

『국가인권위원회 전문가 토론회』

- 사회적 신분을 중심으로 -

- 일 시 : 2002. 10. 17. (목)
- 장 소 : 국가인권위원회 배움터 1

국가인권위원회
차별조사국

국가인권위원회



EM006168

국가인권위원회법 제30조 제2항의 사회적 신분의 범위

조 홍 석*

I. 들어가는 글

헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙은 국민의 기본권 보장에 관한 우리 헌법의 최고원리로서 국가가 입법을 하거나 법을 해석 및 집행함에 있어 따라야 할 기준인 동시에, 국가에 대하여 합리적 이유없이 불평등한 대우를 하지 말 것과 평등한 대우를 요구할 수 있는 모든 인간의 권리로서 국민의 기본권 중의 기본권에 해당한다.¹⁾ 동등한 존엄을 가진 모든 인간은 평등하게 취급되어야 한다는 평등원칙은 “같은 것은 같게, 같지 아니한 것은 같지 아니하게 취급하는 것”(Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln)을 요구한다. 그러나 어떠한 사람도 다른 사람과 동일하지 않고, 어떠한 사항도 다른 사항과 결코 동일하지 않기 때문에 법률은 처음부터 차별을 전제하고 있다. 이것은 불가피한 것이기 때문에 평등심사는 어떠한 경우에도 같게 취급할 것을 요구하지는 않고, 중요하고 본질적인 요소가 동

* 경북대학교 법과대학 교수

1) 헌판집 1, 1(2)

일한 경우에는 동일하게, 그렇지 않은 경우에만 차별적 취급을 허용한다. 즉 평등의 원칙은 “본질적으로 동일한 것은 동일하게, 본질적으로 다른 것을 달리 취급하는 것”을 의미한다.²⁾ 여기서 문제가 되는 것은 어떠한 요소가 ‘본질적’이냐는 것이다. 대개의 경우에는 무엇이 본질적인가에 대한 해답이 명확하지 않다. 결국 본질성의 범주의 문제는 평균적인 동시대인의 정의감각에 의하여 본질적인 것과 비본질적인 것을 구별할 수밖에 없다. 그러나 평균적인 동시대인의 정의감각이라는 것은 개념적으로 규명될 수 없는 성격이고 보면 결국 - 헌법에 명문의 규정이 없는 한 - 본질성 여부는 동시대인의 대표자로서의 입법자가 입법형성권의 한계 내에서 규정하여야 하는 것으로 볼 수 있다.³⁾ 본질성 여부를 개념적으로 판단하는 것이 용이하지 않기 때문에 누가(Wer, Who) 이러한 요소를 규정하느냐로 ‘우회하여’ 입법자가 규정할 수 있다고 하겠다. 이는 헌법상 명문규정이 존재하지 않는 한 입법자의 형성의 자유를 존중하여야 한다는 것을 의미하는 동시에 헌법에 명문규정이 존재한다면 입법자의 형성의 자유는 제한된다는 말이기도 하다. 이와 관련하여 선결적 문제로서 검토하여야 할 것은 입법자의 형성의 자유를 제한하는 명문규정이 무엇이냐 하는 것이다. 헌법은 제11조 제1항 2문, 제2항(사회적 특권계급의 부인), 제3항(영전일대의 원칙), 제41조 제1항⁴⁾과 제67조 제1항(평등선거의 원칙), 제31조 제1항(교육의 기회균등원칙), 제32조 제4항(여성근로자의 차별금지), 제36조 제1항(혼인과 가족생활에 있어 양성평등), 제116조 제1항(선거운동의 기회균등) 등이 여기에 관하여 말하

2) 헌판집 1, 48, 63; 12-1, 495, 503. K. Hesse, Der Gleichheitsgrundsatz im StaatsR, AöR NF Bd. 38(1951/1952), S. 172

3) “두 개의 사실관계가 본질적으로 동등한가의 판단은 일반적으로 당해 법률조항의 의미와 목적에 달려있다”는 헌법재판소의 결정이유는 이 점을 지적하는 것이라 할 수 있다(헌판집 8-2, 680, 701).

4) 헌법재판소는 헌법 제41조 제1항(선거의 기본원칙)을 국가조직과 운영에 참여하는 참정권이라는 특성 때문에 일반적인 평등의 원칙보다는 특별히 보장하는 취지라고 밝히고 있다(헌판집 1, 199, 248f.).

고 있다.⁵⁾ 예를 들면 헌법 제11조 제1항 제2문에 규정된 성별·종교·사회적 신분은 입법자의 형성의 자유를 제한하는 것으로 볼 수 있다. 성별·종교·사회적 신분은 본질적 요소가 아니기 때문에 이러한 요소를 근거로 인간을 차별해서는 아니된다고 밝히고 있다.⁶⁾ 헌법은 성별·종교·사회적 신분을 차별 금지사유로 규정하고 있는 것이다. 그러나 헌법상의 동 규정은 다음과 같은 문제점을 안고 있다. 첫째, “모든 국민은 법앞에 평등하다. 성별·종교·사회적 신분에 의하여 ... 차별을 받지 아니한다”는 규정에서 성별·종교·사회적 신분이 열거조항인지 예시조항인지가 분명하지 않다. 마찬가지로 국가인권위원회법(이하 인권법이라 칭함) 제30조 제2항에서 규정하고 있는 성별, 종교, 장애, 나이, 사회적 신분, 출신지역, 출신국가, 출신민족, 용모 등 신체조건, 혼인여부, 임신 또는 출산, 가족상황, 인종, 피부색, 사상 또는 정치적 의견, 형의 효력이 실효된 전과, 성적(性的) 지향, 병력(病歷) 등의 차별금지사유가 열거규정인지 예시규정인지가 분명하지 않다. 둘째, 헌법 제11조 제1항 제2문과 인권법 제30조 제2항에서 규정하고 있는 ‘사회적 신분’이 무엇을 의미하는지 명백하지 않다. 사회적 신분의 범위에 관하여 다양한 의견들이 제시되고 있다. 전자에 대하여는 다른 학자들의 연구성과에 맡기고, 이하에서는 후자의 사회적 신분의 범위에 관하여 검토하기로 한다.

II. 헌법상 사회적 신분의 범위

5) 같은 취지로 김철수 교수는 헌법이 평등원칙을 구체화하고 있는 경우에는 입법부의 재량은 축소된다. 즉, 엄격한 심사기준이 적용된다(김철수, 헌법학개론, 박영사 2001, 428).

6) 계획열, 헌법학(중), 박영사 2000, 214쪽

1. 학설의 대립

헌법 제11조 제1항 2문은 성별·종교·사회적 신분에 의한 차별을 금지하고 있으나, ‘사회적 신분’ 개념이 명확하지 않다. 성별이나 종교의 개념은 비교적 명백히 구별되는 개념이라고 할 것이나, 사회적 신분이 무엇을 의미하는지에 관하여는 통일된 의견이 존재하지 않고 학설이 대립되고 있다. 이러한 학설을 크게 선천적 신분설과 후천적 신분설로 나눌 수 있다.

선천적 신분설은 사회적 신분을 출생에 의해서 고정되는 선천적 신분 내지 사회적 지위로 이해하는 입장이다.⁷⁾ 이 견해에 따르면 귀화인이나 전과자의 자손, 존속과 비속의 지위, 혼인외의 자녀 및 양반과 상놈, 인종 등은 출생에 의해서 고정되는 것으로 사회적 신분에 해당된다.⁸⁾ 후천적 신분설에 따르면 선천적 신분 뿐 아니라 후천적으로 사람이 사회에서 장기간 점하는 지위로서 일정한 사회적 평가를 수반한다면 사회적 신분에 포함된다고 보는 입장이다.⁹⁾ 이 견해에 따르면 사용자, 노동자, 교원, 공무원, 텔런트 등 직업상의 지위와 가진 자와 가지지 않는 자, 농민, 어민, 상인, 파산자, 귀화인, 전과자, 특정지역의 주민인 지위도 사회적 신분에 해당한다.

그러나 부모에 관한 자녀의 지위인 존·비속관계, 친자관계를 어떻게 볼 것인가에 대하여 존·비속관계나 친자관계는 친족적·자연적 신분에 해당되는 것이지 사회적 신분에 포함되지 않는다는 주장¹⁰⁾과 존비속관계, 친자관계를 굳이 다르게 파악할 이유가 없으므로 친자관계 등은 사회적 신분에 해당된다는 주장이 대립되고 있다.¹¹⁾

7) 권영성, 헌법학원론, 법문사 2002, 373쪽; 김철수, 주5, 408쪽 참조

8) 독일기본법 제6조 5항 및 연방대법원의 Clark v. Jeter, 486 U.S. 456(1988) 등에서 알 수 있는 바와 같이 독일과 미국은 혼인 외의 자녀를 특히 보호하고 있다.

9) 홍성방, 헌법학, 현암사 2002, 403쪽; 김철수, 409쪽; 권영성, 373쪽

10) 권영성, 373쪽

11) 성낙인, 헌법학, 법문사 2002, 318쪽; 김철수, 408쪽

2. 헌법재판소의 입장

헌법재판소는 누범가중에 관한 형법 제35조의 위헌심판에서 헌법 제11조 제1항의 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교·사회적 신분에 의하여 차별을 받지 아니한다.”라고 규정하고 있는 바, 여기서 사회적 신분이란 사회에서 장기간 점하는 지위로서 일정한 사회적 평가를 수반하는 것을 의미한다고 하면서 전과자도 여기서의 사회적 신분에 포함된다고 보았고,¹²⁾ 변호사강제주의의 합헌여부와 관련된 결정¹³⁾에서 헌법재판에 있어서 변호사강제주의가 변호사라는 사회적 신분에 의한 헌법재판권 행사의 차별이라 하더라도 차별에 합리성이 결여된 것이라고는 할 수 없다고 함으로써 변호사를 사회적 신분에 포함시켰으며, 정부투자기관의 직원은 지방의회의원에 입후보할 수 없다는 규정의 위헌여부와 관련된 결정¹⁴⁾에서 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 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 위반된다고 관시함으로써 정부투자기관의 직원을 사회적 신분으로 보았다.

3. 평가

12) 헌판집 7-1, 222, 235

13) 헌판집 2, 288, 295

14) 헌판집 7-1, 722, 750

‘신분’을 강조하는 선천적 신분설은 사회적 신분을 가문이나 문벌과 같은 것으로 이해하여 사회적 신분의 범위를 너무 좁게 해석함에 반하여, ‘사회적’이라는 개념을 강조하는 후천적 신분설은 그 범위가 너무 확대될 가능성이 있다는 비판이 제기되고 있다.¹⁵⁾ 따라서 후천적 신분의 범위를 지나치게 확대하지 않기 위해 어느 정도 제한적으로 사회적 신분의 범위를 해석할 필요가 있다는 주장¹⁶⁾이 설득력을 얻고 있는 것처럼 보인다. 그러나 헌법 제11조 제1항 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교·사회적 신분에 의하여 ... 차별을 받지 아니한다.”는 규정을 예시규정으로 보느냐 열거규정으로 보느냐에 따라 사회적 신분의 범위가 축소되거나 확대된다고 볼 수 있다. 예시규정으로 본다면 굳이 사회적 신분에 해당되지 않는다 하더라도 차별금지사유에 해당될 수 있을 것이나, 열거규정으로 본다면 사회적 신분에 포섭되지 않는 사항은 차별금지사항에 해당되지 않기 때문에 사회적 신분의 범위를 확대할 필요성이 존재한다고 할 것이다. 이하에서는 헌법 제11조 제1항 제2문에 규정된 성별·종교·사회적 신분이 열거규정인지 예시규정인지의 여부를 살피고자 한다.

Ⅲ. 성별·종교·사회적 신분 등 차별금지사유의 성격

헌법 제11조 제1항의 성별·종교·사회적 신분의 성격에 관하여 열거규정설과 예시규정설이 대립하고 있다.

15) 권영성, 373쪽; 김철수, 408쪽

16) 계희열, 219쪽; 권영성, 373쪽

1. 열거규정설

열거규정설에 따르면 성별·종교·사회적 신분이 아닌 다른 근거에 의한 차별은 - 이를 규율하는 개별적 규정들이 존재하지 않는 한 - 헌법 제11조 제1항 제1문의 일반적 평등원칙이 적용된다고 보고 있다. 이 설은 헌법 제11조 제1항 2문은 제도적·사회적 불평등의 역사적 경험을 통하여 불이익을 받은 집단을 차별로부터 특별히 보호하려는 취지를 갖고 있다고 본다. 특히 성별, 종교, 사회적 신분 에 따른 온갖 차별적 취급과 불평등한 대우의 역사적 경험을 고려하여 이를 명문으로 규정하고 있다고 할 것이다. 성은 출생에 의하여 고정되며 여성은 역사적으로 부정적인 정형화와 제도를 통하여 경제적·사회적·문화적·정치적으로 차별을 받아왔다는 점에서¹⁷⁾, 전 유럽을 공포의 도가니로 몰았던 마녀재판, 독일의 인구 중 3분의 1을 죽음으로 몰고 간 유럽의 30년 전쟁 등의 참혹함을 지적하지 않는다 하더라도 역사적으로 하나의 종교가 인정되고 다른 종교가 허용되지 않음으로써 허용되지 않는 종교를 이단으로 보고 가혹한 처벌을 가하는 등 수 많은 인권유린 상태를 야기하였다는 점에서 헌법은 성과 종교에 의한 차별을 특별히 금지하고 있다고 보는 것이다. 이렇게 이해하는 입장에서는 ‘사회적 신분’의 범위를 성이나 종교에 버금가는 유형으로 제한할 것을 요구한다.¹⁸⁾ 즉, 성별, 종교, 사회적 신분을 열거규정으로 보는 입장에서는 사회적 신분의 범위도 성이나 종교와 유사한 특징을 가진 경우로 한정하여야 할 것으로 보인다. 성이 가지는 특징은 출생에 의하여 고정된다는 점과 차별의 역사로 점철되어 있다는 것이라고 하겠다. 성에 따른 차별을 금지하는 것은 성의 출생에

17) 김병목/윤명선, *인권과 역사*, 형설출판사 1987, 112쪽 이하 참조

18) 김현철, *헌법재판소의 평등권심사*, 「헌법의 규범력과 법질서」, 허영교수정년기념논문집 2002, 125쪽, 주129 참조

의한 고정성 및 폐쇄성과 역사적 경험에 견주어 볼 때, 성차별적 제도와 관행이 존속하였다는 것을 반영하고 있다. 아울러 종교의 상이에 따른 차별이 인류역사에 있어 얼마나 참혹한 결과를 초래하였는지를 잘 알고 있다고 하겠다. 이런 점에서 헌법이 성과 종교에 따른 차별을 금지하고 있다면 성과 종교에 따른 차별과 대등한 입장에서 사회적 신분의 범위를 확정하는 징표는 출생에 의하여 고정되는 특징 또는 차별에 따른 참혹한 결과를 야기한 역사적 경험 등이 되어야 할 것이다.

2. 예시규정설

이 설은 성별·종교·사회적 신분이 아닌 다른 근거에 의한 차별의 경우에도 헌법 제11조 제1항 제2문이 적용된다는 입장으로 현재 통설이라고 하겠다.¹⁹⁾ 법무사법 시행규칙의 위헌여부와 관련된 결정²⁰⁾에서는 성별·종교·사회적 신분에 의한 차별과 학력, 정치관, 건강, 연령등도 차별금지사유로 제시하고 있다. 즉, 동 결정에서 헌법재판소는 “성별·종교·사회적 신분의 차이로 인한 차별이나 학력·정치관·건강·연령 등의 사유로 인한 불합리한 차별”을 규정한 바 없으므로 헌법 제11조의 평등권을 부당하게 침해하는 것이라 볼 수 없다고 지적함으로써 헌법 제11조 제1항 2문을 예시규정으로 보고 있다.

3. 평가

성별·종교·사회적 신분을 열거규정으로 보는 경우에는 헌법 제11조 제1항 제2문은 제1항 제1문과는 다른 내용을 가지고 있다는 것을 전제로 하고 있

19) 김철수, 405쪽

20) 헌판집 2, 365, 385

다. 그러나 성별·종교·사회적 신분을 예시규정으로 보는 경우에는 제11조 제1항 제1문과 제2문은 아무런 차이가 없다고 하겠다. 따라서 과거 누범가중을 규정하고 있는 형법 제35조의 합헌여부에 관한 결정²¹⁾에서 누범을 가중 처벌하는 것이 전과자라는 사회적 신분을 이유로 차별대우를 하는 것이 된다고 하면서도, 합리성 심사기준을 적용하여 “합리적인 근거가 있는 차별인가의 여부는 그 차별이 인간의 존엄성 존중이라는 헌법원리에 반하지 아니 하면서 정당한 입법목적 달성을 위하여 필요하고도 적정한 것인가를 기준으로 하여 판단하여야 한다”는 입장을 분석하면 헌법재판소는 사회적 신분의 범위를 확장하면서 심사기준을 목적정당성이나 수단의 적격성이 강조되는 합리성심사로 한정하고 있다.²²⁾ 위와 같이 헌법재판소가 차별금지 사유에 해당되는 사회적 신분에 의한 차별을 일반적 평등원칙에 따라 심사한다면, 성별·종교·사회적 신분을 열거규정으로 보는가 아니면 예시규정으로 보는가는 중요한 의미를 갖지 않는다고 할 것이다. 그러나 정부투자기관의 직원을 지방의회의원직에 입후보할 수 없도록 한 구지방의회의원선거법 제35조의 헌법소원결정²³⁾에서와 같이 사회적 신분에 의한 차별의 경우에 그 심사기준을 비례원칙을 적용하여 위헌을 결정하는 경우에는 성별·종교·사회적 신분을 열거규정으로 보는가 아니면 예시규정으로 보는가는 중요한 의미를 갖는다고 할 것이다. 따라서 이하에서는 성별·종교·사회적 신분을 이유로 하는 차별에 대하여 어떠한 심사기준을 적용하고 있는지를 검토하고자 한다.

