우리 헌법재판소를 중심으로 아시아·태평양 인권 재판소 설치 논의가 진행되었으나,²⁴¹⁾ 아직 유의미한 결과는 나오지 않은 상태이다.

한편, 1998년 5월 18일 대한민국 광주에서는 아시아지역의 NGO와 인권활동가들이 모여 작성된 아시아인권헌장(Asian Human Rights Charter)이 선포되었다. 아시아 지역의 인권문제 해결을 위한 보편적인 기준과 국제적인 인권규범을 제시하고 있는²⁴²⁾ 이 헌장은 인종차별, 종교차별, 혹은 성적 차별 없는 참정권 보장(제5-2조), 신분, 인종, 직업, 출신 여타의 것에 기초한 차별 폐지(제6-2조), 그리고 여성(제9-3조), 아동(제10-1조), 장애인(제11-1조), 이주노동자(제12-2조) 등 사회적 약자에 대한 차별을 지적하고 그러한 차별 철폐를 위한 권리 보장을 촉구하고 있다. 그리고 아시아인권헌장이 선포된 지 20년이 지난 2018년에는 아시아인권위원회(Asian Human Rights Commission, AHRC)²⁴³⁾와 5·18기념재단이 ‘정의권, 평화권, 문화권을 위한 아시아 인권선언(Asian Declaration on the Rights to Justice, the Rights to Peace, the Rights to Culture)’을 채택하였다. 이 선언은 아시아라는 특수한 상황 속에서 우선되어야 할 권리로 정의권, 평화권, 문화권을 강조하고 있다.²⁴⁴⁾

239) 박경철·이상경, “아시아 지역의 인권보장 현황과 인권보장기구 설립방안에 관한 고찰”, 헌법학연구 제21권 제1호, 한국헌법학회, 2015, 51면.

240) 박경철·이상경, 위의 논문, 51면 및 국가인권위원회, 미주지역인권시스템 운영에 관한 연구를 통한 아시아지역 인권시스템 수립방안연구, 2008, 77면 참조.

241) 법률신문, “아시아 인권재판소 설립을 위한 헌법재판소의 국제활동”, 2016년 6월 30일자.

242) 안진, 정의권, 평화권, 문화권을 위한 아시아 선언문의 의의, 아시아인권헌장, 5·18기념재단, 2021, 8면.

243) 동 위원회는 UN이나 지역기구 체제에 속한 기관이 아니라, 홍콩에 본부를 두고 있는 NGO이다. 보다 자세한 내용은 <http://www.humanrights.asia/get-involved/about-us/> 참조 (최종확인: 2023. 10. 30.).

244) 안진, 정의권, 평화권, 문화권을 위한 아시아 선언문의 의의, 아시아인권헌장, 5·18기념재단, 2021, 8면.

그러나 이 아시아인권헌장과 부속선언은 앞서 살펴본 UN 인권협약 및 지역 인권협약처럼 국가들이 주체가 되어 채택하고 해당 협약상 의무의 법적 구속력에 동의한 것이 아니라 NGO 등 민간이 주체가 되어 작성된 것이기 때문에 아시아·태평양 지역 국가들에 대한 구속력을 전혀 갖지 않는다는 점에 주의해야 한다. 다만, 향후 아시아·태평양지역 인권기구 내지 인권체제를 수립하는 논의가 본격적으로 시작된다면 참고가 될 수는 있을 것이다.

제4절 | 소결

지금까지 차별의 정의, 형태, 차별금지영역, 차별의 판단 기준, 그리고 이러한 차별이 발생한 경우 구제 및 이행 확보에 관한 국제규범에 대해 살펴보았다.

우선, 차별의 정의와 관련하여 주요 인권협약 및 규약위원회들이 공통적으로 ‘규약 내지 협약이 인정하는 권리의 인정, 향유 또는 행사를 무효화하거나 손상시키는 목적 또는 효과가 있는 모든 구별, 배제, 제한 또는 선호’를 차별의 정의로 제시하고 있음을 확인할 수 있었다.²⁴⁵⁾

다음으로 차별을 사유와 관련하여, 국제규범은 인종, 피부색, 성별, 언어, 종교, 정치적 또는 기타 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분, 가문, 민족이나 종족의 기원, 장애, 결혼여부, 모성, 임신 및 출산휴가, 국적, 연령, 경제적 지위를 사유로 한 차별을 명시적으로 금지하고 있음을 확인하였다.²⁴⁶⁾ 아울러 성적 지향 및 성별 정체성과 같이 조약이 명시적으로 규정하고 있지 않는 차별금지 사유의 경우, 개별 조약기구들이 일반논평이나 개인통보사건에 대한 견해를 통해 변화하는 시대의 흐름에 따라 조약의 대상과 목적에 부합하는 새로운 차별 금지사유로 추가해 오고 있음에 주목할 필요가 있다.²⁴⁷⁾

245) 인종차별철폐협약 제1조; 여성차별철폐협약 제1조; 장애인권리협약 제2조; 자유권규약위원회, 일반논평 제18호 (1989), para. 7; 사회권규약위원회, 일반논평 제20호 (2009), para. 7.

246) 세계인권선언 제2조; 자유권규약 제2조 제1항; 사회권규약 제2조 제2항; 인종차별철폐협약 제1조 제1항; 여성차별철폐협약 제1조 및 제11조 제2항; 장애인권리협약 제2조.

247) 예를 들면, 사회권규약위원회, 일반논평 제20호 (2009), para. 27; 자유권규약위원회, *Toonen*

한편, 인종차별철폐협약과 여성차별철폐협약이 ‘모든 형태’의 차별을 철폐할 것을 요구하고 있으나, 세계인권선언 및 주요 인권협약들은 금지되는 차별의 형태를 구체적으로 규정하고 있지 않다. 그러한 가운데 장애인권리위원회가 일반논평을 통해 주요 차별의 형태로 직접차별, 간접차별, 다중차별 및 교차차별, 정당한 편의제공 거부, 그리고 괴롭힘을 제시하고 있음을 확인하였다.²⁴⁸⁾ 이와 관련하여, OHCHR은 장애인 권리위원회가 제시한 다섯 가지 외에 인종분리와 불이익조치도 국제법상 금지되는 차별의 형태라는 입장을 보였다.²⁴⁹⁾

차별금지영역과 관련하여 세계인권선언은 생명권, 신체의 자유와 같은 자유권에서부터, 노동권, 교육권, 사회권 등 거의 모든 인간의 영역에서 차별을 금지하고 있으며, 주요 인권협약들 역시 각각의 규율 영역에서의 차별을 금지하고 있음을 확인할 수 있었다. 다만, 차별금지영역이 협약문에 명시되어 있는 영역으로 제한되는 것은 아니라는 것이 개별 조약의 이행감시기구인 위원회들의 입장이며,²⁵⁰⁾ 이러한 차별금지는 국가나 공권력에 의한 차별뿐만 아니라 사인에 의한 차별도 금지하는 것으로 이해되고 있음에 염두에 두어야 할 것이다.²⁵¹⁾ 차별의 판단 기준을 명시적으로 규정하고 있는 국제협약은 없으며, 세계인권선언 역시 마찬가지이다. 대신, 자유권규약위원회와 사회권규약위원회는 일반논평을 통해 조약의 대상과 목적에 부합하고 합리적으로 객관적이며, 비례성이 적절한 경우 해당 구별은 차별을 구성하는 것이 아니라는 입장을 밝힌 바 있다.²⁵²⁾ 실질적 평등을 획득하기 위한 적극적 우대조치 내지 특별 조치가 이러한 차별이 아닌 구별 대우의 대표적인 예라 할 수 있다.²⁵³⁾

마지막으로 구제 및 이행 확보와 관련하여, 국제규범은 차별받지 않을 권리가 실질

v. Australia (1994), Communication No. 488/1992.

248) 장애인권리위원회, 일반논평 제6호 (2018), paras. 18-19, 36.

249) OHCHR 실무지침, 29면.

250) 자유권규약위원회, 일반논평 제18호 (1989), para. 12; 인종차별철폐위원회, 일반권고 제32호 (2009), para. 9; 여성차별철폐위원회, 일반권고 제33호 (2015), paras. 6, 22, 31; 장애인권리위원회, 일반논평 제6호 (2018), para. 13.

251) 사회권규약위원회, 일반논평 제20호 (2009), paras. 11 및 37; 자유권규약위원회, 일반논평 제31호 (2004), para. 8; 장애인권리위원회, 일반논평 제6호 (2018), para. 13 및 73(c); 인종차별철폐위원회, 일반권고 제32호 (2009), para. 9; 여성차별철폐위원회, 일반권고 제28호 (2010), paras. 9-10, 13 및 17.

252) 자유권규약위원회, 일반논평 제18호 (1989), para. 13; 사회권규약위원회, 일반논평 제20호 (2009), para. 13.

253) 인종차별철폐협약 제1조 제4항, 여성차별철폐협약 제4조 제1항, 장애인권리협약 제5조 제4항.

적으로 보장될 수 있도록 필요한 조치를 취할 것을 당사국들에게 요구하고 있다. 특히, 차별 대우를 받은 피해자에게 사법적 접근 보장을 포함한 효과적인 구제 조치를 취할 의무는 자유권규약을 비롯한 다수의 협약이 명시적으로 규정하고 있다. 다만, 이러한 구제 조치의 이행 확보를 위한 역할을 어떤 기관이 담당해야 하는 지에 대해서는 명시적인 규정이 없는데, OHCHR은 이러한 구제 조치 및 집행 확보가 개별 법률이나 정책 등의 형태로 보장되기 보다는 포괄적 차별금지법에 직접 규정되는 것이 동법의 실효성 확보를 위해 필요하다는 입장을 보이고 있다.²⁵⁴⁾ 한편, 효과적인 구제절차가 마련되어 있더라도 차별사건의 경우, 청구인은 구제절차를 진행함에 있어서 정보 및 증거에 대한 접근성이 피청구인인 기업이나 정부에 비해 훨씬 불리한 지위에 놓여 있다. 이러한 문제점을 해결하기 위하여 비록 명시적인 규정은 없으나, 개별 위원회들과 OHCHR은 차별 구제절차에서는 입증책임이 청구인에서 피청구인에게 전환되어야 한다는 입장임을 확인하였다.²⁵⁵⁾

아울러 본 연구를 통해 차별금지는 국제적 차원에서 뿐만 아니라 지역적 차원에서도 규율되고 있음을 확인할 수 있었다. 특히, 유럽, 미주, 아프리카의 경우 지역내 설립된 국가간의 연합기구 체제 하에 인권보장체제를 수립하여 차별금지를 비롯한 기본적 인권을 보장하고, 회원국들에게 지역 인권규범상의 의무 이행을 강제할 수 있는 시스템을 구축하여 실질적 인권 보장이 가능하게 만들었다는 점에서 의미가 있다. 아직 우리나라가 속한 아시아·태평양 지역에는 이러한 지역 인권보장체제가 존재하지 않는다. 그러나 1990년대부터 아시아지역 인권보장체제 구축에 대한 논의가 간헐적이지만 지속적으로 이루어지고 있는 만큼, 이러한 지역 인권보장체제 구축이 요원한 일만은 아닐 것이다.

우리나라는 이주노동자권리협약을 제외한 대부분의 핵심 인권협약의 당사국으로서 협약상의 의무를 대체로 성실히 이행해 왔으나, 협약 당사국들 및 이행감시기구들은 꾸준히 포괄적 차별금지법의 부재를 지적해 오고 있다. 이러한 문제제기에 대응하기 위해서는 우선 차별금지에 대해 규율하고 있는 현행 국내법이 국제규범이 요구하

254) OHCHR 실무지침, 87면.

255) 여성차별철폐위원회, 일반권고 제30호 (2005), para. 24; 사회권규약위원회, 일반논평 제20호 (2009), para. 40; 장애인권리위원회, 일반논평 제6호 (2018); paras. 26(g) 및 73(i); OHCHR 실무지침, 93-95면.

는 수준에 미치고 있는지에 대한 검토가 선행되어야 한다. 그리고 부족한 부분이 있다면 그것을 어떤 방식으로 보충할 것인지, 예를 들면 현행 법률을 개정하는 방식을 취할 것인지 아니면 포괄적 차별금지법을 제정하는 방식을 취할 것인지, 그리고 어떤 방식이 보다 효과적으로 차별금지에 관한 국제 표준을 반영할 수 있을지에 대한 연구가 필요하다.

제 3 장

포괄적 차별금지에 대한 법무정책적 대응방안

주요국 포괄적 차별금지 제정법 분석

장철준 · 오승진 · 유승익

제3장

주요국 포괄적 차별금지 제정법 분석

제1절 | 영국의 포괄적 차별금지 법제

1. 영국 평등법 제정 배경

가. 2010년 평등법 제정 이전

영국에서는 1965년 제정된 인종차별금지법(Race Relations Act)이 차별금지법의 시초이다. 그 이후에는 개별적인 입법을 통하거나 European Directives²⁵⁶⁾를 이행하는 방식으로 인종 이외의 개인적인 특성이 차별금지 사유로 추가되었다. 2010년 이전의 개별적인 차별금지법으로는 인종차별금지법(Race Relations Act, 1965), 동등임금법(Equal Pay Act, 1970), 성차별금지법(Sex Discrimination Act, 1975), 인종차별금지법(Race Relations Act, 1976), 장애차별금지법(Disability Discrimination Act, 1995), 고용평등(종교 또는 신념)규칙(Employment Equality(Religion or Belief) Regulations, 2003), 고용평등(성적 지향)규칙(Employment Equality(Sexual Orientation) Regulations, 2003), 고용평등(연령)규칙(Employment Equality(Age) 2006), 평등법 제2부(Equality Act, 2006, Part 2), 평등법(성적 지향)규칙(Equality Act(Sexual Orientation) Regulations, 2007)²⁵⁷⁾ 등을 들 수 있다.²⁵⁸⁾

256) European Directives는 EU법의 일부로 EU 국가들이 달성해야 할 목표를 정하고 있다.

257) Explanatory Notes of Equality Act 2010 (<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/notes/contents> (최종확인: 2023. 9. 5.), para. 4(이하에서 각주에서 para.라고만 인용된 문서는 이 문서를 의미한다).

258) 영국의 2010년 평등법 제정 이전의 차별금지법의 간략한 설명과 평등법의 제정 배경에 대하여는 심재진, “일반적 차별금지법으로서의 영국의 2010년 평등법 제정의 의미와 시사점”, 강

영국의 차별금지법에 영향을 미친 European Directives는 인종 또는 민족적 기원과 상관 없는 평등한 대우 원칙의 이행을 규정한 Concuil Directive 2000/43/EC, 고용 및 직업에서 평등한 대우를 위한 일반적인 체제의 설립에 관한 Council Directive 2000/78/EC, 상품 및 서비스에 대한 접근과 공급에서 남녀 사이의 평등 원칙의 이행에 관한 Council Directive 2004/113/EC, 고용 및 직업에서 남녀 사이의 평등한 기회 및 대우 원칙의 이행에 관한 유럽의회 및 Council Directive 2006/54/EC를 들 수 있다.²⁵⁹⁾

1965년 제정된 인종차별금지법(Race Relations Act, 1965)은 1968년, 1976년 개정되었다. 1976년 개정된 법은 인종을 피부색, 국적, 인종적 기원, 민족적 기원 등이 포함되는 것으로 규정하였으며, 인종평등위원회(Commission for Racial Equality)를 설립하였다. 영국은 1970년 평등임금법(Equal Pay Act, 1970)을 제정하였다. 이 법은 임금뿐만 아니라 근로계약상의 성차별을 규제하였다. 1975년에는 성차별금지법(Sex Discrimination Act, 1975)을 제정하여 근로계약 이외의 성차별을 규제하였다. 성차별 금지법에 따라 성평등을 실현하기 위하여 균등기회위원회(Equal Opportunities Commission)가 설립되었다. 영국은 1995년 장애차별금지법(Disability Discrimination Act, 1995)을 제정하여 본격적으로 장애인차별을 금지하였다. 이를 위하여 장애인권 리위원회(Disability Rights Commission)가 설립되었다.

나. 평등법의 제정 이유

(1) 차별금지법의 통일성 확보

평등법을 제정한 목적은 차별금지법을 통일화하고 평등에 대한 보호를 강화하기 위한 것이다. 평등법은 기존에 개별적으로 입법되었던 차별금지법들을 통합하고 종합하였고, 기존의 차별금지법들은 대부분 폐지되었다. 다만, 2006년 평등법은 평등인권 위원회(Equality and Human Rights Commission)의 설립과 운영에 관한 부분은 여전히 유효하며, 1995년 장애인차별금지법은 북아일랜드에 관한 한 여전히 유효하다.

원법학 제50권, 강원대학교 비교법학연구소, 2017 참조.

259) para. 5.

(2) 차별금지법의 강화

2010년 평등법은 몇 가지 분야에서 기존의 법률을 강화하였다. ① 공공기관들이 권한을 행사하여 전략적인 결정을 할 때에 사회경제적 불이익을 고려하도록 하였다. ② 특성을 이유로 한 차별, 괴롭힘 또는 희생으로부터 개인이 보호되는 범위를 확대하였다. ③ 개인이 두 가지의 보호되는 특성의 결합을 이유로 직접적으로 차별받는 경우에 청구를 제기할 수 있도록 하여 개인이 보호되는 범위를 확대하였다. ④ 공공기관이 업무를 수행하거나 공공기능을 수행하는 사람들이 업무를 수행하는 경우에 평등법이 금지하는 행위를 제거할 필요성, 보호되는 특성을 공유하는 사람들과 그렇지 못한 사람들 사이의 기회의 균등을 촉진할 필요성, 보호되는 특성을 공유하는 사람들과 그렇지 못한 사람들 사이의 좋은 관계를 강화할 필요성을 고려할 의무를 부과하였다. 이를 통하여 공공기관들은 자신들의 정책, 프로그램, 서비스가 보호되는 특성을 가진 사람들에게 미치는 영향을 고려하게 될 것이다. ⑤ 사용자, 용역 제공자, 기타 기관이 기존 또는 장래의 종업원 또는 고객이 보호되는 특성에 기인하는 불이익을 극복하거나 최소화하도록 적극적인 조치를 취하도록 한다. ⑥ 정당들이 2030년 선거에서 여성만을 위한 후보자 명부를 낼 수 있도록 한다. ⑦ 고용심판원이 차별 소송에서 패소한 피신청인에게 청구인 뿐만 아니라 더 넓게 직장에서 문제를 해결하도록 조치를 취하도록 하는 권고를 할 수 있도록 한다. ⑧ 가족재산법률을 개정하여 차별적 규정을 제거하고 잉글랜드와 웨일즈에서 민사파트너에게 추가적으로 재산권을 인정한다. ⑨ 민사파트너법(2004)을 개정하여 종교적 영역에서 민사파트너가 등록되도록 한다.²⁶⁰⁾

다. 평등법의 제정 경과

영국 정부는 포괄적인 차별금지법을 입법하기 위하여 2005년 2월 차별금지법 검토 위원회(Discrimination Law Review)를 설치하여 차별에 관한 법률의 구조상 모순 등의 장기적인 문제들을 검토하였다. 이 위원회는 차별에 관한 입법의 기본 원칙과 개념, 불이익을 경험하는 사람들을 위하여 더 명확하고 간결한 입법을 검토하였다.²⁶¹⁾

260) para. 12.

261) para. 7.

2007년 6월 공동체 및 지방정부처(Department for Communities and Local Government)는 ‘공평을 위한 체제, 영국 단일 평등법안을 위한 제안(A Framework for Fairness: Proposals for a Single Equality Bill for Great Britain)’을 발간하였다. 이어서 2008년 6월 및 7월에 정부 평등사무소(Equalities Office)는 ‘더 공평한 미래, 평등법안(Cm 7431)’과 ‘평등법안, 협의에 대한 정부 대응(Cm 7454)’이라는 두 개의 보고서를 발간하였다. 2009년 2월 영국 정부는 ‘새로운 기회 백서’를 발간하여 사회, 경제적 불평등과 관련된 불이익의 문제를 해결하는 입법을 고려할 것을 다짐하였다.²⁶²⁾ 이러한 과정을 통하여 영국은 2010년 차별금지에 관한 개별법들을 모두 포괄하여 ‘평등법(Equality Act 2010)’을 제정하였다.

위 평등법은 평등 또는 차별금지에 관한 기존의 입법들을 대체하는 포괄적인 입법으로서 연령, 장애, 성전환, 결혼 및 민사파트너 관계, 임신과 출산, 인종, 종교 또는 신념, 성별, 성적 지향 등 차별금지의 사유가 되는 특징들을 열거하고 있다. 위 평등법은 개별법에 산재하여 있던 평등과 차별금지에 관한 규정들을 모두 망라하여 규정함으로써 평등과 차별금지에 관한 입법을 종합적으로 이해하는 것이 가능해졌다. 위 평등법은 공공기관이 그 기능을 수행하는 전략적 결정을 할 때에 사회경제적 불이익으로부터 나타난 결과의 불평등을 감소시키는 것을 고려하도록 규정하였다.²⁶³⁾ 평등법은 차별금지가 단지 법률의 평등한 적용에 머물지 않고 결과의 평등까지도 추구하도록 하여 평등권 실현을 위한 공공기관의 적극적인 정책 결정을 강조하고 있다. 위 평등법은 포괄적인 차별금지법의 제정이 논의되는 한국에 매우 유용한 지침을 줄 수 있는 선례가 될 수 있다.

라. 평등법의 구조

평등법은 16부(16 Parts)와 28개의 부록(Schedules)으로 구성되어 있다. 부록은 본문의 내용을 명확히 하는 것으로 본문과 동일한 효력을 갖는다. 제1부는 특정한 공공기관에게 전략적 결정을 할 때에 사회경제적 고려를 하도록 의무를 부과한다. 제2부는 보호특성, 장애차별, 간접차별, 괴롭힘, 보복 등 법의 핵심적인 개념들을 정의한다.

262) para. 8.

263) 평등법 제1부.

제3부는 서비스 제공 또는 공공기능을 수행할 때에 차별, 괴롭힘, 보복 등을 하는 것을 금지한다. 제4부는 부동산 거래 또는 관리와 관련하여 차별, 괴롭힘, 보복 등을 금지한다. 제5부는 직장 또는 고용관계에서 차별, 괴롭힘, 보복을 금지한다. 남녀의 임금차별금지, 임신 및 출산수당, 근로자가 자신의 임금을 공개하는 것을 제한하는 고용계약의 금지, 사적 고용자가 남녀 임금 차이를 공개하도록 요구하는 규정, 구직자의 장애 또는 건강에 관한 질문을 제한하는 규정을 포함한다.

제6부는 교육기관이 학생을 차별, 괴롭히거나 보복하는 것을 금지한다. 제7부는 사적 클럽, 정당 등 단체가 회원, 준회원, 손님들을 차별, 괴롭히거나 보복하는 것을 금지하며, 정당이 후보자의 다양성에 관한 정보를 공개하도록 하는 규정을 포함한다. 제8부는 종전의 근로자나 학생들을 차별, 괴롭히거나 보복하는 것을 금지한다. 예를 들어, 제3자로 하여금 차별하도록 하거나 차별을 지원하는 것도 금지한다. 근로자의 행위로 인한 사용자의 책임도 규정한다. 제9부는 법의 강제에 관하여 규정한다. 서비스, 공적 기능, 부동산, 교육, 단체 등은 민사법원이, 직장, 동일 임금과 관련된 것은 고용심판원이 담당한다. 제10부는 계약, 단체협약 등이 위법한 차별, 괴롭힘, 보복에 해당하는 경우에 강제될 수 없거나 무효임을 규정한다.

제11부는 공공기관이 기능을 수행할 때에 필요에 상당한 주의를 기울이고, 위법한 차별, 괴롭힘, 보복을 제거하며, 기회균등, 우호적인 관계를 증진하도록 규정한다. 그리고 사용자나 서비스 공급자 등이 특정한 보호특성을 가진 사람들이 겪는 불이익을 극복하거나 최소화하도록 적극적인 조치를 취하도록 규정한다. 제12부는 택시, 공공버스, 철도 등이 장애인들에게 접근 가능해야 하며, 편안하게 이용할 수 있어야 한다고 규정한다. 제13조는 부동산에 대한 합리적인 조정과 임차 주택의 개선에 관하여 규정한다. 제14조는 국가안보, 스포츠 등 일반적 예외에 관하여 규정한다. 제15부는 부부 사이를 차별하는 가족 재산법의 규정을 폐지하거나 개정한다. 제16부는 장관(Minister of the Crown)이 EU의 의무를 이행하기 위하여 법의 규정을 변경할 수 있는 권한을 규정한다. 2004년 민사파트너법(Civil Partnership Act)을 개정하여 종교 시설에서 민사파트너등록을 할 수 있도록 허용하였다.

2. 차별금지의 사유(보호특성, Protected characteristics)

가. 보호특성 일반

2010년 평등법에 의하면 연령, 장애(Disability), 성전환(Gender reassignment), 결혼 및 민사파트너 관계,²⁶⁴ 임신 및 출산, 인종, 종교 또는 신념, 성(Sex), 성적 지향(Sexual orientation) 등 9개 항목이 차별로부터 보호되는 특성에 해당한다(제4조).²⁶⁵ 그러므로 이러한 특성에 기인한 차별은 원칙적으로 금지된다. 이러한 보호특성들은 이미 평등법의 제정 이전에 개별적인 차별금지법에서 규정되었던 것들이다. 그러나 위 9개 항목이 모든 영역에서 동일하게 적용되는 것은 아니다. 평등법은 위에서 열거된 특성을 이유로 한 차별금지가 적용되지 않는 영역을 상세하게 규정하고 있다. 예를 들어, 서비스 및 공공기능에서는 18세 미만의 사람에 대하여 연령을 이유로 한 불리한 대우, 결혼 및 민사파트너 관계를 이유로 한 불리한 대우가 허용된다(제28조 제1항). 즉, 위 9개의 차별금지항목은 모든 영역에서 동일하게 적용되는 것이 아니라 각각의 영역에 따라 불리한 대우가 허용되는 경우가 있다.

나. 연령

사람들이 동일한 연령대에 속하는 경우에 나이라는 보호특성을 공유한다. 연령이라는 보호특성은 상대적이다. 예를 들어, 21세인 사람과 40세인 사람은 연령이라는 보호특성을 공유하지 않지만 50세 이하라는 보호특성은 공유할 수 있다.²⁶⁶

다. 장애

장애는 일상생활을 수행하는 능력에 상당하고 장기적인 부정적 효과를 미치는 육체적 또는 정신적 손상이 있는 경우를 말한다(제6조 제1항). 예를 들어, 창고에서 물건을 옮기는 일을 하는 남자가 만성 심장병이 발병하여 집에서 통상적인 물건을 옮기기

264) 민사파트너 관계는 결혼과 유사한 동성 또는 이성 사이의 관계를 의미하며, 등록으로 성립한다(Civil Partnership Act 2004, s. 1.)

265) 이하 본문에서 구체적인 법률의 명칭이 없이 조문만으로 인용된 것은 평등법의 조문을 의미한다.

266) para. 37.

어려운 상태가 된 경우에 이러한 신체의 상태는 일상적인 활동의 결과로 발생한 것이므로 법의 목적상 장애인으로 인정될 수 있다.²⁶⁷⁾ 여성이 대장염에 걸려 극심한 통증과 설사를 반복적으로 겪어 여행을 가거나 직장에 출근하기 어려운 경우라면 법의 목적상 장애인에 해당할 수 있다.²⁶⁸⁾

라. 성전환

성전환이란 생리학적 또는 기타 성의 특성을 변경하여 성을 변경하려는 경우와 그 과정에 있거나 이미 변경한 경우를 포함한다(제7조 제1항). 성전환을 위하여 반드시 의학적인 수술이나 시술을 받아야 하는 것은 아니다.

마. 결혼 및 민사파트너 관계

민사파트너 관계에 있는 남성과 여성은 결혼 및 민사파트너 양자의 보호특성을 갖게 된다.²⁶⁹⁾

바. 인종

인종은 피부색, 국적, 인종적 또는 민족적 출신(ethnic or national origins)을 포함한다(제9조 제1항).

사. 종교 또는 신념

종교는 종교를 갖지 않는 것을 포함한다(제10조 제1항). 신념은 종교적이거나 철학적 믿음을 의미하며, 믿음은 믿음이 없는 것을 포함한다(제10조 제2항). 종교 또는 믿음은 유럽인권협약 제9조에 비추어 사상, 양심, 종교의 자유를 포함하는 폭넓은 개념이다.²⁷⁰⁾ 믿음은 단순한 의견이나 견해가 아니며 인간의 삶과 행동의 측면에

267) para. 40.

268) para. 40.

269) para. 45.

270) para. 51.

대한 중요하고 실질적인 믿음이어야 한다. 나아가 어느 정도의 일관성, 중요성 등을 가지고 있어야 하며, 민주사회에서 존경을 받을 만한 가치가 있어야 하며, 인권과 충돌하지 않고 인간의 존엄성과 양립할 수 있어야 한다.²⁷¹⁾ 그러므로 불법적인 행위를 하는 컬트 집단은 이에 속하지 않는다. 인본주의나 무신론 등은 신념에 해당하지만 특정한 축구팀을 좋아하는 것은 이에 해당하지 않는다.

아. 성

성은 남성과 여성을 의미한다(제11조).

자. 성적 지향

성적 지향은 동성애, 이성애, 양성애를 포함한다(제12조 제1항).

3. 금지되는 행위

가. 차별

(1) 직접 차별

보호되는 특성을 이유로 어느 개인을 제3자보다 불리하게 대우하면 직접 차별에 해당하며, 이는 금지된다(제13조 제1항). 당해 속성을 지닌 자만 보호의 대상이 되는 것이 아니라 보호되는 특성을 이유로 한 차별이 금지된다. 이는 연좌제에 의한 차별을 금지한다. 예를 들어, 장애인을 가진 부모가 자녀가 장애를 가졌다는 이유로 직장에서 차별을 받는다면 부모가 비장애인인 경우에도 장애를 이유로 한 차별에 해당한다. 피해자가 실제로 보호특성을 가지지 아니한 경우에도 보호된다. 예를 들어, 어느 개인이 특정한 종교를 가진 것으로 잘못 알려지고 그로 인하여 피해를 차별을 받는다면 이는 종교에 의한 차별에 해당한다.²⁷²⁾

여기에는 몇 가지 예외가 인정된다. 첫째, 보호되는 특성이 연령인 경우에 정당한

271) para. 52.

272) para. 59.

목적 달성을 위하여 그 수단이 적절한 경우에 허용된다(제13조 제2항). 둘째, 장애인을 비장애인보다 우대하는 것은 장애를 이유로 한 차별에 해당하지 않는다(제13조 제3항). 셋째, 보호특성이 결혼 및 민사파트너 관계인 경우에 피해자가 결혼 또는 민사파트너인 경우에만 차별에 해당한다(제13조 제4항). 즉, 연좌제에 의한 차별 금지는 적용되지 않는다. 넷째, 보호되는 특성이 인종인 경우에는 인종을 이유로 구분하는 것도 차별에 해당한다(제13조 제5항). 다섯째, 보호특성이 성(sex)인 경우에 여성의 모유 수유(breast-feeding)를 이유로 불리한 대우를 하는 것도 차별에 해당하며, 임신 또는 출산과 관련하여 여성에게 부여되는 특별한 대우는 남성에게 대한 차별로 고려되지 아니한다(제13조 제6항).

만일, 사용자가 여성은 일을 할 만한 힘이 부족하다고 생각하여 남성을 고용한다면 이는 직접적인 성차별에 해당한다. 무슬림인 남성 가게 주인이 기독교인 남성과 결혼하였다는 이유로 무슬림 여성인 고객에게 영업을 거부한다면 연좌제에 의한 직접적인 종교 차별에 해당한다.²⁷³⁾ 사용자가 아프리카식 이름을 가진 백인의 구직 신청에 대하여 흑인이라고 생각하여 채용을 거부한다면 이는 직접적인 인종차별에 해당한다.²⁷⁴⁾ 나이트클럽의 매니저가 나이트 손님들을 거부하라는 지시를 이행하지 아니하여 징계를 받았다면 이러한 지시가 정당화되지 않는 한, 이는 연령에 따른 차별에 해당한다.

(2) 결합된 차별(이중 특성)

결합된 2가지 보호특성의 결합을 이유로 그러한 특성을 갖지 아니하는 사람보다 타인을 불리하게 대우하는 것도 차별에 해당한다(제14조 제1항). 결합될 수 있는 보호 특성에는 연령, 장애, 성전환, 인종, 종교 또는 신념, 성, 성적 지향이 포함된다. 피해자는 결합된 차별을 입증하기 위하여 두 가지 연관된 특성이 각자 별도로 직접 차별이라는 점을 입증할 필요가 없으며(제14조 제3항), 양자의 결합에 의하여 차별이 성립할 수 있다. 피해자는 하나의 보호특성을 이유로 한 차별을 주장과 결합된 차별을 동시에 주장할 수도 있다.²⁷⁵⁾ 가해자는 결합된 특성의 어느 하나로 인한 직접 차별이 아니라는 입증을 하여 책임을 면할 수 있다(제14조 제5항). 흑인 여성은 일을 잘 하지 못할

273) para. 63.

274) para. 63.

275) para. 66.

것이라는 편견 때문에 승진을 하지 못한 경우에 사용자는 그 자리에 동일한 자격과 경험을 가진 백인 여성 또는 흑인 남성을 승진시킬 수도 있으므로 피해 여성은 흑인 여성에 대한 사용자의 편견으로 인하여 불리한 대우를 받았다는 사실을 입증하기 위하여 인종과 성을 결합한 대우를 비교해야 할 것이다.²⁷⁶⁾

버스 기사가 테러리스트라는 이유로 무슬림 남자를 버스에 승차 거부한 경우에 종교 또는 성(남성)이라는 각각의 보호특성을 이유로 한 차별이라는 것을 입증하는 것은 어려울 수 있으나 승차거부가 ‘무슬림 남성은 테러리스트’라는 종교와 성(남성)이 결합된 고정관념에 기초한 것이라면 결합된 차별이라는 것을 입증할 수 있을 것이다.²⁷⁷⁾

흑인 여성은 보험료로 100파운드가 청구되고 백인 남성은 50파운드가 청구되고 흑인 여성이 성과 인종에 의한 결합을 이유로 한 결합된 차별이라고 주장한다고 가정하자. 보험회사는 백인 여성이 100파운드를 부담한다거나 흑인 남성이 50파운드를 부담한다는 점을 밝혀 보험료의 차이가 인종이 아니라 성에 기초한 것임을 입증할 수 있다. 남녀 사이의 보험료의 차이는 Schedule 3에 의하여 인정되고 있으므로 이는 위법이 아니다.²⁷⁸⁾

(3) 장애 차별

장애로부터 비롯된 이유로 인하여 불리한 대우를 하고 이것이 정당한 목적을 달성하기 위한 비례적인 수단이라는 점을 입증하지 못하면 장애를 이유로 한 차별에 해당한다(제15조 제1항). 다만, 장애가 있다는 점을 알지 못하였거나 장애가 있다는 점을 알았다고 합리적으로 기대하기 어려운 경우에는 차별에 해당하지 아니한다(제15조 제2항). 이 조항으로 인하여 장애를 이유로 한 직접적인 차별뿐만 아니라 장애의 결과로 인한 불이익한 대우를 금지할 수 있게 되었다.

이 규정은 새로운 규정이다. 1995년 장애인차별금지법(The Disability Discrimination Act 1995)은 장애와 관련된 차별을 금지하였다. 그런데 2008년 영국 대법원(House of Lords)의 London Borough of Lewisham v Malcolm [2008] UKHL 43 사건의 판결은 장애와 관련된 차별의 개념을 좁게 해석하였다는 비판을 받았다. 이 새로운 조항은

276) para. 68.

277) para. 68.

278) para. 68.

장애로 인하여 불이익을 받은 장애인과 장애가 있다는 점을 알지 못하거나 알았다고 기대하기 어려운 사용자 사이의 균형을 도모한 조항이다.²⁷⁹⁾

시작 장애인인 근로자가 비시각 장애인과 동일한 일을 할 수 없다는 이유로 해고된 경우에 사용자는 정당한 목적을 달성하기 위한 비례적인 수단이라는 점을 입증해야 한다.²⁸⁰⁾ 만일, 주점의 운영자가 뇌성마비 환자가 말을 제대로 하지 못하는 것을 보고 술에 취하였다고 판단하여 입장을 거부한 경우에 손님이 말을 제대로 하지 못한 것은 장애의 결과이다. 만일 주점의 운영자가 자신은 손님이 장애가 있다는 점을 알지 못하였거나 알 수 있었다고 합리적으로 기대하기 어려웠다는 점을 입증한다면 장애로 인한 차별이 있었다고 보기 어렵다.²⁸¹⁾ 동일한 사안에서, 합리적인 사람이라면 손님의 상태가 장애로 인한 것임을 알 수 있었다면 주점 운영자가 손님을 입장시키지 않는 것이 정당한 목적을 달성하기 위한 비례적인 수단이었다는 점을 입증하지 못하면 장애인차별을 한 것이라고 볼 수 있다.²⁸²⁾

(4) 성전환 차별(결근의 경우)

성전환을 이유로 한 결근과 관련하여, 질병 또는 부상으로 인한 결근보다 불리한 대우를 하는 것은 차별에 해당한다. 성전환을 이유로 한 결근과 관련하여 질병 이외의 다른 사유로 인한 결근보다 불리한 대우를 하고 그러한 대우를 받는 것이 합리적인지 아니한 경우에도 차별에 해당한다(제16조 제2항). 성전환으로 인한 결근이라 함은 성전환을 하겠다고 밝히거나 성전환을 하는 중이거나 성전환을 마친 것을 이유로 한 결근을 포함한다(제16조 제3항). 남성으로 성전환을 하려는 여성은 호르몬 치료를 위하여 휴무를 할 수 있는데, 사용자는 이를 이유로 불이익을 줄 수 없다.

(5) 임신과 출산 차별

서비스 및 공적 기능, 부동산, 교육, 단체와 관련된 사안에서 임신을 이유로 여성을 불리하게 대우하는 것은 차별에 해당한다(제17조 제1항, 제2항). 그리고 여성이 아이

279) para. 70.

280) para. 70.

281) para. 70.

282) para. 70.

를 출산한 후 26주의 기간 동안 이를 이유로 불리하게 대우하는 것은 차별이며, 이 기간 동안 모유 수유를 이유로 불리한 대우를 하는 것도 차별이다(17조 제3항, 제4항) 출산이라 함은 임신 24주 이후에 사산한 경우를 포함한다(17조 제5항). 이 조항은 1975년 성차별금지법(Sex Discrimination Act 1975)의 규정과 유사하지만 보호의 범위를 공적 기능, 교육, 단체 등으로 확대하였다.

이 규정에 의하면 카페의 운영자는 모유 수유를 한다는 이유로 여성이 카페에서 나가도록 요구할 수 없다.²⁸³⁾ 가게의 운영자는 여성이 임신하였다는 이유로 담배 판매를 거부할 수 없다.²⁸⁴⁾ 학교는 임신하였다는 이유로 학생이 시험을 보지 못하도록 할 수 없다.

직장과 관련된 사안에서 임신의 보호기간에 임신 또는 임신으로 인한 질병을 이유로 여성을 불리하게 대우하는 것은 차별에 해당한다(제18조 제2항). 의무적인 출산휴가를 이유로 불리한 대우를 하는 것도 차별이다(제18조 제3항). 통상적이거나 추가적인 출산휴가의 권리를 행사한다는 이유로 불리한 대우를 하는 것도 차별에 해당한다(제18조 제4항). 여성의 임신으로 인한 보호기간은 임신으로 시작되며, 통상적이고 추가적인 출산휴가의 권리를 가진 경우에는 그 기간이 종료한 시점에, 그러한 권리를 갖지 못하는 경우에는 임신이 종료한 시점으로부터 2주가 종료한 시점에 종료된다(제18조 제6항). 이 규정들은 1975년 성차별금지법의 규정과 유사하다.

이 규정에 따라 사용자는 여성이 임신하거나 출산휴가 중이라는 이유로 해고, 승진 기회의 박탈 등 불이익을 줄 수 없으며, 여성 고용에 관하여 판단할 때에 임신과 관련된 질병으로 인한 결근을 고려할 수 없다.²⁸⁵⁾

(6) 간접 차별

직접 차별은 보호되는 특성을 이유로 불리한 대우를 하는 것임에 반하여, 간접 차별은 보호특성과 관련하여 차별적인 규정, 기준 또는 관행을 적용하는 것을 의미한다. 간접차별이 성립하려면 규정, 기준, 또는 관행을 보호특성을 가지지 아니한 사람에게 적용하고, 그러한 대우로 인하여 보호특성을 가진 사람이 보호특성을 가지지 아니

283) para. 74.

284) para. 74.

285) para. 76.

한 사람보다 불리한 대우를 받으며, 그러한 대우가 합법적인 목적을 달성하기 위한 비례적인 수단이라는 점이 입증되지 않아야 한다(제19조 제2항). 간접차별은 모든 사람에게 동일하게 적용되는 정책이 보호특성을 가진 사람에게 특별히 불리한 영향을 미칠 때 발생한다. 특정한 정책이 채택됨으로 인하여 어느 개인이 불리하게 되는 경우에도 간접차별이 발생한다.²⁸⁶⁾ 간접 차별이 적용되는 보호특성은 9가지 보호특성 중에서 임신과 출산을 제외한 연령, 장애, 성전환, 결혼 및 민사파트너관계, 인종, 종교 또는 신념, 성, 성적 지향이다(제19조 제3항).

위 간접차별 조항은 EU의 간접차별 조항을 적용한 것이며, 기존의 1995년 성차별금지법, 1976년 인종차별금지법의 간접차별의 개념을 대체하여 모든 영역에서 보호의 통일성을 보장하기 위한 규정이다. 그러나 장애에 간접차별을 확대한 것은 새로운 것이며, 이는 대법원(House of Lords)의 2008년 London Borough of Lewisham v Malcolm 판결의 해석을 변경하는 것이다.²⁸⁷⁾

만일, 사용자가 모든 근로자가 교대근무를 해야 하는 관행을 가지고 있는데, 여성이 특정한 시간에 자녀들을 돌보아야 하므로 이러한 교대근무를 지킬 수 없게 되고, 이것이 여성의 필요에 의한 것이라는 이유로 수당도 지급되지 아니하여 여성이 사직할 수밖에 없는 경우에 사용자는 간접적으로 여성을 차별하는 것으로 볼 수 있다.²⁸⁸⁾

나. 장애인을 위한 조정

장애인을 위하여 3가지의 조정의무가 있다. 첫째, 규정, 기준, 관행으로 인하여 비장애인보다 장애인이 상당한 불리하게 되는 경우에는 이를 피하기 위하여 합리적인 조치를 취해야 한다(제20조 제3항). 둘째, 물리적인 형태로 인하여 장애인이 비장애인보다 상당히 불리하게 되는 경우에 이를 피하기 위하여 합리적인 조치를 취해야 한다(제20조 제4항). 물리적인 형태란 건물의 설계나 건축, 건물에 대한 접근, 출입 등에 관한 특징, 부동산의 시설, 가구, 물품, 기타 물리적 요소나 질에 관한 형태를 의미한다(제20조 제10항). 셋째, 보조기구가 제공되지 아니하면 장애인이 비장애인보다 상당히 불리

286) para. 79.

287) para. 81.

288) para. 81.

하게 되는 경우에 보조기구를 제공하기 위하여 합리적인 조치를 취해야 한다(제20조 제5항). 이러한 조치에는 접근 가능한 형식으로 필요한 정보를 제공하는 것을 포함한다(제20조 제6항). 이러한 조치를 취하는 데에 필요한 비용을 장애인에게 청구할 수 없다(제20조 제7항). 이 규정은 1995년 장애인 차별금지법(Disability Discrimination Act 1995)의 유사한 규정을 대체하는 것이다.

이러한 의무에 따라 공공 서비스를 제공하는 회사가 상당한 수의 고객이 시력이 좋지 않아서 통상적인 활자로 인쇄된 청구서나 기타 고지서 등을 제대로 읽기 어렵다는 점을 아는 경우라면 고객과의 소통을 원활하게 하는 방법을 강구해야 할 것이다.²⁸⁹⁾ 은행이 새로 채용한 은행원이 휠체어를 사용하여 업무를 보는 데에 불편함이 없도록 가구나 시설의 배치 등을 새롭게 해야 할 것이다.²⁹⁰⁾ 대규모의 공공 컨퍼런스를 조직하는 사람은 청각 장애가 있는 사람들이 참석할 가능성이 있다면 이들이 컨퍼런스의 내용을 이해할 수 있도록 하는 조치를 취해야 할 것이다.²⁹¹⁾

위 3가지의 조정의무 중 어느 하나라도 이행하지 않는 것은 합리적인 조정의무를 위반하는 것이며(제21조 제1항), 이는 당해 장애인에 대한 차별에 해당한다(제21조 제2항). 사적인 클럽이 컬러가 있는 셔츠 및 타이를 입거나 매지 않는 남성 회원에 대하여 입장을 거부하는 정책을 가지는 경우에 건선으로 인하여 컬러가 있는 셔츠 및 타이를 입거나 매는 것이 고통스러운 회원에게 이러한 정책을 강요하는 것은 차별에 해당할 수 있다.²⁹²⁾ 시력이 좋지 않은 임차인이 부동산 중개인에게 큰 활자로 된 계약서를 요구하였고 중개인이 컴퓨터를 이용하여 쉽게 이를 출력하여 제공할 수 있음에도 불구하고 이를 하지 않은 경우에는 차별에 해당할 수 있다.²⁹³⁾

다. 기타 금지되는 행위

(1) 괴롭힘(Harassment)

괴롭힘에는 3가지 유형이 있다. 첫째, 보호특성과 관련하여 피해자가 원하지 아니

289) para. 86.

290) para. 86.

291) para. 86.

292) para. 88.

293) para. 88.

하는 행위를 하고, 그 행위가 피해자의 존엄을 침해하는 목적이나 효과를 가지는 경우 또는 피해자에게 위협적, 적대적이거나 존엄을 저하, 모욕적, 공격적인 환경을 조성하는 경우이다(제26조 제1항). 둘째, 피해자가 원하지 아니하는 성적인 행위를 하고 그 행위가 위에서 언급한 목적이나 효과를 가지는 경우이다(제26조 제2항). 셋째, 원하지 않는 성적인 행동이나 성전환 또는 성과 관련된 행위를 하고, 그 행위가 위에서 언급한 목적이나 효과를 가지며, 거부나 순응을 이유로 불리한 대우를 하는 경우이다(제26조 제3항). 행위가 위와 같은 목적이나 효과를 가지는지 여부를 판단할 때에는 피해자의 인식, 기타 사건의 상황, 행위가 가지는 효과 등을 고려해야 한다(제26조 제4항). 괴롭힘과 관련되는 보호특성은 연령, 장애, 성전환, 인종, 종교 또는 신념, 성, 성적 지향이다(제26조 제5항).

원하지 아니하는 행위의 효과를 판단할 때 법원은 구체적인 사안에서 서로 대립되는 권리 사이에서 균형점을 찾아야 할 것이다. 예를 들어, 괴롭힘에 관한 규정으로 인하여 표현의 자유 또는 학문의 자유가 침해되지 않도록 유의해야 할 필요가 있다.

사용자가 직장 내에서 성적인 물건을 전시하는 경우(예를 들어, 여성 비키니 달력 등)에 직장 내 근로자에 대한 괴롭힘이 될 수 있다.²⁹⁴⁾ 가게 주인이 종업원을 유혹하려고 하였으나 종업원이 거절하여 승진이 거부된 경우에 승진이 거부될 특별한 사정이 없었다면 괴롭힘에 해당할 수 있다.²⁹⁵⁾

(2) 보복(Victimization)

피해자가 보호되는 행위를 하거나 할 것이라고 생각하여 보복하는 것은 금지된다(제27조 제1항). 보호되는 행위란 평등법에 따른 절차를 취하는 것, 평등법에 따른 절차와 관련하여 증거 또는 정보를 제공하는 것, 평등법과 관련한 행위를 하는 것, 평등법 위반에 관한 주장을 하는 것 등이 해당한다(제27조 제2항). 악의로 허위의 증거 또는 정보를 제공하거나 허위의 주장을 제기하는 것은 보호되지 않는다(제27조 제3항). 평등법상 보복은 차별이 아니므로 피해자에 대한 대우와 보호되는 행위를 하지 아니한 다른 사람에 대한 대우를 비교할 필요가 없다. 여성 근로자가 사용자에게

294) para. 99.

295) para. 99.

성차별 문제를 제기하였다가 승진이 거부된다면 이는 보복에 해당한다.²⁹⁶⁾ 근로자가 동료의 성적 괴롭힘에 관한 문제를 지원하고 있다고 사용자가 판단하여 근로자를 해고하겠다고 위협하면 이는 보복에 해당한다.²⁹⁷⁾ 근로자가 회사 동료의 사용자에게 대하여 평등법위반 소송에 허위의 증거를 제공한 경우에 사용자가 이를 이유로 그 근로자를 해고하였다면 이는 보복에 해당하지 않는다.²⁹⁸⁾

4. 차별금지의 영역

가. 서비스와 공적 기능

서비스와 공적 기능의 영역에서는 보호특성 중 18세에 이르지 아니한 사람과 결혼 및 민사파트너 관계에 적용되지 아니한다(제28조 제1항). 부동산, 직장, 교육에 관한 평등법의 규정에 의하여 차별, 괴롭힘, 보복 등이 위법한 경우에는 당해 규정이 적용되며, 서비스와 공적 기능에 관한 규정은 적용되지 않는다(제28조 제2항).

서비스 공급자는 유료, 무료를 불문하고 서비스를 필요로 하는 사람에게 서비스를 제공하지 아니하는 방법으로 차별하여서는 아니 된다(제29조 제1항). 서비스 공급자는 거래조건에 관하여 또는 거래를 중단하거나 손해를 가하는 방법으로 차별할 수 없다(제29조 제2항). 서비스 공급자는 서비스를 필요로 하는 사람 또는 서비스를 제공받는 사람을 괴롭힐 수 없다(제29조 제3항). 서비스 공급자는 서비스를 제공하지 아니하는 방법으로 서비스를 필요로 하는 사람에게 보복할 수 없다(제29조 제4항). 서비스 공급자는 거래조건에 관하여, 공급거부 등의 방법으로 보복할 수 없다(제29조 제5항). 서비스 공급자가 아닌 공적 기능을 수행하는 사람도 차별, 괴롭힘, 보복에 해당하는 행위를 할 수 없다(제29조 제6항). 서비스 제공과 공적 기능에 대하여는 합리적인 조정을 할 의무가 적용된다(제29조 제7항). 서비스 제공 또는 공적 기능의 행사와 관련한 괴롭힘의 금지에 관한 규정은 성적 지향, 종교, 신념에 적용되지 않는다(제29조 제8항).

나이트 클럽이 남성에 대하여는 10파운드, 여성에 대하여는 5파운드의 입장료를 징수

296) para. 103.

297) para. 103.

298) para. 102.

하면서 여성 손님을 더 끌기 위한 것이라고 설명한다면 이는 직접적인 성차별에 해당한다.²⁹⁹⁾ 회사가 근로자들을 위하여 레프팅이나 암벽 등반 등 야외 활동을 조직하면서 안전모를 착용하도록 하는 경우에 터번을 써야 하는 시크교도에 대한 간접 차별이 될 수 있다.³⁰⁰⁾ 다만, 건강이나 안전을 이유로 정당화될 여지가 있다. 부분적 마비와 심각한 시력 장애 등 장기간에 걸친 건강상의 문제를 가진 사람이 교도소에 수감된 경우에, 즉시 이에 적합한 수감시설에 수용될 필요가 있다는 진단에도 불구하고 일반적인 수감시설에 수용되었다면 장애를 고려한 조정의무를 위반한 차별에 해당할 수 있다.³⁰¹⁾

나. 부동산

보호특성 중 연령, 결혼 및 민사파트너 관계는 부동산에 적용되지 않는다(제32조 제1항). 부동산을 처분할 권리가 있는 사람은 거래조건과 관련하여 또는 부동산을 처분하지 아니하는 방법으로 또는 부동산을 구하려는 사람에 대한 대우에서 차별할 수 없다(제33조 제1항). 부동산을 처분할 권리를 가진 사람은 부동산 점유 또는 처분과 관련하여 점유자를 괴롭힐 수 없다(제33조 제3항). 부동산을 처분할 권리를 가진 사람은 거래조건과 관련하여 또는 부동산을 처분하지 아니하는 방법으로 또는 부동산을 구하려는 사람에 대한 대우에서 보복할 수 없다(제33조 제4항). 그러나 성적 지향, 종교, 신념을 이유로 괴롭힐 수 없다는 규정은 부동산 처분에 적용되지 않는다(제33조 제6항).

부동산 처분에 관하여 허가권을 가진 사람은 허가를 거부하는 방법으로 차별할 수 없다(제34조 제1항). 부동산 처분의 허가에서 괴롭힘이나 보복도 금지된다(제34조 제2항, 제3항). 장애인인 임차인이 집주인에게 주택의 전대에 대한 허가를 구하는 경우에 집주인이 임차인이 장애인이라는 이유로 이를 거부한다면 이는 장애를 이유로 한 직접 차별에 해당한다. 부동산을 관리하는 사람도 부동산 임차인이 부동산을 사용하도록 하거나 거부하는 등의 방법이나 퇴거 등의 방법으로 차별할 수 없다(제35조 제1항).

부동산의 관리자가 다른 임차인들이 공동 정원의 이용을 제한하지 아니하면서 성전

299) para. 113.

300) para. 113.

301) para. 113.

환자라는 이유로 공동 정원의 이용을 제한하는 경우에 성전환을 이유로 한 직접 차별에 해당한다.³⁰²⁾ 부동산의 관리자가 레즈비언 임차인이 종전에 차별에 관한 주장을 하였다는 이유로 다른 임차인이 이용하는 시설을 레즈비언 임차인이 이용할 수 없게 하거나 이용에 관한 정보를 고의로 알려주지 아니하였다면 보복에 해당할 수 있다.³⁰³⁾ 임대 부동산의 임대인 등은 합리적인 조정을 할 의무를 부담한다(제36조).

다. 직장

(1) 고용

1) 근로자

사용자는 채용을 위한 의사결정, 고용조건에서 차별할 수 없으며, 근로자를 고용하지 아니하는 방법으로 차별할 수 없다(제39조 제1항). 사용자는 고용 이후의 고용조건, 승진, 전보, 훈련을 위한 기회제공, 혜택, 시설, 서비스 등의 이용을 위한 기회제공에서 근로자를 차별할 수 없다(제39조 제2항). 사용자는 고용을 위한 의사결정, 고용조건에 대하여 보복하거나 고용을 하지 않는 방법으로 보복할 수 없다(제39조 제3항). 사용자는 근로자의 고용조건에 관하여, 근로자가 승진, 전직, 훈련, 혜택, 시설, 서비스의 기회에 관한 접근을 제공하는 방식에서, 또는 이러한 접근을 허용하지 않는 방식으로 또는 해고하거나 기타 해를 가하는 방법으로 보복할 수 없다(제39조 제4항). 사용자는 합리적인 조정을 할 의무가 있다(제39조 제5항).

구직 신청자가 간질을 앓는다는 이유로 장애인을 인터뷰 대상에서 제외한다면 이는 장애를 이유로 한 직접 차별에 해당한다.³⁰⁴⁾ 사용자가 여성 구직자가 임신하였다는 이유로 정해진 것보다 낮은 임금을 제시한다면 여성은 비교 대상이 없으므로 평등조항에 따른 주장을 할 수 없으나 직접 차별을 주장할 수 있을 것이다.³⁰⁵⁾ 승진 대상자가 종전에 다른 동료의 차별 사건을 지원하였다는 이유로 사용자가 승진을 위한 인터뷰를 거부한다면 이는 보복에 해당한다.³⁰⁶⁾ 사용자가 모든 직원들에게 수염을 기르지

302) para. 133.

303) para. 133.

304) para. 144.

305) para. 144.

306) para. 144.

말도록 한다면 이는 무슬림에게 특별한 영향을 미치므로 간접 차별에 해당할 수 있다.³⁰⁷⁾ 사용자는 근로자 또는 근로자가 되기 위하여 지원한 자를 괴롭힐 수 없다(제40조 제1항).

사용자는 고용조건, 혜택, 시설, 서비스 등의 이용 등에서 파견 근로자를 차별할 수 없다(제41조 제1항). 사용자는 파견 근로자를 괴롭히거나 보복할 수 없다(제41조 제3항). 직장 또는 고용에서 사람을 차별 또는 괴롭히거나 보복하여서는 아니 된다.³⁰⁸⁾ 고용과 관련된 평등에는 남녀 사이의 임금차별금지, 임신 및 육아비, 근로자가 자신의 임금을 공개하는 것을 금지하는 고용계약을 불법으로 규정하는 조항, 고용인이 남녀 사이의 임금 차이를 공개하도록 하는 규정, 근로자가 될 사람에 대하여 장애 또는 건강에 관한 질문을 제한하는 규정 등이 포함되어 있다.

호텔 매니저가 파견회사가 파견한 흑인 파견근로자의 발음으로 고객들이 불편할지 모른다는 이유로 파견근로자를 거부한다면 이는 직접 차별에 해당한다.³⁰⁹⁾ 은행이 남성 근로자와는 달리 여성 파견근로자에게 커피를 타도록 강요한다면 이는 직접 차별에 해당한다.³¹⁰⁾

2) 경찰관

직장과 관련하여 경찰관의 직을 가지는 것은 경찰 책임자가 경찰관에게 한 행위 또는 경찰관 임명과 관련하여 고용으로 간주된다(제42조 제1항). 경찰 사관생도로 임명되는 것도 고용으로 간주된다(제42조 제2항).

3) 조합

조합(partnership)은 파트너를 임명함에 있어서, 파트너의 계약조건과 관련하여, 또는 파트너의 직을 제안하지 아니하는 방법으로 사람을 차별할 수 없다(제44조 제1항). 조합은 파트너에 대하여 그 계약조건, 승진, 전보, 훈련 등이 기회제공, 기타의 혜택, 시설 또는 서비스 이용에서 차별할 수 없다. 조합은 파트너를 쫓아내는 방법으로 차별할 수 없다(제44조 제2항). 조합은 파트너를 괴롭힐 수 없으며, 파트너의 결정,

307) para. 144.

308) Part 5.

309) para. 148.

310) para. 148.

파트너와의 계약조건에서 보복할 수 없으며, 파트너의 지위를 거부하는 방식으로 보복할 수 없다(제44조 제3항, 제4항, 제5항). 조합은 합리적인 조정을 할 의무를 부담한다(제44조 제7항). 예를 들어, 흑인이라는 이유로 조합에 파트너로 가입할 수 있는 사람의 가입을 거부한다면 이는 직접 차별에 해당한다. 이러한 규정들은 대체로 유한 책임조합에도 동일하게 적용된다(제45조 참조).

4) 변호사

법정변호사는 연수생을 받거나 사무실을 임대하는 약정, 그 거래조건과 관련하여, 또는 연수생을 받지 않거나 사무실을 임대하지 않는 방법으로 차별할 수 없다(제47조 제1항). 법정변호사는 연수생, 사무실 임차인과의 계약조건, 이들이 훈련 또는 경험을 얻을 기회, 혜택, 시설, 서비스를 받을 기회에 대한 접근과 관련하여, 연수를 종료하도록 하거나 변호사 사무실을 떠나도록 하는 등의 방법으로 차별할 수 없다(제47조 제2항). 법정변호사는 연수생 또는 사무실 임차인을 괴롭히거나 이들에 대하여 보복할 수 없다(제47조 제3항, 제4항). 법정변호사는 합리적인 조정을 할 의무가 있다(제47조 제7항).

법정변호사가 가사사건 등 일정 사건들은 여성 연수생들이 남성 연수생들보다 더 잘 할 수 있다는 전제 아래 여성 연수생들은 제한된 사건만을 다루도록 한다면 이는 직접 차별에 해당한다.³¹¹⁾ 이러한 규정들은 사무 변호사(advocate)에게도 대체로 동일하게 적용된다(제48조).

5) 사무직

개인 사무직을 채용하는 권한을 가진 사람은 채용결정, 채용조건과 관련하여, 또는 채용하지 아니하는 방법으로 차별할 수 없다(제49조 제3항). 개인 사무직을 채용하는 권한을 가진 사람은 구직자를 괴롭히거나 채용결정 및 조건과 관련하여 보복할 수 없다(제49조 제4항). 이러한 규정은 구직자가 채용된 이후에도 적용된다(제49조 제6항, 제7항, 제8항). 피고용인으로서 개인 사무직에 종사하는 사람은 고용관계에 관한 규정에 의하여 보호를 받으므로 이 규정의 적용을 받지 않는다. 개인 사무직이란 다른 사람에 의하여 지정된 시간과 장소에서 개인적으로 기능을 수행하여 보수를 받는 사람을 의미한다(제49조 제10항). 예를 들어, 회사 이사회가 임원 후보가 흑인이라는 이유

311) para. 164.

로 이사회 구성원으로 선임하지 않는다면 이는 직접 차별에 해당한다. 여성이 임신하였다는 이유로 회사가 이사 선임을 종료한다면 이는 직접 차별에 해당한다.³¹²⁾

공무원을 채용하는 권한을 가진 사람은 채용의 의사결정, 채용조건과 관련하여 차별할 수 없다(제50조 제3항). 공무원을 채용하는 권한을 가진 사람은 구직자를 괴롭히거나 채용의 의사결정, 채용조건과 관련하여 보복할 수 없다(제50조 제5항). 이러한 규정은 공무원이 채용된 이후에도 적용된다(제50조 제6항 내지 제10항).

공무원 채용에 추천권을 가지거나 채용에 승인할 권한을 가지는 사람은 추천이나 승인과정에서 차별할 수 없다. 나아가 추천 거부, 부정적인 추천, 채용에 승인하지 아니하는 방법으로 차별할 수 없다(제51조 제1항).

6) 자격부여 기관

자격부여 기관은 자격부여 여부의 결정, 자격부여조건 등과 관련하여 사람을 차별할 수 없으며, 자격을 부여하지 아니하는 방법으로 차별할 수 없다(제53조 제1항). 자격부여 기관은 자격을 받을 사람에 대하여 자격부여의 철회, 자격부여조건의 변경 등의 방법으로 차별할 수 없다(제53조 제2항). 자격부여 기관은 자격을 부여받은 사람을 괴롭히거나 자격부여의 결정, 자격부여의 조건 등과 관련하여 보복할 수 없다(제53조 제4항). 합리적인 조정을 할 의무는 자격부여 기관에 적용된다(제53조 제6항). 자격부여 기관이 장애인에게 능력기준을 적용하는 것은 정당한 사유가 있다면 장애인 차별에 해당하지 않는다(제53조 제7항).

전기기술자 자격을 부여하는 기관이 동성애자라는 이유로 자격부여를 거부한다면 직접 차별에 해당한다.³¹³⁾ 직업적인 상인들의 명부를 관리하는 단체가 신청자의 이름이 영국식이 아니라는 이유로 등록을 거부한다면 직접 차별에 해당한다.³¹⁴⁾

7) 고용 서비스

고용 서비스 제공자는 누구에게 고용 서비스를 제공할 것인가에 관하여 차별할 수 없으며, 고용 서비스 제공의 조건에 관하여 차별할 수 없다. 서비스를 제공하지

312) para. 172.

313) para. 184.

314) para. 184.

아니하는 방법으로 차별할 수 없다(제55조 제1항). 고용 서비스 제공자는 서비스를 제공받는 사람을 괴롭히거나 보복할 수 없다(제55조 제3항, 제4항). 고용 서비스 제공자는 합리적인 조정을 할 의무가 있다(제55조 제6항).

배관공을 훈련하는 회사가 여성 배관공을 고용하는 사람들이 없을 것이라고 생각하여 여성 훈련생의 등록을 거부한다면 이는 직접 차별에 해당한다.³¹⁵⁾ 특정한 지역에 거주하는 학부모들은 백인 선생님을 원할 것이라고 생각하여 고용 서비스를 제공하는 기관이 백인 선생님들에게만 고용 기회를 준다면 이는 직접 차별에 해당한다.³¹⁶⁾ 고용 서비스를 제공하는 기관은 웹사이트에 고용정보를 광고할 때에 다양한 접근 프로그램을 이용하여 장애인들이 접근할 수 있도록 합리적인 조정을 해야 한다.³¹⁷⁾

8) 협상기구

협상기구(Trade organizations)들은 회원 가입의 결정시, 가입조건과 관련하여 차별할 수 없으며, 회원가입신청을 거부하여 차별할 수 없다(제57조 제1항). 협상기구는 회원에게 혜택, 시설, 서비스 이용의 기회에서 차별할 수 없다. 회원 자격을 박탈하거나 회원조건을 변경하는 등으로 차별할 수 없다(제57조 제2항). 협상기구는 회원을 괴롭히거나 회원에 대하여 보복할 수 없다(제57조 제3항 내지 제5항). 협상기구라 함은 노동조합 등 노동자단체 또는 사용자 단체, 기구의 존재 목적을 위하여 특별한 직무나 업무를 행하는 기구를 말한다(제57조 제7항).

9) 지방 당국의 구성원

지방 당국은 당국의 구성원의 공식적인 업무수행과 관련하여 구성원에게 훈련 또는 시설이용의 기회에 대한 접근을 부여하거나 거부하는 방식으로 구성원을 차별할 수 없다(제58조 제1항). 지방 당국은 구성원의 공식적인 업무수행과 관련하여 구성원을 괴롭힐 수 없다(제58조 제2항). 지방 당국은 제1항에 언급된 방법으로 보복할 수 없다(제58조 제3항). 지방 당국은 합리적인 조정을 할 의무가 있다(제58조 제6항).

315) para. 189.

316) para. 189.

317) para. 189.

10) 장애와 건강에 관한 질문

채용 담당자는 일자리를 제안하기 이전에는 구직 신청자의 건강에 관하여 질문할 수 없다(제60조 제1항). 채용 담당자가 일자리를 제안할 위치에 있지 아니한 경우에는 구직 신청자 집단 중의 사람에게 일자리를 제안하기로 결정할 때까지 구직 신청자의 건강에 관하여 질문할 수 없다(제60조 제1항). 단지 구직 신청자의 건강을 질문하였다는 것만으로는 관련 장애인 규정을 위반하지 않지만 답변으로 얻어진 정보에 기반한 채용 담당자의 행위는 장애인 관련 규정을 위반할 수 있다(제60조 제3항).

다만, 구직 신청자의 건강에 관하여 질문할 수 있는 경우는 다음과 같다(제60조 제6항). 첫째, 구직 신청자가 직무에 적합한지에 관한 평가에 참여할 수 있는지 파악하기 위한 경우, 둘째, 장애인이 채용 절차에 참여할 수 있도록 합리적인 조정을 하기 위한 경우, 셋째, 구직 신청자가 직무의 본질적인 기능을 수행할 수 있는지 확인하기 위하여 필요한 경우, 넷째, 구직 신청의 다양성을 파악하기 위한 경우, 다섯째, 장애인 고용을 위한 적극적인 조치를 위한 경우, 여섯째, 장애인을 위한 직업적 요건이 있는 경우에 적합한 후보자를 찾기 위한 경우이다. 국가안보를 위한 경우에도 이 조항은 적용되지 않는다(제60조 제14항). 평등인권위원회는 이 조항의 이행을 위한 권한을 가지고 있다(제120조 제8항).

사용자가 이 조항에 의하여 허용되지 아니한 질문을 하고 구직 신청자의 채용을 거부하는 경우에 구직 신청자가 고용심판원에 직접 차별을 이유로 신청을 제기한다면 사용자는 차별하지 아니하였다는 입증을 해야 할 것이다.³¹⁸⁾

1995년 장애인차별금지법은 새로운 규정으로서 사용자가 구직자에게 건강 또는 장애와 관련된 질문의 결과를 이용하여 차별을 하는 것을 금지하였지만, 이에 관한 질문을 금지하지는 않았다. 사용자가 채용절차에서 합리적인 조정을 할 수 있도록 구직자가 장애를 가지고 있는지 여부를 신청양식을 통하여 질문하는 경우에 장애인 면접을 위한 추가시간을 확보하는 등 장애인에 필요한 조정을 위한 것이라면 허용될 수 있다.³¹⁹⁾ 구직자가 무거운 물건을 다루는 창고 관련 직종에 지원한 경우에 육체노동은 이 직종에 본질적인 것이므로 사용자는 구직자의 건강에 관한 질문을 할 수 있다.³²⁰⁾

318) para. 200.

319) para. 202.

320) para. 202.

(2) 직장연금

직장연금은 비차별규칙을 포함하는 것으로 간주된다(제61조 제1항). 비차별규칙이란 직장연금의 업무를 수행하는 책임자는 이와 관련하여 가입자 또는 가입신청자를 차별하거나 괴롭히거나 보복할 수 없는 규정을 의미한다(제61조 제2항). 책임자란 연금수탁자, 관리자, 사용자 등을 의미한다(제61조 제4항). 직장연금은 종전의 입법에서 이미 연령, 장애, 종교 또는 신념, 성적 지향과 관련하여 비차별규칙을 포함하도록 되어 있었다. 이 규정으로 이 원칙은 인종, 성전환, 결혼 및 민사파트너 관계, 성에 확대하여 적용된다.³²¹⁾ 연금수탁자 또는 관리자는 결의를 통하여 연금에 비차별규칙을 적용하는 수정을 가할 수 있다(제62조 제3항).

(3) 고용조건의 평등

1) 성평등

평등법 제5부, 제3장(제64조 내지 제70조)은 고용관계에서 임금 및 기타 고용조건에서 남녀 사이의 평등을 달성하기 위한 규정이다. 이를 위하여 성평등조항이 고용계약에 포함되어 있다고 본다. 이를 통하여 근로자와 비교대상자인 다른 근로자 사이의 고용조건의 평등을 보장하는 것이다. 성평등에 관한 제66조 내지 제70조의 규정은 어떤 사람(A)이 이성(opposite sex) 비교대상자(comparator, B)가 하는 일과 동등한 일을 하는 일에 고용된 경우 또는 개인 사무직 또는 공직을 가지는 사람(A)이 이성 비교대상자(B)가 하는 일과 동등한 일을 하는 경우에 적용된다(제64조 제1항, 제2항). 평등법 제79조의 규정은 비교대상자를 정의하고 있으므로 제64조의 규정은 제79조의 규정과 함께 해석해야 한다.

비교대상자는 가상의 사람이 아니라 현실의 사람이어야 한다.³²²⁾ 제64조 제2항은 비교대상자인 B가 하는 일은 A가 하는 일과 동일한 시기의 일에 한정되지 않는다고 규정하고 있다. 이는 이성 비교대상자가 평등법 제5부 제3장의 규정에 따라 청구를 제기하는 사람과 동일한 시기에 고용된 사람일 필요는 없으며 종전의 근로자도 비교대상자가 될 수 있다고 한 *Macarthy's Ltd v Smith*(C 129;[1981] 1 All ER 111;[1980]

321) para. 210.

322) para. 219.

ECR 1275 사건의 판례법을 유지하기 위한 규정이다.³²³⁾

A의 직무가 B의 직무와 유사하거나 동등하다고 평가되거나 동등한 가치를 갖는다면 양자의 직무는 동등하다(제65조 제1항). A의 직무가 B의 직무와 동일하거나 넓게 보아 유사하고, 양자 사이의 직무상의 차이가 고용조건과 관련하여 실질상의 중요성을 갖지 못하는 경우에는 A와 B의 직무는 유사하다(제65조 제2항). 제65조 제2항이 규정하는 비교를 위하여 실무상 양자의 직무 사이의 차이가 발생하는 빈도와 차이의 성질, 범위를 고려할 필요가 있다(제65조 제3항). 업무평가조사를 통하여 근로자에 대한 요구조건의 면에서 A와 B의 업무가 동등한 가치를 갖는 것으로 인정된다면 A의 직무는 B의 직무와 동등하다고 평가된다(제65조 제4항). 직무체제가 근로자에 대한 요구조건의 목적상 남성에게 여성과 다른 가치를 부여하면 그러한 직무체제는 성에 한정적(sex-specific)이다(제65조 제5항). A의 직무가 B의 직무와 유사하지도 않고 동등하다고 평가되지도 않으나 노력, 기술, 의사결정 등의 요소를 참작하여 A에 대한 요구의 면에서 양자가 동등하면 A의 직무는 B의 직무와 동등한 가치가 있다(제65조 제6항). 예를 들어, 슈퍼마켓에서 일하는 남자 근로자가 종종 무거운 물건을 옮기는 경우에도 남녀 근로자는 유사한 기술을 요하는 유사한 업무를 행하므로 유사한 직무를 행한다.³²⁴⁾ 남녀 사이의 업무의 차이는 고용 조건의 면에서 실질적으로 중요하다고 볼 수 없기 때문이다. 업무평가조사가 여성의 업무와 비교대상자인 임금을 더 받는 남성의 업무가 동등하다고 평가하지 않은 경우에 이 조사가 남성의 업무와 관련된 기술에 부당한 가중치를 주지 않았다면 양자의 업무가 동등하다고 평가될 상황이라면 평등조항이 작동하게 된다.³²⁵⁾

만일 A의 고용조건이 성평등조항을 포함하지 않는다면 이를 포함하는 것으로 간주된다(제66조 제1항). 성평등조항이라 함은 A의 고용조건이 비교대상자인 B의 고용조건보다 불리한 경우에 A의 고용조건이 더 불리하지 않도록 변경되는 효과를 갖거나 B에게 혜택을 주는 조건을 A의 고용조건이 갖지 못하는 경우에 이러한 조건이 포함되는 것으로 변경되는 효과를 갖는 조항을 말한다(제66조 제2항). 예를 들어, 남성 근로자의 계약이 근로자가 사용자의 자동차를 사적인 목적으로 이용할 수 있다는 조항을

323) para. 219.

324) para. 221.

325) para. 221.

포함하는 경우에 동등한 일을 하는 여성 근로자의 계약서에 이러한 내용이 없어도 위 조항은 여성 근로자의 계약에 포함된다.

만일 직장연금이 성평등규칙을 포함하지 않는다면 이를 포함하는 것으로 해석된다(제 67조 제1항). 성평등규칙이라 함은 관련 조건이 어느 일방의 성에 불리한 경우에 그 조건이 수정되거나 어느 일방에 불리하도록 하는 재량권의 행사를 금지하도록 변경되는 효과가 발생하는 조항을 의미한다(제67조 제2항). 직장연금의 규칙이 연금에 가입하기 위해서는 전일제(full-time) 근무자여야 한다는 규정을 두고 있다면 이 규정은 여성 근로자에게 불리한 영향을 미칠 수 있으므로 성평등규칙을 위반할 여지가 있다.³²⁶⁾

일반적으로 근로자의 업무와 이성인 비교대상자의 업무가 동등함에도 불구하고 고용조건이 동일하지 않으면 성평등조항이 적용된다. 다만, 사용자가 고용조건 차이의 관련되는 중요한 요인에 기인하며, 직접 또는 간접적으로 근로자를 성에 기초하여 차별하는 것이 아니라는 점을 입증하면 성평등조항이나 성평등규칙은 적용되지 않는다(제69조).

예를 들어, 사용자가 생산량을 증대하기 위하여 야간교대로 동일한 일을 하는 근로자들에게 보너스를 지급하기로 한 경우에 야간교대로 일을 할 수 있는 여성 근로자가 많지 아니하여 대부분의 보너스가 남성들에게 지급되었다고 하더라도 사용자의 목적은 정당하며 야간교대로 일하는 근로자들에 대한 보너스 지급은 이를 달성하기 위한 비례적인 수단이다.³²⁷⁾ 만일, 회계법인이 근로자들의 임금을 퇴근 이후의 활동을 포함한 고객유치활동이 기초하여 산정하는 경우에 여성 근로자들이 가사문제로 남성 근로자들보다 고객유치의 실적이 저조하여 임금이 동료 남성들보다 상당히 낮다면 여성이 입는 불이익을 고려할 때 임금 산정 방식이 적절하다고 보기 어렵다.³²⁸⁾

2) 임신 및 출산 평등

만일 여성의 고용조건이 출산평등조항을 포함하지 않는다면 이를 포함하는 것으로 간주된다(제73조 제1항). 출산 관련 임금이 특정한 시기의 임금을 참작하여 계산되도록 규정하는 여성의 고용조건은 다음 어느 하나의 조건이 충족되면 임금이 증가되도

326) para. 231.

327) para. 240.

328) para. 240.

록 변경되어야 한다. 첫째, 위 특정한 시기 이후로 보호기간의 만료 이전에 여성의 임금이 증가하거나 출산 휴가가 없었다면 증가하였을 것, 둘째, 출산 관련 수당이 출산 휴가가 없었다면 여성이 받았을 임금이 아니거나 출산 관련 수당이 여성이 받을 권리가 있는 규정상의 출산 수당과 출산 휴가가 없었다면 받았을 수당 사이의 차이가 아닐 것, 셋째, 여성의 고용조건이 출산 관련 수당이 임금의 증가를 반영하도록 규정하지 아니하거나 증가하였을 임금의 증가를 규정하지 아니한 경우이다(제74조 제2항, 제3항, 제4항). 보호기간의 종료 이후의 임금을 규정하고 있으나 출산 휴가가 없었다면 있었을 임금의 상승을 규정하지 않는 여성의 고용조건은 임금의 증가를 반영하도록 변경된다(제74조 제8항). 여기서 말하는 출산 관련 수당은 임신으로 여성이 받을 수당 또는 출산 휴가 기간 동안 받을 수당을 의미한다(제74조 제9항).

직장연금이 출산평등규칙을 포함하지 않는다면 이를 포함하는 것으로 간주된다(제75조 제1항). 관련 조건이 여성이 출산 휴가 중인 시기를 출산 휴가가 아닌 시기와 동일하게 대우하지 않는 경우에 그 조건은 출산 휴가 기간을 출산 휴가가 아닌 시기와 동일하게 대우하는 것으로 변경된다(제75조 제3항). 관련 규정이 여성의 출산 휴가 기간을 출산 휴가가 아닌 시기와 다르게 대우할 수 있도록 재량권을 부여한 경우에 이러한 규정은 재량을 인정하지 않는 것으로 변경된다(제75조 제4항). 그러므로 출산 휴가 중인 여성은 임금을 지급받는지 여부와 상관없이 휴가 기간 동안 직장연금의 자격을 유지하며, 통상적인 임금을 지급받는 것과 동일한 권리가 있으나 납부금은 실제로 지급받는 임금을 기준으로 한다.³²⁹⁾

3) 정보의 공개

개인의 고용조건에 관한 정보를 공개하는 것을 제한하는 고용조건은 관련 임금의 공개에 관하여 강제될 수 없다(제77조 제1항). 동료로부터 동료의 고용조건에 관한 정보를 얻으려는 것을 제한하는 고용조건은 동료로부터 관련 임금 정보의 공개를 구하는 경우 강제될 수 없다(제77조 제2항).

남녀 근로자 사이의 임금 격차가 있는지 여부를 파악하기 위하여 사용자가 근로자의 임금에 관한 정보를 공개하도록 요구할 수 있다는 것을 시행령으로 규정할 수

329) para. 264.

있다(제78조 제1항). 이 규정은 250인 이하의 근로자를 가진 사용자에게 적용되지 않는다(제78조 제2항).

라. 교육

(1) 학교

보호특성 중 연령, 결혼 및 민사파트너관계는 학교에 적용되지 않는다(제84조). 학교는 학생의 입학, 입학조건에 관하여 차별할 수 없으며, 입학을 거부하는 방식으로 차별해서는 아니 된다(제85조 제1항). 학교는 학생 교육의 방식, 혜택, 시설, 서비스의 제공 방식에서 차별할 수 없으며, 교육의 거부, 혜택, 시설, 서비스의 접근 거부, 퇴학 등의 방식으로 차별할 수 없다(제85조 제2항). 학교는 학생을 괴롭히거나 보복할 수 없다(제85조 제3항, 제4항, 제5항). 보호특성 중 연령은 학교에 적용되지 않으므로 학교가 학교활동, 교복, 휴식시간 등에서 학년별로 다른 대우를 하는 것은 차별에 해당하지 않는다. 학교는 장애인 학생들을 위하여 합리적인 조정을 할 의무가 있다(제85조 제6항). 예를 들어, 학교가 성적 지향을 이유로 동성애자인 학생이 반장이 되는 것을 인정하지 않았다면 직접 차별에 해당한다.³³⁰⁾ 학교의 선생이 수업 중 장애를 이유로 장애인 학생을 놀리거나 여학생들을 곤혹스럽게 하거나 모욕적인 말을 하는 경우에 이는 괴롭힘에 해당한다.³³¹⁾

선의로 허위의 증거, 정보를 제공하거나 허위 주장을 하는 경우에 어린이의 부모 또는 자매가 허위의 증거, 정보를 제공하거나 주장을 하고, 어린이가 악의로 행동하는 경우에 그 행위는 보호받는 행위가 아니다(제86조 제3항). 악의로 허위의 증거, 정보를 제공하거나 허위의 주장을 하는 경우에 어린이의 부모 또는 형제자매가 그 증거, 정보를 제공하거나 주장을 하고, 어린이가 선의로 행동하는 경우에 보호받는 행위이다(제86조 제4항). 결국, 허위의 증거, 정보를 제공하거나 허위 주장을 하는 경우에 당해 어린이가 선의이면 보호받는다.

제86조는 학생의 부모나 형제자매가 차별에 관한 주장을 제기하는 등 보호되는 행위의 결과로 학생이 보복을 받지 않도록 보호하며, 자녀들이 보복을 받을 것을

330) para. 295.

331) para. 295.

우려하여 부모들이 차별에 관한 문제를 제기하는 것을 꺼려하지 않도록 하는 목적을 갖는다.³³²⁾

(2) 상급 및 고등교육

보호특성 중 결혼 및 민사파트너 관계는 상급 및 고등교육에 적용되지 않는다(제90조). 교육기관은 학생의 입학결정, 입학조건에서 차별할 수 없으며, 입학을 거부하는 방식으로 학생을 차별할 수 없다(제91조 제1항). 교육기관은 학생교육, 학생에 대한 혜택, 시설, 서비스 이용의 방법에서 차별할 수 없으며, 교육의 거부, 혜택, 시설, 서비스 이용의 거부, 퇴학, 기타의 방법으로 차별할 수 없다(제91조 제2항). 교육기관은 자격부여 여부, 자격부여의 조건에 관하여 장애인을 차별할 수 없으며, 장애인에 대하여 자격부여를 거부하는 등의 방법으로 장애인을 차별할 수 없다(제91조 제3항). 교육기관은 학생, 입학 지원자, 교육기관이 부여하는 자격을 가지거나 지원한 장애인을 괴롭힐 수 없다(제91조 제5항). 교육기관은 입학생 결정, 입학의 조건에 관하여 보복할 수 없으며, 입학을 거부하는 방법으로 보복할 수 없다(제91조 제6항). 교육기관은 학생교육의 방법, 혜택, 시설, 서비스의 접근에서 학생에게 보복할 수 없으며, 교육 거부, 혜택, 시설, 서비스의 거부, 퇴학 등의 방법으로 학생에게 보복할 수 없다(제91조 제7항). 교육기관은 자격 부여 여부의 결정, 자격부여의 조건과 관련하여 장애인에게 보복할 수 없으며, 자격부여의 거부 등으로 장애인에게 보복할 수 없다(제91조 제8항). 차별, 괴롭힘, 보복 금지 등의 규정은 상급 및 고등교육의 등록과 관련된 거의 모든 과정, 레크레이션 또는 훈련시설의 이용에도 동일하게 적용된다(제92조 제93조).

(3) 일반적 자격 부여 기관

보호특성 중 결혼, 민사파트너 관계는 일반적 자격 부여 기관에 적용되지 않는다(제95조). 자격 부여 기관은 자격의 부여와 관련하여 차별, 괴롭힘, 보복 등을 할 수 없다(제96조). 자격 부여 기관은 장애인에게 합리적인 조정을 할 의무를 부담한다(제96조 제6항). 예를 들어, 자격을 부여할 때에 필요한 시험에서 장애인에게 추가시간을 부여하거나 시각 장애인을 위하여 점자 문제지를 제공하는 것 등을 고려할 수 있다.

332) para. 296.

마. 단체

보호특성 중 결혼 및 민사파트너 관계는 단체에 적용되지 않는다(제100조 제1항). 단체는 회원가입 여부, 회원가입의 조건과 관련하여 사람을 차별할 수 없으며, 회원가입을 거부하는 방식으로 사람을 차별할 수 없다(제101조 제1항). 단체는 회원에 대하여 혜택, 시설, 서비스의 접근을 방법을 통하여 또는 이를 거부하는 방식으로 회원을 차별할 수 없다(제101조 제2항). 단체는 회원자격의 박탈, 회원자격조건의 변경 등으로 회원을 차별할 수 없다(제101조 제2항). 제101조 제2항의 규정은 준회원에게도 적용된다(제101조 제3항). 단체는 회원, 회원 가입 희망자, 준회원을 괴롭힐 수 없다(제101조 제4항). 단체는 회원가입결정, 가입조건, 회원가입의 거부 등의 방법으로 보복할 수 없다(제101조 제5항, 제6항, 제7항). 회원에 대한 차별, 괴롭힘, 보복 금지 등의 조항은 단체가 초청하는 방문객(guests)에게도 동일하게 적용된다(제102조 참조).

종전의 입법에서는 단체와 관련하여 인종, 장애, 성적 지향을 이유로 한 차별, 괴롭힘, 보복이 금지되었으나 평등법의 입법으로 보호특성이 성, 연령, 종교 또는 신념, 임신 및 출산, 성전환으로 확대되었다.³³³⁾

다만, Schedule 16에 의하면 보호특성을 공유하는 사람에게만 회원자격을 제한하는 것은 차별에 해당하지 아니한다(Schedule 16, 1(1)). 이 경우에도 피부색이 같은 사람으로 가입자격을 제한하는 것은 허용되지 아니한다(Schedule 16, 1(4)). 보호특성을 공유하는 사람에게 회원자격을 제한할 수 있도록 하는 규정은 정당에는 적용되지 아니한다(Schedule 16, 1(5)).

바. 계약

(1) 계약, 기타 합의

평등법에 의하여 금지된 행위를 구성하거나 증진하거나 규정하는 계약조건은 강제될 수 없다(제142조 제1항). 다만, 평등법에 위반하는 불리한 조건으로 계약을 체결한 사람은 계약의 이행을 강제할 수 있다.³³⁴⁾ 지방법원은 계약에 이해관계가 있는 사람의

333) para. 330.

334) para. 457.

신청에 따라 강제될 수 없는 계약조건을 제거하거나 변경하는 명령을 내릴 수 있다(제143조 제1항). 이 규정에 의한 명령을 내리기 위해서는 이에 의하여 영향을 받는 모든 사람에게 통지가 되어야 하며, 의견진술의 기회가 주어져야 한다(제143조 제2항). 평등법의 규정을 배제하거나 제한하는 계약조건은 강제될 수 없다(제144조 제1항).

예를 들어, 프랜차이즈 계약이 아시아계 종업원을 고용해야 한다고 규정한 경우 이는 인종에 따른 차별이며 본사는 이를 강제할 수 없다. 그러나 프랜차이즈 계약자는 계약에 따른 이익을 누릴 수 있다. 만일, 프랜차이즈 계약자가 위 계약에 따라 종업원 고용에서 인종에 따른 차별을 하는 경우에 평등법 위반에 대한 책임을 부담하게 된다.³³⁵⁾

(2) 단체협약, 보증규칙

단체협약의 조항이 평등법에 의하여 금지된 대우를 구성, 증진하거나 이에 해당하는 경우에는 무효이다(제145조 제1항). 이러한 내용을 포함하는 보증규칙은 강제될 수 없다(제145조 제2항). 자격이 있는 사람은 단체협약의 조항이나 규칙이 장래에 자신에게 영향이 있는 경우에 그 조항이 무효이거나 규칙이 강제될 수 없다는 청구를 할 수 있다(제146조 제1항, 제2항). 고용심판원이 청구가 근거가 있다고 판단하는 경우에는 그 조항이 무효이거나 그 규칙이 강제될 수 없다는 선언을 해야 한다(제146조 제3항).

5. 차별금지의 예외

가. 국가 안보

국가 안보를 보호하기 위하여 비례적인 행위를 했다는 것만으로 평등법을 위반하는 것은 아니다(제192조).

나. 자선

보호특성을 가진 사람에 대한 혜택을 제한한 것이 자선을 위한 것이고, 그러한 혜택의 제공이 정당한 목적을 달성하기 위한 비례적인 수단이거나 보호특성과 관련된 불이익을 방지하거나 보상하기 위한 것이라면 보호특성을 가진 사람에게 혜택의 제공을

335) para. 460.

제한하였다는 것만으로는 평등법을 위반하였다고 볼 수 없다(제193조 제1항, 제2항).

다. 스포츠

성과 관련하여, 성에 의하여 영향을 받는 활동에서 다른 사람이 경쟁자로 참여하는 것과 관련하여 어떤 조치를 취하였다는 것만으로는 평등법 위반이 아니다(제195조 제1항). 성전환과 관련하여, 성에 의하여 영향을 받는 활동에서 공정한 경쟁 또는 경쟁자의 안전을 확보하기 위하여 필요한 경우에 성전환자가 경쟁자로 참여하는 것과 관련하여 어떠한 조치를 취하는 것은 제29조, 제33조, 제35조를 위반하지 않는다(제195조 제2항). 성에 의하여 영향을 받는 활동은 어느 성의 신체적 힘, 스테미너, 평균 사람의 체격이 다른 성의 평균적인 사람에 비하여 경쟁자로 불리한 상황에서 경쟁적인 성격을 가지는 스포츠, 게임, 기타 활동을 말한다(제195조 제3항). 어린이와 관련하여 스포츠, 게임 또는 활동이 성에 의하여 영향을 받는가 여부를 결정할 때는 경쟁자가 되는 어린이의 나이, 발달 단계를 고려하는 것이 적절하다(제195조 제4항).

6. 구제 및 이행확보 방법

가. 민사법원

평등법 위반과 관련된 절차는 원칙적으로 평등법의 규정에 따라 제기되어야 한다(제113조 제1항). 법원은 서비스 제공, 공적 기능의 행사, 부동산, 교육, 단체 등과 관련된 평등법 청구 사건에 대한 관할권을 가진다(제114조 제1항). 지방법원(county court)이 형사문제에 영향을 받을 가능성이 있다고 판단하는 경우에는 가처분 또는 금지명령을 내릴 수 없으며, 형사문제에 영향을 받을 가능성이 있는 경우에는 평등법 위반에 관한 사건의 절차를 중지해야 한다(제114조 제6항).

평등법 위반을 주장하는 자는 사건 발생일로부터 6개월 이내에 소송을 제기해야 한다(제118조 제1항). 법원은 정당하고 형평에 맞게 이 기간을 변경할 수 있다(제118조 제1항). 지방법원은 불법행위절차와 사법심사에 관한 청구에 대하여 고등법원이 내릴 수 있는 모든 구제명령을 내릴 수 있는 권한을 가진다(제119조 제2항). 구제방법

으로는 손해배상, 금지명령, 선언적 판결 등이 가능하다. 손해배상액은 위자료를 포함할 수 있다(제119조 제4항).

만일 법원이 어느 개인이 관련 규정을 위반하였다고 판단하면 다른 설명이 없는 한 위반이 발생하였다고 결정해야 한다(제136조 제2항). 그러나 그 개인은 당해 조항을 위반하지 않았다는 입증을 할 수 있다(제136조 제3항).

나. 고용심판원

고용심판원(employment tribunals)은 직장과 관련된 평등법 위반 사건에 대하여 관할권을 갖는다(제120조 제1항). 고용심판원은 이외에도 직장연금의 책임자와 근로자 사이의 비차별규칙의 효과에 관한 분쟁에 관하여 관할권을 갖는다(제120조 제2항). 다만, 제120조 제1항의 규정은 원칙적으로 군복무 중의 행위와 관련된 사건에 적용되지 않는다(제121조 제1항).

만일 법원이 비차별규칙과 관련된 청구 또는 반소가 고용심판원에 의하여 다루어지는 것이 적합하다고 판단하는 경우에는 법원은 청구 또는 반소를 기각할 수 있다(제122조 제2항). 재판 중인 사건에서 비차별규칙의 문제가 발생한 경우에 법원은 이 문제를 고용심판원에 이송하고 그 기간 중에 절차를 중단할 수 있다(제122조 제2항).

고용심판원은 절차와 관련된 문제에 관하여 원고와 피고 사이의 권리에 관하여 선언할 수 있으며, 피고에게 배상을 명하거나 적절한 권고를 할 수 있다(제124조 제2항(c)). 만일 피고가 합리적인 이유 없이 적절한 권고에 응하지 아니하는 경우에 고용심판원은 배상액을 증액할 수 있다(제124조 제7항). 고용심판원은 원고가 직장연급에 가입할 권리가 있다거나 직장연급에 차별없이 회원이 될 권리가 있다고 선언할 수 있다(제126조 제2항).

고용심판원의 절차에서 어느 개인의 업무가 다른 사람의 업무와 동등한 가치가 있는지 여부가 문제가 된 경우에 심판원은 문제에 대하여 결정하기 이전에 독립 전문가 패널로 하여금 당해 문제에 관한 보고서를 작성하도록 요청할 수 있다(제131조 제2항). 어느 개인과 다른 사람의 노동이 동일한 가치를 가지는가 여부가 문제가 되는 사안에서, 고용심판원은 보고서에 포함된 평가가 성을 이유로 차별하는 체제에 기초하거나 기타 신뢰하기 어렵다고 의심할 만한 상당한 근거가 있다고 판단하지 않는 한 두 사람

의 업무는 동등한 가치를 갖지 않는다고 판단해야 한다(제131조 제5항, 제6항).

다. 평등인권위원회

민사법원, 고용심판원의 구제절차는 평등인권위원회의 구제권한에 아무런 영향을 미치지 않으므로³³⁶⁾ 평등인권위원회는 위 구제절차와는 무관하게 구제절차를 진행할 수 있다.³³⁷⁾ 평등인권위원회는 2006년 평등법에 의하여 설립되었다. 이 위원회는 편견과 차별의 철폐, 개인의 인권존중과 보호, 인간의 존엄성과 가치의 존중, 개인의 평등한 사회참여 등을 위한 기능을 위하여 설립되었다(2006년 평등법 제3조). 이 위원회는 관련 문제에 대하여 조사하고 수사할 수 있다(위 평등법 제16조 제20조). 개인의 위법행위에 대하여는 통지하고 취해야 할 조치에 관하여 권고할 수 있다(위 평등법 제21조). 위원회는 개인의 위법행위에 관하여 법원에 금지명령을 신청할 수 있다(위 평등법 제24조).

7. 국가 등의 책무

가. 사회, 경제적 불평등에 관한 공공의 의무

공공기관은 자신의 기능을 행사하는 전략적 결정을 함에 있어서 사회, 경제적 불이익으로부터 기인하는 결과의 불평등을 감소시키는 방법으로 그 기능을 행사하도록 상당한 주의를 기울여야 한다(제1조 제1항). 사회, 경제적 불평등은 교육, 건강, 주택, 범죄율, 기타 사회, 경제적 불이익과 관련된 불평등을 의미한다. 다만, 이민통제로 인한 불평등을 감소시키는 것을 고려하는 것은 여기에 포함되지 않는다.³³⁸⁾

다만, 이와 관련된 공공기관의 의무위반으로 피해자에게 소송상 권리가 생기는 것은 아니다(제3조). 예를 들어, 사회·경제적으로 불리한 사람이 지방당국을 상대로 자신보다 형편이 나은 사람보다 앞서 공공주택을 받아야 한다고 소송에서 주장한다고

336) para. 373.

337) 영국 평등인권위원회의 차별금지에 관한 직무, 권한 등에 관하여는 홍관표, “영국 평등인권위원회의 차별금지 직무와 그 시사점”, 유럽헌법연구 제25호, 유럽헌법학회, 2017.12, 139-188면 참조.

338) para. 26.

하더라도 승소하기는 어렵다.³³⁹⁾

나. 공공분야의 평등의무

공공기관은 기능을 수행할 때에 차별, 괴롭힘, 가해 등 평등법이 금지하는 행위를 제거하고, 관련 특성을 가지는 사람과 그렇지 아닌 사람 사이의 기회균등을 증진하며, 이들 사이의 우호적인 관계를 강화할 필요성에 상당한 주의를 기울여야 한다(제149조 제1항). 공공기관이 아니면서 공공기능을 행사하는 사람도 동일한 주의를 기울여야 한다(제149조 제2항). 관련 보호특성을 공유하는 사람들과 그렇지 아닌 사람들 사이의 기회의 균등을 증진해야 할 필요성에 상당한 주의를 기울이는 것은 보호특성을 공유하는 사람들이 겪는 불이익을 제거하거나 최소화하는 것, 보호특성을 공유하는 사람들의 필요를 만족시키는 조치를 취하는 것, 보호특성을 공유하는 사람들이 공격적인 삶 또는 참여가 매우 낮은 기타의 활동에 참여하도록 격려하는 것을 포함한다(제149조 제3항).

이 의무는 1976년 인종차별금지법 제71조, 1995년 장애인차별금지법 제49(A)조, 1975년 성차별금지법 제76(A)조를 대체하는 것이다. 이 규정들은 공공기관의 평등의무를 인종, 장애, 성에 부여하고 있었다. 평등법은 이 평등의무를 성전환, 연령, 종교 또는 신념, 성적 지향에 확대하였다.³⁴⁰⁾

장애인의 필요를 충족시키는 조치에는 특히 장애인들의 장애를 고려하는 조치들을 포함한다(제149조 제4항). 보호특성을 공유하는 사람들과 그렇지 않은 사람들의 우호적인 관계를 촉진할 필요성에 상당한 주의를 기울이는 것은 편견에 맞서고 이해를 증진할 필요성에 주의를 기울이는 것을 포함한다(제149조 제5항). 이러한 의무를 이행하는 것은 일부 사람들을 더 유리하게 대우하는 것을 의미할 수 있으나 이것이 평등법에 의하여 금지되는 행위를 허용하는 것으로 여겨져서는 아니 된다(제149조 제6항). 그러나 공공분야의 평등의무를 위반하였다고 하여 민사상 청구의 근거가 되는 것은 아니다(제156조).

339) para. 33.

340) para. 484.

다. 적극적 조치

적극적 조치에 관한 규정은 ① 보호특성을 가지는 사람이 그로 인하여 불이익을 받거나 ② 보호특성을 가지는 사람이 그렇지 아니한 사람과는 다른 보호 필요성이 있거나 ③ 보호특성을 가지는 사람이 활동에 참여하는 비율이 매우 낮다고 판단되는 경우에 적용된다(제158조 제1항). 이러한 경우에 그 개인은 평등법의 규정에도 불구하고 보호특성을 가진 사람들이 불이익을 극복하거나 최소화하도록 하거나 이러한 필요성을 충족시키거나 그러한 활동에 참여하도록 하는 목적을 달성하기 위하여 적절한 수단인 조치를 취할 수 있다(제158조 제2항).

적극적 조치로 인하여 보호특성을 갖지 아니한 사람이 어느 정도까지 불이익을 감수해야 하는가는 관련 불이익의 중대성, 필요 또는 참여하지 않는 정도의 심각성, 이를 극복하기 위한 다른 수단의 존재 여부 등에 달려 있다.³⁴¹⁾

사용자는 보호특성을 가진 사람이 불리하거나 직원 중에 수가 많지 아니한 경우에 채용, 승진을 결정할 때에 보호특성을 고려할 수 있다. 다만, 이 경우에도 그 대상자는 다른 사람과 동일한 자격을 보유해야 한다. 누가 적합한가 여부는 단순히 학력의 문제만이 아니라 사용자가 당해 업무에 적합한가 여부를 판단할 때 사용하는 기준에 따른다. 사용자가 보호특성을 가진 사람을 그렇지 아니한 사람보다 자동적으로 우대하는 것은 허용되지 않는다.

제2절 | 독일 평등대우법 제정의 경과 및 주요 내용

1. 재정 배경

가. 개관

독일 일반평등대우법(Das allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, AGG)의 입법은 유럽연합의 차별금지정책 및 이에 따른 4개의 유럽연합 반차별지침

³⁴¹⁾ para. 512.

(Antidiskriminierungsrichtlinien)을 배경으로 하고 있다.³⁴²⁾ 일반평등대우법은 평등대우 원칙에 관한 유럽연합의 위 4개지침을 포괄하여 독일 국내법적으로 수용하는 이행입법 내지 수용입법, 전환입법의 성격을 갖는다.³⁴³⁾

유럽연합의 지침들은 각 회원국들이 그 내용을 해당 국가의 법령체계 내에 수용하여 실행할 것을 의무화하고 있으며, 이러한 입법의무를 이행하지 않을 경우 해당 회원국에게 제재를 가하도록 하고 있었다.³⁴⁴⁾

독일은 1998년부터 일반적 차별금지법 내지 일반평등대우법을 입법하기 위한 시도가 꾸준히 전개되었으나 일부 정당, 교회세력, 재계 등의 반대로 난항을 겪다가, 2004년 말 제15대 국회 회기에 사민당/녹색당 연정에 의해 법률안 제출이 이루어져 입법 논의가 본격화되었다. 그러나 당시 원내 다수를 차지했던 기민당/기사당, 자유민주당의 반대로 제정에 이르지 못하였다.³⁴⁵⁾ 사민당과 기민당/기사당의 연정이 성립된 후인 2006년 제16대 회기에 대연정 합의각서에 입각하여 기존 차별금지법안을 일부 수정한 일반평등대우법이 제정되기에 이르렀다(2006. 8. 18. 시행). 그 배경에는 유럽 위원회의 입법 압력이 직간접적으로 작용하였다.³⁴⁶⁾

이는 일반평등대우법의 전체 구성에서도 확인된다. 일반평등대우법은 2006년 8월 14일 독일연방의회에서 의결된 「평등대우의 원칙의 실현을 위한 유럽 지침의 이행을

342) 자세한 사항은 Wolfgang. Däubler, 'Einleitung,' Wolfgang Däubler/Thorsten Beck(Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz mit Entgelttransparenzgesetz, 5. Aufl., 2021, S. 21ff.

343) 법무부, 독일 평등대우법의 제정과정에 관한 연구, 2008, 5면; 법무부, 독일 일반평등대우법에 대한 평가와 시사점, 2009, 1면 이하; 홍관표·차원일, 독일의 일반평등대우법(AGG)과 차별금지 판결, 전남대학교출판부, 2016.3, 17면; 황수옥, 독일 일반평등대우법의 제정과정과 시사점, 노동법학 제57호, 한국노동법학회, 2016, 71면 참조.

344) 이와 관련하여 다음 서술 참조. "2021년 현재 유럽연합 회원국들은 유럽연합의 평등지침들에 따라 포괄적 차별금지법을 마련한 경우가 대부분이다. 개별국마다 전체적인 차별금지 규범체계는 형식과 내용 등에서는 약간씩 차이가 있다. 다만 그 내용은 유럽연합의 지침에 부합하여야 하는데, 유럽회원국이 평등지침에 따라 법률을 마련하고 차별금지정책을 실시하지 않거나, 지침을 불충분하게 이행하거나 달리 이행하는 경우에는 제재절차가 개시된다. 유럽연합사법재판소(CJEU)는 각 회원국의 법률과 이행실태를 조사하여 차별금지조약 위반 여부에 대해 판단하게 된다." 김선화, 유럽 차별금지법제와 시사점, NARS 현안분석, 국회입법조사처, 2021, 5면.

345) 유럽연합의 반차별지침을 이행하는 입법의 지연은 독일에 국한되었던 것은 아니며 기타 영국이나 프랑스 등에서도 각국의 정치적 상황에 따라 지연되는 현상이 있었다. 이에 대하여는 Terri E. Givens/Rhonda Evans Case, 'The Politics of Transposition in Britain, France, and Germany', Terri E. Givens/Rhonda Evans Case(eds), Legislating Equality: The Politics of Antidiscrimination Policy in Europe, Oxford University Press, 2014, pp. 92-117.

346) 황수옥, 「독일 일반평등대우법의 제정과정과 시사점」, 노동법학 제57호, 한국노동법학회, 2016, 71-72면.

위한 법률」의 제1장으로 편입되어 있는 법률을 말한다. 이 법의 제2장은 군인의 평등 대우에 관한 법률(Gesetz über die Gleichbehandlung der Soldatinnen und Soldaten, SoldGG), 제3장은 다른 법률의 개정, 제4장은 시행·폐지로 구성되었다.³⁴⁷⁾

나. 유럽연합 반차별지침

유럽연합은 2000년 반인종차별지침을 비롯한 반차별지침들을 제정하여, 모든 회원국들에게 반차별지침에 대하여 새로운 법을 제정하거나 아니면 이미 있는 경우 그 수준을 지침에 맞게 개정하도록 하였다.³⁴⁸⁾ 이러한 지침들은 개별 회원국들에게 원칙적으로 정해진 기한 내에 지침의 내용을 수용하여 국내법으로 제정해야 할 의무를 부과하였다. 기간 내에 이행되지 않을 경우 벌금징수 등 제재를 가할 수 있다. 유럽연합의 평등대우 원칙과 관련한 지침은 다음 네 가지이다.

(1) 반인종차별지침(die Antirassismus-Richtlinie 2000/43/EC)

「사람들 사이의 인종적 또는 민족적 출신과 관계없이 평등대우의 원칙을 이행하는 2000년 6월 29일자 이사회 지침」(000/43/EC)을 말한다. 이 지침은 인종적 또는 민족적 출신에 따른 차별을 금지하는 지침으로 2003년 7월 19일까지 전환입법을 의무화하였다. 유럽연합조약의 체결에 따라 유럽연합 내 다양한 인종이 더욱 밀집하게 협동해야 하는 상황에 적응하기 위한 목적을 내포하는 지침이다.³⁴⁹⁾ 해당 지침의 목적 및 차별 개념 관련 조항은 다음과 같다.³⁵⁰⁾

이 지침은 회원국 내에 평등대우원칙을 이행하기 위해 인종적 또는 민족적 출신을 이유로 한 차별을 방지하기 위한 틀을 마련하는 것을 목적으로 한다(제1조).

347) 홍관표·차원일, 독일의 일반평등대우법(AGG)과 차별금지 판결, 전남대학교출판부, 2016, 17면.

348) 유럽연합 반차별지침이 유럽연합의 차별금지법제에 미친 전반적 영향에 관한 분석으로는 Uladzislau Belavusau/Kristin Henrard, The Impact of the 2000 Equality Directives on EU Anti-Discrimination Law: Achievements and Pitfalls, Uladzislau Belavusau/Kristin Henrard (eds.), EU Anti-Discrimination Law Beyond Gender, Hart, 2019, pp. 1-37 참조.

349) 법무부, 독일 일반평등대우법에 대한 평가와 시사점, 2009, 2면.

350) 법무부, 독일 일반평등대우법에 대한 평가와 시사점, 2009, 2면; 해당 지침의 전문은 홍관표·차원일, 독일의 일반평등대우법(AGG)과 차별금지 판결, 전남대학교출판부, 2016, 335면 이하 참조. 이하 번역은 이에 따르되 일부 수정했다.

평등대우원칙이란 인종적 또는 민족적 출신을 이유로 한 어떠한 직접 또는 간접 차별을 하지 않는 것을 의미한다(제2조 제1항).

직접차별은 어떤 사람이 인종적 또는 민족적 출신을 이유로 다른 사람이 비슷한 상황에서 대우받거나 받았거나 받을 것보다 불리하게 대우받은 경우를 말한다(제2조 제2항(a)).