21) 헌판집 7-1, 222, 235f.

22) 합리성심사는 입법목적과 달성수단의 양 측면의 합리성을 요구하고 있다(헌판집 10-1, 141, 150).

23) 헌판집 7-1, 722, 750

IV. 차별금지사유와 평등심사의 기준

1. 헌법상 차별금지사유와 평등심사의 기준

헌법재판소는 평등원칙의 심사기준으로 자의금지의 원칙²⁴⁾²⁵⁾과 합리성 심사기준²⁶⁾²⁷⁾ 그리고 경우에 따라서는 엄격심사기준²⁸⁾²⁹⁾을 적용하여 왔

-
- 24) 입법에 의한 규정자체가 합리적인 근거를 갖지 못하거나 그와 관련된 법률효과와 전혀 일치될 수 없는 경우, 또는 법규범의 결정과 그 법규범으로 추구하고자 하는 목적 사이에 아무런 내적인 관련을 갖지 못한 경우에 자의성이 인정된다(이상현, 헌법상 평등보호조항에 관한 사법심사의 기준, 헌법학연구 3(1997), 527쪽 참조).
- 25) 국제그룹해체지시에 대한 헌법소원심판에서 “법률상 근거없는 이 사건 공권력의 행사는 법치국가적 절차를 어긴 것이며, 또 법률상 무권한의 자의적인 공권력의 행사였다는 점에서 헌법 제11조 소정의 평등의 원칙의 파생인 자의금지원칙도 위반한 것이다.” 이 밖에도 해직공무원의보상등에관한특별조치법 제2조 5항 단서에 대한 헌법소원심판(헌판집 5-2, 622, 644f.), 사법서사법 제4조 제1항 제1호에 관한 헌법소원사건(헌판집 1, 9, 22), 교통사고처리특례법 제4조 등에 대한 헌법소원심판(헌판집 9-1, 90), 국제기본법 제35조 제1항 제3호에 대한 헌법소원(헌판집 2, 245, 255), 불기소처분에 대한 헌법소원심판(헌판집 1, 31, 37; 8-1, 273, 286), 공직선거및선거부정방지법 제56조 위헌확인심판(헌판집 8-2, 167, 178), 상법 제41조 제1항의 위헌재심심판(헌판집 8-2, 228, 234)등에서 평등원칙의 위반 여부를 자의금지의 원칙을 적용하여 심판하였다.
- 26) 어떠한 속성의 집단을 입법의 목적에 비추어 동일한 상황과 특성을 가지고 있는 것으로 구별함에 있어서 합리성이 존재하여야 한다는 것으로, 합리성의 판단은 사법의 목적보다는 입법에서 의도한 방법에 달려있고 그 방법인 입법상의 차별이 입법목적에 합리적으로 관련되어야 함을 의미한다.(이상현, 528쪽)
- 27) 민사소송 등 인지법 제1조 의 헌법소원결정에서 “민사소송 등 인지법 제1조가 소장에 따라 미리 일정액의 인지를 첨부하도록 규정하였다 할 지라도 소송구조제도가 마련되어 있는 현행 민사소송법 제하에서, 이를 자력이 부족한 당사자에 대하여 소송의 기회를 제대로 이용할 수 없을 정도로 어렵게 하거나 차단하는 규정이라고 할 수 없으므로, 그들의 재판청구권이 침해되거나 불합리한 차별을 받고 있다고 할 수 없다.”라고 판시함으로써 합리성 기준을 따르고 있다(헌판집 8-2, 46, 56). 이밖에도 소송촉진등에관한특례법 제6조 제1항 단서부분에 대한 위헌심판사건(헌판집 1, 1, 4), 교통사고신고의무를 규정한 도로교통법 제50조 제2항 및 제111조 제3호에 대한 위헌심판사건(헌판집 2, 222, 236), 주세법 제38조의 7 및 제18조 제1항 제9호에 관한 위헌심판사건(헌판집 8-2, 680, 702)도 그러하고, 특히 이제까지 헌법재판소는 일반적으로 이 기준을 적용하여 성별, 종교, 인종 등에 관한 사항과 교육이나 선거 등의 경우에도 광범위하게 이 기준을 적용하여 왔다(이상현, 529쪽).
- 28) 특히 사회적 신분과 관련하여 변호사나 전과자, 정부투자기관의 직원 등은 사회적 신분에 해당한다고 하면서도 동시에 이러한 이유에 의한 차별이 인간의 존엄성 존중이라는 헌법원리에 반하지 아니 하면서 정당한 입법목적 달성을 위하여 필요하고도 적정한가를 기준(엄격심사기준)으로 판단하여야 한다고 결정하였다(헌판집 2, 288, 295; 7-1, 222, 236; 7-1, 722, 750).
- 29) 헌법재판소는 형소법 제331조에 의한 위헌법률심판사건(헌판집 4, 853, 878), 상속세법 제9조 제2항 본문에 대한 헌법소원심판사건(헌판집 4, 890, 903), 변호사법 제10조 제2항과 제3항에 대한 위헌법률심판사건(헌판집 1, 329, 340f.)과 국제기본법 제35조 제1항 제3호위헌심판사건(헌판집 2, 245, 260), 풍속영업의 규제에 관한법률 제3조 제5호 등 위헌확인심판(헌판집 8-1, 126, 144), 지방세법 제138조 제1항 3호의 헌법소원심판(헌판집 8-1, 199, 206)에서 비례원칙과 이익

다. 그러나 헌법재판소는 자의금지원칙이나 과잉금지원칙을 무분별하게 필요에 따라 아무런 기준이나 부연설명없이 사용하여 왔다. 아울러 사안에 따라 통제수단으로서의 합리성 기준을 강하게³⁰⁾ 또는 약하게³¹⁾ 함으로써 어떠한 경우에 자의금지원칙이 적용되고 어떠한 경우에 과잉금지원칙이 적용되는지가 불명확하였을 뿐 아니라, 합리성 기준도 사안에 따라 달리 제시되어 심사기준으로서의 예측가능성이 문제가 제기되어 왔다.³²⁾³³⁾

그러나 헌법재판소는 제대군인가산점제도 위헌결정에서 - 미국³⁴⁾과 독일³⁵⁾의 경향을 수용하여 - 평등심사기준을 자의금지원칙과 비례원칙으로 구분하고 있다. 즉, 헌법재판소가 평등위반 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 인

형량심사를 적용하였으나 그 구체적 기준을 제시하지 않았다.

30) 비례원칙의 핵심이라고 할 수 있는 피해의 최소성심사와 법익균형성 심사를 하는 경우를 말한다.

31) 차별목적의 정당성과 수단의 적정성만을 심사하는 경우를 말한다.

32) 헌판집 1, 48, 54; 2, 132, 143/153; 2, 222, 236; 2, 332, 342; 3, 63, 81; 3, 268, 279; 4, 114, 122; 7-1, 722, 749 참조

33) 김현철, 129쪽

34) 연방대법원은 인종이나 국적 또는 종교를 이유로 하는 차별은 일단 의심스러운 차별로서 이런 차별은 엄격한 심사를 거쳐 위헌여부가 결정된다고 본다. 여기서 엄격한 심사는 불가피한 주의 이익을 위하여 그러한 차별이 부득이 요청되는 경우를 의미한다. 이 기준은 피해의 최소성 원칙과 법익균형성 원칙을 강조한다. 즉, 그 차별의 수단이 다른 방법으로서는 동일한 목적을 합리적으로 실현할 수 없을 정도로 필수적이어야 하고, 그 차별목적이 정당할 뿐 아니라 아주 중요하고 불가결한 경우를 의미한다. 이 밖에도 투표권, 항소권, 주간통행권, 언론·집회·결사의 자유와 같은 기본적 권리침해가 문제되는 경우에 엄격한 심사기준이 적용되어야 한다고 보고 있다(안경환, 평등권 - 미국헌법을 중심으로, 「기본권의 개념과 범위에 관한 연구」, 헌법재판연구 6(1995), 헌법재판소, 46쪽 이하 참조).

35) 독일연방헌법재판소는 특정 인적 집단을 차별하거나(인적차별), 행위관련적 차별(사항적 차별)의 경우에 그 구속의 정도는 당사자가 어느 정도로 자신의 행동을 통하여 그 차별표지의 실현에 영향을 미칠 수 있는가에 따라서 좌우된다. ... 더 나아가 사람이나 사물에 대한 불평등대우가 기본권으로 보호된 자유의 행사에 불리한 영향을 미칠 수 있는 정도가 크면 클수록, 입법자의 형성의 여지에 대해서는 그 만큼 더 좁은 한계가 설정된다고 판시하면서(BVerfGE 52, 72, 88ff.; 88, 87, 96f.), 인적차별과 관련되거나 기본권의 향유에 불리한 영향을 미치는 경우에는 차별금지사유에 해당되지 않는다 하더라도 불평등취급을 정당화할 수 있는 근거가 존재하는지를 엄격심사하고, 인간의 생활관계나 행위에 따른 차별(사항적 차별)의 경우에는 - 자신의 주관적 노력에 의한 극복가능성에 따라 달라지긴 하지만 - 자의금지원칙을 적용한다고 결정하였다.(Jarass/Piero, GG, Art. 3, Rn. 77f.; Maunz/Dürig, GG Komm. Art. 3, Rn. 6. 김현철, 111쪽 이하 참조). 헌법재판소는 엄격심사를 과잉금지원칙 내지 비례원칙을 의미하면서(Jarass/Piero, Rn. 78, S. 127), 동시에 사안의 특성에 따라 자의금지의 원칙에 요구되는 근거와 정도를 달리 이해하고 있다(BVerfGE 75, 108; 78, 249).

정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지게 될 것이다. 먼저 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우에 엄격한 심사척도가 적용될 수 있다. 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니되는 기준을 제시하거나, 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있다면 그러한 기준을 근거로 한 차별이나 그러한 영역에서의 차별에 대하여 엄격하게 심사하는 것이 정당화된다. 다음으로 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것이다.(...) 엄격한 심사를 한다는 것은 자의금지원칙에 따른 심사, 즉 합리적 이유의 유무를 심사하는 것에 그치지 아니하고 비례성원칙에 따른 심사, 즉 차별취급의 목적과 수단간의 엄격한 비례관계가 성립되는지를 기준으로 한 심사를 행함을 의미한다고 결정하였다.³⁶⁾³⁷⁾ 헌법이 특히 금지하고 있는 사항과 기본권 침해의 중대성에 비추어 입법자의 형성의 자유를 제한하는 경우에는 엄격심사기준을 적용한다. 그 밖의 경우에는 합리성 기준을 사안의 특성에 따라 - 차별의 태양과 정도에 따라 - 통제의 강도를 달리하면서 적용하여야 한다고 파악하고 있다.³⁸⁾

36) 1999. 12. 23. 98헌마363. 헌판집 11-2, 771, 787 - 제대군인가산점제도; 12-2, 167, 180f. - 부계혈통주의; 13-1, 2001. 2. 22. 2000헌마25, 헌판집 13-1, 386, 403 - 국가유공자가산점제도; 2001. 6. 28. 2002헌마132, 헌판집 13-1, 1441, 1464 - 백화점셔틀버스운행

37) 특히 국가유공자등예우및지원에관한법률 제34조 제1항 위헌확인사건에서 심사의 기준을 다음과 같이 자세히 설명하고 있다. 평등권의 침해 여부에 대한 심사는 그 심사기준에 따라 자의금지원칙에 의한 심사와 비례의 원칙에 의한 심사로 크게 나누어 볼 수 있다. 자의심사의 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 존부문제가 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 심사한다(헌판집 13-1, 386, 403). 즉, 헌법재판소는 이 결정에서 자의심사는 입법목적의 정당성과 수단의 적격성을 중시하고 비례심사는 피해의 최소성이나 법익균형성의 원칙을 중시한다는 것을 적시하고 있다고 하겠다.

38) 제대군인가산점제도에 관한 헌법재판소 결정은 심사기준의 포섭대상과 방식에 대한 예측가능성이 아직은 불명확하지만 - 헌법재판소의 결정을 통하여 점차로 명확하여 질 것으로 한다면 - 심판기준의 다양성을 확보하고 또 이를 더욱 강화하고 있다는 점에서 헌법재판소가 평등심사기준을 보다 명확하게 설정하고 있음은 입법자에 대하여 보다 넓은 형성의 자유를 인정하는 경우와 보다 좁은 형성의 자유를 인정하는 경우를 명백히 함으로써 입법부의 평등권 통제를 예측가능하게 할 수

제대군인가산점제도에 관한 헌법재판소 결정에 따른다면 사회적 신분의 범위에 해당되는 경우에는 그 심사기준은 비례의 원칙을 내용으로 하는 엄격심사기준이 적용될 것이다. 따라서 사회적 신분의 범위를 폭넓게 보는 것은 엄격심사기준의 확대를 의미하므로 이를 제한적으로 해석할 필요가 있다. 따라서 ‘사회적 신분’의 범위는 성별이나 종교에 버금가는 유형으로 한정하여야 할 것이기 때문에 사회적 신분의 범위를 제한적으로 보는 것이 타당하다고 하겠다. 따라서 제11조 제1항 제2문이 적용되는 경우를 성별·종교·사회적 신분으로 한정한다면 성별이나 종교와 같은 특징을 가지는 언어, 인종, 출신지역, 신체적 장애 등은 사회적 신분의 범주에, 정치적 신념이나 세계관 등은 종교의 범주에 포함되어 질 수 있다고 보겠다. 그 밖의 사유의 경우에는 헌법 제11조 제1항 제1문이 적용된다고 보아야 할 것이다. 이 경우 헌법 제11조 제1항 제1문의 일반적 평등원칙을 적용한다고 하더라도 기본권에 대한 중대한 침해가 있는 경우에는 제2문과 같은 효과와 실효성을 가지는 엄격심사기준이 적용된다.³⁹⁾ 이런 점에서 성별·종교·사회적 신분 외에 출신지역을 차별금지사유로 적시하면서 그것을 이유로 하는 차별에 대하여 엄격심사기준(비례의 원칙 내지 과잉금지의 원칙)을 적용하고 있는 헌법재판소결정⁴⁰⁾ 및 독일 기본법 제3조 제3항의 차별금지사유(성별, 가문, 종족, 언어, 고향과 출신, 신앙, 종교적 또는 정치적 견해 및 장애)를 열거규정으로 보고 있는 독일의 학설과 판례는 우리에게도 시사하는 바가 크다고 하겠다.⁴¹⁾⁴²⁾

있다는 점에 그 의미가 크다고 하겠다.

39) 계획열, 215쪽

40) 헌판집 13-1, 386, 412

41) M. Sachs, Besondere Gleichheitsgarantie, in: Isensee/Kirchhof, HdSR, Bd. V, 1992, §126, Rn. 40

42) 혼인외의 자녀의 경우에도 개별적 평등권에 속한다고 할 것이다(BVerfGE 8, 210, 216f. 22, 163,

2. 국가인권법상 차별금지사유와 심사기준

인권법 제30조 제2항은 차별금지사항으로서 성별, 종교, 장애, 나이, 사회적 신분, 출신지역, 출신국가, 출신민족, 용모 등 신체조건, 혼인여부, 임신 또는 출산, 가족상황, 인종, 피부색, 사상 또는 정치적 의견, 형의 효력이 실효된 전과, 성적(性的) 지향, 병력(病歷)을 적시하고 있다. 인권법상 차별금지사유는 헌법 제11조 제1항 제2문의 차별금지사유와는 달리, 제2문은 물론 제1문의 경우까지 포함하는 것으로 해석하여야 할 것이다. 왜냐하면 인권법 제30조 제2항의 구조는 헌법 제11조 제1항과 같은 이중적 구조를 가지고 있지 못하기 때문에 모든 평등권 침해를 규율하려는 취지라고 한다면⁴³⁾, 인권법상의 차별금지조항은 헌법 제11조 제1항 제2문만을 포함하는 것으로 부족하고 제11조 제1항 제1문도 포섭하는 것으로 해석되어야 한다. 이런 점에서 인권법 제30조 제2항은 헌법 제11조 제1항 제2문에 규정되지 않는 차별금지사유가 예시되어 있다고 해야 할 것이다. 아울러 인권법 제30조 제2항은 헌법 제11조 제1항 제2문과는 달리 평등의 심사기준과는 무관한 규정이라 하겠다. 따라서 인권법상 차별금지사유는 헌법 제11조 제1항 제1문과 제2문 뿐 아니라 헌법 및 법률, 국제인권규약이나 국제관습법을 위반할 가능성이 있는 모든 차별금지사유를 포괄하는 개념으로 이해하여야 할 것이다.

172; 58, 377, 389; 84, 168, 184f.).

43) 인권법 제1조에 규정된 인권법의 목적이나 제2조에 규정된 인권의 정의를 검토할 때 당연히 이런 해석을 하여야 할 것이다.

따라서 인권법 제30조 제2항의 사회적 신분의 범위를 - 법률용어의 통일을 위하여 - 헌법 제11조 제1항 제2문의 사회적 신분에 준하여 해석하려고 한다면 인권법 제30조 제2항의 사회적 신분의 범위를 축소하고 18개 차별금지사항을 예시규정으로 보아야 할 것이다. 그러나 현재의 관행처럼 인권법 제30조 제2항의 18개 차별사유 유형 중 비교적 명백히 구별되는 17개의 차별사유에 해당하지 않는 나머지를 모두 사회적 신분에 의한 차별로 포섭하려 한다면 인권법 제30조 제2항을 열거규정으로 보면서 동시에 헌법 제11조 제1항 제2문과 달리 사회적 신분의 범위를 확대해석하여야 할 것으로 보인다. 이렇게 본다면 학위·학력(외국치대졸업생, 고등공민학교, 원격대학졸업생, 독학사 등), 직업(기간제교사, 간병인, 보험설계사 등), 생활수준(의료보호대상자), 기타(공무원임용결격자, 노조원, 신용거래불량자, 훈련생인 감호소수용자 등) 등은 인권법 제30조 제2항의 사회적 신분에 해당된다고 하여야 할 것이다. 그러나 이와 같은 해석론은 모든 유형의 차별행위를 사회적 신분에 의한 차별로 보게 되어 종교에서는 신자와 비신자, 나이에서는 노인과 청년, 청년이라는 지표들도 사회적 신분의 범주에 포섭될 수 있다는 것이다. 그러나 이는 사회적 신분의 범위를 확대하기 때문에 발생하는 문제라기보다 근본적인 것은 인권법 제30조 제1항 1호에서 위원회의 조사대상을 헌법 제10조 내지 제22조에 한정하고, 동법 제1항 2호에서 법인, 단체 또는 사인(私人)에 의한 인권침해 중 평등권침해의 경우만을 대상으로 하고 있기 때문에 발생하는 것이다. 이를테면 법규정의 불충분으로 거의 모든 인권침해 문제를 평등권 위반으로 보호할 수밖에 없기 때문에 나타나는 현상인 것이다.

따라서 입법론적인 관점에서 인권법 제30조 제1항 제1호에 규정된 ‘헌법 제10조 내지 제22조’를 확대하는 방향으로 개정해야하며, 아울러 동법 제1

항 제2호에 규정된 법인, 단체 또는 사인(私人)에 의하여 ‘평등권침해의 차별행위를 당한 경우’를 ‘인권침해를 당한 경우’로 개정할 필요성이 있다. 이렇게되면 현재와 같이 거의 모든 인권침해행위를 평등권침해로 다룰 필요가 없게 되며, 인권법 제30조 제2항의 차별금지사유에 해당되지 않는다 하더라도 다른 기본권 침해를 이유로 권리구제가 가능하다고 할 것이다. 또한 동조항의 차별금지사유에 ‘기타’ 항목을 추가한다면 비교적 내용이 명백한 17개 차별금지사유에 해당되지 않는 모든 경우를 ‘사회적 신분’에 포함시켜야 하는 부담이 줄어들게 될 것이다.

V. 맺는 말: 기본권 침해의 양면성

미수복지 등에서 귀순한 의약업자의 자격부여에 제한을 가하는 것과 관련하여 직업의 자유를 주장할 수 없는 경우에는 평등권 침해를 주장할 수 있고,⁴⁴⁾ 자력없는 항고권자에게 과도한 경제적 부담을 지게 하는 것에 대하여 **재판청구권 침해**를 주장할 수 없다면 평등권 침해를 주장하게 되며,⁴⁵⁾ 세무사자격과 관련하여 5급이상 공무원과 6급이하의 공무원을 차별하는 경우에 평등권침해 뿐만 아니라 **직업선택의 자유** 침해를 주장할 수도 있다.⁴⁶⁾ 그리고 국가에 대하여만 가집행의 선고를 붙일 수 없도록 예외규정을 둔 경우에 평등권 침해는 물론 **재산권과 신속한 재판을 받을 권리**의 침해를 동시에 주장할 수 있으며,⁴⁷⁾ 국가 등의 양로시설에 입소하는 국가유공자에게

44) 헌판집 10-1, 131, 137

45) 헌판집 1, 48, 58

46) 헌판집 12-1, 495, 502

47) 헌판집 1, 1, 2

기본연금만을 지불하고 부가연금, 생활조정수당 등의 지급을 정지하도록 한 법률은 재산권 침해를 주장할 수 없다면 평등권 침해를 주장할 수 있고,⁴⁸⁾ 노래연습장에 18세미만자의 출입을 금지한 규정과 관련하여 행복추구권(일반적 행동자유권)과 평등권 침해를 주장하거나,⁴⁹⁾ 입후보자의 방송연설을 위한 방송연설매체를 제한한 법률규정과 관련하여 정치적 표현의 자유 침해와 평등권 침해를 주장할 수 있다.⁵⁰⁾ 또한 특수목적고등학교 재학생의 대입전형을 위한 내신방법을 변경한 것은 교육의 기회균등원칙이나 평등권 침해를 주장할 수 있고,⁵¹⁾ 거주지를 기준으로 중·고등학교 입학에 제한하는 규정과 관련하여 거주이전의 자유 침해 아니면 평등권 침해를 주장할 수 있다.⁵²⁾ 위에서 예를 든 것처럼 기본권 침해는 1차적으로 개별기본권 침해를 수반하나 동시에 평등권과 개별기본권이 침해되는 양면성을 가진다. 따라서 인권보호규정이 미비되거나 불충분한 경우 거의 모든 인권침해 문제를 평등권 규정을 통하여 구제하려고 시도하게 된다. 이 점은 직업선택의 자유⁵³⁾, 교육의 기회균등원칙⁵⁴⁾, 사생활의 비밀과 자유⁵⁵⁾, 일반적 행동자유권⁵⁶⁾, 사회적 기본권 등⁵⁷⁾에 관한 규정이 없는 미국연방대법원의 실무에서 더욱

48) 헌판집 12-1, 622

49) 헌판집 8-1, 127, 138f.; 5-1, 365, 372/377

50) 헌판집 11-1, 839, 846

51) 헌판집 8-1, 433, 434

52) 헌판집 7-1, 267, 279

53) 국내에 거주하는 외국인에게 변호사자격시험을 부여하지 않는 것은 평등보호조항위반이다. In re Griffiths, 413 U.S. 717(1973).

54) 공립학교에서의 흑백인 분리교육은 위헌이다(Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483(1954).

55) 흑인과 백인의 사통을 금지한 Florida 주법은 평등권보호조항 위반이다(McLaughlin v. Florida, 379 U.S. 184(1964).

56) 이혼소송에 관한 법원수수료와 비용이 없다는 이유로 법원에서 이혼소송접수가 거부당함은 위헌이다(Boddie v. Connecticut, 401 U.S. 371(1971).

57) 과부와 홀아비 사이에 사회보장금 지급에 차이를 둔 위헌이다(Weinberger v. Wiesenfeld, 420 U.S. 636(1975). 사회보장법에 실직수당지급에 부와 모간에 차등을 둔 위헌이다(Califano v. Westcott, 443 U.S. 76(1979). 영주권자 또는 5년이상 거주자가 아닌 외국인에게 의료보험혜택을 주지 않음은 위헌이다(Mattews v. Diaz, 426 U.S. 67(1976). 불법입국한 외국인의 자녀들의 교육에 주

명백하게 나타난다. 현행 인권법 제30조 제1항 제1호가 모든 인권침해 행위를 규정하지 않고서 헌법 제10조 내지 제22조에 보장된 인권을 침해당한 경우에 한하여 위원회의 조사대상으로 삼고 있기 때문에 그 밖의 기본권 침해에 대한 권리구제는 헌법 제11조의 평등원칙의 임무로 나타나게 되며, 인권법 제1항 제2호에서 법인, 단체, 사인에 의하여 인권이 침해된 경우를 위원회의 조사대상에 모두 포함시키지 못하고 평등권 침해의 경우에 한정하고 있기 때문에 이미 설명한 바와 같이 평등권을 통한 우회적인 방법으로 사인에 의한 기본적 인권침해행위를 구제하려고 시도하게 된다.

공금의 사용을 금지하거나 또는 입학을 금지함은 수정헌법 제14조의 평등보호조항위반이다(Plyer v. Doe, 457 U.S. 202(1982)).

국가인권위원회법 제30조 제2항 해석상의 한 문제

- 평등권침해사유 18가지는 열거된 것인가, 예시된 것인가 -

宋 基 春 *

I. 시작하며

국가의 모든 법령은 헌법을 정점으로 상하의 위계 또는 상호 긴밀한 유기적 관계를 형성하고 있다. 국가인권위원회법¹⁾은 “모든 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 보호하고 그 수준을 향상시킴으로써 인간으로서의 존엄과 가치를 구현하고 민주적 기본질서의 확립에 이바지함을 목적”(제1조)으로 제정된 법률로서 다른 헌법부속법령과 함께 헌법상의 기본권을 구체화하고 이를 보다 강력하게 보장하고자 한 규범으로 평가할 수 있다. 이러한 국가인권위원회법의 제정은 국가의 기본권보장의무의 이행이며 대한민국을 인권존중국가로 바꿔놓으려는 “강력한 인권상황 개선의지의 표명”²⁾이라고 할 수 있을 것이다.

이 법에서 보장하고자 하는 인권은 “헌법 및 법률에서 보장하거나 대한민국이 가입·비준한 국제인권조약 및 국제관습법에서 인정하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유와 권리”(같은 법 제2조 제1호)로서 ‘인간으로서의 존

* 경남대 법행정학부 조교수.

1) 2001. 5. 24. 제정, 법률 제6481호.

2) 박노현, 인권법 제정과 국가인권기구 설립:의미, 성격, 과정, 내용, 『인권법 제정과 국가인권기구설치의 바람직한 방향』, 민주주의법학연구회 1998. 9. 25. 자 발표문, 1면.

업과 가치 및 자유와 권리'를 국가내적뿐 아니라 국제적으로도 이해함으로써 종래 대국가적 방어권을 그 본질적인 내용으로 하는 기본권과는 출발점을 달리 함으로써 지금까지의 기본권에 관한 헌법학이론에 일정한 변화를 요청하는 것으로 판단된다. 지금까지 헌법학의 일반적 경향이 대국가적 기본권을 바탕으로 하였다면, 전국가적이고 어떠한 존재에 의해서도 불가침인 기본적 인권을 헌법학이론의 출발점으로 삼는 데 일정한 영향을 미칠 수 있을 것으로 보인다.³⁾

국가인권위원회법은 이제 제정된 지 한 해를 겨우 넘겼을 뿐이지만, 이 법상의 “인권”(법 제2조 제1호)의 개념 등 조문의 해석과 관련하여 여러 가지 문제가 제기되고 있다. 특히 국가인권위원회의 권한범위(법 제19조)의 문제로서 “인권을 침해당한 사람 또는 그 사실을 알고 있는 사람이나 단체”가 제기하는 진정에 대한 조사권의 행사와 관련하여 그 대상을 확정하는 것은 그 대표적인 경우이다. “국가기관, 지방자치단체 또는 구급·보호시설의 업무수행(국회의 입법 및 법원·헌법재판소의 재판을 제외한다)과 관련하여”라는 문구가 국가기관 또는 지방자치단체의 고유의 업무만 포함하는지, 아니면 “업무수행과 관련하여”라고 규정하고 있기 때문에 보다 넓게 해석될 수 있는지도 논란이 될 수 있다.⁴⁾

3) 예를 들어, 종래 헌법학에서는 헌법상 규정된 기본적 인권을 기본권으로 지칭하면서 그 본래적인 성격을 대국가적인 것으로 파악해 오고 있다. 물론 현대 세계에서 거대 사정부의 등장과 함께 사인에 의한 기본권침해문제에 관하여 기본권의 효력을 사인관계에까지 확장하려는 이론적 노력을 하고 있으나 기본권의 일차적인 성격은 대국가적 방어권에 초점이 맞춰져 있다. 헌법상 기본적 인권이 전국가적이라 하고, ‘불가침’이라고 하고 반드시 대국가적 권리로 축소되어야 할 이유가 없음에도 지금까지의 기본권론은 대국가적 방어권에 집착하고 있다. 헌법재판소법 제68조 제1에서도 이러한 기본권이론에 기초하여 헌법소원의 대상을 “공권력”의 행사 또는 불행사로 인한 기본권침해에 국한시키고 있다. 이에 관한 논의는 오늘의 토론과는 좀 거리가 있는 주제이기 때문에 더 이상의 논의는 피한다.

4) 예를 들어, 국가 또는 지방자치단체의 투자기관 문제이다. 이와 관련해서는 미국의 주의 행위이론(state-action-theory)이 참고가 될 수 있을 것으로 생각된다.

이와 함께 많은 논의가 필요한 부분이 바로 오늘 토론회의 주제인 “사회적 신분”의 개념의 문제이다. 그리고 사회적 신분의 해석문제는 그 다른 면으로 제30조 제2항에 규정된 18가지의 차별금지사유가 예시적인가, 열거적인가라는 문제가 된다.

이하에서는 국가인권위원회법(이하 “법”이라 한다) 제30조 제2항에 규정된 18가지의 차별금지사유가 열거적인지, 예시적인지의 문제를 중심으로 논의를 진행하고자 한다. 하지만 이 문제는 사회적 신분에 관한 논의와 밀접하게 관련되어 있으므로 오늘의 다른 발표자의 담당부분과 가능한 한 중복을 피하여 최소한의 내용을 언급하면서 같은 부분에 대한 해명작업을 수행하고자 한다.

II. 국가인권위원회법 제30조 제2항의 해석 - 열거조항? 예시조항?

1. 예시조항, 열거조항 여부에 관한 논의가 등장하는 배경

법 제30조 제2항에서는 평등권침해행위와 관련하여 매우 세분화된 사유를 규정하고 있다. “성별, 종교, 장애, 나이, 사회적 신분, 출신지역, 출신국가, 출신민족, 용모 등 신체조건, 혼인여부, 임신 또는 출산, 가족상황, 인종, 피부색, 사상 또는 정치적 의견, 형의 효력이 실효된 전과, 성적 지향, 병력” 등 18 가지에 이른다.⁵⁾ 이들 사유는 헌법상 평등권침해사유로 헌법

5) 차별행위 진정사건 차별사유별 현황(2001. 11월-2002. 9. 30.)

단위 : 건

구분	사회적 신분	장애	출신 국가	사상·정치적 의견	성별	병력	전과	종교	나이	인종	출신 지역	성적 지향	가족 상황	신체 조건	기타
접수건수	133	36	30	19	9	9	8	4	4	3	2	2	1	1	3
구성비	100	27.1	22.6	14.3	6.8	6.8	6.0	3.0	3.0	2.3	1.4	1.4	0.8	0.8	2.3

제11조 제1항 후문에 규정된 “성별, 종교 또는 사회적 신분”을 매우 구체적으로 규정한 것이라 할 수 있다.

하지만 정치, 경제, 사회, 문화의 영역에 걸쳐 발생하는 사건들은 예견치 못한 것들도 다수 나타난다. 예견치 못한 사건은 매우 다양한 내용을 포함하고 있으며 국가인권위원회의 실무상 대부분 ‘사회적 신분’에 의한 차별로 분류된다. 예를 들어, 학위·학력과 관련하여 외국치의과대학졸업자, 고등공민학교 졸업자, 원격대학졸업자, 독학사 등이, 직업과 관련하여 기간제교사, 간병인, 보험설계사 등이, 생활수준과 관련하여 의료보험대상자 등과 그밖에도 공무원임용결격자, 노조원, 신용거래불량자, 감호소 훈련생 등이 문제되고 있다. 더구나 국가기관의 일간지 광고게재와 관련하여 광고를 게재하지 않은 신문사가 평등권침해를 주장하거나 대학에서의 부당한 학점처리 등에 관한 진정도 접수된 사례도 있다. 국가기관의 업무처리와 관련하여 친분관계가 있는 특정인에 대해서는 매우 신속하게 처리하는 한편 진정인에 대해서는 매우 느리게 업무를 처리할 경우, 법원의 재판에서 변호인 선임사건을 당사자소송사건보다 먼저 심리하는 경우에도 차별대우를 받았다고 주장하며 진정할 가능성도 있다.