간접차별은 외관상 중립적인 규정, 기준 또는 관행이 어떤 인종적 또는 민족적 출신에 속한 사람들을 다른 사람들과 비교하여 특정한 불이익에 처하게 하는 경우에 발생한다. 다만 그러한 규정, 기준 또는 관행이 합법적인 목적에 의해 객관적으로 정당화되고 그 목적을 달성하기 위한 수단이 적절하고 필요한 경우는 간접차별이 아니다(제2조 제2항(b)).

괴롭힘은 인종적 또는 민족적 출신과 관련하여 원치 않는 행위가 어떤 사람의 존엄성을 침해하고 위협적·적대적·모욕적·굴욕적 혹은 공격적 환경을 조성할 목적으로 또는 그러한 결과를 초래하여 이루어진 때에 차별로 간주된다. 이러한 맥락에서, 괴롭힘의 개념은 회원국들의 국내법 및 관행에 맞추어 정의될 수 있다(제3항).

인종적 또는 민족적 출신을 이유로 사람들을 차별하도록 하는 지시는 차별로 간주된다(제4항).

(2) 종교 등에서의 평등대우실현을 위한 기본지침(Rahmen-Richtlinie für die Verwirklichung der Gleichbehandlung 2000/78/EC)

‘고용 및 직업에 있어서 평등대우를 위한 일반 체계를 수립하는 2000년 11월 27일자 이사회 지침 (2000/78/EC)’을 말한다. 종교 및 세계관, 장애, 연령, 성적 지향 등을 이유로 하는 차별을 금지하는 지침이다. 2003년 12월 2일까지 전환입법을 의무화하였다. 주요 규정의 내용은 다음과 같다.³⁵¹⁾

이 지침의 목적은 고용 및 직업과 관련하여 종교 또는 신념, 장애, 연령 또는 성적 지향을 이유로 한 차별을 방지하기 위한 일반적인 틀을 마련하여 회원국에서 평등

351) 해당 지침의 전문 번역은 홍관표·차원일, 독일의 일반평등대우법(AGG)과 차별금지 판결, 전남대학교출판부, 2016, 335면 이하 참조. 이하 번역은 이에 따르되 일부 수정했다.

대우 원칙을 시행하기 위한 것이다(제1조).

평등대우원칙이란 제1조에 언급된 어떠한 이유 중 어느 것에 의해서도 직접 또는 간접 차별이 있어서는 안 된다는 것을 의미한다(제2조 제1항).

직접차별은 제1조에 언급된 사유로 인해 한 사람이 다른 사람이 비슷한 상황에서 받거나, 받았거나, 받을 수 있는 대우보다 불리하게 대우받는 경우를 말한다(제2조 제1항(a)).

간접차별은 외관상 중립적인 규정, 기준 또는 관행이 특정 종교 또는 신념, 특정 장애, 특정 연령 또는 특정 성적 지향을 가진 사람을 다른 사람에 비해 특정한 불이익에 처하게 하는 경우를 말한다. 다만, ① 해당 조항, 기준 또는 관행이 정당한 목적에 의해 객관적으로 정당화되고 해당 목적을 달성하기 위한 수단이 적절하고 필요한 경우, ② 특정한 장애인의 경우, 이 지침이 적용되는 고용주 또는 개인 또는 단체가 국내법에 따라 해당 조항, 기준 또는 관행에 수반되는 불이익을 제거하기 위해 제5조에 포함된 원칙에 따라 적절한 조치를 취해야 할 의무가 있는 경우는 제외된다(제2조 제1항(b)).

괴롭힘 및 차별하도록 하는 지시와 관련해서도 반인종차별과 유사한 규정을 두고 있다. 또한 이 지침은 민주 사회에서 공공의 안전, 공공질서 유지 및 범죄 예방, 건강 보호 및 타인의 권리와 자유 보호를 위해 필요한 국내법에 의해 규정된 조치를 침해하지 않는다는 규정을 두고 있다(제2조 제1항(b)).

효력 범위에 관한 규정은 다음과 같다(제3조).

공동체에 부여된 권한 범위 내에서, 이 지침은 공공기관을 포함한 공공 및 민간 부문 모두와 관련하여 다음과 같은 모든 사람에게 적용된다(제3조 제1항).

- ① 업무 분야와 승진을 포함한 직급의 모든 수준에서 선발 기준 및 채용 조건을 포함하여 고용, 자영업 또는 직업에 대한 접근 조건
- ② 실무 경험을 포함한 모든 유형과 모든 수준의 직업 지도, 직업 훈련, 고등 직업 훈련 및 재교육에 대한 접근
- ③ 해고 및 급여를 포함한 고용 및 근로 조건
- ④ 근로자단체 또는 사용자단체 또는 특정 직업을 수행하는 구성원이 속한 단체의 회원 자격 및 참여 여부(해당 단체에서 제공하는 혜택 포함)

이 지침은 국적에 따른 대우의 차이까지 적용대상으로 하지 않으며, 제3국 국민 및 무국적자의 회원국 영토 내 입국 및 거주와 관련된 조항 및 조건, 그리고 해당 제3국 국민 및 무국적자의 법적 지위에서 발생하는 모든 대우에 대한 조항 및 조건을 침해하지 않는다(제3조 제2항).

이 지침은 국가 사회보장 또는 사회보호 계획을 포함하여 국가 계획 또는 이와 유사한 계획에 의해 이루어진 모든 종류의 급부에는 적용되지 않는다(제3조 제3항).

회원국은 장애 및 연령을 이유로 한 차별에 관한 한 이 지침이 군대에 적용되지 않는다고 규정할 수 있다(제3조 제4항).

(3) 남녀평등대우원칙의 실현을 위한 지침(Gleichbehandlungsrichtlinie zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgrundsatz 2002/73/EC)

‘고용, 직업훈련 및 승진에 대한 접근 그리고 근로조건에 관한 남녀의 평등대우의 원칙의 이행에 관한 이사회 지침(76/207/EEC)을 수정하는 2002년 9월 23일자 유럽의 회 및 이사회 지침’을 말한다. 이 지침은 기존 유럽연합에서 남녀평등 실현을 위한 중요 원칙을 규정했던 평등대우지침(76/207/EEC)을 수정·보완한 것이다. 유럽재판소의 의견이 이 지침에 많이 반영된 것으로 평가된다.³⁵²⁾ 2005년 10월 5일까지 전환입법을 의무화하였다. 주요 규정은 다음과 같다.³⁵³⁾

회원국은 (76/207/EEC 제1조에) 제1항에 언급된 분야의 법률, 규정, 행정규칙, 정책 및 활동을 수립하고 시행할 때 남녀평등의 목표를 적극적으로 고려해야 한다(제1조 제1항).

평등대우원칙은 직접적 또는 간접적으로 특히 혼인여부 또는 가족 상태와 관련하여 성별을 이유로 어떠한 차별도 하여서는 아니 된다는 것을 말한다(제1조 제2항 제1호).

차별 개념은 다음과 같다(제1조 제2항 제2호).

- 직접 차별: 성별을 이유로 한 사람이 비슷한 상황에서 다른 사람보다 불리하게

352) 유럽재판소는 효과적인 소송상의 보호, 차별 피해자가 입은 손실에 적합한 손해배상의 인정을 통한 실질적인 남녀평등의 실현, 효과적인 법률상의 보호 등을 판결을 통하여 끊임없이 주장한 바 있었다. 법무부, 독일 일반평등대우법에 대한 평가와 시사점, 2009, 3면.

353) 해당 지침의 전문 번역은 홍관표·차원일, 독일의 일반평등대우법(AGG)과 차별금지 판결, 전남 대학교출판부, 2016, 395면 이하 참조. 이하 번역은 이에 따르되 일부 수정했다.

대우받거나, 대우받았거나, 대우받을 수 있는 경우

- 간접 차별: 외관상 중립적인 규정, 기준 또는 관행이 합법적 목적에 의해 객관적으로 정당화되고 그 목적을 달성하기 위한 수단이 적절하고 필요한 경우를 제외하고, 한 성별의 사람을 다른 성별의 사람에 비해 특정 불이익에 처하게 하는 경우
- 괴롭힘: 사람의 존엄성을 침해하고, 위협적·적대적·모욕적·굴욕적 혹은 공격적 환경을 조성할 목적으로 또는 그러한 결과를 초래하여, 어떤 사람의 성별과 관련된 원치 않는 행위가 발생하는 경우
- 성적 괴롭힘: 사람의 존엄성을 침해할 목적으로 또는 그러한 결과를 초래하여, 특히 위협적·적대적·모욕적·굴욕적 혹은 공격적 환경을 조성할 목적으로, 원치 않는 모든 형태의 성적 성격의 언어적, 비언어적 또는 신체적 행위가 발생하는 경우

이 지침의 의미 내에서 괴롭힘 및 성희롱은 성별을 이유로 한 차별로 간주되며 따라서 금지된다. 이러한 행위를 거부하거나 이에 복종하는 것은 해당 개인에게 영향을 미치는 결정의 근거로 사용될 수 없다(제3호).

성별을 이유로 사람을 차별하라는 지시는 이 지침의 의미 내에서 차별로 간주된다(제4호).

회원국은 국내법, 단체 협약 또는 관행에 따라 고용주와 직업 훈련에 대한 접근을 책임지는 사람들이 성별을 이유로 한 모든 형태의 차별, 특히 직장 내 괴롭힘과 성희롱을 방지하기 위한 조치를 취하도록 장려해야 한다(제5호).

회원국은 고용에 대한 접근과 그에 선행하는 훈련과 관련하여, 성별과 관련된 특성에 근거한 대우의 차이가 해당 직업 활동의 성격이나 수행되는 맥락에 따라 그러한 특성이 결정적인 직업자격에 해당하는 경우, 목적이 정당하고 자격이 비례적인 경우, 차별에 해당하지 않는다고 규정할 수 있다(제6호).

회원국은 늦어도 2005년 10월 5일까지 이 지침을 준수하는 데 필요한 법률, 규정 및 행정규칙을 시행하거나 늦어도 그 날짜까지 노사정이 합의를 통해 필요한 규정을 도입하도록 보장할 수 있도록 필요한 모든 조치를 취해야 한다. 회원국은 이 지침의 발효 후 3년 이내에 집행위원회가 이 지침의 적용에 관한 유럽의회 및 이사회에 보고서를 작성하는 데 필요한 모든 정보를 집행위원회에 전달해야 한다(제2조).

(4) 직장이외의 영역에서의 평등대우지침(Gleichbehandlungsrichtlinie ausserhalb des Betriebs 2004/113/EC)

‘재화와 용역에의 접근 및 그 공급에 있어서의 남녀 간의 평등대우의 원칙을 이행하는 2004년 12월 12일자 이사회 지침(2004/113/EC)’을 말한다. 주로 재화 및 서비스에 대한 접근과 공급에서 남녀평등 실현을 목적으로 한다. 2007년 12월 21까지 전환입법을 의무화하였다. 유럽연합의 반차별지침 중 직장 이외의 영역(재화 및 서비스 영역)에서 남녀평등 실현을 위한 매우 중요한 지침으로 평가된다.³⁵⁴⁾ 주요 규정은 다음과 같다.³⁵⁵⁾

이 지침의 목적은 회원국에서 남성과 여성의 평등대우원칙을 실행하기 위해 재화 및 서비스에 대한 접근 및 공급에서 성별에 따른 차별을 방지하기 위한 틀을 마련하는 것이다(제1조).

차별의 개념은 위 2002/73/EC와 같은 규정을 두고 있다. 효력범위에 관한 규정은 다음과 같다(제3조).

공동체에 부여된 권한의 한도 내에서, 이 지침은 공공 기관을 포함한 공공 및 민간 부문과 관련하여 관련된 사람과 관계없이 공중이 이용할 수 있고 사생활 및 가족 생활의 영역 외부에서 제공되는 재화와 서비스를 제공하는 모든 사람과 이러한 맥락에서 수행되는 거래에 적용된다.

이 지침은 개인의 계약 상대방 선택이 그 개인의 성별에 근거하지 않는 한 개인의 계약 상대방 선택의 자유를 침해하지 않는다.

이 지침은 미디어 및 광고의 내용이나 교육에는 적용되지 않는다.

이 지침은 고용 및 직업에 관한 사항에는 적용되지 않는다. 이 지침은, 다른 공동체 입법에 의해 다루어지는 한, 자영업에 관한 사항에는 적용되지 않는다.

2. 차별금지의 사유

독일의 일반평등대우법은 인종(Rasse) 또는 민족적 출신(ethnische Herkunft), 성별

354) 법무부, 독일 일반평등대우법에 대한 평가와 시사점, 2009, 4면.

355) 해당 지침의 전문 번역은 홍관표·차원일, 독일의 일반평등대우법(AGG)과 차별금지 판결, 전남 대학교출판부, 2016, 395면 이하 참조. 이하 번역은 이에 따르되 일부 수정했다.

(Geschlecht), 종교(Religion) 또는 세계관(Weltanschauung), 장애(Behinderung), 나이 (Alter) 또는 성적 정체성(sexuelle Identität)을 근거로 하는 불이익을 방지하거나 또는 이러한 차별대우를 제거하는 것을 목적으로 하고 있다(일반평등대우법 제1조, 이하 법조항은 특별한 표기를 하지 않은 경우 ‘일반평등대우법’의 조항을 지칭한다).³⁵⁶⁾

이는 앞서 언급한 이사회 지침 2000/43/EC에서 제시한 ‘인종적 또는 민족적 출신’, 이사회 지침 2000/78/EC의 ‘종교나 신념, 장애, 연령, 성적 지향’, 유럽의회 및 이사회 지침 2002/73/EC 및 이사회 지침 2004/113/EC의 ‘성별’을 종합하여 수용한 것으로 평가된다.³⁵⁷⁾

위 차별금지 사유는 열거적으로 이 외의 사유로 인한 차별은 일반평등대우법의 적용대상에 제외된다. 이는 차별금지사유를 예시하는 우리나라에서 발의된 차별금지 법안들과 구별되는 점이라 할 수 있다.

8가지 열거된 차별금지 사유는 일반평등대우법상 일반적으로 규율되는 차별금지 사유를 규정한 것이고, 보호 분야에 따라 구체적인 차별금지 사유는 달라질 수 있다. 이는 일반평등대우법이 내용상 노동법적 규율 대상인 고용 및 직업 분야(제2절 ‘취업자의 차별로부터의 보호’)와 민사법적 규율 대상인 사법상 거래 분야(제3절 ‘사법상 거래에서 차별로부터의 보호’)를 구분하여 규정하면서 차별금지 사유를 선택적으로 규정하고 있기 때문이다.

가. 인종

인종차별 및 인종적 출신에 따른 차별은 사적 거래에서 가장 광범위하게 규제되는 사유이다. 주택을 포함하여 상품과 서비스에 대한 접근과 관련된 모든 계약에 적용된다.

나. 민족적 출신

일반평등대우법은 국적을 차별금지 사유로 규정하고 있지 않지만, 국적이 특정

356) 이하 일반평등대우법 조항의 번역은 법무부, 각국의 차별금지법(제1권), 2008, 11면 이하와 홍관표·차원일, 독일의 일반평등대우법(AGG)과 차별금지 판결, 전남대학교출판부, 2016, 296면을 참조하였고, 필요한 경우 수정하였다.

357) 홍관표·차원일, 독일의 일반평등대우법(AGG)과 차별금지 판결, 전남대학교출판부, 2016, 49면.

민족과 연관되어 있다는 이유로 불평등 대우를 받는다면 직접차별에 해당한다. 예를 들어 집주인이 ‘터키사람’에게는 임대를 거부하는 경우, 이는 민족적 출신에 따른 직접차별에 해당한다. 반면, 은행이 특정 국적자에게 계좌 개설을 거부하는 경우 이는 민족적 출신을 이유로 한 간접차별이 될 수 있다. 따라서 객관적으로 정당화될 수 없는 경우에만 금지되는 행위에 해당한다.

다. 성별

여성, 남성, 동성애자, 양성애자, 트랜스젠더, 간성(intersex)을 의미하는 것으로 본다.³⁵⁸⁾ 트랜스젠더는 출생시 부여된 성별과 일치하지 않는 사람들을 포함하여 다양한 형태의 성 정체성 및 성별 표현을 말한다. 이들은 법적, 사회적, 의학적으로 성별을 변경하고자 하거나 이미 변경한 경우가 많으나 한 가지 성으로 고정되지 않은 사람들도 포함한다. 간성은 의학적으로 ‘성별이 모호한’ 신체적 특징을 가지고 태어난 사람을 말한다.

임신이나 출산은 고용 및 직업 부문과 관련하여서는 ‘성별’에 포함되는 것으로 본다(제3조 제1항 제2문).

라. 종교

독일연방헌법재판소에 따르면, 종교(그리고 세계관)는 인간적 삶의 기원과 목적 그리고 세계 전체에 관한 진술을 확신하는 것으로 정의한다. 종교는 주로 초월적 실재를 기반하는 하느님 중심체계를 말한다. 세계관을 이유로 한 차별은 노동법에서만 보호되는 반면, 종교를 이유로 한 차별은 노동법 및 민법 분야에까지 확대하여 보호하고 있다. 종교를 이유로 한 차별과 인종을 이유로 한 차별은 항상 구분되지 않는 경우가 있다. 아프리카계 무슬림과 같은 경우 두 가지가 함께 적용될 수 있다. 이 경우 인종을 이유로 한 차별이 더 포괄적으로 보호된다는 점에서 양자의 구분이 중요해지기도 한다.

358) Antidiskriminierungsstelle des Bundes, AGG-Wegweiser: Erläuterungen und Beispiele zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, 2022, S. 12.

마. 세계관

세계관은 사법상의 민사법 분야(‘사법(私法)상 거래에서 차별로부터의 보호’, 즉, 사법상의 채권관계의 성립, 이행 및 종료 관련)에서 차별금지 사유로 인정되지 않는다. 이를 차별금지 사유로 인정할 때 발생할 수 있는 위험이 제정과정에서 고려되었기 때문이다. 예를 들어, 극우적인 사상의 신봉자가 인정할만한 이유로 그에게 불허된 거래에의 접근을 차별금지 규정을 근거로 시도할 위험 같은 경우이다. 따라서 사법상의 채권관계의 성립, 이행 및 종료와 관련하여 ‘세계관’은 차별금지 사유에서 제외되었다(제19조 제1항).

바. 장애

장애는 포괄적 정의를 적용받는다. 신체기능, 정신 능력 또는 정신 건강이 손상된 경우 장애인에 포함된다. 장애 정도에 따라 차별을 두지 않으므로 법적 보호에서 중증 장애인에게만 차별금지가 적용되는 것은 아니다.

개별 사례에서 일시적 질병 또는 실질적으로 장애를 가져다 주지 않는 질병과 장애를 구분하는 것이 곤란한 경우도 있다. HIV 감염자는 사회적 편견이나 배제로 사회 참여에 제약을 경험한다는 점에서, 무증상 HIV 감염은 장애로 간주되는 것으로 본다. 다른 만성 질환도 특정한 경우 장애로 간주될 수 있다.³⁵⁹⁾

사. 나이

연령을 이유로 한 차별의 경우 고령자뿐만 아니라 젊은 사람에 대한 차별도 포함한다. 따라서 연령이 높아질수록 자동적으로 승진하는 경우 젊은 직원에 대한 차별이 될 수 있다. 물론 나이를 이유로 한 불평등 대우를 정당화하는 광범위한 사유가 인정된다. 취업에 필요한 최소 연령을 설정하는 것은 일반적으로 허용된다.

359) Antidiskriminierungsstelle des Bundes, AGG-Wegweiser: Erläuterungen und Beispiele zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, 2022, S. 14.

아. 성적 정체성

‘성적 지향’(sexual orientation)으로 규정한 이사회 지침 2000/78/EC와 용어상 차이가 있지만, 동일한 의미로 이해된다.³⁶⁰⁾ 성적 정체성이란 한 사람과 다른 사람의 성적 관계를 의미한다. 레즈비언, 게이, 이성애자, 양성애자 등을 말한다.

자. 다중 차별

위에서 열거한 사유 중 두 가지 이상의 사유로 인해 차별이 발생하는 경우, 이러한 차별은 제8조 내지 제10조 및 제20조에 따른 정당화가 그로 인해 차별적 대우가 이루어진 모든 사유에 해당하는 경우에만 정당화될 수 있다.³⁶¹⁾

3. 차별금지의 유형

일반평등대우법은 직접차별, 간접차별, 괴롭힘, 성적 괴롭힘, 차별의 지시를 차별금지의 유형으로 규정하고 있다. 유럽연합의 4개 지침에서 제시한 유형을 전부 수용하였다. 다만 표현상 유럽연합의 지침과 약간의 차이를 보이기도 한다.³⁶²⁾

가. 직접차별

직접차별은 어떤 사람이 ‘인종, 민족적 출신, 성별, 종교, 세계관, 장애, 연령 또는 성적 정체성’으로 인하여 비교가능한 상황에 있는 다른 사람이 받았거나 받고 있거나 받았을 것보다 덜 유리한 대우를 받은 경우를 말한다.³⁶³⁾ 노동법 분야(고용 및 직업 부문, 제2조 제1항 제1호 내지 제4호)와 관련된 ‘임신이나 출산’을 이유로 한 여성에 대한 차별은 성별을 이유로 한 직접차별에 해당한다.

360) 홍관표·차원일, 독일의 일반평등대우법(AGG)과 차별금지 판결, 전남대학교출판부, 2016, 52면.

361) 일반평등대우법 제4조. 번역은 홍관표·차원일, 독일의 일반평등대우법(AGG)과 차별금지 판결, 전남대학교출판부, 2016, 301면을 일부 수정했다.

362) 홍관표·차원일, 독일의 일반평등대우법(AGG)과 차별금지 판결, 전남대학교출판부, 2016, 52면.

363) 일반평등대우법 제3조 제1항 제1문.

나. 간접차별

간접차별은 외관상 중립적인 규정, 기준 또는 절차가 ‘인종, 민족적 출신, 성별, 종교, 세계관, 장애, 연령 또는 성적 정체성’으로 인하여 다른 사람들에 비해 어떤 사람에게 불이익을 주는 것을 말한다. 다만, 관련 규정, 기준 또는 절차가 그 목적이 정당하고, 목적 달성을 위한 수단이 적정하고 필요하다고 인정되는 경우에는 이에 해당하지 않는다(제3조 제2항).

다. 괴롭힘

괴롭힘(Belästigung)이라 함은 제1조에 열거된 사유와 관련하여 의사에 반하여 타인의 존엄성을 침해하거나 위협, 적대시, 멸시, 품위손상 또는 모욕 등에 의해 존엄성을 침해하는 분위기를 조성하는 것을 말한다.

라. 성적 괴롭힘

성적 괴롭힘(sexuelle Belästigung)이라 함은 고용 및 직업 부문(제2조 제1항 제1호 내지 제4호)과 관련하여, 원하지 않는 성적 행위와 성적 행위에 대한 요구, 성적인 것으로 볼 수 있는 신체접촉, 성적인 내용에 대한 언동 및 원하지 않는 음란 표현물의 적시·현출 등 취업자의 의사에 반한 성적 행위가 타인의 존엄성을 침해하거나, 특히 위협, 적대시, 멸시, 품위손상 또는 모욕 등에 의해 존엄성을 침해하는 분위기를 조성하는 것을 말한다.³⁶⁴⁾

예를 들어, 동료직원들이 보는 앞에서 남성 직원이 음란한 발언을 하거나, 음란물이 담긴 이메일 또는 메시지를 보내는 경우가 포함된다.³⁶⁵⁾

마. 차별의 지시

‘인종, 민족적 출신, 성별, 종교, 세계관, 장애, 연령 또는 성적 정체성’의 사유로

364) 홍관표·차원일, 독일의 일반평등대우법(AGG)과 차별금지 판결, 전남대학교출판부, 2016, 52면.

365) Antidiskriminierungsstelle des Bundes, AGG-Wegweiser: Erläuterungen und Beispiele zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, 2022, S. 28.

특정인에 대한 차별을 지시한 경우 차별에 해당한다. 이러한 지시는 고용 및 직업 부문(제2조 제1항 제1호 내지 제4호)과 관련해서 어떤 사람이 특정인에게 위 열거된 사유를 이유로 취업자를 차별하거나 차별할 수 있는 행위를 하도록 한 때에 인정된다.

4. 차별금지의 영역

일반평등대우법에 따라 금지될 수 있는 영역으로 ① 업무영역 및 직위에 관계없이, 고용 및 자영에의 접근과 직업상 승진을 위한 조건(선발기준과 채용조건을 포함), ② 고용 및 근로조건(임금 및 해고조건을 포함), 특히 고용관계의 이행과 종료 및 직업상 승진에 있어서의 개인적 및 단체법적 합의(협약)와 조치, ③ 모든 형식 및 수준의 직업지도, 직업교육(직업교육, 고등 직업교육, 재교육을 포함) 및 실무경험에의 접근, ④ 근로자단체, 사용자단체 또는 그 회원들이 특정 직업군에 속하는 단체에서의 회원자격과 참여 및 이러한 단체의 급부의 이용, ⑤ 사회적 보호(사회보장과 보건서비스를 포함), ⑥ 사회적 혜택, ⑦ 교육, ⑧ 공중이 이용할 수 있는 재화 및 용역(주거를 포함)에의 접근 및 그 공급을 규정한다(제2조).

이 제2조는 차별금지 영역에 대한 일반적 규정이며, 구체적인 차별금지 영역은 일반평등대우법이 구분하고 있는 제2절 '취업자의 차별로부터의 보호'와 제3절 '사법(私法)상 거래에서 차별로부터의 보호'에 따라 달라질 수 있다. 다른 법률의 규정의 적용을 예정하는 경우도 규정하고 있다.

가. 취업자의 차별로부터의 보호

취업자는 '인종, 민족적 출신, 성별, 종교, 세계관, 장애, 연령 또는 성적 정체성'을 이유로 차별을 받지 않는다(제7조 제1항). 이 규정은 단체협약 당사자 그리고 특정 직업집단에 속하는 회원들의 단체 또는 사회적·경제적으로 주도적인 권력적 지위를 지닌 단체로 그 단체에의 가입이 근본적 이익이 되는 경우 및 이들의 연합의 회원자격(Mitgliedschaft) 또는 참여(Mitwirkung)에 대하여 적용된다(제18조 제1항).

① 업무영역 및 직위에 관계없이, 고용 및 자영에의 접근과 직업상 승진을 위한 조건(선발기준과 채용조건을 포함), ② 고용 및 근로조건(임금 및 해고조건을 포함), 특히

고용관계의 이행과 종료 및 직업상 승진에 있어서의 개인적 및 단체법적 합의(협약)와 조치, ③ 모든 형식 및 수준의 직업지도, 직업교육(직업교육, 고등 직업교육, 재교육을 포함) 및 실무경험에의 접근, ④ 근로자단체, 사용자단체 또는 그 회원들이 특정 직업군에 속하는 단체에서의 회원자격과 참여 및 이러한 단체의 급부의 이용(제2조 제1호 내지 제4호)은 모두 취업자의 차별로부터의 보호 분야에서 차별금지 영역이 된다.

‘일자리 공고’의 경우에도 위 ‘인종, 민족적 출신, 성별, 종교, 세계관, 장애, 연령 또는 성적 정체성’을 이유로 하여 취업자를 차별할 수 없다(제11조).³⁶⁶⁾

나. 사법(私法)상 거래에서 차별로부터의 보호

‘인종, 민족적 출신, 성별, 종교, 세계관, 장애, 연령 또는 성적 정체성’을 이유로 한 사법상 채권관계의 성립, 이행 및 종료에 있어서 다음의 각호의 경우 제1조에 열거된 사유로 인한 차별은 허용되지 아니한다(제19조 제1항).³⁶⁷⁾

1. 거래당사자와 무관하게 균등한 조건으로 다수 이루어지는 전형적인 거래 (대량 거래) 또는 채권관계의 종류에 비추어 거래상대방과 무관하게 동일한 조건으로 다수 이루어지는 거래
2. 사법상의 보험을 대상으로 하는 경우

인종 또는 민족적 출신을 원인으로 한 차별은 제2조 제1항 제5호 내지 제8호에 해당하는 사법상 채권관계의 성립, 이행과 종료에 있어서 허용되지 아니 한다(같은조 제2항).

주택의 임대에 있어서 주민구성, 주택구성의 비율, 조화로운 경제적·사회적·문화적인 환경 창출 및 유지를 고려한 차별대우는 허용된다(같은조 제3항).

이 절의 규정은 친족·상속법상 채권관계에는 적용되지 아니한다(같은조 제4항).

이 절의 규정은 당사자나 그 친족(Angehörigen)들 사이에 특별한 밀접관계 또는 신뢰관계가 있는 사법상 채권관계에는 적용되지 아니한다. 임대차 관계에 있어서는

366) 노동법 분야에서 일반평등대우법의 자세한 내용에 대하여는 Burkhard Boemke/Franz-Ludwig Danko, AGG im Arbeitsrecht, Springer, 2007. 기업 실무의 입장에서 해당 법률을 해설하고 있는 다음 문헌도 참조. Michael Stuber, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz in der betrieblichen Praxis, Haufe Mediengruppe, 2006.

367) 홍관표·차원일, 독일의 일반평등대우법(AGG)과 차별금지 판결, 전남대학교출판부, 2016, 315면 참조.

당사자 또는 그 친족이 동일한 토지위에 주택을 이용하고 있는 경우가 이에 해당할 수 있다. 임대인이 일시 사용이 아닌, 50채를 초과하지 아니하는 주택을 임대하는 경우는 제1항 제1호 규정에 해당하지 아니한다(같은조 제5항).

사법상 거래에서 차별로부터의 보호 분야에서 '세계관'을 이유로 하는 차별은 차별 금지 영역에서 제외되어 있다.

다. 다른 법률 규정이 적용되는 경우

사회법전 제1권 제33c조와 사회법전 제4권 제19a조에 의한 급부, 기업연금법(Betriebsrentengesetz)은 기업에서의 노령연금(Altersvorsorge)에 적용된다(제2조 제2항).

그 밖의 차별금지 또는 평등대우명령의 효력은 이 법률에 의하여 영향을 받지 않는다. 특정한 인적 집단을 보호하기 위한 공법상 규정의 경우도 이와 같다(같은조 제3항).

해고에 있어서는 해고보호에 관한 일반 및 특별규정만이 적용된다(같은조 제4항). 해고제한법(Kündigungsschutzgesetz)의 규정 등이 이에 해당한다.

5. 차별금지의 예외

차별금지의 예외는 일반평등대우법에서 다양한 방식으로 규정하고 있다. 우선 적극적 조치는 차별금지의 일반적 예외에 해당한다. 또한 노동법 분야 및 민법 분야에서 각각 차별금지 사유에 공통되는 예외와 차별금지 사유별 예외를 규정하고 있다.

가. 일반적 예외

열거된 사유('인종, 민족적 출신, 성별, 종교, 세계관, 장애, 연령 또는 성적 정체성')를 원인으로 하는 현존하는 차별을 해소 또는 완화시키기 위한 적합·적정한 조치로서 행하여지는 적극적 조치는 허용된다(제5조). 이는 '취업자의 차별로부터의 보호'와 관련된 차별금지 예외 사유에 관한 제8조 내지 제10조, '사법상 거래에서 차별로부터의 보호'와 관련된 차별금지 예외 사유에 관한 제20조에 관계없이 허용된다.

나. '취업자의 차별로부터의 보호'에서의 차별금지의 예외

(1) 직업자력에 의해 허용되는 차별대우

‘인종, 민족적 출신, 성별, 종교, 세계관, 장애, 연령 또는 성적 정체성’을 이유로 하는 차별대우가, 수행해야 할 활동의 종류 또는 그 활동 수행의 조건 때문에 본질적이고 결정적인 직업상 필연성이 인정되는 때에는(이른바, ‘본질적이고 결정적인 직업자격’), 그 목적에 적합하고 적절한 범위 내인 경우 허용된다(제8조 제1항).

다만, 위 열거된 사유를 이유로 하는 동일 또는 동일가치의 노동에 대한 저액의 보수 합의는 위 열거된 사유를 이유로 한 특별 보호규정을 적용한다는 방식으로서는 정당화되지 않는다(같은조 제2항).

이는 유럽연합 반차별지침(2000/43/EC, 2000/78/EC)이 차별금지 예외 사유로 규정한 ‘진정하고 결정적인 직업자격’을 전환, 수용한 것이다.

(2) 종교·세계관에 의해 허용되는 차별대우

이상 제8조에도 불구하고, 종교단체, 법형식에 관계없이 그 종교단체에 부속된 조직 또는 종교·세계관의 공동 보전을 사명으로 하는 결사(結社)가 채용을 함에 있어서는, 특정 종교·세계관이 자기결정권과 관련한 각 종교단체 또는 결사의 자기이해를 고려할 때 정당화될 수 있는 직업상 필연성이 인정되는 경우에는 종교·세계관에 의한 차별대우가 허용된다(제9조 제1항).³⁶⁸⁾ 차별금지 사유가 본질적이고 결정적인 직업자격에 해당하면서 목적의 합법성과 자격의 적절성까지 요구하는 위 제8조 제1항의 요건을 완화하고 있다.

종교·세계관을 이유로 하는 차별대우의 금지는 제1항에 열거된 종교단체, 법형식을 불문하고 그 종교단체에 부속된 조직 또는 종교·세계관의 공동 보전을 사명으로 하는 결사(結社)가 그들의 취업자에게 각각의 자기이해라는 의미에서 충실하고 성실한 행위를 요구할 수 있는 권리를 제한하지 못한다(같은조 제2항).

368) 홍관표·차원일, 독일의 일반평등대우법(AGG)과 차별금지 판결, 전남대학교출판부, 2016, 305면.

(3) 연령에 의해 허용되는 차별대우

제8조에도 불구하고 연령을 이유로 하는 차별대우는 객관적이고 적정하며 합법적인 목적에 의해 정당화되는 경우에는 허용된다. 목적을 달성하기 위한 수단은 적정하고 필요하다고 인정되어야 한다. 이와 같은 차별대우는 다음 각호의 사항을 포함할 수 있다(제10조).³⁶⁹⁾

1. 청년, 고령자와 후견의무 대상자의 취업을 촉진하거나 그들을 보호하기 위하여, 취업·직업 교육·급여·취업관계의 종료에 대한 조건 등 일정한 취업조건과 근로조건에의 접근을 위한 일정한 조건을 정하는 것
2. 연령에 대한 최저조건, 직업경험 또는 근무연한을 취업의 조건 또는 취업과 관련된 일정한 능력으로 정하는 것
3. 일정 사업장에서 특별한 직업훈련의 필요성 또는 청년 이전에 적정한 취업기간의 필요성을 이유로 채용 시 최고연령의 제한을 정하는 것
4. 기업의 사회보장제도에 있어서, 노령연금 또는 장애급여의 자격이나 수급을 위한 전제조건으로서 연령제한을 설정하는 것, 특정 취업자 또는 취업자의 집단을 위한 상이한 연령제한을 설정하는 것, 보험수리적 계산을 위해 연령기준을 사용하는 것
5. 취업자가 연령을 이유로 연금을 청구할 수 있는 시점에 해고예고 없이 취업관계를 종료하는 것을 미리 정하는 합의를 하는 것. 다만 사회법전 제6편 제41조의 규정은 영향을 받지 않는다.
6. 기업조직법(Betriebsverfassungsgesetz)상 해고계획(Sozialplänen)에서, 당사자들이 상대적으로 연령을 강조함으로써 본질적으로 연령에 좌우되는 노동시장에서의 기회를 명확하게 고려하여 연령이나 근속기간에 따라 등급화한 보상규정을 마련한 경우이거나, 실업급여의 수급 이후에 경우에 따라 연금을 받을 자격이 있어서 경제적으로 안정된 취업자를 해고계획상의 급부에서 배제하는 경우로, 해고계획에서의 급부를 차별하는 것

369) 홍관표·차원일, 독일의 일반평등대우법(AGG)과 차별금지 판결, 전남대학교출판부, 2016, 307면.

다. 사법상 거래에서 차별로부터의 보호 분야에서의 차별금지의 예외

‘사법(私法)상 거래에서 차별로부터의 보호’를 규정한 제3절은 ‘친족·상속법상 채권 관계’에는 적용되지 않는다(제19조 제4항). 또한 이 절의 규정은 당사자나 그 친족(Angehörigen)들 사이에 특별한 밀접관계 또는 신뢰관계가 있는 사법상 채권관계에는 적용되지 않는다(같은조 제5항). 법은 임대차 관계에 있어서는 당사자 또는 그 친족이 동일한 토지 위에 주택을 이용하고 있는 경우가 이에 해당할 수 있다는 규정도 덧붙이고 있다.

종교·세계관, 장애, 연령, 성적 정체성 또는 성별로 인한 차별대우에 객관적인 이유가 있는 때에는 차별금지 위반이 되지 아니한다. 다음 각 호의 경우 차별대우가 정당화된(제20조 제1항).

1. 위험의 회피, 손해의 예방 또는 이에 준하는 다른 목적을 위한 경우
2. 사생활 또는 개인의 안전 보호를 위하여 필요한 경우
3. 차별대우가 특별한 이익을 주는 반면, 평등대우로는 실익이 없는 경우
4. 종교·세계관과 관련하여 그리고 종교단체, 법형식과 무관하게 그 종교단체에 부속된 기관 및 자기이해를 고려할 때 종교·세계관에 관한 공동체의 사무를 그 과제로 하는 결사(結社)가 종교의 자유와 세계관의 자유 및 자기결정권을 행사하는 것과 관련하여 이루어지는 경우

‘인종 또는 민족적 출신’을 이유로 한 차별적 대우에는 이 정당화사유가 적용되지 않는다.

주택의 임대에서 주민구성, 주택구성의 비율, 조화로운 경제적·사회적·문화적인 환경 창출 및 유지를 고려한 차별대우는 허용된다(제19조 제3항).

종교·세계관, 장애, 연령 또는 성적 정체성을 사유로 한 사법상 보험을 대상으로 하는 사법상 채권관계와 관련된 차별대우는, 적절한 위험산출에 관한 승인된 원칙에 근거하는 경우, 특히 통계적 검증을 포함하여 보험수학적으로 이루어진 위험평가에 근거하는 경우에만 가능하다(제20조 제2항).

성별을 원인으로 한 사법상 보험을 대상으로 하는 사법상 채권관계와 관련된 차별대우

는 (2012년 12월 21일 이전에 성립된 보험관계에 한하여) 보험료 또는 보험조건에 있어서 일정한 요소에 대하여 적절하고 충분한 보험수학적(versicherungsmathematisch) 그리고 통계적 자료를 기초로 한 위험평가에 대한 고려가 있는 경우에만 가능하다. 2012년 12월 21일 이후 성립된 보험관계에서는 이러한 정당화사유도 인정되지 않는다.³⁷⁰⁾

임신과 모성과 관련된 비용은 어떠한 경우에도 차별적인 보험료 또는 보험조건의 원인이 될 수 없다.

라. 중복차별과 차별금지의 예외

‘인종, 민족적 출신, 성별, 종교, 세계관, 장애, 연령 또는 성적 정체성’로 열거된 사유 중 두 개 이상의 사유를 원인으로 하여 차별이 이루어진 경우에는, 제8조 내지 제10조와 제20조의 정당화사유가 이들 두 개 이상의 사유에 모두 존재하고, 그러한 정당화사유에 의하여 차별이 이루어진 때에 한하여 그 차별이 정당화될 수 있다(제4조).

6. 구제 및 이행확보 방법

가. 사전 예방 수단

일반평등대우법은 사후적 구제수단뿐만 아니라 사전적 예방수단도 마련해두고 있다. 우선, 근로관계 있는 자 단체협약 당사자, 사용자, 취업자와 그들의 대표자는 그들의 직무와 행위 영역에서 법 제1조에 열거된 목적의 달성을 위하여 협력하여야 한다는 규정을 두고 차별방지를 위한 사회적 책임을 의무화하고 있다(제17조 제1항).

또한 연방가족·고령자·여성·청소년부에 연방반차별국을 설치하고 사전적 차별방지 조치를 취하도록 하고 있다(제25조).

나. 법적 구제수단

일반평등대우법은 법적 구제수단과 관련하여, 노동법 분야와 민법 분야를 구분하여 규정하고 있다. ‘취업자의 차별로부터의 보호’와 관련하여, 차별금지에 반하는 합의나

370) 법 제33조 제5항은 이에 관한 경과규정을 두고 있다.

단체협약의 조항들은 효력이 없으며, 사용자 또는 취업자에 의한 차별은 계약상 의무 위반이다(제7조 제2항 및 제3항). 취업자는 진정권, 손해배상청구권을 가지며, 괴롭힘 또는 성적 괴롭힘을 당한 경우 근로거부권을 행사할 수 있다.

‘사법상 거래에서 차별로부터의 보호’와 관련하여서는, 차별을 당한 사람은 방해배제청구권, 손해배상청구권을 가지며, 추가적(계속적) 침해가 우려되는 경우 부작위청구권(중지청구권)도 인정된다. 방해배제청구권, 손해배상청구권, 부작위청구권의 제척기간은 2개월로 제한되어 있다. 차별행위를 한 사람은 차별금지에 위반되는 내용의 합의를 원용할 수 없도록 하고 있다.

차별대우를 받은 당사자의 입증책임은 완화된다. 또한 반차별단체의 지원을 받을 수도 있다. 취업자에 대해서는 불이익조치가 금지된다.

(1) 취업자의 차별로부터의 보호

1) 청구권자

일반평등대우법상 차별 구제를 신청할 수 있는 청구권자는 근로자이다. 다만 이 법의 근로자는 독일법상 근로자에 포함하지 않는 집단이 포함되어 있어, 최광의의 근로자를 의미한다. 따라서 일반평등대우법은 ‘취업자(Beschäftigte)’라는 개념을 사용한다.³⁷¹⁾ 취업자에는 근로자 외에, 견습생, 근로자와 유사한 자도 해당된다. 또한 취업자에는 ‘지원자’도 포함된다. 근로관계가 성립되기 전인, 모집절차 단계에서 차별대우를 받은 경우 진정권 등이 인정될 수 있다.

자영업자의 경우에도 제한적으로 청구권자가 될 수 있다.

또한 공법적 노무제공관계에 있는 공무원(Beamte)도 공공부문 사무직 종사자(Angestellte)와 함께 적용대상에 포함된다.

2) 취업자의 진정권

취업자는 차별대우를 받은 경우 기업 내에 진정을 제기할 수 있다. 즉, 자신의 취업관계와 관련하여 사용자, 상사, 다른 취업자 또는 제3자에 의해 ‘인종, 민족적 출신, 성별, 종교, 세계관, 장애, 연령 또는 성적 정체성’의 사유로 차별을 받은 취업자는

371) 법무부, 독일 일반평등대우법에 대한 평가와 시사점, 2009, 6면. 이 개념은 독일 산업안전법 제2조와 같은 다른 법률에서 사용하고 있는 개념이라고 한다.

사업장, 기업 또는 사무실의 고충처리기관에 그 내용을 진정할 수 있다. 고충처리기관은 진정을 심사하여 그 심사결과를 진정을 한 취업자에게 통보하여야 한다. 근로자대표의 권리는 영향을 받지 않는다(제13조).

3) 취업자의 손해배상청구권

차별을 받은 취업자는 정신적 손해를 포함한 손해배상을 청구할 수 있다(제15조). 사용자는 차별금지를 위반하는 경우 이로 인해 발생한 손해를 배상할 의무를 진다. 다만, 사용자가 의무위반에 대한 책임이 없는 경우에는 손해배상 의무에서 벗어난다(같은조 제1항).

취업자는 비재산적 손해가 발생한 경우 적절한 금전배상을 요구할 수 있다. 차별대우가 없었더라도 해당 취업자가 채용되지 않았을 사정이 있었던 경우 그 배상액은 3개월분의 급여액을 초과할 수 없다(같은조 제2항).

단체협약(kollektivrechtlicher Vereinbarungen)이 적용되는 경우에 사용자는 고의 또는 중과실로 행위한 때에 한하여 배상책임이 있다(같은조 제3항).

단체협약 당사자가 별도로 합의한 경우를 제외하고, 제1항 또는 제2항에 의한 청구는 2개월 이내에 서면으로 하여야 한다. 그 기간은 구직 또는 직업상 승진의 경우에는 거부 의접수 시로부터, 그 밖의 차별 사안의 경우에는 취업자가 그 차별을 알게 된 때부터 기산한다(같은조 제4항). 그 밖에 다른 법률규정에 의해 인정되는 사용자에게 대한 청구권은 행사 가능하다(같은조 제5항). 다른 법률에 근거가 없는 한 사용자의 차별금지 위반을 이유로 취업관계, 직업교육관계의 성립 또는 직업상 승진에 관한 청구는 할 수 없다(같은조 제6항).

4) 근로거부권

근로거부권도 인정된다. 사용자가 사업장에서 괴롭힘 또는 성적 괴롭힘의 중단을 위하여 아무런 조치를 취하지 않거나 명백히 부적절한 조치를 취한 경우에는, 해당 취업자는 자신의 보호에 필요한 범위 내에서 급여의 상실 없이 자신의 업무를 중지할 수 있다. 민법 제237조에는 영향이 없다(제14조).

5) 불이익조치의 금지

사용자는 취업자가 취업자의 권리를 행사하거나 차별금지에 위반하는 지시의 이행의 거부하였다는 이유로 불이익을 줄 수 없다. 취업자를 지원하거나 증인으로서 증언한 자에 대하여도 이와 같다(제16조 제1항).

취업자가 차별행위에 대하여 거부 또는 묵인하였던 사실을 해당 취업자와 관계된 결정의 자료로서 원용할 수 없다(같은조 제2항). 사용자가 위 불이익조치 금지에 위반한 경우에 아래 증명책임의 완화에 관한 규정을 준용한다.

(2) 사법상 거래에서 차별로부터의 보호

사법상 거래에서 차별을 받은 자는 손해배상청구를 할 수도 있지만, 이와 별도로 방해배제청구권 및 부작위청구권도 갖는다.

1) 손해배상청구권

사법상 채권관계의 성립, 이행 및 종료에서 차별을 받은 사람은 차별금지에 대한 위반이 있는 경우 재산적 손해와 비재산적 손해 모두에 대한 손해배상청구권을 갖는다.

차별금지 위반에 있는 경우에는 차별행위를 한 자는 이로 인해 발생한 손해를 배상할 의무가 있다. 다만 차별행위를 한 자에게 의무위반이 없는 경우에는 그러하지 아니하다.

차별을 받은 사람은 비재산적 손해가 있는 경우 적절한 금전배상을 요구할 수 있다(제21조 제2항). 배상 최대한도에 관한 규정은 없다.

2) 방해배제청구권 및 부작위청구권

사법상 채권관계의 성립, 이행 및 종료에 있어서 차별을 받은 사람은 차별금지에 대한 위반이 있는 경우 다른 청구권과는 별도로 방해의 배제를 청구할 수 있다(같은조 제1항)

또한, 추가적인 침해가 우려되는 경우 차별을 받은 사람은 부작위를 청구할 수 있다.

3) 제척기간

차별을 받은 사람은 이상의 손해배상청구권, 방해배제청구권, 부작위청구권을 2개

월 내에 행사해야 한다(같은조 제5항). 그 기간이 경과한 때에는 차별을 받은 사람이 책임 없이 기간의 준수를 방해받은 경우에 한하여 청구권을 행사할 수 있다. 기산점에 관한 명시적 규정은 없다.³⁷²⁾

제척기간은 2006년 법안 심의과정에서 수정된 사항으로, 차별금지법안상 청구권의 제척기간은 6개월이었으며, 연방의회에 제출한 연방정부의 「평등대우의 원칙의 실현을 위한 유럽 지침의 이행을 위한 법률안」은 3개월로 규정하였으나, 심의단계에서 이를 2개월로 단축, 시행하였다.³⁷³⁾

4) 불법행위로 인한 청구권과의 관계

불법행위로 인한 손해배상청구권은 영향을 받지 않는다(같은조 제3항). 이에 따라 청구권 경합이 인정된 것으로 본다.³⁷⁴⁾ 차별을 받은 사람은 사법상 거래에서 차별금지 위반이 있고, 그러한 차별이 불법행위에도 해당하는 경우 민법상 불법행위로 인한 손해배상청구권을 행사할 수도 있고, 일반평등대우법상 방해배제청구권, 부작위청구권, 손해배상청구권을 행사할 수도 있다.³⁷⁵⁾

5) 차별금지에 위반된 합의의 효력

차별행위를 한 사람은 차별금지에 위반되는 내용의 합의를 원용할 수 없다(제21조 제4항). 반대로 차별을 받은 사람은 차별금지에 위반되는 합의를 원용할 수 있다(‘편면적 원용금지’).³⁷⁶⁾

372) 독일연방의회 법제사법위원회는 ‘최초에 위반을 인식한 때’를 기산점으로 본다는 의견을 제시한 바 있다. 홍관표·차원일, 독일의 일반평등대우법(AGG)과 차별금지 판결, 전남대학교출판부, 2016, 73면.

373) 황수옥, “독일 일반평등대우법의 제정과정과 시사점”, 노동법학 제57호, 한국노동법학회, 2016, 82면.

374) 홍관표·차원일, 독일의 일반평등대우법(AGG)과 차별금지 판결, 전남대학교출판부, 2016, 73면.

375) 일반평등대우법상 청구권을 행사하는 경우, 입증책임은 완화되지만, 제척기간이 2개월로 제한된다.

376) 이와 대조적으로 취업자에 대한 차별금지에 위반된 합의, 단체협약의 규정은 무효이다. 한편 사법상 채권관계에서 차별행위를 한 사람이 차별금지에 반하는 합의를 원용할 수 없도록 하는데 한정하였는데, 이는 일부무효에 관한 독일민법 제139조의 적용을 배제한 것으로, 계약 무효를 통해 종종 차별을 받은 사람에게 도움이 되지 않는 경우를 상정하였다는 지적으로는 홍관표·차원일, 독일의 일반평등대우법(AGG)과 차별금지 판결, 전남대학교출판부, 2016, 72면.

다. 입증책임

소송에 있어, 차별을 받은 사람은 차별대우를 추정케 하는 정황증거(Indizien, 간접 증거)를 제시한 경우에는 다른 당사자는 차별대우로부터 보호를 위한 제 규정 위반이 없다는 것을 입증해야 한다(제22조).³⁷⁷⁾

취업자의 차별로부터의 보호와 관련하여, 소송에서 일방 당사자가 ‘인종, 민족적 출신, 성별, 종교, 세계관, 장애, 연령 또는 성적 정체성’을 이유로 한 근로자에 대한 차별대우를 추정케 하는 정황증거를 제시한 경우에는 다른 당사자는 차별대우로부터의 보호를 위한 어떠한 위반도 존재하지 않는다는 점에 대하여 입증책임을 부담한다.

사법상 거래에서 차별을 받은 자의 입증책임은 완화된다. 즉, ‘인종, 민족적 출신, 성별, 종교, 장애, 연령 또는 성적 정체성’을 이유로 한 사법상 채권관계의 성립, 이행 및 종료에 있어서 차별대우를 추정케 하는 정황증거를 제시한 경우에는 다른 당사자는 차별대우로부터의 보호를 위한 어떠한 위반도 존재하지 않는다는 점에 대하여 입증책임을 부담한다.

이른바 ‘일응의 추정’ 또는 ‘표현증명’을 도입한 것이다. 차별금지와 관련된 분쟁에서 주요사실에 대하여 증명책임이 있는 당사자가 주요사실을 추정케 하는 전제가 되는 정황증거를 증명하면 그 추정에 의문이 가는 특단의 사정이 증명되지 않은 한 그대로 추정되는 주요사실이 인정되도록 하여 입증책임을 완화한 것을 말한다.³⁷⁸⁾ 간접사실로부터 주요사실이 추정되기 위해서는 법원이 추정되는 주요사실의 존재에 대하여 고도의 개연성을 인정할 수 있으면 충분하다고 본다. 입증책임 부담과 관련하여서는 차별금지의 예외 사유(제8조 내지 제10조 제20조)가 문제될 수 있다. 괴롭힘 또는 성적 괴롭힘 관련 분쟁에 있어서 차별금지 예외 사유에 따른 정당화 사유는 일반적으로 적용되지 않는다.³⁷⁹⁾

377) 기존 차별금지법안은 ‘믿을 만한 정도(Glaubhaftungsmachung)’만으로 차별피해자의 입증책임을 부담하도록 하였지만, 기민당/기사당, 재계의 의견을 수렴하여 차별피해자에게 ‘정황증거’를 입증하게 하는 것으로 수정한 바 있다. 황수옥, 독일 일반평등대우법의 제정과정과 시사점, 노동법학 제57호, 2016, 82면.

378) 홍관표·차원일, 독일의 일반평등대우법(AGG)과 차별금지 판결, 전남대학교출판부, 2016, 68면.

379) 홍관표·차원일, 독일의 일반평등대우법(AGG)과 차별금지 판결, 전남대학교출판부, 2016, 68면.

라. 반차별단체에 의한 지원

일정한 요건을 갖춘 반차별단체는 재판절차에서 차별을 받은 사람의 보조인으로 참가할 수 있으며, 차별을 받은 사람의 법률사무 처리를 허용한다.

반차별단체는 그 정관의 목적 범위 내에서 변호사대리가 법률상 강제되지 않는 재판절차에서 차별을 당한 자의 보조인(Beistand)으로서 심리에 참가할 수 있다. 그 밖에 소송법의 규정 특히 보조인에게 이후의 변론을 금지할 수 있는 제 규정은 영향을 받지 아니한다(제23조 제2항).

반차별단체는 그 정관의 목적 범위 내에서 차별을 당한 자의 법적 문제를 중개(Besorgung)할 수 있다(같은조 제3항). 장애인을 위한 단체의 특별제소권 및 대리권은 영향을 받지 아니한다(같은조 제4항).

반차별단체는 그 정관상 영업적이거나 일시적이지 않은, 제1조의 사유로 차별을 당한 자 또는 집단의 특별한 이익에 관심을 기울이는 인적결합체이다. 반차별단체의 구성원이 75명 이상이거나 7개 이상의 단체의 연합체인 경우에는 제2항 내지 제4항에 의한 권한이 부여된다(같은조 제1항).

마. 불이익조치의 금지 등

사용자는 취업자가 차별금지와 관련되 이 법에서 규정한 권리를 행사하거나 관련 규정을 위반하는 지시의 이행의 거부하였다는 이유로 불이익을 줄 수 없다. 취업자를 지원하거나 증인으로서 증언한 자에게도 마찬가지로 불이익을 줄 수 없다(제16조 제1항).

취업자가 차별행위에 대하여 거부 또는 묵인하였던 사실을 해당 취업자와 관계된 결정의 자료로서 원용할 수 없다(같은조 제2항). 입증책임의 완화에 관한 규정인 제22조를 준용한다(같은조 제3항).

‘사법상 거래에서 차별로부터의 보호’ 관련 불이익조치의 금지에 관한 규정은 두지 않았다.³⁸⁰⁾

380) 관련 유럽연합 지침(2000/43/EC 제9조, 2004/113/EC 제10조)는 ‘사법상 거래에서 차별로부터의 보호’에서도 불이익조치 금지에 관한 규정을 두고 있었으나, 독일 일반평등대우법에서는 관련 규정을 두지 않았다.

바. 단체에의 가입자격

취업자의 차별로부터의 보호에 관한 규정들은 ‘단체협약 당사자’, ‘그 회원들이 특정 직업군에 속하거나 경제적 혹은 사회적 영역에서 우월적 지위를 보유하고 있는 단체로 회원자격의 획득에 기본적인 이익이 존재하는 단체’, ‘이들 각각의 결합’의 회원자격이나 그에 대한 참여에 적용된다. 이러한 단체가 차별금지에 위반하여 회원자격 또는 참여를 거부하는 경우 법원에 회원자격 또는 참여에 대하여 청구할 수 있다(제18조).

사. 공법상 근무관계에 관한 특례

일반평등대우법은 공법상 근무관계에 있는 자의 특별한 법적 지위를 고려하여 적용하도록 하고 있다. 여기에는 ① 연방, 주, 지방자치단체, 지방자치단체연합 및 기타 연방 또는 주의 감독 하에 있는 공법상의 사단, 영조물 및 재단의 직원, ② 연방 및 주의 법관, ③ 비군사 대체복무와 관련된 범위에서 비군사 대체복무자 및 병역 거부자로 인정된 자가 해당된다.

7. 국가 등의 책무

일반평등대우법은 차별을 방지하고 제거하기 위해 연방정부에 연방반차별국을 설치하고, 연방반차별국 산하에 자문위원회를 설치하도록 하여 국가의 책무를 규정하고 있다. 특히, 비교적 최근인 2022. 12. 19. 연방의회는 연방반차별국의 독립성을 강화하기 위하여 일반평등대우법 관련 규정을 대폭 개정하였다(2022. 12. 24. 시행).

가. 연방반차별국

(1) 설치

일반평등대우법은 차별을 당한 자를 보호하기 위하여 연방반차별국을 설치하도록 규정하고 있다(제6절).

독일연방의회 또는 연방정부의 특별문제담당관의 권한을 침해하지 않는 범위 내에서 제1조에 열거된 사유에 따른 차별을 당한 자를 보호하기 위해 연방가족·고령자·여

성·청소년부에 연방반차별국을 둔다(제25조 제1항).

연방반차별국에 그 임무를 수행하기 위하여 필요한 인원 및 물품을 제공한다. 연방반차별국은 연방가족·고령자·여성·청소년부의 개별예산 중에 독립된 장으로 명시해야 한다(같은조 제2항).

또한 법개정을 통해, 연방반차별국은 독립적인 연방반차별위원(Bundesbeauftragte für Antidiskriminierung)이 지휘하도록 하였다.³⁸¹⁾

(2) 연방반차별위원의 선출 및 요건

연방반차별위원은 연방정부의 추천으로 연방의회에서 선출한다. 연방정부의 추천에 대해 토론없이 투표한다. 재적의원 과반수의 찬성으로 선출된다(제26조 제1항 내지 제3항).

연방반차별위원은 직무수행과 권한행사를 위해 필요한 자격, 경험, 전문성, 특히 차별금지 분야에 대한 전문성을 갖추어야 한다. 특히 관련 전문적 경험을 통해 습득한 차별금지법에 대한 지식이 있어야 하며, 연방의 고위 비기술 행정직 경력에 대한 자격이 있어야 한다(같은조 제4항).

(3) 연방반차별위원의 법적 지위와 임기

독립적인 연방반차별위원은 일반평등대우법에 따라 연방에 대하여 공법상의 공무원 관계에 있다. 연방반차별위원은 직무수행에 있어서 독립성을 가지며 오직 이 법의 적용을 받는다. 연방반차별위원은 연방정부의 법적 감독을 받는다(제26조a).

임기는 5년이며, 재선될 수 있다. 임기 만료 전에 새로운 위원이 선출되지 않는 경우, 연방대통령의 요청에 따라 새로운 위원이 선출될 때까지 전임 위원이 계속 재임해야 한다(제26조b).

연방의회에 선출된 연방반차별위원은 연방대통령이 임명하며, 임기는 임명장을

381) 기존 일반평등대우법은 연방가족·고령자·여성·청소년부 장관이 연방정부의 추천을 받아 임명하는 국장(Leiter)을 두도록 하고 있었지만, 개정법률은 연방의회가 선출하는 반차별위원을 연방반차별국의 수장으로 두도록 하고 있다. 실제 독일 연방의회는 2022. 7. 7. 페르다 아타만(Ferda Ataman)을 반차별위원으로 선출하고 연방반차별국을 이끌도록 하였다. <https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/aktuelles/alle-meldungen/ferda-ataman-als-neue-antidiskriminierungsbeauftragte-ernannt-198744> (최종확인: 2023. 9. 25.)

수여한 날로부터 개시한다. 임기만료 또는 해임사유에 의해 임기가 종료된다.

(4) 연방반차별국의 임무

‘인종, 민족적 출신, 성별, 종교, 세계관, 장애, 연령 또는 성적 정체성’의 사유를 이유로 차별을 받게 되었다고 생각하는 사람은 연방반차별국에 상담할 수 있다. 또한 다음과 같은 이유로 차별을 받게 되었다고 생각하는 근로자(Beschäftigte)도 연방반차별국에 상담할 수 있다(제27조 제1항).

1. 연방 부모수당 및 육아휴직법(Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz), 돌봄휴가법(Pflegezeitgesetz) 또는 가족돌봄휴가법(Familienpflegezeitgesetz)에 따라 부모 또는 보호자로서 휴가를 신청하거나 휴직하거나 근무 시간을 조정하는 경우.
2. 돌봄휴가법 제2조에 따른 결근
3. 질병 또는 사고로 인해 즉각적인 조치가 필요한 경우 민법 제275조 제3항³⁸²⁾에 따른 긴급한 가족 사유로 인해 직접적 노무제공을 거부하는 경우.

연방반차별국은 차별로부터 보호받을 권리를 실행함에 있어 연방반차별국에 상담한 자를 독립적인 방식으로 지원한다. 이 때 연방반차별국은 특히 다음 사항을 행할 수 있다(같은조 제2항).

1. 차별을 당한 자의 보호를 위한 법률상의 규정의 범위 내에서 청구권 및 법적 행위의 가능성에 관한 정보의 제공
2. 기타 기관에 의한 상담의 중개
3. 관계자 사이의 평화적 해결을 추구

연방반차별국은 연방정부 또는 독일연방의회의 특별문제담당관의 소관사항에 관하여는 제1항의 사건을 본인의 동의를 얻어 그 특별문제담당관에게 이송한다(같은조

382) 이는 “채무자가 급부를 스스로 제공해야 하는 경우에, 그 급부를 어렵게 하는 장애를 채권자의 급부이익과 형량하면 채무자에게 그 급부를 기대할 수 없을 때에도 채무자는 급부를 거절할 수 있다.”(독일 민법(BGB) 제275조 제3항). 불능에 의한 급부의무의 배제를 규정하고 있으며, 특히 채무자가 스스로 급부를 제공해야 해야 하는 경우, 채무자의 귀책성을 고려하지 않고 급부의무를 배제한다는 점에 특징이 있다. 독일민법 제275조 제3항의 내용에 관한 자세한 내용은 서종희, “불능에 의한 급부의무의 소멸: 독일민법 제275조 제3항의 개인적 불능을 중심으로”, 재산법연구 제38권 제1호, 한국재산법학회, 2021, 1면 이하.

제2항).

연방반차별국은 연방정부 또는 독일연방의회의 특별문제담당관의 관할을 침해하지 않는 범위에서 독립적인 방법으로 다음 각호에 열거된 임무를 수행할 수 있다(같은조 제3항).

1. 홍보활동
2. 제1조에 열거된 사유에 따른 차별의 방지를 위한 조치
3. 이러한 차별에 관한 학술적 조사의 실시

연방반차별국과 소관 연방정부 및 독일연방의회의 특별문제담당관은 공동하여 제1조에 열거된 사유에 따른 차별에 관한 정보를 독일연방의회에 4년 마다 보고하고 이러한 차별의 배제 및 방지를 위한 권고를 행한다. 이들 기관은 공동하여 차별에 관한 학술적 조사를 실시할 수 있다(같은조 제4항).

연방반차별국과 소관 연방정부 및 독일연방의회의 특별문제담당관은 제1조에 열거된 두개 이상의 사유에 따른 차별에 관하여 협력해야 한다(같은조 제5항).

(5) 연방반차별위원의 권한과 연방정부의 의무

연방반차별위원은 자신의 직무에 영향을 미치는 모든 프로젝트에 참여해야 하며, 가능한 한 빨리 참여해야 한다. 연방반차별위원은 연방 정부에 제안을 하고 의견을 제출할 수 있다(제28조 제1항).³⁸³⁾

연방반차별위원은 (다른 법률 규정이 없다면) 연방 부처의 업무에 영향을 미치는 한, 기본적으로 정치적 의미를 갖는 사안에 대해 초기 단계에서 연방 부처에 알려야 한다(제28조 제2항).

어떤 사람이 차별을 이유로 연방반차별국과 상담하였고 연방반차별국이 관련 당사자 간의 원만한 합의를 추구하는 경우, 연방반차별위원은 연방반차별국과 상담한 사람이 이에 동의하는 경우 관련 당사자에게 진술을 요청할 수 있다(제28조 제3항).

모든 연방 부처, 기타 연방 관청 및 연방 지역의 모든 공공기관은 연방반차별위원의 직무 수행을 지원해야 하며, 특히 필요한 정보를 제공할 의무가 있다(제28조 제4항).

383) 제28조도 2022년 전면개정된 조항이다.

(6) 비정부기구 및 기타 기관과의 협력

연방반차별국은 그 활동을 할 때에 유럽, 연방, 주 또는 지역의 각 수준에서 제1조에 열거된 사유에 따른 차별로부터 보호를 위해 활동하고 있는 비정부기구 및 기관을 적절한 방식으로 관여시켜야 한다(제29조).

나. 자문위원회

‘인종, 민족적 출신, 성별, 종교, 세계관, 장애, 연령 또는 성적 정체성’의 사유에 따른 차별로부터의 보호를 목적으로 하고 있는 사회적 집단 및 조직과의 대화를 촉진하기 위하여 연방반차별국에 자문위원회를 설치한다. 자문위원회는 연방반차별국이 독일연방의회에 보고 및 권고를 제출할 때에(제27조 제4항) 연방반차별국에 대하여 조언하고, 이를 위하여 또한 학술적 조사를(제27조 제3항 제3호) 위하여 의견을 제시할 수 있다(제30조 제1항).

연방가족·고령자·여성·청소년부는 연방반차별위원 및 해당 관할의 연방정부 또는 독일연방의회의 특별문제담당관과 협의하여 이 자문위원회의 구성원 및 각 구성원의 대리(Stellvertretung) 각 1명을 선임한다. 자문위원회에는 사회적 집단 및 조직의 대표 그리고 차별문제전문가가 선임되어야 한다. 자문위원회는 16명 이하의 위원으로 구성하되, 남녀 동수로 한다(같은조 제2항).

자문위원회는 연방가족·고령자·여성·청소년부의 동의를 얻어 사무규칙을 정하며(같은조 제3항), 자문위원회 위원은 명예직이다(같은조 제4항).

제3절 | 캐나다의 포괄적 차별금지 법제

1. 제정 이유

캐나다에는 비교적 일찍부터 포괄적 차별금지 법제가 존재하고 있었다. 캐나다 인권법(Canadian Human Rights Act)이라 불리는 이 법은 제정 당시부터 11가지 차별

사유를 모두 포함하여 규제하는 일반적 차별금지 형태를 갖추었다. 미국의 차별금지 법제가 민권법을 시작으로 1964년 이후 계속 고용 등 개별 영역의 차별을 구체적으로 규제하는 형태로 발전하였던 데 반해, 캐나다는 1977년 캐나다 인권법이라는 포괄적 차별금지법이 먼저 제정된 이후 고용 영역의 차별을 더 집중적으로 시정하기 위해 1986년 형평 고용법(Employment Equity Act)을 추가하였다. 미국 차별금지 법제의 제정 및 진행 과정에 대응한 캐나다에서의 대안적 입법 의도가 있었다고 추론할 수 있다. 아래에서는 캐나다 인권법을 중심으로 규범 구조와 제반 관련 사항을 분석한다.

가. 입법 배경

캐나다 인권법은 연방국가인 캐나다에서 차별금지가 연방 관할에까지 적용되도록 하는 규범이라는 데 의의가 있다.³⁸⁴⁾ 인권 규범은 오래 전부터 개별 주를 중심으로 이미 입법되어 있었다. 온타리오(Ontario)주는 이미 1944년부터 인종차별 금지법(Racial Discrimination Act)을 도입하여 인종이나 종교를 이유로 한 차별 내용을 출판, 전시, 혹은 방송하지 못하도록 하였다. 또한 1947년 서스캐처원주는 권리장전(Saskatchewan Bill of Rights)을 제정하였다. 주 내에서의 시민권 보장 원칙을 천명한 이 법은 고용, 주거, 직장, 토지 거래와 교육 등 여러 영역에서의 차별금지를 규정하였다. 캐나다의 이들 초기 인권법제는 차별을 주로 경찰이나 사법절차를 통하여 다루어지는 형사 범죄로 취급함으로써 준형사법적(quasi-criminal) 성격을 띠고 있었다.

이와 같은 법제적 배경에서, 연방 차원의 인권법 제정 움직임은 1940년대 캐나다에서 일어났던 정치 문화의 전면적 변동에 기인한다. 각 주의 법적 제재에 의해 보장받았던 인권 체계는 당시 캐나다 중앙 정치에서 별 관심을 받지 못하던 주제였다. 그러나 제2차 세계대전을 거치면서 캐나다인들 또한 홀로코스트 참사를 목격하였음은 물론, 스스로 일본계 캐나다인들을 억류하는 정책을 시행하면서 인권의 소중함을 각성하는 계기로 삼았다. 특별히 그즈음 가까운 미국에서 각종 인권 법제가 제정되었던 점 또한 캐나다 인권법 제정에 영향을 주었다.³⁸⁵⁾

384) 캐나다 인권법 제2조. “이 법은 연방의회의 입법 권한(the legislative authority of Parliament) 내의 입법 사항 범위에서...(후략)”.

385) Jay Makarenko, “The Canadian Human Rights Act”, re:politics, 2008.11. <https://repolitics.com/features/the-canadian-human-rights-act/> (최종확인: 2023. 8. 1.)

제2차 세계대전 중 미국에서 일본계 이민자들에 대한 강제 이주와 억류가 진행되어 그에 대한 인종차별 논란을 야기하였던 것처럼,³⁸⁶⁾ 연합국의 일원이었던 캐나다에서도 동일한 형태의 일본인 억류가 시행되었다. 미국에서와 같은 시기인 1942년 2월부터 총 2만 1천여 명의 일본계 캐나다인들이 적절한 절차 없이 캐나다 서안으로부터 강제 이주를 당하였다. 게다가 전후에는 이들에 대한 재산권 박탈과 함께 대규모 추방 명령(deportation)까지 이루어졌다. 추방 받지 않은 이들도 1949년 4월까지의 서안에 있는 자신의 주거로 복귀할 수 없었다.³⁸⁷⁾

미국과 캐나다에서 이러한 강제 이주 및 억류 조치가 인권적 측면에서 큰 비판과 함께 충격을 던졌던 것은, 국가에 의해 법으로 시행된 대규모 인권 박탈 조치가 인종차별이라는 거의 유일한 이유에 의해서 이루어졌다고밖에 볼 수 없기 때문이었다. 국제법상 억류(internment)는 전쟁의 적인 외국인에 대한 이동 제한(detention)만을 의미한다. 그러나 캐나다에서 당시 억류당한 일본계 캐나다인의 77%는 영국 국민이었고, 60%가 캐나다 땅에서 태어난 이들이었다.³⁸⁸⁾ 따라서 당시의 억류는 법적으로 감금(incarceration)이나 추방(expulsion)을 의미하는 것이었다. 자국민에 대한 억류 조치는 ‘일본계’라는 인종적, 민족적 요인을 제외하고는 생각할 수 없었다. 특별히 아시아

386) 미국에서 일본 이민자 강제 억류 사건은 인종차별에 관한 큰 논란을 불러일으켰는데, 연방대법원이 *Korematsu v. U.S.*, 323 US 214 (1944)를 통해 여기에 헌법적 정당성을 부여해버렸기 때문이었다. 일본의 진주만 공격이 시작되자, 1942년 루즈벨트(Franklin Roosevelt)대통령은 행정명령 9066을 공포하여 국가안보를 명분으로 한 일본계 미국인들의 강제 이주 및 억류를 실시하였다. 코레마츠라는 사람이 이주를 거부하자 정부는 그를 명령 위반으로 기소하였고, 그는 당해 명령이 연방헌법 수정 제5조를 위반하였다고 주장하였다. 연방대법원은 행정명령 9066이 인종에 대한 편견에 근거한 것이 아니며, 해당 조치는 적국인 일본과 가장 가까운 미 영토인 서부 해안을 방어하기 위한 전략적 긴급성에 의한 것이었다는 논리를 폈다. 전시의 군사적 결정에 대한 연방의회의 승인 또한 존중받을 가치가 있다고 하였다. 연방대법관 6대 3의 결정에서 반대이견을 제출한 잭슨(Jackson) 대법관은 이 행정명령이 인종차별을 합법화하여 수정헌법 제5조의 평등 보호 조항을 위반하였다고 주장하였다. 코레마츠 판결은 미국 연방대법원의 인권 옹호의 역사에서 하나의 오점으로 기록되고 있다. 해당 행정명령에서 정당성의 근거로 삼았던 간첩 활동 등 사회 혼란 방지 목표가 정확한 정보에 기초하지 않은 군사적 판단이었고, 인종적 편견에 기초하여 적절한 절차 없이 실행되었다는 증거가 드러났기 때문이었다. Stephen Breyer, *Making Our Democracy Work: A Judge's View*, Alfred Knopf, 2010, 172-193면.

387) Greg Robinson, "Internment of Japanese Canadians", *The Canadian Encyclopedia*, 2020. <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/internment-of-japanese-canadians> (최종확인: 2023. 8. 1.)

388) 1947년 이전까지 캐나다에서 태어나거나 귀화 이민자들은 영연방 시민권을 획득한 영국 국민으로 간주되었다. Greg Robinson, 위의 글.

계에 대한 차별 정서가 그 핵심을 이루고 있었다. 1988년에 캐나다 연방정부가 이 역류 조치에 대하여 공식적으로 사과하고, 일본계 생존자들에게 각 2만 1천 달러의 배상금을 지급함은 물론 1천 2백만 달러 이상의 공동체 기금 및 인권 프로젝트 비용을 할당한 것도 인종차별의 사실을 인정하였기 때문이다.

캐나다의 아시아계에 대한 인종차별주의의 역사는 짧지 않다. 일본인들은 20세기 초반부터 본격적으로 캐나다에 이주해 왔는데, 당시부터 백인들은 법적 차별 조치와 폭력행위를 가하기 시작하였다. 예를 들어 1902년 추밀원(the British Privy Council)은 브리티시 컬럼비아(British Columbia)주에서 국적을 불문하고 인종을 근거로 아시아계의 선거권을 부인하는 법을 제정하였다. 1907년에는 반아시아 감정이 밴쿠버(Vancouver)에서 폭동의 형태로 분출하기도 하였다.

나. 입법 경과

캐나다 인권법의 제정은 초기 각 주의 차별금지법 제정 이후 계속 이어진 차별에 대한 법제적 대응 노력의 결과물이다. 따라서 캐나다에서 벌어진 차별의 역사를 이해하는 것은 법 내용의 분석을 위해 반드시 필요한 전제이다. 이민을 통해 새로이 개발되었다는 북미의 유사한 환경과 역사를 공유하면서도 캐나다와 미국의 인권 법제 유형이 달랐던 데는 이유가 존재할 것이다. 차별의 역사와 인권 법제의 형태가 필연적 인과관계를 가지는 것은 아니지만, 상대적 차이는 분석해 볼 수 있다. 미국과 캐나다 수준의 민주주의 국가라면 각자의 현실에 가장 적합한 법제를 취사선택할 능력을 갖추고 있기 때문이다.

인권에 관한 한, 일반적으로 캐나다가 미국보다 훨씬 덜 차별적인 국가로 인식되는 것이 사실이다.³⁸⁹⁾ 여기에는 미국 노예제도의 오랜 역사가 결정적 이유로 작용할 것이다. 노예제도로 인한 뿌리 깊은 흑인 차별이 지속적으로 자행되면서, 미국 인권의 발전 또한 흑인에 대한 인종차별의 극복 과정을 중심으로 진행되었기 때문이다. 1960년대 민권법 제정의 역사가 이를 증명한다. 반면, 캐나다는 비슷한 식민지 과정을

389) 물론 캐나다 인권운동가들은 여기에 강하게 반대하며, 캐나다에도 심각한 인종차별이 존재하고 있음을 알리고자 한다. Brooklyn Neustaeter, "No difference between racism in Canada and the U.S., activists say", CTV News, 2020. <https://www.ctvnews.ca/canada/no-difference-between-racism-in-canada-and-the-u-s-activists-say-1.4967681> (최종확인: 2023. 8. 1.)

거치며 생겨난 국가임에도 비교적 일찍 노예제를 폐지함으로써 흑인 인종차별이 미국처럼 인권 문제의 핵심적 비중을 차지하지 않았다. 캐나다의 노예제는 1834년 북미대륙을 포함한 대영제국 전체의 노예제 폐지를 통해 사라지게 되었다. 물론 그 이전부터 캐나다 자체적으로 폐지를 위한 입법 노력이 있었다. 1793년 북부 캐나다에서 점진적 노예제 폐지 내용을 담은 법이 통과되었고, 남부 캐나다에서는 명시적 입법은 없었으나 노예 소유주의 권리를 부인하고 노예의 신분을 해방해 주는 판결이 곳곳에서 내려지기도 하였다.³⁹⁰⁾

물론 캐나다에서의 이러한 움직임이 그들의 태생적 인권 의식에서 비롯된 것은 아니었다. 설탕, 쌀, 담배, 면화 등 노동 집약적 농업에 의존하였던 남부 미국과 달리, 추운 기후로 농업 생산에 주요 기반을 둘 수 없었던 캐나다의 경제 구조를 고려하면 노예는 애초에 그들에게 큰 필요가 아니었다. 노예제도에 대한 일괄적 폐지를 가능케 하였던 영연방 제국의 거버넌스 또한 주별 권한을 폭넓게 인정했던 미국 연방 공화국 구조에 비하여 유리한 면이 있었다.³⁹¹⁾

어떠한 원인에서든 캐나다는 흑인 노예제도가 차별의 주된 요인이 아니었고, 그 철폐를 위한 인권운동 또한 사회변동의 핵심적 동인으로 작동할 필요가 없었다. 따라서 적어도 캐나다에서 인종에 관한 차별 문제는 원주민(indigenous people)이나 중국계 및 일본계 등 아시아 이민자에게 집중될 뿐이었다. 물론 이들에 대한 인종차별도 중대하기는 하지만, 노예제로부터 이어진 미국에서의 흑인 차별과 그에 대한 저항운동의 강도에는 상대적으로 미치지 못한다. 미국에서 차별금지 법제가 흑인 차별 철폐를 위한 민권법을 중심으로 발달할 수밖에 없었다면, 캐나다에서는 다문화주의의 용이한 정착으로 보다 다양한 차별금지 영역을 다룰 수 있는 법제 기술의 여유가 유리하게 발휘될 수 있었을 것으로 추론된다. 이것이 캐나다에서 포괄적 차별금지법으로서의 인권법이 제정될 수 있는 환경을 제공하였을 것이다.

위와 같은 역사적 배경 속에서 캐나다의 인권 법제는 1940년대 몇몇 주에서 차별금

390) Steve McCullough & Matthew McRae, "The story of Black slavery in Canadian history", Canadian Museum for Human Rights, 2023. <https://humanrights.ca/story/story-black-slavery-canadian-history> (최종확인: 2023. 8. 1.)

391) U.S. News & World Report, "Canadians and Americans: Who is More Racist?", 2017.8.17. <https://www.usnews.com/news/best-countries/articles/2017-08-17/are-canadians-less-racist-than-americans> (최종확인: 2023. 8. 1.)

지 입법이 제정되기 시작한 이후 지속적으로 발전하였다. 1950년대에는 “공평 관행 입법(fair practices legislation)”이라 불리는 새로운 형태의 인권법이 주정부 차원에서 도입되었는데, 여기에는 고용, 주거, 서비스 영역에서의 차별금지가 포함되었다.³⁹²⁾ 관심을 두었던 차별 사유는 인종과 종교였으며 점차 성과 연령에까지 확대되었다. 1960년대에는 이와 같은 입법이 형태는 달리 하였지만 대부분의 주는 물론 연방정부에도 도입되었다. 이들 입법은 1940년대 초기 차별금지법과는 달리 준형사적 성격을 버리고 법정 소송보다 중재나 조정을 강조하는 해결 방식을 채택하였다.³⁹³⁾

초기의 공평 관행 입법을 토대로 하여 1970년대에는 본격적으로 인권법 규범이 제정되었다. 이 시기 법제에 인권위원회(human rights commissions)가 등장하기 시작하였고, 지금은 캐나다 연방과 주의 모든 관할에서 인권법과 인권위원회가 존재하게 되었다. 연방법인 캐나다 인권법도 이 시기인 1977년에 도입되었다. 이 법에는 캐나다 인권위원회(the Canadian Human Rights Commission: CHRC)와 캐나다 인권 재판소(the Canadian Human Rights Tribunal: CHRT)에 관한 규정이 포함되어 있다. 제정 이후 몇 차례 주요 사항에 대한 개정을 거치는데, 1996년에는 금지하는 차별 사유에 성적 정체성이 새로이 포함되었다. 2001년에는 인터넷상 혐오 메시지의 소통을 분명하게 금지하였다.

2. 차별의 사유

캐나다 인권법 제2조는 인종(race), 출신 국가 또는 민족(national or ethnic origin), 피부색(colour), 종교(religion), 연령(age), 성별(sex, 임신 및 출산 포함), 성적 지향(sexual orientation), 젠더 정체성 혹은 젠더 표현(gender identity or expression), 혼인 상황(marital status), 가족 관계(family status), 유전 형질(genetic characteristics)

392) 대표적 주법으로 British Columbia Equal Pay Act 1953, British Columbia Fair Employment Practices Act 1956, Manitoba Fair Accommodation Practices Act 1960, New Brunswick Female Employment Remuneration Act 1961, Northwest Territories Fair Practices Ordinance 1966, Quebec Discrimination in Employment Act 1964, Quebec Legal Capacity of Married Women Act 1964 등이 있었고, 연방법으로는 Fair Employment Practices Act 1953, Female Employees Equal Pay Act 1956 등을 꼽을 수 있다.

393) Jay Makarenko, “The Canadian Human Rights Act”, re:politics, 2008.11. <https://repolitics.com/features/the-canadian-human-rights-act/> (최종확인: 2023. 8. 1.)

장애(disability, 정신장애, 신체장애, 외모손상, 알콜이나 약물 의존성 포함), 사면받거나 전과분리명령이 내려진 유죄 판결(conviction for an offence for which a pardon has been granted or in respect of which a record suspension has been ordered) 등 13가지를 차별 사유로 제시하고 있다.

동조에서는 이러한 차별 사유의 극복을 통해, “모든 개인이 사회 구성원으로서 가지는 의무와 책임에 합당하도록 원하는 바대로 스스로의 삶을 설계하고 필요를 충족시킬 동등한 기회를 가진다.”는 원칙을 실천한다고 천명하고 있다. 이들 차별 사유는 캐나다 인권법이 금지하는 차별의 원인을 확정하고 있다는 점에서 중요하다. 어떠한 차별의 형태이든 열거된 구체적 사유 범위에서 행하여져야만 인권법 위반으로 인정될 수 있다.

캐나다 인권법 제정 당시 입법 자체에는 대다수 시민이 동의하였으나, 특히 차별 사유의 범위와 인권 위반 행위에 해한 조치에 관해서는 상당한 이견이 존재하였다고 한다.³⁹⁴⁾ 1977년 제정 과정에서는 인종, 종교, 출신 국가 등 당시 확고하게 인식되었던 차별 사유 뿐만 아니라 비교적 새로운 사유로 여겨지던 성별, 출신 민족, 연령, 결혼 여부, 신체장애 및 사면받은 유죄 판결 등을 담을 수 있었다. 성적 지향은 1996년에 인권법 개정을 통해 들어갈 수 있었고, 젠더 정체성 혹은 젠더 표현(gender identity or expression)이 2017년 개정으로 추가되었다.

가. 인종, 출신 국가 또는 민족, 피부색

캐나다 인권위원회의 실무적 관점에 의하면 이 세 가지 차별금지 사유는 서로 밀접하게 관련되어 있다. 인권 침해를 주장하는 당사자가 인종차별(racism)을 이유로 인권 위원회에 진정을 접수한다면, 인종, 출신 국가 또는 민족, 피부색이라는 요소는 명확하게 구분되지 않을 경우가 많을 것이다. 예를 들어, 당사자가 민족이라는 차별 사유를 주장한다고 하더라도 피부색이 주요 사유일 수 있다는 것이다. 따라서 이들 사유는 대부분 함께 인용되는 경향이 있다. 시민권(citizenship)은 차별 사유에 해당하지 않지만, 시민권이 없다는 이유로 차별받은 경우 ‘출신 국가 또는 민족’에 근거하여 인권위

394) Kyle Kirkup, “Canadian Human Rights Act”, The Canadian Encyclopedia, 2018. <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/canadian-human-rights-act> (최종확인: 2023. 8. 1.)

원회에 진정할 수 있을 것이다.³⁹⁵⁾

예를 들어, 은행이 신규 이민자들에게만 유독 불합리하게 까다로운 대출 요건을 요구하는 규칙을 가지고 있다면, 인종 혹은 출신 국가 또는 민족의 두 가지 차별 사유에 해당할 수 있다. 공항이 특정 피부색의 사람을 2차 보안 검색 대상(secondary screening)으로 취급하도록 제도화하여 해당자가 그러한 검색을 받았다면 피부색을 사유로 한 차별 사유에 해당할 수 있다.³⁹⁶⁾

나. 종교

캐나다 인권법에서 규정하는 차별 사유로서의 종교는 제도적 기반을 확립한 종교만을 의미하는 것이 아니다. 좀 더 넓은 의미를 지니는데, 포괄적 신념과 숭배의 구조를 가지는 대상을 가리킨다. 그러나 종교적 믿음은 채식주의와 같이 세속적, 사회적 맥락에서 양심에 따르는 믿음과는 구별된다. 종교는 “신성한 것 또는 영적 신념의 주체와 객체 간 연결을 강화하는” 개인적 신념이나 믿음에 관한 것이라고 한다.³⁹⁷⁾

예를 들어, 근로자가 평소 안식일을 지키는 종교적 신념을 가지고 있어 주말에 일할 수 없다는 사실을 사용자가 인지하지 않고 해당 근로자에게 주말 근무를 배정하였다면 종교에 의한 차별 사유에 해당할 수 있다.³⁹⁸⁾

다. 연령

인권법에서 차별 사유로서의 연령은 단순히 숫자로 표시되는 실제의 나이 뿐 아니라 예컨대 “60세 이상” 등 특정 연령 집단도 의미할 수 있다. 또한 “너무 늙다” 혹은 “너무 어리다” 등 연령과 관련된 특성의 일반화도 관련된다.³⁹⁹⁾

395) 국가인권위원회, 미주지역 분쟁해결제도: 캐나다 인권위원회와 미국 고용평등위원회 -조기해결제도를 중심으로-, 2008, 41면.

396) Canadian Human Rights Commission, Examples of Discrimination, 2021. <https://www.chrc-ccdp.gc.ca/en/about-human-rights/what-discrimination> (최종확인: 2023. 8. 1.)

397) *Syndicat Northcrest v. Amselem*, [2004] 2 S.C.R. 551, at para. 39.

398) Canadian Human Rights Commission, Examples of Discrimination, 2021. <https://www.chrc-ccdp.gc.ca/en/about-human-rights/what-discrimination> (최종확인: 2023. 8. 1.)

399) 국가인권위원회, 미주지역 분쟁해결제도: 캐나다 인권위원회와 미국 고용평등위원회 -조기해결제도를 중심으로-, 2008, 42면.

예를 들어, 사용자가 근로자를 모집하면서 업무에 실제 필요한 요건을 제시하지 않고, “평균 25세인 사람이 가진 능력”을 신체 적합 요건으로 제시하였다면, 연령에 근거한 차별 사유에 해당할 수 있다.⁴⁰⁰⁾

라. 성별 및 성적 지향

전통적 의미의 남성과 여성에 관한 차별이 성별에 의한 차별이고, 제3(2)조에서 규정하는 바와 같이 임신 또는 출산과 관련된 차별도 이 범주에 넣을 수 있다. 성적 지향은 다른 성에 대한 성적 애정을 뜻하는 이성애, 같은 성에 대한 그것을 의미하는 동성애, 양쪽 성 모두에 대한 그것을 말하는 양성애를 지칭한다.

성전환자, 즉 트랜스젠더는 성별을 바꾸기 위해 의료적 수술을 받은 이들을 말하며, 인권위원회에서 이들에 관한 진정은 ‘성적 지향’이 아닌 ‘성별’ 차별 사유로 다룬다고 한다. 성전환자가 “성적 정체불안”이나 “성정체성 불안”을 이유로 성별이 아닌 ‘장애’를 근거로 차별을 진정한 경우, 이를 받아들여 성별 차별 사유에서의 기준을 인용하여 처리한다고 한다.⁴⁰¹⁾

예를 들어, 평소 탁월한 업무 능력을 발휘하였던 여성 근로자가 임신 사실을 밝히자 사용자가 그를 해고하면서 업무 능력 이슈를 사유로 제시하였다면, 성별에 의한 차별 사유에 해당할 수 있다.⁴⁰²⁾

마. 혼인 상황 및 가족 관계

결혼 여부에 관한 상태는 다음의 범주로 나눌 수 있다. 즉, 독신, 법적 혼인, 관습법상 배우자(반대의 성 또는 같은 성), 미망인 혹은 홀아비, 이혼 상태 등이다. 가족 관계는 다음의 범주를 제시할 수 있다. 즉, 혼인을 원인으로 한 결합, 혈족 관계 또는 법적 입양, 선조로부터 내려온 관계(적출, 사생 불문) 또는 입양, 배우자, 형제자매,

400) Canadian Human Rights Commission, Examples of Discrimination, 2021. <https://www.chrc-ccdp.gc.ca/en/about-human-rights/what-discrimination> (최종확인: 2023. 8. 1.)

401) 국가인권위원회, 미주지역 분쟁해결제도: 캐나다 인권위원회와 미국 고용평등위원회 -조기해결제도를 중심으로-, 2008, 42면.

402) Canadian Human Rights Commission, Examples of Discrimination, 2021. <https://www.chrc-ccdp.gc.ca/en/about-human-rights/what-discrimination> (최종확인: 2023. 8. 1.)

인척, 아저씨 또는 아주머니, 형제자매의 아들 또는 딸, 사촌 간의 상태로부터 발생한 상호 관계 등이다.

혼인 상황과 가족 관계 사유 또한 인권위원회 진정에서는 중첩 처리될 수 있다. 예를 들어, 배우자 모두 일을 해야 하는 상황 때문에 차별이 발생한다면 이들 차별 사유 모두에 해당된다. 또한 배우자 또는 가족 구성원이 정체성 문제를 가진 경우 차별 행위가 발생할 때 혼인 상황 및 가족 관계 사유에 근거하여 처리할 수 있다.⁴⁰³⁾

예를 들어, 기혼 커플에게만 혜택을 주면서 다른 이들은 배제한 정책이나 규칙은 성적 정체성 및 혼인 상황에 근거한 차별 사유에 해당할 수 있다. 자녀가 있는 여성이 철야 근무를 지속하여야 할 상황에서 돌봄 서비스를 찾을 수 없는 경우 사용자가 그를 주간 근로로 배치하는 유연 조치를 허락하지 않은 경우, 가족 관계에 근거한 차별 사유에 해당할 수 있다.⁴⁰⁴⁾

바. 장애

인권법 제2조는 차별 사유로 단지 '장애'만을 제시하고 있지만, 특별히 제25조에서 장애의 의미를 상세히 규정하고 있다. 즉, “과거 또는 현재의 정신적, 육체적 장애를 의미하며, 손상된 외모나 약물 또는 알콜 중독증을 포함한다.”고 범위를 정하였다. 장애의 형태 측면에서 시각장애, 이동 장애 등 영구 장애는 물론, 치료 가능한 질병이나 사고로 인한 일시적 손상의 형태까지 장애로 인정될 수 있다.⁴⁰⁵⁾

예를 들어, 사용자가 모든 근로자에게 유효한 운전 면허 자격을 요구한 경우, 장애로 인하여 운전할 수 없는 근로자는 자신이 대중교통을 이용하여 직무를 수행할 수 있음을 보여줄 기회를 박탈당하게 된다. 이는 장애에 근거한 차별 사유에 해당할 수 있다.⁴⁰⁶⁾

403) 국가인권위원회, 미주지역 분쟁해결제도: 캐나다 인권위원회와 미국 고용평등위원회 -조기해결제도를 중심으로-, 2008, 42-43면.

404) Canadian Human Rights Commission, Examples of Discrimination, 2021. <https://www.chrc-ccdp.gc.ca/en/about-human-rights/what-discrimination> (최종확인: 2023. 8. 1.)

405) 국가인권위원회, 미주지역 분쟁해결제도: 캐나다 인권위원회와 미국 고용평등위원회 -조기해결제도를 중심으로-, 2008, 43면.

406) Canadian Human Rights Commission, Examples of Discrimination, 2021. <https://www.chrc-ccdp.gc.ca/en/about-human-rights/what-discrimination> (최종확인: 2023. 8. 1.)

사. 사면받거나 전과분리명령이 내려진 유죄 판결

개인에게 형벌을 명한 판결에 대하여 형법(Criminal Code) 제748조에 근거, 영연방 국왕에 의하여 사면을 받았고 그 사면 효력이 폐지되거나 상실되지 않았다면 그 판결로 인한 차별은 금지된다. 또한 1985년 인권법 개정으로 제25조 규정인 사면받은 유죄 판결의 범위가 확장되었는데, 범죄기록법(Criminal Records Act)에 근거한 전과 분리명령(record suspension)을 받았고 그 효력이 지속되는 한, 이를 근거로 차별할 수 없게 되었다.⁴⁰⁷⁾

예를 들어, 과거 유죄 판결을 받은 적이 있는 사람이 그 판결에 대해 사면이 이루어졌거나 전과분리명령이 내려진 경우, 전과를 이유로 취업이 거절되었다면 사면받은 유죄 판결에 근거한 차별 사유에 해당할 수 있다.⁴⁰⁸⁾

아. 유전 형질

2017년 캐나다에서는 유전 형질을 이유로 차별받는 이들을 보호하기 위해 유전자 차별금지법(The Genetic Non-Discrimination Act)이 제정되었다. 이 법에 따라 사용자나 보험회사와 같은 제3자는 개인의 유전자 정보를 수집하여 그에게 손해가 되도록 사용할 수 없게 하였다. 최초로 연방 차원의 형사 제재를 규정하였는데, 유전자 차별을 행한 이에게 1백만 달러 이하의 벌금 혹은 5년 이하의 징역에 처하도록 하였다. 이 법이 제정되면서 캐나다 노동법(the Canadian Labour Code)과 인권법에 차별 사유로서 유전 형질이 추가되는 개정이 이루어졌다.⁴⁰⁹⁾

예를 들어, 제3자가 잠재적 사용자들에게 유전자 검사 결과를 제공함으로써 특정 유전 형질을 가진 이가 취업에 실패하였다면, 유전 형질에 근거한 차별 사유에 해당할 수 있다.⁴¹⁰⁾

407) 전과분리명령이란 형사 범죄 유죄 판결을 받고 형 집행을 완료하였으며, 소정의 기간 동안 준법 시민이 되었음을 입증한 사람에게, 당해 전과 기록을 다른 전과 기록과 분리하여 취급할 수 있도록 해 주는 조치를 말한다.

408) Canadian Human Rights Commission, Examples of Discrimination, 2021. <https://www.chrc-ccdp.gc.ca/en/about-human-rights/what-discrimination> (최종확인: 2023. 8. 1.)

409) Canadian Human Rights Commission, Protecting your genetic information, 2017. <https://www.chrc-ccdp.gc.ca/en/node/723> (최종확인: 2023. 8. 1.)

410) Canadian Human Rights Commission, Examples of Discrimination, 2021. <https://www.chrc-ccdp.gc.ca/en/about-human-rights/what-discrimination>

자. 젠더 정체성 혹은 젠더 표현

자신의 젠더가 무엇이고 그것을 어떻게 표현할 것인지를 선택할 것인지에 관하여, 이를 캐나다 인권법상 차별 사유에 추가하고, 젠더 정체성과 젠더 표현에 대한 증오범죄를 캐나다 형법에 추가하도록 하는 법안(Bill C-16)이 2017년 의회에서 통과되었다.⁴¹¹⁾

예를 들어, 개인에게 자신의 젠더가 남성인지 여성인지 밝힐 것을 요구하는 정책이나 규칙이 있다면 이는 젠더 정체성 혹은 젠더 표현을 근거로 한 차별 사유가 될 수 있다.⁴¹²⁾

3. 차별의 유형

캐나다 인권법은 위 차별 사유에 기초하여 금지되는 차별의 열 가지 유형을 열거하고 있다. 제3.1조에서는 복수 사유에 의한 차별이 인정될 수 있음을 천명하고 있는데, “차별적 관행이란 단일 또는 복수의 차별금지 사유에 근거한 행위(a practice based on one or more prohibited grounds of discrimination)” 그리고 “복수 차별금지 사유가 결합한 효과에 근거한 행위(a practice based on the effect of a combination of prohibited grounds)”를 모두 가리킨다고 규정되어 있다.

가. 서비스 영역에서의 차별 관행

(1) 재화, 용역, 편의 시설 및 숙박 시설의 거부(denial of good, service, facility or accommodation)

통상 일반인들이 이용할 수 있는 재화, 용역, 편의 시설 또는 숙박 시설의 제공에 관하여, 차별금지 사유를 근거로 개인에 대하여 이들 자체를 거부하거나 그 접근을

chrc-ccdp.gc.ca/en/about-human-rights/what-discrimination (최종확인: 2023. 8. 1.)

411) Julian Walker, Legislative Summary of Bill C-16: An Act to amend the Canadian Human Rights Act and the Criminal Code, Library of Parliament. https://lop.parl.ca/sites/PublicWebsite/default/en_CA/ResearchPublications/LegislativeSummaries/421C16E#:~:text=On%209%20December%202015%2C%20during,gender%20identity%20and%20gender%20expression (최종확인: 2023. 8. 1.)

412) Canadian Human Rights Commission, Examples of Discrimination, 2021. <https://www.chrc-ccdp.gc.ca/en/about-human-rights/what-discrimination> (최종확인: 2023. 8. 1.)

거부하는 것, 그리고 타인에 비하여 특정인을 불리하게 구별하는 것은 차별적 관행이다(제5조).

이러한 유형의 차별이 성립하기 위해서는 해당 재화, 용역, 편의 시설 및 숙박 시설이 일반적으로 공중에 제공되는 것이어야 한다는 전제가 성립하여야 한다. 서비스 자체가 특정 대상만을 목표로 한 것일 때는 그 대상 범위에 해당하는 이들 모두에게 열려 있어야 한다.

이 조항의 “통상 일반인들이 이용할 수 있는 서비스”에 해당하는 전형적인 것으로, 정부 서비스 및 프로그램을 들 수 있다. 일반인 전체가 아닌 일부에 대한 것도 마찬가지이며, 서비스 대상자들의 동의가 필요 없는 서비스 또한 그러하다. 일례로 연방교도소가 수감자들을 관리하는 것은 인권법 제5조에 해당하는 서비스이다. 수감자들이라는 일부 특정인들에게 그들의 동의 없이도 제공될 수 있는 서비스이기 때문이다.⁴¹³⁾

(2) 상업용 부지 및 주거 시설의 거부(denial of commercial premises or residential accommodation)

상업용 부지나 주거 시설의 제공에 관하여, 이 법에서 금지하는 차별 사유를 근거로 특정 개인의 해당 부지에 대한 점유나 거주를 허용하지 않거나, 특정인을 불리하게 구별하는 것은 차별적 관행이다(제6조).

인권법 제40조(5)(b)에서는 인권을 침해하는 “작위 또는 부작위가 캐나다 내에서 발생하면서 어떠한 특정 개인도 구체적 피해자로 식별할 수 없는 경우에도, 제8조(채용 공고, 광고), 제10조(차별적 정책 또는 관행), 제12조(차별적 표시의 공표) 범위 내의 차별적 관행인 경우” 인권위원회가 진정을 처리할 수 있도록 하고 있다. 즉, 인권위원회의 진정 절차에 구체적 인권 피해 발생이라는 요건의 예외를 인정하는 것이다.

그런데 제6조는 이 예외 사유에 해당하지 않는다. 따라서 이 조항의 차별적 관행에 대한 진정은 식별가능한 피해자가 반드시 존재하여야 한다. 그러나 인권위원회는 제6조에 대한 구제 방법으로 “정책의 변경”을 구하는 것도 가능하다고 한다. 인권위원회의 차별 관행 개선 및 재발 방지 명령 권한을 규정한 인권법 제53조(2)(a)의 해석

413) 국가인권위원회, 미주지역 분쟁해결제도: 캐나다 인권위원회와 미국 고용평등위원회 -조기해결제도를 중심으로-, 2008, 45면.

범위가 폭넓게 확장되었기 때문이다.⁴¹⁴⁾

나. 고용 관련 차별 관행

인권법 제7조, 제8조, 제10조는 고용과 관련된 사안에서의 차별 관행을 구체적으로 정한 규정이다. 인권위원회의 진정에 가장 자주 인용되는 인권법 조항이라고 한다.⁴¹⁵⁾

(1) 고용(employment)

이 법에서 금지하는 차별 사유를 근거로, 직접적 혹은 간접적으로 어떤 개인에 대해 신규 또는 계속 고용을 거부하거나 고용 기간 중 특정 근로자를 불리하게 구별하는 것은 차별적 관행이다(제7조).

(2) 취업 신청 및 광고(employment applications, advertisements)

이 법에서 금지하는 차별 사유를 근거로, 특정한 제한 사유나 상세 사항, 선호 사유를 명시 또는 암시하는 각종 취업 지원서를 사용 및 유포하거나, 각종 형태로 현재 및 장래의 채용과 연관된 광고를 게재하거나 서면 혹은 구두로 문의하는 것은 차별적 관행이다(제8조).

(3) 차별적 정책 및 관행(discriminatory policy or practice)

이 법에서 금지하는 차별 사유를 근거로, 사용자, 사용자 단체 또는 근로자 단체가 특정 개인이나 단체의 취업 기회를 박탈하거나 박탈하려 하는 정책 및 관행을 수립 또는 수행하는 것, 그리고 모집(recruitment), 소개(referral), 채용(hiring), 승진(promotion), 교육(training), 실습(apprenticeship), 이적(transfer) 및 현재 및 장래 고용과 관련한 기타 문제에 영향을 미치는 계약을 체결하는 것은 차별적 관행이다(제10조).

414) 국가인권위원회, 미주지역 분쟁해결제도: 캐나다 인권위원회와 미국 고용평등위원회 -조기해결제도를 중심으로-, 2008, 45-46면.

415) 국가인권위원회, 미주지역 분쟁해결제도: 캐나다 인권위원회와 미국 고용평등위원회 -조기해결제도를 중심으로-, 2008, 46면.

다. 근로자단체(employee organizations)

이 법에서 금지하는 차별 사유를 근거로, 근로자단체가 특정 개인에게 전임자(full membership) 지위에서 제명하거나, 회원 자격을 박탈 또는 정지하거나, 개인과의 관계에서 그가 단체의 회원이거나 단체협약에 따른 단체의 의무가 그와 연관된 경우 그의 고용 기회를 박탈, 제한하거나 그의 지위에 불리한 영향을 주는 기타의 방식으로 제한(limit), 분리(segregate), 분류(classify)하는 등의 조치를 하는 것은 차별적 관행이다(제9조).

이 규정은 대표적으로 노동조합과 같은 근로자단체 내부에서의 차별 관행을 방지하기 위한 것이다.⁴¹⁶⁾

라. 임금 관련 차별적 관행

인권법 제11조는 여러 항에 걸쳐 노동 임금에 관한 차별 관행을 열거하고 있다. ‘동일 가치 노동 동일 임금 원칙’이 확립된 캐나다에서는 당연히 받아들여지는 규범이라 하겠다.⁴¹⁷⁾ 규범의 정합성을 위해 제(7)항에서 먼저 임금에 대해 정의하고 있다. 즉, 인권법 제11조의 목적 범위 내에서 임금이란 개인이 수행한 업무에 대하여 지급 가능한 모든 형태의 보수를 말하며 다음의 항목을 포함한다. 즉, 급여(salaries), 사례금(commissions), 휴가 수당(vacation pay), 해고 수당(dismissal wages), 상여금(bonuses); 식사, 임차, 입주, 하숙을 위한 적정 수준 대가; 현물 보수(payments in kind); 연기금, 장기 장애보험, 모든 형태의 의료보험에 대한 사용자 납입분; 기타 개인의 사용자가 직·간접으로 제공하는 모든 혜택 등이다.

인권위원회 실무에서 동등 임금에 대한 진정은 개인이 아닌 노동 집단에 관하여

416) 국가인권위원회, 미주지역 분쟁해결제도: 캐나다 인권위원회와 미국 고용평등위원회 -조기해결제도를 중심으로-, 2008, 46면.

417) 우리의 경우 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」에 이에 관한 규정이 있다. 사업주는 동일한 사업 내의 동일 가치 노동에 대하여는 동일한 임금을 지급하여야 한다(제8조 제1항). 동일 가치 노동이란 직무 수행에서 요구되는 기술, 노력, 책임 및 작업 조건 등의 기준(제2항)에서 볼 때, “서로 비교되는 남녀 간의 노동이 동일하거나 거의 같은 성질인 노동, 또는 두 업무가 다소 다르더라도 직무평가 등의 방법에 의해 본질적으로 동일한 가치가 있다고 인정되는 노동”을 말한다. 실무노동용어사전, 동일가치노동 동일임금원칙, (주)중앙경제, 2014. <https://terms.naver.com/entry.naver?docId=2209462&cid=51088&categoryId=51088> (최종 확인: 2023. 8. 1.)

이루어진다고 한다. 따라서 이에 관한 진정의 해결을 위해서는 다음의 문제에 대한 판단이 필요하다. 단일한 혹은 복수의 작업에 대해 진정하는 의뢰인의 임금이 충분하지 않은가? 그리고 그러한 작업이 주로 여성 근로자에 의하여 수행되고 있는가? 여성이 주로 행하는 직업집단이 남성이 주로 행하는 직업집단과 비교되는 것인가? 여성 근로자 집단과 남성 근로자 집단이 동일 사업자를 위해 일하고 있는가? 여성 근로자 집단과 남성 근로자 집단이 동일한 체제에서, 즉 같은 임금 및 인사정책을 적용받으며 일하고 있는가?⁴¹⁸⁾

(1) 동등 임금(equal wages)

사용자가 동일 사업 부문에서 동등한 가치를 보유한 작업을 수행하는 고용된 남녀 근로자 간 임금에 차이를 두거나 유지하는 것은 차별적 관행이다(제11조(1)).

(2) 노동 가치의 평가(assessment of value of work)

동일 사업 부문에 고용된 근로자가 수행하는 작업의 가치를 평가할 때 적용되는 기준은 근로의 수행에 필요한 기술, 노력, 책임과 근로가 수행되는 조건을 종합한 것이다(제11조(2)).

(3) 별개의 사업(separate establishments)

사용자가 남녀 근로자 간 임금에 차별을 두고 유지하려는 목적으로 단독 혹은 주도로 창설 또는 유지하는 별개의 사업 부문은 본 조의 목적 범위에서 동일한 사업 부문으로 간주한다(제11조(3)).

(4) 규정된 합리적 요인에 근거한 임금의 차이(different wages based on prescribed reasonable factors)

제1항 규정에도 불구하고 남녀 근로자 간 임금 수준 차이가 만일 캐나다 인권위원회 지침 제27조(2)에 규정된 바와 같이 차이를 정당화 할 합리적 요인에 근거한 것일 때는 차별적 관행으로 볼 수 없다(제11조(4)).

418) 국가인권위원회, 미주지역 분쟁해결제도: 캐나다 인권위원회와 미국 고용평등위원회 -조기해결제도를 중심으로-, 2008, 46-47면.

성별은 보다 분명하게 임금 차별을 정당화하는 합리적 요인을 구성하지 않는다(제11조(5)).

(5) 임금 삭감 금지(no reduction of wages)

사용자는 본조에 규정된 차별적 관행을 해소할 목적으로 임금을 삭감하여서는 안된다(제11조(6)).

마. 차별적 표시의 공표(publication of discriminatory notices, etc.)