이러한 진정과 관련하여 국가인권위원회의 진정사건 접수 및 처리와 관련하여 문제점이 발생한다는 것이다. 첫째, 국가인권위원회는 ‘사회적 신분에 의한 차별’을 다루면서 후천적 신분설과 헌법재판소의 입장을 받아들이면서도 ‘사회적 신분’이라는 말에서 ‘사회적’이라는 단어에 중점을 두게 됨으로써 ‘사회적 신분에 의한 차별’은 곧 ‘사회적 차별’로 환원되는 결과를 가져오게 되고, 그 결과 사회생활 영역에서 일어나게 되는 모든 유형의 차별행위를 ‘사회적 신분에 의한 차별’로 보게 되고 이 경우 국가인권위원회법 제

(국가인권위원회 통계자료에서 인용)

30조 제2항에서 정한 18개 차별사유 모두가 경우에 따라서는 '성별'에서는 남자와 여자라는 사회적 신분, '종교'에서는 신자와 비신자라는 사회적 신분, '장애'에서는 장애자와 비장애자라는 사회적 신분, '나이'에 대해서는 노인과 중년, 청년이라는 사회적 신분에 따른 것이라고 할 수도 있다는 등 모든 차별이 사회적 신분에 의한 차별로 환원될 문제점을 지적⁶⁾하고 있다. 둘째, 진정사건 처리과정에서도 위원회의 결정으로 시정권고 등의 의결을 해야 할 경우 그 의결서에 '사회적 신분'에 의한 차별로 인정하여 권고한다고 적시할 경우 차후 '사회적 신분'의 범위를 둘러싸고 논란 발생의 여지가 있으며, 차별행위로 인정하면서 제30조 제2항의 어느 한 사유를 반드시 적시하지 않으면 안된다는 점이 지적⁷⁾된다.

이러한 배경에서 제30조 제2항에 규정된 사유를 예시조항으로 보고 이들 사유 외에 별도로 기타 항목을 추가하여 처리하는 것이 바람직하다는 의견이 대두되고 있다는 것이다.⁸⁾

2. 법 제30조 제2항의 적용범위

법 제30조 제2항은 평등권침해의 차별행위에 대해 정의하고 있다. 이는 같은 조 제1항 제2호의 “법인 단체 또는 사인에 의하여 평등권침해의 차별행위를 당한 경우”의 ‘평등권침해의 차별행위’에 대한 정의로서의 성격을 가진다고 할 수 있다. 이 점은 제2항 각호에서 규정한 내용이 사인을 염두에 두고 있음을 볼 때도 그러하다. 이 점에서 엄격하게 해석하면 제2항은 같은 조 제1항 제2호에 국한하여 적용될 조문으로 사인에 의한 평등권침해에 한정되어 적용된다고 하겠다.

6) 국가인권위 차별일 07000-5333호의 첨부 문서 내용중.

7) 같은 공문.

8) 같은 공문 참조.

따라서 법인, 단체 또는 사인이 고용에서 또는 재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용에서 또는 교육시설이나 직업훈련기관의 이용에 있어서 합리적인 이유없이 성별, 종교, 장애, 나이, 사회적 신분, 출신지역, 출신국가, 출신민족, 용모 등 신체조건, 혼인여부, 임신 또는 출산, 가족상황, 인종, 피부색, 사상 또는 정치적 의견, 형의 효력이 실효된 전과, 성적(性的) 지향, 병력(病歷)을 이유로 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위는 평등권침해의 차별행위라고 할 수 있을 것이다.

국가기관, 지방자치단체 또는 구금·보호시설(이하에서는 “국가기관 등”이라 한다)의 업무수행의 경우에는 문언대로 엄격하게 해석하면 제2항의 구속을 받지 않을 것이지만, 위 국가기관 등의 업무수행과 관련하여 제11조 평등권 침해를 당한 경우 진정의 대상이 됨을 제1항 제1호에서 규정하고 있기 때문에 법 제30조 제2항의 정의는 제1항의 평등권침해를 이유로 한 진정에서 중요한 해석의 기준을 제공할 수 있다. 즉, 국가기관, 지방자치단체 또는 구금·보호시설의 업무수행과 관련하여 합리적인 이유없이 성별, 종교, 장애, 나이, 사회적 신분, 출신지역, 출신국가, 출신민족, 용모 등 신체조건, 혼인여부, 임신 또는 출산, 가족상황, 인종, 피부색, 사상 또는 정치적 의견, 형의 효력이 실효된 전과, 성적(性的) 지향, 병력(病歷)을 이유로 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위는 평등권침해를 구성한다고 할 수 있다. 하지만 이외에도 다른 방식의 평등권침해 가능성은 배제되지 않는다고 할 수 있다. 헌법상 합리적 이유없이 성별·종교 또는 사회적 신분에 의한 차별을 받을 경우 평등권침해를 구성하고 이들 사유는 예시적이라고 보는 것이 일반적⁹⁾이기 때문이다.

9) 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2002, 417-418면.

3. 법 제30조 제2항의 진정제기요건

법 제30조 제1항 제2호의 규정에서 평등권의 침해를 이유로 진정을 제기하기 위해서는 다음의 요건이 충족되어야 한다고 할 수 있다.

첫째, 차별을 당한 자 또는 그 사실을 알고 있는 사람이나 단체가 제기하여야 한다. 헌법소원에서와 같이 엄격한 자기관련성¹⁰⁾이 필요한 것은 아니다. 다만 피해자 아닌 자가 한 진정인 경우 피해자가 조사를 원하지 않는 것이 명백할 경우는 진정을 각하한다(법 제32조 제1항 3호).

둘째, 법인, 단체 또는 사인에 의한 행위여야 한다. 지방자치단체 역시 법인(지방자치법 제3조 제1항)이지만 법 제30조 제1항에서 별도로 규정하고 있기 때문에 여기서는 제외된다.

셋째, 고용(모집, 채용, 교육, 배치, 승진, 임금 및 임금 외의 금품 지급, 자금의 용자, 정년, 퇴직, 해고 등을 포함한다), 재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용, 교육시설이나 직업훈련기관의 이용에서의 행위여야 한다.

넷째, 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위에 관한 것이어야 한다. 다만, 다른 법률에서 특정한 사람(특정한 사람들의 집단을 포함한다)에 대한 우대를 차별행위의 범위에서 제외한 경우가 아니어야 한다.

진정인이 진정을 제기할 때 법 제30조 제2항에 규정된 사유 가운데 어떤 사유를 구체적으로 적시하는 것은 필요치 않을 것이다. 이 18가지 사유들은 평등권 침해의 차별인지 여부를 판단하면서 적시하여야 할 부분이라고 생각된다.

진정인은 자신이 주장한 사실에 대해 입증할 책임이 있다고 할 수 있지만

10) 정재황, 헌법재판개론, 박영사, 2001, 566면 이하; 정종섭, 헌법소송법, 박영사, 2002, 563면.

이는 소송법상의 증명 정도가 아니고 인권위원회의 조사권 발동에 필요한 소명 정도로 족하다고 할 것이다.

평등권침해의 차별행위가 성립하기 위해서는 위 요건 외에 규정된 18가지 사유에 의한 차별일 것, 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 것이 합리적 이유가 없을 것 등의 요건이 충족되어야 할 것이다.

4. 사인에 의한 평등권침해 사유로 규정된 법 제30조 제2항의 사회적 신분의 의미

(1) 법률해석의 원칙

법 제30조 제2항에 관한 해석에 앞서 법률해석의 일반적인 원칙에 대해 언급할 필요가 있다. 첫째, 명문규정의 문언에 충실하게 해석하여야 한다는 점이다. 모든 법해석의 출발은 문리해석이다. 이 점은 헌법이나 법률에서 역시 마찬가지이다. 둘째, 법제정자의 의도와 법제정시의 상황을 고려하여야 한다는 점이다. 셋째, 다른 법과의 관계를 고려하여야 한다는 점이다. 동일한 단어라도 법률의 구조와 내용에 따라 달리 해석될 수도 있다. 넷째, 헌법의 구체화법이라는 점에서 헌법상의 기본권을 보다 충실하게 보장하는 방향으로 해석되어야 한다는 점이다.

(2) 헌법상 ‘사회적 신분’의 개념

헌법 제11조 제1항 후문에서는 “성별, 종교 또는 사회적 신분”에 의한 차별을 금지하고 있다. 이 조항과 관련해서는 이를 예시규정으로 보는 것이 통설적인 입장¹¹⁾이다. 즉 헌법 제11조 제1항 후문은 전문의 “법 앞의 평등”의 내용을 예시한 것으로서 성별, 종교, 사회적 신분은 평등권 침해의 대표적 사유를 예시한 것이라는 입장이다. 따라서 성별, 종교, 사회적 신분

11) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2000, 372면.

외에 학력, 정치관, 건강, 연령 등 어떠한 사유로도 불합리한 차별이 금지된다¹²⁾는 것이다. 이 입장은 사회적 신분에 대해서 선천적 신분은 물론 후천적으로 취득한 신분도 포함된다(후천적 신분설)고 보며, 전과자, 귀화인, 사 용인, 노동자, 교원, 공무원, 직업상의 지위, 부자, 빈자, 농민, 어민, 상인, 학생 등이 포함된다¹³⁾고 한다. 헌법재판소의 판례¹⁴⁾도 마찬가지이다.

이에 대해서는 헌법 제11조 제1항 후문의 ‘성별, 종교, 사회적 신분’이 전문의 ‘법 앞의 평등’을 예시할 뿐이라고 보는 것은 헌법조항을 무의미하게 해석되게 하는 것¹⁵⁾이므로 옳지 않고, 후문은 전문의 특별규정으로서 전문이 평등심사의 원칙을 선언한 것이라면 후문은 다수결원리에 의하여 피해를 당할 수 있는 소수자를 보호하기 위하여 입법을 특별히 통제하는 특별 규정으로 이해하여 후문은 평등사상의 근원과 과거 역사적 경험에 비추어 열거사항에 관하여 특별한 차별을 경계하여 그 사항에 관하여는 불가피한 사정이 없는 한 차별하여서는 아니됨을 선언한 것이라¹⁶⁾는 주장이 있다. 이 견해는 성별, 종교 또는 사회적 신분 이외에 인종, 언어, 연령, 교육, 재산, 수입, 출신지역 등을 기준으로 한 차별이 헌법적 평등의 문제임을 부인 하는 것은 결코 아니다.¹⁷⁾ 이 주장에 따르면, 후문의 성별, 종교 또는 사회적 신분은 평등권침해 여부의 심사시 엄격한 심사의 대상이 되며, 사회적 신분의 개념에 대해서도 그것이 성별, 종교에 상응하는 정도의 의미를 가지

12) 김철수, 앞의 책, 418면.

13) 성낙인, 헌법학(제2판), 법문사, 2002, 317면.

14) 헌법재판소 1995. 2. 23. 선고, 93헌바43 결정. “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” 라고 규정하고 있는바 여기서 사회적 신분이란 사회에서 장기간 점하는 지위로서 일정한 사회적 평가를 수반하는 것을 의미한다 할 것이므로 전과자도 사회적 신분에 해당된다고 할 것이며 누범을 가중처벌하는 것이 전과자라는 사회적 신분을 이유로 차별대우를 하는 것이 되어 헌법상의 평등의 원칙에 위배되는 것이 아닌가 하는 의문이 생길 수 있으므로 ...”

15) 황도수, 헌법재판의 심사기준으로서의 평등, 서울대 법학박사학위논문, 1996. 8., 141-142면.

16) 황도수, 위 논문, 142면.

17) 같은 논문, 140면.

는 것이어야 하므로 “역사적 편견이 입증된 경우에 한정되”¹⁸⁾어야 하므로 인종이나 민족, 외국인, 사생아 등이 사회적 신분에 해당하며, 귀화인이나 전과자, 특정지역출신주민, 가난한 사람 등은 사회적 신분에 해당하지 않는다고 판단하고 있다.¹⁹⁾ 이러한 입장에 서 있는 헌법재판소 판례²⁰⁾도 보인다.

그러나 헌법 제11조 제1항 후문은 입법의 기준이 되고, 다른 법의 해석에도 지침의 역할을 하므로 반드시 이 조항을 헌법재판의 관점에서만 보아야 할 필요는 없으며, 성별, 종교, 사회적 신분 등 사유에 의한 기본권제한의 정도에 따라서 엄격한 심사와 관대한 심사를 달리할 수 있을 것이기 때문에 사회적 신분을 엄격한 심사의 대상이 되는 사항에만 한정할 것은 아니라고 생각된다. 특히, 성별, 종교는 비교적 그 개념이 명확한 반면, 사회적 신분은 성별이나 종교에 상응하는 정도의 사회적 차별관계를 가지는 것에 한정되므로 사회적 신분에 해당하느냐를 결정하는 문제가 평등권침해 여부를 결정하는 것과 혼동되는 문제도 발생한다고 생각된다. 성별, 종교에 기초한 차별은 엄격한 심사를 받지만 사회적 신분은 경우에 따라 엄격한 심사를 받기도 하고 관대한 심사를 받을 수 있다고 생각된다. 그러므로 헌법 제11조 제1항 후문은 예시규정으로 폭넓게 해석하는 통설의 입장이 옳다고 생각된다.

18) 황도수, 앞의 논문, 149면.

19) 위 논문, 147-155면.

20) 헌법재판소 전원재판부 1999. 12. 23.선고, 98헌마363 [위헌] 결정 【제대군인지원에관한법률 제 8조 제1항 등 위헌확인】 “평등위반 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지게 될 것이다. 먼저 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우 엄격한 심사척도가 적용될 수 있다. 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니되는 기준을 제시하거나 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있다면 그러한 기준을 근거로 한 차별이나 그러한 영역에서의 차별에 대하여 엄격하게 심사하는 것이 정당화된다. 다음으로 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것이다.”

(3) 법 제30조 제2항의 사회적 신분의 개념

법 제30조 제2항에 규정된 평등권침해 사유는 헌법상 평등권침해금지 사유인 성별, 종교, 사회적 신분과 기타 사유를 보다 구체화하여, 그 동안 문제가 되었고 또 앞으로 문제가 될 수 있는 사유를 망라하고 있다. 우리가 정치, 경제, 사회, 문화의 영역에서 겪을 수 있는 것을 대부분 규정하고 있기 때문에 이에 해당하지 않는 게 있을까 생각할 수도 있다. 제2항에 규정된 여러 사유가 대부분 명확하게 이해될 수 있는 반면에 문제는 사회적 신분의 개념이다. 이에 관한 논의는 다른 분의 발표에서 자세히 논의되었으나 18가지 사유가 예시조항인지, 열거조항인지의 논의에 필수적이므로 여기서는 간단히 발표자의 생각만을 정리하기로 한다.

법 제30조 제2항의 ‘사회적 신분’의 해석에는 우선 기준에 존재하는 헌법상의 같은 용어의 해석이 바탕이 되어야 한다고 생각된다. 종래의 헌법 제11조 해석의 통설적인 입장이라 할 수 있는 예시조항설은 사회적 신분을 “사회에서 장기간 점하는 지위로서 일정한 사회적 평가를 수반하는 것”을 의미²¹⁾한다고 보아 매우 넓게 이해하고 있으므로, 법 제30조 제2항의 각 사유는 지금까지 성별, 종교와 ‘사회적 신분’으로 문제가 되었고 또 문제가 될 가능성이 있는 사유를 구체적으로 규정한 것으로 보고 법 제30조 제2항의 ‘사회적 신분’이라는 개념은 개별사유로 구체화된 사유를 제외한 내용을 포함하는 개념으로 파악할 수 있을 것으로 생각된다.

반면 헌법 제11조 제1항 후문규정의 사회적 신분을 성별, 종교 등에 상응하는 사회적 억압과 관계 있는 것에 한정하고 헌법재판에서 엄격한 심사의 대상이 된다고 하는 열거조항설의 입장에서는 법 제30조 제2항의 ‘사회적 신분’ 역시 나머지 17가지 사유에 상응하는 정도의 내용을 가지는 것으로

21) 헌법재판소 전원재판부 1995. 2. 23.선고, 93헌바43결정 [각하] 【형법 제35조 등 위헌소원】

해석해야 할 것이기 때문에 헌법상의 개념보다는 매우 폭넓게 해석될 수 있을 것이다. 즉, 성별, 종교뿐 아니라 지금까지 불합리한 차별의 근거로 지적되어 왔고 또 지적될 수 있는 가능한 사유들이 규정된 것이고 ‘사회적 신분 역시’ 이러한 사유들에 상응하여 사회적 차별을 초래할 수 있는 일정한 사회적 평가를 수반하는 사회생활상의 지위라는 해석도 가능할 것으로 생각된다.

또한 비록 ‘사회적 신분’이라는 말이 사회생활에서 사람이 장기적으로 점하는 지위로서 일정한 사회적 평가를 수반하는 것을 뜻한다는 데 동의하고 사회적 신분에 의한 차별이 문제되는 경우는 대부분 이러한 장기간의 지위와 관련된 경우라고 하여도, 법 제30조 제2항의 해석에서 사회적 신분을 반드시 이에 국한할 것은 아니라고 생각된다. 사회적 신분이란 일상적인 언어개념이 아니라 불합리한 차별의 사유로 평등권침해 여부를 판단하는 데 작용하는 규범적인 개념이기 때문이다. 따라서 사회적 신분에서 요구하는 ‘장기간’은 순간적인 것은 물론 아니지만 적어도 사인에 의한 차별의 근거가 될 정도의 시간 동안 사회적 평가를 수반하는 기간으로도 족하다고 보아야 할 것으로 생각된다. 사회적 신분의 범위를 이 정도로 확장하여도 그것이 언어사용의 일반적 한계를 넘어서는 것은 아니라고 생각된다.

5. 예시조항, 열거조항 논란에 대하여

(1) 국가인권위원회의 내부견해

국가인권위원회의 진정사건처리실무에서는 현실적으로 조사단계에서 일응 불합리한 차별이 있었다고 판단됨에도 불구하고 18개 사유에 속하지 않는다는 이유로 진정을 각하하기 곤란하다는 점에서 제2항의 사유를 일단 예시조항으로 간주하여 상담센터의 진정접수단계에서 18개 차별사유 이외에

기타 항목을 추가하고, 사회적 신분의 범위를 축소하는 한편 18개 사유에 해당하지 않는 것은 기타 차별로 접수하는 것이 바람직하다는 의견이 제시되고 있다.²²⁾

(2) 예시규정으로 볼 수 있는가

사회적 신분을 엄격하게 해석한다면 이 사유로 포섭할 수 있는 경우는 제한적이고 규정된 18가지 사유에 해당하지 않으면서 결론적으로는 불합리한 차별로 평등권침해가 되는 사례를 예상할 수 있다.²³⁾ 이럴 경우 이 조항은 다음과 같은 이유로 예시조항으로 해석될 수는 있을 것으로 본다.

첫째, 헌법 제11조 제1항의 평등권침해사유는 예시규정으로 해석되고 있으며, 인권위원회법 제30조 제2항은 헌법 제11조 제1항보다 훨씬 구체화된 입법으로서 하위의 법령이 헌법적 보장보다 그 보장의 범위를 좁힐 수 없다는 것이다.

둘째, 법의 적용을 쉽게 하고 해석상의 논란을 막을 목적으로 법조문을 명확하고 구체적으로 만들수록 규정이 없는 경우 법적용의 대상이 되지 않는 등 허점도 많아질 수 있다. 만약 이를 열거규정으로 본다면 국민의 인권보장의 범위가 헌법적 보장보다 좁아질 수도 있을 것이다.

셋째, 법의 사유를 명시하는 것은 기존에 많이 발생하였고 논란의 여지가 있던 것을 조문화하는 것이므로 발생하리라고 예측할 수 없는 사항에 대해서는 이를 포괄할 수 있어야 한다.

넷째, 국가인권위원회법이 헌법과 인권관련법제, 조약 등을 망라한 일반법으로 제정되었으며, 이 법이 아니더라도 헌법 기타 헌법적 조약 등에 의해 보장되는 문제라는 점이다.

22) 앞의 인권위 공문 참조.

23) 사인에 의한 평등권침해와 관련된 사례가 매우 다양하게 나타나는 것은 국가인권위원회법상 사인에 의한 기본권적 법익의 침해에 구제를 구할 수 있는 길이 오로지 평등권침해의 차별행위로 구성하는 길밖에 없기 때문이라 생각된다.

다섯째, 예시조항으로 보는 것이 국가기관의 사인의 행위에 대한 조사의 대상범위를 지나치게 확장하는 것이 아닌가 하는 우려를 가질 수 있으나 이들 사유는 평등권침해를 결정할 경우 제시되는 근거이므로 사적 영역에 대한 부당한 국가개입을 초래하지는 않을 것이라는 것이다.

여섯째, 인권의 보장은 모든 생활영역에서 이뤄져야 할 것이라는 점이다.

(3) 예시조항으로 보는 것이 꼭 필요한가

위의 사유로 이 조항의 사유를 예시적인 것으로 볼 수는 있다 하여도 실무상 그렇게 처리하는 것이 바람직한 것은 아니라고 생각된다.

첫째, 법문의 해석은 법률문언에 충실하게 해석하는 것이 원칙이다. 제2항에서 사유를 규정하면서 이러한 사유 외의 다른 사유를 문언상 인정하지 않고 있다면 이는 열거된 것으로서 다른 사유는 없다고 보아야 할 것이다.

둘째, 특히 열거된 사유 가운데 다른 사유에 해당하지 않을 경우 일반적인 근거로 제시될 사유가 같이 규정된 경우는 특히 그렇다. 매우 광범위한 사회적 신분을 세분화하였어도 예견할 수 없는 사례는 결국 사회적 신분이 일반조항으로 기능하여 문제를 처리하게 될 것으로 생각된다. 특히 앞에서 본 바와 같이 사회적 신분을 사회적 평가가 충분히 이뤄질 정도의 시간 동안 가지는 사회생활상의 지위라고 넓게 정의한다면 가능한 사례는 사회적 신분에 의해 모두 포섭될 수 있을 것으로 생각된다. 이럴 경우 굳이 제2항이 예시조항인지, 열거조항인지에 대한 논란은 불필요할 것으로 생각된다.

셋째, 사회적 신분 등의 사유가 진정제기요건이 아니라 평등권침해성립의 요건이라고 한다면, 평등권침해가 성립한다고 볼 경우는 일반적으로 그것이 사회적 신분-특히 사회적 신분을 넓게 정의한다면-을 포함한 차별금지사유에 해당한다고 볼 수 있을 것이기 때문에 굳이 예시조항 여부가 논란거리가 될지는 의문이다. 특히 사인에 의한 평등권침해는 사인에게 사적자치권

이 있기 때문에 국가기관 등에 의한 경우보다 관대한 심사를 받아야 한다고 하면 더욱 그렇다. 예로 기타 사유에 의한 차별로 분류되어 있는 것과 같이, 대학교에서 학점을 부여하는 것도 교수의 자유로운 권한에 속하는 것으로서 불합리한 차별이 아니라고 한다면 이 사안에서도 굳이 사회적 신분이외에 기타 사유를 고려할 필요는 없으며, 국가기관의 일간지 광고게재시 특정일간지에 광고를 게재하지 않은 것이 평등권침해의 차별행위라 하여 진정한 경우²⁴⁾ 광고할 일간지를 선정하는 것은 광고효과, 비용 등을 고려하여 국가를 당사자로하는계약에 관한법률²⁵⁾ 등에 따라 한 것으로서 위법한 것이 아니라면 불합리한 차별이 아니고 따라서 기타 사유를 고려할 것이 아니기 때문이다. 만약 이 사례가 불합리한 평등권침해가 된다고 판단(앞에서 지적하였듯이 사인에 의한 평등권침해여부의 판단에는 사인이 가지는 사적자치권이 고려되어야 하므로 국가기관 등에 의한 평등권침해보다는 침해성립이 어렵다고 할 수 있다.)되는 경우라면, 좀 무리는 있지만 사회적 신분에 의한 차별이라고 판단해야 할 것으로 생각한다. 사회적 신분이란 일정한 사회적 평가를 수반하는 사회생활상의 지위로서 그 신분을 가진 자에게 고유한 것이기에 불리한 구별을 하는 주체와 특정한 관계에 있다 또는 그러한 관계가 없다는 것은 상대적인 것이지만 그 구별이 불합리한 차별을 결과한다면, 그 구별은 위에 말한 넓은 의미의 사회적 신분에 해당하는 것으로 볼 수 있을 것으로 생각된다.

이와 같이 가능하면 기타 사유를 인정하지 않고 사회적 신분을 일반조항으로 하여 문제를 처리하고자 하는 것은 국가인권위원회가 법률의 명문규정을 확장해석하여 권한범위를 확대하려 한다거나, 사인의 생활영역에 대한 국가개입을 강화하려 한다는 식의 비판을 피할 수 있기 때문이다.²⁶⁾

24) 이것은 국가기관 등에 의한 차별과 관련된 것이다.

25) 1995. 1. 5. 법률 제4868호.

26) 물론 사회적 신분을 확장해석하는 것도 국가의 사적 영역에 대한 개입을 강화하는 것 아니냐

6. 국가기관, 지방자치단체 또는 구급시설의 업무수행과 관련한 평등권침해의 경우

법 제30조 제2항의 사유는 원칙적으로 법인, 단체 또는 사인에 의한 평등권침해 차별행위의 사유를 말하고 국가기관 등의 업무수행과 직접 관련되는 규정은 아니다. 하지만 제2항 규정은 국가기관 등에 의한 평등권침해를 판단하는 데 아주 중요한 조항이라는 점은 당연한 것이다. 법인, 단체 또는 사인에 의한 평등권침해행위가 고용, 재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용, 교육시설이나 직업훈련기관의 이용에서 특정인을 우대, 배제, 구별하거나 불리하게 대우하는 경우를 말한다면, 국가기관 등에 의한 평등권침해행위는 국가기관 등의 업무수행상 합리적 이유없이 특정인을 우대, 배제, 구별하거나 불리하게 대우하는 행위를 말한다고 할 수 있다.

법 제30조 제2항의 사유는 원칙적으로 법인, 단체 또는 사인에 의한 평등권침해에 관한 것이지만, 국가기관 등에 의한 평등권침해행위를 판단하는 사유로 동일하게 적용된다고 할 것이다. 하지만 국가기관 등에 의한 평등권침해 여부의 심사는 사인 등에 의한 경우보다 엄격히 심사되어야 하고, 제2항의 사유는 사인에 대해 적용되는 것이므로 국가기관의 침해행위에 관해서는 가능한 예로 파악할 수 있을 것이고, 따라서 사인의 경우와 달리 사회적 신분을 무리하게 확장할 필요는 없고 이들 18가지 사유 외에 기타 사유를 적시하는 것은 법문의 해석상 충분히 가능하고 국가기관 등에 의한 인권침해를 적절하게 구제할 권한을 강하게 행사한다는 점에서 타당하다고 생각된다.

물론 제2항이 국가기관 등에 대해서는 평등권침해가 성립하는 영역이 사

는 비판이 가능하다. 하지만 명문의 개념을 확장할 수 있다면 별도로 '기타' 사유를 분류하는 것보다는 덜하지 않을까 생각된다.

인 등의 경우에는 한정적이지만 국가기관 등의 경우에는 그 업무수행과 관련된 모든 영역이라는 점에서 보다 광범위한 영역에서 성립할 수 있다. 다만, 국가기관 등은 기본권보장의무를 지고 있기 때문에 사인에 의한 평등권 침해의 경우보다 엄격한 조사의 대상이 된다고 할 수 있다.

III. 국가인권위원회의 업무처리와 관련한 문제

1. 차별행위에 대한 진정사건의 접수시 분류

현재 국가인권위원회는 평등권침해행위에 대한 진정사건에 관하여 제30조 제2항의 18개 차별사유 유형 가운데 비교적 명백히 구별되는 17개 사유에 해당되지 않는 나머지 사건은 사회적 신분에 의한 차별로 접수하고 있다고 한다.²⁷⁾ 즉 제기된 사건에서 진정인이 주장하는 차별사유를 중심으로 사건을 분류하고 그것이 제30조 제1항 1호에 의한 것인지, 제2호에 의한 것인지는 구별하지 않는 것으로 보인다.

그러나 국가기관 등에 의한 차별과 사인에 의한 차별은 차별성립의 정도가 다르다고 볼 수 있기 때문에 구별하여 분류하는 것이 바람직하다고 생각된다. 국가기관 등은 국민의 기본권을 보장할 의무를 지고 있으며, 이에 반하여 사인은 헌법상 다른 사인과의 관계에서 사적자치가 인정되기 때문에 평등권침해여부를 결정하는 경우 그 심사의 정도가 다를 수밖에 없을 것으로 생각되기 때문이다.

2. ‘기타’ 차별사유

27) 앞의 공문.

국가인권위원회는 차별사유 가운데 사회적 신분으로 분류하기에 적당치 않은 사례를 ‘기타’로 분류하고 있다. 그러나 이러한 차별 사유 어느 하나에 해당하느냐 여부는 진정제기요건이 아니다. 진정은 제30조 제2항 각호의 영역에서 불합리한 우대, 배제, 구별을 하거나 불리하게 대우하는 행위에 대해서 제기할 수 있으며, 각 사유는 평등권침해 차별행위의 성립을 논할 때 중요한 의미를 가지게 되는 것이다.

접수단계에서 이들 사유를 분류하는 것은 당사자의 주장을 기초로 하여 사건처리를 위한 임의적인 것이므로, 사회적 신분에 관한 나름의 개념 아래서 이에 해당하지는 않지만 불합리한 차별행위가 접수된 경우 따로 분류하는 것은 아무런 문제가 없는 것이다.

그렇지만 법인, 단체 또는 사인에 의한 평등권침해를 결정하면서 기타 사유에 의한 것이라고 하기에는 조심하여야 한다고 본다. 해석상 이 조항의 사유가 예시적인 것이라고 하여도 사회적 신분이라는 개념에 포섭할 수 있는 것은 가능한 한 이에 포함시켜 논하는 것이 옳고 기타 사유로 분류하는 것은 가능한 한 피해야 하기 때문이다. 특히 국가인권위원회의 권한과 활동 범위를 둘러싸고 논란이 일 가능성도 있으므로 특히 주의할 부분이 아닐까 생각된다.

다만 국가기관 등의 업무수행과 관련한 평등권침해행위의 판단사유로는 제2항의 사유에 구애될 필요는 없기 때문에 각 사유 이외에 기타 사유를 구체적으로 적시하는 것은 가능하다고 생각된다.

IV. 마치며

법 제30조 제2항의 사회적 신분은 평등권침해가 성립하기 위한 요건이다. 진정을 제기할 때는 불합리한 차별이 사회적 신분에 해당하는지를 굳이 밝혀야 할 의무는 없기 때문에 진정제기단계에서 사회적 신분 등 18개 사유가 예시조항인지 열거조항인지를 논의하는 것은 의미가 없다. 국가인권위원회에서는 접수단계에서 접수된 사건의 분류를 사건처리의 편의상 당사자의 주장을 기초로 사회적 신분 이외에 기타 사유로 추가 분류할 수 있는 것은 당연하다.

법 제30조 제2항의 적용과 관련하여 특히 사회적 신분의 범위에 논란이 있고 이 조항의 사유를 예시적인 것으로 보고자 하는 입장은 가능하고 또 이해할 수 있지만, ‘사회적 신분’의 범위를 좀 더 확장한다면 대부분 사회적 신분이라는 사유가 차별의 일반조항의 성격을 가지게 되어 굳이 열거조항이나 예시조항의 논란은 일지 않을 것이다. 특히 사회적 신분이라는 사유가 진정을 제기하는 요건이 아니라 평등권침해를 결정하는 사유이기 때문에 합리적인 이유없는 평등권침해행위라면 적어도 이러한 사회적 신분에 해당하는 경우라고 판단할 수 있을 것이고, 합리적 이유있는 구별이라면 굳이 사회적 신분 이외에 별도의 기타 사유를 굳이 고려할 필요는 없지 않을까 생각된다. 다만 국가기관 등에 의한 평등권침해의 경우는 법 제30조 제2항이 그 성립을 판단하는 데 해석의 예가 되고, 사인에 의한 경우보다는 평등권침해행위의 성립이 광범위하므로 법 제30조 제2항에 적시된 사유 외에 적절한 사유를 제시하여 평등권침해임을 결정하는 것이 가능하다고 생각된다.

법을 개정하여 ‘기타’ 사유를 삽입하는 것이 좋다지만, 이는 사인의 활동 영역에 대한 국가개입을 확대한다는 비판을 받을 수 있고 더구나 국가인권위원회의 활동범위 확대를 견제하고자 하는 현실이라면 법개정은 현실적으

로 어렵기 때문에 이러한 해석에 의하는 것이 옳지 않을까 생각된다.