명시되거나 암시된 차별, 명시·암시·선동을 의도한 차별, 선동으로 추정되는 차별이 행하여질 경우 이 법 제5조 내지 제11조, 또는 제14조에 규정된 차별적 관행에 해당할 수 있다면, 차별 혹은 차별할 의도를 명시적 혹은 묵시적으로 표현하는 모든 표시(notice), 신호(sign), 기호(symbol), 상징(emblem), 기타의 표시를 대중 앞에 공표·전시하거나 공표·전시되도록 의도하는 것은 차별적 관행이다. 차별하도록 타인을 선동하거나 선동하였다고 추정하는 표현을 담은 모든 표시, 신호, 기호, 상징, 기타의 표시를 대중 앞에 공표·전시하거나 공표·전시되도록 의도하는 경우도 그러하다(제12조).

바. 혐오 표현(hate messages): 규정 폐지

캐나다 인권법 제13조에서는 혐오 표현을 차별적 관행으로 규정하고 있었다. 즉, 개인 또는 집단이 금지되는 차별 사유의 대상이 되는 다른 개인 또는 집단을 통신 시설을 이용하여 혐오·모욕에 노출한 경우 차별적 관행으로 지정하였던 것이다. 또한 2001년 개정으로 추가된 해석 규정을 통해 인터넷을 포함한 컴퓨터, 유사 통신수단을 통한 혐오 표현에까지 규제 범위를 확장하였다.

그러나 1977년 인권법 제정 당시부터 규정되었던 이 조항은 결국 법률 개정에 의해 폐지되었다. 2011년 제출된 C-304 법안이 논의 끝에 2012년 의회에서 통과되었고 왕실의 승인을 얻어 2014년부터 폐지되었다. 폐지의 주된 이유는 표현의 자유에 대한 위축을 우려한 것이었다. 현재 의회에서는 폐지된 제13조를 대체할 조항을 입법하기 위한 시도가 이어지고 있다.

사. 괴롭힘(harassment)

(1) 일반 규정

대중이 통상적으로 이용할 수 있는 재화, 용역, 편의 시설 또는 숙박 시설의 제공, 상업용 부동산 및 주거 시설의 제공, 고용 문제와 관련된 사항에서 이 법에서 금지하는 차별 사유를 근거로 개인을 괴롭히는 것은 차별적 관행이다(제14조(1)).

인권법의 목적을 고려하여 생각할 때, 괴롭힘은 금지된 차별 사유를 근거로 개인에게 굴욕을 주거나 모욕 또는 겁박하는 행위를 가리킨다. 인권법상 괴롭힘은 고용 상황 또는 서비스 제공 상황에서 발생하여야 한다. 또한 차별적 관행으로 간주되는 괴롭힘은 지속적이고 반복되는 것이어야 한다. 다만 단일 행위라도 그 정도가 심각하다면 차별적 관행이 될 수 있다고 한다.⁴¹⁹⁾

(2) 성적 괴롭힘(sexual harassment)

전항의 일반성(generality)을 제한하지 않는다면, 본 항의 목적 범위 내에서 성적 괴롭힘은 금지된 차별 사유를 근거로 한 차별적 관행으로 간주된다(제14조(2)).

괴롭힘 규정에 관한 캐나다 인권법의 특성은 성적 괴롭힘 또한 차별적 관행의 하나로 인식하고 있다는 것이다. 주로 고용관계에서 발생하는 성적 괴롭힘은 노동법에서 중점적으로 규율하고 있다. 캐나다 노동법(the Canada Labour Code) 제3장(Part III)의 Division XV.1은 고용관계에서 성적 괴롭힘 없는 환경에서 일할 근로자의 권리와 직장의 성적 괴롭힘을 방지하기 위한 사용자의 적극적 행동 의무를 규정하고 있다. 노동법에서 말하는 성적 괴롭힘은 근로자에게 모욕이나 수치심을 느끼게 할 수 있거나 근로자가 합리적 근거에서 성적 본성을 근로관계의 지속이나 교육 또는 승진 기회의 조건으로 인식하도록 하는, 성적 본성을 띤 모든 행동, 언사, 몸짓, 접촉을 뜻한다.⁴²⁰⁾

419) 국가인권위원회, 미주지역 분쟁해결제도: 캐나다 인권위원회와 미국 고용평등위원회 -조기 해결제도를 중심으로-, 2008, 48면.

420) Human Resources and Skills Development Canada, Information of Labour Standards, 2010. https://www.canada.ca/content/dam/canada/employment-social-development/migration/documents/assets/portfolio/docs/en/reports/labour_standards/sexual_harassment/harassment.pdf (최종확인: 2023. 8. 1.)

아. 보복행위(retaliation)

본법 제3장(Part III)에 의거하여 진정을 당한 사람이나 대행하는 개인이, 진정 제기자나 추정되는 피해자에게 보복하거나 보복을 위협하는 것은 차별적 관행이다(제14.1조).

보복을 차별적 관행으로 규정하는 위 조항에 더하여 제59조에서는 그러한 행위에 대해 명시적인 금지 의무를 부과하고 있다. 즉, 누구든지 특정 개인에 대해 진정을 제기하였거나, 증거를 제출하였거나, 진정 혹은 기타 절차의 개시 또는 기소와 관련한 협조를 제공하였다는 이유로, 혹은 그렇게 할 의도를 가졌다는 이유로 위협(intimidation)하거나 차별하지 말아야 한다. 이 규정을 통하여 인권위원회에 진정을 제기했거나 진정을 의도하고 있는 사람뿐 아니라, 진정을 개시하고 진행하는 과정에서 어떤 형태로든 증거 또는 조력을 제공하는 사람을 보호할 수 있게 된다. 제60조 규정에서는 제59조를 위반한 사람에게 형사처벌로서 5만 달러 이하의 벌금형을 부과할 수 있도록 하였다.

한편 제14.1조는 진정인 또는 추정되는 피해자에 대한 보복 내용을 담은 진정을 제기할 수 있도록 한다. 이 규정은 진정의 제기와 조사에 대한 조력자에게는 적용되지 않는다.

4. 차별금지의 영역

캐나다 인권법 제2조에서 명시한 목적은, 캐나다에서 제정되는 모든 법에 연방의회의 입법 권한(legislative authority of Parliament)이 미치는 모든 영역의 문제 범위 내에서 평등 및 차별금지의 원칙을 적용하기 위한다는 것이다. 따라서 원칙적으로 캐나다 인권법이 규율하고자 하는 차별금지의 영역에는 제한이 없다.

관할권 및 법 적용의 측면에서 연방법인 인권법은 본질상 당연히 연방정부 자신에게 적용된다. 연방의 입법, 각종 행정기관을 포함한 행정의 모든 영역과 왕립 공기업은 주요 규율 대상이다. 연방정부는 이 법에 따라 그 모든 작용에 차별을 행해서는 안된다.⁴²¹⁾

두 번째 적용 대상은 연방법으로 규율되는 모든 상업 및 산업 영역이다. 은행, 국적 항공사, 주 간(州 間) 통신 및 교통회사 등이 대표적이다. 이들 모든 사업체는 그 운영에

421) Jay Makarenko, "The Canadian Human Rights Act", re:politics, 2008.11. <https://repolitics.com/features/the-canadian-human-rights-act/> (최종확인: 2023. 8. 1.)

차별이 있어서는 안된다.⁴²²⁾

법 내용의 측면에서 차별 상황이 빈번하게 발생하는 영역은 아래와 같은 세 가지 형태로 범주화할 수 있다.

가. 서비스 제공의 영역

사회를 이루어 관계 속에서 살아가는 인간은 생활을 위해 국가 또는 사인이 제공하는 각종 서비스를 이용하여야 한다. 사용자가 정당한 대가를 지불하고 활용하는 서비스는 그것이 본래 일반 대중에게 자유롭게 개방된 것이라면 그 기회가 차별적으로 제공되어서는 안된다. 요금 등 대가가 면제된 것들 또한 마찬가지이다.

인권법 제5조에서는 재화, 용역, 편의 시설, 숙박 시설에의 이용 과정에서 차별적 관행을 금지하고, 제6조에서 대중에 대한 일반적 접근성이 다소 약화된 상업용 부지, 주거 시설에까지 차별금지의 규율을 확장하고 있다. 이들 서비스가 법적으로 사적 소유물이더라도 대중의 일반적 이용을 목적으로 하는 경우 접근, 이용 등에서 이를 거부하거나 특정인을 불리하게 구별하는 등의 행위를 할 수 없다는 것이다.

또한 서비스 제공의 영역에서는 접근, 이용 면에서의 차별 뿐 아니라 괴롭힘의 관행이 나타날 수도 있다. 인권법 제14조(1)에서는 서비스와 관련하여 개인에게 굴욕을 주거나 모욕, 겁박하는 행위를 금지하고 있다.

나. 고용 영역

고용 분야야말로 차별 사유에 근거한 차별 관행이 가장 빈번하게 발생하는 영역이라 할 수 있다. 인권법은 제7조에서 고용 차별금지라는 원칙을 제시하고 제8조와 제9조, 그리고 제10조에서 구체적 차별 관행을 열거하는 형식을 취한다. 즉, 취업 지원서 접수와 지원자 모집 광고 단계에서 사용자가 차별 관행을 회피하여야 함을 명시한다. 또한 사용자 단체와 근로자단체가 고용의 각 단계에서 특정 개인이나 단체에게 차별행위를 하지 말 것을 규정한다. 흥미로운 것은, 차별적 관행의 주체가 사용자

422) Jay Makarenko, "The Canadian Human Rights Act", re:politics, 2008.11. <https://repolitics.com/features/the-canadian-human-rights-act/> (최종확인: 2023. 8. 1.)

에 한하지 않고 노동조합과 같은 근로자단체에까지 확장된다는 점이다. 고용 영역에서의 핵심 요소가 할 수 있는 임금과 관련한 차별적 관행은 제11조를 통해 규율되고 있다. 여기서는 동일 가치 노동 동일 임금 원칙에 의거하여 판단된다.

고용 영역에서 인권법 제14조(1), 제14조(2)에서 규정하는 괴롭힘, 성적 괴롭힘의 차별 관행이 나타날 수 있음은 물론이다. 특히 성적 괴롭힘은 고용 영역에서 빈번히 등장하는 이유로 노동법 뿐 아니라 인권법에서 차별 관행으로 동시에 규율하고 있다.

다. 타인과의 관계에서 개인적 행동의 영역

개인이 타인이나 대중에 대해 차별적 내용의 표현을 여러 방식으로 공표되었을 때도 차별적 관행으로 규율한다. 다만, 이들 공표는 제5조 내지 제11조와 제14조에 규정된 구체적 차별 관행에 해당하는 결과를 의도한 표현 내용을 담고 있어야 하며, 차별을 행하도록 타인을 선동하려는 의도 또한 확인할 수 있어야 한다. 이러한 행위는 표현이라는 개인의 자유 요소를 담고 있고 헌법상 표현의 자유는 기본권으로 보호되어야 하기 때문에, 표현 영역의 과도한 확장은 쉽지 않다. 이런 맥락에서 인권법 제13조의 제정과 폐지의 과정을 이해할 수 있다. 즉 특정인을 혐오하거나 모욕하는 내용을 담은 혐오 표현 또한 차별적 관행으로 규율하고 있었지만 여러 이견이 제기된 끝에 결국 폐지되고 말았다.

타인과의 관계성 측면에서 개인의 행위를 차별적 관행으로 규율하는 것의 전형은 보복행위에 관한 규정일 것이다. 인권위원회에 대한 진정, 인권법 침해를 근거로 한 소송 과정에서 진정인이나 원고, 그리고 증거에 관한 조력자들에 대해 보복하거나 위협하는 행위는 차별적 관행으로 금지된다. 특히 이러한 행위에는 형사처벌이 가능할 수 있도록 근거 규정까지 마련하여 엄격히 금지함으로서 인권법 규정의 실질적 보장을 꾀하고 있다.

5. 차별금지의 예외

캐나다 인권법에서는 차별 사유와 차별적 관행에 대하여 자세하게 규정하면서도, 차별에 해당하지 않는 경우와 차별금지 위반의 주장에 대해 합법적으로 방어할 수

있는 사유 또한 명시하고 있다. 즉, 이 법의 예외에 해당하는 경우와 합법적 방어 사유를 구분하여 규정하고 있는 것이다.

가. 차별의 예외

(1) 강제 퇴직(mandatory retirement)의 경우

인권법 제15(1)(b)조에 의하면, 본조의 목적에 부합하는 추밀원 총독(the Governor in Council) 제정 법령에 따라 최소 노동 연령에 도달하지 않았거나 최고 노동 연령에 도달하였다는 이유로 고용이 거부되거나 종료되는 경우, 차별로 간주하지 않는다. 따라서 사용자가 법정 연령에 도달하였다는 이유로 근로관계를 종료하거나 거부하는 것은 차별의 문제를 일으키지 않고 허용되는 것이다.

(2) 연금 관련 사항

사용자, 근로자단체, 또는 사용자 단체에서 정한 연기금 및 연금제도의 조건(terms and conditions)이 「연금혜택기준법(Pension Benefits Standards Act)(1985)」 제17조와 제18조 규정에 따라 정해진 연령에 의무적 연금지급(compulsory vesting or locking-in)을 예정한 경우, 이러한 조건을 충족하지 못하였다는 이유로 지급이 거절된 경우에는 차별에 해당하지 않는다(제15조(1)(d)). 「모집연금플랜법(1985)」 제48조와 제55조에 따라 모집연금플랜(pooled registered pension plan)의 조건이 정해진 연령에 변액 지급(variable payments) 또는 기금 이전(transfer of funds)을 예정한 경우에도 마찬가지이다(제15조(1)(d.1)).⁴²³⁾ 보험이나 연금의 지급 조건이 법에 의해 정해진 경우 차별의 문제가 제기되지 않는 것이다. 이 규정은 연방 공무원에게 제공되는 보험 및 연금제도와 국민연금제도와 관련이 있다.

(3) 특별 프로그램

이른바 ‘적극적 차별 시정조치(affirmative action)’에 해당하는 사항, 즉 특정 개인

423) 기업의 근로자에 대한 연금 플랜이 캐나다 국세청에 등록된 경우 registered pension plan이라고 하며, 자영업자 등이 금융기관을 통해 연금 플랜에 가입한 경우 pooled registered pension plan이라고 한다.

이나 단체가 전통적으로 받아 오던 불이익을 줄이거나 제거하기 위해 법이 특별한 조치를 의도한 경우에는 차별적 관행에 해당하지 않는다. 정책 자체가 소수자 보호를 통하여 사회 전체의 평등에 기여하기 위해 차별을 예정하고 있기 때문이다.

인권법에서는 여성 근로자에 대한 특별 프로그램을 규정하고 있다. 사용자, 근로자 단체 또는 사용자 단체가 여성 근로자에게 임신·출산과 관련한 특별 휴가나 혜택 또는 육아를 위한 특별 휴가나 혜택을 부여하는 경우 차별적 관행이 아니다(제15조(1)(f)).

(4) 인권위원회 지침 준수

인권법 제27(2)조에 따라 캐나다 인권위원회가 발표한 지침을 준수하였으나, 결과적으로 차별 금지 사유에 반하여 개인이 차별받게 된 경우(제15조(1)(g))에는 차별로 간주하지 않는다.

나. 합법적 방어 사유

인권법은 위와 같은 차별 면제뿐 아니라 차별에 대해 두 가지 종류의 방어 사유를 규정하고 있다. 고용 영역과 관련한 선의의 업무 자격 방어방법과 서비스 제공 영역과 관련한 선의의 정당화 방어방법이 그것이다. 이들 방어방법에 기초하여 사용자나 서비스 제공자는 사람들을 서로 다르게 대우하지만 이를 효과적으로 정당화할 수 있다. 즉, 인권법의 차별 금지 명령은 절대적인 것이 아니라 정당한 근거에 의하여 차별이 합리화될 수 있는 상대적인 규범이라는 점을 확인할 수 있다.

캐나다 연방대법원 또한 1990년대 유명한 두 개의 판례를 통해 이러한 원칙의 정당성을 확인한 바 있다.⁴²⁴⁾ 이들 판결에서 연방대법원은, 사용자들과 서비스 제공자들이 ‘경영상 지나친 곤란(undue hardship)’의 원칙에 맞게 모든 이들을 대하였다고 판단하였다. 즉, 모든 이들에게 동일하게 대우하는 것이 건강, 안전, 비용 등의 요소를 고려할 때 경영상 지나친 곤란을 야기한다면 사용자는 차별적 대우를 할 수 있게 된다는 논리이다.

424) Meiorin판결로 불리는 *British Columbia Public Service Employee Relations Commission v. British Columbia Government and Service Employees' Union*, [1999] 3 SCR 3 판결과, Grismer판결로 불리는 *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 SCR 868 판결이다.

(1) 선의의 업무 자격(bona fide occupational requirements) 방어

고용 영역과 관련하여 사용자의 거부, 배제, 퇴출, 정직, 제한, 차별화 또는 선호 등이 선의의 업무 자격 요건에 근거하여 행해지는 경우(제15조(1)(a)) 차별이 정당화될 수 있다.

이 방어방법의 정당성을 입증하기 위해서는 경영상 지나친 곤란 요건을 입증하는 절차가 매우 중요하다. 구체적으로, ① 고용 관행이나 정책이 업무와 합리적으로 연계되어 있고 ② 사용자가 고용 관행이나 정책이 업무수행을 위해 필수적이라는 것에 대한 선의의 믿음(honest and good faith belief)에 근거하여 채택하였어야 하며 ③ 고용 관행이나 정책이 업무와 관련한 목적 및 목표 달성을 위해 가장 덜 차별적인 것이어야 한다는 것이다.⁴²⁵⁾

(2) 선의의 정당성(bona fide justification) 방어

제5조나 제6조를 적용하면서 특정 개인이 재화, 용역, 편의 시설, 숙박 시설에 대한 제공이나 접근을 거부당하거나, 상업용 부지, 거주 시설의 점유를 거부당하는 경우, 불리한 차별의 피해자이면서 그러한 거부 또는 차별에 선의의 정당성이 입증되는 경우(제15조(1)(g)) 차별이 정당화될 수 있다.

이 방어방법도 마찬가지로 서비스 제공자의 정당성 입증에 관한 것이다. 서비스 제공자는 정책이나 관행이 서비스 제공자의 역할과 합리적으로 연관되어 있음을 증명하여야 한다. 또한 그것이 반드시 필요한 조치였음이 선의의 믿음 위에서 채택되었어야 하며, 정책이나 관행이 서비스 제공자의 목적이나 목표 달성을 위해 가장 덜 차별적인 것이었음을 입증하여야 한다.

6. 구제 및 이행확보의 방법

캐나다 인권법은 연방 차원에서 차별금지 규범을 집행하고 그 실효성을 담보하기 위하여 캐나다 인권위원회(제26조)와 캐나다 인권재판소(제48.1조)를 설치하도록 규정하고 있다.

425) Jay Makarenko, "The Canadian Human Rights Act", re:politics, 2008.11. <https://repolitics.com/features/the-canadian-human-rights-act/> (최종확인: 2023. 8. 1.)

가. 캐나다 인권위원회

캐나다 인권위원회는 인권법 위반 사건을 접수, 조사, 조정하는 독립 연방행정기관이다. 인권위원회는 인권법이 캐나다 헌법의 권리장전인 캐나다 권리와 자유헌장(the Canadian Charter of Rights and Freedoms)과 다른 방식으로 작동하기 때문에 필요한 조직이다. 차별을 받았다고 주장하는 개인이나 단체는 곧바로 인권재판소에 소송을 제기하지 않고 인권위원회에 심사와 조사를 요구하는 진정을 제기한다. 진정을 접수한 인권위원회는 심사와 조사를 시작하고, 진정에 이유 있다고 판단하는 경우 차별 피해자와 가해자 간 조정을 시도한다. 인권위원들은 문제의 양 당사자가 서로 받아들일 수 있는 해결책을 찾기 위해 노력한다.⁴²⁶⁾

그러나 조정이 실패할 경우 인권위원회는 사건을 캐나다 인권재판소로 이첩한다. 이러한 구조로 볼 때, 차별과 관련한 사안에서 캐나다 인권위원회는 인권심판 전치주의를 취하고 있다고 볼 수 있다. 인권위원회와 인권재판소는 모두 비형식적(informal) 법원의 역할을 하는 별개의 행정기관이다. 적용되는 규칙과 절차도 상이하다. 본래 인권재판소는 인권위원회에 재정적으로 종속한 기관이었으나 인권법 개정으로 법적으로 독립 기관의 지위에 올랐다.⁴²⁷⁾

인권법상 인권위원회는 위원장(Chief Commissioner), 부위원장(Deputy Chief Commissioner), 접근권위원(Accessibility Commissioner), 임금평등 위원(Pay Equality Commissioner), 그리고 3인 이상 6인 이하의 위원(members)으로 구성되며, 모두 추밀원 총독에 의하여 임명된다. 위원장, 부위원장, 접근권위원, 임금평등위원은 상임 위원이며, 다른 위원들은 상임 혹은 비상임 위원으로 임명될 수 있다(제26조). 추밀원 총독이 임금평등위원을 임명할 때에는 해당 분야의 지식과 경력을 반드시 고려하여야 한다(제26(2.1)조). 상임위원의 임기는 7년을 초과할 수 없고 비상임위원은 3년을 초과할 수 없다.

캐나다 인권위원회는 평등한 기회의 핵심적 원칙을 수호하고 사회통합의 이상을 실현하기 위해 다음의 임무를 수행한다.⁴²⁸⁾ ① 연구와 정책 제발을 통한 인권 증진,

426) Jay Makarenko, "The Canadian Human Rights Act", re:politics, 2008.11. <https://repolitics.com/features/the-canadian-human-rights-act/> (최종확인: 2023. 8. 1.)

427) 이준일, 차별금지법, 고려대학교 출판부, 2007, 195면.

428) Canadian Human Rights Commission, About Us, 2023. <https://www.chrc-ccdp.gc.ca/en/>

② 공정·효율적 진정 절차를 통한 인권 보호, ③ 공익을 대표하여 모든 캐나다 국민의 인권 진작을 꾀함, ④ 연방 관할 사업자에 대한 고용 평등 준수 여부 감사(audit), ⑤ 연방법으로 규율되는 사업자와 서비스로 하여금 접근권 장벽의 선제적 확인, 제거, 예방을 통한 ‘장벽 없는 캐나다’를 건설할 수 있도록 보조, ⑥ 연방 공·사적 분야 조직이 남성에 의한 업무 가치와 여성에 의한 업무 가치를 동일하게 인식하도록 하여 여성 평등권을 향상, ⑦ 캐나다에 거주하는 모든 이들을 위해 주요 구조적 주택 문제의 변화를 꾀하고 주거권을 증진함

나. 캐나다 인권재판소

캐나다 인권재판소는 1977년 인권법 제정 당시부터 설치된 기관으로, 차별로부터의 개인 보호라는 인권위원회와 동일한 목표를 공유한다. 인권위원회에 진정된 사건이 조정에 이르지 못한 경우 인권재판소에 이첩된다. 인권재판소의 절차는 법원 판결과 매우 유사하다. 차별 진정에 관한 증거가 제출되고 증언을 청취한 후 차별에 대해 판결하고 적절한 이행 방식을 결정한다. 그러나 인권위원회와 같이 법원 판결에 비하면 비형식적 절차의 성격이 강하다. 증거원칙 적용에 정식 재판과 같은 엄격함을 요하지 않는다. 인권재판소 심리 과정에서 인권위원회가 자체 결정에 따라 공익을 대표하여 참여하는 것도 가능하다. 진정에 관한 증거를 제출하고 변론을 펼칠 수 있다. 인권 침해 사건과 관련하여 일반 법원이 관할권을 갖는 것은 오로지 인권위원회의 진정이나 인권재판소의 판결에 불복하는 당사자가 항소하는 경우 뿐이다. 연방법원의 판결에 불복한 당사자는 캐나다 연방대법원에 제소할 수 있다.

캐나다 인권재판소는 소장(Chairperson), 부소장(Vice-chairperson)을 포함한 최대 18인의 재판관으로 구성된다. 모든 재판관은 추밀원 총독이 임명한다(제48.1조(1)). 재판관으로 임명되기 위해서는 인권에 관한 경험, 전문성, 관심, 감수성을 보유하여야 한다.

다. 인권법 위반 시 조치

인권법을 위반하였다고 하여 형사범죄로 간주되거나 전과, 구속 등의 결과를 야기

하는 것은 아니고, 오히려 민사 분쟁의 해결 방식과 유사하다고 볼 수 있다. 더구나 인권위원회의 최종 결론 방식은 당사자 간 조정을 통한 합의를 지향하고 있다. 이러한 맥락에서 인권법의 목표는 위반자에 대한 비난이나 징벌이 아니라 당사자 간 분쟁의 원만한 합의라고 하겠다.

하지만 중재나 조정으로 해결되지 않는 경우가 있으므로, 인권재판소의 판단이 필요하다. 인권재판소에서 인권법 위반으로 판단하는 경우 재량으로 구제 조치를 명하게 된다. 이러한 조치에는 차별행위의 중단, 차별에 대한 시정조치의 명령, 장래 재발 방지 명령, 피해자에 대한 비용 및 임금 손실 보상, 차별행위로 인하여 발생한 고통에 대한 배상 등을 명할 수 있다.

7. 국가 등의 책무

캐나다에서는 차별금지를 위하여 이러한 법적·제도적 시스템을 구축하였을 뿐만 아니라, 인권법이 효과적으로 규율될 수 있도록 각종 조치를 취하고 있다. 특히 국가 차원에서는 인권법 개별 규정의 효력이 실질적으로 발휘될 수 있도록 각종 방안을 추가하고 있다.

특별히 사용자와 서비스 제공자에게 규칙, 정책, 관행을 탄력적으로 적용하여 모두가 차별금지에 참여할 수 있도록 할 의무를 부과하고 있다. 배려 의무(duty to accommodate)라 불리는 이 의무는 차별을 방지하거나 줄이기 위해 때로는 사람들을 다르게 대하여야 한다는 뜻이다. 예를 들어 모든 지원자에게 지필고사를 실시한다면 시각 장애를 가진 사람에게 공정하지 못한 결과를 낳게 된다. 따라서 배려 의무를 통해 이러한 어려움을 가진 이들을 위한 대안적 조치를 마련할 수 있게 된다.

인권법 제16조는 재화, 용역, 편의 시설, 숙박 시설 또는 고용과 관련된 기회를 개선시킴으로써 특정 개인이 차별금지 사유에 근거하거나 그와 관련하여 당하게 될 불이익을 사전에 예방하거나 없애거나 감소시키기 위해 고안된 특별 프로그램(special program), 계획, 또는 지침을 실행하는 것을 차별적 관행에서 제외함으로써, 이러한 의무에 법적 근거를 제공하고 있다. 이에 따라 국가를 포함한 사업자 및 서비스 제공자는 시각장애인을 위해 특수 스크린이나 소프트웨어를 제공하고, 근로자가 의료 진료

를 위해 휴게 시간을 제공하며, 일과 양육 의무의 균형을 위해 근로자의 스케줄을 조정해 줄 수 있고, 장애인에게 휠체어 접근 시설을 마련해줄 수 있게 된다.⁴²⁹⁾

제4절 | 미국의 차별금지 법제

1. 제정 이유

가. 개요

미국의 차별금지 법제는 제정 이래 개별 차별 사유나 영역을 중심으로 규율되는 형태를 지속적으로 유지하고 있는 점에서, 포괄적 차별금지 형태로의 변형 입법에 성공한 영국, 독일 등과 다른 모습이다. 인접 국가인 캐나다가 애초부터 캐나다 인권법의 형태를 포괄적 방식으로 규율하기로 한 것과는 정반대의 입법을 고수하고 있다.

법제의 핵심에 자리 잡은 법이 바로 1964년 민권법(the Civil Rights Act of 1964)이며 고용 영역에서 인종, 피부색, 종교, 성별, 출신 국가에 의한 고용 차별을 금지하였다. 이후 이 법의 몇몇 규정은 1991년 민권법(the Civil Rights Act of 1991), 2009년 공평임금법(the Lily Ledbetter Fair Pay Act of 2009)에 의해 개정·보완되었다. 정치적 평등을 실현하기 위해 선거에서의 인종차별을 금지한 선거권법(the Voting Rights Act of 1965)도 중요한 법제적 진전이었다. 또한 고용 영역에서 흔히 발생하는 임금차별과 연령차별 문제를 보완하기 위해 동등임금법(the Equal Pay Act of 1963)과 고용상 연령차별 금지법(the Age Discrimination in Employment Act of 1967)이 별도로 제정되었다. 장애인 차별에 대한 관심이 높아진 시점에서는 재활법(the Rehabilitation Act of 1973) 및 미국 장애인법(the Americans with Disabilities Act of 1990) 등이 입법되었다. 그 외에도 주거권 보장을 위해 관련 차별을 금지한 공평주거권법(the Fair Housing Act of 1968)도 민권법 제8장의 형식으로 입법되어 있다.

429) Canadian Human Rights Commission, What is the Duty to Accommodate?, 2021. <https://www.chrc-ccdp.gc.ca/en/about-human-rights/what-the-duty-accommodate> (최종확인: 2023. 8. 1.)

이러한 미국의 개별적 차별금지 법제가 포괄적 차별금지법 형태에 비해서 구조적으로 덜 발전되었다거나 효율적이지 못한 것이라 평가할 수는 없다. 포괄적 차별금지법이 통일된 법제를 통해 대부분의 차별에 대해 일관적이고 조직적인 대응을 할 수 있고, 차별 사유나 영역이 겹치거나 애매한 경우 효과적으로 처리할 수 있다는 장점이 있다. 반면 미국과 같이 구체적 차별 영역에 대해 개별법으로 대응할 경우에는, 포괄적 형태의 법이 가지는 장점을 실현하기는 어렵지만 각각의 차별 사안에 전문성을 겸비한 주체가 구체적 타당성을 확보한 해결책을 제공해 줄 수 있다는 장점이 있을 수 있다.⁴³⁰⁾

미국에서 특별히 포괄적 차별금지법 제정에 관심을 두지 않는 까닭은 다른 나라와 구별되는 특유의 국가권력 체계가 작동하고 있기 때문으로 보인다. 가장 큰 요인으로 미국의 연방제(federalism) 구조를 들 수 있다. 주정부의 강력한 법 집행 권력은 주 내부에서 일어나는 차별 문제를 스스로 해결할 권한과 능력을 보유하고 있다. 입법 측면에서도 대부분의 주가 별도의 인권법 혹은 민권법 등 차별금지 법제와 차별시정 기구를 갖추고 있어, 반드시 연방법 차원의 포괄적 입법이 절실하지는 않은 것이다. 연방 문제(federal matters)가 아닌 한 주의 우월한 권한이 보장되는 연방주의 체제에서 전통적으로 연방의회의 입법은 기존 법제에서 발생하는 문제를 그때그때 해결하는 방식으로 이루어지는 경향이 강하다.⁴³¹⁾ 차별금지법제의 발전 과정 또한 이러한 입법적 맥락으로 이해할 수 있다.

또 다른 요인으로 헌법과 연방대법원의 중요한 역할을 들 수 있다. 특히 연방대법원은 미국 헌법의 권리장전 조항에 의하여 보장된 개인의 자유에 대한 강력한 수호자로서의 역할을 수행하고 있다. 차별금지법의 핵심인 민권법의 제정에도 차별에 대한 연방대법원의 일련의 위헌판결이 유용한 촉매가 되었음은 부인할 수 없다. 또한 성적 지향에 관한 차별 문제와 같이, 입법적으로 아직 확립되지 않은 차별 영역에서 연방대법원이 판례를 통해 충분한 보완책을 제공하고 있다. 제도적으로도 연방대법원을 위시한 연방법원 체계와 주법원에서 적극적으로 차별에 대한 헌법적 판단을 할 수 있는

430) 이준일, 차별금지법, 고려대학교 출판부, 2007, 167-168면.

431) 대표적으로 정보보호에 관한 법제는 여전히 연방 차원의 일반법 없이 특정 산업이나 정보의 종류에 따라 다양한 형태로 이루어져 있어, 비슷한 정보보호 사안이라도 개별 법률마다 의회에서의 소관 위원회가 달라지는 현상이 나타난다. Senate Republican Policy Committee, The Patchwork of Federal Data Protection Laws, 2019. <https://www.rpc.senate.gov/policy-papers/the-patchwork-of-federal-data-protection-laws> (최종확인: 2023. 8. 1.)

사법 시스템을 보유하고 있기 때문에, 미국에서 반드시 연방 차원의 차별금지법이 절실히 요청되는 것은 아니라고 볼 수 있다.

마지막으로, 미국 차별금지법의 핵심인 1964년 민권법 자체가 다른 나라의 포괄적 차별금지법에 비견될 정도로 상당히 폭넓은 규정을 담고 있다는 점을 생각해 볼 수 있다. 물론 미국인들의 실생활에 큰 영향을 주는 고용 분야에서의 차별이 주로 민권법 제7장(Title VII) “평등 고용 기회(Equal Employment Opportunity)” 편에 규정되어 있기 때문에, 미국의 민권법을 언급할 때 고유명사화한 Title VII 만을 가리키기도 한다. 실제 연방평등고용위원회(U.S. Equal Employment Opportunity Commission, EEOC)에 제소되는 대부분의 차별 사안은 이 Title VII 위반 사건이다. 그러나 1964년 민권법은 아래와 같이 총 11개의 장으로 이루어져 있다.

▶▶ [표 3-1] 1964년 민권법 구성

Title I	선거권(Voting Rights)
Title II	공중 편의 장소에서의 차별에 대한 금지명령(Injunctive Relief against Discrimination in Places of Public Accommodation)
Title III	공중 시설 인종차별철폐(Desegregation of Public Facilities)
Title IV	공교육 인종차별철폐(Desegregation of Public Education)
Title V	민권 담당 위원회(Commission on Civil Rights)
Title VI	연방 보조 프로그램에서의 차별 금지(Nondiscrimination in Federally Assisted Programs)
Title VII	평등 고용 기회(Equal Employment Opportunity)
Title VIII	등록 및 선거 통계(Registration and Voting Statistics) = 공평주거권법(the Fair Housing Act)
Title IX	민권법 사건에서 중재 및 말소 후 절차(Intervention and Procedure after Removal in Civil Rights Cases)
Title X	커뮤니티 관련 서비스의 설립(Establishment of Community Relations Service)
Title XI	기타 조항(Miscellaneous)

나. 입법 배경

미국의 차별금지법제만큼 제정 과정에 전 세계적 관심이 집중된 법은 없을 것이다. 현대 국제 질서의 헤게모니를 이끌어 온 미국이 어떠한 인권 법제를 수립하는지는

단순한 미국 국내적 차원에 머무를 수 없었다. 제2차 세계대전에서 일어났던 대규모 학살의 비극이 인종주의에서 비롯되었기 때문에, 전후 냉전의 세계질서에서 국내적으로 인종차별이 벌어지고 있다는 현실은 소속 진영의 도덕적 취약점이 될 수밖에 없었다. 상대 진영으로부터 비판의 구실이 됨은 당연한 이치였기에 어떤 식으로든 미국 또한 차별을 철폐하기 위한 노력을 기울일 수밖에 없었다.⁴³²⁾ 법의 규범력 측면에서 볼 때, 1964년 민권법 제정의 역사는 차별금지를 제도화한 법의 효력이 명목적 단계에서 실질적 단계로 진전하는 과정으로 정의할 수 있을 것이다.

이러한 맥락에서 지구상 가장 선진국이라고 인식되던 미국이 여전히 노예제의 유산에서 완전히 벗어나지 못하고 있었던 역설적 현실을 스스로 어떻게 타개해 나가는지는 민주주의 발전 측면에서도 중요한 의미를 지니는 것이었다. 특히 미국 민권법 제정의 역사는 인종차별을 극복하고자 하는 대규모 민권운동(civil rights movement)으로 촉발된 결과의 과정이기 때문에, 그것의 성패는 세계 각국에서 평등을 외치는 소수자, 사회적 약자들에게 그 방향에 관한 지침을 제공하는 것과 마찬가지로였다.

1964년 민권법의 제정은 단순히 사회운동을 통한 소수자의 권리 찾기 차원에서 이루어진 것은 아니었다. 그 이면에 매우 복잡한 국내외 정치적 요인이 치열하게 경합한 결과였다. 국내적으로는 노예제도를 둘러싼 남부와 북부의 권력적 갈등 요소가 있었고, 국제적으로는 미국이 냉전 시대 자유주의 세력을 이끌며 채택하였던 인권 정치의 요소가 있었다. 그리고 이러한 상황적 배경 속에서 실제 입법의 성과를 이끌어낼 수 있었던 것은 입법을 원하는 이들의 조직화 된 노력이 지속되었고 입법 주체인 연방의회가 이러한 의지를 적극적으로 반영하였기 때문으로 볼 수 있다.

그러나 노예제의 유산으로 내전까지 겪어야 했던 미국 역사에서 실질적 차별금지의 규율을 담은 법제를 만들어 내는 일은 현실적으로 쉬운 것이 아니었다. 헌법 층위에서는 남북전쟁 이후 노예제를 폐지한 수정헌법 제13조, 적법절차 원칙과 평등 보호를 규정한 제14조, 흑인의 투표권을 보장한 제15조가 만들어졌다. 일견 차별의 문제가 헌법을 통해 해소될 것처럼 보였지만, 국가 차원에서 약간의 진전만 있었을 뿐, 시민의 생활에서는 인종차별을 비롯한 뿌리 깊은 차별이 해소되지 않고 있었다.

432) 임지연, “미국의 민권 운동에 미친 냉전의 영향, 1945-1960”, 미국사연구 제19집, 한국미국사학회, 2004, 53-59면.

입법 층위에서도 연방의회는 1866년, 1875년, 1957년, 1960년에 이미 민권법을 제정한 바 있다. 1866년 민권법은 최초의 민권법으로서의 의미가 있다. 앤드루 존슨(Andrew Johnson) 대통령의 거부권 행사가 있었지만, 상원이 법안을 재의결하는 진통을 겪었다.⁴³³⁾ 과거 노예 신분에서 있었던 이들에게 “기본적 시민의 권리(basic rights of citizenship)”를 부여하겠다는 내용을 골자로 두었지만, 현실은 명목적 권리 수준에 그쳤다.

1875년의 민권법은 전후 남부 재건기(Reconstruction) 대표적 입법으로, 연방정부가 승전의 위치에서 남부의 인종차별을 강제로 해소하고자 하였던 목적을 가지고 있었다. 만인이 법 앞에 평등하다는 전제 아래, 흑인이 대중교통, 공중 숙박 시설 이용시 평등한 대우를 받아야 한다는 점과 배심원 봉사 기회가 공평하게 주어져야 한다는 점을 명시하였다. 그러나 연방대법원은 이 법을 무력화하는 일련의 판결을 내리며 저항하였다.⁴³⁴⁾ 이는 남부의 부활한 흑인 차별을 묵인하면서 정치적 안정을 꾀하였던 1877년 타협(the Compromise of 1877)으로 잉태된 결과로, 악명높은 인종 차별법인 짐 크로우법(Jim Crow laws) 제정과 궤를 같이한 것이었다.⁴³⁵⁾ 이 법에 대한 소송에서 연방대법원은 1896년 그 유명한 “분리하되 평등(separate but equal)”이라는 모순적 원칙을 만들게 된다.⁴³⁶⁾

오랜 기간의 인종차별 시기를 감내한 끝에, 1957년 민권법이 아이젠하워(Dwight Eisenhower) 대통령의 승인으로 제정되었다. 이 법이 내용 측면에서 차별금지에 관한 획기적 역할을 한 것은 아니었지만, 인권 행정 차원의 진전이 있었다. 연방 법무부에 인권국을 신설하고 선거권 방해 사건의 경우 연방검사가 법원의 금지명령을 청구할 수 있도록 하는 내용을 담고 있었다. 또한 차별적 환경에 대한 조사와 시정 명령 권한을 보유한 연방 민권위원회(Civil Rights Commission)가 이 법에 의해 설립되었다.

433) History, Art & Archives(United States House of Representatives), The Civil Rights Bill of 1866. <https://history.house.gov/Historical-Highlights/1851-1900/The-Civil-Rights-Bill-of-1866/> (최종확인: 2023. 8. 1.)

434) 이 판결은 다음 다섯 판결이 병합된 것이었다. *United States v. Stanley*, *United States v. Ryan*, *United States v. Nichols*, *United States v. Singleton*, and *Robinson and wife v. Memphis & Charleston R.R. Co.* 109 U.S. 3 (1883). 이들 판결에서 연방대법원은 인종차별을 노예제도로 해석하지 않음으로서 차별을 사실상 합리화하게 된다.

435) 짐 크로우 법은 1876년부터 1968년까지 약 100년간 존속된 여러 인종차별 법제에 대한 별칭이다. 짐 크로우는 흑인으로 분장한 백인들의 공연(minstrel show)에 등장하였던 흑인 캐릭터였다.

436) *Plessy v. Ferguson*, 163 US 537 (1896).

1960년 민권법은 선거권에 관한 1957년 민권법의 입법 불비를 보완하기 위하여 제정되었던 것으로, 역시 차별금지에 관한 새로운 규범을 창설하지는 못하였다. 선거 과정에서 흑인의 선거인 등록을 방해하는 행위에 대한 연방 차원의 감사를 진행할 수 있게 하였고, 투표권 또는 선거인 등록을 방해하는 자에 대한 형사책임을 부과하였으며, 민권위원회의 활동 기간을 연장하여 선거인 등록과 선거 행정을 감독하게 하였다. 또한 학교에서의 분리금지를 명하는 법원의 명령을 방해하는 행위에 대해서도 형사책임을 부과하였다.

이러한 법제사적 선행 과정을 거쳐 1964년 민권법이 비로소 제정되었다. 그러나 결정적으로 연방의회를 입법으로 움직이게 한 데는 미국을 둘러싼 국제정치 환경의 변화 또한 중요한 역할을 담당하였음을 유의할 필요가 있다. 바로 냉전의 위기가 데탕트와 다극화의 시기로 빠르게 전환하였다는 것이다. 1962년 쿠바 미사일 사태를 통해 미국과 소련은 오히려 무력 갈등의 문제점을 인지하고 이를 완화하면서, 미소 양국 중심의 기조가 유럽 국가의 독자적 행보로 다극화되었다. 이는 봉쇄정책 중심의 냉전 외교에서 인권 문제를 통한 새로운 통제 방식으로의 변환을 가져왔다. 소련과 공산 진영의 인권 문제를 미국이 국제 외교 무대에서 비판하기 시작하면서, 이제 미국 또한 스스로의 인권 문제를 해결하여야 할 논리적 당위성에 봉착하게 된 것이다. 이후 인권정치의 확대로 미국의 차별금지 법제가 다양한 영역에서 도입되며 꾸준한 발전을 이루게 된다.⁴³⁷⁾

다. 입법의 경과

1964년 민권법은 미국 민주주의의 가치를 대폭 진전시켰다는 점에서 현대사적으로 기념비적 입법이라 할 수 있다. 무엇보다 그 내용에서 연방 차원의 강력한 차별금지 의지를 담아내었다. 이러한 어려운 과정이 성공하기 위해서는 입법을 관철하려는 세력의 힘이 입법을 반대하는 세력의 힘보다 더 커야 한다. 1964년까지 전자의 세력은 소수자였던 차별의 당사자들과 연방의회라고 볼 수 있고, 후자는 노예주들로 구성되어 있던 남부의 정치세력과 워렌(Earl Warren) 대법원장 이전까지 역사적으로 차별을

437) 이주영, “1970년대 미국 인권정치의 등장”, 미국사 연구 제46집, 한국미국사학회, 2017, 253-261면.

헌법적으로 정당화하는 판결을 양산하였던 연방대법원이었다고 할 수 있다. 이들 권력의 동학(dynamics)은 우리의 포괄적 차별금지법 입법 가능성에도 유용한 시사점을 제공할 것이다.

먼저 차별 상태를 유지하고자 원하였던 세력에 관하여 살펴본다. 성별, 종교 등의 차별 사유가 들어가기는 하였지만 1964년 민권법의 주요 규율 대상은 인종차별이었다. 짐 크로우법 시기 대부분의 인종차별은 옛 노예주였던 남부에서 자행되었다. 남부의 주된 경제활동은 면화, 담배 등 농업을 중심으로 이루어졌다. 이들이 노예의 노동력을 포기하지 않았던 것도 이러한 이유 때문이었다. 그러나 공업 기술의 발달과 함께 공산품이 대량 생산되면서 대표 작물인 면화 산업이 쇠퇴하기 시작하였다. 생산이 줄면서 그간 차별을 감내하며 노동력에 투입되던 흑인들이 대거 이주하기 시작하였다.⁴³⁸⁾ 차별의 대상이 대폭 줄어들면서 차별을 정당화하는 목소리 또한 근거를 상실하게 된 것이다.

반면 루즈벨트(Franklin Roosevelt) 대통령의 뉴딜(New Deal)정책을 통하여 흑인이 정치적으로 우대되는 사회 분위기가 조성되었다. 백인들이 나서기 꺼려하던 제2차 세계대전의 전쟁터에 다수의 흑인들이 자원하면서 정치적 위상이 높아짐과 동시에, 뉴딜정책의 사회에 대한 적극적 개입과 복지 향상은 이들에 대한 인권 개선의 효과를 발생시켰다. 결정적으로 시민권운동 등의 과정에서 흑인들이 정치적으로 조직화되면서, 큰 사회적 영향력을 발휘할 수 있게 되었다. 노동자연맹(Congress of Industrial Organization) 등의 노동자단체와 전미유색인종지위향상협회(National Association for the Advancement of Colored People) 등을 통한 조직된 힘을 통해 연방의회를 움직였고 결국 실질적 민권법 입법에 성공하게 되었다.⁴³⁹⁾

결국 정치적 세력화의 측면에서 차별 유지를 주장하는 쪽의 논리가 빈약해지고 차별받는 대상의 세력이 조직화되면서 더 큰 입법의 동력을 제공하였던 것이 1964년 민권법 제정의 요인이었다고 볼 수 있다. 여기에 워렌 대법원장 이후 연방대법원이 차별금지에 대한 적극적 헌법 판단을 내려줌으로써 강한 정당화 논리가 형성될 수

438) 변영학, “미국의 민권정치: 1964년 민권체제를 중심으로”, 민족연구 제77호, 한국민족연구원, 2021, 9면.

439) 변영학, “미국의 민권정치: 1964년 민권체제를 중심으로”, 민족연구 제77호, 한국민족연구원, 2021, 9-10면.

있었다는 점도 빼놓을 수 없는 요소로 유념하여야 한다. 민권법이 린든 존슨(Lyndon Johnson) 대통령에 의해 서명되었지만, 법안의 제안은 차별 철폐에 누구보다 큰 정책적 관심을 쏟았던 케네디(John F. Kennedy) 대통령이었다는 점도 중요하다. 정치지도자의 평등 지향적 리더십은 소수자 조직의 형성과 존속에 사회적 영향을 줄 수 있기 때문이다. 결국 1964년 민권법은 제정을 둘러싼 여러 환경적 요인과 제정 주체 및 대상의 협력을 통하여 오랜 노력의 결실을 맺을 수 있었다.

2. 차별의 사유

미국의 차별금지법제는 포괄적 단일법 형태를 취하지 않기 때문에, 차별 사유가 목록의 형태로 규정되어 있지 않다. 따라서 개별법의 차별적 관행 규정에서 차별 사유를 유추해 낼 수밖에 없다. 1964년 민권법은 각종 차별적 관행이 “개인의 인종, 피부색, 종교, 성별, 출신 국가”를 이유로 이루어져서는 안된다는 형식으로 규정하고 있다. 이들 이외의 차별 사유는 다른 법에서 찾아야 한다. 아래에서는 1964년 민권법에 의해 차별시정기구로 설립된 연방평등고용위원회가 제시하는 차별 유형별 법제 현황을 참고하여 정리하였다.⁴⁴⁰⁾

가. 연령

차별 피해자나 근로자가 연령을 이유로 부당한 취급을 받는 경우를 총칭한다. 1964년 민권법은 연령 차별을 다루고 있지 않으므로, 연령 차별 여부는 주로 고용상 연령차별 금지법을 근거로 판단한다. 이 법에서는 40세 이상인 사람에 대한 연령 차별을 금지하고 있다. 몇몇 주에서 젊은 노동자까지 연령차별로부터 보호한다는 법을 가지고 있기는 하지만, 40세 미만의 노동자에게 연방법인 고용상 연령차별 금지법에 의한 보호까지 부여되지는 않는다. 만일 차별의 비교 대상인 근로자 모두 40세 이상인 경우라면, 이 법 적용 대상인 사업자나 기타 사업체가 상대적으로 더 연장자에게 혜택을 부여한다고 하여 불법으로 간주 되지는 않는다.

440) U.S. Equal Employment Opportunity Commission, Discrimination by type, Laws & Guidance. <https://www.eeoc.gov/laws-guidance> (최종확인: 2023. 8. 1.)

나. 장애

장애 역시 민권법 규정이 없으므로, 미국 장애인법과 재활법을 준거법으로 삼아 적용·판단한다. 전자는 사기업, 주정부 및 지방정부 근로자를 보호하기 위한 법이고, 후자는 연방정부 근로자를 보호하기 위한 법이다. 장애 차별이란 이 두 법 적용 대상인 사업자나 기타 사업체가 장애를 이유로 보호 대상이 되는 근로자나 차별 피해자를 부당하게 대우하는 것이다.

법에서 규정하는 장애는 광범위한 적용을 위해 법에서 허용하는 최대한도까지 폭넓게 해석된다. 하지만 질병(medical condition)을 가진 사람들 모두가 이들 법의 보호 대상이 되는 것은 아니다. 이 법에서의 장애인은, ① 예컨대 걷기, 말하기, 보기, 듣기, 배우기, 두뇌·근골격계·호흡기·순환계·내분비계 등과 같은 주요 신체기능의 작동 등 주요 생활 활동이 실질적으로 제한된 신체적, 정신적 상태에 있는 사람, ② 장애 이력이 있는 사람, ③ 6개월 이하 기한의 임시직으로의 전환이나 그보다 경한 경우를 제외하고, 개인이 실제 가지고 있거나 가졌다고 여겨지는 신체적, 정신적 손상을 이유로 불리한 근로조건으로 전환(adverse employment action)될 상태에 처한 사람을 말한다.

여기서 말하는 질병은 장기적인 것이거나 영구적인 것이거나 실질적 제한을 야기할 정도로 매우 심각한 것일 필요는 없다. 만일 증상이 나타났다가 사라졌다 하는 경우, 증상 발현시 그것이 얼마나 제한을 야기하는지를 고려하면 된다.

다. 유전 정보(genetic information)

고용 영역에서 유전 정보에 의한 차별을 금지하기 위하여 2008년 유전정보 차별금지법(the Genetic Information Nondiscrimination Act of 2008)을 제정하여 규율하고 있다. 유전 정보는 개인 및 가족의 유전자 검사에 관한 정보와 가족 병력과 같이 특정 개인의 가족 구성원이 가지는 질병이나 장애의 징후에 관한 정보를 일컫는다. 가족 병력 또한 유전 정보에 포함되는 이유는, 그것이 흔히 특정 개인이 장래에 질병, 장애, 질환 등을 획득할 것인지에 관한 축적된 위험 여부를 판단하는 근거로 활용되기 때문이다.

유전 정보에는 개인의 유전자 서비스 신청 및 수령, 또는 다음 사항에 관한 임상 연구에 참여하였던 사실도 포함된다.⁴⁴¹⁾ 즉, 개인 및 가족 구성원의 유전자 서비스 연구, 개인 및 그 가족 구성원인 임신부가 잉태한 태아의 유전자 정보 연구, 보조 생식 기술을 사용한 개인이나 가족 구성원이 합법적으로 가진 배아의 유전자 정보 연구 등이다.

라. 출신 국가

출신 국가에 의한 차별은 인종이나 어투를 근거로, 혹은 특정한 민족적 배경을 가진 외모를 근거로 하여 근로자나 차별 피해자를 특정 국가나 지역(part of the world) 출신이라는 이유로 부당하게 대우하는 것을 말한다. 또한 출신 국가 차별은 특정 국가 출신의 사람과 결혼하거나 가족을 이루었다는 이유로 당사자를 부당하게 대우하는 것까지 포함한다. 차별의 피해자와 가해자의 출신 국가가 같은 경우에도 출신 국가 차별이 발생할 수 있다.

마. 임신

임신에 의한 차별을 금지하는 연방법은 세 가지가 있다. 먼저 1964년 민권법 제7장이 임신차별금지법(the Pregnancy Discrimination Act)으로 증보된 부분인데, 여기서는 임신 차별을 성차별의 일종으로 금지한다. 구체적으로 현재의 임신 상태, 과거 임신 경력, 임신 가능성, 모유 수유를 포함한 임신 및 출산 관련 질병, 낙태하지 않기로 한 결정 및 선택, 피임 등을 근거로 한 임신 차별을 금지한다.

임신 근로자 공정대우법(Pregnant Workers Fairness Act)에서는 사용자가 근로자의 임신, 출산, 관련 질환으로 인한 알려진 제한에 대해 합리적 편의(reasonable accommodation)를 제공할 의무를 부담하도록 한다.⁴⁴²⁾ 다만 그 편의 제공이 사용자

441) 유전자 서비스란 유전 질환의 위험 인자를 지닌 개인에게 진단 및 진찰을 공급하는 것을 말한다. 가족 중에 유전 질환을 가진 구성원이 있는 사람은 보통 스스로 그러한 질환을 발현시킬 위험을 가지고 있다. 유전자 서비스는 유전자 검사나 상담 등으로 구성되어 있다. Nature Portfolio, Genetic services articles from across Nature Portfolio. <https://www.nature.com/subjects/genetic-services> (최종확인: 2023. 8. 1.)

442) ADA National Network, Reasonable Accommodations in the Workplace. <https://adata->

에게 경영상 지나친 곤란을 야기하는 경우는 제외한다.

미국 장애인법에서도 임신 차별을 규율한다. 이 법이 금지하는 장애 차별에 임신 중 발병한 당뇨병과 같은 임신 관련된 장애가 포함되는 것이다. 임신 자체가 이 법에서 말하는 장애는 아니지만, 임산부 근로자가 임신으로 인하여 이 법의 '장애' 상태에 비견할 만한 개별 혹은 복수의 손상을 얻을 수 있다. 사용자는 이러한 임신 관련 장애에 대하여 합리적 편의를 제공할 의무를 부담할 수 있다. 또한 이 법에 의하면 사용자는 임신 관련 정보를 포함한 모든 의료 기록과 정보의 비밀을 유지하여야 하며, 별도의 의료 파일을 유지하여야 한다.

바. 인종 및 피부색

인종차별은 근로자나 차별 피해자가 특정 인종이라는 이유로, 혹은 머릿결, 피부색, 특정한 얼굴 형태와 같은 인종과 연관된 개인적 특성을 이유로, 그를 부당하게 취급하는 행위를 말한다. 피부색에 의한 차별은 개인이 가진 피부의 색(skin color complexion)을 이유로 부당하게 대우하는 것을 말한다. 인종 및 피부색 차별은 특정 인종이나 피부색을 가진 사람과 결혼하거나 가족을 이루었다는 이유로 당사자에게 부당하게 대우하는 것까지 포함할 수 있다. 차별의 피해자와 가해자의 인종이나 피부색이 같은 경우에도 이러한 차별이 발생할 수 있다. 인종차별은 1964년 민권법의 중요한 규율 대상이다.

사. 종교

종교 차별이란 차별 피해자나 근로자의 종교적 신념을 이유로 그를 부당하게 대우하는 것을 말한다. 1964년 민권법은 불교, 기독교, 힌두교, 이슬람교, 유대교 등 전통적으로 조직화된 종교에 속한 사람뿐 아니라 진지한 종교적, 도덕적, 윤리적 신념을 지키고자 하는 이들과까지 보호한다. 또한 이 법은 특정 종교를 가진 사람과 혼인하였거나 가족을 이루었다는 이유로 당사자를 다르게 대우하는 것도 종교 차별의 범주에 넣고 있다.

아. 성별

성별에 근거한 차별은 근로자 및 차별 피해자의 성별(sex), 성적 지향(sexual orientation), 젠더 정체성(gender identity), 또는 임신을 이유로 부당한 대우를 하는 것이다. 트랜스젠더를 포함한 젠더 정체성을 이유로, 혹은 성적 정체성을 이유로 개인을 차별하는 것은 1964년 민권법 제7장에서 규율하는 성별 차별에 해당한다. 연방대법원 또한 이를 확인하였는데, *Bostock v. Clayton County* 판결에서, 어떤 사람이 동성애자이거나 트랜스젠더라는 이유로 해고하는 것은 필연적으로 민권법 제7장 문언의 성별에 의한 차별로 해석된다고 보았다.⁴⁴³⁾ 성적지향이나 트랜스젠더 차별에 성별 차별이 내재되어 있기 때문이다.

사용자가 여성 배우자와 결혼하였다는 이유로 여성 근로자를 해고한 경우, 이는 동성애자 차별인 동시에 성별 차별이 된다. 사용자는 여성 배우자와 결혼한 남성 근로자는 같은 이유에서 해고하지 않을 것이기 때문이다. 또한 남성으로 출생한 근로자가 여성 정체성을 가지고 여성 역할을 사용하는 등 행동한다는 이유로 사용자가 그를 해고한다면 역시 성별 차별에 해당할 수 있다. 본래 근로자가 남성의 정체성을 가지고 있지 않았다면 사용자의 조치 또한 일어나지 않았을 것이기 때문이다.

3. 차별의 유형

민권법상 차별의 유형은 제7장에서 구체적으로 규정하고 있다. 나머지 장에서는 제7장에서 제시하는 차별 사유, 즉 인종, 피부색, 종교, 성별, 출신 국가를 이유로 한 차별이 발생하지 않도록 정책과 제도를 수립하여야 한다는 원칙과 권리 보장 규정, 그리고 차별 문제 발생 시 구제 절차에 관한 규정이 대부분을 차지하고 있다. 따라서 차별의 유형은 민권법 제7장과 개별 차별금지 법제를 중심으로 분석하기로 한다.

443) 590 US __ (2020).

가. 민권법상 불법 고용 관행(unlawful employment practices)

(1) 사용자의 불법행위

사용자가 개인의 인종, 피부색, 종교, 성별, 출신 국가를 이유로 그를 채용하지 않거나 거부하는 것, 해고하는 것, 또는 고용상 보수, 기간, 조건, 또는 특권에 관하여 차별하는 것은 불법적 고용 관행이다(민권법 제703조(a)(1)).

또한 인종, 피부색, 종교, 성별, 출신 국가를 이유로 사용자가 개인의 취업 기회를 박탈하거나 박탈할 수 있는 방식을 통해, 또는 근로자의 지위에 불리한 영향력을 행사하는 방식을 통해 근로자나 취업 지원자를 제한(limit), 분리(segregate), 분류(classify)하는 것은 불법적 고용 관행이다(민권법 제703조(a)(2)).

(2) 직업 소개기관(employment agency)의 불법행위

직업 소개기관이 개인의 인종, 피부색, 종교, 성별, 출신 국가를 이유로 취업을 알선하지 않거나 알선을 거부하는 것, 또는 그 밖의 방식으로 차별하는 것은 불법 고용 관행이며, 동일한 근거로 분류하거나 알선하는 것도 그러하다(민권법 제703조(b)).

(3) 노동단체(labor organization)의 불법행위

노동단체가 개인의 인종, 피부색, 종교, 성별, 출신 국가를 이유로 회원 자격을 배제하거나 박탈하는 것, 또는 그 밖의 방식으로 차별하는 것은 불법 고용 관행이다(민권법 제703조(c)(1)).

노동단체가 인종, 피부색, 종교, 성별, 출신 국가를 이유로 회원 자격 혹은 회원 신청자에게 제한을 두거나, 분리하거나, 분류하는 것은 불법 고용 관행이며, 취업 기회를 박탈하는 방식 혹은 박탈할 수 있는 방식, 취업 기회를 제한하는 방식이나, 근로자의 지위 또는 취업 지원자의 지위에 불리한 영향력을 줄 수 있는 방식으로 분류하거나, 취업 추천을 하지 않거나 거부하는 것도 그러하다(민권법 제703조(c)(2)).

노동단체가 사용자로 하여금 이 조항을 위반하여 개인을 차별하도록 유도하여 그 뜻을 이루었거나 이루지 못한 경우도 불법 고용 관행이다(민권법 제703조(c)(3)).

(4) 훈련프로그램에서의 불법행위

사용자, 노동단체, 혹은 수습 직무(apprenticeship) 또는 기타 현장직무교육 프로그램을 포함한 훈련 및 재훈련을 관리하는 노사합동위원회(joint labor-management committee)가 개인의 인종, 피부색, 종교, 성별, 출신 국가를 이유로 수습 직무나 기타 훈련의 제공을 위해 마련된 프로그램에의 허가 및 취업에서 차별하는 것은 불법 고용 관행이다(민권법 제703조(d)).

(5) 기타 불법 고용 관행

본 장에서 불법 고용 관행으로 규정한 관행에 반대하였거나 본 장에 의거한 조사, 소송, 심리에서 모든 방법으로 진정을 제기하거나 증언하거나 보조하거나 참여하였다는 이유로, 사용자가 고용을 원하는 근로자나 취업 지원자를 차별하거나, 직업 소개기관 및 수습 직무 또는 기타 현장직무교육 프로그램을 포함한 훈련 및 재훈련을 관리하는 노사합동위원회가 개인을 차별하거나, 노동단체가 회원 또는 회원 가입 신청자를 차별하는 것은 불법 고용 관행이다(민권법 제704조(a)).

사용자, 노동단체, 직업 소개기관, 수습 직무 또는 기타 현장직무교육 프로그램을 포함한 훈련 및 재훈련을 관리하는 노사합동위원회가 사용자가 행하는 고용 행위, 노동단체가 행하는 회원 자격 부여 및 분류 및 취업 추천 행위와 관련하여, 또는 직업 소개기관이 행하는 분류 혹은 취업 알선, 노사합동위원회가 행하는 수습 직무 또는 기타 훈련에 대한 가입 승인 및 고용과 관련하여, 인종, 피부색, 종교, 성별, 출신 국가를 근거로 한 우대(preference), 제한(limitation), 지원능력요건(specification), 차별이 드러나는 공지(notice) 또는 광고를 인쇄 혹은 발행하거나, 인쇄 및 발행을 유도하는 행위는 불법 고용 관행이다(민권법 제704조(a)). 다만, 종교, 성별, 출신 국가가 고용을 위한 선의의 업무 자격에 해당하는 경우, 그러한 공지 또는 광고에서 종교, 성별, 출신 국가를 근거로 한 우대, 제한, 능력, 차별을 표시하는 경우는 예외로 한다.

나. 연령차별금지법상 차별적 관행

연령차별금지법에서 사용자, 직업 소개기관, 노동단체가 부담하는 차별금지 의무는 민권법의 규범 구조와 거의 유사하다. 차별금지 사유만 ‘연령’으로 바뀌었을 뿐이다.

다만 연령차별금지법에서는 연령을 이유로 근로자의 연금 혜택에 불이익을 가하는 각종 행위를 불법적 차별 관행으로 규정하고 있다.

다. 미국 장애인법상 차별적 관행

미국 장애인법 역시 차별금지 사유를 장애로 놓았을 뿐, 사용자, 직업 소개기관, 노동 단체 등에게 고용, 승진, 해고 등 고용에 관한 주요 요소에서 차별을 금지하는 구조는 민권법과 유사하다. 다만 장애인의 근로에 필요한 합리적 편의 제공 의무가 주어지고, 건강검진이나 입사 시험을 빌미로 한 차별까지 금지한다는 점에 특징이 있다.

라. 동등임금법상 차별적 관행

동등임금법은 동일 직장에서 일하는 남성과 여성에게 동등 업무(equal work)에 대하여 평등한 임금이 주어져야 한다고 규정한다. 업무가 반드시 일치할 필요는 없으나 실질적으로 동등하여야 한다. 업무 이름이 아닌 업무 내용이 그 실질적 동등성의 판단 기준이 된다. 보수, 시간외 근무 수당, 보너스, 스톡옵션, 이윤 분배 및 상여 제도, 생명보험, 연가 및 휴일 수당, 위생 및 유류 보조금, 호텔 숙박비, 출장 비용 보상, 이윤 등, 모든 형태의 임금이 이 법에 의해 규율된다. 남성과 여성 간 임금에 불평등이 있다고 하여 사용자가 형평을 맞춘다는 명분으로 다른 쪽 임금을 삭감해서는 안된다.

이러한 임금 차별은 민권법 제7장의 성별 차별에도 해당하므로, 동등임금법 위반을 주장하는 사람은 동시에 민권법 위반도 주장할 수 있다.

마. 괴롭힘(harassment)

괴롭힘은 민권법 제7장과 연령차별금지법, 그리고 미국 장애인법이 동시에 규율하는 고용 차별의 형태이다.⁴⁴⁴⁾ 이들 법에서의 괴롭힘이란 인종, 피부색, 종교, 성별(성적 정체성, 젠더 정체성, 임신 포함), 출신 국가, 40세 이상의 고령, 장애, 가족 병력을

444) U.S. Equal Employment Opportunity Commission, Discrimination by type, Harassment. <https://www.eeoc.gov/harassment> (최종확인: 2023. 8. 1.)

포함한 유전자 정보에 기초하여 행해진 불편한 행위이다. 괴롭힘은 ① 불쾌한 행위가 지속적 고용의 조건이 될 때, ② 행위가 합리적인 사람이라면 공포스럽고(intimidating), 적대적이며(hostile), 불쾌하게(offensive) 여겨지는 근무 환경을 조성할 정도로 심각하고 만연한 경우 불법이 된다.

차별금지 법제는 차별 진정을 제기하거나 증언하거나 다른 방식으로 이들 법이 적용되는 조사, 절차, 소송을 진행한 것에 대한 보복으로 개인을 괴롭히는 것도 금지하며, 합리적으로 생각했을 때 이들 법에 위반하여 개인을 차별적으로 취급하는 고용 관행에 반대하였다는 이유로 보복한 경우에도 마찬가지이다.

사소한 무시(petty slights), 약올림(annoyance), 매우 심각하지 않은 연관성 없는 사건(isolated incidents) 등은 불법의 수준에 미치지 않을 것이다. 불법적이 되려면 행위가 합리적인 사람들에게 공포를 일으키고 적대적이며 불쾌하게 여겨질 환경을 조성하여야 한다.

불쾌한 행위에는 모욕적 농담(offensive jokes), 비방(slurs), 욕설(epithets)이나 험담(name calling), 신체적 공격이나 위협, 겁박, 놀리기(ridicule)나 조롱(mockery), 모욕이나 깔아뭉개는 말(put-downs), 모욕적 물건이나 그림, 직무 수행 방해 등을 포함하나, 이들에 한정되지 않는다.

관리자(supervisor)에 의한 괴롭힘이 계약 종료, 채용이나 승진 거부, 임금 손실 등 부정적 고용 활동을 야기하는 경우 사용자는 당연책임(automatically liable)을 진다. 만일 관리자의 괴롭힘이 적대적 근로 환경을 야기하는 경우, ① 괴롭힘 행위를 즉각 교정하고 방지하려는 합리적 노력이 있을 때, ② 사용자가 제공하는 예방적, 교정적 기회를 근로자가 불합리하게 받아들이지 못하는 경우에 한하여 사용자는 책임을 면할 수 있다.

독립 계약자, 사업장 내에서의 고객 등 통제할 수 있는 비관리직 근로자나 근로자 아닌 자에 의하여 괴롭힘이 발생한 경우, 사용자는 괴롭힘에 관하여 알았거나 알았어야 했고 즉각적이고 적절한 교정 조치를 취하지 않았을 때 그에 대한 책임이 있다.

성적 괴롭힘 또한 괴롭힘 범주에 속한다. 근로자나 차별 피해자를 성적 이유로 괴롭히는 것은 불법이다. 성적 괴롭힘 외에도 불쾌한 성적 목적의 접근, 성적 호의의 요청, 기타 성적 본질을 가지는 언어적 육체적 괴롭힘이 여기에 해당된다. 괴롭힘이

반드시 성적 본질을 가져야 할 필요는 없지만 타인의 성에 관한 모욕적 언사를 포함할 수 있다. 예컨대 여성 전체에 관한 모욕적 언급을 하며 특정 여성을 괴롭히는 것은 불법인 것이다.

괴롭힘의 가해자와 피해자는 여성이든 남성이든 모두 될 수 있으며, 동성일 수도 있다. 법에서는 매우 심각하지 않은 단순한 놀림이나 무의식적 발언, 연관성 없는 사건을 금지하지는 않지만, 그것이 꽤 자주 발생하거나 심각하여 적대적이거나 모욕적 근로 환경을 조성한다면, 혹은 피해자가 해고되거나 좌천되는 등 불리한 고용 결정을 야기한다면 괴롭힘은 불법이 된다. 괴롭힘 가해자는 피해자의 관리자나 다른 부서의 관리자, 동료, 의뢰인이나 소비자와 같은 근로자 아닌 자 모두 될 수 있다.

4. 차별금지의 영역

차별 사유 및 차별적 관행에서 살펴보았다시피, 대부분의 차별금지 법제에서 규율하는 차별 관행은 고용 영역에 관한 것이다. 그만큼 고용에서 차별이 발생할 가능성이 높음을 증명하는 것이기도 하고, 사인 간 발생하는 불법행위를 법률로 규율하는 것이 효과적이며 필수적이라는 입법적 판단이 작용한 결과이기도 할 것이다. 그러나 미국의 차별금지 법제가 꼭 고용 영역만을 대상으로 하는 것은 아니다. 민권법 전반의 다수 장에서는 선거권 평등, 공적 서비스 이용에서의 차별금지 등을 규정하고 있다. 다만 그 규정 방식이 구체적 차별 관행을 제시하고 금지하는 것이 아니라 그러한 영역에서 개인이 가지는 평등권과 이를 보호하기 위한 국가의 의무를 천명하는 방식을 택하였다. 민권법에서 규정하는 고용 이외의 차별금지 영역을 중심으로 정리한다.

가. 선거권

1964년 민권법 제1장에서는 당시 첨예한 차별의 대립 지점이었던 선거권 평등을 위해 기존 민권법의 선거권 조항을 개정하는 내용을 담고 있다. 민권법상 평등 선거 원칙은 확립되어 있었으나, 이를 회피하기 위해 많은 주에서 사용하던 전략을 무력화하기 위한 것이었다. 유권자 등록 요건을 강화함으로써 많은 흑인들이 이를 충족하지 못하도록 하는 방법이 만연함에 따라, 민권법에서는 ① 유권자 자격 요건에 서로

다른 기준을 사용하지 못하게 하고, ② 문해력이나 해석 능력 평가 요건을 금지하였으며, ③ 등록 서류나 투표 서류에 사소한 오류나 누락이 있다는 이유로 선거권을 박탈하는 행위를 금지하였다.

나. 서비스 및 사업 영역에서의 차별 및 분리 금지

민권법 제2장에서는 인종, 피부색, 종교, 출신 국가를 이유로 서비스와 사업 영역에서 개인을 차별하거나 분리하지 못하도록 하였다. 차별 사건들에 대해 연방대법원이 보수적 판결을 생산하던 시기부터 이에 대응하여 연방의회가 헌법상 상거래조항(Commerce Clause)을 이용하여 적극적 차별금지의 입법을 추진하였던 배경과 관련 있는 조항이다. 즉, 사적 영업체라 할지라도 그 운영에 주간 통상(interstate commerce)을 저해하는 요소가 있다면 불법으로 간주하는 것이다.

민권법 제201조는 모든 사람이 재화, 서비스, 시설, 특권, 유리함, 대중 숙박시설의 편의 등을 인종, 피부색, 종교, 출신 국가에 근거한 차별이나 분리 없이 완전하고 평등하게 누릴 수 있는 권리가 있다고 천명하였다. 이 원칙이 적용되는 네 가지 종류의 사업 영역을 제시하였는데, 단기 체류자를 위한 숙박시설, 요식업, 엔터테인먼트 사업장, 이 법이 적용되는 다른 사업장 고객을 접객하거나 그 안에 물리적으로 위치하고 있는 사업체 등이다.

다. 공공시설에서의 차별 및 분리 금지

제2장과 유사하게 민권법 제3장도 인종, 피부색, 종교, 출신 국가에 따른 차별을 금지하는데, 그 대상을 사인이 경영하는 사업체가 아닌 공공시설(public facilities)로 둔 점이 다르다. 공공시설은 주나 지방자치단체가 소유한 시설 뿐 아니라 그들이 직접 운영하는 시설 및 그들 대신 운영되는 시설을 말한다. 공원, 도서관, 강당, 교도소 등을 예로 들 수 있다. 연방헌법의 평등보호조항(Equal Protection Clause)을 구체적으로 실현하는 규범이라 할 수 있다.

라. 공립학교에서의 차별 금지

민권법 제4장은 역시 헌법 평등보호조항의 실천규범으로서, 공교육에서의 차별을 금지하는 내용을 담고 있다. 미국 인권 역사상 가장 중요한 판결로 여겨지는 연방대법원의 브라운 판결(Brown v. Board of Education of Topeka)의 취지를 입법적으로 실현한 것으로도 볼 수 있다.⁴⁴⁵⁾ 구체적으로 민권법 제4장에서는 공립학교에서 인종을 분리하거나 공립 대학에서 인종, 피부색, 종교, 성별, 출신 국가에 따라 입학을 거절하는 경우, 연방 법무장관이 연방을 대표하여 민사소송을 제기하도록 하였다. 또한 교육부장관이 공립학교의 차별 철폐를 지원하기 위한 원조, 훈련, 보조금을 기술적으로 지원할 수 있도록 하였다.

마. 연방 보조 프로그램에서의 인종차별 금지

민권법 제6장은 연방정부에서 기금을 지원한 프로그램에서 인종, 피부색, 종교, 출신 국가에 따른 차별을 금지하고 있다. 병원이나 학교의 급식, 직업 재활 프로그램 등 여러 공적 목적 프로그램에 연방 자금이 지원되고 있는 상황에서, 이러한 도움을 받은 주체가 차별하는 것을 금지하는 규정이다. 이러한 곳이 의도적으로 차별하면 안된다는 형식의 비교적 짧은 규정만으로 구성되어 있는데, 사법부의 많은 판례로 규범을 보완해오고 있다.

5. 차별금지의 예외

1964년 민권법 제7장은 차별금지의 예외를 두 가지 방식으로 규정하고 있다. 첫째는 관할권을 이유로 법 자체가 적용되지 않는 경우이고, 둘째는 각 차별 관행에 예외적 상황을 인정해주는 경우이다.

가. 적용상 예외

민권법 제7장은 사용자가 주 외부에서 외국인을 고용하는 경우 또는 종교 관련

445) 347 US 483 (1954). 공립학교에서의 인종 분리를 헌법 평등보호조항 위반으로 위헌으로 판결하였다.

법인, 협회, 교육기관, 단체가 그 활동과 연관된 업무의 수행을 위해 특정 종교인을 고용하는 경우에 적용하지 않는다(제702조).

나. 합법적 사유

종교, 성별, 출신 국가가 특정 사업 또는 기업의 통상적 운영을 위해 합리적으로 필요한 선의의 업무 자격(bona fide occupational qualification)을 요구하는 경우, 그 종교, 성별, 출신 국가를 근거로 사용자가 근로자를 고용하는 것, 직업 소개기관이 개인을 분류하거나 취업을 알선하는 것, 노동단체가 회원 자격을 분류하는 것과 개인을 분류하거나 취업을 추천하는 것, 또는 사용자, 노동단체, 수습 직무 또는 기타 현장직무교육 프로그램을 포함한 훈련 및 재훈련을 관리하는 노사합동위원회가 그러한 프로그램에서 개인이 가입하게 하거나 개인을 고용하는 것은 불법 고용 관행에 해당하지 않는다(제703조(e)(1)).

학교, 대학이나 기타 교육기관 또는 학습 기관이 전체 또는 중요한 부분에서 특정 종교 또는 종교 법인, 협회, 단체에 의해 소유, 지원, 관리, 운영되는 경우 또는 위 기관의 교과목이 특정 종교의 전파를 목적으로 하는 경우, 위 기관이 특정 종교인을 고용하는 것은 불법 고용 관행에 해당하지 않는다(제703조(e)(2)).

사용자가 정해진 직무에 개인을 고용하지 않거나 고용을 거부하는 것, 정해진 직무에서 개인을 해직하는 것, 직업 소개기관이 정해진 직무에 대해 개인의 취업을 알선하지 않거나 알선을 거부하는 것, 노동단체가 정해진 직무에 대하여 개인의 취업을 추천하지 않거나 추천을 거부하더라도, 다음 두 경우에는 불법 고용 관행에 해당하지 않는다. 첫째, 연방 제정법 또는 대통령 행정명령에 따라 효력을 가지거나 시행되는 안보 계획(security program)에 의하여 미국의 국가안보를 위해 부과된 요건이 개인의 직무 또는 그러한 직무 수행용 부지에 대한 접근에 적용되는 경우. 둘째, 그러한 개인이 해당 요건을 충족하지 못하였거나 충족을 중단한 경우(제703조(g)).

사용자가 선의의 연공서열제(bona fide seniority), 실적제, 생산의 양이나 질(quantity or quality)로 수입(earnings)을 정하는 제도, 다른 사업장에서 근무하는 근로자들에 따라 고용상 근로자에게 다른 보수 기준, 기간, 조건 또는 특권을 적용하는 것은 불법 고용 관행에 해당하지 않는다. 단, 그러한 차이가 인종, 피부색, 종교, 성별,

또는 출신 국가를 이유로 한 차별을 의도한 결과가 아니어야 한다. 사용자가 전문적으로 개발된 능력 시험을 실시하고 그 결과에 따라 조치하는 것은 불법 고용 관행이 아니다. 단, 그러한 시험, 시험 관리, 결과에 대한 조치가 인종, 피부색, 종교, 성별, 출신 국가를 이유로 차별하기 위해 계발, 의도, 사용되지 않아야 한다. 사용자가 근로자에게 지급하였거나 지급할 임금 또는 보수 금액을 결정하는데 성별을 기준으로 구별하는 경우, 그러한 구별이 1938년 공정 근로기준법 제6(d)조(29 U.S.C. 206(d)에서 수정됨)에 따른 경우 불법 고용 관행이 아니다(제703조(h)).

6. 구제 및 이행확보의 방법

민권법에 근거하여 차별에 대한 구제기관으로 민권위원회(U.S. Commission on Civil Rights)와 평등고용위원회(U.S. Equal Employment Opportunity Commission)가 설치되어 있다. 민권위원회에 대한 세부 사항을 규율하기 위해 민권위원회법(Civil Rights Commission Amendments Act of 1994)이 제정되어 있다.

가. 민권위원회

1957년 민권법에서 처음 위원회 창설이 규정된 이래 지속적으로 업무를 수행하고 있는 민권위원회는 독립기관으로서 민주, 공화 양당에서 추천한 인물로 구성되며 차별과 관련한 사실관계 규명 권한을 가지고 있다. 또한 선거권 침해, 그리고 인종, 피부색, 종교, 성별, 연령, 장애, 출신 국가에 의한 차별 주장에 대한 조사 및 연구를 수행한다. 또한 차별을 규율하는 연방정부의 각종 법규에 대한 영향평가를 실시하며, 민권 향상을 위한 홍보 및 캠페인을 펼치기도 한다.

위원회는 8인의 위원으로 구성되는데 동일 정당 출신이 4명 이상을 차지해서는 안된다. 대통령이 4인을 임명하고 상원의장대행(the President pro tempore of the Senate)이 2인,⁴⁴⁶⁾ 하원의장이 2인을 지명한다. 위원장과 부위원장은 다수 위원의 찬성으로 위원 중 1인씩을 대통령이 지명한다.

446) 상원 다수당 지도자. 상원의장인 부통령(Vice President) 부재시 상원의장직을 대행한다.

나. 평등고용위원회

민권위원회가 각종 조사 연구를 통해 차별금지를 위한 정책 결정에 기여하는 기관이라면, 실제 차별이 일어났을 때 이를 시정하는 기구는 민권법 제7장에 규정된 평등고용위원회이다. 위원회는 인종, 피부색, 종교, 성별(임신, 관련된 상태, 젠더 정체성, 성적 정체성 포함), 출신 국가, 연령(40세 이상), 장애, 유전형질을 이유로 한 취업 지원자와 근로자에 대한 차별을 불법으로 확인한다.

15명 이상의 근로자를 고용한 사용자의 대부분이 평등고용위원회의 규율 대상이며, 연령차별의 경우에는 20인 이상 고용한 사용자를 대상으로 한다. 대부분의 노동조합과 직업 소개기관 또한 대상에 포함된다. 평등고용위원회 활동의 준거가 되는 법률은 고용, 해고, 승진, 괴롭힘, 훈련, 임금 및 혜택을 포함한 모든 형태의 근로조건에 적용된다.

위원회 활동을 통해 적용하는 법률에는 대표적으로 1964년 민권법 제7장, 임신차별금지법, 1963년 공평임금법, 1967년 연령차별금지법, 1990년 미국 장애인법 제1장, 1991년 민권법 제102조와 제103조, 1973년 재활법 제501조와 제505조, 2008년 유전자정보차별금지법, 2022년 임신근로자평등법(the Pregnant Workers Fairness Act of 2022) 등이 있다.

위원회는 민주, 공화 양당에서 추천한 인물로 구성되며 위원장, 부위원장을 포함한 5인의 위원을 대통령이 지명한다. 위원과 별도로 대통령은 위원회 활동을 지원하고 위원회의 소송 프로그램을 지도, 조정, 감독하는 법률고문(General Counsel)을 지명한다.

위원회는 법 적용대상 사용자를 상대로 한 차별 진정 사건의 조사 권한을 가진다. 조사는 진정에 대해 공정하고 정확하게 수행되어야 하고, 그 결과를 바탕으로 결정을 내리게 된다. 진정 사건의 해결뿐 아니라, 위원회의 업무에는 지원활동, 교육, 기술 원조 프로그램 등을 포함 차별의 예방 또한 중요한 부분을 차지하고 있다.

위원회는 연방정부 평등고용기회 프로그램의 모든 측면에서 연방행정기관을 이끌고 지침을 제공한다. 모든 연방행정기관과 부처가 평등고용위원회규칙을 이행하도록 하고, 평등고용기회 진정 결정 이행과 관련하여 연방행정기관에 기술적 원조를 제공하며, 연방행정기관이 우호적 고용 프로그램(affirmative employment programs)을 준수하는지 감시하고 평가하고, 연방 영역에 교육 자료를 배부하고 이해당사자들을 위한 훈련을 수행하며, 평등고용기회 진정을 심리하는 소속 행정법관(Administrative

Judges)들에게 지침과 원조를 제공하고, 평등고용기회 민원을 접수한 연방행정기관이 내린 행정심판에 대해 항고를 재결한다.

다. 이행 확보

차별 시정은 대부분 평등고용위원회의 조정으로 이행된다. 위원회가 결정을 통해 차별을 확정하는 경우 우선적으로 조정을 시도한다. 조정에 실패하면 개인의 권리와 공익을 보호하기 위해 위원회가 직접 소송을 제기하지만, 실제 소송으로 나아가는 경우는 매우 드물다. 소송 여부의 결정을 위해 위원회는 증거의 증명력, 사안의 쟁점, 소송이 미칠 광범위한 파장까지 고려한다.

법무부(Department of Justice) 민권국(Civil Rights Division) 또한 개인, 단체, 주정부나 지방정부에 대한 소송을 통해 민권법 위반 구제를 담당한다. 형사사건이 발생한 경우 형사소송까지 취하게 된다.

7. 국가 등의 책무

민권법 등 미국의 차별금지법제가 효력을 발휘하기 위해서는 국가 차원의 다양한 집행 구조가 완비되어야 한다. 가장 대표적으로 평등고용위원회가 구체적 진정 사건을 접수하고 차별 피해자에 대해 처분을 내리며 때로는 민사소송까지 담당한다. 부처를 포함한 행정기관은 직무 수행에 민권법을 준수하여야 하며, 이를 실천하기 위해 상세한 행정규칙을 제정하고 있다.

특히 평등고용위원회는 다양한 규칙과 지침을 제정하여 연방행정기관이나 사용자, 노동단체, 직업 소개기관 등이 차별금지를 준수할 수 있도록 하고 있다. 대표적으로 민권법 제7장, 장애인법, 유전자정보차별금지법상 기록보존 및 보고 요건(Recordkeeping and reporting requirements under title VII, the ADA and GINA), 성별을 이유로 한 차별금지 지침(Guidelines on discrimination because of sex), 종교를 이유로 한 차별금지 지침(Guidelines on discrimination because of religion), 출신 국가를 이유로 한 차별금지 지침(Guidelines on discrimination because of national origin), 근로자 선택 절차를 위한 통일 지침(Uniform guidelines on employee selection procedures

(1978)), 민권법에 부합하는 적극적 평등실현조치(Affirmative action appropriate under title VII of the Civil Rights Act of 1964, as amended), 연방 영역에서의 평등고용기회(Federal sector equal employment opportunity) 등이 있다.

제5절 | 소결

제3장에서는 영국, 프랑스, 캐나다, 미국의 차별금지 입법을 주요국 법제 분석의 대상으로 삼았다. 먼저 영국은 2010년 기존의 차별금지에 관한 법률들을 폐지하고 평등법을 입법하여 차별금지입법을 통일화하고 평등에 대한 보호를 강화하였다. 이는 평등 또는 차별금지에 관한 기존의 입법들을 대체하는 포괄적인 입법으로서 연령, 장애, 성전환, 결혼 및 민사파트너 관계, 임신과 출산, 인종, 종교 또는 신념, 성별, 성적 지향 등 차별금지의 사유가 되는 특징들을 열거하고 있다. 평등법을 통해 개별법에 산재되어 있던 평등과 차별금지에 관한 규정들을 모두 망라하여 규정함으로써 평등과 차별금지에 관한 입법을 종합적으로 이해하는 것이 가능해졌다. 구체적으로 평등법에는 차별금지의 사유인 보호특성, 금지되는 행위인 직접 차별, 장애차별, 간접 차별, 괴롭힘, 보복 등을 규정한다. 나아가 서비스 제공 또는 공공기능, 부동산 거래 또는 관리, 직장 또는 고용관계 등 차별이 금지되는 영역을 규정한다. 국가안보, 자선, 스포츠 등 차별금지의 예외 사유 등을 상세하게 규정하고 있다.

독일은 1998년부터 일반적 차별금지법 내지 일반평등대우법을 입법하기 위한 시도가 꾸준히 전개되었으나 일부 정당, 교회세력, 재계 등의 반대로 난항을 겪다가, 2004년 말 제15대 국회 회기에 사민당·녹색당 연정에 의해 법률안 제출이 이루어져 입법 논의가 본격화되었고, 이후 사민당과 기민당·기사당의 연정이 성립된 2006년 기존 차별금지법안을 일부 수정한 일반평등대우법이 제정되기에 이르렀다. 그 배경에는 유럽위원회의 입법 압력이 직간접적으로 작용하였다. 독일 일반평등대우법은 인종 또는 민족적 출신, 성별, 종교 또는 세계관, 장애, 연령 또는 성적 정체성을 근거로 하는 불이익을 방지하거나 또는 이러한 차별대우를 제거하는 것을 목적으로 하고 있다.

캐나다에서는 포괄적 차별금지법으로서 캐나다 인권법이 제정되어 있다. 이 법은 제정 당시부터 11가지 차별 사유를 모두 포함하여 규제하는 일반적 차별금지 형태를 갖추었다. 개별 영역의 차별을 구체적으로 규제하는 형태로 발전하였던 미국과 달리, 캐나다는 1977년 캐나다 인권법이라는 포괄적 차별금지법이 먼저 제정된 이후 고용 영역의 차별을 더 집중적으로 시정하기 위해 1986년 형평 고용법을 추가하였다. 미국에서 차별금지 법제가 흑인 차별 철폐를 위한 민권법을 중심으로 발달할 수밖에 없었다면, 캐나다에서는 다문화주의의 용이한 정착으로 보다 다양한 차별금지 영역을 다룰 수 있는 법제 기술의 여유가 유리하게 발휘될 수 있었다. 캐나다 인권법은 인종, 출신 국가 또는 민족, 피부색, 종교, 연령, 성별(임신 및 출산 포함), 성적 지향, 젠더 정체성 혹은 젠더 표현, 혼인 상황, 가족 관계, 유전 형질, 장애(정신장애, 신체장애, 외모손상, 알콜이나 약물 의존성 포함), 사면받거나 전과분리명령이 내려진 유죄 판결 등 13가지를 차별 사유로 제시하고 있다.

미국의 차별금지 법제는 제정 이래 개별 차별 사유나 영역을 중심으로 규율되는 형태를 지속적으로 유지하고 있는 점에서, 포괄적 차별금지 형태로의 변형 입법에 성공한 영국, 독일 등과 다르다. 법제의 핵심에 자리 잡은 법이 바로 1964년 민권법이며 고용 영역에서 인종, 피부색, 종교, 성별, 출신 국가에 의한 고용 차별을 금지하였다. 이후 이 법의 몇몇 규정은 1991년 민권법, 2009년 공평임금법에 의해 개정·보완되었다. 정치적 평등을 실현하기 위해 선거에서의 인종차별을 금지한 선거권법도 중요한 법제적 진전이었다. 또한 고용 영역에서 흔히 발생하는 임금차별과 연령차별 문제를 보완하기 위해 동등임금법과 고용상 연령차별 금지법이 별도로 제정되었다. 장애인 차별에 대한 관심이 높아진 시점에서는 재활법 및 미국 장애인법 등이 입법되었다. 그 외에도 주거권 보장을 위해 관련 차별을 금지한 공평주거권법도 민권법 제8장의 형식으로 입법되어 있다. 1964년 민권법은 각종 차별적 관행이 “개인의 인종, 피부색, 종교, 성별, 출신 국가”를 이유로 이루어져서는 안된다는 형식으로 규정하고 있다.

제 4 장

포괄적 차별금지에 대한 법무정책적 대응방안

포괄적 차별금지 입법의 주요 쟁점

홍관표·김현철

제4장

포괄적 차별금지 입법의 주요 쟁점

제1절 | 포괄적 차별금지 입법의 의의

포괄적 차별금지 입법이란 국내적으로 차별금지에 관한 여러 개별 법률이 존재하는 것을 전제로 다양한 차별금지의 사유나 영역을 포괄적이고 통합적으로 규율하는 법을 제정하는 것을 의미한다.⁴⁴⁷⁾⁴⁴⁸⁾ 그렇지만 차별금지법 제정 시도의 역사가 시작된⁴⁴⁹⁾ 국가인권위원회의 2006년 7월 24일 「차별금지법 권고법안」 권고 결정⁴⁵⁰⁾이 이루어질 즈음에 포괄적 차별금지 입법이라는 표현이 일반적으로 사용되지는 않았었다.⁴⁵¹⁾ 그도 그럴 것이 당시는 「남녀고용평등법」⁴⁵²⁾과 「파견근로자보호등에관한법률」⁴⁵³⁾ 정도를 제

447) 안진, “개별적 차별금지법의 성과와 한계 - 포괄적 차별금지법 제정을 위한 검토 -”, 법학논총 제37권 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2017, 199-200면; 홍성수, “포괄적 차별금지법의 필요성: 평등기본법을 위하여”, 이화젠더법학 제10권 제3호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2018, 5-6면; 김종우, “한국의 포괄적 차별금지법을 둘러싼 담론 지형과 이중화된 인권-포괄적 차별금지법 입법 과정을 중심으로”, 경제와 사회 통권 제129호, 비판사회학회, 2021, 86면; 박한희, “포괄적 차별금지법의 의의와 필요성”, 안과박 제50권, 영미문학연구회, 2021, 239면.

448) 이에 대하여 포괄적 차별금지법을 모든 종류의 차별사유와 차별영역을 포괄적(전반적)으로 다루는 법으로 보는 입장도 있다. 음선필, “포괄적 차별금지법에 대한 반론 - 기독교의 관점에서 -”, 교회와 법 제7권 제1호, 한국교회법학회, 2020, 109면.

449) 2002년 노무현 대통령후보 핵심공약집의 150대 핵심과제 중 하나(2-2)로 ‘「사회적 차별금지법」 제정’이 포함되었으나, 정작 제16대 대통령직인수위원회의 100대 로드맵 과제에는 ‘장애인차별금지법 제정’만 포함되었다. 새천년민주당 정책선거 특별본부, 당당한 대한민국 몇몇한 노무현, 2002, 13면; 대통령자문 정책기획위원회, 국정과제위원회의 설치와 운영 - 참여정부의 새로운 거버넌스 시스템 -, 2008, 110면 참조.

450) 「차별금지법 권고법안」이 마련되기까지의 과정에 관하여는 홍관표, “차별금지법 제정 추진상 쟁점 및 과제”, 저스티스 통권 제139호, 한국법학원, 2013, 311면.

451) 국가인권위원회의 2006년 7월 24일 「차별금지법 권고법안」 권고 결정문에 “광범위하게 발생하고 있는 차별의 문제를 포괄적으로 다루는 법률”이라는 문구가 기재되어 있기는 하다.

452) 1987년 12월 4일 제정된 「남녀고용평등법」은 2007년 12월 21일 법률 제8781호로 일부개정되면서 법률명이 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」(이하 “남녀고용평등법”이라

외하고, 「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률」(이하 “장애인차별금지법”이라고 한다),⁴⁵⁴⁾ 「고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률」(이하 “고령자고용촉진법”이라고 한다),⁴⁵⁵⁾ 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」(이하 “기간제법”이라고 한다)⁴⁵⁶⁾과 같은 대표적인 차별금지에 관한 개별법이 아직 존재하지 않던 시기였다. 이러한 사정을 반영하듯, 국가인권위원회는 차별금지법의 의미를 「국가인권위원회법」(이하 “인권위법”이라고 한다)과의 관계에서 인권침해행위와 평등권침해의 차별행위 전반을 규율 대상으로 하는 인권위법의 차별 분야에 대한 특별법적 성격을 지닌 법으로 설명하기도 했다.⁴⁵⁷⁾⁴⁵⁸⁾ 국가인권위원회의 「차별금지법 권고법안」 권고 이후에 위와 같은 차별금지에 관한 개별법들의 입법이 이루어지고, 그 외에 국내의 여러 법률에 포함되어 있는 다양한 차별금지에 관한 규정들에 관한 연구가 보다 구체적으로 이루어진 다음,⁴⁵⁹⁾ 비로소 이러한 다양한 차별금지에 관한 개별법 내지 개별 규정을 아우르는 차별금지 입법을 보다 종합적으로 살펴볼 수 있는 환경이 조성되었다고 하겠다.

포괄적 차별금지 입법이라는 표현은 국내적으로 보다 국제인권기구의 권고를 통해 먼저 제시되었다. UN의 인권조약기구(human rights treaty bodies) 중 우리나라에 대하여 포괄적 차별금지 입법을 처음으로 권고한 것은 UN 사회권규약위원회(Committee on Economic, Social and Cultural Rights, CESCR)였고, 이후 UN 여성차별철폐위원회(Committee on the Elimination of Discrimination against Women, CEDAW), UN 인종차별철폐위원회(Committee on the Elimination of Racial Discrimination, CERD), UN 자유권규약위원회(Human Rights Committee, CCPR),

고 한다)로 변경되었다.

453) 「파견근로자보호등에관한법률」(이하 “파견법”이라고 한다)은 1998년 2월 20일 제정되어 같은 해 7월 1일부터 시행되었다.

454) 장애인차별금지법은 2007년 4월 10일 제정되어 2008년 4월 11일부터 시행되었다.

455) 「고령자고용촉진법」은 2008년 3월 21일 일부개정을 통해 연령차별금지정책까지 포함된 고령자고용촉진법으로 변경되었고, 2009년 3월 22일부터 시행되었다.

456) 기간제법은 2006년 12월 21일 제정되어 2007년 7월 1일부터 시행되었다.

457) 국가인권위원회 보도자료, “차별금지법 제정을 국무총리에 권고”, 2006년 7월 24일자.

458) 차별금지법이 인권위법보다 더 강화된 내용의 규정을 마련하고 있음에 비추어 특별법의 지위에 있는 것으로 이해하는 견해로, 음선필, “포괄적 차별금지법에 대한 반론 - 기독교의 관점에서 -”, 교회와 법 제7권 제1호, 한국교회법학회, 2020, 116면; 음선필, “포괄적 차별금지법에 대한 헌법적 평가”, 홍익법학 제21권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2020, 138면.

459) 대표적으로 홍관표, “차별금지법 제정 추진상 쟁점 및 과제”, 저스티스 통권 제139호, 한국법학원, 2013, 314-316면 참조.

UN 아동권리위원회(Committee on the Rights of the Child, CRC)의 권고가 이어졌다.

UN 사회권규약위원회(CESCR)는 2009년 우리나라의 제3차 국가보고서를 심의한 후 제시한 최종견해(concluding observations)에서 ‘포괄적 차별금지법’(a comprehensive anti-discrimination law)⁴⁶⁰⁾의 채택을 권고했고, 2017년 제4차 국가보고서를 심의한 후 제시한 최종견해에서는 ‘포괄적 차별금지 입법’(comprehensive anti-discrimination legislation) 채택의 시급성을 재차 강조했다.⁴⁶¹⁾

UN 여성차별철폐위원회(CEDAW)는 2011년 우리나라의 제7차 국가보고서를 심의한 후 제시한 최종견해에서 ‘포괄적 차별금지법’(a comprehensive Anti-Discrimination Act)의 채택을 위한 시급한 조치를 요청했고,⁴⁶²⁾ 2018년 제8차 국가보고서를 심의한 후 제시한 최종견해에서는 이전 권고를 재차 반복하면서 ‘포괄적 차별금지법’(a comprehensive anti-discrimination law)⁴⁶³⁾의 채택을 권고했다.

UN 인종차별철폐위원회(CERD)는 2012년 우리나라의 제15-16차 국가보고서를 심의한 후 제시한 최종견해에서 ‘차별금지법 기타 인종차별을 금지하는 포괄적인 입

460) ‘UN 사회권규약위원회의 일반논평 제20호에 부합하고, 「경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약」(이하 ‘사회권규약’이라고 한다) 제2조 제2항에 규정된 모든 차별 사유들을 분명하게 적시한 포괄적 차별금지법’(a comprehensive anti-discrimination law that clearly spells out all the grounds for discrimination, as set out by article 2.2 of the Covenant and in line with the Committee’s general comment No. 20 on non-discrimination in economic, social and cultural rights)의 신속한 채택을 촉구했다. UN CESCR, “Consideration of reports submitted by States parties under articles 16 and 17 of the Covenant” (E/C.12/KOR/CO/3), 2009, para. 9.

461) UN CESCR, “Concluding observations on the fourth periodic report of the Republic of Korea” (E/C.12/KOR/CO/4), 2017, para. 23.

462) UN CEDAW, “Concluding observations of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women” (CEDAW/C/KOR/CO/7), 2011, para. 15.

463) ‘빈곤여성, 민족적·인종적·종교적 및 성적 소수자그룹에 속하는 여성, 장애여성, 난민여성, 망명신청여성, 무국적여성, 이주여성, 농촌여성, 독신여성, 여성청소년, 여성노인과 같이 취약계층 여성에게 영향을 미치는 직접, 간접 및 교차하는 유형의 차별을 포함하여, UN 여성차별철폐위원회의 일반권고 제28호(2010년)에 부합하고 「여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약」(이하 “여성차별철폐협약”이라고 한다) 제1조에 정의된 여성에 대한 차별을 금지하는 포괄적 차별금지법’(a comprehensive anti-discrimination law that prohibits discrimination against women, including direct, indirect and intersecting forms of discrimination affecting disadvantaged groups, such as women living in poverty, women disabilities, women refugees and asylum seeker, stateless and migrant women, rural women, single women, adolescents and older women, as defined in article 1 of the Convention and in line with the Committee’s general recommendation No. 28 (2010) on the core obligation of States parties under article 2 of the Convention)의 채택을 권고했다. UN CEDAW, “Concluding observations on the eighth periodic report of the Republic of Korea” (CEDAW/C/KOR/CO/8), 2018, para. 13.

법’(the Discrimination Prohibition Act or other comprehensive legislation to prohibit racial discrimination)의 즉각적인 확정 및 채택을 촉구했고,⁴⁶⁴⁾ 2018년 제 17-19차 국가보고서를 심의한 후 제시한 최종견해에서는 ‘직접·간접 인종차별을 정의하고 금지하는 포괄적인 법률’(a comprehensive law that defines and prohibits direct and indirect racial discrimination)⁴⁶⁵⁾의 신속한 채택에 관한 권고를 재차 반복했다.

UN 자유권규약위원회(CCPR)는 2015년에 우리나라의 제4차 국가보고서를 심의한 후 제시한 최종견해에서 ‘포괄적 차별금지 입법’(comprehensive anti-discrimination legislation)⁴⁶⁶⁾의 채택을 권고했고, 2023년에 제5차 국가보고서를 심의한 후 제시한 최종견해에서도 ‘포괄적 차별금지 입법’⁴⁶⁷⁾의 채택을 권고했다.

UN 아동권리위원회(CRC)도 2019년 우리나라의 제5-6차 국가보고서를 심의한 후 제시한 최종견해에서 ‘포괄적 차별금지법’(a comprehensive anti-discrimination law)의 제정을 권고했다.⁴⁶⁸⁾

이와 같은 UN 인권조약기구의 권고 외에, UN 인권이사회(Human Rights Council,

464) UN CERD, “Concluding observations on the fifteenth and sixteenth periodic reports of the Republic of Korea, adopted by the Committee at its eighty-first session (6-13 August 2012)” (CERD/C/KOR/CO/15-16), 2012, para. 7.

465) 「『모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약』(이하 “인종차별철폐협약”이라고 한다) 제1조에 부합하는 모든 금지사유에 근거한 직접·간접 인종차별을 정의하고 금지하는 포괄적인 법률’(a comprehensive law that defines and prohibits direct and indirect discrimination on all prohibited grounds, in line with article 1 of the Convention)의 신속한 채택에 관한 권고를 재차 반복했다. UN CERD, “Concluding observations on the combined seventeenth to nineteenth periodic reports of the Republic of Korea” (CERD/C/KOR/CO/17-19), 2018, para. 6.

466) ‘명시적으로 삶의 모든 영역을 다루면서, 인종, 성적지향 및 성별정체성 등에 근거한 차별을 정의하고 금지하는 포괄적 차별금지 입법’(comprehensive anti-discrimination legislation, explicitly addressing all spheres of life and defining and prohibiting discrimination on any ground, including race, sexual orientation and gender identity)의 채택을 권고했다. UN CCPR, “Concluding observations on the fourth periodic report of the Republic of Korea” (CCPR/C/KOR/CO/4), 2015, para. 13.

467) ‘명시적으로 삶의 모든 영역을 다루면서, 인종, 민족, 연령, 국적, 종교, 이주자격, 장애, 성적지향 및 성별정체성 등에 근거한 직접·간접·교차 차별을 정의하고 금지하며, 차별의 피해자를 위해 효과적이고 적절한 구제조치에 대한 접근성을 보장하는 포괄적 차별금지 입법’(comprehensive anti-discrimination legislation, explicitly addressing all spheres of life and defining and prohibiting direct, indirect and intersectional discrimination on grounds including race, ethnicity, age, nationality, religion, migration status, disability, sexual orientation and gender identity, as well as ensuring access to effective and appropriate remedies for victims of discrimination)의 채택을 권고했다. UN CCPR, “Concluding observations on the fifth periodic report of the Republic of Korea” (CCPR/C/KOR/CO/5), 2023, para. 12(a).

468) UN CRC, “Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of the Republic of Korea” (CRC/C/KOR/CO/5-6), 2019, para. 17(a).

HRC)의 국가별 정례인권검토(Universal Periodic Review, UPR)⁴⁶⁹⁾ 제도를 통해서도 우리나라는 여러 국가들로부터 ‘포괄적 차별금지 입법’에 관한 권고를 받아 왔다. 2008년 5월 7일 개최된 우리나라에 대한 첫 번째 국가별 정례인권검토의 실무그룹(UPR Working Group) 심의에서는 포괄적 차별금지 입법에 대한 권고가 이루어지지 않았으나,⁴⁷⁰⁾ 2012년 10월 25일 개최된 우리나라에 대한 제2차 국가별 정례인권검토의 실무그룹 심의에서부터 포괄적 차별금지 입법에 관한 권고가 등장했다.⁴⁷¹⁾ 2017년 11월 9일 개최된 우리나라에 대한 제3차 국가별 정례인권검토의 실무그룹 심의⁴⁷²⁾에서는 물론, 가장 최근으로 2023년 1월 26일 개최된 우리나라에 대한 제4차 국가별 정례인권검토의 실무그룹 심의에서도 우리나라는 여기에 참여한 여러 국가의 대표들로부터 ‘포괄적 차별금지 입법(comprehensive anti-discrimination legislation)의 채택’에 관한 권고를 받았다.⁴⁷³⁾

이와 같은 포괄적 차별금지 입법은 달성하고자 하는 주된 목적을 어디에 둘 것인가에 따라 그 체계나 내용이 상이하게 구성될 수 있다.

포괄적 차별금지 입법을 차별금지 사유를 포괄적으로 규율하는 법을 의미한다고만 이해하는 경우에, 국내적으로는 이미 외국의 어느 입법례보다도 차별금지 사유를 포괄적으로 규정하고 있는 인권위법이 존재하고 있다. 차별금지 입법을 통해 추구하고자 하는 목적이 미국의 동등고용기회위원회(Equal Employment Opportunity Commission,

469) 국가별 정례인권검토(UPR)은 UN 193개 회원국의 인권 기록(human rights records)을 주기적으로 검토하는 UN 인권이사회(Human Rights Council)의 고유한 절차이다. 제1차 주기(first cycle)는 4년이었으나, 제2차 주기부터 4년 6개월로 변경되었다.

470) 차별금지법에 관한 권고는 체호가 차별금지법안에 성적지향을 이유로 한 차별을 포함시킬 것을 권고한 내용이 유일했다. UN HRC, “Report of the Working Group on the Universal Periodic Review - Republic of Korea” (A/HRC/8/40), 2008, para. 22.

471) 인도네시아는 ‘차별금지에 관한 일반법’(general act on anti-discrimination)에 관한 국민적 합의에 도달하기 위한 지속적인 노력, 슬로베니아는 ‘포괄적인 차별금지법안’(comprehensive Anti-Discrimination Bill)의 채택을 위한 노력, 호주는 ‘포괄적이고 광범위한 차별금지법’(comprehensive and broad-based anti-discrimination law)의 채택을 각각 권고했다. UN HRC, “Report of the Working Group on the Universal Periodic Review - Republic of Korea” (A/HRC/22/10), 2012, para. 124.23.

472) UN HRC, “Report of the Working Group on the Universal Periodic Review - Republic of Korea” (A/HRC/37/11), 2017.

473) 아일랜드, 네덜란드, 러시아, 페루, 우크라이나, 크로아티아, 그리스, 노르웨이, 스페인, 영국 및 북아일랜드, 호주, 벨기에, 캐나다, 덴마크, 독일 등이 우리나라에 대하여 포괄적 차별금지 입법의 채택에 관한 권고를 했다. UN HRC, “Report of the Working Group on the Universal Periodic Review - Republic of Korea” (A/HRC/53/11), 2023, paras. 139.32, 139.45, 139.46, 139.47, 139.49, 139.50, 139.145, 139.146, 139.147, 139.150, 139.151, 139.152, 139.155, and 139.157.