불확정개념의 해석과 그 적용

- 국가인권위원회법 제30조 제2항의 '사회적 신분' 해석의 문제

이헌환 교수 (서원대)

I. 서언

국가인권위원회는 그 법률에서도 규정하고 있는 것에서 보아, 헌법상의 기본권을 구체화하고 이를 보다 강력히 보호하고자 하는 법률임은 주지의 사실입니다. 제정과정에서 적잖은 논란이 있었습시다만, 현재의 법률은 전체적으로 보아 인권보장을 위한 국가기구로서 손색이 없는 훌륭한 법률임을 인정할 수 있습니다. 약 1년여의 기간동안 그 위상의 정립을 위한 노력과 활동을 비추어 볼 때, 인권침해에 대하여 구체적인 해결책을 가지지 못하였던 많은 부분에서 상당한 역할을 하여왔고, 아울러 앞으로 우리 사회의 인권상황의 개선을 위하여 많은 기대를 받고 있다고 하겠습니다. 그동안 국가인권위원회의 운용과정에서 실무상 나타난 약간의 문제점이 있기는 하지만, 그렇다고 하여 그것이 국가인권위원회의 위상을 떨어뜨리거나 활동을 어렵게 하는 요인은 아니라고 생각합니다. 오히려 오늘의 논의와 같이 국가인권위원회의 활동을 더 확대하고 실질적인 역할을 할 수 있는 방안을 계속 모색하여 가는 것이 앞으로 남아 있는 과제라 하겠습니다.

오늘의 주제인 국가인권위원회법 제30조 제2항의 해석에 관한 논의

에 관하여 언급하면, 먼저, 발표논문 전체의 기본적인 결론에 대하여 별다른 이견이 없음을 말하고 싶습니다. 그러한 까닭에 토론자의 입장에서 여기서 지적하는 것은 큰 틀에서의 결론에 관한 것이 아닌 결론 도출을 위한 약간의 견해차이 정도로 이해해 주시면 좋겠습니다.

토론자의 입장에서 국가인권위원회법에 대한 전반적인 문제점을 지적하는 가운데 발표자와의 견해차이의 부분에 대하여 발표자의 의견을 듣는 것으로 하면 좋겠습니다.

II. 국가인권위원회법 제30조의 규정체계

오늘 문제되고 있는 국가인권위원회법 제30조 제2항의 해석을 위하여는 먼저 동 조항의 규정체계를 살펴볼 필요가 있습니다. 동 규정 제1항은 진정인과 진정내용에 관한 규정으로 동 조항 제1호와 제2호에 상세히 규정을 두고 있습니다. 다음 제2항은 제1항 제2호의 범문 중, ‘평등권침해의 차별행위’라는 문구를 상세히 정의하고 있는 규정입니다.

제1항 제1호의 경우에, ‘국가기관, ...의 업무수행과 관련하여 헌법 제10조 내지 제22조에 보장된 인권을 침해당한 경우’라고 정하고 있습니다. 그리고 이 규정을 ‘자유권적 기본권’을 침해당한 경우로 이해하고 있는 것으로 보입니다(국회의 동 법안제안이유서 4면 참조. 이에 대해서도 필자는 의문이 있으나, 생략함). 그리고 제2호의 경우에는 법인, 단체 또는 사인에 의한(‘헌법 제11조 1항의 권리’라고 하지 아니하고) 평등권침해의 차별행위 즉, 국가기관이 아닌 제3자에 의한 평등권침해의 차별행위를 규정하고 있습니다. 사실 인권보호라는 관점에서 보면, 모든 기본권에 대한 보호가 국가의 당연한 의무임에도 불구하고, 동법

이 국가기관 등에 의한 침해의 경우에는 자유권적 기본권을 중심으로 보호하고, 사인에 의한 경우에는 평등권침해의 경우를 중심으로 보호하는 것처럼 규정하고 있습니다. 기본권과 관련한 모든 법률에서 일정한 행위자를 달리 취급하는 것은 기본적으로 평등의 문제로 환원될 수 있다고 한다면, 제1항 제2호에서 사인에 의한 평등권침해의 차별행위는 자칫 모든 기본권침해행위로 확대해석될 여지도 안고 있습니다.

한편 제1항 제1호에서 ‘헌법 제10조 내지 제22조’라고 하면 평등권이 당연히 포함되는 것이라 하겠고, 따라서 제2호에서 말하는 평등권침해의 차별행위는 제1호의 경우에도 당연히 포함되어야 할 것으로 생각됩니다. 물론 ‘헌법 제11조 1항의 권리’라 하지 아니하고 ‘평등권침해의 차별행위’라고 하고 있기 때문에 법문의 표현상의 차이를 이유로 하여, 평등권침해의 차별행위를 정의하고 있는 제2항의 규정이 제1항 제1호에 적용되지 않는다고 할 수도 있겠으나, 이는 적절하지 않은 것으로 판단됩니다. 이 점에서 발표자는 법 제30조 제2항의 정의는 제1항의 평등권침해를 이유로 한 진정에서 중요한 해석기준을 제공할 수 있다고 한 점은 당연하다고 하겠습니다.(발표문 16-17면 참조)

III. 법 제30조 제2항의 ‘사회적 신분’의 의미에 관하여

1. 헌법상의 ‘사회적 신분’의 개념에 대하여

기본적으로 발표자의 입장에 동의합니다. ‘성별, 종교 또는 사회적 신분’이라는 헌법상의 표현은 그에 기한 침해의 정도에 따라서 엄격한 심사와 완화된(관대한) 심사를 달리 할 수 있기 때문에 엄격심사에만 한정할 필요는 없다고 생각합니다. 미국의 예를 보아도 구체적인 사안

에 따라 엄격심사여부가 결정되는 것으로 명확한 기준을 제시하고 있지 않는 것으로 생각합니다.

2. 법 제30조 제2항의 ‘사회적 신분’에 관하여

우선, 법 제30조 제2항의 규정형식에서 비추어 보면, 17개의 사유는 그 내용을 확정하기가 어렵지 않은 데에 비해 ‘사회적 신분’이라는 문구는 그 의미가 불명확하고 불확정적이어서 해석을 통하여 그 의미를 확정하여야 하는 표현입니다. 그 의미확정의 과정에서 동 문구를 구체적인 의미를 가진 다른 17가지의 사유에 상응하는 정도의 내용을 가지는 것으로 해석하여야 하는 것으로 이해될 수도 있습니다만, 그렇다 하더라도 그 의미내용을 확정하는 것은 쉽지 않은 문제라 생각합니다.

먼저, 발표자는 헌법상의 사회적 신분에 관한 해석을 원용하여, 예시조항설과 열거조항설의 각 경우에 동 조항의 의미를 이해하고자 하고 있는데(11-12면), 한 가지 의문은, 예시조항설의 경우, ‘개별사유로 구체화된 사유를 제외한 내용을 포함하는 개념으로 파악할 수 있을 것’이라고 하고, 열거조항설의 경우, ‘나머지 17가지 사유에 상응하는 정도의 내용을 가지는 것으로 해석해야 할 것이기 때문에, 헌법상의 개념보다는 매우 폭넓게 해석될 수 있을 것이다’라고 하고 있습니다. 이 양자 사이에 어떤 차이가 있는지가 분명하지 않은 듯합니다. 그 이유는 바로 사회적 신분이라는 표현이 갖는 불명확성 때문이라 생각합니다.

법문의 해석에서 열거나 혹은 예시냐의 문제가 논의되기 위해서는, 제시되고 있는 법문이 구체성을 가진 경우이어야 한다고 생각합니다. 열거를 하면서 포괄적이고 불명확한 규정을 두는 경우에는, 해석을 통

하기는 하지만, 예시로서의 효과를 가질 수도 있고, 예시를 하더라도 전체 규정체계에서 한정을 둔다면 열거의 효과를 가질 수도 있을 것입니다. 이러한 점을 피하기 위해서는 열거의 경우에는 가능한 한, 구체성을 가지는 개념을 사용하여야 할 것입니다. 그렇지 않은 경우에 현재와 같은 문제점이 제기되는 것입니다.

발표자가 예시규정으로 볼 수 있는가의 문제에 대하여, 여섯가지 이유를 제시하면서 예시규정으로 이해하더라도 문제가 없을 것으로 이해하는 데에는 기본적으로 이견이 없습니다. 특히 국가인권위원회법이 헌법과 인권관련법제, 조약 등을 망라한 일반법으로 제정되어 있다는 점은, 동법이 다른 법률에 보충적으로 적용되는 것이 아니라 독자적으로 적용되는 법임을 고려한다면, 가능하면 법률의 적용범위를 확장하는 것이 바람직하다고 하겠습니다.

III. 예시조항으로 할 필요성 여부

발표자는 법 제30조 제2항을 예시조항으로 볼 필요가 있는가에 대하여 세 가지 이유를 들어 실무상으로 예시조항으로 볼 필요가 없다는 견해를 제시하고 있습니다. 세 가지 이유를 전체적으로 보면, ‘사회적 신분’이라는 문구를 일반조항으로 이해하여 17가지 사유 이외의 사항을 포괄하는 것으로 해석하여 문제를 처리할 수 있을 것으로 본다고 하고 있습니다. 사실, 규정의 형식상 17가지의 사유를 나열하고, 이어서 ‘... 기타 사회적 신분을 이유로 한 ... 행위’라고 표현하였다면, 이와 같은 해석은 가능한 것이라 하겠으나, 앞서 본 것과 같이, ‘사회적 신분’을 17가지의 사유와 함께 나열하고 있기 때문에 구체적으로 그 내용을 확정하여야 할 필요성이 있게 되는 것입니다. 발표자는 ‘사회적

신분'을 일반조항으로 해석하고 그렇다면, 법 제3조 제2항이 열거규정이냐 예시규정이냐의 문제는 제기될 필요가 없다고 하고 있습니다. 이러한 입장에 따른다면 결국 '사회적 신분'이라는 불확정개념을 일반조항으로 해석할 수 있느냐의 문제로 귀결되기 때문에 논자에 따라 결론이 달라질 것으로 생각합니다.

'사회적 신분'의 범위의 문제에 대해서는 다른 발표자께서 상세히 언급하고 있기 때문에 생략하면서, 간략히 토론자의 입장을 개진한다면, 18개 차별사유 중 17개 차별사유 이외의 사유들을 모두 사회적 신분에 의한 차별로 포섭하려 한다면, 즉 일반조항으로 이해한다면, 열거규정이냐 예시규정이냐에 관한 논의는 불필요하다는 발표자의 입장에는 동의할 수 있습니다. 특히 '사회적 신분'이라는 문구가 진정제기요건이 아니라 평등권침해여부를 결정하는 사유임을 고려한다면, '사회적 신분' 이외의 별도의 기타 사유를 고려할 필요는 없을 것으로 생각합니다.

IV. 맺음말

국가인권위원회법 제30조 제2항의 해석에 관한 오늘의 논의는 결국 인권위원회의 활동의 범위를 어떻게 할 것인가의 문제와 직결된 것이고 이는 또한 국민의 인권보장의 범위와도 직결되는 것이기도 합니다. 특히 '사회적 신분'의 해석에 관한 문제는 급속히 변화하는 현실에서 야기될 수 있는 인권침해의 가능성을 포섭할 수 있는 유일한 통로라는 점에서 비추어 보더라도 가능한 한 넓게 해석될 필요가 있습니다.

한편, 열거규정이냐, 예시규정이냐에 관한 논란도 결국 '사회적 신분'이라는 개념을 어떻게 이해하느냐 하는 문제로 귀착됩니다.

결론적으로 보아, 평등권침해사유로서의 ‘사회적 신분’은 이를 일반조항으로 이해하고, 구체적인 사안에 따라 기본권침해여부를 판단하는 것이 필요하다고 판단됩니다.

“국가인권위원회법 제30조 2항의 사회적 신분의 범위”에 대한 토론 요지

김필동 교수 (충남대)

1. 사회학적으로 ‘사회적 신분’ 또는 ‘사회 신분’은 원래 전근대사회의 사회적 불평등 제도를 가리키는 표현이며, 이런 의미의 사회 신분은 근대화 과정에서 소멸되는 것으로 간주된다.¹⁾ 그러나 이렇게 소멸되는 사회 신분은 좁은 의미에서의 사회 신분이라고 할 수 있고, 넓은 의미에서의 사회 신분은 사회적 불평등 제도의 한 형태 또는 한 측면으로 현대 사회에서도 존재한다. 이 때 사회적 신분의 기준이 되는 것은 특정 범주(집단)의 사람들이 출생과 더불어, 또는 비교적 지속적으로 갖고 있는 특징·자질에 대한 사회적 평가에 기초한 ‘사회적 위신·위광(social prestige)’의 차이이다. 위광(威光)의 차이를 낳은 특징·자질들은 여러 가지가 있을 수 있다. 가장 일반적인 것이 직업과 학력(학벌), 출신 배경(집안) 등이지만, 때로는 선천적·신체적 특징의 차이까지 그것이 사회적 평가의 차별성을 의미하는 한 포함될 수 있다. 이 위광의 차이는 그 집단의 사람들에 대한 우대 또는 차별을 결과하는데, 이런 의미에서의 ‘사회적 신분’을 객관적으로 존재하는(작용하는)

1) 사회사적으로는 신분제의 소멸이 근대사회로의 이행의 가장 중요한 지표이다.

현실로 인정한다.

2. 발표자들은 법조계에서는 사회적 신분의 개념으로 “사회에서 장기간 점하는 지위로서 일정한 사회적 평가를 수반하는 것을 의미한다”고 한 헌법재판소의 판단을 제시하면서, 이 정의가 너무 광범하다는 의견을 첨부하고 있다. 또 이런 맥락에서 인권위원회법 제30조 2항이 그 내용을 구체화하고 있다는 견해를 표명하기도 한다. 그러나 여기에 열거된 많은 조항들이 사회적 신분의 구체적인 예라고 보기는 어렵다(후술).

3. 헌법 제11조의 사회적 신분과 인권위원회법 제30조 2항의 사회적 신분의 개념은 두 법의 제정 시점과 관련, 역사적 함의에 차이가 있다. 헌법 제11조의 사회적 신분은 전근대사회에서의 차별의 제도화된 형태인 ‘신분’을 염두에 두고 만들어진 것이다. 당시로서는 가장 중요한 이슈를 포함시킨 것이다. 현재의 조문은 근대 헌법의 초창기에 만들어진 조문이 현재까지 관습적으로 내려온 것이고, 한편 헌법이 갖는 기본법적·원론적 성격 때문에 시간의 흐름에도 불구하고 이를 더 구체화하지 않은 것이라고 생각된다. 헌법 제11조 2항과 3항에서 사회적 특수계급의 제도를 인정하지 않는다거나, 훈장등의 영전을 받은 자에게만 효력이 있다고 규정하고 있는 것은 결국 이러한 초기 제정 당시의 시대적 함의를 담고 있는 것이다.

이에 비해 인권위원회법은 21세기에 만들어진 ‘법률’이므로, 평등권 침해의 차별행위의 사유를 다룸에 있어 특히 최근에 쟁점이 되고 있는(어느 면될 수 있는) 매우 구체적인 사유까지 포함해서 열거하게 된 것이다. 또 여기서 사용된 ‘사회적 신분’의 개념은 이미 전근대사회의 신분이 준거로 되고 있던 헌법의 그것과는 함의를 달리하게 된 것이라고 보아야 할 것이다.

4. 그러나 그럼에도 불구하고 인권위원회법 제30조 2항의 ‘사회적 신분’은 매우 애매한 위상을 갖고 있다. 사회적 신분 이외의 다른 17개 항목의 사유들은 사회적 신분을 구성하는(또는 결정하는) 요인으로 볼 수 있는 것도 있고, 그렇지 않은 것도 있다. 단순히 개인의 신체적 특징이나 취향, 일시적인 상태를 나타내는 항목도 포함되어 있기 때문에 이것들을 사회적 신분의 구체적 내용 일부를 예시한 것으로 보기는 어렵다. 그러나 많은 항목들은 사회적 신분을 구성하는 요인이 될 수 있다. 그러나 그 경계가 애매한 점도 사실이다. 중요한 것은 ‘사회적 신분’의 핵심적 항목들은 예시(열거)에서 빠져 있다는 사실이다. 출신 배경(가문, 아버지의 지위)과 직업, 학력(학벌) 등에 따른 ‘사회적 신분’이 그것이다.

5. 사회학적 개념으로서의 사회적 신분은 다소 복잡하게 정의되어도 이론적으로 큰 문제가 없다. 그러나 차별의 사실 관계를 다루는 법률 조문내에서의 ‘사회적 신분’은 이상에서 본 바와 같이 혼란의 여지가 많다. 헌법에서 처럼 매우 추상적이고 포괄적인 범주로 ‘사회적 신분’을 규정하는 것이 아닌 한, 인권위원회법과 같은 경우에는 이미 많은 열거/예시 조항들이 있는 상태에서는 그 구체적 내용을 좀더 적극적으로 열거하거나, 아니면 이를 조문의 맨 마지막에 돌려서 좀더 융통성 있게 조문을 다듬을 필요가 있다.

사실 현재 제30조 2항은 조문의 ‘형식’상으로는 “... 등”이나 “기타 ...”와 같은 표현을 사용하지 않고 있기 때문에 열거조항으로 비칠 수 있다. 그러나 내용적으로는 논리적 자기 완결성이 부족하므로, 예시 조항으로 보는 것이 옳을 것이다. 이 괴리를 메울 필요가 있다.

국가인권위원회 세미나 토론원고

전광석 교수 (연세대)

1. 두 발제논문의 관련성

국가인권위원회법 제30조 제2항의 사회적 신분의 범위에 대한 발표와 동향의 차별금지기준이 열거적인가 혹은 예시적인가 하는 문제에 대한 발제는 모두 평등권의 실현 및 심사에 있어서 중요한 문제로서 서로 밀접하게 관련되어 있다. 따라서 평등권의 심사구조에 대해서 먼저 살펴볼 필요가 있다.

2. 평등권의 실현 및 심사구조

헌법 제11조 제1항에 의하여 모든 국민은 법 앞에 평등하다. 그런데 모든 국민이 모든 상황을 기준으로 보아 같다는 것은 자연의 법칙에 반하며, 이러한 요청을 헌법이 할 수는 없다. 결국 차별취급은 비교의 대상을 평가함에 있어서 적용되는 기준이 합리적인가 여부 혹은 경우에 따라서 취해진 차별수단이 추구되는 입법목적과의 관계에서 비례의 원칙을 충족시키느냐의 문제로 귀결된다. 차별취급의 기준, 그리고 이에 기초하여 차별취급의 여부에 대한 결정은 일차적으로는 입법자에게 유보되어 있다. 특히 일반적인 평등권의 심사에 있어서 입법형성권이 존중되어야 한다. 그러나 여기에도 한계가 있다. 즉 두 개의 비교대상인 상황이 본질적으로 같은 것임에도

불구하고 자의적으로 차별취급하는 것은 금지되기 때문이다.

차별취급에 있어서 적용된 차별기준이 합리적인가의 여부는 상당 부분 가치판단의 문제이다. 그런데 우리 헌법은 법 앞에 평등하다는 일반적인 평등권 외에 특별히 차별이 금지되는 기준을 직접 제시하고 있다. 즉 “...성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 ... 차별을 받지 아니한다”. 이는 다음과 같이 해석할 수 있다. 즉, 일반적으로 비합리적인 기준에 의하여 차별을 받아서는 안되지만, 특히 성별·종교 또는 사회적 신분 그 자체를 기준으로 차별하는 것은 허용되지 않는다. 이 조문은 이미 헌법해석의 단계에서 문제된다.

3. 차별금지기준에 대한 헌법해석의 문제

헌법상의 차별금지기준에 대해서 다음과 같은 두 가지 문제가 제기된다. 첫째, 헌법상의 차별금지규정은 열거규정인가, 예시규정인가?, 둘째, 차별금지기준으로 제시된 “사회적 신분”의 개념과 범위에 대한 문제이다. 국가인권위원회법 제30조 제2항을 둘러싼 해석의 문제는 헌법의 차원에서도 똑같이 제기되고 있다는 것이다. 따라서 다음과 같은 논의가 필요하다. 첫째, 위와 같은 헌법적인 문제가 헌법의 일반적인 해석방법에 의하여 밝혀져야 한다. 둘째, 이러한 해석의 결과가 국가인권위원회법 제30조 제2항의 해석에 어떠한 영향을 미치는가 하는 문제이다. 먼저 첫번째 문제를 살펴보고, 이어 4.에서 두 번째 문제에 접근한다.

(1) 열거규정인가, 예시규정인가?

헌법 제11조 제1항의 차별금지기준은 예시규정이 아니라 열거규정으로 보아야 한다(송교수님의 입장과 다르다). 다음과 같은 논거이다.

첫째, 헌법 제11조 제1항은 비합리적인 차별을 일반적으로 금지하면서, 특히 차별금지기준을 제시하였으며, 따라서 이와 같이 차별금지기준을 한정적으로 열거한 헌법제정권자의 의사에 특별한 의미를 부여하여야 한다. 그러나 다른 한편 헌법제정권자는 일반적인 평등권을 보장하면서 이에 대한 입법형성 및 심사의 지침을 예시했다고도 이해할 수 있기 때문에 조문 자체를 기준으로 한 판단은 아직 차별금지기준을 열거규정으로 판단하기 위해서 충분한 논거는 아니다. 다만 이 경우 엄격심사기준이 적용되는 여부는 이제 더 이상 헌법 제11조 제1항의 문제가 아니고 개별 기본권을 기준으로 판단하여야 한다. 이것이 현재까지의 헌법재판소의 입장이나 그 입장이 명확한 것도 아니고, 또 아래에서 보듯이 주목할만한 소수의견이 있기도 하다.

둘째, 헌법이 예정하는 입법형성권과 관련된 논거이다. 일반적인 평등권을 기준으로 한 심사에 있어서는 입법형성권을 널리 존중되어야 한다(특히 수혜적 조치에 대해서는 입법형성권은 널리 인정된다). 그러나 헌법이 직접 차별금지기준을 제시했다면 이를 기준으로 한 심사에 있어서는 입법형성권은 좁아진다. 따라서 이 경우에는 단순히 자의금지의 원칙에 따른 심사가 아니라 비례의 원칙에 따른 심사가 이루어져야 한다. 헌법재판소도 대체로 이러한 방향을 제시하고는 있으나 아직 명확하게 헌법 제11조 제1항의 차별금지기준에 대해서 위와 같은 평가를 하고 있지는 않다. 다만 헌법이 특별히 평등을 요구하는 경우와 관련 기본권에 대한 중요한 제한이 이루어지는 경우 엄격한 비례의 원칙에 따른 심사가 필요하다고 하고 있다(헌재결 1999.12.23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770면 이하). 그리고 그 예로서 근로영역에서 남녀평등을 요구하는 헌법 제32조 제4항을 들고 있다. 이에 비

해서 최근 소수의견은 헌법 제11조 제1항의 차별금지기준에 따른 차별이 있는 경우 엄격심사기준이 적용되어야 한다고 보고 있다(헌재결 2001.11.29. 99헌마494, 13-2, 734면 이하).

위와 같은 관점에서 보았을 때 헌법 제11조 제1항의 차별금지기준을 예시규정으로 보면 이로써 헌법이 예정하지 않았음에도 불구하고 거의 모든 평등권 심사가 엄격한 비례의 원칙에 따라서 이루어져야 한다는 문제가 발생한다. 이와 같은 헌법이 예정하지 않은 상황이 나타나지 않도록 하기 위해서는 헌법 제11조 제1항의 차별금지기준은 기본적으로 열거규정이라고 보아야 한다. 조교수님의 견해가 무엇인지는 명확하지 않다. 예컨대 헌법재판소가 출생지를 기준으로 차별이 이루어지는 경우 엄격심사기준을 적용한다고 했는데(헌재결 2001.2.22. 2000헌마25, 판례집 13-1, 412면), 이때 출생지는 사회적 신분에 포섭되는지, 아니면 이에 포섭될 수 없기 때문에 헌법 제11조 제1항의 차별금지기준을 예시규정으로 보아야 하는지 명확하지 않다.

셋째, 헌법 제11조 제1항의 차별기준을 열거규정이라고 본다고 해서 평등권의 내용이 축소된다고 할 수는 없다. 다음과 같은 두 가지 이유에서이다. 먼저, 차별금지기준을 열거규정으로 해석한다고 해서 다른 기준에 따른 차별이 항상 허용되는 것은 아니다. 이때에는 일반적인 평등권을 기준으로 한 심사가 이루어진다. 또 거꾸로 성별·종교 또는 사회적 신분에 의한 차별이 항상 금지되는 것도 아니다. 입법자는 다른 기준에 따른 차별이 의도되었지만 결과적으로 성별 또는 종교에 따른 불이익을 발생하는 것까지 헌법이 금지하는 것은 아니기 때문이다(이른바 간접적인 차별에 대한 헌법적 가능성과 한계는 별개의 문제이다). 다음, 차별금지기준을 열거규정으로 이해

하더라도 차별금지기준 중 사회적 신분이라는 용어가 가지고 있는 개방성으로 인하여 차별금지기준을 확대하는 것이 가능하다. 결국 차별금지기준이 열거적인가, 혹은 예시적인 것인가 하는 논의의 실익은 사회적 신분의 개념을 어떻게 이해하는가에 달려 있다.

(2) 사회적 신분에 대한 이해

사실 헌법 제11조 제1항의 차별금지기준은 예시규정으로 본다면 사회적 신분이란 무엇인가 하는 논의는 실익을 거의 상실한다(조교수). 모든 차별기준에 대해서 엄격한 심사가 이루어져야 하기 때문이다. 그러나 헌법상의 차별금지규정을 열거규정으로 보면 사회적 신분의 개념과 범위를 밝히는 작업이 필요하다. 그러나 이것이 반드시 사회적 신분의 범위를 넓혀야 한다는 것은 아니다(조교수와 이견).

헌법제정권자의 의도에 충실한 해석은 사회적 신분이란 신분사회에서 신분을 가르고 이에 각각 차별취급을 하였던 사회적 계급을 말한다는 것이다. 헌법 제정 당시 주로 참조되었던 바이마르 헌법이 사회적 계급에 따른 차별을 금지하고 있다. 일본 헌법은 우리 헌법과 같이 사회적 신분에 의한 차별을 금지하고 있다. 또 헌법제정에 깊이 간여했던 유진오에 따르면, “... 제헌헌법 제8조의 평등조항에서 특히 강조된 대목은 남녀평등의 원칙이었고, 반면에 일제강점기를 거치면서 제헌당시에 이미 신앙 또는 사회적 신분에 의한 법적 차별금지의 원칙은 거의 확립되었다고 한다. 그러나 아직 봉건적 인습이 농후하게 잔존한 현실을 고려하여 동조 제2항에서 재차 귀족 제도나 노예제도와 같은 사회적 특수계급제도의 불인정과 창설금지를 주의적으로 규정”하였다고 하고 있다. 그렇다면 이때 사회적 신분이란 봉건적

인습이 의 배경하에 형성된 귀족제도나 노예제도 등을 의미하기 때문이다. 그러나 다른 한편 헌법해석이 헌법제정권자의 의사를 밝히는 데에 그치는 것은 아니다. 헌법 자체의 객관적 기능이 주목되어야 한다는 것이다. 헌법 재판소 역시 헌법제정권자의 의사에 비해서는 사회적 신분의 개념을 확대 해석하고 있다. 즉 “사회적 신분이란 사회에서 장기간 점하는 지위로서 일정한 사회적 평가를 수반하는 것을 의미한다”(헌재결 1995.2.23. 93헌바 43, 판례집 7-1, 236면). 그 결과 사회적 신분은 차별취급의 기준으로서 지극히 “비합리적”이어서, 평등권심사에 있어서 “엄격한 기준”을 적용하여야 한다는 일반조항으로서 기능할 수 있게 된다.

(3) 정리

성별·종교 또는 사회적 신분이라는 헌법 제11조 제1항의 차별금지기준은 열거규정이다. 그런데 이 중 사회적 신분이라는 개념은 개방적인 개념이기 때문에 차별금지기준이 확장해석될 가능성을 내포하고 있다. 사회적 신분의 구체적인 해석의 가능성에 대해서는 이 토론에서는 유보한다. 그러나 확장 해석에는 한계가 있다. 확장의 정도에 따라서는 입법형성권을 침해하게 되기 때문이다.

4. 차별금지기준에 대한 국가인권위원회법 제30조 제2항 해석의 문제

(1) 헌법과 국가인권위원회법상의 차별행위

국가인권위원회법은 차별행위에 대한 조사와 권고를 위하여 차별행위를 진정할 수 있도록 하고 있다. 이는 헌법상의 평등권과는 다음과 같은 두 가지 차이가 있다. 첫째, 헌법은 기본적으로 국가를 수범자로 하는 반면, 국가

인권위원회법은 사인도 명시적으로 차별금지의 수범자로 하였다. 법인, 단체 또는 사인에 의하여 평등권 침해의 차별행위를 당한 경우 진정의 대상이 되기 때문이다. 둘째, 차별행위로 평가되는 차별기준으로 헌법이 명시하고 있는 성별, 종교, 사회적 신분 뿐 아니라 장애, 나이, 출신지역, 출신국가, 출신민족, 용모 등 신체조건, 혼인여부, 임신 또는 출산, 가족상황, 인종, 피부색, 사상 또는 정치적 의견, 형의 효력이 실효된 전과, 성적 지향, 병력 등 18 가지를 명시하고 있다.

(2) 열거규정인가, 예시규정인가?

헌법에서와 달리 국가인권위원회법상의 차별금지기준을 열거규정이라고 할 수는 없다. 다음과 같은 이유를 들 수 있다.

첫째, 헌법에 비해서 다양한 국가인권위원회법상의 차별금지기준들이 모두 특별히 비합리적인 차별기준으로 엄격한 심사가 요청되는 헌법상의 차별금지기준들을 구체화한 것은 아니다(조교수님과 같은 견해). 이와 같은 평가를 하기 위해서는 성별과 종교를 제외한 모든 기준들이 사회적 신분의 개념에 포섭될 수 있어야 한다. 그러나 사회적 신분의 개념을 넓게 보아도 이는 타당하지 않기 때문이다(또 헌법 제11조 제1항의 차별금지기준이 예시규정이라면 위와 같은 논의가 필요없이 국가인권위원회법상의 차별금지기준은 헌법 제11조 제1항의 차별금지기준을 구체화한 것으로서 역시 예시규정이 된다. 이것이 송교수님의 기본적인 입장이다).

둘째, 헌법에서와 같이 차별금지기준을 한정적으로 이해하여야 할 이유인 권한충돌의 문제가 발생하지 않는다. 왜냐하면 여기서는 입법권 침해의 여부가 문제되는 것이 아니라 법률의 해석만이 문제되기 때문이다. 그런데

입법자가 국가인권위원회법상의 차별금지기준을 열거적으로 규정하였다면 이는 자신을 과신한 것이다. 입법자가 불합리한 차별의 기준을 망라하여 규율할 수는 없기 때문이다. 따라서 입법자의 의도보다는 객관적인 입법목적이 보다 존중되어야 한다.

셋째, 국가인권위원회법상의 차별금지기준은 국가와 사인간 뿐 아니라 사인과 사인간의 법률관계에도 적용된다. 그런데 헌법상의 차별금지의 원칙이 국가와 사인간에 적용되는 경우 사인간에 적용되는 경우와 규범력이 같을 수는 없다. 사인간에는 사인간의 법률관계를 지배하는 원칙이 독립하여 존재한다. 이것이 헌법상의 차별금지의 원칙과 충돌을 일으키고, 따라서 조정이 필요하다. 그렇기 때문에 더욱 더 국가인권위원회법상의 차별금지기준들이 헌법 제11조 제1항의 차별금지기준을 구체화한 것은 아니다. 엄격심사기준이 적용될 것을 염두에 두고 입법한 것이 아니며, 따라서 열거규정일 수 없다는 것이다.

(3) 사회적 신분에 대한 해석의 문제

발제문과 국가인권위원회의 실무를 기준으로 보면 사회적 신분에 대해서는 다음과 같은 네 가지 이해방법이 있다. 첫째, 법 제30조 제2항의 사회적 신분은 헌법상의 사회적 신분개념에서 법 제30조 제2항에 규정된 제반사유를 제외한 것을 담고 있다는 이해방법이다. 이 경우 국가인권위원회법은 헌법의 사회적 신분의 개념을 규율하지 않음으로써 구체화시켰다고 평가하여야 한다. 즉 무규율의 구체화이다(송교수님의 견해). 이 경우 법 제30조 제2항은 예시규정일 수밖에 없다. 둘째, 법 제30조 제2항은 헌법 제11조 제1항 성별·종교 또는 사회적 신분을 구체화한 것으로서 성별·종교 이외에 열거된 사유는 사회적 신분을 보다 구체적으로 세분화한 것으로 이해하는 방법

이다. 이 경우 법 제30조 제2항을 예시규정으로 볼 것인지, 아니면 열거규정인지 볼 것인지는 또 다른 선택의 문제이다. 송교수님은 이 경우 사회적 신분의 확장해석을 통하여 논의의 실익이 없다고 하나, 이는 모순이다. 왜냐하면 법 제30조 제2항의 차별금지사유가 사회적 신분을 구체화한 것이라면 사회적 신분에 대한 해석은 이미 종료된 것이기 때문이다. 셋째, 현재 국가인권위원회의 실무에 있어서와 같이 법 제30조 제2항의 차별금지사유 중 사회적 신분을 제외한 17개 사유에 해당하지 않는 경우를 모두 사회적 신분으로 포섭하는 방법이다. 이에 따르면 법 제30조 제2항은 열거규정이 된다. 그러나 이 방법은 우선 헌법에 있어서의 사회적 신분에 대한 개념이해 방법과 모순된다. 또 이와 같이 사회적 신분을 지나치게 확대해석하는 것은 법적 명확성의 원칙, 그리고 그 결과 법적 안정성에도 반한다. 넷째, 법 제30조 제2항의 사회적 신분의 개념은 헌법상의 그것과 같이 이해보고, 나머지 차별금지사유들을 예시규정으로 보는 방법이다(조교수님의 견해).