EEOC)와 같이 기존 사법제도를 통한 구제를 보완할 수 있는 차별시정기구를 마련하는 것이라면, 이미 인권위법의 진정·조사·구제 절차를 통해 상당 부분 이러한 목적을 달성하고 있다고 할 수 있다. 실제로 국가인권위원회는 2001년부터 2022년까지 총 38,544건(최근 10년간 연평균 2,445건)의 차별행위 진정을 접수하여 그 중 37,768건을 종결(3,550건 인용)해왔다.⁴⁷⁴⁾ 그럼에도 불구하고 2000년대 초반부터 포괄적 차별금지 입법에 대한 요구가 계속 이어지고 있는 것은 인권위법을 통한 차별시정 이상의 무엇인가가 필요하다는 요청일 것이다.

여기에 대해서는 다시 인권위법이 국가인권위원회의 설치·조직과 직무범위 등을 규정한 조직법인 관계로 「대한민국헌법」(이하 “헌법”이라고 한다)에서 규정하고 있는 평등권 내지 평등의 원칙을 실현하기 위하여 법률 단위에서 이를 확인하고 내용을 구체화하면서 필요한 국내 정책과 제도의 기반을 마련하는 법률이 존재하지 않는 문제점에 초점을 두는 입장이 있을 수 있고, 법적 구속력이 없는 권고에 기반한 인권위법과 개별 사유나 영역별로 구제 수단 및 수준이 상이하게 제정되어 있는 차별금지 개별법들로는 차별행위로 인한 피해자의 효과적인 구제를 달성하기 어렵다거나 피해자 보호에 대한 입법적 공백 상태에 대응할 수 없다는 문제점에 초점을 두는 입장이 있을 수 있다. 전자는 인권기본법 혹은 인권정책기본법 제정에 관한 논의⁴⁷⁵⁾와 비슷하게 차별금지 혹은 평등에 관한 기본법을 제정하는 방안으로 연결되고, 후자는 차별행위 자체의 금지·예방과 차별로 인한 피해의 효과적인 구제를 위한 조치의 확대·강화로 이어지게 된다.

차별금지 혹은 평등에 관한 기본법 제정과 차별 피해에 대한 구제조치 확대·강화가 서로 양립불가하다거나 상충되어 같은 법률 안에 규정할 수 없는 관계에 있는 것은 아니다. 다만, 차별금지 혹은 평등에 관한 기본법을 제정함에 있어서는 정책의 대상 범위를 가능한 한 폭넓게 포함시키는 것이 바람직하다고 할 수 있는 반면에, 차별 피해에 대한 구제조치를 확대·강화함에 있어서는 특히 공적 영역이 아닌 사적 영역(고용, 교육, 재화와 용역의 공급 및 이용)에서 차별금지와 그 구제조치가 확대·강화될 경우에 그에 따른 위험 부담이나 이를 회피하기 위한 비용 문제가 규범의 수범자인 민간에 이전되는

474) 국가인권위원회, 2022 국가인권위원회 통계, 2023, 112면 및 176면.

475) 이에 관하여는, 유남영 “인권기본법 제정을 위하여”, 저스티스 통권 제129호, 한국법학원, 2012; 홍관표, “인권정책기본법 제정 방안에 관한 연구”, 경희법학 제53권 제4호, 경희법학연구소, 2018. 참조.

효과가 발생하기 때문에 그 확대·강화 수준에 상응하여 차별금지의 사유, 영역 및 차별금지의 예외 등이 신중하게 조율되어야 하는 점이 더 고려되어야 할 것으로 보인다.

이하에서는 먼저 우리 헌법에서의 평등 내지 차별금지의 의의를 헌법재판소의 여러 결정례를 중심으로 확인한 후, 포괄적 차별금지를 위한 입법을 할 경우의 주요 쟁점들을 위와 같은 사정을 고려하면서 살펴보기로 한다.

제2절 | 평등 내지 차별금지의 헌법적 의의

1. 평등권 일반론

가. ‘평등권’인가 ‘평등원칙’인가?

헌법 제11조 제1항은 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”고 규정하고 있다. 이 조항은 헌법상 기본권, 즉 주관적 공권인 ‘평등권’을 규정한 것인가 아니면 객관적 규범으로서 헌법원칙 즉 평등원칙을 규정한 것인가에 대한 논란이 있다.⁴⁷⁶⁾

헌법 제11조 제1항은 객관적 헌법원칙이며 위헌심사기준으로 기능하는 평등원칙을 규정한 것이라고 주장하는 견해는 동 조항이 규정하는 ‘평등’ 개념은 첫째 권리개념상 이익설과 의사설에 비추어 부적합하고, 둘째 헌법문언상으로도 권리로 보기 어려우며, 셋째 평등을 매개로 한 모든 권리의 기본권화 현상방지를 위해서도, 넷째 모든 기본권의 평등권화 현상방지를 위해서도, 다섯째 헌법 제37조 제2항과의 관계를 보더라도 헌법 제11조 제1항은 평등원칙을 규정한 것으로 보아야 한다는 입장이다.⁴⁷⁷⁾

476) 이에 대한 자세한 논의는 김해원, “‘평등권’인가 ‘평등원칙’인가?”, 헌법학연구 제19권 제1호, 한국헌법학회, 2013, 223-259면; 손상식, “평등권의 침해 여부에 대한 심사기준”, 헌법재판심사기준(2013-C-2), 헌법재판소 헌법재판연구원, 2013, 16-23면; 나정수·김해원, “헌법상 평등의 성격 - 김해원(원칙설)과 손상식(권리설)의 논쟁을 중심으로 -”, 인권법평론 제14호, 2015, 75-96면; 김해원, 기본권심사론, 박영사, 2018, 383-406면 참조.

477) 김해원, “‘평등권’인가 ‘평등원칙’인가?”, 헌법학연구 제19권 제1호, 한국헌법학회, 2013, 235-246면; 김해원, 기본권심사론, 박영사, 2018, 392-400면 참조.

이에 대하여 통설⁴⁷⁸⁾과 판례는 헌법 제11조 제1항을 헌법원칙뿐만 아니라 평등권이라는 기본권을 규정한 것으로 해석한다. 특히 헌법재판소는 일찍이 평등원칙의 일반적 의미에 대하여 “평등의 원칙은 국민의 기본권 보장에 관한 우리 헌법의 최고원리로서, 국가가 입법을 하거나 법을 해석 및 집행함에 있어 따라야 할 기준인 동시에, 국가에 대하여 합리적 이유 없이 불평등한 대우를 하지 말 것과 평등한 대우를 요구할 수 있는 모든 국민의 권리로서, 국민의 기본권 중의 기본권”이라고 판시하여 헌법 제11조 제1항을 평등원칙뿐만 아니라 평등권을 규정한 것으로 보고 있다.⁴⁷⁹⁾ 이하에서는 통설과 판례의 입장에 따라 평등권과 평등원칙을 혼용하기로 한다.

나. 평등권의 의의

전통적인 자유권적 기본권 침해의 경우에는 국가권력이 침해해서는 아니되는 일정한 보호영역을 전제로 그 보호영역의 침해 여부를 판단하는 것이지만, 평등권의 경우에는 특별한 보호영역이 따로 있는 것이 아니므로 보호영역에 대한 침해 여부는 문제되지 않고 국가에 의한 불평등한 취급이 정당화될 수 있는지 여부가 문제된다.

헌법 제11조 제1항이 규정하는 평등권은 본질적으로 같은 것은 같게, 본질적으로 다른 것은 다르게 취급할 것을 요구한다. 따라서 평등원칙은 입법자에게 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게, 본질적으로 다른 것을 자의적으로 같게 취급하는 것을 금하고 있다. 평등권침해여부의 심사는 첫째, 본질적으로 동일한 것을 다르게 취급하고 있는가 또는 본질적으로 다른 것을 같게 취급하고 있는가 하는 차별취급 여부의 확인과,⁴⁸⁰⁾ 둘째, 이러한 차별취급이 자의적인가의 두 단계로 이루어 진다.⁴⁸¹⁾ 본질적

478) 예를 들어, 이준일, 차별금지법, 고려대학교출판부, 2007, 27면; 김주환, “평등권 심사기준과 방법의 구조화: 일반적 평등원칙을 중심으로”, 헌법실무연구 제9권, 헌법재판소 헌법실무연구회, 2008, 259면 이하; 김경재, “평등권·평등원칙의 검토방안 - 신상공개에 관한 현재 2003.6.26. 2002헌가14, 청소년의성보호에관한법률 제20조 제2항 제1호 등 위헌제청 결정과 관련하여”, 공법연구 제32집 제4호, 2004, 91면 이하; 정문식, “평등위반 심사기준으로서 비례원칙”, 법학연구 제51권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2010, 37면; 이옥한, “자유권과 평등권의 사법적 심사구조”, 사법행정 제44권 제3호, 한국사법행정학회, 2003, 11면 이하; 한상운·이창훈, “현행 헌법상 평등심사기준에 관한 연구: 헌법재판소 판례를 중심으로”, 성균관법학, 제20권 제1호, 성균관대학교 법학연구원, 2008, 66면; 박진완, “불평등대우의 헌법적 정당화 심사기준으로서의 일반적 평등원칙: 독일의 경우를 참조해서”, 세계헌법연구 제15권 제3호, 국제헌법학회 한국학회, 2009, 203-207면 참조.

479) 현재 1989. 1. 25. 88헌가7 결정.

으로 동일한 것의 차별대우 또는 본질적으로 다른 것의 동등한 대우가 자의적인 것이 아니라면 헌법적으로 정당화되어야 한다.

그러므로 예컨대, 본질적으로 같은 것을 다르게 취급하였다고 하여 그것이 곧 평등권에 위반되는 것은 아니고, 차별대우가 헌법적인 정당성을 갖지 못하는 경우 즉 자의적인 경우에 평등권이 침해된다. 여기서의 자의성은 합리적인 이유가 결여된 것을 의미하므로 차별대우를 정당화하는 객관적이고 합리적인 관점이 존재한다면 차별대우는 자의적이 아닌 것으로 판단된다.

다. 평등권의 내용, 기능 및 헌법적 한계

기본권실현의 방법적 기초인 동시에 기본권실현의 방향을 제시해 주는 평등권은 모든 국민에게 여러 생활영역에서 균등한 기회를 보장해 주는 것을 그 내용으로 한다. 평등권을 통해서 모든 국민에게 기회균등을 보장하는 것은 모든 국민으로 하여금 사회통합과정에 능동적으로 참여케 함으로써 기본권의 생활규범성을 높이고 기본권의 동화적 통합효과를 증대시켜 주는 기능을 갖는다. 이처럼 평등권은 우선 기회균등(Chancengleichheit)을 그 내용으로 하기 때문에 기회균등의 요청에 반하는 어떠한 자의적인 공권력의 발동도 용납하지 않는다. 평등권이 기회균등 뿐만아니라 자의금지(Willkürverbot)까지도 함께 그 내용으로 하고 있다고 주장되는 이유도 그 때문이다. 요컨대, 평등권은 국민에 대한 “기회균등의 보장”과 공권력에 대한 “자의금지명령”을 통해 인간의 존엄과 가치를 그 핵으로 하는 기본권의 실효성과 동화적 통합효과를 증대시켜 주는 기능을 갖는다고 말할 수 있다.⁴⁸²⁾

우리 헌법은 ① 특수한 신분관계의 원활한 기능을 위해서, ② 직업공무원제도의 특수성을 감안해서, ③ 정당국가에서 필요로 하는 정당활동을 보호해 주기 위해서,

480) 그러므로 본질적으로 같지 않은 것을 다르게 취급하는 경우에는 차별 자체가 존재한다고 할 수 없다. 헌재 2006. 1. 17. 2005헌마1214 결정; 헌재 2010. 4. 29. 2008헌마622 결정.

481) 이에 대하여, 광의의 청구권(사회적 기본권, 청구권적 기본권)이 적용되는 경우에는 개인이 자유의 제한이나 차별대우를 문제 삼는 것이 아니라, ‘일정한 입법행위가 청구권에 근거하여 요구될 수 있는지’ 여부를 묻게 되므로, 법률의 위헌심사는 “입법자가 기본권보장의 기본정신(가치결정)에 부합하게 기본권을 구체적으로 형성하였는지”를 판단하는 單一단계의 심사로 이루어진다. 한수웅, 기본권의 새로운 이해, 법문사, 2020, 91면.

482) 허영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 2013, 566-567면.

④ 헌법기관의 통치기능이 순조롭게 행해지게 하기 위해서, 또는 ⑤ 사회정책적인 관점에서 평등권을 헌법 스스로가 제한하거나 평등권의 예외를 인정하는 평등권의 헌법적 한계규정을 두고 있다. 예컨대, 공무원과 주요 방위산업체의 근로자에게는 노동3권을 제한하고(제33조), 군인·군무원·경찰공무원 등에게는 국가배상청구권을 제한하고(제29조), 군인·군무원에 대해서는 군사법원의 재판을 받도록 재판청구권을 제한하고(제110조), 일반결사보다 정당을 특별히 보호하고(제8조), 대통령에게 형사상의 특권을 인정하고(제84조), 국회의원에게는 불체포특권과 면책특권을 인정하고(제44조·제45조), 현역군인은 국무총리와 국무위원에 임명될 수 없게 하고(제86조·제87조), 국가유공자·상이군경 및 전몰군경의 유가족에게 우선적인 근로의 기회를 부여하는 것(제32조 제6항) 등이 바로 그것이다. 이들 헌법규정에 의한 평등권의 제한 내지 특권은 모두가 헌법제정권자가 내린 헌법정책적·사회정책적인 결정이기 때문에 그것은 평등권의 헌법적 한계에 해당한다고 볼 수 있다.⁴⁸³⁾

라. 입법권의 기속과 입법형성권의 한계

헌법 제11조 제1항은 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”고 하여 평등원칙을 선언하고 있다. 헌법 제11조 제1항이 규정하고 있는 평등원칙은 법치국가질서의 근본요청으로서 모든 국가기관에게 법을 적용함에 있어서 정당한 근거 없이 개인이나 일정한 인적 집단을 불평등하게 대우하는 것을 금지한다. 따라서 모든 사람은 평등하게 법규범을 통해서 의무를 부담하고 권리를 부여받으며, 반대로 모든 공권력주체에 대해서는 일정한 사람들에게 유리하거나 불리하게 법을 적용하거나 적용하지 않는 것이 금지된다. 그러나 헌법 제11조 제1항의 규범적 의미는 이와 같은 ‘법 적용의 평등’에서 끝나지 않고, 더 나아가 입법자에 대해서도 그가 입법을 통해서 권리와 의무를 분배함에 있어서 적용할 가치평가의 기준을 정당화할 것을 요구하는 ‘법 제정의 평등’을 포함한다. 따라서 평등원칙은 입법자가 법률을 제정함에 있어서 법적 효과를 달리 부여하기 위하여 선택한 차별의 기준이 객관적으로 정당화될 수 없을 때에는 그 기준을 법적 차별의 근거로 삼는

483) 허영, 한국헌법론, 박영사, 2021, 379-380면.

것을 금지한다. 이때 입법자가 헌법 제11조 제1항의 평등원칙에 어느 정도로 구속되는가는 그 규율대상과 차별기준의 특성을 고려하여 구체적으로 결정된다.⁴⁸⁴⁾

평등권(평등원칙)이 요구하는 평등은 절대적 평등이 아니고 상대적 평등을 뜻하기 때문에 ‘같은 것’과 ‘같지 않은 것’, ‘같이 취급할 사항’과 ‘다르게 취급할 사항’을 결정할 수 있는 넓은 형성의 자유가 입법권자에게 허용된다. 그러나 입법권자의 형성의 자유가 무제한한 것은 아니기 때문에 정의의 관점에서 자의적이라고 평가될 수 있는 경우까지 형성의 자유에 의해서 정당화되는 것은 아니다. 바로 이곳에 입법권자에게 주어진 형성의 자유의 한계가 있고, 평등권을 침해하는 법률에 대한 헌법재판소의 위헌심사는 그와 같은 입법형성권의 한계가 지켜졌는지를 판단해야 하는 어려운 과제를 안고 있다.⁴⁸⁵⁾

2. 평등권심사 개요

가. 평등권심사 관련 개념

(1) 비교집단의 존재

평등권이 적용되기 위해서는 두 개 이상의 사실관계나 인적 집단을 서로 비교해야 하는데, 헌법상의 평등권은 어떠한 것이 같기 때문에 입법자가 같이 취급해야 하는지를 판단할 비교의 관점을 전혀 제공하지 않는다. 따라서 입법자도 평등권에 기속된다는 사고는 입법자가 평등원칙을 준수하였는가에 관한 헌법재판소의 심사에 있어서 헌법재판소가 권력분립원칙을 고려하여 입법자에게 부여된 헌법적 권한 및 기능을 존중하면서도 어느 정도로 법률의 평등권위반을 확인할 수 있는가 하는 문제를 제시한다.⁴⁸⁶⁾

이와 같이 헌법상 규정된 평등원칙에 위반된 차별취급이 존재를 확인하기 위해서는 우선 동질적인 비교집단이 존재해야 하고, 그 비교집단에 대한 차별취급이 존재해야 한다.⁴⁸⁷⁾ 즉, 평등권의 침해는 본질적으로 동일한 비교집단을 다르게 취급하는 경우에 발생하므로,⁴⁸⁸⁾ 평등권의 침해가능성을 판단하기 위해서는 그 전제로서 본질적으로

484) 헌재 2000. 8. 31. 97헌가12 결정.

485) 허영, 한국헌법론, 박영사, 2021, 363면.

486) 한수웅, “평등권의 구조와 심사기준”, 헌법논총 제9집, 헌법재판소, 1998, 52면.

487) 헌재 2010. 3. 25. 2009헌바83 결정.

488) ‘본질적으로 다른 집단의 동일취급’ 문제에 대하여는 후술.

동일한⁴⁸⁹⁾ 비교집단이 존재하여야 한다.⁴⁹⁰⁾

헌법재판소는 현재 2010. 5. 27. 2008헌바110 결정에서, “청구인들은 사법시험에 있어서 정원제에 의한 합격자 선발방식을 취함으로써 사법시험 응시자들을 일정 점수 이상 득점자를 합격자로 선발하고 있는 공인회계사·변리사시험 응시자들에 비하여 합리적 이유없이 차별하고 있다고 주장하나, 변호사를 비롯한 법조인은 공인회계사·변리사 등과 업무의 양상과 국민의 신체와 재산에 미치는 영향의 정도에 있어서 현저하게 다르므로, 양자는 평등권의 침해론을 논할 비교집단이 되지 않는다.”고 하였다.

또한 헌법재판소는 현재 2011. 6. 30. 2009헌바55 결정에서, “구 상속세법의 위와 같은 개정에도 불구하고 명의신탁자가 부동산실명법에 따라 과징금을 부과받는 것은 마찬가지이므로, 구 상속세법의 개정에도 불구하고 명의신탁자에게 어떠한 차별이 생겼다고 할 수는 없다. 또한, 구 상속세법의 증여세를 부담하는지 여부에 따른 평등권 침해의 문제는 명의신탁자에 대하여 과징금을 부과하고 있는 부동산실명법 조항이 헌법에 위반되는지 여부의 문제와는 무관한 구 상속세법 해당 조문의 문제에 불과할 뿐만 아니라, 구 상속세법의 그와 같은 개정은 부동산실명법이 이미 시행된 1995. 7. 1. 이후의 개정이므로 위 개정 이후에 부동산을 명의신탁한 자는 청구인과 같은 부동산실명법 제정 이전에 명의신탁을 한 기존 명의신탁자에 포함될 수 없으므로 처음부터 이 사건 법률조항⁴⁹¹⁾이 적용될 여지조차도 없는 것이다. 따라서, 구 상속세법이 위와 같이 개정된 이후에 명의신탁행위를 한 명의신탁자와 부동산실명법 제정 이전에 명의신탁을 한 기존 명의신탁자를 동등한 비교집단으로 볼 수는 없으므로, 이 사건 법률조항은 기존 명의신탁자의 평등권을 침해하지 아니한다.”고 판시하였다.

(2) 본질적으로 다른 것의 동등취급

헌법재판소에서의 평등권심사가 문제되는 사례는 주로 ‘본질적으로 같은 것을 다르

489) 현재 2001. 11. 29. 99헌마494 : “서로 비교될 수 있는 사실관계가 모든 관점에서 완전히 동일한 것이 아니라 단지 일정 요소에 있어서만 동일한 경우에, 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.”

490) 현재 2010. 6. 24. 2010헌마167 결정.

491) 구 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률(1995. 3. 30. 법률 제4944호로 제정되고, 2010. 3. 31. 법률 제10203호로 개정되기 전의 것) 제12조 제2항 중 제5조 제1항 제1호를 적용하는 부분.

게 취급'했다고 주장하는 경우이다. 반면에 '본질적으로 다른 것을 같게 취급'했다고 다루는 사례도 적지 않다.

예컨대 헌재 2010. 7. 29. 2009헌바40 결정에서 헌법재판소는, “이 사건 법률조항⁴⁹²⁾으로 인한 핵심적인 기본권의 제한은 사립학교를 운영함에 있어서 학교급식 시설·설비 경비의 부담을 사립학교가 자율적으로 정하지 못하게 함으로 인하여 발생하는 사립학교 운영의 자유의 제한이라고 할 것이나, 청구인의 주장의 요지는 국·공립학교에 비하여 청구인과 같은 사립학교의 경우는 급식시설 설치·유지비를 부담하기 어려워 결국 위탁급식을 실시할 수밖에 없어, ‘국·공립학교와 비교하여 서로 본질적으로 다른 것을 같이 취급한 것이 불합리하다’는 것이므로, 평등원칙 위반 여부를 우선 살펴보기로 한다.”고 하였고, 헌재 2010. 11. 25. 2010헌바93 결정에서는 “청구인은, ‘공무원의 신분이나 직무와 관련 없는 사유로 금고 이상의 형을 받은 명예퇴직자’와 ‘공무원의 신분이나 직무와 관련 있는 사유로 금고 이상의 형을 받은 명예퇴직자’는 명백히 구별됨에도, 이 사건 법률조항⁴⁹³⁾이 명예퇴직수당의 환수에 있어서 합리적 이유 없이 양자를 동일하게 취급하고 있어 평등의 원칙에 반한다고 주장한다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이, 직무와 관련 없는 사유 중에도 공무원으로서 법률적·사회적 비난가능성이 큰 범죄가 존재하는 점, 명예퇴직수당의 법적 성격에 비추어 그 환수요건에 관하여 넓은 입법적 재량이 허용되는 점, 형사재판과정에서 해당 사유를 참작한 법관의 양형에 의하여 구체적 부당함이 보정될 수 있는 점 등에 비추어 볼 때, 양자를 명예퇴직수당의 환수에 있어서 동등하게 취급하는 것이 현저히 불합리하다고 할 수 없다.”고 판시하였다.

(3) ‘사실상의 불평등’ 문제

법 앞에 평등하다는 것은 법적 불평등의 금지를 의미하는 것이지, 현실로 존재하는 경제적·사회적 기타 여러 가지의 사실상 불균등을 시정하여야만 하는 것은 아니므로, 예컨대 언어장애자인 후보자와 비장애인 후보자 사이의 실질상의 불균등이 있음에도 동일하게 취급하였다고 하여 곧바로 동 조항⁴⁹⁴⁾이 평등의 원칙에 위반되는 것이라고 할 수는 없는

492) 구 학교급식법 제8조 제1항(1996. 12. 30. 법률 제5236호로 개정되고, 2006. 7. 19. 법률 제7962호로 개정되기 전의 것) 중 ‘학교급식의 실시에는 필요한 시설·설비에 요하는 경비는 원칙적으로 당해 학교의 설립경영자 부담을 원칙으로 한다’는 부분.

493) 명예퇴직공무원이 재직 중의 사유로 금고 이상의 형을 받은 때에는 명예퇴직수당을 필요적 환수토록 한 국가공무원법(2008. 12. 31. 법률 제9296호로 개정된 것) 제74조의2 제3항 제1호.

것이고,⁴⁹⁵⁾ 정치신인인 예비후보자와 현역 국회의원인 예비후보자 또는 부모의 이름이 잘 알려진 2세 정치인인 예비후보자 사이에 사실상의 불균등이 있음에도 동일하게 취급하였다고 하여 이를⁴⁹⁶⁾ 두고 정치신인인 예비후보자의 평등권을 침해하였다고 할 수 없다.⁴⁹⁷⁾

(4) 제도의 단계적 개선

헌법 제11조 제1항이 규정하는 평등의 원칙은 결코 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 법의 적용이나 입법에 있어서 불합리한 조건에 의한 차별을 하여서는 안 된다는 것을 뜻하고, 개인의 기본권신장이나 제도의 개혁에 있어 법적 가치의 상향적 실현을 보편화하기 위한 것이지, 불균등의 제거만을 목적으로 한 나머지 하향적 균등까지 수용하고자 하는 것은 결코 아니다.⁴⁹⁸⁾ 즉, 헌법상 평등의 원칙은 입법자가 언제 어떤 계층에 대하여 정책이나 제도를 개선할 것인지 아니면 존치할 것인지를 선택하는 것을 방해하지 않는다. 입법자는 합리적인 기준에 따라 헌법이 허용하는 권한의 범위 내에서 정당한 공익을 실현하기 위하여 기본권을 제한하는 제도나 정책을 도입할 수도 있고 개선할 수도 있어야 한다. 그것이 허용되지 않는다면 모든 사항과 계층을 대상으로 하는 예외적인 경우가 아닌 한 어떠한 제도나 정책의 시행도 평등의 원칙 때문에 불가능하다는 결과에 이르게 되어 불합리할 뿐 아니라 평등의 원칙이 실현하고자 하는 가치와도 어긋나기 때문이다.⁴⁹⁹⁾

나. 자의금지심사

(1) 원칙적 심사기준

평등권침해를 다투는 사건에서는 합리성심사, 즉 관대한 심사가 우리 헌법이 예정하고 있는 원칙적 기본권침해에 충실히 부합하는 심사기준이라고 할 수 있다. 따라서 관대한

494) 선거사무원의 수를 제한한 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제62조 제2항 제4호 및 제7호.

495) 헌재 2009. 2. 26. 2006헌마626 결정.

496) 예비후보자홍보물의 수량을 제한하는 공직선거법(2008.2.29. 법률 제8879호로 개정된 것) 제60조의3 제1항 제4호 중 '세대수의 100분의 10 이내에 해당하는 수' 부분.

497) 헌재 2009. 7. 30. 2008헌마180 결정.

498) 헌재 1990. 6. 25. 89헌마107 결정.

499) 헌재 1990. 6. 25. 89헌마107 결정; 헌재 1998. 12. 24. 98헌가1 결정; 헌재 2005. 9. 29. 2004헌바53 결정; 헌재 2009. 3. 26. 2007헌마988등 결정.

심사는 평등위반이 문제된 경우의 '원칙적인 심사기준'이라고 할 수 있을 것이다.⁵⁰⁰⁾

헌법재판소는 “헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 합리적 근거 없는 차별을 하여서는 아니 된다는 상대적 평등을 뜻하고, 따라서 합리적 근거 있는 차별 내지 불평등은 평등의 원칙에 반하는 것이 아니”라고 하였고,⁵⁰¹⁾ “평등원칙은 행위규범으로서 입법자에게 ‘객관적으로 같은 것은 같게, 다른 것은 다르게’ 규범의 대상을 실질적으로 평등하게 규율할 것을 요구하고 있다. 그러나 헌법재판소의 심사기준이 되는 통제규범으로서의 평등원칙은 단지 ‘자의적인 입법의 금지’만을 의미하게 되므로, 헌법재판소는 입법자의 결정에서 차별을 정당화할 수 있는 합리적인 이유를 찾아볼 수 없는 경우에만 평등원칙의 위반을 선언하게 된다.”고 판시하였다.⁵⁰²⁾

(2) 제대군인 가산점 결정⁵⁰³⁾ 이전까지 합헌결정된 사례⁵⁰⁴⁾

헌법재판소가 제대군인 가산점 결정 이전에 자의금지심사(합리성심사)를 적용하여 합헌결정을 선고한 사례는 다음과 같다.

○ 현재 1989. 3. 17. 선고, 88헌마1 (경합자환산 경과규정 불비) 사건

심판대상조항은 사법서사의 자격요건에 관하여 “동등이상의 학력과 경험이 있다고 인정

500) 황도수, 헌법재판의 심사기준으로서의 평등, 박사학위논문, 서울대학교대학원, 1996, 104면.

501) 현재 1994. 2. 24. 92헌바43 결정. 그러나 이 결정에서는 이어서 “합리적 근거 있는 차별인가의 여부는 그 차별이 인간의 존엄성 존중이라는 헌법원리에 반하지 아니하면서 정당한 입법목적 달성을 위하여 필요하고도 적절한 것인가를 기준으로 판단되어야 한다.”고 함으로써 결과적으로 후술하는 비례성심사를 하였다고 평가된다. 한수웅, “평등권의 구조와 심사기준”, 헌법은총 제9집, 헌법재판소, 1998, 81면.

502) 현재 1997. 1. 16. 90헌마110등 결정. 그 밖에 현재 1989. 1. 25. 88헌가7 결정; 현재 1989. 3. 17. 88헌마1 결정; 현재 1989. 4. 17. 88헌마3 결정; 현재 1991. 2. 11. 90헌가27 결정; 현재 1993. 12. 23. 89헌마189 결정; 현재 1994. 2. 24. 91헌가3 결정; 현재 1996. 8. 29. 93헌바57 결정; 현재 1996. 12. 26. 96헌가18 결정; 현재 1997. 8. 21. 94헌바2 결정; 현재 1998. 3. 26. 97헌마194 결정; 현재 1998. 4. 30. 96헌마7 결정; 현재 1998. 8. 27. 97헌마372등 결정; 현재 1998. 9. 30. 98헌가7등 결정 등 참조.

503) 현재 1999. 12. 23. 98헌마363 (여성 및 신체장애인이 제기) 결정 및 현재 1999. 12. 23. 98헌바33 (장애인복지법령상 지체장애인 3급 3호에 해당하는 장애인으로서 징병검사에서 병역면제판정을 받은 자가 제기) 결정을 말한다. 이 사건 결정에서 헌법재판소는 평등권 침해여부에 대하여 자의금지심사와 비례성심사를 분명하게 나누는 소위 ‘이중기준론’을 정립하였다. 이에 대하여는 후술하는 ‘3. 가.’ 항목 참조.

504) 이하 분석대상 판례에서 ‘심판의 대상’은 평등권과 관련된 경우만을 추출한 것이고, ‘관련 기본권’은 당해 사건에서 평등권 이외에 그 침해 여부가 문제가 된 기본권을 말한다.

하는 자”의 규정을 두지 아니한 사법서사법 제4조 제1항 제1호이고, 관련 기본권은 직업선택의 자유(헌법 제15조)이다. 헌법재판소는 “특단의 사정이 없는 한 (전문자격제도에 관하여) 광범위한 입법형성권을 가진 입법자의 선택결정 사항에 속한다고 할 것이며, 위 입법에 헌법재판소가 관여할 만큼 현저한 합리성이 결여되거나 입법형성권에 명백한 남용 내지 자의가 있어서 평등권의 침해가 있었다고 할 사유를 찾을 수 없다.”고 판시하였다.

○ 현재 1990. 8. 27. 선고, 89헌가118 (교통사고 신고의무) 사건

심판의 대상은 교통사고운전자는 경찰공무원이 현장에 있는 때에는 그 경찰공무원에게, 경찰공무원이 현장에 없는 때에는 가장 가까운 경찰관서에 지체없이 사고가 난 곳, 사상자 수 및 부상정도, 손괴한 물건 및 손괴정도 그 밖의 조치상황 등을 신속히 신고하도록 규정한 도로교통법(1984. 8. 4. 법률 제3744호로 전문개정된 것) 제50조 제2항 및 동법 제111조 제3호이고, 관련 기본권은 형사상 자기에게 불리한 진술을 거부할 권리(진술거부권, 헌법 제12조 제2항)이다. 헌법재판소는, “이는 다른 범법자에게는 신고의무를 규정하지 아니하면서도 유독 교통사고의 범법자에게만 신고의무를 규정한 것이라고 볼 수 없고 나아가 일반적으로 인정되는 헌법 제12조 제2항의 진술거부권 보장에 관하여 합리적인 근거없이 예외적으로 차별을 두는 불평등한 규정이라고 볼 수 없으며, 피해자의 구호와 교통질서의 회복을 위하여 조치를 필요로 하는 협력의무 범위내에서 운전자 등에게 교통사고의 신고의무를 부과하는 것은 헌법 제37조 제2항의 질서유지 및 공공복리를 위하여 필요하고도 합리적인 법규이고, 나아가 적법절차에 의한 합헌적인 기본권 제한이라고 할 것이므로 입법상 과잉제한금지의 원칙에 반하는 위헌적 규정이라 할 수 없고 따라서 헌법 제11조 평등원칙에 위반된다고도 할 수 없다.”고 판시하였다.⁵⁰⁵⁾

○ 현재 1991. 2. 11. 선고, 90헌가27 (중학교의무교육 미실시) 사건

심판의 대상은 중학교 의무교육을 대통령령이 정하는 바에 의하여 순차적으로 실시한다고 규정한 교육법(1984. 8. 2. 법률 제3739호로 개정된 것) 제8조의 2이고, 관련 기본권은 교육을 받을 권리(헌법 제31조 제1항)이다. 헌법재판소는, “이와같이 중학교 의무교육을 일거에 전면실시하는 대신 단계적으로 확대실시하도록 한 것은 주로 전면실시에 따르는 국가의 재정적 부담을 고려한 것이고 여기에 평등의 원칙에 대한 예외를 인정할

505) 다만 헌법재판소는, 이 법률조항은 “피해자의 구호 및 교통질서의 회복을 위한 조치가 필요한 상황에만 적용되는 것이고 형사책임과 관련되는 사항에는 적용되지 아니하는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반되지 아니한다.”는 한정합헌의 결론에 이르렀다. 이 결정에는 단순위헌을 선고해야 한다는 재판관 1인의 반대의견이 있다.

수 있는 합리적인 근거를 찾을 수 있는 것”이라고 판시하였다.⁵⁰⁶⁾

○ 현재 1993. 12. 23. 선고, 89헌마189 (해직공무원보상) 사건

심판의 대상은 국가보위비상대책위원회의 정화계획에 따라 해직된 자의 보상금산출을 위한 기간산정에 있어 ‘이민’을 사유로 보상에 제한을 둔 1980년해직공무원의보상등에 관한특별조치법(특조법) 제2조 제5항 단서이고, 관련 기본권은 거주·이전의 자유(헌법 제14조)이다. 헌법재판소는, “해직의 위법·부당 여부와 그 정도를 일일이 가리지 않고 일정기준에 의하여 일률적으로 상당비율의 보상을 해주는 특조법의 입법취지에 비추어 해직 후 외국으로 이주하였어야 할 만한 각 개인의 구체적 사정을 일일이 깊이 따지는 데는 한계가 있는 것이어서, 이를 따짐이 없이 이민 후의 보상을 일률적으로 해결하는 방법으로 이를 배제하였다고 하여도 합리성이 없이 국내거주민과 국외거주민을 자의적으로 차별한 것은 아니라 할 것”이라고 판시하였다.⁵⁰⁷⁾

○ 현재 1994. 2. 24. 선고, 91헌가3 (국가의 인지첩부 면제) 사건

심판의 대상은 국(나라)의 경우에는 국가를 당사자로 하는 소송 및 행정소송절차에 있어서 민사소송인지법 규정의 인지첩부를 면제하는 인지첩부및공탁제공에관한특례법 제2조이고, 관련 기본권은 재산권(헌법 제23조) 및 신속한 재판을 받을 권리(헌법 제27조 제3항)이다. 헌법재판소는, “국가에게 민사소송등인지법 소정의 인지첩부의무를 면제한다 하여도 이로써 헌법에 보장된 재산권 등 기본권 보장에 있어서 국가를 합리적 근거 없이 우월하게 대우하는 것이라고 할 수 없고 (...) 상대방 당사자의 헌법에 보장된 신속한 재판을 받을 권리의 보장에 있어 소송당사자를 합리적 이유 없이 차별하여 국가를 우대하는 것이라고 단정할 수 없다.”고 판시하였다.

○ 현재 1997. 8. 21. 선고, 94헌바2 (재정신청 대상 제한) 사건

심판의 대상은 재정신청의 대상을 공무원의 직무에 관한 죄 중에서 인신구속에 관한 직무를 행하는 자 등에 의하여 발생하는 인권침해 유형의 범죄에 한정하고 있는 형사소송법(1973. 1. 25. 법률 제2450호로 개정된 것) 제260조 제1항이고, 관련 기본권은 재판청구권(헌법 제27조 제1항) 및 형사피해자의 재판절차친술권(헌법 제27조 제5항)이다. 헌법재판소는, “이 법률조항이 재정신청의 대상을 공무원의 직무에 관한 죄 중에서 인신구속에 관한 직무를 행하는 자 등에 의하여 발생하는 인권침해 유형의 범죄에 한정

506) 이 결정에는 의무교육의 혜택을 먼저 받는 국민과 나중에 받는 국민이 있을 것을 용인하는 것이어서 평등의 원칙에 위반된다는 재판관 1인의 반대의견이 있다.

507) 이 결정에는 합리적인 이유없는 차별이라는 이유로 평등권침해라는 재판관 3인의 반대의견이 있다.

하고 있는 것은 합리적 근거가 있는 차별이라 할 것이므로 비록 형사소송법이 재정신청의 대상범죄를 제한하여 재정신청의 대상이 아닌 범죄에 대한 고소·고발인이 검사의 기소편의주의의 남용에 따른 사법적 통제를 받을 수 있는 길이 막혀 있다 하더라도 입법재량의 범위를 벗어난 것으로 볼 수 없어 재판청구권에 대한 헌법상의 평등의 원칙에 위배되는 것이 아니"라고 판시하였다.⁵⁰⁸⁾

○ 현재 1998. 3. 26. 선고, 97헌마194 (밀수품 감정행위 금지) 사건

심판의 대상은 밀수품의 감정행위를 형사처벌하는 관세법(1996. 12. 30. 법률 제5194호로 개정된 것) 제186조 제1항이고, 관련 기본권은 직업수행의 자유(헌법 제15조)이다. 헌법재판소는, "밀수품의 감정행위 금지를 통한 차별은 밀수품의 유통방지를 통한 밀수의 억제라는 입법목적 달성을 위해서 행해지고 있다. 밀수품이라는 사실을 인식하고도 밀수품의 거래를 위해 그 경제적 가치를 판단해 주는 감정행위는 밀수품의 거래를 조장하기 때문에 밀수품에 대한 감정행위 금지는 밀수의 제거를 위해서 필요불가결하다. 이와 같은 사유는 밀수품에 대한 차별처벌을 위해서 합리적 근거가 된다."고 판시하였다.

○ 현재 1998. 4. 30. 선고, 96헌마7 (경찰공무원 당연퇴직 규정) 사건

심판의 대상은 자격정지 이상의 선고유예를 받고 그 선고유예 기간중에 있는 자에 대하여 당연퇴직을 규정하고 있는 경찰공무원법 제21조, 제7조 제2항 제2호이고, 관련 기본권은 공무담임권(헌법 제25조), 재산권(헌법 제23조), 행복추구권(헌법 제10조)⁵⁰⁹⁾이다. 헌법재판소는, "국민의 생명·신체 및 재산의 보호와 범죄의 예방·진압 및 수사 등 공공의 안녕과 질서유지를 그 임무로 하여 국민의 신체·재산·가택에 실력으로 강제를 가할 수 있는 경찰작용을 담당하는 경찰공무원에게는 일반공무원보다 더 높은 윤리성과 성실성 등이 요구된다고 할 것이어서, 경찰공무원법에서 국가공무원법상보다 다소 넓은 임용결격 및 당연퇴직의 사유를 설정하였다 하더라도 그와 같은 차별은 합리적이고 정당한 것"이라고 판시하였다.

○ 현재 1998. 8. 27. 선고, 97헌마372등 (합동방송토론회) 사건

508) 이 결정에는 "이 법률조항은 합리적 이유없이 범죄피해자들이 가진 위법한 불기소처분에 대한 법원을 통한 구제절차에 차별을 두고 있어 자의적인 것이라고 할 것이므로 이 법률조항은 입법목적의 필요불가결 및 입법목적 달성수단의 필요최소한도의 요건을 갖추지 못하였다."는 재판관 3인의 반대이견이 있다. 즉, 엄격한 심사기준을 적용해야 한다는 취지이다.

509) 다만 헌법재판소는 현재 2002. 8. 29. 2000헌가5등 결정 이후로는, 헌법 제10조의 행복추구권은 다른 개별적 기본권이 적용되지 않는 경우에 한하여 보충적으로 적용되는 기본권이라고 보고 있다. 同旨, 현재 2006. 3. 30. 2005헌마598 결정; 현재 2007. 3. 29. 2005헌마985 결정; 현재 2012. 7. 26. 2011헌마232 결정 등 참조.

심판의 대상은 “공직선거및선거부정방지법에 의해 설립된 대통령선거방송토론위원회 (이하 ‘토론위원회’)가 공영방송 텔레비전을 이용한 후보자 대담·토론회에 참석할 후보자의 선정기준에 관하여, 원내교섭단체 보유 정당의 대통령후보자와 여론조사결과 평균 지지율 10% 이상인 대통령후보자를 초청하여 3회에 걸쳐 다자간 합동방송토론회를 개최하기로 정한 1997. 11. 24.자 결정 및 그 공표행위”이고, 관련 기본권은 국민의 알 권리(헌법 제21조)이다. 헌법재판소는, “(위와 같은 사정에) 다당제인 우리의 정치현실을 종합하여 보면, 토론위원회가 제시한 이 사건 초청 후보자 선정기준은 최소한의 당선가능성과 주요 정당의 추천이라는 점에 기초하여 대담·토론기능의 활성화를 위하여는 적당한 소수의 후보자만을 초청하여야 한다는 요청과 선거운동에서의 기획의 균등보장이라는 서로 대립하는 이익을 적절히 비교형량한 합리적인 것으로서, ‘같은 것을 같게, 다른 것은 다르게’ 취급하는 것이라 할 것이므로 도저히 자의적인 차별이라고 할 수는 없다.”고 판시하였다.

(3) 제대군인 가산점 결정 이전까지 위헌결정된 사례

자의금지심사(합리성심사)를 적용한다고 하여 항상 합헌의 결론이 내려지는 것은 아니다. 헌법재판소가 제대군인 가산점 결정 이전의 사례에서 위헌결정을 선고한 사례는 다음과 같다.

○ 헌재 1989. 1. 25. 선고, 88헌가7 (국가에 대한 가집행불가) 사건

심판의 대상은 “다만, 국가를 상대로 하는 재산권의 청구에 관하여는 가집행의 선고를 할 수 없다.”고 규정한 소송촉진등에관한특례법(1981. 1. 29. 법률 제3361호) 제6조 제1항 단서 부분하였고, 관련 기본권은 재산권(헌법 제23조)과 신속한 재판을 받을 권리(헌법 제27조 제3항)였다. 헌법재판소는 이 규정이 합리적 이유없이 소송당사자를 차별하여 국가를 우대하고 있는 것이므로 헌법 제11조 제1항에 위반된다고 판시하였다.

○ 헌재 1995. 5. 25. 선고, 91헌마67 (지방의회의원 입후보제한) 사건

심판의 대상은 구 지방의회의원선거법 제35조 제1항 제6호와 지방자치법 제33조 제1항 제4호 중 정부투자기관관리기본법 제2조에 규정된 정부투자기관의 ‘직원’은 지방의회의원에 입후보할 수 없도록 한 부분이고, 관련 기본권은 공무담임권(참정권, 헌법 제25조)이다. 헌법재판소는, “정부투자기관의 경영에 관한 결정이나 집행에 상당한 영향력을 행사할 수 있는 지위에 있다고 볼 수 없는 직원을 임원이나 집행간부들과 마찬가지로 취급하여 지방의회의원직에 입후보를 하지 못하도록 하고 있는 위 선거법 제35조 제1항

제6호의 입후보 제한규정은, 정부투자기관의 직원이라는 사회적 신분에 의하여 합리적인 이유 없이 청구인들을 차별하는 것이어서 헌법 제11조의 평등원칙에 위배되고, 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙에 어긋나서 청구인들의 기본권인 공무담임권을 침해하는 것이므로 헌법에 위반된다”고 판시하였다.

○ 현재 1996. 12. 26. 선고, 96헌가18 {자도소주(自道燒酒)구입명령제} 사건

심판의 대상은, 주류판매업자는 매월 희석식 소주의 50% 이상을 당해 주류판매업자의 판매장이 소재하는 지역과 같은 지역에 소재하는 제조장으로부터 구입하도록 규정한 주세법(1995. 12. 29. 법률 제5036호로 개정된 것) 제38조의7 및 제18조 제1항 제9호이고, 관련 기본권은 소주판매업자의 직업행사의 자유(헌법 제15조), 소주제조업자의 기업의 자유 및 경쟁의 자유(각 헌법 제15조), 그리고 소비자의 행복추구권에서 파생되는 자기결정권(헌법 제10조)이다. 헌법재판소는, “구입명령제도가 독과점규제와 중소기업의 보호라는 입법목적을 실현하기 위한 수단이라면, 소주판매업자에 대하여만 구입의무를 부과함으로써 소주판매업자와 다른 상품의 판매업자를 서로 달리 취급하는 것을 정당화할 수 있는 합리적인 이유가 존재하지 않고, 또한 입법목적을 ‘물류비증가와 교통량체증의 방지’로 본다고 하여도 소주와 다른 상품, 따라서 소주판매업자와 다른 상품의 판매업자, 소주제조업자와 다른 상품의 제조업자를 구분하여 달리 규율할 합리적인 이유도 찾아 볼 수 없으므로 결국 평등원칙에 위반된다.”고 판시하였다.⁵¹⁰⁾

○ 현재 1998. 9. 30. 선고, 98헌가7등 (경매절차 발송송달특례) 사건

심판의 대상은 경매절차에서 민사소송법과 별도로 발송송달의 특례를 인정하고 있는 금융기관의연체대출금에관한특별조치법(1993. 12. 10. 법률 제4585호로 개정된 것) 제3조이고, 관련 기본권은 재산권(헌법 제23조) 및 재판청구권(헌법 제27조 제1항)이다. 헌법재판소는, “이 법률조항이 경매의 실행에 채무명의를 요하지 아니하는 이른바 임의 경매에 적용되는 경우에는 위에서 본 여러 사정에 미루어 금융기관에게 그 나름의 차별에 대한 합리적인 이유가 있다 할 것이므로 평등의 원칙에 위반된다고 볼 수 없다. … (그러나) 부동산 강제경매절차에서 차별에 대한 합리적인 이유도 없이 오로지 금융기관이 신청하였다는 이유만으로 신청인이 금융기관이 아닌 경우와 차별하여 발송송달의

510) 이 결정에는, “소주에 대하여는 그 특성상 국민보건에 직접적 영향을 미치는 상품이어서 강한 규제를 하지 않을 수 없고, 구입명령제도는 대기업 제조업자의 독과점을 막고 지역소주제조업자를 보호함으로써 독과점규제와 지역경제육성이라는 헌법상의 경제목표를 구체화하고자 하는 제도이므로, 이 제도로 인하여 약간의 차별이 생긴다고 하여도 그 차별에는 합리적인 이유가 있다.”는 재판관 3인의 반대 의견이 있다.

특례를 인정하는 것은, 같은 것은 같게 규율하여야 할 것임에도 불구하고 이를 다르게 규율한 것으로서, 결국 입법형성에 있어 헌법적 한계를 벗어난 것이라 아니할 수 없으므로 평등의 원칙에 위반된다.”고 판시하였다.⁵¹¹⁾

다. 비례성심사

(1) 엄격한 심사기준과 헌법 제37조 제2항

학계의 다수설⁵¹²⁾ 및 헌법재판소의 주류 판례⁵¹³⁾에 따르면, 헌법 제37조 제2항은

-
- 511) 이 결정에는 “이 사건 법률조항 중 강제경매에 관한 부분만 위헌이고, 임의경매에 관한 부분은 위헌이 아니라고 한다면, 금융기관이 신청한 경매사건 중 임의경매와 강제경매를 구분하여 임의경매에 대해서만 특례를 인정하게 될 것인데, 위와 같은 차별은 합리적인 근거 없는 것”이라는 재판관 4인의 반대의견(전부위헌의견)이 있다.
- 512) 과잉금지원칙의 헌법적 근거로 (1) 헌법 제37조 제2항을 드는 견해(제회열, 헌법학(중), 박영사, 2007, 154면; 김철수, 헌법학신론, 박영사, 2008, 318면; 김학성, 헌법학원론, 피엔씨미디어, 2017, 378면; 장영철, 헌법학, 박영사, 2022, 276-277면; 전광석, 한국헌법론, 집현재, 2023, 274면; 정문식, “헌법 제37조 제2항 ‘필요한 경우에 한하여’의 의미, 한양법학 제20권 3집(통권 제27집), 한양법학회, 2009, 21면; 정재황, 헌법학, 박영사, 2021, 656면), (2) 법치주의(법치국가원리)와 헌법 제37조 제2항을 드는 견해(김하열, 헌법강의, 박영사, 2022, 282면; 김형성, “과잉금지의 원칙과 적용상의 문제점”, 헌법실무연구 제3권, 헌법재판소, 2002, 62면; 방승주, 헌법강의 I, 박영사, 2021, 217면; 성낙인, 헌법학, 법문사, 2023, 1,068면; 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2018, 382면), (3) 자유권(기본권의 본질), 법치국가원리 및 헌법 제37조 제2항을 드는 견해(한수용, 헌법학, 법문사, 2020, 486-487면; 허완중, 헌법오뎀론(기본권론), 박영사, 2020, 176-177면), (4) 기본권의 최대한 보장 정신, 법치국가원리 및 헌법 제37조 제2항을 드는 견해(이명용, “비례의 원칙의 2단계 심사론”, 헌법논총 제15집, 헌법재판소, 2004, 543면), (5) 법치국가원리 및 헌법 제37조 제2항, 제76조 제1항을 드는 견해(황치연, “과잉금지원칙의 제문제”, 헌법논총 제20집, 헌법재판소, 2009, 466, 480-481면) 등이 있다.
- 513) 이를 초기의 판례(1988. 9. 1. 헌법재판소 개소 이래 1999. 12. 31.까지)를 중심으로 보면, 헌재 1989. 7. 14. 88헌가5등 결정; 헌재 1989. 11. 20. 89헌가102 결정; 헌재 1989. 12. 22. 88헌가13 결정; 헌재 1990. 11. 19. 90헌가48 결정; 헌재 1991. 4. 1. 89헌바160 결정; 헌재 1991. 7. 22. 89헌가106 결정; 헌재 1991. 11. 25. 91헌가6 결정; 헌재 1992. 4. 28. 92헌마43 결정; 헌재 1993. 3. 11. 92헌바33 결정; 헌재 1994.2.24. 92헌바43 결정; 헌재 1994.4.28. 91헌바15등 결정; 헌재 1994.7.29. 93헌가3등 결정; 헌재 1995. 2. 23. 93헌가1 결정; 헌재 1995. 3. 23. 92헌가14 결정; 헌재 1995. 3. 23. 94헌바175 결정; 헌재 1995. 4. 20. 91헌바11 결정; 헌재 1995. 4. 20. 92헌마264등 결정; 헌재 1995. 5. 25. 91헌바20 결정; 헌재 1995. 5. 25. 91헌바67 결정; 헌재 1995. 7. 21. 92헌마177등 결정; 헌재 1995. 7. 21. 94헌바125 결정; 헌재 1995. 10. 26. 92헌바45 결정; 헌재 1995. 11. 30. 94헌가3 결정; 헌재 1996. 1. 25. 95헌가5 결정; 헌재 1996. 2. 29. 94헌바13 결정; 헌재 1996. 3. 28. 94헌바42 결정; 헌재 1996. 4. 25. 92헌바30 결정; 헌재 1996. 4. 25. 92헌바47 결정; 헌재 1996. 8. 29. 94헌바113 결정; 헌재 1996. 10. 4. 95헌가1등 결정; 헌재 1996. 12. 26. 90헌바19등 결정; 헌재 1997. 2. 20. 96헌바24 결정; 헌재 1997. 3. 27. 95헌가17 결정; 헌재 1997. 3. 27. 96헌가11 결정; 헌재 1997. 3. 27. 95헌바50 결정; 헌재 1997. 3. 27. 94헌바196등 결정; 헌재 1997. 4. 24. 95헌바90 결정; 헌재 1997. 5. 29. 94헌바5 결정; 헌재 1997. 6. 26. 93헌바49등 결정; 헌재 1997. 6. 26. 96헌바94 결정; 헌재 1997. 7. 16. 95헌바2등 결정; 헌재 1997. 8. 21. 93헌바51

입법권의 한계로서 과잉입법금지의 원칙을 명문으로 인정하고 있다. 즉, ‘국민의 모든 자유와 권리를 제한할 경우에’ 입법은 ‘국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여’야 한다고 규정하여, 헌법 제37조 제2항에 의한 입법적 한계가 평등심사의 원칙적 심사기준인 관대한 심사(자의금지심사) 기준에 비하여 엄격한 것임은 문언상 명백하다.⁵¹⁴⁾

헌법재판소는 “헌법 제37조 제2항의 규정에 미루어 이러한 기본권에 대한 제한이나 차별적인 대우를 하고자 하는 때에는, 첫째 제한 또는 차별의 목적이 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요하고 정당한 것이어야 하고, 둘째 그 수단·방법이 목적의 실현을 위하여 실질적인 관계가 있어야 할 뿐만 아니라 그 정도 또한 적정한 것이어야 한다.”고 판시하였다.⁵¹⁵⁾

형식이론적으로 보면 평등권도 기본권인만큼 다른 기본권과 마찬가지로 국가안전보장·질서유지·공공복리를 위해서 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다(헌법 제 37조 제2항)고 말할 수 있다. 그러나 평등권은 “기본권 실현의 방법적 기초”로서의 성격과 기능을 갖고 있기 때문에 그 제한의 의미와 효과가 다른 기본권에서와는 다르다.⁵¹⁶⁾ 예컨대, 자유권침해 사례의 심사기준인 과잉금지원칙(비례성원칙) 중 ‘최

결정: 헌재 1997. 8. 21. 94헌바19등 결정; 헌재 1997. 9. 25. 96헌가16 결정; 헌재 1997. 11. 27. 96헌바12 결정; 헌재 1997. 11. 27. 96헌바60 결정; 헌재 1997. 11. 27. 97헌바10 결정; 헌재 1997. 12. 24. 96헌가19등 결정; 헌재 1998. 2. 27. 95헌바32 결정; 헌재 1998. 2. 27. 95헌바59 결정; 헌재 1998. 2. 27. 96헌바2 결정; 헌재 1998. 2. 27. 97헌마64 결정; 헌재 1998. 3. 26. 97헌마194 결정; 헌재 1998. 4. 30. 95헌가16 결정; 헌재 1998. 5. 28. 96헌가4 등 결정; 헌재 1998. 5. 28. 96헌가12 결정; 헌재 1998. 5. 28. 95헌바18 결정; 헌재 1998. 5. 28. 96헌바83 결정; 헌재 1998. 5. 28. 97헌바68 결정; 헌재 1998. 6. 25. 95헌바35등 결정; 헌재 1998. 7. 16. 95헌가19등 결정; 헌재 1998. 7. 16. 96헌바35 결정; 헌재 1997. 7. 16. 97헌바23 결정; 헌재 1998. 8. 27. 96헌가22등 결정; 헌재 1998. 10. 29. 97헌마345 결정; 헌재 1998. 11. 26. 97헌바31 결정; 헌재 1998. 12. 24. 98헌가1 결정; 헌재 1998. 12. 24. 94헌바46 결정; 헌재 1998. 12. 24. 97헌마87등 결정; 헌재 1998. 12. 24. 97헌마90 결정; 헌재 1998. 12. 24. 94헌바46 결정; 헌재 1999. 1. 28. 97헌마253등 결정; 헌재 1999. 2. 25. 96헌바64 결정; 헌재 1999. 6. 24. 98헌바68 결정; 헌재 1999. 7. 22. 98헌가3 결정; 헌재 1999. 7. 22. 98헌가5 결정; 헌재 1999. 7. 22. 96헌바19 결정; 헌재 1999. 7. 22. 97헌바76등 결정; 헌재 1999. 9. 16. 99헌바5 결정; 헌재 1999. 9. 16. 96헌바39 결정; 헌재 1999. 10. 21. 97헌바84 결정; 헌재 1999. 11. 25. 99헌바28 결정; 헌재 1999. 12. 23. 99헌마135 결정이 있다.

514) 황도수, 헌법재판의 심사기준으로서의 평등, 박사학위논문, 서울대학교대학원, 1996, 118면.

515) 헌재 1989. 5. 24. 89헌가37등 결정; 헌재 1990. 6. 25. 89헌가98 결정; 헌재 1990. 8. 27. 89헌가118 결정; 헌재 1990. 10. 8. 89헌마89 결정; 헌재 1991. 3. 11. 90헌마28 결정; 헌재 1991. 6. 3. 89헌마204 결정; 헌재 1991. 9. 16. 89헌마231 결정; 헌재 1992. 2. 25. 90헌가69 등 결정; 헌재 1995. 5. 25. 91헌마67 결정 등 참조.

516) 허영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 378면.

소침해(필요성)의 원칙'은 평등권심사에서는 자유권에 대한 심사와는 다르게 응용되어야 한다. 본질적으로 불평등하게 다루어야 할 정당한 목적이 있는데도 불구하고 최소침해의 원칙에 따라서 최소한으로 불평등한 차별을 하라는 요구는 오히려 실질적으로 평등하게 대우하는 결과를 가져오기 때문이다.

또한 평등심사에 있어서는 헌법 제37조 제2항은 적용되지 않는다는 견해도 있다. 즉, 입법자의 불평등대우는 헌법이 그것을 명시적으로 금지하지 않는 한 그가 헌법적으로 허용되는 일정한 목적을 달성하기 위하여 객관적 생활관계를 법률로써 규율하는 경우에 언제나 발생하게 되는 필연적인 현상이며, 따라서 입법자에 의한 규율대상의 선택과 이를 위한 차별기준의 선택은 자유권에 있어서 침해유보(Eingriffsvorbehalt)에 근거한 제한권능의 행사와 전적으로 동일시될 수는 없다는 것이다. 왜냐하면 헌법 제11조 제1항의 평등원칙은 입법자의 형성의 자유의 행사 그 자체로부터 발생하는 필연적인 현상인 불평등대우에 대한 한계(Schranken)로서 입법자에게 그와 같은 불평등대우를 객관적으로 정당화할 것을 요구하며, 그러한 한 평등권은 헌법 제37조 제2항의 일반적 법률유보에 근거하여 제한될 수 있는 '국민의 모든 자유와 권리'에는 해당되지 않는다고 보아야 하기 때문이라는 것이다.⁵¹⁷⁾

(2) 제대군인 가산점 결정 이전까지 위헌결정된 사례

헌법재판소가 제대군인 가산점 결정 이전의 사례에서 비례성심사를 하여 위헌결정을 선고한 사례는 다음과 같다.

○ 헌재 1989. 5. 24. 선고, 89헌가37등 (경매절차시 금융기관 우월지위) 사건

심판의 대상은 연체대출금에 관한 경매절차에 있어서 경락허가결정에 대한 항고를 하고자 하는 자는 담보로서 경락대금의 10분의 5에 해당하는 현금 또는 금융기관이 발행한 자기앞수표 및 대통령령으로 정하는 유가증권을 공탁하도록 규정한 금융기관의연체대출금에관한특별조치법(1973. 3. 3. 법률 제2570호로 개정된 것) 제5조의2이고, 관련 기본권은 재판청구권(헌법 제27조 제1항)이다. 헌법재판소는, "이 법률조항은 결국 합리적 근거없이 금융기관에게 차별적으로 우월한 지위를 부여하여 경락허가결정에 대한 항고를 하고자 하는 자에게 과다한 경제적 부담을 지게 함으로써 특히 자력이 없는 항고권자에게

517) 김주환, "입법자의 평등에의 구속과 그에 대한 통제", 헌법논총 제11집, 헌법재판소, 2000, 442-443면.

부당하게 재판청구권인 항고권을 제한하는 내용의 것이라 아니할 수 없는 것이므로 헌법 제11조 제1항, 제27조 제1항 및 '제37조 제2항'에 위반되는 것"이라고 판시하였다.⁵¹⁸⁾

- 현재 1990. 10. 8. 선고, 89헌마89 (국·공립 사범대학 졸업자 우선채용) 사건
 심판의 대상은 교사의 신규채용에 있어서는 국립 또는 공립의 교육대학, 사범대학 기타
 교원양성기관의 졸업자 또는 수료자를 우선하여 채용하도록 규정한 교육공무원법(1981.
 11. 23. 법률 제3458호로 전문개정된 것) 제11조 제1항이고, 관련 기본권은 직업선택
 의 자유(헌법 제15조)이다. 헌법재판소는, "이 법률조항을 적용하여 교직과정 이수자를
 교육공무원의 채용에서 완전히 배제하는 현재의 상황은 그 차별의 정도가 지나치고,
 입법목적 달성의 수단으로서도 심히 균형을 잃고 있어서 비례의 원칙에 어긋나며, 달리
 이를 정당화할 근거를 찾을 수 없고, (...) 이는 교사자격자 개인의 능력과는 관계없이
 특정학교 출신이라는 사유와 국·공립 사범대학 졸업자의 과잉공급현상이라는 사정
 때문에 사립 사범대학 졸업자 및 교직과정 이수자들이 교육공무원이라는 직업을 선택
 함에 있어서 중대한 제한을 가하는 것"이라고 판시하였다.

- 현재 1991. 3. 11. 선고, 90헌마28 (지방의회의원 입후보제한) 사건
 심판의 대상은 농업협동조합 등 각 조합의 조합장들이 지방자치단체의 의원 후보자가
 되는 것 및 지방의회 의원의 직을 겸하는 것을 금지한 지방의회의원선거법(1990. 12.
 31. 법률 제4311호로 전문개정된 것) 제35조 제1항 제7호 및 지방자치법(1990. 12.
 31. 법률 제4310호로 개정된 것) 제33조 제1항 제6호이고, 관련 기본권은 '공무담임권'
 (헌법 제25조)이다. 헌법재판소는, "적어도 국민의 참정권을 제한함에 있어서 합리성
 없는 차별대우의 입법이라고 보지 않을 수 없으며, 이들에 대한 참정권 및 평등권에
 관하여 도저히 '헌법 제37조 제2항'에 의하여 정당화될 수 없는 과도한 제한이며 그
 기본권의 침해라고 볼 것이다. 민주주의는 피치자(被治者)가 곧 치자(治者)가 되는 치자
 와 피치자의 자동성(自同性)을 뜻하기 때문에 공무담임권을 통해 최대 다수의 최대 정치
 참여, 자치참여의 기회를 보장하여야 하는 것이며, 그 제한은 어디까지나 예외적이고
 필요 부득이한 경우에 국한되어야 한다. 이러한 헌법상의 법리가 지켜지지 않은 것이다."

518) 이 결정에는 "경제관계법률에 대한 위헌여부를 심판함에 있어서는 그 시대적 요청과 새로운 경제질서를 감안하여 헌법규범을 해석 적용하여야 할 것이며 (...) 헌법재판소의 규범통제 권한은 입법부가 제정한 법률이 명백하게 헌법규범에 위배되느냐 또는 입법권을 자의적으로 남용하였느냐의 여부를 심사하는 것인데 (...) 다수의견은 입법권의 한계를 헌법 제37조의 문리적 해석으로만 판단한 것"이라는 재판관 1인의 반대이견(합헌의견)이 있다. 즉, 자의금지심사를 해야 한다는 것이다.

라고 판시하였다.

○ 헌재 1991. 6. 3. 선고, 89헌마204 (화재보험 강제가입) 사건

심판의 대상은 특수건물의 소유자는 손해배상책임의 이행을 위하여 그 건물을 손해보험 회사가 영위하는 신채손해배상 특약부 화재보험에 가입하여야 한다고 규정한 화재로인한 재해해보상과보험가입에관한법률(1973. 2. 6. 법률 제2482호) 제5조이고, 관련 기본권(헌법원칙)은 직업선택의 자유(헌법 제15조), 재산권(헌법 제23조), 그리고 행복추구권(헌법 제10조) 속에 함축된 일반적 행동자유권에서 파생된 '계약자유 원칙'이다. 헌법재판소는 평등권침해에 대하여는 별도의 논증없이 다른 기본권침해에 관한 비례심사와 함께 판단한 끝에,⁵¹⁹⁾ “위 법률 제5조 제1항에서 4층 이상의 건물에 대해 확실적인 보험가입강제를 한 것은 그 한도에서 ‘헌법 제37조 제2항’에 의하여 정당화될 수 없는 것으로 필요부득이한 제한이 아니며 따라서 헌법 제10조, 제11조, 제15조, 제23조, 제34조 제1항, 제119조 제1항에 위반된다”고 판시하였다.⁵²⁰⁾

○ 헌재 1992. 2. 25. 선고, 90헌가69등 (증여세 과세가액) 사건

심판의 대상은 증여세의 과세가액을 정함에 있어 수증자가 증여자의 채무를 인수한 경우에도 당해 채무액을 공제하지 아니하도록 규정한 상속세법(1991. 11. 30. 법률 제4410호로 개정된 것) 제29조의4 제2항이고, 관련 기본권은 재산권(헌법 제23조), 재판청구권(헌법 제27조 제1항)이다. 헌법재판소는, “이 법률조항은 결국 실시조사와 쟁송의 번거로움을 피하고 편리한 세금징수의 방법만을 강구한 나머지 조세형평이나 국민의 기본권 보장은 도외시한 채 오직 조세행정의 편의만을 위주로 하여 제정된 매우 불합리한 법률이고, 기본권 경시와 행정편의주의 및 획일주의의 정도가 지나쳐 평등권, 재산권, 재판청구권 등 중대한 기본권을 제한함으로써 얻어지는 공익과 제한되는 기본권 사이에 합리적인 비례관계가 유지되었다고 볼 수 없다. 그리하여 이 법률조항은 헌법 제11조 제1항의 평등권, 제23조 제1항의 재산권, 제27조 제1항의 재판청구권을 제한하

519) “이처럼 특약부 화재보험의 가입강제가 평등권, 직업선택의 자유, 인간다운 생활을 할 권리, 국민의 재산권 나아가 일반적 행동자유권 내지 경제활동의 자유 등 국민의 기본권 제한임에 틀림없는 것이라면, 우선 이 사건 본안 문제인 위 법률 제2조 제3호 가목 소정 4층 이상의 건물도 무조건 가입강제의 특수건물에 포함시킨 입법이 헌법 제37조 제2항에 의하여 정당화될 수 있는 제한이라고 할 수 있는지를 보기로 한다.”

520) 이 결정에는, “이 법률조항에 의한 보험가입강제는 특수건물에 대한 화재보험가입의 자유를 제한하였을 뿐 재산권의 실체를 사용·수익·처분하는 권능까지 배제하거나 박탈하는 것이 아니고 오히려 화재로 인한 재산상의 손실에 대한 보험보호를 꾀하고 있다는 점에서 재산권이나 평등권, 행동자유권 등의 본질적 내용을 침해한 것이라고도 보기 어렵다”는 재판관 2인의 반대이견(합헌이견)이 있다.

는 정도가 지나치고 불합리하여 그 본질적 내용을 침해하는 것이어서 헌법 제37조 제2항에 위배되고 그럼으로써 헌법 제38조·제59조의 조세법률주의에 위배되는 위헌법률”이라고 판시하였다.⁵²¹⁾

라. 정리

(1) 종래 평등권에 관한 헌법재판소의 심사기준은 자의(恣意)의 확인에 그치는 ‘자의금지원칙’에 의한 심사와 보다 체계적으로 엄격히 심사하려는 비례성심사로 크게 나누어 볼 수 있다. 그러나 위 가산점 결정 이전까지는 헌법재판소가 어떠한 경우에 자의금지원칙을 기준으로 하여 심사하며, 어떠한 경우에 비례성심사를 하는지에 관하여는 헌법재판소 스스로 밝힌 바 없었다. 또한 헌법재판소 결정에서 비례성 심사가 행해진 경우, 헌법재판소는 “입법목적이 정당하고 차별이 입법목적을 달성하기 위하여 적절한 수단이라면 그 차별은 합리적인 차별이다”라는 방식의 심사를 해 온 것을 알 수 있다. 즉, 비례원칙에 의한 평등심사에서 차별목적의 정당성과 차별이란 수단의 적정성만을 심사할 뿐, 사실상 엄격심사의 본질을 이루는 나머지 단계인 ‘필요성’⁵²²⁾의 심사와 ‘법익의 균형성(협익의 비례성)’ 심사는 하지 않고 있다. 그리하여 차별목적이 정당한가는 대부분의 경우 예외없이 인정되고, 차별의 적정성도 차별이 입법목적의 실현에 조금이라도 기여한다면 인정되므로, 이 단계까지의 비례심사는 자의금지원칙에 의한 심사와 크게 다르지 않았다.⁵²³⁾

요컨대, 기존의 헌법재판소의 평등권심사 판례는 자의금지기준이 적용되는 영역과 비례성심사기준이 적용되는 영역의 구분이 분명하지 않았고, 심사방법에 있어서도 양 기준 사이에서 별다른 차이점을 발견하기가 어려웠다. 뿐만 아니라 문제가 된

521) 이 결정에 대하여는, “결국 이 조항이 수증자의 채무인수가 명백하다고 할 때에는 구제를 배제하지 않고 있는데다가 이처럼 납세자를 위하여 확장해석도 가능할 수 있는 것이라면 비록 특별규정이지만 쉽게 조세포탈 내지 회피하는 것의 방지라는 공공복리의 견지에서 정당화될 수 있는 규정이며 전혀 합리성 없는 차별이 아닌 것으로 헌법 제11조의 평등권을 침해하는 규정으로는 단정하기 어렵다.”고 한 재판관 2인의 반대이견(합헌의견)이 있다. 즉, 자의금지심사를 해야 한다는 취지이다.

522) 차별대우의 필요성은 ‘똑같이 유효한 수단 중에서 가장 평등권을 적게 침해하는 수단’이라는 의미에서의 자유권의 최소침해성원칙을 의미하지 않는다. 차별대우가 입법목적 달성에 불가피한지 또는 불가결한 것인지의 문제이다. 즉, 입법자의 차별목적은 차별대우 없이는 달성될 수 없어야 한다. 한수웅, 기본권의 새로운 이해, 법문사, 2020, 291면.

523) 한수웅, “평등권의 구조와 심사기준”, 헌법논총 제9집, 헌법재판소, 1998, 85면.

차별취급으로 인하여 침해되는 기본권이 같음에도 불구하고 자의금지심사를 한 경우도 있고 비례성심사를 한 경우도 있었다. 예컨대, “재판청구권” 침해의 경우 위 94헌바2(재정신청대상제한) 사건 및 98헌가7등(경매절차 발송송달특례) 사건에서는 자의금지심사를, 89헌가37등(경매절차시 금융기관 우월지위) 사건과 90헌가69등(증여세 과세가액) 사건에서는 비례성심사를 하였고, “직업선택의 자유” 침해의 경우 88헌마1(경합자환산 경과규정 불비) 사건에서는 자의금지심사를, 89헌마89(국·공립 사범대학 졸업자 우선채용) 사건과 89헌마204(화재보험 강제가입) 사건에서는 비례성심사를 하였다.

(2) 앞에서 본 바와 같이, 형식이론적으로 보면 평등권도 기본권인만큼 다른 기본권과 마찬가지로 국가안전보장·질서유지·공공복리를 위해서 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다(헌법 제 37조 제2항)고 말할 수 있다. 그러나 평등권은 “기본권 실현의 방법적 기초”로서의 성격과 기능을 갖고 있기 때문에 그 제한의 의미와 효과가 다른 기본권에서와는 다르다. 따라서 평등권을 침해하는 법률의 위헌심사를 하는 경우에 헌법재판소는 다른 기본권에 대한 경우와는 다른 차원에서 접근해야 할 것이다.⁵²⁴⁾

예컨대, 자유권침해 사례의 심사기준인 과잉금지원칙 중 ‘최소침해의 원칙’은 평등권심사에서는 자유권에 대한 심사와는 다르게 응용되어야 한다. 본질적으로 불평등하게 다루어야 할 정당한 목적이 있는데도 불구하고 최소침해의 원칙에 따라서 최소한으로 불평등한 차별을 하라는 요구는 오히려 실질적으로 평등하게 대우하는 결과를 가져오기 때문이다. 최소침해의 원칙은 객관적으로 적절한 불평등취급을 요청하게 되므로, 헌법상의 평등권 심사의 기준으로 적용되기에는 일반적으로 어렵다. 그러나 좁은 의미의 비례의 원칙 즉 법익의 균형성은 평등권에서도 중요한 의미를 가진다. 헌법상 평등권은 상대적 평등을 의미하므로 평등권은 동일성을 요구하는 것이 아니라 비례에 맞는 평등을 요청한다. 하지만 우리 헌법재판소는 차별을 정당화시킬 정도로 헌법상의 비례관계가 성립되는지의 여부에 대하여는 구체적인 유형이나 기준을 제시하지 못하고 있다는 평가⁵²⁵⁾가 있었다.

524) 허영, 한국헌법론, 박영사, 2021, 378면.

525) 강태수, “미연방대법원 판례와 우리 헌법재판소 결정의 교차점”, 미국헌법연구 제10호, 미국헌법학회, 1999, 275-276면.

3. 새로운 심사기준

가. 이중기준론 : 제대군인 가산점 사건

헌법재판소의 종래 판례는 학계의 통설⁵²⁶⁾을 따라 헌법 제11조 제1항 후문을 단지 전문의 평등조항의 예시적 표현에 불과할 뿐 특별한 법적 의미가 없다는 견해를 취하여 왔다.⁵²⁷⁾ 그러나 1997. 6. 26. 선고한 96헌마89 (선거연령20세 사건) 결정의 보충의견에서 이영모 재판관은 처음으로 제11조 제1항의 전문과 후문의 차이, 특히 입증책임의 문제에 대하여 언급하였다. 즉, 그는 “평등권이 재판에서 문제가 되는 경우에 헌법 제11조 제1항 후단이 일정사유로 예시하고 있는 ‘성별·종교 또는 사회적 신분’은 중요한 의미를 갖는다. 왜냐하면 여기에 열거된 사유는 민주제의 기본요소에 해당되고 동 사유에 의한 차별취급은 통상 허용할 수 없는 것으로 인정되어 합리적인 근거가 없는 차별로 추정되기 때문에 합헌이라고 주장하는 측이 합리적 차별취급이라는 점을 입증하여야 한다. 그러나 일정사유로 예시되지 아니한 그 밖의 사유에 의한 차별취급에 관하여는 대의민주기관의 입법행위는 합헌으로 추정되고, 차별취급 또한 합리성의 추정을 받게 되는 것이다. 이 사건에서의 쟁점인 선거권 ‘연령’은 예시사유 중 ‘사회적 신분’으로 볼 수도 없으므로 18~19세 국민들에 대한 선거권연령 제한이 위헌이라고 주장하는 청구인들이 합리성이 결여된 차별취급이라는 점을 논증할 책임이 있는 것이다.”라는 입론을 폈다. 이영모 재판관이 제시한 이와 같은 해석론은 이후의 판례에 영향을 미치는 몇 가지 특징적인 내용을 담고 있다. 첫째, 평등심사에 있어서 헌법의 명시적인 차별금지사유에 대해 특별한 의미를 부여하였다는 점이다. 둘째, 이들 사유에 의한 차별입법에 대해서는 헌법재판소가 엄격심사를 해야 한다는 주장이다. 셋째, 엄격심사와 합리성심사의 구체적 내용을 (입증책임과 관련하여) 구별하여 제시하였다는 점이다.⁵²⁸⁾

526) 다만, 헌법 제11조 제1항 후문의 ‘성별·종교 또는 사회적 신분’에 의한 차별이 발생하는 경우에는 헌법이 스스로 차별금지규정의 실현과 관철을 요구하므로 헌법재판소의 보다 엄격한 심사가 요청되며, 바로 이러한 경우에 비례심사를 하는 것이 타당하다는 견해로 한수웅, 기본권의 새로운 이해, 법문사, 2020, 302면; 황도수, 헌법재판의 심사기준으로서의 평등, 박사학위논문, 서울대학교대학원, 1996, 142면 참조.

527) 한수웅, “평등권의 구조와 심사기준”, 헌법논총 제9집, 헌법재판소, 1998, 92면.

528) 이인호, 재판관 이영모의 헌법정신에 대한 탐구, 「소수와의 동행 (재판관 이영모 의견집)」, 박영사, 2001, 29면.

마침내 헌법재판소는 1999. 12. 23. 제대군인이 공무원채용시험 등에 응시한 때에 5% 이내의 범위 내에서 가산점을 주도록 한 구 국가유공자예우등에관한법률⁵²⁹⁾ 및 제대군인지원에관한법률⁵³⁰⁾의 위헌여부에 관한 헌법소원사건에서, “평등위반 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지게 될 것이다. 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것이다. 그런데 가산점제도는 헌법 제25조에 의하여 보장된 공무담임권이라는 기본권의 행사에 중대한 제약을 초래하는 것이다. 따라서 가산점제도에 대하여는 엄격한 심사척도가 적용되어야 하는데, 엄격한 심사를 한다는 것은 ‘자의금지’원칙에 따른 심사, 즉 합리적 이유의 유무를 심사하는 것에 그치지 아니하고 ‘비례성’원칙에 따른 심사, 즉 차별취급의 목적과 수단간에 엄격한 비례관계가 성립하는지를 기준으로 한 심사를 행함을 의미한다.”고 하여,⁵³¹⁾ 평등위반의 문제에 있어서 완화된 심사를 하게 되는 경우와 엄격한 심사를 할 수 있는 경우가 있음을 구체적으로 밝혔다. 그리고 엄격한 심사를 하게 되는 경우는 첫째, 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우와 둘째, 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우를 들 수 있는바, 이 사건은 실질적으로 남성에 비하여 여성을 차별하는 제도이고⁵³²⁾ 가산점제도를 규정한 이 사건 규정은 능력주의에 기초하지 아니하는 불합리한 기준으로 (장애인 및 여성의) 공무담임권을 제한하고 있으므로⁵³³⁾ 엄격심사의 대상이 된다고 하였다.⁵³⁴⁾

나. 삼중기준론 : 중간심사영역(?)

헌법재판소는 2001. 2. 22. 선고한 2000헌마25 국가유공자등예우및지원에관한법률 제34조 제1항 위헌확인 사건의 결정에서 평등권의 침해여부에 대한 심사에 있어

529) 헌재 1999. 12. 23. 98헌바33 사건 : 청구인은 ‘장애인’이다.

530) 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363 사건 : 청구인들은 여성(5명) 및 장애인(1명)이다.

531) 헌재 1999. 12. 23. 98헌바33 결정; 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363 결정.

532) 판례집 11-2, 770, 785면.

533) 판례집 11-2, 770, 799면.

534) 결국 헌법재판소는 이 규정들이 엄격심사를 요구하는 두 가지 경우에 모두 해당한다고 보았다.

그 심사기준을 다양화하려는 시도를 하였다. 이에 의하면, 평등권의 침해 여부에 대한 심사는 그 심사기준에 따라 자의금지원칙에 의한 심사와 비례의 원칙에 의한 심사로 크게 나누어 볼 수 있는바, 자의금지심사의 경우에는 차별을 정당화하는 합리적인 이유가 있는지만을 심사하기 때문에 그에 해당하는 비교대상간의 사실상의 차이나 입법목적(차별목적)의 발견·확인에 그치는 반면에, 비례심사의 경우에는 단순히 합리적인 이유의 존부 문제가 아니라 차별을 정당화하는 이유와 차별간의 상관관계에 대한 심사, 즉 비교대상간의 사실상의 차이의 성질과 비중 또는 입법목적(차별목적)의 비중과 차별의 정도에 적정한 균형관계가 이루어져 있는가를 심사한다는 것이다. 이 결정은, 그동안 헌법재판소는 평등심사에 있어 원칙적으로 자의금지원칙을 기준으로 하여 심사하여 왔고, 이따금 비례의 원칙을 기준으로 심사한 것으로 보이는 경우에도 비례심사의 본질에 해당하는 ‘법익의 균형성(협의의 비례성)’에 대한 본격적인 심사를 하는 경우는 찾아보기 힘들었다고 평가하면서, 헌법재판소는 1999. 12. 23. 선고한 98헌마363 사건에서 평등위반심사를 함에 있어 ‘법익의 균형성’ 심사에까지 이르는 본격적인 비례심사를 하고 있다고 하였다. 나아가 헌법재판소는 위 2000헌마25 사건의 경우는 위 결정(98헌마363)에서 비례심사를 하여야 할 첫 번째 경우인 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우에는 해당하지 아니하는데, 왜냐하면 헌법 제32조 제6항은 “국가유공자·상이군경 및 전몰군경의 유가족은 법률이 정하는 바에 의하여 우선적으로 근로의 기회를 부여받는다.”라고 규정함으로써, 국가유공자 등에 대하여 근로의 기회에 있어서 평등을 요구하는 것이 아니라 오히려 차별대우(우대)를 할 것을 명령하고 있기 때문이라는 것이다.

그렇다면 이 사건(2000헌마25) 가산점제도의 경우와 같이 입법자가 국가유공자와 그 유족 등에 대하여 우선적으로 근로의 기회를 부여하기 위한 입법을 한다고 하여도 이는 헌법에 근거를 둔 것으로서, 이러한 경우에는 입법자는 상당한 정도의 입법형성권을 갖는다고 보아야 하기 때문에, 이에 대하여 비례심사와 같은 엄격심사를 적용하는 것은 적당하지 않은 것으로 볼 여지가 있으나, 동 사건의 경우는 비교집단이 일정한 생활영역에서 경쟁관계에 있는 경우로서 국가유공자와 그 유족 등에게 가산점의 혜택을 부여하는 것은 그 이외의 자들에게는 공무담임권 또는 직업선택의 자유에 대한 중대한 침해를 의미하게 되는 관계에 있기 때문에, 헌법재판소의 위 결정에서 비례의

원칙에 따른 심사를 하여야 할 두 번째 경우인 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우에는 해당한다고 할 것이고, 따라서 자의심사에 그치는 것은 적절치 아니하고 원칙적으로 비례심사를 하여야 할 것이나, 구체적인 비례심사의 과정에서는 헌법에서 차별명령규정을 두고 있는 점을 고려하여 보다 완화된 기준을 적용하여야 할 것이라고 결론을 내리고 있다.

그런데 헌법재판소는 위와 같은 입장을 그 후로는 일반적으로 받아들이고 있는 것 같지는 않다. 먼저 헌법재판소는 현재 2006. 2. 23. 2004헌마675 사건에서 헌법 32조 제6항의 문리해석과 관련하여, “종전 결정에서 헌법재판소는 헌법 제32조 제6항의 ‘국가유공자·상이군경 및 전몰군경의 유가족은 법률이 정하는 바에 의하여 우선적으로 근로의 기회를 부여받는다’는 규정을 넓게 해석하였다. 하지만 오늘날 국가유공자와 그 가족의 수가 과거에 비하여 비약적으로 증가하고 있는 현실과, 취업보호대상자에서 가족이 차지하는 비율, 공무원시험의 경쟁이 심화되는 현실을 고려할 때, 위 조항의 폭넓은 해석은 필연적으로 일반 응시자의 공무담임의 기회를 제약하게 되는 결과가 될 수 있으므로 위 조항은 엄격하게 해석할 필요가 있다. 이러한 관점에서 위 조항의 대상자는 조문의 문리해석대로 ‘국가유공자’, ‘상이군경’, 그리고 ‘전몰군경의 유가족’이라고 봄이 상당하다.”고 판시하고, 이어서 “이 사건 조항⁵³⁵⁾은 일반 응시자들의 공직취임의 기회를 차별하는 것이며, 이러한 기본권 행사에 있어서의 차별은 차별목적과 수단 간에 비례성을 갖추어야만 헌법적으로 정당화될 수 있다. ‘국가유공자의 가족’의 경우 가산점의 부여는 헌법이 직접 요청하고 있는 것이 아니고, 그러한 법률상의 입법정책은 능력주의 또는 성과주의를 바탕으로 하여야 하는 공직취임권의 규율에 있어서 중요한 예외를 구성한다. 헌법적 요청이 있는 경우에는 합리적 범위 안에서 능력주의가 제한될 수 있지만, 단지 법률적 차원의 정책적 관점에서 능력주의의 예외를 인정하려면 해당 공직과 일반응시자의 공무담임권의 차별 사이에 엄밀한 법익형량이 이루어져야 한다.”고 판시하면서 “이 사건 조항의 차별로 인한 불평등 효과는 입법목적과 그 달성수단 간의 비례성을 현저히 초과하는 것이므로, 이 사건

535) 국·공립학교의 채용시험에 국가유공자와 그 가족이 응시하는 경우 만점의 10퍼센트를 가산하도록 규정하고 있는 국가유공자등예우및지원에관한법률 제31조 제1항·제2항, 독립유공자예우에관한법률 제16조 제3항 중 국가유공자등예우및지원에관한법률 제31조 제1항·제2항 준용 부분, 5·18민주유공자예우에관한법률 제22조 제1항·제2항.

조항은 청구인들과 같은 일반 공직시험 응시자들의 평등권을 침해한다.”고 하면서 종전의 판례⁵³⁶⁾를 변경하여 헌법불합치결정을 선고하였다.

또한, 헌재 2010. 11. 25. 2006헌마328 결정에서는 “평등권침해 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지게 될 것이다. 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우나 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우에는 입법형성권은 축소되고, 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것이다(헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787 참조).”라고 판시함으로써, 위 제대군인가산점 사건의 평등심사기준을 유지하고 있다.⁵³⁷⁾ 생각건대, 위 2000헌마25 결정은 평등권침해 사례에서 완화된 심사(자의금지원칙)와 엄격한 심사(비례성원칙) 이외에 “완화된 비례성심사”라는 제3의 심사기준(중간심사기준)을 제시하였지만, 동 사안은 헌법 제32조 제6항의 차별대우명령 규정에 따른 차별대우(우대)가 문제된 경우이었으므로 자의금지원칙에 따른 심사로 족한 사례였다고 판단된다.

다. 제대군인 가산점 사건 이후의 추이

(1) 개요

헌법재판소는 위 제대군인 가산점 사건의 결정에서부터 평등원칙 내지 평등권 침해 여부에 대한 심사에 합리적 심사기준과 엄격한 심사기준을 원용하고 있다. 즉, 평등원칙 내지 평등권 침해 여부에 대한 심사를 자의금지원칙에 의한 심사와 비례성원칙에 의한 심사로 구분하고 있다.

(2) 자의금지원칙에 의한 심사 : 완화된 심사, 합리성심사

1) 자의금지원칙의 내용

일반적으로 자의금지원칙에 관한 심사요건은 ① 본질적으로 동일한 것을 다르게 취급하고 있는지에 관련된 차별취급의 존재 여부와, ② 이러한 차별취급이 존재한다

536) 헌재 2001. 2. 22. 2000헌마25, 국가유공자등예우및지원에관한법률 제34조 제1항 위헌확인 사건.

537) 同旨, 헌재 2010. 11. 25. 2010헌마144 결정; 헌재 2010. 12. 28. 2009헌바400 결정; 헌재 2010. 12. 28. 2008헌마527 결정.

면 이를 자의적인 것으로 볼 수 있는지 여부라고 할 수 있다. 한편 ①의 요건과 관련하여 두 개의 비교집단이 본질적으로 동일한가의 판단은 일반적으로 관련 헌법규정과 당해 법규정의 의미와 목적에 달려 있고, ②의 요건에 관련하여 차별취급의 자의성은 합리적인 이유가 결여된 것을 의미하므로, 차별대우를 정당화하는 객관적이고 합리적인 이유가 존재한다면 차별대우는 자의적인 것이 아니게 된다.⁵³⁸⁾

2) 자의금지원칙이 적용되는 경우

입법부의 입법형성의 자유를 존중한다는 의미에서 평등권침해의 심사에 있어서 우선적 기준은 자의금지원칙이다. 따라서 입법권자에게 광범위한 입법형성의 자유를 부여하는 동시에 동등하게 취급하거나 다르게 취급함에 있어서 어떠한 명백한 합리적인 근거가 없는 경우에만 평등원칙 위반으로 본다. 예컨대, 약사 또는 한약사가 아니면 약국을 개설할 수 없다고 규정한 약사법 제16조 제1항 위헌소원 사건에서 헌법재판소는, 직업수행의 자유가 일부 제한된다고 하여 관련 기본권에 대한 중대한 침해가 있다고 볼 수 없으므로 완화된 심사기준, 즉 차별기준 내지 방법의 합리성 여부가 헌법적 정당성 여부의 판단기준이 된다고 판시하였다.⁵³⁹⁾

수익적 내지 시혜적인 법률에 의한 차별이 발생하거나 광범위한 입법형성의 자유영역에서는 자의금지 원칙만을 적용한다. 예컨대, 금고이상의 형의 선고유예를 받아 당연퇴직된 공무원을 특별채용함에 있어서 사실상 공무원으로 근무하여 온 기간을 경력으로 인정하지 않았던 사례에서 헌법재판소는, 시혜적인 법률에 있어서는 국민의 권리를 제한하거나 새로운 의무를 부과하는 법률과는 달리 입법자에게 광범위한 입법형성의 자유가 인정된다고 할 것이므로, 동 조항상의 경력과 호봉문제에 대한 심사기준은 합리적 근거 유무에 관한 자의금지심사라고 할 것이라고 판시하였다.⁵⁴⁰⁾

538) 헌재 2003. 1. 30. 2001헌바64 결정.

539) 헌재 2002. 9. 19. 2000헌바84 결정. 동일, 헌재 2006. 2. 23. 2005헌마403 결정 - 지방자치법 제87조 제1항 (선출직공무원 3회 제한) 사건.

540) 헌재 2004. 6. 24. 2003헌바111. 동일, 헌재 2005. 6. 30. 2003헌마841 : “뉴스통신사에 대한 재정지원 등 혜택을 부여하는 것을 내용으로 하는 시혜적 법률로서, 자의금지원칙에 입각하여 심판대상이 정한 차별취급을 정당화할 정도의 합리적 이유를 가지고 있는지 여부에 관하여 본다.”; 헌재 2005. 10. 27. 2004헌바37 (군부대 입영중 사고에 대한 보상규정인 병역법 제75조 제1항) 사건도 마찬가지이다.

(3) 비례성원칙에 의한 심사 : 엄격한 심사

1) 비례성원칙의 내용

평등권침해(평등원칙위반)의 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지는데, ① 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니 되는 기준을 제시하거나 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있다면 그러한 기준을 근거로 한 차별이나 그러한 영역에서의 차별에 대하여 엄격하게 심사하는 것이 정당화되고, 또 ② 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면, 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용된다.⁵⁴¹⁾

엄격한 심사기준이라 함은 비례성원칙에 따른 심사, 즉 정당한 차별목적, 차별취급의 적합성, 차별취급의 불가피성 또는 필요성, 법익균형성이 인정되는지를 기준으로 평등권 침해여부 심사를 행함을 의미한다.

2) 비례성원칙이 적용된 사례

① 헌법의 차별금지명령 영역

(a) 헌법 제32조 제4항⁵⁴²⁾ : 근로 영역에서의 여성 차별 금지

○ 현재 1999. 12. 23. 98헌마363 (제대군인 가산점) [전원일치 위헌]

이 사건에서 헌법재판소는 가산점제도의 입법목적의 정당성, 차별취급의 적합성, 차별취급의 비례성(법익균형성) 여부를 판단하였고, '차별취급의 불가피성 또는 필요성'은 언급이 없었다.

541) 현재 1999. 12. 23. 98헌마363 결정(여성 및 신체장애인이 제기한 사건). [한편, 헌법재판소는 장애인복지법령상 지체장애인 3급 3호에 해당하는 장애인으로서 징병검사에서 병역면제판정을 받은 자가 제기한 현재 1999.12.23. 98헌마33 사건에서, "가산점제도는 현역복무를 할 수 있는 신체건강한 남자와 청구인과 같이 질병이나 심신장애로 병역을 감당할 수 없는 남자, 즉 병역면제자를 차별하는 제도이다. (...) 가산점제도는 헌법 제25조에 의하여 보장된 공무담임권이라는 기본권의 행사에 중대한 제약을 초래하는 것이다(가산점제도가 민간기업에 실시될 경우 헌법 제15조가 보장하는 직업선택의 자유가 문제될 것이다). 따라서 가산점제도에 대하여는 엄격한 심사척도가 적용되어야" 한다고 판시하여 위 후자(②)의 사유를 인정하였다.]

542) "여자의 근로는 특별한 보호를 받으며, 고용·임금 및 근로조건에 있어서 부당한 차별을 받지 아니한다."

(b) 헌법 제36조 제1항⁵⁴³⁾ : 혼인에 따른 차별 금지

① 헌재 2002. 8. 29. 2001헌바82 (제1차 부부자산소득 합산과세) [전원일치 위헌]

이 사건에서 헌법재판소는 “헌법 제36조 제1항은 (···) 이러한 헌법원리로부터 도출되는 차별금지명령은 헌법 제11조 제1항에서 보장되는 평등원칙을 혼인과 가족생활영역에서 더욱 더 구체화함으로써 혼인과 가족을 부당한 차별로부터 특별히 더 보호하려는⁵⁴⁴⁾ 목적을 가진다. 이 때 특정한 법률조항이 혼인한 자를 불리하게 하는 차별취급은 중대한 합리적 근거⁵⁴⁵⁾가 존재하여 헌법상 정당화되는 경우에만 헌법 제36조 제1항에 위배되지 아니한다.”고 하면서도 입법목적의 정당성, 차별취급의 적합성, 차별취급의 필요성, 법익 균형성에 따른 심사를 하지는 않았다.

② 헌재 2005. 5. 26. 2004헌가6 (제2차 부부자산소득 합산과세) [7(위헌):2(합헌)-위헌]⁵⁴⁶⁾

이 사건에서 헌법재판소는 위 2001헌바82 결정의 판시내용을 인용하면서도 입법목적의 정당성, 차별취급의 적합성, 차별취급의 필요성, 법익균형성에 따른 심사를 하였다.⁵⁴⁷⁾

③ 헌재 2008. 11. 13. 2006헌바112등 (종합부동산세법상 세대별 합산) [7(위헌):2(합헌)-위헌]

이 사건에서 헌법재판소는 종합부동산세의 과세방법을 ‘인별 합산’이 아니라 ‘세대별 합산’으로 규정한 종합부동산세법(2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정된 것) 조항이

543) “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.”

544) 이에 반하여 헌법 제36조 제1항은 혼인을 특별히 보호한다는 소위 ‘특별보호론’은 헌법의 명시적 규정이나 헌정사의 배경이 전혀 다른 독일 기본법의 해석론을 따른 것으로서, 우리 헌법의 혼인조항은 혼인당사자 간의 양성평등을 보호할 뿐이며 독일과 달리 혼인을 특별보호하지 않는다는 견해로 김하열, “혼인 비혼 간의 차등에 대한 위헌심사기준: 헌법은 혼인을 ‘특별보호’하는가”, 헌법재판연구 제9권 제1호, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2022, 163면 이하 참조.

545) 헌법재판소가 스스로 위 제대군인 가산점 결정(98헌마363)에서 평등심사기준을 이원화하고, 엄격심사의 기준으로는 비례성심사를 정립하였으면서도 유독 이 사건에서 ‘중대한 합리적 근거’라는 별개의 기준을 설명이나 근거의 제시도 없이 적용하였는데, 판례의 일관성 면에서 납득하기 어렵다는 견해로 김하열, “혼인 비혼 간의 차등에 대한 위헌심사기준: 헌법은 혼인을 ‘특별보호’하는가”, 헌법재판연구 제9권 제1호, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2022, 169면.

546) 이 결정은 위 제1차 부부자산소득 합산과세 결정의 대상이었던 소득세법조항의 개정 전 동일 조항에 대한 위헌결정으로서, 재판관 2인이 “우리는 위 2001헌바82 결정에서 구 소득세법 제 61조가 헌법에 위반된다는 의견을 밝힌 바 있으나, 다음과 같은 이유로 그 견해를 수정한다.”고 하였다.(합헌의견)

547) 한편, 헌재 2007. 7. 26. 2005헌바98 (증여세 취득가액 산정에서 ‘배우자인 수증자’와 ‘배우자 아닌 수증자’ 사이에 차등을 둔 소득세법조항) 결정에서는 혼인을 근거로 한 차별로 보면서도 자의금지심사를 하여 헌법상 혼인조항에 위반되지 않는다고 하였다.(전원일치 합헌) 이 결정은 헌법 해석·적용의 일관성 면에서 이질적인 것으로 남게 되었음을 부인할 수 없다는 견해로 김하열, “혼인 비혼 간의 차등에 대한 위헌심사기준: 헌법은 혼인을 ‘특별보호’하는가”, 헌법재판연구 제9권 제1호, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2022, 167면.

헌법 제36조 제1항에 위반되는지 여부를 “입법목적의 정당성, 차별취급의 적합성, 차별취급의 필요성, 법익의 균형성”을 기준으로 판단하여 위헌결정을 선고하였다.

- ④ 현재 2008. 11. 27. 2006헌가1 {처(妻)와 부(夫)의 유족연금 수급자격 차별} [5(합헌):4(위헌)-합헌]

이 사건에서 헌법재판소는 “이 사건 법률조항(구 국민연금법(2007.7.23. 법률 제8541호로 전부 개정되기 전의 것) 제63조 제1항 제1호 단서)에 따르면, 부는 처의 사망 당시 60세 이상이거나 장애등급 2급 이상에 해당하지 않는 이상 유족연금수급권이 없다. 반면, 처는 부의 사망으로 유족연금수급권이 발생한 날로부터 5년간은 소득있는 업무에 종사하는지 여부와 관계없이 지급되고 수급권자의 연령이 50세에 달한 때에도 이와 같다.”고 확인한 후, “헌법 제36조 제1항은 (···)고 규정하여 혼인과 가족생활에 있어서 특별히 양성의 평등대우를 명하고 있다. 그러므로 이 사건 법률조항에 대하여는 엄격한 심사척도를 적용하여 비례성 원칙에 따른 심사를 행하여야 할 것이다.”라고 판시하였다.⁵⁴⁸⁾

- ⑤ 현재 2011. 11. 24. 2009헌바146 (1세대 3주택 양도소득세 중과) [7(헌법불합치):1(합헌)-헌법불합치(계속적용)]

이 사건에서 헌법재판소는 “이 사건 법률조항⁵⁴⁹⁾이 헌법 제36조 제1항에 의한 혼인의 자유를 침해하거나 혼인에 따른 차별금지원칙에 위배되는지에 관하여 비례원칙을 적용한다.”고 하면서 전통적인 과잉금지원칙과 같이 ‘입법목적의 정당성, 수단의 적절성, 최소침해성, 법익균형성’을 기준으로 판단하였다.

- ⑥ 현재 2021. 9. 30. 2019헌가3 (혼인한 여성 등록의무자의 등록대상재산) [전원일치 위헌]

이 사건에서 헌법재판소는, “혼인한 등록의무자 모두 배우자가 아닌 본인의 직계존·비속의 재산을 등록하도록 2009. 2. 3. 법률 제9402호로 공직자윤리법 제4조 제1항 제3호가 개정되었음에도 불구하고, 개정 전 공직자윤리법 조항에 따라 이미 배우자의 직계존·비속의 재산을 등록한 혼인한 여성 등록의무자는 종전과 동일하게 계속해서 배우자의 직계존·비속의 재산을 등록하도록 규정한 공직자윤리법 부칙(2009. 2. 3. 법률 제9402호) 제2조로 인해 혼인한 남성 등록의무자와 일부 혼인한 여성 등록의무자 간에 등록대상재산의 범위에 차이가 발생하게 되었으므로, 이에 대해서는 엄격한 심사척도를 적용하여 비례성원

548) 다만 실제 판단에서는, 입법목적의 정당성, 차별대우의 적합성, 차별대우의 비례성(법익균형성) 여부를 판단하였고, ‘차별취급의 불가피성 또는 필요성’은 언급이 없었다.

549) 1세대 3주택 이상에 해당하는 주택에 대하여 양도소득세 중과세를 규정하고 있는 구 소득세법(2003. 12. 30. 법률 제7006호로 개정되고, 2009. 12. 31. 법률 제9897호로 개정되기 전의 것) 제104조 제1항 제2호의3.

칙에 따른 심사를 행하여야 할 것이다(헌재 2008. 11. 27. 2006헌가1 참조).”라고 하였으나, 실제 판단에서는 목적의 정당성을 부인하고 나머지 하부 심사원칙은 판단하지 않았다.

3) 비례성원칙 적용여부가 문제된 영역

㉠ 장애인

헌법재판소는 헌재 2009. 2. 26. 2006헌마626 결정에서 헌법상 “장애인” 규정이 차별금지 명령인지에 관하여, “헌법 제11조 제1항에서는 ‘모든 국민은 법 앞에 평등하다’고 선언하면서, 이어서 ‘누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다’고 하여 차별금지영역을 규정하고 있다. 장애가 있다고 하여 불합리하게 차별받아서는 안 된다는 것은 당연한 원칙이지만, 헌법이 ‘장애인’을 차별금지영역으로 정하였다고 보기는 어렵다. 헌법 제34조 제5항에서 신체장애자 등은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다고 선언하고 있지만, 이는 국가가 장애자 등 스스로 생계와 생활을 유지할 수 없는 사회적 약자에 대하여 생존의 최소한의 수준에서 보호하여야 한다는 취지이고, 장애인과 비장애인 간에 동등한 취급을 규정한 것은 아니라고 볼 것이다. 또한, 이 사건 법률조항⁵⁵⁰⁾이 중증장애인 후보자에 대하여만 특정한 선거운동방법을 금지·제한하는 내용이 아니라, 중증장애인 후보자와 비장애인 후보자를 ‘동등하게’ 취급하였다는 점이 결과적으로는 불평등을 초래하였다는 것이므로 이 사건 법률조항으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래한 것으로 볼 수는 없다. 따라서 이 사건에서의 평등심사는 완화된 기준에 의하기로 한다.”고 판시하였다.⁵⁵¹⁾

550) 탈법방법에 의한 문서·도화의 배부 등을 금지한 공직선거법 제93조 제1항 본문.

551) 재판관 4인의 합헌의견. 이에 대하여 재판관 4인의 헌법불합치의견은 “이 사건에서 문제된 공무담임권 등 참정권에 대해서는 우리 재판소가 누차 우리 헌법의 최고 이념인 국민주권주의와 자유민주주의 실현에 있어 참정권의 중요성을 강조해 왔다. 즉, 참정권은 선거를 통하여 통치기관을 구성하고 그에 정당성을 부여하는 한편, 국민 스스로 정치형성과정에 참여하여 국민주권 및 대의민주주의를 실현하는 핵심적인 수단으로, 특히 국정에 참여하는 참정권은 국민주권의 상징적 표현으로 국민의 가장 중요한 기본권 중의 하나이다. 뿐만 아니라 우리 헌법은 제34조 제5항에서 신체장애자에 대하여는 국가의 특별한 보호를 받도록 규정함으로써 신체장애인과 비장애인 사이에 실질적 불평등이 이루어지지 않도록 노력하고 있다. 그럼에도 불구하고 장애인이 우리 사회에서 사회·경제적 소수자이자 약자로 지내왔음은 부정할 수 없고 이러한 불평등과 차별은 그들이 정치적 의사결정과정에서 소외되고 무시됨으로써 더욱 공고해져 왔다. 즉, 이러한 정치적 의사결정과정에서의 배제는 그들에 대한 교육 및 직업생활에서의 차별, 교통 및 건물 이용을 비롯한 생활환경상의 차별 등을 시정할 수 있는 통로를 차단하였으며, 이러한 기본적 사회적 인프라의 불평등은 다시 그들이 정상적인 교육과 사회 환경

㉞ 성별

헌법재판소는 현재 2010. 11. 25. 2006헌마328 결정에서 “성별”이 병역의무 영역에서도 차별금지 명령인지 여부에 관하여, “성별”의 경우를 살펴보면, 성별은 개인이 자유로이 선택할 수 없고 변경하기 어려운 생래적인 특징으로서 개인의 인간으로서의 존엄과 가치에 영향을 미치는 요소는 아니다. 그럼에도 불구하고 역사적으로 매우 오랜 기간 동안 대표적인 차별가능사유로서 정당화되어 왔기 때문에, 불합리한 차별을 극복해야 할 절실한 필요에 의하여 우리 헌법이 이를 차별금지의 사유로 예시하기에 이른 것이다. 그러나 이와 같은 헌법규정이 남성과 여성의 차이, 예컨대 임신이나 출산과 관련된 신체적 차이 등을 이유로 한 차별취급까지 금지하는 것은 아니며, 성별에 의한 차별취급이 곧바로 위헌의 강한 의심을 일으키는 사례군으로서 언제나 엄격한 심사를 요구하는 것이라고 단정짓기는 어렵다. 우리 헌법은 ‘근로’(헌법 제32조 제4항), ‘혼인과 가족생활’(헌법 제36조 제1항) 등 인간의 활동의 주요 부분을 차지하는 영역으로서 성별에 의한 불합리한 차별적 취급을 엄격하게 통제할 필요가 있는 영역에 대하여는 양성평등 보호규정을 별도로 두고 있으며, 헌법재판소는 위와 같이 헌법이 특별히 양성평등을 요구하는 경우에는 엄격한 심사기준을 적용하여 왔으나, 이 사건 법률조항⁵⁵²⁾은 그에 해당한다고 보기 어렵다.”고 판시하였다.⁵⁵³⁾

㉟ 사회적 신분

헌법재판소는 현재 2011. 3. 31. 2008헌바141등 결정에서, “사회적 신분에 대한 차별금지는 헌법 제11조 제1항 후문에서 예시된 것인데, 헌법 제11조 제1항 후문의 규정은 불합리한 차별의 금지에 초점이 있는 것으로서,⁵⁵⁴⁾ 예시한 사유가 있는 경우에

속에 성장하여 정치적 의사결정에 적극적으로 참여할 수 있는 길을 막는 악순환으로 이어졌다. 따라서 참정권의 중요성과 장애인 보호의 헌법취지를 고려할 때, 이 사건 법률조항은 언어 장애를 가지고 있어 선거운동에 결정적으로 불리한 위치에 있는 장애인을 일반인과 동일한 조건하에 선거운동을 하도록 강제함으로써 이러한 장애인의 참정권 행사에 중대한 제약을 가하고 있다고 할 것이므로 이에 대해서는 비례심사가 적용되어야 한다.”는 의견을 제시하였다. 한편, 나머지 1인의 재판관은 이 부분에 대한 판단 없이, 이 규정은 선거운동의 자유를 과도하게 제한한다는 이유로 위헌의견을 제시하였다.

552) 대한민국 국민인 남자에 한하여 병역의무를 부과한 구 병역법 제3조 제1항 전문.

553) 재판관 4인의 기각의견. 이와 같은 입장은 재판관 2인의 위헌의견에서도 받아들여졌다. 따라서 헌법재판소의 공식입장(법정의견)이라고 할 수 있다.

554) 현재 2001. 9. 27. 2001헌마152 : “이와 같이 볼 때 변호사강제주의의 제도적 이익은 본인소송주의를 채택함으로써 변호사 선임비용을 지출하지 않는 이익보다는 이익형량상 크다 할 것이

절대적으로 차별을 금지할 것을 요구함으로써 입법자에게 인정되는 입법형성권을 제한하는 것은 아니다(헌재 2010. 11. 25. 2006헌마328 결정 참조). 그렇다면 친일반 민족행위자의 후손이라는 점이 헌법 제11조 제1항 후문의 사회적 신분에 해당한다 할지라도 이것만으로는 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우라고 할 수 없다.”고 판시하였다.⁵⁵⁵⁾

그런데 헌법재판소는 헌재 2019. 7. 25. 2018헌바209등 결정에서 “집행유예 제한조항⁵⁵⁶⁾은 금고 이상의 형을 선고한 판결이 확정된 때부터 그 집행을 종료하거나 면제된 후 3년까지의 기간에 죄를 범한 자에게 적용되는 규정으로, 그와 같은 지위를 사회에서 장기간 점하는 것으로서 일정한 사회적 평가를 수반하는 ‘사회적 신분’이라고는 볼 수 없으므로, 집행유예 제한조항으로 인한 차별이 평등원칙에 위반되는지 여부는 완화된 심사척도에 의하여 판단하여야 할 것이다.”라고 판시하였는데, ‘사회적 신분’에 따른 차별의 경우 엄격한 비례성심사를 해야 한다는 취지는 아닐 것이다.