우선 지적되어야 할 것은 국가인권위원회법이 차별금지기준으로 사회적 신분을 든 것은 합리적인 입법이 아니다. 헌법은 역사의 발전에 따라서 새로이 나타나는 문제상황을 포섭하기 위하여 추상성을 강하게 띠 수밖에 없다. 이에 비해서 법률은 그때 그때 발생하는 사회적 문제에 대한 해결수단이며, 따라서 직접 적용가능하도록 형성되어야 한다. 따라서 헌법에서는 사회적 신분이라는 추상적이고, 외연이 불투명한 용어를 사용하는 것이 가능할 수 있어도, 법률은 이 문제를 보다 구체화시키는 기능을 수행하여야 한다. 그런데 국가인권위원회법은 사회적 신분이라는 차별금지기준을 반복하여 사용하고 있기 때문이다.

국가인권위원회법이 차별기준의 범위를 확대시키기 위하여 사회적 신분이라는 개념을 사용하였다고 하더라도 이는 입법목적에 적합한 개념이 아니다. 이를 위해서는 일반규정을 두거나 혹은 보충 혹은 개방의 근거가 되는 규정을 두어야 했다(조교수님도 같은 견해이다). 현재 국가인권위원회에 진정되는 사건 중 사회적 신분에 의한 차별이라는 사유가 가장 높은 비중을 차지하고 있다고 한다. 그리고 이때 해당 사유가 사회적 신분에 의한 차별에 포섭되는가의 문제가 제기된다. 국가인권위원회에서는 사회적 신분에 의한 차별이란 곧 사회적 차별이라는 논리로 다양한 차별행위를 사회적 신분에 의한 차별로 분류하고 있다고 한다. 그러나 이는 평등권의 근간을 흔드는 논리이다. 헌법은 일정한 기준에 의한 차별을 금지하는 것이지 차별이라는 결과 자체를 교정하려는 것이 아니기 때문이다. 이는 바로 사회적 신분이라는 개념과 범위가 불투명한 용어를 사용하였기 때문이다. 따라서 위에서 지적한 바와 같이 법률개정이 이루어져야 할 것이다.

법 제30조 2항의 차별사유가 열거조항인지 예시조항인지의 여부에 관한 토론

정태욱 교수 (영남대)

필자가 맡은 주제는 국가인권위원회법(이하 법이라고 약칭함.) 제30조 2항(이하 동 조항이라고 약칭함)의 차별사유가 열거조항인지, 예시조항인지에 대한 것으로서, 이하 주로 송기춘 교수(이하 발표자로 약칭함)의 발제문에 관하여 토론을 하도록 한다.

우선 발표자의 발제는 많은 것을 생각해하는 좋은 논문이라고 생각하며, 필자로서는 다만 몇 가지 점에서 보충할 수 있기를 기대해 본다. 우선 필자가 이해하는 차원에서, 발표자의 논지는 법 제30조 2항의 ‘사회적 신분’을 엄격하게 해석한다면 동 조항의 차별사유들은 예시적인 것으로 보아야 할 것이나, ‘사회적 신분’을 엄격하게 해석하지 않는다면(이것이 통설이며 발표자도 이를 지지하는 것으로 보인다.) 그 사유가 일반조항과 같이 기능할 수 있으므로 예시/열거조항 논의는 실익이 없다는 취지로 이해된다.

필자는 발표자가 ‘사회적 신분’을 엄격하게 해석할 경우 동 조항의 차별사유들을 예시적인 것으로 보아야 한다고 하면서 그 근거로 제시한 다섯 가지 논거들(편의상 이름을 붙이자면, 헌법 제11조의 해석론, 법치주의론, 국제인권법적 해석론, 헌법상의 평등권의 범위의 제한불가론, 입법기술론)은 법학방법론상으로도 아주 타당하고 유익한 것이었다고 생각하며, 그에 전적으로 동의한다.

다만, 예시/열거조항의 문제를 논함에 있어 ‘사회적 신분’의 해석 문제가 전체적으로 다루어지는 것에는 찬성하기 어렵다. 예시/열거조항의 문제는 동 조항의 기본적인 해석론으로 다루어져야 할 것이며, ‘사회적 신분’의 해석 문제도 그런 차원에서 이해되는 것이 옳다고 본다. 그리하여 바로 ‘사회적 신분’의 문제에 몰두하기보다, 위에서 언급한 바 발표자가 전개한 훌륭한 법해석상의 논거들을 보다 치중하였다면 좋았을 것이라는 생각이 든다.

또한 발표자는 ‘사회적 신분’을 넓게 이해하여 일종의 일반조항과 같이 활용한다면 예시/열거조항의 문제는 실익이 없게 될 것이라고 하는데, 이 부분도 동의하기 어렵다. 우선 기타의 차별사유들이 ‘사회적 신분’에 망라적으로 포섭될 수 있을지 의문이며, 나아가 특별한 사유가 없는 차별행위도 있을 수 있기 때문이다.

이들테면 바로 발표자가 예로 든 학점평가의 문제에 있어서도, 그것을 단순히 “교수의 자유로운 권한에 속하는 것”으로 정리하기 어려운 경우가 있을 수 있다. 예컨대 어떤 교수가 자신과 취미가 같거나 아니면 다르거나 하여, 혹은 자신의 취지를 좋게 생각한다거나 아니면 나쁘게 생각한다거나 하여, 특정의 학생을 편애하거나 특별히 미워하며 차별적인 평점을 부여하는 경우가 있다고 한다면, 그것은 분명 동법의 입법목적인 차별행위에 해당하는 사례라고 하지 않을 수 없을 것이다. 그런데 이 경우 과연 그것을 동 조항의 어떤 차별사유에 해당하는 것으로 볼 수 있을까? 혹은 과연 ‘사회적 신분’의 범주로 포섭할 수 있을까? 필자는 그것은 어렵다고 본다. 즉 동 조항에서 적시된 ‘차별사유’에 해당하지 않은 사례들이 상당히 있을 수 있으며 이는 그 ‘차별사유’를 망라적인 것으로, 즉 열거조항으로 보기 어렵게 한다.

그러나 개별적인 사례를 가지고 법해석의 일반론을 세울 수는 없을 것이다. 따라서 우리는 다시 동 조항 자체로 돌아가 그 문구들을 새로 음미할 필요가 있다고 본다. 여기에는 발표자도 지적하였듯이 법학방법론상의 일반

론이 고려될 필요가 있으며, 이제 이 문제를 보다 자세하게 살펴보자. 우선 문리적 해석을 보면, 동 조항은 “기타의 사유”라든지, “등”, “어떠한 사유로도”와 같은 문구를 두지 않음으로 해서, 그것이 혹시 열거적 규정이 아닌가 의심을 갖게 한다. 그러나 동시에 동 조항에는 열거적 규정임을 확인해 주는 “--에 한정하여”라는 것과 같은 문구 또한 없다. 물론 차별의 사유가 폐쇄적인 집합을 이룬다면, 적극적으로 사유들을 거명하는 것만으로 나머지 사유들은 배제되는 효과를 낼 수도 있으나(이른바 반대해석의 방법), 이 경우가 바로 그에 해당하는지는 의문이다. (참고로 민법에서 물건의 종류는 모두 부동산과 동산으로 나뉘어져 있으므로, 물권법의 전세권의 조항이 부동산을 요건으로 한다면, 비록 “--에 한정하여”와 같은 문구가 없다고 하여도, 반대해석을 통하여 동산은 전세권의 적용대상에서 배제되는 것으로 볼 수 있다.)

따라서 이상의 문리적 해석만으로는 이것이 열거적 조항인지, 예시적 조항인지를 단정적으로 얘기하기는 어려운 면이 있다. 그런데 문리적 해석이란 단지 자구의 의미론적 해석만이 아니라 문맥, 즉 콘텍스트에 대한 이해라고 할 수 있으므로, 이제 다시 그러한 관점에서 동 조항의 문리(文理)를 살펴보도록 하자. 동 조항은 시정되어야 하는 차별행위에 대하여, “합리적 이유가 없이”라는 소극적 표지와 18개의 ‘부당한 사유에 기한’이라는 적극적인 표지라는 두 개의 표지를 제시하고 있다. 그러나 차별행위라는 요건사실은 동일한 것이므로 결국 그 두 개의 표지는 하나로 통일되어야 할 것이다. 그럴 경우 어떤 것이 기준이 될 것인가? 이에 관하여는 아마 ‘합리적 이유가 없는 차별’이라는 표지가 ‘부당한 사유에 기한 차별’의 표지보다 우선한다는 데에 대체로 동의하리라고 생각한다. 물론 발표자도 그런 입장에 있다고 판단된다.

‘합리적 이유가 없이’라는 표지가 우선적이라는 것은 우선, 동조항에서 규정한 사유로써 차별을 해도 합리적 이유가 있으면 부당한 차별행위가 아니라는 판단심급의 차원에서 이해될 수 있다. 예컨대 모성보호의 조치들은 보

다 상위의 척도에 의하여 정당화되므로 성에 기한 부당한 차별로 평가되지 않는다. 그런데 그와 또 다른 차원에서 '합리적 이유가 없이'라는 표시의 우선성을 생각할 수 있다. 즉, '합리적 이유가 없는 차별'은 '부당한 사유에 기한 차별'을 내포하고 있는데, '부당한 사유에 기한 차별'의 외연은 결코 '합리적 이유가 없는 차별'을 포괄하지 못한다는 점이다. 비유하자면, 소극적 표시는 무한(無限)이며 적극적 표시는 유한(有限)이라고 할 때, 유한을 아무리 많이 더하여도 무한에 이를 수 없듯이, '합리적 이유가 없는 차별'을 '부당한 사유에 기한 차별'의 경우들로 망라하여 나열할 수는 없다는 것이다.

나아가 도대체 어떤 '차별사유'라고 할 만 한 것이 없는 차별행위도 생각할 수 있다. 어쩌면 평등의 원초적 형태가 '같은 것은 같게, 다른 것은 다르게'라는 형식적 정의(正義)이듯이, 차별의 원초적 형태도 '같은 것을 다르게, 다른 것을 같게'하는 순수한 자의(恣意)일지 모른다. 예컨대 어떤 특별한 사유 없이, 동일한 점수를 받은 학생들 가운데 어떤 학생들에게는 A를 주고, 다른 학생들에게는 B를 그리고 또 다른 학생들에게는 C를 준다거나 하는 것과 같은 자의(恣意)야말로 차별행위의 원형인지 모른다. 만약에 적극적인 차별사유들로서 "합리적 이유가 없는 차별"을 모두 열거하는 것으로 이해한다면, 이와 같은 가장 자의적인 차별은 오히려 빠지게 되는 결과를 낳을 수도 있다.

이렇게 문리해석의 차원에서 볼 때에 동 조항의 성격은 열거적인 것이 아니라 예시적인 것이라고 볼 여지가 많다. 나아가 문리적 해석을 넘어서 예컨대 다른 법령들과의 정합성을 고려하는 체계적 해석의 경우에서도 비슷한 결론이 나온다. 발표자도 지적한 바, 헌법의 평등 조항(헌법 제11조 제1항 후문)이 예시적이라고 할 때, 그 구체화인 동 조항이 그것을 오히려 제한하는 열거적인 것이 될 수는 없다는 점, 또 법이 상정하는 평등권은 인권법적 차원의 것이라고 할 때, 다른 국제인권법제(예컨대 세계인권선언 제2조 혹은 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제26조)에서 그리고 국

내의 다른 인권법제 (예컨대 남녀고용평등법 제2조의2 1항)에서는 그 차별 사유들이 예시적인 것으로 명시되어 있는데, 동 조항만 유독 열거적인 것으로 볼 이유는 없다는 점을 생각해 보자. 물론 이 문제는 법의 해석에서 평가적 차원이 개입되어 있는 것으로서 결국 목적론적 해석까지 가게 될 것인데, 이 경우에도 우리가 직관적으로도 이해할 수 있듯이 역시 열거적 조항이라는 결론보다는 예시적 조항이라는 결론으로 갈 가능성이 높다고 본다.

끝으로 이렇게 동 조항의 ‘차별사유’를 예시적인 것으로 본다면, 즉 거명되지 않는 사유에 기한 차별도 법률요건으로 인정될 수 있다면, 동 조항에서 그렇게 세밀하게 나열한 까닭은 무엇일까? 그것은 여러 가지 관점에서 이해할 수 있다고 생각되는데, 무엇보다 관계당사자들이 상호 간의 법률관계를 보다 잘 이해하고 자신의 권리와 의무를 보다 명확하게 파악하게 하는 데에 큰 도움을 주리라고 생각한다. 피해당사자의 경우를 보자면 자신이 당한 차별이 과연 위법적인 차별행위인지의 여부를 가늠해 보는 데에 위와 같은 세밀한 조항은 아주 유용한 것이 될 것이다. 그리하여 일반적으로 말하자면 부당한 차별사유를 자세하게 나열하는 것 자체만으로 우리 사회의 소수자들의 인권상황을 개선시키는 데에 큰 효과가 있을 것으로 사료된다.

나아가 법의 적용과 운영에 있어서 증명의 부담과 관련하여서도 의의가 있으리라고 생각한다. 즉 동 조항에서 규정한 ‘차별사유’들에 의한 차별은 ‘합리적 이유가 없는 차별’의 대표적인 예들로서, 다른 정당화사유가 없는 한 그러한 ‘차별사유’에 기한 차별은 일응 ‘합리적 이유가 없는 차별’로 추정된다고 할 수 있을 것이다. 그리하여 동 조항에서 적시된 사유가 문제로 된 사안에서 증명의 부담의 상당부분은 그것이 위법적인 차별행위가 아니라고 주장하는 측에서 져야 할 것이며, 그에 따라 인권위원회의 이유설시의 부담은 그만큼 덜게 되는 것이다.

예컨대 동 조항의 차별사유에 ‘출신학교’는 빠져 있는데, 현실에서는 ‘출

신학교'를 사유로 하는 불합리한 차별행위가 적지 않으며, 그것의 시정은 법의 입법목적에 부합한다. 즉 '출신학교'라는 사유가 동 조항에 명시적으로 규정되어 있지 않다는 이유로 그것을 '차별행위'에서 배제할 수는 없을 것이다. 다만 '출신학교'는 차별사유로 명기되어 있지 않기 때문에, 인권위원회는 그에 의한 차별이 '합리적 이유가 없음'을 입증하거나 그 이유를 설시함에 있어 조금 더 수고를 들여야 할 것이다.

물론 이 경우는 바로 '사회적 신분'이라는 차별사유로 포섭될 수 있다. 그리고 우리 나라에서 학맥과 학벌은 종종 부당한 차별을 낳는 주요한 사회적 신분이라고 인정되므로, 그에 관한 입증과 이유설시에 큰 어려움은 없을 것이다. 하지만, 여전히 '출신학교'를 '사회적 신분'으로 변환하여 포섭하는 과정은 남게 될 것이다. 즉 다른 명기된 차별사유에 기한 차별행위를 판단하는 것보다 조금 더 무거운 부담을 지게 되는 것이다.

이와 관련하여 '사회적 신분'의 사유의 문제에 대하여 잠깐 언급하고자 한다. 이처럼 '사회적 신분'은 이른바 일반조항적 성격을 가지고 있어 다른 차별사유와 다른 점이 있으나, 이미 언급한 대로 '사회적 신분'으로 다른 모든 기타의 차별사유를 포괄할 수 있다는 주장은 지나친 것이며 또 '사회적 신분'으로 포섭할 수 있다고 하여 그것이 다른 구체적인 차별사유와 같은 위법성추정력을 띤다고 보기는 어렵다고 생각한다.

예컨대 '출신학교'와 같이 명확한 것이 아닌 경우를 '사회적 신분'으로 포섭하기 위해서는, 단순히 '사회적 신분'의 범주는 기타의 사유들을 모두 포괄할 수 있다는 생각으로 하여서는 곤란하고, 그러한 사유가 우리 나라에서 벌써 일종의 '사회적 신분'으로 기능하고 있으며 그에 따른 차별이 해당 사안에서는 '합리적인 이유가 없는 차별'이 됨을 보다 적극적으로 해명해야 할 것이다.

즉 '사회적 신분'이라는 사유가 동 조항에 적시되지 않은 기타의 차별사

유들을 포괄하는 일반조항적 역할을 한다고 하더라도, 실제 법의 운영에서는 동 조항에 적시된 사유와 그렇지 못하고 단지 ‘사회적 신분’으로 포섭될 사유들 사이에는 차이가 있는 것이며, 따라서 단지 ‘사회적 신분’이라는 범주에 포함된다는 주장만으로 문제가 해결되는 것이 아니라(소위 ‘일반조항에로의 도피’), 위법한 차별행위로서의 ‘사회적 신분’에 관한 보다 세분화된 범주 즉 이른바 전형(Typus)을 형성하는 노력을 해 나가야 하리라고 사료된다.