㉑ 교육을 받을 권리

헌법재판소는 헌재 2017. 12. 28. 2016헌마649 결정에서, “헌법 제31조 제1항은 헌법 제11조의 일반적 평등조항에 대한 특별규정으로서 교육의 영역에서 평등원칙을 실현하고자 하는 것이다. 평등권으로서 교육을 받을 권리는 ‘취학의 기회균등’, 즉 각자의 능력에 상응하는 교육을 받을 수 있도록 학교 입학에 있어서 자의적 차별이 금지되어야 한다는 차별금지원칙을 의미한다. (...) 이러한 사정을 종합하면, 이 사건 수시모집요강은 검정고시 출신자인 청구인들을 합리적인 이유 없이 차별하여 청구인들의 교육을 받을 권리를 침해한다고 할 수 있다.”라고 판시하여, 헌법 제31조 제1항이 차별금지명령 영역이어서 엄격한 비례성심사를 해야 한다는 의견⁵⁵⁷⁾을 거부하였다.

다. 따라서 헌법재판에 있어서 변호사강제주의가 변호사라는 사회적 신분에 의한 재판청구권 행사의 차별이라 하더라도 그 차별에 합리성이 결여된 것이라고는 할 수 없을 것이다.”

555) 헌법재판소는 나아가, “이 사건 귀속조항은 친일반민족행위자의 후손이 가지는 모든 재산을 귀속대상으로 규정한 것이 아니라 그가 선조로부터 상속받은 재산 중 친일행위의 대가인 것만 귀속대상으로 규정하고 있다. 그렇다면 이 사건 귀속조항은 그 차별취급으로 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하는 경우라고 할 수 없으므로, 역시 평등권 침해여부의 심사에서 엄격한 기준을 적용해야 하는 경우에 해당하지 않는다. 따라서 이 사건 귀속조항으로 인한 차별이 청구인들의 평등권을 침해하였는지 여부에 대한 심사는 완화된 기준이 적용되어야 한다.”고 판시하였다.

556) 형법(2016. 1. 6. 법률 제13719호로 개정된 것) 제62조 제1항 단서.

㉔ 선거운동의 기회균등

헌법재판소는 현재 2011. 5. 26. 2010헌마451 결정에서, “(헌법 제116조 제1항이 규정하고 있는) 선거운동에서의 기회균등 보장은 일반적 평등원칙과 마찬가지로 절대적이고도 확실적인 평등 내지 기회균등을 요구하는 것이 아니라 합리적인 근거가 없는 자의적인 차별 내지 차등만을 금지하는 것으로 이해하여야 한다. (...) 이 사건 법률조항⁵⁵⁷⁾에 대한 평등권 침해여부를 심사함에 있어서는 특별히 엄격한 심사척도가 적용되어야 하는 것이 아니며 완화된 합리성 심사에 의하는 것으로 족하다.”라고 판시하였다.⁵⁵⁹⁾

4) 관련 기본권에 대한 중대한 제한으로 엄격한 심사척도가 적용된 사례

○ 현재 1999. 12. 23. 98헌바33 (제대군인 가산점) [전원일치 위헌]

장애인복지법령상 지체장애인 3급 3호에 해당하는 장애인으로서 징병검사에서 병역면제판정을 받은 자가 제기한 이 사건에서 헌법재판소는, “가산점제도는 현역복무를 할 수 있는 신체건강한 남자와 청구인과 같이 질병이나 심신장애로 병역을 감당할 수 없는 남자, 즉 병역면제자를 차별하는 제도이다. (...) 가산점제도는 헌법 제25조에 의하여 보장된 공무담임권이라는 기본권의 행사에 중대한 제약을 초래하는 것이다(가산점제도가 민간기업에 실시될 경우 헌법 제15조가 보장하는 직업선택의 자유가 문제될 것이다). 따라서 가산점제도에 대하여는 엄격한 심사척도가 적용되어야” 한다고 판시하였다.⁵⁶⁰⁾

○ 현재 2009. 2. 26. 2005헌마754등 (교통사고처리특례법상 불처벌특례) [7(일부위헌):2(합헌)-일부위헌]

이 결정에서 헌법재판소는, “국민의 생명·신체의 안전은 다른 모든 기본권의 전제가

557) 예컨대, 교육의 영역에서 능력주의는 입학여부를 결정하는 시험에 있어서 수학능력을 기준으로 하는 평가를 요구하므로, 수학능력이 아닌 다른 기준에 의한 학생실발제도나 입학시험제도는 위헌의 의심을 강하게 불러 일으키는 차별로서 보다 엄격하게 심사되어야 한다는 견해로 한수웅, 기본권의 새로운 이해, 법문사, 2020, 829면.

558) 지역구국회의원선거에서 구·시·군선거방송토론위원회가 개최하는 대담·토론회의 초청자격을 제한하고 있는 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것) 제82조의2 제4항 제3호 중 ‘지역구국회의원선거’에 관한 부분.

559) 이에 대하여, “헌법재판소는 선거에서의 기회균등의 문제가 특별평등조항인 평등선거원칙의 문제라는 것을 전혀 인식하지 못하고, 선거에서의 기회균등 위반여부를 판단함에 있어서 평등선거원칙의 위반여부를 판단하는 ‘엄격한 기준’이 아니라 일반적 평등원칙의 위반여부를 판단하는 기준인 ‘자의금지원칙’을 심사기준으로 적용한 것은 법리적으로 중대한 문제를 안고 있다.”는 비판적인 견해로 한수웅, 헌법학, 법문사, 2020, 655면 참조.

560) 이 사건에서도 헌법재판소는 위 98헌마363 결정에서와 같이 가산점제도의 입법목적의 정당성, 차별취급의 적합성, 차별취급의 비례성(법익균형성) 여부를 판단하였고, ‘차별취급의 불가피성 또는 필요성’은 언급이 없었다.

되며, 인간의 존엄성에 직결되는 것이므로, 단서조항에 해당하지 않는 교통사고로 중상해를 입은 피해자와 단서조항에 해당하는 교통사고의 중상해 피해자 및 사망사고 피해자 사이의 차별 문제는 단지 자의성이 있었느냐의 점을 넘어서 입법목적과 차별 간에 비례성을 갖추었는지 여부를 더 엄격하게 심사하는 것이 바람직하고, 교통사고 운전자의 기소여부에 따라 피해자의 헌법상 보장된 재판절차진술권이 행사될 수 있는지 여부가 결정되어 이는 기본권 행사에 있어서 중대한 제한을 구성하기 때문에, 이 사건에 대하여는 종전 선례인 헌법재판소 1997.1.16. 90헌마110 등 사건의 결정 이후에 변화된 판례에 따라 '엄격한 심사기준'에 의하여 판단하기로 한다."고 하였다.⁵⁶¹⁾

- 현재 2019. 4. 11. 2018헌마221 (자사고 지원자 중복지원금지) [전원일치 위헌]
- 이 결정에서 헌법재판소는, “교육시설 중 ‘고등학교’의 진학이 문제되는바, 교육부의 2018년 교육기본통계에 의하면 2018년도 우리나라 전체 중학교 졸업자의 약 99.7%가 고등학교 과정에 진학하였다. 비록 고등학교 교육이 의무교육은 아니지만 매우 보편화된 일반교육임을 알 수 있다. 따라서 고등학교 진학기회의 제한은 대학 등 고등교육기관에 비하여 당사자에게 미치는 제한의 효과가 더욱 크므로 보다 더 엄격히 심사하여야 한다. 따라서 이 사건 중복지원금지 조항의 차별 목적과 차별의 정도가 비례원칙을 준수하는지 살펴본다.”고 하였다.⁵⁶²⁾

4. 기타

가. 진정입법부작위와 평등권침해 주장

헌법 제11조 제1항의 평등원칙은 입법자에게 헌법적으로 구체적인 입법 의무를 부과하는 것은 아니며 입법자가 평등원칙에 반하는 입법을 하게 되면 이로써 피해를

561) 다만 실제 판단에서는 “(업무상 과실 또는 중대한 과실로 인하여 중상해를 입은 경우) 단서조항에 해당하는 교통사고라면 가해 운전자는 기소될 것이고, 단서조항에 해당하지 않으면 종합보험 등에 가입한 조건으로 면책된다. 이 때 단서조항에 해당하지 않는 교통사고로 인하여 중상해를 입은 피해자는, 자신에게 발생한 교통사고의 유형이 단서조항에 해당하지 않는다는 우연한 사정에 의하여 형사재판절차에서의 진술권을 전혀 행사하지 못하게 되는데, 이는 역시 우연하게도 단서조항에 해당하는 교통사고를 당한 중상해 피해자가 재판절차진술권을 행사하게 되는 것과 비교할 때 합리적인 이유 없이 차별취급을 당하는 것이다.”라고 판시하였다.

562) 다만 실제 판단에서는 ‘차별목적의 정당성, 차별취급의 적합성, 차별대우의 필요성(불가피성), 법익의 균형성’의 세부원칙을 나누지 않고 한꺼번에 판단한 후에, 결론 부분에서 “결국 이 사건 중복지원금지 조항은 고등학교 진학 기회에 있어서 자사고 지원자들에 대한 차별을 정당화할 수 있을 정도로 차별목적과 차별의 정도 간에 비례성을 갖춘 것이라고 볼 수 없다.”고 판시하였다.

입은 자는 당해 법률조항을 대상으로 평등원칙의 위반여부를 다룰 수 있다는 것이 헌법재판소의 판례이므로,⁵⁶³⁾ ‘진정’입법부작위 헌법소원에서 평등권침해 주장은 이 유가 없어 부적법하다.⁵⁶⁴⁾

나. 여성할당제⁵⁶⁵⁾

국·공립학교 교사나 공무원 등 일정 비율의 일자리를 여성으로 채울 것을 요구함으로써 “역차별”(reversed discrimination)을 초래하는, 즉 적성(자격)이 떨어지는 여성 지원자를 적성 있는 남성 지원자보다 우대하거나 동등한 자격이 있는 경우에는 우선적으로 여성을 채용할 것을 명령하는 “할당제”를 내용으로 하는 여성을 위한 이른바 ‘차별대처입법’을 정당화할 수 있는지, 그리고 그 헌법적 근거가 무엇인지 문제가 된다.

이 문제는 헌법 제34조 제3항⁵⁶⁶⁾으로부터 도출될 수 있는 여성의 실질적 평등실현을 위한 지원요청과 제11조 제1항 제2문⁵⁶⁷⁾의 차별금지로부터 나오는 방어권 사이의 관계에 관한 문제이다. 이는 해석론적으로 볼 때 일종의 ‘규범충돌’의 문제로 볼 수 있으며, 따라서 “실제적 조화의 원리”에 따른 해답이 모색되어야 한다.

이와 관련하여 헌법 제34조 제3항에서 도출될 수 있는 여성에 대한 실질적인 평등 대우명령에 담긴 보호목적이 제11조 제1항 제2문에 의하여 원칙적으로 금지된 차별을 예외적으로 정당화할 수 있는 근거가 될 수 있다는 입장이 있을 수 있다. 이는 헌법 제34조 제3항은, 여성의 자유를 침해하는 남성우월적 관계를 뒷받침하는 법제가 거의 사라진 뒤에도 성적인 측면에서의 법적 평등이 여성의 자유를 보장하는 효과를 제한적으로 발휘할 수밖에 없는 사회적 구조가 계속 남아 있다는 현상에 대한 대응책이라고 볼 수 있다는 것을 근거로 한다.

할당제가 허용되려면 헌법 제11조 제1항 제2문만이 아니라 제25조의 공무담임권(공직에의 평등한 접근)이 평등한 자유의 보장을 요구하고 있음에 비추어 볼 때, 적어

563) 헌재 1996. 11. 28. 93헌마258 결정.

564) 헌재 2003. 5. 15. 2000헌마192등 결정 ; 헌재(제3지정재판부) 2006. 1. 17. 2005헌마1214 결정.

565) 계획열, 헌법학(중), 박영사, 2007, 248-251면 참조.

566) 헌법 제34조 ③ 국가는 여자의 복지와 권익의 향상을 위하여 노력하여야 한다.

567) 헌법 제11조 ① 모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.

도 ① 여성지원자가 남성지원자와 동등한 자격을 갖추고 있는 경우 여성의 우선적 채용 내지 승진이 요구되어야 하고, 그 경우에도 가령 ② 경쟁관계에 있는 남성지원자가 처한 사회적 상황과 같은 여타의 중대한 요소들을 고려할 수 있는 가능성이 있어야 하며, ③ 동등한 자격을 갖춘 여성의 우대가 본질적인 의미를 갖는 사항인 만큼 특별한 법률적 근거가 있어야 한다.

한편 유럽사법재판소(European Court of Justice)⁵⁶⁸⁾는 ‘일정직급이나 직능분야의 여성공무원의 수가 50%에 달할 때까지는 남성과 동등한 능력을 갖춘 여성지원자를 절대적·무조건적으로 우선 채용 내지 승진시킬 것을 명하는’ 할당제는, 가령 중대한 사유가 존재하는 경우에는 남성을 채용 내지 승진시킬 수 있도록 하는 예외조항을 두지 않는 한, 직업교육·고용 및 노동조건에서의 남녀의 평등권을 규정하고 있는 1976. 2. 9.의 유럽경제공동체(EWG) 지침 76/707의 제2조 제1항 및 제4항에 위반된다고 보았다.

다. 청년할당제

헌법재판소는 헌재 2014. 8. 28. 2013헌마553 사건에서 재판관 4(합헌):5(위헌)의 의견으로, 대통령령으로 정하는 공공기관 및 공기업으로 하여금 매년 정원의 100분의 3 이상씩 34세 이하의 청년 미취업자를 채용하도록 한 ‘청년고용 촉진 특별법’(2013. 5. 22. 법률 제11792호로 개정된 것) 제5조 제1항 및 같은 법 시행령(2013. 10. 30. 대통령령 제24817호로 개정된 것) 제2조 단서(이하 “청년할당제”라고 한다)가 35세 이상 미취업자들의 평등권, 직업선택의 자유를 침해하지 않는다고 하여 합헌(기각)결정을 선고하였다.⁵⁶⁹⁾

그러나 재판관 5인의 반대의견은 “청년할당제는 합리적 이유없이 능력주의 내지 성적주의를 배제한 채 단순히 생물학적인 나이를 기준으로 특정 연령층에게 특혜를

568) 유럽연합(EU)에 설치되어 있는 재판소로서, EU 안에서는 최고의 재판소에 해당한다. 영어 정식 명칭은 “Court of Justice of the European Union”(유럽연합사법재판소)이다. 룩셈부르크의 수도인 룩셈부르크 시에 위치해 있다.

569) 법정의견은 합헌결정의 주요 이유로, “청년할당제는 일정 규모 이상의 기관에만 적용되고, 전문적인 자격이나 능력을 요하는 경우에는 적용을 배제하는 등 상당한 예외를 두고 있고, 더욱이 3년간 한시적으로만 시행하며, 청년할당제가 추구하는 청년실업해소를 통한 지속적인 경제성장과 사회안정은 매우 중요한 공익인 반면, 청년할당제가 시행되더라도 현실적으로 35세 이상 미취업자들이 공공기관 취업기회에서 불이익을 받을 가능성은 크다고 볼 수 없다.”는 점을 들었다.

부여함으로써 다른 연령층의 공공기관 취업기회를 제한한다. 불가피하게 청년할당제를 선택할 수밖에 없는 사정이 있더라도, 채용정원의 일정 비율을 할당하는 이른바 경성(硬性) 고용할당제를 강제할 것이 아니라, 채용정원은 경쟁을 통하여 공정하게 선발하되 정원 외 고용을 할당하거나 자발적인 추가고용의 경우 재정지원 내지 조세 감면 혜택을 주는 이른바 연성(軟性) 고용할당제를 도입하는 것이 다른 연령층의 피해를 줄일 수 있다. 또한 청년할당제의 시행으로 연계 되는 특정 연령층의 실업해소라는 공익보다 다른 연령층 미취업자들의 직업선택의 자유에 대한 제한이 훨씬 커서 청구인들의 직업선택의 자유를 과도하게 침해한다. 헌법 제11조는 모든 영역에서 불합리한 차별을 금지하고 있고, 이러한 헌법이념을 구현하기 위하여 입법자는 근로의 영역에 있어서 기회의 균등한 보장을 위한 법체계를 확립해 놓고 있다. 즉, 고용정책기본법, '고용상 연령차별금지 및 고령자 고용촉진에 관한 법률', 국가인권위원회법은 고용영역에서의 차별을 금지하고 있는바, 청년할당제는 헌법의 이념과 이를 구체화하고 있는 전체 법체계 내지 기본질서와 부합하지 아니하고 정책수단으로서의 합리성을 결여하여 헌법상 평등원칙에 위반된다."고 주장하였다.

5. 소결

평등 내지 차별금지의 헌법적 의의에 관하여, 헌법재판소는 헌법 제11조 제1항을 평등의 원칙뿐만 아니라 평등권을 규정한 것으로 보면서, 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 합리적 근거가 없는 차별을 하여서는 아니 된다는 상대적 평등을 뜻하는 것으로 이해하고 있다. 합리적인 근거가 있는 차별 또는 불평등은 평등의 원칙에 반하는 것이 아니며, 합리적인 근거가 없는 차별 또는 불평등이 평등의 원칙에 반하며 평등권을 침해한다는 것이다.⁵⁷⁰⁾

합리적 근거 여부를 따지기에 앞서, 차별적 취급이 전제되어야 함은 물론이다. 차별취급의 존재 여부는 본질적으로 동일한 것을 다르게 취급하고 있는지 여부에 관한 것인데, 비교의 대상을 이루는 두 개의 사실관계 사이에 서로 상이한 취급을 정당화할 수 있을 정도의 차이가 없음에도 불구하고 두 사실관계를 서로 다르게 취급하면 차별취급에

570) 현재 2002. 9. 19. 2000헌바84 결정.

해당하게 된다. 서로 비교될 수 있는 사실관계가 모든 관점에서 완전히 동일한 것이 아니라 단지 일정 요소에 있어서만 동일한 경우에, 법적으로 두 사실관계를 동일한 것으로 볼 것인지 아니면 다른 것으로 볼 것인지를 판단하기 위해서는 어떠한 요소가 결정적인 기준이 되는가가 문제되는데, 헌법재판소는 두 개의 사실관계가 본질적으로 동일한가의 판단은 일반적으로 당해 법률조항의 의미와 목적에 달려있다고 판시했다.⁵⁷¹⁾

합리적 근거 없는 차별이란 정의에 반하는 자의적인 차별을 의미하는 것으로서, 국민의 기본권에 대한 차별적인 대우를 규정하는 입법은 그 목적이 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요하고 또 정당한 것이어야 하고, 나아가 그 수단 또는 방법이 위 목적의 실현을 위하여 실질적인 관계가 있어야 할 뿐만 아니라, 그 정도 또한 적정한 것이어야 한다는 요건을 갖추어야 하고, 이러한 요건을 갖추지 못하면 평등의 원칙에 반하는 위헌입법이 된다.⁵⁷²⁾ 다만 헌법재판소는 현재 평등위반 여부를 심사하는 척도를 ‘엄격한 심사척도’와 ‘완화된 심사척도’의 두 가지로 구별하고 있다. ‘완화된 심사척도’는 자의심사로, 차별을 정당화하는 합리적인 이유가 있는지만을 심사하여 비교대상간의 사실상의 차이나 입법목적(차별목적)을 발견하고 확인하여, 그 차별이 인간의 존엄성 존중이라는 헌법원리에 반하지 아니하면서 정당한 입법 목적으로 달성하기 위하여 필요하고도 적정한 것인가를 기준으로 판단하는 것이다.⁵⁷³⁾ 이에 반하여, ‘엄격한 심사척도’는 합리적 이유의 유무를 심사하는 것에 그치지 아니하고, 비례성의 원칙에 따른 심사 즉, 차별취급의 목적과 수단 사이에 엄격한 비례관계가 성립하는지(입법목적의 정당성, 차별대우의 적합성, 차별대우의 필요성, 법익의 균형성)를 기준으로 한 심사를 하는 것이다.⁵⁷⁴⁾ 헌법재판소는 어떤 심사척도를 적용할 것인가를 결정하는 기준으로서 ① ‘헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우’(즉, 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니되는 기준을 제시하거나 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있는 경우)와 ② ‘차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우’에는 엄격한 심사척도가 적용되어야 하고, 그렇지 않은 경우에는 완화된 심사척도에 의한다는 원칙을 적용하고 있

571) 헌재 1996. 12. 26. 96헌가18 결정; 헌재 2001. 11. 29. 99헌마494 결정; 2018. 7. 26. 2017헌마452 결정.

572) 헌재 1995. 9. 28. 92헌가11 등 결정.

573) 헌재 2001. 11. 29. 99헌마494 결정.

574) 헌재 2001. 2. 22. 2000헌마25 결정.

다.⁵⁷⁵⁾ 이에 따라 위 두 가지 경우에 해당한다고 인정되지 않은 대부분의 경우에 완화된 심사척도인 차별기준 내지 방법의 합리성 여부에 따라 차별취급의 헌법적 정당성여부에 대한 판단이 이루어지고 있다.

그런데 헌법재판소에게 헌법 제11조 제1항의 평등원칙은 심사기준이 되는 통제규범을 의미하며, 그에 따른 심사는 입법자의 정치적 형성이 헌법적 한계 내에 머물고 있는가를 판단하는데 국한되어야 하고, 그럼으로써 입법자의 형성의 자유와 민주국가 of 권력분립적 기능질서가 보장될 수 있다.⁵⁷⁶⁾ 이에 따라 일련의 헌법재판소의 결정을 통해 위와 같은 상대적 평등의 판단 기준을 확인하는 이상으로 평등권 내지 차별금지의 내용을 구체화하기는 용이하지 않은 면이 있다.

그렇지만 헌법 제11조 제1항이 규정하고 있는 평등원칙은 법치국가질서의 근본요청으로, 그 규범적 의미는 ‘법 적용의 평등’에서 끝나지 않고, 더 나아가 입법자에게 행위규범으로서 입법을 통해서 권리와 의무를 분배함에 있어서 적용할 가치평가의 기준을 정당화할 것을 요구하는 ‘법 제정의 평등’을 포함하며,⁵⁷⁷⁾ 객관적으로 같은 것은 같게 다른 것은 다르게, 규범의 대상을 실질적으로 평등하게 규율할 것을 요구하고 있다.⁵⁷⁸⁾ 여기에는 평등의 원칙에 따른 법 제정을 넘어서 평등원칙의 실현을 위한 법 제정 요구도 포함되어 있다고 하겠다. 포괄적 차별금지 입법은 입법자가 이러한 평등원칙의 실현을 위한 법 제정의 요구에 부응하는 것이다.

제3절 | 포괄적 차별금지 입법의 주요 쟁점

1. 포괄적 차별금지 입법의 주요 쟁점 개관

포괄적 차별금지 입법의 주요 쟁점과 관련하여 ① 포괄적 차별금지 입법의 필요성, ② 포괄적 차별금지 입법의 명칭, ③ 차별금지의 사유, ④ 차별금지의 유형, ⑤ 차별금

575) 헌재 2002. 9. 19. 2000헌바84 결정.

576) 헌재 1997. 1. 16. 90헌마110 등 결정.

577) 헌재 2000. 8. 31. 97헌가12 결정.

578) 헌재 1997. 1. 16. 90헌마110 등 결정.

지의 영역, ⑥ 차별금지의 예외, ⑦ 구제 및 이행확보, ⑧ 국가 등의 책무 등으로 구분하여 살펴보기로 한다.

2. 포괄적 차별금지 입법의 필요성

평등권 침해의 차별행위 전반에 일반적으로 적용될 수 있는 인권위법과 함께 장애인차별금지법, 남녀고용평등법, 고령자고용촉진법, 기간제법, 파견법 등 차별금지에 관한 개별법이 존재하고 있는 국내의 현행 차별금지 법제에서, 포괄적 차별금지 입법이 필요한지에 대한 견해의 대립을 우선 살펴보면, 첫째, 차별금지법 자체의 문제점을 지적하는 견해, 둘째, 포괄적 차별금지법을 제정할 필요가 없다는 견해, 셋째, 포괄적 차별금지법을 제정해야 한다는 견해로 나누어 볼 수 있다.

차별금지법 자체의 문제점을 지적하는 견해는 차별금지법이 평등이라는 목표를 지나치게 강조한 나머지 ‘차별’이라는 지극히 모호하고 주관적인 잣대로 법적 제재를 가하여 국민의 가치관을 통제하고 국민의 자유를 침해한다는 이유로⁵⁷⁹⁾ 차별금지법 제정에 반대하는 입장이다. 조금 더 극단적으로는 ‘평등’의 모습을 가지고 사적자치와 시장경제를 말살하기 위한 전체주의적·공산주의적 입법이라거나,⁵⁸⁰⁾ 인간 사회에 존재하는 잘못되고 불의하며 악한 행동들을 그것이 잘못되었고 불의하며 악하다는 의견을 표현하지 못하게 하는 악법이라고 주장하기도 한다.⁵⁸¹⁾ 또 차별금지법에 따라 종교단체가 헌법상 종교의 자유와 정교분리의 원칙에 기초하여 그 교리를 확립하고 신앙의 질서를 유지할 자율권을 사실상 박탈된다는 주장도 같은 맥락으로 이해된다.⁵⁸²⁾

포괄적 차별금지법을 제정할 필요가 없다는 견해는 ① 인권위법이 차별금지법의 기본법 내지 복합적·포괄적 차별금지법의 역할을 하고 있고,⁵⁸³⁾ ② 차별이 많이 발생

579) 김승규, “발표-차별금지법의 문제점”, 제26회 기독교학술원 영성포럼, 2016, 30면; 서헌제, “국가인권위원회의 「평등법(시안)」에 대한 비판적 검토 - 성소수자 차별금지와 종교의 자유를 중심으로 -”, 교회와 법 제7권 제1호, 한국교회법학회, 2020, 162-163면; 안창호, “예배할 자유를 달라-차별금지법과 기본권”, 성서학 연구원 저널 제106호, 장로회신학대학교 성서학연구원, 2021, 17면; 윤용근, “국민이 꼭 알아야 할 차별금지법, 무엇이 문제인가”, 교회와 법 제7권 제2호, 한국교회법학회, 2021, 59면.

580) 조원용, “‘평등강요법’의 헌법적 문제점”, 공법연구 제51집 제3호, 한국공법학회, 2023, 311면.

581) 조영길, “정의당 차별금지법안의 위험성”, 교회와 법 제7권 제2호, 한국교회법학회, 2021, 139면.

582) 조영길, “정의당 차별금지법안의 위험성”, 교회와 법 제7권 제2호, 한국교회법학회, 2021, 146면.

583) 윤용근, “국민이 꼭 알아야 할 차별금지법, 무엇이 문제인가”, 교회와 법 제7권 제2호, 한국교회법학회, 한국교회법학회, 2021, 44-45면; 지영준, “포괄적 차별금지법 제정 논의와 가짜뉴스

하는 영역에 대하여는 이미 개별적 차별금지법이 존재하여 실효적 구제절차를 규정하고 있으며,⁵⁸⁴⁾ ③ 개별적 차별금지법의 문제는 개별적 차별금지법을 개정하거나 수정·보완하면 되고,⁵⁸⁵⁾ ④ 특정 차별금지사유에 대한 차별금지법을 마련할 필요가 있으면 그에 상응하는 개별적 차별금지법을 마련하면 되며,⁵⁸⁶⁾ ⑤ 이와 같이 차별영역과 차별사유의 중대성과 심각성을 고려하여 각 개별 법률에서 다른 수준으로 규율하는 것이 평등의 원리에 더욱 부합하고,⁵⁸⁷⁾ ⑥ 차별의 실효성을 높이기 위해 포괄적 차별금지법을 제정하면 동일한 사안에 여러 법률이 중복 적용되게 됨으로써 자유권이 심히 제약되는 결과가 나타날 수 있다고⁵⁸⁸⁾ 주장한다.

포괄적 차별금지법을 제정할 필요가 있다는 견해는 ① 인권위법은 권고적 효력밖에 갖지 못하기 때문에 차별시정의 실효성을 높이기 위해 더 강한 구제의 효력을 갖는 포괄적 차별금지법이 필요하고,⁵⁸⁹⁾ ② 차별금지에 대한 개별법적 규율에 따른 입법적 공백 및 적용상의 혼란을 정리할 필요가 있으며,⁵⁹⁰⁾⁵⁹¹⁾ ③ 수많은 차별사유에 따라

스 - 2020. 6. 29.자 jtbc 팩트체크와 양심적 혐오표현권 -, 교회와 법 제7권 제2호, 한국교회법학회, 2021, 185면.

584) 윤용근, “국민이 꼭 알아야 할 차별금지법, 무엇이 문제인가”, 교회와 법 제7권 제2호, 한국교회법학회, 2021, 41-43면; 지영준, “포괄적 차별금지법 제정 논의와 가짜뉴스 - 2020. 6. 29.자 jtbc 팩트체크와 양심적 혐오표현권 -, 교회와 법 제7권 제2호, 한국교회법학회, 2021, 85면.

585) 윤용근, “국민이 꼭 알아야 할 차별금지법, 무엇이 문제인가”, 교회와 법 제7권 제2호, 한국교회법학회, 2021, 40-41면; 전운성, “차별금지법을 왜 반대해야 하는가?”, 교회와 법 제7권 제2호, 한국교회법학회, 2021, 123면; 김해원 “차별금지법안과 차별금지운동”, 법학연구 제64권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2023, 11면.

586) 전운성, “차별금지법을 왜 반대해야 하는가?”, 교회와 법 제7권 제2호, 한국교회법학회, 2021, 123면; 김해원 “차별금지법안과 차별금지운동”, 법학연구 제64권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2023, 11면.

587) 서헌제, “국가인권위원회의 「평등법(시안)」에 대한 비판적 검토 - 성소수자 차별금지와 종교의 자유를 중심으로 -, 교회와 법 제7권 제1호, 한국교회법학회, 2020, 166면; 음선필, “포괄적 차별금지법에 대한 반론 - 기독교의 관점에서 -, 교회와 법 제7권 제1호, 한국교회법학회, 2020, 124면; 음선필, “포괄적 차별금지법에 대한 헌법적 평가”, 홍익법학 제21권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2020, 134면.

588) 음선필, “포괄적 차별금지법에 대한 헌법적 평가”, 홍익법학 제21권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2020, 149면.

589) 안진, “포괄적 차별금지법의 입법쟁점에 대한 일고찰 - 현행 차별금지법제의 문제점을 중심으로 -, 법학논총 제38권 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2018, 564면; 김송옥, “사적 영역에서 동성애자의 평등권 보장을 둘러싼 헌법적 쟁점 - 차별금지법 제정을 중심으로 -, 헌법재판연구 제7권 제1호, 헌법재판연구원, 2020, 213면; 박한희, “포괄적 차별금지법의 의의와 필요성”, 안과박 제50권, 영미문화연구회, 2021, 241-243면.

590) 홍관표, “차별금지법 제정 추진상 쟁점 및 과제”, 저스티스 통권 제139호, 한국법학원, 2013, 326-327면; 김송옥, “사적 영역에서 동성애자의 평등권 보장을 둘러싼 헌법적 쟁점 - 차별금지법 제정을 중심으로 -, 헌법재판연구 제7권 제1호, 헌법재판연구원, 2020, 212면; 박한희,

개별적 차별금지법을 각각 제정하는 것은 가능하지도 않고 실효성도 없으며,⁵⁹²⁾ ④ 다층적이고 복합적인 차별을 다룰 수 있는 법적 틀로 포괄적 차별금지법 제정이 필요하게 되었고,⁵⁹³⁾ ⑤ 포괄적 차별금지법과 함께 개별적 차별금지법이 병행하여 시행되면 차별예방과 피해구제의 효과가 더 커질 수 있으며,⁵⁹⁴⁾ ⑤ 포괄적 차별금지법의 제정은 우리나라가 가입·비준한 국제인권조약과 해당 인권조약기구의 권고를 국내적으로 이행하는 하는 국제인권적 의미가 있다고⁵⁹⁵⁾ 주장한다.

생각건대, 포괄적 차별금지 입법은 헌법 및 우리나라가 가입·비준한 국제인권조약에 따른 평등원칙 내지 평등권을 법률로 구체화하도록 한 입법적 요청에 부응하는 것이며,⁵⁹⁶⁾ 사적 자치의 영역에서 차별금지를 통해 실질적 자유와 평등을 보장하고 사회 내 다양성을 증진함과 아울러 사회통합에 기여하기 위해 그 필요성이 인정되고,⁵⁹⁷⁾ 차별금지에 관한 현행 법제에 존재하는 입법적 공백과 적용상의 혼란을 정리하여 차별 피해자의 효과적 구제에 기여할 수 있으며,⁵⁹⁸⁾ 평등에 관한 기본법 부재에 따른 평등 전반에 관한 국가의 정책 추진 근거 부재를 해소할 수 있는 방안으로 추진되어야 한다고 본다.

“포괄적 차별금지법의 의의와 필요성”, 안과박 제50권, 영미문학연구회, 2021, 241면.

- 591) 개별적 차별금지법과 인권위법과의 불일치에서 발생하는 부정합성을 줄이기 위해 실체법으로서의 일반적 차별금지법 제정이 필요하다는 견해도 같은 취지로 이해된다. 이숙진, “차별금지 관련 법률의 부정합성-인권위법과 개별적 차별금지법을 중심으로”, 경제와 사회 통권 84호, 비판사회학회, 2009, 251-252면; 이준일, “평등법 제정의 의의와 국가인권위원회의 역할”, 인권연구 제4권 제2호, 한국인권학회, 2021, 95면.
- 592) 이숙진, “차별금지 관련 법률의 부정합성-인권위법과 개별적 차별금지법을 중심으로”, 경제와 사회 통권 84호, 비판사회학회, 2009, 233면; 안진, “포괄적 차별금지법의 입법쟁점에 대한 일고찰 - 현행 차별금지법제의 문제점을 중심으로 -”, 법학논총 제38권 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2018, 565면.
- 593) 한지영, “차별금지법 제정을 둘러싼 쟁점의 비판적 검토: 차별의 개념 및 구제조치를 중심으로”, 이화젠더법학 제3권 제1호, 이화젠더법학연구소, 2011, 119면; 박한희, “포괄적 차별금지법의 의의와 필요성”, 안과박 제50권, 영미문학연구회, 2021, 243-246면.
- 594) 안진, “포괄적 차별금지법의 입법쟁점에 대한 일고찰 - 현행 차별금지법제의 문제점을 중심으로 -”, 법학논총 제38권 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2018, 232면.
- 595) 홍관표, “차별금지법 제정 추진상 쟁점 및 과제”, 저스티스 통권 제139호, 한국법학원, 2013, 327-328면; 김송옥, “사적 영역에서 동성애자의 평등권 보장을 둘러싼 헌법적 쟁점 - 차별금지법 제정을 중심으로 -”, 헌법재판연구 제7권 제1호, 헌법재판연구원, 2020, 213면.
- 596) 이준일, “평등법 제정의 의의와 국가인권위원회의 역할”, 인권연구 제4권 제2호, 한국인권학회, 2021, 91-93면.
- 597) 이재희, “사적 자치와 차별금지법”, 저스티스 통권 제165호, 한국법학원, 2018, 64-65면.
- 598) 홍관표, “차별금지법 제정 추진상 쟁점 및 과제”, 저스티스 통권 제139호, 한국법학원, 2013, 326-327면.

3. 포괄적 차별금지 입법의 명칭

포괄적 차별금지 입법의 명칭과 관련하여, 국가인권위원회가 2006년 7월 24일 국무총리에 권고할 당시의 명칭은 「차별금지법안」(이하 “2006년 권고안”이라고 한다)이었고,⁵⁹⁹⁾ 이 권고에 기초하여 정부가 2007년 12월 12일 국회에 최초로 제출한 법안의 명칭도 「차별금지법안」(이하 “2007년 정부안”이라고 한다)이었으며, 제17대, 제18대 및 제19대 국회에 제출되었던 의원 발의 법안의 명칭 역시 「차별금지법안」⁶⁰⁰⁾ 혹은 「차별금지기본법안」⁶⁰¹⁾이었다. 포괄적 차별금지 입법의 명칭으로 ‘평등’이 공식적으로 등장하기 시작한 것은 국가인권위원회가 2020년 6월 30일 국회에 의견표명을 할 때에 「평등 및 차별금지에 관한 법률」(이하 “2020년 권고안”이라고 한다)이라는 명칭을 제시하면서부터였다.⁶⁰²⁾⁶⁰³⁾ 이후 제21대 국회에는 「평등에 관한 법률안」⁶⁰⁴⁾과 「평등 및 차별금지에 관한 법률안」⁶⁰⁵⁾이 「차별금지법안」⁶⁰⁶⁾과 함께 의원발의 법안으로 제출되어 계류 중이다.

599) 국가인권위원회 보도자료, “차별금지법 제정을 국무총리에 권고”, 2006년 7월 24일자.

600) 제17대 국회 중에는 2008년 1월 28일 노회찬 의원이 대표발의한 법안(이하 “노회찬의원안”이라고 한다), 제18대 국회 중에는 2011년 12월 2일 권영길 의원이 대표발의한 법안(이하 “권영길의원안”이라고 한다), 제19대 국회 중에는 2012년 11월 6일 김재연 의원이 대표발의한 법안(이하 “김재연의원안”이라고 한다), 2013년 2월 12일 김한길 의원이 대표발의한 법안(이하 “김한길의원안”이라고 한다), 같은 달 20일 최원식 의원이 대표발의한 법안(이하 “최원식의원안”이라고 한다)이 있었다. 김한길의원안과 최원식의원안은 발의의원들이 이를 철회하였고, 노회찬의원안, 권영길의원안 및 김재연의원안은 각 국회 임기만료로 폐기되었다.

601) 제18대 국회 중인 2011년 9월 15일 박은수 의원이 대표발의한 법안(이하 “박은수의원안”이라고 한다)이 있었다. 박은수의원안은 제18대 국회 임기만료로 폐기되었다.

602) 국가인권위원회 보도자료, “‘모두를 위한 평등’ 향해 답대한 길을 내디딜 때”, 2020년 6월 30일자.

603) 비공식적으로는 2010년 12월 법무부 내부적으로 논의된 ‘동등대우법안’이 있었다. 홍성수, “포괄적 차별금지법의 필요성: 평등기본법을 위하여”, 이화젠더법학 제10권 제3호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2018, 4면.

604) 2021년 6월 16일 이상민 의원이 대표발의한 법안(이하 “이상민의원안”이라고 한다)과 2021년 8월 9일 박주민 의원이 대표발의한 법안(이하 “박주민의원안”이라고 한다)이 있다. 이상민의원안은 2021년 6월 17일, 박주민의원안은 2021년 8월 10일 각각 국회 법제사법위원회를 포함한 관련위원회에 회부되었으나, 안건 상정은 이루어지지 않고 있다.

605) 2021년 8월 31일 권인숙 의원이 대표발의한 법안(이하 “권인숙의원안”이라고 한다)이다. 권인숙의원안은 2021년 9월 1일 국회 법제사법위원회를 포함한 관련위원회에 회부되었으나, 역시 안건 상정은 이루어지지 않고 있다.

606) 2020년 6월 29일 장혜영 의원이 대표발의한 법안(이하 “장혜영의원안”이라고 한다)이다. 장혜영의원안은 2020년 9월 21일 법제사법위원회 제3차 전체회의에 안건으로 상정된 다음 장혜영의원의 제안설명을 거쳐 법안심사제1소위로 회부되었으나, 이후 법안심사제1소위에서의 논의는 이루어지지 않고 있다. 국회사무처, 제382회 국회(정기회) 법제사법위원회회의록 제3호, 2020. 9. 21., 64면.

이와 같이 포괄적 차별금지 입법의 명칭으로 ‘평등’이 제안된 것은 해외 입법례 중에서 2006년 8월 14일 제정된 독일의 「일반평등대우법」(Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, AGG)⁶⁰⁷⁾과 2010년 4월 8일 제정된 영국의 「2010년 평등법」(Equality Act 2010)⁶⁰⁸⁾에 대한 국내 연구⁶⁰⁹⁾⁶¹⁰⁾가 활발하게 이루어진 영향을 받은 것으로 보인다. 국가인권위원회는 2020년 권고안 발표 이전부터 평등과 차별의 개념적 차이를 고려하여 평등이 부정적 뉘앙스로 쓰이지 않는 점과 궁극적으로 지향되는 목적이라는 점을 고려하여 평등법이라는 명칭이 포괄적 차별금지법의 목적과 취지에 더 적합하다는 주장이 있었다.⁶¹¹⁾ 그리고 국가인권위원회도 2020년 권고안을 발표하면서 이른바 ‘평등법’이라고 명명한 이유에 대하여 해당 법률을 통해 달성할 수 있는 목표와 법의 성격을 보다 분명하게 드러내기 위한 것이라고 설명한 바 있다.⁶¹²⁾

607) 독일 「일반평등대우법」은 2006년 8월 18일에 발효되었다. 법무부, 독일 일반평등대우법에 대한 평가와 시사점, 2009, 6면.

608) 영국 「2010년 평등법」의 시행일은 일부 조문에 예외가 있기는 하나, 대부분의 조문에 대해서는 2010년 10월 1일이었다. John Wadham, Anthony Robinson, David Ruebain, and Susie Uppal, Blackstone's Guide to The Equality Act 2010 Second Edition, Oxford University Press, 2012, pp. 11-12.

609) 독일의 「일반평등대우법」에 관한 연구로, 법무부, 2008 각국의 차별금지법 제1권, 2008; 법무부, 독일 평등대우법의 제정과정에 관한 연구, 2008; 법무부, 독일 일반평등대우법에 대한 평가와 시사점, 2009; 한국법제연구원, 유럽연합과 회원국의 차별금지법제에 관한 비교법적 연구, 2009; 한국법제연구원, 차별의 합리성 판단기준에 관한 비교법적 연구-독일 편-, 2011; 홍판표·차원일, 독일의 일반평등대우법(AGG)과 차별금지 판결, 전남대학교출판부, 2016; 박귀천, “독일의 차별금지 법안 중 노동관계 관련 주요 내용”, 국제노동브리프 제3권 제7호, 한국노동연구원, 2005; 박명준, “최근 제정 발효된 독일의 ‘일반적 동등대우법(차별금지법)’”, 국제노동브리프 제9권 제4호, 한국노동연구원, 2006; 김기선, “독일 일반평등법 제정의 노동법상 의의”, 국제노동브리프 제5권 제1호, 한국노동연구원, 2007; 차진아, “독일의 차별금지법 체계와 ‘일반적 평등대우법’의 역할”, 공법연구 제40집 제1호, 한국공법학회, 2011; 황수옥, “독일 일반평등대우법 일반과 차별 정당성의 범위”, 노동법논총 제33집, 한국비교노동법학회, 2015; 오상호, “독일법상 채용차별로부터 여성지원자의 법적 보호-일반 동등대우법(AGG)을 중심으로-”, 노동법포럼 제16호, 노동법이론실무학회, 2015; 황수옥, “독일 일반평등대우법의 제정과정에 대한 시사점”, 노동법학 제57호, 한국노동법학회, 2016.

610) 영국의 「2010년 평등법」에 관한 연구로, 법무부, 영국의 차별금지법제 연구-「2010년 평등법」을 중심으로, 2011; 한국법제연구원, 차별의 합리성 판단기준에 관한 비교법적 연구-영국 편-, 2011; 구미영, “영국 평등법 개정의 주요 내용”, 국제노동브리프 제9권 제3호, 한국노동연구원, 2011; 심재진, “영국에서의 직장내 괴롭힘 규제”, 노동법논총 제25집, 한국비교노동법학회, 2012; 전행배, “영국의 2010년 평등법과 차별적 해고”, 노동법학 제45호, 한국노동법학회, 2013; 심재진, “일반적 차별금지법으로서의 영국의 2010년 평등법 제정의 의미와 시사점”, 강원법학 제50권, 강원대학교 비교법학연구소, 2017; 이은영, “영국 평등법에 따른 장애인 근로자의 합리적 조정”, 세계장애동향 통권 제52호, 한국장애인고용공단 고용개발원, 2020.

611) 홍성수, “포괄적 차별금지법의 필요성: 평등기본법을 위하여”, 이화젠더법학 제10권 제3호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2018, 13면.

612) 국가인권위원회, 평등법 시안 일문일답(Q&A), 2020, 4면.

기준에 「차별금지법안」이라는 명칭으로 제출된 법안들과 국가인권위원회의 2020년 권고안을 포함해 ‘평등’을 명칭으로 사용한 법안들 사이에 내용이나 구조상 차이가 존재하는지를 확인해보면, 모두 ① 총칙, ② 국가 및 지방자치단체 등의 차별시정 의무, ③ 차별금지 및 예방조치, ④ 차별의 구제⁶¹³⁾의 4개 장 혹은 여기에 ⑤ 벌칙⁶¹⁴⁾을 제5장으로 추가⁶¹⁵⁾한 체계를 동일하게 취하고 있고, 제2장 ‘국가 및 지방자치단체 등의 차별시정 의무’의 가장 주요 내용인 기본계획도 ‘차별금지 및 차별의 예방 등’ 혹은 ‘차별시정 및 예방 등’에 관한 것으로 규정하고 있는 등 명칭의 변경에 따른 차이점이 거의 없음을 알 수 있다. 이러한 점에 비추어 보면, 기존의 「차별금지법안」과 달리 ‘평등’을 내세운 법안들은, 차별금지법안에 대한 일부 보수 기독교계를 중심으로 한 강한 반대 의견을 고려하여, ‘차별금지’라는 용어의 소극적·규제적 의미를 ‘평등 실현’이라고 하는 적극적·형성적 의미로 전환하고자 한 시도로 이해된다.⁶¹⁶⁾

헌법 제11조 제1항은 “평등”이라는 용어와 “차별을 받지 아니한다”는 표현을 모두 사용하고 있고, 차별금지에 관한 국내 개별법 중에도 ‘차별금지’를 명칭으로 하는 법률⁶¹⁷⁾과 ‘평등’을 명칭으로 하는 법률⁶¹⁸⁾이 모두 존재한다. 국제적으로 세계인권선언을 비롯한 세계인권조약에도 ‘차별금지’⁶¹⁹⁾와 ‘평등’⁶²⁰⁾이 함께 규정되어 있다. 외

613) 권영길의원안과 김재연의원안은 제4장을 ‘차별로 인한 피해의 구제’로 하고 있다.

614) 여기서의 벌칙은 차별금지 위반 자체에 대한 것이 아니라, 구제절차와 관련하여 진정, 진술, 증언, 자료 등의 제출 또는 답변을 하였다는 이유로 불이익 조치를 한 경우에 대한 것이다.

615) 다른 법안들은 벌칙을 제4장 차별의 구제에 포함시키고 있으나, 2020년 권고안, 박주민의원안 및 권인숙의원안은 벌칙을 별도로 장으로 구성하고 있다.

616) 홍관표, “차별금지법 제정 방안에 관한 검토”, 이화젠더법학 제13권 제2호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2021, 7면.

617) 「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률」(이하 “장애인차별금지법”이라고 한다), 「고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률」(이하 “고령자고용법”이라고 한다)이 여기에 해당한다.

618) 「양성평등기본법」, 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」(이하 “남녀고용평등법”이라고 한다)이 여기에 해당한다.

619) 세계인권선언 제2조, 제7조; 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」(이하 “자유권규약”이라고 한다) 제2조 제1항, 제24조, 제26조; 「경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약」(이하 “사회권규약”이라고 한다) 제2조 제2항; 「모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약」(이하 “인종차별철폐협약”이라고 한다) 제1조 제1항; 「여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약」(이하 “여성차별철폐협약”이라고 한다) 제1조; 「아동의 권리에 관한 협약」(이하 “아동권리협약”이라고 한다) 제2조 제1항; 「장애인의 권리에 관한 협약」(이하 “장애인권리협약”이라고 한다) 제2조, 제3조 나호, 제4조 제1항, 제5조.

620) 세계인권선언 제7조; 자유권규약 제26조; 인종차별철폐협약 제5조; 여성차별철폐협약 제2조(가)호, 제15조 제1항; 장애인권리협약 제5조.

국의 입법례를 보면, 차별금지에 관한 법률의 명칭으로 ‘인권’⁶²¹⁾ 내지 ‘시민권’⁶²²⁾ ‘차별금지’⁶²³⁾ ‘평등대우’⁶²⁴⁾ 내지 ‘평등’⁶²⁵⁾을 각각 사용하는 입법례와 ‘평등’과 ‘차별금지’를 함께 사용하는 입법례⁶²⁶⁾가 골고루 존재하는 것으로 확인된다.

이러한 사정을 고려해보면, 포괄적 차별금지 입법의 명칭을 「차별금지법」, 「평등법」 혹은 「평등 및 차별금지에 관한 법」의 어느 것으로 정하더라도 큰 차이는 없어 보인다(이하에서는 편의상 포괄적 차별금지 입법의 명칭을 “차별금지법”이라고 한다). 다만, 최소한 ‘차별금지’ 보다 ‘평등’을 강조하고는 명칭을 채택하고자 한다면, 그 명칭에 부합하도록 법률의 내용에 있어서도 차별을 금지하고 차별에 따른 피해를 구제하는 내용 외에 다양한 영역에서 사회적 약자와 소수자를 보호함으로써 평등을 실현하기 위한 여러 정책적·제도적 방안들이 포함되도록 하는 것이 바람직할 것이다. 이러한 평등 실현을 위한 정책적·제도적 방안으로는 「양성평등기본법」을 참조할 때, 예를 들어 평등위원회, ‘평등정책책임관’, ‘평등영향평가’, ‘평등 통계’, ‘평등 교육’, ‘국가평등지수’, ‘평등실태조사’, ‘평등주간’, ‘평등문화조성’, ‘평등진흥원’, ‘국제협력’, ‘평등 관련 비영리법인·비영리민간단체 지원’ 등이⁶²⁷⁾ 있을 수 있다.⁶²⁸⁾

621) 캐나다의 「캐나다 인권법」(Canadian Human Rights Act), 뉴질랜드의 「1993년 인권법」(Human Rights Act 1993)이 그 예이다.

622) 미국의 「1964년 민권법」(Civil Rights Act of 1964)이 그 예이다.

623) 핀란드의 「차별금지법」(Yhdenvertaisuuslaki), 호주의 「1984년 성차별금지법」(Sex Discrimination Act 1984), 「1975년 인종차별금지법」(Racial Discrimination Act 1975), 「1992년 장애차별금지법」(Disability Discrimination Act 1992), 「2004년 연령차별금지법」(Age Discrimination Act 2004), 홍콩의 「성별차별조례」(性別歧視條例), 「장애차별조례」(殘疾歧視條例), 「가족지위차별조례」(家庭崗位歧視條例), 「인종차별조례」(種族歧視條例)가 그 예이다.

624) 독일의 「일반평등대우법」(Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, AGG), 네덜란드의 「일반평등대우법」(Algemene wet gelijke behandeling)이 그 예이다.

625) 영국의 「2010년 평등법」(Equality Act 2010)이 그 예이다.

626) 노르웨이의 「평등 및 차별금지에 관한 법률」(Lov om likestilling og forbud mot diskriminering), 남아프리카공화국의 「2020년 평등증진 및 불공정차별방지법」(Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act, 2000)이 그 예이다.

627) 「양성평등기본법」 제10조, 제11조, 제13조, 제15조, 제17조 내지 제19조, 제36조 내지 제38조, 제40조, 제46조, 제51조 참조.

628) 홍관표, “차별금지법 제정 방안에 관한 검토”, 이화젠더법학 제13권 제2호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2021, 7면.

4. 차별금지의 사유

가. 예시규정 또는 열거규정

차별금지 사유와 관해서는 헌법 제11조 제1항은 “성별·종교 또는 사회적 신분”을 규정하고 있으나 이는 예시적으로 해석되며, 인권위법 제2조 제3호는 “성별, 종교, 장애, 나이, 사회적 신분, 출신 지역(출생지, 등록기준지, 성년이 되기 전의 주된 거주지 등을 말한다), 출신 국가, 출신 민족, 용모 등 신체 조건, 기혼·미혼·별거·이혼·사별·재혼·사실혼 등 혼인 여부, 임신 또는 출산, 가족 형태 또는 가족 상황, 인종, 피부색, 사상 또는 정치적 의견, 형의 효력이 실효된 전과(前科), 성적(性的) 지향, 학력, 병력(病歷) 등”으로 규정하고 있고 “등”이 포함되어 있어 당연히 예시규정으로 본다. 2006년 권고안 이후의 포괄적 차별금지 법률안들은 명시하는 사유에 일부 차이가 있었지만, 모두 차별금지 사유를 예시적으로 규정하고 있었다.

포괄적 차별금지 입법의 차별금지 사유에 관하여 이를 예시적으로 규정하자는 견해⁶²⁹⁾와 열거적으로 규정하자는 견해⁶³⁰⁾의 대립이 있다. 예시적으로 규정하자는 견해 중에는 사회변화에 탄력적으로 적용될 필요성⁶³¹⁾을 근거로 제시하기도 하고, 열거적으로 규정하자는 견해는 전 세계적으로 그 유례를 찾아보기 어렵다거나⁶³²⁾ 규제수단이나 구제조치의 수준이 고려되어야 한다는 점⁶³³⁾을 근거로 든다.

예시적으로 규정하자는 견해 중에서도 다시 기존 인권위법 제2조 제3호의 차별금지 사유 보다 더 추가하거나⁶³⁴⁾ 상세히 규정⁶³⁵⁾할 필요가 있다는 견해가 제시되는데, 예시

629) 한지영, “차별금지법 제정을 둘러싼 쟁점의 비판적 검토: 차별의 개념 및 구제조치를 중심으로”, 이화젠더법학 제3권 제1호, 이화젠더법학연구소, 2011, 99면; 홍성수, “포괄적 차별금지법의 필요성: 평등기본법을 위하여”, 이화젠더법학 제10권 제3호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2018, 14면; 이준일, “평등법 제정의 의의와 국가인권위원회의 역할”, 인권연구 제4권 제2호, 한국인권학회, 2021, 98면.

630) 전운성, “차별금지법을 왜 반대해야 하는가?”, 교회와 법 제7권 제2호, 한국교회법학회, 2021, 75면; 정주백, “차별금지법안에 대한 검토 - 차별금지 사유의 성격을 중심으로 -”, 법학연구 제31권 제3호, 충남대학교 법학연구소, 2020, 31-32면; 홍관표, “차별금지법 제정 추진상 쟁점 및 과제”, 저스티스 통권 제139호, 한국법학원, 2013, 328-329면; 홍관표, “차별금지법 제정 방안에 관한 검토”, 이화젠더법학 제13권 제2호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2021, 9면.

631) 홍성수, “포괄적 차별금지법의 필요성: 평등기본법을 위하여”, 이화젠더법학 제10권 제3호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2018, 14면.

632) 전운성, “차별금지법을 왜 반대해야 하는가?”, 교회와 법 제7권 제2호, 한국교회법학회, 2021, 75면.

633) 홍관표, “차별금지법 제정 방안에 관한 검토”, 이화젠더법학 제13권 제2호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2021, 9면.

되지 않은 사유에 대하여 법원이 해석을 달리 할 우려나 예시되지 않은 이유로 차별시정 계획에서 제외될 우려를 제시한다.⁶³⁶⁾ 차별금지법의 적용 측면에서 차이가 없다고 하더라도 예시되는 차별금지 사유에 대해서는 규범의 수범자가 법조문만으로 바로 명확하게 인식할 수 있다는 점에서 차별 예방의 측면에서는 더 의미가 있을 수 있다.⁶³⁷⁾

차별금지 사유를 어떻게 규정할 것인지는 차별금지법이 어떠한 정도의 구제조치를 채택하는지와 상호연관관계에 있다. 앞서 포괄적 차별금지 입법의 필요성에서 언급한 바와 같이, 차별시정의 실효성을 높이기 위해서는 인권위법에 규정되어 있는 ‘평등권 침해의 차별행위’에 대한 조정·권고·고발·징계권고 수준의 구제조치 보다 더 강한 구제의 효력을 갖는 구제조치(예를 들어, 시정명령, 징벌적 손해배상, 증명책임의 배분 등)를 포함해야 하고, 이렇게 되면 차별금지 사유는 한정적으로 열거되어야 그 법률을 준수하여야 하는 수범자(잠재적 차별행위자)의 이익 및 예측가능성과 조화될 수 있다. 구제조치나 구제수단의 강도를 고려하여 규범의 수범자가 자신의 행위가 차별금지법이 허용하는 테두리 내에서 이루어지는 것인지를 인식할 수 있도록 기준을 명확히 할 필요가 있고, 차별금지 사유에서부터 이를 예시가 아닌 한정적 열거의 방식으로 규정하는 것이 바람직하다.⁶³⁸⁾

나. 열거할 차별금지 사유

차별금지 사유를 열거하여 규정할 경우에 어떤 사유를 열거할 것인지는 국내 현실과 관련 법령, 국제인권기준 등을 종합적으로 고려하여 보호의 필요성이 높은 차별금지 사유를 중심으로 결정해야 할 것이다. 다만 보호의 필요성은 단순히 해당 사유를

634) 한지영, “차별금지법 제정을 둘러싼 쟁점의 비판적 검토: 차별의 개념 및 구제조치를 중심으로”, 이화젠더법학 제3권 제1호, 이화젠더법학연구소, 2011, 99면.

635) 이준일, “평등법 제정의 의의와 국가인권위원회의 역할”, 인권연구 제4권 제2호, 한국인권학회, 2021, 98면. 이는 종래 중요한 차별금지사유만 명시하고 예시적으로 규정하자는 견해에서 입장이 변경된 것으로 보인다. 이준일, “차별금지법(안)에 대한 검토와 비교를 통한 대안의 제시 - 국가인권위원회와 법무부의 차별금지법안 및 국가인권위원회법과 장애인차별금지법을 중심으로 -”, 안암법학 제25권, 안암법학회, 2007, 173면 참조.

636) 한지영, “차별금지법 제정을 둘러싼 쟁점의 비판적 검토: 차별의 개념 및 구제조치를 중심으로”, 이화젠더법학 제3권 제1호, 이화젠더법학연구소, 2011, 99면.

637) 홍관표, “차별금지법 제정 방안에 관한 검토”, 이화젠더법학 제13권 제2호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2021, 8면.

638) 홍관표, “차별금지법 제정 방안에 관한 검토”, 이화젠더법학 제13권 제2호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2021, 9면.

이유로 한 차별 사례가 발생하는 빈도만으로 결정되어서는 안 될 것이다. 그리고 UN 인권조약기구가 이미 우리나라에 구체적으로 특정하여 권고한 ‘성적 지향’과 ‘성별 정체성’⁶³⁹⁾, 인종,⁶⁴⁰⁾ 피부색,⁶⁴¹⁾ 민족적 또는 종족적 출신⁶⁴²⁾은 차별금지법의 차별 금지 사유에 포함시키는 것이 바람직하다. 차별금지 사유를 결정함에 있어서 현재 가장 포괄적인 사유와 영역에서 이루어지는 평등권침해의 차별행위에 대하여 진정을 접수받아 처리하고 있는 국가인권위원회의 통계를 확인해보면, 다음 [표 4-1] 및 [표 4-2]와 같다.

» [표 4-1] 2022년까지 국가인권위원회 차별 진정 접수 현황

차별금지 사유	진정 접수 건수	진정 접수 비율
합계	34,886건	100.00%
장애	17,332건	49.68%
나이	2,164건	6.20%
성별	2,018건	5.78%
인종, 피부색, 출신민족, 출신국가	855건	2.45%
학벌/학력	730건	2.09%
병력	569건	1.63%
성적 지향	434건	1.24%
용모 등 신체조건	406건	1.16%
임신/출산	403건	1.16%
가족상황	286건	0.82%

639) UN CCPR, “Concluding observations on the fourth periodic report of the Republic of Korea” (CCPR/C/KOR/CO/4), 2015, para. 13; UN CESCR, “Concluding observations on the fourth periodic report of the Republic of Korea” (E/C.12/KOR/CO/4), 2017, para. 25(c); UN CRC, “Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of the Republic of Korea” (CRC/C/KOR/CO/5-6), 2019, para. 17.

640) UN CCPR, “Concluding observations on the fourth periodic report of the Republic of Korea” (CCPR/C/KOR/CO/4), 2015, para. 13; UN CERD, “Concluding observations on the combined seventeenth to nineteenth periodic reports of the Republic of Korea” (CERD/C/KOR/CO/17-19), 2018, para. 6.

641) UN CERD, “Concluding observations on the combined seventeenth to nineteenth periodic reports of the Republic of Korea” (CERD/C/KOR/CO/17-19), 2018, para. 6.

642) UN CERD, “Concluding observations on the combined seventeenth to nineteenth periodic reports of the Republic of Korea” (CERD/C/KOR/CO/17-19), 2018, para. 6.; UN CRC, “Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of the Republic of Korea” (CRC/C/KOR/CO/5-6), 2019, para. 17.

차별금지 사유	진정 접수 건수	진정 접수 비율
전과	278건	0.80%
종교	258건	0.74%
출신지역	207건	0.59%
혼인여부	168건	0.48%
사상 또는 정치적 의견	74건	0.21%
사회적 신분	3,204건	9.18%
기타	5,500건	15.77%

출처: 국가인권위원회, 2022 국가인권위원회 통계, 2023, 114-115면 참조.

[표 4-1]은 국가인권위원회가 설립된 이후 2022년까지 성희롱을 제외하고⁶⁴³⁾ 국가인권위원회가 인권위법 제2조 제3호에 명시된 차별금지 사유에 관한 진정 접수 현황을 종합한 자료이다. 차별금지 사유 중 장애와 나이가 가장 많은 비중을 차지하는 것은 장애인차별금지법⁶⁴⁴⁾과 고령자고용법⁶⁴⁵⁾이 시정명령에 앞서 인권위로부터 구제 조치 등의 권고를 받을 것을 요구하고 있는데 따른 것으로 이해된다. 가족상황, 전과, 종교, 출신지역, 혼인여부, 사상 또는 정치적 의견이 상대적으로 접수된 진정 건수 중 차지하는 비중이 낮은 것으로 나타난다. ‘인종, 피부색, 출신민족, 출신국가’는 차별 진정 인용 현황 자료와의 비교를 위해 접수 건수를 합산하여 표기하였다.

▶▶▶ [표 4-2] 2022년까지 국가인권위원회 차별 진정 인용 현황

차별금지 사유	인용 건수	인용 비율
합계	2,893건	100.0%
장애	1,284건	44.38%
성적 지향	272건	9.40%
나이	219건	7.57%
성별	100건	3.46%
인종, 피부색, 출신민족, 출신국가	85건	2.94%
병력	64건	2.21%
학벌/학력	46건	1.59%

643) 차별금지 사유와 관련해서는 성희롱에 관한 통계는 제외하고 살피기로 한다.

644) 장애인차별금지법 제43조 제1항.

645) 고령자고용법 제4조의7 제1항.

차별금지 사유	인용 건수	인용 비율
용모 등 신체조건	46건	1.59%
임신/출산	40건	1.38%
종교	36건	1.24%
혼인여부	29건	1.00%
가족상황	28건	0.97%
전과	19건	0.66%
사상 또는 정치적 의견	10건	0.35%
출신지역	9건	0.31%
사회적 신분	367건	12.69%
기타	239건	8.26%

출처: 국가인권위원회, 2022 국가인권위원회 통계, 2023, 182-238면 참조.

[표 4-2]는 국가인권위원회가 설립된 이후 2022년까지 성희롱을 제외하고⁶⁴⁶⁾ 국가인권위원회가 인권위법 제2조 제3호에 명시된 차별금지 사유에 관한 진정을 인용한 현황을 종합한 자료이다. 인용 건수에는 ‘수사의뢰, 조정, 권고, 고발, 징계권고, 합의 종결’의 건수가 모두 포함되어 있다. 접수 현황을 종합한 [표 4-1]과의 차이점을 살펴보면, ‘성적 지향’이 전체 인용 건수에서 차지하는 비중이 높고,⁶⁴⁷⁾ ‘종교, 혼인여부, 가족상황’은 접수 현황과 비교하여 인용 건수에서 더 많은 비중을 차지하고 있음을 알 수 있다.

위와 같은 사정을 고려하면, ‘성별, 임신이나 출산 및 이와 관련된 건강상태, 혼인 여부, 가족상황, 용모 등 신체조건, 인종, 피부색, 출신민족, 종교, 장애, 병력, 연령, 학력, 성적 지향, 성별 정체성’을 차별금지법에 열거할 수 있는 대표적 차별금지 사유로 일응 제시할 수 있겠다.⁶⁴⁸⁾

646) 차별금지 사유와 관련해서는 성희롱에 관한 통계는 제외하고 살펴기로 한다.

647) 2018년에 247건의 진정에 대한 인용이 있었던 점이 통계상 부각되는 부분이었다. 국가인권위원회, 2022 국가인권위원회 통계, 2023, 218면.

648) 참고로 독일 「일반평등대우법」 제1조는 차별금지 사유로 ‘인종, 민족적 출신, 성별, 종교, 세계관, 장애, 연령, 성적 정체성(Sexuelle Identität)’을 규정하고 있고, 영국 「2010년 평등법」 제4조는 ‘연령, 장애, 성전환(gender reassignment), 혼인 및 동성결혼(civil partnership), 인종, 종교 또는 신념, 성별, 성적 지향(sexual orientation)’을 보호대상 특성(protected characteristics)으로 규정하고 있다. 「캐나다 인권법」 제3조 제1항은 ‘인종, 민족적 혹은 종족적 출신, 피부색, 종교, 연령, 성별, 성적 지향, 성별 정체성이나 표현(gender identity or expression), 혼인 상태, 가족 상황, 유전적 특징(genetic characteristics), 장애, 사면된 범죄에 관한 유죄판결’을 차별금지 사유(prohibited grounds of discriminations)로 규정하고 있다. 「캐나다 인권

이러한 대표적 차별금지 사유 중 ‘종교’와 ‘성적 지향 및 성별 정체성’에 관하여 반대이견이 두드러지게 제기되고 있다.

(1) 종교

‘종교’를 차별금지 사유에 포함시키는 경우에 교회나 선교단체에서 일반인을 상대로 하는 성격의 세미나, 전도집회를 하면서 다른 종교를 비판하면 차별금지 대상이 된다가,⁶⁴⁹⁾ 이슬람교의 극단적 위험성에 대한 정당한 경고도 금지될 수 있다가,⁶⁵⁰⁾ 사이비·이단 종교에 대한 비판을 할 수 없고,⁶⁵¹⁾ 사이비·이단의 교회 출입을 제한하거나 퇴거를 요구할 경우에 종교를 이유로 하는 차별이 될 수 있다는 주장이 여기에 해당한다.⁶⁵²⁾

‘종교’는 그 절대성 내지 배타성으로 인해 오히려 종교의 자유를 포함한 타인의 인권에 대한 억압으로 이어질 수 있고, 역사상 수많은 전쟁의 원인이 되기도 했다. 그렇기에 사회 통합을 위해서는 자신의 종교의 우월성만을 강조하기 보다 다른 사람의 종교나 신념에 대한 존중이 동반되어야 한다. ‘종교’는 헌법 제10조 제1항에서도 명시하고 있는 차별금지 사유이고, 자유권규약과 사회권규약을 포함한 국제인권조약에서 공통적으로 명시되는 차별금지 사유이며, 외국의 주요 포괄적 차별금지 입법에서도 ‘종교’를 제외한 예를 찾기 어렵다. 기본적으로 다른 종교를 가지고 있다는 이유로 한 불리한 대우는 ‘합리적인 이유 없는’ 경우에 한하여 차별이 된다. 종교 활동을 통해 종교 교리에 기반하여 이루어지는 건전한 신앙의 표명 및 비판이 금지된 차별행위로 평가되지는 않을 것이고, 종교기관의 설립 목적에 부합하는 활동은 보호될 것이다. 그러나 특정 종교의 신앙 활동의 보장이 다른 종교에 대한 무분별한 비난과 혐오를

법」 제3조 제2항 및 제3항은 차별금지 사유가 ‘임신이나 출산’인 경우는 ‘성별’로 간주하고, ‘유전자검사 실시 요구에 대한 거부나 유전자검사 결과의 공개 요구 혹은 공개 승인 요구에 대한 거부’인 경우에는 ‘유전적 특징’으로 간주하는 규정도 함께 두고 있다.

649) 서헌제, “국가인권위원회의 「평등법(시안)」에 대한 비판적 검토 - 성소수자 차별금지과 종교의 자유를 중심으로 -”, 교회와 법 제7권 제1호, 한국교회법학회, 2020, 168면.

650) 조영길, “정의당 차별금지법안의 위험성”, 교회와 법 제7권 제2호, 한국교회법학회, 2021, 137면.

651) 조영길, “정의당 차별금지법안의 위험성”, 교회와 법 제7권 제2호, 한국교회법학회, 2021, 137면; 김승규, “발표-차별금지법의 문제점”, 제26회 기독교학술원 영성포럼, 2016, 30면; 서헌제, “국가인권위원회의 「평등법(시안)」에 대한 비판적 검토 - 성소수자 차별금지과 종교의 자유를 중심으로 -”, 교회와 법 제7권 제1호, 한국교회법학회, 2020, 30면.

652) 서헌제, “국가인권위원회의 「평등법(시안)」에 대한 비판적 검토 - 성소수자 차별금지과 종교의 자유를 중심으로 -”, 교회와 법 제7권 제1호, 한국교회법학회, 2020, 168면.

부추기는 것을 허용하는 아님은 물론이다. 다만 이러한 무분별한 비난과 혐오를 차별금지법으로 규율할 것인지 별개의 문제이며, 후술하는 바와 같이 특정 개인에 대한 괴롭힘을 구성하지 않는 이상 이를 차별금지법의 영역에 포함시킬 필요는 없다고 본다.

(2) 성적 지향 및 성별 정체성

‘성적 지향’이나 ‘성별 정체성’은 차별금지 사유 중 가장 뜨거운 감자에 해당하며, ‘성적 지향’의 포함 여부에 대한 논쟁이 그동안 차별금지법의 제정 자체가 무산되어 온 핵심적인 이유이기도 하다. 인권위법 제2조 제3호는 ‘성적 지향’만을 규정하고 있으나, ‘성적 지향’과 ‘성별 정체성’이 서로 다른 개념임이 분명한 이상 이를 별도의 차별금지 사유로 구분하여 규정할 필요가 있다. 성적 지향과 성별 정체성이 차별금지 사유에 추가되어야 한다는 견해는 인권위법에 이미 명시되어 있고 외국의 차별금지법에서도 상당수 포함시키고 있으며, UN 인권조약기구도 차별금지사유에 성적지향을 포함시키는 것으로 해석하고 있음을 근거로 제시한다.⁶⁵³⁾ 기왕의 비판적 견해는 주로 ‘성적 지향’ 그 중에서도 남성 동성애에 집중되어 왔다.

비판적 견해들은 ‘성별 지향’이나 ‘성별 정체성’을 이유로 한 차별은 유의미한 통계 자료로 나타나지 않고 있고,⁶⁵⁴⁾ 우리나라가 가입한 인권규약에는 성적 지향이 차별금지 사유로 명문화되어 있지 않아 국내적으로 수용해야 할 국제법적 의무가 없으며,⁶⁵⁵⁾ 양성평등이념을 근간으로 하는 헌법의 평등규범체계를 근본적으로 거부하는 것이 되고,⁶⁵⁶⁾ 동성간 성행위는 대법원 판결과 헌법재판소 결정으로 확인된 ‘일반인에게 객관적으로 혐오감을 유발하고 선량한 성도덕 관념에 반하는 행위’이며,⁶⁵⁷⁾ ‘부도덕한 행위’를 차별금지 사유에 포함시키면 이를 더 이상 도덕적으로 비난하지 못하게 되는 의미가 있기 때문에 이러한 부도덕한 행위가 차별금지 사유에 포함되어서는 안 되

653) 한지영, “차별금지법 제정을 둘러싼 쟁점의 비판적 검토: 차별의 개념 및 구제조치를 중심으로”, 이화젠더법학 제3권 제1호, 이화젠더법학연구소, 2011, 101-102면.

654) 윤용근, “국민이 꼭 알아야 할 차별금지법, 무엇이 문제인가”, 교회와 법 제7권 제2호, 한국교회법학회, 2021, 42면.

655) 이상현, “포괄적 차별금지법안에 의한 신앙과 표현의 자유 침해”, 기독교사상 통권 제743호, 대한기독교서회, 2020, 27-28면.

656) 음선필, “포괄적 차별금지법에 대한 헌법적 평가”, 홍익법학 제21권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2020, 144면.

657) 조영길, “차별금지법과 동성애 독재 - 국가인권위원회법 제2조 3호 “성적지향”의 문제점 -”, 개혁주의 이론과 실천 제17호, 개혁주의이론실천학회, 2020, 137면.

고,⁶⁵⁸⁾ 도덕적 가치 판단이 달라질 수 있는 동성애와 성전환을 차별금지 사유에 포함 시키게 되면⁶⁵⁹⁾ 동성애나 성전환에 대한 지지나 찬성 의견만 법으로 강제되고 이를 비판하는 가치관이나 관념은 법으로 통제되는⁶⁶⁰⁾ 전체주의적 결과를 초래하게 되며,⁶⁶¹⁾ 이에 따라 성적 소수자는 각종 특혜나 특권을 부여받고 그 이외의 사람은 광범위하게 역차별을 받는 현상이 나타날 수 있고,⁶⁶²⁾ 자기의 의견을 자유롭게 표현할 기본적 자유권의 본질을 침해하는 중대한 부작용을 초래한다고 주장한다.⁶⁶³⁾

‘성적 지향’을 원인으로 한 차별 진정의 접수 및 인용에 관하여 유의미한 통계 수치가 존재한다는 점은 앞서 살펴본 바와 같다. 우리나라가 가입·비준한 국제인권조약에 성적 지향이 명시되어 있지는 않으나, 그 일반적 해석 권한을 보유한 인권조약기구들(자유권 규약위원회(CCPR)⁶⁶⁴⁾, 사회권규약위원회(CESCR)⁶⁶⁵⁾, 아동권리위원회(CRC)⁶⁶⁶⁾)는 각각 ‘성적 지향’이 자유권규약, 사회권규약, 아동권리협약상 차별금지규정의 차별금지 사유에 포함된다고 해석 의견을 제시한 바 있다. 우리 헌법 전문에 규정된 바와 같이 ‘정치·경제·사회·문화의 모든 영역에 있어서 균등한 기회를 부여받아 그 능력을 최고도로 발휘’함으로써 자신의 삶을 독립하여 자율적으로 영위해 나가고 아울러 사회에도 기여할 수 있도록 하자는 것이 차별금지의 취지에 비추어, 이미 사회 내에 존재하는 우리 사회의 구성원인 성적 소수자들이 더 이상 소외되거나 외면되지 않고 한 인간으로서의 삶을 살아갈 수 있도록 ‘성적 지향’과 ‘성별 정체성’을 차별금지 사유에 포함시

658) 조영길, “차별금지법과 동성애 독재 - 국가인권위원회법 제2조 3호 “성적지향”의 문제점 -”, 개혁주의 이론과 실천 제17호, 개혁주의이론실천학회, 2020, 160-163면.

659) 조영길, “차별금지법과 동성애 독재 - 국가인권위원회법 제2조 3호 “성적지향”의 문제점 -”, 개혁주의 이론과 실천 제17호, 개혁주의이론실천학회, 2020, 200-201면.

660) 조영길, “정의당 차별금지법안의 위험성”, 교회와 법 제7권 제2호, 한국교회법학회, 2021, 146면.

661) 조영길, “정의당 차별금지법안의 위험성”, 교회와 법 제7권 제2호, 한국교회법학회, 2021, 135면.

662) 안창호, “예배할 자유를 달라-차별금지법과 기본권”, 성서학 연구원 저널 제106호, 장로회신학대학교 성서학연구원, 2021, 14-15면.

663) 조영길, “정의당 차별금지법안의 위험성”, 교회와 법 제7권 제2호, 한국교회법학회, 2021, 133면.

664) *Toonen v. Australia*. “The Committee confined itself to noting, however, that in its view the reference to “sex” in articles 2, paragraph 1, and 26 is to be taken as including sexual orientation.” UN CCPR, “Views Communication No. 488/1992” (CCPR/C/50/488/1992), 1994, para. 8.7.

665) UN CESCR, “General Comment No. 20 Non-discrimination in economic, social and cultural rights(art. 2, para. 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)” (E/C.12/GC/20), 2009, para. 32.

666) UN CRC, “General Comment No. 4 (2003) Adolescent health and development in the context of the Convention on the Rights of the Child” (CRC/GC/2003/4), 2003, para. 6.

키는 것이 바람직하다고 본다.

이와 관련하여 최근 대법원은 “동성간의 성행위가 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위라는 평가”에 대하여 “이 시대 보편타당한 규범으로 받아들이기 어렵게 되었다”고 판시하여, 종전에 남성 군인간 항문성교를 비롯한 성행위를 ‘그 자체만으로 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위’로 판단했던 대법원판결들을 변경했다.⁶⁶⁷⁾⁶⁶⁸⁾ 이에 따라 최소한 ‘동성간 성행위’에 대하여 대법원 판결에 기대 비판하던 견해는 설 자리를 잃게 되었다.

5. 차별금지의 유형

차별금지 유형과 관련해서는 직접차별, 간접차별, 정당한(또는 합리적인) 편의 제공 거부, 괴롭힘, 성적 괴롭힘(성희롱), 차별 표시·조장 광고, 비방 등 혐오 표현, 중복차별, 차별의 지시 등이 검토 대상이 될 수 있겠다.

가. 직접차별

‘직접차별’은 일정한 차별금지 사유를 이유로 대상자를 타인에 비하여 합리적인 이유 없이 불이익하게 대우하는 것을 의미한다.

직접차별과 관련해서는 대상자를 타인에 비하여 ‘우대’하거나 ‘불리하지 않은 단순한 분리·구별’이의 여부가 명확하지 않은 구별도 직접차별에 포함할 것인지 여부가 문제된다. 예를 들어, 인권위법 제2조 제3호 가목, 나목, 다목은 우대·배제·구별과 불리하게 대우하는 행위를 차별금지 유형으로 병렬적으로 규정하고 있고,⁶⁶⁹⁾ 일부 차별금지법안에서도 “분리·구별·제한·배제·거부하거나 불리하게 대우”로 규정한 경우가 여기에 해당한다. 이는 장애인차별금지법 제4조 제1항 제1호가 불리한 대우의 유형으로 제한·배제·분리·거부 등을 예시하고 우대에 관하여 규정하고 않고 있는 것과 상이하다.⁶⁷⁰⁾

667) 대법원 2022. 4. 21. 선고 2019도3047 전원합의체 판결.

668) 헌법재판소도 해당 대법원판결의 취지를 원용했다. 헌재 2023. 10. 26. 2017헌가16 결정.

669) “... 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위”로 규정하고 있다.

불리한 대우와 병렬적으로 ‘구별’을 직접차별로 규정하는데 대하여는, ‘구별’까지 차별로 이해하고 차별금지법을 적용한다면 통상적으로 차별로 볼 수 없는 많은 사례들이 차별행위로 판단받게 되고,⁶⁷¹⁾ 모호하고 넓은 차별 개념으로 인해 표현의 자유, 종교의 자유, 교육의 자유, 경제활동의 자유가 심각하게 훼손되고 위축될 것이라는⁶⁷²⁾ 비판이 존재한다.

차별금지법의 목적은 완전한 사회적 평등의 실현 보다 사회적 약자 및 소수자를 차별로부터 보호·구제하는데 목적이 있다고 할 것이므로, ‘우대’하는 행위나 ‘불리하지 않은 단순한 분리·구별’은 직접차별의 범위에서 제외하는 것이 타당하고 본다.⁶⁷³⁾ 나아가 결과적으로 불리한 대우의 유형을 예시하는 것에 불과하다면, 굳이 ‘분리·구별·제한·배제·거부 등’을 기술할 필요가 있는지도 의문이다.⁶⁷⁴⁾ 이렇게 되면, 직접차별은 ‘차별금지 사유를 이유로 합리적인 이유 없이 불리하게 대우하는 행위’로 규정될 수 있다.

나. 간접차별

‘간접차별’은 외견상 중립적인 기준을 적용하였으나, 일정한 차별금지 사유를 지닌 집단이나 개인에게 정당한 사유 없이 불리한 결과가 초래된 경우를 의미한다.

인권위법은 간접차별에 관하여 별도로 규정하고 있지 않으나, 국가인권위원회는 간접차별 사례를 차별로 인정하여 결정한 바 있다. 국내법상 남녀고용평등법 제2조

670) “... 제한·배제·분리·거부 등에 의하여 불리하게 대하는 경우”로 규정하고 있다.

671) 음선필, “포괄적 차별금지법에 대한 헌법적 평가”, 홍익법학 제21권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2020, 151-152면.

672) 서헌제, “국가인권위원회의 「평등법(시안)」에 대한 비판적 검토 - 성소수자 차별금지와 종교의 자유를 중심으로 -”, 교회와 법 제7권 제1호, 한국교회법학회, 2020, 166면.

673) 영국 「2010년 평등법」 제13조 제1항의 “덜 유리하게 대우하는 것”(A person (A) discriminates against another (B) if, because of a protected characteristic, A treats B less favourably than A treats others.); 독일 「일반평등대우법」 제3조 제1항의 “직접차별은 어떤 사람이 제1조에 언급된 사유로 인하여 비교가능한 상황에 있는 다른 사람이 받았거나 받고 있거나 받았을 것 보다 덜 유리한 대우를 받은 경우에 존재한다.”(Eine unmittelbare Benachteiligung liegt vor, wenn eine Person wegen eines in § 1 genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.).

674) 독일 「일반평등대우법」 제3조 제1항, 영국 「2010년 평등법」 제13조 제1항에는 ‘덜 유리한 대우’의 유형에 관한 별도의 예시가 없다.

제1호, 장애인차별금지법 제4조 제1항 제2호, 고령자고용법 제4조의4 제2항가 간접차별이 규정된 예로 본다.

간접차별을 차별금지법의 차별금지 유형에 포함시키는데 찬성하는 견해는 차별대우는 사실관계의 문제로 차별대우의 존재 여부를 확인함에 있어서 그 의도나 인식은 중요하지 않다는 이유로 간접차별을 포함시키는데 찬성한다거나,⁶⁷⁵⁾ 간접차별도 원칙적으로 차별에 해당하므로 불필요한 논란을 잠재우고 개념의 명확성을 제고하기 위해 간접차별에 관한 명시적 규정을 두는 것이 바람직하다고 한다.⁶⁷⁶⁾ 간접차별에 찬성하면서도 최소한의 형평성 및 비례성에 비추어 직접차별과 같이 ‘정당성’ 요건을 추가하여야 한다는 견해도 있다.⁶⁷⁷⁾

간접차별을 차별금지법의 차별금지 유형에 포함시키는데 반대하는 견해는 간접차별은 그 개념이 모호하고 넓으며,⁶⁷⁸⁾ 간접차별에 따라 차별금지법의 적용범위가 너무 광범위해지고,⁶⁷⁹⁾ 간접차별로 주관적 의사와 관계없이 책임지는 경우가 발생할 수 있고,⁶⁸⁰⁾ 악용될 소지가 크다고 주장한다.⁶⁸¹⁾ 주로 간접차별로 의도하지 않는 결과에 책임을 지게 될 수 있는 범위가 지나치게 넓어질 수 있는 부분에 대한 우려이다.

차별로 인한 피해자 보호를 충실하게 한다는 측면에서 간접차별도 차별금지 유형에 포함시켜야 할 것이다. 다만, 불리한 결과가 초래된 경우에 모두 간접차별에 해당하게 되는 것은 아님을 분명할 수 있도록 ‘정당화 사유’를 포함시킬 필요가 있다. 정당화 사유를 규정하는 방식과 관련하여, 독일 「일반평등대우법」 제3조 제2항의 예에 준하여, ‘외견상 중립적인 기준을 적용하였으나 차별금지 사유와 관련하여 특정 개인이나

675) 이준일, “차별금지법(안)에 대한 검토와 비교를 통한 대안의 제시 - 국가인권위원회와 법무부의 차별금지법안 및 국가인권위원회법과 장애인차별금지법을 중심으로 -”, 안암법학회, 2007, 171면.

676) 이준일, “평등법 제정의 의의와 국가인권위원회의 역할”, 인권연구 제4권 제2호, 한국인권학회, 2021, 100-101면.

677) 한지영, “차별금지법 제정을 둘러싼 쟁점의 비판적 검토: 차별의 개념 및 구제조치를 중심으로”, 이화젠더법학 제3권 제1호, 이화젠더법학연구소, 2011, 105-106면.

678) 서현제, “국가인권위원회의 「평등법(시안)」에 대한 비판적 검토 - 성소수자 차별금지와 종교의 자유를 중심으로 -”, 교회와 법 제7권 제1호, 한국교회법학회, 2020, 166면.

679) 윤용근, “국민이 꼭 알아야 할 차별금지법, 무엇이 문제인가”, 교회와 법 제7권 제2호, 한국교회법학회, 2021, 59-60면.

680) 안창호, “예배할 자유를 달라-차별금지법과 기본권”, 성서학 연구원 저널 제106호, 장로회신학대학교 성서학연구원, 2021, 14면.

681) 윤용근, “국민이 꼭 알아야 할 차별금지법, 무엇이 문제인가”, 교회와 법 제7권 제2호, 한국교회법학회, 2021, 61면.

집단에게 불리한 결과가 초래된 경우에, 적용된 기준의 목적이 합법적인 것으로 정당화되고 수단이 이러한 목적의 달성을 위해 적절하고 필요한 것으로 인정되는 경우가 아니라면 차별로 본다'와 같이 간접차별의 정당화 사유를 보다 구체화해서 규정하는 것이 바람직할 것이다.

다. 괴롭힘과 성적 괴롭힘(성희롱)

‘괴롭힘’(harrassment)은 일정한 차별금지 사유를 이유로 대상자의 의사에 반하여 그 대상자의 인간의 존엄성을 침해하는 것을 말하고, ‘성적 괴롭힘(성희롱)’(sexual harrassment)은 이 중 특히 성적 언동 또는 성적 요구 등으로 상대방에게 성적 굴욕감이나 혐오감을 느끼게 하는 것을 말한다. 괴롭힘이나 성적 괴롭힘(성희롱)에 의하여 피해자에게 직접·간접차별 이상으로 피해가 발생할 수 있다는 점을 고려할 때, 이를 직접·간접차별에 준하여 차별금지 유형에 포함시켜 보호할 필요가 있다. 다만, 괴롭힘을 차별금지 유형에 포함시키는 것에 대하여는 다수의 비판적 의견이 존재하므로 이에 대하여는 뒤에서 다시 살피기로 한다.

국내법상 장애인차별금지법 제3조 제21호⁶⁸²⁾ 및 제32조 제2항은 ‘괴롭힘 등’의 금지를 규정하고 있고,⁶⁸³⁾ 「근로기준법」 제76조는 ‘직장 내 괴롭힘’을 규정하고 있으며, 인권위법 제2조 제3호 라목, 「양성평등기본법」 제3조 제2호는 ‘성희롱’을 규정하고 있고, 남녀고용평등법 제2조 제2호는 ‘직장 내 성희롱’을 규정하고 있다. 다만 차별금지 유형으로서의 ‘괴롭힘’은 일정한 차별금지 사유를 이유로 할 것을 요구함에 반하여 「근로기준법」 제76조의 ‘직장 내 괴롭힘’은 괴롭힘의 이유를 요건으로 하지 않는다는 점에서 같은 행위 유형으로 보기 어려운 면이 있다.⁶⁸⁴⁾

(1) 괴롭힘과 성적 괴롭힘(성희롱)의 구별

‘괴롭힘’과 ‘성적 괴롭힘(성희롱)’에 해당하는 행위 유형이 모두 차별금지법에 따라

682) “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.

683) ‘괴롭힘 등’으로 포괄적으로 규정되어 있어, 여기에 정의된 행위와 차별금지 유형으로서의 ‘괴롭힘’의 상관관계를 정확히 파악하기 어렵다.

684) 아울러 ‘직장 내 괴롭힘’은 ① 직장에서의 지위 또는 관계 등의 우위를 이용할 것, ② 업무상 적정범위를 넘을 것을 요건으로 하는 점에서도 차이가 있다.

금지되고 구제조치도 동일하다면 ‘괴롭힘’과 ‘성적 괴롭힘(성희롱)’을 함께 규정하든 구별하여 규정하든 상관이 없을 것으로 보이기도 하지만, 성희롱을 이미 별도로 규정하고 있는 기존의 국내 법률들을 고려한다면, 일응 괴롭힘과 성적 괴롭힘을 구별하여 규정하는 것이 바람직할 것으로 보인다.⁶⁸⁵⁾⁶⁸⁶⁾

(2) 괴롭힘

1) 괴롭힘의 정의

차별금지 유형으로 ‘괴롭힘’을 포함시킨 해외 입법례에서 ‘괴롭힘’을 정의하는 내용을 살펴보면, 대상자의 ‘신체적·정신적 고통’을 반드시 요소로 하고 있지 않으며, 오히려 대상자의 ‘인간의 존엄성 침해’나 ‘위협적·적대적·모욕적·굴욕적 환경 조성’에 초점을 두고 있음을 확인할 수 있다.⁶⁸⁷⁾ 다만, 독일 「일반평등대우법」 제3조 제3항은 ‘인간의 존엄성 침해’와 ‘위협적·적대적·모욕적·굴욕적 환경 조성’을 함께 요구함에 반하여,⁶⁸⁸⁾ 영국 「2010년 평등법」 제26조 제1항은 ‘인간의 존엄성 침해’와 ‘위협적·적대적·모욕적·굴욕적 환경 조성’이 각각 별개의 괴롭힘의 요소로 함께 요구되지 않는다.⁶⁸⁹⁾

이 중 영국 「2010년 평등법」에 따라 괴롭힘의 요소를 살펴보면, 차별금지 유형 중 하나이므로 일단 ① 차별금지 사유와 관련성이 인정되어야 하고, ② 대상자의 의사에 반하는 행위이어야 하며, ③ 그러한 행위가 ‘대상자의 인간의 존엄성을 침해하는 것을 목적으로 하거나 대상자의 인간의 존엄성이 침해되는 결과를 야기한 행위’ 또는

685) 성희롱과 성별에 근거한 괴롭힘이 명확히 구분되어야 한다는 견해로, 한지영, “차별금지법 제정을 둘러싼 쟁점의 비판적 검토: 차별의 개념 및 구제조치를 중심으로”, 이화젠더법학 제3권 제1호, 이화젠더법학연구소, 2011, 110-111면; 홍성수, “차별금지법상 차별적 괴롭힘에 관한 연구”, 법학연구 통권 제59집, 전북대학교 법학연구소, 2019, 20-21면; 홍성수, “포괄적 차별금지법의 필요성: 평등기본법을 위하여”, 이화젠더법학 제10권 제3호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2018, 23면.

686) 독일 「일반평등대우법」 제3조 제3항 및 제4항은 ‘괴롭힘’과 ‘성적 괴롭힘’을 각각 차별금지 유형으로 규정하고 있음에 반하여, 영국 「2010년 평등법」 제26조와 「캐나다 인권법」 제14조는 ‘괴롭힘’ 내에 ‘성적 괴롭힘’을 포함시켜 규정하고 있다.

687) 「캐나다 인권법」 제14조 제1항은 괴롭힘의 의미를 따로 정의하고 있지 않다.

688) “괴롭힘은 제1조에 언급된 사유와 관련된 원치 않는 행동방식이 관련된 사람의 존엄성을 침해하고 위협적·적대적·굴욕적·명예훼손적·모욕적 특성의 환경이 조성되는 것을 목적으로 하거나 이를 야기하는 경우에는 차별이다.”

689) “어떤 사람(A)이 관련된 보호대상 특성과 관련하여 원치 않는 행위에 관여하고 그 행위가 다른 사람(B)의 존엄성을 침해하거나 B에 대하여 위협적·적대적·모욕적·굴욕적·공격적 환경을 조성하는 것을 목적으로 하거나 그러한 효과가 있는 행위라면, A는 B를 괴롭히는 것이다.”

‘대상자에 대하여 위협적·적대적·모욕적·굴욕적 환경을 조성하는 것을 목적으로 하는 행위이거나 그러한 환경을 조성하는 결과를 야기한 행위’일 것이 요구된다. 이에 따르면, 차별금지 유형으로서의 괴롭힘은 ‘차별금지 사유와 관련하여 타인의 의사에 반하여 그 사람의 인간의 존엄성을 침해하거나 그 사람에 대하여 위협적, 적대적, 모욕적 또는 굴욕적 환경을 조성한 행위는 차별로 본다’와 같이 규정할 수 있을 것이다.

2) 괴롭힘을 차별금지 유형에 포함시킬지 여부

괴롭힘을 차별금지 유형에 포함시킬지 여부와 관련하여, 소수자 집단에 대한 혐오 표현을 포함한 괴롭힘을 차별의 한 유형으로 규율하자는 견해⁶⁹⁰⁾와 괴롭힘을 직접·간접 차별과 같은 차별금지 유형으로 규정하는 것이 부적절하므로 별도의 법률상 금지된 행위로 규정하자는 견해⁶⁹¹⁾가 존재한다. 두 견해 모두 괴롭힘을 차별금지법의 내용으로 수용해야 한다는 점에서는 차이가 없다.

이에 반하여, 괴롭힘을 차별금지법 내로 수용하는 것과 관련해서는 괴롭힘이 명확성이 없고⁶⁹²⁾ 포괄적이며 모호하고 주관적인 개념이어서⁶⁹³⁾ 이를 차별행위로 금지하는 것은 표현의 자유를 규제하는 법률에 명확하게 규정할 것을 요구하는 헌법의 요청에 반하며,⁶⁹⁴⁾ 법의 남용으로 신앙·양심·학문·표현의 자유의 본질을 파괴하는 것이라⁶⁹⁵⁾ 강한 반대의견이 있다. 반대의견은 괴롭힘의 성립 여부가 피해자의 주관적 고통의 유무에 따라 판단되므로 괴롭힘으로 판단될 수 있는 행위유형의 범위가 대단히 넓을 수밖에 없고,⁶⁹⁶⁾ 피해자가 정신적 고통을 호소하는 것만으로 괴롭힘에 해당하고 차별이 된다면 객관적 사실에 근거한 비판이나 종교적·사상적 신념의 표명 혹은

690) 이준일, “평등법 제정의 의의와 국가인권위원회의 역할”, 인권연구 제4권 제2호, 한국인권학회, 2021, 103-104면.

691) 홍성수, “차별금지법상 차별적 괴롭힘에 관한 연구”, 법학연구 통권 제59집, 전북대학교 법학연구소, 2019, 17면.

692) 김승규, “발표-차별금지법의 문제점”, 제26회 기독교학술원 영성포럼, 2016, 32면.

693) 서현제, “국가인권위원회의 「평등법(시안)」에 대한 비판적 검토 - 성소수자 차별금지와 종교의 자유를 중심으로 -”, 교회와 법 제7권 제1호, 한국교회법학회, 2020, 164면.

694) 지영준, “포괄적 차별금지법 제정 논의와 가짜뉴스 - 2020. 6. 29.자 jtbc 팩트체크와 양심적 혐오표현권 -”, 교회와 법 제7권 제2호, 한국교회법학회, 2021, 215-216면.

695) 조영길, “정의당 차별금지법안의 위험성”, 교회와 법 제7권 제2호, 한국교회법학회, 2021, 146면.

696) 음선필, “포괄적 차별금지법에 대한 반론 - 기독교의 관점에서 -”, 교회와 법 제7권 제1호, 한국교회법학회, 2020, 142면; 음선필, “포괄적 차별금지법에 대한 헌법적 평가”, 홍익법학 제21권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2020, 152-153면.

정책 제안 등도 일단 차별이 될 수 있고,⁶⁹⁷⁾ 그렇게 되면 가해자에게 증명책임이 전환되어 정당한 사유가 있다는 점을 입증하여야 하며,⁶⁹⁸⁾ 그 결과 유일신 교리를 가르치는 것,⁶⁹⁹⁾ 길거리 전도·포교,⁷⁰⁰⁾ 개종 권유,⁷⁰¹⁾ 이단성에 대한 비판,⁷⁰²⁾ 교회 내에서의 반동성에 설교,⁷⁰³⁾ 직장 내 신우회 내에서의 반동성에 설교·강의,⁷⁰⁴⁾ 직장 내 동성에 중단 상담,⁷⁰⁵⁾ 동성애에 대한 부정적 내용이 담긴 책,⁷⁰⁶⁾ 동성애의 보건적 유해성에 대한 학문 연구·발표, 차별금지법 부작용에 대한 학술토론회 개최⁷⁰⁷⁾ 등이 모두 금지대상 차별에 해당할 수 있고, 손해배상 및 징벌적 손해배상을 비롯한 민사상 책임을 지거나 이행강제금이라는 행정집행벌을 부과받을 우려⁷⁰⁸⁾가 있기 때문에 문제라고 주장한다.

위와 같은 괴롭힘을 차별금지 유형에 포함시키는 것에 대한 반대의견은 괴롭힘의 정의는 2007년 정부안 제3조 제1항 제3호의 ‘…을 이유로 … 수치심, 모욕감, 두려움 등 정신적 고통을 주는 행위’에 따르고,⁷⁰⁹⁾ 증명책임은 장해영의원안 제52조와 같이

697) 안창호, “예배할 자유를 달라-차별금지법과 기본권”, 성서학 연구원 저널 제106호, 장로회신학대학교 성서학연구원, 2021, 16면.

698) 음선필, “포괄적 차별금지법에 대한 반론 - 기독교의 관점에서 -”, 교회와 법 제7권 제1호, 한국교회법학회, 2020, 142면; 음선필, “포괄적 차별금지법에 대한 헌법적 평가”, 홍익법학 제21권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2020, 152-153면.

699) 조영길, “정의당 차별금지법안의 위험성”, 교회와 법 제7권 제2호, 한국교회법학회, 2021, 138면.

700) 서헌제, “국가인권위원회의 「평등법(시안)」에 대한 비판적 검토 - 성소수자 차별금지와 종교의 자유를 중심으로 -”, 교회와 법 제7권 제1호, 한국교회법학회, 2020, 164면.

701) 음선필, “포괄적 차별금지법에 대한 반론 - 기독교의 관점에서 -”, 교회와 법 제7권 제1호, 한국교회법학회, 2020, 142면.

702) 음선필, “포괄적 차별금지법에 대한 반론 - 기독교의 관점에서 -”, 교회와 법 제7권 제1호, 한국교회법학회, 2020, 142면.

703) 전윤성, “차별금지법을 왜 반대해야 하는가?”, 교회와 법 제7권 제2호, 한국교회법학회, 2021, 95-96면.

704) 조영길, “정의당 차별금지법안의 위험성”, 교회와 법 제7권 제2호, 한국교회법학회, 2021, 143면.

705) 조영길, “정의당 차별금지법안의 위험성”, 교회와 법 제7권 제2호, 한국교회법학회, 2021, 143-144면.

706) 지영준, “포괄적 차별금지법 제정 논의와 가짜뉴스 - 2020. 6. 29.자 jtbc 팩트체크와 양심적 혐오표현권 -”, 교회와 법 제7권 제2호, 한국교회법학회, 2021, 194면.

707) 전윤성, “차별금지법을 왜 반대해야 하는가?”, 교회와 법 제7권 제2호, 한국교회법학회, 2021, 95면.

708) 음선필, “포괄적 차별금지법에 대한 반론 - 기독교의 관점에서 -”, 교회와 법 제7권 제1호, 한국교회법학회, 2020, 138면; 음선필, “포괄적 차별금지법에 대한 헌법적 평가”, 홍익법학 제21권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2020, 150면.

709) 2007년 정부안 제32조 제1항은 차별(괴롭힘)이 있었다는 사실의 입증(증명)은 차별(괴롭힘)을 받았다고 주장하는 자가 하여야 한다고 규정하고 있다.

피해자의 주장만으로 모든 증명책임이 전환되는⁷¹⁰⁾ 극단적인 사례를 전제로 하고 있는 것으로 보인다. 또한 반대의견은 괴롭힘에서의 정신적 고통의 판단기준을 피해자 주장에 따르는 것으로 전제하고 있으나, 괴롭힘에 관하여도 이미 성희롱에 관한 대법원 판례를 통해 확립된 ‘합리적 피해자 기준설’⁷¹¹⁾이 적용될 것이다. 따라서 이러한 반대의견의 전제는 과도하고 근거가 없으며 무리한 것으로 생각된다.

앞서 언급한 괴롭힘의 정의와 성희롱에 관한 대법원 판례를 연계해보면, ‘괴롭힘이란 사회공동체의 건전한 상식과 관행에 비추어 볼 때 객관적으로 상대방과 같은 처지에 있는 일반적이고 평균적인 사람으로 하여금 인간의 존엄성 침해로 느끼게 할 수 있는 행위를 뜻하고, 괴롭힘이 성립하기 위해서는 당사자의 관계, 행위가 행해진 장소와 상황, 행위에 대한 상대방의 명시적 또는 추정적인 반응의 내용, 행위의 내용과 정도, 행위가 일회적 또는 단기간의 것인지 아니면 계속적인 것인지 등 구체적인 사정을 참작하여 볼 때 상대방의 의사에 반하는 차별금지사유와 관련된 언동 등으로 상대방이 인간의 존엄성 침해를 느꼈다고 인정되어야 한다’는 내용으로 향후 차별금지 유형으로서의 괴롭힘의 판단기준이 형성될 수 있을 것으로 예상된다.

3) 괴롭힘이 적용되는 차별금지 사유나 영역의 제한 여부

괴롭힘을 차별금지 유형에 포함시킨 경우에, 괴롭힘이 적용되는 차별금지 사유나 차별금지 영역을 제한할 것인지에 관한 문제가 있을 수 있다. 실제로 영국 「2010년 평등법」⁷¹²⁾과 「캐나다 인권법」⁷¹³⁾은 차별금지 사유나 차별금지 영역에 일정한 제한을

710) 장혜영의원안 제3조 제1항은 괴롭힘에 관하여 “제1호 각 목의 영역에서 성별등일 이유로 적대적·모욕적 환경을 조성하는 등 신체적·정신적 고통을 주어 인간의 존엄성을 침해하는 행위”로 규정하고 있다.

711) ‘성적 언동’이란 남녀 간의 육체적 관계 또는 남성이나 여성의 신체적 특징과 관련된 육체적, 언어적, 시각적 행위로서, 사회공동체의 건전한 상식과 관행에 비추어 볼 때 ‘객관적으로 상대방과 같은 처지에 있는 일반적이고 평균적인 사람’으로 하여금 성적 굴욕감이나 혐오감을 느끼게 할 수 있는 행위를 뜻한다. 성희롱이 성립하기 위해서는 행위자에게 반드시 성적 동기나 의도가 있어야 하는 것은 아니지만, 당사자의 관계, 행위가 행해진 장소와 상황, 행위에 대한 상대방의 명시적 또는 추정적인 반응의 내용, 행위의 내용과 정도, 행위가 일회적 또는 단기간의 것인지 아니면 계속적인 것인지 등 구체적인 사정을 참작하여 볼 때 성적 언동 등으로 상대방이 성적 굴욕감이나 혐오감을 느꼈다고 인정되어야 한다. 대법원 2021. 9. 16. 선고 2021다219529 판결.

712) 영국 「2010년 평등법」 제26조 제5항 및 제29조 제8항. 괴롭힘의 보호대상 특성을 ‘인종, 장애, 성전환, 인종, 종교 또는 신념, 성별, 성적 지향’으로만 규정하여, ‘혼인 및 동성결혼’을 제외하고 있고, ‘공중(the public or a section of the public)’을 대상으로 서비스를 제공하는 서비스 제공자’의 괴롭힘 금지와 관련해서는 ‘종교 또는 신념, 성적 지향’을 추가적으로 보호대상 특

두고 있기도 하다. 2007년 정부안은 괴롭힘의 사유를 ‘성별, 인종, 피부색, 출신민족, 장애’로 한정했었다.

신중한 검토가 필요한 사항이기는 하나, 차별금지법이 차별금지사유를 열거적으로 규정한다면, 괴롭힘은 열거된 차별금지 사유에 제한 없이 적용되는 것을 원칙으로 하는 것이 바람직하다고 본다.⁷¹⁴⁾

(3) 성적 괴롭힘(성희롱)

성적 괴롭힘(성희롱)에 관하여는 국내적으로 이미 인권위법 제2조 제3호 라목,⁷¹⁵⁾ 「양성평등기본법」 제3조 제2호,⁷¹⁶⁾ 남녀고용평등법 제2조 제2호⁷¹⁷⁾에 정의의 규정이 마련되어 있다. 다만 그 영역, 주체 및 행위 유형에 차이가 있어서, 남녀고용평등법 제2조 제2호의 인정 범위가 가장 좁고, 「양성평등기본법」 제3조 제2호의 인정 범위가 가장 넓다.⁷¹⁸⁾

성에서 제외하고 있다.

713) 「캐나다 인권법」 제14조 제1항: ‘공중(the general public)이 통상적으로 이용할 수 있는’ 재화·용역·설비·시설의 제공, 상업용 부동산 및 주거시설의 제공 그리고 고용 관련 문제에 있어서 괴롭힘이 차별행위라고 규정하고 있다.

714) 차별금지 사유를 예시적으로 규정하면서, 괴롭힘을 모든 차별금지사유로 확장하자는 견해로, 이준일, “차별금지법(안)에 대한 검토와 비교를 통한 대안의 제시 - 국가인권위원회와 법무부의 차별금지법안 및 국가인권위원회법과 장애인차별금지법을 중심으로 -”, 안암법학 제25권, 안암법학회, 2007, 172면; 홍성수, “차별금지법상 차별적 괴롭힘에 관한 연구”, 법학연구 통권 제59집, 전북대학교 법학연구소, 2019, 18면.

715) 성희롱(업무, 고용, 그 밖의 관계에서 공공기관(국가기관, 지방자치단체, 「초·중등교육법」 제2조, 「고등교육법」 제2조와 그 밖의 다른 법률에 따라 설치된 각급 학교, 「공직자윤리법」 제3조의2제1항에 따른 공직유관단체를 말한다)의 종사자, 사용자 또는 근로자가 그 직위를 이용하여 또는 업무 등과 관련하여 성적 언동 등으로 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하거나 성적 언동 또는 그 밖의 요구 등에 따르지 아니한다는 이유로 고용상의 불이익을 주는 것을 말한다) 행위.

716) “성희롱”이란 업무, 고용, 그 밖의 관계에서 국가기관·지방자치단체 또는 대통령령으로 정하는 공공단체(이하 “국가기관 등”이라 한다)의 종사자, 사용자 또는 근로자가 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 하는 경우를 말한다. 가. 지위를 이용하거나 업무 등과 관련하여 성적 언동 또는 성적 요구 등으로 상대방에게 성적 굴욕감이나 혐오감을 느끼게 하는 행위. 나. 상대방이 성적 언동 또는 요구에 대한 불응을 이유로 불이익을 주거나 그에 따르는 것을 조건으로 이익 공여의 의사표시를 하는 행위.

717) “직장 내 성희롱”이란 사업주·상급자 또는 근로자가 직장 내의 지위를 이용하거나 업무와 관련하여 다른 근로자에게 성적 언동 등으로 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하거나 성적 언동 또는 그 밖의 요구 등에 따르지 아니하였다는 이유로 근로조건 및 고용에서 불이익을 주는 것을 말한다.

718) 특히 「양성평등기본법」 제3조 제2호는 상대방이 성적 언동 또는 요구 등에 따르는 것을 조건으로 ‘이익 공여의 의사표시를 하는 행위’까지 성희롱의 범위에 포함시키고 있다.

1) 성적 괴롭힘(성희롱)의 명칭

우선 성적 괴롭힘(성희롱)의 명칭과 관련하여, 성희롱이라는 용어가 사용되게 된 연혁적 의미는 차치하고, ‘희롱’이라는 용어의 사전적 의미가 ‘실없이 놀리는 짓’이라는 것을 고려할 때, 그 행위의 법적 성격을 명확히 나타낼 수 있도록 차별금지법에서는 이를 ‘성적 괴롭힘’으로 규정할 필요가 있다.⁷¹⁹⁾

2) 성적 괴롭힘(성희롱)의 주체에 대한 제한 여부

성적 괴롭힘의 주체에 제한을 둘 것인지가 문제된다. 현행 인권위법 제2조 제3호 라목은 ‘공공기관(국가기관, 지방자치단체, 「초·중등교육법」 제2조, 「고등교육법」 제2조와 그 밖의 다른 법률에 따라 설치된 각급 학교, 「공직자윤리법」 제3조의2제1항에 따른 공직유관단체를 말한다)의 종사자, 사용자 또는 근로자’, 「양성평등기본법」 제3조 제2호는 ‘국가기관·지방자치단체 또는 대통령령으로 정하는 공공단체의 종사자, 사용자 또는 근로자’, 남녀고용평등법 제2조 제2호는 ‘사업주·상급자 또는 근로자’로 제한하고 있다. 이에 따라 고객에 의한 성적 괴롭힘, 학생에 의한(또는 학생간) 성적 괴롭힘, 민간단체 회원에 의한(또는 회원간) 성적 괴롭힘 등은 현행법에 따른 ‘성희롱’에 포함되지 않는다.

앞서 괴롭힘을 차별금지 유형의 하나로 규정하면서 주체에 제한을 두지 않는다면, 성적 괴롭힘에 대하여만 주체를 규정할 이유가 없다고 본다.⁷²⁰⁾⁷²¹⁾ 이에 따라 성적 괴롭힘의 범위가 현행법상 성희롱에 비해 대폭 확대될 것으로 예상된다.

3) 성적 괴롭힘(성희롱)에 업무관련성을 요구할 것인지 여부

성적 괴롭힘에 ‘그 지위를 이용하거나 업무 등과 관련하여’와 같은 업무관련성을 요구할 것인지가 문제된다. 현행 인권위법 제2조 제3호 라목은 ‘그 직위를 이용하여 또는 업무 등과 관련하여’, 「양성평등기본법」 제3조 제2호 가목은 ‘지위를 이용하거나

719) 또한 ‘harassment’를 ‘괴롭힘’으로 규정한다면, ‘sexual harassment’는 ‘성적 괴롭힘’으로 규정되어야 할 것이다. 홍관표, “차별금지법 제정 방안에 관한 검토”, 이화젠더법학 제13권 제2호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2021, 17면.

720) 독일 「일반평등대우법」 제3조 제4항, 영국 「2010년 평등법」 제26조 제2항 및 제3항 및 「캐나다 인권법」 제14조 제2항 모두 성적 괴롭힘에 관하여 별도로 주체를 제한하지 않고 있다.

721) 홍관표, “차별금지법 제정 방안에 관한 검토”, 이화젠더법학 제13권 제2호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2021, 18면.

업무 등과 관련하여’, 남녀고용평등법 제2조 제2호는 ‘직장 내의 지위를 이용하거나 업무와 관련하여’라고 규정하여 업무관련성을 요건으로 하고 있다.

이 역시 괴롭힘을 차별금지 유형의 하나로 규정하면서 업무관련성을 별도로 요구하지 않는다면, 성적 괴롭힘에 대해서만 업무관련성을 요구할 이유가 없다고 본다.⁷²²⁾

라. 차별 표시·조장 광고

‘차별 표시·조장 광고’는 합리적인 이유 없이 차별을 표시하거나 이를 조장하는 광고를 의미한다. 장애인차별금지법 제4조 제1항 제4호⁷²³⁾에 장애인차별금지법에서 금지하는 차별의 하나로 규정되어 있다.

차별 표시·조장 광고를 차별금지 유형에 포함시키는 것은 불특정 다수를 대상으로 하는 광고의 파급효과를 고려하여 이에 대한 규제를 마련하는 의미가 있겠고, 특히 일부 차별금지 사유에 대하여서는 규제의 필요성이 높기도 하지만,⁷²⁴⁾ 차별금지 유형에 차별 표시·조장 광고를 포함시키는 것은 차별금지에 관한 일반적인 입법례가 아니고,⁷²⁵⁾⁷²⁶⁾ 별도의 표시·광고에 관한 개별 법률에 규정하는 방식으로 문제가 될 수 있는 광고를 규율하는 것도 충분히 가능하기 때문에, 차별금지법에서 차별금지 사유 전반에 걸쳐 차별 표시·조장 광고를 차별금지 유형으로 포함시킬 필요성은 낮다고 본다.⁷²⁷⁾

722) 홍관표, “차별금지법 제정 방안에 관한 검토”, 이화젠더법학 제13권 제2호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2021, 19면.

723) 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.

724) 차별 표시·조장 광고를 차별금지 유형에 포함시키는 것에 대하여는 반동성에 피케팅이나 현수막, 기독교 언론사의 반동성에 설교 방송·신문·인터넷, 인터넷 블로그나 전단지 또는 단체카톡을 통한 ‘동성애에 대한 부정적 표현이 제재의 대상이 될 수 있다는 이유로 반대하는 견해가 있다. 전윤성, “차별금지법을 왜 반대해야 하는가?”, 교회와 법 제7권 제2호, 한국교회법학회, 2021, 95면; 지영준, “포괄적 차별금지법 제정 논의와 가짜뉴스 - 2020. 6. 29.자 jibc 팩트체크와 양심적 혐오표현권 -”, 교회와 법 제7권 제2호, 한국교회법학회, 2021, 198면.

725) 독일 「일반평등대우법」이나 영국 「2010년 평등법」은 이와 관련된 규정을 두고 있지 않다.

726) 「캐나다 인권법」 제12조는 ‘차별이나 차별의사를 나타내거나 암시하는 표시(공고·표지·상징·문장 등) 또는 다른 사람을 차별하도록 선동하거나 선동하도록 의도된 표시를 대중에게 공표·전시하거나 공표·전시되도록 하는 것’을 차별행위로 규정하고 있다.

727) 홍관표, “차별금지법 제정 방안에 관한 검토”, 이화젠더법학 제13권 제2호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2021, 20면.

마. 비방 등 혐오 표현

‘비방 등 혐오 표현(hate messages)’은 일정한 차별금지 사유를 이유로 특정인 또는 불특정 다수인에게 증오, 모욕 등의 메시지를 전달하는 것을 의미한다. 특정인에 대한 비방은 일정한 요건을 충족하면 괴롭힘에 포섭될 수 있고, 광고의 방식에 의한 경우에는 차별 표시·조장 광고에 해당할 수도 있겠다.

비방 등 혐오 표현을 차별금지법에 차별금지 한 유형으로 포함시키지 않더라도, 「형법」⁷²⁸⁾이나 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」에서 규율하는 방안이 가능하므로, 차별금지법에서 차별금지 사유 전반에 걸쳐 비방 등 혐오 표현을 차별금지 유형으로 포함시킬 필요성은 낮다고 본다.⁷²⁹⁾⁷³⁰⁾

이와 같이 비방 등 혐오 표현을 차별금지법안에서 제외시키면, 차별금지법안이 혐오표현금지법과 차별금지법의 혼합형태로 되어 있거나,⁷³¹⁾ ‘양심적 혐오표현권’이 보호되어야 한하거나,⁷³²⁾ 신앙에 대한 역차별에 해당한다는⁷³³⁾ 등의 주장으로 차별금지법 제정에 반대하는 논거를 상당 부분 논의의 장에서 제외시킬 수 있는 부수적 효과도 있을 것으로 보인다.

바. 중복차별

‘중복차별’은 별도의 차별금지 유형이라고 하기 보다는 복수의 차별금지 사유를 원인으로 하여 차별이 이루어진 경우에 그 효과 내지 절차에 관한 것이다. 장애인차별금지법 제5조 제1항은 차별의 원인이 2가지 이상이고, 그 주된 원인이 장애라고 인정

728) 유럽 국가들은 대부분 혐오표현 중 증오선동(incitement to hatred)에 해당하는 행위를 「형법」에 근거규정을 두어 형사처벌하고 있다. 홍성수, “포괄적 차별금지법의 필요성: 평등기본법을 위하여”, 이화젠더법학 제10권 제3호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2018, 25면.

729) 독일 「일반평등대우법」이나 영국 「2010년 평등법」은 비방 등 혐오 표현에 관한 규정이 없고, 「캐나다 인권법」 제13조에서 통신시설 내지 정보통신을 이용한 ‘혐오 메시지’(hate messages) 전달을 차별행위로 규정하고 있었으나 이 규정은 2013년 삭제되었다.

730) 홍관표, “차별금지법 제정 방안에 관한 검토”, 이화젠더법학 제13권 제2호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2021, 21면.

731) 전윤성, “차별금지법을 왜 반대해야 하는가?”, 교회와 법 제7권 제2호, 한국교회법학회, 2021, 75면.

732) 지영준, “포괄적 차별금지법 제정 논의와 가짜뉴스 - 2020. 6. 29.자 jtbc 팩트체크와 양심적 혐오표현권 -”, 교회와 법 제7권 제2호, 한국교회법학회, 2021, 210면.

733) 최성훈, “포괄적 차별금지법과 동성애”, 신학과 실천 제79호, 한국실천신학회, 2022, 621면.

되는 경우 그 행위를 장애인차별금지법에 따른 차별로 보는 규정을 두고 있다. 차별금지법에서 중복차별에 관한 규정이 의미가 있는 것은 여러 차별금지 사유가 중복된 경우에 그에 대한 정당한 사유 내지 합리적인 이유 역시 각 차별금지 사유별로 모두 인정되어야 한다는 점이다.⁷³⁴⁾

사. 차별의 지시

‘차별의 지시’는 자신이 직접 차별행위를 하지 않고 다른 사람으로 하여금 차별행위를 하도록 지시한 경우에 그러한 지시를 차별로 간주하는 것을 의미한다. 국내 법률에서 ‘차별의 지시’를 차별금지의 한 유형으로 규정한 예는 없다.

차별지시는 직접적으로 차별을 유발하기 때문에 그 자체로 차별행위로 간주하는 것이 적절하다는 견해가 있다.⁷³⁵⁾

차별의 지시가 이루어졌으나 구체적인 차별행위가 이루어지지 않는 경우에도 이를 중지시키고, 그 지시에 대하여 손해배상 등의 책임을 물을 수 있도록 하는 실익이 있을 수 있으므로, 차별금지법에 ‘차별의 지시’를 차별금지의 한 유형으로 포함시키는 방안을 적극적으로 검토할 필요가 있다.⁷³⁶⁾

아. 정당한 편의 제공 거부

‘정당한 편의 제공 거부’는 특정한 차별금지 사유가 있는 사람이 다른 사람과 동일하게 접근·이용·참여하기 위해 필요한 편의시설, 설비, 도구, 서비스 등을 요구한 경우에 과도한 부담이나 현저히 곤란한 사정이 인정되지 않음에도 불구하고 이를 거부하면 그러한 거부 자체를 차별로 인정하는 것을 말한다. 이러한 ‘정당한 편의 제공 거부’

734) 독일 「일반평등대우법」 제4조는 복수의 사유에 의한 차별적 대우의 경우에 차별적 대우가 이루어진 모든 사유에 대하여 정당화가 이루어질 것을 요구하는 규정을 두고 있고, 영국 「2010년 평등법」 제14조도 결합차별(combined discrimination)에 대해 차별피해자는 각각의 차별금지 사유에 따른 직접차별을 증명할 필요가 없지만 차별행위자는 각각의 차별금지 사유에 대하여 직접차별에 해당하지 않음을 증명하도록 하는 규정을 두고 있다.

735) 홍성수, “포괄적 차별금지법의 필요성: 평등기본법을 위하여”, 이화젠더법학 제10권 제3호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2018, 26면.

736) 독일 「일반평등대우법」 제3조 제5항은 ‘제1조에 언급된 사유로 어떤 사람을 차별하도록 하는 지시는 차별로 간주된다.’고 규정하고 있으나, 영국 「2010년 평등법」과 「캐나다 인권법」은 이와 관련하여 별도의 규정을 두고 있지 않다.

는 장애를 이유로 한 차별에 특유한 것으로 이해되고, 현재 장애인차별금지법에 이에 대하여 상세한 규정을 마련해두고 있으므로, 장애인차별금지법을 차별금지법으로 통합하는 입법을 추진하는 것이 아닌 한, 이에 대해서 차별금지법에서 별도로 규정할 실익이 없다고 본다.⁷³⁷⁾

6. 차별금지의 영역

「대한민국헌법」 전문은 '모든 영역'에 있어서 각인의 기회를 균등히 할 것을 천명하고 있고, 헌법 제10조의 평등의 원칙 내지 평등권의 적용범위에 제한이 있는 것은 아니므로, 원칙적으로는 모든 생활영역에 있어서 차별이 금지되어야 할 것이지만, 입법 목적의 효과적 달성을 위해 차별금지법의 보호가 필요한 영역을 제한하는 것도 가능하다.

차별금지 영역과 관련해서는 고용, 교육, 재화와 용역의 공급이나 이용, 법령이나 정책의 집행 분야 등이 논의되어 왔다.⁷³⁸⁾ 2007년 정부안 제3조 제1항 제1호도 차별금지 영역을 고용, 재화·용역 등의 공급이나 이용, 교육기관의 교육 및 직업훈련, 법령과 정책의 집행으로 규정하고 있었다. 현행 차별금지 입법 중 여러 차별금지 영역에 걸쳐 적용되는 법률로는 인권위법과 장애인차별금지법이 있다. 인권위법 제2조 제3호가목 내지 다목은 차별금지 영역을 ① 고용(모집, 채용, 교육, 배치, 승진, 임금 및 임금 외의 금품 지급, 자금의 융자, 정년, 퇴직, 해고 등을 포함한다), ② 재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용, ③ 교육시설이나 직업훈련기관에서의 교육·훈련이나 그 이용으로 구분하여 규정하고 있다. 장애인차별금지법은 제2장 차별금지에서 차별금지 영역을 ① 고용, ② 교육, ③ 재화와 용역의 제공 및 이용, ④ 사법·행정절차와 서비스 및 참정권, ⑤ 모·부성권, 성 등, ⑥ 가족·가정·복지시설, 건강권 등으로 구분하여 규정하고 있다.

737) 홍관표, “차별금지법 제정 방안에 관한 검토”, 이화젠더법학 제13권 제2호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2021, 23면.

738) 홍관표, “차별금지법 제정 추진상 쟁점 및 과제”, 저스티스 통권 제139호, 한국법학원, 2013, 332면. 2007년 12월 정부 제출 「차별금지법안」 제3조 제1항 제1호는 차별금지 영역을 ① 고용, ② 재화·용역 등의 공급이나 이용, ③ 교육기관의 교육 및 직업훈련, ④ 법령과 정책의 집행으로 규정하고 있었다.

가. 고용

‘고용’은 대표적인 차별금지 영역이고, 고용에서의 차별금지를 규정하고 있는 법으로는 인권위법과 장애인차별금지법은 물론 「근로기준법」, 남녀고용평등법, 고령자고용법, 기간제법, 파견법 등 고용 영역에 한정된 개별적 차별금지법도 존재하고 있다.

고용 영역에서의 차별금지 의무자는 원칙적으로 「근로기준법」 제2조 제1항 제2호에 따른 “사용자”이고, 차별금지 대상자는 「근로기준법」 제2조 제1항 제1호에 따른 “근로자” 또는 “근로자가 되려는 사람”이다.

고용 영역에서 차별이 금지되는 세부 분야를 고령자고용법 제4조의4 제1항 제1호 내지 제5호에 준하여 나누면, ① 모집·채용, ② 임금, 임금 외의 금품 지급 및 복리후생, ③ 교육·훈련, ④ 배치·전보·승진, ⑤ 퇴직·해고로 구분해 볼 수 있다.⁷³⁹⁾

이 내용을 조문의 형식으로 구성해보면, 다음과 같다.

사용자는 차별금지 사유를 이유로 다음 각 호의 분야에서 근로자 또는 근로자가 되려는 사람을 차별하여서는 아니 된다.⁷⁴⁰⁾

1. 모집·채용
2. 임금, 임금 외의 금품 지급 및 복리후생
3. 교육·훈련
4. 배치·전보·승진
5. 퇴직·해고

고용 영역에서 「근로기준법」 제2조 제1항 제2호에 따른 사용자 외에 「노동조합 및 노동관계조정법」(이하 “노동조합법”이라고 한다) 제2조 제4호의 “노동조합”과 「직업안정법」 제2조의2에 규정된 “직업소개사업, 근로자공급사업, 직업정보제공사업 등 고용서비스 업무를 수행하는 사업자”를 추가로 규율하는 것도 필요하다고 평가된다.⁷⁴¹⁾ 특히 노동조합법 제9조의 차별대우의 금지⁷⁴²⁾를 차별금지법의 고용 영역에

739) 남녀고용평등법은 제2장 제1절 제7조부터 제11조까지에서 ① 모집과 채용, ② 임금, ③ 임금 외의 금품 등, ④ 교육·배치 및 승진, ⑤ 정년·퇴직 및 해고로 분야를 구분하고 있다.

740) 고령자고용법 제4조의4 제1항은 “합리적인 이유 없이”가 문구 중간에 포함되어 있는데, 여기서는 해당 조문의 앞 부분에 “차별”의 유형별 정의에 관한 별도의 규정이 있음을 전제로 하여, “합리적인 이유 없이”를 별도로 표기하지 않았다.

741) 독일 「일반평등대우법」 제18조, 영국 「2010년 평등법」 제57조, 「캐나다 인권법」 제9조는 모두 노동자단체의 차별금지에 관한 규정을 두고 있고, 독일 「일반평등대우법」 제7조 제2항은 차별금지에 위반된 합의나 단체협약상의 규정을 무효로 선언하는 규정을 두고 있다.

추가한다면 그 실효성을 확보할 수 있을 것으로 생각된다.⁷⁴³⁾

한편 남녀고용평등법 제3조 제1항 단서 및 남녀고용평등법 시행령 제2조 제1항은 ‘동거하는 친족만으로 이루어지는 사업 또는 사업장’과 ‘가사사용인’에 대하여는 남녀고용평등법의 적용을 제외하고 있어 차별금지법을 제정함에 있어서 이를 고려할 필요가 있다.

나. 교육

‘교육’도 대표적인 차별금지 영역이다. 교육에서의 차별금지를 규정하고 있는 법으로는 인권위법과 장애인차별금지법이 있다.

교육 영역에서의 차별금지 의무자는 원칙적으로 교육기관의 종사자이고 차별금지 대상자는 특별히 제한되지 않는다. 교육기관에는 「직업교육훈련 촉진법」 제2조 제2호에 따른 ‘직업교육훈련기관’도 포함시켜 규정하는 것이 바람직하다.

교육 영역에서 차별이 금지되는 세부 분야는 ① 입학, 재입학, 전학, 편입학, ② 수업·교육과정·자치활동에의 참여, 학급편성, 시설의 이용, ③ 생활기록부 또는 학교 생활기록의 작성, ④ 건강검사, 급식 기타 혜택, ⑤ 수업료 등 교육비용 기타 납부금, ⑥ 학교규칙, 퇴학처분 등 징계 기타 지도, ⑦ 학위수여, 수료 또는 졸업으로 구분해 볼 수 있다.⁷⁴⁴⁾

이 내용을 조문의 형식으로 구성해보면, 다음과 같다.

교육기관의 종사자는 차별금지 사유를 이유로 다음 각 호의 분야에서 대상자를 차별하여서는 아니 된다.

1. 입학, 재입학, 전학, 편입학
2. 수업·교육과정·자치활동에의 참여, 학급편성, 시설의 이용
3. 생활기록부 또는 학교생활기록의 작성
4. 건강검사, 급식 기타 혜택
5. 수업료 등 교육비용 기타 납부금
6. 학교규칙, 퇴학처분 등 징계 기타 지도
7. 학위수여, 수료 또는 졸업

742) “노동조합의 조합원은 어떠한 경우에도 인종, 종교, 성별, 연령, 신체적 조건, 고용형태, 정당 또는 신분에 의하여 차별대우를 받지 아니한다.”

743) 장애인차별금지법 제10조 제2항은 노동조합을 장애인차별금지 의무자로 규정하고 있다.

744) 남녀고용평등법은 제2장 제1절 제7조부터 제11조까지에서 ① 모집과 채용, ② 임금, ③ 임금 외의 금품 등, ④ 교육·배치 및 승진, ⑤ 정년·퇴직 및 해고로 분야를 구분하고 있다.

교육 영역에서 차별이 금지되는 세부 분야에 ‘교육의 내용’을 포함시킬 것인지가 문제된다. 교육내용과 관련, 차별·혐오·편견을 교육내용에 포함시킨 경우를 차별금지법으로 규율하는 것이 바람직한 것인지에 대하여는 의문이다. 교육내용을 차별금지법의 직접 대상으로 하는 것은 차별금지에 관한 일반적인 입법례도 아니다.⁷⁴⁵⁾ 일정한 교육내용의 전달로 특정인에게 차별금지 유형 중 ‘괴롭힘’이나 ‘성적 괴롭힘’을 구성하는 수준에 해당하게 된 경우는 별론, 차별금지법에서 차별금지 사유 전반에 걸쳐 그와 관련된 교육 내용의 차별성을 차별시정기구나 법원을 통해 심사할 수 있도록 제도화하는 것은 헌법 제31조 제4항에 규정된 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성에 비추어 교육 영역에 대한 과도한 개입이라고 생각된다. 일정한 차별금지 사유와 관련하여 특정 교육 내용에 대한 규율이 꼭 필요한 경우라면, 차별금지법 보다 교육에 관한 법률에서 규율하는 것이 바람직한 것으로 보인다.

참고로 영국 「2010년 평등법」은 ‘초·중·고등학교’의 경우 보호대상 특성에서 ‘연령, 결혼 및 동성결혼’을 제외하고 있고,⁷⁴⁶⁾ 교육당국⁷⁴⁷⁾의 학생에 대한 괴롭힘이 인정되는 보호대상 특성(차별금지 사유)에서 다시 ‘성별전환, 종교 또는 신념, 성적 지향’을 제외하고 있다.⁷⁴⁹⁾

다. 재화와 용역의 공급이나 이용

‘재화와 용역의 공급이나 이용’에서의 차별금지를 규정하고 있는 법으로는 인권위법⁷⁵⁰⁾과 장애인차별금지법⁷⁵¹⁾이 있다.

745) 「캐나다 인권법」은 차별금지 영역에 교육을 포함시키지 않고 있으며, 독일 「일반평등대우법」 제2조 제1항 제7호는 교육을 차별금지 영역으로 규정하고 있으나 별도의 세부 분야에 관한 차별금지를 규정하고 있지 않고, 영국 「2010년 평등법」은 제6장 교육에서 ‘초·중·고등학교, 직업교육 및 고등교육, 자격부여 기관’의 차별금지를 규정하고 있으나, ‘교육 내용’에 관하여는 규율하고 있지 않다.

746) 영국 「2010년 평등법」 제84조.

747) 영국 「2010년 평등법」상 ‘학교당국’(responsible body of school)은 ‘지방자치단체에서 운영하는 학교’의 경우에는 ‘지방자치단체나 정부기관’, ‘독립교육기관’이지만, 지방자치단체가 운영하지 않는 ‘특수학교’의 경우에는 ‘소유자’이다. 영국 「2010년 평등법」 제85조 제9항.

748) 학교에 고용되어 있는 사람을 포함하여 이러한 학교당국의 위임을 받아 활동하는 개인이 차별행위를 한 경우에 그 개인이 차별행위에 따른 책임을 지는 것은 물론, 학교당국도 그 개인의 차별행위를 중지시키기 위한 모든 합리적인 조치를 취했음을 증명할 수 없으면 책임을 부담한다고 한다. Department for Education(2014), “The Equality Act 2010 and schools”, para. 1.6.

749) 영국 「2010년 평등법」 제85조 제10항.

재화와 용역의 공급이나 이용 영역에서의 차별금지 의무자는 원칙적으로 ‘재화와 용역을 제공하는 일방 당사자’이고 차별금지 대상자는 그 ‘상대방’이 될 것이다.

재화와 용역의 공급이나 이용 영역에서 차별이 금지되는 세부 분야를 구분하여 규율하는 것이 적절한 것인지와 관련하여, 재화와 용역의 공급이나 이용 영역은 매우 다양한 양태를 포함하고 있어서 이를 유형화하는 것이 쉽지 않고, 세부 분야를 규정한 것이 자칫 의도하지 않은 적용 제외 분야를 만들어 내지 않으려면 “그 밖에 재화와 용역의 공급이나 이용”을 세부 분야에 포함시킬 수밖에 없을 것이어서, 결국 차별이 금지되는 세부 분야를 예시하는 성격을 지니게 된다. 예시적 성격으로라도 차별이 금지되는 세부 분야를 일응 상정해본다면, ① 금융서비스의 공급이나 이용, ② 이동 및 교통수단의 공급이나 이용, ③ 상업시설의 사용·임대·매매, ④ 토지·주거시설의 공급이나 이용, ⑤ 진료 등 보건의료서비스의 공급이나 이용, ⑥ 문화예술·체육활동, ⑦ 그 밖에 재화와 용역의 공급이나 이용으로 구분해 볼 수 있겠다.

그런데 재화와 용역의 공급이나 이용을 차별금지 영역으로 포함시킴에 있어서는 그 상당 부분이 종래 사적 자치의 원칙이 적용되는 영역이라는 점에서 생활관계에서 이루어지는 모든 재화와 용역의 거래관계를 차별금지법의 적용범위에 포함시킬 것이 지가 문제된다. 이러한 점을 고려하여 공행정주체의 행위에 비근한 영역이나 생존배려적 성격이 강한 영역에 한하여 차별금지가 적용되어야 한다는 견해도 있다.⁷⁵²⁾

상업적으로 이루어지는 재화와 용역의 거래 관계에 있어서 차별을 금지하는 것은 별론, 비영업적이고 1회적으로 이루어지는 개인들 사이의 모든 거래관계까지 차별금지법의 적용 대상이 될 경우에 차별금지법에서 규정하는 구체수단을 고려하면 사적 자치의 원칙에 대한 과도한 제한이 될 수 있다는 비판이 있을 수 있다. 외국의 차별금지 입법례에서도 이와 같은 거래를 차별금지 대상에서 제외하는 규정을 두고 있다.⁷⁵³⁾

750) 인권위법 제2조 제3호 나목은 “재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용”이라고 규정하고 있다.

751) 장애인차별금지법 제3절은 ‘재화와 용역의 제공 및 이용’이라는 제목 하에 제15조에서 제25조까지, ① 재화·용역 등의 제공, ② 토지 및 건물의 매매·임대 등, ③ 금융상품 및 서비스 제공, ④ 시설물 접근·이용, ⑤ 이동 및 교통수단 등, ⑥ 정보접근, ⑦ 문화·예술활동, ⑧ 관광활동, ⑨ 체육활동에 관한 차별금지를 규정하고 있다.

752) 정주백, “차별금지법안에 대한 검토 - 차별금지 사유의 성격을 중심으로 -”, 법학연구 제31권 제3호, 충남대학교 법학연구소, 2020, 39면.

753) 독일 「일반평등대우법」 제19조 제1항의 ‘전형적으로 사람에 따른 구별 없이 비교가능한 조건으로 다수 이루어지는 경우나 채권관계의 종류에 따라 개인의 특성이 부수적인 의미를 갖고

따라서 차별금지법이 적용되는 재화와 용역의 제공 및 이용을 미국 민권법에서의 “public accommodation”⁷⁵⁴⁾고 같이 불특정 다수인을 상대로 한 상업적 거래관계로 제한하는 방안을 마련할 필요가 있다고 본다. 다만, 국내적으로 이를 표현할 수 있는 적절한 법률용어를 찾기 어려운데, 재화와 용역의 공급이나 이용 영역에서의 차별금지 의무자를 ‘재화·용역의 공급을 영업으로 하는 자’로 변경하고, 재화와 용역의 공급이나 이용을 ‘일반인이 이용 가능한 재화와 용역의 공급이나 이용’으로 변경하여 규정하는 방안을 상정할 수 있을 것 같다.

이 내용을 조문의 형식으로 구성해보면, 다음과 같다.

재화·용역의 공급을 영업으로 하는 자는 차별금지 사유를 이유로 다음 각 호의 분야에서 일반인이 이용 가능한 재화와 용역의 공급이나 이용에 있어 상대방을 차별하여서는 아니 된다.

1. 금융서비스의 공급이나 이용
2. 이동 및 교통수단의 공급이나 이용
3. 상업시설의 사용·임대·매매
4. 토지·주거시설의 공급이나 이용
5. 진료 등 보건의료서비스의 공급이나 이용
6. 문화예술·체육활동
7. 그 밖에 재화와 용역의 공급이나 이용

참고로 영국 「2010년 평등법」은 제3부 ‘서비스 및 공적 기능’에서 재화 및 설비의 제공까지 포함하는 의미의⁷⁵⁵⁾ ‘서비스의 제공’을 차별금지 영역으로 규율하면서, 제28조 제1항에서 ‘18세 미만인 사람에 대한 연령, 결혼 및 동성결혼’을 서비스 및 공적 기능과 관련된 보호대상 특성에서 제외하고 있고, 제29조 제8항에서는 서비스제공자의 서비스 제공과 관련된 괴롭힘이 인정되는 보호대상 특성에서 다시 ‘종교 또는 신념, 성적 지향’을 추가로 제외하고 있다. 그리고 영국 「2010년 평등법」은 제4부에서 ‘부동산’에 관하여 차별금지 영역으로 규율하면서, 제32조 제1항에서 ‘연령, 결혼 및

비교가능한 조건으로 다수 이루어지는 사법상 거래’, 제19조 제2항의 ‘공중이 이용할 수 있는 재화 및 용역에의 접근 및 공급’, 영국 「2010년 평등법」 제29조 제1항의 ‘대중(the public)이나 대중의 일부에 대한 서비스 제공에 관계된 사람’, 「캐나다 인권법」 제5조의 ‘일반대중(the general public)이 관행적으로 이용할 수 있는 재화·용역·설비 및 편의시설’이라는 표현이 여기에 해당한다.

754) 예를 들어, The United States Code 제2000조의(a)항 및 제12182조 (a)항의 “in the full and equal enjoyment of the goods, services, facilities, privileges, advantages, or accommodations of any place of public accommodation” 참조.

755) 영국 「2010년 평등법」 제31조 제2항.

동성결혼'을 보호대상 특성에서 제외하고, 제33조 제5항, 제34조 제4항, 제35조 제4항에서 부동산 처분·관리와 관련된 괴롭힘이 인정되는 보호대상 특성에서 다시 '종교 또는 신념, 성적 지향'을 추가로 제외하고 있다.

라. 법령이나 정책의 집행

‘법령이나 정책의 집행’은 결국 공적 행정작용을 의미하게 되는데, 사적 영역과 달리 헌법상 평등의 원칙이 직접 적용되고, 2021년 3월 23일 제정된 「행정기본법」 제9조의 평등의 원칙⁷⁵⁶⁾ 역시 모든 행정 영역을 적용대상으로 하며, 이에 따라 「행정소송법」상 항고소송이나 「헌법재판소법」상 위헌법률심판, 헌법소원심판 등을 통한 구제수단이 보장되고 있음에 비추어 볼 때, 법령이나 정책의 집행 분야까지 차별금지법의 적용대상에 포함시키는 것이 바람직한지 의문이다.⁷⁵⁷⁾

7. 차별금지의 예외

차별금지의 예외는 차별금지 사유를 이유로 한 불리한 대우가 이루어질 수 있는 합리적인 이유 여부에 대하여 차별금지법에서 명시적인 규정으로 이를 허용하는 것을 의미한다. 차별금지의 예외를 일반적·포괄적 예외와 개별적(차별 사유나 영역별) 예외로 나누어 살펴본다.

가. 일반적·포괄적 예외

‘일반적·포괄적 예외’로는 종래 ① 특정 직무나 사업 수행의 성질상 불가피한 경우, ② 잠정적 우대조치(또는 적극적 개선조치)⁷⁵⁸⁾가 주로 논의되어 왔다.⁷⁵⁹⁾ 종래 2007년

756) “행정청은 합리적 이유 없이 국민을 차별하여서는 아니 된다.”

757) 미국 「장애인법」(Americans with Disabilities Act, ADA)은 ‘공공서비스’(public services), 호주 「1992년 장애차별금지법」(Disability Discrimination Act 1992)은 ‘법과 프로그램의 집행’(administration of Commonwealth laws and programs), 영국 「2010년 평등법」은 ‘서비스 및 공적 기능’(services and public functions)을 그 적용범위에 포함시키고 있다.

758) 독일 「일반평등대우법」 제5조는 일반적 차별금지 예외로 적극적 조치만 규정하고 있다.

759) 한지영, “차별금지법 제정을 둘러싼 쟁점의 비판적 검토: 차별의 개념 및 구제조치를 중심으로”, 이화젠더법학 제3권 제1호, 이화젠더법학연구소, 2011, 106-109면.

정부안⁷⁶⁰⁾을 비롯한 종래의 차별금지법안들은 ‘일반적·포괄적 예외’만을 규정하고, 나머지 차별금지에 관한 판단은 합리적인 이유의 해석에 맡기는 입법방식을 취해왔다. 이러한 법을 제정하는 입장에서는 이러한 입법방식이 간명하지만, 법의 적용을 받게 될 수범자의 입장에서는 해석에 따른 불확실성의 위험을 모두 떠안게 되는 문제가 있다. 따라서 차별금지법을 제정함에 있어서 가능한 범위 내에서 기존 판례나 국가인권위원회 결정례, 해외 입법례 등을 참조하여 차별에 대한 정당화 사유를 보다 구체화하기 위해 노력할 필요가 있다.⁷⁶¹⁾

또한 다른 법률이 차별금지에 대한 예외를 규정하고 있는 경우가 아니라, 차별금지법에 따르면 차별에 해당하는 내용을 적극적으로 규정하고 있어 차별금지법과 서로 상충되는 경우도 문제가 된다. 해당 법률을 차별금지법의 취지에 부합하도록 개정하도록 하는 것은 별론, 당장에 차별금지법과 상충되는 내용의 법률의 규정 역시 헌법재판소의 위헌 결정이 이루어지기 전까지는 유효하게 존재하기 때문이다. 이러한 다른 법률과의 상충의 문제에 대하여 차별금지법에서 다른 법률의 규정에 따른 경우를 차별금지의 일반적 예외로 규정할 필요가 있다고 본다.

이 내용을 조문의 형식으로 구성해보면, 다음과 같다.

차별금지에도 불구하고, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우는 차별로 보지 아니한다.

1. 차별금지 사유를 이유로 한 현존하는 차별을 해소 또는 완화하기 위하여 법률에 따라 특정한 개인이나 집단을 잠정적으로 우대하는 조치
2. 다른 법률의 규정에 의한 차별 또는 다른 법률의 규정에 따라 차별금지의 예외로 인정되는 경우

참고로 영국 「2010년 평등법」은 제14부 ‘일반적 예외’에 ‘법률의 규정,⁷⁶²⁾ 국가안보,⁷⁶³⁾ 자선,⁷⁶⁴⁾ 스포츠,⁷⁶⁵⁾ 법률이나 행정부에 의하여 권한이 부여된 행위, 종교 및 신념에 관한 단체, 공동 숙박시설(communal accommodation), 비거주자에게 제공되는 훈련,⁷⁶⁶⁾ 연령’⁷⁶⁷⁾을 규정하고 있다.

760) 2007년 정부안 제3조 제2항 제1호 및 제2호.

761) 홍관표, “차별금지법 제정 방안에 관한 검토”, 이화젠더법학 제13권 제2호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2021, 32면.

762) 영국 「2010년 평등법」 제191조 및 별표 22.

763) 영국 「2010년 평등법」 제192조.

764) 영국 「2010년 평등법」 제193조 및 제194조.

765) 영국 「2010년 평등법」 제195조.

나. 개별적 예외

‘개별적 예외’는 차별금지 영역별로 적용될 수 있는 예외 사유를 말한다. 현행 차별 관련 국내법에 ‘개별적 예외’가 규정된 예는 거의 없다. 장애인차별금지법의 ① 고용과 관련된 의학적 검사,⁷⁶⁸⁾ ② 교육과 관련된 추가서류 등 요구,⁷⁶⁹⁾ 그리고 고령자고용법의 근속기간의 차이⁷⁷⁰⁾ 등이 여기에 해당한다. 그러나 차별금지에 관하여 오랜 역사적 경험을 갖고 있는 외국의 경우 개별적 예외를 세부적으로 규정하는 입법태도를 지향하고 있는데, 이는 일반적 차별금지에 따른 구체적 사례에 있어서의 타당성 결여 가능성을 보완하고, 차별금지의무를 부담하게 되는 차별금지법의 수범자에게 허용되는 행위의 기준을 보다 명확하게 제시함으로써 차별 개념의 추상성에 따른 불확정상태 내지 잠재적 의무 위반 가능성을 조금이라도 해소하기 위한 것으로 이해된다.⁷⁷¹⁾ 국내적으로도 차별금지법을 제정함에 있어서도 이와 같은 해외 입법 사례를 적극적으로 검토하여 개별적 예외사유를 구체화하기 위한 노력을 기울일 필요가 있다.⁷⁷²⁾

독일 「일반평등대우법」은 근로관계와 관련하여 ‘본질적이고 결정적인 직업자격, 종교나 세계관을 이유로 한 차별금지의 예외, 연령을 이유로 한 차별금지의 예외’를 인정하고,⁷⁷³⁾ 사법상 거래와 관련하여 ‘주택의 임대에서 사회적으로 안정된 거주자구성 및 균형 잡힌 주택단지 구성 그리고 평등화된 경제적·사회적 및 문화적 환경의 조성 및 유지를 고려한 차별적 대우’를 허용하고 있으며,⁷⁷⁴⁾ ‘가족법 및 상속법상

766) 영국 「2010년 평등법」 제196조 및 별표 23.

767) 영국 「2010년 평등법」 제197조.

768) 장애인차별금지법 제12조 제1항은 “사용자는 채용 이전에 장애인 여부를 조사하기 위한 의학적 검사를 실시하여서는 아니 된다. 다만, 채용 이후에 직무의 본질상 요구되거나 직무배치 등을 위하여 필요한 경우에는 그러하지 아니하다”고 규정하고 있다.

769) 장애인차별금지법 제13조 제7항은 “교육책임자는 장애인의 입학 지원 시 장애인 아닌 지원자와 달리 추가 서류, 별도의 양식에 의한 지원 서류 등을 요구하거나, 장애인만을 대상으로 한 별도의 면접이나 신체검사, 추가시험 등(이하 “추가서류 등”이라 한다)을 요구하여서는 아니 된다. 다만, 추가서류 등의 요구가 장애인의 특성을 고려한 교육시행을 목적으로 함이 명백한 경우에는 그러하지 아니하다”고 규정하고 있다.

770) 고령자고용법 제4조의5 제2호는 “근속기간의 차이를 고려하여 임금이나 임금 외의 금품과 복리후생에서 합리적인 차등을 두는 경우”를 연령차별로 보지 아니한다고 규정하고 있다.

771) 홍판표, “차별금지법 제정 추진상 쟁점 및 과제”, 저스티스 통권 제139호, 한국법학원, 2013, 334-335면.

772) 김종현·이승길, “차별금지법안의 쟁점과 개선방안”, 사회법연구 제42호, 한국사회법학회, 2020, 429면.

773) 독일 「일반평등대우법」 제8조 내지 제10조.

774) 독일 「일반평등대우법」 제19조 제3항.

채권관계, 당사자들이나 그 친족들의 특별한 친밀관계나 신뢰관계가 이루어지는 사법상 채권관계'에 대하여는 차별금지에 대한 예외를 허용하고 있다.⁷⁷⁵⁾ 특히 독일 「일반평등대우법」은 성별·종교·장애·연령·성적 정체성을 이유로 한 사법상 거래에 있어서의 차별적 대우와 관련해서는 '① 위협의 방지, 손해의 예방 또는 기타 유사한 성격의 목적에 기여하는 경우, ② 사생활 또는 개인적 안전의 보호에 따른 필요를 고려한 경우, ③ 차별적 대우가 특별한 이익을 주고 평등대우의 관철에 따른 이익은 없는 경우, ④ 종교와 관련된 차별적 대우가 종교의 자유의 행사 또는 종교공동체 및 그 부속기관과 종교단체의 자기결정권의 관점에서 정당화되는 경우'를, 종교, 장애, 연령 또는 성적 정체성을 이유로 한 사법상 보험에서의 차별적 대우와 관련해서는 '적정위험의 산출에 관한 승인된 원칙·통계조사를 고려하여 보험수리적으로 판명된 위험평가에 근거한 경우'를 각각 차별금지의 예외로 인정하고 있다.⁷⁷⁶⁾ 영국 「2010년 평등법」은 별표 3(서비스 및 공적 기능; 예외), 별표 5(부동산; 예외), 별표 7(계약조건의 평등; 예외), 별표 9(고용; 예외), 별표 11(초·중·고등학교; 예외), 별표 12(직업 및 고등교육 예외), 별표 16(단체; 예외), 별표 18(공적 영역 평등 의무; 예외), 별표 25(정보사회서비스)를 통해 차별금지의 예외를 매우 구체적이고 상세하게 규정하고 있다.⁷⁷⁷⁾

이와 같은 독일 「일반평등대우법」과 영국 「2010년 평등법」에서 규정하고 있는 개별적 예외와 국내법 규정을 참고하여, ① 고용, ② 교육, ③ 재화와 용역의 공급이나 이용 영역별 차별금지 예외를 상정해 조문의 형식으로 구성해 보면, 다음과 같다.

(1) 고용 영역에서의 개별적 예외

고용상 차별금지와 관련하여 특히 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우는 합리적 이유가 있어 차별이 아닌 것으로 본다.

1. 특정 직무의 성격에 비추어 불가피한 경우
2. 여성 근로자의 임신·출산·수유 등 모성보호를 위한 조치를 하는 경우
3. 근속기간의 차이를 고려하여 임금이나 임금 외의 금품과 복리후생에서 합리적인 차등을 두는 경우
4. 법률에 따라 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 정년을 설정하는 경우
5. 법률에 따라 특정 연령집단의 고용유지·촉진을 위한 지원조치를 하는 경우
6. 종교단체, 종교단체의 소속 기관 및 조직에서 특정 종교의 교리를 고려할 때 필요성이 인정되는 경우

775) 독일 「일반평등대우법」 제19조 제4항 및 제5항.

776) 독일 「일반평등대우법」 제20조.

777) 영국 「2010년 평등법」의 PDF 파일은 총 328면인데, 이 중 166면이 별표(Schedules)이고, 이 별표 중 상당수가 차별금지의 예외에 관한 내용이다.

(2) 교육 영역에서의 개별적 예외

교육상 차별금지와 관련하여 특히 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우는 합리적 이유가 있어 차별이 아닌 것으로 본다.

1. 남녀공학이 아닌 교육기관에서 성별을 이유로 입학, 재입학, 전학, 편입학을 제한하는 경우
2. 일정한 장애를 지닌 학생을 위해 설립된 교육기관에서 그 설립 목적을 고려하여 입학, 재입학, 전학, 편입학을 제한하는 경우
3. 일정한 연령 기준을 충족하는 학생을 위해 설립된 교육기관에서 그 설립 목적을 고려하여 입학, 재입학, 전학, 편입학을 제한하는 경우
4. 특정 종교 이념에 따라 설립·운영되는 교육기관에서 해당 종교의 교리를 고려할 때 필요성이 인정되는 경우. 「초·중등교육법 시행령」 제17조 제1항 및 제68조 제1항에 따라 지정·배정된 학교는 제외한다.

(3) 재화와 용역의 공급이나 이용 영역에서의 개별적 예외

① 재화와 용역의 공급이나 이용상 차별금지는 다음 각 호의 경우에는 적용하지 아니한다.

1. 친족·상속법상 법률관계
2. 자선을 목적으로 한 이익의 제공

② 재화와 용역의 공급이나 이용상 차별금지와 관련하여 특히 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우는 합리적 이유가 있어 차별이 아닌 것으로 본다.

1. 특정 사업의 성질에 비추어 불가피한 경우
2. 생명·신체에 대한 위험이나 손해의 예방 기타 이에 준하는 목적을 위하여 필요한 경우
3. 사생활 또는 개인의 안전 보호를 위해 필요한 경우
4. 아동·청소년의 보호를 위해 필요한 경우
5. 차별에 따른 특별한 이익이 인정되는 반면에 평등 대우에 따른 실익은 없는 경우
6. 종교단체, 종교단체의 소속 기관 및 조직에서 특정 종교의 교리를 고려할 때 필요성이 인정되는 경우
7. 연금, 보험 등 위험평가를 포함하는 사업과 관련하여 보험통계 그 밖에 객관적이고 합리적으로 신뢰할 수 있는 근거 자료에 기초하여 적정하게 수행된 위험평가에 근거한 경우

다. 국가인권기구(차별시정기구)의 면제 또는 가이드라인

입법례에 따라서는 법률에 개별적 예외사유를 규정하는 외에, 국가인권기구(차별시정기구)가 신청을 받아 면제(exemptions)를 부여할 수 있도록 하거나⁷⁷⁸⁾ 국가인권기구가 제시한 가이드라인에 따라 이루어진 차별을 차별금지의 예외로 인정하는 경우⁷⁷⁹⁾도 있다.

778) 호주 1992년 장애인차별금지법 제55조, 호주 2004년 연령차별금지법(Age Discrimination Act 2004) 제44조는 호주인권위원회(the Australian Human Rights Commission)가 신청에 따라 문서로 명시한 면제(exemptions)를 부여할 수 있도록 규정하고 있다.

779) 「캐나다인권법」 제27조 제2항은 캐나다인권위원회(Canadian Human Rights Commission)가 동법의 적용에 관한 가이드라인을 발표(관보 게재)할 수 있도록 하고 있고, 같은 법 제11조 제4항,

「캐나다 인권법」 제15조 제1항 (e)호⁷⁸⁰⁾에 준하여 국가인권위원회가 차별금지의 정당한 사유와 관련하여 사회적 합의과정을 거쳐 일정한 지침을 마련하는 경우에는 그러한 지침에 따른 행위를 차별금지의 예외로 일반적으로 인정하는 규정을 도입하는 방안도 긍정적으로 검토할 필요가 있다.

8. 구제 및 이행확보

차별금지법에 규정할 수 있는 차별피해에 대한 구제수단으로는 ① 사법상 계약의 무효화,⁷⁸¹⁾ ② 노사협의회 등을 통한 자율적 분쟁해결,⁷⁸²⁾ ③ 국가인권위원회 진정·권고,⁷⁸³⁾ ④ 조정·중재 등 대체적 분쟁해결 수단,⁷⁸⁴⁾ ④ 행정청의 시정명령,⁷⁸⁵⁾ ⑤ 입증책임의 전환 또는 배분,⁷⁸⁶⁾ ⑥ 정보공개 청구,⁷⁸⁷⁾ ⑦ 소송구조,⁷⁸⁸⁾ ⑧ 손해배상,⁷⁸⁹⁾ ⑨ 징벌적 손해배상,⁷⁹⁰⁾ ⑩ 법원의 임시조치 및 적극적 조치 판결⁷⁹¹⁾, ⑪ 형사처벌⁷⁹²⁾, ⑫ 불이익 조치 금지⁷⁹³⁾ 등을 고려해 볼 수 있다.

제15조 제1항 제(e)호는 이 가이드라인에 규정된 방식에 따른 차별을 예외로 인정하고 있다.
780) ‘캐나다 인권위원회가 제시한 가이드라인에 따라 합리적이라고 명시된 방식으로 이루어진 차별’은 차별적 관행이 아닌 것으로 규정하고 있다. “It is not a discriminatory practice if an individual is discriminated against on a prohibited ground of discrimination in a manner that is prescribed by guidelines, issued by the Canadian Human Rights Commission pursuant to subsection 27(2), to be reasonable”

781) 「근로기준법」 제15조 제1항, 제6조 참조.

782) 남녀고용평등법 제25조 참조.

783) 인권위법 제30조 제1항, 고용상 연령차별금지법 제4조의6 제1항, 장애인차별금지법 제38조 참조.

784) 인권위법 제42조, 기간제법 제11조, 파견법 제21조 제3항 참조.

785) 고용상 연령차별금지법 제4조의7, 장애인차별금지법 제43조, 기간제법 제12조, 파견법 제21조 제3항 참조.

786) 남녀고용평등법 제30조, 장애인차별금지법 제47조, 기간제법 제9조 제4항, 파견법 제21조 제3항 참조.

787) 2007년 정부안 제32조 참조.

788) 2006년 권고안 제37조 제1항은 “위원회는 차별로 인정된 사건 중에서 피진정인이 위원회의 결정에 불응하고 사안이 중대하다고 판단하는 경우에는 당해 사건의 소송을 지원할 수 있다”고 규정하고 있다.

789) 장애인차별금지법 제46조 참조.

790) 2006년 권고안 제39조 제4항은 “이 법에서 금지한 차별이 악의적인 것으로 인정되는 경우, 법원은 차별을 한 자에 대하여 전항에서 정한 재산상 손해액 이외에 손해액의 2배 이상 5배 이하에 해당하는 배상금을 지급하도록 판결할 수 있다. 다만, 배상금의 하한은 5백만원 이상으로 한다”고 규정하고 있었다.

791) 장애인차별금지법 제48조 참조.

792) 「근로기준법」 제114조 제1호, 제6조, 남녀고용평등법 제37조 제1항, 제2항 제1호, 제4항 제1호 내지 제3호, 고용상 연령차별금지법 제23조의3 제2항, 제4조의4 제1항 제1호 참조.

가. 계약의 무효화

차별금지에 위반된 계약의 효력을 일반적으로 인정하지 않고 무효화할 것인지의 문제가 있다. 헌법상 평등의 원칙을 사법적 계약관계에서 실현하는 것이라고 할 수 있지만, 차별피해자에게 계약의 무효가 반드시 유리한 것이 불분명한 부분이 있고, 계약이 무효화되었을 때에 어떤 기준에 따르도록 할 것인지의 문제도 있어 차별금지법에 일반적으로 법제화하기는 어렵다고 본다.

다만, 독일 「일반평등대우법」 제21조 제4항은 차별피해자가 차별금지에 반하는 합의를 원용하는 것은 가능하지만, 차별행위자는 차별금지에 반하는 합의를 원용할 수 없도록 규정하고 있는데,⁷⁹⁴⁾ 우리나라에서도 이와 같이 편면적 원용 금지의 방식을 고려해 볼 수 있겠다.

나. 국가인권위원회 진정

국가인권위원회 진정은 이미 인권위법 제2조 제3호 및 제30조 제1항에 따라 허용되고 있고, 차별금지법의 제정에 따라 이를 제한할 필요가 없으므로, 특별히 문제가 되지 않는다.

다. 조정·중재 등 대체적 분쟁해결 수단

인권위법 제40조는 합의의 권고를, 인권위법 제41조 내지 제43조는 조정절차를 규정하고 있으므로, 별도로 대체적 분쟁해결 수단에 관하여 규정하지 않더라도, 차별에 대하여 국가인권위원회에 진정한 후 그 조사와 구제에 관하여 별도의 규정이 없으면 인권위법에 따르도록 하는 방식으로, 어서, 그 절차에 따른 대체적 분쟁해결은 가능하다. 대체적 분쟁해결 수단을 통해 분쟁의 해결은 차별시정기구의 주요한 역할 중 하나이다.

793) 인권위법 제55조 제1항, 남녀고용평등법 제37조 제2항 제2호, 제14조 제2항, 제39조 제2항 제2호, 제14조의2 제2항, 고용상 연령차별금지법 제23조의3 제1항, 제4조의9, 장애인차별금지법 제32조 제2항, 기간제법 제21조, 제16조, 파견법 제43조의2 참조.

794) 독일 「일반평등대우법」 제21조 제4항.

라. 행정청의 시정명령

먼저 행정청이 아닌 국가인권위원회가 권고의 범위를 넘어 시정명령까지 할 수 있도록 할 것인지의 문제에 대하여 찬성하는 견해⁷⁹⁵⁾와 반대하는 견해⁷⁹⁶⁾⁷⁹⁷⁾가 나뉘어져 있다. 또 기존 고용 영역은 고용차별을 전담하는 시정기구를 설치하여 시정명령을 담당하도록 하되 고용 이외의 영역에서의 차별에 대한 시정명령은 국가인권위원회가 맡는 방식을 제한하는 견해⁷⁹⁸⁾도 있다.

생각건대 동일한 기관이 권고도 하고 시정명령도 담당한다면 처음부터 시정명령을 신청하도록 하면 될 것이지 권고 과정을 거치도록 할 이유가 없어 보이고, 행정부에 속하지 않는 독립기구로 설립된 국가인권위원회가 차별금지법에 따른 시정명령을 담당하는 것은 행정기관이 아닌 권고기관으로서의 국가인권위원회의 위상과 역할에 근본적인 변화를 가져오게 되는 것이므로, 국내 법체계에 비추어 적절하지 않다고 본다.

국가인권위원회가 아닌 ‘행정청의 시정명령’을 도입할 경우에는 시정명령권을 어떤 기관이 담당할 것인지와 현재 차별행위에 관하여 가장 광범위한 조사 기능을 수행하고 있는 국가인권위원회 진정·권고와의 관계를 어떻게 정립할 것인지가 문제된다. 고령자고용법 제4조의7는 고용노동부장관을 시정명령권자로 하고, 장애인차별금지

795) 그 근거로 ① 각국의 인권상황 및 그 시정의 특수성에 따라 차별시정의 실효성 제고를 위해 시정명령권의 인정이 가능하고, ② 민간부분에 대한 차별시정에 보다 적극적인 대처가 필요하며, ③ 노동위원회를 비롯한 다른 위원회들도 시정명령권을 가지고 있고, ④ 여러 판례를 통해 국가인권위원회를 비롯한 차별시정기구의 시정권고의 행정처분성이 이미 인정되어 있으므로, 시정명령권이 부여된다고 하여 국가인권위원회의 독립성이 훼손된다는 주장은 설득력이 부족하다고 한다. 한지영, “차별금지법 제정을 둘러싼 쟁점의 비판적 검토: 차별의 개념 및 구제조치를 중심으로”, 이화젠더법학 제3권 제1호, 이화젠더법학연구소, 2011, 114면.

796) 그 근거로 ① 국가인권위원회 옴부즈만적 성격에 조정이나 권고를 통한 분쟁해결이 적합하고, ② 국가인권위원회의 결정이 사법심사의 대상이 되는 것은 부적절하며, ③ 외국의 차별시정기구에서도 도입한 예가 거의 없고, ④ 시정명령에 불복할 경우 소송을 통해 국가인권위원회의 결정이 번복될 수 있기 때문에 국가인권위원회의 독립기구로서의 성격이 훼손될 수 있으며, ⑤ 국가인권위원회가 행정소송의 당사자가 되는 것은 국가인권위원회의 입법취지에 어긋난다는 것을 소개하고 있다. 한지영, “차별금지법 제정을 둘러싼 쟁점의 비판적 검토: 차별의 개념 및 구제조치를 중심으로”, 이화젠더법학 제3권 제1호, 이화젠더법학연구소, 2011, 113-114면.

797) 차별시정기구의 역할이 대체적분쟁해결수단(Alternative Dispute Resolution, ADR)을 제공하는 데 제한되고 있는 것이 세계적 추세임에 비추어 차별시정기구가 시정명령을 갖는 것에 대하여 재검토가 필요하다는 견해도 있다. 이준일, “차별금지법(안)에 대한 검토와 비교를 통한 대안의 제시 - 국가인권위원회와 법무부의 차별금지법안 및 국가인권위원회법과 장애인차별금지법을 중심으로 -”, 안암법학 제25권, 안암법학회, 2007, 177면.

798) 안진, “포괄적 차별금지법의 입법쟁점에 대한 일고찰 - 현행 차별금지법제의 문제점을 중심으로 -”, 법학논총 제38권 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2018, 574면.

법 제43조는 법무부장관을 시정명령권자로 하면서도, 국가인권위원회 권고와의 조화를 모색하기 위해 국가인권위원회의 권고를 전제로 정당한 사유 없는 권고 불이행이 있는 경우에만 일정한 요건 하에 제한적으로 시정명령을 발할 수 있도록 규정하고 있다. 다만 남녀고용평등법 제26조 제1항, 기간제법 제9조 제1항, 파견법 제21조 제2항은 국가인권위원회의 권고 결정 여부와 관계없이 차별적 처우를 받은 경우에 노동위원회에 그 시정을 신청할 수 있도록 규정하고 있다.

시정명령은 이행강제력이 없는 국가인권위원회 권고의 효력을 보완하고, 법원의 재판절차에서 나타날 수 있는 소송의 장기화, 그에 따른 시간·비용의 부담, 증명의 곤란 등의 문제를 해소할 수 있는 수단이며, 시정명령의 도입으로 차별행위의 피해자는 더 다양한 구제수단을 보유하게 되는 것이므로, 구제수단에 포함되는 것이 바람직하다고 본다. 이 경우 시정명령권자는 차별금지 사유 및 영역이 포괄적인 차별금지법의 성격을 고려할 때, 정부 내에 인권옹호의 주무부처이며⁷⁹⁹⁾ 차별금지법의 소관부처가 될 법무부장관이 담당하도록 하는 것이 타당하다고 본다.⁸⁰⁰⁾ 또한 고령자고용법 제4조의7 제1항 및 장애인차별금지법 제43조 제1항이 정당한 사유 없는 국가인권위원회의 권고 불이행과 함께 ① 피해자가 다수인 차별행위, ② 반복적 차별행위, ③ 피해자에게 불이익을 주기 위한 고의적 불이행로 요건을 제한하고 있는 점⁸⁰¹⁾을 고려하여, 차별금지법에 도입되는 시정명령에도 같은 수준의 요건이 부과되는 것이 체계적으로 바람직하다고 본다.

마. 법률구조 요청 및 소송지원

법률구조 요청은 이미 인권위법 제47조에서 동일한 내용을 규정하고 있으므로, 굳이 이에 관하여 차별금지법에 별도의 규정을 둘 실익은 없어 보인다.⁸⁰²⁾

799) 「정부조직법」 제32조 제1항.

800) 홍관표, “차별금지법 제정 방안에 관한 검토”, 이화젠더법학 제13권 제2호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2021, 38면.

801) 고령자고용법 제4조의7 제1항 제4호는 “그 밖에 피해의 내용과 규모 등을 고려하여 시정명령이 필요하다고 고용노동부령으로 정하는 경우”를 규정하고 있으나 이를 구체화한 고령자고용법 시행령의 규정은 존재하지 않으며, 장애인차별금지법 제43조 제1항 제4호는 “그 밖에 시정명령이 필요한 경우”를 규정하고 있는데 이와 관련한 장애인차별금지법 시행령의 규정 역시 존재하지 않는다.

802) 홍관표, “차별금지법 제정 방안에 관한 검토”, 이화젠더법학 제13권 제2호, 이화여자대학교

한편 소송지원제도를 도입할 필요가 있다는 견해⁸⁰³⁾가 있다. 국가인권위원회가 차별로 인정한 사건 중 정당한 사유 없이 결정이 불이행되고 사안이 중대하다고 판단하는 경우에 국가인권위원회가 소송을 지원할 수 있도록 규정하는 방안으로, 영국 「2006년 평등법」이 제28조 제4항에서 영국 평등인권위원회의 법률적 지원 내용으로 ‘법률자문’(legal advice), ‘소송대리’(legal representation), ‘분쟁해결을 위한 편의’(facilities for the settlement of a dispute), ‘기타 유형의 지원’을 규정하고 있는 점이 참고가 될 수 있겠다.⁸⁰⁴⁾

바. 손해배상 및 징벌적 손해배상

(1) 손해배상

손해배상 책임의 요건으로 해당 법의 규정 위반을 요구하면서 고의, 과실을 적극적으로 요구하지 않는 손해배상청구권을 차별금지법에 규정하는 경우에 이는 민법상 불법행위에 기한 손해배상청구권과 별개의 근거에 따른 손해배상청구권으로 이해되어야 할 것이다.⁸⁰⁵⁾ 이 경우 소멸시효 또는 제척기간을 어떻게 할 것인가의 문제가 있는데, 참고로 독일 「일반평등대우법」은 차별금지 위반에 따른 손해배상청구권에 대하여 2개월의 단기 제척기간을 규정하고 있다.⁸⁰⁶⁾

(2) 징벌적 손해배상

차별금지법에 징벌적 손해배상을 도입할 것인지에 대하여는, 기준 없이 차별이라 몰아 징벌적 손해배상의 입증책임까지 전환하는 것은 근대 사법시스템을 부정하는 것이라거나,⁸⁰⁷⁾ 기업과 개인 소비자의 관계인 제조물책임법과 달리 개인과 개인 사이에 발생하여 정보의 비대칭성도 없고 징벌적으로 제한해야 할 합리적인 이유가 없음에

젠더법학연구소, 2021, 39면.

803) 안진, “개별적 차별금지법의 성과와 한계 - 포괄적 차별금지법 제정을 위한 검토 -”, 법학논총 제37권 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2017, 230-231면.

804) 홍관표, “영국 평등인권위원회의 차별금지 직무와 그 시사점”, 『유럽헌법연구』 제25호, 유럽헌법학회, 2017, 172면.

805) 홍관표, “차별금지법 제정 추진상 쟁점 및 과제”, 저스티스 통권 제139호, 한국법학원, 2013, 337면.

806) 독일 「일반평등대우법」 제15조 제4항 및 제21조 제5항.

807) 조원용, “‘평등강요법’의 헌법적 문제점”, 공법연구 제51집 제3호, 한국공법학회, 2023, 312면.

도 징벌적 손해배상을 규정하는 것은 일반 민사책임 원리에 맞지 않는 과도한 입법이라거나,⁸⁰⁸⁾ 징벌적 손해배상제도의 악의성 판단기준과 관련하여 증명책임이 대단히 중요한데 가해자로 지목된 자로서는 악의성의 부재를 입증하기 어려운 처지에 놓이게 된다는⁸⁰⁹⁾ 이유로 이를 반대하는 견해와 징벌적 손해배상제도가 아직 대한민국 법체계에 이질적 제도이고 차별분쟁의 자발적 해결이 세계적 추세라는 점에서 고민이 더 필요하다는 의견,⁸¹⁰⁾ 그리고 악의적 차별행위에 대하여 장애인차별금지법에 형사처벌이 도입된 상황이므로 징벌적 손해배상 도입도 가능하고⁸¹¹⁾ 악의적이고 심각한 차별의 경우에 형벌적 제재를 통한 예방적 효과가 필요하므로 징벌적 손해배상의 도입이 필요하다고 하여⁸¹²⁾ 징벌적 손해배상 도입을 찬성하는 견해가 있다.

‘징벌적 손해배상’은 손해배상에 관한 우리 일반 법체계와 상이한 제도이나, 이미 여러 개별법에 도입되어 있으므로, 차별금지와 관련해서도 그 피해구제를 위한 효과적 수단으로 징벌적 손해배상을 도입하는 방안을 보다 전향적으로 검토할 필요가 있다. 손해배상의 범위와 관련하여, 국내적으로 징벌적 손해배상이 도입된 법률들이 대체로 손해의 3배 이하의 범위에서 배상책임을 지도록 규정⁸¹³⁾⁸¹⁴⁾하고 있는 점과의 균형을

808) 윤용근, “국민이 꼭 알아야 할 차별금지법, 무엇이 문제인가”, 교회와 법 제7권 제2호, 한국교회법학회, 2021, 60면.

809) 음선필, “포괄적 차별금지법에 대한 헌법적 평가”, 홍익법학 제21권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2020, 146면.

810) 이준일, “차별금지법(안)에 대한 검토와 비교를 통한 대안의 제시 - 국가인권위원회와 법무부의 차별금지법안 및 국가인권위원회법과 장애인차별금지법을 중심으로 -”, 안암법학 제25권, 안암법학회, 2007, 177-178면.

811) 김지영, “차별금지법 제정을 둘러싼 쟁점의 비판적 검토: 차별의 개념 및 구제조치를 중심으로”, 이화젠더법학 제3권 제1호, 이화젠더법학연구소, 2011, 117-118면.

812) 안진, “개별적 차별금지법의 성과와 한계 - 포괄적 차별금지법 제정을 위한 검토 -”, 법학논총 제37권 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2017, 230면; 안진, “포괄적 차별금지법의 입법쟁점에 대한 일고찰 - 현행 차별금지법제의 문제점을 중심으로 -”, 법학논총 제38권 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2018, 577-578면.

813) 「가맹사업거래의 공정화에 관한 법률」(이하 “가맹사업법”이라 한다) 제37조의2 제2항, 「공익신고자 보호법」 제29조의2 제1항, 「대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률」(이하 “대규모유통법”이라 한다) 제35조의2 제2항, 「대리점거래의 공정화에 관한 법률」(이하 “대리점법”이라 한다) 제34조 제2항, 「대·중소기업 상생협력 촉진에 관한 법률」(이하 “상생협력법”이라 한다) 제40조의2 제2항, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 “공정거래법”이라 한다) 제109조 제2항, 「산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률」(이하 “산업기술보호법”이라 한다) 제22조의2 제2항, 「제조물 책임법」 제3조 제2항, 「축산계열화사업에 관한 법률」(이하 “축산계열화법”이라 한다) 제34조의2 제2항, 「하도급거래 공정화에 관한 법률」(이하 “하도급법”이라 한다) 제35조 제2항 참조.

814) 이와 달리 「개인정보 보호법」 제39조 제3항, 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」(이하 “신용정보법”이라 한다) 제43조 제2항, 「자동차관리법」 제74조의2 제2항, 「중대재해 처벌 등에

고려할 필요가 있겠다. 한편, 배상금의 범위를 정함에 있어서 차별행위가 ‘악의적’인지 여부와 함께, 차별행위자의 피해 회복을 유도한다는 측면에서 징벌적 손해배상을 도입한 다른 법률들이 ‘피해구제 노력의 정도’를 고려사항으로 규정⁸¹⁵⁾하고 있음에 준하여 ‘차별 행위자의 피해구제를 위한 노력의 정도’를 그 고려사항에 추가할 필요가 있다고 본다.⁸¹⁶⁾

사. 법원의 임시조치 및 적극적 조치 판결

‘법원의 임시조치’는 「민사집행법」 제300조 제2항에 규정된 임시의 지위를 정하는 가처분과 유사하여 크게 문제되지 않을 수 있다.⁸¹⁷⁾

그렇지만 법원의 적극적 조치는 그 성격이 다르다. 법원의 적극적 조치 판결이 장애인차별금지법 제48조에 규정되어 국내에 도입되어 있으나, 장애인 차별에 한정된 경우와 모든 차별금지 사유를 이유로 한 모든 영역에서의 차별에 대하여 법원의 적극적 조치 판결이 도입되는 것은 또 다른 차원의 문제이고, 특히 차별행위의 중지에도 그치는 것이 아니라 차별이 없었으면 체결되었을 계약의 체결을 강제하거나, 원상회복을 위한 적극적 조치까지 법원이 판결할 수 있도록 하는 것은 법원이 법률관계의 직접적 변동 여부를 결정한다는 점, 민법이 명예훼손의 경우에 예외적으로 명예회복에 적당한 처분을 명할 수 있는 경우를 제외하고는 불법행위에 대하여 금전배상을 원칙으로 하고 있다는 점, 행정소송에서도 의무이행소송은 도입되어 있지 않다는 점과 함께, 사법소극주의를 채택하고 있는 우리 법체계 및 3권 분립의 원칙에 비추어 조금 더 신중하게 접근할 필요가 있다고 본다.⁸¹⁸⁾

관한 법률」(이하 “중대재해처벌법”이라 한다) 제15조 제1항은 그 ‘손해의 5배를 넘지 아니하는 범위’에서 배상할 책임을 규정하고 있다.

815) 가맹사업법 제37조의2 제3항 제7호, 「개인정보 보호법」 제39조 제4항 제8호, 「공익신고자 보호법」 제29조의2 제2항 제7호, 대규모유통법 제35조의2 제3항 제7호, 대리점법 제34조 제3항 제7호, 상생협력법 제40조의2 제3항 제7호, 공정거래법 제109조 제3항 제7호, 산업기술보호법 제22조의2 제2항 제8호, 신용정보법 제43조 제3항 제8호, 「자동차관리법」 제74조의2 제4항 제7호, 「제조물 책임법」 제3조 제2항 제7호, 중대재해처벌법 제15조 제2항 제7호, 축산제염화법 제34조의2 제3항 제7호 및 하도급법 제35조 제3항 제7호 참조.

816) 홍관표, “차별금지법 제정 방안에 관한 검토”, 이화젠더법학 제13권 제2호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2021, 40-41면.

817) 홍관표, “차별금지법 제정 추진상 쟁점 및 과제”, 저스티스 통권 제139호, 한국법학원, 2013, 337면.

818) 홍관표, “차별금지법 제정 방안에 관한 검토”, 이화젠더법학 제13권 제2호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2021, 41면.

아. 증명책임의 전환 또는 배분

‘증명책임의 전환’은 피해자가 차별행위가 있었다는 사실을 주장하기만 하면, 상대방이 그러한 행위가 없었다거나 차별이 아니라거나 정당한 사유가 있었다는 점을 증명하도록 하여 증명책임을 전적으로 상대방에게 전환하는 것이다.

증명책임의 전환에 대하여는 차별의 주장만으로 상대방이 모든 증명책임을 부담하므로 그 남용의 우려가 매우 크고,⁸¹⁹⁾ 상대방은 소송절차에서 방어하기 어렵게 되며,⁸²⁰⁾ 이에 따라 묻지마 진정이나 제소가 남발할 여지가 크고 그 결과 누구든지 자신의 의견을 말하거나 상업활동을 할 때에 주저하게 될 것이라는⁸²¹⁾ 이유로 반대하는 견해가 있다.

한편 ‘증명책임의 완화’는 차별행위가 있었다고 주장하는 자가 분리·구별·제한·배제하거나 불리하게 대우하는 행위가 있었다는 점에 대한 증명책임은 부담한다는 것을 전제로, 상대방으로 하여금 그러한 행위가 일정한 차별금지 사유를 이유로 한 것이 아니라거나 정당한 사유가 있었다는 점을 증명하도록 하는 것을 말한다.

증명책임의 완화에 대하여는 차별대우의 존재 여부에 관한 사실관계의 확인은 차별대우를 주장하는 자가 부담하고 차별대우의 차별 해당 여부에 관한 규범적 평가 과정에 대한 입증책임은 상대방이 부담하는 것이 합리적이라는 견해⁸²²⁾와 적어도 어떤 표지에 의한 차별인가 하는 점에 관하여는 피해자가 입증하는 것이 공정한 분배라는 견해⁸²³⁾가 있다.

생각건대 증명책임의 전환에 의하면 차별행위의 피해자가 상대방에게 주장만 하면 상대방이 모든 증명책임을 부담하는 것이어서 상대방에게 과도한 부담을 지우게 되므

819) 최성훈, “포괄적 차별금지법과 동성애”, 신학과 실천 제79호, 한국실천신학회, 2022, 620면.

820) 음선필, “포괄적 차별금지법에 대한 반론 - 기독교의 관점에서 -”, 교회와 법 제7권 제1호, 한국교회법학회, 2020, 144면; 음선필, “포괄적 차별금지법에 대한 헌법적 평가”, 홍익법학 제21권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2020, 147-148면.

821) 서현제, “국가인권위원회의 「평등법(시안)」에 대한 비판적 검토 - 성소수자 차별금지와 종교의 자유를 중심으로 -”, 교회와 법 제7권 제1호, 한국교회법학회, 2020, 165면.

822) 이준일, “차별금지법(안)에 대한 검토와 비교를 통한 대안의 제시 - 국가인권위원회와 법무부의 차별금지법안 및 국가인권위원회법과 장애인차별금지법을 중심으로 -”, 안암법학 제25권, 안암법학회, 2007, 178면.

823) 정주백, “차별금지법안에 대한 검토 - 차별금지 사유의 성격을 중심으로 -”, 법학연구 제31권 제3호, 충남대학교 법학연구소, 2020, 34면; 김해원 “차별금지법안과 차별금지운동”, 법학연구 제64권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2023, 25면.

로, 증명책임의 완화가 더 바람직하다고 본다. 다만 특정 차별금지 사유와 불리하게 대우하는 행위 사이에 관련성에 관한 증명을 온전히 상대방에게만 부담시킬 것인가에 대해서는 조금 더 고민이 필요하다. 이와 관련하여 평등대우의 원칙에 관한 유럽연합의 4개 지침⁸²⁴⁾을 수용한 독일 「일반평등대우법」 제22조는 증명책임에 관하여, ‘차별대우를 주장하는 당사자가 차별대우를 추정케 하는 간접사실(Indizien)⁸²⁵⁾을 증명하면, 상대방이 차별대우로부터 보호를 위한 규정에 대한 어떠한 위반도 존재하지 않는다는 점에 대한 증명책임을 부담’하도록 규정하고 있다. 이를 국내법상 개념으로 수용하면, 증명에 비하여 낮은 정도의 개연성 즉 법관이 일단 확실할 것이라는 추측을 얻은 상태 또는 그와 같은 상태에 이르도록 증거를 제출하는 당사자의 노력을 말하는 ‘소명’에 해당할 수 있을 것 같다.⁸²⁶⁾ 따라서 차별대우를 주장하는 당사자가 차별행위가 있었다는 사실을 ‘소명’하면, 그 상대방이 차별이 아니라거나 정당한 사유가 있었다는 점을 증명하도록 하는 방식을 고려해 볼 수 있을 것으로 생각된다.

자. 정보공개 청구

‘정보공개 청구’는 고용과 관련하여 차별의 피해를 받았다고 주장하는 자가 사용자 또는 임용권자에게 기준, 평가 항목별 등위표 등에 대하여 문서로 정보공개를 청구하면 일정 기간 이내에 그 내역을 문서로 공개하도록 하고, 공개를 거부하거나 그 기한 내에 정당한 사유 없이 공개하지 않으면 차별을 한 것으로 추정하는 규정을 두는 것을 말한다.

정보공개 청구에 관하여는 피해자에게 치우친 입법이며, 증명책임이 전환된 경우에는 전적으로 무의미한 규정이라는 견해,⁸²⁷⁾ 사용자 또는 임용권자가 공공기관인지 대기업인지 아니면 작은 사적 단체나 개인인지 등을 가리지 않고 모두에게 같은 정보공개의무를 부담시키고 있다는 점에서 헌법상 평등원칙 위반이라는 견해⁸²⁸⁾가 있다.

824) 증명책임의 완화에 관한 사항은 평등대우의 원칙에 관한 유럽연합의 4개 지침 중 유럽의회 및 이사회 지침 2002/73/EC에는 포함되어 있지 않고, 이사회 지침 2000/43/EC 제8조, 이사회 지침 2000/78/EC 제10조, 이사회 지침 2004/113/EC 제9조에만 포함되어 있다.

825) 간접사실은 법률효과를 발생시키는 요건사실인 주요사실의 존재를 추인하는데 도움이 됨에 그치는 사실을 말한다. 이시윤, 신민사소송법(제15판), 박영사, 2022, 330면.

826) 이시윤, 신민사소송법(제15판), 박영사, 2022, 461면.

827) 정주백, “차별금지법안에 대한 검토 - 차별금지 사유의 성격을 중심으로 -”, 법학연구 제31권 제3호, 충남대학교 법학연구소, 2020, 35-36면.

828) 김해원 “차별금지법안과 차별금지운동”, 법학연구 제64권 제2호, 부산대학교 법학연구소,

‘정보공개 청구’는 차별피해자가 소송 제기 이전 단계에서부터 차별 피해 증명자료를 용이하게 확보하기 위한 수단으로 이해되나, 차별 주장에 한하여 사인 상호간에 소송 제기 이전에 주장만으로 정보공개청구를 인정하는 입법례를 확인하기 어렵고, 차별 주장만으로 사용자에게 채용기준 등의 정보공개를 청구할 수 있도록 하는 경우에 그 남용의 우려가 크며, 소송을 제기한 이후에 문서제출명령 등으로 관련 자료를 확보할 수 있고, 우리 「민사소송법」에서 소제기 전 증거조사는 증거보전의 필요성이 인정되는 때에 한하여 예외적으로 법원의 증거보전절차를 통해서만 허용되는 점⁸²⁹⁾⁸³⁰⁾ 등을 고려할 때, 그 도입 여부에 대하여 신중한 접근이 필요하다고 본다.⁸³¹⁾⁸³²⁾

차. 불이익 조치 금지

‘불이익 조치 금지’는 인권위법 제55조에 규정되어 있는 사항이며, 그 실효성을 확보하기 위한 제재조치로 형사처벌을 추가로 부가하는 것이고, 국내적으로 남녀고용평등법 제37조 제2항 제2호,⁸³³⁾ 제14조 제6항, 고령자고용법 제23조의3 제1항,⁸³⁴⁾ 제4조의9, 기간제법 제21조,⁸³⁵⁾ 제16조 제2호, 파견법 제43조의2,⁸³⁶⁾ 「근로기준법」 제109조 제1항,⁸³⁷⁾ 제76조의3 제6항에서 불이익 조치 금지를 위반하여 불리한 처우를 한 사업주를 형사처벌하도록 규정하고 있다.

‘불이익 조치’에 대하여 반대하는 견해로, 불이익 조치의 범위가 매우 넓고 광범위하다는 견해,⁸³⁸⁾ 형벌을 부과하는 경우에 어느 정도의 불이익 조치가 해당 조문의

2023. 26면.

829) 「민사소송법」 제375조는 미리 증거조사를 하지 아니하면 그 증거를 사용하기 곤란할 사정이 있다고 인정한 때에는 당사자의 신청에 따라 법원이 증거조사를 할 수 있다고 규정하고 있다.

830) 2021년 6월 18일 더불어민주당 조웅천 의원은 ‘민사상 다툼이 있는 사실을 확정하는 것에 법률상 이익이 있는 때’에 본안의 소를 제기하기 전이라도 증거조사를 신청할 수 있는 ‘소제기 전 증거조사절차’를 신설하는 내용의 「민사소송법 일부개정법률안」을 대표발의하였다.

831) 한편 「채용절차의 공정화에 관한 법률」 제11조 제1항은 채용 여부가 확정된 이후 구직자가 자신의 채용서류의 반환을 청구하는 경우에 이를 반환하도록 규정하고 있는 수준에 그치고 있다.

832) 홍관표, “차별금지법 제정 방안에 관한 검토”, 이화젠더법학 제13권 제2호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2021. 43면.

833) 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금.

834) 2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금.

835) 2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금.

836) 2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금.

837) 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금.

838) 음선필, “포괄적 차별금지법에 대한 헌법적 평가”, 홍익법학 제21권 제3호, 홍익대학교 법학연

불이익 조치에 포섭될 것인가가 불명확하기 때문에 형벌법규의 명확성원칙의 관점에서 문제가 있다는 견해,⁸³⁹⁾ 교회 내 문제를 교회법에 따른 종교 재판국에 먼저 제소하지 않고 일반 국가법에 따른 소송절차를 진행하는 경우, 권징(징계) 등 불이익을 주도로 규정하고 있는 교단 총회 헌법에 따라 때에, 동성애 설교를 들은 교회 직원, 종교기관에서 운영하는 복지시설 등에서 채용상 차별이나 종교교육 등을 이유로 국가인권위원회에 진정이나 법원에 소송을 제기한 경우, 교단 총회 헌법에 따라 권징하여야 하는 교회로서는 언제나 불이익조치 위반에 따른 형사처벌의 위험을 감수할 수 밖에 없게 된다는 견해⁸⁴⁰⁾가 있다.

불이익 조치에 관하여는 이미 다수의 유사 규정이 존재하고 있으므로, 차별금지법에 불이익 조치 금지와 그에 따른 형사처벌을 규정하는 것은 문제가 없다고 본다.⁸⁴¹⁾

불이익 조치의 유형에 관하여는 「공익신고자 보호법」 제2조 제6호가 국내법 중 불이익 조치 유형을 가장 잘 정리하고 있는 조문으로 보이므로 이를 차별금지법의 불이익 조치에 포함시키는 것이 바람직하다. 불이익 조치에 대하여 징벌적 손해배상 책임을 부과하는 것도 「공익신고자 보호법」 제29조의2에서 불이익 조치에 징벌적 손해배상책임을 규정하고 있는 것과 같은 평면에서 그 필요성이 인정된다고 본다.⁸⁴²⁾

카. 형사처벌

국내적으로 「근로기준법」과 장애인차별금지법에 차별에 관한 형사처벌 규정이 있으나, 차별금지법에는 별도로 벌칙 규정을 두지 않는 것이 국제적으로도 일반적인 입법례인 점에 비추어 보면, 형사처벌에 관하여는 차별금지법에 별도로 규정하지 않는 것이 바람직하다고 본다.⁸⁴³⁾

구소, 2020, 148면.

839) 정주백, “차별금지법안에 대한 검토 - 차별금지 사유의 성격을 중심으로 -”, 법학연구 제31권 제3호, 충남대학교 법학연구소, 2020, 37-38면, 김해원 “차별금지법안과 차별금지운동”, 법학연구 제64권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2023, 26면.

840) 지영준, “포괄적 차별금지법 제정 논의와 가짜뉴스 - 2020. 6. 29.자 jtbc 팩트체크와 양심적 혐오표현권 -”, 교회와 법 제7권 제2호, 한국교회법학회, 2021, 203면.

841) 홍관표, “차별금지법 제정 방안에 관한 검토”, 이화젠더법학 제13권 제2호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2021, 44면.

842) 홍관표, “차별금지법 제정 방안에 관한 검토”, 이화젠더법학 제13권 제2호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2021, 45면.

843) 홍관표, “차별금지법 제정 방안에 관한 검토”, 이화젠더법학 제13권 제2호, 이화여자대학교

독일 「일반평등대우법」, 영국 「2010년 평등법」, 「캐나다 인권법」⁸⁴⁴⁾ 모두 차별행위 자체에 대한 형사처벌은 규정하지 않고 있다. 차별금지 일반에 대하여 형사처벌을 규정한 프랑스도 차별금지 관련 법률이 아닌 형법에 규정을 두고 있다.⁸⁴⁵⁾

9. 국가 등의 책무 등

포괄적 차별금지 입법을 하면서, 차별피해에 대한 구제법으로서의 성격뿐만 아니라 차별금지 혹은 평등에 관한 기본법으로서의 성격도 함께 담을 수 있다. 이 경우에 포함시킬 수 있는 내용들에 관하여는 국내에 존재하는 다른 기본법들의 내용을 일차적으로 참고할 수 있겠다.

다른 기본법들에서 포함시키고 있는 사항들로는 ① 국가와 지방자치단체의 책무 명시,⁸⁴⁶⁾ ② 정책기본계획의 수립 및 시행,⁸⁴⁷⁾ ③ 정책 심의·조정을 위한 중앙위원회⁸⁴⁸⁾와 시·도위원회,⁸⁴⁹⁾ ④ 정책 수립을 위한 실태조사,⁸⁵⁰⁾ ⑤ 정책책임관 지정,⁸⁵¹⁾ ⑥ 영향평가,⁸⁵²⁾ ⑦ 통계,⁸⁵³⁾ ⑧ 교육,⁸⁵⁴⁾ ⑨ 관련 기관·시설 및 단체 지원·보호·육성⁸⁵⁵⁾ 등이 있다.⁸⁵⁶⁾

젠더법학연구소, 2021, 45면.

844) 「캐나다 인권법」 제60조는 ① 캐나다인권재판소(Canadian Human Rights Tribunal)의 재판관이나 재판부의 업무 수행을 방해하거나, ② 차별행위 해소를 위한 임금 삭감을 금지하고 있는 제11조 제6항을 위반하거나, ③ 진정을 조사하는 조사관 방해를 금지한 제43조 제3항을 위반하거나, ④ 진정 기타 절차의 개시나 실행과 관련하여 진정을 제기하거나 증거를 제출하거나 지원하였음을 이유로 한 또는 그렇게 하고자 하였다는 이유로 한 개인에 대한 위협, 협박 또는 차별을 금지한 제59조를 위반한 경우를 범죄로 규정하면서, 약식판결(summary conviction)로 50,000 달러 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.

845) 프랑스 형법 제225조의1, 제225조의2 참조.

846) 「양성평등기본법」 제5조; 「아동복지법」 제4조; 「장애인복지법」 제9조; 「재한외국인 처우 기본법」 제3조; 「고용정책 기본법」 제6조; 남녀고용평등법 제4조.

847) 「양성평등기본법」 제7조 내지 제9조; 「아동복지법」 제7조 내지 제9조; 「장애인복지법」 제10조의2; 「재한외국인 처우 기본법」 제5조 내지 제7조; 「고용정책 기본법」 제8조 및 제9조; 남녀고용평등법 제6조의2.

848) 「양성평등기본법」 제11조; 「아동복지법」 제10조; 「장애인복지법」 제11조; 「재한외국인 처우 기본법」 제8조; 「고용정책 기본법」 제10조.

849) 「양성평등기본법」 제11조의2; 「아동복지법」 제12조; 「장애인복지법」 제13조.

850) 「양성평등기본법」 제10조; 「아동복지법」 제11조; 「장애인복지법」 제31조; 남녀고용평등법 제6조의3.

851) 「양성평등기본법」 제13조; 「아동복지법」 제13조; 「장애인복지법」 제12조.

852) 「양성평등기본법」 제15조; 「아동복지법」 제11조의2; 「고용정책 기본법」 제13조.

853) 「양성평등기본법」 제17조; 「고용정책 기본법」 제17조.

854) 「양성평등기본법」 제18조; 「아동복지법」 제31조; 「장애인복지법」 제25조; 남녀고용평등법 제13조.

또한 포괄적 차별금지 입법이 차별금지 혹은 평등에 관한 기본법으로서 제정될 경우에 다른 법률과의 관계를 명시하여 규정할 필요가 있다.⁸⁵⁷⁾

10. 소결

포괄적 차별금지 입법의 주요 쟁점으로 ① 포괄적 차별금지 입법의 필요성, ② 포괄적 차별금지 입법의 명칭, ③ 차별금지의 사유, ④ 차별금지의 유형, ⑤ 차별금지의 영역, ⑥ 차별금지의 예외, ⑦ 구제 및 이행확보, ⑧ 국가 등의 책무 등으로 구분하여 살펴보았다.

국가인권위원회의 2006년 권고안부터 2007년 정부안, 2008년에 발의된 노회찬의원안, 2011년에 발의된 권영길의원안, 박은수의원안, 2012년에 발의된 김재연의원안, 2013년에 발의된 김한길의원안(철회), 최원식의원안(철회), 2020년에 발의된 장혜영의원안, 국가인권위원회의 2020년 권고안, 2021년에 발의된 이상민의원안, 박주민의원안, 권인숙의원안에 이르기까지의 체계나 내용을 살펴보면, 그 법안의 명칭에 있어서의 일부 차이에도 불구하고 대체로 '제1장 총칙, 제2장 국가 및 지방자치단체 등의 차별시정 의무(국가의 차별금지계획 수립 및 시행⁸⁵⁸⁾), 조 제 차별금지 및 예방, 제4장 차별의 구제'로 구성된 유사한 체계⁸⁵⁹⁾ 안에서 비슷한 내용들로 구성되어 있음을 알 수 있다.

차별금지의 사유는 명시하는 사유에 일부 차이가 있지만 '예시적'으로 규정하고 있고,⁸⁶⁰⁾ 차별금지의 유형으로는 직접차별 외에 '간접차별', '괴롭힘',⁸⁶¹⁾ '차별 표시·

855) 「양성평등기본법」 제51조; 「아동복지법」 제58조; 「장애인복지법」 제63조.

856) 국가와 지자체의 평등의무, 공무원, 기업, 시민의 평등의무, 평등실태조사, 평등영향평가, 평등정책개선권고, 평등교육, 반차별단체에 대한 지원, 대통령 직속 평등위원회, 차별금지 관련 부서의 설치 등을 자세히 규율하는 것이 바람직하다는 의견으로, 홍성수, "포괄적 차별금지법의 필요성: 평등기본법을 위하여", 이화젠더법학 제10권 제3호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2018, 32면.

857) 「양성평등기본법」 제6조; 「장애인복지법」 제15조; 「재한외국인 처우 기본법」 제4조; 「고용정책 기본법」 제4조; 장애인차별금지법 제9조.

858) 박은수의원안, 최원식의원안.

859) 국가인권위원회의 2020년 권고안과 2021년의 박주민의원안, 권인숙의원안은 제5장 벌칙을 별도로 두고 있다.

860) 차별금지 사유에 "등" 또는 "그 밖의 사유"를 규정하는 방식이다. 다만, 국가인권위원회의 2006년 권고안은 차별금지 사유를 "성별, 장애, 병력, 나이, 출신국가, 출신민족, 인종, 피부색, 출신지역, 용모 등 신체조건, 혼인여부, 임신 또는 출산, 가족형태 및 가족상황, 종교, 사상

조장 광고’를 포함하며,⁸⁶²⁾ 차별금지의 영역은 ‘고용’, ‘재화·용역 등의 공급이나 이용’, ‘교육기관의 교육 및 직업훈련’, ‘법령과 정책의 집행’⁸⁶³⁾을 규정하고 있고, 차별금지의 예외로는 일반적·포괄적 예외 사유만을 규정하면서 ‘특정 직무나 사업 수행의 성질상 불가피한 경우’(진정직업자격 또는 진정한 정당성⁸⁶⁴⁾)와 ‘현존하는 차별을 해소하기 위하여 특정한 개인이나 집단을 잠정적으로 우대하는 행위와 이를 내용으로 하는 법령의 제·개정 및 정책의 수립·집행’(잠정적 우대조치)을 그 사유로 규정⁸⁶⁵⁾하고 있다.

법안의 제2장에서 차별시정(또는 차별금지)을 위한 5년 단위의 기본계획⁸⁶⁶⁾과 연도별 시행계획 그리고 국가 및 지방자치단체의 일련의 책무들을 규정하고 있고, 조

또는 정치적 의견, 전과, 성적지향, 학력(學歷), 고용형태, 사회적신분”으로 규정하고 있었고, 박은수의원안도 차별금지 사유를 “성별·연령·장애·병력·피부색·용모 등 신체조건, 인종·언어·출신국가·출신민족·출신지역(출생지, 등록기준지, 성년이 되기 전의 주된 거주지 등을 말한다) 등 출생지, 기혼·미혼·별거·이혼·사별·재혼·사실혼 등 혼인상태, 출산형태 및 가족형태, 종교, 정치적 견해, 전과·성적평등·학력·고용형태 등 사회적 신분”으로 규정하고 있었다.

861) 괴롭힘의 사유를 제한한 것으로 국가인권위원회의 2006년 권고안(제29조)은 ‘성별, 장애, 인종, 출신국가, 출신민족, 피부색, 성적지향’으로 제한했고, 2007년 정부안(제3조 제1항 제3호)과 박은수의원안(제4조 제4호) 및 최원식의원안(제4조 제4호)은 ‘성별, 인종, 피부색, 출신민족, 장애’로 제한했다.

862) 최원식의원안은 ‘온라인 차별행위’를 별도로 규정(제4조 제6호)하고 있었고, 장혜영의원안(제3조 제1항 제3호), 국가인권위원회의 2020년 권고안(제3조 제4항), 이상민의원안(제4조 제5항), 박주민의원안(제3조 제4항), 권인숙의원안(제4조 제4항)은 ‘성희롱’을 괴롭힘과 별도의 차별행위 유형으로 규정하고 있다.

863) 김한길의원안은 ‘법령의 제정·개정과 정책의 수립·집행’으로 규정(제3조 제1항 제1호 라목)했고, 장혜영의원안은 ‘행정서비스 등의 제공이나 이용’으로 규정(제3조 제1항 제1호 라목)하고 있으며, 국가인권위원회의 2020년 권고안은 ‘행정·사법절차 및 서비스의 제공·이용’으로 규정(제3조 제1항 제4호)하고 있고, 이상민의원안은 ‘공공서비스의 제공 이동 등’으로 규정(제4조 제2항)하고 있다.

864) 「캐나다인권법」 제15조의 “a bona fide occupational requirement” 혹은 “a bona fide justification” 참조.

865) 최원식의원안은 일반적·포괄적 예외 사유를 규정하지 않았고, 노회찬의원안은 차별금지의 예외로 잠정적 우대조치만을 규정(제3조 제2항)하고 있었으며, 박은수의원안은 ‘특정 직무나 사업 수행의 성질상 불가피한 경우’와 함께 ‘성별·언어·신체적조건 등 본질적 차이로 인한 경우’, ‘국적 언어 등의 차이로 인하여 불가피한 경우’, ‘기타 합리적인 이유로 인하여 차별이 불가피한 경우’를 추가로 규정(제6조)하고 있었으며, 국가인권위원회의 2020년 권고안, 이상민의원안, 박주민의원안, 권인숙의원안은 ‘다른 법률의 규정에 따라 차별로 보지 아니하는 경우’를 일반적·포괄적 예외 사유의 하나로 추가로 규정하고 있다.

866) 대체로 국가인권위원회가 기본계획 권고안을 미리 마련하여 대통령에게 제출하고, 정부(대통령)가 국가인권위원회의 권고안을 존중하여 기본계획을 수립하도록 규정하고 있다. 그러나 박은수의원안과 최원식의원안은 차별금지를 위한 주요정책을 심의하기 위하여 국무총리 소속하에 ‘차별금지정책위원회’를 두고, 차별금지정책위원회에서 기본계획을 수립하도록 하면서, 국가인권위원회의 기본계획 권고안에 관하여는 별도로 규정하지 않았다.

제에서는 차별금지의 영역별로 금지되는 차별행위를 세분화하여 규정하면서, 참정권 및 행정서비스, 수사·재판 절차, 근로, 교육, 방송서비스 등에서의 편의제공에 관한 사항을 함께 규정하고 있다.

법안의 제4장에서는 차별 피해의 구제 수단으로 ① 국가인권위원회 진정, ② 시정명령,⁸⁶⁷⁾ ③ 소송지원이나 법률구조 요청, ④ 법원의 구제조치, ⑤ 손해배상 및 징벌적 손해배상, ⑥ 증명책임(입증책임)에 관한 특칙, ⑦ 고용 관련 정보공개 의무, ⑧ 불이익 조치의 금지 및 그 위반에 대한 벌칙을 규정하고 있다. 이 중 ‘시정명령’,⁸⁶⁸⁾ ‘소송지원이나 법률구조 요청’,⁸⁶⁹⁾ ‘징벌적 손해배상’,⁸⁷¹⁾ ‘증명책임(입증책임)에 관한 특칙’,⁸⁷²⁾ ‘불이익 조치 위반에 대한 벌칙’⁸⁷³⁾에 대하여는 법안마다 규율 내용에 차이가 있었다.

포괄적 차별금지 입법의 쟁점이 되는 요소들은 상호 밀접하게 연관되어 있다. 포괄적 차별금지 입법을 단순히 기본법적 성격의 법률로 제정하는 것이 아니라 인권위법에 규정된 조정·권고·고발·징계권고 수준의 구제조치 보다 더 강한 구제의 효력을 갖는 구제조치를 통해 차별 피해자의 보호 및 구제를 위한 법률로 제정하고자 한다면, 차별 피해자의 보호 및 구제의 측면과 함께 그 법률을 준수하여야 하는 수범자(잠재적 차별 행위자)의 이익 및 예측가능성과의 조화가 필요함은 앞서 언급한 바와 같다. 이러한 차원에서 포괄적 차별금지를 위한 기존의 법안들은 근본적으로 재검토될 필요가 있다.

867) 국가인권위원회의 2006년 권고안(제31조 내지 제35조), 노회찬의원안(제35조 내지 제40조), 김한길의원안(제32조 내지 제37조), 장혜영의원안(제42조 내지 제47조), 국가인권위원회가 시정명령권을 갖는 것으로 하여, ① 시정명령, ② 의견제출기회의 부여, ③ 이행강제금, ④ 이익신청, ⑤ 소의 제기, ⑥ 시정명령의 집행정지를 규정하고 있고, 박주민의원안(제34조 내지 제38조), 권인숙의원안(제33조 내지 제37조)은 이 중 ‘⑤ 소의 제기’를 제외한 나머지 사항들을 규정하고 있다. 시정명령에 대한 불복의 소를 제기하는 기간 제한에 관한 규정이 없으면 「행정소송법」 제20조의 제소기간이 적용을 받게 될 것이다.

868) 2007년 정부안, 권영길의원안, 박은수의원안, 김재연의원안, 최원식의원안, 국가인권위원회의 2020년 권고안은 차별 피해의 구제수단으로 시정명령을 포함시키지 않았다.

869) 2007년 정부안, 박은수의원안, 최원식의원안은 차별 피해의 구제수단으로 국가인권위원회의 소송지원이나 법률구조 요청에 관한 사항을 포함시키지 않았다.

870) 노회찬의원안(제41조 및 제42조), 권영길의원안(제36조 및 제37조), 김재연의원안(제36조 및 제37조), 장혜영의원안(제48조 및 제49조)은 국가인권위원회의 법률구조 요청과 소송지원을 모두 규정하고 있다.

871) 2007년 정부안, 박은수의원안, 최원식의원안은 차별 피해의 구제수단으로 징벌적 손해배상을 포함시키지 않았다.

872) 국가인권위원회의 2006년 권고안(제40조), 장혜영의원안(제52조), 국가인권위원회의 2020년 권고안(제35조)은 증명책임이 차별을 받았다고 주장하는 자의 상대방에게 사실상 모두 전환되는 것으로 규정하고 있다.

873) 국가인권위원회의 2006년 권고안은 불이익 조치의 금지 위반에 대하여 벌칙을 규정하지 않았다.

차별금지의 사유는 예시가 아닌 한정적 열거의 방식으로 규정되어야 하고, 열거할 사유는 국내 현실과 관련 법령, 국제인권기준 등을 종합적으로 고려하여 보호의 필요성이 높은 차별금지 사유를 중심으로 결정되어야 할 것이지만, 대표적으로 반대의견이 두드러지게 제기되는 ‘종교’와 ‘성적 지향 및 성별 정체성’은 열거되는 차별금지 사유에 포함시키는 것이 바람직하다.

차별금지의 유형 중 ‘간접차별’은 그 정당화 사유를 보다 구체화해서 규정하고, 성희롱을 별도로 규정하고 있는 기존의 국내 법률들을 고려하여 ‘괴롭힘’과 ‘성적 괴롭힘’은 구별하여 규정하는 것이 바람직하다. ‘차별 표시·조장 광고’는 별도의 표시·광고에 관한 개별 법률로 규율할 수 있으므로 차별금지 유형이 포함시킬 필요성이 낮고, ‘비방 등 혐오 표현’을 차별금지 유형에 포함시키자는 주장도 이를 받아들일 필요성이 낮다고 본다. 오히려 ‘중복차별’과 ‘차별의 지시’를 차별금지의 한 유형으로 포함시키는 방안을 적극적으로 검토할 필요가 있다. 한편 ‘정당한 편의 제공’과 관련된 규정들은 장애를 이유로 한 차별에 특유한 것으로 이해되고, 장애인차별금지법에 상세한 규정이 마련되어 있어, 장애인차별금지법까지 통합하는 입법을 추진하는 것이 아닌 한, 이를 포함시킬 실익이 없다고 본다.

차별금지의 영역 중 ‘고용’ 영역에는 사용자 외에 ‘노동조합’과 ‘직업소개사업, 근로자공급사업, 직업정보제공사업 등 고용서비스 업무를 수행하는 사업자’를 추가로 규율하는 것이 필요하고, ‘동거하는 친족만으로 이루어지는 사업 또는 사업장’과 ‘가사사용인’에 대하여 고려할 필요가 있다. ‘교육’ 영역에서 ‘교육의 내용’을 포함시키는 것은 교육 영역에 대한 과도한 개입이 될 수 있으므로, ‘교육의 내용’은 이를 제외하는 것이 바람직하다. ‘재화와 용역의 공급이나 이용’ 영역에서는 적용 대상을 불특정 다수인을 상대로 한 상업적 거래관계로 제한하는 방안을 마련할 필요가 있다. 한편 ‘법령이나 정책의 집행’ 영역은 헌법상 평등의 원칙이 직접 적용되고 「행정소송법」상 항고소송이나 「헌법재판소법」상 위헌법률심판, 헌법소원심판 등을 통한 구제수단이 보장되고 있음에 비추어 이를 차별금지법의 적용대상에 포함시키는 것이 바람직한지의 의문이다.

차별금지의 예외는 포괄적 차별금지 입법의 적용을 받게 될 수범자의 해석에 따른 불확실성의 위험을 감소시킬 수 있도록, 일반적·포괄적 예외 사유는 물론 각 차별금지

영역별 개별적 예외 사유도 가능한 범위 내에서 기존 판례나 국가인권위원회 결정례, 해외 입법례 등을 참조하여 보다 구체화할 수 있도록 노력할 필요가 있다. 이에 따르면 기존 법안들의 조 제에서와 같이 영역별로 금지되는 차별행위를 세분화하여 규정하기 보다는 해당 부분에서 영역별로 허용되는 개별적 예외 사유를 세분화하여 규정하는 것이 더욱 바람직하다고 본다. 아울러 모든 개별적 예외 사유를 입법화하기 어려운 사정을 고려하여, 국가인권위원회가 차별금지의 정당화 사유와 관련하여 사회적 합의 과정을 거쳐 일정한 지침을 마련하는 경우에 그러한 지침을 따른 행위에 대해서는 차별금지의 예외로 인정하는 규정을 도입하는 방안도 긍정적으로 검토할 필요가 있다.

차별 피해의 구제수단으로 ‘차별금지에 위반된 계약의 효력을 차별행위자가 편면적으로 원용할 수 없도록 하는 방식’을 도입하는 것을 고려해 볼 수 있겠다. ‘시정명령’을 도입하는 것은 이행강제력이 없는 국가인권위원회 권고의 효력을 보완하고 법원의 재판절차에서 나타날 수 있는 문제를 해소하면서 차별행위의 피해자에게 다양한 구제수단을 제공한다는 측면에서 포함되는 것이 바람직하지만, 기존의 일부 법안들에서와 같이 국가인권위원회가 시정명령을 담당하게 하는 것은 권고기관으로서의 국가인권위원회의 위상과 역할 및 국내 법체계에 비추어 적절하지 않으며, 포괄적인 차별금지 입법의 성격을 고려할 때 정부 내 인권옹호의 주무부처이며 차별금지법의 소관부처가 될 법무부장관이 담당하도록 하는 것이 타당하다고 본다. ‘징벌적 손해배상’은 그 도입 방안을 전향적으로 검토하되, 국내적으로 징벌적 손해배상이 도입된 법률의 배상책임 범위와 배상액 산정 시 고려사항을 참고할 필요가 있다. 임시의 지위를 정하는 가처분과 유사한 임시조치를 넘어선 ‘법원의 적극적 조치’를 포괄적 차별금지 입법의 구제수단으로 도입하는 것은 사법소극주의를 채택하고 있는 우리 법체계 및 3권 분립의 원칙에 비추어 신중하게 접근할 필요가 있다. 아울러 증명책임에 관하여는 기존의 일부 법안들에서 규정하고 있는 증명책임의 전환이 상대방에게 과도한 부담을 지우게 되는 점을 고려할 때, 증명책임의 완화로 규정하는 방식이 더 바람직하다고 본다. 그리고 고용 관련 ‘정보공개 청구 내지 정보공개 의무’는 유사한 입법례를 확인하기 어렵고, 남용의 우려도 크며, 「민사소송법」의 문서제출명령이나 증거보전절차 등을 고려할 때, 도입하지 않는 것이 바람직하다.

기존의 법안들은 ‘제2장 국가 및 지방자치단체 등의 차별시정 의무’에서 주로 국가

인권위원회의 차별시정을 위한 기본계획 권고, 정부(대통령)의 차별시정을 위한 5년 단위의 기본계획의 수립·시행과 연도별 시행계획의 수립·시행에 초점이 맞추어져 있으나, 다른 국내 기본법적 성격의 법률들에 규정되어 있는 내용을 참고할 때, 정책 심의·조정을 위한 위원회, 실태조사, 정책책임관, 영향평가, 교육, 관련 기관·시설 및 단체 지원·보호·육성 등에 관한 사항을 포괄적 차별금지 입법의 내용으로 포함시키는 방안이 적극적으로 검토될 수 있다고 본다.

이상과 같은 포괄적 차별금지를 위한 기존의 법안들에 관한 재검토 필요 사항들을 반영하려고 하면, 기존 법안들의 체계 구성에도 큰 폭의 변화가 불가피할 수 있다. 이번 연구를 통해 포괄적 차별금지 입법 전반의 다양한 쟁점들을 재확인하고 명확히 함으로써, 국가인권위원회의 2006년 권고안이 제시된 지 17년도 넘게 시간이 흐르는 동안 일부 차별금지 사유에 한정된 논쟁에 매몰되어 온 현실에 전환점이 마련되고, 헌법상 평등의 원칙 실현과 차별 피해자의 보호 및 구제를 위해 효과적이면서 사회 일반의 수범자의 이익 및 예측가능성과도 조화를 이루는 포괄적 차별금지 입법이 제정될 수 있기를 기대해 본다.

제 5 장

포괄적 차별금지에 대한 법무정책적 대응방안

차별에 대한 국회의원실 인식조사

송봉규·김용태

제5장

차별에 대한 국회의원실 인식조사

제1절 | 인식조사 개관

1. 조사 설계

가. 조사대상

(1) 조사대상 검토

1) 국민

“포괄적 차별금지에 대한 법무정책적 대응방안” 연구에서 일반법 또는 기본법으로써 평등법 또는 차별금지법 제정에 대한 인식조사 대상으로 일반 국민과 차별 관련 법률전문가를 먼저 검토하였다.

우선 국민 대상 차별금지법 제정에 대한 인식조사는 국가인권위원회에서 최근 실시하였다. 2020년 국가인권위원회가 리얼미터에 의뢰한 “차별에 대한 국민인식조사”에 의하면 국민 88.5%는 차별 관련 법률 제정에 찬성하였다(국가인권위원회, 2020). 2022년 국가인권위원회가 리얼미터에 의뢰한 “2022 평등에 관한 인식조사”에 의하면, 국민 67.2%가 차별금지법 제정이 필요하다고 응답하였다.⁸⁷⁴⁾ 일반 국민이나 차별 대상자들에게 차별, 인권, 평등을 조사한 사례는 국가인권위원회(2021) “인권상황보고서”, 국가인권위원회(2020) “트랜스젠더 혐오차별 실태조사”⁸⁷⁵⁾ 등이 있다. 처벌

874) 국가인권위원회 보도자료. “평등법(차별금지법)의 조속한 제정을 다시 촉구한다.”, 2022년 5월 8일자.

875) 국가인권위원회 보도자료, “트랜스젠더 혐오차별 실태조사 결과발표 - 트랜스젠더가 겪는 혐

가능성 사례를 제시한 포괄적 차별금지법에 대한 한국기독문화연구소 조사 결과(2020)와⁸⁷⁶⁾ 진정한평등을바라며나쁜차별금지법을반대하는전국연합이 오피니언 코리아에 의뢰한 조사(2022)와 같이 차별금지법 제정에 반대하는 결과도 있다.⁸⁷⁷⁾ 일반 법 또는 기본법으로써 평등법 또는 차별금지법 제정에 대한 국민 대상 조사 결과도 이와 동일한 논쟁을 예상할 수 있다.

차별에 대한 인식조사 자문이나 보고회에 의하면, 차별을 직접 겪는 여성, 장애인, 성소수자, 비정규직, 미등록외국인, 이주민 등을 대상으로 인식조사가 필요하다는 의견도 있었다. 하지만 차별을 직접 경험하는 사람들을 대상으로 한 인식조사는 다른 인권실태조사와 동일하게 차별에 대한 전반적인 인식은 충분히 높을 것이라고 예상할 수 있겠지만, 법 제정 방안이라는 이번 조사의 목적을 달성하기에는 부족하다고 판단하였다.

2) 법률전문가

최근 몇 년 동안 몇 차례 실시된 일반 국민 대상 차별금지법 제정에 대한 인식조사보다 우리나라에 일반법 또는 기본법으로써 평등법 또는 차별금지법 제정 방안을 조사하는 목적을 달성하고자 차별 관련 법률전문가를 조사대상으로 검토하였다. 차별금지법 제정에 대한 인식조사는 사회적으로 대립되는 논쟁으로 인해 조사대상이 편향되지 않도록 선정해야 한다. 차별 관련 법률전문가는 입법, 사법, 행정, 학계 전문가로 분류할 수 있다.

법률전문가 조사와 관련하여 대표적인 연구는 한국형사·법무정책연구원(2015) “최근 부패방지법의 쟁점에 관한 연구”와 한국법제연구원(2016) “법전문가의 법의식 조사연구”가 있다. 한국형사·법무정책연구원 연구는 일반 국민 1,500명, 법률전문가 224명, 교육계 504명, 언론계 137명을 대상으로 관련 사례를 제시하여 인식을 측정하였다. 조사대상에서 법률전문가 240명은 판사 50명, 검사 50명, 국선변호사 90명,

오와 차별 개선을 위한 사회적 논의 필요-”, 2021년 2월 9일자.

876) 뉴스앤조이. “국민 40% 이상이 차별금지법 반대? 이상한 여론조사”, 2020년 7월 17일자.

877) 하지만 2022년 진정한평등을바라며나쁜차별금지법을반대하는전국연합이 오피니언 코리아에 의뢰한 조사에서는 동성애와 성전환 등이 포함된 차별금지법 제정에 반대한다는 응답이 41.4%로 찬성한다는 응답 35.3%보다 높게 나타나기도 했다. 출처는 크리스천투데이. “이름만 알면 찬성, 내용도 알면 반대하는 차별금지법”, 2022년 5월 16일자.

법원공무원 30명으로 구성하였다. 조사한 결과 일반 국민은 흥미와 재미를 가지고 응답한 반면, 판사 및 검사의 경우 해당 질문에 자신이 응답하면 법적으로 판단을 했다고 볼 수 있어 이러한 것이 추후 문제가 될 수 있다는 생각에서 응답 거절이 많은 것으로 나타났다(2015: 88). 한국법제연구원(2016)은 국민법의식 조사연구(2015년)에서 사용한 지표를 수정·보완하여 법전문가를 대상으로 조사한 인식을 비교하였다. 조사 문항은 주요 사건 사례를 제시하여 인식을 측정하였다. 한국법제연구원 연구는 2009년에도 동일하게 진행되었고, 필요시 불규칙적으로 실시하고 있다.

법률전문가를 대상으로 조사하는 경우 모집단 파악과 표본 추출에 대한 문제가 발생한다. 대부분의 법률전문가 대상 조사에서 모집단을 정확하게 제시하여 표본을 확률적으로 추출하기보다는 임의로 표본을 추출하였다. 법률전문가 대상을 선정하더라도 참여와 응답에 대한 문제도 발생한다. 차별은 성별, 성정체성 또는 성적 지향, 종교, 장애, 병력, 고용 형태, 출신 지역, 출신 국가, 혼인 여부, 임신 또는 출산, 가족 상황, 신체조건, 나이, 학력 또는 학벌, 사상 또는 정치적 의견, 전과, 빈부격차 등 광범위한 분야가 포함되므로 이에 해당하는 법률전문가 모집단을 정확히 파악하는 것은 어려우며, 선정한 일부 조사대상이 편향되었다는 논란은 언제든지 발생할 수 있다.

차별에 대한 인식조사 자문이나 보고회에서 법무부나 국가인권위원회 대상 인식조사가 필요하다는 의견도 제시되었다. 하지만 차별 관련 법률들과 이를 담당(소관)하여 차별을 예방하고 방지하는 역할을 하는 정부 부처를 법무부나 국가인권위원회만으로 제한할 수 없으며, 조사대상이 편향되고 규모가 적다는 문제가 발생할 수 있다.

차별과 관련하여 사법부와 행정부, 현장 법률전문가를 제외하면 학계 법률전문가를 대상으로 인식조사를 설계할 수도 있다. 2023년 2월 3일 기준 한국연구재단의 학술통계자료에 의하면,⁸⁷⁸⁾ 전체 학술 관련 단체에서 사회과학 대분류에⁸⁷⁹⁾ 포함되고 법학 중분류에 해당하며 등재(후보)지를 발행하는 학회는 92개, 대학부설연구소는 26개, 기타(일반) 기관은 8개로,⁸⁸⁰⁾ 전체 126개 학회와 기관이 학계 소속 법률전문가 집단에

878) <https://www.kci.go.kr/kciportal/po/statistics/poStatisticsMain.kci> (최종확인: 2023.2.3.)

879) 사회과학은 법학을 비롯하여 사회과학일반, 정치외교학, 경제학, 농업경제학, 경영학, 회계학, 무역학, 사회학, 사회복지학, 지역학, 인류학, 교육학, 행정학, 정책학, 지리학, 국제/지역개발, 관광학, 신문방송학, 군사학, 심리과학, 기타 사회과학으로 분류된다.

880) 대검찰청, 대한변호사협회, 법제처, 법조협회, 서울국제법연구원, 한국법제연구원, 한국법학원, 한국형사·법무정책연구원 등 8개 기관이 해당한다.

해당한다. 등재(후보)지를 발행하는 법학 관련 126개 학회와 기관에서 차별 관련 학회와 기관을 선정하여, 소속 회원 중에서 관련 전문가를 선별하고 조사하는 어려움과 선정된 표본의 편향성 논란이 발생할 수도 있다.

▶▶▶ [표 5-1] 메타버스 구현 주요 기술학술 관련 단체 현황(2023.2.3. 기준)

(단위: 개)

구분	전체 현황	사회과학	등재(후보)지 발행	법학에서 등재(후보)지 발행
학회	4,116	1,469	2,010	92
대학부설 연구소	5,980	1,534	453	26
기타(일반) 기관	164	76	98	8
합계	10,260	3,079	2,561	126

3) 국회의원실

일반법 또는 기본법으로써 평등법 또는 차별금지법 관련 법률안은 2007년 12월 노무현 정부에서 제안한 정부안부터 2020년 6월 국가인권위원회 시안으로 발의된 “평등 및 차별금지에 관한 법률”까지 총 9개 법률안이 발의되었다. 하지만 제출된 법률안에 대한 국회에서의 논의는 없었다. 2007년 국회에서 처음 발의되어 15년 만에 2020년 5월 법제사법위원회가 주최한 차별금지법 공청회에 당시 야당인 국민의힘은 불참하였다.⁸⁸¹⁾ 2022년 12월 평등 및 차별금지에 관한 법률안에 대한 법제사법위원회 논의에서도 여당인 국민의힘과 법무부는 불참하였다.⁸⁸²⁾ 즉, 2007년부터 차별금지법 제정을 위해 법률안이 9차례나 발의하였지만, 국회에서 여당과 야당 국회의원들이 함께 제대로 논의한 적은 없었다.

따라서 일반법 또는 기본법으로써 평등법 또는 차별금지법 제정을 위해서는 국회의 원 대상 인식을 조사할 필요가 있다. 특히 여당인 국민의힘 소속 국회의원의 인식을 파악함으로써 제정 방향이나 방안을 모색할 수 있다.

국회의원과 국회의원실을 대상으로 조사한 연구는 대통령 소속 국민대통합위원회

881) 국회방송. “15년 만에 열린 차별금지법 공청회...국민의힘 불참”, 2022년 5월 25일자.

882) 경향신문. “차별금지법 국회 논의 시작했지만...국민의힘·법무부는 불참”, 2022년 12월 6일자.

(2016) “국민통합을 위한 20대 국회의 역할과 과제”와⁸⁸³⁾ 임석기(2012) “수사권 조정에 관한 제18대 국회의원 인식 연구: 형사소송법 개정과 관련하여”에 대한 박사학위논문이 있다. “국민통합을 위한 20대 국회의 역할과 과제” 연구는 국회의원 300명 모두 전수조사하였다. “수사권조정에 관한 제18대 국회의원 인식 연구: 형사소송법 개정과 관련하여” 연구는 국회의원 293명의 소속 국회의원실 대상 설문조사를 실시하였다.

2023년 9월 기준 전체 국회의원을 대상으로 일반법 또는 기본법으로써 평등법 또는 차별금지법 제정에 대한 인식조사는 모집단과 표본 선정의 편향성 문제를 해결할 수 있다. 국회의원실의 구성원은 입법전문가라고 할 수 있다. 국회의원실 인식조사를 통해 법률 제정에 대한 국회의원 인식을 직접 조사할 수도 있고, 보좌관이나 비서관 등 국회의원실을 통해 간접적으로 조사할 수도 있다.

(2) 조사대상 선정

우리나라에 일반법 또는 기본법으로서 평등법 또는 차별금지법 제정 방안을 모색하기 위한 인식조사 대상은 2023년 9월 기준 전체 국회의원실로 선정하였다. 조사대상은 2023년 9월 기준 국회의원 298명 소속 국회의원실로 국회의원을 포함하여 소속 보좌관, 비서관 등 국회의원실별 5명이다. 하지만 차별에 대한 국회의원실 인식조사 기간에 국회의원직을 상실한 1명이 발생하여,⁸⁸⁴⁾ 최종 조사대상은 297개 국회의원실별 국회의원과 소속 종사자 5명으로 전체 1,485명을 선정하였다.

나. 조사방법

차별에 대한 국회의원실 인식조사는 조사전문기관에 의뢰할 수 없었다. 조사전문기관은 접근성의 한계, 낮은 응답률, 조사의 어려움 등으로 국회의원실 인식조사를 거절하였다. 조사전문가들의 자문에 의하면 국회의원실 조사는 조사전문기관 의뢰가 어려우며, 직접 조사하더라도 높은 응답률은 기대할 수 없었다. 결국 국회의원실 대상 인식조사는 응답률 제고가 해결 과제가 되었다.

883) 대통령위원회 보도자료, “대통합위, 「20대 국회의원 국민통합 의식조사」 결과 발표”, 2016년 9월 5일자.

884) 연합뉴스TV. “‘조국 아들에 허위 인턴확인서’ 최강욱 집유 확정...의원직 상실”, 2023년 9월 18일자.

차별에 대한 국회의원실 인식조사는 응답률을 높이기 위해 우편 발송, 이메일 발송, 전화 안내 등 가능한 조사방법을 모두 사용하였다. 모든 국회의원실별로 사전 허락을 통해 출입증을 교부 받아 조사원이 직접 방문하는 방법은 제한된 시간과 비용, 협조 요청의 어려움으로 제외하였다.

차별에 대한 국회의원실 인식조사는 2023년 9월 15일부터 2023년 10월 5일까지 297개 국회의원실을 대상으로 우편과 이메일 발송을 통해 진행되었다. 우편을 통한 인식조사는 297개 국회의원실별로 인식조사 설문지 5부를 송부하였고, 이메일을 통한 인식조사는 네이버폼으로 설문지를 구성하여 국회의원실별 대표 이메일로 송부하여 5명의 응답을 요청하였다. 국회의원실별 대표 전화를 통해 차별에 대한 국회의원실 인식조사에 대한 안내와 참여를 요청하였다.

그러나 실시한 인식조사의 저조한 응답률로 인해 2023년 10월 10일부터 2023년 10월 27일까지 실시한 국정감사가 끝나는 일정에 맞춰 2023년 10월 30일부터 11월 5일까지 추가적인 인식조사를 실시하였다. 이미 인식조사에 응답하거나 거절한 국회의원실을 제외한 국회의원실을 대상으로 우편과 이메일을 재발송하였고, 전화를 통해 몇 차례 인식조사 참여도 요청하였다.

다. 조사 문항

조사 문항이 많으면 인식조사 참여를 주저하게 되고, 응답률이 낮아진다는 자문을 바탕으로 조사 문항은 최대한 간결하게 핵심적인 문항으로만 구성하였다. 차별에 대한 국회의원실 인식조사 문항은 크게 인구사회학적 특성, 차별에 대한 인식, 법 제정에 대한 인식으로 구분된다.

인구사회학적 특성 문항은 소속 정당, 직업, 성별, 종교, 연령, 거주지역, 출신지역, 최종 학력, 장애 여부, 이주민 여부 등이다. 차별에 대한 인식 문항은 차별의 심각성, 과거 대비 차별의 심각성, 심각한 차별 분야, 차별에 대한 동의 정도, 향후 차별 상황 전망, 차별에 대한 대응 정책 등이다. 차별에 대한 인식 문항은 국민 인식과의 차이를 분석하기 위해 2020년 국가인권위원회에서 진행한 “차별에 대한 국민인식조사” 문항을 사용하였다. 법 제정에 대한 인식 문항은 헌법의 차별 방지 정도, 현행 법률들의 차별 시정 정도, 담당 정부 부처의 역할, 국가인권위원회의 역할, 시급히 입법적 보완

이 필요한 차별 분야, 법률 제정에 대한 국제 사회 권고 수용 정도, 법 제정에 대한 필요성 동의 정도, 제정할 법률의 명칭, 법 제정을 위한 국회의 역할 등이다.

2. 응답 및 인구사회학적 특성 현황

가. 응답 현황

두 차례에 진행된 차별에 대한 국회의원실 인식조사에서 응답자는 우편과 이메일로 중복 응답하거나 동일한 국회의원실에서 5명 이상 응답한 3명을 제외한 95명이다. 차별에 대한 국회의원실 인식조사 응답률은 응답자 수 기준 6.4%이다.

» [표 5-2] 응답자 수 기준 응답률 현황

구분	조사대상	응답(자)	응답률
297개 국회의원실별 5명	1,485명	95명	6.4%

이번 차별에 대한 인식조사에 응답한 95명의 소속 국회의원실을 파악하면 최소 41개에서 최대 47개 국회의원실에서 참여한 것으로 나타났다. 우편으로 응답한 설문 조사의 경우 반송용 우편을 통해 정확한 소속 국회의원실을 파악할 수 있었지만, 이메일을 통한 온라인 설문조사는 소속 국회의원실에 대한 문항이 없어서 추정만 가능하였다.

따라서 전체 국회의원실 대비 응답한 국회의원실 수 기준 인식조사 응답률은 최소 13.8%에서 최대 15.8%로 추정된다. 차별에 대한 인식조사를 거부한 28개 국회의원실 비율은 전체 297개 국회의원실 대비 9.4%이다. 차별에 대한 국회의원실 인식조사에서 응답하거나 거절하는 등 참여한 69~75개 국회의원실은 전체 297개 국회의원실의 23.2%~25.3%이다.

» [표 5-3] 국회의원실 수 기준 응답률 현황

전체	응답	거절
297개 국회의원실	41~47개 국회의원실(13.8~15.8%)	28개 국회의원실(9.4%)
	합계 69~75개 국회의원실(23.2~25.3%)	

차별에 대한 국회의원실 인식조사 응답은 우편(63.2%)과 이메일(36.8%)로 진행되었다. 우편의 경우 국회의원실에서 5명이 응답한 경우도 있었지만, 이메일의 경우 대부분 1명이나 2명이 응답하였다.

▶▶ [표 5-4] 인식조사 방식에 따른 응답 현황

구분	응답자	
	빈도	비율
우편	60명	63.2%
이메일(온라인)	35명	36.8%
전체	95명	100%

나. 인구사회학적 특성

소속 정당, 직업, 성별, 종교, 연령, 거주지역, 출신지역, 최종 학력, 장애 여부, 이주민 여부 등 응답자의 인구사회학적 특성을 살펴보면 다음과 같다. 응답자의 소속 정당은 더불어민주당(68.4%), 국민의힘(17.9%), 기본소득당(5.3%), 무소속(4.2%), 정의당(3.2%), 시대전환(1.1%) 순으로 높게 나타났다.

응답자 중에서 국회의원은 없으며 국회의원실 소속 보좌관 14.7%, 비서관 85.3%로 나타났다. 응답자의 성별은 남성 53.7%, 여성 46.3%이고, 응답자의 종교는 없음(65.3%), 개신교(14.7%), 천주교(11.6%), 불교(7.4%) 순으로 높게 나타났다. 응답자의 연령은 30세 이상 39세 이하(37.9%), 19세 이상 29세 이하(34.7%), 40세 이상 49세 이하(16.8%), 50세 이상 59세 이하(8.4%), 60세 이상 69세 이하(1.1%) 순으로 높게 나타났다. 거주지역은 대부분 수도권으로 서울 77.9%, 경기 14.7%, 인천과 강원 3.2%, 광주 1.1%이며, 출신 지역은 다른 지역에 비해 서울(24.2%)과 경기(14.7%)가 높게 나타났다. 최종학력은 대졸 66.3%, 대학원 이상 25.3%, 고졸 7.4% 순으로 높게 나타났다. 응답자의 대부분은 비장애인(98.9%)이며 모두 이주민이 아닌 것으로 나타났다.

» [표 5-5] 응답자의 인구사회학적 특성

구분		응답자	
		빈도(명)	비율(%)
소속 정당	국민의힘	17	17.9
	더불어민주당	65	68.4
	정의당	3	3.2
	기본소득당	5	5.3
	시대전환	1	1.1
	진보당	0	0.0
	무소속	4	4.2
직업	보좌관	14	14.7
	비서관	81	85.3
성별	남성	51	53.7
	여성	44	46.3
종교	없음	62	65.3
	불교	7	7.4
	개신교	14	14.7
	천주교	11	11.6
	그 외(원불교)	1	1.1
연령	19세 이상 29세 이하	33	34.7
	30세 이상 39세 이하	36	37.9
	40세 이상 49세 이하	26	16.8
	50세 이상 59세 이하	8	8.4
	60세 이상 69세 이하	1	1.1
거주 지역	서울	74	77.9
	인천	3	3.2
	광주	1	1.1
	경기	14	14.7
	강원	3	3.2
출신 지역	서울	23	24.2
	부산	6	6.3
	대구	6	6.3
	인천	5	5.3
	광주	9	9.5

구분		응답자	
		빈도(명)	비율(%)
	대전	3	3.2
	울산	1	1.1
	경기	14	14.7
	강원	2	2.1
	충북	4	4.2
	전북	5	5.3
	전남	6	6.3
	경북	8	8.4
	경남	2	2.1
	해외(상해)	1	1.1
	고졸	7	7.4
최종 학력	대졸(전문대 포함)	63	66.3
	대학원 이상(석사 포함)	24	25.3
장애 여부	장애인	1	1.1
	비장애인	94	98.9
이주민 여부	이주민 아님	94	100
전체		95	100

국회의원실의 일반법 또는 기본법으로서 평등법 또는 차별금지법의 입법의지와 입법방향을 조사하기 위해서 여당과 야당의 인식 차이를 살펴보았다. 여당과 야당의 분류 기준은 응답자의 소속 정당을 기준으로 국민의힘과 시대전환은 여당, 더불어민주당, 정의당, 기본소득당, 진보당은 야당으로 분류하였다. 시대전환을 국민의힘과 함께 여당으로 분류한 이유는 조정훈 시대전환 대표가 국민의힘 합류를 선언하였고,⁸⁸⁵⁾ 2023년 11월 9일 국민의힘 전국위원회를 열고 시대전환과의 흡수 합당 결의안을 가결하였기 때문이다.⁸⁸⁶⁾ 무소속의 경우 정치적 성향을 파악할 수 없으므로 여당과 야당에서 제외하였다. 따라서 차별에 대한 국회의원실 인식조사는 여당 18.9%, 야당 76.8%, 무소속 4.2%가 응답하였다.

2023년 11월 기준 여당은 국민의힘 111명과 시대전환 1명으로 전체 국회의원의

885) 세계일보. “시대전환 조정훈, 국민의힘 합류”, 2023년 9월 19일자.

886) 동아일보. “국힘, ‘시대전환’ 합당 가결…조정훈 의원 합류로 의석 112석”, 2023년 11월 9일자.

37.7%, 야당은 더불어민주당 167명, 정의당 6명, 기본소득당 1명, 진보당 1명으로 전체 국회의원의 58.9%이다. 이번 차별에 대한 국회의원실의 여당과 야당의 응답률은 전체 국회의원 비중 대비 여당은 18.8% 낮고, 야당은 17.9% 높은 것으로 나타났다.

▶▶ [표 5-6] 응답자의 여당과 야당 분류 현황

구분		현재		인식조사	
		국회의원 수(명)	비율(%)	응답자(명)	비율(%)
여당	국민의힘	111	37.4	17	17.9
	시대전환	1	0.3	1	1.1
	소계	112	37.7	18	18.9
야당	더불어민주당	167	56.2	65	68.4
	정의당	6	2.0	3	3.2
	기본소득당	1	0.3	5	5.3
	진보당	1	0.3	0	0.0
	소계	175	58.9	73	76.8
무소속		10	3.4	4	4.2
전체		297	100	95	100

제2절 | 차별에 대한 인식

1. 차별의 심각성

가. 우리 사회의 차별 심각성

“귀하는 우리 사회의 차별이 어느 정도라고 생각하십니까?”로 질문한 우리 사회 내 차별에 대한 심각성을 조사한 결과, 심각함(매우 심각하다 33.7%, 약간 심각하다 51.6%)이 85.3%, 심각하지 않음(별로 심각하지 않다 14.7%, 전혀 심각하지 않다 0%)은 14.7%로 나타났다. 응답 결과를 여당과 야당으로 구분하여 살펴보면, 심각함에 대한 인식은 야당(87.6%)이 여당(72.2%)보다 높게 나타났다. 2020년 국가인권위원회의 국

민인식과 비교하면, 차별의 심각성 인식은 국회의원실 전체(85.3%)가 국민(82.0%)보다 높게 나타났으며, 야당(87.6%)은 국민(82.0%)보다 높으며 여당(72.2%)은 국민(82.0%)보다 낮게 나타났다.

▶▶▶ [표 5-7] 우리 사회의 차별 심각성

(단위: %)

구분	① 매우 심각하다	② 약간 심각하다	③ 별로 심각하지 않다	④ 전혀 심각하지 않다
	심각함		심각하지 않음	
여당	11.1	61.1	27.8	0.0
	72.2		27.8	
야당	39.7	47.9	12.3	0.0
	87.6		12.3	
국회의원실 전체	33.7	51.6	14.7	0.0
	85.3		14.7	
국민 (국가인권위원회)	19.9	62.1	17.0	1.0
	82.0		18.0	

나. 과거 대비 차별의 심각성

“귀하는 우리 사회에서 과거에 비해 차별이 심화되고 있다고 생각하십니까?”로 질문한 우리 사회의 과거 대비 차별의 심각성을 조사한 결과, 그러함(그렇다 32.6%, 매우 그렇다 8.4%)이 41.0%, 그렇지 않음(전혀 그렇지 않다 3.2%, 그렇지 않다 30.5%)은 33.7%, 보통 25.3%로 나타났다. 응답 결과를 여당과 야당으로 구분하여 살펴보면, 그러함에 대한 인식은 야당(48.0%)이 여당(22.3%)보다 높게 나타났다. 2020년 국가인권위원회의 국민인식과 비교하면, 우리 사회의 과거 대비 차별의 심각성 인식은 국회의원실(41.0%)이 국민(40.0%)보다 높게 나타났으며, 야당(48.0%)은 국민(40.0%) 높으며, 여당(22.3%)은 국민(40.0%)보다 낮게 나타났다.

▶▶ [표 5-8] 우리 사회의 과거 대비 차별의 심각성

(단위: %)

구분	① 전혀 그렇지 않다	② 그렇지 않다	③ 보통이다	④ 그렇다	⑤ 매우 그렇다
	그렇지 않음			그러함	
여당	16.7	38.9	22.2	16.7	5.6
	55.6			22.3	
야당	0.0	27.4	24.7	38.4	9.6
	27.4			48.0	
국회의원실 전체	3.2	30.5	25.3	32.6	8.4
	33.7			41.0	
국민 (국가인권 위원회)	0.0	20.2	38.5	32.0	8.0
	21.5			40.0	

다. 차별이 심각한 분야

“귀하는 우리 사회에서 가장 심각한 차별이 무엇이라고 생각하십니까?(3순위까지 선택)”로 질문한 우리 사회에서 가장 심각한 차별 3가지를 조사한 결과, ‘장애에 따른 차별’이 42.9%로 가장 높았고, ‘학력, 학벌에 따른 차별’이 37.5%, ‘빈부격차에 따른 차별’ 34.2%, ‘성별에 따른 차별’ 33.1%, ‘성정체성 또는 성적 지향에 따른 차별’ 31.1%, ‘고용형태에 따른 차별’ 26.8%, ‘외모 등 신체조건에 따른 차별’ 19.4%, ‘출신 국가 등에 따른 차별’ 18.2%, ‘나이에 따른 차별’ 17.3%, ‘출신 지역에 따른 차별’ 16.1%, ‘사상, 정치적 의견에 따른 차별’ 7.6%, ‘전과에 따른 차별’ 3.3%, ‘가족 상황에 따른 차별’ 2.2%, ‘종교에 따른 차별’ 2.2%, ‘임신 또는 출산에 따른 차별’ 2.2%, ‘병력에 따른 차별’ 1.1% 순으로 높게 나타났다.

▶▶ [표 5-9] 우리 사회에서 가장 심각한 차별 분야

(단위: %)

구분	1순위	2순위	3순위	1+2+3순위
① 성별에 따른 차별	22.3	5.4	10.8	33.1
② 성정체성 또는 성적 지향에 따른 차별 (트랜스젠더, 동성애자 등)	11.7	9.7	9.7	31.1
③ 종교에 따른 차별	0.0	0.0	2.2	2.2
④ 장애에 따른 차별	11.7	18.3	12.9	42.9

구분	1순위	2순위	3순위	1+2+3순위
⑤ 병력에 따른 차별(질환 등)	0.0	0.0	1.1	1.1
⑥ 고용형태에 따른 차별(정규직, 비정규직 등)	7.4	10.8	8.6	26.8
⑦ 출신지역에 따른 차별(전라도, 경상도 등)	1.1	3.2	11.8	16.1
⑧ 출신 국가 등에 따른 차별(외국인, 이주민, 난민 등)	5.3	5.4	7.5	18.2
⑨ 혼인 여부에 따른 차별(기혼, 미혼, 이혼, 재혼, 사실혼 등)	0.0	0.0	0.0	0.0
⑩ 임신 또는 출산에 따른 차별	1.1	1.1	0.0	2.2
⑪ 가족 상황에 따른 차별(한부모, 미혼모, 조손가정 등)	0.0	1.1	1.1	2.2
⑫ 외모 등 신체조건에 따른 차별	4.3	9.7	5.4	19.4
⑬ 나이에 따른 차별	1.1	10.8	5.4	17.3
⑭ 학력, 학벌에 따른 차별	9.6	11.8	16.1	37.5
⑮ 사상, 정치적 의견에 따른 차별	1.1	5.4	1.1	7.6
⑯ 전과에 따른 차별	1.1	2.2	0.0	3.3
⑰ 빈부격차에 따른 차별	22.3	5.4	6.5	34.2
⑱ 기타	0.0	0.0	0.0	0.0
전체	100	100	100	

여당과 야당에 따라 우리 사회에서 가장 심각한 차별 3가지를 조사한 결과, 여당은 ‘학력, 학벌에 따른 차별(70.5%)’이 가장 높았고, 다음으로 ‘외모 등 신체조건에 따른 차별(35.3%)’과 ‘빈부격차에 따른 차별(35.3%)’, ‘성별에 따른 차별(29.4%)’, ‘성정체성 또는 성적 지향에 따른 차별(29.4%)’과 ‘출신 국가 등에 따른 차별(29.4%)’, ‘나이에 따른 차별(29.4%)’이 높게 나타났다. 야당은 ‘장애에 따른 차별(51.2%)’이 가장 높았고, 다음으로 ‘성별에 따른 차별(39.9%)’, ‘빈부격차에 따른 차별(34.4%)’, ‘고용형태에 따른 차별(33.2%)’, ‘성정체성 또는 성적 지향에 따른 차별(33.1%)’, ‘학력, 학벌에 따른 차별(30.5%)’ 순으로 높게 나타났다.

▶▶▶ [표 5-10] 여당과 야당의 우리 사회 가장 심각한 차별 인식 차이

(단위: %)

구분		1순위	2순위	3순위	1+2+3순위
① 성별에 따른 차별	여당	17.6	0.0	11.8	29.4
	야당	21.9	6.9	11.1	39.9
② 성정체성 또는 성적 지향에 따른 차별(트랜스젠더, 동성애자 등)	여당	5.9	5.9	17.6	29.4
	야당	13.7	11.1	8.3	33.1

구분		1순위	2순위	3순위	1+2+3 순위
③ 종교에 따른 차별	여당	0.0	0.0	0.0	0.0
	야당	0.0	0.0	2.8	2.8
④ 장애에 따른 차별	여당	0.0	5.9	0.0	5.9
	야당	15.1	22.2	13.9	51.2
⑤ 병력에 따른 차별 (질환 등)	여당	0.0	0.0	0.0	0.0
	야당	0.0	0.0	1.4	1.4
⑥ 고용형태에 따른 차별 (정규직, 비정규직 등)	여당	0.0	0.0	5.9	5.9
	야당	9.6	13.9	9.7	33.2
⑦ 출신지역에 따른 차별 (전라도, 경상도 등)	여당	5.9	0.0	11.8	17.7
	야당	0.0	4.2	11.1	15.3
⑧ 출신 국가 등에 따른 차별 (외국인, 이주민, 난민 등)	여당	17.6	5.9	5.9	29.4
	야당	2.7	5.6	8.3	16.6
⑨ 혼인 여부에 따른 차별 (기혼, 미혼, 이혼, 재혼, 사실혼 등)	여당	0.0	0.0	0.0	0.0
	야당	0.0	0.0	0.0	0.0
⑩ 임신 또는 출산에 따른 차별	여당	0.0	0.0	0.0	0.0
	야당	1.4	1.4	0.0	2.8
⑪ 가족 상황에 따른 차별 (한부모, 미혼모, 조손가정 등)	여당	0.0	0.0	0.0	0.0
	야당	0.0	1.4	0.0	1.4
⑫ 외모 등 신체조건에 따른 차별	여당	5.9	17.6	11.8	35.3
	야당	4.1	5.6	4.2	13.9
⑬ 나이에 따른 차별	여당	0.0	17.6	11.8	29.4
	야당	1.4	9.7	4.2	15.3
⑭ 학력, 학벌에 따른 차별	여당	29.4	23.5	17.6	70.5
	야당	5.5	8.3	16.7	30.5
⑮ 사상, 정치적 의견에 따른 차별	여당	0.0	5.9	0.0	5.9
	야당	1.4	4.2	1.4	7.0
⑯ 전과에 따른 차별	여당	0.0	5.9	0.0	5.9
	야당	0.0	1.4	0.0	1.4
⑰ 빈부격차에 따른 차별	여당	17.6	11.8	5.9	35.3
	야당	23.3	4.2	6.9	34.4
⑰ 기타	여당	0.0	0.0	0.0	0.0
	야당	0.0	0.0	0.0	0.0
전체		100	100	100	

우리 사회에서 가장 심각한 차별 3가지를 2022년 국가인권위원회와 비교한 결과, 국회의원실은 ‘장애에 따른 차별(42.9%)’, ‘학력, 학벌에 따른 차별(37.5%)’, ‘빈부격차에 따른 차별(34.2%)’, ‘성별에 따른 차별(33.1%)’, ‘성정체성 또는 성적 지향에 따른 차별(31.1%)’ 순으로 차별이 심각하다고 인식하였다. 하지만 국민은 ‘성별에 따른 차별(40.1%)’, ‘고용형태에 따른 차별(36.0%)’, ‘학력, 학벌에 따른 차별(32.5%)’, ‘장애에 따른 차별(30.6%)’, ‘빈부격차에 따른 차별(26.2%)’ 순으로 차별이 심각하다고 인식하였다.

▶▶▶ **【표 5-11】** 국회의원실, 여당과 야당, 국민의 우리 사회 가장 심각한 차별 인식 차이(1+2+3순위)
(단위: %)

구분	국회의원실			국민
	여당	야당	전체	
① 성별에 따른 차별	29.4	39.9	33.1	40.1
② 성정체성 또는 성적 지향에 따른 차별 (트랜스젠더, 동성애자 등)	29.4	33.1	31.1	14.7
③ 종교에 따른 차별	0.0	2.8	2.2	9.3
④ 장애에 따른 차별	5.9	51.2	42.9	30.6
⑤ 병력에 따른 차별 (질환 등)	0.0	1.4	1.1	5.5
⑥ 고용 형태에 따른 차별 (정규직, 비정규직 등)	5.9	33.2	26.8	36.0
⑦ 출신 지역에 따른 차별 (전라도, 경상도 등)	17.7	15.3	16.1	24.7
⑧ 출신 국가 등에 따른 차별 (외국인, 이주민, 난민 등)	29.4	16.6	18.2	15.6
⑨ 혼인 여부에 따른 차별 (기혼, 미혼, 이혼, 재혼, 사실혼 등)	0.0	0.0	0.0	6.2
⑩ 임신 또는 출산에 따른 차별	0.0	0.0	2.2	5.0
⑪ 가족 상황에 따른 차별 (한부모, 미혼모, 조손가정 등)	0.0	1.4	2.2	8.9
⑫ 외모 등 신체조건에 따른 차별	35.3	13.9	19.4	23.5
⑬ 나이에 따른 차별	29.4	15.3	17.3	11.3
⑭ 학력, 학벌에 따른 차별	70.5	30.5	37.5	32.5
⑮ 사상, 정치적 의견에 따른 차별	5.9	7.0	7.6	6.4
⑯ 전과에 따른 차별	5.9	1.4	3.3	3.2
⑰ 빈부격차에 따른 차별	35.3	34.4	34.2	26.2

2. 차별에 대한 동의 정도

차별에 대한 동의 정도는 “차별은 그 해소를 위해 적극적 노력을 기울여야 할 사회 문제이다.”, “모든 사람은 태어날 때부터 자유로우며 그 존엄과 권리에 있어 동등하다.”, “동성애자, 트랜스젠더 등과 같은 성소수자도 다른 사람들과 마찬가지로 존중받아야 하고 동등한 대우를 받아야 한다.”, “누구도 차별로부터 자유롭지 못하다. 나 그리고 내 가족도 언젠가 차별을 하거나 당할 수도 있다.”, “여성, 장애인, 아동, 노인 등과 같은 사회적 약자에 대해서는 사회적 배려가 필요하다.” 등 5개 문항에 대해 얼마나 동의하는지를 조사하였다.

“차별은 그 해소를 위해 적극적 노력을 기울여야 할 사회문제이다.”에 대한 동의 정도를 조사한 결과, ‘동의’(‘매우 동의’ 68.4%, ‘다소 동의’ 27.4%)가 95.8%로 나타났다. 여당의 ‘동의’는 83.4%, 야당의 ‘동의’는 98.7%로 나타났다. 2020년 국가인권위원회의 국민인식조사와 비교해 보면, 국회의원실의 ‘동의(95.8%)’가 국민(93.3%)보다 높게 나타났다.

“모든 사람은 태어날 때부터 자유로우며 그 존엄과 권리에 있어 동등하다.”에 대한 동의 정도를 조사한 결과, ‘동의’(‘매우 동의’ 83.2%, ‘다소 동의’ 13.7%)가 96.9%로 나타났다. 여당과 야당의 응답도 ‘동의’가 90% 이상으로 나타났다. 2020년 국가인권위원회의 국민인식조사와 비교해 보면, 국회의원실의 ‘동의(96.9%)’가 국민(93.3%)보다 높게 나타났다.

“동성애자, 트랜스젠더 등과 같은 성소수자도 다른 사람들과 마찬가지로 존중받아야 하고 동등한 대우를 받아야 한다.”에 대한 동의 정도를 조사한 결과, ‘동의’(‘매우 동의’ 61.1%, ‘다소 동의’ 27.4%)가 88.5%로 나타났다. 여당과 야당의 응답 결과는 야당의 ‘동의’가 93.1%인 반면, 여당의 ‘동의’는 66.7%로 약 25% 이상 차이가 나타났다. 2020년 국가인권위원회의 국민인식조사와 비교해 보면, 국회의원실의 ‘동의(88.5%)’가 국민(73.6%)보다 높게 나타났다.

“누구도 차별로부터 자유롭지 못하다. 나 그리고 내 가족도 언젠가 차별을 하거나 당할 수도 있다.”에 대한 동의 정도를 조사한 결과, ‘동의’(‘매우 동의’ 75.8%, ‘다소 동의’ 23.2%)가 99.0%로 나타났다. 여당의 ‘동의’는 94.5%, 야당의 ‘동의’는 100%로

나타났다. 2020년 국가인권위원회의 국민인식조사와 비교해 보면, 국회의원실의 ‘동의(99.0%)’가 국민(90.8%)보다 높게 나타났다.

“여성, 장애인, 아동, 노인 등과 같은 사회적 약자에 대해서는 사회적 배려가 필요하다.”에 대한 동의 정도를 조사한 결과, ‘동의’(‘매우 동의’ 73.7%, ‘다소 동의’ 21.1%)가 94.8%로 나타났다. 여당(83.3%)과 야당(97.2%)의 ‘동의’ 응답 비율은 10% 이상 차이가 나타났다. 2020년 국가인권위원회의 국민인식조사와 비교해 보면, 국회의원실의 ‘동의(94.8%)’가 국민의 ‘동의(92.1%)’보다 높게 나타났다.

» [표 5-12] 우리 사회 차별의 동의 정도

(단위: %)

구분		전혀 동의 안함 ①	별로 동의 안함 ②	다소 동의 ③	매우 동의 ④	비동의 (①+②)	동의 (③+④)
1. 차별은 그 해소를 위해 적극적 노력을 기울여야 할 사회문제이다.	여당	5.6	11.1	27.8	55.6	16.7	83.4
	야당	0.0	1.4	28.8	69.9	1.4	98.7
	전체	1.1	3.2	27.4	68.4	4.3	95.8
	국민	0.7	6.0	49.8	43.5	6.7	93.3
2. 모든 사람은 태어날 때부터 자유로우며 그 존엄과 권리에 있어 동등하다.	여당	5.6	0.0	11.1	83.3	5.6	94.4
	야당	1.4	1.4	15.1	82.2	2.8	97.3
	전체	2.1	1.1	13.7	83.2	3.2	96.9
	국민	0.3	6.4	30.8	62.5	6.7	93.3
3. 동성애자, 트랜스젠더 등과 같은 성소수자도 다른 사람들과 마찬가지로 존중받아야 하고 동등한 대우를 받아야 한다.	여당	22.2	11.1	11.1	55.6	33.3	66.7
	야당	1.4	5.5	31.5	61.6	6.9	93.1
	전체	5.3	6.3	27.4	61.1	11.6	88.5
	국민	4.5	21.9	48.5	25.1	26.4	73.6
4. 누구도 차별로부터 자유롭지 못하다. 나 그리고 내 가족도 언젠가 차별을 하거나 당할 수도 있다.	여당	5.6	0.0	38.9	55.6	5.6	94.5
	야당	0.0	0.0	20.5	79.5	0.0	100
	전체	1.1	0.0	23.2	75.8	1.1	99.0
	국민	0.8	8.4	52.3	38.5	9.2	90.8
5. 여성, 장애인, 아동, 노인 등과 같은 사회적 약자에 대해서는 사회적 배려가 필요하다.	여당	5.6	11.1	22.2	61.1	16.7	83.3
	야당	0.0	2.7	20.5	76.7	2.7	97.2
	전체	1.1	4.2	21.1	73.7	5.3	94.8
	국민	0.7	7.2	41.6	50.5	7.9	92.1

3. 향후 차별 상황 전망

향후 차별 상황 전망은 우리 사회가 차별에 대해 현재와 같은 수준으로 대응한다면 향후 우리 사회의 차별 상황이 “차별 현상이 구조적으로 고착화되어 사회적 갈등이 더 심해질 것이다.”, “범죄로 이어질 수도 있을 것이다.”, “차별 문제는 자연적으로 완화·해소될 것이다.” 등 3개 문항에 대해 얼마나 동의하는지를 조사하였다.

“차별 현상이 구조적으로 고착화되어 사회적 갈등이 더 심해질 것이다.”에 대한 동의 정도를 조사한 결과, ‘동의’(‘매우 동의’ 47.4%, ‘다소 동의’ 41.1%)가 88.5%로 나타났다. 여당(61.1%)과 야당(94.5%)의 ‘동의’의 응답 결과는 30% 이상 차이가 나타났다. 2020년 국가인권위원회의 국민인식조사와 비교해 보면, 국회의원실의 ‘동의(88.5%)’가 국민(72.4%)보다 높게 나타났다.

“범죄로 이어질 수도 있을 것이다.”에 대한 동의 정도를 조사한 결과, ‘동의’(‘매우 동의’ 46.3%, ‘다소 동의’ 44.2%)가 90.5%로 나타났다. 여당(72.2%)과 야당(94.6%)의 ‘동의’의 응답 결과는 약 20% 이상 차이가 나타났다. 2020년 국가인권위원회의 국민인식조사와 비교해 보면, 국회의원실의 ‘동의(90.5%)’가 국민(81.4%)보다 높게 나타났다.

“차별 문제는 자연적으로 완화·해소될 것이다.”에 대한 동의 정도를 조사한 결과, ‘비동의’(‘전혀 동의 안함’ 44.2%, ‘별로 동의 안함’ 41.1%)가 85.3%로 나타났다. ‘비동의’의 응답 결과, 여당(94.4%)과 야당(83.6%)의 차이가 나타났다. 2020년 국가인권위원회의 국민인식조사와 비교해 보면, 국회의원실의 ‘비동의(85.3%)’가 국민(67.9%)보다 높게 나타났다.

▶▶ [표 5-13] 우리 사회 향후 차별 상황 전망

(단위: %)

구분		전혀 동의 안함 ①	별로 동의 안함 ②	다소 동의 ③	매우 동의 ④	비동의 (①+②)	동의 (③+④)
1. 차별 현상이 구조적으로 고착화되어 사회적 갈등이 더 심해질 것이다.	여당	0.0	38.9	44.4	16.7	38.9	61.1
	야당	1.4	4.1	41.1	53.4	5.5	94.5
	전체	1.1	10.5	41.1	47.4	11.6	88.5
	국민	2.0	25.6	57.8	14.6	27.6	72.4

구분		전혀 동의 안함 ①	별로 동의 안함 ②	다소 동의 ③	매우 동의 ④	비동의 (①+②)	동의 (③+④)
2. 범죄로 이어질 수도 있을 것이다.	여당	0.0	27.8	50.0	22.2	27.8	72.2
	야당	1.4	4.1	42.5	52.1	5.5	94.6
	전체	1.1	8.4	44.2	46.3	9.5	90.5
	국민	2.0	16.6	56.4	25.0	18.6	81.4
3. 차별 문제는 자연적 으로 완화·해소될 것이다.	여당	44.4	50.0	5.6	0.0	94.4	5.6
	야당	42.5	41.1	8.2	8.2	83.6	16.4
	전체	44.2	41.1	8.4	6.3	85.3	14.7
	국민	18.8	49.1	26.7	5.4	67.9	32.1

4. 차별 대응 정책

차별 대응 정책은 “정부 차원의 종합적인 차별시정 대책 수립이 필요하다.”, “학교에서 인권과 다양성을 존중하는 교육을 확대해야 한다.”, “차별에 대한 국민인식 개선을 위해 교육과 캠페인을 강화해야 한다.”, “우리 사회 모든 구성원이 불합리한 차별을 받지 않고 평등하게 살 수 있도록 관련 법률을 만들어야 한다.”, “국가인권위원회 등 차별시정기구의 권한을 강화하여야 한다.”, “악의적 차별행위에 대해서는 벌금형, 징역형 등 보다 강력한 대응이 필요하다.”, “정치인, 언론, 온라인 미디어 등의 차별·혐오 표현이나 행위를 규제할 필요가 있다.” 등 7개 문항에 대한 찬성 여부를 조사하였다.

“정부 차원의 종합적인 차별시정 대책 수립이 필요하다.”에 대한 동의 정도를 조사한 결과, ‘찬성’(‘매우 찬성’ 30.5%, ‘찬성하는 편’ 58.9%)이 89.4%로 나타났다. ‘찬성’에 대한 응답 결과, 여당(72.3%)과 야당(93.2%)로 20% 이상 차이가 나타났다. 2020년 국가인권위원회의 국민인식조사와 비교해 보면, 국회의원실의 ‘찬성(89.4%)’이 국민(87.2%)보다 높게 나타났다.

“학교에서 인권과 다양성을 존중하는 교육을 확대해야 한다.”에 대한 동의 정도를 조사한 결과, ‘찬성’(‘매우 찬성’ 58.9%, ‘찬성하는 편’ 37.9%)이 96.8%로 나타났다. ‘찬성’에 대한 응답 결과, 여당(88.8%)보다 야당(98.6%)이 ‘찬성’이 높게 나타났다. 2020년 국가인권위원회의 국민인식조사와 비교해 보면, 국회의원실의 ‘찬성(96.8%)’

이 국민(90.5%)보다 높게 나타났다.

“차별에 대한 국민인식 개선을 위해 교육과 캠페인을 강화해야 한다.”에 대한 동의 정도를 조사한 결과, ‘찬성’(‘매우 찬성’ 53.2%, ‘찬성하는 편’ 42.6%)이 95.8%로 나타났다. ‘찬성’에 대한 응답 결과, 여당(94.4%)과 야당(95.9%)은 모두 90% 이상으로 나타났다. 2020년 국가인권위원회의 국민인식조사와 비교해 보면, 국회의원실의 ‘찬성(95.8%)’이 국민(91.5%)보다 높게 나타났다.

“우리 사회 모든 구성원이 불합리한 차별을 받지 않고 평등하게 살 수 있도록 관련 법률을 만들어야 한다.”에 대한 동의 정도를 조사한 결과, ‘찬성’(‘매우 찬성’ 38.9%, ‘찬성하는 편’ 42.1%)이 81.0%로 나타났다. ‘찬성’에 대한 응답 결과, 여당(50.0%)과 야당(87.7%)은 35% 이상 차이가 나타났다. 2020년 국가인권위원회의 국민인식조사와 비교해 보면, 국회의원실의 ‘찬성(81.0%)’이 국민(88.5%)보다 낮게 나타났다.

“국가인권위원회 등 차별시정기구의 권한을 강화하여야 한다.”에 대한 동의 정도를 조사한 결과, ‘찬성’(‘매우 찬성’ 40.0%, ‘찬성하는 편’ 45.3%)이 85.3%로 나타났다. ‘찬성’에 대한 응답 결과, 여당(77.8%)과 야당(86.3%)은 약 10% 정도 차이가 나타났다. 2020년 국가인권위원회의 국민인식조사와 비교해 보면, 국회의원실의 ‘찬성(85.3%)’이 국민(80.8%)보다 높게 나타났다.

“악의적 차별행위에 대해서는 벌금형, 징역형 등 보다 강력한 대응이 필요하다.”에 대한 동의 정도를 조사한 결과, ‘찬성’(‘매우 찬성’ 36.8%, ‘찬성하는 편’ 38.9%)이 75.7%로 나타났다. ‘찬성’에 대한 응답 결과, 여당(44.4%)과 야당(82.2%)은 35% 이상 차이가 나타났다. 2020년 국가인권위원회의 국민인식조사와 비교해 보면, 국회의원실의 ‘찬성(75.7%)’이 국민(86.5%)보다 낮게 나타났다.

“정치인, 언론, 온라인 미디어 등의 차별·혐오 표현이나 행위를 규제할 필요가 있다.”에 대한 동의 정도를 조사한 결과, ‘찬성’(‘매우 찬성’ 42.1%, ‘찬성하는 편’ 46.3%)이 88.4%로 나타났다. ‘찬성’에 대한 응답 결과, 여당(83.4%)보다 야당(90.4%)이 높게 나타났다. 2020년 국가인권위원회의 국민인식조사와 비교해 보면, 국회의원실의 ‘찬성(88.4%)’이 국민(87.4%)보다 높게 나타났다.

» [표 5-14] 차별 대응 정책

(단위: %)

구분		매우 반대 ①	반대하는 편 ②	찬성하는 편 ③	매우 찬성 ④	반대 (①+②)	찬성 (③+④)
1. 정부 차원의 종합적인 차별시정 대책 수립이 필요하다.	여당	5.6	22.2	55.6	16.7	27.8	72.3
	야당	4.1	2.7	60.3	32.9	6.8	93.2
	전체	4.2	6.3	58.9	30.5	10.5	89.4
	국민	1.65	11.2	61.8	25.4	12.85	87.2
2. 학교에서 인권과 다양성을 존중하는 교육을 확대해야 한다.	여당	5.6	5.6	44.4	44.4	11.2	88.8
	야당	0.0	1.4	37.0	61.6	1.4	98.6
	전체	1.1	2.1	37.9	58.9	3.2	96.8
	국민	0.9	8.6	42.8	47.7	9.5	90.5
3. 차별에 대한 국민인식 개선을 위해 교육과 캠페인을 강화해야 한다.	여당	5.6	0.0	44.4	50.0	5.6	94.4
	야당	1.4	2.8	41.7	54.2	4.2	95.9
	전체	2.1	2.1	42.6	53.2	4.2	95.8
	국민	0.8	7.7	49.3	42.2	8.5	91.5
4. 우리 사회 모든 구성원이 불합리한 차별을 받지 않고 평등하게 살 수 있도록 관련 법률을 만들어야 한다.	여당	22.2	27.8	33.3	16.7	50	50.0
	야당	2.7	9.6	42.5	45.2	12.3	87.7
	전체	6.3	12.6	42.1	38.9	18.9	81.0
	국민	1.9	9.6	50.8	37.7	11.5	88.5
5. 국가인권위원회 등 차별시정기구의 권한을 강화하여야 한다.	여당	5.6	16.7	61.1	16.7	22.3	77.8
	야당	5.5	8.2	39.7	46.6	13.7	86.3
	전체	5.3	9.5	45.3	40.0	14.8	85.3
	국민	8.0	11.2	61.8	25.4	19.2	80.8
6. 악의적 차별행위에 대해서는 벌금형, 징역형 등 보다 강력한 대응이 필요하다.	여당	5.6	50.0	22.2	22.2	55.6	44.4
	야당	2.7	15.1	42.5	39.7	17.8	82.2
	전체	3.2	21.1	38.9	36.8	24.3	75.7
	국민	1.7	11.8	44.0	42.5	13.5	86.5
7. 정치인, 언론, 온라인 미디어 등의 차별·혐오 표현이나 행위를 규제할 필요가 있다.	여당	5.6	11.1	55.6	27.8	16.7	83.4
	야당	1.4	8.2	45.2	45.2	9.6	90.4
	전체	2.1	9.5	46.3	42.1	11.6	88.4
	국민	1.8	10.8	45.3	42.1	12.6	87.4

제3절 | 법 제정에 대한 인식

1. 법에 의한 차별 방지와 시정

가. 헌법

“귀하는 현재 헌법에 의해 차별이 방지되고 있다고 생각하십니까?”로 질문한 헌법에 의한 차별 방지 인식을 조사한 결과, ‘아님’(‘아니다’ 53.7%, ‘전혀 아니다’ 5.3%)은 59.0%, ‘그리함’(‘매우 그렇다’ 2.1%, ‘그렇다’ 38.9%)은 41.0%로 나타났다. 응답 결과를 여당과 야당으로 구분하여 살펴보면, 여당은 ‘그리함(55.6%)’이 ‘아님(44.4%)’보다 높고, 야당은 ‘아님(61.6%)’이 ‘그리함(38.4%)’보다 높게 나타났다.

» [표 5-15] 헌법에 의한 차별 방지 인식

(단위: %)

구분	① 매우 그렇다	② 그렇다	③ 아니다	④ 전혀 아니다
	그리함		아님	
여당	5.6	50.0	44.4	0.0
	55.6		44.4	
야당	1.4	37.0	54.8	6.8
	38.4		61.6	
국회의원실 전체	2.1	38.9	53.7	5.3
	41.0		59.0	

나. 차별에 관한 현행 법률

“귀하는 현재 성별, 장애, 고용 등 차별에 관한 현행 법률들에 의해 차별이 시정되고 있다고 생각하십니까?”로 질문한 차별에 관한 현행 법률에 의한 차별 시정 인식을 조사한 결과, ‘아님’(‘아니다’ 47.4%, ‘전혀 아니다’ 6.3%)이 53.7%, ‘그리함’(‘매우 그렇다’ 2.1%, ‘그렇다’ 44.2%)이 46.3%로 동일하게 나타났다. 응답 결과를 여당과 야당으로 구분하여 살펴보면, 여당은 ‘그리함(61.1%)’이 ‘아님(38.9%)’보다 높고, 야당은 ‘아님(56.2%)’이 ‘그리함(43.8%)’보다 높게 나타났다.

▶▶▶ [표 5-16] 차별에 관한 현행 법률들에 의한 차별 시정 인식

(단위: %)

구분	① 매우 그렇다	② 그렇다	③ 아니다	④ 전혀 아니다
	그렇함		아님	
여당	0.0	61.1	33.3	5.6
	61.1		38.9	
야당	2.7	41.1	49.3	6.8
	43.8		56.2	
국회의원실 전체	2.1	44.2	47.4	6.3
	46.3		53.7	

2. 담당 정부 부처들의 차별 예방과 시정 역할

“귀하는 현재 성별, 장애, 고용 등 차별에 관한 현행 법률들을 담당(소관)하는 정부 부처들의 차별 예방과 시정 역할이 잘 되고 있다고 생각하십니까?”로 질문한 담당 정부 부처들의 차별 예방과 시정 역할 인식을 조사한 결과, ‘아님’(‘아니다’ 74.7%, ‘전혀 아니다’ 5.3%)이 80.0%, ‘그렇함’(‘매우 그렇다’ 1.1%, ‘그렇다’ 18.9%)이 20.0%로 나타났다. 응답 결과를 여당과 야당으로 구분하여 살펴보면, 여당과 야당 모두 ‘아님’이 ‘그렇함’보다 높게 나타났다.

▶▶▶ [표 5-17] 담당 정부 부처들의 차별 예방과 시정 역할 인식

(단위: %)

구분	① 매우 그렇다	② 그렇다	③ 아니다	④ 전혀 아니다
	그렇함		아님	
여당	0.0	33.3	55.6	11.1
	33.3		66.7	
야당	1.4	16.4	78.1	4.1
	17.8		82.2	
국회의원실 전체	1.1	18.9	74.7	5.3
	20.0		80.0	

3. 국가인권위원회의 차별 예방과 시정 역할

“귀하는 현재 국가인권위원회의 차별 예방과 시정 역할이 잘 되고 있다고 생각하십니까?”로 질문한 국가인권위원회의 차별 예방과 시정 역할 인식을 조사한 결과, ‘아님’(‘아니다’ 67.0%, ‘전혀 아니다’ 7.4%)은 74.4%, ‘그리함’(‘매우 그렇다’ 1.1%, ‘그렇다’ 24.5%)은 25.6%로 나타났다. 응답 결과를 여당과 야당으로 구분하여 살펴보면, 여당은 ‘그리함(52.9%)’이 ‘아님(47.1%)’보다 높고, 야당은 ‘아님(80.8%)’이 ‘그리함(19.2%)’보다 높게 나타났다. 여당과 야당은 평가는 상반되게 큰 차이가 나타났다.

▶▶▶ [표 5-18] 국가인권위원회의 차별 예방과 시정 역할 인식

(단위: %)

구분	① 매우 그렇다	② 그렇다	③ 아니다	④ 전혀 아니다
	그리함		아님	
여당	0.0	52.9	41.2	5.9
	52.9		47.1	
야당	1.4	17.8	72.6	8.2
	19.2		80.8	
국회의원실 전체	1.1	24.5	67.0	7.4
	25.6		74.4	

4. 입법적 보완이 시급한 차별 분야

“귀하는 입법적 보완이 가장 시급한 차별이 무엇이라고 생각하십니까?(3순위까지 선택)”로 질문한 입법적 보완이 필요한 시급한 차별 3가지를 조사한 결과, ‘장애에 따른 차별’이 43.3%로 가장 높았고, 다음으로 ‘고용 형태에 따른 차별’이 39.3%, ‘성별에 따른 차별’ 33.9%, ‘출신 국가 등에 따른 차별’ 29.8%, ‘성정체성 또는 성적 지향에 따른 차별’ 29.6%, ‘임신 또는 출산에 따른 차별’ 24.3%, ‘학력, 학벌에 따른 차별’ 22.3%, ‘빈부격차에 따른 차별’ 16.6%, ‘나이에 따른 차별’ 14.9%, ‘가족 상황에 따른 차별’ 10.6%, ‘출신 지역에 따른 차별’ 9.6%, ‘혼인 여부에 따른 차별’ 9.5%, ‘사상, 정치적 의견에 따른 차별’ 7.5%, ‘종교에 따른 차별’ 4.3%, ‘병력에 따른 차별’ 2.2%, ‘외모 등 신체조건에 따른 차별’ 2.2%, ‘전과에 따른 차별’ 1.1% 순으로 높게 나타났다.

여당과 야당에 따라 입법적 보완이 가장 시급한 차별 5가지를 3순위까지 종합한 결과, 여당은 ‘출신 국가 등에 따른 차별’ 39.0%, ‘성별에 따른 차별’ 33.4%, ‘고용 형태에 따른 차별’, ‘학력, 학벌에 따른 차별’, ‘임신 또는 출산에 따른 차별’이 동일하게 27.8%로 높게 나타났고, 야당은 ‘장애에 따른 차별’ 51.0%, ‘고용 형태에 따른 차별’ 42.8%, ‘성별에 따른 차별’ 35.9%, ‘성정체성 또는 성적 지향에 따른 차별’ 33.1%, ‘출신 국가 등에 따른 차별’ 26.3% 순으로 높게 나타났다.

▶▶▶ [표 5-19] 여당과 야당의 입법적 보완이 시급한 차별 인식

(단위: %)

구분		1순위	2순위	3순위	1+2+3 순위
① 성별에 따른 차별	여당	27.8	0.0	5.6	33.4
	야당	13.7	8.3	13.9	35.9
	전체	15.8	6.4	11.7	33.9
② 성정체성 또는 성적 지향에 따른 차별(트랜스젠더, 동성애자 등)	여당	16.7	5.6	0.0	22.3
	야당	15.1	11.1	6.9	33.1
	전체	14.7	9.6	5.3	29.6
③ 종교에 따른 차별	여당	0.0	0.0	0.0	0.0
	야당	1.4	1.4	2.8	5.6
	전체	1.1	1.1	2.1	4.3
④ 장애에 따른 차별	여당	5.6	0.0	5.6	11.2
	야당	27.4	13.9	9.7	51.0
	전체	24.2	10.6	8.5	43.3
⑤ 병력에 따른 차별 (질환 등)	여당	5.6	0.0	0.0	5.6
	야당	0.0	1.4	0.0	1.4
	전체	1.1	1.1	0.0	2.2
⑥ 고용형태에 따른 차별 (정규직, 비정규직 등)	여당	11.1	5.6	11.1	27.8
	야당	12.3	19.4	11.1	42.8
	전체	11.6	16.0	11.7	39.3
⑦ 출신지역에 따른 차별 (전라도, 경상도 등)	여당	0.0	5.6	5.6	11.2
	야당	1.4	2.8	5.6	9.8
	전체	1.1	3.2	5.3	9.6
⑧ 출신 국가 등에 따른 차별 (외국인, 이주민, 난민 등)	여당	5.6	27.8	5.6	39.0
	야당	4.1	6.9	15.3	26.3
	전체	4.2	12.8	12.8	29.8

구분		1순위	2순위	3순위	1+2+3 순위
⑨ 혼인 여부에 따른 차별 (기혼, 미혼, 이혼, 재혼, 사실혼 등)	여당	5.6	5.6	11.1	22.3
	야당	1.4	1.4	2.8	5.6
	전체	2.1	2.1	5.3	9.5
⑩ 임신 또는 출산에 따른 차별	여당	11.1	16.7	0.0	27.8
	야당	9.6	5.6	8.3	23.5
	전체	9.5	7.4	7.4	24.3
⑪ 가족 상황에 따른 차별 (한부모, 미혼모, 조손가정 등)	여당	0.0	5.6	11.1	16.7
	야당	0.0	5.6	2.8	8.4
	전체	0.0	5.3	5.3	10.6
⑫ 외모 등 신체조건에 따른 차별	여당	0.0	5.6	5.6	11.2
	야당	0.0	0.0	0.0	0.0
	전체	0.0	1.1	1.1	2.2
⑬ 나이에 따른 차별	여당	0.0	11.1	16.7	27.8
	야당	1.4	6.9	4.2	12.5
	전체	1.1	7.4	6.4	14.9
⑭ 학력, 학벌에 따른 차별	여당	11.1	5.6	11.1	27.8
	야당	4.1	6.9	9.7	20.7
	전체	5.3	7.4	9.6	22.3
⑮ 사상, 정치적 의견에 따른 차별	여당	0.0	5.6	0.0	5.6
	야당	0.0	2.8	4.2	7.0
	전체	0.0	4.3	3.2	7.5
⑯ 전과에 따른 차별	여당	0.0	0.0	0.0	0.0
	야당	0.0	0.0	0.0	0.0
	전체	1.1	0.0	0.0	1.1
⑰ 빈부격차에 따른 차별	여당	0.0	0.0	11.1	11.1
	야당	8.2	5.6	2.8	16.6
	전체	7.4	4.3	4.3	16.0
⑱ 기타	여당	0.0	0.0	0.0	0.0
	야당	0.0	0.0	0.0	0.0
	전체	0.0	0.0	0.0	0.0
전체		100	100	100	

5. 법 제정에 대한 인식

가. 국제 사회 권고 수용

“귀하는 우리나라가 일반법 또는 기본법으로서 평등법 또는 차별금지법 제정에 대한 국제 사회 권고를 수용해야 된다고 생각하십니까?”로 질문한 법 제정에 대한 국제 사회 권고 수용 인식을 조사한 결과, ‘수용’(‘수용하는 편’ 54.7%, ‘적극 수용’ 31.6%)은 86.3%, ‘반대’(‘적극 반대’ 5.3%, ‘반대하는 편’ 8.4%)는 13.7%로 나타났다. 응답 결과를 여당과 야당으로 구분하여 살펴보면, 평등법 또는 차별금지법 제정에 대한 국제 사회 권고 수용은 야당(91.8%)이 여당(61.2%)보다 30% 이상 높게 나타났다.

▶▶▶ [표 5-20] 평등법 또는 차별금지법 제정에 대한 국제 사회 권고 수용 인식

(단위: %)

구분	① 적극 반대	② 반대하는 편	③ 수용하는 편	④ 적극 수용
	반대		수용	
여당	16.7	22.2	55.6	5.6
	38.9		61.2	
야당	2.7	5.5	54.8	37.0
	8.2		91.8	
국회의원실 전체	5.3	8.4	54.7	31.6
	13.7		86.3	

나. 법 제정의 필요성

“귀하는 일반법 또는 기본법으로서 “평등법 또는 차별금지법” 제정이 필요하다고 생각하십니까?”로 질문한 법 제정에 대한 필요성 인식을 조사한 결과, ‘찬성’(‘찬성하는 편’ 43.6%, ‘적극 찬성’ 29.8%)은 73.4%, ‘반대’(‘적극 반대’ 5.3%, ‘반대하는 편’ 21.3%)는 26.6%로 나타났다. 응답 결과를 여당과 야당으로 구분하여 살펴보면, 평등법 또는 차별금지법 제정에 대해 여당은 반대(76.4%), 야당은 찬성(84.9%)하는 것으로 나타났다.

▶▶▶ [표 5-21] 평등법 또는 차별금지법 제정에 대한 필요성 인식

(단위: %)

구분	① 적극 반대	② 반대하는 편	③ 찬성하는 편	④ 적극 찬성
	반대		찬성	
여당	17.6	58.8	11.8	11.8
	76.4		23.6	
야당	2.7	12.3	50.7	34.2
	15.0		84.9	
국회의원실 전체	5.3	21.3	43.6	29.8
	26.6		73.4	

일반법 또는 기본법으로서 평등법 또는 차별금지법 제정에 대한 필요성에 찬성한 이유를 작성한 의견은 아래의 표와 같다. 표에서 의견은 응답자가 직접 작성한 의견을 그대로 옮긴 것이며, 유사한 의견별로 분류하였다. 일반법 또는 기본법으로서 평등법 또는 차별금지법 제정을 찬성하는 이유에 대한 여당의 의견은 크게 차별에 대한 단호한 대응과 차별을 정당화할 수 없다는 것이다. 야당의 의견은 크게 우리 사회의 차별이 심각하고, 국민 관심과 인식 개선을 위한 제도적 뒷받침이 필요하고, 최소한의 기본법으로써 평등과 차별금지에 대한 법률 필요, 국제 사회 권고와 방안 등이다.

▶▶▶ [표 5-22] 평등법 또는 차별금지법 제정에 대해 찬성하는 이유

구분		의견
여당	차별에 대한 단호한 대응	• 혐오 표현에 대한 우리 사회의 단호한 대응이 필요하다. • 차별이 존재하지 않는다. 점점 사라지고 있다고 하지만 여전히 존재하고 있고 입법부에서 이를 노력해야 하는 것으로 보여진다.
	차별을 정당화할 수 없음	• 인종, 성차별, 성적 지향에 따른 차별 등 그렇게 태어났다는 이유로, 소수자라는 이유로 사회의 멸시와 혐오, '정상화'를 위한 신체 정서적 폭력이 정당화될 수는 없다고 생각함
야당	차별의 심각성	• 차별은 혐오를 양산하고 사회적 혼란을 부추겨 통합을 저해한다. 혐오가 확대 재생산될 때 혐오범죄가 증가하며, 묻지마 폭행 및 기타 범죄의 증가로 신뢰사회 구축을 저해하며 막대한 사회비용을 초래한다. • 사회 차별이 극심 • 고용에서의 차별이 특히 심각하다. • 우리 사회 차별 문제 심각. 따라서 이 문제 해결 절실
	국민 관심과 인식 개선을	• 차별금지를 위해 제정이 필요하지만 많은 논의가 더욱 필요하다. • 사회적 인식 개선을 위해서 기본적인 제도적 뒷받침이 필요함

구분	의견
위한 제도적 뒷받침 필요	• 법으로 규제하지 않고, 국민의식 자체를 바꿔야 한다는 의견임. 법으로 규정하고 벌칙을 준다 한들, 차별은 더 심화 될 것이라는 개인적인 의견. 한사람, 한사람이 차별을 하지 않는 시민의식이 갖춰져야 할 것임. 정부는 그것이 규제라 아닌, 선제적 교육이나 문화 등을 통해 이루어졌으면 함 • 평등의 가치에 대한 국민 관심이 필요함 • 합리적 근거가 없는 모든 차별은 사라져야 하기 때문에 • 차별을 없애기 위해서는 결국 문화의 변화를 이끌어내야 하는데, 자발적인 문화의 변화를 만들어내기가 어려운 상황이라면 법과 규제로 변화의 방향을 바로잡는 역할이 필요하다 생각. 과할 경우 부작용이 생길 수 있기 때문에 적극 찬성하기는 어려움 • 적극 찬성으로 작성하지 않은 것은, 법적 규제의 영역에서 발생하는 주민의 우려 해소 방안과 법기술상 해석의 영역에서 생길 수 있는 주민적 반감을 해소할 만큼 충분한 논의가 되지 않은 상태로 보여짐 • 사람은 누구나 헌법에 명시된 기본권과 법률에 근거해 평등하며 같은 권리를 누리고, 자신의 인권의 침해받지 않아야 하지만, 헌법과 사회적 제도들이 미비한 상황임. 입법적 뒷받침이 필요하다고 생각함 • 성정체성, 다문화 등 다각화되는 사회 현상에서 이로 인한 차별과 배제가 심화되고 있기에 이를 바로 잡기 위한 선언적 효과 이상의 근거법
최소한의 기본법으로써 평등과 차별금지에 대한 법률 필요	• 법률로 평등과 차별금지를 해야 하는 상황은 바람직하다거나 달가운 부분은 아니지만 우리 사회가 자정하기에는 어렵다고 보기에 최소한의 제어를 위한 기본법 정도는 동의함 • 어느 정도 제재는 있어야 한다고 생각 • 헌법만으로는 부족함 • 사회적 분위기가 개선되도록 최소한의 법적 조치는 필요하다고 봄 • 공적, 필수적 영역에서 최소한의 제도적 장치 마련을 통해 기본권 보장 및 반차별 제도 집행 및 확장의 초석 마련 • 모든 차별이 시정되지는 않더라도 선언적 의미가 있다 • 평등법, 포괄적 차별금지법은 차별금지사유를 나열함으로써 우리 사회에서 특히 차별받는 이들에 대한 대한 국가적 보호 의지와 차별 반대를 선언하는 것과 같음. 이 법안으로 개별적인 차별 상황을 해소하기에는 무리가 있을 수 있으나 사회적 소수자와 차별에 대한 기준을 마련하는 데 큰 의미와 진전이 있을 것 • 사회적으로 문제가 되는 범위가 아니라면 헌법 제11조에 따라 모든 국민도 법 앞에 평등해야 하며 성별, 종교, 사회적 신분, 정치, 경제, 사회, 문화적 모든 영역에서 차별받지 아니해야 한다. • 국가 구성원으로서 출신, 성적지향, 종교, 병역여부, 장애여부 등 그 어떤 조건 때문에 차별을 받아서는 아니된다는 것은 세계적으로도 우리가 합의해 온 가치라고 생각합니다. 이것을 법제화하여 그동안 부당하게 차별받아 온 이들에게 구제책을 마련하는 것이 차별금지법이라고 생각합니다. • 구조적 차별시정을 위해 필요 • 우리 사회는 법률에서 규제하지 않고는 그 실효성을 담보하기가 어려움이 있음 • 법은 공동체의 약속으로서, 우리가 어떤 가치를 지향하는 사회인지를 보여주는 객관적인 지표라고 생각함. 우리 사회가 혐오와 차별에 반대하고 평등과 존중을 기반으로 하는 사회가 되기 위해 꼭 필요한 법이라고 생각함. • 어떤 생명도 차별받아서는 안 된다고 생각하기 때문에 • 아직 우리나라는 심각한 차별이 존재하고 있고, 이를 해결하기 위해서는

구분	의견
	법과 정부의 역할이 중요함 • 국가 구성원으로서 출신, 성적지향, 종교, 병역여부, 장애여부 등 그 어떤 조건 때문에 차별을 받아서는 아니된다라는 것은 세계적으로도 우리가 합의해온 가치라고 생각합니다. 이것을 법제화하여 그동안 부당하게 차별받아온 이들에게 구제책을 마련하는 것이 차별금지법이라고 생각합니다.
국제 사회 권고와 방안	• 입법적으로 진행하지 않아도 시간이 걸리지만, 자연적으로 해소될 것으로 생각되나, 국제 사회의 권고 등 사회가 추구하는 입법적 방안이 있다면 제정에 대해 찬성하는 편임

일반법 또는 기본법으로서 평등법 또는 차별금지법 제정에 대한 필요성에 반대한 이유를 작성한 의견은 아래의 표와 같다. 표에서 의견은 응답자가 직접 작성한 의견을 그대로 옮긴 것이며, 유사한 의견별로 분류하였다. 일반법 또는 기본법으로서 평등법 또는 차별금지법 제정에 대한 반대 의견으로 여당은 특정 차별 분야 입장만 대변, 법으로 강제할 사항이 아님, 사회 질서유지에 방해, 법적 실효성 없음 등을 제시하였다. 야당은 평등법 또는 차별금지법 제정에 대한 반대하는 이유로 평등 법률화에 대한 의문, 사회적 반향 우려, 국민 인식 개선 등 비규제권을 통한 해소 우선, 일반법으로 제정 불필요, 차별에 대한 기준 정립 필요, 법률의 효과성 의문, 다수의 의견이 아님 등의 의견이 제시되었다.

» [표 5-23] 평등법 또는 차별금지법 제정에 대한 반대하는 이유

구분	의견
여당	특정 차별분야 입장만 대변 • 이미 현행법을 통해서도 점차 차별이 완화되고 있으며, 개별법 개정을 통해 보완 가능, 별도 법률 제정은 특정 단체(성 소수자)의 입장을 대변하는 도구로 전락할 위험이 다분 • 동성애에 대한 차별 금지 조항으로 반대
법으로 강제할 사항이 아님	• 법으로 금지할 부분이 아니고 시민의식의 성장으로 해결해야 할 문제 • 제도적인 것보다는 문화적, 사회적 인식개선이 더 나은 방향이라고 생각 • 다수가 동의하는 선에서 법안, 조문 작성이 우선되어야 함 • 법으로 강제할 사항인지는 모르겠음 • 사회적 합의 전제 필요, 입법만능주의 지양 • 법제정보다 국민적 의식 증대가 우선
사회 질서유지에 방해	• 기본적인 사회 구조인 남녀 간의 가족 구성을 방해하고 사회를 무너뜨리려는 행위의 일종으로 보여짐 • 법 제정 이후 또 다른 사회적 문제 발생 우려
법적 실효성 없음	• 법률 제정 실효성 없음 • 법령 내에 모든 차별 행동 및 발언 등에 대한 예시와 그에 따른 처벌 규정을 담아낼 수 없다.

구분		의견
야당	평등 법률화에 대한 의문	• 평등을 법으로 규제하면 그게 평등일지? 기준은 누가 세우고 그게 무조건 옳은 것인지에 대한 판단은 누가? 다들 각각 다른 사람들이 모여 사는 세상을 '평등'이라는 단어로 법을 규제한다면 문제가 심각해질 것 • 평등법 또는 차별금지법을 제정하는 것 자체가 해당 계층 또는 집단을 사회가 차별하고 있다는 것을 스스로 인정하는 것이 되기 때문
	사회적 반향 우려	• 시민사회로부터 상향식 차별 개선이 바람직. 제도를 통한 강제는 사회적 반향을 일으킬 우려가 큼
	국민인식 개선 등 비규제권을 통한 해소 우선	• 법으로 규제하지 않고, 국민인식 자체를 바꿔야 한다는 의견임. 법으로 규정하고 벌칙을 준다 한들, 차별은 더 심화 될 것이라는 개인적인 의견. 한 사람, 한사람이 차별을 하지 않는 시민의식이 갖춰져야 할 것임. 정부는 그것이 규제가 아닌, 선제적 교육이나 문화 등을 통해 이루어졌으면 함 • 기존 헌법에 명시되어 있으며 해당 부분은 규제보다는 문화 등 비규제권을 통해 해소되어야 하는 문제라고 생각함
	일반법으로 제정 불필요	• 기존 입법 보완은 필요하나, 일반법으로 제정은 과하다고 생각
	차별에 대한 기준 정립 필요	• 차별에 대한 시민의식은 필요하나 법 제정으로 차별을 금지하는 법안은 맞지 않다고 생각함. 또한 개개인이 차별에 대한 기준이 다 다른데 어떤 기준으로 할지 애매모호하다고 판단됨
	법률의 효과성 의문	• 법을 제정함에있어 얼마나 효과가 있을지 생각해보면 그렇게 크지 않을 것 같아서 인입니다.
	다수의 의견이 아님	• 기사, 온라인 커뮤니티 등을 통해 사회 차별화 현상이 극심한 것처럼 보이지만, 실제로 유의미한 차별을 하는 인구는 소수에 불과하기 때문에 차별화 현상은 자연적으로 감소할 것으로 추측됨

일반법 또는 기본법으로서 평등법 또는 차별금지법 제정에 대한 필요성을 무응답한 이유로 “무엇에 대한 법인지 구체적이지 않아 찬, 반을 정하기가 힘들(매우 넓은 의미를 가지고 있기 때문).”이라는 의견도 있었다.

» [표 5-24] 평등법 또는 차별금지법 제정에 대한 무응답한 이유

구분	의견
여당	• 무엇에 대한 법인지 구체적이지 않아 찬, 반을 정하기가 힘들(매우 넓은 의미를 가지고 있기 때문)

다. 법률의 명칭

“귀하는 만약 평등 또는 차별금지에 대한 일반법 또는 기본법이 제정된다면 법률의 명칭은 무엇이 적합하다고 생각하십니까?”로 질문한 법률의 명칭을 조사한 결과, ‘평등

및 차별금지에 관한 법률’ 58.7%, ‘평등에 관한 법률’ 22.8%, ‘차별금지에 관한 법률’ 12.0%로 나타났다. 응답 결과를 여당과 야당으로 구분하여 살펴보면, 여당(55.6%)과 야당(58.6%) 모두 ‘평등 및 차별금지에 관한 법률’ 명칭을 선호하는 것으로 나타났다. 기타 의견으로 “적절한 법제명은 모르겠지만 보기에 제시된 법명은 반대함”도 있었다.

▶▶▶ [표 5-25] 평등 또는 차별금지에 대한 일반법 또는 기본법에 적합한 법률 명칭

(단위: %)

구분	① 평등에 관한 법률	② 평등 및 차별금지에 관한 법률	③ 차별금지에 관한 법률	④ 기타
여당	22.2	55.6	11.1	11.1
야당	24.3	58.6	12.9	4.3
전체	22.8	58.7	12.0	6.5

라. 법 제정을 위한 국회의 역할

“귀하는 일반법 또는 기본법으로써 “평등법 또는 차별금지법” 제정을 위한 국회의 역할은 무엇이라고 생각하십니까? 자유롭게 의견을 작성해 주세요” 응답은 51.6%, 무응답은 48.4%로 나타났다. 응답 작성 여부를 여당과 야당으로 구분하여 살펴보면, 여당(77.8%)이 야당(45.2%)보다 의견을 작성한 경우가 높은 것으로 나타났다.

▶▶▶ [표 5-26] 법 제정을 위한 국회의 역할 응답 작성 여부

(단위: %)

구분	응답	무응답
여당	77.8	22.2
야당	45.2	54.8
전체	51.6	48.4

일반법 또는 기본법으로써 평등법 또는 차별금지법 제정을 위한 국회의 역할에 대해 작성한 의견은 다음과 같다. 표에서 의견은 응답자가 직접 작성한 의견을 그대로 옮긴 것이며, 유사한 의견별로 분류하였다. 여당은 차별 요소 파악, 국민 입장을 고려하여 대변, 소통을 위한 중간 역할, 피해자 보호를 위한 종합대책 마련, 입법을 위한

역할, 권고 수준의 입법안 마련, 동성애 반대, 몸소 실천 필요 등의 의견을 제시하였다. 야당이 평등법 또는 차별금지법 제정을 위한 국회의 역할에 대해 작성한 의견은 합의를 통한 헌법 가치 실현, 인식 개선, 국민 공감대 형성 및 여론 수렴, 입법기관으로서의 역할 수행, 논의와 공론 강화 등이다.

» [표 5-27] 평등법 또는 차별금지법 제정을 위한 국회 역할 의견

구분	의견	
여당	차별 요소 파악	• 각 국회의원이 대표하는 집단에서의 차별 요소를 '본질적으로' 파악하도록 적극 노력해야 할 것
	국민 입장을 고려하여 대변	• 국민 입장을 대변(특정 단체만이 아닌)하여 논의 • 다수가 동의하는 법안 작성 • 국민 인식 개선을 위해 다양한 제도적 개선사항을 고민해 볼 필요 • 여론 수렴
	소통을 위한 중간 역할	• 찬성하는 쪽과 반대하는 쪽의 원활한 소통과 논의, 토론을 위한 중간 역할 • 소통, 합의, 이해, 배려 • 다양한 국민의 의견 청취 및 단계적 제도화 추진
	피해자 보호를 위한 종합대책 마련	• 혐오와 차별로부터 발생하는 피해자를 보호하기 위한 종합적인 대책 마련이 필요하다. • 차별에 대한 각 부처의 교육 사업 실행 등
	입법을 위한 역할	• 규제보다는 권고 수준의 법으로 입법되게끔 노력해야 함 • 법은 국가와 사회를 구성하는 틀이고, 국민의 삶은 그 틀에 의해 규정될 수 있다. 따라서 법이 국민의 의식의 방향성을 제시하고, 사회를 변화시키는 역할 역시 가능하다.
	권고 수준의 입법안 마련	• 규제보다는 권고 수준의 법으로 입법되게끔 노력해야 함
	동성애 반대	• 동성애 부분은 제외
	몸소 실천 필요	• 평등, 차별금지를 사내에서도 직접적으로 보여주기를...
야당	합의를 통한 헌법 가치 실현	• 여, 야의 원만한 합의를 통해 헌법 가치를 수호한다는 큰 틀에서 국가가 앞장서야 할 것이라고 생각합니다. • 법안을 연구하고 합의를 이뤄낸다.
	인식 개선	• 법 제정 뿐만 아니라 인식을 바꿀 수 있도록 노력해야함 • 평등법 또는 차별금지법을 둘러싼 논의는 사회의 기본적인 가치와 직결되는 중요한 이슈입니다. 일각에서는 법적 규제를 통해 차별을 명확히 금지하고, 별책을 설정함으로써 사회적 평등을 실현해야 한다고 주장합니다. 하지만 이와 대조적으로, 규제와 처벌만이 능사는 아니라는 주장도 설득력을 갖습니다. 즉, 법이 강제하는 규제보다는 사회 구성원 개개인의 의식 변화가 더욱 중요하다는 것입니다. 이러한 관점에서 볼 때, 국회의 역할은 단순히 법률을 제정하고 규제를 더하는 것에 국한되어서는 안 됩니다. 국회는 법제정 과정에서 교육과 문화적 접근을 포함한 포괄적인 전략을 수립해야 합니다. 법의 목적이 단지 처벌에 그치지 않고, 국민 개개인이 차별

구분	의견
	하지 않는 시민의식을 내면화할 수 있도록 하는 데에 있어야 합니다. 정부와 국회는 법을 통해 사회적 인식 개선의 기반을 마련하는 것은 물론, 선제적인 교육 프로그램, 문화 캠페인, 공개 토론회 등을 통해 국민의 의식을 높이는 데 주력해야 합니다. 이는 규제가 아니라, 사회 구성원으로 하여금 자발적으로 평등한 사회를 만들어 가는 데 기여할 수 있는 긍정적인 동기를 부여하는 것입니다. 결국, 국회의 역할은 법적 테두리 안에서 평등을 증진하는 것뿐만 아니라, 사회 전체의 평등에 대한 가치관을 성숙시키고, 차별 없는 문화를 조성하는 데 있어 리더십을 발휘하는 것입니다. 이는 국민이 법을 준수하는 것을 넘어, 법의 정신을 이해하고 실천하게 함으로써 진정한 의미의 평등한 사회로 나아가는 길을 열 것입니다.
국민 공감대 형성 및 여론 수렴	• 사회적 공감대 형성, 다양한 여론 수렴 • 사회 각계 각층의 국민 의견을 충분히 들어 사회 구성원이 동의하는 합의안 마련을 위해 적극 노력 필요 • 각계각층의 의견과 이견들을 조율할 필요가 있음 • 차별당하는 자, 소수자, 집단으로 자기 목소리를 낼 수 없는 자의 말에 귀 기울여야 함 • 많은 데이터를 모아 차별받는 시민들의 목소리를 들으며 입법활동을 하는 것입니다.
입법기관으로서의 역할 수행	• 충분한 논의와 사회적 합의를 통해 어떠한 형태라도 “평등”, “차별 금지”에 대한 법률제정을 해 나가야한다고 생각함 • 국민의 대의기구인 국회가 국민 10명 중 8명 수준으로 찬성하는 이 법에 대해 최소한 제대로 논의부터 시작할 수 있어야 함. 다른 법안보다 더욱 시급한 법안임을 인식해야함 • 기존에 발의된 차별금지법을 신속히 통과시켜야 함 • 입법기관으로서 충분히 검토하고, 제정하기에 앞서 국민 갈등을 해소할 수 있는 정치활동을 하려는 노력이 필요함 • 여,야가 진지하게 고민하는 과정 필요, 입법에 나서는 국회의원이 자신의 업적홍보를 위한 수단으로 변질되지 않아야함 • 국회는 국민의 대표로 구성된 입법기관으로 고유 업무인 입법을 통해 사회 시스템을 만들고 아젠다를 제시하는 역할 • 적극적 입법 및 입법 논의, 활발한 논의 통한 오해 해소 및 사회 통합. 차별금지 및 시정에 대한 꾸준한 의지 표명 • 통과시키는 것 • 차별금지법 제정을 반대하는 종교 단체들, 국민의 시선, 법 개정시 선거에 미치는 영향을 생각하기 보단 현재 우리 사회의 여러가지 차별들에 대한 개선 방향, 정책, 관련 입법 등 다양한 논의를 해야함 • 조속한 법률 심사 진행, 적극적 토론 절차, 이해 당사자 의견 수렴 • 차별행위에 대한 강력한 처벌규정을 만들어야 함 • 조속한 법안심의 통과
논의와 공론 강화	• 공청회, 토론회, 입법 발의 논의 진행하는 것 • 이해와 갈등 조정, 사회적 합의 공간 마련 등 • 국민의 여론을 환기시키고 보다 적극적으로 논의하기 위한 노력은 해야 함 • 입법례, 논문, 공청회 등 관심 필요 • 당론 채택 필요

구분	의견
	• 차별금지법 논의에 회피하지 않는 것 • 합리적인 의견 교환 자리가 만들어지도록 공론장을 만드는 것 • 평등과 차별에 관련해서는 매우 다양한 이해 당사자들 간의 의견 차이가 있으므로, 논의와 검토하는 과정에 상당한 시간이 소요될 것으로 예상됨. 제정안이 향후 역차별 등 부작용이 없도록 면밀하게 검토해야 하고 효과적이고 실용적인 부분에 대해서는 국민들에게 제정안을 홍보 등 알리는 역할이 중요하다고 하겠음 • 치열하게 토론하고 국민을 설득하기 위해 노력해야 함 • 국회가 표를 위한 관심이 아닌 근본적인 원인을 고민해야 한다고 생각 • 제발 논의라도 좀 더 열심히 합시다. 관련된 공청회도 영망이고, 입법토론회도 영망이고 • 빠른 입법, 전국민 공감대 형성을 위한 공청회 실시 등

제4절 | 인식조사 결과 요약

1. 낮은 응답률

차별에 대한 국회의원실 인식조사는 중복 응답자를 제외하고 최종 95명이 응답하여 조사대상 응답자 수 기준 응답률은 6.4%이다. 2023년 9월 18일부터 10월 5일까지 실시한 인식조사에서 응답자는 53명으로 응답률은 조사대상 대비 3.7%로 저조하게 나타났다. 이에 2023년 10월 10일부터 10월 27일까지 진행된 국정감사가 끝난 10월 30일부터 11월 5일까지 추가적으로 인식조사를 진행하였음에도 응답률은 소폭 높아진 6.4%이었다. 차별에 대한 국회의원실 인식조사에서 응답한 41~47개 국회의원실과 거절한 28개 국회의원실 등 참여한 69~75개 국회의원실은 전체 297개 국회의원실의 23.2~25.3%로 추정된다. 여당과 야당 소속 응답자가 차지하는 비중은 전체 국회의원 비중 대비 여당은 18.8% 낮게, 야당은 17.9% 높게 나타났다.

조사전문기관들과 국회 보좌관의 자문을 통해 국회의원과 소속 국회의원실의 낮은 응답률은 조사설계부터 예상하였다. 이에 대비하여 최대한 응답률을 높이기 위해서 두 차례에 걸친 우편 발송, 몇 차례 발송한 이메일과 안내 전화 등에도 불구하고 검토한 선행연구보다 응답률이 낮게 나타났다.

대통령 소속 국민대통합위원회(2016) “국민통합을 위한 20대 국회의 역할과 과제”

는 국회의원 300명 전원을 대상으로 조사한 결과, 응답자 188명으로 응답률 62.7%로 나타났다. 이 연구는 국민대통합위원회가 국회의 협조하에 조사원이 의원실을 방문하여 진행하여 응답률이 높은 것으로 판단된다. “수사권조정에 관한 제18대 국회의원 인식 연구: 형사소송법 개정과 관련하여”에 관한 연구는 국회의원 293명의 소속 국회의원실에 설문조사를 실시하였는데, 응답자 156명으로 응답률 53.2%로 나타났다. 이 연구는 연구자가 국회사무처에서 근무하였기 때문에 국회의원실의 응답률이 이번 인식조사보다 높은 것으로 판단된다.

결국 차별에 대한 국회의원실 인식조사는 낮은 응답률로 인해 분석 결과에 대한 대표성을 확보할 수 없는 것이 이번 조사의 한계이다.

2. 국민보다 차별이 심각하다고 인식

국회의원실이 국민보다 우리 사회의 차별 심각성과 과거 대비 차별의 심각성 인식이 높다. 우리 사회 차별의 동의 정도, 향후 차별 상황 전망 등 차별에 대한 동의 정도에 대한 인식도 국회의원실이 국민보다 높게 나타났다.

» [표 5-28] 국회의원실과 국민의 차별 인식의 차이

(단위: %)

구분		국민	국회의원실
차별의 심각성	1. 우리 사회 차별의 심각성	82.0	85.3
	2. 과거 대비 우리 사회 차별의 심각성	40.0	41.0
차별의 동의 정도 (동의)	1. 차별은 그 해소를 위해 적극적 노력을 기울여야 할 사회문제이다.	93.3	95.8
	2. 모든 사람은 태어날 때부터 자유로우며 그 존엄과 권리에 있어 동등하다.	93.3	96.9
	3. 동성애자, 트랜스젠더 등과 같은 성소수자도 다른 사람들과 마찬가지로 존중받아야 하고 동등한 대우를 받아야 한다.	73.6	88.5
	4. 누구도 차별로부터 자유롭지 못하다. 나 그리고 내 가족도 언젠가 차별을 하거나 당할 수도 있다.	90.8	99.0
	5. 여성, 장애인, 아동, 노인 등과 같은 사회적 약자에 대해서는 사회적 배려가 필요하다.	92.1	94.8
향후 차별 상황의 전망	1. 차별 현상이 구조적으로 고착화되어 사회적 갈등이 더 심해질 것이다(동의).	72.4	88.5
	2. 범죄로 이어질 수도 있을 것이다(동의).	81.4	90.5
	3. 차별 문제는 자연적으로 완화·해소될 것이다(비동의).	67.9	85.3

3. 여당보다 높은 야당의 차별 심각성에 대한 인식

차별의 심각성, 과거 대비 차별의 심각성, 차별 동의 정도, 향후 차별 상황 전망 등 차별에 대한 여당과 야당의 인식은 차이가 존재한다. 야당이 여당보다 차별의 심각성, 차별 동의 정도, 향후 차별 상황 전망 등 차별에 대한 인식이 높다. 국민인식조사와 같이 비교하면 우리 사회 차별의 심각성, 과거에 비해 차별의 심각성, 차별 동의 정도, 향후 차별 상황 전망 등에 대한 대부분의 인식은 야당, 국민, 여당 순으로 높다. 다만, 향후 차별 상황의 전망에서 “차별 문제는 자연적으로 완화·해소될 것이다”에 대한 비동의(반대) 응답 결과는 여당이 야당보다 높다.

[표 5-29]에서 ‘범위’로 제시한 야당의 인식과 여당의 인식 차이를 살펴보면, 특히 과거 대비 우리 사회 차별의 심각성(25.7%), 성소수자 차별 동의 정도(26.4%), 사회적 갈등의 심화(33.4%)와 범죄로 이어진다(22.4%)는 향후 차별 상황의 전망은 야당과 여당의 인식 차이가 크게 나타났다.

따라서 야당은 여당보다 우리 사회 차별에 동의하고 현재 차별이 심각하여 향후 차별 상황의 전망도 심각하다고 인식하고 있는 반면, 여당은 국민보다 우리 사회 차별의 동의정도와 심각성, 향후 차별 상황 전망을 낮게 인식하고 있다.

» [표 5-29] 여당과 야당의 차별 인식 차이

(단위: %)

구분		여당	국민	국회의원실	야당	범위
차별의 심각성	1. 현재 우리 사회 차별의 심각성	72.2	82.0	85.3	87.6	15.4
	2. 과거 대비 우리 사회 차별의 심각성	22.3	40.0	41.0	48.0	25.7
차별의 동의 정도 (동의)	1. 차별은 그 해소를 위해 적극적 노력을 기울여야 할 사회문제이다.	83.4	93.3	95.8	98.7	15.3
	2. 모든 사람은 태어날 때부터 자유로우며 그 존엄과 권리에 있어 동등하다.	94.4	93.3	96.9	97.3	2.9
	3. 동성애자, 트랜스젠더 등과 같은 성소수자도 다른 사람들과 마찬가지로 존중받아야 하고 동등한 대우를 받아야 한다.	66.7	73.6	88.5	93.1	26.4
	4. 누구도 차별로부터 자유롭지 못하다. 나 그리고 내 가족도 언젠가 차별을 하거나 당할 수도 있다.	94.5	90.8	99.0	100	5.5
	5. 여성, 장애인, 아동, 노인 등과 같은 사회적 약자에 대해서는 사회적 배려가 필요하다.	83.3	92.1	94.8	97.2	13.9

구분		여당	국민	국회의원실	야당	범위
향후 차별 상황의 전망	1. 차별 현상이 구조적으로 고착화되어 사회적 갈등이 더 심해질 것이다(동의).	61.1	72.4	88.5	94.5	33.4
	2. 범죄로 이어질 수도 있을 것이다(동의).	72.2	81.4	90.5	94.6	22.4
	3. 차별 문제는 자연적으로 완화·해소될 것이다(비동의).	94.4	67.9	85.3	83.6	-10.8

4. 심각한 차별 분야에 대한 여당과 야당의 인식 차이

[표 5-30]은 우리 사회에서 가장 심각한 차별 분야에 대한 응답 결과를 여당의 공동 순위를 고려하여 7위까지 나타낸 것이다. 우리 사회의 심각한 차별 분야에 대해 여당은 ‘학력, 학벌에 따른 차별’, 야당은 ‘장애에 따른 차별’, 국회의원실은 ‘장애에 따른 차별’, 국민은 ‘성별에 따른 차별’이 가장 심각하다고 인식하고 있다. 여당, 야당, 국회의원실, 국민의 우리 사회에서 심각한 차별 분야에 대한 순위를 살펴보면, 공통적으로 ‘학력, 학벌에 따른 차별’, ‘성별에 따른 차별’, ‘성정체성 또는 성적지향에 따른 차별’, ‘빈부격차에 따른 차별’이 심각하다.

▶▶▶ [표 5-30] 우리 사회에서 가장 심각한 차별 분야 순위(7위까지)

여당	야당	국회의원실 전체	국민
1. 학력, 학벌에 따른 차별 2. 외모 등 신체조건에 따른 차별 2. 빈부격차에 따른 차별 4. 성별에 따른 차별 4. 성정체성 또는 성적 지향에 따른 차별 4. 출신국가 등에 따른 차별 4. 나이에 따른 차별	1. 장애에 따른 차별 2. 성별에 따른 차별 3. 빈부격차에 따른 차별 4. 고용형태에 따른 차별 5. 성정체성 또는 성적 지향에 따른 차별 6. 학력, 학벌에 따른 차별 7. 출신국가 등에 따른 차별	1. 장애에 따른 차별 2. 학력, 학벌에 따른 차별 3. 빈부격차에 따른 차별 4. 성별에 따른 차별 5. 성정체성 또는 성적 지향에 따른 차별 6. 고용형태에 따른 차별 7. 외모 등 신체조건에 따른 차별	1. 성별에 따른 차별 2. 고용형태에 따른 차별 3. 학력, 학벌에 따른 차별 4. 장애에 따른 차별 4. 빈부격차에 따른 차별 6. 출신지역에 따른 차별 7. 외모 등 신체조건에 따른 차별

여당은 야당에 비해 ‘외모 등 신체조건에 따른 차별’과 ‘나이에 따른 차별’을 심각하게 인식하고, 야당은 여당에 비해 ‘장애에 따른 차별’과 ‘고용형태에 따른 차별’이 심각하다고 인식하고 있다. 야당과 여당은 동일하게 무소속이 포함된 국회의원실 전체에 비해 ‘출신국가 등에 따른 차별’이 심각하다고 인식하고 있다. 국민은 여당과

야당, 국회의원실 전체에 비해 ‘출신 지역에 따른 차별’이 심각하다고 인식하고 있다.

심각한 차별 분야별로 여당과 야당의 인식 차이를 살펴보면 [표 5-31]과 같다. 표에서 1+2+3순위 차이는 여당과 야당의 응답률 차이이다. 여당과 야당의 가장 심각한 차별 분야 1+2+3순위 차이를 살펴보면, 여당은 야당보다 ‘학력, 학벌에 따른 차별(40.0%)’, ‘외모 등 신체조건에 따른 차별(21.4%)’, ‘출신 국가 등에 따른 차별(12.8%)’이 심각하다고 인식하고 있다. 반면, 야당은 여당보다 ‘장애에 따른 차별(45.3%)’, ‘고용형태에 따른 차별(27.3%)’, ‘성별에 따른 차별(10.5%)’이 심각하다고 인식하고 있다. 따라서 우리 사회에서 가장 심각한 차별 분야에 대해 여당과 야당은 다르게 인식하고 있다.

▶▶▶ [표 5-31] 여당과 야당의 우리 사회 가장 심각한 차별 1+2+3순위 차이

(단위: %)

구분		1+2+3순위	1+2+3순위 차이
① 성별에 따른 차별	여당	29.4	-10.5
	야당	39.9	
② (트랜스젠더, 동성애자 등)	여당	29.4	-3.7
	야당	33.1	
③ 종교에 따른 차별	여당	0.0	-2.8
	야당	2.8	
④ 장애에 따른 차별	여당	5.9	-45.3
	야당	51.2	
⑤ 병력에 따른 차별 (질환 등)	여당	0.0	-1.4
	야당	1.4	
⑥ 고용형태에 따른 차별 (정규직, 비정규직 등)	여당	5.9	-27.3
	야당	33.2	
⑦ 출신지역에 따른 차별 (전라도, 경상도 등)	여당	17.7	2.4
	야당	15.3	
⑧ 출신 국가 등에 따른 차별 (외국인, 이주민, 난민 등)	여당	29.4	12.8
	야당	16.6	
⑨ 혼인 여부에 따른 차별 (기혼, 미혼, 이혼, 재혼, 사실혼 등)	여당	0.0	0
	야당	0.0	
⑩ 임신 또는 출산에 따른 차별	여당	0.0	-2.8
	야당	2.8	

구분		1+2+3순위	1+2+3순위 차이
⑪ 가족 상황에 따른 차별 (한부모, 미혼모, 조손가정 등)	여당	0.0	-1.4
	야당	1.4	
⑫ 외모 등 신체조건에 따른 차별	여당	35.3	21.4
	야당	13.9	
⑬ 나이에 따른 차별	여당	29.4	14.1
	야당	15.3	
⑭ 학력, 학벌에 따른 차별	여당	70.5	40.0
	야당	30.5	
⑮ 사상, 정치적 의견에 따른 차별	여당	5.9	-1.1
	야당	7.0	
⑯ 전과에 따른 차별	여당	5.9	4.5
	야당	1.4	
⑰ 빈부격차에 따른 차별	여당	35.3	0.9
	야당	34.4	
⑱ 기타	여당	0.0	0
	야당	0.0	

5. 여당보다 높은 야당의 차별 대응 정책에 대한 인식

정부 차원의 종합적인 대책, 학교 교육 확대, 국민인식 개선 교육과 캠페인 강화, 관련 법률 제정, 차별시정기구의 권한 강화, 강력한 처벌 등 차별 대응 정책에 대해 여당보다 야당이 더욱 찬성하고 있다. 특히, 국민과 야당은 관련 법률 제정과 강력한 대응을 80% 이상 찬성하고 있지만, 여당은 관련 법률 제정은 50% 찬성하고 강력한 대응은 44.4%가 찬성하고 있다.

» [표 5-32] 차별 대응 정책에 찬성 정도

(단위: %)

구분	여당	국민	국회의원실 전체	야당
1. 정부 차원의 종합적인 차별시정 대책 수립이 필요하다.	72.3	87.2	89.4	93.2

구분	여당	국민	국회의원실 전체	야당
2. 학교에서 인권과 다양성을 존중하는 교육을 확대해야 한다.	88.8	94.4	90.5	98.6
3. 차별에 대한 국민인식 개선을 위해 교육과 캠페인을 강화해야 한다.	94.4	91.5	95.8	95.9
4. 우리 사회 모든 구성원이 불합리한 차별을 받지 않고 평등하게 살 수 있도록 관련 법률을 만들어야 한다.	50.0	88.5	81.0	87.7
5. 국가인권위원회 등 차별시정기구의 권한을 강화하여야 한다.	77.8	80.8	85.3	86.3
6. 악의적 차별행위에 대해서는 벌금형, 징역형 등 보다 강력한 대응이 필요하다.	44.4	86.5	75.7	82.2
7. 정치인, 언론, 온라인 미디어 등의 차별·혐오 표현이나 행위를 규제할 필요가 있다.	83.4	87.4	88.4	90.4

6. 차별 방지와 시정 관련 법 제도에 대한 여당과 야당의 상반된 평가

국회의원실은 헌법, 차별 관련 개별 법률들과 이를 담당(소관)하는 정부 부처들, 국가인권위원회 등의 차별 방지와 시정 역할을 부정적으로 평가하고 있다. 하지만 여당과 야당의 평가는 상반된다. 헌법, 차별 관련 법률들, 국가인권위원회에 의한 차별 방지와 시정 역할에 대해 여당은 긍정적으로 평가하고 있지만, 야당은 부정적으로 평가하고 있다. 특히, 국가인권위원회의 차별 예방과 시정 역할은 여당과 야당의 상반된 인식 차이가 크게 나타났다. 반면, 차별에 관한 현행 법률들을 담당(소관)하는 정부 부처들의 차별 예방과 시정 역할에 대해서는 여당과 야당 모두 부정적으로 평가하고 있다.

》》 [표 5-33] 법 제도에 의한 차별 방지와 시정 역할의 부정적 평가

(단위: %)

구분	여당	국회의원실 전체	야당
1. 헌법	44.4	59.0	61.6
2. 차별에 관한 현행 법률들	38.9	53.7	56.2
3. 차별에 관한 현행 법률들을 담당(소관)하는 정부 부처들	66.7	80.0	82.2
4. 국가인권위원회	47.1	74.4	80.8

7. 입법적 보완이 시급한 차별 분야의 여당과 야당의 인식 차이

국회의원실은 ‘장애에 따른 차별’, ‘고용 형태에 따른 차별’, ‘성별에 따른 차별’, ‘출신 국가 등에 따른 차별’, ‘성정체성 또는 성적 지향에 따른 차별’이 입법적 보완이 시급하다고 평가하고 있다. 야당과 국회의원실 전체의 응답 결과는 순위의 차이가 있지만 결과는 유사하게 나타났다.

여당과 야당은 순위는 다르지만 공통적으로 ‘고용 형태에 따른 차별’, ‘출신 국가 등에 따른 차별’, ‘성별에 따른 차별’이 입법적 보완이 시급하다고 인식하고 있다. 하지만 여당은 ‘학력, 학벌에 따른 차별’과 ‘임신 또는 출산에 따른 차별’이 ‘장애에 따른 차별’과 ‘성정체성 또는 성적 지향에 따른 차별’보다 입법적 보완이 시급하다고 평가하고 있다.

» [표 5-34] 입법적 보완이 시급한 차별 분야 순위(5위까지)

(단위: %)

여당	국회의원실 전체	야당
1. 출신 국가 등에 따른 차별	1. 장애에 따른 차별	1. 장애에 따른 차별
2. 성별에 따른 차별	2. 고용 형태에 따른 차별	2. 고용 형태에 따른 차별
3. 고용 형태에 따른 차별	3. 성별에 따른 차별	3. 성별에 따른 차별
3. 학력, 학벌에 따른 차별	4. 출신 국가 등에 따른 차별	4. 성정체성 또는 성적 지향에 따른 차별
3. 임신 또는 출산에 따른 차별	5. 성정체성 또는 성적 지향에 따른 차별	5. 출신 국가 등에 따른 차별

입법적 보완이 시급한 차별 분야별로 여당과 야당의 인식 차이를 살펴보면 [표 5-35]와 같다. 표에서 1+2+3순위 차이는 여당과 야당의 응답률 차이이다. 여당과 야당의 입법적 보완이 가장 시급한 차별 분야 1+2+3순위 차이를 살펴보면, 여당은 야당보다 ‘혼인 여부에 따른 차별(16.7%)’, ‘나이에 따른 차별(15.3%)’, ‘출신 국가 등에 따른 차별(12.7%)’이 시급하다고 인식하고 있다. 반면, 야당은 여당보다 ‘장애에 따른 차별(39.8%)’, ‘고용형태에 따른 차별(15.0%)’, ‘성정체성 또는 성적 지향에 따른 차별(10.8%)’이 시급하다고 인식하고 있다. 따라서 입법적 보완이 시급한 차별 분야에 대한 여당과 야당의 인식 차이가 존재한다.

▶▶▶ [표 5-35] 여당과 야당의 입법적 보완이 시급한 차별 분야 1+2+3순위 차이

(단위: %)

구분		1+2+3 순위	1+2+3순위 차이
① 성별에 따른 차별	여당	33.4	-2.5
	야당	35.9	
② 성정체성 또는 성적 지향에 따른 차별 (트랜스젠더, 동성애자 등)	여당	22.3	-10.8
	야당	33.1	
③ 종교에 따른 차별	여당	0.0	-5.6
	야당	5.6	
④ 장애에 따른 차별	여당	11.2	-39.8
	야당	51.0	
⑤ 병력에 따른 차별 (질환 등)	여당	5.6	4.2
	야당	1.4	
⑥ 고용형태에 따른 차별 (정규직, 비정규직 등)	여당	27.8	-15.0
	야당	42.8	
⑦ 출신지역에 따른 차이 (전라도, 경상도 등)	여당	11.2	1.4
	야당	9.8	
⑧ 출신 국가 등에 따른 차별 (외국인, 이주민, 난민 등)	여당	39.0	12.7
	야당	26.3	
⑨ 혼인 여부에 따른 차별 (기혼, 미혼, 이혼, 재혼, 사실혼 등)	여당	22.3	16.7
	야당	5.6	
⑩ 임신 또는 출산에 따른 차별	여당	27.8	4.3
	야당	23.5	
⑪ 가족 상황에 따른 차별 (한부모, 미혼모, 조손가정 등)	여당	16.7	8.3
	야당	8.4	
⑫ 외모 등 신체조건에 따른 차별	여당	11.2	11.2
	야당	0.0	
⑬ 나이에 따른 차별	여당	27.8	15.3
	야당	12.5	
⑭ 학력, 학벌에 따른 차별	여당	27.8	7.1
	야당	20.7	
⑮ 사상, 정치적 의견에 따른 차별	여당	5.6	-1.4
	야당	7.0	

구분		1+2+3 순위	1+2+3순위 차이
⑩ 전과에 따른 차별	여당	0.0	0
	야당	0.0	
⑪ 빈부격차에 따른 차별	여당	11.1	-5.5
	야당	16.6	

8. 법 제정에 반대하는 여당과 찬성하는 야당

일반법 또는 기본법으로써 평등법 또는 차별금지법 제정에 대해 여당은 반대하고 야당은 찬성한다. 여당은 차별 관련 법 제정에 대한 국제 사회의 권고는 수용하지만, 법 제정은 반대하고 있다.

▶▶▶ [표 5-36] 평등법 또는 차별금지법 제정에 대한 찬성 정도

(단위: %)

구분	여당	국회의원실 전체	야당
1. 법 제정에 대한 국제 사회 권고 수용	61.2	86.3	91.8
2. 법 제정의 필요성	23.6	73.4	84.9

일반법 또는 기본법으로써 평등법 또는 차별금지법 제정에 찬성하는 이유로 여당은 차별의 심각성으로 차별에 대한 단호한 대응이 필요하기 때문이며, 야당은 구제 대책으로 법률의 역할과 중요성을 고려하여, 국민 관심과 인식 개선을 위한 제도적 뒷받침을 위해, 최소한의 기본법으로 평등과 차별금지를 강조하고, 법률로 차별금지 효과를 강화하고, 국제 사회의 권고를 수용하는 방안을 선택 등의 의견이 제시되었다.

일반법 또는 기본법으로써 평등법 또는 차별금지법 제정에 반대하는 이유로 여당은 법 제정이 특정 차별 분야 입장만 대변하고, 차별금지는 법으로 강제할 사항이 아니고, 오히려 법 제정으로 사회 질서유지에 방해된다 등의 의견을 제시하였다. 야당은 법으로 강제할 사항이 아니고, 차별에 대한 기준 정립, 국민 인식 개선 등 비규제권을 통한 해소가 우선 필요하고, 다수의 의견이 아니므로 일반법으로 제정이 불필요하고, 법을 통한 강제는 사회적 반향 우려 등을 야기하고, 평등을 법률화하거나 한다고

해도 법률의 효과성에 의문이 들기에 때문이라는 의견 등이 제시되었다.

» [표 5-37] 평등법 또는 차별금지법 제정에 대한 찬성과 반대하는 주요 이유

구분	의견	
	찬성	반대
여당	차별에 대한 단호한 대응, 차별을 정당화할 수 없음 등	특정 차별 분야 입장만 대변, 법으로 강제할 사항이 아님, 법적 실효성 없음 등
야당	차별의 심각성, 국민 관심과 인식 개선을 위한 제도적 뒷받침 필요, 최소한의 기본법으로써 평등과 차별금지에 대한 법률 필요, 국제 사회 권고와 방안 등	사회 질서유지에 방해, 평등 법률화에 대한 의문, 사회적 반향 우려, 국민 인식 개선 등 비규제권을 통한 해소 우선, 일반법으로 제정 불필요, 차별에 대한 기준 정립 필요, 법률의 효과성 의문, 다수의 의견이 아님 등

9. “평등 및 차별금지에 관한 법률”로 제정

평등 또는 차별에 대한 일반법 또는 기본법이 제정된다면 법률의 명칭은 여당과 야당 모두 “평등 및 차별금지에 관한 법률”이 가장 적합하다고 과반수 이상 선택하였다. 또한 국회의원실은 “차별금지에 관한 법률(12.0%)”보다는 “평등에 관한 법률(22.8%)”이 명칭에 대한 적합도가 높게 나타났다.

10. 입법기관으로서 국회의 역할 강화

국회의원실은 국회가 입법기관으로서 역할 강화가 법 제정을 위해 필요하다고 인식하고 있다. 이번 인식조사에서 국회의원실은 일반법 또는 기본법으로써 평등 또는 차별금지법 제정을 위해 국회는 차별 요소 파악, 피해자 보호를 위한 종합대책 마련, 다수 국민 입장을 고려하여 대변, 소통을 위한 중간 역할, 입법안 마련, 평등과 차별금지에 대한 법률 제정, 국민 공감대 형성 및 여론 수렴, 논의와 공론 강화, 합의를 통한 헌법 가치 실현, 인식 개선 등 입법기관으로서의 역할이 필요하다.

제 6 장

포괄적 차별금지에 대한 법무정책적 대응방안

평등 및 차별금지를 향한 법무정책적 대응방안

강석구 · 이준일

제6장

평등 및 차별금지를 향한 법무정책적 대응방안

제1절 | 입법전략의 방향성

이 연구는 법무정책의 주무부처이자 인권법제의 소관부처인 법무부의 정부안 성안을 최종 목표로 삼되, 법률안을 성안하는 데 있어 필요한 최대한을 찾기보다는 다양한 관점의 전문가그룹을 적극적으로 활용하여 국회와 정부의 정치적 부담을 최소화하면서도 국제사회의 기준에 부응할 수 있는 ‘최소한의 경계’를 찾는 데 집중하고자 하였다. 또한, 평등 또는 차별금지에 관한 일반법 또는 기본법의 제정에도 전략이 필요한 것과 마찬가지로, 이 연구의 수행 역시 전략적으로 설계하였다는 점도 이미 서론에서 밝힌 바와 같다.

그런데 전략적 접근을 위해서는 적어도 2가지는 포기해야 했다. 먼저, 연구제안서에서 요구한 ‘포괄적’(comprehensive)이라는 범주를 포기해야 했다. 이를 다중차별 또는 교차차별에 대한 대응까지 전제한 개념으로 이해할 때, 아직 평등 또는 차별금지에 관한 일반법 또는 기본법조차 마련하지 못한 우리나라에는 시기상조의 관념일 수 있다고 판단했다. 이에 선결과제라고 할 수 있는 ‘평등 또는 차별금지에 관한 일반법 또는 기본법 제정’을 향해 연구방향을 수정했다. 또한, 형사법 전공자인 연구책임자가, 연구책임자로서의 주도적 역할(initiative)을 포기해야 했다. 인권정책 또는 평등정책에서 불평등대우 또는 차별의 구제에 관한 일반적 방향성조차 확립되지 못한 상황에서 처벌 등 형사정책이 선행할 경우 본말이 전도될 수 있고, 입법의 진척과 성사에 방해만 될 것으로 판단했다. 이에 연구책임자의 전문분야에 관한 내용을 최소화하고, 향후 정부입법에 기여할 수 있는 연구참여자의 선정과 관리에 집중했다.

입법전략의 우선순위에 상응하여 이 연구는 크게 5가지의 서로 다른 관점과 방법에 기반하여 추진하였는데, 연구책임자의 비전문적인 관점에 기반한 요약은 입법자에게 혼선만 초래할 수 있어 별도로 수록하지 않았다. 다만 연구책임자가 판단할 때 각각의 관점이 갖는 입법전략적 가치는 다음과 같다.

첫째, 국제법적 관점에서의 접근이다. 국제사회에서 요구한다고 해서 독립국인 우리나라가 반드시 수용하거나, 이행해야 하는 것은 아니지만, 우리나라가 국제사회와 단교할 것이 아닌 한 합의하거나 승인한 사항에 대해서는 수용하거나, 이행할 수밖에 없기 때문이다. 그런데 “국제사회의 요구”라는 프레임에는 국제협약에 따른 요구, 국제기구 또는 그 사무국의 요구, 민간단체 또는 개인의 요구가 혼재하고, 위원회 수준의 요구인지, 사무국 수준의 요구인지, 개별 국가의 요구인지 등 그 수준을 대체로 분간하지 않기 때문에 우리나라가 반드시 수용하거나, 이행하여야 할 국제사회의 요구가 무엇인지를 냉정히 가려낼 필요가 있다. 이를 위한 입법자의 판단에 제2장의 내용이 유용할 것이라고 기대한다. 참고로, 국제사회의 요구가 반드시 당위 내지는 윤리라고는 볼 수 없으므로 국제기준이라는 용어 대신에 ‘국제표준’이라는 용어를 활용하였다.

둘째, 비교법적 관점에서의 접근이다. 다만 비교법적 분석의 경우 현재 시행되고 있는 각국의 법제를 비교하는 것이 통상적이지만, 이 연구는 현재의 시점이 아니라 각국이 평등 또는 차별금지에 관한 일반법 또는 기본법을 제정할 당시의 시점을 기준으로 한 ‘제정법’을 비교하였다. 아직 일반법 또는 기본법조차 마련하지 못한 우리나라에서 제정 당시보다 현저히 발전 내지는 진화된 외국의 법제를 참고하는 것은 시기상조라고 보았기 때문이다. 비교법적 접근에서는 현재의 시점에서 중요한 쟁점을 당시에는 어느 수준까지 반영했는지를 살펴보는 것이 수범자의 예측가능성을 확보하기 위하여 중요하며, 여러 사정에도 불구하고 평등 또는 차별금지에 관한 일반법 또는 기본법을 제정하게 된 대내적·대외적 배경을 파악할 것이 필요하다. 이를 위한 입법자의 판단에 제3장의 내용이 유용할 것이라고 기대한다.

셋째, 입법기초자적 관점에서의 접근이다. 입법을 추진하기 위해서는 주요 쟁점을 정리하는 작업이 반드시 선행되어야 하는 만큼, 이를 위하여 법무부 및 국가인권위원회의 정책실무를 모두 담당할 경험이 있는 전문가를 엄선하여 입법기초자의 관점에서

㉑ 평등 내지 차별금지의 헌법적 의의, ㉒ 차별금지의 사유, ㉓ 차별금지의 유형, ㉔ 차별금지의 영역, ㉕ 차별금지의 예외, ㉖ 구제 및 이행확보, ㉗ 국가 등의 책무 등 '주요 입법 쟁점'에 관한 필수 입법요소 및 입법한계를 정리해둘 필요가 있다. 특히 여러 원칙 못지않게 원칙에 대응하는 예외를 명확히 정하는 것이 수범자의 예측 가능성 측면에서 중요하며, 평등 또는 차별금지에 관한 사무를 소관하는 국가기관별 권한과 본질적 성격에 부합하는 역할을 설정하는 데도 이러한 작업이 필요하다. 법의 목적을 세우고 법문을 축조하는 일이 입법에 있어 가장 지난한 과정인 만큼, 입법자의 판단에 제4장의 내용이 유용할 것으로 기대한다.

넷째, 실태적 관점에서의 접근이다. 입법을 위한 실태조사에 있어 가장 중요한 것은 주권자인 국민의 인식이라고 할 수 있지만, 이에 대해서는 최근 조사가 실시된 바 있으므로 입법의 열쇠를 쥐고 있는 '국회의원 및 국회 입법종사자 그룹의 인식'을 조사하여 그 결과를 제5장에 수록하였다. 이 조사에서 가장 중요한 지점은 국회의원 등 실제 입법에 종사하는 사람들이 평등 또는 차별금지 입법에 대한 관심과 의지라고 할 것이며, 이는 전체 또는 정당별 응답율 등을 통해 쉽게 확인할 수 있을 것이라고 기대한다. 정당 간 인식 차이나 입법종사자 그룹과 국민과의 인식 차이 등도 확인할 수 있기를 기대하였지만, 표본이 작아 기대만큼 유의미한 조사결과는 아닐 수 있다.

다섯째, 중립적 관점에서의 접근이다. 앞서 살펴보았듯이 제5장까지의 내용은 국회와 정부의 정치적 부담을 최소화하면서도 국제사회의 기준에 부응할 수 있는 '최소한의 경계'를 찾는 쪽에 주력했다. 이는, 뼈대를 세우는 기초작업이라고 할 수 있다. 다만 평등정책과 같은 인권정책은 세심하면서도 가치중립적인 접근이 필요한 점을 부인할 수 없다. 이에 다양한 입법과정에 참여한 경험이 있는 전문가를 선정하는 한편, 다음 절에서 차별금지에 관한 일반법 또는 기본법 제정에 있어 입법실무자가 고려해야 할 사항으로서 ① 입법목적에서의 고려사항, ② 입법체계적 고려사항, ③ 입법쟁점별 고려사항 등을 다른 관점에서도 보완적으로 제시하였는데, 제정법을 내실 있게 보완할 필요가 있을 때 입법자의 판단에 유용할 것으로 기대한다.

현실적으로 여야를 불문하고 정치권의 관심도가 높지 않을 뿐만 아니라 정부여당의 정책방향성을 추론할 수 있는 기초자료 자체가 빈약한 상황에서 평등 또는 차별금지에 관한 입법을 추진하는 것은 쉽지 않다. 국가인권위원회가 기초한 시안조차 그 저의를

의심할 수밖에 없는 상황에서 법무부·국가인권위원회 등 유관부처와의 충분한 협의 없이 국책연구기관인 한국형사·법무정책연구원 단독으로 완결된 제정법안을 제시하는 것은 적절치 않을 수도 있다. 그래서 이 보고서에 제정법안까지는 제시하지 않았다.

다만 미국이 소련과 공산 진영의 인권 문제를 국제 외교무대에서 비판하면서 미국 역시 스스로의 인권 보장 체계를 개선하지 않을 수 없어 1964년에 민권법을 제정할 수밖에 없던 입법배경을, 북한의 인권 문제를 국제 외교무대에서 비판하고 있는 우리도 타산지식으로 삼을 필요가 있다고 생각한다. 미국으로서는 쉽지 않은 결단이었지만, 민권법 제정 이후 인권대국으로서 거듭날 수 있었다고 생각하기 때문이다. 더욱이 아시아에는 유럽연합(EU), 미주기구(OAS), 아프리카연합(AU)과 달리 지역적 차원에서 인권보장체제가 아직 구축되지 못했기 때문에 입법시기에 따라서는 아시아 인권보장체제의 주도권을 확보할 수 있다.

그래서 이 연구에서 제시한 국제법적 관점, 비교법적 관점, 입법기초자적 관점, 실태적 관점, 중립적 관점 등에 따른 연구성과를 인권법제의 소관부처인 법무부가 참고하여 평등 또는 차별금지에 관한 일반법 또는 기본법을 제정할 수 있다면, 실질적 자유와 평등의 보장, 사회통합, 국제사회 요청에의 부응, 입법적 공백 및 적용상의 혼란 해소, 차별피해자의 효과적 구제 등의 국민편익 증진은 물론이고, 국익의 차원에서 아시아 인권보장체제의 주도권 등의 실익이 있는 만큼, 평등 또는 차별금지에 관한 일반법 또는 기본법 제정은 충분히 가치 있을 것으로 기대한다.

제2절 | 차별금지에 관한 일반법 제정에 있어 고려사항

1. 입법목적에서 고려해야 할 사항

가. 현행 차별금지법의 입법목적

(1) 일반적 차별금지법으로서 「국가인권위원회법」의 입법목적

다양한 차별금지사유와 차별금지영역을 포괄적으로 규율함으로써 ‘일반적 차별금

지법'으로 분류될 수 있는 현행 「국가인권위원회법」은 평등권을 침해하는 차별행위뿐만 아니라 자유권을 침해하는 인권침해행위에 대한 조사와 구제를 국가인권위원회의 업무사항에 포함시킴으로써(동법 제19조) 암묵적으로 그러한 행위를 금지한다. 이에 따라 「국가인권위원회법」의 입법목적은 기본적 인권의 보호와 향상, 인간의 존엄과 가치의 실현 및 민주적 기본질서의 확립으로 확장된다. 평등권도 자유권처럼 인권에 해당한다는 점에서 새로운 일반적 차별금지법을 제정한다면 인권, 인간존엄성, 민주주의와 같은 「국가인권위원회법」의 확장된 입법목적도 함께 고려될 필요가 있다.

(2) 개별적 차별금지법의 입법목적

① 장애를 이유로 한 차별을 금지하는 「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률」의 입법목적은 “모든 생활영역에서 장애를 이유로 한 차별을 금지하고 장애를 이유로 차별받은 사람의 권익을 효과적으로 구제함으로써 장애인의 완전한 사회참여와 평등권 실현을 통하여 인간으로서 존엄과 가치를 구현함”에 있다(동법 제1조). 차별금지사유로 장애가 특정되어 있으나 차별을 금지함으로써 평등권을 실현하는 궁극적 목적이 인권보장의 최종적 목표인 인간의 존엄과 가치에 대한 구현에 있음을 정확하게 확인하고 있다. ② 성별을 이유로 한 차별을 금지하는 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」은 입법목적으로 “고용에서 남녀의 평등한 기회와 대우를 보장하고 모성 보호와 여성 고용을 촉진하여 남녀고용평등을 실현함”을 제시한다(동법 제1조). 평등권의 구체적 내용에 기회의 평등을 넘어 모성보호나 적극적 조치와 같은 실질적 평등을 의미하는 결과의 평등이 포함되어 있다는 점이 특징이다. ③ 연령을 이유로 한 차별을 금지하는 「고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률」은 입법목적으로 “연령을 이유로 하는 고용차별을 금지”하는 것을 제시한다. 차별금지사유로 연령을 특정하면서 단순히 차별의 금지를 입법목적으로 천명한다. ④ 고용형태를 이유로 하는 차별을 금지하는 「기간제근로자 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」 및 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」은 비정규직 근로자에 대한 차별의 시정을 입법목적으로 제시한다.

나. 차별금지법의 입법목적에 포함되어야 할 내용

(1) 인간의 존엄과 가치

헌법은 ‘인간의 존엄과 가치’를 헌법에 의하여 보장되는 모든 자유와 권리의 최종적 목표로 삼고 있다(헌법 제10조 제1문). 따라서 평등권을 실현하며, 평등권을 침해하는 차별을 금지하면서 차별피해자를 구제하고 차별행위자를 제재함으로써 차별을 시정하는 입법의 최종적 목표는 인간의 존엄과 가치에 대한 보장과 실현이 되어야 한다. 이러한 입법목적은 일반적 차별금지법이 제정되는 경우에도 필수적으로 포함되어야 한다.

(2) 차별의 금지 및 시정

인간의 존엄과 가치를 실현하기 위한 두 가지 필수적 권리는 자유권과 평등권이다. 차별금지법은 평등권에 대한 침해를 의미하는 차별을 명시적으로 금지하고, 이를 위반한 행위에 대해서 일정한 법적 제재를 부과함으로써 차별을 시정하고 차별금지의 정신을 관철시킨다. 인간의 존엄과 가치의 실현을 기본적 입법목적으로 삼아야 하는 일반적 차별금지법이 인간의 존엄과 가치에 대한 침해를 의미하는 차별의 금지 및 차별피해자의 구제와 차별행위자의 제재를 통한 차별의 시정을 구체적 입법목적으로 포함시켜야 하는 것도 당연하다.

(3) 실질적 평등의 실현

평등은 ‘기회의 평등’뿐만 아니라 ‘결과의 평등’을 포함해야 한다. 기회의 평등은 차별의 금지로 실현될 수 있지만 결과의 평등은 기회의 평등을 보장하는 것 이상을 요구한다. 실제로 「국가인권위원회법」 등 현행 차별금지법제에서 차별에 해당하지 않는 제도로 명시하고 있는 여성에 대한 모성보호조치, 장애인에 대한 정당한 편의의 제공, 역사적으로 차별받아온 집단에 대한 적극적 조치(잠정적 우대조치)⁸⁸⁷⁾ 등은 바로 이러한 결과의 평등을 구체화하는 제도를 의미한다. 따라서 일반적 차별금지법에는 이와 같은 제도들의 이념적 기초가 되는 결과의 평등을 실질적 평등의 실현이라

887) 「국가인권위원회법」에 따르면 현존하는 차별을 없애기 위하여 특정한 사람 또는 집단을 잠정적으로 우대하는 행위와 이러한 내용의 법령을 제정 또는 개정하는 것 및 정책을 수립 또는 집행하는 것은 차별행위에 해당하지 않는다(동법 제2조 제3호).

는 입법목적으로 명확하게 제시할 필요가 있다.

(4) 사회적 통합의 강화

차별은 기본적으로 특정한 집단을 구별(구분)하여 배제하도록 만든다. 이로써 차별은 차별받는 집단과 그렇지 않은 집단의 갈등과 대립을 강화한다. 공동체의 존속과 유지에 '사회적 통합'을 전제로 한다. 차별을 금지하는 입법목적은 차별을 받는 피해자에게 보장된 인간의 존엄과 가치를 구현하기 위하여 필수적으로 요구되는 평등권에 대한 침해를 방지하고 구제하는 데 그치지 않는다. 차별피해자는 물론 차별행위자를 포함한 모든 공동체구성원의 사회적 통합을 강화하는 공익의 측면도 일반적 차별금지법의 입법목적에서 분명하게 명시될 필요가 있다.

(5) 사회적 소수자에 대한 폭력의 예방

차별은 차별받는 사람들에 대한 사회적 배제를 넘어 사회적 폭력으로 발전할 수 있다. 대부분의 사회에서 차별받는 집단은 소수자(minorities) 집단이다. 공동체의 의사결정과정에서 영향력을 갖지 못하는 소수자 집단이 가지는 고유한 특성은 다수의 부정적인 편견과 고정관념에 따라 교정되거나 제거되어야 할 것으로 평가된다. 이와 같은 편견이나 고정관념은 소수자의 특성을 교정되거나 치료되어야 할 것으로 가정한다. 이러한 교정이나 치료를 거쳐서도 여전히 소수자의 특성이 남아 있을 때 다수자는 소수자에 대한 폭력을 행사해서라도 그들을 추방하거나 제거하려 든다. 소수자의 특성을 관용하고 포용하는 방식이 아니라 그러한 특성을 가진 소수자에 대한 폭력과 배제의 방식으로 그들의 특성을 억압하는 것이 사회적 갈등을 봉합하는 방안이라고 인식하기 때문이다. 그렇지만 교정되어야 할 것은 소수자의 특성이 아니라 그러한 소수자의 특성을 바라보는 다수자의 편견과 고정관념이다. 일반적 차별금지법은 이러한 편견과 고정관념에 근거한 차별을 시정함으로써 소수자에 대한 폭력을 예방할 수 있다.

▶▶▶ [표 6-1] 현행 차별금지법의 입법목적

분야	업체명 - 서비스
국가인권위원회법	- 기본적 인권의 보호와 향상 - 인간으로서의 존엄과 가치의 실현 - 민주적 기본질서의 확립
장애인차별금지법	- 장애차별의 금지 - 장애차별을 받은 사람의 권익 구제 - 장애인의 완전한 사회참여와 평등권 실현 - 인간으로서의 존엄과 가치의 구현
남녀고용평등법	- 고용에서 남녀의 평등한 기회와 대우의 보장 - 모성 보호와 여성 고용의 촉진 - 남녀고용평등의 실현
연령차별금지법	- 연령차별의 금지
비정규직차별금지법	- 기간제근로자 및 단시간근로자에 대한 차별의 시정 - 파견근로자에 대한 차별의 시정

2. 입법체계에서 고려해야 할 사항

가. 현행 차별금지법체계 개관

(1) 일반적 차별금지법으로서 「국가인권위원회법」

현행 「국가인권위원회법」은 기본적으로 국가인권기구인 국가인권위원회를 설치하고 이 기구에 일정한 업무와 권한을 부여하는 ‘조직법’의 성격을 갖는다. 이 법률에 따라 설치된 국가인권위원회의 업무와 권한으로 인권침해행위나 차별행위에 대한 조사와 구제를 포함시키고 있는 것이다. 그렇지만 국가인권위원회의 조직과 권한(업무) 및 권한행사의 절차를 명시하면서 차별판단의 실체적 기준이 되는 차별금지법의 성격도 동시에 가지고 있다. 차별행위에 대한 조사와 구제의 권한을 가지는 국가인권위원회는 피해자나 제3자의 진정을 받거나 직권으로 차별행위를 조사하고 구제함으로써 차별시정기구의 역할도 수행해야 하는데 그 전제가 되는 차별에 관한 정의도 「국가인권위원회법」이 포함하고 있기 때문이다.⁸⁸⁸⁾ 포괄적인 차별시정기구의 역할을 수행하는 국가인권위원회는 19가지의 ‘차별금지사유’와 3가지의 ‘차별금지영역’을 망

888) 「국가인권위원회법」은 차별에 해당하는 행위(차별행위)를 평등권을 침해하는 행위로서 합리적 이유 없이 다양한 차별금지사유를 이유로 고용 등 차별금지영역에서 특정한 사람에 대하여 우대, 배제, 구별을 하거나 불리하게 대우하는 행위로 정의한다(동법 제2조 제3호).

라하여 차별시정권한을 행사할 수 있다. 이에 따라 차별금지법의 성격도 가지는 「국가인권위원회법」은 다양한 차별금지사유와 차별금지영역을 아우르는 일반적 차별금지법의 지위를 동시에 가지게 되었다.

(2) 개별적 차별금지법의 체계

개별적 차별금지법은 다양한 개별적 차별금지사유나 차별금지영역에 따라 제정될 수 있다. 현재 개별적 차별금지법으로는 차별금지사유에 따라 ① 장애차별금지법, ② 성차별금지법, ③ 연령차별금지법, ④ 비정규직차별금지법에 제정되어 있다. 장애차별금지법의 공식명칭은 「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률」(이하 「장애인차별금지법」으로 약칭)이고, 차별금지사유로서 ‘장애(disability)’에 특정되어 있으며 고용을 포함한 다양한 차별금지영역을 포괄적으로 규율한다. 성차별금지법의 공식명칭은 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」(이하 「남녀고용평등법」으로 약칭)이며, 차별금지사유를 ‘성별(sex)’로 한정하고 있고 차별금지영역도 고용으로 한정한다. 공식명칭이 「고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률」(이하 「고령자고용촉진법」으로 약칭)인 연령차별금지법은 차별금지사유로서 ‘연령(나이, age)’에 특화되어 있으며 차별금지영역으로서 고용을 특정한다. 비정규직 근로자를 법적으로 보호하기 위하여 제정된 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」(이하 「기간제법」으로 약칭) 및 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」(이하 「파견법」으로 약칭)의 일부를 구성하는 비정규직차별금지법은 차별금지사유로서 ‘고용형태’를 규율하고 있으며 차별금지영역은 고용이다.

나. 일반적 차별금지법과 개별적 차별금지법의 체계적 정합성

(1) 일반적 차별금지법과 개별적 차별금지법을 병존시키는 방안

비록 기본적으로 조직법이나 절차법의 성격을 가지기는 하지만 일반적 차별금지법의 성격도 아울러 가지는 「국가인권위원회법」을 오로지 조직법이나 절차법의 성격만을 계속해서 유지하도록 한 채 실체법의 성격을 가지는 일반적 차별금지법을 추가로 제정할 수도 있다. 이 경우에 현재 일반적 차별금지법의 기능을 수행하고 있는 「국가인권위원회법」과 개별적 차별금지법 간의 체계적 정합성의 문제가 새롭게 제정될

일반적 차별금지법과 개별적 차별금지법 간의 관계에서도 동일하게 제기될 수 있다. 기본법의 성격을 가지는 일반적 차별금지법은 다양한 개별적 차별금지법을 통일적이고 체계적으로 아우르는 기본적 원칙을 제시함으로써 일반적 차별금지법과 개별적 차별금지법과의 관계 및 개별적 차별금지법 상호간의 관계에서 논리적 모순을 제거해야 하기 때문이다.

일반적 차별금지법과 개별적 차별금지법 간의 체계적 정합성을 제고하기 위해서는 무엇보다도 여러 개별적 차별금지법에서 이미 차별의 개념에 포함되어 있는 ‘간접차별(indirect discrimination)’을 일반적 차별금지법에서 차별의 일반적인 유형으로 명시해야 할지 여부를 우선적으로 결정해야 한다. 또한 몇 가지 개별적 차별금지법에서 수용되어 있는 행정기관의 ‘시정명령권’을 일반적 차별금지법에서 일반적으로 도입할지 여부도 결정되어야 한다. 이 문제는 차별시정기구를 국가인권기구인 국가인권위원회로 통합할 것인지 여부와 밀접하게 관련된다. 그밖에도 차별의 시정과 구제를 위하여 일부 개별적 차별금지법에 채택되어 있는 형사적 처벌이나 민사상 손해배상제도를 모든 유형의 차별에 대해서 확장하여 적용할지 여부도 결정될 필요가 있다.

(2) 일반적 차별금지법으로 통합하는 방안

기존의 개별적 차별금지법을 그대로 유지한 채 추가적으로 일반적 차별금지법을 제정할 때 발생할 수 있는 체계적 부정합성의 문제를 미리 제거하기 위해서는 기존의 개별적 차별금지법을 전면적으로 폐지하고 하나의 일반적 차별금지법으로 통합하는 방안이 제시될 수 있다.⁸⁸⁹⁾ 다만 이 경우에도 차별의 개념을 성적 괴롭힘을 의미하는 성희롱(sexual harassment)을 넘어 일반적인 ‘괴롭힘(harassment)’⁸⁹⁰⁾으로까지 확대할 것인지, 행정기관의 시정명령제도를 모든 유형의 차별에 도입할 것인지, 차별의

889) 영국은 기존의 개별적 차별금지법을 폐지하고 일반적 차별금지법을 제정한 대표적인 국가에 해당한다. 영국은 2010년 일반적 차별금지법에 해당하는 「평등법(Equality Act, 2010)」을 제정하면서 기존의 개별적 차별금지법인 「성차별금지법(Sex Discrimination Act, 1975)」, 「인종차별금지법(Race Relation Act, 1976)」, 「장애차별금지법(Disability Discrimination Act, 1995)」 등을 폐지하였다. 영국의 평등법이 차별금지사유로 열거하고 있는 것은 성별, 인종, 장애 이외에도 연령, 성전환(gender reassignment), 혼인 또는 시민결합(civil partnership), 종교 또는 신념, 성적 지향이 있다.

890) 영국의 「평등법(EA)」에 따르면 괴롭힘은 차별금지사유로 열거된 특성과 관련된 원치 않는 행위로서 상대방의 존엄성을 침해하거나 위협적(intimidating), 적대적(hostile), 모욕적(degrading), 굴욕적(humiliating) 또는 공격적(offensive) 환경을 만드는 것을 의미한다(EA 제28조).

시정과 구제를 위한 절차에 대한 참여를 이유로 불이익을 주는 보복행위도 차별금지법에서 규율할 것인지, 차별시정기구를 국가인권기구로 통합할 것인지 등은 여전히 해결이 필요한 문제로 남는다. 물론 국가인권기구가 차별시정기구의 역할도 독점적으로 수행하는 경우에는 기존의 권고의 권한을 넘어 행정기관이 가지던 시정명령권을 갖도록 할 것인지, 차별에 관한 소송을 지원할 수 있는 권한도 추가적 국가인권기구에 부여할 것인지 등의 문제도 해결되어야 한다.

3. 입법쟁점에서 고려해야 할 사항

가. 차별의 개념 및 유형과 관련된 고려사항

(1) 차별의 개념과 관련된 고려사항

1) 차별과 차이의 구분

차별(discrimination)은 평등(equality)과 반대되는 법적 평가를 의미한다. 차별은 불법적이라는 법적 평가를, 평등은 합법적이라는 법적 평가를 뜻하는 것이다. 여기서 평등은 비교되는 대상에 따라 상반된 대우를 요구하는 '상대적 평등'을 뜻한다. 상대적 평등의 요청에 따르면 동일한 비교대상에 대해서는 동일한(동등한) 대우를 해야 하고, 상이한 비교대상에 대해서는 상이한(차등적) 대우를 해야 한다.⁸⁹¹⁾ 따라서 비교대상에 따라 동등한 대우도 평등에 해당하지 않을 수 있고, 차등적 대우도 평등에 해당할 수 있다. 비교대상과 상관없이 언제나 동등한 대우를 하는 것이 평등에 부합하는 것은 아니다. 비교대상과 상관없이 언제나 동등한 대우를 요구하는 '절대적 평등'은 평등의 의미가 될 수 없다.

차이(difference)는 우선 비교대상 간에서 존재할 수 있다. 비교대상은 상호간에 차이가 없는 동일한 것일 수도, 차이가 있는 상이한 것일 수도 있다는 뜻이다. 상대적 평등은 비교대상 간의 차이 유무에 따라 비교대상에 대한 대우(처우/취급, treatment)를 상대적으로 달리 하도록 요구한다. 비교대상 간에 차이가 존재하는 여부에 따라

891) 평등을 상대적 평등으로 이해하는 것에 대해서는 이준일, "상대적 평등으로서 평등의 의미 - 헌법재판소의 판례에 대한 비판을 중심으로", 공법연구 제48집 제2호, 한국공법학회, 2019, 131면 이하 참조.

비교대상에 대한 대우 간의 차이 유무가 결정되는 것이다. 여기서 비교대상에 대한 대우 간에 차이가 없을 때, 즉 동일한 대우일 때는 이것을 ‘동등한 대우’로, 차이가 있을 때, 즉 상이한 대우일 때는 ‘차등적 대우’로 부를 수 있다. 이처럼 차이는 비교대상의 동일성이나 상이성을 결정하기 위하여 비교대상 간에도 존재할 수 있지만 비교대상에 대한 대우의 동등성이나 차등성을 결정하기 위하여 비교대상에 대한 대우 간에도 존재할 수 있다. 비교대상 간이든, 아니면 비교대상에 대한 대우 간이든 차이는 ‘본질적 차이’를 의미한다. 차이는 비교대상이나 비교대상에 대한 대우의 동일성이나 상이성을 결정하는 데 중요한 의미를 가지는 본질적 차이를 뜻하는 것이다. 다시 말해 비교대상 간에 일정한 차이가 존재하거나 비교대상에 대한 대우 간에 일정한 차이가 존재한다고 해도 그러한 차이가 반드시 본질적 차이를 의미한다고 볼 수는 없다.

비교대상 간의 본질적 차이 유무와 비교대상에 대한 대우 간의 본질적 차이 유무가 서로 일치할 때 평등하다는 법적 평가를 받는다. 반면에 비교대상 간의 차이 유무와 비교대상에 대한 대우 간의 차이 유무가 서로 불일치할 때 잠정적으로 차별에 해당한다는 법적 평가를 받는다. 이처럼 비교대상 간의 또는 비교대상에 대한 대우 간의 동일성(동등성)이나 상이성(차등성)에 대한 판단의 기준이 바로 본질적 차이의 유무다. 이와 달리 차별은 비교대상 간의 차이 유무나 비교대상에 대한 대우 간의 차이 유무를 확인한 후 비교대상 간의 차이 유무와 비교대상에 대한 대우 간의 차이 유무가 일치 또는 불일치할 때 내리는 최종적 평가를 의미한다. 비교대상이나 그에 대한 대우의 본질적 동일성이나 상이성에 관한 판단을 의미하는 차이와 그것을 전제로 비교대상의 동일성 여부와 비교대상에 대한 대우의 동일성 여부의 일치성에 관한 판단을 의미하는 차별은 구별되어야 하는 개념이다.

2) 대상 간의 차이와 대우 간의 차이의 구분

차이는 경험적 확인이 가능한 것으로 비교대상 간에도 존재할 수 있지만 비교대상에 대한 대우 간에도 존재할 수 있다. 비교대상 간에 본질적 차이가 존재하지 않으면 ‘동일한’ 대상으로, 본질적 차이가 존재하면 ‘상이한’ 대상으로 판단한다. 마찬가지로 비교대상에 대한 대우 간에 본질적 차이가 존재하지 않으면 동일한 대우로, 본질적 차이가 존재하면 상이한 대우로 판단하면 된다. 여기서 비교대상에 대한 대우 간에 본질적 차이가 존재하지

않는 경우에 '동등한' 대우로, 본질적 차이가 존재하는 경우에 '차등적' 대우로 지칭함으로써 비교대상의 차이와 비교대상에 대한 대우의 차이를 구분할 필요도 있다.

3) 차등적 대우와 불리한 대우의 구분

본질적 차이가 없는 동일한 비교대상에 대해서는 본질적 차이가 없는 동등한 대우를 해야 하고, 본질적 차이가 있는 상이한 비교대상에 대해서는 본질적 차이가 있는 차등적 대우를 해야 하는 것이 상대적 평등의 요청에 부합한다. 더욱이 상대적 평등의 요청에 따르면 본질적 차이가 없는 동일한 비교대상에 대하여 본질적 차이가 있는 차등적 대우를 하는 경우 또는 본질적 차이가 있는 상이한 비교대상에 대하여 본질적 차이가 없는 동등한 대우를 하는 경우에는 필수적으로 합리적 근거를 제시하여 이를 정당화하도록 요구한다. 비교대상의 차이 유무와 비교대상에 대한 대우의 차이 유무가 불일치하는 경우를 '불리한 대우(unfavourable treatment)'로 부를 수 있다면 이러한 불리한 대우는 상대적 평등의 요청에 따라 반드시 합리적 근거를 제시하여 정당화할 필요가 있다.⁸⁹²⁾

이처럼 합리적 근거를 제시하여 정당화가 필요한 것은 불리한 대우이기 때문에 불리한 대우는 합리적 근거로 정당화된 불리한 대우(합리적인 불리한 대우)와 합리적 근거로 정당화되지 못한 불리한 대우(불합리한 불리한 대우)로 구분될 수 있다. 이 가운데 합리적인 불리한 대우는 최종적으로 평등하다고 평가하지만 불합리한 불리한 대우는 최종적으로 차별에 해당한다고 평가하게 된다. 따라서 차별을 합리적인 차별과 불합리한(합리적이지 않은) 차별로 구분하는 것은 타당하지 않다. 오로지 불리한 대우를 합리적인 것과 불합리한 것으로 구분할 수 있을 뿐이고, 불합리한 불리한 대우만을 차별로 부를 수 있는 것이다.

(2) 차별의 유형과 관련된 고려사항

1) 간접차별의 필수적 포함

처음부터 의도된 차별을 의미하는 직접차별(direct discrimination)만을 차별의 유형으로 명시하고 있는 「국가인권위원회법」은 차별의 한 유형으로 성적 괴롭힘을 의미하는 성희롱을 포함시키고 있을 뿐이다(동법 제2조 제3호 라목). 한편 「장애인차별금

892) 차별에 해당하는지 여부를 판단하는 차별심사의 구조와 단계에 대한 상세한 설명은 이준일, "차별판단의 쟁점들", 유럽헌법연구 제37호, 유럽헌법학회, 2021, 305면 이하 참조.

지법」은 간접차별(indirect discrimination)을 차별의 유형에 포함시켜 차별로 본다(동법 제4조 제1항 제2호).⁸⁹³⁾ 형식상으로는 장애인에게 불리한 대우가 없지만 장애인에게 불리한 결과를 초래하는 차별도 차별로 보는 것이다. 또한 「남녀고용평등법」도 차별의 유형에 간접차별을 포함시키고 있다(동법 제2조 제1호).⁸⁹⁴⁾ 남성과 여성에게 동일하게 적용되는 조건이라고 하더라도 특정한 성별에 불리한 결과를 초래하면 차별로 추정하는 것이다. 이처럼 여러 개별적 차별금지법에서 차별의 범주에 포함되는 간접차별이 일반적 차별금지법에는 포함되어 있지 않은 것은 문제다. 간접차별은 가시적인 차별의 의도와 과정을 증명할 수는 없을 때 결과적으로 발생한 차별의 증명책임을 차별피해자가 아니라 차별행위자에게 부담시키기 위하여 고안된 개념이다. 그만큼 차별피해자에게 유리하도록 증명책임을 전환시키기 때문에 일반적 차별금지법이 제정된다면 반드시 포함시켜야 할 차별의 유형에 해당한다.

2) 괴롭힘의 필수적 포함

일반적 차별금지법에 해당하는 「국가인권위원회법」에서 차별의 유형에 포함시키고 있는 성희롱을 포괄하는 개념이 괴롭힘(harassment)이다.⁸⁹⁵⁾ 성희롱은 성적 괴롭힘을 의미하기 때문이다. 괴롭힘은 특정한 집단이나 거기에 속한 개인에게 행해지는 모욕적, 굴욕적, 적대적, 위협적 행위로 현재 「장애인차별금지법」과 「근로기준법」에서 명시적으로 언급되고 있다. 특히 「근로기준법」은 괴롭힘을 ‘직장 내 괴롭힘’으로 한정하면서 사용자 또는 근로자가 “직장에서의 지위 또는 관계 등의 우위를 이용하여 업무상 적정범위를 넘어 다른 근로자에게 신체적, 정신적 고통을 주거나 근무환경을

893) 「장애인차별금지법」 제4조 제1항: 이 법에서 금지하는 차별이라 함은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다.

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

894) 「남녀고용평등법」 제2조: 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “차별”이란 사업주가 근로자에게 성별, 혼인, 가족 안에서의 지위, 임신 또는 출산 등의 사유로 합리적인 이유 없이 채용 또는 근로의 조건을 다르게 하거나 그 밖의 불리한 조치를 하는 경우[사업주가 채용조건이나 근로조건은 동일하게 적용하더라도 그 조건을 충족할 수 있는 남성 또는 여성이 한 성(성)에 비하여 현저히 적고, 그에 따라 특성 성에게 불리한 결과를 초래하여 그 조건이 정당한 것임을 증명할 수 없는 경우를 포함한다]를 말한다.

895) 「국가인권위원회법」은 성희롱을 정의하면서 직위이용이나 업무관련성을 필수적 요건으로 하면서 성적 굴욕감이나 혐오감과 같은 괴롭힘의 요소를 포함시키고 있다(동법 제2조 제3호 라목).

악화시키는 행위”로 정의한다(동법 제76조의2). 문제는 괴롭힘을 차별의 개념에 포함시킬 때 각각의 차별금지사유를 이유로 하는 괴롭힘을 모두 차별로 볼 것인지, 아니면 특정한 차별금지사유를 이유로 하는 괴롭힘에 대해서만 차별로 인정할 것인지가 될 것이다. 괴롭힘의 사유로 성별을 포함시키면 성적 괴롭힘을 의미하는 성희롱(sexual harassment)과 성별을 이유로 하는 괴롭힘(harassment based on sex)은 구별될 필요가 있다.

3) 혐오표현의 포함 여부

혐오표현(hate speech)은 차별행위에 포함될 수 있다. 혐오표현은 소수자 집단에 대한 모욕적이거나 위협적인 언동이나 소수자 집단에 대한 차별을 선동하는 언동을 의미하기 때문이다. 혐오표현은 괴롭힘의 한 유형으로 규율될 수도 있고, 독자적인 차별의 유형으로 규율될 수도 있다. 상대방의 인격권을 침해하는 모욕적이거나 명예훼손적 표현은 형법상 모욕죄나 명예훼손죄에 따라 규율될 수도 있으나 반드시 피해자가 특정되어야 한다는 점에서 소수자집단을 향한 모욕죄나 명예훼손죄는 성립하기가 어렵다. 따라서 소수자집단에 대한 혐오표현을 법적으로 규율하기 위해서는 혐오표현을 괴롭힘의 한 유형으로 보거나 독자적인 차별의 유형에 포함시킬 필요도 있다.

나. 차별금지사유와 관련된 고려사항

(1) 기존의 차별금지법에 따른 차별금지사유

「국가인권위원회법」을 일종의 일반적 차별금지법으로 분류하는 가장 큰 이유는 이 법률에 다양한 차별금지사유가 망라되어 열거되어 있기 때문이다. 「국가인권위원회법」에 따른 차별금지사유는 19가지로 성별, 종교, 장애, 나이, 사회적 신분, 출신 지역(출생지, 등록기준지, 성년이 되기 전의 주된 거주지 등), 출신 국가, 출신 민족, 용모 등 신체 조건, 기혼·미혼·별거·이혼·사별·재혼·사실혼 등 혼인 여부, 임신 또는 출산, 가족 형태 또는 가족 상황, 인종, 피부색, 사상 또는 정치적 의견, 형의 효력이 실효된 전과, 성적 지향, 학력, 병력이 그것이다(동법 제2조 제3호). 한국사회에서 특별히 주목해야 할 차별금지사유는 대부분 포함되어 있는 것처럼 보인다.

장애차별금지법, 남녀고용평등법, 연령차별금지법, 비정규직차별금지법은 각각 장

에, 성별, 연령(나이), 고용형태를 차별금지사유로 한정하고 있기 때문에 개별적 차별금지법에 속한다. 「남녀고용평등법」에 따르면 성별뿐만 아니라 혼인, 가족 안에서의 지위, 임신 또는 출산도 성차별의 사유에 포함시키고 있다(동법 제2조 제1호). 인종차별금지법이나 학력차별금지법 등 한국사회에서 시급하게 시정되어야 할 차별을 금지하기 위한 개별적 차별금지법의 제정이 필요하다는 사회적 요구가 꾸준히 제기되고 있다.

(2) 추가되어야 할 차별금지사유

일반적 차별금지법에 해당하는 「국가인권위원회법」에 따른 차별금지사유에는 포함되어 있지 않으나 비정규직차별금지법에 따라 ‘고용형태’를 이유로 한 차별이 금지되어 있기 때문에 고용형태는 실체법의 형식을 가지는 일반적 차별금지법에도 반드시 차별금지사유로 포함되어야 한다.

한편 「국가인권위원회법」은 성소수자 집단의 대표적인 특징인 ‘성적 지향(sexual orientation)’을 차별금지사유로 포함시키고 있다는 점에서 일반적 차별금지법이 제정된다면 성소수자 집단의 또 다른 특징인 성별 정체성(gender identity)도 차별금지사유로 포함될 필요가 있다. 성별 정체성은 성염색체에 따라 결정되는 신체적(생물학적) 성별과 구분되는 개념으로 자신을 특정한 성별로 인식하는 정신적 성별을 의미한다. 일반적으로 개인의 신체적 성별과 정신적 성별은 일치하기 때문에 신체적 성별과 정신적 성별이 일치하지 않은 성전환자(트랜스젠더)의 경우에 성별 정체성으로 이유로 하는 차별이 문제될 수 있다.

(3) 차별금지사유로서 성적 지향과 관련된 논란

성적 지향은 일반적으로 이성애(heterosexuality), 동성애(homosexuality), 양성애(bisexuality)로 분류된다. 일반적인 성적 지향에 해당하는 이성애와 달리 동성애나 양성애의 성적 지향을 가진 성소수자 집단에 대한 차별의 문제가 꾸준히 논란이 되고 있다. 특히 동성애에 반대하는 종교적 신념을 가진 사람들이 주장하는 종교의 자유와 충돌하는 문제가 발생한다. 기본적으로 종교의 자유도 중요한 인권에 해당하기 때문에 충분히 보장될 필요가 있다. 다만 종교의 자유도 타인의 권리나 공공의 이익을 침해할 수 없기 때문에 제한될 필요성이 있다. 따라서 동성애에 반대하는 종교적

신념은 원칙적으로 보호될 필요가 있지만 종교적 교리의 범위를 넘어서 주관적 견해가 추가되는 경우에는 제한될 수 있어야 한다. 특히 종교적 신념을 공유하는 집단이 개최한 종교적 성격의 집회가 아닌 불특정다수가 접근할 수 있는 장소에서 공개적으로 동성애에 반대하는 종교적 신념을 표현하는 행위는 제한될 필요가 있다.

다. 차별금지영역과 관련된 고려사항

(1) 기존의 차별금지법에 따른 차별금지영역

「국가인권위원회법」이 일종의 일반적 차별금지법으로 분류되는 또 다른 이유는 다양한 차별금지영역을 규율하고 있기 때문이다. 「국가인권위원회법」에 따라 차별이 금지되는 영역은 ① 고용, ② 재화와 용역 등의 공급이나 이용, ③ 교육이다. 고용영역은 모집, 채용, 교육, 배치, 승진, 임금 및 임금 외의 금품 지급, 자금의 용자, 정년, 퇴직, 해고 등을 포함한다(동법 제2조 제3호 가목). 재화와 용역 이외에도 교통수단, 상업시설, 토지, 주거시설도 공급이나 이용의 대상에 포함된다(동법 동조 동호 나목). 교육의 영역에는 교육시설이나 직업훈련기관에서의 교육과 훈련 및 교육시설이나 직업훈련기관의 이용이 포함된다(동법 동조 동항 다목).

「장애인차별금지법」에 따라 차별이 금지되는 영역은 고용, 교육, 재화와 용역의 공급 및 이용, 사법절차와 행정절차 및 사법·행정서비스와 참정권, 모성권과 부성권 및 성, 가족가정복지시설과 건강권이다. 성차별금지법에 해당하는 「남녀고용평등법」과 연령차별금지법에 해당하는 「고령자고용촉진법」 및 비정규직차별금지법에 해당하는 「기간제법」과 「파견법」은 모두 고용영역에서의 차별을 금지한다.

(2) 추가되어야 할 차별금지영역

일반적 차별금지법이 제정되는 경우에도 고용(직장)과 교육(학교)은 대표적인 차별금지영역으로 포함되어야 한다. 그밖에도 재화와 용역(서비스)의 공급과 이용이 이루어지는 영역도 일반적으로 차별금지영역이 되어야 한다. 특별히 「장애인차별금지법」에 따라 추가된 차별금지영역도 일반적 차별금지법에 따른 차별금지영역으로 고려될 필요가 있다. 이를테면 행정서비스, 특히 복지서비스의 영역이 일반적 차별금지법의 차별금지영역으로 포함되어야 하고, 최근에 강조되고 있는 광고나 방송의 영역도 차

별금지영역으로 추가될 필요가 있다. 실제로 이미 「방송법」은 오래전부터 성별, 연령, 직업, 종교, 신념, 계층, 지역, 인종 등을 이유로 하는 방송편성의 차별을 금지해오고 있다(동법 제6조 제2항).

라. 차별에 대한 구제 및 제재와 관련된 고려사항

(1) 행정기관의 시정명령권 도입 여부

1) 개별적 차별금지법에 따른 시정명령

「국가인권위원회법」은 차별에 대한 구제와 제재의 수단으로 ‘권고’를 규정한다. 권고의 내용으로는 차별행위의 중지, 원상회복이나 손해배상 또는 그밖에 필요한 구제조치, 차별행위의 재발을 방지하기 위하여 필요한 조치, 법령이나 제도, 정책, 관행의 시정 또는 개선이 포함될 수 있다(동법 제44조 제1항 및 제42조 제4항). 한편 장애차별금지법, 연령차별금지법, 비정규직차별금지법은 각각 법무부장관, 고용노동부장관의 시정명령권을 규정하고 있다.

» [표 6-2] 개별적 차별금지법에 따른 시정명령

분야	시정명령의 요건	
장애인차별금지법	권한	법무부장관
	요건	- 필수적 요건: 정당한 사유 없이 국가인권위원회의 권고를 이행하지 않은 경우 - 선택적 요건: 피해자가 다수인인 차별행위/반복적 차별행위/피해자에게 불이익을 주기 위한 경우/시정명령이 필요한 경우
	내용	차별행위의 중지, 피해의 원상회복, 재발방지조치, 차별시정에 필요한 조치
연령차별금지법	권한	고용노동부장관
	요건	- 필수적 요건: 정당한 사유 없이 국가인권위원회의 권고를 이행하지 않고, 피해의 정도가 심각하다고 인정된 경우 - 선택적 요건: 피해자가 다수인인 차별행위/반복적 차별행위/피해자에게 불이익을 주기 위한 경우/시정명령이 필요한 경우
	내용	차별행위의 중지, 피해의 원상회복, 재발방지조치, 차별시정에 필요한 조치
기간제법 및 파견법	권한	- 노동위원회: 시정명령 - 고용노동부장관: 시정요구
	요건	- 시정요구를 이행하지 않은 경우 노동위원회에 통보
	내용	- 시정명령의 내용: 차별적 행위의 중지, 임금 등 근로조건의 개선(취업규칙, 단체협약 등의 제도개선 명령 포함), 적절한 배상

2) 일반적 차별금지법에 따른 시정명령권 부여 여부

국가인권위원회의 권고는 법적 강제력이 없는 결정이다. 하지만 법무부장관, 고용노동부장관의 시정명령은 불이행시 과태료가 부과됨으로써 간접적으로 이행을 강제하는 결정이다. 차별의 시정은 당사자 간의 자율적 시정이 이상적 방법이기 때문에 행정기관의 시정명령권을 동원한 강제적 시정이 바람직한지에 대해서는 논란이 있다. 일반적 차별금지법에서 차별시정기구나 행정기관에 시정명령권을 부여할지 여부는 일반적 차별금지법이 자율적 차별시정을 강조할지, 아니면 신속한 차별시정을 강조할지에 따라 결정될 문제다.

(2) 형벌

1) 개별적 차별금지법에 따른 형벌

현행 개별적 차별금지법에서 형벌이 부과되고 있다. 「장애인차별금지법」은 ‘악의적 차별행위’에 대하여 형벌을 부과한다(동법 제49조 제1항).⁸⁹⁶⁾ 차별행위의 ‘악의성’ 유무를 판단할 때 고려되는 사항으로는 ① 차별의 고의성, ② 차별의 지속성 및 반복성, ③ 차별 피해자에 대한 보복성, ④ 차별 피해의 내용 및 규모가 있다(동법 동조 제2항).

한편 연령차별금지법에 해당하는 「고령자고용촉진법」은 연령차별행위를 금지하면서 연령차별행위에 대한 진정, 자료제출, 답변증언, 소송, 신고 등을 하였다는 이유로 근로자에게 해고, 전보, 징계 등 불리한 처우를 금지하고(동법 제4조의 9), 이를 위반하면 형벌을 부과하도록 규정한다(동법 제23조의3 제1항). 차별의 시정과 구제를 위한 절차에 대한 참여를 이유를 가해지는 불리한 대우를 ‘보복행위(retaliation/victimization)’로 부르는데 이와 같은 보복행위에 대해서는 다른 나라의 차별금지법제에서도 일반적으로 형벌이 부과될 수 있는 것으로 보고 있다. 모집과 채용에서 합리적인 이유 없이 연령을 이유로 차별한 사업주도 벌금형이 부과될 수 있다(동법 동조 제2항).

또한 「기간제법」이나 「파견법」과 같은 비정규직차별금지법은 기간제근로자나 단시간근로자 또는 파견근로자에 대한 차별을 금지하면서(기간제법 제8조 및 파견법 제21조)⁸⁹⁷⁾ 차별시정신청, 노동위원회 참석 및 진술, 재심신청 또는 행정소송의 제기를

896) 「장애인차별금지법」 제49조 제1항: 이 법에서 금지한 차별행위를 행하고 그 행위가 악의적인 것으로 인정되는 경우 법원은 차별을 한 자에 대하여 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처할 수 있다.

이유로 해고 등 불리한 처우도 금지하고(기간제법 제16조),⁸⁹⁸⁾ 이를 위반하여 근로자에게 불리한 처우를 한 자에게 형벌을 부과할 수 있도록 규정한다(기간제법 제21조).⁸⁹⁹⁾

▶▶ [표 6-3] 개별적 차별금지법에 따른 형벌

분야	형벌의 요건
장애인차별금지법	- 악의적 차별행위
연령차별금지법	- 보복행위: 차별시정을 위한 진정, 자료제출, 답변증언, 소송, 신고 등에 대한 불리한 처우 - 모집·채용에서 연령을 이유로 한 차별행위
기간제법 및 파견법	- 보복행위: 차별시정의 신청 및 절차참여에 대한 불리한 처우

2) 일반적 차별금지법에 따른 형벌부과의 가능성

개별적 차별금지법에서 사안에 따라 부과되고 있는 형벌이 일반적 차별금지법에서도 부과될 수 있는지 여부가 문제될 수 있다. 차별행위 그 자체뿐만 아니라 차별행위의 시정을 위한 절차의 신청이나 참여를 이유로 하는 보복행위도 형벌의 대상이 될 수 있다. 보복행위에 대해서는 형벌이 부과될 필요가 있겠지만 차별행위에 대해서 일반적으로 형벌이 부과되기는 어려울 것으로 보이고, 차별행위의 반복성이나 차별행위로 인한 피해의 정도나 피해자의 범위에 따라 형벌의 부과 여부를 결정해야 할 것이다.

897) 「기간제법」 제8조 ① 사용자는 기간제근로자임을 이유로 해당 사업 또는 사업장에서 동조 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자에 비하여 차별적 처우를 하여서는 아니 된다. ② 사용자는 단시간근로자임을 이유로 해당 사업 또는 사업장의 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 통상근로자에 비하여 차별적 처우를 하여서는 아니 된다. 「파견법」 제21조 ① 파견사업주와 사용사업주는 파견근로자라는 이유로 사용사업주의 사업 내의 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자에 비하여 파견근로자에게 차별적 처우를 하여서는 아니 된다.

898) 「기간제법」 제16조: 사용자는 기간제근로자 또는 단시간근로자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 것을 이유로 해고 그 밖의 불리한 처우를 하지 못한다.
2. 제9조의 규정에 따른 차별적 처우의 시정신청, 제10조의 규정에 따른 노동위원회에의 참석 및 진술, 제14조의 규정에 따른 재심신청 또는 행정소송의 제기

「파견법」 제21조: ③ 제2항에 따른 시정신청, 그 밖의 시정절차 등에 관하여는 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」 제9조부터 제15조까지 및 제16조 제2호·제3호를 준용한다. 이 경우 “기간제근로자 또는 단시간근로자”는 “파견근로자”로, “사용자”는 “파견사업주 또는 사용사업주”로 본다.

899) 「기간제법」 제21조: 제16조의 규정을 위반하여 근로자에게 불리한 처우를 한 자는 2년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

「파견법」 제43조의2: 제21조 제3항에 따른 준용되는 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」 제16조 제2호 또는 제3호를 위반한 자는 2년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

(3) 손해배상

1) 「장애인차별금지법」에 따른 손해배상제도

「장애인차별금지법」에 따르면 장애인차별로 타인에게 손해를 가한 자는 그로 인하여 피해를 입은 사람에게 손해배상책임을 진다고 규정한다(동법 제46조 제1항). 차별행위자가 손해배상책임을 면제받을 수 있는 것은 자신의 고의나 과실이 없음을 입증한 경우로 한정된다.

2) 일반적 차별금지법에 따른 손해배상제도 도입 여부

차별로 인한 피해는 장애인차별에 의해서만 발생하는 것은 아니기 때문에 일반적 차별금지법에서 모든 차별금지사유로 인하여 각각 발생하는 피해에 대한 손해배상청구권을 인정할 수 있다고 본다. 사실 「헌법」은 언론·출판의 자유를 행사함으로써 타인의 명예권이나 인격권에 대한 피해가 발생한 경우에 피해자에게 손해배상청구권을 보장하고 있다(헌법 제21조 제4항). 이를 유추하면 헌법은 타인의 기본권행사로 피해를 입은 모든 사람에게 손해배상청구권을 헌법적 권리인 기본권으로 보장하고 있다고 볼 수 있는 여지도 있다. 따라서 타인의 평등권을 침해하는 차별행위에 대해서도 차별행위자가 자신의 고의나 과실이 없음을 입증하지 못하면 손해배상책임을 부과하는 것이 타당할 것으로 보이고, 이를 일반적 차별금지법에 명시할 필요도 있다고 할 것이다.

(4) 입증책임의 배분

1) 개별적 차별금지법의 입증책임

「장애인차별금지법」은 차별행위의 존재 사실에 관한 입증책임은 차별행위를 당했다고 주장하는 자(차별피해자)에게, 차별과 관련된 정당한 사유의 존재에 관한 입증책임은 차별행위를 당하였다고 주장하는 자의 상대방(차별행위자)에게 부과하고 있다(동법 제47조). 현행 입법은 차별행위를 ① 정당한 사유가 있는 차별행위와 ② 정당한 사유가 없는 차별행위로 구분하면서 차별행위에 대한 입증책임은 차별피해자가, 차별행위의 정당성에 대한 입증책임은 차별행위자가 부담하도록 규정한다. 이러한 규정방식은 ① 차별과 ② 차이 및 ③ 차등적 대우를 모두 차별로 부르면서 차별판단과 관련된 입증책임

을 분배함으로써 혼란을 야기하고 있다. 따라서 차별판단과 관련된 입증책임의 분배를 논의할 때 먼저 차별과 차이 및 차등적 대우를 개념적으로 구분할 필요가 있다.

2) 일반적 차별금지법의 입증책임

차별판단의 구조에 비추어볼 때 ① 비교되고 있는 대상(비교대상) 간에 본질적 차이가 존재하는 여부와 ② 각각의 비교대상에 대한 대우 간에 본질적 차이가 존재하는지 여부, 이에 따라 ③ 비교대상의 본질적 차이 유무와 비교대상에 대한 대우의 본질적 차이 유무가 불일치하는 불리한 대우가 존재한다 사실은 차별을 주장하는 사람(차별 피해자)이 증명해야 한다.

한편 차별은 자의적인 불리한 대우, 즉 비교대상 간에 본질적 차이가 없는데도 비교대상을 차등적으로 대우하거나, 비교대상 간에 본질적 차이가 있는데도 비교대상을 동등하게 대우하면서 이를 정당화할 수 없는 합리적 이유를 제시하지 못하는 것을 의미한다. 따라서 비교대상 간의 본질적 차이 유무와 각각의 비교대상에 대한 대우의 본질적 차이 유무가 불일치할 때 이러한 불리한 대우의 합리성에 대한 증명은 차별을 주장하는 사람의 상대방(차별행위자)이 부담한다.

1. 국내문헌

- 강태수, “미연방대법원 판례와 우리 헌법재판소 결정의 교차점”, 미국헌법연구 제10호, 미국헌법학회, 1999.
- 계희열, 헌법학(중), 박영사, 2007.
- 구미영, “영국 평등법 -개정-의 주요 내용”, 국제노동브리프 제9권 제3호, 한국노동연구원, 2011.
- 국가인권위원회, 2022 국가인권위원회 통계, 2023.
- 국가인권위원회. 2020. 2022 평등에 관한 인식조사.
- 국가인권위원회. 2020. 차별에 대한 국민인식조사.
- 국가인권위원회. 2020. 트랜스젠더 혐오차별 실태조사.
- 국가인권위원회. 2021. 2021 인권상황보고서.
- 국가인권위원회, 평등법 시안 일문일답(Q&A), 2020.
- 국가인권위원회, 미주지역 분쟁해결제도: 캐나다 인권위원회와 미국 고용평등위원회 -조기해결제도를 중심으로-, 2008.
- 국민대통합위원회. 2016. 국민통합을 위한 20대 국회의 역할과 과제.
- 김경제, “평등권·평등원칙의 검토방안 - 신상공개에 관한 헌재 2003.6.26. 2002헌가 14, 청소년의성보호에관한법률 제20조 제2항 제1호 등 위헌제청 결정과 관련하여”, 공법연구 제32집 제4호, 2004.
- 김기선, “독일 일반평등법 제정의 노동법상 의의”, 국제노동브리프 제5권 제1호, 한국노동연구원, 2007.
- 김대순, 국제법론, 삼영사, 2018.
- 김명아. 2016. 법전문가의 법의식 조사연구, 연구보고서, 한국법제연구원.
- 김선화, 유럽 차별금지법제와 시사점, NARS 현안분석, 국회입법조사처, 2021.
- 김성진, “아시아 인권재판소, 그 이상과 현실”, 인권법평론 제28호, 2022.
- 김송옥, “사적 영역에서 동성애자의 평등권 보장을 둘러싼 헌법적 쟁점 - 차별금지법

- 제정을 중심으로 -”, 헌법재판연구 제7권 제1호, 헌법재판연구원, 2020.
- 김승규, “발표-차별금지법의 문제점”, 제26회 기독교학술원 영성포럼, 2016.
- 김중우, “한국의 포괄적 차별금지법을 둘러싼 담론 지형과 이중화된 인권-포괄적 차별금지법 입법 과정을 중심으로”, 경제와 사회 통권 제129호, 비판사회학회, 2021.
- 김종현·이승길, “차별금지법안의 쟁점과 개선방안”, 사회법연구 제42호, 한국사회법학회, 2020.
- 김주환, “입법자의 평등에의 구속과 그에 대한 통제”, 헌법논총 제11집, 헌법재판소, 2000.
- 김주환, “평등권 심사기준과 방법의 구조화: 일반적 평등원칙을 중심으로”, 헌법실무연구 제9권, 헌법재판소 헌법실무연구회, 2008.
- 김철수, 헌법학신론, 박영사, 2008.
- 김하열, “혼인 비혼 간의 차등에 대한 위헌심사기준: 헌법은 혼인을 ‘특별보호’하는가”, 헌법재판연구 제9권 제1호, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2022.
- 김하열, 헌법강의, 박영사, 2022.
- 김학성, 헌법학원론, 피엔씨미디어, 2017.
- 김해원, “‘평등권’인가 ‘평등원칙’인가?”, 헌법학연구 제19권 제1호, 한국헌법학회, 2013.
- 김해원, 기본권심사론, 박영사, 2018.
- 김해원 “차별금지법안과 차별금지운동”, 법학연구 제64권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2023.
- 김형성, “과잉금지의 원칙과 적용상의 문제점”, 헌법실무연구 제3권, 헌법재판소, 2002.
- 나정수·김해원, “헌법상 평등의 성격 - 김해원(원칙설)과 손상식(권리설)의 논쟁을 중심으로 -, 인권법평론 제14호, 2015.
- 대통령자문 정책기획위원회, 국정과제위원회의 설치와 운영 - 참여정부의 새로운 거버넌스 시스템 -, 2008.
- 라펜디 자민, “아시아의 인권기구에 관한 현재의 논의: 아세안현장에서 인권기구까지”, 아시아저널 창간준비1호, 5·18기념재단, 2009.
- 박경철·이상경, “아시아 지역의 인권보장 현황과 인권보장기구 설립방안에 관한 고찰”,

- 헌법학연구 제21권 제1호, 2015.
- 박귀천, “독일의 차별금지 법안 중 노동관계 관련 주요 내용”, 국제노동브리프 제3권 제7호, 한국노동연구원, 2005.
- 박명준, “최근 제정 발효된 독일의 ‘일반적 동등대우법(차별금지법)’”, 국제노동브리프 제9권 제4호, 한국노동연구원, 2006.
- 박진완, “불평등대우의 헌법적 정당화 심사기준으로서의 일반적 평등원칙: 독일의 경우를 참조해서”, 세계헌법연구 제15권 제3호, 국제헌법학회 한국학회, 2009.
- 박한희, “포괄적 차별금지법의 의의와 필요성”, 안과밖 제50권, 영미문학연구회, 2021.
- 방승주, 헌법강의 I, 박영사, 2021.
- 법무부, 2008 각국의 차별금지법 제1권, 2008.
- 법무부, 독일 일반평등대우법에 대한 평가와 시사점, 2009.
- 법무부, 독일 평등대우법의 제정과정에 관한 연구, 2008.
- 법무부, 영국의 차별금지법제 연구-「2010년 평등법」을 중심으로, 2011.
- 법제사법위원회 전문위원 허병조, 차별금지법안 검토보고, 2020.
- 변영학, 미국의 민권정치: 1964년 민권체제를 중심으로, 민족연구 제77호, 2021.
- 새천년민주당 정책선거 특별본부, 당당한 대한민국 몇몇한 노무현, 2002.
- 서종희, 불능에 의한 급부의무의 소멸: 독일민법 제275조 제3항의 개인적 불능을 중심으로, 재산법연구 제38권 제1호, 2021.
- 서헌제, “국가인권위원회의 「평등법(시안)」에 대한 비판적 검토 - 성소수자 차별금지와 종교의 자유를 중심으로 -”, 교회와 법 제7권 제1호, 한국교회법학회, 2020.
- 성낙인, 헌법학, 법문사, 2023.
- 손상식, “평등권의 침해 여부에 대한 심사기준”, 헌법재판심사기준(2013-C-2), 헌법재판소 헌법재판연구원, 2013.
- 심재진, “영국에서의 직장내 괴롭힘 규제”, 노동법논총 제25집, 한국비교노동법학회, 2012.
- 심재진, “일반적 차별금지법으로서의 영국의 2010년 평등법 제정의 의미와 시사점”, 강원법학 제50권, 강원대학교 비교법학연구소, 2017.
- 안 진, “개별적 차별금지법의 성과와 한계 - 포괄적 차별금지법 제정을 위한 검토 -”, 법학논총 제37권 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2017.
- 안 진, 정의권, 평화권, 문화권을 위한 아시아 선언문의 의의, 아시아인권현장, 5·18기

념재단, 2021.

안진, “포괄적 차별금지법의 입법쟁점에 대한 일고찰 - 현행 차별금지법제의 문제점을 중심으로 -”, 법학논총 제38권 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2018.

안창호, “예배할 자유를 달라-차별금지법과 기본권”, 성서학 연구원 저널 제106호, 장로회신학대학교 성서학연구원, 2021.

오상호, “독일법상 채용차별로부터 여성지원자의 법적 보호-일반 동등대우법(AGG)을 중심으로-”, 노동법포럼 제16호, 노동법이론실무학회, 2015.

원유민, “국제인권조약 개인통보제도 30년: 한국 개인통보사건과 국내법원 판례”, 국제법학회논총 제67권 제3호, 대한국제법학회, 2022.

유남영 “인권기본법 제정을 위하여”, 저스티스 통권 제129호, 한국법학원, 2012.

윤용근, “국민이 꼭 알아야 할 차별금지법, 무엇이 문제인가”, 교회와 법 제7권 제2호, 한국교회법학회, 2021.

음선필, “포괄적 차별금지법에 대한 반론 - 기독교의 관점에서 -”, 교회와 법 제7권 제1호, 한국교회법학회, 2020.

음선필, “포괄적 차별금지법에 대한 헌법적 평가”, 홍익법학 제21권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2020.

이명웅, “비례의 원칙의 2단계 심사론”, 헌법논총 제15집, 헌법재판소, 2004.

이상현, “포괄적 차별금지법안에 의한 신앙과 표현의 자유 침해”, 기독교사상 통권 제743호, 대한기독교서회, 2020.

이숙진, “차별금지 관련 법률의 부정합성-인권위법과 개별적 차별금지법을 중심으로”, 경제와 사회 통권84호, 비판사회학회, 2009.

이시윤, 신민사소송법(제15판), 박영사, 2022.

이육한, “자유권과 평등권의 사법적 심사구조”, 사법행정 제44권 제3호, 한국사법행정학회, 2003.

이은영, “영국 평등법에 따른 장애인 근로자의 합리적 조정”, 세계장애동향 통권 제52호, 한국장애인고용공단 고용개발원, 2020.

이인호, 재판관 이영모의 헌법정신에 대한 탐구, 소수와의 동행 (재판관 이영모 의견집), 박영사, 2001.

이재희, “사적 자치와 차별금지법”, 저스티스 통권 제165호, 한국법학원, 2018.

이주영, 1970년대 미국 인권정치의 등장, 미국사 연구 제46집, 한국미국사학회, 2017.

- 이준일, “상대적 평등으로서 평등의 의미 - 헌법재판소의 판례에 대한 비판을 중심으로”, 공법연구 제48집 제2호, 한국공법학회, 2019.
- 이준일, “차별판단의 쟁점들”, 유럽헌법연구 제37호, 유럽헌법학회, 2021.
- 이준일, “차별금지법(안)에 대한 검토와 비교를 통한 대안의 제시 - 국가인권위원회와 법무부의 차별금지법안 및 국가인권위원회법과 장애인차별금지법을 중심으로 -”, 안암법학 제25권, 안암법학회, 2007.
- 이준일, “평등법 제정의 의의와 국가인권위원회의 역할”, 인권연구 제4권 제2호, 한국인권학회, 2021.
- 이준일, 차별금지법, 고려대학교출판부, 2007.
- 이혜영, “「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」제26조: 평등권 및 차별금지에 관한 국제법적 의무와 한국의 실행”, 이화젠더법학 제14권 제2호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2022.
- 이혜영, “법원의 국제인권조약 적용 - 판결문 전수조사를 통한 현황 진단 및 적용단계별 논증 분석 -”, 국제법학회논총 제65권 제1호, 대한국제법학회, 2020.
- 이혜영, 아시아·태평양인권법원 설립 전망과 과제 - 지역별 인권법원 설립 경과 중심으로 -, 사법정책연구원, 2018.
- 임석기, 수사권 조정에 관한 제18대 국회의원 인식 연구: 형사소송법 개정과 관련하여, 박사학위논문, 동국대학교 대학원, 2012.
- 임지연, 미국의 민권 운동에 미친 냉전의 영향, 1945-1960, 미국사연구 제19집, 한국미국사학회, 2004.
- 장영철, 헌법학, 박영사, 2022.
- 전광식, 한국헌법론, 집현재, 2023.
- 전운성, “차별금지법을 왜 반대해야 하는가?”, 교회와 법 제7권 제2호, 한국교회법학회, 2021.
- 전형배, “영국의 2010년 평등법과 차별적 해고”, 노동법학 제45호, 한국노동법학회, 2013.
- 정문식, “평등위반 심사기준으로서 비례원칙”, 법학연구 제51권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2010.
- 정문식, “헌법 제37조 제2항 ‘필요한 경우에 한하여’의 의미, 한양법학 제20권 3집(통권 제27집), 한양법학회, 2009.

- 정인섭, 국제인권규약과 개인통보제도, 사람생각, 2000.
- 정인섭, 신국제법강의 - 이론과 사례, 박영사, 2019.
- 정재황, 헌법학, 박영사, 2021.
- 정중섭, 헌법학원론, 박영사, 2018.
- 정주백, “차별금지법안에 대한 검토 - 차별금지 사유의 성격을 중심으로 -”, 법학연구 제31권 제3호, 충남대학교 법학연구소, 2020.
- 조영길, “정의당 차별금지법안의 위험성”, 교회와 법 제7권 제2호, 한국교회법학회, 2021.
- 조원용, “‘평등강요법’의 헌법적 문제점”, 공법연구 제51집 제3호, 한국공법학회, 2023.
- 지영준, “포괄적 차별금지법 제정 논의와 가짜뉴스 - 2020. 6. 29.자 jtbc 팩트체크와 양심적 혐오표현권 -”, 교회와 법 제7권 제2호, 한국교회법학회, 2021.
- 차진아, “독일의 차별금지법 체계와 「일반적 평등대우법」의 역할”, 공법연구 제40집 제1호, 한국공법학회, 2011.
- 최성훈, “포괄적 차별금지법과 동성애”, 신학과 실천 제79호, 한국실천신학회, 2022.
- 한국법제연구원, 유럽연합과 회원국의 차별금지법제에 관한 비교법적 연구, 2009.
- 한국법제연구원, 차별의 합리성 판단기준에 관한 비교법적 연구-독일편-, 2011.
- 한국법제연구원, 차별의 합리성 판단기준에 관한 비교법적 연구-영국편-, 2011.
- 한상운·이창훈, “현행 헌법상 평등심사기준에 관한 연구: 헌법재판소 판례를 중심으로”, 성균관법학, 제20권 제1호, 성균관대학교 법학연구원, 2008.
- 한수웅, “평등권의 구조와 심사기준”, 헌법논총 제9집, 헌법재판소, 1998.
- 한수웅, 기본권의 새로운 이해, 법문사, 2020.
- 한수웅, 헌법학, 법문사, 2020.
- 한지영, “차별금지법 제정을 둘러싼 쟁점의 비판적 검토: 차별의 개념 및 구제조치를 중심으로”, 이화젠더법학 제3권 제1호, 이화젠더법학연구소, 2011.
- 허 영, 한국헌법론, 박영사, 2021.
- 허 영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 2013.
- 허완중, 헌법으뜸편(기본권론), 박영사, 2020.
- 현대호, 국민법의식 조사연구, 연구보고서, 한국법제연구원, 2015.
- 홍관표, “영국 평등인권위원회의 차별금지 직무와 그 시사점”, 유럽헌법연구 제25호, 유럽헌법학회, 2017.

- 홍관표, “인권정책기본법 제정 방안에 관한 연구”, 경희법학 제53권 제4호, 경희법학연구소, 2018.
- 홍관표, “차별금지법 제정 방안에 관한 검토”, 이화젠더법학 제13권 제2호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2021.
- 홍관표, “차별금지법 제정 추진상 쟁점 및 과제”, 저스티스 통권 제139호, 한국법학원, 2013.
- 홍관표·차원일, 독일의 일반평등대우법(AGG)과 차별금지 판결, 전남대학교출판부, 2016.
- 홍성수, “차별금지법상 차별적 괴롭힘에 관한 연구”, 법학연구 통권 제59집, 전북대학교 법학연구소, 2019.
- 홍성수, “차별이란 무엇인가 : 차별금지법상 차별금지사유의 의의”, 법과 사회 통권 제66호, 법과사회이론학회, 2021.
- 홍성수, “포괄적 차별금지법의 필요성: 평등기본법을 위하여”, 이화젠더법학 제10권 제3호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2018.
- 황도수, 헌법재판의 심사기준으로서의 평등, 박사학위논문, 서울대학교대학원, 1996.
- 황수옥, “독일 일반평등대우법 일반과 차별 정당성의 범위”, 노동법논총 제33집, 한국비교노동법학회, 2015.
- 황수옥, “독일 일반평등대우법의 제정과정과 시사점”, 노동법학 제57호, 한국노동법학회, 2016.
- 황지태·김유근·박준희, 최근 부패방지법의 쟁점에 관한 연구, 한국형사·법무정책연구원, 2016.
- 황치연, “과잉금지원칙의 제문제”, 헌법논총 제20집, 헌법재판소, 2009.

2. 국외문헌

- African Commission on Human and Peoples' Rights, Principles and Guidelines on the Implementation of Economic, Social and Cultural Rights in the African Charter on Human and Peoples' Rights, 2010.
- Antidiskriminierungsstelle des Bundes, AGG-Wegweiser: Erläuterungen und Beispiele zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, 2022.

- Burgenthal, Thomas, Shelton, Dinah, Stewart, David P. and Vázquez, Carlos M., International Human Rights in a nutshell, West, 2017.
- Burkhard Boemke/Franz-Ludwig Danko, AGG im Arbeitsrecht, Springer, 2007.
- ECtHR, Practical guide on admissibility criteria, 2014.
- European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, Handbook on European non-discrimination law, 2018.
- IACHR, Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights, 1999.
- IACHR. Equality and Non-Discrimination: Inter-American Standards, 2019.
- John Wadham, Anthony Robinson, David Ruebain, and Susie Uppal, Blackstone's Guide to The Equality Act 2010 Second Edition, Oxford University Press, 2012.
- Michael Stuber, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz in der betrieblichen Praxis, Haufe Mediengruppe, 2006.
- OHCHR, Protecting Minority Rights: A Practical Guide to Developing Comprehensive Anti-Discrimination Legislation, 2023.
- Schabas, William A., U.N. International Covenant on Civil and Political Rights: Nowak's CCPR Commentary, N.P. Engel Verlag, 2019.
- Terri E. Givens/Rhonda Evans Case, 'The Politics of Transposition in Britain, France, and Germany', Terri E. Givens/Rhonda Evans Case(eds), Legislating Equality: The Politics of Antidiscrimination Policy in Europe, Oxford University Press, 2014.
- Tomuschat, Christian, Human Rights: Between Idealism and Realism, OUP, 2008.
- Uladzislau Belavusau/Kristin Henrard, The Impact of the 2000 Equality Directives on EU Anti-Discrimination Law: Achievements and Pitfalls, Uladzislau Belavusau/Kristin Henrard(eds.), EU Anti-Discrimination Law Beyond Gender, Hart, 2019.
- UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, "Concluding observations on the fourth periodic report of the Republic of Korea" (E/C.12/KOR/CO/4), 2017.

- UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, “Consideration of reports submitted by States parties under articles 16 and 17 of the Covenant” (E/C.12/KOR/CO/3), 2009.
- UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, “General Comment No. 20 Non-discrimination in economic, social and cultural rights (art. 2, para. 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)” (E/C.12/GC/20), 2009.
- UN Committee on the Elimination of Discrimination against Women, “Concluding observations of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women” (CEDAW/C/KOR/CO/7), 2011.
- UN Committee on the Elimination of Discrimination against Women, “Concluding observations on the eighth periodic report of the Republic of Korea” (CEDAW/C/KOR/CO/8), 2018.
- UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination, “Concluding observations on the combined seventeenth to nineteenth periodic reports of the Republic of Korea” (CERD/C/KOR/CO/17-19), 2018.
- UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination, “Concluding observations on the fifteenth and sixteenth periodic reports of the Republic of Korea, adopted by the Committee at its eighty-first session (6-13 August 2012)” (CERD/C/KOR/CO/15-16), 2012.
- UN Committee on the Rights of the Child, “Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of the Republic of Korea” (CRC/C/KOR/CO/5-6), 2019.
- UN Committee on the Rights of the Child, “General Comment No. 4 (2003) Adolescent health and development in the context of the Convention on the Rights of the Child” (CRC/GC/2003/4), 2003.
- UN Human Rights Committee, “Concluding observations on the fifth periodic report of the Republic of Korea” (CCPR/C/KOR/CO/5), 2023.
- UN Human Rights Committee, “Concluding observations on the fourth periodic report of the Republic of Korea” (CCPR/C/KOR/CO/4), 2015.

UN Human Rights Committee, “Concluding observations on the fourth periodic report of the Republic of Korea” (CCPR/C/KOR/CO/4), 2015.

UN Human Rights Committee, “Views Communication No. 488/1992” (CCPR/C/50/488/1992), 1994.

UN Human Rights Council, “Report of the Working Group on the Universal Periodic Review - Republic of Korea” (A/HRC/22/10), 2012.

UN Human Rights Council, “Report of the Working Group on the Universal Periodic Review - Republic of Korea” (A/HRC/37/11), 2017.

UN Human Rights Council, “Report of the Working Group on the Universal Periodic Review - Republic of Korea” (A/HRC/53/11), 2023.

UN Human Rights Council, “Reports of the Working Group on the Universal Periodic Review - Republic of Korea” (A/HRC/8/40), 2008.

Wolfgang. Däubler, ‘Einleitung,’ Wolfgang Däubler/Thorsten Beck(Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz mit Entgelttransparenzgesetz, 5. Aufl., 2021.

3. 그 밖의 참고자료

EU Council, Council Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast), OJ L 204, 26 July 2006.

African Commission on Human and Peoples' Rights, Institute for Human Rights and Development in Africa (on behalf of Esmaila Connateh & 13 others) v. Angola, 292/04, May 2008.

African Commission on Human and Peoples' Rights, John K. Modise v. Botswana, Comm. No. 97/93, 6 November 2000.

African Commission on Human and Peoples' Rights, Malawi African Association and Others v. Mauritania, Comm. Nos. 54/91, 61/91, 98/93, 164/97 a 196/97 and 210/98, 11 May 2000.

CJEU, Asociația Accept v. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării,

- C-81/12, 25 April 2013.
- CJEU, Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal, No. 17484/15, 25 July 2017.
- CJEU, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV, C-54/07, 10 July 2008.
- CJEU, Galina Meister v. Speech Design Carrier Systems GmbH, 2, C-415/10, 19 April 2012.
- CJEU, Patrick Kelly v. National University of Ireland (University College, Dublin), C-104/10, 21 July 2011.
- CJEU, Sabine von Colson and Elisabeth Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen, C-14/83, 9 April 1984.
- CJEU, Susanna Brunnhofer v. Bank der österreichischen Postsparkasse AG, C-381/99, 26 June 2001.
- ECSR, Confédération française démocratique du travail (CFDT) v. France, Complaint No. 50/2008, decision on the merits of 9 September 2009.
- ECSR, Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) v. Italy, Complaint No. 91/2013, 12 October 2015.
- ECSR, International Association Autism-Europe v. France, Complaint No. 13/2002, 4 November 2003.
- ECtHR, B.S. v. Spain, No. 47159/08, 24 July 2012.
- ECtHR, Biao v. Denmark [GC], No. 38590/10, 24 May 2016
- ECtHR, Burden v. the United Kingdom [GC], No. 13378/05, 29 April 2008.
- ECtHR, Carson and Others v. the United Kingdom [GC], No. 42184/05, 16 March 2010.
- ECtHR, D.H. and Others v. the Czech Republic [GC], No. 57325/00, 13 November 2007.
- ECtHR, Fretté v. France, No. 36515/97, 26 February 2002.
- ECtHR, García Mateos v. Spain, No. 38285/09, 19 February 2013.
- ECtHR, Glor v. Switzerland, No. 13444/04, 30 April 2009.
- ECtHR, Guberina v. Croatia, No. 23682/13, 22 March 2016.
- ECtHR, Hulea v. Romania, No. 33411/05, 2 October 2012.

- ECtHR, *Identoba and Others v. Georgia*, No. 73235/12, 12 May 2015.
- ECtHR, *N.B. v. Slovakia*, No. 29518/10, 12 June 2012,
- ECtHR, *Nachova and Others v. Bulgaria* [GC], Nos. 43577/98, 43579/98, 6 July 2005.
- ECtHR, *S.A.S. v. France* [GC], No. 43835/11, 1 July 2014.
- ECtHR, *Schwizgebel v. Switzerland*, No. 25762/07, 10 June 2010.
- ECtHR, *Timishev v. Russia*, Nos. 55762/00, 55974/00, 13 December 2005.
- ECtHR, *V.C. v. Slovakia*, No. 18968/07, 8 November 2011.
- ECtHR, *Virabyan v. Armenia*, No. 40094/05, 2 October 2012.
- EU Council, Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, OJ L 180, 19 July 2000.
- EU Council, Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, OJ L 303, 2 December 2000.
- EU Council, Council Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services, OJ L 373, 21 December 2004.
- <https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/aktuelles/alle-meldungen/ferda-ataman-als-neue-antidiskriminierungsbeauftragte-ernannt-198744>
- IACHR, *Access to Justice for Women Victims of Violence in the Americas*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 68, 20 January 2007.
- IACHR, *Indigenous Women and their Rights in the Americas*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 44/17, 17 April 2017.
- IACHR, Report No. 176/10, Cases 12.576, 12.611, and 12.612, Merits, *Segundo Aniceto Norin Catriman, Juan Patricio Marileo Saravia, Victor Ancalaf Llaupé et al*, Chile, 5 November 2010.
- IACHR, Report No. 50/16, Case 12.834, Merits, *Undocumented Workers*, United States of America, 30 November 2016.
- IACHR, Report No. 75/02, Case 11.140, Merits, *Mary and Carrie Dann*, United

- States of America 27 December 2002.
- IACHR, Report No. 8/16, Case 11.661, Merits, Manickavasagam Suresh, Canada, 13 April 2016.
- IACHR, Report No. 80/15, Case 12.689, Merits. J.S.C.H y M.G.S, Mexico, 28 October 2015.
- IACHR, Report on Poverty and Human Rights in the Americas, OEA/Ser.L/V/II.164, Doc. 147, 7 September 2017.
- IACHR, Report on the Situation of Human Rights in the Dominican Republic, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 45/15. 31 December 2015.
- IACHR, The Situation of Persons of African Descent in the Americas, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 62, 5 December 2011.
- IACtHR, Ángel Alberto Duque v. Colombia, Merits, Judgment of 2 April 2014, Case No. 12.841.
- IACtHR, Gretel Artavia Murillo et al (“In vitro fertilization”) v. Costa Rica, Merits, Judgment of 14 July 2010.
- IACtHR, Marino López et al (Operation Genesis) v. Colombia, Merit, Judgment of 31 March 31 2011.
- IACtHR, Poblete Vilches et al. v. Chile, Merits, Reparations and Costs Judgment of 8 March 2018, Case No. 349.
- OHCHR, <https://www.ohchr.org/en/about-us/high-commissioner>
- OHCHR, <https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/general-comments>
- OHCHR, <https://www.ohchr.org/en/what-are-human-rights/international-bill-human-rights>
- YTN. “與, 오는 9일 ‘시대전환 흡수 합당’ 의결...조정훈 합류”, 2023.11.02. (https://www.ytn.co.kr/_ln/0101_202311021115180808).
- 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), 조약 제1006호.
- 경제적·사회적·문화적 권리에 관한 미주인권협약 추가의정서(Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights)

경향신문. “차별금지법 국회 논의 시작했지만...국민의힘·법무부는 불참”, 2022년 12월 6일자.

국가인권위원회 보도자료. “평등법(차별금지법)의 조속한 제정을 다시 촉구한다.”, 2022년 5월 8일자.

국가인권위원회 보도자료, “‘모두를 위한 평등’ 향해 담대한 걸음 내디딜 때”, 2020년 6월 30일자.

국가인권위원회 보도자료, “국가인권위원회, 차별금지법 제정을 국무총리에 권고”, 2006년 7월 24일자.

국회방송. “15년 만에 열린 차별금지법 공청회...국민의힘 불참”, 2022년 5월 25일자.

국회사무처, 제382회 국회(정기회) 법제사법위원회회의록 제3호, 2020. 9. 21.

뉴스앤조이. “국민 40% 이상이 차별금지법 반대? 이상한 여론조사”, 2020년 7월 17일자.

대통합위원회 보도자료, “대통합위, 「20대 국회의원 국민통합 의식조사」 결과 발표”, 2016년 9월 5일자.

독일 연방가족·고령자·여성·청소년부 홈페이지

동아일보. “국힘, ‘시대전환’ 합당 가결...조정훈 의원 합류로 의석 112석”, 2023년 11월 9일자.

모든 이주노동자와 그 가족들의 권리보호에 관한 국제협약(International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families), 1990년 12월 18일 채택, 2003년 7월 1일 발효.

모든 형태의 인종차별철폐에 관한 국제협약(International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination), 조약 제667호.

미주여성폭력방지협약(Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence against Women)

미주인권협약(American Convention on Human Rights)

미주인종차별철폐협약(Inter-American Convention Against Racism, Racial Discrimination, and Related Forms of Intolerance)

미주차별금지협약(Inter-American Convention Against All Forms of Discrimination and Intolerance)

사회권규약위원회, 기니 제1차 보고서에 대한 최종견해 (2020), E/C.12/GIN/CO/1.

사회권규약위원회, 대한민국 제4차 보고서에 대한 최종견해 (2017), E/C.12/KOR/

CO/4.

사회권규약위원회, 일반논평 제20호, 2009.

사회권규약위원회, 일반논평 제23호, 2016.

사회권규약위원회, 일반논평 제24호, 2017.

사회권규약위원회, 카보베르데 제1차 보고서에 대한 최종견해 (2018), E/C.12/CPV/CO/1.

세계일보. “시대전환 조정훈, 국민의힘 합류”, 2023년 9월 19일자.

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights), 조약 제1007호.

아동권리위원회, 벨라루스 제5-6차 보고서에 대한 최종견해 (2020), CRC/C/BLR/CO/5-6.

아동권리위원회, 팔레스타인 제1차 보고서에 대한 최종견해 (2020), CRC/C/PSE/CO/1.

아동의 권리에 관한 협약(Convention on the Rights of the Child), 조약 제1072호.

아시아인권헌장(Asian Human Rights Charter)

아프리카인권재판소 설립에 관한 아프리카인권헌장 의정서(Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights)

아프리카인권헌장(African Charter on Human and Peoples' Rights)

여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약(Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women), 조약 제855호.

여성의 권리에 대한 아프리카인권헌장 의정서(Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa)

여성차별철폐위원회, 대한민국 제7차 보고서에 대한 최종견해 (2011), CEDAW/C/KOR/CO/7.

여성차별철폐위원회, 일반권고 제28호, 2010.

여성차별철폐위원회, 일반권고 제30호, 2005.

여성차별철폐위원회, 일반권고 제33호, 2015.

여성차별철폐위원회, 일반권고 제36호, 2017.

여성차별철폐위원회, 일본 제7-8차 보고서에 대한 최종견해 (2016), CEDAW/C/JPN/

CO/7-8.

여성차별철폐위원회, 카타르 제2차 보고서에 대한 최종견해 (2019), CEDAW/C/QAT/CO/2.

연합뉴스TV. “조국 아들에 허위 인턴확인서‘ 최강욱 집유 확정...의원직 상실”, 2023년 9월 18일자.

유럽사회권헌장(European Social Charter).

유럽연합기본권헌장(Charter of Fundamental Rights of the European Union).

유럽연합의 기능에 관한 조약(Treaty on the Functioning of the European Union).

유럽연합조약(Treaty on European Union).

유럽인권협약 제12의정서(Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms).

유럽인권협약(Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms).

이주노동자위원회, 리비아 제1차 보고서에 대한 최종견해(2019), CMW/C/LBY/CO/1.

이주노동자위원회, 모잠비크 제1차 보고서에 대한 최종견해 (2018), CMW/C/MOZ/CO/1.

인권이사회, 대한민국 제1차 정례인권검토에 대한 워킹그룹 보고서 (2008), A/HRC/8/40.

인권이사회, 대한민국 제2차 정례인권검토에 대한 워킹그룹 보고서 (2012), A/HRC/22/10.

인권이사회, 대한민국 제3차 정례인권검토에 대한 워킹그룹 보고서 (2017), A/HRC/37/11.

인권이사회, 대한민국 제4차 정례인권검토에 대한 워킹그룹 보고서 (2023), A/HRC/53/11.

인종차별철폐위원회, L.R. et al. v. Slovak Republic (2005), Communication No. 31/2003.

인종차별철폐위원회, 대한민국 제17-19차 보고서에 대한 최종견해 (2019), CERD/C/KOR/CO/17-19.

인종차별철폐위원회, 이탈리아 제19-20차 보고서에 대한 최종견해 (2017), CERD/C/ITA/CO/19-20.

인종차별철폐위원회, 일반권고 제26호, 2000.

인종차별철폐위원회, 일반권고 제31호, 2005.

인종차별철폐위원회, 일반권고 제32호, 2009.

인종차별철폐위원회, 키르기스스탄 제8-10차 보고서에 대한 최종견해 (2018), CERD/C/KGZ/CO/8-10.

인종차별철폐위원회, 팔레스타인 제1-2차 보고서에 대한 최종견해 (2019), CERD/C/PSE/CO/1-2.

자유권규약위원회, Althammer et al. v. Austria (2003), Communication No. 998/2001.

자유권규약위원회, Broeks v. the Netherlands, (1987), Communication No. 172/1984.

자유권규약위원회, Fedotova v. Russia (2012), Communication No. 1932/2010.

자유권규약위원회, Nahlik v. Austria (1996), Communication No. 608/1995.

자유권규약위원회, Toonen v. Australia (1994), Communication No. 488/1992.

자유권규약위원회, 대한민국 제4차 보고서에 대한 최종견해 (2015), CCPR/C/KOR/CO/4.

자유권규약위원회, 라이베리아 제1차 보고서에 대한 최종견해 (2018), CCPR/C/LBR/CO/1.

자유권규약위원회, 모리셔스 제5차 보고서에 대한 최종견해 (2017), CCPR/C/MUS/CO/5.

자유권규약위원회, 모리타니아 제2차 보고서에 대한 최종견해 (2019), CCPR/C/MRT/CO/2.

자유권규약위원회, 벨라루스 제5차 보고서에 대한 최종견해 (2018), CCPR/C/BLR/CO/5.

자유권규약위원회, 불가리아 제4차 보고서에 대한 최종견해 (2018), CCPR/C/BGR/CO/4.

자유권규약위원회, 우즈베키스탄 제5차 보고서에 대한 최종견해 (2020), CCPR/C/UZB/CO/5.

자유권규약위원회, 이탈리아 제6차 보고서에 대한 최종견해 (2017), CCPR/C/ITA/CO/6.

자유권규약위원회, 일반논평 제18호, 1989.

자유권규약위원회, 일반논평 제30호, 2004.

자유권규약위원회, 일반논평 제32호, 2007.

자유권규약위원회, 쿠웨이트 제3차 보고서에 대한 최종견해 (2016), CCPR/C/KWT/CO/3.

자유권규약위원회, 호주 제6차 보고서에 대한 최종견해 (2017), CCPR/C/AUS/CO/6.

장애인권리위원회, 인도 제1차 보고서에 대한 최종견해 (2019), CRPD/C/IND/CO/1.

장애인권리위원회, 일반논평 제4호, 2016.

장애인권리위원회, 일반논평 제6호, 2018.

장애인의 권리에 관한 협약(Convention on the Rights of Persons with Disabilities), 조약 제1928호.

정의권, 평화권, 문화권을 위한 아시아 인권선언(Asian Declaration on the Rights to Justice, the Rights to Peace, the Rights to Culture).

크리스천투데이. “이름만 알면 찬성, 내용도 알면 반대하는 차별금지법”, 2022년 5월 16일자.

한국연구재단 학술통계자료(<https://www.kci.go.kr/kciportal/po/statistics/poStatisticsMain.kci>).



Legal Policy Countermeasures on Comprehensive Anti-discrimination

Kang, Seok Ku / Kim, Myung Woo / Chang, Cheoljoon / Hong, Kwan-pyo
/ Song, Bong Gyu / Yi, Zoon-Il / Oh, Seung JIn / Yoo, Seung Ik
/ Kim, Hyun-Chul / Kim, Yong Tae / Choi, Hye Seon
/ Kim, Ye Jeong / Choi Yujin

1. Research Objective

This study aims to correct discrimination more effectively by supplementing existing laws on anti-discrimination and to enact laws that comprehensively address the widespread problem of discrimination.

2. Research Agenda

This research was promoted in five major directions.

First, in order to enact general laws on equality or anti-discrimination, it is essential to analyze and derive international standards appearing in these international conventions, so we analyzed international standards on comprehensive prohibition of discrimination.

Second, we analyzed the equality or anti-discrimination laws of major countries such as the United States, the United Kingdom, Germany, and Canada at the time of enactment, not the current laws.

Third, in order to promote legislation, organizing key issues must be done first, so we analyzed key issues for comprehensive anti-discrimination legislation.

Fourth, an expert perception survey was conducted on legislative staff in the National Assembly, including members of the National Assembly, based on the main questions of the public perception survey conducted by the National Human Rights Commission of Korea in 2020 and additional questions related to law enactment.

Fifth, it was intended to provide complementary matters that legislative practitioners should consider when enacting general laws on equality and prohibition of discrimination.

3. Policy Suggestions

Referring to the results presented in this study, we propose to enact a general law on equality or anti-discrimination that can contribute to the guarantee of substantive freedom and equality and social integration in Korean society while responding to the requests of the international community.

※ Keywords : equality law, anti-discrimination law, equal treatment law,
human rights law, civil rights law,

연구참여 설명서

차별에 대한 국회의원실 인식조사

한세대학교는 한국형사·법무정책연구원과 함께 “포괄적 차별금지에 대한 법무정책적 대응방안” 연구를 수행하면서 한국 사회의 차별에 대한 귀하의 생각과 경험을 여쭙고 있습니다.

이번 조사의 목적은 국회의원과 국회의원실 소속 종사자들의 차별에 대한 인식을 파악하고 차별을 시정하기 위한 법무정책적 대안을 모색하기 위한 것입니다. 귀하의 답변은 한국형사·법무정책연구원이 우리 사회의 차별 시정을 위한 연구 활동을 하는데 소중한 기초자료로 활용될 것입니다. 귀하께서 평소 경험하고 느꼈던 것을 가감 없이 솔직하게 말씀해 주시기를 부탁드립니다.

귀하께서 응답하신 모든 설문 내용은 누가 어떤 응답을 했는지 알 수 없게 익명으로 처리되고, 조사결과는 평균과 같은 집합적 숫자로만 처리됩니다. 또한 조사가 완료된 후 모든 식별정보 자료는 폐기합니다. 귀하의 모든 응답은 통계법 제33조(비밀의 보호)와 제34조(통계종사자 등의 의무)에 의해 분석 자료로만 활용되며, 자료처리 과정에 있어 비밀이 철저히 보장됩니다.

2023년 9월

☐ 연구수행기관: 한국형사·법무정책연구원

☐ 조사책임자: 송봉규 교수(한세대학교 IT학부 산업보안학과)

설문조사 대상은 국회의원과 함께 보좌관, 비서관 등 국회의원실 소속 종사자들입니다. 설문지는 국회의원실별로 5부를 같이 동봉하였습니다. 응답한 설문지는 동봉된 착불용 반송봉투를 이용하여 국회의원실별로 모아서 2023년 11월 5일까지 송부해 주시기 바랍니다. 설문조사에 응답해 주신 모든 분들에게 고마움을 전하고자 모바일 상품권(1만 원 상당)을 발송하고 있습니다. 의원실별로 상품권을 일괄 받으실 분(담당자)의 성명과 모바일 연락처를 설문지에 작성하여 보내 주시면 응답한 인원에 맞춰 보내드리도록 하겠습니다.

■ 담당자 성명	
■ 담당자 연락처(모바일)	

소속 정당	① 국민의힘 ⑤ 시대전환	② 더불어민주당 ⑥ 진보당	③ 정의당 ⑦ 무소속	④ 기본소득당		
직업	① 국회의원	② 보좌관	③ 비서관	④ 기타		
성별	① 남성	② 여성				
종교	① 없음	② 불교	③ 개신교	④ 천주교	⑤ 그 외(_____)	
연령	① 19세 이상 29세 이하 ④ 50세 이상 59세 이하	② 30세 이상 39세 이하 ⑤ 60세 이상 69세 이하	③ 40세 이상 49세 이하 ⑥ 70세 이상			
거주 지역	① 서울 ⑦ 울산 ⑬ 전북	② 부산 ⑧ 세종 ⑭ 전남	③ 대구 ⑨ 경기 ⑮ 경북	④ 인천 ⑩ 강원 ⑯ 경남	⑤ 광주 ⑪ 충북 ⑰ 제주	⑥ 대전 ⑫ 충남
출신 지역	① 서울 ⑦ 울산 ⑬ 전북	② 부산 ⑧ 세종 ⑭ 전남	③ 대구 ⑨ 경기 ⑮ 경북	④ 인천 ⑩ 강원 ⑯ 경남	⑤ 광주 ⑪ 충북 ⑰ 제주	⑥ 대전 ⑫ 충남 ⑱ 해외(_____)
(출생지 또는 성년이 되기 전의 주된 거주지)						
최종 학력	① 중졸 이하	② 고졸	③ 대졸(전문대 포함)	④ 대학원 이상(석사 포함)		
장애 여부	① 신체적 또는 정신적 장애가 있다. ② 신체적 또는 정신적 장애가 없다.					
이주민 여부	① 이주민(이주노동자, 난민, 다문화가정 등)이다. ② 이주민(이주노동자, 난민, 다문화가정 등)이 아니다.					

차별에 대한 인식

1. 귀하는 우리 사회의 차별이 어느 정도라고 생각하십니까?

① 매우 심각하다.

② 약간 심각하다.

③ 별로 심각하지 않다.

④ 전혀 심각하지 않다.

2. 귀하는 우리사회에서 과거에 비해 차별이 심화되고 있다고 생각하십니까?

① 전혀 그렇지 않다.

② 그렇지 않다.

③ 보통이다.

④ 그렇다.

⑤ 매우 그렇다.

3. 귀하는 아래 보기 중 우리 사회에서 가장 심각한 차별이 무엇이라고 생각하십니까?
(3순위까지 선택)

1순위	2순위	3순위

보기					
① 성별에 따른 차별	② 성적체성 또는 성적지향에 따른 차별 (트랜스젠더, 동성애자 등)	③ 종교에 따른 차별	④ 장애에 따른 차별	⑤ 병력에 따른 차별(질환 등)	⑥ 고용형태에 따른 차별 (정규직, 비정규직 등)
⑦ 출신지역에 따른 차이 (전라도, 경상도 등)	⑧ 출신국가등에 따른 차별 (외국인, 이주민, 난민 등)	⑨ 혼인 여부에 따른 차별 (기혼, 미혼, 이혼, 재혼, 사실혼 등)	⑩ 임신 또는 출산에 따른 차별	⑪ 가족 상황에 따른 차별 (한부모, 미혼모, 조손가정 등)	⑫ 외모 등 신체조건에 따른 차별
⑬ 나이에 따른 차별	⑭ 학력, 학벌에 따른 차별	⑮ 사상, 정치적 의견에 따른 차별	⑯ 전과에 따른 차별	⑰ 빈부격차에 따른 차별	⑰ 기타 ()

4. 귀하는 다음과 같은 생각에 얼마나 동의하십니까?

구분	전혀 동의 안함 ①	별로 동의 안함 ②	다소 동의 ③	매우 동의 ④
3-1. 차별은 그 해소를 위해 적극적 노력을 기울여야 할 사회문제이다.				
3-2. 모든 사람은 태어날 때부터 자유로우며 그 존엄과 권리에 있어 동등하다.				
3-3. 동성애자, 트랜스젠더 등과 같은 성소수자도 다른 사람들과 마찬가지로 존중받아야 하고 동등한 대우를 받아야 한다.				
3-4. 누구도 차별로부터 자유롭지 못하다. 나 그리고 내 가족도 언젠가 차별을 하거나 당할 수도 있다.				
3-5. 여성, 장애인, 아동, 노인 등과 같은 사회적 약자에 대해서는 사회적 배려가 필요하다.				

5. 귀하는 우리 사회가 차별에 대해 현재와 같은 수준으로 대응한다면 향후 우리 사회의 차별 상황이 어떻게 될 것이라고 생각하십니까?

구분	전혀 동의 안함 ①	별로 동의 안함 ②	다소 동의 ③	매우 동의 ④
5-1. 차별 현상이 구조적으로 고착화되어 사회적 갈등이 더 심해질 것이다.				
5-2. 범죄로 이어질 수도 있을 것이다.				
5-3. 차별 문제는 자연적으로 완화·해소될 것이다.				

6. 다음은 차별에 대한 대응 정책입니다. 귀하께서는 이들 개별 정책에 대하여 어떻게 생각하십니까?

구분	매우 반대 ①	반대 하는 편 ②	찬성 하는 편 ③	매우 찬성 ④
6-1. 정부 차원의 종합적인 차별시정 대책 수립이 필요하다.				
6-2. 학교에서 인권과 다양성을 존중하는 교육을 확대해야 한다.				
6-3. 차별에 대한 국민인식 개선을 위해 교육과 캠페인을 강화해야 한다.				
6-4. 우리 사회 모든 구성원이 불합리한 차별을 받지 않고 평등하게 살 수 있도록 관련 법률을 만들어야 한다.				
6-5. 국가인권위원회 등 차별시정기구의 권한을 강화하여야 한다.				
6-6. 악의적 차별행위에 대해서는 벌금형, 징역형 등 보다 강력한 대응이 필요하다.				
6-7. 정치인, 언론, 온라인미디어 등의 차별·혐오 표현이나 행위를 규제할 필요가 있다.				

법 제정에 대한 인식

7. 귀하는 현재 **헌법**에 의해 차별이 방지되고 있다고 생각하십니까?
- ① 매우 그렇다 ② 그렇다
③ 아니다 ④ 전혀 아니다.
8. 귀하는 현재 성별, 장애, 고용 등 **차별에 관한 현행 법률**들에 의해 차별이 시정되고 있다고 생각하십니까?
- ① 매우 그렇다 ② 그렇다
③ 아니다 ④ 전혀 아니다.
-
9. 귀하는 현재 성별, 장애, 고용 등 **차별에 관한 현행 법률**들을 담당(소관)하는 정부 부처들의 차별 예방과 시정 **역할**이 잘되고 있다고 생각하십니까?
- ① 매우 그렇다 ② 그렇다
③ 아니다 ④ 전혀 아니다.
10. 귀하는 현재 **국가인권위원회**의 차별 예방과 시정 **역할**이 잘되고 있다고 생각하십니까?
- ① 매우 그렇다 ② 그렇다
③ 아니다 ④ 전혀 아니다.

14. 귀하는 만약 **평등 또는 차별금지**에 대한 일반법 또는 기본법이 제정된다면 법률의 명칭은 무엇이 적합하다고 생각하십니까?

① 평등에 관한 법률

② 평등 및 차별금지에 관한 법률

③ 차별금지에 관한 법률

④ 기타(_____)

15. 귀하는 일반법 또는 기본법으로써 “**평등법 또는 차별금지법**” 제정을 위한 **국회의 역할**은 무엇이라고 생각하십니까? 자유롭게 의견을 작성해 주세요

설문에 응답해 주셔서 감사합니다.

연구총서 23-B-14

포괄적 차별금지에 대한 법무정책적 대응방안

발행 | 2023년 12월

발행처 | 한국형사·법무정책연구원

발행인 | 하태훈

등록 | 1990. 3. 20. 제21-143호

주소 | 서울특별시 서초구 태봉로 114

전화 | (02)575-5282

홈페이지 | www.kicj.re.kr

정가 | 10,000원

인쇄 | (주)현대아트컴 02-2278-4482

I S B N | 979-11-986192-9-7 93360

• 사전 승인없이 보고서 내용의 무단 전재 및 복제를 금함.